

我国法律冲突的 实证研究

马怀德◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



我国法律冲突的 实证研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

我国法律冲突的实证研究/马怀德主编. —北京:
中国法制出版社, 2010. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1913 - 0

I. ①我… II. ①马… III. ①法律 - 冲突 - 研究 - 中
国 IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 076895 号

策划编辑 马颖

责任编辑 刘莲莲

封面设计 李宁

我国法律冲突的实证研究

WOGUO FALU CHONCTU DE SHIZHENG YANJIU

主编/马怀德

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/10 字数/208 千

版次/2010 年 5 月第 1 版

2010 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1913 - 0

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前 言

本书是北京市哲学社会科学规划项目研究基地项目“我国法律冲突的实证研究”的最终成果。

随着我国立法进程的加快，“有法可依”的问题已经基本得到解决，但法律的质量以及法律的实施状况仍然令人担忧，其中一个重要问题就是法律规范之间冲突现象依旧存在。尽管建国以来已经对行政法规和规章进行过几次全面清理和专项清理，但是由于各种原因，法律冲突问题并未得到根本解决，随着法律法规数量不断增加，法律规范冲突问题也日趋严重，已经对法律的实施产生很大影响。因此减少并避免法律冲突成为我国法治化进程中必须解决的问题之一。

目前，学界关于法律冲突问题的研究不多，系统研究成果更是寥寥。本课题从当前亟待解决的理论问题和现实需要出发，通过实证分析方法，系统梳理了我国法律冲突现象，同时对国外部分国家解决法律冲突的经验做了介绍，进而提出了完善我国法律冲突解决机制的具体建议。虽然法律冲突无法从根本上得以杜绝，但是正视法律冲突的客观存在，抑其恶而扬其善，探求对其控制和补救之道，无疑对于构建统一、完备、和谐的法律体系具有重要作用。

2 我国法律冲突的实证研究

本课题研究历时两年之久，最终成果包括七个方面。第一部分“我国法律冲突的类型分析”，运用类型化的研究方法对我国法律冲突的现状进行了系统分析，这一研究路径将有助于后文探求法律冲突的预防、控制和消解机制。第二部分“某市地方立法文本法律冲突的分析”，在对该市地方立法文本中法律冲突的现状进行梳理的基础之上，对法律冲突的成因以及减少不必要法律冲突的对策进行了总结和归纳。第三部分“目前我国法律冲突的解决机制”，借助于有关典型案例的分析对我国现有法律冲突解决机制进行了反思。第四部分“国外法律冲突解决机制的比较”，通过对国外部分国家法律冲突解决机制的具体介绍，总结出其对完善我国法律冲突解决机制的启示；第五部分“完善立法与解决法律冲突”，分别从完善立法体制、立法程序和法律解释制度以及加强法规规章备案审查和建立法律清理长效机制五个方面提出了解决我国法律冲突的对策和思路；第六部分“法律冲突的司法解决方式”，在归纳并总结法院在个案中面对法律冲突时所运用的司法解决方式基础之上，对审判背后的制度制约因素进行了阐释和论证；第七部分“法律冲突解决机制与司法解释”，通过司法解释对法律冲突解决机制的功用分析，完善并重构了司法解释理论。第八部分“解决我国法律冲突的根本路径”，则是在采用“利益的制约和协调”以及“权力的界分和整合”两种分析路径基础上，归纳出从源头上遏制法律冲突的根本路径。

撰稿分工如下：

第一章 曹 鑾（中国政法大学博士研究生）

第二章 陈良刚（中国政法大学博士研究生）

第三、四、八章 陶 杨（国务院法制办公室政府法制研究中心研究人员）

第五章 许安标（全国人大常委会法制工作委员会国家法室主任）

张 红（北京师范大学法学院副教授）

第六章 刘井玉（北京市第一中级人民法院法官）

第七章 刘 莘（中国政法大学法学院教授），

王 轩（中国政法大学博士研究生）

全书由马怀德、曹鑾修改定稿。由于时间和水平有限，书中难免会有疏漏或不当之处，恳请学界同仁批评指正。

课题研究得到北京市社科规划办和中国政法大学 211 工程三期重点学科建设项目“社会转型期的法治政府建设与公民权利保障”（项目编号为 10108331）的资助，在此表示诚挚谢意。

马怀德

2010 年 1 月 28 日

目 录

Contents

第一章 我国法律冲突的类型分析	
——以行政法律规范为视角	1
一、关于法律冲突之界定	3
二、法律冲突类型化研究的正当性	11
三、我国法律冲突的具体类型	13
四、结 语	28
第二章 法律冲突实证分析	
——以 A 市地方立法为考察对象	29
一、研究范围及方法	29
二、对地方性法规的考察	33
三、对地方政府规章的考察	48
四、法律冲突的成因分析	54
五、减少不必要法律冲突的几点建议	66
第三章 目前我国法律冲突的解决机制	71
一、对“上位法优于下位法”的思考	72
二、我国法律审查制度的作用	96
三、我国法律冲突的其他解决机制	106
第四章 国外法律冲突解决机制的比较	118
一、美国的法律冲突解决机制	118

2 我国法律冲突的实证研究

二、英国的法律冲突解决机制	128
三、其他国家在法律冲突解决机制方面的特色之处	138
四、对比与启发	155
第五章 完善立法与解决法律冲突	166
一、从律师法与刑事诉讼法的冲突说起	166
二、完善立法体制，避免越权立法产生法律冲突	170
三、完善立法程序，防止同位阶的法律产生冲突	177
四、加强法规规章备案审查，巩固解决法律冲突的 最后防线	186
五、及时进行法律解释，有效化解法律冲突	200
六、建立法律清理长效机制，批量处理法律冲突	210
第六章 法律冲突的司法解决方式	228
一、显性法律冲突场合的司法	228
二、隐性法律冲突场合的司法	243
第七章 法律冲突解决机制与司法解释	262
导言：从法律冲突的不可避免性说起	262
一、法律冲突解决途径探讨	265
二、司法解释作为法律冲突解决途径	270
第八章 解决我国法律冲突的根本路径	279
路径一：利益制约与协调	280
一、制约不正当利益	281
二、协调正当利益	292
路径二：权力界分与整合	297
一、权力背后的利益	297
二、立法权的界分和行政权的整合	300

第一章 我国法律冲突的类型分析

——以行政法律规范为视角

建设法治国家，实现法律之治，法制统一和谐是应有之义。古希腊著名思想家亚里士多德早在《政治学》一书中就对法治的含义进行了深刻的阐释，法治的实现不仅需要法律的有效实施，而且实施的法律本身必须具备良好的品格。而对于良法特质的追问，美国著名法学家富勒则从否定性的角度对法治国家的法律品格进行了全面的描述^①，其中关于法律不能自相矛盾的要求就恰恰体现了对法律体系内在协调统一的期盼。然而，当法律之治已经毋庸置疑地成为现代政治国家主导治理模式时，我们又不得不承认这样一个现实：追求良法完美之治其实仅是法律世界的乌托邦而已，正如黑格尔所言，法的“完善性只是永久不断地对完整

^① 富勒认为，法律规则体系至少在以下八种情况下会流产，或通向灾难性的独特道路：（1）最明显的一种情况就是完全未确立任何规则，以至于对每一个问题都不得不以就事论事的方式来处理；（2）未能将规则公之于众，或者至少令受到影响的当事人知道他们所应当遵循的规则；（3）滥用溯及既往性立法；（4）不能用便于理解的方式来表述规则；（5）制定相互矛盾的规则；（6）颁布要求相关当事人作超出他们能力之事的规则；（7）频繁的修改规则，以至于人们无法根据这些规则来调适自己的行为；（8）无法使颁布的规则与它们（官方）的实际执行情况相吻合。参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第46-47页。

2 我国法律冲突的实证研究

性的接近而已”，法的完善只能是一种理想状态，而立法的不完备才是一种恒常的客观存在。

相比于有着几百年法治历史的西方国家，我国法治化进程实际上始于1978的改革开放。经历了三十年的发展历程，我国法制建设取得的显著成就有目共睹，“无法可依”的局面已经得到有效的缓解，但“有法可依”绝不意味着法治国家的到来，法律的质量以及法律的实施情况才对法治国家的建设具有决定性意义。一方面，立法数量的急剧膨胀必然令法律体系变得更加纷繁复杂，另一方面，由于目前正处于社会转型期，各种关系往往处于不断变化和发展过程之中，有时立法难以适应形势发展需要，难免出现法律根据的欠缺，或者虽然已有相关立法，但由于事后形势的发展变化，导致有关规范严重滞后而失去其合理性^①，法律体系内部出现矛盾、不一致、相抵触的情况在所难免，即法律冲突成为一种不容回避的必然。虽然学术研究对现实问题的回应总是显现出一定的被动性和滞后性，但是中国法学界对于法律冲突的研究可谓是由来已久。事实上，法律冲突曾被认为是国家私法中的专属研究对象，但随着我国国内立法膨胀态势的不断扩大，正如蔡定剑教授所言，“在当今中国，法律、法规、规章和法律解释相互冲突、打架，一点也不逊于国际社会中的法律冲突。法律冲突、打架的现象给我国法制建设造成了极大的危害。解决法律冲突，已成为我国走向法治社会迫切需要解决的问题。”^②

统一、完备、和谐的法律体系是法治国家建设的基石，虽

^① 参见张晓芝：“我国立法冲突现象的成因及其治理措施”，载《宁夏社会科学》2001年11月。

^② 蔡定剑：“法律冲突及其解决的途径”，载《中国法学》1999年第3期。

然完善性的法律体系只能是我们美好的愿景，但是最大限度地减少法律冲突并将其控制在合理范围内，则应当成为法学界乃至立法学界孜孜追求的目标。故本文以法律冲突作为研究对象，通过对我国法律冲突类型化的分析，以期得以管窥法律冲突之现状与全貌。虽然本文并非关注法律冲突解决机制本身，但是通过对法律冲突类型化的研究进路，以期能为法律冲突的有效解决提供一种尝试性思路。

一、关于法律冲突之界定

尽管法律冲突是与国际私法相伴而生的，早期法学界对于“法律冲突”现象的研究更多地局限在国际私法学的视野之内，但法律冲突作为一种普遍存在的现象已经成为不容质疑的事实，它不仅存在于国家之间，而且存在于国家的内部；不仅发生在私法领域，而且发生在公法领域。法律冲突早已超越国际私法的疆域成为法学研究——无论是国际法学还是国内部门法学都无法回避的议题。国际私法视野下对法律冲突的研究主要是为了解决涉外民商事领域中不同国家间所发生的法律适用冲突问题，同时，随着我国“一国两制”制度的确立，大陆与香港、澳门特别行政区以及台湾地区之间所形成的区际法律冲突（也被称为国内不同法域间的冲突）也已经进入国际私法研究的视阈，而国内法律冲突研究目的则在于维护法治社会的法制统一，并为不可避免的法律冲突问题提供协调和规制的途径。鉴于此，本文旨在关注我国国内同一法域下的法律冲突类型化问题，区别于法理学从微观抽象视角研究法律冲突，鉴于行政法视野中法律冲突现象的普遍

性和复杂性：内容不同、性质各异、形式多样、纵横交错^①，行政法律规范冲突已经占据了我国法律冲突的绝大多数，即行政法律冲突极具代表性和典型性^②，故本文以行政法律规范为视角，通过对行政法律规范冲突的实证分析得以令我国国内法律冲突之类型“一览无余”。

（一）法律冲突之内涵与外延

法律规范是法的基本要素，单个法律规范通过某种特定的逻辑关联而型构起结构稳定的法规范整体，即法律体系^③。故法律体系内部的冲突表现为不同法律规范间的冲突。所谓法律冲突，是指调整同一法律关系的不同法律规范因内容上的差异而导致效力上相排斥进而互不兼容的现象。由于行政法律规范与法律规范是种属关系，法律冲突的一般理论当然也适用于行政法律冲突，行政法律冲突只是法律冲突在行政法视阈中的特别化而已。即“行政”二字只是对本文研究对象和范围的限定，便于笔者对法律规范的实证分析更具针对性和明确性，所以在本文毋须特别突出法律冲突“行政性”的地方，笔者仍然使用“法律冲突”一

① 参见和正康：“论行政法律规范的冲突及其解决”，载《贵州民族学院学报（社会科学版）》1999年第1期。

② 相对于其他部门法来说，行政法律冲突尤其无法回避并且普遍存在。首先，行政法律规范制定主体的多层次是导致行政法律规范冲突频频发生的直接原因；其次，行政法调整范围广泛，性质繁杂，是应当最快对社会现象做出回应的部门法，即行政法形式多样、变化如此频繁，难以制定统一、完备的法典，这也是导致行政法律冲突经常发生的重要原因。可见，行政法律冲突的特点足以展现法律冲突的全貌，本文通过直接对行政法律规范的分析，研究法律冲突的类型问题，将令本文对法律冲突的研究更具针对性。

③ 参见刘金龙：《立法的伦理分析》，法律出版社2008年版，第302页。

词，毕竟对行政法律规范冲突的分析仅仅是笔者对法律冲突进行类型化研究的突破口和路径而已。

鉴于本文以行政法律规范为研究视角，故行政法律规范的范围和种类直接决定了法律冲突的界限。尽管法律规范主要作为法理学的研究范畴，但厘清行政法律规范的内涵与外延已然成为研究法律冲突类型所无法回避的基础性问题之一。正如刘莘教授所言，“行政法律规范，是行政法最基础的一个概念，因为是基础概念，人们常常挂在嘴边，但也因此最被熟视无睹。”^①事实上，行政法律规范一词不仅在学者著书立说时鲜有涉及，即便是对行政法律规范冲突进行专门研究的文章也几乎未对行政法律规范的涵义和范围作出明确的厘定。虽然行政法学界目前对于行政法律渊源的讨论尚未达成共识，但是主流观点仍将行政法律规范范围层级最低限定在地方政府规章一级，而这也与《立法法》中有关法律冲突适用规则相衔接，况且实践中存在的行政规范性文件（俗称“红头文件”）由于其效力层级太低、数量过于庞杂，若将其纳入研究范围无疑会令文中所采用的法律规范实证分析方法变得异常复杂而又难以操作，因此本文对于行政法律冲突类型化分析的尝试仅仅限定在效力等级在地方政府规章以上的行政性规定范围内，具体包括宪法、法律、地方性法规、自治条例、单行条例中调整行政法律关系的行政规范以及行政立法（包括行政法规、部门规章和地方政府规章）。

（二）法律冲突的构成要件

法律冲突的构成要件既是法律冲突的现实表现，又是法律冲

^① 参见刘莘：《行政立法研究》，法律出版社2003年版，第44页。

突存在的原因，更是对现行立法机制中种种弊病的集中反映。根据法律冲突的涵义，法律冲突的构成要件主要体现为以下三个方面，缺一不可。

要件一直接关系到法律冲突产生的前提条件，即调整同一个法律关系的法律规范存在两个或两个以上。其中不同法律规范间出现“管辖”交叉点直接构成法律冲突的连接因素，是产生法律冲突的根本原因，而发生管辖交叉的法律规范既可以出现在不同的法律文本中，也可以存在于同一个法律文件中，只要是生效的法律规范，是否违法在所不问。

要件二关系到法律冲突产生的直接原因，共同调整同一个法律关系的不同法律规范必须在内容上有所差异而导致适用效力上互相排斥。根据《立法法》相关规定，不同法律规范内容上的差异主要表现为同位法（准同位法）间的不一致以及异位法间的相抵触^①。

要件三关系到法律冲突的结果，不同内容的法律规范因调整同一法律关系而导致效力相斥、互不相容。法律冲突必然令适法者困惑不已，不仅破坏法律的权威，影响法律的实施，而且会令法律所应发挥的社会利益调节器功能大打折扣。既然某些法律冲突无法避免已经成为公认的事实，那么构建有效的法律冲突控制机制，尽量使得法律冲突对法治的破坏作用“消失殆尽”才是研究法律冲突的根本意旨。

^① 《立法法》第78条、79条和第80条对异位法间法律冲突之“相抵触”的表现形式作出了规定，而《立法法》第83条、84条、85条和86条又对同位法间法律冲突之“不一致”表现形式作出了规定。事实上，《立法法》中的前述规定并不能够涵盖法律冲突的全部表现形式。其余法律冲突表现形式将会在本文的核心部分即有关法律冲突具体类型的分析中得到详尽论证。

(三) 法律冲突的本质

法律冲突的发生缘于法律体系内法律规范间的不协调、不统一。只要不同法律规范在行为模式和法律后果中存在对峙，又因调整同一个法律关系而被联系到一起时，法律冲突便会发生，“法律打架”其实仅是法律冲突的表象而已。

“法律旨在创设一种正义的秩序”^①，但与此同时，法律也是法治国家中调整利益冲突最主要也是最重要的方式，韦伯曾经对此作过很精辟的阐释，“任何法律保障都是直接地为经济利益服务的。即使不尽如此，经济利益也是影响法律创设的极重要原因。”^② 法律与利益本来就如影相随，先天就有着必然的联系，“在技术性、中立性的表象下，各种社会冲突被纳入特定的程序和机构中予以疏导，使冲突保持在一个适当的范围，从而有助于社会的整合。这些社会冲突和利益之间的矛盾能够在法律的名义下集合起来，并形成表面的一致性，即所谓立法者的统一意志。这就是法律非常重要的功能之一，它能够把纷繁复杂的矛盾通过抽象的法律原则、条文而包罗在一体之内，使社会既有表面的、必要的一致性，又能够容纳多种利益之间的竞争或倾轧”^③。可见，法律关系本质上就是利益关系，立法过程也就是利益的再分配过程。因此，抛开因立法技术原因或立法者主观认识偏差原因而导致的法律冲突，而实际上上述两个因素都是可以通过改良或

① 博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第318页。

② [德] 马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第33页。

③ 孙国华主编：《法的形成与运作原理》，法律出版社2003年版，第67页。

完善而避免的，法律冲突中的绝大多数背后都隐藏着利益之争，法律冲突本质上是由不同利益主体特别是经济利益主体不同法律表达博弈的结果，不论是中央立法与地方立法间还是各地方立法间法律冲突的背后，都藏匿着经济利益的野心。诚如蔡定剑教授所言，“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。而立法需求在没有得到有效规范和监督的情况下，必然会产生一定程度的立法混乱，使法律冲突加剧。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。”^①

冲突是自然界和人类社会普遍存在的现象，各个领域概莫能外、无法回避。尽管“一个灵活的社会通过冲突行为而受益，因为这种冲突行为通过规范的改进和创造，保证了他们在变化了的条件 下延续下去”，但是冲突的上述积极意义与其对秩序构建所造成的威胁相比又显得微不足道。而法律冲突作为冲突现象在法律体系中的具体表现形式，既然冲突不可避免已经成为毋庸置疑的事实，那么关注对法律冲突的调控、探寻解决法律冲突的根本路径应当成为我们努力的目标，而这恰恰也是我们法学界一直以来最为热衷的议题之一。

（四）相似概念的澄清

同一语境下的学术观点交锋才真正能够点燃思想的火花。学术领域中的许多论争不是始于论题，更不是始于观点和论证，而是始于对概念的理解和定义。^② 故澄清法律冲突与其相似概念间的

^① 蔡定剑：“法律冲突及其解决的途径”，载《中国法学》1999年第3期。

^② 参见刘红：“法律冲突的概念辨析”，载《湖北社会科学》2009年第1期。

异同，当然会对我们全面准确深入把握法律冲突之全貌大有裨益。

1. 法律冲突 vs 立法冲突

法学界在探讨国内法律冲突现象时，对“冲突”研究路径选择有所差异，主要表现为两种研究进路，一种是将立法冲突作为研究对象，还有一种就是直接研究法律冲突问题。事实上，也有部分学者在研究中直接将立法冲突等同于法律冲突，混淆了立法冲突与法律冲突这两种立法无序现象的异同之处。^①所谓立法冲突是指一国立法领域内立法权限间相互冲撞和侵越，以及法律规范间相互抵触和矛盾的现象。可见，立法冲突包括立法权限冲突以及法律冲突两方面的内容，立法冲突与法律冲突是包含与被包含的关系。其中立法权限冲突与法律规范冲突有着密切的联系：立法权限冲突是产生法律冲突的重要原因，立法主体多元化以及权限不清必然会导致部分法律规范在适用上的错乱，引发法律冲突问题，但立法权限冲突并非产生法律冲突的唯一原因，法律冲突的存在有着深刻的制度根源、认识根源、经济根源和社会根源，是任何一种法律制度发展到一定程度的必然产物^②。

2. 法律冲突 vs 规范竞合

^① 学者对于“立法冲突”的研究，不乏有直接将立法冲突简单地等同于“法律冲突”的著作或论文。比如刘莘教授主编的《国内法律冲突与立法对策》一书中，就直接将“立法冲突”等同于“法律冲突”进行研究；马红军，杨秀琼共同撰写的《进一步完善我国立法冲突解决机制之我见》（载于《广西政法管理干部学院学报》2007年9月）、张晓芝撰写的《我国立法冲突现象的成因及其治理措施》（载于《宁夏社会科学》2001年11月）以及戴琦撰写的《立法冲突不容忽视》（载于《中国律师》1998年11月）等等，都直接将立法冲突等同于法律冲突进行研究，忽视了两者的差别。

^② 参见严存生、宋海彬：“‘立法冲突’概念探析”，载《法学论坛》2000年第1期。