

# 有利法律溯及原则及其适用中的若干问题

胡建森,杨登峰

(浙江大学法学院,杭州 310028)

**摘要:**“法不溯及既往”是世界上通用的一项法律适用原则,但与此并存的一种做法同样具有普遍性:当新法的适用对公民更为有利时,它也可溯及既往。后者被称作“有利法律溯及既往”原则。这一原则显然是对传统的“法不溯及既往”原则的背离。但它的适用不影响人们的信赖利益,并且是前一原则的例外和补充,而不是取代。不过,有利法律的溯及力须由立法机关来决定,只有在法律明文规定溯及的前提下,才可以溯及适用。按照我国《立法法》第84条的规定,可溯及的法律应为更为有利的新法,故适用时必须明确何为新法和有利的法律。《立法法》关于有利溯及的规定容易引起歧义,有必要做适当修改。

**关键词:**有利溯及;适用前提;有利确认

**中图分类号:**DF01 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2006)06-0084-09

## 一、问题的提出和意义

“法不溯及既往”,系指新的法律不得适用于其施行前发生的行为与事项,是世界上通用的一项法律适用原则。它是民众信赖利益的保证,故被视作依法治国所要求的一项法则。但是,与世界上大多数国家一样,“法不溯及既往”原则只是作为一种法律适用原则,而不是作为立法原则而存在。就是说,不是立法者在所制定的新法本身中不得规定本身的往前溯及力,而是执法者在执法中不得用新法去处理以前的事项。《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第84条将此原则规定在“适用与备案”一章,而不是“总则”中,足见一端。

但是,“法不溯及既往”不是一项绝对原则,它常被在一定条件下“法可溯及既往”原则所补充。我国《立法法》在同一个条文中规定了这两项原则。《立法法》第84条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”“法可溯及既往”的涵义正好与“法不溯及既往”相反,系指新的法

律在一定条件下可以作为处理以前事项的依据。

至于法律溯及既往的形态,按其效果,可分为“不利溯及”和“有利溯及”两类。“不利”和“有利”的区别并非法律规范是否赋予权利或施加义务,而是对新、旧法律效果的比较。如果变更后的新法溯及既往会减少甚至剥夺公民、法人或者其他组织依据旧法取得的权利和利益,或者施加新的义务和责任,则为“不利溯及”;如果新法溯及既往会赋予公民、法人或者其他组织的权利和利益,或者减少、免除他们已承担的义务和责任,则为“有利溯及”。<sup>[1]159</sup>

“不利溯及”不但会损害人们的信赖利益,而且会严重挫伤人们对于法律的信仰,所以为法治社会所不许;但“有利溯及”,则无上述之虞。因此,不溯及既往原则作为源于信赖利益保护原则的制度,只限制“不利溯及”,不限制“有利溯及”。

我国关于不溯及既往原则的规定基本体现了这一思想。《立法法》第84条“但书”就规定的是有利法律溯及原则。

《立法法》的规定无疑是法制史上迈出的重要一步。尽管在西方,不溯及既往原则是纵贯古今的法则,但在我国历史上,除了汉、元两代曾经推

收稿日期:2006-08-22

作者简介:胡建森(1957—),男,浙江省慈溪人,浙江大学法学院教授,法学博士。

2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过,自2000年7月1日起施行。

行不溯及既往原则外,其他历朝历代一直溯及地适用法律。即使在西方法文化引入我国之后,这一情况也未见好转。直至1979年,我国刑法才规定了“从旧从轻”的适用原则。在宪法性法律文件中规定此原则,《立法法》还是第一次。因此,认真贯彻实施不溯及既往原则具有非常重要的意义。但是,要准确适用《立法法》第84条的规定还有诸多疑问:

——如何理解条文中的“特别规定”?

——“但书”条款的效力范围有多大?

——如何认定“新法”与“旧法”?

——如何把握“有利”及有利的程度?

上述问题涉及到有利法律规范溯及适用的前提、范围和构成。要正确实施《立法法》第84条,这些问题就必须得到解决。

## 二、有利法律溯及适用的前提

对于问题的讨论得从《立法法》第84条“但书”部分开始。“但书”规定:“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”细加思索,就会发现,条文中的“特别规定”存有歧义:它究竟是指“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益”“特别规定”溯及既往呢,还是指“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的”“规定”有“特别”之处?

按照第一种解释,有利法律溯及既往必须以法律明确规定为前提;按照第二种解释,只要新法是一个更为有利的特别规定就可以溯及适用。分歧的焦点是:当新法对当事人更为有利而立法者没有明示溯及既往时,执法者可否自觉地溯及适用?这个问题决定着有利法律溯及适用的前提,必须首先予以讨论。

有一点理由使我们“倾向于”作第一种解释。《立法法》草案的原初规定是:“但适用法律规定对公民、法人或其他组织更为有利时除外”。这一表

述,完全是第二种解释的版本,即“只要新法更为有利,就可以溯及既往”。但在审议时,有“代表提出,对一方有利,对另一方或者国家、社会和集体不利,法律不能只保护某一方当事人的利益,所以,《立法法》后来改为现行的规定”<sup>[12]204</sup>。这似乎是对第二种解释的否定。但是对第二种解释的否定未必就是对第一种解释的肯定。由此确定这一改动改变了有利法律溯及适用的前提,理由尚不充分。看来,通过文义解释和历史解释的方法还不能求得问题的答案,只能从有利法律溯及既往的性质本身入手,并参考国外通行的做法加以求证。

### (一) 有利溯及的裁量属于公益衡量

不容置疑的是,一切法律都以公共利益而非私人利益为目的,举凡法律的正当性和权威性都以追求公共利益为前提。既然如此,则旧法代表的是旧的公共利益,新法代表的是新的公共利益;赋予法律溯及既往的效力,实际上就是用新法所代表的新公共利益代替旧法所代表的旧公共利益。因此,法律溯及既往的裁量过程本质上是新旧公共利益的衡量过程。

固然,“有利溯及”与“不利溯及”有所不同:“不利溯及”是出于新的国家利益的考虑追溯地减少、剥夺公众既得的权利和利益,或施加新的义务和责任,而“有利溯及”是基于新的政策考虑,追溯地赋予公众在旧法秩序下不曾取得的权利和利益,或减轻义务和责任;前者是牺牲公众利益以实现国家利益,后者则有可能是牺牲国家利益以增进公众利益。不论是国家利益还是公众利益,都属于公共利益。因此,“有利溯及”和“不利溯及”之间的差别并不影响“有利溯及”的本质属性,有利法律是否溯及的裁量依然是新旧公益的衡量。

### (二) 公共利益的不确定性

正是由于有利法律溯及的裁量属于公益衡量,才显得格外复杂。因为,公共利益是一个典型的不确定法律概念,不论是对其进行确认还是衡

参见张晋藩总主编《中国法制通史》第二卷第505页、第五卷第524页、第八卷第206页,法律出版社1999年1月版。

1928年3月9日国民党政府颁布的《暂行反革命治罪法》第13条、同年3月10日公布的《中华民国刑法》第2条规定的是“从新从轻”的适用原则。直至2005年台湾地区才将刑法“从新从轻”的溯及适用原则修改为“从旧从轻”的不溯及适用原则。

量,都比较困难。

公益衡量的第一个难点在于“利益”判断的不确定。利益,从性质看,本身就是一个价值判断性概念。它同时具有客观性、主观性和环境性(或者社会性)三个特征。所谓客观性,即客体对主体的意义是真实存在的,是客观的,是不以人的意志为转移的。所谓主体性,即利益离不开主体对客体的认知,是被主体所肯定的积极价值,它和主体的价值(感觉)、兴趣密切相关。所谓环境性,指客体对于主体的意义并非一成不变,而是为特定时空的社会客观事实、人们的好恶感觉及价值观念所左右,是弹性的、浮动的,无法以一贯之地予以测定。<sup>[3]119-20</sup>这样,客观利益与主观利益往往不统一:一方面,客观存在的利益不一定为主体所认知;另一方面,此认知主体认为利益的彼认知主体可能认为不利益,彼时认为利益的此时可能认为不利益。

公益衡量的第二个难点在于“公共”概念的不确定。公共概念有两个特征:一是“公共性”,也就是开放性,任何人都可以接近,不封闭也不专为某些个人所保留;二是“国家或社会目的性”,指由国家或地方自治团体等所设立、维持的设施所掌握的职务,这种国家设施的存在及所为以公共事务为目的。前者是公共概念在量上的特征,后者是在质上的特征。<sup>[4]185-186</sup>这两个特征造就了“公共”概念难以把握的必然宿命。

正因为公共利益是一个典型的不确定概念,这个概念也就成为一个最容易被滥用、盗用的概念。

### (三) 立法机关衡量公益的必要性

公共利益概念的上述特征引出两个问题:谁来主张公共利益?谁来判断公共利益?

根据公共选择的理论,每个人都是理性的、经济的算计者,因此,任何人对能够给自己带来好处的利益会积极主张,据理力争。但是,对个人之外的大多数人的利益,如果与个人无关,甚至有害于个人,不仅不会主张,甚至会反对。即使个人可能

从中受惠,基于成本的算计,也会产生“搭便车”的想法,等着其他的受益人去主张。因此,对于大多数人的公共利益,容易出现主张者缺位的问题。即便是个人乐于主张和判断公共利益,也存在以个人利益“假冒”公共利益的潜在危险。

既然个人不足以堪当此任,就只能寄望于公权力机关。公权力机关可分为立法、行政和司法三类。根据现代民主政治理论,立法机关应该是最理想的公益衡量机关。立法机关一般为国家的代议机关,由全国普选产生的代表组成。代表选举遵循普遍、平等、直接的原则,按地域、人口划分选区,具有广泛的代表性。它通过开会来行使权力、开展活动,有着严格、开放、公开的议决程序。所以,代议机关能够代表、反应公共利益,对公共利益作出客观公允的评价。

相比之下,不论行政机关还是司法机关,都不具有代议机关的民主特征。虽然这两个机关在法律适用过程中也进行利益衡量,但它们从事的利益衡量只能是补充性、被动性和个案性的。它们不是社会利益的规划者、设计者,本身只负有裁决利益纠纷的责任,不适合对新旧法代表的公益进行一般性衡量。

总之,新旧法律更替所反映的新旧公益的衡量问题,必须由立法者来完成;不论是对公益有利还是对私益有利,同样是立法者必须承担的责任。

### (四) 溯及力不明时的通行处理规则

既然溯及力应由立法机关来决定,则法律的溯及力只能来自法律的规定。依然存在的问题是,如果法律对溯及力的规定有所含糊,法律适用者应做如何处理?这是解决有利法律溯及适用的前提仍然需要回答的问题。对此,西方国家一般遵循不溯及推定原则,可资借鉴。

所谓“不溯及推定”,即对法律的溯及力有疑时,推定为不溯及。这一原则始于19世纪初,至今被英、美、法、德等国所遵循。正如现代德国学者Enne-Ccerus所言,当法律的溯及力“有疑时,推定一切法规只规定将来事实,不溯及既往。”<sup>[5]114</sup>

参见美国1806年的United States v. Heth案和1994年的Landgraf v. USI Film Products, 511 U. S. 244 (1994)案,英国1892年的Lauri v. Renad案,另参见[法]雅克·盖斯但丁、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏、张丽娟等译,法律出版社2004年版,第318页。

既然法律的溯及力须来自法律的明确规定,则不溯及推定原则就在情理之中。两大法系共同遵守这一原则的事实,反过来从实证的角度证明了上述论证的正确性。因此,对于法律适用机关而言,不论法律对当事人有利还是不利,只有在立法机关明确规定溯及既往时才能溯及适用。

### 三、有利法律溯及原则的效力范围

上一题的讨论说明,按照《立法法》第84条的规定,法律溯及既往必须满足两个条件:第一,新法比旧法更为有利;第二,法律明确规定溯及既往。现在的问题是,是否所有的法律溯及既往都需要满足这两个条件?在满足这两个条件时,是否存在其他例外情形?换句话说,是不是有些法律即便不具备这两个条件也可以溯及适用,而有些情况下,即便是具备也不得溯及适用?这两个问题决定着有利法律溯及原则的效力范围。

在性质上,法不溯及既往原则和有利法律溯及原则都属于“法律适用法”,而不是“法律立法法”。作为“法律适用法”,它们的适用对象是法律规则,而不是生活事实。所以,有利法律溯及原则的效力范围主要解决对哪些法律规则、在什么条件下具有效力的问题。不过,国内的立法例和理论研究都极少,故先得寻求解决问题的方法。

好在,有利法律溯及原则不是一个“孤立”的原则。从是否“溯及”的角度看,它与法不溯及既往原则相对立;从是否“有利”的角度看,它与“不利溯及”相对立。由于“对立”中必然涵盖着“统一”,只要发现二者之间的统一性,问题就解决了多半。

具体而言,有利法律溯及原则是法不溯及原则的例外和补充,二者在本质上是特殊与一般的关系。从这个角度看,一般规则的适用的范围必然包容特殊规则的适用范围。进而言之,如果我们厘清了不溯及既往原则适用的范围或不适用的范围,也就初步厘清了有利法律溯及原则的适用范围,只是在这个范围内进一步设定条件加以限制罢了。

另外,“有利溯及”与“不利溯及”同属于法律溯及的两种形态,虽然二者有“有利”与“不利”之分,但在时间的追溯性上是相同的。限制“不利溯及”的因素有多种,有些因素与是否“不利”没有关系,则这些因素对于“有利溯及”应该同样具有约束力。

如此一来,我们可以“搭乘”法不溯及既往原则和“不利溯及”理论研究和实践的“便车”,来解决有利法律溯及原则的效力范围问题。目前国内外对这一问题的讨论,主要集中在程序法、解释类法律、“限时法”和判决既判力等几个方面,下面逐一加以分析:

#### (一) 程序法的排除

不溯及既往原则并非放之四海皆准的真理。如果把法律分为实体法和程序法,则实体法遵循的是不溯及既往原则,而程序法遵循的是溯及既往原则,即所谓“实体从旧,程序从新”。这是因为,不溯及既往原则源于信赖利益保护原则,而信赖利益一般是基于实体法形成的。实体法创造、确定和规范权利(力)和义务,而程序法不创造新的权利和义务,只是提供法律救济和实现权利的方法和途径。<sup>[6]1940</sup>因而,实体法溯及既往会影响法的安定性和人民对于旧法的信赖利益,而程序法溯及既往反而可能有助于新法迅速妥适地适用。

“程序从新”是大陆法系和普通法系公认的法则,不论是在刑事法律领域还是在民事、行政法领域。就我国而言,“程序从新”也是台湾地区和大陆法律界的共同见解。如台湾“行政院”暨所属各级行政机关诉愿审议委员会审议规则第五条规定:“诉愿事件如遇法规变更,除法规另有规定外,以程序从新实体从旧为审查之基准。”我国大陆的法律虽无明确的“程序从新”的规定,但最高人民法院在有关司法解释中贯彻了这一原则。

可见,程序法溯及既往作为原则是国内外法律界的共识。

#### (二) 解释类法律的排除

除了程序法外,还有三种法律也遵循溯及既往的原则:

参见《关于适用法发[1996]28号司法解释问题的批复》、《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)。

第一,解释规范。“当一项法律只是为了‘明确和解释已存在法律文件中含糊不清和有争议的含义’时,该法律就是解释性法律。”解释法律是对被解释法律内含义的澄清,原则上反对借解释之名行修改法律之实,所以“其效力上溯至他所解释之法律生效之日。”<sup>[7]322</sup>

第二,校正规范。当一项法律制订后,发现有某些必须纠正的瑕疵,立法机关为校正这些瑕疵而作的规定,属于校正规范。在理论上,这类法律与立法者本应公布的规则一样,它们不过是恢复了法律的“正态”。所以,这类法律溯及既往是可以接受的。

第三,补充规范。所谓补充规范,指旧法因特定理由被撤销,为填补被撤销法律所遗留下来的法律漏洞制订的法律。这类法律是对旧法的补充,属于旧法的一部分,应当与被补充法律的精神、原则相吻合,回溯地与被补充法律同步生效也在情理之中。补充性法律规范溯及既往也是大陆法系和普通法系普遍认可的规则。<sup>[4]563</sup>

### (三) 限时法对有利法律溯及的限制

所谓限时法,系指规定有失效日期的法律。限时法有广、狭义之分。狭义的限时法单指规定了生效和废止期间的法。广义的限时法包括临时法,临时法指对有效期限规定比较模糊,但从法律性质看,是处理临时事态的法律。相对于一般法,限时法是一种特殊的特别法。

限时法及其溯及力问题在国外法学界多有讨论。我国过去很少有此类立法,因而几乎无人过问。但是,2003年抗击非典期间,我国也出现了一些限时性立法。如《长春市防治非典型肺炎暂行规定》第25条规定:“本规定自公布之日起施行,疫情得到控制后,即行废止。”此类法律文件应属典型的限时法。

限时法是特别时期为解决特殊问题制订的法律文件,一般会对常态下的法律效果作较大的变更,或者加重义务和责任,或者给予特别优惠。限时法期限届满或者临时事态结束,限时法废止。

问题是,限时法废止后,如果新法更为有利,是否可适用于限时期间发生的尚未处理的行为?

既然是限时法,人们对限时法的废止日期就有明确的预期。如果允许溯及适用新法,则随着失效日期的临近或者临时事态的转变,适用的可能性就会失去,限时法作为法律的意义就会丧失。因此,即便在限时法失效后,对该期间发生的行为也应当按照限时法处理。

### (四) 裁决的既判力对有利法律溯及的限制

前面的讨论,仅涉及行为发生后法律发生有利变化,裁判时如何适用法律的问题,但没有考虑法律发生有利变化时,是否可以溯及地变更或撤销已经生效的判决。如果溯及地变更、撤销生效判决,则与司法判决的既判力相冲突,不仅动摇判决的安定性,还会影响司法的权威。但是如果溯及适用,一方面不利于更好地保护人民的利益,另一方面诉讼的迟早在案件中发挥了重要的作用,有违平等原则。因此,如何处理法律规范的溯及力和既判力之间的矛盾,成为值得关注的问题。

国外处理这一冲突的方法有三:一是既判力优先于溯及力,即变更后的新法对其施行前已经终审的行为无溯及力,如瑞士;二是溯及力优先于既判力,即变更后的新法对其施行前已经终审的行为具有溯及力,如西班牙;三是折中性的,部分溯及部分不溯及,如意大利。我国司法实践中一般采用第一种,即既判力优先于溯及力。

目前,我国的司法资源有限,司法权威也亟待确立,所以,选择“既判力优先于溯及力”的模式比较妥当。将来,随着人权保护程度的提高,选择折中模式则可能更为理想。

综上所述,程序性法律、解释性法律、校正性法律和补充性法律等遵循的是溯及既往原则,自然不以“有利”、“不利”为标准。即便是在实体法内,如果旧法是限时法,或者行为和事项已经终审,有利法律也不得溯及适用。

## 四、法律是否“变更”的判断

到目前为止,我们已经解决了有利法律溯及

参见瑞士刑法第2条,西班牙刑法第24条,意大利刑法第2条。

如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉的若干问题的意见》(法(民)发[1985]22号)第64条,《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)第3条、第5条。

原则的外围理论问题,现在该是考虑有利法律溯及原则的“操作”事宜的时候了。由于“有利”是对新、旧法律效果的比较,如何认定“新法”和“旧法”就成为法律适用者的“必修课”。又由于新、旧法律通过法律变更而形成,未变的是旧法,变后的是新法,新、旧法律的认定实质上也就成为法律是否变更的判断。

法律规则由事实构成和法律效果两部分组成。虽然法律变更既有可能表现为事实构成变更,也有可能表现为法律效果变更,但最终都改变的是法律效果。所以,法律变更的本质是法律效果变更;法律变更的判断也应以法律效果是否发生变化为标准。一般情况下,判断法律是否变更没有困难,但以下几种情形哪一种算得上法律变更却值得说明:

#### (一) 法律的形式变更和内容变更

法律的形式变更,指法律的文字、结构或者排列序列发生变化;法律的内容变更,指法律规范的构成要件和法律效果发生变更。法律的形式变更和内容变更可能统一也可能是不统一。所谓统一,即法律的形式和内容同时发生变更。所谓不统一,即法律的形式发生变更但内容没有变化,或者法律的内容发生了变化,但形式却没有改变。不统一的情形常因其他法律对相关法律概念内涵的变更而引起。法律的形式变更和内容变更相统一时,法律文字、结构和排列顺序的变化标志着法律的变更,法律变更的认定以形式变更为准。但是,当法律的形式变更和内容变更相分离时,究竟是以形式变更为准还是以内容变更为准,不无疑问。

我们认为,在法律形式和内容变更相分离时,应以内容变更为准。如果仅发生形式变更,如对法律条文排列顺序、法律文字的调整以及对法律文字的校正等,均不能作为法律变更。反之,即便是法律形式未发生变更,但法律内容因其他法律的变更而发生改变,也应认作法律变更。只有这样,才能符合法律变更的本质要求,避免法律适用上的混乱。

#### (二) 法律的直接变更和间接变更

应当与形式变更和内容变更相区别的是法律的直接变更和间接变更。直接修改法律的构成条

件或法律效果属于法律变更,这没有问题,但是,对法律的间接修改是否属于法律变更值得讨论。

这里的间接变更,是指两个法律规则,二者的事实构成没有关联,一个规则的修改并不直接引起另一规则的法律效果发生变化,但由于案件事实的勾连,该规则的变化会间接地影响另一规则的对事实的评价。如诬告他人实施了某种犯罪行为,但该犯罪行为被后来的法律认为不再构成犯罪,该诬告行为是否依然构成诬告陷害行为,该法律规范是否属于已经变更?

间接变更虽然改变了对案件涉及的事项的法律评价,但并没有改变法律规则的法律效果,用法律变更的判断标准加以衡量,间接变更不应归于法律变更。

#### (三) 不同部门之间的法律变更

法律变更的认定也涉及到不同法律部门之间的转化问题。如行为发生时法律规定为犯罪行为,行为发生后刑事法律废止,将犯罪行为改为行政违法行为;或者行为发生时法律规定为行政违法行为,行为发生后行政法律废止,行为人不再承担行政责任,仅承担民事责任。

不同法律部门的变化往往只是用新的制裁来取代原有的制裁,并不对规范的构成要件做修改。但是,对这种转化的定性不同,会导致适用的法律不同。如果将刑事法律视为法律的废止,而将行政法律视为新法的制定,则即便是行政法律更为有利也不得适用。但是,如果将行政法律视为对刑事法律的变更,则可以按照有利溯及的规定溯及适用行政法律规范。在行政法律规范和民法律规范的转化中,遇到的问题也是一样。

就本质而言,这种现象无疑是用规定一种新的行政责任的方式,代替原有的犯罪规定,或者是用规定一种新的民事责任的方式,代替原有的行政责任。尽管是从刑事违法转化为行政违法,或者行政违法转化民事违法,但这些行为始终都是违法行为,是对同一违法行为做出的不同法律评价。所以,应当属于法律变更。

以上讨论,基本上澄清了判断法律变更的疑难问题,这使得对有利法律溯及问题的讨论可以更进一步。

## 五、法律是否“有利”的确认

变更后的法律在怎样的情形下更为“有利”?这个问题是最后的,但不是无关紧要的。只有确认新法比旧法更为“有利”,新法才有可能溯及适用。

法律变更可分三种情形:1. 法律的事实构成发生变更,但法律效果不变;2. 法律的法律效果发生变更,但事实构成不变;3. 法律的事实构成和法律效果均发生变化。对这三种变更情形下的“有利”认定可作如下分析:

1. 只有事实构成变更的情形。事实构成的变更可分适用范围和适用条件变更两种。范围是法律规范对人、事、地域等的适用范围。范围扩大,意味着将法律效果赋予新的调整对象;范围缩小,意味着取消某些调整对象的法律效果。如果属于受益性法律效果,则范围扩大为有利,范围缩小为不利;如果属于侵益性法律效果,则范围缩小为有利,范围扩大为不利。条件反映的是在适用范围确定的情况下,对事实在量和质上的要求,条件提高,意味着适用的难度加大;条件放宽,意味着适用的难度降低。如果法律效果是受益性的,则条件提高为不利,条件放宽为有利;如果法律效果是侵益性的,则条件提高为有利,条件放宽为不利。但是,当适用范围作有利变更而条件作不利变更时如何处理,有待进一步讨论。

2. 只有法律效果变更的情形。法律效果的变更分为侵益性和受益性两类。不论是侵益性的还是受益性的,又可按其影响的权益性质分为:(1)精神、(2)资格、(3)财产、(4)行为和(5)自由等。<sup>[8]180-81</sup>对于同一性质的法律效果可按照数额、期限和程度等分别予以比较。如财产类法律后果,直接按照赋予或剥夺财产的数额进行比较,行为自由类法律后果,按照限制的期限长短加以比较。但是,要比较不同性质之间的法律效果,如比较10天自由罚和1万元的财产罚哪个更为有利,则比较困难。

3. 事实构成和法律效果都变更的情形。法律规范的事实构成和法律效果同时变化的情形也可分为两类:一是“同向”变更:或同时更为有利,或同时更为不利。如侵益性法律规范的事实构成的

适用范围缩小、适用条件提高的同时,对违法行为的惩罚减弱;二是“异向”变更:要么事实构成变得更为有利而法律效果更为不利,要么相反。如受益性法律规范的适用范围扩大、适用条件放宽,但授予的权利更小或支付的金额更少。第一种情形,按其变化的方向决定是否有利即可。在第二种情形,如何判断不无疑问。

上面是对法律规范作“净化”处理后所做的分析,尚且存在疑难问题。如果将法律规范置于整个法律体系和社会现实之中考虑,势必会遇到更多的问题。为解决已经遇到的和可能遇到的问题,我们提出以下认定原则:

### 1. 整体性原则

法律在内容上有原则和规则之分,在形式上有总则和分则之分。规则的适用受原则的指导,分则的适用受总则的支配。可以说,任何法律规则都处于法律体系之中,并在法律体系中获得其完整的内涵。因此,比较法律是否有利时应当对所有相关的法律规范作整体性考虑。当然,这里所讲的整体性,指的是新、旧法各自的整体性,因此,不得对法律作割裂比较和适用,在同一案件中既适用新法,又适用旧法。

### 2. 以主要法律效果为主原则

有些法律部门的法律效果有主、附之分,如刑罚种类。有些法律部门的法律效果虽无主、附之分,却有主次之分,如行政处罚法种类。主、附责任和主、次责任同时变化时会发生冲突,如主要责任变得更为有利,但次要责任更为不利(如降低行政拘留期限上限的同时提高罚款数额),或者相反。

上述情况下,应当遵循次要(附加)效果服从主要效果的原则加以判断,因为次要(附加)效果仅是主要效果的补充。如果主要法律效果更为不利,而次要(附加)法律效果更为有利,则应确认为不利;如果主要法律效果更为有利,即便次要法律效果更为不利,也应确认为有利。

### 3. 规范与事实相结合原则

有时,即便是同一种法律效果,其新旧法律之间的比较也会发生困难。比如,行政罚款或奖金在法律中一般有两种规定方式:一是数额;二是倍数或比例。如果新旧法均为数额,按法定最高额

比较轻重;如果新旧法均为倍数或比例,以法定倍数最高者为较重。但是,如果原先为“倍数处罚”,后改为“定额处罚”;或原先为“定额处罚”,后改为“倍数处罚”,则比较基础不同,轻重就无从比较。

我们认为,新旧法律哪一个更为有利,不应该仅仅在新旧法律的规范层面上比较,而且应该结合案件事实以适用结果为依据,并以法律适用的结果为最后的检验标准。如果从法律适用结果的角度比较,虽然计算罚款的方法不同,但计算的结果都是特定的数额,孰轻孰重,一目了然。

#### 4. 以法律评价为准原则

是否有利的判断还存在法律评价与个人感觉相差异的问题,即立法者在法律中所做的评价未必与个案的当事人的评价相吻合。本质上,法律效果是国家对法律行为的评价,而非个人的评价。法律行为对法律秩序的重要性不同,则法律评价不同。被侵犯的法律秩序越重要,违法行为所承担的法律越重;反之亦然。因此,当法律评价与个人感觉不同时,应以法律评价为准。同样的道理,法律有利与否应以法官的判断为准,而不应以当事人的感觉为准。

#### 5. “不利”推定原则

有些情况下,即使采用上述所有方法,也可能无法得出哪一个更为有利的结论。此时,按照法不溯及既往原则的精神以及“有疑问时,为有利于人民的判断”的解释原则,应当将其视为更为“不利”的法律规范,适用行为时的旧法。

按照上述原则,一般的问题都可以得到解决。比如,对前面所遇到的疑难问题,就可按照以主要法律效果为主原则、规范与事实相结合原则或“不利”推定原则等予以处理。

## 六、反思与重述

至此,我们基本上回答了本文第一题所提出的所有问题。可以看出,本文虽然对“如何认定‘新法’与‘旧法’,如何把握‘新法’更为‘有利’”这样一些技术性问题进行了讨论,并为此花费了不少的篇幅,但更重要的是从应然的角度、在理论层面上对有利法律溯及原则进行探讨。得出的主要结论有:

第一,“法不溯及既往”是一项法律适用原则,

立法者必要时可制定溯及型法律,不论是“有利”还是“不利”。“有利溯及”的裁量和“不利溯及”一样,都属于公益衡量,应由立法机关来决定。因此,法律的溯及力须来自于法律的明确规定,只有在法律明示溯及既往时,法律适用机关方可溯及适用法律。如果对法律溯及力有所怀疑,则应当推定法律不溯及,即便是新法适用的结果对当事人更为有利。

第二,有利法律溯及原则是不溯及既往原则的例外,作为例外,它只适用于有限的范围。程序性法律、解释性法律、校正性法律和补充性法律以溯及既往为原则,有利法律溯及原则也就没有适用的余地。另外,有利法律溯及原则也受限时法和既判力等的限制。

上述结论是为排解《立法法》第84条所存在的疑问得出的,但这些结论却使我们对条文本身产生更多疑问。如果我们得出的结论是成立的,用这些结论检视该条款,就会发现,该条款除了模糊之处,还有以下不足:

首先,《立法法》第84条前段规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往。”这里列举了《立法法》认可的称得上“法”的所有法律渊源。给人的感觉,只要是属于这几种渊源的“法律”都不溯及既往。但是从上述结论看,法律的溯及力与法律的性质有关,但与法律的渊源无关;不溯及既往原则主要约束实体法,程序法和解释性法律则应溯及既往。

其次,《立法法》第84条后段规定:“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”按已经得出的结论,将其表述为“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而特别规定溯及既往的除外”可能更为明确。但这样表述依然存在问题,它给人造成立法机关只能制定有利的溯及型法律,不能制定不利的溯及型法律的错觉。既然不溯及既往原则是一项适用原则,就无法对立法机关做出这样的限制。如果立法机关制定不利的溯及型法律,适用机关如何处理就成为问题。

鉴于以上问题,最好将来对《立法法》第84条做适当修改,以实现对该条款的统一理解与适用。从各国的立法例看,对于法不溯及既往原则,除了

刑法规定得比较详细、具体外,宪法和民法大多规定得比较简明。对于法不溯及既往原则适用范围等问题,一般通过判例或法律解释来确定。我国《立法法》是宪法性法律文件,是“管法的法”,对法不溯及既往原则的规定宜选择简明的立法模式。因此,可将《立法法》第84条修改为:“如果法律没有做相反的规定,适用法律不得溯及既往。”基于有利法律溯及既往以法律明确规定为前提,由部门法作具体规定比较妥当。

#### 参考文献:

- [1] 林三钦. 行政法令变迁与信赖保护——论行政机关处理新旧法秩序交替问题之原则[J]. 东吴大学法律学报, 16(1).
- [2] 曹康泰. 中华人民共和国立法法释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [3] 胡锦涛, 王锴. 论我国宪法中“公共利益”的界定[J]. 中国法学, 2005(1).
- [4] 陈新民. 德国公法学基础理论(上册)[M]. 济南: 山东人民出版社, 2001.
- [5] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [6] CHARLES JOSEPH DUHE, Jr. Retroactive Application of the Louisiana Products Liability Act: a Civilian Analysis [J]. *Louisiana Law Review*, vol. 49, March, 1989.
- [7] [法]雅克·盖斯但丁, 吉勒·古博. 法国民法总论[M]. 陈鹏, 张丽娟, 等译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [8] 胡建淼. “其他行政处罚”若干问题研究[J]. 法学研究, 2005(1).

## On the Principle of Favorable Retroactivity and the Problems in Its Application

HU Jian-miao, YANG Deng-feng

(University of Zhejiang, Hangzhou 310028, China)

**Abstract:** That “the law should not be applied retroactively” is a worldwide principle for law application. But there is another same popular principle which provides that “the law can be applied retroactively if it is more favorable to the parties.” This principle is an obvious deviation from the principle of anti-retroactivity, but it does not affect the reliance interests and is just a exception and a supplement. The power to decider whether a law should be retroactive belong to legislature, and the law only can be applied retroactively when the statue positively prescribed it. According to the Act of Legislation of the People’s Republic of China, the new law which is more favorable can be applied retroactively, so the first step in application is to make sure when the law is new and favorable. The prescript on the principle of favorable retroactivity in the Act of Legislation of the People’s Republic of China has some deficiency and should make a few amend.

**Key words:** favorable retroactivity; precondition of application; favorable confirmation.

(责任编辑 廖志敏)