

Post-doctoral Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.2

中国社会科学院 法学博士后论丛

第二卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

Post-doctorial Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol. 2

中国社会科学院 法学博士后论丛

第二卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国社会科学院 [法学博士后论丛] · 第二卷/中国社会科学院法学博士后流动站主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7257 - 5

I. 中… II. 中… III. 法学 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 151251 号

出版策划 任 明
特邀编辑 李晓丽
责任校对 韩天炜
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 10 月第 1 版 印 次 2008 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 42.5 插 页 2

字 数 785 千字

定 价 75.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换。

版权所有 侵权必究

编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果,展现博士后研究人员的学术风采和水平,优化学术资源,我们决定编辑出版《中国社会科学院[法学博士后论丛]》,并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书,本论丛计划从2003年起,在已出站博士后的研究报告中,精选出符合论丛出版质量要求的研究报告,编辑出版一至若干卷。本论丛的编辑规范,执行的是由北京图书馆学位学术论文收藏中心和全国博士后管委会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此规则为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告,是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上,重新编写的一篇约五万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此,它不是简单地对原研究报告的浓缩,而是在原研究报告基础上的再创造成果。

博士后论丛是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究

所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望得到各方面的批评、评论和建议。

中国社会科学院法学博士后流动站

2003 年 12 月

／ 目 录 ／

- | | |
|-----|-----------------------------------|
| 1 | 法律冲突问题研究/董 峰 |
| 67 | 社会权若干问题研究/龚向和 |
| 117 | 村民自治制度实施中的自制规章及其与国家法的
关系研究/赵一红 |
| 177 | 诉讼主张:刑事诉讼的核心/梁玉霞 |
| 233 | 死刑的诉讼程序限制/杨正万 |
| 303 | 未成年人致人损害责任承担研究/姜战军 |
| 369 | 两岸电子合同法制比较研究/林瑞珠 |
| 451 | 请求权竞合与诉讼标的理论研究/段厚省 |
| 509 | 论促进和保护受教育权的国际标准与中国的
实践/杨成铭 |
| 565 | 自决权理论研究/王英津 |
| 619 | 政府采购之国际规制/肖北庚 |

/CONTENT/

1	On Issues of Conflict of Laws/Dong Hao
67	A Study on Several Issues of Social Rights/Gong Xiang-he
117	A Study on Self-formulating Regulations in Villagers' Autonomous System and Its Relationship with State Laws/Zhao Yi-hong
177	Litigation Claims: The Core of Criminal Procedure/Liang Yu-xia
233	The Procedural Limitations of Death Penalty/Yang Zheng-wan
303	A Study on Responsibilities for the Damages Caused by Minors/Jiang Zhan-jun
369	A Comparative Study on Electronic Contract between Taiwan and Mainland China/Lin Rui-zhu
451	On The Doctrine of Rights Conflict over Subject Matters in Civil Action/Duan Hou-sheng
509	International Standards of the Right of Education and Their Implementation in China/Yang Cheng-ming
565	A Study on the Theory of Self-determination Rights/Wang Ying-jin
619	The International Regulations on Public Procurement/Xiao Bei-geng

· 中国社会科学院 [法学博士后论丛] ·

法律冲突问题研究

On Issues of Conflict of Laws

博士后姓名 董 峰

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研 究 方 向 法学理论

博士毕业学校、导师 武汉大学 何华辉 李龙

博士 后 合 作 导 师 李步云 夏勇 刘作翔

研究工作起始时间 2002 年 10 月

研究工作期满时间 2004 年 8 月

作者简介

董皞，男，汉族，陕西延长县人，1956年9月出生，法学博士，中国共产党党员，高级法官。广东省珠海市中级人民法院院长、党组书记。兼任国家行政学院行政法研究中心兼职研究员，中山大学行政法研究中心兼职研究员，中国政法大学兼职教授，国家法官学院兼职教授，广东法官学院兼职教授。兼任中国法学会行政法学研究会理事，广东省法学会宪法学研究会副总干事，广东省法学会行政法学研究会副总干事，广东省法官协会理事。

1983年、1991年、1998年先后就读于西北政法学院、中国政法大学、武汉大学，获法学学士、法学硕士、法学博士学位。2002年10月在中国社会科学院法学研究所进站做博士后研究。

出版学术著作、法学书籍20余部，在《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》等报刊杂志发表学术论文50多篇。其中：专著《司法解释论》于1999年获湖北省1998年度优秀博士论文奖、2002年获广东省法学会优秀科研成果一等奖、2000年6月获广东省法学会20年“法学研究优秀成果奖”；论文《论行政行为司法监督的范围和依据》于1998年8月获中国法学会行政法学研究会组织的中国行政法学第二届论文评选二等奖；论文《论行政审判对行政规范的审查与适用》于2000年11月获全国法院第12届优秀学术论文评选二等奖；论文《司法功能与司法公正、司法权威》于2003年12月被广东省委宣传部评为广东省精神文明建设第五届“五个一工程”入选作品。

法律冲突问题研究

董 皞

内容摘要：本文在对法律冲突问题进行法理研究的基础上，以我国国内法律冲突为重点，通过对法律冲突现象的深入认识，提出了法律冲突的定义。分析了法律冲突的直接原因及法律冲突的潜在原因，并对法律冲突与法律和谐统一的关系以及法律冲突所起的消极与积极两方面的作用进行了阐述。进一步提出了判定法律冲突的意义、要素和方法，明确了解决法律冲突的途径、机制和原则。建议制定《法律冲突规范法》，同时对《法律冲突规范法》的指导思想、基本原则及解决法律冲突的机制等《法律冲突规范法》的基本轮廓进行了勾画。

关键词：法律冲突 研究

一、什么是法律冲突

（一）法律冲突现象是一种社会现象

1. 法律冲突的特点

（1）法律冲突现象是一种普遍的社会现象。法律冲突现象之所以是社会现象，首先，因为这种冲突是基于现实社会中的各种矛盾、冲突和差异的存在。比如体制冲突、利益冲突、文化冲突、观念冲突，以及地域、文化、经济等条件和水平的差异，在立法过程中或法律条文中必然会得到反映。其次，因为这种冲突在法律规范和社会现实之间会产生互动作用。一方面社会现实中的各种矛盾、冲突和差异导致了法律冲突的产生；另一方面法律冲突又稳固、加剧这些矛盾、冲突和差异，或者是协调、促使这些矛盾、冲突和差异的解决。法律冲突现象之所以具有普遍性，首先，因为法律冲突问题有可能渗入社会生

活的各个领域。法律冲突有可能发生在各个层面和各个方面的法律规范之间。另外,法律冲突也是法律领域的普遍现象,其次,法律冲突作为一种社会现实的客观反映,在产生它的社会基础和原因不能彻底消除的情况下,法律冲突问题也将与之同在,我们只能通过防止、协调的方式予以减少或解决法律冲突问题而不能彻底消灭它。

(2) 法律冲突现象表现为不同法律或法律条款对同一调整对象规定的不一致。从法律冲突的简单现象看,法律冲突就是法律对同一问题规定不同。有的叫“不一致”,有的叫“相抵触”,有的叫“相冲突”。这几个概念同时在使用,但总是被混同而不加以区分。法律冲突的情况是非常复杂的,需要加以区分以利于区别不同的冲突采用不同的方法予以协调和解决。通常情况下,我们总是简单地用“不一致”三个字对冲突给予笼统的概括。应该说只要是“冲突”就肯定存在“不一致”,但是否“不一致”就必然是“冲突”或“抵触”,这是值得认真研究的。

(3) 法律冲突现象可能发生于国际法领域也可能发生于国内法领域。法律冲突最早在国际私法领域引起关注并逐渐发展成为一个学科,因而在相当长的一个时期,法律冲突被认为是国际私法独有的现象。法律冲突这个概念也被认为是国际私法的专有名词。“‘法律冲突’一词,本是国际私法的基础概念,指的是不同国家对同一问题作了不同的法律规定,而又需要承认外国法的情形。”^①其实法律冲突同样普遍地存在于国内法领域。这种法律冲突既可能发生在国内法律的各个领域和部门,也可能发生在法律的不同层次和结构中。从法理学的角度来看,法律冲突是法律领域普遍存在的一种现象,但它长期以来并未引起法理学者对这一问题的重视。

(4) 法律冲突现象具有多样性。法律冲突现象可能发生于不同立法主体制定的法律规范之间,也可能发生于同一立法主体制定的法律规范之间;可能发生于不同法律规范之间,也可能发生于同一法律规范不同法律条文之间;可能是法律条文之间直接的字面意思的不一致,也可能是法律精神或立法目的的不一致。这种情况的出现,有可能是立法者所代表的立场、利益或所观察的角度不同,也可能是立法过程中出现了疏忽大意,或者是同样的问题在不同的条件中立法者认为应当有所区别等等原因。

(5) 法律冲突现象在我国特殊表现。法律冲突现象在我国特殊表现,是由我国“一国两制三法系四法域”的国情和多层级多区域多元化立法体制的状况所决定的。我国法律冲突的外延包括:①第一层次,我国内国法与外国

① 刘莘:《国内法律冲突与立法对策》,中国政法大学出版社2003年版,第3页。

法之间的冲突。②第二层次,我国内国法包括大陆法、香港法、澳门法、台湾法相互之间的法律冲突。③第三层次,在我国大陆法中包括:地方法和中央法、此地方法与彼地方法、下级方法与上级方法之间的法律冲突;权力机关与权力机关、行政机关与权力机关、行政机关与行政机关、下级权力机关与上级权力机关、下级行政机关与上级行政机关制定的规范性法律文件之间的法律冲突。④第四层次,在我国除了宪法、法律、行政法规、地方性法规以及部委规章、各级政府规章,自治区、自治州、自治县的自治条例和单行条例之外,还有大量无立法权的权力和行政机关制定的规范性文件。它们与法律、法规、规章之间以及它们相互之间的冲突是否应当或如何纳入研究的视野,这也将是一个十分重大的课题。

(6) 法律冲突现象的存在并不意味着冲突的法律有一个必然无效。这是因为产生法律冲突的原因是复杂的,并且每一个法律的产生或之所以如此都有一定意义上或一定范围内的合理理由。在有些情况下,法律冲突只是表现为解决具体利益冲突时所遇到的在诸多有效的法律之间出现的多种选择,而每一种法律的有效性 with 合理性都是不容置疑的。所不同的是不同的法律适用的范围或条件不同,面对一个具体利益冲突时只能选择其中一种法律作为当下应当适用的法律,而其他法律则是在另外的场景中应当适用的法律。因而,法律冲突并不必然导致冲突的一方法律无效。但必须明确提出的是,法律冲突中反映出的上述现象,并不能对这一结论作出一个完全否定的回答,特别是在公法领域、在法律基本精神和基本原则方面产生的冲突,一般来说会导致冲突的一方法律无效。

2. 法律冲突的显现

(1) 法律冲突在法律执行阶段的显现。从法律的实施或者执法阶段看,所实施的法律是由执法机关单方面选择的,法律规范也是由执法机关主动直接予以贯彻的,由于执法活动的单方面性和执法机关的主动性,虽然熟知法律又细心的执法人员在选择所实施的法律时有可能发现法律冲突问题,但这个环节也仍然是容易被疏忽的。因为执法主体较注重的是当前实施的法律本身,法律冲突问题并不作为关注的重点。

(2) 法律冲突在法律适用中的显现。从法律适用即运用司法程序处理案件的阶段看,执法活动或当前案件应当选择适用何种法律往往是案件争议的焦点。各方当事人都会尽力寻找并举出自己主张适用的法律,而不同利益的当事人往往会选择规定完全不同的法律。所以法律冲突的问题在这个阶段最容易显现出来。因此法律适用阶段在实践中显现法律冲突的概率较高,这一阶段提出法律冲突的问题比较多,解决法律冲突的迫切性较强。这种现象对于我们研究

协调和解决法律冲突的时机和方法有着重要的意义。

3. 法律的和谐统一与法律冲突问题

(1) 法治国与法律统一。

第一, 法律的和谐统一是法治国的必然要求。建设法治国家必须遵循法治基本原则, 要求建立一个门类齐全 (一张“疏而不漏的法网”)、结构严谨 (如部门法划分合理, 法的效力等级明晰, 实体法与程序法配套)、内部和谐 (不能彼此矛盾与相互重复)、体制科学 (如概念、逻辑清晰, 法的名称规范, 生效日期、公布方式合理)、协调发展 (如法与政策、法与改革协调一致等) 的法律体系。^① 具体含义是说, 法治的基础在于建立国家内部统一的具有普遍约束力和一体遵行的法律体系, 并保证其遵守和执行, 不允许各地区、各部门各行其是, 制定和推行有悖于统一性法治原则的法律、法规和规章。恩格斯提出: “在现代国家中, 法不仅必须适应总的经济状况, 不仅必须是它的表现, 而且还必须是不因内在矛盾而自己推翻自己的内部和谐一致的表现。”^② 特别是近现代以来, 由于社会关系日益复杂, 各种社会关系客观上的不同地位和特征, 必然对法律调整提出不同的要求, 从而形成法律体系多层次的等级结构。这表现为基本法律部门、亚法律部门、子法律部门和同一法律部门内具有不同地位和效力的法律规范。

第二, 法律的和谐统一是实现法律功能的重要保障。法律功能的实现是法律规范的要求由应然向实然、由可能性向现实性的转化。而这个转化能否顺利完成, 法律体系与法律规定自身的和谐统一起着相当重要的作用。关于这一点, 恩格斯概括出一条基本法学原理: 法律的内容和它的实施过程都必须遵循法律自身的内在要求。^③ 立法者可以依据一定的法律原则, 对相互冲突的法律规范进行修改和完善, 执法者和司法者也可以在法律适用中根据一定的法律原则, 对相互冲突的法律规范进行取舍, 以进一步维护法制协调统一。因此, 法律功能的正常、充分发挥, 要求法律必须保护内部体系及外部关系的充分协调, 特别是在法律制度之间, 法律规范之间、法律部门之间都应具有内在的统一。

第三, 法律的和谐统一是法律顺利运行的前提。“法律是人类理性思维意识的产物, 这种理性思维意识主要表现为法律的有目的性。法律是一种有目的性的社会规范和行为模式, 它代表了法律创制者的一种目的性追求”。^④ 人类

① 李步云:《法理探索》, 湖南人民出版社 2003 年版, 第 18—25 页。

② 恩格斯:《马克思恩格斯选集》(4), 人民出版社 1972 年版, 第 483 页。

③ 同上书, 第 484 页。

④ 刘作翔:《迈向民主与法治的国度》, 山东人民出版社 1999 年版, 第 33 页。

创制法律、适用法律、遵守法律的目的就是使法律所调整的社会关系进入一种良好的秩序状态。要达到这个目的,前提是法律秩序本身具有内在的和谐统一性与系统性。整个法律系统与子系统以及子系统之间的构成合理严密,在一个法律体系里,一切法律部门都要统一于宪法,法律部门之间要和谐,法律规范之间要相互联系、相互协作。如果各子系统相互冲突、相互矛盾,则会导致整个法律秩序出现混乱和无序,法律就无法顺利运行。

(2) 法律冲突的作用。法律冲突是一种客观实在,像所有客观实在具有两面性一样,法律冲突也具有两面性,即积极的一面和消极的一面。

第一,法律冲突的消极作用。

①法律争端产生的机会增多。法律冲突尽管表现为各个国家或地区间的法律规定的不一致,形成法律内容上的冲突,但就其本质而言依然是一种利益冲突。一般来说,遇到法律争端适用本国法律比适用外国法会更有利一些。在这种前提下,当发生法律适用争端,特别是国际法律争端时,各国都竞相选择适用本国或有利于本国的法律来解决争端,从而会导致适用法律的国际争端的产生,有的甚至相持不下,最终导致案件的无法判决或无法执行。这种争执产生的原因是由于各国在一定条件下承认外国法律在内国的域外效力,即一国法律不仅适用于本国境内的一切人,而且适用于居住在本国人的本国人。“任何国家在制定法律时都可以依照自己的主权确定本国法律具有某种域外效力,但这种域外效力只是一种虚拟的或自设的域外效力,只有当别的国家根据主权原则和平等互利原则承认其效力时,这种虚拟的域外效力才变成现实的域外效力。”^①所以,当虚拟的域外效力无法变成现实的域外效力时,国际法律争端便产生了。

②国内法制统一和法律权威受到影响。就国内法而言法律冲突问题所产生的明显弊端至少有两个:

一是影响国内法制的统一。法制统一是法治国家的基本要求,一方面,国内法都源于一个基础规范即国家的宪法,任何法律的精神和原则以及内容都以宪法为依据而创制,并不得与宪法相违背。一个国家的法律体系就是以宪法为最高法律效力,其他各种规范均以宪法为依据或服从宪法精神,从而形成一个金字塔式排列的等级序列,低层级的规范不得与高层级的规范相抵触,体系内的规范之间要协调一致。我国《立法法》第78条、87条、88条的规定也充分体现了这一精神。另一方面,如果法律发生冲突,将给社会和社会秩序带来不稳定甚至混乱。法律之间发生冲突人们将会无所适从,当纠纷发生时不知道

^① 肖永平:《肖永平论冲突法》,武汉大学出版社2002年版,第10页。

该选择适用何种法律解决纠纷,并且有可能由于竞相选择适用对自己有利的法律而产生新的纠纷。“法律打架对法治的危害是非常致命的,它导致法不同文、造成社会秩序的混乱,给国家和老百姓的利益都会造成损害。而且立法违法的损害比司法中的错案要严重得多。因为它不是损害一个人,而是一个群体或是每一个人。”^①

二是影响国内法律的权威。法律得到遵从一方面靠的是国家强制力的保障实施,另一方面要靠人们对法律的信从,而对法律的信从则来自于法律的权威,法律的权威则源于法律本身的公平、正义与和谐统一。首先,我认为,从法律的公平正义与和谐统一的关系看,一个在内部体系上不能达到和谐统一要求的法律就不能认为它是公平正义的法律。如果各法律之间对同一调整对象的规定不一致甚至产生矛盾,互相冲突,法律对相同的调整对象作了不同的规定,适用不同的法律将导致不同的结果,这样的法律,无论如何也不能认为它是公平和正义的。一个谈不上公平与正义的法律,如果能产生权威的效应是无法想象的。其次,从法律冲突本身的存在对人们的心理影响来说,它使人们面对不一致甚至矛盾的两个法律规定无所适从,无法对自己的行为模式作出正确的判断和选择,由此而导致的是对法律的抱怨和不信任。“法律打架,会使公民和社会组织的各方面的利益受到损害,更严重影响公民对法律的尊重和信仰。”^② 这种状况将严重损害法律的信誉,导致法律的不被遵守。“邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能实行法治。”^③

③法律适用上的困惑。一是由于法律选择上的不一致导致的司法不公。法律适用从某种意义上来说就是一种选择适用法律的活动,从众多的不同类别、不同性质、不同内容的法律中选择适用于当前案件的法律的活动。司法的公与不公有些甚至是大部分情况下就在于法律适用者所选择的法律是否正是最该适用于当前案件的法律。“设立司法机构负责在案件中适用法律,并且对案件在法律上的是非曲直作出最终判断和结论,乃是法律制度至关重要的部分。司法没有权威,法律便没有权威。”^④ 如果说法律规定互相之间不一致发生冲突,且不同的法律对同一社会关系都有管辖权,那么在这种情况下,可能会出现两种结果:一是法官故意偏袒某一方当事人从而选择适用对其有利而对另一方不利的法律,法律冲突的存在成了产生司法不公的温床;二是法官对法律原则和

① 蔡定剑:“法律冲突及其解决途径研讨会”,载《人民法院报》2001年10月29日。

② 刘莘:《国内法律冲突及立法对策》,中国政法大学出版社2003年版,第124页。

③ 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1983年版,第199页。

④ 夏勇:“法治是什么”,载《中国社会科学》1999年第4期。

精神理解和把握不准,当两个调整同一对象的法律产生冲突时,适用了本不该适用于本案的法律规定,从而导致违背法律原则和精神的判决结果。“法律冲突直接导致不同地区的法院甚至是同一法院的法官都有可能在司法活动中针对同类案件,适用相互冲突的不同法律规范,得出完全不同的裁判,造成在适用法律时事实上的不公平,从而破坏司法应有的公正品德。”^①

三是由于解决法律冲突的途径和方法上的不一致导致解决冲突的矛盾产生。法律冲突是一种客观存在,在法律适用过程中必须正视法律冲突并解决它,然而对于法律冲突的认识和解决是相当复杂的。首先,两个法律规定之间是否存在冲突?是否存在冲突问题的决定权在哪里?其次,如果冲突确实存在,解决冲突的方法是什么?由法官直接选择适用法律,还是送请由有关部门进行裁决?或宣布冲突的某一法律无效或予以撤销?这在不同的国家有不同的做法,如何设定完全取决于这个国家的宪政制度。由于我国的司法审查制度尚不完善,在司法实践中由法律冲突引发的解决法律冲突的方式方法的矛盾并不少见,而且往往争议较多,影响较大。

④潜伏着利益冲突的法律冲突成了利益争执的有力依据。法律冲突的根本原因是利益冲突。“改革开放以来,经济利益多元化,经济上的利害关系冲突加剧,不同的经济利益产生不同的立法需求,利益的多元化使立法利益的含量越来越高,法律背后是经济利益,许多法律的冲突实际是经济利益之争。”^②当潜伏着利益冲突的法律冲突被引入现实的利益冲突之中时,法律冲突就有了实际意义,它不仅表现为抽象的法律条款,而是地地道道的成了一方利益的忠实代表,当两个或两个以上的不同法律同时调整某一社会关系时,几个代表不同利益的法律就会被不同的利益集团所利用,不同的利益集团以代表各自的法律为武器捍卫自己的利益,不仅是冠冕堂皇的,而且是完全合法的。如各汽车产地的地方保护问题,在天津,只让跑夏利车;在上海,只允许桑塔纳占领出租车市场;在长春,捷达出租车比其他出租车享受更优惠的待遇,等等。^③

第二,法律冲突的积极作用。

法律冲突作为一种社会存在自然有它产生和存在的理由,我们研究法律冲突及其产生和存在的理由,有利于我们克服和避免法律冲突的消极因素,充分认识和发挥它的积极因素,使得法律冲突的消极作用与积极作用形成良性互动。“极端地讲,有冲突是好事,有冲突才有发展的动力,表明在往前走,但

① 刘莘:《国内法律冲突与立法对策》,中国政法大学出版社2003年版,第113页。

② 同上。

③ 蔡定剑:“法律冲突及其解决途径”,载《中国法学》1999年第3期。