

法律冲突与适用规则

—
The Conflict Of Laws
And The Rules Of Application
—

杨登峰 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

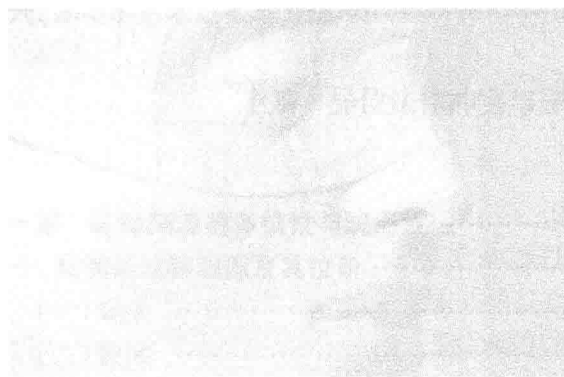
法律冲突与适用规则

—

The Conflict Of Laws
And The Rules Of Application

—

杨登峰 著



图书在版编目(CIP)数据

法律冲突与适用规则 / 杨登峰著. -- 北京 : 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1684 - 4

I. ①法… II. ①杨… III. ①法律适用—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 292750 号

法律冲突与适用规则
FALŪ CHONGTU YU SHIYONG GUIZE

杨登峰 著

策划编辑 王 扬
责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 19.75
字数 306 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1684 - 4

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2004年我进入浙江大学光华法学院攻读博士学位期间,导师胡建森教授即给我确定了国内法律冲突及其适用规则的研究方向。自此伊始,国内法律冲突与适用规则问题始终成为我的研究方向之一。攻读博士学位期间,主要研究新旧法律冲突,博士学位论文即以此为题而作。期间发表了《民事、行政司法解释的溯及力》(《法学研究》2007年第2期)、《何为法的溯及既往——在事实或其效果持续过程中法的变更与适用》(《中外法学》2007年第5期)、《有利法律溯及原则及其适用中的若干问题》(《北京大学学报(人文哲社版)》2006年第6期)等论文。2007年博士毕业之后,于2008年,在整理、修改博士学位论文和系列论文的基础上出版了《新旧法的适用原理与规则》一书(法律出版社2008年版)。

至南京师范大学法学院工作后,为了适应教学的需要,我的研究范围有了很大扩展,陆续对行政行为的效力和矫正制度、行政法基本原则、政府信息公开制度等展开了研究,也取得了一些成果。但与此同时,并没有放弃对于法律冲突和适用规则的研究,围绕着这一问题也发表了一些论文。例如,《下位法尾大不掉问题的解决机制——“新上位法优于旧下位法”规则之论》(《政治与法律》2014年第9期)、《选择适用特别法与一般法的若干问题》(《宁夏社会科学》2008年第3期)、《法不溯及既往原则的地位和适用的例外》(《金陵法律评论》2009年春季卷)、《越权立法的认定与处理》(《现代法学》2006年第3期)等论文。时至今日,距2008年出版《新旧法的适用原理与规则》已经将近10年,我有了将已发表的研究成果和未发表的研究成果整理编修成一本新的专著的想法。于是在“新旧法律冲突与新旧法适用规则”的基础上,增加了“异位法律冲突与异位法适用规则”和“种属法律冲突与种属法适用规则”两部分,构成对于立法法上三类基本法律冲突及其排解规则的研究。

本书写作得到了南京师范大学法学院和南京师范大学中国法治现代化研究院的各位同仁的大力鼓励;本书出版得到南京师范大学法学院和中国法治现代化研究院研究经费的全力支持。在出版过程中,南京师范大学法学院方乐博士、胡惟佳女士和法律出版社王扬女士给予了热情而无私的帮助。在此向他们真诚的谢意。对于本书所存在的问题,恳请大家不吝赐教。

目 录

前 言	1
基 论 法律冲突与适用规则的理论概说	1
一、作为行政法学术语的法律冲突	1
(一)法律冲突概念的初步界定	1
(二)法律冲突与法条竞合的关系	4
(三)法律冲突与权利冲突、原则冲突之关系	5
(四)法律冲突与法律规范交集情形的差异	7
二、法律冲突发生的两类根源	9
三、两类法律冲突,两种解决路径	11
(一)彼此相容的法律冲突及其规则路径	13
(二)相互排斥的法律冲突及其裁决路径	15
四、适用规则作为法律规则的特殊性	18
五、法律冲突及其适用规则的等级性	20
六、本书的基本结构与方法	24

上篇 异位法律冲突与异位法适用规则

第一章 法律渊源的多位性与统一性	29
一、我国的法律渊源及其位阶	29
(一)宪法	29
(二)法律	30
(三)行政法规	30
(四)地方性法规、自治条例与单行条例	31
(五)行政规章	32
(六)法律解释	32
(七)其他不成文的法律渊源	33

二、“下位法不得与上位法相抵触”原则	34
(一)“下位法不得与上位法相抵触”原则在立法上的体现	34
(二)“下位法不得与上位法相抵触原则”的生成基础	34
(三)“下位法不得与上位法相抵触”原则的属性	36
三、下位法先于上位法适用原则	37
第二章 异位法律冲突种类与解决路径	39
一、异位法律冲突的两大种类	39
(一)异位法律冲突的基本类型	39
(二)三种相容性异位法律冲突	40
(三)唯一的排斥性异位法律冲突	43
二、异位法律冲突的两种解决路径	44
第三章 下位法抵触上位法的认定与审查	47
一、下位法与上位法相抵触的认定	47
(一)下位法抵触上位法的类型分析	47
(二)下位“规定性规范”与上位法抵触的认定	52
(三)下位“设定性规范”与上位法抵触的认定	55
二、下位法与上位法相抵触的审查	62
(一)规章与上位法相抵触的审查	62
(二)法规与上位法相抵触的审查	64
(三)法律与宪法相抵触的审查	66
第四章 相容性异位冲突规范的适用规则	68
一、“变通法优于被变通法”规则	68
二、“严格法优于基准法”规则	68
三、“新上位法优于旧下位法”规则	70
(一)“新上位法优于旧下位法”规则界说	70
(二)从“美通公司案”看“新上位法优于旧下位法”规则	71
(三)“新上位法优于旧下位法”规则的例外	74
第五章 与异位法律冲突相关的其他问题	76
一、近位法律冲突的裁决	76
(一)部门规章与省级地方性法规不一致时的适用与裁决	76
(二)省级政府规章与设区市法规不一致时的适用与裁决	78

二、规章之间冲突的适用与裁决	79
本篇总结	83

中篇 新旧法律冲突与新旧法适用规则

第一章 法的变动性与新旧法的适用	87
一、法的稳定性与变动的必然性	87
(一) 法的稳定性原则	87
(二) 法律变动的必然性	88
二、法的变动对法律适用的影响	89
三、新旧法律冲突的相容性与解决路径	92
四、排解新旧法律冲突的相关规则	94
第二章 法不溯及既往原则	96
一、法不溯及既往原则的渊源与含义	96
(一) 不溯及既往原则的起源	96
(二) 国内外学界对不溯及既往原则的界定	97
(三) 中外理解的差异与正确见解的确定	98
二、国外法不溯及既往原理的演变	99
(一) “法因公布而生效”理论	99
(二) 既得权保护理论	101
(三) “信赖利益”保护原则	104
(四) 诚信原则	108
三、我国法不溯及既往原则的理论依据	110
(一) 我国法律溯及既往的传统	110
(二) 国外法不溯及既往诸原理的评析	113
(三) 我国不溯及既往原则的理论依据	114
四、不溯及既往原则的效力范围	117
第三章 法不溯及既往的例外	121
一、法律溯及既往的可能性	121
二、法律溯及既往的主要类型	122
(一) 程序法的溯及既往	122
(二) 法律解释的溯及既往	126

4 法律冲突与适用规则

(三)新法为填补旧法漏洞而溯及既往	137
(四)适用规则的溯及既往	138
(五)有利法律的溯及既往	138
三、法的溯及既往效力的限制	141
(一)时效和期间制度的制约	141
(二)裁决的既判力的制约	142
(三)限时法的限制	145

第四章 法的即行适用原则.....147

一、在事实或其效果持续过程中法律变更引出的问题	147
(一)实践中面临的难题	147
(二)我国实务的处理方式	148
(三)问题的进一步提出	151
二、法的即行效力理论的衍生	151
(一)既得权理论对即行效力的限制	152
(二)“非真正溯及”概念与法的即行适用	153
(三)“新法的即行效力”理论的提出	159
(四)“即行效力”理论的历史成因	162
三、我国法的即行适用原则的确立	166
(一)法的即行适用作为原则的理由	167
(二)法的即行效力的有限性	171
(三)法的即行适用与信赖利益保护	172

第五章 处理新旧法的相关规则.....176

一、不溯及既往型适用规则	176
(一)“从旧”规则	176
(二)“实体从旧”规则	178
(三)“行为时法优于审理时法”规则	179
(四)“新法优于旧法”规则	179
(五)“不溯及推定”规则	180
二、溯及既往型适用规则	181
(一)“从新”规则	181
(二)“程序从新”规则	182
(三)“法律解释从新”规则	184
三、不溯及和溯及结合型适用规则	184

(一)“从优(轻)”规则	184
(二)“从旧从优(轻)”规则	185
(三)关于“从新从轻(优)”规则	186
第六章 新旧法律适用规则的应用	188
一、法律变动时间的确定	188
(一)法律的施行	188
(二)法律的修改	190
(三)法律的废止	194
(四)新法废止旧法的推定	198
二、事实发生时间的确认	201
(一)实施行为的时间还是后果发生的时间?	201
(二)不作为的时间	203
(三)继续性或连续性行为的行为时	204
(四)共同行为的行为时	204
(五)附条件行为的行为时	205
三、新法有利与否的确认	205
(一)法律变更的情形	206
(二)认定法律有利与否的原则	206
(三)两种特殊情形的处理	208
本篇总结	209
下篇 种属法律冲突与种属法适用规则	
第一章 事物的多样性与种属法规范的形成	215
一、客观事物的同一性与差异性	215
二、一般法与特别法关系的形成	217
三、一般法与特别法关系的特征	220
四、一般法与特别法关系的类型	223
第二章 平等原则对种属法规范的约束性	228
一、平等权在各国宪法上的规定	228
二、平等原则与平等权之间的关系	229
三、从形式平等到实质平等的衍变	230

四、平等原则对法规范内容的约束	233
五、法律规范合乎平等原则的判断	235
(一)差别对待的平等性判断	236
(二)相同对待的平等性判断	238
第三章 选择一般法与特别法的适用规则	241
一、“特别法优于一般法”规则	241
二、“新特别法优于旧一般法”规则	243
三、“旧特别法优于新一般法”规则的确立	246
(一)关于旧特别法与新一般法的现行裁决制度	246
(二)“旧特别法优于新一般法”规则之确立	248
第四章 种属法律规范之适用规则的应用	251
一、识别一般法与特别法的困难性	251
二、种属法律冲突与其他法律冲突的关系	255
(一)种属法律规范冲突与异位法律冲突的关系	255
(二)种属法律规范冲突与区际法律冲突的关系	256
(三)种属法律规范冲突与新旧法律冲突的关系	257
(四)种属法律规范冲突与法律规范交集情形的关系	258
三、辨识一般法与特别法的基本路径	260
(一)规范制定者是否为同一机关	260
(二)规范之事实构成要件之间有无包容关系	264
(三)两个规范的法律后果要件是否具有排斥性	266
四、确定种属法律关系须注意的问题	267
(一)种属法律关系的判断不能停留在法律文件层面	267
(二)种属法律关系之判断不能停留在法律条文层面	271
(三)种属法律关系之判断不能背离行政法的内在结构	274
第五章 与种属法律冲突相关的其他问题	278
一、法律规范构成要件交集的情形	278
(一)法律规范构成要件交集的表现形态	278
(二)法律规范构成要件交集情形的特征	280
(三)构成要件交集之法律规范的选择适用	283
二、关于“原则法与例外法”的关系问题	287

本篇总结·····	289
余论 尚待研究的问题·····	291
参考文献·····	293
国内著作·····	293
国外译著·····	294
国内论文·····	295
英文论文·····	298

基论 法律冲突与适用规则的理论概说

本书主要研究法律冲突以及排解法律冲突的适用规则。这里使用“基论”一词而非导论者,绝不是为了别出心裁,标新立异,而是因为这里所谈的内容并非通常的导论所能涵盖。通常的导论主要述说研究的意义与价值、国内外的研究现状、作者的创新之处、采用的研究方法以及著作的基本结构与内容等。本书在这里虽然也述及到这方面的一些内容,但更重要的、更多的内容与任务是为后续三编奠定理论基础。本章因此可以说是全书的理论基石。这里界定了法律冲突与适用规则这两个基本范畴,对法律冲突的基本类型和解决路径作了划分和分析,就法律冲突的位阶性及其对法律适用规则的影响作了诠释,这些都是探讨法律冲突与适用规则必须解决却未予很好解决的问题。因此,说本章奠定了全书的理论基础,厘清了全书的论证脉络,毫不过分。正因为如此,在这里用了“基论”这样一个不大用的概念来做标题,而不是常用的“导论”一词。

一、作为行政法学术语的法律冲突

法律冲突与适用规则是本书的研究对象,也决定着本书的研究范围和内容;因此之故,法律冲突与适用规则这两个概念必须是首先要交代清楚的。这里先讲法律冲突。

(一) 法律冲突概念的初步界定

本书所讲的法律冲突,系指对同一法律事实有两个以上的法律规则可同时适用,但适用的法律后果不同的法律现象。与立法法中的相关概念来对应的的话,不仅包括下位法与上位法相抵触、不一致的情形,还包括其他同位阶、近位阶法律规范之间彼此不一致的情形。如果对法律冲突更加具体和精确的表述,则应当是“法律规则冲突”,因为法律冲突实际上并不是法律与法律之间的冲突,而是法律规则与法律规则之间的冲突。

就其渊源,法律冲突首先是国际私法上的概念。董皞教授指出:“由于学科发展的原因,法律冲突问题在国际私法领域历史悠久,更多的学者还是从国际私法的领域界定法律冲突。甚至于一些非国际私法领域的学者在界定法律冲突时,仍然坚持局限于传统的国际法领域。”^①例如,蔡定剑认为:“法律冲突是国际私法上的一个概念,它是在国际民商事交往中,不同国家对同一问题的规定不同,产生有关国家的法律

^① 董皞:《论法律冲突》,商务印书馆2013年版,第30页。

对同一民商法律的规定相互冲突。”^①李双元主编的《国际私法学》教材认为:“法律冲突,在国际私法上有独特的含义,它是指涉及两个或两个以上的国家的民事法律对该民事关系的规定各不相同,却又竞相要求适用于该民事关系,从而造成的该民事关系在法律适用上的相互抵触现象。简言之,法律冲突就是对同一民事关系因所涉各国民事法律规定不同而发生的法律适用上的冲突。”^②可以看出,国际私法学上的法律冲突主要强调两点:一是界于不同国家之间;二是限于民事法律之间。^③

不过,本书所研究的法律冲突不包括国际私法领域的法律冲突现象,而是专门针对国内法律冲突现象的,且主要针对的是行政法上的法律规范冲突现象。实际上,在国内法学领域,法律冲突也基本上是行政法学界使用的概念。例如,马怀德教授主编的《我国法律冲突的实证研究》,^④董皞教授所著《论法律冲突》,^⑤刘莘教授主编的《国内法律冲突与立法对策》,^⑥刘志刚所著的《法律规范的冲突解决规则》,^⑦金国坤教授所著的《行政权限冲突解决机制研究》,^⑧袁勇博士所著的《法律规范冲突研究》,^⑨顾建亚博士著的《行政法律规范冲突的适用规则研究》,^⑩孔祥俊法官所著的《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,^⑪这些著作者基本上都是从从事行政法学研究或从事行政法律实务的,他们的著作所关注的问题也主要是行政法领域的。

法律冲突是普遍存在且长期存在的法律现象,这里举两个案件所涉及的法律适用问题来说明法律冲突问题。

第一个案例是“陈洪金诉山东招远市贸易局行政处罚案”。陈洪金在家中私宰生猪一头,上市出售。山东招远市贸易局准备对其进行行政处罚。经查,《生猪屠宰条例》^⑫第5条第3款规定:“未经定点,任何单位和个人不得屠宰生猪;但是,农村地区个

① 蔡定剑:《法律冲突及其解决途径》,载《中国法学》1999年第3期。

② 李双元主编:《国际私法学》,北京大学出版社2011年版,第3页。

③ 在国际私法领域,有些学者对于法律冲突的界定比较宽泛,不限于国家之间的民事法律领域。例如,黄进主编的《国际私法》认为:“从广义上讲,法律冲突系指调整同一社会关系或解决同一问题的不同法律出于各自内容的差异和位阶的高低而导致相互在效力上的抵触。一般来说,只要各法律对同一问题做了不同规定,而当某种法律事实又将不同的法律规定联系在一起时,法律冲突便产生。比如说,如果中国某省的地方权力机关制定的一项地方性法规与中国现行宪法的某一规定不一致,那么,该地方法规和中国宪法在效力上就会发生冲突。”黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第11页。除此之外,韩德培主编的《国际私法》教材也是从广义上界定法律冲突的。他说:“如果从普遍的意义上讲,法律冲突是指两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。一般来说,只要各法律对同一问题作了不同的规定,而当某种事实又将这些不同的法律规定联系在一起时,法律冲突便会发生。”韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第85页。

④ 马怀德主编:《我国法律冲突的实证研究》,中国法制出版社2010年版。

⑤ 董皞:《论法律冲突》,商务印书馆2013年版。

⑥ 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。

⑦ 刘志刚:《法律规范的冲突解决规则》,复旦大学出版社2012年版。

⑧ 金国坤:《行政权限冲突解决机制研究》,北京大学出版社2010年版。

⑨ 袁勇:《法律规范冲突研究》,中国社会科学出版社2016年版。

⑩ 顾建亚:《行政法律规范冲突的适用规则研究》,浙江大学出版社2010年版。

⑪ 孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版。

⑫ 1997年12月12日国务院第六十四次常务会议通过,国务院令第238号发布,自1998年1月1日起施行。本条例已被2007年12月19日国务院第201次常务会议修订。本书所引为修订前的条款。

人自宰自食的除外。”第15条规定：“违反本条例规定，未经定点，擅自屠宰生猪的，由市、县人民政府商品流通行政主管部门予以取缔，并由市、县人民政府商品流通行政主管部门会同其他有关部门没收非法屠宰的生猪产品和违法所得，可以并处违法经营额3倍以下的罚款。”《生猪屠宰管理条例实施办法》^①第34条规定：“违反《条例》第5条第3款规定，未经定点，擅自屠宰生猪的，由市、县人民政府商品流通行政主管部门予以取缔，并会同有关部门没收非法屠宰的生猪及其产品、违法所得、屠宰工具，拆除屠宰设施，可以并处违法经营额2倍以下的罚款；情节严重的，可以并处违法经营额2倍以上3倍以下的罚款。”可以看出，对于未经定点屠宰生猪的行为，《生猪屠宰管理条例》第15条规定仅可以给予“没收生猪产品”“违法所得”和“罚款”的行政处罚。但《生猪屠宰管理条例实施办法》第34条规定，除可以给予“没收生猪产品”和“罚款”的行政处罚外，还可以给予“没收屠宰工具”“拆除屠宰设施”的行政处罚。山东招远市贸易局最后依据《生猪屠宰管理条例实施办法》第34条的规定，作出没收私宰的生猪产品和屠宰工具，并处罚款的行政处罚决定。暂且不论该行政处罚决定适用法律是否正确，行政处罚决定是否合法，单就本书问题而言，本案涉及的便是法律冲突的问题。对与陈洪金的私自屠宰出售这一行为，由于《生猪屠宰条例》第15条与《生猪屠宰条例实施办法》第34条的事实构成要件相同，两个条款都可以适用，都可以作为处罚的依据，但由于两个条款的法律后果要件不尽相同，适用不同的条款，作出的处罚决定必然不同。

第二个案例是“郭某诉A煤矿工伤保险纠纷案”。本案原告郭某于1974年在A煤矿工作，1976年调入B厂工作，2006年发现肺部有问题，2008年鉴定为煤工尘肺。B厂未按规定参加工伤保险。《职业病防治法》(2001)第53条规定：“劳动者被诊断患有职业病，但用人单位没有依法参加工伤社会保险的，其医疗和生活保障由最后的用人单位承担；最后的用人单位有证据证明该职业病是先前用人单位的职业病危害造成的，由先前的用人单位承担。”于是，郭某和B厂要求由A煤矿承担郭某职业病的治疗和生活保障费。但A煤矿提出，《职业病范围和职业病患者处理办法的规定》(卫防齐字〔1957〕第145号)第7条规定：“工人、职员调转工作时，原单位应在离职单内填明该工人、职员的工种和工作年限。如果是职业病患者，应将有关确定职业病证明材料(如病历等)，一并转交调往新的工作单位。如果该工人、职员到达新的工作单位以后，原患有的职业病未痊愈或新发现的职业病，虽与现工作无关但确与以往工作有关时，均应由新的工作单位按职业病待遇处理。”同样的规定被之后颁布的《职业病范围和职业病患者处理办法的规定》(卫防字〔1987〕第82号)第8条、《企业职工工伤保险试行办法》(劳部发〔1996〕266号)第51条承继下来。按照这些规定，郭某职业病的治疗费用和生活保障费用应由B厂承担。双方争执不下，遂于2010年提请劳动仲裁并提起诉讼。2011年，本案尚在审理过程中，《职业病防治法》(2001年)第53条作了修订，新

^① 1998年2月18日国内贸易部令第4号发布。本实施办法已经商务部令2008年第13号修订。本书所引为修订前的条款。

《职业病防治法》(2011年)第60条规定:“劳动者被诊断患有职业病,但用人单位没有依法参加工伤保险的,其医疗和生活保障由该用人单位承担。”本案时间跨度大,涉及不同时期的法律文件和法律规则,如果不考虑时间因素,单就这些法律条款的事实构成要件而言,都是可以适用于郭某的,但由于它们各自的法律后果不同,适用不同的条款,最后的法律责任承担者将会大相径庭。

(二)法律冲突与法条竞合的关系

澄清行政法上的法律冲突概念,首先需要厘清它与刑法学、民法学所使用的法条竞合概念之间的关系。

法条竞合,作为刑法学和民法学共同使用的概念,其含义基本相同。刑法学上的法条竞合,通常指一个犯罪行为同时触犯数个犯罪条文的情形。民法学上的法条竞合,通常指一个民事行为同时符合数个民事法律规范之构成要件的情形。可以看出,不论刑法学还是民法学,法条竞合实际上并不是法律条文之间的竞合,而是指法律规则之间的竞合,有些名不副实。除了法条竞合,民法上还有法律责任竞合概念,有人也称之为法律规定间的竞合。^①法律责任竞合,指某一法律事实可导致两种以上的法律责任,而这些责任之间又相互冲突的现象。常见的是违约责任与侵权责任之间的竞合。例如,出卖人交付的物品有瑕疵,致使买受人的合法权益遭受侵害,买受人向出卖人既可主张侵权责任,又可主张违约责任,但这两种责任不能同时追究,只能追究其一。可以看出,本质上,法律责任竞合仍然属于法条竞合的一种,只不过在内容上主要是关涉法律责任,而且牵涉的法条数量可能更多,更加复杂。^②

单从概念来看,法律冲突与法条竞合只是措辞不同,内容似乎并无迥异之处。但细究刑法学与民法学关于法条竞合的讨论,在所论议题的内容与解决问题的方法诸方面,还是与行政法学上的法律冲突多有不同。这是因为,刑法只有一部法典,立法主体单一,所有条文都囊括在一部法典之中。民法即便不止一部法典,其数量也屈指可数,立法主体和法律位阶仍然比较单一。这样一来,刑法与民法的所有法律条文都统一在一部法典或为数不多的几部法典中,彼此之间的逻辑关系相对简单、清晰,也比较合理、完善。因此,刑法学与民法学所面对的的确是“法条”间的矛盾,主要通过梳理“法条”间的逻辑关系来解决“竞合”问题。例如,民法学关于法条竞合所讨论的不过是新法与旧法的竞合与适用、以及一般法与特别法的竞合与适用。行政法则不然。它的法律渊源不计其数,彼此往往形式不同、位阶有别。虽然法律冲突也是法律规则间的冲突,但这些规则往往寄居在不同的法律文件中,不仅出现在同一机关制定的同一文件或者同一位阶的法律文件中,更出现在不同机关制定的相同位阶或不同位阶的法律文件中,其中不少法律规则之间的矛盾有悖逻辑或者法理,从而显得更具“冲突”性。因此,行政法所面对的法律矛盾不仅包括刑法、民法所面对的诸如新法与旧法、一般法与特别法之类的“竞合”问题,还面对下位法与上位法相抵触之类

① 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第178页。

② 同上书,第178~180页。

的更复杂、更激烈的“冲突”问题。或许正因如此,行政法学界更喜欢使用法律冲突这一概念来指称这些法律现象,反过来讲,用这一概念来指称这些法律现象也许更加妥帖。

(三)法律冲突与权利冲突、原则冲突之关系

与法律冲突概念相近的还有所谓的权利冲突、原则冲突等概念。所谓权利冲突,系指一个主体在合法地行使自己的权利时,妨害或影响了其他主体之权利的合法行使,从而形成冲突的法律现象。为了说明什么是权利冲突,刘作翔教授在《权利冲突:一个应该重视的法律现象》一文中讲述了“钢琴噪音案”。^①现引述如下:

从1993年开始,家住昆明市政小区一幢居民楼中的部分居民开始告别了宁静生活。原因是平生喜好弹钢琴的昆明市变压器厂退休职工司徒阳搬进这幢楼后,带来了两架立式钢琴,她除了自己弹琴外,还向外招收学生进行钢琴教学活动。每天早晨,钢琴声准时响起,除了中午一小段时间外,琴声持续不停,直到深夜11时。邻居反映,他们大部分年龄在50岁左右,需要安静的生活环境,长期的琴声严重地影响了他们正常的生活和休息,给他们的身心造成了伤害。邻居与司徒阳的矛盾越来越大。他们反映到了小区居委会和公安机关。居委会和公安机关先后进行了调解,曾提出让司徒阳在小区附近另择新址教授学生,但司徒阳坚决不同意。2001年4月,住户中的4户代表终于将司徒阳告上了法庭。在诉讼请求中,住户们要求司徒阳“停止钢琴声造成的干扰及侵害,赔礼道歉,赔偿精神损失每户200元”。

这一案件引起了人们的极大兴趣。开庭当天,原告方愤怒陈述:我们有权享有安静的居住环境,在自己家中自由地休息、娱乐和学习,不应该受别人作息时间的左右。长期被迫聆听钢琴声,严重干扰和影响了我们正常的生活。而被告司徒阳在法庭上则显得有理有据:钢琴声是美妙无比的音乐,它可以把人们从苦闷中解脱出来,琴声根本不是噪音。我从小生长在钢琴世家,一生以钢琴为自己的生活乐趣,也乐于把一技之长奉献给社会,为民族素质的提高尽力。辩论结束后,法官试图作法庭调解,没有成功。由于钢琴声没有达到环保法对噪声的规定,原告也无证据证明琴声对他们的精神造成了伤害,尚不能说司徒阳的行为违法。法庭最终只能以民法通则关于“公民在行使自己的权利和自由时,不得侵犯他人的权利和自由”的规定作出判决,认定被告侵犯了原告安静生活和休息的权利,要求立即停止侵害,并在判决生效之日起30天内在琴房中加装隔音设施。

刘作翔教授认为,本案所系即为典型的权利冲突,属公民娱乐权与休息权之间的冲突。可以看出,权利冲突至少有两个特点:第一,它是因两个法律事实引起的,具体来说,是因不同主体、依据不同法律(权利)、实施不同的行为引起的。“钢琴噪音案”中,一方是司徒阳,她依据娱乐自由权,要求弹琴、授徒;另一方是她的邻居,他们依据休息权,要求按时保质保量休息。两个主体,只要其中一方想完全地、自由地行使

^① 参见刘作翔:《权利冲突:一个应该重视的法律现象》,载《法学》2002年第3期。

其权利,实施其行为;另一方就不能完全地或自由地行使其权利,实施其行为。第二,解决方法不具有绝对的择一性。“钢琴噪音案”中,法院没有禁止司徒阳弹琴和授徒,也没有置邻居的诉求于不理,而是要求她采取隔音措施,以免干扰邻居的正常生活和休息。也就是说,法院不过是在利益权衡之中,找到了一个“两全其美”的妥协方案。法律冲突则与此不同。法律冲突通常是因一个法律事实引起的,具体来说,是因一个主体的一个行为可同时适用两个以上法律规则但适用后果不同引起的。由于不能对同一个事实同时为两个以上的不同法律判断,法律适用者必须在众多相互冲突的规则中选择一个作为裁判的依据。这种选择是非此即彼的,且选择方法是法定的,不具有调和性、自主性(这一点后面会作详细论述)。因此,权利冲突与法律冲突,不论其性质还是解决之道均截然不同。

原则冲突,即法律原则之间的冲突,系指同一个行为系属于两个不同的法律原则,但适用两个法律原则会导致两个不同的法律后果的法律现象。要说明法律原则冲突,经常提到的案例莫过于“泸州继承案”。

黄永彬和蒋伦芳夫妇是四川省泸州天伦集团公司404分厂的职工,1963年结婚。1994年黄永彬与比他小22岁的张学英相识,并产生感情。1996年底两人公开以夫妻名义租房同居。2001年2月,黄永彬诊断为肝癌患者,属于肝癌晚期。在黄永彬患病、即将离开人世之前,张学英不顾别人的嘲笑,面对蒋伦芳的讽刺和挖苦,俨然以黄永彬“妻子”的身份陪伴在黄永彬的身旁,守护在病床前。2001年4月17日,黄永彬通过一位朋友找到律师,表示死后将把自己的财产遗赠给张学英。在律师的配合下,黄永彬于4月20日在泸州市纳溪区公证处对下述遗嘱进行了公证:“我决定,将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半(即4万元),以及手机一部遗留给我的朋友张学英一人所有。我去世后骨灰盒由张学英负责安葬。”4天后,即2001年4月22日,黄永彬去世。4月25日,黄永彬的朋友公开宣读了这份遗嘱。之后,由于黄永彬的合法妻子蒋伦芳拒绝执行该遗嘱,张学英将蒋伦芳告上法庭,要求法院依法判决蒋伦芳执行遗嘱。

此案争议的焦点问题是,黄永彬的遗嘱是否有效。认定遗嘱效力时涉及两个不同的法律标准或法律依据:一是意思自治原则,体现在《继承法》第16条中:“公民可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或法定继承人以外的人。”按此原则,遗嘱有效,应当判决蒋伦芳执行遗嘱。二是公序良俗原则。由于黄永彬赠与财产的对象不是别人,而是他的姘居者,或者说是“第三者”,而“第三者”又是当时乃至目前社会上普遍认为的不道德现象。按照这一原则,遗嘱违反社会公德,属于无效民事活动。蒋伦芳无须执行遗嘱。因此,本案法律适用涉及典型的法律原则冲突,即意思自治原则与公序良俗原则之间的冲突。

应该说,法律原则冲突与法律规则冲突具有很大的相似性,都属于对同一法律事实可适用两个以上的法律规范但适用后果不同的法律现象。但法律原则冲突与法律规则冲突还是有所不同,其差别主要在于解决冲突的方法。法律原则冲突的解决往