

<<法的溯及力问题研究>>

图书基本信息

书名：<<法的溯及力问题研究>>

13位ISBN编号：9787509305386

10位ISBN编号：7509305381

出版时间：2008-6

出版时间：中国法制出版社

作者：孙虹红

页数：271

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<法的溯及力问题研究>>

内容概要

法的溯及力是法学的基础理论问题，是法的时间效力的重要方面。

法的溯及力不仅涉及法律变动时界定新旧法律效力范围，以正确适用法律、定分止争，更重要的是关乎法的价值取向和价值目标的实现，研究法的溯及力问题具有重要理论和现实意义。

本书从法理学的角度展开对这一问题的研究。

全书除导言外共分六章，每章的主要内容如下：第一章，法的溯及力概述。

本章界定了溯及力意义上“法”的范围，法的溯及力的概念，并分析了法的溯及力产生的原因，以及过渡条款问题。

其中，法的溯及力的概念是本书后续研究的逻辑起点和理论基础。

笔者认为，所谓法的溯及力，就是指新法可否适用于其生效以前发生或正在发生的事件和行为，并对这些事件和行为法律上的效果发生面向过去和未来的影响。

如果新法适用于其生效前发生的行为和事件，并改变已经发生的法律上的效果，是真正溯及既往；如果新法适用于正在发生的事实或者对在持续中的法律上的效果面向未来地加以改变，是不真正溯及既往；如果新法只适用于其生效以后发生的行为和事件，则是不溯及既往。

狭义的溯及既往仅指真正溯及既往，广义的则还包括不真正溯及既往，本书采狭义解释。

就研究范围而言，本书所讨论的“法”，应当是正式渊源意义上的法，但不包括判例。

法的溯及力产生于法的变动：即新法取代旧法、新法将某一类社会关系纳入法律调整及新旧法并存时。

过渡条款是新旧法律交替时指引法律适用的法律规范。

通过立法中过渡条款的规定，表明了立法者对待法的溯及力的态度，法律适用机关可得到针对特定的事实适用新法或旧法的指示。

过渡条款的最佳立法方式是新法通过附则部分加以规定。

第二章，法的溯及力问题的历史探源。

中国与西方在法的溯及力问题上有着截然相反的传统，秉持不同的原则：中国历史上一贯主张法溯及既往，而西方则践行着法不溯及既往的理念，这种差别源于东西方传统法律文化在价值追求上的巨大差异。

西方传统法律文化是一种权利文化、私法文化，法治和人权保障是其基本的价值旨趣；相比之下，中国传统法律文化则是一种公法文化，强调法是一种暴力镇压手段，人治和秩序维护是它的基本价值目标。

笔者认为，西方的私法文化孕育了法不溯及既往原则并受这一原则的反哺，而中国的专制、人治、法律乃“王者之政”、对统治秩序的终极追求、个人权利的无足轻重等都是法溯及既往生长的极好土壤，反过来法溯及既往又有助于这些专制秩序下价值的实现。

在法不溯及既往已成为各国法律奉行的原则的背景下，需要从根源上对中国传统法律文化进行改造，建设本民族的私法文化、权利文化、法治文化，为法不溯及既往原则根植入中国法律，成为法律的一种精神创造良好的法律文化氛围。

第三章，法不溯及既往原则。

本章分析了法不溯及既往原则的理论基础、价值、适用范围以及位阶。

笔者认为，在当代，法的安定性和信赖保护成为法不溯及既往原则的理论基础。

法不溯及既往原则因其维护秩序、促进平等、保障自由和人权的价值，成为当代各国法律的一项基本原则。

它贯穿法律运行的始终，是一项立法原则、法律适用原则；既是实体法原则，同时也是程序法原则。

因此法不溯及既往原则应当具有宪法位阶，是宪法原则、法治原则和人权原则。

第四章，法不溯及既往原则的例外：立法原则与界限。

本章分析了例外时法溯及既往的必要性，及立法时应遵循的原则和界限。

笔者认为，法溯及既往与否从根本上说是一个立法问题，决定法可否溯及既往的权力应由立法机关来行使。

<<法的溯及力问题研究>>

“有利人权保护原则”是立法机关制定溯及既往法律时遵循的最基本原则，这一原则在不同部门法有不同表现。

在上述原则之下，除刑法外，行政法、经济法、民法等公法或以公法为主的法律领域的溯及既往又可以分为两种情况：对私权利有利和不利的溯及既往，由此形成法律“有利”和“不利”溯及既往的“二元”论，前者是“有利人权保护原则”的体现，为各国法律所许可；后者则有较严格的限制，笔者认为立法者在制定时应遵循信赖利益排除原则、公共利益保护原则和比例原则。

溯及既往的界限是原则的具体化，应区分不同部门法分别确定。

刑法的溯及既往是“一元”的，就是对犯罪人有利。

行政法和经济法中有重大公共利益的考量、旨在修补法律的瑕疵和漏洞是许可“不利”溯及既往的最主要理由，此外公民可以合理预期法律修改与制定、消除旧法的不确定性也是特定领域新法“不利”溯及既往的理由。

社会法的溯及既往遵循有利人权保护原则，即有利于弱势群体。

民法的溯及既往不存在“有利”和“不利”之分，同时须区分有关法定状态和意定状态的两类法律分别确定溯及既往的界限：有关法定状态的法律以即行适用为原则，当新法作空白追溯以及有可预见性时可以溯及既往；有关意定状态的法律以旧法延续为原则，只有在极特殊情况下新法才溯及既往。

溯及既往时应在立法中明确规定，这是立法者的义务。

第五章，溯及既往立法的合法性审查：美国和德国的实践。

立法机关制定溯及既往的法律时能否严格遵循相关原则和界限，单靠自律是难以保证的，需要有效的外部监督。

对立法的合法性审查是有效途径。

美德两国溯及既往立法的合法性审查的主要途径是违宪审查。

德国的宪法法院审查模式和美国的普通法院审查模式代表了当今世界违宪审查制度的潮流，其中包含了对溯及既往的立法的监督。

两国的违宪审查主要都是针对刑事之外的法律。

德国联邦宪法法院对溯及既往立法的违宪审查除以法治国家理念导源出的法安定性和信赖保护原则为基本依据之外，还对真正溯及既往和不真正溯及既往的界限进行了划分，有利于对真正溯及既往的法律进行严格审查。

而美国对溯及既往立法的合宪性判断主要是政策导向的，各个历史时期适应国家的经济社会发展需要，刑事之外的立法溯及既往的界限处于调整和变化中。

从美国最高法院建国以来对溯及既往法律的违宪审查实践看，围绕着个人自由和财产权的保护，对溯及既往的法律的限制经历着严格——宽松——严格的过程，在当代，出于人权保护的需要，法不溯及既往原则所禁止的法的“溯及既往”的概念有复归广义解释的趋势，对溯及既往法律的违宪审查也有回归严格的迹象。

本章主要围绕美德两国溯及既往立法违宪审查的典型判例展开。

第六章，法治背景下中国法的溯及力制度的反思与构建。

本章分析了我国有关法的溯及力的立法现状与不足，以及溯及既往立法合法性审查中存在的问题，并提出完善建议。

我国现行法律对溯及力规定不足，由此造成的立法空白实践中由司法解释来弥补，其中不乏使法律溯及既往的情况。

地方性立法中存在一些溯及既往的规定。

我国虽然已经建立起对溯及既往法律法规的违法律审查制度，但没有违宪审查制度，使审查力度和有效性不足。

笔者认为，完善我国法的溯及力制度，首先应将“法不溯及既往原则”规定在宪法中，成为一项宪法原则和法治原则，完善立法法有关法的溯及力原则的规定；同时完善各部门法中单行法的溯及力规定，尤其是细化民事法律的溯及力，改变以司法解释的形式规定的做法；完善对溯及既往立法的违宪审查制度，将法律纳入违宪审查的范围，由全国人大常委会加强体制内的违宪审查，包括对溯及既往立法的违宪审查；建立和完善对溯及既往立法的违宪审查程序，明确审查结果。

<<法的溯及力问题研究>>

作为余论，笔者肯定了司法解释法律渊源的地位和创制规范的功能，也即肯定了司法解释有自己独立的溯及力。

司法解释应具有溯及既往的效力，但不能突破被解释法律的生效时间，同时不能优于既判力。

本书的主要贡献在于，在肯定法不溯及既往宪法和法治原则地位的基础上，提出例外时制定溯及既往的法律应遵循的原则，并针对不同的部门法提出了法溯及既往的界限。

同时分析了司法解释的溯及力问题，认为司法解释应当具有溯及既往的效力，但是不能突破被解释法律的生效时间，同时不能优于既判力。

<<法的溯及力问题研究>>

作者简介

孙晓红，女，1969年出生于山西省新绛县。

1988—1992年在中国人民大学法律系学习，获法学学士学位；后在山西财经大学法学院、中国人民大学法学院就读，获法学硕士、法学博士学位。

现系山西财经大学法学院讲师，山西省法学会法理学研究会理事，主要研究领域为法理学。

<<法的溯及力问题研究>>

书籍目录

第一章 法的溯及力概述 1.1 溯及力意义上的“法”的范围 1.2 法的溯及力的概念 1.2.1 权威教科书及词典中法的溯及力的定义 1.2.2 法的“公布”、“生效”与“施行”：何为分界点 1.2.3 法律事实及其效果的瞬间性与持续性：何为法的“溯及既往” 1.3 法的溯及力产生的原因 1.3.1 法的变动 1.3.2 法的溯及力发生的具体情形 1.4 过渡条款问题 1.4.1 过渡条款的概念 1.4.2 过渡条款的立法方式 1.4.3 制定过渡条款的意义 1.5 本章小结第二章 法的溯及力问题的历史探源 2.1 历史上法的溯及力问题概述 2.2 中国：法溯及既往的历史传统 2.2.1 少数朝代“从旧兼从轻”的刑法原则 2.2.2 其他朝代法的溯及既往 2.2.3 新中国建立以来的演变 2.3 西方：法不溯及既往的传统 2.3.1 古罗马法的原则 2.3.2 17、18世纪以来的发展 2.4 东西方制度差异的文化成因分析 2.4.1 刑与法（权利） 2.4.2 公法文化与私法文化：《法经》与《十二铜表法》 2.4.3 人治与法治 2.4.4 秩序中“人”的湮灭与个人本位 2.4.5 东西方法律文化差异对法的溯及力原则的影响 2.5 本章小结第三章 法不溯及既往原则 3.1 法不溯及既往原则的理论基础 3.1.1 早期理论——法的预先公布与可预见性 3.1.2 既得权理论 3.1.3 法的安定性原则和信赖利益保护原则 3.2 法不溯及既往原则的价值 3.2.1 维护秩序 3.2.2 促进平等 3.2.3 保障人权和自由 3.3 法不溯及既往原则的适用范围与位阶 3.3.1 法不溯及既往原则在法治运行中的作用 3.3.2 法不溯及既往原则在实体法和程序法中的适用 3.3.3 法不溯及既往原则的位阶：宪法原则 3.3.4 法不溯及既往——人权原则 3.4 法不溯及既往原则面临的质疑与回应 3.5 本章小结第四章 法不溯及既往原则的例外：立法原则与界限 4.1 例外时法溯及既往的必要性 4.1.1 绝对法不溯及既往的局限性 4.1.2 例外时溯及既往的法存在的必要性 4.2 法溯及既往：一个立法问题 4.3 制定溯及既往法律的一般原则 4.3.1 有利人权保护原则 4.3.2 信赖利益排除原则 4.3.3 公共利益保护原则 4.3.4 比例原则 4.3.5 原则的位阶 4.4 法溯及既往的界限：对主要部门法的分析 4.4.1 刑法溯及既往的界限 4.4.2 行政法与经济法溯及既往的界限 4.4.3 社会法溯及既往的界限 4.4.4 民法溯及既往的界限 4.5 法溯及既往的界限须明确规定 4.6 本章小结第五章 溯及既往立法的合法性审查：美国和德国的实践 5.1 溯及既往立法合法性审查的主要途径 5.1.1 立法合法性审查的理论渊源 5.1.2 溯及既往立法合法性审查的主要途径 5.2 美国溯及既往立法的违宪审查 5.2.1 美国立法的违宪审查模式 5.2.2 围绕溯及既往立法违宪审查依据的争议 5.2.3 溯及既往立法违宪审查的实践 5.2.4 美国合宪性审查标准下法律溯及既往的界限 5.3 德国溯及既往立法的违宪审查 5.3.1 德国立法的违宪审查模式 5.3.2 德国宪法法院溯及既往立法违宪审查的理论依据 5.3.3 溯及既往概念的二元划分 5.3.4 德国合宪性审查标准下法律溯及既往的界限 5.4 本章小结第六章 法治背景下中国法的溯及力制度的反思与构建 6.1 立法现状 6.1.1 法律中的规定及不足 6.1.2 司法解释的“越权”补充 6.1.3 其他规范性文件的不适当规定 6.2 溯及既往立法合法性审查的现状与问题 6.2.1 立法的合法性审查及依据 6.2.2 溯及既往立法合法性审查的现状与问题 6.2.3 加强溯及既往立法合法性审查的必要性 6.3 制度完善 6.3.1 确立“法不溯及既往”宪法原则的地位 6.3.2 完善各部门法的溯及力规定 6.3.3 建立溯及既往立法的违宪审查制度 6.4 余论：中国司法解释的溯及力问题 6.4.1 司法解释的地位 6.4.2 司法解释的创造性 6.4.3 司法解释的溯及力问题 6.5 本章小结结语参考文献后记

<<法的溯及力问题研究>>

章节摘录

第一章 法的溯及力概述 1.1 溯及力意义上的“法”的范围 讨论法的溯及力问题，首先应当界定的就是“法”的范围，即探讨何种法的溯及力。

首先，本书研究的主要是主权国家国内法的溯及力，国际人权公约中的法不溯及既往原则也主要是对缔约国国内法的要求。

国际条约或国际协定本身的修改及带来的溯及力问题不是本书的研究领域。

其次，“法的溯及力”中的“法”，从法理学的角度看，应是指一个国家法的渊源（即形式渊源）意义上的“法”。

但是在一个国家，法的渊源往往有多种表现形式。

从世界范围来看，概括而言，法的主要形式渊源大致可以概括为以下几种：（1）制定法。

制定法又称成文法，指由国家机关依照一定程序制定颁布的，通常以条文形式表现出来的规范性文件法律文件。

（2）判例法。

判例指法院对于诉讼案件所作判决之成例，由于此种判例对于法院以后审理类似案件具有普遍约束力，因而便成为法的一种渊源。

（3）习惯法。

指经有权的国家机关以一定方式认可，赋予其法律规范效力的习惯和惯例。

（4）学说和法理。

这些渊源中哪些是法的溯及力问题应涵盖的“法”呢？

因为法的溯及力是法的时间效力的组成部分，因此，纳入法的溯及力问题讨论的“法”应当是法的正式渊源，有明确的生效时间。

鉴于此，我们有必要对上述法的渊源进行分析取舍，确定法的溯及力所讨论的“法”的范围。

按照美国法理学家博登海默的观点，法律渊源可以分为正式渊源和非正式渊源。

“将法律渊源划分为两大类，亦即我们所称之为的正式渊源和非正式渊源，看来是恰当的和可欲的。所谓正式渊源，我们意指那些可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源。这类正式渊源的主要例子有，宪法和法规（我们将在下文‘立法’这个总标题下对他们进行讨论）、行政命令、行政法规、条例……。

所谓非正式渊源，我们是指那些具有法律意义的资料和值得考虑的材料，而这些资料和值得考虑的材料尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述和体现。

……非正式渊源分为正义标准、推理和思考事物本质的原则、衡平法、公共政策……”。

博登海默有关两类渊源的范围的界定虽然难以完全为我们认同，但是这种划分恰能解决溯及力意义上“法”的范围问题，即我们所讨论的“法”，应当是正式渊源意义上的法，包括制定法国家的制定法（包括实体法，也包括程序法）、英美法系国家的判例法、经国家认可的习惯法，而不应包括学说和法理。

由于判例法溯及力本身的特殊性，本书对此不作研究。

<<法的溯及力问题研究>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>