

《民法典》溯及适用的正当性检验进路 ——以《时间效力规定》第2、3条为中心

李鸣捷*

内容提要：在溯及既往的正当性检验层面，《民法典》溯及适用包括“改变溯及”与“空白溯及”两个类型。就“改变溯及”而言，其正当性检验标准是“有利溯及标准”。基于对《时间效力规定》第2条但书的解释，有利溯及标准重塑为：在不损害一方利益的前提下增进他方利益、更有利于维护公序良俗、更有利于实现与社会主义核心价值观相契合的规范目的。据此可构建有利溯及检验体系。就“空白溯及”而言，其正当性检验可直接适用有利溯及检验体系，只是当出现“私益与公益发生冲突”之情形，需借助比例原则进行权衡时，应倾向于选择较为宽松的审查基准。

关键词：民法典 正当溯及检验 改变溯及 空白溯及 比例原则

一、问题的提出

法律必须稳定，但不能一成不变。^{〔1〕}《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁布后，一个无法回避的问题是：《民法典》能否溯及适用于其施行前的法律事实。^{〔2〕}如果能，需要

* 李鸣捷，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金项目“《民法典》的溯及力研究”（21BFX016）、武汉大学自主科研项目（人文社会科学）的阶段成果，得到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

〔1〕 See Roscoe Pound, Interpretation of Legal History, 10 *Journal of American History*, 198 (1923).

〔2〕 就溯及力的含义而言，主要存在两种理解：一种理解认为，溯及力指新法对过去法律事实产生的影响。如《布莱克法律词典》对“溯及既往法律”的注解是：向后看或者关注过去的，对法律生效前的行为和自然事实产生影响的法律。See *Black's Law Dictionary*, West Group, 2009, p. 1432. 另一种理解认为，溯及力指新法对过去法律事实的法律效果产生的影响。如萨维尼认为，溯及既往指具有溯及力的法律把过去的法律事实的后果纳入它的管辖范围并因此影响这些后果。参见〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，武汉大学出版社2016年版，第150页。本文采取一种理解，以与《时间效力规定》对溯及力的定义保持一致。

具备什么条件?在学理上,这属于法的溯及力问题。在溯及力规制上,作为私法的民法与作为公法的刑法迥异。后者因仅调整国家与公民间的关系,在践行《立法法》第93条但书确立的“有利溯及”标准时,通常仅需置重于公民一方利益的保护;而民法调整平等主体间的关系,民事诉讼中讼争民事权益常处于此消彼长的博弈状态,单纯保护某一方利益很可能造成“顾此失彼”的结果。这意味着于民法层面,对溯及力的规制更为复杂棘手,亟待相关规范的指引。

2020年12月29日,最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》(以下简称《时间效力规定》),为《民法典》在施行过渡期的适用提供重要指引。然而,《时间效力规定》第二部分仅就《民法典》中少量条文的溯及适用作出具体规定,至于其余大量条文得否溯及适用,实践中法官仍须根据《时间效力规定》第一部分(一般规定)作出判断。

作为溯及适用的一般规定,《时间效力规定》第2条^[3]但书就“改变溯及”提出了“三个更有利于”的正当性检验标准,第3条^[4]就“空白溯及”亦提出了相应的正当性检验标准。然而,因上述“一般规定”的文本表述过于抽象,^[5]相关标准在实操层面可能引发溯及适用认定上的不确定性与不统一性,进而损及司法的权威。对此,笔者认为以下问题亟待厘清:首先,正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型包括哪些?《时间效力规定》第4条^[6]规定的“细化解释”是否涵括在内?其次,“改变溯及”与“空白溯及”如何界分?再次,如何理解《时间效力规定》第2条但书中的“三个更有利于”?这三项子标准间的关系如何?可否据此建构具有实操性的有利溯及检验体系?最后,如何理解《时间效力规定》第3条中的“可以”?“空白溯及”正当性的检验进路应如何拟定?笔者将以《时间效力规定》第2、3条的司法适用为中心,对关涉“《民法典》正当溯及既往检验”的上述问题进行探讨,以期对《民法典》溯及力制度的完善有所助益。

二、正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型及区分

(一) 正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型

一般认为,溯及适用问题仅存在于新法较旧法实质性修改场合。^[7]在此前提下,依新法施行前旧法有无相关规定,溯及适用可分为“非空白溯及”与“空白溯及”,前者可再类型化为“改变溯及”与“细化解释溯及”;《时间效力规定》第2~4条对此作出规范。但笔者认为,在正当溯及检验层面,《民法典》溯及适用的类型仅涵括“改变溯及”与“空白溯及”,“细化解释溯及”不在考虑之列。原因是:依《时间效力规定》第4条,作为“细化解释”的新法仅可作为裁

[3] 《时间效力规定》第2条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释有规定,适用当时的法律、司法解释的规定,但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益,更有利于维护社会和经济秩序,更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。”

[4] 《时间效力规定》第3条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的,可以适用民法典的规定,但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”

[5] 参见熊丙万:《论〈民法典〉的溯及力》,载《中国法学》2021年第2期。

[6] 《时间效力规定》第4条规定:“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件,当时的法律、司法解释仅有原则性规定而民法典有具体规定的,适用当时的法律、司法解释的规定,但是可以依据民法典具体规定进行裁判说理。”

[7] 参见前引[5],熊丙万文。

判说理的参考，其并无溯及适用的空间，故在《民法典》正当溯及检验层面无需考虑。^{〔8〕}

（二）“改变溯及”与“空白溯及”的界分

在明确正当溯及检验层面，《民法典》溯及适用的类型仅涵括“改变溯及”与“空白溯及”后，接下来需要解决的问题是：如何对上述两类溯及适用予以界分，抑或者，如何理解《时间效力规定》第2条与第3条中的“法律”。对此学界主要存在两种观点：一种观点认为，新增规定主要指法律规则层面的新增，^{〔9〕}即将此处“法律”解释为狭义法律；另一种观点认为，所谓旧法无规定，应作广义理解，指导案例、司法性文件等也应囊括在内^{〔10〕}。笔者认为前者较为合理，后者值得商榷。理由有三：首先，后者之做法并非所谓“广义理解”（扩张解释），而是目的性扩张，因为“指导案例、司法性文件”已然逾出“法律”的字义范围。^{〔11〕}其次，目的性扩张作为制定法内法的续造方法，其运用应以必要为限，即应以制定法确实存在待填补的明显漏洞为前提，而《时间效力规定》第3条本身并无漏洞。^{〔12〕}最后，从体系上看，《时间效力规定》第2条中“当时的法律”前面的谓语是“适用”，《时间效力规定》第3条中“民法典”前的谓语同样是“适用”，基于体系解释，《时间效力规定》第3条中的“法律”应指在民事纠纷案件中能够被适用（作为裁判依据）的规范性法律文件。根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》（以下简称《裁判文书引用规范性法律文件的规定》）第4条、《人民法院民事裁判文书制作规范》第3条第7款第4项可知，民事案件审判中，能够作为裁判依据的只能是法律、法规及司法解释。因此，将《时间效力规定》第3条中“法律”扩张解读为“包括指导案例、司法性文件在内”之做法亦有悖于意义脉络的一致性。

不过，后一种观点也并非无一失，因为它关注到了除法律之外，诸如规章、指导案例、司法性文件、行政规范性文件等当中对当事人权利义务的配置，确实能够在一定的地域范围内使当事人对之产生信赖并形成合理预期，这在对新法溯及适用的正当性予以检验时亦不可忽视。^{〔13〕}诚如某一线法官所述，实践中对于一些涉及新领域的、尚属于立法空白的问题，各级法院通常会以会议纪要等司法文件的方式先行予以规范……这就在实践中产生了大量的实际无法律规定但在处理上仍视为“有法可依”的状况。^{〔14〕}笔者认为，在将《时间效力规定》第3条中“法律”解

〔8〕 最高人民法院在释义文献中亦指出，《时间效力规定》第2条和第3条（不包括第4条）是关于正当溯及既往的一般性规定，对后续部分中的具体规定起到统领作用。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室：《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》时间效力的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2021年第10期。

〔9〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。

〔10〕 参见刘贵祥：《民法典适用的几个重大问题》，载《人民司法》2021年第1期。

〔11〕 通说观点认为，“法律”存在狭义与广义理解，前者指全国人大及其常委会制定的规范性法律文件，后者指狭义法律、法规、规章等正式法源。而在法源划分上，指导案例与法理、道德规范相同，均属于非正式法源。参见张文显：《法理学》，高等教育出版社2018年版，第91页。

〔12〕 下文的论述将表明，《时间效力规定》第3条并无漏洞。通过对该条进行体系解释，可以构建出一套较为周延的“空白溯及”正当性检验体系。具体请见下文详述，此处不赘。

〔13〕 譬如在广州互联网法院审理的某民事案件中，法官依据法不溯及既往原则，认定《关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》（部门规范性文件）对该案不具有约束力。参见广州互联网法院（2020）粤0192民申2号民事裁定书。这说明尽管非法律法规的各类文件（如行政规范性文件）不能作为民事审判的裁判依据，但是只要该文件能够使当事人产生信赖并形成行为预期，那么在不溯及既往层面亦须将该文件考虑在内。类似观点，参见广东省云浮市中级人民法院（2017）粤53民终47号民事判决书。

〔14〕 参见王国庆：《涉家事纠纷民法典适用的时间效力考察》，载《人民法院报》2021年2月26日，第5版。

释为狭义法律后,在对“空白溯及”的正当性进行检验时,应注意两点:第一,应当将“空白溯及”分为“真正的空白溯及”与“不真正的空白溯及”,划分依据是,就新法所规定之事项,在新法施行前,是否存在能够使当事人对之产生信赖并形成合理预期的各类规范性文件,若存在,则是“不真正的空白溯及”,反之则是“真正的空白溯及”。须注意的是,就新法的某一特定条文而言,可能存在两类空白溯及并存的情况,因为前述规范性文件通常具有特定地域性,其仅能在所属辖区内指引人们的行为,因此对于辖区外之地域,仍然构成“真正的空白溯及”。第二,应当重点把握该条中的“可以”二字,利用起草者给法官预留的裁量空间,就“空白溯及”拟定基于利益衡量的正当性检验进路。

三、“改变溯及”正当性的检验进路

《时间效力规定》第2条但书针对“改变溯及”规定了“三个更有利于”的正当性检验标准。在司法适用中,有利溯及的标准需要严格限定,否则会冲击法不溯及既往的基本原则,损及当事人根据旧法所形成的合理预期,破坏社会生活和交易秩序的稳定。^[15]对此,最高人民法院要求各级法院如依据《时间效力规定》第2条溯及适用《民法典》某条文,需履行层报手续,以避免溯及适用认定上的不统一。^[16]鉴于此,以下笔者将首先阐释《时间效力规定》第2条但书中“三个更有利于”的内涵,而后梳理三项子标准间的层次关系,并据此构建有利溯及检验体系,以期提升司法适用中的有利溯及认定上的可预测性与可操作性贡献绵薄之力。

(一)《时间效力规定》第2条但书之解释

1. 更有利于保护民事主体合法权益

就“更有利于保护民事主体合法权益”而言,需讨论两个层次的问题:第一,如何理解“合法权益”;第二,如何判断“更有利于保护”。

就第一个问题而言,首先,“合法”二字意味着可得保护的主体范围须做限定,不法行为实施方、有过错的一方原则上被排除在外。法谚有云,“人不得从其不法行为中获益”,故在有利溯及的认定上,有必要依“有利于受害方”或“不利于过错方”的思路来判断。^[17]其次,“权益”应指依规则对主体权利义务的配置,当事人在规则所设具体情境下的既得权益(旧规下)或可得权益(新规下)。依既得权理论,法不溯及既往旨在保护人们的既得权。萨维尼指出,“既得权”这一概念应从特定主体的法律关系及该主体有能力参与的法律关系的范围来理解,它不是指所有的人或所有阶层的人都具备的抽象权利和资格;^[18]申言之,既得权不同于抽象权利,抽象权利是停留在法律规范层面的“客观权利”,而既得权是抽象权利涵摄于特定法律事实后所产生的归属于特定主体的“主观权利”。单纯的抽象权利不受法不溯及既往原则的保护。^[19]

[15] 参见郭锋、陈龙业、蒋家棣:《〈全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要〉理解与适用》,载《人民司法》2021年第19期。

[16] 参见《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条。

[17] 参见前引[5],熊丙万文。

[18] 参见前引[2],弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书,第152页。

[19] 参见杨登峰:《何为法的溯及既往?在事实或其效果持续过程中法的变更与适用》,载《中外法学》2007年第5期。

就第二个问题而言，在民事法律关系中，主体间往往呈现对弈关系，一方权利的实现有赖于他方义务的履行，权利义务具有相互性，“厚此”可能“薄彼”。是故，在“更有利于保护民事主体合法权益”的判断上，应当限定在对各方当事人均有利，或者至少对一方更加有利的同时不损害其他方利益的情形。^{〔20〕}那么如何考察当事人间利益变动情况呢？笔者认为，此处可采“情境分析法”。因为溯及力制度中待考察之权益具有鲜明的“主观性”，须与新旧规则所设具体情境相结合；^{〔21〕}而“情境分析法”的要旨恰是，避免过于抽象地评判某一规则的优劣，而是立足于规则所设现实情境，具体剖析规则对各方当事人的实际与潜在影响，以此为据评估规则效果。^{〔22〕}此外，鉴于《民法典》采民商合一的立法体例，故对于某些涉商条文，在考察新旧规则下当事人间利益变动情况时，亦可运用法经济学分析方法，通过对新旧规则下交易成本变化之分析，为当事人利益变动的判断提供相应佐证。^{〔23〕}

2. 更有利于维护社会和经济秩序

“社会和经济秩序”属于公共秩序的范畴。笔者认为，此处应对“社会和经济秩序”作目的性扩张，扩张为“公共秩序或善良风俗”。理由有二：

第一，从方法论上看，该漏洞填补方法具有合理性。一方面，就《时间效力规定》第2条但书的规范目的而言，尽管最高人民法院明面上否定善良风俗作为有利溯及的检验标准，但其所附理由恰能反证其本意乃相反论断。^{〔24〕}另一方面，社会主义核心价值观在语义范畴上似覆盖善良风俗，但“通过对社会主义核心价值观进行限缩解释，从中提取出善良风俗”的做法并不妥当，因为这既会引发内在体系被固化的风险，亦会影响社会主义核心价值观在“阐明立法目的”这一核心功能上的发挥。^{〔25〕}

第二，从比较法上看，大量法域肯认以“维护善良风俗”为目标的民法溯及理念。《瑞士民法典》尾章第2条规定：“为善良风俗目的……而作的规定，其效力对所有事实适用。”德国联邦宪法法院在“溯及既往征税案”判决中将“维护较法的安定性更为重要的公共利益（善良风

〔20〕 参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。

〔21〕 我国学者亦认为，关于《民法典》诸多新规的溯及力，有必要具体到相应场景来分析。参见前引〔5〕，熊丙万文。

〔22〕 参见李宇：《债权让与的优先顺序与公示制度》，载《法学研究》2012年第6期。

〔23〕 之所以认为，在涉商条文正当溯及检验上可运用法经济学分析方法，是因为效率既是商法的主要价值追求，亦是法经济学分析方法的根基。故在涉商场合，可将“当事人利益变动”的考察转化为对新旧规则下交易成本变化的分析，而后的判断往往更为直观且具有可操作性。

〔24〕 在相关释义文献中，最高人民法院认为，《时间效力规定》未将公序良俗规定为有利溯及标准的理由有二：第一，公序良俗是民法基本原则，在其他民法基本原则（尤其是诚信原则）未被规定为有利溯及标准时，将公序良俗规定为有利溯及标准欠妥；第二，公序良俗与社会主义核心价值观在内容上存在重叠。参见前引〔8〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室文。上述两点理由中，第一点理由显不充分，因为公序良俗能否作为有利溯及标准，与其他民法基本原则是否被规定为有利溯及标准无必然关联。在有利溯及的判断上，私益与公益的权衡是关键。以公序良俗原则与诚信原则的区分为例，在对公益的影响程度上，背俗行为具有较强的反社会性，通常导致法律行为无效；而背信行为的反社会性弱，通常仅产生限制权利行使或损害赔偿的后果。参见于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期。反言之，允许“更有利于维护善良风俗”的民事法律溯及既往，或将明显促进公益，这很可能会改变对私益与公益权衡时的评价，而其他民法基本原则（如诚信原则）的适用通常不会引致上述结果。第二点理由从社会主义核心价值观涵括善良风俗角度，论证了将善良风俗作为有利溯及标准的冗余，而非不必要。这恰可反证，在“善良风俗能否作为有利溯及标准”这一问题上，最高人民法院的立场是支持的。

〔25〕 下文的论述将表明，“阐明立法目的”是社会主义核心价值观融入司法裁判的核心功能，因此，若对社会主义核心价值观进行限缩解释，从中提取出善良风俗，也就意味着“维护善良风俗”将成为《民法典》所有条文合目的与与否的检验标准，这明显有误。

俗)”作为正当溯及事由。^{〔26〕}在美国法上,法官运用正当程序原则检验法律得否溯及适用时,司法审查的水平是极其谦抑的,如果溯及适用是促进某些公益目的(如维护善良风俗^{〔27〕})实现的合理手段,那么法律的溯及既往将通过正当程序的检验。^{〔28〕}

3. 更有利于弘扬社会主义核心价值观

法体系涵括外在体系与内在体系两个维度,前者指依形式逻辑所建构的抽象概念体系,后者指普遍性法律原则构成的体系。概念法学派极致推崇外在体系的形式理性,其通过对抽象概念的体系建构,试图阻绝法背后价值观念带来的影响。然而这种做法徒劳且不可取。利益法学派认为,用以建构外在体系的概念并非无源之水,它们是立法者在对各方利益精细衡量的基础上,经提炼抽象形成的。^{〔29〕}在此基础上,价值法学派进一步指出,内在体系不仅能够解释论层面引导法官裁判,其在立法论上亦有意义,因为立法者可借助类型、主导思想、须具体化的原则以及具有归原功能的概念来建构内在体系。^{〔30〕}

依具体化程度之别,拉伦茨将内在体系分为数个层次:最高层为“一般法律思想”,其作为主导思想为进一步的具体化工作指明方向;依次向下为若干逐步具体化的法律原则。^{〔31〕}“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》第1条后,其成为《民法典》内在体系之一部。在溯及适用层面,以下问题尚待澄清:第一,社会主义核心价值观在内在体系中位居何种层次,其与同属于内在体系的法不溯及既往原则的关系如何;第二,作为《时间效力规定》第2条但书中除外情形的“更有利于弘扬社会主义核心价值观”应当如何解释。

就上述第一个问题而言,笔者认为,社会主义核心价值观属于内在体系中的“一般法律思想”,其与法不溯及既往原则构成“交互澄清”的关系。一方面,对于社会主义核心价值观的属性,学界存在“公共政策说”^{〔32〕}“道德说”^{〔33〕}“价值说”^{〔34〕}等解读,但这些观点皆存在缺陷:首先,“公共政策说”显不足取,因为《民法典》第10条^{〔35〕}对《民法通则》第6条^{〔36〕}的修改,已明确否定了国家政策的法源地位,这体现了民法从“政策治国”向“依法治国”的转变。其次,“道德说”仅具相对合理性,因为单纯从内容上看,“富强”“民主”等并不属于道德范畴。最后,“价值说”亦显空乏,因为其对于如何融入民法典解释并无直接指导作用,在方法

〔26〕 Vgl. BVerfGE 13, 261 (272); 95, 64 (86 f.). 转引自前引〔5〕, 熊丙万文。

〔27〕 如在 West Coast Hotel Co. v. Parrish 案中,帕里什(Parrish)是旅馆打扫客房的清洁工,由于被实际支付的工资低于华盛顿州新出台的女性最低工资标准,其向州地方法院起诉请求旅馆补足差额。法院认可了前述标准的溯及适用。See West Coast Hotel Co. v. Parrish, 57 S. Ct. 578 (1937). 又如在 Thorpe v. Housing Authority of City of Durham 案中,勒姆市住房管理局在未告知租户理由时将租户逐出,联邦最高法院援引联邦住房与城市发展委员会制定的新法,认定达勒姆市18个月之前逐出租户的命令无效。See Thorpe v. Housing Authority of City of Durham, 89 S. Ct. 518 (1969).

〔28〕 See Jan G. Laitos, Legislative Retroactivity, 52 Wash. U. J. URB. & CONTEMP. L., 81, 112 (1997).

〔29〕 参见〔德〕菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第17-18页。

〔30〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第550页。

〔31〕 参见前引〔30〕,卡尔·拉伦茨书,第594页。

〔32〕 参见孟融:《中国法院如何通过司法裁判执行公共政策——以法院贯彻“社会主义核心价值观”的案例为分析对象》,载《法学评论》2018年第3期。

〔33〕 如学者指出,法治建设与社会主义核心价值观之间的关系……类比成法律与道德之间的关系并无不妥。参见陈金钊:《“社会主义核心价值观”融入法治建设的方法论诠释》,载《当代世界与社会主义》2017年第4期。

〔34〕 参见曾林翊晨:《社会主义核心价值观与法治的融贯性分析》,载《吉首大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

〔35〕 《民法典》第10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,但是不得违背公序良俗。”

〔36〕 《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”

论上并无实益。相较而言，将社会主义核心价值观定性为“一般法律思想”更具合理性，因为诚如前述，社会主义核心价值观的内涵高度抽象凝练，“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》第1条后，其成为《民法典》规范目的之一部，统领整部法典，这与“一般法律思想”的特征及其在内在体系中的主导地位高度契合。另一方面，社会主义核心价值观与法不溯及既往原则构成“交互澄清”的关系。因为内在体系中，上位原则是下位原则的基础，前者为后者指明方向；而上位原则若想被澄清，必须借助于将其具体化的下位原则与具体规则所完成的有意义的联结……这里的运思不是单向的，而始终是双向的。^{〔37〕}在溯及适用层面，所谓“原则与具体规则的联结”即指具体规则溯及既往正当性之检验。因此，在以“更有利于弘扬社会主义核心价值观”作为标准实施上述检验时，应当密切关注二者间的互动关系。

就上述第二个问题而言，笔者认为，应当将“社会主义核心价值观”解释为“与社会主义核心价值观相契合的具体条文之规范目的”。理由如下：

首先，从功能定位上看，社会主义核心价值观承载着“阐明具体条文规范目的”之功能。根据《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《社会主义核心价值观融入裁判文书意见》）第5条可知，当制定法有规定时，社会主义核心价值观的核心功能是阐明规范目的。^{〔38〕}那么在溯及适用问题上，制定法不仅有规定，而且通常有两个规定，即新法与旧法。因此，判断某个条文的新法能否溯及适用，在社会主义核心价值观层面，很大程度上乃判断新旧两个条文，何者更助于实现其契合社会主义核心价值观的规范目的。

其次，从方法论上看，规范目的充当着“社会主义核心价值观”与“具体规则正当溯及检验”间纽带之角色，为二者间的“交互澄清”构建桥梁。社会主义核心价值观作为位居内在体系最高层的“一般法律思想”，其本身内涵高度凝练抽象，无法直接作为具体规则得否溯及适用的检验基准，而若对其进行某种限缩亦可能引发内在体系被固化的风险，但是《社会主义核心价值观融入裁判文书意见》第5条将其核心功能明确为“阐明立法目的”后，其便能通过“先行阐明具体条文的规范目的，而后以该规范目的为标尺检验新法得否溯及既往”这一进路，发挥其作为检验标准的作用。事实上，“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》第1条后，其成为《民法典》规范目的之一部，这是一般条款；而社会主义核心价值观被置于《民法典》具体章节考察时，其应有特殊面向，即具体章节自身的契合社会主义核心价值观的规范目的。

再次，从司法实践角度看，实务中以规范目的作为标尺检验民事法律于个案中能否溯及适用的裁判不在少数。譬如某法院法官在评析其审判的某收养纠纷案时指出，依法不溯及既往原则，本案发生于1998年《收养法》修订前，似应适用1991年《收养法》认定收养行为无效，但《收养法》的立法目的乃规范收养行为……维护家庭及身份关系的稳定等。故本案中，如果法院不考

〔37〕 参见前引〔30〕卡尔·拉伦茨书，第595页。

〔38〕 《社会主义核心价值观融入裁判文书意见》第5条规定：“有规范性法律文件作为裁判依据的，法官应当结合案情，先行释明规范性法律文件的相关规定，再结合法律原意，运用社会主义核心价值观进一步明晰法律内涵、阐明立法目的、论述裁判理由。”就社会主义核心价值观融入裁判文书的功能而言，上述规定列举了三项：明晰法律内涵、阐明立法目的、论述裁判理由。笔者认为，“阐明立法目的”为核心功能，因为若是另外两项功能得以发挥的前提和基础，唯有参透特定条文的规范目的，才能明晰其内涵并进行裁判说理。以作为明晰法律内涵手段的法律解释方法为例，目的解释在法律解释方法中居于核心地位。从本质上看，其他传统法律解释方法——文义解释、体系解释、历史解释等，均根植于对立法目的之探求，唯角度有别耳。诚如耶林所述，目的是所有法律的创造者。故解释法律，必先洞悉其所欲实现之目的。

虑这些因素,机械适用旧法认定收养行为无效,……显然有悖于收养法的立法目的。〔39〕

最后,从比较法角度看,美国司法实践中法官在运用正当程序原则检验溯及适用正当性时,规范目的发挥着举足轻重的作用。格林布拉特(Greenblatt)教授认为,在所有正当程序审查中,法院必须首先判断立法目标是否合理。如果法院认为这些目标是合理的(毫无疑问它几乎总是这样认为的),则法院必须根据对因溯及既往致所涉利益的破坏与实现法律规范目的之间的权衡来判定溯及既往型法律是否符合正当程序。〔40〕在Kopec v. City of Elmhurst案中,法院更是直截了当地指出,只要法的溯及适用与正当的立法目的合理相关,正当程序的约束就得到了践行。〔41〕

(二)“改变溯及”正当性检验的层次结构

经过法律解释及漏洞填补,有利溯及标准重塑为:无损一方利益前提下提升他方利益、更有利于维护公序良俗、更有利于实现与社会主义核心价值观相契合的规范目的。不难发觉,上述三项子标准分别从当事人利益、社会公共利益与制度利益〔42〕维度,为正当溯及之检验构建了全面系统的利益衡量体系。笔者认为,在运用上述体系对具体条文溯及适用的正当性进行检验时,应当注意以下三点:

第一,关于检验顺序。首先,当事人利益维度应作为检验之起点,因为溯及适用被谴责的根本原因是其侵犯人们的自由并可能损及其预期收益,而倘若“改变溯及”能够在当事人间实现“无损一方利益的同时增加他方利益”,则在此维度上自无被责难之虞。然而,这并不意味着“改变溯及”已然具备正当性,因为当事人间订立的甚至能实现个体效用最大化的合同有时未必会改进社会效率〔43〕或增进社会福祉,〔44〕故在此维度后,社会公共利益、制度利益这两维度之检视仍显必要。那么如何判断制度利益值得维护呢?笔者认为,应以社会公共利益为指引。因为对于既存的法律制度,不论是对其进行价值评判,抑或是提出改进意见,均须以人民大众的利益与需要作为出发点。〔45〕这里“人民大众的利益与需要”并非纯主观的产物,而是导源于特定时代的物质生活条件,置于我国当下,可表述为“顺应中国特色社会主义之发展”,〔46〕判断基准乃社会主义核心价值观。这也恰好印证了笔者在前文所提出的“契合社会主义核心价值观的规范目的”。

第二,如果出现当事人利益维度与社会公共利益、制度利益维度的检验结果相左之情形,则意味着私益与公益产生冲突,具体包括两类情形:一是私益增加,公益减损;二是私益减损,公

〔39〕 参见刘碧波、刘昌海:《亲子关系认定与收养行为的效力审查》,载《人民司法》2019年第14期。相关裁判,参见江苏省南通市(2017)苏06民终1496号民事判决书。

〔40〕 See Ray H. Greenblatt, Judicial Limitations on Retroactive Civil Legislation, 51 *Nw.U.L.Rev.*, 540, 554 (1956-1957).

〔41〕 See *Kopec v. City of Elmhurst*, 193 F.3d 894, 903 (7th Cir. 1999).

〔42〕 在利益衡量体系中,“规范目的的实现程度”应纳入制度利益的范畴,二者是一体两面的关系。参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,载《中国法学》2012年第4期。

〔43〕 See Barbara Ann White, Coase and the Courts: Economics for the Common Man, 72 *Iowal.Rev.*, 577, 593 (1987).

〔44〕 譬如,双方就排污订立合同,一方承诺支付更多的排污费以换取他方容忍其排放更多污水。这在当事人之间可能实现“利益共赢”,但对于社会并无益处。See Richard Craswell, In That Case, What Is the Question-Economics and the Demands of Contract Theory, 112 *Yale L.J.*, 903, 909 (2003). 我国司法实践中亦有观点认为,法官不能仅凭“新法能够更好地保护民事主体合法权益”而于个案中赋予新法溯及力。参见徐万鑫、郑智杨:《未经登记的农村房产的有效转让和善意取得》,载《人民司法》2010年第12期。

〔45〕 参见梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开》,载《法学研究》2002年第1期。

〔46〕 《民法典》第1条亦将“适应中国特色社会主义发展要求”写入立法目的。

益增加。前一种情形判断较易，因为法以不溯及既往为原则，对于当事人来说“溯及适用导致私益增加”在某种程度上是“意外之喜”，当事人对此不会产生任何预期；又因为该情形损及公益，故于此场合应认定“不得溯及”。后一种情形判断相对较难，笔者认为，此处应引入比例原则，权衡以“溯及适用”作为手段与“实现公益”目的间是否合比例。因为溯及适用侵犯人们的自由，而自由是“任何恰当底线的核心内容”^{〔47〕}，上述侵犯属于公权力对私益的干预，应受作为公法上“帝王条款”的比例原则^{〔48〕}之审查。正如德沃金所述，一个负责任的政府必须准备证明它所做的任何事情的正当性，特别是当它限制公民自由时。^{〔49〕}比例原则的审查基准包括宽松审查、中度审查与严格审查三类，其严苛程度逐类递增。^{〔50〕}在对具体条文的溯及适用进行合比例性审查时，法官应根据公益属性选择相应的审查基准。一般而言，公共利益的保护越迫切，就越应受到相对宽松的审查。^{〔51〕}

第三，如果出现社会公共利益维度与制度利益维度检验结果相左之情形，^{〔52〕}此时亦需分两种情况讨论：一是更有利于实现规范目的，但损及公序良俗；二是更有利于维护公序良俗，但不利于实现规范目的。前一种情形判断较易，因为《民法典》第8条规定了公序良俗原则，第153条第2款规定背俗法律行为无效，这就已然体现了立法者的价值判断，即“不得违背公序良俗”是民事主体从事民事活动时不可逾越的底线，故于此场合应认定“不得溯及”。后一种情形判断较难，笔者认为，此处可借鉴阿列克西提出的原则重力公式理论，^{〔53〕}对“维护公序良俗”与“实现规范目的”的抽象重力进行权衡；申言之，若规范目的受损害程度愈高，则公序良俗被维护的重要性就必须愈大。^{〔54〕}

综上，“改变溯及”正当性检验的层次结构如图1所示：

四、“空白溯及”正当性的检验进路

（一）《时间效力规定》第3条之解释

1. “可以适用”中“可以”的理解

就《时间效力规定》第3条中“可以”的理解而言，有学者认为，“可以适用”仅仅意味着

〔47〕〔美〕罗纳德·德沃金：《至上的美德：平等的理论与实践》，冯克利译，江苏人民出版社2012年版，第151页。

〔48〕参加蒋红珍：《比例原则位阶秩序的司法适用》，载《法学研究》2020年第4期。还有学者称比例原则为“终极法治”。See Bernhard Schlink, Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here, 22 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 291, 302 (2012).

〔49〕参见〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第255页。

〔50〕在宽松审查中，法官作出合比例性推定，只要不存在明显不合比例的情形，即认为争讼行为符合比例原则；在中度审查中，法官对合比例性持保留态度；在严格审查中，法官作出不合比例性的推定。参见刘权：《比例原则审查基准的构建与适用》，载《现代法学》2021年第1期。

〔51〕参见前引〔50〕，刘权文。

〔52〕需说明的是，尽管作为检验基准的规范目的已通过社会主义核心价值观的检视，但此处仍有可能出现制度利益维度与社会公共利益维度检验结果不一致的情形。原因是：作为社会公共利益维度检验基准的是公序良俗，公序良俗并不等同于社会主义核心价值观，前者较后者外延明显更小。这就意味着，此处作为检验基准的规范目的与公序良俗间亦可能呈互斥关系。

〔53〕需说明的是，阿列克西提出的重力公式理论通常仅适用于原则间抽象重力的比较。但由于此处不论是“维护公序良俗”，抑或是“实现规范目的”，本质上皆属法的内在体系（原则）的范畴，故此处可得参鉴。

〔54〕重力公式的原本表述是：一个原则的不满足程度或受损害程度越高，另一个原则被满足的重要性就必须越大。参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第150页。

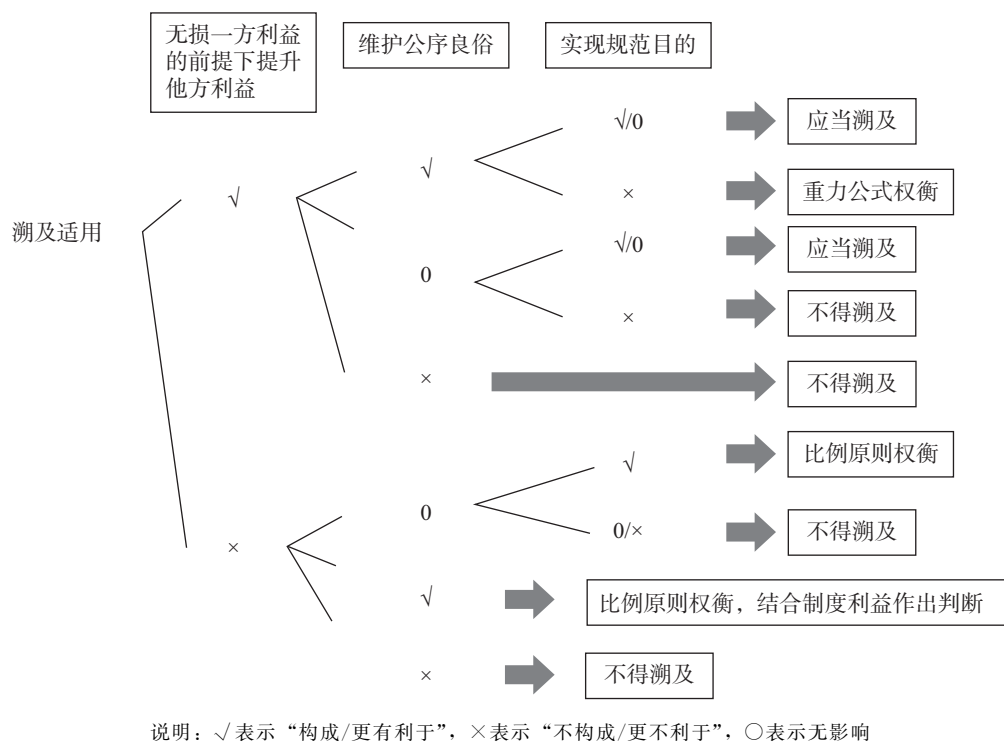


图1 有利溯及检验体系

不是必须适用，原因在于该条但书中还有三个例外；而不适用之处也仅限于这三个例外，不再扩展。^{〔55〕}笔者认为该观点值得商榷。理由有三：

第一，从方法论上看，该解释方案有欠合理。首先，意义脉络是理解法条中语词的重要依据。从语言表述的逻辑上看，该条前半句与但书条款构成原则与例外的关系，前半句中“可以适用”之措辞，表明在原则层面法官握有裁量是否适用“空白溯及”的弹性空间，而当但书情形出现时，“空白溯及”便不得被采，但这并不意味着不适用之情形仅限于但书所列的三处例外。质言之，该解释方案所对应的文本表述结构是“应当……但是”，而这与《时间效力规定》第3条“可以……但是”的表述结构截然不同。退一步讲，即使认可前述观点，认为此处“可以”之措辞仅系呼应但书条款中“不予适用”的例外情形，但问题是，在最高人民法院此前发布的众多涉及“法的时间效力”的司法文件中，就“空白溯及”的规定而言，当采“可以适用”^{〔56〕}或“可以作为裁判依据”^{〔57〕}之类表述时，其后并无例外性规定，何来“呼应”一说？因此，不论从体

〔55〕 参见于飞：《“民法典时间效力规定”第三条评析——以“可以适用”为中心》，载《人民法院报》2021年1月3日，第2版。

〔56〕 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）》第1条规定：“……合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的，除本解释另有规定的以外，适用当时的法律规定，当时没有法律规定的，可以适用合同法的有关规定。”

〔57〕 如《全国法院民商事审判工作会议纪要》第4条规定：“……例如，对于虚伪意思表示、第三人实施欺诈行为，合同法均无规定，发生纠纷后，基于‘法官不得拒绝裁判’规则，可以将民法总则的相关规定作为裁判依据。又如，民法总则施行前成立的合同，根据当时的法律应当认定无效，而根据民法总则应当认定有效或者可撤销的，应当适用民法总则的规定。”该条中，最高人民法院就空白溯及与改变溯及分别举例时，对于前者采用了“可以作为裁判依据”的表述，而对于后者在符合有利溯及标准时采用了“应当适用”的表述，可见，最高人民法院在起草条文时，对于“可以”与“应当”这两种措辞的拿捏颇有讲究。

系解释角度，抑或历史解释角度，上述解释方案均有欠妥当。

第二，从规范效果角度看，该解释方案下“空白溯及”的正当性检验采“二分法”，即以是否存在《时间效力规定》第3条但书所规定之例外情形为分界，若存在，则不得溯及；反之则应当溯及。这种做法明显过于武断。因为正当溯及之判断本质上是一个利益权衡问题，涉及对当事人利益、制度利益与社会公共利益的精细衡量，而《时间效力规定》第3条但书所列举的三类例外情形均仅系从当事人利益角度考察。“二分法”的分析框架下，制度利益、社会公共利益的应有权衡被堂而皇之地忽视，据此得出结论的可靠性颇值怀疑。

第三，从司法实践角度看，诚如前文所述，在“不真正的空白溯及”场合，尽管先前并无狭义法律的规定，但是相关文件（如会议纪要）对当事人的权利义务作出了相应配置，这就在一定地域范围内使人们形成了相应预期。^{〔58〕}因此，可以合理推断，起草者在《时间效力规定》第3条中采用“可以”表述的重要意图是：由于实践中能够在事实上使人们形成合理预期的各类文件纷繁，且时常因时因地而异，《时间效力规定》第3条对此不便细化展开，因而规定“可以适用”，希冀法官于具体个案中合理裁量是否溯及，以实现个案正义。

2. 《时间效力规定》第3条但书之解释

《时间效力规定》第3条但书规定了空白溯及的三类除外情形，即明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务、背离当事人合理预期。笔者认为，应当将上述三类情形作为一个整体，置于有利溯及检验体系中考察。理由有二：

第一，有利溯及检验体系对“空白溯及”正当性检验具有当然影响。前已述及，溯及既往被责难的根源在于其对人们预期的破坏，而相较于“改变溯及”，“空白溯及”对人们预期的损害（如有）通常更低。当符合有利溯及标准时，“改变溯及”具有正当性；举重以明轻，若“空白溯及”能够通过有利溯及标准之检验，其正当性自不待言。

第二，应当将《时间效力规定》第3条但书所列三类情形作为一个整体，置于有利溯及检验体系中当事人利益维度考察。首先，“减损当事人合法权益”与“增加当事人法定义务”，虽然一正一反，但却是同理的两种情况。^{〔59〕}其次，前述两类情形与“背离当事人合理预期”构成由表及里的关系：一方面，此处“合理预期”应作限缩解释，解释为“不必担心遭受不利后果之预期”，因为假如“空白溯及”在当事人间实现“无损一方利益的同时提升他方利益”的结果，给当事人带来“意外之喜”，那么此虽超出当事人之预期，但在当事人利益维度其无疑具备正当性；另一方面，前述两类情形恰是“不必担心遭受不利后果之预期”中“不利后果”的具体表现。故《时间效力规定》第3条但书所列三类情形应作为一个整体对待。最后，为避免重复检验，应将前述整体置于有利溯及检验体系中当事人利益维度考察。

（二）“空白溯及”正当性检验的层次结构

首先，“空白溯及”正当性检验可直接适用有利溯及检验体系。因为一方面，在“不真正的空白溯及”场合，当事人对既有相关文件产生信赖并形成相应预期，故在本质上此情形与“改变溯及”并无二致；另一方面，“真正的空白溯及”尽管不存在与新法相对应之旧法规定，但仍然

〔58〕 参见前引〔14〕，王国庆文。

〔59〕 参见前引〔55〕，于飞文。

可以通过对“溯及适用新法/完全空白”这两种情况下各维度利益的权衡比较得出相应结论。

其次,尽管可直接适用有利溯及检验体系,但须注意,当出现“私益与公益发生冲突”之情形,需借助比例原则进行权衡时,应倾向于选择较为宽松的审查基准。原因是:“空白溯及”(尤其是“真正的空白溯及”)对当事人预期的破坏程度通常低于“改变溯及”,故于此场合对当事人利益的保护可适度放宽,这也正是起草者在《时间效力规定》第3条但书中“减损当事人合法权益”之前添加“明显”二字的用意所在。

五、结 语

在《民法典》及相关司法解释的新旧衔接适用问题上,必须从严把握溯及适用《民法典》规定的情形,确保法律适用统一。^[60]《时间效力规定》第二部分仅就《民法典》中少量条文的溯及适用作出具体规定,至于其余大量条文得否溯及适用,仍须以《时间效力规定》第一部分(一般规定)为据加以判断。正当溯及检验层面《民法典》溯及适用的类型涵括“改变溯及”与“空白溯及”两类,基于对《时间效力规定》第2条但书与第3条之解释,本文提出《民法典》正当溯及既往的检验进路,以期抛砖引玉之同时,为司法适用提供有益参考,服务于司法实践。

Abstract: In the aspect of retrospective legitimacy test, retrospective application of Civil Code includes two categories, which are change retrospective and blank retrospective. As far as change retroactivity is concerned, the criterion of justification is favorable retroactivity. Based on the interpretation of the proviso of Article 2 of the Provisions on the Validity of Time, the retroactive standard is reconstructed as: to promote the interests of other parties without harming the interests of one party, to be more conducive to maintaining public order and good customs, and to achieve the normative purpose consistent with the socialist core values. Based on this, a favorable traceability test system can be constructed. In terms of blank retroactivity, its legitimacy test can be directly applied to the favorable retroactivity test system, but when there is a conflict between private interests and public interests, it is necessary to use the principle of proportionality to weigh, and we should tend to choose a more relaxed standard of review.

Key Words: civil code, inspection of proper retroactive application, changing retroactive application, blank retroactive application, proportionality

(责任编辑:武 腾 赵建蕊)

[60] 参见《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条。