

后民法典时代更需注重司法

张秀全

今年5月28日第十三届全国人大第三次会议表决通过的《中华人民共和国民法典》是新政权建立以来颁布的第一部法典。有人说,从此中国进入一个民法典的新时代。但确切地说,是进入一个后民法典时代,而后民法典时代,我国的民商立法与司法仍任重道远,与立法相比,司法的难度可能会更大。正如曾参加了新政权建立后前三次民法典起草,迄今唯一健在的98岁高龄的著名民法学家金平教授所言:“世上之事,不难于立法,而难于法之实施”。因此,在热烈的欢庆后我们应冷静思考和不断探索后民法典时代民商立法与司法进一步改进的问题。

后民法典时代的民商立法

虽然《民法典》被称为社会生活的百科全书,是新时代我国国家治理体系和治理能力现代化的重要保障,但民法典的颁行远未完成民商立法的进程。民法典虽有7编1260条10万余字,鸿篇巨制,堪称大典,但民法典既未能把民法的所有规则都规定进去,如知识产权法就没有成为其中一编,商法规范更无法为民法典收编,即使已经在民法典中作出规定的商品房建设用地使用权届满后如何自动续期,仍有待于其他法律法规作出规定。而人格权编虽在民法典中独立成编,但其内容的完美与体系的协调仍是一个有待完善的问题。《民法典》已经完成,但距离完美还有很长的路要走。

基于法典的稳定性,《民法典》颁布后,不可能频繁地进行修订,因此,民法典之外需要进一步完善民商法律。《民法典》在总则、合同编、人格权编、侵权责任编规定了一些商法的内容或规则,但这并不意味着我国《民法典》采取民商合一的立法体例或体系。民法典明年实施后,我国已经颁布的一系列商事特别法如《公司法》《破产法》《证券法》《商业银行法》《保险法》《海商法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《电子商务法》《专利法》《商标法》《著作权法》等并未废止,仍继续有效,有的还应及时修订和完善。

□《民法典》虽在调整对象上涵盖商事关系,规定了一些营利性主体和营利行为,但并没有将所有重要的商事主体与商事交易都详尽规定在民法典中,我们有理由相信,民法典为私法的统一化作出了应有的努力,也为商法的独立发展留下了自由开放的空间。

□在两大法系逐渐融合的背景下,充分发挥司法的作用,特别是最高法院建立全国裁判文书公开网以来,除了可以或不应当公开的裁判文书外,这种裁判文书公开制度,有力地促进了司法公开、司法公平。

不必另行制定商法典

民商合一与民商分立是一个伴随着民法法典化和民族化进程而生的历久而弥新的问题。这一问题早在南京国民政府制定我国历史上第一部民法典的时候就已经作出了选择,仿照瑞士债务法,在民法典债编对一些商事合同及商事代理经理的规则作出了规定,并决定不再制定商法典。但在《民法典》之外,仍有《商业登记法》《海商法》《保险法》等商事特别法存在。民商合一与民商分立并有绝对的正误是非之别。对其含义人们本来就有不同理解,如法典意义、司法意义,部门法意义、观念意义,形式意义与实质意义等。

人们多从法典意义上理解民商合一与民商分立。就此意义上而言,我国仅在南京国民政府时期采取过民商合一的立法体例和体系,此前不能简单地说是民商合一的,因为清末曾有大清民律草案和商律草案,北洋政府时期也有民法与商法起草的立法探索。而1949年之后,我国虽努力尝试起草民法典,但多次难产,加上在社会主义计划经济体制下,本身就没有商法生存的土壤,因此也谈不上民商合一或分立问题。只是随着改革开放,我国逐步确立社会主义市场经济体制后,这一问题才有现实意义。因此,所谓民商合一是我国民事立法的传统的观点是没有历史依据的,更不足以论证我国现在和未来

应当采取民商合一的立法体例或体系。

从民法典之外不再制定商法典的含义论证民商合一,本身没有多大价值。应该说世界上很多国家都没有商法典,市场经济发达的国家也并非都有商法典,但我们应当注意的是,世界上没有一个市场经济发达的国家没有实质意义上完备的商法制度。司法意义上的民商合一或民商分立存在历史和现实中都曾经部分存在过,但所有民事纠纷都由民事法院管辖,所有商事纠纷都由商事法院管辖的民商分立或所有民商事纠纷都由民事法院管辖的民商一体例都不真正存在过。在观念意义、部门法意义、实质意义上探讨民商合一与民商分立是具有重大理论与实践价值的。

笔者不赞成在民法典之外制定商法典。把重要而非所有的商法制度系统化地规定在一个商法典中,可能在系统化商法的同时破坏了商法本身的柔韧性和创新性。而在严格区分商事关系与民事关系,商人与非商人、营利行为与非营利行为的基础上,充分尊重商人的独立性与创造性,商事交易的习惯规则,制定一部商法通则统领商事单行法律和商事习惯,可能是商法体系化和商法独立性的合理选择和可行路径。在此意义上,《民法典》虽在调整对象上涵盖商事关系,规定了一些营利性主体和营利行为,但并没有将所有重要的商事主体与商事交易都详尽规定在民法典中,我们有理由相信,民法典为私法的统一化作出了应有的努力,也为商法的独立发展留下了自由开放的空间。期盼民商法能够在理念和规则水火不容的

基础上,让更多的民法上的自然人能够通过经商致富,并回报家庭和社会,实现以商法之水养民法之鱼,达到民商法鱼水情深的和谐境界。而非用民法规裁判商事纠纷的削足适履或用商法规裁判民事纠纷的揠苗助长。

民商司法问题当下更为迫切

比民商立法问题更迫切和长远的是后民法典时代的民商司法问题。最高法院需要在以往民事司法解释的基础上,进一步回应民法典的规定和新时代的要求,淘汰、剔除与民法典冲突的司法解释,整理或制定适应民法典实施的新的、系统化的司法解释。这项工作最高法院已经着手开展,但完成仍需一定时日。虽然最高法院的司法解释曾被人诟病,但在全国人大常委会及宪法和法律委员会的监督下,事实上最高法院的司法解释弥补了我国立法的一些不足,事实上一些合理的司法解释已经被《民法典》吸收。在两大法系逐渐融合的背景下,充分发挥司法的作用,特别是最高法院建立全国裁判文书公开网以来,除了可以或不应当公开的裁判文书外,这种裁判文书公开制度,有力地促进了司法公开、司法公平。

在后民法典时代,已经生效的历史性裁判文书在与民法典规定不冲突的前提下,对司法审判仍具有参考和借鉴价值。记得在20多年前,我的一个学生在制作裁判文书时按照历史上课时的要求充分阐明判决理由,曾被其领导要求删去。而若干年后,裁判理由已经成为法官裁判文书的必备要求和规定动作。司法的这一进步为司法公平、法治教育、法律普及和法学实证研究提供了丰富的素材,也为法院司法权威的提高提供了看得见、摸得着的标准。在后民法典时代,我们期待法官们能够在这领域作出更大的贡献,为促进我国民商事示范案例或判例的形成发挥积极作用。同时,我们也要警惕司法权的过度扩张。警惕司法权不当地介入民商事纠纷,对简单粗暴地用刑事警察权干预民事商事纠纷形成司法制约,为营造和谐的社会主义市场经济营商环境而作出应有的贡献。

(作者系上海大学法学院教授,博士生导师,民商法研究中心主任)

认罪认罚中专业辩护与自我辩护的法律边界

曹坚

认罪认罚中应当重视辩护意见的合理表达,认真听取辩护律师、值班律师对涉案事实、罪名、适用法律规定的意见,从轻、减轻或者免除处罚等从宽处罚的意见,认罪认罚案件适用程序的意见,以及变更强制措施等方面的意见。辩护意见通常是被追诉人意愿与专业辩护意见的合意,但不排除辩护意见与被追诉人意愿间出现差别甚至迥异的情形,如果有此情形,在认罪认罚中是否允许独立辩护意见的存在。而被追诉人愿意认罪认罚,在签署认罪认罚具结书后,是否还有自我辩解的空间,如果出现新的辩解异议情况,该如何依法有效应对。合理把握认罪认罚中专业辩护与自我辩护的法律政策边界,关乎认罪认罚诉辩协作运行的稳定。

1.专业辩护意见是在作为诉讼权利委托人的被追诉人认罪认罚的真实意愿的基础上形成。

(1)辩护律师作为法律专业人士,要依法维护被追诉人的最大合法利益,但不可能对被追诉人言听计从,也不可能抛开被追诉人的意愿和想法自顾自地发表所谓专业辩护意见。要恰当平衡专业判断与尊重当事人意愿利益的内在平衡关系。专业辩护意见首先要尊重被追诉人的认罪认罚立场,如果认为认罪认罚的事实、依据和理由有争议或者不当的,可以在认罪认罚的过程中向被追诉人及时提出,在其慎重考虑后仍然做出认罪认罚意愿的,首先应当尊重被追诉人的选择,确实有不同意见的,也可以通过沟通提醒建议的方式反馈至办案检察官,但不宜抛开被追

诉人的诉讼立场坚持完全不同的辩护意见。

(2)当专业辩护意见因对事实、证据、情节、法律的认识理解与被追诉人认罪认罚的意愿产生偏差甚至矛盾时,应区分情况合理修正调整认罪认罚工作。认罪认罚必须以事实为依据,以法律为准绳,这是基础,也是关键。当被追诉人与辩护律师、值班律师对认罪的事实、证据和认罪的情节等方面出现认识分歧时,要看这种分歧的性质是否影响到认罪认罚的根基。如果这种分歧不影响定罪量刑的基础,例如,对某些案件情节的认识不会使量刑出现超出建议刑幅度的偏差,或者虽然对案件中的罪名有认识分歧,但对构成犯罪的基本案件事实没有异议,则大可容忍这种分歧的存在。办案检察官可将相关辩护意见记录在案,作为庭审时质证与辩论的重点予以应对。如果这种分歧影响到认罪认罚的基础,例如,被追诉人认罪认罚,但辩护律师、值班律师认为其无罪或者罪轻的,则首先建议辩护律师、值班律师与被追诉人做好交流沟通工作;如果仍然无法形成相对一致意见的,则办案检察官须认真听取辩护律师、值班律师的意见和建议,客观审视是否需要调整认罪认罚工作的进程;如果不采纳相关辩护意见和建议的,须在提审时告知被追诉人,考察其真实的态度,以及是否有更换辩护人的意愿;如果被追诉人确实愿意认罪认罚但又不同意更换辩护人的,办案检察官必须在依法客观办理案件的同时审慎推进认罪认罚工作,做好应对辩护律师无罪或罪轻辩护意见的庭审准备。

2.被追诉人自我辩护权在认罪认罚中的权利边界。实践中要克服两种认识偏差,一种是认为既然认罪认罚,就不应对定罪量刑还有不同意见,否则就是推翻认罪认罚协议;另一种是认为认罪认罚不能限制自我辩护的权利,被追诉人仍然可以任意发表对案件处理的不同辩解意见。两种认识都有失偏颇,有必要予以廓清。

(1)认罪认罚不否定不排除法定的自我辩护权,只不过由于接受了认罪和认罚,自我辩护的内容和边界相较于不认罪认罚时发生了明显的变化。前一种观点的实质是将认罪认罚与自我辩护权对立起来,自行辩护是法律赋予被追诉人的一项诉讼权利,自立案至判决前的所有刑事诉讼阶段,被追诉人均可向办案单位表达诉求,进行辩解。

“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《意见》)指出,认罪认罚从宽制度中的“认罪”,是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,对指控的犯罪事实没有异议,承认指控的主要犯罪事实,仅对个别事实情节提出异议,或者虽然对行为性质提出辩解但表示接受司法机关认定意见的,不影响“认罪”的认定。被追诉人认的是“罪行”,即涉嫌犯罪的主要事实,对次要的事实有不同意见的,不影响主要事实的认定,也就不影响“认罪”。被追诉人可以对所认的事实性质发表意见,如果对事实的基本要素要件予以承认,但对事实要件的法律属性有异议,但最终认可司法机关意见的,同样不影响“认罪”。《意见》指出,认罪认罚从宽制度中的“认罚”,是指犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪,愿意接受处罚。“认罪”考察的重

点是犯罪嫌疑人、被告人的悔罪态度和悔罪表现,应当结合退赃退赔、赔偿损失、赔礼道歉等因素来考量。犯罪嫌疑人、被告人虽然表示“认罪”,却暗中串供、干扰证人作证、毁灭、伪造证据或者隐匿、转移财产,有赔偿能力而不赔偿损失,则不能适用认罪认罚从宽制度。犯罪嫌疑人、被告人享有程序选择权,不同意适用速裁程序、简易程序的,不影响“认罪”的认定。被追诉人的认罚既是态度也是行为,认罚的态度要真诚,确实是出于内心愿意接受刑罚的惩罚;认罚的行为要真实,必须是从自身能力出发竭尽全力赔偿、退赃。确实因客观能力等因素而影响了退赃退赔的程度,而做出有关解释说明的,不影响认罚的认定。

(2)接受了认罪认罚必然要放弃相当部分自我辩护的权利,换言之,在认罪认罚的过程中已经进行了自我辩护,认罪认罚的过程就是允许自我辩护的诉讼过程,对达成的认罪认罚协议予以接受也就表明对主要犯罪事实、情节和处罚均无异议。后一种观点虽然强调自我辩护权的合法正当性,但是没有注意到在认罪认罚的制度框架内,辩护权的行使必然发生较大的变化,如果无视这种变化,认为辩护权不受任何制约影响,则无疑会动摇认罪认罚的基础,假借认罪认罚之名行不认罪认罚之实也就在所难免了。出于这种逻辑认识,在认罪认罚协议签署后,被追诉人当然还可以做罪轻甚至是无罪的辩解,只是当这种辩解发生时,也就表明之前的认罪认罚协议已被单方反悔,案件的办理随即应当转入不认罪程序。

(作者系上海市静安区人民检察院副检察长)