

法律

冲突解决的方法论

FALÜ CHONGTÚ JIÉJUE DE FANGFALUN

陈运生 著



中国政法大学出版社

法律

冲突解决的方法论

FALŭ CHONGTU JIEJUE DE FANGFALUN

陈运生
著



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律冲突解决的方法论/陈运生著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 12
ISBN 978-7-5620-7928-6

I. ①法… II. ①陈… III. ①法学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第302198号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.75
字 数	235 千字
版 次	2017 年 12 月第 1 版
印 次	2017 年 12 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

序

法律冲突解决的方法论是一个细小却至关重要的问题，但一直未能引起学界的足够关注。传统理论认为，法律冲突是一种“效力冲突”，因此试图以“上位法优于下位法”“新法优于旧法”“特别法优于一般法”等冲突规则简单化处理。德沃金的原则理论揭示出：法律冲突的理解应超越传统法实证主义所予的框架，并应从价值的层面重新审视不同规范之间的内在关系。伴随着法学理论从“正确性理论”向“正当性理论”的转向，法律冲突解决的方法论问题逐渐成为一个新的研究命题。这一命题强调了实证法的开放领域及其不确定性，但却将法律冲突的客观样态展现出来。随着理论法学对法律规范的构造及其内在关系的揭示不断深入，法律冲突解决的内在机理、方法类型与具体技术等问题遽成为研究的重要议题。

法律冲突解决的方法论是我们用来认识法律冲突和解决法律冲突的根本方法。一般而言，法律冲突的认识既有客观的一面，同时有主观判断的价值空间，从而导致人们的理解在结构上具有开放性。从法学的视角来看，法律冲突在效力上的展示所表现的只是不同规范在法律文本上的“形式”不一致，而不

是它们在“实质”意义上的不一致。“实质”意义上的不一致涉及对相冲突法律规定背后所隐藏的各个立法目的的考察，因此需要从价值上进行判断并进行法益衡量。传统法学关于法律冲突的理解仅限于规则的层次，将法律冲突简单地约化理解为一种效力逻辑冲突，由此带来的结果是实质正义的忽视或丧失。

原则理论将法律冲突区分为规则冲突与原则冲突：前者主要考察不同规定在构成要件要素上的差异，具有简便易适用的特征，因此可以较好兼顾效益与公平；而后者则侧重于不同规定在法益保护上的不同，具有主观判断的特征，因此更有利于实现实质正义。原则理论在法律冲突中的运用具有特殊的价值。排除法律冲突在规范意义寻求过程中的复杂性，原则理论的引入并不会破坏（反而增强了）法律适用的平等性和一致性（体系正义）。倘若法律冲突的解决完全依赖于法实证主义的方式，法律的思考将会变成一种概念式的运作。面对社会变迁背景下利益不断分化的挑战，法律的正当性和权威性将会严重受到影响。从这个意义上说，原则理论在法律冲突解决中的引入不仅有助于实现法律体系的实践理性，而且也有利于维护实证法向道德领域的开放性。从原则理论出发，法律冲突的解决就具有一个新的方法论框架。法律的思考于此必须要考虑到规则与原则的区别，并据此与各种法伦理价值及一般的正义观念相连。法律冲突的解决需要考虑到各自规范的意图、正义以及合目的性的问题，而这些问题又是最后作出判断的基础。因此，要“正当”解决法律冲突就必须发掘出各该规范背后所隐含的评价以及各自评价的作用范围，并以此来为法律冲突的解决提供指引和支撑。无论是何种法律冲突的解决，其基本的思路都应当

是一种“价值论”。“价值论”在法律冲突的解决中只提供一种“框架性路径”。法律实践可基于“个体主观”的理性判断来确定法律之间的优先性。于此意义上言，关于法律冲突解决结果正当性问题的讨论实质上就是在探究以“论证”代替“证明”的必要性及可行性。诚如阿列克西所言，法律论证是普遍实践论证的一种特殊形式。因此，从法律论证的角度来考察法律冲突的解决过程，将会更有利于获得可接受性的结果。通观法律冲突解决的三种类型，并结合原则理论的商谈性特征，我们会看到法律冲突的解决在正当性上证立的基本要求是融贯性说理，具体的方法则有两种类型：形式主义方法和实质主义方法。形式主义方法主要包括语词和构成要件上的逻辑方法，而实质主义方法则有修辞、法益衡量和实质论证。

作为一本从方法论的角度来探讨法律冲突解决的专门研究，本书虽然试图为法律冲突的解决提供一些原理性的分析框架，但笔者却未敢断言本书已经全面地解读了法律冲突解决的所有方法论问题，更未敢自诩本研究属于该领域中的真知灼见。“欲穷大地三千界，须上高峰八百盘。”鄙人唯愿，本书的出版能对我国的法律冲突的解决有所裨益。

是为序。

陈运生

2017年8月14日

目 录

引 论	1
一、本论题的意义	1
二、研究现状	6
三、基本思路	8
四、主要观点	12
 第一章 法律冲突解决的方法论争辩	16
一、从“正确性理论”到“正当性理论”	16
二、关于超越形式主义的问题	23
三、体系性思维在法律冲突解决中的运用	30
四、在事实与价值之间	37
五、“事物本质”与论证程序	41
 第二章 法律冲突解决方法论的自我反省与超越	46
一、传统法律冲突解决的方法论	48
二、法律冲突解决方法论的认知模型之争	55
三、法律冲突解决方法论的中心问题：寻找最密切联系的 规范	58

四、法律冲突解决中的价值导向思考	64
五、原则理论视域下法律冲突解决方法论的转型	65
第三章 异位阶规则冲突解决的方法论	74
一、价值在异位阶规则统合中的作用	75
二、位阶的判断	83
三、异位阶规则冲突解决规则的适用	88
四、异位阶规则冲突的消解	94
五、异位阶规则冲突解决中的价值考量	97
第四章 同位阶规则冲突解决的方法论	105
一、同位阶规则冲突解决的传统思路及其不足	105
二、“特别法优于一般法”规则的重新认识	110
三、“新法优于旧法”与法的价值追求	141
四、同位阶规则冲突解决中的特别考量	150
五、同位阶规则冲突之解决规则相交叉的复杂情形	158
六、同位阶规则冲突的消解：方法论及其运用	161
七、价值衡量在同位阶规则冲突解决中的运用： 基于实例的考察	163
第五章 “原则 v. 原则”冲突解决的方法论	167
一、原则冲突与规则冲突的区别	168
二、“原则 v. 原则”冲突的特征	175
三、原则冲突解决的方法论争辩	177
四、原则冲突解决的目标	194
五、原则冲突解决的方法论难题	198

六、原则冲突解决方法论的具体运用：基于实例的展示	202
第六章 “原则 v. 规则” 冲突解决的方法论	208
一、“原则 v. 规则” 冲突的本质	209
二、“原则 v. 规则” 冲突解决的方法论进路	215
三、“原则 v. 规则” 冲突解决中的衡量	222
四、“原则 v. 规则” 冲突解决中的论证	230
第七章 未尽的结论：法律冲突解决的融贯性要求 及其实现	243
一、法律冲突解决的基本要求：融贯性说理	245
二、法律冲突解决的程序性法律论证	259
三、法律冲突解决的具体方法	261

引 论

在整个法律体系的内部，完全无矛盾的统一秩序远没有形成，法律世界总是存在价值评价矛盾、错误和规范漏洞。由于法律规范具有不同的创制目的及概念表达（负载的价值），其所组成的体系也复杂多样。在外在形态上，不同的规范依照各自的目的、手段及规范内容和法律关系等在法律世界中分工合作，共同统治着社会秩序。不同法律之间的冲突在所难免。于此，问题的关键显然不在于我们该如何像鸵鸟一样去避开法律冲突，而在于当冲突出现时我们该如何去解决这些冲突。

一、本论题的意义

方法论于此的意义在于，通过对法律冲突本质的认识，设计出可能的解决方案，并提供方法及技术上的支持。

（一）对新问题的新意识

当前中国的法制建设已经进入了一个快速发展时期。各种法律数量不断增多，加上对法律实施的严谨性和科学性要求不断提高，对于法律冲突处理的法治化要求也不断提高。随着我国社会主义建设事业的不断推进，法律思想、法律思维与法律方法也应作相应的调整。法律冲突的人类认知与日益变化的时代精神密不可分，尤其是其中关于法律实施与法律解释的科学思考更是如此。

在我国,长期以来法律理论“并不精致”,以至于法律一旦出现冲突,就简单地套用“上位法优于下位法”“新法优于旧法”或“特别法优于一般法”等冲突规则来处理。说理环节的缺失使得冲突的解决就像是一个机械过程,而罔顾其中的价值纠葛。总体而言,对于法律冲突的本质及如何解决法律冲突的既往思考并不成熟。现代法律理念的兴起对传统的法律方法提出了新的挑战。价值关怀的回归以及融贯性说理的增强迫使人们对法律冲突的解决作出新的认识。法律的实践和法学理论也开始回应这种新的法治潮流,并且将新出现的社会事实和价值观念融入其中。

从方法论的角度看,法律世界中多元化规范冲突的处理不得不面对价值问题的困扰。以《义务教育法》第2条所规定的“九年义务教育”制度为例,假使某地方在“九年”义务教育之外,规定高中阶段亦属于义务教育的范围,使得“九年义务教育”变成“十二年义务教育”,那此时是否仍应一味地依“上位法优先”的规则来进行处理?这在学理上并非没有疑问。^[1]传统上,方法论的证成模型从表面上看似乎是解决法律问题的可靠工具,但实际上这些模型常常使得人类的辛勤劳作变成机械式的过程,而不是忠实于实质正义。属于这种模型的,大体有各种效力冲突学说、“唯一正解”思想和各种逻辑理论,它们均可归入形式主义思维的阵营。^[2]这种模型的特点在于:试图将法律冲突处理的价值问题转

[1] 南京师范大学的季金华教授就认为,法官在选择适用法律时不能仅依靠效力高低来进行判断,还要考虑到法律的精神和原则:在下位法顺应社会的普遍需求而上位法明显不合理的情况下,应当考虑有条件地适用下位法。参见季金华:“法律规则冲突的司法解决机制”,载《南京社会科学》2015年第8期。

[2] 从形式主义的层面上来研究法律冲突的成果有很多,较具代表性的归纳和论述可参见雷磊:“法律规范冲突的逻辑性质”,载《法律科学(西北政法大學學報)》2016年第6期。

换为客观的事实问题。人们很少去反思这种模型的现实危害。本研究的主要任务就在于，对传统的方法论模型进行反思，并在此基础上建构新的解决方法框架。

（二）方法论上的自我认知

从方法论的角度对法律冲突的解决提供思考方案，这样的努力还未引起足够的重视。方法论对于约束价值评价是否有用？方法论可否给法律冲突的解决者以自由的空间来让他们根据个案进行自己的评价？这些问题显然值得思考。法律冲突的处理应否进行价值衡量？对于这一问题的认识存在着两种倾向：第一种倾向偏重于法律解决者的主观能动性，认为方法就如同法政策学潮流中的婢女；第二种倾向过于强调法律解决者的客观限制，认为法律冲突的解决就是一个科学推演过程。

在法律冲突的解决中，方法论上的反思与重视有利于形成自我监督。当法律冲突解决的思想及其所追求的目标被毫无限制地滥用时，方法论就会发挥警报作用。反之，如果赋予法律冲突解决者以独立的“精神”，那么就等于走上了非理性道路。在这种情况下，也许只有具体的法律冲突解决者的主观精神在起作用。如果现代法治不想以法律冲突解决者的主观性来完全代替立法的话，那么方法上的自我认知和自觉约束就很有必要。然而，很遗憾的是，此种方法论上的认知功能和警报功能在过去很长时间内被误解甚至被排斥。

以隐性法律冲突的解决为例，我们可以从中看出方法论上自我认知的重要性。假定在某地有一个生效的规则 A，其要求工作上班的时间为上午 8 点；而同时又有一个生效的规则 B，其要求所有的中小学上学时间为 9 点。两个规则处于同一个位阶等级，其中 A 的生效时间更晚，而 B 则更早施行。从表面上看，这两个规则甚至不

会发生冲突,但实际上针对每一个育有学龄儿童的三口之家而言,上述两个规则的法效果会产生龃龉。对于此种隐性法律冲突,倘若简单套用“新法优先”规则进行处理,其结果似乎很难服众。毕竟作为规则冲突的处理结果,仍需受到价值层面上的审查。法律的实施应当具有理性,即应当符合人们对于正义的一般追求。以此观之,B虽然表现为一项规则,但该规则背后却有“儿童受特殊保护”和“父母对子女负有抚养教育义务”等价值原则的支撑,因此,规则A如果试图排除规则B的适用,就必须要有更强的理由。显然,要解决规则A和规则B之间的冲突,就必须返回到价值的层面上,从法目的上进行考量。

现代法学方法论的一个重要贡献就在于实质理性的回归。从实质正义追求的角度出发,对于形式思维方法论的作用就必须有所限定。由于形式思维方法论的模型已经被证明可以用来迎合当政者的特殊法政策需求,因此现代的法治必须保持批判性质的警惕。鉴于我国具有的特殊历史背景,坚持法律冲突解决的质朴与天真无论如何都不可能经受得住实践的严酷检验。

(三) 法律价值的实现

方法论对于“法的内在道德”而言,无疑是不可或缺的前提。“法的内在道德”的说法来自于美国著名的法学家富勒,他借用这个概念来强调法的规则性及其不足。^[1]在现代法理学上,这个概念与法治国家的原则紧密相关,其中还具体包括一些规定或理念,例如,法律冲突的解决应由一般性的规则来作出规范,而非只涉及个别案例;国家机关可以根据一般性的规则来对待任何人;法律冲

[1] 在沈宗灵先生看来,富勒主要论述的是法律的内在道德,即程序自然法问题,在法律的实体目的方面,其实论述得很少。参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第65页。

突的解决规则应当为公众所知晓；法律冲突的解决规则具有长期而稳定的特征；从理论上讲，法律冲突的解决规则具有内部的协调性；任何人都可以在法律冲突解决规则允许的范围内尽力而为；等等诸如此类的规定都需要由法的内在价值来引领。“法的内在道德性”当然具有自身价值。但是，如果没有方法论，这种价值就不能得到保障。

方法论要求对于同样的案件事实应该予以同等对待。只有在法律冲突的解决者明确列出其在法律上的依据并进行充分说理的情况下，差别对待才可以得到有效遏阻。按照方法论的要求，法律冲突的解决者有义务说明其作出评判结论的依据。如果其评判的依据不可寻得或者存在相互冲突，法律冲突的解决者就需要引入其他规范来处理案件，并且应当确保这样的处理结果符合法律价值的目标追求。方法论要求法律冲突的解决者必须公开其处理问题的步骤和依据，只有这样才可能检验对于相同的案件是否作出了相同处理。为了确保法律价值得到实现，方法论会要求法律冲突的解决结论与其解决的前提之间存在着一个可供客观化检验的推导关系。

由于价值的因素获得了足够的重视，方法论就必须拓展对法律冲突解决进行评判的讨论空间，它促使人们对法律冲突解决的讨论可以在价值的层面上进行。按照拉伦茨的说法，在法律领域中，假使涉及的不是单纯的涵摄，而是评价性的归类或“具体化”的问题，那么“价值导向”^{〔1〕}的思考就是不可或缺的。在具体案件的

〔1〕“价值导向”原是卡尔·拉伦茨用来阐述其方法论的一个术语，用来强调法律的判断往往与价值相关。本书引用此概念用以说明法律中的各种价值及其相互关系是法律冲突解决中的核心问题。有关拉伦茨“价值导向”观点的内容，可参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，（“引论”部分）第19～20页。

实务中,汇聚了各种观点的处理依据往往是难以驳斥的,因为在这样的案件中,即使对这些依据提出质疑和批评,实际上也不具有决定性。方法论上的价值转向有助于检验被援引的前提与从中得出的结论之间是否足以令人信服。对法律冲突的解决结果进行批评是现代交往理性的必要组成(部分)。只有对法律冲突解决的过程进行方法论上的反思与分析,才能充分认识到价值导向思维对于法律冲突解决的意义和作用。

二、研究现状

新中国成立以来,尤其是20世纪80年代以后,我国的立法事业取得了长足的进步,各种法律规范正在“以几何级数增长”。这些制定于不同时期背景下的法律规范,为我国的改革开放和社会发展提供了有力的保障。然而,“大规模的立法”^[1]也带来了一个严重的问题,那就是各种法律规范在立法目的、法律原则或具体条文上的相互矛盾、相互抵触或相互齟齬。^[2]其中的表征,则更有论者所谓的“位阶越低,存在的问题越多、越严重”^[3]之情状。

在汉语中,“冲突”一词的意思是:发生激烈争斗;相互矛盾、

[1] 有论者指出,自1979年以来,中国即进入了“大规模立法时期”。参见郭道晖总主编:《当代中国立法》(下),中国民主法制出版社1998年版,第883~884页。

[2] 有关当今中国法律体系中的法律冲突的表现与成因等问题,国内学界所论甚丰。在此可列举:蔡定剑:“法律冲突及其解决的途径”,载《中国法学》1999年第3期;朱福惠:“论我国法的冲突及其解决机制——兼评《中华人民共和国立法法》(征求意见稿)”,载《现代法学》1998年第4期;徐志群:“论完善地方性法规、规章的立法监督机制”,载《中国法学》1999年第3期;杨临萍:“法律规范的冲突规范”,载《人民司法》1998年第5期。

[3] 徐志群:“论完善地方性法规、规章的立法监督机制”,载《中国法学》1999年第3期。

不协调。^{〔1〕}从自然界到社会生活领域,冲突无所不在,亦概莫能免。事物与事物之间、事物自身内部都存在着各种各样的冲突,法律领域亦是如此。对于法律冲突,我们不可以掉以轻心,当然也不能视之如洪水猛兽,而是应该持平常心态,正视其在法律世界中的客观存在,并致力于寻求解决法律冲突的可能方案、方法或手段。

在法学上,关于法律冲突的研究已有很多。主要的研究大概可以归结为如下四种(范式)类型:①国际法层面的研究。国际法层面的研究在于承认,实在法在各个国家或地区并非一致,因此会出现法律冲突。在传统上,法律冲突是国际私法的研究领域,而事实上国际私法本身也是在解决不同国家民商事方面的法律冲突这一基础上才产生和发展起来的,也正是基于这样的原因,国际私法才被称为“冲突法”(conflict law)。其中,从法律规则的“地域范围”和“时间范围”上去把握“法律关系应受何种法律规则支配”,则是萨维尼所谓的解决法律冲突“较为正常的思维程序”。^{〔2〕}②宪法上的研究。这一般是将法律冲突作为违宪审查的附带性问题进行关注和研究。③法理上的研究。这方面的研究主要是从法律的位阶理论入手,把法律规范分为上位规范(或称为“高级规范”)和下位规范(或称为“低级规范”),并在此基础上建构解决法律规范冲突的类型化方法体系。^{〔3〕}④法律方法上的研究。自20世纪

〔1〕 参见《新华汉语词典》,商务印书馆国际有限公司2004年版,第172页。

〔2〕 参见〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,法律出版社1999年版,第2页。

〔3〕 法律规范的位阶理论,以纯粹法学家凯尔森的学说最负盛名。对于法律规范的冲突,凯尔森的理论也多有述及。事实上,在凯尔森看来,“高级规范和低级规范之间的可能冲突问题,不仅发生在制定法(习惯法)和司法判决的关系方面,也发生在宪法和法律的关系方面”。参见〔奥〕凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第173~182页。

60年代以来,拉伦茨、德沃金、拉兹、阿列克西等开始致力于从原则与规则的区分入手,对规则冲突与原则冲突的不同类型展开研讨,迄今已形成了较为成熟的“原则理论”。^{〔1〕}

无疑,国际法上、宪法上、法理上和法律方法上的相关研究对于法律冲突的解决不无裨益。然而,法律冲突在我国具有不同的展开场景,特别是我国正处于一个社会制度不断变化的转型时期,新的社会局面的出现要求法律予以规范和保护,同时也需要依照法律来进一步推动改革的进程。国内法律的不断出台催生了很多法律冲突,而对于这些冲突的处理又存在着不足。在王灿博士看来,我国法律冲突的研究与其他国家相比有其相同点,同时也有一些差异之处。相同点在于,对于法律冲突的研究在我国也经历了一个从国际私法学到法理学的转向过程;而不同之处则在于,法律冲突在我国只能经由法律的方式而无法经由宪法的方式来予以解决。^{〔2〕}

三、基本思路

从对既有法律的认知框架中,我们可以看出法律冲突的传统分类基础在于效力考量下的位阶理论。以此作为根基,法律冲突可以分为两种类型:异位阶法律冲突与同位阶法律冲突。两种冲突相区分的标准在于制定主体的不同。其实,无论是异位阶法律冲突还是同位阶法律冲突,它们本身均非法治化进程中人们所期许的状态。从宪法的意义而言,一些看似很普通的法律冲突,其背后均可能包

〔1〕 目前,国内相关研究也在一定程度上展开,如王夏昊博士即从“原则理论”的角度对法律冲突展开了专门研讨。参见王夏昊:《法律规则与法律原则的抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》,中国政法大学出版社2009年版。

〔2〕 参见王灿:“法律冲突在中国的发展历程及范式转换”,载《学术探索》2015年第2期。