

《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

王文胜*

内容提要：《民法典》通过后对原有民事司法解释的清理，应区分司法解释的类型和司法解释条文类型。从司法解释的类型区分而言，若司法解释整体上以原有九部民事法律中的条文作为解释对象，原则上应将整部司法解释予以废止，再将其中仍有价值的条文纳入新的司法解释之中。从司法解释条文的类型区分而言：已被纳入《民法典》的司法解释条文应予整体废弃；未被纳入《民法典》的司法解释条文中，漏洞填补型条文原则上不应保留，具体细化型、多义取舍型、裁量方案型条文应考虑保留，澄清误解型条文及某些意思表示解释型条文的保留也具有意义。对于需要保留的司法解释条文，应逐一审查判断是予原文保留还是应予更新甚至修正。司法解释清理结束后，在新司法解释之中未予保留的原有条文，某些仍可对法官的民事裁判活动发挥遗留价值。

关键词：民法典 合同法 司法解释 法律解释方法 漏洞填补

《民法典》第1260条明文规定，在《民法典》于2021年1月1日起施行之时，《婚姻法》《继承法》《民法通则》《收养法》《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》同时废止。对于最高人民法院以这九部法律为依据制定的司法解释，最高人民法院已经明确，其将在2020年年底之前进行全面清理。^[1]由此，在短暂的几个月之内，最高人民法院如何才能高质量高效率地完成原有司法解释的清理工作，以确保《民法典》的顺利实施，就需要讨论。同时，在

* 王文胜，湖南大学法学院副教授。

本文为国家社科基金项目“基于我国司法经验的民法规则表达研究”（17CFX024）的阶段性成果。

本文的修改得益于湖南大学法学院黄怡婷同学和许楚涵同学的建议，在此谨表谢意。

[1] 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。

完成清理工作之后，未被明确纳入新的司法解释之中的原有司法解释条文，对于民事裁判活动是否仍有遗留价值，也存在疑问。本文以合同法相关的司法解释为主要分析范例，对此展开讨论。

一、应予清理的司法解释及其类型区分

与《民法典》开始施行时被废止的九部法律有关的司法解释，主要有三种类型。

第一种类型是，在司法解释的序言中明确规定该司法解释系以九部法律中的某部或某几部法律作为依据（以下简称“序言依据型司法解释”）。最典型的如，《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）》（法释〔1999〕19号）〔以下简称《合同法解释（一）》〕，其序言表述为：“为了正确审理合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》的规定，对人民法院适用合同法的有关问题作出如下解释。”

第二种类型是，司法解释的序言中未明确以其中某部法律作为依据，但司法解释的个别条文明确援用或指向某部法律中的条文（以下简称“条文指向型司法解释”）。例如，《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2001〕12号），其第6条第1款规定：“金融资产管理公司受让国有银行债权后，原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的，人民法院可以认定债权人履行了《中华人民共和国合同法》第八十条第一款规定的通知义务。”

第三种类型是，不属于前述两种类型，但司法解释的个别条文仍与其中某部法律中的制度存在间接关联（以下简称“间接关联型司法解释”）。例如，《最高人民法院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）〔以下简称《劳动争议解释（二）》〕的序言中仅明确其以《劳动法》《民事诉讼法》为依据，其第12条、第13条有关劳动仲裁的申请仲裁期间中止和中断的规定，也未明确援用或指向九部法律中的某个条文，但该两条显然是参照《民法通则》第139条、第140条制定的。

以上三种类型，都应被纳入此次的清理范围。不过，相较而言，最亟须进行系统清理的是第一种类型（序言依据型），其次为第二种类型（条文指向型）。因为，在九部法律被废止之后，这两种类型司法解释的存续将首先面临形式逻辑的问题，即所依据或指向的法律已被废止。

第三种类型（间接关联型）司法解释也应予以清理和检视。若《民法典》对相关法律制度的内容作了修改，则与之关联的司法解释条文的内容也应作相应调整。仍以《劳动争议解释（二）》第12条为例，从《民法通则》第139条第2句到《民法典》第194条第2款，诉讼时效中止的法律后果发生了重大变化：《民法通则》第139条第2句的规定是“从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算”，《民法总则》第194条第2款改为“自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满”，《民法典》第194条第2款亦同。在诉讼时效中止的法律后果发生上述变化后，《劳动争议解释（二）》第12条有关申请仲裁期间中止的法律后果的规则（“中止的原因消灭之次日起，申请仲裁期间连续计算”）是否也应作相应修改，就应予审视。

当然，相较于前两种类型而言，第三种类型（间接关联型）司法解释的清理没有那么迫切，

其不似前两种类型那样面临形式逻辑的问题，若未予清理调整，一般来说法官也可在个案裁判时运用体系解释方法得出正确的结论，不再生搬硬套原有条文。第二种类型（条文指向型）涉及的司法解释数量不多，且因明确援用或指向了具体的某个法律条文，故在清理时相对简单。涉及范围最广、最为复杂的是第一种类型（序言依据型）的司法解释。

第一种类型（序言依据型）的司法解释，又可作进一步的类型化。以合同法相关司法解释为例，在序言中明确以《合同法》为依据的司法解释，又可分为四种子类型。

第一种子类型是以整部《合同法》作为解释对象的司法解释。《合同法解释（一）》和《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）》（法释〔2009〕5号）〔以下简称《合同法解释（二）》〕属于这种子类型。

第二种子类型是针对某种典型合同且该种典型合同在《民法典》合同编中又有专章规定的司法解释。具体而言，这种司法解释所针对的可能是《合同法》分则或其他单行法中已有规定的某种典型合同，也可能是此前仅在司法解释中加以规定，《民法典》合同编继而予以单列的某种典型合同。前者主要有《最高人民法院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）（以下简称《买卖合同解释》）、《最高人民法院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）（以下简称《建工合同解释》）、《最高人民法院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）、《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2014〕3号）（以下简称《融资租赁合同纠纷解释》）、《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2004〕20号），以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号）中关于保证合同和定金合同的解释。后者主要有《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕8号）。

第三种子类型是针对《合同法》分则中某种典型合同下的某种子类型合同的司法解释。主要有《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）（以下简称《商品房买卖合同解释》）、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2015〕18号）（以下简称《民间借贷解释》）、《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕11号）（以下简称《房屋租赁合同解释》）。

第四种子类型是针对《合同法》以外的其他单行法或行政法规所规定的、但《民法典》合同编中未单列的某种典型合同（及其所属领域）所作的司法解释，或其他涉及特殊领域合同法问题的司法解释。前者如《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2005〕5号）（以下简称《国有土地使用权合同纠纷解释》）、《最高人民法院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）。后者如《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕1号）。

在第一种类型（序言依据型）司法解释的以上四种子类型中，第一种和第二种子类型中的许多条文，已经被纳入或部分纳入《民法典》之中，未被纳入《民法典》中的条文也有着在《民法典》施行之后能否继续适用的问题，需要进行细致的辨识和解释，有的甚至需要由最高人民法院

进行选择 and 决断，因而应是此次司法解释清理工作的重中之重；第三种子类型虽是针对《合同法》分则中某种典型合同下的某种子类型合同，但该类司法解释中的某些条文也已被纳入或部分纳入《民法典》之中，因而同样应是清理的重点；第四种子类型基本不涉及条文本身被纳入《民法典》的问题，主要是司法解释条文所涉及的法律条文的内容或序号有变，从而应对司法解释条文作相应调整的问题，其清理难度与前三种子类型比较而言相对较小。

从清理的技术路径来看：第一种类型（序言依据型）司法解释中的第一种和第二种子类型，应当整体废止，再选取其中仍有价值的条文，整合进入关于《民法典》的司法解释之中；第三种和第四种子类型，因其中需要删除的条文数量不多，故司法解释整体上可继续保留，将其序言中对九部法律的援引修改为“根据《民法典》”，再对其中的相关条文加以删除或修改。上述第二种类型（条文指向型）和第三种类型（间接关联型）的司法解释，因与九部法律的关联相对较小，故整体上可予保留，根据《民法典》的规定对其中个别条文的内容进行调整即可。换言之，若司法解释整体上是以前有九部民事法律中的法律条文作为解释对象，原则上应将整部司法解释予以废止，并将其中仍有价值的条文纳入新的司法解释之中；对于其他司法解释，则可予整体保留并对个别条文加以调整。后文的讨论主要关注第一种类型（序言依据型）的前三种子类型。

二、已被纳入《民法典》的司法解释条文的整体废弃

我国《民法典》的编纂是以前已逐步通过并实施的九部民事法律为蓝本，吸纳相关司法解释条文，并在此基础上进行整合、取舍、修改和新增而成。对比可知，《民法典》从前述第一种类型（序言依据型）司法解释的第一种和第二种子类型中吸纳了大量条文，也从第三种子类型中吸纳了一些条文。有的是将司法解释条文整体纳入《民法典》之中作为新的条款，并对表述略加调整；有的是根据司法解释条文对原有民事法律中的条文加以修改完善再纳入《民法典》之中。对于此类司法解释条文，在清理时应整体废弃，不应再予保留，以免在《民法典》实施过程中发生《民法典》条文与司法解释条文的规范竞合、徒增解释适用的困扰。

通过与司法解释条文的功能及得出条文结论时所运用的解释方法进行对比分析，可以发现，被纳入《民法典》中的司法解释条文主要有如下类型：漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型、澄清误解型、意思表示解释型、简单解释型、裁量因素型、证明标准型。其中，前三种司法解释条文所表达的结论的得出，需要最高人民法院进行大量的利益衡量；后五种类型所表达的结论则经由狭义解释方法的运用即可得出，基本不涉及利益衡量。

（一）结论涉及较多利益衡量的司法解释条文

1. 漏洞填补型条文

被纳入《民法典》中的司法解释条文，大多属于对原有民事法律中的法律漏洞进行填补的条文。典型的如，《合同法解释（二）》第3条有关悬赏广告的规定、〔2〕第26条有关情势变

〔2〕在《合同法》立法过程中，全国人大常委会法工委民法室曾对悬赏广告问题组织专门座谈会进行研究讨论。参见全国人大法工委民法室编著：《中华人民共和国合同法立法资料选》，法律出版社1999年版，第279页。相关梳理另参见朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第77-79页。

更的规定，〔3〕涉及的都是《合同法》立法过程中因争议较大而故意遗留的法律漏洞，《民法典》吸纳了司法解释的上述规则，对条文表述作适当修改后分别规定于第499条、第533条。针对《合同法》第52条第5项有关“违反法律、行政法规强制性规定的合同无效”的规定文义范围过宽的法律漏洞，《合同法解释（二）》第14条对其进行目的性限缩，限制其适用范围为“效力性强制性规定”。《民法总则》第153条第1款虽未采纳《合同法解释（二）》第14条的“效力性强制性规定”的术语，但采纳了该条有关强制性规定应作进一步类型化的立场，《民法典》第153条第1款亦同。《合同法解释（二）》第15条与《买卖合同解释》第3条对《合同法》第51条的法律漏洞进行填补，〔4〕规定无权处分不影响买卖合同的效力，《民法典》第597条第1款吸纳了这两个司法解释条文的内容。

类似的还有：《合同法解释（一）》第8条（除斥期间不适用诉讼时效中止、中断或延长的规定，对应《民法典》第199条，不过，第8条中所涉及的《合同法》第104条第2款所规定的提存物领取权的存续期间，不属于除斥期间），《合同法解释（二）》第5条（在合同书上摁手印与签字或盖章具有同等效力，被纳入《民法典》第490条第1款），《合同法解释（二）》第9条（格式条款未予提示说明的法律后果，对应《民法典》第496条第2款后句），《合同法解释（二）》第18条（债务人放弃其未到期的债权、放弃债权担保或者恶意延长到期债权的履行期限时债权人的撤销权，被纳入《民法典》第538条），《合同法解释（二）》第19条第3款（债务人以明显不合理高价受让他人财产时债权人的撤销权，被纳入《民法典》第539条），《合同法解释（二）》第20条、第21条（债务履行的抵充，对应《民法典》第560条、第561条），《买卖合同解释》第2条（预约合同，对应《民法典》第495条），《买卖合同解释》第5条（电子信息产品买卖中的交付，对应《民法典》第512条第2款），《买卖合同解释》第30条（违约损害赔偿中的与有过失，对应《民法典》第592条第2款），《买卖合同解释》第32条（减轻或免除出卖人质量瑕疵担保责任的约定在特定情况下无效，对应《民法典》第618条），《买卖合同解释》第43条（试用买卖中买受人原则上不负使用费支付义务，对应《民法典》第639条），《融资租赁合同纠纷解释》第7条（融资租赁交易中租赁物毁损灭失的风险原则上由承租人承担，对应《民法典》第751条），等等。

2. 具体细化型条文

某些被纳入《民法典》之中的司法解释条文，属于具体细化型条文，即其功能在于对法律中规定得非常简单和笼统的制度加以具体细化。典型的如：《买卖合同解释》第35条、第37条是对《合同法》第134条所简单规定的所有权保留制度的具体细化，《房屋租赁合同解释》第21条、第23条、第24条第1—3项是对《合同法》第230条所简单规定的承租人优先购买权的具体细化。《民法典》第642条第1款和第643条分别吸纳了《买卖合同解释》第35条第1款和第

〔3〕在《合同法》立法过程中，曾对是否应规定情势变更规则进行反复讨论，最终以“在合同法中作出规定条件尚不成熟”为由未予规定。参见前引〔2〕，全国人大法工委民法室编著书，第10页、第14页、第18页、第26页、第30页、第69页等。

〔4〕对于《合同法》第51条是否确实构成法律漏洞，素有争议。最新的讨论可参见崔建远：《无权处分再辨》，载《中外法学》2020年第4期。

37条的内容，并作了进一步修改完善。《民法典》第728条、第727条、第726条分别吸纳了《房屋租赁合同解释》第21条、第23条、第24条第1—3项的内容，并对表述作了调整。

3. 多义取舍型条文

某些被纳入《民法典》之中的司法解释条文，是在多种可能的解释结论中给出最高人民法院的取舍结论。这种司法解释条文所针对的是存在复数解释结论的法律条文，仅运用体系解释等狭义解释方法无法为这种法律条文中的某个法律问题得出唯一的解释结论，最高人民法院在制定这种司法解释条文时需要进行较多的利益衡量。典型的多义取舍型条文如《合同法解释（一）》第20条，其所针对的是《合同法》第73条。《合同法》第73条所规定的债权人代位权是指债权人可以“以自己的名义代位行使债务人的债权”，从学理而言，既然所行使的是“债务人的债权”，在次债务人清偿债务时，当然应当向债务人（即次债务人的相对人）进行清偿、由债务人受领给付，此即所谓“入库规则”。〔5〕然而，若严格坚持“入库规则”，将可能导致行使代位权的债权人花费代价却“为他人作嫁衣裳”，这对行使代位权者不公平，反过来可能导致代位权制度成为空文，由此，有学说主张应由次债务人直接向行使代位权的债权人进行清偿。〔6〕《合同法解释（一）》第20条在以上两种解释结论中选择了后一结论，《民法典》第537条前句吸纳了司法解释条文的这一取舍结论。《买卖合同解释》第18条第2款与之类似，该条涉及的是约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间场合的处理，是针对《合同法》第158条进行的多义取舍，《民法典》第622条第2款采纳了其取舍结论。

（二）结论基本不涉及利益衡量的司法解释条文

1. 澄清误解型条文

某些被纳入《民法典》之中的司法解释条文，是为了澄清司法实践中对于某个法律问题所广泛存在的（或可能存在的）误解。典型的如《合同法解释（一）》第10条，该条规定，当事人超越经营范围订立合同，合同不因此无效。在《合同法》之前，《民法通则》在第42条规定“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营”，又在第49条第1项进一步规定“超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的”，“除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任”。由此，我国学说和实务曾广泛认为，企业法人超越经营范围订立的合同无效。〔7〕《合同法》在对合同效力进行系统规定时，未规定超越经营范围订立的合同无效，应认为立法者已间接地表达了超越经营范围对合同效力不产生影响的结论，但是，在《合同法》施行之后，《民法通则》的上述条文并未被明确废止，学说和实务可能因思维惯性而继续坚持原有做法。最高人民法院在《合同法解释（一）》第10条给出明确规定，意在澄清此种误解、统一裁判规则。《民法典》吸纳了这一条文（第505条）。

类似的澄清误解型条文还有：《买卖合同解释》第26条第1句（违约导致合同解除后不影响违约责任的承担，对应《民法典》第566条第2款）、《买卖合同解释》第28条（定金数额过低

〔5〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第449页。

〔6〕 相关讨论可参见沈德咏主编：《合同、侵权司法解释理解与适用》，法律出版社2014年版，第50—54页（王闯执笔）。

〔7〕 参见王利明：《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2015年版，第547页；崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2011年版，第279页；前引〔5〕，韩世远书，第203页。

时可继续主张违约损害赔偿,对应《民法典》第588条第2款)、《房屋租赁合同解释》第4条第1款(法律、行政法规有关房屋租赁合同登记备案的规定不影响合同效力,对应《民法典》第706条)、《融资租赁合同解释》第3条(出租人未取得租赁物经营使用行政许可不影响合同效力,对应《民法典》第738条)。^{〔8〕}

2. 意思表示解释型条文

有的被纳入《民法典》之中的司法解释条文,是对特定场景中当事人是否作出了意思表示以及意思表示的具体内容进行解释的规则。典型的如《合同法解释(二)》第12条。在无权代理而订立合同的场合,被代理人已经开始履行合同义务,通常意味着被代理人已经知晓且认可了合同的内容,从而构成以默示方式作出了对合同加以追认的意思表示。《合同法解释(二)》第12条对此加以明确,这属于典型的意思表示解释型条文。《民法典》第503条吸纳了这一条文的内容。类似的还有《买卖合同解释》第18条第1款(约定的过短检验期限仅视为外观瑕疵异议期限,对应《民法典》第622条第1款)、《买卖合同解释》第41条(试用买卖中买受人在试用期内从事特定行为的应认定为同意购买,对应《民法典》第638条第2款)。

3. 简单解释型条文

有的被纳入《民法典》之中的司法解释条文,是运用文义解释方法和体系解释方法对法律条文进行的较为简单的解释。典型的如《合同法解释(二)》第25条。该条第1款规定:“依照合同法第一百零一条的规定,债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时,人民法院应当认定提存成立。”这是对《合同法》第101条的较为简单的解释。从《合同法》第101条的文义而言,提存是在债权人无正当理由拒绝受领等导致债务人难以履行债务时为债务人提供的替代方式,其当然应在交付提存部门时成立,不应待债权人实际领取提存物时才成立。第25条第2款又规定:“提存成立的,视为债务人在其提存范围内已经履行债务。”这也是结合《合同法》第101条与第91条第4项所作的较为简单的解释,根据第91条第4项,“债务人依法将标的物提存”的,合同中相应的权利义务终止,这就意味着,在提存成立时,发生与债务人履行债务相当的法律效果。《民法典》吸纳了这一司法解释条文并对表述作了调整(第571条)。

被纳入《民法典》中的简单解释型条文还有如:《买卖合同解释》第16条(出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物时,优先适用出卖人和买受人约定的检验标准,对应《民法典》第624条)、《房屋租赁合同解释》第8条(承租人无法对租赁房屋正常占有使用时的合同解除权,对应《民法典》第724条)、《融资租赁合同解释》第17条(出租人不当影响承租人对租赁物占有使用时承租人的损害赔偿请求权,对应《民法典》第748条第2款)。

4. 裁量因素型条文

被纳入《民法典》之中的个别司法解释条文,是提示裁判者在进行自由裁量时应当考虑哪些因素。典型的如《民间借贷解释》第25条第2款后句,该句为借款合同利息约定不明确时如何确定利息规定了裁量时所应考虑的因素,《民法典》第680条第3款吸纳了这一条文。

〔8〕 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。

5. 证明标准型条文

被纳入《民法典》之中的司法解释条文，还有个别条文是为裁判者判断当事人所举证据是否达到证明标准提供指引的规范。典型的如《买卖合同解释》第15条，该条规定，买卖合同中未约定检验期限时买受人签收的送货单、确认单，可作为认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验的证据。《民法典》第623条吸纳了这一条文。

通过上述整理可以发现，不论是所表达的结论涉及较多利益衡量的司法解释条文，还是结论得出基本不涉及利益衡量的司法解释条文，各种类型的司法解释条文中均有一些被纳入《民法典》之中，而且，较多的漏洞填补型条文被纳入了《民法典》中。可见，具体哪些条文被纳入《民法典》之中，哪些不予纳入，立法者似乎并无内在的标准和系统的方案，有的条文加以纳入或仅是较为随意的选择。（例外的是，明显不宜纳入《民法典》中的裁量方案型条文、程序指引型条文、新旧衔接型条文，未见被纳入《民法典》之中者。关于这三种类型，详见后文。）因而，在进行司法解释清理时，在查找哪些司法解释条文已被纳入《民法典》之中时，并无非常明确的规律和线索，只能是逐条比对和排查。并且，司法解释条文所处的位置与被纳入《民法典》后相应条文所处的位置也可能并非对应，例如，《买卖合同解释》中的条文被纳入合同编通则中的情形并不鲜见，因而，在逐条比对应时将视野放宽，不能仅仅局限于对应的章节。

三、未被纳入《民法典》的司法解释条文的保留与更新

通过整理还可发现，在上述所有类型的司法解释条文中，每一种类型都有未被纳入《民法典》之中者。未被纳入的司法解释条文，在司法解释全面清理之后，是否应在新的司法解释中予以保留，需要区分不同情况作分类处理。并且，对于需要保留的司法解释条文，还应进一步判断是予原文保留还是在保留时应对内容加以更新甚至修正。

（一）是否应予保留的分类判断

在判断未被纳入《民法典》中的司法解释条文是否应当继续保留时，应考虑的因素主要有两个方面：一是司法解释条文所处理的法律问题在将来的司法实践中是否将继续存在。若问题不再存在，当然不再有设置法律规则的必要。二是《民法典》是否直接或间接表达了与司法解释条文相反的立场。若《民法典》已经直接或间接地表达了与司法解释条文相反的立场，当然应当废止相应的司法解释条文。综合这两种因素，可对不同类型的司法解释条文分析如下。

1. 漏洞填补型条文

通过前文的整理比对可知，被纳入《民法典》中的合同法相关司法解释条文，主要是漏洞填补型条文；在前述第一种类型（序言依据型）司法解释的第一种和第二种子类型中，多数漏洞填补型条文都被纳入了《民法典》之中。然而，这两种子类型的司法解释中，也仍有一些漏洞填补型条文未予纳入。

例如，《合同法解释（二）》第24条规定，一方主张解除合同或债务抵销后，对方有异议的，若当事人未约定异议期间，则异议期间为三个月，“在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持”。司法解释制定者认为，《合同法》第96

条第1款仅规定对方有异议时可发起确认之诉,却未规定“异议权的行使期限”,构成法律漏洞,《合同法》未规定抵销权行使后对方的“异议权”及其行使期限,也构成法律漏洞。^{〔9〕}可见,在司法解释制定者眼中,《合同法解释(二)》第24条属于填补法律漏洞的条文。但《民法典》未纳入这一条文。

结合我国以往立法工作的习惯思路进行分析,司法解释中的漏洞填补型条文未被纳入《民法典》中,其原因主要可能有以下四种:一是虽然司法解释制定者认为属于法律漏洞,但《民法典》的立法者不认为属于法律漏洞;二是立法者认同存在法律漏洞,但对司法解释条文所规定的规则持怀疑态度甚至否定立场,却对于漏洞应如何填补又没有明确的结论,因而仍将该法律漏洞予以保留,留待司法实践和学说继续探索;三是虽然立法者也认为属于法律漏洞,但认为不宜由《民法典》加以规范,或不具有由《民法典》加以规范的紧迫必要;四是立法者无意地忽略了相应的条文而继续留下了无意的法律漏洞。在判断未被纳入《民法典》中的漏洞填补型条文在之后的司法解释中是否仍应予以保留时,应当对其未被纳入《民法典》中的原因进行分析。若属于第一种原因,则当然不应再予保留;若属于第二种原因,可在更新甚至修正的基础上予以保留;若属于第三种原因或第四种原因,则可考虑予以保留。

在《民法典》编纂过程中,对原有九部民事法律进行整理增改,填补原有民事法律所存在的法律漏洞,应当是立法者的工作重点之一,由此推测,以上第四种原因发生的概率相对较低。发生概率较高的是第一种或第二种原因。出于尽量尊重立法者价值判断结论的基本立场,在立法意图不明时,应推定为立法者对相应司法解释条文持否定立场。因此,在有疑义时,应按上述第一种或第二种原因处理。此时,只有在确实具有足够充分且正当的理由,并且凝聚了足够共识时,才能继续保留原有司法解释条文的内容。

以《合同法解释(二)》第24条为例,在一方行使合同解除权解除合同或主张债务抵销之后,对方提出异议并发起确认之诉,是否确应受到“异议期间”的限制,值得商榷。合同解除权和抵销权都属于单纯形成权,行使单纯形成权的行为属于有相对人的单方法律行为,^{〔10〕}若行为人为人确实享有此种单纯形成权,且其按照法律的规定行使形成权,行使形成权的单方法律行为生效,就发生使法律关系变化的法律后果。换言之,对方是否提出异议、法院对确认之诉作出何种裁判,都不会直接导致双方之间的法律关系发生变化,法院对确认之诉所作的判决只是确认双方之间的法律关系是否曾在过去的某一时间点上发生过变化。“对合同解除权提出异议只是对方当事人应对一方当事人自行决定合同关系的措施之一,对方当事人……可以无视合同解除的通知,继续遵守合同,并要求对方履行债务。”^{〔11〕}抵销也是如此,对方当事人可以无视债务抵销的通知。此时,若双方当事人对于合同关系存在争议而提起诉讼,法院仍需对此前是否发生合同解除或抵销的法律后果作出判断。因此,对解除或抵销提出异议而发起确认之诉不应受到时间的限制。若对方不发起确认之诉却一直否认发生解除或抵销的效果,主张解除或抵销的当事人也可发

〔9〕 参见最高人民法院研究室编著:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第176-177页。

〔10〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第255页。

〔11〕 参见前引〔2〕,朱广新书,第631页。

起确认之诉，对此《民法典》第565条第1款第3句已加以明确。可见，《合同法》未规定合同解除或抵销后对方的异议期间，并不构成法律漏洞。最高人民法院在《合同法解释（二）》第24条规定三个月的异议期间，实属对“异议”理解有误。因此，《民法典》未纳入《合同法解释（二）》第24条，应是意味着立法者对该司法解释条文持否定立场。相应的，之后的司法解释也不应再保留这一条文。

不过，也确有个别漏洞填补型条文，虽然未被纳入《民法典》中，也仍应予保留。典型的如《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）》（以下简称《民通意见》）第6条，该条系针对《民法通则》第58条第1款第1项与第2项所规定的无民事行为能力人实施的民事法律行为、限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为一概无效的规则，其规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”换言之，《民通意见》第6条属于弥补《民法通则》第58条第1款第1项与第2项所存在的法律漏洞的条文。对于限制民事行为能力人所订立的纯获利益的民事法律行为的效力，《合同法》第47条已予规定，《民法典》第145条亦同。但仍有疑问的是，无民事行为能力人所订立的纯获利益的民事法律行为是否仍应一概无效。从立法意图来看，《民法总则》第144条（及《民法典》第144条）仍仅规定“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”，未规定无民事行为能力人所订立的纯获利益的民事法律行为除外，并不构成对“民通意见”第6条的彻底否定。理由在于，立法机关人士在坚持拒绝为第144条设置但书的同时，却仍不得不承认，低龄儿童可以独立接受他人给的玩具。只是，立法机关人士声称：“低龄儿童接受了别人给的玩具，可以看作事实行为，不等同于儿童实施了接受赠与的民事法律行为。此外，有些纯获利益的行为往往要等到事后根据具体情况才能判断出来，如果所获得的收益远大于所承受的负担，就属于纯获利益。这类民事法律行为对儿童的辨识能力要求更高。”^[12]显然，立法机关人士在此处对于民事法律行为的定义及何谓“纯获利益”存在误解。接受别人无偿给予的标的物当然属于民事法律行为，不因一方当事人属于无民事行为能力人就成为了事实行为。按照学界通说，“纯获利益”指纯获法律上利益，即既不承担义务也不丧失既有权利。^[13]对于无民事行为能力人纯获法律上利益的民事法律行为，承认其效力才更加有利于无民事行为能力人利益的保护。对此已形成了较高的学术共识。^[14]因此，《民法典》第144条仍构成法律漏洞，仍有通过司法解释对其进行漏洞填补的必要。当然，在新的司法解释中，不应再照搬《民通意见》第6条的表述，应使用更为准确的语言加以表达。

总之，对于未被纳入《民法典》中的漏洞填补型司法解释条文，在立法意图不明时，应推定为立法者对其持否定立场，故原则上在新的司法解释中不应再予保留，仅在在有足够充分正当的理由且凝聚了足够共识时可以予以保留。

[12] 李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第63页；石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第46页。

[13] 参见前引[10]，王泽鉴书，第312页；前引[5]，韩世远书，第297页；前引[2]，朱广新书，第244页。另可参见前引[7]，王利明书，第543页。

[14] 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2018年版，第117页；崔建远：《合同法》，北京大学出版社2016年版，第103页；前引[5]，韩世远书，第301页。

2. 具体细化型条文与多义取舍型条文

具体细化型条文与漏洞填补型条文较为相似。漏洞填补型条文是指某个问题法律完全没有规定,或是虽有规定但条文文义过宽或过窄。针对完全没有规定的漏洞的,如《合同法解释(二)》第3条有关悬赏广告的规定、第26条有关情势变更的规定,《买卖合同解释》第2条关于预约合同的规定,针对的都是《合同法》完全没有规定的法律问题,在填补漏洞时通常只能借助于学说或比较法资料,偶尔可以类推适用,归根到底是要进行利益衡量;针对文义过宽或过窄而形成的漏洞的,如《合同法解释(二)》第18条、第19条第3款所针对的债权人撤销权的适用范围,《合同法》第74条仅规定“债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产”的情形,未规定债务人放弃其未到期的债权等情形,也未规定债务人以明显不合理高价受让他人财产等情形,这种场合通常只能借由目的性扩张、目的性限缩或类推适用的方法。具体细化型条文则是法律对某个制度作了宏观的、简单的、笼统的规定,但欠缺可供裁判直接适用的具体规则。例如,《合同法》第134条简单规定了买卖中的所有权保留,《合同法》第230条简单规定了房屋租赁中的承租人优先购买权。这与《合同法》完全未规定悬赏广告规则和情势变更制度不同。从宏观而言,具体细化型条文所针对的法律问题,难称属于法律漏洞;但是,从微观而言,又可称为法律漏洞,例如,《买卖合同解释》第37条所规定的所有权保留制度中的买受人回赎权问题,《合同法》完全未予涉及,称其为《合同法》的法律漏洞亦无不可。在最高人民法院制定具体细化型条文时,所能运用的法律方法同样主要是借助于学说或比较法资料,归根到底仍是要进行利益衡量。

不过,具体细化型条文与漏洞填补型条文之间的上述相似之处,并不意味着对未被纳入《民法典》中的具体细化型条文的处理应与漏洞填补型条文的处理相似。我国立法一直奉行“宜粗不宜细”的原则,《民法典》编纂工作也未见对此有彻底改变。并且,制度的具体细化无止境,立法者只能选取其认为非常重要的、确有必要的具体细化型条文在《民法典》中加以规定。因此,司法解释中的具体细化型条文未被纳入《民法典》中,其原因为“立法者认为不具有由《民法典》加以规范的紧迫必要、仍可交由司法解释加以规范”的可能性较大。可见,在对原有司法解释进行清理并制定新的司法解释时,应对未被纳入《民法典》中的原有具体细化型条文进行重新审视,若其不与《民法典》的内容相冲突,也无证据表明《民法典》的立法者对其持否定立场,其内容也与最新的学术共识和最高人民法院的最新利益衡量结论相一致,则应在新的司法解释中加以保留。应予审视的条文如,《买卖合同解释》第36条第1款(所有权保留中买受人已付总价款75%以上时出卖人无取回权)、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号)第1—4条。

多义取舍型条文的结论得出同样涉及利益衡量,因而,司法解释中的多义取舍型条文对于统一裁判标准、避免同案异判而言同样具有重要价值。不过,相较于漏洞填补型条文和具体细化型条文而言,多义取舍型条文被纳入《民法典》中的紧迫性更弱,立法者认为“仍可交由司法解释加以规范”而未予纳入的可能性更大。因而,同样,在司法解释清理过程中,应对未被纳入《民法典》中的原有多义取舍型条文进行审视,若其不与《民法典》的内容相冲突,也无证据表明《民法典》的立法者对其持否定立场,其内容也与最新的学术共识和最高人民法院的最新利益衡

量结论相一致，则应在新的司法解释中加以保留。

例如，《合同法》第167条第1款规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。”对于该条是属于任意性规范、强制性规范抑或半强制性规范（或称“混合性规范”），^[15]存在多种解释结论，《买卖合同解释》第38条第2款在这多种解释结论之中进行取舍，规定分期付款买卖合同不得约定相较于《合同法》第167条第1款而言更加有利于出卖人而不利于买受人的规则，自反面解释而言，即意味着，分期付款买卖合同可以约定更加有利于买受人而不利于出卖人的规则。《民法典》第634条基本承继了《合同法》第167条的规定，但未纳入《买卖合同解释》第38条第2款的内容。然而，同属多义取舍型条文的《买卖合同解释》第18条第2款（约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间场合的处理），却被纳入了《民法典》之中（第622条第2款）。这两个司法解释条文，涉及的都是《合同法》中关于买卖合同权利义务配置规则的规范属性，涉及的都是当事人是否可以在合同中作出不同于法律条文的利益安排，给出的取舍结论都是买卖合同可以约定更加有利于买受人的规则，但不得约定减损买受人权利的规则。比较而言，《民法典》仅吸纳其中一条，其原因着实令人费解。出于相似事物相似处理的要求，在司法解释清理过程中，应考虑保留《买卖合同解释》第38条第2款的内容。

3. 结论基本不涉及利益衡量的司法解释条文

相对于表达利益衡量结论的司法解释条文（漏洞填补型、具体细化型和多义取舍型条文）而言，结论得出基本不涉及利益衡量的司法解释条文（澄清误解型、意思表示解释型、简单解释型、裁量因素型和证明标准型条文）进入《民法典》中加以规范的必要性较弱，特别是，简单解释型条文、裁量因素型条文和证明标准型条文在《民法典》中加以规范的意义相对较小，^[16]因此，立法者选取其认为重要者纳入《民法典》之中，通常并不意味着立法者对未予纳入的这些类型条文持否定立场。从而，原有司法解释中的这些类型条文，除与《民法典》的规则相冲突外，原则上可在新的司法解释中继续保留。

不过，在这五种类型的条文中，不同类型的条文在司法解释中保留的意义有所差别。最需要在新司法解释中予以保留的是澄清误解型条文，以及针对某些解释难度较大、容易得出错误解释结论的场合所规定的意思表示解释型条文。

极具保留意义的澄清误解型条文，典型的如《民间借贷解释》第13条第1款，该款规定：“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。”该条所针对的是一直以来广泛存在的民事合同涉嫌刑事犯罪就一概无效的误解。^[17]《民法典》在总则编中为民事法律行为的效力规定了许多判断规则，在合同编通则中又为合同效力判断规定了若干特殊规则。在判断民间借贷合同的效力时，当然应

[15] 关于“混合性规范”，参见王轶：《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2005年第3期。

[16] 详细论述参见前引〔8〕，王文胜文。

[17] 关于实践中广泛存在的这种误解，参见沈伟：《涉嫌诈骗合同效力的司法认定及其处理路径——基于法解释学的解构》，载《法学评论》2017年第4期。

当适用《民法典》中的这些效力判断规范，只有具备《民法典》所规定的某个无效事由时，才能认定为合同无效。借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或已被认定为犯罪，并不一定意味着民间借贷合同具备《民法典》所规定的某个无效事由。但是，上述误解广泛存在且影响深远，司法解释条文对此加以澄清，具有重要意义。《民间借贷解释》第11条（企业之间为生产经营需要而订立的民间借贷合同的效力）、第12条（企业向职工集资的民间借贷合同的效力）与之类似。

针对某些解释难度较大、容易得出错误解释结论的场合所规定的意思表示解释型条文，对于避免裁判者错误解释当事人的意思具有重要价值，因而，若未被纳入《民法典》中，在清理之后的司法解释中应予保留。在进行意思表示解释时，解释难度最大、裁判者最容易作出错误解释的，当数以默示方式所作出的意思表示。即，当事人未使用语言或文字表达其意思，但从事了某种积极行为，当事人在从事这一积极行为时是否确实表达了某种意思，容易引发争议。典型的如《买卖合同解释》第19条（提出质量瑕疵异议后又支付价款或使用标的物等原则上不意味着放弃异议）、第24条（是否应支付逾期付款违约金的解释）、第40条（凭样品买卖中样品质量与文字说明不一致时的解释）。

此外，原有司法解释中的简单解释型条文、裁量因素型条文和证明标准型条文，在清理之后的司法解释中也可保留，不过，与澄清误解型条文、意思表示解释型条文比较而言，这三类条文保留的价值相对小一些。并且，得出条文结论所需进行的法律解释工作越简单，相应司法解释条文保留的价值就越小。典型的如，《合同法解释（一）》第4条规定，法院确认合同无效不得以地方性法规、行政规章为依据，这是对《合同法》第52条第5项的文义所作的更明确的说明和强调，所运用的仅是文义解释方法和反面解释方法。此类条文，虽然可予保留，但保留的价值不大。

4. 其他类型的司法解释条文

除上述类型之外，司法解释中还存在一些其他类型的条文，如裁量方案型条文和程序指引型条文。这两种类型的条文所规定的内容不适宜于由《民法典》加以规范，因而《民法典》未予纳入。但这两类条文能为法官的裁判活动提供指引，置于司法解释之中仍有其价值。

典型的裁量方案型条文针对的情形是：围绕同一特定物存在多个债权，且多个债权人均要求债务人履行债务、实际交付标的物占有或移转标的物所有权。在此种情形下，基于债权平等原则，在进入诉讼环节之前，原则上可由债务人任意选择实际履行对象并向其他债权人承担违约责任，但在进入诉讼程序之后，法院需要给出具体的裁判方案，无法作出由债务人任意选择履行的判决。为统一裁判标准，最高人民法院在几个司法解释中提供了具体的裁量方案，主要有《买卖合同解释》第9条（出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同时的裁量方案）、《买卖合同解释》第10条（出卖人就同一特殊动产订立多重买卖合同时的裁量方案）、《国有土地使用权合同解释》第10条第1款（国有土地使用权人就同一土地使用权订立数个转让合同时的裁量方案）、《房屋租赁合同解释》第6条第1款（出租人一房多租时的裁量方案）。

程序指引型条文是为法官处理民事诉讼程序问题提供指引，主要涉及管辖、当事人地位（如是否列为第三人）、合并审理、中止诉讼等。如《合同法解释（一）》第14—17条、第18条第2款、第19条、第22—25条、第27—30条，《合同法解释（二）》第16—17条，第27条，《买

买卖合同解释》第44条等。这类条文，若不与最新的《民事诉讼法》等法律、司法解释相冲突，当然应予保留。

此外，司法解释中还有若干新旧衔接型条文，即针对某一法律（或司法解释）实施前后的法律适用问题设置规则的条文，如《合同法解释（一）》第1—3条、第6条、第7条，《合同法解释（二）》第30条，《买卖合同解释》第46条等。显然，这类条文在新的司法解释中不应继续存在，新的司法解释需要针对《民法典》实施前后的法律适用问题制定新的规则。

综合以上分析可知，原有司法解释中的新旧衔接型条文所处理的法律问题，不再需要由新的司法解释加以规定，故此类条文不应再予保留。程序指引型条文不涉及应由《民法典》提供规则的问题，故不涉及是否被《民法典》间接否定的问题，仅需要考察其是否与最新的《民事诉讼法》等法律、司法解释相冲突。至于其他未被纳入《民法典》之中的司法解释条文，是否应予保留的判断关键在于《民法典》是否直接或间接地表达了与司法解释条文相反的立场。对于其中的漏洞填补型条文，在立法意图不明时，应推定为立法者对其持否定立场；其他类型的司法解释条文则应作相反的推定。此外，不同类型条文予以保留的价值也各有不同。

（二）保留的司法解释条文应逐一审查是否应予更新甚至修正

对于根据前述因素和标准判断需要保留的司法解释条文，应进一步判断是予原文保留还是在保留时应对内容加以更新甚至修正。鉴于不同的司法解释形成于不同的年代，所反映的只是制定司法解释当时的司法实践需求和学说发展水平，因而，对于需要保留的司法解释条文，应根据《民法典》的最新规定、学说的最新共识等，逐条进行审查判断，需要考虑更新甚至修正的可涉及从解释结论到文字表述的各个方面。

例如，《建工合同解释》第13条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；……”该条所涉及的核心问题在于，发包人擅自使用未经竣工验收的建筑物，是否意味着发包人放弃了要求承包人修理、返工、改建或承担违约责任的权利。最高人民法院在该条中所表达的立场是，擅自使用意味着放弃权利。然而，这一解释结论是否妥当，有待商榷。在实践中，一方面，发包人可能因为紧迫需要不得不对建筑物进行使用（如学校不得不使用教学楼、工厂不得不使用厂房），推迟投入使用将导致发包人损失急剧扩大且无法弥补，另一方面，建设工程质量问题不一定导致建筑物完全无法满足基本使用需求（如房屋屋顶漏水但仍可勉强使用）。在此类场合，发包人使用未经竣工验收的建筑物，实属无奈之举，也符合减损规则的要求，不能因为发包人从事了使用建筑物的行为，就认为发包人放弃了权利。此外，《买卖合同解释》第19条所处理的利益冲突关系与之类似，却规定买受人使用标的物不构成放弃对质量瑕疵的异议。从司法解释制定时间来看，《建工合同解释》制定于2004年，《买卖合同解释》制定于2012年，从《建工合同解释》第13条到《买卖合同解释》第19条的变化，应是反映出了最高人民法院对此问题的认识发生改变。因此，《建工合同解释》第13条前句所针对的意思表示解释问题需要在新的司法解释中加以明确，但应对该条内容加以修正，给出更为合理的意思表示解释结论。

又如，《商品房买卖合同解释》第2条规定：“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，……”其本质在于将《城市房地产管理法》第45条第1

款第4项有关商品房预售应取得预售许可证明的规定认定为《合同法》第52条第5项所规定的强制性规定。然而,《商品房买卖合同解释》制定于2003年,所体现的是最高人民法院在当时对于强制性规定的认识水平。2009年的《合同法解释(二)》第14条将《合同法》第52条第5项所规定的强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定。因而,在2009年之后,《商品房买卖合同解释》第2条就本应按照这一新的认识加以重新审视。^[18]令人遗憾的是,最高人民法院一直未从规范层面对《商品房买卖合同解释》第2条加以整理和修正。在此次全面清理司法解释的过程中,仍有必要对该条所涉及的法律解释问题给出明确的回答,但应对该条所表达的解释结论加以修正。换言之,该条不应原文保留,其属于在保留时应对内容加以修正的条文。

四、某些未被保留的司法解释条文的遗留价值

另需讨论的问题是,在完成清理工作之后,未被纳入新的司法解释之中的原有司法解释条文,是否仍有对于法官的民事裁判活动发挥其遗留价值的可能。对此,仍应根据司法解释条文的类型进行分别判断。

从原有司法解释条文未被纳入新的司法解释之中的原因进行分析,可能的原因主要有四:一是最高人民法院对该条文的内容改持否定立场;二是最高人民法院对该条文的内容改持怀疑态度,虽未得出否定的结论,但不予规定而留待学说和实务继续讨论;三是最高人民法院未否定该条文的结论,但认为不再需要加以规定;四是最高人民法院无意地忽略了该条文。在最高人民法院的意图不明时,对于不同类型的司法解释条文而言,应推定的原因也不同。

(一) 结论涉及较多利益衡量的司法解释条文

漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型及裁量方案型条文,凝结的是最高人民法院的利益衡量结论。对于此类条文,若最高人民法院仍坚持其解释结论,则应将之纳入新的司法解释之中。由此观之,这些类型条文若未被纳入新的司法解释之中,最大的可能是上述第一种原因或第二种原因,在例外情况下才可能为以上第三种原因或第四种原因。因此,在最高人民法院意图不明的场合,应推定为前两种原因,从而,未被纳入新司法解释之中的这些类型条文,不再具有直接适用于裁判的遗留价值。若对于相关问题缺乏可资适用的法律或司法解释规范,法官应按照漏洞填补的方法自行进行漏洞填补。

例如,对于限制行为能力人或无权代理人所订立的民事法律行为,《合同法》第47条、第48条规定经法定代理人或被代理人追认后发生效力,但对于追认的意思表示于何时生效则未予规定。对此,解释上可有两种结论:一种解释结论为,追认的意思表示既可于到达限制行为能力人或无权代理人时生效,也可于到达相对人时生效;另一种解释结论为,追认的意思表示只有在到达相对人时才生效,仅到达限制行为能力人或无权代理人时尚不生效。此两种解释结论各有道理,采何种结论取决于利益衡量。《德国民法典》第182条第1款及我国台湾地区“民法”第117

[18] 相关讨论参见王轶:《论商品房预售许可证明对合同效力的影响》,载《比较法研究》2018年第6期;王轶:《行政许可的民法意义》,载《中国社会科学》2020年第5期。

条均明文规定采前一结论。^[19]我国学者也有主张采这一结论者。^[20]《合同法解释（二）》第11条则规定采后一结论。《民法典》第145条、第171条也仍未予明确。因此，从统一裁判规则角度出发，《合同法解释（二）》第11条有保留（原文保留或修正结论后保留）的必要。若清理之后的司法解释未再保留这一条文，则法官不应再照搬该条所规定的规则，而应自行进行漏洞填补并详加论证。

当然，法官在自行进行漏洞填补时，仍可以得出与原有司法解释条文相同的结论。不过在此种场合，法官应当承担更重的论证负担。例如，对于违约损害赔偿中的损益相抵规则，《合同法》未予规定，《买卖合同解释》第31条加以填补，《民法典》未予纳入。这与《民法典》对于《买卖合同解释》第30条有关违约损害赔偿中的与有过失规则的态度截然不同。但是，《民法典》未纳入损益相抵规则，并不意味着立法者否认损益相抵规则，其原因或仅在于立法者不认为该规则具有由《民法典》加以规范的紧迫必要。因而，《买卖合同解释》第31条有保留的必要，且宜将之上升为针对合同编通则的一般性规范。鉴于我国合同法学界已对该规则形成了高度共识，^[21]若清理之后的司法解释未再保留这一条文，则法官仍可根据学界通说在裁判中适用该规则。

（二）结论基本不涉及利益衡量的司法解释条文

对于澄清误解型、意思表示解释型、简单解释型、裁量因素型、证明标准型及程序指引型条文，主要涉及狭义法律解释方法的运用（或意思表示解释方法的运用），其中许多条文所表达的是学上说上已经基本形成共识的解释结论，结论的得出基本不涉及利益衡量。因此，这些类型的条文若未被纳入新的司法解释之中，在最高人民法院意图不明的场合，应推定为是基于前述第三种原因，即最高人民法院认为不再需要加以规定。从而，即使此类条文未被纳入新的司法解释之中，其仍具有可供法官参考的遗留价值，其价值与学术通说大致相当。当然，这些条文所解释的法律条文已被修改的除外。

以《合同法解释（二）》第1条为例，该条是有关合同成立的必要之点的解释。《合同法》第62条已明确规定质量、价款或者报酬、履行地点、履行期限、履行方式、履行费用等在合同无约定时应如何进行补充解释，因而，这些内容均不属于合同成立的必要之点。对于违约责任和解决争议的方法，在合同无约定时，当然可适用法律中的相关规则，故这两项也不是合同成立的必要之点。尽管如此，仍有误解认为《合同法》第12条第1款所规定的8项内容均为合同成立的必要之点。因而，《合同法解释（二）》第1条属于澄清误解型条文，其只是以更为直白的语言将结合《合同法》第62条等条文进行体系解释即可得出的结论表达出来而已。《民法典》第470条第1款、第511条分别与《合同法》第12条第1款、第62条基本一致，因而，《合同法解释（二）》第1条作为澄清误解型条文仍有其价值。从而，若清理之后新的司法解释未保留《合同法解释（二）》第1条，该条内容仍具可供法官参考的遗留价值，虽然不能在裁判文书中直接

[19] 相关学说可参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第363页；前引〔10〕，王泽鉴书，第315页。

[20] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第217页；前引〔2〕，朱广新书，第246页、第254页。

[21] 参见王利明：《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2015年版，第681页；前引〔14〕，崔建远书，第383页；前引〔5〕，韩世远书，第814页；前引〔2〕，朱广新书，第725页。

加以适用，但仍不妨在裁判文书中以之作为一种论据。

又如，《合同法解释（一）》第12条，是对债权人代位权制度中“专属于债务人自身的债权”的典型类型所作的例示和列举，运用文义解释方法和体系解释方法即可得出相同的解释，因而，该条属于简单解释型条文。《合同法解释（一）》第13条第1款（对“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害”的解释）、《合同法解释（二）》第6条（对格式条款制度中“采取合理的方式提示”的解释）、《合同法解释（二）》第7条（对合同法所称“交易习惯”的解释）等，与之类似。此类条文，若未被纳入新的司法解释之中，都仍具有可供法官参考的遗留价值。

总之，在司法解释清理结束之后，未被保留进入新的司法解释中的原有条文，是否仍有对于民事裁判活动发挥其遗留价值的可能，需进行类型化分析，不能一概加以否认。漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型及裁量方案型条文，凝结的是最高人民法院的利益衡量结论，若未被保留进入新的司法解释之中，则应推定为最高人民法院对其采否定或怀疑立场，从而对于法官的个案裁判原则上不再具有遗留价值。其他类型的司法解释条文，因基本不涉及利益衡量，若在新的司法解释之中未予保留，应推定为最高人民法院认为不再需要加以规定，而不是对其结论加以否定，故仍有可供法官参考并在裁判文书中作为论据加以引用的遗留价值。

五、结 语

虽然最高人民法院制定司法解释的正当性一直以来都面临一些质疑，但应当承认，司法解释确实在一定程度上弥补了我国此前民事法律在规则供给上所存在的不足。《民法典》吸纳了这些年我国不断积累的许多司法经验和学说，我国民事法律的规则供给不足问题有所缓解，但这一问题仍将继续存在。另外，我国法官也形成了依赖司法解释进行裁判的思维惯性。因此，可以预见，最高人民法院制定民事司法解释的现象在今后相当长的一段时间内仍将继续存在。在此背景下，最高人民法院应当提高司法解释的制定水平，减少司法解释中的不合理条文。

已有的民事司法解释陆续形成于不同的年代，分别反映了不同年代的司法实践需求、法官认识水平与学说发展水平。受此影响，前后制定的不同司法解释条文之间隐性冲突的现象也不少见。《民法典》的通过给我国带来了对已有民事司法解释进行全面清理的契机。在司法解释清理过程中，应对原有司法解释条文进行分类，根据不同类型司法解释的解释对象、不同类型司法解释条文的目的和功能及所涉及的法律解释工作的难易程度等进行分类处理。

从不同类型司法解释的整体解释对象来看，若司法解释在整体上并非以原有九部民事法律中的法律条文作为解释对象，但个别条文明确援用或指向其中某部法律中的条文，或者，虽未明确援用或指向其中某部法律中的条文，但个别条文与其中某部法律中的制度间接关联，则整部司法解释可整体保留，但将其中的个别条文予以更新、修正或废止。若司法解释整体上是以前九部民事法律中的法律条文作为解释对象，原则上应将整部司法解释予以废止，并将其中仍有价值的条文纳入新的司法解释之中。

在对民事司法解释条文进行清理时，对于已被纳入《民法典》的司法解释条文，无论其内容是否与《民法典》中相应条文的内容相同，均应整体废弃。对于未被纳入《民法典》的司法解释

条文，其中的漏洞填补型条文原则上不应再予保留，仅在凝聚了足够共识时才应例外地予以保留；具体细化型条文、多义取舍型条文、裁量方案型条文的内容，系最高人民法院进行利益衡量的结果，对于统一法院裁判规则、减少法官论证负担而言具有重要意义，应优先考虑加以保留。澄清误解型条文，以及针对某些解释难度较大、容易得出错误解释结论的场合所规定的意思表示解释型条文，其保留也具有重要意义。程序指引型条文的保留也具有价值。简单解释型条文、裁量因素型条文和证明标准型条文，也可予以保留，但保留的价值相对小一些。得出条文结论所需进行的法律解释工作越简单，相应司法解释条文保留的价值就越小。并且，对于需要保留的司法解释条文，应根据《民法典》的规定和学说的最新共识逐一进行审查，判断是予原文保留还是应予更新甚至修正。

在此次司法解释清理结束之后，未被保留进入新的司法解释中的原有条文，是否仍有对于民事裁判活动发挥其遗留价值的可能，也需进行类型化分析。未被保留的漏洞填补型、具体细化型、多义取舍型及裁量方案型条文，原则上不再具有遗留价值。其他类型的司法解释条文，因基本不涉及利益衡量，仍有可供法官参考并在裁判文书中作为论据加以引用的遗留价值。

Abstract: In the process of cleaning up the existing civil judicial interpretations after the Civil Code was adopted, different types of judicial interpretations and different types of judicial interpretation provisions should be distinguished. In terms of the types of judicial interpretation, if a judicial interpretation as a whole takes the provisions in the existing nine civil laws as the object of interpretation, the whole judicial interpretation should be abolished in principle, and then the useful provisions should be included in the new judicial interpretation. In terms of the types of the provision of judicial interpretation, those which have been included in the Civil Code should be wholly abolished. In principle, gap-filling provisions should not exist anymore. Rule specification provisions, multiple implications selection provisions, and discretion plan provisions should be kept. Misunderstanding clarification provisions and some intention interpretation provisions are also worth keeping. As for the provisions of judicial interpretation that need to be retained, they should be examined one by one to determine whether the original text should be kept or should be updated or even amended. After the clean-up of the judicial interpretation, some provisions that have not been retained in the new judicial interpretation can still play a residual role in the civil adjudication activities.

Key Words: civil code, contract law, Supreme Court's judicial interpretation, method of legal interpretation, gap-filling

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)