

## 论“不予适用”：一种消极的司法审查

——以《行政诉讼法》第 63 条和 64 条为中心的考察

马得华

---

**内容提要：**基于法的位阶理论和“上位法优于下位法”适用规则，可以对新《行政诉讼法》第 63 条和 64 条作出全新解释，提出“不予适用”模式，法院可以在个案中拒绝适用抵触上位法的下位法，但不撤销或改变下位法。“不予适用”是一种消极的司法审查，只具有个案效力，不会侵犯备案审查机关的权力。法院不但可以不予适用规范性文件，而且可以不予适用抵触上位法的规章、地方性法规和行政法规。司法实践中地方法院处理上下位法冲突时没有完全遵循“不予适用”模式，而最高人民法院的批复尤其是指导性案例 5 实质上支持“不予适用”模式。“不予适用”模式也有边界，法院无权不予适用法律，应尽可能对法律作合宪性解释。

**关键词：**依据 参照 不予适用 司法审查 备案审查

马得华，山东大学法学院讲师。

---

### 引 言

新《行政诉讼法》首次明确规定了公民对规范性文件的附带审查请求权和法院审查判断权。其第 53 条规定，公民认为具体行政行为依据的规范性文件不合法的，可以一并请求法院对该规范性文件进行审查；第 64 条规定，法院经审查认为规范性文件不合法的，不把规范性文件作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。与旧《行政诉讼法》相比，这两个条款是巨大的进步，但是由于第 53 条明确排除了规章，因此似乎可以得出这样的解释：法院只有权不予适用规范性文件，无权不予适用规章，遑论地方性法规和行政法规。本文认为这一解释是错误的，它误将公民请求审查的范围等同于法院适用法律的规则，其实它们是两回事。公民有无权利请求法院审查规章和法规是一回事，

法院有无职权审查规章和法规是另外一回事。

法院适用法律的规则体现为《立法法》第五章“适用与备案审查”和《行政诉讼法》第七章“审理和判决”。《立法法》只规定了法的效力位阶,却没有明确规定“下位法的规定抵触上位法规定的,应当适用上位法”。而《行政诉讼法》将规章规定为参照,将地方性法规和行政法规规定为依据,似乎它们不可被审查和不予适用。新《行政诉讼法》关于审查规范性文件的规定再次加深了这种印象。本文认为,法的效力等级隐含了“上位法优于下位法”的适用规则,当下位法抵触上位法之时,法院有权不予适用抵触上位法的下位法,这一职权是审判权必然隐含的权力,不以当事人请求审查为前提,也无需中止案件的审理或向有关机关请示。

## 一 “不予适用”模式及其特点

实践中,不但具体行政行为可能侵犯公民合法权益,抽象行政行为特别是数量众多的规范性文件也会侵犯公民合法权益。由于规范性文件具有反复适用的普遍效力,因此,其带来的侵害比具体行政行为尤甚。多年来,行政法学界一直主张将规范性文件纳入法院的受案范围。新《行政诉讼法》允许公民在提起行政诉讼的同时一并请求法院审查规范性文件,回应了学者的诉求,保持了与《行政复议法》的一致性。从性质上看,它属于附带性审查,只能在对具体行政行为提起诉讼的同时一并请求审查,不允许公民直接就规范性文件提起行政诉讼。同时,新《行政诉讼法》还明确允许法院审查规范性文件的合法性,不把非法的规范性文件作为行政行为合法的依据,并可向制定机关提出处理建议。

本文以法院审查规范性文件并拒绝适用的规定为基础提出“不予适用”模式,主张法院有权审查各类规范,对抵触上位法的下位法不予适用,不但可以对规范性文件进行审查并不予适用,也可以对规章、地方性法规和行政法规进行审查并不予适用。不予适用只具有个案效力、不具有一般效力,法院无权撤销或改变下位法,从而属于消极的、有限的司法审查。

基于讨论的必要,本文首先澄清两个可能的误解。第一个误解是,只有规范性文件、规章、地方性法规、行政法规等进入法院的受案范围,或者法律明确规定可以附带性审查,它们才可以被审查并不予适用,否则法院无权审查并不予适用。这一观点误解了行政诉讼的“受案范围”和“法律适用”。从《行政诉讼法》的结构来看,第二章规定“受案范围”,第七章规定“审理和判决”。采用结构解释的方法,“受案范围”解决的是法院可以受理哪些案件的问题,“审理和判决”解决的是法院如何适用法律规范的问题,它们是两回事。<sup>[1]</sup>即使法律在受案范围部分没有明确规定可以附带性审查规范性文件,法院也可以依职权审查规范性文件并不予适用。因此,新《行政诉讼法》与其说使法院获得了审查并不予适用规范性文件的权力,倒不如说使公民获得了请求法院审查规范性文件的权利。法院基于法律适用规则本来就有权审查规范性文件,此次修改只不过将这一隐含的权力明确表达出来。

[1] 参见强世功著:《立法者的法理学》,三联书店2007年版,第182-185页。

事实上,最高人民法院早已要求各级人民法院审查规范性文件。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000)第62条第2款规定:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”请注意,规范性文件只有“合法有效”才可以被引用,而法院只有首先进行审查才可以判断规范性文件是否合法有效。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》规定,“规范性文件不是正式的法律渊源,对法院不具有法律规范意义上的约束力。但是,人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的,在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力”,而且法院还可以在裁判理由中对“规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述”。与四年前的规定相比,最高人民法院的要求更加明确和强硬,它首先原则上否定规范性文件对法院的约束力,然后允许法院对规范性文件进行审查,只有经审查认为合法合理的才承认其效力。可以说,法院对规范性文件的立场是原则上不予适用,例外情况下可以适用。2015年最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,第21条规定:“规范性文件不合法的,人民法院不作为认定行政行为合法的依据,并在裁判理由中予以阐明。”如果说最高人民法院2004年的规定明确允许法院审查并引用合法有效的规范性文件,其中隐含了法院不予适用不合法的规范性文件的权力,那么2015年的司法解释则将这一隐含的权力更加明确地表达出来。

第二个误解是,《行政诉讼法》将规章规定为审判的参照,将地方性法规和行政法规规定为审判的依据,而规范性文件既不是参照也不是依据,因此,法院只能对规范性文件不予适用,而不能对前三类规范不予适用。本文认为,《立法法》规定的法的位阶制度为法院审查规章、地方性法规和行政法规提供了制度基础,法院据此有权不予适用上述各类规范。《立法法》第87条至95条对各类规范的效力进行了规定。但是,《立法法》的一大遗憾是没有明确规定“下位法的规定抵触上位法规定的,适用上位法的规定”。作为对比,《立法法》第92条规定同一机关制定的“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”。这两条适用规则可以简化为法理学中所说的“特别法优于一般法”和“新法优于旧法”。如果《立法法》明确规定“行政法规、地方性法规的规定抵触法律规定的,适用法律的规定”,或者更一般地规定“下位法的规定抵触上位法规定的,适用上位法的规定”,也许法院会更加名正言顺地审查规章、地方性法规和行政法规。《立法法》没有明确规定这一适用规则,不意味着法院没有权力适用这一规则,法的位阶制度隐含了法院审查和不予适用下位法的权力。

应当注意的是,《立法法》并非没有考虑到下位法抵触上位法的情形,也提供了处理机制,即备案审查制度,由全国人大常委会撤销抵触法律的行政法规和地方性法规,并允许有权机关提出审查要求和其他主体提出审查建议。但是,遗憾的是,全国人大代表人数多、会期短,缺乏备案审查的专业人才,全国人大常委会同样受制于上述因素,所以无法对法规进行全面彻底的审查,只能有选择性地进行。<sup>[2]</sup>这就带来地方性法规和行政法规抵

[2] 参见乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第311页。

触上位法但未被撤销的风险。

尽管《立法法》没有明确规定“上位法优于下位法”，只是规定“上位法的效力高于下位法”，但是笔者认为，后者隐含了前者，难道让法院适用抵触上位法的下位法？何况《立法法》也没有明确规定当下位法抵触上位法时法院应当中止案件的审理等待其他主体进行裁决，只有同位阶的规范之间不一致并且不能确定如何适用时法院才需要中止案件审理。事实上，法院拥有专业化的知识，又有双方的辩论和说理，更适于担当发现和审查法规抵触法律的角色。如果抵触法律的规章、地方性法规和行政法规未被撤销，法院可以在审查之后不予适用，向这些规范的制定机关提出司法建议，也可以通过最高人民法院向全国人大常委会提出审查要求，这些规范的最终命运留待《立法法》规定的备案审查制度决定。

事实上，“参照”规章本来就隐含了审查和不予适用的权力，而“依据”也并非绝对安全的，根据“上位法优于下位法”的适用规则，法院也有权审查并不予适用抵触上位法的地方性法规和行政法规。从而，“参照”与“依据”之间的区分已没有绝对意义。当然，规范性文件与规章、地方性法规、行政法规在不予适用方面存在明显的区别。制定规范性文件属于行政行为，制定地方性法规和行政法规属于立法行为，而制定规章属于“准立法行为”。因此，对它们的审查也应有所不同。另外，对规范性文件的审查和不予适用法律已有明确规定，对规章、地方性法规和行政法规，法律没有明确赋予公民提出审查请求的权利。但是，根据前文提到的“受案范围”与“法律适用”的分离，法院有权根据“上位法优于下位法”的法律适用规则审查规章、地方性法规和行政法规是否符合上位法并决定是否不予适用，只是公民无权就它们提出审查的请求。

综上，本文提出的“不予适用”模式，与备案审查机关的撤销或改变模式一起，构成我国二元违法审查模式。<sup>〔3〕</sup>前者可称作法院“不予适用”模式，后者可称作备案审查模式。

首先，从性质上看，法院“不予适用”模式属于消极的司法审查，奉行“不告不理”原则，只有当事人提起诉讼涉及到上下位法规定不一致时，法院才会审查下位法是否抵触上位法；备案审查模式既包括被动审查，也包括主动审查，主动审查不以审查请求或审查建议的存在为前提。

其次，从行为处理上看，法院对于抵触上位法的下位法只是不予适用，而不撤销或改变下位法，有学者将此特点称作“选择适用”。<sup>〔4〕</sup>如果予以细致分析，可以类型化为“不予适用下位法”与“选择适用上位法”，前者只是消极地不予适用下位法，后者则是积极地选择适用上位法。本文之所以没有将“不予适用”模式称作选择适用，是因为当下位法抵触上位法时，法院不是选不选择的问题，而是应当、必须适用上位法。因此，“不予适用”模式也可称作“应当适用上位法”模式。备案审查模式则是否定下位法的资格，消灭其效力或改变其内容。

〔3〕 强世功也提出二元审查模式，即司法审查模式和立法审查模式，他主要是从主体进行划分。这一区分的不足是备案审查并非只由立法机关进行，行政机关例如国务院也可以进行审查。因此，本文选择使用备案审查模式。详见强世功著：《立法者的法理学》，三联书店2007年版，第190-196页。

〔4〕 参见孔祥俊：《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。

最后,从法律效力看,“不予适用”模式只具个案效力,仅对本案有效,下位法并不丧失约束力,在其他案件中法院仍有可能适用下位法;备案审查模式则具有抽象的、一般的效力,下位法将失去约束力。

“不予适用”模式和备案审查模式也有共性,有共同的审查标准。关于“下位法与上位法规定不一致”的标准,散见于我国《宪法》、《地方组织法》、《立法法》和《监督法》。具体来说,对于行政法规,全国人大常委会可撤销同宪法、法律“相抵触”的行政法规;对于地方性法规,全国人大常委会可撤销同宪法、法律和行政法规“相抵触”的地方性法规,同样采“不抵触”标准;对于规章,国务院可撤销或改变“不适当”的部门规章和地方政府规章,可称作“不适当”标准;对于规范性文件,采用的也是“不适当”标准。因此,概括地说,我国备案审查机制根据权力主体(人大与政府)、权力性质(立法权与行政权)和权力高低(上下级人大、上下级政府)的不同,按照行政法规、地方性法规和规章、规范性文件两种不同类型采用了双重标准,行政法规和地方性法规采用“不抵触”标准,也即合法性原则,审查力度较浅(宽松审查);规章和规范性文件,采用“不适当”标准,不但审查合法性也审查合理性,审查力度较深(严格审查)。“不予适用”模式可以参照上述标准,对不同类型的规范采用不同的审查标准,判断下位法是否抵触上位法,并决定是否不予适用下位法。法院对于行政法规和地方性法规也应采用宽松标准,给予高度尊重;对于规章和规范性文件采用严格标准,给予低度尊重。

法院“不予适用”模式与备案审查模式可以形成良性互动。基于司法活动的专业性,法院可以在个案中审查下位法并不予适用,同时可以向制定机关提出处理建议,从而启动备案审查模式。备案审查机关可以一般性地、终局性地消灭抵触上位法的下位法的效力,维护法制统一。

## 二 规章、地方性法规、行政法规的不予适用

### (一)“参照”规章与不予适用

规章也可以不予适用,但它与规范性文件的不予适用存在明显区别。《行政诉讼法》修改过程中,不少学者建议,法院可以一并审查规章和规范性文件,但是,立法者考虑到规章在《立法法》中已有规定,其存在的问题可由备案审查制度解决,因此新《行政诉讼法》未规定公民可以一并请求审查规章。<sup>[5]</sup>但是,公民无权请求法院审查规章和法院依职权审查规章是两回事,法院可以基于“上位法优于下位法”的适用规则审查规章是否合法、有效并决定是否适用。

首先,规章虽然规定在《立法法》中,但是它的地位并不稳固。2000年《立法法》制定之时,规章是否可以规定在《立法法》中就存在巨大的争议。不少学者认为制定规章属于抽象行政行为,不是立法,不应当规定在《立法法》中。也有学者认为,规章在实践中起到了规范作用,应当规定在《立法法》中。<sup>[6]</sup>最终,《立法法》采用了折衷的方法,规定法律、

[5] 参见袁杰主编:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第146页。

[6] 参见乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》,中国民主法制出版社2008年修订版,第278页。

行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的立改废“适用本法”，而规章的立改废“依照本法的有关规定执行”。可见，《立法法》对规章和法律法规进行了有意的区分，采用了双重标准，规章准确的定位应是“准法”。应当注意，立法者之所以将规章规定在《立法法》中，不是为了将规章提高到与法律、行政法规等并列的地位，而是为了解决规章在现实中存在的诸种问题。事实上，认为备案审查可以解决规章存在的问题过于乐观了。一方面，备案审查机关存在队伍建设不充分、“案多人少”的现实困难；另一方面，在没有诉讼的前提下抽象地审查规章是否违法具有相当的难度，必然事倍功半。

其次，“参照”规章本身就隐含了审查和不予适用。旧《行政诉讼法》对规章和法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例作了区分，将规章规定为行政审判的“参照”，将法律、行政法规、地方性法规规定为“依据”。什么是依据，什么是参照呢？立法者选择语词一定有其目的，不会随意选择。因此，需要考虑立法者意图。王汉斌在关于《中华人民共和国行政诉讼法（草案）的说明》中指出，关于规章是否作为裁判依据，存在正反两种观点，争论不下，最终决定：“对符合法律、行政法规规定的规章，法院要参照适用，对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章，法院可以有灵活处理的余地。”<sup>〔7〕</sup>但是，用“灵活处理的余地”解释“参照”只是用一个不确定概念解释另外一个不确定概念，并没有让我们理解参照的确切含义。当然，王汉斌的说明也有一定的指导作用：只有符合上位法的规章才可以参照适用，而法院只有经过审查才可以作出判断，而且，可以解读出隐含的含义——不符合上位法的规章不能适用，因为如果还要适用，那就与依据没有区别了。罗豪才也认为，“参照”不同于“依据”，其本身包含着一种授权，法院可以适用，也可以不适用，“这实质上是对抽象行政行为的间接审查……赋予了人民法院对是否适用规章以一定限度的裁量权。”<sup>〔8〕</sup>江必新也认为，参照规章意味着法院有权审查规章的合法性，法院无权撤销或改变规章，但可以拒绝适用不合法的规章。<sup>〔9〕</sup>因此，参照规章隐含着法院审查和判断规章是否合法有效并决定是否适用的权力。

综上所述，所谓“参照”规章就是可以适用，也可以不予适用，如果“参照”不包括不予适用，那么就没有必要区分参照和依据了，规章就成为依据了；也没有必要区分合法有效的规章和不合法的规章了，应当所有规章都要适用。所以，尽管《行政诉讼法》把规章作为行政审判的“参照”，即法院的审查标准之一，但是，这一标准本身也是可以法院审查的，只有合法有效的规章才可以适用，不合法有效的规章法院可以不予适用。

## （二）“依据”地方性法规与不予适用

“参照”与“依据”的对比表明，“参照”隐含着法院审查和不予适用规章的权力。那么，“依据”就是安全的吗？地方性法规和行政法规如果与法律相抵触，法院还要将其作为行政审判的“依据”吗？法院是否应当首先审查地方性法规和行政法规是否与法律相抵触并可以不予适用与法律抵触的地方性法规和行政法规？如前所述，法的效力等级和“上位法优于下位法”为法院审查和不予适用行政法规和地方性法提供了制度基础。因

〔7〕 王汉斌著：《社会主义民主法制文集》（下），中国民主法制出版社2012年版，第320页。

〔8〕 罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》，北京大学出版社2006年第二版，第486页。

〔9〕 参见江必新：《试论人民法院审理行政案件如何参照规章》，《中国法学》1989年第6期，第19页。

此,“参照”与“依据”之间的区分也就不存在了。

并非所有学者都主张法院可以审查地方性法规。例如,章剑生教授尽管认为法院可以审查行政法规,但是反对法院审查地方性法规。这一观点的基本立场是:同级法院由同级人大产生并需向同级人大负责,法院无权审查同级人大制定的地方性法规。<sup>[10]</sup> 在实践中,法院对地方性法规的审查常常招致人大的强烈反应。例如,河南沁阳法院曾经在一起案件中认为《河南省产品质量监督条例》与《行政处罚法》的规定不一致,从而不予适用《河南省产品质量监督条例》而适用《行政处罚法》。河南人大专门召开主任会议指出:“沁阳市法院在判决书中公然认定地方性法规违法、无效,这不是一个小问题,这是涉及我国根本政治制度的大问题……对于沁阳市人民法院的这种做法,倘若听之任之,后果将不堪设想。”<sup>[11]</sup>

本文将地方法院审查地方性法规难题称为中国的“反多数难题”。所谓“反多数难题”,是美国学者对司法审查正当性的追问,即非由选举产生也不对选民负责的大法官为何有权推翻议会制定的法律。无数美国学者皓首穷经试图解决这一难题。在中国,这一难题更难回答。毕竟,美国法院不需要对国会负责,而在中国,法院不但由人大产生还要对人大负责。那么,中国法院审查人大制定的地方性法规的正当性何在呢?暂不考虑最高人民法院审查全国人大及其常委会制定法律的问题,这属于宪法司法化的问题,本文关注地方各级人民法院审查地方性法规的问题。本文认为,法院审查地方性法规的根本理由是法制统一原则以及“上位法优于下位法”。当下位法的规定抵触上位法的规定时,法院应当适用上位法的规定,排除下位法的适用。这并不是说同级法院高于同级人大,而是说全国人大高于地方人大,法律的效力高于地方性法规。这不但没有违反人民代表大会制度,相反,这是拥护和支持人民代表大会制度的体现。地方人大及其常委会也不得违反全国人大或者全国人大常委会制定的法律。

当下,法院审查地方性法规又有了两个新的背景,正当性变得更强。背景之一是地方立法权“下放”,2015年《立法法》修改赋予设区的市地方立法权。《立法法》修改前,只有49个较大的市拥有地方立法权;《立法法》修改后,又有235个设区的市获得地方立法权。<sup>[12]</sup> 尽管《立法法》将设区的市的立法权限定在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”三个领域的事项,并规定这些立法需要经过省、自治区的人大常委会的批准,但是这些预防性程序并不能保证地方立法不抵触法律和行政法规。从49个市到284个市,地方立法权的急剧扩容对法制统一带来了极大的风险。传统的备案审查无法从容地确保法制统一,应当强化司法对地方性法规的审查,通过司法维护法制统一。

背景之二是司法权“上收”。本轮司法改革的一个重要理论支撑是把司法权作为中央事权,目的是“去地方化”,防止司法地方主义。“我国是单一制国家,司法权从根本上

[10] 参见章剑生:《依法审判中的“行政法规”——以〈行政诉讼法〉第52条第1句为分析对象》,《华东政法大学学报》2012年第2期,第128页。

[11] 转引自自南、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。

[12] 参见乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第311页。

说是中央事权。各地法院不是地方的法院,而是国家设在地方代表国家行使审判权的法院。”<sup>[13]</sup>司法权是中央事权,而不是地方事权,这一定性解决了地方法院必须服从地方性法规的问题,为地方法院审查并不予适用地方性法规扫清了障碍。如果地方法院必须服从地方性法规,那么,可能的后果是架空全国人大及其常委会制定的法律、破坏法制统一。推动省以下法院人财物统一管理,将法院与地方适当分离,为法院独立行使审判权只服从法律创造了条件,也为法院审查地方性法规创造了条件。

### (三)“依据”行政法规与不予适用

《行政诉讼法》明确规定法院审判行政案件依据行政法规,似乎法院没有不予适用行政法规的空间。从司法实践来看,法院也鲜有审查并不予适用行政法规的案例。例如,《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》长期以来被认为与《宪法》和《立法法》的规定不一致,但是法院几乎从未在审判中不予适用。值得注意的是,的确有法院在司法实践中审查并不予适用行政法规。例如,在上海东兆化工有限公司诉上海市工商行政管理局静安分局行政处罚案中,法院认为,《安全生产法》与《危险化学品安全管理条例》规定的处以罚款的幅度不相一致,静安工商分局在作出处罚时,应适用高位阶的法律规范。<sup>[14]</sup>在本案中,法院勇敢地指出行政法规和法律之间存在不一致,并态度鲜明地认为应适用高位阶的法律,这是一个值得载入法院史册的案例,是“不予适用”模式的完美体现。

前文已述,“上位法优于下位法”是法院不予适用行政法规的一般理由。本部分将分析并回答不予适用行政法规的独特难题——国务院的职权立法。如果国务院的立法权限可以不以法律为前提,那么,它就不存在抵触法律问题,从而法院无法不予适用。

国务院制定行政法规与部委制定规章不同,规章必须有上位法依据,遵循“依据”原则,是否与上位法抵触相对而言明显一些。国务院制定行政法规既可以遵循“依据”原则,还可以在职权范围内制定,此时判断行政法规是否与法律相抵触就有一定的难度。《宪法》第89条规定了国务院的职权范围及“根据宪法和法律”“制定行政法规”的权力。《立法法》对《宪法》第89条进行了细化。学界常常争论国务院制定行政法规的权限,或采“依据说”,或采“职权说”。根据全国人大常委会法工委乔晓阳对2000年《立法法》和2015年修改的《立法法》的说明可以看出,立法者最终采用了折衷模式,因为“依据说”失之于窄,“职权说”失之于宽。折衷模式一方面认为,行政法规可以对法律进行细化,此时以法律存在为前提;另一方面认为,行政法规还可以在职权范围内立法,此时不需要以相关法律存在为前提。<sup>[15]</sup>这时,如何判断行政法规是否抵触法律呢?

首先,即使行政法规的“依据”原则可以做更加宽泛的解释也不得抵触法律,因为法律的效力高于行政法规。另外,专属立法权也对行政法规进行了限制。如果国务院在职

[13] 人民日报评论员:《加快深入司法体制改革——五论深入学习贯彻习近平同志在中央政法工作会议重要讲话》,《人民日报》2014年1月22日第2版。

[14] 转引自章剑生:《依法审判中的“行政法规”——以〈行政诉讼法〉第52条第1句为分析对象》,《华东政法大学学报》2012年第2期,第125页。

[15] 参见乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》,中国民主法制出版社2008年修订版,第220-221页。更深刻的讨论可参见王建学:《国务院的立法权之争》,载韩大元主编:《共和国六十年法学论证实录》(宪法卷),厦门大学出版社2009年版,第305-324页。



权范围内的立法涉及到全国人大及其常委会的专属立法权,那么除非存在全国人大或其常委会的授权,否则行政法规是无效的。即使与专属立法权无关,国务院也只能就行政管理事项制定行政法规,不得抵触法律的相关规定,尤其是不得违反法律的目的和原则。抵触常常被狭义地理解为与上位法的具体规定不一致,事实上,从各国司法审查经验来看,原则和目的才应当是审查的主要标准。例如,美国联邦最高法院多以“正当程序原则”和“平等保护原则”为标准宣布国会立法无效。

其次,人民代表大会制度表明,法院无需向政府负责。《宪法》第3条第3款规定:“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”可见,法院和行政机关均由人大产生并向人大负责,法院不需要向行政机关负责。行政机关制定的行政法规、行政规章和行政规定,不具有也不可能具有约束法院的效力。<sup>[16]</sup>如果国务院制定的行政法规对法院具有当然的约束力,法院必须按照行政法规裁决案件,那么司法权就相当于向行政权负责了,《行政诉讼法》立法目的之“监督行政”就成为空话。

最后,不妨重新理解《宪法》第126条“法院依照法律规定独立行使审判权”的规定。这一规定源于1954年《宪法》第78条“人民法院独立进行审判,只服从法律”。从1954年《宪法》文本整体脉络来看,这里的“法律”是狭义上的法律,不包括行政法规、地方性法规。因为1954年《宪法》明确规定全国人大是唯一立法机关,有权制定法律;全国人大常委会无权制定法律,只能制定法令;国务院根据宪法和法律规定行政措施。必须假定制宪者是在同一个意义上使用“法律”这一概念的,它不包含法令和行政措施,否则整个《宪法》文本就将面临逻辑混乱。因此,1954年《宪法》第78条的解释结果是,法院只服从“法律”——狭义的法律。从1954年《宪法》到1982年《宪法》,国家立法权发生了重大的变化。鉴于全国人大代表人数众多、会期短,无法完成立法工作,《宪法》开始赋予全国人大常委会立法权,同时赋予国务院根据宪法和法律制定行政法规的权力。可见,即使是1982《宪法》也明确区分了法律和行政法规,两者不是同一概念。因此,有理由认为,《宪法》第126条的规定是指法院依照狭义的法律规定独立行使审判权,不包括行政法规。《行政诉讼法》将行政法规作为审判依据甚至有与宪法不一致的嫌疑。<sup>[17]</sup>

### 三 地方法院的选择与规避

面对下位法与上位法的抵触或者冲突,地方法院是如何实践的呢?本文将法院的实践大体上分为三种类型:一是中止案件审理,等待有关机关裁决;二是决定适用上位法并宣布下位法无效;三是适用上位法但不宣布下位法无效。<sup>[18]</sup>第一种类型属于法院诉诸外

[16] 参见蒋惠岭:《司法学视角下的新行政诉讼法述评》,《法律适用》2015年第2期,第64页。

[17] 参见刘松山著:《宪法监督与司法改革》,知识产权出版社2015年版,第194页。

[18] 黄金荣对地方法院处理上下位法冲突进行了精致的类型化处理。他将地方法院的处理分为四种类型。其中第一种和第四种类型属于法院直接适用抵触上位法的下位法,本文没有讨论,因为它们属于法律适用错误,在现实中存在但不值得提倡。第二种类型和第三种类型本文已有论述,并对第二种类型作了更加细致的分类。参见黄金荣:《法院对上下位法冲突处理规则的适用及其限度》,《环球法律评论》2016年第2期,第21-24页。

在权威决定法律的含义和适用,从法院独立行使审判权来看,法院应当自己决定法律适用问题而不能等待其他主体来确定。如果法院一遇到疑难案件就报请有关机关裁决,那将大大加重其他机关特别是人大的工作强度,拖延案件审判并有逃脱审判责任的嫌疑。即使一审法院错误地适用了法律,天也塌不下来,还可以由二审法院或者启动再审程序来纠正。第二种和第三种类型在实践中存在较多,是本文关注的重点。第二种类型是法院直接宣布下位法抵触上位法或者无效,可以描述为“自己决定,大胆表述”。这常常引起人大的激烈反对,近年来已经出现多个这样的案例,本文将选取两个典型案例进行分析。第三种类型是更加普遍的做法,法院直接适用上位法但不宣布下位法无效,也不指出下位法违反或者抵触上位法,这种做法可以描述为“自己决定,小心表述”。法院的策略情有可原,既保全了人大的面子又保证了法官自身的安全,但是却不符合法院判决书加强说理的要求,不利于当事人了解胜诉或者败诉的理由,也不利于上级人民法院的监督。

### (一) 法院“自行决定,大胆表述”

1998年,甘肃酒泉中院在一起行政案件中判决:《甘肃省产品质量监督管理条例》“有悖于”《行政处罚法》的规定,“不能作为处罚的依据”。这一大胆表述引发甘肃人大强烈反应,被指责“是一起全国罕见的审判机关在审判中的严重违法事件”,“根本无权超越审判职权,认定已经生效的法律、行政法规、地方性法规无效”。<sup>[19]</sup> 甘肃人大的理由是,地方性法规是行政诉讼的依据,法院只能予以适用而不能审查其合法性。前文已述,当作为依据的地方性法规与法律或者行政法规抵触或者冲突时,法院应当适用上位法而不能适用地方性法规。尽管酒泉中院在本案中使用的语言是下位法“有悖于”上位法和“不能作为处罚的依据”等并不明显刺激和挑衅的语言(与法官回避处理下位法相比,属于大胆表述),但依然引发甘肃人大的强烈反应。报纸在报道该案的时候使用的标题是“法院岂可非议人大法规”,<sup>[20]</sup>恰好反映了法院在处理下位法违反上位法时面临的窘境。

另外一起典型案件是河南洛阳种子案,本案被称作“2003年末最热点法治事件”。李慧娟法官在判决书中宣布,《河南省农作物种子管理条例》作为法律位阶较低的地方性法规,其与《种子法》相冲突的条款“自然无效”。这一表述给李慧娟本人及所在的洛阳中院带来巨大的麻烦,河南省人大常委会办公厅要求省法院对洛阳中院作出严肃处理,洛阳中院也拟撤销李慧娟的审判长职务、免去其助理审判员资格。洛阳中院院长王伯勋认为,法官宣布地方性法规无效是“不妥的”,法官应当“直接适用上位法,对法律冲突予以适当回避”。<sup>[21]</sup>

《河南省农作物种子管理条例》违反《种子法》的规定是确定无疑的,争论在于由谁来宣布或者撤销。不少学者认为应当由河南人大或者全国人大常委会予以撤销,而不应当

[19] 王宏:《法院岂可非议人大法规》,《人大建设》2001年第1期,第34页;李希琼、王宏:《法院废了人大法规?》,《中国经济时报》2000年9月4日。

[20] 当然,也有学者认为甘肃人大的做法是不合适的。姜明安针对这一新闻报道专门写作一篇小文,支持法院判决,主张法院有权适用上位法,但并未对法院是拒绝适用下位法还是可以同时宣布下位法无效作出论述。姜明安:《司法权威不立,法治焉存》,《法制日报》2000年11月5日。

[21] 参见韩俊杰:《河南李慧娟事件再起波澜》, [http://zqb.cyol.com/content/2004-02/06/content\\_813990.htm](http://zqb.cyol.com/content/2004-02/06/content_813990.htm), 最后访问日期:2016年7月18日。

由法院宣布无效和撤销。实践中的难题是,河南人大或者全国人大常委会并未撤销《河南省农作物种子管理条例》,此时法院该如何处理呢?难道法官等待相应人大予以撤销然后再作出判决?不要忘记,法律具有滞后性,全国人大及其常委会每出台一部新法或者修改一部旧法都可能会把下位法置于抵触上位法的境地。低位阶的旧法抵触高位阶的新法是常见现象,而不是例外。法院无需中止案件审理,可以在个案中不予适用抵触上位法的下位法,但无权撤销下位法。李慧娟的判决书,并未撤销下位法,仅仅使用了“自然无效”这样的表述,但此举也被认为过于大胆。

## (二)法院“自行决定,小心表述”

聪明法官的做法情有可原。法官与其他人一样都属于理性人,趋利避害是人性使然。更多的法官会像王院长所建议的那样,回避规范冲突,直接适用上位法。秘诀是“打死也不说”。这种做法足够圆滑和安全,既在实质上遵循了上位法又不会得罪下位法的制定机关,更不会给法官带来风险。但是,这种聪明的做法有巨大的弊端——除了法官自己,其他人根本不能知晓法官是否认为下位法抵触了上位法。如果李慧娟直接适用了《种子法》,不宣布《河南省农作物种子管理条例》相关条款无效甚至从头至尾不提及该条例,那么河南省人大大会做何反应呢?最大的可能是,河南省人大根本就不会知道这个案件,更不会产生后面一系列的反应;但从实质上看,河南省人大常委会的地方性法规被拒绝适用了,只是未被言明。

采用调查问卷的方式,就法官是否遇到法规冲突并如何处理进行调查,由法官自己披露主观心理是合适的研究路径。彭亚楠的研究就是这样一种尝试,他对某中级人民法院法官处理规范冲突案件进行了问卷调查,得出的结论是:法官的常规做法是“不宣布下位法无效,也不指出下位法抵触或违反上位法,也不指出下位法与上位法规定不一致,而是直接适用上位法”。他将此一常规做法描述为“自行判决”、“谨慎表述”。<sup>[22]</sup> 本文为了与前一种模型做对应,称之为“自行决定”、“小心表述”,回避处理下位法难题。法官自行决定,说明要求法官逐级请示的规定被规避了,大多数法官并没有中止案件等待裁决,而是径行适用上位法。法官之所以谨慎表述、回避宣布下位法无效,是因为立法并没有授权法院撤销抵触上位法的下位法以及法院相对于人大和政府的弱势。这是一种“温柔的抵抗”,尽管法院不大声宣布,但实质上排斥和拒绝了下位法。

综上所述,法院宣布下位法无效甚至只指出下位法与上位法冲突、抵触或者不一致都可能导致其他机关的不满,聪明的做法是直接适用上位法而不提及下位法。其实,当法院直接适用上位法时,下位法就被不予适用了,只是法院没有明确说出而已。这是一种隐形的不予适用。从实质正义看,法院直接适用上位法具有合法性,不属于法律适用错误。但是,法院不提及下位法也不说明下位法是否以及如何抵触上位法显属瑕疵。这种做法不符合法院裁判文书充分说理的要求,也不利于提高法院裁判的公信力。因此,从法院充分说理的角度来看,法院应当在裁判理由部分明确指出下位法与上位法的不一致,并决定适用

[22] 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108-121页。

上位法,不予适用下位法。

## 四 最高人民法院的暧昧立场

当地方法院面临如何处理规范冲突的时候,最高人民法院的立场是什么呢?最高人民法院有没有履行自己的职责,给予地方法院指导和帮助呢?通过梳理最高人民法院发布的解释和意见,给予地方法院的一些批复、特别是最高人民法院2012年公布的指导性案例5,可以得出这样的结论:最高人民法院一直在允许甚至鼓励地方各级人民法院适用上位法而非下位法,这一点尤其体现在指导性案例5中,符合“不予适用”模式。

### (一)关于规范冲突的司法解释

2000年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第62条第2款规定:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”法院引用合法有效的规章必然蕴含着法院审查和判断规章是否“合法有效”的权力,而且此处规章和规范性文件是同时出现的,法院也可以审查和判断规范性文件是否合法有效。新《行政诉讼法》则只明确允许法院审查和判断规范性文件是否合法有效。

2004年最高人民法院发布《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,该《纪要》规定:“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……经判断下位法与上位法相抵触的,应当依据上位法认定被诉具体行政行为的合法性。”该《纪要》尽管不是司法解释,但它对地方各级人民法院的审判实践具有重要的指导意义。它明确要求法院在下位法抵触上位法时适用上位法,这同样蕴含了法院审查和判断下位法是否抵触上位法以及不予适用下位法的权力。值得注意的是,该《纪要》不仅对“参照规章”进行了说明,还扩张到下位法抵触上位法问题。这已经超越了《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》的立场,具有普遍适用的意义。下位法已经不局限于规章了,也包括地方性法规和行政法规。

### (二)关于规范冲突的重要批复

本部分包括但未完全涵盖所有的批复,而是挑选了较为典型的两个批复。最高人民法院一个较早的批复是,1993年发给福建省高级人民法院《最高人民法院关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定的复函》。该复函认为:人民法院审理行政案件,对地方性法规的规定与法律和行政法规的规定不一致的,应当执行法律和行政法规的规定。该复函普遍性地确认了法院不予适用地方性法规的权力,具有重要的象征意义。

最高人民法院关于李慧娟案件的批复是另外一个应当大书特书的批复。当河南省人大指责洛阳市中院和李慧娟法官时,最高人民法院于2004年3月30日作出了《关于河南省汝阳县种子公司与河南省伊川县种子合同纠纷一案请示的答复》,该答复指出:人民法院在审理案件过程中,认为地方性法规与法律、行政法规的规定不一致,应当适用法律、行政法规的相关规定。在答复下发的第二日,河南省人大常委会就废止了《河南

省农作物种子管理条例》。<sup>[23]</sup> 最高人民法院的答复对于李慧娟来说无疑是雪中送炭,支持了李慧娟的实质判断。当然,这一答复并未如李慧娟在判决书中所写的下位法因为抵触上位法“自然无效”那样强硬。该答复使用的语言更为缓和——“不一致”。似乎可以从最高人民法院的答复中得出这样的结论:法官在判决书中可以表述下位法与上位法的规定“不一致”,但不能写“无效”。更为重要的是,必须认真对待最高人民法院答复的规范依据。该答复引用的是《立法法》第79条和《合同法解释》(一)。不要忘记,《合同法解释》(一)是最高人民法院自己作出的解释,因此从理论上讲,该解释并不构成该答复的强硬理由。根本性的理由是《立法法》第79条,也就是法律位阶条款,它也是《合同法解释》(一)背后的理由,根据这一条款最高人民法院要求法院应当适用法律和行政法规,排除地方性法规和规章。

### (三)指导性案例5

指导性案例制度是我国法院、检察院和公安机关为了统一下级机关对于法律的理解而产生的。最高人民法院是审判机关发布指导性案例的唯一机关,其目的是统一各级人民法院的裁判尺度,实现同案同判。2010年11月26日,最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》,根据这一规定,各级人民法院在审判类似案件的时候应当参照指导性案例。学者们对指导性案例有无效力以及效力大小依然分歧不断。但是,类似情况类似处理是正义的基本要求,各级人民法院应当比较手头案件与指导性案例,如果发现它们在重要方面具有评价的类似性,那么应当按照指导性案例的要求判决。2012年4月9日,最高人民法院发布了指导性案例5号,该案例触及到了地方法院在审判中不可避免遇到的法规冲突问题,具有重要的指导意义。

指导性案例5的基本情况是,鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司不服苏州市盐务管理局行政处罚及行政补偿,苏州金阊区法院分析后认为该案涉及《江苏省〈盐业管理条例〉实施办法》是否符合《行政许可法》和《行政处罚法》问题,于是向苏州市中级人民法院请示,苏州中院和江苏高院也认为存在法律适用问题,最终向最高人民法院请示。2011年1月17日最高人民法院作出《关于经营工业用盐是否需要办理工业盐准用证等请示的回复》。2012年4月9日,最高人民法院将该案例作为第二批指导性案例发布。该指导性案例的裁判要点有三:

要点1:盐业管理的法律、行政法规没有设定工业盐准运证的行政许可,地方性法规或者地方政府规章不能设定工业盐准运证这一新的行政许可;

要点2:盐业管理的法律、行政法规对盐业公司之外的其他企业经营盐的批发业务没有设定行政处罚,地方政府规章不能对该行为设定行政处罚;

要点3:地方政府规章违反法律规定设定许可、处罚的,人民法院在行政审判中不予适用。

应当注意,最高人民法院的《回复》与指导性案例5中的裁判要点存在重要差异。最高人民法院给江苏法院的《回复》只包括要点1和要点2,不包括要点3。要点3是最高人

[23] 参见谭平:《种子官司引发的法律风波》,《法治周末》2014年4月8日。

民法院在将该案件遴选为指导性案例时增加的,这一变化值得深思。如果说要点1和要点2是针对本案案件事实的话,要点3则具有脱离案件事实反复适用的特点。甚至可以认为,要点3才是最高人民法院想要表达的指导意见,它指导地方法院:如果地方政府规章违反法律规定设定行政许可和处罚,人民法院不予适用。这一要点既和前面提到的多个司法解释一脉相承,也和最高人民法院颁布的诸多批复一致。随着人大主导立法的逐步推进,最高人民法院应当谨慎发布司法解释和答复,应逐步过渡到通过发布指导性案例的方式指导法院不予适用抵触上位法的下位法。

指导性案例5涉及的是省级政府规章抵触法律是否适用的问题,而在要点1中,却提及地方性法规不能设定新的行政许可。这一细节值得重视,恐怕不能认为最高人民法院提及地方性法规是无心之举,它为未来法院不予适用地方性法规提供了可能。如果在另外一个案件中,某地方性法规违反法律规定设定许可和处罚的,法院就有可能参照指导性案例5排除地方性法规的适用。<sup>[24]</sup>当然,得出这一结论还有新的理由,即指导性案例5背后的理由不只是旧《行政诉讼法》第52条和第53条(即新《行政诉讼法》第63条),而是《立法法》第79条。

从该案的判决书来看,法院在判决理由部分援引了旧《行政诉讼法》第52条和第53条,以及《立法法》第79条。这两个法条分别可以得出地方政府规章不予适用的结论。第一,旧《行政诉讼法》第52条和第53条,分别规定了行政审判法律适用的“依据”和“参照”。如果以此区分作为指导性案例5的规范依据,那么只有规章才是法院不予适用的对象,法院无权对地方性法规不予适用。第二,《立法法》第79条规定了法律的位阶,如果法院的判决理由是第79条,那么当规章和地方性法规甚至行政法规抵触法律时,法院可以不予适用。换言之,法院的两个裁判理由在涉及规章时可以得出同一个结论,但是在涉及地方性法规和行政法规时,就会产生两个不同的结论。本文认为,最高人民法院的《答复》表明指导性案例5的理由主要是《立法法》第79条,从而不予适用可以适用于地方性法规和行政法规抵触法律的情形。<sup>[25]</sup>

“依据”只是要求法官在裁判案件时应当适用法律、行政法规和地方性法规而不能完全拒绝;但是,一旦作为依据的法律、行政法规和地方性法规之间存在冲突,根据上位法优于下位法的适用规则,法院应当适用上位法而非下位法。这恰恰是《立法法》第79条的规定。旧《行政诉讼法》第52条应当和《立法法》第79条结合起来理解:一般来说,法院应当适用法律、行政法规和地方性法规,但是如果行政法规或者地方性法规违反法律,那么法院应当适用法律而非行政法规或者地方性法规。此外,从法律结构来看,第79条规定在《立法法》的“适用与备案”部分,这里的适用不应当仅仅针对立法者,也应当针对法官,这是法制统一性的要求。

上述结论也得到最高人民法院的认可,最高人民法院案例指导工作办公室的耿宝建、

[24] 参见沈岷:《指导案例助推垄断改革——以指导性案例5号为分析对象》,《行政法学研究》2014年第2期,第51页。

[25] 参见张旭勇:《“不予适用”的依据与参照适用范围——最高人民法院指导案例5号评析》,《浙江社会科学》2013年第1期,第71-79页。

姚宝华共同发表的关于指导性案例5理解与适用的文章坚定地指出：法院拥有法律规范的“选择适用权”，应当按照上位法优于下位法的适用规则，判断和选择所应适用的法律规范。如果下位法的规定不符合上位法，法院原则上应当适用上位法。<sup>[26]</sup> 法律规范选择适用权属于本文所说的“不予适用”，准确地讲，选择适用并不具有“选择性”，而是必须适用上位法。

## 五 “不予适用”模式的边界：法律不能不予适用

任何理论均有其适用的语境和条件，本文提出的“不予适用”模式亦是如此。它不适用于法律违反宪法的情形。如果法院认为法律违宪，法院不得径直适用宪法、拒绝法律的适用。为此，需要重新理解《宪法》关于独立审判的规定和法学界关于宪法司法化的争论。《宪法》第126条规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权”。“依照法律”包括依照宪法吗？如果包括宪法，那么法院是否可以径直适用宪法不予适用法律？如果法院无权依照宪法裁判，而法院又必须依据法律进行裁判，那么如何解决适用法律和法律必须服从宪法的两难呢？这就涉及近年来我国法学界讨论的宪法司法化问题。

2001年的“齐玉苓案”被称作中国“宪法司法化第一案”，最高人民法院针对该案所做的《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》激发了法学界关于法院是否有权适用宪法的激烈争论。不论这一案件是否属于真正的宪法案件，也不论法院是否有权适用宪法，这一案件对于理清法院和宪法之间的关系以及宪法解释和法律解释的概念具有重要意义。有学者诉诸《宪法》第126条为法院适用宪法提供规范基础。例如，韩大元主张，只有宪法和法律才能赋予法院审判权，宪法又是审判权的首要来源，因此法院“依照法律”必然包含遵循宪法的原则。<sup>[27]</sup> 童之伟则持相反的观点，主张该条款中的“法律”不包括宪法，否则法院将拥有援引和依据宪法进行裁判的权力，而这种权力又必然以法院具有违宪审查权为前提，显然违反了我国的人民代表大会制度。<sup>[28]</sup> 刘松山也持反对立场，认为无论是1954年《宪法》的原意还是1982年《宪法》的原意都明确区分宪法和法律，《宪法》第126条中的“法律”只包含法律不包含宪法。<sup>[29]</sup> 本文认为，可以在两个维度上区分法院和宪法之间的关系，从而理解《宪法》第126条的规定，化解两方学者的对立。第一个维度是审判权来源，法院审判权的确来源于宪法的授权，难以想象没有宪法根据的审判权来源，但是，宪法是审判权的来源并不等于宪法也是法院的裁判依据；第二个维度就是裁判依据，《宪法》文本明确使用了“宪法”和“法律”两个概念，而且常常并列使用，《宪法》也将解释宪法的权力赋予全国人大常委会，因此，《宪法》第126条中的“法律”不包括宪法而只包括法律，法院无权将宪法作为审判案

[26] 耿宝建、姚宝华：《指导案例5号〈鲁潍（福建）盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案〉的理解与参照》，《人民司法》2012年第15期，第51页。

[27] 参见韩大元：《以〈宪法〉第126条为基础寻求宪法适用的共识》，《法学》2009年第3期，第6-10页。

[28] 参见童之伟：《宪法适用应依循宪法本身规定的路径》，《中国法学》2008年第6期，第22-48页。

[29] 参见刘松山著：《宪法监督与司法改革》，知识产权出版社2015年版，第187-191页。

件的依据。2008年最高人民法院废止针对“齐玉苓案”的上述批复也表明,最高人民法院无意在案件中适用宪法。

事实上,法院对宪法的适用至少可以区分为三种含义。第一种含义是违宪审查意义上的宪法适用,当事人发现据以适用的法律存在违宪嫌疑之时,请求法院判决法律违反宪法。第二种含义是作为裁判依据的宪法适用,法院依据宪法作出裁判,但不宣布法律违反宪法。第三种含义是作为裁判理由的宪法适用,法院在裁判理由部分援引宪法,功能是为适用某一法律条款提供理由,法院直接依据法律作出裁判,而不是直接依据宪法作出裁判。第一种含义的宪法适用对于我国法院来说是最遥远的,“齐玉苓案”的批复也没有依据宪法宣布法律无效。<sup>[30]</sup> 第二种含义的宪法适用对于我国来说也是相当困难的,法院无权直接依据宪法作出裁判。“齐玉苓案”的批复停止适用表明了这一点。本文主张,第三种意义上的宪法的司法适用是有存在可能的,法院无权适用宪法并不等于法院无权援引宪法。地方法院的实践也提供了佐证。在“齐玉苓案”之后,地方法院依然存在援引宪法的案例,但这些案例是在裁判理由部分援引宪法,而不是在裁判依据部分援引宪法。<sup>[31]</sup> 法院援引宪法的目的不是直接依据宪法作出判决,而仅仅是作为选择某一具体法律的理由,法院还是直接依据法律作出判决,即使在判决理由部分删除对宪法的援引也不影响法院的裁判。这种援引是一种功能有限的援引,但对于我国法院来说是一种极有价值的实践。通过援引宪法,可以让当事人感知到宪法对于保护权利的重要作用,从而树立起对宪法的尊重和信赖。它并没有排除法律的适用,相反是为了强化对法律的适用。

本文提出的“不予适用”模式,只是强调法院依据法律排除行政法规、地方性法规及规章等下位法的适用,而不包括直接依据宪法裁判排除法律的适用。理由一,《宪法》第126条中的“法律”是狭义上的,不包括宪法。理由二,法院不予适用法律的实质是对立法权的监督,而法院要对全国人大及其常委会负责。理由三,全国人大及其常委会的立法权目前并未得到充分发挥,从《立法法》的最新修改也可以看出,加强人大对立法的主导作用是一条重要原则。“我国的人大不是权力泛滥而是太疲软,在现阶段人大最需要的是扶持而不是制约。”<sup>[32]</sup> 理由四,《立法法》第99条只规定了有权主体或者其他主体可以针对行政法规和地方性法规等提出审查的要求和建议,而没有规定可以针对法律提出审查的要求和建议。因此,可以认为《宪法》和《立法法》对法律是否违宪,以及谁来审查和判断法律违宪采用了极为审慎的态度,只有全国人大可以撤销或者改变全国人大常委会制定的不适当的法律。如果最高人民法院发现确实存在法律抵触宪法的嫌疑,此时该如何呢? 本文认为,《立法法》提供了两种途径。第一种途径是,依据《立法法》第14条和26条,向全国人大或者全国人大常委会提出修改法律的议案,建议修改法律解决法律违宪问

[30] 参见强世功:《“宪法司法化”的悖论》,《中国社会科学》2003年第2期,第18-28页。强世功将“宪法司法化”区分为“违宪审查”和“司法判断”两种含义,并认为即使法院无权进行违宪审查,至少可以在没有法律和法规的情况下援引宪法以保护公民基本权利。他忽略了作为裁判理由的宪法援引。

[31] 参见邢斌文:《法院如何援用宪法——以齐案批复废止后的司法实践为中心》,《中国法律评论》2015年第1期,第127-157页。

[32] 马岭:《“齐玉苓案”批复废止“理由”析》,《法学》2009年第4期,第20页。



题;第二种途径是,依据《立法法》第45条,提请全国人大常委会解释法律,由全国人大常委会作出合乎宪法的法律解释,排除抵触宪法的法律解释。无论哪一种途径,法院都需要等待全国人大常委会修改法律或者解释法律之后再适用法律或立法解释。

法律违反宪法并非一目了然更非黑白分明。法官适用法律的时候还可以解释法律,努力获得符合宪法的解释结果。法律解释学的研究已经表明,法官在个案中对法律的理解和解释是不可避免的,法官不是孟德斯鸠所说的只是单纯说出法律的嘴巴、没有自己的意志。<sup>[33]</sup>相反,法官对法律的解释必然伴随价值判断,由于宪法是根本大法,因此无论法官得出多少种解释结果,都不得适用违反宪法的解释结果。近年来,学者们逐步从关注违宪审查意义上的司法适用转移到对法律的合宪性解释上来,希望通过合宪性解释得出符合宪法的法律解释。<sup>[34]</sup>这是一种务实和可行的转向。法律解释的最高境界,不是生硬无情地得出法律违反宪法的解释,而是通过高超技艺将法律解释得更好,只要还有可能,就要避免得出违反宪法的解释结果。只有当无论如何无法得出符合宪法的解释结果时,才可以诉诸全国人大或者全国人大常委会解释法律或者修改法律。

## 结 论

本文提出的“不予适用”模式,是一种消极的、有限的司法审查,法院只在个案中拒绝适用抵触上位法的下位法(包括行政法规、地方性法规、规章和规范性文件),而不撤销或改变它们,因此没有侵犯备案审查机关的撤销权或改变权;它不拒绝狭义的法律的适用,只是不予适用抵触法律的下位法,因此恰恰是通过司法维护法律的权威。“不予适用”模式与备案审查模式一起构成我国二元违法审查机制,共同保障法制统一。

“不予适用”模式将《立法法》中法的效力位阶隐含的“上位法优于下位法”适用规则明确表达出来。为了保障地方法院审查和不予适用抵触上位法的下位法,建议《立法法》明确规定:“规章、地方性法规、行政法规抵触上位法的,适用上位法的规定。”

“不予适用”模式对《行政诉讼法》第63条规定的“依据”与“参照”作出了重新解读。根据“上位法优于下位法”的适用规则,规章、地方性法规和行政法规在被适用前都必须经过审查,可以不予适用,从而它们都是“参照”,只有法律才是“依据”,法院不可不予适用。结合《宪法》关于法院依照法律规定独立行使审判权和三大诉讼法关于“以事实为依据,以法律为准绳”的规定,建议《行政诉讼法》第63条作如下规定:“人民法院审理行政案件,依据法律,参照行政法规、地方性法规和规章。”为贯彻“上位法优于下位法”的适用规则,建议第64条明确规定:“人民法院在审理行政案件中,经审查认为规章、地方性法规、行政法规抵触上位法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。”为鼓励公民等主体提起审查请求,建议第53条明确规定:“公民、法人或者其他组织

[33] 参见【德】考夫曼著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第73页。

[34] 参见张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,《中国法学》2008年第3期,第110-116页;黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,《中国法学》2014年第1期,第285-302页;王锴:《合宪性解释之反思》,《法学家》2015年第1期,第45-57页。

认为具体行政行为所依据的规范性文件、规章、地方性法规、行政法规抵触上位法的,在对具体行政行为提起行政诉讼时,可以一并请求对其进行审查。”

[本文为山东大学青年团队项目“中国社会主义法律体系的现状、问题和完善”(IFYT12084)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] According to the New Administrative Litigation Law, a people's court can review the legality of normative documents and refuse to apply those which it has found illegal in the review, but may not repeal or change such normative documents. Courts can review the legality of not only normative documents, but also administrative regulations, local regulations and administrative rules and refuse to apply those contradictory to upper-level laws. "Refusal to apply" is a kind of passive judicial review, which has legal effect only on individual cases and therefore does not affect the power of organs responsible for the filing and examination of normative documents. Although the Supreme Court supports the practice of "refusal to apply" in its replies to requests for instruction by lower courts and, especially, in guiding cases, local courts seldom review the legality of the administrative regulations, local regulations and administrative rules.

---

---

(责任编辑:田 夫)