

法学争鸣

论规范效力冲突与法律选择

——兼论建立规范审查制度之必要性

周 永 坤

(苏州大学法学院教授 江苏 苏州 215021)

摘要:当上下位法发生冲突时,在缺乏规范审查权的制度环境中,法官自然倾向于下位法,理论上也只能选择下位法,而这必然使法律位阶制度失灵,并对法治构成严重冲击。因此,建立规范审查制度十分必要。

关键词:规范冲突 位阶 选择 审查

一、引发关乎我国法治命运的话题——从两个案例说起

案一:时建庆诉宜昌市政府违法收取三峡机场基金案。1993年1月6日,湖北省物价局、财政厅作出《关于宜昌市收取黄龙寺机场建设专项基金的批复》,同意宜昌市政府对宜昌市始发的客运(包括汽车、火车、轮船)收取黄龙机场建设专项基金。同年4月,宜昌市政府决定对宜昌市城区个体出租车车主收取机场基金,每月150元。6年间,宜昌市政府向1600万人次征收机场建设基金3640万元。为此,宜昌市600名出租车车主以时建庆为代表,状告宜昌市政府,要求被告撤销具体行政行为并赔偿经济损失。1999年4月13日,湖北省高级人民法院依法受理,并指定宜昌市中级人民法院审理。7月16日,宜昌市中院公开审理此案,并于同年8月18日作出一审判决:驳回原告的诉讼请求。原告诉讼理由为:根据中发[1990]第16号等规范性文件,设立各种基金的审批权已集中到国务院财政部,任何部门和地方各级人民政府均无权设立各种基金。被告辩称,机场基金是省人民政府设立,市政府收费有据。被告无权审查机场基金。法院的判决理由为:虽然宜昌市政府的具体行政行为存在瑕疵(在设立程序方面尚无充分证据证明其已报国务院财政部审批),但被告在被诉行政行为中的程序、步骤、收费标准的核定及基金管理方式符合相关法律、法规和鄂价重字[1993]3号文件所确定的范围。^①

案二:惠宝公司诉酒泉地区技术监督局案。酒泉市市民马玉琴因冰箱修理纠纷向酒泉地区技术监督局投诉修理商惠宝公司。据技术监督局查证,惠宝公司没有家电维修能力认可证书,其绝大多数人员也没有维修技术证件。因此依据《甘肃省产品质量管理条例》第13条、第30条之规定,对惠宝公司作出免费修理好冰箱并赔偿经济损失3000元的行政处罚。惠宝公司不服,状告酒泉地区技术监督局。酒泉市人民法院于1998年以行政处罚所认定的事实证据不足、行政处罚决定的送达没有合法手续为由,撤销行政处罚决定。技术监督局不服,遂向酒

泉地区中级人民法院提起上诉。1998年12月15日,酒泉地区中院终审判决,撤销酒泉市中级人民法院一审判决,撤销技术监督局的行政处罚决定。撤销一审判决的理由为:《产品质量法》并未赋予产品质量监督管理部门对维修者的行政处罚权。上诉人对被上诉人实施行政处罚所依据的《甘肃省产品质量监督管理条例》第13条、第30条违反《行政处罚法》,^②不能作为判决依据。二审判决下达后,上诉人的上级业务管理机关甘肃省技术监督局向省人大常委会提交请示报告。1999年8月17日,甘肃省人大常委会专门召开主任会议,听取案件情况。主任会议认为二审判决严重侵犯了《宪法》和《地方组织法》赋予地方人大及其常委会的立法权,超越审判权限,没有正确领会法律、法规实质,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精神,要求甘肃省高级人民法院提审此案并撤销二审判决,同时要求省高院在全省法院系统公开批评有关负责人并提出追究责任人违法责任的意见。在省人大的督促下,甘肃省高院于2000年9月1日判决撤销酒泉地区中院的二审判决,并认为二审判决直接对地方性法规的效力加以评判是错误的。^③

这两个案例都涉及到法治国家中法律适用的根本问题:当上下位法律相冲突的时候,法官应当适用上位法还是下位法?案一适用的是下位规范,产生的社会反应是:国务院大还是省政府大?案二适用的是上位法,得来的指责是破坏了法制统一。如果我们简约掉两案的时空距离,则明显地看到法官左右为难的尴尬境地。这促使我们追问:现行法律适用制度本身是否有问题?案二最终由人大常委会的主任会议发话得以“纠正”,这引发另一问题:司法判决究竟应当由谁作出(本质上,而非形式上)?背后的宪法性问题是:人大及法院间的应然关系如何?一个附带性的问题是:各级人大的主任(委员长)会议的地位如何?他有无权力作出对外有拘束力的决定?下面我们逐个讨论这些关乎我国法治命运的话题。

二、法律位阶与适用的法律

众所周知,现代的法律体系是一个纵向的等级体系。通常一个国家的法律至少可以分为宪法、法律、规章三个层级。法律位阶制度产生于维护宪法至尊和议会尊严的需要,它是法治和宪政的产物,也是现代法治和宪政的一项基本原则。法律位阶制度通常由宪法规定,例如我国《宪法》序言最后一段、第62条、第66条、第89条、第109条都对此作了规定。如果我们将两案综合起来考虑,则证明我国的法律位阶制度还没有真正建立起来,这带来许多严重弊害。

案一适用的是下位法。适用下位法的理由是:“虽然宜昌市政府具体行政行为的依据(鄂价重字[1993]3号文)制定程序存在瑕疵(在设立程序方面尚无充分证据证明其已报经国务院财政部审批),但被告在被告具体行政行为中的程序、步骤、收费标准的核定及基金管理方式,符合相关法律、法规的规定和鄂价重字[1993]3号文件所确定的范围,因此被告的具体行政行为合法。这一理由回避了一个重要的问题:作为争讼焦点的鄂价重字[1993]3号文本身的合法性问题。依据谁主张谁举证原则,“没有充分证据证明已上报国家财政部审批”的法律结论只能是“未报国务院财政部审批”,进一步的推理应是“本应审批”而未经审批的文件,构成实质性的越权违法,而非“程序瑕疵”。事实上,当原告声称,依据中发[1990]16号文,除了国务院财政部“任何部门和地方各级人民政府均无权自行设立各种基金”时,就已将法院置于尴尬之地:因为原告争讼的是具体行政行为的“依据”不合法,而非具体行政行为是否符合“依据”。依现行法,所有的法院均无权对规范性文件的合法性进行审查,无论宜昌市中院作出上述3号文合法还是违法的判断,均已违反现行法律。^④这就是判决对“文件”合法与否作模糊处理的真正

原因。说实话,法官确有难言之隐。

案二二审适用的是上位法,理由很干脆:作为具体行政行为依据的下位法违反上位法(指《产品质量法》和《行政处罚法》)。撇开这一判断是否正确不谈,作出这样的判断本身就不符合现行法律规定,因为法律并没有赋予法官规范审查权,结果受到人大常委会的非难。

从上述两案可以清楚地看到,在现行体制下,只要存在不同等级规范效力间的冲突,法官就不可能作出合法的判决。因为如果依上位规范判决,必先进行规范审查以排除下级规范之适用,这本身就违反现行法律,这就是案二受到人大批驳的原因;而如依下位规范判决,则因违反上位规范的下位规范本身是非法的,不具有可适用性,依非法规范作出的判决无疑是非法的。这就是案一的情况,它因违反法制统一原则受到舆论的猛烈抨击,但它在形式上却是“合法”的,它的非法性因此被掩盖。

除了上述制度上的原因以外,缺乏规范审查权的法官在出现规范冲突的场合,更倾向于适用下位规范,主要原因为:(1)上位法较原则,下位法较具体,法官更愿意适用较具体的规范;(2)更重要的是,由于现行司法辖区和行政辖区的同一,且在同一辖区内法院的地位远低于制定规范的人大和政府(其背后是法院的所属地方党委),这些都是靠地方生存、保官的法官得罪不起的。上位规范却“天高皇帝远”,无人格化、可管得了法官的“规范代表人”存在,因而违反也无妨;(3)地方保护主义。与上位规范冲突的规范大多为地方保护主义性质的,作为食地方俸禄的法官当然更愿意执行地方性规范;(4)适用上位规范有风险,而适用下位规范保险,这种简单的自我利益权衡也促使法官倾向于适用下位规范。

从法律位阶理论来看,在缺乏规范审查权的地方,法官也只能适用下位法。法律位阶理论确立的是规范效力的优先性,即当上下位规范发生冲突时,下位法无效,位阶制度不解决适用的优先性。在上下位法不发生冲突时,下位法较具体,故具有适用的优先性。^⑤因此,选择适用的法律时法官的首选法律是下位法;当拟选下位法可能与上位法不一致时,下位法的可适用性受到质疑,法官可对之进行审查,判定它是否与上位法一致。如果一致,则适用下位法,如不一致则排除下位法之适用。所以排除不合上位法之下位法适用的必经程序是规范审查,而规范审查程序的依据是规范审查权。在不存在司法规范审查权的地方,只能适用下位法。这正是我国的现状。所以像案一的法官那样,许多法官对上下位法之间的冲突视而不见,以牺牲上位法的权威保住自己的位子,这也是不得已而为之,问题出在制度本身。

三、人大“要求撤销判决问题”

案二中,甘肃省人大进行干预的理由可归纳为4条:(1)审判机关只应对具体行政行为作出审查,无权对具体行政行为依据的合法性作出审查;(2)本案具体行政行为的依据合法;(3)事实不清;(4)适用法律错误。其中(1)和(4)其实是同一个问题——法院没有规范审查权。而(2)和(3)则是以人大的判断取代司法判断。这引起了一个值得注意的问题:碰到明显违反现行法律而行使规范审查权的案件,人大不得不表明态度,但是人大的做法本身的合法性却也存在问題。首先,司法独立是现代法治的基本原则之一,依据我国《宪法》,人大常委会固然对本级法院有监督权,但却不能越俎代庖。案二中,人大对法院下达指令如何判决,其实质是人大行使了“真正的”的审判权,其合法性不无问题。其次,凡是在司法机关判决下位规范违反上位规范的场合,下位法违反上位法的概率肯定相当高,^⑥而人大的干预只能宣称下位法与上位法一致,从而适用下位法,这就是说,人大的决定非常可能维护了违法规范,具有很高的违法概

率。^⑦再次,人大在这里维护的是下级规范的权威,其合法性只是表象的、形式的,实质上他损害的是上位法的权威和法制统一,具有实质违法性。就案二来说,还有一个值得注意的问题:作出决定的不是甘肃省人大常委会,而是该省人大常委会主任会议。这就提出了一个问题:主任会议是何种性质的组织?他是否有权作出此类决定?答案是否定的。《宪法》第68条第2款规定,委员会会议“处理全国人民代表大会常委会的日常工作”。《地方组织法》第43条规定,主任会议“处理常务委员会的重要日常工作”,第41条和第42条规定了两项内部程序性职权。由此可知,主任会议是人大常委会内部处理日常事务的“事务性”机构,并非对外代表人大或人大常委会的“职权性”机构,他无权作出对外有执行力的决定。即使省人大及其常委会有权要法院如何做,人大主任会议也无权要求法院如何行为。毫无疑问,上述甘肃省人大常委会主任会议的做法是违法的。但是,该省人大常委会主任会议的做法为社会、法院、法律界、法学界默认。这一现象印证了下述看法:各级人大主任会议的权力正在日益扩张,它不仅在程序性问题上享有几乎独断的权力,而且正在行使越来越多的实质性权力,正在成为人大、人大常委会“之上”的又一级组织。这加剧了人大内部的权力分层与行政化趋势,对人大民主性构成威胁,人大作为议事机构设常设机构本已不妥,因为它必然削弱人大的权力;如果人大常委会内部再生长出一个权重的主任会议,则人大权力将进一步向少数人手中集中,当予以警惕。

四、建立司法规范审查制度是唯一的出路

上述两案给了我们重要的启示——我们的司法制度存在严重的缺陷:缺乏司法规范审查制度。由于不存在司法规范审查制度,法官在适用法律过程中的规范选择过程被简化了,法官对上下级规范间的冲突无能为力,对最严重的违法——规范违法,法官不但不能予以纠正,反而只能推波助澜,这不能不说是法治的悲哀。

否定规范审查制度正当性的观念产生于这样三个预设:第一个预设,法律体系是立法者制定的“和谐体系”。这个预设过于乐观。即使在立法者是一个人的时候,前后的立法尚不能保证完全一致,遑论上下级规范的制定者不是同一主体!在我国现阶段,有权制定可作“法源”适用的主体至少有两大系统(人大、政府)、三层级的一百多个组织。^⑧在人大系统,有作为立宪者的全国人大、作为立法者的全国人大、全国人大常委会、省级人大及其常委会、大市级人大及其常委会(内中又含省和自治区首府所在地的市、较大的市、经济特区的市)、民族地方自治州和自治县等;在政府系统,有国务院、省级政府、大市级政府等;这还不包括有权制定规章的国务院各部委。如果加起来,全国有权制定可适用的规范性文件的组织至少有十多类一百多个。如此多的主体制定的规范怎么可能不出现冲突?如果考虑到立法者不完全是“圣人”,他在立法时将充分利用立法权以谋取地方和部门利益,则冲突便是常态。正因为规范间的冲突不可避免,为维护规范的和谐,人们才设计出“规范选择”的规范和制度,例如上位法优于下位法、新法优于旧法等,特别是规范审查制度。正是由于存在上述规范和制度,规范体系才“可能”和谐。第二个预设,立法者神圣。这是现代人民主权原则的误用,人们将主权者与主权者选择的仆人视为一物,将对主权者的崇拜移情于立法者。这种崇拜包括两个方面:一是理性神话——议会不会出错,制定规范者不会出错;二是——立法者是道德的圣人。第三个预设,司法只能适用规范。这种成见来自我国古代和西方启蒙时代,有权为他人制定规范的人必定高于适用规范的人,因此司法者只能被动地适用规范。现代立法、司法实践已经无情地摧毁了上述天真的预设,规范审查制度正是在对这些预设进行反思的基础上建立起来的。

人们可能会说,立法机关的审查以及行政审查(上级政府对下级政府制定的规范的审查)同样可以保证法体系的和谐。这一判断已被前苏东国家的历史以及我国的历史与现实所证伪。即使人大和政府的审查已经解决了规范的冲突,司法者面临规范冲突的可能仍然存在。上下级规范的修改间必然存在一个时间差,当上级规范已经修改,而下级规范未来得及修改时,法官面临的仍是两种冲突的规范。例如,当1988年宪法修正案确认土地使用权可以转让时,计划经济时代的禁止土地使用权买卖的规范仍然生效(因为如果下位规则在上位规则前修改必然会导致违法)。

事实告诉我们,缺乏规范审查制度的法体系是难以保持体系和谐的幼稚的法律制度,这样的法律制度至少有以下弊害:

1. 法律至上尤其是宪法的至上地位难以确立。作为法治基本原则的“法律至上原则”中的“法律”,在规范等级的意义上有两层含义:宪法至上和议会立法至上(高于行政法规、规章)。宪法至上原则控制的是广义的政府——所有的治权,议会立法至上控制的是行政机关和司法机关,防止行政机关通过制定规章的手段侵犯立法权,侵犯公民权利;防止司法机关滥用司法权,侵犯公民权利。法律至上原则确立的前提是规范审查制度的建立,没有规范审查制度就没有真正的规范等级制度,因而也谈不上法律至上。

2. 强化司法地方保护主义。近年来,司法地方保护主义愈演愈烈是不争的事实。这一顽症属“复因决定”现象,重要原因之一便是缺乏规范审查制度。权力同时包含着责任,反过来,无权力也就不存在与权力相关的责任。如前所述,缺乏司法规范审查制度约束的法官更倾向于适用下级规范、甚至只能适用下级规范,这无疑给地方保护主义提供了有力的制度保障。

3. 降低司法权威。从前述两案可以看到,无规范审查权的司法对司法权威的影响来自多方面。首先,适用下位规范会招来地方保护、媚上等恶名,即使适用下位规范是合理的,也因没有经过规范选择的辩论程序,其合法性容易受到质疑。其次,适用上级规范则面临判决被撤销的危险,如此则司法权威赖以建立的根基——司法判决的终局性——被动摇。

4. 外部干预司法的社会压力增大。缺乏司法规范审查制度,在规范冲突的场合,事实上将规范选择权交给了司法外权力,这对司法独立构成冲击。应当指出,长期以来人们将司法独立视为资产阶级的货色,这是人治的法观念之一。在法治已经入宪的今天,司法独立应当正名。司法独立原则历来为社会主义宪法所确认。作为所有社会主义国家宪法蓝本的苏联1936年宪法第112条规定:“法官独立,只服法律。”历来被视为“社会主义明灯”的阿尔巴尼亚民主人民共和国1976年宪法第172条也规定:“法官只服从法律。”现行《朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》第140条规定:“法院独立进行审判,彻底依据法律进行审判活动。”波兰1952年宪法第52条、匈牙利1972年宪法第50条、罗马尼亚社会主义共和国宪法(1975年)第111条、南斯拉夫社会主义联邦共和国宪法(1974年)第219条、蒙古人民共和国宪法(1960年)第71条、越南社会主义共和国宪法(1980年)第131条、保加利亚人民共和国宪法第129条、民主德国宪法第96条、捷克斯洛伐克社会主义共和国宪法(1960年)第102条等,均有明确规定。^⑨我国1954年宪法第78条也明确规定:“人民法院独立进行审判,只服从法律。”只是在以阶段斗争为纲思想指导下制定的1975年宪法中才删去司法独立的规定。未能彻底摆脱极左思潮影响的1978年宪法步1975年宪法后尘。现行《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”此条规定较之极左思潮影响下的两部宪法而言无疑是历史的进步,但是这里采取的是“列举性”规定,离其他社会主义国家宪法和

我国 1954 年宪法的概括式规定仍有一定距离,这是时代使然。也正是《宪法》这条“列举性”的干预排除,给外界干预司法造成了不应有的空间,也使人们至今对司法独立疑虑重重。因此,笔者建议对《宪法》第 126 条进行修改,以确定司法独立原则的宪法位阶。最好的选择是回到苏联 1936 年宪法第 112 条之规定。

5. 有损人民代表大会制度建设。人民代表大会制度不仅指人民代表大会的会议及机关组织,而是指我国的以人民代表大会为主体的国家政治制度,包括人大、政府、法院、检察院等国家机关组织系统及其活动的规范。我国的人代会制度以机构分设、职权分享为主要内容。如果法院不能独立审判,法院的审判活动最终要人大确认,那么就破坏了人大制度的基本原则,不但人大制度无法进一步向法治国家制度发展,就连正常运转也难以保证。

6. 损害法律的确定性,最终人权难以保障。如果没有规范审查制度,立法者(含行政规章制定者)因缺乏司法牵制,法官在司法过程中就有较大的自由;同时,由于司法的终局性受到损害,这就在司法过程中增加了法律的非确定性。法律的非确定性程度越高,对人权损害的可能性越大。特别是对于行政法规、规章的创制、执行、裁判而言,由于行政机关是立法者又是执行者,如果再加上过多的“行政终局裁决”,就使行政机关成了集立法、行政和司法于一身的机关。在这样的权力者面前,单个的人显得何等渺小是不言而喻的了。

注释:

① 参见《民主与法制画报》,1999 年 9 月 17 日。

② 指上述条款赋予产品质量监督管理部门对维修者的行政处罚权不符合《行政处罚法》。

③ 参见《北京青年报》,2000 年 10 月 27 日。

④ 人们可能会说,依据《行政诉讼法》第 53 条之规定,法院可对规章性文件进行审查,因为他们只是审案的“参照”而非依据。这是误解,从该条第 2 款的规定可知,法院只能就规章性文件间的不一致提请“最高人民法院作出解释或者裁决”,而不是解决不同位阶的法律效力冲突这一实质性问题。至于甘肃省人大提出的解决方法——“如果认为某一地方性法规与法律、行政法规、地方性法规相抵触或矛盾,应当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”,也缺乏法律依据。且与审判独立原则相悖。在司法实践中,有些大胆的法院将此类文件视为具体行政行为的结果而予以审查,这种做法的出发点是好的,但是在法理上似乎也难以成立。

⑤ 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 73 页。

⑥ 其原因在于,法官更熟悉法律业务。更为重要的是,作出下位法违法的裁决的风险很大,没有他认可的“绝对把握”,法官决不会作出此类裁决。

⑦ 就案二来说,《甘肃省产品质量监督管理条例》第 13 条、第 30 条的合法性是可以研究的。该法规第 1 条明列的立法依据是《产品质量法》,而《产品质量法》规范的“产品”并不包括该法规第 13 条所规范的“修理的产品”。只有当“修理的产品”属《产品质量法》规范的“产品”时,才能适用《产品质量法》的条款与精神。该法规第 30 条则对“修理民事法律关系”的一方处以行政处罚,则更是违反了《行政处罚法》。这种将民事关系与行政关系相混的立法是造成本案混淆民事和行政两个法律关系(马玉琴与惠宝公司的民事纠纷、技术监督局与惠宝公司的行政纠纷)并在同一法律文书中加以裁判的重要原因。这种做法在各地方法规规章中不同程度地存在,应当引起学界重视。就案二而言,还有其他法律问题,例如,适用上述条例第 30 条要求惠宝公司赔偿马玉琴经济损失亦属不当,因为依据的法条是“行政处罚”,而法律结果却是民事赔偿。这些不属于本文讨论范围。

⑧ 事实上,在人大系统内可能是 7 级甚至 8 级,因为一级人大及其人大常委会其实分别构成两级,《地方组织法》第 8 条第 10 项之规定即是证明。

⑨ 所不同的是,这些社会主义宪法大都规定的是“法官”或“审判员”独立,而非“法院独立”;且均为概括性规定,而非列举性规定。

责任编辑 童之伟