

# 民法典适用衔接问题研究

## 动态法源观的提出

王 雷\*

**摘 要** 《民法典》适用衔接问题是民法法源理论面对的首要解释论课题。《民法典》并不是民法体系化的终点,反倒是民法和民法学再体系化的起点。《民法典》适用衔接主要聚焦《民法典》与原有民事基本法的关系、《民法典》与民商事特别法的适用关系、《民法典》与民商事司法解释的适用关系、《民法典》颁行后民商事指导案例的调适、《民法典》的时间效力等。须结合具体条文、立法变迁及编纂立法的特殊性,类型化讨论《民法典》适用衔接问题,实现对《民法典》的再体系化、再科学化,发挥《民法典》的体系效益,展现动态法源观。

**关键词** 民法典 适用衔接 再体系化 溯及力 动态法源观

《民法典》与原有民商事法律、司法解释、指导案例之间的关系,在《民法典》编纂过程中是重要的立法论话题,在《民法典》颁行后是重要且首要的解释论难题。我国《立法法》第88条以下确立了如下法律适用方法:上位法优于下位法、自治条例和单行条例的变通规定优先适用、特别规定优先于一般规定、新的规定优先于旧的规定、有利追溯等。有必要结合《民法典》的编纂过程和法典编纂这种立法形态的特殊性,对《立法法》上法律适用的一般方法作具体分析,以妥当、及时解决《民法典》适用的法律、司法解释衔接问题。

本文致力于解决的不仅限于《民法典》的时间效力,还包括《民法典》与原有民事基本法的关系、《民法典》与民商事特别法的适用关系、《民法典》与民商事司法解释的适用关系、《民法典》颁行后民商事指导案例的调适等,鉴于我国《民法典》是在现行立法和司法实践基础上“编

\* 中国政法大学民商经济法学院副教授。本文系2020年国家社科基金一般项目“《民法典》中的参照适用条款研究”(项目批准号:20BFX103)的研究成果。

纂”而非从无到有地“制定”，后四项适用关系反倒是我国《民法典》“施行法”的重点。《民法典》第1260条规定了《民法典》与原有民事基本法之间的关系，第11条规定《民法典》与民商事特别法的适用关系，但未回答《民法典》与司法解释、指导案例等的适用衔接问题。2019年最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）对“关于民法总则适用的法律衔接”做了有益探索。该纪要征求意见稿第1条最后一句曾指出：“《民法通则》废止后，有关司法解释再根据民法典的规定作相应调整。”但纪要正式稿中对此未予保留。即便立法者不正面回应这些问题，人民法院也必须有统筹应对的法律适用方案。

## 一、既有经验：以民法总则适用的法律衔接问题为主

大陆法系成文法国家或者地区的民法典经常会配套民法典“施行法”，以明确其适用衔接问题，特别是明确民法典的时间效力。《德国民法典施行法》还进一步将涉外民事关系法律适用法（国际私法条款）纳入。《意大利民法典》第二章集中规定其时间效力规则。《瑞士民法典》尾章专门规定“关于适用和施行的规定”，处理新旧法适用等问题。《俄罗斯联邦民法典》配套四部单行施行法以解决其适用关系。我国台湾地区“民法”各编对应的“施行法”主要处理时间效力问题。我国澳门地区《民法典》将冲突规范及其他适用问题一并规定到第一编。

《民法总则》颁行后，我国民事司法实践探索总结出了系统协调法律适用衔接问题的宝贵经验。2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉诉讼时效制度若干问题的解释》在诉讼时效期间、溯及力、中止等问题上有效协调了《民法总则》与其他法律中的诉讼时效制度。2019年《九民纪要》第一部分专门解决“关于民法总则适用的法律衔接”，旨在处理《民法总则》与《民法通则》《合同法》《公司法》的关系，择要简述评析如下：

第一，《民法总则》施行后暂不废止《民法通则》，但《民法总则》基本吸收了《民法通则》规定，二者是新旧规定之关系。如前所述，《九民纪要》删除了征求意见稿中的相关表述，《民法典》颁行后有关司法解释是否以及如何调整，悬而未决。

第二，《合同法》分则与《民法总则》不一致的，根据特别规定优于一般规定的法律适用规则解决。《民法总则》与《合同法》总则是新旧规定之关系，如《民法总则》新规定了第三人实施的欺诈、胁迫行为可撤销，将显失公平与乘人之危两类可撤销事由合并等。《九民纪要》第2条指出：“合同法视欺诈、胁迫行为所损害利益的不同，对合同效力作出了不同规定：损害合同当事人利益的，属于可撤销或者可变更合同；损害国家利益的，则属于无效合同。民法总则则未加区别，规定一律按可撤销合同对待。”笔者对此并不完全赞同。合同或者其他民事法律行为损害国家利益或者社会公共利益的，一律无效，不因损害手段是欺诈、胁迫或其他而有别。合同或者其他民事法律行为中存在欺诈、胁迫损害民事主体私人利益情形的，方属可撤销。

第三，《民法总则》与《公司法》的关系及其适用也是理论上的难点。<sup>〔1〕</sup>《九民纪要》第3条认为，《民法总则》与《公司法》是一般法与商事特别法的关系。《民法总则》第三章第一节和第二节与《公司法》规定不一致的，原则上应当适用《公司法》的规定。但是，如果就同一事项，

〔1〕 参见钱玉林：“民法总则与公司法的适用关系论”，《法学研究》2018年第3期，第51—65页。

《民法总则》制定时有意修正《公司法》有关条款的,应当适用《民法总则》的规定。《民法总则》在《公司法》规定基础上增加了新内容的,也应当适用《民法总则》的规定。

第四,《民法总则》原则上没有溯及力。作为例外,某一法律事实发生在《民法总则》施行前,其行为延续至《民法总则》施行后的,适用《民法总则》的规定。虽然法律事实发生在《民法总则》施行前,但当时的法律对此没有规定而《民法总则》有规定的,可以将《民法总则》的相关规定作为裁判依据。《民法总则》施行前成立的合同,根据当时的法律应当认定为无效,而根据《民法总则》应当认定为有效或者可撤销的,应当适用《民法总则》的规定。此外,如果法律事实发生时的法律虽有规定,但内容不具体、不明确的,而《民法总则》对此有明确且详细的规定,人民法院在审理案件时,可以在裁判文书的说理部分予以参考。

在《九民纪要》“征求意见稿”之前,有学者也对《民法总则》适用的法律衔接问题做过详细研究,并取得了有益成果。<sup>〔2〕</sup>综合以上既有中外理论和实践经验,可以看到我国《民法总则》乃至《民法典》的适用衔接格外复杂。《民法总则》适用衔接方案提供了处理类似问题的方法,但中外并无现成的经验可被简单照搬。造成这种复杂局面的根本原因是我们在既有民商事立法、司法解释、指导案例基础上进行法典“编纂”,而非完全从无到有地“制定”,我们的《民法典》是“摸着石头过河”循序渐进的实用主义思维和日积月累的经验演进的产物,<sup>〔3〕</sup>这就势必涉及新的形式意义上民法与旧的大量实质意义上民法的适用衔接。“制定”民法典实施时涉及的适用难题主要是法典的时间效力和溯及力,“编纂”民法典实施时涉及的适用难题则更加广泛。

## 二、民法典与民事基本法、民商事特别法的适用衔接

### (一) 民法典与九部民事基本法之间的适用衔接

民法典编纂是一个对现行民事单行法进行同步“立改废”的过程,通过法典编纂实现高于单行法汇编的体系效益。编纂民法典实际上也是民事部门法的“统一再法典化、现代化”。<sup>〔4〕</sup>“编纂”二字意味着编订纂修,包含了对民事基本法的立改废,而非原封不动地汇编收纳。《民法总则》施行之后“暂不废止民法通则”,而《民法典》通过后,《民法总则》等九部民事基本法同时废止,其被《民法典》全覆盖,实现“九法合一”。

例如,《担保法》第二章至第六章依次规定保证、抵押、质押、留置、定金。其中,保证规则为《民法典》合同编保证合同章所取代,抵押、质押、留置为《民法典》物权编相关章节所取代,《担保法》第六章定金规则被《民法典》合同编“违约责任”章所收纳。值得注意的是,《担保法》未进入《民法典》的条文,其效力如何?学界缺乏系统关注。

一方面,如果是立法者有意识地不保留,或者无法查清立法者是否有意识不保留但原条文

〔2〕 参见李宇:“《民法总则》与其他民事法的适用关系”,《法学》2017年第10期,第18—33页;王文胜:“《民法总则》与原有法律司法解释之间的规范竞合及其处理”,《学术月刊》2017年第12期,第13—24页。

〔3〕 参见江平先生2019年11月16日在北京航空航天大学法学院与台湾政治大学法学院联合举办的第九届两岸民商法前沿论坛上的基调报告,载北京航空航天大学法学院官网, <http://fxy.buaa.edu.cn/info/1003/5819.htm?from=timeline>,最后访问日期:2020年12月24日。

〔4〕 参见朱广新:“民法典编纂:民事部门法典的统一再法典化”,《比较法研究》2018年第6期,第178页。

的确不合理,则该条文应一并被废止。如《担保法》第58条和第73条关于抵押物、质物灭失时抵押权、质权消灭的规定。

另一方面,若立法者无意识地未处理,则另当别论。如《担保法》第56条规定:“拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款,在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人有优先受偿权。”鉴于《民法典》未禁止划拨的建设用地使用权抵押,《担保法》该规定具有合理性,应该予以保留。1995年《城市房地产管理法》第50条(对应于现行《城市房地产管理法》第51条)对此有所规定:“设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的,依法拍卖该房地产后,应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人方可优先受偿。”《担保法》第56条随着该法一并被废止不会构成法律漏洞,只是使得该规则从民事基本法回到民事特别法,解释论上不存在太大难题,但立法论上这种从特别规定到一般规定再回到特别规定的立法变迁,值得玩味。2020年11月9日公开征求意见的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释(征求意见稿)》第49条只是反复强调划拨建设用地使用权抵押不影响抵押合同的效力,在抵押权人优先受偿权实现顺序上反倒不如《城市房地产管理法》第51条明确具体。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第50条则一改征求意见稿第49条之不足,更具有可操作性。

此外,关于姓名权的立法解释《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》已经被吸纳到《民法典》人格权编第1015条,该立法解释无继续保留的必要。《物业管理条例》第三章“前期物业管理”和第四章“物业管理服务”中包含了物业服务合同的有关规定,《民法典》合同编第二分编又将物业服务合同上升为民事基本法中的典型合同,二者不一致时应该以《民法典》规定为准,这是协调下位法与上位法关系的应有之义。

## (二) 民法典各编之间的适用衔接

《民法典》各分编之间也存在一般规定和特别规定的法律适用衔接问题。在没有特别规定时,是简单补充适用一般规定,还是参照适用一般规定?这是《民法典》内部的适用衔接问题。根据《民法典》合同编通则第一章,在没有特别规定时,身份关系协议对《民法典》合同编是“参照适用”,〔5〕非典型合同对《民法典》合同编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定也是“参照适用”,非因合同产生的债权债务关系对《民法典》合同编通则有关规定实际上仍是参照适用。

《民法典》总则编与各分编之间同样存在一般规定和特别规定的法律适用关系。“一般法与特别法的区别是相对的,民法典内部的总则与分则的关系,也可以说具有与此相同的关系(特别规定优先于一般规定)。”〔6〕但《民法典》总则编主要以双方民事法律行为特别是合同行为为典型提炼一般规定,且主要以财产法律行为为典型提炼一般规定,这就导致《民法典》总则编对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为的法律适用存在一定的“非总则性”。在没有特别规定时,对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为适用《民法典》总则编时,要充分

〔5〕 参见王雷:“论身份关系协议对民法典合同编的参照适用”,《法学家》2020年第1期,第32—46页。

〔6〕 (日)河上正二:《民法学入门:民法总则讲义·序论》(第2版增订本), (日)王冷然、郭延辉译,北京大学出版社2019年版,第173页。

注意这些民事法律行为性质的特殊性,不要被合同中心主义或者财产法中心主义所蒙蔽。在婚姻家庭编和继承编规定阙如时,《民法典》第464条第2款要求根据身份关系协议的性质参照适用合同编,而非简单补充适用总则编,正源于此。《民法典》第153条民事法律行为无效制度在适用于公司决议无效纠纷时,也应该充分顾及决议行为的团体性、程序性和内外部法律关系区分性等特点,避免用合同无效思维框定公司决议无效事由。

还要注意《民法典》法源制度存在因事而定适当“收”或者“放”的情形。如《民法典》物权法中的“法”限于狭义的法律。要求合同办理批准、登记手续方生效的“法”限于法律、行政法规。包含可致合同无效的效力性强制性规定的“法”限于法律、行政法规。国家机关、国家举办的事业单位对国有资产享有“依照法律和国务院的有关规定”处分的权利,宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理的法律和国家有关规定,这都是更广义的“法”。在对《民法典》各编有关法源表述中的“法律”进行解释时,不宜简单作同类解释,而要具体问题具体分析。

### (三) 民法典与民事特别法之间的适用衔接

《民法典》并非民法法源的终结者,只是私法的基本法。其难以一统天下、统揽全部民事法律规范。“民法典当前面临的最大挑战来自特别民法的兴盛。”〔7〕“对于涉及特定群体、领域的内容,原则上由民事特别法规定。”〔8〕特别民法主要包括商事特别法、知识产权特别法以及涉及特定群体或者特定领域的特别民法。有学者根据特别民法的功能不同,将特别民法划分为补充型特别民法、政策型特别民法和行政型特别民法。〔9〕我国《民法典》主要吸纳覆盖了九部民事基本法,其他的一些民事单行法依然在法典外部同步存在。《民法典》第11条也规定:“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”当然,鉴于民事特别法与《民法典》之间还存在旧法与新法的关系,只有在《民法典》“没有否定或修改原有法律条文时,才能适用特别法优先于一般法的规则”。〔10〕认为民事单行法优先于《民法典》适用的下述观点过于简单、存在类型化不足:“民法典出台后,将作为一般法,各民事单行法作为特别法,根据立法法的规定,特别法的规定将优先适用。”〔11〕

例如,就《民法典》与《土地管理法》《农村土地承包法》《城市房地产管理法》之间的关系,一方面要将这些特别法中的物权基本制度上升到《民法典》中,另一方面也要防止特别法对《民法典》物权制度的“解法典化”。在《民法典》编纂过程中,《土地管理法》已经修改,修改后的《土地管理法》对土地征收程序等做了细化完善,《民法典》颁行后,《民法典》中土地征收制度与《土地管理法》中土地征收制度构成一般规定和特别规定的关系。

《消费者权益保护法》《食品安全法》等民事特别法,优先于《民法典》适用。例如,《消费者权益保护法》第55条、《食品安全法》第148条规定的惩罚性赔偿制度,均属于《民法总则》及《民法典》第179条第2款所规定的应当予以优先适用的民事特别法:“法律规定惩罚性赔偿

〔7〕 谢鸿飞:“民法典与特别民法关系的建构”,《中国社会科学》2013年第2期,第98页。

〔8〕 “《民法典各分编(草案)》送全国人大常委会审议”,载央广网,[http://china.cnr.cn/gdgg/20180827/t20180827\\_524343405.shtml?\\_t=1535580715](http://china.cnr.cn/gdgg/20180827/t20180827_524343405.shtml?_t=1535580715),最后访问日期:2020年12月31日。

〔9〕 参见谢鸿飞,见前注〔7〕,第105—108页。

〔10〕 王文胜,见前注〔2〕,第16页。

〔11〕 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第31页。

的,依照其规定。”类似地,《民法典》与《涉外民事关系法律适用法》性质不同,相关问题原则上应适用后者。<sup>[12]</sup>

#### (四) 民法典与知识产权特别法之间的适用衔接

《专利法》《商标法》《著作权法》《反不正当竞争法》等法律和《集成电路布图设计保护条例》《植物新品种保护条例》等行政法规,共同构成了我国知识产权特别法,这些特别法既规定作为民事权利的知识产权制度,也规定行政管理等内容。立法机关决定《民法典》暂不设立知识产权编。我国知识产权立法仍采用民事特别法的方式,针对不同需求,实行单项立法。<sup>[13]</sup> 知识产权没有在《民法典》中独立成编,错过了《民法典》这班车,但《民法典》开启了法典编纂的先河,知识产权法可以效仿民事立法先“单行法”后“法典法/法典化”的历程,在知识产权单行法充分发展的基础上,适时编纂知识产权法典。《民法典》颁行后,作为民事特别法的知识产权法律法规仍将作为特别规定优先适用。当然,如果《民法典》有意识修改、补充或者否定了原单行特别法中的规定,则适用《民法典》中的新规定,此时不是特别法优先于一般法,而是《民法典》的新法优先于特别法的旧法。如《民法典》侵权责任编第1185条增加规定故意侵害他人知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿,这是《民法典》中知识产权规定的最大亮点。《民法典》将惩罚性赔偿不限于侵犯商标专用权、著作权、专利权案件,而扩及于各类知识产权保护案件。在廓清知识产权惩罚性赔偿适用范围的问题上,《民法典》新的一般规定优先于知识产权单行法旧的特别规定。

值得注意的是,《商标法》第63条第1款对“恶意”侵犯商标专用权,情节严重的,规定惩罚性赔偿,这显然有别于《民法典》第1185条中的“故意”要件,旧的特别法和新的一般法产生不一致。侵害商标专用权的惩罚性赔偿责任究竟以恶意为主观要件,还是以故意为主观要件?鉴于《民法典》第1185条有意识改变了原单行特别法对知识产权侵权惩罚性赔偿的狭窄适用范围,以加强知识产权保护、提高违法成本,侵害知识产权惩罚性赔偿责任的构成要件应该以《民法典》第1185条为准,“侵权人故意就符合惩罚性赔偿的主观要件要求”。<sup>[14]</sup>

#### (五) 民法典与商事特别法之间的适用衔接

民商关系若即若离。《民法典》之外还存在大量商事特别法。“在界分民法典和特别民法的调整内容时,最疑难的领域是同时涉及民商的领域。”<sup>[15]</sup>《民法典》编纂过程中,通过混合性规范等立法技术妥当协调民商关系、落实民商合一的立法体例是立法论上的创举。<sup>[16]</sup>

如果就同一事项,《民法典》编纂时有意修正完善、补充发展商事特别法有关条款的,应当适用《民法典》的新规定。如《民法典》合同编第二分编增加规定合伙合同为典型合同之一,合伙合同一章以《合伙企业法》第二章规定的合伙协议为典型,进行规则提炼。《民法典》颁行后,《合伙企业法》中合伙协议的规定并不废止,但如与《民法典》合伙合同章存在不一致,则适用

[12] 参见央广网,见前注[8]。

[13] 参见央广网,见前注[8]。

[14] 参见张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第81页。

[15] 谢鸿飞:“民法典的外部体系效益及其扩张”,《环球法律评论》2018年第2期,第44—45页。

[16] 参见王轶、关淑芳:“民法商法关系论——以民法典编纂为背景”,《社会科学战线》2016年第4期,第188—193页。

《民法典》合伙合同的规定,此时是新的一般规定优于旧的特别规定,而非特别规定优先于一般规定。例如,与《合伙企业法》第41条不同,《民法典》第975条增加但书规定,允许合伙人的债权人代位行使合伙人享有的利益分配请求权。

商法主要调整平等主体之间营利性的营业关系,主要包括商事组织法和商事行为法。国务院新闻办公室2011年《中国特色社会主义法律体系》白皮书对商法和民法的关系做了权威界定:“商法调整商事主体之间的商事关系,遵循民法的基本原则,同时秉承保障商事交易自由、等价有偿、便捷安全等原则。”商法思维强调商事主体营业自由、鼓励和便捷商事交易、外观主义、企业维持、商事主体严格责任等。我国采取民商合一的立法体例,通常说的民法包括商法在内。我国《民法典》典型合同制度总体是民商合一的立法体例,既包括融资租赁合同、保理合同、技术合同、仓储合同、行纪合同、中介合同等典型的商事合同;也包括赠与合同、客运合同、保管合同、委托合同等典型的民事合同;还包括一些既可以作为民事合同又可以作为商事合同的合同类型,如买卖合同、保证合同等。我国《民法典》一体调整民事关系和商事关系。商法适用民法的一般规定,但民法之外又存在针对商事法律关系的商事特别法。《民法典》颁行后,《民法典》与商事特别法的规定不一致的,根据特别规定优于一般规定的规则,原则上应当适用商事特别法的规定,比如《公司法》《证券法》《票据法》中有关民法债权转让制度的特别规定。<sup>〔17〕</sup>

在商事法律纠纷中,要优先适用商事特别法,商事特别法没有规定的,则补充适用民法的一般规定。例如,公司担任保证人,认定保证合同效力时,要优先适用《公司法》第16条、《民法典》合同编无权代表合同等规定,补充适用《民法典》合同编保证一章的规定。学理上,有学者反对民事一般法对调整商事关系的漏洞补充功能,认为应该优先“通过遵循和阐释商法通则所确定的基本原则填补商法漏洞”,<sup>〔18〕</sup>“在确立商法优先适用地位的基础上,商事习惯法优先于民法适用,只有当没有商事习惯法时,才补充适用民法的一般规定。”<sup>〔19〕</sup>

笔者认为不能简单重复特别法优于一般法的所谓共识。<sup>〔20〕</sup>当没有商事特别法或者商事习惯法,而简单补充适用民法的一般规定又有悖于商事交易的本质时,宜结合商事交易的特殊性对民法的一般规定做参照适用而非补充适用,如此,民事一般法既能兜住商事关系法律适用的“底”,有效填补商法漏洞,又能具体问题具体分析,顾及商事关系的特色。例如,隐名投资中名义股东行使股权,夫妻共有股权登记在一方名下,该名义股东行使股权,此时应该遵循商事外观主义原则,而不能简单补充适用民法善意取得或者夫妻共同财产制的一般规定。《民法典》第65条也规定:“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人。”又如,指导案例67号认为,有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人延迟或者拒付等违约情形,股权转让人要求解除双方签订的股权转让合同的,不适用《合同法》关于分期付款买卖中出卖人合同解除权的规定。

〔17〕 参见虞政平、陈辛迪:“商事债权融资对债权让与通知制度的冲击”,《政法论丛》2019年第3期,第84—95页。

〔18〕 于莹:“民法基本原则与商法漏洞填补”,《中国法学》2019年第4期,第285—302页。

〔19〕 钱玉林:“商法漏洞的特别法属性及其填补规则”,《中国社会科学》2018年第12期,第106页。

〔20〕 一般反思,参见(奥)恩斯特·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第78—79页。

### 三、民法典与民商事司法解释的适用衔接

本次《民法典》编纂针对现有民事基本法律，<sup>〔21〕</sup>并未正面回应民商事司法解释的梳理、筛选、收纳、存废问题，民商事司法解释“入典”工作并未获得立法机关的应有重视。<sup>〔22〕</sup>如前所述，民事基本法之外，还存在大量民商事司法解释，包括综合普遍性和专题专项性民商事司法解释，包括对民事基本法作出的司法解释和对民商事特别法作出的司法解释。

《民法典》颁行后，现行有效的民商事司法解释是否一概废止？抑或逐一修订调整？在部分场合，司法解释已经“入典”，<sup>〔23〕</sup>但针对更大量未被“入典”的司法解释条文，仍需类型化分析其与《民法典》的适用衔接关系。

#### （一）民法典与民商事司法解释的适用衔接实体建议

《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定：“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。”有学者认为：“《民法典》生效后，《婚姻法》即失效，关于《婚姻法》的司法解释也将随之失效，自然也包括司法解释中的相关程序规定。”<sup>〔24〕</sup>笔者认为，《民法典》出，并不意味着过往民商事司法解释亡。《民法典》仍存在广泛解释空间，《民法典》出，也不意味着未来民商事司法解释不再生。原有司法解释与《民法典》不相冲突的，当然继续有效。“对于现有司法解释仅需调整个别条文的，拟通过一揽子修改决定的方式，及时为各级法院提供裁判指引，维护法律适用的统一。”<sup>〔25〕</sup>《民法典》颁行后，原有民商事司法解释不宜一概废止，也不必逐一修订，就如何开展关于《民法典》相关司法解释清理工作，如何对《民法典》与相关民商事司法解释进行适用衔接，类型化分析指引如下：

第一，依据《民法典》之前的九部民事基本法制定的相关司法解释，即便《民法典》颁行后这些民事基本法已经被废止，鉴于这些民事基本法中的大部分规定都涅槃重生被保留吸纳到《民法典》之中，只要原司法解释与《民法典》不冲突，或者实质上构成对《民法典》内容细化的，仍可适用，不存在所谓“皮之不存，毛将焉附”的问题。“由于《民法典》的编纂仅仅是对上述九部法律进行了适当修改，因此最高人民法院原来根据上述九部法律制定的司法解释在《民法典》施行后并非当然失效，只要是不与《民法典》相冲突的规定，就仍然可以继续适用。”<sup>〔26〕</sup>“司法解释条文与《民法典》内容不冲突或者属于明确细化法律适用规则的，可以继续适用。”<sup>〔27〕</sup>《民法典》合同编第九章“买卖合同”、第十四章“租赁合同”、第十五章“融资租赁合同”的多数新增条

〔21〕 参见央广网，见前注〔8〕。

〔22〕 参见薛军：“民法典编纂如何对待司法解释”，《中国法律评论》2015年第4期，第48页。

〔23〕 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”，《法治研究》2020年第5期，第122页。

〔24〕 张卫平：“民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接”，《中外法学》2020年第4期，第939页。

〔25〕 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”，《中国审判》2020年第17期，第6—11页。

〔26〕 刘贵祥：“《民法典》实施的若干理论与实践问题”，《法律适用》2020年第15期，第15页。

〔27〕 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侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第746页。



文就是对相关司法解释条文的吸纳。但从立法技术角度分析,现行民商事司法解释无法一并被吸纳到《民法典》之中。有学者就曾分析,司法解释条文类型多样,“最迫切需要纳入民法典的是漏洞填补型条文和具体细化型条文”。〔28〕

第二,原司法解释中与《民法典》冲突的条文应予废止,不再适用。〔29〕举例说明如下:

①修改前的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)第17条将被扶养人生活费与残疾赔偿金、死亡补偿费并列。《民法典》侵权责任编第1179条规定了残疾赔偿金和死亡赔偿金,没有规定被扶养人生活费,《侵权责任法》第16条也是如此。被扶养人生活费无论是在“名”还是在“实”上都应当从人身损害赔偿中排除出去,被扶养人生活费已完全被死亡赔偿金和残疾赔偿金吸收。〔30〕

②修改前的《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条对被侵权人网络侵权通知要求较高,而《民法典》侵权责任编第1195条对此要求较低(通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息),应当以后者为准。

③《人身损害赔偿司法解释》第9条和第13条规定了有故意和重大过失致人损害的雇员/帮工人与雇主/被帮工人承担连带赔偿责任,《侵权责任法》第34条和第35条未回应用人单位的工作人员/提供劳务一方有故意或者重大过失时的责任承担规则,《民法典》第1191条和第1192条仅规定用人单位/接受劳务一方对有故意或者重大过失的工作人员/提供劳务一方可以进行追偿,而未使其对外承担连带责任。《民法典》侵权责任编修改了过往司法解释的规则,新规定对劳动者更优待,应该适用《民法典》的新规定。进一步,如果劳动合同约定或者用人单位劳动纪律规定用人单位承担替代责任后有权向有过错的工作人员追偿,就违反了《民法典》第1191条第1款第2句的规定,不当扩大了被追偿的工作人员范围,使得有一般过错的工作人员可被追偿,工作人员动辄得咎,不符合第1191条第1款第2句能够被追偿者限于有故意或者重大过失的工作人员的立法本意,不利于对工作人员的倾斜保护,相关劳动合同约定或者用人单位劳动纪律追偿条款无效。

④《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)》(已废止)第22条规定,监护委托中,因被监护人侵权行为需要承担民事责任,被委托人确有过错的,与监护人承担连带责任。该规则对被委托人过苛,与《民法典》第929条区分有偿委托和无偿委托中受托人归责原则的做法冲突。监护委托中,被委托人确有过错的,参照适用委托合同中受托人的归责原则为宜。〔31〕《民法典》第1189条后段(“受托人有过错的,承担相应的责任”)在解释适用上宜与第929条保持一致。

第三,原司法解释中相关规定与《民法典》规定不一致,或者存在抽象、不周延等不完善情

〔28〕 王文胜:“论《物权法》司法解释的整理与民法典物权编的完善”,《河南社会科学》2018年第9期,第45页。

〔29〕 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”,《财经法学》2020年第5期,第77页。

〔30〕 参见张新宝:“侵权责任编:在承继中完善和创新”,《中国法学》2020年第4期,第126页。

〔31〕 参见王雷,见前注〔5〕,第45页。

形,《民法典》已经予以调整完善的,均适用《民法典》的规定。例如,修改前的《最高人民法院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》(以下简称《物业服务纠纷司法解释》)第10条第1款对物业服务合同的权利义务终止后物业服务企业退出、移交义务规定为以业主委员会请求为前提,《民法典》合同编物业服务合同章则不以此为前提,应该以《民法典》规定为准。《物业服务纠纷司法解释》第10条第1款没有规定新旧物业服务企业之间的交接,第2款没有规定违反退出、移交、交接义务的物业服务企业的赔偿责任,《民法典》合同编均予以完善,皆应以《民法典》规定为准。类似地,《民法典》合同编也对《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(二)》(已废止)所规定的情事变更规则加以完善,也应以《民法典》合同编规定为准。

第四,司法解释中已经修改限缩了过往民事基本法规定中的缺漏,虽然《民法典》沿用民事基本法规定中的缺漏、未作有意识改善,但相关司法解释仍然应当优先适用。例如,《民法典》侵权责任编延续了《侵权责任法》的规定,将环境污染侵权责任因果关系要件倒置给污染者承担举证责任。但《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》第6条规定,原告主张被告承担生态环境损害赔偿责任的,应当就“被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性”承担举证责任。<sup>[32]</sup> 相关司法解释不再坚持“全有全无”式的因果关系举证责任倒置方案,而是妥当平衡污染者和被侵权人之间的利益,将污染行为与损害事实之间具有关联性的举证责任分配给被侵权人/原告承担,以避免滥诉。司法解释的方案更为合理,《民法典》颁行后,相关司法解释所做的推进完善规则应当优先适用。

总之,《民法典》施行前,如对原有民商事司法解释逐一修订,工程过于浩大,必要性和可行性也都不高,毕竟绝大多数司法解释条文均与《民法典》不冲突,甚至有些司法解释条文还被《民法典》吸纳。整体废止哪部司法解释虽不具备可行性,但废止某些与《民法典》相冲突的司法解释条文则是必要且可行的。有学者将司法解释条文类型化为程序性规定、解释性规定和创设性规定,<sup>[33]</sup> 通过上文分析例证,笔者认为在处理各类司法解释条文与《民法典》的适用衔接问题时,须遵循的共同规则就是不矛盾、不冲突。无论何种司法解释条文,均须逐一判断、具体问题具体分析,一旦与《民法典》矛盾冲突,则不能继续适用,以维护《民法典》的权威。

## (二)后民法典时代民商事司法解释的生成机制

为对标《民法典》,最高人民法院已经完成对司法解释及相关规范性文件全面清理工作,修改制定了第一批与民法典配套的司法解释和规范性文件。之后,民商事司法解释和规范性文件全面大规模清理或者修改制定将成为例外。未来的民商事司法解释将更加注重以法律适用为导向,对司法裁判中重大疑难问题进行解释。还要完善司法解释的生成机制,建立相应的科学、专门工作机制。由法官在审理案件过程中,汇总法律适用难题,将相关情况层报最高人民法院,由最高人民法院相关部门汇总,充分讨论、时机合适时再有针对性地制定相关司法解释。

可以充分有效运用最高人民法院与全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会之间的备案审查工作联系机制、备案审查衔接联动机制,通过座谈会、共同调研、会议纪要等方式推动

[32] 类似规定,参见《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条、《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第8条。

[33] 参见黄忠:“论民法典后司法解释之命运”,《中国法学》2020年第6期,第49—52页。

纠正存在问题的民商事司法解释。最高人民法院可以常态化地开展司法解释、规范性文件、指导案例的清理和自查工作,然后申请全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会开展专项审查工作。

建议每年全国法院民商事审判工作会议常态化讨论《民法典》适用难题,通过会议纪要等形式集中解决《民法典》与民商事司法解释之外其他民法法源的适用衔接问题,最终总结上升为司法解释。《九民纪要》在纠正《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》中有关公司股东、董事清算责任规定时做了成功又和缓的尝试,《全国人大常委会法工委关于2019年备案审查工作情况的报告》认可最高人民法院民商事审判工作会议纪要作为对不适当司法解释条文进行修改完善的“适当方式”。根据《九民纪要》第二部分第(五)项“关于有限责任公司清算义务人的责任”的新裁判思路,指导案例9号实质上已经不再具有指导作用。最高人民法院决定指导案例9号、20号不再参照适用,但未提及其他指导性案例,似乎意味着其他指导性案例不受影响,对此,笔者接下来展开分析。

#### 四、民法典颁行后既有民商事指导案例的调适

我国指导案例是类案指导的释法机制,不是造法机制,不同于英美法系的判例制度。我国指导案例具有应当参照适用和作为类似案件裁判理由的效力,可以在静止法律和进步社会之间发挥调适作用。最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条规定:“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”《民法典》颁行后仍需与时俱进、不断发展,民商事指导案例的作用空间会越来越大,甚至有学者主张司法解释的主要价值和功能要让渡给指导性案例。<sup>[34]</sup> 指导案例具有个案性、类案性和往后看的特点,指导案例无法完全替代系统性、前瞻性的司法解释。

根据指导案例中法律适用的类型特点,可以将指导案例划分为直接适用型指导案例、解释型指导案例和漏洞填补型指导案例,80%的指导案例都是解释型指导案例,所有的漏洞填补型指导案例都是民商事案件。

第一,有些漏洞填补型指导案例所总结的裁判经验已经上升为立法,正所谓:“司法过程的最高境界并不是发现法律,而是创造法律。”<sup>[35]</sup> 法律的生长机制往往会经历从司法实践到立法条文,从漏洞补充方法的共识应用到法律条文的日臻完备。“法律训练(教导)执法者根据法意解释并应用一切条例,对于法律所没有周详的地方,让他们遵从法律的原来精神,公正地加以处理和裁决。法律也允许人们根据积累的经验,修订或补充现行各种规章,以求日臻美备。”<sup>[36]</sup>

以指导案例1号为例,该案例裁判要点之一,即禁止跳单约定合法有效,已经被《民法典》第965条吸纳;该案例裁判要点之二,即何时不构成“跳单”违约,也成为第965条反面解释的结论。因此,《民法典》颁行后,法律适用过程中再面对“跳单”违约案件时,就不能只参照指导

[34] 参见赵万一、石娟:“后民法典时代司法解释对立法的因应及其制度完善”,《现代法学》2018年第4期,第38页。

[35] (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。

[36] (古希腊)亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第171—172页。

案例1号,还首先应援引《民法典》合同编的新规定。此外,指导案例29号的裁判要点对企业简称的保护规则也被《民法典》第1017条吸纳,该条文进一步扩大此种裁判经验的适用范围,《民法典》颁行后,人格权编的此项新规定应该作为裁判规范,指导案例29号则可以作为释法案例,在裁判说理中发挥加强论证的作用。

第二,有些漏洞填补型指导案例所总结的裁判经验未上升为立法,而是仍作为法律的例外情形存在。在《民法典》施行后,仍可参照该类指导案例弥补法律漏洞。

以指导案例53号为例,该案例裁判要点指出,特许经营权的收益权可以作为应收账款质押,但特许经营权的收益权依其性质不宜折价、拍卖或变卖,出质债权的债务人将收益权的应收账款优先支付质权人,以实现质权的优先受偿权。这就变通了《物权法》和《民法典》物权编有关质权的实现方式,构成例外情形,《民法典》施行后,该指导案例仍可被参照。

此外,指导案例65号指出,业主缴纳专项维修资金的义务是一种旨在维护共同或公共利益的法定义务,其只存在补缴问题,不存在因时间经过而可以不缴的问题,业主不能援引诉讼时效制度进行抗辩。这就构成《民法总则》及《民法典》第196条第4项依法不适用诉讼时效的其他请求权。业主大会或者业主委员会请求业主补缴专项维修资金的权利不适用诉讼时效。《民法典》施行后,指导案例65号在类似案件中仍能发挥补充法律漏洞的作用。

指导案例108号细化了托运人行使运输合同变更权时,承运人相应的抗辩权:承运人将货物交付收货人之前,托运人享有要求变更运输合同的权利,托运人行使此项权利时,承运人也可相应行使一定的抗辩权。如果变更海上货物运输合同难以实现或者将严重影响承运人正常营运,承运人可以拒绝托运人改港或者退运的请求,但应当及时通知托运人不能变更的原因。这构成了《合同法》第308条/《民法典》第829条的例外,《民法典》施行后,指导案例108号与《民法典》货运合同的相应规定并行不悖。

第三,在现行法存在一定原则性、模糊性和疏漏性的前提下,指导案例实质上起到弥补作用和准法源功能。在《民法典》颁行后,过往发布的弥补法律漏洞式指导案例若与《民法典》存在矛盾冲突,则有调适乃至清理必要。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第12条对此已有规定。以指导案例57号为例,其裁判要点之一为“民事权利的放弃必须采取明示的意思表示才能发生法律效力,默示的意思表示只有在法律有明确规定及当事人有特别约定的情况下才能发生法律效力”,此种裁判态度与《民法总则》及《民法典》第140条不完全契合,因为其更严格认定放弃民事权利的默示方式。此项裁判要点与《民法典》意思表示作出方式规则相悖,不能绕开《民法典》规定直接参照适用指导案例57号。

## 五、民法典的时间效力与溯及力

拉德布鲁赫指出:“法的安定性不是法律必须实现的惟一的、决定性的价值。与法的安定性同时存在的还有另外两个价值:合目的性和正义。”<sup>[37]</sup>解答《民法典》的时间效力和溯及力问题时,也须充分兼顾法的安定性、合目的性和正义三重价值。《民法典》以无溯及力为原则,

[37] (德)G·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第128页。

以有溯及力为例外。对于《民法典》施行前已经终审的案件,再审时也不宜适用《民法典》,这就是既判力优于溯及力规则。类似地,《最高人民法院关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》施行前,当事人根据原司法解释利率上限已经履行完毕的民间借贷合同,要保持安定性。“民法典在2020年5月通过后,预留约7个月的时间,自2021年1月1日起施行,对此前的民事关系,民法典没有溯及力。”〔38〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉时间效力的若干规定》于2021年1月1日起施行,该规定重点解决《民法典》在司法适用中的时间效力、溯及力等问题,担当《民法典》的“施行法”。

基于法安定性价值,《民法典》原则上不溯及既往,只能适用于施行后发生的民事法律事实;《民法典》施行前发生的民事法律事实,适用当时的法律。例如,《民法典》第686条第2款对保证方式的新规定对《民法典》施行前发生的保证合同不能溯及既往。《民法典》适用于施行后发生的民事法律事实,法院应当依据法律事实发生时的法律进行裁判,如果法律事实发生时的法律有规定,但内容不具体、不明确的,而《民法典》对此有明确且详细的规定,人民法院在审理案件时,就可以在判决书的说理部分将《民法典》规定的内容作为解释当时法律规定的参考,并据此作出判决,这是法合目的性价值的体现。某一法律事实发生在《民法典》施行前,但当时的法律对此没有规定而《民法典》有规定的(如打印遗嘱、录像遗嘱),可以适用《民法典》的规定。〔39〕某一法律事实发生在《民法典》施行前,其行为或者后果延续至《民法典》施行后的,适用《民法典》的规定,这是针对继续性法律关系的特殊溯及力规则。

《立法法》第93条确立了有利溯及规则。据此,2015年6月24日《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》第13条曾就民法典的溯及效力拟定:“本法实施以后发生的民事活动,适用本法。”“本法实施以前发生的民事活动,适用当时的法律,但本法的规定更有利于保护民事主体合法权益的除外;当时的法律没有规定的,适用本法。”应该以此为讨论基础,类型化细分两种情形的识别标准。《民法典》中为了更好地保护民事主体的权利和利益而作的特别规定,有溯及力。其识别标准为,该规定能够更好地贯彻民法平等保护、私权保障、自由尊严之维护,能够更好地维护社会和经济秩序,能够更好地弘扬社会主义核心价值观,这也是使《民法典》产生溯及力的足够充分且正当的理由。

本着讨论民法价值判断问题的实体性论证规则之一:“在没有足够充分且正当理由的情况下,应当坚持强式意义上的平等对待。”〔40〕第一,在《民法典》施行前发生的公权力和民事权利冲突,如果《民法典》规定更有利于保护民事权利(保障私权)的,则适用《民法典》的规定。第二,在《民法典》施行前发生的平等民事主体之间的权利冲突,如果《民法典》规定更有利于平等保护民事主体权利的,则适用《民法典》的规定。《民法典》施行前当事人之间的居住权约定无物权效力,《民法典》施行后能否溯及既往以“更好地保护”居住权人的权利?针对平等民事主体之间的利益冲突,赋予居住权制度溯及力会出现厚此薄彼的效果,此时更好地保护一方意味着更多损害另一

〔38〕 黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第277页。

〔39〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释(征求意见稿)》第69条采取类似的态度。

〔40〕 王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,《中国社会科学》2004年第6期,第107页。

方,似乎也超出当事人作居住权约定时的合理期待。第三,在《民法典》施行前基于侵权行为引发的平等民事主体之间的权利冲突,鉴于侵权人的可责难性,如果《民法典》规定更有利于保护被侵权人民事权利的,则适用《民法典》的规定,这是法正义性价值的体现。例如,《民法典》施行前发生的故意侵害他人知识产权,情节严重的,根据当时的法律不能适用惩罚性赔偿,但根据施行后的《民法典》第1185条,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿,则《民法典》应该具有溯及力。类似地,《民法典》总则编所规定的虚伪表示、第三人欺诈、第三人胁迫、英烈保护条款等规则也应有溯及力。第四,在《民法典》施行前发生的侵害社会弱势群体权益事件,如果《民法典》规定更有利于保护社会弱势群体权益的,则适用《民法典》的规定。

本着讨论民法价值判断问题的实体性论证规则之二:“在没有足够充分且正当理由的情况下,不得主张限制民事主体的自由。”〔41〕第一,在《民法典》施行前成立的民事法律行为,如果《民法典》规定更有利于维持民事法律行为效力的,适用《民法典》的规定。例如,根据《继承法》,打印遗嘱或者录像遗嘱无效,鉴于《民法典》继承编增加规定打印遗嘱、录像遗嘱制度,《民法典》施行前作出的打印遗嘱或者录像遗嘱不能径行认定其无效而应该适用《民法典》继承编的规定。类似地,《民法典》第401条和第428条对流押、流质的新规定也具有溯及适用的效力。第二,在《民法典》施行前发生的民事活动,如果《民法典》规定更有利于尊重民事主体的意思自治,更有利于减少公权力介入民事关系的(减轻公权力对意思自治的干预),则适用《民法典》的规定。例如,有学者曾指出,国家赔偿是民事赔偿的特殊情形,在判断国家赔偿规则能否溯及既往时,只需要对赔偿相对人有利即可。〔42〕

为落实上述有利追溯的价值判断结论,从法律适用技术上,有法官建议:在新旧法律交替时期,法院可将《民法典》的规定用于填补旧法(九部民事基本法律)的漏洞,并据此作出判决。此时,法院适用的是旧法,《民法典》被作为填补旧法的漏洞而适用,实际上赋予了《民法典》一定的溯及力。《民法典》的一些规定对《民法典》施行前的民商事审判也具有重要的指导意义,对现行法律没有规定或者规定得不清楚之处,法院在裁判理由部分可援引《民法典》的规定作为说理的依据。〔43〕甚至在《民法典》施行前,现行法律、司法解释没有规定或者规定不明确不具体之处,如果《民法典》作了具体规定,法院在裁判文书说理部分可参照适用《民法典》的规定。〔44〕

〔41〕 同上注,第111页。

〔42〕 参见房绍坤、张洪波:“民事法律的正当溯及既往问题”,《中国社会科学》2015年第5期,第114—115页。

〔43〕 参见刘贵祥,见前注〔26〕,第16—17页。

〔44〕 例如,2020年7月30日,北京互联网法院对“凌某某诉北京微播视界科技有限公司侵权”一案进行一审宣判,原告凌某某在手机通讯录除本人外没有其他联系人的情况下,使用该手机号码注册登录抖音App后,被推荐大量“可能认识的人”。凌某某认为抖音App非法获取其个人信息及隐私构成侵权。法院认定北京微播视界科技有限公司在未征得原告同意的情况下处理其个人信息,构成对其个人信息权益的侵害。值得注意的是,在本案中,姓名、手机号码、社交关系、地理位置被认定属于个人信息,而抖音获取原告上述信息的行为被认定侵害了原告的个人信息权益,但不侵害其隐私权。法院在本案裁判说理过程中参照适用了《民法典》第1032条和第1034条第3款。

## 六、结 语

民法典适用衔接是民法法源理论的重要组成部分,是民法解释学发挥作用的前提。过往研究往往把法律渊源作为一种静态的知识,关注法律的表现形式和解决法律冲突的一般原则,忽略对法律冲突特别是法典编纂这种立法形态下不同法源的动态协调。民法法源论不限于考察静态的法源表现形式,还要及于动态的法源冲突协调,形成动态法源观。我们要“突破传统的以立法为维度的法源定位,转而从方法论或者说司法的维度对法源重新进行解读。”<sup>[45]</sup>

动态法源观是民法典“编纂”立法提出的新方法论命题。编纂不同于制定,法律制定带来的法源问题更多是新法的时间效力和溯及力,民法典编纂并未垄断民法法源,民法典实施过程中更多涉及法源动态寻找和适用衔接问题。

不能简单依赖特别规定优先于一般规定、先分则后总则、新的规定优先于旧的规定、有利追溯等法律适用方法,这些适用方法有可能发生交叉,适用、优先适用、补充适用、参照适用也各不相同,还要注意避免合同中心主义或者财产法中心主义的遮蔽。“法典出”不意味着司法解释亡、指导案例废,这些都需要结合民法典编纂过程,做具体分析、详细论证,以期重塑民法法源、发挥民法典的体系效益、实现民法典的再体系化。

---

**Abstract:** The connection of the application of Civil Code is the primary interpretative topic faced by the theory of sources of civil law. Civil Code is not the end of civil law systematization, but the starting point of re-systematization of civil law. The application of Civil Code is mainly focused on the relationship between Civil Code and the original civil basic law, between Civil Code and the special law of civil and commercial affairs, between the Civil Code and the judicial interpretation of civil and commercial affairs, the adjustment of the civil and commercial guidance cases after the promulgation of the Civil Code, and the time effect of the Civil Code, and so on. We should combine the specific provisions, legislative changes and the particularity of codification legislation to discuss the systematization between the Civil Code and other legislation in different types, in order to realize the re-systematization and re-scientization of the Civil Code, to develop the system benefit of civil code and to show the dynamic sources of law. The theory of the source of civil law is not limited to the static form of law. Rather, it shall be open to the dynamic conflict coordination of the source of law, forming dynamic sources of law. Dynamic sources of law are the new methodology put forward by the ‘codification’ legislation of Civil Code.

**Key Words:** Civil Code; Application Connection; Re-systematization; Retroactivity; Dynamic Sources of Law

---

(责任编辑:贺 剑)

---

[45] 姚辉:《民法学方法论研究》,中国人民大学出版社2020年版,第265—266页。