

新旧法的 适用原理与规则

杨登峰 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京师范大学法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

浙江省哲学社会科学规划课题成果

新旧法的 适用原理与规则

杨登峰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新旧法的适用原理与规则/杨登峰著. —北京:法律出版社, 2008. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8721 - 1

I. 新… II. 杨… III. 法律—研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 125322 号

© 法律出版社·中国

中国法学院校学术大系·
南京师范大学法学文丛

新旧法的适用原理与规则

杨登峰 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本/ 787×1092 毫米 1/16

版本/ 2008 年 9 月第 1 版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 17 字数/ 260 千

印次/ 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816 24 小时

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8721-1

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪言 001

第一章 法的变动与法律适用 010

第一节 法的变动性及变动的正义性 010

一、法律的变动性 010

二、法律变动的必然性 012

三、法律变动的正义性 014

第二节 法的变动对法律适用的影响 016

一、法的活动在时间上的形态 016

二、与法律变动相关的法律适用问题 019

第三节 新旧法律关系的特质 021

一、新旧法律关系的冲突性 021

二、新旧法律冲突的合法(宪)性 021

三、新旧法律与法的时间效力的关系 030

第二章 法不溯及既往原则 033

第一节 法不溯及既往原则的含义 034

一、法不溯及既往原则的通常解释 034

二、不溯及既往原则内涵的进一步揭示 036

三、不溯及既往原则的再界定 037

第二节 国外法不溯及既往原理的演变 037

一、“法因公布而生效”理论 038

二、“既得权利”保护理论 040

三、“信赖利益”保护原则 045

四、诚信原则 051

五、凯尔森的溯及力理论 052

第三节 我国法不溯及既往原则的理论依据 056

一、我国法律溯及既往的传统	056
二、国外法不溯及既往诸原理的评析	061
三、国内信赖利益保护的学理讨论	063
四、国内信赖利益保护的立法体现	064
五、我国不溯及既往原则的理论依据	065
第四节 不溯及既往原则的效力范围	067
一、是否为立法原则	067
二、是否为相对原则	077
三、遗留问题	082

第三章 法不溯及既往的例外 083

第一节 法律溯及既往的可能性	083
第二节 法律溯及既往的主要类型	085
一、程序法的溯及既往	086
二、法律解释的溯及既往	093
三、法律适用规则的溯及力	110
四、关于“有利溯及”原则	110
第三节 法的溯及既往效力的限制	115
一、时效和期间制度的制约	115
二、裁决的既判力的制约	116
三、限时法的限制	119

第四章 法的溯及力的特殊问题 122

第一节 实践中的难题及实务的处理	122
一、实践中面临的难题	122
二、我国实务的处理方式	124
三、问题的进一步提出	128
第二节 法的即行效力理论的衍生	129
一、既得权理论对即行效力的限制	129
二、“非真正溯及”概念与法的即行适用	131
三、“新法的即行效力”理论的提出	139
四、即行效力理论的历史成因	144
第三节 我国法的即行适用原则的确立	149

- 一、法的即行适用作为原则的理由 149
- 二、法的即行效力的有限性 155
- 三、法的即行适用与信赖利益保护 156

第五章 相关法律适用规则 162

- 第一节 不溯及既往型适用规则 163
 - 一、“从旧”规则 163
 - 二、“实体从旧”规则 165
 - 三、“行为时法优于审理时法”规则 166
 - 四、“新法优于旧法”规则 167
 - 五、“新特别法优于旧一般法”规则 168
 - 六、“旧特别法优于新一般法”规则 170
 - 七、“不溯及推定”规则 175
- 第二节 溯及既往型适用规则 176
 - 一、“从新”规则 177
 - 二、“程序从新”规则 178
 - 三、“法律解释从新”规则 179
 - 四、“空白追溯”规则 179
- 第三节 不溯及和溯及结合型适用规则 181
 - 一、“从优(轻)”规则 181
 - 二、“从旧从优(轻)”规则 182
 - 三、“从新从轻(优)”规则 183

第六章 适用规则的应用 186

- 第一节 法律变动时间的确定 187
 - 一、法律的施行 187
 - 二、法律的修改 189
 - 三、法律的废止 195
- 第二节 事实的发生及其确认 204
 - 一、实施行为的时间还是后果发生的时间 204
 - 二、不作为的时间 206
 - 三、继续性或连续性行为的行为时 207
 - 四、共同行为的行为时 209

五、附条件行为的行为时	209
第三节 新法有利与否的确认	210
一、法律变更的情形	210
二、认定法律有利与否的原则	211
三、两种特殊情形的处理	213
第四节 一般法与特别法的区别	214
一、现行的方法及其问题	214
二、从事实构成的观察	216
三、从法律效果的观察	217
四、规范构成要件相互交叉的情形	219
结语	222
余论：我国法官选择适用法律的限度	228
一、问题的提出与展开	228
二、选择适用与法的审查	233
三、选择适用权与审判权	238
四、我国法官的选择适用权限	245
参考文献	252
后记	263

绪 言

—

法律以安定为原则,^①但又变动不居。这是因为,法律所调整的社会既是丰富多彩的,又是不断发展变化的。同时,我们的认识能力既是有限的,又是不断提升的。其结果,我们所认识的,永远只是生活的一部分,而不是全部;今天认为是真实的、正当的,明天可能发现是虚假的、邪恶的。这样,即便是制定时非常具有前瞻性的法律最终也会变得滞后于社会。尽管法律以稳定为基本品格,但正义显然是其更高的价值目的,当法的稳定危及正义时,制定新法或对现行法予以修改就是必须的。因此罗斯科·庞德说:“法律必须是稳定的,但不可一成不变。”^②美国犹他州最高法院已故法官詹姆斯·H. 沃尔夫曾讲:

① 拉德布鲁赫早在《法哲学》(1932年版)一书中就提出,法的正义性、合目的性和法的安定性为法律理念的三个组成部分,并指出法的安定性为其中最重要的原则:“正义和合目的性是法律的第二大任务,而第一大任务是所有人共同认可的法的安定性,也就是秩序和安宁。”[德]G. 拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第74页。1946年,在《法律的不公正与超越法律的公正》一文中,拉德布鲁赫再次论述了法的正义性、合目的性以及法的安定性是法律的三个基本价值,司法应该遵循的三个基本条件,并进而指出“重新建立法治国家”,“必须寻求正义,同时注重法的安定性”。该文中译本附于[德]G. 拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,相关内容可见第228页、第232~233页、第236页。

② [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,中国法制出版社2002年版,第2页。

“法律的所谓永久性,就是法律的‘暂时的永久性’。”^①这就说明,法律的变动虽然与法律的安定之间充满张力,但却是法治的必然。法律的变与不变交相接替,共同成为其生生不息之活力的表现。

在法律流变的过程中,昨天不受法律调整的社会现象,今天可能被纳入法律规制的范围;今天法律赋予某一法律事实此法律效果,明天就可能赋予该法律事实彼法律效果,两种法律效果可能截然不同。于是,对于法律工作者而言,经常面对着两类问题:第一,今天制定的法律,对昨天的案件事实是否可以适用;第二,当同一案件事实有新旧两个法律规范可以适用但适用的结果相互矛盾时,应当选择适用哪一个法律规范。

第一个问题涉及的是法的溯及力。法的溯及力是与法的时间效力紧密相关的概念,它解决的是法律是否可以适用于它施行前发生的事实的问题。第二个问题涉及的是相互冲突的新旧法律的选择适用。新法与旧法的冲突,在国内法律冲突研究中,又称法律在时间上的冲突,系指同一机关制定的新、旧法律规范可适用于同一事实,但适用的结果不同且相互排斥的法律现象。这两个问题虽然表面上看起来有所差别,但在本质上其实是共通的。二者均是在事实与法律,或者法律与法律的时间先后关系中发生的,因法律变动而引起,而且前一个问题的解决是后一个问题解决的基础或前提。

法的溯及力和新旧法律冲突是立法者和法律适用者共同面对的问题,也是所有法律部门都要研究和规范的问题,不论是国际法还是国内法,不论是公法还是私法,不论是实体法还是程序法,也不论是制定法还是判例法或规范性法律解释。正因为如此,法的溯及力与新旧法律冲突问题很早就成为立法者、法律适用者和法律研究者共同关注的对象。早在罗马十二铜表法中就有了“新法优于旧法”的规定。^②公元440年,古罗马法就规定了不溯及既往原则。^③此后,这一原则一

① 转引自张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第124页脚注2。

② 罗马共和国早期,贵族和平民组成的十人委员会于公元前451年制定了法律十表,公布于罗马广场。第二年,改组十人委员会,又制定了两表,作为前者的补充,合成《十二铜表法》。《十二铜表法》第2表第3项规定:“前后制定的法律有冲突,后法优于前法。”何勤华编:《外国法制史》(教学参考书),法律出版社1999年版,第106页。

③ 罗马狄奥多西皇帝于440年颁布的一部法律规定:“新法只适用于所有后来实施的法律行为,而不适用于过去的法律行为。”(leges et constitutiones futuris certum dare est formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.)

直在西方法律中得到承认。学理上,就法的溯及力,古希腊的德莫斯蒂尼和古罗马的西塞罗就已经有所论述。之后,阿奎纳、布莱克斯通、格雷、奥斯丁、萨维尼、凯尔森、拉兹和富勒等莫不论及这一问题,相关的著述也比比皆是。

但是,在我国的法学研究中,法的溯及力与新旧法律冲突一直是个薄弱环节,不曾有专门研究法的溯及力与新旧法律适用的论著,甚至对国外的相关著述也很少翻译、介绍。在仅有的几本关于法律适用的论著中,法的溯及力与新旧法律冲突也没有得到应有的重视。^①为数不多的论文,只是停留在简单的应用层面。^②2000年《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)^③规定了“法不溯及既往”原则和“新

① 孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版;刘莘:《国内法律冲突与立法对策》,中国政法大学出版社2003年版。

② 国内鲜有论述新旧法律冲突适用规则的文章,一般都以法的溯及力为题,且主要集中在刑法学方面。相关的论文有杨艳霞:“刑法解释的溯及力新论”,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2005年第5期;李同辉:“刑法溯及力原则立法上的缺失”,载《华北电力大学学报》(社会科学版)2005年第1期;余林洁:“关于刑法溯及力的若干问题探讨”,载《湖北大学学报》(哲学社会科学版)2005年第1期;周恒成:“评刑法溯及力适用原则”,载《河南公安高等专科学校学报》2004年第4期;申金玉:“浅议最高法院《行政诉讼法解释》第41条第1款的溯及力”,载《行政法学研究》2003年第3期;李彩虹:“我国刑事司法解释溯及力的探讨”,载《焦作师范高等专科学校学报》2003年第2期;王克先:“我国民法溯及力初探”,载《律师世界》2002年第3期;陈超、李国庆:“刑法溯及力原则的适用”,载《人民司法》1998年第3期;张道许:“刑法溯及力理论问题探析”,载《南都学坛》2002年第3期;胡建森:“关于理解与掌握法不溯及既往原则中应注意的几个理论与实践问题”,载《法学》2001年第12期;何泽宏、庄劲:“论空白刑法补充规范的变更及其溯及力”,载《河北法学》2001年第6期;朱怀军:“刑法司法解释溯及力的若干问题探讨”,载《河南社会科学》2001年第3期;袁永超:“法不溯及既往原则司法适用研究”,载《北京人民警察学院学报》2001年第5期;李梅:“浅谈我国刑法的溯及力”,载《北京人民警察学院学报》2001年第1期;刘宪权、阮传胜:“刑法司法解释的溯及力”,载《政治与法律》1999年第4期;叶巍:“新刑法溯及力原则新探”,载《中国刑事法杂志》2001年第2期;刘元华:“刑法溯及力原则中不认为是犯罪之认定”,载《广西政法管理干部学院学报》1999年第4期;龚培华:“刑法溯及力问题研究”,载《上海市政法管理干部学院学报》2000年第6期;范旭斌、叶巍:“新刑法溯及力问题的理论与实践探微”,载《江海学刊》2000年第6期;冯殿美:“略论新刑法第81条第2款的溯及力”,载《法律科学——西北政法学院学报》1999年第1期;白山云:“如何适用刑法溯及力的规定”,载《法学杂志》1998年第3期;姚建涛:“我国刑法溯及力原则的统一与完善”,载《政法论丛》1998年第1期;逢锦温:“我国刑法溯及力问题探讨”,载《中国刑事法杂志》1998年第3期;陈超、李国庆:“新旧刑法交替后溯及力原则的司法适用”,载《现代法学》1998年第2期;石金平等:“溯及力问题中刑罚轻重比较之标准”,载《人民司法》1998年第5期;张金龙:“谈我国新刑法的溯及力”,载《河北法学》1998年第1期;罗书平:“完善我国刑法溯及力原则的法律思考”,载《中国律师》1997年第3期。

③ 2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过。

法优于旧法”规则,^①但是至今仍缺乏对这两个原(规)则的理论阐述,甚至对这两个规则的基本含义、效力范围以及与其他法律适用原(规)则的关系也缺乏必要的讨论。因此,在理论上系统地讨论国内新旧法律冲突的适用原理和规则是法律实践的迫切需要。

二

虽然法的溯及力与新旧法律冲突既是国际法所面对的问题,也是国内法所面对的问题,而且两者之间具有共通性,但本书仅讨论国内法的溯及力与新旧法律冲突。

就国内法的溯及力与新旧法律冲突而言,涉及的问题也非常广泛,与众多的部门法学有关。首先是宪法学。立法者制定法律需要考虑法律的时间效力范围,修订法律需要处理新、旧法律的时间效力关系。当立法者在其制定的法律中赋予法律以溯及力并影响到社会的既定秩序、既得权利或信赖利益,可能会引起违宪审查程序。这就需要确定对其审查的范围及标准。其次是行政法学和其他部门法学。行政法学既涉及行政立法,也涉及行政法的适用。行政立法所面向的问题与宪法学所面向的问题基本相同。行政法的适用则主要研究解释法的溯及力的原理及排除新旧法律冲突的原理和规则。它所涉及的问题也是其他部门法学,诸如刑法学、民商法学、经济法学以及程序法学所要研究的。最后是法理学。法理学解决的是更基础的理论、解释方法和技术。可见,按其性质,可将法的溯及力和新旧法律冲突问题分为立法、法律适用和违宪审查三个层面。

我国的违宪审查制度建立与否、何时建立、如何建立等问题尚在讨论中。另外,《立法法》第87条是否将法的溯及力纳入法规范审查程序的范围也值得探讨。^②因此,法的溯及力的合宪性审查在我国目前尚不是实践中亟待解决的问题。但是,立法、法律适用过程中涉及

① 《立法法》第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”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。”

② 《立法法》第87条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的,由有关机关依照本法第八十八条规定的权限予以改变或者撤销:(一)超越权限的;(二)下位法违反上位法规定的;(三)规章之间对同一事项的规定不一致,经裁决应当改变或者撤销一方的规定的;(四)规章的规定被认为不适当,应当予以改变或者撤销的;(五)违背法定程序的。”

的法的溯及力与新旧法律适用问题却是现实的,而且具有普遍性。为此,本书的讨论主要以立法和法律适用为服务方向,重点讨论决定法的溯及力的基本原则以及解决新旧法律冲突的适用规则。

决定法的溯及力的最基本原则是不溯及既往。这一原则既是一项古老的原则,又是一项世界通用的原则,我国《立法法》第84条也作了规定。^①目前,不溯及既往原则在许多国家首先为一项立法原则,其次为一项法律适用原则。但是,我国《立法法》规定的不溯及既往原则仅仅是一项适用原则,而不是立法原则。^②所以,虽然本书以立法和法律适用为服务方向,会对立法问题有所涉及,但更多地关注实际上仍然不得不放在法律适用的研究上。在法律适用的范围内,本书将主要讨论不溯及既往原则的理论依据、效力范围、例外情形以及该原则适用中遇到的疑难问题。在此基础上,进一步讨论涉及新旧法律冲突的适用规则、适用条件以及各个规则之间的关系。总而言之,本书讨论的核心是与法律变动相关的法律适用规则。

三

法律适用规则是一个大家庭,因应法律变动的法律适用规则仅是其中的一部分。法律适用规则服务于众多的部门法律规范,但又独立于众多的部门法律规范。在国际法学中,国际私法学是专门研究这种规范的。但在国内法学中,关于法律适用规则的研究还没有成为“专门”的学问,更不用说成为专门的法学学科。但这不能掩盖国内法律适用规则的独立品格,因为法律适用规则具有以下特殊性:

第一,与一般的实体法律规范相比,它仅指明如何在相互冲突的法律规范中选择该当适用的法律规范,并不直接调整当事人的实体权利和义务。

第二,与一般的程序法律规范相比,它只是给执法机关、司法机关

^① 《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。”

^② 如此界定,有两个方面的理由:一方面,我国的不溯及既往原则规定在《立法法》的“适用与备案”一章;另一方面,顾昂然在2000年3月9日第九届全国人民代表大会第三次会议上作的《关于〈中华人民共和国立法法(草案)〉的说明》中指出,《立法法》规定的关于法的适用的基本原则有四项:“第一,上位法的效力高于下位法。第二,同位法中特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定。第三,同位法中新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。第四,不溯及既往的原则,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。”关于这个问题本书在第二章“法不溯及既往原则”中还将进一步讨论。

和当事人提供适用法律的指引以及评价法律适用正确性的标准,但并不直接规定诉讼参与人的程序权利和义务。

第三,适用规则有自己独特的逻辑结构。一般法律规范由事实构成要件和法律效果两部分构成,事实构成要件指向的是法律事实,法律效果则规定具体的权利和义务。与此不同,适用规则由“范围”与“系属”两个部分构成。“范围”系指案件事实所连接的法律冲突类型,比如,它是一般法与特别法的冲突还是新法与旧法的冲突,而不是案件事实;“系属”则指明该案件应当选择适用的法律规范,但不是具体的权利和义务。

第四,它是一种间接规范。由于适用规则不直接规定当事人的权利和义务,人们不能直接从它那里得到行为的准则,只有与所选择的实体或程序法律规范相结合才能确定具体的权利和义务。

可见,首先适用规则既不属于实体法,也不属于程序法,从而成为一种独立于实体法律规范和程序法律规范的第三类法律规范。既然为一种独立于实体法和程序法的第三类法律规范,则难以将其全然归于任何一个部门法学的研究范围。其次还需强调,法律适用规则既然为一种法律规范,它又不同于法律解释方法或者法律论证(推理)方法。法律解释方法或法律论证(推理)方法能够为法律适用活动提供指导,但不具有法的强制力。法律适用规则则不然,它具有其他法律规范的一般性和强制性,往往以法律明文或判例确立,违反这些规则,必然导致法律适用错误,也就是“法律适用违法”。所以,法律适用规则的研究也不属于法律方法学。当然,对这些规范的应用依然有赖于法律解释学和法律论证学。最后需要明确,国内法律规范的选择适用不同于对不同主权国家法律的选择适用,所以国内法律规范的选择适用和国际私法尽管十分相近,但不是完全相同的事。从这一角度讲,对于法律适用规则的研究可以成为一门独立的法律学问,本书的研究,可以说是这样一种尝试和努力。

四

法律变动以及由此引起的新旧法律冲突不过是众多法律冲突现象中的一种,而法律冲突的性质不同,解决法律冲突的程序、方法也就不会相同。因此,寻求解决因法律变动所引起的新旧法律冲突的途径,必先发现它们的“个性”所在。为此,本书将在第一章“法的变动与法律适用”中分析因法律变动而引起的法律适用问题的“究竟”,进而

针对这些问题的成因和特征探讨解决这些问题的路径。

法的溯及力与法律规范的性质、法律规范所调整的事实状态有关。^① 所以,对法的溯及力的研究必须从不同的角度,分析各种影响溯及力的因素。基于此,本书第二章至第四章将对法不溯及既往原则、法不溯及既往的例外情形以及法不溯及既往原则应用中遇到的特殊问题加以讨论。

在解决新旧法律冲突的过程中,前人不仅提出了一些原则,还提出了一系列适用规则,如“从旧”规则、“实体从旧”规则、“行为时法优于审理时法”规则、“新法优于旧法”规则、“旧特别法优于新一般法”规则、“不溯及推定”规则、“从新”规则、“程序从新”规则、“从优(轻)”规则、“从旧从优(轻)”规则、“从新从优(轻)”规则,等等。这些规则的基本含义是什么?各规则之间的关系如何?这都是解释和适用这些规则不可忽视的问题。就这些适用规则的含义、适用范围加以阐述是第五章“相关法律适用规则”的任务。另外,这一章还将尝试确立一些新的规则。最后,在第六章“适用规则的应用”中,我们主要讨论应用这些原则和规则必须考虑的实际问题。

概括地讲,本书正文六章可分三个部分:

第一部分:第一章,主要研究法律在时间先后关系中可能遇到的适用问题及其特征;

第二部分:第二至第五章,主要研究决定法的溯及力的各种原则以及解决新旧法律冲突的各种规则;

第三部分:第六章,对所确立的各种原则和规则的应用问题加以讨论。

另外需要说明的是,我在本书最后的“余论”部分谈了“我国法官选择适用法律的限度”。这虽然不是主要讨论法的溯及力和新旧法律适用规则问题的,但与这些问题紧密关联,是研究法律适用规则问题应该明确的。所以,在本书的结尾与各位对此感兴趣的读者一道讨论是有必要的。

五

为了使上述讨论能够得出较为令人信服的结论,本书在具体问题

^① 关于这一点,本书将在后面各章的讨论中加以展示。

的讨论中,将针对问题本身的特性选择适当的方法,但有些方法是最基本的和经常采用的。

首先要采用的是历史研究方法。法律不仅是现在的、未来的,更是历史的。施瓦茨说:“法律是一面魔镜。从这面镜子里,我们不仅能看到我们自己的生活,而且能看到我们前人的生活。”^①反过来说,如果从这面镜子里,我们看到了前人的生活,也许就可以看到我们自己的生活。再就法的溯及力和新旧法律冲突而言,它不是今天才出现的一种法律现象。自从有了法律,人类就面临着法律的时间效力问题,就已经在寻求解决新旧法律冲突的方法,确定排除的规则,并在理论上加以阐述。前人的经验,或者值得反思,或者值得借鉴。历史研究方法就是实现这一目的的工具。它有两个方面的含义:一是对法律溯及力的原理和制度、新旧法律的适用原理和规则的发展史进行考察;二是对影响法律溯及力的原理和制度、新旧法律的适用原理和规则发展的历史因素进行考察。

其次要采用的是比较研究法。新旧法律冲突不仅是历史的,更是世界的。但凡有法律制度的国家,都要解决法的时间效力问题,都会遇到新旧法律冲突。所以,世界各国都有自己的方法,都有自己的制度。尤其是西方发达国家,在这方面有着丰富的经验。借鉴和学习它们的经验,是我们研究的捷径。比较法,作为法学方法,是针对国内法律所面向的问题,深入探究不同国家相关法律制度的异同及其原因或背景,并进而寻找解决国内法律问题的途径的方法。^②它不是对某国法律制度的介绍,也不是对诸国法律制度的排比和列述。所以,采用比较研究法研究新旧法律冲突是适宜的。

规范实证分析法也将是经常采用的方法。新旧法律冲突首先是法律规范的冲突。新旧法律冲突的适用规则,也是一种规范。这种规范不以事实为适用对象,而以法律规范为适用对象。所以,规范及其结构的分析,是新旧法律冲突研究中最常采用的方法。除了对法律规范进行分析外,我们还要分析诸多案例。案例分析是我们理解理论、检验理论的主要途径。这也属于实证分析的范围。

① [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版,第4页。

② 黄舒凡:“比较法作为法学方法:以宪法领域之法比较为例”,载《月旦法学杂志》2005年第5期,第185页。

这些方法是本书主要的研究方法,但不是全部的方法,也不是每一个问题都要采用的一对一的方法。虽然本书力图使方法的采用、讨论路径的选择都有助于科学结论的得出,但这一良好的愿望未必得以实现。书中不足之处肯定很多,敬请各位读者批评指正。

法的变动与法律适用

第一节 法的变动性及变动的正义性

一、法律的变动性

人类所从事的法律活动,在法律研究之外,按照活动主体的不同,大致可以分为立法、执法、用法和司法几类。立法意指立法主体创制法律规范的行为;执法意指行政机关按照法律规定履行法定管理职责的行为;用法则指普通公民按照法律的规定从事各种民事和社会活动的行为;司法是各种活动的最后一道,指司法机关对执法、用法过程中发生的法律纠纷依据法定程序加以裁决、实施救济的行为。相对于立法而言,司法、执法、用法都是应用法律的过程,都属于法的实施的范畴,只是应用法律的目的不同而已。这四种法律活动,一方面各自相对独立,另一方面又相互依赖。就立法与执法、用法、司法的关系而言,一方面,立法的意志有赖于通过执法、用法得以实现,通过司法得到保障;另一方面,执法、用法和司法又以立法为其活动的基础和依据。正因为如此,立法对执法、用法和司法必然产生重大影响。可谓是立法打喷嚏,执法、用法、司法刮风、下大雨。

立法活动不仅包括创制法律的过程,也包括对法律进行修订、废止的过程。法律的创制是对法律