

## 法院对上下位法冲突处理规则的适用及其限度

黄金荣

**内容提要:**中国法院适用上下位法冲突处理规则的实践有很多异常现象;这些异常现象与法律界对法院是否具有直接处理上下位法冲突的权力这一问题认识模糊有很大关系,同时也与法律对此规则及其适用机关规定不明确有关。法院适用上下位法冲突处理规则的实践蕴含着法院事实上拥有对法律法规进行司法审查乃至违宪审查的权力的内在逻辑,这也是造成有些人无法接受这一实践的原因。2004年最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》在澄清认识误区以及促进法院对上下位法冲突处理规则的适用等方面发挥了非常积极的作用,但由于法律规定本身仍不明确,并且法院直接适用此规则经常要面临较大的政治和法律压力,这就使得法院要全面实现对此规则适用的正常化并不容易。

**关键词:**上位法 下位法 法律冲突 法律适用 最高人民法院

黄金荣,中国社会科学院法学研究所副研究员。

在任何法律体系中,下位法不得与上位法相抵触都是一个通行的规则,因为“法律秩序必须是没有冲突的,不允许同时作相反的规定”。<sup>[1]</sup> 如果下位法与上位法相冲突就应适用上位法,这项规则可以说是确保以宪法为最高规范的规范等级体系能够协调一致最为重要的技术手段。但这样一个对保证法制统一至关重要的法律适用规则,我国法院适用起来却一直战战兢兢,适用方式也是五花八门,莫衷一是,学界对于法院是否具有适用此规则的权力以及应如何适用等问题也存在较大的争议。2004年最高人民法院发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(下文简称“《纪要》”)首次试图阐明法院系统在适用法律冲突处理规则方面形成的一些共识,但该《纪要》发布后并未受到学界足够的关注,其在多大程度上改变了法院适用上下位法冲突处理规则的实践更是一个仍待进一步检验的问题。

[1] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第70页。

## 一 法院在适用上下位法冲突处理规则 方面的异常表现

任何有法律实践常识的人都知道,法院在审理具体案件时适用的法律是一个由不同位阶的规范性法律文件组成的规范体系,它不可避免会遇到各种法律冲突问题,因此也不可避免要对冲突的法律规则进行选择适用。“在法律规范发生冲突时,法院依据法律适用规则选择确定所适用的法律规范并解决冲突,这是任何法治国家均允许的做法,也是一种古老的做法。”<sup>〔2〕</sup>按照大多数国家的通行做法,法院在审理案件遇到一般法律冲突时,对这种冲突予以评判并直接按照法律冲突处理规则选择可予适用的规范应该是一种很正常的司法活动。如果此类冲突是上下位法的冲突,那么法院应该对这种冲突是否存在进行确认,如果确认冲突确实存在,那就应选择适用上位法。最高人民法院一法官在总结最高人民法院在此方面的实践时也指出,“对于下位法是否与上位法相符合的判断权,乃是法院法律适用权力的题中之意。在下位法与上位法不一致(抵触)时,法院有权力也有义务选择适用上位法。”<sup>〔3〕</sup>

我国有不少法院在司法实践中也是这么做的。例如,在“福建省水电勘测设计研究院不服省地矿厅行政处罚案”中,<sup>〔4〕</sup>福州市中级人民法院就直接确认,1991年福州市《地下热水管理办法》第27条的规定“与法律、行政法规的规定不符。本案第三人城建委据此地方性法规认为自己对这部分地热有行政管理权,是不适当的。”在此案中,法院不仅确认了上下位法冲突的存在,而且还依据上下位法冲突处理规则直接适用上位法。然而,基于某些现实的原因,并不是所有法院都能像上述案例那样正常适用上下位法冲突处理规则,各种不正常适用的情形也大量存在,具体言之,主要有以下四种形态。

第一,采取鸵鸟政策,尽量装作法律冲突问题不存在,并直接适用下位法。由于上下位法冲突属于比较重大的法律问题,因此法院在面对此类问题时通过法律解释尽可能认定法律冲突不存在的做法是无可厚非的,但问题在于,有些法院即便在认为此类冲突存在时仍然拒绝确认,并且对当事人提出冲突存在的主张不予置评而直接适用下位法。在此类情形中,由于法院判决对可能存在冲突之法律的适用未说明理由,因此外人无法知道法院究竟是因为确实认定上下位法不存在冲突而适用下位法,还是因为试图掩盖冲突的存在而如此行为。但有一种情形可以很明显地反映法院试图回避法律冲突问题的态度,那就是对当事人提出存在法律冲突的主张,法院以“不属于司法审查的范围”为由回避对法律冲突的处理,并直接适用下位法。

例如,在“广东正翰律师事务所诉惠州市工商行政管理局案”[(2002)惠中法行初字第10号]中,原告提出,被告所根据的国家工商局《企业登记档案资料查询办法》违反国

〔2〕 孔祥俊:《论法官在法律规范冲突中的选择适用权》,《法律适用》2004年第4期,第2页。

〔3〕 梁风云著:《最高人民法院行政诉讼批复答复解释与应用(法律适用卷)》,中国法制出版社2011年版,第356页。

〔4〕 《中华人民共和国最高人民法院公报》1998年第1期,第37-39页。

务院《企业法人登记管理条例》第6条第2款及第23条的规定,因此“请求人民法院依法确认被告的具体行政行为违法,对被告内部实施的《查询办法》的合法性进行审查,并对此违法文件不予适用”。但惠州市中级人民法院却判决,“原告要求对《企业登记档案资料查询办法》的合法性进行审查,不属人民法院行政诉讼的受案范围,对原告的这一诉讼请求,应予驳回起诉。”本案并非专门就《企业登记档案资料查询办法》这一规范性文件提起诉讼,因此法院完全可以对该文件与行政法规是否存在冲突进行评判并选择适用,其以不属于行政诉讼受案范围为由直接适用下位法的做法实际上只是试图回避对当事人提出的法律冲突问题进行评判。

第二,实施掩耳盗铃策略,直接适用上位法却对法律冲突不予确认和评判。在面临上下位法冲突争议的场合,法院直接适用上位法却对上下位法的冲突不予明确确认和置评的做法也颇为普遍。在这种情况下,法院实际上对法律冲突做出了肯定性的判断,但却通过不予直接评判的方式试图掩盖这种判断的存在。例如,在“海口市市场物业发展有限公司诉海口市新华区人民政府案”[(2002)海中法行终字第7号]中,上诉人提出,国务院《生猪屠宰管理条例》与《生猪屠宰管理条例实施办法》有关应由商品流通行政主管部门会同有关部门行使生猪私宰处罚权的规定与《海口市生猪屠宰和销售管理暂行规定》有关“由区政府行使处罚权”的规定存在明显的“抵触性冲突”。被上诉人则提出,上述冲突并不存在,上诉人提出的问题不属法院受案范围。海口市中级人民法院通过直接适用国务院《生猪屠宰管理条例》而判决被上诉人违法,但却对法律冲突是否存在这个问题未进行任何评析。由于这种做法使法院既能直接适用上下位法冲突处理规则,又不至于因为对冲突的评价而刺激利益相关方,因此对法院而言,这是一种处理法律冲突问题比较安全的做法,因而也是一种比较普遍的做法。<sup>[5]</sup>

第三,放弃自主决定,将法律冲突问题报送上级人民法院甚至最高人民法院,等其确认后再适用法律。与上述两种地方法院依据自己的判断对适用上位法或下位法直接做出选择不同,有些地方人民法院在认为下位法与上位法很可能存在冲突时,直接把问题交由上级人民法院乃至最高人民法院解决,只有在上级人民法院对这种冲突是否存在进行确认并且对应该选择适用的法律做出回答之后才在具体的案件中做出判决。尽管这种做法非常影响诉讼效率,但由于能较大减轻审判机关受到的压力和质疑,因此在实践中也颇为普遍。例如,1998年福建省建宁县人民法院在一个案件中发现《福建省森林法实施办法》有关行政处罚的规定与《森林法》可能有冲突,于是就向三明市中级人民法院请示,只有在得到中级人民法院表示肯定的批复后才做出判决。<sup>[6]</sup>但在这方面最为学界所知的还是那些请示最终到达最高人民法院的案例。

就最高人民法院的实践而言,对于地方人民法院有关上下位法冲突问题的请示通常采用两种做法,一种是在征求全国人大常委会法工委或国务院法制办的意见后对下级人

[5] 参见彭亚楠:《“自行判决”、“谨慎表述”——对某中级法院法官处理法规冲突案件的实证调查》,《法学》2007年第3期,第121页。

[6] 参见郑国华、黄祖明:《谁可以对地方性法规合法性进行认定?——福建省人大常委会依法督促纠正三明市中级人民法院的一件不当批复》,《人民政坛》1999年第7期,第5页。

民法院的请示给予正式答复。例如,1989年9月最高人民法院在一个请示案件中认为,“辽宁省人大常委会制定的《实施中华人民共和国土地管理法暂行办法》第二十六条增加对非法占地建住宅的行为罚款的规定以及第二十六条限制乡级人民政府行政处罚权的规定,分别与《中华人民共和国土地管理法》第四十五条和第五十二条的规定相抵触,应按《中华人民共和国土地管理法》的规定执行”,但只有在征询全国人大法工委的意见并获得肯定答复后才给地方人民法院正式答复。<sup>[7]</sup>又如,在“钟芳友、李民斌诉赣县公安局交警大队扣押财产案”中,对于江西省高级人民法院提出的公安部《道路交通事故处理程序规定》第28条与国务院《道路交通事故处理办法》第13条可能存在冲突的问题,最高人民法院行政审判庭在征求国务院法制办意见后做出了“应适用国务院《道路交通事故处理办法》的规定”的结论。<sup>[8]</sup>

另一种就是不向全国人大常委会法工委或国务院法制办征询意见而直接给予答复。例如,最高人民法院《关于对人民法院审理公路交通行政案件如何适用法律问题的答复》(2001年2月1日[1999]行他字第29号)直接对广西壮族自治区高级人民法院回复称:“人民法院审理公路交通行政案件涉及地方性法规对交通部门暂扣运输车辆的规定与《中华人民共和国公路法》有关规定不一致的,应当适用《中华人民共和国公路法》的有关规定。”从目前最高人民法院就地方人民法院有关上下位法冲突问题的请示做出答复的实践看,除了下面提到的个别案例外,最高人民法院基本都确认地方人民法院请示的上下位法冲突存在,并且认为应适用上位法。

第四,认定下位法与上位法有冲突却违背上下位法冲突处理规则优先适用下位法。这是一种比较极端的例外情形。在一般情况下,法院如果在判决书中明确认定下位法与上位法存在冲突,那么就只能遵循“上位法与下位法相冲突适用上位法”的规则。如果法院认定法律冲突存在但又基于某种原因仍然想适用下位法,更可能的做法是,在判决书中违心认定两者并没有冲突,因而适用下位法,这样就以貌似合法的方式规避了上位法的适用。从2003年洛阳市中级人民法院“种子案”反映的“在地方法规与国家法律冲突的情况下,‘明智’的法官选择优先适用地方法规更安全”<sup>[9]</sup>的现实可以想象,这种案例在现实生活中肯定并不鲜见。然而,非常令人诧异的是,最高人民法院自身却曾有过在认定上下位法有冲突的情况下却仍优先适用下位法的反常实践。最高人民法院行政审判庭关于《人民法院审理劳动教养行政案件是否遵循〈刑事诉讼法〉确立的基本原则的请示》的答复(1999年10月18日[1998]法行字第16号)对山东省高级人民法院回复称,“《国务院关于将强制劳动和收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》与新修改的刑事诉讼法有不一致的地方。但在国家以法律形式规范劳动教养制度之前,否定该通知的效力,将会带

[7] 《全国人大常委会法制工作委员会关于如何理解和执行法律若干问题的解答(一)》, [http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Gid=13939&fa97368-1d29-44fa-b79c-7abff6cace50=1448433721871](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=13939&fa97368-1d29-44fa-b79c-7abff6cace50=1448433721871), 最后访问时间:2016年3月23日。

[8] 参见最高人民法院行政审判庭《关于公安部〈道路交通事故处理程序规定〉第28条与国务院〈道路交通事故处理办法〉第13条如何适用问题的复函》(1996年9月23日[1996]法行字第19号)。

[9] 蔡定剑:《对“司法审查案”的评价与思考》,《法制日报》2003年11月20日。

来不稳定的因素。因此,从稳定大局的角度出发,人民法院在审理劳动教养行政案件中,仍应将该通知视为有效的规范性文件。”该答复尽管承认国务院规范性文件与新修改的《刑事诉讼法》存在不一致之处,但其结论却不是适用作为上位法的《刑事诉讼法》,而是以有关“稳定”的政治理由直接否定了该法的适用。这种明显违反适用上下位法冲突处理规则的情况即便在中国的语境下也是一种异乎寻常的罕见做法。

从中国法院在处理上下位法冲突方面不合常规的实践可以看出,法院系统对于“下位法与上位法相冲突时适用上位法”的适用规则本身并没有否认,在上下位法冲突得到确认的情况下,适用上位法也是一种普遍的实践,即便最高人民法院在个别案例中基于政治的理由认为法律冲突时应适用下位法的例外做法也是以承认这个规则为前提的。尽管如此,对于很多法院和法官而言,处理上下位法冲突依然是一个比较重大的问题,他们对于地方法院乃至整个法院系统本身是否能直接处理上下位法冲突问题仍存在很大的疑虑。正是基于这种疑虑,司法实践中出现了试图回避或淡化上下位法冲突问题的存在,向上级人民法院寻求指示,乃至向法院外的国家权力机关和行政机关征求意见等不太正常的现象。由此也可看出,法院对于适用上下位法冲突处理规则存在疑虑的主要原因并不在于上下位法的冲突得到确认后是否应适用上位法,而在于地方法院乃至法院系统本身是否具有直接确认这种法律冲突的权力以及应该如何行使这种权力。

## 二 法院处理法律冲突的权限争议及其成因

中国法院在适用上下位法冲突处理规则方面出现诸多异常现象说明,对于很多法院和法官而言,法院适用此规则的权力及方式都远不像表面看起来的那样理所当然。2003年洛阳市中级人民法院的“种子案”以一种戏剧化的方式表明,人们对法院适用上下位法冲突处理规则的权力本身仍存在巨大的认识差异,法院直接适用该规则也可能面临较大的政治和法律风险。在该案中,李惠娟法官就因为确认《河南省农作物种子管理条例》与《种子法》存在冲突并适用作为上位法的《种子法》而引发河南省人大常委会的干预,并且差点受到撤职处分。尽管李惠娟法官认为自己不适用与法律有冲突之地方性法规的做法无可厚非,但河南省人大常委会却认为,此种做法“实质是对地方性法规的违法审查,侵犯了权力机关的法定职权”,“是一种严重的违法行为”。<sup>[10]</sup>此案发生后,洛阳市中级人民法院院长也认为,“法官在遇到法律冲突时,一是可以直接适用上位法,对法律冲突予以适当回避;二是可以逐级请示,提请最高法院和全国人大予以确认和指示。”<sup>[11]</sup>根据这种观点,法官遇到上下位法冲突问题,要么报请最高人民法院和立法机关解决,要么直接适用上位法,但不能对冲突予以确认和评价。

河南省人大常委会之所以对洛阳市中级人民法院“种子案”做出如此激烈的反应,并非像有些人认为的那样在很大程度上是因为判决书中出现了“其与种子法相冲突的条款

[10] 《洛阳中级人民法院竟否定地方性法规》,《山东人大工作》2004年第1期,第51页。

[11] “河南洛阳宣称省人大一条例部分无效法官未被撤职”,<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xwzx/fzxw/2009/200402/20040200040247.shtml>,最后访问时间:2014年12月7日。

自然无效”这样明显有争议的表述，<sup>[12]</sup>而主要是因为对法官直接确认地方性法规与法律相冲突并拒绝适用地方性法规的做法本身表示强烈不满。其理由在于，河南省人大常委会对法院此类行为提出质疑并进行干预的案例在2003年“种子案”之前就已出现多次，而在这些案例中并没有出现上述有争议的表述。例如，1998年河南省沁阳市人民法院在一起案件中认为，《河南省产品质量监督管理条例》有关行政处罚的规定与《产品质量法》和《行政处罚法》相抵触，因此不能作为工商部门行政处罚的依据。该案判决后，河南省人大常委会同样进行了强烈谴责，并最终迫使河南省高级人民法院就所谓沁阳市人民法院错误审查地方性法规的问题通报全省各级人民法院。<sup>[13]</sup>1999年，河南省商丘市梁园区法院在一个案件中同样因为判决书确认《河南省查处生产、销售假冒伪劣商品条例》与《产品质量法》有冲突，并申明“在法律、法规不相一致时，行政机关应本着高法优于低法的适用原则，正确援引法律、法规，这是行政机关作出具体行政行为是否合法有效的要件之一”而受到河南省人大常委会的干预。<sup>[14]</sup>

地方人大对法院直接适用法律冲突处理规则的权力提出质疑并进行干预的案例在其他省份也并不鲜见。1998年福建省三明市中级人民法院针对建宁县人民法院就有关法律适用问题的请示做出批复认为，《福建省森林法实施办法》有关行政处罚的规定与《森林法》有冲突，因此不能适用《福建省森林法实施办法》。1999年4月，福建省人大常委会办公厅向福建省高级人民法院提出《关于依法纠正三明市中级人民法院不当批复的意见》，它指出“法院不具备对省人大常委会制定的地方性法规合法性认定的资格”，而三明市中级人民法院认为地方性法规“不能适用”“实际上是对地方法规的合法性与效力问题进行认定，是不合法的，是越权行为”。<sup>[15]</sup>最后，三明市中级人民法院根据省人大常委会以及省高级人民法院的意见撤销了该批复。还有一个类似的例子是1998年甘肃省酒泉市中级人民法院做出的一个行政判决，该判决也确认《甘肃省产品质量监督管理条例》有关行政处罚的规定与《产品质量法》以及《行政处罚法》有冲突，因此不能作为行政处罚的依据。甘肃省人大常委会认为该判决“严重侵犯了宪法、地方组织法赋予地方人大及常委会的立法权，超越审判权限，没有正确领会法律、法规实际，违法判决直接损害了地方性法规的严肃性，影响了社会主义法制的统一”，并认定“这是一起全国罕见的审判机关在审判中的严重违法事件”，它进一步要求甘肃省高级人民法院对酒泉市中级人民法院在全省法院系统公开批评，并提出追究有关负责人的意见。甘肃省人大常委会认为，在法官遇到地方性法规与法律相冲突的情况下，“应该向省人大常委会报告，也可以向上级审判机关逐级上报请示，直至向全国人大常委会报告，而绝不允许擅自越权裁决或对法规本身

[12] 法院在确认地方性法规与法律存在抵触后宣布其“无效”并非没有任何依据。2000年《立法法》第64条第2款就规定，“在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规与法律或者行政法规相抵触的规定无效”。只不过人们对于法院是否有权宣布这种“无效”有争议。为此最高人民法院有法官建议“下级法院一般不要根据上述条文在判决主文中认定其无效，而只要径自适用行政法规即可”，参见梁风云著：《最高人民法院行政诉讼批复答复解释与应用（法律适用卷）》，中国法制出版社2011年版，第427页。

[13] 参见自南、凡夫：《法规大还是法院大？——关于沁阳市法院否定地方性法规效力的调查与思考》，《人大建设》1998年第6期，第4页。

[14] 有关案例可参见甘文：《对抽象行政行为的司法审查》，《人民司法》2002年第4期，第52页。

[15] 郑国华、黄祖明：《谁可以对地方性法规合法性进行认定？——福建省人大常委会依法督促纠正三明市中级人民法院的一件不当批复》，《人民政坛》1999年第7期，第5页。

作随意解释”。<sup>[16]</sup>这几个案例说明,至少对于很多地方人大而言,法院在我国现行的法律制度下显然不具有直接适用上下位法冲突处理规则的权力。

2003年“种子案”发生后在学界也引发了热烈讨论。总体而言,大多数学者认为法院和法官拥有的“查找法律的权力”<sup>[17]</sup>“法律适用的选择权”<sup>[18]</sup>或者“在法律规范冲突中的选择适用权”<sup>[19]</sup>是一种与司法权相伴而生的天然权力,但支持河南省人大常委会立场的学者也不乏其人。例如,学界就有人认为,“法院无权直接拒绝适用与法律相抵触的地方性法规,出现这种情况时,只能中止案件审理逐级上报有权的机关进行审查,待审查结果做出后再恢复案件审理”;<sup>[20]</sup>也有人从2000年《立法法》第90条有关最高人民法院等国家机关认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触时,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出审查要求的规定,同样得出“法院不可以直接适用上位法”的结论。<sup>[21]</sup>根据某些学者的观点,确认地方性法规无效的常规途径是,“法官在办案时发现地方性法规或行政法规与国家法律相冲突时,应中止案件审理,报告所在法院,由所在法院报告最高人民法院,由最高人民法院根据《立法法》向全国人大常委会提出审查要求,再由全国人大常委会进行审查和做出决定”。<sup>[22]</sup>如果从这种观点出发,甘肃省人大常委会宣布甘肃省酒泉市中级人民法院直接适用上下位法冲突处理规则是“一起全国罕见的审判机关在审判中的严重违法事件”就可以理解了,很多地方人民法院对于上下位法冲突采取避之唯恐不及的态度或者只要遇到此类问题就向上级人民法院进行请示的做法也可以得到很大程度的解释。

导致学界和法律实践部门对法院适用上下位法冲突处理规则的权力认识模糊的原因有很多,但与宪法、《立法法》、《人民法院组织法》等法律对上下位法冲突处理规则以及法院适用此规则的权力缺乏特别明确的规定有非常大的关系。宪法和《立法法》对宪法、法律、行政法规、地方性法规以及政府规章之间的效力等级关系规定得还是比较清楚的,例如,2000年《立法法》第79条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”从逻辑上推理,这些效力等级规定应该内在地包含“上位法与下位法相冲突时上位法优先”的规则,<sup>[23]</sup>但问题在于,法律对这一规则本身并没有直接明确表述,对法院是否拥有直接适用此项规则的权力更是没有明确确认,因此即

[16] 王宏:《法院岂可非议人大法规——甘肃高级人民法院撤销酒泉市中级人民法院一起错误判决》,《人大建设》2001年第1期,第35页。

[17] 周永坤:《论法官查找法律的权力》,《法学》2004年第4期,第118页。

[18] 王磊:《法官对法律适用的选择权》,《法学》2004年第4期,第123页。

[19] 孔祥俊:《论法官在法律规范冲突中的选择适用权》,《法律适用》2004年第4期,第2页。

[20] 李克杰:《法院有权拒绝适用地方性法规吗?》,《南方都市报》2003年11月08日。

[21] 参见刘志刚著:《法律规则的冲突解决规则》,复旦大学出版社2012年版,第45页。

[22] 姜明安、王颖:《确认地方性法规无效的常规路径》,《21世纪经济报道》,2003年11月17日。

[23] 最高人民法院《对人民法院在审理盐业行政案件中如何适用国务院〈盐业专营办法〉第二十五条规定与〈河南省盐业管理条例〉第三十条第一款规定问题的答复》(2003年4月29日,法行[2000]36号)认为,国务院《盐业专营办法》与《河南省盐业管理条例》规定不一致,要求“人民法院在审理有关行政案件时,应根据《中华人民共和国立法法》第六十四条第二款、第七十九条第二款规定的精神进行选择适用”,这个批复很显然认为,2000年《立法法》第64条第2款和第79条第2款有关效力等级的规定实际蕴含着上下位法冲突处理规则。对此,最高人民法院一法官认为,“这种‘选择适用’无时不在进行”,之所以“这种选择适用是根据其‘精神’而不是《立法法》的具体规定”,因为“这是一个策略和方法的问题,是一种在当前的司法环境下保护法官的方式”,参见梁风云著:《最高人民法院行政诉讼批复答复解释与应用(法律适用卷)》,中国法制出版社2011年版,第427页。

便从效力等级规则可以推出上下位法冲突处理规则的存在,仍无法推论出法院拥有直接适用此规则的权力,因为像河南省人大常委会认为的那样遇到上下位法冲突时将其交由上位法制定机关裁决的做法也符合效力等级规则。在目前的法律中,只有《立法法》明确规定了一条法律冲突处理规则。2000年《立法法》第83条规定:“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。”但该条确立的“特别法与一般法相冲突适用特别法”与“新法与旧法相冲突适用新法”两个法律冲突处理规则适用的前提就是同一位阶的法律规范相冲突。从这一条本身并不能直接推导出存在“上位法与下位法相冲突适用上位法”的结论,但在逻辑上从该条确立的两条一般性法律冲突处理规则显然可以推导出法院可对上述结论进行适用,因为没有任何法律规定在遇到这两类法律冲突的情况下还需交由有立法权限的机关进行裁决。从理论上说,既然法院可以直接适用特别法与一般法以及新法与旧法这两个冲突处理规则,它也应同样可以直接适用具有同样性质的上下位法冲突处理规则,除非法律有其他特殊规定。

认为法院不具有直接适用上下位法冲突处理规则权力的另一个重要依据是,宪法和《立法法》都规定具有立法权限的机关拥有撤销(或改变)某些与上位法相冲突之下位法的权力,并且《立法法》等法律确立了由上述机关对某些法律冲突进行裁决的制度。从具有立法权限的机关拥有对某些下位法的撤销权(或改变权)很显然可以推论,这些机关确实具有直接适用上下位法冲突处理规则的权力,它们可以在确认冲突后通过直接撤销或改变下位法的方式“适用”自己制定的上位法。不过,从具有立法权限的机关拥有直接适用上下位法冲突处理规则的权力本身,也不能得出法院必然不拥有此项权力的结论,因为两者并行不悖完全是可行的。此外,1989年《行政诉讼法》第53条<sup>[24]</sup>和2000年《立法法》第86条<sup>[25]</sup>确实都专门规定了具有立法权限的机关对某些法律冲突的裁决制度,这种正式的法律冲突裁决制度确实给很多人一种只能由具有立法权限的机关对法律冲突问题进行处理印象。不过,这种印象事实上并不正确,因为这两个法律规定的法律冲突裁决制度都仅限于用现有法律冲突处理规则无法处理的情形,如两个规范性法律文件的效力等级高低无法确定,或者同一效力等级规范性法律文件对同一事项新的一般规定与旧的特别规定不一致,它们都没有要求在效力等级高低明确、根据法律冲突处理规则可以处理的情况下还需交由这些立法主体裁决。因此,无论从宪法和《立法法》赋予具有立法权限的机关撤销与其制定之规范性法律文件相冲突的下位法的权力本身,还是从《立法法》等法律确立的法律冲突裁决制度出发,都无法得出法院不具有直接适用上下位法冲突处理规则权力的结论。

从法院处理上下位法冲突的司法实践看,正式将此问题交由具有立法权限的机关裁决的案例也从未发生过。<sup>[26]</sup>在面临此类法律冲突时,法院的处理方式尽管存在各种异常

[24] 2014年修订后《行政诉讼法》第63条已经取消将同一位阶规章冲突问题交由国务院裁决的规定。

[25] 2015年修订后《立法法》第95条。

[26] 即使是面临无法根据现有法律冲突处理规则处理的冲突类型,法院事实上也从未正式提交具有立法权限的机关裁决。最高人民法院目前只存在向全国人大常委会法工委或者国务院法制办这类内部机构征求意见的实践,但其从未正式向全国人大常委会或国务院提出过法律冲突裁决建议。



的情形,但基本上仍局限于在法院系统内部解决问题,而像河南省人大常委会认为的那样法院应将此问题交由上位法制定机关予以裁决的做法却极为罕见。无论是地方人民法院直接适用上位法却对法律冲突不予确认和评判的做法,还是经上级人民法院乃至最高人民法院确认后适用法律的做法都属于法院实际行使法律冲突处理权力的性质。即使最高人民法院就上下位法冲突问题在征求全国人大常委会法工委或者国务院法制办意见后再做出决定的做法也仍然改变不了法院系统直接处理上下位法冲突问题的本质,因为从现有的案例看,无论是全国人大常委会法工委还是国务院法制办给最高人民法院提供的,都只是对具体法律适用问题询问的答复“意见”而已,并且这两个具有立法权限的机关的内部机构在法律上并不能代替全国人大常委会或国务院行使职权。不仅如此,迄今为止还没有证据表明,全国人大常委会或国务院曾实际公开行使过撤销或改变下位法或对法律冲突做出裁决的权力。因此,从有关机关处理法律冲突的实践看,像河南省人大常委会认为的那样遇到上下位法冲突问题就只能找上位法制定机关做出裁决的观点即便正确,实际也不具有多少现实可行性。

### 三 上下位法冲突处理规则适用权限与 对法律法规的司法审查权

在遇到上下位法冲突时,地方人民法院经常采取逃避态度,习惯于通过向上级人民法院请示寻求庇护,最高人民法院经常向全国人大常委会法工委或国务院法制办征询意见,有时还不适用上下位法冲突处理规则,诸如河南省人大常委会等地方国家权力机关在地方人民法院对其制定之地方性法规明确不予适用时反应激烈,这些现象除了说明人们对上下位法冲突处理规则以及法院适用此规则之权力存在一定程度的误解外,也说明适用上下位法冲突处理规则无论对于法院,还是对于具有立法权限的国家机关而言都是一个比较重大的事项,而绝非仅仅是适用一个技术性规则那么简单。

法院确认上下位法冲突的存在并选择适用上位法时关键的问题不是适用了上位法,而是在个案中否定了下位法的适用;受到否定的下位法的规定也不一定仅仅是与上位法相冲突的无关紧要的条款,很可能就是这些条款确立了某项国家或地方制度。例如,2003年“种子案”中,《种子法》确认种子价格应由市场决定,但当时的《河南省农作物种子管理条例》第36条却规定在河南省境内的种子收购和销售实行政府计划制度,李慧娟法官拒绝适用该条文的结果,实际上不仅使得这项制度在该案中得不到实施,而且使得该制度的合法性和权威性受到严重的法律挑战。在极端的情况下,法院确认上下位法冲突的存在并选择适用上位法也不仅仅意味着下位法中个别条款得不到适用,而且还可能意味着整个下位法都受到否定。因“孙志刚案”而引人关注的国务院《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》整个规范性法律文件都围绕限制人身自由的“收容、遣送”进行规定,其与《立法法》第8条有关限制人身自由的强制措施和处罚只能由法律予以规定的条款直接冲突,如果法院在具体的案件中确认这个冲突并拒绝适用《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,就实际意味着整个规范性法律文件的合法性都受到法律挑战。因此,对于法院而言,确认上下

位法冲突的存在并适用上位法并不仅仅是适用一条技术性法律规则的问题,而是经常涉及要不要否定一项国家和地方制度乃至整个规范性法律文件合法性的问题,其可能引发的重大法律和政治效果决定了不可能不慎重对待。在受否定之下位法位阶较高,涉及之制度比较重大的场合更是如此。

由此可见,法院适用上下位法冲突处理规则在技术性规则适用的简单表象下,实际具有重大的法律和政治意蕴。它不仅隐含确认法院具有对法律、法规和规章进行司法审查这一法律并没有明示之巨大权力的含义,而且还预示着其具有改变法院在目前政治体制中孱弱地位的巨大潜力。尽管中国法院只能在个案中拒绝适用与上位法相冲突之下位法,并且通常被认为不具有宣布规范性法律文件无效的权力,但这种个案中的拒绝适用最终有可能会使此下位法逐渐失去实效。在这种拒绝适用下位法的决定得到最高人民法院的确认后,被宣布不予适用之下位法条款在实际效果上与宣布为无效并没有多少实质性的区别。因此,法院拥有直接适用上下位法冲突处理规则的权力实质上就是一种对规范性法律文件的司法审查权,它在权力行使的效果上与很多西方国家法院的司法审查权具有很大相似性。<sup>[27]</sup>

我国法律并没有限定法院对上下位法冲突处理规则的适用范围,这就意味着,法院从理论上说不仅可以审查法律、法规和规章之外的规范性文件,而且还可以审查法律、法规和规章这些《立法法》规定的规范性法律文件。如果从《立法法》明确规定的条款看,法院至少对与上位法相冲突的规章、地方性法规和行政法规可以拒绝适用。如果根据宪法第62条第11款有关全国人大可以“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”以及第67条第3款有关全国人大常委会有关“在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触”的规定,法院发现全国人大常委会对全国人大制定之法律的修订与原法律的基本原则相抵触时拒绝适用全国人大常委会修订之条款也属于对上下位法冲突处理规则的合法适用。甚至还可以进一步说,由于宪法确认自身“具有最高的法律效力”,并且没有任何法律禁止宪法的直接适用,因此从理论上说,法院也完全可以根据上下位法冲突处理规则拒绝适用与宪法相抵触的全国人大及其常委会制定之法律。换言之,法院拥有适用上下位法冲突处理规则之权力还蕴含着中国法院实际可以对法律实施违宪审查的想象空间。河南省人大常委会从泌阳市人民法院以违反上位法为由拒绝适用地方性法规的做法中就看出了这种违宪审查的可能景象,它认为对此类做法“倘若听之任之,后果将不堪设想:以此类推,法院是否也可以认定法律违反了基本法、而基本法又违反了宪法呢?”正是基于对这种前景的担忧,其认定这是一种“法定关系的错位,必然会损害和动摇我国的社会主义法制原则”。<sup>[28]</sup>

[27] 美国法院对与上位法冲突之下位法进行的司法审查在理论上也仅具有个案效力,但美国判例法制度的存在使得上级法院的判决对辖区内下级法院有拘束力。中国地方人民法院如果在某个案件中拒绝适用某一与上位法相冲突的下位法,从理论上说同样也只具有个案效力,并且无论对本级人民法院还是下级人民法院都没有拘束力,但审级制度的存在使得下级人民法院会尽量尊重上级人民法院的法律适用方法,并且这类案件所具有的影响力也使得其很容易被其他辖区内的法院效仿。

[28] 自南、凡夫:《法规大还是法院大?——关于沁阳市法院否定地方性法规效力的调查与思考》,1998年第6期,第4页。

不仅如此,在某种意义上甚至还可以说,中国法院在理论上比某些大陆法系国家法院享有更大的司法审查权力。例如,德国的法院虽然“原则上都有权审查作为本案准据法的法律规范是否符合上阶位的法律,有权拒绝适用违反上阶位法律的法律规范”,但这项权力并非没有限制。根据德国基本法第100条的规定,无论是联邦议会制定的法律还是州议会制定的法律,如果一般的法院认为其违反德国基本法,法院就应停止审判程序并将案件交由联邦宪法法院审理。将对法律的违宪审查权集中于宪法法院的目的“是为了保护议会作为立法机关的地位,防止每一个法院都可以以法律的违宪性为由而忽视议会的意志”。<sup>[29]</sup>此外,该条同时还将“各邦法律抵触联邦法律”时对各邦法律的合法性审查权只赋予联邦宪法法院。与德国事实上将最为重大的上下位法冲突类型的处理权限只是赋予最高的司法机关不同,我国的法律对上下位法冲突处理规则的适用并没有任何法院层级的限制,因此从理论上说,即便是基层人民法院也有权处理法律与宪法的冲突,并在确认彼此存在冲突的场合拒绝对法律的适用。

由此可见,承认法院具有处理上下位法冲突处理规则的权力,在理论上确实意味着中国法院实际上拥有对包括法律在内的规范性法律文件进行司法审查的权力。如果法院可以自由地适用这种冲突处理规则,那么它在理论上具有使中国法院获得对具有立法权限的立法机关和行政机关进行权力制约的巨大潜力,从而在一定程度上改变法院在中国政治权力结构中的地位。法院直接适用上下位法冲突处理规则隐含的这种巨大权力与人们通常认为中国法院处理法律纠纷权力极为有限并且在政治权力结构中地位非常弱小可以说形成了鲜明的对比,对于地方人民法院而言尤其显得如此。从现有政治体制看,各级人民法院是由各级人民代表大会产生并对其负责的机构,在政治理论上,法院也并没有被看成可对立法机关进行监督的独立机构;从法院与行政机关的关系上看,《行政诉讼法》有限的受案范围以及对抽象行政行为直接审查的特别排除意味着立法者只是想法院在监督行政机关的行为上扮演极为有限的角色。<sup>[30]</sup>但法院可以直接适用上下位法冲突处理规则却意味着,地方人民法院在很大程度上不仅享有审查地方权力机关制定之地方性法规合法性的权力,而且还享有审查最高行政机关制定之行政法规甚至最高国家权力机关制定之法律合法性与合宪性的权力。对于已经习惯于法院只简单适用法律规则处理具体案件,而不是解决法律规范体系本身产生之纠纷的人而言,这种权力想象确实会带来很大的不安。正是这种不安在一定程度上导致某些地方国家权力机关在发现地方审判机关明确拒绝适用其制定之地方性法规时产生激烈的本能反应,也导致某些学者在2003年“种子案”发生后,对法院通过直接适用此规则而事实上对地方性法规行使合法性审查权表现出极大的不适应。这种不安和不适应同样也存在于很多法院和法官身上。正是因为对自己直接行使适用上下位法冲突处理规则这一重大权力信心不足,地方人民法院才经常将自己本来可以处理的上下位法冲突问题交由上级人民法院乃至最高人民法院定夺,而最高人民法院对于本属于自己的职权也经常是在征询其他相关机构的意见后才予以行使。

[29] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第76页。

[30] 2014年修订后的《行政诉讼法》对受案范围有所扩大,并且允许法院在个案中对“行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件”的合法性进行附带审查,不过对此类规范性文件的直接审查仍然不允许,对法律、法规和规章的附带审查权也未予确认。

值得指出的是,上下位法冲突之所以比其他类型的法律冲突争议更大,很大一个原因在于,法院对前者的处理带有很强的权力隐喻,而对后者的适用则更具有单纯的技术性质。首先,与处理上下位法冲突问题不同,对于同一主体制定之新法与旧法以及一般法与特别法之间的冲突问题,法院直接适用这两个冲突处理规则很少受到质疑,这既是因为其不仅存在明确的适用规则,而且还因为它们都是由同一立法主体制定的规范性法律文件。其次,对于同一机关制定之规范性法律文件新的一般规定与旧的特别规定不一致的情形,《立法法》没有规定明确的冲突处理规则而只规定了规范性法律文件制定机关的裁决程序。在这种情况下,人们对地方人民法院是只能按照《立法法》规定的程序将此类法律冲突交由两个规范性法律文件的制定机关进行裁决还是也可以直接处理这种冲突会产生分歧,但法院无论作何种选择,其最终适用或不适用的规范性法律文件实际上都由同一机关制定,因而该机关对法院的做法产生强烈反应的可能性并不是很大。最后,在没有效力等级区别但由不同主体制定的规章之间、部门规章与地方性法规之间不一致时,法院不仅要面临与前一种冲突类型一样的争议,而且由于冲突之规范性法律文件由不同机关制定,因此相对比前者更容易受到被拒绝适用之机关的压力。<sup>[31]</sup> 但无论属于上述哪种情况,都不会像适用上下位法冲突处理规则那样,强烈引发人们对法院对包括法律在内的规范性法律文件享有司法审查权和违宪审查权的联想。也正因如此,无论是理论界还是实务界,争议焦点都是集中在上下位法冲突领域而不是其他法律冲突领域。

#### 四 法院处理上下位法冲突的实践突破及其局限

由于法院在适用法律过程中无法避免上下位法冲突问题,因此在司法实践中法院一直在以直接或者间接的方式行使处理此类冲突的权力。尽管在地方人大常委会干涉下,河南、福建、甘肃等地的高级人民法院都曾在个案中否定下级人民法院直接适用上下位法冲突处理规则的实践,但从最高人民法院对此类冲突问题的众多批复可以看出,无论在《立法法》制定前还是制定后,最高人民法院都从未否认过法院拥有直接适用上下位法冲突处理规则的权力。1998年最高人民法院还把上文提到的法院直接判断下位法违反上位法的“福建省水电勘测设计研究院不服省地矿厅行政处罚案”作为典型案例刊登在《最高人民法院公报》上。但很显然,法律对上下位法冲突处理规则以及法院适用此项规则权力的暧昧以及学界对此问题存在的理论分歧,确实对法院的法律适用实践产生了非常负面的影响,并导致法院要么怯于确认上下位法冲突,要么只能以各种非常规的方式处理此问题。2003年“种子案”发生后,最高人民法院开始试图在法院系统内部对法律适用规

[31] 根据《立法法》的规定,“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致”,只有在“不能确定如何适用时”才可通过最高人民法院交由国务院以及全国人大常委会裁决。最高人民法院《关于道路运输市场管理的部门规章与地方性法规不一致的法律适用问题的答复》(2003年8月15日,[2003]行他字第4号)就未经国务院和全国人大常委会裁决程序而直接指示地方人民法院优先适用地方性法规。不过如果法院选择优先适用部门规章,法院也同样会有面临地方人大常委会的压力。山东省一方法院就曾因为发现部委规章与地方性法规存在冲突后决定适用部委规章而受到地方人大常委会的干预,并最终被迫撤销原判决,参见王辉、杨明:《地方性法规的权威不容置疑——山东省高级人民法院依法撤销一起无视地方性法规的判决》,《人大研究》1999年第4期,第36-37页。

则问题达成统一意见。2004年5月最高人民法院公布了《纪要》。《纪要》虽然只是一个不具有法律效力且仅限于处理行政案件适用法律问题的司法文件,但却意味着最高人民法院首次系统表达其对于法律冲突问题的立场。这份经法院系统内部讨论的文件也可以说在很大程度上代表了法院系统在这类问题上达成的一些基本共识,因而它对行政审判乃至所有诉讼领域法律冲突的处理都具有较大的指导意义。

《纪要》对各种法律冲突的处理规则都进行了系统阐述,它提出了很多《立法法》本身并没有细化的具体法律冲突处理规则和技术。就上下位法冲突处理规则而言,《纪要》在以下几个方面规定特别引人关注。首先,它非常明确地确认,法院在处理法律冲突方面拥有“按照立法法规定的上位法优于下位法、后法优于前法以及特别法优于一般法等法律适用规则,判断和选择所应适用的法律规范”的权力。其次,明确确认上下位法冲突处理规则内容是“下位法的规定不符合上位法的,人民法院原则上应当适用上位法”。再次,对于如何判断下位法不符合上位法的情形和方法进行了非常详细的列举和阐述。最后,对法院处理上下位法冲突的具体方式提出了具体要求。它要求“人民法院审查具体行政行为的合法性时,应当对下位法是否符合上位法一并进行判断”,它还进一步指出,“人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述”,它甚至要求法官“在参照规章时,应当对规章的规定是否合法有效进行判断,对于合法有效的规章应当适用”。这就意味着法院对上下位法是否存在冲突进行判断构成了法院的一项法律义务,而对于规章以下规范性文件(包括规章)不仅可以对其是否符合上位法进行判断,还可以对其合法性、有效性进行评判。虽然我们有理由怀疑法院“对下位法是否符合上位法一并进行判断”与对下位法是否“合法、有效”进行评述之间是否存在实质性的区别,但最高人民法院对适用上下位法冲突处理规则的方式作如此明确的规定还是一个较大的突破。因此,总的来说,《纪要》对于以往实践中对法院是否具有处理上下位法冲突的权力以及如何判断和处理等模糊不清的问题基本都进行了阐述。在法律规定不明确,学界存在争论的情况下,《纪要》对法院处理法律冲突问题权限的确认和规范无疑在一定程度上起到了正本清源的作用。

《纪要》的积极影响在司法实践中也很快得到了反映。首先,自2004年后,地方人民法院在遇到上下位法冲突时不经向最高人民法院请示而直接进行处理的意愿似乎得到了显著增强。一个明显的例证是,此后地方人民法院因为上下位法冲突问题向最高人民法院请示之案例的数量出现了显著的减少趋势。2004年后可以查到的案例仅有少数几个案例,分别涉及《投机倒把行政处罚暂行条例》与《行政处罚法》、《机动车登记规定》与《道路交通安全法》以及《机动车交通事故责任强制保险条例》与《机动车交通事故责任强制保险条款》的冲突问题。<sup>[32]</sup>其次,地方人民法院拒绝适用与法律冲突之行政法规的判例也

[32] 三个案例可分别参见最高人民法院行政审判庭《对江苏省高级人民法院〈关于苏州爱利电器有限公司不服工商行政处罚一案请示报告〉的答复》(2008年12月28日,[2007]行他字第1号)、最高人民法院行政审判庭《关于公安交警部门能否以交通违章行为未处理为由不予核发机动车检验合格标志问题的答复》(2008年11月17日,[2007]行他字第20号)以及最高人民法院《关于对安徽省高级人民法院如何理解和适用〈机动车交通事故责任强制保险条例〉第二十二条款的请示的复函》(2009年10月20日,[2009]民立他字第42号)。

开始较多地出现。对于法院似乎不敢依据法律冲突处理规则拒绝适用位阶较高的行政法规的现象,曾有学者悲观地表示,“法院拒绝适用行政法规,虽然在理论上完全可以讨论,但在实践中从未出现。对当下的中国法院来说,不予适用行政法规还超出他们的想象。”<sup>[33]</sup>但公平而论,即便在2004年前这也并非完全是事实。例如,1999年最高人民法院行政审判庭针对广东省高级人民法院就《药品管理法》与《投机倒把行政处罚暂行条例》在药品管理权限上的冲突性规定提出的请示,明确做出了应适用作为上位法的《药品管理法》的指示。<sup>[34]</sup>但尽管如此,地方人民法院不经向最高人民法院请示就直接拒绝适用行政法规的案例一度比较罕见也是一个不争的事实。

2004年后这种状况出现了明显改善的迹象。可以作为例证的是,地方人民法院直接宣布《机动车交通事故责任强制保险条例》有关条款与《道路交通安全法》相冲突并拒绝适用前者的案例已经多有出现。例如,在“胡艳艳与安诚财产保险股份有限公司鹤壁中心支公司、孙根民机动车交通事故责任纠纷案”[(2013)濮中法民一终字第603号]中,河南省濮阳市中级人民法院认定:“《中华人民共和国道路交通安全法》作为上位法,其法律效力高于行政法规《机动车交通事故责任强制保险条例》及交强险行业条款。”在“毕建生与中国人民财产保险股份有限公司藁城支公司、石家庄市高新区凯拓石方工程有限公司、崔秀峰、中国太平洋财产保险股份有限公司石家庄中心支公司机动车交通事故责任纠纷案”[(2014)石民一终字第00173号]中,河北省石家庄市中级人民法院认为:“《中华人民共和国道路交通安全法》是上位法,没有规定人身、财产责任限额,上诉人所提的《机动车交通事故责任强制保险条例》是部门规章,<sup>[35]</sup>故应该适用《中华人民共和国道路交通安全法》的规定。”

行政法规因与法律相冲突而被拒绝适用还有一个案例比较多的领域是《侵权责任法》与《医疗事故处理条例》之间的冲突问题。例如,在“李世龙、李晗笑等与新河县中医院医疗损害责任纠纷案”[(2013)新民初字第212号]中,河北省新河县人民法院判决书确认,“《医疗事故处理条例》为国务院颁布的行政法规,《侵权责任法》为全国人民代表大会常务委员会颁布的国家基本法律,当二者规定发生冲突时,应根据上位法优于下位法”“适用《侵权责任法》的相关规定确定赔偿项目及标准”。贵州省兴义县人民法院审理的“李贤哲等与黔西南州人民医院医疗损害责任纠纷案”[(2014)黔义民初字第969号]以及湖南省长沙市中级人民法院审理的“谢某、欧某与宁乡县人民医院医疗损害责任纠纷案”[(2011)长中民一终字第3158号]等案件也作了类似的判决。

不过,《纪要》对法院直接适用上下位法冲突处理规则权力进行确认和规范后并不意味着以后法院直接适用该规则的情况将全面正常化,法院行使这一权力仍然将受到一些客观不利因素的重大限制。

首先,法律规定不明确的情况仍然构成一个重大的限制性因素。《纪要》毕竟只是法

[33] 何海波著:《行政诉讼法》,法律出版社2011年版,第88页。

[34] 参见最高人民法院行政审判庭《关于人民法院在审理药品管理行政案件中,涉及行使药品监督职权时,应当适用药品管理法的有关规定的答复》(1999年12月8日,[1999]行他字第23号)。

[35] 这里的“部门规章”应该是“行政法规”之误,因该条例由国务院制定。

院内部达成的一种并不具有法律效力的有限共识,因此,《纪要》的规定并不足以给地方人民法院直接行使处理法律冲突权力带来足够的安全感。2015年修订后的《立法法》对上下位法冲突处理规则以及法院直接适用该规则的权力仍然没有明确规定。也正因如此,《纪要》颁布后,地方人民法院怯于行使此权力或者只是隐蔽地行使此权力的现象仍然不同程度地存在。此外,2014年修订后的《行政诉讼法》第53条虽然首次规定法院可以对“国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件”(不包括规章)的合法性进行附带审查,但仍然对规章以上规范性法律文件的附带审查权力不予直接确认,这种规定就使得法院在处理上下位法冲突时不可避免对法规、规章进行合法性评价的做法是否恰当又一次成为疑问,而《纪要》确认的法院可对规章“合法有效”性进行评价的规定是否还仍然有效也成了一个问題。

其次,上下位法冲突处理规则的确定性仍然难免受到政治因素的巨大影响。最高人民法院在确认劳动教养领域的国务院规范性文件与法律存在冲突的情况下仍然以“稳定大局”为由要求地方人民法院适用下位法的做法说明,最高人民法院仍然认可特定情况下不完全按照上下位法冲突处理规则处理法律冲突。《纪要》的规定也与上述案例的精神基本一致。它只是要求法院在遇到“下位法的规定不符合上位法”时“原则上应当适用上位法”。“原则上”这一用法表明,《纪要》仍然为基于“稳定”需要打破规则的做法留下空间,这样的指导思路无疑会给上下位法冲突处理规则的适用带来一定的不确定性。

再次,在上下位法冲突涉及重大法律和政治问题时,地方人民法院是否能敢于直接适用上下位法冲突处理规则仍然存在很大的疑问。在当前体制下,当上下位法之间涉及的冲突不是一般的 technical 问题,而是是否认可下位法确立的某个或某些重大制度的有效性时,或者法院处理冲突问题的方式引发其他有权机关的强烈质疑时,坚持对上下位法冲突问题直接进行处理很可能成为地方人民法院难以承受之重。当然,在中国的语境下,法律权力遭遇政治决策体制限制的困境并非法院独有,即便是全国人大常委会在对行政法规或地方性法规进行备案审查时也会面临同样的问题。在发现涉嫌违反法律的法规涉及较重大的制度问题时,全国人大常委会也几乎同样不会通过公开行使宪法赋予之撤销权的方式直接处理上下位法冲突,这也是备案审查制度很难真正有效解决上下位法冲突问题的部分原因所在。<sup>[36]</sup>

《纪要》基于对此种特殊国情的深刻认识,在确认法院拥有直接处理上下位法冲突问题的权力的同时也规定,“冲突规范所涉及的事项比较重大、有关机关对是否存在冲突有不同意见、应当优先适用的法律规范的合法有效性尚有疑问或者按照法律适用规则不能确定如何适用时,依据立法法规定的程序逐级送请有权机关裁决”。从法律上说,《纪要》的这个规定是存在严重问题的,因为《立法法》只是确认在按照法律适用规则不能确定如何适用时才将法律冲突问题交由有权机关进行裁决,但现在《纪要》却将“冲突规范所涉及的事项比较重大、有关机关对是否存在冲突有不同意见、应当优先适用的法律规范的合

[36] 对有关全国人大常委会对行政法规或地方性法规进行备案审查的实践及其局限性的分析,可以参见黄金荣:《“公益上书”的行动逻辑》,《法制与社会发展》2010年第4期,第126-138页。

法有效性尚有疑问”这些法律没有规定的情形都视为应交由有权机关裁决的情形。但从政治的正当性角度出发,《纪要》的这个规定又具有非常可以理解的一面,它体现了法院系统在自身权威性不足的情况下不得已采取的谨慎策略,这种总是通过向上寻求“请示”的做法尽管并不是司法行为的正常方式,但在当前语境下确实可以让地方人民法院避免因为直接处理法律冲突问题而可能带来的法律和政治纷扰。《纪要》的这一立场表明,尽管法院系统对自身应拥有直接适用上下位法冲突处理规则的权力开始普遍接受,但其对于是否可以心无旁骛地行使这一法律权力却仍信心不足。从这个意义上说,除非法律全面改变一直以来对法院直接处理法律冲突权限所抱有的暧昧态度,并通过司法改革使法院的独立性和权威性得到实质性提高,否则中国法院在适用法律冲突处理规则方面恐怕还不得不保留现在这种不合常规但却相对比较安全的方式。

---

[ **Abstract** ] There are many abnormalities in the application by Chinese courts of the rule on resolving legal conflicts between higher- and lower-level legislations. These abnormalities result partly from the confusion in the law circle about whether Chinese courts have the power to directly deal with conflicts of law, and partly from the lack of clear provision in Chinese law on this rule and on the organs that can apply it. Furthermore, the power of courts to apply this rule logically implies that courts have the de facto power to review laws and regulations, even to carry out constitutional review, in the trial of cases. This also contributes to the reluctance of some scholars and officials to accept such practice. The Summary of the Symposium on Issues Concerning Applicable Legal Norms for the Trial of Administrative Cases, issued by the Supreme People's Court in 2004, has played a positive role in clearing up misunderstandings and facilitating the application of the rule by courts. Nevertheless, because of the vagueness of the relevant legal provisions and the political and legal pressure faced by courts that directly apply this rule, the complete normalization of the application of this rule by courts will not be an easy task.

---

(责任编辑:田 夫)