



## 玺名法律通讯

(民法典版)

-2020年第二期(总第14期)

### 目录

#### 一、民法典历程

- 1、民法典诞生：从法到典的里程碑
- 2、彰显时代性：中国民法典的鲜明特色

#### 二、学习民法典

- 1、小区共有部分收入有哪些？收入归谁？《民法典》有答案！
- 2、涉及物业服务合同的4个要点变化
- 3、《民法典》关于婚姻家庭的20个法律要点（含结婚、离婚、子女抚养等）
- 4、民法典十个重大变化及最详解读

#### 三、专家解读民法典

- 1、对民法典婚姻家庭编新增和修改条文的解读
- 2、民法典典型合同的制度创新及意义
- 3、民法典侵权责任编的理念进步与制度完善
- 4、对民法典物权编若干规定的解读
- 5、民法典人格权编的亮点与创新
- 6、民法典编纂背景下的知识产权法体系化路径

## 民法典诞生：从法到典的里程碑

作者：洗小堤 白龙飞 万紫千

来源：《人民司法（应用）》 期刊年份：2020 期号：16

2020年5月28日，十三届全国人大三次会议高票表决通过了《中华人民共和国民法典》，我国正式进入“民法典时代”。

新中国成立以来，党和国家曾于1954年、1962年、1979年和2001年先后4次启动民法制定工作。民法典编纂工作是党的十八届四中全会提出的重大立法任务，是以习近平总书记为核心的党中央作出的重大法治建设部署。从2015年3月全国人大常委会法制工作委员会启动编纂工作，到2020年5月十三届全国人大三次会议表决通过，民法典的编纂工作历时5年有余。民法典共7编、1260条，各编依次为总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任以及附则，涵盖生老病死、衣食住行所有内容，是一部具有中国特色、体现时代特点、反映人民意志的民法典，将于2021年1月1日起正式施行。

民法典是新中国第一部以“法典”命名的法律，开创了我国法典编纂立法的先河，具有里程碑意义。全国人大常委会副委员长王晨在关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明中说：“编纂民法典，就是通过对我国现行的民事法律制度规范进行系统整合、编订纂修，形成一部适应新时代中国特色社会主义发展要求，符合我国国情和实际，体例科学、结构严谨、规范合理、内容完整并协调一致的法典。”据此，民法典的编纂采取“两步走”的工作思路进行：第一步，制定民法总则，作为民法典的总则编；第二步，编纂民法典各分编，经全国人大常委会审议和修改完善后，再与民法总则合并为一部完整的民法典草案。2019年12月，完整版民法典草案亮相。草案先后10次上网征求意见，累计收到42.5万人提出的102万条意见建议。今年两会期间，代表、委员们对民法典草案展开认真审议和热烈讨论。根据各方面意见，草案又作了100余处修改，其中实质性修改40余处。

民法典聚焦百姓关切，强化保护人民权利，为百姓安居乐业提供法治保障。民法典对见义勇为、个人信息保护、维护小区业主合法权益等国人最关心的问题均作出明确规定；对物业公司采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交物业费的行为予以明确禁止；对高利放贷行为予以明确禁止；将文字、图像纳入性骚扰的认定范围，完善了防止职场性骚扰的有关规定；将禁止高空抛物坠物写入民法典，并规定发生从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人，等等。此外，民法典回应地面塌陷伤人问题，规定建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任，并对因他人原因导致倒塌、塌陷的侵权责任作出了规定。

民法典最大的亮点，是人格权单独成编。人格权是民事主体对其特定的人格利益享有的权利，关系到每个人的人格尊严，是民事主体最基本的权利。民法典第四编“人格权”在现行有关法律法规和司法解释的基础上，从民事法律规范的角度规定了自然人和其他民事主体人格权的内容、边界和保护方式，不涉及公民政治、社会等方面权利。

民法典全面总结了我国的民事立法和司法的实践经验，将民事权利集中规定并全面保护，不断健全完善中国特色社会主义法律体系，深入践行以人为本的精神和中国共产党执政为民的根本宗旨，具有鲜明中国特色。

民法典的诞生，对推进国家治理体系和治理能力现代化将起到重要作用。从法到典，全面依法治国征程上又树起一座里程碑。

## 彰显时代性：中国民法典的鲜明特色

作者：王利明

作者单位：中国人民大学民商事法律科学研究中心 中国人民大学法学院

来源：《东方法学》 期刊年份：2020 期号：4

民法典是社会生活的百科全书，是市场经济的基本法。《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）是新中国第一部以典命名的法律，是改革开放40多年民事立法的集大成者，其规则具有基础性、典范性的特点，是最为重要的民事法律规则。作为世界上最新的民法典，我国民法典固然借鉴了其他民法典的成功经验，但更注重回应社会现实需求和体现时代发展特色，具有许多亮点，其中最重要的就是彰显了鲜明的时代性。

### 一、彰显时代性是民法典的优秀品格

法律是社会的产物，更是时代的产物，不可能脱离一定时间和空间而存在。在19世纪的历史法学派看来，法律不是被创造出来的，而是被发现的，其根植于一个民族在过往历史中所形成的生活经验和实践智慧。在这个意义上，我们可以说“法律是历史的产物”。庞德在评价历史学派的这一观点时也指出：“历史学派的学说同样包含了诸多真理，法律不可能是横空出世的。”他说，一个国家的法律不可能与其自身的历史文化、价值观念和实践经验分割开，中国的法律“也深深地根植于为中国历史和中国国民长期以来所熟悉的制度与理念中”，需要结合其自身的历史处境和经验来解释和适用。[1]“法的一切效力都是当时历史的总体状况的产物和缩影”。[2]民法典也是如此。民法典的时代性是其具有的时间品格，体现为其与所处时代的精神和特征的完全契合。

#### （一）保持时代性是民法典具有生命力之原因所在

依据马克思主义原理，民法典作为上层建筑，是由经济基础所决定的，[3]这也说明任何民法典都是从经济和社会的根基中生长出来的。优秀的民法典总能集中折射时代精神的发展方向，而如果民法典逐渐与社会生活脱离，就表明它已落后。虽然民法典所处的时代决定了民法典的品格，但这并不意味着民法典只是被动消极地记载社会，恰恰相反，立法活动应当主动探寻社会发展的动向。自18世纪展开法典化运动以来，各个不同时期的成功民法典之所以产生广泛的影响，就是因为反映了不同时期社会的时代精神和时代特征，抓住了经济和社会的发展方向，在此意义上，可以说民法典是时代的缩影，而保持时代性是民法典具有生命力的原因所在。

法国民法典是世界范围内民法典的杰出典范。在1804年法国民法典制定时，法国资产阶级革命刚刚完成，法国正处在由封建领主制经济向土地私有化的过渡阶段，法国民法典的编纂推进了土地私有化，为资本主义经济关系的壮大和发展提供了保护。[4]其“自由、平等和政教分离的思想巩固了法国大革命所取得的成果，昭示着自由个人主义取得了胜利”。[5]这一时期确立的绝对所有权、契约自由和过错责任原则，为社会经济的发展提供了制度性保障；物权法定原则以法律的形式消灭了土地上的封建特权，促进了资本主义经济的发展；婚姻制度的确立使得婚姻从教会的垄断之下解放出来，具有了世俗性。这些成果使得法国民法典成为资本主义民法典的典范。

德国民法典诞生于19世纪末20世纪初,德国社会当时逐步开始从自由资本主义向垄断资本主义过渡。从经济方面来看,19世纪后半叶,德国的工业经济经过急剧发展,从一个农业占统治地位的国家转变为一个工业国家,逐步向垄断资本主义转型。[6]德国民法典正是在这一转型时期制定的,与其他法律一起,德国民法典摒弃了日耳曼法中的落后因素,如废止了土地分层所有的封建制度,建立了统一的完全所有权制度,为资本主义经济发展创造了条件。[7]一方面,德国民法典以合同和所有权为中心,以私法自治为基本理念,充分动员了社会经济资源,促进了德国工业化的进一步发展,使德国成为欧洲的工业强国。[8]德国民法典除了注重通过保护财产权和社团自由促进资本主义经济发展外,也极其强调对行为自由的保护,契约自由成为整个“动态世界的操纵杆”。[9]德国民法典还反映了垄断资本主义时期的特点,例如,确认了股票、债权等财产权利,改变了罗马法以来的“物必有体”的规则,适应了证券市场发展的需要。另一方面,权利社会化的思想已经随着垄断资本主义的发展而不断产生,以基尔克为代表的学者则批评德国民法典中“几滴社会的润滑油”是完全不够的。[10]在具体的制度上,虽然在19世纪末,工业化的发展催生了越来越多的事故,但远未达到发达的工业化生产,使得立法者忽视了危险责任的重要性。[11]虽然德国已经在特别法中对高度危险责任作出了规定,但德国民法典的立法者仍然拒绝将高度危险责任纳入民法典。[12]因此,德国民法典具有鲜明的社会转型印记,有学者将其概括为“它的双足毅然立于自由市民的、罗马个人主义法律事项的土壤之上,但是,它的双手却已经踌躇迟疑地、偶尔不时地向新的社会法律思想伸出”。[13]可以说,德国民法典的这些特征与其所处的时代是无法分割的。

1907年的瑞士民法典是20世纪以来民法典的杰出代表。这部民法典根植于瑞士各州对统一法律的迫切需求,以平实易懂的语言和层次分明且富有余地的体系,为欧洲民法典带来了全新的风格。[14]相较于以财产权调整为主导的法国民法典和德国民法典而言,瑞士民法典开始强调对人格权的保护,其在第一章第一节中,通过法律人格的规定,实现了对自然人人格权的保护。瑞士民法典在确认了物权变动中有因的物权形式主义的基础上,扩张了善意取得制度的适用范围,从而强化了对交易安全的维护。瑞士债法开创了民商合一体制的先河,有力促进了交易的发展。

20世纪末期产生的荷兰民法典也是一部独具特色的民法典,如其独创了财产编的体系设置。而且,为适应本国的海上运输发展需要,荷兰民法典单独设立了运输法一编,这也成为荷兰民法典的重要特征。

综上所述,可以说,优秀的民法典都集中反映了所处时代的精神,契合了所处时代的特征,解决了所处时代的问题,促进了所处时代的进步,无论是法国民法典所确立的所有权绝对、契约自由原则,德国民法典所体现的所有权社会化,还是瑞士民法典所倡导的强化对人的保护的观念,荷兰民法典财产权、运输法独立成编的体例,都充分说明这一点。这也意味着,一部优秀的民法典不能仅仅是对他国民法典规则的移植和照搬,而应当充分反映时代精神与时代特征,这才是民法典的生命力所在。

## (二)保持时代性是民法典发挥应有作用之原因所在

民法典之所以要保持时代性的原因就在于,一方面,时代决定了民法典的品格,法律来源于社会生活,产生于交易实践,是对生活经验和社会规律的概括和提炼。《慎子》云:“法者,非从天下,非从地出,发乎人间,合乎人心而已。”时代是思想之母,实践是理论之源。民法典作为社会经济生活一般条件的反映,必须紧密结合特定时期的社会需求,需要不断适应社会的变化,回应和解决现实问题。换言之,编纂民法典理应关注前沿问题,回应时代之

问。[15]如果法典缺乏时代性,套用几百年前的规则,就会与社会生活严重脱节。如前所述,从历史上看,凡是产生了广泛影响和获得高度评价的民法典,无不扎根于本国的时代土壤之上,反映着本国时代发展的动向,具有鲜明的时代性。另一方面,民法典保持时代性,才能使法典具有针对性、有效性、适应性,努力发挥其引领、推动、保障经济改革和经济发展的作用。正如庞德所言,法典的真正功能“并非仅仅是将过去法律发展的成果置入更美的和更权威的外形之中,而更多的是为了法学的和司法的新起点奠定一个基础”。[16]因此,民法典同时肩负着两种使命,必须保有二个面向:既要面向过去,在既有制度中汲取养分;也要面向未来,使法律体系保持活力。而一部法典能否发挥其应有的功能,关键就在于其在多大程度上和多大范围内回应了特定时代、特定社会所提出的亟待解决的问题。还应当看到,民法典保持时代性,才能解决特定时期的社会问题,彰显了时代特征才能够回应社会的关切,从而充分发挥法典在社会生活中的作用。正是因为如此,日本学者穗积陈重才指出:“然法律者,原为社会力显著之一状态,故无不随社会状态之推移而独归静止之理。”[17]作为经济基础反映的法典,只有随着社会生活变化,才能保有活力。而与时代脱离的民法典,不当地制约了民事主体从事民事活动,最终可能成为经济社会发展的桎梏。

诚然,民法典作为“人类共同生活的一般规则的总和”, [18]当然要反映社会生活的共同规则,尊重社会生活的一般规律。无论是两千多年前的罗马法,还是我们所处的当下,诸如严守契约、欠债还钱、无害他人、损害赔偿、不能从过错中获益等,都是民法典需要遵循的亘古不变的规则,并不会因为时间的流逝而改变。但某些规则的普适性并不意味着民法典仅仅是对既有广泛承认规则的梳理、罗列与照搬,并不意味着要否定法典的时代性。因为一方面,即便是上述人类共同生活的一般规则也在不断与社会实践结合,涌现出新的制度,遵循上述人类共同生活规则,并不断赋予其在新时期中的新内涵是民法不能推卸的责任。另一方面,上述规则仅仅占据民法典的部分内容,其主要局限在某些交易规则领域,但民法典调整的社会关系是很宽泛的,它是社会生活的百科全书,包含的内容极为丰富。就其主要内容而言,都应当与时俱进、保持时代性。因此,民法典作为社会生活的百科全书,既要总结千百年来人类社会生活的共同规律,反映不同时间范围内人类社会的普遍规则,同时也尤其要反映法典的时代精神和时代特征,把握时代发展的方向,最终实现对经济社会发展的促进作用。

“民法典欲屹立于世界之林,必须紧跟时代的步伐进行创新,根据时代发展的需求创设符合时代发展的民法新规范。”[19]我国立法者对此有深刻认识,民法典编纂正处于我国社会转型和改革不断深化的时期,它必须立足于现实国情,回应这个时代要求,体现社会对于新兴权益保护的需要,以保持时代性、反映人民需求为基本指导思想。我国民法典编纂自始至终都贯穿了这一要求。在民法典各分编草案首次提请全国人大常委会审议时,有关说明里曾提到,“最后形成一部完整的具有中国特色、体现时代特点、反映人民意愿的民法典”。[20]只有这样,我国民法典才是“中国解决民事法律问题的‘中华方案’,是向世界提供中国经验,向世界提供中国所发现的规则”。[21]也就是说,我国民法典只有充分彰显时代性,才能适应中国社会的需要,才能充分反映人民群众的意愿,才能妥善解决中国的现实问题,为世界民法文化做出中国的贡献。

## 二、我国民法典充分反映了时代精神

### (一)民法典体现了以人为本的精神

孟德斯鸠说过,“在民法的慈母般的眼里,每个个人就是整个国家”。[22]这话深刻地表达了民法所应当秉持的人本主义精神。民法以“关心人、培养人、发展人、使人之为人”

作为立法的基本使命，必然要反映人的全面发展的理念。这种发展不仅体现为对人主体属性的全面弘扬与保护，以及对权利的彰显与保障，也体现为人的自由的全面实现。而受传统民法制度的影响，更受特定时期社会经济背景的制约，近代民法并未充分反映这种理念，而是以财产法为中心，或者说出现了“泛财产化”倾向，[23]比如，在德国民法典颁布不久，德国学者索姆巴特就提出，德国民法典存在着“重财轻人”的偏向。

21世纪是一个走向权利的世纪，保护人的个性与人格尊严，充分保障个人的权利也是国际社会的共识。我国民法典充分贯彻了人文主义、人文关怀的理念，旨在实现对人的全面保护，促进人的全面发展，充分彰显了以人为本的时代精神。从某种意义上说，民法典是否科学合理，在很大程度上体现为其是否充分反映了人的主体性，民法典只有充分关爱个人，充分体现以人为本的精神，才是具有生命力的高质量民法典，才能得到人民的普遍遵守和拥护。具体而言，我国民法典以人为本的精神主要体现在如下几个方面：

第一，在传统民法典体系的基础上增加了人格权编和侵权责任编，体现了21世纪民法的特点。如前所述，传统大陆法系国家民法典以调整财产权为重心，普遍存在“重财轻人”的倾向，而我国民法典则设置了独立的人格权编和侵权责任编，突出了人的主体地位，凸显了民法典的人文关怀，真正体现了“一切权利均因人而设立”，[24]有效防止人的客体化，使“大写的人”在立法中得以体现，真正实现了“民法中的人的再发现”。[25]

第二，强化了人格尊严的保护。人格尊严是各项具体人格权的价值基础，具体人格权的规则设计应当以维护个人的人格尊严为根本目的，例如，物质性人格权是为了维护自然人生理上的存在，精神性人格权则彰显自然人的精神生活需要。从民法典人格权编的规定来看，不论是一般人格权还是具体人格权，均体现了强化人格尊严保护的理念。我国民法典第990条对一般人格权作出了规定，从该条规定来看，一般人格权以人身自由、人格尊严为内容。人的自由发展，就是不受他人支配，不受他人强迫的发展，然后通过保证人和人之间的人格独立和人格平等，实现人与人之间在相互交往中的互相尊重，从而最终实现保护人格尊严的目的。[26]在人格权编中规定一般人格权，就是要维护人格尊严，实现人的发展。民法典对一般人格权作出规定，不仅可以实现对各项人格利益的兜底保护，[27]而且可以对各种新型人格利益提供保护。也就是说，随着社会的发展，许多新型的人格利益不断出现，但其还难以与其他人格利益进行明确区分，与相关权利的关系也不清晰，能否上升为具体人格权也不明确，这就需要借助人格尊严对其提供保护。因此，在某种新型人格利益产生以后，其是否属于法律所应当保护的人格权益，很大程度上就要看是否体现了人格尊严。

从民法典人格权编具体人格权的规定来看，其许多规则也体现了强化人格尊严保护的需。例如，我国民法典第1002条在规定的生命权的同时，规定的生命权的内涵不仅包括生命安全，同时也包括生命尊严。生命尊严作为人格尊严的重要组成部分，在生命权的规定中得到了承认。“生命尊严”这一概念可扩展适用至胚胎、胎儿、遗体；对于这些特殊存在物，也必须以具有尊严的方式去处理，一些国家的法律已经对此作出了规定。[28]再如，人格尊严的保护也扩展到对于行动自由的保护，民法典第1011条禁止非法搜身，主要是为了强化对个人人格尊严的保护。此外，我国民法典第1009条对于人体基因、人体胚胎医学科学研究作出的限制性规定，也是出于对人格尊严的维护目的。

第三，民法典注重实现代际正义。罗尔斯把代际正义概括为“不计时间地同意一种在一个社会的全部历史过程中公正地对待所有世代的方式”。[29]在代际正义的观点看来，每一代人都是受后代人委托的受托人，代为后代人所能获得的各项权利。[30]民法典第1009条设定了关于人体基因人体胚胎相关科研的底线规则，该条规定：“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。”该条维护自然人的生命健康权，并有助于实现代际公平。我国民法典第1009条就是在充分考虑代际正义的基础之上作出的规定，也以实现

代际正义为重要目标。例如，对于人体基因和人体胚胎的医学科学研究，如果不加限制，将可能显著威胁代际正义的实现。再如，人体基因编辑技术所可能带来的先天畸形婴儿的产生，甚至是对整个人类基因库的污染等问题，所造成的损害都是深远、长久而不可逆的，后一代人也会因此受到不当的损害。

## (二)民法典弘扬了社会主义核心价值观

弘扬社会主义核心价值观是民法典编纂的宗旨之一，我国民法典第1条就明确了其目的是弘扬社会主义核心价值观。二十四个字社会主义核心价值观在民法典中得到了充分体现。一方面，民法典的许多原则、制度和规范都承载了社会主义核心价值观，在民法典中，规定监护制度中监护人对被监护人的抚养、教育义务，合同法中的诚信义务，人格权法中的法定紧急救助义务，侵权法中自愿救助义务，婚姻法中的友爱互助义务，都是核心价值观的直接体现；另一方面，由于社会主义核心价值观是多元的，因此，民法典也充分协调各种价值之间的关系，预防各种价值之间的冲突，并在发生冲突时确定解决的规则，例如，自由与诚信均为社会主义核心价值观的内容，两者在特定场合可能发生冲突，民法典的表见代理、诉讼时效、善意取得等规则就体现了这两种价值之间的有效平衡。

民法典本身具有教育、教化的功能，德国法学巨儒耶林则在《为权利而斗争》一文中明确提出：“不是公法而是私法才是各民族政治教育的真正学校。”[31]我国民法典在弘扬社会主义核心价值观方面也有教化功能，主要体现在：一是弘扬权利意识。中国传统社会的权利意识很薄弱，特别是没有私权意识。而民法典是权利大法，其系统规定了民事主体的各种民事权利，这是向社会公众宣示，每个人都是权利主体，都能享有各种民事权利，以人为本就是要唤醒人的权利意识，培养和塑造人的权利主体观念。二是弘扬尊重他人权利的观念。在我国传统和现实中，不少人只意识到自己的权利，但没有意识到如何尊重别人的权利。只要求别人尊重自己的人格尊严，但并不知道如何尊重别人的人格尊严。这种现象说明尊重他人权利的观念在我国还不普遍，而民法典不仅通篇都在讲民事权利，还把尊重他人的权利当作重要的观念加以倡导，从而有助于改变前述的现象。三是提倡诚实信用的行为要求。民法始终以诚信原则为帝王原则，这一原则不仅适用于交易领域，而且适用于所有民事领域。四是提倡平等观。平等是民法的精髓，整个民法都是调整平等主体之间关系的。客观地看，每个人不仅应该享有基本权利，而且应该享有平等的权利，只有这样，才能构建和谐的社会。[32]

## (三)民法典体现了对弱势群体的保护与关爱

近代以来，民法以抽象人格为基础，将人作为抽象的人对待，强调形式平等。拉德布鲁赫认为，民法典并不考虑农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的区别，私法中的人就是作为被抽象了的各人力、财力等抽象的个人而存在的。[33]之所以如此，是因为近代民法认定人与人之间具有“平等性”和“互换性”的特点。[34]在此背景下，民法以调整平等主体之间的财产关系和人身关系为对象，原则上不考虑各个主体在年龄、性别、种族、经济实力、知识水平等各个方面的差异，一概承认其地位平等。但在现代民法典中，人不再只是简单的、抽象的人，而是兼顾弱势群体，这就完整勾画了人的图像，从形式平等发展到实质平等。

我国民法典也体现了这一实质正义和实质平等的要求，强化了对弱势群体的保护与关爱。例如，民法典人格权编就未成年人个人信息设置了特殊的保护规则，其目的就在于弥补未成年人判断能力的不足。再如，民法典合同编确认了强制缔约、对格式条款的规制等一系

列规则，也是考虑到了相关主体缔约能力的不足，因此通过法律的强制性规定实现合同的实质正义。必须说明的是，说民法典对弱势群体的保护体现了实质正义和实质平等，不是说民法典放弃了形式正义和形式平等，而是说在弱势群体保护上，形式正义和形式平等发生了严重扭曲，存在严重不足，民法典必须采用实质正义和实质平等的方法来加以扭正和弥补，对于弱势群体之外的主体，仍要以形式平等保护为原则。

### 三、我国民法典充分彰显了时代特征

梅因指出：“社会需要和社会见解总是或多或少地走在法律的前面，我们可能非常接近地达到它们之间的缺口结合处，然而现在却有一种重新拉开差距的永恒趋势。”[35]而人民幸福的大小取决于这个缺口缩小的快慢，故而民法典编纂需要与时俱进，彰显时代性。从我国民法典的规定来看，其充分展现了时代风貌，体现了与时俱进的品格，具有鲜明的时代特征。

#### (一)民法典回应了互联网、高科技、大数据时代科技爆炸和科技进步带来的时代问题

现代的网络科技、数据科技和生物科技正在呈爆炸式的发展，对社会生产和生活组织交往方式产生了重大影响。随着计算机和互联网技术的发展，人类社会进入了一个信息爆炸的时代。互联网深刻地改变了人类社会的生活方式，给人类的交往和信息获取、传播带来了巨大的方便，高度发达的网络使得人与人之间的距离越来越小，我们的生活也与互联网密不可分。在新一轮科技革命中，互联网、大数据、人工智能对人类社会影响的深度和广度是空前的，“互联网+”“大数据+”“人工智能+”也已成为不可阻挡的潮流。法律作为规范和调整社会关系，增进社会福利的一种治理工具，必然要跟进认识和反映科技爆炸对社会关系的深刻影响，并在制度安排上作出相应回应。以人格权编为例，具体表现在：

第一，设置底线规则。我国民法典第1009条规定，从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动纳入法律的轨道，保持其规范运行。上述医学和科研活动因为都涉及人的生命健康、人的尊严、伦理道德等，因此需要进行严格的限制。本条规则的重要意义在于将上述研究活动合法化，并为其确立新的底线规则，且进一步强化了对人格尊严、生命尊严的保护。

第二，禁止利用信息技术手段深度伪造他人肖像。利用信息技术手段伪造方式侵害他人的肖像权，主要是指利用信息技术手段深度伪造他人肖像的行为，它是指通过一定利用信息技术手段，将某人的肖像换成他人的肖像，并在此基础上形成高度逼真且难以甄别的图像、声音、视频。深度伪造以换脸技术为典型。[36]深度伪造技术的出现后，出现了大量利用这一技术，伪造他人形象用于色情影片、广告宣传等行为，给受害人造成严重损害。“AI换脸”可以随意替换视频角色面部，形成“只需一张照片，出演天下好戏”的状况。与此同时，由于“溯源防伪”和“反向破解”等技术手段，在目前阶段尚不足以应对深度伪造的行为，[37]因此，针对这一问题，我国民法典人格权编第1019条规定：“任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。”本条通过立法的方式对深度伪造行为予以禁止，防止自然人的肖像权遭受信息技术手段的侵害。

第三，承认了声音作为一种新型的人格利益。随着现代社会语音识别等技术的发展，声音等新型的人格利益将不断产生，人的声音是由人的声带震动发出，每个人的声音都具有独特性，因而可以成为标识个人身份的重要依据。尽管在现实生活中，人们往往难以识别个人的声音，但借助计算机、人工智能算法等技术，却可以很好地识别个人的声音，因此，声音与个人身份的关联性将越来越紧密。从比较法上看，许多国家都对个人的声音利益予以保护。

[38]但是,对于声音利益应当受到何种人格权的保护,理论上则有不同的观点。例如,在加拿大魁北克,声音就被作为隐私的内容加以保护。[39]我国司法实践中也出现了一些有关个人声音的纠纷,随着声音利用方式和利用范围的扩展,法律有必要确认声音权的具体人格权地位。因此,我国民法典第1023条第2款规定:“对自然人声音的保护,参照适用肖像权保护的有关规定。”这就承认了声音作为一种新型的人格利益,适用未来人格利益发展的需要。

第四,强化对隐私的保护。为有效遏制针孔拍摄、远距离拍摄、非法跟踪等利用高科技手段侵害个人隐私权的行为,我国民法典人格权编第1033条禁止任何组织或者个人非法以短信、电话、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁;禁止非法进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间;禁止非法拍摄、录制、公开、窥视、窃听他人的私密活动;禁止拍摄、窥视他人身体的私密部位。

第五,增加对生物识别信息的保护。人格权编对个人信息保护规则作出了规定,妥善平衡了数据产业发展与个人信息权利保护之间的关系。在各类个人信息中,我国民法典人格权编第1034条新增了对于生物识别信息的保护。个人的生物识别信息是指自然人脸部特征、指纹、虹膜、声音、基因、步态、笔迹等可识别自然人的生理特性与行为特征的信息。[40]随着科技的不断发展,这些生物识别信息越来越多地伴随着通信和穿戴设备以及应用程序而被广泛收集和储存,[41]成为个人信息中的重要一环。生物识别信息不仅是个人重要的隐私信息和敏感信息,也常常涉及社会公共利益。例如,大规模收集、采集个人的基因信息,一旦泄露,就会导致对整个民族的健康等威胁。

我国民法典的许多规则都适应互联网、大数据时代个人信息权利保护的需要,同时,人格权编和侵权责任编规定了相应规则。又如,为应对电子商务发展的需要,合同编对通过数据电文等方式订立合同的规则作出了细化规定。再如,为了规制互联网时代的网络侵权行为,侵权责任编进行了专门规定。此外,有关人体基因、人体胚胎的医学科研活动、数据权利保护、网络虚拟财产权保护等时代问题在民法典中也有所体现。

## (二)民法典回应了资源环境恶化带来的环境保护和生态维护的时代问题

21世纪是一个面临严重生态危机的时代,生态环境严重破坏,人类生存与发展的环境不断受到严峻挑战。全球变暖、酸雨、水资源危机、海洋污染等已经对人类的生存构成了直接的威胁,并引起了全世界的广泛关注。如何有效率地利用资源并防止生态环境的破坏,已成为直接调整、规范物的归属和利用的民法典的重要使命。而在我国资源严重紧缺、生态严重恶化的情况下,更应当重视资源的有效利用。[42]为此,我国民法典在总则编将绿色原则规定为民法的基本原则。所谓绿色原则,是指民事活动中应当遵循的节约资源、保护生态环境的原则。我国民法典第9条规定:“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”这就从基本原则层面提出了生态环境保护的要求。民法典对绿色原则作出规定,是我国民事立法的一大进步,而且民法典将绿色原则作为一项民法基本原则进行规定,表明保护生态环境贯彻适用于整个民法,直接影响了民法典各分编制度、规则的设计。具体表现在:一是物权编规定相邻人不得违法排放大气污染物的义务。我国民法典第294条规定:“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物,排放大气污染物、水污染物、土壤污染物、噪声、光辐射、电磁波辐射等有害物质。”第346条规定:“设立建设用地使用权,应当符合节约资源、保护生态环境的要求,遵守法律、行政法规关于土地用途的规定,不得损害已设立的用益物权。”二是规定了合同当事人在履行合同中应当遵循绿色原则,合同编第509条第3款规定“当事人在履行合同过程中,应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态”。三是侵权责任编第七章单设“环境污染和生态破坏责任”,明确规定:“因污染环境、破坏生

态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任”（第1229条）。改变修改了原侵权责任法的规定，增加生态破坏的责任，并新增加了故意违反国家规定污染环境、破坏生态造成严重后果的惩罚性赔偿责任（第1232条）。从世界范围来看，没有哪个国家或地区的民法典把绿色原则规定为基本原则，我国是首个在民法典中规定绿色原则的国家。这也表明，我国民法典的规则在尊重民法逻辑自洽的前提下，在基本精神和理念上顺应生态规律，为资源保护和生态文明建设预留了充分的空间。[43]

### （三）民法典回应了经济全球化的时代发展趋势

经济贸易的一体化使资源实现了全球范围内的配置。哈佛大学法学院邓肯·肯尼迪教授曾经指出，每一次经济和政治上的全球化运动都伴随着法律的全球化变革。[44]经济全球化要求减少因交易规则的不统一而形成的交易障碍，降低交易费用，故而，随着经济全球化的发展，法律的国际化和全球化成为一种势不可挡的发展潮流和趋势。[45]民法典充分顺应了经济全球化的发展趋势，充分借鉴了两大法系交易规则的最新发展和新的立法经验，把握了比较法的发展趋势，为进一步适应经济全球化做好了准备。合同编进一步完善了合同交易规则，物权编则进一步完善了担保规则，并使其不断与国际通行规则接轨。民法典对经济全球化的回应主要表现在以下几个方面：

一是为顺应电子商务的发展，合同编中增加了有关电子商务的规则。例如，我国民法典合同编在合同订立部分增加了通过互联网方式订约的特别规则，第491条第2款就对合同的成立时间进行了特别的规定：“当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。”第512条则就通过信息网络订立的电子合同的交付时间进行了特别的规定，“通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，实际提供服务的时间为准。电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。电子合同当事人对交付商品或者提供服务的方式、时间另有约定的，按照其约定。”

二是完成了担保规则的现代化。民法典将物权编中的担保物权与具有担保功能的合同关系进行统一考察，并通过登记制度来实现担保的统一。民法典通过登记制度解决了担保物权的效率问题，符合国际上通行的惯例和做法，也符合担保法的发展趋势。

三是合同编修改了有关交易安全与交易秩序的相关规则。针对无权处分合同的效力，原合同法第51条将其规定为效力待定，而我国民法典合同编第597条规定：“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。”该规定将无权处分合同的效力由效力待定修改为有效，从而有效保障交易安全。与此同时，合同编还进一步完善了格式条款效力的规则，进一步维护了交易秩序。

四是合同编进一步完善了无权代理合同的追认规则。合同编第503条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。”这一规则确认了被代理人以实际履行的方式对合同的追认，便于国际贸易中无权代理行为的追认，进一步顺应了经济全球化的发展需要。

### （四）民法典回应了风险社会的时代需要

一方面，民法典强化了对受害人的救济和保护。传统大陆法系民法典将侵权责任法置于债编之中，这也导致侵权法的规则非常凝练、抽象，与现代社会多种风险不断增加以及因“风险社会”不断形成而导致的侵权责任的复杂性是不相适应的，如果沿用这种高度凝练的条款将不足以调整社会生活。我国民法典单设侵权责任编，细化了侵权责任规则，并对各类风险社会中常见的严格责任制度作出了规定。同时，我国民法典侵权责任编改变了传统民法典以加害人为中心构建侵权法的模式，转而采用了以受害人为中心的模式，也正是基于这一原因，我国民法典将侵权法独立成编，实现对受害人的全面救济。另一方面，民法典采取各种措施有效预防损害的发生。传统侵权法主要是对受害人遭受损害后提供救济，而现代侵权法越来越强调对损害的预防。可以说，现代侵权法除了具有补偿功能之外，其“重要机能在于填补损害及预防损害”。[46]所谓预防功能，是指侵权法通过规定侵权人应负的民事责任，来有效地教育不法行为人，引导人们正确行为，预防和遏制各种损害的发生，保持社会秩序的稳定和社会生活的和谐。侵权法之所以强调预防功能，一方面是因为大量的损害都具有外部性，损害往往由社会承担，而利益由行为人享有，尤其是受害人经常面临损害举证的困难，因而防患于未然也成为侵权法的功能之一。

我国民法典进一步强化了损害预防的功能，进一步适应了风险社会所提出的要求。在风险社会的风险控制中，通过制度建立“社会体系的信任”远比盲目崇拜个别专家要牢固可靠。[47]因此，我国民法典通过一系列制度的构建以实现风险社会中损害预防的目的，这具体表现在以下几个方面。一是侵权责任编进一步强化了预防性的责任形式。原侵权责任法在第二章第21条规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险的责任形式的适用。侵权责任编为强化预防性责任形式的地位和作用，将预防性责任形式提前，在规定归责原则后就规定了上述预防性责任形式，以此凸显预防性责任形式的重要性。二是在人格权编中增设禁令制度，预防未来损害的发生。我国民法典人格权编第997条明确规定了对于正在实施或者即将实施的侵害人格权的行为可以向法院申请禁令，以避免损害的发生或扩大。三是侵权责任编中新增了部分惩罚性赔偿归责。侵权责任编第1185条增设了侵害他人知识产权情节严重时的惩罚性赔偿，第1232条增设了故意污染环境和破坏生态造成严重后果的惩罚性赔偿。上述规范连同产品责任中的惩罚性赔偿规范，通过加大侵权成本发挥惩罚性赔偿的惩戒功能，有效达到预防损害的目的。四是侵权编修改了关于获利返还的规则。侵权责任编第1182条规定，在侵害人身权益造成财产损失的损害赔偿中，受害人可以从遭受的损失或侵权人获得的利益中进行选择。这一规定扩大了对受害人救济的力度，对侵权人形成了一定的威慑，有利于预防损害的发生。

#### 四、我国民法典注重回应和解决中国现实问题

德沃金指出，“法律是一种不断完善的实践”。[48]富勒认为，法律制度是一项“实践的艺术”。民法典的时代性还表现在它来源于实践而服务于实践，致力于回应现实的需求，解决现实的需要。

半个多世纪之前，庞德在评论中国的法典化及其实施工作时说：无论是制定民法典，还是解释和适用之，中国的法学家和法官切不可简单模仿其他国家的做法。相反，需要根据本国人民的人文观念和社会需求去制定和解释法律。毕竟，中国的法典需要服务于对中国社会语境下的社会关系的有效调整。伯尔曼等学者也认为，法律制度及其概念逻辑安排，重点应该放在对法律制度的社会功能上，应当立足于特定的社会语境，考虑如何通过法律制度的建构帮助恢复和维持理想的社会秩序。但每个社会的历史传统、社会观念和利害关系类型都可能不同之处，法律需要根据本土实际状况作出有针对性的安排。美国学者克鲁克洪曾指出：“法律是民族的历史、文化、社会价值观念和一般意识与认识的集中体现，没有两个国家的

法律是确切相同的，法律是文化表现的一种形式，而且如果不经过‘本土化’的过程，一种文化是不可能轻易地移植到另一种文化里面的。”[49]一百多年前，德国潘德克顿学派所制定的德国民法典是符合当时德国社会经济需要的，但它并不完全符合当前我国社会经济的需要，不能完全妥当地解决我国的现实问题。完全照搬他国模式无法实现我国民法典体系的科学性和合理性。从我国民法典的规定来看，其十分注重解决中国现实问题。

### （一）民法典有力地维护社会主义基本经济制度，并促进公有制与市场经济有机结合

我国是社会主义公有制国家，同时实行社会主义市场经济，公有制如何与市场经济结合，是人类历史上前所未有的新问题。我国民法典明确规定“城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有”（第 249 条）。同时，在第三分编单设用益物权制度，规定“国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，组织、个人依法可以占有、使用和收益”（第 324 条）。通过规定建设用地使用权等制度，通过市场的手段，使土地等资源进入市场，使资源得到效率最大化的配置和使用，发挥最大的价值。[50]用益物权本身能够在土地和自然资源等的利用过程中，引入市场机制，通过当事人的自由协商和有偿使用的机制，实现资源的最有效配置。

### （二）民法典有效协调了改革与立法的关系

法律求稳，改革求变，但两者并非必然矛盾的关系。在改革进入“深水区”和攻坚阶段后，利益格局面临深刻调整。要确保各项改革工作健康有序开展，各项全面深化改革措施顺利展开，改革必须依法进行，从而使改革事业在法治轨道上推进。随着改革的不断深化和市场经济的发展，法律规则体系需要与时俱进。我国民法典也需要与时俱进，及时反映改革的现实需要，确认改革的成果，引领改革的发展，与改革形成良好的互动关系。从我国民法典的规定来看，其许多规则都注重协调与改革之间的关系。尤其体现在，为适应产权制度改革的需要，民法典确立了财产权平等保护的规则（第 113 条），这就确立了产权制度改革的基本规则。为适应土地制度改革，民法典在建设用地上使用权、土地承包经营权、土地经营权等方面也确立了一些反映改革需要的规则。物权编在总结农村土地经营权改革的经验基础上，新增土地经营权制度（第 339—342 条）。物权编新增加居住权制度，充分满足人民群众对居住的需求，实现人们对住房的多样利用，有效发挥住房的经济功能和效用，尤其是可以作为住房制度改革的有效方式。采取居住权的模式来提供住房保障，在无需转移房屋所有权的同时，又能限制居住权人对住房的处分，可以有效解决经济适用房产权不清、利用保障性用房牟利等现实问题。[51]

### （三）民法典有效反映了市场经济发展中的新情况新问题，回应了市场经济的发展需要

首先，市场经济的发展需要强调交易安全与交易秩序的维护，最具有代表性的就是无权处分规则的设计。我国民法典改变了原合同法第 51 条的规则，确认了无权处分合同的效力，强化了对交易安全的保护。

其次，市场经济的发展也需要不断改善营商环境，良好的营商环境是促进经济平稳有序发展的前提和基础。更确切地讲，营商环境是在法治保障下的营商环境，其本质上就是法治环境，我国民法典的一些规则也体现了这一理念。例如，物权编对于担保制度的完善，使得融资的获得更为安全简便。

最后,市场经济的发展需要进一步强化私法自治,充分鼓励交易,维护交易安全。“私法自治给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定的可能性。这是私法自治的优越性所在。”[52]合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨,有力调动了市场主体从事交易的积极性。在尊重合同自由的基础上,进一步维护交易安全和交易秩序,形成了两者之间的协调,在两者发生冲突时,优先保护交易安全。同时,合同编为了适应实践的需要,增加了物业服务合同、保理合同等新类型的有名合同。

#### **(四)民法典有效推进了国家治理体系的现代化**

我国民法典通过一系列制度构建了完整的私权体系,这有利于激发个人活力和创造力,而不是将个人仅仅看作被管理的对象,从而充分发挥个人在国家和社会治理中的作用,为推进国家治理体系的现代化,为实现国家治理的目的、激发市场活力、促进社会经济的发展提供了制度保障。民法典采用赋权的方式,确认个人享有各项具体民事权利,使个人能够积极行使和主张权利,同时,在权利遭受侵害后,民法又通过各种民事责任形式对权利人提供救济,从而鼓励个人积极维护自身权利。这也有利于规范公权,因为依法行政的基本要求,就是行政机关不得非法侵害个人所享有的各项民事权利,否则就逾越了公权行使的界限,公权的行使也就失去了其正当性。因此,通过民法典对个人进行赋权,在一定程度上也有利于规范公权。此外,民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系。民法典强调对人的保护,但是个人无时无刻不处在社会之中,因此,对个人的保护不仅要从个人的维度展开,也要从社会的维度展开。这就要求,在对个人的保护中,同时应当强调公共利益的维护,以实现个人和社会之间关系的平衡。

#### **(五)民法典有效满足了人民群众美好幸福生活的需要**

民法典的编纂对人们的衣食住行等产生重要的影响。例如,我国民法典物权编对居住权制度作出了规定,这对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。合同编分则完善了租赁合同的规则,新增加优先承租权(第734条),这对于规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。同时,合同编分则还完善了运输合同的规则,对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。人格权编全面确认了个人所享有的各项人格权益,为个人人格权益的保护提供了民事基本法的依据。例如,人格权编规定了个人信息保护规则,这有利于规制擅自收集、利用个人信息的行为,实践中普遍存在的倒卖个人信息的行为也构成对他人个人信息权利的侵害,受害人可以通过人格权编的规则获得救济。再如,针对他人发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为,人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型,并明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中,禁止非法进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间,非法拍摄、录制、公开、窥视、窃听他人的私密活动,非法拍摄、窥视他人身体的私密部位,有利于保障社会生活的安定有序(第1033条)。侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则,这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为,有利于保证人们“舌尖上的安全”(第1207条)。该编还重点完善高楼抛物致人损害的责任,充分保障人们“头顶上的安全”(第1254条)。上述规则都能有效满足人民群众美好幸福生活的需要。

#### **(六)民法典有效总结了司法实践经验,解决司法实务中出现的新情况、新问题**

欧密拉指出：“法律欲不变成一潭死水，而欲活生生地在司法判决的过程中，正确地、合理地解决人类现实生活中永无止境的纷争，最重要的前提是，它必须能配合和适应人类各种不同的需要。”[53]我国民法典也积极总结司法实践经验，总结司法案例中的裁判立场，在尊重中国司法智慧的基础上，确立了一些规则。例如，关于名誉权的保护、人格权许可使用合同等，我国司法实践中积累了丰富的经验，我国民法典人格权编通过总结司法实践经验，细化了侵害名誉权的责任认定标准等名誉权保护规则，并规定了人格权许可使用合同等规则，进而为法院处理有关纠纷提供更明确的法律依据。

## 结语

民法是社会经济生活在法律上的反映，民法典更是一国生活方式的总结和体现。“法与时转则治”（《韩非子·心度》）。民法典要随时代的发展而变化，体现时代的精神，反映时代的特征，满足时代的需求，解决时代的问题，彰显时代性。在不同时期，立法所欲实现的目的有所不同，即便是在立法所意图实现的目的不变的情况下，由于社会生活的变化，也可能需要创造新的规范以实现这一目的。[54]无论是法国民法典强调所有权的绝对不受限制，还是德国民法典对财产权进行必要限制，都体现了保护财产的目的，但因不同时代而有不同的侧重。这表明，民法典彰显时代性，需要从时、空两个维度加以理解，一是在时间维度上与时俱进，二是在空间维度上因地制宜。

在人类社会已经进入21世纪的今天，我国民法典是全世界最新的民法典，它顺应社会发展的变化，从中国的实际情况出发，在借鉴两大法系经验的基础上，构建了具有中国特色的体系和制度。我国民法典充分彰显了时代性，既反映了时代精神，又体现了时代特征，还解决了现实问题，它不仅能够真正从制度上保证市场经济的发展和完善，为市场经济健康有序的发展奠定坚实的基础，将为我国在21世纪经济的腾飞、文化的昌明、国家的长治久安提供坚强有力的保障，还为世界民法典体系构建提供了中国方案，作出了我们应有的贡献。如果说19世纪初的法国民法典和20世纪初的德国民法典的问世，在世界民法发展史上具有典范的意义，那么21世纪中国民法典的出台，也必将在世界民法发展史上留下光辉篇章，有望于垂范久远。

## 小区共有部分收入有哪些？收入归谁？《民法典》有答案！

作者：楚静 常佳敏 作者单位：北京三中院 来源：京法网事

医美、瘦身、培训、搬家、装修、电商活动……小伙伴们是不是也经常在自己家小区的电梯里、房屋外墙上、门闸、道闸上看到这些广告呢？

在这个信息爆炸、广告传媒覆盖率极高的时代，各色广告在我们生活中随处可见，但作为小区业主的你有没有想过，**这些投放在小区公共区域的广告由谁管理？产生的收益都去哪了呢？**

生活中，大多数是小区物业管理公司和广告商之间签订协议并收取、管理广告费，而业主很难获得这部分利益。而随着《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)生效和实施，小区业主主张共有部分收益将有更加明确的法律依据，小伙伴们快来看《民法典》是如何保护业主权益的吧。

### 《民法典》对小区共有部分收入的规定

《民法典》对于小区共有部分收入有了新规定!《民法典》第二百七十一条延续《中华人民共和国物权法》第七十条的规定，“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”。为了更好地保护业主对于小区共有部分的权利，《民法典》二百八十二条新增加一条关于业主共有部分产生收入归属的规定，“建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有”。有了这条法律规定，以后业主向小区物业管理公司或其他管理人主张共有部分的收入，就有更为明确的法律依据了。

### 小区内哪些部分属于业主共有，哪些不是呢？

说到小区业主共有部分，我们首先要先了解“建筑物区分所有权”这个概念，“**建筑物区分所有权**”是指业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分的所有权以及对专有部分以外的共有部分的共有和共同管理权。当你购买了某小区的房屋后，除了对自己的房屋享有所有权外，还对小区共有部分享有共有和共同管理的权利。《民法典》第二百七十四、第二百七十五条、《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第三条明确规定，**属于业主共有的部分包括：(1)建筑区划内的道路，但是属于城镇公共道路的除外；(2)建筑区划内的绿地，但是属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外；(3)建筑区划内的其他公共场所、公用设施；(4)物业服务用房；(5)占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位；(6)建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；(7)其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。**

### 利用共有部分可以产生的收益及分配规则

利用小区共有部分进行营利的形式多种多样，如电梯、门闸、道闸、建筑外墙等公共区域的广告收益；小区公共区域的停车费收益；小区公共区域内出租的摊位收益；

利用小区公共配套设施如球场、游泳池、活动室等的经营收入；自动售卖机的场地费；快递柜入场费等等，这些收益在扣除合理的成本之后，都应属于小区业主公有收益，要纳入全体业主的钱袋子。但收益不是按照业主人数平均分配的，根据《民法典》第二百八十三条的规定，对于这部分收益的分配，有约定的按照约定，没有约定或者约定不明确的按照业主专有部分面积所占比例分配，也就是说，专有部分面积所占比例越大的业主，可以分得的收益就越多。

### 法官提示

有了《民法典》保障业主共有部分收益权，生活中又多了一笔小收入，是不是抑制不住地有点小激动呢？但是，现实生活中我们想要获得这部分收益却常常遇到各种各样的障碍。

### 购房合同中的“霸王条款”问题

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，格式条款在购房合同中十分常见。很多业主在签订购房合同之时，注意到合同中有类似“本项目物业建筑体之外墙面、屋面、建筑体内部的共有部分所设广告位的经营权和收益权归出卖人享有”这样的格式条款，但由于购房人在签订房屋买卖合同过程中处于谈判的弱势地位，为了顺利购买房屋，亦会与出卖人签订对方提供的格式合同文本。法官提示大家，根据《民法典》第四百九十六条的规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款无效。《民法典》第四百九十七条规定，有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。对于购房合同中约定的“小区共有部分收益归出卖人享有”或其他限制、排除业主相关权利的条款，可能属于无效条款。

### 业主的知情权

业主对共有部分享有共有和共同管理的权利，其当然享有共有部分收益的知情权，根据《民法典》第九百四十三条的规定，物业服务人应当定期将业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告，以及《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十三条的规定，业主请求公布、查阅共有部分的使用和收益情况等应当向业主公布的情况和资料的，人民法院应予支持。当小区物业公司或其他管理人不按时主动公开共有部分收益情况时，作为业主的你，可以要求其进行公开，捍卫自己的知情权。

### 业主的请求权

如果小区物业擅自利用业主共有部分进行营利，拒不向业主公布经营与收益情况，拒不向业主分配利益时，业主应该如何保护自己的合法权益呢？《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第七条规定，改变共有部分的用途、利用共有部分从事经营性活动、处分共有部分，以及业主大会依法决定或者管理规约依法确定应由业主共同决定的事项，应当认定为物权法第七十六

条第一款第(七)项规定的有关共有和共同管理权利的“其他重大事项”，由业主共同决定。据此，物业服务企业或其他接受业主委托的管理人利用小区业主共有部分进行的经营性活动，属于法定的应由业主共同决定的事项。对业主共同决定的事项主张权利时，应由全体业主或业主大会委托的业主委员会或其他可以代表全体业主利益的单位及组织主张。

## 涉及物业服务合同的4个要点变化

来源：北京市第二中级人民法院 作者：袁芳



王阿姨收到催收物业费微信，心里犯起了嘀咕，今年发生了几档子事，她在犹豫这物业费交还是不交？

事件一：王阿姨买的房是新房。收房的时候，王阿姨看见小区里有工作人员在保洁，喷洒消毒液。王阿姨心想：这也没跟物业签过合同，也没有委托物业公司，这些人都是谁请的？

- 未签合同，是不是不用交这物业费了？

《民法典》这样回答：

《民法典》第九百三十九条的规定，建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，对业主具有法律约束力。

王阿姨房屋所在小区是新建小区,小区建成与业主收房签订正式物业服务合同往往存在一定的时间差,在此期间也需要对小区内的建筑物及其附属设施进行维修养护,对小区环境卫生和相关秩序进行管理维护。因此,虽然业主未签订正式物业服务合同,但开发商委托的前期物业公司在提供物业服务后,小区业主应当交纳物业费。

**事件二:王阿姨听说隔壁邻居放在楼下的电动车被偷了,小偷还一直没抓着。王阿姨心想:小区这治安也不行啊,这就不应该交物业费了吧。**

- 小区发生了偷盗事件,业主是否可以不交纳物业费?

《民法典》这样回答:

《民法典》第九百四十二条规定,物业服务人应当维护物业服务区域内的基本秩序,采取合理措施保护业主的人身、财产安全。对物业服务区域内违反有关治安、环保、消防等法律法规的行为,物业服务人应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理。

小区物业服务公司应当采取保安定时巡检、在公共区域安装安防监控等方式维护小区的治安。小区发生偷盗事件后,物业公司应向有关行政主管部门报告,提供小区监控录像、安保巡检记录等,协助有关行政主管部门处理偷盗事件。如果物业公司能提供证据证明其已经尽到上述义务,业主则不能以小区发生偷盗事件为由拒付物业服务费。

**事件三:阿姨家在一层,从来没有使用过电梯。对于物业保洁服务,王阿姨也认为自己无需接受这项服务。所以王阿姨觉得电梯费养护费用、部分保洁费用自己都不应当支付。**

- 王阿姨应该交这些电梯养护费和保洁费吗?

《民法典》这样回答:

《民法典》第九百四十四条规定,业主应当按照约定向物业服务人支付物业费。物业服务人已经按照约定和有关规定提供服务的,业主不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由拒绝支付物业费。

物业公司提供服务内容包括对小区建筑物及其附属设施的维修养护,对小区环境卫生和相关秩序的管理维护。除日常小区保洁、保安、绿化、垃圾清运外,还有很多难以被业主直接所见的隐蔽工程,例如供暖设备、隐蔽管道的清理养护,电梯的定时定检等。物业服务费标准系业主和物业服务公司协商后综合核定,物业管理行业协也会定期发布物业服务项目成本信息和计价规则供协商时参考。业主在小区内居住生活,事实上已经享受了物业公司提供的各项服务,与物业公司形成了物业服务法律关系,不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由,拒绝支付物业费。

**事件四:有一天,王阿姨坐电梯时发现电梯里装了块电子屏,循环播放着某课外机构“XX辅导”、某4S店还有XX超市的广告。**

- 王阿姨又犯起了嘀咕:这打广告肯定给物业广告费了,电梯应该是业主共有设施,物业能收这钱吗?

《民法典》这样回答:

《民法典》第九百四十三条规定,物业服务人应当定期将服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况,以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告。

小区内电梯、楼道、道路等公共区域属于业主共用范围，物业公司利用业主共有部分进行经营的，应当公共收益单独列账，并及时向业主公示。根据《北京市物业管理条例》的规定，公共收益归全体业主所有。专项维修资金余额不足首期应筹集金额百分之三十的，百分之五十以上的公共收益金额应当优先用于补充专项维修资金，剩余部分的使用由业主共同决定。

如果王阿姨对小区开发商委托的前期物业公司存在各种不满，是有权更换物业公司的。《民法典》第九百四十条规定，建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。

如果王阿姨对新更换的物业公司仍不满意的话，按照《民法典》第九百四十六条的规定，王阿姨还可以联合业主召集业主大会，共同决定解聘物业服务公司，解除物业服务合同等事宜。新老物业公司交替期不是物业服务的“空窗期”，《民法典》为保障业主这段期间的权利，第九百五十条还规定了在业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主接管之前，原物业服务人应当继续处理物业服务事项，并可以请求业主支付该期间的物业费

## 《民法典》关于婚姻家庭的20个法律要点(含结婚、离婚、子女抚养等)

来源:《〈中华人民共和国民法典·婚姻家庭编〉释义》法务之家、河北高院

婚姻是家庭的基础、家庭是社会的细胞,婚姻家庭伴随人的一生;婚姻家庭法律制度,是规范婚姻关系和家庭关系的基本准则,与每一个人息息相关。

### 《民法典·婚姻家庭编》

是公民权利的宣言书和保障书  
也是婚姻家庭生活的“百科全书”  
它针对婚姻家庭领域内的新情况、新问题  
在结婚、离婚、子女抚养教育等方面  
完善了相关规定  
形成了立法中的若干新规定  
这些新规定包括但不限于以下内容

#### 01

明确规定“婚姻家庭受国家保护”,在重申婚姻自由、一夫一妻、男女平等婚姻家庭领域的基本原则和规则的基础上,强调树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设。

#### 02

发挥家庭的弱者保护功能,强调对于未成年人、老年人、妇女和残疾人在婚姻家庭中合法权益的保护。如在离婚制度中规定“离婚时,如果一方生活困难,有负担能力的另一方应当给予适当帮助”;在收养制度中增加最有利于被收养人的原则,等。

#### 03

明确界定了亲属、近亲属、家庭成员的范围。亲属包括配偶、血亲和姻亲;配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属;配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。

#### 04

不再将“患有医学上认为不应当结婚的疾病”作为禁止结婚的情形,同时增加规定一方隐瞒重大疾病的,另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

#### 05

将受胁迫一方请求撤销婚姻的期间起算点由“自结婚登记之日起”修改为“自胁迫行为终止之日起”。在被胁迫而结婚的情况下,受胁迫人向人民法院请求撤销婚姻的,应当自胁迫行为终止之日起一年内提出;在被非法限制人身自由的情况下,当事人请求撤销婚姻的,应当自恢复人身自由之日起一年内向人民法院提出。

## 06

为保护婚姻关系中无过错方的利益,增加规定婚姻无效或者被撤销的情况下,无过错方有权请求损害赔偿。

## 07

增加了夫妻间的家事代理权的规定,即夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为,对夫妻双方发生效力,但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

## 08

针对夫妻共同债务认定难、清偿难以及“被举债”的情况,明确了夫妻共同债务的认定及范围。夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务;夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务,但是债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

## 09

针对婚姻关系之外生育子女、通过人工辅助生殖技术生育子女以及其他对于父母子女关系存在异议的情况,规定了亲子关系的确认和否认之诉。

## 10

回应离婚率走高的社会现实,针对轻率离婚、“闪婚闪离”等现象,增加了协议离婚时的冷静期制度。

## 11

针对离婚诉讼中出现的“久调不判”问题,在离婚理由中增加规定,经人民法院判决不准离婚后,双方又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,人民法院应当准予离婚。

## 12

关于离婚后子女的抚养,明确规定“不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则”,以增强法律的可操作性。

## 13

将夫妻采用法定共同财产制的情形,纳入适用离婚经济补偿的范围,以加强对家庭负担较多义务一方权益的保护,在立法中承认家务劳动的社会价值。即夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当给予补偿。

## 14

将夫妻一方“有其他重大过错”规定为离婚损害赔偿的适用情形。

## 15

扩大被收养人的范围,删除被收养的未成年人仅限于不满十四周岁的限制,符合条件的未成年人均可被收养。

16

与国家计划生育政策的调整相协调,将收养人须无子女的要求修改为收养人无子女或者只有一名子女。

17

进一步强化对被收养人利益的保护,明确规定“禁止借收养名义买卖未成年人”,并在收养人的条件中增加了具有保护被收养人的能力以及“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”。

18

强调尊重未成年的被收养人的意愿。在《民法典·总则编》将限制民事行为能力的未成年人年龄下限从十周岁调整为八周岁的前提下,相应扩大了收养、解除收养关系应当遵从其意愿的被收养人的年龄范围,从“十周岁以上”调整为“八周岁以上”。

19

无配偶者收养异性子女时收养人与被收养人年龄应当相差四十周岁以上的要求,不再限于男性收养女性的情形。

20

增加“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估”的规定。

## 注意！民法典十个重大变化及最详解读

来源：iCourt 法秀，转自：张店法律援助，张店区司法局微信公众号

《民法典》出台至今，每位法律人都在争分夺秒地学习。《民法典立法解读》，来自我国权威立法机构，涵盖 201.7 万字的实务精华，《民法典》的 1260 个法律条文进行了详细解释，内容权威、全面、具体，准确反映民法典立法宗旨，精准提炼法律条文的内核旨义。

今天，我们从《民法典立法解读》的原文中，提取了对法律实务有重要影响之“十大修订”的立法解读，供各位法律读者们从立法者视角深入学习。

### 文章目录

- 一、保证制度的变化 (P 第 686 条 P 第 406 条 P 第 530 条)
- 二、抵押权的变化 (P 第 406 条)
- 三、情势变更制度的确立 (P 第 530 条)
- 四、违约方解除权 (P 第 580 条)
- 五、选择之债 (P 第 515 条 P 第 516 条)
- 六、个人信息保护 (P 第 1034 条)
- 七、格式条款 (P 第 496 条 P 第 497 条 P 第 498 条)
- 八、新增居住权 (P 第 366 条 P 第 367 条)
- 九、定金责罚的变化 (P 第 587 条)
- 十、保理合同 (P 第 761 条)

### 第六百八十六条

保证的方式包括般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照般保证承担保证责任。

**法条主旨：本条是关于保证式的规定。**

解读：保证的式被分为般保证和连带责任保证。般保证是指当事人在保证合同中约定，在债务不能履行债务时，保证承担保证责任的保证。连带责任保证是指当事人在保证合同中约定保证与债务对债务承担连带责任的保证。这两种保证之间最大的区别在于保证是否享有先诉抗辩权。在般保证的情况下，保证享有先诉抗辩权，即般保证的保证人在就债务的财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。在连带责任保证的情况下，保证人不享有先诉抗辩权，即连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

上述情况表明，保证在不同的保证式中所处的地位不同，其利益受到法律保护的程度上也有差异。般保证在保证中的地位较为优越，往往并不实际承担任何责任，债务是债务履行的第一顺序，保证则是债务履行的第二顺序，保证在债务履行不能或者不能完全承担责任时，对债务人承担补充责任。保证在连带责任保证中的地位不太有利，只要债务人在主合同规定的履行期届满没有履行债务的，债权人既可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。于此情形，法律对保证和债务同等要求。既然如此，保证承担何种式的保证责任就显得十分重要，需认真对待，最好是在保证合同中明确约定。但当事人对保证式没有约定或者约定不明确的，按照般保证承担保证责任。

《担保法》第19条规定，当事对保证式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。《民法典》彻底修改了这规定，有四个主要原因：

第一，从较法上来看，在承认般保证和连带责任保证区分的法例中，绝部分国家均规定在没有约定或者约定不明确时，按照般保证承担保证责任，即承认保证有先诉抗辩权是常态，优先选择连带责任保证的法例较为少。

第二，没有约定或者约定不明确的按照连带责任保证承担保证责任的式在司法实践中已经引发定程度的混乱。实践中，尤其是在民间借贷的案件中，很多当事是出于情关系为他的借款提供保证，但因为债权实现的债权时先考虑的是债务还是保证的财产更有利于执的问题，所以很可能出现主债务下落不明或有财产但不便执时，债权直接请求保证履保证责任请求债务履债务的情况，这样导致保证本来只是基于情关系为他提供保证，但最终主债务的财产未被执保证的财产先被执。相对于主债务，保证的财产往往更容易被执或变现，这样使得保证可能落个相当不利的境地。另外，当保证承担保证责任之后，需要保证向主债务追偿，很可能导致保证与主债务之间情关系破裂。没有如此强的履债务必要性的保证履了债务的主要部分，同时恶化了保证与主债务之间的关系，引发了很多现实中的混乱。

第三，连带责任是种加重责任，对于承担连带保证责任的当事较为严厉，对于这种加重责任，原则上应当由当事约定或者基于极为特殊的考虑，否则动辄让当事承担连带保证责任也是不公平的。

第四，从现实情况看，推定保证承担连带责任，对于实体经济影响较，实践中因推定连带保证责任，导致“连环债”“三债”较多，家企业倒闭，多家企业倒闭的现象不断出现，对企业正常的产经营和整体经济造成了较负影响。

基于上述原因，《法典》最终选择回归法传统，使当事之间没有特别约定或者约定不明时，以般保证来处理。同时，本条是任意性规范，如果当事选择加强对债权实现的保护时，可以特别约定保证的保证式为连带责任保证。连带责任保证需要特别约定，相当于是否承担连带保证责任需要经过保证同意，避免保证因不懂法律使落个相当不利的境地；精通法律的商事主体没有这问题，如有需求，然会约定为连带责任保证。

#### 第四百零六条

抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

**法条主旨：本条是关于抵押期间转让抵押财产的规定。**

解读：抵押权是不转移财产占有的物权。传统理论认为，抵押期间，抵押不丧失对物的占有、使、收益和处分的权利。抵押转让抵押财产的，抵押权对转让的抵押财产具有物上追及的法律效。如，甲向借款时，为担保借款的偿还将房屋抵押给，之后将该房屋卖给丙，如果债务履期限届满甲没有向归还借款，有权拍卖或者变卖丙所购买的房屋，并就拍卖或者变卖所得的价款优先受偿。上述理论和做法有利于加速经济流转，更好地发挥物的效，但也使抵押权和抵押财产的买受承担了定的险。如，抵押转让已抵押但没有办理抵押登记的汽，买受根据善意取得的规定取得该汽所有权的同时，抵押权消灭，抵押权就法实现了。如，转让负有抵押权的财产，抵押权有权就受让买受的抵押财产实现抵押权，就可能出现买受因抵押权的实现丧失买受的抵押财产，法从抵押处取回已付的转让价款的情况。因此，在设计抵押期间抵押财产的转让规则时，既需要考虑发挥物的效，要维护抵押权和抵押财产买受的合法

权益，作出符合我国实践情况的规定。我国事法律中关于抵押期间抵押财产的转让规则经历了以下变化：

### 一、物权法的有关规定

《物权法》第191条规定：“抵押期间，抵押经抵押权同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押所有，不部分由债务清偿。”“抵押期间，抵押未经抵押权同意，不得转让抵押财产，但受让代为清偿债务消灭抵押权的除外。”

《物权法》的上述规定表明：

抵押期间，抵押转让抵押财产的，应当经抵押权同意，同时，要将转让所得的价款向抵押权提前清偿债权或者提存。

抵押期间，未经抵押权同意，不得转让抵押财产。除受让替抵押向抵押权偿还债务消灭了抵押权。按照该条的制度设计，转让抵押财产，必须消除该财产上的抵押权。既然买受取得的是没有物上负担的财产，也就不再有物上追及的问题。

《物权法》这样规定的主要理由是：

第一，财产抵押实际是以物的交换价值担保，抵押财产转让，交换价值已经实现。以交换所得的价款偿还债务，消灭抵押权，可以减少抵押财产流通过程中的险，避免抵押利制度设计的漏洞取得不当利益，更好地保护抵押权和买受的合法权益。

第二，抵押财产的价值是随着市场价格波动的，与其为抵押权的实现留下不确定因素，不如在转让抵押财产时，就将转让所得的价款向抵押权提前清偿或者提存。

第三，转让抵押财产前就取得抵押权人同意，可以防以后出现的系列烦，节省经济运成本，减少纠纷。

### 二、《民法典》物权编对抵押期间抵押财产转让规则的修改

《物权法》没有规定抵押财产转让时抵押权的物上追及效，是要求将转让价款向抵押权提前清偿债务或者提存。在《法典》物权编的法过程中，有的意提出，《物权法》的规定存在以下问题：

一是抵押权是存在于抵押财产上的权利，是属于权利的绝对权，抵押权对抵押财产具有追及效是其物权属性的体现，应当予以明确规定；

二是要求抵押将转让抵押财产的价款提前清偿债务，违背了抵押权作为担保物权具有的或然性特征，设定抵押不是债务承担或者债务替代，提前清偿债务损害抵押的期限利益，在第三作为抵押的情形中尤其不公正，法只需考虑抵押处分抵押财产时是否会损害抵押权，再赋予抵押权相应的救济段；

三是转让抵押财产，必须消除该财产上的抵押权，影响了交易实践的发展，尤其是在房屋按揭买卖中，需要先由买受付部分款项，以供出卖提前清偿按揭贷款从涂销抵押权，再由买受与银签订抵押贷款合同，重新办理抵押登记，增加了交易成本。建议规定抵押期间抵押转让抵押财产的，抵押权不受影响，只有在转让为有可能损害抵押权时，抵押权可以要求抵押提前清偿债务或者将转让价款提存。

对于上述法建议，有部和单位认为，允许抵押财产不经抵押权同意转让可能有以下不利影响：

一是增加了债务的道德险，在不清偿债务或提存的情况下，允许抵押转让抵押财产，转让后的财产所有与债务直接关联，将削弱因财产担保对债务产的约束，进影响债务的偿还。

二是影响抵押权的实现，虽然该建议明确了抵押权的追及效，但是抵押权对因抵押财产转让给第三导致抵押财产处置困难的情况缺乏控制，可能增加抵押权的权利使成本。

我们研究认为，如果当事设抵押权时进了登记，受让可以知悉财产上是否负担抵押权，受让知道或者应当知道该财产上设有抵押权仍受让的，应当承受相应的险；如果当事设抵押权时没有进登记，则不能对抗善意的受让，受让将获得没有抵押负担的财产所有权。随着我国不动产统一登记制度的建以及动产抵押登记制度的完善，抵押转让抵押财产时抵押权和抵押财产的买受可能承担的险降低，为了充分发挥物的效，促进交易便捷，应当允许抵押在抵押期间转让抵押财产并承认抵押权的追及效。同时，应当允许当事对抵押期间能否转让抵押财产另约定，以平衡抵押与抵押权之间的利益，保护抵押权为使抵押权作的预先安排，尊重当事之间的意思治。为此，《法典》各分编草案审稿第197条曾规定：“抵押期间，抵押转让抵押财产的，应当通知抵押权。当事另有约定的，按照其约定。”“抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押权能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押将转让所得的价款向抵押权提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押所有，不部分由债务清偿。”

在《法典》物权编经全国常委会审议以及公开征求意见的过程中，些意提出，草案修改了《物权法》中抵押期间抵押财产转让的相关规则，承认了抵押权的追及效，删除了未经抵押权同意不得转让抵押财产的规定，值得肯定。但是该条第1款规定的“抵押转让抵押财产的，应当通知抵押权”，通知抵押权到底有何实际作，是否影响抵押财产转让的效，值得考虑。依追及效规则，不管通知与否，抵押权的效均不受影响，那么通知便没有太意义。第1款还规定“当事另有约定的，按照其约定”，该约定是指可以不通知，还是约定抵押财产不得转让，也存在疑问。经研究，提交三届全国常委会五次会议审议的《法典草案》为避免产歧义，将抵押期间抵押财产的转让规则作了修改完善，在草案第406条规定：“抵押期间，抵押可以转让抵押财产。当事另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。”“抵押转让抵押财产的，应当及时通知抵押权。抵押权能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押将转让所得的价款向抵押权提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押所有，不部分由债务清偿。”该条最终成为了《法典》物权编的条。

根据本条规定，抵押对其所有的抵押财产享有占有、使、收益、处分的权利，抵押期间抵押可以转让抵押财产，不需要经过其他的同意。如果抵押权与抵押在设抵押权时约定抵押在抵押期间不得转让抵押财产，那么抵押不能转让抵押财产，但是该约定不得对抗善意受让。抵押财产转让的，抵押权不受影响，即论抵押财产转让到哪，也论抵押财产的受让是谁，抵押权对该抵押财产享有抵押权，在实现抵押权的条件成就时，可以追及该抵押财产并就抵押财产进变价和优先受偿。

由于抵押权并不占有、控制抵押财产，因此对于抵押财产的状态和权属状况不可能随时知悉，因此本条对抵押规定了在转让抵押财产时及时通知抵押权的义务。抵押如果在转让抵押财产时未及时通知抵押权，虽然不影响抵押权的效，但是如果因未及时通知造成抵押权损害的，应当承担赔偿责任。抵押转让抵押财产的，抵押权虽然对该财产具有追及效，但是在些情况下抵押财产的转让有可能损害抵押权的利益。例如，某甲将其常活所的汽抵押给某并进了登记，后来将该汽转让给某丙于营业途，由于汽途的改变会加汽的损耗，汽的价值也会相应降低，尽管汽转让后某对该汽仍享有抵押权，但是在其实现抵押权时，汽的价值可能已经贬损到不能完全清偿其债权。在这种情况下本条规定，抵押权能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押将转让所得价款提前清偿债务或者提存。

### 第五百三十三条

合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人方明显不公平的，受不利影响的当事可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

**法条主旨：本条是关于情势变更制度的规定。**

解读：情势变更制度是指合同依法成后，客观情况发了法预的重变化，致使原来订合同的基础丧失或者动摇，如继续履合同则对当事明显不公平，因此允许变更或者解除合同以维持当事之间的公平。

### (一) 境外法情况

在国际范围内，情势变更制度经历了个从不受重视甚抵触到逐步接受、普遍在法律上作出规定的过程。早期的法典强调合同严守原则，多数在制定之初都没有规定这制度。进20世纪后，情势变更制度开始受到重视。战和战期间，物价涨、货币贬值等导致合同履显失公平问题量出现，根据当时法律规定却法解决，德国等国家通过判例和学说确了情势变更制度，制定较晚的意大利、葡萄牙等国法典则明确规定了情势变更制度。

为了更好应对实践需求，德国也最终在2002年债法改中以“交易基础的障碍”为名将情势变更制度纳《德国法典》。《德国法典》第313条规定，已成为合同基础的情势在合同订后发了重变更，假使双当事预到这变更就不会订合同或会以不同的内容订合同的，可以请求改订合同；合同的改订为不可能或对来说是不能合理地期待的，受不利益的可以解除合同。

对情势变更制度法态度的改变，较典型的还有法国。在法国，期以来直担情势变更制度会冲击合同严守原则，司法实践中更是严格解释《法国法典》第1134条“依法成的契约对于缔结契约的，有相当于法律之效”，对情势变更制度持排斥态度。1876年法国最高法院在著名的克拉波尔运河案中认为：“法典第1134条确的规则是普遍性的、绝对性的，其规范着继续性合同，法院不可考虑时间、境况因素以修改当事人的合同，以及在当事人已经由接受的合同条款中替代些新的条款，论法院的判决看起来多么公平。”这裁判规则得以延续百年，在随后的判例中，最高法院直是不承认合同领域适情势变更制度的。但随着时间的推移和实践的发展，这观念也发了重变化，理论和实践中都逐步认识到规定情势变更制度的必要性，2016年法国通过债法改最终在法典中对情势变更制度作了明确规定。修改后的《法国法典》第1195条规定，如果发了在合同订时不可被预计的情势变化，导致当事人的履成本过于巨，并且该当事人并未接受此种险，其可请求对重新磋商合同。在重新磋商过程中，债务的履并不得因此中。在磋商被拒绝或者重新磋商失败的情况下，双可以共同确定合同解除的条件及时间，也可以共同请求法官对合同进调整。双在合理期限内仍未达成协议的，法官在当事人的请求下，可以按照法官确定的条件以及时间变更或者终合同。

我国台湾地区“法”也对情势变更制度作了规定。我国台湾地区“法”第227-2条规定，契约成后，情势变更，当时所得预料，依其原有效果显失公平者，当事人得申请法院增、减其给付或变更其他原有之效果。

英美法系则发展出合同落空制度，以解决因客观原因造成的合同不能履和履显失公平的问题。此外，《国际商事合同通则》(第6.2.2条、第6.2.3条)、《欧洲合同法原则》(第6:111条)、《欧洲范法典草案》(第3-1:110条)等国际范法都规定了情势变更制度。

### (二) 我国法和司法实践情况

合同法未规定情势变更制度。在1999年《合同法》起草过程中，就是否规定情势变更制度直有争论。持规定情势变更制度的观点认为，合同订后应当严格遵守，但出现异常情况，导致当事人订合同的基础发变化，这种变化是当事人订合同时不能预并不能避免的，由此产当事人之间的利益重失衡。在这种情况下，坚持严格信守合同是不公平、不合理的，应当允许当事人根据新情况重新就合同条款进协商；协商不成的，可以请求法院变更或者解除合同。反对规定情势变更制度的观点认为，划分情势变更和正常商业险的界限分困难，规定情势变更制度

可能成为有的当事人不履行的借口，在合同法中不宜规定情势变更制度。情势变更制度曾度写入当时的《合同法》草案，但在该草案表决前夕因为争议较大，最终删去了情势变更制度。1999年3月，《合同法》通过前夕，第九届全国法律委员会作出的《关于〈中华人民共和国合同法(草案)〉审议结果的报告》中提出：“三、关于情势变更制度。这是个很复杂的问题，在合同法起草过程中，就有不同意见。这次会审议，不少代表提出，根据现有的经验，对情势变更难以作出科学的界定，且和商业险的界限也难以划清，执时更难以操作，实际上只有在常特殊的情况下才能适用情势变更制度，现在在合同法作出规定条件尚不成熟。法律委员会经过反复研究，建议对此不作规定。”

2008年源于美国次贷危机的国际金融危机席卷全球。为了解决受金融危机影响的合同纠纷，适应司法实践的发展需求，2009年最高法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》规定了情势变更制度，以应对合同原有的利益平衡受经济激烈动荡的影响出现的不公平问题。该司法解释第26条规定，合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时未预见的、不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求法院变更或者解除合同的，法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情形确定是否变更或者解除。

### (三)情势变更制度的适用条件与法律效果

在《民法典》合同编草案起草过程中，对是否规定情势变更制度也有些争论，但总体来看，多数意见认为有必要规定情势变更制度。本条根据国际法趋势，参考境外法例，在总结我国司法实践经验的基础上，明确规定了情势变更制度，对情势变更制度的适用条件及法律效果作了规定。

#### 1. 情势变更制度的适用条件

依照本条规定，情势变更制度的适用需要满足以下基本条件：

一是合同成立后，合同的基础条件发生了重大变化。

第二，这种重大变化是种客观情况，要达到以动摇合同基础的程度。哪些客观情况能称为该“重大变化”，要根据客观情况本身及其对合同基础的影响等进行具体判断。

第三，这种重大变化应发生在合同成立后履行完毕前的期间内。如果这种重大变化发生在履行完毕后，合同权利义务因履行完毕终止，就没有调整合同权利义务的必要和可能。

第四，这种重大变化应当是当事人在订立合同时未预见的。如果当事人在订立合同时能够预见或者应当预见但没有预见，或者虽然预见到但没有反映到合同权利义务关系的设定上，由此产生的不利后果均由该当事人承受，不能适用情势变更制度对合同关系进行调整。

第五，这种重大变化不能属于商业风险。对于合同履行过程中的商业风险，按照谁决定、谁负责的原则，遭受不利的当事人应当承担不利后果。某客观情况的变化是属于正常的商业风险，还是属于可引起情势变更制度适用的“重大变化”，法律未划定统一的标准，只能在具体个案中综合各种情况作具体判断，不能单纯以价格涨跌幅度、合同履行难易等作简单判断。

六是继续履行合同对于当事人明显不公平。意思自治是合同法的基础，当事人之间的合同是当事人意思自治的产物，应当得到当事人严格遵守。情势变更制度是为了实现合同正义，对当事人意思自治所作的调整，但这种调整必须限制在常必要的情形内。合同严守是原则，情势变更制度只能是例外。只有在继续履行合同对于当事人明显不公平时，才可能适用情势变更制度，对当事人之间的权利义务关系进行调整。

#### 2. 情势变更制度的法律效果

满足以上情势变更制度适用条件的，可以产生以下法律效果：

二是受不利影响的当事有权请求与对重新协商。对于因情势变更造成的双权利义务严重失衡的状态，受不利影响的当事请求与对协商的，对应当积极回应，参与协商。双当事应依据诚信，本着公平原则，重新调整权利义务关系，变更或者解除合同。

三是双当事在协商过程中，就合同的变更或者解除达不成致意，协商不成的，当事可以请求法院或者仲裁机构作最终裁断。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，判断是否符合情势变更制度的适条件，对此法院或者仲裁机构应当严格掌握，避免当事以情势变更制度作为逃避履约的借，损害合同的效和权威，破坏正常的交易秩序。符合情势变更制度适条件的，法院应当根据公平原则，就变更合同还是解除合同，变更合同、解除合同后的法律后果等作出裁断。尤其需要注意的是，适情势变更制度变更或者解除合同，与当事依照合同编第562条和第563条规定主张解除合同，存在实质不同。当事依照合同编第562条和第563条规定分别享有的是约定解除权和法定解除权，是当事本所享有的事实权利。当事使合同解除权，可以直接通知对解除，通知到达对时，合同解除；当事依法提起诉讼主张解除合同的，法院判决解除合同是对当事本所享有的合同解除权的确认，系确认之诉。情势变更制度是对当事权利义务显著失衡状态所作的必要调整，当事本并不享有实体法意义上的合同解除权或者变更权，当事仅在程序上可以向法院或者仲裁机构提出请求，仅是对变更或者解除合同存有某种可能性，最终是否变更或者解除合同、是否有必要对当事人的权利义务进行调整及如何调整，由法院或者仲裁机构审酌判定。

#### (四)情势变更制度和不可抗制度的联系与区别

本条是关于情势变更制度的规定，合同编第590条是关于不可抗制度的规定。合同编第590条规定：“当事因不可抗不能履合同的，根据不可抗的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗不能履合同的，应当及时通知对，以减轻可能给对造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。当事迟延履行后发不可抗的，不免除其违约责任。”在合同编制定过程中，对情势变更制度和不可抗制度之间的关系进行了研究讨论。

合同编规定的情势变更制度和不可抗制度之间的关系，可以从以下个予以理解：

不可抗制度和情势变更制度具有相同之处：

一是者均商业险，也都是当事事先法预的情形；

二是者的发及其影响均不可归责于当事；

三是者均可能对合同的履和责任承担造成影响，并产相应法律后果；

四是者对于合同的影响均出现于合同订之后履完毕之前。但者毕竟是两种不同的制度，具有很多不同之处。

一是制度价值不同。不可抗制度，主要是种免责事由，是因发了双当事均不能预、不能避免、不能克服的客观现象造成的损失，且双均过错，所以不承担责任。该制度体现的精神是法律不强所难，不让辜者承担意外之责，其在很多国家和地区的法上均被作为般免责事由。情势变更制度的法律效果是合同变更或者解除。之所以赋予这样的法律效果，是因为合同订后、履完毕前，订合同的基础条件发了异常变化，使双当事之间的权利义务严重失衡，不符合当事订合同时的预期，需要当事再协商或者由司法、仲裁机构根据当事人的请求和公平原则对权利义务失衡状态再调整，它体现的精神是当事之间的公平和合同权利义务的对等。

二是适范围不同。不可抗制度作为事责任的般免责事由，除法律作出的特殊规定外，适于所有事责任领域，特别是适于侵权责任领域和合同领域。情势变更制度则仅为合同领域的项特殊制度，不适于其他事领域。

三是对合同的影响式和程度不同。不可抗制度的适前提是不可抗造成当事不能履合同的后果。情势变更制度是合同基础条件与合同成时相出现了当事法预且不可归责于当事的重变

化,该重变化对合同的履也造成了重影响,但是般来说合同仍有继续履的可能,只是继续履合同对当事明显不公平,例如履成本显著上升、等价交换关系显著失衡。

四是法律效果不同。适不可抗力制度体现为免责,对于因不可抗力造成的履不能,免除全部或者部分责任。但是,其不直接导致变更合同内容,合同部分不能履的,其他部分继续履,合同时不能履的,影响消除后继续履。适情势变更制度则体现为合同的解除或者变更,不直接具有免责效果。在根据该制度调整权利义务前,当事之间的权利义务关系不变,只有当根据该制度进调整后,当的的权利义务关系才按照调整后的内容继续履。于如何调整,是解除合同,还是变更合同,如何变更合同,需要法院或仲裁机构在个案中根据具体情况判断。

五是当事权利使式和程序不同。当不可抗力导致不能履合同时,受不可抗力影响的应当及时对发出受不可抗力影响不能履合同的通知,并在合理期限内提供证明。未发出通知导致对损失扩的,对于扩的损失不能免责,对于迟延履行后发不可抗的也不能主张免除责任。对于情势变更制度,因情势变化导致合同履对明显不公平时,受不利影响的当事先可以通过与对协商调整失衡的利益,在合理期限协商不成的,当可以请求法院或仲裁机构变更或解除合同。

### 第五百八十条

当事方不履行非金钱债务或者履行非钱债务不符合约定的,对方可以请求履行,但是有下列情形之的除外:

- (一) 法律上或者事实上不能履行;
- (二) 债务的标的的不适于强制履行或者履行费过;
- (三) 债权在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担。

**法条主旨:本条是关于钱债务继续履的规定。**

解读:所谓继续履,也称为实际履,就是按照合同的约定继续履义务。当事订合同都是追求定的的,这的直接体现在对合同标的的履上,义务只有按照合同约定的标的的履,才能实现权利订合同的。所以,继续履合同是当事违反合同后应当承担的项重要的事责任。对合同当不能觉履合同的,另当有权请求违约继续履合同或者请求法院、仲裁机构强制违约当继续履合同。例如,没有交付商品的,应当交付合同约定的商品。继续履是违约责任的形式,具有国家强制性,不是单纯的合同义务的履。继续履能够使债权尽可能实现其利益,避免了赔偿损失计算的困难,强调了合同的法律约束。

如果当不履钱债务或者履钱债务不符合约定,且钱债务能够继续履,守约可以请求违约继续履,除此之外,还可以请求违约承担赔偿责任等其他事责任。继续履和其他责任形式之间的关系,在不同的法例中是不同的,英美法系以赔偿损失为原则,继续履为例外;陆法系则以继续履为原则,赔偿损失为例外。

《联合国国际货物销售合同公约》第46条第1款规定了继续履,但第28条规定,如果按照本公约的规定,当有权要求另当履某义务,法院没有义务作出判决,要求具体履此义务,除法院依照其本的法律对不属本公约范围的类似销售合同愿意这样做。这实际上赋予了法院对救济的由裁量权,以协调英美法系的态度。但是,根据《国际商事合同通则》第7.2.2条,法院对救济没有由裁量权,如果守约请求继续履,法院必须判决继续履,除存在不能继续履的法定情形。本法未对继续履进严格限制,只要当违约,对般就可请求继续履。因此,在当违约时,般情况下,守约可以选择请求继续履,同时请求赔偿损失;也可以选择不请求继续履,仅请求赔偿损失。法院或者仲裁机构根据守约的选择予以裁判或者裁决,除存在本条规定的例外情形。

但是,应当注意的是,守约请求违约继续履的同时请求违约赔偿损失,与守约不请求继续履仅请求赔偿损失,这两种情况下的损失赔偿的范围是不同的,后情形中赔偿损失的范围显然更、数额显然更。同时,钱债务的继续履往往存在困难,或者不能继续履的情形在之后才逐渐显现,甚会转变成不能继续履的情形,因此即使债权最初选择请求继续履,但是在法律规定的期限内或者其他合理期限内,债权未获得履的,可以改变最初的选择,请求债务承担其他违约责任。

债权请求继续履,必须以钱债务能够继续履为前提,如果钱债务不能继续履,对就不能请求继续履,或者其提出继续履的请求,债务能够依据本条第1款提出抗辩。当然,即使债权不能请求债务继续履,但其仍然有权依法请求债务承担其他违约责任,尤其是赔偿损失。不能请求继续履具体包括以下情形:

一是法律上或者事实上不能履。所谓法律上不能履,指的是基于法律规定不能履,或者履将违反法律的强制性规定。例如,甲将其房屋卖给,但未交付和办理移转登记,之后甲将同个房屋卖给丙,并将房屋交付给丙,并且办理了移转登记,此时由于甲已经丧失了所有权,因此在法律上处分权,法履甲对所负有的移转房屋所有权的合同义务,这即属于法律上不能履,此时不能请求甲继续履,只能请求甲赔偿损失。如,如果定合同的履为必须经过有关机关的批准,在未批准前,不得请求继续履。所谓事实上不能履,是指依据然法则已经不能履。如,合同标的物是特定物,该特定物已经毁损、灭失。但是,如果仅仅是暂时不能履,或者债务作出定的努仍可以履合同义务的,那么合同仍然可以继续履。法院或者仲裁机构应当对是否存在法律上或者事实上不能履的情形进审查。

二是债务的标的的于强制履或者履费过。债务的标的的于强制履,指依据债务的性质不适合强制履,或者执费过。如:

(1)基于度的依赖关系产的合同,如委托合同、合伙合同等,如果是因度信任对的特殊技能、业务平、忠诚等所产的,并且强制债务履义务会破坏此种度的依赖关系,则不得请求继续履。

(2)对于许多提供服务、劳务或者不作为的合同来说,如果强制履会危害到债务的由和格尊严,或者完全属于性质,如需要艺术性或者科学性的个技能,或者涉及保密性和私性的关系,则不得请求继续履。

履费过,指履仍然可能,但确会导致履负担过重,产不合理的过的负担或者过的费。例如,艘邮轮沉海中,尽管将该邮轮打捞出来是可能的,但邮轮所有因此出的费超过了所运油的价值,托运不能请求其继续履。在判断履费是否过时,需要对履的费和债权通过履所可能获得的利益、履的费和采取其他补救措施的费进行考量,还需要考量守约从其他渠道获得履进替代交易的合理性和可能性。

如果债务的标的的于强制履或者履费过,债权请求继续履的,债务享有拒绝履的抗辩权。

三是债权在合理期限内未请求履。履合同义务需要债务进特定的准备和努,如果履期限已过,并且债权未在合理期限内请求债务继续履,债务则可能会推定债权不再坚持继续履。债权在很时间之后才请求继续履,如果持债权的继续履请求,会使债务期处于不确定状态之中,随时准备履,且会诱使债权的投机为。因此,如果债权在合理期限内未请求继续履的,不能再请求继续履。

合理期限先可以由当事事先约定;如果没有约定或者约定不明确,当事可以协议补充;法协议补充的,按照合同有关条款或者交易习惯确定,这需要在个案中结合合同种类、性质、的和交易习惯等因素予以具体判断。如果债权在合理期限内未请求继续履,之后再请求债务继续履的,债务享有拒绝履的抗辩权。

同时,需要指出的是,请求继续履和合同解除是互斥不能并存的。《民法典》第566条第2款规定,合同因违约解除的,解除权可以请求违约承担违约责任,但是当事人另有约定的除外。该款中的违约责任不包括继续履,如果合同被依法解除,债权就不能请求债务继续履。

在债权法请求债务继续履主要债务,致使不能实现合同的时,债权拒绝解除合同主张继续履,由于债权已经法请求债务继续履,合同继续存在并实质意义。当事人均可以申请法院或者仲裁机构终合同,最终由法院或者仲裁机构结合案件的实际根据公平原则决定终合同的权利义务关系,在保障债权合理利益的前提下,有利于使双当事重新获得交易的由,提整体的经济效率。就较法上,《德国法典》第275条第1款和第326条第1款明确规定,此时给付义务可以被排除且对待给付消灭;《法国法典》第1218条第2款也规定了永久不能履时合同动终。合同动终后,债务可被免除原给付义务,需进原给付,债权的对待给付也随之消灭。但是,这可能导致合同终的时间并不确定,尤其在履费过或者债权在合理期限内未请求履导致不能请求继续履的情形中最为明显,并且也不利于双互通情况。当然,如果对当事人使解除权,则合同终时间会确定,但可能会出现对当事人不使解除权的情形。司法终则能够避免上述两个问题。据此,本条第2款规定:“有前款规定的除外情形之,致使不能实现合同的,法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担。”当然,本款规定不影响对当事人依据法律规定或者约定所享有的法定解除权和约定解除权,对当事人仍然可以使解除权解除合同。如果对当事人依法使了解除权,则债务之后依据本款规定请求法院或者仲裁机构司法终合同的,法院或者仲裁机构可以依据本法第565条的规定确认合同解除以及解除的时间。

本款适的前提,先,是对当事人不能请求违约继续履。其次,致使不能实现合同的。这意味着如果不能请求继续履的仅仅是主要的债务,则不履般不会导致不能实现合同的,那么论是哪当事人都不能申请终。守约既不享有法定解除权,也不能依据本款请求法院或者仲裁机构申请终;违约本来就不享有解除权,同样也不能依据本款请求法院或者仲裁机构申请终。最后,当事人提出请求。双当事人均有权请求法院或者仲裁机构终合同。如果当事人未提出请求,法院或者仲裁机构不宜依职权主动终合同。

本款适的法律后果如下:

第一,法院或者仲裁机构可以终合同权利义务关系。应当注意的是,并当事人提出请求后,法院或者仲裁机构就必须终合同,在当事人提出终合同的请求后,由法院或者仲裁机构依法判决是否终合同。因此,当事人根据本款所享有的仅仅是申请司法终合同的权利,终合同的权利,本款规定的并当事人的终权或者形成诉权,是司法的终权。法院或者仲裁机构有权结合案件的实际根据诚信和公平原则决定是否终合同。此时,可以考虑债务是否已经进了部分履、债务是否是恶意违约、不能继续履的原因、债务是否因合同不终遭受了严重损失、债权是否能够以成本较低的式获得替代履、债务是否对他有赔偿请求权、债权拒绝解除合同是不是为获得不相当的利益违反诚信原则、合同不终是否会导致双的权利义务或者利益关系明显失衡等因素。例如,要考虑不能继续履的原因,在甲双的古董花瓶和名画的互易合同中,甲在交付古董花瓶前,因的过错为导致古董花瓶毁损,虽然此时也构成了不能请求继续履的情形,但因为该不能继续履的原因是的为造成的,所以此时不宜因的申请终合同,进免除交付名画并移转名画所有权的义务。这类似于两个相互关联的合同情形中的部分终、部分不终。在法院或者仲裁机构终合同后,法律后果可以依据《民法典》第566条和第567条的规定予以确定。

第二,不影响违约承担除继续履之外的其他违约责任。合同被终后,违约然需继续履,但其仍然要依法承担除继续履之外的其他违约责任,尤其是赔偿损失的责任,以保障对当事人

的利益。因此，对当事人有权依据《民法典》第584条请求违约承担违约责任；如果双方约定了违约或者定，对当事人有权依据第585条以下条请求违约承担违约责任或者定责任。

### 第五百一十五条

标的有多项而债务人只需履行其中一项的，债务人享有选择权；但是，法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

享有选择权的当事人在约定期限内或者履行期限届满未作选择，经催告后在合理期限内仍未选择的，选择权转移至对方。

**法条主旨：本条是关于选择之债中选择权归属与移转的规定。**

解读：基于《法典》不设债法总则编，需要将债法的般性规则纳入合同编，使合同编通则在一定程度上发挥债法总则的作用。各个国家或者地区的法典普遍将选择之债作为债法总则的内容予以规定。合同编借鉴境外法例，我国国情，对选择之债的基本内容作了规定，包括选择权归属主体、选择之债的标的确定等。选择之债的这些规定虽然是在合同编中予以规定，但其不仅适于合同之债，也可以作为债法的般性规则。依照合同编第468条规定，因合同产生的债权债务，包括侵权之债、不当得利之债、因管理之债等，适有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适合同编通则的有关规定，但根据其性质不能适的除外。

#### (一) 关于选择权归属的般原则

本条第1款确立了选择权归属的般原则。选择之债的标的有多项，债务人只需履其中项，选择之债先要解决的问题就是哪当事人享有选择权。境外法例普遍规定，除法律有特别规定或者当事人另有规定，选择权原则上归属于债务人。例如，《法国法典》第1307条规定，称选择之债者，谓债务人以数宗给付为标的，且其中宗给付之履即可消灭债务。第1307-1条第1款规定，在不同宗给付之间进选择的权利归于债务人。

《德国法典》第262条规定，于数项给付中仅能选定履其中项的，在产疑问时，选择权属于债务人。《本法典》第406条规定，债权的标的，得由数个给付中依选择确定时，其选择权属于债务人。《意大利法典》第1286条第1款规定，在未给予债权人或者第三选择权时，由债务人进选择。《瑞债务法》第72条规定，债权有数种给付且只需要履其中种给付的，选择权归属债务人，但交易有不同要求的除外。我国台湾地区“法”第208条规定，于数宗给付中，得选定其者，其选择权属于债务人，但法律另有规定或契约另有订定者不在此限。

本条参考境外法例，采了般原则加除外规定的式，对选择权的归属主体作出规定。依照本条规定，标的有多项而债务人只需履其中项的，原则上选择权归属于债务人。将选择权赋予债务人，有利于债务人根据情况作出最适宜债务履的选择，能够更程度地确保交易实现。同时，本条规定了法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯三种例外：

一是法律对选择权的归属主体另有规定的，应当按照该规定确定享有选择权的主体。

二是事活动应当遵循愿原则，在当事人对选择权的归属主体作出特别约定的情况下，应当尊重当事人的选择，按照当事人的约定确定选择权的归属主体。

三是交易习惯在某地域、某领域、某业等范围内被普遍接受和采，或者在特定当事人之间经常使用的，适交易习惯确定选择权的归属主体符合当事人的预期，有利于公平、合理地平衡当事人之间的利益。对于选择之债中选择权的归属主体，在法律没有特别规定、当事人没有约定的情况下，如果有相关交易习惯存在，则适该交易习惯确定选择权的归属主体。

#### (二) 关于选择权转移

本条第2款是关于选择权转移的规定。债的标的之确定，有赖于享有选择权的当事人行使选择权。享有选择权的当事人不使选择权，债的标的就法确定。具体来说，如果享有选择权的当事人是债权人，债权人使选择权，因债的标的不能确定，债务也就法履债务；如果享有选择权的当事人是债务人，债务人使选择权，因债的标的不能确定，债权人主张权利也会受到妨碍。在享有

选择权的当事不使选择权的情况下,法律有必要通过制度设计,使债的标的得以确定,让债务的履步正常轨道,促进交易的完成。境外法例也普遍对选择权转移作了规定。《德国法典》根据享有选择权的当事是债权还是债务对选择权转移作了区别性规定。《德国法典》第264条第1款规定,在强制执开始前,有选择权的债务不作出选择的,债权可以依其选择,就两项以上给付中的项或另项实施强制执。但只要债权尚未全部或部分地受领经选择的给付,债务就可以因履剩余给付中的项给付免除债务。第2款规定,有选择权的债权迟延的,债务可以在指定适当期间的情况下,催告其作出选择。债权没有及时作出选择的,期间旦届满,选择权即转移给债务。有些国家或者地区的法典不像《德国法典》对有选择权的当事作区分规定,是直接规定,享有选择权的当事在定期间不使选择权的,选择权即移转给对。

例如,《法国法典》第1307-1条第2款规定,若未在约定的时间或合理的期限内进选择,则对当事得于催告之后使选择权或解除合同。

《本法典》第408条规定,债权已届清偿期时,相对规定相当之期间并催告,有选择权之当事于其期间内亦不选择时,其选择权移转相对。

我国台湾地区“法”第210条第1款规定,选择权定有使期间者,如于该期间内不使时,其选择权移属于他当事。第2款规定,选择权未定有使期间者,债权清偿期时,选择权之当事,得定相当期限催告他当事使其选择权。如他当事不于所定期限内使选择权者,其选择权移属于为催告之当事。

本条第2款参考境外法例,对选择权转移作了规定。依照第2款规定,享有选择权的当事应当在约定期限内作出选择;当事未对选择权使约定期限的,应当在履期限届满前作出选择。同时,考虑到选择权的使直接关系到债的标的的确定,选择权转移对当事影响重,因此本条在使选择权的约定期限和履期限届满后,设定了个催告期间以作缓冲,使不及时使选择权的予以充分注意。依照第2款规定,享有选择权的当事在约定期限内或者履期限届满未作选择的,相对可以催告其在合理期限内作出选择。这就意味着,即使当事对选择权的使期限作了约定,在约定期限届满未作选择的,相对都要先进催告。只有当有选择权的当事在催告后的合理期限内仍未选择的,选择权才转移对。

### 第五百一十六条

当事人行使选择权应当及时通知对,通知到达对时,标的确定。标的确定后不得变更,但是经对同意的除外。

可选择的标的发生不能履行情形的,享有选择权的当事人不得选择不能履行的标的,但是该不能履的情形是由对方造成的除外。

**法条主旨:本条是关于选择权使的规定。**

解读:

(一)关于选择权的使式和法律效果

选择之债的选择权属于形成权的种。选择权旦经当事使,将直接导致事权利义务关系的变动,债的标的得以确定,债务应当按照确定后的标的履义务,债权有权按照确定后的标的请求债务履义务。境外法普遍对选择权的使式等予以规范。例如,《德国法典》第263条规定,选择以对另的表为之。《本法典》第407条规定,选择权依对相对之意思表使;该意思表,经相对之承诺,不得撤回。我国台湾地区“法”第209条规定,债权或债务有选择权者,应向他当事以意思表为之。

本条第1款参考境外法例,对选择权的使式和法律效果作了规定。依照本款规定,有选择权的当事使选择权应当采通知的式,通知到达对时,标的即确定,不需要经过相对同意。标的旦确定,对双当事均产拘束。除经过相对同意,享有选择权的当事不得再变更标的。

## (二)关于标的不能履行

如果选择之债可选择的多项标的中有不能履的情形,则选择权是否受到影响、当事如何选择标的,有必要通过法予以明确。境外法也普遍对此作了规定。

例如,《德国法典》第265条规定,两项以上给付中的项始为不可能或后来成为不可能的,债务关系限于其余的给付。给付因选择权的须对之负责任的情势成为不可能的,不发该项限定。《法国法典》第1307-3条规定,未进选择的债务,于其中宗给付陷于履不能的情形,得履其余给付中之宗。第1307-4条规定,未进选择的债权,若其中宗给付因不可抗致履不能,则应满于其余给付中之宗的清偿。

《本法典》第410条规定,债权标的之给付中存在不能,其不能乃因享有选择权之过失所致时,债权就其残留部分存在。我国台湾地区“法”第211条规定,数宗给付中,有始不能或者嗣后不能给付者,债之关系仅存在于余存之给付。但其不能之事由,应由选择权之当事人负责者,不在此限。

《意大利法典》对给付不能的情形作了较细致的区分,不仅区分了选择权是债务还是债权,还进步考量了给付不能的发原因,分别规定了不同的法律效果。《意大利法典》第1288条规定,如果两种给付中的种不能构成债务标的或者在因不可归责于双中的任何的原因变成给付不能时,则该选择之债视为简单之债。第1289条第1款规定,当选择权属于债务时,如果由于可归责于他的原因致使两种给付之种变成给付不能,则该选择之债变成简单之债。如果因债权人的过错致使两种给付之种变成给付不能,则在债务不希望履另种给付并要求赔偿损失时,债务的债务被解除。第1289条第2款规定,当选择权属于债权人时,如果因债权人的故意致使两种给付之种变成给付不能,则债务被解除债务,但债权人要求履另种给付并赔偿损失的不在其限。如果给付不能应当由债务人承担责任,则债权人得选择另种给付或者要求赔偿损失。

本条第2款参考境外法例,对选择之债发标的不能履情形时如何使选择权作出了规定。第2款从尽可能促成债务履的度出发,规定可选择的标的之中发不能履情形的,享有选择权的当事人不得选择不能履的标的,即只能从剩余的标的中选择。同时为了公平、合理地平衡当事人之间的利益,作了除外规定即“但是该不能履的情形是由对造成的除外”。意思就是,如果该不能履的情形是由相对即选择权的当事人造成的,则享有选择权的当事人既可以在剩余标的中选择,也可以选择该不能履的标的进主张相应的法律效果。例如,在项合同交易中约定了多项可选择的标的,如果债权人享有选择权,标的不能履是由债务人造成的,那么债权人也可以选择该不能履的标的,进依法主张解除合同或者要求债务人承担违约责任。

## 第一千零三十四条

自然的个人信息受法律保护。

个人信息是以电或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定;没有规定的,适用有关个人信息保护的规定。

**法条主旨:本条是关于个人信息的规定。**

解读:

### (一)法条背景

信息社会,的存在不仅涉及物体征的信息(如、性别等),也涉及作为社会成员的基本社会化信息(如姓名、职业、宗教信仰、消费倾向、活习惯等)。有的专家提出,乎所有的类活都具有信息形式的记录,当个信息累积到定程度,就构成与实际格相似的“信息格”或者“数据格”。近年来,络技术、信息技术的发展和济全球化的趋势在定程度上改变了传统

的营销式和消费式,传统条件下,由于信息搜集技术的限制,经营者法有效获取消费者有关消费需求、消费倾向等的信息,其商品或者服务的提供带有很大的盲目性。在当前信息技术发达、个人信息流通便捷的情况下,经营者可以低成本、效率地利各种信息搜集式获取并分析消费者的消费习惯、消费倾向,从有效地为特定消费者提供个性化服务,进取得市场竞争优势。例如,某公司推的最典型的个性化服务式是直邮,即收集明确同意接收公司营销信息的消费者名单,向其邮寄优惠券和产品样品,这类式也被称为标告,这种个性化服务式不仅避免了盲投广告带来的资源浪费,且为经营者发展更多忠诚的消费者群体进幅提升其销售额提供了可能。个人信息在融领域发挥的作更为巨。通过掌握个人信息,使个信评分技术,银业可以更加有的放地发放贷款。对个人信息的有效利,不仅给经营者带来了利益,对消费者也带来了诸多便利:消费倾向和消费兴趣被商家掌握的消费者,在选择商品和服务时可以节省更多搜索成本;经营者对消费信息的有效掌握可以使其不再向没有该类消费倾向的消费者滥发邮件,减少众多消费者收到垃圾邮件的数量;有良好信记录的消费者可以更便取得贷款。个人信息的利节约社会发展成本,固然能为经济社会带来巨的利益,但如果对其不作任何限制,利技术手段滥个人信息侵犯个利益的事件必然增多。在我国,个人信息被滥用的问题也益严重,主要表现为四类情形:

一是些经营者对经营活动中收集的消费者个人信息在管理上存在诸多安全漏洞,如某航空公司乘客信息泄露事件、连锁酒店顾客信息管理存在安全险事件;

二是些经营者将经营活动中掌握的个人信息进买卖谋取法利益,形成个人信息买卖的地下产业,如某快递公司承认客信息遭内部层员倒卖事件;

三是经营者对采集到的个人信息进未经许可的次开发利,为细分市场、制定营销战略提供依据,进实施对重点群或者重点客的定向强制推销,侵扰消费者活安宁;

四是经营者擅公开、传播敏感性个人信息,造成侵害他格尊严或者利法收集到的消费者个人信息实施诈骗等违法犯罪活动。

上述情形给消费者带来的侵害主要有三个:

一是侵犯消费者格权益。经营者没有合法依据或者不经消费者同意收集、存储、传输、加和利消费者个人信息,可能导致对消费者个格的错误描述,如影响消费者能否得到份作、能否获得特定贷款等。

二是侵犯消费者财产权益。如经营者将收集到的消费者个人信息法出售或者不当泄露给第三,可能导致法获取上述信息的主体冒充消费者进诈骗,如盗消费者份申请信卡并透等。

三是破坏消费信。近年来由于信息数据处理技术的速发展,通过络等途径法收集、存储、传输、加和利个人信息的现象屡不鲜,众多调查显,电子商务络最忧虑是个人信息泄露。因此,采取适当的个人信息保护措施,对恢复消费信、维护市场秩序的正常运具有极其重要的意义。

现代社会的发展,特别是信息产业的发展建在信息的由流通上,但是个人信息与然的格尊严密切相关,需要对然的个人信息进保护。因此,如何在促进信息由流通和保护然个人信息之间取得平衡直是各个国家和地区临的重要问题。基于上述原因,个人信息保护法在全球范围内受到了泛关注,越来越多的国际组织、国家和地区着眼于个人信息安全,相继法。近三年来,世界上兴起了个人信息保护法的热潮。例如,本、韩国等国制定了《个人信息保护法》,德国制定了《联邦个人资料保护法》,英国制定了《个人资料保护法》,我国港特别行政区和台湾地区分别制定了个人资料保护法和“个人资料(私隐)条例”;欧盟1995年出台了《个数据保护指令》,2016年在此基础上制定了《欧盟般数据保护条例》,该条例于2018年5月25日正式开始实施;美国将个人信息纳隐私权的范畴加以保护,制定了系列相关法律,如《美国隐私法》《电脑对和隐私保护法》等;联合国经合组织于1990年还出台了《数据保护指导原则》。上述法中的个人信息保护,除涉及公共机构(包括企业经营者及第三征信机构等)在处理公众个人信息上的权利义务外,还涉及公共机构(包括政机关)在信息处理的职责。因此,个人信息保护法的内容

不局限于某特定部法,但信息主体的格利益及财产权益的维护等与法直接相关的问题成为个人信息保护法的基点。

近年来,我国高度重视个人信息相关法,从事、政、刑事各加强个人信息保护,保障个人信息安全。2012年《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》、2013年修正的《消费者权益保护法》、2016年通过的《网络安全法》和2018年通过的《电子商务法》等法律,确立了个人信息保护的规则及络运营者保障个人信息安全的义务与责任,明确了个对其信息收集、使用的知情权、删除权、更正权。2017年通过的《法总则》,将个人信息受法律保护作为事权利的重要内容予以规定,并对数据作为财产权的客体作出原则规定。关于个人信息的刑事保护,《刑法》第285条第2款规定了非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪,第253条之规定了侵犯公民个人信息罪。总的来看,《刑法》现有规定能够满打击非法获取数据犯罪为的实践需要。制定个人信息保护法也已列第三届全国常委会法规划和2020年度法作计划。法机关正在抓紧开展个人信息保护法的研究起草作。此外,些司法解释和规范性文件对个人信息保护问题作了规定。在《民法典》编纂过程中,各提出,随着信息技术的快速发展,非法获取、非法公开或者非法向他提供个人信息的违法为泛滥,社会危害严重,加强对个人信息的保护对保护公民的格尊严,使公民免受非法侵扰,维护正常的社会秩序具有重要的现实意义。建议在格权编中确立个人信息事保护的基本规则,以进步加强对个人信息的保护。基于此,在我国现有规定的基础上,借鉴境外法经验,总则编第111条对个人信息保护作了原则性规定,《民法典》在总则编规定的基础上确立了个人信息保护的基本原则和规则。本条第1款即开宗明义地规定,然个人信息受法律保护。就《法典》与单法在个人信息保护上的关系问题,既要有分,要有衔接协调。《法典》格权编关于个人信息保护的规定是于现法律法规所作的修改完善。同时,考虑到将来还有专的个人信息保护法,所以就《法典》这期稳定适的事基本法,不能作出太多细致具体的规定,只需作出基础性、原则性的规定。这样来,既可以对其他法有所指引,为将来的发展留有空间。

### (一)对本条含义的理解

#### 1. 个人信息的定义

对于个人信息的表述,有的建议“个数据”,有的建议“个资料”,有的建议“个信息”。从较法的度看,欧盟国家多采“个数据”,本、俄罗斯、韩国采“个信息”,我国台湾地区“个资料”与“个数据”两个概念并。虽然“个信息”“个资料”与“个数据”名称有所不同,但实质含义基本类似,都侧重信息的“可识别性”。如《欧盟般数据保护条例》,将其界定为“已识别或可识别的与个相关的任何信息”。《本个人信息保护法》第2条规定,个人信息指活着的然的相关信息,根据该信息所包含的姓名、出年及其他内容,能够识别出该特定然。我国台湾地区“电脑处理个资料保护法”第3条第1款规定,个资料,指然之姓名、出年、份证统编号、特征、指纹、婚姻、家庭、教育、职业、健康、病例、财务情况、社会活动及其他以识别该个之资料。本法采了“个信息”的表述,主要是基于以下两点考虑:

一是与已有的法保持致。论是我国现的络安全法、电子商务法、消费者权益保护法、刑法等相关法律,还是国务院的政法规、部规章以及司法解释,基本都使“个信息”的表述。

二是“个信息”的表述更为准确。个数据只是个信息内容的载体,就个人信息保护的实质,法律保护的并数据这个载体,是载体所承载的内容,“个信息”的表述更能准确反映个人信息保护的本质,虽说欧盟以及些国家和地区使了“个数据”的表述,但是从欧盟及这些国家和地区的相关规定看,其实质保护的是个数据的内容,即个信息,并数据这个载体。

对于个人信息的含义,也即如何判断某信息是否构成个人信息,境外有三种不同的法例,理论界和实务界也有三种主要观点:

一是关联型定义。根据这种定义,个人信息是所有与个相关联的信息。前北欧和东欧的些国家采这种法例,例如《保加利亚个数据保护法》规定,个数据是指涉及然的体状况、理状

况、精神状况、家庭状况、经济状况、化教育状况与社会背景的信息。《最高法院、检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》以及国务院信息标准化办公室公布的《个人信息安全规范》也基本上采纳了这种定义模式，例如后者在《网络安全法》第76条的基础上增加“或者反映特定自然人的活动情况”的规定界定个人信息，这规定事实上扩张了个人信息的范围，与关联型定义异曲同工。

## 二是隐私权定义。

根据这种定义，个人信息是个不愿向外透露或者较为敏感不愿为他所知的信息。这种观点实际上是以隐私来界定个人信息。美国、澳大利亚、新西兰、加拿大等英美法系国家多以此理论为基础立法。

## 三是识别型定义。

根据这种定义，个人信息是指能够直接或者间接地与已识别或者可识别的特定自然人相关的信息。

前这是理论界和实务界的主流观点，也为不少国家和地区的法所采，例如《欧盟数据保护条例》、本修改后的《个人信息保护法》、韩国的《个人信息保护法》等均采了识别型定义。《民法典》采了第三种观点，即识别型定义。在以识别型定义对个人信息进行界定时，是采用概括定义的式还是采用列举定义的式，在编纂过程中也有不同意见。概括型定义的式具有足够的弹性和开放性，但过于抽象，不利于操作；列举型定义的式具体，可操作性强，但过于僵化，且个人信息种类众多，很难列举，难免挂漏万。本编对个人信息的界定既有抽象的概括，也有具体的列举，可以说较好地处理了开放性和可操作性的关系。基于此，本条第2款规定，个人信息是以电子或者其他形式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、追踪信息等。根据本款的规定，构成个人信息要满足三个要件：

一是具有识别性，这是核心要件。所谓识别，就是通过该信息可以直接或者间接地将某自然人“认出来”。识别包括直接识别和间接识别，所谓直接识别，是指通过该信息可以直接确认自然人的身份，不需要其他信息的辅助，如某人的身份证号、基因信息等；所谓间接识别，是指通过该信息虽不能直接确定某人的身份，但可以借助其他信息确定某人的身份。任何可以直接或者间接识别特定自然人的信息都是个人信息。

二是要有确定的载体，这是个人信息的形式要件。个人信息必须以电子或者其他形式记录下来，没有以确定载体记录的信息不是个人信息。

三是个人信息的主体只能是自然人，法人或者非法人组织不是个人信息的主体。

个人信息类型众多，包括但不限于自然人的身份信息、信用信息、社会信息、财产信息等，本款列举的具体个人信息只是最为典型也最为常见的类型，现实生活中的具体个人信息远不列举的类型。与《网络安全法》列举的个人信息的类型相比，本条增加了电子邮箱、追踪信息、健康信息等类型，这是为了让个人信息的定义能够更加适应互联网时代和数据时代的发展需要。对于某类本款没有列举到的信息是否为个人信息，可以根据前述三个要件进行判断。

## 2. 个人信息与隐私的关系

在编纂过程中，有的意见提出，隐私个人信息范围更宽，包括私密信息、私密活动和私密空间，建议以隐私权的保护涵盖对个人信息的保护。经反复研究认为，个人信息与隐私确实有紧密联系，例如隐私中的私密信息就属于个人信息，侵犯个人信息和侵犯隐私权的最主要方式都是非法泄露或者公开，也正是因为隐私与个人信息的联系较为紧密，本编将二者放在同章加以规定。但是，二者的区别也常明显，尤其是考虑到《民法典》作为基本法律，既需要保护个人信息中体现的人格利益，也要促进信息作为信息社会重要资源的合理流通，因此，《民法典》并未采取传统法

以姓名权、肖像权及隐私权为框架保护个人信息的方式，是明确将个人信息保护的權利在隐私权等具体人格权外单独加以规定，主要基于以下四点考虑：

第一，两者的构成要件不同，隐私强调私密性，个人信息强调识别性。

第二，两者的范围有重合(重合部分可以称为隐私信息，即权利主体不愿为他知晓的个人信息，如病史、犯罪记录等)，但“个人信息”不仅包括不愿为外知晓的“隐私信息”，还包括可以公开的“隐私信息”(如姓名、性别等)；并且，“隐私”带有主观色彩，如住址、电话号码等个人信息，有些视为隐私，有些视为可公开信息。另外，我国现有法律制度中涉及的“隐私权”，是与“生命权、身体权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权”等并列的概念，范围美国法窄得多。美国法中的“隐私权”范围极广，几乎囊括了私生活的各个领域，不仅仅局限于私生活秘密，有学者认为该权利在美国已经发展为一般人格权。但是，在我国现有法律制度中的隐私权，范围要窄得多。有些侵犯个人信息的，未必构成侵犯“隐私”，如然的“姓名”，当然属于个人信息，但却不是“隐私权”的保护客体；再如肖像也属于个人信息，但不当利他肖像，构成对“肖像权”“隐私权”的侵害；再如不当删除、不完整记录或者错误记录他信息，或者根据不实信息对他信作出错误评级等。这些都属于侵犯他信息权利的，但一般不涉及侵犯隐私。法律既要保护然对其个人信息享有的格权益，要兼顾社会对个信息的合理利。鉴于信息由流通具有的巨社会效益和经济效益，《法典》对个人信息权利的规定，应当兼顾然个人信息权益和信息资源有效利的双重的。隐私权的保护，一般多着眼于权利主体的格权益，更倾向于限制个人信息的搜集与利。因此，“个人信息”“隐私”更适宜现代信息社会法所要调整的法律关系。

第三，就权利内容和救济方式，隐私权作为种私生活受尊重的权利，多表现为消极被动和防御性的特点，它以侵害为或侵害可能为前提，以维护格尊严为的，一般不具有财产利益。个人信息得到保护的權利，从世界主要国家和地区的法来看，表现为种积极主动的请求权，不仅包括个人信息不受法收集、处理的内容，还包括权利主体对其个信息的积极控制，如权利有权决定其个人信息能否被他处理以及如何处理，有权要求信息处理者修改不正确、不完整的个人信息以保证信息质量，有权针对商业的的个人信息利获取报酬等。从德国、本等主要国家在有关个人信息保护法的发展趋势来看，“个人信息得到保护的權利”兼顾权利的格尊严与信息资源的有效利，“隐私权”更符合现代信息社会的发展需求。

第四，对两者的保护程度不同。对隐私权的保护程度要于对个信息的保护程度。基于此，《民法典》虽将个人信息保护与隐私权放在格权编同章，但仍将两者作为两种不同的制度加以规定。

需要注意的是，私密信息既是隐私的重要组成部分，也是个人信息的重要组成部分，个人信息保护与隐私权等的保护范围具有定的重合之处。个人信息受保护的權利并要替代隐私权对私密信息的保护，是对其保护的补充。原则上，若个人信息可以为隐私权、名誉权、姓名权、肖像权等具体权所保护时，可以优先适这些格权的规则，在这些具体格权没有规定的情况下，可以适个信息的相关规定。但隐私权中的私密信息与信息主体的格尊严联系更为紧密，所以《民法典》对隐私权的保护更些，对私密信息的处理要求更些，根据《民法典》第1033条的规定，处理他的私密信息需要获得隐私权的明确同意。基于此，本条第3款规定，个人信息中的私密信息，适有关隐私权的规定；没有规定的，适有关个人信息保护的规定。

《民法典》并没有直接规定为侵犯然个人信息应承担的事责任，有的建议在本章增加这的规定。对于这个问题，涉及整个法典的法体例。格权编的重点是确权 and 明确各项具体格权益的内容、边界和特殊的保护规则，般的侵权责任条款主要规定在侵权责任编和将来的个人信息保护法等相关单法中。第995条明确规定，格权受到侵害的，受害有权依照本法和其他法律的规定请求为承担事责任。基于上述考虑，本章主要对个人信息定义、个人信息处理原则及要求、个人信息主体的权利和信息处理者的信息安全保障义务、国家机关和作员履职过程中对知悉的

个人信息依法保密的义务等关于个人信息保护的基本规则作了规定。这有利于构建一个科学、合理的个人信息保护法律体系。

还有个问题需要说明，在编纂过程中，对于是否将个人信息作为种权利加以规定，各的意分歧较大。有的提出，在《法典》中对个人信息的法律属性进行清晰界定，在隐私权之外设置单独的个人信息权。经研究认为，从理论上讲，个人信息与隐私确实是两个不同的概念，两者的判断标准、范围、保护方式等都不完全相同。就范围，个人信息与隐私存在一定的交叉，个人信息包括私密信息和非私密信息，私密信息既属于个人信息也属于隐私，但是隐私除私密信息之外，还包括私密空间、私密活动和私密生活安宁。按照我国现行规范和国际惯例，个人信息中的私密信息属于隐私的部分，其受保护的强度也较个人信息更强。正是基于两者的不同，格权编中“隐私权和个人信息保护”章对隐私权与个人信息保护分别作了规定。对于是否设置单独的个人信息权，目前，理论界和实务界还缺乏深入研究，尚未形成基本共识。在《法典》格权编的编纂过程中，格权编草案对这问题的规定也有过反复，但经过反复研究，最终未明确将个人信息规定为“个人信息权”是采了“个人信息保护”的表述，主要考虑是：个人信息受保护的权与其他格权在考量因素上有所不同，个人信息的保护要适当平衡信息主体的利益与数据共享利之间的关系。“个人信息保护”的表述既强调了对信息主体利益的保护，可以避免不必要的误解，避免妨碍数据的共享、利以及数据产业在我国的发展。解决个人信息保护的问题，宜先从可行的、务实的制度规范做起，将个人信息保护的基本事规则在《法典》中先确立起来。

#### 第四百九十六条

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

**法条主旨：本条是关于格式条款的规定。**

解读：格式条款是19世纪发展起来的，是某些业在频繁、重复性的交易中为了简化合同订立的程序形成的。这些业的主体一般是较大且具有一定规模的企业，往往存在于具有垄断性的业，如电、热、燃、邮电、电信、保险、铁路、航空、公路、海运等业中，既有公事业，也有私业的企业。格式条款般具有以下特点：

- (1) 交易对象具有泛性，往往都是向社会公众发出。
- (2) 条款具有持久性。格式条款般是经过认真研究拟定的，在一个相当的时期内不会改变。
- (3) 条款具体细致。格式条款往往内容繁复，条款较多，具体细致。
- (4) 由占有优势的业提出。

不论是由占有优势的业拟定还是由某业协会拟定，论以何种形式表现，如合同书形式、票证形式或者其他形式，甚并不在书形式上记载，格式条款往往是由占有优势的业提出的。

使格式条款的好处是简捷、省时、便、降低交易成本，但其弊端在于，往往利其优势地位，制定有利于不利于交易对的条款，这点在消费者作为合同相对时特别突出。因此，有必要在法上对格式条款予以限制。

此外，还应注意两点：

一是我国当前采的是商合的法体制，合同编就交易制度所作的基本规定，是商事领域共同的基础性法律制度。本条以及第497条、第498条这三个条对格式条款的基本规则作了规定，这些规定不仅适于普通的事活动，也适于商事交易。但商事交易与普通的事活动毕竟存在一定差异，因此对这三个条关于格式条款的规定应当根据交易具体情况作合理的理解。

二是处理好合同编与《消费者权益保护法》之间的关系。就格式条款来说，合同编的规定与《消费者权益保护法》的规定是般法与特别法的关系。合同编对格式条款所作的规定，也适于经营者与消费者之间的合同，但是《消费者权益保护法》有特别规定的，要适《消费者权益保护法》的规定。例如，《消费者权益保护法》对格式条款的效力情形作了特别规定的，应适该规定。对于格式条款的定义，《消费者权益保护法》没有特别规定，则应适合同编的规定。《消费者权益保护法》只是规定经营者对与消费者具有重利害关系的内容负有提、说明义务，但是没有规定经营者未尽到提、说明义务的法律后果，这时就应适合同编的规定，对即消费者可以主张这些与消费者具有重利害关系的条款不成为合同的内容。

#### (一)格式条款的定义

本条第1款规定了格式条款的定义。格式条款最实质的特征在于“未与对协商”。按照愿原则，当事人有权选择与谁订合同、主决定合同的内容。但格式条款的提供为了追求交易的便捷、效等，利的优势地位，事先拟定合同，相对往往只能选择接受或者拒绝，不能实质上影响合同内容。相对虽然在合同上签字予以确认，但该合同并不定是其真正的内意愿表达。“未与对协商”就是指格式条款提供没有就条款内容与相对进实质上的磋商，相对对条款内容并没有进实际修改的余地。本条对格式条款的定义还了“为了重复使”这表述，对格式条款的通常表现形式予以描述。格式条款的提供通常是基于重复使进提交交易效率的的拟定格式条款。正是因为要重复使，相对往往对格式条款内容没有进实质磋商并修改的余地。在《法典》合同编制定过程中，有的意提出，“为了重复使”只是格式条款的通常表现形式，并不是其本质特征。格式条款的本质特征在于“未与对协商”，因此即使不是“为了重复使”，只要相对法对合同条款施加影响、没有对合同条款进修改的余地，都可以称为“格式条款”。基于此，提交全国代表会常务委员会审议的合同编草案审稿、审稿、三审稿在格式条款的定义中删去了“为了重复使”。对此，有不同意见提出，合同法关于格式条款的定义中，将“为了重复使”与“未与对协商”并，有利于将其实质特征与外在表现较好地统起来，判断标准明确、易于操作。实践中很多合同，都是提供、另签字确认，如果删去“为了重复使”，就会使如何认定“未与对协商”变得标准模糊、不易掌握。并且，如果仅强调相对对条款内容没有修改余地，还可能使格式条款制度与总则编中关于事法律为成的显失公平制度之间的关系不易厘清。经反复研究考虑，本条对格式条款的定义最终恢复到了《合同法》的表述，保留了“为了重复使”的表达。但此处的“为了重复使”，不能作僵化理解，不是要当事人去证明真正实际重复使了...

## 对民法典婚姻家庭编新增和修改条文的解读

作者：吴晓芳

作者单位：最高人民法院

来源：《人民司法（应用）》

期刊年份：2020

期号：19

婚姻法、收养法实施以来，对于建立和维护和谐的婚姻家庭关系发挥了至关重要的作用。随着婚姻观念、家庭关系的变化，婚姻家庭领域出现了一些亟待解决的新情况、新问题。民法典婚姻家庭编以现行婚姻法、收养法为基础，在坚持婚姻自由、一夫一妻、最有利于被收养人等基本原则的前提下，结合社会发展需要，修改了部分规定，并增加了一些新规定。与现行婚姻法、收养法相比，主要修改内容包括以下几个方面：

### 一、对禁止结婚条件的修改

2001年婚姻法第七条规定，患有医学上认为不应当结婚之疾病的禁止结婚，但对该规定一直存在争议。一方面，结婚自由是公民的宪法权利，以患有某种疾病为由宣告婚姻无效直接侵害了公民的婚姻自由权。虽然患有某种疾病会给当事人的生活带来重大影响，但除非疾病导致当事人丧失行为能力，关于其他疾病是否影响结婚的判断应当属于家事自决权的范畴，国家没有必要干预。另一方面，随着现代医学的发展，至今在医学上也没有一个文件明确规定何种疾病属于禁止结婚的疾病，这也导致该无效事由在审判实践中难以把握。“世界上的事务比用来描述它们的词语要多得多”，[1]大千世界的疾病及其相互作用的结果也往往超越婚姻立法高瞻远瞩的视野，况且“我们只能在我们时代的条件下进行认识，而且这些条件达到什么程度，我们便认识到什么程度”。[2]从科学的角度上讲，确定影响婚姻的疾病是困难的，医学越发展，发现的病态基因就越多，而治疗疾病的方法也在日新月异更新和进步，法律和行政法规的稳定性、滞后性，致使列举医学上认为不应当结婚的疾病成为不可能。强制婚检、禁止患有疾病的人结婚、将一方患有疾病的婚姻作无效宣告，实际上都直接侵害了公民的婚姻自由权。毋庸置疑，取消强制婚检，不禁止有疾病的人结婚，让婚姻行为变得更为容易，肯定会降低婚姻关系的安全系数，这就需要人们更理性、更谨慎地选择婚姻。在一个健全的社会中，仅在个人选择可能带来不可承担的社会负面影响时，才可由政府予以强制，而婚姻的风险没有大到整个社会都无法承受的地步。故此，国家要做的应当是不断完善和健全救济措施，而非禁止患有疾病的人结婚。[3]

也有学者反对废除疾病婚无效的规定，认为应将条文修改为：“不能辨认自己行为的成年人在结婚时须具有行为能力；传染病人在未被治愈前不得结婚。”因为个人间的结婚并非私事，而是关系到国家公共卫生安全和人口战略的国之大事，国家的干预必不可少。切不可以为婚姻家庭法是完全的私法，它是公私混合法。医学的进步、人权保护水平的提高导致人类立法中关于禁婚疾病的规定不断变化（放松），但法律行为的主体头脑应清醒的条件千古不变，这点必须为立法者充分认识。[4]即使人类的婚姻被人类自己罩上了基本人权的神圣光环，也不能以之为借口，主张患有医学上不应当结婚之疾病的人可以不分情形、一律平等地享有结婚的自由和权利。[5]

笔者还是比较赞同目前婚姻家庭编的观点，将疾病婚从无效改为可撤销，将是否结婚的最终决定权交给当事人本人，前提是患病一方在结婚登记前要履行告知义务，否则另一方可以向人民法院请求撤销该婚姻。

何为重大疾病?中国保监会、中国保险行业协会联合于2006年进行了重大疾病行业标准定义的制定工作,30种重大疾病有了行业统一的定义和理赔标准。这30种重大疾病包括:恶性肿瘤、急性心肌梗塞、脑中风后遗症、重大器官移植术或造血干细胞移植术、冠状动脉搭桥术、终末期肾病、多个肢体缺失、急性或亚急性重症肝炎、良性脑肿瘤、慢性肝功能衰竭失代偿期、脑炎后遗症或脑膜炎后遗症、深度昏迷、双耳失聪、双目失明、瘫痪、瓣膜手术、严重阿尔茨海默病、严重脑损伤、严重帕金森病、严重3度烧伤、严重原发性肺动脉高压、严重运动神经元病、语言能力丧失、重型再生障碍性贫血、主动脉手术、严重的多发性硬化、严重的1型糖尿病、严重的原发性心肌病、侵蚀性葡萄胎、系统性红斑狼疮等。上述重大疾病可供法官在审理具体案件时进行参考。

## 二、对无效或者被撤销婚姻无过错方的损害赔偿规定

婚姻无效或被撤销的,无过错方有权请求损害赔偿,这是婚姻家庭编新增的内容,有利于保护无过错方的权益,弥补其物质或精神上的损失。根据民法典第一百五十七条的规定,民事法律行为无效、被撤销后,有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失,该条体现了民法中的信赖利益保护原则。在身份行为特别是结婚行为中,婚姻之所以被宣告无效或被撤销,往往是因为一方的过错所致,而信赖婚姻有效的一方当事人则为无过错的一方,对于该方当事人的利益如何保护,这次婚姻家庭编的规定与总则部分的规定精神高度吻合。如何倾斜保护婚姻缔结时无过错方当事人的利益,无效、可撤销婚姻损害赔偿制度的建立当属一项合理可行的举措。当婚姻被确认无效或者被撤销后,无过错方有了可操作的救济途径,即有权请求损害赔偿,这是法律专门赋予的一项权利,值得点赞。

对无效婚姻或被撤销婚姻中的双方当事人,不适用婚姻家庭编有关夫妻财产制的规定,无效婚姻或被撤销婚姻的双方在法律上并不是配偶关系而只是同居者。夫妻财产制所调整的财产关系,是以合法的配偶身份关系为前提的,无效婚姻或被撤销婚姻当事人同居期间并非婚姻关系存续期间,在此同居期间所得的财产,不能当然地视为双方当事人共同所有。当婚姻被确认为无效或被撤销后,其后果一定要与合法婚姻相区别,否则也就无所谓无效与有效了。

值得注意的是,无过错方是指本人不具有无效婚姻的情形,且善意相信婚姻登记成立的一方。如果其本身也具有无效婚姻的情形,比如一方系重婚,另一方系未达法定婚龄,双方均不能认定为无过错方。

## 三、登记离婚冷静期的规定

据民政部统计数据显示,从2003年起,我国离婚率已连续15年上涨,离婚率不断攀升,由此引发了一系列社会问题。有学者认为,现行婚姻法对登记离婚不作任何限制,使我国的登记离婚制度成为世界上最自由的离婚制度,造成的后果是草率离婚有所增加,未成年子女的利益没有得到应有的重视。[6]婚姻家庭编增加规定离婚冷静期制度,旨在减少草率离婚、冲动离婚,改变现行登记离婚即申即离的现状,使申请离婚的当事人整理情绪、保持理性,经过适当时间的冷静,更加理性地对待离婚的要求。设置离婚冷静期也是一次善意提醒,提醒大家谨慎行使权利,激发对婚姻家庭的责任感。离婚冷静期又称离婚熟虑期,是指在离婚自由原则下,婚姻双方当事人申请自愿离婚,在婚姻登记机关收到该申请之日起一定期间内,任何一方都可撤回离婚申请、终结登记离婚程序的冷静思考期间。[7]离婚冷静期与登记离婚程序具有较高契合性,能够有效缓和因双方冲动导致的协议离婚。

也有观点认为，离婚冷静期要区别对待，不可一刀切。立法的本意是防止轻率离婚，那么应当区分是轻率离婚还是深思熟虑后离婚，不能推定来申请离婚者都是轻率离婚。离婚冷静期可能是冷静期，也可能是矛盾加剧期。这30天内会发生很多事情，夜长梦多。所以，对于有证据表明是非轻率离婚的，不应适用冷静期。这些慎重的离婚包括有家暴、虐待、吸毒、赌博以及第二次来离婚登记等情形。故冷静期要附设条件，其一是必须有未成年子女（国外的冷静期主要是考虑未成年子女的权益），其二是不包括存在家暴等情况。如此立法才严谨，并防止冷静期成为最后的家暴期。对此全国人大法工委的回应是：离婚冷静期制度只适用于协议离婚，对于有家庭暴力等情形的，实践中一般是向法院起诉离婚，而起诉离婚是不适用离婚冷静期制度的。从笔者了解的情况看，英国、法国、俄罗斯、韩国等国家都规定了这一制度。

笔者认为，对于一项制度的设立发表不同的意见非常正常，每个人站在不同的角度，其观点往往迥然不同。可以预见，在离婚冷静期制度实施以后，确实能够减少一部分冲动离婚的发生，但同时也会带来新的问题，正如每一次婚姻家庭法律制度的调整一样，总是伴随着正向推动和负面作用。

#### 四、家务劳动补偿制度

2001年婚姻法第四十条规定了家务劳动补偿制度，以体现维护家庭的稳定、保障弱势方的利益、实现平等原则下对弱势方的保护，但该制度在实践中很少有适用的空间，基本成为看上去很美的空文。法律规范这种缺乏可操作性的状态，不仅极大地浪费了立法资源，也使得稳定家庭关系、维护和睦亲属关系的立法初衷以及民众对法律的期待利益和愿望落空。2001年婚姻法以实行分别财产制作为适用家务劳动补偿制度的前提，忽视了我国夫妻财产制的现实情况，将家务劳动补偿从主流的共同财产制中排除出去，产生的一个直接后果就是极大地限制了这一救济制度的适用范围。

承认家务劳动的价值，允许付出方提出经济补偿，实则是保护家庭生活中承担主要家务劳动的女性。在现代社会，随着女性地位的提高和家庭观念的变化，更多女性步入社会，但承担家务劳动的格局并未改变，女性成为社会劳动和家务劳动的双重负担者，家务劳动补偿应延展适用于夫妻共同财产制。家务劳动补偿，是对家务贡献者遗失利益的补偿。这项制度是尊重家务劳动价值，平衡夫妻经济利益的必然要求，凸显了权利与义务相一致的精神。

对双职工家庭而言，家务贡献较大的一方，因家务劳动挤压了其自身发展的时间和精力，减少了职业收入和经济收入，导致离婚后谋生能力较低，生活水平下降。有学者指出：如果把家庭领域界定为女性的领域，把家务劳动界定为女性的义务，对于那些职业女性来说，家务劳动则是一条沉重的链条，不断撕扯着职业女性，使她们走得比男性慢，走得没有男性远。她们既要在职场上同男性一样工作，又要回家做繁重的家务，这使她们感觉疲惫不堪。对家庭主妇而言，它是一管褪色剂，使她们辛苦的劳动失去意义，丧失价值。[8]她们从事着世界上最重要的工作却不计薪酬，任劳任怨地奉献，无私无偿地劳作，而当婚姻解体时，家务劳动方实际上成为婚姻关系存续期间另一方免费的家务劳动工具。在绝大多数婚姻中，男主外女主内是当事人双方生活的真实写照，已婚妇女在家中身兼清洁工、厨师、心理咨询师等数职，对于她们为家庭作出的巨大贡献，法律不能视而不见。现实中我国夫妻实行分别财产制的情况很少，离婚时能得到家务劳动补偿的更是微乎其微，家务劳动补偿制度形同虚设。

也有观点认为，共同财产制本身就是承认了家务劳动与社会劳动具有同等价值，共同财产制本身就包含对家务劳动价值的承认功能。在这一背景下再讨论家务劳动的价值，显然是在重复计算。[9]

这次婚姻家庭编将家务劳动补偿扩大适用于夫妻共同财产制，无疑是立法的一大进步，也是多年来众多学者孜孜以求的结果。以后主张家务劳动补偿势必成为离婚案件中的一个重要诉求，具体应当如何补偿，条文只是一般性地规定“另一方应当给予补偿”，并无任何补偿标准和参考要素。夏吟兰教授认为，具体补偿的方法，可参考夫妻双方的收入差距、婚姻关系存续时间以及一方付出的相应贡献等因素。王歌雅教授认为，家务劳动的补偿方法应为：家务贡献补偿=（夫妻双方的年收入差除以2）×婚姻关系存续年限。这一建议系借鉴德国剩余所得共同制的规定，将婚姻存续期间收入差距的一半补偿给家务劳动贡献较多的一方。但是，这种补偿方法可能并不公平。比如妻子和丈夫一样年收入30万元，如果妻子工作之余还要包揽一切家务，而丈夫下班后只知道躺在沙发上玩手机，离婚时按照上述补偿计算公式，妻子获得的家务补偿款是零。再比如，妻子是家庭主妇，没有任何收入，丈夫年薪30万元，婚姻关系存续10年，离婚时丈夫需要补偿妻子150万元，而且是在依法分割的夫妻共同财产之外。如此这般恐没有男士敢结婚了。

笔者认为，对于家务劳动补偿的具体数额，不宜以计算公式的方法直接规定，因为现实生活复杂多样，一刀切的计算公式也许并不科学。法官应当结合当地的经济生活水平、婚姻关系存续时间、一方对家庭所作的贡献、另一方的经济能力等因素，尽量公平合理地进行裁决。

## 五、夫妻债务问题

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》[以下简称婚姻法解释（二）]于2004年4月1日施行后，有关其中第24条的不同声音一直存在。该条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定的情形除外。”该条规定的出台背景是当时夫妻双方恶意逃债侵犯债权人利益的情况比较多见，旨在维护交易安全、保护善意债权人。审判实践中法官觉得比较好操作，只要债务是在婚姻关系存续期间发生，只要没有司法解释规定的两种例外情况，就可以推定为夫妻共同债务。然而，近年来民间借贷纠纷剧增，其中涉及的夫妻债务问题凸显出上述司法解释的缺陷。媒体上不时出现要求修改或者废止第24条的文章，一些全国人大代表和全国政协委员也在两会期间提出建议和提案，要求废止第24条，理由是该条过分保护债权人利益，损害了未举债配偶一方的利益，让婚姻充满风险。全国甚至出现了“反对24条联盟”，称“防火防盗防配偶”“婚姻有风险，领证需谨慎”。全国妇联根据被负债上访妇女的情况，强烈呼吁修改或者废止第24条。有学者将婚姻法解释（二）第24条称为“国家一级法律错误”，呼吁废止并寻找“解药”。[10]有学者认为，第24条所规定的夫妻共同债务推定规则不合理地加重了夫妻中非举债方的证明责任，过于重视交易安全而忽略了婚姻安全，过于强调夫妻财产关系的一体性而忽略了家事代理的有限性，过于强调形式公平而忽略了结果公正，而且在理解与适用中也存在偏差。[11]

2018年1月18日最高人民法院实施了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称夫妻债务解释），将一方以个人名义所负的超出日常生活需要的债务，是否属于夫妻共同债务的举证责任从夫妻一方转移给了债权人，举证不力的后果自然也由债权人承担，未举债配偶一方从连带清偿到无债一身轻。有学者认为，新的夫妻债务司法解释具有如下亮点：一是设立了夫妻共债共签制度，即以夫妻双方的合意作为认定共同债务的依据；二是改变了婚姻法解释（二）第24条武断的共债推定，即以是否符合“家庭日常生活需要”为标准。该解释体现了最高人民法院旨在通过强化债权人在交易中的注意审慎义务，力求从源头上解决债务定性的不确定性。

立法机关认为,从新司法解释施行效果看,总体上能够有效平衡各方利益,各方面总体上赞同。[12]因此,民法典婚姻家庭编对于夫妻债务问题的规定基本沿用了夫妻债务司法解释的规定精神,明确规定:“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务;但是,债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”上述规定旨在避免处理夫妻债务时出现两个极端,既要避免夫妻双方恶意逃债损害债权人的利益,又要避免夫妻一方离婚时被高额负债。

## 六、离婚分割夫妻共同财产照顾无过错一方的问题

1993年11月3日最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(以下简称离婚财产分割意见)中指出:“人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理,应当依照《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国妇女权益保障法》及有关法律的规定,分清个人财产、夫妻共同财产和家庭共同财产,坚持男女平等,保护妇女、儿童的合法权益,照顾无过错方,尊重当事人意愿,有利生产、方便生活的原则,合情合理地予以解决。”在2001年婚姻法出台之前,人民法院审理离婚案件处理夫妻共同财产分割问题时,一般都遵循“照顾无过错方”的原则,较好地保护了无过错方的权益。但2001年婚姻法第三十九条明确规定了离婚时人民法院处理夫妻共同财产分割问题的原则,即“照顾子女和女方权益”原则,并没有吸收离婚财产分割意见中照顾无过错方的规定精神。

有种观点认为,婚姻法第四十六条规定的离婚损害赔偿制度由于举证困难,实际上形同虚设。现实生活中大量存在的是夫妻一方与他人有婚外性关系,尚不足以达到重婚或与他人同居的严重程度。如果可以举证证明一方的通奸行为,在离婚分割夫妻共同财产时对另一方予以照顾,起码是比较公平的。经常听到基层法院的法官说,明明是一方的过错导致离婚,另一方很无辜很受伤,比如一方“习惯性外遇”,严重伤害夫妻感情,但又不构成婚姻法第四十六条的重大过错,即不属于重婚或与他人同居。在无法适用离婚损害赔偿规定时,法官在具体分割夫妻共同财产时,往往会向无过错的一方倾斜,但总觉得法律依据不足,因为婚姻法并没有明文规定在离婚分割共同财产时要照顾无过错方。

为了更好地保护无过错方的权益,理顺司法解释和法律的关系,民法典婚姻家庭编在离婚分割夫妻共同财产的条文中增加了照顾无过错方的原则。这种修改对学术界一直强调的保护弱者权益的呼吁进行了回应,受到大家的普遍认可和称赞,也为法官在今后处理有关案件时提供了具有可操作性的裁判依据。

需要探讨的问题是:这次民法典婚姻家庭编中出现“无过错方”一词共有3处:一是在无效婚姻和可撤销婚姻的处理上,规定了“婚姻无效或者被撤销的,无过错方有权请求损害赔偿”。这应该不会引起歧义,过错方主要是指具有重婚、未达法定婚龄或者胁迫结婚、隐瞒患有重大疾病等情形。二是离婚损害赔偿的规定,一方具有重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待和遗弃家庭成员、有其他重大过错等情形,无过错方有权请求损害赔偿,这里也不会有太大争议。三是在离婚分割夫妻共同财产时规定了照顾无过错方的原则,这里的关键点在于,究竟何种情形构成“过错”。笔者认为此处的“过错”包括离婚损害赔偿中的重大过错,且比重大过错的范围要更大。比如存在一方通奸造成夫妻感情破裂的情形,一方有嫖娼行为等。也就是说,这里的过错认定不是封闭性的,因为现实世界实在太复杂,法律规定不可能穷尽所有情形,需要法官在审理具体案件时作出判断。这与承办案件法官的理念、道德价值观甚至自身经历等密切相关,属于自由裁量权较大的环节。无论如何,对过错的认定不能过于宽泛,否则容易扩大惩罚范围,令人对婚姻望而却步。

## 七、离婚损害赔偿问题

2001年婚姻法的一大亮点就是规定了离婚损害赔偿制度，当时各界盛赞离婚损害赔偿制度，认为其对维护健康文明的婚姻家庭关系、保护离婚当事人中无过错一方的合法权益意义重大。但是，2001年婚姻法实施至今已近20年，据统计，起诉到法院要求过错方进行离婚损害赔偿而能够得到法院支持的寥寥无几。究其原因，就在于法律规定的离婚损害赔偿条件过于苛刻，无过错方要想举证证明对方有重婚、与他人同居、家庭暴力等情形相当困难。可以说，就目前的情况而言，离婚损害赔偿制度不足以保护弱势群体的切身利益。离婚损害赔偿制度适用难，已成为法学界和实务界的共识。

民法典婚姻家庭编在现有列举性规定之后增加了概括性规定，亦称兜底性条款“有其他重大过错”，以拓宽离婚损害赔偿的请求范围，提升制度的效用，这种修改非常必要。至于何种行为构成重大过错，可由法官根据过错情节及伤害后果等事实作出认定，比如一方与他人通奸生育子女，虽不构成重婚或与他人婚外同居，但其行为对配偶的感情伤害巨大，应当认定为重大过错；又如男方强奸与其共同生活的继女，由此导致夫妻双方离婚，男方的行为也足以构成重大过错；再如一方有吸毒、赌博等恶习屡教不改的，一方有嫖娼成瘾、屡屡被公安机关罚款拘留等情形的。

## 八、有待进一步完善之处

对于民法典婚姻家庭编的内容，不能不说也有一些遗憾，其中重点涉及两个问题。

(一) 笔者一直建议将婚后一方因继承或赠与所得的财产规定属于一方所有，遗嘱或赠与合同中确定归双方所有的除外。理由如下：

其一，因房价高涨，父母往往倾其所有为子女结婚买房，甚至透支了养老积蓄，但目前离婚率日益增长也是不争的事实。为了避免自己用血汗钱购买的房屋被子女的配偶在离婚时分走一半，审判实践中出现了很多出资买房一方父母起诉子女还款的纠纷，将实际上赠与子女的出资坚称为借贷关系，其目的就是离婚时不让子女的配偶一方获利，因为离婚时表面上分割的是夫妻共同财产，实际上分割的是出资父母的财产。2001年婚姻法修订时，并没有预料到如今房价暴涨的局面，从尊重赠与人真实意思表示以及保护老年人合法权益的角度考虑，笔者建议进行上述修改，以便对当今的现实问题作出回应，从立法上理顺父母子女之间赠与关系的界定问题。

从父母自身的角度来说，赠与子女房产的目的是保障其婚姻幸福，当婚姻破裂时，父母的真实意愿是不损害自己及子女的利益。立法应当体现出这种真实意愿，不应反其道而行之。当法律直接规定婚后继承或受赠的财产属于一方个人财产时，可以避免很多纠纷。

其二，就夫妻共同财产的范围规定方面看，大多数国家法律，不论是大陆法系、英美法系还是前苏联等国家的法律，都规定夫妻一方继承或受赠的财产属于个人特有财产。例如，法国民法典第1405条规定，夫妻双方在举行结婚之日各自拥有所有权或各自占有的财产，(上接第33页)各自于婚姻期间因继承、赠与或遗赠而取得的财产，仍为个人的自有财产；意大利民法典第179条规定，配偶一方在婚后取得的、在赠与文书或遗嘱中没有特别表明属于共同财产的赠与或遗产，属于夫妻个人所有。

其三，婚姻法的规定与继承法相互矛盾。我国继承法并没有将儿媳和女婿列入法定继承人范围，只有对公婆、岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿才可以作为第一顺序继承人，婚姻法的规定实际上扩大了法定继承人的范围。

(二)笔者一直建议民法典婚姻家庭编对如何认定继父或继母与继子女形成扶养关系作出明确的、具有可操作性的规定,至少将目前的“受其抚养教育”修改为“有扶养关系”,这样与继承编的规定统一起来,且“形成扶养关系”比“受其抚养教育”更准确更到位,否则容易引起歧义,以为只包括上对下的抚养,不包括下对上的赡养。这样规定也有利于保护老年人的权益,鼓励继子女主动赡养继父母。

随着近年来离婚率年年走高,再婚家庭数量日趋上升,有关继父母与继子女之间的纠纷也越来越多。现行婚姻法对继父或继母与继子女的关系问题规定的太过简单和笼统,造成审判实践中对抚养教育的事实认定困难,标准不一且认识混乱,故应当对此问题予以补充完善。

关于继父母与继子女之间的关系,可以分为3种类型:名分型,即继父母与继子女间不存在扶养关系,双方只是一种姻亲关系;共同生活型,即生父与继母或者生母与继父结婚时,继子女尚未成年,其与继父母共同生活,继父母尽了抚养教育义务达到一定年限,视为有扶养关系的继父母子女。继子女与生父母的权利义务关系仍然存在,故继子女与生父母和继父母在法律上形成了双重父母子女关系;收养型,即继父或继母通过收养程序收养了继子女,双方转化成养父母子女关系。

要产生拟制血亲的法律关系,在抚养教育的时间上不应太短,避免权利义务关系的失衡。比如继父或继母只抚养教育继子女一年时间,继子女随后就参加工作自食其力,如果认定双方形成抚养教育关系,将来继子女应尽的赡养义务时间可能会很长。对于本来没有血缘关系只是由于生父或生母再婚而形成的姻亲关系,法律在规制时应平等保护未成年的继子女利益以及年老的继父母的利益。

#### 【注释】

[1] [美] 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第464页。

[2] 中共中央马恩列斯著作编译局:《马克思恩格斯全集(第3卷)》,人民出版社1972年版,第562页。

[3] 孙若军:“疾病不应是缔结婚姻的法定障碍——废除〈婚姻法〉第7条第2款的建议”,载《法律适用》2009年第2期。

[4] 徐国栋:“婚姻家庭编应保留〈婚姻法〉禁止一些疾病患者结婚的规定”,载《中国法学会婚姻家庭法学研究会2019年会暨民法典婚姻家庭编、继承编立法完善研讨会会议论文集》。

[5] 张玉萍:“关于法定疾病的结婚禁止的反思与矫正”,载《中国法学会婚姻法学研究会2016年年会论文集》。

[6] 杨晋玲:“亲属法的性质问题探析”,载《中国法学会婚姻法学研究会2017年年会暨民法典婚姻家庭编立法重大问题研讨会论文集》。

[7] 杨立新、蒋晓华:“对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估”,载《河南社会科学》2019年第6期。

[8] 沈奕斐:《被建构的女性:当代社会性别理论》,上海人民出版社2005年版,第203~204页。

[9] 龙俊:“夫妻共同财产的潜在共有”,载《第六届中国婚姻家事法实务论坛论文集》。

[10] 王礼仁:“婚姻法解释二第二十四条属于国家一级法律错误”,载《2014年中国婚姻法学会年会论文集》。

[11] 但淑华:“对婚姻法解释(二)第二十四条推定夫妻共同债务规则之反思”,载《妇女研究》2016年第6期。

[12] 全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨:《关于〈中华人民共和国民法典〉(草案)的说明》

## 民法典典型合同的制度创新及意义

作者：谢鸿飞 涂燕辉

作者单位：中国社会科学院法学研究所 中国社会科学院大学

来源：《人民检察》

期刊年份：2020

民法典合同编调整的合同可以区分为典型合同（又称“有名合同”）与非典型合同（又称“无名合同”）。[1]典型合同即在民法典中进行专门规定的具体合同类型，如买卖合同、借款合同及保管合同等，除此之外的合同为非典型合同。[2]典型合同之所以“典型”，理由主要在于：一是在复杂多样的交易形态中，其给付种类或合同类型具有普遍性、代表性；[3]二是在法律适用上，典型合同有可资适用的法律规定，非典型合同须依合同性质及经济目的类推适用与其相近的典型合同的规定。[4]因此，典型合同历来是各国合同立法的重点。民法典有关典型合同的规范多达384条，约占全部1260条的30.5%，可谓浓墨重彩。[5]

民法典合同编的内容最终取决于一国的经济社会条件，典型合同作为类型化的交易形式，其立法更是深受时代发展的影响。不同时代、不同发展阶段的国家或地区，其典型合同的类型和内容都各有特色，[6]处于同一发展阶段的国家或地区，因交易类型和交易手段的翻新，其典型合同类型及内容也明显不同。[7]可见，典型合同具有回应社会需求，凸显时代特征，彰显民族特色的重要功能。我国合同法1999年施行，适应了建立社会主义市场经济体制的紧迫需求。二十多年来，随着社会主义市场经济的不断发展，我国经济社会已发生巨大而深刻的变化，合同领域也出现了一些新情况、新问题。民法典合同编中的典型合同分编以合同法为基础，结合司法实践和商事实践，一方面新增典型合同类型，满足社会新需求。另一方面完善既有合同规范，回应民生关切。笔者将从民法典合同编典型合同分编的制度创新如何回应社会需求及民生关切展开探讨。[8]

### 一、编纂民法典合同编典型合同分编的经济社会背景

合同法施行二十多年来，我国处于经济社会的高速发展期，产业结构、城乡格局、生态建设和生活风格等领域都发生了巨大变革。

在产业结构上，第三产业迅猛发展。在社会主义市场经济建立初期，我国着重发展第一、第二产业，并以之带动第三产业的发展。其后，第三产业发展迅速，服务业增加值在国内生产总值中的比重持续提升。自2013年开始，第三产业增加值占国内生产总值的比重超过第二产业，第三产业成为国民经济的第一大产业。2014年起，我国进入“大众创业、万众创新”时代，新兴产业持续壮大，2019年企业数量日均净增1万户以上。[9]“大众创业”使中小企业出现了强旺的融资需求甚至资金饥渴现象。与实体经济相伴，我国金融业发展也取得了历史性成就，金融产品日益丰富，金融服务普惠程度也得以强化。

在城乡格局上，城市化进程进一步加快。社会主义市场经济的不断发展，加快了我国城镇化的进程，农业人口持续向城市聚集。1995年末，我国常住人口城镇化率为29.04%，2002年党的十六大提出“坚持大中小城市和小城镇协调发展，走有中国特色的城镇化道路”的新型城镇化战略，之后城镇化率持续提高。近年来，为积极推动新型城镇化建设，户籍、土地、财政、教育、就业、医疗、养老、住房保障等领域配套改革不断推进，农业转移人口市民化速度加快。[10]2019年末，我国常住人口城镇化率已超过60%。[11]城镇化进程加快使城市住房需求激增，进而带动了城市不动产管理需求的增加。

在生态建设上,环境日益恶化,亟须全民参与保护和修复环境。高速发展的经济一定程度上给生态环境承载力带来了巨大挑战,一段时间以来,以破坏生态环境为代价换取一时的发展现象大量存在。生态环境保护不单是有关机关的法定职责,也是每个民事主体的法定义务。

在生活风格上,社会财富的丰富使人们对商品和服务提出了更高要求。目前,我国民众的需求从“物质生活需要”转化为“美好生活需要”,从单一的物资需求转化为立体的多元需求,这也使民众对高质量、多元化的商品和服务需求更为强烈。

## 二、民法典新增的典型合同类型

随着市场经济交易的纵深发展和社会领域的分化,我国交易类型不断翻新,交易频度不断增加,交易方式更为复杂化和技术化。合同作为交易的法律形式,其类型应与交易类型保持一致,某种新的交易形态日趋稳定并具有普遍性时,就应获得进入民法典的入场券。在典型合同类型上,民法典新增完善了4种典型合同,分别为保理合同、保证合同、物业服务合同及合伙合同。其中,保理合同为完全新增合同,保证合同、物业服务合同及合伙合同则是对民事单行法的相关规则进行修改完善后,成为典型合同。[12]

### (一) 新增保理合同,畅通中小企业融资渠道

保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人,保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。作为一种应收账款融资手段,保理具有成本低、逆周期的特点,能有效解决中小企业的应收账款账期、担保物缺乏,银行授信难等问题,较好地发挥流动资产的运行效益。[13]近年来我国保理业务迅速发展,体量庞大,业务总量已居世界首位。[14]保理业务的发展也催生了大量的保理合同纠纷。为畅通中小企业保理融资的渠道,明确保理纠纷司法裁判依据,民法典专设一章“保理合同”规范,以满足保理市场的迫切需要。

保理合同规定于民法典合同编第二分编第十六章,从第七百六十一条到第七百六十九条,共计9个条文,具体分析如下:

第七百六十一条规定了保理合同的定义,保理合同由两部分内容组成:一是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人;二是保理人为应收账款债权人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务中的至少一项服务。[15]前者为债权让与的内容,可直接适用合同编通则有关债权让与的规定。后者为三项服务,在性质上分别属于借款合同、委托合同、担保合同,故理论界一般将保理合同视为混合合同。[16]第七百六十二条规定,保理合同为书面要式合同,但该条规范应解释为倡导性规范。

第七百六十三条是对保理欺诈的法律规制。保理欺诈在实践中经常出现,为保护保理人的合法权益,该条规定应收账款债权人与债务人恶意串通,欺诈保理人时,债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人,但保理人明知虚构的除外。该条的构成要件与普通民事欺诈相同:第一,应收账款债权人与债务人主观上有欺诈的共同故意;第二,应收账款债权人与债务人有虚构应收账款之事实;第三,保理人因虚构应收账款之事实而陷于错误认识;第四,保理人因错误认识而签订保理合同。如果构成保理欺诈,法律赋予保理人与其在未受欺诈时相同的权利,即保理人仍然可以基于“保理合同”主张自己的权利,当然保理人为恶意的除外。

第七百六十四条明确了保理人在债权让与中的通知义务。对债权让与中通知债务人的通知主体能否为债权受让人,理论界素有争议,该条规定明确了债权受让人也可为通知主体,有助于提升交易效率,也未给债务人增加风险,值得肯定。第七百六十五条平衡了应收

账款债权人与债务人变更或者终止基础交易合同时各方当事人的利益:应收账款债务人接到应收账款转让通知后,应收账款债权人和债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同,对保理人产生不利影响的,对保理人不发生效力。其中,“无正当理由”和“产生不利影响”等要件在司法实践中均有较大解释空间,其施行效果尚待考察。

第七百六十六条和第七百六十七条规定了保理合同的两种典型种类:有追索权的保理和无追索权的保理。在有追索权保理中,保理人仅提供包括融资在内的金融服务,而不承担为债务人核定信用额度和提供坏账担保的义务。无论因何种原因不能收回应收账款,保理人都享有向债权人追索已付融资款项本息,并拒付尚未收回的差额款项,或者要求债权人回购应收账款;也可以向债务人主张应收账款债权。这种保理接近于债权的让与担保。而在无追索权保理中,保理人向债权人提供融资,并以新的债权人身份管理账户或者向债务人收款,保理人享受债权清偿所得利益,同时承担债权无法清偿时的损失。[17]第七百六十八条规定了多重保理的权利主张顺序,有助于厘定多个保理人之间的权利秩序,保障交易安全。

## (二) 新增物业服务合同, 满足居住质量需求

我国自建设社会主义市场经济体制开始至今,城乡格局发生了巨大变化,城镇化程度越来越高。随着城镇常住人口的增多,人们对城市房屋的住房需求呈现井喷式增长,居住形态也产生巨大变化,从独立建筑所有权逐渐发展为建筑物区分所有。在建筑物区分所有权制度中,业主只对自己直接居住的空间享有专有权,公共部分则由所有业主委托物业进行管理。物业服务合同在人们的生活中日益重要,通过委托物业服务企业进行物业管理,成为现代社会不动产管理的常态,[18]与此同时,物业管理纠纷也越来越多。物业服务水平的高低,将直接影响业主的居住生活质量。为满足业主对居住环境质量的需求及对美好居住生活的向往,社会各界对完善物业服务规范的需求日益强劲。为满足社会的迫切需要,民法典新增“物业服务合同”为典型合同。

物业服务合同规定于民法典合同编第二分编第二十四章,从第九百三十七条至第九百五十条,共计14个条文。物业服务合同虽为新增典型合同,但其编纂并非平地起高楼。其中,4个条文是在整合国务院《物业管理条例》(以下简称《条例》)及最高人民法院《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》既有规定基础上修改而来。有关物业服务合同的重要制度变化主要体现在如下方面:

第一,明确了物业服务合同的定义。民法典第九百三十七条规定了物业服务合同的定义:物业服务合同是物业服务人在物业服务区域内,为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务,业主支付物业费的合同。在性质上,物业服务合同应为服务合同的一种,[19]不宜归入委托合同。

第二,细化了物业服务合同的内容及形式。除《条例》规定的事项外,民法典明确物业服务人公布的、对业主有利的承诺为合同组成部分。同时,其第九百三十八条还规定物业服务合同只能采用书面形式,为要式合同。

第三,增加了物业服务人的公共管理职责。在疫情防控期间,物业服务人在疫情防控中发挥了重要作用,有效地协助完成基层管理的职责。民法典第九百四十二条特别赋予物业服务人对治安、环保及消防等事项的管理职责,以应对各种紧急状况。

第四,规定了物业服务人的定期公开与报告义务。在实践中,物业信息不公开是导致物业与业主因物业收费、服务质量、资金使用产生纠纷的重要原因。为矫正此弊,民法典第九百四十三条明确要求物业服务人定期向业主公开并向业主大会、业主委员会报告服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况,以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等事项。

第五,明确了物业服务人催缴物业费的方式。业主承担支付物业费的义务,在其违反交付义务时,部分物业服务人采用断电、断水、断气等野蛮方式催缴物业费,不仅严重影响了业主的正常生活,而且激化了物业服务人与业主的矛盾。民法典第九百四十四条明确规定,物业服务人只能采取诉讼或仲裁的方式催缴物业费,不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式。这一规定妥善地保障了业主的基本生活需求,同时又不影响物业服务人的债权实现。

第六,规定了物业服务合同的续聘和解聘等事项。物业服务合同的续签和终止,是司法实务中最为常见的物业纠纷类型之一。民法典第九百四十六条至第九百五十条规定了续聘、解聘物业服务人及物业服务合同终止后的权利义务关系,为司法裁判提供了明晰的规则。

### (三) 新增保证合同, 为市场交易保驾护航

保证是典型的担保方式,与“物保”相对,属于“人保”,即以主体的信用所做的担保。它作为一种担保方式,在交易实践中相当常见。然而,担保法、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)、物权法之间存在较多矛盾和不一致之处。简化完善保证合同规则,充分发挥保证合同为市场交易保驾护航的作用,一直是法律实务界及交易主体的迫切需求。民法典编纂的一个重要目标是整合担保规则,即消除担保法、《担保法解释》、物权法之间的矛盾和不一致,尽可能抽象出共同担保规则,消除不同担保方式的法律差异。[20]民法典将典型担保中的“物保”规定于物权编,“人保”即保证规定于合同编,作为新增的典型合同类型予以规范。可见,设立保证合同规范系民法典编撰体系化的必然要求。

保证合同规定于民法典合同编第二分编第十三章第六百八十一条至第七百二十条,分为一般规定与保证责任两小节。保证合同的大部分规则源于担保法及《担保法解释》,但仍然作出了不少修改。其重要修改主要有:

第一,保证方式的推定规则由连带责任保证修改为一般保证。即当事人对保证方式未约定或约定不明确的,推定按照一般保证承担保证责任。而担保法强调保护担保权人的利益,诸多规则均向担保权人倾斜,对相关情形即规定保证人承担连带保证责任。民法典的规则使保证人和债权人之间的利益更为衡平。

第二,规定统一保证期间未约定或约定不明确的推定规则。担保法及《担保法解释》采用二分法,在当事人未约定保证期间时,将保证期间推定为主债务履行期限届满之日起6个月,而约定不明时推定为2年。民法典统一修改为6个月,不仅简化了规则,而且对这两种情形一视同仁,更为合理。

第三,修改一般保证债务诉讼时效的起算规则。将从“判决或仲裁裁决生效之日起”起算保证合同的诉讼时效,修改为从“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起”起算保证合同的诉讼时效。“判决或仲裁裁决生效之日”并不一定能代表保证人先履行抗辩权的消灭,因为债务人仍然有可能履行判决或仲裁裁决义务。实践中,“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”一般为判决或仲裁裁决执行不能之日,本质上为“保证人先履行抗辩权消灭之日”。只有在债务人拒绝履行“生效判决或仲裁裁决”时,保证人才不得拒绝承担保证责任,诉讼时效才能开始计算。

第四,完善保证人权利保护体系。具体体现为:第六百八十七条修改了一般保证人先诉抗辩权例外条款、第七百条明确保证人的清偿承受权,新增第七百零二条,即保证人在债务人抵销权和撤销权相应范围内享有拒绝承担保证责任的权利。

### 三、现有典型合同规范的完善

在新型典型合同不断涌现的同时，合同法上原有的典型合同也不断出现新情况，产生新问题，滋生新的立法需求。在合同法分则既有典型合同内容上，民法典着重完善了买卖合同、运输合同及技术合同等规范。[21]

#### (一) 倡导节约利用资源，贯彻绿色原则

随着我国工业经济的高速发展，资源利用需求越来越大，一定程度上导致生态环境日益恶化。为实现资源的可持续利用，保护生态环境，国家相继提出可持续发展战略与绿色发展战略。正所谓“金山银山不如绿水青山”，民法典合同编典型合同分编亦积极贯彻绿色原则。

商品包装尤其是很多生活用品的包装多采用塑料材质，无法降解，容易造成白色污染。国家多次出台政策限制塑料包装的使用，但成效不如人意。[22]民法典合同编典型合同分编第九章“买卖合同”第六百一十九条规定，对商品包装方式，当事人没有约定也没有通用方式的，应当采取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式。这是我国民事领域立法首次明确商品包装方式的绿色要求，具有重要的宣示意义。

标的物回收不仅有利于资源的重复利用，还有助于保护环境，对贯彻绿色生态的要求具有重要作用。民法典第六百二十五条新增出卖人的标的物回收义务，规定“依照法律、行政法规的规定或者按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托他人对标的物予以回收的义务”。通过合同制度规定出卖人的回收义务，利用私法责任规制经营者有利于资源回收政策的落实。

电力资源的一个重要特征是其属于一次性消耗品，这决定了电力资源无法“回收”，而节约用电有利于保障电力的持续供应。民法典合同编典型合同分编第十章“供用电、水、气、热力合同”第六百五十五条增加规定了用电人的“节约和计划用电”义务。用电人的节约和计划用电义务是指用电人遵守国家有关限电、计划用电的政策规定，在用电过程中合理用电，避免浪费。违反节约和计划用电义务，如不遵守国家有关节电的规定，采用高耗电的方式进行生产的，用电人将承担相应的损害赔偿责任。

#### (二) 强化安全运输义务，规制霸座行为

客运公共交通对于保障人们的出行具有举足轻重的作用。我国道路交通运输体量大、风险高，近年来，客运事故发生量居高不下，重大客运交通事故频发。[23]如何保障客运运输安全成为一个重要的社会问题。与此同时，客运过程中的一些不文明行为，如“高铁霸座”“买短乘长”等也持续引发社会关注。民法典合同编第十九章“运输合同”积极回应了这些社会关切的问题。

为遏制客运中的不文明行为，民法典合同编第八百一十五条增加规定了乘客应按照有效客票“记载的时间、班次和座位号”乘坐的要求，并规定“持不符合减价条件的优惠票”乘坐的须补票。在车票实名制实施后，该条新增规定，实名制客运合同的旅客丢失客票的，可以请求承运人挂失补办，承运人不得再次收取票款和其他不合理费用，避免乘客因为车票丢失带来的损失。

为强化客运安全保障，民法典第八百一十八条新规定旅客携带“危险物品”乘运时，承运人可以将危险物品卸下、销毁或送交有关部门，乘客坚持携带的，承运人可以拒绝运输。第八百一十九条新增承运人与乘客的安全运输义务，承运人应当“严格履行安全运输义务”，乘客对承运人为安全运输所作的合理安排应当积极协助和配合。该条规定的承运人的安全运输义务为具有兜底性质的义务，只要非不可抗力或乘客自身原因导致的安全事故，承运人均

应承担责任。如果因安全运输事故造成乘客固有财产或人身利益损失的，乘客可以要求承运人承担违约责任，也可选择要求承运人承担相应的侵权责任。

### (三) 扩大技术许可范围，加强知识产权保护

我国早期的专利法制主要是受外界影响推动的。1992年专利法第一次修正是中美知识产权制度谈判的结果，2000年第二次修正就是为了加入世贸组织。2008年国家提出“创新驱动发展战略”，我国逐步开始重视并自主驱动保护以专利为核心的技术创新。如今我国经济发展从“追求高速度发展”转变为“追求高质量发展”，[24]而高质量的经济必然以技术创新为支撑。但近年来，国际上对我国技术许可的贸易限制与技术壁垒不断增加，阻碍我国技术创新发展，这就促使我国高度重视核心技术的创新，实务界也呼吁出台更多制度政策，以保护技术创新。民法典合同编典型合同分编“技术合同”也积极回应此种需求，通过合同制度保护自主创新。

合同法并未单独规定技术许可合同，只规定了专利实施许可合同，并将其作为一种“技术转让合同”予以规范。民法典合同编典型合同分编新增“技术许可合同”，将其作为一种新的技术合同类型，并首次明确了技术许可合同的定义。一是在体例上，民法典合同编典型合同分编“技术许可合同”不再归属于技术转让合同，而是与之并列，共同归属于技术合同。二是在适用范围上，大大扩张了技术许可合同的适用情形，不再限于专利实施许可，还可适用于技术秘密使用许可。通过民法典第八百七十六条的准用规则可知，技术许可合同还可适用于集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权的许可。三是在形式上，技术许可合同必须采用书面形式，属于要式合同。因为技术许可合同在给付内容、权利义务等方面均与技术转让合同存在差异，民法典将技术许可合同单列，并扩张其适用范围的做法值得肯定。

民法典合同编典型合同分编是整部民法典中条文最多的分编，其以合同法为基础，回应社会需求与民生关切，对既有的典型合同规定作了修改和完善，同时又增设了新类型的合同。这些内容一定程度上是当下我国经济社会发展的缩影，又隐含了未来的发展趋势，必将对我国民法典时代的经济生活和社会生活产生积极影响。

#### 【注释】

\*中国社会科学院法学研究所研究员、教授、博士生导师；

\*\*中国社会科学院大学民商法学博士研究生。

[1]《民法典》合同编第二分编直接命名为“典型合同”，可谓对此种划分的立法表达。

[2]非典型合同又可分为纯无名合同、混合合同及准混合合同。参见林诚二著：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2002年版。

[3]参见朱广新：《民法典之典型合同类型扩增的体系性思考》，载《交大法学》2017年第1期。

[4]参见孙森焱著：《民法债编总论（上册）》，法律出版社2006年版。

[5]参见王利明：《典型合同立法的发展趋势》，载《法制与社会发展》2014年第2期。

[6]例如，日本民法典规定了赠与、买卖、互易、消费借贷、使用借贷、租赁、雇佣、承揽、委托、寄存、合伙、终身定期金、和解等典型合同。而在我国台湾地区则确立了更多的典型合同种类，包括买卖、互易、交互计算、赠与、租赁、借贷、雇佣、承揽、旅游、出版、委任、经理人及代办商、居间、行纪、仓库、运送、承揽运送、合伙、隐名合伙、合会、指示证券、无记名证券、终身定期金、和解、保证、人事保证等。

[7]参见朱广新：《论合同法分则的再法典化》，载《华东政法大学学报》2019年第2期。

[8]当然典型合同立法也无法面面俱到,全面回应社会需求。笔者主要就典型合同分编的部分修改情况开展讨论。

[9]参见李克强总理2020年5月22日在十三届全国人大三次会议上所作的《政府工作报告》的内容。

[10]引注同

[11]参见李克强总理2020年5月22日在十三届全国人大三次会议上所作的《政府工作报告》的内容。

[12]民法典中的合伙合同规范与民法通则中的“合伙”及合伙企业法中的相关规定变化不大,本文不再赘述。民法典将合同法中的“居间合同”名称改为“中介合同”,但内容未作实质修改。

[13]参见黄和新:《保理合同:混合合同的首个立法样本》,载《清华法学》2020年第3期。

[14]李宇:《保理合同立法论》,载《法学》2019年第12期。

[15]李宇:《保理合同立法论》,载《法学》2019年第12期。

[16]参见黄和新:《保理合同:混合合同的首个立法样本》,载《清华法学》2020年第3期。

[17]参见黄和新:《保理合同:混合合同的首个立法样本》,载《清华法学》2020年第3期。

[18]引注同[5]。

[19]以往,物业服务合同多被称为物业管理合同,就其法律性质大致有“委托合同说”“服务合同说”“混合合同说”及“独立合同说”。参见关淑芳:《物业管理合同的性质及其法律适用》,载《当代法学》2007年第4期。

[20]参见谢鸿飞:《共同担保一般规则的建构及其限度》,载《四川大学学报》(哲学与社会科学版)2019年第6期。

[21]除买卖合同、运输合同及技术合同,民法典合同编典型合同分编对融资租赁合同、建设工程合同、保管合同及中介合同等均有少量修改,但相较旧法规定变化不大,不再一一赘述。租赁合同部分重点细化了承租人优先购买权的行使规则,属重大变化,可参见民法典第七百二十六条至第七百二十八条的规定。

[22]参见苏杰德:《新限塑令:越限越多的塑料污染“死结”》, <http://news.sina.com.cn/s/2020-04-13/doc-iircuyvh7416331.shtm> l,最后访问日期:2020年6月3日。

[23]参见袁孝尚:《客运事故频发,如何改善客运交通安全》, [http://www.cnautone ws.com/tj/syc/201909/t20190912\\_620620.htm](http://www.cnautone ws.com/tj/syc/201909/t20190912_620620.htm) l,最后访问日期:2020年6月3日。

[24]参见人民日报评论员:《扩大内需必须深化供给侧结构性改革》,载《人民日报》2020年4月14日第1版。

## 民法典侵权责任编的理念进步与制度完善

作者：米新丽

作者单位：首都经济贸易大学法学院

来源：《人民检察》 期刊年份：2020 期号：11

民法典循着权利赋予——权利行使——权利救济的逻辑思路展开，以总则编开始，以侵权责任编结束。其中，侵权责任编因其权利救济的功能定位被安排在第七编，在民事主体的民事权益遭受侵害时，其将提供充分的制度供给，以使民事主体得到救济。相较于2009年通过的侵权责任法，民法典侵权责任编并没有推倒重来的颠覆性改变，从体例安排到规则内容再到条文数量，均基本维持了侵权责任法的做法，保持了立法的相对稳定性。但侵权责任法实施以来，经济社会得到了快速发展，司法实践积累了丰富的经验，学术研究取得了丰硕成果，特别法和司法解释也在不断推出，民法典侵权责任编对此作出了相应的回应和吸纳。所以，相较于侵权责任法，其立法理念更为进步，制度设计更为完善。

### 一、新发展理念得到具体体现

2015年10月29日，习近平总书记在党的十八届五中全会第二次全体会议上的讲话鲜明提出了创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，即五大发展理念。新发展理念在民法典总则编中首先体现为“绿色原则”，即第九条“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”在民法典侵权责任编第七章中得到进一步具体体现。民法典侵权责任编第七章是环境污染和生态破坏责任，从第一千二百二十九条至第一千二百三十五条共7个条文，相比侵权责任法第八章的4个条文，不仅仅是条文数量的增加，更重要的是在内容上不再仅局限于环境污染责任，还增加了生态破坏责任。民法典第一千二百二十九条规定：“因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任。”这是环境污染和生态破坏责任的一般条款。第一千二百三十四条规定：“违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。侵权人在期限内未修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复，所需费用由侵权人负担。”该条专门针对违反国家规定造成生态环境损害的修复责任以及修复费用承担进行了规定。与此衔接，第一千二百三十五条对违反国家规定造成生态环境损害的侵权人应赔偿损失和承担费用的具体范围进行了规定。

回溯立法史，对于污染环境应承担侵权责任这一内容，1986年颁布的民法通则第一百二十四条已有规定，体现了立法者的远见卓识。这一内容在侵权责任法中得到进一步发扬光大，但并未跳出因污染而承担侵权责任的范围。近年来，随着经济社会的发展和科技进步，在新发展理念的指导下，对于环境保护的认识已经超越了污染层面，不仅污染会造成环境破坏，生态破坏也是一种破坏，应当对污染环境和生态破坏作出一体化规定，从而抑制这类侵权行为。例如，对于外来物种带来的影响，实践中已有较强的认识。某县农业农村局水产工作站在工作检查时发现当地一库区养殖的鱼类中含有美国加利福尼亚州鲈鱼，掠食性强，属外来物种，可能对本土鱼类造成影响，立刻报告县政府，县政府即刻召开研讨会并邀请检察机关参加。检察机关参会人员就外来物种入侵可能破坏当地水域生态链和生物多样性发表了意见，提供了检察建议。最终违法网箱养鱼设施全部拆除，养殖的鲈鱼也已依法处置，外来物种入侵威胁得以消除。[1]这一案例说明，在新发展理念的指导下，实务工作中已经有了

较强的对于生态保护的认识。这也为民法典侵权责任编第七章的制定和实施提供了实践基础。

## 二、权利救济与行为自由更加平衡

民法典侵权责任编更为注重权利救济与行为自由的平衡。侵权责任法虽然以救济权利为己任，但在救济权利时不能妨碍行为自由。这一点在侵权责任编得到了进一步体现。

### (一) 修改被侵权人过错的适用

民法典侵权责任编第一千一百七十三条规定：“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。”相较侵权责任法第二十六条规定的“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任”，少了一个“也”字。虽然只是一字之差，却是立法理念和立法内容的重要变化。侵权责任法第二十六条的“也”字，说明只有在侵权人有过错的时候，被侵权人的过错方可成为减责事由。也就是说，这一减责事由的适用以过错责任原则为前提。但民法典侵权责任编第一千一百七十三条的规定，去掉了“也”字，意味着该条减责规定，不仅在侵权人有过错的时候可以适用，在侵权人无过错的时候也可以适用。即不仅仅适用于过错责任原则的情形，也适用于无过错责任原则的情形，扩大了该减责情形的适用范围，进一步兼顾了行为自由。

### (二) 增加自甘风险的规定

民法典侵权责任编第一千一百七十六条规定：“自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”这一条在学理上被称作自甘风险规则，是民法典侵权责任编的新增内容，在侵权责任法中并无规定。该条规定意味着在具有一定风险的文体活动中，除非其他参加者具有故意或者重大过失，否则对自愿参加者受到的损害，加害人不必承担责任。这一规定进一步减轻了参与者对参与文体活动的担忧，参与者可以不必因担心承担责任而小心翼翼，甚至望而却步。实践中，有些案件的处理往往需要参与者承担责任或进行补偿。例如，在“杨玉荣诉宾成健康权纠纷案”[2]中，原告杨玉荣和被告宾成同为湖南省永州市零陵区篮球爱好者自发组织的170联盟的成员。在2013年5月14日举行的比赛中，原告杨玉荣作为进攻方跳起准备投篮，被告宾成作为防守方，对原告的投篮进行封盖，致使原告杨玉荣落地时右手受伤，但该场比赛的裁判认定被告宾成的防守行为并未犯规。事发后，原告杨玉荣的伤势经司法鉴定认为，“被鉴定人所受损伤目前的伤残等级可相当于《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》七级伤残”。原告将被告诉至法院，请求被告赔偿1046530元。经过一审、二审，法院均认定被告没有过错，不承担过错侵权责任，但均判决被告应予以补偿。一审判决被告补偿原告40万元，二审改判为补偿10万元。类似案件在实践中并不少见，尽管是补偿，但也给文体活动的参与者带来了不小的顾虑。依据民法典侵权责任编第一千一百七十六条的自甘风险规则，则可减少或打消这种顾虑，从而获得更进一步的行为自由。

### (三) 规范公平责任原则的适用

民法典侵权责任编第一千一百八十六条规定：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。”与侵权责任法第二十四条“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失”相比较，以“依照法律的规定”代替了“可以根据实际情况”，这一变化使公平责任原则的适用更为规范，限制了法官在这一原则适用时的自由裁量权。

在司法实践中,在原被告双方都没有过错的情况下,法官往往会援引侵权责任法第二十四条判决补偿。如前述“杨玉荣诉宾成健康权纠纷案”即为此种情况。但这一条的过度适用给行为人的自由带来了较大的妨碍,甚至在一定程度上背离了“公平”的本意。例如,在“田九菊诉杨帆生命权纠纷案”[3]中,因段小立在电梯内吸烟,杨帆予以劝阻,二人发生言语争执。段小立与杨帆走出电梯后,双方仍有言语争执。后段小立因心脏病发作猝死。田九菊(段小立之妻)诉至法院要求杨帆对段小立之死承担赔偿责任。法院经审理查明,杨帆劝阻段小立吸烟行为未超出必要限度,也无肢体冲突,还在段小立身体出现状况时积极予以救治。但一审法院仍然根据侵权责任法第二十四条判决杨帆补偿田九菊1.5万元。该判决作出后引起较大争议。二审法院认定杨帆劝阻段小立吸烟行为属于正当劝阻行为,且自始至终平和理性,对段小立的死亡没有过错,也不存在法律上的因果关系。二审认为一审判决适用公平原则判决杨帆补偿田九菊1.5万元,属于适用法律错误。在改判理由中,二审法院特别强调,杨帆对段小立在电梯内吸烟予以劝阻,是自觉维护社会公共秩序和公共利益的行为,一审判决判令杨帆分担损失,让正当行使劝阻吸烟权利的公民承担补偿责任,将会挫伤公民依法维护社会公共利益的积极性,既是对社会公共利益的损害,也与民法的立法宗旨相悖,不利于促进社会文明,不利于引导公众共同创造良好的公共环境。[4]这一判决在一定程度上改变了侵权责任法第二十四条的过度适用或不当适用现象,使得司法判决进一步体现了“公平”本意。但该二审判决只是少数个案,更多的案件存在适用侵权责任法第二十四条的情形。之所以存在这种现象,与侵权责任法第二十四条“可以根据实际情况,由双方分担损失”的规定密切相关,法官在适用过程中有较大的自由裁量权,使得该条得以广泛适用。民法典侵权责任编第一千一百八十六条进行了修正,把受害人和行为人对损害的发生都没有过错时的损失分担,限定在有法律规定的场合,将会使“公平原则”的过度适用受到限制,使之体现真正的“公平”,在保护受害人利益的同时,兼顾到行为人的自由。

### 三、对受害人的权益保护更加充分

民法典侵权责任编在注重权利救济与行为自由平衡的同时,对受害人的保护更为充分。

#### (一) 增设自助行为条款

民法典侵权责任编第一千一百七十七条第一款规定:“合法权益受到侵害,情况紧迫且不能及时获得国家机关保护,不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的,受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施;但是,应当立即请求有关国家机关处理。”这在学理上被称为自助行为。这一内容在侵权责任法中并无规定,属于民法典新增的内容。该规定赋予了受害人在紧急情况下的私力救济权,使得受害人的权益保护更加充分。司法实践中已有类似案例,例如在马某诉余某某、李某侵权责任纠纷案——吃“霸王餐”逃跑摔伤反向餐馆索赔案[5]中,马某等人就餐后未买单即欲离开饭店。余某某、李某在发现马某等人逃跑后阻拦其离开,马某在逃跑过程中因自身原因摔伤。之后起诉余某某、李某要求赔偿。法院经审理认为,马某等就餐不付款属于吃“霸王餐”的不诚信行为,经营者李某要求马某等人付款的行为属于正当的自助行为,并无不当。故李某、余某某不应对马某摔伤造成的损失承担赔偿责任。在侵权责任法未规定自助行为的情况下,该案判决的依据是侵权责任法第六条关于一般侵权责任的规定,其关于自助行为的认定来源于法理。虽然这样的做法也可以保护受害人合法权益,但不如法律明确规定自助行为更为直接。民法典侵权责任编第一千一百七十七条的规定使自助行为有了明确的法律依据,也更易于被掌握和适用。

## (二) 给予被侵权人更多的选择权

民法典侵权责任编第一千一百八十二条规定：“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿……”相较侵权责任法第二十条规定的“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿……”，在侵害他人人身权益造成财产损失的场合，民法典侵权责任编第一千一百八十二条给予被侵权人以选择权，其可以选择按照被侵权人因此受到的损失要求赔偿，也可以选择按侵权人因此获得的利益赔偿。侵权责任法第二十条在这一问题上有先后顺序要求，即先按被侵权人因此受到的损失赔偿要求赔偿，在被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的时候，再按照其获得的利益要求赔偿。民法典的规定使被侵权人不必受先后顺序的限制，可以选择最有利于自己的情况要求赔偿，增加了被侵权人的选择权。

## (三) 拓宽了精神损害赔偿的适用范围

民法典侵权责任编第一千一百八十三条第二款规定：“因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”相比侵权责任法第二十二条“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”之规定，拓宽了精神损害赔偿的适用范围，即不仅在侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害时，被侵权人有权请求精神损害赔偿，而且在侵害人格物造成自然人严重精神损害的，被侵权人也可请求精神损害赔偿。这一规定更加人性化，体现了对被侵权人更浓厚的人文关怀。实践中确实存在侵害人格物造成自然人严重精神损害的案件，例如，在“王青云诉唐山美洋达摄影有限公司赔偿特定物损失案”中，原告王青云之父母在1976年唐山大地震中双亡，当时王青云年仅三岁。基于对父母的追思，王青云经多年苦心寻找，找到其父母免冠照片各一张，送到被告美洋达摄影公司进行翻版放大。但被告将原告父母的两张照片原版遗失，给原告造成无法弥补的巨大精神痛苦。法院认定，照相馆应赔偿精神损害。[6]当时法院判决所依据的民法通则尚无关于精神损害赔偿的明确规定，能够作出支持精神损害赔偿的判决，法官的智慧和勇气可见一斑。实践中的类似案例推动了相关司法解释的出台。最高人民法院2001年通过的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第四条规定：“具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”这一规定在侵权责任法中并未得到体现，但在民法典侵权责任编中得以吸纳。

## 四、义务和责任分配更为合理

与侵权责任法相比，民法典侵权责任编在义务和责任的分配方面更为合理，规则更为完善。

### (一) 网络侵权中通知规则的再造

侵权责任编第一千一百九十四至一千一百九十七条就网络侵权作出了规定，相比侵权责任法第三十六条之规定，民法典条文数量增加至4条，更重要的是其通知规则的再造，使得义务与责任分配更为合理。

第一，增加了权利人通知时应提供具体内容的规定。民法典侵权责任编第一千一百九十五条第一款规定：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。”即权利人在通知网络服务提供者采取必要措施时，并非仅仅通知即可，而是要在通知时提供构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。这意味着权利人在行使通知

权利的同时,要有具体内容。这在一定程度上能够防止权利人滥用权利。第二,增加了网络服务提供者转通知的义务。民法典侵权责任编第一千一百九十五条第二款规定,“网络服务提供者接到通知后,应当及时将该通知转送相关网络用户,并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施……”此即网络服务提供者的转通知义务,避免因接到通知即采取措施而带来的不利后果。第三,增加了权利人应承担错误通知后果的规定。民法典侵权责任编第一千一百九十五条第三款规定:“权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的,应当承担侵权责任。法律另有规定的,依照其规定。”即除法律另有规定的外,权利人应承担因错误通知造成的后果。该规定能够促使权利人谨慎行使通知的权利。第四,增加了网络用户反通知的规定。民法典侵权责任编第一千一百九十六条第一款规定:“网络用户接到转送的通知后,可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据及网络用户的真实身份信息。”这是关于网络用户反通知的规定,给了网络用户自我辩解的机会,以平衡双方当事人利益。

综上,相比侵权责任法第三十六条,民法典侵权责任编关于网络侵权的通知规则有了较大变化。其变化的原因在于,侵权责任法实施以来,信息科技发展迅速,网络用户的数量不断增加,电子商务也进入快速发展时期。根据中国电子商务协会发布的《中国电子商务发展报告(2016-2017)》,2016年,我国电子商务交易额达到26.1万亿元人民币,其中网上零售额达51556亿元,同比增长26.2%。[7]这也意味着电子商务领域竞争愈发激烈。如果仍然沿用侵权责任法第三十六条的“通知、删除规则”,可能使不正当竞争行为有了容身之地,网店店主可能利用这种规则对竞争对手进行打压。如“许先本诉童建刚等不正当竞争纠纷案”,案件起因于童建刚向淘宝公司投诉具有竞争关系的许先本销售的涉案商品侵犯其外观设计专利权,随后淘宝公司根据投诉,删除了许先本涉案商品的商品链接致其无法销售而遭受重大损失,故许先本诉至法院。[8]该案即为利用“通知——删除规则”打压竞争对手的案例。虽然最终法院判决原告胜诉,但毕竟损失已经造成,而且诉讼耗费大量的时间和精力。民法典侵权责任编通知规则的再造,使得权利人、网络用户、网络服务提供者的义务、责任更为合理,可以在一定程度上防止权利人滥用通知规则,并能抑制不正当竞争行为,以维护公平的竞争环境,减少讼累。

(二)高空抛物坠物致害责任制度更加完善在侵权责任法出台前,高空抛物坠物致人损害的案件时有发生,当时由于没有明确的法律规定,司法实践中出现了“同案不同判”现象。为解决这种问题,侵权责任法第八十七条规定:“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害,难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”但从其实施情况来看,尚未能够有效阻遏高空抛物坠物致人损害的行为。“头顶上的安全”依然让人担忧。故2019年10月21日最高人民法院《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》采用民事责任、刑事责任综合运用方式解决此类问题。

较之于侵权责任法第八十七条,民法典侵权责任编第一千二百五十四条的规定主要有以下完善:

第一,将“禁止从建筑物中抛掷物品”规定为一项法定义务。民法典侵权责任编第一千二百五十四条第一款规定:“禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的,由侵权人依法承担侵权责任……”第二,增设了物业服务企业等建筑物管理人的安全保障义务。民法典侵权责任编第一千二百五十四条第二款规定:“物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生;未采取必要的安全保障措施的,应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。”这一规定是对侵权责任法第八十七条较大的修改,对于有效遏制高空抛物坠物损害的发生具有积极意义。侵权责任法第八十七条并未规定物业服务企业等建筑物管理人的安全保障义务,物业服务企业

等在发生高空抛物坠物致害行为时往往不需要承担责任,故缺乏防范高空抛物坠物的动力和压力。民法典侵权责任编第一千二百五十四条课以物业服务企业等建筑物管理人该项义务后,将会促使其履行职责,比如通过加强宣传等方式尽可能防止高空抛物坠物的发生。通过增设摄像头等方式,一旦发生高空抛物坠物事件,也能够较方便锁定侵权人。第三,强调了有关机关及时调查的职责。民法典侵权责任编第一千二百五十四条第三款规定:“发生本条第一款规定的情形的,公安等机关应当依法及时调查,查清责任人。”该条强调了公安机关等国家机关应当履行依法及时调查的职责,以尽可能锁定真正的侵权人。这是对侵权责任法第八十七条最大的修改。事实上,侵权责任法实施以来,对于第八十七条的争论一直没有停止过。之所以会产生争议,主要原因在于,实践中发生的高空抛物坠物致人损害的案例,仅凭原告方的力量往往找不到真正的加害人。又由于是民事案件,公安机关等机关不介入调查取证工作,所以由“可能加害的建筑物使用人”给予补偿的情况比较多。而这又会导致这些使用人的内心抵触,感到自己是在为侵权人买单。民法典侵权责任编第一千二百五十四条第三款的这一规定,使得发现真正侵权人的概率大大增加,有利于减少“可能加害的建筑物使用人给予补偿”的情况。

#### 【注释】

[1]参见杨阳洋:《外来物种入侵造成威胁?看云南检方如何以案释法保护生物多样性》, <http://www.ynfzb.cn/Ynfzb/XinWen/202005305278.shtml>, 最后访问日期:2020年6月5日。

[2]参见湖南省永州市零陵区人民法院(2014)零民初字第816号判决;湖南省永州市中级人民法院(2015)永中法民一终字第191号判决。

[3]参见河南省郑州市金水区人民法院(2017)豫0105民初字第14525号判决。

[4]参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终字第14848号判决。

[5]参见最高人民法院2020年5月13日发布的人民法院大力弘扬社会主义核心价值观十大典型民事案例之八, <http://www.court.gov.cn/Zixun-xiangqing-229041.html>, 最后访问日期:2020年6月5日。

[6]参见河北省唐山市路北区人民法院(1997)北民初字第1762号判决书。

[7]参见赵旭东主编:《中华人民共和国电子商务法释义与原理》,中国法制出版社2018年版,第3页。

[8]参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110民初字第11608号判决书。

## 对民法典物权编若干规定的解读

作者：崔建远

作者单位：清华大学法学院 清华大学民法研究中心 中国民法学研究会

来源：《人民检察》 期刊年份：2020 期号：11

民法典已经第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过，对其解读和适用是法律人面临的重要任务。限于篇幅，笔者就民法典物权编的若干规定予以解读，以为落实民法典尽一份绵薄之力，同时就教于大家。

### 一、对民法典第二百一十四条[1]的理解

#### (一) 条文含义

观察民法典第二百一十四条的文义，依据民法典关于不动产物权变动的系列规定的体系解释，可以说该条是关于基于法律行为而发生的不动产物权变动生效的时间点的规定。至于非基于法律行为而发生的不动产物权变动，因民法典未规定以登记作为生效要件，未强行要求及时办理登记，故此类不动产物权变动的生效时间点不以登记事项记载于不动产登记簿时为准。土地承包经营权的设立、互换、转让，土地经营权的设立，虽属基于法律行为而发生的不动产物权变动，但民法典明文规定以合同生效时发生效力，也不以登记事项记载于不动产登记簿时为准。地役权的设立，尽管属于基于法律行为而发生的不动产物权变动，但民法典仍例外地规定以地役权合同生效为要件，不以地役权设立的事项记载于不动产登记簿时发生效力。

该条所谓不动产登记簿，是指采取物的编成主义，由不动产登记机构依法制作的，对其辖区内某一特定区域的不动产物权及其变动的状况予以记载的官方记录汇集。对于这种记载，民法典赋予其公示不动产物权及其变动的效力，并进一步赋予此种公示以公信力。

#### (二) 不动产物权变动发生效力时间点的确定及其根据

实际上，关于民法典第二百一十四条所涉问题的立法模式，一直存有不同的意见。第一种意见是以当事人向登记机构递交登记申请时为发生不动产物权变动的效力，第二种意见是以将登记事项记载于不动产登记簿时发生不动产物权变动的效力。

这两种观点各有优长，相比较而言，第二种意见的优点在于：其一，这与基于法律行为而发生的不动产物权变动以登记为生效要件这个模式的文字表达相一致，与第一种意见以当事人向登记机构递交登记申请时发生不动产物权变动的效力，则不相符合。其二，公示，不是当事人的登记申请，而是不动产登记簿簿页上关于不动产物权及其变动的记载。公信力，也不是因当事人的登记申请而起，而是法律赋予公示的法律效力。就此说来，第二种意见与公示、公信力的精神实质相符。

不过，转换视角，第一种意见也有其长处。首先，当事人递交登记申请在先，登记机构将登记事项记载于不动产登记簿簿页之上在后，也就是说，按照第二种意见，不动产物权变动发生效力的时间滞后了，遇有征收补偿、第三人侵害不动产时谁有权请求侵权行为人承担责任、一物多卖时认定是有权处分还是无权处分等问题时，直接影响各方当事人的利益，多数情况下不利于买受人。依据第一种意见，在多数情况下有利于买受人。其次，在同一个不动产为客体牵涉数个交易相对人的场合，例如甲将其A楼出卖于乙，又出卖给丙，乙先到登

记机构申请转移登记，丙姗姗来迟，但登记机构的工作人员故意或过失地把A楼的所有权登记在丙的名下，这对乙非常不利，且不正当。如果按照第一种意见决定，就不会出现这种不适当的后果。

### (三) 对民法典第二百一十四条所涉法律关系的考察

在不动产交易双方之间的关系中，按照第二种意见，买受人取得不动产物权迟延一些，但在出卖人拒不协助办理不动产物权的转移登记，甚至干脆把该不动产出卖给第三人的情况下，买受人虽无该不动产的物权，但享有债权，可以请求出卖人履行协助办理转移登记的义务，并承担支付违约金或赔偿违约损害，出卖人无利可图。根据第一种意见，买受人取得不动产物权的时间点早一些，只要买受人向登记机构递交登记申请，该不动产的物权就转移至买受人，自此，出卖人对买受人所负主给付义务已履行完毕，只剩下附随义务，或是侵权法上的不得侵害买受人对该不动产所享有的物权以及其他权利的义务。在这个阶段、这些方面，两种观点带来的结果虽有不同，但在利益关系方面没有实质差异。此其一。但是，登记申请递交后但尚未登记完毕之时恰遇征收，则结果差异巨大，依第一种意见，此时被征收人是买受人而非出卖人，买受人有权获得征收补偿；但根据第二种意见，被征收人是出卖人，他有权获得征收补偿。此其二。登记申请递交后但尚未登记完毕之时恰逢不可抗力，该不动产灭失，依第一种意见，由买受人承担风险，若已付款则不需索回，若尚未付款则有义务继续支付；根据第二种意见，若该不动产的占有尚未转移，则风险由出卖人承担，若已经收取价款则须返还不当得利，若尚未收取则无权再请求支付；不过，若该不动产的占有已经转移给买受人，则风险负担也随之转移。此其三。登记申请递交后但尚未登记完毕之时，第三人侵害该不动产，按照第一种意见，买受人是请求权人；根据第二种意见，出卖人是请求权人，至于买受人是否以其债权受第三人不法侵害为由请求该第三人向自己承担侵权责任，民法典并未明确，学说上意见不一，笔者赞同债权也是侵权行为的对象这种观点。此其四。

在买受人与第三人之间的关系中，两种观点引发的后果存有明显的差异。在出卖人把同一个不动产也出卖给第三人但尚未办理物权转移登记的情况下，按照第一种意见，买受人只要先行递交登记申请，就取得了该不动产的物权，虽因尚未登记完毕、欠缺公示，对抗不了第三人，但可造成出卖人与该第三人之间的关系成为无权处分关系，该第三人欲取得该不动产的物权，须适用善意取得规则。这增加了该第三人如愿以偿的难度，因其可能已经非善意。与之不同，按照第二种意见，虽然买受人递交了登记申请，但只要登记机构尚未办理转移登记，该不动产的物权就依然归属于出卖人，出卖人与该第三人之间的关系是有权处分的关系，该第三人取得该不动产物权的障碍就少得多。最终的抉择是，物权编采纳了第二种意见，规定于民法典第二百一十四条。

## 二、实务中的预告登记问题与对策方案

民法典于第二百二十一条承继了物权法第二十条，规定了预告登记。对其所作的理论上的分析，自物权法实施以来汗牛充栋，笔者在此不予重复，仅就其实务中的争议问题发表看法。

其一，预告登记有效期内，尚未办理本登记时，预告登记的权利人就预告登记的对象享有优先于其他权利人的权利吗？笔者认为，预告登记的效力在于阻止他人取得预告登记对象的所有权、抵押权等物权，并无使预告登记的权利人自预告登记时起取得物权的效力，除非办理完毕本登记。就此说来，只要就预告登记的对象没有办理完毕本登记，预告登记的权利人就预告登记的对象不享有优先于其他权利人的权利。

其二，预告登记有效期内没有办理本登记，预告登记失去效力后，预告登记的权利人就预告登记的对象能够优先于其他权利人办理本登记，取得该对象的物权吗？回答是否定的，因为预告登记失效后，预告登记的权利人就预告登记的对象享有的权利至多与他人享有的权利处于平等地位，不会享有优先权。

其三，预告登记前进到本登记的，本登记的物权的效力溯及预告登记之时。

其四，如果甲出卖A楼给乙，乙向登记机构申请办理不动产变动的预告登记，而甲的债权人丙请求法院查封A楼以抵偿债权。此时，预告登记能否对抗法院查封A楼？能否对抗法院的强制执行？

这是个迂回曲折的思维课题。一方面，民法典第二百二十一条第一款[2]并未赋予预告登记对抗公权力查封A楼的法律效力，加之公权力的优势效力以及A楼出卖人甲的债权人丙应受保护，因此，预告登记无力对抗法院对于A楼的查封。另一方面，法院查封A楼的目的是什么？应该是通过司法拍卖，以A楼的变价履行甲所欠丙的债务，或迫使甲以包括以A楼抵偿丙的债权等方式向申请查封A楼的丙清偿债权。于是，问题来了，假如甲以A楼抵偿丙的债权，便是处分A楼，使得A楼的所有权归属于丙，这就违背了民法典第二百二十一条第一款的规范意旨及法律效力，不应被承认；假如通过司法拍卖，以A楼的变价履行甲所欠丙的债务，拍定人丁同样不应取得A楼的所有权，不然，依然违背民法典第二百二十一条第一款的规范意旨及法律效力。既然丙或者他人均不可取得A楼的所有权，还允许法院查封A楼，进而允许法院拍卖A楼，不就都是没有实效的浪费，甚至阻碍经济流转。与其如此，莫如不允许法院查封预告登记的债权的标的物A楼（当然，亦不宜绝对禁止法院查封A楼）。再者，不承认丙以A楼抵偿债权，不承认拍定人丁取得A楼的所有权，也就意味着不承认对A楼的强制执行，换言之，预告登记具有对抗强制执行预告登记的债权的标的物的效力。

如此说来，丙的债权就完全不受法律保护了吗？笔者认为不可如此认识问题，而应承认如下方案：一是在预告登记的申请人乙尚未付清价款时，丙有权就该笔价款主张其债权。由于A楼已被查封，依照民事诉讼法关于“先下手为强”的理念及程序，丙优先于未对甲主张债权的其他债权人的债权受偿。二是在预告登记的申请人乙已经付清A楼的价款的场合，丙不得请求法院查封A楼。既然连法院的查封措施预告登记都能对抗，举轻以明重，预告登记也能对抗法院的强制执行。对此，有理论曰：“对预告登记之被保护者来说，强制执行行为亦不生效力。”[3]

其五，如果甲把登记在其名下的A楼出卖给乙，乙申请办理了预告登记，只是尚未前进到本登记，此时，丙成功举证证明A楼应为其所有（如A楼所在地的国有建设用地使用权归丙享有、以丙的名义申请领取的建筑规划许可证和建设工程施工许可证等），援用民法典第二百二十条第一款的规定，向不动产登记机构申请更正登记，以消除登记错误。观察民法典第二百二十一条第一款的文义，预告登记没有阻止真实的物权人丙申请更正登记的效力，在甲书面同意更正登记的情况下，不动产登记机构有义务予以更正登记。于此场合，丙有无权利否定预告登记的效力，拒绝将A楼实际出卖与乙？第一种思路是：乙对A楼享有的债权已经甲的同意办理完成预告登记，即使A楼的所有权尚未登记在乙的名下，现已知悉A楼归属于丙，甚至A楼已被更正登记在丙的名下，乙仍然有权请求丙同意将A楼过户登记在乙的名下，丙无权拒绝。[4]其理论依据是预告登记的担保效力：“对被保护者来说，其请求权之债务人仍为权利人；被保护者得向该债务人，请求为实现其权利所必需的物权意思表示。但由于取得人已登记于登记簿之中，故取得人须同意为实现被保护之请求权所必要之登记。”[5]第二种思路是：该问题的解决涉及两个法律制度，一是预告登记的效力，二是善意取得

制度。在我国现行法上，民法典第二百二十一条第一款规定的预告登记的效力有二：一是否定其后于债权标的物上成立的物权的效力，未经预告登记的权利人同意，出卖人或转让人处分该不动产的，不生物权效力；二是物权一经预告登记就强化了自身的法律效力，能够对抗第三人。不难发现，预告登记无强制A楼的所有权人必须将A楼的所有权移转给乙的效力，尤其是无强制丙必须将A楼的所有权移转给乙的效力，因为甲把A楼出卖与乙是违背真正的所有权人丙的意思的，在丙特别需要A楼自用或A楼的售价偏低的情况下还损害了丙的合法权益。再从善意取得制度方面分析：尽管乙对A楼享有的债权已经办理完毕预告登记，但A楼业经更正登记程序已被登记在丙的名下，这意味着甲当初将A楼出卖与乙属于无权处分，乙若想取得A楼的所有权，把预告登记前进到本登记，必须适用善意取得制度，即满足民法典第三百一十一条第一款的要求。因为此时A楼尚未移转登记在乙的名下，预告登记无强制丙必须将A楼的所有权移转给乙的效力，所以，只要丙不同意办理该移转登记，不提交办理移转登记所需要的材料，就欠缺民法典第三百一十一条第一款第三项所要求的移转登记这项善意取得的要件。如果A楼的售价偏低，也欠缺民法典第三百一十一条第一款第二项所要求的价格合理这项善意取得的要件。既然欠缺成立要件，乙也就不能善意取得A楼的所有权。笔者认为后一种思路更符合我国现行法的规定。

其实，按照德国民法的物权行为规则及理论衡量第一种思路，也并非没有疑问，因为甲和乙签订A楼买卖合同之时可能有物权合意，也可能没有物权合意。在后者的背景下，事情演进至A楼的所有权已被更正登记在丙的名下这个阶段，丙坚决不同意和乙形成A楼所有权移转的物权合意，也随之不同意协助乙办理A楼所有权的移转登记。如此，没有A楼所有权移转的物权行为，何谈A楼所有权被乙取得？！也就是说，在德国民法上，第一种思路存在着逻辑、理论上的障碍。

在乙不能善意取得A楼的所有权的前提下，乙因此遭受的损失如何偿付？由于A楼买卖合同非丙所签，丙有权基于所有权捍卫其A楼的所有权，又未因此获取不当利益，因而丙对乙不承担损害赔偿责任。由于这种局面全因甲的原因所致，甲有义务赔偿乙的损失。在这里，乙的请求权基础是什么？如果适用民法典第五百九十七条第一款及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释[2009]5号）第十五条、《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2012]8号）第三条的规定，那么，A楼买卖合同不因甲无权处分而归于无效，若无民法典第一百四十六条第一款、第一百五十三条、第一百五十四条规定的无效原因，那么，A楼买卖合同有效。如此，加上丙拒绝移转A楼的所有权，乙可基于民法典第五百七十七条的规定请求甲承担违约损失赔偿。

上述案例中的情形，若甲拒绝同意乙更正登记的请求，乙可以援用民法典第二百二十条第二款前段的规定，申请异议登记。登记机构予以异议登记，申请人在异议登记之日起十五日内又起诉的，结果应当是，不动产登记机构注销甲对A楼的所有权，将A楼的所有权登记在丙的名下。此时，甲、乙和丙之间的相互关系，与上文所述更正登记下的结论相同，不再重述。

### 三、民法典扬弃了流押条款禁止的规则

物权法奉行流押条款禁止、流质条款禁止的规则，这利少弊多，民法典总结经验和吸取教训，采取了弹性对待、效力多元化的方案，值得肯定。

民法典第四百零一条“只能依法就抵押财产优先受偿”，可有如下解读：（1）这纯属物权法规范，民法典在恪守本分；而物权法第一百八十六条所谓“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”，即流押条款被

禁止，实为合同法规范。虽然立法技术允许物权法掺杂有合同法规范，合同法偶有物权法规范，但合适的理念是只有在有必要时才如此安排法律规范，以免增大人们特别是大众“找法”的难度。(2) 流押条款的效力问题交由法律行为规则调整，适用民法典第一百四十三条至第一百五十六条的规定，抵押权制度仅管自己分内之事，更从容些，效果更佳。(3) “抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”，属于以物抵债协议的一种，抵押权人若主张履行该合同，不害及抵押人的其他债权人（如抵押人无其他债权人，或者即使有其他债权人，但抵押人的责任财产足以清偿那些债权，现金流处于正常状态）时，法律自无干预的必要。即使对抵押财产的估价偏低，不利于抵押人，只要抵押人不主张撤销，也应该承认该以物抵债协议、流押条款的效力。该协议适当履行（包括抵押财产为动产时完成交付，抵押财产为不动产时办理完毕登记）后，抵押权人取得该抵押财产的所有权。(4) 在抵押人的数个债权人都对抵押人请求清偿，没有涉及抵押财产、抵押人也没有进入破产程序的情况下，抵押权人可依基于以物抵债协议、流押条款的约定及其适当履行取得抵押财产的所有权。(5) 在抵押人的数个债权人都对抵押人请求清偿，已经涉及抵押财产，但抵押人尚未进入破产程序的场合，抵押权人不得请求抵押人实际履行以物抵债协议、流押条款，只可援用民法典第四百一十条的规定，实现抵押权，就抵押财产的变价款使担保债权优先获得清偿。(6) 在抵押人已经进入破产程序的情况下，抵押权人也无权请求抵押人实际履行以物抵债协议、流押条款，必须适用企业破产法的有关规定，包括企业破产法第一百零九条关于“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”的规定。

[编辑：常锋]

#### 【注释】

\*清华大学法学院教授、博士生导师、民法研究中心主任，中国民法学研究会副会长。

[1] 民法典第二百一十四条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”

[2] 民法典第二百二十一条第一款规定：“当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”

[3] 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳著：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第434页，第432页，第445-446页。

[4] 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳著：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第434页，第432页，第445-446页。

[5] 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳著：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第434页，第432页，第445-446页。

## 民法典人格权编的亮点与创新

作者：王利明

作者单位：中国人民大学法学院 民商事法律科学研究中心 中国法学会民法典编纂项目领导小组

来源：《中国法学（文摘）》 期刊年份：2020 期号：04

人格权独立成编是我国民法典最重要的创新之一和最大亮点，也为世界各国有效应对人格权保护问题提供了中国经验和中国方案。

### 一、构建了完整的人格权规则与制度体系

#### （一）明确调整对象，构建体系内容

人格权编通过规范人格权的确认、保护等而形成的人格权关系，构建人格权的完整规则体系。《民法典》第989条规定：“本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。”所谓人格权的享有，是指民事主体因为法律的确认而享有各项人格权。人格权保护所产生的民事关系主要是指因人格权遭受侵害而产生的权利义务关系，民法典人格权编为人格权提供了丰富的保护手段。此外，人格权编还调整因人格权行使和限制而产生的关系。

#### （二）采取总分结构，构建体系框架

人格权独立成编采取总分结构的技术方法，形成了自身独立完整的法律体系，促进了法律条款的简约。人格权编总则是关于人格权的一般规定，确立了人格权一般性、共通性的法律规则，人格权编分则则是对一般规定的细化以及结合各类具体人格权的特殊的规定。通过总分结构的设计安排，民法典人格权编构建了人格权制度的完整体系。

#### （三）列举具体权利，保持权益开放

我国《民法典》在第110条和第990条第1款详细列举了自然人、法人以及非法人组织享有的人格权的类型，并在人格权编第二章至第六章分别对各类具体人格权作出了详细规定。《民法典》第990条第2款明确规定了一般人格权，形成对人格利益保护的兜底条款，从而保持了人格权益保护范围的开放性。人格权编在具体人格权的规定中，还进一步扩张了人格权的保护范围，具体体现在：一是对姓名、名称权的扩大保护；二是肖像权的扩张保护；三是禁止“深度伪造”，保护个人声音；四是隐私权、个人信息保护范围的扩张；五是《民法典》第1001条规定了人格权保护的规则可以参照适用于身份权利保护的规则。

独立成编使得人格权法自成体系，落实了民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系的任务，形成了体系上的逻辑自洽。

### 二、秉持以人格尊严为中心的价值理念

保护人格尊严是我国民法典人格权编立法的根本目的，也是贯穿于全部规定的基本理念和精神，构成了整个人格权法的价值基础。

人格尊严在我国民法典中具有很强的扩展性，这就可以更好地适应各类新型人格利益保护的需要，有利于我国人格权法的发展。具体体现在：一是《民法典》第1002条在规定生命权时，明确规定生命权的内涵不仅包括生命安全，也包括了生命尊严；二是维护人格尊严是处理人格权与财产权冲突的重要依据；三是通过确认禁止性骚扰的规则，维护人格尊严；

四是人格尊严的保护也扩展到对于行动自由的保护;五是强调物质性人格权保护不得违背公序良俗。

### 三、兼顾人格权的消极防御与积极利用功能

随着经济社会的发展,尤其是随着互联网、高科技、大数据的发展,自然人的姓名、肖像、个人信息等精神性人格权益的利用方式越来越多样,也越来越具有经济价值。人格权法之所以需要与侵权法分离,一个重要的原因在于人格利益的利用日益重要,而侵权法对此无法规范。

我国民法典通过以下对人格利益商业化利用的规定,有效兼顾了人格权的消极防御功能与积极利用功能,具体表现为:第一,确立了人格权许可使用的一般规则;第二,对肖像和其他人格利益的许可利用作出了特别规定;第三,对个人信息的利用规则进行了细化规定;第四,规定了物质性人格利益的利用规则。

### 四、突出对生命权、身体权、健康权的优先保护

在人格权体系中,生命、身体、健康是最重要的人格利益,具有至高无上性,在整个人格权甚至在整个民事权利体系中具有最高地位。鉴于生命权、身体权、健康权对个人的重要意义,应当突出对这些人格权益的保护。从民法典人格权编的规定来看,其许多规则设计也都体现了这一理念。具体表现在:第一,在体系设计中凸显了生命权、身体权、健康权在人格权体系中优越地位;第二,人格权编将物质性人格权的内容进行了扩张;第三,物质性人格权不得克减;第四,明确个人对物质性人格利益的依法自主决定;第五,通过保护代际利益强化了对物质性人格权的保护。

### 五、确立人格权的特殊保护方式

我国民法典人格权编规定了人格权的特殊保护方法,这些方法是侵权责任编并不能完全包括的。

#### (一) 人格权保护方式的独特性

我国民法典人格权编规定了人格权的特殊保护方法,这些方法是侵权责任编并不能完全包括的,具体体现在以下几方面:第一,确认了人格权请求权制度;第二,规定了违约精神损害赔偿的规则;第三,规定了侵害人格权的禁令制度;第四,细化了赔礼道歉的适用规则;第五,规定了更正权与删除权。

#### (二) 人格权保护方式的多样性

我国民法典人格权编采用多种方式对人格权提供了保护,首先表现在人格权编有效地协调了人格权编与侵权责任编的关系,从而协调实现对人格权的全面保护。《民法典》第995条实际上是一个引致条款,将侵害人格权的法律适用引致到侵权责任编。在人格权遭受侵害之后,如果受害人遭受了精神损害或者财产损失,受害人亦可依据侵权责任编的规定主张损害赔偿,原因在于:一方面,人格权具有对世性,人格权的绝对性决定了人格权的排他性,这一点与物权、知识产权等绝对权无异,并同样受到侵权法的保护。另一方面,在人格权遭受侵害后,受害人遭受的常常是精神损害或财产损失,受害人在主张赔偿损失时,只能依据侵权责任编的规定提出请求。

人格权的保护常常需要平衡各种价值之间的冲突。对此,我国民法典人格权编在确立人格权特殊保护方式的同时,十分注重协调人格权保护与其他价值之间的冲突。

## 六、注重预防侵害人格权行为

我国民法典人格权编在人格权的保护方面，高度注重预防和救济的有机结合。主要表现在：

### (一) 规定了侵害人格权的禁令制度

《民法典》第997条规定了侵害人格权的禁令制度，功能在于及时制止行为人的侵害行为，即人格权在遭受侵害或者有受侵害之虞时，通过颁发禁令的方式及时制止行为人的侵害行为。禁令使得权利人通过除请求人民法院判决之外的其他程序较为方便地获得及时的救济，因此能够更为及时有效地保护受害人的的人格权益。

### (二) 规定了有关主体的法定救助义务

《民法典》第1005条将法定救助义务概括为一般条款，依据该条规定，在自然人的生命权、身体权、健康权遭受现实的危险时，负有法定救助义务的主体应当及时施救。该条规定的目的既是为了预防损害的发生，也是为了防止损害的进一步扩大。

### (三) 明确了有关主体防止、制止性骚扰的义务

《民法典》第1010条对有关主体防止性骚扰的义务作出规定，有利于从根本上预防和减少性骚扰行为的发生，其根本上也是为了实现侵害人格权行为的事先预防。

### (四) 规定了权利人查询自己的信用评价、个人信息权利

《民法典》第1029条规定权利人有权查询其信用评价，并可以请求及时更正和删除，这就有利于及时纠正信用评价不当的现象，防止损害的发生和扩大。《民法典》第1037条也规定了个人信息的查阅权，并规定了提出异议和请求及时更正、删除等权利。

## 七、有效平衡人格权保护与其他价值的关系

人格权的行使与保护常常与其他权益和价值发生一定的冲突，从人格权编的规定来看，其许多规则设计都体现了人格权保护与其他价值有效平衡的理念，具体而言：

### (一) 有效协调了人格权保护与新闻报道、舆论监督的关系

《民法典》第999条确定了在新闻报道和舆论监督等行为中合理使用他人人格利益的规则，对新闻报道自由和公民舆论监督与人格权保护之间的冲突进行了平衡。依据该条规定，如果是出于为公共利益实施新闻报道、舆论监督等需要，可以在一定范围内合理使用他人的姓名、名称等人格利益。《民法典》第1025、1026条也同样平衡了名誉保护和新闻报道、舆论监督之间的关系。

### (二) 确定了肖像权保护和合理利用的平衡关系

《民法典》第1020条对肖像合理使用规则进行的具体列举，符合肖像权保护的特点，既可以为当事人行为提供明确的指引，也可以为法官裁判提供具体的依据。此外，《民法典》第1019条第2款作出规定，有效协调平衡肖像权和著作权之间的关系。

### (三) 协调保护名誉权与鼓励创作自由的关系

《民法典》第1027条第2款规定的原因在于，人格权编既要保护权利人的的人格权，也要保护作者的创作自由，鼓励作者大胆创作文学作品。基于保护创作自由的需要，原则上不应当对作者的创作内容进行干涉，除非该创作损害了他人的合法权益或有损公共利益。

### (四) 妥当平衡了个人信息的保护与合理使用的关系

《民法总则》第111条要求应当合法收集和使用个人信息，不得非法收集、使用个人信息，因此，《民法典》第1035条规定：“处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理……”，并进一步细化了个人信息合法收集、使用的具体条件和情形，更好地平衡了个人信息保护与个人信息合理使用之间的关系。

#### (五) 解决了个人隐私保护与维护公共利益之间的冲突问题

人格权编不仅明确规定了隐私和隐私权的内涵,而且还规定了侵害隐私权的各种行为类型,这既为隐私权的保护提供了具体的规则和依据,也为相关主体的行为提供了一定的指引,从而更有利于实现隐私权保护与维护公共利益之间的关系的平衡。

需要特别指出的是,为了协调和平衡人格权与其他利益之间的冲突,人格权编积极发挥动态系统论在归责中的作用。《民法典》第998条改变了以前以构成要件认定责任的做法,而是运用了动态系统论的方式,能够进行利益衡量与综合保护、确定利益保护的位阶,有利于实现行为自由保护与对过错行为制裁之间的平衡。

### 八、强化保护隐私和个人信息

人格权编的另外一个重要亮点,就是强化了对隐私和个人信息的保护,主要体现在以下方面:

#### (一) 强化了对隐私权的保护

第一,人格权编扩张了隐私的保护范围;第二,采用了具体列举加兜底的方式,对各种侵害隐私权的行为进行了列举;第三,区分了私密信息和个人信息,在出现二者交叉的情形下,个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定;没有规定的,适用有关个人信息保护的规定。

#### (二) 进一步强化了个人信息的保护

第一,扩张了个人信息的内涵;第二,构建权利人与信息处理者之间的基本权利义务框架;第三,确立了有关个人信息共享的规则;第四,进一步强化了信息收集者、处理者的保密义务,规定了国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员负有对自然人的隐私和个人信息保密的义务。

### 结语

民法典是新时代保护人民民事权利的“权利法典”,而人格权编尊重人民的意愿,反映人民的需求,谋求人民的福祉,符合人民的利益,且充满了新时代的气息,彰显了时代的精神,因此堪称良法。

## 民法典编纂背景下的知识产权法体系化路径

作者：郭禾 张新锋

作者单位：中国人民大学法学院 最高人民法院知识产权法庭

来源：《知识产权》 期刊年份：2020 期号：5

2019年12月16日公布的《中华人民共和国民法典（草案）》包括总则编和六个分编，不包括知识产权编。知识产权法仍然按照著作权法、商标法、专利法等形式单行立法。这意味着我国部分私法实现了较为完备的体系化。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会在提请草案审议的说明中指出，民法典中暂不宜设立知识产权编，其理由主要是立法技术。<sup>[1]</sup>

在民法典编纂的背景下，知识产权法定位于民事单行法还是民事特别法，民法典的原则性规范对于知识产权法的约束力体现在何处？民法典的体系化目标是各种民事权利的一般原则还是部分民事权利的一般规则，应当由知识产权概念还是民事权利的概念来抽象出专利权、商标权和著作权的一般属性？这些问题归结为一点，就是如何看待民法典编纂背景下，知识产权规范实现体系化的路径选择和法典安排。本文就知识产权单行法自身的体系化和历次民法典编纂运动中的法典体例和价值关系作梳理，阐释我国知识产权法体系化的合理路径。

### 一、民法典编纂和知识产权立法同源源于启蒙现代性

民法典编纂“是在不进行根本性变革的条件下，统一和阐明既存的私法”<sup>[2]</sup>，即在保持法律生活和规则表述延续性的同时，通过类型化和体系化的手段，重构现存私法规范，使之成为一个有机整体，以表达新的思想内容。民法典的思想内容决定民法的价值判断，而价值判断问题是民法问题的核心。<sup>[3]</sup>民法典一方面汇纂主要民事法律关系的内容体系，另一方面也反映了该体系的价值导向。甚至，通过重构私法形式，在法典中注入社会共同体价值的取舍和判断体系，是比形式理性选择更重要的立法目的。始于《拿破仑法典》的近代欧洲民法典编纂，是启蒙运动思想的产物，<sup>[4]</sup>是民族国家的立法机构将现行私法规范以综合和科学的方法加以体系化重构。作为私法规范的重要组成部分，知识产权法虽然长期游离于民法典体系之外，但民法典编纂和知识产权立法两者的形式和思想都映照着启蒙现代性所塑造的西欧的市民社会生活及其组织方式，所以本文从现代性的起源时代开始考察两者的关系。

民法典编纂和知识产权立法都源于近代启蒙运动思想，属于“现代”的制度范畴。启蒙运动以来从西欧逐步扩散至世界各地的现代社会生活和组织模式及其观念事实就是现代性。<sup>[5]</sup>“民法典编纂就是法的现代性的实现。”<sup>[6]</sup>而经济史学者诺斯认为，西方世界兴起的原因是专利法，即一项为保护新发明和创新的知识产权的法律可以为社会发展提供更为经常的刺激。<sup>[7]</sup>诺斯所称的“西方世界”是现代性或者现代化的同义语。黑格尔首先用“现代”总结《拿破仑法典》编纂时代的社会形态、思想观念和知识体系。

现代性是哲学和社会科学对现代社会性质和特征的解读与论证，是社会物质和思想生产体系及其制度的表达。<sup>[8]</sup>它表现为“一套相当完整的社会和生活制度，特别是科学主义的知识生产制度”。<sup>[9]</sup>现代社会是民法典赖以生成并运行的场域。

### (一) 民法典编纂的现代性源头

现代性是民法典的根基。民法典编纂就体现了现代性的思维方式——“总想把一切制度化，总想制定格式简单而又内容繁琐的普适原理”。[10]从西方国家的历史看，法律的发展是一个法律现代性逐渐成长的过程，法律现代性意味着法律的高度形式化、理性化甚至公式化。[11]16世纪以来人类开始相信自己的观察和理性，建立了近代机械论的自然科学及世界观。“近代科学是左右近代思想的一个极其重要的因素。一切人与物，在科学面前其价值都一律平等。同理，在人与人之间也没有品级之分或优劣之别，人人都服从同一个铁律。”

[12]而且，科学和理性也成为法学的理论基础，法学也需要按照一定的原则建立一个完整的知识系统。“哲学上的自然法由理想的人性之法转为具体化的、平凡的、现实国家社会中的历史性自然法。” [13]

受启蒙运动影响最深的法国成为“现代”的最佳蓝本。“18世纪的法国是现代性方案的故乡，对启蒙运动具有决定性意义的社会物质基础是市民社会。” [14]市民社会的思想基础和自治规范为民法典的形成提供价值和规范来源，并且规定了民法典的精神。在规范表达技术上，《优士丁尼法典》成为民法典技术形式的源头，理性法学将机械科学的物理学和几何学体系引入法律。[15]民法典的规范表达和体系编排的技术成熟，民法典的规范要素和价值精神形成，在此背景下，《拿破仑法典》应运而生。它引入机械科学的方法，有计划地从体系的角度出发对法素材进行合理化编纂，体现了现代性的理性设计。

《拿破仑法典》与古代法典之间的本质区别不仅在于体系化的理性形式，更在于表达的思想内容。《拿破仑法典》所蕴含思想内容的特征是主体性和个人自由。《拿破仑法典》的起点是人的自由，它源于启蒙运动对未来社会的设计和法国大革命的自由、人权思想及自然法学说。自然法向理性法体系的转化借助了启蒙运动思想家的自然科学方法和理论，而启蒙运动也吸收了理性法的人道主义精神，理性法变为启蒙运动的国家理论和法律理论，理性法与启蒙运动的结盟促成了法国大革命后西欧的现代法典化潮流。[16]理性法和启蒙运动思想的核心就是主体性，即个人自由和权利成为正当的起点。主体性因财产所有权而彰显，为了维护自由，个人需要也必须拥有对财产的所有权。人的主体性决定了人际关系的平等性，所有权的交换应当服从契约自由原则。“在法国，社会现实与以社会形态为基础的法律达到了完全的重合。” [17]法律表达了社会现实的现代性，《拿破仑法典》实现了私法的现代性。

主体性的外部条件是私人所有权。个人权利的人格与财产二分法及其正当性判断是现代与古代的重要分野。笛卡尔提出“我思故我在”。启蒙运动思想家对该论断的解读将人从宗教和王朝赋予的角色认同中解放出来，人自身的存在即是目的。康德基于“人是目的”的纯粹先验理性提出：“只有一种天赋的权利，即与生俱来的自由。” [18]人的自由与私人财产所有权互为依存，构成主体性中一体两面的实在权利。康德指出，“一位公民必须握有某些财产，以便支持和维护他自身”。[19]黑格尔认为，人的自由来自于给他自由的外部领域，即财产所有权。所有权就是人把他的意志体现在外部的物上，所有权主要表现为物权。财产是人格自由的“最初的定在”，人唯有在所有权中才是作为理性而存在的。[20]

### (二) 知识产权法的现代性源头

在现代性设计中，私人财产所有权的正当性基础不再是身份或者血缘，也不再是征服或者神意，而是劳动和自由意志，是蕴含自然人个体的自主意志的体力和智力劳动。洛克的劳动学说奠定了私人财产所有权的正当性基础，是自然权利理论中承前启后的核心学说。洛克的财产权逻辑简洁明了，即人对自身拥有所有权，所以对自身的劳动享有所有权，进而对劳动成果享有所有权。[21]它符合罗马法以来的私法经验，发现、先占、加工、生产等物权的原始取得方式无一不是源于劳动。在洛克的时代，劳动的方式主要限于农业和手工业的一般性劳动，所以洛克忽略了智力劳动及其创造成果。洛克财产权理论的起点是上帝将自然资源

赋予全体人类共有,但是洛克没有看到,人类自身可以创造出众多自然界没有的东西。洛克没有意识到,在“土地上插上篱笆”就是一项人类智力劳动创造的成果。

众所周知,发明人的专利权和作者的著作权都是从封建行会的特许权蜕变而来。当新兴资产阶级及思想家要求废除封建垄断和国王特许权时,他们发现,技术专利权和作品的财产权正是最符合自然法的那一类财产权。《英国反垄断法案》就是典型范例,影响了美国、法国和德国启蒙时代的经济制度。该法案第2条规定,所有垄断、许可证、特许权、特许令状,经营禁止、限制和所有其他如上所述的事项以及它们的强制性和有效性,都应该根据该领域的普通法进行审查、听证和确定;但该法案第6条规定,技术专利权不在此列。[22]该法案后来影响了美国宪法中的知识产权条款,转而又影响了法国专利法。

专利权被认为是发明人的自然权利,同时有益于国家和社会公共利益。法国国王路易十五在1762年曾发表一项声明,明确保护发明,规定发明保护期限为十五年。[23]法国大革命后一切王室特权被废除,包括授予特权证书的权力。1789年法国《人权宣言》不仅规定了私有财产神圣不可侵犯,而且认为“犹如动产与不动产一样,思想也是一种财产”。这些观点为法国专利法的诞生奠定了基础。1790年12月30日,法国专利法起草人德·布弗列尔骑士在国会就专利法作了一次报告,他说:“发明为技艺之源,亦为财产之源……这一财产必须由社会团体给予保护,免其遭受任何偏见与私人利益的损害……”[24]法国第一部专利法在1791年1月7日正式颁布,该法序言全篇蕴含着自然法思想。法国国民议会认为,每一个新的想法,其表现形式或发展都可能对社会有用,原本就属于构思它的人,如果不将在工业上有用的技艺和机器作为财产,将在本质上威胁人的权利。简而言之,正义原则、公共秩序和国家利益迫切要求,在未来法国公民要尊重这种财产,它应当被法律固定并加以保护,使之神圣。规定如下:第1条,每一行业中的任何新的发现或者发明都是创作者的财产。[25]

著作权同样是作者的自然权利。1726年,巴黎书商公会委托法学家Louis d'Héricourt写了一篇法律简报,认为图书特许出版权并不来自皇室“恩典”,而是皇室对已有的财产权利的确认。Louis d'Héricourt在文章中引用了洛克关于财产起源的论述,并且将论证进一步展开,认为对因思想而获得的财产进行保护,具有合理性。理由是作者为此付出了劳动,“作品是一个人自己的劳动果实,他应当能够按照自己意志拥有处分该财产的自由”。根据巴黎书商公会的观点,出版特许权仅仅是对植根于作者劳动中的已有财产权的确认,该财产权通过合同转移给了书商。[26]启蒙思想家狄德罗认为,思想是最不可侵犯的财产形式,因为他们直接从个人头脑中泵出,他们是头脑的创造,是实实在在的内心的本性,是内心自我构成的方式。[27]1763年,在写给图书贸易管理局的“关于图书贸易的信”中,狄德罗延续了Louis d'Héricourt的思路:联系作者和作品之间纽带的法律资格必须从财产权的角度来理解。[28]他认为作者权利比土地权利更具有自然权利的本质,因为土地权利仅仅是社会主张,建立在劳动基础上的拨付,易于接受社会调解,而思想源于个人心智,不需要通过劳动或者拨付,是最自然和最不可侵犯的财产形式。[29]进而狄德罗认为,作品是独占性权利而不是自由市场竞争,这是启蒙传播和知识进步的最好保证,而皇室特许权仅仅是对于作者权利的官方认可并确保其受到保护。[30]1791年夏,赫尔起草了一个法律草案并向法国国民议会报告。他认为,思想是第一财产,独立存在于所有法律之前,其他所有形式的财产仅仅是社会契约,而才智和思想的财产是自然馈赠,应不受任何限制,旧政权用“特许权”命名作品财产使其粗俗化,应该将之从污名中剥离出来。[31]法国的勒沙普利埃在通过1791年1月13日《表演权法》之前的报告中论断,著作权是“各种财产权利中最神圣、最具有个人性质的权利”,作者对其作品享有公开表演的权利。拉卡纳尔在1793年7月19日的《作者权法》颁布时也有类似论断,作者、画家等对其作品享有复制权。这两部法律认可了作者和创作人根据自然法而产生的文学与艺术财产权。[32]

## 二、经典民法典对知识产权规范体系的引领作用

### (一) 价值共通基础上的体系分立

主体性(即个人自由)是现代社会的起点。自然法学着意把全部社会秩序建立在对人的考虑上,宣扬从每个人的人格本身派生出来的个人“自然权利”。[33]所以应当消除个人的一切束缚,这些束缚主要来自于家族血缘的束缚和附着在分封土地上的人身依附。近代法律对于人的自由的保障首先通过家庭亲属法和土地物权的革命打破对人身自由的封建束缚。法国大革命后,法国立即通过《法国宪法》和一系列单行法令消除了人的束缚和不平等。[34]这些单行法的成果大多融入《拿破仑法典》,但是却没有包括知识产权类单行法。

一方面,古典民法典的首要任务是整理旧制度。启蒙时期的民法典的首要任务并非建构私法体系,而是破除封建人身依附和土地依附的财产关系,整理旧的私法制度,其中心任务是废除以庄园土地为中心的财产制度。庄园封建经济建立在领主所有权基础上,领主的权力由三种因素构成:土地的拥有(领土权);人(奴隶)的占有;政治权利的擅专。[35]承认了土地的私人所有权,就意味人身依附关系的消除和劳动力的市场化,这是当时资产阶级革命首要目标。《拿破仑法典》之前的法国旧法具有两个与旧制度联系在一起的根本特征,即不平等和束缚。[36]1789年法国大革命带来了个体的解放,瓦解了那些不平等和束缚。《拿破仑法典》以统一习惯法为名,取消旧的财产制度,确立物权法定原则,以制定法的形式确立现代财产所有权制度。

另一方面,专利发明与人的主体人格紧密联系。由笛卡尔提出并经由启蒙哲学发展起来的精神和物质二元论是主体性的源头,进而演绎为主客体二元观念贯穿民法典。但是,技艺和作品的人格属性使得专利权和著作权在完美地诠释自然权利的同时,也背负了非财产属性的包袱。康德1785年发表的《论假冒书籍的非正义性》认为,作品是作者个人禀赋的实现,作者权利是内在的人格权利。[37]黑格尔认为,艺术家和学者等是否在法律上占有着他的艺术、科学知识以及传道说教和诵读弥撒的能力等,即诸如此类的对象是否也是物,却是一个问题。如果把这类技能、知识和能力等都称为物,我们不免有所踌躇,……学问、科学知识、才能等固然是自由精神所特有的,是精神的内在的东西,而不是外在的东西,……所以它们不是自始就是直接的东西,只是通过精神的中介把内在的东西降格为直接性和外在物,才成为直接的东西。[38]在自然法看来,人的技艺、技术或者作品是人格的外延,不直接属于客体的范畴。所以,自然法学乃至理性法学在接受技艺和作品作为财产权客体的观念时显得犹豫不决。

另外,由于专利权和著作权长期作为特许权存在,一些人对之心存疑虑。与狄德罗同期的另一位启蒙思想家孔多塞1776年的观点认为,在作品上既不存在特许权,也不存在财产权;他主张在思想上没有财产权,思想上的财产与思想所在的领域没有关系,文学财产不是源于自然秩序,而是受到社会权力的捍卫,因此它仍然是建立在社会自身之上的财产,不是真正的权利,而是特许权。[39]孔多塞认为一个想法可以同时被很多人发现、表达,思想不是个人创造的,而是通过启示或者认知获得的,不能属于个人。特定个人对于思想主张或者保护的仅仅是其个人风格和形式,而不是思想本身[40],这是“思想和表达二分法”的思想渊源,思想与表达虽然不能泾渭分明,但是文本一旦诞生便相对独立,这一点应无可置疑。由于文本的独立性,作品及发明都独立于人格。但是,这些知识产权学理的澄清却有待新的法学理论来完成。托马斯·杰斐逊在1813年8月13日的信中表示,专利权不是自然权利,而是为了社会利益而设。[41]这些认识也导致了知识产权在立法上受到公共利益的限制,从社会公共利益的角度考虑知识产权内容,开始引入功利主义思想。

## (二) 特别私法对于民法典一般规则的深度接受

在经过启蒙运动洗礼的地区，专利权、著作权作为私权在观念上成为理所当然。知识产权规范体系自觉接受了民法典的价值判断体系和法教义学思维模式。法国法将知识产权法作为特别私法，法国民法教科书将知识产权作为一种因客体不同而与物权、债权相并列的主观权利类型。[42]在德国法上，特别私法是指仅仅适用于特定的职业群体或者生活领域的私法，包括无形财产法。[43]特别私法没有自成一体规则，皆以民法的存在为前提；特别私法与民法的划界缺少一种必要的、体系上的理由；特别私法从民法典中剥离出来，并非体系上的原因，而是由历史造成的。[44]

由于法国的法典化传统，知识产权法被另行编纂了法典。但是，法国知识产权法典的内容主要是权利的取得、权利的内容和特殊的行使权利的行为规范。对于民法典能够涵摄的法律关系和法律行为，知识产权法典多不涉及。例如，《法国知识产权法典》关于侵犯专利权的民事责任是这样规定的：“任何对L. 613-3条至L. 613-6条规定的专利权人的权利的侵害均构成侵权，侵权人应承担民事责任。”关于侵犯商标权的民事责任是这样规定的：“侵害商标所有人权利的，构成侵权，并承担民事责任。而关于民事责任的归责原则和承担方式均由民法典规定。”

反观我国《专利法》第七章“专利权的保护”和《商标法》第七章“注册商标专用权的保护”，法律条文混杂了行政责任与民事责任，而且没有将之作为特别私法。知识产权侵权责任往往被误解为无过错责任，而《侵权责任法》中的特殊侵权行为类型中并无侵犯知识产权的特殊类型，并且我国《民法通则》把侵害人身权、物权、知识产权都规定为一般侵权行为。[45]特别私法与一般法的规定相矛盾。

## 三、民法典与知识产权单行法的当代合流趋势

### (一) 《意大利民法典》接纳知识产权元素的现代性缘由

《拿破仑法典》实施后欧洲进入工业革命时代，技术成为最能展现理性实力的手段，进而形成了以机器为代表的工业技术强势逻辑，将整个社会的秩序和节奏纳入其统治之下。[46]技术和金钱的强大力量奴役了人自身，马克思指出：“工人变成了机器的单纯的附属品”，“资本具有独立性和个性，而活动着的个人却没有独立性和个性”。[47]人的主体性地位产生了危机。《拿破仑法典》以风车、水磨为对象构建的自然法财产权的正当性基础更加脆弱。民法典的理论基础不得不求助于概念法学和实证法学。18世纪末编纂的《德国民法典》也表达了自由主义和个人主义的基本观念[48]，与《拿破仑法典》表达的现代性基本相似，都体现了形式上的个人自由以及市民社会的私法自治。《德国民法典》通过概念法学的抽象体系专注于形式理性，回避了德国当时主体性发育不足的历史现实。

现代性危机引起两次世界大战，编纂于二战末期的《意大利民法典》尝试回应资本、技术和权力对于人的主体性的扭曲问题，重新阐释人与财产的关系，将知识产权作为人的主体性保障之一。1939年底，意大利议会提出“新民法典应当完全对公民的所有人身的与职业的生活关系予以规定”。[49]这意味人的私法“标准像”发生了革命，从自由和对自己负责的有产者市民、商人形象转变为在市场经济关系中的职业劳动者。1942年《意大利民法典》注入新的价值理念，立法者的基本思路是“在任何情况下都强调人的首要地位”，[50]确认“人的劳动是一种财产”，一种纯粹外在于劳动者的财产，基于这种劳动财产理念，劳动者被塑造为抽象的所有权人，完成了私法本身人类学基础及其重心的转移。[51]人作为生产者，自身的劳动也可以作为财产受到保护，人格的“定在”开始向人自身移动，而不是假借于外在的“物”。人的劳动既包括企业雇佣者的劳动，也包括创作者和发明者的劳动。所以1942年《意大利民法典》将智力作品权和工业发明权的内容编入“劳动”编中，与企业劳动、

公司、合作社、企业等内容并列。该编包含劳动关系和工资内容，以保障工人的基本财产来源。在自由职业一章特别规定从事智力职业者获取报酬的权利，同时在该编第九章规定了智力作品权和工业发明权。

## (二) 知识产权编对民法典的贡献

20世纪50年代以来，尤其是冷战结束后，发展中国家不再迷信单一的“西方现代性”，提出多元现代性。“通往成功的市场经济不是只有一条路径，当代全球化的发展趋势并没有必然导致社会秩序的趋同和法律的统一化。”[52]多元现代性又与全球化进程交织在一起。冷战后的民法典都考虑到自治诸理性的多元性释放——除了经济理性外，还有科学、教育、法律、政治、医疗和媒体诸理性，将诸多理性需要在一种建设性的劳动分配中彼此互补。[53]虽然基于各自不同的历史和文化传统，民法典表达现代性的方式各异，但也存在以下共性。

1. “私法上的人”的“标准像”从有产者市民和商人进一步向能够利用自身的劳动和智力创造获得足以安身立命的外部物质财富的雇佣劳动者和智力成果生产者转移。[54]首先，消除贫困是最为基础的人权保障和自由发展的前提，无论造成贫困的原因是在于社会还是个人，社会和政府都负有消除人们贫困的道义和法律责任。1992年《荷兰民法典》将人置于私法关系的核心地位，以多种方式保护弱势当事人。[55]其次，由于社会上绝大多数人具有了免于贫困维持基本生存的社会权利，人们的活动从被迫的劳动谋生转向自由的精神创作，文化活动、体育活动、技术发明等成为社会经济活动的重要组成部分，相应地，文化产品、发明成果成为社会财富的重要来源。

2. 作为主体性外部条件的财产权发展迅速。民法典构建多元、开放和便于实现的财产权利体系，拓展人获得财产权的可能和自由；强化人相对于财产的优先地位以避免“人对物的依赖”，使绝大多数人能从越来越多的途径获得满足主体需要的财产，从而公平地实现“有财产有人格”的实质正义。新技术使得新的财产形式不断涌现，产生了知识产权以及对自身的形象、创造的作品形象、信息数据的商业利用等产生的新型财产权利，财产权越来越具有开放性。财产权的原始取得不仅仅依赖先占，而更多地通过劳动工资、智力创造收益、投资收益、自身形象的商业利用收益等途径实现。对物所有权已经不再是黑格尔意义上“人格自由的最初定在”，人自身真正成为主体性的“最初定在”。劳动、人的智力创造和形象的商业利用都成为维护人格自由的外部条件。不同类型财产在实现主体性方面的顺位发生了变化，股权、有价证券等投资性收入和知识产权成为社会的主流财产形式。俄罗斯、白俄罗斯、哈萨克斯坦、乌克兰、土库曼斯坦和越南等国的民法典都编入知识产权相关内容，知识产权成为民法分则一编已成为当今世界民法典编纂发展的潮流。[56]

值得注意的是，土库曼斯坦、格鲁吉亚[57]、蒙古民法典基本上脱胎于由德国不来梅大学私法学教授罗尔夫·科尼佩尔领衔的德国技术合作局独联体国家法律改革项目组提供的草案。[58]这些民法典包含知识产权内容，折射出德国学术界对于民法典知识产权篇章认识的新发展。

总体而言，从意大利民法典以来，新编纂或者创制的民法典中包含知识产权已然成为趋势。据不完全统计，自1992年《荷兰民法典》部分编颁布以来，约有25个国家制定了新的民法典，其中13部民法典包括知识产权内容。如果剔除修订型和复活的传统民法典[59]，仅仅统计新创制的民法典，则包含知识产权内容的民法典比例高达80%以上。

从总的历史趋势看，我们大致将民法典编纂的时代分为民法典原创期、民法典反思期、民法典蜕变期三个历史时期。民法典原创期从1789年法国大革命到第一次世界大战（1789—1914年），民法典反思期从第一次世界大战到冷战结束（1914—1989年），民法典蜕变期从冷战结束至今，主要是WTO时代。第一个时期约有12部原创性民法典，都不包含知识产权内容；约有20部以上的殖民地民法典，也不包含知识产权内容。第二个时期约有30

部以上民法典，只有意大利民法典包含知识产权内容。第三个时期约有 25 部以上民法典，包含知识产权内容的约有一半。

有一种意见认为，WTO 时代具有代表性的民法典主要有三个体例：《荷兰民法典》《魁北克民法典》和《俄罗斯民法典》，而具有知识产权内容的主要是以《俄罗斯民法典》为样板的独联体国家的民法典。实质上，《魁北克民法典》主要是加拿大联邦的州法，而知识产权立法是联邦的立法权限，州法没有发挥空间，立法者根本无需考虑知识产权的问题。荷兰是欧盟成员，知识产权法是欧盟较早统一规则的领域，传统民事领域的规则统一遥遥无期，知识产权立法和民事立法在立法机构上的不同导致《荷兰民法典》暂时没有颁布知识产权编，但是荷兰也没有明确放弃知识产权编是民法典的一部分。[60]

#### 四、我国知识产权体系化路径选择

##### (一) 知识产权价值判断和规范形式全面融入民法典

我国社会主义现代化建设“坚持以人民为中心的发展”，“促进人的全面发展和全体人民共同富裕”。[61]我国的人民主体性理论超越了简单的个人自由，是每一个人的自由，而且是受到国家支持和保障的个人自由。这是平等和具体的主体性，是我国民法典价值判断的标准。人民主体性理论展现了我国新时期的现代性，它不仅确认主体性并且保障了主体性实现。

作为主体性外部条件的所有权不再拘泥于外在的“物”。在促进人的物质自由层面上，人民主体性价值观鼓励人们利用一切“劳动力、资本、土地、技术、管理”等要素合法地获取共有的国家自然资源财产或者创造新的财富，并“保护产权”。[62]作为国家治理体系和治理能力现代化的组成部分，民法典编纂，一方面要发挥其体系性的生命力，构建严谨的体系，表达出私法生活整体的价值取舍；另一方面，也要按照新的指导思想演绎出符合我国社会主义现代性的法典体系，因为“凡是较为成功的立法必有坚实的哲学基础和指导思想”。[63]

首先，应当从“人民主体性”出发建构法典体系和规范，尽可能全面地考虑人的具体性和多样性。人的主体性不是抽象的，而是具体的。每个具体的人都应该可以通过自己的能力和天赋获取维持自身自由的物质基础。例如，互联网直播者进行商业形象开发产生的权利，个人思想和情感传播中产生的商业利益、个人创作的作品形象、技术发明的权利等都应该被确认并得到保护，使人不依赖于传统的天然财富生产就可以获得有尊严的生活。知识密集型产业正在成为人们的主要就业方式，民法典应当充分反映知识经济的经济生活条件，[64]保障“人不断获得解放和更大自由”。[65]民法典作为国家的基本法律，在民事权利体系中以专编对知识产权进行规定，有助于维系知识经济时代知识产权的重要性和神圣不可侵犯性，[66]藉此保障人的主体性。

其次，突出创新产生的财产在民法典中的地位，鼓励通过创新产生财富和商业模式。古典民法典通过物权制度打破人身依附关系，这个历史使命已经不复存在，民法典在财产制度上理应担当新的使命。我国“加快建设创新型国家”，因为“创新是引领发展的第一动力，是建设现代化经济体系的战略支撑”。[67]“培育发展新动力。优化劳动力、资本、土地、技术、管理等要素配置”“完善市场评价要素贡献并按贡献分配的机制”。[68]这表明，我国的工资性收入、智力创造收入、投资财产性收入逐渐成为私人财产的主要来源，物权之外的其他财产性权利和知识产权应当成为民法分则中财产法的主要内容。[69]财产法应当突破根据有体物构建的财产规则体系，广泛地从土地使用权、土地承包权、有价证券、知识产权、债权、商业形象权、网络虚拟财产、数据信息财产等客体中抽象出财产关系的一般规则，这些一般规则可以分别规定在物权编、合同编和知识产权编中；同时允许特别法和行政法规，

例如,不动产登记法、知识产权审查登记法等,来补充民事权利的登记规则;并在民法典中规定绝对权公示公信的一般条款,实现民法典一般条款和特别法具体条款的有机衔接。

如果知识产权编进入民法典分编,则会进一步加剧物权、债权二分财产法体系的解体。1992年《荷兰民法典》已经先行一步,创设可登记财益和不可登记财益的二分财产法体系,以替代动产、不动产、权利等,作为贯穿交易规范的轴线。当新技术的运用已可巨幅降低登记的信息成本后,财产法的设计已完全不在乎交易目标是动产、不动产、空间、债权、物权、知识产权、股份、配额、机会还是其他的财产利益,只问其涉及的是可登记还是不可登记的财产利益。[70]利用现代互联网和大数据登记公示技术,打破潘德克顿体系确立的“物权—债权”二元体系,建立“可公示—不可公示”财产权体系,知识产权进入民法典在立法技术上就不再具有障碍。构建适应当今混合社会经济体制的“大民法”,作为法典化后发者,鉴于其未来在全球化经济中扮演的角色及法典化一次投入成本应有的长程考虑,这样的突破不仅可能,更是最好的机会。[71]

鉴于知识产权编成为民法典分则一部分对于民法典体系的完备和知识产权的体系化具备双赢优势,刘春田、吴汉东等知识产权法资深学者倡议知识产权在民法典中独立成编[72],并认为这是知识产权治理体系现代化的重要步骤。[73]他们的倡议得到了大多数知识产权法学者的支持,很多学者指出立法技术障碍并非不可逾越,而观念障碍亟需克服。

在立法技术上,知识产权的主体规则可完全适用《民法总则》规范,而知识产权的权利内容部分可以作为民法分则独立一编,分章列举著作权、专利权、商标权等,不再包含专利技术审查和商标相似审查以及知识产权的登记和公示内容,将它们通过单行法规另行规定,类似于物权的《不动产登记条例》。这样,一方面将知识产权的行政程序内容从法典中剥离出去,以顺应国际贸易规则,同时便于行政部门及时、便捷地修改审查程序和标准;另一方面,节约立法成本,将稳定成型的专利权、商标权、著作权的权利规范固定下来,整合为统一的大民事权利体系,将民法教义学的方法引入到知识产权司法中,强化平等原则、诚实信用原则等民法基本原则对知识产权裁判的指导作用。

## (二) 价值共通基础上的民事特别法

无论何种法典模式,知识产权法都不可能脱离民法的基本原则、主体制度等,知识产权法采用源于民法的概念与一般原则,无法摆脱民法典的影响。[74]但是对于民法典而言,这取决于两个前提:一是民法典能否为知识产权法提供解释时所依赖的价值判断和取舍体系;二是民法典能否通过规范而不是学理的有机安排取得对于知识产权规范解释的约束力。如果不能做到,知识产权法就有可能逃逸为独立的单行混合法,甚至是民事行政法,而不是民事特别法。

目前的立法安排,是在《民法总则》中确认知识产权的民事权利属性,专利法、著作权法和商标法等保留单行法形式。但是如果民法典不对相应规范的涵摄效力作出规定,知识产权单行法就会与《民法典》渐行渐远,难以固守民法典特别法的定位。因为法体系的价值内涵与规范形式相辅相成,如果割裂体系形式,价值取舍也会出现裂缝。例如,《侵权责任法》第6条和《侵权责任编(草案)》(公开征求意见稿)第945条所规定的无过错责任,“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定”,该条与前一条的过错责任和过错推定责任以及后一条的公平责任分担构成一个完整的归责原则体系。该体系的正确解释是,行为人没有过错损害他人民事权益的,法律没有明确规定应当承担侵权责任的,行为人不承担民事责任。知识产权规范体系中没有明确的规定,但是很多人将知识产权损害赔偿理解为无过错责任。这背离了知识产权法作为民法典特别法应当在民法典的体系内解释规则的一般原理。

民法典需要包含哪些内容,不仅仅是一个立法理念和价值取舍的问题,也不仅仅是一个立法技术和形式理性建构的问题,而更需要直接面对的是回应实践的迫切需要。我国将在2020年完成民法典形式的立法,是迫切回应中国的现代化建设和现代性转型的必要步骤,并非一蹴而就呈现成熟的法典,而是需要一个打磨的过程。在这个过程中,立法者没有对知识产权规范体系关闭大门。立法技术储备不足的问题可以通过民法典和知识产权单行法实施来不断总结经验,提炼立法技术。可以设想,在未来的完善过程中,随着立法技术的提高,民法典文本涵盖知识产权规范的能力会愈来愈强。

民法典对于知识产权侵权责任的统领和涵摄效力应当体现在以下两个方面:一是民法典对于知识产权请求权和知识产权损害赔偿请求权的体系配置;二是在民法典侵权责任编中强调主观过错对于知识产权损害赔偿承担责任的功能要件及其效力。此外,知识产权领域的帮助侵权行为和传统民法的帮助侵权行为显著不同。因此,在《侵权责任编》第954条之后可以增加一条规范,“第三人的行为和行为人的行为客观结合构成损害的,第三人在知悉损害后应当停止相应的行为,没有及时停止的,就损害扩大的部分承担连带责任”,作为规范知识产权领域内的“间接侵权”或者“帮助侵权”损害赔偿的基础条款。

而《民法典侵权责任编(草案)》(公开征求意见稿)增加了知识产权惩罚性赔偿的民事责任,但是该款与上下条款并不协调,体系化程度有待提升。因为这不仅仅一种损害赔偿的承担方式,还是对于主观过错的一种特别性惩戒措施。该特别性惩戒措施的产生不是因为实体规范的失灵,而是因为证据规则运用的僵化。即使在当前为了遏制恶性的侵犯知识产权行为,有必要规定该条款,但该规范也适合由特别法规定,否则将会构成对于一般法严整体系的割裂。如果未来整合民法典和知识产权法的体系,该条款可以从侵权责任编移入知识产权编。

《民法典合同编(草案)》(公开征求意见稿)关于技术转让合同和技术许可合同的规定将原合同法的内容全盘接受,而关于专利权和专利申请权转让、许可合同的内容缺乏归纳和吸收。在将来的民法典完善过程中可以考虑增加知识产权类型的有名合同。例如,该草案第628条关于技术合同的定义明显过于狭窄,经济活动中大量的计算机软件开发合同、剧本编写合同、作品创作和录音录像制品的制作等智力活动开发合同没有被总结为有名合同。第647条规定的技术转让合同和技术许可合同均为知识产权转让合同和知识产权许可合同,现行合同法司法解释也将未被确认为知识产权的知识、技术和经验排除在技术交易合同的标的之外。那么,如果本节最后直接使用知识产权转让合同和知识产权许可合同,一方面可以与规则适用的外延一致;另一方面也可以体现民法典对于知识产权交易合同的涵摄功能。另外,该编也可以吸纳技术交易合同不能概括的著作权交易合同和商标权交易合同。

在《民法典婚姻家庭编》(征求意见稿)中对于夫妻共同财产和继承财产的规定,也需要考虑知识产权的未来变现性。例如在婚姻关系存续期间,当事人产生的知识产权没有相关收益,但是在婚姻关系结束后,该收益可能显著增大,如果不作出相应规定,则会显失公平,也妨碍稳定的婚姻家庭关系对于知识生产的激励。

### (三) 知识产权专门法典

尽管《民法典》包含知识产权编对于《民法典》自身和知识产权规范体系都有诸多优势,囿于立法技术,目前民法典编纂的第一阶段暂时未考虑知识产权编。但是知识产权法仍然要完成自身的体系化,或依赖民法典的路径,或开辟新路。这条新路可能是知识产权基本法或者知识产权法典。[75]但是知识产权独立体系化存在以下挑战:在价值判断体系上,如何独立于民法典建构完整的价值取舍体系和判断标准;在立法技术上,如何建构独立于民法典的概念体系和法律关系要素;如果不能建构独立的概念、法律关系要素、价值取舍体系,那么如何处理《知识产权法典》与《民法典》在这些问题上的冲突和协调关系?

如果采用民法典方式的体系化,从根本上承认知识产权的私权本质,将知识产权的正当性基础落实在自然权利的奠基石上[76],很容易确认知识产权的个人创造本源,其私权的根本具有体系性保障。因为知识产权与物权的重要区别之一是财产价值的伸缩程度,只有私法主体才能将知识产权的经济价值开发出来。如果没有民法典,知识产权法的价值判断容易在私权保护与市场政策工具之间摇摆。即使我们在专门法典中重申《TRIPS 协议》的“承认知识产权是私权”条款,但是我国加入 WTO 后的知识产权保护实践对此并不乐观。我们必须通过规范的配置、法典的结构等立法技术将知识产权的价值体系蕴含在法律条文和权利配置规范中。

在立法技术上,知识产权专门法典应当完成文本形式和裁判教义的体系化,而不是一个工具化的检索型法典,但目前的知识产权单行法没有做好准备。例如,在主体制度上,知识产权单行法使用了“单位”“个人”“企业”“公民”等概念,这些概念的抽象化和精确化程度远逊于民法。知识产权法律行为的效力规范也没有得到很好的总结,无法贯彻意思自治原则。由于缺乏知识产权请求权制度,知识产权的救济和保护不力长期得不到有效解决。作为弥补制度的惩罚性赔偿制度与权利法理之间存在龃龉。

知识产权专门法典的挑战性工作包括:首先,确立以知识产权作为私权的创造、流转和保护为依归的价值体系。其次,通过提取公因式和归纳精确的上位概念,并且按照规范的类型化,从民事规范、行政规范的类型入手,提炼协调各种利益关系的规则,选择合适的概念,逐次细分规范类型,建构出法律规范。再次,按照规范类型设计出确权、交易、公示等制度,将这些制度有机衔接,进而形成有逻辑的、体系性的法典。最后,法典应当表达出其背后的价值理念,让裁判者在解释实定法时可以对价值进行排序,以便于判断取舍。

### 结语

世界贸易组织规则正在受到挑战,世界逐渐进入后 WTO 时代。随着我国社会主义现代化建设所彰显的“人民主体性”价值得到越来越多的世界认同;实现每一个人的真正的主体自由越来越成为现代性的核心;人的创造力越来越成为财富之源和自由之本。作为创造性智力成果的产权界定手段,知识产权在我国将自发地受到重视。知识成果的产权界定、交易规则和保护模式必将深刻塑造私法体系的未来。

作为我国市场经济生活和市民生活基本法的民法典,与知识产权法典一起,将深刻影响后 WTO 时代的世界经济规则。我国的经济发展模式正在变化,从依赖资源投入和外贸需求的增长模式,转变为满足人们对于幸福生活追求的国内消费和自主创新为主的发展模式。民法典应当扩大抽象自身体系的外延,积极地总结知识成果财富和传统劳动所创造的物质财富的产权界定、交易流转和产权保护的一般规则,构建一个自洽的、大一统的、体系化的民事权利运行规则系统。那样,民法典必将总结并概括出尽可能充分的知识产权规则,吸收更多的知识产权内容,并且真正地成为知识产权规范解释的指引体系,满足知识产权体系化的需求。这可能是包含知识产权在内的整个民事权利体系一体化的长远愿景。

### 天津玺名律师事务所

玺名律师事务所由陈玺名博士于2010年创立。我们始终秉承“客户为本，尽职诚信；专业分工，团队合作；追求卓越，创造经典”的律所理念和文化，始终坚持“精品律师事务所提供精致法律服务”的定位。

本所现有服务团队30余名，下设公司运营法务部、资本市场法务部、知识产权法务部、建设工程法务部、诉讼仲裁法务部等专业部门。

本所除在传统行业企业的全方位法律顾问服务方面有丰富的经验外，尤其在金融资本市场领域、建筑房地产领域和知识产权领域拥有显著的优势和骄人的业绩。

我们愿与您共同成长共创未来！

玺名律师事务所  
XIMING LAW FIRM

2010-2020

不忘初心十周年，同心筑梦迎未来！

追求卓越  
成就经典

政府法律顾问事务部  
公司治理法务部  
企业改制并购重组法务部  
私募基金与股权激励法务部  
建筑与房地产法务部

知识产权法务部  
互联网与电子商务法务部  
外商投资和国际贸易法务部  
劳动人事法务部  
诉讼仲裁法务部



服务电话：15022790308

天津市高新技术开发区华苑产业园区天津科技金融大厦20层