

损害救济新旧法适用选择的过渡法规则

刘国乾^{*}

内容提要 过渡法是解决新旧法冲突、确定新旧法效力范围、指引特定法律关系援用新法或旧法的法律适用规范。特定法律关系过渡法规则的确定,首先在于明确客观的“连接点”,然后根据“连接点”运用形式逻辑,或进一步展开价值取舍与利益衡量,来确定选择新法或旧法予以适用。指引损害救济选择新旧法的“连接点”,是对损害事实进行认定的确认型行政行为或司法行为,产出的“请求权—义务”关系所造就的“待决法律状态”。基于该“连接点”的损害救济过渡法规则,是新法即行适用。这首先是基于待决法律状态,因法律效果未确定有待法律进一步评价而从属新法效力范围的形式逻辑判断;其次是新法优越的实定法“进化论”推定、法律适用统一性的价值追寻的结果。过渡法规则的确定,区别于经原则衡量,适用优先原则获得个案实体裁判规则的方法。

关键词 新旧法冲突 过渡法 损害救济 新法即行适用

一、问题的提出

(一) 案例与争议

K市L县Y公司职工张某,于2009年9月某日外出返回单位途中遭遇车祸死亡,后张某家属向K市社会保障局申请工伤认定,市社会保障局于2010年1月作出认定张某死亡为工伤的结论。根据当时适用的2003年《工伤保险条例》第17条第4款的规定,用人单位未在法定时限内提交工伤认定申请,在此期间发生工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。Y公司不服申请行政复议,复议机关撤销了工伤认定结论并责令重新认定。市社会保障局进行调查后于同年6月重新作出属于工伤的认定,Y公司再次申请复议,复议机关维持了新的认定。Y公司不服向法院提起行政诉讼,获一审法院判决支持,后死者家属不服上诉经反复诉讼直至2012年4月二审法院作出终审判决,支持了死者家属方的请求。此后,死者家属与Y公司一直未能就工伤保险待遇达成一致看法。2016年死者家属向当地劳动仲裁院提起仲裁,申请裁决Y公司按照新的《工伤

^{*} 云南大学法学院副教授,法学博士。

保险条例》(2010)支付丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金,^①仲裁院支持了死者家属的请求。

让该案件处理变得复杂的原因,不在于曲折的救济过程,而是案件直接适用的法律依据发生变化。2003年《工伤保险条例》在2010年12月20日被修订,并于2011年1月1日实施,2010《工伤保险条例》(以下简称“新条例”)相比2003《工伤保险条例》(以下简称“旧条例”),对工伤待遇的计算标准作了重大调整,适用新条例与适用旧条例确定的工伤补偿待遇差距巨大。^②究竟适用新条例还是旧条例来确定工伤待遇,成了本案的争议焦点。对此,仅新条例第67条(旧条例第64条)规定,“本条例自2004年1月1日起施行。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。”该条对“工伤认定”完成的标准未作规定;另,本条中“按照本条例的规定执行”的规则,是否也适用于工伤待遇确定,并不明确。也即,工伤待遇确定适用新条例还是旧条例,缺乏明确的指引规则。

(二) 争议处理的不同主张及其理由

本案处理过程中,对于适用新条例还是旧条例,主要形成以下三种主张:^③

1. 工伤认定未完成因此适用新条例

这种主张认为,工伤待遇按照工伤认定完成时的标准计付,即终审裁判作出的时间,其依据是新条例第67条规定的“工伤认定未完成”。这种主张的潜在逻辑是,申请复议和提起诉讼使工伤认定未完成,因此适用新条例。这种主张显然与行政行为效力理论相悖,行政行为效力的基本理论是:行政行为一经作出,被推定合法,送达相对人后即生效,除非该行为存在重大明显违法。但是,这种主张并非毫无根据,新条例第31条规定,“社会保险行政部门作出认定为工伤的决定后发生行政复议、行政诉讼的,行政复议和行政诉讼期间不停止支付工伤职工治疗工伤的医疗费用。”这条规定没有否认工伤认定的行政行为属性,否则不可能规定行政救济,但又仅规定医疗费不停止执行,这是否是对工伤认定效力的否定?如果是,这是否意味着工伤认定不同于其他行政行为?如不是,对除医疗费以外的其他工伤保险待遇停止支付应作何解释?

2. 工伤认定作出后就生效因此适用旧条例

这种主张认为,2010年行政机关首次作出的,就是已完成的工伤认定行为,因此工伤待遇确定适用旧法。理由是,工伤认定属于行政确认行为,按照行政行为效力理论,行为一经对外作出就生效。这种主张在一些地方的实践中已经得到确认,例如,《汕头市人力资源和社会保障局关于贯彻执行国务院〈工伤保险条例〉有关问题的通知》(汕

① 本案例系笔者参与K市人力资源与社会保障局组织的案件讨论后整理。

② 本案中,仅一次性工亡补助金一项适用新旧法不同标准计算,补偿金额差距超过30万元人民币。

③ 对于本案,K市人力资源与社会保障局以及劳动仲裁系统进行广泛的内部研讨,仲裁各方当事人及代理人律师提出各自的主张,仲裁书则表达了L县仲裁院的主张。笔者对各类观点进行归纳,总结出三种具有代表性的重要观点。

人社函[2011]196号)^④对新旧条例的衔接作了这样的规定:“新《条例》实施前已作出工伤认定决定,新条例实施后仍在行政复议或行政诉讼期间的。这种情况不属于尚未完成工伤认定的情形,经复议或诉讼后需重新进行工伤认定的,其相关的认定、鉴定和待遇等应当执行原条例的规定。”这种主张尽管符合行政法法理,但必须回应,新条例第31条的规定为何不是“行政行为一经作出就生效”的例外。

3. 有利于当事人的法律溯及既往支持适用新条例

这种主张认为,为保护“弱者”、维护公平,应适用有利于死者家属的新法,才有助化解纠纷。法律上的根据是《中华人民共和国立法法》第93条(修订前第84条)的规定:“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。”对此,已有研究表明,有利的法律溯及既往得以适用,需满足两个条件:一是新法比旧法更为有利;二是法律明确规定溯及既往。^⑤也即,在单行法未明确规定的情形下,直接以该条规定作为裁判理由,不具有充分说服力。

另外,这种主张还有强有力的司法实践支持。与工伤造成后果类似的侵权损害,^⑥无论是私人侵权还是国家行为侵权,新旧法适用选择的做法均是,对损害事实认定和损害赔偿救济的新旧法适用选择被区分对待。在私法人身损害侵权领域,就侵权行为认定而言,2010年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》第1条规定,“侵权责任法施行前发生的侵权行为引起的民事纠纷案件,适用当时的法律规定。”也就是说,侵权责任法施行前发生的侵权行为,即便在侵权责任法施行后起诉,也适用旧法。就损害赔偿确定而言,2003年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第36条规定:“本解释自2004年5月1日起施行。2004年5月1日后新受理的一审人身损害赔偿案件,适用本解释的规定。已经作出生效裁判的人身损害赔偿案件依法再审的,不适用本解释的规定。”该规定预设了,侵权行为发生在“解释”生效前,但赔偿起诉在生效后受理的,适用该“解释”的规定。^⑦

对于国家赔偿,2011年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国国家赔偿法〉若干问题的解释(一)》第2条规定,“国家机关及其工作人员行使职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为发生在2010年12月1日以前的,适用修正前的国家赔偿法,

^④ 载北大法宝 http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=lar&Gid=17400467&keyword=汕头%20工伤保险条例&EncodingName=&Search_Mode=accurate,最后访问时间:2016年3月18日。

^⑤ 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》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2006年第6期。

^⑥ “工伤事故在民法上被评价为民事侵权”,参见陈现杰《〈最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉的若干理论与实务问题解析》,载《法律适用》2004年第2期。

^⑦ 在人身损害侵权领域,损害赔偿的范围和计算标准没有统一的法律依据,该司法解释事实上承担着填补人身损害赔偿实体法漏洞的功能,适用该司法解释,可视为适用新法。参见《最高人民法院有关负责人在公布〈关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉新闻发布会上的讲话》,载最高人民法院民事审判第一庭编《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第407页以下。

但有下列情形之一的,适用修正的国家赔偿法:(一)2010年12月1日以前已经受理赔偿请求人的赔偿请求但尚未作出生效赔偿决定的;(二)赔偿请求人在2010年12月1日以后提出赔偿请求的。”该条明确了,即便损害行为发生在新法生效前,只要新法生效时未就赔偿作出生效决定或新法生效后才受理赔偿请求的,均适用新法。

相比人身损害赔偿司法解释,国家赔偿司法解释将赔偿适用新法的范围,延伸至新法生效前已受理、但尚未作出生效赔偿决定的情形,国家赔偿司法解释中的“作出生效决定”与人身损害赔偿司法解释中“案件受理”两个标准,只是诉讼程序时序或进度的差异。对于损害行为在新法生效前已终结但生效后解决的,无论是以受理时间、还是生效裁判作出时间为基准,均可能涉及已完成行为适用新法的情形。然而,对侵权赔偿和国家赔偿适用新法,最高人民法院分别给出相反的解释。对于“人身损害赔偿司法解释”的规定,最高人民法院的态度是“本司法解释不具有溯及力”,^⑧对国家赔偿法司法解释的规定,最高人民法院给出的理由却是“有利当事人的法律溯及既往”。^⑨二者之间的非本质差异,导致了相互抵触的定性。因此,“有利当事人的法律溯及”,似乎并不能成为支持赔偿责任确定适用新法的充分理据。

(三)问题的提出

以上案例引出的选择新法还是旧法的二元争议只是表面的,深层的争论是指引工伤待遇确定选择新旧法适用的理据为何。其中,第一、二种主张虽对工伤认定何时生效形成了对立看法,但二者在新旧法适用选择这一问题上,思考的进路是一致的。即,以行为认定是否完成决定工伤待遇确定的新旧法选择,推定二者新旧法适用选择的标准一致,以工伤认定是否完成,作为工伤待遇确定新旧法适用选择的基准。这种进路考虑了损害救济与行为认定之间的关系,将指引新旧法适用选择的因素,锁定在能够确定的客观标准之上。但,这种进路如能成立,则必须回应,人身侵权赔偿和国家赔偿中,行为认定和损害赔偿新旧法适用选择为何区分处理,这种做法以及背后的原理对工伤案件为何不予适用。第三种主张,实质上是将工伤待遇确定与行为认定分割考虑,坚持二者新旧法适用选择应有不同的决定标准,同时,以“有利于当事人”这一原则,来作为新旧法的选择标准。但是,这种进路未说明二者新旧法适用选择为何可区分对待,而且没有考虑工伤认定是否完成,对工伤待遇确定新旧法适用选择是否有影响,同时直接以“有利的溯及既往”原则来支持适用新法,也存有疑问。

这三种主张根本的分歧,是对指引选择新旧法予以适用的“法律适用规范”的不同

^⑧ 前引⑦,最高人民法院民事审判第一庭编书,第393页。

^⑨ 参见[及时有力地保护赔偿请求人合法权益——最高人民法院赔偿办负责人对《关于适用〈中华人民共和国国家赔偿法〉若干问题的解释(一)》答记者问],载《人民法院报》2011年3月18日,第3版。

见解。^⑩ 解决冲突新旧法的效力范围的法律适用规范,被称作“过渡法”。^⑪ 因此,更具体地说,这三种观点差异的主张引出的问题为,针对与过去相关的事实,在新法改变旧法的情形下,指引选择新法或旧法予以适用的过渡法规则究竟是什么。虽然引出问题的是工伤损害救济案件,但第三种主张将人身损害赔偿和国家赔偿的新旧法适用选择也带入了讨论范围。

本案作为特定领域、特定时期的孤案,类似的案情可能不会再次发生,但新旧法冲突时,如何确定指引选择新旧法的过渡法规则,是法制变革中时常遇到的问题。新近的典型例子是,2015年《人口与计划生育法》修订生效之后才被发现,但实际出生于该法生效前的二孩,是否按旧法规定征收社会抚养费,引发了新旧法适用选择的困扰与争论。^⑫

指引损害救济新旧法适用选择的过渡法规则为何以及如何确定,首先是传统法律溯及既往理论未能有效解决的问题。现有聚焦新旧法效力冲突如何解决的“法律溯及理论”,主要建立在“法不溯及既往”和“法律允许的溯及既往”二分之一之上。^⑬ “法不溯及既往”原则上禁止新法适用于已终结的事实。第一、二种对立的主张,实际上就是对该原则的具体运用。“法律允许的溯及既往”,包括实体法和非实体法两个层面。实体法层面,即允许有利于当事人的溯及既往,第三种主张所持的就是这种观点。非实体法层面,即程序法规范、法律解释规范、法律适用规范可以溯及既往,^⑭ 这些情形对指引损害救济新旧实体法的适用选择,并无助益。尽管有研究已经注意到,适用旧法的法律效果持续至新法生效后,是否适用新法予以调整情形,^⑮ 但这种法律评价已完成的持续法律状态,也不同于本文要讨论的,损害救济这一尚未进行法律适用的争议。总体而言,这些讨论仍然是在“法律溯及”这一框架下进行,没有上升到过渡法层面分析。在国内,有民法学者已经注意到研究过渡法的重要意义,但没有就过渡法规则如何具体确定的原理展开说明。^⑯

指引损害救济新旧法适用选择的过渡法规则如何确定,其次是“法律原则具体规则

^⑩ 法律适用规范是独立于实体法和程序法规范的一类规范,其功能在于指引如何去选择存在时间或地域冲突的实体法或程序法予以适用。参见杨登峰《新旧法的适用原理与规则》,法律出版社2008年版,第5页以下。

^⑪ 参见李浩培《论条约法上的时际法》,载《武汉大学学报》(人文科学版)1983年第6期;贺栩栩《法的时间效力界限与法的稳定性——以德国民法为研究视角》,载《环球法律评论》2011年第5期。

^⑫ 2015年《人口与计划生育法》修改规定,一对夫妻可生育二孩,新法生效前“抢生”的二孩,在新法生效后是否征收社会抚养费以及如何征收引发了较大争议,各地法院判决时也遭遇困难且各地判决不一致。参见赵孟、李倩《湖北抢生二孩家庭起诉卫计局要求不缴社会抚养费“意外”胜诉》,载《澎湃新闻》http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1516346,最后访问时间:2016年8月19日。董碧水《浙江高院再审两“抢生”二孩案》,载《中青在线》http://news.cyol.com/content/2017-03/23/content_15807382.htm,最后访问时间:2017年3月23日。

^⑬ 参见前引^⑩ 杨登峰书,第33页以下、83页以下。

^⑭ 参见前引^⑩ 杨登峰书,第86页以下。

^⑮ 参见胡建淼《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;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》,载《中外法学》2007年第5期;林三钦《行政法令变迁与信赖保护——论行政机关处理新旧法秩序交替问题之原则》,载台湾《东吴大学法律学报》2004年第16卷第1期;[法]雅克·盖斯旦等《法国民法总论》,谢汉琪等译,法律出版社2004年版,第330页以下。

^⑯ 参见前引^⑪ 贺栩栩文。

化的证立理论与方法”未直接关注的问题。以阿列克西为代表的西方法理学者,在德沃金对法律原则和规则区分的基础上,批判性地发展出,个案中法律原则如何被具体规则化的证立理论。该理论的基本要旨是,同样有效但相互冲突的原则经过衡量,在原则之间形成一个“条件式”优先关系:在满足特定条件时,其中一原则优先适用,该“优先条件”构成个案裁判规则的事实要件,得以优先适用的原则就作为确定该事实要件法律后果的依据。^{①7}对于如何确定系争案件中的“优先条件”,彭诚信提出从“生活常识”或“事物本质”出发,明确系争案件的核心要素,该核心要素就是具体个案的优先条件。^{①8}在规则不明的情况下,根据原则发展出具体规则的思路,可能对过渡法规则的确定有助益,但是这种从原则中发现实体法规则的原理和方法,能否适用于过渡法规则的确定,仍有待论证。另外,上述支持适用新法或旧法的争论,涉及法律原则与行政法法理、行政法法理与法规范、私法与公法规范之间的张力,因此,至少在表面上,本文提出的损害救济过渡法规则的确定,不限于冲突法律原则之间的衡量。基于以上认识,对本文提出的问题予以研究,当前仍非常必要。

为确定指引损害救济新旧法适用选择性过渡法规则,使上述张力在确定过渡法规则的论证过程中得以理顺和纾解,下文先对确定过渡法规则的原理进行阐释,以此作为本文的分析框架和理论基础。然后,再运用过渡法规则具体确定的原理与技术,分析损害救济新旧法适用选择的过渡法规则具体是什么,同时回应针对本案新旧法适用三种主张所提出的两方面问题,一是行为认定是否完成,对指引损害救济新旧法适用选择的客观标准有何影响;二是“有利于当事人的溯及既往”原则,能否有效指引损害救济新旧法的适用选择。最后是简单地总结。

二、确定过渡法规则的原理

(一) 过渡法规则的构成要素

“法律规则的功能在于支配法律关系”。^{①9}如果对同一法律关系,同时存在多个规则对其发生效力,并要求同时适用,那么支配该法律关系的多个法律规则之间,则存在冲突。对于法律冲突,必须运用法律适用规范来解决。解决不同地域的法律冲突,明确不同地域法律的适用范围,指引选择某一地域法律予以适用的“法律适用规范”,被称为“冲突法”;解决新旧法冲突,明确新旧法的时间效力范围,指引在新旧法中作出适用选择的“法律适用规范”,就是过渡法。

法律适用规范并不直接作用于法律关系,不直接涉及当事人的实体权利与义务。

^{①7} 参见[德]阿列克西《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第220页;雷磊《法律规范的同位阶冲突及解决:以法律规则与法律原则的关系为出发点》,载台湾《台大法学论丛》2009年第38卷第4期。

^{①8} 参见彭诚信《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》,载《法学研究》2014年第4期。

^{①9} [德]萨维尼《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,武汉大学出版社2016年版,第1页。

直接适用和支配法律关系的法律规范是第一性的,即作为实体法的“准据法”;指引在相互冲突的法律规则中,作出选择的法律适用规范,属于第二性的间接规范。^{②①}这种间接规范,只是沟通法律关系和准据法适用的媒介、连接二者的“桥梁”。人们无法从中获得行为准则,只能获得指向行为准则的通道,法律适用规范只有和具体行为规范结合起来,才能确定权利义务的内容。^{②②}

基于其特殊功能与属性,法律适用规范有不同于准据法的逻辑结构。以冲突规范为例,其由“范围”与“系属”两部分构成,^{②③}而不是由“构成要件”和“法律后果”两部分组成。“范围”是法律适用规范调整的法律关系或要解决问题的类型。^{②④}“系属”是规定“法律适用规范”中的“范围”所应适用的法律,^{②⑤}或者说是指明“范围”所涉及的法律关系或法律问题,应选择哪个地方的准据法予以适用。^{②⑥}

冲突法规范的“系属”中,借以确定特定法律关系应当适用什么准据法的根据,被称作连接点、连接因素或连接根据。^{②⑦}“冲突法规范的系属,通常采用‘依据或适用××法’这一表述形式,运用一定的客观标准,对所应适用的法律加以指示或限定,从而排除其他法的适用。这种存在于系属之中,对所适用的法律加以指示或限定的客观标志,就是连接点。”^{②⑧}例如,“不动产的所有权,适用不动产所在法”。“不动产所有权法律关系”是范围,“适用不动产所在法”是系属,其中的“不动产所在”就是客观的“连接点”。具有指示和限制功能的“连接点”有两方面的意义:从形式上看,“连接点”是把“范围”与“准据法”连接起来的纽带或媒介。因此,每一冲突法规范中必须至少有一个“连接点”;从实质看,“连接点”能够作为纽带或媒介,反映了法律关系与特定地域的法律之间存在实质联系或隶属关系,表明该法律关系应受一定地域法律的约束。^{②⑨}

冲突法规范的结构原理,运用到同为“法律适用规范”的过渡法之上,可以明确,过渡法规范的“范围”是,面对新旧法冲突的法律关系或法律问题,如本文讨论损害救济。“系属”是指明特定法律关系应选择新法或旧法予以适用的规则。过渡法的构成要素中,法律关系是明确的、唯一的,“对于法的时间效力冲突,法律关系本身没有发生变化,这种情形所存在的只是不同时间的两个法律规则,对同一法律关系竞相要求适用。”^{③①}因此,要明确指引某一特定法律关系,选择新旧法的具体过渡法规则是什么,核心任务是“系属”内容的确定。又因“连接点”对“系属”的判断具有基础意义,过渡法规则的确

^{②①} 参见前引①,贺栩栩文。

^{②②} 参见前引①,杨登峰书,第6页。

^{②③} 前引①,杨登峰书,第6页。

^{②④} 参见韩德培主编《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第94页。

^{②⑤} 前引②,韩德培书。

^{②⑥} 参见肖永平《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第37页。

^{②⑦} 参见前引②,肖永平书,第51页。

^{②⑧} 李双元主编《国际私法》,吉林大学出版社2002年版,第285页。

^{②⑨} 参见前引②,韩德培书,第97页。

^{③①} 参见前引①,贺栩栩文。

定,必须选择一个客观的“连接点”,据此来确定特定法律关系,与新法还是旧法存在实质关联。在选择了“连接点”之后,才能根据“连接点”的指引,进一步明确选择新法还是旧法予以适用。

(二) 过渡法规则中的“连接点”

冲突法的客观连接点总是与地域相关,过渡法解决的是新旧法冲突,其“连接点”与时间有关,且与新法或旧法的效力范围产生从属关系。时间是持续且流动的,连接点必须定格于旧法或新法效力范围内某一客观节点,才会与新旧法产生所属关系,才能起到发挥指示和限制新旧法选择的作用。过渡法中的“连接点”涉及两条时间轴和具体节点的确定。一是新法取代旧法。其中客观的时间节点为“新法生效”,该时间节点是确定的。过渡法面对的问题主要是,“每当一项新法律生效时,需要确定它在什么范围内改变了以前的法律秩序”。^⑩二是面对新旧法适用选择的具体案件的不同发展阶段。因此,过渡法中的“连接点”应当是以新法生效实践为参照的,具体案件所处发展阶段的“时间”定格。接下来的问题是,案件发展会定格于哪些客观节点?

以“法律溯及既往”为基础的过渡法规则,确立的主要观念是,法律规定仅适用于其生效以后的事件和行为,对于生效前的事件和行为不适用,^⑪也即,新法作用于其生效之后的事实,旧法作用于新法生效前的事实。这里对“既往”的描述所采用的标准是,新法生效时事实客观上是否已终结。客观上是否终结,则根据瞬时性事实和持续性事实予以区分。持续性事实包括行为持续到新法生效后,以及行为发生在新法生效前、但损害后果发生在新法生效后两种情形。持续性事实适用新法被定性为“不真正的溯及既往”。法律原则上禁止真正的溯及既往,但不禁止不真正的溯及既往。^⑫

杨登峰教授认为,以“新法适用于生效之前的行为和事件”来描述法的溯及力的通说,未能揭示“法的溯及力”的本质,因为,法律溯及既往强调的是,新法对过去行为或事件法律效果的影响,即新法是否把“过去的法律事实的后果纳入它的管辖范围并因此影响这些后果”。^⑬事实上,以“新法影响过去事实的法律后果”为标准来看待法的溯及力的观念,在萨维尼那里就已确立。^⑭这也意味着,以“法不溯及既往”为基础规则的过渡法,其调整对象“是旧法支配下的法律关系的法律后果部分,是经过旧法的规范模式评价过以后的有法律意义的事实,而非指单纯的发生在过去的事实”。^⑮这种描述,提供了不同于“客观上是否终结”的判断标准,即,对是否属于“既往”事实,加入了法律评价是否完成这一判断标准。

^⑩ 前引^⑮盖斯旦书,第309页。

^⑪ 参见前引^⑩杨登峰书,第35页。

^⑫ 参见林三钦《信赖保护原则与法令不溯及既往——兼评“最高行政法院”九十四年度判字第一四四号判决》,载台湾《政大法学评论》2007年第100期。

^⑬ 前引^⑩杨登峰书,第37页。

^⑭ 萨维尼认为,“溯及力一词应当从法律上或正式的角度去领会,它是指具有溯及力的法律把过去的法律事实的后果纳入它的管辖范围,并因此影响这些后果。”前引^⑮萨维尼书,第150页。

^⑮ 前引^⑪贺栩栩文。

如果法律评价已经完成,新法的介入就有改变旧法效果的可能,但如果法律评价未完成,则不属于溯及既往。台湾学者林三钦的研究,也提到法律评价是否完成这一指标,他主张应以“案件事实发展阶段”观察模式,来看待案件事实发展程度,而不是简单地将案件事实二分为“终结与否”。^{⑤⑥} 新条例第67条规定的工伤认定的时间基准,从“事故伤害或患职业病确诊是否已完成”这一纯粹的事实转向了“工伤认定是否完成”这一法律状态,也表明“工伤认定是否完成”的判断标准是“法律评价是否完成”。

综上,以法不溯及既往为中心的过渡法规则中,“既往”是指引选择新法还是旧法适用的“连接点”。对“既往”而言,则有事实自然终结和法律评价终结两种判断标准。以这两个判断标准为基础,以新法生效时间为参照,理论上可将案件事实分为新法生效前和生效后发生的事实。进一步而言,新法生效前的事实,具体表现为:一是新法生效时未终结,即持续性事实。二是新法生效时已完成、但法律评价未完成的事实。三是新法生效时事实终结且法律评价已完成。其中,新法生效时法律评价已完成的事实,会造就法律效果不持续和持续两种状态。^{⑤⑦} 法律评价完成后不产生持续性法律效果的行为,如行政处罚,决定一经作出,就产生不会受新法影响的法律效果。产生面向未来的持续法律效果的行为,如行政许可,许可授予的权利,在许可存续期间,将一直有效。法律评价完成后产生持续法律效果的状态,存续至新法生效后,新法可以予以适用并改变旧法确定的效果。^{⑤⑧} 案件所处的不同发展阶段和法律评价完成后的两类形态,均是可确定的客观状态,理论上都可成为指引选择新旧法予以适用的“连接点”。当然,特定案件中,指引特定法律关系寻找准据法的“连接点”,应当是唯一的。而且,当案件事实已经历了多个发展阶段的,“连接点”应当锁定在案件发展的最后时间节点之上。

(三) 过渡法中的新旧法选择原理

1. “连接点”指引新旧法选择的非唯一性

上述可能的“连接点”,并不必然对应着唯一的新旧法适用选择。例如,客观上已经终结的事实,原则上是适用新法,但却允许有利于当事人的溯及既往。法律评价已经终结的事实,如果法律效果持续存在并跨越新旧法,新法是否会对旧法效果予以调整,有不同的选择。

通常的情况是新法自生效之日起调整旧法确定的效果。新法生效时旧法评价完成、但法律效果面向未来持续发挥作用的情形,新法从生效之日,面向未来改变根据旧法确定的结果,新法生效前的法律效果不受影响。^{⑤⑨} 在立法上,相关的例子如我国《著作权法》第60条规定,“本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利,在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的,依照本法予以保

^{⑤⑥} 参见前引^{⑤②}林三钦文。

^{⑤⑦} 法律状态也是过渡法确定需要考虑的重要因素,参见前引^{⑤③}盖斯旦书,第327页。

^{⑤⑧} 胡建森教授认为,新法从生效之日调整根据过去行为产生的法律状态,不属于法律溯及既往的情形。参见前引^{⑤④}胡建森文。

^{⑤⑨} 参见前引^{⑤⑤}杨登峰文。

护。”这种已完成评价的持续法律状态,自新法生效后适用新法,被称为“新法即行适用”。^{④①}新法即行适用,区分了新法生效之前已经实现的效力与新法生效后的未来效力。对于过去的效力,新法无追溯力,不受新法影响,至于未来的效力,原则上由新法律调整。^{④②}新法即行适用,是一种兼顾新法创新和保持旧法效力的折中方案,新法自生效之时起面向未来调整社会事实,同时,旧法在新法生效之前持续适用。^{④③}但是,新法即行适用不包括“特定行为因‘取消禁止的新法出现,而被事后声明有效’”。^{④④}

新法即行适用又非绝对,因为即便是延续至新法生效之后的事实,也可能有旧法延续适用的竞争性选择。^{④⑤}例如,我国《行政许可法》第8条规定,“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。”这意味着,新法发生变化,已经作出的行政许可,总体上保持不变,除因公共利益的需求,否则不得适用新法撤回或变更。

综上,事实是否终结、法律评价是否完成、法律效果是否持续三组客观的“连接点”标志,对应着不同的新旧法适用选择。即便客观的“连接点”确定,仍不能直接得出唯一的新旧法适用选择指引。

2. 新旧法选择原理

从上述分析中可以发现两组对立的选择:法不溯及既往与有利于当事人的溯及既往,新法即行适用与旧法延续。这两组对立的新旧法适用选择,包括着不同的原理。

(1) 基于“连接点”与新旧法所属关系的形式逻辑判断

第一,简单的情形。“连接点”是确定新旧法适用选择的基础,最基本的做法是,如果“连接点”属于“既往”,则与新法没有从属关系,应选择旧法予以适用。如不属于“既往”,则需要进一步判断“连接点”属于哪一种情形。不属于“既往”的情形包括:新法生效前已发生、但事实或法律状态跨越旧法和新法的情形,以及新法生效后发生的事实。新法生效后发生的事实,可根据“连接点”与新法的所属关系,直接确定适用新法。

第二,复杂的情形。一是新法生效后仍持续的行为,在新法生效时并未終了,其结束时间点必然在新法生效之后,因此这种情形不能解释为已经“终结”的行为。二是行为已发生、但损害后果在新法生效后才出现,仍然不能理解为已经“终结”,得出这种结论的理由在于法律适用本身的逻辑。一个完整的法律规范在结构上包括构成要件和法律后果两部分。在个案中,需对已发生的生活事实,认定其与法律所归纳的抽象构成要件是否完全相符,一旦相符,构成要件事实得以成就,这在法律上被称为“构成要件合

^{④①} 前引⑮,杨登峰文。

^{④②} 参见前引⑮,盖斯旦书,第312页。

^{④③} 前引⑮,盖斯旦书,第313页。

^{④④} 前引⑮,盖斯旦书,第334页以下。

^{④⑤} 前引⑮,盖斯旦书,第325页。

致”^{④⑤}通俗地说 符合构成要件的生活事实必须完全发生 法律构成要件的评价才能进行。但凡涉及对损害后果出现在新法生效后这一情形的法律评价 除行为或事件外 还需要对损害后果以及因果关系进行考察。因此 涉及损害赔偿或损害赔偿的案件 损害结果要件没有发生 法律评价的客观对象就不完整。换言之 此类案件中特定后果出现之后 法律规定的构成要件事实才完全成就 应适用构成要件与生活事实“合致”时有效的新法 根据新法确定其法律效果。^{④⑥}

(2) 基于价值取舍与利益衡量的新旧法选择

无论是法不溯及既往或有利于当事人的溯及既往 还是新法即行适用或旧法延续 均包含着特定价值取舍与利益衡量。

第一 法不溯及既往与有利于当事人的溯及的价值取舍和利益衡量。首先 法不溯及既往作为法治国家基本的法律原则 不仅是法律适用形式逻辑运用的产物 这种普遍性原则安排的背后包含着最基本价值判断: 为确保法律的安定性 维护人民对自我行动的可预测性、保护人民的既定权利和信赖利益 要求严格适用案件事实发生时的法。^{④⑦}此时 适用旧法对公共利益的维护和对私益的保护是统一的。其次 有利于当事人的溯及既往表明 法律安定性的确保并不总是与旧法产生的私益相一致。立法者可牺牲法律安定性的一般追求 选择“追溯地赋予公众在旧法秩序下不曾取得的权利和利益 或减轻义务和责任”。^{④⑧}

第二 新法即行适用与旧法延续的价值取舍与利益衡量。首先 新法即行适用 是新法的优越性推定和保持法律适用一致的需要。新法的优越性主要源自于 制定法作为具有强制性的实证法 通常超越了纯粹法的范围 而与道德的、政治的、经济的动机和目的相连。^{④⑨}基于这些因素考量 立法者用新的公意取代旧的公意 确保法律具有适度的弹性和回应性 是必要且正当的 但新法被推定具有优越性不必然构成其即行适用的充分条件。新法即行适用的合理性 主要出于法律适用统一性的考虑。如果新法生效时维持不同的制度 必然导致混乱 损害统一的法律秩序。统一性是法律简明化不可或缺的因素 也是法律普及和法律安全不可或缺的因素。^{⑤⑩}其次 排斥新法即行适用的旧法延续表明 新法优越的假定和对法律适用统一性的追求 并不具有绝对的排他性优势。当旧法特有的价值需要得到确保 如重要的既得权利或信赖利益需要保护 或确保意思自治被尊重而不受法律变动的影响等。^{⑤⑪}此时 经过利益衡量 除非显著的公共利益相比私益更优 旧法延续才应当被新法即行适用取代 而且基于信赖保护原则的要

^{④⑤} 参见彭凤至:《论法律不溯及既往原则之适用与误用——以七十四年增订、九十一年修正民法第一〇三〇条之一第一项之适用为例》,载台湾《月旦法学杂志》2004年1月第104期。

^{④⑥} 前引^{④⑤}林三钦文。

^{④⑦} 参见李建良:《法律的溯及既往与信赖保护原则》,载《台湾本土法学杂志》2001年7月第24期。

^{④⑧} 前引^{④⑤}胡建森、杨登峰文。

^{④⑨} 前引^{④⑤}萨维尼书,第204页。

^{⑤⑩} 参见前引^{④⑤}盖斯旦书,第326页以下。

^{⑤⑪} 前引^{④⑤}盖斯旦书,第334页以下。

求,给当事人造成的损害应当给予合理的补偿。

综上,每一法律关系新旧法适用选择的确定,是判断“连接点”与新旧法从属关系的形式逻辑运用和展开价值取舍、利益衡量单独或综合作用的结果。阿列克西认为,原则和价值是“同一回事”,只是原则侧重“应当做什么”的“义务论”特性,而价值侧重“什么是好或更好,什么是坏或更坏”的“价值论”判断。^②因此,上述价值或利益取舍可认为是原则的取舍,其中法律的安定性、新法优越以及法律适用统一性原则等,均是阿列克西所称的“形式原则”或“形式理由”;而保护当事人既得利益和信赖利益等,或维系其他旧法欲确保的价值,如“合同自由”,则属于“实质原则”或“实质理由”。^③立法者在确立过渡法规则时需同时考虑形式原则和实质原则,这表明“规则是实质理由(实质原则)和形式理由(形式原则)的复合”的命题,^④对于过渡法规则同样适用。但是对于过渡法规则的确定,支持适用旧法和新法形式原则各有不同,新旧法选择背后的形式原则总体上取决于“连接点”是从属新法还是旧法。需要立法者做出选择的是在出现实质原则与形式原则的取向不一致时,立法者对两类原则进行裁量取舍,通常的选择是实质原则具有优先性。

三、损害救济过渡法“连接点”的确定

确定损害救济过渡法规则面临的首要问题,是其“连接点”究竟是什么、以及如何“定位”。因此,本部分的主要任务是,结合本案处理的争议主张,对确定损害救济过渡法规则的“连接点”进行分析。

过渡法中“连接点”的确定,需明确案件事实的发展阶段和形态。损害救济是对损害事实进行行为认定的后续阶段,二者是前后相连的时序递进关系。行为认定的任务通常是对特定案件事实是否满足构成要件进行定性评价,如判断是否构成侵权、是否属于工伤。救济责任确定一般是对如何具体处理的定量评价,如赔偿或补偿多少。两个阶段任务不同,但共享基本的案件事实。因此,对损害救济过渡法“连接点”的选择,不可能置前阶段事实不顾。损害救济“连接点”的选择,必须要厘清新法生效时行为认定所处的阶段和状态,以及其对损害救济所处阶段和状态的时间“定格”有何影响。

接下来,首先分析损害救济前阶的行为认定是否完成;然后分析前阶的行为认定的时序定格,对后阶段的损害救济所处的发展阶段和状态的时间“定格”有何影响;最后说明指引损害救济选择适用新旧法的“连接点”应当是什么。

(一) 损害救济前阶的行为认定是否完成

^② 参见前引①,阿列克西书,第212页以下。

^③ 阿列克西认为,每一条规则背后总蕴含着赋予其正当性的实质性原则,以及形式原则(如由合法权威制定的规则必须遵守,无特别理由不得偏离历来的实务见解),后者是出于法律安定性要求。参见前引①,雷磊文。

^④ 前引①,雷磊文。

在损害事实已经终结的情形下,“连接点”的确定,首先需明确,对损害事实进行法律定性评价的行为认定是否完成。具体到本文案例中,即工伤认定行为是否完成。

行政法上行政行为在法理和制度上,均被预设为一经对外作出就生效。行政行为之所以有这样的“先决特权”,^{⑤⑤}包括两方面的理由:一是根源性理由即行政行为为何能够具有如此效力。这是因为具体行政行为被预设为在个案中执行法律的产物,其本质上是具有决定性作用的公权力的行使,^{⑤⑥}其正当性及效力源自法律的直接“传输”。既然法律的权威需要被尊重,那么执行法律的具体行政行为也应有权权威。二是工具性理由即为何需要具有此效力。具体行政行为被预设为积极维护、促进和保障公益的手段。为使行政机关与相对人之间的法律关系尽快确定,确保安定的社会关系或法律秩序,^{⑤⑦}需要这样的效力。这种效力来自于法律和制度上的强制性安排,而非由其他权威机关事后确认。如果行政机关执法活动的结果需要其他机关来确认的话,行政机关将沦为其他机关的“办事员”,这不仅违背权力分工原理,行政机关也无法自主有效地开展管理活动,代表国家维护公益将成空谈。

新条例第31条的规定除表明工伤认定属于行政行为外,也已认可了工伤认定是生效的行政行为,根据在于行政复议和行政诉讼制度主要针对的是生效行政行为。^{⑤⑧}当事人不服行政行为,申请复议或提起诉讼,意在请求救济机关否定行政行为的效力,进而排除行为对自己的约束。行政复议和行政诉讼主要针对生效行政行为,这一点虽无法律明确规定,但却是一个常识性结论。支持这一结论的理由主要有二:

其一,撤销作为否定被复议或被诉行政行为效力的主要手段,是以行政行为生效为前提。在诉讼法上,撤销判决是典型的形成判决。对于形成判决诉讼法上的一个基本共识是,“只要形成判决未确定,任何人不得主张变动该法律关系,在撤销形成判决确定之前,任何人都应当以行为仍然有效为前提来实施该行为”,^{⑤⑨}这样的制度安排,源于对法律关系的明确性的强调和追求。

其二,另一个重要的间接证据是申请行政救济不停止执行。我国《行政复议法》第21条、《行政诉讼法》第56条均规定了对行政行为申请救济不停止执行。该原则是基于行政行为的效力先定性,为保障公共利益^{⑥⑩}及行政活动的效率而确立的。^{⑥⑪}停止执行学理上属于“延宕效力”,其意在阻止生效的法律文书发生法律或事实上的效果。^{⑥⑫}反之,不停止执行的前提必然是法律文书已生效。我国《行政诉讼法》第90条的规定,“当

^{⑤⑤} 参见[法]里韦罗、瓦利纳《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第526页。

^{⑤⑥} 参见[德]奥托·迈耶《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第99页以下。

^{⑤⑦} 参见沈岿《行政行为公定力与妨害公务——兼论公定力理论研究之发展进路》,载《中国法学》2006年第5期。

^{⑤⑧} 例外情形是对于自始无效的行政行为,也可提起诉讼请求法院确认。

^{⑤⑨} [日]高桥宏志《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第61页以下。

^{⑥⑩} 参见许炎《行政救济法上不停止执行原则的再思考》,载《行政法学研究》2006年第1期。

^{⑥⑪} 参见段京连《略谈行政诉讼的不停止执行原则》,载《中国法学》1989年第4期;李广宇《新行政诉讼法逐条解释》(上),法律出版社2015年版,第437页以下。

^{⑥⑫} 参见陈敏《行政法总论》2011年自行出版,台湾新学林出版公司经销,第1562页。

事人对已经发生法律效力的判决、裁定,认为确有错误的,可以向上一级人民法院申请再审,但判决、裁定不停止执行”就是最好的例证。

第31条的规定确认了工伤认定一经对外作出就生效,同时又规定除医疗费以外的其他补偿均停止支付,应作何解释?从对第31条的配套解读来看,该条规定肯定了申请救济不停止执行也适用于工伤认定行为,^⑬但配套解读没有对仅医疗费不停止支付作解释。另外,不停止执行主要与确保公益相关,但不停止支付医疗费却指向私益。如果将不停止执行中的“执行”理解为义务的履行(包括不履行义务引发的强制执行),是否需要停止执行则与行政行为是否包含可执行的义务相关。很显然,工伤认定仅仅是对伤害事故的法律定性,作为典型的行政确认行为并没有为相对人创设需要执行的具体义务。既然不涉及可执行的内容,也就不存在传统意义上的相对人应受拘束、以及相对人不履行则产生强制执行的问题。同样,工伤认定也并没有针对利害关系人设定可执行的具体义务,而仅仅确定其利害关系人的义务主体地位。

工伤认定仅确认了当事人的法律地位,是否是对申请救济不停止执行的否定?事实并非如此,不停止执行制度不限于设定义务的行政行为,其他类型的行为也存在适用不停止执行制度的空间,这一点在以德国为代表的大陆法系行政法中并无争议。^⑭停止执行采纳“效果说”而非“执行说”,^⑮停止执行属于使行政行为的效力受阻而“浮动无效”,而非是停止强制执行。^⑯据此,只要是发生效力的行政行为均适用申请行政救济不停止执行。

接下来的问题是,工伤认定具有哪些效力,在当事人申请行政救济仍需持续发挥效果。我国行政法学界的通说认为,行政行为具有公定力、确定力、拘束力和执行力。这种观念之下行为效力内容是并列、而且是平面、静态的。事实上,并非所有的行政行为均具有这四种效力。同时,这几种效力是分层次和动态关联的,行政行为被推定为合法并经送达生效,是具体行政行为效力的第一层次的描述,该生效行为的效力表现为对不同的主体有不同的作用力。其中,对于当事人而言,体现为应当受到该行为约束的效力,即所谓的拘束力。对当事人具有约束力的行政行为,相对人或利害关系人可以在法定救济期限内申请救济,请求推翻行政行为被推定合法而产生的效力。如不这样行政行为就会产生形式确定力(存续力或不可争力),当事人无权再通过法定救济渠道提出异议。同时也约束行政机关非经法定事由和程序,不能变更、撤销或撤回该行为,即实质确定力。^⑰对于除救济机关以外的其他社会主体,表现为应对行政行为予以尊重的效

^⑬ 参见《工伤保险条例配套解读与案例注释》,中国法制出版社2015年版,第94页以下。

^⑭ 参见吴庚《行政争讼法论》,台湾元照出版公司2014年版,第216页。

^⑮ 前引^⑭吴庚书,第215页以下。

^⑯ 前引^⑭。

^⑰ 对于具体行政行为的效力先定性(一经对外作出就推定合法进而生效),大陆法系各国及地区认识均一致,但对公定力、确定力、拘束力的看法和表述则有不一致的地方,如,公定力的表述在我国台湾地区被学者逐渐弃用,公定力所发挥的对社会不特定主体的作用力与对当事人的作用力统称为拘束力,确定力被称为存续力。

力,即狭义的公定力。

从新条例第31条的规定来看,针对工伤认定可以申请行政救济,首先可表明工伤认定一经对外作出,就推定有效。其次可表明该行为的形式确定力因为当事人申请救济没有发生。同时,申请救济的目的却是意在消解该行为的拘束力,表明该行为产生了拘束力。这意味着工伤认定作出生效后,至少具有公定力和拘束力。因此,第31条的规定可以理解为,工伤认定的这两种效力,不受申请行政复议和提起行政诉讼的影响。

最后要解决的是,仅医疗费不停止支付应作何解释?医疗费不停止支付,并非是工伤认定行为属性的必然逻辑结果,而是医疗费的特殊性所致。其特殊性主要体现在:第一,不停止支付医疗费是为了保障伤者迫切的救治需求,因此需要及时支付。^⑧第二,医疗费客观上容易确定,其以实际发生、医院评估的费用或法律明确具体的标准来确定。据此,法律强制义务主体一方,履行相对确定的医疗救治费用。当然,法律强制要求履行这一先行给付责任的前提是,工伤认定行为确定了义务主体的法律地位,支付医疗费是工伤行为具有法律效力的体现。^⑨

综上,工伤认定行为一经对外作出就生效,生效的同时该行为完成。如果坚持与这一结论相反的立场,认为工伤认定需要生效法律裁判(决定)来认可,就会得出以下荒唐的结论:一是工伤认定是否生效,取决于当事人是否申请救济。如申请救济,工伤认定的效力则需要生效决定或裁判来确认。二是工伤认定的效力处于待定状态,工伤认定的效力必须等到最终的权威裁判予以认可。此时,如果再申请救济,否定的不是工伤认定本身,而是生效的法律裁判或决定。在这样的逻辑中,工伤认定被理解为“过程”而非“行为”。行政机关作出的初步判断,仅是整个工伤认定“剧集中的一集”,“其剧情不足以描述整个故事”。^⑩这种逻辑在理想型的科层制司法裁判初审和上诉审的关系中,可清晰地发现:初审判决是一个效力待定的决定,如果行使上诉权利,“一直要等到科层制监督机制得以运行完毕之后,一项判决才能成为‘已决判决’”。^⑪在赋予上级法院“质量控制”不可避免地使“初审判决由此具有了暂时性和阶段性特征。”^⑫认为工伤认定在终审裁判作出时才生效的观念,显然是通过一审司法判决的透镜,来观察工伤认定的。行政组织是典型的科层制安排,但对行政行为控制却不适用这一逻辑。

(二) 已完成的行为认定不是“连接点”

工伤认定已完成的结论也仅意味着,第一种主张不成立,但这无法推导出,已经完

^⑧ 例如,《道路交通安全法》第75条规定,肇事车辆参加机动车第三者责任强制保险的,由保险公司在责任限额范围内支付抢救费用。《道路交通安全法实施条例》第90条规定,投保机动车第三者责任强制保险的机动车发生交通事故,因抢救受伤人员需要保险公司支付抢救费用的,由公安机关交通管理部门通知保险公司。抢救费的支出显然是为了保障伤者及时救治的需要。

^⑨ 正如保险公司在事故发生后及时支付抢救费用,是基于已经生效的保险合同一样。

^⑩ [美]达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第73页。

^⑪ 前引^⑩达玛什卡书,第74页。

^⑫ 前引^⑩达玛什卡书,第76页。

成法律评价的工伤认定行为,应当作为指引工伤待遇确定的选择旧法的“连接点”。具体原因有二,一是案件发展的多阶段性。行为认定的法律评价虽然完成,但损害救济的法律适用尚未进行,因此,不能简单地将工伤认定视为法律评价已完成,并将其作为最终的时间节点。二是工伤认定与损害救济的法律评价,未必指向同一法律关系。指引不同的法律关系,即“范围”不同,“连接点”也可能不同。因此,需要进一步说明的是,完成法律评价的行为认定,能否作为指引损害救济新旧法选择的“连接点”?如不能,已完成的行为认定,对指引损害救济新旧法选择的“连接点”的选择,有何影响?

损害救济不可能独立于行为认定存在,损害救济阶段是否存在不同于行为认定阶段所处理的法律关系,要回到对行为认定的法律效果的分析上。美国学者霍菲尔德运用八个概念——请求权(Right)、无请求权(No-rights)、特权(Privilege)、义务(Duty)、权力(Power)、无权力(Disability)、豁免(Immunity)和责任(Liability),来描述法律主体之间的法律关系,^{⑦③}即,“请求权—义务”关系、“特权—无请求权”关系、“权力—责任”关系和“豁免—无权力”关系。^{⑦④}“请求权—义务”关系是狭义的权利义务关系,即一方享有请求权、另一方是请求权所针对的义务主体。“特权—无请求权”关系,即享有权利一方主体享有的特定权利和自由,而其他方无权干涉并需予以尊重。“权力—责任”关系是一方当事人有权针对另一方当事人,设定作为或不作为责任,另一方受此责任约束的关系。“豁免—无权力”关系是指一方当事人享有免受他方权力支配的法律地位,其他方无权要求为一定行为或不作为一定行为、或免受特定法律关系的约束。^{⑦⑤}这四组法律关系,可描述特定社会关系经由法律评价后产生的法律效果。

这四种关系中,“请求权—义务”关系和“权力—责任”关系是积极的相关关系,其中,这两组法律关系的内容是否确定,取决于“义务”和“责任”实体内容是否明确,“特权—无请求权”关系和“豁免—无权力”关系是消极的对世关系,^{⑦⑥}其内容的确定取决于“特权”和“豁免”。其中,只有“请求权—义务”关系的实体内容不完全确定,原因在于,请求权仅仅是一种资格,这种资格指向的是另一方当事人的义务地位,而非义务的实体内容。“请求权—义务”关系实体内容的具体化,有赖于进一步地明确,这意味着“请求权—义务”关系实体内容的确定,需要面向未来进行法律适用。其他三种法律关系中,“责任”“特权”和“豁免”均具有确定的实体性内容。“责任”一旦确定,法律适用就终结。“特权”“豁免”产生的同时,法律评价终止,这种状态被霍贝尔称为“无法”的申明。^{⑦⑦}

^{⑦③} 尽管在霍菲尔德对“法律关系”的描述中,没有明确提及,其所讨论的法律关系是已引入法律评价因素法律关系,但这些指向当事人地位的法律概念,如果不包含法律评价因素,则不可能成立。

^{⑦④} Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 The Yale Law Journal 16 (1913), p. 30.

^{⑦⑤} 前引^{⑦④}。

^{⑦⑥} 参见[美]霍贝尔《原始人的法:法律的动态比较研究》,严存生等译,法律出版社2012年版,第40页。

^{⑦⑦} 前引^{⑦⑥},霍贝尔书,第42页。

据此可得出,当法律适用的结果为“请求权—义务”关系时,由于此种关系的实体内容不确定,因而,这种关系是一种需要引入新的法律评价,来确定其实体内容的待决法律关系。如果该待决法律关系,与确定其实体内容阶段所形成的法律关系不同,那么,在前后相连的过程中就产生两个不同的法律关系。接下来要分析的是,行为认定的“产出”是否为“请求权—义务”关系,以及与损害救济阶段所形成法律关系,是否构成不同的法律关系。

以工伤认定为例,可发现,工伤认定阶段的“产出”是典型的“请求权—义务”关系,如果特定致害被认定为工伤,受害一方获得请求工伤待遇的权利主体资格,按照《工伤保险条例》规定应支付补偿一方被确定义务主体。工伤认定这一对已发生事实的法律属性进行正式宣告的“标签化”行为,未从实体上解决一方当事人享有的权利,以及另一方当事人应履行义务的具体内容为何,因此,“请求权—义务”关系内容的实体化,需要后续的救济责任确定阶段来解决。救济责任确定的核心任务,是通过对义务内容的确定,实现救济责任内容的具体化。这一阶段将前阶“输送”的“请求权—义务”关系,转化为“权力—责任”关系,由有权的主体依法确定义务方的给付责任。即便在当事人协商解决的情形中,当事人就赔偿内容的协商确定,所行使的仍是霍菲尔德术语中的“权力”,因为协商被认为是双方共同决策(joint decision-making)的过程。^⑧“请求权—义务”关系的内容是确认当事人的法律地位,指向的客体是请求行为,“权力—责任”关系确认的是义务主体的法律责任,指向的是给付行为,二者的内容和客体不同,属于不同法律关系。

需要注意的是,并非所有确认型行政行为的产出均是“请求权—义务”关系。原因在于,确认型行政行为所确认的内容,包括权利与权利资格。当确认了特定权利时,行为后果表现为“特权—无请求权”关系,如不动产登记确认;或是表现为“豁免—无权力”关系,如免检认证、免于缴纳特定费用的确认。只有当确认了特定权利资格时,行为后果才表现为“请求权—义务”关系。同时,区别于确认型行政行为的命令型行政行为和形成型行政行为,也可能产出“请求权—义务”关系。命令型行政行为以命令或者禁止的形式确定特定行为义务(作为、容忍或不作为),如行政处罚、行政征收。形成型行政行为的内容是创设、改变和消灭具体的法律关系,如行政许可、变更、撤销或撤回许可等。^⑨命令型行政行为的主要“产出”虽是“权力—责任”关系,形成型行为主要形成、改变或消灭“特权—无请求权”关系,但这两类行为也可能附带性产出“请求权—义务”关系。例如,行政征收行为中,行政主体确定被征收人有交付财产责任,被征收人丧失财产权的同时也获得要求补偿的请求权;撤回行政许可导致相对人获得的“特权”丧失,但相对人因此可能获得请求补偿的资格。

^⑧ See P. H. Gulliver, *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*, New York: Academic Press, 1979, p. 35; 参见[英]西蒙·罗伯茨、彭文浩《纠纷解决过程:ADR与形成决定的主要形式》,刘哲玮等译,北京大学出版社2011年版,第152页。

^⑨ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第207页。

上述分析结论在侵权赔偿判决和国家赔偿判决或决定中也同样适用。损害行为认定与赔偿判决或决定分开处理的程序中,如根据生效裁判文书,申请国家赔偿的情形,与工伤认定和救济责任确定的处理相似。行为认定和损害赔偿程序合一的情形中,行为认定的独立性在操作上虽然被遮蔽,但二者的区分仍然存在。赔偿判决是典型的给付之诉的产物,^⑩给付判决作出的过程中,赔偿前阶的行为认定,主要任务是对“法律要件的存在或者不存在作出确认”。^⑪这正好是确认之诉的核心内容。也就是说,给付之诉中必然包含着确认之诉。确认之诉“只是确认、宣告一种有约束力的法律状况”。^⑫在给付之诉中,前阶的行为认定正是对当事人法律地位的宣告,如是否构成侵权、行政行为是否违法等,并形成“请求权—义务”关系,即确定原告一方有请求资格,另一方被确定为义务主体。行为认定(相当于“确认之诉”的任务)的目标,“不在于满足原告的请求权,而是对已经存在的请求权,提供一种特定形式的权利保护。”^⑬这一关系在救济责任确定阶段,同样被转化为“权力—责任”关系来实现。

综上,以工伤认定为代表的确认型行政行为,以及私人侵权、国家侵权司法认定行为,与后阶段的损害救济,分别处理不同法律关系,因此,指引二者选择新旧法的“连接点”应区分考虑。

(三) 待决法律状态作为“连接点”

损害救济阶段所处理的法律关系,要单独确定“连接点”,而不能借用指引行为认定选择新法旧法的“连接点”。“连接点”是具体案件法律适用前,以新法生效时间为参照的案件发展最后阶段和所处状态。具体到损害救济,在损害救济法律适用前,对损害事实予以认定的行政确认行为或司法确认行为已经完成。在法律评价已经完成的情形下,需要考虑其法律后果是否持续。确认型行为“产出”的“请求权—义务”关系,在损害救济责任内容被确定之前,一直面向未来等待法律继续评价。因此,在行为认定完成后,损害救济责任确定之前,可锁定的最终客观环节是法律效果未确定的持续法律状态。这种状态具有双面性:一是法律状态的新旧法跨越性。损害事实和行为认定在新法生效前已经完成,但产出的“请求权—义务”关系跨越新旧法,并持续至损害救济责任的最终确定。二是既作为法律评价完成后的产物,又是等待法律评价的对象的双重属性。

这一待决法律状态具有新旧法跨越性、以及从法律效果观察的二重属性,使其不同于客观上已终结的事实,也区别于法律效果已确定的法律状态,因此不属于第二部分已总结的典型“连接点”类型。过渡法的“连接点”,必须落脚于案件事实的发展过程中,那么“待决法律状态”应当定格于哪一“节点”之上?

林三钦提出,依据新法生效时案件事实的发展阶段不同,可以描述出案件事实受新

^⑩ 根据诉讼请求获得承认时判决效果,或判决内容的不同来确定,诉分为确认之诉、给付之诉和形成之诉,参见前引
^⑨ 高桥宏志书,第58页。

^⑪ 前引^⑨ 高桥宏志书,第69页。

^⑫ 前引^⑪ 李广宇书,第632页。

^⑬ 徐瑞晃:《行政诉讼法》,台湾元照出版公司2015年版,第110页。

法冲击程度不同的谱系:谱系的一端是新法生效时案件事实已经发展完毕、当事人的权利已经确定或法律对该事实已经完成评价;另一端是案件事实完全未发生。^⑭ 结合前述案件发展的阶段和形态的分析,新法生效时的事实或法律状态可作如下谱系排序:新法生效时已终结的事实→新法生效时已完成评价的非持续法律状态→新法生效时已完成评价的持续法律状态→新法生效时仍未决的法律状态→新法生效时仍持续性的事实。这一谱系中,待决法律状态作为以法律评价完成为基础、但法律效果未确定的法律关系,本质上仍属于广义的法律评价“未完成”的法律状态。

四、损害救济新旧法的适用选择

损害救济过渡法规则中的“连接点”,是一种待决法律状态,第二部分的分析,并没有为此类“连接点”指引何种新旧法选择提供答案。本部分的任务是,分析“待决法律状态”这一连接点,对应的新旧法适用选择是什么。解决这一问题之前需回答,以“有利于当事人的法律溯及既往”,来解释损害救济适用新法的理论是否成立?如不成立,能够支撑“待决法律状态”选择新旧法的形式逻辑和价值取舍、利益衡量是什么。

(一) “有利于当事人的溯及既往”的解释不成立

1. 待决法律状态不属于“既往”事实

“有利于当事人的溯及既往”,是基于有利于当事人利益的法律适用考量,允许新法例外地适用于生效前已经完成的事实。这一法律适用的前提案件事实已经终结、法律评价已经完成且未产生持续的法律效果。对于损害救济而言,虽然前序的事实已终结、行为认定法律评价已完成,但忽略其“连接点”跨越新旧法、作为待决法律状态的持续属性,将其强行解释为“既往”事实并不适当。既然待决法律状态不是“既往”事实,从形式逻辑来看,适用“有利于当事人的溯及既往”就不成立。

2. “有利于当事人的溯及既往”的适用条件不成立

如不考虑作为“连接点”的“待决法律状态”的属性,直接适用“有利于当事人的溯及既往”原则,理论上是否可行?

根据法国学者雅克·盖斯坦等学者的看法,新法有利溯及作为一项法律适用规则,仅在刑法领域被承认。^⑮ 只有“规则才是立法者意志的明确表示”,^⑯才是确定的可直接适用的法律规范。除非法律明确规定必须适用有利于当事人的新法,否则,“有利的法律溯及”仅作为一项法律原则而存在。法律原则只是支持或否定如何做的“促成性理由”,不是“决定性理由”。^⑰ 因此,“有利的法律溯及”对立法者并无强制约束力,是否规

^⑭ 参见前引^⑫林三钦文。

^⑮ 参见前引^⑮盖斯坦书,第319页。

^⑯ 前引^⑰雷磊文。

^⑰ 原则是简单理由(促成性理由),规则属于复杂性理由(决定性理由),参见前引^⑰雷磊文。

定有利溯及既往属于立法裁量。在法律无特别规定时,一般坚持的“不溯及推定”,即对法律的溯及力有疑时,推定为不溯及。^⑧除此之外,“有利于当事人的法律溯及支持适用新条例”的适用,隐含的一个必要条件:个案中仅存在国家和与之相对的另一方私主体,而不存在利益竞争的多方私主体。这样的情境预设下,对新法是否对私方当事人更为有利易于作出判断。国家赔偿责任确定适用新法可以解释为这种情形,但如果个案中存在利益相互竞争的多方私主体,且每方利益均值得法律保护,就不能简单地认为应保护弱势一方。^⑨在立法法起草时,也秉持这样的主张:“法律不能只保护一方当事人的利益”。^⑩法律适用应兼顾各私法当事人的利益,最高人民法院有关负责人在《公布〈关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉新闻发布会上的讲话》中,也提到“适当平衡当事人双方的利益。”^⑪竞争性的多方利益共存时,任何一方的合法正当利益,不应被武断的忽视。在每一值得被保护的利益之后,都存在赋予其正当化的实质性原则,而原则必须通过个案衡量适用,相互竞争的原则中,没有哪一个原则必然具有优先性。^⑫如果法律对应保护哪一方当事人利益未作特别规定,就不能简单地适用有利于当事人的新法溯及。

(二) 损害救济选择新法予以适用的解释

从形式逻辑来看,“待决法律状态”属于新法生效时,仍然持续的且法律评价未完成的状态。新法生效时未完成法律评价的,适用新法,不违背形式逻辑和法不溯及既往原则。然而,待决法律状态同时作为法律评价已经完成的结果,与新法生效前已经完成的事实相关,“新法生效时已完成评价的持续法律状态”适用新法只是一种可能,据此,无法推导出待决法律状态必然适用新法。待决法律状态适用新法是否为必然选择,需进一步论证。

1. 支持适用新法的形式原则(理由)成立

(1) “新法优越推定”原则能被证成

回归到本文讨论的损害救济责任确定之上,可发现损害赔偿、补偿规则具有强烈的“非纯粹法”属性,例如,侵权法在民事法律中被归类为“法定之债”,国家赔偿也具有较强的政治和政策性,工伤待遇的补偿更是具有代表性的、个人责任向公共责任转移的政策立法产物。新的赔偿、补偿法律规则作为立法或政策进化更新的“成果”,相比“不合时宜”的旧法规定,应当获得优先适用。体现公共政策的法律具有较强“实定法”属性,其所代表的公共意志具有优越性,在《工伤保险条例》中有充分的体现。将“是否完成

^⑧ 参见前引⑤,胡建森、杨登峰文。

^⑨ 当存在竞争性的两方利益时,对一方当事人有利的处理,如禁止诉讼不利变更原则等将不予适用,参见《行政诉讼法》第77条第2款的规定。

^⑩ 《立法法》起草讨论时就已经提到这一点,参见曹康泰编《中华人民共和国立法法释义》,中国法制出版社2000年版,第204页。

^⑪ 前引⑦,最高人民法院民事审判第一庭编书,第409页。

^⑫ “没有任何一条原则享有绝对的优先性,意味着原则彼此间是同等位阶”,参见陈显武《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑之观点出发》,载台湾《台大法学论丛》2005年第34卷第1期。

工伤认定”作为新旧法适用选择的标准,而不是损害行为或事件的发生时间,就表明条例打破了行为认定应适用事实发生之时法律的一般性要求,从而尽可能扩大《工伤保险条例》积极调控社会的能力。

(2) “法律适用的统一性”原则应被遵循

与此同时,新法即行适用所追求的法律统一性价值,在损害救济领域,也同样重要,这种统一性可体现为法律适用的平等性和救济的公平性两方面。对于损害,如果是纯粹的等价填补,那么适用受损时的法律标准来确定赔偿、补偿内容是最为公正的,但损害赔偿或补偿,尤其是针对人身损害救济标准,其本质不是针对损害的事后等价填补,而是公共政策的产物。在侵害人承担责任的制度设置中,校正正义是主要的价值标准,也即,尽管受害人的损害程度是进行救济的基础性标准,但法律对救济范围与标准的设定和调整,还要考虑法律对损害行为的规制能力与规制效果,也要考虑社会经济发展水平和社会主体普遍的承受能力;公共补偿制度中分配正义是主要的价值取向,补偿规则通常是在考虑国家或社会公共基金承载能力的基础上,由立法者采用其认为适用的标准予以确立。赔偿、补偿制度所具有的强烈的公共政策属性,决定其在新法生效后平等适用,应当被作为最重要的价值。

对于未决的赔偿、补偿“请求权—义务”关系,只有适用新法才是平等的。损害救济如不考虑过错程度导致的责任分担问题,那么应当重点关注损害带来的后果。不管损害发生在新法生效前,还是新法生效后,损害带来的后果客观上是类似的。除能够采取恢复原状的救济外,其他的人身损害救济的目的尤其是金钱救济,不是让受害人损害能够得到完整修复,而是让权利人能够应对当前和未来的生活。所以在同一时间内,类似原因导致的、需要同等救济的客观损害,不管发生时间有何差异,只要在新法生效后予以救济的,都应当平等对待。如果允许不同的新旧法予以评价,势必造成类似情形的差别处理,从而违反公平原则。

2. 反对适用新法的实质性原则(理由)不存在

首先,并不存在既得权利因适用新法而遭受损害。根据萨维尼的看法,已经获得的个人权利应当受到尊重,或更准确的讲,法律关系应保持其原来的性质和效果。既得权不是指所有的人或所有阶层的都具备的抽象权利和资格。另外,既得权不是建立在旧法之上因新法而无法实现的期待。^⑬ 萨维尼的观念意味着既得权必须是特定主体已经实实在在获得的“主观权利”,这一权利可以“对抗”新的客观法的个案适用。

其次,不存在应受到法律保护的信赖利益。为了个人权益实现更加细密的保护,既得权利被拓展至“信赖利益”这一范围更加广泛的保护要求。信赖保护原则意在使国家权力通过“自我约束”受到节制,^⑭进而保护个人利益。一般而言,主张信赖利益有三方

^⑬ 参见前引⑪,萨维尼书,第151页以下。

^⑭ 参见前引⑫,林三钦文。

面的要件:一是有信赖基础;二是有信赖表现;三是信赖值得保护。^⑤ 信赖基础是足以引起人们信赖的公权力行为。信赖利益是指人们相信国家公权力行为将持续存在,而据此安排自己的行为,进行作为或不作为的选择。对于损害行为或事件,是法律禁止或不鼓励发生的,对此,如果当事人有预期,这种预期是不得为这样的行为或应积极预防伤害事件的发生。那么,对于已发生的侵权行为或其他损害事件,自然不是预期和信赖表现。侵权一方或法律规定应承担责任的一方,对赔偿和补偿的条件、范围、标准等是否有信赖基础?对此,一个基本的原则是,无论任何法律规范,均不可期待其永久实施,故人民不能信赖现有法律永续存在,^⑥期待规定这些内容的法律一成不变。

综上,未决法律状态所指引的新旧法选择,可以明确无误地锁定在新法即行适用之上,即新法从生效之日,对待决的“请求权—义务”关系适用新法,并转化为“权力—责任”关系予以实体处理。故,本文案例的工伤待遇补偿争议,应适用新条例予以解决。

结 语

本文的发现,首先是立法论上的过渡法规则。旧法秩序下产生、但法律效果延续至新法生效后的未决法律状态,作为一类客观“连接点”,其指引的新旧法适用选择规则为“新法即行适用。”

其次是裁判论的技艺。对需要处理类似本案的裁判者,在无明确可适用规则的情形下,如不得拒绝裁判,则必须运用法律解释技术去发现过渡法规则。在个案中明确过渡法规则,必须探寻指引特定法律关系选择新旧法的客观“连接点”,其中,法律行为尤其是行政行为和司法行为的法效果,对于“连接点”的判断至关重要。根据“连接点”,初步锁定案件事实与新旧法的从属关系,并探寻支持适用新旧法的形式原则(理由)来确定新旧法的选择。如存在反对按照形式原则(理由)来选择新旧法予以适用的实质原则(理由),则需要查明,该具有优先性的实质原则,是否已经为立法者所明确,否则,裁判者不得直接适用实质原则(理由)来决定新旧法的适用选择。不难看出,过渡法规则的确定,也可能需要原则衡量,但显然,其与阿列克西以来发展出的法律原则具体规则化的路径不同。

再次是原理性的判别标准。本文虽是对损害救济过渡法规则如何确定的原理进行研究,但其原理对其他类型案件的新旧法冲突的解决,也有启发意义。其中,最为重要的是,在涉及行为认定与法律责任或效果确定可分离的案件中,对于行为认定之后的法律责任或效果确定,是否有必要单独确立过渡法规则取决于,行为认定阶段的“产出”是否构成待决“请求权—义务”关系。这一法律状态的存在,是同一案件处理中存在递进式法律关系的前提。只有同时存在两个法律关系,才有为每个法律关系单独确立过渡

^⑤ 前引^②林三钦文。

^⑥ 前引^④李建良文。

法规则的必要。仅存唯一法律关系的案件,即便存在处理过程的分离,对于新旧法的选择,均应适用同样的过渡法规则。例如,“抢生”二孩的案件,是否属于超生的认定、是否征收社会抚养费以及征收社会抚养费的标准认定,即便都是在新法生效后进行的,但因案件处理只涉及“霍菲尔德术语”中“权力—责任”这一个法律关系,因此在法无明文规定的情形下,应适用行为发生时的旧法,才能确保法律的统一适用。再如,征收完成后,因征收人的原因未进行补偿,事后如果征收补偿标准提高,因征收行为确立的、被征收人与征收人之间的“请求权—义务”法律关系处于待决状态,因此补偿应按照新的标准执行。

Abstract: The transitional law is the legal norm guiding how to choose new or old laws for application, which resolves conflicts between the old and new laws, determines the scope of validity of new and old laws. The first task is to clarify the objective “connection point”, and then use the formal logic according to the “connection point”, or to further expand value choice and interest measurement to determine whether to choose the new law or the old law to apply. The “connection point” that guides the selection of the new or old law for damage remedy, is a “pending legal status” created by the affirmative administrative or judicial act to identify damage fact, which confirms a “rights-duty” relation between the parties. Based on the “connection point”, the transitional rule for damage relief is immediate application of new law. Firstly, this is based on the formal logical judgment that the pending legal status, subordinates to the scope of validity of the new law, because the legal effect has not been yet determined and further law application shall be needed. Secondly, it mainly stems from the presumption statutory law “Evolution” that new law is more superior to the old, and the value of equal application of law. The determination of the transitional rule is different from the approach of obtaining substantive rules by applying the priority principle after principle measurement.

(责任编辑:吴 蕾)