



The Conflict of Laws Issues in China's Legal System

董 皞 / 著

论法律冲突



始于1897

商务印书馆
The Commercial Press

The Conflict of Laws Issues
in China's Legal System

论法律冲突

董 皞 / 著



商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

论法律冲突/董皞著. —北京:商务印书馆,2013
ISBN 978 - 7 - 100 - 09631 - 7

I. ①论… II. ①董… III. ①法律适用—研究—
中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第266342号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

论 法 律 冲 突

董 皞 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 瑞 古 冠 中 印 刷 厂 印 刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 09631 - 7

2013年6月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2013年6月北京第1次印刷

印张 10%

定价: 36.00 元

序 言

法律冲突看似熟悉,其实很陌生。熟悉者,因国际私法之故;陌生者,亦因国际私法之故——法律冲突本属法学之基本范畴,却长期蜕变为国际私法之专有术语,几乎成为国际私法的独占领域,导致法理学界少有关注,更无深入研究者。虽已有行政法学者突破国际私法之垄断,从其部门法视角研究法律冲突,但依旧没有法理学上的深入考究。法理学上有意无意疏忽法律冲突理论,探究其根源,此乃西方法学之惯性使然。自然法学及其后继者理性法学,无不遵循西方学术传统中的体系与逻辑之思路,而难以真正面对国内法之矛盾与冲突;而实证法学,面对法律冲突导致国内法效力体系在完整性与统一性上出现的危机,其情何堪!董皞的《论法律冲突》敢于回应法律实践,直刺这一学术窠臼而横空出世。该作填补了我国法理学研究之空白,是我国第一部系统、全面而又深入地研究法律冲突的专著,其理论意义与学术价值自不待言。

该书以法律冲突问题的产生原因与解决途径为研究主题,从我国国内法律冲突之严峻现状着眼,以实案入手,追本溯源,中外比较,旁征博引,全面深入讨论法律冲突产生的直接原因与深层根源、法律冲突的消极影响与积极因素,根据实践之需要细致分析法律冲突的类别,并据此严谨界定法理学上的法律冲突。在厘清范畴的基础上,进一步探究法律冲突的判定问题以及解决法律冲突的两种正式方式,最后根据我国法律冲突的特殊性,比较系统地提出解决我国法律冲突的制度设计。

2 序言

全书论及法律冲突的各个方面,理论联系实际,资料翔实,论证严谨,自成独说。

全书展示了作者敏锐的实践洞察力和理论独创性。凭借对司法实践的深刻洞察与理论造诣,对法律冲突的概念和分类予以完全不同的梳理,揭示法律冲突与众不同的积极意义,提出全新的法律冲突概念与范畴、判定与解决的理论,最后提出包括制定《法律冲突规范法》在内的一套完整系统的法律冲突解决方案。综观全书无不表现出作者特立的理论创新。如:根据法理与实践,并指出论证法律冲突作为法律制度的范畴是与法官或有关专门机关的判定密切相关;按照制度设计与安排,提出并阐明没有法律冲突判定就不存在法律冲突,而一般学理上的认识在制度上没有法律效力上的意义;分析指出法律冲突不同于法律规范的“不一致”,“不一致”并不一定产生法律冲突;明确提出法律冲突协调作为法律冲突解决方式之一是一种严格的法律方式而非政治方式;通过中外之比较,充分肯定在我国现行宪政体制下,法院解决法律冲突的作用并提出了相关制度设计。所有这些立论不仅体现作者理论创新的勇气,同时,也反映出作者敢于根据实践之需,挑战将法学理论问题政治化、用意不良的伪学术,表现出作者严谨、求实的学术风范与宽阔、独到的正当视域。特别值得一提的是,在研究方法上,娴熟运用法学中的语言分析与规范分析方法,条分缕析、深刻透彻。

面对这样一本书稿,董皞的理论探索与开拓精神,令我感慨万分!作者能够从法院领导到大学教授的职业变迁过程中,凭着追求法治的一腔热血和对法律理性的深深痴迷,以其深厚的理论修养与对法律实践的深刻领悟,孜孜以求,完成博士后研究工作后又不断探索,终乃成就此著述。通读全书,思路缜密、分析入木,较之原博士后出站报告,立意益深、论证益缜、分析益邃、论述益达。其神本旷达,

成就今亦巨！

有缘与董皞合作并为其执著与成就而高兴,作为他的博士后合作导师,有感而发,是为序。

李步云

2012年初春于北京

自序

本书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探析,界定了法律冲突的定义。对法律冲突的传统分类进行了辨析和重新认识,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》的基本内容进行了轮廓勾画。

基本观点:

1. 法律冲突的含义:法律冲突是由于法律产生的原因和条件不同而导致的对同一调整对象有管辖权的法律之间内容的不一致,法官或有权机关认为适用不同的法律将会产生不同法律后果的法律制度现象。

2. 法律冲突的直接原因和法律冲突的潜在原因是两个不同的概念。产生法律冲突的原因是法律规定之间的不一致,也就是法律冲突的直接原因,而导致法律规定不一致的因素才是产生法律冲突的深层原因,也就是法律冲突的潜在原因,包括经济的、政治的、历史的、地域的、体制的、观念的、文字的、解释的等等原因。研究法律冲突的原因特别是法律冲突的潜在原因对于解决法律冲突有着非常重要的制度性意义。

3. 我国法律冲突在产生的原因和冲突的表现上以及在解决法律冲

2 自序

突的途径方面都存在着特殊性。在冲突的原因上有事权划分不清、新旧体制共存、历史形成因素等原因。法律冲突表现为法律冲突性质上的非对抗性、程度上的浅层次性、形式上的复杂性、体系上的不相关性、管辖上的重叠性等。

4. 法律冲突判定是指对法律之间是否发生或存在冲突的判断和认定,是法律冲突成立的必要条件。判定法律冲突的主体必须是法院或宪法或其他法律规定的有权机关,这些机关是否拥有这个权力与一个国家的违宪审查制度息息相关。法律冲突的构成要素包括:①调整同一对象;②书面表述差异;③适用法律后果不同。判定法律冲突的方法包括:①条文比照法;②价值判断法;③原则衡量法;④背景考察法。

5. 法律冲突解决的途径有两条:一是法律冲突消除;二是法律冲突协调。法律冲突消除是指某法律规范违反宪法或法律的基本原则或精神,应当予以撤销或被宣告无效的情形。法律冲突协调是指两个或两个以上对同一调整对象都有管辖权的法律之间发生冲突但并不导致其中某一法律或部分法律无效,而是采用选择适用法律的方法解决法律冲突的活动。消除法律冲突重在建立消除法律冲突的内在、外在以及裁决机制。协调法律冲突重在确定协调区域、位阶、性质以及特别冲突的各种不同情形之下的法律适用原则。

6. 建议制定我国《法律冲突规范法》。制定《法律冲突规范法》是法治和谐统一的需要,也是解决我国法律冲突问题现实的需要,且制定这一规范具有充足的理论基础和充分的实际条件。《法律冲突规范法》应以宪法的基本精神和基本原则为指导思想,以确保法治统一和维护职权划分为基本原则,建立和健全由专门机关、立法机关、行政机关、司法机关为主体的多层次全方位的法律冲突解决机制,以协调各区域和各层级之间的法律冲突及以消除与宪法、法律原则和精神相冲突的法律规范为手段,确保我国法律体系的协调与统一。

目 录

导 论	1
一、问题的缘起：“种子案”的法律思考	1
二、研究的意义：构建和谐统一之法律体系	6
（一）法律和谐统一是法治国的必然要求	7
（二）法律和谐统一是实现法律功能的重要保障	9
（三）法律和谐统一是法律顺利运行的前提条件	10

上篇 概念与范畴

第一章 法律冲突含义	15
第一节 法律冲突具体体现	15
一、我国不同立法主体间法律之冲突	16
二、我国法与外国法之冲突	21
三、我国大陆法与港澳台法之冲突	24
第二节 法律冲突的不同观点	27
一、法律冲突诸概念	28
二、法律冲突所属范畴	33
三、“法律冲突”之表达语	34
四、“法律冲突”之定义	36
第三节 法律冲突之特点	40
一、法律冲突是法律社会制度现象	40

2 目录

二、法律冲突是调整同一对象法律规范的差异	41
三、法律冲突是国际法与国内法的普遍现象	42
四、法律冲突的表现具有多样性	42
五、法律冲突在我国之特殊现状	43
六、法律冲突的非绝对无效性	43
第四节 法律冲突之作用	44
一、法律冲突之积极作用	44
二、法律冲突之消极作用	50
第五节 法律冲突之显现	56
一、法律冲突于法律执行阶段之显现	57
二、法律冲突于法律适用中之显现	59
第二章 法律冲突之分类	62
第一节 几种不同的法律冲突分类	62
一、法律冲突一般分类	62
二、区际法律冲突分类	67
三、中国国内法律冲突分类	68
四、法理学对法律冲突类型之看法	69
第二节 法律冲突分类再认识	70
一、法律冲突分类与研究之目的、范围	70
二、法律冲突之八种分类	76
第三章 法律冲突之原因	81
第一节 法律冲突之直接原因	82
一、法律规定不一致	82
二、案件事实与法律联接	87
三、调整同一对象的法律不同解读	89
第二节 法律冲突之潜在原因	92

一、法域间的经济基础、历史传统以及意识形态之差异	92
二、立法者价值取向选择之差异	95
三、固化之法律与多变现实之差异	98
四、模糊之法律与解释之差异	104

中篇 判定与处置

第四章 法律冲突判定	111
第一节 法律冲突判定之含义与意义	112
一、法律冲突判定之含义	112
二、法律冲突判定之意义	115
三、法律冲突之“识别”与判定	122
第二节 法律冲突判定之要素	126
一、法律冲突判定之构成要素	127
二、法律冲突判定之特殊问题	134
第三节 法律冲突判定之方法	142
一、条文比照法	143
二、价值判断法	144
三、原则衡量法	145
四、背景考察法	146
第五章 法律冲突消除	148
第一节 法律冲突消除之含义与意义	150
一、法律冲突消除之含义	150
二、法律冲突消除之意义	152
第二节 法律冲突消除机制	156
一、内在机制:以职权划分为核心	157
二、外在机制:以预防与发现为主导	173

4 目录

三、裁决机制	197
第六章 法律冲突协调	201
第一节 法律冲突协调之含义、意义与条件	201
一、法律冲突协调之含义	201
二、法律冲突协调之意义	206
三、法律冲突协调之条件	209
第二节 法律冲突协调之原则	214
一、区域冲突之协调原则	214
二、位阶冲突之协调原则	219
三、性质冲突之协调原则	226
四、特别冲突之协调原则	228

下篇 现实与出路

第七章 我国法律冲突问题之特殊性	233
第一节 我国法律冲突之个性特征	233
一、法律冲突性质的非对抗性	233
二、法律冲突程度的浅层次性	234
三、法律冲突形式的复杂性	235
四、法律冲突体系的不相关性	237
五、法律冲突管辖的重叠性	237
第二节 我国法律冲突之缘起	238
一、立法授权不规范导致立法主体扩张	238
二、事权不清导致立法权限不明确	246
三、利益冲突导致地方保护和部门垄断	249
四、漫长改革导致体制碰撞	254
五、法律解释不同导致法律适用冲突	257

六、立法粗疏和技术问题导致法律内容不协调	262
七、历史原因导致区际法律冲突	270
八、执法不规范引起适用冲突	270
第八章 解决我国法律冲突之制度选择	273
第一节 我国解决法律冲突特别途径	273
一、公众参与预防法律冲突	273
二、简单告示处理冲突法	275
三、解释(或批复)处理冲突法	276
四、裁决处理冲突法	277
五、区际法律冲突的解决	278
第二节 解决我国法律冲突的建议	291
一、转变立法模式和完善立法技术	291
二、构建和完善宪法解释和一般法律解释制度	295
三、建立和健全解决法律冲突的体制机制	301
四、制定《法律冲突规范法》	311
参考文献	314
一、中文	314
二、外文	319
跋(一)	320
跋(二)	323

导 论

一、问题的缘起：“种子案”的法律思考

2003年1月25日,河南省洛阳市中级人民法院开庭审理了伊川县种子公司委托汝阳县种子代公司代为繁殖“农大108”玉米杂交种子的纠纷,审判长为30岁的女法官李慧娟。本案在案件事实的认定上双方没有异议,但在赔偿问题上,由于各自所主张的赔偿根据不同,双方产生了分歧。根据河南省人大制定的地方性法规《河南省农作物种子管理条例》第36条的规定:“种子的收购和销售必须严格执行省内统一价格,不得随意提价”,而根据另一方当事人对《中华人民共和国种子法》立法精神的解读,则是种子价格应由市场决定。如此一来,由于适用两个不同的判决依据,会使赔偿额相差60多万元,因而双方对适用哪一个规定产生了很大的分歧。此案经过了多方多次调解无果,法院于2003年5月27日作出了一审判决,依据是《中华人民共和国种子法》。本案的特别之处在于判决书中的一段话:“《种子法》实施后,玉米种子的价格已由市场调节,《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规,其与《种子法》相冲突的条(原文如此)自然无效……”。问题就出在“相冲突”和“自然无效”两个概念的表述和使用上,并由此引起了一场轩然大波。

2003年7月15日,洛阳市人大常委会就该种子案所涉经营价格问题向河南省人大常委会提交了一份请示。10月13日,河南省人大

2 导论

常委会法制室(原文如此)发文答复表示,经省人大主任会议研究认为,《河南省农作物种子管理条例》第36条关于种子经营价格的规定与《种子法》没有抵触,应继续适用。同时,该答复还指出:“洛阳中院在其民事判决书中宣告地方性法规有关内容无效,这种行为的实质是对省人大常委会通过的地方性法规的违法审查,违背了我国的人民代表大会制度,侵犯了权力机关的职权,是严重违法行为”,要求洛阳市人大常委会“依法行使监督权,纠正洛阳中院的违法行为,对直接负责人员和主管领导依法作出处理,通报洛阳市有关单位,并将处理结果报告省人大常委会”。同一天,河南省人大常委会办公厅还向河南省高级人民法院发出通报,称:“1998年省高级人民法院已就洛阳市人民法院在审理一起案件中错误地审查地方性法规的问题通报全省各级法院,洛阳中院却明知故犯”,“请省法院对洛阳中院的严重违法行为作出认真、严肃处理”,“并将处理结果报告省人大常委会”。

此案的判决在当地人大和法院引起了很大的反响。在河南省人大和省高级人民法院的直接要求下,洛阳中院曾拟定撤销李慧娟的审判长职务并免去其助理审判员资格^①。

此案一经曝光便在各大媒体引起关于我国法律冲突问题的大讨论,内容除了对李慧娟法官表示同情和遗憾外,大多涉及对我国法律冲突现状表示担忧以及对解决机制的反思。本人也撰文对这一问题表达了如下基本看法^②:

不止一次的法律冲突摆在众多的法官面前,只是洛阳中院的李慧娟法官闯了祸。我为那些未犯规的众多法官庆幸,为犯规的李慧娟法

^① 郭明龙:“2003洛民初字第26号民事判决书评析”<http://wenku.baidu.com/view/6c4b4d5d3b3567ec102d8a06.html>. 访问时间:2011年6月7日。

^② 董峰:“面对法律冲突的法官”,载《法制日报》,2003年11月20日第8版。

官遗憾,为这种尴尬的结局而悲哀。

在我国,法律冲突的普遍性和严重性到了只要对法律有过一定接触或打过一定交道的人即可以略举一二的程度。关于这一点恐怕不会有多少人持有异议。这种描述只不过是百姓、学者、法官包括立法者的个人感受而已,而真正被依照法定程序确认的冲突并被宣布为无效或予以撤销的案例,则在几十年来都是屈指可数的。

法律冲突的存在是客观的,大家对冲突的感受是真实的,冲突所带来的后果也是显而易见的。但面对法律冲突的法官会如何应对呢?大致有三种情形:第一,对于一腔热血好事冲动的法官,为了追求内心的正义进行违法或违宪审查,注定会一头撞上超越职权的高压线。因为法官的职责是适用法律,宪法或法律并未赋予他对法规的违法审查权,和对法律的违宪审查权。“法官只服从法律”,既说明法官的权威,又反映出法官的“奴性”。对于法律之外的力量他(她)是至上,而对法律他(她)是奴隶。在我国,宪法不允许法官对法规或法律说“不”。第二,对于天性执著敢于较真的法官,也许他会选择一边呆瞅着案卷一天天积满灰尘,一边忍受煎熬等待着有关部门确认或裁决的漫漫长夜。因为我国对法律冲突解决方式的设计是采取由制定机关或其上级机关撤销和由有权机关进行裁决的方式。而这种方式所经过的环节及层次的复杂程度是可以想象的,几十年大家只是感觉到法律冲突的存在,而尚无看到几个被撤销或裁决的真实案例,就是极好的例证。第三,对于冷静观察三思而行的法官,他则会小心翼翼悄无声息地绕道而行。因为法官既不能认定法律冲突,也无权宣告某一法律法规无效,更不得拒绝审判。如果他能够在冲突的缝隙中迂回前行,他的审判算是侥幸成功;如果不能,他将不得不背上法律冲突强加在他身上的这口越权的“黑锅”。

从法官的心理和社会效果两方面来分析这三种情形:第一种是从

良好的愿望出发,但造成的是违法的后果;第二种是从理想的愿望出发,但很难取得现实的效果;第三种是从无奈的现实出发,在夹缝中寻找解决问题的机遇。

那么,面对法律冲突的法官应当如何应对呢?我认为:

一、法官不能违法确认和解决法律冲突。作为一个法官首先要明白自己的法律地位和职业权责,应该说任何一个职位都是如此,更何况法官职业,忠于法律尽职尽责是天经地义的事情。对于法规的违法性和法律的违宪性审查方式各国做法有所不同,这是由各国的宪政体制所决定的。各自方式的优劣或许在理论上存在合理性的问题(其实所谓合理性问题也是相对的),但在现实的司法活动中只有合法与违法这两个定性概念。在我国,法官的职责就是适用法律,而在判决中确认法律冲突或确认某一法律法规无效就已经是超越法官职权的行为了。即使从法律冲突的角度讲,处理法律冲突问题也是非常复杂的,涉及对法律的理解和解释,对法律冲突的界定和确认,诸如法律冲突和解决法律冲突的原则、途径和方法以及程序等等。一个通过严格立法程序制定的法律法规,被一名普通法官或被一个基层法院在判决书中宣告为无效的情形,在我国的宪政制度中无论如何不能认为是一种严肃的事情。

二、法官有权解释法律包括法律法规之间是否存在冲突,有权依照法定程序送请裁决法律冲突。法官的权力是适用法律,而解释法律是适用法律的前提和必要条件。当法官面对几个对当前案件都作了规定的法律法规时,首先,要对几个法律法规进行理解和解释,判断其中一个法律法规是应当适用于当前案件的,从而作出选择某个法律法规适用于当前案件的决定。要尽可能回避法律冲突问题,说明法律法规规定之所以不同是由于适用条件或对象等原因的不同,而非法律冲突所致。因为确认和解决法律冲突并不是法官的权力,而只有选择法律才是法官的权力。以此方式既可以回避法律冲突问题带来的尴尬和因