



析民法典之债务加入的认定与适用.....1
《民法典》在民商法体系中的地位和法律适用原则——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（一）.....7
物权变动与其原因行为区分原则的法律适用——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（二）.....16
我国债法体系的构成和债法规范的识别——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（三）.....27
《民法典》人格权编与侵权责任编的联动适用 ——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（四）.....37
中国对外国民法的继受和《民法典》结构体系的形成.....45
浅析我国民法典新设居住权制度.....65
将“黄世仁”绳之以法入典，推利率市场化借之有道.....70
70年后，你的房子还是你的房子.....74
40年后，你的公寓不再是你的公寓？.....78
代位权的前世今生.....83
《民法典》的施行对于夫妻财产约定制与夫妻间赠与行为的影响.....88
飞来横祸？《民法典》替您守护头顶安全.....94
我的小区谁说了算？看《民法典》如何保护业主权利.....98
我看民法典之十大亮点.....104
浅论《民法典》416条的“价款抵押权”.....113
保理业务迎来民法典时代.....117

析民法典之债务加入的认定与适用

罗毅 发现律师事务所主任

吴娜 发现律师事务所专职律师

《中华人民共和国民法典》于2020年5月28日经十三届全国人大三次会议表决通过,并将于2021年1月1日起正式实施。《民法典》的颁行与时俱进,立足实践,切实回应社会发展现实需求,其合同编进一步强化了对债权实现的保护力度,将债务加入这类在司法实践中较为常见的债务承担方式首次在立法层面加以规定,明确了其认定标准、责任形式等,为今后正确运用债务加入制度提供了强有力的法律依据和适用支撑。

一、 债务加入的概念及认定

债务加入,学说上也称并存的债务承担,是指原债务人并不脱离债的关系,而第三人加入债的关系,并与债务人共同承担连带债务。其核心要点在于判断第三人是否作出了加入债务的意思表示。

根据《民法典》第552条的规定,下列情形均可以认定为债务加入:

1. 第三人与债务人约定加入其债务的偿还并通知债权人,原债务人并不退出,此处的通知表明不需要债权人同意。
2. 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,此时第三人的行为构成单方允诺。
3. 第三人与债权人双方或第三人、债务人与债权人三方订立债务加入合同。

与《民法典》551条规定的免责的债务承担不同,并存的债务承担第三人加入并不导致原债务人退出债务关系,反而扩大了债务履行的责任财产,无害于债

权人实现债权，因此不需要债权人同意。只要债权人未明确拒绝，在第三人向债权人表明债务加入的意思后，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在其愿意承担的债务范围内主张和债务人一并承担连带责任

二、如何区别债务加入与保证

实务中，第三人常以担保债务履行为目的而加入合同关系，导致司法实践常见的争议即为区分该行为属于债务加入还是保证（尤其是与连带责任保证的区分）。鉴于二者均具有为债权人实现债权提供保障的性质和功能，但其法律地位 and 法律责任大相径庭，此处结合最高院裁判观点及《九民会议纪要理解与适用》对于二者的法律效果和识别标准进行分析说明。

1. 法律效果的区别

①是否具有从属性是债务加入和保证的本质区别。保证合同系从合同，保证债务是债务人不履行到期债务保证人承担保证责任的从属性债务，是为他人债务负责；债务加入系独立的合同，第三人是连带债务人之一，是为自己的债务负责，没有主从之分。本次《民法典》对保证方式没有约定或约定不明的情形做了颠覆性的变更，从原来的连带保证推定修改为一般保证，在没有除外情形下一般保证人享有先诉抗辩权，只有债务人财产依法经强制执行仍不能履行后，保证人才需要承担保证责任。相较而言如第三人加入合同行为认定为债务加入，债权人则可以直接请求第三人承担连带责任。当然如已明确约定承担连带责任保证情形时亦可直接请求第三人承担连带责任。

②保证具有保证期间和诉讼时效的限制，而债务加入后产生的连带债务仅具有诉讼时效的限制，第三人不可以通过保证期间免责。《民法典》第 692 条将保证期间在约定不明时，由原《担保法司法解释》中规定的主债务期限届满之日起二年调减至六个月，保证期间届满，保证人可以不再承担保证责任。而通常向人

民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年，此处明显看出对于保证人的保护力度更大。

③保证人承担保证责任后，法律明确规定除当事人另有约定外，可以向债务人全额追偿（《民法典第 700 条》）；而债务加入第三人作为连带债务人履行债务后，由于其债的独立性，是否对债务人有追偿权，取决于其与债务人之间的约定。如约定不明，则适用连带债务的一般规则，即《民法典》第 519 条规定的“连带债务人之间的份额难以确定的，视为份额相同。实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿……”

2. 识别标准

识别债务加入与保证，在意思表示明确的时候，有约定从约定，尊重当事人意思自治。在约定不明时，可参考以下识别标准探究当事人的真实意思表示。

①文义解释优先

《九民会议纪要理解与适用》第 91 条明确“在认定当事人的意思表示是否构成保证或债务加入时，首先必须坚持文义优先原则。通常情况下，明确的措辞足以反映表意人的内心真意……如果承诺函或协议明确使用“保证”或“债务加入”的措辞，原则是依其表述进行相应的定性。”

②利益标准

在约定不明的情况下，可以综合第三人加入债权债务关系是否有实际和直接的利益进行判断。根据最高法(2018)最高法民终 867 号民事判决书裁判要旨“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。”

③履行顺位标准

第三人履行债务不以债务人届期未履行为前提，而是直接表明第三人代替债务人履行，可以直接认定为债务加入。“由于保证具有从属性，在义务履行的顺位方面，一般保证具有补充性，即只有在主债务人不能履行债务之时，保证人方需履行债务或者承担责任，而债务加入不具有补充性，债权人可以直接要求原债务人或者债务加入人履行债务。因此，履行顺位之约可以将一般保证与债务加入加以区分。实践中，如果相关文件将第三人履行债务的前提界定为债务人届期“不能”“无法”“无财产”……应当认定为一般保证……即便是连带责任保证的约定，也有以债务人不履行债务作为承担责任前提的空间。”（《九民纪要理解与适用》）

三、债权人接受债务加入时的实务要点

1. 需要第三人作出明确的债务加入的意思表示

如上所述，为避免债务加入被错误认定为保证或免责的债务承担，债权人在接受债务加入这类增信措施时，需要特别注意相关文本合同应明确、清晰体现第三人债务加入的意思表示，表明第三人愿意作为债务人之一承担债务，同时原债务人并不退出相关债权债务关系，不出现以债务人届期不履行为前提之类的表述，其用词需规范严谨，如现已作出的债务加入协议语焉不明，建议对此进行补强

实务反例如（2020）最高法民申 763 号“债务加入需加入债务关系人有明确承担债务的意思表示。当事人作出“本人对此笔借款承担第一责任。如借款发生不良，由本人负责赔偿”承诺，其中关于“第一责任”的表述不能得出其具有债务加入的意思表示，而应认定为其为该借款提供连带责任保证的性质。”另部分案例中，约定第三人在债务人不能归还借款时即由第三人“负责”等表述，推敲

其文义，法院通常亦认定为连带责任保证。

2. 债务加入应取得公司决议机关的决议

实务中，不同法院对债务加入是否应取得公司决议机关的决议认定有所区别。《民法典》对此虽未进行规定，但根据《九民会议纪要》第23条【债务加入准用担保规则】规定，法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务，该约定的效力问题，参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。

《公司法》第十六条规定了公司对外担保需要履行的内部决议程序，由于债务加入相较之对外担保，对第三人的利益影响更大，根据举轻以明重的原则，公司对外加入债务的，应当参照公司对外担保的相关规定，履行内部决议程序。实务中，债权人在接受第三方债务加入时，应当审查并取得对方提供相关的股东会或者股东大会决议或董事会决议，以避免引发争议。

3. 对于加入的债务范围进行最大化明确约定

民法典尊重意思自治，当事人之间的约定尤为重要。在制定相关协议文本时，债权人可利用主动地位，尽量将第三人加入的债务范围最大化。由于债务加入原则仅及于主债权，而保证的范围法定即包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用，为保护债权人权益，建议在订立契约时即对债务加入的范围最大化的明确约定。另最高法院（2015）民终字第43号裁判要旨已确定债务加入可包括对将来债务的承担，债务是否已实际发生，不影响债务加入意思表示的效力，如有将来可能产生的债务，亦可进行约定。

四、结语

债务加入明文入典，填补了该类交易方式规则在法律上的空白，满足了商业模式更新变化的司法需求，作为一种有效的增信手段，其更能保障债权人债权实

现，笔者相信其适用空间将会越来越大。

从防范交易风险的角度考虑，当事方在签订债务加入协议时应尤为注重上述问题，以减少不必要的纠纷，维护自身合法权益。

《民法典》在民商法体系中的地位和法律适用原则——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（一）

苏发钧 发现律师事务所高级合伙人

编者按：《中华人民共和国民法典》今天正式施行！《民法典》结构复杂、条文众多，新规则、新制度分布其中，屡有所见，全面讲解其适用问题绝非易事。作者仅从体系的角度也就是从《民法典》内外部法律规则之间的关系入手，对法律适用中的几个主要问题作些提示。今天推送第一个主题：《民法典》在我国民商法体系中的地位和法律适用原则。

作为律师尤其是民商事律师，如何正确适用刚刚生效的《民法典》，是我们面临的一项紧迫而又艰巨的任务。如果把《民法典》比作一台机器，组成这台机器的各大部件之间需要相互联动才能运转，除了每个部件内部的各个零件相互咬合之外，一个部件中的零件也可能与其他部件中的零件进行衔接，才能发挥这台机器的整体功能。而且，这是一台“母机”，它还要带动另外的“子机”运转。也就是说，《民法典》内部各编之间、《民法典》与其他民商事法律之间，存在密不可分的有机联系，这是适用《民法典》必须首先要把握的问题。

一、《民法典》是所有民商法的基本法

1. 《民法典》总则编与分则各编、民商事单行法之间是统辖与遵从的关系

我国采用的是民商合一的立法模式，《民法典》的编纂完成，构建起了我国“大民法”（即私法）体系，把《民法典》内部各编以及《民法典》以外的民商事特别法整合起来，形成了以《民法典》为主干、以单行法为补充的民商法体系。

应该注意的是，《民法典》总则编是所有民商法的基本法、一般法，不仅对《民法典》分则各编有统辖作用，对《民法典》之外的其他法律中的民商事法律规范同样也有统辖作用，居于整个民商法律体系中的龙头和核心地位。相对于《民

法典》总则编，分则各编和民商事特别法，都处于遵从的地位。如果确有具体规则不能适用总则编的规定，总则编就要用“但书”排除的方式作出明确的规定；如果总则编没有作出排除性规定，那么分则各编和特别法就不得违背总则编的规定。

关于《民法典》总则编与分则各编、民商事特别法、单行法之间统辖与遵从的法理和逻辑，是我们学习《民法典》、适用《民法典》的基本遵循。掌握了这一点，就找到了适用《民法典》统率的庞大民商法体系的金钥匙。

2. 《民法典》总则编的辐射范围

《民法典》总则编是以潘德克顿体系构建的，最集中地体现了民法的体系原理。除了第一章“基本规定”外，其余各章按照法律关系理论，从主体到权利义务，从权利义务的变动到法律责任，都进行了总括性的规定。特别需要引起重视的是，引起权利义务变动的法律行为制度，更是《民法典》总则编乃至整个民商法的核心和精髓。

《民法典》总则编的辐射范围，从“民事权利”一章中可以得到体现。不仅分则各编中的民事权利在该章作了集中规定，而且分则中没有规定的知识产权（第123条）、商事权利（第125条）、其他民事权益（第126条）、特殊群体保护（第128条），都在民事权利一章中作了概括性规定。

有关知识产权法、商法的一般规则没有纳入《民法典》中，是因为难以抽象出共同的法律规则以及出于其他因素的考虑。《著作权法》《商标法》《专利法》等知识产权法仍然作为单行特别法。虽然总则编有营利法人的规定，在《民法典》之外还存在大量的商事特别法，比如《公司法》《合伙企业法》《票据法》《保险法》以及产品责任、土地制度等单行法律，而且在商法中也有层次之分，《证券法》《企业破产法》就是《公司法》的特别法。还有一些民法性质的社会性法

律，比如医疗、失业、养老“三大”保险，以及涉及未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等特殊主体的民事权利，也在《民法典》之外。《民法典》尤其是总则编作为这些民商事单行法的一般法或基本法，对这些特别法发挥统领和辐射的作用，《民法典》总则编也是上述特别法的总则性规定。

通过《民法典》总则编对民事权利的集中规定，使得整个民商事法律体系中的权利规则形成了一个整体，总则编不但带动了法典分则各编，而且也成为庞大的广义上的民商法体系的龙头，辐射到知识产权法、商法、民事性社会法等领域之中。

3. 《民法典》分编在各自领域也具有统辖作用

在合同领域，《民法典》合同编是整个民商事法律体系中关于合同的基本法律规范，只要其他分编或者其他法律没有特别规定，就应当适用《民法典》合同编的规定。在《民法典》内部，其他编凡是涉及合同的，比如物权编规定的一些合同；侵权责任编中涉及到的合同，例如医疗损害赔偿以医疗合同为基础，安全保障义务可以源自合同约定，雇主责任、网络侵权责任、产品责任、机动车租赁借用情形下的侵权、挂靠车辆侵权、建筑物致害责任，甚至委托监护致害责任等都以合同为前提。这些合同都应遵循合同编的有关规定。甚至婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，《民法典》婚姻家庭编没有规定的，也可以参照适用合同编的规定（第464条第2款）。

《民法典》以外的其他法律涉及到的合同，以商法为例，《民法典》总则编规定的代理以直接代理、显名代理为主，广泛适用于民商事领域，而合同编中的委托合同则规定了间接代理、隐名代理，主要适用于商事领域。合同编还规定了很多商事合同，典型的商事合同有融资租赁合同、合伙合同、技术合同、仓储合同、行纪合同、中介合同等；既是商事也是民事合同有买卖合同，供用电、水、气、

热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同等。凡是其他民商事法律对其涉及的合同没有特别规定的，都应当适用《民法典》合同编的规定。

除了《民法典》合同编对所有民商事合同具有统辖效力外，物权编、侵权责任编等对各自的领域也同样发挥着统辖作用。

二、《民法典》内部存在多层次的“总一分”结构关系

《民法典》内部规则之间的“总一分”结构体系，是通过层层“提取公因式”的编纂技术进行归纳、抽象的结果。《民法典》不仅设置了总则编，规定了整个法典的一般性规则，还在总则编第一章设置了“基本规定”，在“法人”章、“民事法律行为”章、“代理”章的第一节都是“一般规定”。在物权编和合同编中均设置了“通则”分编，并将它们置于编首；未设分编的人格权编、婚姻家庭编、继承编和侵权责任编，也都在各自的第一章作了“一般规定”。此外，物权编中除“占有”分编外，其他各分编的第一章也都是“一般规定”。合同编中，“通则”分编的第一章亦为“一般规定”；作为典型合同的保证合同、运输合同、技术合同，其第一节也都是“一般规定”。甚至在合同编一些典型合同之间，同样存在总分关系，并非所有典型合同都处于同一层级。

可以说，提取出来的“公因式”在《民法典》中几乎随处可见。因此，《民法典》的结构极为复杂，对我们找法提出了挑战，当然也增大了我们理解和运用《民法典》的难度。例如，当我们处理一个具体的法律问题时，便无法在法典的某个特定板块查找到适用于该问题的全部规则，必须在整个法典中去寻找可能适用的相关法条。

【实例】甲将其一台电脑出卖给乙并完成了交付，但其后买卖该电脑的合同被撤销。甲请求乙返还该电脑。备选的《民法典》条文至少有：

- (1) 合同编第 985 条不当得利定义主文的规定；
- (2) 物权编第 460 条关于关于占有物返还的规定；
- (3) 物权编第 462 条关于占有保护请求权的规定；
- (4) 物权编第 235 条关于物的返还请求权的规定；
- (5) 总则编第 157 条关于民事法律行为被撤销后返还财产的规定；
- (6) 总则编第 179 条第 1 款第 4 项关于返还财产的民事责任方式的规定。

基于出卖人甲不得双重得利的考量，甲只可择一主张。其合适的选择取决于若干因素：证据充分、确凿与否，具备哪种返还的构成要件，则需必要的法律素养，娴熟的法律技巧。

三、《民法典》结构体系下的法律适用原则

1. 不同层级规则间按照“特别—一般”的逆向顺序优先适用特别规则

根据“特别法优于普通法”的法律适用原则，在有特别规定的情况下，应优先适用特别规定；只有在没有特别规定时，才能适用一般规定。假设在处理某一具体的合同纠纷案件时，先要到《民法典》合同编的典型合同分编中查找是否存在该合同的特别规定；如果有，就要优先适用这些条款，只有在没有找到特别规定时，才能适用合同编通则部分的规定；只有在合同编通则部分也没有规定时，才能适用总则编的一般规定。此种逆向适用顺序，正如有人戏称的“民法典使用说明”之“从后往前翻”。但要准确、全面、快捷地从《民法典》中找到、选择与具体问题对应的法条，也不是一件轻巧的事情。

如果所要处理的合同纠纷虽然是因典型合同引起的纠纷，但《民法典》并未将处理该合同纠纷的特别规则全部规定于该典型合同，而是要适用与其有关的其他典型合同的规定。比如，《民法典》在“建设工程合同”一章（第 808 条）中

规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”这是因为，建设工程合同是一种特殊的承揽合同，《民法典》虽然将其作为典型合同予以规定，但也是根据“总一分”的思路，先规定承揽合同，再规定建设工程合同，且明确规定了二者在法律适用上的相互关系。

《民法典》明文规定属于“总一分”关系的典型合同（或规则）还有：（1）债权转让与保理合同，保理合同章没有规定的，适用合同编通则分编第六章中债权转让的有关规定；（2）保管合同与仓储合同，仓储合同章没有规定的，适用保管合同的有关规定；（3）委托合同与行纪合同、中介合同，凡是行纪合同章、中介合同章没有规定的，适用委托合同的有关规定。

此外，根据《民法典》第 646 条、第 647 条的规定，在没有关于该合同的特别规定时，如果该合同是有偿合同，或者当事人约定易货交易，转移标的物所有权，其他法律没有规定的，还应在适用合同编通则之前，参照适用买卖合同的有关规定。

总	分
买卖合同	有偿合同 互易合同
债权转让规则	保理合同
承揽合同	建设工程合同
保管合同	仓储合同
委托合同	行纪合同 中介合同

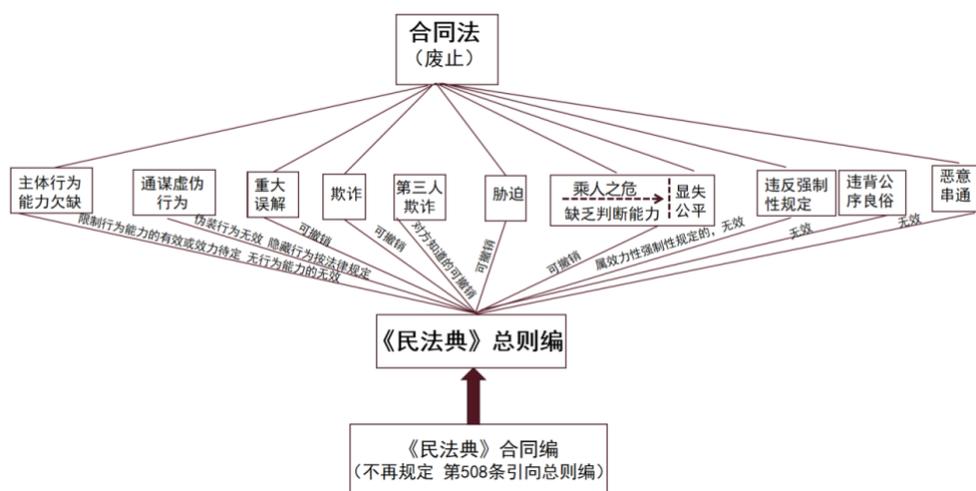
属于“总一分”关系的典型合同（或规则）

如果所要处理的案件不是因典型合同引起的纠纷，而是无名合同引起的纠纷，依民法通说以及《民法典》第 467 条的规定，应优先参照适用与其最相类似

的典型合同的规定，如果没有最相类似的典型合同，再适用合同编通则部分的规定，合同编通则中也没有的，才适用总则编的一般规定。

2. 《民法典》总则编是法律适用的兜底性规定

在《民法典》分则各编、特别法没有规定或规定不明的时候，《民法典》总则编提供了丰富的法律资源，应该可以满足法律适用的需要。立法机关在不同时期制定的民事单行法，在体例上都是“小而全”的法律，经过多次“提取公因式”后编纂的《民法典》，从分则各编乃至从单行特别法中提取的共同规则，已经集中规定在《民法典》总则编中，分则各编除了对特殊情形作了规定外，不再对普遍适用的规则进行规定。比如，合同编关于要约、撤销要约、承诺的生效时间，相关法条直接引向了总则编第 137 条的规定，因为第 137 条统一规定了“有相对人的意思表示的生效时间”。尤其是关于合同的效力，凡是与其他民事法律行为具有共性的，都已集中规定在《民法典》总则编第六章“民事法律行为”第三节“民事法律行为的效力”之中，合同编未再进行重复性规定，且设有明确的引致条款（第 508 条），经此指引，可以在总则编第 144-152 条、第 153-154 条中找到对应的法律依据。



普遍适用的法律行为的效力规定在《民法典》总则编

应当引起注意的是，《民法典》总则编第 143 条从正面规定了法律行为有效应当具备的三个条件，尤其是将“意思表示真实”规定为条件之一，是否意味着意思表示不真实，民事法律行为就必然无效呢？我们不应这样理解。意思表示不真实的情况较为复杂，相应的法律后果也不一样：如果是通谋虚伪的意思表示，该民事法律行为无效，但其隐藏的行为并不必然无效，是否无效，取决于法律的规定（第 146 条），比较常见的通谋虚伪行为比如以房屋买卖备案进行担保，《民间借贷司法解释》第 24 条第 2 款规定担保行为仍然有效；如果当事人的意思表示不真实是因为重大误解（第 147 条）、对方欺诈（第 148 条）或者第三人欺诈（第 149 条）、胁迫（第 150 条）所致，以及利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等致使显示公平（第 151 条），则民事法律行为可撤销；如果是违反强制性规定或者违背公序良俗（第 153 条）、恶意串通损害他人利益（第 154 条），则属无效行为。《民法典》第 143 条在立法过程中发生较大争议，很多专家建议删除，以免引起负面效应。立法机关之所以坚持从正面规定民事法律行为的有效要件，主要是使其成为民事主体的行为规范，引导民事主体从行为能力、意思表示、合法性方面提醒注意可能影响行为效力的因素，确保行为有效。因此，这个条款不能作为认定民事法律行为无效的依据。

3. 一般不直接适用《民法典》总则编规定的基本原则

从法律规范的角度看，《民法典》由基本原则与具体规则两部分组成。基本原则旨在强调民法的精神，《民法典》第 3-9 条分别规定的权利保护原则、平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则和绿色原则，是民事立法、民事主体从事民事活动、进行法律解释的基本准则，所有民事活动都要服从这些基本原则的要求，并且贯穿于整个《民法典》始终。在适用法律时，当《民法典》分则各编有具体规则时，应先适用该具体规定，而不能直接适用《民法典》总则编规定的基本原则，以防止出现“向一般条款逃避”的现象。比如，《民法典》

合同编第 509 条第 2 款规定了履行合同的诚信原则，同条第 3 款还规定了履行合同的绿色原则，就不能越过合同编的上述规定而直接适用总则编第 7 条、第 9 条的规定。只有在《民法典》分编中对某一特定问题没有具体规定，且无法通过法律解释获得裁判依据时，才能适用《民法典》总则编规定的基本原则。

参考文献

- [1]刘贵祥：《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》，载《法律适用》2020 年第 15 期
- [2]孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，载《法学研究》2020 年第 3 期
- [3]张平华：《〈民法典〉合同编的体系问题》，载《财经法学》2020 年第 5 期

物权变动与其原因行为区分原则的法律适用——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（二）

苏发钧 发现律师事务所高级合伙人

编者按：法律的生命在于实施。刚刚施行的《民法典》，结构体系复杂，法律规则丰富，若要全面解析其法律适用，绝非易事。作者的系列文章仅从体系的角度，对《民法典》适用中的几个主要问题作些提示。今天推送第二个主题：物权变动与其原因行为区分原则的法律适用。

从法律条文和规则数量来看，财产法是《民法典》的主体内容，主要由物权与合同两编组成。物权编调整静态的财产关系，合同编调整动态的财产关系。生活中最终归我们所有的财产，绝大多数都不是原始取得，因为在分工高度细化的现代社会，我们每个人不会也不必自己去建房子、造汽车以及生产其他商品，而是通过购买的方式继受取得这些财产的所有权。我们要取得某一财产，通常先要与卖方签订一份买卖合同，动产需要交付，不动产还须登记，才能取得这一财产的所有权。这就产生了物权与产生物权的合同之间的关系，处理这个关系涉及《民法典》物权编与合同编的综合适用。

一、负担行为与处分行为

德国著名法学家雅各布斯指出：“德国民法典编纂的体系特点既不在五编制，亦非前置总则之体例，而是物法与债法的截然区分。”区分物法与债法之后，即有了变动物权的行为（物权行为）与负担债法义务的行为（债权行为）的分离，从中抽象的法律行为概念亦得以成为民法典公因式，并因此撑起总则大厦。其实还不仅仅是总则，法律行为还撑起了整个民商法的半边天，并且已成为现代民商法的重要核心。因此，台湾著名民法学家王泽鉴先生说：“法律行为最重要的分类是负担行为和处分行为，二者贯穿整部民法，可称为民法上的任督二脉，必须

打通，始能登入民法殿堂。”

1. 负担行为、处分行为的概念

所谓负担行为，是指使民事主体对其相对方承担为或不为一定行为义务的法律行为。负担行为首先是确立某种给付义务，即产生某种债务关系。负担行为有单独行为，如捐助；也有合同行为，如买卖。它的特点是一旦负担行为成立、有效，债务人即负有给付的义务，而债权人就享有基于合同约定或是法律规定的对债务人的请求权。如出卖人有交付标的物给买受人，并使其取得该物的所有权的义务。

所谓处分行为，则是直接使某种权利发生、变更或消灭的法律行为，即直接作用于某项现存物或者权利的法律行为。处分行为包括物权行为和准物权行为。物权行为是指发生物权法上效果的行为。有单独行为，如所有权的抛弃；有合同行为，如所有权的转移、抵押权的设定等。准物权行为指以债权或者无形财产权作为标的的处分行为。如债权的转让、债务的免除等。

【实例】甲每天早上都要在路过乙的报亭时买一份1元钱的日报，已形成了习惯。这天，甲把一张5元的纸币放在乙的报亭柜台。乙收下后，递给甲一份日报并找回4个1元的硬币。

在负担行为与处分行为分立的格局下，双方当事人在这项一言未发、瞬间完成的交易中，一共实施了7项法律行为：第一，甲、乙订立了一项日报的买卖合同，此属负担行为。根据买卖合同，出卖人乙负有向买受人甲移转日报占有及其所有权的义务，买受人甲则负有支付1元报款的义务。第二，为了履行买卖合同，乙将一份日报的所有权转移给甲，甲表示接受，双方所实施的日报所有权转让行为系处分行为，以合意为要件，故亦为合同。第三，为了履行买卖合同，甲将一张面值5元的纸币的所有权转移给乙，乙表示接受，此纸币所有权转让合同亦为

处分行为。第四，乙将4个面值1元的硬币找给甲，双方实施了4项硬币所有权转让行为。在这7项法律行为中，除买卖合同属于负担行为外，其余6项行为均以所有权为处分标的，发生所有权转移的效果，则属处分行为。

2. 处分行为与负担行为的联系与区别

两者都是法律行为，法律行为以行为人的意思表示为核心要素，具有意思自治精神。法律关系的本质是权利，权利的本质是自由意志，法律行为是贯彻自由意志的工具。法律关系分为支配权领域和请求权领域。支配权仅仅通过权利人的意思表示就可以实现权利目的；请求权则须借助相对人的意思才能实现权利目的。处分行为是在支配权领域贯彻意思自治的工具；负担行为是在请求权领域贯彻意思自治的工具。两者的具体区别有：

(1) 处分行为适用标的物特定主义，即物权行为和准物权行为最迟应于处分行为发生时确定标的物，并且一个标的物只受一个物权行为或准物权行为的处分，即一物一权原则。而负担行为则不受限制。

(2) 有效的处分行为，以处分人有处分权为要件。无处分权而处分标的物的，为无权处分，效力待定。负担行为不以行为人有处分权为必要，如出卖他人之物，则买卖合同仍为有效。

(3) 物权行为，应采公示原则，物权的变动，须有足以被外界可以辨认的表征，以维护交易安全，避免使第三人遭受不利。债权行为则无此必要。

二、《合同法》未进行区分曾造成问题

1. 《合同法》第51条规定无权处分的合同无效不合法理

对于物权变动与其原因行为的合同效力之间的区分问题，我国在理论和立法上曾经产生过严重的混乱。20世纪90年代制定《合同法》时，这个问题尚未厘

清，所以《合同法》第 51 条规定：“无处分权的人处分他人财产，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。”同时，《合同法》第 132 条第 1 款规定：“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”而在现实的市场交易中，先签合同再订货、供货的情况普遍存在。上述规定虽然保护了真正权利人的利益，但却可能给买受人带来较大的交易风险。因为在真正权利人不予追认，无权处分人事后也没有取得处分权的情况下，一旦买受人不符合善意取得制度规定的条件（如标的物尚未交付或者登记），则买受人既无法获得物权的保护，也无法获得有效合同的保护。

出卖人签订合同时还没有处分权，而取得处分权则是一种履行合同的行为，《合同法》上述规定的含义似乎可以理解为：只有在出卖人履行后合同才能生效，而没有履行的合同就不生效。岂有此理！出卖人完全可以不履行合同来否定合同的效力，那么签订合同还有什么意义？例如，生活中常见的商品房买卖，签订预售合同时楼盘还没建成，如果到了约定的交房时间开发商也没取得大产权，而此时房价却大幅上涨，开发商就可以其没有取得产权为由来否定预售合同的效力，或者交房后再要求买房人返还房屋，另签合同高价卖给他人。这样还有合同诚信可言吗？

我们应该清楚，订立合同，只是在当事人之间发生合同法意义上的约束力，是典型的债权行为，不是处分行为，更不是无权处分行为。合同的成立和生效，在当事人之间产生的是债权法律关系，而不是处分性质的物权变动。而《合同法》第 51 条却规定这种合同不能生效，显然严重违背了法理！

2. 《物权法》尤其是《买卖合同司法解释》扭转局面

从《合同法》施行以来，这一问题在理论界和实务界引发了较大争议，对其认识也逐渐深入。2007 年《物权法》第 15 条（《民法典》第 215 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。”该规定明确不动产物权效力的有无，合同的效力不受影响。

根据上述规定，2012年《买卖合同司法解释》第3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。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”这条司法解释把区分原则又向前推进了一大步，实际上公开否定了《合同法》第51条的规定，不再根据出卖人是否为无权处分来认定合同的效力。

三、《民法典》全面贯彻了区分原则

1. 《民法典》合同编的制度变化及与物权编的衔接适用

在《民法典》编纂过程中，要求废除《合同法》第51条、第132条第1款的呼声较高，立法机关最终决定予以删除，并吸收《买卖合同司法解释》第3条的内容，新增一款以取代《合同法》第132条第1款，即《民法典》第597条第1款：“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。”这样修改后，对无权处分的标的物，即使合同有效，标的物所有权人和善意买受人的权利仍然可以依法受到保护。

一方面，买受人依据《民法典》物权编第311条的规定，构成善意取得标的物所有权的，原权利人有权请求无权处分人承担违约责任或者侵权责任。另一方面，买受人不能根据善意取得制度取得标的物所有权的，原权利人则可依法取回标的物，买受人则可依据《民法典》合同编第597条的规定，以无权处分人履行不能致使其无法实现合同目的，请求解除合同进而要求无权处分人承担违约责任，或者直接要求无权处分人承担违约责任。这种制度安排，既确保了物权人对

标的物的所有权，也保护了善意买受人的权益，彰显了合同对当事人的约束力，有利于倡导诚信价值、维护交易安全和优化营商环境。

至此，我国《合同法》不符合民法原理的问题终于得到了解决。订立合同产生合同之债的请求权、履行合同产生物权变动的处分权。这样，在合同效力这个问题上，《民法典》全面地贯彻了区分原则，有利于准确地就交易中何时发生债权、何时发生物权这个关键问题作出精准裁判。

按照《民法典》新规，处分权的有无虽然不影响买卖合同的效力，但却会影响物权变动的效力，从而为善意取得制度的适用提供了前提和接口，善意取得制度、违约责任制度又为使原权利人与买受人之间的利益平衡提供了法律依据。可见，如果我们不从体系上把握《民法典》合同编、物权编相互协调的系统规定，不了解、不理解删除《合同法》第 51 条、增设第 597 条第 1 款的背景和目的，就无法正确理解《民法典》的相关规定，自然也就谈不上正确适用法律。

2. 不动产物权登记的效力与性质

《民法典》物权编第 208 条前句规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。”第 209 条第 1 款规定：“不动产物权的设立、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，但是法律另有规定的除外。”可见，关于不动产物权登记对物权变动的效力，我国原则上采登记生效主义而不是登记对抗主义。依登记生效主义，不动产物权的变动不仅需要当事人转移所有权的合意，还需要进行登记，当事人合意和登记的双重法律事实决定不动产物权变动的效力；只有当事人合意未经登记，则当事人的法律行为根本不发生任何物权变动的效果。

登记是针对物权的变动而设定，是不动产物权变动的公示方法。登记的目的在于使他人能够从外部观察到不动产物权的表象，并以此作为其法律行为的基

础。即使登记的不动产物权不存在或者与真实的权利状态有所差异，但他人基于对登记公示的信赖并以此为基础进行的交易，法律仍认可其具有与真实物权存在相同的法律效果，此即物权变动的公信原则。公信原则的确立，赋予了公示的不动产物权表征以公信力，重新分配了交易风险，使当事人可以放心地利用登记公示信息进行交易，有利于维护交易安全。

订立买卖合同只是当事人之间的一种债权合意，登记并不是针对合同行为，没有办理登记的合同仍然有效，买受人基于有效合同而享有的占有权等权利仍然受到保护。在现实生活中，特别是在房屋已经交付使用，且买受人进行了重大修缮的情况下，如果因未登记而确认合同无效并返还房屋，必将妨碍现有的财产秩序。如果严格地区分合同效力和登记效力，则可以防止这种现象的发生。

合同效力与物权效力之间的区分，就是民法学上负担行为与处分行为的区分。可见，区分负担行为与处分行为、原因合同与物权变动不但是科学的，符合债权为请求权而物权为排他权的基本法理，而且被时间证明对分清债权法和物权法的不同作用范围，区分当事人的不同法律责任，保障原因合同当事人的合法权益也是非常必要和行之有效的原则。

四、意思自治不能对抗物权法定原则

有人认为，不动产物权变动的效力仅仅只是来源于登记，把登记理解为国家行政机关给当事人授予物权的行為。这种观点是不正确的。物权是出卖人转让给买受人的，只要当事人达成转移标的物所有权的意思表示合意并且申请登记，登记机关就应当予以登记（当然需提交必要的资料），使其产生物权变动的效力。这就是尊重民事主体意思自治的体现，而意思自治是法律行为的核心，物权变动在根源上仍然是依据法律行为发生的。

1. 为彰显意思自治《民法总则》重建我国法律行为制度

传统民法中的法律行为概念的含义是：民事权利的各种变动必须由民事主体自己的内心真实意愿来决定。而我国 1986 年制定的《民法通则》系采用苏联民法学关于民事法律行为的概念和制度，恰恰舍弃了由行为人自主决定这个核心要素，规定民事法律行为只能是“合法行为”（《民法通则》第 54 条），强调的是民事主体必须对国家制定的现行法律的服从。2017 年《民法总则》第 133 条在《民法通则》第 54 条基础上，虽然只是增加了“通过意思表示”并删除了“合法”二字，却使我国的民事法律行为制度发生了翻天覆地的变化。《民法典》总则编予以吸收，为分则各编及其他民商事法律贯彻意思自治原则确立了理论和制度基础，也为民商事案件的分析和裁判提供了强大的武器。我们应予以充分重视。

《民法总则》和《民法典》将民事主体的意思表示作为民事权利变动的核心要件和基本依据加以规定，而这个“意思”指的是设立、变更和消灭民事权利义务的意思，民法上称之为“效果意思”，就是民事主体实施某一法律行为的真正意图和目的。我们在分析和代理案件时，一定要尊重当事人的效果意思，也就是要尊重行为人对人身权和财产权的法律行为的区分、对基于支配权和基于请求权的法律行为的区分、对物权和债权法律行为的区分，并以此作出清晰明确的分析和判断。

2. 《民法典》物权编第 352 条“但书”内容的争议与适用

在《物权法》特别是《民法总则》施行后，意思自治的权利意识高涨，一部分观点开始走向另一个极端，在理论上和实践中又出现了一个新的问题：购房者已居住多年但因开发商未办理分户产权证的，是否应该裁判前者已享有房屋所有权？这个问题涉及对《物权法》第 142 条（《民法典》物权编第 352 条）但书内容如何理解与适用。该条规定：“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但是有相反证据证明的除外。”但书“有相反证据证明的除外”到底包不包括买房人已支付房款但未办理产权登记

的情形？《民法典》删除《合同法》无权处分条款后，法律坚持了区分原则，是否意味着当事人仅仅依据房屋交付的行为就实现了物权变动？《执行异议和复议司法解释》第 28 条、第 29 条的规定，是否为此观点提供支持？对此问题又发生了分歧和争论，并且有一些地方法院包括高级法院还依据该但书条款，裁判买房人对未经登记的房屋享有所有权。

个人认为，《民法典》虽然采纳了区分原则，整部法典尤其是合同编更加鼓励当事人意思自治，促进交易，但并未放弃我国不动产物权变动登记生效制度，民事法律行为制度的变革，并不意味着当事人意思自治就可不受任何约束和规制。《民法典》总则编第 136 条规定了“民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，物权编第 209 条第 1 款规定了“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应依法登记，发生法律效力”，后者就属于前者所指的“法律另有规定”的情形，未经登记的不会发生不动产物权变动效力。《执行异议和复议司法解释》第 28 条、第 29 条的规定，保护的只是不动产买受人的物权期待权，并非确认买受人已经享有所有权。商品房买卖占了不动产物权变动的半壁江山，假如不遵循《民法典》第 208 条、第 209 条第 1 款、第 216 条的规定，不动产物权变动登记生效原则将被架空，使该“原则”反倒成了“例外”，是对《民法典》物权制度立法目的和法律精神的根本违反。

至于《民法典》第 352 条但书内容究竟是指何种情形，按照立法机关的解读，指的一部分市政公共设施，是通过开发商与有关部门约定，由开发商在房地产项目开发中配套建设的，但是所有权归国家。这部分设施，其性质属于市政公用，其归属就应当按照有充分的证据证明的事先约定来确定，而不是当然地归建设用地使用权人。后续通过房地产交易成为建设用地使用权人的权利人也应当尊重这种权属划分。有学者认为，租赁的国有土地上的建筑物、构筑物及其附属设施，更应纳入《民法典》第 352 条的但书所包含的内容，归属该国有土地使用权的承

租人所有，但仅限于非经营性不动产。

3. 注意区分《民法典》中的任意性规定和强行性规定

从上可知，在交易合同效力上，当事人达成合意即可；而在物权变动效力上，登记生效的规定必须遵守。这就涉及法律中任意性规范与强行性规范的区分。任意性规定，当事人通过意思表示就可以排除法律的适用；而强行性规定，当事人的合意则不能排除法律的适用。

一般而言，合同原则上仅在当事人之间发生效力，因而《民法典》合同编的规定大多是任意性规范。只有在当事人没有特别约定时，才需要适用《民法典》合同编的规定来确定当事人之间的权利义务关系；而在当事人已有明确约定时，就应根据当事人的约定来认定权利义务关系。相反，因物权具有对世效力，所以《民法典》物权编的规定原则上是强行性规范。当事人的约定与物权编的规定不一致时，应根据法律的规定确定权利义务关系。如果当事人的约定违反物权法定原则，虽然该约定不一定都因此而无效，但原则上仅仅具有合同上的效力，不具有物权的效力。

例如：对于担保物权中的抵押和质押，《物权法》《担保法》都规定当事人不得约定流押、流质条款，而《民法典》物权编第401条、第428条规定：当事人约定债务人不履行到期债务时抵押（质押）财产归债权人所有的，“只能依法”就抵押（质押）财产优先受偿。“只能依法”在立法中是非常罕见的表述，这就是典型的强行性法律规范。此处的“依法”包含两层含义，一是债权人若要就抵押（质押）财产优先受偿，需要满足抵押（质押）权设立的前提条件，即依照法律规定须经登记、交付或者合同生效设立；二是就抵押财产优先受偿的应当依照《民法典》第410条、第413条的规定，就质押财产优先受偿的应当依照第436条、第438条的规定，法律强制性地对担保权人课以清算义务。虽然《民法典》

并未否定流押、流质约定的效力，但担保权人却不能直接据此取得担保财产的所有权。这是因为，当债务人届期不履行债务时，履行流押（流质）约定有违担保物权的本质，即担保权人设立担保物权的目的，在于支配担保财产的交流价值而使其债权获得清偿，并非取得担保财产的所有权；而且，按照法律规定履行清算程序，可以防止以价值较大的担保财产直接抵偿金额较小的债务，有利于保护订立合同时处于弱势地位的担保人及其他债权人的合法权利，从而平衡各方利益。

参考文献

- [1]朱庆育：《民法的“任督二脉”：负担行为与处分行为》，载王洪亮、张双根、田士永、朱庆育主编的《中德私法研究》（总第8卷），北京大学出版社2012年12月版
- [2]孙宪忠：《从人民法院司法的角度谈解读和实施<民法典>的几个问题》，载《法律适用》2020年第15期
- [3]刘贵祥：《<民法典>实施的若干理论与实践问题》，载《法律适用》2020年第15期
- [4]黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年7月版
- [5]黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社2020年7月版
- [6]刘家安：《物权法论》，中国政法大学出版社2015年1月第2版
- [7]崔建远：《中国民法典释评·物权编》（下卷），中国人民大学出版社2020年8月版

我国债法体系的构成和债法规范的识别——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（三）

苏发钧 发现律师事务所高级合伙人

编者按：法律的生命在于实施。在《民法典》刚刚施行之际，本文作者仅从体系的角度，对《民法典》适用中的几个主要问题作些提示。今天推送其系列文章的第三个主题：我国债法体系的构成和债法规范的识别。

传统民法理论认为，“无论制定什么样的民法典，债法总则都是必要的”。以《德国民法典》和《瑞士债法典》为代表的大陆法系法典，都设置了债法总则。《法国民法典》在债法改革中，也将有关债的一般规则抽象出来，设置了“债之通则”单元。无论是采取三编制还是五编制的立法模式，大陆法系各国民法典大多制定了债法总则规范。我国学者绝大多数也持这种观点，但《民法典》却没有设置债法总则。

一、《民法典》不设债法总则的优势和缺陷

1. 不设债法总则的原因和优点

我国《民法典》之所以没设债法总则，一般认为：

（1）债法总则的大部分规则基本上是围绕合同之债设计的，《合同法》已将绝大多数债的一般规范纳入总则之中，且已施行了 20 余年，人们对于《合同法》的体例安排已经熟悉了，在适用上也形成了习惯，大幅调整会引起在法律适用上的不适应。

（2）如果把《合同法》总则中适用于其他债的规则抽离出来，再制定债法总则，会使《民法典》合同编通则部分支离破碎，无法再保持法律规则自身的完整体系。

(3) 如果设置债法总则,《民法典》就会在总则编与合同编之间增加一个层次,这样,合同编通则分编、债法总则、总则编法律行为制度这三个层次上的法律规则会发生“叠床架屋”现象,在法律适用上增加了找法的困难。

(4) 我国已经制定了在世界范围内独一无二的《侵权责任法》,且已基本涵盖了侵权行为之债的规则,侵权之债可以纳入民法典的侵权责任编。

于是,最终立法机关在《民法典》合同编通则中进一步补充完善了债的一般规范,使其具有更大的包容性,通过准用条款以合同编通则统摄具有共性的债法规范,实质上发挥了债法总则的体系整合功能。

2. 没有制定债法总则的缺陷

《民法典》缺失债法总则,也会造成很多问题。大致有:

(1) 中国现行法区分物权与债权,并且在此基础上设计相关制度,财产法应是一侧为物权法,另一侧为债权法,至少在形式上使债权法与物权法处于平衡的状态。尽管如今的债权法体系宏大、内容丰富,但在形式上却没有抽象出债法总则,从而使债权法无法取得与物权法平行的地位。

(2) 以合同编通则代行债法总则的功能,而合同本来是债的下位概念,却反而用来统摄作为上位概念的债,在逻辑上出现了矛盾,同样存在逻辑紊乱的债法规范还不止于此,破坏了《民法典》内部的和谐体系。

例如,《民法典》总则编第184条规定:“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任。”紧急救助行为在本质上属于无因管理的范畴。但该条规定超越了传统的无因管理制度,完全免除了实施紧急救助者的注意义务和法律责任,有利于产生促使人们见义勇为、危难相助的社会效果。从法条实质内容上讲,《民法典》第184条属于无因管理的特别规定,而无因管理制度在《民法典》中位于合同编准合同分编无因管理章(第979-984条),按照法

典结构层次上的“特别优于一般”的法律适用原则，应当优先适用《民法典》第979条的规定，然后适用合同编通则的规定，最后才能适用总则编的规定；但因《民法典》第184条属于无因管理的特别规定，按照实质意义上的“特别优于一般”的法律适用原则，第184条又应优先于第979条适用，这就颠覆了潘德克顿体系模式下总则与分则之间的法律适用关系。因此，无论优先适用这两个法条中的哪一条，都会违反法律适用原则。当然，我们在分析处理案件时，应当坚持实质重于形式的原则，优先适用《民法典》总则编第184条的规定，却不免令人尴尬。

(3) 单方行为之债（具体指悬赏广告）被规定在合同编通则中“合同的订立”部分（第499条），而单方行为与合同具有完全不同的性质，故合同编的规则尤其是双务合同中的抗辩权等制度在单方行为中均无法适用。

(4) 选择之债、按份之债、连带之债被规定在“合同的履行”部分（第515-521条），但这些类型的债处于法定债的关系之中时，抗辩及抗辩权的发生和行使会不同于处于合同之债的场合，但合同编通则的规定对此却未顾及。

(5) 法定之债的保全与合同之债的保全在抗辩及抗辩权的发生和行使方面存在差异，更遑论法定之债的保全有别于合同的保全了，合同编通则中“合同的保全”部分相关规定（第535-542条）对此也关照不够。

(6) 无因管理和不当得利本是与合同处于平行地位的债之类型，《民法典》在合同编专门辟出准合同分编予以安置，纯属不得已的安排，其中规定的不当得利之债（第985-988条），主要适用于给付型的不当得利，而对于非给付型的不当得利的规则却不能涵盖。

(7) 不设债法总则，将会导致合同之债与侵权之债发生一定的脱节，使得两种债之间的共性规则被忽视，对法律体系的完整性造成一定的冲击。

(8) 不设债法总则，使得债的规则零散分布，相同或近似的规则在各种具体类型的债中重复规定，容易发生抵触，法条表述不一致时可能造成解释与适用的分歧。

尽管未设置债法总则，但《民法典》中是有实质意义上的债法规范的，而且还散见于民商事单行法之中，这些显得庞杂而紊乱的债法条款，使法律适用变得复杂而困难。根据《民法典》相关规定，如何判别合同编通则中哪些规则可以适用于合同外的其他债之关系，哪些规则只适用于合同，也存在一定的难度。欲要专业地完成找到法条和选择适用的工作，需要解释和适用法律之人具有厚实的法学修养和对现实生活的深切理解，显非易事。

二、我国债法规范体系的构成

由于未设置债法总则，关于债的一般规范在《民法典》中便无所归属，只好在总则编民事权利章对债的概念和发生原因进行总括性规定，解决了这些上位规范难以纳入合同编的难题。《民法典》总则编第 118 条第 2 款规定：“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”依此规定，债可分为典型之债与非典型之债：

1. 典型之债

《民法典》总则编第 119-122 条分别规定了合同、侵权、无因管理、不当得利为债的发生原因，结合第 118 条第 2 款的规定，因这 4 种行为产生的债，是债的基本类型，故为典型之债。合同之债在《民法典》合同编第一分编通则和第二分编典型合同中予以规定，在合同编准合同分编中规定了无因管理之债和不当得利之债，侵权责任编规定了侵权行为之债。因此，典型之债的发生及效力等规范纳入了《民法典》，适用时直接查找《民法典》相关板块的规定，无需特别讨论。

需要注意的是，其他单行法律有关债的规定，只要其性质属于典型之债，仍

应以典型之债对待并适用典型之债的法律规定。例如，《食品安全法》第148条第1款规定：“消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。”属于不合格产品侵权的规定，性质上仍属侵权行为之债，除了适用《食品安全法》的规定外，还可适用《民法典》侵权责任编的有关规定。又如，《证券法》规定的证券买卖、《保险法》规定的保险合同、《信托法》规定的信托合同，均为合同之债，适用这些特别法的具体规定仍不能作出判断的，还可适用《民法典》合同编的有关规定。

2. 非典型之债

在典型之债以外，因“法律的其他规定”产生的债，属于非典型之债。非典型之债的范围甚广，既包括《民法典》内部各编的有关法条，也涉及《民法典》之外的其他法律。非典型之债缺乏形式上的统一性，在指导原则、社会功能以及构成要件方面存在差异，不足以作为债的共同构成因素。构成这些债的内在统一性的，只有其法律效果的形式相同性，就是都产生一样的法律效果：一方当事人可以向对方当事人请求特定给付，包括作为和不作为。这种特定当事人之间请求为一定行为的民事法律关系，就是债。因此，非典型之债只能被分散地规定在各种法律之中，有的还游离于《民法典》之外。

根据我国现行法的规定，非典型之债分布的法律领域有：

（1）《民法典》其他编。在总则编、物权编、人格权编、婚姻家庭编和继承编，也有关于具有请求权内容的法律关系的规定，属于《民法典》第118条规定的债的范畴。比如：总则编第134条规定的单方行为，第157条涉及的缔约过失责任，第164条规定的代理人的不当行为、第167条规定的违法代理、第171条第4款规定的无权代理所产生的责任，都是常见的非典型之债；另外，总则编规定的监护人的责任（第34条第3款），财产代管人的责任（第43条第3款），

利害关系人隐瞒真实情况致他人被宣告死亡的财产返还及赔偿责任（第 53 条第 2 款），法人对其法定代表人的追偿权（第 62 条），总则编第八章关于“民事责任”的规定，都是债法规范。物权编规定的按份共有人的优先购买权（第 305 条），添附中的求偿权（第 322 条）等，也是债法规范。人格权编规定的危难情形下的法定救助义务（第 1005 条）等，仍然属于债法规范。婚姻家庭编规定的父母子女间的权利义务（如第 1067 条），离婚补偿请求权（第 1088 条）和经济帮助请求权（1090 条），继承编规定的酌情分得遗产请求权（第 1131 条）等，同样是债法规范。这些请求权关系产生的原因既不是合同，也不是侵权行为、无因管理和不当得利，属于“法律的其他规定”，均为非典型之债。

（2）民商事特别法。在民商事特别法领域，也存在许多不能归属于典型之债的债之关系。例如，《公司法》规定的股东出资义务（第 28 条）、股东请求公司收购其股权的权利（第 74 条），《票据法》规定的利益返还请求权（第 18 条），《海商法》规定的共同海损分摊义务（第 199 条），都属于非典型之债。其中，股东出资义务具有约定性和法定性的双重性质。《专利法》规定的被许可人的义务（第 12 条）等，都属于债法规范。《产品质量法》含有的债法规范就更多了，不再一一指出。

（3）公法。合同等典型之债均为私法上的债。公法上的债均应属于非典型之债。公法上的债类型繁杂，典型的如税收债务，规费债务（诉讼费、仲裁费、行政事业性收费等），财产征收征用的补偿义务，国家赔偿责任等。其中，政府征收征用他人财产的补偿义务，虽然《民法典》第 117 条、第 243 条、第 327 条、第 338 条也作了原则的规定，但财产征收征用属于公权行为，有关补偿义务应由公法调整。

三、《民法典》合同编通则中非合同之债规则的识别

《民法典》合同编第 468 条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”这一规定遗漏了还可适用总则编的有关规定，会人为地酿成法律漏洞。而且但书“根据其性质不能适用的除外”，到底哪些情形属于因债的性质而不能适用合同编通则的规定？也可能存在理解与适用的分歧。判断方法之一，在于合同是意定之债，而其他债都是法定之债，而法定之债显然不能适用合同编通则中关于要约、承诺的规定。

1. 合同编通则中可适用于非合同之债的规则的认识方法

(1) 以条文内容进行识别。又分为正向识别与反向识别两种：所谓正向识别，是将合同编通则的规定与非合同之债进行匹配，将可适用于其他债而不仅仅适用于合同的规定归入非合同之债的规范；反向识别即采取排除法，将合同编通则中不属于民法的规范（如第 534 条）和专属于合同的规则予以排除，这两类条款均不构成非合同之债的规范。

比如，《民法典》合同编第 499 条规定的悬赏广告，是吸收《合同法司法解释（二）》的内容，悬赏广告是否为合同要约存在争议，多数意见认为悬赏广告是单方行为（单方允诺）之债的一种，无论完成特定行为的人是否具有行为能力、是否知道有此悬赏广告，都有权请求悬赏人支付报酬。所谓单方行为，是指行为人作出的为自己设定某种义务的意思表示，遗赠就属于典型的单方行为之债。合同编第 500 条规定的缔约过失一般也认为不是合同之债，因为合同磋商是合同订立的前序行为，此时合同还未成立，并不产生合同义务，因其与合同有关联，所以才规定在这里。缔约过失之债也应属于一种独立的非典型之债。在合同不成立、无效或被撤销、未生效等情形，也产生缔约过失责任。

(2) 从条文表述方式进行识别。即：如果条文中使用的是“债”、“债权”

或者“债务”、“债权人”或者“债务人”，就意味着该条文能够适用于所有的债；但若条文中使用的是“合同”、“合同义务”或者“合同权利”，则意味着该条文仅能够适用于合同之债。比如，《民法典》合同编第557条，第1款属于债的一般规范，适用于所有债；第2款则只适用于合同。这种识别方法，存在例外情形。

2. 合同编通则中可适用于非合同之债的具体条款

《民法典》合同编通则分编共计8章、132条（第463-594条），通过以上两种方法对每个条文进行梳理、识别后，仍有一些条款存在疑问，这并非作者一个人的疑问，而是参考了多位专家学者的观点，意见仍未完全统一。现将合同编通则分编各章中可适用于非合同之债的条款罗列出来。其中，可以肯定亦适用于非合同之债的规范，只把条款序号列出；在存有一般疑问的条款后面画“△”；在存有严重疑问的条款后面画“？”；专属于合同之债和不属于民法规范的条款，不予列出；整章都没有可适用于非合同之债的条款，则注明“无”。

《民法典》合同编通则中

可适用于非合同之债的条款

第一章“一般规定”共计6条：465（第2款）？；

第二章“合同的订立”共计33条：499△、500△；

第三章“合同的效力”共计7条：无；

第四章“合同的履行”共计26条：509、511（第3、4、6项）、514、515、516、517、518、519、520、521、522、523、524、529、530、531、532△；

第五章“合同的保全”共计8条：535、536、537、538、539、540、541、542；

第六章“合同的变更和转让”共计 14 条：543?、544?、545、546、547、548、549、550、551、552、553、554、555、556；

第七章“合同的权利义务终止”共计 20 条：557（第 1 款）、558、559、560、561、568、569、570、571、572、573、574、575、576；

第八章“违约责任”共计 18 条：577?、579、580（第 1 款）、581、582?、583△、584△、589、590。

3. 担保制度属于债的一般规范

从比较法的角度考察，担保法律规范在其他国家民法典中的位置，俄罗斯、我国澳门地区均将“债的担保”安排在民法典债法总则中，德国、日本以及我国台湾地区则将债的担保分为物的担保（抵押、质押、留置）和人的担保（保证），前者安排在物权编，后者安排在债编的有名合同中，而没有安排在债法总则之中。

我国的担保制度，原由《担保法》统一规定，后来《物权法》吸收了担保物权，进而在《民法典》物权编担保物权分编规定了抵押、质押和留置制度，而《民法典》施行《担保法》即被废止，故在《民法典》合同编典型合同分编中另设专章对保证合同进行了规定。此外，还在合同编通则分编完善了定金担保规则，在典型合同分编完善了所有权保留买卖合同（第 641、642 条）、融资租赁合同，新增了保理合同等具有担保性质的合同规定。因此，我国的担保法律制度都不在《民法典》合同编通则之中。

按照传统民法理论和比较立法例，债的担保应属于债的一般规范，适用于对所有债的担保，无论其被安排在民法典中的什么位置。但是，我国《民法典》第 468 条只将非合同之债的法律适用指引到合同编通则部分，不仅遗漏了总则编的相关规定，也未将债的担保尤其是分布在合同编典型合同之中的担保规定一并纳入，有欠周全。

参考文献

- [1]崔建远：《中国债法体系的解释论整合》，载《政法论坛》2020年第5期
- [2]王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，载《比较法研究》2020年第4期
- [3]柳经纬、吕辰：《“债的一般规范”的识别及其对非合同之债的适用——以〈民法典〉第468条为中心》，载《北方法学》2020年第5期
- [4]翟远见：《论〈民法典〉中债总规范的识别与适用》，载《比较法研究》2020年第4期
- [5]朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编通则》，中国法制出版社2020年10月版

《民法典》人格权编与侵权责任编的联动适用 ——从体系的角度把握《民法典》适用中的几个重点问题（四）

苏发钧 发现律师事务所高级合伙人

编者按：法律的生命在于实施。在《民法典》刚刚施行之际，本文作者仅从体系的角度，对《民法典》适用中的几个主要问题作些提示。今天推送其系列文章的第四个主题：《民法典》人格权编与侵权责任编的联动适用。

人格权编是在编纂《民法典》过程中才制定的，属于新法，共6章51条，故先就《民法典》关于人格权的主要规定略作介绍。

一、人格权的保护范围

1. 具体人格权

《民法典》共确认了10项具体人格权，总则编第110条第1款进行了列举，分别是：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、婚姻自主权，前9项具体人格权规定在人格权编，婚姻自主权规定在婚姻家庭编。其实，具体人格权还不止这10项，现就其余几项新型人格权予以简要说明：

（1）行动自由权。人格权编第1003条、第1011条规定的行动自由权，安排在生命权、身体权和健康权一章里面，其实它应该是一项独立的人格权。行动自由权是指自然人在法律规定的范围内，按照自己的意志和利益进行行动和思维，不受非法约束、控制或者妨碍的一种具体人格权。

（2）性骚扰。人格权编第1010条规定的性骚扰，到底侵犯了一种什么人格权，众说纷纭。个人认为，性骚扰侵犯的是性自主权的部分权益。所谓性自主权，是指自然人依照自己的意志支配性利益，不受他人干扰、限制、强制的一种具体

人格权。完整的性自主权既包括第 1010 条规定的消极的一面，即被骚扰者有权被动地拒绝；还包括积极的一面，即人格权编没有规定的自然人也有权主动地追求，当然，如果这种主动追求“违背他人意愿”，又会构成对他人的侵权甚至犯罪。

(3) 信用权。人格权编第 1029 条和 1030 条关于信用权的规定，放在名誉权一章里面，严格地讲，信用与名誉不同，信用权应该是单独的一项人格权。信用权是指民事主体就其所具有的经济能力、诚信品质在社会上获得的相应信赖与评价，所享有的保有和维护的一种具体人格权。

(4) 姓名权扩张保护。人格权编第 1017 条将姓名权和名称权的保护，扩张适用到具有一定社会知名度、被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等范围。

(5) 声音保护。人格权编第 1023 条有关声音的保护，也具有独立的价值，法律规定参照适用肖像权保护的有关规定。

2. 一般人格权

在列举了上述 10 项具体人格权之后，《民法典》第 110 条第 1 款还有“等权利”的表述，说明《民法典》对自然人人格权的保护是开放的。人格权的开放性，尤其表现在《民法典》人格权编第 990 条第 2 款，这是关于自然人一般人格权的表述，即“自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格利益”，使人格利益的保护始终处于一个开放状态。

一般人格权的评价标准就是“人身自由”和“人格尊严”，特别是“人格尊严”，是评价某种人格利益是否应该受到保护的一个重要标准。正是第 990 条第 2 款的规定，使人格权益的保护形成了一个强大的兜底条款，即使出现了新的人格利益，也可以受到法律保护。

【实例】

一个人的老父亲去世，在火葬场火化后，家人将骨灰盒领回，邀请了很多亲朋好友来举行了隆重的追悼仪式。正当家人抱着骨灰盒痛哭时，火葬场的人突然赶来，说骨灰盒拿错了。于是家人到法院起诉火葬场。

该案涉及火葬场究竟侵害了什么权利的问题。是否侵害了财产权？显然不是，因为没有造成财产损害后果；如果是侵害了人格权，当时用《民法通则》规定的人格权，没有哪一条能够对应上。这个案例就提出了新型人格利益保护问题，现在就可以用《民法典》第 990 条第 2 款规定的一般人格权条款来进行保护。

二、人格权编的几个重要制度

在人格权受到侵害但权利人希望行为人停止侵害，或者虽未受到现实侵害但有发生侵害的危险时，《民法典》侵权责任编却无能为力提供救济，或者虽然可以发挥作用却会面临行为人的诸多抗辩，如主观过错、诉讼时效等，不利于对人格权进行保护。

1. 非损害赔偿的人格请求权不适用时效制度

《民法典》人格权编第 995 条规定：“人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。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。”由于人格权属于绝对权，并且上述承担责任的方式不是损害赔偿，故法律规定此等请求权排除时效限制。

2. 创设“诉前禁令制度”预防对人格权的损害

新法将尚未发生实际损害的也纳入保护范围，《民法典》人格权编第 997 条规定：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违

法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”

这就是人格权“诉前禁令制度”，可以适用《民事诉讼法》第100条、第101条规定的诉讼或诉前行为保全的规定。权利人可依据上述规定，直接以人格权编关于具体人格权和一般人格权的规定为基础，请求行为人停止侵害、排除妨害或者消除危险，以免使人格权受到难以弥补的损害。

3. 违约行为精神损害赔偿制度

《民法典》总则编第186条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”但合同义务中也应当包括对当事人人格权这种固有权益予以保护的义务，在违约行为也造成精神损害时，受损害方只能选择其一寻求救济，将不能填补当事人遭受的全部损害，难以获得周全的救济。

因此，《民法典》人格权编第996条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”在违约责任与侵权责任存在竞合的情形中，因一方当事人的违约行为侵害了对方自然人的人格权并造成严重精神损害，且受害人选择请求对方承担违约责任的，可依据该条规定获得精神损害赔偿。

4. 部分条文“动态系统论”构造

立法机关在制定人格权编时采取了“动态系统论”。所谓动态系统论，就是试图在法律条文中体现一种规范方法，对一个行为怎么判断、界限怎么把握，通过对动态因素的考量来进行认定。在法律条文中规定不同因素和各个因素的强度差异，突破构成要件系统全有全无、非黑即白的思维，而是综合考量一连串的因素，各个因素的排序体现了立法者价值判断的顺位。这样的条文比如人格权编第

998 条、第 1025 条、第 1026 条等。尤其是第 1026 条最具代表性：

《民法典》第 1026 条 认定行为人是否尽到前条第二项规定的合理核实义务，应当考虑下列因素：

- （一）内容来源的可信度；
- （二）对明显可能引发争议的内容是否进行了必要的调查；
- （三）内容的时限性；
- （四）内容与公序良俗的关联性；
- （五）受害人名誉受贬损的可能性；
- （六）核实能力和核实成本。

“动态系统论”本来是司法解释的立法技术，在最高人民法院制定的司法解释中有大量应用，体现了裁判思维、法官思维。在《民法典》人格权编立法中采用，主要是基于人格利益本身的特点以及大量吸收司法解释内容的结果。

三、人格权编与侵权责任编的关系

1. 人格权编条文的特点和功能

《民法典》人格权编条文大致分四种类型和功能：（1）进行权利宣示。就是所谓的“权利宣言”，人格权编总则中的部分条文和分则中规定的具体人格权，宣示了人格权的价值和内容。（2）明确行为规范。明确列出他人所负的义务，行为人违反义务就构成法律上的过错。（3）作出概念定义。比如对“肖像”“名誉”“隐私”的界定。（4）提供裁判规则。部分条文属于裁判规范，可以作为裁判依据。

但从总体上看，《民法典》人格权编的大部分条文都不是完整的裁判规范，

所规定的多属具体人格权的概念、保护范围，并未完全规定人格权受侵害的请求权规范（要件及效果），而是大量使用了“受害人有权依法请求行为人承担民事责任”的表述，也就是只规定了责任要件并未规定法律效果，必须链接到《民法典》侵权责任编才能作出应承担的民事责任的裁判。因此，人格权编多数条文属于不完全法条，只是侵权责任法的补充规定和辅助规范，不具有法律适用的完整性。这也是有学者反对人格权独立成编的重要理由之一。

2. 人格权编与侵权责任编的关系和分工

《民法典》人格权编主要规定人格权的类型、权利内容、权利边界、与其他价值之间的协调、行为人的义务和特殊保护方式等规则；而侵权责任编则主要着眼于事后救济，就是通过追究行为人因侵害人格权而发生的损害赔偿责任来实现对人格权的保护。

四、人格权编与侵权责任编的配合适用

（一）两编条文互相协力才能确定人格权侵权责任

由于侵权责任编只能就侵权责任的一般规则作出规定，不可能根据权利的不同对各种侵权行为分别进行规定，这就要求我们在适用《民法典》处理人格权侵权案件时，必须先根据人格权编中各种权利的具体内容来确定受侵权责任编保护的限度，再根据侵权责任编来确定行为人是否须承担侵权责任。尤其是人格权的保护程度所涉及的价值判断因素很多，通过人格权编系统地规定受法律保护的人格权范围及其内容，为侵权责任编的适用提供了指引和依据，两者共同协力，才能构建出完整的请求权基础规范（要件+效果），从而确定侵权责任。

【实例】

甲侵害乙的名誉权，乙将甲诉诸法院请求承担损害赔偿责任。

侵害名誉权损害赔偿请求权基础：第 1165 条（侵权责任编）

1. 责任构成

- （1）名誉权系民事权益（第 1165 条，侵权责任编）
- （2）“名誉”的定义（第 1024 条，人格权编）
- （3）判断、认定规则（第 1026 条，人格权编）

2. 责任范围

- （1）财产损害赔偿（第 1182 条，侵权责任编）
- （2）精神损害赔偿（第 1183 条，侵权责任编）
- （3）恢复原状：消除影响、恢复名誉、赔礼道歉（第 995 条，第 1000 条，人格权编）

（二）与域外民法典人格权规定的比较

我们来比较下既没有人格权编、也不设侵权责任编的大陆法系国家或地区的民法典，对人格权保护与中国《民法典》有何差异。现以台湾地区“民法”为例：

台湾地区“民法”总则编第十八条（人格权之保护）

人格权受侵害时，得请求法院除去其侵害；有受侵害之虞时，得请求防止之。

前项情形，以法律有特别规定者为限，得请求损害赔偿或慰抚金。

还在总则编第 17 条规定了“自由之保护”，第 19 条规定了“姓名权之保护”；另在债编第一章“通则”第一节“债之发生”第五款“侵权行为”中，第 192 条规定“侵害生命权之损害赔偿”，第 193 条规定“侵害身体、健康之财产上损害赔偿”，第 194 条规定“侵害生命权之非财产上损害赔偿”，第 195 条规定“侵害身体健康名誉或自由之非财产上损害赔偿”，条文中还包括隐私、贞操

及其他人格法益，这是一个兜底性的人格权一般条款。台湾地区“民法”关于人格权及侵害人格权的损害赔偿制度，一共只有 7 个条文。

由此看来，我国《民法典》人格权和侵权责任都独立成编，既有好处也有不足。优点是对于人格权侵权认定的法律规定更为明确具体，有利于引导人们的行为和进行精准的裁判；不足在于需要将人格权编结合侵权责任编才能适用，增加了法律适用的难度，人格权独立成编也对《民法典》的结构体系有所影响。

参考文献

- [1]王利明：《〈民法典〉人格权编的立法亮点、特色与适用》，载《法律适用》2020 年第 17 期
- [2]杨立新：《人格权法》，法律出版社 2020 年 8 月版
- [3]姚辉：《民法典人格权编规则的解释与适用》，载《法庭内外》2020 年第 9 期
- [4]黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编释义》，法律出版社 2020 年 7 月版
- [5]王泽鉴：《中国民法的特色及解释适用》，载《法律适用》2020 年第 13 期
- [6]五南法学研究中心编著：《民法》，五南图书出版股份有限公司 2020 年 8 月第 23 版

中国对外国民法的继受和《民法典》结构体系的形成

苏发钧 发现律师事务所高级合伙人

《中华人民共和国民法典》即将施行，正确把握《民法典》的结构体系，对于正确理解与适用《民法典》具有重要的现实意义。与原来各自独立的单行法律不一样，《民法典》是经过编纂整合以后的法典，1260 个条文，11 万字的篇幅，结构体系错综复杂。涉及具体案件分析和代理时，如何准确地找到法律条文就成为一个问题。本篇文章主要就是和大家一起探讨《民法典》结构体系的形成过程及其独特特征，以便学好、用好这部法律。

要弄清《民法典》结构体系的形成，先要稍微了解下大陆法系民法法典化和中国民法的发展简史。

一、20 世纪前半叶中国继受欧陆民法

1、中国政府被迫制定民法

中国封建社会有没有民法？我们今天所说的民法，是指以主体地位平等、意思自治、权利义务结构、民事责任为特征的法律。中国古代法律制度发达，产生了诸如唐律这样著名的法典，这些法典里面也涉及户、婚、钱债等内容，但这些法律不符合近现代民法的上述特征，实质上仍属于刑法规范。至于民事生活关系，则由类似习惯法的“礼”来调整，所以中国历史上清末以前没有民法。

民法并非中国本土所产，而是从外国继受而来。所谓“法律继受”，是指一个国家自主决定采用某个外国的法律制度，为其所用、为其所有。“法律继受”与“法律移植”的最大区别，在于强调“继受”的“自主性”，即对外国法律有所改造；而“移植”几乎就是全盘接受、照搬照抄，基本上只对外国法律进行翻译。

中国为什么要继受外国民法？答案就四个字：迫不得已。

自 1895 年甲午战争中国战败，逐渐陷入被帝国主义列强瓜分的境地，有识之士进行戊戌维新、变法图强，清廷内部皇帝党与太后党意见相左，结果是维新派人头落地。1900 年八国联军攻占北京后，朝野上下才达成共识。1901 年慈禧太后颁布上谕，实行“新政改革”。1902 年光绪皇帝下诏：“参酌外国法律，改订律例。”1907 年任命沈家本等人为修律大臣，设立修订法律馆。随即邀请日本松冈义正等人来华协助起草法律。1908 年民法典起草正式开始，至 1910 年底民法典草案完成，名为《大清民律草案》。1911 年进入审议程序，未等到正式颁行，清王朝已被辛亥革命所推翻。

进入民国后，先是北洋政府在《大清民律草案》的基础上继续修律，于 1925 年完成《民国民律草案》。这是《大清民律草案》的第二版，但并未颁布施行，通令各级法院可以作为“条理”（法理）引用。

北洋政府覆灭后，1929 年 1 月南京国民政府立法院组成“民法起草委员会”，5 名起草委员中有著名法学家史尚宽，先后完成了民法各编草案，经过审议通过，自 1929 年 5 月至 1930 年 12 月由国民政府陆续公布、相继生效。《中华民国民法》是《大清民律草案》的第三版，包括总则、债、物权、亲属、继承五编，共 1225 条。于是，中国有了第一部实际施行的民法典，堪称中国立法史上的一件大事。《中华民国民法》在国统区施行了 20 年，1949 年以后仅在台湾适用，直至今日。

2、民法源流及体例模式

中国继受外国民法，到底参照哪一个或哪几个国家的民法典，也需要选择。欧洲大陆民法法典化成果出现了两座高峰，一是《法国民法典》，二是《德国民法典》。两者都源自古老的罗马法。

（1）法国民法典

《法国民法典》来源于古罗马《法学阶梯》，包括三编，第一编“人法”，第二编“财产法”，第三编“诉讼法”。法国在制定民法典时将第一编“人”保留，把财产法拆分为“财产及对所有权的限制”和“取得财产的各种方法”两编，《法国民法典》就由这三编组成；删除《法学阶梯》中的诉讼法，另行制定诉讼法典。审议法国民法典的国民议会召开了102次，拿破仑亲自主持了97次，于1804年颁行。现在的《法国民法典》已经变为五编，把原第三编“取得财产的各种方法”中的“担保”内容抽出来，作为第四编，第五编是只适用于马约特岛的规定。

这部法典最初被命名为《法国人民的民法典》，“代表了一种关于人、法律和政府的新的思想方式”，因其强调财产私有、契约自由，以及否定封建等级制度及其特权，强调了在法律面前人人平等的思想，从而“履行着可称为宪法性的功能”。该法典力求通俗易懂，将私权的确定和保护以民众可以理解的方式交给人民，由此，被称为“人民的圣经”。

《法国民法典》的制定是政治强人拿破仑推动的结果，他对该法典的起草完成起了决定性作用。1807年和1852年，该法典曾先后两次被命名为《拿破仑法典》，以纪念他的贡献。拿破仑也曾自夸地说：“我的光荣不在于打胜了40个战役，滑铁卢摧毁了这么多的胜利，但不会被任何东西摧毁、会永远存在的，是我的民法典。”

（2）潘德克顿体系

制定《法国民法典》时德国尚未统一，德意志的法学家们在罗马法“学说汇纂”的基础上，利用其长于理论、概念清晰严谨的优势，对其进行了更系统的研究，形成了专门研究民法典编纂科学的法典编纂学派，被称为潘德克顿

(Pandekten) 学派。潘德克顿体系是继受罗马法的产物，但也是超越罗马法的标志。潘德克顿体系最显著的特征，就是在这个体系中出现了民法总则，确立了总则与分则相区分的民法编纂模式。他们运用归纳与抽象的立法技术，对于民法规范和制度概念含义进行区分和整合，发现了民法规范的内在逻辑。首先把具有共同特征的法律规范群归纳起来，然后从中抽象出一般规则，再把这些一般规则按照一定的逻辑整合为协调的制度，最后才形成了民法总则。

学者借用数学的概念，将这种从具有共同性的法律规范群中抽象出一般规则的立法技术称为“提取公因式”。即： $ab+2a-a/c=a(b+2-1/c)$

在民法上作为最一般的逻辑，也是民法分析、学习研究、法律适用的基本技术手段的，是法律关系理论，它就是按照提取公因式的方法在民法典总则编中予以展现的。法律关系理论，在逻辑上包括主体、客体、权利义务、责任等法律规范和制度。在民法上，不论是哪一种具体的法律制度，比如所有权、合同、婚姻家庭等，都存在着主体、权利义务和责任的制度建设问题。因此，按照提取公因式的方法，立法者把这些制度中反映主体、权利义务和责任的共同性规则提取出来，然后按照从主体、权利义务到法律责任的逻辑，将它们编制为民法总则。

作为现代民法象征、集聚近现代以来的人文主义思想而形成的法律行为理论和制度，也是潘德克顿学派创立的。法律行为以意思表示为核心，旨在设立、变更或者消灭民事法律关系。我们每个人每天都在作出各种意思表示，进行各种法律行为，创设、变更或者消灭各种法律关系。

作为当代民法分析和裁判的基本理论的物权与债权的区分原则，即“物、债二分”，同样是潘德克顿学派提出并不断完善的。

潘德克顿体系的出现，适应并支持了当时欧洲编纂民法典的热潮，推动了欧洲的民法法典化运动。德国民法典、瑞士民法典、日本民法典、韩国民法典等，

都是这个理论体系的产物。

（3）德国民法典

1874年6月22日，德意志帝国参议院设立了一个由11人组成的委员会，负责民法典的起草工作。1887年年末完成民法典草案，这一草案被称为“第一草案”，起草时间长达13年。“第一草案”连同五卷理由书公布后，受到了各方面的批评。帝国参议院于1890年任命了一个新的委员会，对“第一草案”进行讨论修改，至1895年完成“第二草案”，并提交参议院。在参议院对“第二草案”略作修改后，帝国首相于1896年1月17日将此草案提交帝国议会审议，称为“第三草案”。帝国议会在对草案进行了53次审议后，于1896年7月1日通过了该草案。并于1896年7月14日经帝国参议院认可，同年8月18日经皇帝批准，于同年8月24日公布，自1900年1月1日起施行。从开始起草到通过颁布，时间长达22年。

《德国民法典》由五编构成，即第一编“总则”，第二编“债之关系”，第三编“物权”，第四编“亲属”，第五编“继承”。《德国民法典》确立的五编制体例，被称为典型的“潘德克顿”模式。

《法国民法典》与《德国民法典》最重要的区别之一，在于前者的“革命性”特征与后者的“科学性”特征。与《法国民法典》不同的是，《德国民法典》不是一部“公民手册”，而是一种“为受过严格训练的专家所用的体系”，基于统一法制的内在需求，这部法典被认为是以一种前所未有的精湛技术成功地完成了将法律引向科学化的历史任务。就法律科学而言，法律逻辑化与体系化的追求被认为是成文法技术发展的必然趋势。成文法对于抽象技术的逻辑推理的天然需求，毫无疑问会将法律规则的设计导入系统性框架，从而最终孕育出像《德国民法典》那样采用特殊语言加以表达的逻辑精品。

《法国民法典》《德国民法典》各是一座宏伟威严的标志性建筑，在其尖顶上，耸立着一个金光闪闪的大写的“人”！这座大厦，无论像《德国民法典》一样内部设计精美而外部沉重保守，还是同《法国民法典》一样外观激情四射而内部“像一个杂物间，里面堆着一大串规则，没有严格的条理”，但人文主义的大旗却同样迎风招展，熠熠生辉！

因此，《法国民法典》《德国民法典》被誉为大陆法系民法发展史上的两座里程碑！

前面提到，清政府邀请邻国日本专家参与制定《大清民律草案》，主要是参照《德国民法典》和《日本民法典》起草的，两国民法典都是来源于潘德克顿体系。

南京国民政府颁行的《中华民国民法》，与《德国民法典》的五编制体例相同，参考外国民法的比例为：德国 60%，瑞士 30%，法国、日本、苏联 10%。该法典施行 55 年后首次修改亲属编、继承编，以后陆续修改各编，逐步完善。台湾法律界对这部法典评价很高。中文世界著名民法学家王泽鉴先生说：“台湾民法比德国民法要更进步、更概括化，所以我们对德国立法的继受并不是盲目的继受，台湾在立法技术的许多地方已经超越德国立法。”上世纪末荷兰推出全新民法典，在体系上又有非常卓越的创新，受到高度评价。据统计，荷兰新民法典的法律行为部分参考外国法的比例为：德国 11%，法国 9%，中国台湾 4.5%。台湾民法已成为大陆法系发源地欧洲国家优秀民法典的借鉴对象。

王泽鉴先生指出：中国法制因继受德国法而科学化。制度可以修正、变更，但方法永远存在。此为中国继受德国法之真正意义。

二、1949年后中国民法典编纂体例的演变

1、《民法通则》之前的3次民法典编纂均继受苏联民法

1949年2月，中央明令废除国民党“六法”。1950年颁布《婚姻法》，成为新中国第一部法律。1952-1956年完成第一部《民法草案》，分为总则、所有权、债、继承四编，共525条，婚姻家庭关系脱离民法调整范围。这一草案是以1922年《苏俄民法典》为蓝本，比如：不收入亲属法；抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”；以“公民”代替“自然人”；强调对社会主义公共财产的特殊保护等。第一次民法典编纂，表明中国已由此前的继受德国民法，转而继受苏联民法。这部民法因“整风”“反右”的政治运动所中断。

由于政治运动和3年自然灾害造成严重经济困难，1962年强调调整政策发展经济，并开始第二次起草民法典，至1964年7月完成《民法草案（试拟稿）》。当时中苏关系已经交恶，而且潘德克顿是一个超越国界的抽象的规则体系，意识形态色彩淡薄，不同政治体制的国家都可以采用，于是这一试拟稿设计了一个既不同于德国也不同于苏俄民法的三编制，即：第一编“总则”；第二编“财产的所有”；第三编“财产的流转”。一方面，将亲属、继承、侵权行为等排除在法典之外；另一方面，将预算、税收等计划经济内容纳入法典，且一概不使用“权利”“义务”“物权”“债权”“自然人”“法人”等法律概念，企图摆脱苏联民法的影响，也与资产阶级民法划清界限。后因“四清”运动继而升级为“文化大革命”而中断。

改革开放后，1979年11月，立法机关又成立了由学者和实务界专家组成的“民法起草小组”，开始第三次民法典起草。至1982年5月完成了《民法草案（一至四稿）》，内容包括“民法的任务和基本原则”“民事主体”“财产所有权”“合同”“智力成果权”“财产继承权”“民事责任”及“其他规定”八

编,共计 43 章 465 条。从体系构造上看,仍然深受苏联民法尤其是 1964 年《苏俄民法典》的影响。此后立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处于变动之中,决定暂不出台民法典。

随后,立法机关在《民法草案(第四稿)》的基础上,1986 年制定了《中华人民共和国民法通则》,仍然是以苏联和东欧社会主义国家国家立法和理论为继受对象。《民法通则》以“袖珍版民法典”的形式确立了中国民法的基本制度框架,既反映了当时我国民法学者和立法机关对中国民法体系的普遍认知,也为后来我国民事单行立法乃至民法典编纂确立了基调,其结构和内容对我国民法典体系构造也产生了重大影响。

主要表现在:(1)在第五章“民事权利”的“债权”一节中,仅对合同、不当得利、无因管理作了规定,未将侵权行为作为债的发生原因,而是将其法律后果纳入第六章“民事责任”的范畴;(2)单设“知识产权”一节,将其纳入民事权利体系;(3)单设“人身权”一节,将其作为一种与物权、债权等并列的独立权利类型;(4)专章规定独立于传统债法体系的民事责任制度,开创了民事立法的先例,并在后续立法中得到沿袭。上述立法安排,也为后来在民法典编纂中关于债法之存废、知识产权是否入典、人格权是否独立成编等问题的争论埋下了伏笔。

2、20 世纪 90 年代开始转为多元继受外国法

20 世纪 90 年代以来的中国民事立法,对外国民法的继受已呈现继受目标“多元化”的现象,并且针对中国现实问题有所创新。1993 年开始起草、1999 年通过的《中华人民共和国合同法》,采用了典型的德国民法概念体系,许多原则、规范和条文,直接采自《德国民法典》《日本民法典》和台湾地区“民法”,还采用了国际统一私法协会《国际商事合同通则》(PICC)、《联合国国际货物

销售合同公约》（CISG）和英美契约法。也进行了一些本土化创新，比如针对拖欠工程款问题创设了承包人优先受偿权制度。

1998年立法机关决定恢复民法典起草，同年3月委托了9位学者专家组成起草小组，其中包括梁慧星和王利明，开始第四次民法典编纂。民法典起草小组原定按照“三步走”的规划完成民法典编纂，即首先制定统一合同法，继而制定物权法，最终于2010年前形成民法典。2002年1月，因中国加入WTO，要求改善国内法制环境，全国人大常委会委员长李鹏指示加快起草进度，当年即完成一部民法草案，包括总则、物权、合同、人格权、婚姻、收养、继承、侵权责任、涉外民事关系的法律适用共九编。经过一次审议并向社会征求意见，由于该草案编纂比较仓促、内容比较粗糙（将合同法、婚姻法、收养法、继承法全文照录），各方面（尤其是学术界）批评意见较大，引发了民法典编纂思路的论争。2004年，民法典编纂工作再次被搁置，转而继续制定民事单行法。

在对外国法的多元继受方面，《物权法》和《侵权责任法》都有突出表现：2007年通过的《中华人民共和国物权法》除了继受《德国民法典》《日本民法典》、台湾地区“民法”和国际规则外，还采用了《法国民法典》《澳门民法典》和英美财产法制度。完全采用德国民法的概念体系，物权变动模式不采物权行为无因性理论，而是采用法国民法的“债权合意主义”与德国民法“登记生效质疑”相结合的折中主义模式；创设物权变动与原因行为的区分原则；也针对现实问题设计法律对策，比如针对一房多卖规定预告登记制度等。其体系化程度需向法典看齐。2009年通过的《中华人民共和国侵权责任法》，就其完备程度与先进程度而言，可以说是当今世界侵权责任立法的佼佼者。既吸取了大陆法系成文法典有关侵权行为法的精华，如对《法国民法典》以过错侵权行为作立法逻辑起点的借鉴，对《德国民法典》列举受损权益作一般条款与列举特殊侵权行为作具体条款的因袭，又充分参考判例法国家对侵权行为作类型化整理的经验，如《美

国侵权法重述》，基本实现了“大陆法系为体，英美法系为用”立法构想。

3、法学界对民法典体例的意见分歧与决策机关的最终定型

从1998年立法机关委托专家学者起草民法典，得到了法学界的热烈响应，三部民法典学者建议稿相继形成，并于2003-2006年陆续公开出版。这三部建议稿分别由中国社会科学院梁慧星教授、中国法学会（中国民法学研究会）王利明教授、厦门大学徐国栋教授负责的项目组起草完成，呈现了我国学界对民法典体例结构的几种不同主张。其中梁稿、王稿均为2000多条，而徐稿多达5000余条。

梁稿为七编制体例，即：总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承。王稿分为八编，即：总则、人格权、婚姻家庭、继承、物权、债法总则、合同、侵权行为。徐稿体例差异较大，共设四编十个单元，即：序编（包括预备性规定、人、客体、法律事实与法律行为、代理、民事世界中的时间、基本术语的定义共七题）、第一编“人身关系法”（包括自然人法、法人法、婚姻家庭法、继承法共四个分编）；第二编“财产关系法”（包括物权法、知识产权法、债法总则、债法分则共四个分编）；附编“国际私法”。

从上述三部建议稿可以看出，我国民法学界在民法典编纂体例问题上既存在共识，也存在分歧。共识包括：（1）都采用财产法的“物、债二分”模式。无论是否采取“总一分”结构，上述建议均采取了财产法的物权与债权二元区分，这是民法通则颁行以来我国民法学界引进、吸收潘德克顿法学的反映。（2）在债权（债法）部分，都设置了“债总”，有利于理顺债权（债法）内部的逻辑结构和层次关系。（3）无论人格权内容如何安置，都认为应当保护人格权。（4）民法典应全面调整平等主体之间的财产关系和人身关系，将婚姻家庭法纳入民法典体系，可谓中国民法理论正本清源的表现。（5）都设有“侵权行为”板块，梁稿、王稿均为独立成编，都是作为债之一种，而徐稿则将“侵权行为”置于第

二编“财产关系法”第八分编“债法分则”第三题“侵权行为之债”中；三部建议稿都不称为“侵权责任”而是“侵权行为”，且其位置都紧随“合同”之后即债法之末。

上述立法建议稿的主要分歧在于：

（1）民法总则的取舍。梁稿、王稿均设总则编，体现了对潘德克顿体系的肯认（或部分肯认），而徐稿则舍弃“总-分”结构，仅以“序编”居首，采取“人身关系法”与“财产关系法”的平行结构，但其“序编”内容与传统民法总则几近相同，只是形式上的差异。

（2）对人格权的态度。在人格权保护模式问题上，梁稿与王稿存在明显差异，前者在总则编自然人一章中用专门的一节进行规定，后者则单设“人格权编”，反映了各自起草者对人格权本质及其保护模式的重大认识分歧。徐稿则另辟蹊径，在“序编”中专设“客体”一题，对人身权（包含人格权、身份权）的客体作了条文设计。

（3）人身法与财产法的顺序。梁稿的财产法在前，身份法置后；王稿的顺序依次是：人格权法、身份法、财产法；而徐稿则依循《法国民法典》的体例，人身法在前，财产法在后。

（4）对知识产权的态度。梁稿、王稿均未设知识产权编。徐稿则将知识产权制度整体纳入。

（5）对国际私法的态度。梁稿、王稿未将涉外民事关系的法律适用规则纳入民法典体系，反映了我国民法学界和国际私法学界的普遍认知；徐稿则将国际私法规则安排在“附编”中，理由为“国际私法不过是民事关系在涉外领域的投影”，在民法典中规定国际私法是世界各国的立法潮流。

《物权法》《侵权责任法》《涉外民事关系法律适用法》相继颁布施行后，

民法典的主要部件均已形成,但被立法机关搁置后的民法典编纂工作却没有提上日程,这几部建议稿也被束之高阁,其中梁慧星建议稿的英译本在欧洲和美国出版。

直到2014年10月23日,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中写入了“编纂民法典”五个字以后,经过六十多年的起起落落,新中国历史上第五次民法典编纂于2015年3月开始又拉开了序幕,中国民法典的制定才真正获得了确定无疑的保障。除了立法机关本身外,还有五家机构参与民法典编纂:中国法学会、国务院法制办、最高人民法院、最高人民检察院、中国社会科学院。依照安排,民法典立法工作采用“两步走”的方法,即首先制定民法总则,然后制定各分编。经过两年起草、4次审议之后,2017年3月《民法总则》获得通过。

在《民法总则》颁布之前,民法典各分编的编纂工作也紧锣密鼓地展开,2016年6月全国人大常委会向党中央汇报民法典编纂工作时,提出民法典各分编包括:物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编,这一体例与梁慧星建议稿接近,只是取消了“债权总则编”,把“侵权行为编”改为“侵权责任编”,置于财产法之后、身份法之前。同时,还有一些意见建议在五编基础上增加人格权编、知识产权编、涉外民事关系法律适用编。

2017年10月,党的十九大报告中提出了“保护人民人身权、财产权、人格权”。立法机关2017年底决定将“人格权”编纳入民法典分编的起草项目。2018年8月16日,全国人大常委会党组向中央政治局常委会作了关于《民法典各分编(草案)》几个主要问题的汇报,根据党中央的指示精神,对各分编草案进行了修改,于2018年8月27日提请审议。六个分编的顺序改为:物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任,与2020年5月28日通过的《民法典》完全一致。

各国制定民法典都是政治行为。立法当然离不开法学理论的支持，但本质上不是学术行为。我们必须清醒地认识到：立法是施政的组成部分，或者说法律本身就是政治。律师是国家治理的参与者，不可能脱离政治，只不过角色不同而已。

三、《民法典》的分编结构和体例特色

1、人格权独立成编

人格权是否独立成编，是民法典编纂过程中学界争论最为激烈的问题，倡导者与反对者各陈己见，一时颇有“水火不容”之势。最终，立法机关采纳了多数学者的意见，将人格权作为民法典的独立分编。

反对人格权入典的莫过于梁慧星教授。他反对的理由主要有以下几点：

(1) 人格权与其他民事权利有本质区别。人格权与人格相始终，不可须臾分离：人格不消灭，人格权就不消灭；人格消灭，人格权就消灭。人格权与其他民事权利的最大区别在于，其他民事权利都是民事主体对其身外之物或人享有的权利，而人格权是民事主体对其自身享有的权利，只不过这个民事主体是自然人而已，其客体（对象、标的）不在主体身外，而在主体自身。人格权实际上是自然人作为一个活生生的人、进而作为法律主体所不可或缺的要害。这是将人格权规定在民法典总则编自然人一章的法理依据。人格权是存在于主体自身的权利，而不是存在于人与人之间的关系上的权利。人格权就像权利能力、行为能力、出生、死亡一样，属于主体自身的事项，因此，民法中不存在人格权关系。人格权只在受侵害时才涉及与他人的关系，但这种关系属于侵权责任关系，是债权关系的一种。这是不能将人格权作为民法典的分则，即不能在民法典中设置与物权编、债权编、亲属编、继承编相并立的人格权编的法理根据。

(2) 人格权不能适用民法典总则编关于法律行为、代理、时效、期日、期间等的规定。人格权不能依权利人的意思、行为而取得或处分，而其他民事权利

均可以根据权利人的意思、依法律行为而取得或处分。人格权因自然人的出生而当然取得，因权利人的死亡而当然消灭，其取得与人的意思、行为无关，原则上不能处分、转让、赠与、抵销或者抛弃。因此，民法典总则编的法律行为、代理、时效、期日、期间等制度，对于其他民事权利均有适用余地，唯独不能适用于人格权。如果人格权单独设编，与物权编、债权编、亲属编、继承编并列，就不但割裂了人格权与人格的本质联系，混淆了人格权与其他民事权利的区别，而且破坏了民法典内部的逻辑关系。这也是人格权不能单独设编的法理上的依据。

(3) 保护“人格权”不等于保护“人权”。有人提出，人格权单独成编，把“人权保护提到前所未有的高度”。而按照两个国际人权公约规定的 12 类人权，与作为民事权利的人格权并不相同，人权属于宪法权利，尤其需要公法的保护，保护人权不是民法典的立法目的，不在民法典的调整范围之内。人类历史上大规模严重侵犯人权的事例发生在民法之外的公法领域，都是公权力滥用的结果。比如：纳粹德国推行种族灭绝政策，剥夺了数百万犹太人的生命；日本军队在南京屠杀了 30 万毫无抵抗能力的妇女、儿童、老人以及已经放下武器的军人，二战期间在中国、朝鲜、菲律宾等国家强征慰安妇等等。前些年国内的聂树斌案、呼格案、孙志刚案，都是在刑事、行政法领域发生的，所以保护人权关键是要靠限制和杜绝公权力的滥用。

(4) 世界上没有成功的立法先例。目前有一百多个国家制定了民法典，其中仅有一部民法典即《乌克兰民法典》对人格权单独设编，规定的“结社自由权”和“集会自由权”，特别是每个人都享有“自由设立政党及公共组织的权利”，导致在人口只有 4800 万的乌克兰，经注册登记的政党就有 198 个，在民法典生效的当年即 2004 年发生了“颜色革命”，2013 年末又发生政治危机，虽然不能说《乌克兰民法典》是使乌克兰陷入长期动乱的主要原因，但起码是重要原因之一。

促成人格权单独成编的主要因素有：

（1）民法通则的奠基。民法通则在“民事权利”一章将“人身权”列为一类，对身体健康权、姓名权与名称权、肖像权、名誉权等人格权作了宣示性规定，为我国人格权立法、司法和理论研究的发展定下了基调和框架。

（2）部分学者的积极推动。民法通则颁行以来，有学者对人格权理论进行了研究，基本构建了具有中国特色的人格权理论体系为人格权立法提供了有力的学术支持。同时，王利明、杨立新教授也积极主张人格权独立成编，并提出了立法建议稿；《民法总则》通过后，中国法学会民法学研究会、中国人民大学民商事法律研究中心等学术机构组织多次组织研讨会，积极推动“人格权编”入典，并得到了北京大学、武汉大学、中国政法大学等院校学者及最高人民法院等实务部门的支持。

（3）中央文件的定调。作为新时代中国执政党治国理政的纲领性文件，党的十九大报告指出，要“加快社会治安防控体系建设，……保护人民人身权、财产权、人格权”，将人格权保护提到了新的高度，为人格权独立成编的立法主张提供了新的支持，即唯有人格权在民法典中独立成编，才能更好地落实党的十九大报告的精神。

立法机关经研究后认为：人格权关系到每个人的人格尊严，是民事主体最基本、最重要的权利。保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务，近年来加强人格权保护的呼声和期待较多。为了贯彻党的十九大精神，落实宪法关于“公民的人格尊严不受侵犯”的要求，综合考虑各方面意见，在民法典中增加人格权编是较为妥当、可取的。人格权编这一部分，主要是从民事法律规范的角度规定自然人和其他民事主体人格权的内容、边界和保护方式，不涉及公民政治、社会等方面的权利。

2、侵权责任的独立与债法体系的拆分

《民法典》分则中“物、债二分”是潘德克顿体例的重要特色，也被大部分民法学者奉为圭臬。尽管“物权”与“债权”概念在我国民法典编纂历史中曾被全部或部分弃用，但随着《民法通则》第五章对“债权”概念的肯认及2007年《物权法》的制定，我国民法典编纂应采取“物权”与“债权”的区分已成为学界的共识，即民法典应分设物权编、债法总则编、合同编、侵权行为编，构建财产法体系。然而，在我国，经由《民法通则》的立法实践和部分学者的理论阐释，“责任”有别于“债”逐渐成有力学说，这也为《侵权责任法》的制定奠定了理论基础。随着2009年《侵权责任法》的制定，侵权责任制度在我国民法典中的定位，债法体系存废便成为我国民法典体系构造中的一个难题。

(1) 侵权责任独立成编。随着《侵权责任法》的颁布与实施及相关学术研究的深入，“侵权责任”与“合同之债”的差异逐渐得到学界和立法、司法机关的认同。尽管在几部学者建议稿（梁稿、王稿）中，“侵权行为”仍与“合同”并列，作为债的两种独立形态，但立法机关抱持守成理念，决定仍以现行《合同法》和《侵权责任法》为基础分别设置合同编、侵权责任编（中国法学会也依此组织专家完成了草案建议稿）。

(2) 债法总则的存废。侵权责任编“独立”后，传统的债法体系被拆解，债法总则（编）的存废也就成为一个立法难题。对此问题，在第四次民法典编纂期间学界就展开过热烈讨论，多数学者持肯定立场，几乎未见有力的反对声音。2002年12月提交审议的民法草案因采取“汇编”式分则构造，未设置债法总则。第五次民法典编纂启动后，债法总则存废之争再起。立法机关仍沿袭2002年民法草案体例，不设债法总则，但在合同编中就债的履行、保全、消灭等设置一般规定，并通过“反向引致”条款（《民法典》第468条）赋予合同编“通则”以“债法总则”的功能。

(3) 无因管理、不当得利之债的归属。在传统民法的债法体系中，无因管理、不当得利均属于债的发生原因，但在编排上不尽相同，有的将其作为债的发生原因规定于债法总则中（如瑞士债法典），有的将其与合同、侵权行为并列（如日本民法典），有的则将其置于各类债之后（如德国民法典、俄罗斯民法典）。对上述模式，我国学者建议稿也各有借鉴（梁稿、王稿借鉴瑞士债法典，徐稿借鉴日本民法典）。但若取消债法总则，无因管理之债和不当得利之债应置于何处？2002年民法草案的处理是，在总则编“民事权利”一章对债权的概念和无因管理、不当得利之债作简略规定。对这种“权宜之计”，有的学者提出了严厉批评。第五次民法典编纂中，立法机关采纳了王利明教授等学者的建议，以“准合同”的方式在合同编中规定无因管理、不当得利之债（王利明还建议将悬赏广告之债、法定补偿之债、获利返还之债均纳入“准合同”之列），以一种特殊的方式解决了这两种法定之债的体系定位问题，成为我国《民法典》在合同编体系构造上的一大特色。

3、亲属法的“回归”

由于受苏联民法理论和立法的影响，亲属法在我国曾长期被排除于民法体系之外，因此《婚姻法》于1950年通过，“文革”结束后，立法机关于1980年对《婚姻法》予以修改后再次颁行。因此，从1956年民法草案到1982年民法草案（第四稿），都不包含亲属法（婚姻法）的内容。但在《民法通则》中，民法的调整对象被确定为“平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”，为婚姻法的“回归”铺平了道路（婚姻家庭关系无疑属于“平等主体之间的财产关系和人身关系”）。此后，随着潘德克顿法学的传播，我国学界对民法外部体系的认识逐渐回归理性，在亲属法纳入民法典体系这一点上也形成了广泛共识。因此，2002年民法草案将婚姻法纳入作为“婚姻编”，2015年立法机关再次确定将“婚姻家庭编”作为民法典分编之一，从而实现了

亲属法（婚姻家庭法）向民法大家庭的“回归”。

4、没有设立知识产权编

著名知识产权法学者都不赞成知识产权法入典。吴汉东教授在 2002 年 9 月 29 日发表于《法制日报》的《知识产权制度不宜编入我国民法典》一文中断言：“现代民法典编纂运动尝试接纳知识产权制度，但至今尚无成功的立法实例。当代知识产权法是一个综合性、开放式，且最具创新活力的法律规范体系，采取民事特别法的体例较为适宜。”郑成思教授说：“我不赞成民法典设知识产权编。”其不赞成的理由与吴汉东教授的理由是完全一致的。后来全国人大常委会法工委委托他起草知识产权编草案，他说：“自己拟了 22 条，自己认为只有 3 条属于站得住的一般条款。”然而全国人大常委会法工委将他自己认为“站得住”的 3 条在内的一般条款都删去了，这就是 2002 年曾经审议过一次、后来成为废案的民法典草案，最后删去知识产权编的原因。

立法机关认为：设立知识产权编目前条件还不成熟。（1）我国知识产权立法一直采用民事特别法的立法方式，包括法律和行政法规。我国知识产权立法既规定民事权利等内容，也规定行政管理等内容，与相关国际条约保持总体一致和衔接。民法典是调整平等民事主体之间的民事法律关系的法律，难以纳入行政管理方面的内容，也难以抽象出不同类型知识产权的一般性规则。（2）知识产权制度仍处于快速发展变化之中，国内立法执法司法等需要不断调整适应。如现在就将知识产权法律规范纳入民法典，恐难以保持其连续性、稳定性。由于以上原因，我国知识产权立法仍然采用民事特别法的立法方式，民法典中不宜设置知识产权编。

5、商法亦没有纳入《民法典》

与知识产权法一样，商法各单行法相互间均缺乏紧密联系，缺乏共同的原则

和理论，也就是不能从各商事单行法中抽象出一些共同规则，作为民法总则的一章或者一节。总体而言，各个商法单行法之间并不存在如民法各部分般相互依存、不可分割的机体联系。这些单行法的共同规则，诸如权利主体、权利义务、法律行为、代理、时效等，早已被抽象出来规定在民法总则中了。《合同法》是调整典型商行为的法律，《物权法》中担保物权的规定也是调整商行为的法律。无论在民法典中设商法总则编、在民法总则中设商法总则章，或者在民法典之外另行制定商法通则，均已丧失其必要性和可能性。因此，诸如《公司法》《证券法》《企业破产法》《保险法》《票据法》《海商法》等商法仍然作为特别法，在我国民商合一的立法模式下，《民法典》作为单行商法的普通法予以适用。

6、不设立涉外民事关系法律适用编

立法机关认为，涉外民事关系法律适用规则的概念体系、规范内容与民法典虽有一定联系，但二者性质不同，在法律的调整范围、立法目标、具体规则等方面存在较大差异，民法典不宜设立涉外民事关系法律适用编。

以上就是中国《民法典》的内容板块。如果把《民法典》总则编比喻为一条高速公路，那么各分编就是与高速路紧密相连的服务区，行车的主要需求在这些服务区中基本上都能满足；而没有入典的知识产权、商事、特殊主体民事权利保护、涉外民事关系的法律适用等单行法，就像高速路上的各个出口，是高速公路向外的延伸，亦即《民法典》尤其是总则编是基本法、普通法，而上述民事单行法属于特别法。

7、关于《民法典》各分编的顺序

六个分编定型的顺序是：物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编。对于这个顺序安排，也存在争议，主要在于增加人格权编后各分编如何排序。之前提到过，人格权编入典之前，立法机关确定的顺序是：物权编、

合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编，侵权责任编在合同编之后，没有割裂侵权法与债法之间密切联系，这一安排是合理的。

人格权独立成编后，将其安排在什么位置成为编排顺序的难点。极力倡导人格权独立成编的王利明教授，对立法机关确定的顺序都也存在异议，他认为，人格权应当置于分编的第一编。这一观点值得赞同。但这样一来，又出现了新的问题。人格权和身份权常常合称为人身权，这种顺序安排则把人格权和身份权拆开了，立法机关可能就是出于这种考虑。而且，婚姻家庭编、继承编也不宜提前紧跟人格权编之后，因为这两编既涉及身份权又涉及财产权，如果作为财产法的物权、合同法律规则都还没进行铺垫和交代，使得婚姻家庭和继承制度缺乏基础、显得突兀。还有，侵权责任编并非总括性的民事责任规定，侵权本质上属于债的范畴，置于合同编之后、婚姻家庭编之前更为合理。

因此，个人认为，《民法典》各分编的顺序作如下安排也许更为妥当：人格权、物权、合同、侵权责任、婚姻家庭、继承。

综上，现代中国民法典编纂，始于对以《德国民法典》为典范的潘德克顿法学体系的继受。新中国成立后，经历了从继受苏联民法，到多元继受外国民法，再到探索本土民法体系的历程，最终形成了《中华人民共和国民法典》的独特结构体系。中国《民法典》总体上仍然继受了潘德克顿体系，但因对该体系进行了大幅度改造，改造是否成功，难免见仁见智、众说纷纭。

参考文献

- [1] 梁慧星：《梁慧星谈民法》，人民法院出版社 2017 年 6 月版
- [2] 温世扬：《中国民法典体系构造的“前世”与“今生”》，载《东方法学》2020 年第 4 期
- [3] 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，载《东方法学》2020 年第 4 期
- [4] 尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社 2018 年 8 月第 2 版
- [5] 王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，载《比较法研究》2020 年第 4 期

浅析我国民法典新设居住权制度

王维新 发现律师事务所高级合伙人

谢培 发现律师事务所专职律师

摘要：居住权起源于罗马法，设立之目的是解决古罗马社会中丧夫之妻、被解放奴隶等无法继承家产之人的居住问题，因此在罗马法立法意义上，居住权作为一种人役权。我国司法实践中，一直存在关于居住权问题的争议。2020年5月28日公布的《民法典》中，居住权作为一种用益物权归入物权编，以保障特定人群的住房权益。但从目前来看，我国的居住权制度仍然比较局限，还需要在实际运用中进一步完善。

关键词：居住权、用益物权、司法实践、立法构造、完善建议

一、居住权制度概述

居住权指非所有人居住他人房屋之权利。罗马法所设居住权制度与当时罗马社会的概括继承制度、婚姻制度及解放奴隶密切相关，设立初衷为“无父权婚姻和奴隶的解放日益增多，每遇家长亡故，那些没有继承权又缺乏或丧失劳动能力的人的生活就成了问题，因此丈夫和家主就把一部分家产的使用权、收益权等遗赠给妻子或被解放的奴隶，使他们生有所靠、老有所养”。受罗马法影响，意大利、法国、德国等国家在居住权立法方面均有所发展。

我国民法典出台前，在婚姻法司法解释中提到过居住权问题，《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）》第二十七条第3款规定，离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。该条款的适用主体范围仅为离婚夫妻，立法目的模糊、主体局限，对居住权性质认定及居住权利范围等均未明确规定。

2020年5月28日公布的《民法典》中，将居住权归入物权编，定性为“对他人的住宅享有占有、使用的用益物权”，并对设立形式、设立条件、设立方式等作出规定。

二、我国司法实践中关于居住权的争议

笔者例举下述几个案例：

案例一，罗某某过世时留下遗嘱，其名下一处房屋产权归于简某一，简某三享有居住权，房产未经简某三等全部子女同意不得出租、出售。简某三认为遗嘱中明确简某一不享有房屋处分权，则不是由简某一继承全部房产真实意思表示，应判决法定继承。法院认为未经享有居住权的简某三同意不得出租、出售仅为随附义务，不是对所有权的否定，遗嘱有效，按遗嘱继承处理。[广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民一终字第 2958 号判决]

案例二，原告刘某向法院提起离婚诉讼，请求判决其与被告薛某某离婚，薛某某以其无固定收入为由请求其享有原告一处房屋的居住权，法院判决离婚后薛某某可居住原告刘某该处房屋直至再婚止。[山东省青岛市中级人民法院（2014）青民五终字第 106 号判决]

案例三，马某、孙某（马某第二任妻子）、马某某（马某与第一任妻子之子），共同签订协议，约定某处房改房所有权人为马某某并登记于马某某名下，马某和孙某享有终身居住权。后马某去世，孙某请求法院判令其享有该房屋的终身居住权，法院予以支持。[河南省南阳市中级人民法院（2013）南民二终字第 00563 号判决]

从上述案例及大量司法实践中，我们可以总结出涉及居住权纠纷的一些特征：

- （1）居住权请求基础与人身关系密切相关；
- （2）居住权请求得到支持的人均系“生活确有困难”者；
- （3）居住权设立方式不尽相同，通过遗嘱、合同等方式均可设立；

(4) 在居住权纠纷中法院具有较大的自由裁量权，强调对弱势群体的权益保障。

由于我国此前并未设立居住权制度，对居住权人认定、权利范围、设立方式等均无规定，而司法实践中关于居住权的纠纷却不断增长，实际运用中也演变为权利的一种，依照民法原则、裁判规则等已经不能充分解决现有纠纷。因此，为解决现实存在的居住权纠纷、保障居住权益，建立居住权制度在我国理论界一直被激烈讨论。

三、我国民法典中居住权制度的立法构造

我国理论界对居住权是否归入物权法体系存在极大争议，2001年《物权法》（征求意见稿）中规定了居住权的内容，而最终公布的《物权法》却将居住权内容全部删除。全国人大法工委对此解释为，居住权制度适用范围有限，涉及婚姻家庭事的住房纠纷可以在婚姻法中予以调整，不涉及婚姻家庭事的住房纠纷可以通过合同法予以调整，因此不需要特别设立一项制度。

直至2020年《民法典》通过，我国正式设立了居住权制度，民法典第三百六十六条至三百七十一条对居住权的概念、设立方式、设立条件、设立限制、消灭原因等进行了规定。笔者将通过民法典相关规定浅析我国居住权制度的立法构造。

（一）居住权主体

居住权人主体应为自然人。根据《民法典》第三百六十六条之规定，居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。首先，“居住”本身就具有明显的人身属性，其权利主体不可能是法人或者机关单位等，其次“满足生活居住的需要”更表明居住权人仅能为自然人

但居住权设立人的主体根据第三百六十七条第2款第（一）项之规定，居住权合同一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所，可以看出对居

住权设立人主体并无限制。

（二）居住权客体

居住权系“对他人住宅享有占有、使用的用益物权”，其客体为他人所有建筑物的全部或部分，包括房屋、土地及其附属物。居住权设立上可以非常灵活，既可以就整体房屋设立居住权，也可以就房屋某一部分设立居住权，即房屋所有人在设立居住权时可以将房屋空间进行拆分。

不同于建设用地使用权、土地承包经营权等用益物权，居住权人仅享有“占有、使用”的权利，而不具有收益权。

（三）居住权设立方式

根据《民法典》第三百六十七条、三百七十一条之规定，居住权通过合同、遗嘱的方式设立。

双方采用书面合同方式设立居住权的，应载明双方名称（姓名）及住所、房屋位置、居住条件及要求、居住权期限及争议解决方法。同时，我国对居住权的设立采用了“登记生效主义”，即只有在不动产登记机构进行登记后，居住权方能设立。通过遗嘱方式设立居住权的，自继承时生效

（四）居住权设立原则

根据《民法典》第三百六十八条、三百六十九条之规定，居住权无偿设立。且不得转让、继承。居住权的设立以无偿性为原则，不得处分，体现了人役权性质，但就我国的居住权制度而言，并未对双方的人身关系进行限制，一定程度上扩大了居住权的适用范围。

四、对完善我国居住权制度的建议

我国建立居住权制度顺应了时代发展，能够解决目前出现的部分社会问题，

保障特定主体的居住权益，但受国外立法的影响较多，适用范围上具有一定局限性，笔者期待居住权制度在实际运用过程中逐步完善，以充分发挥制度的能动性，调动市场经济活力。

第一，在居住权设立原则上，不必拘泥于其人役权性质的限制，对其无偿性可予以适当放宽。现实中以房养老的金融产品、设立居住权长期投资等现象并不少见，居住权有偿性的突破对于房地产领域的来说可能会出现新的业态与经济活力。

建立多元化的居住权制度机制，可以区分为援助型居住权、投资型居住权，援助型居住权以特定的人身关系为基础，强调扶助性质、保障功能，以无偿性为原则；投资型居住权跳脱出家庭伦理关系限制，赋予居住权人收益的权利，侧重发挥房屋的使用价值、商业价值。

第二，充分发挥居住权的现代功能，逐步扩大居住权人主体，从特定的自然人逐步扩大至社会组织、法人等。考虑将社会中的公益组织纳入居住权人主体范围，合理利用保护原则，充分发挥居住权的扶助目的。

五、结语

一项新权利的诞生必然伴随着许多声音，我国居住权制度在争议中得以建立，笔者期待民法典生效后，该项制度能够实现立法价值，为部分群体实现权益提供有力支撑，在其实际运用过程中亦能焕发新的生命力。

将“黄世仁”绳之以法入典，推利率市场化借之有道

周永勇 发现律师事务所高级合伙人

曾雪 发现律师事务所专职律师

《民法典》来了！这对法学界前浪们来说总算完成了几代人的夙愿；法学界后浪们掀起了一股学习研究狂潮；对老百姓来说，从此拥有一部权威社会生活的指南。孟德斯鸠在《论法的精神》中说，在民法典慈母般的眼里，每一个人就是整个国家。当今的时代，我们将其冠以“民法典时代”也不为过，而本次民法典首次将高利贷纳入规定，就是将之前一系列限制高利贷的各项规定上升、提炼到了法典的高度，“杨白劳们”再也不用惧怕万恶的“黄世仁”了。同时，健康的市场经济呼吁合理的市场利率，民间借贷的利率应也与金融机构的利率市场化改革遥相呼应，从而实现借之有道的良法秩序。

一、“高利贷”首次入典

《民法典》第680条第一款规定：“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。”这是《民法典》以法之名首次明文禁止高利贷，“禁止放高利贷”，既是一条禁止性法律规范，将禁止高利贷上升到法律之高度，更是彰显了一种价值取向和法治精神。

何为“高利”贷？《民法典》没有回答具体标准，而是以“国家有关规定”技术处理。实际上，在高利贷“入法”之前，我国一直有不同层级的相关规范性文件，约束、限制或禁止高利贷，如下表所示：

二、高利贷何以“万恶”

为何一旦谈起高利贷，大家都会深恶痛绝、有“朴素正义”情感存在？甚至笔者因工作所接触到的部分失信被执行人对“高利贷”的自我认定标准其实远

低于法定标准，一旦无法偿还贷款的情况发生，就认为贷款方不应该收取利息，要求只偿还本金，并觉得自己占道德上风故以批判、谴责贷款方收取利息的不正义（其实在古代西方宗教国家，禁止放贷收息，因为认为收取利息是不劳而获，故而罪恶）。这种现象可能基于以下几种原因：

第一，一些文学艺术作品的精神深入人心。例如莎士比亚的《威尼斯商人》塑造的经典角色高利贷者夏洛克与犹太商人安东尼奥，反映了资本主义早期商业资产阶级与高利贷者之间的矛盾。再如《白毛女》中通过杨白劳、杨喜儿的悲惨遭遇，愤怒控诉了黄世仁为代表的高利放贷者的罪恶。

第二，现实中，因高利贷而引发的一些恶性事件、现象牵动着人们的神经，例如山东于欢案、校园贷自杀案、裸贷、套路贷、暴力催收等，使高利贷常常与暴力、威胁、压榨、家破人亡、寻衅滋事、犯罪等相关联，正所谓“常常负债无依倚，谤教虚招地狱因”。

第三，限高的红线标准太高，超过了实体经济承受的程度。比如，古代，财主们可以合法放贷，实行利滚利，一年下来，经常可以比本金翻几翻，而老百姓被逼的家破人亡；部分开明政府为抑制高利贷也采取了一些措施，如北宋王安石变法推行的“青苗法”，一年两次放贷，每次利率 20%，年化即达 40%，亦超过了各地老百姓的承受程度，这也是后来变法被诟病、被废止的重要原因之一。

因此，民法典此次亮剑高利贷，禁止高利贷，可谓是将“黄世仁”们明正“典”刑，系开创盛世之举，并为进一步推动民间借贷利率的改革创造了契机。

三、利率市场化改革

虽然金融机构利率与民间借贷利率的规范属于两个不同体系，“高利贷”通常是在民间借贷框架下谈论，但实际上目前金融机构仍是社会融资最重头的渠道，作为银行等金融机构既具有市场经营性特征又具有鲜明的政策监管特征，对

银行等金融机构高利贷禁止就不言而喻了，《民法典》第 680 条禁止高利贷并未区分民间借贷与金融借款。

一方面对金融机构同样适用高利贷“禁令”，另一方面，我国实实在在走出了漫漫 20 余年的金融机构利率市场化改革之路。我国从 1993 年提出利率市场化改革构想到逐步放开贷款利率下限和存款利率上限再到实现利率“两轨合一轨”，形式上已完成利率市场化改革。

四、高利贷与利率市场化的关系

我国利率市场化改革，就是拟建立和完善由市场供求关系决定金融机构存、贷款利率（不仅限于存贷款利率）形成机制，营造充分自由竞争的金融市场环境。国家一方面给高利贷款设限，另一方面实施利率市场化改革，取消相关限制，二者看似矛盾，实际上是相辅相成，市场化意味着自由（在高利贷红线之下的相对自由），利率市场化是金融自由化的内涵之一。

从经济角度而言，禁止高利贷表面上可以达到降低融资难度的目的，而事实上只有形成真正的市场化借贷利率，形成良性竞争局面，才能在实体经济相对低迷的阶段从根本上降低融资成本，解决融资难、融资贵的问题（正如我们看到 LPR 目前呈下行趋势；当然，实体经济处于高速增长的时期，则亦应根据市场情况作动态调整）。举个例子，如果明令禁止收取利息、或者利率规定非常低，则可能导致出借方不愿意出借，借款方更不容易借到钱，反而伤害了实体经济。

从社会角度而言，利率在高利红线之下自由竞争，使得借钱有预判，还钱有担当、借之有道，还社会以公平安宁。根据最高人民法院官网公示，截止 2020 年 7 月 22 日，列入全国失信被执行人（俗称“老赖”）名单 5978030 例，出现这么多借钱不还者自然有千百种原因，不过就社会现状常见情形来看，笔者认为主要有四种：重大疾病（生存层级）、超前消费（消费层级）导致拆东墙补西墙、

赶创业热（实业层级）创业失败、赚快钱（金融层级）“栽了”。禁止高利贷与利率市场化同等重要，急需钱者可以因禁止高利获得一定限度的保护，享受市场化更低利率；融资者应当对还款能力及不利后果予以理性预判，并就自己债务及不利后果承担全部责任。

最后回归法律角度，正因为利率由市场供求关系决定，不同时期、不同类型的借贷的利率可能存在差异或变化，法律不可能将高利贷以一刀切标准划分，因此《民法典》第 680 条仅提纲挈领式明令禁止高利贷，对高利贷认定标准留给“国家有关规定”。就现阶段而言“有关规定”主要有 24%、36% 两点三段式标准。有关未来对于高利贷的标准，笔者建议，消费借贷和投资借贷应当区别对待，消费借贷中普通消费借贷和奢侈品消费借贷标准可以区别对待。

2020 年 7 月 22 日，最高人民法院联合国家发改委，发布了《最高人民法院国家发展和改革委员会关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》中提到将修改完善民间借贷司法解释，大幅度降低民间借贷利率的司法保护上限（即高利贷标准）。笔者认为，这正是我国司法机关在《民法典》亮剑高利贷之后，有步骤推动民间借贷利率市场化的一种积极举措，有利于维护我国正常的金融秩序，有利于推动市场经济进一步健康发展，有利于我们尽快进入借之有道的法典盛世。为此，我们拭目以待。

70年后，你的房子还是你的房子

罗毅 发现律师事务所主任
于诗佳 发现律师事务所专职律师

5月28日，《中华人民共和国民法典》（下称民法典）正式通过，我国正式迈入民法典时代。在这部社会生活的百科全书中，一个关乎民生的热点内容为住宅建设用地使用权期满自动续期，让广大购房者吃了定心丸。不过，该续期是免费续期还是续费续期未予明确，笔者对此略作研判。我们也期待相关部门尽快出台既贴合实际需要、又符合公众期许的具体政策，让老百姓买到手的房子能安稳地住一辈子。

耕者有其田，居者有其屋。受传统文化“家”观念的影响，中国人自古就有购房置地的情结，认为有房才有家，有家才有依托。但即使购房者对房屋享有永久所有权，按照我国实行的土地使用权出让制度，城市的土地属于国家所有，购房者也只在一定期限内享有国家让渡的土地使用权。当土地使用权出让期限届满后，国家会不会收回土地，土地上建设的房屋又将何去何从，一直是备受大家关注的问题。

一、民法典定了住宅建设用地使用权期满自动续期

我国实行的土地使用权出让制度，城市的土地属于国家所有，购房者只在一定期限内享有国家让渡的土地使用权，因此土地使用权到期如何处置是土地制度改革必然会面临的难题。

早在2000年，深圳就因历史遗留问题发生了土地使用权到期的案例。对此，深圳市政府出台《深圳到期房产续期若干规定》，对于符合特定条件的到期房产，业主可按照基准地价的35%进行补缴续期。几年后，青岛也出现了一批土地使用

权到期的房产，最终按照原基准价的60%进行续费续期，才恢复了该批房产的交易和抵押贷款。2016年，温州出现了上千套商品房土地使用权到期的情形，国土资源局专门出台“二不一正常”的过渡政策，即相关法律安排出台前，执行“不需要提出续期申请，不收取费用，正常办理交易和登记手续”的政策，以解决群众面临的不能过户等实际问题。

不论是深圳模式、青岛模式还是温州模式，都以出台地方政策的方式先解决实际困难。可以看出，土地使用权到期如何处置并非个例，需要国家认真对待并及时出台制度安排。对此，民法典第三百五十九条作出了积极回应，规定住宅建设用地使用权期限届满自动续期，让广大购房者吃了定心丸。根据该规定，住宅用地使用权实行期满自动续期，不适用房地产管理法第二十二条的规定，无需使用权人在期限届满前提交申请，也不会因使用权人期限届满时未办理申请而不予续期，更不用担心因未续期而被国家收回。

二、实行自动续期的制度意义

第一，自动续期是保障民众生存权的重大举措。在房价高企的当下，如果老百姓斥巨资购置一套房屋后，仍面临被国家收回的可能，将极大影响民众安定与社会稳定。土地使用权的自动续期，是关系到国计民生的大事，关乎每个公民切身利益的问题。正如有观点认为，国家通过制度安排，不再享有批准续期申请的权力，而让续期成为民众的基本权利，成为保障其生存权的合理预期，让百姓拥有真正的踏实感，让有恒产者有恒心，更有勃勃生机。

第二，自动续期制度是落实所有权完整的具体措施。购房者购买房屋，取得房屋所有权和对应建设用地使用权，前者的年限是永久的，后者则有一定期限。如何平衡土地使用权的有期性与房屋所有权的无限性，是产权保护制度必须考量的重要命题。自动续期制度让住宅建设用地使用权的期限得以延长，以适应房屋

所有权无限性，让住宅建设用地使用权与住宅所有权之间建立顺畅连接，成功协调了两种权利，是完善产权保护制度、依法保护产权完整的具体措施。

第三，自动续期有利于促进房地产交易。土地使用权和房屋所有权虽相对独立，但根据我国实行的房地一体化政策，二者事实上彼此关联，甚至常被视为一体，若当住宅建设用地使用权到期后无法顺利续期，必然影响房屋交易，正如温州当年面临的具体问题。现民法典的出台，解除了这一困惑，明确了住宅建设用地使用权的自动续期，既无前置条件，也不需要申请，住宅建设用地使用权的固有期限不再是房地产交易的限制条件，登记机关也不得因此而拒绝登记，这为房地产市场自由交易减少了障碍，有利于促进其稳定与繁荣。

三、关于续期费用的浅判

对于大家最为关注的续期费用，民法典未作规定。参考其他土地公有化制度，大多采取有偿续期的方式。例如在新加坡是典型的有偿续期，土地绝大部分归国家所有，其中用于出让的住宅土地，使用期限为99年。当土地使用权到期需续时，用地人需按照估价师对土地的估值，再次缴纳地价。又如在香港，土地的所有权归政府，政府以拍卖、招标或协议方式批租土地，因此土地承租人也面临到期续租的问题。香港未采用新加坡模式，而是采用自动续期的方式，由承租人按年缴纳地租，标准为房产年租金的万分之十五，故普遍认为香港土地有偿续期仅具有象征意义。我国将如何规定，尚不得而知。有观点认为按照民法典的表述，续期费用以缴纳为原则，减免为例外；也有观点认为，大部分民众目前未形成续期续费的预期，免费才显得合情合理。对此，笔者认为，从我国土地公有制的角度出发，如果实行无偿续期，居民对土地享有近乎所有的权利，可能有违土地制度改革的初衷。因此，未来随着我国房地产税制度构建，很可能对土地使用权实行有偿续期，并将以与房地产税相结合的方式施行。

四、结语

70年后，你的房子还属于你！民法典对此作出了积极回应，为老百姓安居乐业提供了重要保障。但三百五十九条也仅为原则性规定，关于该续期是免费续期还是需要缴纳续期费用仍然未明确，有待国家出台既贴合实际需要、又符合公众期许的具体政策，发现律师将予以持续关注。

40年后，你的公寓不再是你的公寓？

罗毅 发现律师事务所主任

卢禹竹 发现律师事务所实习律师

2020年5月28日，我国的法治建设迎来了载入史册的光辉时刻，《中华人民共和国民法典》获高票表决通过。民为邦本，法系根基，这部“民事权利宣言书”的诞生将对每一个中国人的生活产生深刻影响，我们应将其奉为民事活动之指南。

我国房地产市场常见的公寓产品有住宅式公寓、商住型公寓和酒店式公寓三种，其中住宅式公寓本质上属于住宅，后两者则为公寓。住宅与公寓在落户权限、贷款比例、水电费率等方面存在差异，但最重要的差别在于对应的建设用地使用权期限不同，且期满后的处置方案也有所不同。民法典针对住宅和公寓的续期采用差异化的制度设计，向公寓购买者释放出了不利信号：40年后，你的公寓将可能不再是你的公寓。

一、非住宅建设用地使用权的到期处置

1. 不能自动续期已成定局

物权法规定住宅建设用地使用权可自动续期，非住宅建设用地使用权的续期依照法律规定办理。民法典针对非住宅建设用地使用权的续期问题并未作出实质性修改，沿袭了物权法的规定。故，对属于非住宅建设用地使用权应适用《城市房地产管理法》第二十二条第一款的规定：“建设用地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期。”公寓的土地使用权不能自动续期已成定局。

2. 能否实现续期无法确定

公寓的土地使用权期限届满前土地使用者需申请续期。但是，该申请后能否获批具有不确定性。政府可以公共利益为由对续期申请不予批准，而公共利益较为模糊，不利于私权的保护。《城市房地产管理法》第二十二条第二款规定：“建设土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，建设土地使用权由国家无偿收回。”对于土地上的房屋以及其他不动产的归属，民法典仅有“有约定依约定、无约定或约定不明确的，依照法律、行政法规办理”的简略规定。而《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十条规定：“土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得”。若公寓的土地使用权被政府收回，公寓拥有者的所有权可能受到影响。

3. 续期年限与费用尚待明确

对于公寓的土地使用权的续期年限与费用问题，法律法规处于缺失状态。虽然国内已有商业用地使用期限届满的续期先例，但其参考价值不高。例如，2018年9月，位于浙江省海宁市的龙祥大厦的建设土地使用权到期，其土地性质属于商业用地。根据当时海宁市的政策，按办理续期时土地市场评估价的50%缴纳土地出让金。2018年12月30日，海宁市国土资源局为龙祥大厦土地续期20年，总补缴款近2200万元。该案例虽实现了续期，但情况特殊，只是在20年的基础上再续20年，补足了当今规定的商业用地最高使用年限，对于40年届满后的续期问题参考价值不大，并且地方政策各自为政，具体内容差异大，公寓的土地使用权续期年限与费用依旧扑朔迷离。

二、该制度可能产生的影响

1. 公寓的交易和登记可能受到阻碍

根据我国实行的房地一体化政策，建设土地使用权和房屋所有权事实上彼此

关联，常被视为一体，若建设用地使用权到期后无法顺利续期，会影响房屋的正常交易与登记。民法典进一步确认了住宅建设用地使用权可自动续期，且无需申请、无前置条件。而公寓的土地使用权续期需要经过申请与审批。两相对比，公寓的未来处境将更为艰难，公寓的土地使用权的期限会成为其交易与登记的限制条件，增加了公寓交易的障碍，可能会影响公寓市场的稳定与繁荣。

2. 公寓所有权的完整性可能受到损害

自动续期制度使住宅建设用地使用权在期满之后能够顺利延长，以适应房屋所有权的无限性，利于消除两权分离之困境。而对于公寓，我国却摒弃自动续期制度，公寓所有权和公寓的土地使用权的期限处于独立、割裂的状态，期限关联度弱，使公寓私有和土地公有的矛盾尤为突出。而由于我国房屋产权由房加地的模式构成，是否合法拥有公寓的土地使用权将会影响公寓所有权的正常享有。若无法实现公寓的土地使用权顺利续期，公寓所有权的完整性将受到损害。

3. 公寓所有者的经济负担可能加重

根据民法典第三百五十八条的规定，住宅的续期存在减、免的可能性。即便不减免，参考我国香港地区的模式，建设用地使用权到期后缴费标准为每年缴纳年租金的万分之十五，续期费用也十分低廉。相较之下，公寓的土地使用权到期后却可能带来经济负担。首先，根据现有的法律规定，公寓的土地使用权续期费用减免的可能性很低；其次，根据国内的先例，续期费用价格不菲；最后，费用缴纳方式不明确，若需一次性缴纳，可能给公寓所有人带来沉重的经济压力。

三、律师建议

1. 对立法机关的建议

民有所呼，法需有应。房子承载着民众对温暖家庭的期许，对安居乐业的渴望。当今，由于公寓的土地使用权续期制度并不完善，40年后，我是否应从我

的公寓搬离，困扰着众多公寓所有人与潜在购买者。国家应及时修改或制定相关法律、行政法规、明晰和统一规则，弥补已有法律法规中缺失和回避之处，在全国范围内形成基本统一的处理方案。稳定公寓所有人及潜在购买人的预期，使其更合理地做出决策，发挥法律的指引功能，为民众纾忧解难。

2. 对购房者的建议

(1) 全面评价公寓利弊，综合考量相关因素

公寓具有不限购、不限贷、总价低、出租回报率高等诸多优点，赢得了大批民众的青睐。但同时，公寓也有水电费贵、不能落户无学位、首付款比例高、交易税费高、建设用地使用权年限短等缺点。因此，不可盲目追捧公寓，消费者需全面衡量其利弊。特别是在公寓的土地使用权续期制度并不明确的当下，购买公寓后可能面临公寓的土地使用权到期后续期难和续期费用高的问题，公寓并非住有所居的长远保障，消费者应更加谨慎。对于公寓购买者，律师建议签订买卖合同前核实该公寓的土地使用权剩余期限，避免购买即将到期的公寓。

(2) 学习民法典，充分认识投资风险

民法典是“社会生活的百科全书”，有学者言“人们向往的美好生活是怎样的，民法典就是怎样的”。它与我们的日常活动紧密相关，为民众追求美好生活提供指引。因此，每一个民事主体都有了解、学习民法典的必要，从中汲取有用信息。新颁布的民法典，对物权法中住宅建设用地使用权的规定进行了确认与调整，暗含对住宅的保护倾向，在可自动续期的70年住宅的反衬下，公寓的交易市场可能会进一步受到冲击。尤其是在购入数年后，日益减短的土地使用权期限可能成为二手公寓的交易阻力，公寓的商业价值存在降低的风险，升值空间受限，以投资为目的公寓购买人应充分考虑此风险，将民法典作为其投资决策的重要依据。

3. 对开发商的建议

(1) 开发公寓需谨慎，合理规划建设期间

当前，对于公寓的土地使用权的法律法规与政策并不完全明晰，存在今后出台一系列不利规定的可能性，届时公寓的销售或许会深受影响。因此，开发商应慎修公寓，在考虑市场需求和投资回报的基础上，还需结合实际的法律与政策环境，对未来的制度走向进行研究与预判，综合考量各方因素之后再作决断。若决定修建公寓，则要合理规划建设期间，积极推进开发进度。这是由于公寓的土地使用权期限从开发商拿地之时即开始计算，历经动辄数年的开发周期后，其期限被进一步压缩，剩余年限较短，可能会对公寓的商业价值产生不利影响。

(2) 履行告知义务，避免发生纠纷

房屋的性质属于住宅或非住宅是购房者在决策时的重要考量因素，结合当前公寓可能面临的不利情况，这一因素显得更为重要。因此，开发商在销售公寓时，应充分告知购买者房屋性质，避免房屋买卖合同被撤销。并且，公寓的剩余土地使用权期限会影响买受人的可贷款年限，开发商在销售公寓之时也应特别注意对此期限尽到充分告知、提示的义务，扫除今后因期限问题产生纠纷的隐患。

四、结语

40年后，你的公寓将可能不再是你的公寓。无恒产者无恒心，公寓的土地使用权可能令人担心。民法典的颁布，让住宅购买者吃下了定心丸，但却可能成为公寓购买者的降温剂，在日渐炎热的夏天，为当前红火的公寓交易市场降温。目前，公寓的土地使用权的续期要求及续期费用等问题仍待进一步明确，希望有关机关及时出台具体规定，发现律师将予以持续关注。

代位权的前世今生

卢世林 发现律师事务所专职律师

什么是代位权？《民法典》施行之前，代位权的规定见于《合同法》第七十三条：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”

《民法典》施行后，代位权的规定见于合同编第五百三十五条：“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。”

因此，将《民法典》第五百三十五条与《合同法》第七十三条进行对比，我们可以发现代位权的规定存在几个较为明显的调整：

1. 明确规定了代位权的客体包含了债权的从权利，如担保物权等。
2. 不再强调债务人对次债务人的债权是否到期。
3. 将债权人行使代位权的前提“对债权人造成了损害”变更为“影响到期债权的实现”。

（注：若与合同法司法解释一对比，《民法典》将“债权人的到期债权未能实现”变更为了“影响到期债权的实现”）

针对如上变化，笔者依次论述如下：

一、《民法典》明确规定了代位权的权利客体包含了担保物权等从权利。

民法典施行前，因合同法第七十三条未明确规定代位权的客体是否包含了担保物权等从属性权利，因此司法实践中对于债权人能否代位行使债务人对次债务人享有的担保物权等从属性权利存在诸多争议，但主流观点认为：担保物权等从属性权利，并非是独立的物权，允许债权人代位行使债权，却不允许代位行使附属于债权的从权利，明显违反设立担保物权的立法本意，也不符合代位权设立的立法目的，从权利应当属于代位权的权利客体之一。

持该观点的相关案例：

①上海浦东新区法院(2017)沪 0115 民初 13272 号

裁判要旨：本案中，至于原告是否有权代为行使担保物权，本院认为法律并未对担保物权成为代位权行使的客体作出禁止性规定，设定担保物权的目的在于保障债权的实现，担保物权作为债权的附属权利，其可以成为代位权的客体。

②重庆市二中院(2017)渝 02 民终 437 号

裁判要旨：结合本案来看，周忠华代位向债务人路国显主张对次债务人张其斌、袁玉琴的债权已经到期，而该笔债权既设定了物的担保又有人的担保，且提供物的担保的属于债务人以外的第三人，在张其斌、袁玉琴未完全履行债务的情况下，路国显有权对钱直秀、张其安提供的抵押物享有优先受偿权。担保权利是债权的从权利，债权人行使的是债务人的权利，而不是其自身的权利，债权人代为行使债务人的抵押权并不违反法律的强制性规定。故周忠华可代位行使债务人路国显对次债务人享有的物的担保抵押权。

③最高人民法院（2015）民申字第 2495 号

裁判要旨：据此，天宇公司作为涉案债权的担保人和保证人，负有就中裕晟公司所负债务在其担保范围内向债权受让人瑞年公司承担连带清偿责任，因此就农行世贸支行的债权而言，天宇公司与中裕晟公司同处于次债务人的地位，农行

世贸支行依据合同法第七十三条的规定，向天宇公司提起代位权诉讼，并无不当。

而反对意见则认为：人民法院应当严格依据“代位权的行使范围以债权人的债权为限”的规定认定债权人是否可以行使代位权，他物权等权利本质上不属于债权，不应成为代位权的客体。

北京市第二中级人民法院（2019）京02民终6741号

裁判要旨：《中华人民共和国合同法》第七十三条第二款规定：“代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

“据此，我国合同法规定的代位权的行使范围以债权为限。他物权本质上不属于债权，不应当成为代位权的客体。本案中，李明东以其名下两套房产向中企信用公司提供抵押担保，并办理了相应的抵押登记，故中企信用公司对李明东享有担保物权。担保物权系他物权，不属于债权范畴，不属于我国合同法规定的代位权的行使范围。

如上调整的现实意义：《民法典》施行后，将担保物权等从属性权利明确规定为代位权的客体之一，更能统一人民法院在审判活动中的裁量分歧，提高司法效率，也更有利于维护债权人的合法权益。

二、《民法典》不再强调债务人对次债务人的债权必须到期，亦不再限制债权人必须在其对债务人的债权到期后才可行使代位权。

《民法典》施行前，对于代位权的行使，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十一条规定“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：（一）债权人对债务人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”以及第

十三条规定“合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。”

而在《民法典》中：

（一）不再强调债务人对次债务人的债权必须到期

该变化的现实意义在于：

（1）形式上降低了债权人行使代位权的权利门槛

实践中，存在着大量债务人与次债务人恶意串通、虚假设立长期债权以达到逃避对债权人存在的履行义务的目的。而依据《合同法》第七十三条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十一条之规定，债权人在没有证据能够证明债务人与次债务人存在恶意串通的情况下，无法在该长期债权到期之前代位要求次债务人承担相应的法律责任。

《民法典》施行后，不再以债务人对次债务人的债权是否到期作为债权人行使代位权的前置条件，使得债权人在债务人与次债务人恶意设置长期债权时仍然能够有效的行使代位权利。

（2）实质上也保障了善意次债务人的正当权利

如上所述，虽然债权人提起代位权诉讼时无需关注债务人对次债务人的债权是否已到期。但是从次债务人角度，若其为善意次债务人，完全可以以其对债务人存在的债务尚未到期为由进行抗辩，阻却债权人代位权的行使。

也即《民法典》不再强调债务人对次债务人的债权是否到期的实质在于，即

使在法律条文中不再规定“到期”二字，但是次债务人在事实上享有对于债务人存在的债务尚未到期无需履行的抗辩权，而债权人代位债务人向次债务人行使权利时，次债务人同样有权对债权人行使债务尚未到期无需履行的抗辩权，不再需要在法律条文中“重复”规定。

（二）将代位权行使前提从“对债权人造成损害（未实现到期债权）”调整为“影响债权人到期债权的实现”

《民法典》施行前，《合同法》第七十三条规定了债权人行使代位权的前提是债务人怠于履行权利的行为对债权人造成了损害，此后《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》进一步将“损害”明确为“到期债权未能实现”。综前所述，债权人行使代位权的前提是“未实现到期债权”。也就是说，债权人只能在债权到期且无法得到清偿时才可提起代位权诉讼。

而《民法典》第五百三十五条进一步的将“未实现到期债权”修改为“影响到期债权的实现”，也即《民法典》不再要求债权人必须在其对债务人享有的债权到期后才可行使，而是赋予债权人类似于《合同法》中规定的不安抗辩权的权利，使其能够在发生可能影响其到期债权实现的法律事件时，可以不再受其对债务人的债权是否已到期的约束而直接提起代位权诉讼，如此调整能够在极大的程度上保障债权人的合法利益。

综上所述，对于代位权，《民法典》相对于《合同法》及司法解释做了更进一步、更加完善的规定，同时也兼顾到了债权人与善意次债务人的正当利益，形式上已经相当完备，但是仍需在司法实践中进一步的检验。

《民法典》的施行对于夫妻财产约定制与夫妻间赠与行为的影响

卢世林 发现律师事务所专职律师

案例：男方婚前全款购买有一套房屋，在与女方结婚后的婚姻关系存续期间，双方签订夫妻财产约定《协议》，约定该婚前房屋由夫妻二人共同共有，但未办理产权变更登记。双方离婚后，二者就该房屋的归属产生争议。男方认为，上述行为属于不动产的赠与，在未办理过户登记之前可以撤销赠与，现予以撤销，因此女方无权主张分割房屋。女方认为，该协议属于夫妻财产约定，无需办理过户登记也发生法律效力，对双方均有约束力，双方均应当按照协议约定履行，因此应当对该房屋进行分割。那么此时应当如何处理呢？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条“民法典施行后的法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定。民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后，该法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。”之规定，因《婚姻法》及其司法解释与《民法典》及婚姻家庭编司法解释对于案例所涉问题的规定并不一致，因此在解决案例所涉问题时，需要按其行为作出时间来加以区分。

一、民法典施行前

《民法典》施行之前，对于夫妻间的赠与行为，依据《合同法》第一百八十六条“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定”以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，

赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照《合同法》第一百八十六条的规定处理。”之规定，在赠与财产权利转移之前，赠与人享有撤销权。

而依据《婚姻法》第十九条“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”之规定，夫妻之间对于财产所有权的约定，对双方均有法律效力。

依据上述规定，《民法典》施行前，审判实务中对于案例所涉问题的主流裁判意见为：夫妻财产约定中涉及不动产等需要办理权属变更登记内容的，若符合《婚姻法》第十九条约定的情形，即在“各自所有、共同所有、部分各自所有、部分共同所有”范围内时，即使未办理权属变更登记的，也不适用赠与撤销权的规定；在前述四种情形之外，属于夫妻之间的赠与，适用赠与撤销权的规定。

相关案例如下：

（一）夫妻财产约定与夫妻之间赠与不同，符合《婚姻法》第十九条规定情形的，即使未办理权属变更登记也不适用赠与撤销权的规定。

1. 山东省济宁市中级人民法院（2020）鲁08民终4984号

裁判要旨：本院认为，2019年8月15日，周朋成、丁方兰签订《婚内财产处分协议书》，该协议书系在双方夫妻关系存续期间签订，《中华人民共和国婚姻法》第十九条第一款规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用

书面形式”。故双方签订的协议书符合该条规定的情形，内容不违反法律、行政法规禁止性规定，合法有效，对双方具有约束力。周朋成要求撤销该协议，依据不足，不予支持。

2. 浙江省杭州市中级人民法院（2014）浙杭民终字第 901 号

裁判要旨：我国《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式……夫妻对婚姻关系存续期间所得财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力……”。本案中的《协议》虽由施某单方出具，但吕某已接受《协议》，并据此向施某主张共有权。由此可见，吕某、施某对将涉案房屋约定为夫妻共有一事已达成合意。该合意是吕某、施某约定施某部分婚前财产归夫妻共同所有，不违反国家法律的强制性规定，也未侵害第三人的权益，原审法院依法确认为合法有效，对双方均具有约束力。施某提出其出具《协议》的行为是单方赠与的行为的意见，原审法院不予采纳。

3. 浙江省舟山市中级人民法院（2015）浙舟民终字第 72 号

裁判要旨：本院认为，本案双方争议的焦点在于《夫妻财产约定协议书》的性质。上诉人主张《夫妻财产约定协议书》系赠与协议，被上诉人为受赠人，并以受赠人严重侵害赠与人作为由要求撤销协议。被上诉人认为该协议系双方在婚姻关系存续期间对涉案房产的归属进行约定，并非赠与协议。《中华人民共和国婚姻法》第十九条第一款规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。本案双方即是采用书面形式对婚后取得财产的归属进行约定，其本质是对家庭财产进行内部分配，该约定系双方真实意思表示，又未损害第三人利益，双方均应按约履行，上诉人关于《夫妻财产约定协议书》系赠与协议的主张缺乏

依据，对其要求撤销协议的上诉请求不予支持。

4. 广东省高级人民法院（2015）粤高法民一申字第 207 号

裁判要旨：夫妻财产约定是以夫妻身份关系为前提的财产协议，旨在排除、变动法定夫妻财产制。以协议离婚为条件的财产分割协议是夫妻关系存续期间达成的以离婚法律事实出现为生效条件的财产分割协议。夫妻赠予虽然也是夫妻之间财产无偿转移的约定，但该财产关系的变动与夫妻身份关系的存续或解除没有直接关系，与普通赠予没有本质区别。本案中，关于案涉房屋产权约定的性质到底是夫妻财产约定还是夫妻之间的赠予，抑或是以协议离婚为条件的财产分割协议，在未查明相关事实之前，原审判决将案涉《协议书》认定为夫妻之间的赠予，依据不足。

5. 重庆市第五中级人民法院（2016）渝 05 民终 2390 号

裁判要旨：本院认为，民事案件的案由确定应当按照双方争议的民事法律关系为基础，本案杨某以《夫妻财产协议书》为据提起本案诉讼，符合夫妻财产约定纠纷的特征，因此本案案由应为夫妻财产约定纠纷。本案中，王某甲、杨某于 2012 年 9 月 18 日签订的《夫妻财产协议书》的实质是双方约定将王某甲的婚前财产即诉争房屋归双方共同所有，王某甲、杨某各占诉争房屋 50% 的份额。

（二）不符合《婚姻法》第十九条规定情形的，适用赠与撤销权的相关规定。

1. 重庆市璧山区人民法院（2016）渝 0120 民初 4598 号

裁判要旨：本院认为，依据《中华人民共和国婚姻法》第十九条的规定，夫妻双方可以就夫妻共同财产约定为分别所有、共同共有或部分各自所有、部分共同所有，但并不包括将一方婚前所有的财产约定为另一方所有的情形，所以原、被告所签订的《婚前财产约定协议》将被告的婚前个人支付的购房款 100000 元所享有的相应房产份额，约定归原告所有，属赠予性质，在房屋未办理过户登记

在原告名下之前，赠予合同不成立。

2. 山东省烟台市中级人民法院（2014）烟民四终字第 201 号

裁判要旨：《中华人民共和国婚姻法》第十九条第一款规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。”该条第二款规定“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力”。该条规定了夫妻双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，但未规定一方的婚前财产全部归对方所有的情形，故麻某与于某于 2011 年 12 月 15 日签订的房产处分协议不适用《中华人民共和国婚姻法》第十九条的规定。

二、民法典施行后

《民法典》第一千零六十五条“男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。”与《婚姻法》第十九条并无实质性区别，主要在于二者的相关司法解释规定的不同。

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）》第三十二条“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续

履行的，人民法院可以按照民法典第六百五十八条的规定处理。”明确规定了夫妻双方约定共有房产但未办理过户登记的，仍可以撤销，而原《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（三）》第六条并未规定共有情形下仍享有撤销权。

基于《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）》第三十二条的规定，在《民法典》施行后，签订夫妻财产协议涉及需进行权属变更登记的财产的，未完成权利变更登记前，均可适用赠与撤销权。

而因笔者目前尚未检索到《民法典》施行后的相关裁判案例，因此暂无法判断在审判实务中具体应如何适用《民法典》第一千零六十五条及《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）》第三十二条。

基于前述分析，就本文开头提出的案例，可以作出如下回答：

若夫妻双方签订协议在《民法典》施行之前，那么在夫妻双方离婚之后，案涉房屋应当属于夫妻二人共同财产，应当予以分割；若签订行为发生在《民法典》施行之后，因未办理产权变更登记，男方又主张撤销的，应当认定该房屋仍属于男方个人财产。

三、相关建议

综上所述，因《民法典》及其司法解释的规定与此前施行的相关规定的不尽相同，为避免后期产生的财产分割争议，夫妻双方在签订夫妻财产协议后，应当及时办理相应的产权变更登记。

飞来横祸？《民法典》替您守护头顶安全

李哲 发现律师事务所专职律师

引言：如今的城市，高楼林立，人口居住密度大，“高空抛物”已经构成对所有人的损害危险。在《民法典》颁布之前，一人受伤，全楼连坐的情形时常发生。伤者认为天降横祸，自己无端受害；全楼连坐者觉得自己委屈，平白无故的遭受了无端处罚。不管是从案件的社会影响，还是实际的履行情况来看，都加剧了社会矛盾，不利于社会的综合治理。

案情介绍：以四川省的一则判例为例，2018年原告蒲某在自住房阳台吃饭时，被楼上掉落下来的钢管砸伤左眼。原告的法定代理人向公安部门报案，经过警察到场走访后无法查找出具体的侵权行为人，原告受伤后被送往医院住院部治疗。随后，原告蒲某将其楼上的25户居民全部起诉至人民法院。

经审理，人民法院根据《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的规定，认为各被告均有责任向法庭提出证明自己居住的房屋内无人向楼下抛掷物品，亦无任何物品坠落或无任何物品坠落的可能，但各被告的证据仅仅是为了证明本人及亲属事发当时的活动状况，均不能客观证明前述事实，故各被告的抗辩理由不能成立，应当依法对原告所受损害予以补偿。

《民法典》视角下的“高空抛物”的规定：为保障好人民群众的生命财产安全，《民法典》对“高空抛物”的处理方法有了明确的规定：

1. 禁止从建筑物中抛掷物品。
2. 从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权

人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。

3. 可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。

4. 物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。

5. 发生本条第 2 款规定的情形的，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人。

对《民法典》视角下的“高空抛物”规定的解析：

《民法典》对于“高空抛物”的规定，有些是和之前的法律规定一脉相承的，有些是新的创设，对于该类行为带来了新的处理方式，也将尽可能维护大多数人的合法权益。

一、明确了严禁“高空抛物”的法律义务

对于“高空抛物”的行为，中国现行的法律从刑事责任、行政责任和民事责任等方面做了非常全面明确的规定。首先，这类行为是有可能构成犯罪的，中国刑法虽然没有专门规定“高空抛物”的罪名，但是对于以故意杀人、伤人为目的进行抛物的，有可能构成故意杀人罪或者是故意伤害罪。对于“高空抛物”过失致人死亡或者致人重伤的，也有可能构成过失致人死亡或者过失致人伤害罪。对于“高空抛物”行为危害不特定多数人的生命财产安全的，还可以按照以危险方法危害公共安全罪等追究刑事责任。

如果尚未构成刑事犯罪的，也要依据现在的治安管理处罚法、建筑法、安全生产法等法律规定，考虑追究行政方面的责任。

《民法典》延续了其他法律的基本精神，明确了民众严禁“高空抛物”的法

律义务，也明确了法律后果，这对于整个法制体系的完善来讲具有重大意义，从民事、行政、刑事角度对“高空抛物”行为进行打击，以期可以尽可能减少、甚至杜绝该类行为的发生。

二、明确了侵权责任的承担主体

不管是按照《侵权责任法》的规定，还是按照《民法典》的规定，除能够证明自己不是侵权人的，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。从这个角度来看，一人受伤，全楼连坐的原则依然存在。这是为了保障社会的基本公平正义，对于伤者进行必要的保护和救济。

三、赋予非侵权人的追偿权

正如上文所述，一人受伤，全楼连坐的原则是为了保障伤者的基本权益，可能是出于道义或者对伤者的保护，但对于非侵权人来讲是缺乏事实依据和有违公平原则的。因此，为了保护非侵权人的合法权益，民法典做出新的制度安排，即赋予非侵权人的追偿权，以实现更大的社会公平与正义。因此，如果通过其他手段与方式，能够在事后查明真正的侵权人，就应当将责任转移给真正的侵权人承担。补偿人的追偿权意味着给予补偿是垫付行为，如确定加害人可追偿，而不再是可能加害的建筑物使用人“连坐”，能够让真正的侵权人受到法律的制裁。

四、明确了物业服务企业的安全保障义务责任

《民法典》将物业也作为一个责任主体，这是一个开创性、突破性的表现，该条款可以督促物业服务公司在服务业主时采取更多的安全保障设施，避免物业服务公司在该领域的不作为，是倒逼物业公司优化日常管理。

发生侵权行为的，按照“谁主张谁举证”的原则，仍应由受害人一方来举证责任，证明物业服务公司在承担安全保障义务方面具有过错，否则不能适用过错推定

的严格责任，除非法律、法规有明确规定。

当然，物业公司在该领域的责任需要装设监控设备，该设备的费用从哪里来，是否会增大社会的治理成本？该设备如何使用，是否会侵害小区居民的隐私权？这个可能是需要后续的法律、法规等来做出完善的地方。

五、明确了公安机关对侵权行为的调查职责

《民法典》明确了发生建筑物抛掷物品致人损害案件，需要有关机关介入调查以确定具体侵权人，调用国家机关权力全方位规制此类违法甚至犯罪行为，相对于以往的规定来讲是个重大的进步。

公安机关可以运用现在的技侦手段，综合指纹等各方面的证据，其实大部分案件是可以查清的，可破解“连坐”难题。

同时，公安部门对高空抛物必须进行调查，是把高空抛物的刑事性质恢复原状，从刑法理论上讲，只要是故意抛物，那就构成故意犯罪，至于是故意杀人、故意伤害、还是故意损害财务罪，取决于砸中了什么。

对于物业公司来讲，为了更好地配合公安机关等进行案件的侦查，物业公司一定要保护好现场。

笔者相信，随着民法典的普及、民众法律意识的提高以及公安部门的及时介入，今后“高空抛物”现象一定会减少，头顶安全将会更加可靠。

我的小区谁说了算？看《民法典》如何保护业主权利

吴兴隆 发现律师事务所专职律师

摘要：《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议于2020年5月28日通过，并以中华人民共和国主席令（第四十五号）的形式予以公布，自2021年1月1日起施行。《民法典》的正式公布和实施对我国法治进程而言具有划时代的意义。

随着我国社会经济的快速发展，人民的物质生活水平日益提高，越来越多的人购买了商品房。但是因为法律的滞后性，城市商品住宅小区治理过程中在一定程度上表现出很多共性：业主大会成立难、业主委员会发挥作用难、业主大会作出决议难、物业服务保质提质难、物业服务费用收缴难、公共维修资金使用难、业主知情权实现难、老旧小区治理难、老物业退出难、业主维权难等等，这些难题从不同侧面不同程度妨碍了业主建筑物区分所有权的效用发挥。在《民法典》颁布以前，业主的建筑物区分所有权主要规定在《物权法》《物业管理条例》《住宅专项维修资金管理办法》《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》等法律法规、司法解释中，但仍未能全面解决上述存在的问题。对于原来业主权利在实践中遇到的困难，《民法典》一一予以回应，通过加强对业主权利的保护、引入政府和居委会指导协助、适当降低表决门槛等方式，推动实现小区事务真正的“业主自治”。

关键词：民法典、物权、业主的建筑物区分所有权

一、什么是业主的建筑物区分所有权

《民法典》第271条 业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

笔者分析：根据该条的规定，建筑物区分所有权的性质为一种特殊的复合性不动产所有权，其是关于专有部分的专有权、共有部分的共有权以及因共有关系而产生的管理权三者的结合。此三者相互依赖、相互配合、相互制约，构成了不可分割的一个整体。

其中专有所有权指业主对专有部分享有的自由使用、收益及处分的权利；共有所有权指业主依据法律、合同以及业主公约，对建筑物的共有部分所共同享有

的权利。共同管理权，属业主成员权的范畴，指业主基于一栋建筑物的构造、权利归属及使用上的密切关系而形成的作为建筑物管理团体之一成员而享有的权利和承担的义务。

在建筑物区分所有权构成的三要素中，专有所有权具有主导性，共有所有权具有从属性和不可分割性，专有所有权和共有所有权是建筑物区分所有权的内部权利，成员权则构成它的外部权利。三者之区别在于，内部权利主要是基于财产共有而发生的关系，为建筑物区分所有权中之“物法性”因素，而作为外部权利的成员权不仅仅是单纯的财产关系，更重要的是一种管理关系，因而构成建筑物区分所有权中之“人法性”因素。

二、明确了政府在业主成立业主大会或委员会中的责任

《民法典》第 277 条 地方人民政府有关部门、居民委员会应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。

在《民法典》颁布以前，各地出台的行政法规规章中也存在类似的规定。以四川省为例：

根据《四川省业主大会和业主委员会指导规则》第六条的规定：

街道办事处（乡、镇人民政府）组织、指导、协调本辖区内业主大会的成立和业主委员会的工作，督促业主大会和业主委员会依法履行职责；协调社区建设与物业管理的关系，调解处理物业管理纠纷。

居民（村民）委员会协助街道办事处（乡、镇人民政府）开展物业管理有关的工作。

笔者分析：此次《民法典》正式明确了政府部门、居委会有对设立业主大会和选举业主委员会的指导、协助义务。实际上，由于业委会和业主大会的设立流程

较为复杂，业主们缺乏专业的指导，许多业委会迟迟无法设立，这也导致了业主权益难以保护，涉及全体业主权益的事项无法决策。《民法典》的这一规定强调了政府部门和居委会的职责，有助于解决一些业委会、业主大会设立上的困难。

三、优化了业主决定建筑区划内重大事项及表决权的规则

通过《民法典》第 278 条与《物权法》第 76 条比较，可以看出，业主大会的职权没有发生大的变化，但《民法典》对《物权法》此条表决门槛作出了重大修改。

（一）决定事项的变化

1、原物权法对第（二）项的表述是“制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约”，《民法典》直接表述为“制定和修改管理规约”，进一步凸显管理规约对人的行为调控，主要不是管物。

2、《民法典》将《物权法》第（五）项中的“筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金”分拆为“筹集”和“使用”两项，前者采用参与表决的“双四分之三”，原因在于业主大会成立之初一般不需要筹集，因为业主买房时都缴纳了专项维修资金，所以再次筹集资金性质更重要、更慎重；而后者为了解决专项维修资金的使用难问题，采用参与表决的“双过半”。

3、《民法典》第（八）项“改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动”为新增条款，原《物权法》没有。《物业管理条例》有关于改变共有部分用途需要召开业主大会的规定，但没有规定票权比例。另外，对于出租共有房屋是否需要业主大会表决的问题，原来存在争议。现明确规定需要开会，且票权比例要求较高。该项表决的票权比例要求高于“双过半”。

（二）表决票数的变化

《物权法》采取的是以专有部分总面积和业主总人数作为基数，分别规定了“双三分之二”（绝对大多数）和“双过半”（绝对多数）两档门槛。

而《民法典》对此进行了大幅度调整。《民法典》规定，参与表决的票权比例超过两个“三分之二”，会议才有效，且面积比例只算专有部分，不算总建筑物面积；一般议题的支持率“双过半”即获得通过，重大议题超过两个“四分之三”获得通过，支持率的票权比例计算均以参与表决的票权而非总票权为基数。理论上讲，只要超过两个“三分之二”的业主参与表决，一般议题只需要获总票权的三分之一支持即可通过，重大议题需要获总票权的二分之一支持。笔者分析

1、《民法典》第 278 条第二款第一句设定了会议的法定最低人数限制：由专有部分面积比三分之二以上的业主且人数比占三分之二以上的业主参与表决，会议才有效。

2、第 278 条第二款第二句对第六项至第八项规定的重大事项，设定了门槛：经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意；由于其基数为参与表决的专有部分面积和人数，因此其实际通过门槛为： $2/3 \times 3/4 = 1/2$ 。

举例说明：以一般小区 1800 户需要表决第六项至第八项规定的重大事项为例，1200 户以上参与表决为有效会议，通过议题则为： $1200 \times 2/3 \times 3/4 = 900$ 户以上同意。

3、对于其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意，因此其实际通过门槛为： $2/3 \times 1/2 = 1/3$ 。

举例说明：以一般小区 1800 户需要表决第一项至第五项议题为例，1200 户以上参与表决为有效会议，通过议题则为： $1800 \times 2/3 \times 1/2 = 600$ 户以上同意。

从以上分析不难看出，《民法典》大幅度调低了业主大会表决事项的表决门

槛：《民法典》将《物权法》的绝对大多数（“双 2/3”）调低为绝对多数（“双 1/2”）；而将《物权法》的绝对多数（“双 1/2”）调低为相对多数（“双 1/3”）。

四、强化业主对共有部分、共同管理的权利，明确共有部分产生的收益属于业主共有

《民法典》第 282 条 建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。

我们经常在新闻中看到“别人家小区”的业委会每年定期给业主发现金红包，但更多的现象是物业管理不规范、公共收益不知去向、业主维权难等问题，屡屡成为不少矛盾纠纷的源头，并不时演变成群体维稳事件。

笔者分析：此条规定是首次通过法律规定将共有部分收入的归属进行了明确。小区的电梯、屋顶、外墙面、无障碍设施等均属于业主共有部分，实践中，许多开发商或物业利用这些共有部分安装广告、设置快递柜、增设停车位等进行收益。这些收益往往直接被开发商或物业取得，侵犯了业主的权利。在《民法典》生效后，针对此种情形，需要经过业主表决同意利用共有部分从事经营活动，并对产生的收益（扣除合理成本后）决定处置。如开发商或物业擅自处置的，业主有权以法律途径维护自己的权益。

五、《民法典》对业主的建筑物区分所有权规定的意义

（一）定分止争，维护社会和谐稳定。民法典是市场经济的基本法。业主的建筑物区分所有权属于物权，物权是市场经济的基础性制度，归属清晰是现代产权制度的首要特征，也是权责明确、保护严格、流转顺畅的前提。市场经济条件下，所有权等财产归属关系是财产交易关系的前提。生活资源有限、人们欲求无限，定分是止争的前提和基础，定分是手段，止争是目的，分定则能争止。

（二）通过确认和保护物权提升法治文明和社会文明，维护和落实社会主义基本经济制度。人身安全、财产保障和契约精神是人类法治文明的基石。民法典物权编通过明确物的归属，以物权“定分”，划分出“人己界限”，使人们恪守本分、安分守己、各尽其能、各得其所而又和谐相处。

我看民法典之十大亮点

邝习勤 发现律师事务所合伙人律师

代表新时代民事立法领域最高成就的民法典，具有与时俱进的时代特色和别具一格的中国特色。为切实回应人民追求美好生活的愿望，民法典创设了多项符合新时代特点的新制度，纠正了一些不符合现代法治文明理念的条款，出现了很多亮点。以下，笔者仅从个人视野的角度出发，抛引玉之砖，浅析民法典之十大亮点。

一、新增居住权用益物权

解读：物权的种类和内容，由法律规定，现行物权法仅规定了土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权四种用益物权，民法典新增“居住权”这一新型用益物权，明确居住权原则上无偿设立，居住权人有权按照合同约定或者遗嘱，经登记占有、使用他人的住宅，以满足其稳定的生活居住需要，保证了人民群众的安居乐业，也为逐渐老龄化的中国社会解决“老有所居”、“以房养老”等问题奠定了法律制度基础。

法条对比

《中华人民共和国物权法》：

第五条 物权的种类和内容，由法律规定。

《中华人民共和国民法典》：

第三百六十六条 居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

第三百六十八条 居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。

二、明确抵押人可以自由转让抵押财产

解读：民法典明确规定抵押人可以自由转让抵押财产，转让合同的效力不受抵押权人主观意志的影响，删除了因未履行通知义务及不能另行提供担保而导致转让无效的情形。抵押人转让已经设立抵押权的财产，不用再看抵押权人的“脸色”，即使抵押权人不同意，物权也能发生变动，只是抵押权不受影响而已。民法典提高了抵押人转让抵押财产的自由度，削弱了抵押权人限制抵押人转让抵押财产的“特权”，在保护债权人利益的同时，也兼顾了交易安全的保障。

法条对比

《中华人民共和国担保法》：

第四十九条 抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

《中华人民共和国民法典》：

第四百零六条 抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

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

三、所有权保留适用登记对抗主义并确立买受人回赎制度

解读：民法典规定买卖合同中的所有权保留适用登记对抗主义，出卖人的所有权保留权利只有办理了登记，才能对抗善意第三人。同时针对出卖人的取回权，民法典赋予买受人一定条件下的回赎权，这一全新规定更有利于维护买卖合同中的交易安全。

法条对比

《中华人民共和国合同法》：

第一百三十四条 当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

《中华人民共和国民法典》：

第六百四十一条 当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

第六百四十三条 出卖人依据前条第一款的规定取回标的物后，买受人在双方约定或者出卖人指定的合理回赎期限内，消除出卖人取回标的物的事由的，可以请求回赎标的物。

买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人；不足部分由买受人清偿。

四、否认推定保证人承担连带保证责任

解读：民法典对担保合同中保证方式的推定进行了颠覆性变革，规定保证方式没有约定或约定不明确的，推定为一般保证，而不再推定为连带责任保证，纠正了以往以推定方式加重保证人责任偏颇意识，从而维护了保证人的正当权益，使我国保证担保制度更具科学性合理性。

法条对比

《中华人民共和国担保法》：

第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

《中华人民共和国民法典》：

第六百八十六条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

五、合同违约可请求精神损害赔偿

解读：我国现行法律规定中，当违约责任与侵权责任发生竞合时，受损害一方只能择一起诉，即要么主张违约责任，要么主张侵权责任，只能选择其一而不能并行。而合同法中就没有关于精神损害赔偿的规定，精神损害赔偿只能在侵权诉讼中主张，这种制度设计在一定程度上阻碍了受损害方正当权益的实现。民法典则颠覆性地突破了法律责任竞合只能选择其一的限制，规定因违约行为而受损害的一方既可以向对方主张违约责任，也可以同时主张精神损害赔偿。加重了违约一方的责任，从物质和精神两个层面上全方位保护守约一方的正当权益，更有利于维护社会公序良俗。

法条对比

《中华人民共和国合同法》：

第一百二十二条 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

《中华人民共和国侵权责任法》：

第二十二条 侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。

《中华人民共和国民法典》：

第九百九十六条 因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

六、将生活安宁权纳入隐私权

解读：民法典人格权独立成篇，进一步强化了对公民人格尊严的保护。针对近几年频出的“人肉搜索”、宾馆偷拍等新型侵权违法行为，首次提出了生活安宁权概念，对公民享受私生活安宁的愿望，上升到法律的层面予以保护。明确禁止通过“人肉搜索”、偷拍等各种方式侵犯他人安宁生活的权利，极大提升了人民生活的安全感。不得不说，民法典空前强化了对公民私权的保护，体现了我国法治理念的巨大进步。

法条对比

《中华人民共和国民法通则》：

第一百二十条 公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，适用前款规定

《中华人民共和国侵权责任法》：

第二条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

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、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

《中华人民共和国民法典》：

第一千零三十二条 自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。

隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息

第一千零三十三条 除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为：

（一）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；

（二）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间；

（三）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动；

（四）拍摄、窥视他人身体的私密部位；

（五）处理他人的私密信息；

（六）以其他方式侵害他人的隐私权。

七、深度保护个人信息安全

解读：一般来讲，对于违法行为的制裁首先要通过民事、行政法律规范予以调整，只有该违法行为危害程度上升为刑法范畴了，才通过刑事法律规范予以制裁。我国对公民个人信息立法保护的历程，则整体呈现出“刑法在先，民法滞后”的尴尬局面。2009年通过的《中华人民共和国刑法修正案（七）》先行增设了

侵犯公民个人信息罪名，而首个法律层面保护公民个人信息的民事法律规范《中华人民共和国网络安全法》在 2016 年才出台，而且保护的信息也仅限于网络信息方面。近几年来，随着社会和科技的高速发展，非法获取、泄露、提供、出售公民个人信息的违法行为层出不穷，造成的危害日趋严重，针对这一社会公害，民法典在人格权编里，专门设置了详尽条款，深度强化对个人信息的保护，而且几乎覆盖了公民生活的全方面，积极回应了现代社会公民私密信息安全保护的强烈愿望，也使得我国公民个人信息保护法律体系趋于平衡和完整。

法条对比

《中华人民共和国网络安全法》：

第四十条 网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度。

第四十一条 网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息

《中华人民共和国民法典》：

第一千零三十四条 自然人的个人信息受法律保护。

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。

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。

第一千零三十八条 信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。

信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。

第一千零三十九条 国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对于履行职

责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息，应当予以保密，不得泄露或者向他人非法提供。

八、新增离婚冷静期制度

解读：当今社会，冲动离婚的现象日益增多，离婚率居高不下，不利于家庭的稳定和社会和谐。尽管现行婚姻法中没有明确规定离婚冷静期制度，但实际上在司法实践和婚姻登记管理的现实应用中，离婚纠纷通过诉前调解，离婚登记通过预约排队，都是在变相的给予离婚双方一段时间的冷静期。民法典结合现代社会发展需要，以现行婚姻法基础，在坚持婚姻自由基本原则的前提下，增设了离婚冷静期制度，规定了提交离婚登记申请后三十日的离婚冷静期。冷静期内，不予办理离婚登记手续，任何一方可以向登记机关撤回离婚申请。离婚冷静期制度的设立，增加了夫妻双方充分考虑的时间，会大大降低冲动草率离婚的几率，对于维护家庭和睦稳定起到了一定积极的作用。

法条对比

《中华人民共和国婚姻法》：

第三十一条 男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。

《中华人民共和国民法典》：

第一千零七十七条 自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

九、新增录像、打印遗嘱形式并取消公证遗嘱优先性

解读：现行继承法仅规定了公证、自书、代书、录音、口头五种遗嘱形式，而且确立了公证遗嘱效力高于其他形式遗嘱的原则，遗嘱形式不全面，难以适应现代社会现实需求，而且公证遗嘱一旦设立就难以其他遗嘱形式予以更改，现实

中不能充分体现遗嘱人的最终真实意愿，容易引发大量继承纠纷。民法典根据我国社会家庭结构、继承观念等方面的发展变化，以及人民群众处理遗产的现实需要，新增了录像遗嘱和打印遗嘱，进一步完善了遗嘱形式种类，为现代社会遗嘱的订立提供了便利，而且修改了遗嘱效力规则，取消公证遗嘱优先的规定，切实尊重遗嘱人的真实意愿，使继承法律制度更趋完善合理。

法条对比

《中华人民共和国继承法》：

第十七条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

第二十条 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱

《中华人民共和国民法典》：

第一千一百三十六条 打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

第一千一百三十七条 以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

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。

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。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

十、确立自助行为免责原则

解读：自助行为，是指权利人为保护自己的权利，在来不及请求公力救济的情况下，对义务人的财产予以扣押或对其人身自由予以约束等自力救济的行为。从民法理论上来说，自助行为属于侵权责任免责事由之一，在现实生活中大量存在，而且在司法实践中也在默认应用。各国民事法律规范中，对自助行为免责均有不同程度规定，比如《德国民法典》第 229 条规定：“出于自助目的而扣押、毁灭或损坏他人财物者，或扣留有关逃亡嫌疑人之债务人，或制止债务人对有义务容忍的行为进行抵抗者，如来不及请求官署援助，而且若非即时处理则请求权无法行使或其行使有显著困难时，其行为不认为违法。”但现行我国民事侵权法中，仅对过失相抵、受害人故意、第三人过错、不可抗力、正当防卫以及紧急避险免责事由进行了规定，并没有对自助行为作出明确的免责规定。民事自助行为是一种权利人本能的私立救济行为，也是一种公权力保护公民合法权益缺失时的有益保护制度，对于维护交易安全及公序良俗有着积极意义。民法典正式确立了民事自助行为免责原则，使得自助行为免责这一“民间法”上升至国家法律的层次，进一步完善了民法体系。

法条对比

《中华人民共和国民法典》：

第一千一百七十七条 合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；但是，应当立即请求有关国家机关处理。

受害人采取的措施不当造成他人损害的，应当承担侵权责任。

结 语

民法典博大精深，内容丰富，凝结了法律人士的心血，充满了能人志士的智慧，也写满了人民的权利，其中的先进和优越仍待在今后的学习应用中发掘，笔者匆匆提笔，权当管中窥豹，难免错误疏漏，希冀交流指正。

浅论《民法典》416条的“价款抵押权”

吴瑶 发现律师事务所专职律师

2020年5月28日，十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》），自2021年1月1日起正式施行。其中《民法典》对于金融行业和企业融资均提出了变革性的规定，首次引入了英美法系“超级优先权”的概念，即在《民法典》中第416条规定：“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。”

一、什么是价款抵押权？

价款抵押权起源于美国《统一商法典》第9-103条“价款债权担保制度（purchase-money security interest, 即PMSI）”，按照该制度设立的担保权利能对抗同一标的物上在先设立的担保权，是约定担保物权突破法定优先顺序规则的特例。

价款抵押权也就是，出卖人将标的物出卖给买受人后，或债权人提供标的物价款后，出卖人或债权人为了担保基于购买该标的物形成的价款债权而在该标的物上设立抵押权，在法定期限内办理抵押登记后，出卖人或债权人的抵押权优先于该标的物上设立的其他担保物权，留置权人除外。在实务中，价款抵押权也可称为“超级优先权”“价金担保权”等。

二、价款抵押权的适用条件

《民法典》第416条规定的价款抵押权构成要件较为简单，笔者将在下文中逐一进行论述。

（一）存在标的物价款的债权

债权人与债务人之间就标的物的转让存在债权，该债权人可能是标的物的出卖方也可能仅仅是标的物价款的提供方，因而存在债权人与债务人之间就标的物价款产生的债权。

在实务当中，该笔债权的确认必须要证明标的物与债权之间存在关联关系，即该笔债权的产生目的是为了获得标的物。若债权人是标的物的卖方时，该笔债权与标的物的关系较容易证明，即通过标的物买卖合同及标的物的交付清单即可证明。但若是债权人仅为债务人提供价款购买标的物的情况，则应当证明债权人提供的款项是为了让债务人获得标的物，并且该笔价款已经实际用于支付价款。由于上述第二种情况下的证明责任将会加重，因此建议由债权人直接向卖方支付价款或向卖方签发发票。

（二）标的物价款债权抵押权的设立

1. 标的物价款抵押权仅在动产设立

《民法典》第 416 条仅仅规定了标的物是动产的情况下可以设立“价款抵押权”，但并未进一步明确不动产及知识产权能否符合 416 条规定的情况下，能否设立价款抵押债权？

笔者认为，我国法律并未规定在不动产及知识产权上设立价款债权抵押权，根据物权法定原则，物权的种类和物权的内容（即权能）应由法律直接规定，不得由当事人基于自由意志而协商创设或者确定。因此，不动产、知识产权不能设立价款抵押权。

2. 标的物价款抵押权应当及时登记

《民法典》第 416 条规定，债权人在标的物正式交付给债务人后 10 日内办理抵押登记，即可对抗该标的物上在先设立的担保物权。

值得注意的是，此时的登记仅仅是“超级优先权”的设立条件，如果没有登记的，标的物上不设立能够对抗在先物权担保人的“超级优先权”，债权人的普通抵押权仍然成立并生效，适用《民法典》第403条动产抵押权的一般性规定，未经登记的动产抵押不可对抗第三人。

其次，登记期限的起算时点应是标的物交付时。因标的物交付给债务人后即是债权人或卖方将标的物的实际管理、占有、使用的权利转给债务人，债务人与之对应应当产生付款义务。在债务人无法支付标的物价款时，债权人方可在该标的物上设立抵押权，这是应然之意。

三、价款抵押权的现实意义（一）对在先担保物权人的影响

超级优先权对在先担保物权人的影响主要体现在动产浮动抵押中，其正当性在于担保物必须是债务人通过融资新获得的，不能是债务人既有的财产，故超级优先权设定后，债务人的担保财产不仅不会减少，反而会得以增加。在先浮动担保权人的担保利益并未因此受损，在债务人偿还了超级优先权项下的债务后，担保权人的担保财产反而也会因为纳入超级优先权的标的物而增加。但是从经济角度分析，超级优先权制度突破了法定担保物权优先受偿顺序的规定，减弱了在先担保物权人对债务人生产和经营的实际控制权。

（二）对动产浮动抵押的影响

在浮动抵押情形下，价款抵押权对债务人的实际利益并无实质性影响，甚至可能为其提供融资机会而增加其利益，其实质在于价款抵押权促进债务人获得购置所需资金，尤其是在其财务状况欠佳时，获得购置新项目资金甚至可能解救债务人于水火之中。

实践中，在先担保权人往往可能因担心其债权不能受偿而可能过度保守，通常不支持债务人从事具有一定风险的新项目。相反，价款抵押权因其受偿顺位的

特殊性保证了价款抵押权人的优先受偿顺位，进而增强了债权受偿的安全，因此极有可能吸引其他价款抵押债权人支持债务人。从债权人的角度看，如上文所言，价款抵押权赋予债权人最高的顺位的优先权受偿保证，使其有为债务人提供购物价款的动力，也使其在提供借款时，无需审查是否存在其他担保权人，从而提升了交易效率。

除此之外，通常情况下价款债权人多数系在标的物领域深耕多年，在债务人违约时，较普通债权人可更为顺利通过在市场上转售标的物变现标的物的价值，实现其债权。对于在先担保权人即已经设立的动产浮动担保权人而言，其利益并没有受到削减，反而因为新设备新财产的加入，而获得更好的债权保障，这种保障不是指可以实现担保物权的责任财产的增多，而是增加了债务人经营盈利的机会，利于债务的偿还。

四、小结

总的来说，价款抵押权制度对于我国而言尚是一项新制度，在实际运行中将会达成什么样的规制后果，我们拭目以待。

保理业务迎来民法典时代

李将军 发现律师事务所合伙人律师

保理，是企业以应收账款进行融资的一种综合金融服务，能在较大程度上缓解企业融资难、融资贵等困境，近年来出现井喷式增长，可以说是一个具有生命力的蓝海市场。但在保理行业快速发展的同时，我国与保理相关的立法工作相对滞后，保理合同一度属于无名合同范畴，在一定程度上不利于保理业务的开展和保理纠纷的裁判。在 2020 年 5 月 28 日审议表决通过的《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）中，将保理合同列入第三编第二分编第十六章，实现了从无名合同到有名合同、从适用债权转让一般规则到有专门法可依的历史性突破，为保理行业发展提供了强有力的法律支持。随着民法典的实施，将进一步规范保理行业，推动保理行业健康、良性发展。

一、何为保理

保理业务（Factoring）是从出口代理交易方式演变而来的，起源于 14 世纪英国毛纺工业。1991 年 4 月底，应国际保理商联合会邀请，中国对外经济贸易部计算中心（现商务部国际贸易经济合作研究院）和中国银行赴荷兰、德国和英国考察国际保理业务。考察后，将 Factoring 一词的中文译名确定为“保理”，从此中文“保理”一词被广泛使用。

中国银行业协会保理专业委员会在《中国银行业保理业务规范》中将保理业务定义为一项以债权人转让其应收账款为前提，集融资、应收账款催收、管理及坏账担保于一体的综合性金融服务。债权人将其应收账款转让给银行，不论是否融资，由银行向其提供应收账款催收、应收账款管理、坏账担保服务中的至少一项。中国银行业监督管理委员会在《商业银行保理业务管理暂行办法》中对保理业务定义与此类似，即以债权人转让其应收账款为前提，集应收账款催收、管理、

坏账担保及融资于一体的综合性金融服务。债权人将其应收账款转让给商业银行，由商业银行向其提供应收账款催收、应收账款管理、坏账担保、保理融资服务中至少一项。中国服务贸易协会商业保理专业委员会在发布的《中国商业保理行业研究报告 2012》中定义，保理是指保理商（银行或商业保理公司）以受让企业因销售货物或提供服务所产生的应收账款为前提，所提供的贸易融资、销售分户账管理、应收账款催收、信用风险控制与坏账担保等服务功能的综合性信用服务，它可以广泛渗透到企业业务运作、财务运作等各方面。只要有贸易和赊销，保理就可以存在，它适用于各种类型的企业。

基于对保理业务的交易模式，民法典对保理合同进行了定义，即保理合同是应收账款债权人将现有的或将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。保理合同中，至少包括应收账款债权人、应收账款债务人和保理人等三方当事人，并涉及应收账款债权人与应收账款债务人之间的基础交易合同和保理人与应收账款债权人之间的保理合同两个法律关系。

二、保理法律关系的识别

如前所述，保理业务一般存在两个合同、三方当事人，呈现出业务类型多样化、法律关系复杂化、利益主体多元化等特点。司法裁判中对于该类纠纷，法官首先要对诉争案件是否成立保理合同法律关系进行甄别，从而正确适用法律以明确当事人之间的责任关系。在判断诉争交易是否构成保理合同法律关系时，应重点考虑以下因素：

序号	要件	识别内容
1	主体	保理人是否为依照国家规定、经有关主管部门批准可以开展保理业务的商业银行或商业保理公司。
2	形式	是否签订书面保理合同，该合同是否约定了业务类型、服务范围、服务期限、基础交易合同情况、应收账款债权人及应收账款债务人名称、应收账款数额、付款时间及付款方式、转让价款、服务报酬及其支付方式等内容。
3	服务	保理人是否提供了贸易融资、销售分户账管理、应收账款催收、信用风险控制与坏账担保等服务功能的一项或多项。
4	通知	根据债权转让的一般性规定，保理人需要将应收账款转让的事实通知应收账款债务人，才能向其请求付款。
5	基础交易关系的真伪是否影响保理法律关系的成立	<p>(1) 实践中曾有的争议</p> <p>持赞成的观点：保理法律关系以转让基础交易项下的应收款为前提，如不存在真实的基础交易关系，融资、应收账款催收及管理等行为将缺乏开展的依据，保理关系不成立，应以各方实际产生的法律关系处理。</p> <p>持反对的观点：双方当事人同谋所为的虚伪意思表示，在当事人之间发生绝对无效的法律后果，在当事人与第三人之间是否发生无效的法律后果，取决于第三人是否知道或应当知道该虚伪意思表示而发生不同的法律后果。即，如果保理人在受让债权时善意，保理法律关系成立；反之，保理法律关系不成立。</p> <p>(2) 民法典观点（第七百六十三条）：即使基础交易关系由应收账款债权人与应收账款债务人伪造，应收账款债务人仍然需要承担清偿责任，但保理人明知伪造事实的除外。</p>

三、民法典保理合同章主要内容

民法典吸收了最高人民法院、天津市高级人民法院、上海市高级人民法院以及深圳前海合作区人民法院所出台保理领域的指导意见，将保理合同作为有名合同专列一章，条文自第七百六十一条至第七百六十九条，相关内容如下：

1. 保理合同是集融资和债权转让为一体的复合合同，明确对于未来应收账款

可以叙作保理。

民法典第 761 条规定，保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。该定义体现了保理义务所涉及的两个法律关系，与前文对保理义务的介绍并无实质差异。

《商业银行保理业务管理暂行办法》第 13 条中指出，未来应收账款是指合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款，商业银行不得基于未来应收账款而产生的付款请求权开展保理业务。本次民法典的出台，明确了保理人可以就将有的应收账款叙作保理业务。上述规定，与《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（一）》等司法实践操作相吻合。但鉴于民法典尚未生效，而《商业银行保理业务管理暂行办法》规定依然有效，在银保监会该规定未废止之前，商业银行就未来应收账款开展保理业务可能存在违规风险，因而需要和监管部门进行沟通确认。

2. 签订保理合同应当采用书面形式，并明确该类合同应具备的条款内容。

商业保理业务所涉金额较大，采用书面形式更能稳定市场交易。为推动国内商业保理合同的规范化和标准化，中国服务贸易协会商业保理专业委员会于 2016 年 12 月 14 日推出了《国内商业保理合同（示范文本）》有追索版、无追索版，供保理人开展保理业务进行参考。本次条文中，对保理合同需要约定的相关内容进行了指导，以避免争议的产生。

3. 应收账款债权人与应收账款债务人伪造基础交易合同的，除非保理人明知伪造事实，否则应收账款债务人仍然需要承担清偿责任。

司法实践中，有的法院认为若发生应收账款债权人与应收账款债务人通谋伪造基础合同关系，骗取保理人融资款的行为，由于应收账款并不存在，故保理人

无法向应收账款债务人主张应收账款债权。在此情形下，保理人只能以侵权之诉要求二者赔偿相关损失。此时，根据过错责任，保理公司可能无法全额获偿应收账款。但最高人民法院持完全相反的观点。（2017）最高法民再 164 号案件中，最高人民法院认为虚伪意思表示在当事人之间的效力和对第三人产生的效力并不相同，故即使基础交易关系由应收账款债权人与应收账款债务人伪造，应收账款债务人仍然需要承担清偿责任，保理人明知伪造事实的除外。民法典第七百六十三条将最高院的司法裁判观点以立法的形式予以明确。

4. 应收账款债权人向保理人转让应收账款的，应当通知应收账款债务人。

根据债权让与规则，应收账款债权人向保理人转让应收账款的，应当通知应收账款债务人。未经通知，该应收账款转让对应收账款债务人不发生效力。笔者认为对于通知的具体形式，并不拘泥于特定方式，例如应收账款债务人在债权转让通知文件中签章、保理人与应收账款债权人及应收账款债务人共同签订债权转让协议、公证证明债权转让通知文件已送达应收账款债务人。

5. 根据诚实信用原则，应收账款债权人与应收账款债务人不得任意变更或者终止基础交易合同。

保理人受让应收账款并通知应收账款债务人后，债权人与债务人不得肆意变更或终止合同，以维护保理人的合法权益。该规定是诚实信用原则在保理中的体现，即合同当事人之间变更或终止合同的，不得对第三人产生不利影响。至于如何判断“无正当理由”，司法实践中存在难以认定的情形。比如在交易过程中，由于市场价格的波动或供需关系的调整，标的数量的减少导致应收账款的减少。此种情形下，是否属于无正当理由变更合同，将存在较大争议，故需要配套的司法解释进一步予以明确。

6. 根据保理业务模式，对保理人实现权益的方式予以区分。

民法典第 766 条规定，有追索权的保理业务中，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。这一规定实质改变了目前司法实践中法院的裁判规则。最高人民法院第二巡回法庭认为，追索权的功能在应收账款债务人不能履行时进行替代清偿，故保理人向应收账款债务人主张付款请求权，在不能清偿的情形下，才能行使追索权。因此，在有追索权的保理业务中，应收账款债权人的责任是对应收账款债务人责任的补充。关于保理纠纷司法解释对于保理人享有两类请求权的行使是否有先后顺序之分，让我们拭目以待。

民法典第 767 条规定，无追索权的保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向应收账款债权人返还。在无追索权的保理业务中，保理人承担应收账款不能收回的坏账风险。故无追索权的保理属于债权转让，保理人可以主张应收账款债权范围内的全部债权。

7. 存在多个保理合同的情形下，保理人受偿顺序。

关于应收账款多次让与的情形下，受让人受偿的先后顺序事宜，不同国家存在不同的立法模式。有的国家采取通知债务人对抗主义模式，即通知债务人在先的，即享有优先受偿权。有的国家采取受让主义模式，即受让债权在先的，即享有优先受偿权。民法典采取登记对抗与通知主义相结合的模式：已登记的先于未登记的优先受偿；登记在前的先于登记在后的优先受偿；未登记的，以债权转让通知到达应收账款债务人的顺序受偿；既未登记也未通知的，按照应收账款比例清偿。

8. 明确保理合同适用债权转让的有关规定，保理人取得与债权有关的从权利，债务人享有抗辩权及抵销权。

如前文所述，保理业务系以应收账款转让为前提的，因此不仅需要参照保理合同编相关规定，还需参照关于债权转让的相关规定。民法典对债权让与的主要变动在于关于不得转让的债权、从权利的转让以及债务人的抵销权三个方面。故保理业务中，还需要特别对以上三个方面予以注意：

首先，虽然应收账款债务人与债权人之间关于金钱债权不得转让的规定不得对抗第三人，保理人可以取得应收账款的付款请求权。但应收账款债务人有权以应收账款债权人违约，要求其承担违约责任或赔偿损失，而该权利根据民法典第五百四十八条规定，可以向保理人主张，可能导致保理人最终实现受让的应收账款金额减损。因此保理人还需谨慎审核基础交易合同，是否存在相关违约条款，若存在的，需要合理的核定保理融资比例。

其次，民法典第五百四十七条规定，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。受让人取得从权利不因该从权利未履行转移登记手续或者未转移占有而受到影响。也即是说，保理人受让应收账款之后，相应的抵押权或质权一并进行转让，即使未进行登记变更或转移占有，保理人仍然享有担保物权等从权利。

最后，本次民法典将债务人的抵销权行使范围予以扩大，若系基于同一合同产生的债务人的抵销权，无论是否满足“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”情形的，债务人也可向受让人主张抵销权。在保理业务中，债权人提供的合同中可能仅仅体现债权人的债权，未体现债务人对债权人的债权，此时债务人可以援引上述规定对抗保理人的付款请求权。因此建议保理人在搜集基础交易合同时对基础交易合同进行全面核实。

四、结语

民法典增设保理合同章，但囿于篇幅有限，对于保理纠纷案件的管辖、案由、当事人诉讼地位等司法实践中需要解决的问题未予明确，最高人民法院已着手起草审理保理纠纷的司法解释，将对相关裁判规则作进一步完善，这将对我国保理业务持续健康发展产生重要意义，并有助于促进我国实体经济发展，进一步破解小微企业融资难融资贵问题，发现律师将予以持续关注。