

# 论民法典后司法解释之命运

黄忠\*

**内容提要** 《民法典》生效后司法上面临如何看待既有司法解释的效力及未来是否应制定新司法解释的疑问。从司法解释的综合特性与民法典的编纂定位来讲,尚不能以《民法典》第1260条来一概否定既有司法解释的效力。民法典生效后既有司法解释的效力需区分程序性规定与实体性规定、解释性规定与创设性规定,并对照民法典的具体规定和立法精神作个别判断,且民法典未明确否定的司法解释规定原则上仍应继续有效。民法典后新司法解释的制定空间由立法供给与司法需求间的缺口决定。民法典既未垄断法源,亦未提供完备的裁判规范,故仍有解释空间。相较指导性案例,司法解释对统一法律适用更为主动、系统,更合乎国情,且契合民法法源的多元化要求。除“批复”类司法解释可被指导性案例取代外,其他形式的司法解释仍是切实实施好民法典的重要保障。

**关键词** 民法典 司法解释 民法法源 指导性案例

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2020.06.003

司法解释<sup>①</sup> 在我国的司法实践中一直占据重要地位,甚至被认为是一项极具中国特色的制度安排。<sup>②</sup> 尤其是自20世纪80年代中期以来,仅在民事领域,最高人民法院不仅对一些具体条文作了专门解释,<sup>③</sup> 而且还对《婚姻法》《继承法》《民法通则》《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》分别作了全面解释,<sup>④</sup> 蔚为壮观。这些司法解释不但成为了我国民事司法和法学研究中的一个特殊对象,同时也构成了民法典编纂的重要基础之一。

\* 西南政法大学教授、西南政法大学创新型国家建设法治研究院研究员。本文系2018年度国家社科基金重点项目“中国民法上的中国元素研究”(项目批准号:18AFX015)的阶段性成果。

① 本文所讨论的司法解释的制定主体限于最高人民法院,不含最高人民检察院。事实上,相较于最高人民法院,最高人民检察院单独制定的司法解释数量较少,且侧重于刑事法和程序法。参见孙谦:《最高人民法院司法解释研究》,载《中国法学》2016年第6期,第43页。

② 参见洪浩:《法律解释的中国范式:造法性司法解释研究》,北京大学出版社2017年版,第12页。

③ 例如,就《合同法》第286条,最高人民法院先后作了《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号)、《关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》(〔2004〕民一他字第14号)、《关于〈城市房地产抵押管理办法〉在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复》(〔2012〕行他字第8号)等解释。

④ 以《合同法》为例,最高人民法院不仅对合同法总则作了两个司法解释,而且还针对买卖、商品房买卖、借款、房屋租赁、融资租赁、建设工程、技术、物业服务等具体合同作了专门的司法解释。

然而,由于司法解释在一定程度上有架空立法之嫌,<sup>⑤</sup>甚至被认为是一种“准立法”,<sup>⑥</sup>因此在民法典编纂中,如何妥当处理民法典与司法解释的关系再度引发关注,<sup>⑦</sup>以至于有学者断言:“如果中国民法典编纂不能妥善处理与业已存在且规模巨大的司法解释的关系,将不可能取得真正的成功”<sup>⑧</sup>。为此,学说建议,民法典应尽量清理、吸收既有司法解释,<sup>⑨</sup>并在法典颁行后克制全面解释的冲动<sup>⑩</sup>。

应当说,民法典确实吸收了司法解释的相关成果,<sup>⑪</sup>但这是否意味着民法典生效后,既有民事司法解释应一律废止?同时,司法解释是否也应功成身退,最高人民法院无需再制定新的司法解释?从切实推动民法典实施角度讲,对上述问题的回答极为重要。可以说,如何科学认识和处理民法典与司法解释的关系业已成为推动民法典实施,实现民法研究从立法论向解释论转变的重要内容。

## 一、民法典与司法解释的关系辨识:皮之不存毛将焉附?

我国民法典立法定位为编纂,而非制定一部全新的法律,故最理想的状态是法典充分吸收既有民事立法及司法解释,进而在其生效时一并废止既有民事法律及司法解释,实现民法法源的统一化。此前学说上也确有“毕其功于一役”的追求,认为民法典应全面吸收合理的司法解释入典,以达消解庞大司法解释群之目的。<sup>⑫</sup>为此,有论者还专门为司法解释入典提出具体操作建议。<sup>⑬</sup>不过,值得注意的是,《民法典》第1260条只废止了《婚姻法》等九部法律,并未言及司法解释的存废。<sup>⑭</sup>理论上见解认为,一方面,不同于法律解释,司法解释并非全国人大制定,故民法典当然无需论及司法解释的存废;另一

⑤ 参见马莉莉:《民事司法解释研究》,人民法院出版社2012年版,第23-24页;黄金兰:《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》,载《法商研究》2020年第3期,第142-145页。

⑥ 参见朱力宇、叶传星主编:《立法学》(第4版),中国人民大学出版社2015年版,第191页。

⑦ 参见赵一单:《民法总则对司法解释的吸纳:实证分析与法理反思》,载《法治研究》2017年第6期;茅少伟:《民法的规则供给与规范配置——基于〈民法总则〉的观察与批评》,载《中外法学》2018年第1期;谢鸿飞:《民法典的外部体系效益及其扩张》,载《环球法律评论》2018年第2期。

⑧ 薛军:《民法典编纂如何对待司法解释》,载《中国法律评论》2015年第4期,第48页。

⑨ 参见王利明:《我国民法典分编编纂中的几个问题》,载中国人大网, [http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2018-09/05/content\\_2060667.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2018-09/05/content_2060667.htm), 2020年8月1日访问;孙宪忠:《我国民法典编纂中的几个问题》,载中国人大网, [http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2016-09/13/content\\_1997392.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2016-09/13/content_1997392.htm), 2020年8月1日访问。

⑩ 参见前引⑧,薛军文,第52页。

⑪ 参见张鸣起:《〈中华人民共和国民法总则〉的制定》,载《中国法学》2017年第2期,第15页;张鸣起:《民法典分编的编纂》,载《中国法学》2020年第3期,第10页。

⑫ 参见薛军:《中国民法典编纂:观念、愿景与思路》,载《中国法学》2015年第4期,第58页;赵万一、石娟:《后民法典时代司法解释对立法法应的因应及其制度完善》,载《现代法学》2018年第4期,第35页。

⑬ 参见雷兴虎、薛波:《论司法解释入民法典分编的方法和步骤》,载《甘肃社会科学》2019年第1期,第112-114页。

⑭ 根据立法说明,全国人大常委会所作的与《民法通则》《婚姻法》相关的法律解释也将在《民法典》生效时同步废止。参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/50c0b507ad32464aba87c2ea65bea00d.shtml>, 2020年8月1日访问。

方面,司法解释是对审判工作中具体应用法律问题的解释,效力附属于所解释的法律,若法律被废,则对应的司法解释亦应废止。<sup>⑮</sup>既然《婚姻法》等法律已废,那相关司法解释就应一并废止,<sup>⑯</sup>正所谓皮之不存毛将焉附。并且,唯有如此处理,我们才能摆脱既有司法解释的束缚,让民法典“轻装上阵”。<sup>⑰</sup>

然而,上述观点不仅在结果上存在风险,会诱发司法裁判的混乱,而且在认识上也过于理想,甚至还存在对民法典与司法解释之特性与关系的错误解读,应予检讨。笔者认为,立法者只废止《婚姻法》等九部法律及其法律解释,而不当然宣告司法解释的“死亡”,不仅于实践上有益,而且也有法理基础。

一方面,民法典不一概废止司法解释是由司法解释的特征决定的。司法解释是对具体应用法律问题的解释,其解释对象是现行法,<sup>⑱</sup>故司法解释与法律间确有密切联系,但此种关联却非一一对应的皮与毛的关系。不难发现,除像《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释〔1999〕19号,以下简称《合同法解释(一)》)、《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号,以下简称《合同法解释(二)》)、《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2016〕5号,以下简称《物权法解释(一)》)等的解释对象被明确为《合同法》《物权法》等单一法律外,大量司法解释的解释对象其实是多元的:不仅包括已被《民法典》废止的九部法律,而且还涉及到《专利法》《保险法》等民事特别法,《道路交通安全法》《环境保护法》《土地管理法》《房地产管理法》《建筑法》《铁路法》等综合性单行法,以及《民事诉讼法》《行政诉讼法》《刑事诉讼法》等程序法。比如,两个关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(法释〔2004〕14号、法释〔2018〕20号)的根据既包括《民法通则》《民法总则》《合同法》,也包括了《建筑法》《招标投标法》《民事诉讼法》等。此外,一些司法解释在列举解释根据时还会加上“等”的表述,<sup>⑲</sup>由此就让这些司法解释的根据表现出更为多元的可能。其实,即便是《合同法解释(一)》《合同法解释(二)》《物权法解释(一)》等这类只是根据《合同法》《物权法》等单一法律作的解释,其具体内容也超越了《合同法》《物权法》等单一解释对象的范围,而涉及到有关管辖、当事人、诉讼费用等程序性规范。司法解释之根据、内容的多元化是由司法解释的功能定位决定的。司法解释直接服务于司法实践,故最高人民法院制定司法解释时所关注的是“人民法院在审判工作中具体应用法律的问题”,并不拘泥于法律部门化的分工,而更倾向于从审判实践需求出发,对某一领域的相关法律应用问题一并作出

<sup>⑮</sup> 参见王文胜:《〈民法典〉通过后原有司法解释的清理更新与遗留价值——以合同法相关司法解释为例》,载《财经法学》2020年第5期,第86页。

<sup>⑯</sup> 参见潘静:《民法典时代合同法司法解释的入典、清理与保留》,法律出版社2020年版,第264页。

<sup>⑰</sup> 参见陆青:《〈民法典〉与司法解释的体系整合——以买卖合同为例的思考》,载《法治研究》2020年第5期,第123页。

<sup>⑱</sup> 参见吴兆祥:《〈关于司法解释工作的规定〉的理解与适用》,载《人民司法》2007年第9期,第30页。

<sup>⑲</sup> 参见《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕8号)、《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号)、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》(法释〔2018〕20号)等。

规定。解释内容及其根据的多元化说明司法解释具有综合特性,其根据既不限于《民法典》第1260条所列举的九部法律,也无法直接与第1260条列举的九部法律完全一一对应。正是由于司法解释与法律间并不必然存在皮与毛的一一对应关系,我们自然就不能简单将司法解释的命运与某部法律的命运完全捆绑,进而也就无法依民法典得出司法解释应一律废止的结论。

另一方面,民法典虽在形式上废止了九部法律,但绝不意味着这九部法律的内容在实质上会因法典的生效而完全成为历史。之所以如此认识,其实是由民法典的立法定位决定的。民法典立法定位为编纂,而编纂的指导思想是“总结实践经验,适应时代要求,对我国现行的、制定于不同时期的民法通则、物权法、合同法、担保法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法和人格权方面的民事法律规范进行全面系统的编订纂修,形成一部具有中国特色、体现时代特点、反映人民意愿的民法典”<sup>②①</sup>。可见,编纂不是“另起炉灶、推倒重来”,而是在现有民事法律的基础上作编订纂修。<sup>②②</sup>就此而言,编纂是以“不变”为原则,“变”为例外的。<sup>②③</sup>或者说,基于编纂立场,民法典对既有立法秉持的是能不动尽量不动的态度。<sup>②④</sup>从《立法法》上看,编纂是立、改、废与继承的集合。若把非实质性的修改和废止也视作继承,那民法典对既有民事法律的继承显然是主要的。故我们虽可说民法典开启了一个新时代,却不能断言民法典是对既有立法的彻底告别。从深层次上讲,这一结论也是由我国国情决定的。早在2011年,全国人大常委会就宣布中国特色社会主义法律体系已经形成,在此前提下,民法典编纂显然会有历史继承性。毕竟民法典的时代背景与中国特色社会主义法律体系形成时的社会背景在总体上未发生根本变化,即我国仍处于并将长期处于社会主义初级阶段,所以民法典虽基于现代化的追求而引入社会主义核心价值观、绿色原则等新思想,并新增和修改了一些规则,但在基本国情未变的背景下,其总体仍会与既有民事立法保持连贯。实际上,“在一个稳定运行的社会里,法治的发展都呈现渐进和改良的特征,而不可能是天翻地覆的革命性变革”<sup>②⑤</sup>。事实上,在上述立法定位和指导思想的指引下,民法典所废止的九部法律中的多数规范都已被纳入民法典麾下。正如参与立法的专家所言,不论是较早的《继承法》,抑或是较新的《侵权责任法》,其中的多数条文都被民法典继承了。<sup>②⑥</sup>因此《民法典》第1260条所指的废止不能从“破旧立新”上去认识,而应理解为这九部法律因编纂已被吸收到民法典中,进而以“民法典”这一新形式获得了重生。据此而言,作为司法解释之解释对象的《婚姻法》等九部法律虽在形式上被民法典所废,但除基于体系化、现代化、科学化的要求而作

<sup>②①</sup> 前注⑭,王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》。

<sup>②②</sup> 参见前注⑭,张鸣起文(2020年),第13页。

<sup>②③</sup> 参见王轶:《民法典之“变”》,载《东方法学》2020年第4期,第41页。

<sup>②④</sup> 参见朱虎:《分合之间:民法典中的合同任意解除权》,载《中外法学》2020年第4期,第23页;石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,载《比较法研究》2020年第4期,第14页。

<sup>②⑤</sup> 张新宝:《侵权责任编:在承继中完善和创新》,载《中国法学》2020年第4期,第112页。

<sup>②⑥</sup> 参见杨立新:《我国继承制度的完善与规则适用》,载《中国法学》2020年第4期,第102-103页;前注②④,张新宝文,第113页。

的修改、完善外,九部法律的多数规定已被吸收到了民法典,或经过适当但无实质变化的修改后被延续到了民法典中,“名亡实存”。正是由于《婚姻法》等九部法律中的多数内容都被“吸收合并”到了民法典中,故我们不能割裂民法典与《婚姻法》等法律间的承继关系,进而也不能单依第1260条推论《婚姻法》等的司法解释将一律废止。

上述分析表明,要判断民法典后既有司法解释的命运,不能基于皮之不存毛将焉附的逻辑单看《婚姻法》等九部法律的命运,而应具体分析民法典与既有司法解释的关系。基于编纂的立法定位,民法典不仅以《婚姻法》等为基础,而且也吸收了司法解释规定,尤其对《合同法》《侵权责任法》等的司法解释吸收较多,但这并不意味着,唯有被民法典吸收的司法解释规定才能在法典生效后继续有效,其他未被吸收的司法解释规定就必然废止。这一方面是因为很多司法解释具有综合特性,难以被民法典全部吸收。一如前述,有很多司法解释规定涉及到了程序法或特别法的内容。比如,《合同法解释(一)》第14-19、22-24、27-29条就涉及代位权诉讼、撤销权诉讼、合同转让诉讼的管辖、立案、当事人、第三人、诉讼费等程序内容,作为实体法的民法典不宜将其纳入;又如,《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2017〕20号,以下简称《医疗损害解释》)第8-15条有关医疗损害鉴定的规定属事实认定规范,并不适合编入民法典;再如,《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2010〕13号,以下简称《旅游纠纷规定》)虽涉及到了旅游合同的实体规范,但因民法典未将旅游合同有名化,故该解释也无法被民法典吸收。另一方面,既有司法解释规定即使涉及民事实体法内容,但因此类规定属具体操作规范,作为基本法律的民法典也不宜吸收这些细节规定。<sup>⑥</sup>比如,《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕7号)中有关专有部分、共有部分的识别标准,《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕20号,以下简称《人身损害赔偿解释》)中有关医疗费、误工费、护理费、交通费、住院伙食补助费、营养费等计算标准,《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2012〕19号)中有关赔偿范围的规定,虽都涉及实体权利,但因这些规定均属细节操作规定,民法典不宜将其吸收。此外,如果对照民法典与司法解释的规定可以发现,在民法典编纂中,立法者虽注意到司法解释的整合,但一些合理的司法解释确实未被民法典吸收。<sup>⑦</sup>因此,我们不能简单以是否被民法典明确吸收作为标准来判断既有司法解释的效力,而只能说如民法典已完全吸收了既有司法解释规定或已对既有司法解释规定作了新规定时,那该解释规定就可基于新法优于旧法的逻辑而废止。比如,《民法典》第1142条第3款(遗嘱的效力顺位)、第1189条(委托监护责任)已对《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题

<sup>⑥</sup> 参见张新宝:《侵权责任编起草的主要问题探讨》,载《中国法律评论》2019年第1期,第135页。

<sup>⑦</sup> 参见刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期,第152页;杨立新:《我国民法典对类法典化立法的规则创新》,载《中外法学》2020年第4期,第16页。此前也有研究指出,全国人大在以往的立法中其实并未充分吸收既有司法解释经验。参见苗炎、叶立周:《全国人大常委会立法政策反思——以立法修改背景下的司法解释为例的分析》,载《法制与社会发展》2012年第6期,第79-80页。

的意见》(法(民)发〔1985〕22号)第42条、《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》(法(办)发〔1988〕6号,以下简称《民通意见》)第22条第2句作了新规定,故前述解释规定均应废止。

其实,新法与既有司法解释的协调问题我们并非今天才遇到,在民法典之前已有类似问题。比如,《侵权责任法》颁布后就涉及到与既有司法解释的协调。《侵权责任法》虽是以《民法通则》及其相关解释为基础的,但其形式、内容相较《民法通则》已有很大创新。然而,即便如此,在《侵权责任法》生效后,司法也未采“喜新厌旧”的思路,将此前的司法解释一笔勾销。相反,《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释〔2001〕7号)、《人身损害赔偿解释》等以《民法通则》为主要根据的司法解释的多数规定在《侵权责任法》后都仍继续有效。这就说明,面对繁杂的司法解释,立法者和司法实践确实均未有通过立法就将其全部吸收,然后一概废止的意图。

当然,在范式民法典时期,人们确实有如下雄心,即历史可通过废除以往的法律而被消灭,只要吸收了以往不合理法律中的合理成分,一个全新的法律制度就会建成。<sup>⑳</sup>对法治后发国家而言,这一雄心壮志当然极具吸引力。然而,法律是历史的产物,而历史是难以被完全抛弃的,甚至反会作为某种传统被继承。因而基尔希曼那句广为流传的“立法者修改三个字,所有法学文献将因此变成一堆废纸”的说法显然有夸张成分。一如庞德所言,“法律不可能完全是横空出世的”。一国之法律不可能与其历史文化、价值观念和实践经验分割开,故中国之法律也必然“深深地根植于为中国历史和中国国民长期以来所熟悉的制度与理念中”。<sup>㉑</sup>从现实来看,上述雄心壮志更是与民法典的编纂定位和指导思想不符。前文已述,司法解释与法律间并无“同生共死”的关联,且《婚姻法》等九部法律的多数规定实属“名亡实存”,而民法典在整合既有司法解释时也未照单全收,因此我们不能仅依第1260条就断言民法典生效后,既有司法解释一律废止。

## 二、民法典后既有司法解释的效力识别

如上所述,民法典与司法解释的关系颇为复杂,故对民法典未明确表态的既有司法解释规定的效力问题就不能简单以民法典的生效时间来作答,而只能依司法解释的具体内容作个别判断。因司法解释数量繁多、范围宽泛,囿于篇幅,本文自然无法逐一辨识,而只能提供辨识其效力的基本方法。在识别既有司法解释的效力问题上,笔者建议采类型化方法,先识别司法解释规定的性质,再作个别判断。

### (一) 程序性规定与实体性规定

首先要从性质上将司法解释区分为程序性规定(含证据规定)与实体性规定。此区分的意义在于,受民法典影响的司法解释主要是实体性规定,程序性规定原则上不能

<sup>⑳</sup> 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》(第2版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第28页。

<sup>㉑</sup> 参见[美]罗斯科·庞德:《中国法律之基石:比较法和历史》,熊丙万等译,载《财经法学》2019年第1期,第81-82页。

仅因民法典生效而当然废止。基于实体法定位,民法典并不将程序问题作为规范重心,故司法解释中的程序性规定原则上不会受到民法典的影响。据此而言,即使是《合同法解释(一)》《合同法解释(二)》《物权法解释(一)》等这类明确表明其是依《合同法》《物权法》等单一法律而作的解释,但因其中也有程序性规定,故亦不能仅因民法典生效而全然废止。

不过,民法典虽属实体法,但民法与民事诉讼法却有不可分割的内在联系,由此导致民法典中亦可能有一定数量的程序性规范。<sup>⑩</sup>当民法典已对司法解释中的程序性规定作了新规范时,该解释规定就应基于新法优于旧法的逻辑而废止。比如,在出生与死亡时间的证明上,《民法典》第15条已改变了《民通意见》第1条的认识,故该条解释就应废止。

然而,须认识到,民法典编纂主要是对民事实体规范的“整肃”。孙宪忠教授甚至指出,“应该坚持实体法和程序法相区分的原则,民法典的内容应该限制在实体法的范畴内,对程序法问题原则上不作规定”<sup>⑪</sup>。故以民法典来否定既有司法解释中的程序性规定时须极为慎重,不能随意扩大理解。比如,有论者基于《民法典》第178条的规定认为《人身损害赔偿解释》第5条应废止。<sup>⑫</sup>但《民法典》第178条与《人身损害赔偿解释》第5条的关系较为复杂,并不必然构成冲突;理论上也可认为第178条中有关权利人的选择权只是实体法上的权利,并不当然构成对程序法的要求;而第5条要求权利人须同时起诉共同侵权人则并非是对权利人选择权的剥夺,也完全可以解释为只是将权利人的选择权延迟到执行阶段来实现,故我们尚无法依《民法典》第178条而当然废止《人身损害赔偿解释》第5条。相反,实务上如不把共同侵权作为必要共同诉讼处理,则难免会产生同案不同判、重复赔偿、加重部分共同侵权人负担等弊端。<sup>⑬</sup>因此,综合考虑纠纷的一次性解决、实体权利保护、当事人诉讼权利保障以及纠纷解决的实效性等因素,共同侵权诉讼仍应作为必要共同诉讼来对待。<sup>⑭</sup>事实上,《民法典》第178条源于《侵权责任法》第13条。自《侵权责任法》生效以来,虽理论上对共同侵权诉讼究竟为必要共同诉讼抑或普通共同诉讼存在争论,但司法多依前述解释将其作为必要共同诉讼处理。笔者认为,民法典生效后仍可采此认识。至于未来民事诉讼法若对此如有新规定,则自当另作他论。<sup>⑮</sup>

<sup>⑩</sup> 参见张卫平:《民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂》,载《法学研究》2016年第1期,第32页。

<sup>⑪</sup> 前注<sup>⑩</sup>,孙宪忠文。

<sup>⑫</sup> 参见杨亦晨主编:《民法典关联法规与权威案例提要·总则编、人格权编、附则编》,中国法制出版社2020年版,第417页。

<sup>⑬</sup> 参见姜强:《〈侵权责任法〉中的连带责任、不真正连带责任及其诉讼程序》,载《法律适用》2010年第7期,第16-18页;陈现杰:《共同侵权的立法规制与审判实务》,载《人民司法》2010年第3期,第19-20页。

<sup>⑭</sup> 参见张新宝主编:《人身损害赔偿案件的法律适用——最高人民法院法释〔2003〕20号解读》,中国法制出版社2004年版,第89-90页。

<sup>⑮</sup> 参见汤维建:《类似必要共同诉讼适用机制研究》,载《中国法学》2020年第4期,第253页。

## （二）解释性规定与创设性规定

程序性规定与实体性规定的区分说明,受民法典影响的司法解释主要是实体性规定,而实体性规定可进一步分为解释性规定与创设性规定。区分标准在于该规定能否从既有法律,尤其是《民法典》第1260条列举的九部法律中找到依据。从最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号)第6条的规定可以看出,以“解释”和“批复”命名的司法解释在内容上主要是对既有法律的解释,故多属解释性规定;而以“规定”命名的司法解释则可能会超出“解释”的范畴,存在根据立法精神续造法律的内容,故常含有创设性规定。<sup>③6</sup>

从司法解释的定位而言,多数司法解释是对法律的解释,故司法解释规定虽大都不会逐条明确其解释对象,但仍可大体找到其解释的具体法条。比如,《物权法解释(一)》第15-17条虽未言明其解释对象,但仍可确定其是对《物权法》第106条的解释。当确定了司法解释所解释的具体法律条文后,我们可依“皮之不存毛将焉附”的逻辑作判断,即如司法解释规定所解释的法律条文已被民法典废止或实质性修改,那该解释性规定就应被一并废止或修改。比如,《民法典》第157条、第179条分别删除了《民法通则》第61条第2款(追缴)、第134条第3款(民事制裁),故解释《民法通则》前述两款规定的《民通意见》第74条、第163条、第164条就应被废止。相反,如民法典继承了被解释的法律条文,那该解释性规定自可继续适用。比如,在诊疗过错的认定上,《民法典》第1221条完全继承了《侵权责任法》第57条,故解释《侵权责任法》第57条的《医疗损害解释》第16条就可继续有效。

这里需强调的是,上文所言民法典对既有法律规定的修改或废止须是实质性的,而不能简单从形式上作判断。这一方面是因为基于科学化的要求,民法典会对既有法律规定的文字、结构等作修改,但在内容上却无实质变化,因此我们不能据此就否定相关司法解释的效力。比如,《民法典》第18条虽对《民法通则》第11条作了修改,但在内容上并无实质变化,故《民通意见》第2条有关视为完全行为能力人的解释仍应有效。又如,在善意取得与建设工程价款优先权问题上,《民法典》第311条、第807条对《物权法》第106条、《合同法》第286条的修改只是文字上的非实质性修改,故有关《物权法》第106条和《合同法》第286条的司法解释规定仍属有效。基于编纂定位,民法典对《物权法》等民事单行法的非实质性修改数量较多,故此点尤值重视。另一方面,基于体系化考虑,民法典还会对既有民事法律作体系调整,由此就导致在民法典的某编中虽已删除某一规定,但此规定其实并未被民法典彻底删除,而只是被调整到了民法典的其他部分而已,因此我们也不能据此否定相关司法解释规定的效力。比如,《担保法》虽未能在民法典中独立成编,但《担保法》的多数规定其实已被总则编、合同编、物权编等吸收,故我们不能简单认为《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号,以下简称《担保法解释》)会在民法典生效后全部失效。以《担保法

<sup>③6</sup> 参见江必新:《司法对法律体系的完善》,载《法学研究》2012年第1期,第91页。

解释》第39条有关“借新还旧”时保证人责任的规定为例,虽然该规定是对《担保法》第30条的解释,且《担保法》第30条也未被合同编的保证合同章所继承,但这仍不意味着第39条就应废止。因为《担保法》第30条在形式上虽未被保证合同章所继承,但实质上已被总则编民事法律行为章的第149、150、154条所吸收,因此《担保法解释》第39条仍可基于《民法典》第149条等获得其正当性,进而继续有效。此外,民法典还对既有法律中的一些常识性规范作了非实质性的删除。比如,《物权法》第190条第二句(已登记抵押权设立后抵押物的出租问题)被《民法典》第405条删除,但这并不意味着民法典否定了《物权法》第190条第二句的结论。相反,民法典之所以删除本句实属对物权优于债权之常识的回归。据此而言,《担保法解释》第66条原则上仍可有效。

与解释性规定主要依其解释对象来判定其命运不同,创设性规定因是对立法的续造,在既有民事法律中并无具体规定可以依靠,而只能求助诚信、公平等基本原则,甚至是立法精神获得证明,故对创设性规定的效力就须对照民法典的立场慎重判断。从法典编纂的应然状态上讲,民法典对司法解释的吸收应侧重于创设性规定。事实上,学者关注最多的也是创设性规定,认为立法者如认可这些司法解释,就应将之纳入民法典;如对其不认可,也应找到一种妥当的方式清晰表达出其相反立场。<sup>⑦</sup> 据此而言,如民法典已对既有的创设性规定表明态度,那效力问题便不言自明。比如,《民法典》第533条吸收了《合同法解释(二)》第26条有关情势变更的规定,因而我们当然可以认为民法典生效后,该条解释就无需再予保留。相反,如民法典对创设性规定表达了明确否定立场或作了实质性修改,那该司法解释规定就应基于新法优于旧法的逻辑而被废止。比如,就违约精神损害赔偿问题,《民法典》第996条改变了《旅游纠纷规定》的否定立场,故该司法解释的第21条即应废止。

综上,对于解释性规定,只有当其所解释的法律规定已被民法典实质性废止或作实质性修改时,该司法解释规定才能废止,否则就应继续有效;而对于创设性规定,在民法典已有明确态度时,则可依新法优于旧法的立场作出判断。然而,现实的难题在于,一方面,民法典可能会对既有司法解释,尤其是某些创设性规定的存废保持沉默,导致既有司法解释的很多内容游离于民法典之外;另一方面,立法者从未公布正式的立法理由书,逐一展示对既有司法解释规定的具体立场,因此对这些民法典并未明确涉及的实体性规定的效力判断就颇为棘手。

### (三) 民法典未涉及的实体性规定之效力识别

在解释原理上,沉默既可解释为否定,亦可解释为认可,故对民法典未涉及的实体性规定的效力就存在失效和继续有效两种观点。依《关于司法解释工作的规定》第3条和第6条的规定,司法解释,尤其是司法解释中的创设性规定主要是根据立法精神制定的,故我们应依民法典的立法精神来识别其效力。

必须看到,有些司法解释规定虽未被民法典明确废止,但却已背离立法精神,故在民

<sup>⑦</sup> 参见王文胜:《从已有司法解释看民法典合同编分则草案的完善》,载《法治研究》2019年第1期,第103页。

法典生效后就不能让其继续有效。比如,《民通意见》第170条规定:“未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的,不受诉讼时效期间的限制”。这一规定明显违背民法典所倡导的平等保护精神,应予废止。<sup>③</sup>相反,如司法解释规定符合立法精神,那即使民法典未作肯定表态,亦可基于立法精神让其继续有效。比如,《民通意见》第6条有关纯获利行为的效力规定有利于无民事行为能力人、限制民事行为能力人的保护,符合民法精神,应继续有效。

依立法精神识别司法解释之效力的难题在于如何确定司法解释所依据的“立法精神”。《关于司法解释工作的规定》第3条将“法律”和“有关立法精神”并列的表述似乎意味着“立法精神”不包括具体法律条文所蕴含的规范目的、价值选择、功能设定依据和机制建构原理,而仅指法律规定文义范围外的立法精神,尤其是蕴含于立法宗旨和立法理念中的立法精神。<sup>④</sup>因民法典的立法宗旨和立法理念存在多元性,故单凭立法精神作判断时就可能会出现分歧。<sup>⑤</sup>为此,有论者提出在立法精神不明时应推定立法者对相应司法解释持否定立场。<sup>⑥</sup>但笔者认为,此时原则上应继续肯定司法解释的效力。这一结论其实是由民法典的立法定位和司法实践的需求决定的。

如前所述,我国民法典立法定位为“编纂”,是对现行民事法律规范进行系统整合、编订纂修,而非制定全新的法律。据此定位,法典编纂总体上是以尊重民事立法的历史延续为遵循的,其主要任务是对既有民事法律规范的科学整理,并适当作与时俱进的立法安排。故对既有法律和司法解释,只有存在充分理由须实质性修改、废除或新增时,才能适用实质性编纂技术。<sup>⑦</sup>上述认识表明,民法典编纂中保持民事法律制度的连续性、稳定性是其重要内容,或者说民法典的一个重要立法理念就是维持法制的稳定连贯。正因如此,民法典虽吸收了既有司法解释规定,并对不适应现实情况的内容作了修改补充,但总体上是对《婚姻法》等九部法律的整合为基调的。而相比《民法典》第1260条所列举的法律,与民法典相关的司法解释可谓多如牛毛,在数量上已超过法律本身,且内容繁杂,因此我们确实很难苛求立法者在短时间内对既有司法解释规定进行逐一梳理和辨识。以《买卖合同解释》中的风险负担规则为例,《民法典》第607条吸收了该解释第12条有关货交承运人的风险负担规则,但该解释第13条有关路货买卖出卖人隐瞒风险事实时的风险负担、第14条有关未经特定的标的物之风险负担两个同类规则却未被

<sup>③</sup> 该规定本应在《民法总则》生效后即失效,但因当时存在民法典分则吸收本条作为特别规范的可能,故“在民法典生效后该解释规定即废止”的结论更严谨。

<sup>④</sup> 参见陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,载《法学研究》2012年第2期,第13页。

<sup>⑤</sup> 比如,《买卖合同解释》第34条将所有权保留的客体限定为动产,但《民法典》第641条第1款却延续了《合同法》第134条的规定,对所有权保留的客体未作限制。立法机关的释义认为《买卖合同解释》第34条仍应继续有效。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第406-407页。但最高人民法院的释义却否定了《买卖合同解释》第34条的观点。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第1096-1098页。

<sup>⑥</sup> 参见前注<sup>⑤</sup>,王文胜文,第78页。

<sup>⑦</sup> 参见王竹:《从〈民法总则(草案)〉看民法典条文形式性编纂技术——部分基于法律条文大数据分析对比技术的编纂建议》,载《法学论坛》2017年第1期,第21页。

《民法典》吸收。进一步观察还会发现,在民间借贷、房屋租赁、融资租赁、建设工程等领域,民法典对司法解释规定的吸收就更少。<sup>④</sup>在此立法定位和现实状况下,我们就应在立法精神不明时,原则上肯定既有司法解释的效力。

更为重要的是,从实践来看,原则上维持既有司法解释的效力也有其现实意义。若民法典一生效就将其保持沉默的既有解释规定一律废止,就会人为制造法典生效后的“法律漏洞”,导致司法在这些问题的判断上出现混乱,甚至导致司法裁判上的前后不一,最终对法律的确定性产生不利影响。因此,即使对某些在理论上存在异议的司法解释规定,从保持司法裁判连续性、稳定性角度来讲,原则上仍应肯定其效力。毕竟在法律的世界中,稳定性对民事主体形成合理预期至关重要,应优先尊重。相反,“如果法律未能充分维持其与过去的一致性,那么它将失去其完整性,并且,在这样的情况下,将扰乱重要的、已经确立了的社会和商业期待”<sup>⑤</sup>。比如,《民法典》第682条规定“主债权债务合同无效,保证合同无效,但是法律另有规定的除外”,但若据此否定《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2016〕24号)的效力,就会对独立保函当事人的利益产生致命打击。

#### (四) 最高人民法院的任务与策略

前文分析表明,民法典生效后,既有司法解释的效力不是“全有全无”的,而应区分程序性规定与实体性规定、解释性规定与创设性规定,并对照民法典的具体条文和立法精神,逐个识别。当然,在识别过程中难免带有主观色彩,因此若将上述识别工作全部交由法官在个案中完成,不仅会影响司法效率,而且还可能会因法官认识的不同而引发法律适用上的重大分歧,最终背离通过司法解释统一裁判的初衷。比如,就共同担保人间相互追偿问题,《担保法解释》第38条、第75条肯定了混合共同担保人、共同抵押人间的相互追偿权;《民法典》第392条对此未予明确,但第524条、第700条似又有允许追偿的含义,故就此问题必然会继续引发争议。为避免分歧,统一裁判,最高人民法院应主动担负起识别重任。申言之,最高人民法院须组织专班,对既有司法解释作系统清理。

实际上,最高人民法院已表示将于2020年年底完成对所有相关司法解释的清理。<sup>⑥</sup>但应提醒的是,对既有司法解释的清理绝不能停留于废止直接与民法典相冲突的司法解释规定层面,至少还需重新确定司法解释规定的解释根据和对象,并依民法典的精神与规定对司法解释的某些内容作进一步完善。比如,《民法典》第405条对《物权法》第190条第一句、《担保法》第48条作了实质性修改,因此,《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11号)第20条、《担保法解释》第65条就应作相应修改。而且,对司法解释的清理也不能只围绕《民法典》第1260条列举的九部法律来展开。基于民商合一的要求,民法典的一些规定亦会

<sup>④</sup> 参见前注⑰,陆青文,第122页。

<sup>⑤</sup> [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言第1页。

<sup>⑥</sup> 参见周强:《以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导 充分发挥审判职能作用 确保民法典正确贯彻实施》,载《求是》2020年第12期,第10页。

影响到《公司法》等民事特别法,因此民事特别法的司法解释就需一并清理。比如,就清算义务人问题,《民法典》第70条第2款与《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(法释〔2014〕2号)第18条就有差异,且已引发争论,应通过清理予以明确。又如,《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(法释〔2006〕6号)第12条有关劳动仲裁申请仲裁期间中止的规定也应依据《民法典》第194条作修改。此外,习近平总书记有关民法典“是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”的定位还要求我们应对与民法典相悖的非民事司法解释作清理。比如,《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2012〕21号)第138条第2款就违背了《民法典》第187条所确立的民事责任独立性、优先性的要求,应予清理。

可见,以民法典为基准的司法解释清理工作相当繁杂,<sup>④6</sup>在一定程度上,其难度并不亚于法典编纂本身,故对如何集思广益、协调清理的速度与质量应予高度重视。在笔者看来,与其为求速成而失其精准,不如先发布协调的基本原则,然后分批清理,向社会公开征求意见,最终报全国人大常委会备案,以确保清理质量。在完成全面清理前,如个案中出现对既有司法解释的适用分歧,可先依《关于建立法律适用分歧解决机制的实施办法》(法发〔2019〕23号)作个别处理。

### 三、民法典后新司法解释的制定问题

既然民法典编纂系以对现行民法规范的体系化整合为目标,故从理想状态而言,当民法典颁布后,最高人民法院就不宜再制定新司法解释,以免消解法典的体系化功能。这亦是反对司法解释论者的梦想:通过民法典编纂来取消司法解释。<sup>④7</sup>那就现实而言,民法典的颁布是否意味着司法解释的终结呢?

#### (一) 民法典的解释空间

司法解释的命运并非由最高人民法院决定,而是由立法者的法律供给与司法者的司法需求间的缺口决定。换言之,立法与司法间的缺口越大,解释的空间也就越大。故要展望民法典后司法解释的命运,就先分析民法典本身的完备性。

在对民法典前的既有民事立法的评价中,论者大都认为,基于“宜粗不宜细”的指导思想,我国民事立法存在阶段性、经验性、局限性、简略性等特征,<sup>④8</sup>导致一些重要规则、制度缺失,并且很多规定过于原则,缺乏规范性和操作性,<sup>④9</sup>从而为司法解释提供了土壤。

<sup>④6</sup> 实际上,清理工作也不能限于正式的司法解释,还应包括所有对司法裁判有影响的规范性文件。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室:《统筹协调 蹄疾步稳 全力推进民法典贯彻实施》,载《中国审判》2020年第17期,第8-9页。

<sup>④7</sup> 参见前注<sup>④2</sup>,薛军文,第57页;周江洪:《论民法典透明度的实现及其障碍》,载《法制与社会发展》2015年第6期,第90页。

<sup>④8</sup> 参见朱广新:《超越经验主义立法:编纂民法典》,载《中外法学》2014年第6期,第1424页。

<sup>④9</sup> 参见柳经纬:《当代中国私法进程中的民商事司法解释》,载《法学家》2012年第2期,第89页。

为此,学者呼吁民法典编纂应摒弃“宜粗不宜细”的传统,使其不至于甫一出世就被众多司法解释架空。<sup>⑤0</sup>在民法典编纂工程启动时,有见解将其视为是对我国既有民事立法、司法解释的系统整合,<sup>⑤1</sup>似有民法典出,司法解释亡的意味。

然而,“宜粗不宜细”的克服绝非一日之功。况且对“宜粗不宜细”的思想也不宜全然否定。有学者就指出,为了维护民法典的稳定性、开放性,“宜粗不宜细”思想其实是保持立法节制这一科学立法的结果,理当充分肯定。<sup>⑤2</sup>甚至还有论者提出,基于现代社会的复杂性,立法机关应作自我约束,有意识地留下法律漏洞,把“续造”民法的任务交由司法机关去完成。<sup>⑤3</sup>2011年全国人大常委会在总结中国特色社会主义法律体系的形成经验时也指出:“对实践经验尚不成熟但现实中又需要法律进行规范的,先规定得原则一些,为引导实践提供规范和保障,并为深化改革留下空间,待条件成熟后再修改补充”<sup>⑤4</sup>,很明显,上述经验总结的核心就是“宜粗不宜细”思想。在此思想指导下,民法典前的一些民事立法确实有精细不足的特点。基于编纂定位,民法典在总体上是对《婚姻法》等九部法律的继承与发展,故难免会受到前民法典时代“宜粗不宜细”思想的影响。<sup>⑤5</sup>以继承编为例,民法典就未对《继承法》作重大修改,仍保持着既有制度的基本属性,故《继承法》所存在的问题将继续存在。<sup>⑤6</sup>

从宏观上看,民法典总计1260条,是我国条文数最多的法律,但相比《法国民法典》《德国民法典》《意大利民法典》《瑞士民法典》等而言,条文数偏少,仍是一部简约化的民法。<sup>⑤7</sup>不仅条文数偏少,而且因我国民法典既有裁判规范属性,亦肩负行为规范的功能,故其中还有较多的非裁判规范,尤其是一般规定、概念规定、宣示性规定、倡导性规定和警示性规定在事实上挤占了有效裁判规范的数量。<sup>⑤8</sup>这样一来,民法典中的裁判规范数量其实更少。以保理合同为例,民法典只有九条,与同样将保理合同有名化的《澳门商法典》《俄罗斯联邦民法典》相比,规范偏于简单,故在民法典生效后,关于保理合同的条文将面临大量的解释问题。<sup>⑤9</sup>

从微观看,民法典不仅继承了《民法通则》的传统,继续规定了基本原则,而且一些

<sup>⑤0</sup> 参见谢鸿飞:《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》,载《清华法学》2014年第6期,第33页。

<sup>⑤1</sup> 参见纪海龙:《理想与现实的距离——对中国民法典编纂的冷观察》,载《华东政法大学学报》2016年第6期,第17页。

<sup>⑤2</sup> 参见龙卫球:《中国民法典的有为和有所不为》,载《中国法律评论》2020年第3期,第8页。

<sup>⑤3</sup> 参见陈卫佐:《现代民法典编纂的沿革、困境与出路》,载《中国法学》2014年第5期,第269页。

<sup>⑤4</sup> 吴邦国:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2011年3月10日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》,载中国政府网, [http://www.gov.cn/2011lh/content\\_1827143.htm](http://www.gov.cn/2011lh/content_1827143.htm), 2020年8月1日访问。

<sup>⑤5</sup> 参见王歌雅:《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修为》,载《东方法学》2020年第4期,第178页;王成:《民法典与法官自由裁量的规范》,载《清华法学》2020年第3期,第26页;朱广新:《民法法典化的历程与特色》,载《中国法律评论》2020年第3期,第17页。

<sup>⑤6</sup> 参见前注<sup>⑤5</sup>,杨立新文,第104页。

<sup>⑤7</sup> 参见张生:《中国律例统编的传统与现代民法体系中的指导性案例》,载《中国法学》2020年第3期,第43页。

<sup>⑤8</sup> 参见房绍坤:《民法典物权编之检视》,载《东方法学》2020年第4期,第87页;屈茂辉、廖子轩:《定义性条款配置研究——以民法典编纂为中心》,载《学习与探索》2020年第6期,第77页。

<sup>⑤9</sup> 参见黄和新:《保理合同:混合合同的首个立法样本》,载《清华法学》2020年第3期,第190页;方新军:《〈民法典〉保理合同适用范围的解释论问题》,载《法制与社会发展》2020年第4期,第107-108页。

具体规范也较原则。特别是物权编、婚姻家庭编受“宜粗不宜细”思想影响更大,相关规定较为原则,实际裁判指引功能不强,<sup>⑥0</sup>故期望司法只依民法典就能作出妥当裁判并不现实。比如,总则编中的数据、网络虚拟财产规定,物权编中的添附、土地经营权、价款超级优先权规定,合同编中的多数人之债、保理合同规定,人格权编中的临时禁令规定,侵权责任编中的生态破坏责任规定,虽均系法典新创,但就司法而言,民法典所提供的相关规范仍偏原则。以添附为例,《民法典》第322条虽有规定,但究竟如何“按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则”确定添附物的归属却非易事:一方面,加工、附合、混合具有不同性质,是否在物的归属上有共同规则不无疑问;另一方面,“充分发挥物的效用”与“保护无过错当事人”两个原则不仅含义模糊,且相互间也可能矛盾,故司法很难单依本条就能妥当处理添附纠纷。<sup>⑥1</sup>

此外,立法还主动选择将一些存在争议的问题留给司法去判断,从而有意为解释预留空间。<sup>⑥2</sup>比如,《民法典》第495条虽规定了预约合同制度,但在违反预约合同的后果上却作了“承担预约合同的违约责任”的模糊规定,遗留了是否能请求违约方继续履行及损害赔偿范围等争议。<sup>⑥3</sup>又如,民法典最终删除了有关隔代探望的规定,而选择让当事人“通过诉讼由人民法院根据具体情况加以解决”。再如,《民法典》第56条第1款对个体工商户的债务承担规则与第1064条第2款的夫妻共同债务承担规则间也有如何协调的疑问。此外,民法典还未就溯及力这一重要问题作出规定。此前最高人民法院的司法解释虽对《合同法》《民法总则》等的溯及力问题作了规定,但理论上对民事法律的溯及力问题却颇有争议,<sup>⑥4</sup>特别是因为民法不采与罪刑法定相似的原则,且法源多元,故民法的溯及力问题相当复杂,不能简单套用适用于所有部门法的统一的溯及既往规则,而需具体考量。<sup>⑥5</sup>

事实上,法律无漏洞“展示的不是法典化理念的力量,而是现实意识的缺乏”<sup>⑥6</sup>。毕竟,“以抽象概念构造一个封闭的、无漏洞体系的理想即使在‘概念法学’鼎盛的时期也从未完全实现”<sup>⑥7</sup>。从我国民法典来看,法律无漏洞的乐观主义亦难成立。其实,习近平总书记已明确指出,“民法典颁布实施,并不意味着一劳永逸解决了民事法治建设的所有问题,仍然有许多问题需要在实践中检验、探索,还需要不断配套、补充、细化”<sup>⑥8</sup>。可见,民法典尚有解释空间。

<sup>⑥0</sup> 参见茆荣华:《法院干警要肩负起贯彻实施好民法典的时代使命》,载《人民法院报》2020年7月30日,第7版。

<sup>⑥1</sup> 参见崔建远:《中国民法典释评·物权编》(上卷),中国人民大学出版社2020年版,第546页。

<sup>⑥2</sup> 参见刘贵祥:《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》,载《法律适用》2020年第15期,第5页。

<sup>⑥3</sup> 参见前注<sup>④0</sup>,黄薇主编书,第80-82页;石宏:《合同编的重大发展和创新》,载《中国法学》2020年第4期,第54页。

<sup>⑥4</sup> 参见张洪波:《论不溯既往原则在新〈婚姻法〉及其司法解释中的适用》,载《当代法学》2015年第5期,第84页。

<sup>⑥5</sup> 参见房绍坤、张洪波:《民事法律的正当溯及既往问题》,载《中国社会科学》2015年第5期,第119-124页;孙晓红:《法的溯及力问题研究》,中国法制出版社2008年版,第149-162页。

<sup>⑥6</sup> [德]卡斯滕·施密特:《法典化理念的未來——现行法典下的司法、法学和立法》,温大军译,载明辉、李昊主编:《北航法律评论》(2012年第1辑),法律出版社2012年版,第42页。

<sup>⑥7</sup> [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第569页。

<sup>⑥8</sup> 习近平:《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》,载《求是》2020年第12期,第6页。

## （二）司法解释与指导性案例

在逻辑上,有解释空间并不意味着当然就有司法解释之必要。因为弥合立法与司法间缺口的方案并非只有司法解释这一项选择。除司法解释外,弥补立法不足尚有法官的个案解释与指导性案例等方案。不过,法官在个案中的解释权并不构成对司法解释的排斥:一方面,司法解释并不否定个案中法官的解释权;另一方面,将立法不完备时的解释权完全交给个案中的法官会诱发恣意和裁判不统一的风险。因此,个案中的法官解释权不能成为否定司法解释制度的理由。事实上,司法解释反对论者为弥合立法与司法间缝隙而提出的对策主要是指导性案例的方案,认为最高人民法院应放弃继续制定抽象性司法解释,转而通过判例制度来形成统一的司法政策,<sup>⑩</sup> 2010年开始的指导性案例就是这一意见的反映。

但试图以指导性案例完全取代司法解释的思路在我国并不可行。我国是成文法国家,法律适用的基本方法是基于涵摄逻辑的演绎推理,这与判例法所内涵的“类比推理”有较大差异。实际上,英美法的判例技术对法律人在事实要点相似性的判断上要求甚高,而我国目前的法学教育并非判例法教育,大都未开展案例鉴别技术训练,因此虽然近年来对指导性案例的讨论颇多,但其在司法实践中的适用情况却不如预期。<sup>⑪</sup> 最高人民法院新近发布的《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》虽然要求“承办法官应当将待决案件与检索结果进行相似性识别和比对”,并“对是否参照或者参考类案等结果运用情况予以分析说明”,但仍未对案件“关键事实”的相似性识别和比对提出具体的操作性建议。

或许正是由于认识到指导性案例与我国固有的司法方法间的差异,故最高人民法院在发布指导性案例时都会拟定“裁判要点”,强调对后续案件有拘束力的并非案例本身,而是“裁判要点”。可见,我国的指导性案例其实已被“抽象化”,甚至“规则化”了。<sup>⑫</sup> 换言之,目前的指导性案例与英美法的判例制度并不同,而具有了一般性裁判规则的意味。<sup>⑬</sup> 如果指导性案例所确定的裁判规则只是就法律规定在典型案例中的应用,那其指引司法裁判的价值就不大,而更多是“以案说法”的教育、宣传功能。相反,如果我们希望指导性案例也具有指引裁判、推动法治发展的功能,那就必然要求指导性案例去对法律的规定进行补充、丰富,甚至创设规则。但如此一来,指导性案例模式在本质上就与司法解释的逻辑趋同了。<sup>⑭</sup> 或者说,指导性案例已蜕变为提供抽象规则的制度,甚至成了司

<sup>⑩</sup> 参见贺日开:《司法解释权能的复位与宪法的实施》,载《中国法学》2004年第3期,第13页;刘风景:《司法解释权限的界定与行使》,载《中国法学》2016年第3期,第220页。

<sup>⑪</sup> 参见郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2020年第3期,第88页。

<sup>⑫</sup> 参见刘树德:《最高人民法院司法规则的供给模式——兼论案例指导制度的完善》,载《清华法学》2015年第4期,第90页;朱芒:《论指导性案例的内容构成》,载《中国社会科学》2017年第4期,第114页。

<sup>⑬</sup> 参见张志铭:《中国法院案例指导制度价值功能之认知》,载《学习与探索》2012年第3期,第74页;雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,载《中国法学》2015年第1期,第280-281页。

<sup>⑭</sup> 参见薛军:《民法典编纂与最高人民法院职能的发展》,载《中国应用法学》2017年第4期,第140页。

法解释的附属。实际上,很多论者也是将指导性案例作为司法解释来认识的。<sup>⑦④</sup>

还需注意,即使我们改进指导性案例的遴选机制、提升法官的判例法思维能力,也不能指望指导性案例、类案检索能完全弥合立法与司法之间的间隙。从现实来看,指导性案例的发布、类案检索的要求都具有被动性和单一性,在弥补立法不足的效率上与司法解释不可比拟。因为指导性案例和类案检索都是对既有判决的总结,最高人民法院据此来发展法律的主动权空间并不大,而且指导性案例和类案检索制度还存在一事一议的局限,无法就某些制度和问题作出前瞻性和系统性的规范。<sup>⑦⑤</sup>相反,最高人民法院通过司法解释来回应立法不足则更为主动、系统。

很明显,要有效化解立法缺失、模糊与同案不同判、法官恣意间的矛盾,由最高人民法院进行统一的司法解释就是一个相对合理的方案,而且相比指导性案例和类案检索制度而言,更加符合我国的法律传统,在效率上也更有优势。故以司法解释来填补民法典的漏洞、规范法官的自由裁量权有其现实意义。当然,肯定司法解释的优势并不意味着指导性案例就失去了价值。一方面,由于“批复”形式的司法解释脱离了诉讼程序约束,确有违反管辖与审级制度的风险。而指导性案例中“裁判要点”与司法解释中“批复”的生成机理相同,故以指导性案例代替“批复”类司法解释就是一个避免前述风险的可行方案。另一方面,由于司法解释相较指导性案例的“立法成本”更高,<sup>⑦⑥</sup>故在需要紧急协调某类重要争议问题时,通过指导性案例来统一裁判亦有其现实价值。

### (三) 民法典后制定新司法解释的正当性辨析

司法解释在性质上其实是有关立法活动的扩展和继续,<sup>⑦⑦</sup>因而司法解释的正当性就需从国家权力的配置中作理解。《法院组织法》第18条和《立法法》第104条均确认了最高人民法院对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释的合法性,故最高人民法院围绕民法典的具体应用问题制定司法解释有其正当性。

当然,《立法法》强调司法解释“应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意”。而考察既有的民事司法解释可以发现,虽然其中有专门针对具体法律条文的解释规定,但也有司法解释缺乏具体法律条文依据,甚至还有司法解释规定突破了立法,确实存在“立法化”问题。<sup>⑦⑧</sup>然而,导致司法解释立法化的原因主要是立法。一方面,在很长一段时间,立法机关对民事法律的修改并不积极,比如,《民法通则》《担保法》等就长期没有修改。可以预见,民法典颁布后,立法机关也不会短期内作修改,因

<sup>⑦④</sup> 参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,载《法学研究》2008年第6期,第9页;苏泽林主编:《中国案例指导制度的构建和应用》,法律出版社2012年版,第291页;李红海:《案例指导制度的未来与司法治理能力》,载《中外法学》2018年第2期,第498页。

<sup>⑦⑤</sup> 截止到2020年1月,最高人民法院已发布24批共139件指导性案例,其中与民法相关的指导性案例仅36件。参见前注<sup>⑦④</sup>,张生文,第44页。

<sup>⑦⑥</sup> 参见侯猛:《最高法院规制经济的实证研究——以法院内部管理费用为分析视角》,载《中外法学》2005年第2期,第207-209页。

<sup>⑦⑦</sup> 参见姚建宗:《关于司法解释的分析与思考》,载《现代法学》1992年第3期,第27页。

<sup>⑦⑧</sup> 参见王伟国:《最高人民法院民事类司法解释研究》,中国人民大学出版社2010年版,第108-140页;姚辉、焦清扬:《民法典时代司法解释的重新定位——以隐私权的规范为例证》,载《现代法学》2018年第5期,第67-69页。

此通过司法解释来填补立法漏洞,为司法裁判提供准绳有其现实必要性。另一方面,虽然全国人大常委会享有包括解释民法在内的法律解释权,但从历史来看,人大常委会的解释却主要集中于公法,很少涉及民法。直到2014年,全国人大常委会才制定了首个,也是唯一一个民事法律解释。

全国人大常委会在民法解释上的不积极,既有制度原因,<sup>⑩</sup>也与民法本身的性质有关。与公法不同,民法属于私法,具有自治法的性质,因此认为解决法律与社会发展间矛盾的主角是立法机关而非司法机关的判断,对私法并不适用。换言之,经由立法制定出来的法律主要是公法。<sup>⑪</sup>而基于私法自治的原理,民事法律关系的产生、变动与消灭并不必然需要事前立法安排,故民法典主要提供的是裁判规范,是在出现纠纷且当事人未有约定或约定无效时供裁判者使用的。理论上之所以要严格区分立法权与司法权也主要是为了维护私人自由,防止司法权对自治的侵犯。但就民事司法解释而言,其属于裁判规范,且大多也是任意性规定,并不必然要求当事人遵守,因此就不当然构成对自由的侵犯。而且在法官不得拒绝裁判的前提下,承认包括司法解释在内的多元法源也有现实意义,否则基于成文法的局限性,法官在个案中就会遇到无法可依的窘境。实际上,早期的罗马法是允许裁判官通过司法发展市民法的。虽然随着查士丁尼法典的编纂,制定法的优势地位日益凸显,但也并未完全终结裁判官法的发展。一方面,英美法自其开始就赋予法官通过判例发展私法的重任;另一方面,大陆法不仅通过在民法典中设置一般条款授予了法官较大的自由裁量权,而且还通过规定“习惯”“法理”的法源地位,从而在法源问题上实现了从一元向多元的回归,打破了民事司法须固守民法典的桎梏。在理论上,哈耶克甚至认为,私法乃是行动者在文化进化过程中发现的结果,任何人都不能发明或设计出作为整体的私法系统。<sup>⑫</sup>而卡纳里斯则通过区分认知的体系和认知的对象的体系来为司法发展法律提供论证:按照认知的对象的体系,法律体系被认为是由立法者创设的一套客观存在、具有一致性和统一性的法律现象之整体,因此法律体系的建立与完善是立法者独享的智识性事业,司法的职能仅限于在个案中适用法律体系的具体规则和内容,不应染指规范建构的作业;但如按认知的体系的界定,法律体系就被认为是对法律现象进行学术上的建构性诠释或者说描述的产物。<sup>⑬</sup>基于认知的体系的立场,法律体系的建立和完善就是一项多个主体共同参与的合作性事业,立法者并不享有独断的特权,司法完全可以通过解释等活动来完善法律体系。<sup>⑭</sup>

<sup>⑩</sup> 有论者指出,全国人大常委会会议一般每两个月举行一次,且会期较短,故难以履行繁重的释法任务。参见安晨曦:《最高人民法院如何统一法律适用——非正规释法技艺的考察》,载《法律科学》2016年第3期,第49页。还有论者从溯及力、法律的客观性与适应性角度指出了法律解释制度本身的弊端。参见刘晓宏:《最高人民法院司法解释权力·程序·文件研究》,法律出版社2020年版,第47-48页。

<sup>⑪</sup> 参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第208页。

<sup>⑫</sup> 参见前注<sup>⑩</sup>,哈耶克书,邓正来代译序,第26页。

<sup>⑬</sup> 参见雷磊:《适于法治的法律体系模式》,载《法学研究》2015年第5期,第3-4页。

<sup>⑭</sup> 参见前注<sup>⑦</sup>,赵一单文,第49页。

实际上,我们的立法者显然也没有垄断法源的意图。一方面,2015年修正的《立法法》第45条与第104条虽在形式上区分了法律解释与司法解释,但实际上并未明确实质的区分标准,<sup>⑧4</sup>似乎是有意识给司法解释留足空间。另一方面,民法典虽未明确司法解释的法源地位,但却已将习惯作为法源,从而为民法法源的多元化开启了大门。很明显,相比习惯,司法解释在确定性、公开性上更具优势。因此,若我们能接受习惯作为法源,那为何要拒绝司法解释的法源地位呢?实际上,我国民法学界也大多肯定司法解释的法源地位,<sup>⑧5</sup>2015年中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国法学会民法学研究会组织撰写的《民法总则专家建议稿》第9条也曾明确规定了司法解释的法源地位。

至于以立法权与司法权的二分来否定司法解释的正当性则更符合我国国情。因为我国国家机关间强调的是分工负责、相互配合。最高人民法院作为国家权力运行中的一个具体部门也担负着将党和国家的政策司法化,甚至为立法进行必要前期准备工作的使命。尤其是考虑到民法典未沿袭《民法通则》第6条的做法,明确将“政策”作为法源,因而经由最高人民法院的司法解释权将党和国家的相关民事政策转换为具有法律效力的司法解释规定,从而作为法院裁判的依据,就成为落实政策要求的重要途径。

其实,“司法过程的最高境界并不是发现法律,而是创造法律”<sup>⑧6</sup>。特别是最高法院因肩负了法制统一的重任,就更不会排斥解释法律的权力。正如汉密尔顿所言:“为了避免许多独立法院的相互矛盾的决定必然造成的混乱,所有国家都发现必须设立一个有全面监督权的最高法院,它有权最后决定和宣布有关民法的一致规则。”<sup>⑧7</sup>事实上,与下级法院旨在处理个案不同,最高法院的特殊社会功能和角色也决定了其应超越具体纠纷的处理而向国家司法政策形成及规则之治转变。比如,日本在二战后就参照美国的做法赋予了最高法院有不针对具体案件的规则制定权;<sup>⑧8</sup>而欧洲最高法院院长会议第十六届大会的总结报告也指出最高法院应负责对法律的解释加以协调和统一。<sup>⑧9</sup>在我国,由于实行二审终审制,绝大多数案件在中级人民法院便得以终审,最高人民法院审理的案件较少,很难通过个案终审权来确保法律适用的统一。在此背景下,为求法制统一,司法解释就成了一项理想方案。

当然,承认民法典后继续制定司法解释的正当性,并不意味着我们应完全沿袭既有司法解释的路径。既有司法解释遭受批评的一个主要原因就是其民主性、科学性的不

<sup>⑧4</sup> 参见周海滔:《立法解释和司法解释的适用情形及其区分——对〈立法法〉第45条第2款和第104条第1款的比较分析》,载《研究生法学》2019年第6期,第1-5页。

<sup>⑧5</sup> 参见《民法学》编写组编:《民法学》,高等教育出版社2019年版,第24页;梁慧星:《民法总论》(第5版),法律出版社2017年版,第27页;张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第18页;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第35页。

<sup>⑧6</sup> [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第105页。

<sup>⑧7</sup> [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆2015年版,第131-132页。

<sup>⑧8</sup> 参见前注<sup>⑧5</sup>,刘风景文,第220页。

<sup>⑧9</sup> 参见丁广宇:《欧洲各国最高法院保证法律统一解释的作用与机制》,载《法律适用》2007年第3期,第17页。

足。<sup>⑩</sup>笔者认为,要确保司法解释的民主性与科学性不仅要继续强化事后的备案审查,而且还须在程序上进行预先把关。一方面,要改变现有部门立法、官僚立法的模式,广开言路,保持司法解释起草过程的公开,积极进行讨论、协商,防止司法解释的部门化。须知,民法典的司法解释虽主要适用于民事审判,但也对民事检察、仲裁、调解等有重要意义,故完全由最高人民法院垄断解释权并不合适。另一方面,由于司法解释须注意维护民法典的权威,尽量从民法典的具体规定出发作有针对性的解释,因此,在需要基于民法典的立法精神作解释,尤其是创设规则时,应先向全国人大常委会提出要求,尽量通过法律解释进行处理,或在获得全国人大常委会的授权后再作司法解释。为此,未来就须在技术上要求最高人民法院严格按照《立法法》第104条的规定,逐条明确司法解释所针对的“具体的法律条文”。换言之,司法解释不仅要笼统说明解释根据,还应逐条明确其解释的具体法律条文。这一做法既可确保司法解释的合法性,又有利于保持立法与司法的互动。立法显然需要发展,而司法解释可成为法律修改的排头兵。当司法解释明确其解释对象后,相关法律在后续修改时,就能有针对性的借鉴、吸收相应的司法解释。同时,一旦法律被修改,我们也能便捷地对既有司法解释作清理。如此一来,立法与司法解释间就呈现出“立法—司法解释—修改或制定法律—修改司法解释”这一螺旋上升的递进状态。

## 结 语

民法典编纂应是重塑一国民法法源体系的重大工程。在理想状态上,立法者自当全面整理既有民事立法、司法解释、指导性案例、习惯及学理的经验,对所有的“实质民法”进行系统性、体系性的编订纂修。然而,知易行难。从现实来看,民法典其实尚未对既有的司法解释作系统、全面的整合,并且也无垄断法源之意图,故对民法典与司法解释的关系应作客观评判。

一方面,民法典的编纂定位说明其不是制定一部全新的法典,而是对既有民事法律的总结、完善,是继承与发展的结合。故民法典生效后,《婚姻法》等九部法律虽因被吸收而废止,但既有司法解释并不当然一并废止,对其应先区分程序性规定与实体性规定、解释性规定与创设性规定,再对照民法典的条文和精神作具体判断;并且,民法典尚未明确否定且不违背民法典精神的既有司法解释规定原则上仍应继续有效。上述结论既契合民法典与司法解释的不同定位,也有利于维护司法的连续,保持法制的稳定。当然,此结论确实会导致民法典与既有司法解释间呈现“交叉舞步”,产生复杂的规范叠加现象,故最高人民法院应以民法典的精神和规定为基准,对司法解释作细致清理。基于民法典的民商合一与基础性法律的定位,上述清理还应包括《公司法》《劳动法》等民事特别法及《刑法》《刑事诉讼法》等的司法解释中的相关规定。

另一方面,民法典的颁布虽开启了我国民事立法的新起点,但却并不意味着一劳永

<sup>⑩</sup> 参见彭宁:《最高人民法院司法治理模式之反思》,载《法商研究》2019年第1期,第58-59页。

逸地解决了民事法治建设的所有问题。事实上,无论是基于民法典部分规定的原则性,还是基于立法者主动授意司法续造的现实考虑,民法典的生效均不意味着司法解释的终结。其实,只要我们追求司法裁判的确定与统一,那司法解释就会在一个很长的历史时期继续存在。因此,民法典生效后仍需“及时明确法律规定含义和适用法律依据,保持民法典稳定性和适应性相统一”<sup>⑨</sup>。当前,最高人民法院应优先就民法典的溯及力及民法典新设规范的具体应用问题作出解释。

需要特别指出的是,既有司法解释的清理与新司法解释的制定虽然分属两个不同层面的问题,但在整体上却应作一体把握,否则民法典编纂所追求的体系化价值就可能会因“此起彼伏”的司法解释受到不利影响。因此,最高人民法院宜跳出“补丁式”的清理与解释思路,沿着民法典的“编纂”定位,先对既有司法解释的清理与新司法解释的制定作通盘考虑、统一规划,然后吐故纳新,针对民法典各编分批“编纂”司法解释,以切实推动民法典实施。

---

**Abstract:** After the *Civil Code* comes into effect, judicial practice is faced with the question of how to treat the effects of existing judicial interpretations and whether new judicial interpretations should be formulated in the future. Based on the different positioning of the *Civil Code* and the judicial interpretations, we cannot deny the effectiveness of the existing judicial interpretations by article 1260 of the *Civil Code*. To answer the question of the effectiveness of the existing interpretation provisions after the *Civil Code*, it is necessary to distinguish between the procedural provisions and substantive provisions, interpretative provisions and creative provisions, and make individual judgments in accordance with the specific provisions and spirit of the *Civil Code*. The provisions of existing judicial interpretations that are not explicitly denied by the *Civil Code* should continue to be effective in principle. The formulation space of new judicial interpretations is determined by the gap between legislative supply and judicial demand. Since the *Civil Code* has neither the intention to monopolize the source of law nor complete rules for civil disputes, there is still room for judicial interpretations of the Supreme People's Court after the *Civil Code*. Compared with the guiding cases, judicial interpretations are not only more proactive and systematic for the unification of law, but also conforms to national conditions and meets the requirements of diverse sources of civil law. Other forms of judicial interpretations are still an important guarantee for the implementation of the *Civil Code*, except that the approval in judicial interpretations can be replaced by guiding cases.

---

(责任编辑:任彦)

---

<sup>⑨</sup> 前注<sup>⑧</sup>,习近平文,第7页。