

刍议民商事法律规范溯及力问题

热点聚焦

● 民商事司法解释溯及力问题,应当做好两个区分:一是区分解释法律类司法解释和填补法律漏洞类司法解释;二是区分民事法律行为(或事件)和诉讼法律行为(或事件)

● 由于执行程序的司法解释多以“规定”的形式出台,一般属于填补法律漏洞类司法解释,所以原则上不应具有溯及力

□ 刘海伟

一般来讲,法律只对其生效后的行为有规范作用,不得溯及既往。法不溯及既往原则的理论依据从13世纪自然法的内在正义要求,到19世纪既得权利理论,再到20世纪中后期的信赖利益保护原则,经历了一个发展演变并逐步成熟的过程。依据信赖利益保护理论,如果新法溯及既往损害人们的信赖利益,则不能允许;反之,如果新法溯及既往不会损害人们的信赖利益,溯及既往就并非不可。

关于法不溯及既往原则的例外情形

立法法第一百零四条规定:“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。”在民商事法律规范领域,法不溯及既往的例外情形主要有三种:一是有利溯及。在法不溯及既往的基础上,允许有利法律溯及适用,在世界范围内已基本形成共识。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《民诉法解释》)第二条将3个“更有利于”作为判断有利溯及的标准。即民法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,司法解释有规定,但是适用民法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,则适用民法的规定。二是空白溯及。其是指在旧法没有规定而新法有规定的情形下,新法的规定可以溯及适用于之前发生的行为或者事件。《民诉法解释》第三条明确,民法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有规定的,可以适用民法的规定。但是,前提是不得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。三是持续性法律事实例外。其是指行为开始于新法生效之前,结束于新法施行之后,跨越两部法律时应适用新法的规定。比如,按照《民诉法解释》第一条第三款的规定,对于民法施行前的法律事实持续至民法施行后,该

法律事实引起的民事纠纷案件,原则上均适用民法的规定。

何谓“实体从旧,程序从新”

实体法和程序法是法律形式的一个基本分类。就两类法律的溯及力问题,一直有“实体从旧,程序从新”的惯常做法。实践中,“程序从新”的做法容易让人产生程序法可以溯及既往的误解。实质上,无论是实体法还是程序法,原则上均不得溯及既往,只是二者的判断标准或者溯及力对象不同。实体法以民事法律行为或者事件发生的时点为判断标准,新法实施之后的民事法律行为或者事件适用新法,新法实施之前的适用旧法,即不溯及既往;程序法以诉讼法律行为或者事件为判断标准,新法实施之后的诉讼法律行为或者事件适用新法,新法实施之前依照旧法已经完成诉讼程序依然有效,仍然是不溯及既往。换言之,“实体从旧,程序从新”不是对法不溯及既往原则的否定,而是法不溯及既往原则在实体法和程序法的具体体现,是对法不溯及既往原则的进一步阐释。

“程序从新”的原因在于程序法旨在提供法律救济和实现权利的方法和途径,不创造新的权利和义务,即使适用新法并不损害当事人作为实体权利的信赖利益。但是,程序法和实体法的划分是相对的,二者之间也存在交集。在一些程序法律规范中也会涉及当事人实体权益的内容。2012年,《最高人民法院关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》明确了新法施行时,未结案件适用修改后的民事诉讼法,即程序从新;新法施行前,依照修改前的民事诉讼法和有关司法解释的规定已经完成的程序事项,仍然有效,新法不能溯及既往;民事诉讼法中涉及当事人实体权利处分的规定,原则上从旧,即新法仍不能溯及既往。

判断民商事司法解释是否具有溯及力应当做好两个区分

立法法第一百零四条未将作为重要法律渊源的司法解释列入其中,对于司法解释是否应当遵守法不溯及既往原则存在争议。一种观点认为,司法解释系对法律的解释,该解释并未超出当事人



的预期,其本身的性质决定了其可以在法律的时间效力范围内溯及既往。另一种观点认为,司法解释往往承担着填补法律漏洞甚至“造法”的功能,司法解释溯及既往会损害当事人的信赖利益。笔者认为,就司法解释是否具有溯及力的争议,本质上是对司法解释到底是解释法律还是填补法律漏洞(或“造法”)的争议,因为这直接关系到当事人是否存在需要保护的信赖利益。鉴于当前司法解释的类型、内容复杂多样,一概认为司法解释是解释法律并未创设规则而应当溯及适用至法律施行之日,或者一概认为司法解释是“造法”而不应具有溯及力,均不妥当。就民商事司法解释溯及力问题,应当做好两个区分:

一是区分解释法律类司法解释和填补法律漏洞类司法解释。根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》,司法解释的形式分为“解释”“规定”“规则”“批复”“决定”,其中,比较常见的“解释”是在审判工作中如何具体应用某一法律的解释。理论上,其属于比较纯粹的解释法律类司法解释,原则上应当溯及适用至其所解释的法律施行之日。而对于“规定”,因其系“根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见”,所以在一定程度上发挥着填补法律漏洞甚至是“造法”的功能,原则上不应具有溯及力,否则便有损害当事人信赖利益之虞。当然,以最高人民法院对司法解释的分类来认定某一司法解释系解释法律还是填补法律漏洞过于绝对,需要司法解释起草者根据具体情况来鉴别。有时,在同一部司法解释中,有的条文应当具有溯及力,有的则不应具有溯及力。

二是区分民事法律行为(或事件)和诉讼法律行为(或事件),即应当分别针对解释实体性法律的司法解释和解释程序性法律的司法解释明确不同的判断标准或溯及力对象,对于前者应以民事法律行为(或事件)为标准,对于后者应以诉讼法律行为(或事件)为标准。民商事司法解释溯及力问题之所以不统一甚至有些混乱,其中的主要原

因在于并未区分司法解释属于实体性还是程序性司法解释,而一律以诉讼法律行为发生的时点作为司法解释溯及力问题的判断标准。

执行程序司法解释溯及力需特殊考量

关于执行程序司法解释的溯及力问题,理论研究极少,执行实践也鲜有关注。但执行工作作为维护社会公平正义最后一道防线的“最后一公里”,执行程序司法解释是否具有溯及力对当事人影响巨大,有必要予以检视。

笔者认为,由于执行程序司法解释多以“规定”的形式出台,一般属于填补法律漏洞类司法解释,所以原则上不应具有溯及力。此外,执行程序司法解释旨在明确实现申请执行人胜诉权益的方法和途径,该“方法和途径”多以人民法院“执行行为”的面貌出现,所以,其是否具有溯及力的判断节点一般应以执行行为的时点为准——新的司法解释适用于其施行之后的执行行为而对于之前的执行行为不具有溯及力。同时,也要做好下列区分:其一,在执行异议程序中,如果与所审查的执行行为有关的司法解释发生了变化,原则上不应适用新的司法解释审查该执行行为,即新的司法解释对之前的执行行为没有溯及力。其二,在执行异议过程中,如果针对执行异议审查程序的规则发生了变化,按照“程序从新”规则,应当适用新的规则进行审查。此时,司法解释是否具有溯及力的判断节点一般应以人民法院执行异议审查的时点为准——异议审查尚未终结的适用新的规则,已经完成的异议审查程序仍然有效。其三,执行法律规范本就是公法与私法、程序法与实体法相互交织的产物。执行程序司法解释中也有评价和规制当事人民事法律行为并对其实体权益产生重大影响的规则。在此情况下,其溯及力的判断节点一般应以民事法律行为发生的时点为标准。

新时代刑法学自主知识体系构建论纲

前沿观点

● 刑法学的研究对象为特定国家的刑法制度和刑法规范,通常表现出议题本土化的特点

● 刑法学理论是对刑法制度和规范的解释和意义赋予方式

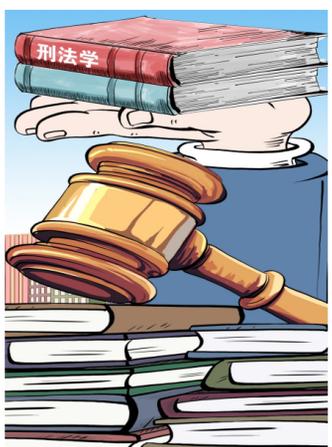
● 我国刑法学方法的自主性,重点在于推进非形式推理方法和价值权衡方法两个方面的自主性

□ 高巍

21世纪初以来,围绕刑法学自主知识体系的构建和现代刑法制度的建立,如何立足中国、借鉴国外,如何构建具有中国特色的刑法学知识体系,一直是时代变迁中刑法学自主性的争论焦点。一方面,立足中国不等于不加甄别的全盘接受中国既有的传统知识体系,必须去伪存真,去劣存良,以时代需要与中华民族伟大复兴为导向;另一方面,借鉴国外也不能脱离中国的具体国情,需要以不同国家政治架构和文化基础方面的同构性作为借鉴依据,全力实现刑法学知识体系中普遍性与特殊性的有机统一。刑法学知识体系主要由基于刑事立法的研究议题、理论体系、方法论构成,分别从研究对象、研究视角、研究工具三个方面构建和形塑刑法学自主知识体系。

中国刑法学议题的自主性构建

刑法学的研究对象为特定国家的刑法制度和刑法规范,通常表现出议题本土化的特点。在议题选择上,不仅要以我国刑法制度、规范作为基础,还应当兼顾议题的特色性与重要性。



(一)制度关联性

制度关联性对我国刑法学议题选择的指引体现在对三种关系的处理上。第一,现行刑法与理想刑法。理想刑法取消时空条件与刑法制度的关联,不能反映刑法制度的时代特点和地域特点,也不能反映刑法制度的主权意志性。现行刑法则具有鲜明的时间性与空间性,内嵌于特定国家与特定时代之中。在某种意义上,理想刑法只是一种研究现行刑法的元叙事工具,未必可以作为认知性工具。

第二,国内法与国外法。我国刑法学的议题选择应当以我国刑法制度为主,特别是要联系我国刑法制度所关联的历史条件和政治背景进行研究。我国刑法学对外国法的研究,还应当着眼于生活现象背后的政治评价与规范意义,方可有利于实现特定外国刑法制度与我国刑法制度的意义契合。

第三,法制度与法规范。法制度是法规范的集合,二者为整体与部分的关系。作为整体的法制度,并非法规范的简单相加,而是格式塔意义上的整体。对具体刑法规范的研究,不能脱离刑事法律制度的整体意涵;对刑法制度的研究,也必须以具体刑法规范为基础。

(二)特色性

特色性,是指具有中国特色的具体刑法制度或刑法规范。第一,整体刑法制度。我国刑法制度的形成,主要受三种成分的影响:中国古代、革命实践、西方现代,这是一个客观既定的事实。在选择刑法学议题时,要考虑到我国整体刑法制度的这种多元混合的特色,避免简单地进行古今、中西划分,避免从单一、绝对的立场出发。

第二,特定刑法制度。我国刑法制度除了表现在整体上混合多元的特色,在诸多特定刑法制度层面也具有鲜明的中国特色,如积极与消极的罪刑法定原则、犯罪定量制度等特定刑法制度。

第三,具体刑法规范。基于我国刑事立法的传统和背景,部分具体刑法规范也具有鲜明的中国特色,其中,较具有代表性的刑法规范有特殊防卫、单位犯罪、共犯等。

(三)重要性

在刑法学研究的议题选择上,还要以议题的重要性作为选择依据。基于学术研究服务社

会的需要与学术知识可传递性的要求,议题重要性的判断可从实践关联度和可普遍化范围两个方面展开。

中国刑法学理论的自主性构建

刑法学理论是对刑法制度和规范的解释和意义赋予方式。可从宏观刑法理论体系与微观刑法理论两个层面进行刑法学理论自主性具体路径的展开。

(一)犯罪论体系

犯罪论体系的自主性路径,居于普遍范式与特殊语境之间,并以我国刑法目的和任务的实现程度作为基本判断。

(二)具体理论

刑法学具体理论的自主性构建,需要从两个方面入手:一是对继受理论的本土化改造;二是中国原创理论的建立。第一,在继受理论的本土化改造。第一,在继受理论时应当考察该理论在原产国的信任度。具体到刑法理论而言,就是在同等条件下尽可能继受国外的主流理论或学说。第二,在继受理论时应当考察该理论的跨语境信任度。一种理论是否具有跨语境的信任度,决定了该理论的解释能力和适用范围。第三,在继受理论时应当注重本土化改造。一方面,以我国刑法制度和刑法基本理论体系的整体结构作为依据,提高国外刑法理论在我国刑法理论整体结构中的融贯性;另一方面,进行语言表述方面的本土化改造。

2.中国原创理论的建立

在继受和改造国外理论之外,立足于中国刑事法治实践,提出或创建属于中国的理论,在解决中国问题的同时,提供世界问题的中国方案,才是刑法学理论自主性构建的更高阶段。具体而言,原创理论的建立,可从两个方面进行:第一,立足于刑法制度的深层结构,创建中国原创理论。第二,立足于中国智识的创新转化,构建中国理论。

中国刑法学方法的自主性构建

我国刑法学方法的自主性,重点在于推进非形式推理方法和价值权衡方法两个方面的自主性。

(一)非形式推理方法

我国刑法学对于法律论证理论必须进行本土化的选择和改造,以契合于我国的政治—社会共识,进而形成具有自主性的中国刑法论证理论。

1.我国刑法论证理论应当以规则正义为主要取向

我国刑法确立了罪刑法定原则,意味着维护立法者所设置的规则正义,较诸个案中特定个体的正义感更为重要。因此,我国的刑法论证理论应当肯定罪刑法定原则这个重要的政治和社会共识,并以此为基础进行本土化改造。

2.我国刑法论证理论应当以整体性为导向

刑法论证理论为社会深层结构在方法论层面的表达。在我国刑法学中,论证理论的构建应当注重与整体性的思维本质相契合,才能形成具有中国特色的论证理论。

(二)价值权衡

价值权衡由价值要素、价值结构、权衡模式构成。无论是价值要素、价值结构还是权衡模式,都应当以我国刑法制度和刑法实践为依据,突出价值权衡结构和要素的自主性。

1.价值要素

刑法学中价值权衡的制度性基础主要体现在宪法与刑法规范之中。宪法之所以可以为刑法学中的价值权衡提供价值要素的筛选机制,就在于宪法所确立的价值体系是刑法制度和刑法价值的基础。宪法规范是宪法价值秩序的现实表达,宪法价值秩序则作为宪法规范的观念性、精神性基础。我国刑法制度也为刑法学中价值权衡提供了可接纳的价值要素范围和类型。

2.价值结构

首先,基于规则的价值结构。根据我国刑法规则形成的教义学体系,可初步勾勒出规则之间的价值结构。其次,基于原则的价值结构。根据权威来源的不同,一般情况下宪法原则位阶高于刑法原则。根据原则形式的不同,一般情况下宪法原则位阶高于指导性原则,指导性原则位阶高于倡导性原则。最后,原则与规则的关联价值结构。规则位阶通常高于原则价值。当然,上述三种价值结构,都只具有提示性和初步优先性,不具有绝对、强制的拘束力。

3.权衡模式

首先,价值权衡模式应当是语境性与体系性的结合。因此,要避免突破教义学体系的语境性价值权衡,特别是用价值权衡替代规则适用。当刑法规则明确时,就意味着规则的适用具有优先性,因为明确的规则背后正是立法者清晰的价值权衡结论。

其次,价值权衡模式应当是理由导向的反思平衡模式。刑法学中的价值权衡,往往是价值冲突情形下的反思平衡,应当归属于广义的反思平衡,其重点不在个案的特定价值判断达成,而在于多种竞争性价值在个案适用中的理性选择。价值冲突的化解或平衡,虽然可以借助基本价值结构提供初步的理由,但还需要面临具体个案中其他理由的反驳和竞争。刑法学中反思平衡方法所依赖的背景理论,与特定国家刑法制度和刑法观念中所隐含的“生活形式”有关,而“生活形式”则形成于特定国家的制度、历史、文化之中。刑法学中的反思平衡,只能基于中国“生活形式”的背景理论,这些背景理论与西方背景理论不尽相同。

(原文刊载于《政法论坛》2025年第4期)

前沿关注

□ 潘伏

海洋检察是检察工作的重要内容,是服务海洋强国战略的重要抓手。近年来,检察机关融合履职是我国检察机关在新时代法治建设和以检察工作现代化服务中国式现代化背景下提出的重要理念,因海洋的整体性以及海洋治理的长期性、综合性等特点,涉海案件中“四大检察”职能往往集中凸显,在涉海案件中强调检察机关融合履职、探究具体的融合之路极具现实意义。

厘清海洋检察融合履职的内涵

关于检察履职方式的表述,公开的文件中有多种说法,那么,何谓检察融合履职?融合履职和其他履职方式之间是何关系?

首先,检察融合履职不是职能的简单合并。目前,检察机关内部按照大部制分出十个业务部门,每个部门承担不同的职能。融合履职并非彻底剥离部门之分,一律将检察机关所有职能交由同一部门检察人员承担,而是要打破检察人员“各扫门前雪”的心态,从更好地实现社会治理的目的出发,在履行所在部门职能时一旦发现属于其他检察部门的职责事项,应主动将情况告知后者,便于后者快速反应或加入已开始的检察工作中一并处理案件,形成工作合力。因此,融的是办案力量,合在共同的目标指向。

其次,检察融合履职组织形式多样。从外在协作形式上看,既可以是上下级检察机关之间的纵向融合,也可以是同级检察机关之间或同一检察机关各部门之间的横向融合。从内在的组织形式是否固定来看,其可以是同院、上下级院、平级院以及跨区域联合抽调不同部门检察人员组成的松散型办案组,也可以是小型检察院内身兼数职的固定型检察人员组成的紧密型办案组。

最后,检察融合履职需要“一体履职”“综合履职”保驾护航。“一体履职”为融合履职的开展扫除了检察系统内部资源调配上的障碍;“综合履职”则突出强调办案整体效果的实现需要各检察职能的联动,二则为融合履职寻求外部支持,综合一切可以综合的力量打开了思路。

综上,海洋检察融合履职是指在办理涉海案件中,同一检察院内的各检察部门之间、各同级检察院之间、上下级检察院之间克服人员、岗位静态设置的藩篱,实现各检察职能联动、克服机械司法,借助检察内外力量,实现案件办理的高质效。

明晰海洋检察融合履职的要求

第一,理念上具有融合意识。理念是行动的先导,检察融合理念的提出和深入宣传,使各部门检察人员将融合履职视为正常的履职手段,检察人员在践行其主责主业过程中,要摒弃多一事不如少一事的消极心态,有意识地去发掘各部门可以联合开展的工作或者检察各项职能能够协同履行的结合点,为融合履职的贯彻落实提供契机。此外,相关考核评价倾向也将进一步强化检察人员履职的融合意识,促其由被动融合向主动融合转变。

第二,办案方式上确立融合举措。海洋检察融合履职的践行方式主要体现在如下:一是共享案件线索。刑事检察在办理涉海犯罪的案件中发现海洋生态可能遭到损害,可将此线索传给公益诉讼检察部门,由后者跟进办理。此时,公益诉讼检察部门被动获取案件线索,但在融合理念指引下,地方检察机关的公益诉讼检察部门主动商请案件管理部门为其配置进入行政案件办理系统的权限,主动进入系统寻找涉公益的案件线索,以实现高质效办案。二是取证、出庭等环节中互相借力。职能定位的不同决定了办案方向的不同。通过共享线索,公益诉讼检察和刑事检察可组成办案融合履职,公益诉讼检察可以借助侦查力量帮其查清需要调查的事项,避免刑事案件办结后涉案人员不配合公益诉讼检察的查证工作,导致取证困难。另外,还可以刑事附带民事公益诉讼方式联合出庭,提升履职效率。

第三,资源上保障融合供给。融合履职需要保证人员调配的灵活性,检察一体化组织机制能够为融合履职中不同检察人员的排列组合提供便利。同时,检察机关还可扩大“朋友圈”,将涉海行政专家、海洋技术专家、法学教授等纳入办案智囊团,为融合履职提供智力支持。此外,海洋检察融合履职要注重平台搭建,这对办理跨域案件尤为重要。

疏通海洋检察融合履职的堵点

其一,拓展海洋检察融合履职的适用情境。目前的融合履职主要锚定诉讼过程,忽略了执行环节。根据“在办案中监督、在监督中办案”的理念,有必要将办案中检察各细分职能和狭义层面上检察机关的法律监督职能加以融合,延展海洋检察融合履职的空间。

其二,厘清海洋检察融合履职的责任归属。融合履职强调办案力量的凝聚,但对各办案力量的权责分配并未明晰。我国司法责任制要求“谁办案谁负责,谁决定谁负责”,除紧密型融合履职方式因人员一旦隶属同一检察院而能无缝适用现有的追责制度外,通过抽调、组合形成的松散型办案组中检察人员的责任厘定以及追责相对模糊。这主要源于检察一体化原则与检察官主办案件的张力以及被调用的检察官所在院和案件系属院双重领导的权责不清。基于融合履职,有必要借助智能系统严格按照人事对应的原则做到办案留痕、压实办案案件记录报告制度,明确检察官对上级指令行使异议权的方式以及建立检察官所在院与被派调院的联络会商机制,助力被调用检察官应对不恰当的指令,从而确保办案检察官能相对独立地专注案件办理,在权责相符的基础上开展融合履职工作。

