民事审判中法律适用若干问题探讨

张新宝 *

引　言

民事审判实践中的法律适用是法治建设的关键环节之一，也是法学理论研究的一个重要课题。广义而言，民事审判实践中的法律适用，既包括程序法的适用（如在认定案件事实时的法律适用、诉讼规则的适用），也包括实体法的适用，还包括国际私法和国际统一实体法的适用实体法规范。狭义的民事审判中的法律适用问题，仅指在案件事实已经得到确认的前提下，如何适用相关国内民事实体法规范的问题。这里的“民事”指广义的基本民事法律、特别民事法律，以及含有民事规范性质的行政（经济和社会）法律、行政法规、国务院部委规章和司法解释等，本文中简称为“民事法律”。

民事法律本身应当具有严密的内在系统性和和谐性，在其适用过程中不应存在相互矛盾或选择困难（不确定性）的问题。但是，由于立法的疏漏，特别是不同时期民事立法在指导思想和立法技术方面的差异，行业利益对民事立法（行政法规、规章等的制定）或有关司法解释的影响以及司法解释的某些技术性瑕疵，导致民事审判中的狭义法律适用问题大量存在。限于笔者的研究水平和篇幅，本文只对其中部分疑难和热点问题展开讨论，不妥之处还望读者批评指正。

中国人民大学法学院教授、博士生导师。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

一、民事行为（合同）无效或可撤销：新法优于旧法

(一)存在直接冲突的基本民事法律规定

民法通则第58条（3）规定：“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所为”的民事行为无效。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第68条、第69条和第70条分别对“欺诈”、“胁迫”和“乘人之危”做出了界定。

合同法第52条规定：“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”的，为无效合同。第54条规定：“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。”此外，合同法第55条、第58条分别对撤销权的行使期限（除斥期）、撤销的后果等做出了规定。

(二)法理与法律适用规则

对于一方当事人以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危使对方在违背真实意思情况下所为的民事行为（订立合同），属于相对人意思表示不真实的情况，但是这时的意思表示不真实不能归咎为相对人自身的过错（如误解、错误），只能归咎为实施欺诈、胁迫等行为的当事人的过错（故意）。① 法律对欺诈、胁迫和乘人之危等行为在价值判断上持否定态度当无异议，而规定以何种法律后果对此予以否定则值得考虑。民法通则简单地规定了此类行为“无效”，合同法则分别两种情况对待：(1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的，无效；(2) 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。两者的基本区别在于：民法通则规定的“无效”范围更广泛，合同法规定的“可撤销”范围更广泛一些，也就是缩小了民法通则规定的无效范围。有学者认为，民法通则规定的民事行为无效原因的范围较宽泛，由此造成合同无效比例居高不下，增加了交易成本、引发了信用危机、助长了背信恶习、便宜了投机奸小，负面影响巨大。因此，合同法做出了相应的改进。② 有的学者则从鼓励交易的角度论证缩小无效行为的原因范围，

① 欺诈、胁迫均为故意，乘人之危也应当以行为人故意为要件。对于前两者的故意的论述，参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第211、218页。

② 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第192页。

扩大可撤销行为原因范围的意义。① 这些观点无疑都是正确的，而且笔者进一步认为，合同法的这种改变也在更深层面上贯彻了当事人意思自治（合同自由）的原则。这与其他国家合同法的规定也是相一致的。大陆法国家民法典一般规定："因欺诈或被胁迫而为意思表示者，表意人得撤销其意思表示"（《德国民法典》第 123 条第 1 款）。②

民法通则和合同法均为我国现行有效的基本民事法律且效力级别相同，在二者的相关规定存在冲突的时候如何适用呢？笔者以为，这里的法律适用原则应当是"新法优于旧法"。民法通则制定、颁布于 20 世纪 80 年代中期，当时正处于经济转型时期，立法者对市场经济条件下的交易规则认识不甚深刻。至 20 世纪 90 年代末期，我国市场经济体制的雏形基本建立，立法者对市场经济条件下的交易规则有了比较深刻的认识。因此，合同法关于无效和可撤销制度的规定更符合我国的社会经济状况。合同法比民法通则颁布得晚一些，属于"新法"，应当优先适用。"新法优于旧法"的原则是处理此类问题应当遵循的普遍性原则。

（三）相关疑难问题讨论

即使优先适用合同法的规定，也还有两个疑难问题需要解决：（1）合同法第 52 条规定的"一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益"与合同法第 54 条规定的"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"关系如何；（2）合同关系以外"使对方在违背真实意思"的情况，是继续适用民法通则的规定还是适用合同法的规定。

笔者认为，合同法第 52 条和第 54 条虽然都规定了"欺诈、胁迫的手段"，但是在构成要件和适用对象、法律后果等方面是不一样的。（1）按照对第 52 条的解释，受害人不一定是（或者不是）"对方"，受到损害的是国家利益，而第 54 条规定的受害人应为"相对人"；（2）第 52 条不要求对方做出了违背真实意思的表示，而第 54 条则要求对方违背真实意思做出意思表示；（3）第 52 条规定的法律后果是无效，第 54 条规定的法律后果是可撤销。立法者做出这两条规定的立法目的是不同的：前者着眼于保护国家利

① 参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 186 页以下。

② 《瑞士债法典》第 31 条也规定受欺诈、胁迫订立的合同为可撤销的合同，撤销权的行使期为一年。

益，采用刚性的法律后果规定；后者着眼于保护对方当事人的利益，采用弹性的法律后果，将对行为效力的决定权赋予了对方当事人。基于这样的认识，一方当事人仅仅因为受到欺诈、胁迫或者其危机情况受到他方利用而订立合同，只要这样的合同不损害国家利益，就不得主张无效；国有企业、国家控股企业等民事主体的经济利益损失，不属于国家利益的范围。

合同法第 54 条只是在合同领域缩小了民法通则第 58 条规定的无效民事行为原因的范围，对于在合同关系之外的民事行为（如涉及收养、婚姻、遗嘱、合伙等的民事行为）之效力判断，是继续适用民法通则第 58 条的规定还是适用合同法第 54 条呢？笔者以为，原则上应当继续适用民法通则的规定，在必要时适当考虑合同法的立法精神。如果将来形成共识，认为民法通则第 58 条（3）的规定完全不妥当，则可以在制定民法典时予以整体考虑。

二、请求权竞合与限制：在强制性规定与自由裁量之间的法律适用

(一)存在间接冲突的基本民事法律规定

民法通则没有对请求权竞合问题做出直接规定，但是其选择的侵权责任法与合同法相互关系立法模式间接表明了立法者的态度：由于民法通则第 106 条第 2 款和第 3 款规定了侵权责任法比较宽泛的调整范围，合同法的调整范围则较小。这与法国的情况类似，而与德国的情况基本不同。实际上我国合同法第 2 条规定的也是“小合同法”。如果沿着这一思路符合逻辑地发展下去，我国民法也会采取法国法中的“责任非竞合规则”，即原则上不承认在加害给付等情况下受害人存在可以选择的请求权。如果当事人之间有明示或默示的合同关系，受害人只能以违约责任的请求权提出诉讼，不能提出侵权之诉。

但是合同法第 122 条没有将这一维护民事法律内在和谐的理论贯彻始终，而是接受了德国法中的“允许竞合”规则：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”

此外，最高人民法院 1989 年 6月 12 日发布了《全国沿海地区涉外、涉港澳台经济审判工作座谈会纪要》，指出：“两个诉因并存的案件的受理问题。一个法律事实或法律行为有时可以产生两个法律关系，最常见的是债权关系和物权关系的并存，或者被告的行为同时构成破坏合同和民事侵害。原告可以选择两者之中有利于自己的一种诉因提起诉讼，有管辖权的受诉法院

不应以存在其他诉因为由拒绝受理。”最高人民法院的这个工作纪要第一次对请求权竞合进行确认，并规定了原告的选择权。

（二）加害给付的概念、构成要件与法律对策

在加害给付情况下的请求权是否竞合或者责任是否竞合，或者如何选择适用相关法律，我国学者多有讨论。① 但是，即使遇到最典型的加害给付案件，如何适用法律也未能达成共识，如：

某乘客购票后，乘坐某公交汽车运输公司的客运车辆，途中发生交通事故，致该乘客伤残，后纠纷诉至人民法院，对具体如何适用法律以及如何具体计算赔偿数额，产生了较大的争议。究竟是适用合同责任还是侵权责任？计算赔偿额是以《道路交通事故处理办法》（当时有效）为依据，还是以《中华人民共和国消费者权益保护法》为依据 ②

这是一起比较典型的加害给付案件。加害给付理论最早是由德国律师史韬伯（Herman Staub）于 1902 年提出的，在德国法中又称为积极侵害债权，以弥补传统的违约形态二元理论划分的缺陷。按照德国学者的观点，“凡是既不导致给付不能，又不能导致给付迟延的均是积极侵害债权。”③“只要是非给付不能与给付迟延的其他给付障碍形态的均称为积极侵害债权”。④ 该理论的提出不仅对德国的判例和学说产生了巨大的影响，而且也深刻影响了属于德国法系的其他国家的民法。

理论界对加害给付有两种不同的观点。一种观点认为，加害给付是未能按债的规定做出的给付或履行。另一种观点认为，加害给付不仅仅是指债务人履行债务的行为不符合债务的规定，并且这种不符合债的规定的履行行为还造成了履行利益以外的其他损害。笔者同意后一种观点。按照后一种观点，加害给付之构成需要以下要件：(1) 债务人的履行行为不符合债的约定并违反法律的直接规定；(2) 债务人的不适当履行行为造成了债权人履行利益以外的其他利益损害，加害给付是一种同时侵害债权人相对权（合同上的

① 如王利明、董安生：《合同责任与侵权责任的比较研究》，载《法学研究》1989 年第 1 期；王利明：《论违约责任与侵权责任的竞合》，载王利明《民商法研究》（第 4 辑），法律出版社 1999 年版；王利明：《再论违约责任与侵权责任的竞合——兼评合同法第 122 条》，载王利明《民商法研究》（第 5 辑），法律出版社 2001 年版。

② 有关司法部门曾于 2003 年 7 月就此案件的法律适用问题征求部分在京民法学者的意见。

③ Enneccerus－Lehmann Schuldrecht, 2Band, 1954, 225.

④ Enneccerus－Lehmann Schuldrecht, 2Band, 1954, 225.

需要全本请访问 www.ertongbook.com

权利）和绝对权（人身权利或财产所有权性质的权利）的不法行为；（3）债权人所遭受之其他利益损害与债务人之不适当履行行为有因果关系；（4）加害给付人有过错。

从世界各国立法和判例的角度看，在处理违约责任和侵权责任竞合时，并未完全采用上述三种学说中的观点，而是各有其具体做法。归纳起来，主要有三种对策：

1.禁止竞合制度。法国民法认为，只有在没有合同关系时才产生侵权责任，因此，不产生违约责任与侵权责任的竞合。该制度显然受到法条竞合说的影响。

2.允许竞合制。即选择请求权制。以德国为代表，德国法认为，受害人可以提起违约之诉，亦可提起侵权之诉。如果一项请求权因时效届满而被驳回时，还可以行使另外一项请求权。但是，受害人的双重请求权因其中一项请求权的实现而消灭，无论如何不能使两个请求权都实现。

3.有限制的选择诉讼制度。以英国法为代表。这种制度一方面承认受害人的双重请求权，另一方面又对这种双重请求权的行使做出一些限制性的规定。英美侵权法认为，责任竞合制度主要是解决诉讼法上的问题，而不是实体法上的问题。其对请求权的选择做出的限制包括：（1）选择之诉当事人必须与加害人之间存在有偿合同关系，无偿借用人不得向提供有表面缺陷物品的出借人提出违约之诉；（2）合同关系之外的第三人不能提起违约之诉，只能提起侵权之诉；（3）合同一方当事人之疏忽行为或非暴力行为所造成的财产损失，一般不构成侵权行为，应依违约处理；（4）只有在加害人的行为既违反合同也违反侵权行为法（且不具备上述三项排除条件），并且后一行为即使在没有合同关系的条件下也构成侵权行为，受害人才具有双重请求权。同时，根据限制竞合的原理，即使受害人享有双重请求权，但一经行使其中之一，另一请求权即告消灭。受害人只能做出一次性的选择。①

（三）正确理解和适用合同法第122条

表面看来，由于合同法第122条的规定，我国似乎选择了类似于德国的允许竞合制度，但是在我国目前条件下，如何适用该条法律规定则有许多需要讨论的问题。

1.目标设定

笔者认为，法制的统一与司法的公正是法治的重要内容。于加害给付情

①参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第99页

形的法律适用，则要求实现如下两个目标：（1）受害人能够得到全面的、合理的救济，这就要求既不使受害人的救济落空，也不使其获得过分的救济；（2）同样的损害后果得到同样的救济，同样的事实构成案件得到同样的审判结果，不因为当事人法律知识、法律资助等方面的不同而有较大差别。这是司法实践确定加害给付民事责任所追求的目标，也是评判某种责任制度或司法制度是否合理的最终标准。

2. 区分真正竞合与非真正竞合

在加害给付之情形的履行利益损失，只能依靠合同法的相关规定予以救济，而不能采用侵权法的规则予以救济。对于这部分损失，不存在违约责任与侵权责任竞合的问题。而受害人（合同相对人）遭受的履行利益之外的其他损失（人身损害或财产损失），如何进行救济，则需要区别对待：（1）法律明确规定采用合同法上的责任方式予以救济的，受害人只能以违约责任请求权提出请求，加害人只承担违约责任，法院只能适用合同法规定做出判决；（2）法律明确规定采用侵权法上的责任方式予以救济的，受害人只能以侵权责任请求权提出请求，加害人只承担侵权责任，法院只能适用侵权法的规定做出判决；（3）法律没有对采用何种民事法律责任方式予以救济做出规定的，则依据合同法第 122 条之规定，受害人有选择的请求权，加害人可能承担违约责任或侵权责任（之一），法院在适用法律上则会基于受害人选择的请求权之不同而有所不同。

第一种情况和第二种情况都不是真正竞合，不存在选择的请求权、选择的责任或选择的法律适用问题。从我国已有的法律、司法解释来看，尚不能得出某种加害给付专属适用合同法调整的结论。旅客运送合同履行中的加害给付，是否只能排它适用合同法第 302 条而不适用侵权责任，在解释上存在歧义，本文下面会进一步讨论。但是，我国产品质量法、《医疗事故处理条例》明确规定相关情形的加害给付（缺陷产品导致购买方人身或财产损失、医疗事故导致患者人身损害）适用侵权责任规则，不适用买卖合同和医疗合同项下的违约责任。第三种情况下则存在真正意义的责任（请求权）竞合问题，需要法官在适用法律上予以特别考虑。

3. 正确认识合同法第 122 条的“一般规定”性质

笔者认为，合同法第 122 条是解决责任（请求权）竞合问题的一般性规定。理解这一一般性规定应当注意以下几个方面的：（1）该条所规定的人身损害和财产损失仅仅指履行利益以外的损失，不包括履行利益损失。履行利益损失应当也只能依据违约责任提出救济，而不存在侵权责任救济的余地。

(2）法律对某些类别案件中加害给付的责任做出了排他适用某一法律之规定的（即不真正竞合的情形），适用该特别规定。这里应当将合同法第 122 条与其他法律的规定（如产品质量法第 41 条）理解为一般法（普通法）与特别法的关系。特别法优先于普通法适用。 (3) 在法律没有特别规定时（即上述真正竞合的情形），则适用合同法第 122 条。

4. 把握“从合同法第 122 条经由第 302 条到人身（财产）损害赔偿规则”的法律适用路径

合同法第 122 条既为一般性规定，那么合同法第 302 条是一般性规定还是特别规定呢？因为二者都规定在同一法律文本中，对其定位会有争议，可以得出两种不同的解释结论。如果将第 302 条理解为特别规定（因为其是有关旅客运送合同中加害给付的规定），则受害人没有选择的余地，只能依据违约责任请求损害赔偿。但是，第 302 条只规定了损害赔偿的请求权（或另一方当事人的赔偿责任），对于赔偿的构成要件、赔偿的范围、数额标准并没有做出任何规定。显然合同法关于违约损害赔偿的原则、构成要件、赔偿范围、数额标准（合同法第 113条）不适用或基本不适用于此类案件。法官在法律适用上还需要将目光投向侵权法（民法通则第 119条等条文和相关特别法规定、司法解释），从侵权法中找到适当的规则。

如果不将合同法第 302 条理解为特别规定，不发生特别法优先适用的效果，则受害人可以依据第 122条选择违约责任或选择侵权责任（民法通则第 119 条等条文和相关司法解释）。如果当事人选择违约责任，则适用合同法第 302 条的规定。当事人的选择，在某种意义上是绕了一个圈子，又回到了侵权法。这就是“从合同法第 122 条经由第 302 条到人身损害赔偿规则”，最终在实体上总是侵权法发挥决定作用。

如果不将合同法第 302 条理解为特别规定，不发生特别法优先适用的效果，当事人也可能选择侵权责任的请求权（民法通则第 119 条等条文和相关司法解释），法院一般只能适用侵权法的规定做出判决。

从上面的分析可以看出：如果不规定选择权，得出的判决结果是确定的；如果赋予当事人选择请求权的权利，实体结果也大致相当。于后者，可能的差别是：(1) 管辖；(2) 时效（包括起算时间和期限）；(3) 举证责任；(4) 过错认定。如何从司法的角度尽可能避免这些差别的出现以实现前述预设目标呢？笔者认为，法院的司法能动功能对这些问题的解决将会有所助益。

5. 充分发挥法院的司法能动性，消除程序性障碍

法院的司法能动性除法官正确理解和适用实体法外，还表现在恰当适用程序法，为上述两个目标的实现排除程序性障碍。

（1）案由、请求事项与时效规定的适用

首先，加害给付情形下，同一案件中多个案由可以并行。根据最高人民法院《民事案件案由规定（试行）》的规定，人民法院审理案件时，一个案件只能确定一个案由，并只能就该案由进行审理，如涉及两个案由，在审理过程中，当事人需做出选择，法院一般不在同一个案件中就两个案由同时做出审理。但对加害给付而言，对于履行利益部分之损害，采取违约责任的救济方式，意味着这类案件首先属于合同纠纷案由。对于履行利益之外损失的部分，法律无特别规定时，当事人可以选择，如果选择合同之诉，则整案属于合同纠纷；如果选择侵权之诉，则同一案件中既有违约之诉又有侵权之诉，此时，法院应当允许当事人在加害给付的同一案件中分别依据两种法律关系提出分别属于两个案由的诉讼，法院亦应在同一案件中对这两部分一并审理。因为两个损害后果基于同一加害行为，而且两个请求并不相互排斥。否则，当事人或者无法得到全面救济，或者需要繁琐地去打两场官司。这需要最高人民法院重新审视有关案由的司法解释。

其次，在审理过程中，因行使选择权使案由发生改变从而导致的管辖变化。鉴于加害给付案件的双重属性，该类案件首先可以归属于合同纠纷类案件，从而根据合同纠纷确定管辖的法院以及法院受理案件的具体部门。《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）》第30条对此有所规定。该司法解释第30条规定：“债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时做出选择后，在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。对方当事人提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。”在此规定为驳回起诉而不是移送管辖，其主要原因在于，驳回起诉后，当事人如果坚持希望在原受理法院处理该案，其可以以其变更前的案由再次起诉到该院；也可以以其变更后的案由重新起诉到其他有管辖权的法院。从而更好地保护原告的诉权。而如果移送管辖，则当事人可能无法通过回复原来的诉讼请求而达到在原法院审理该案的目的。

最后，在时效期限上，对于此类案件应该采取“就长不就短”的原则，统一适用两种法律关系中较长的时效期间。

（2）法官的释明权的行使

依据合同法第122条的规定，在加害给付的情形下受害人存在行使选择权的问题。此时，法官的释明权主要体现在以下几个方面：第一，当事人在

起诉时只选择了一种法律关系提出诉讼请求，在审理过程中，法官发现具体的案情构成责任竞合，当事人享有选择权时，则应向当事人释明，告知其享有选择的权利。如果当事人起诉时，提出了重复的诉讼请求，也应当告知当事人应当予以选择。第二，鉴于违约责任与侵权责任在诸多方面存在区别，选择哪一种责任方式或者说选择哪一种法律关系，对当事人的权利之实现与实现范围有着很大的影响。在此，法官不应充当消极等待当事人做出选择的角色，而应充分行使释明权，告知在具体案情中侵权责任与违约责任的区别，可能产生的法律后果等，让当事人在选择时对结果有充分的预测，以便做出更合理对当事人更经济的选择。第三，当事人在起诉时或一审开庭前，就其诉求依据做出了选择，但在开庭审理过程中，可能因举证能力等客观因素的限制，法庭调查所查明的材料不足以证明当事人主张的法律关系的存在。例如，当事人就履行利益之外部分的损失选择侵权之诉，但其可能无法充分证明被告的主观过错的存在，从而法院可能无法认定侵权责任的存在，此时，法院应当依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 35 条的规定行使释明权，告知当事人可以变更诉讼请求。①

（四）正确认识消费者权益保护法的“一般性”

消费者权益保护法涉及消费领域的诸多法律关系，如合同关系、侵权责任关系。笔者认为，消费者权益保护法更具有“宣言性”和“一般性”特征。在涉及民事法律适用问题时，如果有专门的合同法规范或侵权法规范对相关问题作出了明确规定，则应优先适用合同法或侵权法规定。在合同法或侵权法无明确规定的可直接适用消费者权益保护法的有关规定。消费者权益保护法中的某些特别规则（如第 49 条）的适用，应当限定在法律明确规定的具体类别案件，而且需要符合其构成要件要求。

笔者认为，由于合同法对旅客运输合同双方当事人之间的权利义务关系及违约责任、加害给付赔偿责任做出了明确规定，在上述案件中不宜适用消费者权利保护法。

①法国的情况与此相似。在责任非竞合前提下，法规必须依据民事诉讼法第 16 条通知双方当事人和做出相应的释明。参见冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 527 页。

三、特别民事法律规范与行政法规（规章等）中民事性质规范的适用

（一）特别民事法律规范的适用

也许是为了立法技术之便利，也许是因为民法通则的过于简略和基本民事立法（民法典制定）的迟缓，我国民事法律的一个十分突出的现状是大量行政法律、经济和社会法律中含有民事法律规范。这些行政法律、经济和社会法律中的民事法律规范是广义的特别民事法律，对于弥补基本民事法律的不足起到了一定的作用，但是也为民事法律的适用带来了许多困难：（1）大量分散的特别民事法律规范的存在，使得当事人乃至司法人员“找法”困难；（2）不少特别民事法律规范与基本民事法律（如民法通则、合同法等）存在直接或间接的矛盾。

为了便于研究，我们对部分行政法律、经济和社会法律中含有民事法律规范的情况进行了一个简要的统计：

表一　特别民事法律规范与民事基本法律的关系

有关行政、经济、社会法律的名称	条文号	意义	与民事基本法律的关系	备注
铁路法（1990）	16	给付义务	合同法第288条	平行关系
	17	赔偿责任	合同法第314条	平行关系
	18	免责条件	合同法第117条、第119条	平行关系
	58	事故责任	民法通则第123条	铁路法扩大了免责范围
邮政法（1986）	33	赔偿责任	民法通则第117条	特别法对基本法的具体化
	34	免责范围	民法通则第107条	扩大了免责范围
电力法（1995）	59	违约责任	民法通则第111条、合同法第107条	平行关系

需要全本请访问 www.ertongbook.com

（续表）

	60	赔偿责任	民法通则第123条	扩大了免责范围
产品质量法(2003)	40～48	赔偿责任	民法通则第122条	对基本法律的细化规定
产品质量法(2003)	40～41	赔偿责任	合同法第122条	产品质量法接受“责任非竞合”原则；合同法规定请求权竞合；冲突或普通法与特别法的关系
反不正当竞争法	20	赔偿责任	民法通则第106条第2款	依据基本法规定的新型侵权责任
环境保护法(1989)	41	责任要件	民法通则第124条	删除“违反国家保护环境防止污染的规定”；特别法变更普通法
	42	诉讼时效	民法通则135条	规定更长的诉讼时效期间；基本法授权下的特别规定

从上述简单统计表可以看出，某些特别民事法律规范与基本民事法律之间存在一些显而易见的冲突，最突出的问题是：(1) 某些特别民事法律规范过分体现某一行业、产业的特殊利益，忽视平等主体的合法权益之平衡保护；(2) 某些特别民事法律规范扩大了免责范围和条件，使得受害人往往处于不利地位。

我们很难从基本（普通）民事法律与特别法律中的民事法律规范的效力高低中找到如何正确适用法律的答案。实际上，这些法律文件的效力是相当的。如何正确利用新法优于旧法等原则，追求民事法律适用实现真正的公平正义之理想，是一个需要理论界和实务界不断探索的问题。当然，解决这一问题的关键不是司法部门，而是立法部门。

（二）行政法规、部委规章中民事性质规范的适用

依据我国宪法和立法法的规定，民事基本制度的制定权属于全国人民代

表大会及其常务委员会。[①] 依据立法法第 56 条的规定，国务院根据宪法和法律制定行政法规，可以规定的事项包括：（1）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（2）宪法第 89 条规定的国务院行政管理职权事项。应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。查宪法第 89 条没有授予国务院制定民事法律的权力，民事制度的制定不属于“行政管理事项”。何谓“民事基本制度”以及在民事基本制度之外是否还有“民事非基本制度”，宪法和立法法没有做出界定。从对这些规定的解释大致可以得出这样一些结论：（1）国务院制定行政法规不得涉及基本民事制度，但是有授权的除外；（2）在国务院的行政管理权限中也不包括制定涉及“民事非基本制度”的事项；（3）合同制度、财产权制度、侵权制度等一般被认为是“基本民事制度”；（4）国务院制定的行政法规原则上不宜涉及民事制度，但是有特别授权者除外。

目前的状况是，不少行政法规乃至国务院部委的部门规章大量涉及诸如财产权、合同、侵权责任等民事制度。以下是行政法规、部门规章中含有民事法律规范以及与基本民事法律之关系的一个不完全列举统计：

表二　行政法规规章中的特别民事规范与民事基本法律的关系

有关行政法规、部门规章的名称	条文号	意义	与民事基本法律的关系	备注
医疗事故处理条例	46～52	赔偿责任	民法通则第 119 条	关于赔偿责任的具体化
国内航空运输旅客身体损坏赔偿暂行规定（1993 年修订）	4	免责条件	民法通则第 123 条	扩大了免责范围
	5	减轻或免除责任的条件		旅客的故意或过失

①参加《中华人民共和国宪法》第 62 条（三）、第 67条；《中华人民共和国立法法》第 8条（七）。

（续表）

	6	最高赔偿金额		7万元
道路交通事故处理办法（已经废除）	35～40	损害赔偿责任	民法通则第123条	对“高速运载工具”之高度危险作业致人损害责任的具体化；将道路交通事故定义为“过失”，与民法通则不一致

在民事审判实践中，如何适用行政法规（部委规章）中的民事规范？对此，宪法和法律没有做出明确规定。最高人民法院在其司法解释中指出：国务院制定的行政法规，（在裁判文书中）均可引用；国务院各部委发布的命令、指示和规章，凡与宪法、法律、行政法规不相抵触的，可在办案时参照执行，但不要引用。[①] 另一个值得注意的司法解释是最高人民法院2003年颁布的《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》。该通知指出：(1) 条例施行后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷，诉到法院的，参照条例的有关规定办理；因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷，适用民法通则的规定。人民法院在条例施行前已经按照民法通则、原《医疗事故处理办法》等法律、法规审理的民事案件，依法进行再审的，不适用条例的规定。(2) 人民法院在民事审判中，根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗事故司法鉴定的，交由条例所规定的医学会组织鉴定。因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷需要进行司法鉴定的，按照《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》组织鉴定。 (3) 人民法院审理因医疗事故引起的医疗赔偿纠纷民事案件，在确定医疗事故赔偿责任时，参照条例第49条、第50条、第51条和第52条的规定办理。该通知对于国务院制定《医疗事故处理条例》没有照单全收，而是严格限定了其在审判实践中发挥作用的范围，以及具体参照（而不是引用）的条文。

笔者认为，在民事审判实践中，行政法规、国务院部委命令、指示、规章等就相关问题做出规定的，凡与宪法、法律、行政法规不相抵触的应当得

①最高人民法院给江苏省高级人民法院《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》（1986年）。

到适用（引用或参照适用）；最高人民法院认为可以直接援引的则直接援引，认为可以参照执行的则参照执行而不直接援引；最高人民法院对如何援引、如何参照执行做出了明确规定的，按照其要求适用。行政法规、国务院部委命令、指示、规章与民事法律规定不一致的，应适用民事法律的规定处理民事纠纷。但是，鉴于我国法院在宪政体制中的地位，不宜在裁判文书中直接指出对某一行政法规或国务院部委命令、指示、规章是否违反宪法或法律做出评论。①

四、司法解释的适用：立法权与司法权的关系

（一）民事司法解释概况与评价

司法解释是最高人民法院依据人民法院组织法的规定②，对法律适用中的具体问题进行的解释。“总体而言，我国现行的司法解释体制目前尚处于一种相当粗放的状态，科学而精制的司法解释规则体系还没有最终形成。如何建构一套符合我国国情同时反映法律届时内在规律的司法解释制度，是我国今后在完善司法解释权制度过程中必须考虑的重要问题。”③ 最高人民法院关于民事实体法律的司法解释也是十分繁多的。以下是对其要者的一个简单统计：

表三　司法解释与民事法律的关系

司法解释名称	类别	被解释的法律名称	与被解释法律的关系	备注
关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）	一般性解释	民法通则	全面解释	

① 最高人民法院在给江苏省高级人民法院《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》（1986年）中也涉及地方法规、规章等的适用问题，限于篇幅本文不对此展开讨论。无疑，这是一个更为复杂的问题。

② 参见《中华人民共和国法院组织法》第33条。

③ 黄松有：《司法解释权 理论逻辑与制度建构》，载《中国法学》2005年第2期

续表

关于适用《中华人民共和国担保法》担保法若干问题的解释	一般性解释	担保法	全面解释	
关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)	一般性解释	合同法	全面解释	
关于审理铁路运输损害赔偿案件若干问题的解释	针对具体类别案件法律适用的解释	铁路法	专门解释	
关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损坏赔偿的规定	针对具体类别案件法律适用的解释	民法通则、海商法	专门解释	
关于审理存单纠纷案件的若干规定	针对具体类别案件法律适用的解释	民法通则、经济合同法(已经废除)、担保法	专门解释	
关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)	针对具体类别案件法律适用的解释	未指出其所依据的法律或其所解释的法律	专门解释	
关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释	针对具体类别案件法律适用的解释	民法通则、电力法	专门解释	扩大了民法通则第123条的免责事项;扩大了电力法第60条的适用范围(从“用户”扩大到“触电受害人”)
关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释	针对具体类别案件法律适用的解释	民法通则	专门解释	扩大了具体人格权的范围,规定人身自由、隐私受到保护
关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释	针对具体类别案件法律适用的解释	民法通则	专门解释	使民法通则关于人身损害赔偿的规定具体化,很多方面超出了“解释”的范围

（二）民事司法解释在民事审判实践中的适用

最高人民法院对司法解释的效力和适用方法做出过至少两次专门批复。1986年最高人民法院在给江苏省高级人民法院《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》中指出："最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等，应贯彻执行，但也不宜直接引用。"最高人民法院于1997年以法发（1997）15号公布了《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》。其中第14条规定："司法解释与有关法律规定一并作为人民法院判决或者裁定的依据时，应当在司法文书中援引。""援引司法解释作为判决或者裁定的依据，应当先引用适用的法律条款，再引用适用的司法解释条款。"

可见，最高人民法院对司法解释效力的观点前后是一致的，即各级法院应当"贯彻执行"；但是，最高人民法院对各级人民法院在裁判文书中如何具体适用司法解释，前后有不同的观点。由于法发（1997）15号，司法解释从幕后走到了台前，法院可以在裁判文书中直接援引司法解释作为裁判的依据。不过，在裁判文书中法官还是应当先引用适用的法律条款，再引用适用的司法解释。但是随之而来的问题是：(1) 如果不存在可以适用的法律条文，是否可以单独援引司法解释作为裁判的依据；(2) 如果司法解释直接或者间接与相关法律相抵触，如何适用该司法解释；(3) 不同的司法解释之间直接或间接存在矛盾，如何适用这些司法解释。

第一种情况是比较普遍的，如上表中的《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定（试行）》，就难以找到其所依据或其所解释的法律条文。第二种情况也有实例，如《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》（法释〔2001〕3号）扩大了高度危险作业之人损害免责条件的范围，将民法通则第123条规定的受害人故意这一惟一免责条件扩大到：(1) 不可抗力；(2) 受害人以触电方式自杀、自伤；(3) 受害人盗窃电能，盗窃、破坏电力设施或者因其他犯罪行为而引起触电事故；(4) 受害人在电力设施保护区从事法律、行政法规所禁止的行为。此外还扩大了《电力法》第60条的适用范围，将"用户"扩大为一般触电受害人。第三种情况即司法解释之间相互矛盾的情况是实际存在的，如《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条将死亡赔偿金和残疾赔偿金界定为"精神损害抚慰金"，《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》又将死亡赔偿金和残疾赔偿金界定为财产损失的赔偿。这样的快速转向也许是为了避开《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的

需要全本请访问 www.ertongbook.com