



环球律师事务所
GLOBAL LAW OFFICE

SINCE 1979

环球律师事务所 《民法典》实务系列

2020 年 12 月

联系我们

本报告文章顺序按照在环球律师事务所微信公众号上发布的时间排序。如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以联系本所如下参与撰写的合伙人作者（按本报告文章顺序排序），您也可以联系您知悉的本所其他合伙人和律师：



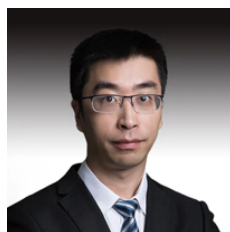
刘成伟

alliu@glo.com.cn



顾巍巍

guweiwei@glo.com.cn



万发文

wanfawen@glo.com.cn



陈捷奕

chenjieyi@glo.com.cn



郑林涛

zhenglintao@glo.com.cn



赵久光

zhaojiuguang@glo.com.cn



朱志平

zhuzhiping@glo.com.cn



沈春晖

hshen@glo.com.cn



王筱东

vincentwang@glo.com.cn



隋天娇

angelasui@glo.com.cn



李昭

lizhao@glo.com.cn



董建

dongjian@glo.com.cn

环球《民法典》实务系列

2020 年 12 月

目 录

第一篇：《民法典》视角解构投融资并购交易	3
第二篇：《民法典》婚姻家庭编的主要变化与适用简析	11
第三篇：《民法典》继承编的主要变化与适用简析	39
第四篇：《民法典》对金钱债权让与所设限制的影响和应对方案	56
第五篇：《民法典》框架下合同的效力规则之解读	63
第六篇：一方拒不履行预约合同项下的缔约义务，权利受损方如何救济？——浅析《民法典》下预约合同违约责任的承担	71
第七篇：《民法典》新制度——债务加入制度辨析及认定标准研究	77
第八篇：《民法典》人格权编：娱乐行业权益的进阶保护	83
第九篇：浅析《民法典》关于保证合同的新规定	93
第十篇：《民法典》项下物上权利负担流转规则的演进	97
第十一篇：《民法典》视角下隐私权与个人信息保护	100
第十二篇：保理业务中应收账款转让可能存在的法律风险与防范建议——浅析《民法典》关于保理合同的相关法律规定	106
第十三篇：《民法典》合同编——合同保全之代位权与撤销权	110
第十四篇：《民法典》合同编亮点解读——关于房屋承租人优先承租权的思考	114
第十五篇：《民法典》合同编对违约责任归责原则的继承与革新——兼议违约责任“与有过失”规则的正式入法	121
第十六篇：《民法典》对合同解除的影响	132
第十七篇：公司对外担保裁判规则的新进展——对最高院《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）有关规定的解读”	139
作者简介	144
环球简介	147
版权与免责	148

第一篇：《民法典》视角解构投融资并购交易

作者：刘成伟 | 黄盼盼

引言

《民法典》事关民众生活百科，也根系商业活动的基础规则与稳定预期。秉持“民商合一”的民事法律制度体系建设传统，《民法典》也涵盖了物权、合同、担保等诸多商事法律规范。作为市场经济的根本大法，《民法典》奠定了各类民事主体法律地位一律平等的基石，确立了商业交易的基本游戏规则，为各类民事主体基于自愿公平诚信原则进行商业交易提供了根本保障。

一、投融资并购交易的实质—通过“民事法律行为”处置“民事权利”

就企业的各类投融资并购交易而言，其实质是一种民事法律行为：相关民事主体（交易当事方）通过双方或多方之间达成一致或单方意思表示（合同及其他交易文件），而设立、变更或终止特定民事法律关系，从而形成或处置相应民事权利（财产权利为主，各类标的资产、现金或股份对价等）的民事法律行为（投资、发行、并购或重组等交易）。当然了，特征上，与常规的民事法律行为相比，投融资并购交易除了涉及平等民事主体之间的商业交易安排以外，还面临相对较强的行政监管审核等外部因素介入。

从民法视角，结合《民法典》第一百三十三条，可对投融资并购交易简要解构如下：

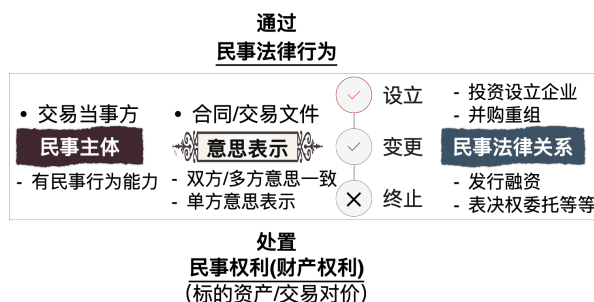


图 1. 交易实质—通过民事法律行为处置民事权利

二、交易要素 A. 民事主体—交易当事方及特定主体

根据《民法典》第二条，民法调整的是三大类型平等民事主体之间的人身关系及财产关系：

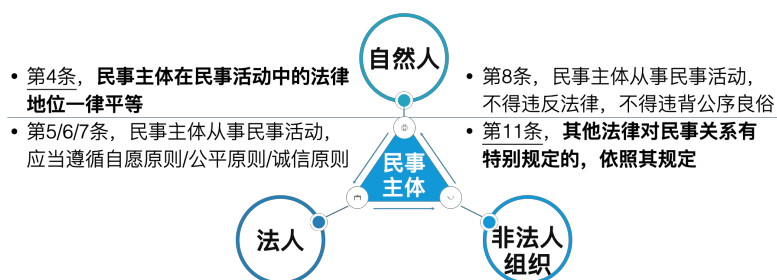


图 2. 交易要素 A—民事主体

一方面，作为基本原则，《民法典》重申“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”（第四条），强调各类民事主体从事民事活动时应遵循自愿、公平、诚信等原则（第五、六、七条），并且不得违反法律及不得违背公序良俗（第八条）。如此，即便作为特别法人的行政机关，其从事民事活动（比如租赁写字楼或采购办公家具等）也需要遵循公平原则；其与相对方法律地位平等，并无特权，均受平等保护。另一方面，《民法典》第十一条也明确，“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。”比如，有行政机关或国有企业参与的民事活动相关交易中，通常还需要遵守政府采购及国有资产监管的相关法律

（一）民事主体—“自然人”

就“自然人”民事主体而言，《民法典》以“自然人”的概念取代了原《民法通则》（第二条）项下的“公民”的用法，承袭了 2017 年所通过的《民法总则》（第二条）所采用的概念。

显然，“自然人”的范畴要比原《民法通则》项下的“公民”的外延更为广泛。按照《中华人民共和国宪法》第三十三条，“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”而“自然人”则不仅包含具有中国国籍的中国公民，也包含具有其他国籍的自然人或无国籍人士。这意味着，外国自然人在“中华人民共和国领域内”进行的投资或其他民事活动，也同样需要遵守《民法典》及中国法律（《民法典》第十二条）。同样，该等外国投资人在中国境内从事投资等活动的合法权益也受到《民法典》及中国其他法律的平等保护（《民法典》第三条；《外商投资法》第五条）。

关于“自然人”民事主体，一个特别值得关注的是多年前曾因某银行上市披露而引起特别关注的“娃娃股东”的民事主体地位或股东资格问题。证监会或交易所在 IPO 或并购重组交易中对“娃娃股东”的审核关注，与“娃娃股东”本身是否具有相应民事行为能力、是否有资格成为公司股东，并非两个完全相同范畴的问题。资本市场相关交易中，证监会或交易所的审核关注在于存在“娃娃股东”的相关发行人或标的资产的股权结构是否清晰，是否涉嫌违规代持、利益输送或其他信息披露违规问题。而该类“娃娃股东”是否有资格签署有关交易文件或成为公司股东，则是《民法典》及《公司法》等相关法律法规的规范事项。

就《民法典》的相关规定来看，所有自然人均享有一律平等的“民事权利能力”（第十四条），“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务”（第十

三条）。而对于“民事行为能力”，比如是否有资格签署交易文件或者是否能成为公司股东等事项，则区分不同的年龄阶段或健康情形而有所差别对待：

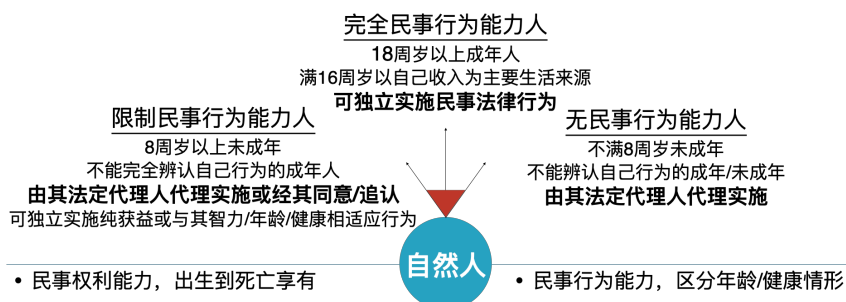


图 3. 交易要素 A—民事主体（自然人）

一方面，关于未成年成为公司股东，从其行为能力来讲，8周岁以上的未成年人（18周岁以下）或者因身体健康状况等原因不能完全辨认自己行为的成年人，属于“限制民事行为能力人”，相关签约或交易安排原则上应与其法定代理人（比如父母等监护人）代为实施或者经其法定代理人同意或事后追认（《民法典》第十九条、第二十二条）；而不满8周岁的未成年人或者因身体健康状况等原因不能辨认自己行为的成年人，则属于“无民事行为能力人”，相关签约或交易安排则只能由其法定代理人代为实施，而不能通过其法定代理人同意或事后追认的方式进行（《民法典》第二十条、第二十一条）。另一方面，对于“限制民事行为能力人”，若是属于纯获益的行为，比如接受赠与等，则也可由其独立实施（《民法典》第十九条、第二十二条）。而若是属于非纯获益的，比如某年满15岁的未成年人在其生日时接受附带义务的股权赠与或签署有对价的受让合同等，其行为则需要由其监护人同意或追认。此等场景下，为尽快消除潜在不确定性，赠与方或转让方等相对人可以催告前述限制民事行为能力人的法定代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。另外，在民事法律行为被追认前，善意相对人有权以通知的方式撤销先前的转让或赠与（《民法典》第一百四十五条）。

简言之，即便是未成年的“娃娃股东”，其成为股东的行为若是由其法定代理人实施或者经其同意或事后追认，那么民法意义上该等“娃娃股东”的民事法律行为能力就获得了认可。也就是说，对于“娃娃股东”而言，不应仅仅因为其是未成年或者因健康原因属于限制民事行为能力人或无民事行为能力就直接否定其股东资格。该等特殊股东有权通过其法定代理人的行为代为实施民事法律行为或通过其法定代理人同意或追认而成为股东，其相应的股东权益也应受到法律的平等保护，除非公司章程或特定行业的相关法律明确要求股东资格必须年满18周岁。

尽管上述，对于“娃娃股东”在参与公司决策及资产处置等重大事项中的角色或行为则需要区别看待。一方面，未成年人以及因健康原因属于限制民事行为能力人或无民事行为能力的成年人不能担任公司董事、监事或高级管理人员。这是因为，《公司法》第146条明确规定，下列人员不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：“（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力”。而对于作为股东参与公司相关股东会或股东大会相关审议事项的投票表决时，按照《民法典》的相关规定（第十九条、第二十二条、第一百四十五条），建议由其监护人等法定代理人代为出席并投票表

决；若相关未成年股东出席表决了，审慎起见，建议公司要及时向其法定代理人发出通知，要求后者于三十日内书面同意或确认相关表决行为。另外，需要注意的是，对于未成年人或者属于限制民事行为能力或无民事行为能力的成年人，甚至其他具有完全民事行为能力的人，其能否因继承而当然成为公司的股东，则还需要关注公司章程是否有限制性规定。《公司法》秉承章程自治原则，在其第 75 条规定，“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。”

上述关于“娃娃股东”的相关要求可以简要图示如下：

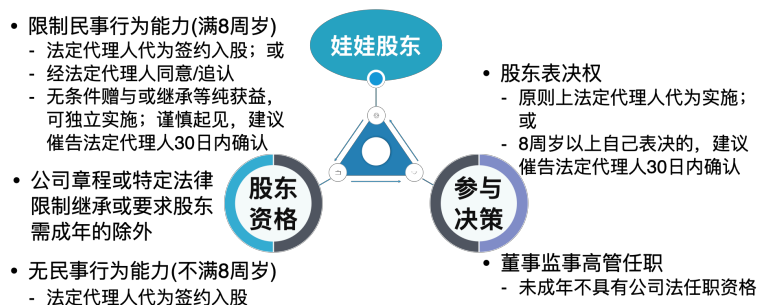


图 4. “娃娃股东”的民事主体地位

(二) 民事主体—“法人”及“非法人组织”

关于“法人”，《民法典》承继了《民法总则》中营利法人、非营利法人及特别法人的三大分类。而投融资并购交易中比较常见的“合伙企业”，则是属于《民法典》项下的“非法人组织”的一种。除合伙企业以外，非法人组织还包括个人独资企业以及不具有法人资格的专业服务机构（比如律师事务所、会计师事务所等）：

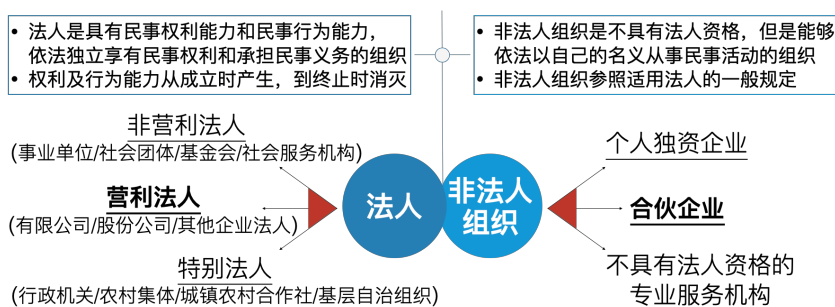


图 5. 交易要素 A—民事主体（法人&非法人组织）

对于非自然人主体而言，其具有民事权利能力及民事行为能力意味着可以独立签署相关交易文件从事投融资并购交易，以及可以独立起诉或应诉以维护自己的民事权利。就此而言，“法人”自依法成立时起便拥有独立的民事权利能力和民事行为能力（《民法典》第五十七条、第五十九条）；而“非法人组织”虽然不具有法人资格，依然可以自己的名义从事民事活动，并参照适用关于法人的一般性规定（《民法典》第一百零二条、第一百零八条）。

在此值得特别一提的是资本市场中并不少见的所谓“三类股东”。所谓“三类股东”，主要是指由基金管理人或信托公司发起设立的合作型投资产品，其本身并非是依法注册成立的公司或企业等机构：

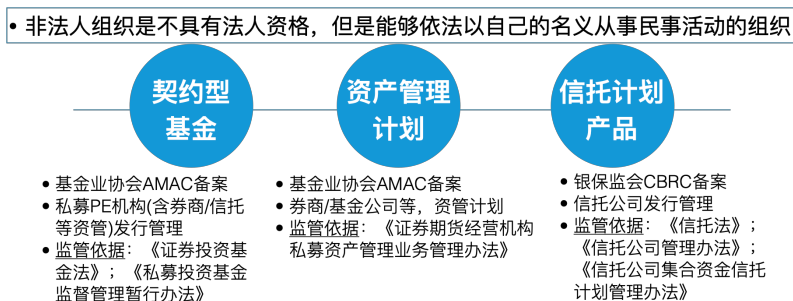


图 6. 投融资并购交易中的“三类股东”

对于上述“三类股东”，其是否可以被视作《民法典》框架下的“非法人组织”而具有独立从事民事活动（包括登记成为股东）的资格，目前尚无统一认识。实践中，不同交易场景的监管往往也会有所差异：

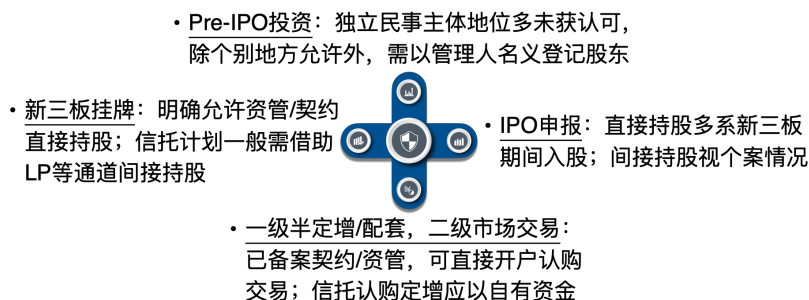


图 7. 不同交易场景中的“三类股东”——实务观察

三、交易要素 B. 意思表示及其生效

关于意思表示，《民法典》的相关要求主要体现在如下几方面：

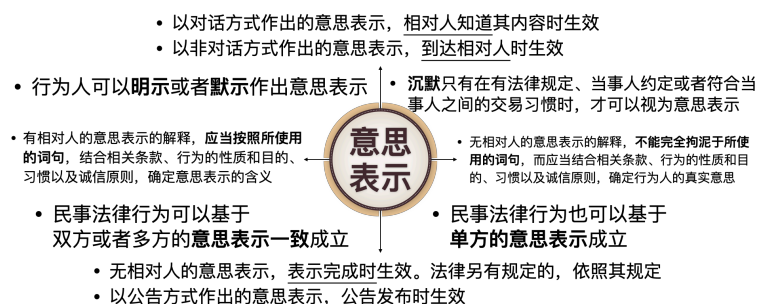


图 8. 交易要素 B—意思表示及其生效

就投融资并购交易而言，股权转让协议、发行股份购买资产合同或其他各类交易文件，实质上就是交易各方通过达成一致意思表示所形成的外在表现形式。需要注意的是，意思表示的生效和交易合同的生效并非两个完全相同的概念。如《民法典》第一百三十三条所规定，“意思表示”仅是民事法律行为的三要素之一（见上图 1）。对应到交易场景中，“意思表示”的生效通常反映的是合同的成立与否；而交易合同或者交易的生效则事关整个“民事法律行为”的效力。

四、交易要素 C. 民事法律关系—交易类型或场景

投融资并购交易中所涉及的民事法律关系名类繁多，常见的交易场景有如下类型：



图 9. 常见的交易场景

无论具体类型如何，其所围绕的核心均是设立、变更或终止民事法律关系，即，支付对价以取得资产，是其为“交易”。

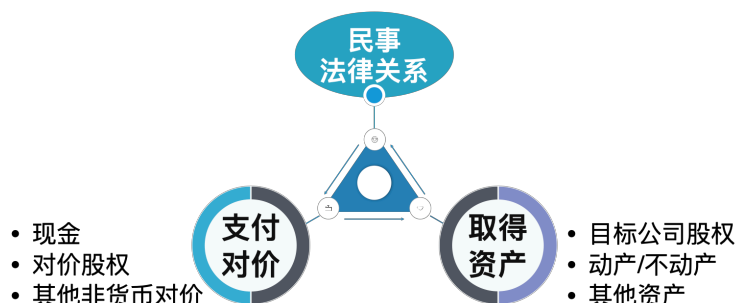


图 10. 交易要素 C—民事法律关系（交易视角）

就“对价”而言，常见的是现金，而股份等非货币资产在上市公司相关交易中也不少见；就“资产”而言，常见的是目标公司股权（老股或新股）或者动产、不动产等其他资产。本质上，“现金”或其他“对价”也是一种资产。只不过，从交易主体的不同视角有不同的习惯称谓而已，收购人支付“对价”取得出售方或目标公司的“资产”。从民事法律关系的角度来看，所谓“交易”，实际上就是一方以其资产交换另一方的资产。

五、民事法律行为所涉及的民事权利（财产权）

当事人进行民事法律行为的目的是为了形成、处置或保护相关的民事权利。《民法典》明确了人格权和财产权两大类民事权利：

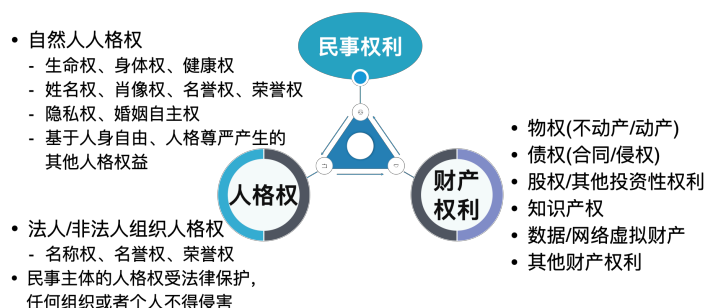


图 11. 交易要素 D—民事权利

就投融资并购交易而言，涉及的关键民事权利是财产权。而财产权的核心则是物权。《民法典》框架下，所涉及的“物权”要素或类型包括如下：

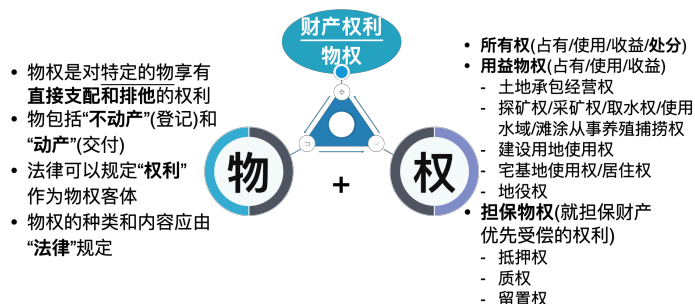


图 12. 交易要素 D—民事权利之“物权”

值得一提的是，对于财产权部分，除了常见的物权、债权以及股权等投资性权利以外，《民法典》还对知识产权的客体作了原则性规定（第一百二十三条），并特别提及民事主体对数据、网络虚拟财产的权利：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”（第一百二十七条）

六、民事法律行为（交易）的效力

根据《民法典》第一百三十四条，民事法律行为（交易）的生效需要同时具备如下三个要件：

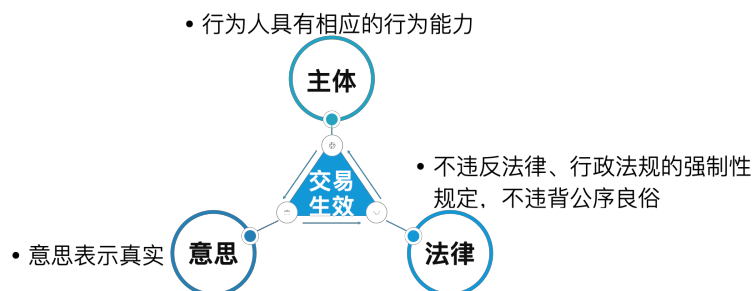


图 13. 民事法律行为（交易）的效力

而且，民事法律行为可以附条件或附期限。就所附条件而言，可以是交易当事方自主约定的；而实务中更常见的则往往是由于法律所强制要求的，比如涉及国有资产的监管审批或者涉及上市公司股份发行的股东大会批准及证监会注册等要求。具体就交易合同的生效来看，诚如《民法典》第五百零二条所明确的，“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。”另外，针对国内交易经常涉及监管审批的客观情况，《民法典》第五百零二条第二款也提供了进一步指引，以促进相关义务方诚信履约并确保交易安全：“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。”

最后，值得一提的是，针对合同的效力问题，原《合同法》第 52 条有关合同无效的规定（包括可能事关代持相关安排的“以合法形式掩盖非法目的”等无效情形）已被整体删除。根据《民法典》第五百零八条，有关合同效力的问题，同样适用《民法典》总则编中关于民事法律行为的效力的相关规定。而关于民事法律行为的效力，其核心便是上图 13 所示三要件，其所聚焦之处在于意思表示的真实还是虚假。原《合同法》第 52 条项下“以合法形式掩盖非法目的”的判断机制，已调整为《民法典》第一百四十六条的分析逻辑：“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。”

第二篇：《民法典》婚姻家庭编的主要变化与适用简析

作者：顾巍巍 | 万发文 | 陈嘉申 | 聂真璇子

引言

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》（简称“《民法典》”）经第十三届全国人大三次会议审议通过，并将于2021年1月1日正式生效。其中，婚姻家庭编作为《民法典》的重要组成部分，担负着调整婚姻家庭法律关系的重任，在我国法律体系中具有重要作用，值得进一步思考与讨论。

一、“婚姻家庭编”概览及法律定位

（一）内容主要来源于《婚姻法》与《收养法》及相关司法解释

《民法典》婚姻家庭编规定于《民法典》第五编的位置，共78条，包括婚姻家庭与收养两部分内容。

在我国现行法律体系下，这两部分内容分别规制于1950年制定、1980年重新颁布实施、2001年修订的《中华人民共和国婚姻法》（简称“《婚姻法》”）以及1991年制定、1998年修订的《中华人民共和国收养法》（简称“《收养法》”）中，同时也吸收了部分司法解释及最高人民法院复函的内容。

与婚姻家庭关系有关的主要司法解释及最高人民法院复函如下：

司法解释	
生效日期	名称
1989.12.13	《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》
1989.12.13	《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》
1993.11.03	《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》
1993.11.03	《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》
1996.02.05	《最高人民法院关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》
2001.12.27	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）
2004.04.01	最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）
2017.03.01	最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（二）的补充规定

2011.08.13	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）
2014.11.01	《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国民法通则>第九十九条第一款、<中华人民共和国婚姻法>第二十二条的解释》
2018.01.18	《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》
2018.07.18	《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》
最高人民法院复函	
生效日期	名称
1981.07.30	最高人民法院关于离婚时协议一方不负担子女抚养费经过若干时间他方提出要求对方负担抚养费的诉讼法院如何处理问题的复函
1982.08.09	最高人民法院民事审判庭关于李玲与王景年婚姻纠纷案的复函
1985.10.05	最高人民法院关于熊碧华与杨万福婚姻纠纷一案的处理意见的电话答复
1986.03.21	最高人民法院关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复
1987.08.05	最高人民法院关于夫妻一方未经对方同意将共有房屋赠与他人属于夫妻另一方的部分应属无效的批复
1988.11.14	最高人民法院民事审判庭关于田海和诉田莆民、田长友抚养费一案的电话答复
1990.10.11	最高人民法院民事审判庭关于贯彻执行最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》有关问题的电话答复
1991.07.08	最高人民法院关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的函
1992.04.02	最高人民法院关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的复函
1992.06.08	最高人民法院关于李丽云与丁克义离婚一案可否进行再审的复函

（二）结构沿袭《婚姻法》与《收养法》，但取消“法律责任”章节

相较于《婚姻法》与《收养法》，《民法典》婚姻家庭编减少了法律责任章节，婚姻家庭部分所涉及的民事责任在《民法典》第一编总则的第八章“民事责任”部分做了统一的原则性规定；收养部分所涉及的刑事责任与我国刑法的相关内容重复，在此作了删除处理。

《婚姻法》		《民法典》婚姻家庭编	
第一章	总则（第 1-4 条）	第一章	一般规定（第 1040-1045 条）
第二章	结婚（第 5-12 条）	第二章	结婚（第 1046-1054 条）
第三章	家庭关系（第 13-30 条）	第三章	家庭关系（第 1055-1075 条）
第四章	离婚（第 31-42 条）	第四章	离婚（第 1076-1092 条）
第五章	救助措施与法律责任（第 43-49 条）		无

第六章	附则（第 50-51 条）		无
《收养法》			
第一章	总则（第 1-3 条）		
第二章	收养关系的成立（第 4-22 条）	第五章	第一节 收养关系的成立（第 1093-1110 条）
第三章	收养的效力（第 23-25 条）		第二节 收养的效力（第 1111-1113 条）
第四章	收养关系的解除（第 26-30 条）		第三节 收养关系的解除（第 1114-1118 条）
第五章	法律责任（第 31 条）		无
第六章	附则（第 32-34 条）		无

（三）“婚姻家庭编”的体系定位

《民法典》婚姻家庭编是我国亲属制度的集中体现。亲属制度主要规制的内容为婚姻关系、血亲关系与监护（亲权）关系。目前针对亲属制度有两种立法模式，分别是总体限定模式及分别限定模式。总体限定模式主要为大陆法系国家采用，以成文法的形式在民法典亲属编设专章或专节从总体上概括规定亲属的种类、婚姻家庭关系等内容，例如《德国民法典》、《瑞士民法典》等；分别限定模式主要为英美法系国家采用，对于亲属制度内容的规制散见于各单行法规，例如《英国家庭法》、《英国收养与儿童法》等。

我国现行亲属制度采用分别限定模式，将亲属制度的内容规制在不同的法律法规中，主要体现在：《中华人民共和国民法总则》中规制了监护制度；《婚姻法》中规制了婚姻家庭关系；《收养法》中规制了收养关系等。

《民法典》生效后，我国亲属制度的立法模式将由分别限定模式向总体限定模式进行转变。具体来看，除监护制度仍保留在总则编外，亲属制度的大部分内容都规制于婚姻家庭编中，主要包括婚姻家庭关系、收养关系。值得注意的是，婚姻家庭编在一般规定中对亲属、近亲属及家庭成员的范围进行了明确¹，对相关民事审判活动具有指导意义。

二、“婚姻家庭编”生效后对现行法的影响

（一）《婚姻法》与《收养法》将被废止

¹ 《民法典》第一千四十五条规定：“亲属包括配偶、血亲和姻亲。配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”

《民法典》婚姻家庭编与《婚姻法》、《收养法》的关系是新法与旧法的关系,《民法典》的附则部分提出,自《民法典》正式施行之日起,《婚姻法》与《收养法》同时废止,这两部分法律的内容将被《民法典》婚姻家庭编所替代。

(二) 现行司法解释的效力

1. 被明确废止的司法解释将失去法律效力

最高人民法院对司法解释实施集中清理制度,目前为止一共进行了两次集中清理工作。第一次全面清理司法解释工作于 2011 年启动,2013 年完成。通过甄别,确定具有司法解释和司法解释性质文件 1600 件,司法指导性文件 1751 件。针对 1600 件司法解释和司法解释性质文件分类予以废止、修改或者保留,其中:废止 715 件,确定修改 132 件,继续保留适用 753 件;第二次全面清理司法解释工作于 2019 年 7 月 18 日完成,最高法印发《最高人民法院关于废止部分司法解释(第十三批)的决定》,提出了废止司法解释 103 件,明确现行有效的司法解释 561 件。经检索,目前婚姻家庭编所涉及的司法解释仅有《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国民事诉讼法通则>第九十九条第一款、<中华人民共和国婚姻法>第二十二条的解释》被废止。

2. 未废止且被婚姻家庭编吸收的司法解释继续有效,但不再直接引用

婚姻家庭编共吸收《婚姻法》系列司法解释的三条内容,分别是:

- (1) 婚姻家庭编第一千零六十四条²吸收了《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》中关于夫妻共同债务认定的规定;
- (2) 婚姻家庭编第一千零六十六条³吸收了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)中关于婚内请求分割共同财产的规定;
- (3) 婚姻家庭编第一千零七十三条⁴吸收了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)(简称“《婚姻法司法解释三》”)关于婚生子女的确认与否认制度(此条仅为部分吸收)。

² 《民法典》第一千零六十四条规定:“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务;但是,债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

³ 《民法典》第一千零六十六条规定:“婚姻关系存续期间,有下列情形之一的,夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产:(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为;(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用。”

⁴ 《民法典》第一千零七十三条规定:“第一千零七十三条 对亲子关系有异议且有正当理由的,父或者母可以向人民法院提起诉讼,请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的,成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认亲子关系。”

如上文所述，由于《婚姻法》系列司法解释均并未被废止，仍然具有法律效力。因此，即使《民法典》婚姻家庭编吸收了司法解释的部分内容，但并不影响司法解释的效力。

在法律条文的引用上，根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第二条规定⁵，若并列引用多个规范性法律文件，引用顺序应为（1）法律及法律解释；（2）行政法规；（3）地方性法规；（4）自治条例或者单行条例；（5）司法解释。因此，法官在引用《民法典》婚姻家庭编吸收司法解释的内容进行司法裁判时，很有可能将直接引用《民法典》的规定，不再直接引用司法解释。

3. 未废止且未被婚姻家庭编吸收的司法解释继续有效，可直接引用

根据上文所述，未废止并未被婚姻家庭编吸收的司法解释仍然具有法律效力。同时，根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第四条⁶规定，该类司法解释可在民事裁判文书被直接引用。

三、《民法典》婚姻家庭编的亮点解析

（一）增设“离婚冷静期”

本次《民法典》婚姻家庭编最受关注的修改是在第一千零七十七条对登记离婚设置门槛，设定了三十日的“离婚冷静期”。在“离婚冷静期”内，任何一方都可向婚姻登记机关撤回离婚登记申请；离婚冷静期后，离婚双方应亲自前往婚姻登记机关申请办理离婚，若未申请，则视为撤回离婚登记申请⁷。

《民法典》婚姻家庭编增设该规定的初衷在于面对日益增高的离婚率，立法机关希望申请离婚的夫妻在情绪冷静后确定是否有真实的离婚意愿，以降低冲动离婚的概率。

事实上，“离婚冷静期”的概念在《民法典》颁布之前已经在“诉讼离婚”案件中广泛运用：根据《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（简称“《家事审判意见（试行）》”）第四十条⁸规定，人民法院审理离婚案件，经双方当事人同意，可以设置不超过 3

⁵ 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第二条规定：“并列引用多个规范性法律文件的，引用顺序如下：法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例、司法解释。同时引用两部以上法律的，应当先引用基本法律，后引用其他法律。引用包括实体法和程序法的，先引用实体法，后引用程序法。”

⁶ 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第四条规定：“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。”

⁷ 《民法典》第一千零七十七条规定：“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。前款规定期间届满后三十日内，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。”

⁸ 《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》第四十条规定：“人民法院审理离婚案件，经双方当事人同意，可以设置不超过 3 个月的冷静期。在冷静期内，人民法院可以根据案件情况开展调解、家事调查、心理疏导等工作。冷静期结束，人民法院应通知双方当事人。”

个月的冷静期。基于此，河北省、陕西省、福建省等多地法院在司法实践中提出“离婚冷静期”的概念，并运用于调解书、判决书当中。

《民法典》生效后，“离婚冷静期”将被运用于“协议离婚”中，考虑到《民法典》并未对“诉讼离婚”中能否适用“离婚冷静期”作出规定，且《家事审判意见（试行）》仍然具有法律效力，因此我们认为，在“诉讼离婚”中法官仍能够依据《家事审判意见（试行）》的规定设置“离婚冷静期”。

而这一条存在争议的原因主要在于“离婚冷静期”的设置并未区分具体情形，在实践中，并不是所有的协议离婚都是冲动离婚。对于存在如重婚、家暴、遗弃、恶习等情形的，若要求离婚双方也适用离婚冷静期的规定，则无法实现立法意图，保护受害者及无过错方的利益。基于此，婚姻登记机关在具体落实层面上，可能也需要进一步的细化区分。

（二） 修订“婚前患有医学疾病”对婚姻效力的影响

1. “婚前患有医学疾病”不再构成婚姻无效事由，而构成“婚姻可撤销”事由

现行《婚姻法》第十条规定了婚姻无效的四种情形，分别是：（1）重婚；（2）直系血亲或三代以内旁系血亲；（3）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈；（4）未到法定婚龄⁹；第十一条规定了因胁迫结婚的，受胁迫一方可以申请撤销婚姻¹⁰。

《民法典》婚姻家庭编对无效和可撤销婚姻的情形作出了一定的修改，主要体现在《民法典》第一千零五十一条将婚姻无效的情形减少至三种，删除了患有医学疾病的情形¹¹，而在第一千零五十三条的可撤销婚姻中增加了“可撤销婚姻”制度，规定了一方在婚前患有重大疾病未如实告知时，另一方享有撤销权¹²。

2. 疾病范围由“医学上认为不应当结婚的疾病”变更为“重大疾病”

目前，针对《婚姻法》所规定的“医学上认为不应当结婚的疾病”所涵盖的具体内容并无明确的法律规定。司法实践中，法官一般会结合《中华人民共和国母婴保健法》（简称“《母婴保健法》”）、《中华人民共和国传染病防治法》、《中华人民共和国精神卫生法》等相关法律进行判断。根据

⁹ 《中华人民共和国婚姻法》第十条规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。”

¹⁰ 《中华人民共和国婚姻法》第十条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”

¹¹ 《民法典》第一千零五十一条规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚；（二）有禁止结婚的亲属关系；（三）未到法定婚龄。”

¹² 《民法典》第一千零五十三条规定：“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。”

《母婴保健法》第八条¹³规定，婚前医学检查的疾病对象为：（1）严重遗传性疾病；（2）指定传染病；（3）有关精神病。同时根据第九条¹⁴、第十条¹⁵规定，上述三类疾病患者在结婚时具有一定的限制；结婚后，若该类疾病尚未治愈，该婚姻的法律效力具有被法官依据《婚姻法》第十条规定认定为无效的风险。

《民法典》则将上述疾病的适用范围进行了扩大，由“医学上认为不应当结婚的疾病”变更为“重大疾病”，但是并未明确规定“重大疾病”的适用范围。我们注意到，目前仅有中国保险行业协会与中国医师协会共同发布的《重大疾病保险的疾病定义使用规范》对“重大疾病”的范围作出了规定，司法实践针对“重大疾病”的纠纷也多为保险合同纠纷。据此，在相关部门对婚姻家庭编“重大疾病”的范围进行明确之前，针对可撤销婚姻中“重大疾病”情形的判断应结合“医学上认为不应当结婚的疾病”及《重大疾病保险的疾病定义使用规范》进行综合把握。

3. 对于疾病是否在“婚后尚未治愈”不再作要求

值得注意的是，现行《婚姻法》针对因疾病而认定为无效婚姻的前提是，当事人婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病且婚后尚未治愈，即若当事人婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病但婚后已经治愈的，该婚姻仍为有效婚姻。

然而，《民法典》婚姻家庭编中对于当事人婚前患有重大疾病婚后是否治愈不再作要求，即只要当事人婚前患有重大疾病未如实告知，即使婚后其重大疾病已治愈，另一方仍可请求法院撤销婚姻。

（三） 婚生子女的确认与否认制度

1. 确认与否认亲子关系的诉讼为确认之诉

《民法典》第一千零七十三条¹⁶确立了婚生子女的确认与否认制度，赋予了父母在有正当理由的情形下向法院起诉确认或否认亲子关系；成年子女在有正当理由的情形下向法院起诉确认亲子关系的权利。当事人起诉请求法院确认或否认亲子关系的诉为民事诉讼中的确认之诉。

2. 提出确认与否认亲子关系之诉的同时可提出请求支付/返还抚养费之诉

¹³ 《中华人民共和国母婴保健法》第八条规定：“婚前医学检查包括对下列疾病的检查：（一）严重遗传性疾病；（二）指定传染病；（三）有关精神病。经婚前医学检查，医疗保健机构应当出具婚前医学检查证明。”

¹⁴ 《中华人民共和国母婴保健法》第九条规定：“经婚前医学检查，对患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的，医师应当提出医学意见；准备结婚的男女双方应当暂缓结婚。”

¹⁵ 《中华人民共和国母婴保健法》第十条规定：“经婚前医学检查，对诊断患医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的，医师应当向男女双方说明情况，提出医学意见；经男女双方同意，采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不生育的，可以结婚。但《中华人民共和国婚姻法》规定禁止结婚的除外。”

¹⁶ 《民法典》第一千零七十三条规定：“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”

如上文所述，确认与否认亲子关系的诉讼属于确认之诉，请求支付/返还抚养费的诉讼属于给付之诉。根据最高人民法院关于印发《第一次全国民事再审审查工作会议纪要》的通知¹⁷，当事人可以在同案中提出确认之诉和给付之诉，且确认之诉是给付之诉的前提条件。因此，当事人可以在同案中提出确认与否认亲子关系之诉，与请求支付/返还抚养费之诉，同时前诉为后诉的前提条件。

值得注意的是，针对夫妻一方因另一方隐瞒真相而受欺诈抚养了另一方与他人所生育子女的情形，根据《最高人民法院关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的复函》¹⁸、《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》¹⁹的内容，在司法实践中，我们理解法院将支持受欺诈抚养方要求另一方返还实际支出的抚养费的诉讼请求。

3. 举证责任

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条²⁰，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据；同时根据《民法典》第一千零七十三条的规定，请求确认或否认亲子关系的一方向法院提起诉讼的前提是有“正当理由”，因此我们理解向法院请求确认或否认亲子关系的一方应承担相应的举证责任。

目前《民法典》并未明确“正当理由”的范围，对此我们理解可以参照《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》针对《婚姻法司法解释三》第二条中的“必要证据”²¹的定义进行把握。北京市高级人民法院认为“必要证据”指足以使法官产生内心确信，使举证责任产生转移的证据，如血型、DNA 鉴定相符或不相符、载有父母子女关系的出生医学证明、对方与他人特定时段同居、男女双方在特定时段有或没有同居生活等证据。

¹⁷ 最高人民法院关于印发《第一次全国民事再审审查工作会议纪要》的通知：“28. 当事人同时提出确认之诉和给付之诉，且确认之诉是给付之诉前提条件的，原判决在主文里仅对给付之诉作出判定，但在判决理由中对确认之诉进行了分析认定的，不属于遗漏诉讼请求的情形。”

¹⁸ 《最高人民法院关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的复函》：“经研究，我们认为，在夫妻关系存续期间，一方与他人通奸生育子女，隐瞒真情，另一方受欺骗而抚养了非亲生子女，其中离婚后给付的抚育费，受欺骗方要求返还的，可酌情返还。”

¹⁹ 《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》：“五、【受欺诈抚养的赔偿】夫妻一方因另一方隐瞒真相而受欺诈抚养了另一方与他人所生育子女，受欺诈抚养方请求另一方返还实际支出的抚养费用的，人民法院应予以支持；受欺诈抚养方请求的精神损害赔偿等费用，可酌情予以支持。”

²⁰ 《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”

²¹ 《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》规定：“必要证据。

《婚姻法司法解释三》第二条中的“必要证据”指足以使法官产生内心确信，使举证责任产生转移的证据，如血型、DNA 鉴定相符或不相符、载有父母子女关系的出生医学证明、对方与他人特定时段同居、男女双方在特定时段有或没有同居生活等证据。对于是否构成必要证据人民法院应结合个案案情慎重把握。亲子关系确认之诉中，应注意未成年子女权益的保护，不得以侵害未成年人人身权益的方式取得证据。”

此外,根据《婚姻法司法解释三》第二条²²规定,请求确认或否认亲子关系存在的一方提出必要证据后,若另一方没有相反证据或拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认或否认亲子关系一方的主张成立。

(四) 将婚姻补偿制度由特别请求权改为一般性请求权

现行《婚姻法》第四十条规定在夫妻书面约定财产分别所有的前提下,离婚时,因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的一方有权请求另一方补偿²³。该种补偿请求权是在特定条件下才能实现的特别请求权。

《民法典》第一千零八十八条将《婚姻法》所设置的特定条件予以了删除,即夫妻双方在未书面约定夫妻财产的分配方式时也可适用本条规定,将该种补偿请求权确定为一般性请求权,并规制了确定补偿的方式——双方协议优先,法院判决补足²⁴。此种修改拓宽了婚姻补偿制度的适用范围,可以更好地保护婚姻中弱势方的权益。

(五) 提高对无过错方的保护力度

1. 增加了婚姻无效或者被撤销时无过错方的损害赔偿请求权

值得注意的是,《民法典》第一千零五十四条增加了婚姻无效或者被撤销时无过错方的损害赔偿请求权²⁵,对无过错方的权益进行了进一步的保护,反映了不仅要法律原则上否定违法婚姻,还要通过法律责任的方式使用经济手段制裁过错行为人的立法取向。

2. 完善了离婚过错损害赔偿制度

现行《婚姻法》第四十六条规定了在四种情形下,无过错方在离婚时有权请求损害赔偿,分别是:(1)重婚;(2)有配偶者与他人同居;(3)实施家庭暴力;(4)虐待、遗弃家庭成员的²⁶。

²² 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)第二条规定:“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。当事人一方起诉请求确认亲子关系,并提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”

²³ 《中华人民共和国婚姻法》第四十条规定:“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有,一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。”

²⁴ 《民法典》第一千零八十八条规定:“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议;协议不成的,由人民法院判决。”

²⁵ 《民法典》第一千零五十四条规定:“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力,当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成的,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法关于父母子女的规定。婚姻无效或者被撤销的,无过错方有权请求损害赔偿。”

²⁶ 《中华人民共和国婚姻法》第四十六条规定:“有下列情形之一,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿:(一)重婚的;(二)有配偶者与他人同居的;(三)实施家庭暴力的;(四)虐待、遗弃家庭成员的。”

《民法典》第一千零九十一条对此作出了修改，具体为规范用语——将“有配偶者与他人同居”修改为“与他人同居”，更为重要的是增加了第五种情形——有其他重大过错²⁷。

如此修改给予了法院充分的自由裁量权，拓宽了离婚过错损害赔偿制度的适用范围，例如一方与他人发生性关系，但没达到同居的程度，经法院认定为具有重大过错的，无过错方同样可以请求获得损害赔偿。

3. 增加了离婚财产分配时应照顾无过错方的原则

《民法典》婚姻家庭编在第一千零八十七条规定离婚时分配夫妻共同财产时，也增加了在双方无协议时人民法院按照照顾无过错方权益的原则²⁸。

这充分表明了立法者倾向于更好地保护离婚案件中无过错方利益的态度，以促使夫妻双方更好地履行婚姻中的忠实义务，维护良好的社会风气。

²⁷ 《民法典》第一千零九十一条规定：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

(一)重婚；(二)与他人同居；(三)实施家庭暴力；(四)虐待、遗弃家庭成员；(五)有其他重大过错。”

²⁸ 《民法典》第一千零八十七条规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。”

附录：

- 1) 蓝色字体表示新旧对比变化；
- 2) 褐色下划线表示《民法典》婚姻家庭编新增内容；
- 3) 红色删除线表示原内容已删除。

《婚姻法》（2001 年修正）	《民法典》婚姻家庭编	备注
第一章 总则	第一章 一般规定	/
第一条 本法是婚姻家庭关系的基本准则。	第一千零四十条 本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。	规定了婚姻家庭编的适用范围
第二条 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。 保护妇女、 <u>儿童</u> 和老人的合法权益。 实行计划生育。	第一千零四十一条 婚姻家庭受国家保护。 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。 保护妇女、 <u>未成年人</u> 和老年人的合法权益。	删除关于“计划生育”的规定
第三条 禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。 禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。	第一千零四十二条 禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。 禁止借婚姻索取财物。 禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。 禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。	/
第四条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。	第一千零四十三条 <u>家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。</u> 夫妻应当互相忠实，互相尊重， <u>互相关爱</u> ；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。	新增关于家风、家庭美德和家庭文明建设的内容。
	第一千零四十五条 <u>亲属包括配偶、血亲和姻亲。</u> <u>配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。</u> <u>配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。</u>	新增关于亲属、近亲属、家庭成员的定义。

第二章 结婚		/
第五条 结婚必须男女双方完全自愿, 不许 任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。	第一千零四十六条 结婚应当男女双方完全自愿, 禁止 任何一方对另一方加以强迫, 禁止任何组织或者个人 加以干涉。	将“第三者”明确为任何组织、个人。
第六条 结婚年龄, 男不得早于二十二周岁, 女不得早于二十周岁。 晚婚晚育应予鼓励。	第一千零四十七条 结婚年龄,男不得早于二十二周岁,女不得早于二十周岁。	删除关于“晚婚晚育”的规定。
第七条 有下列情形之一的, 禁止结婚: (一) 直系血亲和三代以内的旁系血亲; —(二) 患有医学上认为不应当结婚的疾病。—	第一千零四十八条 直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。	删除一种禁止结婚的情形——患有医学上认为不应当结婚的疾病。
第八条 要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的, 予以登记, 发给结婚证。取得结婚证, 即确立夫妻关系。未办理结婚登记的, 应当补办登记。	第一千零四十九条 要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。完成结婚登记,即确立婚姻关系。未办理结婚登记的,应当补办登记。	/
第九条 登记结婚后, 根据男女双方约定, 女方可以成为男方家庭的成员, 男方可以成为女方家庭的成员。	第一千零五十条 登记结婚后,按照男女双方约定,女方可以成为男方家庭的成员,男方可以成为女方家庭的成员。	/
第十条 有下列情形之一的, 婚姻无效: (一) 重婚的; (二) 有禁止结婚的亲属关系的; —(三) 婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病, 婚后尚未治愈的;— (四) 未到法定婚龄的。	第一千零五十一条 有下列情形之一的,婚姻无效: (一)重婚; (二)有禁止结婚的亲属关系; (三)未到法定婚龄。	删除一种婚姻无效的情形——婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病, 婚后尚未治愈的。
第十一条 因胁迫结婚的, 受胁迫的一方可以向 婚姻登记机关或 人民法院请求撤销该婚姻。 受胁迫的一 方撤销婚姻的请求, 应当自 结婚登 记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻	第一千零五十二条 因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。 请求撤销婚姻的,应当自 胁迫行为终 止之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的,	规定撤销婚姻只可向人民法院申请以及修改胁迫婚姻撤销请求权的除斥期间的起算点。

的,应当自恢复人身自由之日起一年内提出。	应当自恢复人身自由之日起一年内提出。	
/	第一千零五十三条 <u>一方患有重大疾病的,应当在结婚登记前如实告知另一方;不如实告知的,另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的,应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。</u>	新增可撤销婚姻情形。
第十二条 无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法有关父母子女的规定。	第一千零五十四条 无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力,当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成的,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法关于父母子女的规定。 <u>婚姻无效或者被撤销的,无过错方有权请求损害赔偿。</u>	新增无效婚姻及可撤销婚姻中无过错方的损害赔偿请求权。
第三章 家庭关系		
第十三条 夫妻在家庭中地位平等。	第一千零五十五条 夫妻在婚姻家庭关系中地位平等。	/
第十四条 夫妻双方都有各用自己姓名的权利。	第一千零五十六条 夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利。	/
第十五条 夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由,一方不得对他方加以限制或干涉。	第一千零五十七条 夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由,一方不得对另一方加以限制或者干涉。	/
/	第一千零六十条 <u>夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为,对夫妻双方发生法律效力,但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制,不得对抗善意相对人。</u>	新增夫妻双方日常生活需要实施的民事法律行为对双方及善意相对人的效力。

第十六条 夫妻双方都有实行计划生育的义务。	/	删除计划生育的规定。
第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有： (一) 工资、奖金； (二) 生产、经营的收益； (三) 知识产权的收益； (四) 继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外； (五) 其他应当归共同所有的财产。 夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。	第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产， <u>为夫妻的共同财产</u> ，归夫妻共同所有： (一) 工资、奖金、 <u>劳务报酬</u> ； (二) 生产、经营、 <u>投资</u> 的收益； (三) 知识产权的收益； (四) 继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外； (五) 其他应当归共同所有的财产。 夫妻对共同财产，有平等的处理权。	定义共同财产，并扩大了共同财产的范围。
第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产： (一) 一方的婚前财产； (二) 一方因 <u>身体受到伤害</u> 获得的 <u>医疗费、残疾人生活补助费</u> 等费用； (三) 遗嘱或赠与合同中确定只归 <u>夫或妻</u> 一方的财产； (四) 一方专用的生活用品； (五) 其他应当归一方的财产。	第一千零六十三条 <u>下列财产为夫妻一方的个人财产</u> ： (一) 一方的婚前财产； (二) 一方因 <u>受到人身损害</u> 获得的 <u>赔偿或者补偿</u> ； (三) 遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产； (四) 一方专用的生活用品； (五) 其他应当归一方的财产。	规范表述
/	第一千零六十四条 <u>夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。</u> <u>夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。</u>	吸纳《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》关于夫妻共同债务认定的规定
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	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	规范表述

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。	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。	
/	第一千零六十六条 <u>婚姻关系存续期间,有下列情形之一的,夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产:</u> <u>(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为;</u> <u>(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用。</u>	吸纳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)中关于婚内请求分割共同财产的规定。
第二十条 夫妻有互相扶养的义务。 一方不履行扶养义务时,需要扶养的一方,有要求对方付给扶养费的权利。	第一千零五十九条 夫妻有相互扶养的义务。 需要扶养的一方,在另一方不履行扶养义务时,有要求其给付扶养费的权利。	/
第二十一条父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。 父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母付给抚养费的权利。 子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女付给赡养费的权利。	第一千零五十八条 <u>夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利,共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。</u> 第一千零六十七条 父母不履行抚养义务的,未成年子女或者不能独立生活的成年子女,有要求父母给付抚养费的权利。	第二十一条第一款的内容已调整至《民法典》总则中;新增夫妻双方对未成年子女的抚养、教育和保护的權利及义务;规范部分表述。

禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。	成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。	
第三十二条子女可以随父姓，可以随母姓。	/	调整至《民法典》总则。
第二十三条 父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。	第一千零六十八条 父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。	规范表述。
第二十四条 夫妻有相互继承遗产的权利。 父母和子女有相互继承遗产的权利。	第一千零六十一条 夫妻有相互继承遗产的权利。 第一千零七十条 父母和子女有相互继承遗产的权利。	/
第二十五条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。 不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。	第一千零七十一条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。 不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费。	规范表述。
第二十六条 国家保护合法的收养关系。养父母和养子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。 养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除。	/	调整至第五章收养中。
第二十七条 继父母与继子女间，不得虐待或歧视。 继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。	第一千零七十二条 继父母与继子女间，不得虐待或者歧视。 继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定。	/
/	第一千零七十三条 <u>对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。</u>	吸收了《婚姻家庭司法解释三》关于婚生子女的确认与否认制度（此条仅为部分吸收）

第二十八条 有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。	第一千零七十四条 有负担能力的祖父母、外祖父母,对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女,有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女,对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。	/
第二十九条 有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务。	第一千零七十五条 有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有抚养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务。	/
第三十条 子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。	第一千零六十九条 子女应当尊重父母的婚姻权利,不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。	新增子女不得干涉父母离婚的规定。
第四章 离婚		/
第三十一条 男女双方自愿离婚的，准予离婚。 <u>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</u> ，发给离婚证。	第一千零七十六条 男女双方自愿离婚的, <u>应当订立书面离婚协议,并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。</u>	新增当事人离婚时应当订立书面离婚协议并明确离婚协议的内容；规范部分表述。
	第一千零七十七条 <u>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。</u> <u>前款规定期间届满后三十日内，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。</u>	新增“离婚冷静期”的内容。

	第一千零七十八条 婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚， <u>并已对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的，予以登记</u> ，发给离婚证。	明确婚姻登记机关予以离婚登记的前提是当事双方已对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致，而非适当处理。
第三十二条 男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。 有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚： （一）重婚或 <u>有配偶者</u> 与他人同居的； （二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的； （三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的； （四）因感情不和分居满二年的； （五）其他导致夫妻感情破裂的情形。 一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。	第一千零七十九条 夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。 有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚： （一）重婚或者与他人同居； （二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员； （三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改； （四）因感情不和分居满二年； （五）其他导致夫妻感情破裂的情形。 一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。 <u>经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。</u>	新增人民法院应当准予离婚的情形，即经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的。
/	第一千零八十条 <u>完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。</u>	明确解除婚姻关系的三种形式。
第三十三条 现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。	第一千零八十一条 现役军人的配偶要求离婚，应当征得军人同意，但是军人一方有重大过错的除外。	/
第三十四条 女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。	第一千零八十二条 女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚；但是，女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。	/

第三十五条 离婚后,男女双方自愿恢复夫妻关系的,必须到婚姻登记机关进行复婚登记。	第一千零八十三条 离婚后,男女双方自愿恢复婚姻关系的,应当到婚姻登记机关重新进行结婚登记。	/
第三十六条 父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或母直接抚养,仍是父母双方的子女。 离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。 离婚后, 哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时 ,由人民法院根据 子女的权益 和双方的具体情况判决。	第一千零八十四条 父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或者母直接抚养,仍是父母双方的子女。 离婚后,父母对于子女仍有抚养、教育、 保护 的权利和义务。 离婚后, 不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的 ,由人民法院根据双方的具体情况,按照 最有利于未成年子女的原则 判决。 <u>子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿。</u>	规范表述及将“哺乳期内的子女”由母亲抚养原则修改为“不满两周岁的子女”由母亲直接抚养为原则;将法院根据“子女的权益”原则判决修改为“最有利于未成年子女”原则;增加已满八周岁子女应尊重其真实意愿原则。
第三十七条 离婚后, 一方抚养的子女 ,另一方应负担 必要的生活费和教育费的一部或全部 ,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。 关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。	第一千零八十五条 离婚后, 子女由一方直接抚养的 ,另一方应当负担 部分或者全部抚养费 ,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成的,由人民法院判决。 前款规定的协议或者判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。	将生活费和教育同统称为抚养费。
第三十八条 离婚后,不直接抚养子女的父或母,有探望子女的权利,另一方有协助的义务。 行使探望权利的方式、时间由当事人协议;协议不成时,由人民法院判决。 父或母探望子女,不利于子女身心健康的,由人民法院依法中止探望的权利;中止的事由消失后,应当恢复探望的权利。	第一千零八十六条 离婚后,不直接抚养子女的父或者母,有探望子女的权利,另一方有协助的义务。 行使探望权利的方式、时间由当事人协议;协议不成的,由人民法院判决。 父或者母探望子女,不利于子女身心健康的,由人民法院依法中止探望;中止的事由消失后,应当恢复探望。	/

第三十九条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。 夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。	第一千零八十七条 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况， <u>按照照顾子女、女方和无过错方权益</u> 的原则判决。 对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。	新增法院根据无过错方权益判决的原则。
第四十条 夫妻 <u>书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有</u> ，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等 <u>付出</u> 较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。	第一千零八十八条 夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等 <u>负担</u> 较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。 <u>具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。</u>	取消了离婚补偿制度关于财产的限制条件，并明确了补偿的具体办法。
第四十一条 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。	第一千零八十九条 离婚时，夫妻共同债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。	/
第四十二条 离婚时，如一方生活困难，另一方应 <u>从其住房等个人财产中</u> 给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。	第一千零九十条 离婚时，如果一方生活困难， <u>有负担能力的</u> 另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。	新增给予适当帮助一方的前提条件，即有负担能力，并取消了对帮助方式的限制。
第五章 救助措施与法律责任	/	/
第四十三条 实施家庭暴力或虐待家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。 对正在实施的家庭暴力，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会应当予以劝阻；公安机关应当予以制止。 实施家庭暴力或虐待家庭成员，受害人提出请求的，公安机关应当依照治安管理处罚的法律规定予以行政处罚。	/	删除了实施家庭暴力、遗弃、重婚等情形的法律责任，在其他法律中予以规制。

第四十四条对遗弃家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。 对遗弃家庭成员，受害人提出请求的，人民法院应当依法作出支付扶养费、抚养费、赡养费的判决。	/	
第四十五条对重婚的，对实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员构成犯罪的，依法追究刑事责任。受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定，向人民法院自诉；公安机关应当依法侦查，人民检察院应当依法提起公诉。	/	
第四十六条 有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿： (一) 重婚的； (二) 有配偶者 与他人同居的； (三) 实施家庭暴力的； (四) 虐待、遗弃家庭成员的。	第一千零九十一条 有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿： (一)重婚； (二)与他人同居； (三)实施家庭暴力； (四)虐待、遗弃家庭成员； <u>(五)有其他重大过错。</u>	新增无过错方请求损害赔偿的情形。
第四十七条 离婚时 ，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。 人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。	第一千零九十二条 <u>夫妻</u> 一方隐藏、转移、变卖、毁损、 <u>挥霍</u> 夫妻共同财产，或者伪造 <u>夫妻共同</u> 债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。	新增“挥霍”夫妻共同财产的一方，在离婚分割夫妻共同财产时应少分或者不分的情形；删除法院对妨害民事诉讼行为的规定。
第四十八条对拒不执行有关扶养费、抚养费、赡养费、财产分割、遗产继承、探望子女等判决或裁定的，由人民法院依法强制执行。有	/	删除法院强制性质、有关个人和单位负协助执行责任的情形。

关个人和单位应负协助执行的责任。		
第四十九条其他法律对有关婚姻家庭 的违法行为和法律责任另有规定的， 依照其规定。	/	删除对适用其他法律的规定。
第六章 附则	/	删除附则部分。
第五十条民族自治地方的人民代表 大会 有权结合当地民族婚姻家庭的具体情况， 制定变通规定。自治州、自治县制定的 变通规定，报省、自治区、直辖市人民 代表大会常务委员会批准后生效。自治 区制定的变通规定，报全国人民代表大 会常务委员会批准后生效。	/	
第五十一条本法自 1981 年 4 月 4 日起施行。 1950 年 5 月 1 日颁行的《中华人民 共和国婚姻法》，自本法施行之日起废 止。	/	
《收养法》	第五章 收养	/
第一章 总则	/	/
第一条为保护合法的收养关系，维 护收养关系当事人的权利，制定本 法。	/	删除制定本法的 目的性规定。
第二条 收养应当有利于被收养的 未成年人的抚养、成长，保障被收 养人和收养人的合法权益，遵循平 等自愿的原则，并不得违背社会公 德。	第一千零四十四条 收养应当遵循最 有利于被收养人的原则，保障被收 养人和收养人的合法权益。 禁止借收养名义买卖未成年人。	将有利于被收养 的未成年人的抚 养、成长改为罪 有利于被收养人 的原则；删除平 等自愿、社会公 德的规定。
第三条收养不得违背计划生育的法 律、法规。	/	删除计划生育的 规定。
第二章 收养关系的成立	第一节 收养关系的成立	
第四条 下列不满十四周岁的未成 年人可以被收养： (一) 丧失父母的孤儿；	第一千零九十三条 下列未成年人，可 以被收养： (一) 丧失父母的孤儿； (二) 查找不到生父母的未成年人；	删除对未成年人 年龄的限制。

(二) 查找不到生父母的弃婴和儿童； (三) 生父母有特殊困难无力抚养的子女。	(三)生父母有特殊困难无力抚养的子女。	
第五条 下列公民、组织可以作送养人： (一) 孤儿的监护人； (二) 社会福利机构； (三) 有特殊困难无力抚养子女的生父母。	第一千零九十四条 下列个人、组织可以作送养人： (一)孤儿的监护人； (二)儿童福利机构； (三)有特殊困难无力抚养子女的生父母。	/
第六条 收养人应当同时具备下列条件： (一) 无子女； (二) 有抚养教育被收养人的能力； (三) 未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病； (四) 年满三十周岁。	第一千零九十八条 收养人应当同时具备下列条件： (一)无子女或者只有一名子女； (二)有抚养、教育和保护被收养人的能力； (三)未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病； <u>(四)无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；</u> (五)年满三十周岁。	将对收养人是否有子女的条件放宽为有一名子女；新增对收养人具有保护被收养人能力的规定；新增对收养人无特定违法犯罪记录的要求。
第七条 收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第九条和被收养人不满十四周岁的限制。 华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女的限制。	第一千零九十九条 收养三代以内旁系同辈血亲的子女,可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项和第一千一百零二条规定的限制。 华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女，还可以不受本法第一千零九十八条第一项规定的限制。	规范表述。
第八条收养人只能收养一名子女。收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童，可以不受收养人无子女和收养一名的限制。	第一千一百条 无子女的收养人可以收养两名子女；有一名子女的收养人只能收养一名子女。 收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人,可以不受前款和本法第一千零九十八条第一项规定的限制。	改变收养人收养子女数量的规定；规范表述。
第九条 无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。	第一千一百零二条 无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。	新增无配偶的女性收养男性的条件。

第十条 生父母送养子女，须双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养。 有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。	第一千零九十七条 生父母送养子女，应当双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的，可以单方送养。 第一千一百零一条 有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养。	/
第十一条 收养人收养与送养人送养，须双方自愿。收养年满十周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。	第一千一百零四条 收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。	将应征得被收养人同意的被收养人年龄由十周岁调整为八周岁。
第十二条 未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的，该未成年人的监护人不得将其送养，但父母对该未成年人有严重危害可能的除外。	第一千零九十五条 未成年人的父母均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人的，该未成年人的监护人可以将其送养。	/
第十三条 监护人送养未成年孤儿的，须征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照《中华人民共和国民法通则》的规定变更监护人。	第一千零九十六条 监护人送养孤儿的，应当征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照本法总则编的规定另行确定监护人。	规范表述。
第十四条 继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第六条和被收养人不满十四周岁以及收养一名的限制。	第一千一百零三条 继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项、第一千零九十八条和第一千一百条第一款规定的限制。	规范表述。
第十五条 收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。 收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。 收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。	第一千一百零五条 收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。 收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。 收养关系当事人愿意签订收养协议的，可以签订收养协议。 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。	增加民政部门进行收养评估规定。

	<u>县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。</u>	
第十六条 收养关系成立后，公安部门应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。	第一千一百零六条 收养关系成立后，公安机关应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。	/
第十七条 孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养。 抚养人与被抚养人的关系不适用收养关系。	第一千一百零七条 孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养；抚养人与被抚养人的关系不适用本章规定。	/
第十八条 配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。	第一千一百零八条 配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。	/
第十九条 送养人不得以送养子女为理由违反计划生育的规定再生育子女。	/	删除计划生育的规定。
第二十条 严禁 <u>买卖儿童或者借收养名义买卖儿童。</u>	第一千零四十四条 <u>收养应当遵循最有利于被收养人的原则,保障被收养人和收养人的合法权益。</u> <u>禁止借收养名义买卖未成年人。</u>	删除严禁买卖儿童的规定。
第二十一条 外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。 外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，该证明材料应当经其所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。该收养人应当与送养人订立书面协议，亲自向省级人民政府民政部门登记。 收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当到国务院司法行政部门认定的具有办理涉外公证资格的公证机构办理收养公证。	第一千一百零九条 外国人依法可以在中华人民共和国收养子女。 外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关其年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，并与送养人订立书面协议,亲自向省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记。 前款规定的证明材料应当经收养人所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，国家另有规定的除外。	删除办理收养公证的规定。

第二十二條 收養人、送養人要求保守收養秘密的，其他人應當尊重其意願，不得洩露。	第一千一百一十條 收養人、送養人要求保守收養秘密的，其他人應當尊重其意願，不得洩露。	/
第三章 收養的效力	第二節 收養的效力	/
第二十三條 自收養關係成立之日起，養父母與養子女間的權利義務關係，適用法律關於父母子女關係的規定；養子女與養父母的近親屬間的權利義務關係，適用法律關於子女與父母的近親屬關係的規定。養子女與生父母及其他近親屬間的權利義務關係，因收養關係的成立而消除。	第一千一百一十一條 自收養關係成立之日起，養父母與養子女間的權利義務關係，適用本法關於父母子女關係的規定；養子女與養父母的近親屬間的權利義務關係，適用本法關於子女與父母的近親屬關係的規定。 養子女與生父母及其他近親屬間的權利義務關係，因收養關係的成立而消除。	/
第二十四條 養子女可以隨養父或者養母的姓，經當事人協商一致，也可以保留原姓。	第一千一百一十二條 養子女可以隨養父或者養母的姓氏，經當事人協商一致，也可以保留原姓氏。	/
第二十五條 違反《中華人民共和國民法總則》第五十五條和本法規定的收養行為無法律效力。 收養行為被人民法院確認無效的，從行為開始時起就沒有法律效力。	第一千一百一十三條 有本法總則編關於民事法律行為無效規定情形或者違反本編規定的收養行為無效。 無效的收養行為自始沒有法律約束力。	規範表述。
第四章 收養關係的解除	第三節 收養關係的解除	/
第二十六條 收養人在被收養人成年以前，不得解除收養關係，但收養人、送養人雙方協議解除的除外，養子女年滿十周歲以上的，應當征得本人同意。 收養人不履行撫養義務，有虐待、遺棄等侵害未成年養子女合法權益行為的，送養人有权要求解除養父母與養子女間的收養關係。送養人、收養人不能達成解除收養關係協議的，可以向人民法​​院起​​訴。	第一千一百一十四條 收養人在被收養人成年以前，不得解除收養關係，但是收養人、送養人雙方協議解除的除外。養子女八周歲以上的，應當征得本人同意。 收養人不履行撫養義務，有虐待、遺棄等侵害未成年養子女合法權益行為的，送養人有权要求解除養父母與養子女間的收養關係。送養人、收養人不能達成解除收養關係協議的，可以向人民法​​院提​​起​​訴。	修改年齡限制。
第二十七條 養父母與成年養子女關係惡化、無法共同生活的，可以	第一千一百一十五條 養父母與成年養子女關係惡化、無法共同生活的，可以協議解除收養關係。不能	/

协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院起诉。	达成协议的，可以向人民法院提起诉讼。	
第二十八条 当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系的登记。	第一千一百一十六条 当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系登记。	/
第二十九条 收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复， <u>但</u> 成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。	第一千一百一十七条 收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复。 <u>但是</u> ，成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。	/
第三十条 收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的 <u>生活费和教育费</u> 。 生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的 <u>生活费和教育费</u> ，但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。	第一千一百一十八条 收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的 <u>抚养费</u> 。 生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的 <u>抚养费</u> ，但是因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。	将生活费和教育费修改为抚养费。
第五章 法律责任	/	删除法律责任章节。
第三十一条借收养名义拐卖儿童的，依法追究刑事责任。 遗弃婴儿的，由公安部门处以罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。 出卖亲生子女的，由公安部门没收非法所得，并处以罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	/	
第六章 附 则	/	删除附则章节。
第三十二条民族自治地方的人民代表大会及其常务委员会可以根据本法的原则，结合当地情况，制定变通的或者补充的规定。自治区的规	/	

定，报全国人民代表大会常务委 员会备案。自治州、自治县的规 定，报省或者自治区的人民代表 大会常务委员会批准后生效，并 报全国人民代表大会常务委员 会备案。		
第三十三条国务院可以根据本法制 定实施办法。	/	
第三十四条本法自 1992 年 4 月 4 日起施行。	/	

第三篇：《民法典》继承编的主要变化与适用简析

作者：顾巍巍 | 万发文 | 陈嘉申 | 聂真璇子

引言

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》（简称“《民法典》”）经第十三届全国人大三次会议审议通过，并将于2021年1月1日正式生效。其中，继承编作为《民法典》的重要组成部分，规制了自然人死亡后财富传承的基本制度，对满足人民群众处理遗产的现实需要，促进家庭和睦，推进老龄事业和产业发展发挥了重要作用。

一、“继承编”概览

（一）内容主要来源于《继承法》与相关司法解释

《民法典》继承编规定于《民法典》第六编的位置，共45条。在我国现行法律体系下，这部分内容规制于1985年生效的《中华人民共和国继承法》（简称“《继承法》”）和最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见（简称“《继承法若干意见》”）中。其中，“继承编”吸收了司法解释的部分内容，包括：（1）第一千一百二十一条吸收相互有继承关系的数人在同一事件中死亡时死亡顺序推定规则；（2）第一千一百二十五条吸收丧失继承权的宽恕制度；（3）第一千一百五十二条吸收转继承制度；（4）第一千一百五十九条、第一千一百六十三条吸收清偿被继承人债务、缴纳税款的具体规则。

值得注意的是，《民法典》的附则部分提出自《民法典》正式施行之日起，《继承法》同时废止，这部分法律的内容将被《民法典》继承编所替代。同时，我们理解《继承法若干意见》在《民法典》生效后将继续有效，但其被继承编吸收的内容在司法裁判中将不再直接引用。

（二）结构沿袭《继承法》，但删除了“附则”章节

相较于《继承法》，《民法典》继承编大体沿袭《继承法》的结构，仅减少“附则”章节。

《继承法》		《民法典》继承编	
第一章	总则（第1-8条）	第一章	一般规定（第1119-1125条）
第二章	法定继承（第9-15条）	第二章	法定继承（第1126-1132条）
第三章	遗嘱继承和遗赠（第16-22条）	第三章	遗嘱继承和遗赠（第1133-1144条）
第四章	遗产的处理（第23-34条）	第四章	遗产的处理（第1145-1163条）

第五章	附则（第 35-37 条）	/	无
-----	---------------	---	---

二、《民法典》继承编的亮点解析

（一）增设遗产管理人制度

1. 制定以遗嘱执行人优先的遗产管理人确定规则

《民法典》第一千一百四十五条²⁹规定了遗产管理人的确定方式。遗产管理人的确定根据继承方式的区别有所不同：

- (1) 发生遗嘱继承时，根据《民法典》第一千一百三十三条³⁰规定，订立遗嘱的自然人可以指定遗嘱执行人，若其指定了遗嘱执行人，则继承开始时，遗嘱执行人为遗产管理人。若其未指定遗嘱执行人，则遗产管理人的产生方式与法定继承相同；
- (2) 发生法定继承时，继承人应当及时推选遗产管理人，继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人。没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人；
- (3) 既有遗嘱继承又有法定继承时，《民法典》第一千一百四十五条并未对此作出明确规定，我们理解，针对这种情况遗产管理人的确定也应先判断是否有遗嘱执行人，若有，则遗嘱执行人为遗产管理人；若无，则根据（2）的方式进行确定。

此外，根据《民法典》第一千一百四十六³¹条规定，对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。但目前《民法典》并未对利害关系人的范围作出明确规定。我们理解，此处的利害关系人是指与遗产分割具有直接或间接利害关系的人，其当然包括继承人。同时《继承法若干意见》规定不能作为遗嘱见证人的利害关系人包括继承人的债权人、债务人，共同经营的合伙人³²等，因此我们认为此处可申请法院指定遗产管理人的利害关系人可参考上述规定进行把握。

²⁹ 《民法典》第一千一百四十五条规定：“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，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。”

³⁰ 《民法典》第一千一百三十三条规定：“自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。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。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人。”

³¹ 《民法典》第一千一百四十六条规定：“对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。”

³² 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见：“36. 继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人。”

2. 遗产管理人应履行与管理遗产有关的职责

《民法典》第一千一百四十七条³³规定了遗产管理人的职责内容，主要包括（1）清理遗产并制作遗产清单；（2）向继承人报告遗产情况；（3）采取必要措施防止遗产毁损；（4）处理被继承人的债权债务；（5）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；（6）实施与管理遗产有关的其他必要行为。

针对遗产管理人“其他必要行为”如何进行认定的问题，我们认为可以结合《中华全国律师协会律师承办继承法律业务操作指引》第 30.3 条³⁴、《律师办理继承法律业务操作指引（2009）》31.2³⁵规制的律师作为遗嘱执行人的工作职责内容进行把握，主要包括保管财务凭证、调解争议等。

3. 遗产管理人故意或重大过失造成损害的应承担民事责任

《民法典》第一千一百四十八条³⁶规定遗产管理人在故意或重大过失主观状态下造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任，即遗产管理人在一般过失的主观状态下造成上述损害的，无需承担民事责任。

关于故意和重大过失的认定标准，本条未做进一步规定。故意在实务中比较容易认定，例如遗产管理人故意隐瞒转移财产，故意不通知债权人等。关于重大过失，应参照普通人的注意义务标准认定，在实务中需要个案衡量和判断。

4. 遗产管理人可依法依约获得报酬

《民法典》第一千一百四十九条³⁷规定，遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。遗产管理人为遗嘱执行人时，若遗嘱中明确遗嘱执行人的报酬，则根据遗嘱内容向遗产管理人支付

³³ 《民法典》第一千一百四十七条规定：“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；（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。”

³⁴ 《中华全国律师协会律师承办继承法律业务操作指引》30.3 条规定：“除遗嘱中另有特别规定外，遗嘱执行人可执行下列事务：（1）对遗嘱的真实性、合法性以及遗嘱内容进行解释和说明；（2）召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容；（3）依据立遗嘱人或者全体继承人和受遗赠人的委托，清理遗产、登记造册；（4）依据立遗嘱人或者全体继承人和受遗赠人的委托，保管与遗产有关的财产凭证；（5）协助遗嘱继承人或受遗赠人达成遗产交接或分割协议；（6）按照遗嘱内容将遗产最终转移交付给遗嘱继承人和受遗赠人；（7）依据立遗嘱人或者全体继承人和受遗赠人的委托，排除各种执行遗嘱的妨碍；（8）对遗嘱继承有争议时，遗嘱执行人可进行调解，但律师不应作为继承人或受遗赠人任何一方的委托代理人；（9）遗嘱执行的其他事项。”

³⁵ 《律师办理继承法律业务操作指引（2009）》31.2 规定：“除遗嘱中另有特别规定外，遗嘱执行人可执行下列事务：（1）查明遗嘱是否合法真实；（2）清理遗产、登记造册；（3）管理遗产；（4）诉讼代理；（5）召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，公开遗嘱内容；（6）按照遗嘱内容将遗产最终转移给遗嘱继承人和受遗赠人；（7）排除各种执行遗嘱的妨碍；（8）请求继承人及他人赔偿因执行遗嘱受到的意外损害。”

³⁶ 《民法典》第一千一百四十八条规定：“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、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。”

³⁷ 《民法典》第一千一百四十九条规定：“遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。”

报酬。若遗嘱中未明确报酬，继承人可约定遗产管理人的报酬；遗产管理人为推选或继承人共同担任时，继承人可约定遗产管理人的报酬。

此外，根据《最高人民法院关于向美琼、熊伟浩、熊萍与张凤霞、张旭、张林录、冯树义执行遗嘱代理合同纠纷一案的请示的复函》³⁸，律师作为遗嘱执行人，在遗嘱人没有明确其执行遗嘱所得报酬的情况下，与继承人就执行遗嘱相关的事项签订协议，并按照该协议的约定收取遗嘱执行费，不属于《中华人民共和国律师法》第三十四条禁止的律师在同一案件中为双方当事人代理的情况。

（二）明确并扩大遗赠扶养协议的扶养人范围

1. 明确可与继承人签订遗赠扶养协议的个人范围

现行《继承法》第三十一条³⁹规定，公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议，但并未明确此处扶养人的范围。实务中对于公民是否可以与其法定继承人签署遗赠扶养协议存在不同认识，例如被继承人可否与已经形成收养关系的继子女签订遗赠扶养协议就有不同的观点。对于已经立了遗嘱之后，又与遗嘱继承人签订遗赠扶养协议的性质认定，也存在不同意见。

《民法典》第一千一百五十八条⁴⁰对个人范围进行了明确，该条规定自然人可以与继承人以外的个人签订遗赠扶养协议。由于继承人分为“法定继承人”与“遗嘱继承人”两类，且“遗嘱继承人”是指法定继承人中的一人或数人。因此，我们理解，扶养人限于法定继承人（包括配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等，婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女视同子女）以外的自然人。

2. 删除组织范围为集体所有制组织的限定

现行《继承法》第三十一条规定，公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。集体所有制组织是指《中华人民共和国民法总则》第九十六条⁴¹规定的农村集体经济组织法人，其法律性质为特别法人。

³⁸ 《最高人民法院关于向美琼、熊伟浩、熊萍与张凤霞、张旭、张林录、冯树义执行遗嘱代理合同纠纷一案的请示的复函》：“张凤霞作为熊毅武指定的遗嘱执行人，在遗嘱人没有明确其执行遗嘱所得报酬的情况下，与继承人熊伟浩、熊萍等人就执行遗嘱相关的事项签订协议，并按照该协议的约定收取遗嘱执行费，不属于《中华人民共和国律师法》第三十四条禁止的律师在同一案件中为双方当事人代理的情况，该协议是否有效，应当依据《中华人民共和国合同法》的规定进行审查。只要协议的签订出于双方当事人的自愿，协议内容是双方当事人真实的意思表示，不违反法律和行政法规的禁止性规定，就应认定为有效。”

³⁹ 《中华人民共和国继承法》第三十一条规定：“公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。”

⁴⁰ 《民法典》第一千一百五十八条规定：“自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。”

⁴¹ 《中华人民共和国民法总则》第九十六条规定：“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。”

《民法典》第一千一百五十八条不再限定组织范围，该条规定自然人可以与继承人以外的组织签订遗赠扶养协议。因此，自然人不仅可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议，还可与其他类型的组织签订，例如城镇农村的合作经济组织、基层群众性自治组织等。关于对于其他组织是否有特定的资质要求，我们认为后续的单行立法或者司法解释可能会进行进一步的明确。

（三）完善债务清偿、缴纳税款规则

1. 增加清偿被继承人应缴纳税款的具体规则

现行《继承法》第三十三条⁴²规定继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款并以遗产实际价值为限。然而在既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的情形下，《继承法若干意见》仅规制了债务清偿规则，却未规制税款缴纳规则。

《民法典》第一千一百六十三条⁴³在吸纳《继承法若干意见》相关内容的基础上，增添了在既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的情形下的税款缴纳规则，规定由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款，超过法定继承遗产实际价值部分的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。

2. 删除清偿债务的前提限制

《继承法若干意见》第六十二条⁴⁴规定的清偿债务规则具有前提限制，其前提为遗产已被分割而未清偿债务时。《民法典》第一千一百六十三条将该前提限制予以删除，即，在遗产被分割前、遗产被分割时及遗产被分割后，既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，均适用本清偿规则。

（四）增加打印、录像等新的遗嘱形式

1. 打印遗嘱

现行《继承法》及相关司法解释并未规制打印遗嘱这种遗嘱形式，然而司法实践却多次出现关于打印遗嘱效力之争的司法案例，且各地法院对此有不同的审判意见，主要存在以下几种裁判结果：

⁴² 《中华人民共和国继承法》第三十一条规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”

⁴³ 《民法典》第一千一百六十三条规定：“既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过法定继承遗产实际价值部分，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。”

⁴⁴ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第六十二条规定：“遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。”

序号	案例	裁判结果
1.	北京市第二中级人民法院 (2018)京 02 民终 7317 号 ⁴⁵	根据是否由被继承人亲自操作电脑输入等条件判断为自书遗嘱或代书遗嘱： <u>(1) 自书遗嘱：</u>当事人提交证据证明遗嘱的内容确系遗嘱人亲自操作电脑、打印机等工具输入打印形成且能够排除合理怀疑，同时符合自书遗嘱的其他形式要件的 <u>(2) 代书遗嘱：</u>由遗嘱人之外的他人按照遗嘱人的意思，代为操作电脑、打印机等工具输入并打印形成的遗嘱，且符合代书遗嘱的全部形式要件
2.	重庆市高级人民法院 (2015)渝高法民抗字第 00004 号 ⁴⁶	重点审核“遗嘱人是否对该打印遗嘱的形成与固化具有主导力或完全的控制力” <u>如有则属于自书遗嘱，如无则属于代书遗嘱</u> (与北京市第二中级人民法院的裁判观点类似，但对形成自书遗嘱的标准更为宽松)
3.	湖北省高级人民法院 (2014)鄂监二抗再终字第 00022 号 ⁴⁷	<u>对打印遗嘱的类型不作明确认定，只要是当事人的真实意思表示，且未违反法律、法规的强制性规定，可认定为合法有效</u>
	地方司法文件	法院主流意见
1.	《北京市高级人民法院关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》	18. 打印遗嘱的性质与效力？ 继承案件中当事人以打印遗嘱系被继承人自己制作为由请求确认打印遗嘱为有效自书遗嘱的，人民法院不予支持。<u>但确有达到排除合理怀疑程度的证据表明打印遗嘱由被继承人全程</u>

⁴⁵ 任某 1 与任某 2 等继承纠纷二审民事判决书(2018)京 02 民终 7317 号：“需要说明的是：打印遗嘱是在电脑日益普及下出现的新的遗嘱形式，除非当事人提交证据证明遗嘱的内容确系遗嘱人亲自操作电脑、打印机等工具输入打印形成且能够排除合理怀疑，同时符合自书遗嘱的其他形式要件的，才可认定该遗嘱有效。但对于由遗嘱人之外的他人按照遗嘱人的意思，代为操作电脑、打印机等工具输入并打印形成的遗嘱，如果该打印遗嘱符合代书遗嘱的全部形式要件，可以认定有效。”

⁴⁶ 李良健、李良琦等与李良蔚继承纠纷再审民事判决书(2015)渝高法民抗字第 00004 号：“现代社会发展至今，电脑及电子打印系统已进入普通家庭，其作为书面文书的形成工具和形成方式来说，与传统书写工具“笔”和书写方式“手写”之于遗嘱的形成从法律本质上并无不同……打印遗嘱在法律层面究竟应解读为何种遗嘱，应重点审核遗嘱人是否对该打印遗嘱的形成与固化具有主导力或完全的控制力。”

⁴⁷ 孙某甲、孙某乙、孙某丙与王某某继承纠纷再审民事判决书(2014)鄂监二抗再终字第 00022 号：“无论是用电脑打印立下遗嘱，还是用笔墨手书立下遗嘱，只要是当事人的真实意思表示，且未违反法律、法规的强制性规定，都应当与时俱进地予以确认，不能因为书写方式的不同而轻易地否定打印遗嘱的有效性，况且《中华人民共和国继承法》也未明确禁止采取打印的方式立遗嘱，而对普通公民而言法无禁止即允许。因此，不能简单地认为打印遗嘱不属《中华人民共和国继承法》规定的自书遗嘱书写形式就认定打印遗嘱为无效遗嘱，应当结合遗嘱人的民事法律行为是否有效予以综合评定。”

		制作完成，并具备自书遗嘱形式要件的，可认定为有效自书遗嘱。 打印遗嘱由被继承人以外的人制作的，应符合法律规定的代书遗嘱形式要件。
--	--	--

《民法典》第一千一百三十六条⁴⁸将打印遗嘱规定为法定的遗嘱形式，确认其效力。同时规定打印遗嘱的形式要件为（1）有两个以上见证人在场见证；（2）遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

2. 录像遗嘱

现行《继承法》及相关司法解释并未规制录像遗嘱这种遗嘱形式，司法实践中，法院判决认为录像遗嘱只要符合录音遗嘱的形式要件且内容不违反法律、法规的强制性规定，即为有效⁴⁹。

《民法典》第一千一百三十七条⁵⁰将录像遗嘱规定为法定的遗嘱形式，确认其效力，同时规定其形式要件与录音遗嘱相同，即（1）应当有两个以上见证人在场见证；（2）遗嘱人和见证人应当在录像中记录其姓名或者肖像,以及年、月、日。

（五）修改遗嘱效力规则，删除公证遗嘱效力优先的规定

1. 可通过自书、代书、录音、口头等形式的遗嘱撤销、变更公证遗嘱

现行《继承法》第二十条⁵¹规定自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

对此，《民法典》第一千一百四十二条删除了此规定，这就意味着，公证遗嘱可通过自书、代书、录音、口头等形式的遗嘱撤销、变更。

2. 立有数份内容相抵触的遗嘱时，公证遗嘱的效力不再具有优先性

⁴⁸ 《民法典》第一千一百三十六条规定：“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。”

⁴⁹ 李某2等与李某3遗嘱继承纠纷再审审查与审判监督民事裁定书(2019)京民申2395号：“据此，两审法院认定孙存娣录像遗嘱符合录音遗嘱的形式要件，且内容不违反法律、法规的强制性规定，应属有效，亦无不妥。”

⁵⁰ 《民法典》第一千一百三十七条规定：“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。”

⁵¹ 《中华人民共和国继承法》第二十条规定：“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。”

《继承法若干意见》第四十二条⁵²规定，遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱的，公证遗嘱具有优先性，若有公证遗嘱，则以最后所立公证遗嘱为准；若无公证遗嘱，则以最后所立的遗嘱为准。

对此，《民法典》第一千一百四十二条没有吸收公证遗嘱优先性的规定，立有数份遗嘱，内容相抵触的，应统一以最后的遗嘱为准。

三、结语

我国现行《继承法》及其司法解释已发布三十余载，在一定程度上已不能充分满足民众的需求。为顺应时代发展，《民法典》继承编对《继承法》进行了整合与修改，同时也吸收了《继承法若干意见》的部分内容。

修改后的继承编更为注重保护被继承人的真实意愿和相关人的利益，增强了法律规范的可操作性，主要体现在以下五个方面：

- 第一， 增设了遗产管理人制度，并具体规定了如何确定遗产管理人、遗产管理人的职责与法律责任、遗产管理人可获得报酬等内容；
- 第二， 明确遗赠扶养协议的扶养人应为继承人以外的自然人与组织，扩大了扶养人的范围；
- 第三， 完善债务清偿及缴纳税款规则，充分保护债权人权益与国家利益；
- 第四， 随着打印、录像在民众生活中运用地愈来愈频繁，《民法典》继承编将打印遗嘱、录像遗嘱也确定为法定遗嘱形式并规定了相应的形式要件；
- 第五， 修改遗嘱效力规则，删除公证遗嘱效力优先的规定，更为尊重被继承人的意愿。以上对于继承制度的修改，可以更好地满足遗产处理的现实需要，促进家庭和睦，推进老龄事业和产业发展。

除上述内容外，继承编也根据社会生活以及司法实践的需要，对一些问题进行了明确，例如第一千一百二十八条，明确了兄弟姐妹作为法定继承人情况下的代位继承。第一千一百四十二条，还明确了遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为，可以视为对遗嘱相关内容的撤回等。限于篇幅所限本文不再一一论述，具体变化可参考文章所附的新旧比对。

⁵² 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第四十二条规定：“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。”

附录：

- 1) 蓝色字体表示新旧对比变化；
- 2) 褐色下划线表示《民法典》继承编新增内容；
- 3) 红色删除线表示原内容已删除。

《继承法》	《民法典》继承编	备注
第一章 总则	第一章 一般规定	
第一条【立法目的】 根据《中华人民共和国宪法》规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。	第一千一百一十九条 本编调整因继承产生的民事关系。	规定了继承编的适用范围，统一表述。
/	第一千一百二十条 <u>国家保护自然人的继承权。</u>	新增内容。
第二条【继承的开始】 继承从被继承人死亡时开始。	第一千一百二十一条 继承从被继承人死亡时开始。 <u>相互有继承关系的数人在同一事件中死亡,难以确定死亡时间的,推定没有其他继承人的人先死亡。都有其他继承人,辈份不同的,推定长辈先死亡;辈份相同的,推定同时死亡,相互不发生继承。</u>	吸收《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》规定的相互有继承关系的数人在同一事件中死亡时死亡顺序推定规则。
第三条【遗产范围】 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括： （一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；（七）公民的其他合法财产。	第一千一百二十二条 遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。 <u>依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。</u>	遗产范围的规制方式由列举式改变为概括式。
第四条【承包关系与继承】 个人承包应得的个人收益，依照本法规定继承。个人承包，依照法律允许由继承人继续承包的，按照承包合同办理。	/	删除该内容。
第五条【继承方式】 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠	第一千一百二十三条 继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠	/

扶养协议的,按照协议办理。	办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。	
第六条【无行为能力人、限制行为能力人继承权、受遗赠权的行使】 无行为能力人的继承权、受遗赠权,由他的法定代理人代为行使。限制行为能力人的继承权、受遗赠权,由他的法定代理人代为行使,或者征得法定代理人同意后行使。	/	删除该内容。
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: (一)故意杀害被继承人的; (二)为争夺遗产而杀害其他继承人的; (三)遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的; (四)伪造、篡改或者销毁遗嘱,情节严重的。	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: (一)故意杀害被继承人; (二)为争夺遗产而杀害其他继承人; (三)遗弃被继承人,或者虐待被继承人情节严重; (四)伪造、篡改、 <u>隐匿</u> 或者销毁遗嘱,情节严重; <u>(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。</u> <u>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。</u> <u>受遗赠人有本条第一款规定行为的,丧失受遗赠权。</u>	吸收《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》的内容,明确宽宥制度;增加丧失继承权的情形;增加受遗赠人丧失受遗赠权的情形。
第八条【诉讼时效】 继承权纠纷提起诉讼的期限为二年,自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是,自继承开始之日起超过二十年的,不得再提起诉讼。	/	删除该内容。
第二章 法定继承	第二章 法定继承	/
第九条【男女平等】 继承权男女平等。	第一千一百二十六条 继承权男女平等。	/
第十条【继承人范围及继承顺序】 遗产按照下列顺序继承: 第一顺序:配偶、子女、父母。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	第一千一百二十七条 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。 本法所说的子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。本法所说的父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。 本法所说的兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。	承。没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。 本编所称子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。 本编所称父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。 本编所称兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。	
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。	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。 <u>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。</u> 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。	扩大代位继承权的适用范围。
第十二条 【丧偶儿媳、女婿的继承权】 丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。	第一千一百二十九条 丧偶儿媳对公婆,丧偶女婿对岳父母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。	/
第十三条 【遗产分配】 同一顺序继承人继承遗产的份额,一般应当均等。对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人,分配遗产时,应当予以照顾。 对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人,分配遗产时,可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人,不尽扶养义务的,分配遗产时,应当不分或者少分。 继承人协商同意的,也可以不均等。	第一千一百三十条 同一顺序继承人继承遗产的份额,一般应当均等。 对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人,分配遗产时,应当予以照顾。 对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人,分配遗产时,可以多分。 有扶养能力和有扶养条件的继承人,不尽扶养义务的,分配遗产时,应当不分或者少分。 继承人协商同意的,也可以不均等。	/
第十四条 【酌情分得遗产权】 对继承人以外的依靠被继承人扶养的<u>缺乏劳动能力又没有生活来源</u>的人,或者继承	第一千一百三十一条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给适当的遗产。	扩大酌情分得以产权的适用范围。

人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分配给他们适当的遗产。		
第十五条 【继承解决方式】继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神,协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额,由继承人协商确定。协商不成的,可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。	第一千一百三十二条 继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神,协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额,由继承人协商确定。协商不成的,可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。	/
第三章 遗嘱继承和遗赠	第三章 遗嘱继承和遗赠	/
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。公民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。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。	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。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。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人。自然人可以依法设立遗嘱信托。	增加设立遗嘱信托内容。
第十七条 【遗嘱的形式】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。	第一千一百三十四条 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写,签名,注明年、月、日。 第一千一百三十五条 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,并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名,注明年、月、日。 第一千一百三十六条 <u>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。</u> 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。<u>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。</u> 第一千一百三十八条 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。危急情况消除后,遗嘱人能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱无效。	调整条文顺序;新增打印遗嘱、录像遗嘱的内容。

	第一千一百三十九条 公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。	
第十八条 【遗嘱见证人】 下列人员不能作为遗嘱见证人：（一）无行为能力人、限制行为能力人；（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。	第一千一百四十条 下列人员不能作为遗嘱见证人： (一)无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人； (二)继承人、受遗赠人； (三)与继承人、受遗赠人有利害关系的人。	规范表述；新增不能作为遗嘱见证人的范围。
第十九条 【特留份规定】 遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。	第一千一百四十一条 遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。	/
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。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。	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。 <u>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。</u> 立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。	增加视为撤回遗嘱的情形；删除其他形式不得撤销、变更公证遗嘱的内容。
第二十一条 【附义务的遗嘱】 遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消其接受遗产的权利。	第一千一百四十四条 遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经利害关系人或者有关组织请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。	规范表述；明确只有有关单位和利害关系人才可请求法院取消附有义务的继承人和受赠人接受附义务部分遗产的权利。
第二十二条 【遗嘱的无效】 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。	第一千一百四十三条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。	/
第四章 遗产的处理	第四章 遗产的处理	
/	<u>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，由被继承人生前住所地的民政</u>	新增遗产管理人的内容。

	<u>部门或者村民委员会担任遗产管理人。</u>	
/	<u>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。</u>	
/	<u>第一千一百四十七条 遗产管理人应当履行下列职责:</u> <u>(一)清理遗产并制作遗产清单;</u> <u>(二)向继承人报告遗产情况;</u> <u>(三)采取必要措施防止遗产毁损;</u> <u>(四)处理被继承人的债权债务;</u> <u>(五)按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产;</u> <u>(六)实施与管理遗产有关的其他必要行为。</u>	
/	<u>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、受遗赠人、债权人损害的,应当承担民事责任。</u>	
/	<u>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。</u>	
第二十三条 【继承开始的通知】 继承开始后,知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的,由被继承人生前所在单位的居民委员会、村民委员会负责通知。	第一千一百五十条 继承开始后,知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的,由被继承人生前所在单位的居民委员会、村民委员会负责通知。	/
第二十四条 【遗产的保管】 存有遗产的人,应当妥善保管遗产,任何人不得侵吞或者争抢。	第一千一百五十一条 存有遗产的人,应当妥善保管遗产,任何组织或者个人不得侵吞或者争抢。	/
/	<u>第一千一百五十二条 继承开始后,继承人于遗产分割前死亡,并没有放弃继承的,该继承人应当继承的遗产转给其继承人;但是遗嘱另有安排的除外。</u>	吸纳《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》关于转继承的内容。
第二十五条 【继承和遗赠的接受和放弃】	第一千一百二十四条 继承开始后,继承人放弃继承的,应当	/

继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的,视为放弃受遗赠。	在遗产处理前,以书面形式作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。 受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的,视为放弃受遗赠。	
第二十六条 【遗产的认定】 夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产,除有约定的以外,如果分割遗产,应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有,其余的为被继承人的遗产。遗产在家庭共有财产之中的,遗产分割时,应当先分出他人的财产。	第一千一百五十三条 夫妻共同所有的财产,除有约定的外,遗产分割时,应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有,其余的为被继承人的遗产。 遗产在家庭共有财产之中的,遗产分割时,应当先分出他人的财产。	规范表述。
第二十七条 【法定继承的适用范围】 有下列情形之一的,遗产中的有关部分按照法定继承办理: (一)遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的; (二)遗嘱继承人丧失继承权的; (三)遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的; (四)遗嘱无效部分所涉及的遗产; (五)遗嘱未处分的遗产。	第一千一百五十四条 有下列情形之一的,遗产中的有关部分按照法定继承办理: (一)遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠; (二)遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权; (三)遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止; (四)遗嘱无效部分所涉及的遗产; (五)遗嘱未处分的遗产。	规范表述。
第二十八条 【胎儿预留份】 遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。	第一千一百五十五条 遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿娩出时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。	规范表述。
第二十九条 【遗产分割的规则和方法】 遗产分割应当有利于生产和生活需要,不损害遗产的效用。不宜分割的遗产,可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。	第一千一百五十六条 遗产分割应当有利于生产和生活需要,不损害遗产的效用。 不宜分割的遗产,可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。	/
第三十条 【再婚时对所继承遗产的处分权】 夫妻一方死亡后另一方再婚的,有权处分所继承的财产,任何人不得干涉。	第一千一百五十七条 夫妻一方死亡后另一方再婚的,有权处分所继承的财产,任何组织或者个人不得干涉。	/

第三十一条 【遗赠扶养协议】 公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。	第一千一百五十八条 自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。	明确遗赠抚养人的范围；删除关于集体所有制组织的规定。
/	<u>第一千一百五十九条 分割遗产,应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。但是,应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产。</u>	吸纳《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》的内容。
第三十二条 【无人继承的遗产】 无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。	第一千一百六十条 无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有,用于公益事业;死者生前是集体所有制组织成员的,归所在集体所有制组织所有。	明确无人继承又无人受遗赠的遗产收归国家的具体用途。
第三十三条 【继承遗产与清偿债务】 继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。	第一千一百六十一条 继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分,继承人自愿偿还的不在其限。 继承人放弃继承的,对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。	规范表述。
第三十四条 【遗赠与债务清偿】 执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。	第一千一百六十二条 执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。	/
/	<u>第一千一百六十三条 既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的,由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务;超过法定继承遗产实际价值部分,由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。</u>	吸纳《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》的内容。
第五章-附则	/	删除该章内容。

第三十五条-【 民族自治地方的变通或补充规定 】- 民族自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则，结合当地民族财产继承的具体情况，制定变通的或者补充的规定。自治区的规定，报全国人民代表大会常务委员会备案。自治州、自治县的规定，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。	/	/
第三十六条-【 涉外继承 】- 中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。中华人民共和国与外国订有条约、协定的，按照条约、协定办理。	/	/
第三十七条-【 生效日期 】- 本法自一九八五年十月一日起施行。	/	/

第四篇：《民法典》对金钱债权让与所设限制的影响和应对方案

作者：陈捷奕 | 李铭俊

引言

债权让与制度是债法体系中较为特殊的制度，其特殊性主要体现于债权让与制度中所具有的物权性，该特性与债法体系中债的相对性（即非对世性）是背道而驰的。相应的，基于债权让与制度而延伸的法律效力也多具有物权性。但是，另一方面，债法体系中的相对性以及债之权利内容的意定性也对债权让与制度产生了重大的影响。随着《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）的出台，债权让与制度在经历了《民法典》制定过程中的几轮修订后，呈现出了与现行法规定不同的法律特性及法律效果。其中，最大的区别是新的债权让与规范将金钱债权与非金钱债权做了区分处理。本文将结合案例，就《民法典》框架下的金钱让与制度进行探讨。

一、《民法典》：债权人和债务人约定禁止转让之效力变化——从物权性到债权性

《民法典》于第五百四十三条至五百五十六条建立了新的债权让与制度，其中，于第五百四十五条第二款⁵³对金钱债权让与制度进行了区别处理：“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。”这一修订实际上完全改变了现行法对债权让与实践活动的规制方向。

根据现行《中华人民共和国合同法》（下称“《合同法》”）第七十九条第二项⁵⁴，金钱债权与非金钱债权都受到通过约定而禁止债权让与的钳制，具体而言，只要债权人、债务人在合同中约定债权不得转让，该债权即不得转让。司法实践中，广州市中级人民法院等法院也在判决中明确认定，

⁵³ 《中华人民共和国民法典》

第五百四十五条 债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人,但是有下列情形之一的除外:

(一)根据债权性质不得转让;
(二)按照当事人约定不得转让;
(三)依照法律规定不得转让。

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。

⁵⁴ 《中华人民共和国合同法》

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。

债权人和债务人约定债权不得转让的，债权人和第三人签订的债权转让协议无效⁵⁵，相应的，债务人有权主张债权人承担违约责任。

另一方面，由于债权人与债务人就债权让与所设的限制并不具有公示性，第三人无从知悉债权人和债务人间的该等限制性约定。司法实践中，为限制这一具有相对性的物权效力约定进而保护善意第三人⁵⁶，法院往往需要先行判断第三人是否“知或者应知”该等限制性约定⁵⁷，进而再做出债权转让协议是否有效的判断。但是实践中通过善意第三人促成债权让与的情形是较为困难的。因为第三人在与债权人签订债权让与协议之前，通常都会要求债权人提交债权人和债务人的合同以审查待让与债权的真实性⁵⁸。因此，现行法框架下，债权人与债务人约定债权不得转让的条款往往能够被第三人知悉，从而导致了债权让与协议无效。

⁵⁵ 广州市中级人民法院（2019）粤 01 民终 1321 号

“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但是根据合同性质、按照当事人约定，以及依照法律规定不得转让的除外。而就被告与案外人广州 LM 汽车设备有限公司的合同关系而言，案外人广州 LM 汽车设备有限公司在该合同中享有的主要权利系要求被告支付价款，而在被告与案外人广州 LM 汽车设备有限公司签订的合同中均约定了案外人广州 LM 汽车设备有限公司“不得以任何方式转让与受让本合同所产生的权利与义务给第三者或让第三者承担”，因该约定中的“本合同所产生的权利”的文义不存在歧义，不需要另行进行采用文义解释之外的其他方法进行解释，换言之，根据上述约定以及案外人广州 LM 汽车设备有限公司享有的合同权利，该约定显然包含了案外人广州 LM 汽车设备有限公司不得将其享有的要求被告支付合同价款的权利转让给第三人（其他人）的意思。综上，被告与案外人广州 LM 汽车设备有限公司存在案外人广州 LM 汽车设备有限公司不得转让其对被告享有的合同债权的约定，故根据该约定，案外人广州 LM 汽车设备有限公司不得将涉案债权转让给第三人广州 SJ 汽车焊装设备有限公司，换言之，在被告与案外人广州 LM 汽车设备有限公司就涉案承包合同或者协议的债权能否转让未有新的约定的情况下，第三人广州 SJ 汽车焊装设备有限公司不能依据其与案外人广州 LM 汽车设备有限公司于 2015 年 10 月 13 日签订的三份《债权转让协议书》取得案外人广州 LM 汽车设备有限公司对被告享有的涉案承包合同或协议的债权，同理，原告亦不能通过其与第三人于 2017 年 1 月 4 日签订的《债权转让协议书》取得涉案债权，故原告要求被告向支付款项 853100 元及利息的诉讼请求，缺乏依据，本院不予支持。”

天津市第一中级人民法院（2017）津 01 民终 6839 号

“TJJ 公司并未提交证据证明，其在与 SR 公司订立保理合同后，双方将案涉债权转让的事实通知了三星公司，因此案涉债权转让对三星公司不发生效力，TJJ 公司主张三星公司应就 SR 公司的保理融资款承担连带给付责任上诉理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。同时，根据《中华人民共和国合同法》第七十九条第二项的规定，当事人约定不得转让的合同权利，债权人不得转让给第三人。在三星公司与 SR 公司签订的《购销协议》中，明确约定了合同权利转让需要经过三星公司书面同意。因此，即使存在 TJJ 公司主张的曾与三星公司工作人员金正述当面及电话沟通，金正述知晓保理的相关情况，亦不符合双方对于债权转让的相关约定，不足以证明三星公司同意 SR 公司的债权转让行为。”

⁵⁶ 重庆市江津区人民法院（2018）渝 0116 民初 9033 号：“但是，合同当事人的这种特别约定，不能对抗善意的第三人，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；但是如果第三人明知债权人和债务人有不得转让的约定而仍然接受转让的债权，而债务人又提出了异议，则应当认定转让不成立。”

⁵⁷ 北京市第三中级人民法院（2018）京 03 民初 410 号：“因此，LS 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 LS 电商公司与 LS 公司之间的《债权转让协议》对四被告不发生法律效力，LS 公司无权向四被告主张权利。”

拉萨市中级人民法院（2016）藏 01 民终 507 号：“周某在明知与出租方的合同到期，没有续签可能，无法进行转让，在已丧失占有、使用权，且自身无转让权的情况下与刘某签订《转让协议》存在恶意，损害了刘某的合法权益。刘某在没有证据确认周某有权转让的情况下，仍不顾合同风险与其签订该协议，且在从第三人处得知周某无权转让后至今仍占有使用该房屋，亦存在过错，应承担一定的责任。因该《转让协议》自始无效，刘某要求撤销该合同的诉讼请求及周某要求确认该合同有效的反讼请求，本院均不予支持。”

⁵⁸ 冷水江市人民法院（2015）冷民二初字第 1340 号

在《民法典》中，立法者放宽限制，即明确债权人和债务人就金钱债权不可转让的约定不可对抗第三人，而不问第三人是否为善意还是恶意。此时，债权人和债务人约定的禁止金钱债权让与就仅具备了债权的效力，即债权人与第三人的金钱债权转让协议并不因违反债权人与债务人的约定而存在效力瑕疵，而债权人和债务人之间禁止金钱债权让与的约定仅能作为债务人追究债权人违约责任的条款。实质上，使得债权人能在无需取得债务人同意且愿意承担违约责任的情况下，将债权任意让与予第三人。

这一修订是《民法典》对商业社会所要求的金钱债权流转的高效性与便捷性的积极回应。金钱债权的快速流转具有下述优势：

第一，降低借款人融资成本，借款人更容易取得借款融资。以保理合同为例，由于出借人能与保理公司签订保理合同转让借款债权，将借款人不予还款的信用风险转移，因此在借款时，出借人的顾虑较少，借款条件更为宽松。甚至借款人、出借人、保理公司三方在签订融资借款合同时就可以事先约定债权让与的触发条件，而出借人可以将审查借款人还款能力的任务交予保理公司，只要借款人的还款能力达到保理公司的要求，出借人就可以放贷满足借款人的融资要求。此外，还可降低应收账款债权人的融资成本。应收账款债权人向他人借款的需求时，应收账款债权人可出质应收账款债权，无论是质权人（债权人的债权人）还是出质人（即应收账款债权人）都无须顾虑债务人和债权人之间关于金钱债权不得移转的相关约定会阻碍质权的实现。即在有应收账款质押作为担保的情况下，债权人的债权人更有可能向应收账款债权人提供融资。

第二，扩展金钱债权人偿还欠款的手段。在金钱债权人存在拖欠他人债权的情形，金钱债权人可以将无法产生收益的金钱债权通过让与的方式偿还债务，从而避免金钱债权人以能够产生收益的流动资金偿还贷款。即使金钱债权人因此须向债务人承担违约责任，但是只要债权人现有的流动资金所产生的收益高于违约成本，金钱债权人即可以债权让与抵偿债务，达到高效地利用资产的目的。

二、债务人利益落空

《民法典》关于金钱债权让与所设限制的修改是有利于债权人的。债权人通过金钱债权让与取得的利益足以覆盖债权人违约成本时，债权人即可转让其债权，实现其预期利益。相对应的，债务人希望通过约定限制债权人让与债权的期待利益即部分落空。

（一）合同权利义务完整性受到破坏

“其一、河南 YD 公司于 2014 年 11 月 10 日与原告签订的《公司及股权转让协议书》，而后原告与河南 YD 公司签订多份债权转让协议书，多份协议转让的标的合计有 400 多万元，故在债权转让的过程当中双方应经过了一定的切磋和谈判，王某应对这些债权的来源、真实性与合法性进行了谨慎的确认，王某应不会只根据河南 YD 公司声称其对冷水江钢铁公司享有 1126705.76 元的债权而与河南 YD 公司达成债权转让协议并使自己相应的债权归于消灭，故本院有理由相信王某在核实本案债权的真实性与合法性时应当知晓了《买卖合同》中有不得转让的约定内容；其二、原告王某与河南 YD 公司法定代表人赵 YD 系翁婿亲属关系，且将河南 YD 公司对外享有的到期合法债权均转让给王某，故基于王某于河南 YD 公司法定代表人的特殊亲戚关系和转让全部债权的事实，王某亦应当知道诉争债权有不得转让的约定；”

在某些特殊合同中，当金钱债权的实现与债权人的义务结合得较为紧密，或债权人转让金钱债权会使得债务人的履约成本和实现合同权利的成本增加时，债务人往往会与债权人约定禁止债权让与的条款，法院通常也会认可该等约定的合理性。例如，在广东省高级人民法院（2019）粤民再 67 号案中，法院认为“因保险人在定损核赔及代位追偿时需要被保险人作为贸易当事人提供信息配合，如被保险人未经保险人同意将保险合同项下的权益任意转让给第三方，第三方对承保的货物贸易情况不熟悉，很可能会影响保险人定损核赔及代位追偿，故约定被保险人转让处置保单项下权益需经保险人事先书面同意，并非不公平或不合理”。该案中，被保险人积极配合保险人定损核赔和代位追偿的义务与保险人向被保险人支付保险金的权利是紧密联结在一起的。然而，法院也没有在判决中展露出因为保险人的权利义务联结的紧密性而将该权利认定为是“根据合同性质不能移转的权利”的倾向，而仅仅是以该种紧密性论证设置禁止债权让与的条款的合理性。

在其他案例中，也有法院认为当债权人的权利和义务联系得很紧密以至于达到不可分离的程度，此时的金钱债权即具备了不可转让的性质。例如在阳西县法院（2018）粤 1721 民初 110 号案中，法院认为：“在《BT 合同》的关系中，YF 公司与阳西教育局双方既是权利人，也是义务人，权利义务是一体、不可分割的。东村 SL 公司与 YF 公司在《债权转让协议书》中仅仅对 YF 公司享有的回购款进行转让，没有对 YF 公司应承担的质量修复义务进行转让，这剥夺了阳西教育局享有的可在 YF 公司的回购款中直接扣除相关修复费用的权利，损害了阳西教育局对回购款的抵销权，显然对阳西教育局有失公平。故该《BT 合同》的性质表明其权利义务不能单独转让。”

前述两案中，法院都承认债务人所履行的金钱债务和债务人基于合同而生、且仅能由债权人才能协助实现的利益相互捆绑，进而肯定禁止债权让与条款的合理性，并依次做出债权让与协议无效的决定。随着《民法典》的颁布，债务人无法通过设置禁止让与条款阻止债权人转让其债务，势必会导致债务人不得不面临着债务人履行义务和享有合同利益的分裂，从而增加债务人实现其利益的难度。

（二）债务人履约成本的增加

在分阶段结算合同（如建设工程合同）、分批次结算合同（如分批次货物买卖合同）或者其他框架性多次交易协议时，当事人往往会对债权债务进行多次交接和结算，既而通常会设置禁止债权转让的条款⁵⁹。《民法典》颁布后，债权人面临巨大现金流压力的情况下，往往会选择将债权让与予第三人以抵偿债务或将债权变现。当多个金钱债权被转让予一个或多个第三人时，债务人即面临着多项追索的风险。此外，即使债务人对债权人享有抗辩权，债务人也不得不针对不同时间产生的债权向第三人一一提出抗辩，无疑增加了债务人负担。

（三）债务人丧失良好履约环境的风险

⁵⁹阳西县人民法院（2018）粤 1721 民初 110 号、深圳市福田区人民法院（2014）深福法民二初字第 715 号、北京市石景山区人民法院（2016）京 0107 民初 16984 号等

债务人与债权人往往是基于信任关系才签订合同，该信任关系也包括对不履约时另一方当事人会采取的行为的预判。当债务人因资金周转困难或其他原因而不能履约时，债权人有可能基于双方的基础信任关系而暂缓清偿。但是，如果债权人将债权移转给第三人，由于第三人和债务人之间没有其他合作关系，第三人倾向于积极督促债务人履行债务，拒绝给予债务人宽展期等，以防止第三人受让的债权产生无法清偿的风险，相应的，债务人将处于更恶劣的履约状态。

（四）债权人的债权人丧失受偿优先性

债权人将金钱债权转让时，债权人的债权人将面临两个不利处境：第一，债权人的债权人丧失通过向债权人的债务人主张代位权而获得受偿；其次，债权人的债权人实现债权的成本会显著提高。为了阻止债权人转让债权，债权人的债权人必须向债权人主张撤销权，撤销债权人的债权移转行为。但是与行使代位权相比，行使撤销权的举证则更为困难：债权人的债权人必须举证债权人因债权让与而丧失履约能力，或债权人与债权受让人知悉该债权让与会损害债权人的偿还能力（债权人作为有偿转让时）⁶⁰。该等较为苛刻的举证责任会繁化诉讼程序，并增加行使撤销权的败诉风险。

三、对债务人利益落空的补救

（一）通过设置违约金条款提高债权人违约成本

通过在合同中约定债权人转让金钱债权的违约金，提高债权人的违约成本是限制债权人将金钱债权让与第三人的通常方法。但是该方法并不能当然阻却债权人转让债权，如前所述，如债权人转让债权所取得的利益超过了违约成本，违约金的限制就大大减弱了。此外，法院在审理中也会基于自由裁量权对违约金金额予以限制⁶¹，故违约金条款的作用相对有限。

（二）通过设置应收账款质权突破《民法典》所设限制

通过设立应收账款质权的方式突破《民法典》就金钱债权所设限制需要债权人和债务人采取利益平衡的方式达成妥协。从维护债务人利益的角度而言，如需保护债务人不受不可预见以及不可控的债权让与的不利影响，就必须对债权让与的范围、转让时间等加以限制及锁定；从债权人的角度

⁶⁰ 《民法典》

第五百三十八条 债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

第五百三十九条 债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

⁶¹ 《民法典》

第五百八十五条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

出发，如需要债权人配合债务人实现锁定清偿对象的目的，就需要满足债权人一定的利益，允许债权人向债权人的债权人以债权人的金钱债权设立应收账款质押，以满足债权人自身的融资需求或者缓解债权人的清偿压力⁶²。

具体而言，根据《民法典》第四百二十五条、第四百四十五条和第四百四十六条⁶³，债务人、债权人和债权人的债权人可以在债务人与债权人签订借贷、赊销等满足应收账款产生条件的合同的同时，签订应收账款质押合同⁶⁴，将债权人的金钱债权出质给债权人的债权人，并办理应收账款登记等手续，设立应收账款质权⁶⁵。

应收账款质权设立后，一定程度上偿债主体被预先锁定。该种锁定的效力主要来源于应收账款质权登记的效力，一旦应收账款质权被登记，即使债权人再对该应收账款进行债权让与，根据《民法典》第四百二十五条，由于质权的追及效力，金钱债权的债务人依旧须向质权人承担责任，因此，债务人就不会遭受不可预料的第三人主张债权的不利影响。从债权人的角度而言，由于债权人已经向债权人的债权人设立应收账款质押担保，并将主动权交予债权人的债权人（质权人），与债权人将债权进行让与的后果并无本质区别，因此，债权人并不会因出质债权而遭受本质上的不利效果。从质权人的角度而言，尽管债权出质并不具备债权让与般将债权完全从出质人财产中分离的效力，但是鉴于质权登记公示的效力，即使出质人破产，质权人也可以通过行使别除权来保证其债权得到清偿，而无需承担和其他债权人按比例受偿的风险。

四、结语

《民法典》本次对金钱债权让与部分进行修订的主要目的是促进金钱债权的流通，从而在一定程度上促进资金流动性。但是，另一方面，对设置禁止金钱债权让与的效力进行限制，也剥夺了债务人通过约定禁止债权让与实现其利益的可能性。实操中，资本市场融资者、法务、律师等交易架构设计者须在《民法典》的框架下，尝试构建其他的交易模式以帮助合同当事人实现其目的。交易架构设计者在构建该类交易模式时，会遇到一定困难，毕竟，当拟设计的交易模式本身与立法者所

⁶² “缓解债务人的压力”是指，当债权人的债权人对债权人的债权已经届期，但是债权人却无能力清偿时，债权人可以以债务人的金钱债权为标的，向债权人的债权人设立应收账款质押，请求质权人（债权人的债权人）给予宽展期。

⁶³ 《民法典》

第四百二十五条 为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

第四百四十五条 以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但是经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第四百四十六条 权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节有关规定。

⁶⁴ 提请注意：并非所有合同都能够通过设立应收账款质权，因此，在设置质权之前，需先确定是否存在应收账款。

⁶⁵ 《民法典》

第四百四十五条 以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但是经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

倡导的促进金钱债权流传趋势和方向相抵触时，交易架构设计者所能依赖的法律法规规则较弱。此时，交易架构设计者唯有改变视角，考虑采用参照前文所述应收账款质押方式的方式，将原本制度中立下所采用的“非此即彼”的态度转变为制度不利下的“维护债权关系各方利益平衡”的态度，才有可能更好实现己方利益。

第五篇：《民法典》框架下合同的效力规则之解读

作者：郑林涛

引言

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日起施行。《民法典》合同编共3个分编、29章、526条，占据了《民法典》近一半篇幅。司法实践中存在数量庞大的合同案件，这其中有大量案件涉及合同效力问题。本文以合同效力为焦点，对《民法典》中合同的效力相关规定进行解读。

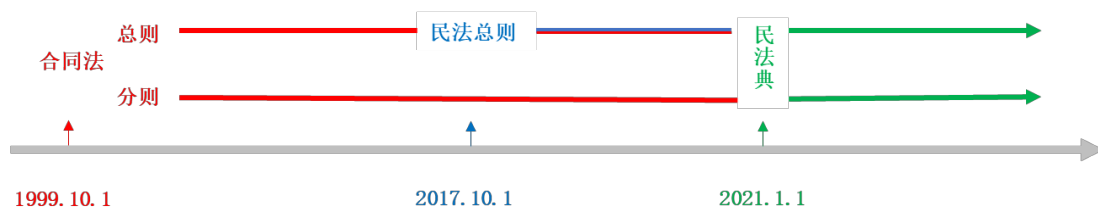
一、《民法典》“两步走”编纂策略下合同规则新旧法衔接问题

对于《民法典》这样一部包含1260个条文的法律“巨无霸”，我国采取了“两步走”的编纂策略：第一步，制定《中华人民共和国民法总则》（以下简称“《民法总则》”），作为《民法典》的总则编，并置于《民法典》之首，以此统摄整个法典；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》。

就有关合同的规定来说，在《民法典》生效之前，由于《民法总则》先行颁布生效，《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）总则的部分内容，已经被《民法总则》所修改；在完整的《民法典》生效后，原《合同法》《民法总则》被废止，对合同的调整也将整体进入《民法典》时代。

《中华人民共和国立法法》第93条规定，“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”

在法不溯及既往原则的约束下，虽然《民法典》生效后，《合同法》《民法总则》将同时废止，但三法效力的衔接问题对于《民法典》生效前已经发生的民事（法律）行为仍有意义。



《民法总则》生效后，三法效力的衔接问题，可以把握这样的处理规则：《民法典》生效前，《合同法》“总则”的规定与《民法总则》的规定不一致的，根据新的规定优于旧的规定的法律适

用规则，适用《民法总则》的规定；《民法总则》未规定的问题，仍应适用《合同法》。《合同法》“分则”的规定与《民法总则》的规定不一致的，根据特别规定优于一般规定的法律适用规则，适用《合同法》“分则”的规定。对于《民法典》生效后的民事法律行为，即应统一纳入《民法典》的调整范围。

二、《民法典》中合同效力规则的“变”与“不变”

李建国副委员长在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所做的《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》，“编纂民法典不是制定全新的民事法律，而是对现行的民事法律规范进行科学整理；也不是简单的法律汇编，而是对已经不适应现实情况的规定进行修改完善，对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。”

在这样的精神指导下，将得到对“编纂”《民法典》具有时代特色的理解。亦即我国《民法典》中，有维持现有规定的部分、有根据时代发展适时修改的部分，也有新时代下全新的规定。以这三种不同规定为分类标准，本部分将对有关合同效力的规定进行梳理。鉴于《民法典》第 508 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。”因此《民法典》总则编第六章“民事法律行为”中的有关民事法律行为效力的规定也一并在此进行梳理，或统称为有关合同效力的规定。

《合同法》《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）》（以下简称“《合同法司法解释一》”）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“《合同法司法解释二》”）就合同效力问题共以 25 个条文进行规定；《民法总则》关于民事法律行为效力规定了 15 个条文，《民法典》合同编对合同效力规定了 7 个条文。总体上来看，《民法典》中对于合同效力规定的条文数有所下降。

名称	条文数
《合同法》及其司法解释	25
《民法总则》	15
《民法典》合同编	7

通过对《合同法》及其司法解释的梳理可知，《民法典》对于既有的合同效力规则进行了以下修改，（1）将一部分规定另辟专章、专节规定，篇章结构上不再属于合同效力的范围，如原无权代理、表见代理的内容由“代理”一章专章规定，原格式条款的内容由“合同的订立”一节规定；（2）删除了部分规定，如原《合同法》第 51 条关于无权处分的规定，《民法典》并未采纳；（3）部分条文基本延续了原有规定，如《合同法》第 47 条关于限制民事行为能力人订立的合同的相关规则，在《民法典》中除调整了部分语序外，基本沿用了原规定。（4）修改了部分规定，此类变化所占比例最大，如关于需批准合同效力的认定规则、无效规定、可撤销规则等等。

本文以介绍《民法典》中关于合同效力的规定为核心，但因《民法总则》早已颁布实施，其中关于民事法律行为效力的规定已经研究的比较充分，文章数量较多，虽然考虑到体系完整性需对相

关内容进行介绍，但不作为本文重点予以展开，仅在此对《民法典》总则编中关于民事法律行为效力部分比较有代表性的规定做一个简要的介绍。

其一，删除《合同法》第 51 条。

《民法典》第 597 条规定，“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。”

《民法典》摒弃了原《合同法》第 51 条确立的无权处分合同效力规则，采纳了《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下称“《买卖合同司法解释》”）第 3 条的规定。有如下原因：其一，《买卖合同司法解释》起草过程中已充分注意到了学术界的分歧，并关注了该问题在国际上及比较法上的相关状况，符合《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》等呈现的国际潮流，具有充分的比较法说服力。其二，《买卖合同司法解释》颁布后，在司法实践中取得了良好的实践效果，已经深入人心，不宜轻易改变。其三，认定无权处分合同为有效合同，更有利于保护买受人尤其是善意买受人的利益。其四，认定无权处分合同为有效合同，可以鼓励对未来获得的财产进行买卖。

其二，对合同无效规则进行调整。

《合同法》第 52 条	《民法典》“民事法律行为的效力”
一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益	1、无民事行为能力人实施的民事法律行为无效（144 条）
恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益	2、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（146 条第 1 款）
以合法形式掩盖非法目	3、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（153 条第 1 款）
损害社会公共利益	4、违背公序良俗的民事法律行为无效（153 条第 2 款）
违反法律、行政法规的强制性规定	5、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（154 条）

在形式上，《民法典》将原来主要集中规定于《合同法》第 52 条的合同无效规则拆分为多个条文，单独规定。

在内容上，取消了“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”这一无效情形；增加了“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”这一无效情形，不再对无民事行为能力人实施的民事法律行为做效力区分，一律无效；修改“损害社会公共利益”这一无效情形为“违背公序良俗的民事法律行为无效”；“以合法形式掩盖非法目”与通谋虚假表示范围存在差异，不完全重合，

经修改确定为“为通某虚假表示无效”；增加“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外，”的表述，以突出违反法律、行政法规效力性强制规定才导致民事法律行为无效的观点。

其三，对合同可撤销规则进行调整。

《合同法》	《民法典》“民事法律行为的效力”
撤销事由	
第 54 条，“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销： （一）因重大误解订立的； （二）在订立合同时显失公平的。 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。 当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”	基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销（147 条）
	一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销（148 条）
	第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销（149 条）
	一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销（150 条）
	一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销（151 条）
撤销权消灭	

第 55 条，“有下列情形之一的，撤销权消灭： （一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权； （二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”	第 152 条，“有下列情形之一的，撤销权消灭： （一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权； （二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权； （三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。 当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。”
---	---

撤销事由

在形式上，《民法典》原来统一规定于《合同法》第 54 条的合同可撤销、可变更事由，分别规定在多个条文之中。

在内容上，取消了当事人请求变更合同的权利；取消了“乘人之危”这一可撤销情形；增加了第三人欺诈、第三人胁迫作为可撤销情形；并对其他可撤销情形进行了修改，如将欺诈、胁迫情形中的撤销权人由“受损害方”改为“受欺诈方”、“受胁迫方，”更好的体现了撤销权制度保护的主体，毕竟有时实施欺诈、胁迫行为的人也可能是受损害方，搬起石头砸自己的脚，此时再允许他们行使撤销权，无疑对被欺诈、胁迫人是不公平的；相较于第三人欺诈，《民法总则》不以合同一方当事人知道或者应当知道第三人胁迫的事实，作为受胁迫方请求人民法院或者仲裁机构撤销合同的前提条件，因为，胁迫相较于欺诈而言，对当事人意思自由的侵害更为严重，法律应当赋予受胁迫人程度更为严格的保护。

撤销权的除斥期间

对不同撤销事由规定了不同的撤销权存续期限，并且规定了撤销权最长存续期限。其中撤销权最长存续期限的起算标准为客观标准。

三、《民法典》合同编“合同的效力”一章的亮点规定

《民法典》“合同的效力”一章仅规定了七个条文，502 条至 508 条。相关规定从我国司法实践出发，积极关注学说发展及比较法，采取择善而从的积极姿态，值得肯定。其中以第 502、503、504 条变动最大，再细究之则可发现第 502 条与第 504 条的亮点最为突出。

（一）第 502 条关于需批准合同效力的规定

《民法典》第 502 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。”

亮点一：删去了《合同法》第 44 条中有关登记的规定，区分批准与登记的效力。

《合同法》第 44 条、《合同法解释一》第 9 条中，均将未报批与未登记同时作为影响合同效力的因素。此种观点已经被《物权法》第 15 条所纠正，“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。”当事人未办理登记只是不能发生物权变动的效力，但并不影响合同的效力。即便当事人未办理登记手续，也不影响合同的生效。除非法律另有规定，不然登记就只是物权变动的要件，其对合同的效力不应当产生影响。

虽然《民法典》（草案）合同编二审稿第 294 条第 2 款曾规定，“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。当事人未办理批准、登记等手续的，该合同不生效，但是不影响合同中履行报批、登记等义务条款以及相关条款的效力。”但正式通过的《民法典》合同编中已经删除了相关规定，实现了法律体系上的一致以及逻辑上的统一，值得肯定。

亮点二：肯定报批条款及相关条款效力的独立性。

本规定系对《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（以下简称“《外商投资司法解释》”）第 1 条第 2 款精神的继承，“前款所述合同因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。”

报批条款在性质上类似于合同中的清算条款，亦即，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。其一，报批义务因批准而生效不符合政府管理经济生活的目的，从实践来看，在一些特殊的领域，对合同进行行政审批是政府管理经济的一种重要方式，其目的在于对特定行业与领域加强管理，而非禁止，否认报批义务条款的独立性与这一立法目的并不符合。其二，报批义务条款因批准而生效也会影响诚实信用的市场秩序。如果认定合同中的报批义务在合同未经批准前未生效，则当事人并不负有报批的义务，这无异于否认报批义务的存在，显然是不妥当的。如果报批义务条款不具有独立性，这就会使得负有报批义务的一方规避其义务和责任。其三，报批义务因合同被批准而生效也不符合当事人的订约目的，因为当事人订立合同的目的是使该合同有效并得以履行，只有使报批义务条款生效，法院才可以要求负有报批义务的当事人继续履行合同义务，以实现订立合同的目的。

亮点三：违反报批义务的责任形式由缔约过失责任变为违约责任。

报批义务人未履行报批义务的责任，从《合同法解释二》第 8 条的缔约过失责任，转向违约责任。区分报批义务条款及相关条款与其他合同条款而评定其效力，赋予报批义务条款独立性，将违反报批义务的法律救济构筑在违约责任上，更有利于保护当事人的合法权益。

从归责原则看，缔约过失责任的归责原则是过错责任原则，而违约责任的归责原则是严格责任原则。从责任形式看，缔约过失责任的责任形式只能是赔偿损失；违约责任的责任形式则很多，包括：继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等。从赔偿损失的范围看，缔约过失责任的赔偿的是信赖利益的损失，保护信赖利益旨在使非违约方因信赖合同的履行而支付的各种费用得到返还，从而使当事人恢复到合同订立之前的良好状态；违约责任赔偿的是履行利益的损失，结果是让债权人处于如同债务被履行的状态。

与《九民纪要》的区别。根据《民法典》502 条，未履行报批义务不影响“合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。”亦即，报批义务的独立性及其违约责任的产生以合同约定报批义务及相关条款为前提。若合同中未约定报批义务的违约责任，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号，下称“《九民纪要》”）的第 40 条的规定，只要“人民法院判决一方履行报批义务后，该当事人拒绝履行，经人民法院强制执行仍未履行，对方请求其承担合同违约责任的，人民法院依法予以支持。”

因此在未约定报批义务的违约责任时，《九民纪要》规定在满足经人民法院强制执行仍未履行报批义务后，仍能请求对方承担违约责任。《民法典》则并未对这一问题做出规定，这将会对日后的司法实践产生何种影响，需要根据实际的案例进行判断。

（二）第 504 条越权代表规则属于效果归属规范

《民法典》第 504 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效力。”

《民法典》明确了代表规范的性质为效果归属规范。《合同法》第 50 条规定，“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。”该条直接认定在符合特定条件下“代表行为有效”，实际上混淆了归属规范与效果规范的区别。“代表行为有效”指的是行为的法律效果由法人承受，而不是代表人所为的法律行为有效。《民法典》第 504 条明确了这一观点，规定在满足特定条件的情况下，“订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。”在解释上，也不应将狭义无权代表解释为效力待定的合同，待定的只是代表行为的效果归属。

在此基础上，越权担保首先应判断该合同是否对法人发生效力，再判断合同本身的效力。合同对法人发生效力的，合同有效，则由法人履行合同义务、承担合同责任；合同无效，则由法人承担

合同无效的法律后果。合同对法人不发生效力，此事无论合同是否有效，均与法人无关，由越权代表人履行合同义务或承担合同责任或合同无效的法律后果。

《民法典》的这一调整或将改变《九民纪要》中关于公司为他人担保的规定。《九民纪要》第17条规定，“人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。”根据《民法典》第504条的规定，在越权代表行为中，相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越权限，仅涉及代表行为法律效果的归属问题，而因代表行为产生的担保合同是否有效则需要根据《民法典》中有关民事法律行为效力及担保合同效力的规则进行具体判断。

《民法典》确认越权代表规则为效果归属规范后，将会对公司为他人提供担保的司法实践产生何种影响，仍需等待《民法典》生效后，法院做出具体判决才能知晓。

第六篇：一方拒不履行预约合同项下的缔约义务，权利受损方如何救济？——浅析《民法典》下预约合同违约责任的承担

作者：赵久光 | 江璐

引言

预约合同区别于本约合同，是合同双方对于在未来一定期限内订立具体合同而达成的合意。2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议表决通过《中华人民共和国民法典》（“《民法典》”），其中，第四百九十五条正式将预约合同纳入了《民法典》合同编，明确了预约合同的形式及违约责任承担等内容。笔者注意到，第四百九十五条虽明确了预约合同的违约方须承担违约责任的后果，但在具体实践中，对于预约合同履行过程中因一方拒绝履行缔约义务，另一方可以主张何种救济权利、如何切实获得救济等实操问题上仍有许多待探讨的空间。本文旨在结合《民法典》第四百九十五条规定，从实践案例切入，针对因对方拒不履行预约合同项下缔约义务而权利受损的一方可提出的权利救济主张及其可执行性进行分析讨论。

一、关于违反预约合同须承担相应责任的立法沿革

（一）适用范围有所局限的“司法解释阶段”

1999年颁布的《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）中未就预约合同的相关内容作出规定，预约这一形式的相关规定雏形最早出现在最高人民法院于2003年3月公布实施的《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》（“《商品房买卖司法解释》”），其中第4条规定“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人”，该条规定通过合同法项下的“定金罚则”⁶⁶，肯定了通过预约方式就未来订立商品房买卖合同达成合意的效力，并对违反这一“预约合意”的后果作出了相应规定，即按“法律关于定金的规定处理”。但该规定无论在法律关系的适用范围上还是在责任的承担方式上都有较大的局限性，即：仅适用于商品房买卖中的法律关系，且只限于当事人已就订立商品房买卖合同缴纳定金的情况。

2012年10月，最高人民法院颁布《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（“《买卖合同司法解释》”），其中第二条进一步就预约合同的有关内容作出解释，“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，

⁶⁶ “定金罚则”为《合同法》第115条项下的相关规定：“当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。”

人民法院应予支持”。该条规定进一步明确了预约合同的形式与效力，且比《商品房买卖司法解释》更进一步明确了违反预约合同中订立本约的义务须承担相应违约责任，而非仅以“定金罚则”约束预约合同双方。但该规定仍停留在司法解释的层面，而未上升到立法阶段。

（二）纳入整体合同法体系的“民法典阶段”

2020年5月28日，全国人民代表大会正式表决通过《民法典》，其中第四百九十五条将预约合同的规定纳入进了《民法典》合同编中，关于预约这一合意形式亦不再设定在特定合同类型之下，填补了预约合同制度在国内立法上的空白。

《民法典》第四百九十五条规定：“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”具体而言，该条规定明确了如下内容：

1. 对预约合同的定义予以明确

第四百九十五条规定“当事人约定在将来一定期限内订立合同的……，构成预约合同”，这是预约合同区别与本约合同的本质特征，即预约合同的核心义务在于“约定在将来一定期限内订立合同”，而非实际履行该合同的具体义务。同时，第四百九十五条通过非穷尽式列举方式列出了包括“认购书、订购书、预定书等”常见的预约合同具体形式。

2. 对违反预约合同的后果作出规定

第四百九十五条对违反预约合同应承担相应的违约责任作出了明确规定：“当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”笔者注意到，较之于2012年的《买卖合同司法解释》，对于违约责任的承担，《民法典》第四百九十五条删去了《买卖合同司法解释》第二条中当一方拒绝履行缔约义务，另一方可要求解除预约合同并主张损害赔偿，而仅保留了违约方应“承担预约合同的违约责任”这一内容。此处的“承担违约责任”其实是宽泛的法律概念，《民法典》第四百九十五条并未指向某个或某些具体的违约责任承担方式。

那么在实践中，如对方拒不履行缔约义务，另一方是否有权提出诸如继续履行、赔偿损失、解除合同等合同法体系项下的各类违约责任承担方式的主张？不同的主张内容在实践中的可执行性又如何？下文笔者将结合过往典型裁判规则、《民法典》中违约责任的有关规定分析讨论在预约合同项下权利受损方可提出的救济主张，并尝试从实务角度提出一些参考指引。

二、预约合同项下权利受损方可向违约方提出的主张分析

对于违约行为，《合同法》下权利人可要求对方承担的违约责任类型包括继续履行、赔偿损失、解除合同等，《民法典》合同编第八章违约责任基本上也延续了《合同法》中关于违约责任的规定。笔者将从以上几种典型的违约责任承担方式切入，结合过往典型裁判规则对预约合同项下权利受损方可提出的主张进行分析。

（一）向违约方主张继续履行

1. 要求违约方履行预约合同项下订立本约的义务

在民法理论中，订立合同属于当事人之间自愿进行的民事法律行为，当一方拒绝履行订立本约义务的情况下，经另一方当事人诉请，公权力机关能否介入并裁判强制当事人缔约存在着较大的争论。在实务操作层面，多数法院对此持否定观点。

最高人民法院对于请求强制缔结本约的主张持明确否定态度。例如，（2018）最高法民终 661 号案中，法院认为“依法有效的预约合同，对预约合同各方均有约束力，当事人负有订立本约的合同义务，当事人不履行订立本约之义务，即构成违约。……根据该条规定（原文为买卖合同司法解释第二条），预约合同当事人虽不能请求强制缔结本约，但在预约合同一方不履行订立本约合同义务的情况下，对方可以请求其承担预约合同违约责任，或者要求解除预约合同并主张损害赔偿”。以及，（2019）最高法民再 283 号案中，法院认为“《房屋买卖框架协议》仅为预约合同，并不能产生影响案涉房屋物权变动的合同效力，亦不具有强制缔约的效力”。综上所述，最高院对于能否主张继续履行预约合同项下订立本约义务持鲜明的否定态度，即从效力层面直接否定原告方请求强制订立本约的权利。

全国各地方法院中也不乏与最高人民法院前述类似的裁判观点。例如，（2018）沪 01 民终 8237 号判决中，上海市第一中级人民法院认为“预约合同系合同双方约定在一定期限内订立新的合同，以最终明确双方之间的具体权利义务关系的协议。预约与本约在效力上的最大区别在于，基于合同自由原则，一方违反预约合同的约定拒绝订立本约的，相对方不能强制违约方订立本约，而只能要求对方承担其他违约责任”。

此外，笔者注意到，也有个别法院未采取最高人民法院对强制缔约权利的“鲜明否定立场”，而是结合实际情况考量缔结本约的实际可能性进而作出裁判。例如，（2018）苏民申 1003 号案中，江苏省高级人民法院（“江苏高院”）在关于原告强制缔约诉请能否成立的问题上，认为“当事人请求强制订立买卖合同当以不存在法律或事实上的缔约障碍为前提”，因案涉商铺已经被售出，法院以“双方预约合同中关于订立本约的约定事实上已不能履行”为由，驳回了原告提出的强制订立本约的诉请。事实上，对于纠纷诉至法院/仲裁机构的争议案件，往往是已经在履行过程中发生了重大争议/变故的情况，继续履行的可能性通常已经很低，因此即便按照江苏高院的裁判思路，在实践中原告方提出的关于继续履行订立本约义务的主张恐怕也很难获得法院的支持。

综合以上实践裁判观点来看，当一方拒绝履行订立本约义务的情况下，另一方诉请该违约方继续履行预约合同项下订立本约的义务在实践中获得裁判机构支持的难度较大。

2. 要求违约方履行本约合同项下的具体义务

预约合同是合同双方对于在未来一定期限内订立具体合同而达成的合意，其履行内容是订立本约合同，而非履行该拟订立的本约合同项下的具体义务。例如，对于约定在未来某个期限内订立商品房买卖合同的预约合同，该预约合同的履行内容为订立该商品房买卖合同，而非交付该商品房。

2012年第11期最高人民法院公报案例：张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同纠纷案（“张励与同力公司公报案”）中，审理法院认为“双方于2004年2月16日签订的《橙黄时代小区彩园组团商品房预订单》是以将来签订商品房销售(买卖)合同为目的的预约合同，原告张励要求被告以该商品房预订单为依据履行商品房交付义务的主张不能成立”。类似地，在（2016）沪0117民初18038号中，上海市松江区人民法院认为“预约合同的一方当事人，无权要求对方当事人履行本约合同的内容，即法律并未授予预约合同的当事人强制缔约本约及履行本约的权利”。

综上裁判观点可知，在一方拒绝履行预约合同缔约义务的情况下，另一方不能诉请相对方直接履行本约合同项下的义务。

（二）向违约方主张解除合同

订立预约合同要实现的核心目的为在未来一定期限内订立本约合同，当一方拒绝履行预约合同项下的订立本约义务时，预约合同之目的已不能实现，则另一方可以通过法定解除权⁶⁷主张解除预约合同。需提示一点的是，虽然《民法典》第四百九十五条删去了《买卖合同司法解释》第二条中关于“解除预约合同并赔偿损失”的内容，但笔者认为，解除预约合同并赔偿损失本质属于承担违约责任的法律后果之一，《民法典》第四百九十五条实质并未删除预约合同下权利受损方依法提出解除合同并赔偿损失的权利。

实践中，对于解除预约合同的主张，原告方须证明违约方明确拒绝履行或者通过其行为表明其已不可能继续履行缔约义务（如买卖合同的出卖方已经实际处置了买卖标的物），此类主张通常在实践中较易于证明，而争议点和举证难点往往集中在合同解除后损失赔偿范围如何确定的部分，后文将具体予以分析。

（三）向违约方主张赔偿损失

《合同法》第一百一十三条规定：“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，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”《民法典》第五百八十四条延续了前述关于损失赔偿范围的内容。

1. 实际费用损失与可得利益损失

依据前述规定，因一方违反预约合同的缔约义务而受到损失的一方当事人，有权提出损失赔偿的主张。实践案例中，法院对于因签订预约合同而实际支出的费用损失如差旅费、已支付的预购款/定金等，就该等费用认定应予赔偿/返还无过多争议；存在较大争议的地方在于如何认定因未履行预约合同而造成的可得利益损失。

⁶⁷ 《民法典》第五百六十三条第一款延续了《合同法》第九十四条一款的规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；”

对于未履行预约合同造成的可得利益损失，多数裁判观点认为在一方拒绝履行缔约义务的情况下，另一方丧失了按照预约合同的条件订立相关合同的机会，违约方应当赔偿非违约方因丧失该订立合同机会而产生的损失。例如，张励与同力公司公报案中审理法院认为“原告张励在与被告同力创展公司签订预订单后，有理由相信被告会按约定履行订立本约合同的义务，从而丧失了按照预订单约定的房屋价格与他人另订购房合同的机会，因此被告因违约给原告造成的损失应根据订立预订单时商品房的市场行情和现行商品房价格予以确定”。

但需注意的是，即便在类似情形下，对于何种损失属于因丧失预约合同订立机会而产生的损失存在着不同的裁判观点。在前述公报案例中，法院认定订立预约合同时相关标的物市场价格与现行市场价格之间的价差属于因丧失签订本约合同机会产生的损失。但一些法院认为，价差属于履行本约合同后“可以获得的利益”，而非履行预约合同后“可以获得的利益”，因此不能予以支持。例如，（2018）沪 01 民终 3376 号案中，上海第一中级人民法院认为“当事人一方不履行合同义务，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。房屋差价损失就属于上述可得利益损失，但同时，可得利益损失的主张须以合同可以履行为前提。而根据生效判决的认定，本案《房地产买卖居间协议》系预约合同，而非本约合同，故上诉人要求被上诉人赔偿其房屋差价损失，缺乏依据，本院难以支持”。

对于丧失本约合同订立机会应如何赔偿的问题，最高人民法院给出了“个案个判”的裁判指引。在最近的（2019）最高法民申 2826 号案中，最高人民法院认为“对于因不能实现签订本约合同的机会损失如何赔偿的问题，主要应当衡量预约合同内容及履行状态、签订本约意愿、客观障碍、市场风险、政策因素（如鼓励投资还是遏制炒房）等未签订本约合同的原因要件”。在该案中，就“未能签订本约合同的机会损失”问题，最高人民法院在综合考量前述要件的基础上，认可了二审法院结合案件实际情况参照 2013 年 12 月至 2014 年 6 月期间的北京市住宅销售价格指数酌定原告的机会损失。根据以上裁判要旨，机会损失的认定最终将取决于法院结合个案实际情况的酌情裁量，不存在“一刀切”的通用标尺。

2. 违约金约定

对于已在预约合同中已明确约定违约金的情况，诉讼程序中原告一方对于损失的举证责任通常有所减轻，通常仅需重点证明相对方的违约行为。实践中，通常法院仍然会结合原告所受的实际损失、双方过错情况等综合因素考量违约金的合理性，在该等基础上亦可能对违约金作出适当的调整。

例如，（2018）最高法民终 661 号案中，合同双方针对股权收购事宜签订了《框架协议》，就未来特定期限内达成正式的股权收购协议作出相应安排：收购方蓝光公司应支付履约保证金人民币 2 亿元；且约定“如若任一方违反诚实信用的原则，就最终交易价格的确定对经交易双方多次协商后确定的总对价原则进行重大改变，从而导致本次交易无法达成的，属于根本违约，违约方应当向守约方支付赔偿金人民币 2 亿元”。《框架协议》签署后，各方通过《会议纪要》等形式明确了股权收购价款为 23 亿元人民币，但收购方蓝光公司始终未就正式股权收购协议的签署事宜做出任何安排。基于前述事实，原告薪环公司向法院主张蓝光公司按照《框架协议》约定赔偿 2 亿元违约金，蓝光公司抗辩称该等违约金约定过高，应予调减。最高人民法院判决认定“《框架协议》和《会议纪要》

属于预约合同……在双方未能最终签订正式的股权转让本约合同的情况下，薪环公司基于蓝光公司的违约行为，请求其承担违约责任具有事实和法律依据”；同时，针对违约金的约定，最高人民法院认为“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。综合本案签订预约合同后双方当事人的磋商情况、薪环公司的损失情况以及双方当事人的合同预期等因素，**本院酌定蓝光公司赔偿薪环公司违约金 1.2 亿元**”，对违约金进行了一定的调减。

三、思考和启示

综合以上讨论的预约合同项下权利受损方可提出的权利救济主张及相关裁判案例，在实操层面有如下几点思考与启示：

（一）从签订预约合同的角度

在缔约阶段，应对合同目的予以明确，如果对履行内容已经明确，且希望约定履行实质性的义务内容，则建议不以“预约”形式签订合同，而应以“本约”形式将双方具体合同义务履行内容明确下来。如前述分析讨论，“预约合同”的本质只是对于未来双方一定期限内订立本约合同达成合意，后续一旦发生履行争议，实践中法院通常不会支持原告要求履行本约合同项下具体义务的主张，因此，明确合同目的，合理地拟定合同内容，以避免合同被法院认定为系“预约”，进而不支持关于履行本约项下具体义务主张的风险。

（二）从不同主体立场的角度

对于希望对另一方的缔结本约义务做出更多约束的当事人而言，考虑到一旦对方违反预约合同约定拒不订立本约合同，由此产生的损失通常存在较大争议/难以证明等问题，因此，建议提前设置违约金条款或/明确损失的计算方式，一旦诉至法院/仲裁机构，则可在一定程度上减轻原告方就损失部分承担的举证责任且更易在实践中获得法院/仲裁庭的支持。

对于受到预约合同的约束/限制更多的当事人而言，需注意，一旦因不履行预约合同项下缔约义务而被对方诉至法院/仲裁机构，针对“强制缔约”的诉请，即便大多数法院并不支持强制缔约，但被诉的当事人绝非对此“高枕无忧”。如果在客观上仍具备继续履行缔结本约合同的可能性，根据江苏高院（2018）苏民申 1003 号的裁判思路，不能完全排除实践中法院/仲裁庭裁判要求履行缔约义务的可能性；且即使对方关于“强制缔约”的主张没有被法院/仲裁机构支持，也仍然需要承担相应的违约后果，赔偿对方损失。

第七篇：《民法典》新制度——债务加入制度辨析及认定标准研究

作者：赵久光 | 江璐

引言

编纂民法典，就是通过对我国现行的民事法律制度规范进行系统整合、编订纂修，形成一部适应新时代中国特色社会主义发展要求，符合我国国情和实际，体例科学、结构严谨、规范合理、内容完整并协调一致的法典。2020年5月28日《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）经由十三届全国人大三次会议表决通过，并将于2021年1月1日起实施。在新颁布的《民法典》中，除了将原散见于《民法总则》《合同法》《担保法》《物权法》等民事法律和司法解释中的各项制度规则予以归纳整合之外，还根据实际情况加入了此前尚无明文规定的制度规则，将其予以明文化，其中就包括了债务加入制度。

债务加入在日常经济生活及司法实践中已经颇为常见，个别法院也已经出台相关文件对债务加入提出自己的意见，但是现行民事法律规范并未对其进行规定，加之债务加入表现形式多样，且其与保证担保、第三人代为履行等制度存在相似之处、较难区分，使得纠纷定性成为难点，并由此引发出后续各方责任难以界定的问题。有鉴于此，在《民法典》将债务加入正式确定为一项民事法律制度的背景下，本文将对债务加入要件进行分析，并将其与保证担保、第三人代为履行、债务转移制度进行比较，对债务加入的认定标准予以介绍，并就债务加入的实务操作问题提出建议，以期对读者有所帮助。

一、《民法典》之前司法实践中的债务加入及《民法典》对债务加入的规定

债务加入又被称为并存的债务承担。在《民法典》出台之前，债务加入并非我国民法中的成文制度，但是司法实践中相关案件却大量出现，例如其中颇具影响力的（2018）最高法民终867号中国城市建设控股集团有限公司、安信信托股份有限公司营业信托纠纷二审民事判决书中，最高人民法院就认定了上诉人即原审被告中国城市建设控股集团有限公司作出的承诺构成债务加入。

而法院首次在其规范性文件中对债务加入作出界定的，则可以追溯到2005年《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高法审委〔2005〕16号），即该纪要的第十七条“债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式”，并根据作出意思表示的主体的不同区分了债务加入的三种具体情形。

除此之外，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称“《九民纪要》”）也提及了债务加入，系在第23条规定了对公司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时，该加入债务的约定的效力问题准用担保规则。

不过《九民纪要》提及的“债务加入”限于前述类似“公司担保”的情形，而非将债务加入作为一般民法制度。

由于法律具有滞后性，尽管经济生活及司法实践已经长时间应用了债务加入制度，但是该制度在我国民事法律体系中正式得以确立，还是在本次出台的《民法典》中。《民法典》第三编“合同编”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。”

二、债务加入的构成要件及效果

关于债务加入的构成要件，根据《民法典》第五百五十二条之规定，并结合法学理论界观点及司法审判实践中的观点，我们认为有如下几个方面：

1. 第三人有意愿加入债务的意思表示，且债权人未持反对意见。如《民法典》第五百五十二条所规定的，构成第三人债务加入存在两种情形，其一为第三人与其拟加入的债务的债务人达成债务加入的意思并通知债权人，其二为第三人向其拟加入的债务的债权人表示愿意加入债务，这两种情形均要求第三人有债务加入的意思表示。除此之外，《民法典》第五百五十二条还要求债权人在得到第三人加入债务的意思表示后未在合理期限内明确拒绝，也就是说，一旦债权人明确表示反对，即便第三人有加入债务的意思表示，债务加入也无法成立。此外，值得注意的是，该条规定债务加入的成立并不要求必须经过债务人同意。

另外，我们注意到，在第三人为公司时，对其债务加入的意思表示还有相应的特殊要求。《九民纪要》第 23 条规定：“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。”我们理解，根据《九民纪要》的前述规定，如果公司作为第三人对其加入债务的效力提出异议，参照公司为他人提供担保的规则，除非公司是在为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保等《九民纪要》第 19 条⁶⁸规定的四种特殊情形下要求加入债务，或债权人能够证明其在公司加入债务时按照规定对董事会决议或者股东（大）会决议进行了形式审查且同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，否则，该公司加入债务将很可能被认定无效。

⁶⁸ 《九民纪要》第 19 条：19.【无须机关决议的例外情况】存在下列情形的，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：

- （1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；
- （2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；
- （3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系；
- （4）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。

2. 第三人拟加入的债务合法有效。由于债务加入系在不改变原债务质、量的情况下增加债务承担主体，故原债务是否合法有效直接影响到第三人是否应当履行原债务。如果原债务根据法律规定被认定无效或者可撤销，则第三人没有可履行的债务，也无所谓债务加入。

3. 第三人拟加入的债务原则上应具有可转移性。债务加入事实上将发生第三人与原债务人共同履行债务的效果，因此就需要债务具有可分担、可转移的性质。假如债务涉及人身属性而不能转移、不能由他人履行，或者原债务人与债权人约定不可由他人履行，则即便第三人作出加入债务的意思表示，原则上债务加入也不能成立。不过，基于意思自治原则，除非有法律禁止性规定，债权人如果同意第三人加入债务，则原债务具有不可转移性亦不会阻碍债务加入成立。

4. 原债务人不脱离债务，原债务人与第三人就同一债务负有履约义务。第三人加入债务之后，原债务人地位不变，不脱离债务，仍负有履约义务。如果在第三人负有债务后，原债务人脱离债务，则构成债务转移之情形，而非债务加入。

5. 第三人承担的债务不应超出原债务的范围。债务加入系第三人对原债务全部或部分的承担，如果第三人承担债务超过原债务范围，则我们认为超出部分属于新的债务，而非债务加入。

关于债务加入的效果，此前学理上或司法实践中亦有多种讨论，《民法典》第五百五十二条也作出了规定。我们认为具体有如下几点：第一，第三人在其愿意承担且经债权人明示或默示同意的债务范围内承担责任；第二，原债务不因债务加入而消灭，原债务人仍承担债务且债务范围不发生变化；第三，第三人和债务人在第三人应承担的债务范围内承担连带责任。

三、债务加入与保证担保、第三人代为履行及债务转移的区分

债务加入、保证担保、第三人代为履行及债务转移均为在第三人履行完毕相应责任范围内的债务后，导致原债权债务关系在对应范围内消灭的制度，存在一定相似性，但在责任承担方式和法律后果上又有所不同。我们将对债务加入和其他制度加以甄别，并具体阐述如下。

（一）债务加入与保证担保

债务加入与保证担保，特别是连带责任保证，无论从外在特征或是责任承担方式都颇为相似，且在司法实务中，第三人往往主张自己是保证人，进而以保证期间已过为由进行抗辩，债权人则主张第三人构成债务加入以对抗保证期间，因此对债务加入与保证担保加以分析甄别具有其必要性。

通常而言，债务加入与保证担保的本质差别在于保证担保具有从属性，无论其发生、转移、消灭均依附于原债权债务合同，而债务加入则不同，第三人负担债务与原债务相对独立。而前述债务加入独立性与保证担保从属性的特征，也导致了二者在法律效果上存在包括但不限于如下差别：

1. 从第三人地位来看，债务加入中第三人系主债务人，而保证担保中第三人系居于从属地位的保证人。

2. 从责任范围来看，债务加入的责任范围限于第三人在加入债务时愿意承担的债务范围，而保证担保的范围则在无特殊约定的情况下默认及于主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。

3. 就向第三人主张履行债务的时点，债务加入与保证担保也存在差异，其中一般保证要求在债务人不能履行债务时由保证人承担保证责任，连带责任保证则一般是在债务人不履行到期债务时由保证人承担保证责任，概括而言债权人向保证人主张责任的基础均是债务人不履行债务。但是债务加入却没有这样的要求，只要履行期限届满，无论债务人是否履行债务，债权人均可以要求加入债务的第三人按照约定履行债务。

4. 此外，债权人主张权利的期限限制不同，在债务加入中向第三人主张权利的期限即诉讼时效，而保证担保则为保证期间。前者存在法定的中止、中断的情形，而后者则为不可改变的除斥期间。

5. 另需注意的是，就追偿权问题，在保证担保中，除有特别约定，保证人承担保证责任后享有法定的对债务人的追偿权，但是在债务加入情形下，第三人履行债务后是否对债务人享有追偿权尚存在一定争议。

首先，在第三人与债务人对追偿权有约定的情况下，应遵循意思自治原则按照约定内容认定，即第三人与债务人明确约定第三人在履行债务后有权向债务人追偿的，第三人应享有追偿权；第三人与债务人约定免除债务人向第三人偿还义务的，则第三人不应取得追偿权。

但是，如果第三人与债务人对追偿权并无约定，则对于第三人能否依法取得追偿权存在不同观点。有部分观点认为第三人对债务人有追偿权，此类观点较常见的理论基础为基于保证担保关系中保证人的追偿权而推定第三人拥有追偿权，或认为债务人因第三人履行债务而免除债务构成不当得利，故第三人享有追偿权。不过与此同时，也有观点认为第三人对于债务具有自己的直接利益，故第三人不享有追偿权。

对于债务加入中第三人追偿权的问题，我们理解，在《民法典》没有明确规定的情况下，如第三人与债务人之间没有明确约定，则应当结合双方的意思表示、第三人在债务加入中的利益等因素进行审慎认定。

尽管存在上述差异，但由于债务加入与保证担保在表征上存在相似性，使得司法审判实践中对于约定不甚明确的情况下，如何确定第三人作出的意思表示是债务加入还是保证担保成为难点。我国司法实践经常采用利益标准对此作出区分，即第三人自身如果对债务履行有直接和实际的利益，则构成债务加入，否则构成保证担保。

例如，最高人民法院在其审理的(2014)民二终字第138号云南旺立达矿业有限公司与李俊生、昌吉市益安煤矿企业借贷纠纷案中的论述：

“在双方约定不明的情况下，应结合合同目的、承担人与合同利益的关联程度综合考虑上述约定的性质”。本案中，益安煤矿向中翔集团借款2000万元系用于煤矿改造事宜，李俊生作为益安煤矿

的实际出资人和控制人，与益安煤矿的经营行为和实际收益存在利害关系，其亦直接参与了本案所涉益安煤矿股权转让和借款过程，并直接向中翔集团支付了 200 万元款项，故其在《借款合同》中承诺的对益安煤矿借款承担连带还款责任，不仅仅是为了益安煤矿的利益而承担责任，其对此亦有直接和实际的利益。因此，李俊生在《借款合同》中作出的还款承诺更符合债务加入的特征。”

以及最高人民法院在其审理的（2018）最高法民终 867 号中国城市建设控股集团有限公司、安信信托股份有限公司营业信托纠纷案中的论述：

“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。再如，承担人在承担后对债权人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《中华人民共和国担保法》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。”

上述案例均系明确的以利益标准认定第三人意思表示构成债务加入而非保证担保的案例。公开案例来看，在最高人民法院观点的影响下，很多地方法院的判决也体现了这种观点。

债务加入与保证担保的对比表

比较的内容	债务加入	保证担保
与原债务是否独立	与原债务相对独立	从属于主债务
第三人地位	主债务人	保证人
责任范围	第三人在加入债务时愿意承担的债务范围	无特殊约定的情况下及于主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用
向第三人主张履行债务的时点	债务履行期限届满即可，无论债务人是否履行债务	债务人不履行债务
债权人主张权利的期限	诉讼时效	保证期间
对债务人的追偿权	第三人与债务人有约定的情况下，从约定；如没有约定则目前尚存在争议	除有特别约定，有对债务人的追偿权
约定不明的情况下判断标准	对债务履行有直接和实际的利益	对债务履行是否有直接和实际的利益不作为判断标准

（二）债务加入与第三人代为履行

第三人代为履行制度规定在现行《合同法》第六十五条，在《民法典》中被规定在第五百二十三条，即“当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任”。与债务加入相比，在第三人代为履行中，第三人并不成为债权债务关系中的一方主体，而仅作为债务人的代理人履行债务，其履行行为视为债务人的履行行为，

在第三人未依约履行债务时，债权人仅能向债务人主张权利。这与债务加入中第三人实际成为“债务人”存在本质差异。基于上述差异，我们认为，在第三人未明确其行为构成债务加入，且各方没有债务人退出债务的合意的情况下，第三人“代替”债务人履行债务，应视为第三人代为履行而非债务加入。

（三）债务加入与债务转移

债务转移，又称免责的债务承担，规定在现行《合同法》第八十四条，在《民法典》中被规定在第五百五十一条，即“债务人将合同的义务全部或部分转移给第三人的，应当经债权人同意”。与债务加入相比，债务转移的结果是除了第三人成为合同当事人之外，原债务人不再就已转移的全部或部分债务承担任何义务，债务人实际退出已转移的债务，形成新的合同关系。这与债务加入中第三人与原债务人连带承担义务有本质差异。

四、对债务加入制度应用实务操作的建议

基于《民法典》对于债务加入制度的规定以及前文对债务加入制度与类似制度的辨析，我们对于实务中如何应用债务加入以及注意事项有如下建议：

1. 因债务加入与保证担保等制度在存在相似性的同时又存在显著差异，例如债务加入与第三人代为履行中债权人的追责对象的差异、与保证担保追偿权方面的差异、保证期间的适用等，而该等差异将可能对第三人权益产生实质影响，故第三人、债务人以及债权人在作出意思表示及签署相关书面文件时，应准确表达自己的意思，准确使用债务加入、保证担保、代为履行、债务转移等法律概念，避免因措辞不准确、不恰当而导致自身权利受到影响甚至丧失。

2. 由于第三人在债务加入中的追偿权尚存争议，故在第三人加入债务之前，应与债务人就该问题达成书面协议，否则第三人可能会面对实际履行债务后无法向债务人追偿的情况，导致自身利益损失。

3. 前文已经述及，《九民纪要》第 23 条规定了法定代表人以公司名义表示加入债务的效力问题参照该纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理，而该纪要关于公司为他人提供担保的有关规则中提出了在不同情况下债权人对提供担保的公司决议的审查义务，且债权人是否尽到审查义务将直接影响到公司对外担保效力。有鉴于此，我们建议，在拟加入债务的第三人为公司的情况下，从债权人角度而言，应确认第三人已经参照《九民纪要》第 23 条之规定履行了必要的公司内部决议程序。具体来说，即对于公司为履行股东或实际控制人的债务而加入债务的，债权人应当对第三人加入债务的股东（大）会决议进行审查；对于公司为履行股东、实际控制人以外的非关联方的债务加入债务的，债权人应当对第三人加入债务的股东（大）会决议或董事会决议进行审查；或者债权人应当确保第三人存在《九民纪要》第 19 条规定的四种债权人不负有审查公司决议义务的情形，否则，一旦第三人否认债务加入的效力，其债务加入行为将很可能被认定无效，进而导致债权人不能要求第三人履行债务，影响自身权益。

第八篇：《民法典》人格权编：娱乐行业权益的进阶保护

作者：朱志平

引言

2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过并将于2021年1月1日施行的《民法典》在体例上共设七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编及附则。值得注意的是，不同于此前的《民法通则》和《侵权责任法》等相关法规，此次《民法典》首次将人格权独立成编，使其成为与物权、合同等篇章并列的七大组成部分之一。⁶⁹《民法典》人格权编涵盖了生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权和个人信息的保护等内容。本文从《民法典》对姓名权、名称权、肖像权、名誉权及隐私权的保护与规制的角度，分析《民法典》对国内娱乐行业的影响。

序号	内容	《民法典》条文	评述
1	人格权编的一般性规定	第九百九十三条 <u>民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用，但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外。</u>	该条规定民事主体有权将其自身的姓名、名称、肖像许可他人使用。在娱乐行业中，艺人的姓名（包括艺名、笔名、网络用户名）和肖像均具有巨大的商业价值。例如，娱乐行业中常见的艺人广告代言行为其实就是艺人许可品牌方使用其姓名和肖像，通过艺人的影响力提升品牌的知名度和商业价值。 与最新《广告法（2018年修订）》（下称“广告法”）关于“广告代言”主体的规定相一致，⁷⁰《民法典》的该条规定亦将可授权许可姓名、名称及肖像权利的主体范围从通常意义上的自然人扩展到包括法人和其他组织的所有民事主体。因此，艺人（或艺人经纪公司作为艺人）成立的工作室、艺人经纪公司或其他艺术团体亦可将自身的名称、商号等人格权利对外授权许可他人使用。从这个角度看，《民法典》统一并扩大了人格权的主体范围以及该等主体对其人格权利的利用方式，有利于娱乐行业的民事主体更好地挖掘与保护其人格权利。

⁶⁹ 在《民法典》颁布之前，现行法律关于人格权的规定均散落在《侵权责任法》、《民法通则》及最高院的司法解释之中。

⁷⁰ 《广告法》第2条第5款：

本法所称广告代言人，是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。

序号	内容	《民法典》条文	评述
			但是，民事主体在授权许可他人使用其姓名、名称或肖像权利时，亦不是没有任何限制。例如，《广告法》第 16 条和第 18 条规定，医疗、药品、医疗器械广告和保健食品广告不得利用代言人进行广告代言。
		第九百九十七条 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，<u>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。</u>	该条规定的是人格权受侵害时的行为保全措施。在《民法典》出台之前，《民事诉讼法》第 100 条和第 101 条也对民事行为保全制度进行了规定，如“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、<u>责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。</u>”从司法实践看，前述《民事诉讼法》关于行为保全的制度多适用于知识产权保护领域，鲜见于包括人格权保护在内的其他领域，故该行为保全制度也常被称为“知识产权保护禁令”。例如，在 2014 年深圳市腾讯计算机系统有限公司与广州网易计算机系统有限公司等侵害音乐作品信息网络传播权的纠纷案中，腾讯向武汉市中级人民法院申请了知识产权保护诉前禁令，请求法院责令网易停止通过“网易云音乐”平台向公众传播腾讯享有专有著作权的 623 首歌曲，并获得了法院的准许。⁷¹ 该条首次规定“人格权保护禁令”，对娱乐行业具有重要意义。在娱乐行业，人格权侵权行为和纠纷屡见不鲜，尤其是通过网络媒体对艺人实施的人格权侵权行为，如通过网络或自媒体账号散布艺人的“黑料”或“绯闻”之行为，侵犯艺人隐私权之行为，以及对艺人进行侮辱诽谤等行为。这些侵权行为若不能及时制止，将对艺人形象造成重大的负面影响，进而减损艺人个人形象上所附带的巨大商业价值。因此，如何应对舆论危机，及时处理网络上针对艺人的恶意攻击，以最大程度上降低不实信息可能给艺人造成的不良影响，是每家艺人经纪公司和每位经纪人最为关心的问题。该条规定的“人格权保护禁令”，为艺人和

⁷¹ 参见“中国法院网”链接：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/04/id/1598603.shtml>（2020 年 6 月 13 日最后访问）。

序号	内容	《民法典》条文	评述
			艺人经纪公司及时有效地进行人格权维权提供了明确的法律依据。即，当艺人或艺人经纪公司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，不及时制止将使艺人的合法权益受到难以弥补的损害的，艺人或艺人经纪公司有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止侵权行为的措施。至于人格权保护禁令的具体执行标准，还有待法院的司法实践进一步确认。
		第一千零一十条 违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。 机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。	首先，该条首次规定了针对普通性骚扰行为的可诉性。笔者理解，相较于此前的《妇女权益保障法》⁷²和《女职工劳动保护特别规定》⁷³的相关规定，《民法典》的该条规定首次正面规定了受害人有权诉诸法律途径寻求民事救济，直接赋予了受害人针对性骚扰行为的诉权，而不论性骚扰行为的性质严重与否。这点有别于《妇女权益保障法》的规定，后者仅针对性质较为严重的性骚扰行为（即构成违反治安管理行为），才赋予受害人可诉诸公安机关寻求行政处罚救济或向法院起诉的权利。 其次，该条首次规定了用人单位具有预防和制止职场性骚扰的义务。对此，艺人经纪公司或与艺人有合作关系的影视公司，均应根据该条规定，采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止行为人利用职权和从属关系对艺人实施性骚扰行为。从这个角度看，预防和制止性骚扰行为不再是艺人自己的私事，也是艺人经纪公司和影视公司的“公事”，艺人经纪公司和影视公司在预防和制止性骚扰方面具有保护艺人的法定义务。尽管该条并未明确规定单位未能履行其预防和制止职场性骚扰义务时的法律责任或罚则，但若艺人经纪公司和影视公司未能履行其在此方面保护艺人的义务（如，接到艺人对职场性骚扰的投

⁷² 《妇女权益保障法》（2018.10.26 实施）第 40 条和第 58 条：

第四十条 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。

第五十八条 违反本法规定，对妇女实施性骚扰或者家庭暴力，构成违反治安管理行为的，受害人可以提请公安机关对违法行为人依法给予行政处罚，也可以依法向人民法院提起民事诉讼。

⁷³ 《女职工劳动保护特别规定》（国务院令 第 619 号，2012.04.28 实施）第 11 条：

第十一条 在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。

序号	内容	《民法典》条文	评述
			诉后，不采取调查处置措施或隐瞒相关情形），不排除单位也须对此承担一定法律责任的可能性。 再者，与《妇女权益保障法》和《女职工劳动保护特别规定》仅规定了针对女性的性骚扰行为不同，《民法典》的该条规定并未区分性骚扰对象的性别，即男性和女性均有可能成为被性骚扰的对象，均可受该条规定的保护。因此，无论是男性艺人还是女性艺人，均有权依据该条规定寻求法律保护。 第四，该条对性骚扰行为的实施方式采取了非穷尽式列举，除了常见的肢体行为之外，还包括言语、文字、图像等方式，有利于实践中对性骚扰行为的认定。
2	姓名权	第一千零一十二条 自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名，但是不得违背公序良俗。 第一千零一十三条 法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。	在《民法典》颁布之前，《反不正当竞争法》第6条亦禁止经营者实施引人误认为是他人商品或与他人存在特定联系的混淆行为，其中包括擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）及姓名（包括笔名、艺名、译名等）。⁷⁴不过，《反不正当竞争法》主要是从保护市场与竞争秩序、制止不正当竞争行为的角度进行规制，⁷⁵并非单独针对姓名权和名称权进行保护。笔者理解，《民法典》除了对引人误解的混淆性使用姓名和名称（包括笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称）之行为进行规制之外，还赋予了姓名权和名称权的单独保护，即，若权利主体的姓名或名称被侵害，权利主体可直接依据《民法典》规定寻求

⁷⁴ 《反不正当竞争法》（2019年修订）第6条：

第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；

（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)；

（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；

（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

⁷⁵ 《反不正当竞争法》（2019年修订）第1条：

第一条 为了促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，制定本法。

序号	内容	《民法典》条文	评述
		第一千零一十四条 任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权。 第一千零一十七条 具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。	法律救济，而无需证明该等使用与商品或市场存在特定联系。 另外，《民法典》扩大了姓名权和名称权的保护范畴，对娱乐行业的发展具有积极意义。具体而言，与姓名和名称有关的保护范围有了明显的扩大，不仅姓名和名称本身受保护，而且艺人的笔名、艺名、网名、译名及其简称（包括艺团名，如“火箭少女”、“NINE PERCENT”等），以及艺人经纪公司或影视公司的字号及其简称，亦可受保护。未经权利主体同意，任何民事主体均不得盗用、假冒该等姓名和名称，包括但不限于不得在广告、宣传册、短视频等多种载体上进行使用。从这个角度看，在《民法典》时代，带有人格利益的姓名和名称将得到更为完备的保护，也将变得更有价值。
3	肖像权	第一千零一十八条 自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。 肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。	《民法典》鲜明地突出了对肖像权人及肖像权的保护。相较于《民法通则》对肖像权的简单规定，⁷⁶《民法典》对肖像权进行了较为细致地规定，包括对肖像含义的定义及其使用。根据第 1018 条规定，肖像的核心在于，其是“可以被识别的外部形象”。在此之前，对肖像的认定常采用所谓的“以面部为中心”的标准，即肖像的定义主要被限制在面部形象和面部特征之中，不包括其他“可以被识别的外部形象”（如人物的剪影、局部特写或个别器官等）。因此，在前《民法典》时代，如果某种形式的展示只体现了人物的剪影、局部特写、个别器官或者进行绘画、涂鸦、再设计，但并不使人物的面部可被识别，则前述展示行为很可能不会被认定为侵犯他人的肖像权。⁷⁷但是，在后《民法典》时代，肖像权的保护范围被扩展至“特定自然人可以被识别的外部形象”。该“可以被识别的外部形象”的范围很广，将赋予艺人肖像权更为严密的保护。例如，有些艺人的部分个人特征形象（如标志性动作、剪影或身体的某一部

⁷⁶ 《民法通则》第 100 条：

第一百条 公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。

⁷⁷ 参见“剧照中的肖像权保护——民法典各分编（草案）评述之五”：

http://newspaper.jcrb.com/2019/20190417/20190417_007/20190417_007_3.htm（2020 年 06 月 15 日最后访问）。

序号	内容	《民法典》条文	评述
			分) 具有高度可辨识性, 足以使大众瞬间将该等形象与具体艺人相联系, 则可直接作为肖像权的客体受到法律保护, 即艺人的个人形象受肖像权保护的范围被扩张。这也体现了《民法典》优化人格权保护的立法倾向。 ⁷⁸
		第一千零一十九条 任何组织或者个人不得以丑化、污损, 或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意, 不得制作、使用、公开肖像权人的肖像, 但是法律另有规定的除外。 未经肖像权人同意, 肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。 第一千零二十一条 当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的, 应当作出有利于肖像权人的解释。	第 1019 条首次创新性地规定, 禁止任何组织或个人利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权, 回应了技术发展背景下应对肖像权进行更为严密保护的需求。此处所谓的“信息技术手段”可能包括通过软件修图、伪造图片、通过 AI 技术换脸、抠像或对他人肖像进行高精度伪造等方式。 此前曾有新闻报道, 哔哩哔哩平台的一名用户“换脸哥”上传了一部关于“AI 换脸”的视频, 该视频截取了 1994 年版《射雕英雄传》的片段。令人惊奇的是, 片段中的女主角从演员朱茵变成了演员杨幂, 该视频在技术上十分成熟, 几可乱真。⁷⁹由此可知, 技术的发展使通过电脑制作他人的静态甚至动态肖像变得十分简单, 而这也带来了大量潜在的风险。艺人的肖像具有巨大的商业价值, 未经艺人的授权同意, 通过包括技术手段在内的各种方式盗用艺人的动态或静态肖像, 属于窃取本应属于艺人的商业利益之行为。 另外, 实践中还存在以下现象: 有些个人或组织通过信息技术, 将艺人的照片、肖像或形象进行动漫化或二维化处理, 在保留艺人主要特征的同时, 使其与原图区别开, 并使用该未获授权的处理成果进行电视剧、广告、游戏的宣传推广。笔者理解, 此等滥用信息技术手段之情形亦同样受第 1019 条的规制。 此外, 前述信息技术手段还可能被用于侮辱、诽谤艺人, 混淆视听, 对艺人的形象和整个娱乐行业的良性发展均可能造成负面影响, 因此有必要通过法律进行规制。

⁷⁸ 参见“民法典编纂与人格权保护”: <http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=63696> (2020 年 06 月 15 日最后访问)。

⁷⁹ 参见“杨幂朱茵‘换脸’了? 变脸如此简单到底有多可怕”: https://www.sohu.com/a/299665489_105446 (2020 年 06 月 15 日最后访问)。

序号	内容	《民法典》条文	评述
		第一千零二十二条 当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。 当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。	该条对人格权与财产权发生冲突时的处理方式进行了回应。该条实质上体现了在前述两种权益发生冲突时，人格权应优先受到保护的立法宗旨。由于肖像权是带有人身属性的人格权，其应在一定程度上优于财产权受到保护。 在未对肖像许可使用期限进行约定的情况下，肖像权人和许可使用人均可在履行适当通知义务的前提下，随时解除肖像许可使用合同。因此，若艺人或经纪公司与品牌方合作时虽然约定了肖像权许可，但并未详细约定使用期限（如常见的“肖像权使用期限至本批次代言产品销售完毕时止”等约定），则艺人可以在履行适当通知义务的情形下解除肖像许可合同，另行寻找同类商品或竞品的代言机会（前提是不违反已解除的肖像许可合同）。另外，即使当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人若有正当理由（何为正当理由有待司法实践确认），仍也可在履行适当通知义务的情形下解除肖像许可合同。从这个角度看，《民法典》更加凸显了肖像权的人格利益属性，而非商业利益属性。
		第一千零二十三条 对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。 对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。	该条同样是《民法典》的一大亮点之一。该条规定实质上正式认可了自然人对其声音所享有的权利，并将其纳入人格权（肖像权）的保护体系。自然人的声音具有独特性和人身属性，自然人的声音与其肖像在一定程度上有相似之处。有些艺人的声音极具辨识度，如相声演员郭德纲和岳云鹏、演员林志玲、以及《舌尖上的中国》的配音演员李立宏。在《民法典》出台之前，声音能否作为一项单独的人格权加以保护存在较大争议。虽然学术界通常主张采用将声音权益参照肖像权保护模式，但并无明文规定，司法实践中对涉及声音权益相关的案件也通常采用调解的方式结案，并未通过司法裁判确立“声音权”。⁸⁰此次《民法典》立法采纳了学界的主流意见，尽管并未单独创设“声音权”，但通过参照适用肖像权保护的方式，实现了对自然人声音的人格权保护。《民法典》对声音

⁸⁰ 参见“私密空间偷拍，AI换脸？看看民法典人格权编如何回应”：https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_7708586（2020年06月15日最后访问）。

序号	内容	《民法典》条文	评述
			权益的明确保护，有利于艺人（包括各类演员、网红、主播等）进一步挖掘和拓展自身的商业价值，实现艺人价值的最大化。
4	名誉权	第一千零二十五条 行为人为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，影响他人名誉的，<u>不承担民事责任，但是有下列情形之一的除外：</u>（一）捏造、歪曲事实；（二）对他人提供的严重失实内容未尽到<u>合理核实义务</u>；（三）使用侮辱性言辞等贬损他人名誉。 第一千零二十六条 认定行为人是否尽到前条第二项规定的<u>合理核实义务</u>，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。 第一千零二十七条 行为人发表的文学、艺术作品以真人真事或者特定人为描述对象，含有侮辱、诽	该两条规定了公共利益和个人名誉权保护之间的界限。当行为人出于公共利益目的进行新闻报道或舆论监督时，即使影响了他人名誉，也无需承担民事责任，即此时对个人名誉权的保护应让位于对公共利益的保护。在娱乐行业，艺人名誉权纠纷向来属于高发案件，该两条规定实际上是对艺人等娱乐行业主体提出了针对新闻报道和舆论监督方面更高程度的容忍要求。对艺人而言，新闻媒体、记者甚至任何拿起智能手机的普通人，都可能通过拍摄照片、视频等方式将艺人在公众场合的行为公之于众。而根据该第 1025 条规定，即使行为人的该等行为影响了艺人的名誉，但若行为人系出于公共利益之目的，则艺人恐不能向行为人主张名誉权侵权。当然，行为人的行为也是有限制的，以防止媒体（包括网络媒体和自媒体）和其他主体滥用新闻报道和舆论监督等权利。若行为人所实施的行为属于捏造、歪曲事实，对他人提供的严重失实内容未尽到合理审核义务，或使用侮辱性言辞等贬损他人名誉的，则行为人仍应承担名誉权侵权的法律责任。 通常，“捏造、歪曲事实”和“使用侮辱性言辞贬损他人名誉”较容易识别和证伪。实践中，行为人常以其所发布的内容系由他人提供、自己仅转发而已为借口，以逃避责任。对此，该两条规定明确要求行为人应尽到合理审核义务，否则不得援引公共利益免责。根据第 1026 条的表述，笔者理解，法院在认定行为人是否尽到合理核实义务时，可以参考内容来源的可信度、内容的争议性等因素进行推定。因此，在后《民法典》时代，针对名誉权侵权纠纷，艺人可考虑将行为人诉至法院，并结合前述第 997 条项下规定的“人格权保全禁令”机制，保护自身的名誉权。 该条首次将对名誉权的保护延伸至文学、艺术作品之中。在《民法典》出台之前，文学、艺术作品往往由于其虚构性和文学性而游离于法律的严格规制之外。

序号	内容	《民法典》条文	评述
		谤内容，侵害他人<u>名誉权</u>的，受害人有权依法请求该行为人承担民事责任。 行为人发表的文学、艺术作品<u>不以特定人为描述对象，仅其中的情节与该特定人的情况相似的，不承担民事责任。</u>	以近期引发巨大争议的“《下坠》事件”⁸¹为例。在该事件中，《下坠》是一部同人文学⁸²的网络小说。该小说中的主人公名为肖战和王一博，与娱乐界知名的艺人肖战和王一博同名。在该小说中，肖战被设定为有性别认知障碍并把自己打扮成女性的男性青年，且有些故事情节不利于艺人的荧幕形象，可能涉嫌侮辱、诽谤。另外，《下坠》对主角的命名方式亦可能被认定为“以特定人为描述对象”，因为肖战和王一博两位艺人此前曾以共同主演的身份出演过爆款剧集《陈情令》，二人的名字亦常被粉丝共同提及。鉴于此，在《民法典》语境下，若艺人肖战根据该第1027条规定，主张《下坠》作品含有侮辱、诽谤内容且已构成对其名誉权的侵害，则有可能被法院支持。可见，在后《民法典》时代，由上述“《下坠》事件”延伸出的“同人作品”创作自由的权利边界问题亦将受到《民法典》规制；若文学、艺术作品以真人真事为蓝本或以特定的人为描述对象，且该文艺作品中包含侵害他人名誉权的内容，则该等文学作品的“创作自由”亦应受到限制。
5	隐私权	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。 <u>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。</u>	该条在法律层面对“隐私”进行了明确界定。隐私包括“私密空间”、“私密活动”和“私密信息”，且具有“私人生活安宁”及“不愿为他人知晓”的属性。从法条表述来看，是否属于隐私，在很大程度上取决于自然人自己的认知和意愿。对娱乐行业来说，隐私权侵权是个老生常谈的话题。由于艺人的巨大商业价值建立在其知名度和社会影响力之上，因此，艺人价值的实现，在一定程度上即是通过向公众让渡其部分隐私权来换取商业价值，但即使如此，艺人仍应享有隐私权。实践中，有些跟拍者和偷拍者刺探、偷拍艺人的行为已突破了法律界限，对艺人自身的生活

⁸¹ “《下坠》事件”的大致情况为：2020年2月23日，一名微博用户在微博上发布关于肖战的同人文章《下坠》最新连载。在《下坠》中，艺人肖战的“人设”为带有性别认知障碍的发廊工作者，艺人王一博的“人设”为爱上小说中肖战的未成年高中生。该网络小说以文笔细腻等特点在艺人肖战的粉丝中流行，但是《下坠》中艺人肖战的“人设”受到其“唯粉”的强烈不满。为此，艺人肖战“唯粉”通过举报该同人文学的刊登网站AO3及国内同人内容分享网站LOFTER维护其偶像权益，导致前述网站下架相关内容并被封停。由于前述网站的忠实用户众多，艺人粉丝的行为在互联网语境中造成了尖锐的对立与巨大争议，艺人肖战也因此事件失去了大量商务机会。参见 https://zhuanlan.zhihu.com/p/110790008?from_voters_page=true（2020年6月15日最后访问）。

⁸² “同人”或“同好”指有着相同志向的人。该用词起初来自于日本动漫文化用语。“同人文学”或“同人作品”指自创、不受商业影响的自我创作或自主创作。相对于商业创作而言，“同人文学”或“同人作品”有更大的创作自由度。

序号	内容	《民法典》条文	评述
			安宁和演艺事业的健康发展均造成负面影响。该第1032条规定，结合前述第997条项下的“人格权保护禁令”，是艺人保护自身隐私权的有力武器。
		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<u>识别特定自然人的各种信息</u>，包括自然人的<u>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</u>等。 <u>个人信息中的私密信息</u>，适用有关<u>隐私权</u>的规定；没有规定的，适用有关<u>个人信息保护</u>的规定。	在《民法典》出台之前，对自然人个人信息的保护散见于《网络安全法》⁸³等相关法规之中。《民法典》在吸纳前述相关法规内容的基础上，新增了下述几个重要的个人信息类别： （1）电子邮箱：电子邮箱是最常见的联系方式，该条将电子邮箱纳入个人信息保护范畴，特别是将电子邮箱中的私密信息纳入隐私权保护的范畴，有利于艺人个人信息的保护，同时也对负责管理和运营艺人电子邮箱的主体（通常为艺人的经纪人或经纪公司）提出了更高的保密要求。 （2）健康信息：在大数据时代，自然人的健康信息很容易被用于非法获利（如定向投放医疗广告），甚至被用于从事诈骗等犯罪行为。从娱乐行业角度，若艺人敏感的健康信息被泄露，则可能直接导致艺人丧失大量商务合作机会，甚至可能影响艺人的整体个人形象及其全部演艺事业。因此，《民法典》明确将自然人的健康信息纳入保护范畴，具有重要意义。 （3）行踪信息：在交通住宿实名制和大数据时代，个人的行踪信息很容易被他人非法获取，而且通过个人行踪信息还可非法获取个人的其他私密信息（如住址、酒店、航班等）。例如，艺人的航班、火车、酒店等信息均可以几十元至几百元不等的价格在网上获取，更有甚者，还可以购买到艺人下榻酒店的房间号信息，艺人的行踪信息毫无隐私可言。⁸⁴此次《民法典》明确将行踪信息纳入保护范畴，对知名艺人而言无疑是一大利好。

⁸³ 《网络安全法》第76条第1款第（五）项：

第七十六条 ……（五）个人信息，是指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自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

⁸⁴ 参见“50元就能买明星身份证号码，还包教如何查航班信息？”：<https://tech.sina.com.cn/i/2018-08-21/doc-ihzsnea0250850.shtml>（2020年06月15日最后访问）。

第九篇：浅析《民法典》关于保证合同的新规定

作者：赵久光 | 马振林

引言

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）经由十三届全国人大三次会议表决通过，并将于2021年1月1日起施行。关于担保的内容，规定于《民法典》第二编“物权”第四分编“担保物权”以及第三编“合同”第二分编“典型合同”第十三章“保证合同”中。保证是一种主要的担保类型，《民法典》除将《中华人民共和国担保法》（下称“《担保法》”）及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释[2000]44号，下称“《担保法》司法解释”）中关于保证的内容进行整合之外，还有一些新变化和新规定，本文即对该等新变化和新规定及对实操的可能影响进行简要分析，供大家参考。

一、新变化：对保证方式“没有约定或约定不明”的，改为按一般保证处理

作为保证合同应当具备的条款之一，保证方式有两种，包括一般保证和连带责任保证。关于对保证方式“没有约定或约定不明”的后果，《民法典》第六百八十六条第二款改变了《担保法》第十九条的规定，由“按照连带责任保证承担保证责任”改为“按照一般保证承担保证责任”。该变化是一个原则性改变。

所谓一般保证，是指当事人约定债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任，突出的前提条件是债务人“不能”履行债务。而连带责任保证，是指当事人约定保证人和债务人对债务承担连带责任，需要明确约定“连带”字样。无论是一般保证，还是连带责任保证，前提条件都是债务人不履行到期债务。但实务中存在大量“没有约定或约定不明”的情况，尤其常见于民间借贷纠纷中，经笔者检索案例发现，比较典型的情形包括：1）保证人在借条或主合同上仅以保证人的身份签字或盖章，但并没有明确其保证方式；2）仅约定债务人不承担或没有按期偿还债务的，由保证人承担责任；3）同时成立的主合同与担保合同对于保证方式的约定不一致，或者既有承担连带责任保证的意思表示，又有承担一般保证的意思表示；4）在保证合同中没有约定是一般保证还是连带责任保证，仅有无条件承担保证/担保责任/偿还责任的相关表述。

《民法典》做出上述改变的原因，笔者暂未看到立法层面的说明，据笔者理解，可能是考虑到实务中确实存在个别债权人恶意利用保证人不熟悉保证制度、故意对保证方式不约定或约定不明、以使保证人承担较重连带责任的情况，该种做法违背了保证人的真实意愿，也不符合诚实信用原则。《民法典》的上述新变化，有利于促使当事人事先完善保证合同的内容，同时也有利于增强社会诚信，进一步促进社会公平。

二、新变化：对于一般保证债务的诉讼时效，起算时点有变化

根据法律规定，对于一般保证，债权人须首先向债务人追偿，在主合同纠纷经过审判或仲裁并就债务人财产强制执行仍不能履行债务后，才有权要求保证人承担保证责任。而对于一般保证债务诉讼时效的起算时点，《担保法》司法解释第三十四条第一款⁸⁵规定为“从判决或者仲裁裁决生效之日起”，而《民法典》第六百九十四条第一款修改为“从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起”。

“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”包括两种情况，一是正常情况下，在主合同纠纷经过审判或仲裁并就债务人财产强制执行仍不能履行债务时，债权人就可以要求保证人承担保证责任，此时保证人就丧失了拒绝承担保证责任的权利，故应从该时点开始计算保证债务诉讼时效；二是例外情况下，即存在保证人无法援引债权人须先向债务人追偿这一理由的例外情形（在下一点详述）时，该等例外情形发生之时，即应为保证人拒绝承担保证责任权利消灭之日，此时即应开始计算保证债务诉讼时效。

在这里需要特别说明的是，保证期间和保证债务的诉讼时效是两码事，不应混淆。保证期间根据当事人的约定确定，没有约定或约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。对于债权人而言，无论是一般保证，还是连带责任保证，若想追究保证人的责任，均需要在保证期间内采取行动；不同的是，一般保证的债权人需要在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁，而连带责任保证的债权人需要在保证期间内请求保证人承担保证责任，否则保证人均有权拒绝承担保证责任。而保证债务的诉讼时效为三年，一般保证债务的诉讼时效从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起算，而连带责任保证债务的诉讼时效从债权人请求保证人承担保证责任之日起算。

《民法典》做出的上述改变，笔者理解，有利于统一现行规定的矛盾之处，使保证合同方面的法律规定更加完善。现行规定的矛盾之处在于，依据《担保法》第十七条⁸⁶规定，如果没有就债务人财产依法强制执行，一般保证人可以拒绝承担保证责任；但同时《担保法》司法解释第三十四条第一款却规定，一般保证债务的诉讼时效的起算时点为针对债务人的判决或者仲裁裁决生效之日，而判决或仲裁裁决生效时并没有对债务人财产强制执行，此时保证人有权拒绝承担保证责任，在保证人可以拒绝承担保证责任的时候却开始计算保证债务的诉讼时效，不仅存在矛盾，也有失公平。

三、新规定：一般保证的保证人拒绝承担保证责任的例外情形有增加

⁸⁵ 《担保法》司法解释第三十四条第一款 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

⁸⁶ 《担保法》第十七条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的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，对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：

- （一）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；
- （二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；
- （三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

如前所述，一般保证中，在主合同纠纷未经审判或仲裁并就债务人财产强制执行仍不能履行债务前，保证人有权拒绝承担保证责任，但有例外情形；针对该等例外情形，《民法典》第六百八十七条第二款在《担保法》第十七条及《担保法》司法解释第二十五条⁸⁷规定的基础上，又增加了一项情形，即“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”，如发生该种情形，债权人有权要求保证人承担保证责任，无需在向债务人追偿完后再向保证人追偿。

在实务中，债务人没有清偿能力或清偿能力不足的情形比较常见，即使存在该种情况，债权人也不能直接要求一般保证人承担保证责任，只能依据《担保法》第十七条及《担保法》司法解释第二十五条的规定，在债务人无财产可供执行或法院受理债务人破产后，才可以要求一般保证人承担保证责任。该等前提条件意味着债权人须针对债务人先提起诉讼或仲裁并执行完毕，或者针对债务人申请破产并得到法院受理，但是完成该等工作均需要一定时间，在此过程中，不排除保证人转移财产或者被其他债权人采取保全措施的可能性，如此则会给债权人利益的实现带来一定不利。因此，为保护一般保证合同中债权人的利益，《民法典》增加了该项新规定，如果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，就可以要求一般保证人承担保证责任。

但是，就债权人须掌握何等证据才能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，《民法典》并未进行规定，笔者预计，实践中债权人和一般保证人就此恐怕很难达成一致，很可能会就该问题产生争议进而诉至法院或仲裁机构，最终由法院或仲裁机构裁判。因此对于该问题，有待于在司法实践中进一步解释或作出案例指引。鉴于此处规定的“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”的内容，与《中华人民共和国企业破产法》规定的企业破产条件“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”类似，根据笔者理解，法院或仲裁机构在日后审理该类案件时，也许有可能会参照法院在受理破产案件时判断债务人是否资不抵债的方式进行审理，比如可能要求提供债务人最近的财务资料，或者组织各方进行听证等，以判断是否确实存在“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”的情形。此外，鉴于《民法典》此处规定的是“债权人有证据证明”，因此债权人承担了较重的举证责任，如不能提供充分证据证明债务人存在资不抵债情形，则针对一般保证人的主张可能较难得到支持。

四、新规定：债权人转让债权需通知保证人，否则对保证人不发生效力

根据《担保法》第二十二条⁸⁸的规定，债权人转让主债权的，并没有通知保证人的义务，发生债权转让的，保证人也应当继续承担保证责任。但是，《民法典》六百九十六条第一款规定：“债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。”

《民法典》之所以增加上述规定，笔者理解，是与《民法典》第五百四十六条第一款关于“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力”的规定相统一的。因为保证人在性

⁸⁷ 《担保法》司法解释第二十五条 担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。

⁸⁸ 《担保法》第二十二条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

质上也属于债务人，如果债权人转让债权须通知债务人，那么当然也应当通知保证人。《民法典》施行以后，债权人转让债权的，需注意一并通知债务人和保证人。

在通知方式上，建议依据合同约定方式以书面形式通知。通常来说，合同中一般都会约定通知与送达的条款，其中会约定具体采用何种方式通知，比如是发送纸质函件还是电子邮件等。因此，笔者建议在发生债权转让情形时，债权人依据合同约定的方式对债务人进行书面通知，并做好证据留存工作。

五、思考与启示

《民法典》对于保证有关的法律规定和司法解释进行了整合，并有一些新变化和新规定。在《民法典》施行前，签署的保证合同或发生的债权转让等，如存在上述情形，仍适用《担保法》的规定；在《民法典》施行后，签署的保证合同或发生的债权转让等，如存在上述情形，将按照《民法典》的该等新规定处理。基于上述分析，结合笔者的经验，下面分别从债权人与保证人的角度提出一些实操建议：

1. 针对债权人

- 建议对保证方式进行明确约定，如果是连带责任保证，则一定要写明“承担连带责任”，否则可能会因为没有约定或约定不明而被按一般保证处理。
- 关注对一般保证债务诉讼时效的起算时点，尤其是存在保证人无法援引债权人须先向债务人追偿这一理由的例外情形时，注意不要超过诉讼时效。
- 如果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，建议及时要求一般保证人承担保证责任，以免保证人转移财产或被其他债权人在先进行财产保全而危及自身债权的实现。
- 在进行债权转让时，注意一并通知保证人，否则债权转让对保证人不发生效力。建议依据合同约定方式以书面形式通知，并做好证据留存。

2. 针对保证人

- 针对一般保证人，如果主合同纠纷未经审判或仲裁并就债务人财产强制执行，则有权拒绝承担保证责任；如果债权人援引例外情形直接要求保证人承担保证责任，则审查是否满足法律关于例外情形规定的条件。
- 针对一般保证人和连带责任保证人，如果债权人转让了主债权但是没有通知保证人，则该转让对保证人不发生效力，保证人可以拒绝承担保证责任。

第十篇：《民法典》项下物上权利负担流转规则的演进

作者：沈春晖 | 谷丰

引言

2020年5月28日，讨论多年之久的《民法典》终于正式颁布，并将于2021年1月1日起正式施行。《民法典》第二编“物权”在吸纳与借鉴《物权法》与《担保法》项下的多数法律规定的同时，对于该等两部法律项下的部分规定亦进行了实质性修订，并新增了“居住权”等条款。经仔细研究，笔者发现，关于物上权利负担的流转规则，《民法典》在继承《物权法》与《担保法》的相关法律规定的基础上，又有了进一步的发展。故，笔者拟以此为题，就《民法典》项下物上权利负担流转规则的演进提出见解，以供读者参考。

一、物上权利负担流转规则的学理讨论

“权利负担”的概念脱胎于英美法系，主要指第三人对物的非直接支配性权利。中国法项下，典型的物上权利负担包括用益物权、担保物权等。虽然法学界对于物上权利负担流转规则的观点不尽相同，但大体上可以分为两种主流观点：第一，简称“消灭主义”或者“处置主义”（以下简称“消灭主义”），主张物上权利负担应于物的流转前“处置”；第二，简称“继受主义”，主张物上权利负担可随物的流转而由新的所有权人承继。

（一）物上权利负担应于物的流转前“处置”

主张“消灭主义”的观点认为，物上权利负担应于物的流转前“处置”。这种安排的优势在于：第一，物上权利负担项下权利人的权利可提前行使，避免因物的流转而给该等权利人行使权利带来任何不利影响；第二，新所有权人所受让的是不再负有权利负担的“完整”的物，一方面，使得新所有权人的买受意愿更强，另一方面，未来物流转时不再受权利负担的约束或影响。

但同时，“消灭主义”主张的劣势同样明显，即：第一，要求相关权利人在物流转时必须先行处置其上的“权利负担”，严重影响了物的流通性，甚至在物的价值低于其上权利负担项下债务的情况下，物的流通性几乎完全丧失，有悖于物尽其用的普世原则；第二，以担保物权为例，于物流转时强行处置其上的担保物权，无论是提前清偿债务（颠倒了担保物权与主债权的关系）还是提存（主要指担保人将担保物转让所得中对应主债务的部分交由法院或有关机关保存，待主债权到期后用于履行担保义务，本质上将物上担保强行调整为保证金担保）都损害了担保义务人的相关权利，因为，一方面，担保物权所担保的是主债权的顺利履行，属于主债权的从权利，那么在主债权尚未到期的情况下，即因为担保物的流转而触发主债权提前清偿，实属本末倒置；另一方面，保证金担保与物上担保两者在意思表示上有明显的区别，因为担保物的流转而使得担保义务人必须强行改变其意思表示，本身就是对其意思自治的干预；第三，就用益物权而言，权利人所享有的权利是对于物的“占有、使用或收益”，与物本身联系的紧密程度明显超过与物的所有权人的联系，那么“消

灭主义”所主张的，在物不发生改变的情况下，仅因物的流转（物的所有权人产生变化）即导致物上用益物权必须被处置的观点未免有舍本逐末之嫌。

（二）物上权利负担可随物的流转而“继受”

主张“继受主义”的观点认为，物上权利负担可随物的流转而由新的所有权人承继。“继受主义”主张的优势在于：第一，处置物上权利负担并非物流转的前提，使得物的流通性有所增强；第二，物上权利负担得以保留，使得相关权利人权利的行使更符合意思自治原则，较好地避免了外界的干预。

但“继受主义”也并非完全没有劣势，第一，物上权利负担的价值与未来的变化情况不易确定，这就导致带有权利负担的物的价值不易估算；第二，新所有权人所受让的是负有权利负担的物，使得原有物上权利负担项下法律关系复杂化，未来相关权利人行使权利时可能需要新所有人的配合。

二、民法典项下物上权利负担的主要流转规则

（一）用益物权流转规则的完善

《物权法》第 162 条规定，土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。而，《民法典》第 378 条将该条修订为“土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权时，该用益物权人继续享有或者负担已经设立的地役权。”从条文比较中可以看出，《民法典》将“享有或者负担已经设立的地役权”的主体由特定的土地承包经营权人、宅基地使用权人拓展至用益物权人（不仅包括土地承包经营权人、宅基地使用权人，还包括建设用地使用权人、自然资源使用权人等等），进一步肯定了地役权流转采纳“继受主义”的主张，完善了物上用益物权流转规则。

（二）担保物权流转规则的突破

《物权法》第 191 条的规定“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存；抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”结合上文，我们可以明显看出，《物权法》的现行规定属于典型的“消灭主义”。而，《民法典》第 406 条将该条修订为“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。”从《民法典》第 406 条本身来说，所体现的是“继受主义”的主张。

经比较，我们可以清晰地发现，关于抵押财产的转让，《民法典》与《物权法》设置了明显不同的规则。首先，《民法典》明确规定，除非当事人另有约定，抵押财产可以转让，且仅需通知抵

押权人即可，无需经抵押权人同意，而《物权法》则规定，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，仅在受让人代为清偿债务消灭抵押权的情况下例外；其次，《民法典》明确规定，抵押权人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的前提为抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权，而《物权法》则规定，无论何种情况下，抵押人转让抵押财产的，都应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存；最后，《民法典》肯定了“抵押财产转让的，抵押权不受影响”。从上述变化中，我们可以明显看出，关于物上抵押权的流转规则，《民法典》舍弃了《物权法》中确立的“消灭主义”，而改为“继受主义”。

（三）物上租赁权流转规则的延续

《合同法》第 229 条规定，“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”这就是通常意义上所谓“买卖不破租赁”的法律基础。《民法典》第 725 条规定，“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”从条文上来看，《民法典》在基本沿用《合同法》第 229 条精神的同时，也在该等条款的基础上作出发展，即不仅强调“租赁”，更强调“占有”。其实，在司法实践中，占有租赁物是主张“买卖不破租赁”的要件之一早已是业界的共识，此次《民法典》的出台，将该等共识以法律条文的形式加以明确，本质上也是一种对于《合同法》项下物上租赁权流转规则的延续。

三、结语

综上所述，关于物上权利负担的流转规则，《民法典》相较《物权法》而言，体现出一种“消灭主义”向“继受主义”的过渡，强调以“物”为核心，而对于合同相对性的原则进行有限的突破，更体现对个人意思表示的尊重和对于意思自治原则的维护。但同时，与《物权法》采取的体例相似，《民法典》对于适用“继受主义”的物上权利负担仍采用列举的方式予以规定（例如，对于地役权、抵押权以及租赁权的流转均系以独立法条单项规定），而未对于权利负担进行概念界定和系统的区分适用，进而导致权利负担的内涵与外延仍有一定模糊性，而且在物上权利负担流转规则逐步明晰的同时，股权上权利负担的流转规则却似乎没有“与时俱进”，笔者将于后续的文章中进一步讨论权利负担的内涵与外延以及股权上权利负担的流转规则。

第十一篇：《民法典》视角下隐私权与个人信息保护

作者：王旖璞 | 王筱东

引言

《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）将于 2021 年 1 月 1 日正式生效。作为“千呼万唤始出来”的第一部法典，其在我国法治进程上，具有划时代的意义。

《民法典》延续了《民法总则》第 111 条关于自然人个人信息保护的一般规定，并于人格权编中专章探讨民事主体的“隐私权和个人信息保护”，明确规定了隐私权与个人信息保护的基本定义、保护原则以及基本权利义务框架。⁸⁹这不仅表明立法者关注网络隐私安全、强化个人信息保护的立场，同时在基本法律层面，为我国未来构建科学完善的个人信息保护法律体系奠定基础。

本文将着重介绍与分析《民法典》“隐私权和个人信息保护”的相关规定，尤其是个人信息保护相关部分，并关注其他网络相关条款对网络服务提供者等主体产生的实务影响。

一、个人信息与隐私权的基本定义

（一）个人信息的“可识别性”

个人信息指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。与《网络安全法》以及《个人信息安全规范》⁹⁰中的定义一致，其强调个人信息的“可识别性”，这无疑是个人信息最本质、核心的特征。

一般而言，“可识别”区别于“已经”识别到某一自然人个体，指具有识别的可能性，或者说能够识别到个人。也因此，定义明确需注意“间接”识别特定自然人的情形，此时即使企业没有直接向用户收集个人信息，也无法避免承担个人信息保护的相关义务。GDPR 也表明了间接识别的重要性，认为应当考虑“所有合理可能的方法(All the means likely reasonably)”⁹¹。因此，只要在合理

⁸⁹ 《民法典》关于个人信息和隐私权保护的基本框架参考全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨在 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做出的《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》：“第四编第六章在现行有关法律规定的基礎上，进一步强化对隐私权和个人信息的保护，并为下一步制定个人信息保护法留下空间：一是规定了隐私的定义，列明禁止侵害他人隐私权的具体行为（草案第一千零三十二条、第一千零三十三条）。二是界定了个人信息的定义，明确了处理个人信息应遵循的原则和条件（草案第一千零三十四条、第一千零三十五条）。三是构建自然人与信息处理者之间的基本权利义务框架，明确处理个人信息不承担责任的特定情形，合理平衡保护个人信息与维护公共利益之间的关系（草案第一千零三十六条至第一千零三十八条）。四是规定国家机关及其工作人员负有保护自然人的隐私和个人信息的义务（草案第一千零三十九条）。”最终通过的《民法典》并未就相关框架进行修改。

⁹⁰ GB/T 35273-2020 《信息技术安全 个人信息安全规范》，将于 2020 年 10 月 1 日起正式实施。

⁹¹ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data*, 01248/07/EN WP 136.

的范围内，特定的信息可以通过采取某种方法与其他信息结合后能够识别个人的，这类同样构成个人信息。

但值得注意的是，个人信息采取的识别手段是以“合理”为标准进行认定的，对于“合理”认定标准，现实中很难有整齐划一的法律定义而且似乎也无此必要。比如是一般大众凭简单检索即可识别到个人为合理，还是使用专业技术手段可识别到个人为合理，要根据具体情况具体分析。在企业级别的运营中，即使企业已经采取一定的技术手段，比如去标识化等，但仍有可能被其他技术人员用以识别到个人，借助技术手段的可识别性似乎也不能说不合理，这在所用技术在特定行业中普遍使用时尤其如此。那么又该如何认定是否属于“合理”的范围？有学者参考 WP29 小组相关意见，指出个人信息的认定会随着拥有数据的主体、使用的场景、数据保存的期限、技术的发展等多种影响因素而发生变化。因此，“合理”的判断涉及到至少包括技术和现实两方面的因素考量，而在此基础上进行个人信息“可识别性”的判定，实际上具有“动态性”和“场景性”，⁹²需根据实际情况加以明确并根据实践总结相应原则，以便于在执法及合规中提供更为明确的指引，节约法律实施成本。

此外，在列举情形中，《民法典》明确将近年来在实践中产生较多争议与关注的生物识别信息、电子邮箱、行踪信息、健康信息纳入个人信息保护的范围，响应对某一具体类型的个人信息保护的实践需求。不过，《民法典》并未进一步区分“一般个人信息”和“个人敏感信息”。

（二）隐私权与个人信息的区分保护

相较于个人信息，“隐私”更强调个人生活的安宁，其所涵盖的客体包括了私密的信息、活动和空间。长期以来，由于“隐私”这一法律概念强调了私人 and 个性化的生活的安宁状态，对于隐私的边界难以有整齐划一的界定，因此隐私的法律定义和范围一直存在争议。此次《民法典》采取了通过一般定义加举例的方式，试图通过对实践中具体场景（包括如电话骚扰、广告、私密场所偷拍等行为的归纳总结）明确侵犯隐私的情形，。这一做法的实际效果有待进一步考量。

《民法典》在对个人信息和隐私作出定义的基础上，也意识到二者存在重合的部分。因此，《民法典》还制定了对个人信息与隐私保护的衔接规则，明确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，则适用有关个人信息保护的规定。不过这一解决思路本质上仍然依赖于对二者范围，特别是对隐私，的有效识别和界定。

因此，实践中相关企业合规的出发点，应是梳理其收集了何种信息，其中是否收集了“个人信息”，是否涉及收集自然人私密信息，在此基础上才能有效评估企业信息收集行为的合规性或相关风险。由于隐私的识别涉及到一般常识和对特定主体的个性化认知，因此可以认为《民法典》对于企业的合规提出了更高的要求。

二、《民法典》就隐私权和个人信息保护的主要规定及简要评析

。齐爱民，张哲：《识别与再识别：个人信息的概念界定与立法选择》，载《重庆大学学报（社会科学版）》，2018年第2期。

（一）构建个人信息全生命周期的基本保护体系

1. 首先，《民法典》采纳了《网络安全法》设立的个人信保护三大基本原则，即“合法、正当、必要”。
2. 其次，在确立基本原则的基础上，《民法典》明确了“合法”“处理”个人信息条件，主要包括两种：其一，以获得“知情同意”为基础，通过公开“处理信息的规则，处理信息的目的、范围的方式”进而获得“个人信息主体或其监护人的同意”；其二，承认“法律、行政法规规定的其他方式”作为个人信息处理的合法性基础。这体现了《民法典》与其他个人信息相关法律法规的体系衔接。这意味着企业并非全然依赖用户同意才能获得信息收集的合法性，可根据自身情况，评估、选择其适用的处理个人信息的合法性。

其中值得关注的是《民法典》借鉴了 GDPR，引入了广义的个人信息“处理”概念。“处理”不仅限于一般情形下所理解的对数据的加工行为，而是涵盖了个人信息的“收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等”，意在对个人信的全生命周期中涉及的所有活动进行规制。

另一个值得关注的规定是，《民法典》虽然使用了“信息处理者”这一概念，但对这一概念得界定有别于 GDPR。根据《民法典》的规定，我们理解，“信息处理者”并非是与“信息控制者”相对应的个人信息责任主体，而是对应信息主体的在个人信息全生命周期中采取各种活动的主体，覆盖了 GDPR 项下“信息控制者”和“信息处理者”的一个具有中国特色的创新概念。

这样的规定是为了呼应“处理”的界定，但这样的行文显然与信安标委此前制定并公布的个人信息相关规范的做法不同。对于企业而言，由此产生的问题是如何解决《民法典》和相关国家规范对信息处理主体设定上的不一致，避免冲突与疑义确保在合规中做到《民法典》与现有的个人信息相关规范的衔接。这似乎需要信安标委根据《民法典》对现有的个人信息相关的具体规则进行进一步调整。

3. 最后，就信息主体而言，《民法典》赋予自然人对其个人信息的查阅、复制、请求更正以及删除的权利；就信息处理者而言，其负有不得泄露、篡改、非法提供自然人个人信息，并且采取必要措施确保个人信息安全的相关义务，包括在发生个人信息安全事件时及时采取补救措施等。这些规定，总体上还是在现有的个人信息保护的框架内进行的规定，并没有修改或补充相关具体规则。

（二）规定特殊保护义务

除了前述一般信息处理者的义务，我们注意到，《民法典》还增加了一些对特殊主体或特殊数据类型保护义务的原则性规定。主要包括：

1. 法定机构及其工作人员对个人信息的保密义务；

2. 医疗机构及其工作人员对患者隐私及个人信息保护；
3. 征信机构及其工作人员对信用信息的保护，尤其强调民事主体有权要求对不当的信用评价进行更正、删除等必要措施。

对于这些特殊数据类型，实际上均有相关部门规章就本行业内的相关个人信息保护提出具体且往往是更高的要求。比如就信用信息有《征信业管理条例》、《中国人民银行关于进一步加强征信信息安全管理的通知》等相关规定。涉及收集相关信息的企业应特别关注行业内法规是否相关特殊要求，或主管部门是否有监管指南可供参考。

（三）侵权责任及免责情形

《民法典》并没有就个人信息受到侵害时的民事责任及救济措施予以特别规定。当隐私权和个人信息保护的权益受到侵害时，将适用侵权责任编下受害人对于人格权侵权的请求权以及一般侵权损害的赔偿责任（在符合法律规定的情形下，包括精神损害赔偿）。

《民法典》还明确了个人信息处理行为的免责情形。具体而言，仅限于在“主体或其监护人同意范围内”处理、“处理公开个人信息”以及基于“公共利益及自然人合法权益”三种情形。此外，《民法典》第 999 条规定，仅限于为公共利益而实施新闻报道、舆论监督等行为，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等。但因不合理使用而侵害民事主体人格权的，仍然应当依法承担民事责任。

前述责任免除条款均强调应以对个人信息“合理”使用为前提。但目前《民法典》的相关规定以及具体法规中似乎无法为“合理”提供一个明确的解释标准。可以预见，相关条款对于企业信息处理合规实践将会产生影响，但如何适用该条进行判定不无疑问，有待实践的进一步检验。

三、 其他相关规定：网络侵权中网络服务提供者的责任界定

除了前述隐私与个人信息保护的相关规定，《民法典》还完善了与网络服务相关的个人信息和隐私侵权的规定，比如：明确规定数据和网络虚拟财产受法律保护；在名誉、荣誉权保护方面，关注对网络媒体侵犯相关权利的情形，并为责任承担设置了法律依据。

此次在侵权责任中，还特别针对网络服务提供者的侵权责任进行了细化，即解决在网络用户利用网络服务实施侵权行为的情形下，网络服务提供者的义务与责任分配。

实际上这并不是一个新问题，但在立法选择中平衡主体之间的利益以及在复杂的网络环境中判断责任的归属并非易事，随着技术的不断发展，一直以来产生了各种新问题与争议。而本次《民法典》可以看作对以《侵权责任法》第 36 条为基础的网络侵权法律责任体系的整合与完善。具体而言：

1. 优化“通知—删除”制度。明确权利人的“通知”应当包括构成侵权的初步证据以及权利人的真实信息，若因通知错误造成网络用户或网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。

该条借鉴了信息网络传播权保护的具体规则⁹³，一方面要求提供构成侵权的初步证据，另一方面特别强调权利人应当提供其真实信息，实际上回应了现实中不时发生的滥用“通知—删除”制度进行不正当竞争、恶意投诉等情形，避免权利人提供虚假信息、滥用权利给网络用户造成损害，对网络服务提供者造成流量、广告收入损失。

2. 网络服务提供者在接到权利人“通知”后，应采取必要措施，否则应就损害的扩大部分承担连带责任；还应该及时将前述“通知”转送相关网络用户。这一规定并未就“必要措施”做出具体要求，因此不同服务提供者可以根据服务类型“合理”采取不同的必要措施，这主要是为使用新技术的网络服务提供者进行网络侵权处理留出与其新技术相适应的余地。
3. 增加网络用户的声明权。网络用户在接到前述转送的通知后，可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。实际上是为被投诉的网络用户提供了对抗权利人通知的权利，为其提供了有效的救济渠道。
4. 终止措施的合理期限。网络服务提供者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的权利人，并告知其可以向有关部门投诉或者向提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的“合理期限”内，未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的，应当及时终止所采取的措施。

除侵害信息网络传播权的相关规定，前述规则实际上还参考了较为晚近出台的《电子商务法》第 42、43 条，即电子商务平台知识产权保护的相关规定。但相比于《电子商务法》固定的 15 日起诉期间，《民法典》将其改为“合理期限内”，使其成为较为宽泛的原则性规则，更加具有弹性和选择性。有利于囊括实践中电商行业之外的其他企业就相关问题进行具体判断可能面临的不同情形。

四、我国个人信息保护的法律定位与规制路径

如前文所述，尽管《民法典》在法律层面确立了自然人的个人信息与隐私权应得到保护，并且构建了基本保护框架；但也有一些待进一步解决的问题。

探讨诸多的一个基本问题是“个人信息保护”的法律定位，因其某种程度上关系到立法者对于“个人信息保护”规制路径的选择。虽然个人信息与隐私权共同规定在人格权编中，但对于这一问题，长期以来众说纷纭，主要分歧在于个人信息究竟应属于一种人格权利还是一种人格利益。

1. “利益说”认为，《民法典》相关法律条文并没有明确采用“个人信息权”的这一概念，在文义上即表明立法者的态度，并未将其作为一种权利，这或与传统民事权利具有的“绝对性”

⁹³ 主要包括《信息网络传播权保护条例(2013 修订)》、《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2012〕20 号)、《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》(法释〔2014〕11 号)。

与“支配性”不符。⁹⁴

2. “权利说”的主要理由则在于，自然人的姓名和肖像仅仅具有微弱的可能识别个人的属性，仍然属于个人权利，那么内涵更为广泛、重要的个人信息，也应当属于个人权利。此外，《民法典》及相关法律法规所确立的个人信息主体的同意权、更正权、删除权等，本质上是基于自然人对其个人信息的控制，即所谓的“信息自决”理论，否则何来前述权利之说。

95

笔者也较为赞成后一种观点。事实上，2013年的《消费者权益保护法》第50条，即明确规定经营者“侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的”，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

这一争论本质上其实是“个人信息”具有其独立保护价值，同时其上承载的合法利益具有复杂性、特殊性。对个人信息的非法获取、利用等行为，不仅可能侵犯到当事人的人身自由、人格尊严，还可能侵犯到其财产利益，借助于发达的互联网以及其他技术手段，对个人信息的广泛入侵将够悄无声息地危害公共利益及安全。因此，传统民法中的隐私权与侵权责任保护不能完全覆盖个人信息可能产生的问题。在不能够完全满足保护公民合法权益需要的情况下，立法者必须对个人信息进行特殊规制，在完善基本法律和私法规则的同时，借助公法手段对利用个人信息的行为加以制约。因此，个人信息保护有其独立价值，并需由公法和私法合力予以规制。据此而言，为进一步加强个人信息的保护，进行专门立法也势在必行。

从我国现有规定来看，目前仍然没有形成较为完善的个人信息法律保护体系，相关规定散落在各部法律规章之中，体现出碎片化、分散化等特征。近年来，各界不断呼吁应加快个人信息保护立法进程，完善我国个人信息的规制体系。依据立法计划，《个人信息保护法》今年将会出台，企业等相关主体必须随时保持对相关动态的关注，不断提高个人信息保护的意识以及合规应对能力。

五、小结

综上所述，《民法典》在法律层面明确自然人的个人信息与隐私权应得到保护，并且为此构建了基本规范框架，但尚有一些问题有待实践明确。比如个人信息保护的法律定位为何；“处理”、“信息处理者”等新概念如何进行解释及实践适用；如何与《网安法》等其他个人信息保护法律法规的进行体系融洽、衔接；对相关义务主体将会产生怎样的具体影响等等。

总体而言，作为基础性部门法，《民法典》仅仅停留在对个人信息保护的原则性规定，就具体保护制度以及相关法规的体系协调及构建，亟需《个人信息保护法》等个人信息具体配套制度的充盈。从实体法角度来看，《民法典》作为一部基本法律，并没有对现行的规则进行进一步细化或提供新的规范思路，因此，《民法典》的实施并不会给“信息处理者”产生一些新的实质性的负担。

⁹⁴ 程啸：《民法典编纂视野下的个人信息保护》，载《中国法学》，2019年第4期，第26-43页。

⁹⁵ 周汉华：《个人信息保护的法律定位》，载《法商研究》，2020年第3期，第44-56页。

第十二篇：保理业务中应收账款转让可能存在的法律风险与防范建议——浅析《民法典》关于保理合同的相关法律规定

作者：赵久光 | 郭明丽

引言

《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）的通过使得保理合同“名正言顺”“有法可依”，《民法典》单独用一章共九个条文对保理合同进行了定义和规范，至此，保理合同成为《民法典》合同编的有名合同。

《民法典》规范下的保理业务将得到进一步的发展，但是，保理业务开展过程中，尤其是应收账款转让过程中可能存在的法律风险也较为复杂、不容忽视。本文将首先梳理关于规范保理业务的法律文件的历史沿革，然后从实操的角度分析保理业务中应收账款转让可能存在的法律风险，进而提出相应的防范建议。

一、关于规范保理业务的法律规定发展脉络的概要梳理

虽然保理业务由来已久并呈现发展越来越快速的趋势，但是，该业务一直缺乏法律层面的规制。在《民法典》通过之前，保理合同的履行以及保理合同纠纷的裁判通常参照《合同法》关于债权转让的相关规定进行，除此之外，商务部、银保监会以及地方机关等发布的部门规章、地方规范性文件法律文件也成为保理相关业务开展的重要参考依据。

2012 年以前，我国没有有关保理业务的法律规范，遇到保理融资问题，一般参照国际保理惯例处理。

2012 年 6 月 27 日，商务部发布《关于商业保理试点有关工作的通知》（商资函[2012]419 号）（下称“《通知》”），标志着我国开启商业保理融资业务工作。《通知》同意在天津滨海新区、上海浦东新区开展商业保理试点，设立商业保理公司，为企业提供贸易融资、销售分户账管理、客户资信调查与评估、应收账款管理与催收、信用风险担保等服务。

2012 年 10 月 9 日，商务部答复天津市、上海市商务委《关于商业保理试点实施方案的复函》（商资函[2012] 919 号），该答复同意天津市、上海市分别在滨海新区、浦东新区开展商业保理试点的实施方案，并明确了商业保理公司的设立条件。

2013 年 11 月 27 日，《天津市商业保理业试点管理办法》（津政办发[2013]103 号，已失效）出台。随后，上海浦东新区、重庆两江新区等地也开启了商业保理试点工作，并出台了相关文件。

2019 年 10 月 18 日，《中国银行保险监督管理委员会办公厅关于加强商业保理企业监督管理的通知》颁布，以加强监督管理，压实监管责任，防范化解风险，促进商业保理行业健康发展。

2020 年 5 月 28 日，《民法典》经由十三届全国人大三次会议表决通过，并将于 2021 年 1 月 1 日起实施。至此，保理合同进入民法典时代。

二、关于保理业务中应收账款转让可能存在的法律风险

《民法典》第七百六十一条规定了保理合同的定义，即“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”。根据《民法典》，保理法律关系涉及到保理人、应收账款债权人（下称“债权人”）与债务人等三方民事主体以及保理合同与基础交易合同等合同关系。债权人与债务人之间的基础交易合同是成立保理法律关系的前提，而债权人与保理人之间的应收账款债权转让则是保理法律关系的核心。鉴于应收账款的核心作用，为逃避受保理法律关系的约束，恶意的债权人可能提供虚假的或者有瑕疵的应收账款；债权人提供的应收账款可能不具有可转让性；出于种种原因，保理人或者债权人可能未将债权转让通知债务人；以及同一应收账款上可能存在多笔不同的保理合同等等，这都给保理业务的开展带来诸多风险。下面将该等主要法律风险做一简述。

（一）应收账款未转让给保理人或者虽已转让但是应收债权系虚假的，保理法律关系存在被认定为“名为保理、实为借贷”的可能性

《民法典》第七百六十三条规定：“应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。”也就是说，如果债权人转让的债权系债权人与债务人是虚构的，则此时保理法律关系因不存在真实、有效的应收账款而失去了有效成立的前提与基础，保理合同法律关系不成立，很有可能被认定为“名为保理、实为借贷”。同样，如果债权人未将其应收账款转让给保理人，保理法律关系也有可能被认定为“名为保理、实为借贷”。在“名为保理、实为借贷”的法律关系中，保理人无权要求债权人支付保理款，而是仅可以向债权人主张保理款本金及对应的利息。

在（2016）湘民终 152 号案中，湖南省高级人民法院认为，虽然保理人与债权人、债权人与债务人之间签订的协议表面上符合保理合同法律关系成立的形式要件，但根据查明的事实，债务人与债权人的基础交易合同系虚假合同，债务人与债权人之间并未发生真实的债权债务关系。因此，保理人与债权人之间的保理合同法律关系未能依法成立。“又因双方签订虚假基础贸易合同的真实意图是以保理之名行获取银行贷款之实，故本案所涉法律关系的真实属性应认定为金融借款法律关系，本案应以金融借款法律关系来确定当事人之间的权利义务”。

另外，在（2017）京 0102 民初 27952 号案中，北京市西城区人民法院也认为，保理业务是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。与其他融资方式相比，其核心特征在于融资方对其依法享有的应收账款履行了合法的转让手续。保理人与债权人、债务人之间签订的《保理合同》是当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应属有效。但根据查明的事实，债权人转让的债权并非真实有效的债权，故保理关

系的核心要件并不具备。考虑诉争保理合同约定保理人需将融资款支付至债权人且债权人需支付保理利息及罚息、违约金等，且保理人确依约向债权人履行了付款义务，故保理人与债权人之间形成民间借贷法律关系。

（二）应收账款不具有可转让性，保理人将无法就应收账款进行有效追偿

《民法典》第七百六十九条规定：“本章没有规定的，适用本编第六章债权转让的有关规定。”《民法典》第五百四十五条规定了债权不得转让的三种情形，即“（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让”。因此，保理法律关系中的应收债权应当具有可转让性，否则债务人有权以此为由进行抗辩，拒绝履行清偿义务。

在（2011）苏商外终字第 0072 号案中，江苏省高级人民法院认为，保理人主张所受让之债权系债权人与债务人之间买卖合同项下应收账款，但债权人与债务人在买卖合同中明确约定“未经债务人书面同意，任何应收账款均不得转让”。对此，保理人未能举证债务人出具过书面同意。故本案所涉应收账款债权因受当事人之间特别约定的限制，并非可转让之债权。债务人关于本案所涉买卖合同项下债权已约定不得转让的抗辩理由，有事实和法律依据，予以采信。

（三）应收账款转让未通知债务人，应收账款转让对债务人不发生效力

《民法典》第七百六十四条的规定：“保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。”除此之外，《民法典》第五百四十六条的规定：“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。”根据上述规定可知，应收账款转让必须通知债务人，否则，应收账款转让将对债务人不发生效力。关于通知的主体，既可以是债权人，也可以是保理人。

在（2019）粤 01 民终 6731 号案中，广州市中级人民法院认为，保理人提交的两份《应收账款转让通知函》的回执上没有债务人的盖章确认。保理人还主张通过在增值税发票上备注的方式向债务人通知债权转让，但依照《中华人民共和国合同法》第八十条第一款“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力”的规定，应由债权人就债权转让通知债务人，且仅凭发票上备注的文字并不足以证实债权人已将涉案债权转让给保理人等，故保理人要求债务人承担清偿责任的主张未获支持。

另外，在（2018）鲁 0811 民初 1714 号案中，济宁市任城区人民法院认为，应收账款债权的转让是保理合同成立的基本条件之一。向债务人送达《债权转让通知书》是办理保理融资业务的重要环节，对通知书的合法签收意味着交易债务人认可该债权转让行为，并承诺向债权人付款，该债权转让方可生效。但是，本案中，债务人否认基础债权的存在，并表示未收到《债权转让通知书》且不认可印章的真实性。鉴于保理人无法举证证明印章的真实性，本案债权转让不能成立，不能构成保理法律关系，保理人要求债务人向其支付应收账款，无事实依据，其该项诉讼请求未获支持。

（四）同一应收账款存在被债权人与不同保理人签订多个保理合同，导致多个保理人向同一债权人就同一应收账款主张权利，保理人的权利存在无法获得保障的风险

根据《民法典》第七百六十八条的规定，应收账款债权人有权就同一应收账款订立多个保理合同，而且均可以在中国人民银行征信中心进行登记。该登记仅具公示作用，而非对抗作用，这就存在多个保理人就同一应收账款主张权利的情形。该应收债权如果金额足够大，则可能能够偿付所有保理人的债权；但是，如果该应收债权金额较小且登记时间顺位较后，则存在保理人的债权金额无法全部清偿甚至存在全部无法清偿的风险。

三、关于前述法律风险的有关防范建议

如前所述，保理业务中的应收账款转让可能存在一定法律风险，为避免或减少法律风险，特提出相关防范建议，简要说明如下。

（一）严格审查基础交易，确保应收账款的真实性、有效性与可转让性

建议保理人加强对交易背景及合同真实性的审查，既包括形式上的审查，也包括实质上的审查。形式上的审查主要包括对基础交易合同用印的审查，即，债权人提供的基础交易合同是否系交易主体加盖公章的原件，以及对合同条款的审查，如对交易涉及的商品的有关描述、合同金额、付款方式、付款日期、交货时间等是否有明确规定，发票是否真实等。实质上的审查主要包括债权是否具有可转让性，债权人与债务人是否存在关联关系以及是否存在抵销的情形等。

（二）应收账款转让后，及时通知债务人，确保债权转让的效力

建议保理人与债权人签署保理合同等法律文本后，保理人或者债权人应当根据约定通知债务人。保理人与债权人在保理合同中约定由保理人通知债务人的，保理人向债务人发送债权转让通知的同时，应当表明其保理人身份并附有必要凭证。保理人或者债权人与债务人对于债权转让通知的形式有约定的，务必按照约定的形式通知债务人。如约定使用电子签名、数据电文形式，或者约定通过各类电子交易平台在线上采用电子签名、数据电文等形式发送债权转让通知的，在符合《中华人民共和国电子签名法》相关规定的情况下，可以认定债权转让对债务人发生效力。同时，建议保理人和债权人保留好通知债务人债权转让的相关书面文件或者其他证据，以备将来各方发生争议时作为证明材料出示或者提交。

（三）增加担保方式，完善担保手续，增加保理人收回保理款的可能性

无论是在有追索权的保理业务中还是在无追索权的保理业务中，增加债权人和/或债务人，尤其是债权人足额的担保措施并办理完毕相关的担保手续，能够使得保理人即便在应收账款转让存在瑕疵或者无效致使债权人和/或债务人无法向保理人偿还债务，或者就同一应收账款存在多笔保理款的情形下，也有处置担保财产的权利并实现自身债权的能力。

此外，建议保理人预计其与债权人和/或债务人之间可能发生争议时，尽快请其法务人员或者聘请专业律师介入，未雨绸缪，为保理人提供专业的法律意见及法律防范措施，即便将来上述争议可能会诉诸法律，保理人也可在法律程序中掌握主动权，最大程度地保护自身利益。

第十三篇：《民法典》合同编——合同保全之代位权与撤销权

作者：陈逸菲 | 谷丰（环球律师事务所合伙人沈春晖律师提供了指导、意见和建议）

引言

关于代位权与撤销权是否可以同时行使，法学界向来莫衷一是，一方面，在我国司法实践中，确有法院在判决中为保全债权，认可了债权人可以同时主张代位权与撤销权的案例⁹⁶；同时，也有一些法院因代位权与撤销权在制度功能、行使条件、法律效果等方面存在较大差异并不允许债权人在行使撤销权之后可以再行使代位权⁹⁷。笔者注意到，为充分保障债权，使得债权人及时获得清偿，《民法典》起草小组在起草《民法典》合同编草案时也将相关规定纳入《民法典》合同编草案（二审稿）（以下简称“**二审稿**”）第三百三十一条第二款——债权人请求人民法院撤销债务人行行为的，可同时依法以自己的名义代位行使债务人在其行为被撤销后对相对人所享有的权利。该条规定对于原来《合同法》第七十四条⁹⁸项下关于撤销权的行使方式作出了较大调整，不仅对撤销权作出规定，更对于债权人行使撤销权后如何实际获得利益（行使代位权）作出明确规定，为债权人提供了更强的保护，但在最终颁布的《民法典》中前述规定已被删除，代位权与撤销权两项合同保全制度是否可以同时主张似乎又回到模糊不明的状态。

结合前述变化，本文拟对《民法典》项下两项合同保全制度——代位权与撤销权进行简要分析，以供进一步探讨。

一、代位权与撤销权适用规则简析

所谓合同保全是指为防止因债务人的财产不当减少或不增加而给债权人的债权造成损害，允许债权人行使撤销权或代位权以保护其债权的法律制度。现行《合同法》第七十三条⁹⁹与第七十四条分别对债权人的代位权与撤销权作出相应规定，最高人民法院亦结合审判过程中面临的各类问题及争议通过司法解释对合同保全制度的行使条件、管辖等内容作出了解释。

⁹⁶ 参见上海市宝山区人民法院（2013）宝民一（民）初字第 5980 号判决书。

⁹⁷ 参见黑龙江省高级人民法院（2012）黑商终字第 6 号判决书。

⁹⁸ 《合同法》第七十四条：因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

⁹⁹ 《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。

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。

《民法典》的合同保全章节不但吸收了《合同法》及其司法解释中有关代位权及撤销权的内容，更结合实践中存在的现实问题对合同保全制度作出了完善，该等完善主要体现在以下几个方面：一，扩大了可代位行使的债务人权利的范围与撤销权的行使范围；二，设置了债权人债权到期的例外情形；三，细化了撤销权的行使条件。

（一）代位权适用规则

《合同法》第七十三条将可代位行使的权利范围仅限于债务人怠于行使的非专属于债务人自身的到期债权。该等限定在实践操作过程中可能面临几个问题：

1. 债权人对相关财产的抵押权或质押权等从权利是否可以行使代位权

债务人除了对第三人享有债权，还可能基于该等债权对相关财产享有抵押权或质押权，或者，存在担保人为第三人履行对债务人的债务提供担保，那么债务人怠于行使对相关财产享有的抵押权或质押权或怠于要求担保人履行担保义务的，债权人是否可以请求行使代位权？如果答案是肯定的，那么似乎与《合同法》第七十三条的规定有所不一致，如果答案是否定的，从法理上来说，债权人有权代位行使债权，但却无法代位行使债权的从权利，似乎不甚合理。

《民法典》第五百三十五条¹⁰⁰很好地解决了上述提及的困境。该等法条规定，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。该等规定在《合同法》第七十三条的基础上，将非专属于债务人的债权的从权利也纳入代位权的行使范围，该等安排更有利于维持债务人的责任财产，更为积极地保护了债权人的合法权益。

2. 债权到期前债权人是否可以行使代位权

《合同法》第七十三条将代位权的行使范围局限于到期债权，这也使得债权人在维护自身权益时又面临一现实阻碍，债权没有到期如何行使代位权？在《民法典》施行前，代位权的相关规定中并无维持权利状态的相关规定，主要是在《合同法》颁布之初，代位权制度是一项新的制度，为防止在实践中出现差错，不宜将代位权的适用扩张至债权到期前的权利状态维持¹⁰¹。

随着代位权制度的日渐成熟，对未到期债权的权利状态维持的规定应运而生，《民法典》第五百三十六¹⁰²通过例举的方式规定，债权人的债权到期前，如发生影响债权人的债权实现的情形，

¹⁰⁰ 《民法典》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。

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

¹⁰¹ 参见《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）的解释与适用》，载于《判解研究》2000年第1辑。

¹⁰² 《民法典》第五百三十六：债权人的债权到期前，债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为。

债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为。该条规定的目的主要是维持权利状态，保障债权人的权利不受到损害，因而并不以债权到期为必要条件，且针对未到期债务的权利维持，《民法典》并未将行使方式限定于诉讼方式。

（二）撤销权适用规则

《合同法》有关撤销权行使的范围限定于（1）放弃到期债权，对债权人造成损害的；或（2）无偿转让财产，对债权人造成损害的；或（3）以明显不合理的低价转让，对债权人造成损害且受让人知道该情形的，这三种情况。

而《民法典》第五百三十八条¹⁰³及第五百三十九条¹⁰⁴通过将债务人的行为划分成无偿行为与有偿行为两种类型扩大了撤销权的行使范围。第五百三十八条系将《合同法》第七十四条及相关司法解释进行整合对债务人无偿处分财产权益的情形下债权人的撤销权作出明确规定，在此，笔者不再赘述。

相较于《民法典》第五百三十八条所约束的无偿处分财产的情形，《民法典》第五百三十九条就债权人针对债务人的有偿处分财产或为他人提供担保的情形下行使的撤销权增加了主观要件，受益人——即（1）以明显不合理的低价受让财产的相对人；（2）以明显不合理的高价出让财产的相对人；及（3）知道或应当知道债务人为逃避债务的目的而提供担保的被担保方，需存在恶意。所谓受益人的恶意，是指受益人在取得一定财产或一定财产利益时，已经知道债务人的行为有害于债权人的债权，也就是说已经认识到或应当意识到该行为对债权损害的事实，至于受益人是否具有故意损害债权人的意图，或是否曾与债务人恶意串通，不在考虑之列¹⁰⁵。

二、代位权与撤销权同时行使的可行性

《民法典》虽删除了二审稿第三百三十一条第二款的规定，但却未明确禁止债权人同时行使代位权与撤销权，从立法目的出发，代位权制度的立法目的在于保持债务人的责任财产，而撤销权制度的立法目的在于恢复债务人的责任财产，那么在实践中债权人为了保护自己的合法权益，是否可以向人民法院同时主张行使代位权与撤销权呢？

结合《民法典》有关合同保全的相关规定及笔者对于代位权及撤销权的理解，笔者认为两项合同保全制度不可以同时主张。

¹⁰³ 《民法典》第五百三十八条：债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

¹⁰⁴ 《民法典》第五百三十九条：债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

¹⁰⁵ 参见《合同法总论（中卷）（第二版）》，崔建远著，中国人民大学出版社。

第一，代位权针对的是债务人的消极行为，即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，而撤销权针对的是债务人的积极行为，即实施了积极减少财产的行为。

第二，两个制度的行使条件不同。债权人行使代位权的前提条件：一是债务人必须怠于行使权利（包含债权及其从权利（如有）），即债务人应行使并且能够行使权利而不行使的情况下，债权人方有可能行使代位权。如果债务人已经行使权利，则即使行使方法有所不当或通过各种合理方式对次债务人行使债权所获得的数额远低于债权人与债务人之间的债权数额，债权人也不得再行使代位权；二是债务人怠于行使权利的行为所产生的结果必须是对债权人造成损害，债权人有保全债权的必要，如无，则同样无法行使代位权。如果债务人虽怠于行使其对第三人的权利，但债务人的其他财产足以清偿债权人的债权，则债权人无权行使代位权。同时，代位权的行使以债权人自身的债权和债务人对次债务人所享有的债权为限。而，债权人行使撤销权的前提主要有两个，主观上，债务人应具有损害债权人债权的恶意，即诈害债权的恶意；在客观上，仅为债务人存在放弃到期债权、无偿或者以明显不合理的低价转让财产等积极减少财产的行为或恶意提供担保的行为且该行为害及债权人的债权的情形下方可行使撤销权，而且撤销权的行使范围以债务人的全体债权人的债权数额为限，而不以行使撤销权的债权人自身所享有的债权为限。

第三，从两项制度的行使效果来看，债权人行使代位权如获支持，债权人可以直接向债务人的相对人即次债务人主张权利，由次债务人向债权人履行清偿义务，即次债务人直接向债权人履行义务而不能向债务人履行，并由此导致债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系在对等额度内即予消灭；而债权人行使撤销权如获支持，只能使债务人的不当处分行为被撤销，债务人放弃债权或处分财产或恶意担保的行为自始无效，按照入库原则，债权人有权请求受益人将所获利益返还债务人，取回的财产或利益作为全体债权人的共同担保，由全体债权人对这些财产平等受偿，行使撤销权人并不享有直接或优先以该责任财产受偿的权利，即其不享有优先受偿权。

基于前述，因为两项制度针对的行为、行使条件及行使效果均有所不同，笔者认为，债权人无法就债务人的同一行为同时向人民法院请求行使代位权及撤销权。

三、结语

虽然本次《民法典》并未将二审稿第三百三十一条第二款纳入合同保全章节，也未明确债权人是否可以同时行使代位权及撤销权，但根据条文的理解，笔者认为两项制度无法同时行使。

尽管，本次《民法典》合同的保全章节编撰过程中吸收审判实务过程中遇到的常见问题，进一步完善了合同保全制度，但仍有部分问题，如：是否可以同时行使代位权及撤销权、代位权行使的范围是否包含对第三人的物权等问题仍未予以明确，期待在后续实践过程中能够出台相应的司法解释进一步予以明确。我们也将随时关注合同保全制度的最新动态和前沿信息，并及时与读者分享。

第十四篇：《民法典》合同编亮点解读——关于房屋承租人优先承租权的思考

作者：顾巍巍 | 隋天娇 | 胡翔

引言

《民法典》合同编第十四章租赁合同部分总体来看较现行《合同法》变化不大，绝大部分新增条款如第 717-719 条、第 724 条、第 726-728 条来源于《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》，与已有的实务操作路径一致。

其中，租赁合同部分第 734 条第二款新增了关于房屋承租人的优先承租权的规定，该条修改值得引起我们的注意，这一条的规定使优先承租权从意定走向法定，我们研究了以往司法实践中对优先承租权的认定，并提出了几点思考以供业界同仁讨论。

一、优先承租权成为法定权利后的影响

在《民法典》实行之前，对房屋承租人的优先承租权并非一项法定权利，从已有的司法实践来看，尽管上海、广东等地的地方性法规中对优先承租权有规定，但承租人的行使仍依赖于合同的约定，承租人要求行使优先承租权需有合同依据，若没有合同依据，房屋承租人无法当然在租赁期限届满后行使优先承租权。

如广东省茂名市中级人民法院在其审理的（2017）粤 09 民终 2147 号和（2018）粤 09 民终 208 号案中认为，尽管《广东省城镇房屋租赁条例》有优先承租权的规定，但法律并没有赋予租赁合同承租人享有优先承租权，承租人要求对租赁物享有优先承租权没有法律上的依据。

因此，《民法典》确立优先承租权后，对承租人和出租人都将带来深远的影响。

（一）对于承租人的影响

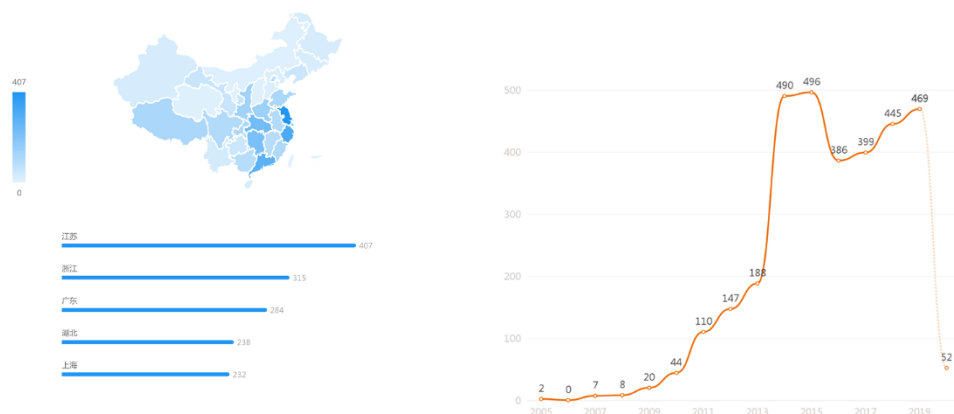
对于承租人来说，其享有的优先承租权无需再与出租人在租赁合同中另行约定。只要租赁期限届满后，承租人即享有同等条件下优先承租的权利。这从一定程度上保护了租赁关系中处于弱势地位的承租人。

（二）对于出租人的影响

而对于出租人来说，既然优先承租权成为一项法定权利，那么出租人就无法在租赁合同中约定排除优先承租权的适用，也不能以租赁合同中未约定优先承租权为由主张承租人不享有优先承租权。毫无疑问，这从一定程度上限制了出租人的权利。

但这并不意味着出租人在原租赁合同期满后完全丧失了选择承租人的权利，优先承租权并非形成权，而是一种请求权，并非承租人的单方意思表示即可成立，仍需依赖于双方协商一致。而且，优先承租权的行使还有“租赁期限届满”、“同等条件”等前提，并不意味着承租人能够当然续租，关于优先承租权的行使，我们会在下文进行讨论。

二、如何行使优先承租权



涉及优先承租权的案例数量/地域分布

我们检索了包含“优先承租权”的案例，发现在《民法典》明确优先承租权为法定权利之前，近年来在司法实践中对于优先承租权的讨论已经越来越频繁。虽然目前《民法典》还没有配套的对优先承租权的详细实施细则，但我们认为，从以往的司法实践中已经足以看出法院对优先承租权的部分认定标准，而后续可能出台的实施细则大概率也不会偏离已有的实践观点。基于以上逻辑，我们研究了优先承租权的典型案例，并提出了如下几点思考。

（一）优先承租权行使的条件

1. 前提条件一：合同的类型为房屋租赁合同

《民法典》第 734 条规定，租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件下优先承租的权利。

这就意味着优先承租权特定于针对房屋的租赁合同的承租人，而未包括针对其他租赁物的租赁合同。

2. 前提条件二：需存在合法有效的租赁关系，且租赁期限届满

优先承租权的隐含前提在于承租人与出租人之间存在合法有效的房屋租赁合同。如上文所述，优先承租权是房屋租赁合同中承租人的特定权利，因此，租赁合同关系的合法有效是承租人享有优

先承租权的当然前提条件。若没有合法有效的租赁关系，承租人也就不具备主张这一特定权利的法律基础。

即使在《民法典》颁布之前，司法实践中也将租赁合同合法有效作为认定承租人是否享有优先承租权的条件之一。例如，在东莞市中级人民法院审理的（2016）粤 19 民终 1380 号案中，双方在合同中约定优先承租权，但因租赁合同被法院认定为无效，故法院认为其约定的优先承租权条款也无效。同样地，上海市第二中级人民法院在其审理的（2015）沪二中民二（民）终字第 1094 号案中也持有相同观点。

此外，《民法典》第 734 条第二款的另一隐含条件在于“租赁期限届满”，即房屋租赁合同需自然到期，若租赁合同被提前解除，则无法被认定为“租赁期限届满”。

3. 前提条件三：出租人到期后继续出租，且原承租人继续承租

《民法典》第 734 条第二款虽未明确说明，但若租赁期限届满后原出租人不继续出租房屋，或原承租人不愿意继续承租，则优先承租权均失去了行使的前提，这也是目前司法实务中法院普遍认同的观点。

在广东省深圳市中级人民法院审理的（2010）深中法民五终字第 2069 号案中，法院认为，优先承租权行使的前提条件是租赁期限届满时出租人愿意继续向他人出租，而该案中出租人在租期届满后计划收回物业进行重新规划和改建，承租人也未能举证证明出租人欲出租给他人，据此认定承租人行使优先承租权的条件明显不成就。

类似的，在广东省深圳市中级人民法院审理的（2014）深中法房终字第 2237 号案、北京市第一中级人民法院审理的（2015）一中民终字第 04645 号案中也有相同的观点。

此外，若出租人与承租人已经就租赁期满后的租金结算和房屋返还问题进行了约定，则可能被认定为双方均没有续租的意向。在上海市第一中级人民法院审理的（2012）沪一中民二（民）终字第 939 号案中，法院认为，双方合同约定的租赁期限届满，且已就租赁合同的终止、租金的结算、房屋的返还时间等均作了约定，视为双方已就合同的终止达成了合意，故承租人再主张其有优先承租权缺乏任何事实及合同依据。

我们在检索案例时还发现了一个非常有意思的案例，在北京市第一中级人民法院审理的（2018）京 01 民终 8324 号案中，租赁合同约定：“考虑到乙方前期翻建投入较大，合同到期后，在同等价格竞争条件下，乙方有优先承租权”，后因政策变化，出租人（军队部门）需将房屋收回，无法续签租赁合同。但法院认为，承租人对合同到期后行使优先承租权续签租赁合同有合理预期，承租人基于此预期投入大量资金对房屋进行翻建、装修。现因政策变化，承租人与出租人客观上无法续签租赁合同，出租人应该基于公平原则给予承租人一定数额补偿。在该案中，出租人到期后并无续租的意思，但法院仍然认定出租人应当基于公平原则给予一定的补偿，可见在实践中对于“出租人到期后继续出租”的认定仍需根据看法院对个案的衡量。

4. 前提条件四：同等条件

同等条件是优先承租权最核心的条款，而对于《民法典》中优先承租权的同等条件具体应当是何标准，学界一直存在争论。目前，对于将租赁合同最核心的条款——租金数额作为同等条件的衡量标准是没有争议的。我们检索了近几年对于同等条件进行认定的典型案例时，发现已有实践中还有法院将承租人的履约情况、出租人欲与新承租人订立的合同条件等纳入考虑的范围，我们将检索到的典型案例归纳如下：

（1） 租金数额

租金数额是最为重要也是被法院广泛认可的衡量标准，如广东省广州市中级人民法院审理的（2019）粤 01 民终 17833 号案中，出租人在到期后对系争房屋采取公开招租的方式对租赁物进行竞租，而原承租人的竞租报价低于案外人，在此前提下法院认为原承租人优先承租的条件并不成就。

（2） 承租人的履约情况

是否将承租人的履约情况作为同等条件的衡量标准，学界存在争议，但我们在检索案例时发现不少法院将承租人的履约情况纳入考虑的范畴。

在北京市第一中级人民法院审理的（2019）京 01 民终 2256 号案中，承租人在合同履行过程中，未及时、足额支付房屋租金的违约行为，虽出租人未提出解除合同，但基于承租人的违约行为，出租人到期后不再将房屋继续出租给承租人并不能被认定为侵犯承租人的优先承租权。

在上海市第一中级人民法院审理的（2019）沪 01 民终 7073 号案、上海市第二中级人民法院审理的（2019）沪 02 民终 5201 号案、广东省韶关市中级人民法院审理的（2019）粤 02 民终 851 号案中，承租人在履行原租赁合同中存在违约行为，法院均认为其已经丧失行使优先承租权的权利。

（3） 出租人欲与新承租人订立租赁合同的条件

在广东省深圳市中级人民法院审理的深（2014）中法房终字第 2356 号案中将出租人欲与新承租人订立的租赁合同中约定的条件作为同等条件的认定标准。

在该案中，租赁合同中约定原承租人承租的是 13 层 1305、1307 房，且原承租人享有优先承租权，而出租人为到期后续租设置的前提条件为新承租人需将 13 层整体承租。对此，法院认为，承租人的优先承租权不是无条件的，而是有条件的，必须在同等条件下行使。关于同等条件标准的确定，一般应以出租人欲与新承租人订立的租赁合同中约定的条件为同等条件。出租人作为涉案房屋所在的第 13 层房屋的所有权人，其欲将第 13 层房屋整层出租属于其行使所有权的权利内容，亦符合常理，出租人提出的整层出租的交易条件属于同等条件内容，承租人不接受该条件，其主张优先承租权的理由不能成立。

（二）关于通知义务

在房屋承租人的优先购买权中，《民法典》明确规定了出租人负有通知义务，若承租人在 15 日内未明确表示购买的，视为放弃优先购买权。但《民法典》并未规定优先承租权中出租人负有通知义务，也未明确承租人行使优先承租权的时间，因此，学界对于出租人通知义务明确一直有较高的呼声。

出租人的通知义务与承租人优先承租权的消灭直接挂钩，我们认为，明确出租人在合同期限届满前的合理期限内通知承租人是否继续出租，以何种方式出租，以及出租的条件，而承租人在接到通知后的合理期限内给予是否继续承租的答复是十分必要的。租赁合同到期后，承租人行使或放弃优先承租权前的这段期间，权利处于悬而未决的状态，若不尽早确定，无论是出租人还是承租人都有可能面临损失。

从目前的司法实践来看，由于优先承租权现阶段依赖于合同约定，关于通知义务也主要来源于出租人与承租人的约定。

1. 承租人的续租申请

目前，绝大多数关于优先承租权的约定是要求承租人在合同期限届满前一定时间内发出继续承租的申请，若承租人未能在约定时间内提出申请，视为放弃优先承租权。

如在北京市第二中级人民法院审理的（2015）二中民终字第 10979 号案中，根据《房屋租赁合同》的约定，承租人应在租赁期满前 1 个月以书面形式通知出租人要求续租，出租人在接到通知后，同等条件下，承租人才享有优先承租权。现承租人未提交相关证据证明其在租赁期限届满前以书面形式通知了出租人要求续租，因此法院最终对承租人提出的优先承租权不予支持。

而即便合同中并未约定承租人提出续租申请的时间，若承租人知道出租人将在合同期满后与第三人签订租赁合同但不反对，则可能被认定为放弃优先承租权。

在广东省佛山市中级人民法院审理的（2017）粤 06 民终 3984 号案中，承租人在租赁期满前已经知道涉案租赁物已成功招标，但是其并未向出租人提出在同等条件下以新的租金标准与出租人签订租赁合同，也并未表示其有意行使租赁合同约定的优先承租权，而是表示尊重出租人的选择，并要求出租人给予其不少于 8 个月的撤场期。法院认为，以上事实充分证明承租人在履行租赁合同过程中自行放弃了优先承租权。

2. 出租人的通知义务

尽管有的租赁合同中并未明确要求出租人承担通知义务，但实践中也有法院认为出租人有义务主动将房屋继续出租的信息告知承租人。

在上海市第一中级人民法院审理的（2009）沪一中民二（民）终字第 3640 号案中，合同约定，“如甲方在租期届满后仍要对外出租的，在同等条件下，乙方享有优先承租权”，该案中，出租人在租赁合同期满，承租人搬离租赁房屋后的较短时间内，便将系争房屋出租给第三人，未能及时告知承

租人，剥夺了对方在与第三人同等条件下，优先租赁的机会，有违合同约定和诚实信用原则，应当对承租人由于丧失优先承租机会而产生的相关损失承担违约赔偿责任。

（三）关于优先承租权遭到妨害的救济

关于如果承租人的优先承租权遭到妨害后的救济问题，《民法典》并未进一步规定，若承租人的优先承租权遭到侵害，承租人应当有权要求出租人予以赔偿。由于优先承租权在现阶段有赖于合同约定，因此侵犯优先承租权的行为在目前的司法实践中被认定为违约行为，违约责任的承担形式一般为赔偿损失而非判令承租人继续承租房屋，而关于赔偿的范围，法院一般酌定以实际发生的损失为限确定赔偿数额。

在上海市第一中级人民法院审理的（2009）沪一中民二（民）终字第 3640 号案中，双方合同约定，“如甲方在租期届满后仍要对外出租的，在同等条件下，乙方享有优先承租权”，但出租人在租赁合同期满，承租人搬离租赁房屋后的较短时间内，便将系争房屋出租给第三人，未能及时告知承租人，剥夺了对方在与第三人同等条件下优先租赁的机会，有违合同约定和诚实信用原则。但对于承租人要求租赁系争房屋的请求，法院认为，原租赁合同的优先承租权的约定不得对抗第三人，该房屋目前已由第三人承租使用，且第三人亦表示其在租赁期满后要求优先承租，因此并未支持承租人的请求。

在东莞市第二中级人民法院审理的（2016）粤 1972 民初 6465 号案中，按照约定，承租人同意提前 5 个月解除与出租人的租赁合同，但前提为案涉商铺改建后承租人享有第二顺位的优先租赁权，而出租人在案涉商铺改建过程中，在承租人尚未行使或明确表示放弃其第二顺位的优先承租权的情况下，将案涉商铺出租给他人，法院认为其行为已构成违约，理应承担相应的违约赔偿责任。关于赔偿的范围，承租人主张己方因出租人违约而导致的损失包括入场费的损失 50000 元及被迫停业 4 个月左右的营业损失 30000 元，但法院认为其并未实际支出入场费，且该费用缺乏法律及合同依据，同时承租人亦不能举证证明其营业收入的损失情况，故法院对上述损失不予采纳。考虑到承租人系基于出租人对优先租赁权的承诺而提前终止租赁合同，造成其剩余 5 个月的租期无法继续使用案涉商铺而发生损失，最终法院酌定以剩余租期的租金 12500 元（2500 元×5 个月）扣除出租人已支付的搬迁补偿款 2500 元为限确定承租人的损失为 10000 元。

在北京市第一中级人民法院审理的（2015）一中民终字第 04645 号案中，法院认为承租人基于对优先承租权的信赖对案涉房屋进行了装修，法院结合装修情况以及在本案涉及的 10 年期合同的履行情况、以及合同临届到期时出租人招标的情况，判定出租人应当对承租人为改善就餐环境对餐厅进行基础设施、配套设施的改建装修的相关费用进行补偿，最终依据公平原则和诚实信用原则判令出租人赔偿设施设备及装修折价补偿费 40 万元。

在广东省湛江市中级人民法院审理的（2017）粤 08 民终 815 号案中，法院认为，双方在原租赁合同并未针对优先承租权事项约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也未约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法，故只能根据案件的具体情况予以确定。侵害优先承租权造成的损失主要是丧失机会的损失。承租人丧失续租机会，须另行寻租经营场所，势必发生搬迁的费用；对新经营场所进行装修装饰，也需投入费用；还会产生经营中断、影响营业收入的情况。

故从租赁市场的交易习惯、保护承租人的合法权益、充分发挥租赁物的经济效用出发，并考虑当事人的预期损失等多方面因素，在平衡双方当事人利益的基础上，法院酌情确定由出租人向承租人赔偿违约损失 10000 元。对于承租人上诉主张转让费、装修投入以及广告费损失，均属于履行原租赁合同投入的合理费用，与本案产生的违约损失没有关联性，法院不予支持。对于承租人另行主张间接损失 180000 元，法院认为也缺乏事实依据最终不予支持。

四、总结和建议

《民法典》虽已颁布，但其生效时间在 2021 年 1 月 1 日，对于房屋承租人的优先承租权制度具体将如何执行，是否会有进一步的细则目前都尚未可知。基于本文的分析，我们提出如下几点建议：

第一，在《民法典》尚未生效的期间，优先承租权仍为双方约定的权利。承租人是否有优先承租权取决于出租人和承租人的约定。因此，在此期间新签订的租赁合同，若合同中未约定优先承租权，则承租人不能当然享有此项权利。而若出租人同意赋予承租人优先承租权，我们建议咨询专业律师，在租赁合同中将优先承租权的权利行使方式等内容作出明确约定，包括但不限于：出租人的通知义务、承租人行使优先承租权的时间和方式，以及同等条件的标准。

而关于同等条件的标准，根据上文的分析，我们建议将租金数额、租赁期限、承租人的违约情况等作为同等条件的考量因素。

第二，在《民法典》生效后，若届时仍然没有实施细则，我们建议出租人和承租人仍应在新签订的租赁合同中将优先承租权的行使方式等内容进行明确约定。

若合同的签订时间在《民法典》生效之前，但租赁期限届满的时间在《民法典》生效之后，我们建议出租人与承租人签订补充协议，对优先承租权的行使方式进行补充约定。

第十五篇：《民法典》合同编对违约责任归责原则的继承与革新——兼议违约责任“与有过失”规则的正式入法

作者：李昭 | 董建 | 戴月

引言

在相当长一段时间内，我国的民法学理论界对违约责任的归责原则存在争议。部分学者认为违约责任的归责应采严格责任说；¹⁰⁶而另一部分学者主张应采取过错责任原则与严格责任原则的双轨体系。¹⁰⁷这一学理争议贯穿了我国 1999 年《合同法》直至 2020 年《民法典》的起草和制定过程，并最终影响了《合同法》及《民法典》合同编对违约责任归责原则的选择。

《民法典》合同编“通则”继承了《合同法》总则对于严格责任的选择，并在“典型合同”分编中基本沿用了《合同法》分则中关于过错责任的规定。同时，《民法典》第 592 条第 2 款新增了“与有过失”规则的规定，正式从立法层面回应了关于严格责任与“与有过失”规则存在矛盾的争议。为了更好地说明《民法典》合同编对违约责任归责原则的继承与革新，本文将从实务的角度梳理自 1981 年《经济合同法》以来至今立法上对违约责任归责原则的选择，以及实务中对违约责任归责原则的理解，并着重探讨“与有过失”规则在违约责任中的适用。

一、违约责任涉及的三种归责原则

在违约责任的语境下，经常讨论的有三种归责原则，即严格（无过错）责任原则、过错责任原则和过错推定原则。对于这三类归责原则，民法典合同编释义中如此介绍：

所谓归责原则，就是将责任归属于某人的正当理由。如果将责任归属于某人的正当理由是该人具有过错，这就是过错归责原则。如果将责任归属某人无需证明该人具有过错，但该人可以通过证明自己没有过错而免责，这就是过错推定原则。如果将责任归属于某人不以该人具有过错为前提，即使该人证明没有过错仍然要承担责任，除非其能够证明自己具有法定的免责事由，这就是无过错归责原则。¹⁰⁸

从举证的角度来说，如果采用严格（无过错）责任原则，则守约方举证证明存在违约事实即可，无须证明违约方存在过错；如果采用过错责任原则，则守约方除证明存在违约事实外，还须证明违

¹⁰⁶ 梁慧星：《从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第 76 条第 1 款》，载《民商法论丛（第 8 卷）》，法律出版社 1997 年 12 月第 1 版，第 3-7 页。

¹⁰⁷ 崔建远：《严格责任？过错责任？——中国合同法归责原则的立法论》，载《民商法论丛（第 11 卷）》，法律出版社 1999 年 1 月第 1 版，第 190-197 页。另见崔建远：《合同法应当奉行双轨体系的归责原则》，载《广东社会科学》2019 年第 4 期，第 225-235 页。

¹⁰⁸ 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 月第 1 版，第 265 页。

约方存在过错。如果违约方仅须证明违约，无须证明违约方存在过错，但违约方可以通过证明自己没有过错而免责，那么此时采取的就是过错推定原则。¹⁰⁹

严格责任原则 违约－免责情形＝责任

过错责任原则 违约＋过错－免责情形＝责任

过错推定原则 违约-违约方证明没有过错-免责情形＝责任

二、《民法典》之前的违约责任归责原则

（一）《合同法》之前的违约责任归责原则

1. 三类合同法分别采用了不同的归责原则

我国 1981 年 12 月 13 日通过的《经济合同法》（1982 年 7 月 1 日起实施，1999 年 10 月 1 日废止）明确采用了过错责任的归责原则。与之相对，为了与《联合国国际货物销售合同公约》¹¹⁰接轨，1985 年 3 月 21 日通过的《涉外经济合同法》（1985 年 7 月 1 日起实施，1999 年 10 月 1 日废止）则采用了严格责任的归责原则。1987 年 6 月 23 日通过的《技术合同法》（1987 年 11 月 1 日起实施，1999 年 10 月 1 日废止）则延续了《涉外经济合同法》的规定。条文对比如下：

《经济合同法》第 32 条第 1 款	《涉外经济合同法》第 18 条	《技术合同法》第 17 条第 1 款
由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任；如属双方的过错，根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违约责任。	当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后，尚不能完全弥补另一方受到的损失的，另一方仍然有权要求赔偿损失。	当事人一方不履行技术合同或者履行合同义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。

2. 《民法通则》采用何种归责原则存在争议

¹⁰⁹ 更多关于归责原则的区别可参见王利明：《合同法研究 第二卷（修订版）》，中国人民大学出版社 2011 年 4 月第 2 版，第 428-429 页。

¹¹⁰ 我国政府于 1981 年 9 月 30 日在《联合国国际货物销售合同公约》上签字，并于 1986 年 12 月 11 日批准该公约。

关于 1986 年 4 月 12 日通过的《民法通则》（1987 年 1 月 1 日起实施，将于 2021 年 1 月 1 日废止）¹¹¹采用了哪一种归责原则，学界对此仍然存在争议。其第六章“民事责任”第一节“一般规定”第 106 条【归责原则】规定如下：

公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。

公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。

其第六章“民事责任”第二节“违反合同的民事责任”第 111 条【违约责任的一般条款】规定如下：

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条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。

从上述条文文字上来看，无疑是延续了《涉外经济合同法》的表述，亦即采取严格责任的归责原则。令人困惑的是，《民法通则》实施后，《经济合同法》于 1993 年 9 月 2 日修改，但并没有修改原来第 32 条（1993 年修正后变更为第 29 条）关于“过错”的要求。因此，部分学者主张《民法通则》实际上采取了过错推定的立法技术，并非采纳严格责任的归责原则。¹¹²

（二）《合同法》确立的违约责任归责原则

1. 《合同法》总则以严格责任作为违约责任归责的主要原则

1999 年 3 月 15 日《合同法》（1999 年 10 月 1 日起实施，将于 2021 年 1 月 1 日废止）通过，标志着三法分立时代的终结。在这样一部标志性法律的立案起草过程中，与“国际”¹¹³接轨的声音占据了上风，最终《合同法》采纳了严格责任的归责原则。其第 107 条【违约责任】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。

¹¹¹ 尽管《民法通则》开始实施之后，《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》等单行立法陆续出台，并且 2017 年全国人大又通过了《民法总则》，但《民法通则》一直并未正式废止。在法律适用上，如果新出台的法律的规定与民法通则不一致，或者特殊单行法的规定与民法通则不一致，可以根据新法优于旧法、特殊法优于一般法的原则进行适用。

¹¹² 更多理由参见韩世远：《合同法总论（第四版）》，法律出版社 2018 年 6 月第 4 版，第 746-747 页。对该争议的描述另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，第 718 页。

¹¹³ 国际上的发展趋势是否是严格责任归责原则，学理上也存在诸多争议。详见崔建远：《合同法应当奉行双轨体系的归责原则》，载《广东社会科学》2019 年第 4 期，第 227-228 页。另见朱广新：《违约责任的归责原则探究》，载《政法论坛》2008 年 7 月第 26 卷第 4 期，第 80-85 页。

上述规定中并无“但当事人能够证明自己没有过错的除外”这样的表述，《合同法》总则部分也没有任何条文规定考虑违约方的过错程度。这代表了过错责任说或者过错推定责任说最终未被《合同法》总则采纳。

尽管《合同法》第 107 条及总则部分的其他条文已经对归责原则给出了比较清楚的结论，但仍然有学者主张，认为我国《合同法》已经完全采纳严格责任而排斥过错责任的观点是不妥当的，无论在总则还是分则中，《合同法》都采纳了过错责任，只不过是过错责任作为法律特别规定的情况对待的。¹¹⁴

《合同法》生效后，法院亦按照第 107 条的规定，在认定违约责任时并不考虑违约方是否存在过错。例如，在一起商品房销售合同纠纷中，开发商主张因政府原因导致延迟取得备案证明，其不应承担延迟期间逾期交房的违约责任。对此，最高人民法院在再审判决中指出，根据《合同法》第 107 条，开发商逾期交房所应承担的责任系无过错责任，现开发商逾期交房已构成违约，故应承担相应的违约责任。¹¹⁵

最高人民法院在以上案例中对违约责任归责原则的解读也与《合同法》第 121 条【因第三人的过错造成的违约】相契合。根据《合同法》第 121 条，违约方因为第三方的原因导致违约，仍应承担违约责任，而不得免责。该条文既是合同相对性原则的体现，又是严格责任归责原则的体现。

2. 《合同法》分则中关于过错责任归责原则的规定

真正值得注意的是《合同法》分则部分。《合同法》分则明确规定在一些具体的典型合同中，某种特定类型的违约行为采取过错归责原则：

例如，在赠与合同中，根据《合同法》第 191 条的规定，赠与人原则上不对赠与财产存在瑕疵承担责任，但是在赠与人主观上存在恶意，即故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的情况下，造成受赠人损失的，赠与人承担赔偿责任。此处要求赠与人主观存在故意，即是过错归责原则。

更多列举详见下文第三部分《合同法》与《民法典》部分条款的对比表格。

除上述明确采取过错归责的规定外，为进一步解决严格责任归责原则对于违约方过于严苛的问题，《合同法》分则还在一些具体的典型合同中规定了特殊的免责事由：

例如，在客运合同中，根据《合同法》第 302 条第 1 款，承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。也就是说，承运人对旅客伤亡的赔偿责任虽然不能因为自身没有过错而免责，但除了

¹¹⁴ 王利明：《合同法研究 第二卷（修订版）》，中国人民大学出版社 2011 年 4 月第 2 版，第 435-449 页。

¹¹⁵ 参见邹德雨、三亚中铁置业有限公司商品房销售合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民再 295 号再审民事判决书，2017 年 12 月 24 日。

不可抗力等一般免责事由，额外增加了“旅客自身健康原因”、“伤亡是旅客故意、重大过失造成”两项特殊免责事由，即包括以合同一方的过错作为对方的免责事由。

（三）“与有过失”规则在违约责任中的适用

1. 在法律规定层面，《合同法》未规定“与有过失”规则

“与有过失”，又称“与有过错”、“过错相抵”、“过失相抵”、“混合过错”、“促成过失”、“受害人过错”等，是指赔偿权利人就损害的发生有过失时，裁判者可以减轻赔偿金额或者免除赔偿责任。¹¹⁶1981年《经济合同法》第32条（1993年修正后第29条）第1款的后半句就是“与有过失”规则在违约责任领域的适用：“如属双方的过错，根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违约责任。”

与《经济合同法》不同，《合同法》中并没有关于“与有过失”规则的直接规定。尤其是，在减轻或限制违约责任损害赔偿范围的规定方面，《合同法》明确纳入了双方违约（第120条）、可预见性规则/合理预见规则（第113条）、减损规则（第119条）等，但却单独没有规定“与有过失”。部分学者认为，这一“遗漏”并非立法疏漏，恰恰是有意排除“与有过失”规则适用于违约责任。¹¹⁷

2. 司法实践普遍认为“与有过失”规则可以适用于违约责任

因为当事人对自己的过错负责这一观念与我们自然朴素的正义观念相符合司法实践中，在确定违约责任的范围方面，“与有过失”规则一直得以适用。

【案例：董某与某汽车物资经销公司汽车买卖合同案】《人民法院案例选》（1996年第4辑、总第18辑）曾经刊载这样一个案例。董某与某专用汽车物资经销公司之间订立汽车买卖合同。后董某驾驶汽车运载超重货物上路行驶，由于钢圈破碎导致翻车，给董某造成损害。交通事故处理部门认定汽车质量不合格是导致事故的主要原因，但董某超重行驶（存在过错）也是造成事故的原因之一。一审法院判决某专用汽车物资经销公司对董某的全部损失承担赔偿责任，二审法院认为某专用汽车物资经销公司应承担主要责任，董某也应承担一定责任。¹¹⁸

从上述案件可知，《合同法》出台之前，法院在买卖合同领域的审判思路是认可“与有过失”规则的。最高人民法院评析该案认为，作为出卖人的某专用汽车物资经销公司应无条件承担因其所

¹¹⁶ 韩世远：《合同法总论（第四版）》，法律出版社2018年6月第4版，第797页。

¹¹⁷ 梁慧星教授认为，中国合同法之未规定过失相抵规则，非属“立法漏洞”，参见梁慧星：《中国合同法：是否承认过失相抵规则？——买卖合同解释（法释〔2012〕8号）第三十条解读》，载中国法学网，链接：<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=3522>。及至2019年12月，梁慧星仍然认为，《民法典》中增加当年被否定的、与现行“不可预见规则”抵触的“过失相抵规则”是错误的，参见梁慧星：《关于民法典分则编纂中的重大分歧》，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/Dq3GhJBem3lsZ4rZGgq2xA>。另见《梁慧星：民法典合同编二审稿若干问题》，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/ewcnhPzb480nyfAxSW5D1w>。

¹¹⁸ 最高人民法院民事审判第二庭（编著）：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2012年6月第1版，第470页。

销售车辆质量不合格而给买受人董某造成损害的赔偿责任。无论买受人有无过错，都不能作为出卖人免责的理由。但董某超重行驶，具有一定过错，同时该过错也是钢圈破碎、致车翻倒的原因之一，因此董某也应承担一定责任。¹¹⁹由此可见，最高人民法院认为，在违约责任的产生层面，执行严格责任的归责原则，违约方因违约行为“无条件”承担违约责任，买受人过错不能作为免责理由；但在违约责任的赔偿范围层面，可适用“与有过失”规则，存在过错的守约方也要承担一定的责任。

2012年5月10日，最高人民法院发布《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号，2012年7月1日起实施，以下称“《买卖合同司法解释》”），明确提出在买卖合同领域采纳“与有过失”规则。其第30条规定如下：

买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。

最高人民法院民二庭在《买卖合同司法解释》的理解与适用中直接亮明了其立场，即严格责任下亦应当适用“与有过失”规则确定违约责任损害赔偿。¹²⁰《买卖合同司法解释》通过后，各地方法院在审理买卖合同纠纷中，基本上都会同时考虑违约方和守约方的过错，并酌定赔偿比例和大小。¹²¹

除买卖合同外，在其他类型的合同纠纷中，法院也可以根据《合同法》第174条¹²²参照适用《买卖合同司法解释》第30条“与有过失”规则。¹²³

【案例：河南邦欣电子商务有限公司与国付宝信息科技有限公司服务合同纠纷案】《人民司法·案例》（2017年第5期）曾经刊载由北京朝阳法院一审、北京三中院二审的一起电子支付服务合同纠纷案。2013年1月8日，邦欣公司与国付宝公司签订了电子支付服务协议，约定国付宝公司应向邦欣公司提供安全、稳定、便捷的电子支付服务。2013年12月30日，邦欣公司网络账号的支付密码连续三次输入错误而被锁定，2013年12月31日，国付宝公司根据申请对涉案密码进行了重置操作，并将重置后的密码发送到邦欣公司电子信箱。随后，邦欣公司6万元款项非因邦欣公司授权而被转出。三次错误密码输入及款项转出时使用的IP地址均与邦欣公司正常使用的IP地址不同。北京三中院最终认定国付宝未尽注意义务，构成违约，应对于违约造成的损失承担违约责任。但邦

¹¹⁹ 同上，第470-471页。

¹²⁰ 同上，第472-473页。

¹²¹ 例如，北京日月房地产开发有限公司与北京恒坤混凝土有限公司买卖合同纠纷案，北京市第二中级人民法院（2017）京02民终10964号二审民事判决书，2017年12月28日；上海昊曼实业有限公司与沪宝新材料科技(上海)股份有限公司买卖合同纠纷案，上海市第二中级人民法院（2016）沪02民终8643号二审民事判决书，2017年7月31日；陈利锋、刘国华与李庆来房屋买卖合同纠纷案，上海市第二中级人民法院（2019）沪02民终10110号二审民事判决书，2020年6月19日等。

¹²² 《合同法》第174条【买卖合同准用于有偿合同】法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。

¹²³ 不仅在《买卖合同司法解释》通过之后，在其通过之前，最高人民法院在一起储蓄存款合同纠纷中，也适用了“与有过失”/“混合过错”规则，综合考虑双方当事人过错，酌定违约责任的分担。参见哈尔滨市南岗区跃进乡延兴村村委会与哈尔滨城郊农村信用合作社联社工程信用社储蓄存款合同纠纷案，最高人民法院（2011）民提字第178号再审民事判决书，2011年11月29日。

欣公司对于损失的发生亦存在过错，故应相应减轻国付宝公司的责任。对于减轻的数额，北京三中院综合考虑国付宝公司的违约情节，邦欣公司的过错程度，双方对于损害发生的原因力强弱等因素，酌情确定为 3 万元。¹²⁴

上述案件审理过程中，对于违约赔偿数额曾经存在争议。一种意见认为，违约责任为无过错责任，有违约即有责任，国付宝公司应全额赔偿邦欣公司的损失；另一种意见认为，损失的范围应与各自的过错程度相适应，即根据“与有过失”原则，适当减轻国付宝公司的责任。最终合议庭采纳了第二种意见，并认为，尽管违约责任的归责原则是严格责任，但“与有过失”规则和合理预见规则一样，是平衡保护当事人双方的利益，防止损害赔偿责任不适当地扩张的机制；同时，尽管“与有过失”规则仅见于《买卖合同司法解释》中，但根据《合同法》第 174 条之规定，在该案中可以援引《买卖合同司法解释》作出判决。¹²⁵

在另一起储蓄存款合同纠纷的再审判决中，最高人民法院同样认为，根据《合同法》第 124 条、第 174 条以及《买卖合同司法解释》第 45 条的规定，可以适用《买卖合同司法解释》第 30 条“与有过失”规则，考虑守约方的过错情况，并扣减违约方的损失赔偿数额。¹²⁶

3. 在严格责任归责原则下适用“与有过失”规则的解释路径

如前所述，《合同法》没有直接规定“与有过失”规则，但这并不代表“严格责任”与“与有过失”存在天然矛盾。

首先，从比较法的角度，“与有过失”是计算违约损害赔偿范围的重要规则。在采用违约严格责任原则的英美法系及《国际商事合同通则》等国际交易规则中，在确定损害赔偿范围时，均广泛适用“与有过失”规则。¹²⁷

其二，即便在适用无过错归责的特殊侵权责任中，“与有过失”规则仍然存在适用空间。例如，《侵权责任法》第 78 条规定：“饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。”根据该规定，动物致害责任的归责原则系无过错归责原则，但受害人过错（故意或者重大过失）仍可以

¹²⁴ 杜丽霞（北京三中院法官）：《第三方支付企业注意义务及责任范围的确定》，载《人民司法·案例》2017 年第 5 期，第 68-71 页；相关案例参见北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第 11561 号二审民事判决书，2015 年 11 月 25 日。

¹²⁵ 同上，第 71 页。

¹²⁶ 该案中，最高人民法院认为，在案涉款项被诈骗并造成顺凯公司损失方面，顺凯公司和积玉桥支行均存在过错，其中积玉桥支行作为专业金融机构应对储户资金安全负有更多保障义务，故应承担更多责任，最终酌定由积玉桥支行承担 60% 的赔偿责任，顺凯公司自行承担 40% 的责任。参见武汉农村商业银行股份有限公司积玉桥支行、武汉农村商业银行股份有限公司储蓄存款合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民再 231 号再审民事判决书，2017 年 7 月 3 日。

¹²⁷ 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，第 834 页。

使得加害人免责或减轻责任。¹²⁸《民法典》第 1173 条更是澄清了争论，确认无过错责任也可以适用“与有过失”规则。¹²⁹

其三，“与有过失”规则讨论的并非违约责任归属的正当性问题，而是解决违约方所承担的损害赔偿大小的问题。这一点从“与有过失”的理论基础上可以得到说明。例如，“损失分担说”认为，尽管加害人造成了损害后果，但是由于受损方对损害的发生或扩大具有过错，因此基于受损方的过错，对损失在加害人和受损失方之间进行分配，即受损失方必须分担部分损失。再例如，最高人民法院所认可的“公平原则与诚信原则说”认为，不能令赔偿权利人对于自己亦有过失的损害之发生或者扩大转嫁于赔偿义务人负担。“与有过失”规则的其他理论基础，例如“惩罚不当行为说”、“损害控制说”、“保护加害人说”、“危险领域说”等，也均是从不同角度解释为什么要对损失在加害人/违约方和受害人/守约方之间基于过错而进行分配。¹³⁰由此可以看到，在大多数情况下，不论是哪一种理论均不会让过错方免除其因过错所应当承担的责任。

其四，“与有过失”规则仅适用于损失赔偿责任，而不能扩展至违约责任的归属、产生以及违约责任的其他形式例如继续履行、采取补救措施等。从这一角度来说，“与有过失”规则并没有动摇严格责任归责原则的根本，而是可以与之兼容的制度。

因此，在适用严格责任归责原则的违约责任领域，适用“与有过失”规则不应当存在理论和逻辑障碍。

三、《民法典》合同编对违约责任归责原则的继承和革新

（一）《民法典》合同编对违约责任归责原则的继承

1. 《民法典》第 577 条继承了《合同法》第 107 条的规定

2020 年 5 月 28 日通过的《民法典》（2021 年 1 月 1 日起实施）第 577 条完全沿用了《合同法》第 107 条的规定，即在违约责任基本归责原则的方面，《民法典》合同编完全继承了《合同法》总则关于严格责任的规定。《民法典》第 577 条规定如下：

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。

¹²⁸ 《侵权责任法》中的其他类似规定例如第 72 条高度危险物致害责任、第 73 条高度危险活动致害责任。在侵权责任领域，“与有过失”是否能够一般性地适用于无过错责任亦存在争议，持反对意见者认为不论是《民法通则》第 131 条还是《侵权责任法》第 26 条，其规定都是受害人/被侵权人对损害发生“也”有过错，说明过失相抵的前提是加害人/侵权人有过错，而只有过错责任才会讨论侵权人的过错。详见王胜明（主编）：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社 2010 年 1 月第 1 版，第 137-138 页。关于该争论，另见程啸：《过失相抵与无过错责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2014 年第 1 期，第 137-145 页。

¹²⁹ 黄薇（主编）：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社 2020 年 7 月第 1 版，第 30 页。

¹³⁰ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组（主编）：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社，第 838-839 页

2. 《民法典》合同编第二分编“典型合同”中采用过错责任归责原则的规定

在《民法典》合同编第二分编“典型合同”部分，采用过错责任归责原则的典型合同基本沿用了《合同法》分则中的规定，具体条文对比表格如下：

合同类型	《合同法》规定	《民法典》规定
赠与合同	第 189 条：因<u>赠与人故意或者重大过失</u>致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。 第 191 条第 2 款：赠与人<u>故意</u>不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。	第 660 条：经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人<u>不交付</u>赠与财产的，受赠人可以请求交付。 依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。 第 662 条第 2 款：赠与人<u>故意</u>不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。
客运合同	第 303 条第 1 款：在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失， <u>承运人有过错的</u> ，应当承担损害赔偿责任。	第 824 条第 1 款：在运输过程中旅客 <u>随身携带</u> 物品毁损、灭失， <u>承运人有过错的</u> ，应当承担赔偿责任。
多式联运合同	第 320 条： <u>因托运人托运货物时的过错</u> 造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担损害赔偿责任。	第 841 条： <u>因托运人托运货物时的过错</u> 造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担赔偿责任。
保管合同	第 374 条：保管期间，因保管人 <u>保管不善</u> 造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人 <u>证明自己没有重大过失的</u> ，不承担损害赔偿责任。	第 897 条：保管期内，因保管人<u>保管不善</u>造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。 但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。
仓储合同	第 394 条：储存期间， <u>因保管人保管不善</u> 造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。	第 917 条：储存 <u>期内</u> ， <u>因保管不善</u> 造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。因仓储物本身的自然性质、包装不符合

	因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。	约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。
委托合同	第 406 条第 1 款：有偿的委托合同，因<u>受托人的过错</u>给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因<u>受托人的故意或者重大过失</u>给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。 第 407 条：受托人处理委托事务时，<u>因不可归责于自己的事由</u>受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。	第 929 条第 1 款：有偿的委托合同，因<u>受托人的过错</u>造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同，因<u>受托人的故意或者重大过失</u>造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。 第 930 条：受托人处理委托事务时，<u>因不可归责于自己的事由</u>受到损失的，可以向委托人请求赔偿损失。

除上述明确采取过错归责原则的条文外，《民法典》合同编也基本继承了《合同法》分则中关于典型合同特殊免责事由的规定。例如，《民法典》第 823 条第 1 款基本继承了《合同法》第 302 条第 1 款，《民法典》第 832 条基本继承了《合同法》第 311 条，《民法典》第 893 条基本继承了《合同法》第 370 条等。

（二）《民法典》第 592 条第 2 款“与有过失”规则

同时，《民法典》还接纳了《买卖合同司法解释》第 30 条以及司法实践中的做法，在第 592 条第 2 款新增了“与有过失”规则。二者对比如下：

《买卖合同司法解释》第 30 条	《民法典》第 592 条第 2 款
买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。	当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的， 可以减少相应的损失赔偿额。

关于过去认为“与有过失”规则与严格责任互相矛盾的观点，全国人大法工委在合同编释义中如此回应：

经研究认为，违约责任采取无过错归责原则，仅仅是不依据违约方是否具有过错使得违约方承担违约责任，但与有过错解决的是对方的过错导致损失发生时，是否能够减少违约方的损失赔偿额，与无过错归责原则之间并不矛盾。一些同样对违约责任采取无过错归责的国际性文件也规定了与有过错……我国关于一些合同的法律中对与有过错也有规定，例如……民用航空法第 127 条……本法中，采取无过错归责的一些侵权责任也明确规定与有过错的适用，虽然往往将受害人的过错限制在

一定范围内。……同时，与有过错规则也已经在司法实践中适用，且实践效果较为理想，符合公平原则，避免债权人对因自己过错导致发生的损失的部分获得赔偿，有助于双方共通努力避免损失的发生。因此，本款明确规定了与有过错规则。¹³¹

四、结语

从法律体系的角度来说，适用于违约责任的“与有过失”规则正式入法，一方面正式将原来买卖合同的规则（其他有偿合同可参照适用）上升为限制违约损害赔偿范围的一般规则，另一方面“与有过失”规则也在立法上上升为同时适用于违约责任和侵权责任的损害赔偿一般规则。

从实务的角度来说，由于原先《买卖合同司法解释》第 30 条已经存在，以及买卖合同对于其他有偿合同参照适用的效力，“与有过失”规则早已在司法实践中广泛适用，《民法典》的正式实施预计不会对该类司法实践造成重大影响。就可能的变化来说，未来有两点值得观察：其一，原先买卖合同规则参照适用的范围仅限于有偿合同，“与有过失”正式入法后，是否将扩展适用于无偿合同？其二，《民法典》第 592 条第 2 款删除了“违约方主张扣减相应的损失赔偿额”的表述，未来法院是否可以依职权审查当事人过错程度并主动适用“与有过失”规则扣减损失赔偿额？这些疑问有待未来的法律解释和司法实践给出答案。

¹³¹ 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 月第 1 版，第 304-305 页。

第十六篇：《民法典》对合同解除的影响

作者：顾巍巍 | 万发文 | 陈嘉申 | 聂真璇子

引言

合同解除制度一直以来是民商事法律所关注的焦点，本次《民法典》的编纂对合同解除制度作了重大修改，引发了社会极大关注。

本文将对《民法典》框架下合同解除制度的亮点问题进行系统性分析，以期为读者对该制度的理解与适用提供思路。

一、新增合同解除事由

（一）“持续性不定期合同”项下当事人的任意解除权

《民法典》第 563 条将当事人在持续性不定期合同项下的任意解除权列为一般法定解除事由。事实上，在《民法典》编纂前，针对特定类型合同的任意解除权在我国民事法律中已有规定：

合同类型	法律名称	内容
租赁合同	《合同法》	第二百三十二条【租期不明的处理】当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。 <u>当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。</u>
委托合同		【任意解除权】 <u>委托人或者受托人可以随时解除委托合同。</u> 因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。
合伙协议	《合伙企业法》	第四十六条 <u>合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前三十日通知其他合伙人。</u>
保险合同	《保险法》	第十五条除本法另有规定或者保险合同另有约定外， <u>保险合同成立后，投保人可以解除合同，</u> 保险人不得解除合同。

《民法典》第 563 条¹³²将上述特殊规定予以梳理，提炼出以持续履行的债务为内容的不定期合同解除的一般规定，同时也保留了当事人行使随时解除权时应给予对方必要准备时间的规定。

此外，《民法典》在典型合同分编中新增了不定期物业服务合同、不定期合伙合同、不定期肖像许可使用合同三类不定期合同，并规定了相应的解除权：

合同类型	法律名称	内容
物业服务合同	《民法典》	第九百四十八条 物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。 <u>当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前六十日书面通知对方。</u>
合伙合同		第九百七十六条 <u>合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期合伙。</u> <u>合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期。</u> <u>合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。</u>
肖像许可使用合同		第一千零二十二条 <u>当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。</u> 当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人无正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。

¹³² 《中华人民共和国民法典》第 563 条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满前，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；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。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。

（二）“履行不能”情形下违约方的解除权

在《民法典》第 563 条所规定的法定解除权中，除当事人双方在不定期合同项下均可行使解除权外，解除权的行使主体原则上皆为守约方。然而，《民法典》第 580 条¹³³却赋予了违约方在履行不能情形下通过诉讼或仲裁解除合同的权利。

事实上，早在最高人民法院 2006 年的公报案例某公司诉冯某商铺买卖合同纠纷案中，法院就认为当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益时，应该允许违约方解除合同，用赔偿损失来代替继续履行。基于此，法院为衡平双方当事人利益，判决解除商铺买卖合同。

2019 年 11 月出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称为“《九民纪要》”）中对此也予以规定。《九民纪要》第 48 条¹³⁴提出，在一些长期性合同的履行过程中，如果合同双方形成合同僵局，即违约方履行不能，而守约方也未行使解除权时，若一概不允许违约方解除合同，则对合同双方都为不利。此处不利具体体现在，一方面，违约方可以通过引用《合同法》第 110 条¹³⁵的规定对守约方的继续履行要求进行抗辩，守约方无法获取合同利益；另一方面，违约方无法从该履行不能的合同桎梏中脱离出来。

《民法典》第 580 条并未具体规制违约方行使解除权时所需满足的条件，对此可以参考《九民纪要》第 48 条的规定，违约方行使解除权应满足：（1）违约方起诉请求解除合同主观上必须是非恶意的；（2）违约方继续履行合同对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同违反了诚信原则。

二、明确合同解除权的行使期限

（一）优先适用法定及约定的行使期限

¹³³ 《中华人民共和国民法典》第 580 条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

¹³⁴ 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 48 条【违约方起诉解除】违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。

¹³⁵ 《中华人民共和国合同法》第 110 条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。

《民法典》第 564 条¹³⁶第 1 款与《合同法》第 95 条¹³⁷第 1 款规定一致，即合同解除权的行使期限应遵循法律规定或者当事人约定。

（二）无法定或约定的行使期限，则适用 1 年除斥期间

由于《合同法》第 95 条第 2 款并未对法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限且对方未催告情形下，解除权人应于何时行使解除权的问题作出明确规定，如何确定该期限一直是我国司法实践中的讨论焦点。

在《民法典》编纂前，仅有《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》（以下简称为“《商品房买卖合同司法解释》”）第 15 条¹³⁸对商品房买卖合同领域的解除权作出了“解除权应当在解除权发生之日起一年内行使”的规定。对于非商品房买卖合同领域能否参照适用一年的除斥期间，司法裁判的观点并不一致。

例如，在（2018）最高法民申 4613 号案中，最高人民法院认为股权转让合同与商品房买卖合同在性质上均属于价值较大的转移财产所有权的合同，具有一定的参照性；同时，针对同样是形成权的撤销权，《民法总则》第 152 条第 2 款规定了最长 5 年的撤销权行使期限，对解除权的行使期限也具有参照性。

相反，在（2017）最高法民终 162 号案中，最高人民法院认为，泰来公司与通产公司并未约定解除权的行使期限，也不存在泰来公司催告通产公司行使解除权而通产公司在合理期限内未予行使的情形，故泰来公司关于通产公司解除权因长达四年未行使故已经消灭的上诉理由，亦不能成立，本院不予支持。

《民法典》第 564 条第 2 款的规定平息了上述争论，该款规定，法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，解除权人应自知道或者应当知道解除事由之日起一年内行使。该款规定的行使解除权期限与《商品房买卖合同司法解释》的规定保持一致，均设置为一年。

（三）1 年除斥期间的例外：催告后的合理期间

针对经对方催告，解除权人应何时行使解除权的问题，《民法典》第 564 条第 2 款与《合同法》第 95 条第 2 款保持一致，即解除权人应于合理期限内行使。

¹³⁶ 《中华人民共和国民法典》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。

¹³⁷ 《中华人民共和国合同法》第 95 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，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

¹³⁸ 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第 15 条规定，根据《合同法》第九十四条的规定，出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。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。

而对于合理期限的把握，现行法律并无统一的适用标准。对此，《中华人民共和国民法典合同编理解与适用[一]》提出，合理期限是一个相对模糊不确定的时间概念，该期限究竟应设定为多长时间，不能一概而论，而应取决于个案中具体情况¹³⁹。

三、细化合同解除时点的判断规则

（一）一般的解除通知，合同自通知到达对方时解除

合同解除权为形成权，依法定或约定享有合同解除权的一方当事人，经其单方意思表示即可使合同效力归于消灭，无需对方当事人的同意，但须使对方当事人知悉解除合同的意思。对此，《民法典》第 565 条¹⁴⁰第 1 款规定，当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方，合同自通知到达对方时解除。

至于通知的方式，《民法典》并未作出规定，当事人可以选择口头通知、电子邮件、微信或手机短信或书面通知等多种方式。考虑到在合同纠纷案件中，主张合同关系解除的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任，因而我们建议解除权人应注意保留向对方作出解除合同意思表示的证据，例如微信记录、电话录音等。

（二）附履行期限的解除通知，合同自期限届满时解除

附履行期限的解除通知情形属于《民法典》新增合同解除情形。该种合同解除情形与一般合同解除情形的区别在于，附履行期限的解除通知并非到达对方当事人时合同立即解除，而是解除权人给予了对方当事人履行债务的最后宽限期。若对方当事人在该期限内仍未履行债务，则合同自通知载明的期限届满时解除，且解除权人无需再向债务人发送合同解除通知。

（三）诉讼或仲裁解除，合同自材料副本送达对方时解除

除通知对方当事人外，解除权人也可以直接向法院提起诉讼或向仲裁机构申请仲裁，由法院或仲裁机构将起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方。

若人民法院或者仲裁机构确认解除权人解除合同的主张的，合同自起诉状或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

四、微调合同解除异议的处理方法

¹³⁹ 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[一]》，人民法院出版社，第 650 页-第 651 页。

¹⁴⁰ 《中华人民共和国民法典》第 565 条规定，当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任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。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。

（一）合同当事人都可以提起确认之诉

根据《合同法》第 96 条¹⁴¹第 1 款的规定，被通知解除的一方当事人，对合同解除存在异议时，有权对解除行为的效力提起确认之诉。至于通知解除方是否享有提起该等确认之诉的权利，《合同法》未置可否。

考虑到若异议方怠于提起确认之诉，合同效力将长期处于不稳定和不确定的状态，通知解除的一方的合法权益也会受到损害。为此，《民法典》第 565 条第 1 款规定，任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，即合同各方当事人均可对解除行为的效力提起确认之诉。

（二）异议期是否还适用？

为避免合同效力长期处于不稳定状态，除规定合同当事人可以提起确认之诉外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称“《合同法解释二》”）第 24 条还规定了当事人提起确认之诉应符合异议期的要求。具体为，当事人应在约定的异议期内向法院起诉；当事人没有约定异议期的，当事人应在解除合同通知到达之日起三个月以内向法院起诉¹⁴²。

《民法典》生效后，《合同法》将被废止，那么上述司法解释关于异议期的规定是否还可以适用呢？答案是肯定的。

一方面，最高人民法院对司法解释实施集中清理制度，未被废止的司法解释仍然具有法律效力，可在民事裁判文书中被直接引用，而《合同法解释二》目前未被废止，仍具有效力。

另一方面，《中华人民共和国民法典合同编理解与适用[一]》也肯定了《合同法司法解释二》第 24 条的适用价值，表示通过规定异议期间，可以有效防止异议权的滥用¹⁴³。基于此，我们认为异议期在《民法典》框架下仍可适用。

¹⁴¹ 《中华人民共和国合同法》第 96 条规定，当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

¹⁴² 《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）》第 24 条规定，当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

¹⁴³ 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[一]》，人民法院出版社，第 656 页

五、结语

《民法典》对合同解除制度进行了较大的创新与改变，一方面新增了合同解除情形，另一方面也细化并明确了合同解除制度的具体适用方法。

上述改变将为合同解除制度在司法实践中的运用提供更为清晰的指引，同时针对司法实践中仍然存在的争议与分歧，我们也期待在类案裁判的大背景下，相关权威案例的出现可以为法律适用提供明确指引。

第十七篇：公司对外担保裁判规则的新进展——对最高院《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）有关规定的解读”

作者：赵久光 | 王轶冰

引言

在市场经济活动中，公司为他人提供担保是非常常见的现象。自 2005 年修订《公司法》起，关于公司为他人提供担保的程序规定就纳入了《公司法》作为第十六条，至今未作出修改。与公司对外担保的普遍发生相应的是由此引发的数量繁多的纠纷案件，然而司法实践对《公司法》第十六条的理解与适用存在分歧，导致该类型案件的裁判思路及结果并不统一。

2019 年 11 月 8 日，最高人民法院发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）。在《九民纪要》“关于公司为他人提供担保”部分，最高人民法院以《公司法》第十六条关于公司对外担保的规定为基础，对公司对外提供担保的效力认定问题提出了七条指导性的意见，提出了以订立担保合同时债权人是否善意作为认定合同效力的标准的基本原则，并针对上市公司对外担保及公司债务加入这一有担保作用的增信措施提供了审判指引。至此，公司对外担保有了较为统一的审判规则。但是《九民纪要》毕竟属于会议纪要文件，仍缺乏直接适用的效果。

随着《民法典》的出台，最高人民法院围绕《民法典》启动了司法解释起草的工作。2020 年 11 月 9 日，最高人民法院民二庭公布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释》（征求意见稿）[“《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）”]，向社会公开征求意见，其中第六条至第十二条专门对公司对外担保作出了规定。相较《九民纪要》，《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）在延续原有规则的基础上又有部分改变和增加。而随着后续《民法典》担保部分司法解释的正式出台，法院审理公司对外担保案件也将有更具效力的审判指南。

在上述背景下，本文将通过对《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）与《九民纪要》中关于公司对外担保的规定进行对比的方式，对《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）的新规定进行解读，就公司对外担保实务操作提出建议，以期对读者有所帮助。

一、《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）与《九民纪要》中公司对外担保审判规则的对比

《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）中，关于公司对外担保的规定为第六条至第十二条。这七条规定基本延续了《九民纪要》“关于公司为他人提供担保”部分的审判思路，即公司的法定代表人未经公司决议程序，越权代表公司与相对人订立担保合同时，法院将以相对人是否善意作为认定担保合同效力的标准。在此基本原则之上，针对无须公司机关决议的例外情形及上市公司

提供担保的审判规则，征求意见稿相较于对《九民纪要》作出了修改，并增加了关于一人公司为其股东提供担保的效力和公司分支机构提供担保的效力的规定。

（一）认定法定代表人越权以公司名义与相对人订立的担保合同有效的一般标准

《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）第六条采纳了《九民纪要》第 17 条和第 18 条的规定，将原《九民纪要》中观点性的表述方式予以规范化，明确了“公司的法定代表人未经公司决议程序，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，善意相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持”的审判规则，并对相对人的“善意”作出原则性的定义，即“善意是指相对人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同”。

结合征求意见稿第七条的规定，对于相对人的“善意”的具体表现，我们认为仍应当作出与《九民纪要》相同的理解，即相对人需要按照《公司法》第十六条的规定证明其在订立担保合同时对公司同意提供担保的董事会决议或者股东（大）会决议进行了形式审查，且同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，才能认定为善意。

至于决议是否存在伪造或编造、决议程序是否违法、签章或签名是否真实以及担保金额是否超过法定限额，则不会影响善意的认定，除非公司有证据证明债权人明知决议系伪造或变造。就这一点，本次的《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）与此前的《九民纪要》持相同的意见。

（二）即便没有公司机关决议，亦认定担保合同有效的例外情形

《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）第七条规定了三种即便没有公司机关决议但仍认定担保合同有效的无须机关决议的例外情形，即：

- 1) 公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；
- 2) 公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向相对人提供担保；
- 3) 担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。

与《九民纪要》相比，《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）的该条规定发生了如下变化：

1. 与《九民纪要》相比的一个显著差异是，本次的征求意见稿排除了《九民纪要》原规定的“公司与主债务人之间存在互相担保等商业合作关系”这种无须机关决议的例外情况

此前《九民纪要》将公司与主债务人之间存在相互担保等合作关系作为一种不需要公司决议的对外担保的例外情形，一般理解为此种情况下，公司与主债务人之间实际上存在互惠关系，故可以认为对外提供担保符合公司自身利益，故不强制要求作出公司决议。但是，结合实践中的一些反馈和观点，以存在互相担保等商业合作关系来排除公司对外担保决议对担保合同效力的影响，可能于

公司利益有损，导致公司沦为控股股东及关联公司对外融资的工具，甚至面临被掏空资产的风险。举例来说，如股东或关联公司曾向公司提供过相对小额的担保，但反之由公司向股东或关联公司更为大额的担保；或者股东或关联公司虽向公司提供担保，但债务实际由公司自行偿还，而公司向股东或关联公司提供担保，债务却由提供担保的公司偿还，在上述情况下，互相担保恐怕难以被称为符合公司自身利益。然而，由于“公司与主债务人之间存在互相担保等商业合作关系”是一种客观事实的描述，尽管存在上述事实上有损公司利益的互相担保行为，法院仍可以按照《九民纪要》的意见认定公司对外担保有效，进而使得该条例外情况作为损害、转移公司资产的手段来滥用。

因此，我们理解，最高人民法院在起草《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）时之所以删除了这一例外情况，可能是考虑到了前述风险。如按照征求意见稿的规定，即便公司与主债务人之间存在互相担保等商业合作关系，相对人仍需要审查相应的公司机关决议，才能够在法定代表人越权以公司名义担保的情况下被认定为善意，进而认定担保合同有效。

2. 相较于《九民纪要》，《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）中关于“无须机关决议的例外情形”的另一个变化是，进一步明确在担保合同上签字同意的股东应当是单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东

此前《九民纪要》仅规定了担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意，无须公司决议亦认定担保合同有效，但并没有对关联担保和非关联担保的区分。由于根据《公司法》第十六条之规定，如公司提供关联担保，则关联担保牵涉的股东不能参加股东会就该担保事项的表决，那么如果关联担保牵涉的股东表决权占整个公司的三分之二以上，由其签署的担保合同是否有效，《九民纪要》的意见实际上并不明确。

我们注意到《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）对此予以明确，将签字同意担保合同的股东限定在对担保事项有表决权的范围内，要求担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意，也即是说即便关联担保牵涉的股东所持表决权比例占整个公司的三分之二，其同意签字的担保合同也不是当然有效，仍需审查其他股东的意见。我们理解，本次征求意见稿的该项规定与《公司法》第十六条是统一、匹配的，符合《公司法》第十六条的原有精神。

（三）上市公司对外提供担保的效力

对于上市公司对外担保的效力，《九民纪要》第 22 条的意见是债权人根据上市公司公开披露的关于担保事项的公司决议订立的担保合同，法院应当认定为有效。对于这一问题，《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）事实上也持相同的观点，不过相对于《九民纪要》的肯定描述，本次征求意见稿第十条采取否定描述的方式，即在相对人没有审查上市公司公开披露的关于担保事项的公司决议等信息的情况下，法院将认定担保合同无效，上市公司不承担民事责任。

需要注意的另一个问题是，征求意见稿第七条规定了无须公司机关决议的三种例外情形，那么这三种例外情形是否也适用于上市公司？我们理解，例外情形似应同样适用于上市公司。一方面，从征求意见稿文本本身来看并没有排除例外情形对上市公司的适用；另一方面，即便是上市公司，

以此三种情形作为对外担保无须公司决议的例外似同样是合理的。例如，以为他人提供担保为主营业务的担保公司，特别是开展保函业务的银行和非银行金融机构之中，存在着上市公司，如要求其对外提供担保需作出公司决议，显然是不具有经营效率的；公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保，即便是上市公司，所控制的公司经营所得收益也将通过股东分红等形式反馈到公司，其对外提供担保一般不会损害中小股东利益，故不强制要求作出公司决议；而担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意，则事实上已经履行了《公司法》第十六条公司对外担保的决议要求。

（四）一人公司为其股东提供担保的效力

《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）第十一条规定了一人有限责任公司为其股东提供担保的效力，关于该问题此前在《九民纪要》中并无涉及。根据征求意见稿第十一条的规定，一人公司为其股东提供担保后，以违反法律关于公司对外担保的规定主张不承担担保责任的，法院不予支持。我们认为，该条规定具有合理性，原因在于一人公司仅有一名股东，既然为股东提供担保，必然经过该股东同意，即便没有经过单独的决议，事实上也已经代表了公司意志。

该条第二款则规定了，一人公司为其股东承担的担保责任导致无法清偿其他债务，其它债权人有权要求提供担保时的股东承担连带责任。最高人民法院提出此种规定，我们理解可能是基于《公司法》第六十三条“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任”的规定，当一人公司为股东承担了担保责任，以公司财产偿还了股东的债务，公司财产与股东财产发生了丧失独立性的情况，故该股东需对公司债务承担连带清偿责任。

（五）公司的分支机构提供担保的效力

《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）第十二条对公司的分支机构提供担保的效力作出了规定，如果公司分支机构未经公司决议程序以自己的名义对外提供担保，除非相对人善意，否则法院不支持相对人要求公司或该分支机构承担担保责任的请求。我们理解，最高人民法院之所以作出该项规定，原因在于根据《公司法》第十四条之规定，分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担，因此一般情况下，公司分支机构没有对外提供担保的权利。事实上，该规定所蕴含的观点在《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》第十七条便有所体现，该条规定“企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效”，只不过在本次的征求意见稿中进一步提高了要求，不仅需要总公司授权，还需要经过总公司决议程序，才能认定分公司提供的担保有效，除非相对人善意。

征求意见稿第十二条第二款还规定了“金融机构的分支机构在其营业执照记载的经营范围内开立保函，或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函，金融机构或者其分支机构以未经书面授权或者未依法进行决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持；金融机构的分支机构提供保函业务之外的担保的，适用前款规定”。我们理解这一条款事实上属于无须公司机关决议的三种例外情形中“公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构”这一情形，故金融机构或其分支机构以未经书面授权或依法进行决议为由主张不承担担保责任将不被法院支持。

（六）债务加入准用担保的决议程序

《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）第九条规定了债务加入准用担保的决议程序，即法定代表人依照民法典第五百五十二条的规定以公司名义加入债务，该约定的效力参照本解释关于公司为他人提供担保的有关规则处理。

债务加入是《民法典》新规定的一项制度，尽管经济生活及司法实践已经长时间应用了债务加入制度，但正式得以确立还是在《民法典》第三编“合同编”第五百五十二条，即“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”。

尽管债务加入并没有被专门规定在《民法典》与担保合同相关的章节中，但是实践中普遍认为债务加入具有类似于担保的增信效果，且从事实上有增加公司债务的结果，因此需要参照公司对外提供担保的有关规则处理，这无论从法理上或者从保护中小股东的利益角度出发，均具有合理性和必要性。

二、基于《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）对公司对外担保实务操作的建议

基于《民法典》担保部分司法解释（征求意见稿）中关于公司对外担保问题的规定，我们就公司对外担保实务操作有如下原则性建议：

1. 对债权人（被担保人）而言，应在区分公司提供关联担保或非关联担保的基础上，对相关文件进行形式审查。

在公司提供关联担保的情况下，债权人应要求公司提供公司章程、相关的股东（大）会决议，并确认被担保的股东或者实际控制人支配的股东按照《公司法》第十六条的规定未参加股东（大）会决议表决且决议人数及人员符合公司章程规定。由于企业信用信息予以公示，公司股东较为容易获知，而实际控制人及其支配的股东，则需结合企业公示信息、公司主动披露的信息、第三方渠道信息予以综合判断。

在公司提供非关联担保的情况下，债权人应要求公司提供章程以及依据章程作出的决议，并结合章程判断作出决议的公司机关、签署决议的人数及人员是否符合公司章程的规定。

2. 对公司（担保人）而言，应严格规范公章的管理及使用，以争取避免相关人员在未经公司决议通过的情况下利用公章冒用公司名义签订对外担保合同。此外，公司应在章程中明确非关联担保的决议机关。如章程对此已有所明确，一旦出现争议，在债权人未取得章程规定的决议机关的决议时，公司可以据此主张债权人非善意。

3. 如公司拟加入债务，那么无论债权人、公司均应当审慎参照相关担保规则进行债务加入的操作，以免债务加入效力产生纠纷。

作者简介

(合伙人简介按照文章顺序排序)



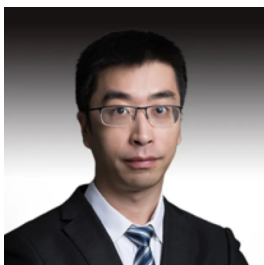
刘成伟律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域为并购重组、私募投融资及资本市场。刘律师尤其擅长上市公司并购重组、跨境交易、红筹重组及国资监管相关交易。

邮箱: alliu@glo.com.cn



顾巍巍为环球律师事务所常驻上海的合伙人，其主要执业领域为争议解决、合规、反垄断政府调查、劳动等。

邮箱: guweiwei@glo.com.cn



万发文律师为环球律师事务所常驻上海的合伙人，其主要执业领域为诉讼、仲裁、各类纠纷的非诉解决，擅长处理各类重大民商事纠纷诉讼案件，擅长处理医疗、房地产、公司股权、金融类纠纷，以及婚姻家庭、财富传承等家事方面的相关业务。

邮箱: wanfawen@glo.com.cn



陈捷奕律师为环球律师事务所常驻深圳的合伙人，其主要执业领域为兼并与收购、投融资、破产重整、争议解决（公司及金融）等，尤其擅长与金融、地产、生物医药、环保、科技等行业相关的法律服务。

邮箱: chenjieyi@glo.com.cn



郑林涛律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其执业领域包括诉讼和仲裁、强制执行、公司等方面的法律服务。郑律师曾长期在北京法院从事民商事审判、执行工作，审理、执行案件 2000 多件。郑律师具有丰富的争议解决案件的处理经验，曾代理最高人民法院及各级地方法院、仲裁委员会受理的上百起各类民商事纠纷及执行案件。

邮箱: zhenglntao@glo.com.cn



赵久光律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域为诉讼、仲裁、各类商事纠纷的非诉解决，以及公司清算、破产方面的有关业务；擅长处理公司控制权纠纷、公司并购与重组纠纷、金融类纠纷、中外合资合作纠纷以及公司自行清算、破产清算/重整等方面业务。

邮箱: zhaojiuguang@glo.com.cn



朱志平律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域为跨境投资并购、传媒娱乐和企业合规。朱志平律师先后毕业于北京大学法学院和哈佛大学法学院。在哈佛大学法学院攻读法学硕士（LL.M.）期间，主攻媒体与娱乐法（Media and Entertainment Law）方向，对娱乐法（尤其是涉外娱乐法）具有非常丰富的经验及深刻的见解。

邮箱: zhuzhiping@glo.com.cn



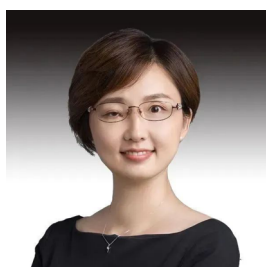
沈春晖律师为环球律师事务所常驻上海的合伙人，其主要执业领域为资本市场、并购、私募股权投资/风险投资、公司和外商投资业务。沈春晖律师完成了涉及广泛行业领域内的众多公开发行上市项目，包括为于上海证券交易所、深圳证券交易所、香港联合交易所、美国纽约证券交易所和纳斯达克、新加坡证券交易所等国内、国际主要证券交易市场的发行上市项目提供中国法律意见。

邮箱: hshen@glo.com.cn



王筱东律师是环球律师事务所常驻上海的合伙人，具有超过 20 年的服务外资客户经验。在加入环球律师事务所之前，王律师曾在三家国内和国际的律师事务所工作，包括在美国戴维斯律师事务所的十八年工作经历。王律师的主要执业领域涉及广泛，尤其擅长解决 TMT 领域中出现的新问题和挑战性问题。

邮箱: vincentwang@glo.com.cn



隋天娇律师为环球律师事务所常驻上海的合伙人，其主要执业领域为争议解决，包括国内诉讼、仲裁、各类商事纠纷的非诉讼方式争议解决，以及公司清算、破产重整、公司并购与重组等业务。

邮箱: angelasui@glo.com.cn



李昭律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要从事商事诉讼和仲裁、公司等法律业务。在商事诉讼和仲裁法律服务方面，李昭律师曾代理过最高人民法院及北京、天津、重庆、广东、江苏、山东、四川、云南、山西、吉林等省市高级人民法院和各级地方法院、中国国际经济贸易仲裁委员会和北京仲裁委员会受理的上百起各类商事纠纷案件。

邮箱: lizhao@glo.com.cn



董建律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域为诉讼和仲裁、公司等方面的法律服务。董建律师具有丰富的争议解决案件的处理经验，曾代理在最高人民法院、省高级人民法院等各级法院，中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会等主要仲裁机构受理的上百起案件。在公司法律服务以及投融资领域，董建律师也已经主办了数十起较为复杂的案件。

邮箱: dongjian@glo.com.cn

环球简介

历史. 环球律师事务所（“我们”）是中国改革开放后成立的第一家律师事务所，其前身为中国国际贸易促进委员会在 1979 年设立的法律顾问处，并于 1984 年经司法部批准更名为“中国环球律师事务所”。经过四十多年来的不懈努力和发 展，我们已成为中国律师业中优秀的大型综合性律师事务所之一。

荣誉. 自成立伊始，我们即确立了“以国际化的视野、国际化的团队、国际化的质量服务于国内外客户”的宗旨，这使我们虽置身于多变的全球经济形势之中，却始终能够保持不变的业界领先地位。我们连续多年被包括《钱伯斯》《法律 500 强》《亚洲法律杂志》等众多的国内外权威法律评级机构评选为高度推荐的优秀中国律师事务所之一。

规模. 我们在北京、上海、深圳、成都四地办公室总计拥有逾 500 名的法律专业人才。我们的律师均毕业于国内外一流的法学院，其中多数律师拥有法学硕士及以上学历，部分合伙人还拥有美国、英国、澳大利亚、瑞士、新西兰、香港等地的律师执业资格。我们的律师团队拥有出色的执业背景，许多律师还曾就职于法院、国内外顶级律所或行业领先的企业与机构。

专业. 我们的律师能够将精湛的法律专业技术和丰富的商业知识结合起来，采用务实且富有建设性的综合法律方案，解决复杂多变的各类问题。我们保持领先的专业创新能力，善于富有创造性地设计交易结构和细节。在过去的四十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们始终秉持并践行“客户至上、服务品质至上”的理念。四十多年来，我们凭借精湛的法律知识、丰富的执业经验、高度的敬业精神以及良好的职业道德，向国内外客户展示和证明了我们的价值，同时也赢得了国内外客户的信赖。在未来的日子里，我们将继续凭借我们独到的优势助力国内外客户取得更为持久和长远的成功。

版权与免责

版权. 环球律师事务所保留对本报告的所有权利。未经环球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复制或转载本报告任何受版权保护的内容。

免责. 本报告不代表环球律师事务所对有关问题的法律意见，任何仅依照本报告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帮助。

联系我们. 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路81号华贸中心1号写字楼15层&20层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市徐汇区淮海中路 999 号环贸广场办公楼一期 35 层&36 层 邮编：200031

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区深南大道 9668 号华润置地大厦 B 座 27 层 邮编：518052

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

环球律师事务所（成都）

成都市高新区天府大道北段 966 号天府国际金融中心 11 号楼 37 层 邮编：610041

电话：(86 28) 8605 9898

传真：(86 28) 8313 5533

电邮：chengdu@glo.com.cn

