

法的清理视阈下“新法优于旧法” 规则的理解与适用

李振宁

【摘要】新法优于旧法,是《立法法》规定的法律冲突解决规则,法的清理也是解决法律规范之间不一致的重要方式。抽象的冲突解决规则缺乏权威具体的解释,“包裹立法”式法的清理批量更新旧法,给理解和适用冲突规则带来了困扰,司法审判中已出现冲突规则理解不一致的现象。理解“新法优于旧法”规则的难点,在于对“同一机关”“制定”“规定”“新法”“旧法”等要素的规范含义认识不清。法的清理、修改对“新法”的认定产生不同影响,具体表现为“部分新法说”与“全部新法说”之分。“部分新法说”认为只有经过清理修改的条款是“新法”,其他条款仍为“旧法”,这一理解更符合法治原则,为司法机关明确裁判适用的法律条款提供规范指引,也给立法机制和立法技术提出了更多要求。

【关键词】新法优于旧法;法的清理;法律冲突;司法裁判;部分新法说

【作者简介】李振宁(1986-),男,吉林省长春市人,法学博士,北京市人大常委会法制办一级主任科员,北京市人大常委会法制办公室,主要从事立法学与比较法学研究(北京 101169)。

【原文出处】《南都学坛》(南阳师范学院人文社会科学学报),2021.1.75~84

【基金项目】最高人民检察院检察理论研究所2019年度基本项目“检察公益诉讼理论体系研究”,项目编号:JL2019J06;北京市人民代表大会制度理论研究会2019年度项目“红与黑:信用奖惩的理论辨析与实践反思”。

立法一般协调一段时期内的社会关系,立法所解决的问题、采用的立法技术、形成的条款表述等也具有阶段性、时限性。当法律法规出现过时的情况,如与其他法律法规内容有冲突,或者与党的政策精神不一致,就需要在制度层面解决法律规定之间的冲突性。

解决法的冲突,最常见的是通过法的清理,对法律法规进行修改和更新,保持法律体系协调统一;或者适用冲突规则,如特别法优于一般法、新法优于旧法、上位法优于下位法等,以此判断具体规定的适用优先顺位。地方立法遇到两个规范同一内容的上位法规定不一致时,需要判断哪部法律、行政法规为地方应不予抵触的“最新的”上位法。执法机关需要判断依哪些当前有效的法律条款作出处罚决定,确定

处罚数额。司法机关审理案件遇到当事人对法律适用的主张有分歧时,也需要适用法律冲突解决规则明确具体案件中的裁判规范,确定权利义务、定分止争。公民和市场主体需要根据最新适用的法律法规规章在社会交往过程中作出合适的决策等。

法的清理目的是实现法的协调统一,但客观上由于法的清理的特性,法的清理反而在不断地“生产”新法,引发法律条文的变动,在结果上给理解和适用冲突规则带来了困扰。

一、“包裹立法”式清理影响新法认定

法的清理是对现行有效的规范性文件法律文件进行检视,按合法性、合理性、可操作性等标准进行分析评估,清理的结果包括法律文件继续有效、失效废止、修改等,修改的形式包括修正和修订,修正的形

式有修正案和修改决定。对“旧法”进行的清理、修改,结果会形成“新法”。

2009年全国人大常委会进行过一次大规模的法律清理,立法工作者在当时提出了“包裹立法”的概念。包裹立法是指“为了达到同一个立法目的,立法机关在一个法律性文件中对多个法律内的有关规定一次性地作出‘打包’修改”^[1]。当同时需要修改的法律文件较多时,立法机关一般采用“包裹立法”的方式完成法规清理(即打包修改),形式上采用修改决定,一般表述为“关于修改《……法》等N部法律的决定”;修改决定后附修正本,原法律根据修改决定作相应修改后重新公布最新文本。包裹立法/打包修改已经成为各级立法机关同时清理多部法律文件时惯常采用的一种立法方式。

包裹立法一般“只针对法律文本的一个或几个条文进行修改,调整的幅度不大”^[2],主要是针对合法性、一致性等“硬伤”,打包修改更多适合合法性修改、简易修改。与修订和新立法相比,打包修改在立项论证、调研分析、人大常委会委员审议发言等方面的深入程度有限;一般来讲,人大专委会委员、常委会委员、人大代表等对于打包修改的重视和认真程度也不如新制定和修订法律文本,因此包裹立法的审议程度和讨论充分程度方面都有所欠缺^①。

打包清理、修改形成的修改决定,将多部法律文件修改的内容集合在一起,涉及的条款内容一般相对散乱,大多不涉及严重的实体问题。修改决定涉及的法律法规条款往往同时生效。包裹立法的“民主立法”程度不如新立法和修订,打包修改批量修改的法律文件、修改的条款批量施行,对于“新法”的认定会带来一定的困扰。

二、“新法优于旧法”规则的规范分析

《立法法》2000年版第83条和2015年修正版第92条均规定,“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”。这就是学理上总结的法律冲突解决的基本原则,“后法优于先法”或者说“新法优于旧法”。

《立法法》第92条的规定有几个关键词,如“同一

机关”“制定”“新的/旧的”“规定”,这些术语的含义在《立法法》文本及全国人大法工委组织编写的《立法法》导读与释义中均没有明确解释,需要结合宪法、立法学理论和立法实践做法予以分析。

(一)“同一机关”的理解分歧

“新法优于旧法”规则适用的前提是两个法应为同一机关制定的同一位阶的规范性文件^{[3][29]}。行政立法一般不存在同一机关认定的分歧,行政法规均以国务院名义发布,地方政府规章和部门规章也都只有一个立法机关。对于法律或地方性法规,立法主体可具体分为人民代表大会(简称“大会立法”)与其常务委员会(简称“常委会立法”)两类,两者是否属于“同一机关制定的同一位阶的规范性文件”存在一定争论。

1. 大会立法与常委会立法是否是“同一位阶的规范性文件”

《宪法》和《立法法》规定全国人民代表大会制定“基本法律”,全国人大常委会制定大会立法之外的法律(非基本法律);在地方,并无基本地方性法规与非基本地方性法规的区别。法律、地方性法规的基本与非基本属性,只是人大“对内”的立法权限划分、立法事项的分工^[4],法律位阶划分“对外”只有法律、地方性法规之分。因此国家和地方的大会立法与常委会立法均属“同一位阶”^[5]。

2. 大会立法与常委会立法是否是“同一机关制定的规范性文件”

2007年全国人大常委会修订通过《律师法》,该法与当时全国人民代表大会制定的《刑事诉讼法》有很多不一致,对于常委会新法与大会旧法之间的规则冲突,理论与实务界有《刑事诉讼法》优先、新《律师法》优先等主张。有学者从宪法地位、宪法职权、立法程序等方面论证了全国人大和全国人大常委会并非不是同一个立法机关^[6],大会立法与常委会立法虽同属于法律/地方性法规的位阶,但不能适用新法优于旧法的规则。实际上,理论和实务界对于人民代表大会与其常委会是否为同一机关的认知是不同的。

从《宪法》《立法法》规定来看,全国人大常委会是最高权力机关的常设机关,国家和地方的人民代表大会、常委会有不同的立法范围、适用不同的立法

程序。但实际上将两者做两个机关的区分,在地方立法、执法、司法方面会带来更多的模糊和不确定。有学者和最高人民法院工作人员认为全国人大及其常委会应当“视为”同一机关;全国人大法工委内部有意见认为,《立法法》中“同一机关”针对的是各省、设区的市均为地方性法规立法主体的情形,而法律只有一个制定机关^②。在司法实务界,有法院在裁判说理时提出,全国人大与全国人大常委会均为行使最高立法权的国家立法机关,同位阶法律文件之间不应存在“层级冲突”,两者属于同一机关立法^③。

从立法权限的区别来看,除《宪法》《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》《刑法》《民法典》等有限的领域外,全国人大与全国人大常委会的立法权限没有绝对的区分,全国人大常委会通过立法、修法的方式,经常性地行使着最高立法权。如宪法修正案由全国人大审议通过,但全国人大常委会可以进行宪法解释,具有广义的宪法立法权限。在省和设区的市,大会立法与常委会立法的区别更小^④。这种两个机关的区分在大多数情况下现实意义不大。

从人大作为代议机关的组织构成模式来看,我国的人民代表大会制度是“一院制”,代表大会与大会常委会的构成属于“一院双层”模式,常委会是“会中会”,同样是“握有国家权力的机关”^⑤。组织机构双层,但在双层机构制定的法律/地方性法规里不应有上位法、下位法的双层区分。

从立法实践来看,常委会制定新法一般是有新的实践总结和新的实际需要,不会主观故意与大会立法做不一致规定。提交大会审议的立法项目一般事前同样经过了常委会审议^⑥,所谓大会立法与常委会立法的区别,更多指的是最后的审议表决主体是大会或常委会。大会立法项目的前期审议过程由常委会负责,从大会立法程序完整度的角度分析,常委会也承担着大会立法的部分工作。

从《立法法》制度设计角度来看,大会制定法律/地方性法规与常委会制定法律/地方性法规之间的冲突也没有解决的适用规则。同属同一位阶规范性文件,则不适用上位法与下位法的规则;如果认定为非同一机关的立法,则按《立法法》规定不能适用特

别法与一般法、新法与旧法的规则。基本法律与非基本法律的划分没有适用方面的操作规则,仅按大会/常委会立法作为基本、非基本法律的区分也不完全符合现实,如《行政诉讼法》《行政处罚法》为全国人大立法,《行政复议法》《行政许可法》《行政强制法》为全国人大常委会立法,但不可否认这五部法律都是行政法制度的基本法律。将大会与常委会视为两个机关,不适用《立法法》第92条,最终会使法律冲突解决规则的目的落空。

对于常委会新法与代表大会旧法的适用优位问题,根本上需要在《宪法》《立法法》等层面予以规定,明确是否将两者作为两个机关对待、是否在法律或地方性法规中进一步进行位阶或立法权限的划分^⑦。在问题根本解决之前,应将大会立法和常委会立法认定为同一机关立法。或者可以这样理解,大会与常委会的区分只具有“对内”效力,仅在大会改变、撤销常委会立法时适用,在大会撤销常委会规范性文件之前,两者立法具有同等法律效力。“对外”在地方立法、执法、司法适用时,两者是一体的。“同一机关”更多意指法律/地方性法规的有权制定机关,同级人民代表大会与其常委会都有同位阶规范性文件的立法权,因此可将“同一机关”理解为同一位阶、同级立法权的行使机关。

3. 常委会修改大会立法的,是否仍属于同一机关立法

《宪法》《立法法》和地方“立法条例”^⑧等都规定了常委会对大会立法的修改权,约束性条件是不能与大会所立法的原则相抵触、仅能进行“部分补充和修改”。因此常委会修法不改变法律法规由大会立法的“出身”,不抵触、不大改可以保证不会淡化大会立法的“血统”。

全国人大常委会法工委在常委会新法与大会旧法关系方面倾向于以常委会修法权来解决冲突。2008年法工委答复全国政协提案时回复,新修订的《律师法》通过立新法的方式行使常委会对大会立法的修改权,实际上修改了《刑事诉讼法》的有关规定^⑨。法工委的解释回避了同一机关的认定问题,强调了同一位阶法律文件之间减少法律规则冲突的重要性;除了直接修改大会制定的法律,常委会立新法

也具有修改大会立法的作用,属于学理分类中的“默示(间接)修改和补充”^⑧,也可以间接推导出同位阶法中新法优于旧法。

(二)“制定”的含义范围

这一问题的争论点在于,“制定”意指狭义上的新制定,还是包括了修改、废止等立法活动。

从立法权的完整性来说,有立法权的机关不会将新立、修改、废止等立法权拆分,我国《宪法》《立法法》等也没有这种制度设计。

从立法活动来讲,立改废释是一个整体,修改法律法规进行法的清理,也是保证法律规定的统一性和协调性,修改废止活动同新制定一样重要。

从法律文件效力来讲,修改后的法律文件一样有效,一样需要在立法执法司法守法活动中予以遵守,如历次宪法修正案、刑法修正案,往往体现了社会现实和法律关系的重要变化。

因此这里的“制定”应该理解为“归属”的含义,确定法律文件立改废释的责任主体。“同一机关制定”的规范性法律文件,也包括了修改、补充后的法律文件。

(三)(新的/旧的)“规定”的具体指向

所谓的“规定”指整部法律法规还是清理中变动的具体条款规定,也就是修改了的法律文件整体取得新法的地位,还是只有修改了的若干条款属于新法。假设1998年制定的某地方性法规共50条,2007年修改了3条、删除了5条、增加了2条,那么是修改和增加的5条是新的规定,其余42条是旧的规定;还是最后公布文本的47条都是新法,原50条都是旧法?

如果是指整部法律文件都是“新的规定”,在“包裹式”法规清理模式下,代表、委员们并没有充分的时间去了解打包清理涉及的全部法律文件。2004版《北京市制定地方性法规技术规范》规定,修正案方式的修改,“审查、审议仅对修正案内容进行,一般不涉及法规未修改内容”;也有其他立法实务界观点认为对于修正案、修改决定,“对未作修改的部分一般不作审议”^⑨。全国人大常委会2018年打包修改了《野生动物保护法》等15部法律,2017年打包修改了《会计法》等11部法律,常委会委员基本上仅能针对修改部分进行审议,很难短时间内通读掌握涉及修

改的法律的所有内容。

如果认为《立法法》第92条“新的规定”仅指具体修改的条款,但在法律法规层面上,并没有规定限制常委会委员或人大代表发言审议的权利,委员/代表可以有自己的增减修改条款的建议,可以对整部法规提出审议意见。

或许可以做这样的推定,最终表决通过的修改决定是对修改内容和其他未修改内容的双重认可,认可修改部分的正确性与保留部分的合法性,委员/代表已经就修改条款和法律法规原文(默认合法)提供了审议意见。如果认可这种推定,相当于部分条款的修改更新,带动了该部法律法规的整体更新;但如果仅做了文字修改或更改了部门名称就使整部法律文件成为“新法”,也并不科学。

(四)“新的”“旧的”(规定)的判断基准

新与旧的判断基准涉及几个相关日期:法律文件表决通过日期、最初制定时确定的施行日期,修正案/修改决定的通过日期和施行时期。

首先,应该以施行日期作为判断基准。施行日期就是生效时间。法律法规通过和正式施行之间的时限就是给社会、给执法部门的适应期、普法期,在施行之前该法律法规还不具有司法裁判、行政执法意义上的拘束力,新旧之分应以正式施行为准。尤其是打包修改的法律文件在同一时间通过,但不一定在同一时期施行,如2019年4月23日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国建筑法〉等八部法律的决定》中,《商标法》的修改条款自2019年11月1日起施行,其他法律的修改条款自决定公布之日起施行。同时修改的条款可不同时生效,因此以通过时间来判定法律规定的新旧是不精准的。

其次,修订和修正对原法的施行日期效果不同。《立法法》第57条的释义认为,以修正形式修改法律不改变法律的施行日期,修改决定的施行日期仅对修改的部分适用,未修改的部分仍然适用原法规定的生效日期^{[3]206}。如果两部法律制定之后从未修改,则以施行时间为新旧法的区分时间;如果有修订的情形,法的施行日期为修订后的施行日期,该法律的整体也就完成了新旧的转换;如果是修正形式,

修正案和修改决定规定的是该决定的施行时间,被打包清理的法律法规的原施行时间不变,那么则以哪个施行时间作为新旧的区分基准?假设甲法2005年制定,乙法2003年制定、2010年第一次修正,2016年两法与其他十部法律一并打包修改过一次,两法哪个为新法?

可能现实中我们遇到的案例没有本文分析的这么复杂,但规范分析有助于我们理解冲突规则的内涵,在立法、执法、司法时作出法律适用的判断。

三、冲突解决规则的理解:立法例示范

在上述四个基本问题中,对“制定”的理解争议点不多,对“同一机关”争议多但实践中也有倾向性认识。对于“规定”和“新旧”的理解,则因为修订、修正对施行日期、对法律文件实质内容的不同影响结果而产生不同的理解。

修订的法律文件施行日期也做更改,修正的法律文件则涉及修改条款的施行日期和未修改部分的施行日期。《立法法》第92条、第95条用新的“规定”而不是新“法”的表述,这一立法技术给分开看待法律法规的条文提供了可能。

因此对于“新的/旧的规定”可以有两种理解,一则是“部分新法说”,认为仅有修正案或修改决定中规定新施行的条款是“新的规定”,以修改决定的施行日期为新规定的日期,其他条款仍属于“旧的规定”^[10];一则是“全部新法说”,不区分修订和修正,经历过修改的法律文件就都属于新法,打包修改清理的若干法律法规同时都属于新法。

“部分新法说”基于法律法规的修改情况,区别

看待法律条款的“新”与“旧”,在确定某一事项适用哪部法律时,要梳理相关法律条款的修改历史,比较相关条款修改的具体时间先后。

《防洪法》和《水法》均为全国人大常委会立法。《防洪法》1997年制定,分别在2009年、2015年和2016年进行了三次打包修改;《水法》1988年制定,2002年进行了一次修订,2009年、2016年进行了两次打包修改。两法是水系统比较重要的两部法律,两法对于“在河道管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物”设置了不同的法律责任,《防洪法》规定处五万元以下罚款,《水法》规定处一万元以上十万元以下的罚款。自2002年修订《水法》以来,《水法》与《防洪法》在建设妨碍行洪的建筑物、构筑物的法律责任方面就是不协调的,两法历次修正都没有解决这个问题,而是通过在《水法》第81条明示《防洪法》特别法的地位来解决(“从事防洪活动依照防洪法的规定执行”)。

按“全部新法说”,《防洪法》和《水法》虽然制定时间不同,但都通过2016年打包清理法律得以更新,均为新法,那么在两法的规定发生冲突时则需要通过“特别法优于一般法”的规则来解决。假设《水法》没有第81条的规定,或者是两个特别法内规定的上述冲突条款(假如是“防洪法”和“水库大坝安全法”),依全部新法说则无法判断哪一条款是“新的规定”。行政执法、行政复议和司法裁判时当事人双方、律师和法官等都将面临理解的分歧,地方立法设置法律责任时要在上述法律规定中“二选一”,很难同时与两部有冲突规定的、都为“最新的”法律不抵触(见表1)。

表1

《防洪法》与《水法》内容冲突示例

《防洪法》	《水法》
1997年8月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过。 2009年8月27日……第一次修正。 2015年4月24日……第二次修正。 2016年7月2日……第三次修正。 [1997年制定] 第五十五条 违反……责令停止违法行为,排除阻碍或者采取其他补救措施,可以处五万元以下的罚款: (一)在河道、湖泊管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物的;	1988年1月21日第六届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过。 2002年8月29日……修订。 2009年8月27日……第一次修正。 2016年7月2日……第二次修正。 [2002年修订时新增] 第六十五条 在河道管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物,或者……责令停止违法行为,限期拆除违法建筑物、构筑物,恢复原状;逾期不拆除、不恢复原状的,强行拆除,所需费用由违法单位或者个人负担,并处一万元以上十万元以下的罚款。 [2002年修订时新增] 第八十一条 从事防洪活动,依照防洪法的规定执行。 第八十二条 本法自2002年10月1日起施行。
第六十五条 本法自1998年1月1日起施行。	

按“部分新法说”，《水法》因为修订过一次，在整体上属于新法，但对于此后两法修正过的条款，则要比比较两法历次修改决定的内容和施行时间判断新旧。同样假设《水法》没有第81条的规定，对于“建设妨碍行洪的建筑物、构筑物”的法律责任冲突则需要启用《立法法》第95条，即“同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决”；在全国人大常委会裁决前，公民、社会、行政机关、司法机关和地方立法机关暂时处于“无法适从”的状态。

四、冲突解决规则的适用：司法角度

冲突规则常适用于司法审判环节，案件当事人及其代理人因为事实、证据和法的适用等问题产生争议，由司法机关居中裁判。检索分析目前公开的裁判文书，当事人、律师及法官对于法律文件修改的意义、对于《立法法》的理解，都有不够精准、说理不透的情况。

（一）案件当事人认定“新法”的逻辑

案件当事人一般都是从法律文件的颁布施行时间、从“整体外观”来判断两部法的先后新旧。

平潭县芦洋乡洋中村民委员会上诉认为《土地管理法》2004年施行，《物权法》2007年施行，是以施行时间判断《物权法》为新法^⑨。实际上自《土地管理法》1986年制定后，经历了三次修正（1988、2004、2019年）和一次修订（1998年），仅以2004年修正与《物权法》施行时间对比并不完整，而且脱离了具体条款认定《物权法》为新法对司法裁判也很难具有采纳价值。

同样地，还有当事人仅比较《渔业法》和《海域使用管理法》的施行时间来主张适用后者^⑩，但真正对其权利义务具有裁定价值的条款是否经过了修改、是否构成了“新的规定”？当事人没有相应的分析和主张。

对于民众而言，大多数情况下看的是法律法规的“外观”，用的是立法机关根据修改决定重新公布的文本，自然主要从法律法规最终修改时间来主张法律的新旧、先后。客观来说，大部分民众没有受过法律知识的系统训练，以法律法规的施行时间或修改时间来主张法律的新旧、先后，是一种直观的理解

和选择。

（二）司法机关认定“新法”的逻辑

审判庭在审理有关法律适用问题时，从裁判文书来看，与当事人的认定逻辑类似。有的并不考虑法律的修改情况，仅以“颁布”时间作为区分新旧的裁量基准^⑪。有的司法裁判机关也仅从法律法规的施行或修改时间来“整体”判断新旧先后，如贵州省高级人民法院在一案中列举《土地管理法》和《行政复议法》的施行日期和修正日期来认定新法^⑫。有的司法裁判机关没有具体的分析过程，直接得出某法是新法的结论，如简单表述“因某法属于新法”等^⑬。

再如，《民法通则》第58条和《合同法》第52条中都有关于合同无效的规定，合同效力对当事人权利义务责任认定有较大影响，合同效力条款也是司法机构裁判经常运用的条款。订立合同属于一种典型的民事行为，《民法通则》与《合同法》对于无效合同的认定标准是有一定差别的，整体而言，《合同法》对将合同认定为无效是持更为谨慎的态度，尽量减少无效合同的范围：如欺诈胁迫订立的合同，只有损害国家利益的才无效，未损害国家利益的则为可变更或可撤销；再如并非违反了法律就无效，而是违反了法律的强制性规定才无效；限制民事行为能力人签订的合同经法定代理人追认后有效^⑭。在《民法典》生效之前，案件裁判适用《民法通则》还是《合同法》，对于当事人缔结的合同的效力有很大的影响。从检索到的案例内容来看，二者哪个是“新法”，在当事人之间仍然存在争论，法院的裁判理由说理不够充分，不同审判庭对于二者的先后新旧的裁定理由存在差异。

《民法通则》1986年4月12日发布，1987年1月1日施行，2009年8月27日修正，2009年《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定》规定“删去（民法通则）第五十八条第一款第六项”（即“经济合同违反国家指令性计划的”）。《合同法》1999年3月15日发布，1999年10月1日施行。两部法律新旧、先后的争议点就在于《民法通则》2009年修正对旧法认定的影响，《民法通则》是否因这次打包修改而成为了《立法法》第92条意义上的“新的规定”？

从表2可以管窥到法院对于法律冲突适用规则的运用有一定的差异性。福建省高院混合运用了新法优于旧法、特别法优于一般法规规则;江苏灌云县法院按特别法优于一般法决定适用《合同法》。上述法院都没有分析2009年《民法通则》修正的影响和意义:当事人未提及2009年修法的,法院裁判理由中直接认定《合同法》为新法;当事人提出《民法通则》进行了修改的,广西壮族自治区高院直接裁定2009年的修法不构成“属于新法”的理由,缺少必要的分析论证过程,很难让当事人信服。

(三)应以“部分新法说”释法说理

2018年,最高人民法院印发《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》的通知(法发[2018]10号),明确要求裁判文书释法说理,“要释明法理,说明裁判所依据的法律规范以及适用法律规范的理由”“法律适用存在法律规范竞合或者冲突的,裁判文书应当说明选择的理由”。当事人通过诉讼解决争议,至二审、再审时双方观点分歧大多形成执念,法院不解释认定新法的原因,或者对当事人主张不予法理释明,不利于实现裁判的可接受性;不同法院对共性的法律问题的解释路径不同,一定程度上也不利于维护司法权威^[1]。

在判断合同效力适用法律的问题上,案件各方的争论点,也是法院释法说理不充分的一点,是法律修改给两法新旧、先后判断带来的影响。从上述司法判例来看,法的清理确实会对“新法优于旧法”规

则的理解和适用产生影响。《民法通则》2009年的修改,是全国人大常委会在社会主义法律体系形成前进行的一次大规模的法律清理,这次清理一共就95部法律的部分条款进行了修改,理论上讲在当年至少涉及95部法律是否构成“新法”。因此,对于法院而言,更为妥当的做法是结合《立法法》第92条,采纳“部分新法说”,指出2009年《民法通则》修改删除了原第58条第1款第6项,其他条款未变,未修改的条款相对于1999年《合同法》仍属于“旧的规定”。就1999年10月1日后合同的效力问题,《民法通则》第58条与《合同法》第52条之间发生冲突的,适用《合同法》第52条的规定。

整体而言,司法裁判的当事人和法官,对于法律文件具体变动条款的施行时间重视不够,大多先选取施行或最后修正的日期作为判断基准,来认定法律文件整体的“先后”“新旧”,然后再判定案件适用哪部法律的某个条款。这种法律冲突规则的适用不够精确,从《立法法》第92条的规定来看,应该是先发现了条款冲突,再从相关条款本身的变动情况分析哪条具有适用的优位。

五、结论与建议

(一)“部分新法说”更优

可以看出,“全部新法说”比较直接,容易判断,但容易产生打包修改“批发”新法的问题,也容易对法律的行政执法和司法适用以及下位立法机关立法产生困扰。2019年北京市机构改革法规清理的原

表2 部分司法审判中对“新法”的认识

文件	内容
(2019)闽民申2974号	福建省高院:《合同法》颁布在后,《民法通则》第五十八条是对民事行为法律效力评价作出一般规定,《合同法》第五十二条第一项规定是对民事法律行为中的合同效力评价作出规定,应适用《合同法》。
(2017)苏0723民初4005号	被告:依据《民法通则》的规定,双方合同应属无效。 江苏省灌云县法院:《民法通则》和《合同法》的制定机关均是全国人民代表大会,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定,应适用《合同法》的规定。
(2015)川民终字第194号	四川省高院:《合同法》颁布实施在后,两部法律规定不一致的,应当适用《合同法》中新的规定。
(2015)二中民再终字第03089号	北京市西城区法院:1999年10月1日之前关于合同效力问题适用《民法通则》;1999年10月1日之后适用《民法通则》无效而适用《合同法》有效的,适用《合同法》。 再审申请人:依新法优于旧法的原则,应适用《合同法》的规定。
(2014)桂民提字第2号	再审被申请人:《民法通则》最后修改是2009年,根据新法优于旧法的原则应适用《民法通则》。 广西壮族自治区高院:因《合同法》属于新法,应适用《合同法》的规定;再审被申请人认为《民法通则》在《合同法》颁布之后于2009年做了修改,属于新法的理由不成立。

则是“仅涉及机构名称调整的地方性法规,暂不清理”^④,避免了仅因为修改部门名称而使几十部法规都成了“新法”。

“部分新法说”理论更为精细,避免了打包修改批量清理可能引发的“没有更新法、只有最新法”的问题,但操作起来工作量稍大,运用法律适用原则时需要查找锁定某个条款是哪一年新改的。更关键的问题是法律部分更新导致“外观识别难”的问题,律师、普通公民大多是直接参考法律法规的最终版本,但在司法裁判过程中则要求案件相关方、法官分析有关条款的变动历史。

整体而言,“部分新法说”更符合法治的原则,遇到法律冲突时从具体条款来分析,而不是整部文件。因为最后影响公民法律责任、司法裁判和地方立法制度设计的,不是法律行政法规整体,最终还是要指向某个条款,分析具体条款的历史沿革更有意义,更能体现修法时的制定机关原意。

(二)立法技术适应性建议

“部分新法说”更具法理合理性,同时也会带来规则识别工作量大的问题,需要对立法技术和法律清理技术等进行改良。

首先,减少不必要的法的清理。包裹式法规清理会批量产生“新法”,会对执法、司法等法律秩序产生影响,因此应避免不必要的变动更新。如下位法在制定时,法律依据尽量不混同,“综合运用多部上位法”^⑤的理念反而容易引发地方立法不断修改。因机构改革导致部门名称变化,或因行政区域划定变化引发“县、区”或“州、市”等表述变化,可不单独做法规清理。

其次,在立法、修法中解决冲突。在新立法中同时规定冲突解决条款,如借鉴《物权法》第170条的规定,“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”。提议制定新法时,法律案提案机关或文件制发机关应同时考虑到新法与既有法律法规之间是否有矛盾冲突,同时提出法律协调的处理方案;如《长江经济带发展规划纲要》明确提出要抓紧制定《长江保护法》,同时还提出要联动修订《水法》《航道法》等^⑥。保证修改决定的内容完整性。除了“的、地、得”“县、区”等方面的文字修改,实质性的修改内容应该都规定

在修改决定中,减少“还做了其他修改”“还对文字表述等进行了修改”等模糊性表述。

再次,立法技术体现修法过程。探索法律法规文本标注方式,在条文中标出条款的变动情况,而不是仅仅公布最新文本,可通过立法环节优化工作来减少执法司法守法者的工作量^⑦。重视立法说明、审议报告等立法材料的作用,可将有关法律冲突问题在相关报告中予以说明解释。在立法机关网站上保留废止的、修改前的法律法规文本,便于查找对照。

最后,注意法律清理的方案选择。打包修改可能有“批量”产生新法的问题,应有明确的标准、目的和原则约束包裹立法方式的使用。新冠疫情后,全国人大常委会出台了“强化公共卫生法治保障立法修法工作计划”^⑧,通过专项立法修法工作计划对于新制定、修订、简易修改等项目统筹考虑,这种模式对于法律的体系性考虑会更为充分。

(三)结论

法律层面产生了规则冲突,对公民法人的法律责任认定、下位法立法等都会引发分歧争议。《立法法》第92条提供的是法律冲突时的适用规则,而法的清理的目标和作用就是消除这种不一致。解决这些“硬伤”,可以不用靠抽象的原则来解决适用问题,以常态化、制度化的法的清理来维护法律体系的和谐、法制统一。但由于对《立法法》规定缺乏权威的具体化解释,包裹式的法律清理反而会加剧新法认定的困难。对于修订、修正法律引起法律施行时间变化、法律条文变动的,宜采用“部分新法说”认定适用的法律规定。

注释:

①全国人大常委会委员审议国务院提请的打包修改法律的议案时提出,修法的“包裹”太大,缺少充分时间消化;委员对包裹立法观感是“匆忙”“过一下手”,认为“一次性审议通过不严肃,也不慎重”。参见张晓松,陈菲《国务院一次提请审议26部法律 人大常委称太仓促》,载新浪新闻<http://news.sina.com.cn/c/2015-04-22/160531747976.shtml?cre=sinapc&mod=g&loc=15&r=u&rfunc=3>;姜洪《“打包立法”:快不得急不得马虎不得》,载《检察日报》2015年4月27日第5版。

②详见最高人民法院李广宇和全国人大法工委黄海华等人的意见。参见沈岿,等《“横向法律规范冲突及其解决”大家谈》,载《行政管理改革》2012年第10期,第51-56页;樊崇义,冯举《新〈律师法〉的实施及其与〈刑事诉讼法〉的衔接》,载《中国司法》2008年第5期,第18-22页。

③参见刘家海、南宁市公安局交通警察支队公安行政管理(道路)案,广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2015)南行一终字第107号行政判决书。

④地方“立法条例”对大会、常委会立法权限的规定往往也比较模糊,缺少可操作性,或者是规定大会、常委会组织事项、立法程序事项等由大会立法,或者以“特别重大”“认为应当”等难以客观衡量的标准确定应由大会立法的事项。参考《新疆维吾尔自治区人民代表大会及其常务委员会立法条例(2019修正)》第11条第2款、《广东省地方立法条例(2016修正)》第18条和《上海市制定地方性法规条例(2015修正)》第3条第2款等。

⑤或者可以将《立法法》第92条改为“同一位阶的规范性文件,新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定”,或改为“同一机关制定的基本法律、法律、地方性法规……”

⑥如《北京市制定地方性法规条例》第3条第3款规定,“在市人民代表大会闭会期间,市人大常委会可以对市人民代表大会制定的法规进行部分补充和修改,但是不得同该法规的基本原则相抵触”。《甘肃省地方立法条例》第6条第2款规定,“在省人民代表大会闭会期间,常务委员会可以对人民代表大会制定的地方性法规进行部分补充和修改,但是不得同该法规基本原则和精神相抵触”。

⑦依照宪法规定,全国人大常委会对于全国人民代表大会制定的法律,在不与其基本原则相抵触的情况下,可以进行修改和补充。新修订的律师法,总结实践经验,对刑事诉讼法有关律师在刑事诉讼中执业权利的有些具体问题作了补充完善,实际上是以新的法律规定修改了刑事诉讼法的有关规定,对此应按修订后的《律师法》的规定执行。参见梁三利《新〈律师法〉与〈刑事诉讼法〉的立法性冲突及化解路径——兼论我国法律适用规则的完善》,载《南京师大学报》(社会科学版)2009年第4期,第29-35页。

⑧默示修改和补充,指由于新法、法的规定或法的行为的出现,而引申出或包含着对某法或法的规定变动。在一个法中作出某些或某种规定,这些规定在事实上对别的法作出了修改或补充的情况,即属默示修改和补充。默示修改和补充以“后法优于前法”的原则为根据。参见周旺生《立法学》,法律出版社2009年版,第501页。

⑨参见《平潭县芦洋乡洋中村民委员会所有权确认纠纷二审民事裁定书》(2020)闽01民终2027号。平潭县芦洋乡洋

中村民委员会上诉请求:《土地管理法》于2004年施行,《物权法》于2007年施行,依照《立法法》第九十二条的规定,本案土地的权属问题的处理,应当适用新法即《物权法》。

⑩参见《吴学敏、中交一航局第二工程有限公司海上、通海水域养殖损害责任纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》(2019)最高法民申5494号。吴学敏申请再审称:1986年施行的《中华人民共和国渔业法》(以下简称《渔业法》)与2002年1月1日施行的《中华人民共和国海域使用管理法》(以下简称《海域使用管理法》)在法律适用上存在冲突,根据《中华人民共和国立法法》第九十二条第二款规定的新法优于旧法的原则,本案应适用后实施的《海域使用管理法》的规定。

⑪参见《林文安、福建省原野生物科技股份有限公司股权转让纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》(2019)闽民申2974号:本院经审查认为……相对《中华人民共和国民事诉讼法通则》而言,《中华人民共和国合同法》颁布在后……

⑫参见《遵义天工冶炼有限公司、遵义市人民政府二审行政裁定书》(2016)黔行终713号:《中华人民共和国土地管理法》于1999年1月1日施行,2004年进行修正,而《中华人民共和国行政复议法》于1999年10月1日施行,2009年进行修正,属于新法,应适用《中华人民共和国行政复议法》的规定。

⑬参见《李杰、周旭明与陶军、吴洁、何维燕民间借贷纠纷再审民事判决书》(2014)桂民提字第2号:“……因《中华人民共和国合同法》属于新法,故……”

⑭北京市司法局《关于〈北京市人才市场管理条例〉等2部地方性法规废止案(草案)和〈北京市实施中华人民共和国节约能源法办法〉等8部地方性法规修正案(草案)的说明》,载 <http://fwu.bjrd.gov.cn/rdzw/information/exchange/bulletinwords.do?method=showInfoWeb&Id=20201943>。

⑮综合运用多部国家上位法层是地方立法的一项经验,但客观上容易导致多部上位法任何一部法律行政法规修改都会引发地方性法规的清理问题。参见熊菁华《新形势下加强和改进首都立法工作的思考》,载《北京观察》2008年第2期,第36-38页。

⑯《法国民法典》是保持法文本稳定性的典型代表,其立法技术可以参考,如删除或替代的条款的编号变为空白编号;增加扩展的条文在原条文序号之下增加,如关于未成年人的辅佐被扩展为从第375-1条到第375-8条。参见耿林《论法国民法典的演变与发展》,载《比较法研究》2016年第4期,第179-191页。

参考文献:

[1]郑淑娜,等.包裹立法:解决中国法律体系中的“硬伤”[N].光明日报,2009-07-16(9).

[2]刘风景.包裹立法的原理与技术:以《关于修改部分法律的决定》为主要素材[J].井冈山大学学报(社会科学版),2012(1):120-129.

[3]乔晓阳.《中华人民共和国立法法》导读与释义[M].北京:中国民主法制出版社,2015.

[4]马英娟.再论全国人大法律与全国人大常委会法律的位阶判断:从刘家海诉交警部门行政处罚案切入[J].法学,2013(4):79-96.

[5]薛佐文.对立法权限度的法理思考:专论全国人大与全国人大常委会的立法权限[J].河北法学,2008(2):57-61.

[6]韩大元.全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法[J].法学,2008(10):3-16.

[7]蔡定剑.人民代表大会制度[M].北京:法律出版社,2003:228.

[8]孔德王.“基本法律”研究的现状与展望[J].人大研究,

2017(11):7-14.

[9]崔立文.地方立法理论与实务[M].沈阳:辽宁人民出版社,2016:219.

[10]王锴,司楠楠.新的一般法与旧的特别法的冲突及其解决:以《突发事件应对法》与《传染病防治法》为例[J].首都师范大学学报(社会科学版),2020(3):1-10.

[11]崔建远.我国合同效力制度的演变[J].河南省政法管理干部学院学报,2007(2):27-36+40.

[12]方乐.司法说理的市场结构与模式选择:从判决书的写作切入[J].法学,2020(3):177-178.

[13]董明锐,张兆松.加快推进长江保护立法进程:访长江委长江保护立法工作领导小组副组长胡甲均[N].中国水利报,2019-01-22(4).

[14]孙梦爽.让公共卫生立法成为保障人民生命健康安全的“护身符”[J].中国人大,2020(14):36-37.

Understanding the Rule of "New Law Is Superior to Old Law" from the Perspective of Legal Clearance

Li Zhenning

Abstract: The new law is superior to the old law, which is the rule of law conflict resolution stipulated in the Legislative Law, and the legal clearance is also an important work to resolve the inconsistency between the legal norms. In practice, the abstract conflict resolution rules lack authoritative and concrete interpretation, and the "package legislation" legal clearance updates old laws in bulk, disturbing the understanding and application of conflict rules. In judicial trial, there have been the phenomena of unclear reasoning and different understanding of conflict rules. The difficulty in understanding the rule that the new law is superior to the old law lies in the unclear understanding of the normative meaning of the elements such as "the same organ", "the formulation", "the provisions", "the new law, the old law" and so on. The reorganization and revision of the law have different influences on the identification of "new law", which is embodied in the division of "partial new law theory" and "whole new law theory". "Partial new law theory" holds that only the amended provisions are "new laws", while other provisions are still "old laws". This understanding is more in line with the principle of rule of law, and also provides normative guidance for judicial organs to clarify the applicable legal articles, and also puts forward more requirements for the legislative mechanism and legislative techniques.

Key words: superiority of the new law over the old law; legal clearance; legal conflict; judicial judgment; the partial new law theory