民法典的解释适用与发展

我国民法典将于2021年1月1日起实 施。有民众对民法典实施后有些疑问,也有 对民法典个别条款的担忧。如对民法典实施 后原有的一些指导性案例是否有效? 住宅用 地 70 年续期真的收费吗?"居住权"的房 子是否无流通价值? 以及民法典实施后是否 就民商合一了?民法典会否经常修改?民法 典如何发展等存有疑问。我认为,这些都涉 及民法典解释适用发展的问题。

法典的稳定促进社会稳定

民法典肯定不会经常修改, 这是由法律 的稳定性决定的。作为调整市民关系的民法 典规范的都是市民关系的基本规则, 这些规 则总体而言都是在老百姓长期交往中形成 的,许多都是有规律性的,不会也不可能需 要经常修改。也正是由于考虑到民法典的稳 定性, 未将知识产权列为民法典一编, 因为 知识产权在当代科技发展、数据网络时代变 动频率较大,列入会影响到法典的稳定性, 知识产权已成为民法典之外的重要民事法

尽管民法典有些规范是新规定, 比如农 地的"三权分置",也是对改革经验的总结, 只有像居住权这样个别的规定在国内欠缺实 践的基础, 但也是基于需求的判断, 并借鉴 国外的经验。当然不会经常修改,不是说不 会修改, 只有经较长时间适用积累了一定需 要修改的问题时,才会修改。社会的稳定, 决定了法典的稳定, 法典的稳定, 促进了社 会的稳定,两者是辩证统一的。

民法典的未来发展

那么,是否民法典在较长时间内不修 改,民法典就停止发展了呢?

也不是。法律通过适用而发展,而适用 必须经过解释。民法典的解释,是立法之后 的重要工作。解释,首先是有权解释,包括 立法解释和司法解释。必要时,全国人大常 委会可就民法典的重要问题作出解释, 最高

- □ 民法典肯定不会经常修改,这是由法律的稳定性决定的。但不是说不会修 改,而是要经较长时间适用积累了一定问题后,才会修改。社会的稳定,决 定了法典的稳定,法典的稳定,促进了社会的稳定,两者是辩证统一的。
- □ 法律通过适用而发展,而适用必须经过解释。一部分法律规范新生,一 部分法律规范死去,新陈代谢。法律在适用中不断发展,正是法的生命 力的显现。
- □ 民商合一体制符合我国国情,也是难以改变的。至于有没有必要制定一 个商事通则,可以之后再讨论。但无论如何不能将民法和商法在立法上 完全分离,这是由民事行为和商事行为不能完全分离的事实决定的。

人民法院在民法典通过后已将修改清理原有 民法解释文献提到工作日程。至于已发布的 指导性案例,因这些案例涉及的原有法律条 款被民法典所吸纳, 这样的案例, 当然还有 指导作用,除非出现与民法典规定相抵触的 情况才失去其指导意义。

另一方面, 民法典实施后, 人民法院在 审判民事案件中通过法律条文与具体案情对 接,以情与法的交融在个案中解释适用法 律,并且在此基础上逐级遴选最终报经最高 人民法院审判委员会审议,又会不断出台指 导性案例。促进中国民法典发展的学理解释 更具基础性。中国法学界,尤其民法学界, 不仅对民法典编纂贡献了智慧,而且为民法 典的实施进行积极研究,一批重大研究成果 正在陆续问世。这支队伍有能力创建中国特 色的民法理论, 充分反映社情民意, 为司法 解释、处理疑难民事案件及相关法律的完善 提供理论支持。社会的发展总会产生一些新 问题,形成一些新规范,最终通过修改民法 典加以完善。也有一些民法典规范,可能因 社会情况的变化而过时,形成事实上无用的 条款。一部分法律规范新生,一部分法律规 范死去,新陈代谢。法律在适用中不断发 展,正是法的生命力的显现。

民法典中, 也有极少量条款是授权立法 机关制定新的法律、法规予以规定。这最典 型的就是许多人关注的住宅用地续期问题。 我国物权法规定是自动续期, 虽有不同解释, 但该法原意确有不收费倾向。由于在物权法实 施中,出现了不足70年使用期的情况,实践 中以补足 70 年费用处理。现实中,也存在一 些商业用地出售的房屋使用期为50年的情况, 其房价也较70年略低,到期后究竟怎么办确 实需要研究,也有对70年使用期如何续期的 不同意见。因此,民法典第359条规定:"住 宅建设用地使用权期限届满的,自动续期,续 期费用的缴纳或者减免,依照法律、行政法规 的规定办理。"这一规定首先是强调自动续期, 其次是授权立法机关对费用的缴纳或者减免作 出规定,并非是一律有偿续期的规定。我认 为,立法机关在规定如何续期时,一定会广泛 征求社会各界的意见,以人民利益为中心,区 分不同情况作出公平合理的规定。

民商合一体制的确认

关于民商合一还是民商分立的问题, 虽学 术上有不同观点, 但至今我国立法采用的是民 商合一体制。所谓民商合一,是指制定民法 典,不制定商法典,但有公司法、票据法、保 险法、破产法等构成的商法体系, 商法无规定 的则适用民法特别是民法典总则的规定。民商 合一,并非是民商混同,也不是否定商法的存 在。我国民法典总则编第3章法人的规定,不 仅是公司法的基础, 其第2节营利法人的规 定,就是商法人的规定,而且营利法人和非营 利法人的分类,也是采纳了商法学界的意见。 物权编第二百六十八条关于国家、集体和私人 可以设立有限责任公司、股份有限公司和其他 企业的规定,也属商事规定。合同编第十六章 关于保理合同的规定, 明显是商事内容。我认 为这种民商合一体制是符合我国国情的, 也是 难以改变的。至于有没有必要制定一个商事通 则,在民法典之后可以讨论。但无论如何不能 将民法和商法在立法上完全分离,这是由民事 行为和商事行为不能完全分离,不仅法人,自 然人都普遍参加保险, 甚至握有股票的事实决 一个没有独立商人阶层的社会, 就没有 商法脱离民法而独立存在的社会基础,况且这 种民商合一体制已被民法典所确认。

有人认为,设立"居住权"的房子就失去 了流通价值。这种认识虽然绝对了一点, 但确 实提出一个立法并未明确考虑的问题。我个人 认为,设立居住权肯定会影响房子的流通,但 不至于到失去流诵价值的程度。依居住权立法 本意,如果仅仅是解决多年为家庭服务的保姆 的居住权, 其居住仅仅是房屋的一部分, 其余 部分仍可流转使用。包括居住权部分,都不会 影响继承。如果说改革人才引进政策,在人才 公寓设定居住权, 所涉及的房屋本身就限制流 通。因此,居住权对房屋的流通影响是很有限 的。居住权将来在实践中如何发展,是一个有 待创造经验,并在理论上总结研究,最后上升 为司法解释规定的课题。此类问题的存在,也 从具体方面显示了法律的生命力。

从认识论上说,民法典来自于中国70年 特别是改革开放 40 年的实践, 许多条款都是 经实践检验是正确的、有效的、可行的。新的 规定,有的也是来自于实践,有的是借鉴国 外,也有新创设的。民法典来自于实践,又回 到实践中接受检验,通过解释与实践对接、调 试,不断丰富和发展。

[作者为复旦大学法学院教授,中国法学 会民法学研究会副会长。本文为上海市教育委 员会科研创新计划人文社科重大项目"中国特 色民法典理论研究"的阶段性成果 (2017-01 -07-00-07-E00003)。]

捕后不诉的司法责任问题

捕后不诉, 即犯罪嫌疑人被批准逮捕 后,做不起诉处理。捕后不诉率,在一定程 度上反映了逮捕工作的质效水平, 也一直是 实务和理论界关注和研究的重点。

问责的必要性与可行性

伴随司法责任制改革过程中对于检察官 的充分授权,检察机关"捕诉一体"内设机 构改革过程中的捕、诉由同一名检察官或检 察官办案组负责,以及对于检察机关主导作 用发挥的强调,强化对捕后不诉情形中确属 检察官办案质量问题的问责, 具有新时期的 必要性和可行性。

一是司法责任制改革的必然要求。一方 面, 遴选符合条件的检察人员进入员额检察 官序列,充分授权,突出检察官的办案主体 地位; 另一方面, 加强监督制约, 坚持权责 明晰、权责相当,做到谁办案谁负责、谁决 定谁负责。尤其是要加强对于绝对不捕、捕 后不诉等重点案件的质量监督、风险防控。

二是检察机关"捕诉一体"内设机构改 革的必然要求。对同一刑事案件的审查逮 捕、审查起诉、出庭支持公诉和立案监督、侦 查监督等工作,由同一检察官或检察官办案 组负责,更加符合检察权运行规律,有利于强 化责任担当,提高诉讼效率,但同时也需关注 内部监督制约存在弱化的可能。"捕诉一体" 背景下,职责权限更加清晰明确,严格责任追

三是充分发挥检察机关主导作用的必然 要求。新时期,检察机关还承担着案件拟处 理意见的协商者、实质影响者以及案件作特 殊处理的核准者等新职能,需要更加充分发 挥在刑事诉讼全过程中的主导作用。在牢固 树立"可捕可不捕的不捕、可诉可不诉的不 诉"等检察观念的同时,必须加强对捕后不 诉、捕后轻判、捕后判缓等情形的分析研究, 双向发力,才能更好促进检察机关主导作用 的发挥。

科学划分捕后不诉类型

根据造成捕后不诉的不同原因, 司法实 务中常见的捕后不诉有以下几种类型:

-是出现新情形造成的捕后不诉。所谓 的新情形, 既包括证据情况出现变化, 例 如, 侦查机关后续收集到了能够与犯罪嫌疑 人辩解相互印证的证据; 也可能是适用的法 律规范出现变化,例如,《刑法》或相关司 法解释对于某类犯罪的构罪条件或量刑标准 作出调整。此外,在审查起诉阶段适用特殊 制度和程序, 例如刑事和解、认罪认罚等, 也可能导致原来批准逮捕的犯罪嫌疑人作相 对不诉的外理

二是裁量分歧造成的捕后不诉。裁量分 歧可以分为证据审查的分歧和法律适用的分 歧。在证据审查方面, 印证程度把握或者印 证点的选择,仍然是一个主观判断且容易存 在分歧的过程。而在法律适用方面, 无论是 犯罪行为的定性、社会危害性界定,亦或是犯 罪嫌疑人社会危险性的衡量,都离不开价值判 断。在这些问题的裁量上,不同的承办人或是 同一承办人在不同办案阶段,都可能得出不同 的结论, 进而出现捕后不诉。

三是定案证据未补充收集到案造成的捕后 不诉。时下, 检察机关在审查逮捕阶段对于证 明标准的把控不如审查起诉阶段那样严格。在 某些重大案件中, 考虑到涉案行为客观上造成 的社会危害性较大, 检察机关会先行批准逮捕 犯罪嫌疑人,并引导侦查机关补充收集存在缺 漏的证据。在后续侦查中,这类案件可能因侦 查机关无法补充收集到相关证据,而导致案件 存疑不诉。

四是因保障诉讼需要而逮捕, 后经审查确 属情节轻微而不起诉。例如、因共同犯罪案件 有同案犯在逃或者犯罪嫌疑人身份不明而予以 逮捕,后在审查起诉阶段认定情节轻微而作相

分情形追究捕后不诉责任

对于捕后不诉个案是否存在质量问题,不 能以结果为导向。鉴于"捕""诉"的价值取 向差异以及诉讼规律、特点, 错案责任追究既 要结合检察人员的主观罪责, 也要留有容错空 间。司法实务中应主要以造成捕后不诉的原因 系检察人员的主观过错还是客观情形变化作为

第一类捕后不诉情形均不应追究司法责

任。这类情形均属于客观情形变化,检察人员 对这些新情形不具有预见可能性,对"不诉" 的结果也就不存在主观过错,因而不应追究错

第二类捕后不诉, 既要严格追责, 也要保 留容错空间。在"捕诉一体"背景下,审查逮 捕和审查起诉的定案逻辑具有连贯性和一致 性, 若出现捕后不诉, 通常系由主观过错造 成。原则上,这类捕后不诉应追究错案责任。 但是, 法律适用和证据审查均有主观判断和价 值衡量成分。若检察人员能对前后阶段的分歧 作出合理解释的,则不追究错案责任。

第三类捕后不诉的产生原因系检察人员在 证据审查环节存在主观过错。检察人员将不符 合逮捕证明标准的犯罪嫌疑人予以逮捕,原则 上应承担错案责任。须要注意的是, 在不少案 件中,心证是证据审查中无法避免又难以划定 研判标准的环节。如果对心证的认定分歧追究 错案责任,则过于苛刻。因此,在第三类捕后 不诉的情形中, 若补充收集的证据属于加强心 证的材料, 后因侦查机关无法补充到位而存疑 不诉,检察人员能够对于前后的认识分歧作出 合理解释的,不应追究错案责任。

第四类捕后不诉一般不应追究错案责任。 捕后不诉的司法责任重在追究"错捕"的责 任。而审查逮捕不仅要考虑罪行轻重,也要衡 量人身危险性。只要涉案的犯罪嫌疑人在审查 逮捕阶段确有人身危险性, 就应当肯定逮捕的

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)