

金杜观察
KWM INSIGHTS

金杜律师事务所
KING & WOOD
MALLESONS

2020年9月 总第04期
September 2020 Issue 04

中国民法典的 制度变革及其影响

金杜律师事务所 金杜法律研究院 联合出版

中国民法典的 制度变革及其影响

出版声明:

本出版物不代表金杜律师事务所对有关法律问题的法律意见。任何仅仅依照本出版物的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见,应该向具有相关资格的专业人士寻求专业的法律帮助。

版权声明:

© 金杜律师事务所2020年版权所有

金杜律师事务所保留对本书的所有权利。未经金杜律师事务所书面许可,任何人不得以任何形式或通过任何方式(手写、电子或机械的方式,包括通过复印、录音、录音笔或信息收集系统)复制本书任何受版权保护的内容。

有关本书的咨询及意见和建议,请联系:

publication@cn.kwm.com



序言



2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过的《中华人民共和国民法典》，是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是我国法律体系中条文最多、体量最大、编章结构最复杂的一部法律。民法典体系周全、逻辑严密、结构清晰，在总结我国民事立法和司法实践经验的基础上，有许多重要突破和创新。

权利是民法典和民事法律体系的逻辑起点和制度本体。民法典总则编专章设定民事权利，对公民所享有的人身权、财产权、知识产权、继承权等权利做了尽可能全面的确认和保障，特别是人格权独立成编，是对潘德克顿式立法体例的突破和发展，积极适应了新时代加强人格权保护的需要，充分彰显出深沉厚重的人文关怀精神。

法律的生命力在于实践。只有实践，才能将法律规定的条文转化为现实的秩序；只有实践，才能将纸面上的权利转化为公民实在享有的权益。金杜合伙人和律师长期处于民商法律服务最前沿，在公司并购、债务重组、资本市场、金融资本、争议解决、知识产权、合规、网络安全等业务领域拥有广受市场及客户信赖的执业能力和全面专长，对民法典的基本精神与核心要义有着深刻的专业理解和认知，对切实推动民法典正确实施有着天然的职业担当情怀。

基于扎实的理论功底和丰富的实务经验，本着追求卓越的专业精神和品质，来自金杜不同业务部门的众多合伙人共同撰写了这本《中国民法典的制度变革及其影响》。该书从立法制度、法人制度、知识产权、合同效力、合同解除、保证制度、个人信息保护等层面对民法典的制度变革及其影响做了解读，凝结了金杜人对民事法律制度理论与实践孜孜以求的探索与思考。

期待该书的推出对读者深入认知、理解和运用民法典有所帮助。

王俊峰
2020年9月

目录

- 03 《民法典》立法制度变革综述
- 14 《民法典》法人制度实务解读
- 22 《民法典》对物业管理的影响
- 29 《民法典》债的移转制度新规及其影响
- 37 《民法典》合同效力制度的修改及其影响
- 42 《民法典》关于合同解除制度的体系性完善及影响
- 50 《民法典》对保证制度的重要修订和完善
- 60 变化纵横出新意——《民法典》中个人信息的定位及影响
- 67 《民法典》对继承制度的修改及影响



《民法典》立法制度变革综述

雷继平 李晓燕

编纂民法典是党的十八届四中全会提出的重大立法任务，经过5年多的努力，《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）于2020年5月28日经第十三届全国人民代表大会第三次会议表决通过。

习近平总书记指出，民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律；是一部体现我国社会主义性质、符合人民利益和愿望、顺应时代发展要求的民法典；是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的民法典；是一部具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法典。

从国内外立法实践来看，我国《民法典》在立法体例、各编设置上体现了鲜明的中国特色及对人民群众利益的深切关怀，融汇了几代法律人的智慧。

从国内立法经验来看，我国《民法典》是在各民事单行法、司法解释已经积累了丰富实践经验的基础上制定的，在吸收、继受成功立法成果的同时，也对不能满足社会生活需要的规定进行了增删、修改，有的甚至作出了完全相反的规定，值得我们关注。

一、《民法典》立法体例的中国贡献

大陆法系国家《民法典》的典型立法体例为法学阶梯和学说汇纂两种模式：前者的代表为

《法国民法典》，分为三编，即人、财产及对于所有权的各种限制、取得财产的各种方法；后者的代表为《德国民法典》，分为五编，即总则、债务关系法、物权法、亲属法、继承法，《日本民法典》、我国台湾地区“民法”亦采此五编制。

我国《民法典》立法体例上的一个重大创举是人格权独立成编。《民法典》立法中争议最大的问题当属人格权应否独立成编，反对者认为我国已经形成了人格权保护法律体系，通过总则、侵权责任、违约责任即可实现对人格权的保护；支持者则认为，人格权应当在分则中拥有独立的地位、与财产权同等保护，建立完整的人格权体系。

经过激烈的辩论，《民法典》最终在第四编规定了人格权。在体例上，将人格权与财产权放到同等重要的位置，体现出了新时代下对人格权重要性的全新认识；在内容上，建立了人格权的完整体系、扩大了人格权的保护范围，更有利于保护人格利益。这是我国《民法典》立法的一个重要创新，也是以人为本思想的集中体现。

《民法典》立法体例上的第二个创新是侵权责任独立成编。传统的五编制立法体例中，侵权行为作为债的发生原因之一，被纳入债编之中。我国现行《侵权责任法》被称为“大侵权法”，保护范围宽、责任方式多，成为脱离债法而独立存在的单行法。



雷继平



李晓燕

《民法典》中保留了债法体系，第一百一十八条第二款规定：“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”侵权行为作为债的发生原因之一，回归到债法体系之中。但侵权之债相对于合同之债具有独特的个性，且随着社会的发展进步，侵权之债所保障的权益范围不断扩展、具体规则不断丰富，考虑到多方面的原因，《民法典》最终将侵权责任作为独立的一编规定于第七编。

由此，《民法典》最终形成了总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任七编，实现了对大陆法系传统民法三编制、五编制的突破，为世界民事立法体例提供了新的选择。

二、物权编

（一）确认农村土地的三权分置

三权分置改革前，农村土地上的权利结构为农村土地集体所有权——土地承包经营权的二层结构。在城市迅速发展、城乡一体化的趋势下，原来的二层结构中对土地承包经营权的流转限制，使得进城务工农民的土地大量荒废，农业经营现代化、规模化受到阻碍，农村经济的发展严重滞后。

2018年《农村土地承包法》的修改，将政策文件中的三权分置改革思想上升到了法律层面，明确了农村土地集体所有权——土地承包经营权——土地经营权的三权分置结构，即在土地承包经营权上再设立一个土地经营权，土地承包经营权人可以流转其土地经营权。

尽管学理上对于土地经营权的性质还存在争议，但农村土地三权分置对于建设专业化集约化规模化的可持续发展新型农村土地经营模式、促进农村经济发展具有重要意义。《民法典》第三百三十九至三百四十二条对此作了进一步确认，为三权分置改革提供了民法上的支持和保障。

（二）进一步细化业主的建筑物区分所有权制度，强化业主权利

业主的建筑物区分所有权，包括其对专有部分的所有权、对建筑区划内的共有部分享有的共有权和共同管理的权利。《民法典》中就共有权、共同管理权利部分的规定作了修改和补充，强化了业主权利。如：

1、变更业主表决规则，更具可操作性。《物权法》第七十六条第二款规定，对于业主共同决定事项中的一项，应经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意，特殊事项则需“双三

分之二”同意。《民法典》第二百七十八条降低了该比例限制，规定业主共同决定事项应经“双三分之二”的业主参与表决，一般事项需经参与表决业主“双过半”同意，特殊事项需经参与表决业主“双四分之三”同意。该修订使业主更易召开会议、形成决定，更好地行使管理权利，优化居住环境。

2、扩大公共维修资金的使用范围。《民法典》第二百八十一条扩大了公共维修资金的使用范围，明确规定可用于“电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分的维修、更新和改造”。

3、明确共有部分产生的收入归属于业主。《民法典》第二百八十二条规定，利用共有部分产生的收入扣除合理成本后，属于业主共有。

（三）建立居住权制度，保障居住权人利益

居住权，是指以居住为目的，对他人的住房及其附属设施所享有的占有、使用的权利。居住权是否应规定在物权体系中，经历了长久的争议。2002年《物权法草案》中规定了居住权，但在2006年第5稿中被删除。《民法典》立法中对居住权的制度价值进行了重新审视，最终在物权编用益物权分编第三百六十六至三百七十一条规定了居住权制度。

从《民法典》的规定来看，居住权至少具有如下特征：

1、设立居住权需订立合同/遗嘱，并办理登记。居住权以当事人意思自治为基础，可以双方订立居住权合同的方式设立，也可以单方订立遗嘱的方式设立。同时，居住权作为一项只能在不动产上设立的用益物权，需遵循不动产权变动的一般规定，以登记为生效要件。

2、以无偿为原则，以有偿为例外。居住权通常发生于家庭成员之间，具有保护弱者的功能，因而通常具有无偿性的特征。但在当前，居住权已不局限于满足前述功能价值，还需适应以房养老等社会的需要。因此，《民法典》第三百六十八条规定“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外”，即以无偿为原则、有偿为例外，以满足人们对于居住权制度的需求。

3、具有人身依附性，不得转让、继承。居住权以满足特定人的生活居住需要为目的，从其制度目的可知，居住权具有较强的人身依附性，因而不允许转让、继承，通常也不允许居住权人出租标的住宅。如果允许

转让、继承、出租，就意味着居住权人以外的人也能居住该住宅，有违居住权制度的目的。但一概否定居住权人出租的权利，未必符合当事人的意思表示，也不利于充分实现物的经济价值，因此《民法典》第三百六十九条规定当事人可对出租权利作出约定。

（四）进一步完善担保物权制度

担保制度贯穿社会经济交往的始终，担保物权制度更是发挥着基础性的作用，因而《民法典》物权编中最重要的裁判规则应属担保物权分编。《民法典》中的担保物权制度，在《担保法》、《担保法解释》、《物权法》的基础上作了进一步的修改和完善，其中不乏重要制度的修改、增补。例举如下：

1、禁止流质（押）规则有所缓和，同时也为非典型担保预留空间

流质契约，是指当事人双方在设立担保物权时约定，当债务人不履行债务时，由债权人取得担保物所有权的合同（条款）。由于订立担保合同时，债权人与债务人通常处于经济上不平等的地位，为避免债权人利用债务人处于急迫困窘的境地谋取不当利益，自罗马法以来，大陆法系多数国家立法禁止流质契约。

尽管如此，国内外在理论和实务上并未停止对禁止流质规则的反思和检讨，如认为可以通过赋予债务人撤销权、变更权或适用强制清算的程序，克服流质的潜在弊病。近年来域外立法关于流质条款的效力有缓和的趋势¹。如《德国民法典》第一千二百五十九条、中国台湾地区“民法”第873-1条等。

我国1995年《担保法》第四十条、第六十六条确立了禁止流质的规则，2007年《物权法》第一百八十六条、第二百一十一条沿袭了《担保法》的前述规定，《民法典物权编（草案二次审议稿）》中仍保留了禁止流质的规定。

《民法典》第四百零一条、第四百二十八条在流质问题上采取较缓和的态度，未直接以“不得”限制当事人对流质条款的约定，而改为规定“只能依法就抵押/质押财产优先受偿”。

针对第四百零一条、第四百二十八条，预计在未来司法适用中可能还需要关注：（1）应如何认定流质条款的效力；（2）未办理抵押登记的不动产抵押合同，抵押权人是否享有优先受偿权；（3）未办理抵押登记的动产抵押合同，抵押权人能否依据流质条款优先受偿；（4）如何与以物抵债、让与担保等非典型担保制度协调。

2、先租后抵，需转移占有才能对抗抵押权

《物权法》第一百九十条规定了先租后抵的情况下抵押不破租赁的原则，但该条并未明确出租事实应该如何认定，导致实践中出现倒签租赁合同、损害抵押权人利益的不诚信行为。

同时，《物权法》第一百九十条前段判断先租后抵以“订立抵押合同”为准，而后段判断先抵后租又以“抵押权设立”为准，形成“双重标准”，不仅不符合物权变动的基本理论，且导致了法律适用上的疑问。

《民法典》第四百零五条规定强调了“转移占有”，抵押权人可以通过尽调的方式进行了解，判断抵押权是否安全。未来如果出现恶意倒签合同的情况，抵押权人根据尽调所固定的证据可满足维权的要求，即在设定抵押时没有转移占有，因此租赁权不得优先于抵押权，可以实现更好的债权保护效果。同时，《民法典》第四百零五条将抵押权设立时间作为判断权利次序的依据，修正了《物权法》第一百九十条规定存在“双重标准”的瑕疵。

3、抵押财产转让无需经抵押权人同意，同时确认抵押权的追及效力

物权法理论认为，抵押期间，抵押人不丧失对物的占有、使用、收益和处分的权利。抵押人转让抵押财产的，抵押权人对转让的抵押财产具有物上追及的法律效力²。抵押权的追及效力是指抵押权人在抵押物被抵押人转让后，可以追及抵押物行使抵押权³，追及抵押物进行拍卖、变卖。

我国《担保法》第四十九条对抵押人转让抵押财产附加了条件，即需通知抵押权人并告知受让人财产抵押的情况，但未就抵押权的追及效力作出规定。为弥补《担保法》的缺陷，《担保法解释》第六十七条承认了抵押权的追及效力。《物权法》第一百九十一条在前述规定的基础上更进一步限制了抵押财产的转让，规定转让须经抵押权人同意，未经抵押权人同意不得转让，其主要目的在于加强对抵押权人的保护。同时，由于按照该条规定完成转让的抵押财产必须消除财产上的抵押权，也就不存在追及的问题，因而《物权法》并未明文

¹见刘保玉：《民法典物权编（草案）担保物权部分的修改建议》，载《法学杂志》2019年第3期。

²见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第417页。

³见曹士兵著：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2018年版，第269页。

规定抵押权的追及效力⁴。

《民法典》第四百零六条回归传统理论，规定抵押人可以转让抵押财产、无需征得抵押权人同意，并明确了抵押权的追及效力。该条规定符合抵押权以支配和取得标的物的交换价值为内容的本质，有利于促进交易、充分发挥物的经济效用。

根据该条规定，如抵押权人欲限制抵押人对抵押财产的处分，双方可以进行约定。但该条并未就当事人达成的约定具有何种效力、能否对抗受让人等作出规定，未来还需通过司法解释进一步明确。

4、明确规定同一财产上抵押权、质权并存时的清偿顺序

《担保法解释》第七十九条第一款规定法定登记的抵押权优先于质权，该规定在司法实践中造成了不少误读。最高法院在相关案例中明确，该款规定适用的前提是《担保法》对特定动产采取登记生效主义，《物权法》生效后，所有动产抵押都采用登记对抗主义，故该款规定适用的前提已不存在、没有适用的余地。

《九民会议纪要》第六十五条第二款进一步明确，“根据《物权法》第178条规定的精神，担保法司法解释第79条第1款不再适用”。

《民法典》第四百一十五条的规定，弥补了《物权法》的漏洞，以立法明确了抵押权、质权并存时顺位如何确定的问题，有助于解决当事人对权利顺位的争议。

5、新增抵押物价款债权人的抵押权优先受偿的规定

《民法典》第四百一十六条是《民法典》编纂中新增加的规定，被称为“动产抵押价款超级优先权”，即在同一动产上，既存在就抵押物价款设定的抵押，又存

在其他担保物权的，如果在标的物交付后十日内办理了抵押登记，那么价款抵押权人优先于该抵押物上的其他担保物权人优先受偿⁵。

该规定公布后受到了部分学者的质疑。如孙宪忠教授认为：“该条文的用语晦涩难懂，不但一般人难以理解，即使专业人士对其制度设想也是难以捉摸。这个条文的立法目的和制度，确实不准确、不妥当⁶。”

也有观点认为，该制度可能将在动产浮动抵押中发生重大作用，发挥保护流入财产权利人的功能。其实效如何，还需在实践中进一步检验。

三、合同编

(一) 合同编通则的债法总则地位

我国的民事立法没有直接制定民法典，而是先制定单行法。由于缺乏法典体系支撑，在制定《合同法》时就面临没有债法总则的困境，于是将债的一般规则写进了《合同法》总则部分。《民法典》立法中，虽然大多数学者主张应设债法总则，但立法机关经过反复研究，最终决定不设债法总则。

由此，原来《合同法》总则部分有关债的一般规则，由《民法典》合同编通则继受并加以补充、修改，承担债法总则的功能。《民法典》合同编通则第四百六十八条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”进一步明确了合同编通则的债法总则地位。

(二) 合同效力制度的修订

1、对合同效力的认定需援引总则篇相关规定

《民法典》合同编删除了合同效力制度的具体规定，在第五百零八条规定：“本编对合同的效力没有规定的，适用本法第一编第六章的有关规定。”表明今后有关合同效力的裁判需要援引总则编有关民事法律行为效力的规定。

合同有效的认定，需援引《民法典》第一百四十三条关于民事法律行为一般有效要件的规定。

合同无效的认定，需援引的是《民法典》第一百四十四、一百四十六、一百五十三和一百五十四条。前述四条明确了合同无效的五种事由：（1）无民事行为能力人实施的民事法律行为无效；（2）通谋虚伪中虚伪行为无效；（3）违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效；（4）违背公序良俗的民事法律行为无效；（5）行为人与相对人恶意串通，损

⁴参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第418页。

⁵见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用（下）》，人民法院出版社2020年版，第1131页。

⁶见孙宪忠：《关于民法典物权编担保物权分编的修改建议》，发表于微信公众号“中国法学网”。

害他人合法权益的民事法律行为无效。

2、法律法规的强制性规定中哪些部分可能导致合同无效，仍然没有明确标准，适用时需参考《九民会纪要》第三十条之规定

《民法典》第一百五十三条第一款有关“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的规定，系在《合同法》第五十二条第（5）项的基础上，吸收了《合同法司法解释（二）》第十四条的规定，将导致合同无效的法律形式的范围限定在法律和行政法规中的强制性规定，但没有采纳效力性强制性规定的概念。

该款但书“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”，通说认为，“该强制性规定”一种是要求当事人必须采用特定行为模式的强制性规定，另一种是管理性强制性规定。

司法实践早已接受只有违反效力性强制性规定的合同才无效，只是在就如何区分效力性强制性规定和管理性强制性规定存在不同认识和裁量标准。最高法院《九民会纪要》第三十条规定通过列举的方式将效力性强制性规定和管理性强制性规定进行了区分，给予了审判实践较为明确的指引。

此次《民法典》没有采纳效力性强制性规定的概念，法律法规的强制性规定中哪些部分可能导致合同（民事法律行为）无效，仍然法无明确标准。是与既往司法实践一致还是存在新的法律认识，仍待权威案例给予指引。

3、违背公序良俗可能作为合同（民事法律行为）无效的兜底事由

《民法典》第一百五十三条第二增加了“违背公序良俗的民事法律行为无效”的规定，作为“违反法律、行政法规的强制性规定”的补充。“公序良俗”的范围包括公共秩序和善良风俗，它的内涵和外延均不确定，存在解释空间。

《九民会纪要》第三十一条规定：“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。”在违反规章的无效合同的认定理由中，采取了列举方式一定程度上将公序良俗的范围进行了限缩，体现裁判中需谨慎适用公序良俗判定合同无效的倾向。

《民法典》施行后，法院或将继续将公序良俗作为合同（民事法律行为）无效的兜底事由，但适用公序良俗的范围还有待实践进一步检验。

4、通谋虚伪需区分虚伪表示行为和隐藏行为分别认定其效力

《民法典》第一百四十六条通谋虚伪沿用了《民法总则》的规定，该条包含虚伪表示行为和隐藏行为，虚伪表示行为无效，隐藏行为则要根据与民事法律行为效力及其他与法律行为效力有关的规定来具体判断。

前述观点已被司法实践所接受，体现出司法“穿透式审查”、探求交易实质的金融审判理念。各种交易合同如“名不符实”，构成“名为甲实为乙”的法律关系，将无法避免适用通谋虚伪的规定，虚伪表示行为下的合同效力面临被司法否定的风险，隐藏行为则需具体判断。需注意的是，金融强监管趋势下，金融机构实质达成的保本保收益交易实质也将被认定无效，因此，合同无效的风险也大大提升。未来，“穿透式审查”的审判理念也或将继续贯彻合同案件的审理中。

5、无权处分，合同仍然有效，处分人需承担违约责任

关于无权处分的效力，在《合同法》第五十一条效力待定的基础上，《买卖合同司法解释》第三条采纳了有效说。此次《民法典》删除了《合同法》第五十一条，实际支持了《买卖合同司法解释》的有效说。

《民法典》在“买卖合同”一章第五百九十七条规定：“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。”表明即便无权处分的合同有效，但处分人仍需承担相应的违约责任，这对善意买受人的保护更有利。

《民法典》第六百四十六条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。”根据该条规定，买卖合同的规定有扩张适用的效力，可以适用于其他有偿合同。因此，无权处分的规则可以适用于其他有偿合同。

6、批准生效合同未经批准之前，报批义务条款独立生效

《民法典》第五百零二条对未生效合同的效力作出了规定，弥补了《合同法》规定的不足。司法实践中，最高法院已经认识到《合同法》这一不足，并进行了修正。《九民会纪要》第三十七条规定：“……依据《合同法》第四十四条第二款的规定，批准是合同的法定生效条件，未经批准的合同因欠缺法律规定的特别生效条件而未生效……”

《民法典》将未办理登记与未办理批准的合同进行

了区分，明确未办理批准的合同才是未生效的合同。此外，《民法典》还确立了报批义务条款性质上具有独立性。报批条款在性质上类似于合同中的清算条款和仲裁条款，也就是说，尽管合同因未报批而未生效，但是该条款仍应被认定为有效。

应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，《合同法司法解释（二）》第8条规定了其承担缔约过失责任的。《民法典》规定“对方可以请求其承担违反该义务的责任”，则表明其应承担违约责任，与《九民会议纪要》第四十条规定的观点一致。

未来司法实践中，法院判决履行报批义务后当事人仍未履行的后果，此次《民法典》并未明确规定，或将继续适用《九民会议纪要》的上述规定，承担违约责任，这一问题也留待司法实践检验。

（三）合同解除制度的修订

1、明确解除权除斥期间为一年，统一法律适用标准
合同解除权的存续期间，系除斥期间，而非诉讼时效。此明确规定于《民法总则》第一百九十九条，《民法典》沿用了这一规定。

《民法典》第五百六十四条明确规定合同解除权除斥期间为一年。在此之前，仅在商品房买卖合同领域，最高人民法院于2003年出台的《商品房买卖合同纠纷司法解释》第十五条规定，出卖人或买受人请求解除合同的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使。对于非商品房买卖合同领域，司法实践中，当事人一般采取“曲线救国”的路径，主张“参照适用”前述司法解释来确定解除权的除斥期间。

前述主张“参照适用”的结果，是裁判规则的不确定性。在股权转让合同领域，最高法院在（2016）最高法民申3544号案、（2018）最高法民申4614号案中，以股权转让合同与商品房买卖合同在性质上相近，认可参照商品房买卖合同的司法解释，将股权转让合同解除权除斥期间认定为一年。然而，在其他类型的合同中，法院多认定，主张除斥期间为一年缺乏法律依据。

《民法典》的这一规定，消除了不同类型合同除斥期间的差别对待，统一裁判规则，为当事人行使合同解除权提供了明确指引。

2、通则部分新增不定期合同任意解除制度

不定期持续履行合同，不同于一时性合同或者定期持续履行合同，没有一个内在的“休止符”——一时性合同，在合同约定的特定结果实现后，合同关系即宣告终结；而定期持续履行合同，则在合同约定的终止时点终

止。为了使不定期合同的当事人避免被永久束缚，能够单方从合同关系中解脱⁷，《民法典》第五百六十三条规定了该制度。

在《民法典》颁布前，该制度散见于《合同法》分则，最典型的如《合同法》第二百三十二条规定的不定期租赁合同的任意解除权。《民法典》的新增内容亦进一步完善了该制度适用的具体范围，例如《民法典》第九百四十八条“不定期物业服务合同”、第九百七十六条“不定期合伙合同”、第一千零二十二条规定“不定期肖像许可使用合同”的任意解除权。

不定期合同可以随时解除，系对合同严守原则的突破。同时，为了保护相对方的合理信赖，解除并非立即发生效力，而是在意思表示到达后，经过合理期间才发生解除的效力。

该制度由《合同法》分则的个别规定，上升至《民法典》合同编通则的一般性规定，可能会引发司法实践中何种合同应当落入“以持续履行的债务为内容的不定期合同”讨论；同时，对于不同类型的合同，其“合理期限”应当如何认定，也有待法律解释的出台和司法实践的检验。

3、赋予违约方合同解除权，引导当事人破解合同僵局

根据《合同法》第一百一十条，在三种情形下，守约方要求违约方以继续履行的方式承担违约责任时，违约方可援引该条进行抗辩。然而，违约方的此抗辩并不导致合同关系的消灭，其无权依据该条申请终止合同。那么，在守约方也拒绝解除合同的情况下，就形成了所谓的“合同僵局”。

对此，最高法院在《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》中指出：“在出现合同僵局的情况下，允许违约方向法院提起诉讼，请求法院通过裁判终结合同关系，从而使当事人从难以继续履行的合同中脱身，有利于充分发挥物的价值，减少财产浪费，有效利用资源。”为此，《九民会议纪要》针对合同僵局规定了第四十八条“违约方起诉解除”。

《民法典》第五百八十条将违约方起诉解除合同的制度法典化，有利于引导当事人破解合同僵局，实现实



⁷见吴奕锋：《论不定期继续性合同随时终止制度 兼评〈民法典合同编（二审稿）〉的规定》，载《中外法学》2019年第2期。



质正义。需要关注的是，违约方起诉解除合同获得法院支持的，守约方仍有权向违约方主张损害赔偿，损害赔偿的范围，根据《民法典》第五百八十四条，包括可得利益损失。

4、明确默示预期违约的具体情形，整合预期违约制度和不安抗辩权制度

《合同法》第九十四条第二项规定了预期违约制度，即：在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的，相对方有权解除合同。然而，何为“以自己的行为表明不履行主要债务”，司法实践中对其识别并非易事。

《民法典》第五百二十八条将默示预期违约的情形明确指向了行使不安抗辩权的情形，即：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

需要关注的是，前述情形可以导致相对方“不安”

从而中止履行，但若主张构成默示预期违约从而解除合同，还要符合“在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的”的前提条件。

《民法典》的这一修订整合了预期违约制度和不安抗辩权制度，明确默示预期违约的情形。

5、明确以诉讼或仲裁方式解除合同的解除时点，厘清司法实践中的争议

当事人可以向对方发送解除通知的方式解除合同，也可以直接以提起诉讼或仲裁方式解除合同。对于后者而言，合同解除的时点应当如何认定，在此前的司法实践中存在争议。

一种观点认为，合同解除时间应为法院判决生效之日。另一种观点则认为，如法院或仲裁机构确认合同解除的，则合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除，最高法院民二庭第七次法官会议纪要持此观点。

《民法典》第五百六十五条明确采第二种观点，一锤定音地厘清了对该问题的争议和分歧。这一规定，是对解除权系形成权性质的重申，进一步明确了法院或仲裁机构对当事方解除行为的审查系“确认”而非“裁判”。

（四）保证担保制度的修订

此次《民法典》立法，在体系上，将保证合同作为典型合同之一种，纳入合同编进行规制，在具体规定上，对现行法的个别具体制度作出了重大修改，并新增了关于保证人权利的规定，进一步完善了保证担保制度。

1、不认可意定独立担保条款的效力

《担保法》第五条规定当事人可以就担保合同的从属性作出约定，但由于从属性是担保合同的基本特性，实践中对于是否应允许当事人约定排除产生了较大的争议。《物权法》第一百七十二条仅规定法律可对担保合同（担保物权）的从属性另行规定，否定了当事人约定排除的效力，但仍存在保证合同能否约定排除从属性的问题。

此前，最高法院《九民会议纪要》第五十四条，已明确否定了独立保函之外当事人之间关于排除保证从属性约定的效力。《民法典》第三百八十八条第一款、第六百八十二条第一款统一表述，从法律层面明确否定当事人关于排除担保（包括人保、物保）效力从属性约定的效力，长久以来对意定独立担保条款效力的争议终有定论。

2、保证方式没有约定或约定不明的，推定为一般保证责任

一般保证与连带责任保证最大的区别在于保证人是否享有先诉抗辩权，一般保证人享有《民法典》第六百八十七条规定的先诉抗辩权，而连带责任保证人则不享有该权利。

《担保法》第十九条规定，在保证方式约定不明时推定为连带责任保证，显然是倾向于保护债权人的利益，由保证人承担较重的责任。

《民法典》第六百八十六条对该规定作出了颠覆性的修改，规定在保证方式约定不明时推定为一般保证。其原因在于，从《民法典》第六百八十一条对保证的定义可以看出，保证并不当然包含连带责任的内涵，其内涵仅包括“承担责任”，至于责任的具体形式需要另行明确。而《民法典》第六百八十八条则进一步规定，“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证”。根据该条规定，只有明确约定承担连带责任的，才属连带责任保证。将第六百八十一条和第六百八十八条结合起来理解，不难得出在没有约定责任形式的情况下只能承担一般保证责任的结论。

3、保证期间没有约定或约定不明的，推定保证期间为六个月

根据《担保法》第二十五条、第二十六条，《担保法解释》第三十二条的规定，保证合同没有约定保证期间的，推定保证期间为六个月，保证期间约定不明的，推定保证期间为两年。

但一方面，对没有约定保证期间和约定不明的情形区别对待，推定不同的保证期间，缺乏合理依据。另一方面，实践中当事人对保证期间约定不明的情形并不少见，两年的保证期间使得保证人的责任在较长时间内无法确定。

《民法典》第六百九十二条规定，对没有约定保证期间或约定不明的情形做相同处理，均推定保证期间为六个月，体现了对保证人的倾向性保护。

4、一般保证诉讼时效起算点，修改为保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日

诉讼时效，是指权利人未在法定期间内行使权利而丧失请求人民法院依法保护其权利的法律制度⁸。《民法典》第一百八十八条规定“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算”。

《担保法解释》第三十四条规定，一般保证的诉讼

时效自债权人对债务人提起的诉讼或仲裁的判决或仲裁裁决生效之日起计算。但根据《担保法》第十七条第二款规定，一般保证人先诉抗辩权于就债务人财产强制执行仍不能履行时丧失，在此之前，债权人要求保证人承担责任的，保证人有权拒绝。也即是说，判决/裁决生效后、强制执行仍不能履行前这段期间，债权人事实上不享有请求一般保证人承担保证责任的权利，相应的，也就不存在债权人“权利受到损害”的问题。

因此，将判决/裁决生效后、强制执行仍不能履行前这段债权人实际上无法行使担保权利的期间计入诉讼时效期间，既不符合诉讼时效的制度本意，也不符合法律关于诉讼时效起算点的规定，无疑减损了债权人的时效利益。

《民法典》第六百九十四条修正了《担保法解释》第三十四条的规定，确定一般保证诉讼时效“从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起”计算，符合诉讼时效的相关规定，更有利于保障债权人的时效利益。

5、连带共同保证人是否享有内部追偿权，仍有待司法解释进一步明确

共同保证，是指数个保证人对同一债权提供的保证。共同保证可分为按份共同保证和连带共同保证。按份共同保证是保证人与债权人约定按份额对主债务承担保证义务的共同保证；连带共同保证是各保证人约定均对全部主债务承担连带保证义务或保证人与债权人之间没有约定所承担保证份额的共同保证⁹。

在按份共同保证，保证人仅就约定份额的主债务承担保证责任，相应仅发生对债务人的求偿权，不发生保证人之间求偿的问题。在连带共同保证，债权人有权要求任一保证人就全部主债务承担保证责任，因此，某一保证人承担责任后发生对债务人的求偿权及对其他保证人的求偿权。

《担保法》第十二条、《担保法解释》第二十条对连带共同保证人之间的追偿权作出了明确的规定。但《民法典》第七百条仅明确规定了保证人对债务人的追

⁸见沈德咏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用（下）》，人民法院出版社2017年版，第1243页。

⁹见曹士兵著：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2018年版，第53-54页。

偿权，未就连带共同保证人之间的追偿权作出明确规定，由此引发了对连带共同保证人是否仍享有内部追偿权的追问。

从《民法典》的规定来看，该问题没有明确的结论。最高人民法院民法典贯彻实施工作小组的倾向性观点认为：“共同保证人之间关于追偿权如无约定，应无追偿权¹⁰。”未来司法实践中将如何认定，仍取决于司法解释的进一步规定。

6、明确规定了保证人的代位权

保证人代位权是指保证人履行保证债务后，取得代债权人的地位向债务人行使原债权的权利¹¹。保证人完成给付后，债权人对主债务人的债权并不消灭，而是转移至保证人¹²。《德国民法典》、中国台湾地区“民法”等，对保证人代位权均有规定。

代位权以确保保证人固有的求偿权为目的，是确保求偿权的方式¹³。《民法典》第七百条明确规定了保证人代位权，为保证人实现追偿增加了法律上的权利保障。

《民法典》第七百条规定保证人“享有债权人对债务人的权利”，但并未明确债之担保是否随债权转移至保证人，由此引发了讨论。就德国、中国台湾地区民法上规定之保证人代位权，迪特尔·梅迪库斯书中认为，“保证人原则上取得该债权其余尚存的担保”¹⁴；史尚宽先生书中认为，“移转之债权人权利，第一为债权于清偿时之状态，移转于保证人。债权之担保及其他从属之权利，均随同移转”¹⁵。

理论上认为，保证人代位权是债权的法定让与。以此为前提，我们理解，根据《民法典》第五百四十七

条“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外”之规定，保证人应取得主债权的从权利，包括担保权利。但未来司法实践中将如何认定，仍有待进一步明确。

7、新增于债务人享有抵销权、撤销权的情形，保证人得拒绝履行的规定

《担保法》第二十条、《民法典》第七百零一条规定，保证人享有主债务人对债权人的抗辩权。《担保法》第二十条第二款进一步明确，“抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利”。

但债务人可对债权人主张的权利不仅仅是抗辩权，还包括对债之发生原因之法律行为的撤销权，以及对债权人享有他项债权而享有的抵销权。前述形成权的行使，同样可以实现免除全部或部分债务的目的，如债务人怠于行使，一方面将损害保证人的利益，另一方面，保证人承担保证责任后再行求偿也将增加当事人的讼累。

《民法典》第七百零二条新增保证人的抗辩事由，能够更好的保护保证人的利益。需要注意的是，该条规定在债务人享有撤销权、抵销权时，保证人有权在相应范围内拒绝承担保证责任，但并未规定保证人有权行使债务人的撤销权、抵销权，因此，保证人拒绝履行的权利仍属于抗辩权。如债务人丧失撤销权、抵销权（如撤销权的除斥期间届满），保证人的抗辩权相应消灭。

四、人格权编

（一）明确规定人格权请求权

人格权原本在《侵权责任法》体系中予以保护，《侵权责任法》第二条规定：“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权……等人身、财产权益。”

《民法典》将人格权请求权从侵权损害赔偿请求权中分离出来，作为独立的绝对权请求权（固有请求权），于第九百九十五条规定：“人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。”

人格权请求权不同于侵权损害赔偿请求权，不以行为人有过错为必要、不要求损害已实际发生、不适用诉讼时效制度，提高了人格权的保护力度。

¹⁰见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年版，第1395页。

¹¹见郭明瑞、房绍坤著：《担保法》（第二版），中国政法大学出版社，第50页。

¹²见[德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第424页。

¹³参见史尚宽著：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第929页。

¹⁴见[德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2007年版，第424页。

¹⁵参见史尚宽著：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第929页。

（二）新增人格权诉前禁令制度

诉前禁令，是指当侵害他人权益的行为已经发生或即将发生时，如果不及时制止，将导致损害后果迅速扩大或难以弥补，在此情形下，受害人有权依法请求法院颁发禁止令，责令行为人停止相关侵权行为¹⁶。

根据《民法典》第九百九十七条的规定，适用人格权诉前禁令制度的要件包括：（1）行为人正在实施或者即将实施侵害人格权的行为；（2）不及时制止将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害；（3）申请人有证据证明行为人正在实施或者即将实施相关侵害行为。

诉前禁令制度的实施将提前人格权保护的时间，强化人格权的保护，使得人格权保护更加及时、有效，避免审理期间损害的扩大。

（三）规定了性骚扰的民事责任和单位预防、处置义务

《妇女权益保障法》第四十条规定：“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。”该条规定所保护的主体仅限于妇女不包括男性，也没有规定行为人的责任。

《民法典》第一千零一十条明确规定禁止性骚扰，扩大了保护的主体，不再限于妇女，并明确规定了行为人的民事责任，以及单位的预防、处置义务，弥补了性骚扰立法的空白。

（四）对声音的保护参照适用肖像权保护的规定

声音是人格标识之一，每个人的声音具有独特性，一些演艺明星的声音甚至具有经济价值。但我国现行法律中并无关于保护声音权的规定。

《民法典》第一千零二十三条第二款规定“对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定”，弥补了声音权保护的立法空白，进一步完善了人格权体系。

五、婚姻家庭编的修订

（一）婚前患有医学上认为不应结婚的疾病不再作为婚姻无效的事由，而将婚前患有重大疾病作为可撤销事由

《婚姻法》第七条规定，患有医学上认为不应当结婚的疾病的，禁止结婚，并在第10条规定，婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病婚后尚未治愈的，婚姻无效。

《民法典》删除了上述规定，肯定了重大疾病患者缔结婚姻的权利，但隐瞒重大疾病构成对另一方的欺诈，使另一方产生错误认识而作出不真实的意思表示。因此《民法典》第一千零五十三条规定，一方婚前患有重大疾病且不如实告知另一方的为可撤销事由，赋予另一方撤销权。

（二）新增亲子关系确认之诉

实践中，亲子关系确认之诉早已有之，法院已依法受理并作出确认判决。因亲子关系问题涉及家庭稳定和未成年人的保护，《民法典》第一千零七十三条立法肯定了亲子关系确认之诉，并确定了享有诉权的主体，即父、母、成年子女。

（三）新增离婚冷静期制度

《民法典》第一千零七十七条关于离婚冷静期的规定，自亮相以后饱受质疑，但仍在争议中保留了下来。

当前离婚率攀升，不冷静、不理智的轻率离婚是一大原因，为维护婚姻关系的稳定，维护社会的稳定，《民法典》保留离婚冷静期制度具有合理性。

（四）加强对无过错方的保护

《民法典》第一千零五十四条第二款规定，婚姻无效或被撤销的无过错方有权请求损害赔偿。第一千零八十七条规定，在离婚财产分配时应当照顾无过错方权益。第一千零九十一条新增过错方过错类型的兜底条款“有其他重大过错”，扩大了无过错方请求损害赔偿的范围。进一步加强了对无过错方的保护。

六、继承编的修订

（一）扩大了继承宽恕制度的适用范围

根据《继承法》第七条及《继承法若干意见》第十三条的规定，继承宽恕制度适用于遗弃、虐待被继承人的情形。

《民法典》第一千一百二十五条第二款规定，继承宽恕制度适用于遗弃、虐待被继承人，伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，以欺诈、胁迫手段迫使或妨碍被继承人订立、变更、撤回遗嘱的情形。扩大了继承宽恕制度的适用范围，给了继承人改过自新的机会。

（二）侄子（女）、外甥（女）也有代位继承权

《民法典》第一千一百二十八条第二款规定被继承人先于兄弟姐妹死亡的情形下，兄弟姐妹的子女享有代位继承权，进一步完善了代位继承制度。

¹⁶见王利明著：《论侵害人格权的诉前禁令制度》，载《财经法学》2009年第4期。

（三）增加了打印、录像为新的遗嘱形式

《民法典》第一千一百三十六条、一千一百三十七条新增了打印遗嘱、录像遗嘱的形式，与代书遗嘱、录音遗嘱一样，均需有两个以上见证人在场见证。见证人需在书面遗嘱上签名、注明年月日，或在录音录像中记录其姓名或肖像及年月日。

（四）删除公证遗嘱具有优先效力的规定

《继承法》第二十条第三款规定“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱”，确立了公证遗嘱的优先效力，遗嘱人欲撤销、变更公证遗嘱，需再经公证程序，否则无法发生变更撤销公证遗嘱的效力。

《民法典》删除了上述规定，于第一千一百四十二条第三款规定“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准”，充分尊重遗嘱人的意愿。

（五）新增遗产管理人制度

《民法典》中增加了遗产管理人的规定，于第一千一百四十五-一千一百四十九条对遗产管理人的产生、职责、责任、报酬作出了规定，以确保遗产得到妥善管理、顺利分割，更好地维护继承人、债权人利益。

七、侵权责任编的修订

（一）新增自甘风险作为免责事由

自甘风险是指受害人已经意识到某种风险的存在，或者明知将遭受某种风险，却依然冒险行事，结果造成了自己的损害¹⁷。

《民法典》第一千一百七十六条规定的自甘风险不同于狭义的受害人同意，它所针对的是文体活动中其他参加人过失侵权行为。其要件包括：（1）受害人知道风险的存在；（2）受害人明示或可推知的默示自愿承担风险。至于活动组织者的责任，根据该条第二款的规定，则应适用违反安全保障义务的相关规定。

（二）新增自助行为作为免责事由

自助行为是指行为人（债权人）于情势紧急无法求助公权保护自己的合法权益时，而对债务人的财产或人身实施的一种符合必要限度要求的强制性措施¹⁸。

《民法典》第一千一百七十七条并未明确规定债权人可以对债务人的人身采取强制措施，有观点认为拘束人身的措施属于该条规定的“等合理措施”，在法律允许的范围之内。

该条承认了自助行为的合法性，对于及时保证债权

人的利益具有重要的意义。实践中仍应依法严格把握自助行为的要件，避免扩大自助行为的适用范围，损害债务人的利益。

（三）完善网络侵权责任制度

《侵权责任法》第三十六条第二款规定了网络侵权中被侵权人对网络服务提供者的通知规则，即通知网络服务提供者对网络用户实施的侵权行为采取删除、屏蔽等必要措施。

上述规定借鉴了美国法上的“避风港原则”，但仅规定了权利人一方的通知规则，而未规定网络用户的反通知规则，即网络用户在收到网络服务提供者转送的通知后向网络服务提供者声明不存在侵权行为。这导致双方权利失衡，被指责侵权的网络用户缺乏迅速、有效的抗辩、救济路径。

《民法典》第一千一百九十五条、一千一百九十六条进一步完善了通知规则和反通知规则，能够更好地保护权利人的利益，平衡网络用户和网络服务提供者之间的利益。

（四）完善高楼抛物致害责任

高楼抛物引发的侵权责任纠纷日益增多，甚至发生了致人死亡的极端案件，对人们的生命健康及财产安全造成了威胁，成为了社会热点话题。

《民法典》第一千二百五十四条在总结《侵权责任法》第87条规定经验的基础上，对高楼抛物致害责任作了进一步修改和完善：（1）明确禁止从建筑物中抛掷物品；（2）针对高楼抛物致害责任中难以查清责任人的难点问题，该条第3款规定公安等机关负有调查义务，相信公安机关的介入将大大增加查清责任人的可能；（3）增加了企业等建筑物管理人违反安全保障义务的责任；（4）保留了《侵权责任法》第87条规定的可能加害的建筑物使用人的补偿责任。

《民法典》编纂中更新了大量规则，对法律实务的影响较大。本书综述部分仅简要介绍部分规则变化，以便读者对《民法典》重要制度的变化有一个大致的了解，后文将予详述。

¹⁷见奚晓明、王利明主编《侵权责任法条文释义》，人民法院出版社2010年版，第191页。

¹⁸见张新宝著：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第126页。

《民法典》法人制度实务解读

史留芳 朱琪玮

法人是中国特色社会主义市场经济的重要组成部分，法人制度的建立和完善对于全面深化改革、促进市场经济发展意义重大。2020年5月28日，万众瞩目的《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）正式颁布，其中“法人”章节的条款虽然在《中华人民共和国民法总则》（以下简称“《民法总则》”）中早已亮相，但法人制度在维护市场经济发展的安全与稳定、提升市场经济发展的效率与潜力等方面仍然受到空前的关注。《民法总则》颁布至今，关于法人制度又涌现了新的裁判规则，新的现实案例，其中蕴含的重大能量仍待我们进一步挖掘和理解。

一、《民法典》“法人”章节的编纂历程

2014年10月，党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出“编纂民法典”。按照工作计划，民法典的编纂采取“两步走”的方式，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。2017年10月1日施行的《民法总则》第三章“法人”用四十五个条款规定了法人制度，完成了民法典编纂的“第一步”。与《民法总则》相比，《民法典》总则编第三章“法人”的特点体现在以下两个方面：

第一，此次《民法典》总则编第三章“法人”承继了《民法总则》有关法人的全部条文。第一节“一般规定”，规定了法人制度的一般规则，包括法人的成立、登记、合并、分立、终止、解散、清算等内容。第二节至第四节的规定则将法人分为“营利法人”“非营利法人”“特

别法人”三大类，基于各类法人的特点进行了不同规定。

第二，《民法典》就《民法总则》“法人”章节的部分表述进行了更精确地修正。例如，关于法人的清算程序和清算组织权，《民法总则》第七十一条规定“法人的清算程序和清算组织权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法的有关规定”，而《民法典》则将其中的“公司法”修改为“公司法律”，将法律适用的表述调整得更为精确，明确拓宽了法律适用的边界，将法人清算的一般程序指向不限于《公司法》本法及其他清算制度健全的相关法律中，弥补了其他法律、法规清算制度的空白。

二、《民法典》“法人”章节的主要特色

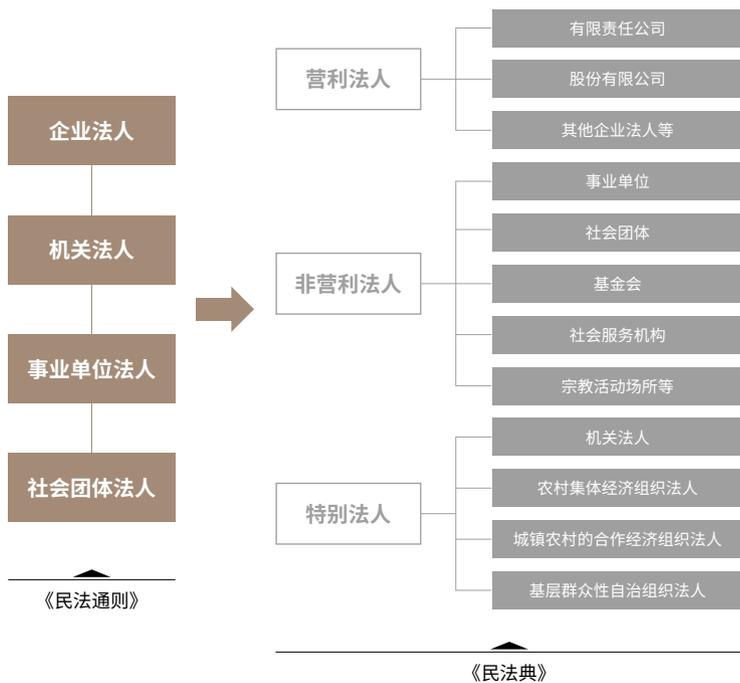
《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《民法通则》”）将法人分为“企业法人”“机关法人”“事业单位法人”“社会团体法人”四大类，同时规定了联营的形式。然而，随着改革开放和社会主义市场经济高速发展，一些基金会、民办医院、民办学校的兴起，以及宗教寺庙等场所对于法人形式的热烈呼声，《民法通则》所确立的法人分类方式已经无法满足现实需要。因此在《民法典》总则编的制定过程中，法人应该如何分类的问题成为学界热议的话题，也是制定过程中争议最大的问题。立法过程中，有观点认为应当采取传统民法中“社团法人”和“财团法人”的分类，有观点认为采取“营利法人”和“非营利法人”的分类较为适宜，亦有观点认为直接规定具体形态即可。考虑到我国的立法习惯和实践需求，最终立法者将一般法人分为“营利法人”和“非营利法人”，同时设立了“特别法人”一节，切实符合我国的现实情况。



史留芳



朱琪玮



(一) 一般法人的分类依据

营利法人和非营利法人的区别可以从《民法典》相关规定的比较中得出：

营利法人	非营利法人
<p>《民法典》第七十六条：以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。</p> <p>营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。</p>	<p>《民法典》第八十七条：为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。</p> <p>非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。</p>

从《民法典》关于营利法人和非营利法人的定义中可知，营利法人区别于非营利法人的最重要特征不在于“是否取得利润”，而是“利润是否分配给出资人”。从事经营活动与否并不影响分类，基金会、民办医院等非营利法人同样也从事经营活动，但其利润不得向设立人或者出资人进行分配。

事实上，我国在之前的立法实践中就已经体现了“营利法人”和“非营利法人”这一基本分类。在《民法总则》生效前，2016年底修正的《中华人民共和国民办教育促进法》（以下简称“《民促法》”）第十九条就规定，“民办学校的举办者可以自主选择设立非营利性或者营利性民办学校。但是，不得设立实施义务教育的营利性民办学校。非营利性民办学校的举办者不得取得办学收益，学校的办学结余全部用于办学。营利性民办学校的举办者可以取得办学收益，学校的办学结余依照公司法等有关法律、行政法规的规定处理”，营利性民办学校和非营利性民办学校最本质的区别即在于能否取得办学收益。此次《民法典》编纂将过往规则抽象化，准确地上升到一

般法的规则中，为之后民商事主体的经济活动提供了明确的方向指引。

(二) 关于“营利法人”

《民法典》第七十六条至第八十六条规定了营利法人的相关规则。纵观全节，“营利法人”的相关条文可以说是对《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）及相关公司法、司法解释的浓缩、提炼和整合。该节就营利法人的内部治理（章程、权力机构、执行机构、监督机构）进行了提纲挈领地规定，并将法人人格否认制度、关联交易制度等内容从《公司法》中提炼出来，在《民法典》中加以固定，使得《公司法》的一般原理拓展适用到了其他类型的营业法人。相关规则因与《公司法》的基本理念差别不大，此处不再赘述。

其中需要尤为重视的是法律适用问题。在《民法典》生效后，其与《公司法》的关系和适用应该如何理解？如果规定存在冲突，该适用《民法典》还是《公司法》？对此，根据最高人民法院2019年11月8日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）第3条的精神，《民法典》和《公司法》是一般法与商事特别法的关系，规定一致的，两者皆可适用；规定不一致的，根据《民法典》第十一条“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定”，原则上应当适用《公司法》的相关规定。但同时，《民法典》有特意修正的，还是应当遵循《民法典》的新规定。《九民纪要》列举了一些例外情形，例如《公司法》第二十二条第二款规定了股东会或股东大会、董事会决议撤销的情形：“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”在此基础上，《民法典》第八十五条增加一句规定：“但是，营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响”，明确了可撤销决议的外部效力。因此，未来在司法实践中判断营利法人依据可撤销决议与善意相对人签署的相关合同的效力时，应当以《民法典》的上述条文进行裁判。

(三) 关于“非营利法人”

“非营利法人”是此次《民法典》编纂法人

章节时最受关注的问题之一。“非营利法人”的概念系《民法典》编纂中的首创，在此之前，《基金会管理条例》第二条“本条例所称基金会，是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照本条例的规定成立的非营利性法人”，是与“非营利法人”最为接近的法律概念。根据《民法典》第八十七条，“非营利法人”的范围包括“事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等”组织。此次《民法典》编纂将过往已具有法人地位的事业单位、社会团体等组织整合进“非营利法人”的概念，同时赋予社会服务机构、宗教活动场所等组织非营利法人的地位，具有重要的现实意义。

1、关于事业单位

《民法通则》就已经确立了事业单位的非企业法人的地位，在此次编纂过程中，是否需要保留事业单位的相关规则也是争议焦点之一。根据2011年中共中央、国务院发布的《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》，事业单位的分类改革目标为“在清理规范基础上，按照社会功能将现有事业单位划分为承担行政职能、从事生产经营活动和从事公益服务三个类别。对承担行政职能的，逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构；对从事生产经营活动的，逐步将其转为企业；对从事公益服务的，继续将其保留在事业单位序列、强化其公益属性。今后，不再批准设立承担行政职能的事业单位和从事生产经营活动的事业单位。”基于前述改革风向，目前仍有大量事业单位处于转型过程中，而部分承担公益服务职能的事业单位在相当长的一段时间内仍会继续存续。考虑到法律的长期性和稳定性，《民法典》保留了事业单位的非营利法人地位，并进一步对事业单位的组织机构进行明确（第八十九条），符合中央关于事业单位分类改革的方向，也有利于促进事业单位法人的长期健康稳定发展。

2、关于社会团体

社会团体亦是《民法通则》已经确立的法人形式之一。根据《民法典》第九十条，社会团体的特点在于“具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立”，弥补了《民法通则》界定不明的遗憾。同时，《民法典》第九十一条第二款、第三款规定：“社会团体法人应当设会员大会或者会员代表大会等权力机构。社会团体法人应当设理事会等执行机构。理事长或者会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”此前，《社会团体登记管理条例》第14条虽规定了社会团体应有执行机构和法定





代表人，但未明确理事会等执行机构的具体形式，亦未划定法定代表人的具体范围。《民法典》对此进行了细化，以健全社会团体法人的内部治理模式。

3、关于捐助法人

“捐助法人”的概念系《民法典》首创，其与传统民法概念中的“财团法人”概念较为相近。根据《民法典》第九十二条，基金会、社会服务机构、宗教活动场所是捐助法人主要的三种类型，主要承接了《基金会管理条例》《中华人民共和国慈善法》（以下简称“《慈善法》”）的制度精神。

其中尤其需要提及的是社会服务机构的概念。“社会服务机构”最早出现在《慈善法》中。《慈善法》第八条规定：“本法所称慈善组织，是指依法成立、符合本法规定，以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织。慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。”其中，“基金会、社会团体、社会服务机构”分别对应按照《基金会管理条例》登记的基金会、按照《社会团体登记管理条例》的社会团体，以及按照《民办非企业事业单位登记管理暂行条例》登记的民办非企业单位。《民法典》用“社会服务机构”这一概念替换了原先“民办非企业单位”这一概念，解决了实践中的很多困扰。民办医院、民办学校带有“民办”二字，也并非企业，是否均落入“民办非企业单位”的范畴？营利性民办学校是否属于“民办非企业单位”？《民法典》对此作出了明确区分。今后在设立民办学校、民办医院等非企业法人组织时，设立人可以依据设立的目的进行分类登记：若想分配利润，则可设立营利法人，依照《工商总局、教育部关于营利性民办学校名称登记管理有关工作的通知》（工商企注字[2017]156号）规定登记为有限责任公司或股份有限公司；若出于纯粹的公益目的，则可选择登记为社会服务机构，法人终止时剩余财产继续用于公益目的。而对于依照《民办非企业单位登记管理暂行条例》登记的个体、合伙制民办非企业单位如何向社会服务机构法人变更的问题，根据《2020年民政部部级课题（专项业务类）申报指南》，民政部具体政策也正在研究中，我们期待着配套措施的出台和落实。

4、关于宗教活动场所

随着1994年发布的《宗教活动场所管理条例》被废止，宗教活动场所是否具有法人地位成为悬而未决的问题。法人地位的缺失使得宗教活动场所对外签订合同、对内进行管理的过程中举步维艰，大大限制了宗教活动场所的发展。此次将宗教活动场所明确为非营利法

人，既充分保障了宪法所赋予的公民信仰自由和结社自由，又为宗教活动场所的公益慈善事业规范发展奠定了基础。

5、关于非营利法人的其他亮点

除以上分类外，《民法典》“非营利法人”一节还对捐助法人的章程、决策机构、监督方式、决定效力、财产分配等进行规定，弥补了制度空白。同时，对于以往法律规定中不尽合理的部分，《民法典》也给予了修正。例如，《慈善法》第四十二条第一款规定：“捐赠人有权查询、复制其捐赠财产管理使用的有关资料，慈善组织应当及时主动向捐赠人反馈有关情况”，将查询主体限定为“捐赠人”；而《民法典》第九十四条第一款则规定：“捐助人有权向捐助法人查询捐助财产的使用、管理情况，并提出意见和建议，捐助法人应当及时、如实答复”，将查询主体变更为“捐助人”。2020年新冠疫情期间，万众一心驰以援手，然而基金会的不透明导致社会争议事件时有发生。《民法典》弥补了捐助人监督手段的缺乏，对促进我国慈善事业发展大有裨益。

(四) 关于“特别法人”

除了备受瞩目的一般法人的分类外，《民法典》第九十六条同时规定：“本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。”在《民法典》的编纂过程中，如何将机关法人等类型进行分类争议较大，立法机关结合社会生活实际，专门规定“特别法人”一节，保证了分类的合理性和完整性。除机关法人外，农村集体经济组织、城镇农村的合作经济组织、基层群众性自治组织也是首次在法律层面被赋予法人地位，有助于其更好地参与民事生活，保证了其成员和相对人的合法权益。

三、《民法典》“法人”章节的实务解读

《民法典》在对法人进行科学化体系化地分类以外，还确立了许多新规则、新观点、对法律工作者及民商事主体进行经济

活动具有重大影响。对其中的重要实务要点，我们进行以下总结归纳。

(一) 关于法人登记制度

与《民法通则》相比，《民法典》关于法人登记制度的规定变动如下：

《民法通则》	《民法典》
第三十九条 法人以它的主要办事机构所在地为住所。	第六十三条 法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。
第四十四条第一款 企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。	第六十四条 法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记。
	第六十五条 法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。
第四十四条第一款 企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。	第六十六条 登记机关应当依法及时公示法人登记的有关信息。

登记和公示是落实商事外观主义的制度前提。与《民法通则》相比，《民法典》进行了以下几点改动：

1、强调了登记的重要性

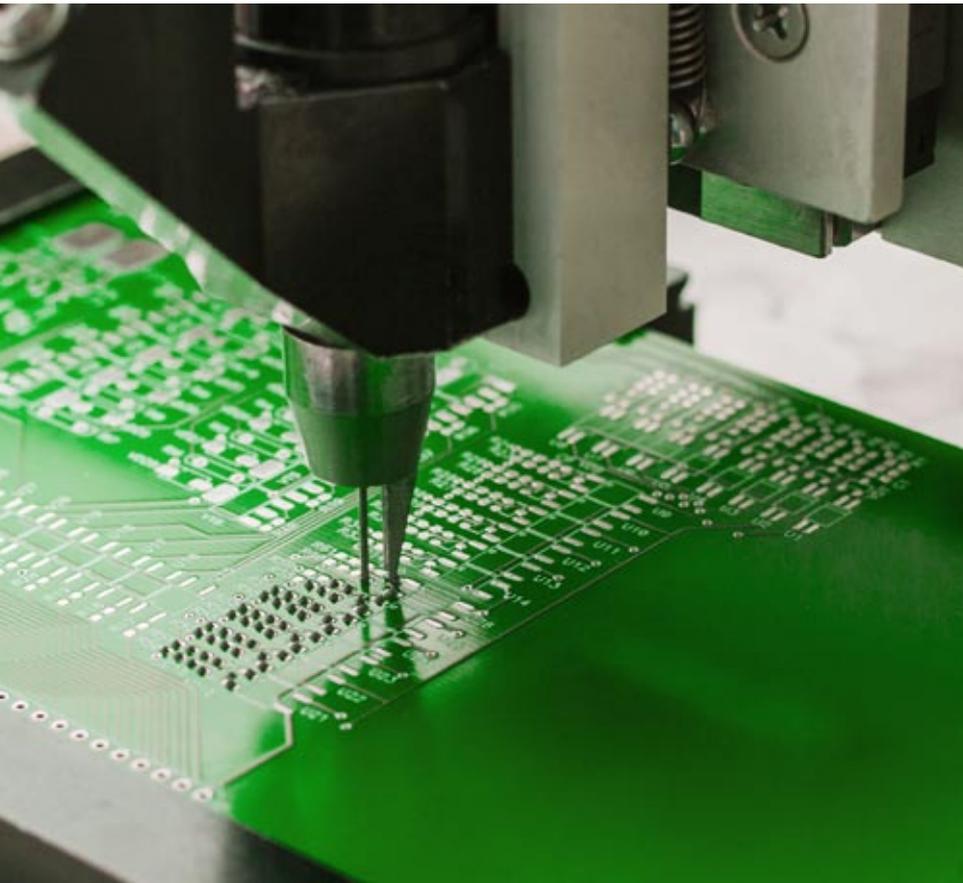
在司法实践中，法人住所如何认定是明确被告、确定管辖的重要前提，法人登记注册地、法人主要办事机构所在地的分离既不利于登记机关的管理和交易安全的保护，也增加了司法成本。《民法典》第六十三条明确，依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。而如果出现登记住所与主要办事机构所在地不一致的情形，且因此影响他人利益的，《民法典》第六十五条也弥补了法律空白，按照规定，不得对抗善意相对人。

2、变更了公示的义务主体

《民法通则》第四十四条第一款将公告的义务主体确立为“企业法人”，对法人赋予了更多的义务，并不利于公示制度的发展。《民法典》将公示信息的义务主体变更为“登记机关”，为法人登记信息公示系统的发展奠定了基础。未来在《民法典》的指引下，相信企业公示制度一定会朝向更科学、更人性化的方向发展，这对法律工作者而言无疑是巨大的福音；同时，充分地公示又有助于工作公众了解交易相对方的相关信息，为民商事主体从事社会经济活动提供了更良好的制度环境。

(二) 关于法定代表人的职权范围

最近，某互联网公司与某食品公司的广告乌龙事件、以及某图书销售夫妻店的“抢夺公章大战”，让法定代表人的职权范围这一话题重回社会热议榜。关于法定代表人的职权范围，相关规定如下：



1、关于法定代表人越权担保时的合同效力问题

《公司法》第十六条第一款、第二款规定：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。”因此，原则上而言，公司为他人提供担保的，应当经过股东会或股东大会同意。然而实践中常常出现法定代表人未经股东会或股东大会决议就对外签署担保协议的情形，引发大量争议案件。司法实践中，相关担保合同的效力通常依据上文所述的《合同法》第五十条进行判断，简而言之，债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。

此处关于债权人的“善意”如何认定，《民法典》第六十一条第三款提供了制度依据。根据《公司法》第十六条第一款，如果公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保，是否需要决议要看章程规定。而《民法典》第六十一条第三款规定了章程并不具有外部对抗效力。因此，只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东（大）会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。《九民纪要》第18条也提供了相同的审判思路。

2、关于法定代表人滥用公章的行为

法定代表人私刻公章的行为并不鲜见，就私刻公章后签署的合同效力，同样是司法实践中争议的问题。《民法典》第六十一条第二款明确了法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。因此，除法律特殊规定外，原则上应当由法人承担相应的损害赔偿赔偿责任。根据《九民纪要》第41条对盖章行为法律效力的规定：“法人以法定代表人事后已无

《民法总则》/《合同法》

《民法总则》第三十八条 依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。

第四十三条 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。

《合同法》第五十条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

《民法典》

第六十一条 依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

第五百零四条 法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力。

根据商事外观主义的基本原理，我国立法认可法定代表人的“代表说”，法定代表人的行为即视为法人自身的行为。在此基础上，《民法典》增加了第六十一条第三款，规定了法人对法定代表人代表权的限制是否具有外部对抗效力的问题。该款明确，法人的内部限制，不得对抗善意相对人，旨在保护善意相对人利益，进而保护交易安全。就条文关系而言，该款从法人内部治理的角度出发，强调内部管理行为原则上不产生外部对抗效力；《合同法》第五十条及《民法典》第五百零四条则从法人的外部民事法律行为出发，规定法定代表人的越权行为对善意相对人有效。可以说，《民法典》第六十一条是《合同法》第五十条及《民法典》第五百零四条的逻辑前提。

就《民法典》第六十一条的适用，实务中仍然有以下问题值得重视：

代表权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为否定合同效力的，人民法院不予支持。”

（三）关于法人清算制度

习近平总书记在供给侧结构性改革提出了“去库存、去杠杆”的相关任务，符合条件的法人及时退出和清算，有利于供给侧结构性改革目标的实现，为活跃社会主义市场经济提供制度保障。《民法典》弥补法人清算制度的重大法律空白，具有重要意义。相关条文如下：

《民法通则》	《公司法》	《民法典》
第四十七条 企业法人解散，应当成立清算组织，进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的，应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织，进行清算。	第一百八十三条 公司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。	第七十条 法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。 法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。 清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。
第一百八十三条 公司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。	第一百八十九条 清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。 清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得擅自占有公司财产。 清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。	第七十一条 法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法律的有关规定。
第四十条 法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。	第一百八十六条第二款、第三款 公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。 清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。	第七十二条 清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。 法人清算后的剩余财产，按照法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。法律另有规定的，依照其规定。 清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止。
第四十六条 企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。		

相比《民法通则》和《公司法》，《民法典》在法人清算制度层面做出了以下几点努力：

1、首次在立法层面明确“清算义务人”的概念、范围和责任

关于法人解散后应当由谁依法负责启动清算程序的问题，《公司法》使用了“清算组”的概念，而《中华人民共和国合伙企业法》等法则使用了“清算人”的概念，其中最为相近的还是《中华人民共和国企业破产法》第七条第三款的“依法负有清算责任的人”。《民法典》将相关概念整合为更加清晰的“清算义务人”，明确了责任主体，并将清算义务人的范围原则上划定为“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员”，由前述主体负责在法人解散后及时组成清算组进行清算。

同时，该条弥补了立法层面对清算义务人责任的制度空白。

《民法典》第七十条第三款借鉴了《公司法》相关司法解释关于清算义务人责任的审判规则，就清算义务人未依法履行清算义务时应当承担的民事责任作了明确规定。根据该款，清算义务人未及时履行清算义务的，程序上将会导致主管机关和利害关系人启动强制清算程序，实体上则会导致清算义务人承担相应的民事责任。审判实务中，最高人民法院也对申请主体进行了进一步划定，例如2009年印发的《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第7条就规定，“公司债权人或者股东向人民法院申请强制清算应当提交清算申请书。申请书应当载明申请人、被申请人的基本情况和申请的事实和理由。”

2、首次在立法层面明确清算程序和清算组职权

目前仅有《公司法》第十章对清算程序和清算组职权做了较为详尽的、具有可操作性的规定，而包括《慈善法》《社会团

体登记管理条例》等其他制度规范都缺乏具体规定，也没有可以参照适用公司法的相关条文，大量的非营利法人在解散后如何完成清算程序存在着制度空白。因此，《民法典》第七十一条具有创举性地规定：“没有规定的，参照适用公司法律的有关规定，”为除公司外的其他法人的清算提供了明确出路，法人清算制度也将焕发其新的生命力。

3、首次在立法层面明确清算中法人的法律地位

《公司法》第一百八十六条第三款规定，“清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东”。《民法典》第七十二条将公司法的相关规则上升到了所有法人层面，第一款规定“清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动”，为清算期间的基金会、社会团体等法人参加有关清算的诉讼等活动提供了制度保障。关于“与清算有关活动”的认定，可以依据《民法典》第七十一条，参考适用《公司法》第一百八十四条关于清算组织职权的相关规定，包括但不限于清缴税款、接收债权等活动都应属于与清算有关的活动。

另外，《民法典》第七十二条还规定了法人清算后剩余财产的处置规则，以及清算与终止的关系，为清算程序的结束画上了圆满的句号。

4、《民法典》法人清算制度的配套措施

在确立了全体法人的清算制度后，国家也出台了相应政策。根据国家发展改革委、最高院等十三个部门于2019年6月联合印发的《加快完善市场主体退出制度改革方案》，最高人民法院、国家发展改革委、司法部、市场监管总局等应按职责分工负责强化市场主体履行清算义务的责任，根据市场主体不同性质和类型，明确清算程序的启动条件和清算期限、清算义务人的权利义务，建立清算义务人怠于履行清算义务时的法律责任追究机制，完善公司解

散清算与破产清算程序的衔接机制。相信在不久的将来，法人的清算制度将会涌现出全新活力。

(四) 关于法人分支机构的法律地位

法人分支机构的相关条文如下：

《公司法》/《民诉法解释》

《公司法》第十四条 公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第五十三条 法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

《民法典》

第七十四条 法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，依照其规定。

分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。

法人可以设立分支机构，不存疑问。但就分支机构的法律地位和民事责任如何承担的问题，关乎分支机构是否能以自己的名义对外从事民事法律行为，也涉及其在民事诉讼中的诉讼主体地位问题。此前，民诉法解释从程序法的角度确立了法人分支机构相对独立的地位。在诉讼过程中，当事人与法人分支机构产生纠纷时，是否应当将法人本身也列为共同被告？关于这一问题，《民法典》给出了解决方案。

在《民法典》编纂过程中，根据立法释义，就分支机构的民事责任如何承担，立法过程中存在着不同意见：有观点主张应由法人承担；有观点认为应先由分支机构承担，分支机构财产不足的部分再由法人承担；另有观点认为应由分支机构和法人共同承担。在认真研究后，立法机关认为法人的分支机构是在法人的授权下从事活动，不具有完全独立的人格，因此原则上应由法人承担民事责任。但对于金融机构等的分支机构而言，其资产较为丰富，其所管理的财产往往已经足以清偿债权人的债务，实践中并不需要追加其法人作为共同被告。这不仅降低了当事人的诉讼成本（因起诉分支机构还是起诉法人存在管辖的问题），还降低了法人不必要的应诉成本，减少了不必要的资源浪费，贯彻了《民法典》制定过程中的“绿色原则”。

结论

关于《民法典》的法人制度，仍有许多亮点等待我们进一步挖掘，也有许多问题等待着司法实践和社会生活的进一步检验。法人制度是社会主义市场经济最基础的制度，也是最核心的制度，它关乎着社会主义市场经济发展的方向和命脉。2020年5月29日，习近平总书记在主持中共中央政治局“切实实施民法典”第二十次集体学习时发表了重要讲话，强调“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”，对推进全面依法治国、加快建设社会主义法治国家，对发展社会主义市场经济、巩固社会主义基本经济制度等都具有重大意义。我们相信，法人制度一定会在《民法典》未来的实施过程中发挥其重要作用，为实现“两个一百年”的奋斗目标提供坚实的制度保障。而作为法律工作者，我们也会持续关注法人制度实施过程中产生的各种纠纷、遇到的各类问题，贡献自己的力量。

《民法典》对物业管理的影响

赵显龙 林嘉 韩伟哲

《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）已于2020年5月28日正式通过。《民法典》系统性梳理、总结了我国民事法律制度领域长期以来的发展成果，并创造性的增加了适应当代社会需要的法律制度。本文旨在针对《民法典》物权编“业主的建筑物区分所有权”专章，以及合同编“物业服务合同”专章进行分析，目的是对比发现这些章节中的变化，概括总结《民法典》立法中的亮点，增进对《民法典》制度的理解，进而为今后物业管理领域的实务提供初步的思路。

本文所称“物业管理”不只是狭义上物业服务企业对物业服务区域进行服务管理的活动，它还包括为了因业主、业主大会、业主委员会、居民委员会等多方主体间法律关系而进行的自治和管理活动。

此外，本文所讨论的物业管理，主要是针对住宅小区的物业管理，并不针对商业物业。这主要是因为商业物业较住宅小区产权相对集中，业主数量相对少。对于商业物业的管理，应当说大部分可以参照住宅物业的制度。





赵显龙



林嘉



韩伟哲

一、业主自治能力得到显著提升

提升业主自治能力是本次《民法典》物权编较旧有制度的一大亮点。全国人大常委会《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》中介绍，相关部分“适当降低业主共同决定事项，特别是使用建筑物及其附属设施维修资金的表决门槛，并增加规定紧急情况下使用维修资金的特别程序”¹。

我们理解，降低表决门槛将提高业主自治能力，并激发业主自治积极性。这进一步使得在对外部关系上，业主如果行使合同编物业合同一章的“任意解除权”，业主将在选择物业公司时或履行物业服务合同时，将获得更大的主动性。另外在内部关系上，自治能力增强会促进业主大会形成更具有个性化的业主规约等团体内部自治规则，并由此引发依《民法典》二百八十条第二款而提出的“业主撤销权”诉讼。本节将聚焦《民法典》对内部关系的影响，对外部关系参见下文第三部分的论述。

（一）主要变化

为凸显《民法典》在增强业主自治能力一项上的变化，可以比较《民法典》与《中华人民共和国物权法》（“《物权法》”）、《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》（“《建筑物区分所有权司法解释》”，法释〔2009〕7号）、《物业管理条例》等规定之间的差异。《民法典》对现有制度的修改包括：

- 《民法典》第二百七十七条第一款增加“业主大会、业主委员会成立的具体条件和程序，依照法律、法规的规定。”；
- 《民法典》第二百七十七条第二款新增“居民委员会”作为设立业主大会、选举业主委员会的指导、协助主体；
- 《民法典》第二百七十八条第一款第（二）项，删除“管理规约”的定语“建

筑物及其附属设施的”；第一款第（五）项、第（六）项，拆分维修资金的“使用筹集”为两项，即维修资金的“使用”和维修资金的“筹集”；第一款第（八）项，增加业主需共同决定事项，要求业主就改变共有部分功能共同决定，且该项属于特别事项；

- 《民法典》第二百七十八条第二款，将业主共同决定事项的表决门槛分别降低。第一档为“一般事项”，最低通过比例由“双二分之一”，减少至“双三分之一”；第二档为“特殊事项”，最低通过比例由“双三分之二”，减少至“双二分之一”；
- 《民法典》第二百七十九条相比《物权法》第七十七条，将“住改商”的同意标准从“同意”，改变为“一致同意”。明确了“住改商”“行为合法性的成就标准”。

（二）立法解读

《民法典》第二百七十七条第一款所指的有关业主大会、业主委员会等成立的“法规”，指的是地方性法规、自治条例和单行条例²。这是《民法典》对业主大会的成立条件、业主委员会提名方法等问题长期缺少法律依据的一种回应。这些事项具有较强的地方性，需要根据当地情况灵活调整，故交由地方立法更为适宜。以业主大会成立条件为例，《深圳经济特区物业管理条例》第十九条、《上海市住宅物业管理规定》第十三条、《北京市物业管理条例》第三十条、《广东省物业管理条例》第十三条等均已做出规定。目前，各地已经陆续就物业管理出台地方法规，广泛征求意见³。有理由相信，越来越多的物业管理地方法规出台，将更好促进小区自治，提升小区治理水平。

《民法典》第二百七十七条第二款新增的

¹ 《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》，载新华网2020年5月22日，http://www.xinhuanet.com/politics/2020lh/2020-05/22/c_1126021017.htm。

² 最高人民法院民事审判第一庭编：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，人民法院出版社2017年第2版，第152页。

³ 徐骏：《全国多地物业管理条例相继出台、修订或征求意见》，载新华网2020年5月4日，http://www.xinhuanet.com/legal/2020-05/04/c_1125939979.htm。

“居民委员会”参与小区治理的做法，其实早已有之。《物权法》出台之前，《深圳经济特区住宅物业管理条例》第十四条规定居民委员会的工作人员可以担任“管委会委员”（相当于业主委员会委员）；2019年修订、2020年3月1日施行的《深圳经济特区物业管理条例》更是多处规定了“居民委员会”在小区业主自治过程中的功能，包括：参与组织首次业主大会的筹备工作（第二十条）；常态化地参与小区自治，小区业主召开业主大会的，居民委员会应当派员参加（第二十七条）；业主委员会换届时，参与换届组织工作（第四十二条）；在未成立业主大会、未选取产生业主委员会的小区，居民委员会可以代行其职责（第一百二十四条）。应当说，利用居民委员会参与小区治理，是对以往成功经验的肯定，并在全国更大范围内推广，实现“社区党组织、社区居民委员会、业主委员会和物业服务企业协调机制，及时协调解决物业服务纠纷，维护各方合法权益”⁴。

《民法典》第二百七十八条第一款第（二）项，相比《物权法》第七十六条删除了“管理规约”的定语。我们理解这并不属于实质性变更。因为在《民法典》出台前，《物业管理条例》第17条第1款对于管理规约所能涉及的范围进行了规定：“管理规约应当对于有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定”，该规定所及管理规约的内容明显更加丰富。换言之，原《物权法》第七十六条不是对管理规约内容的限制，《民法典》前述变化也不是对管理规约的扩张。其背后逻辑是“法律只需要对业主自治事项的禁止情形作出规定即可，在该底限之上，一切交由业主决定。”⁵

《民法典》第二百七十八条第一款第（五）项、第（六）项对维修资金的“使用筹集”一分为二，再结合该条第二款：“使用”维修资金为一般事项，“筹集”维修资金为特殊事项。这应是为了增加维修资金的利用效率。（具体参见二部分的论述）

⁴《中共中央办公厅、国务院办公厅〈关于加强和改进城市社区居民委员会建设的意见〉》，载中国政府网，http://www.gov.cn/jrzq/2010-11/09/content_1741643.htm。

⁵同前注2，第112页。

⁶北京市法院在2018年9月对2013年至2018年北京地区法院审理物业纠纷案件进行了统计。其中就业主自治类案件的法律适用问题，相关发言人曾指出“法律将业主撤销权客体限定为业主大会或业主委员会的决定，但未明确决定的具体内涵和外延。”见任冰玉、程颖编：《涉业主委员会法律知识及典型案例》，载微信公众号“京法网事”，2018年9月26日。

⁷同前注2，第172页。

《民法典》第二百七十八条第二款，我们理解该款在促进业主自治的问题上意义重大。业主自治只有现实上能够通过决议，才能够将自治变成改善居住环境的措施，让业主自治在小区治理中发挥作用。小区自治长期以来存在的问题是特殊事项，很难达到原《物权法》规定的“双三分之二”的标准。这使很多小区在面对公共事务时无法形成有效决议。这对于改善居住环境、提高小区生活质量显然是不利的。本条降低表决比例将有助于业主们形成决议，落实自治成果。

《民法典》第二百七十九条规定“住改商”应一致同意，其实也不是新制度，而是将《建筑物区分所有权司法解释》第十条的规定从司法解释变成了正式立法。

（三）实务展望

1、业主自治决定案件审查标准有待进一步明确

自治成本降低，似乎预示着将会产出更多的自治决定。由此，少数业主对业主大会所作决定不服并起诉要求撤销的案件，相信也会因业主自治意识的增长而增加。《民法典》出台前，对于这类案件的处理主要依赖的是《物权法》第七十八条第二款、以及《建筑物区分所有权司法解释》第十二条。但是，实务界、学界对于这类业主自治案件都认为《物权法》的规定过于原则⁶。其中《物权法》第七十八条第二款只是规定权利受到侵害的业主，可以请求撤销业主大会、业主委员会的决定；《建筑物区分所有权司法解释》第十二条只是规定撤销权的行使期限为一年。这样原则性的规定导致的后果是，各级法院在审理同类案件时没有具有可操作性的依据，对决议效力的审查方法缺少统一认识，对业主自治的司法干预程度没有一致标准等问题。

比如，建筑物区分所有权按照通说包括了专有权、共有权和成员权⁷，对于业主大会做出罢免业主委员会主任的决定，是否可以通过上述请求权基础要求撤销？有些法院对可撤销决定的范围进行了限缩，认为这不属于业主共同决定事项，而是“内部程序性或自治范畴决定的事项，不属于业主撤销权和民事案件受理范围”。但原《物权法》第七十六条第一款、现《民法典》第二百七十八条第一款所规定的，其实都是“内部程序性或自治范畴决定的事项”。而且新旧法都规定业主可以自行判断什么是“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”，并将其纳入自治范围。因此我们认为，这类纠纷应当属于成员权，可以依撤销决定的诉讼予以救济。

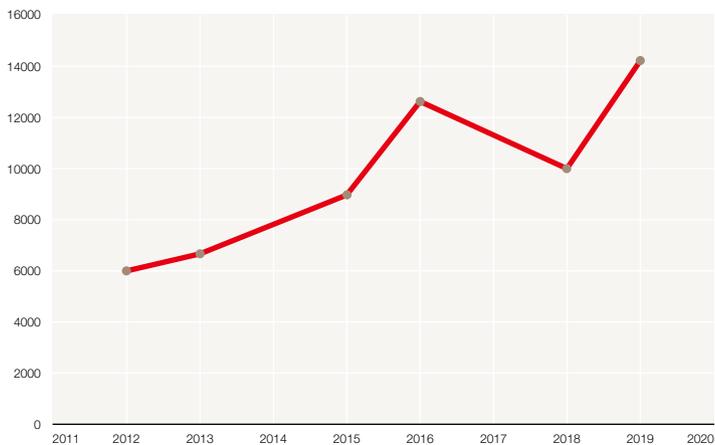
再比如，对业主大会是否有权对共有区域做出限制性规定，似乎没有疑问。但如果业主大会所做决定、所指定业主规约对专有权部分做出限制，这类决定是否可

撤销？各地法院在此问题的认识上也存在一定差异。这里引起分歧的关键是，如果专有部分与共有部分密不可分，业主大会做出的限制性规定是否有效？比如，业主大会做出决定限制某户封闭自家阳台，阳台内侧属于专有部分，外侧属于公有部分，那么限制封闭阳台的决定是否有效？⁹再比如，业主购入商业用房，但业主大会决定施行封闭管理，最终实际影响业主经营，购房业主是否能申请撤销该决定？⁹

这些在司法审判中凸显出的未解决的问题，限制了业主自治的发展，削弱了业主自治的权威性和约束力。在这一问题上《民法典》第二百八十条继承了《物权法》第七十八条的规定，仅仅将“业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力”变为“业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有法律约束力”，对效力审查标准并没有增加新的规则。

我们理解，目前许多地方物业纠纷激增，主要集中在物业费、小区公共区域收益等争议¹⁰。同时由于这类纠纷经常会涉及到众多当事人，故法律关系虽看似简单，但事实内容比较复杂，法院审判面临着不少的压力¹¹。这类案件的增长速度也很快，对许多地区法院的房地产审判业务都增加了不少的负担。以南京市为例，南京市公布的2012年至2019年的物业纠纷数量可以看出，物业纠纷类案件整体呈快速增长趋势¹²。

南京市法院物业纠纷案件统计（2012-2019）



法院目前主要通过多样化的纠纷解决机制处理这类案件。但与其让街坊邻里之间的争议都涌入到法院解决，打破本应平和的共居关系，不如真正发挥业主自治本来功能的效果，让业主自治向规范化的方向推进，让争议和问题在业主内部进行消化。对此，可能还要依赖后续司法解释和更丰富的司法实践来解决。

2、居住权在业主自治中的地位有待明确

《民法典》新增居住权，那么在处理“住改商”的问题上，居住权人是否可以投票？对此，参照已有《建筑物区分所有权司法解释》第十条的规定和原司法审判意见¹³，我们理解可以参照业主与承租人意见

不一致时的处理：居住权人同意而业主不同意的，以业意见为准；居住权人不同意而业主同意的，以居住权人意见为准。做此解释，还是从原有《物权法》即现《民法典》不主张“住改商”的角度出发，维护住宅使用的安宁。

二、维修资金使用更加便利、透明

（一）主要变化

- 《民法典》二百七十八条第二款，减少了维修资金使用时的表决门槛；
- 《民法典》二百八十一条，增加了一款作为第二款，即“紧急情况下需要维修建筑物及其附属设施的，业主大会或者业主委员会可以依法申请使用建筑物及其附属设施的维修资金。”；

⁹杨某某诉舟山某某城业主委员会案，浙江省高级人民法院（2012）浙民再字第66号民事判决书，参见于凤瑞：《业主自治规范中限制性条款的司法审查——基于美国的实践》，载《法商研究》2016年第3期（总第173期）。

⁹李某诉北京市石景山区某小区业主委员会，北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第13538号民事判决书，载“北京法院网”<http://bjgy.chinacourt.gov.cn/paper/detail/2012/12/id/974119.shtml>。

¹⁰如南京市中级人民法院公开的司法数据显示，2018年至2019年南京市中级人民法院共审理了24,186件物业纠纷案件，其中“99%以上为物业公司向业主追索物业服务费、公摊电费、车位管理费的案件。”见《关于“进一步关注社会民生，妥善审理医药、食品安全、物业纠纷、生态环保、城市治理热点难点问题等涉民生案件”建议的办理情况报告》，载于“南京审判网”2019年11月8日，http://www.njfy.gov.cn/www/njfy/lgz_mb_a39191211128824.htm。

¹¹在上海市第二中级人民法院统计的该院2008年至2017年“涉业主委员会案件”数据中，“其中裁定撤诉和调解的数量仅36件，占审结案件总数的8.6%，远远低于我院民事案件平均调解率。”（“涉业主委员会案件”是指以业主委员会为当事人的案件，包括案由有物业服务合同纠纷、建筑物区分所有权纠纷、业主撤销权纠纷、所有权纠纷等）见《2008-2017年涉业主委员会案件审判白皮书》，载于“上海市第二中级人民法院网站”，<http://www.shezfy.com/book/bps/2018/p06.html>。

¹²《2013年度物业服务合同纠纷案件审判情况新闻发布》，载于“南京审判网”2014年1月15日，http://www.njfy.gov.cn/www/njfy/xwzx_mb_a39141024122552.htm；丁国峰：《物业纠纷渐成“城市病”业主知情权未受到重视》，载于“人民网”2017年5月10日，<http://finance.people.com.cn/BJG5/n1/2017/0510/c1004-29264711.html>；《2018年全市法院房地产审判运行态势分析》，载于“南京审判网”2019年3月1日，http://www.njfy.gov.cn/www/njfy/sftj_1_mb_a39190301125350.htm；参见前注《关于“进一步关注社会民生，妥善审理医药、食品安全、物业纠纷、生态环保、城市治理热点难点问题等涉民生案件”建议的办理情况报告》。

¹³同前注2，第158页。

- 《民法典》二百八十一条第一款，调整了维修资金用途的表述，由“维修”变成了“维修、更新和改造”；
- 《民法典》二百八十一条第一款，增加了维修资金可用于共有部分的列举，由“电梯、水箱等共有部分”变为“电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分”；
- 《民法典》在二百八十一条第一款第二句规定“建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况应当定期公布。”这相比原来《物权法》第七十九条，增加了“定期”二字。

(二) 立法解读

1、表决门槛降低，但对特殊事项表决规则没有明确

关于维修资金使用的表决门槛，原《物权法》第七十六条规定，维修资金的“使用”与“筹集”都属于重大事项，需要“应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二的业主同意”，即满足双“三分之二”决策下限，如此高的意见一致性，在实务中难以达成。对此，《业主大会和业主委员会指导规则》（建房〔2009〕274号）指引业主大会通过管理规约、议事规则，以委托表决、集合表决、默认表决、异议表决等形式减少业主自治成本。另外，住房和城乡建设部、财政部在《住房和城乡建设部办公厅、财政部办公厅关于进一步发挥住宅专项维修资金在老旧小区和电梯更新改造中支持作用的通知》（建办房〔2015〕52号）中也明确，对于“危及房屋和人身财产安全的紧急情况，需要使用维修资金对老旧小区和电梯立即进行更新改造的，可以不经业主‘双三分之二’表决同意，直接申请使用维修资金”（第五条）。

《民法典》在维修资金的问题上，吸收了实务中的经验降低了表决门槛。但是，出现紧急情况时，《民法典》不是进一步降低自治成本，比如参考“建办房〔2015〕52号”第五条所规定的，采取无需表决、直接使用的做法，而仅仅是宣示性地规定业主有权利依法申请

使用维修资金。在《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》中，《民法典》二百八十一条第一款是作为“紧急情况下使用维修资金的特别程序”设立的，但从这个条款本身并没有看出制度上具体的特别之处。对此，可能还需要后续关注主管部门对行政法规的修订，特别是前述免于表决、直接使用的“变通”做法是否会在《民法典》施行后作出调整。

2、部分调整只是表述变化，不涉及实质规则改变

关于增加维修资金用途的表述这一变化，不属于实质性修改。因为“维修”原本也可以涵盖“更新和改造”的含义¹⁴。另外，如此调整也和建设主管单位的行政法规表述保持一致，并不涉及实质含义的调整。

关于增加维修资金具体可用客体的范围，这种变化只是增加罗列了典型的共有部分，也与相关行政法规保持一致，不属于实质性变更。

3、维修资金筹集使用将更加规范

维修资金在现实中遇到的问题远不止使用困难，这还与业主自治机关缺失等更复杂的问题交织在一起。在很多发达城市的小区，业主大会、业主委员会“缺位”的情况仍然存在。按照现行维修资金使用的规定，如果没有成立业主大会、业主委员会的，维修资金就由主管部门代管。这其中可能出现的问题，包括建设单位在收取维修资金后没有存入维修资金的专用账户，或者部分主管部门利用维修资金获得额外收益但收益不为业主所享有¹⁵。应该说，解决该类问题的共识性做法是对维修资金筹集、使用、结余等进行公示。

对此，仅从《民法典》在二百八十一条第一款第二句的变化，似乎并没有实质性的调整。但是，我们同时关注到，财政部在2020年4月，即《民法典》正式通过之前，已经制定了《住宅专项维修资金会计核算办法》。这一新规章将在2021年1月1日与《民法典》同一天开始实施，它的目的是为了提高维修资金有关的会计信息真实可靠、内容完整。我们有理由相信这一规定未来能够为维修资金的公示，起到积极促进作用。

¹⁴胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第168页，转引自房绍坤：《民法典物权编之检视》，《东方法学》2020年底4期。

¹⁵刘宏宇、杨绍功、关桂峰：《维修资金“假沉睡”的秘密：明存活期暗存定期》，载于“人民网”2014年10月16日，<http://finance.people.com.cn/money/n/2014/1016/c218900-25844307.html>。

三、物业服务合同任意解除权让业主维权更有底气

(一) 主要变化

- 《民法典》第九百四十六条第一款第一句规定“业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的，可以解除物业服务合同。”
- 《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。”

(二) 立法解读

《民法典》第九百四十六条第一款是《民法典》就物业服务合同专门设立合同解除权，这一规定在《物权法》虽没有规定，但也不是全新的制度。对业主解除物业服务合同的权利，《物业管理司法解释》第八条已做出过类似的规定，即“业主大会按照物权法第七十六条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业主委员会请求解除物业服务合同的，人民法院应予支持。”

这一制度的基本出发点主要是两个方面：一是考虑到物业服务合同与委托合同的相同点，即二者的订立与履行较其他类型合同更加依赖彼此间的信赖，都是双务合同，都以提供服务为内容，且都依据当事人意思表示一致即告成立¹⁶；二是不论物业服务合同的性质，仅从其明显的继续履行特征出发，在出现重大事由时，如果当事人相互配合的履行状态已经被打破，那么即便合同期限未届满，同样可以解除合同¹⁷。应当说，这虽不是创新，但将司法解释中的经验上升为《民法典》的规定，是立法吸收司法经验的进步之处。

此外，《民法典》第九百四十条并不是严格意义上的解除权，但由于其同样发生终止合同的效果，且亦属于形成权，故与前述单方解除权放在一起讨论。这一制度规定是为了解决常常出现的建设单位、物业公司为实现共同利益，在未设立业主大会、成立业主委员会之前订立倾向于物业服务企业的前期物业服务协议的问题。

就前述二者，根据《民法典》物权编第二百七十八条第一款第四项的规定，“选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人”属于一般事项，最低只需“双三分之

一”的业主同意即可决定。由此，终止物业服务合同未来应该会成为为业主行使监督权利的重要保障之一。

(三) 实务展望

对物业服务合同的两种终止方式，我们理解还有一些问题需要关注。

1、解除权的行使要注意符合合同编总则关于合同解除制度的规则，特别是除斥期间统一规定为一年的规定。这在很多小区业主大会一年才召开一次的情况下，要注意解除权可能因为期间经过而丧失。

2、既然业主的解除权构造是仿照委托合同设置，那么物业服务企业有没有任意解除权？从现在的《民法典》条文看，我们理解物业服务企业没有此种解除权，这其实和《物业管理司法解释》第八条的规定存在不一致。虽然司法解释第八条本身并未明确这一观点，但从司法解释规定的制定理由上看，这种解除权的制定是因其继续履行的合同特征，不是因其与委托合同的相似之处¹⁸，继续履行依赖双方对等地彼此配合履行，因此如果赋予一方解除权，另一方出于公平也有解除权。当《民法典》考虑这一问题时，如果和司法解释是相同立场，那么就应该不只是规定一方的解除权，而对另一方解除权毫不涉及，这势必引起歧义。所以，我们理解更加合理的解释是，只有业主享有该等解除权。而且，从这一点也可以看出支持《民法典》第九百四十六条第一款与《物业管理司法解释》第八条的内在法理应该并不一致。

3、业主可以任意解除，那么物业服务企业的合同利益怎么保护？不难发现，第九百四十六条第一款的解除权之后，第二款规定“依据前款规定解除合同造成物业服务人损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。”但是，第九百四十条关于前期物业协议的终止并没有这样的规定，那是不是意味着如果是后者，物业服务企业发生的损失就不能得到救济？我们理解不是。虽然前期物业服务协议具有明显的过渡性质，立法上也倾向于业主自行选择物业服务企业，但前期物业服务企业对合同期限内的履行利益具有正当性，如果只是因为此处不予列明就不予救济，似有不妥。

4、两种情形下的物业服务协议在什么时候终止？对后者，这种权利的行使不需要以《民法典》合同编所规定的方式通过通知、起诉的方式进行解除，而是以订立新协议的方式予以终止。新合同的生效时，旧合同终止。但对前者似乎并不明确，是业主做出决定时解除，

¹⁶谭玲、胡丹缨：《物业管理相关问题再探析》，《现代法学》2006年11月第28卷第6期，第3页。

¹⁷同前注2，第333-334页。

¹⁸同前注2，第338页。

还是以实际通知时解除。结合《民法典》合同编通则分编，第五百六十五条的规定，此处的解除应当还是要以通知为解除发生效力的要件，这一点是二者的另一个区别。

5、关于合同终止的权利由谁来行使？从上述规定看，由业主决定选聘，由业主委员会或者业主订立新的物业服务合同。据此，在没有选举业主委员会时，业主可以直接行使上述权利。但根据现有规定，法院可以赋予业主委员会参加诉讼的主体资格，房地产主管部门可以为业主委员会备案，没有规定业主对于公共管理事务直接的权利能力。此时我们可以发现，这其实是因为《民法典》对于业主委员会的主体性质仍未明确导致的。关于这一问题讨论由来已久，有法人说、非法人团体说、自治机构说等¹⁹，实践中也有部分地区已经将居民委员会注册为社会团体法人。虽然在不断实践过程中，我们已经看到业主委员会能够签订物业服务协议、能够代行业主权利、能够参加诉讼活动，被称为“形式的当事人能力”。但这种看似权宜之计的做法总是不时地引起争论，并给业主、业主委员会的自治和自理造成了一定的障碍²⁰。对于业主委员会主体性质是长期以来被反复讨论的一个立法空白，很遗憾，在本次制定的《民法典》中没有看到对于这一问题的回应。

四、其他变化

（一）业主知情监督权保护

《民法典》本次立法在新设物业服务合同专章时，对业主的知情监督权上比较关注，设定了多项保障机制。如第九百三十八条第二款“物业服务人公开作出的有利于业主的服务承诺，为物业服务合同的组成部分。”（该条实际与《物业服务合同司法解释》第三条第二款一致）

第九百四十三条要求物业服务人定期报告与物业服务有关各事项；（该条与《建筑物区分所有权司法解释》第十三条的规定相关联，但二者的义务主体、业主知情权保护的侧重点、信息公开覆盖范围并不相同，《民法典》此处主要涉及物业服务人在其日常管理中所获得的，应当为业主知晓的信息，其应当公开和汇报）。

第九百四十九条，物业服务人积极的工作交接义务，并不得就交接迟延主张迟延期间的物业费；

（该条与《物业服务合同司法解释》第十条基本一致）第二百八十一条第一款，定期公布维修资金的筹集、使用情况；第二百八十五条第一款概括要求物业服务企业接受监督、答复询问等。

我们理解，这些实际上是对业主委员会的运作、对物业服务提出了更高的管理要求，物业服务企业未来在

服务透明，信息公开上预计将投入更大的精力，才能够适应未来业主对于物业管理水平的需求。

（二）物业服务企业与疫情防控

2019年年底至今，新冠肺炎肆虐，经过这次疫情，物业成了政府、社区与居民之间的桥梁。有人说“治疗一线在医院，防疫一线在物业”这都体现了物业服务企业在疫情防控中所起到的重要作用。对此，《民法典》第二百八十五条第一款规定“物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作。”《民法典》第二百二十六条第一款规定“对于物业服务企业或者其他管理人执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，业主应当依法予以配合。”

我们理解，疫情防控等公共紧急事件，其实本有传染病防治法、突发事件应对法、国境卫生检疫法、突发公共卫生事件应急条例等一系列针对疫情防控的法律、法规进行特别规定。作为《民法典》在此问题上做出规定，应该是为了更好地衔接上述法律法规规定，让物业服务企业成为落实防疫措施合法的主体，并要求业主对物业服务企业代行的防疫措施予以配合，这对于应对该等公共紧急事件应当说有重要的意义。

结语

总体而言，《民法典》在物权编和合同编的制度，在很大程度上延续了《物权法》。主要的原因，我们理解是《物权法》本身在建筑物所有权部分的立法相对成熟。在经过了十四年的实践之后，原本设计的制度框架可以满足现阶段的经济社会现实。

同时，《民法典》选择性吸收了包括司法解释及行政法规在内的制度设计，将其中具备普遍意义并与基础物权制度相关的内容，提升、固定在《民法典》的法典制度中。

当然，我们同时也看到，对于某些实践中出现的分歧、疑难，《民法典》也并没有解决。对这部分内容，我们理解在未来不断丰富的社会、司法实践中，可能还是要依赖司法及行政机关继续发挥主动性，去发现、创造更加灵活和反映现实需要的制度和解释制度的方法。

¹⁹同前注16，谭玲、胡丹樱：《物业管理相关问题再探析》，第4页。

²⁰比如实务中就遇到有些地方的银行就无法以业主委员会的名义开设银行账户，这实际上对维修资金划转，财务信息公开等都带来了一定的影响。

《民法典》 债的移转制度新规及其影响

沙骏 邱林



沙骏



邱林

《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）没有单独的债编，而是在合同编第一分编通则部分将债法总则的一般内容囊括进来，使其发挥统领债法各分编的作用。就大陆法系传统民法理论而言，债法占据整个民法理论的重要一级，与物权法共同发挥着调整社会生活的重要作用。如果说物权法调整的是财产的静态关系，那么债法调整的就是各种静的状态相互变化的动态关系，是连接一种状态到另一种状态的桥梁。正是基于债法的规范作用，才使得我们的

商品交易和财富流通井然有序，即使出现交易受阻或者流通不畅也能够定分止争。而债之本身也并非一成不变，债在促成静态权利变动的过程中自身也在变化，其中较为常见的是债之主体变化，也就是债的移转。债的移转能够让债在发挥动态连接功能时更加多样，进一步丰富债之关系。

本次《民法典》在债的移转方面的变化主要是规定了债权转让中禁转特约的对外效力、从权利转让不因登记或占有而受影响、同一合同产生债权债务抵销不受到期时间限制、债务转移催告权及默示拒绝规则以及并存的债务承担等内容，进一步从制度层面完善并促进债之移转，有利于商品交易的繁荣。本文就债的移转的重点内容进行分析梳理，明确其规范内涵及制度背景，并对将来可能的实务运用做出展望。



一、禁转特约的对外效力

（一）规定及内涵

《民法典》第五百四十五条第二款规定：“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。”这一规定是在《合同法》第七十九条¹的基础上新增的，明确了在双方当事人之间约定债权不得转让的对外效力。如果双方当事人之间约定非金钱债权不得转让，只要这一约定不违反法律、行政法规的强制性规定且不违背公序良俗，根据意思自治原则，这一约定在双方当事人之间发生效力，如果一方违反该约定将债权转让第三人，在受让人善意的情况下，受让人能够取得债权，但是债务人可以向债权人依据前述约定主张相应的违约责任。如果双方当事人之间约定了金钱债权不得转让，无论第三人是否知道禁转特约，都不影响其取得债权，而债务人可以按照与债权人的约定追究其违约责任。

（二）制度背景

首先，从比较法角度来看，域外国家或者地区关于债权禁转特约的效力存在三种不同的立法态度：第一种是认定禁转特约无效，例如《法国民法典》第一千五百九十八条规定：“凡属商事交易之内的物，特别法不禁止出让者，均得买卖之。”²；第二种是认定禁转特约有效，例如《德国民法典》第三百九十九条规定：“不变更债权的内容就不能向原债权人以外的人进行给付，或让与被与债务人的约定所排除的，债权不得被让与。”；第三种是采取的折中主义或称对抗主义，认为禁转特约不得对抗善意第三人，例如《意大利民法典》第一千二百六十条第二款规定：“双方当事人可以协议排除债权的转让，但是该协议只能对抗能够证明在受让时知道该协议的受让人。”《日本民法典》第四百六十六条第二款以及我国台湾地区“民法”第二百九十四条也存在类似规定。

虽然我国《合同法》第七十九条似乎采取了禁转特约有效的观点，但是内地民法理论界和司法实务界却并未完全奉行这一观点。例如，人大法工委编撰的《中华人民共和国合同法释义》对该条解释时认为：“合同当事人的这种特别约定，不得对抗善意的第三人。如果债权人不遵守约定，将权利转让给了第三人，使第三人在不知

实情的情况下接受了转让的权利，该转让行为就有效，第三人成为新的债权人。转让行为造成债务人利益损害的，原债权人应当承担违约责任。”³而理论界中大多数学者均认为在受让人为善意的情况下，债权让与合同有效，禁转特约不得对抗善意受让人，善意受让人能够取得债权，债务人可以追究债权人的违约责任⁴。在受让人为恶意并且债务人提出受让人为恶意的主张，该债权让与无效。王利明教授更是直截了当地提出：“对于非金钱债权，债权人与债务人之间有禁止转让的特约，但如果第三人是善意不知情的，则第三人仍然可以取得债权。对于金钱债权不仅应当允许金钱债权的转让，而且应当鼓励转让，即便受让人为恶意，也不影响债权让与的效果，当事人之间不得转让的特约仅在当事人之间发生效力。”⁵这一建议也最终被立法机关采纳，形成正式条文。但是，理论界观点也并非是完全认可对抗主义，部分观点认为当事人之间约定禁转特约的，按照约定执行。例如陈华彬教授认为：“事人之间订有不得将债权予以转让的特别约定时，该债权不得被让与。”⁶

在司法实践中，裁判观点也存在一定的发展变化。由于《合同法》第七十九条第一款第二项的明确规定，《合同法》出台后的一段时期司法实践中主流的裁判观点认为约定债权不得转让的，该债权转让行为无效。例如（2013）浦民二（商）初字第1225号案件认为：“根据《合同法》的规定，债权人可以转让合同全部或者部分权利，但按照当事人约定不得转让的除外。双方合同约定除非经被告同意，XX公司不得将《代销合同》项下的权利义务转让第三人。原告主张该约定对其不具有约束力于法不符。现被告表示不同意债权转让，且原告未能提供有效证据证明被告与原告及XX公司达成

¹《合同法》第七十九条：“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。”

²王勤芳：《债权让与与制度研究》，重庆：西南政法大学博士论文，2012年3月。

³胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第132页。

⁴持有这一观点的学者：崔建远：《合同法》，北京：法律出版社，2016年版，第173页；韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2018年版，第605页；王洪亮：《债法总论》，北京：北京大学出版社，2016年版，第454页；刘凯湘：《债法总论》，北京：北京大学出版社，2011年版，第107页；梁慧星主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由-债法总则编 合同编》，北京：法律出版社，第120页。

⁵王利明：《民法典合同编通则中的重大疑难问题研究》，《云南社会科学》，2020年第1期。

⁶陈华彬：《债法总论》，北京：中国法制出版社，2012年版，第265页。

三方协议或被告曾单方同意债权转让。因此，原告都未能依法取得债权转让的权利。⁷”但是这一观点也逐渐出现缓和。2015年12月24日发布的《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》提到：“实践中，如果保理商明知基础合同约定应收账款债权不得转让，但仍然受让债权的，应当注意：一方面，前述约定并不当然影响保理合同的效力；另一方面，保理商以保理合同为依据向基础合同债务人主张债权的，并不能以此约束债务人，债务人仍可以此抗辩。”这一观点一方面承认保理商恶意情况下保理合同的效力，同时也赋予债务人抗辩权，如果债务人不主张抗辩的，债权转让能够发生，如果债务人主张抗辩的，债权转让似乎不能对债务人生效。（2018）陕0102民初1433号案件采纳了这一观点，该案例认为：“基础合同约定债权不得转让并不影响保理合同的效力。当事人之间约定的‘债权不得转让’，仅对合同相对人具有约束力，对合同之外的人并不产生法律效力。保理合同涉及保理商与债权人、保理商与债务人之间不同的法律关系。基础合同约定的债权不得转让并不当然影响保理合同的效力。”

此外，地方法院在债权转让是否对受让人发生效力的判断上似乎走的更远，并开始考虑受让人的主观状态。例如，天津高院2015年8月12日出台的《天津市高级人民法院关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要（二）》（下称“保理纪要（二）”）提到：“债权人与债务人约定债权不得转让的，债权人不得将应收账款全部或者部分转让给保理商，但保理商善意取得应收账款债权的除外。”而（2018）京03民初410号案件也采取这种裁判观点，该案例认为：“乐视网公司在受让案涉债权时对《采购框架协议》的具体内容及其中第10.3条关于限制债权转让的约定应属明知，其不属于善意且无过失的债权受让人，故乐视电商公司与乐视网公司之间的《债权转让协议》对四被告不发生法律效力。”虽然最终该案并未因为善意第三人的存在而超越禁止转让特约，但是已经反映出司法实践中对于禁转特约的对外效力应当考虑第三人的主观状态作为判断依据。

通过前述梳理可知，基于保护交易安全并促进交易的目的，对于禁转特约对外效力应当视第三人的主观状态确定，已经成为多数共识。《民法典》顺应了这种趋势，并在此基础上为了进一步促进金钱债权的流转，甚至特别规定无论第三人是否善意都不可对抗。

（三）实务展望

1、“善意”的界定

尽管《民法典》的条文已经清楚地规定了禁转特约在非金钱债权的情况下，不得对抗善意第三人。但是，如何界定善意势必会成为一个需要继续探讨的问题。对于这个问题的探讨，理论界早已有之，韩世远教授认为第三人应当是“善意且无过失”⁸，而王洪亮教授认为没必要再要求第三人无过失，因为这样增加了第三人的调查义务，不利于债权的自由流转，并不合理⁹。我们倾向于认为不应当再要求第三人满足无过失的条件，因为一方面这一要求与促进商品交易，加速债权流转的理念不符，增加第三人负担；另一方面过失的证明标准模糊，整部《民法典》共计18处提到“重大过失”，但是并无任何一处单独使用“过失”，所以即使要求第三人或者受让人满足这一条件也难以贯彻落实。

关于善意的具体判断，善意本身是一种主观的状态，如果完全根据受让人或者债务人的言辞难以认定，必须结合相关客观证据予以分析。我们认为可以考虑在非金钱债权转让过程中，关联企业之间的转让，由于存在特殊的身份关系，那么第三人或者受让方难以主张其为善意第三人。如果受让方不是关联方，应当结合相关证据综合判断。一般情况下，对于受让非金钱债权这种特殊债权，基于谨慎交易的考虑，当事人通常不会不查阅合同而直接受让债权，因此，善意的适用余地可能有限，除非对方故意隐瞒约定有禁转特约的补充协议或者双方之间的口头约定等。

2、对债务人的保护

《民法典》既然允许债权人和债务人通过意思自治作出禁转特约，但对金钱债权的转让情形又规定无论受让人是否为善意，禁转特约都不能对抗第三人，实际上架空了在金钱债权情形下当事人的意思自治，也使得债务人无法通过禁转特约来保护自己，对债务人的尊重和保护略显不足。当然，《民法典》并没有从根本上否定禁转特约的效力，因此，债权人和债务人内部仍受这一约定的约束，债务人可以通过向债权人主张违约责任来寻求保护，或者通过设置严格的违约责任，据此限制债权人的转让行为。

⁷持有相同观点的案例还有：（2009）徐民二（商）初字第119号、（2012）浙金民终字第285号及（2015）一中民（商）终字第543号等。

⁸韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2018年版，第605页。

⁹王洪亮：《债法总论》，北京：北京大学出版社，2016年版，第454页。

二、从权利转让不因登记或占有而受影响

(一) 规定及内涵

《民法典》第五百四十七条第二款规定：“受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。”这一规定是在《合同法》第八十一条¹⁰的基础上新增的，明确了债权转让过程中从权利转让的规则。根据《民法典》第五百四十七条的规定，债权转让的，除非该从权利专属于债权人自身，否则受让人取得与债权有关的从权利，并且这一从权利的取得是基于从属性而当然取得，即使未办理相关登记手续或者未转移占有也不影响债权人取得这一从权利。

(二) 制度背景

首先，从比较法的角度来看，域外规定债权转让的从权利随同转让的规则较多，这几乎成为一种普遍的共识。例如，《德国民法典》第四百零一条第一款规定：“为债权而存在的抵押权、船舶抵押权或质权，以及因为债权而设定的保证而发生的权利，随所让与的债权转移给新债权人。”《意大利民法典》第一千二百六十三条第一款以及我国台湾地区“民法”第二百九十五条第一款也存在类似规定。但是明确规定未办理登记手续或者未转移占有不影响从权利的取得的立法例较少，《意大利民法典》第一千二百六十三条第二款规定：“没有质押设定人的同意，让与人不得将设定质押的财产占有转给受让人；在有异议的情况下，让与人依然是质押财产的保管者。”结合该条第一款之规定，可知即使未转移质押财产的占有债权人仍然能够取得质权，这一规定与我国《民法典》的规定理念相同。

虽然我国《合同法》第八十一条并未明确规定未办理登记或者未转移占有是否影响从权利的取得，但是关于这一问题的争论却从未间断。一种观点认为未办理登记或者转移占有不能取得从权利¹¹，主要理由为：

(1) 从权利随同债权一并转让属于基于法律行为导致的物权变动，受让人取得该从权利以登记或者转移占有为生效要件，则受让人未完成登记或者转移占有不能当然取得从权利；(2) 如果不办理转移登记或者不转移占有，无法贯彻落实《物权法》的公示公信原则，不利于维护交易安全，也不利于保护债权人。另一种观点认为未办理登记或者未转移占有也能取得从权利¹²，主要理由为：(1) 从权利随同债权一并转让属于非基于法律行为的物权变动，并不一定需要办理登记或者转移占有才能取得从权利，直接依据《合同法》第八十一条、《物权法》第一百九十二条¹³等规定直接发生法定

效果；(2) 我国现行法律并未要求在从权利随同债权一并转让时也必须办理登记或者转移占有，我国《担保法》以及《物权法》关于从权利登记或者转移占有的规定仅仅适用于该从权利设立时的情况，而非对相关从权利转让的强制性规定；(3) 《合同法》和《物权法》虽规定抵押权等从权利随主债权的转让而一并转让，但均未明确是否以抵押变更登记为要件，这属于法律漏洞，可以类推《物权法》第三十一条¹⁴的规定。

2001年4月23日生效的《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第九条明确规定：“金融资产管理公司受让有抵押担保的债权后，可以依法取得对债权的抵押权，原抵押权登记继续有效。”这一规定在一定程度上表明最高法院认为金融资产管理公司取得抵押权并不需要以办理抵押登记为要件。此后，2019年11月8日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第六十二条也规定：“受让人向抵押人主张行使抵押权，抵押人以受让人不是抵押合同的当事人、未办理变更登记等为理由提出抗辩的，人民法院不予支持。”这一规定进一步将适用范围扩大至所有的受让人取得抵押权都无需以办理抵押登记为要件，进一步表明最高法院认为办理登记非必要条件。

但司法实践中，这一问题的裁判观点却存在一定分歧。部分法院认为未办理登记或者未转移占有则不能取得从权利，例如(2015)沪一中民一(民)终字第688号案件法院认为：“若无除外情形，抵押权随主债权一并转让无需合同当事人另行约定。然不动产权物的

¹⁰《合同法》第八十一条：“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。”

¹¹持有这一观点的学者：崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》下册，北京，清华大学出版社，2011年版，第767页；程啸：《主债权的转让与不动产抵押权转移登记——“湖南绿兴源糖业有限公司、丁兴耀等借款合同纠纷申请再审案评释”》，《财经法学》，2016年第5期。

¹²持这一观点的学者：张双根，《〈物权法〉第31条释义》，《华东政法大学学报》，2007年第6期；张传军，《转让房屋抵押权未重新办理抵押登记是否有效》，《人民法院报》，2008年1月29日；叶锋：《未办理抵押变更登记债权人亦取得抵押权》，《人民法院报》，2015年4月9日。

¹³《物权法》第一百九十二条：“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

¹⁴《物权法》第三十一条：“依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产权物的，处分该物时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。”

设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。上诉人应在受让债权后依法办理不动产抵押权转移登记，原债权人负有义务配合办理相关登记手续，现上诉人主张抵押权因主债权转让而转让的，无需办理抵押权转移登记即可直接实现抵押权，于法无据，本院不予支持。”部分法院认为即使未办理相应登记也能够取得相应从权利，例如最高院（2015）民申字第2040号案件中认为：

“《物权法》第一百九十二条规定系关于抵押权处分从属性的规定，抵押权作为从权利应随债权转让而转让。债权受让人取得的抵押权系基于法律的明确规定，并非基于新的抵押合同重新设定抵押权，故不因受让人未及时办理抵押权变更登记手续而消灭。”¹⁵

通过前述梳理可以看出，在《民法典》第五百四十七条第二款出台之前，理论与实务界对此问题仍存争议，而《民法典》在两种观点中最终选择了后者，这也符合最高院的审判态度，同时也能够进一步促进债权的流转并加强对受让人的保护。

（三）实务展望

如前所述，《民法典》的规定能够促进交易，加速债权流动，创造更多商业价值，其优点是显而易见的。但是在关注其优点的同时也不能忽略其中隐藏的风险，即从权利的实际权利人与登记权利人或者占有人不一致时，这一错位必定会导致新的纠纷。例如让与人将债权转让给受让人之后尚未转移质押物的占有，质押物仍然在让与人处，这就为让与人无权处分留下了空间，很可能让与人将质押财产再行转质或者出让给第三人，亦或者因为让与人的债务导致质押物被查封、冻结，进而损害受让人的从权利。

但是，相比债权转让时不一并转让从权利的情况，加速债权转让的流转速度，确保交易流畅和顺利应该是合同制度下的首选价值，而对由于权利人错位带来的风险可以通过及时办理相关登记手续或者在发生争议时采用诉讼确权的方式予以保护，在有其他制度能够对偶发纠纷进行恰当救济时，宏观制度构建应当尽量以促进交易便捷为导向。

三、同一合同产生债权债务抵销不受到期时间限制

（一）规定及内涵

《民法典》第五百四十九条规定：“有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。”此条第（二）项是在《合同法》第八十三条¹⁶的基础上增加的，规定了债务人的债权与转让的债权基于同一合同产生，债务人在债权转让过程中可以主张抵销，不论两个债权到期先后顺序。

（二）制度背景

首先，从比较法的角度看，域外立法当中也规定了债务人在债权转让过程中向受让人的抵销权，例如《德国民法典》第四百零六条规定：“债务人也可以以自己对于原债权人享有的债权向新债权人进行抵销，但债务人在取得该项债权时知道债权让与，或该项债权在知道后才到期且迟于所让与的债权到期的除外。”此外，我国台湾地区“民法”第二百九十九条¹⁷也存在类似规定。对于向谁主张抵销权的问题，德国等国家和地区的法律规定较为一致，即债务人应当向新的债权人行使抵销权。其理由是债权人转让权利后，已从原合同关系中退出，而受让人承受了原合同的权利和义务，成为合同新的债权人，因此，债务人应当向债权人行使抵销权¹⁸。但是，暂未找到关于基于同一合同产生的债权债务也可以在债权转让时抵销的明确规定。

我国内地民法理论界学者的观点普遍认为在债权转让中规定债务人可以基于对让与人的债权向受让人主张抵销的，主要理由是对于债务人所处的状态不能因为债权转让而有任何不利的影响，所以在债权转让之前债务人对让与人享有的权利在债务转让时应当保证其可以继续向受让人主张¹⁹。而债务人能够主张抵销的前提是债权的清偿期先于所让与的债权或同时届至，不得迟于所让与的债权的清偿期，也就是正常情况下债务人对债权人的债权应当先处于抵销适状。但是基本上没有见到有

¹⁵持有这一观点的案例还有：（2016）川民初19号。

¹⁶《合同法》第八十三条：“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。”

¹⁷我国台湾地区“民法”第二百九十九条：“债务人于受通知时，所得对抗让与人之事由，皆得之以对抗受让人。”

债务人于受通知时，对于让与人有债权者，如其债权之清偿期，先于所让与之债权或同时届至者，债务人得对于受让人主张抵销。”

¹⁸胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京：法律出版社，1999年版，第137页。

¹⁹采取这一观点的学者：崔建远：《合同法》，北京：法律出版社，2016年版，第179页；韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2018年版，第618页；王洪亮：《债法总论》，北京：北京大学出版社，2016年版，第463页。

学者明确表示在让与人及债务人双方的债权是基于同一合同产生的情况下，债务人在让与人转让债权时可以不受到债权到期时间先后的限制而对受让人直接抵销的观点。

（三）实务展望

抵销作为债权债务消灭的原因之一，在我国《民法典》当中规定了法定抵销和约定抵销。根据《民法典》第五百六十八条²⁰及第五百六十九条²¹的规定，法定抵销需要债务的标的物种类、品质相同，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以约定抵销。本次《民法典》增加了在债权转让时只要是基于同一合同产生的双方债权，债务人在收到债权转让通知即可主张抵销，明显强化了对债务人的保护。

关于“基于同一合同产生”的债权存在两种理解，一种是认为只要是基于同一合同产生的任何债权，无论种类、品质是否相同，时间先后如何，在债权转让时债务人都可以主张抵销；另一种是认为只有在满足法定抵销（种类及品质相同）或有约定抵销的前提下，无论到期时间先后顺序如何，只要是基于同一合同产生的，在债权转让中债务人都可以主张抵销。我们认为应当采取后一种理解，理由主要有以下几点：

首先，《民法典》第五百四十九条第（一）项和第（二）项是并列关系，适用的情形应当具有同伦性，都应当是为了保证债务人的法定抵销权利不受影响。而第一项强调了“债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期”这一时间要求，第二项并没有相应的时间要求，可见第二项规定的情形下只是免除了债务人的债权到期时间的要求。

其次，从体系解释来看，我国《民法典》关于抵销的规定有法定抵销和约定抵销，在正常情况下只能采取这两种手段抵销。而在《民法典》第五百四十九条规定的抵销，并不是为了创设新的抵销权，而是为了保证债务人不能因为债权转让而丧失原来可以行使的抵销权，是对债务人的一种补偿措施，所以这一种抵销当然也应当满足前述规定的抵销条件，否则会出现《民法典》第五百四十九条与《民法典》第五百六十八条及第五百六十九条的冲突。

最后，从规范的目的来看，债的移转的规定主要是确保交易便捷、降低权利实现的成本，同时在一定程度上平衡债务人利益的保护。在单纯的债权转让（而不是合同权利义务的概括移转）情形下，当债务人的债权和让与人拟转让的债权系“基于同一合同产生”，如果不赋予债务人抵销权，那么导致的结果就是债务人一方面要向受让人全面履行义务，另一方面还需要向让与人主

张相应的债权，很明显不利于债务人利益的保护，也容易引发争议并导致讼累。

四、债务转移催告权及默示拒绝

（一）规定及内涵

《民法典》第五百五十一条规定：“债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”

债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。”

这一规定在《合同法》第八十四条²²有关债务转移需经债权人同意的基础之上新增了第二款的内容，规定了债务人或者第三人在债务转移时的催告权，并明确了债权人的默示拒绝的规则。这一规定赋予了债务人或者第三人一定的主动权，在债权人对债务转移不做任何明确表示时，可以向债权人进行催告，如果债权人未作表示，那么应当认为债权人不同意债务转移的安排，避免债务转移出现久拖不决的尴尬境地。

（二）制度背景

首先，从比较法的角度，债务转移需要经过债权人的同意在域外已经是普遍的共识，只是对于债务人或者第三人是否有催告权仅部分国家或者地区存在相应的规定。例如《德国民法典》第四百一十五条第二款规定：

“债务人或第三人在指定期间的情况下，催告债权人做出关于追认的表示的，追认只能在期间届满前表示；不表示追认的，视为拒绝追认。”另外，我国台湾地区“民法”第三百零二条²³也存在类似规定。

²⁰ 《民法典》第五百六十八条：“当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。”

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。”

²¹ 《民法典》第五百六十九条：“当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。”

²² 《合同法》第八十四条：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。”

²³ 我国台湾地区“民法”第三百零二条：“前条债务人或承担人，得定相当期限，催告债权人于该期限内确实是否承认，如逾期不为确实者，视为拒绝承认。”

债权人拒绝承认时，债务人或承担人得撤销其承担之契约。”

我国内地民法理论界学者也普遍认为应当赋予债务人催告权，关于债权人同意的方式，明示或默示均可。²⁴如果债权人未明确表示同意或不同意，但其向第三人请求履行或受领第三人履行的，亦应当视为同意。如果债权人一直未明确表示同意也未通过行动表明其是否同意，那么债务人或第三人为了避免债务转移合同的效力久拖不决，可以设定一定的期限催告债权人于此期限内进行答复；债权人逾期不答复的，即可推定其拒绝同意（类推适用《合同法》第四十八条第二款²⁵）。

司法实践中的裁判观点虽然没有明确赋予债务人在债务转移过程中的催告权利，但是对于债权人不做明确表示时视为债权人拒绝债务转移的判例早已有之。例如，在（2008）民二终字第81号公报案例中最高院认为：“对此承诺，三门峡车站工行未予接受，也未在天元集团公司和天元股份公司签署的5份涉及三门峡车站工行2550万元贷款的《债务转移协议》上加盖公章，故该债务转移协议对三门峡车站工行未发生法律效力。”²⁶

通过前述梳理可知，为了保证交易安全，也为了促进债务的移转，赋予债务人或者第三人以催告权能够最大限度减少交易的不确定性，也可防止债权人故意拖延决定，避免拖延债务的转移或者再转移，促进便捷交易。

（三）实务展望

本条虽然规定了债务人或者第三人的催告权，但是对于如何催告以及债权人什么情况下属于未作表示均未明确规定。我们认为对于催告权的行使，应当注意以下几个方面：（1）要求债权人在一定的期限内作出答复，

这一期间不宜太短也不宜太长，应当给予债权人适当的判断时间；（2）催告应当以明示的方式作出；（3）催告的意思必须是向债权人作出。

对于债务人或者第三人满足前述要件的催告，债权人应当在适当的时间内予以回应，但是债权人的回应不以明示方式为要件，在债权人明确表示同意的情况下，债务转移能够发生；但是债务人没有明确同意也没有明确表示拒绝，债权人却向第三人要求履行债务或者接受第三人的履行的，那么也应当认定债权人已经同意债务转移。如果债权人的前述情形都不存在，应当视为债权人不同意债务转移。

五、并存的债务承担

（一）规定及内涵

《民法典》第五百五十二条规定：“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。”这一条文是新增加的关于并存的债务承担的规定。根据这一规定，第三人无论是与债务人约定加入债务并通知债权人还是直接向债权人表示加入债务，只要债权人在合理期限内并未明确拒绝的，第三人便进入到债权债务关系当中，成为债务人之一，与原债务人承担连带责任，共同对债务负责，债权人可以向债务人或者第三人主张相应的债务偿还责任。

（二）制度背景

首先，从比较法角度来看，域外国家或地区中民法不存在关于并存债务承担的明确规定，但是在理论中一般都有承认。例如，德国法学家梅迪库斯认为：“债务承担分为免责的债务承担和共同的债务承担，共同的债务承担（即债务加入）是一名新的债务人在原债务人之外负责任。”²⁷我国台湾地区史尚宽教授认为：“并存的债务承担亦称债务加入，乃以使第三人加入债务关系，与原债务人并负同内容之债务为目的，原债务人并未脱离债务关系，与第三人为连带债务人。并存的债务承担，以担保原债务人之债务为目的。”²⁸可见，传统大陆法系理论对于并存的债务承担是认可的，已成为理论共识。

同样，在我国内地民法理论界也一直也承认债务承担，并将其区分为免责的债务承担和并存的债务承担。理论界一般认为，并存的债务承担也称债务加入，指新的债务人加入到债的关系之中，与原债务人共同承担债务的情况，二者之间为连带责任²⁹。债务加入既可以通

²⁴持有这一观点的学者：崔建远：《合同法》，北京：法律出版社，2016年版，第179页；韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2018年版，第629页；杨立新：《债法》，北京：中国人民大学出版社，2014年版，第66页。

²⁵《合同法》第四十八条第二款：“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

²⁶采取这一观点的案例还有 [2004] 宜民终字第368号等。

²⁷ [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林等译，北京：法律出版社，2004年版，第539页。

²⁸ 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年第1版，第740页和第751页。

过新债务人与债权人之间订立合同确立，也可以通过新债务人与原债务人之间订立合同确立。由于债务加入具有加强债权人保护的功能，所以一般情况下不需要债权人单独同意。

司法实践中，关于债务加入的裁判案例十分丰富，实践中运用债务加入的情形也较多，相关争议也不断。最高院宋晓明法官在2006年便对债务加入的相关争议焦点进行了梳理总结，认为关于债务加入的主要争议在于三方面：一是关于债务加入的认定标准，未明确约定时是否免除原债务人的债务；二是关于债务加入的责任形式，第三人到底是不负民事责任、应与债务人负并列的清偿责任还是承担连带责任；三是关于第三人履行义务后向债务人追偿，第三人到底是不能向债务人追偿、可以不当得利为由追偿还是可以代替债权人的地位向债务人追偿³⁰。

在前述问题提出之后，最高院在相关案例中对这些问题给出过自己的倾向性意见。最高院在（2010）民提字第153号案件中认为：“合同外的第三人向合同中的债权人承诺承担债务人义务的，如果没有充分的证据证明债权人同意债务转移给该第三人或者债务人退出合同关系，不宜轻易认定构成债务转移，一般应认定为债务加入。第三人向债权人表明债务加入的意思后，即使债权人未明确表示同意，但只要其未明确表示反对或未以行为表示反对，仍应当认定为债务加入成立，债权人可以依照债务加入关系向该第三人主张权利。”在（2018）最高法民终867号案件中最高院对债务加入进行了更深入的论述，该案例认为：“关于债务加入与连带责任保证的区分，债务加入下承担人的债务，是与原债务并立的自己债务；而保证债务则为保证他人的债务，是附属于主债务的债务。承担人在承担后对债权人负有清偿或者其他免责行为时，对于原债务人有无求偿权及其求偿范围，依据承担人与债务人之间内部法律关系而确定；而《担保法》第三十一条规定：‘保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。’故，在当事人意思表示不明时，应斟酌具体情事综合判断，如主要为原债务人的利益而为承担行为的，可以认定为保证，承担人有直接和实际的利益时，可以认定为债务加入。对于认定成立债务加入之后，加入人的责任，司法实践中一般认为第三人向债权人单方承诺由其履行债务人的债务，并不免除债务人的履行义务，第三人与债务人对债务履行承担连带责任³¹。”

通过前述的梳理可以看出，虽然在单行法层面并没有债务加入的规定，但是债务加入的概念及内涵在我国早已形成，并且相关理论也逐渐形成共识，这为本次《民法典》新规的出台奠定了基础。

（三）实务展望

此条规定较为明确，设定债务加入的方式主要有两种：一种是第三人和债务人达成债务加入协议并且通知债权人，在这一过程中，债权人在收到债务人或者第三人的通知时应当核实该协议约定的到底是债务加入还是免责的债务承担，尤其是关于原债务人责任的表述，应尽可能明确约定原债务人继续对债务承担责任。如果双方之间协议关系表述为免责的债务承担，且债权人不同意该项安排，那么应当明确拒绝，至少不能明确表示同意；债务加入的另一种方式是债权人与第三人之间直接达成的协议，那么债权人也应当尽可能在协议当中列明原债务人对债务继续承担责任，并且注意核实该协议当中的约定是否存在免除原债务人债务的相关表述。

结语

《民法典》关于债的移转的规定总体上还是吸收了《合同法》等相关民事单行法及司法解释的规定，这一方面说明先立民事单行法再制定《民法典》的“两步走”思路是符合我国实际情况的，另一方面也反映出我国的《民法典》具有深厚的实践基础，大多数规则都是经过几十年的司法实践积累下来，已经成为共识。

在保留之前立法经验的基础上，本次《民法典》也创造了许多新的规则，例如债权转让中禁转特约的对外效力、从权利转让不因登记或占有而受影响、同一合同产生债权债务抵销不受到时间限制、债务转移催告权及默示拒绝规则以及并存的债务承担等内容，这些规则的创设进一步促进了交易，加速了债权债务的流转，同时也更好地平衡了对债务人的保护。

²⁹认同这一观点的学者：王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第470-471页；崔建远：《合同法》，北京：法律出版社，2016年版，第185页；韩世远：《合同法总论》，北京：法律出版社，2018年版，第634页；刘凯湘：《债法总论》，北京：北京大学出版社，2011年版，第107页。

³⁰宋晓明：《民商事审判若干疑难问题》，《人民法院报》，2006年9月20日，第5期。

³¹采取这一观点的案例还有：（2005）民二终字第200号、（2006）民二终字第199号、（2010）民提字第153号、（2013）民申字第2070号、（2013）民一终字第117号、（2016）皖0102民初1010号、（2016）最高法民终707号、（2018）粤民再1号等。

《民法典》合同效力制度的修改及其影响

李宝山 姜若愚



李宝山

前言

《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）系统整合了新中国成立70多年来长期实践形成的民事法律规范，汲取了中华民族5000多年优秀法律文化，借鉴了人类法治文明建设有益成果，是一部体现我国社会主义性质、符合人民利益和愿望、顺应时代发展要求的民法典；是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的民法典；是一部具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法典。

合同编在《民法典》中具有举足轻重的地位，《民法典》合同编对整个民法典的构成具有十分重大的意义。在合同效力的制度安排方面，《民法典》合同效力的规则与现行《民法总则》及《合同法》对合同效力的看法一脉相承，且不吝进展与创新。《民法典》继承了《民法总则》及《合同法》中对民事行为（合同）效力的判断标准、以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力认定的判断标准和对违反强制性规定的民事法律行为效力的判断标准认定，同时，《民法典》在前人总结基础上的进步也在合同编中体现的淋漓精致，从无权处分合同原则，到对合同无效的判断标准，无不体现立法者、法学家和司法者在中国民法发展过程中相互合作的智慧结晶。

一、《民法典》对合同效力问题的安排

表一：

《合同法》	《民法典》
第四十四条 【合同的生效】依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。	第五百零二条 依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。 依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。 依照法律、行政法规的规定，合同的变更、转让、解除等情形应当办理批准等手续的，适用前款规定。 第一百五十六条 民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

表二：

《民法总则》	《民法典》
第一百四十三条 【民事法律行为有效要件】具备下列条件的民事法律行为有效： （一）行为人具有相应的民事行为能力； （二）意思表示真实； （三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。	第一百四十三条 具备下列条件的民事法律行为有效： （一）行为人具有相应的民事行为能力； （二）意思表示真实； （三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

目前，我国现行《合同法》在合同效力问题上，构建了“有效—无效—效力待定—可撤销”的四分法体系。其中合同无效的判断标准这一核心问题构成对私人自治最严厉的限制，因此深受学说、立法、司法重视，在各界有识之士的共同努力下，历经《经济合同法》、《民法通则》、《合同法》、《合同法司法解释（一）》、《合同法司法解释（二）》和《民法总则》的演变，对合同无效的判断标准呈现由宽松到严格的模式。

此次《民法典》沿袭了现行各部法律、法规认定合同无效标准的逻辑，条款中既有对《合同法》、《民法总则》的继承，又进行了不同程度的修订和创新。此次《民法典》将对合同效力的判断规则放到合同编总则部分，并且调整了合同法体系中判断合同无效的“欺诈、胁迫订立合同并损害国家利益”、“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”、“以合法形式掩盖非法目的”、“损害社会公共利益”、“违背公序良俗”、“违反法律、行政法规的效力性强制性规定”六种类型，创建出民法典合同制度自上而下固有的法律逻辑和体系。

二、《民法典》合同制度对合同生效要件安排

生效合同在当事人之间产生的法律约束力，即通常所说的法律效力，这种法律效力来自于法律赋予当事人自身的合意的约束力。而1987年6月我国颁布的《技术合同法》确立的合同无效的两个原则：一是自始无效原则，即合同无效具有溯及既往的效力，是自始无效；二是部分无效原则，即合同无效的部分具有封闭性，无效的部分不会对其余部分的效力造成影响，剩余部分仍然有效。

现行《合同法》第四十四条“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”，认为某些合同的生效必须满足法律所要求的某种形式，即合同需要经过批准、登记。该条款实际上是将法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效作为合同生效的条件之一。然而，在《民法典》通过之前，此种观点已经被《物权法》所摒弃，《物权法》第十五条规定“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”合同的法律效力来自

于当事人自身的合意，批准、登记等手续生效并不应当作为合同生效的条件影响整个合同的效力，

《民法典》第一百四十三条明确规定未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。在此规定下，合同中批准、登记条款不再是作为合同生效的条件，而是根据《民法典》第一百四十三条成为合同的生效条款，对当事人产生义务的约束。此时，即便合同其他部分仍未生效，批准、登记条款依然作为生效条款，约束一方完成批准、登记的义务以解锁整个合同的完整效力。这是部分无效原则在民法典中不断发展的具体体现。

三、《民法典》合同制度对合同无效条件的规定

表三：

《民法总则》

第一百四十四条 【无民事行为能力人实施的民事法律行为的效力】无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。

第一百四十六条 【虚假表示与隐藏行为效力】行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

第一百五十三条 【违反强制性规定与违背公序良俗的民事法律行为的效力】违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效

《民法典》

第五百零八条 本编对合同的效力没有规定的，适用本法第一编第六章的有关规定。

第一百四十四条 无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。

第一百四十六条 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

第一百五十四条 行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

《合同法》

第五十二条 【合同无效的法定情形】有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

在合同法体系中，存在判断合同无效的六个类型：“欺诈、胁迫订立合同并损害国家利益”、“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”、“以合法形式掩盖非法目的”、“损害社会公共利益”、“违背公序良俗”、“违反法律、行政法规的效力性强制性规定”。而《民法典》中合同无效的事由变更为五种：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”、“通谋虚伪中虚伪行为无效”、“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”、“违背公序良俗的民事法律行为无效”、“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”五类。

其中，《民法典》取消了“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”导致合同无效的情形，欺诈、胁迫的法律行为在《民法典》中统一规定为可撤销行为。《民法典》的这一规定解决了《合同法》第五十二条及第五十四条中同一法律行为导致不同法律后果的困惑与矛盾，解决了实践当中不同法院对“国家利益”的判断分歧而导致对同一合同条款理解不一致的问题。

四、《民法典》合同制度对虚假的意思表示及隐藏行为的效力认定

《民法典》第一百四十六条“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”承继了《合同法》第一百四十六条的规定。

意思表示是行为人进行民事行为的内心效果意思，以一定方式表达于外部的行为。通常而言，行为人的内心意思与其表示行为具有一致性，但也时常会因多种因素的干扰，导致行为人的内心意思与表示行为之间不一致。虚伪表示作为表意人故意地作出与内心真实意思不相符的表示。虚伪表示亦被称作“真意保留”，表意人在与相对人无通谋的情况下，故意作与内心真实意思不一致的表示。《民法典》第一百四十六条中明确以虚伪表示实施的民事行为无效。

隐藏行为则是双方当事人以虚假意思表示的行为追求所掩饰的真实意思表示的效果，行为人与相对人将其真实意思隐藏在虚假的意思表示中，所做出行为的意思并非出于真意。所隐藏的民事法律行为体现的是双方当事人的真实意思表示，其效力不应当当然被否定，但是隐藏行为的最终效力应当根据该行为自身的要件，依据民事法律行为生效的要件来进行判断。同时存在虚伪表示与隐藏行为的情况下，虚伪表示的无效并不当然导致隐藏行为的无效，隐藏行为的效力应当依据有关法律规范另行加以判断。

在重庆市綦江区人民法院在（2017）渝0110民初9689号案件中，法院认为A控股公司因经营需要向B小贷借款，双方对借款事项已达成合意，但因A控股公司系B小贷公司的股东，受金融监管政策的约束，双方不便于直接签订借款合同，遂约定以A控股公司员工的名义签订借款合同和担保合同，由实际用款人A控股公司承担还款责任。故B小贷公司与员工所签订的《个人借款合同》以及与担保人所签订的《保证合同》，均系各方以虚假的意思表示签订的合同，该民事法律行为应为无效。而该虚假的意思表示所隐藏的真实意思则是B小贷公司与A控股公司的借贷关系，B小贷公司与A控股公司为该借款合同实际的贷款人和借款人，双方借贷关系有效成立，依据该借款合同而借出的款项由A控股公司实际使用，归还本金和利息的义务，也应由A控股公司承担。因B小贷公司与担保人所签订的《保证合同》，系虚假的意思表示，其行为无效，原告主张的担保关系不成立。

五、《民法典》合同制度中对于强制性规定对合同效力的评价

1999年，《合同法》正式制定实施。该法基于社会主义市场经济对统一大市场的追求，充分展现了“尊重当事人的合同自由”的立法指导思想，在关于违反法律规定的合同效力问题的规定上，做出了重大的突破。

《合同法》第五十二条规定：“违反法律或者行政法规的强制性规定的合同无效”，“强制性规定”正式入法，成为一个法律概念。从立法层面不难看出，立法者试图通过提高司法裁判认定合同无效的法律规范的效力位阶的方式，达到对合同无效认定的限制，从而实现最大限度地维护合同自由、意思自治的立法目的。

2009年最高人民法院颁布了《合同法司法解释（二）》，强制性规定的“二分法”从理论研究走出司法实践而正式入法，该司法解释第十四条明确规定：“《合同法》第五十二条第五款规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”，由此，强制性规定被进一步划分为效力性强制性规定和管理性强制性规定，法院在审判实践中开始通过区分效力性强制性规定和管理性强制性规定来认定合同效力，再次扩大了当事人合同自由的范围。

在司法实践当中的普遍认识是只有违反了法律、行政法规中“效力性强制性规定”的合同才归于无效，至于违法管理性强制性规定的合同，并非一定无效，法院应当根据具体情况加以认定。最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的通知中强调正确理解、识别和适用《合同法》

第五十二条第（五）项中的“违反法律、行政法规的强制性规定”，关系到民商事合同的效力维护以及市场交易的安全和稳定。人民法院应当注意根据《合同法解释（二）》第十四条之规定，注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。

2019年出台的《九民会议纪要》在要求法院根据具体情况加以认定的同时，对“效力性强制性规定”和“管理性强制性规定”做出了指导性的意见。《九民会议纪要》第三十条规定：“人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第一百五十三条第一款和《合同法司法解释（二）》第十四条的规定慎重判断‘强制性规定’的性质，特别是在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保障等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定，应当认定为‘效力性强制性规定’：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为‘管理性强制性规定’。”

管理性强制性规定背后代表的是“社会公共利益”，是涉及生命权、人格权、健康权、环境权、经济秩序、交易安全等各方利益的概括体现。目前，民法体系中管理性强制性规定不当然否定合同效力，但绝不代表管理性强制性规定可以被合同参与方所忽视。《合同法》第七条规定当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。该条款正是管理性强制性规定背后所保护的法益之所在。

如果说效力性强制性规定对合同效力的认定是有效与无效的简单二元对立，那么对违反管理性强制性规定考察则应当有更细致的考虑。提出违反管理性强制性规定不仅局限于否定合同效力这一手段，反而可以探索从正面积极地、全面地、充分地实现管理性强制性规定所保障的社会利益的各种手段。

在《民法典》当中并未就效力性强制性规定及管理性强制性规定的对合同效力的问题做正面回应，其第一百五十三条第一款规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”，是在《合同法》第五十二条第（5）项的基础上将在法律和行政法规中的

强制性规定导致合同无效的法律条件扩大到民事法律行为，该款但书“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”则继承了《合同法司法解释二》第十四条中效力性强制性规定对合同效力认定的概念。而对于违反管理性强制性规定合同效力的认定上，法院需要将合同的有效性与违法性的分离控制在合理限度内，不能简单粗暴地认定其对合同的效力影响，而忽视违反管理性强制性规定的合同履行问题，而应当结合管理性强制性规定背后所代表的法益，对此类合同的违法性与有效性进行综合判断，尽量兼顾民法与行政法背后所代表的私法自治与行政管理秩序两个方面的法益，将此类合同的有效性与违法性有机统一起来。否则会出现义务履行人被司法强制要求去违反管理性强制性法律规定来履行合同义务，而后因违反管理性强制性法律规定被行政机关处罚的尴尬局面。

六、公序良俗原则在《民法典》合同效力认定中的地位

公序良俗，包括公共秩序和善良风俗。关于公序良俗的内容，史尚宽先生认为，公共秩序，是指国家社会的存在及其发展所必需的一般秩序，如个人之言论、出版、信仰、营业之自由，以至私有财产、继承制度。善良风俗，是指国家社会的存在及其发展所必需的一般道德。通常认为，公共秩序包括社会公共秩序和生活秩序；善良风俗，是指社会公共道德，由全体社会成员所普遍认可、遵循的道德准则。

作为民法的基本原则之一，公序良俗原则具有模糊性、抽象性以及内涵的不确定性，同时，其又在弥补成文法的漏洞和在个案判断中起到重要作用。北京市互联网法院在（2019）京0491民初2547号一案中认为，“暗刷流量”的行为违反商业道德底线，使得同业竞争者的诚实劳动价值被减损，破坏正当的市场竞争秩序，侵害了不特定市场竞争者的利益，同时也会欺骗、误导网络用户选择与其预期不相符的网络产品。长此以往，会造成网络市场“劣币驱逐良币”的不良后果，最终减损广大网络用户的利益。本案中当事人之间“暗刷流量”的交易行为侵害了广大不特定网络用户的利益，进而损害了社会公共利益、违背公序良俗，其行为应属绝对无效。判令双方当事人不得基于合意行为获得其所期待的合同利益。虚假流量业已产生，如以互相返还的方式进行合同无效的处理，无异于纵容当事人通过非法行为获益，违背了任何人不得因违法行为获益的基本法理，亦会导致损害社会公共利益的行为不能得到有效遏制。法院对原被告双方希望通过分担合同收益的方式来承担合同无效后果的主张不予支持，并对原被告双方在合同履行过程中的获利予以收缴。

梁慧星教授曾在已有的司法案例基础上做类型化分析，归纳出十种违反“公序良俗”的代表类型：（1）违反国家公共秩序的行为；（2）危害家庭关系的行为；（3）违反性道德的行为；（4）射幸行为；（5）违反人权与人格尊重的行为；（6）限制经济自由的行为；（7）违反正当竞争的行为；（8）违反消费者保护的行为；（9）违反劳动者保护的行为；（10）暴利行为。但是案例类型化的总结具有一定的局限性，随着社会变迁、经济的快速发展，以前的类型化行为已经不能解决现实中出现的新问题。

《九民会议纪要》第三十一条规定，违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。该条款貌似赋予规章影响合同效力的权力，使判断合同效力的标准放宽；而究其实质，是公序良俗的原则影响力扩张的体现，是代表公共利益的法权力对合同效力的再次严格判断。在明确的划定范围内，公序良俗原则赋予了规章条款超过其法律位阶的效力，触及到合同有效性的判断，这种方式使公序良俗原则通过明确的条款作用于具体案件当中，从而推动该原则在司法实践中起到更重要的地位。

同时，可以预见的是，法院对于违反“公序良俗原则”行为的判断标准随着时代的发展而改变。在《民法典》框架下，法院运用“公序良俗原则”进行裁判时的认定标准也将随着中国社会的发展而不断变迁。

七、《民法典》如何看待无权处分合同的效力认定

表四：

《民法总则》	《民法典》
第五十一条 【无处分权人订立的合同】 无处分权人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。	第五百九十七条 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。
第一百三十二条 【标的物】 出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。 法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。	

自1999年《合同法》颁布以来，关于无权处分的合同效力，一直是学界争论的话题，司法实务中也有不同的处理方法。无权处分的合同效力认定上主要有三种观点：合同效力待定、合同有效以及合同无效。2012年《买卖合同司法解释》第三条规定当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。《民法典》虽没有条款明确表示无权处分的合同效力状态，但在实际上也同样采纳了有效说的观点。

《民法典》第五百九十七条规定：“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。”承认无权处分合同是有效合同，也并不当然损害权利人的利益。对该合同效力的承认只是使无权处分人对受让人负担交付标的物并移转标的物所有权的义务，并不当然

导致标的物所有权发生变动。

同时，该条款所表达的合同有效的观点与善意取得制度相衔接有利于保护善意买受人的利益。《物权法司法解释（一）》第二十一条规定善意取得的成立以合同有效为必要条件。如果认定无权处分合同为效力待定合同，若合同后来因权利人未追认而被宣告无效，则善意取得将难以构成。（2015）北民再终字第22号一案中，C与A先签订《房屋买卖合同》，约定由A先自愿将某房屋以20万元的价格出卖给C。当时A与B为夫妻关系，C交付了购房款并于2006年3月搬进该房屋居住至今。房屋具备过户条件后，A以共有人B不同意买卖为由拒绝办理过户手续。二审法院按照《买卖合同解释》第3条认定C、A之间的《房屋买卖合同》是合法有效的合同，再依据《物权法》第106条认定C善意取得房屋所有权；假设本案中法院采取无效说的观点，未经B的追认C、A之间的《房屋买卖合同》仍处于合同效力待定或无效的状态，则B无法通过善意取得的机制获得该房屋的所有权，交易的信赖利益会因此无法得到保障。

总结

在现代法上，法秩序的统一性仅靠静态抽象的观念和概念符号是难以实现的，它的实现更有赖于不同法领域对社会生活的动态规制。具体到法律适用过程中，要求我们具备并践行这样一种观念：适用某一法律条文，即同时在适用该条文背后的全部法律体系。法律本身担负着行动指引的功能，如果法律内部出现难以容忍的不一致，将会让人难以适从，进而无法提供合理的行动指引，还会对法律体系本身造成结构性破坏。从我国民法典的体系来看，对合同制度的安排是民法典结构中的重心，是对市场主体和交易规则的规定，是市场交易参与者的自由和权利的最全面保障。正是民法典的这种高位阶性、权威性、严格的程序性和长期的稳定性，才意味着人们的人身权和财产权受到了国家的高度重视和保护。

通过《民法典》合同效力的制度安排，我们能看出其根本理念是以自由为价值取向的私法自治，公法规范为辅助、沟通和协调进而全面保障民事权利的核心价值，这也正印证了古罗马著名法学家乌尔比安所言，“法的准则是：诚实生活，不损害他人，各得其所。”

《民法典》关于合同解除制度的体系性完善及影响

杨婷 刘颖



杨婷



刘颖

在契约严守原则之下，合同解除制度作为例外性制度，允许当事人在法定或约定条件下通过行使解除权的方式从合同束缚中解放出来。质言之，合同解除制度系在防止合同继续存续的弊害与坚守契约严守原则这两个相互矛盾的价值之间妥善权衡。基于此，合同解除的制度供给应当尤为慎重，以防对契约严守原则造成戕害。在该等理念之下，有必要全面审视《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）对合同解除制度的体系性完善，厘清制度边界与适用逻辑，以为实践提供指导。

分析具体制度的前提是明晰合同解除制度的正当性基础，即当事人何以突破契约严守原则？当事人合意解除或约定解除均系基于当事人的意思自治，该等解除制度的规范意旨无需赘言。聚焦于法定解除权制度，应当

关注到其制度基础在于合同义务之间的牵连性——给付义务与对待给付义务在存续意义上相互依存，给付义务之消灭会导致对待给付义务消灭；合同当事人，主要是守约方进而得以在不可抗力或相对方根本违约致使合同目的不能实现等情形下行使解除权，从债务约束下予以解放、恢复交易自由¹。基于此，传统意义上的法定解除制度主要被视为守约方的救济路径，仅在任意解除权或不可抗力、情势变更制度中存在违约方行使解除权之空间。同时，前述制度解读之下，衍生出合同解除系用于剥夺违约方之合同利益、减少资源浪费等功能。

在上述前提之下，本文试图在《民法典》视角下关注如下法律问题：第一，《民法典》如何精益求精，进一步完善和细化已有解除权规则？第二，《民法典》如何查漏补缺，新法定解除权类型以补充合同解除权体系？应当认为，鉴于合同解除的制度定位，对于前述问题的解读与思考对合同编的整体适用均具有深远意义。

¹参见赵文杰：《〈合同法〉第94条（法定解除）评注》，载《法学家》2019年第4期。



一、制度细化：解除权行使规则之完善

（一）私力救济与公力救济并行不悖的行权方式

《民法典》第五百六十五条第二款规定：“当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。”据此，结合《民法典》第五百六十五条第一款的规定，当事人可选择私力或公力救济途径解除合同，两种救济方式并行不悖；其中，公力救济方式解除合同的时点系起诉状副本或仲裁申请书副本送达之时。

诉讼或仲裁解除合同的救济方式已然经由司法实践的充分检验，前述规定系水到渠成的妥善之举²；但是关于诉讼或仲裁解除的时间节点，却存在实践观点认为裁判文书生效之日系合同解除时点，从而与前述规定截然不同。该等争议在《民法典》作出立法选择的背景下具有重新审视的必要性。

具体而言，在支持诉讼或仲裁解除的时间节点系裁判文书生效之日的实践观点项下，核心理由在于：其一，解除权在实体方面属于形成权，在程序方面则表现为形成之诉³；该等理解之下，于裁判文书生效之日变更法律关系、发生合同解除效力是制度应有之义；其二，法院送达法律文书系公权力行为，而不构成私法性质的解除意思表示送达生效⁴。对于前述理由之一，本文认为其系混淆了形成之诉与确认之诉的适用范围。在我国已然界定解除权系普通形成权而非形成诉权的情况下，解除权人仅需要向相对方作出并送达意思表示即可变更法律关系。之所以支持当事人可以不经通知而径直

起诉或仲裁解除的本质原因在于：一是认可起诉或者申请仲裁可作为意思表示的一种表达方式；二是通过公力救济的方式防止双方就合同履行问题争议反复。因此，应当在《民法典》视角下明确承认诉讼解除系确认之诉，《民法典》第五百六十五条第二款采纳“人民法院或者仲裁机构确认该主张”的表述可予以佐证。对于前述理由之二，本文认为执行诉讼程序的公权力行为与私法意思表示之送达并非截然对立、难以并存的行为，该理由并不充分。

基于上述，应当认为《民法典》第五百六十五条第一、二款不仅系明确了私力救济与公力救济并行不悖的行权方式，而且在此基础上明晰了通过公力救济方式解除合同的程序法机制。

（二）新增法定除斥期间以界定权利边界

《民法典》第五百六十四条规定了合同解除权的除斥期间，其在原《合同法》第九十五条的基础上新增“自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使……该权利消灭”的法定除斥期间，与其他除斥期间标准并行⁵。

应当认为基于保护解除相对方的合理信赖而规定法定除斥期间系理论共识，但此前在无法可依的情况下徒增诸多司法争议。回顾以往司法实践，有诸多案例类推适用《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十五条的特别法规定，认可解除权的除斥期间为“自解除权发生之日起一年之内”⁶；但也有案例认定解除权长达七年仍未消灭或认定解除权人因相对方未催告而随时可依据法律规定行使权利⁷。上述相差甚巨的裁判思路彰显了立法明晰法定除斥期间的必要性。

尚需实践检验的问题系，1年的法定除斥期间是否妥善？就该问题，在理论层面可对比分析与撤销权配套的1年除斥期间。一方面，撤销权关涉意思表示瑕疵问题且处于合同订立阶段，当事人协商可能性较低；而合同当事人在解除事由发生之时多期待协商解决纠纷，因而有必要为当事人提供较为充分的协商期间而不宜规定过短的除斥期间，使得解除权人因担心罹于除斥期间而放弃磋商。另一方面，相比于撤销权必须历经形成之诉的制度设计，解除权的行权方式更为简易便捷，而无需进行复杂的诉讼准备。因而，综合上述衡量，立法选择1年的除斥期间并无不妥。

（三）重新审视解除相对方的异议权性质

《民法典》第五百六十五条第一款保留了解除相对方的异议权，表述为“对方对解除合同有异议的，任

²参见最高人民法院（2016）最高法民终715号《民事判决书》、最高人民法院（2017）最高法民再315号《民事裁定书》。

³参见最高人民法院（2004）民一终字第106号《民事判决书》。

⁴参见最高人民法院（2017）最高法民终722号《民事判决书》。

⁵《民法典》第564条规定：“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。”

⁶《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十五条第二款规定：“法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。”

⁷参见重庆市高级人民法院（2018）渝民终166号《民事判决书》；广东省广州市中级人民法院（2013）穗中法民五终字第3823号《民事判决书》。

何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力”。基于此,《民法典》并未将《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)》(下称《合同法司法解释二》)第二十四条所规定的异议权除斥期间纳入其中,由此引发的思考在于:《民法典》是否是有意舍弃对异议权除斥期间的规定,还是留待最高人民法院(下称“最高院”)通过司法解释予以明确?本文认为,虽然《合同法司法解释二》第二十四条的规定是否被彻底舍弃尚未可知,但是经由梳理理论观点与司法实践,《民法典》现有立法设计对异议权的妥当定位,无需再另行设计相应除斥期间而导致制度错位的不当后果。

在此前的制度设计中,《合同法司法解释二》第二十四条被认为是唤醒《合同法》第九十六条所规定的异议权、督促相对人行使该等权利的关键性条款。在此基础上,理论界也发展出如下观点,即异议权系形成权或请求权,如果解除相对方在异议期间没有行使异议权,则无需对解约方是否享有解除权进行实质审查,合同在解除通知到达时即告解除⁸。但是最高院对该问题的态度并非一以贯之:最高院曾有公报案例阐明认为“当事人没有约定合同解除异议期间,在解除通知送达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持”⁹;但最高院研究室此后发布的相关答复之中却又认定:“当事人根据《合同法》第九十六条的规定通知对方要求解除合同的,必须具备《合同法》第九十三条或者第九十四条规定的条件,才能发生解除合同的法律效力。”¹⁰新近颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称《九民会议纪要》)第四十六条再次确认这一观点。

因此,有必要基于上述争议明晰《民法典》对异议权之定位。部分理论与实践将异议权认定为形成权并配套除斥期间的初衷在于鞭策当事人积极行权,以尽早确定合同效力、稳定合同关系;但该等理解的负面影响也不容忽视:其一,该等制度设计可能导致当事人在并未满足法定解除权要件时选择“放手一搏”,通过异议期间的经过解除其原本无法摆脱约束的合同;其二,在当事人一般不会将异议期间纳入合同谈判范畴的情况下,当事人在解除事由发生时的协商谈判期间很可能超过3个月,该等情形下认定合同经由形式审查即可解除系罔顾当事人协商过程、甚至“逼迫”当事人放弃磋商。因此,有必要采纳最高院的最新理解,即解除相对方是否行使异议权不影响对约定或法定解除要件进行实质性审查;该等实质性理解之下,异议权难以视为形成权变更法律关系、亦难以视为抗辩权阻却或消灭解除权,其本质系宣示性地强调解约相对方可以就解约方之解约行为

起诉或申请仲裁。

结合上述分析,本文认为《民法典》第五百六十五条第一款在制度设计上更为契合上述实质性理解。质言之,解约相对方可以依据《民法典》第五百六十五条第一款提出异议并向人民法院起诉确认解除通知不发生合同解除的效力;与之相对地,解约方亦可以诉请确认合同已经解除。该等诉权足以使得双方彼此之间构成限制,使得任意一方当事人在知晓相对方之意见后及时请求人民法院或仲裁机构确认合同状态,从而实现尽早稳定合同关系的目的。

(四) 不安抗辩权与预期违约制度之衔接

《民法典》就不安抗辩权与预期违约制度的协调与衔接作出努力,即在第五百二十八条项下规定了不安抗辩权的基础上,进一步规定“中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的,视为以自己的行为表明不履行主要债务”,从而在法律效果上衔接到《民法典》第五百六十三条第一款第二项的默示预期违约制度。据此,在不安抗辩权适用情形下,当事人或人民法院不得径直解除合同,而必须采用先中止履行并通知、后行解除的“渐进式”救济规则。

毋庸置疑的是,该种修正使得不安抗辩权与默示预期违约制度得以相互协调,保持体系融洽性;同时,由于《民法典》第五百二十七条所规定的不安抗辩权适用情形均可概括为不履行可能性较高但是尚不确定情形,且集中于客观履行能力欠缺的情形,故而采纳上述“渐进式”救济途径有利于兼顾债务人继续履行合同的主观意愿、以及在履行期限届满时恢复履行能力的可能性,从而为双方当事人提供一个维系交易关系的机会,这也彰显了慎重适用合同解除权的制度理念。

在上述理解之下,法律学者们认为仍需关注如下法律问题:第一,对于无先后履行顺序的双务合同,并无不安抗辩权适用空间,但基于同等情况同等处理的理念,本文认为在其合同利益受到重大威胁的情况下允许其在履行一定的前置交涉程序后提前终结病态合同关系或许是较为妥当的利益选择。若该等情形得以证成,似

⁸参见王利明:《合同编解除制度的完善》,《法学杂志》2018年第3期。

⁹参见最高人民法院(2010)民一终字第45号《民事判决书》,载于《最高人民法院公报》2011年第5期。

¹⁰参见最高人民法院研究室对《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第24条理解与适用的请示的答复。

乎也可用于佐证默示预期违约制度并不限于不安抗辩权适用情境下；第二，另一争议理解在于，即使在异时履行合同之中，是否存在默示预期违约情形允许当事人径直解除合同？本文认为，如果债务人以一种非常明确且肯定的行为方式表明自己主观上不愿再履行合同，则允许法院基于《民法典》第五百六十三条第一款第二项规定径直解除合同，而无需先行中止履行，这是预期违约制度的应有之义，但相应具体适用情境尚需司法实践经验的积累与发展¹¹。

此外，除了上述权利行使细化规则之外，现行《民法典》就合同解除后果也予以细化。《民法典》第五百六十六条仍然采取了原《合同法》第九十七条的表述，只字未改，并增加了两款内容，分别是用于强调违约解除时的违约责任请求权和解除对担保责任的影响。该等合同解除法律效果在理论和实践中均无较大异议，仅存争议系合同解除后应采直接效果说还是清算关系说的理论纷争，本文不再对此予以展开分析。

概而言之，在合同不能轻言废弃的理念之下，合同解除制度必须进行艰难的利益权衡；该等利益权衡彰显于解除权行使规则的方方面面，从而必须依托于立法者事前提供全面、精细的规则设计，以应对实践中的规则供给需求。因此，《民法典》对解除权行使规则之细化与纠偏是势在必行之举，从而对司法实践具有切实指导意义。

二、制度新设：法定解除权类型之扩张

《民法典》新设不定期继续性合同解除权制度和违约方申请司法解除制度，前者被视为基于理论共识的顺势而为，后者则引发了甚嚣尘上的理论纷争。本文试图聚焦于此，全面审视两项制度的规范意旨与适用逻辑。

（一）基于理论共识提取公因式：不定期继续性合同解除权制度

题述制度规定于《民法典》第五百六十三条第二款，表述为“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前

通知对方”。该等规定的行文结构与原《合同法》第二百三十二条、现《民法典》第七百三十条所规定的不定期租赁合同任意解除权完全一致；但是其作为“提取公因式”的成果，显然具有更为普适的制度意义，本文也试图对该制度解读如下：

1、制度边界：适用范围限于不定期继续性合同

应当明确“以持续履行的债务为内容的不定期合同”指向“不定期继续性合同”，包括固有的继续性合同和连续供应合同，而不涵盖“长期性合同”。该等制度边界必须厘清以防实践误用与滥用。

具体而言，虽然分期买卖合同、长期持续的承揽合同等长期性合同均具有“持续履行债务”的相似外观，但该类合同均与特定、单一的给付结果相互联系，从而具有明确的合同终止期限—债务人清偿完毕特定给付后即告终止。该类长期性合同项下仅存在履行期限不确定的问题，而履行期限不确定仅需依据《民法典》第五百一十一条第四项¹²解决即可，无需新设任意解除权制度。与之对比，继续性合同不与特定的、单一的给付结果相互连接，其义务履行在时间序列中绵延不断；因而在继续性合同项下，当事人无法通过清偿特定给付的方式结束合同，除非当事人约定或法律规定合同效力存续期间。基于此，上述新设的任意解除权制度即旨在赋予不定期继续性合同以效力终止条件，防止在当事人没有合意约定时被迫约束在一个无限期的合同之中¹³。因此，应当明晰“以持续履行的债务为内容的不定期合同”系针对继续性合同，而非长期性合同；“不定期”系指合同效力期限，而非合同履行期限。

2、制度整合与切割：与其他任意解除权类型的区分

在上述新设任意解除权制度作为“公因式”而得以普遍适用的前提下，有必要厘清该等解除权与合同编分编中的各类任意解除权之间的关系。该问题的实践意义显而易见，即不同类型的任意解除权在权利主体、要件约束和法律效果等方面均存在差异。

一方面，上述新设任意解除权制度作为“公因式”统摄了部分特别法规定。例如，《民法典》第七百三十条保留的不定期租赁合同任意解除权显然属于被统摄范围之内。又如，《民法典》第八百九十九条第二款规定了保管人在不定期保管合同中可以随时请求寄存人领取保管物。虽然该等规定并无“任意解除”之表述，但其本质系行使任意解除权以终止效力期限不明的保管合同，“请求领取保管物”系解除意思表示。基于此，保管人行使该等解除权亦需适用第五百六十三条第二款的

¹¹参见陈韵希：《合同预期不履行的救济及其法理基础——再论〈合同法〉不安抗辩权和预期违约的界分》，《比较法研究》2017年第6期。

¹²《民法典》第511条第4项规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：……（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。”

¹³参见吴奕锋：《论不定期继续性合同随时终止制度—兼评〈民法典合同编（二审稿）〉的规定》，《中外法学》2019年第2期。

要件设计，在合理期限之前通知寄存人，为寄存人寻求新的保管方提供缓冲期间。与之对比，规定于《民法典》第八百九十九条第一款的寄存人任意解除权则无需考虑相应保管合同是否约定了效力期限，从而难以被直接纳入上述新设任意解除权制度的范畴之内。其他可被统摄于不定期继续性合同任意解除制度项下的规范如《民法典》第九百一十四条（仓储合同项下）、第九百四十八条（物业服务合同项下）、第一千零二十二条（肖像许可使用合同项下）等规定，此处不再逐一分析。

另一方面，各类合同项下存在诸多基于信任关系或附加其他利益考量构建的任意解除权，与不定期继续性合同任意解除权制度相互独立。例如，《民法典》第九百三十三条规定的委托合同任意解除权系延续《合同法》第四百一十条的规定，强调双方间的特别信任关系构成委托合同存续前提，一旦信赖关系破裂，合同便难以继。进而，该等情形下的任意解除权呈现为无理由解除合同的样态，亦无需履行“在合理期限之前通知对方”的前置程序；但也正是由于该等任意解除权赋予双方当事人毫无限制的解约自由，剥夺了相对人正当的合同履行利益，故在法律后果上并未排除解约方的损害赔偿以平衡双方利益。又如，在承揽合同、保管合同等服务合同项下，《民法典》第七百八十七条、第八百九十九条第一款仅赋予定作人、寄存人以任意解除权的理由在于定作合同、保管合同本质均是为了满足定作人、寄存人的特殊需求而产生，而旨在获取报酬利益的承揽人、保管人无该等特殊利益需要保护，从而区别于不定期继续性合同任意解除权原则上同时赋予双方当事人的制度设计。

基于上述，在任意解除权制度散落于合同编分编的情况下，有必要对于现行规范进行整合，以防止存在重复、杂糅的情形。这显然属于司法实践力有未逮之处，而需通过司法解释等方式对不同类型任意解除权予以明确界分，在“任意解除权”这一共享称呼之下划定“楚河汉界”。当然，本文认为应予避免的误解在于，上述制度区分并不意味着不定期继续性合同任意解除权制度、基于信任关系或附加其他利益构建的任意解除权两种制度难以并存。例如，在委托合同具备不定期继续性合同特征之时，双方当事人应当既可行使不定期继续性合同任意解除权，又可行使《民法典》第九百三十三条所赋予的任意解除权。

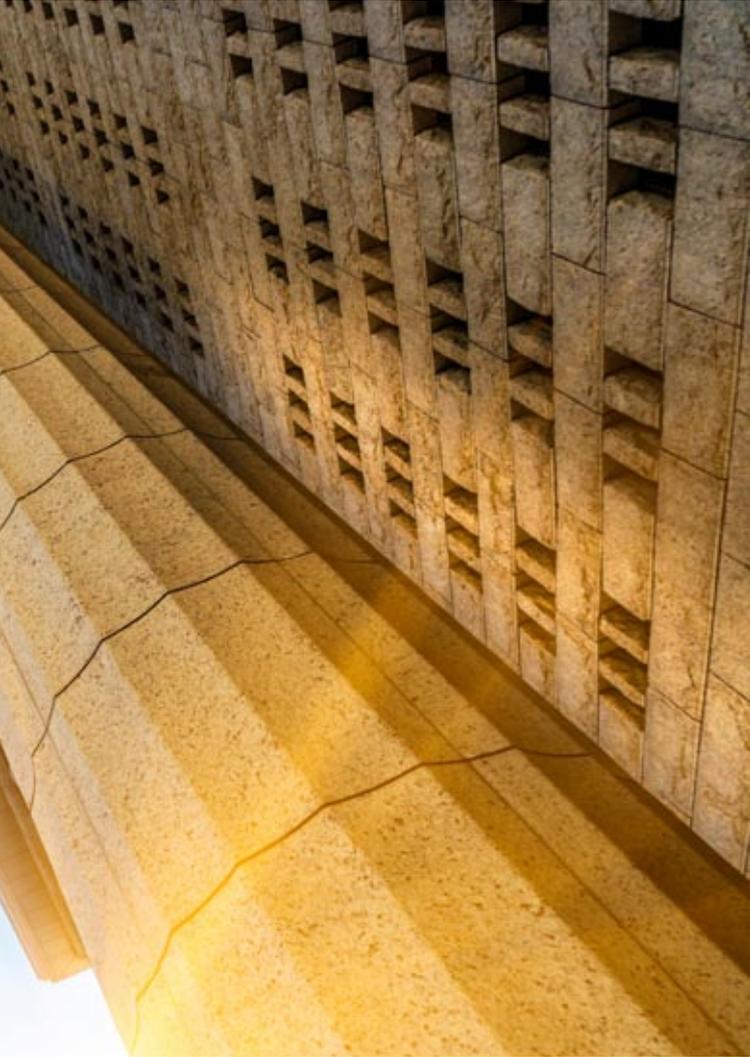
3、制度解读：“合理期限”之精确把握

对于该制度的要件设计，需精准把握“合理期限”这一不确定概念。首先，应当依据特别法规定把握在不



同合同类型下的“合理期限”。例如，《民法典》第九百四十八条第二款明确规定不定期物业服务合同任意解除理应提前60日。其次，在无特别法规定的情况下，该期间显然属于人民法院自由裁量范围之内，衡量基础是相对人对合同存续的合理信赖。以租赁合同为例，一般认为承租人所需“合理期限”系寻求替代性的租赁房源，出租人所需“合理期限”系另行招租的适当期限。

综上，在不定期继续性合同项下，随时从合同中解放出来的个人自主决定权压倒了相对人对合同存续的信赖利益，该等信赖利益仅能通过“合理期限”这一程序性设计予以补偿。显然，该等利益偏向有助于我们厘清如下法律问题，即当事人如果未能在合理期限之前通知对方，该等解除通知是否生效？本文认为，基于个人自



主决定权的压倒性优势，较为妥善的处理方式系解除通知延至合理期限之后发生解除效力即可，而非认定该等解除通知无效。

（二）有待观望的创新之举：违约方申请司法解除制度

违约方申请司法解除制度作为我国独一无二的法律设计，对现行合同解除体系的影响不容忽视，但也由此引发了诸多争议。本文认为，虽然理论上对该制度正当与否尚无定论，但是在立法已然作出抉择的背景下，存在从实践角度关注其适用情境和适用方式的必要性。因此，本文试图基于司法实践、理论设计以及《民法典》第五百八十条第二款的条文表述解读该等制度。进一步地，反过来审视该制度是否构成长期未被重视的“法律上的发现”而具有立法规制的必要性。

1、制度回顾：实践先行于理论的发展历程

违约方申请司法解除制度源起于最高人民法院公报案例——“新宇公司诉冯玉梅案”¹⁴。自此，司法实践中虽仍以否定违约方解除权为主流，但是支持该制度的裁判观点也逐渐涌现，并且大多以《合同法》第九十四条或第一百一十条但书条款为直接或间接的法律依据。

其中，除了前述公报案例，违约方解除权最为典型的适用情形之一系房屋租赁合同纠纷，即在承租人因经营状况恶化等个人原因擅自搬离租赁房屋并通知解除、而出租人坚持继续履行合同的情况下，认可承租人的解除权；北京市高级人民法院2013年颁布的《关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》已对该等情形下的承租人解除权予以认可¹⁵。对此值得进一步说明的是，虽然承租人所负的租金支付义务可通过执行制度予以强制履行，但是租金支付的前提系承租人受领并使用租赁房屋；在出租人无法强制承租人受领或通过提存方式履行提供租赁房屋义务的情况下，即发生承租人不予受领并使用租赁房屋、出租人却坚持合同继续履行而空置房屋、不主动另行招租的“合同僵局”。另一典型适用情形系演艺经纪合同纠纷。依据现有司法实践，艺人在经纪公司并无根本违约情形下拒绝履行合同义务并起诉解除合同；虽然艺人该等行为显然损害了经纪公司维持合同存续的利益，但是在艺人所负义务一般均符合“不宜强制履行”事由且双方信赖关系破裂的情况下，将双方当事人继续绑定在合同之下将可能导致经纪公司与艺人的双输局面。人民法院也多据此认可艺人作为违约方的解除权¹⁶。可以预见，前述情形此后将成为《民法典》第五百八十条第二款得以广泛适用的制度情境。

在司法实践已经存在诸多案例认可违约方享有解除

¹⁴参见江苏省南京市中级人民法院（2004）宁民四终字第470号《民事判决书》，载于《最高人民法院公报》2006年第6期。

¹⁵北京市高级人民法院《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（京高法发〔2013〕462号）：“经法院释明出租人坚持不解除的，考虑到承租人不愿继续履行租赁合同，该义务性质又不宜强制履行，租赁合同目的已无法实现，法院可以直接判决解除租赁合同，并根据案件具体情况以出租人收回房屋、当事人起诉或判决生效之日等时间合理确定合同解除的具体时间。承租人拒绝履行租赁合同给出租人造成损失的，应当承担赔偿损失的违约责任，出租人作为守约方也负有减少损失扩大的义务，具体损失数额由法院根据合同的剩余租期、租赁房屋是否易于再行租赁、出租人另行出租的差价，承租人的过错程度等因素予以酌定，一般以合同约定的三至六个月的租金为宜。”

¹⁶参见北京市第二中级人民法院（2015）二中民（商）终字第04890号《民事判决书》、上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终5638号《民事判决书》等；不支持艺人解除合同相反案例如上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终13315号《民事判决书》、北京市第三中级人民法院（2017）京03民终12739号《民事判决书》。

权的情况下，理论界近年来开始关注该制度并试图为其寻求制度正当性。基于此，《民法典各分编（草案）征求意见稿》及《民法典合同编（草案二审审议稿）征求意见稿》第三百五十三条第三款均规定了这一制度¹⁷；此后颁布的《九民会议纪要》在前述立法设计基础上，进一步细化适用要件，并将适用范围限制于长期性合同僵局。但是次月发布的《民法典（草案）》却将该制度予以删除。最终，《民法典》正式稿中又出乎意料地规定了这一制度，并且采取了与此前截然不同的要件设计，引起了理论界两极分化的反应。结合该等发展历程可知，违约方申请司法解除制度并非理论与司法共识上的水到渠成之举，而是尚需更为充分的理论论证、实践检验的创新性试验。因此，有必要在立法初创阶段对该制度保有谨慎适用的态度，并在该等理念下厘清其制度内涵。

2、制度解读：《民法典》第五百八十第二款之要件设计

分析的前提系试图明确《民法典》现有立法设计所对应的制度逻辑。《民法典》第五百八十条第一款规定了排除强制履行请求权的抗辩事由或抗辩权。基于此，从守约方角度而言，若强制履行请求权被排除导致其合同目的不能实现，其在原则上不具有维持合同存续的利益，而仅能通过损害赔偿请求权获得救济；从违约方角度而言，在守约方不具有维持合同存续利益的情况下，其行使解除权系主动放弃守约方所负有的对待给付义务。因此，给付义务依据《民法典》第五百八十条第一款予以排除，对待给付义务被违约方主动放弃，合同已然归于消亡，违约方解除合同仅旨在使双方摆脱空壳合同而无不当之处。此种逻辑也彰显于法院的裁判理由之中，例如有关案例裁判认为“既然守约方不能选择继续履行，则表明违约方在这种情况下可以解除合同，但必须承担违约责任”¹⁸。在该等逻辑之下，对《民法典》第五百八十条第二款的制度设计进行解读。

其一，在发生《民法典》第五百八十条第一款规定情形之时，首要关注的问题是“合同目的不能实现”这一要件的内涵。本文认为，违约方在先违约行为使其已经输在“起跑线”，为防止其利用该等权利恶意逃避债务，应当将“合同目的不能实现”明确限制于守约方之合同目的不能实现，从而考量守约方是否具有维持合同存续之利益。例如，在合同部分或一时性履行不能的情形之下，守约方合同目的仍有可能得以实现，不应允许违约方随意行使解除权。又如，在互易合同之中，即使给付义务全部、永久履行不能，守约方亦可能希望通过维持合同存续并提供对待给付的方式获得替代性损害赔偿

偿。因此，有必要在个案中慎重考量守约方是否存在维持合同存续的利益并谨慎适用上述制度。

其二，《民法典》在违约方申请司法解除制度的立法设计之中，始终坚持司法解除模式，以防止该制度在实践中异化为“吞噬合同约束力的魔鬼”。毋庸置疑，司法解除模式一方面有助于约束违约方滥用权利，另一方面系借助人民法院或仲裁机构的中立地位，在全面审慎考量各方利益的基础上作出合同应否解除的决断。但是，需要尤为注意的是，司法解除模式仅构成限制权利滥用的最后一道关卡，该制度的正当性基础和由此引发的要件约束仍具有继续讨论的必要性。

其三，上述制度设计并未详尽处理违约方行使解除权所导致的法律后果，后续可能引发争议。虽然第五百八十条第二款明确规定违约方申请司法解除“不影响违约责任的承担”，但是仍可能导致如下实践困境：以“新宇公司诉冯玉梅案”为例，违约方希望行使解除权以最终获得标的物的返还，而守约方坚持继续履行合同而不主动要求违约方承担赔偿责任。该等情形下，如果人民法院在违约方申请司法解除的诉讼中直接判令违约方承担赔偿责任，则损及守约方就损害赔偿问题进行举证、质证和辩论的诉讼权利，甚至引发“超裁”问题；如果人民法院仅判令违约方有权要求返还标的物，守约方另行诉讼损害赔偿问题，则会导致守约方无法行使同时履行抗辩权，在违约方要求返还标的物时要求其同时履行损害赔偿义务，从而不利于守约方顺利实现损害赔偿请求权。因此，该等假设情形是否会客观上导致双方利益失衡还有待观瞻。

3、制度边界：澄清司法实践中的混淆适用

前述制度理解下，有必要反过来审视违约方申请司法解除制度所引发的理论争议。除了有学者认为该制度可以经由更为妥善的制度予以替代之外，更为关键的原因系在此前的司法实践存在误用情形，而难以为《民法典》之创设提供充分的司法共识基础。该等质疑颇为有力，也警示裁判者即使遵循《民法典》以承认违约方的解除权，也要防止制度的混淆适用，具体阐明如下：

¹⁷《合同编草案》第353条第3款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，解除权人不得解除合同对对方明显不公平的，对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同，但是不影响其承担违约责任。”《合同编二审审议稿》在措辞上予以调整：“合同不能履行致使不能实现合同目的，有解除权的当事人不行使解除权，构成滥用权利对对方显失公平的，人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同，但是不影响违约责任的承担。”

¹⁸参见重庆市第四中级人民法院（2017）渝04民终115号民事判决书。





其一，此前存在违约方申请司法解除制度与情势变更制度的混淆使用。在《民法典》制定之前，情势变更制度仅规定于《合同法司法解释二》第二十六条，在实体要件上限于客观交易基础丧失，程序要件也颇为严格，进而存在法院将归属于情势变更制度的情形适用了违约方解除权制度的案例¹⁹。在《民法典》第五百三十三条已经将情势变更制度适用范围扩张至“主观行为基础障碍”情况下，应避免在该等情境下适用违约方申请司法解除制度。

其二，部分案例涉及双方违约情形并在形式上认可违约方解除权，进而存在理论观点认为该等裁判思路系违约方申请司法解除制度的又一例证²⁰。应当认为，在双务合同项下，如果双方合同当事人各自违反各自的给付义务，则该等情形与只有一方违反合同义务在适用合同解除、违约救济规则上不存在任何区别，当事人仍可依据《民法典》第五百六十三条、针对相对方的违约行为行使解除权，无需另行借助违约方申请司法解除制度。若将该等情形纳入《民法典》第五百八十条第二款适用情形，反而会出现构成要件难以适配的问题。

其三，亦有部分案例试图引入效率价值、尊重当

事人解约意愿等价值理念以认可违约方的解除权²¹。但是，在我国仍以合同严守原则为先的制度背景下，上述价值观念何以压倒合同约束力尚需进一步的理论探讨，暂时难以为违约方申请司法解除制度提供有效佐证。

概而言之，已有的司法实践尚未能就违约方申请司法解除制度提供充分参考，该制度尚需在此后的实践中接受考验；这也要求裁判者在尚无充分司法经验的基础上“摸着石头过河”，精准把握《民法典》第五百八十条第二款的制度内涵，防止违约方申请司法解除制度彻底颠覆契约严守原则。

结论

合同解除制度系高高悬置于合同关系之上的一把利剑，“锋利”至一旦落下便可斩断现有合同关系，并且其是否落下、何时落下的控制权均掌握在解除权人一方手中。因此，对合同解除体系的构建与完善理应深思熟虑、慎之又慎。《民法典》秉持前述理念，试图查漏补缺、精益求精，在细化解除权行使规则与新设制度以回应实践困境方面均有所作为，形成了较为严谨、周全的合同解除体系，从而对于指导司法实践具有关键性作用。

但与此同时，应当关注到现有合同解除制度并非无可挑剔。除了已在上文中提及的尚待司法解释或裁判实践厘清的问题，还应当关注到合同解除制度的关键性地位使得其与其他合同制度息息相关，从而引发新的制度衔接问题。比如《民法典》第五百二十二条第二款新增利益第三人的给付请求权和损害赔偿请求权。由此引发的思考在于第三人是否享有法定解除权，以及债权人作为一方当事人行使法定解除权之时，是否需经过第三人同意以防损害第三人享有的受领权益？本文无意对此予以展开，但是该等问题显然有待解答。

总的来说，被寄予厚望的《民法典》在合同解除制度上已然提供较为充分的规则，下一步即应关注司法实践对于该等制度何以妥善、适当的执行与适用，以避免争议理解与制度误用、滥用；同时，我们也寄希望于通过司法实践的检验与发现，充分回答上文提到的理论争议。

¹⁹参见宁夏回族自治区灵武市人民法院（2016）宁0181民初3426号《民事判决书》；江苏省连云港市中级人民法院（2017）苏07民终859号《民事判决书》。

²⁰参见陈耀东、沈明焱：《论买卖合同中违约方的解除权及适用范围》，《中国应用法学》2017年第5期。

²¹参见上海市第一中级人民法院（2010）闵民二（商）初字第640号《民事判决书》。

《民法典》对保证制度的重要修订和完善

王团团 张维强



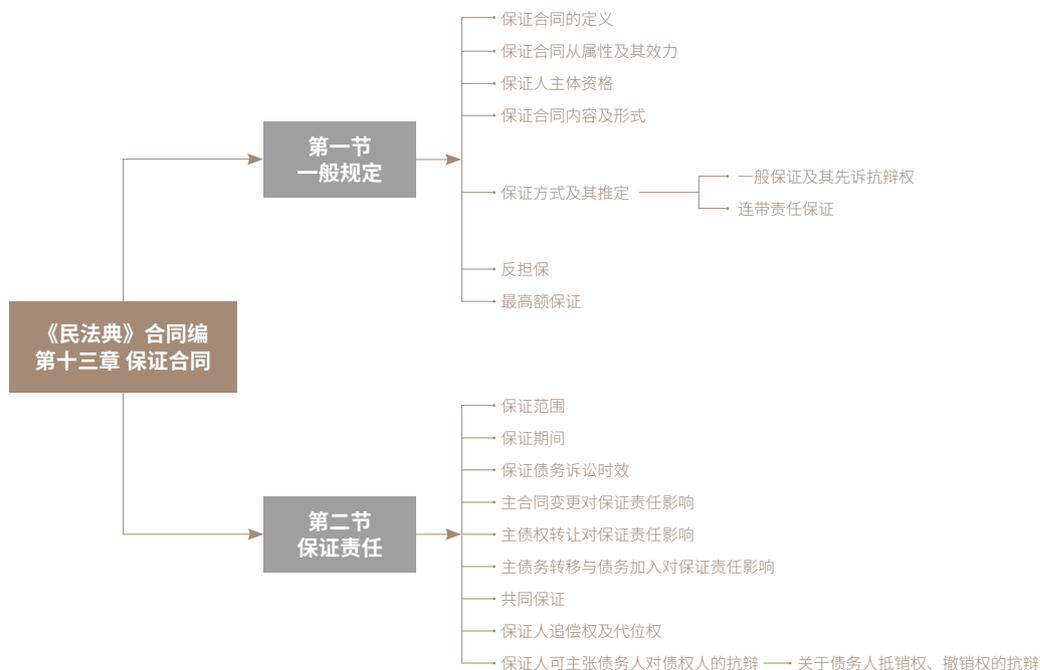
王团团

《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）在合同编中新设保证合同一章，整合了原《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》（法释[2000]44号，以下简称“《担保法解释》”）等有关保证担保的规定，并对部分条款进行修订和完善。本文将从宏观和微观层面介绍和探讨新法对保证制度重点条文的修改、法理基础以及实践应用。

一、《民法典》对保证制度整体修改的概要



张维强



总体而言，《民法典》对保证制度的修改主要体现在如下几个方面：

1、衔接《民法典》中的其他制度，体系性加强。比如《民法典》第六百八十一条对保证合同的定义也增加了当事人可以约定保证责任承担的情形，与《民法典》第三百八十六条对担保物权规定一致；又如《民法典》第六百八十三条规定不得成为保证人的主体包括机关法人、非营利法人、非法人组织等，与《民法典》总则编中有关的机关法人、非营利法人等规定相衔接。

2、回归保证制度的本源，增强对保证人的保护。比如《民法典》第六百八十六条规定保证方式没有约定或约定不明时推定为一般保证，第六百九十二条对保证期间约定不明时缩短为六个月，第六百九十六条规定债权转让通知保证人才对保证人发生法律效力，第七百条规定了保证人的代位权等。

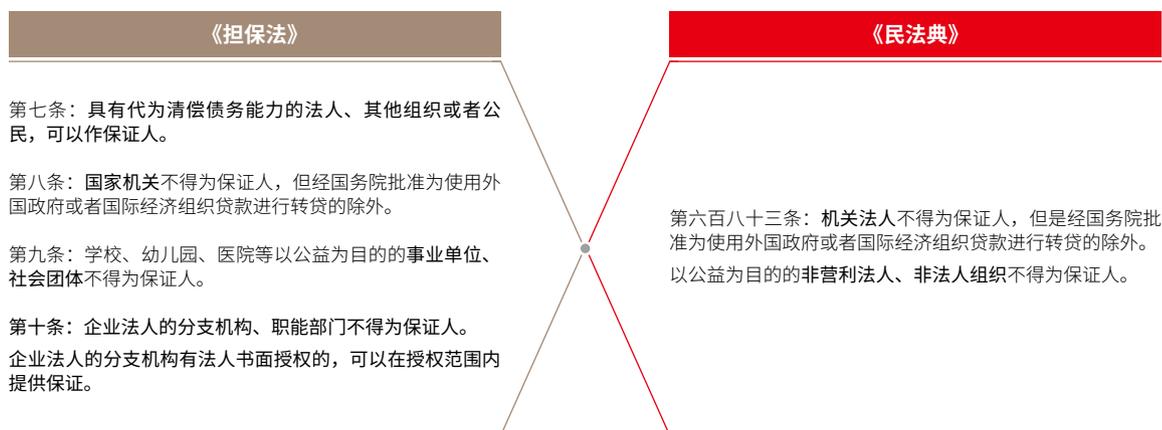
3、终结了原保证制度中的相关争议。比如《民法典》第六百八十二条第一款规定从法律层面确定了除法律另有规定外，不认可独立保函的效力，终结了长久以来独立保函效力的争论；又如《民法典》第六百九十条第二款明确最高额保证参照适用最高抵押权的规定，通过该等立法技术完善了最高额保证的相关规则。

二、《民法典》保证制度中重点条文的介绍和分析

本文将从如下几个方面简要介绍和分析《民法典》对保证制度重要的修改。

保证人主体资格	保证方式	一般保证先诉抗辩权	最高额保证
取消消极条件，修改不得担任保证人的主体的范围	没有约定或约定不明时的推定由连带责任保证变为一般保证	修改和完善先诉抗辩权丧失的情形	正本清源：最高额保证的保证期间与决算期
保证期间	一般保证诉讼时效	主债权转让与保证责任	保证人代位权
没有约定或约定不明时统一为主债务履行期限届满之日起六个月	一般保证债务诉讼时效起算点从“判决或者仲裁裁决生效之日”改为“权利消灭之日”	主债权转让需要通知保证人方能对保证人发生法律效力	明确保证人承担保证责任后的代位权

（一）保证人主体资格的变化



1、原保证人资格积极条件规定的取消

关于保证人资格的积极条件，根据《担保法》第七条，保证人应满足具备代偿能力的条件。对此，理论上曾存在两种观点：一种观点认为无代偿能力则不成立保证；另一种观点认为保证人是否具备清偿能力不影响保证合同的有效性¹。第二种观点逐渐成为主流观点，比如《担保法解释》第十四条规定：“不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。”《民法典》未再对保证人是否应当具备代偿能力予以明确规定，我们认为其原因可能是：第一，保证人作出保证行为系民事法律行为，其效力应根据《民法典》总则编第六章第三节“民事法律行为的效力”的规定进行判断；第二，保证人应否承担保证责任与其是否有能力承担保证责任并不相同，是否具备代偿能力（履行能力）不是也不应成为其主体资格判断的标准。

2、保证人资格消极条件的体系化和明确化

关于保证人资格的消极条件，《担保法》第八条、第九条、第十条规定了不得担任保证人的主体，包括：（1）国家机关，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外；（2）以公益为目的的事业单位、社会团体；（3）企业法人的分支机构、职能部门，但分支机构有法人书面授权的可在授权范围内提供保证。《民法典》第六百八十三条则将“国家机关”改为了“机关法人”，将“以公益为目的的事业单位、社会团体”改为了“以公益为目的的非营利法人、非法人组织”，且没有规定“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人”。

从“国家机关”到“机关法人”、“事业单位、社会团体”再到“非营利法人、非法人组织”的措辞变化，一方面与《民法典》总则编中对民事主体的新分类构建一致，体现了立法语言的科学性、逻辑性、体系性。另一方面在不得担任保证人的主体范围问题上可以更明确地指导实践。比如《民法典》之前，实践中对民办学校是否具备保证人资格存在较大争议，主要在于《担保法》第九条的标准实际并不清晰，具体而言实践中对民办学校是否属于“事业单位、社会团体”以及是否具备“公益目的”等存在不同争议，一种观点认为民办学校作为民办非企业单位，难为“事业单位、社会团体”所涵盖，所以不应适用《担保法》第九条规定，可以成为保证人[如湖北省高级人民法院（2017）鄂民申1620号、宿迁市中级人民法院（2015）宿中商终字第00402号等]；另一种观点认为民办学校本身具有一

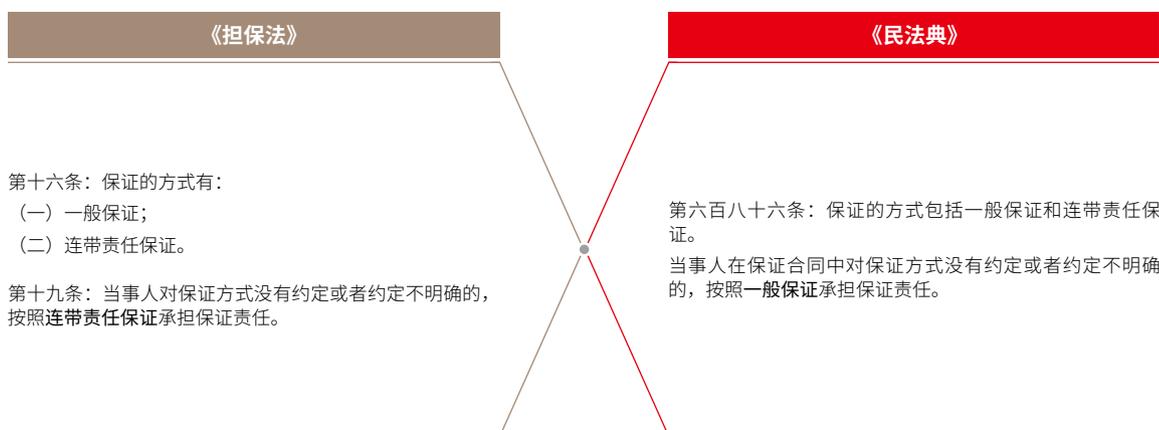
定社会公益属性，让其承担保证责任会影响到社会公共利益，与《担保法》第九条立法本意相违背，所以应适用《担保法》第九条规定，不应成为保证人[如最高人民法院（2017）最高法民终297号案、（2016）最高法民申3072号等]。但民办学校确也存在营利性和非营利性之分²，如果一律认定民办学校不得为保证人，似乎也与部分营利性民办学校性质不符，对债权人保护也不利。在《民法典》体系下，民办学校是否具备保证人资格的判断标准则相对清晰和确定。《民法典》第六百八十三条规定，只有以公益为目的的非营利法人、非法人组织，才不得担任保证人，民办学校作为法人自不待言，由此其是否具备保证人资格则回归到其是否具备营利性性质。

对于企业法人的分支机构、职能部门是否具备保证人资格问题，从《担保法》第十条、第二十九条及《担保法解释》第十七条、第十八条等规定来看，企业法人的分支机构、职能部门原则上不得作为保证人，然而《民法典》对此并没有明确规定。对此我们认为可能的解释是，法人分支机构或其职能部门本身不具备法人资格，系法人的组成部分，而根据《公司法》第十六条等规定，公司对外提供担保需要经过公司内部决议，作为其组成部分的分支机构、职能部门对外提供担保的，也应当经过公司内部决议，且相应的保证责任最终也是由公司承担。由此在法人已作出意思表示同意其分支机构或职能部门对外提供保证情况下，法律上再对其保证人的主体资格作出限制，似乎已无必要，也与当事人意思自治相违背。当然该问题还需要相关法律或司法解释等进一步明确。

¹郭明瑞、房绍坤、张平华编著：《担保法（第五版）》，中国人民大学出版社，2017年4月第5版，第32页。

²2016年11月7日，全国人民代表大会常务委员会通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民办教育促进法〉的决定》，对民办学校实行非营利性和营利性分类管理。

(二) 保证方式没有约定或约定不明时推定为一般保证



1、保证方式没有约定或约定不明时处理的历史变迁

关于对保证方式没有约定或约定不明时的处理，在《担保法》实施前，根据《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》（法发[1994] 8号，下称“《保证若干规定》”）第7条³，应当推定保证方式为一般保证。而《担保法》实施之后，根据《担保法》第十九条规定，则对保证方式没有约定或约定不明确时，按照连带责任保证方式处理。关于《担保法》此条规定的立法背景，部分观点认为该规定虽然是为了应对当时的社会经济秩序混乱、交易诚信严重缺失等社会问题，进而倾向于加强对债权人利益的保护，但该等推定方式颠覆了保证责任以补充性为原则、以连带性为例外的基本特征，存在“过度商化”的嫌疑⁴；

另一些人认为推定规则的立场属于立法决断，而非逻辑推演的结果，比较法上商事担保多为连带责任保证，而《担保法》立法之时，《合同法》尚未颁布，保证的适用范围仅限于《经济合同法》第8条确立的九种商业性质的合同，且大多数担保规定都采取民商事一体的方式，因此，《担保法》将保证方式统一推定为连带责任保证⁵。

2、《民法典》的“返璞归真”

就此争议，《民法典》则回归了当事人没有约定或约定不明时推定为一般保证的规则，这一改动，一则更符合保证责任以补充性为原则、以连带性为例外的基本特征；二则由于实践中一般理性的商事主体多会明确约定保证方式，而民事主体却常因未明确约定保证方式承担了连带保证责任、导致其负担过重责任，因此《民法典》的立法取向从偏向保护债权人变为偏向保护保证人，也是考虑到了这一现实；三则从诉讼角度，该改动对债权人的影响也相对有限，其原因在于，无论是一般保证还是连带责任保证，债权人在向债务人提起诉讼时均可一并起诉保证人和申请财产保全。而两者较大区别是，一般保证中必须先执行债务人财产，只有债务人财产经强制执行仍不能履行债务的，才可执行一般保证人财产，而连带责任保证中则可同时执行债权人和保证人的财产。

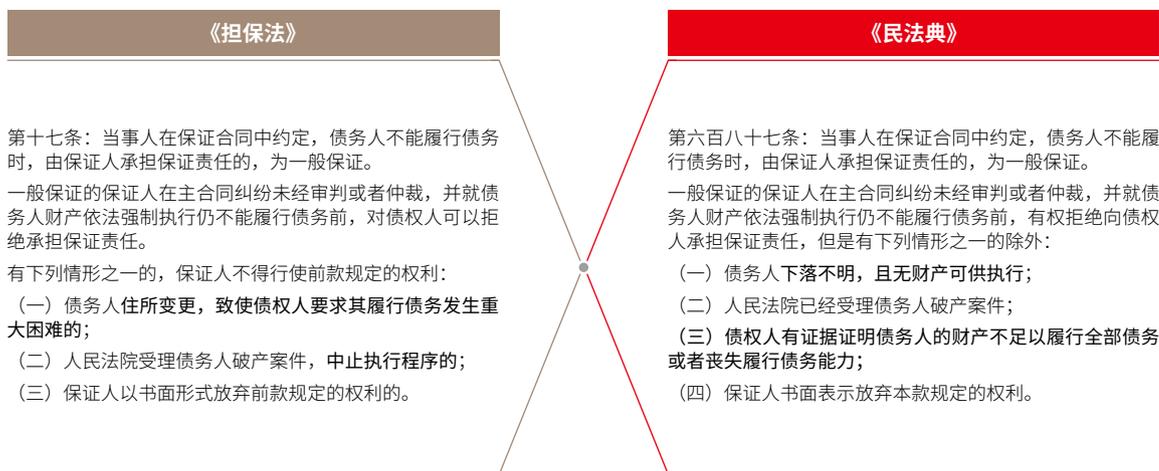
由于保证方式的不同将影响到债权人权利实现时点的早晚，因此在《民法典》已经颁布、即将实施之际，各商事主体应当更加重视对保证方式的明确约定，避免在约定不明时被认定为一般保证责任的不利情形。

³ 《保证若干规定》第7条：保证合同没有约定保证人承担何种保证责任，或者约定不明确的，视为保证人承担赔偿责任。当被保证人不履行合同时，债权人应当首先请求被保证人清偿债务。强制执行被保证人的财产仍不足以清偿其债务的，由保证人承担赔偿责任。

⁴ 李昊、邓辉：《论保证合同入典及其立法完善》，载《法治研究》2017年第6期，第61页。

⁵ 汪洋：《共同担保中的推定规则与意思自治空间》，载《环球法律评论》2018年第5期，第70页。

(三) 一般保证人先诉抗辩权例外的完善



一般保证人的先诉抗辩权是指一般保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任。但在例外情形下，一般保证人不得主张其先诉抗辩权。对于前述例外情形的列举，《民法典》第六百八十七条在《担保法》第十七条规定基础上进行了如下修订：

1、《担保法》规定，“债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的”，保证人不得主张先诉抗辩权，对“债权人要求其履行债务发生重大困难的”情形，《担保法解释》第二十五条进一步规定了“包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行”的情况。《民法典》则直接更改为“债务人下落不明，且无财产可供执行”，相较于原规定，新规则则缩小了适用范围，也一定程度上加重了债权人的举证责任，其不仅要证明债务人下落不明，还需要同时证明债务人无财产可供执行，这体现出《民法典》回归保证责任以补充性为原则的基本属性，避免保证责任的扩大化；

2、《担保法》规定，“人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的”，保证人不得主张先诉抗辩权，《民法典》则在此基础上删除了“中止执行程序”的表述。对此，我们理解，法院受理债务人破产案件本身即可以说明主债务人可能存在资不抵债或明显缺乏清偿能力的情形或存在明显丧失清偿能力的可能，而根据《破产法》第十九条“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中

止”的规定，一旦法院受理破产案件，执行程序均应当中止，再以“中止执行程序”为要件意义相对有限。此外，实践中不排除执行法院可能因为某些原因未能及时出具中止裁定情况，如果保证人仅因此便有权拒绝承担保证责任，又有违先诉抗辩权的实质，对债权人而言较为不利。此外，在就担保物权的执行是否应当中止这一问题上，理论和实践上均可能存在不同的看法⁶，故可能实践中一些担保物权的执行程序实际并未中止。因此，如以执行程序是否中止作为保证人是否丧失先诉抗辩权的必要条件之一，可能导致债权人权利实现时点“严重”推迟。《民法典》对此项的修改则避免了上述困境，回归先诉抗辩权的本质，有利于对债权人利益的维护。

3、新增“债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力”，该规定情形接近于《破产法》规定的企业破产原因，在已有证据证明

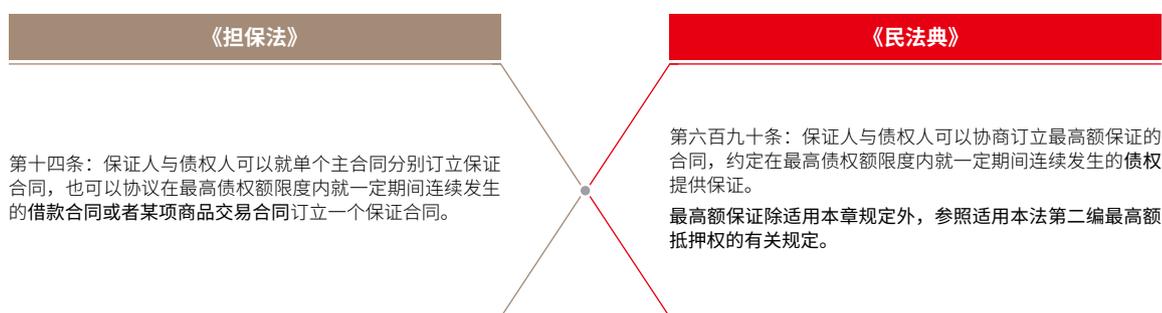
⁶ “有物权担保的债权人即别除权人就担保物权提起的执行程序，原则上不应受中止效力的约束，除非当事人申请的是重整程序。”参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用——破产法解释（一）、破产法解释（二）》，人民法院出版社，2017年3月第2版，第152页。

但实践中，不少法院可能认为破产申请受理后，就担保物权的执行程序也应一并中止。

债务人不可能履行债务情况下，如果还赋予保证人先诉抗辩权，有违该权利制度设立的初衷，我们理解该等增加可能是从经济角度出发，在债务人已明显不具备清偿能力情况下，若还要求债权人必须对债务人起诉或申请仲裁且必须经过强制执行程序后才能向保证人主张保证权利，显然债权人还需要耗费较大时间、金钱成本，不利于对债权人利益保护。

从上述修订可知，《民法典》完善了部分旧规中的不合理部分，修改和新增部分例外情形，更加回归先诉抗辩权制度的本质，更加平衡了保证人与债权人之间的利益。此外，实践中还需要注意的是，除了前述情形，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第四条⁷规定，在保证人本身进入破产程序时，债权人有权申报其对保证人的破产债权，即使主债务未到期的，保证债务在保证人破产申请受理时也视为到期，一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的，人民法院不予支持。

（四）明确最高额保证参照适用最高额抵押权的规定



1、最高额保证担保的债权范围的变更

关于最高额保证的所担保的债权，《民法典》第六百九十条相较于《担保法》第十四条，主要变化在于从“借款合同或者某项商品交易合同”变为“债权”，由此，最高额保证的担保债权不再如旧规规定局限于借款合同或者商品交易合同，而是几乎涵盖所有种类的债权，扩大了最高额保证的适用场合⁸。

2、对最高额保证的保证期间与决算期纷争的定分止争

关于最高额保证的保证期间与决算期，《担保法》第二十七条规定：“保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。”理论和实践中，对于该条规定的理解，尤其对其中“保证期间”的理解，存在不同观点，导致该规定适用的不统一：

（1）部分观点认为：此处的“保证期间”并非《担保法》第二十五条、第二十六条中的“保证期间”（保证责任期限），而实为决算期，即对最高额保证担保债权的截止日期的规定。据此，如当事人没有对决算期作出约定，保证人可以随时书面通知终止保证合同，终止通知到达债权人之日即为决算期，最高额保证担保的债权得以特定化⁹ [实践案例如四川省高级人民法院（2019）川民终896号案等]；

（2）部分观点认为：《担保法》第二十七条的“保证期间”是指最高额保证的存续期间。存续期间一旦届满，所担保的不特定债权即归于确定，而只有存续期间内发生的债权才属于被担保的范围，如当事人未约

⁷ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第四条：保证人被裁定进入破产程序的，债权人有权申报其对保证人的保证债权。主债务未到期的，保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的，人民法院不予支持，但债权人在一般保证人破产程序中的分配额应予提存，待一般保证人应承担的保证确定后再按照破产清偿比例予以分配。保证人被确定应当承担保证责任的，保证人的管理人可以就保证人实际承担的清偿额向主债务人或其他债务人行使求偿权。

⁸ “按《担保法》第14条规定，最高额保证的债权仅限于‘借款合同或者某项商品交易合同’，但立法上限定的这一范围未免过窄，无法涵盖现实生活中的其他情况，从而导致连续发生的工资、住院费等就不能适用最高额保证。为此有必要修改《担保法》，规定只要‘连续发生的债权’，即可适用最高额保证。”参见郭明瑞、房绍坤、张平华编著：《担保法》，中国人民大学出版社，2017年4月第5版，第72页。

⁹ 王利明：《债法总则（王利明法学教科书）》，中国人民大学出版社，第400页；郭明瑞、房绍坤、张平华：《担保法》，中国人民大学出版社，2017年4月第5版，第72页。

定该存续期间，则保证人有权随时书面通知债权人终止保证合同¹⁰ [实践案例如湖北省黄石市下陆区人民法院（2015）鄂下陆民初字第00897号案等]；

（3）部分观点认为，《担保法》第二十七条是针对主债务发生期间未约定的情况，而与保证责任期限意义上的保证期间无关¹¹ [实践案例如浙江省高级人民法院（2014）浙民申字第1398号案等]。

事实上，前述观点虽对于该“保证期间”在表述上略有差异，从法律效果上看，前述观点在实质上并无太大差异，均是强调此“保证期间”实际上并非保证人承担保证责任的期限，而是一个在届满或届至时被担保的债权得以特定化、确定化的期间（期日）；

（4）还有观点认为：《担保法》第二十七条的“保证期间”就是保证人承担保证责任的期限意义上的

保证期间，即根据当事人约定或法律规定，债权人应当向保证人主张权利的期间，债权人超过保证期间未行使请求权的，保证人免除保证责任；并进一步认为，最高额保证中，如未约定保证期间的，应根据《担保法解释》第三十七条¹²确定保证期间¹³ [实践案例如北京知识产权法院（2018）京73民初206号案等]。

《民法典》并没有继续采用《担保法》第二十七条等最高额保证相关条款的表述，对最高额保证的适用规则，《民法典》规定除适用合同编“保证合同”一章的一般规定外，可直接参照最高额抵押权的相关规定。据此，关于最高额保证的保证期间，应当与普通保证一样，根据第六百九十二条予以确定；而关于最高额保证的决算期（被担保债权的截止日期），则应参照第四百二十三条最高额抵押权的相关规定予以确定。

《民法典》

第六百九十二条：保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。

债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

《民法典》

第四百二十三条：有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

- （一）约定的债权确定期间届满；
- （二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；
- （三）新的债权不可能发生；
- （四）抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押；
- （五）债务人、抵押人被宣告破产或者解散；
- （六）法律规定债权确定的其他情形。

（五）约定不明的保证期间缩短为六个月

《担保法解释》

第三十二条第二款：保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起二年。

《民法典》

第六百九十二条第二款：债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

¹⁰孙英：《浅论我国最高额保证制度及其完善》，载《司法论坛》2006年第6期，第51页。

¹¹汪明照：《连续最高额保证当事人未约定保证期间的法律适用》，载《法律适用》2000年第11期，第41页。

¹²《担保法解释》第三十七条：最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

¹³黄松有主编、何志撰写：《担保法司法解释实例释解》，人民法院出版社，2006年3月第1版，第139页。

1、保证期间约定不明时处理制度的变迁

关于对保证期间没有约定或约定不明时的保证期间，在《担保法》实施之前，根据《保证若干规定》第11条¹⁴，保证人应在主债务人履行期内承担保证责任，主债务不消灭，保证债务不消灭，同时赋予保证人以催告权，以督促债权人及时行权。可见，此时保证期间的没有约定和约定不明产生的是同样的法律后果。事实上，《担保法》第二十五条第一款¹⁵也仅规定了没有约定保证期间时的法定保证期间为主债务履行期届满之日起六个月，而未对保证期间约定不明时的情况予以规定。1998年11月23日，最高人民法院副院长李国光在全国经济审判工作座谈会上认为，保证期间约定不明的情况不同于根本没有约定的情况，如完全按照没有约定处理也不尽合理，因此应参照诉讼时效的规定将保证期间确定为两年。在此背景下，《担保法解释》第三十二条第二款应运而生，规定了“承担保证责任直至主债务本息还清时为止”的约定构成对保证期间约定不明，此时保证期间应为主债务履行期届满之日起两年。

2、《民法典》统一规定没有约定和约定不明时的保证期间

《民法典》第六百九十二条不再区分保证期间没有约定和约定不明的情形，而是将两种情形的保证期间统一为主债务履行期限届满之日起六个月。对此，我们理解，一方面，约定不明与没有约定并无本质区别，在没有约定情况下保证期间仅六个月，但在有约定仅仅是

约定不明确情况下反而要求保证人负担更长的保证期间即两年，对保证人而言显然不利；另一方面，从《担保法解释》出台的背景等情况来看，对保证期间性质系诉讼时效、除斥期间或是其他性质期间存在较大争议。而《民法典》在明确保证期间不发生中断、中止、延长的同时，没有再采用原《担保法》第二十五条第二款“债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定”之规定，对此我们认为《民法典》更倾向于将保证期间认定为除斥期间，由此再按原来思路在保证期间约定不明时参照诉讼时效期间确定，也与其性质不太相符。

此外，关于保证期间约定不明的认定，《民法典》第六百九十二条第二款未再如《担保法解释》第三十二条第二款一样规定“承担保证责任直至主债务本息还清时为止”的表述构成保证期间约定不明情形。事实上，对该等表述是否构成约定不明这一问题，理论上存在两派观点。一派观点认为，该等约定看似没有明确的终止时间，但主债务的清偿通常是能够实现的，实际上保证期间是以主债务的结束时间为终止时间，相当于约定了明确的保证期间认定方法¹⁶；另一派观点认为，主债务本息是否还清取决于当事人履约能力等多种因素，主债务本息还清等事实不具有必然性，将之认定为期间，混淆了条件和期间的区分，因此该等表述不构成对保证期间的明确约定¹⁷。因此，《民法典》生效实施后，该等表述是否仍构成对保证期间约定不明的情形，也有待相关司法解释和司法实践进一步明确。

(六) 一般保证债务诉讼时效从权利消灭之日起开始计算



¹⁴ 《保证若干规定》：11. 保证合同中约定保证责任期限或者约定不明确的，保证人应当在被保证人承担责任的期限内承担保证责任。保证人如果在主合同履行期限届满后，书面要求债权人向被保证人为诉讼上的请求，而债权人在收到保证人的书面请求后一个月内未行使诉讼请求权的，保证人不再承担保证责任。

¹⁵ 《担保法》第二十五条第一款：“一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。”

¹⁶ 孔祥俊：《担保法及其司法解释理解与适用》，法律出版社2001年版，第162页。

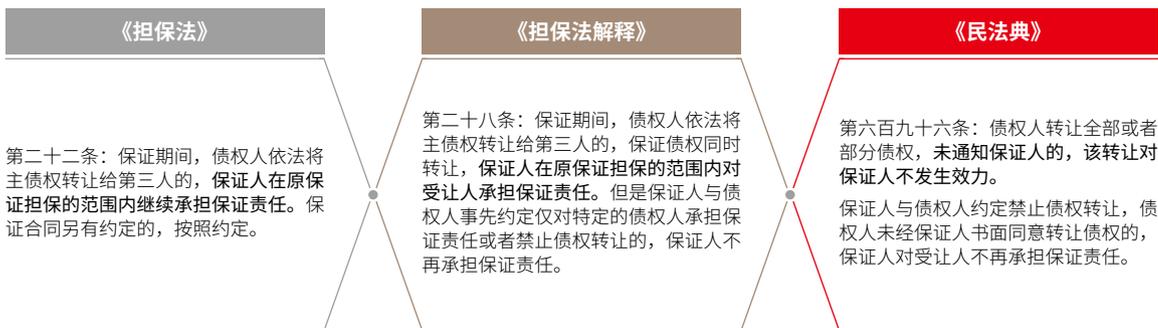
¹⁷ 高圣平：《最高人民法院公报担保指导案例学理研究》，人民法院出版社，2012年5月第1版，第73页。

¹⁸ 有关本条立法背景、适用问题等详细分析，请参见笔者发布在微信公众号“金杜研究院”的《见微知著：民法典语境下谈金融资管业务（二）——第六百九十六条之债权转让通知保证人制度》一文。

相较于《担保法解释》第三十四条第一款，《民法典》第六百九十四条第一款规定的一般保证债务的诉讼时效起算点不再是“判决或仲裁裁决生效之日”，而是“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”。这一改变体现了一般保证诉讼时效起算点向诉讼时效起算点一般规则的回归。

根据《民法典》第一百八十八条第二款，诉讼时效应从“权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日”起算。而在一般保证中，由于先诉抗辩权的存在，除《民法典》第六百八十七条第二款的特殊情形外，债权人只有在就主合同提起诉讼或申请仲裁且经强制执行仍未能获得清偿时才有权利要求一般保证人承担保证责任。如果以主合同判决或仲裁裁决生效的时间点开始计算保证合同的诉讼时效，此时若债权人还未对主债务人申请强制执行，则客观上存在保证债务诉讼时效已开始起算，而债权人却不能向保证人主张保证债权的不利情形，极端情况下，直至保证债务的诉讼时效到期之日，对债务人财产的强制执行程序还尚未结束，此时债权人却因保证债务诉讼时效届满而丧失胜诉权。《民法典》将保证债务诉讼时效的起算点更改为“从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起”计算，则解决了前述问题，也更好地维护债权人利益¹⁸。

（七）主债权转让也需要通知保证人才对保证人发生法律效力



《担保法》和《担保法解释》没有规定债权转让应通知保证人主要是基于以下考量：（1）保证债权的从属性决定保证债权作为一项从权利，本身并不能独立存在（存在金融机构依法作出的独立保函等例外情形），在主权利已转让时应随主权利一并转让。除非债权人与保证人另有约定，则无须再另行通知保证人，债权受让人当然取得保证债权并有权要求保证人承担保证责任，这是从权利从属性特征的应有之义；（2）传统观点认为债权转让对保证人责任并无影响。一则，因保证人实际是在为债务人的对外负债提供担保，债权转让并不涉及到债务人的变更；二则，保证期限、保证范围等亦不因债权转让而发生变化，这样债权转让实际上对保证人的责任没有负面影响。《民法典》则在原债权转让要通知债务人基础上进一步规定要通知保证人，否则对保证人不发生法律效力。这一改变体现了立法对保证人法益保护的加强，避免保证人在不知晓债权人已变更情况下对原债权人误为清偿而蒙受损失。

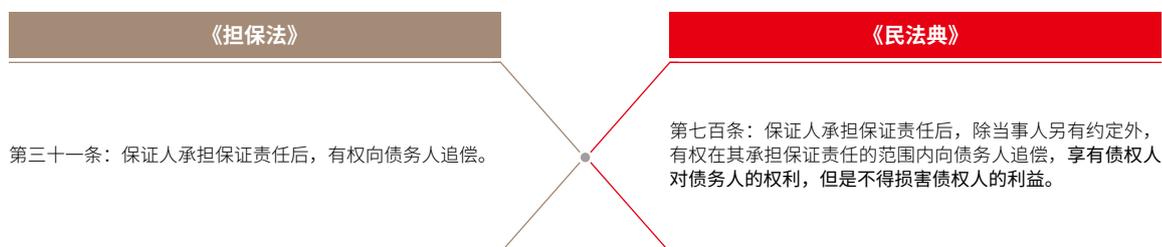
¹⁸郭明瑞、房绍坤、张平华编著：《担保法（第五版）》，中国人民大学出版社，2017年4月第5版，第61页。

²⁰张吉：《试论我国现行法未承认保证人代位权及此态度的合理性》，载《法制与社会》2014年第13期，第285-287页。

²¹《民法典》第五百二十四条：债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。

债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。

（八）明确保证人的代位权



1、《担保法》背景下保证人是否享有代位权之争
保证人代位权，即保证人代债务人清偿债务后，取代债权人的地位对债务人享有债权¹⁹。《担保法》第三十一条规定，“保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿”。又由于一些传统大陆法系国家或地区（如德国、日本、我国台湾地区）及普通法系国家（英国和美国）对保证人之代位权均有规定，因此理论和实务上曾对我国法律体系下是否存在保证人代位权多有争议。

一种观点认为，虽则《担保法》第三十一条并未明确规定保证人代位权之存在，但未规定不代表明确排除，通过法律的目的解释、体系解释、比较法解释均可论证保证人之代位权。比如认可保证人代位权的案例如最高人民法院（2000）经终字第267号案、广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终4351号案等。

另一种观点认为，我国法律上并未承认保证人代位权，亦无从通过法律解释的方式论证得出保证人代位权²⁰。否认保证人代位权的案例如最高人民法院（2020）最高法民申343号案等。

《民法典》第七百条在《担保法》第三十一条规定保证人享有对债务人追偿权的基础之上，规定保证人承

担保证责任后，除另有约定，“享有债权人对债务人的权利”，由此，保证人代位权在我国法律上得以明确。

2、保证人代位权确立之意义及可能的争议

《民法典》第七百条规定的保证人代位权，也较可能是《民法典》第五百二十四条²¹在保证领域的具体体现。保证人代位权之最大意义在于可更好地保障保证人的追偿权，体现法律的公平精神²²。

《民法典》虽对保证人代位权予以确认，但该新制度的出现可能会产生实践应用的争议。比如保证人代位权是否意味着承担保证责任的保证人一并享有原债权人对第三人的担保权利（从权利），向其他担保人追偿？对此，存在以下两种不同解释：

（1）一种观点认为：根据传统保证人代位权理论，作为债权的法定让与的保证人代位权意味着保证人可一并取得与主债权相关的从属权利（比如担保物权、保证债权等）²³。即承担责任的保证人有权向其他保证人、抵押人或质押人行使债权人对其享有的担保权利。按此观点，则进一步问题是，保证人和其他担保人之间的内部责任份额应如何划分，如何确定保证人可向其他担保人行权的具体数额？如果采取该解释，上述问题还需要进一步明确。

（2）另一种观点认为：《民法典》第七百条并未明确主债权的从权利（尤其是针对非债务人的担保人的从权利）是否一并为承担保证责任的保证人所享有；同时，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法[2019]254号）第56条²⁴亦认为混合担保中承担担保责任的担保人不能再向其他担保人追偿，除非担保合同约定可以相互追偿。由此，《民法典》第七百条规定的保证人代位权并不意味着承担保证责任的保证人可向其他担保人追偿。

上述两种观点如何取舍，可能还有待最高法院通过司法解释或者典型案例指明方向，对此，我们充满期待。

¹⁹程啸：《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权——对〈物权法〉第176条的理解》，载《政治与法律》2014年第6期，第97页。

²³郭明瑞、房绍坤、张平华编著：《担保法（第五版）》，中国人民大学出版社，2017年4月第5版，第62页。

²⁴《全国法院民商事审判工作会议纪要》第56条：【混合担保中担保人之间的追偿问题】被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，担保法司法解释第38条明确规定，承担了担保责任的担保人可以向其他担保人追偿其应当分担的份额。但《物权法》第176条并未作出类似规定，根据《物权法》第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，承担了担保责任的担保人在向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。

变化纵横出新意—— 《民法典》中个人信息的定位及影响

宁宣凤 吴涵 蒋科 陈胜男 张乐健

《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）将于2021年1月1日正式生效。作为中国第一部以“法典”命名的法律，《民法典》集我国民事领域立法之大成，是我国民事立法领域具有划时代意义的重大立法成果。《民法典》中对自然人“隐私权”和“个人信息保护”的具体要求，一方面，反映了我国民事立法对互联网、信息数字化时代下个人隐私、个人信息等权益保障迫切需求的法律回应，为民事主体寻求个人隐私、个人信息方面的法律救济提供上位法依据。另一方面，个人信息等数据作为数字经济时代产业发展的关键要素之一，在我国产业发展促进的政策中同样有着举足轻重的地位¹。在《民法典》颁布之际，对个人信息及其有关权益的准确定位，将有助于企业正确认识个人信息商业化应用背后的权益逻辑，为日后的个人信息合规以及企业数据资产化工作提供理论支持。

一、个人信息性质的确立

相较于欧洲、美国等国家地区将个人数据保护作为基本人权的内容，或通过隐私体制对个人

信息主体的权益予以保障，中国将如何定位个人信息保护一直是国际社会关注的焦点。

早在2017年，《民法总则》已明确将个人信息保护纳入民法视野。此次《民法典》吸纳了总则部分的全编规定，重申了个人信息保护的定位，强调获取个人信息应“依法取得”并“确保信息安全”，不得“非法收集、使用、加工、传输他人个人信息”，不得“非法买卖、提供或者公开他人个人信息”²。虽然条款文本并未对“个人信息”是否构成法律意义下的民事权利进行明确，但从体例编排来看，无论是此前的《民法总则》还是当下的《民法典》，均将其置于“民事权利”章节之下，这在一定程度上反映了立法者从“民事权利”视角对个人信息保护进行法律定位的意图。

此次《民法典》对于个人信息保护新增条款的编排进一步确认了个人信息的人格属性。《民法典》第九百九十条对人格权的定义和范畴进行了明确，包括民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。虽然其并未对个人信息的

¹2020年4月9日颁布的《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》明确提及要加快培育数据要素市场，提升社会数据资源价值，同时须加强数据资源整合和安全保护。

²见《民法典》第一百一十一条。

权利定位予以明确，但该条第二款强调了自然人同时享有“基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”。个人信息作为识别、表明个人身份的标记信息，其存在本身就天然与个人在信息社会环境中的人格尊严存在密切联系。据此，个人信息将可能作为一种尚未具化为独立权利的“人格权益”受到保护。

诚然，当下有关个人信息乃至数据的法律属性仍旧存在较大争议。产业领域的个人信息处理涉及多方主体，各方对于个人信息是否应当享有某种权益、权益边界为何仍亟待讨论。但本次《民法典》对个人信息的权益定位，至少肯定了个人信息主体一侧对个人信息享有的权益属

性，有助于未来进一步厘清个人信息相关的权益边界。

二、个人信息保护具体规则的创新与突破

如前所述，《民法典》中对个人信息保护的相关规定，意味着“自然人对个人信息享有受保护的民事权益”³的认可，同时，这种受保护的民事权益与“人作为目的性的存在”⁴、“人格尊严和人格自由”⁵之间也存在着紧密联系。以下，我们尝试结合个人信息保护的相关条款及民法典的编撰体例，探讨个人信息保护具体规则的内涵。

《民法典》总则编沿袭了2017年《民法总则》中对个人信息保护的原则性规定；而人格权编第六章则对个人信息的定义⁶、处理个人信息的原则和条件⁷、自然人针对个人信息的查阅、复制、请求更正、请求删除的权利⁸、信息处理者不得泄露、篡改、向他人非法提供个人信息及保障信息安全义务⁹、法定机构及其工作人员对个人信息的保密义务¹⁰等内容作出了具体规定。

（一）个人信息处理的合法基础：“个人信息主体的同意为原则”及有限例外

与《网络安全法》（下称“《网安法》”）体系¹¹相协调，《民法典》第一千零三十五条重申了“个人信息主体或其监护人的同意”作为全生命周期的个人信息处理（包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等环节）的合法性基础，体现了对个人信息主体在个人信息处理全流程中主体性的认可与尊重，充分保障了个人信息主体的同意权。这一规定与第一千零三十七条、第一千零三十八条共同搭建了对个人信息处理事前同意、事中知情¹²、事后救济¹³框架，为个人信息主体提供了周延的保护。

第一千零三十五条同时首次从法律层面肯定了除“征得该自然人或者其监护人同意”外，“法律、行政法规另有规定”也可以作为处理个人信息的合法基础，既有助于《民法典》、《网安法》下关于授权同意与其他法律法规的衔接和协调；同时也能帮助信息处理者更加准确地理解个人信息处理行为的合规边界，选择合适的信息处理方式和商业模式。如果企业或其他信息处理者能够确认相关的信息处理行为是根据法律、行政法规的规定而开展，则可能无需另行征得自然人或者其监护人的同意。

我们期待着以《民法典》为开端的对个人信



宁宣凤



吴涵



蒋科



程胜明



张乐健

³程啸. 民法典编纂视野下的个人信息保护[J]. 社会科学文摘, 2019(11):71-73.

⁴张新宝. 从隐私到个人信息: 利益再衡量的理论与制度安排[J]. 中国法学, 2015(03):38-59.

⁵程啸. 民法典编纂视野下的个人信息保护[J]. 社会科学文摘, 2019(11):71-73.

⁶《民法典》第一千零三十四条。

⁷《民法典》第一千零三十五条。

⁸《民法典》第一千零三十七条。

⁹《民法典》第一千零三十八条。

¹⁰《民法典》第一千零三十九条。

¹¹《网安法》第四十一条第一款“网络运营者收集、使用个人信息，应当……经被收集者同意”。

¹²《民法典》第一千零三十七条第一款，“自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息”。

¹³《民法典》第一千零三十七条第一款，“发现信息有错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施”；第二款，“自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理其个人信息的，有权请求信息处理者及时删除”。《民法典》第一千零三十八条第二款“发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告”。

息处理合法性基础体系的进一步明确与构筑，能够更好地为平衡个人信息保护与利用、充分保障个人信息的“人格尊严和自由价值”同时发挥其“商业价值”和“公共管理价值”¹⁴提供指引。

（二）个人信息处理主体的概念创新：“信息处理者”

为明确个人数据处理中不同主体的责任边界，欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, 下称“GDPR”）对于个人数据的处理主体基于责任和义务区分“个人数据的控制者”、“个人数据的处理者”以及“个人数据的共同控制者”等不同主体。我国推荐性国家标准GB/T 35273《信息安全技术 个人信息安全规范》也曾参考其他司法辖区的做法¹⁵将“个人信息控制者”¹⁶作为主要的规制对象和义务主体。

《网安法》考虑到适用的范围，以个人信息常见载体“网络”为切入点，通过定义“网络运营者”（即网络的所有者、管理者和网络服务提供者），来对个人信息的“收集、使用”“存储”等全生命周期处理进行规制，并强调网络运营者对于个人信息主体权利要求的响应。

区别于《网安法》以及其他司法辖区的做法，《民法典》在第一千零三十五条中提出了“信息处理者”的概念¹⁷。结合相关条款，我们理解《民法典》中“信息处理者”应当包括参与个人信息全流程处理的各方主体，而不再仅局限于“有能力决定个人信息处理目的、方式”的“控制者”。“信息处理者”概念的引入和基于“信息处理者”的义务责任构筑方式，在一定程度上反映了从“个人信息主体权益”出发的立法思路。从比较法来看，尽管“个人信息控制者”与“个人信息处理者”¹⁸两者之间的相对权利义务关系上可能存在差异，但“个人信息控制者”相对于“个人信息主体”而需承担的责任和义务水平应当并已经实质性地通过法律法规、协议（如实践中通常采用的数据保护协议）约定施加于“个人信息处理者”，因此就“个人信息控制者”“个人信息处理者”分别相对于“个人信息主体”应当承担的责任和义务可能并不存在实质且显著的差异，将相关的责任义务概括性地及于参与个人处理的各方主体，可能有助于个人信息主体依据实际情况选择主张权益的具体对象和方式，更有利于个人信息主体主张权益。但另一方面，不可否认就“个人信息控制者”与“个人信息处理者”二者之间的法律关系而言，双方在权益义务方面可能存在一定差异，未来是否会对处理者的角色进行进一步划分，可能还有待于《个人信息保护法》等法律法规进一步明确。

（三）隐私权与个人信息保护的关系

除了前述一般规则外，本次《民法典》中另一项值得关注的内容则是“关于隐私权和个人信息保护的关系”¹⁹。有关隐私权和个人信息保护的关系是《民法典》编撰过程中的争论焦点问题之一，比较法上广泛采取的隐私与个人信息“一元制”保护模式²⁰曾一度影响了我国在个人信息保护与隐私权的立法模式探讨以及司法实践，即认为无须单独规范个人信息条款，而是可以通过隐私权等既存具体人格权实现对个人信息的保护。在这种情况下，司法实践中对于某些不当利用个人信息并因此造成人格权益损害的行为，往往需要通过具体的人格权利，如隐私权、名誉权等方式进行规制和救济。

例如，在此前引发广泛关注的某知名旅游中介网站及航空公司泄露客户隐私信息案²¹中，二审法院认为“单独的……姓名和手机号不构成隐私信息，但当姓名、手机号和……行程信息（隐私信息）结合在一起时，……整体上成为隐私信息”；在另一案件中，被公开披露“姓名、照片、住址、工作单位等身份信息”的原告以侵犯名誉权和隐私权为由起诉被告并得到法院支持²²。但是，由于中国法律体系下“隐私”概念的内涵相对较为固定，在运用隐私权乃至肖像权、姓名权、



¹⁴张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59.

¹⁵“如新加坡《个人信息保护法》中的组织（organization）和数据中介（data intermediary）概念，印度《个人信息保护法（草案）》中的‘数据信托者’（data fiduciary）和‘数据处理者’（data processor）概念，美国CCPA中的经营机构（organization）和仅提供数据服务的机构（processor）都意在区分两种主体在法律适用上的差异性。”引自：王融.《民法典人格权编》问世——“健康变色码”能停止异化么？[EB/OL]. https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1593012641&ver=2420&signature=iNK2B0g9NZM5q*EviTxFiLBQdwMko6aGZDyuOH1TlojBbNirW0FCVhG7RYmD6adsOc3s73cgX5Al*gocYPY1slQqzboNpQNNk9pN95c48vVj6Wdgux6823CqXC4Pg34g&new=1. 发布日期：2020年5月28日，最后访问日期：2020年6月24日。

¹⁶如GB/T 35273-2020《信息安全技术 个人信息安全规范》第3.4条将“个人信息控制者”界定为“有能力决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人”。

¹⁷《民法典》第一千零三十七条、第一千零三十八条。

¹⁸与“个人信息控制者”的概念相对，此处“个人信息处理者”是指开展个人信息处理行为，但可能无权决定个人信息处理的目的和方式的组织或个人。

¹⁹李慧琪. 民法典编纂专家：建议设立独立的个人信息保护机构[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/1Z3R91ZWIPuniMbJ3qBg0Q>. 转引自：微信公众号“网络法实物圈”.发布日期：2020年5月19日，最后访问日期：2020年6月4日。

²⁰李永军.论《民法总则》中个人隐私与信息的“二元制”保护及请求权基础[J].浙江工商大学学报,2017(03):10-21.

²¹庞理鹏与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷案，[2017]京01民终字509号。

²²王某与张某、北京凌云互动信息技术有限公司、海南天涯在线网络科技有限公司侵犯名誉权纠纷系列案，[2008]朝民初字第29276号。



名誉权等具体人格权保护“个人信息”权益时仍然可能存在力有不逮的情形。例如，有学者²³在分析隐私与个人信息时认为，“隐私权制度设计”所保护的隐私利益属于“人格自由与人格尊严方面的人格利益”；但个人信息除了“人格尊严和自由价值”，还具备“商业价值”²⁴和“公共管理价值”²⁵，而后两者也是个人信息被“不当收集、处理、利用和传输”的重要诱因，但却较难通过隐私权体系进行保护。举例而言，如果自然人已经主动披露“隐私信息”，由于信息私密性已经被自然人的行为主动放弃，则很难在之后再主张隐私权遭到侵犯；但此时对于已经公开的个人信息的不当利用，仍然可能损害相应自然人的权益。

因此，随着司法实践经验的不断累积和学术讨论的不断深入，区分个人信息与隐私权的边界逐渐成为中国学术界和立法者们的共识²⁶。2017年颁布生效的《民法总则》在“隐私”等人格权之外明确提出了“个人信息”保护²⁷，从立法层面确定了个人信息保护与隐私权的二分体制。而从《民法典》的体系结构来看，隐私权和个人信息保护的具体内容虽然共同规定在“人格权编”的第六章，两者在条款文本上仍然相对独立²⁸。

从侵权的责任承担角度来看，《民法典》第一千零三十四条第三款中的规定“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”体现了立法对隐私权与个人信息保护之间体系衔接的处理方式，即对隐私权与个人信息“客体交错性”和“侵害后果复合性”的肯定和立法回应。即从客体而言，“自然人……不愿为他人知晓的私密信息”既应当属于隐私²⁹，也可能属于个人信息³⁰。从侵害后果而言，“行为人实施某一行为可能同时造成对多种权利的伤害，从而形成多种权利受侵害、产生责任竞合的现象”³¹。从这个角度来看，上述规范的含义可以理解为行为人实施以私密信息为客体的行为造成侵权时，如出现竞合应当以隐私侵权责任为先。此外，该规定还可以被视为从个人信息权益角度对于不适用于隐私权的个人信息侵害行为提供补充的救济措施，为个人信息主体提供了更为全面的保护和救济。

（四）侵犯个人信息的民事救济

1、侵权责任

如果未能为保护的权益提供充分的救济措施，“权利”容易变成“一纸空文”。因此个人信息权益侵害的救济措施和责任承担也是关注的重点问题。《民法典》中“人格权编规定的人格权请求权和侵权责任编中的侵权赔偿责任等救济方式”³²均能够适用于个人信息保护。

²³张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59.

²⁴即个人信息在定向营销、数据库营销、信用经济等商业模式中有着重要意义,已经成为“重要生产要素、无形资产和社会财富”。引自:张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59.

²⁵即收集和利用个人信息同时也是“实施社会管理和提供公共服务”的普遍做法。引自:张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59.

²⁶参见王利明.论个人信息权的法律保护:以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013(04):62-72.张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(3):38-59.

²⁷《民法总则》第一百一十一条。

²⁸即第一千零三十二条和第一千零三十三条规定了隐私权的范围及隐私权侵权行为;第一千零三十四条至第一千零三十九条则包含了个人信息的定义、个人信息主体的受保护权益及信息处理者的义务与责任等内容。

²⁹《民法典》第一千零三十二条第二款:隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

³⁰《民法典》第一千零三十四条:个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等(第一款)。个人信息中的私密信息……(第二款)。

³¹王利明.论个人信息权的法律保护:以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013(04):62-72.

³²李慧琪.民法典编纂专家:建议设立独立的个人信息保护机构[EB/OL].<https://mp.weixin.qq.com/s/1Z3R91ZWIPuniMbj3qBg0Q>.转引自:微信公众号“网络法实物圈”.发布日期:2020年5月19日,最后访问日期:2020年6月4日.

具体而言,《民法典》“总则”第一百二十条中规定,“民事权益受到侵害的,被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任”。同时第九百九十五条中进一步规定了“人格权受到侵害的,受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权,不适用诉讼时效的规定”,个人信息保护是否适用于人格权完整的救济措施还有待探讨。但《民法典》中对于涉及个人信息权益保护则至少体现为以下内容:

(1) 请求信息处理者采取更正等必要措施或及时删除个人信息(比如备受争议的信用评价)³³;

(2) 信息处理者发生个人信息安全事件时应及时采取补救措施³⁴;

(3) 医疗机构泄露患者隐私、个人信息或未经同意公开病历资料的侵权责任³⁵等内容。

这些将在实质上为个人信息主体提供充分的保障,让权益得到真正的落实与践行。

2、免责事由

在请求权基础和侵权责任之外,对“免责事由”的探讨则有助于我们更全面地理解个人信息的责任体系。其中,2014年《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》

(“《司法解释》”)中列举了若干公开个人信息不构成侵权的情形,包括但不限于经自然人书面同意且在约定范围内公开等若干情形³⁶。《民法典》第九百九十九条中规定:“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等”;而第一千零三十六条中规定了处理个人信息的行为人无需承担民事责任的三种情形,即“(一)在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为;(二)合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息,但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外;(三)为维护公共利益或者该自然人合法权益,合理实施的其他行为”。这些内容既与《司法解释》第十二条中规定有相似之处,也有不同。其中《司法解释》第十二条的表述是对被侵权人请求其承担侵权责任的诉求“不予支持”,《民法典》第九百九十九条规定为“可以合理使用……个人信息”;第一千零三十六条的表述则是“无需承担民事责任”。

鉴于《民法典》中所规定的一般原则为民事权益受到侵害,被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任,我们理解行为人无需承担侵权责任或人民法院不予支持的可能性有两种:

(1) 其一是行为人的行为并未侵害权利人的民事权益,因此自然没有请求承担侵权责任的基础;

(2) 其二则是行为人的行为可能导致权利人的民事权益受损,但出于利益平衡以及其他考虑构成了免责事由,即行为人无需承担民事责任。

对于第一千零三十六条中所规定的“无需承担民事责任”具体应当属于何种情形,可能会影响未来司法实践中的举证责任分配和实践中判定标准的高低,因此可能有待于进一步明确。

3、其他责任

除侵权责任外,《民法典》中还规定了“民事主体依照法律规定或者按照当事人约定,履行民事义务,承担民事责任”³⁷。第五百七十七条中进一步规定“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”。就个人信息的保护而言,行为人除了因侵害合法人格权益而可能需要承担侵权责任外,是否可能因违反了《隐私政策》或其他告知文本中的个人信息处理方式而构成未履行与个人信息主体的约定,并相应需要承担违约责任,可能也是未来值得关注的议题。

三、《民法典》的深远影响:个人信息保护的新时代

(一) 数据的“蛮荒时代”成为历史

《民法典》的颁布,对个人信息的人格属性及其保护规则进行了私法层面的确认和重申。虽然在具体规则

³³ 《民法典》第一千零三十七条;《民法典》第一千零二十九条。

³⁴ 《民法典》第一千零三十八条。

³⁵ 《民法典》第一千二百二十六条。

³⁶ 《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条,网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息,造成他人损害,被侵权人请求其承担侵权责任的,人民法院应予支持。但下列情形除外:(一)经自然人书面同意且在约定范围内公开;(二)为促进社会公共利益且在必要范围内;(三)学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的,经自然人书面同意,且公开的方式不足以识别特定自然人;(四)自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息;(五)以合法渠道获取的个人信息;(六)法律或者行政法规另有规定。

³⁷ 《民法典》第一百七十六条。

上,《民法典》基本上沿袭和承继了现行规范下对信息处理者的行为规制,但无论是个人信息的民事权益和人格属性的肯定,还是将其与隐私权的内容进行界分,均很大程度上表明立法者从私法视角为个人信息保护再次“正名”的意图。自此,对于个人信息的保护,将不再仅局限于《网安法》以及《刑法》等公法层面的处罚和制裁,个人信息主体直接向违约或侵权行为人主张私法上的救济已不存在法律依据上的障碍。这进一步向产业发出了信号:数据“原始积累”的“蛮荒时代”将成为历史,个人信息的全方位法律保护时代已经来临。对于企业而言,以合法、合规的姿态迎接个人信息保护的新时代,才能够为自身业务的拓展、促进产业可持续发展构建坚固的堡垒。

(二) 个人信息保护民事诉讼将成趋势

随着人们的个人信息保护意识不断增强,在可预见的未来,个人通过提起侵犯个人信息的民事诉讼实现个人信息权益救济将成为一大趋势。同时,侵犯公民个人信息的行为往往涉及较大规模的自然人群体,个人信息保护的公益诉讼将可能成为未来我国民事公益诉讼领域的又一大亮点。事实上,司法实践已开始个人信息保护公益诉讼的尝试。例如2019年底山东菏泽市牡丹区检察院针对侵犯公民个人信息的行为提起了全省首例刑事附带民事公益诉讼,在公民个人信息保护领域对公益诉讼的适用情形进行了有益探索³⁸;今年3月,安徽利辛县检察院提起的刑事附带民事公益诉讼也进入了实体审理的阶段³⁹。在美国、欧洲等地,提起或参与个人信息和隐私保护的集体诉讼已成为公民实现权利救济的常规途径。随着我国公益诉讼制度的不断健全,公民个人通过公益诉讼方式参与到个人信息权益保障的救济程序中将不再是难题。这也进一步预示着未来侵犯个人信息的行为将面临越来越高的违法成本,事前的合规调查工作对于企业有效控制业务风险而言显得愈发重要。

(三) 数据精细化、资产化管理的时代已经到来

如前所述,《民法典》从私法角度进一步提升了个人信息保护的高度,对于企业而言,对个人信息主体权益的尊重与保障不仅是个人信息收集利用阶段必须履行的法定义务,也将成为未来内部数据管理和商业模式创新的必要前提。一方面,企业收集或处理的数据往往种类繁多,来源不一,不同类型和来源的数据必然存在安全保障上的不同层次的需求。为此,从数据自身属性出发,探求不同性质数据在法律上的不同保护定位,以数据分类、分级等方式对不同类型的数据风险级别进行识别,实现数据的精细化管理,将成为企业有效控制合规风险、构建整体数据资产管理框架的前提基础和必备工作;另一方面,这也能够通过数据打通融合等模式挖掘企业内部数据价值的工作提供必要的合规前提,进一步帮助企业实现数据作为生产要素的最大价值,构建有效的数据资产化管理体系。

四、未来已来:个人信息保护的思考与展望

从《民法典》对于个人信息的性质和定位来看,其尝试建立的个人信息保护制度以个人主体权益保障为导向和基本逻辑。随着数据产业的发展,企业的数据资产化战略日益深入,我们不得不进一步思考:除了个人信息主体的人格利益应当受到保护以外,个人信息之上是否还存在其他值得保护的利益?对于这些利益的保护应当如何兼顾?

当下理论及实务界已有不少针对个人信息特点和属性的深入讨论。除了强调以私权为核心实现和保障自然人对于个人信息的自我管理和自由支配外⁴⁰,也有不少论者注意到了个人信息具备的经济价值,从而产生了诸多对于个人信息“财产性利益”及其归属的讨论。有观点认为,如从个人信息主体角度探讨其对于个人信息享有的权利,保护的并非是自然人对于其个人信息享有某种经济利益,而是自然人对其个人信息被他人收集、存储、转让和使用的过程中的自主决定的利益⁴¹。这一观点与现行法律法规下个人信息保护制度相衔接,包括《民法典》、《网安法》在内的个人信息保护规范均从个人信息主体知情、同意的角度建立他人收集、使用、处理个人信息的合法性基础。然而,站在产业发展的视角反观现有规则,我们发现,仅仅通过行为规制的手段对个人信息的收集、处理行为进行合规性限制似乎并不足够——对于个人信息保护的合规要求似乎无法完全解决产业实践在个人信息乃至数据利用的现实需求。

在大数据产业蓬勃发展的今天,我们无法忽视个人信息所蕴含的巨大经济价值。当个人的上网行为被完整地留存和记录,这些在虚拟空间留下的个人痕迹蕴含了

³⁸全省首例!侵犯公民个人信息,牡丹区检察院提起刑事附带民事公益诉讼, https://k.sina.com.cn/article_2620088113_9c2b5f3102000qpbx.html?from=news&subch=onews。

³⁹亳州首例!侵犯公民个人信息,利辛县检察院提起刑事附带民事公益诉讼, http://www.ahlixin.jcy.gov.cn/jcyw/202003/t20200313_2791495.shtml。

⁴⁰参见王利明.论个人信息权的法律保护:以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013(04):62-72.

⁴¹见程啸.论大数据时代的个人数据权利[J].中国社会科学,2018(3):102-122.

大量丰富的信息内容。运用数据分析技术，这些网上的记录将很容易地展现个人的兴趣爱好、浏览习惯、消费偏好，甚至能够反映个人的性别、年龄、职业、身份等。这种具有丰富信息含量和指示意义的数据信息，大大便利了企业的商业变现能力。例如，企业可以通过对个人信息进行统计分析，实现不同人群的消费偏好和习惯的标签化，从而进行精准营销、产品设计或提升服务，为企业创造实际的收益。数据规模的不断积累和数据类型的不断丰富，还进一步促进了数据产业的兴起和发展。在基于数据分析的各类服务场景中，例如程序化广告、舆情分析等等，数据正在进一步发挥其现实的经济价值。从这一角度看，企业在提供产品、服务的过程中收集、处理个人信息，其动机很难摆脱对个人信息所蕴含经济价值的重视。

而另一方面，当数据发展成为推动经济发展的生产要素，法律如果仅从个人信息的人格权属性角度展开个人信息收集、使用的行为规制，似乎略显单薄。因为在该阶段，谁掌握了数据要素，谁就可能在产业发展中占据优势。当市场主体前赴后继地涌向数据高地，争相占有数据资源，彼此之间难免会产生诸多数据资源归属的纠纷争议。而如果数据要素的权属规则仍旧缺位的话，将可能导致企业之间有关数据获取与使用权益的边界划定缺乏明确的规则指引，企业付出大量人力、物力、财力形成的数据资产也难以得到有效保障。

实际上，这些纠纷争议在过往的司法案例中屡见不鲜。无论是此前的“新浪v脉脉”案⁴²，“谷米科技vs元光科技”纠纷案⁴³，还是近期因“微信数据”引发的数据权益纠纷⁴⁴等，均或多或少地涉及包括个人信息在内各类数据的权益归属问题，而法院从反不正当竞争角度出发，对企业就数据资源享有的竞争性利益做出明确表态，甚至认为数据资源构成一种无形财产权益受到保护。囿于对数据权属无明确法律规定，这一保护目前尚停留在司法这一最后防线，也仅局限于反不正当竞争法层面的兜底性保护，一定程度上反映了现有的个人信息及数据保护规则在解决数据权益纠纷方面发挥作用的有限性。未来随着大数据产业的发展，有关数据权益的争议与纠纷必将愈演愈烈，如何通过法律规则的设计对数据的权益归属进行合理的分配，实现民法“定分止争”的具体要义，同时又能在数字经济产业政策背景下促进大数据行业的有序、健康发展，将成为未来数据领域立法不得不考虑的重要议题。

总之，《民法典》强调个人信息包含的人格利益，有助于大数据时代个人信息主体的权益保障，**但我们希望指出的是，人格利益保障不应是个人信息保护的全部。未来的个人信息保护立法应考虑为个人信息经济利益和价值实现留出空间。**一方面，这至少与其他人格权，如姓名权、肖像权的保护逻辑相一致，也与《民法典》人格权的一般规定相协调。虽然《民法典》九百九十二条明确规定人格权

不得放弃、转让或继承，但恰如《民法典》第九百九十三条规定所规定的，民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用。这恰恰是出于对个人姓名、肖像所包含的经济利益和其商业变现能力的肯定。

而另一方面，《民法典》对于个人信息保护在人格权视角上的侧重，也并不意味着对于企业数据权益的否定。既往的司法实践已经对企业就数据享有财产性权益进行了积极的回应，未来随着数据产业发展日趋成熟，企业对于个人信息及数据资源的权属要求也将越来越强烈。我们同样也看到，《民法典》第一百二十七条也为数据、网络虚拟财产的保护留出了空间。立足于产业政策视角，我们期待着未来立法从个人信息和数据的经济价值出发，对这些“无形资产”的定位和权属进行一定的界分，从而更好地促进数据产业的良性、健康发展。



⁴²见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

⁴³见广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民初822号民事判决书。

⁴⁴“微信数据”引发数据权益之争 群控软件被判赔260万元，杭州互联网法院宣判首例涉微信数据权益认定不正当竞争案，见浙江法院网：http://ssfw.zjsfgkw.cn/art/2020/6/4/art_56_20847.html。

《民法典》对继承制度的修改及影响

冯慧 吴茵



冯慧



吴茵

《中华人民共和国继承法》（下称“《继承法》”）于1985年颁布实施，在之后的三十多年是调整继承法律关系的基本依据，但随着社会经济的发展、个人财富倍速增长、社会人口结构的变化及家庭结构的复杂化，《继承法》已脱节于时代发展，不能满足实际需要。此次，《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）对《继承法》的相关制度进行了补充和完善。

一、增加第二顺位法定继承人的代位继承，扩大法定继承的范围

《继承法》

第十一条【代位继承】被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。

《继承法司法解释》

25. 被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈数的限制。
26. 被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承；被继承人亲生子女的养子女可代位继承；被继承人养子女的养子女可代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。

《民法典》

第一千一百二十八条 被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。
被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。
代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。

关于法定继承人的范围和顺位问题，《民法典》第一千一百二十七条沿用《继承法》的规定，“遗产按照下列顺序继承：（一）第一顺序：配偶、子女、父母；（二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承；没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。”

现代法治理念强调尊重和保护私有财产，基于法律对法定继承人范围与顺位的限制，被继承人遗产可能在既无遗嘱也无法定继承人的情况下，收归国家或集体所有。随着国家生育政策调整、婚姻观及生育观的变化，家庭成员关系与结构也在发生变化。为最大化地保护公民个人财产权利，并倡导、鼓励家庭成员之间的相互扶助，《民法典》在保留原有法定继承人的范围和顺位规则下，增加规定代位继承人的范围由被继承人子女的晚辈直系血亲扩大到被继承人兄弟姐妹的子女，即以增加代位继承人的方式扩大了法定继承人的范围。这种变化，对未来家庭成员关系、无子女的被继承人财产继承问题，将产生较大的影响。

司法实践中需要关注的是：（1）代位继承只发生在法定继承中，在遗嘱继承和遗赠情况下是不适用的；（2）代位继承的主体仅限于被继承人子女的晚辈直系血亲和被继承人兄弟姐妹的子女，而不包括被继承人子女或兄弟姐妹的其他继承人；（3）代位继承人继承的是被代位继承人应继承的遗产份额；（4）代位继承发生后，继承的财产不进入被代位人的遗产范围再进行分配，而是直接归代位人所有。

二、判断数份遗嘱效力时，公证遗嘱不再有优先效力

《继承法》	《继承法司法解释》	《民法典》
<p>第二十条 【遗嘱的撤销、变更】 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。</p> <p>立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。</p> <p>自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。</p>	<p>42. 遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。</p>	<p>第一千一百四十二条 遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。</p> <p>立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。</p> <p>立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。</p>

关于数份遗嘱的效力顺位认定问题，现行《继承法》及司法解释的认定规则是：遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，则以最后所立的遗嘱为准。即后立遗嘱效力高于先立遗嘱，公证遗嘱的效力高于其他形式遗嘱，在先公证遗嘱只能由在后公证遗嘱推翻。法律如此规定，有其时代背景和立法考量。多年来，公证在遗嘱继承中发挥了重要的作用，但也存在因被继承人来不及变更或撤销公证遗嘱，导致未能按被继承人真实意愿处理遗产。由于公证遗嘱是由公证处指派公证员进行见证及辅导所立，并以公证处名义出具公证书对遗嘱签署过程及遗嘱内容进行固定，因此，公证遗嘱具备严谨、稳定及公信等特征。但也正是因为公证的严谨性和程序性要求，其灵活性较差，在实践中立遗嘱人可能会因为主客观原因（如突发疾病、人身自由受限、身处境外）而无法再次办理公证来撤销或变更在先遗嘱，虽然留有与在先公证遗嘱内容不同的其他形式遗嘱，但因公证遗嘱具有法定优先性，在后遗嘱未能被采用。

《民法典》关于继承部分的规定，除顺应技术普及及新增了打印遗嘱、录像遗嘱的遗嘱形式外，根据第一千一百四十二条规定，修改了数份遗嘱效力顺位认定

规则，在被继承人留有多份遗嘱的情况下，仅以时间先后顺序判断效力顺位，以最后立的遗嘱为准，充分体现了法律对被继承人真实意愿的保护和尊重。

《民法典》取消公证遗嘱效力的优先性，与《最高人民法院关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》（2019）删除原民事证据规则中关于证据证明力大小的规定¹相互呼应，但并不意味着否认公证遗嘱的优势。

¹《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2008调整）第七十七条规定：“人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

- （一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；
- （二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；
- （三）原始证据的证明力一般大于传来证据；
- （四）直接证据的证明力一般大于间接证据；
- （五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。”

上述规定在《最高人民法院关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》（2019）中已删除。

《民法典》对各种形式遗嘱的形式构成要件沿袭了《继承法》的原有规定，只有具备法定要件的遗嘱，才具有法律效力。不同形式的遗嘱具有各自优势：自书遗嘱、录音及录像遗嘱，均能直观表达立遗嘱人的真实意愿；代书遗嘱、打印遗嘱可以解决立遗嘱人不能亲笔书写且不具备录音录像技术条件的问题；口头遗嘱可以为立遗嘱人在情况紧急下安排财产提供法律支持；而公证遗嘱的优势则在于可避免立遗嘱人因不懂法律而立无效遗嘱的情形，可以在一定程度上减少继承人对遗嘱真实性的质疑，且易于保存及查询。

取消公证遗嘱效力优先，可能导致人们订立公证遗嘱的意愿减弱，为节省时间和费用、避免程序的繁琐而更多地选择非公证遗嘱。但在司法实践中，由于遗嘱形式要件欠缺，或立遗嘱人签字真实性存疑，导致遗嘱效力受到质疑甚至被否定的案例并不少见。因此，选择遗嘱形式，在时间和条件允许的情况下，公证遗嘱仍然是优选。

三、新设遗产管理人制度

《继承法》	《继承法司法解释》	《民法典》
<p>第十六条 【遗嘱与遗赠的一般规定】公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。</p> <p>公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。</p> <p>公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。</p>	<p>44. 人民法院在审理继承案件时，如果知道有继承人而无法通知的，分割遗产时，要保留其应继承的遗产，并确定该遗产的保管人或保管单位。</p>	<p>第一千一百四十五条 继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。</p> <p>第一千一百四十六条 对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。</p> <p>第一千一百四十七条 遗产管理人应当履行下列职责： （一）清理遗产并制作遗产清单； （二）向继承人报告遗产情况； （三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失； （四）处理被继承人的债权债务； （五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产； （六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。</p> <p>第一千一百四十八条 遗产管理人应当依法履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。</p> <p>第一千一百四十九条 遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。</p>

《民法典》第一千一百四十五条至第一千一百四十九条这五个条文，在我国继承法律制度中首次确立了遗产管理人制度，实现了遗产管理人制度在我国的基本框架设计——遗产管理人的选任和指定程序、职责、民事责任、报酬请求权，填补了我国继承领域立法长期以来对于遗产管理人制度的空白。

遗产管理人依照以下方式及顺序产生：（1）遗嘱中指定遗嘱执行人的，由遗嘱执行人担任；（2）继承人共同推选；（3）继承人共同担任；（4）民政部门或者村委会；（5）法院指定。对遗产管理人有争议的，利害关系人可向法院申请指定遗产管理人。此处可能存在争议并在未来司法实践中需要统一的问题包括：一是利害关系人的范围，除了继承人、遗嘱中指定的遗嘱执行人或管理人之外，是否可包括被继承人的债权人；二

是法院受理此类争议应适用何种程序，是普通民事诉讼程序，还是特别程序；三是法院指定遗产管理人时的标准。

遗产管理人制度在英美国家以及我国香港特别行政区均已成熟的法律制度。而在我国，上个世纪80年代现行《继承法》制定时，限于当时的经济发展与社会环境，立法者面对的大多是法律关系简单、遗产种类较少的司法实践需求，遗产管理人制度缺少适用的现实土壤和迫切需求，社会与经济经过三十多年的发展，个人财富水平、财产类型及家庭成员结构与三十多年前均不可同日而语，无论是基于被继承人遗愿的真正落实，还是便于遗产的合法分配与有效利用，设置遗产管理人已成为实务中的迫切需求与矛盾化解途径。

无论遗产管理人制度在国外多么成熟，但作为国内

继承法领域的新制度，从制度的基本内容到制度价值的真正体现，从《民法典》已规定的纠纷解决规则到未来的司法适用，都需要一段时间和相当数量案例来检验该制度在我国司法实践中的匹配度和价值。毫无疑问，遗产管理人制度的设置，将对遗产继承实务操作产生重要影响，为继承人处理遗产及相关人员主张权利提供便利。例如，继承人对遗嘱真实性、遗产范围或分配方法等有异议，在异议和纠纷解决期间，遗产也可以由管理人暂管并实现经济收益；继承人如系未成年人，遗产管理人可以按照被继承人遗愿在法律监督下代管财产，避免未成年人利益被其他监护人损害；被继承人的债权人可以向遗产管理人查询遗产继承情况并要求其处理债务，减少因不了解遗产继承状况难以决策是否起诉追偿债务的纠纷。

从《民法典》现有规定及对司法实践需求的预判，除已规定的清理遗产、分割遗产、处理被继承人债权债务等职责外，遗产管理人还将面临如何专业管理不同类型的遗产、如何妥善处理继承人间的纠纷以最大程度实现被继承人意愿、如何在法律监督下实施管理行为并应对来自继承人的权利挑战等问题。此外，选任遗产管理人的范围、条件，遗产管理人的权利保护界限，遗产管理人可能承担的法律风险范围，等等，也将可能成为未来相应司法实践中需要解决的问题。

无论怎样，既然遗产管理人的法律地位已被承认，在高净值收入家庭或成员关系复杂的家庭中，选择声誉良好、具备相应领域专业知识的遗产管理人并对其进行适当监督，将是解决家庭财产继承争议的主要路径之一。

四、增加丧失继承权的情形，完善宽宥制度的适用范围

《继承法》	《继承法司法解释》	《民法典》
<p>第七条 【继承权的丧失】继承人有下列行为之一的，丧失继承权：</p> <p>（一）故意杀害被继承人的；</p> <p>（二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；</p> <p>（三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；</p> <p>（四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。</p>	<p>9. 在遗产继承中，继承人之间因是否丧失继承权发生纠纷，诉讼到人民法院的，由人民法院根据继承法第七条的规定，判决确认其是否丧失继承权。</p> <p>10. 继承人虐待被继承人情节是否严重，可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定。虐待被继承人情节严重的，不论是否追究刑事责任，均可确认其丧失继承权。</p> <p>11. 继承人故意杀害被继承人的，不论是既遂还是未遂，均应确认其丧失继承权。</p> <p>12. 继承人有继承法第七条第（一）项或第（二）项所列之行为，而被继承人以遗嘱将遗产指定由该继承人继承的，可确认遗嘱无效，并按继承法第七条的规定处理。</p> <p>13. 继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。</p> <p>14. 继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，并造成其生活困难的，应认定其行为情节严重。</p>	<p>第一千一百二十五条 继承人有下列行为之一的，丧失继承权：</p> <p>（一）故意杀害被继承人；</p> <p>（二）为争夺遗产而杀害其他继承人；</p> <p>（三）遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重；</p> <p>（四）伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重；</p> <p>（五）以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重。</p> <p>继承人有前款第三项至第五项行为，确有悔改表现，被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。</p> <p>受遗赠人有本条第一款规定行为的，丧失受遗赠权。</p>

相较于《继承法》第七条之规定，《民法典》第一千一百二十五条增设了继承人丧失继承权的情形，将“隐匿遗嘱”、“以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重”之情形，均作为丧失继承权的法定情形。

并且，该条第二款将前款规定的五种丧失继承权的情形区分为绝对丧失继承权和相对丧失继承权两类。继承人实施第（一）、（二）项严重侵害被继承人或者继承人生命权益的行为，将绝对丧失继承权；继承人实施

第（三）项至第（五）项行为后确有悔改表现，被继承人也表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人将不会丧失继承权，这被学界称作被继承人的宽宥权。

《继承法司法解释》第13条已有宽宥权的体现，该条规定继承人有虐待被继承人情节严重或者遗弃被继承人的，但之后有悔改表现且被害人表示宽恕的，可恢复其继承权。但理论界被普遍认为该条体现的宽宥权适用范围狭窄，条件严苛，既限制了被继承人处分自己财产的

自由，也无助于继承人弃恶从善及与被继承人亲情关系的修复。《民法典》对被继承人宽宥权适用的扩充，在对侵害生命权行为零容忍的基础上，尊重被继承人的自主意愿，符合民法意思自治的基本原则。

五、进一步为遗嘱信托的设立提供法律依据

《信托法》	《民法典》
<p>第八条 设立信托，应当采取书面形式。</p> <p>书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。</p> <p>采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立。</p> <p>第十三条 设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。</p> <p>遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的，由受益人另行选任受托人；受益人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，依法由其监护人代行选任。遗嘱对选任受托人另有规定的，从其规定。</p>	<p>第一千一百三十三条 自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。</p> <p>自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。</p> <p>自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。</p> <p>自然人可以依法设立遗嘱信托。</p>

《信托法》认可了遗嘱信托的合法性，《民法典》第一千一百三十三条进一步为遗嘱信托的设立提供了法律依据。《民法典》未对遗嘱信托设立和生效的条件、遗嘱信托执行的监管等进行细化规定，也未涉及遗嘱信托与物权变动规则、夫妻共同财产范围、税收等相关法律问题的衔接，因此遗嘱信托在国内“落地”很大程度上仍需依赖于司法实践中的尝试，并寄希望于未来信托及税收领域法律的修改与完善。

遗嘱信托实际包含两项法律行为，立遗嘱行为和设立信托行为，即立遗嘱人在遗嘱中将设立信托作为遗产处置的方式。以遗产有效设立信托的前提是遗嘱行为有效²。

在遗嘱合法有效、信托得以设立的基础上，能否按照被继承人意愿实现遗产管理与权益分配，遗嘱信托受托人的选任至关重要。遗嘱信托受托人与遗产管理人或者遗嘱执行人的制度功能存在相似之处，都是被继承人将财产托付给受托人以实现财产管理和传承的目的。但

二者分别基于信托和委托这两种完全不同的法律制度，其制度设计及操作规则都存在根本区别：

(1) 遗嘱信托中，出于方便管理财产的目的，基于委托人的高度信任，受托人自信托设立时享有财产的所有权；而遗产管理人或者遗嘱执行人并不会因受托行为而取得被继承人的财产所有权，遗产所有权自继承发生时由被继承人向继承人移转。

(2) 相较于遗产管理人而言，信托受托人需遵守更严格和谨慎的受义务。《信托法》第二十五条规定：“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”在信托法律关系中，受托人必须坚守受益人最大利益原则，并且严格履行诚实、信用、谨慎、有效管理信托财产的义务，这是受托人的法定原则和义务，当事人不能通过约定免除。

《民法典》的出台，通过确认遗嘱信托合法性以及细化遗产管理人制度的方式，为我国遗产继承制度提供“双轨制”，给予民事主体更灵活高效的制度选择空间，以更大程度实现其对个人财产处置及家族长治久安的自主意愿。从财产传承角度看，通过遗嘱方式设立信托，及通过遗嘱指定遗产管理人，都是遗嘱人为实现财产规划可选择的具体操作方式。因此，高净值家族“掌门人”可综合考量家族成员关系、成员个性特征和主要财产类型等实际情况，提前选择适合的方式，对财产进行提前安排和规划。

²我们此前曾对遗嘱信托的功能、设立与执行进行过专题介绍，有兴趣可见微信公众号“金杜研究院”《家族财富传承方式之介绍——遗嘱信托》一文。

金杜律师事务所被广泛认为是全球最具创新力的律所之一，能够提供与众不同的商业化思维和客户体验。金杜拥有2900多名律师，分布于全球29个城市，借助统一的全球平台，协助客户了解当地的挑战，应对地域性复杂形势，提供具有竞争优势的商业解决方案。

作为总部位于亚洲的国际领先律师事务所，我们为客户发掘和开启机遇，协助客户在亚洲市场释放全部潜能。凭借卓越的专业知识和在核心市场的广泛网络，我们致力于让亚洲走向世界，让世界联通亚洲。

我们始终坚持以伙伴的合作模式为客户提供服务，不止步于满足客户所需，更关注实现客户目标的方式。我们不断突破已取得的成就，在重塑法律市场的同时，打造超越客户预期的律师事务所。

金杜法律研究院是由金杜律师事务所和金杜公益基金会联合发起成立的非营利性研究机构。自设立以来，一直致力于打造具有国际影响力的中国特色新型智库，依托于金杜律师事务所过往二十多年来服务国家经济建设和法治建设过程中所积累的丰富执业经验和专业洞见，对企业“走出去”战略中面临的重要问题进行分析研究，以提供具有建设性和实操性的政策建议和咨询意见。

