

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2015.03.018

欢迎按以下格式引用:郭晓明.关于程序法从新原则的几个问题[J].重庆大学学报:社会科学版,2015(3):141-148.

Citation Format: GUO Xiaoming. Some Issues on retroactive application of procedural law[J]. Journal of Chongqing University: Social Science Edition, 2015(3):141-148.

关于程序法从新原则的几个问题

郭晓明

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:法不溯及既往是法治国家的标志之一,而程序法从新原则是法谚“实体从旧、程序从新”的具体体现。现代意义上的程序不仅指司法程序,还包括立法程序、行政程序和其他法律程序。根据传统溯及力理论,程序法的溯及对象应当聚焦在“正在处理的案件”上。在具体运用层面,程序法从新主要适用于管理性程序事项,而其例外情况一般针对于实益性程序事项、实体事项和既判事项。鉴于具体案件的复杂性,我们应当加强对程序法溯及力的法理梳理和条文细化。

关键词:程序;程序法;溯及力;原则与例外

中图分类号:D920.0

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2015)03-0141-08

一、问题的提出与意义

法不溯及既往原则是法治国家所普遍遵循的一项法律原则,中国亦不例外。2000年公布的《中华人民共和国立法法》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。”从条文内容上看,中国采取了“从旧兼有利”的原则;从条文定性上讲,鉴于该条被置于“适用与备案”一章,故将法不溯及既往原则视为一项法律适用原则更为准确。即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^[1]。我们一方面应当看到,法不溯及既往原则对于制约国家权力的宪政价值,同时也应当关注到法不溯及既往原则的实用价值,即该原则主要用于解决法律更新中的新旧法衔接的问题。

法谚云:“实体从旧,程序从新。”简言之,实体法无溯及力,程序法有溯及力。对于上述法谚语的理解,我们可以大致归纳出三种意见:第一,肯定论。“实体法以不溯及既往为原则之一……但程序法无此原则,与此相反的是,在新程序法生效时尚未处理的案件,均应采取程序从新原则,依照新程序法处理”^[2]。第二,否定论。“就实体问题而言,从旧体现了不溯及既往原则。就程序问题而言,处理法律问题之时当然适用现行有效的程序规范,不可能适用旧的程序规范,因而仅仅是现行法律的适用问题,不存在是否溯及既往的问题”^[3]。第三,折中论。“实体从旧、程序从新原则不是法不溯及既往原则之外的新的原则,更不是对法不溯及既往原则的否定;相反,实体从旧、程序从新原则是法不溯及既往原则适用于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”^[4]。

修回日期:2014-12-14

基金项目:国家社会科学基金重点项目“中国特色社会主义根本民主政治理论与建设研究”(07AFX008);中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(14XNH007)

作者简介:郭晓明(1988-),男,北京海淀人,中国人民大学法学院2012级法学理论博士研究生,主要从事法学基础理论、部门法理学、法社会学研究。

致谢:本文的写作得益于中国人民大学法学院朱力宇教授在选题角度和研究思路上的指点与指导,特此表示感谢。

2008年通过的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第13条规定:“原判决、裁定适用法律、法规或司法解释有下列情形之一的,人民法院应当认定为民事诉讼法第179条第1款第(六)项规定的‘适用法律确有错误’……违反法律溯及力规定的。”由此可见,法的溯及力问题是决定法律是否正确适用的标志之一。而中国以往的溯及力问题主要围绕实体法展开,针对程序法的溯及力规定寥寥无几^①。所以,我们有必要从法理层面重新对“程序法从新原则”加以审视、评判。其中,我们至少应当回应以下几个问题:(1)什么是程序法?(2)程序法是否具有溯及力?(3)程序法为什么具有溯及力?(4)“程序法从新”适用于/不适用于哪些情况?

上述四个问题大致涉及“程序法从新原则”的适用前提、溯及判断、理由论证和效力范围,而这对于“程序法从新原则”的理解与适用至关重要。

二、程序法从新原则的适用前提

既然“实体从旧,程序从新”,那么对于上述法谚和“程序法从新原则”的理解首先便应当聚焦在程序法与实体法之间的界分上。作为一项基本的法律分类,以下四个方面的问题值得关注。

第一,在划分标准上,实体法和程序法的划分强调法的“主要内容”,而非“唯一内容”。实体法一般指以规定主体的权利、义务关系或职权、职责关系为主要内容的法,如民法、刑法、行政法等。程序法通常指以保证主体的权利和义务得以实现或保证主体的职权和职责得以履行所需程序或手续为主要内容的法,如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法^[5]。这种划分强调法律的“主要内容”,但并不意味着两者之间不存在交集。如果简单地认为实体法只规定实体事项,程序法只规定程序事项,那便片面地理解了该项分类^②。应当注意,许多法律文件中具有实体法和程序法两个部分,这在英美法系常见。实体法与程序法的划分主要在法理上,实体法与程序法的划分是相对的。因为一项权利义务是实体的还是程序的,本身具有相对性^[6]。

第二,在具体形态上,程序法在法律程序化的趋势下表现为“程序多元”,而非“司法一元”。在西方,在旧的身份共同体关系的解体与资本主义新秩序的确立这一历史过程中,有两项制度起到神奇的作用。一个是社会或司法领域里的契约,另一个是国家或公法领域里的程序^[7]。在现代社会,法制发展到高级阶段的标志之一便在于法律的程序化。以至于“程序性”成为了现代社会法律所必备的一大特征。“法之所以成之为法,并与其他社会制度和解决社会问题的过程相区别,在于它的形式化、程序化”^[8]。这说明,法律程序对于保证权利义务的的实现和职权职责的履行提供了不可或缺的方式、方法和步骤。所以,现代法律程序不仅仅局限于司法程序^③,其还包括立法程序、行政程序和其他法律程序(表1)。

表1 法律程序的类型特征

	立法程序	行政程序	诉讼程序	非诉讼程序
程序主导	立法机关	行政机关	司法机关	调解、仲裁、公证机关
解决事项	国家事项 社会事项 私人事项	集体事项 公益事项	针对特定对象的争议 事项和不确定状态	针对特定民间、领域、 行业的私人事项
作用机理	为其他程序的运行提供 指针和轨道	命令与服从 决定与参与	借助国家机关以决定 权利和罪刑	借助社会组织以维护 权利和解决纠纷
预期效果	针对不特定对象的确 认性规则和构成性 规则	抽象行政行为 具体行政行为	将普遍性规则运用于 特定案件的司法审判	对于特定案件,通过调 解、仲裁、公证的机构 裁断
运行边界	自主决定、市场调节 事后监督、行业自律	当私人自治和社会自 治受到尊重时	集体活动的调整 公益事项的界定	缺乏互信、公共事项和 无争议事项

①参见最高人民法院《关于适用法发[1996]28号司法解释问题的批复》和《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)。虽然上述官方文件提及“程序从新”的问题,但内容过于简单,仍有讨论余地。如前者的内容为“纠纷发生在规定生效前,起诉在规定的生效后,适用新的程序性规定”。而后的表述为“实体问题适用旧法规定,程序问题适用新法规定”。

②国内不少论著均认为程序法溯及既往不会影响信赖利益,因为“实体法创造、确定和规范权利(或权力)和义务(职责),而程序法不创造新的权利和义务,只是在程序上提供法律救济和实现权利(或权力)的方法和途径”。笔者认为,这是一种鲜明的“程序工具主义观”。现代程序法客观存在着不少隶属于程序本身的具有临时性或是辅助性的实体事项,如民事诉讼法中先于执行、保全措施和妨害诉讼行为;刑事诉讼法中的犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序和依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序;以及大量行政程序中的职权职责配置等。

③司法程序,是指司法活动中必须遵循的法定形式、步骤和方法,具体规定了司法活动的原则、方式和程序。广义的司法程序包括司法诉讼程序和司法行政程序,而狭义的司法程序则特指司法诉讼程序。参见朱景文主编的《法理学》(中国人民大学出版社2008年版第417页)。

第三,在价值取向上,程序法在程序正当化的转型下可分为“形式程序法”与“实质程序法”(表2)。如果说法律程序化是法制发展的外在量变,那么法律程序的正当化便是“法制”向“法治”转轨的内在质变。如果说,法律程序是一种制度描述,那么正当法律程序便是一种制度评价,其背后隐藏的逻辑便是“并不是一切法律程序都是正当的”。形式程序法表现为一种“程序工具主义”(result)的程序观,即法律程序只是实现良好结果的工具,良好结果则由实体法加以规定,而是否有利于实现良好结果是评价该程序是否正当的标准。与此相对应,实质程序法彰显了一种“程序本位主义”(process)的程序观,即设计和评价法律程序的唯一标准应当是程序本身是否具备一定的“内在价值”或“德性”(virtue),而不是程序实现某种外在目的的“结果有效性”^[9]。

表2 法律程序的价值特征

形式程序	外在价值	结果价值	工具价值	权力主导	职权主义	秩序维护	全面客观
实质程序	内在价值	过程价值	目的价值	平等参与	中立对抗	人格尊严	及时终结

第四,在官方标准上,2001年第九届全国人民代表大会第四次会议正式将中国特色的社会主义法律体系划分为宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法共7个法律部门。从法律部门的划分上可知,中国的程序法包括诉讼法和非诉讼程序法,从而不能够涵盖上述提及的立法程序和行政程序。对此,笔者认为,法律部门意义上的程序法是技术性的,而法律分类意义上的程序法是规范性的。事实上,除诉讼与非诉讼程序法以外,其他法律部门也存在着大量的程序性规范。所以,“程序法从新原则”应当遵从规范标准。

三、程序法从新原则的溯及判断

通说认为,法的溯及力有广狭二义之分。广义溯及力指法是否适用于其生效前发生的行为和事件。而狭义溯及力指法是否适用于生效前结束的行为和事件。两者之间的差值在于是否包括对于持续性法律事实向未来溯及^④。与一时性法律事实相对应,持续性法律事实包括持续性法律行为(跨法行为)和持续性法律事件(跨法事件)^⑤。可见,法的溯及力问题大体涉及两个要点:(1)新法取代旧法,新法生效,旧法失效^⑥。(2)行为和事件发生在新法之前。由此,笔者采纳广义溯及力,理由主要在于:法的溯及力的着眼点在于事实“发生时”,而非“结束时”。即行为人的信赖利益在法律事实发生时便已产生,至于是否结束不在其所问。

(一)程序法的溯及时点分析

第一,程序法的溯及时点应当聚焦在“程序开启时”,而非“纠纷发生时”。在过去“重实体、轻程序”的影响下,程序法的溯及对象被界定在“纠纷发生时”。如1996年发布的最高人民法院《关于适用法发[1996]28号司法解释问题的批复》针对法院管辖的程序性规定要求适用新的司法解释:“不论购销合同是在该规定生效前签订的还是生效后签订的,凡在该规定生效后起诉到人民法院的购销合同纠纷案件,均应适用该规定。”程序法如是便被视为具有溯及力的法律。但在程序观念日益加深的当下,对程序法溯及力的实体判断已不合时宜。“之所以人们误以为新法具有溯及力,是因为人们混淆了实体法和程序法所调整的对象,误以为程序法与实体法一样,也是调整实体事件和行为的”^[10]。所以,与实体法的溯及对象不同,程序法的溯及对象应当是程序行为和事件。具体而言,如上所述,法的溯及力问题的着眼点在于行为和事件发生之时,故我们应当更近一步地聚焦在那些能够导致程序开启效果的程序行为上,如起诉,上诉,申请仲裁、调解、公证等。

第二,程序法的溯及时点应针对“程序开启行为”,而非各类具体的“程序行为”。虽然通过实体标准来判断程序法具有溯及力并不令人信服,但是即便以程序标准加以审视,一些学者仍然不认为程序法具有溯

^④有学者认为“溯及既往,系指新法适用于其施行前发生的行为和事件,从而改变已经发生的法律效果。新法适用于正在发生的事实或者对尚在持续的法律效果向未来加以改变不属于溯及既往,但对合同未来效力的改变除外”。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》(《中外法学》2007年第5期)。笔者同意将持续性法律效果排除在溯及既往的范围,但建议将持续性法律事实纳入其中。

^⑤跨法行为如:跨法侵权、继续犯罪、连续犯罪;跨法事件如:下落不明、精神失常、持续地占有某物以及持续地不行使权利、战争、罢工等。

^⑥在法的溯及力方面要适用“从旧兼有利”的原则,还有一个前提条件,就是要求新法取代旧法而生效。过去我们在立法中,不重视法规清理工作,特别是对各种规章的清理工作。因为没有制度化、程序化的法规清理工作,仅靠制定新法,还不足以使已无实际意义的对同一事项规定的某些旧法失效。参见朱力宇《关于法的效力的几个问题》(《法学杂志》2003年第3期)。

及力,如“程序法适用于其生效后的程序行为而不适用于其生效前的程序行为恰恰说明程序法是遵循法不溯及既往原则的。将‘程序从新’看作是法不溯及既往之外的一项原则的观点是不能成立的”^[11]。对此,笔者将程序法的溯及时点针对于“程序开启行为”的理由如下:(1)从溯及目的上讲,法的溯及力聚焦在法律事实发生之时,故行为人在程序开启时便会对整个案件的程序效果有所预期,从而进一步安排自己的程序策略。我们不否认行为人对于整个程序活动中的各个程序行为均会产生行为预期,但是以“程序开启行为”为基准点更易于从整体上加以把握,同时也有利于程序效率的提高。(2)从程序特性上讲,与实体法的“后续判断”不同,程序法具有“即行适用”的特点。许多国家都推定新法因更有利于保障诉讼的顺利进行而设置“即时适用规则”,即新的程序法生效后自然溯及于未决案件的程序事项。对此,《法国刑法典》第112-2条、《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第4条、中国台湾地区《台湾刑事诉讼法实施法》第2条均有明文^⑦。其原因在于,程序法主要表现为“流程法+解纷法”,故程序的效力只能通过程序的自我评判和纠错机制来实现,如审级制、再审制、程序瑕疵裁定补救等。

(二) 程序法的溯及对象分析

第一,程序法的溯及对象应当着眼于“案件”^⑧,而非“纠纷”。既然程序法的溯及时点应当聚焦在“程序开启时”,那么其溯及对象便应当着眼于“案件”。从内容上讲,案件通常包括民事案件、刑事案件和行政案件。从程序上讲,案件主要涉及诉讼案件(争讼案件+非讼案件)和非诉案件(调解案件+仲裁案件+公证案件)。如果以“纠纷”为程序法的溯及对象,这种做法仍未脱离“实体思维定势”的窠臼,我们可以看到,程序是链接“纠纷”和“案件”的桥梁。如果程序未启动,那么“纠纷”便无法被程序所纳入和处理,而程序事实和程序效果更无从谈起。而如果程序启动,那么“纠纷”便被程序所接收并转化为“案件”。由此可见,程序是对社会纠纷的过滤器,由其所筛选的纠纷是那些可以、能够并应该由法律所调整、规制和解决的社会纷争和矛盾。

第二,程序法的溯及对象应当限缩于“正在处理的案件”,而非“已经办结的案件”和“尚未处理的案件”。广义溯及力认为,法是否适用于其生效前发生的行为和事件,其包括已结束的和尚未结束的行为和事件。程序法的溯及对象应当为“案件”,同时,并非所有的案件都能被程序法的溯及力所辐射。我们可以大致将案件分为三类:已经办结的案件、正在处理的案件、尚未处理的案件(表3)。从案件性质上讲,前两类案件由于立案于新程序法生效前,故属于旧案件,而第三类案件由于只能在新程序法生效后立案,故属于新案件。而从案件效力上讲,第一类案件已经审结,故属于既判力问题^⑨。第三类案件是新案件,由新程序法调整属于“新法从旧”。而第二类案件是旧案件,由新程序法调整属于“新法从新”。所以,程序法的溯及对象应当限缩于“正在处理的案件”为宜。

表3 案件程序化分阶

旧案件		新案件
已经办结的案件	正在处理的案件	尚未处理的案件
既判力问题	溯及力问题	程序未开启

(三) 中国程序法溯及判断的发展动向

中国当今的立法,除《刑法》和《立法法》中有关于溯及力的“从旧兼从轻”和“从旧兼有利”的原则性规

^⑦《法国刑法典》第112-2条规定:“下列法律即行适用于对其生效前实行之犯罪的惩治:1. 凡一审法院尚未作出实体判决时,有关管辖权与司法组织之法律;2. 确定追诉之限制性条件以及程序形式的法律……”参见卡斯东·斯特法尼《法国刑法总论精义》(罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版第693页)。《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第4条规定:“在进行刑事案件的诉讼时,适用有关诉讼行为进行时或有关诉讼决定作出时有效的刑事法律,但本法典有不同规定的除外。”参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》(新版)(黄道秀译,中国人民公安大学出版社2006年版第4页)。中国台湾地区《台湾刑事诉讼法实施法》第2条规定:“修正刑事诉讼法实施前已经开始侦查或审判之案件,除有特别规定之外,其以后之诉讼程序应依修正刑事诉讼法终结之。”参见《月旦简明六法》(元照出版有限公司,2004年版第7、58、30页)。

^⑧由于立法程序和其他法律程序存在较大区别,故本文的程序分析主要围绕非立法程序展开。总体而言,立法程序的溯及对象着眼于“议案”,而非立法程序的溯及对象着眼于“案件”,特此说明。

^⑨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。中国司法实践中一般采用第一种,即既判力优先于溯及力。参见胡建森、杨登峰《有利法律溯及原则及其适用中的若干问题》(《北京大学学报(哲学社会科学版)》2006年第6期)。

定外,其他法律都少有溯及力的条款,大多数重要法律所涉及的溯及力问题,都是在最高人民法院的司法解释中规定的^[12]。虽然中国日后的溯及力立法完善应当建立一套由“宪法-立法法-部门法-司法解释”为线索的制度体系,但是当前大部分的溯及力规定散见于最高人民法院的司法解释也体现出了一种鲜明的司法实用主义倾向。但即便如此,最高人民法院也应慎重行事。因为法的溯及力问题作为法治的基本问题,本应属于立法层面而非司法解释层面^[13]。笔者认为,法的溯及力问题的宪政价值是法治国家的必然要求,而其实用功能亦应当在法律的可测性和权威性之间谋求审慎的平衡。尤其在中国,溯及力规定主要是针对实体法设计的,关于程序法的溯及力规定微乎其微。2013年1月1日,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》(以下简称《规定》)正式实施,这是中国第一次针对新旧程序法衔接问题所作出的司法解释,我们可以从这8个条文中体察到官方对于程序法溯及力问题的基本态度和具体把握:(1)明确了民诉法新旧衔接适用的一般性规定:程序法从新原则。《规定》第1条第1款:“2013年1月1日未结案件适用修改后的民事诉讼法,但本规定另有规定的除外。”(2)明确了2013年1月1日已完成的程序事项的效力问题:程序法即时适用。针对2013年1月1日前的未结案件,《规定》第1条第2款:“2013年1月1日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。”(3)明确了妨害民事诉讼行为处理规则的新旧衔接适用问题:程序法从旧例外。在2013年1月1日未结案件中,人民法院对2013年1月1日前发生的妨害民事诉讼行为尚未处理的,以适用修改前的民诉法为原则^⑩。妨害民事诉讼行为的制裁力度,其中涉及到当事人可能承担的罚款、拘留及刑事责任的实体内容。由于涉及对当事人的处罚甚至承担刑事责任的问题,《规定》按照法不溯及既往原则,对此作出了适用修改前的民事诉讼法的一般性规定^⑪。

上述司法解释的制度背景在于人民法院对于新旧民事诉讼法衔接问题遇到大量的未决案件和适法困难。总体而言,上述法律适用规则对于民事案件的妥善解决和民事诉讼法的统一适用起到了关键性的指导作用。民事诉讼法仅仅是诉讼法的一支,难以涵盖其他程序法中的具体情况,但是,笔者认为,最高人民法院对于程序法溯及力的态度还是基本明确、可资借鉴的。

四、程序法从新原则的理由论证

(一)程序法从新原则的理由证成

基于上述论证,我们看到,程序法的溯及力问题在于保护程序参与人的行为预期,而其溯及对象应当限定在“正在处理的案件”上。但是,过往对于程序法从新的理由分析主要有三点:(1)程序法不产生信赖利益。即只有实体法才能够产生信赖利益,而程序法不会产生实体上的权利义务关系,所以程序法可直接适用于正在处理的案件。程序法是服务于实体法的法,是实现实体法的工具法。基于这一关系,程序法的变动一般不会影响实体的权利、义务关系^[14]。(2)程序法将更加科学合理。程序法的溯及力往往发生在程序法的新旧衔接方面。事实上,新修改的程序法往往能够为程序主体和程序参与人提供更为明确的行为指引和更具效率的运行规则。尤其在现代法治国家,实质程序法往往肩负着限制国家权力、保障私人权利的制度功能。此时,虽然程序法也赋予程序性权利和义务,程序法的变化也会引起程序性权利和义务的变化,但这种变化对私权利主体有利,而不是不利。(3)程序法有利于及时解纷。正是基于人们对于新程序法的科学性和合理性抱有更多期待,所以,将新程序法适用于正在处理的案件往往能够进一步完善案件的处理,及时化解纠纷。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^[1]。

(二)程序法从新原则的理由证伪

由此可见,上述理由是当前支持程序法从新的主要论据,我们发现,上述论据的特点在于侧重于程序法的“应然”理解,而或多或少地忽视了程序法的“实然”把握。对此,笔者认为,程序法从新的主要理由还存在着一定的理论局限和考量不周:(1)程序法的程序法益预期。认为程序法是服务于实体法的法且不产生权利义务的观点体现了鲜明的程序工具主义倾向。通过法律程序实施法律的活动主要是一种价值的选择和实现过程,而不只是什么事实真相的发现过程^[15]。随着正当程序理念的不断渗入,程序法对于程序权利义

^⑩但属于修改后的《民事诉讼法》第112条或第113条所规定的情形在2013年1月1日以后仍在进行的,应当适用修改后民诉法的规定,以依法制裁虚假诉讼行为和恶意逃避执行行为。

^⑪参见2013年1月最高人民法院就《民事诉讼法》新旧衔接适用司法解释答记者问。

务的创设,对于程序参与人的重大影响已为不争的事实。所以,程序参与人本身也会对程序法产生行为预期。(2)程序法的正当程序反思。正当程序是法治国家的标志之一。现代程序法是制约国家权力和保证理性选择的制度机制。但是,现代程序法的功能不是一元,而是多元。这其中往往表现为程序公正与程序效率、程序控制与权益保障之间的左右权衡。所以,“程序是否正当?对谁正当”这些疑虑是立法问题还是司法问题?是立法溯及还是司法溯及?需要审慎考量。(3)程序法的溯及适用困难。实体法和程序法均存在溯及力问题,而这本身是重要的法律适用问题。在中国,大量法律法规的溯及力规定散见于司法解释中,但是在适用层面并不是没有争议。对于司法解释有无溯及力的认识,在司法实践中比较混乱,特别是对于只规定了实施时间而没有规定溯及力的那部分司法解释,除了当事人认识外,法院在司法适用中也很不统一;对于规定了自身溯及力的司法解释,当事人与法院的认识也存在分歧^[13]。

(三) 对峙观点之间的往返检讨

首先,在“实体从旧,程序从新”的通说语境和制度氛围下,证成性观点具有先天的优势地位。我们不否认现代程序法在限制公权和保障私权方面的制度合理性,也不低估其在高效解纷和节约资源方面的积极因素。但是,我们对于程序法的美好理想需要通过审慎的制度设计和专业的司法操作才能得以实现。所以就当前程序法溯及力问题的制度现状而言,我们不应对于上述程序法的正面预期做过于轻率急切的展望。其次,证伪性观点打破了传统“程序工具主义”的观念束缚,点明了程序法从新在制度设计和司法适用中的现实难点。这种稳重而务实的论证态度值得肯定。但是,详加分析我们不难发现,上述证伪性观点与其说是从“起点”上否定程序法从新,还不如说是从“过程”上持审慎乃至消极的态度。最后,鉴于现代程序法在理论、制度和实操层面的复杂性,笔者认为,上述对峙观点之间的择选绝不是非此即彼,而应当左右权衡。

五、程序法从新原则的效力范围

作为一项法律适用原则,程序法从新原则不仅仅体现为其背后的程序法理支撑,更表现在具体的规则运用之中。程序法从新原则的效力范围直接涉及新旧法衔接之间的程序操作。鉴于程序法的溯及力问题着眼于程序参与人的程序法益预期,我们应当对程序法的内容加以细化分析。如前所述,实体法与程序法的划分是以法的主要内容为标准,所以,我们可以说程序法的内容主要以程序事项为主,但也会涉及部分实体事项(表4)。

表4 程序法的内容细化

实体事项		程序事项	
类型	程序保障型+临时救济型	管理性程序事项	实益性程序事项
特质	直接关涉实体权益	直接关涉程序权益	间接关涉实体权益
功能	案件特殊事项的程序处理	保证程序顺利进行	防止违法滥用职权
示例	妨害诉讼、保全措施	主管管辖、期间送达	证据规则、刑事辩护
地位	辅助性、临时性	基础性、主体性、主干性	基础性、主体性、主干性
模式	程序机关主导	程序机关主导	程序参与人自控

(一) 程序法从新原则的正面范围

第一,管理性程序事项:即时适用规则。从程序工具论的角度看,程序法中涉及大量的管理性程序事项。上述事项主要是为了保证程序的顺利进行,而为程序机关所提供的时序、方案和流程。正是基于这种程序保障功能和程序效率的追求,管理性程序事项往往具有非常明显的行政色彩,其通常直接涉及程序机关的办案流程,而较少直接与程序参与人相关联。诉讼法作为国家规定其法院如何运作的规则,原则上也涵盖悬而未决的程序,即按照旧法开始、按新法结束的审判程序和执行程序^[16]。如刑事案件中的立案、侦查、起诉流程;仲裁案件的裁判流程;公证案件的办事流程;司法案件在审判阶段的主管管辖、期间送达等事项。所以,管理性程序事项可以直接适用于正在处理的案件之上^②。

第二,实益性程序事项:新法有利推定。鉴于正当程序乃程序法治的重要标志,所以在当前法治国家的

^②如最高人民法院《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》第1条规定:“2013年1月1日未结案件适用修改后的民事诉讼法,但本规定另有规定的除外。前款规定的案件,2013年1月1日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。”

语境下,程序法往往本身便被视为具有“正当程序”的内涵。但是,如何把握新法中的“有利”推定?笔者认为其中要点主要有二:(1)“有利法”主要发生在公法领域。由于在私法领域,私人利益具有平等性,故难以界定孰高孰低,所以实益性程序事项在私法领域一般不能溯及适用^⑬。(2)“有利推定”往往应由立法机关先予明确。在公法领域,“私益优先”的法治理念侧重于程序法的权益保障功能。所以,在“保障人权”和“执法为民”的驱动下,刑事诉讼法和行政诉讼法中的实益性程序事项往往具有溯及力^⑭。而当下大量的非诉讼程序则尽量发挥当事人在纠纷解决中的自主性和功利主义的合理性,采取常识化运作程序,争取做出接近情理的解决,并以节约成本、追求效益最大化为基本目标^[17]。所以,非诉讼程序法一般直接产生“即时适用”的效果。

(二)程序法从新原则的例外情形

第一,实体事项例外:实体法益保障。程序法的内容虽然以程序事项为主,但是仍存在些许实体事项。这些实体事项大致可分为两类:(1)程序保障型的实体事项。为了保障程序的顺利进行,程序机关有权对程序参与者采取直接限制或是剥夺其实体权益。如针对妨害诉讼行为,法院可以针对诉讼参与者采取责令退出法庭、罚款乃至拘留的强制措施。(2)临时救济型的实体事项。为了解决程序进程中的一些突发或是特殊情况,程序机关有权针对程序参与者采取直接涉及其实体权益变动的决定。如紧急情况下的先于执行和财产保全、行为保全措施等^⑮。由于程序法中的实体事项直接关涉实体权益,所以,程序法对此往往应当坚持不溯及既往原则。

第二,既判事项例外:程序纠错机制。司法程序往往是权利保护的最后一道防线,司法程序对于案件的终局性处理亦应当予以尊重和坚持。一方面,实体既判是基于法律权威和诉讼效率的考虑。基于此,既判从旧原则也是法律不溯及既往的体现,目的是要通过法院裁判的既判力的尊重来维护法律秩序的稳定。所以,即使通过审判监督程序对案件进行再审时,仍不适用新法^[12]。另一方面,程序既判亦应当予以关注,即程序法具有“即行适用”的特质:先前已经完成的程序事项立即生效,即便存在程序瑕疵或是缺陷,往往通过程序的自我纠错机制来解决,如裁定补瑕和审级制度^⑯。如若不然,将违反当事人的期待,侵害程序的安定,也不符合经济原则^[18]。

六、反思与展望

行文至此,本文第一部分所提及的四个问题已基本得到回应。总体而言,就“程序法从新原则”的理解,我们更宜采取一种折中的态度。申言之,法不溯及既往是一项各国公认的法治原则,实体法和程序法均应当予以坚持。在溯及力问题上,法的可测性是法治国家首位的价值追求。与此同时,程序法的溯及力在制度设计和具体适用环节均有其专属的特点,即新的程序法一般适用于其生效前正在处理的案件。进一步讲,该原则主要适用于程序法规定的管理性程序事项。而对于实益性程序事项、实体事项和既判事项,则应当按照“程序从旧”处理,除非符合新法有利或是贯彻新法的要求。也许,法的溯及力问题具有很强的实践导向。所以,关于溯及力问题的理论研究更多地源自部门法(尤其是刑法),而在法理层面的系统论证则较少涉及。如果说实体法的溯及力规定散见于大量的司法解释之中,那么,程序法的溯及力规定则更是少之又少。这种严重的“一边倒”局面也反映出溯及力问题在中国还未得到应有而全面的重视。事实上,“程序法从新原则”的价值直接体现于法律适用环节。但由于案件情况的错综复杂,从法理上试图梳理出其适用的原则与例外异常困难。本文便是笔者对于“程序法从新原则”在法理层面上的一次系统性尝试。鉴于新

^⑬民事案件中的证据规则是典型的实益性程序规则,由于在私法领域难以界定私益高低,所以证据规则往往不具有溯及力。如2001年公布的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第83条规定:“本规定自2002年4月1日起施行。2002年4月1日尚未审结的一审、二审和再审民事案件不适用本规定。”

^⑭2013年1月1日起实施的新《刑事诉讼法》第2条首次引入“尊重和保障人权”。该项修改被视为中国刑事诉讼法在立法任务和指导思想上的转变与转轨。为了配合新旧刑诉法的有效衔接和统一适用,公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》和最高人民法院《关于适用中华人民共和国〈刑事诉讼法〉的解释》在2013年1月1日同步实施。与此同时,司法部也展开了全方位的新旧法衔接工作,如全面部署学习贯彻工作、组织开展全员学习培训、大力宣传修改后的刑诉法和积极推进修改后的刑诉法配套制度建设工作。

^⑮如最高人民法院《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》第4条、第5条分别针对妨害民事诉讼行为和诉前保全措施作出了适用修改前的民事诉讼法的一般性规定。

^⑯如最高人民法院《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》第6条针对当事人对于已经发生法律效力判决、裁定或者调解书申请再审的期间和起算,作出了适用修改前的民事诉讼法的一般性规定。

近司法解释所释放出的态度信号,我们更应当进一步加深“程序法从新原则”在条文设计上的把握和在案件处理中的权衡。

参考文献:

- [1] 胡建森,杨登峰.有利法律溯及原则及其适用中的若干问题[J].北京大学学报:哲学社会科学版,2006(6):84-92.
- [2] 卓泽渊.法学导论[M].北京:法律出版社,2000:20.
- [3] 孔祥俊.法律方法论(第1卷)[M].北京:人民法院出版社,2006:341.
- [4] 黄群,刘颖.《公证法》中救济性条款适用程序从新原则的意义——从有利于保障当事人利益的角度来谈[J].中国司法,2006(6):58-60.
- [5] 张文显.法理学[M].第2版.北京:高等教育出版社,2003:81.
- [6] 周永坤.法理学:全球视野[M].第3版.北京:法律出版社,2010:75.
- [7] 季卫东.法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考[M].北京:中国法制出版社,2004:65.
- [8] 伯尔曼,格林莱.法律的性质和功能[M].第4版.美国基石出版公司,1980:28-30.
- [9] 迈克尔·D.贝勒斯.法律的原则:一个规范的分析[M].北京:中国大百科全书出版社,1996:23-32.
- [10] 郭曰君.论法的溯及力的几个问题[J].中国社会科学院研究生院学报,2004(1):67-71.
- [11] 孙晓红.法的溯及力问题研究[M].北京:中国法制出版社,2008:88.
- [12] 朱力宇.关于法的溯及力问题和法律不溯既往原则的若干新思考[J].法治研究,2010(5):14-23.
- [13] 张新宝,王伟国.最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨[J].法律科学,2010(6):109-124.
- [14] 杨登峰,韩兵.法不溯及既往原则的地位和适用的例外[J].金陵法律评论,2009(1):22-29.
- [15] 陈瑞华.程序正义理论[M].北京:中国法制出版社,2010:46.
- [16] 罗森贝克,施瓦布.德国民事诉讼法[M].李大雪,译.北京:中国法制出版社,2007:36.
- [17] 范愉.纠纷解决的理论与实践[M].北京:清华大学出版社,2007:225.
- [18] 新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋,译.北京:法律出版社,2008:47.

Some issues on retroactive application of procedural law

GUO Xiaoming

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, P. R. China)

Abstract: Anti-retroactivity has been widely accepted in law-based countries. The principle that procedural law applies retroactively derives from a law proverb saying “substantive law applies prospectively, while procedural law retroactively”. Legal procedures in modern sense not only refer to judicial procedure, but also include legislative, administrative and other forms as well. According to the traditional theory of retroactive effect, procedural law mainly applies to unclosed cases, with technical procedural matters in general, and due procedural matters, substantive matters and adjudged matters as an exception. As to the complexity of cases, more specific work should be done on the retroactive application of procedural law.

Key words: procedure; procedural law; retroactive effect; application to cases

(责任编辑 胡志平)