

法律适用原则竞合时的司法选择

汪全胜

(山东大学 威海分校, 威海 264209)

摘要:法官在选择法律适用的规范过程中,可能会面临可以适用的两个或两个以上的法律规范,规范之间从不同的角度来讲可能存在上位法与下位法的关系,特别法与一般法的关系,以及新法与旧法的关系。如此,法官则面临不同的法律适用原则选择。在两种或两种以上法律适用原则都能够适用时,法官对法律规范的选择应遵循一定的逻辑与法理,才能做出正确的判断,并因此采纳合适的原则加以适用。

关键词:上位法优于下位法;特别法优于一般法;新法优于旧法;法律适用原则竞合

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2009)05-0010-05

在司法实践中,法官在面临两种不同的甚至是互相冲突的法律规范时该做出如何选择呢?世界各国都确立了一些司法选择的法律适用原则,如“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”、“新法优于旧法”等,我国《立法法》也明确确立了这三种原则,它不仅具有立法上的意义,更具有司法实践的价值。然而,尽管有这样的一些原则可以为法官发现法律提供标准,仍然存在一个问题:即法官所面临的两种不同的甚至相互冲突的法律规范不是单纯的适用某一种原则,可能也适合其他一种或两种原则,即法律适用原则竞合,这个时候,法官应采纳适用什么原则呢?或者说,在司法裁决时,法官对法律原则的选择适用有没有一个内在的逻辑呢?本文即是以“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”、“新法优于旧法”三个原则发生竞合时司法应做出什么样的选择进行法理探讨。

一、法律适用三原则的内涵及其关系

“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”、“新法优于旧法”是很多国家在处理法律规范冲突时的司法选择原则。

“上位法优于下位法”原则的内在含义是指法官在面临处于不同位阶的两个或两个以上不同的甚至冲突的法律规范时,一般应适用上位法而排除适用下位法。“上位法”与“下位法”是《立法法》确立的区分法律效力等级及法律位阶的两个基本范畴。“所谓法律位阶是指在统一的法律体系内,确定不同类别规范性法律文件之间效力等级与适用顺序的制度。”^[1]法律位阶范畴揭示了法律规范在整个法

律体系中的纵向地位,是确立法律效力等级制度的根本依据,处于高一层次的法律规范为上位法,反之则为下位法。不同位阶的法律规范之间构成了等级体系,高位阶的法律规范效力高,低位阶的法律规范效力低。

根据《立法法》第78~80条的规定,我国法律规范的位阶是这样的:

- (1)宪法具有最高的法律效力;
- (2)法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章;
- (3)行政法规的效力高于地方性法规、规章;
- (4)地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章;
- (5)省、自治区的人民政府制定的规章高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。对于未明确的法律规范位阶如地方性法规与自治条例、单行条例的效力等级、部门规章与地方性法规的效力等级则不适用此原则。

“特别法优于一般法”原则的内在含义是指法官在面临属于特别法(特别规定)与一般法(一般规定)的两个法律规范时,一般应适用特别法而排除适用一般法。

关于一般法(规定)和特别法(规定)的界定问题,有学者认为,“一般规定是适用于一般情况的法律规定,特别规定是法律对于特殊地区、特殊人员、特殊事项做出的专门规定。”^[2]即特别法与一般法可以从法所调整的空间范围、对象(或主体)范围以及事项范围上加以区分,也就是一般法(规定)与特别法(规定)可以从法的空间效力、属人效力以及属事

收稿日期: 2009-03-10

基金项目: 国家社会科学项目《立法后评估研究》(07BFX010); 山东省法学理论“泰山学者”学术骨干的经费资助。

作者简介: 汪全胜(1968—),男,教授,博士生导师。E-mail: pkuwangfang@163.com

效力上加以区别。另有学者认为,“特别法是与一般法不同的适用于特定时间、特定空间或特定主体的法律规范。”^[9]即从法的时间效力范围、空间效力范围以及属人效力范围角度对特别法与一般法加以区别。无论哪一种解释都离不开对法所适用范围的理解。

我国学者对法的效力范围的理解基本上有两种主要观点,一种可以称之为“法的效力三维观”,即法的属人效力、时间效力与空间效力^[9]。另一种可以称之为“法的效力四维观”,即法对人的效力、对事的效力、空间效力、时间效力^[9]。

根据法的效力的四个维度来区分,一般法是指在时间、空间、对象以及立法事项上所做出的一般规定的法律规范,特别法则是与一般法不同的适用于特定时间、特定空间、特定主体(或对象)和特定事项(或行为)的法律规范。

“新法优于旧法”原则的内在含义是在法官面临在制定时间上先后的两个不同的甚至是相冲突的法律规范时,一般应适用新法而排除旧法的适用。新旧法的区分是以法律生效的时间为标准确立的。一部法律或法律的规定生效在前的,称之为先法或旧法;一部法律或法律的规定生效在后的,称之为后法或新法。

从上面三项原则的内涵解读来看,对相互冲突的法律规范,从不同的角度可以将其理解为上位法与下位法的关系、特别法与一般法的关系和新法与旧法的关系。由此而发生了对这相互冲突的法律规范,法官可以通过这三项原则加以选择适用,当然不同的法律规范的选择会产生截然不同的甚至是相反的法律后果。因此,这三种原则有一定的交叉关系,也就是竞合关系,即可能发生“上位法优于下位法”原则与“特别法优于一般法”原则的竞合;“上位法优于下位法”原则与“新法优于旧法”原则的竞合;“特别法优于一般法”原则与“新法优于旧法”原则的竞合。当然,可能在特殊情况下,两个相互冲突的法律规范的选择同时适用以上三项原则,不过这是以上两两竞合的特例。为了说明问题的方便,对以上两项原则的竞合做出探讨。

二、“上位法优于下位法”原则与“特别法优于一般法”原则的竞合时的司法选择

作为一般概念的理解,“上位法”、“下位法”、“特别法”、“一般法”四个概念之间的逻辑蕴含关系有以下6种:

- (1)上位的特别法与上位的一般法的关系;
- (2)上位的特别法与下位的特别法的关系;

- (3)上位的一般法与下位的一般法的关系;
- (4)上位的一般法与下位的特别法的关系;
- (5)上位的特别法与下位的一般法关系;
- (6)下位的一般法与下位的特别法关系。

(1)和(6)即上位的特别法与上位的一般法的关系以及下位的一般法与下位的特别法的关系,也就是同位的特别法与一般法的关系。同位的特别法与一般法,如果是同一机关制定的同位法的法,根据《立法法》第83条的规定:“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。”也就是说,如果是同一机关制定的特别法与一般法,适用“特别法优于一般法”的原则。但如果不是不同机关制定的同位阶的法律又该怎么办呢?比如说部门规章之间、地方性法规之间,它们属于不同机关制定但却是同位阶的法律,应适用什么样的原则呢?我国学者孔祥俊以同位阶的部门规章举例说明,它们不能适用“特别法优于一般法”之原则,他指出:“不同的国务院部门制定的规章无疑是同位法,但这种同位法不是出自同一部门,且部门之间首先存在着职权范围上的划分,其规章的效力和适用范围首先取决于其职权范围,因而在法律效力上不具有特别与一般或都有在后与在先的可比性,不适用特别法优于普通法以及后法优于前法的法律适用规则。”^{[6]271}

(2)和(3)即上位的特别法与下位的特别法的关系以及上位的一般法与下位的一般法的关系,在立法关系上是不成立的。如果针对同一事项、同一对象、同一条件的两个不同位阶法律规范存在的话,它们就会构成特别法与一般法的关系,而不会同时构成特别法与特别法的关系或一般法与一般法的关系。因此,二者在立法关系上不成立,则更谈不上司法适用原则了。也就是不同位阶的法律规范的关系。对于不同位阶的法律规范,可采纳“上位法优于下位法”的原则直接予以适用。

(4)即上位的一般法与下位的特别法的关系,这是最为明显地体现为两种法律适用原则竞合的关系。对于这样的一种法律规范关系?法官该做出如何选择呢?

这里首先要考察一下上位的一般法与下位的特别法在立法过程中表现出来的法律规范关系。在立法过程中,上位的一般法与下位的特别法主要表现为两种类型:一种类型是下位法实施上位法时的一般法与特别法的关系。如《宪法》第89条、《立法法》第56条规定,国务院根据宪法和法律,制定行政法规,行政法规可以就执行法律的规定而需要制

定行政法规的事项做出规定;《立法法》第64条规定,地方性法规可以就“为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况做出具体规定的事项”做出规定等等;另外一种类型是下位法变通上位法时的特别法与一般法的关系。如我国宪法、《立法法》等规定了自治地方的自治条例和单行条例以及经济特区的法规可以对法律、行政法规可以根据实际情况做出变通规定。

对于以上两种类型的法律规范关系,如果实施的下位法不与上位法相冲突、相抵触,则适用“特别法优于一般法”原则;如果下位法与上位法相冲突,则适用“上位法优于下位法”的原则。因此,这种情况下就要对下位法是否与上位法相抵触、相冲突进行判断。对于两种法律规范是否相抵触、相冲突,国内学者多有研究。2004年5月18日,最高人民法院印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的通知(法[2004]96号)中关于判断下位法与上位法相抵触、相冲突的几种情形具有很强的司法参考价值:“下位法缩小上位法规定的权利主体范围,或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利主体范围;下位法限制或者剥夺上位法规定的权利,或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围;下位法扩大行政主体或其职权范围;下位法延长上位法规定的履行法定职责期限;下位法以参照、准用等方式扩大或者限缩上位法规定的义务或者义务主体的范围、性质或者条件;下位法增设或者限缩违反上位法规定的适用条件;下位法扩大或者限缩上位法规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围;下位法改变上位法已规定的违法行为的性质;下位法超出上位法规定的强制措施的范围、种类和方式,以及增设或者限缩其适用条件;法规、规章或者其他规范性文件设定不符合行政许可法规定的行政许可,或者增设违反上位法的行政许可条件;其他相抵触的情形。”

(5)即下位的特别法与上位的一般法关系,通过以上立法过程的分析来看,上下位阶的法律规范不存在有下位的特别法与上位的一般法之关系,因此这种法律规范的关系是不存在的,更谈不上适用什么原则的问题。

三、“上位法优于下位法”原则与“新法优于旧法”原则竞合时的司法选择

作为一般概念的理解,“上位法”、“下位法”、“新法”、“旧法”这四个概念之间形成的逻辑蕴含关系也可以分解为六种情形:

(1)上位的新法与上位的旧法的关系;

(2)上位的新法与下位的新法的关系;

(3)下位的新法与上位的旧法的关系;

(4)下位的旧法与上位的旧法的关系;

(5)下位的新法与下位的旧法关系;

(6)上位的新法与下位的旧法关系。

(1)和(5)即上位的新法与上位的旧法关系以及下位的新法与下位的旧法关系,都属于同位阶的新法与旧法的关系。但这种同位阶的新法与旧法又有两种情况:一是同一机关制定的新法与旧法,这种情形下《立法法》规定很明确,直接适用“新法优于旧法”原则;对于属于同一位阶但不是同一机关制定的新法与旧法,如同是国务院的部门规章,不能适用“新法优于旧法”之原则,孔祥俊指出:“不同的国务院部门制定的规章无疑是同位法,但这种同位法不是出自同一部门,且部门之间首先存在着职权范围上的划分,其规章的效力和适用范围首先取决于其职权范围,因而在法律效力上不具有特别与一般或都有在后与在先的可比性,不适用特别法优于普通法以及后法优于前法的法律适用规则。”^{[6]271}

(2)和(4)即上位的新法与下位的新法的关系以及下位的旧法与上位的旧法的关系,这两种关系具有同类型的性质,它们属于不同位阶的法律规范关系,在这种情形下,司法机关可以作出明确的选择“上位法优于下位法”的适用原则。

关于(3)即下位的新法与上位的旧法的关系,该适用什么样的原则呢?本文前面考察过,在立法过程中,针对同一对象、事项或条件的不同位阶的法律规范之间的关系只有两种:一是下位实施上位法的关系;二是下位变通上位法的关系。因此,这种情况下的适用规则相同于上位的一般法与下位的特别法的司法适用原则。在下位的新法与上位的旧法相一致、不抵触的情况下,适用“新法优于旧法”的原则;在下位的新法与上位的旧法不相一致、相冲突的情况下,则适用“上位优于下位”的原则。

关于(6)即上位的新法与下位的旧法关系法律适用原则的选择问题,需要在立法关系上,对上位的新法与下位的旧法这两种法律规范关系进行探讨。

上位的新法与下位的旧法存在于什么样的立法关系中呢?前面分析过在立法过程中,上下位阶的法律规范关系表现为:下位实施上位法的法律规范关系以及下位变通上位法的法律规范关系。这样可以推断出,上位的新法与下位的旧法的法律规范关系只存在于:作为立法依据的实施法或变通法的上位法已作了修改,而作为实施法与变通法的旧的下位法仍然有效,即新的上位法与旧的实施性规定

或变通性规定之间的关系。如《行政处罚法》第 64 条规定：“本法自 1996 年 10 月 1 日起施行。本法公布前制定的法规和规章关于行政处罚的规定与本法不符合的，应当自本法公布之日起，依照本法的规定予以修订，在 1997 年 12 月 31 日前修订完毕。”但是，对于修订之前这些规定的效力如何，行政处罚法并未明确规定。而国务院颁布的《关于贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》（国发[1996]13 号）对在此期间规章的效力做出如下规定：“修订规章的工作要在 1997 年 12 月 31 日之前完成。在这之前，现行规章已规定的行政处罚仍然有效。”肯定了过渡时期不符合行政处罚法规定的规章的效力。也就是说，新法生效之后，它并没有及时否认旧法的效力，允许旧法继续适用一段时间，但是过渡期结束之后，与新法不一致的旧规定若未能及时修订，就自然失去效力。孔祥俊先生指出：“因法律规定的修改或者废除，使相应的实施性规定丧失依据而不能单独施行的，不予适用。”“实施性规定与修正后的法律规定有抵触的，不予适用”，“与修正后的法律规定不相抵触的其他实施性规定，可以适用。”^{[6]246-247} 也就是说，在上位法允许下位的旧法（下位的旧法与上位的新法不相抵触）适用的情况下，旧法优先适用；在上位法不允许下位的旧法（旧法与上位的新法相抵触）适用的情况下，采取“上位法优于下位法”的原则。

四、“特别法优于一般法”原则与“新法优于旧法”原则竞合时的司法适用

同样，作为一般概念的理解，“特别法”、“一般法”、“新法”、“旧法”四个概念之间的逻辑蕴含关系有六种：

- (1) 新的特别法与新的一般法的关系；
- (2) 新的特别法与旧的特别法的关系；
- (3) 新的特别法与旧的一般法的关系；
- (4) 新的一般法与旧的一般法的关系；
- (5) 新的一般法与旧的特别法的关系；
- (6) 旧的特别法与旧的一般法的关系。

(1) 和 (6) 即新的特别法与新的一般法的关系以及旧的特别法与旧的一般法的关系，都是同位阶的特别法与一般法的关系，前面分析过，如果是同一机关制定的特别法与一般法的关系，则适用“特别法优于一般法”原则，如果它们是同位阶但不是由同一机关的制定的特别法与一般法，一则它们构成不了特别法与一般法的关系，二则更不适用“特别法优于一般法”原则。这种法律规范的适用等同于前面考察的上位的特别法与上位的一般法的关系

以及下位的特别法与下位的一般法的关系的适用。

(2) 和 (4) 即新的特别法与旧的特别法的关系以及新的一般法与旧的一般法的关系，在立法关系是不成立的。如果针对同一事项、同一对象、同一条件的两个制定时间有先后的法律规范存在的话，它们就会构成特别法与一般法的关系，而不会同时构成特别法与特别法、一般法与一般法的关系，因此，二者在立法关系上不成立，则更谈不上司法适用原则了。

(3) 即新的特别法与旧的一般法的关系，如果这两种法律规范是同位阶并且是同一机关制定的特别法与一般法的话，则适用“特别法优于一般法”的原则；如果新的特别法与旧的一般法是同位阶但不是同一机关制定的，则不构成立法关系上的特别法与一般法关系了；如果新的特别法与旧的一般法属于下位的特别法与上位的一般法关系，则如前文考察的下位的特别法与上位的一般法关系，在下位法不与上位法相冲突、相抵触的情况下，则适用“特别法优于一般法”原则；在下位法与上位法相冲突、相抵触的情况下，则适用“上位法优于下位法”的原则。如果新的特别法与旧的一般法构成了上位（新的）的特别法与下位（旧的）的一般法的关系，正如前文考察上下位阶法律规范关系来看，二者在立法关系上是不成立的。

(5) 即新的一般法与旧的特别法的关系，在立法关系上它可以构成；同一机关制定的新一般法与旧的特别法的关系以及上位的新一般法与下位的旧的特别法的关系。这两种关系在司法实践中的适用有两种情形^{[6]288-289}。

第一种情形：新的一般规定允许旧的特别规定继续适用的，适用旧的特别规定。例如《行政复议法》第 31 条第 1 款规定：“行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。”而在行政复议法通过之前的《食品卫生法》第 50 条第 2 款规定“复议机关应当在接到复议申请之日起十五日内作出复议决定。”这两种规定不一致。《行政复议法》是行政复议的一般规定，《食品卫生法》中行政复议决定期限的规定则是特别的规定，而且是旧的特别规定，《行政复议法》允许了《食品卫生法》中这种规定，“但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外”，则可以说在选择适用这两种规则时，应优先适用《食品卫生法》中关于复议决定期限的特别规定。

第二种情形：新的一般规定废止了旧的特别规定，适用新的一般规定。《行政复议法》第 42 条规

定:“本法施行前公布的法律有关行政复议的规定与本法不一致的,以本法的规定为准。”由于《行政复议法》是行政复议的一般法(一般规定),该规定明文废止了其施行前公布的与本法的规定不一致的有关行政复议的规定。该法第9条第1款规定:“公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的,可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请;但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。”而制定于1986年9月5

日又于1994年5月12日修正的《治安管理处罚条例》第39条规定:“被裁决受治安管理处罚的人或者被害人不服公安机关或者(乡镇)人民政府裁决的,在接到通知后五日内,可以向上一级公安机关提出申诉;不服上一级公安机关裁决的,可以在接到通知后的五日内向当地人民法院提起诉讼。”该法律将行政复议期间规定为五日,又没有一般法的授权,应属于与行政复议法第9条第1款的规定相抵触,应当按后法即《行政复议法》的规定适用。

参考文献:

- [1] 胡玉鸿. 试论法律位阶划分的标准——兼及行政法规与地方性法规之间的位阶问题[J]. 中国法学, 2004(3).
- [2] 曹康泰. 中华人民共和国立法法释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000: 202.
- [3] 张娜. 学习立法法 把握适用规则——访中国社会科学院法学所研究员李步云[N]. 人民法院报, 2001-7-1(4)
- [4] 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 北京大学出版社, 1999: 65.
- [5] 张根大. 法律效力论[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 21.
- [6] 孔祥俊. 法律规范冲突的选择适用与漏洞填补[M]. 北京: 人民法院出版社, 2004.

The Judicial Selection at the time of Competing Principles of Law Application

WANG Quan-sheng

(Shandong University at Weihai, Weihai 264209)

Abstract: The judges may face two or more legal norms when they select the applicable legal norms, between which may exist such relationships that are superior position law and lower position law, special law and common law, new law and old law from different angles, thus the judges will face different legal applicable principles when two or more principles are both applicable. The paper argues that the judges should comply with certain logical and legal standards, so they can make the correct judgments and adopt the right legal principle.

Key words: priority of law at the higher level over that at the lower level; priority of special law over common law; priority of new law over old law; legal applicable principle competition

[责任编辑:孟青]