

民法典的体系化适用研究

最高人民法院司法研究

重大课题优秀成果巡展

随着《中华人民共和国民法典》的颁布与施行,我国正式开启了民商事法律的民法典时代,这意味着我国民商事立法完成了体系化进程,实现了外在统一、内在和谐的民商事法律规范的体系整合。这一体系化整合过程主要面向民法典“总则与分则”“原则与规则”“一般与特殊”“依照与参照”的体系化适用。如何对民法典具体制度、规范进行体系优化、衔接,发挥民法典的系统功用是当前的重要命题。

一、民法典“总则与分则”的体系化适用

民法典“总则与分则”的体系化实质上就是基于“提取公因式”的立法技术实现总则编对分则编的涵摄统领。“提取公因式”技术是在总则部分针对一具有普遍性、引领性的基本法律制度,提纲挈领地以一般化形式对其先行规定,基本法律制度作用于具体法律制度,由此构成总与分的体系化。由于民法典总则编中的共通性规定主要从财产法抽象而来,直接适用于身份法领域(如婚姻家庭编)存在局限。

（一）“总则与分则”的体系化适用面临的问题

一是民法典总则编第一百四十九条关于第三人欺诈的规定能否适用于婚姻欺诈行为。二是民法典总则编第一百五十二条第一款第三项关于撤销权放弃的规定能否适用于婚姻撤销行为。三是民法总则编第一百五十二条关于撤销权除斥期间的规定能否适用于隐瞒重大疾病的婚姻撤销行为。四是民法典总则编关于诉讼时效的规定能否适用于婚姻家庭编中规定的请求权(如抚养费请求权、经济补偿请求权、彩礼返还请求权等)。

（二）民法典“总则与分则”体系化适用的具体路径

其一,第三人隐瞒婚姻当事人重疾的婚姻欺诈行为可以适用民法典第一百四十九条关于第三人欺诈的规定。由于婚姻自由是婚姻家庭法的基本原则,第三人实施隐瞒婚姻当事人重疾的婚姻欺诈行为,违背了婚姻当事人的真实意思和诚信原则,与民法典第一百四十九条规定的第三人欺诈行为在性质上一致。允许因第三人实施隐瞒当事人重疾的欺

诈行为缔结的婚姻可撤销并不会影响婚姻家庭稳定,反而是遵循和维护了社会主义核心价值观对诚信的要求。

其二,民法典第一百五十二条第一款第三项关于撤销权放弃的规定对婚姻家庭编应具有涵摄力,在司法上可做肯定解释。从规范意旨上看,民法典第一百五十二条第一款第三项关于撤销权放弃的规定旨在保护当事人的意思自由,是私法自治原则的体现,婚姻自由原则应允许婚姻当事人自决是否放弃婚姻撤销权。因此,在被欺诈的婚姻当事人一方知晓对方的欺诈和疾病状况后,放弃婚姻撤销权的行为并不违背第一千零五十三条的规范意旨,反而是贯彻意思自治的体现,与第一百五十二条第一款第三项的规范意旨相符。

其三,隐瞒重大疾病的婚姻撤销权行使期限可以类推适用民法典婚姻家庭编解释(一)第十九条的规定。民法典婚姻家庭编解释(一)第十九条明确了民法典第一千零五十二条胁迫婚姻撤销权的1年行使期间属于不变期间,不适用诉讼时效的中止、中断、延长情形,也不适用民法典第一千零五十二条第二款中5年最长行使期限的规定。同理,隐瞒重大疾病具有较强隐秘性,适用总则中撤销权除斥期间的规定将极大损害受欺诈婚姻当事人一方的人身利益,也与民法典第一千零五十三条将“禁止疾病”转变为“禁止欺诈”的立法理念不符。从最大限度保护当事人婚姻自主权的角度,排除适用民法典第一百五十二条第二款的规定更契合婚姻家庭编的基本价值取向。

其四,根据请求权性质区分适用民法典总则编中的诉讼时效规定。第一种情形,属于家事法请求权,但法理基础为民法上的请求权,适用诉讼时效抗辩条款不违背婚姻家庭规范价值,包括彩礼返还请求权、婚姻无效或撤销的无过错方损害赔偿请求权、离婚损害赔偿请求权以及夫妻共同财产再次分割请求权。第二种情形,考虑到规范目的或请求权产生的条件,适用诉讼时效抗辩条款有违法理,包括抚养费、扶养费和赡养费请求权、经济补偿、经济帮助请求权,婚内共同财产分割请求权和离婚时未涉及的夫妻共同财产分割请求权。

二、民法典“原则与规则”的体系化适用

一般而言,法律原则介于立法宗旨与法律规则之间,其向上承接立法所追求的价值与理念,向下延伸出具体的法律规

则,民法基本原则对民法典规则体系化的构建发挥着重要的塑造与巩固功能。

（一）“原则与规则”体系化适用的现实问题

一是法律原则与法律规则的适用顺位错乱。二是绿色原则中“资源”和“生态环境”的规范性解释空缺,语义不明。三是在涉及环境保护和公共利益的场景中,绿色原则与公序良俗原则、诚信原则在内涵上存在交叉竞合。四是绿色原则在司法裁判中常被用于无关宏旨的说理论证,绿色原则的适用方式有待矫正。

（二）“原则与规则”体系化适用的具体建议

以绿色原则的体系化适用为例:一是特别优先于一般,规则优先于原则。基本原则与具体规则的关系属于民法典“一般与特别”体系化适用的范畴。要认清法律原则在法律适用中的定位,防止具体案件的适用过程中出现“向一般条款逃逸”的现象。

二是填补绿色原则的解释漏洞。法律原则研究的首要任务就是具体化,对此应明确绿色原则在案件中应当指向环境公益,以环境公益为依据限制、调整、权衡民事主体的相关权益。目前“节约资源”的适用占司法裁判中的绝大多数情形,对“资源”的解释应避免成为限制合同履行时意思自治和支配权的理由。

三是明晰法律原则之间的差异与侧重。以事实场景为依据识别绿色原则与公序良俗原则、诚信原则的交叉。调查发现,既有司法实践中援引绿色原则的大多数案件均能用诚信原则和公序良俗原则解释,因此一般情况下优先适用诚实信用原则和公序良俗原则更为合理。

四是联络绿色原则内外部的体系化适用,克服绿色原则在援引时的无关宏旨。一是明确司法推理的基本步骤,该问题相对明确,在遇到其他法律原则可以解释的案件时,优先适用其他法律原则。二是绿色原则中“资源”“生态环境”在民法典内部的语义解释以及概念涵摄范围需要进行规范界定,在外部需要结合环境立法展开体系解释。对不同性质、处于不同开发利用阶段的“资源”与“生态环境”进行概念的区分和解释。

三、民法典“一般与特殊”的体系化适用

民法典总则与分则关系、原则与规则的关系以及民法典与其他民商事法律的关系,本质上来看都是“一般与特别”

的关系。人民法院在处理纠纷时应当坚持“特别法优先于一般法”的适用逻辑,串联民法典典内、典外进行体系化适用。实践中,应特别注意善意制度和交易习惯的法律适用问题。

（一）民商合一基础上善意制度的体系化适用

一般认为,民法典与公司法是一般法与特殊法的关系,民法典对公司法存在兜底适用和补充适用的情形,但囿于商事领域的特殊性,商事纠纷不应机械套用民法的理念与规定。这在善意制度的体系化适用中尤为显著。在我国新一轮公司法的修订过程中,四易审议稿,可以发现新公司法就外观信赖利益保护的规定以“善意相对人”取代了旧法的“第三人”,表面上实现了民法典对公司法的形式化涵摄,但实质上却有动摇商事交易追求迅捷安全价值的诚信基础之风险。过于强调部门法之间法律表达的一致,难以契合公司法强化交易秩序安全与效率的价值目标。如何妥善协调“善意”在民事与商事领域的适用关系,在兼顾制度体系化的同时又不破坏商事交易的特殊性,是目前亟须解决的问题。对此,通过提炼当前司法裁判的法律适用方法,在公司法中认定“善意”的构成要件应包括:信赖是源于客观存在的外观事实;信赖之人基于外观信赖进行了投资、交易等法律行为;信赖之人尽合理注意义务之后不知该外观事实为虚假。同时,公司法善意制度保护的主体范围不应限于善意相对人,应当将“相对人”扩张解释为包括所有因信赖行为入商事外观事实或行为而产生信赖利益的第三人。

（二）交易习惯的体系化适用

交易习惯司法适用的难点在于其抽象、零散。其一,应对交易习惯进行识别和认定。需要满足三个条件:一是具有长期性和内心确信性;二是具有可证明性;三是不违反法律的强制性规定,不违背公序良俗。其二,应明确交易习惯的审查标准。在判断一个交易习惯是否应该适用时,应先判断其是否符合公序良俗原则,如果不符合则直接不予认可;若符合,再进行公平原则的判断,二者皆符合的前提下,该交易习惯才能被司法认可。其三,应规范交易习惯司法适用的裁判说理论证。一方面是外部证成,首先需要述明穷尽现有所有法律规定仍无法解决本案争议;其次对本案所涉民事交易习惯的具体内容(概念、构成要件、适用范围等)予以说明;最后需提供客观、可行的理由,将当事人之间内生性规

【本期导读】

刑事·行政:引诱未成年入聚众淫乱罪中引诱行为的历史考察与本质探析

民商审判:涉金融行业薪酬递延和追索扣回制度纠纷的裁判思路

综合业务:翟某可帮助信息网络犯罪活动案

则的适用加以正当化。另一方面是内部证成,其重心在于判断案件事实的各个要素是否符合民事交易习惯构成要件的标准。证据分析、事实分析与法律分析是判决说理的三个主要方面,法院需将证据和案件事实以及相应的法律规定尽可能精炼地相融合、贯通,同时需要兼具可理解性和合法、合理性。其四,确定交易习惯的适用顺位。首先,当事人双方经常使用的系列交易习惯与行业习惯、地域习惯并存时,当事人双方经常使用的系列交易习惯应当优先适用。其次,当行业习惯与地域习惯存在冲突时,应当遵守特殊习惯优先于一般习惯的原则。最后,在合同解释和漏洞填补时,如果在当事人没有明示排斥交易习惯的情况下,应当优先考虑交易习惯。其五,落实交易习惯适用中的证明责任。主张交易习惯的一方当事人应当对习惯的存在和其内容以及是否可以约束相关主体负担证明责任。特定情形中,一些处于弱势地位的当事人(如消费者、劳动者等)无力或者不便取得交易习惯存在的证明,人民法院可以依职权取证或者查明。

四、民法典“依据与参照”的体系化适用

（一）需要厘清“依照适用”与“参照适用”的合理边界,辅助司法裁判

民法典在规定参照适用和直接适用条款时,已经对二者进行了明确的界分,但民法典在规定直接适用条款时,时而明确又时而概括(如民法典第一千零三十条),这就使得部分直接适用条款与参照适用条款具有相似性。要区分二者的合理边界,首先,须判断针对直接适用的规范是否做出了规定。其次,考量是否需要对相似性作出判断,认定何种规范可以参照适用以及在多大程度上参照适用。再次,判断可否排除某些规范的适用,即针对参照适用条款是否需要变通适用。最后,判断法官自由裁量的空间,在参照适用的情形下,法官具有更显著的自由裁量权,可在一定程度上做出价值判断和对规范的选择适用,这也意味着需要论证待决案件与被参引规范之间相似性。

（二）应当准确理解“依据与参照”的含义及适用情形

一是关于民法典第四百六十七条第一款无名合同的体系化适用。以无名合同的参照适用为例证。其一,应

确定无名合同参照适用的界限。一方面是对参照适用条件进行限定。包括对于可参照适用的种类做出限定以及对参照适用应当遵循的前置条件做出限定;另一方面是对“参照适用”范围的限定。包括限定可供参照规范的对象以及限定参照规范的效果。限定可供参照的规范对象的方式主要包括“前款规定”和“相关规定”两种,可供参照的规范对象的限定在民法典合同编或者其他法律最相类似合同的规定,而参照规范的效果限定在“最相类似”的部分。其二,依据一般原理,法律规范中的法律原则、例外规定不得类推,因此需注意“参照适用”的规则不得被二次参照适用。其三,规范“参照适用”中的相似性判断。“最相类似”中“最”这一表述表明“参照适用”中的相似性判断建立在和两种及以上有名合同的对比之中;对于相似性对比的要素,可以考量事实要素、结果关系要素和价值要素。其四,区别“参照适用”与类推适用。采纳类推推理的法律论证方法进行区分;从性质、法定化、法律漏洞和立法是否已经明确等层面作出判断。

二是关于民法典第四百六十八条非合同之债的体系化适用。以非合同之债的参照适用为例证。首先应认定涉案法律关系是否属于非因合同产生的债权债务关系,即界定债的性质,若属于非合同之债,则需通过法律类推判断是否存在有关该非合同之债的规定,有规定时直接适用该规定。若无规定,则可以参照适用合同编一般性规范,援引合同编通则有关规定说理论证。在确定所依据合同编一般性规范后,需要审视非合同之债的性质,判断涉案法律关系是否对应第四百六十八条的但书条款,由此贯通非合同之债的“直接适用”“参照适用”与“排除适用”。

（西北政法大学、上海市第三中级人民法院、陕西省咸阳市中级人民法院联合课题组,课题主持人:王莹莹、席建林、李永强;课题组成员:贾同乐、王玉刚、洪波、刘卫锋、高丰美、车东晟、朱晓婕、卢丁、谌睿、郭菲、刘宏刚、申月霞、赵敏、郑嘉欣、耿申）

责任编辑	唐亚南
见习编辑	武凡熙
电子邮箱	llb@rmfyb.cn llzk@rmfyb.cn

2014年,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,强调要推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实和证据经得起法律的检验。司法机关相继出台一系列文件,持续落实并深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革。在完善庭前会议制度、规范非法证据排除程序、强化证人鉴定人出庭作证、统一证据标准、加强律师辩护等方面进行了积极探索,整体而言取得了明显成绩,确保了基本的审判公平正义。

一、以审判为中心的刑事诉讼制度改革的结构性的制约

庭审实质化是以审判为中心的刑事诉讼制度改革突破口和落脚点,然而,目前情况并不乐观,以审判为中心的刑事诉讼制度改革面临结构性制约。

（一）刑事诉讼观念:实体真实优先性

我国无论官方还是民间,对刑事诉讼目的普遍秉持着强烈的实体真实优先观念。当审判机关面对是否排除侦查机关非法取得的证据、是否要传唤对被告人不利的证人出庭作证等事关正当程序保障与实体真实发现的价值冲突时,普遍会偏向于积极的实体真实主义,侧重于刑事诉讼在探求真相、打击犯罪和安抚被害人方面的功能发挥,强调刑罚的报应价值和特殊预防目的之实现。

（二）纠纷解决传统:非正式性

我国传统诉讼实践盛行非正式的纠纷解决文化,强调和解、调解和非正式沟通,从而在整体上表现出明显的非对抗性特征。公检法三机关颇为强调相互之间乃至侦、控、审、辩之间在刑事诉讼活动中的协同与配合,排斥彼此的掣肘、冲突和对抗,追求更为顺畅地实现刑事诉讼的政策实施功能和案结事了的办案目标。在当下的刑事案件办理过程中,诉讼主体之间的非正式沟通无论在范围还是方式上均呈扩张态势,比如,在控辩审三方的协同下,原本为实现庭审实质化而确立的重在准备和辅助庭审的庭前会议制度,正异质化为对刑事实体争议问题进行实质性解决的节点和场域。

深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革研究

（三）程序运作思维:可控性

根据我国刑事诉讼法和相关规范性文件的要求,法官在刑事审判中不仅负有查明案件真相的责任,而且其裁判结果需实现政治效果、社会效果、法律效果的有机统一。为满足如此之高的审判标准,降低案件处理结果的不确定性,法官往往会对案件审判程序的运作具有较强的可控性思维。此外,案件处理可能引发信访、舆情、问责等,也强化了法官对程序运作过程及其结果的可控性思维。

（四）审判管理方式:行政性

对法院、法官的管理,均具有浓厚的行政色彩,司法的专业逻辑体现不足。广大基层法官从事着繁重的审判工作,这些无疑强化了公检法三机关的流水作业模式,配合为主、制约为辅的关系不断加强。

三、以审判为中心的刑事诉讼制度改革推进路径

（一）确立“以审判为中心”的刑事诉讼基本原则

在刑事诉讼法第四次修改过程中,应确立“以审判为中心”的刑事诉讼基本原则,为以审判为中心的诉讼制度改革提供法律基础,对改革中存在的具体问题和现实困境予以破解,推进以审判为中心的诉讼制度改革全面落实。

以“以审判为中心”的刑事诉讼基本原则要求审判活动必须依托庭审活动开展,各诉讼主体均须出庭,并在法庭上出示证据、举证质证和辩论,法官依据庭审调查和辩论情况作出裁判。应将刑事诉讼法的法典化作为“以审判为中心”诉讼制度改革的关键节点,通过刑事诉讼法典化,突破目前以侦查为中心、诉讼阶段相对独立的篇章架构,形塑“以审判为中心”的刑事诉讼制度构造,推进刑事诉讼体系的现代化。

（二）强化庭审实质化

其一,在刑事诉讼法中明确规定直接言词原则。原则上排除笔录证据在法庭审判中的使用,并设置必要的例外情形。确保证据以原始状态直接呈现,包括被告人的当庭供述和辩解、证人和鉴定人的庭审证词、侦查人员的法庭陈述以及实物证据的现场出示,法庭优先采用直接的证据审查方式,增强庭审的实质性和公正性。

其二,正确发挥庭前会议的作用。一是准确定位庭前会议的功能。庭前会议的设立目的是为检察官、被告人及其辩护人提供同时参与庭前准备活动的机会,让其提出各自的诉讼请求并发表意见,为法官了解案件事实和梳理案件争点做准备。二是提高庭前会议的召开比例,庭前会议的处理事项应重点解决程序性问题,不得处理实质性的定罪量刑问题。三是保障被告人参与庭前会议的权利。以被告人参与庭前会议为原则,不参与为例外,保障被告人参与庭前会议的权利。

其三,强化证人、侦查人员、鉴定人出庭。一是完善证人出庭制度。建议删除刑事诉讼法第一百九十二条中“人民法院认为证人有必要出庭作证的”这一规定,明确只要符合“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”的条件,证人不存在不可抗力等特殊情形的,就应当出庭。二是完善侦查人员出庭制度。应当确立侦查人员的证人身份,并对侦查人员应当出庭的情形作出明确规定。三是完善鉴定人出庭制度。为提高鉴定人的出庭率,应确立鉴定人出庭的奖惩机制,优化鉴定人出庭补助的规定,提升鉴定人的法律素养。四是在立法层面确立鉴定人、证人和侦查人员无正当理由拒绝出庭的惩罚措施。五是提高证人、鉴定人、侦查人员

的在线作证率,无法现场出庭的情况下,有条件地允许线上出庭作证。

其四,调整法院内部判决权威结构。应当优化审判委员会的人员构成。

其五,优化二审开庭程序。为保障二审开庭制度的有效运行,应当突出对二审上诉理由的审查,明确二审开庭的案件范围,同时优化二审开庭考核机制,建立二审不开庭的救济机制。

其六,健全在线庭审规则。应当重新界定在线庭审实质化的标准,优化在线庭审规则,实现在线庭审顺利开展和当事人权利保障之间的平衡。

（三）改革人民陪审员制度

一是将七人合议庭适用的案件范围严格限定于被告人不认罪的案件,或者被告人认罪但事实认定存在较大争议的案件,尤其是被告人可能被判处重刑的案件。二是废除人民陪审员的固定任期制,改为从辖区内的合格常住居民中进行随机抽选。通过随机抽取方式,确保人民陪审员的广泛性和代表性。放宽人民陪审员准入门槛,取消高中以上学历要求,只需人民陪审员能熟练使用本民族语言文字进行阅读与表达即可。三是改革人民陪审员管理方式和合议工作制度,保障人民陪审员履职的理性化和独立性,取消培训和考核制度。

（四）健全律师参与制度

其一,强化律师诉讼权利的保障。未来可以考虑由法院或律协签发律师调查令,保障律师调取证据的权利,并尽可能地允许律师充分表达辩护意见,保障辩护人的质证权,关键证据一证一质,争议证据每证必质。

其二,优化指定辩护制度。一是扩大指定辩护的范围,短期内可将指定辩护范围扩大至所有可能被判处三年以上有期徒刑的案件,长期来看,则可以对所有可能被判处监禁刑的案件均适用强制指定辩护制度。二是构建法律援助律师

的选择制度,允许被告人在法律援助中心提供的辩护律师名册中加以选择。其三,发挥值班律师的实质功能。应落实办案机关告知被迫诉人有权获得值班律师法律帮助和约见值班律师的规定,办案机关应主动向值班律师提供案件相关信息,强化值班律师和法律援助律师的衔接,赋予被告人选择法律援助律师的自主权。

（五）构建诉因制度,实行起诉状一本主义

法官的卷宗依赖习惯是推进庭审实质化的主要障碍。结合我国国情,在条件成熟时,可以合理借鉴域外经验,构建中国式诉因制度,实行起诉状一本主义,检察机关在提起公诉时不得随案移送案件侦查卷宗,起诉卷宗和证据材料,法官和人民陪审员均不能查阅,卷宗材料的功能主要是供辩方庭前阅览和准备庭审辩护时便于公诉人出庭公诉之用。在我国构建诉因制度,需要进行必要的配套制度安排,一是在推行庭审实质化的刑事案件中,坚持实质真实的诉讼观念,法官具有真相查明义务,在审判过程中可以依职权进行调查,努力通过正当程序实现犯罪控制的目的,促进当事人、社会公众对裁判结论的认同与接受;二是适应诉因制度框架下刑事辩护专业性提升之需要,应当同时推进审判阶段被告人不认罪案件的辩护律师全覆盖,即对目前刑事诉讼阶段推行的律师全面覆盖制度进行提档升级,将强制辩护的案件范围扩大到所有被告人不认罪且没有委托辩护人的刑事案件,同时随着经济社会的发展不断提高从事法律援助工作的辩护律师的援助补贴,强化刑事辩护的质量和效果。结合我国的具体国情和法院审判状况,未来可以考虑,在改革之初始将起诉状一本主义的适用范围限定在第

一审普通程序案件中,尔后逐步推广。

（六）“以审判为中心”统摄下的制度衔接与机制优化

其一,加强认罪认罚从宽制度推行与“以审判为中心”改革的理性调适。在被告人认罪认罚的案件中,法院也应对应侦查和起诉的工作质量进行实质性审查,以防范冤假错案的发生。一是法院认为检察机关的量刑建议不当时,可以进行调整。若量刑建议过轻,可在与检察机关沟通的基础上视情形判决变更;若量刑建议过重,则可依据有利于被告人原则直接作出变更。二是被告人认罪认罚并不必然等于犯罪事实清楚、证据确实充分。对于案件证据不能满足定罪标准的认罪认罚案件,法院应当要求检察机关补充证据。当检察机关补充不能或仍然难以达到定罪标准时,应判决无罪或者由检察机关撤回起诉。

其二,在适用速裁程序或简易程序的认罪认罚案件中,审理过程中均应保障被告人最低限度的程序选择权利。同时,在犯罪事实的认定上,应当坚持犯罪事实清楚、证据确实充分的证明标准;在争议问题的审理上,应当保障辩方的实质性参与权利;完善程序转化机制,可以考虑在速裁程序与普通程序之间增加简易程序合议庭制作为过渡。

其三,重视司法数字化运用限度及其优化。在审判阶段运用刑事案件智能辅助系统,仍应以审判人员的内心确信无疑作为达致证明标准的必要条件,综合评判智能辅助系统的证据结论。

其四,健全涉案财物处置制度。应当建立完备的涉案财物认定体系,明晰各类涉案财物处置措施的适用对象和适用条件,优化涉案财物价值鉴定机制,完善涉案财物的审前处置程序,构建审判阶段相对独立的涉案财物处置程序,增设涉案财物处置纠错程序。

（山东大学、山东省滨州市中级人民法院联合课题组,课题主持人:周长军、谢萍;课题组成员:丁瑶、王浩、孙戈、赵恒、邱心语、吕晓涵、张耀伟、高国强、刘连义、张猛猛、纪小健、高玮玥）