

# 法不溯及既往的公法意义

王天华\*

**摘要** 《立法法》确立的“从旧兼有利”带有明显的内在矛盾：第一，新法已经施行，却仍要适用已被废止的旧法；第二，“从旧”与“有利”可能发生冲突。多年来，这种内在矛盾不断积累和发展，使得“从旧兼有利”在公法中基本丧失了在新旧法交替之际提供有效的法律适用规则的功能。行政裁判实践中存在大量以“新法已经代替旧法”为由的“从新”，就是明证。跳出“从旧兼有利”的窠臼，区分法律上的既成事实与物理上的既成事实、法不溯及既往与旧法存续，以新法的即时效力为原则，是法不溯及既往在公法中的应有之义。

**关键词** 法不溯及既往 判断基准时 时际法 新法即时效力原则 过渡条款

## 引言

法不溯及既往被认为是“法律的内在道德”。〔1〕在改革开放、新旧法交替频仍的当代中国，如何恪守这个内在道德是一个时代课题。

2000年制定的《立法法》，以“从旧兼有利”做出了回答。〔2〕“从旧兼有利”在《刑法》中被具体化为“从旧兼从轻”；〔3〕在其他部门法中，则因“有利”概念的不确定性等原因，而面临

\* 北京航空航天大学法学院教授。本文系2019年度国家社科基金重大项目“行政诉讼类型制度的构建研究”(项目编号:19ZDA163)的阶段性研究成果,受中央高校基本科研业务费专项资金资助。

〔1〕(美)富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第62页。

〔2〕《立法法》(2023修正)第104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。”

〔3〕《刑法》(2020修正)第12条规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”

困难。<sup>〔4〕</sup>特别是在公法中,公法关系的特性使得“从旧兼有利”日益丧失其安定性。

本文将对我国的行政裁判实践进行梳理,证明“从旧兼有利”在公法中作为法律适用规则的局限性。在此基础上,引入时际法观点,阐明法不溯及既往在公法中的应有之义——新法的即时效力原则,并据此提出立法建议。

## 一、“从旧兼有利”的构造

《立法法》确立的“从旧兼有利”,预定了新旧法交替之际法律适用机关的决断。其关键是新法立法目的的解释:如果新法是“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”,那么可以适用新法。

由是观之,“从旧兼有利”所表达的法不溯及既往原则,其基本构造在于:①根据法律事实的发生与新法的施行之间的时间关系,定义“溯及”;<sup>〔5〕</sup>对新法施行前发生的法律事实(旧事实),②原则上适用旧法;③以新法对公民、法人和其他组织更为有利为条件,例外地适用新法。

在公法上,“从旧兼有利”集中表达于最高人民法院印发的《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,以下简称为《纪要》):

根据行政审判中的普遍认识和做法,行政相对人的行为发生在新法施行以前,具体行政行为作出在新法施行以后,人民法院审查具体行政行为的合法性时,实体问题适用旧法规定,程序问题适用新法规定,但下列情形除外:(一)法律、法规或规章另有规定的;(二)适用新法对保护行政相对人的合法权益更为有利的;(三)按照具体行政行为的性质应当适用新法的实体规定的。

《纪要》的核心命题“实体从旧、程序从新”,是“从旧兼有利”在公法中的具体化。即,对发生于新法施行前的行政相对人的行为(旧事实),原则上适用旧法;但在适用新法对行政相对人更为有利等情况下,例外地适用新法。

## 二、“从旧兼有利”的问题

《纪要》在“有利”之外,添加了两个“实体从新”的条件。一是立法本身要求法律适用机关将新法适用于旧事实的(所谓“溯及立法”);二是“按照具体行政行为的性质”,法律适用机关应当将新法适用于旧事实的(所谓“溯及适用”)。后者使得“何时将新法适用于旧事实”有了开放性,从而为行政裁判实践突破“从旧兼有利”打开了一个缺口。

〔4〕 参见房绍坤、张洪波:“民事法律的正溯及既往问题”,《中国社会科学》2015年第5期,第118页;朱力宇、孙晓红:“论法的溯及力的若干问题——关于法律不溯及既往的争议、实践、反思与主张”,《河南省政法管理干部学院学报》2008年第1期,第106页。

〔5〕 参见曹康泰主编:《中华人民共和国立法法释义》,中国法制出版社2000年版,第203页;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,第552页。

### (一) 什么性质的行政行为应“实体从新”？

考察《立法法》施行以来我国的行政裁判实践,可见两个清晰的方向:第一,行政处罚原则上“实体从旧”;第二,行政许可须“实体从新”。

行政处罚与刑罚的概念要素完全一致——针对过去发生的违法行为,发动国家的惩罚权。既然如此,“从旧兼从轻”准用于行政处罚可谓顺理成章。这一点被明确表达于《行政处罚法》(2021 修正)第 37 条。<sup>〔6〕</sup>

在“北京邮票交易中心案”中,<sup>〔7〕</sup>被告于 2016 年对原告的经营场所进行检查时,发现其官网及微信公众号中有“虚假宣传”;经过复杂的行政过程,被告于 2018 年 5 月决定以《反不正当竞争法》对原告进行处罚时,同法已经被修改。法院判示:“新的《反不正当竞争法》于 2018 年 1 月 1 日起施行,不能对 2018 年 1 月 1 日之前发生或发现的行为溯及既往……海淀区市场监管局适用 1993 年 12 月 1 日施行的《反不正当竞争法》对邮票交易中心公司进行处罚并无不当。”在其他一系列案例中,法院判决若新法处罚较轻,则适用新法。<sup>〔8〕</sup>

行政许可则不然。它不是针对过去发生的违法行为,而是面向未来赋予行政相对人以某种法律上的行为能力。着眼于这一性质,最高人民法院早在 2009 年就明确:“人民法院审理行政许可案件,应当以申请人提出行政许可申请后实施的新的法律规范为依据”。<sup>〔9〕</sup>事实上,2003 年制定的《行政许可法》第 8 条第 2 款已经包含此意:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止……行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。”<sup>〔10〕</sup>

在行政实务和行政裁判实践中,行政许可须“实体从新”这个法律适用规则常常与(行政行为或者行政裁判的)“判断基准时”问题相关。这很容易理解。判断基准时所要解决的问题即在不停流变的法律状态和事实状态中,如何确定法律判断的时间上的基准点;法律状态的改变是其中的一个基本方面。

在“丹东驾照案”中,<sup>〔11〕</sup>原告申领大货车驾驶证(C 证)被拒,理由是其于 2012 年 6 月 12

〔6〕 《行政处罚法》(2021 修正)第 37 条规定:“实施行政处罚,适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是,作出行政处罚决定时,法律、法规、规章已被修改或者废止,且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的,适用新的规定。”

〔7〕 北京邮票交易中心有限责任公司诉北京市市场监督管理局行政处罚案,北京知识产权法院行政判决书,(2020)京 73 行终 1 号。

〔8〕 如,延边正道医药连锁有限公司诉延吉市市场监督管理局行政处罚案,吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院行政判决书,(2021)吉 24 行终 38 号;无锡市前洲起重机械厂诉绍兴市质量技术监督局行政处罚案,浙江省绍兴市中级人民法院行政判决书,(2014)浙绍行终字第 88 号。

〔9〕 最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》(法释〔2009〕20 号)第 9 条。

〔10〕 “可以”规定在通常情况下意味着效果裁量,但在本条中是否如此,值得商榷。结合本条第 1 款(“公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可”),在本条中,“可以”的重心毋宁是授权行政许可机关,在对被许可人的关系中,“有权”依法变更或者撤回已经生效的行政许可。换言之,“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止”的,行政许可机关“依法变更或者撤回”毋宁是其义务。这是依法行政的应有之义。

〔11〕 王金强诉丹东市公安局交通警察支队车辆管理所行政许可案,辽宁省丹东市中级人民法院行政判决书,(2020)辽 06 行终 71 号。

日发生交通事故,且对事故负主要责任,不符合《机动车驾驶证申领和使用规定》(公安部令第139号,2016年4月1日起施行)的申领条件。一审以法不溯及既往为由,判令被告(车管所)履行法定职责。二审则以下述理由驳回原告的诉讼请求:“本案涉及的是行政许可的行政行为,对于行政许可行为的法律适用应当适用行政许可发生时即被上诉人提出申请时的相关规定。被上诉人于2019年3月申请大型货车机动车驾驶证,上诉人依据公安部令第139号作出告知说明正确。”

由本案可知,行政许可“实体从新”与行政许可决定及其撤销诉讼的判断基准时为行政行为时,是一枚硬币的两面。<sup>[12]</sup>

## (二)行政处罚“不利也从新”:冲击“从旧兼有利”

然而,上述两个清晰的方向并不代表“从旧兼有利”在公法中未丧失安定性。第一,行政处罚“实体从新”的情况,并不限于新法处罚较轻;第二,行政行为也并不只有行政处罚与行政许可两种类型。

不论新法处罚之轻重,行政处罚都“实体从新”的情况,典型者为所谓“持续性事实”或者“跨法行为”。但严格来说,持续性事实与跨法行为之间有重要区别,两者“从新”对于“从旧兼有利”而言也有不同意义。

违法建筑是持续性事实的适例。<sup>[13]</sup>违法建筑作为有体物,是违法建设行为的结果。违法建设行为是一次性的,但其结果即违法建筑的存在,意味着其所造成的违法事实(“因其带来的建设工程质量安全隐患和违反城乡规划的事实”)的持续。<sup>[14]</sup>对于违法建筑而言,“改正”(《行政处罚法》第28条第1款)须拆除(作为义务)。<sup>[15]</sup>跨法行为的适例则是始于旧法施行时、持续于新法施行后的违法经营。<sup>[16]</sup>对于违法经营而言,“改正”须终止(不作为义务)。从这两个适例来看,持续性事实与跨法行为的区别在于:违法事实的存在,于后者而言,是基于行政相对人意志的持续(或者说反复)的积极作用。

上述区别意味着,两者“从新”对于“从旧兼有利”而言有不同的意义。将新法适用于违法建筑,意味着将建于旧法期间(可能是数十年前)的违法建筑作为新事实,与“从旧兼有利”并无齟齬。而对于跨法行为而言,由于新旧法下违法经营活动的可分性,适用新法意味着将发生于旧法下的违法经营活动也纳入新法的支配下(溯及适用)。这对于“从旧兼有利”而言,是一个

[12] 需要注意的是,本案中,原告所争议的是被告对其提出的行政许可申请“未予受理”的行政行为,其诉讼请求为被告履行受理原告提出的行政许可申请的法定职责,而非被告满足其行政许可申请。这意味着,本案实为行政许可决定撤销诉讼的一个变体,而非课予义务诉讼。关于课予义务诉讼中的判断基准时问题,参见李冷焯:“论不履行法定职责案件中的判断基准时”,《当代法学》2018年第5期,第56—58页。

[13] 李伟诉南通市崇川区综合行政执法局行政强制案,江苏省南通市中级人民法院行政判决书,(2021)苏06行终105号。以下简称“崇川违建案”。

[14] 《全国人大法工委对关于违反规划许可、工程建设强制性标准建设、设计违法行为追诉时效有关问题的意见》(法工办发[2012]20号)。

[15] 住房和城乡建设部《关于规范城乡规划行政处罚裁量权的指导意见》(建法[2012]99号)第4条。

[16] 启东市扶正堂生物科技有限公司诉启东市市场监督管理局行政处罚案,江苏省南通市中级人民法院行政判决书,(2018)苏06行终113号。以下简称“启东违法经营案”。

冲击。

关于此点,“启东违法经营案”一审法院判示:“扶正堂公司的违法行为具有连续性且跨越了新法和旧法……如果区分时间段对扶正堂公司的行为分别适用新旧法进行查处,那么对违法所得及用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品势必会进行两次没收,违反了一事不再罚的原则。”

二审法院则判示:“该公司基于同一个违法故意以同一种违法手段以期达到同一个违法目的在一定时间内实施了本案所涉违法行为。从行为开始到行为结束,扶正堂公司一直处于违法状态,行政机关作出处理时,新法已经代替了旧法,故适用新法进行处理并无不当。”

两审法院都意识到:将发生于旧法下的违法经营活动也纳入新法支配下,可能涉及法不溯及既往。为此,两审法院共预备了四个理由:①当事人的违法行为跨越了新法和旧法;②分段处罚过苛;③考虑到当事人的“违法故意”等因素,适用处罚更重的新法加以查处,过罚相当;<sup>[17]</sup>④“行政机关作出处理时,新法已经代替了旧法”。这四个理由中,①是本案事实,②③是“从新”的可接受性,④则是“从新”的正当性。在与判断基准时问题的关联中审视其正当性,会发现,④可以还原为如下规范性命题:

行政机关作出行政行为(包括行政处罚),应当以现行法(新法)为依据。

这个规范性命题有普遍意义,理应适用于所有行政行为。因为,立法者以新法取代旧法,意味着其表达了一个命令:执行新法。废止旧法是其反面。由此,不论是行政许可还是行政处罚,行政行为及其撤销诉讼的判断基准时原则上皆应归结为:行政行为时。

当然,就本案而言,这个规范性命题的适用有一个大前提:当事人的违法行为跨越了新法和旧法。这个大前提是法院对本案进行特殊处理的关键。若按通常的“实体从旧”,行政处罚及其撤销诉讼的判断基准时将是(行政相对人)违法行为时(《行政处罚法》第37条)。

问题随之而来:若采违法行为时,上述规范性命题所意味的“执行新法”的立法者命令被置于何地?这个问题,即便本案大前提——当事人的违法行为跨越新法和旧法——不存在,依然存在。也就是说,新法施行后,行政机关可否还能执行已经被废止的旧法、对发生于旧法下的违法行为进行处理?这本身是一个值得探讨的问题。<sup>[18]</sup>

在此意义上,以跨法行为为由的行政处罚“实体从新”,包含着对于“从旧兼有利”而言的颠覆性契机。

### (三)以执行新法为由的“从新”:突破“从旧兼有利”

除了行政许可和上述情形下的行政处罚,“实体从新”的行政行为尚有工伤保险基金先行支付。<sup>[19]</sup>该制度是《社会保险法》(2011年7月1日起施行)创设的,但有法院以下述理由将

[17] 《食品安全法》2015年修订时,将原第84条规定的罚则从“并处货值金额五倍以上十倍以下罚款”加重为“并处货值金额十倍以上二十倍以下罚款”(第122条第1款)。

[18] 这个问题与“行政处罚的追诉时效”(《行政处罚法》第36条)问题有关,但性质不同。

[19] 《社会保险法》第30条第2款规定:“医疗费用依法应当由第三人负担,第三人未支付或者无法确定第三人的,由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后,有权向第三人追偿。”

之适用于同法施行前发生的工伤事故：“本案中，被上诉人匡中明的受伤时间为2011年5月10日，但其被重庆市江津区人力资源和社会保障局认定为工伤的时间为2011年9月23日，此时，《中华人民共和国社会保险法》与《社会保险基金先行支付暂行办法》已经施行。”〔20〕

按照“从旧兼有利”下的“溯及”概念，本案与“启东违法经营案”同样，是以“从新”的方式溯及适用。这一点从上述判决理由来看，至为明显。也就是说，上述判决理由实际上是在说：本案中，溯及适用不过是在忠实地（执行）“执行新法”（的立法者命令）。

这对于“从旧兼有利”而言是一个正面冲击——“启东违法经营案”中尚有跨法行为为桥。而在上述判决理由中，以溯及适用为内核的“从新”，既与“有利”无关，也与行政行为的性质无涉，已经逸脱《纪要》的框架。相较而言，本案一审法官在解说中以《立法法》为据，论证本案中“法的溯及力”的正当性，还是在勉力维系“从旧兼有利”：将新法适用于本案旧事实，能够“更好地保护工伤职工的生存利益”。〔21〕但是，对工伤职工有利意味着对第三人不利，这个问题无法在“从旧兼有利”的框架内解决。这恐怕是本案二审判决没有采用这一论证路径的原因。

#### （四）“从旧兼有利”的自相冲突

“从旧兼有利”在特定条件下还会自相冲突。

根据《人口与计划生育法》（2015修正）第18条，我国自2016年1月开始施行“全面二孩政策”。该政策施行以来，发生了多起对旧法下发生的“政策外生育”追缴社会抚养费的案件。这类案件使“从旧兼有利”的自相冲突暴露无遗：“从旧”则无视“有利”；以“有利”为由“从新”则违背“从旧”原则。〔22〕

当然，可以着眼于“兼”字，强调以“从旧”为原则、以“有利”为例外。但这只是使规则本身看起来更为周延，在个案中，只要“有利”的条件成就，两者的冲突就会浮上表面。如在“珠海限行案”中，〔23〕原告因驾车驶入公交专用车道而被电子监控设备记录；数月后，被告对原告作出行政处罚时，案涉公交专用车道的限行时间已经调整，原告的行为不再违法。〔24〕法院判示：在限行时间调整前，交警部门对原告之前实施的违法行为，未作出行政处罚决定，其违法行为又不具有持续性和连续性，故调整后再作出行政处罚决定，应当适用从旧兼从轻的原则，根据该原则，原告的行为不应再受行政处罚。

对比本案和“铜仁社会抚养费案”，会发现“从旧兼有利”的自相冲突客观存在，不因解释技

〔20〕 匡中明诉重庆市江津区医疗保险中心工伤保险基金先行支付案，重庆市第五中级人民法院行政判决书，（2014）渝五中法行终字第00128号。以下简称“江津工伤保险案”。

〔21〕 李亮、张娇东：“工伤保险基金先行支付的司法判定”，《人民司法·案例》2014年第24期，第34页。

〔22〕 参见王沛耕诉铜仁市碧江区卫生健康局社会抚养费征收案，贵州省铜仁市中级人民法院行政判决书，（2020）黔06行终97号。本案一审判决以新法“对保护行政相对人的合法权益更为有利”为由，适用新法；二审判决则适用旧法，撤销了一审判决。以下简称“铜仁社会抚养费案”。

〔23〕 孟某诉珠海市公安局交通警察支队机动大队、珠海市人民政府行政处罚案，广东省珠海市中级人民法院行政判决书，（2018）粤04行终220号。

〔24〕 案涉公交专用车道的划定当然不是立法，但其作为一般命令，发挥着法律规则的功能。故而本案是法不溯及既往问题的一个适例。

术而消弭。<sup>[25]</sup>

而在结果上,以法不溯及既往为由追缴社会抚养费(“从旧”)的法律实践,违背了立法者以新法取代旧法所意味的“执行新法”的立法者命令,也不符合国人的法律情感。此点已经为社会抚养费的废止(《国务院关于废止部分行政法规的决定》,2021年9月9日国务院令 第747号)所证明。<sup>[26]</sup>至于“珠海限行案”,尽管其在结果上遵从了“执行新法”的立法者命令,但路径仍然是“从旧兼有利”。在“从旧”与“有利”之间,何以选择后者?这引人深思。<sup>[27]</sup>

### 三、时际法观点的导入

如上所述,《立法法》所确立的“从旧兼有利”,在公法中丧失了安定性。原因在于:在我国的行政裁判实践中,以“新法已经代替旧法”为由的“从新”所在多有。这不仅使得“从旧兼有利”的自相冲突表面化,甚至已经逸脱其框架,不能不令人怀疑“从旧兼有利”作为法律适用规则的有效性。

当然,如此言说的条件是行政裁判实践中的那些“从新”是正当的。为确认此点,以下将目光投向时际法论。

#### (一)新法的即时效力原则

1804年制定的《法国民法典》第2条规定:“法律仅调整将来,无溯及力。”时际法(droit transitoire)论是在这一条款下展开的,以法律的时间性抵触问题为对象的法律理论。代表性论者为鲁彼埃(Paul Roubier)。

[25] 当然,这个问题与社会抚养费的法律性质有关。迄今为止,关于社会抚养费的法律性质,主要有三种观点:①行政处罚说(纪学勇,胡燕萍:“浅析非法生育与社会抚养费征收”,《人口与经济》2006年第1期,第24页。);②补偿性征收说(湛中乐,伏创宇:“社会抚养费法律性质考察——从若干相关行政、司法实践而展开”,《法制与社会发展》2011年第1期,第109页。;上官丕亮,余文斌:“社会抚养费行政处罚论之批判——写在我国《人口与计划生育法》实施十周年之际”,《法治研究》2012年第4期,第111页。);③诱导性征收说(王贵松:“经济诱导措施与行政法的实效性保障——以社会抚养费为分析对象”,《当代法学》2015年第2期,第7—12页。)。其中,①为实务上的通说,②③则着眼于生育权的基本权利性,试图以解释论消解①中的不正确命题。但是,《社会抚养费征收管理办法》第3条规定:“不符合人口与计划生育法第18条的规定生育子女的公民,应当依照本办法的规定缴纳社会抚养费。”从这一规定来看,社会抚养费的概念要素完全符合“行政处罚”(参见《行政处罚法》第2条)。

[26] 参见最高人民法院发布的2021年度十大行政检察典型案例之五:福建省某县卫健局征收社会抚养费非诉执行监督系列案。在该案例中,八位社会抚养费被执行人向某县检察院提出监督申请,要求停止执行并解除强制执行措施。该县检察院在调查核实及沟通协调基础上,向县卫健局发出类案检察建议;县卫健局采纳,并向县法院申请对该类案件作结案处理;县法院及时将8名当事人从失信名单中去除,解除限制消费、财产控制等措施并结案。随后,福建省检察院部署全省检察机关开展线索摸排和类案办理,解决了上千户人民群众的切身利益问题。

[27] 从判决理由来看,本案中原告违法行为“不具有持续性和连续性”是法院选择“有利”背后的实质性理由。那么,“铜仁社会抚养费案”二审判决之所以选择“从旧”,是由于违法行为(超生)有持续性和连续性吗?

时际法论在 20 世纪上半期取代传统的既得权论,成为法国的通说,并获得判例支持。<sup>[28]</sup>在既得权论与时际法论之间抉择,是一个有关价值判断乃至时代精神的宏大问题。<sup>[29]</sup>但在此之前,有一个似小实大的问题无法绕过:法律适用机关在新旧法交替之际,就适用旧法还是新法进行决断时,应如何对待“新法已经代替旧法”这一事实?如前所述,在我国的行政裁判实践中,那些以“新法已经代替旧法”为由选择“从新”的裁判,所重视的是这一事实所意味的立法者命令:执行新法。

时际法论首先在这个问题上告别传统的既得权论。关于持续性事实或者跨法行为,既得权论的立论方法是:将新法适用于这些事实或者行为是否构成溯及?若是,溯及是否被容许?前述“启东违法经营案”两审判决所采用的基本上就是这种论法。而在鲁彼埃看来,这混淆了“新法的即时效力”与“溯及”。新法适用于其生效后从持续性地位发生的法律效果是新法的即时效力,与溯及无关。<sup>[30]</sup>

在鲁彼埃的概念框架中,“新法的溯及”与“旧法的存续”是一对概念。所谓“新法的溯及”,即“法律事前即已存在的拟制”(fiction de préexistence de la loi)。“拟制”的意味是,时间不能倒流,用新法调整过去在物理上是不可能的。<sup>[31]</sup>所谓“旧法的存续”,是指新法生效后对旧法的容认,容认其适用于从新法公布前即已存在的事实发生的将来向法律效果。这一对概念,一个是“拟制”,另一个是“容认”,皆属例外。新法的即时效力才是原则。

## (二)新法即时效力原则的理由

为什么以新法的即时效力为原则?鲁彼埃的理由有二:一是《法国民法典》第 1 条;<sup>[32]</sup>二是“立法的统一性”(unité de la législation)。这两个理由中,第一个是实定法上的理由;第二个则是理由的理由,因而是决定性的。他指出:在现代社会的法律系统中,“法律不仅是习俗或者习惯的反映,还有着遵循良知舆论所提示的理想,改变习俗以及习惯的力量”。<sup>[33]</sup>这一法律观念让我们联想起“新法优于旧法”,但两者不是一回事。“新法优于旧法”是从“授权”观念导出的,同位阶规范发生冲突时的法律适用规则。<sup>[34]</sup>时际法论要解决的不是规范冲突(内容上的抵触),而是新旧法之间的时间上的适用范围问题(时间性抵触)。鲁彼埃的基本立场是:为

[28] 齋藤健一郎「時際法論の体系——ポール・ルビエの時際法論を中心として」商学討究第 69 卷第 2・3 号 219 頁以下。受语言能力和材料限制,本文以下对鲁彼埃时际法论的考察主要依据齐藤氏的研究。齐藤氏的博士论文即以法国的时际法论为论题,且从时际法论的观点对日本的判例理论和学说进行过持续的追问。另外,氏之学术成果有的署名“齋藤”,有的则署名“齐藤”,汉字不同但读音(Saito)相同,且所指确为一人。

[29] 杨登峰,见前注[5],第 561—563 页。

[30] 齋藤,前揭注[28]242 頁。

[31] 鲁彼埃的溯及概念袭自瓦莱特(Etienne Valette)。齋藤,前揭注[28]240 頁。

[32] 《法国民法典》(1804 年)第 1 条规定:“法律经首席执行官(le Premier Consul)公布,在法国的全部领土上施行。在共和国的各个部分,法律自其公布被知悉之时起施行。在政府所设置的省,首席执行官所为之公布,视为于公布之日的次日被知悉。在其他各省,首席执行官所为之公布视为被知悉的时间,按公布作出的城市与各省省府所在地之间每多 10 万米距离则增加一日计算。”

[33] 齋藤,前揭注[28]242 頁。

[34] 参见(奥)汉斯·凯尔森著:《纯粹法学说:第二版》,雷磊译,法律出版社 2021 年版,第 258 页。



确保立法的统一性,新旧法不能并立于同一法律地位之前。换言之,新旧法在时间上的适用范围不能重合;且对于持续性地位,原则上应适用新法——因为法律有那种力量。这毋宁是“新法代替旧法”的重言式。

但是,合同是多样性被认可的领域。故而对于合同地位,新法的即时效力并非原则。<sup>〔35〕</sup>关于这一点,我国有类似民法学说:“改变合同履行规则与改变合同订立规则一样,都是改变了当事人订立合同时预期所能获得的利益,同样属于对合同自由的干涉。所以,不论合同订立还是履行,都应该适用合同订立时的法律来确定当事人的权利义务关系。”<sup>〔36〕</sup>同样的结论,一个叫做法不溯及既往,<sup>〔37〕</sup>另一个则称为旧法存续(即新法即时效力的排除)。两者理论构成上的差异耐人寻味。

值得注意的是,鲁彼埃并不认为所有的合同都应以旧法存续为原则。如婚姻、行政合同,由于当事人无法自律性地选择其法律效果,故当以新法的即时效力为原则。<sup>〔38〕</sup>他还认为,新法的即时效力原则对于公法而言有特殊意义:“公法最重要的特点在于,它是制度法(droit institutionnel),是法律上的地位之法(droit de statut légal)……对公法构造的任何变革,都不能使旧制度与新制度并存。这是事物的性质所决定的。”<sup>〔39〕</sup>

考虑到婚姻制度的公法属性,可以认为:必须确保立法的统一性,是公法以新法即时效力为原则的决定性理由。

### (三) 法不溯及既往保护的是什么?

既然新法即时效力是原则,那么有一个问题需要追问:在时际法论中,到底什么是“溯及”?或者说,法不溯及既往作为法律原则,保护的到底是什么?

解开这个问题的关键是“法律地位”(situation juridique)概念。法律地位有时间维度,分为两种状态:一种是既成事实(fait accompli)的状态,即法律地位已经形成、消灭或者发生法律效果的状态;另一种是持续中(situation en cours)的状态,即法律地位形成中、消灭中或者法律效果持续中的状态。前者是法不溯及既往,后者是新法即时效力的支配领域。<sup>〔40〕</sup>

在这个框架中,所谓法不溯及既往,即对新法的时间上的适用范围(我国法律实践通常谓之“时间效力”)进行的消极规定;其内容是法律上的既成事实。换言之,法不溯及既往所保护的是法律上的既成事实,而非物理上的既成事实。事实的发生时点(物理时间)当然是重要的,

〔35〕 齋藤,前揭注〔28〕243页。

〔36〕 房绍坤等,见前注〔4〕,第113页。

〔37〕 房绍坤等,见前注〔4〕,第112页。

〔38〕 齋藤,前揭注〔28〕243页。

〔39〕 齋藤,前揭注〔28〕257页。

〔40〕 齐藤健一郎『法、時間、既得権——法の時間の効力の基礎理論の研究』筑波大学2014年度博士(法学)論文356頁以下参照。值得注意的是,在鲁彼埃那里,法律地位是一个极为宽泛的概念,包含着将法律上所立足的位置都涵括进来的语义,如债权债务关系、亲子关系、婚姻关系、离婚夫妇、未成年人(身份)等等。同时,鲁彼埃的时际法论总体上应定位为在实定法(《法国民法典》第2条)下展开的私法学说,准确而全面地把握其理论构造殊非易事。好在其强调公法的特性,推断其时际法论在公法中的实现形态,或者说借鉴其方法去思考公法中的时间性抵触问题,还是可能的。

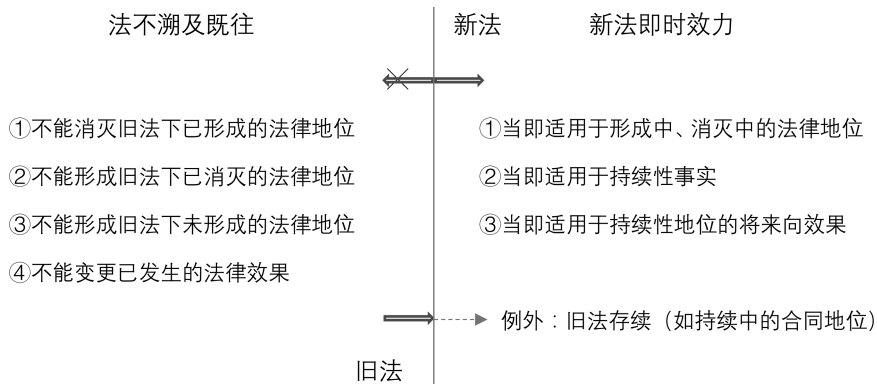


图 1 时际法论中的法不溯及既往

但并非“溯及”概念的全部要素。

如,某企业的生产活动造成土壤和地下水污染,但根据当时的法律,无须承担任何责任。那么,嗣后制定的新法可否要求其缴纳治理费用或者课予其整治义务?在物理时间上,排污行为已经既成事实。在此意义上,对该企业适用新法构成溯及。<sup>[41]</sup>但是,新法生效时,在法律上有意义的不是“排污”这个已终结的物理性活动,而是其所造成的后果即“污染”。正如违法建设完成后,在法律上有意义的不再是“建设”活动而是其结果。所以,新法的规范客体是“污染状态”,而非排污行为。<sup>[42]</sup>污染状态一日不解除,排污行为就一日不能成为法律上的既成事实;对该企业适用新法,意味着新法对持续性事实发生即时效力,不是溯及。

又如,我国《婚姻法》(2001 修正)新设了离婚过错损害赔偿制度(第 46 条);随后,最高人民法院发布司法解释(法释[2001]30 号)，“婚姻法修改后正在审理的一、二审婚姻家庭纠纷案件,一律适用修改后的婚姻法”(第 33 条)。有学说就此认为:《婚姻法》“作了对婚姻关系中无过错一方有利的溯及既往的规定”。<sup>[43]</sup>这个判断的核心命题是:正在审理的(婚姻家庭纠纷)案件一律适用新(婚姻)法构成溯及。但在时际法论看来,该命题不成立。离婚意味着婚姻关系的消灭、“离婚夫妇”(前妻与前夫)法律地位的形成;离婚规定(新《婚姻法》第 46 条)适用于

[41] 上个世纪八十年代,日本有判例认为,法律(公害防止事业费事业者负担法,昭和 45 年法律第 133 号)事后向排污企业征收相关费用构成溯及;但该溯及立法有合理理由,且符合公共福祉,不违宪(名古屋地判昭和 54(行ウ)18、判時 1217 号 46 頁)。我国台湾地区“司法院释字 714 号”所附之陈新民“不同意见书”也认为:“土污法”采“向前规范”的立法模式,将整治义务课予同法施行前实施污染行为之人,显然具有溯及效力。

[42] 参见我国台湾地区“司法院释字 714 号”。

[43] 朱力宇等,见前注[4],第 108 页;张洪波:“论不溯既往原则在新《婚姻法》及其司法解释中的适用”,《当代法学》2015 年第 5 期,第 88 页。

系属中的离婚诉讼案件,不过是新法的即时效力而已。<sup>〔44〕</sup>

综上,在时际法论中,法不溯及既往原则所保护的是法律上的既成事实,而非物理上的既成事实。我国行政裁判实践中以“新法已经代替旧法”为由的“从新”,暗合这一观点,因而可以从时际法论获得理论支持。

## 四、公法上的法不溯及既往

### (一)“从旧兼有利”的瓦解

时际法观点的导入,对于法不溯及既往原则在我国的具体化即“从旧兼有利”而言,是颠覆性的。过去我们以“溯及”问题讨论的土壤污染治理责任、<sup>〔45〕</sup>消防技术标准、<sup>〔46〕</sup>工伤认定标准等,<sup>〔47〕</sup>按照时际法论,其实都不是溯及,而是新法的即时效力。

这种颠倒是实质性的。既然新法的即时效力是原则,那么需要理由的不是“从新”,而是“从旧”。这不仅会使诸多个案的说理乃至结论发生逆转,甚至会影响到立法的进程与内容——如果所谓“溯及”出自立法。

然而,不能忘记的是,以“新法已经代替旧法”为由的“从新”,在我国的行政裁判实践中早已所在多有。如前述之“丹东驾照案”“崇川违建案”“启东违法经营案”“江津工伤保险案”以及“珠海限行案”。如果说这些案件中法院的说理还不够直接、不够明确,那么下述之“南充安监处罚案”则没有这种缺憾。

本案中,原告任总经理的市公交公司所属车辆发生道路交通事故。被告(安监局)根据交警部门的认定,以事故车辆未执行新的国家标准(方向盘的最大自由转动量超标)是造成本次事故的原因之一为由,对原告作出行政处罚(《安全生产法》(2014修正)第18条第5项、第92条第1项)。原告则主张,根据法不溯及既往原则,应当“老车老标准、新车新标准”。法院判示:“依照安全生产法第10条第2款‘生产经营单位必须执行依法制定的保障安全生产的国家标准或者行业标准。’之规定,2012号标准是保障安全生产的国家标准,市公交公司应当无条件执行。”<sup>〔48〕</sup>

新标准也适用于“老车”,因为它有那种力量——新法的即时效力。这个观念显然是“从旧兼有利”所无法容纳的。从本案原告与法院的应答来看,法院也已经意识到这一点。

〔44〕 相关联地,适用新法以(发生于新法施行前的)过错为由判定婚姻关系一方当事人承担损害赔偿责任,也不是溯及。因为该过错尽管发生于新法施行前,但尚未发生法律效果,不属于法律上的既成事实。

〔45〕 王欢欢:“土壤污染治理责任溯及力研究”,《现代法学》2017年第4期,第113页。

〔46〕 王侑庭、王晓峰:“我国消防技术标准溯及力分析”,《消防科学与技术》2017年第2期,第273页。

〔47〕 李贤武、冯娜:“新《工伤保险条例》溯及力问题探讨——以溯及力‘限定条件’为视角”,《长春工业大学学报(社会科学版)》2014年第2期,第76页。文中讨论的《工伤保险条例》(2010修订)第67条规定:“本条例施行前已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的,按照本条例的规定执行。”

〔48〕 樊宗轩诉南充市安全生产监督管理局行政处罚案,四川省高级人民法院行政判决书,(2018)川行申453号。

由此看来,我国行政裁判实践中以“新法已经代替旧法”为由的“从新”,意味着我国法院基于其所认知的法律实践的普遍规律,通达了新法的即时效力。没有证据表明,这是其参照时际法论的结果。在此意义上,与其说“从旧兼有利”为时际法论所颠覆,不如说我国法院遵循法律实践的普遍规律,而着手在行政裁判实践中瓦解它。

## (二)公法上的“法律上的既成事实”

跳出“从旧兼有利”的窠臼,前述之“从旧兼有利”的自相冲突所带来的困扰,也迎刃而解。

在“铜仁社会抚养费案”中,原告的超生行为是在新法施行后,由知情人向纪检委举报、经纪检委移送才被执法机关发现的。这意味着该超生行为并非法律上的既成事实,与法不溯及既往无关。被告坚持根据旧法追缴社会抚养费,实际上是在主张旧法存续(即新法即时效力的排除)。而从被告的论法——对原告的超生行为适用新法构成溯及——来看,显然,在被告看来,此等“从旧”是不需要理由的。既然不需要理由,自然就没有理由。

“珠海限行案”同理。唯一值得关注的特殊情况是,被告曾经主张原告的交通违法行为已经被电子监控设备记录。若原告的交通违法行为可以由此而被理解为法律上的既成事实,那么本案争点将是法不溯及既往,而非旧法存续。关于此点,本案二审判决的判断是:“交通违法行为被电子监控设备记录后,不等于交警执法部门对该行为作出记分或处罚的决定。”其逻辑是:电子监控设备记录只是在物理上确保了该事实被行政机关认知和评价的可能性,不等于它已经被行政机关认知和评价,更不等于行政行为已经据此作出(发生法律效力)。即,被电子监控设备记录并不构成法律上的既成事实。这是有说服力的。所以,本案仍然是一个旧法存续没有理由,从而应受新法调整的适例。

质言之,由于“从旧兼有利”本身带有自相冲突的可能性,欲解决法律的时间性抵触问题,只能跳出来回到原点——法律上的既成事实与物理上的既成事实的区分。所有的概念框架都建立在这个区分上。

① 如果一个发生于旧法下的事实,至新法施行后才被行政机关发现,那么它并非法律上的既成事实。将新法适用于它,是新法的即时效力。

② 如果一个发生于旧法下的事实,被行政机关发现于旧法下,且相应的行政行为已经作出(发生法律效力),那么它就是法律上的既成事实,即便在争讼期间新法开始施行,法院也不能适用新法——法不溯及既往。<sup>[49]</sup>

③ 如果一个发生于旧法下的事实,被行政机关发现于旧法下,但相应的行政行为尚未作出(未发生法律效力)新法即开始施行,那么它仍然不是法律上的既成事实;行政机关以及法院选择“从旧”,是旧法的存续。

旧法存续作为例外,需要理由。一个事实发生并被发现于旧法下,是否构成旧法存续的充

[49] 前述之“北京邮票交易中心案”是一个适例。本案中,被告不仅在旧法下发现了原告的违法行为,且在新法施行前即已作出行政处罚决定。本案历经两次行政处罚决定、两次行政复议决定。第一次行政处罚决定和第一次行政复议决定均发生于新《反不正当竞争法》施行(2018年1月1日)前。

分理由,需要思酌。<sup>[50]</sup>按照鲁彼埃的观点,必须确保立法的统一性;但在多样性被认可的合同领域,可以认可旧法存续。这一观点的志向是立法的统一性与个人的意思自治之间的协调,在我国民事裁判中亦有共鸣。<sup>[51]</sup>

由是观之,在上述③所设条件下,原则上不应认可旧法存续,除非有明确的法律规定。<sup>[52]</sup>

### (三) 公法上的法不溯及既往

法律上的既成事实与物理上的既成事实的区分,联结着法不溯及既往与旧法存续的区分,支撑着新法的即时效力原则。这是“从旧兼有利”被瓦解或者被颠覆后的状态。如果说这就是法不溯及既往在公法上的应有之义,那么在下结论之前,还有两个问题需要确认。

第一个问题是法不溯及既往在各个部门法之间的分野与体系化。

“不要试图建立适用于所有部门法的统一的溯及既往规则,不同部门法所适用的对象及法律渊源有着太大的差异。”<sup>[53]</sup>这个来自私法学者的忠告,可以在此验证:新法即时效力原则不论是与民法相比,<sup>[54]</sup>还是与刑法相比,<sup>[55]</sup>看起来都逆转了新旧法之间的适用优先性。

然而,概念框架与行动框架是两种概念。规则(行动框架)的不同并不必然意味着概念框架的不同。就民法而言,旧法存续的优先性归结于意思自治的原则性。而在公法中,新法即时效力原则源自公法的特性——它是“制度法”“法律上的地位之法”。即,新法即时效力的优先性归结于依法行政。公法与私法、行政法与民法的这种不同,并不妨碍它们共用一个概念框架。

刑法亦然。《刑法》(2020 修正)第 12 条可以分为两个部分:①“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律”;②“如果当时的法律认为是犯罪的……按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”按照传统理论,这两个部分中,①为“从旧”,②为“从轻”。但是,在时际法论看来,①是法不溯及既往;②则是以“从轻”为条件,在旧法存续与新法即时效力之间“二选一”

[50] 一般而言,这种情况下认可旧法存续,有利于保证行政过程的连续性。但行政过程的连续性与立法的统一性之间应当何者优先,是一个不难取舍的价值判断问题。

[51] 赵某诉北京正略钧策企业管理咨询有限公司竞业限制纠纷案,北京市第二中级人民法院民事判决书,(2008)二中民终字第 9430 号。本案中,系争劳动合同签订于《劳动合同法》施行(2008 年 1 月 1 日)前,其竞业禁止条款没有约定补偿,违反同法立法精神;但法院认为该竞业禁止条款有效,双方当事人均应遵守。

[52] 2009 年 7 月 24 日,国务院法制办公布的《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定(征求意见稿)》规定:“条例施行后本决定施行前已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的,按照本决定的规定执行;但是,依照本决定施行前的规定应当认定为工伤,依照本决定的规定不认定为工伤的,按照本决定施行前的规定执行。”该规定表达了新法的即时效力,同时基于政策性考量,以但书规定了旧法存续。可以视为法律适用中旧法存续的法律依据。但该但书在同条例的正式文本中被删除。

[53] 房绍坤等,见前注[4],第 124 页。

[54] “当事人预期的民事权利义务关系是在行为和自然事实发生时按照旧法确定的……生活中的许多状态都是在旧法时创设的。法律失效只意味着对未来发生的行为和自然事实不再适用,规范其有效时发生的行为和自然事实反而是它应当完成的任务。”房绍坤等,见前注[4],第 124 页。

[55] 《刑法》(2020 修正)第 12 条。

的刑事政策。之所以说<sup>①</sup>是法不溯及既往,是因为“无罪”本身就是一种法律地位,“当时的法律不认为是犯罪”构成法律上的既成事实。只有如此解释,才符合刑事正义。显然,按照当时的法律“无行政法上的责任”原则上不能享受此等待遇。行政法与刑法的这种不同,并不妨碍两者共用一个概念框架。

行动框架(规则)的分野体现了各个部门法的特性,概念框架的通用则确保了法学思考的体系性。这对于时际法论而言,不啻为一张通行证。

第二个问题是法律上的既成事实与物理上的既成事实的区分,会造成相当多的形式观点下的溯及适用,以新法即时效力的形式被容认。

所谓形式观点,是指仅仅着眼于法律事实发生与新法施行之间物理上的时间关系定义“溯及”,而不对法律上的既成事实与物理上的既成事实进行区分。这种“溯及”概念意味着,要直接赋予物理时间以法律上的意义。传统的既得权论或者信赖保护原则是其载体:“既得权”“预期可得之利益”“可预测性”“值得保护的信赖利益”等等语词所表达的,无非是附着于法律事实发生与新法施行之间物理上的时间关系之上的价值。

然而,考察法不溯及既往原则在公法中展开的历史,可知这种价值早已相对化。不论是既得权还是信赖保护,都不足以排斥新法的即时效力。

首先是既得权。在萨维尼的时代,法不溯及既往与既得权的尊重被理解为同一原则的两个侧面。<sup>[56]</sup>溯及既往的法律,必然会影响既得权;不溯及既往的法律,自然不会影响既得权。<sup>[57]</sup>但这种概念框架,仅属于那个时代。在深受德国法(包括萨维尼的学说)影响的日本,早在20世纪初期,就已经将法不溯及既往与既得权的尊重剥离开来<sup>[58]</sup>——后者所指向的是旧法存续。<sup>[59]</sup>

更为重要的是,在公法中,既得权的尊重——旧法存续的原则性——被正面否定。代表性论者为柳瀬良幹,他对德国的既得权理论进行考察,否定了既得权与其他权利的区别:

权利的发生,除了法律规定,必然要满足某种要件(Tatbestand)。直接从法律发生的权利是无法设想的。因出生而取得的权利,或者所有国民均等享有的权利看起来是直接来自法律发生的,但在这些权利与法律之间,还是有“出生”或者“是国民”这样的要件。……所有权利都是以法律为基础,同时以一定要件为原因;所有权利都是“法律上的权利”,同时又是“既得权”。<sup>[60]</sup>

[56] (德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李二元、张茂等译,法律出版社1999年版,第202页。

[57] 杨登峰,见前注[5],第556页。

[58] 齋藤健一郎「法律の不遡及原則の歴史的展開」商学討究第67卷第1号(2016年)192頁参照。

[59] 如,金森德次郎『法学通論』(日本大学,大正11年)70頁指出:在私法中,“在既得权存在的限度内,旧法仍然存续,只是它不适用于新事实”。即,为了尊重既得权而仍然适用旧法,是为了使旧法的效力存续,而不是使新法不溯及。

[60] 柳瀬良幹「既得権の理論——国権の一般の限界としての既得権学説の素描」『行政法の基礎理論第2巻』(清水弘文堂書房,1967年)163—164頁(初出,1934年)。

按照这一观点,权利与法律不可分割。“一切权利都以国家的意思为存在根据,且仅仅在国家所认可的限度内存在。”〔61〕既然如此,“既得权”概念所带有的独立于法律地获得尊重的意义不成立。

这一观点看起来有一些极端,但可以用我国的法律素材验证。《行政许可法》第8条第1款规定:“公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。”这是典型的“既得权”保护规定,但根据同条第2款,“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止”的,“行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”。也就是说,“既得权”无法排斥新法的即时效力(如矿山企业的“政策性关闭”)。〔62〕诚然,“由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿”,但这种补偿本身是法律所预定,是“依法行政原则的典型适用方式”。〔63〕

其次是信赖保护。德国及深受其影响的日本和我国台湾地区的公法学说,倾向于从信赖保护的角度去理解和证成法不溯及既往原则:它是在信赖保护原则与法治国原则等指引下,特别“针对法令效力范围”问题展开的具体原则;“当信赖基础系抽象法令时,信赖保护原则的主要意涵便调整为‘法令不溯及既往原则’”。〔64〕由于适用信赖保护原则要考察私人的“信赖表现”,此种理论构成必然重视物理上的时间关系(以下称之为“信赖保护论”)。

然而,“预期可得之利益”“可预测性”“值得保护的信赖利益”等等语词所表达的价值,若具有绝对性,法律修改将不可能。〔65〕只能将之相对化。其理论表现是:基于法益衡量,对新法的适用范围与适用方式加以限制。而此等权限在于立法者。只有当立法者应设而未设过渡条款,从而造成法律漏洞时,司法机关方可填补法律漏洞,根据比例原则、平等原则等对新法的适用范围与适用方式加以限制。〔66〕

由此而形成的结果状态是:

除非立法者另设“法律有溯及适用之特别规定”,使新法自公布生效日起向公布生效前扩张其效力;或设“限制新法于生效后适用范围之特别规定”,使新法自公布生效日起向公布生效后限制其效力,否则适用法律之司法机关,有遵守立法者所定法律之时间效力范围之义务,尚不得径行将法律溯及适用或以分段适用或自订过渡条款等方式,限制现行有

〔61〕 同上注,168—169页。

〔62〕 参见淄博市博山区瓦泉寨矿业有限公司诉淄博市博山区人民政府行政确认案,山东省高级人民法院行政判决书,(2020)鲁行终第788号。

〔63〕 刘飞:“信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察”,《法学研究》2010年第6期,第18页。

〔64〕 林三钦:“信赖保护原则与法令不溯及既往”,《政大法学评论》第100期(2007年),第5、84页。参见李建良等:《行政法入门》,元照出版公司2006年版,第87页。

〔65〕 日本学者碓井光明曾经指出:“将确保预测可能性作为绝对的排他性原则,当然是不正确的。人们是考虑到税的问题,来取得财产、劳作和投资的。如果要完全地保障这种预测可能性,那就不用修改税制了。”碓井光明「租税法律の改正と経過措置・溯及禁止」ジュリスト946号(1989年)124页。

〔66〕 林三钦,见前注〔64〕,第86—91页。该文援引了我国台湾地区的“释字第620号”和德国联邦宪法法院的判例(BVerfGE 47, 85, 93.)等。

效法律之适用范围。<sup>〔67〕</sup>

可见,信赖保护论下的法不溯及既往,更为重视法律事实发生与新法施行之间的物理上的时间关系,但在结果上,仍然是以新法即时效力为原则的。其所开发的“不真正溯及”概念,集中体现了此点。<sup>〔68〕</sup>

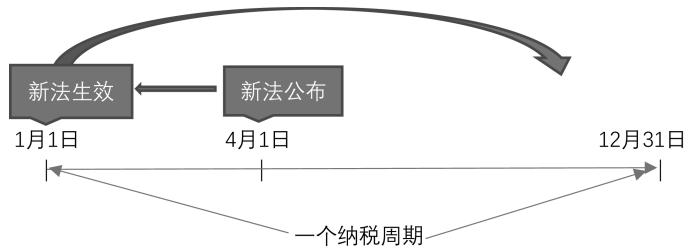


图2 信赖保护论下的“不真正溯及”

由是观之,时际法论与信赖保护论的分野主要是理论构成上的,不必担心更多的“溯及”被容认。当然更不用担心其对我国行政裁判实践构成巨大冲击。

## 五、法不溯及既往与立法

法律上的既成事实与物理上的既成事实的区分,联结法不溯及既往与旧法存续的区分,支撑起新法的即时效力原则。这是时际法论与公法碰撞后所形成的框架。用这个框架处理新旧法之间的时间性抵触问题,不会对我国的行政裁判实践构成巨大冲击,因为它有内生性。但对立法提出了更高的要求。

### (一) 法不溯及既往与《立法法》

首先是《立法法》中的法不溯及既往规定。如前所述,该规定的基本构造在于:①根据法律事实的发生与新法的施行之间的时间关系,定义“溯及”;对新法施行前发生的法律事实,②原则上适用旧法;③以新法对公民、法人和其他组织更为有利为条件,例外地适用新法。

这三个要点中,①意味着其所重视的是物理上的时间关系,从而与信赖保护论有亲和性;②意味着它没有对法不溯及既往与旧法存续进行区分,且无法将行政裁判实践中那些以“新法已经代替旧法”为由的“从新”涵盖进来;③则表明,该规定“独惠个人私益,而舍公益考虑”,<sup>〔69〕</sup>客观上压缩了新法的调整空间。<sup>〔70〕</sup>要言之,《立法法》的法不溯及既往规定,在公法

〔67〕 林三钦,见前注〔64〕,第87—88页。

〔68〕 此示意图为笔者根据日本最高法院2011年9月30日判决(最二小判平成21年(行ツ)173、集民第237号519页)绘制。

〔69〕 陈新民:《德国公法学基础理论(增订新版·下卷)》,法律出版社2010年版,第139页。

〔70〕 以对特定人有利为条件例外地认可“从新”,可能有利于维稳,却减损了立法者以新法代替旧法所追求的公益目的,且损害了立法的统一性及其所联结的法律面前人人平等。



中,基本上丧失了在新旧法交替之际提供有效的法律适用规则的功能。

这样说绝非危言耸听。除了前面已考察过的,下面两个案件也很能说明问题。

第一个案件是“南京养老保险待遇案”。<sup>〔71〕</sup> 本案中,行政立法发生更迭(以下分别简称为“旧规章”“新规章”),被告适用新规章计发原告(参保人)的养老保险待遇,致使其未获参保当初所预期的可得利益。法院判决原告胜诉:“2004年6月,原告根据当时有效的旧规章参加养老保险,缴纳相关费用,并且相信到退休时可以享受该规章规定的待遇……在2007年9月1日新规章实施后,原告的信赖利益内容才基于新规章的规定发生相应的变化。”市劳动局完全适用新规章计发被上诉人高宗海的养老保险待遇,属于适用法律不当。

第二个案件是“江门潮连大桥收费权案”。<sup>〔72〕</sup> 原告是以经营收费公路为目的成立的中外合作企业,经营合作期为30年(自营业执照签发之日即1997年1月29日起);但至2013年,被告(广东省交通运输厅)根据新法,<sup>〔73〕</sup>以通知(粤交明电[2013]56号,以下简称《通知》)的方式确认原告终止收费日期为2016年4月30日。原告以《行政许可法》第8条、《立法法》(2015修正前)第84条为据,主张《通知》违反法不溯及既往原则。法院驳回其诉讼请求:《通知》是依据《中华人民共和国公路法》《收费公路管理条例》的有关规定作出,认定案涉大桥最长收费期限为20年,确认该大桥终止收费日期有充分的法律依据。这两个案件,都涉及所谓的行政合同。一个是养老保险合同,另一个是中外合作经营合同。两案原告作为合同一方当事人,都主张自己有信赖利益,因新法的适用而受侵害。但一个得到了保护,另一个则否。如何将两案统合起来加以说明?在结果上,“南京养老保险待遇案”是“从旧”,“江门潮连大桥收费权案”是“从新”。按照“从旧兼有利”,后者“从新”的理由应该是新法对原告更为“有利”。但实际情况显非如此。

所以,只能跳出“从旧兼有利”的窠臼:“江门潮连大桥收费权案”“从新”的理由,实际上就是新法的即时效力;“南京养老保险待遇案”“从旧”——即旧法存续——的理由,则可以归结于合同自由。养老保险不同于收费公路,在商业保险已经足够发达的时代,参保人有多种养老保险产品可以选择。尽管本案主审法官强调,“原告和被告之间形成的更近似于行政合同法律关系”,<sup>〔74〕</sup>但此不同彼,养老保险合同是“多样性被认可的领域”,有理由作为新法即时效力的例外,认可旧法存续。

为了在新旧法交替之际提供有效的法律适用规则,《立法法》的法不溯及既往规定需要“动

〔71〕 高宗海诉南京市劳动和社会保障局行政给付案,南京市中级人民法院行政判决书,(2008)宁行终字第163号。

〔72〕 江门潮连大桥有限公司诉广东省交通运输厅公路收费权案,广州铁路运输第一法院行政判决书,(2017)粤7101行初3125号。

〔73〕 《收费公路管理条例》(2004年11月1日起施行)第14条第1项、第59条。

〔74〕 赵雪雁:“信赖保护原则在法律适用选择中的运用”,《人民司法·案例》2009年第10期,第106页。

手术”,至少应当将其但书删除。<sup>[75]</sup>

## (二)过渡条款问题

对《立法法》的法不溯及既往规定“动手术”,当然是为了容纳在我国行政裁判实践中早已破冰的新法即时效力原则。但仅此尚不足够。正如“南京养老保险待遇案”所显示的,如果新法对旧法的代替是实质性的,意味着新秩序代替旧秩序,那么必然会对社会生活造成冲击。为了避免这种冲击影响新秩序的落地,新法必须预备好缓冲它的措施。<sup>[76]</sup>此即所谓过渡条款问题。

过渡条款的必要性几乎是不需要理论证明的,因为它首先是一个实践问题。《畜禽规模养殖污染防治条例》(2013年11月11日国务院令第643号,2014年1月1日起施行)施行以来,各地时有发生“以处罚促关闭或搬迁”的案件,就与过渡条款的不完备有关。<sup>[77]</sup>良法也可能影响稳定,这是一个教训。

就过渡条款的内容而言,在一定范围内认可旧法的存续(如“继续保留”或“继续执行”)、对符合特定条件者延缓新法的适用乃至以给付等方式助其尽快符合新法的要求(如电梯技术标准升级时的过渡期与补贴)、新旧法的分段适用(如分段计发养老保险待遇)等等,只要是在新旧法交替之际,有利于顺畅地将过去、现在和将来接续起来的措施,都可以作为过渡条款的内容。

可见,立法者设定过渡条款时应当考虑的事项,包括但不限于信赖保护论所表达的。这一方面意味着新法的即时效力原则对立法提出了更高的要求,另一方面也决定了这种要求的法律性质:原则上属于立法裁量。

裁量当有界限。从既存的理论积累与以往的实践经验来看,过渡条款设定中的立法裁量,其核心要点是:按照比例原则的要求,调和“法秩序修正所追求的公益”与“利害关系人的信赖利益”。过急、过缓都不符合比例原则的要求。前述之《畜禽规模养殖污染防治条例》施行过程中,过渡条款的不完备引发的“以处罚促关闭或搬迁”,就是“过急”的适例。其弊端在于没有对利害关系人的信赖利益予以充分的考量和尊重。“过缓”的适例在日本发生过。由于发生了电

---

[75] 如此,《立法法》法不溯及既往规定的文本将是:“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。”这个文本因简洁而有广泛的解释空间,足以将——从法律上的既成事实与物理上的既成事实的区分出发的——时际法论容纳进来,从而解决日益显著的法条与实践“两张皮”的问题。

[76] 按照被告的说法,本案中,新规章之所以对相关规定进行修改,是因为旧规章让参保者钻了空子。既然如此,新规章的立法者就应当对既存参保人的盈亏进行法律评估,并预备好必要的过渡措施。事实上,江苏省劳动和社会保障厅已经意识到了这个问题,曾发文要求各地,对原告这种情况,“应暂停办理,待相关政策明确后,再按新规定执行”。由此,本案可以说是“不及时的过渡条款”引发的纠纷。

[77] 《畜禽规模养殖污染防治条例》第25条规定:“确需关闭或者搬迁现有畜禽养殖场所,致使畜禽养殖者遭受经济损失的,由县级以上地方人民政府依法予以补偿。”但该条例出台后发生的大量案件表明,这个补偿规定过于笼统,加上另有罚则(第37条)可用,没有起到预期效果。参见翁建仁诉莆田市涵江区环境保护局、莆田市涵江区人民政府行政处罚案,福建省莆田市涵江区人民法院行政判决书,(2017)闽0303行初25号;李兆军诉绍兴市上虞区环境保护局行政处罚案,浙江省绍兴市中级人民法院行政判决书,(2017)浙06行终79号。

梯失控(开着门升降)引发的人身安全事故,日本政府于2009年对《建筑基准法施行令》进行了修改,将装设相应的安全装置(防止电梯在开门状态下升降的制动器)规定为法律义务。但考虑到改装需要成本,该政令对既存电梯免除了该义务。结果,三年后同类死亡事故再次发生。<sup>[78]</sup> 过缓的弊病在于减损新法的社会效用。

在我国现行法下,对过渡条款设定中的立法裁量,行政诉讼的射程有限。《行政诉讼法》第53条规定的规范审查可用,但仅限于规章以下(不含规章)的规范性文件(同条第2款),且先例极为少见。<sup>[79]</sup> 当然,如果新法的即时适用在个案中造成显著的不正义,那么通过行政诉讼、藉由信赖保护原则等,在结果上进行矫正,仍然是可设想的。前述之“南京养老保险待遇案”就是一例。但这种矫正是事后、针对个案的,并不指向立法裁量本身。期待备案审查制度在此问题上能够发挥更为积极的作用。

## 六、结 语

本文对《立法法》所表达的法不溯及既往原则——“从旧兼有利”下的行政裁判实践进行了考察,到达的却是其反面:新法的即时效力原则。这当然不是本文导入(来自法国的)时际法论的结果,而是“从旧兼有利”本身所带有的内在矛盾积累和发展的结果。时际法论的作用只是帮助我们认识它。近二十年前,《纪要》将“按照具体行政行为的性质”添加为“从新”的条件时,结局已经注定。

当然,这样说不是矮化时际法论。将“旧”区分为法律上的既成事实与物理上的既成事实,将“从旧”区分为法不溯及既往与旧法存续,并追问其各自的条件,从而为相关法学思考的无矛盾展开、为新法即时效力原则的确立扫清障碍。这看起来仅仅是在贯彻逻辑必然性,却是传统的既得权论、今天的信赖保护论所欠缺的。与“真正溯及”与“不真正溯及”的区分背后的纠结相比,新法即时效力原则令人豁然开朗。

最后需要强调的是:经验表明,新法即时效力的原则性与过渡条款的完备性之间有相关性。过渡条款越完备,新法越容易及时落地,相关争议乃至纠纷也会越少。<sup>[80]</sup> 期待我国立法

[78] 消費者庁平成24年12月4日 News Release([https://www.cao.go.jp/consumer/iinkai/2012/107/doc/107\\_121211\\_sankou.pdf](https://www.cao.go.jp/consumer/iinkai/2012/107/doc/107_121211_sankou.pdf))。

[79] 著名的华源公司诉商标局等商标行政纠纷案(北京知识产权法院行政判决书,(2015)京知行初字第177号)是一个适例。本案中,国家工商行政管理总局商标局为配合《商标注册用商品和服务国际分类》第十版2013修改文本的实施,于2012年12月14日发布通知,设立了“受理新增服务项目过渡期”。但法院判定该通知将2013年1月1日至1月31日“视为同一天”构成越权。参见王天华:“框架秩序与规范审查——‘华源公司诉商标局等商标行政纠纷案’一审判决评析”,《交大法学》2017年第1期,第165—175页。

[80] 日本有一部《法律适用通则法》(法の適用に関する通則法、平成18年法律第78号),其前身是《法例》(法例、明治31年6月21日法律第10号)。《法例》的前身是旧法例(明治23年10月7日法律第97号),其在1898年取代旧法例时,删除了法不溯及既往规定,代之以“过渡条款主义”——法律的时间性适用范围,应当由个别法以过渡条款(或者施行法)在立法上划定。这极大地促进了新法即时效力原则在公法中的确立。齋藤,前掲注[58]150頁以下を参照。

机关不断完善程序、磨砺技术,在定立新法的同时,为新法及时、充分地发挥其社会效用预备好条件,从源头上为法律适用机关减负。

---

**Abstract:** The “observing old laws and the law favorable to the parties concerned” established in the Legislation Law of the People’s Republic of China has obvious inner contradictions. First, even though the new law has been implemented, the repealed old law is still applicable. Second, “observing old laws” and “the law favorable to the parties concerned” may conflict with each other. These inner contradictions have been accumulating and developing for many years, making “observing old laws and the law favorable to the parties concerned” in public law basically lose the function of providing effective applicable rules at the time of alternation of the old and new laws. This is manifested in that a large amount of “applying the new law” by reason of the fact of “the new law has replaced the old law” in the administrative judicial practice. The non-retroactivity in public law requires to abandon the concept of “observing old laws and the law favorable to the parties concerned”, to distinguish between the *fait accompli* in law and in practice, and between non-retroactivity of the law and survival of the old law, and to take the immediate effect of the new law as the principle.

**Key Words:** Non-retroactivity; Decision-making Time; Intertemporal Law; Principle of Immediate Effect of the New Law; Transitional Provision

---

(责任编辑:彭 鐸)