

《民法典》的制度传承、宏观模式与重要创新

张平华

摘要:《民法典》是制度传承和创新的产物。其发挥了《民法通则》的母体作用,实现了《民法总则》到《民法典·总则编》的过渡,坚持身份与财产立法不同变动性;积极推进政策法律化,将社会主义核心价值观、绿色原则等入典;全面吸收了审判经验。《民法典》在法律性质上坚持公私分立、民商合一;形成了总分结合、确认和保护并举的立法结构;在编纂路径上规范逻辑和现实考量相互交融。《民法典》的重要创新有人格权独立成编,建立多元开放便捷的担保制度,实行“宽严相济”的侵权责任等。

关键词:《民法典》; 制度传承; 宏观模式; 重要创新

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.05.010

新中国曾经先后四次起草民法典,但由于经济社会尚未定型、立法技术不够完备等而都没有成功,直至党的十八届四中全会明确提出要“加强市场法律制度建设,编纂民法典”,《民法典》进入加速编纂之拐点。先是于2017年颁布了《民法总则》,完成了“两步走”编纂战略的第一步。最终,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了《民法典》,开启了我国法治的新时代。《民法典》以人为本,全面确认和保障私权,是划时代的权利宣言书;《民法典》有效规划了财产归属和流通规则,是市场经济的基本法;《民法典》建立了行政权力基本尺度,约束公权力介入市民生活,将全面提升我国治理体系和治理能力现代化,是治国理政的重要典章。学习和应用《民法典》首先要立足于宏观,研究其制度传承、宏观模式和重要创新。

一、《民法典》的制度传承

《民法典》计七编,1260条,是制度传承和创新的产物。其制度传承主要有三条渠道:

(一) 编订纂修民事基本法律

《民法典》编订纂修了《民法总则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《婚姻法》《收养法》《继承法》《担保法》《民法通则》等民事基本法律^①,约有457个条文原文保留了现行规定,占36.3%。约有655个条文修订现行法而来,占比52%;新增条文仅148个,占比为11.7%。

1. 《民法通则》的母体作用。《民法通则》通过时间较早,可称为“压缩版民法典”。因其主体内容(基本原则、法律行为、物权、侵权、诉讼时效)已先后被《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》等修正或替代,可被《民法典》直接移用的无非是人格权、连带之债、合伙合同、准合同等少量条文^②。不过,《民法通则》对《民法典》的体系结构具有重大影响,可称为《民法典》的母体,特别是:一是在改革开

收稿日期:2020-06-20

基金项目:国家社科基金重点项目“民法典视野下的损害赔偿规范体系的整合与完善研究”(19AFX012)。

作者简介:张平华,山东大学法学院教授,博士生导师(青岛266237; zphytu@sina.com)。

① 王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》, <http://www.npc.gov.cn/npc/c35181/202005/f2088c3131704978947b289827ccd7fc.shtml>. 访问日期:2020年5月22日。

② 《民法典》第517、518条关于连带债务的条款来自于《民法通则》第86、87条。第967-978条关于合伙合同的规定来自于《民法通则》第30-35条。人格权编许多条文来自《民法通则》,第995条来自于《民法通则》第120条,第1002、1004条来自于《民法通则》第98条,第1012、1013条来自于第99条,第1018条来自于第100条,第1024条来自于第101条,第1031条来自于第102条。

放初期,《民法通则》打破了计划经济主导地位,明确了“民法主要调整平等主体之间的财产关系,即横向的财产、经济关系”,并基于此确定了我国民法平等自愿、诚实信用等基本原则。二是在“民事权利”一章中,较为全面地浓缩规定并宣示了民事主体享有广泛的民事权利,还特别强调了对人格尊严、名誉权等人格权的保护,这一创举为我国人格权独立成编提供了传统依据。三是通过“民事责任”一章建立了统一、系统的民事责任制度,为后来侵权责任法独立体系的构建奠定了基础^①。

2.《民法总则》基本未改。《侵权责任法》《民法总则》生效时间短,于《民法典》中变动较少。无论是名词、规范、体系,总则编与《民法总则》高度一致,所改动者:一是将“附则”移至《民法典》之末,以补充说明整部法典。二是采取了自然计算而不是历法计算,将一或三个月等短期期间改为以日计算,算法更加合理^②。三是要求紧急情况下有关部门须为被监护人安排必要的临时生活照料设施。四是对法人和非法人组织的人格权不设兜底性规定,而只限定列举名称权、名誉权、荣誉权。

3.身份法与财产法的不同变动性。不同的规范领域具有不同的变动性。其中,财产法容易接受比较法先进经验,需要反应市场需求、降低交易成本、改变陈旧制度,在现代社会其越来越细化、复杂,具有强烈的时代感、变动性。身份法或身份财产法喜欢坚持固有法传统,是社会变迁的制动因素,其条文或制度要粗放得多,总体上比较谨慎、保守,具有明显的滞后性、保守性。合同编以《合同法》《担保法》等为基础,同时吸收了10部司法解释修改71条、新增65条,借鉴或创新了报批义务、电子合同、预约、格式条款、情势变更、悬赏广告、保理合同、物业服务合同、准合同等新内容,是《民法典》中创新力度最大的领域。《婚姻法》是我国颁布最早的民事基本法,民法典婚姻家庭编受社会关注程度最高,立法草案经过三审,虽然比起继承编改动要稍多,例如取消计划生育规定,建立夫妻存续期间分割财产、夫妻共同债务的认定等制度;但是,对于婚约、同居行为、同性婚姻、人工辅助生殖子女等现实已经出现,甚至已经得到司法解释确认的问题,仍未予以规定^③。《继承法》颁布运行35年,已经深入生活实践成为难以撼动的法律秩序。继承编吸收了《继承法》的主体内容,仅新增6条。立法过程中学界强烈呼吁:扩充法定继承人的范围,增设归扣、特留分等制度,结果却未做多大更改,对社会秩序冲击力度不大的遗产管理制度成为继承编的最大亮点。

(二)积极推进政策法律化

1.社会主义核心价值观入典。《民法典》第一条开宗明义,将“实践社会主义核心价值观”明文规定为立法目的。为落实这一立法目的,《民法典》坚持平等、自由、诚信、公平、公序良俗、绿色等基本原则,确认并保护主体广泛多样的人身权、财产权,建立了权利义务一致、禁止权利滥用等权利行使的基本规则,实现了权利本位和社会本位的交融。强化规则意识,倡导契约精神,保障交易安全,细化履行制度,突出保护合同弱势群体。贯彻落实党的十九大报告提出的“加快社会治安防控体系建设,……保护人民人身权、财产权、人格权”的要求,将人格权独立成编,人格权保护提到了新的高度^④。鼓励见义勇为,“没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿”,防止英雄流血又流泪。对“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的”,实行最为宽松的法律规制,明确“救助人不承担民事责任”。侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的行为,应当承担民事责任。倡导夫妻友爱互助,呼吁“家庭应当树立优良家风,弘扬家庭美德,重视家庭文明建设”。

2.贯彻落实“三权分置”土地政策。其中,土地承包经营权具备社会保障属性,只有本集体经济组织的农户才能取得,不具备可让与性;土地经营权没有主体身份限制,是流转交易的客体。《民法典》界定了土地经营权的概念(第340条),土地承包经营权人可以“自主决定依法采取出租、入股或者其

① 张鸣起:《民法典分编的编纂》,《中国法学》2020年第3期。

② 王泽鉴:《民法总则》(增订版),北京:中国政法大学出版社,2001年,第510页。

③ 王歌雅:《〈民法典·婚姻家庭编〉的编纂策略与制度走向》,《法律科学》2019年第6期。

④ 温世扬:《中国民法典体系构造的“前世”与“今生”》,《东方法学》2020年第4期。

他方式向他人流转土地经营权”(第 339 条)。明确规定,流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人(第 341 条)。这些都促进多种形式的土地流转和适度规模经营。

由于试点经验还不成熟,政策运行还有待检验,除了承包地外,《民法典》对“集体经营性建设用地”“宅基地使用权”改革力度不大,它们尚不能取得和城市建设用地使用权同等地位。对所谓的“小产权房”也没有提出一个合理的处理办法。《民法典》只能与新修改的《土地管理法》相衔接,于第 361 条规定“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理的法律规定办理”,第 363 条规定“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理的法律和国家有关规定”。未来特别值得关注的是,在党中央部署 2020 年底基本完成宅基地和集体建设用地使用权确权登记工作之后^①,民法典物权编如何响应《中共中央 国务院关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》(2019 年)的号召,进一步放宽集体建设用地入市范围,允许有偿收回的闲置宅基地、废弃的集体公益性建设用地、城中村、城边村、村级工业园等可以连片开发整治的土地入市。

3. 绿色原则的法律化。《民法典》贯彻落实美丽中国建设方针,将绿色原则设立为民法基本原则,要求民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。物权编规定用益物权人行使权利,设立建设用地使用权,应当遵守法律,保护和合理开发利用资源。合同编明确当事人在履行过程中,应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。债权债务终止后,当事人应当回收旧物。侵权责任编将“环境污染”一章改为“环境污染和生态破坏责任”,明确承认侵权人故意违反国家规定损害生态环境的惩罚性赔偿、建立了生态环境损害的修复制度^②。

4. 落实中央住房政策。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》提出了“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度”的政策要求。《民法典》新增“居住权”为用益物权,当事人可以按照合同或遗嘱以老为期使用他人的房屋,是“多主体供给、多渠道保障”的具体体现。按照“租购同权”住房制度的要求,合同编优越保护承租人利益,完善了承租人优先购买权,新增加承租人的优先承租权,“租赁期限届满,房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利”。

(三)全面吸取审判经验

《民法典》采取了区别对待的策略,计有 80 多个条文对 19 部司法解释进行了吸收^③,有效地将审判经验上升为立法。

1. 基本接受。采纳《合同法司法解释二》的规定,对悬赏广告不采单方允诺而承认其要约效力,规定完成规定行为者有权依要约请求支付。采纳《买卖合同司法解释》的意见,废止了《合同法》第 51 条,无权处分不再是效力待定而是有效的行为,不再要求“出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分”,但“买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任”。吸收《婚姻法司法解释(三)》的做法,规定婚姻关系存续期间,夫妻一方有严重损害夫妻共同财产行为或者“不同意支付相关医疗费用的”可以请求分割共同财产;规定了亲子关系确认或否认权。吸收《物权法司法解释(一)》,细化优先购买权规则,明确“两个以上其他共有人主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例”,但是在通知期限等方面的细化程度还不够^④。吸收《夫妻债务纠纷司法解释》的做法,建立了夫妻债务认定规则,承认“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,以个人名义

① 《自然资源部关于加快宅基地和集体建设用地使用权确权登记工作的通知》(自然资发[2020]84 号)

② 沈春耀:《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》,十三届全国人大常委会第五次会议(2018 年 8 月 27 日)。

③ 北大法宝法律法规编辑组:《〈民法典〉立法分析报告》,https://www.sohu.com/a/402282698_670590, 访问日期:2020 年 6 月 19 日。

④ 参见《物权法司法解释(一)》第 11、14 条。

为家庭日常生活需要所负的债务,属于夫妻共同债务”。吸收《人身损害赔偿司法解释》,规定因为承揽人在完成工作过程中造成损害的,定作人不承担侵权责任。定作人有过错的,承担相应的责任。吸收《合同法解释(一)》《全国法院民商事审判工作会议纪要》的做法,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”。

上列司法解释之所以被基本接受,原因是相关规定已经改变了原有基本法律(例如,无权处分不再按照《合同法》为效力待定行为),或者填补了原有法律的漏洞,民法典如不接受这些解释,将难谓合理、完善。

2. 合理调整。《民法典》借鉴《合同法解释(二)》规定了情势变更制度,但删去了“非不可抗力”的限定,实现了情势变更与不可抗力的一体化,免去了审判实践中无谓的争议。借鉴《合同法解释(二)》对格式条款进行了明确定义,明确了提供格式条款一方违反提示、说明义务的法律后果。如果提供格式条款一方未履行提示或者说明义务的,对方可以“主张该条款不成为合同的内容”而不是“申请撤销该格式条款”,这一立足于合同成立而不是合同的效力的规制策略有利于从源头上彻底保护消费者的权益。吸收《继承法司法解释》规定转继承,但是增加强调转继承也要尊重被继承人的意愿,即“遗嘱另有安排的除外”。

3. 扩大适用范围。扩大司法解释中适用于特定领域的规则的适用范围,使之上升为一般性制度。《商品房买卖合同司法解释》《买卖合同司法解释》承认对买卖合同适用预约。合同编将预约扩张适用于全部合同类型,在通则部分明确规定: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、意向书等,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。这一扩用的好处是有利于贯彻合同自由和诚实信用原则,而附带的难题有:可导致预约和本约关系混乱,使合同架构过于复杂。如何在一般意义上设置预约违约责任,是否承认预约可被强制实际履行等,都有待予以进一步明确^①。

4. 改变既有做法。为强化对融资租赁的管制,《民法典》第737条明确规定了“当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效”。这就改变了《融资租赁司法解释》对不构成融资租赁法律关系的融资租赁合同重新按法律进行定性,并“按照其实际构成的法律关系处理”的做法^②。为严格规制高利贷,无论是对自然人还是法人,《民法典》都明确“禁止高利贷”。这和《民间借贷司法解释》(2015年)采取的“两线三区”做法(年利率24%以下的有效;利率24%-36%的构成自然债务;超过36%的属于无效)明显不同。

二、《民法典》的宏观模式

《民法典》在法律性质上坚持公私分立、民商合一,形成了总分结合、确认和保护并举的立法结构,在编纂路径上规范逻辑和现实考量相互交融。这些是研究和适用《民法典》的重要入门知识。

(一)公私分立、民商合一

《民法典》调整平等主体之间的人身和财产关系,坚持私法自治,只有在法律明确规定情形下公权力才能依法介入私生活。这就要求公法和私法分立。

^① 德国司法判例上拒绝双方当事人存在订立合同的义务,但是如果双方采取预约合同的方式,则存在订立合同的义务。参见拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,沃尔夫序,北京:法律出版社,2004年,第4页。

^② 关于融资租赁合同,立法者的规制越来越严格。对此,2019年12月16日的《民法典》征求意见稿表述为“当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁掩盖非法目的的,合同无效。”后来删除了“掩盖非法目的的,”改为“当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。”

1. 公私分立。一是《民法典》完善了征收制度。强调只有“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序”才可以征收。明确将“农村村民住宅”列为补偿对象。突出强调必须依法及时足额支付补偿,防止因为拖延或不足支付而损害被征收人的利益。二是《民法典》严格规定权利限制,为公权力干预私权设置了屏障。禁止剥夺、限制他人的行动自由,禁止非法搜查他人身体,禁止以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权,使每个人生活在安全、自由的环境中。取消强制婚检,婚前隐瞒重大疾病的不再是无效婚姻。三是没有特别规定合同无须批准而生效。即便应当办理批准的,也软化公权力的介入力度,当事人未履行报批义务的,应当取得行政许可的融资租赁而未取得行政许可的,合同成立而未生效,对方可以请求其承担责任。四是《民法典》设立了依法行政的重要尺度。习近平同志在中央政治局第20次集体学习中指出,各级政府要“把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺……要规范行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收费、行政检查、行政裁决等活动,提高依法行政能力和水平”^①。《民法典》合同编严格市场监督管理和其他有关行政主管部门干预合同自由的条件,只有当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的,才能依法监督处理。国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息,应当予以保密。五是规定行政机关负有积极保护公民的义务。民政部门应当依法进行收养评估,确保监护制度的落实。由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会在必要时担任遗产管理人。不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人,居委会、民政部门等组织,可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人,或者恢复其行为能力。为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法,需要进行临床试验的,应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意。地方政府有关部门应当指导或协助设立业主大会和选举业主委员会。从建筑物中抛掷物品造成他人损害的,公安等机关应当依法及时调查,查清责任人。

2. 民商合一。民法的调整对象继续确定为“平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”,原则上不区分民商两类关系。“民事权利”中规定了股权、投资性权利、知识产权一系列商事权利。“民事法律行为”中规定了决议行为这一重要的商事行为。法人中分为营利法人、非营利法人,“法人”的清算程序和清算组职权,可以参照适用公司法。

合同编为商事交易提供了基本规则。规定了具体细致的要约承诺规则,将招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书等常见商事交易形式界定为要约邀请。规定了第三人直接请求权,足以辐射涉及第三人的保险、海上货运等商事合同。融民商事合同于一炉,将商事领域常见的保理合同规定为典型合同,承认保理合同一章没有规定的,适用债权转让的有关规定。同时规定租赁和融资租赁、保管和仓储、货运和多式联运、委托和行纪合同,承认租赁、保管、货运、委托合同的一般意义。专章规定合伙合同,对合伙合同做广义上的界定,强调合伙须具备共同的事业目的,共享利益、共担风险,兼容普通合伙、特殊的普通合伙、有限合伙等广泛的合伙类型。

(二)总分结合、确认和保护权利并举

1. 总分结合。《民法典》采纳了总分结合的编纂体例,依靠总则编统领物权、合同、人格、婚姻家庭、继承、侵权分则各编,使主体、权利、责任、时效等基本概念及其关系可以适用于分则各编。各分则编也采取了总分结合模式。物权编设立通则,统摄所有权、用益物权、担保物权、占有。人格权编设立一般规定,统摄物质性人格权和精神性人格权。合同编通则发挥了债法总则的作用,建立了债的履行、保全、转让、终止等制度,新增并存的债务承担等内容,有力地保障债权的动态安全;明确规定了选择之债、连带之债,从静态上丰富了债的类型体系。区分一般合同和典型合同,法律没有明文规定的合同,适用合同通则分编,并可以参照适用最相类似合同的规定。区分合同和准合同,建立了无因管

^① 《习近平主持中央政治局第二十次集体学习并讲话》,http://www.gov.cn/xinwen/2020-05/29/content_5516059.html,访问日期:2020年5月29日。

理、不当得利的一般规则,原则承认在法律没有特别规定的前提下对准合同适用合同编通则。身份协议没有规定的,根据其性质参照适用合同编的规定。有偿合同参照适用买卖合同。行纪合同参照委托合同。不限于合同编,就整个《民法典》而言,多重参照体系已成为其突出特点。例如,个人信息中的私密信息适用隐私权保护规则。所有权保留中出卖人与买受人不能协商取回标的物的,可以参照适用担保物权的实现程序。非法人组织参照适用法人。准共有参照适用共有。

总则和分则具有一般法和特别法的关系,具体而言:

其一,分则编可以承接总则编的一般规定,作出具体规定。总则编对有相对人和无相对人的意思表示分别采取客观和主观的解释标准。合同编则进一步明确,对合同条款的理解有争议的,适用有相对人的意思表示的解释规则。总则编规定了基于胁迫的法律行为,而婚姻家庭编则规定了胁迫结婚(第1052条),参照总则编规定受胁迫的一方可以向人民法院而不是向婚姻登记部门请求撤销婚姻;请求撤销婚姻的,应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。关于收养行为无效事由可以直接适用总则编,无效的收养行为自始没有法律约束力。

其二,分则编可以呼应总则编的制度前提,作出补充规定,以实现制度的完整性。合同编增设合伙合同为典型合同,回答了总则编所规定的非法人组织如何成立的问题。总则编规定“对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人”。而合同编则进一步明确了超权合同的效力:“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。”婚姻家庭编规定日常家事代理完善了总则编的法定代理制度。总则中承认委托监护,侵权责任编则明确委托监护情形中被监护人造成侵权的,监护人承担侵权责任;受托人有过错的,承担相应的责任。

其三,作为总则编的特别法,分则完全可以作出不同于总则编的特殊规定。例如,总则编规定的诉讼时效为3年,而合同编例外地承认国际贸易合同诉讼时效为4年。总则编规定诉讼时效起算点是自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日,而合同编则规定:连带责任保证的债权人从债权人请求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证债务的诉讼时效。当然,如果立法上本应承认制度的特殊性而分则却不作特殊规定,硬要接受总则的一般规制的,可构成明显的立法瑕疵。例如,继承编取消了《继承法》关于诉讼时效的相关规定,以适用总则编的一般规定^①,就忽视了继承请求权的特殊性。事实上,继承恢复请求权是继承权确认请求权和遗产返还请求权的结合,继承权确认请求权是具有人身依附性质的权利,并不适用诉讼时效。遗产返还请求权是包括性的物权请求权,许多学者建议也不适用诉讼时效。

其四,按照总分结合的要求,各编进行了规范协调,保持了体系的融贯性。例如,呼应了人格权编关于隐私权的规定,物权编明确规定利害关系人不得公开、非法使用权利人的不动产登记资料。婚姻家庭编所界定的近亲属和家庭成员的范围,可以统一适用于监护、继承、代理、宣告失踪等等。如果各编规范未予协调的,则容易产生法律漏洞。例如,总则编已经明确:“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”其中,生育权应属于派生于婚姻关系的重要人格权,对此,《民法典》人格权编、婚姻家庭编均未予规定,相关规范难谓协调。

2. 确认权利和保护权利并举。《民法典》遵循无救济就无权利原则,一方面全面确认民事主体的权利类型和内容,另一方面规定了完备的权利保护制度。

其一,总则编分设“民事权利”“民事责任”两章,扩充了民事法律关系的基本要素。民事权利可以统摄人格权、物权、债权、身份权、继承权;民事责任一章建立了违约责任和侵权责任的一般条款和免责事由。

其二,分则编中先规定物权、合同、人格、婚姻家庭、继承诸项权利,最终落定于侵权责任这一兜底性保护制度。

^① 张鸣起:《民法典分编的编纂》,《中国法学》2020年第3期。

其三,人格权编高度重视救济,设立了人格权请求权、人身安全保护令等制度;物权编则有物权请求权;合同编设有多样而细致的违约责任。

(三)规范逻辑和现实考量的交融

《民法典》以体系化为目标,必须按照法律规范的内在逻辑要求展开;而这种展开又不能脱离对现实的考量。

1. 规范逻辑。一是术语科学。将“要求”换为“请求”,更加符合学术标准。用“组织”替换“单位”,用非法人组织替换“其他组织”,以与总则编的基本概念一致。在委托合同中,除了经事先同意,增加经追认转委托委托人也可以就委托事务直接指示转委托的第三人,吻合了总则编转代理的要求,体现了体系上的一致性。在物权编中规定,“侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以依法请求损害赔偿”,较《物权法》第37条新增“依法”二字,明确了物权编中的损害赔偿本质上也是侵权或不当得利请求权,避免了解释适用上其究竟是债权请求权还是物权请求权的争论。二是填补体系漏洞。基于种种考量,原来民事法律中存在应规定而未规定的体系漏洞,《民法典》按照规范逻辑的内在要求,增设新制度,填补了法律漏洞,实现了体系完整。例如,原物权法未规定添附这一物权变动的基本形态,物权编填补了这一漏洞,针对分属于不同人的所有物因附合、混合生成新物的^①,一方面,坚持意思自治、一物一权、效率原则明确新物的归属,另一方面,规定因添附而丧失权利的,享有不当得利请求权、侵权损害赔偿请求权。三是形成可操作的规则体系。规范逻辑不是空谈,要求规则具体、详尽,具备可操作性。按照这一要求,《民法典·合同编》继续承认预期违约和现实违约两种基本违约形态,全面规定损害赔偿、继续履行、采取补救措施等责任方式,在此基础上,明确规定第三人替代履行,理顺违约金、定金的关系,细化了违约金调整规则。全面列举了合同终止的原因,细化抵充、提存操作规则。规定了意定、法定解除制度,设立不定期合同、赠与合同的随时解除权,为各类典型合同明确了解除权的具体适用规则。以合同解除为不安履行抗辩权、情势变更等设立兜底性救济规则。

2. 基于现实需求设计体例结构。在合同编中就债的履行、保全、消灭等设置一般规定,并通过“反向引致”条款,赋予合同编“通则”以“债法总则”的功能^②;搭合同编的便车调整非因合同产生的债,体现了实用主义而不是逻辑思考的结果。基于现实重要性,合同和侵权分立,侵权成为各编的兜底性制度。基于立法现实难度考虑,知识产权作为整体没有独立成编,以防止因为知识产权法律过于庞杂、修改过于频繁,影响法典的稳定性。

3. 具体制度上的现实考量。《民法典》积极回应社会关切,具有明显的时代特色。法典通过之前,全球爆发了新冠肺炎疫情,立法者在总结新冠疫情防控政策实践的基础上做出针对性规定,在征用事由中增加“疫情防控”;将“疫情防控”纳入到国家订货任务、指令性任务的需求范围;明确了物业和业主在紧急情形下的管理和配合义务;等等。此外,为适应和解决当前社会严重的人口老龄化、留守儿童问题,规定了成年监护、撤销监护。适应建设创新型国家的需求,建立了知识产权一般条款。适应网络时代的要求,具体规范网络交易、网络侵权。明确保护个人信息,宣示保护数据和网络虚拟财产。合同编将以电子数据交换、电子邮件等方式形成的数据电文视为书面形式。当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的,原则上对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立。侵权责任编吸纳了司法解释,用五个条文详细规定了网络侵权。补充“反通知规则”,要求网络服务提供者接到受害人通知后,应当及时将该通知转送相关网络用户,明确了违反这一规则的责任承担。适应社会发展要求,规定实名制客运合同的旅客丢失客票的,可以请求承运人挂失补办。适应技术开发利用多样化的重大需求,将《合同法》“技术转让合同”一节扩容为“技术转让合同和技术许可合同”。结合目前我国药品生产监管改变了上市许可与生产许可捆绑的传统,药品上市许可持

① 陈华彬:《我国民法典物权编添附规则立法研究》,《法学杂志》2019年第9期。

② 温世扬:《中国民法典体系构造的“前世”与“今生”》,《东方法学》2020年第4期。

有人和生产许可证持有人可不同一的格局,增加了药品上市许可持有人也是药品侵权责任的主体。

现代交易日渐复杂,往往存在多环节性、多层次性,经常会涉及第三人。为此,合同编集中规范融资租赁等已经定型化的涉及第三人合同。建设工程标的金额巨大,法律关系复杂,无法通过恢复原状对其无效、解除实现简明救济。对此,合同编规定:如果建设工程经验收合格的,可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。物业服务是现实生活中的矛盾集中、多发地带,合同编专章规定物业服务合同,涉及前期物业和现实物业的衔接、区分所有权的管理机制和合同机制的衔接等复杂问题,所作制度设计既须理顺物业服务人和业主的关系,又可维护业主的共同秩序、共同利益。

三、《民法典》的重要创新

(一)人格权独立成编

人格权独立成编是中国民法典最大的创新,这又体现在人格权的类型体系和保护两个方面。

1. 丰富的人格权体系。一是类型丰富。区分自然人、法人而设立不同的人格权,法人只享有有限的法定的人格权类型;自然人享有全面的物质性人格权(生命权、身体权、健康权)和精神性人格权(姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权),承认自然人可以享有法律未规定的其他人格权。同时,自然人还享有基于人身自由、人格尊严的一般人格权。二是内容丰富。人格权编在总则编的基础上进一步细化对隐私权的保护,将隐私的范围扩大到私密空间、私密活动、私密信息。对“隐私”的定义加入了“不愿为他人知晓的”这一限定,扩大了隐私的界定范围,增加了判断的主观性和灵活性。明确了个人信息的内容。将自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、行踪信息等一概纳入个人信息。三是利用丰富。现代社会中丰富的人格权类型体系意味着多样化的人格利用空间。在原则上强调人格权的固有性,不得放弃、转让、继承的基础上,人格权编明确规定“民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用”。藉此允许标志性人格权等可以通过人格权许可使用而获得经济价值。

2. 全面保护人格权。一是规定了人格权请求权。人格权受到侵害的,受害人有权依照请求加害人停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉,这些请求权派生于绝对权,不适用过错责任、诉讼时效,证明负担更低,保护力度更为持久。二是吸收《反家庭暴力法》及相关试点经验,创设了人身安全保护令,将人格权保护的实体法和程序法机制有机融合,借助于公权力机关可以有效预防侵害的发生^①。有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为,不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的,有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。三是因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方可以在违约责任中主张精神损害赔偿,避免了按照违约侵权竞合将使受害人不能获得全面救济的弊端,符合以法国为代表的比较法发展趋势^②。四是不仅规定了禁止性骚扰行为,而且规定了对性骚扰的预防义务。任何组织或者个人不得违背他人意愿,以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰。机关、企业、学校等单位应当采取合理措施,防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。五是构建了完备的隐私权和个人信息保护规则。具体列举了侵害隐私权的行为,可以包括:针对他人发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为;非法进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间;非法拍摄、录制、公开、窥视、窃听他人的私密活动;非法拍摄、窥视他人身体的私密部位;等等。确立了合法、正当、必要收集使用个人信息原则。明确了个人信息收集、使用的违法阻却事由,有效地协调

^① 张平华:《认真对待民事保护令——基本原理及其本土化问题探析》,《现代法学》2012年第3期。

^② 李世刚:《人身损害赔偿规则体系化的法国经验及启示——以法国两部学者草案为基础的比较研究》,《东方法学》2017年第2期。

了各类信息保护与维护公共利益之间的平衡。规定信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息;未经自然人同意,不得向他人非法提供其个人信息。要求信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施,一旦发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的,应当及时采取补救措施。

(二)公私结合共同治理建筑物区分所有

针对近年来群众普遍反映业主大会成立难、公共维修资金使用难等问题,结合此次新冠肺炎疫情防控工作,回应民生民情,进一步完善了业主的建筑物区分所有权制度,专章规定物业服务合同。成为《民法典》的突出亮点:

1. 扩大共有范围。针对“专项维修资金,其额度大、收益低、绩效差”的现实,强调了维修资金,属于业主共有。明确了建设单位、物业等利用共有部分产生的收入,在扣除合理成本之后,属于业主共有。

2. 授权特别法规定业主大会、业主委员会成立的具体条件和程序。明确地方政府有关部门、居民委员会应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。凸显了建筑物区分所有的公共属性,明确物业服务企业在紧急情形下应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施。强调业主应积极配合开展相关工作。

3. 适当降低业主共同决定事项门槛。对于“筹集维修资金”“改建、重建建筑物”“改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动”这三类事项,应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。而《物权法》规定相关事项须经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。总体而言,重大事项业主同意的比例应该是:四分之三乘以四分之三等于十六分之九,简单过半数即可。

(三)建设用地使用权自动续期

住宅建设用地使用权期限届满的可自动续期,非住宅建设用地期满须申请、交费,建立了合理的财产权保护的长效机制。由于事关国家利益和私人利益平衡,具有重大社会影响,国务院尚未出台专门的行政法规,《民法典》只能增加规定“续期费用的缴纳或者减免,依照法律、行政法规的规定办理”。这一规定向我们传递了下列信息:一是住宅建设用地使用权期满后,存在续期费用的缴纳或者减免问题;二是省级及以下地方政府无权规定续期费用的缴纳或者减免问题。

(四)新增居住权

《民法典》新增居住权为用益物权,一方面,明确当事人可以依据合同、遗嘱设立居住权,应当向登记机构申请居住权登记,填补了以房屋为客体的用益物权体系空白。其强调了居住权的意定性,有利于私法自治,不过却没有涵盖并照顾到社会弱势群体无法达成居住合同须依法享有居住权的情形。另一方面,强调居住权的无偿设立,禁止居住权转让、继承、出租。居住权期限届满或者居住权人死亡的,居住权消灭。这对于解决非继承人的居住问题、离婚后需要经济帮助的一方的居住问题等具有重要的现实意义,为实现全体人民“住有所居”提供了法律支撑^①,具有强烈的社会保障色彩。

(五)多元、开放、便捷的担保制度

世界银行每年出版《全球营商环境报告》,从获得信贷、破产、执行合同等 10 个评估指标对全球 190 个经济体进行排名。“获得信贷”又主要依靠“信用信息深度”和“合法权利保护力度”两个指数。《2019 年全球营商环境报告》中我国总体排名较上年提升 32 位,位列第 46 位,但“获得信贷便利度”这项指标的排名从上年的第 68 位降至第 73 位,远远低于印度、俄罗斯、越南等国。“合法权利保护力度指数”连续五年只拿了 4 分(满分 12 分)。世界银行大致估算,此次民法典进一步推进担保制度改革,营商环境总体排名至少提升 15 位左右,有望闯入全球前 30 名^②。《民法典》建立了多元、开放、便捷的

^① 王利明:《民法典是权利保障的宣言书》,《光明日报》2020 年 5 月 24 日,第 3 版。

^② 张韶华:《动产担保、营商环境与信贷市场》,《北方金融》2019 年第 1 期。

担保制度,尤其是“物的担保”制度积极落实功能主义导向,契合了融资市场的需要^①,有利于优化营商环境。具体而言:

1. 担保物多样化。特别是删除原《物权法》第184条第二项,于《民法典》第399条不再对耕地使用权抵押设置限制,以适应“三权分置”后土地经营权入市的需要。

2. 担保类型体系化。不限于抵押、质押,合同编系统规定了保证、定金。承认不具备从属性的独立担保,允许“第三人单方以书面形式向债权人作出保证”。承认融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保,且对非典型担保保持开放。由于融资租赁是受监管的持牌经营业务,加强监管,防止非法经营是其突出特点。为此,法律明确规定虚构租赁物的合同无效。目前,保理在国民经济中发挥着重要的作用,而41.6%的保理合同纠纷案件是由虚假贸易、确权瑕疵、伪造应收账款通知等欺诈风险导致的。为应对这一现实,《民法典》专门规定“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”。

3. 流押流质条款合理化。《物权法》明确禁止流押流质,抵押权或质权人在债务履行期届满前,不得与抵押人质押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。物权编改变了这一低效率的做法,采取了折中思路,承认流押流质可以产生优先受偿效力。

4. 动产抵押浮动抵押趋同。《物权法》仅在动产浮动抵押中规定,动产抵押权不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。物权编扩张了这一规定的适用范围,将其适用于一般的动产抵押,在很大程度上取消了一般动产抵押和浮动抵押的分别,有利于激励中小企业者设立动产担保。

5. “抵押不破租赁”以出租并转移占有为前提。进一步优化《物权法》的抵押不破租赁法则,要求“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的”原租赁关系不受该抵押权的影响,所增设的“转移占有”的要求有利于防止当事人虚构租赁关系损害抵押权。

6. 抵押物的转让自由。修改了《物权法》经抵押权人同意抵押人才能转让抵押财产的规定,允许抵押期间抵押人可以转让抵押财产。其一,抵押人可以自由转让抵押财产。其二,基于抵押权的物权属性,明确抵押权的效力可追及于受让人。其三,设立了抵押权人保护规则,要求抵押人须通知抵押权人转让情形以方便行使抵押权。如果转让行为可能损害抵押权的,抵押人须提前清偿或提存。当然,在未来解释适用中,何谓“可能损害抵押权”将成为一个极大的难点^②。

7. 公平合理的担保物权实现顺序。设立了多种担保并存时的实现顺序,其中留置权优先于价款债权抵押权^③;再按照公示时间确定抵押、质押的顺序;存在多个抵押权的,优先依据登记顺序执行。

8. 统一登记制度。新增融资租赁、所有权保留登记制度,删除了担保物权的具体登记机构,为未来进一步建立统一的动产担保登记制度,形成统一的登记对抗效力,预留充足的空间^④。

(六)完善债的保全

“合同的保全”于第三编第五章独立成章,最大限度地细化了债的保全制度,是《民法典》充分吸取学理意见和实务经验的典范。

1. 扩充了代位权的适用范围,明确债权到期前债权人可以基于保存行为行使代位权。

^① 伊莱恩·麦凯克恩(Elaine MacEachern):《获得信贷便利度相关指标分析》,《中国金融》2019年第7期;高圣平:《民法典担保物权制度修正研究——以〈民法典各分编(草案)〉为分析对象》,《江西社会科学》2018年第10期。

^② 汤文平:《法学实证主义:民法典物权编丛议》,《清华法学》2020年第3期。

^③ 谢鸿飞:《价款债权抵押权的运行机理与规则构造》,《清华法学》2020年第3期;高圣平:《民法典动产担保权优先顺位规则的释论》,《清华法学》2020年第3期。

^④ 罗培新:《论世行营商环境评估“获得信贷”指标得分的修法路径——以我国民法典颁布为契机》,《东方法学》2020年第1期;纪海龙:《世行营商环境调查背景下的中国动产担保交易法》,《法学杂志》2020年第2期。

2. 无偿处分财产权益的,债权人行使撤销权不以相对人恶意为前提;而有偿转让财产的,债权人行使撤销权以相对人恶意为前提,这一区分既符合公平原则,也有利于和善意取得相协调。

3. 对债的保全之适用条件统一规定于“影响债权的实现”,而不是“造成债权人损害”。具体而言,影响债权的实现须区分债权人的代位权和撤销权,前者适用宽松,应兼采无资力说和影响特定债权实现说;后者较为严格,至于如何认定债务人无资力,有不同观点^①。

4. 将债权和从权利一体化处理,从而如果怠于行使从权利的也可以主张代位权;放弃债权担保、为他人债务提供担保的,也可以适用撤销权。

(七)构建了丰富的合同类型

1. 总则编规定了确定监护人、成年监护协议。这类协议目的是确立身份关系,不应当直接适用合同编。

2. 物权编有引起物权变动的合同、行使物权的合同。前者除了需要坚持区分原则外,和合同编并无差别。后者则属于合同编上的合同。建设用地使用权出让合同、划拨合同都是民事合同。

3. 合同编承认典型合同和非典型合同之区分。结合现实生活的需求,按照民法体系结构及民商合一之必要,在《合同法》规定的买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同等 15 种典型合同的基础上,新增保证、合伙、保理、物业服务 4 种典型合同。依靠主给付义务及义务的相互关系,可以判断合同的典型性,实现有名化。

4. 婚姻家庭编有意采用了“协议”而不是“合同”界定双方法律行为。其中,结婚是身份行为,不适用合同编。离婚协议重在解散身份,协调其中的经济补偿、子女安置、财产分割等,更偏向于合同编的合同。夫妻财产协议以身份关系为基础,属于身份财产行为,可以参照适用合同编。婚姻家庭编还有许多派生性的协议,例如,探望协议、补偿协议,这些协议基本属于财产合同,应适用合同编。

5. 规定于继承编的遗赠扶养协议是典型的财产合同而不是身份合同,应当直接适用合同编。

丰富的合同类型反映了总分结合立法模式的要求,而如何发挥合同编、总则编的统领作用,体现身份关系的特殊性,准确适用法律,是未来需要继续努力完善的体系化难题。

(八)身份法向财产法回归

1. 婚姻家庭关系回归财产法。具体而言:(1)建立完善婚姻无效和撤销制度,承认隐瞒重大疾病的、胁迫婚姻属于可撤销。婚姻成立时间始于登记而不是发证。(2)婚姻无效或者被撤销的,无过错方有权请求损害赔偿。(3)修改了《婚姻法》将离婚中无过错方请求损害赔偿事由限于重婚、同居、家庭暴力、遗弃虐待的做法,将其扩及于有其他“重大过错”的情形,提供了开放性的救济事由。(4)诚信原则在婚姻家庭领域中体现在各个方面,例如,对违反夫妻忠实义务,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,企图侵占另一方财产的夫或妻,在离婚分割夫妻共同财产时,可以少分或不分^②。

2. 继承自由得到扩大。(1)对遗产范围采取了概括式规定。不再沿袭《继承法》具体列举遗产的范围,原则承认自然人死亡时遗留的个人合法财产均属于遗产。概括式规定,更有利于全面发挥继承自由。(2)完善遗嘱制度。承认打印遗嘱的效力,规定须由两个以上见证人在场见证。否定公证遗嘱的优先性。自然人可以依法设立遗嘱信托。(3)完善遗赠扶养协议制度。适度扩大了扶养人范围,规定自然人可与“继承人以外的组织或者个人”签订遗赠扶养协议,将可签订扶养协议的组织的范围从“集体所有制组织”扩大为所有继承人之外的各类法人和非法人组织。

(九)维持和谐生活之特质

1. 增设离婚冷静期。2015 年以来,我国离婚率已经超过结婚率。婚姻家庭编规定了离婚冷静期

^① 崔建远:《论债权人撤销权的构成》,《清华法学》2020 年第 3 期。

^② 龙翼飞:《编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议》,《法制与社会发展》2020 年第 2 期。

制度,以稳定夫妻关系实现家庭稳定。在此之前,我国法律实践中已经有类似做法:《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)》于离婚冷静期的规定是,人民法院在审理离婚案件时,经过双方当事人的同意,设置不超过三个月的冷静期。这一冷静期被称为离婚审查期。1994年颁布的《婚姻登记管理条例》规定了离婚审查期,要求“婚姻登记管理机关对当事人的离婚申请进行审查,自受理申请之日起一个月内,对符合离婚条件的,应当予以登记,发给离婚证,注销结婚证。当事人从取得离婚证起,解除夫妻关系”。以上制度设计所给出的期间,但所对应的权利是公权力而非离婚当事人权利,当事人享有何种权利,法律并不明确。近几年来,浙江省宁波、四川成都等地启动了婚姻调解项目,改变以往“即申即离”的做法,采取设定调解时间、编制理由拒绝当即离婚等,使当事人在调解过程中进行冷静思考,有效避免了夫妻因冲动而走向家庭破裂。《民法典》第1077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。前款规定期限届满后三十日内,双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证;未申请的,视为撤回离婚登记申请。冷静期并未损害单方离婚之自由,而仅增加冲动协议离婚和各类“假离婚”的时间成本^①。未来值得思考的是:要不要将冷静期扩大至诉讼离婚?是否机械统一到一个月?由于现实中,14.86%的夫妻因家庭暴力向法院申请解除婚姻关系,对于有家暴等情形的,是否还有必要设置冷静期?

2. 克服了法定继承人范围有限的不足。规定兄弟姐妹的子女,可以代位继承应当继承的遗产。被继承人的财产成为无人继承遗产的概率将大幅降低^②。删除了原有对依靠被继承人扶养的人酌量分得遗产的限定条件“缺乏劳动力又没有生活来源”,以扩大酌量分得遗产请求权的主体范围。

3. 欺诈、胁迫被继承人实施遗嘱行为的可导致继承权丧失。《继承法》规定被继承人受欺诈、胁迫而订立的遗嘱无效,但并未将上述事由列为继承权丧失的情形。欺诈、胁迫被继承人的行为以及伪造篡改遗嘱的行为都属于严重违法行为,凡是有这种行为的继承人都应该丧失继承权,以免出现虽然遗嘱无效,但是实施了欺诈、胁迫行为的继承人仍可以依法继承遗产的矛盾局面。

4. 完善遗产管理人制度。用五个条文规定遗产管理人制度,包括遗产管理人的选任、遗产管理人的指定、遗产管理人的职责范围,以及遗产管理人没有尽职尽责造成损害的赔偿责任。

(十)“宽严相济”的侵权责任

1. 严格化的体现。所谓“严”指放松责任构成要求,加重责任承担。扩大了精神损害赔偿的适用范围,故意侵害自然人具有人身意义的特定物品造成严重精神损害的,因违约造成人格权严重损害的,被侵权人有权请求精神损害赔偿。

扩大惩罚性赔偿的适用,总则编宣示了惩罚性赔偿的一般条款,授权法律对惩罚性赔偿做出明确规定。分则规定的适用惩罚性赔偿的具体场合包括:知识产权侵权、产品侵权、环境和生态侵权。对惩罚性赔偿适用严格的构成要件,主观上须为故意、明知而不能扩及于过失,其中产品侵权和环境生态侵权虽为无过错责任,但这不影响将对其适用惩罚性赔偿的条件限定为故意^③。没有采取召回警示措施造成严重后果的,直接被认定为故意。客观上要存在严重的情节或严重的后果。还须注意的有:一是《民法典》未对惩罚性赔偿范围作出进一步地规定。学者则建议惩罚性赔偿金应当与补偿性赔偿金或实际损失额之间保持适当比例^④,建议适用2到3倍赔偿^⑤。二是从法律规范上看,惩罚性

^① 贺剑:《婚姻家庭编:保护婚姻家庭,守护命运共同体》,《人民法院报》2020年6月11日,第7版。

^② 李星婷、王先明:《重庆日报专访中国法学会民法典编纂项目领导小组成员、西南政法大学民商法学教授谭启平——一部以人民为中心的民法典》, https://app.cqrb.cn/html/2020-05-25/364415_pc.html, 访问日期:2020年5月25日。

^③ 王利明:《论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则》,《政治与法律》2019年第8期;冉克平:《论汽车经销商的缔约欺诈及惩罚性赔偿》,《广东社会科学》2020年第2期。

^④ 朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014年第3期。

^⑤ 王利明:《论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则》,《政治与法律》2019年第8期。

赔偿应归受害人,但是一旦涉及公益诉讼或集体诉讼的,如何兼顾公共利益和受害人利益,实务上并非无疑。

2. 宽松化的体现。所谓“松”指严格责任构成要求,放松责任承担。在过错责任一般条款中增加了“损害”要件,防止侵权救济的随意启动。比较起《侵权责任法》,《民法典》坚持公平责任法定原则,一是只有“依照法律规定”才能适用公平责任,而这些法律规定主要限于因为自然原因导致的紧急避险、无限制行为能力人致害责任等;二是取消了根据实际情况分担损失,防止“因裁判标准不明导致的滥用裁量权”。完善免责或减责事由,放松责任承担,优化利益平衡。对于建筑物倒塌致害的,坚持建设单位与施工单位承担连带责任,但是能够证明不存在质量缺陷的除外。对于非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害的,应当减轻机动车一方的赔偿责任,但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。《民法典》明确自助行为为免责事由,结合总则编已经规定的紧急避险、正当防卫,民法典上的放任行为体系更加完善。作为放任行为,自助行为须适用于紧急情形、来不及寻求公力救济;采取措施应合理,否则须承担侵权责任。于受害人故意之外承认自甘风险,而后者属于受害人过失,丰富完善了受害人过错制度。自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,受害人不得请求其他参加者承担侵权责任;但是,其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。

宽严相济本身是对双方当事人利益的综合性平衡,这种平衡还集中体现在《民法典》对高空抛物责任的详细规定上:一是明确宣示“禁止从建筑物中抛掷物品”。二是要求公安等机关负有调查、查明责任人的义务。三是明确了承担补偿后的当事人享有追偿权。四是物业服务企业等建筑物管理人负有安全保障义务。

Civil Code: Institutional Inheritance, Macro-Model and Innovation

Zhang Pinghua

(Law School, Shandong University, Qingdao 266237, P. R. China)

Abstract: Civil Code is the product of institutional inheritance and innovation. It plays the role of the matrix of general principles of civil law, realizes the transition from General Provisions of Civil Law to General Provisions of Civil Code, and insists on the variability of identity and property legislation; it actively promotes the legalization of policies, incorporates socialist core values and green principles; and it fully absorbs the experience of trial. In terms of legal nature, the Civil Code adheres to the separation of public and private sectors and the integration of civil and commercial sectors; forms a legislative structure of total-combining, recognizing and protecting; integrates its normative logic and practical considerations in the compilation path. The important innovations of the Civil Code are the independent compilation of personality rights, the establishment of diversified, open and convenient guarantee system, and the combination of leniency and severity of tort liability, etc.

Keywords: Civil code; Institutional inheritance; Macro-model; Innovation

[责任编辑:林 舒]