专刊主编/蒋安杰
编辑/刘秀宇
美编/李晓军
校对/李景红
法治日报

论商事习惯的法源位阶

前沿话题

□ 李建伟（中国政法大学民商经济法学院教授）

民法典第十条规定“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯”，第十一条规定“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定”。从概念法学的立场，此处需进一步作出解释的是：“习惯”如何界定，是否包含商事习惯；“民事”如何解，民商合一体例下商事得否为特殊之民事而被“民事”包含；“商事习惯”又作何解。民法学界主流意见以为上述规定确立了“法律—习惯”二元民法渊源体系以及“商法规范—民法规范—商事习惯”三进阶商法渊源体系，但也有人提出商法渊源体系应作“商法规范—商事习惯—民法规范”的解读，分歧在于商法渊源体系下的商事习惯与民法规范之位阶安排。在没有商法典且希望“通过编纂民法典，完善我国民商事领域的基本规则，亦为商事活动提供基本遵循”的民商合一背景下，正确定位商事习惯与民法规范的位阶关系，于民商事法律规范的正确适用，意义重大。

商事习惯的法源地位

商事习惯乃“商人群体集体意思自治之载体”这一立论如获肯定，那么循意思自治的私法原则，商事习惯在法源位阶上的优先逻辑也就自洽了。在关于法律规范的诸分类中，有助于意思自治原则实现的规范类型化，乃是制定法为法定规范、习惯法为私法主体的意定规范的分类。循此，私法的法定规范之功能主要在于节省交易成本或指导交易，而不必然具有强制性，或虽具强制性，但功能仅在于建立私法自治的基础结构，为裁判者提供裁决依据，而不在于强制影响人们的行为。“商法这个部门法更关注交易领域中建构一种最基本的秩序、诚信与安全，更强调对具体问题的解决方案设计和技术应用。”既如此，在张扬“商法的根本是意思自治精神”的商事领域，承载“商人群体的集体自治意思”的商事习惯在法源位阶中的优先性的证成，具有重要的理论与实践价值。

商事习惯先于民事制定法之比较法证立

创民商合一先河的《瑞士民法典》确立“制定法—习惯法—法官提出的规则”的法源位阶，该法第一条所称“本法”自然包括各编民法性质的规范，因此民事制定法优先于商事习惯。实现深度民商合一的《意大利民法典》据法典序编“一般原则”下的第一章“法源”之规定，法源包括法律、条例、行业规则和惯例等，该法第八条规定“在法律和条例调整的范围内，惯例只有在法律和条例援引的情况下才发生效力。即使在由法律和条例援引的情况下，行业规则的效力亦优先于惯例，行业规则另有规定的除外”，也即制定法一律优先于商事习惯。意大利式民商合一体例被认为不当牺牲了商事习惯，改变了1882年《意大利商法典》第一条确立的“商事制定法—商事习惯—民法规范”法源体系。19世纪民商分立下不少商法典明确商事习惯的法源地位介于商法制定法与民法制定法之间。从解释论出发，民事制定法与习惯法有上、下位法之分，故制定法优先于习惯法，此与采用民商分立国家不同。此处的“习惯”包括商事习惯，故商事习惯作为习惯之一自应后于民事制定法而适用，只是作为特别民事习惯优先于一般民事习惯。

商事习惯先于民事制定法的理论证成

关于习惯法与制定法的关系，民法文献多以间接法源与直接法源、次要法源与主要法源、补充性法源与中心性法源、次要法源与本位法源、辅助法源与优先法源、非正式法源与正式法源等对应概念描述之，总的说来强调制定法处于优位、习惯法处于补充/辅助地位，可统一称之为制定法为主、习惯法为辅的法源体系。这些概念有助于从多重视角审视两者的关系，但并不意味着这些概念体系的正确性。这些概念体系之所以先制定法、后习惯法，逻辑依据是视习惯法为非成文法，循不成文法后于成文法适用的逻辑而成定论。实际上，所谓成文，是指对既成的规则或者做法的文字整理与记载，在此意义上，习惯可是成文的也可是不成文的，所以习惯法的对应概念是制定法而非成文法，由此可见上述概念体系之逻辑偏颇。其根本缺陷在于潜藏其后的法源观乃是“制定法中心主义”，也即部分法律实证主义者坚持法源的制定法一元论，所谓“真正的法只是实证法，也就是特定国家的法，除此之外便没有法”。综上，一如法律现象、法律规范的复杂性一般，法源体系下的习惯法与制定法存在着多重的复杂关系，需要就具体私法情境而论，用任何一种此上彼下的简单化概念描述都失之准确。在二元制的统一私法体系视野里，用多视角描述习惯法与制定法的法源位阶关系，可能更臻于精确与客观。

我国法上商事习惯法源位阶的检讨与建构

但问题是，如有商事习惯与民法规定不符的，前者能否得到优先适用？质言之，如欲确立“商事制定法—商事习惯—民事制定法”位阶体系，需要回答一个问题——商事习惯先于民事制定法适用的具有实益吗？关于这一立论的证成，需要对司法实践丰富经验的进一步提炼与总结。例如，建材行业钢材买卖合同中的逾期加价条款的裁判。所谓逾期加价，是指买卖合同约定买方支付的价款随付款时间的推移而渐次增加。这一做法盛行于大宗货物交易尤其建材市场中的钢材买卖，长久以来习演为行业交易习惯。审理中卖方多提出逾期加价条款属于钢材贸易行业交易习惯，请求法院尊重并支持，但法院基本上选择“集体沉默”，对该主张既不肯定也不否定。民法典第十条“可以适用习惯”的规定束之高阁，作为法源的习惯陷入“空置化”窘境。申言之，“民商不分”本就造成了违约金规范存在“隐藏的漏洞”的客观后果，商人们通过逾期加价条款规避违约金调减规则已属迫不得已，渐次演变为行业交易习惯足证其存在的合理性。对此，谨慎、合理的司法应对是重要且必要的，如以商事习惯待之且先于民法上的违约金调减规则而适用，“有法误用”的尴尬就可避免。

就民法典第十条、第十一条规定的商法渊源体系及位阶构成的体系解释，民商法有不同的立场。民法学者认为，“商事法律在性质上属于民事特别法，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时相关纠纷适用民事基本法的一般规则”，这一说法的背后是对“民法典+商事单行法”既有商法规范范式的坚持。但比较法研究表明，凡商法无规定的即直接适用民法的法源范式，如果说不是错误的也至少是不精确的。这一论争表面上是商事习惯与民法规范之位阶先后的问题，实则是对商法之于民法的实质独立性认可度的差异。民法学者的上述立场内含了对商法独立性的忽视，或曰对私法二元制的变相否定，由此生成了所谓民法典确立“商法规范—民法规范—商事习惯”这一商法渊源体系的解释论。当商事制定法对某事项未有规定时，径直向民法（典）规范寻求裁判依据，而不考虑商事习惯的法源介入，此种任意回归民法之做法最终将损害商法之于民法的实质独立价值。所以，确立“商事习惯先于民法规范”之位阶，是保障商法之于民法的独立性的坚实屏障，不仅可避免商事审判中法官的“任意向民法逃逸”，更可规模性地减免“有法误用”的现象发生。因此，商法渊源体系当以恰当安排“商事习惯”的位阶为要。首先，商事习惯虽与商事制定法同源，但因后者更具稳定性，商事习惯在商事制定法未规定时即可适用。其次，坚持实质私法二元制立场，商法作为私法之特别法而与民法并行存在，但基于内在体系的差异，民事制定法惟通过转介条款方可适用于商事领域，位阶上后于商事习惯。确立“商事制定法—商事习惯—民事制定法”三位阶法源条款的可选立法路径是制定商法通则，沿袭日韩商法典第一条之经验，专设商法渊源条款。在商法通则出台前，民法典第十条的法源条款虽一体适用于民商事，但区分民商事而各表，仅就商事场合，借助第十一条关于“特别法”（商法）规定先于民法的规定，将“特别法”解释为包括商事制定法与商事习惯，从而确立“商事制定法—商事习惯—民事制定法”的三位阶商法渊源体系。

（原文刊载于《中国法学》2022年第5期）

依法推动老年人权益保障

前沿观点

□ 陈希

信息科技时代老年人群体受数字鸿沟影响较大，体现为无法充分享受信息产品的便利、无法及时熟悉信息服务、无法平等地获得参与数字环境的机会等。数字包容是弥合社会群体差异的重要过程，依法促进社会实现数字包容对促进老年人权益保障具有重要意义。

实现数字包容对依法保障老年人权益具有重要意义。技术的可达性是数字包容这一概念的效果目的。目前，智慧养老、智慧社区、适老化等概念强调的是科技在养老各领域的应用，强调供给端的科技含量，相对忽略了实际使用主体的感受。作为法治环境不断完善的重要外部条件，比起智慧社会、适老化、友好空间等社会理念，数字包容强调合法权益的可持续性、独立性、包容性的实现，对老年人权益保障意义重大。首先，数字包容社会体现宪法目的价值。平等参与社会生活是老年人享有社会保障的基本权利，受到宪法和法律保障。宪法是数字时代保障公民社会参与权利的根本依据，实现数字包容体现宪法维护的平等价值。社会数字化背景下，公民权利越来越依靠信息技术平台等客观条件才能得以实现，数字包容的构建将积极推动平等的选择权、参与机会、社会化机会的实现。其次，数字包容是老年人获得社会参与机会的前提。数字包容是老年人社会参与权的重要条件，也是老年公民在数字社会实现自由的重要前提。最后，实现数字包容是数字时代国家社会保障义务实现的重要基础。数字包容的实现将积极推动社会保障公平实现，使得老年人可以享有顺利地从国家和社会获得物质帮助的权利，享受社会服务和社会优待的权利并不受数字鸿沟的影响。

我国在推进数字包容方面的法律法规及相关政策已初步形成。国家层面上的政策法规非常重视数字包容社会的构建。2020年国务院办公厅出台《关于切实解决老年人运用智能技术困难的实施方案》，工业和信息化部、中国残疾人联合会出台《关于推进信息无障碍的指导意见》等政策帮助老年人、残疾人群体跨越“数字鸿沟”。2021年工信部启动“互联网应用适老化及无障碍改造专项行动”，推动涵盖多个领域信息技术平台的适老化及无障碍改造。同年，工信部出台《移动互联网应用(App)适老化通用设计规范》，提供技术标准。绝大多数地区在老年人权益保障条例中均对信息社会适老化建设作出相应规定。通过地方立法创新，部分地区还将数字包容的规定进行进一步细化。

虽然目前推动数字包容构建的有效法律法规不断发展，但与社会实际需求相比仍存在一定的阻碍。

其一，数字包容相关的法律法规尚不完善。首先，信息发展和信息安全立法中均未充分关注数字包容。目前关于数字包容的法律法规内容上存在碎片化的问题，鼓励信息发展和维护信息安全的法律法规尚未体现对数字社会中社会问题的积极引导。其次，养老领域的立法和信息化发展的立法政策分裂。老年人权益保障地方法规重视适老化改造，法律法规和地方政策在推进信息化方面重视智慧养老技术应用，但均相对忽视老年人使用者对数字产品的适应程度。最后，各地立法水平不均衡。比如，各地政务微信小程序均已上线贯彻适老化设计的老年人专区，但是便民水平不一，缺少标准化规定。

其二，相关法规对数字包容的重视不足。虽然我国法律法规非常重视保障老年人或其他弱势群体利益，但是相关法规倾向强调政府对老年人的给付义务或保护责任，而对老年人在社会参与的积极扶助比较有限。

其三，企业角度数字包容的问题。在2020年世界数字包容排名上，我国只有几个大型企业和平台公司上榜，这与我国信息发展规模形成反差，体现出大多数企业的数字包容程度不足。首先，技术信息垄断地位影响数字包容的构建。企业作为技术的开发者和使用者拥有对技术的全部信息，而政府和用户处在信息不对称的地位。其次，技术透明度不足。多数企业以商业利益为目的尽可能减少技术信息的公开，造成政府无法有效提出充分的鼓励数字包容的政策法规。最后，企业对社区联系的忽视。缺乏与社区的互动将直接影响数字包容的构建，若企业专注开发新型技术，不断将技术水平提升，但不重视数字鸿沟的社会影响，则将破坏数字包容的环境，进一步提高了老年人及类似弱势群体参与社会的困难程度。

新时代法治建设重要宗旨是以人民为中心，大力发展数字经济的前提是以人民利益为中心，数字包容性不容忽视。未来可以从以下几个方面依法推动数字包容性社会的构建：首先，进一步强调宪法法律法规框架的地位和作用。充分发挥宪法价值阐释作用，强调数字社会各主体平等的宪法价值，体现顶层制度精神。进一步完善个人信息保护法、老年人权益保障法等法律法规，填补数字包容的规范空白。发挥地方立法的优势，推动不同经济发展水平、具体场景对数字包容相关制度规则的完善。重点构建行业数字包容的立法监管规范，适当增加强制性规定。其次，推动数字包容法律救济的实现。一方面，推进司法救济的效果，尤其重视发挥检察公益诉讼对弱势群体权益的维护。另一方面将案例经验总结，以个案和经典案例为基础，丰富宪法法律解释的实践基础。最后，发挥多元主体协同作用。发挥社会、社区力量，推动法律援助服务、志愿者服务的作用。提升法律宣传，面向社区普及老年人权益保障法中的家庭扶助义务。推动企业对数字包容的重视，倡导企业履行社会责任。

劳动者在职期间违反保密义务赔偿责任的认定

案例分析

□ 陈姝 叶佳

案情简介

雷某原系A公司员工。双方签订保密协议约定，商业秘密包含：项目信息，包括项目名称、内容、价格等；经营信息，包括客户名单、交易意向及习惯、合作渠道及价格、合同信息等。如因违约行为造成A公司损失，雷某另须承担赔偿责任，具体为：实际经济损失；若实际损失难以认定，则为雷某因违约行为所获得的全部利润。

2018年3月起，A公司安排雷某出差拜访客户，对大数据应用能力提升专题研讨班进行前期接洽。2018年7月6日，相关部门下发“关于举办大数据应用能力提升专题研讨班的通知”，联系人包括雷某及其他案外人。之后，案外公司承办了该次培训项目。

2018年7月13日，在雷某与A公司员工王某的谈话中，雷某回应：“我办这个事（把培训班挪到他处）确实是不对……”同时，雷某曾表示其从案涉培训项目获益“两万元多一点点”。

A公司就案涉争议申请劳动仲裁。裁决后，A公司不服，提起诉讼，请求判令雷某支付违约金及赔偿金。

【裁判】

上海市浦东新区人民法院认为，A公司主张的违约金并非法定可约定违约金的情形，该公司未提供确凿证据证明雷某存在违反保密协议约定的行为以及所主张的损失。故驳回诉讼请求。

一审判决后，A公司提起上诉，请求改判雷某赔偿损失两万元。上海市第一中级人民法院认为，A公司提供的证据可证明就案涉培训项目安排雷某出差拜访、后续跟进等。在这过程中获得的相关信息属于保密协议里约定A公司的商业秘密。由此，二审法院改判雷某赔偿A公司经济损失两万元。

【评析】

劳动关系存续期间，劳动者可能会接触到用人单位的商业秘密。为防止商业秘密被不当利用，用人单位常与劳动者约定保密义务。本案即关于劳动者在职期间违反保密义务的责任认定。

一、用人单位请求权的法律基础

首先，根据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）的规定，用人单位可与劳动者约定保密义务，并要求劳动者承担违约责任。故如劳动者存在违约行为，用人单位可以上述规定为依据提起违约之诉。其次，反不正当竞争法规定的侵犯商业秘密主体包括“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织”，因此劳动者侵犯用人单位的商业秘密也能够被提起侵权之诉。然以该法为依据起诉的，不属于劳动争议案件的受理范围，用人单位须通过侵权之诉进行主张。

该类案件中，可能产生违约责任与侵权责任的竞合，此时用人单位对上述请求权须择一行使。而在劳动法规范体系内，并非劳动者存在侵犯商业秘密的任何行为均能被追诉，用人单位如提起该类劳动争议，主张劳动者承担违约责任，应证明双方曾约定过保密义务。

二、劳动者违反保密义务的认定

首先，用人单位存在商业秘密，是保密协议的前提。劳动者在职期间的保密义务的理论基础为“默示义务”，体现了劳动关系的人身隶属性。为避免用人单位不当限制劳动者的行为边界，需对用人单位主张保密义务的合理性进行审查，即是否存在商业秘密。在劳动争议案件中，对此仅需进行初步认定，体现为：对用人单位所主张的保密信息进行价值判断，确定是否有保密的必要性；对该信息是否仍由用人单位掌握且处于“秘密状态”进行审查，一般而言如用人单位举证已采取保密措施或该信息处于非公开状态，可认定为“秘密”。

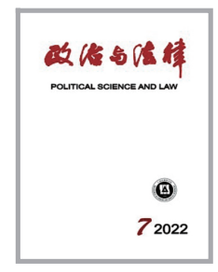
其次，确定用人单位存在商业秘密后，还需认定劳动者是否违约。主要为：用人单位主张的劳动者行为是否在约定范围之内。与侵权之诉的“绝对性”不同，违约之诉是“相对的”，须以约定为限。劳动者是否实施了相应行为。需注意的是，这里针对劳动者的“行为”，而非因行为导致的“后果”。只要违反约定，用人单位就可以要求劳动者停止相关行为并继续履约。但根据劳动合同法的规定，如要求劳动者承担赔偿责任，还需要以“后果”为前提。

三、劳动者承担赔偿责任的认定

劳动者在职期间违反保密义务虽系违约之诉，然由于劳动合同法严格限制了约定违约金的情形，而保密义务不在其中。但劳动合同法第九十条给劳动者设置了法定赔偿责任，即如违反保密义务“给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任”。此时，用人单位应当就损害进行举证。然因商业秘密的无形性，用人单位要直接证明其单位产生了明确的实际损失存在难度。可参考反不正当竞争法的规定，以劳动者因该行为的获利作为用人单位损失的认定。但需要注意的是，因保密义务系约定义务，只针对协议相对方。在具体损失无法直接确定的情况下，虽可以获利作为推定，但只能主张劳动者的获利部分。且根据法律规定，劳动者仅承担损失赔偿责任，故在劳动争议案件中不应判令劳动者承担不正当竞争案件中的惩罚性赔偿责任。

观点新解

沈福俊谈行政检察化解行政争议——符合行政诉讼制度要求与现实需要



华东政法大学沈福俊在《政治与法律》2022年第7期上发表题为《行政检察化解行政争议功能论析》的文章中指出：

新时代行政检察具有化解行政争议、促进行政争议案结事了的重要功能。这一功能的确定，既标志着多元化解决行政争议制度的形成，也是行政检察积极履行法律监督职能、解决实践中因行政诉讼“程序空转”而难以实质性解决行政争议等问题的现实需要。在行政检察过程中化解行政争议符合行政诉讼制度要求与现实需要。行政检察应立足于中央要求与行政诉讼法的立法宗旨，从法律监督的主体地位角度，针对行政诉讼中阻碍行政争议化解的突出问题而展开。

周佑勇谈深化国家监察体制改革——应以监察权结构的再平衡为着力点

中央党校（国家行政学院）政治和法律教研部周佑勇在《东方法学》2022年第4期上发表题为《监察权结构的再平衡——进一步深化国家监察体制改革的法治逻辑》的文章中指出：

现代法治经验表明，监督的本质不是分权，而是权力博弈。基于权力博弈逻辑，国家监察体制改革塑造了集高效、权威和强功能于一体的监察权，确立了监察权在与被监督的公权力博弈中的优势地位，这对于构建高阶独立的复合性监察权具有极其重要的积极意义。进一步深化国家监察体制改革，应以监察权结构的再平衡为着力点，在价值理念上强化人权保障，以平衡前期改革偏重高效反腐的价值倾斜，在职权功能上完善监察权的再监督、有效问责与动态运行机制，以平衡监察与司法、执法的配合制约关系，从而实现从规则之治走向良法善治，促进监察法治的层次进化。

陈锐谈反面解释——是位阶仅次于文义解释的法律解释方法

重庆大学法学院陈锐在《现代法学》2022年第4期上发表题为《论反面解释的有效形式、逻辑根据及其位阶》的文章中指出：

反面解释是一种常见的法律解释方法。所谓“反面”，特指与现有法律规定中的条件与后果相矛盾的概念或命题；所谓反面解释，就是从法律明确规定的正面条件与正面结果，根据逻辑推理规则，推导出与其等值（或蕴含）的反面条件与反面结果。反面解释的正、反面好比一枚硬币的两面，其解释过程不过是将原先遮蔽着的反面揭示出来，而非引入新的东西。从这一意义上讲，反面解释是一种在位阶上仅次于文义解释的法律解释方法。

石颖谈算法歧视的法律应对——要强化内生型治理加强外部性治理

西北政法大学石颖在《甘肃政法大学学报》2022年第3期上发表题为《算法歧视的缘起、挑战与法律应对》的文章中指出：

算法歧视作为新型歧视类型，会产生比一般意义上的歧视更为严重的后果。算法歧视带来了技术建构上的结构性挑战、算法运行上的功能性挑战、平等权消解、算法权力扩张以及法律功能异化等的隐藏性挑战。对此，一方面要强化算法歧视的内生型治理，构造技术良序；另一方面，还要加强算法歧视的外部性治理，构造法律良序。强化法律与技术的融合发展，形成由科技理性和法律理性共同支撑的良序社会。

（赵珊珊 整理）