

◎ 刘作翔 著

思想的记录

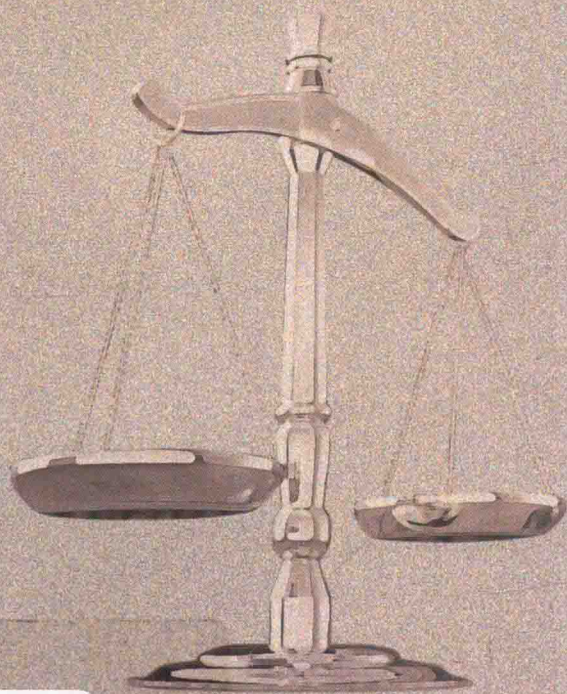
——刘作翔法学演讲选

Records of Thoughts
——A Collection of Speeches of
Liu Zuoxiang in Jurisprudence

本书收录的22篇演讲录，是作者自1982年起先后应邀在100多所大学法学院系所作学术演讲中精选出来的，内容涉及中国法制建设中的前沿性理论和实践问题，记载了作者对中国民主法治发展问题的所思、所想、所感、所悟，是作者学术经历和学术生涯的组成部分。

总主编 谢晖

【法意文丛】



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

◎ 刘作翔 著

思想的记录

——
刘作翔法学演讲选

Records of Thoughts

——A Collection of Speeches of
Liu Zuoxiang in Jurisprudence

总主编 谢晖

【法意文丛】



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

思想的记录:刘作翔法学演讲选/刘作翔著. —厦门:厦门大学出版社
(法意文丛)

ISBN 978-7-5615-3529-5

I. ①思… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 160966 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:26.75 插页:2

字数:466 千字 印数:1~1 200 册

定价:52.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

总序

在人世生活中寻求法意

——“法意文丛”总序

去岁中,周赞君来信告诉我,厦门大学出版社拟出版一套以法学理论和法律史学术论著为收录对象的学术文丛,问我有没有意向组织书稿、担任主编。我回信说容我思考数日再说。若干天后,他又来信询及此事,我回信说最好见过出版社相关人员后再作决定。去岁中秋期间,我亲赴厦门,和该社负责这套丛书的编辑甘世恒君详细磋商了有关细节,决定组织并编辑这套丛书,并把丛书命名为“法意文丛”。

之所以选择这一丛书名,一为遵循法理、法史探索之宗旨,二为倡导在生活意义中探寻法理意义。众所周知,自从严译《法意》以来,这个多少带有浪漫色彩、但又不乏中性温情的词汇,就在中国法律学人心中,有了其独特的地位——它一反法律就是专政工具、就是刑杀镇压一类“词的暴政”,而道出了法律以勾连交往行为中人们的日常生活为使命这一真谛。法律不是日常生活的外在之物,而是日常生活方式的规范提纯、精神萃取,从而成为日常生活的内在构成性因素。然而,验之以学术史,这种对法意的理解框架并非一以贯之。一方面,所谓神意论、自然精神论、理性论等等,都给法律涂抹了一层神圣的光环,从而使法律为什么有权威这样的现实考虑有了预设和保障。另一方面,所谓法律虚无论、阶级意志论、主权者命令说等等,又把法律从天庭拉到凡世,不仅如此,而且法律不过是实践人间既得利益者需要的工具,是当权者随其所需任意打扮的婢

女，因之法律进入令文人不齿的境地，这不禁令人想起苏轼“读书不读律”的遗训。此种情形，为有人借机打破人间一切法律秩序，作好了前提性准备。

介于两者之间的，乃是把法律作为一种社会—政治契约。法律就是选民和选民、选民和政府间达成的社会—政治交往的契约，是社会—政治交往的规范构成要素，人类只要不能舍弃社会—政治交往，也就无法舍弃法律。所以，法律是社会构造的必要性和构成性因素，而非选择性和权宜性因素；法律是主体交往行为的规范根据，而非镂刻在精美石头上的装饰物；人因为法律所布置的交往路线和逻辑构图而显示其存在，显示其主体身份，取消了这一交往路线和逻辑构图，势必就模糊了人存在的意义，消隐了人的主体身份。这样，法律就摆脱了被置诸神界的虚无缥缈，也摆脱了被置诸魔界的面目狰狞。法律回到了它应有的生活场景——法律是人们日常生活不可或缺的构成性因素。所以，法律既是世俗的，它强调以清晰的概念表达“群己权界”；也是值得“信仰”的，因为人类离开法律，其交往就会事倍功半。

当下我国对法意的处理，一面是想方设法将其意识形态化，“依法治国，建设社会主义法治国家”的响亮口号，成功地从法学家的意识形态走向官方意识形态。不时自我表扬一番“我们是法治国家”，既是表扬者的时髦，也可以隐约看出其对法治的某种崇仰，或者至少在其看来，法律和法治不会是什么坏东西。于是乎，法治、法律之类，俨然再度显示出其神圣面貌。另一面却自觉不自觉地将其工具化，譬如广受学界质疑的所谓法治“五句话”，对世所公认的法治原则视而不见，转而以“权治”精神，解构法治理念，从而法律及法治又轻飘飘自天庭落入凡世。遗憾的是，此番落入凡世的法律，并非世人必须之交往规范，而只是强化一元化领导的一种可替代的手段。一旦公民利用这种手段从事“合法斗争”，便立马会遭到“依法办事，不是说几毛钱的纠纷也要诉诸法院”一类的无理指责！这样，法治这个标签就如同当年的人权一般，只剩下在国际社会对敌斗争的场合，偶露峥嵘。由此必然导致的结局是当年西北政法学院图书馆前

的一幅雕塑所引发的、流传法学界已多年的那个隐语：“宪法顶个球”——法律虚无论又隐隐死灰复燃，教化意识形态和权术治理又想方设法，粉墨登场。

这一切，自然表达的也是一种“法意”，但和近代以来法学家心目中的法意以及法治实践中的法意大相径庭，也表明，按照日常生活之规范需要，对法意的继续探寻和深入钻研，依然是法学家任重道远的使命。如何按照世俗生活的要求，撷取法意，又以法意之内容，安排世俗生活，使世俗生活和法律精神相得益彰——以世俗生活彰显法律精神，以法律精神光照世俗生活，让人们生活在自治、自由、文明、有序的法律交往体系中，既是法学家的使命所在，也是全体公民之福祉所系。

本丛书即着眼于此种追求。书稿标准，唯学术是尚，不论大腕名流，抑或无名小卒，倘可提供自生活之活水源头，求索法意之学术作品，概可纳入计划。选题范围，可着眼宏大，可着手细微，宏则法治路线、法律传统，微则法条诠释，疑案精解，只要源于生活，富含法意，皆入选题范围。研究方法，可崇尚思辨，可奉行实证，无论逻辑辩驳，还是事实白描，但能反映生活，突出法意，尽在欢迎之列。期待相关有志者，能贡献一家之言；也期待作者、编者和出版者锲而不舍，能助窥天人之际。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元2011年4月10日

目 录

建构开放型结构的法律渊源理论(代序言)

——对我国法律渊源理论的反思·····	1
关于权利平等的思考	
——西南政法大学沙坪坝校区的演讲·····	27
中国司法地方保护主义批判	
——西南政法大学渝北校区的演讲·····	57
中国法治进程中的权利冲突	
——中国人民大学“法理学论坛”的演讲·····	87
法理学前沿问题	
——与苏州大学法理学专业师生的座谈记录·····	97
公平问题和权利的平等保护	
——中国社会科学院研究生院 2007 年“法学前沿”的演讲·····	119
权利的平等保护	
——中国社会科学院研究生院 2008 年“法学前沿”的演讲·····	136
中国的案例指导制度	
——上海师范大学的演讲·····	152
中国法治进程中的权利平等问题	
——西藏大学的演讲·····	163
习惯作为一种特殊条件下的法律渊源及其在司法中的适用	
——南京大学的演讲·····	182
中国法治进程中的权利平等保护问题	
——甘肃政法学院的演讲·····	204
现代法律观念与法治国家建设	
——中国社会科学院法学研究所廊坊研究生教学基地的演讲·····	225

司法规律及其相关问题	
——河南法官学院的演讲·····	265
传统的延续：习惯在现代中国法制中的地位和作用	
——中国社会科学院法学研究所“研究员论坛”的演讲·····	282
法治文化建设与社会管理创新	
——南通市海安县“第八届法治文化节”的演讲·····	310
中国的司法改革：问题与趋势	
——中国浦东干部学院的演讲·····	332
中国的司法改革和法律实施	
——挪威人权中心的演讲·····	364
中国特色社会主义法律体系的成果	
——韩国驻中国大使馆的演讲·····	374
后 记 读万卷书，行万里路 ·····	378
附录一 《当代中国法学名家》一书中的“刘作翔”介绍·····	382
附录二 刘作翔教授作品目录(1985—2013.5) ·····	401



建构开放型结构的法律渊源理论

——对我国法律渊源理论的反思*

(代序言)

很高兴有机会再一次来到南京师范大学法学院,同各位做学术交流,感谢法学院领导的邀请,也感谢各位的光临!

我这次跟大家交流的是现在还没有定论的问题,是我最近在做研究的过程中思考的一个问题。因为最近几个月我受邀以专家顾问的身份参加了最高人民法院的一个重要课题,叫“多元纠纷解决机制”,是和欧盟合作的一个课题。在这个课题的研究过程中,大家重点关注的是多元纠纷解决方式问题。也就是说,在中国除了诉讼这样一个最重要的纠纷解决方式外,其他的非诉讼的纠纷解决方式,比如说像调解、仲裁等这样一些非诉讼的纠纷解决方式,其中在诉讼里面也包含不通过判决,而是通过调解解决案件、解决纠纷的方式。他们提出一个命题:法院主导下的ADR,大家的焦点是放在纠纷解决方式或者解决程序的问题上的。在这个过程中,我发现在纠纷解决方式、机制等问题之外,还有与这样一个命题相关的另一个重要问题,就是纠纷解决的规范类型

* 《金陵法律评论》2009年春季卷以《特殊条件下的法律渊源——关于习惯、政策、司法解释、国际条约(惯例)在法律中的地位以及对“非正式法律渊源”命题的反思》为题发表。现作为本书的代序言,以体现本书“思想的记录”的内容和特色。此文是作者于2008年11月20日上午应邀在南京师范大学法学院所做的演讲。演讲由副院长庞正教授主持,演讲稿由蔡琳博士录音并整理,后面的讨论问答部分由戈含锋博士整理,特此向他们表示感谢。作者对整理稿做了校正。——作者注

问题,我们在纠纷解决过程中所依据的规范类型也是我们应该关注的问题。上个星期五最高人民法院在北京召开了一个国际研讨会,会议主题是“多元纠纷解决机制国际研讨会”。在这次国际研讨会上,他们请了一位美国的法官——专门负责调解的一位法官,还有一位日本教授和一位德国专家,让他们介绍他们的经验。其中日本立命馆大学法学部教授出口雅久发言的主题是“日本法院主导下的民事调解制度”,他完整地介绍了日本的民事调解制度。我发现他的介绍中涉及了“道理”、“常理”作为民事调解的依据——即调解规范。除了法律以外——法律当然要作为重要的规范依据——还有“道理”、“常理”。他所用的“道理”、“常理”,用中国人的话讲就是“情理”,与今天中国人的观念相接近的一个概念就是“习惯”,就是我们的习惯、风俗问题。因此,多元纠纷解决机制的规范类型也是我们要考虑的问题,在法律之外还有没有其他的规范类型也是我们需要重视的问题。

围绕这个问题,再加上前期对习惯问题的一些思考,我就想到了我们经常提到的“非正式法律渊源”这样一个命题。这个命题到底合理不合理、科学不科学?因为这样一个命题是我们现在法理学界和法学教材里占主流的一个分类,即关于法律渊源的分类,把它分为正式的法律渊源和非正式的法律渊源。对这样的分类,我们一直没有怀疑,而且把它作为一个大家都达成共识、都接受的一个分类法。包括在早年写教材的时候,大多数人都用过这样的分类,即正式的法律渊源和非正式的法律渊源,后来就不用这样的分类了。当时实际上是一种朦胧的感觉,还不像现在这样有比较清晰的认识。

过去将法律渊源分为正式的法律渊源和非正式的法律渊源,其根据是什么?要说也是有根据的。所谓“正式的法律渊源”,是按照我们的《立法法》对法律的形式所作的规定。在中国,我们如果去找法律,到哪里去找呢?中国的法律形式有哪些呢?要到《立法法》中去找。离开《立法法》去谈法律就是离开了本。按照这样的分类,正式的法律渊源有哪些呢?我们根据《立法法》可以把它罗列为几点:比如在正式的法律渊源里我们会讲到首先是宪法,然后是法律。法律又分为两个层次:基本法律和基本法律以外的其他法律,这是宪法里的定位,在这个之下,有国务院的行政法规,政府部门的规章,然后再下面还有地方性法规、地方政府规章,还有民族自治地方的自治条例、单行条例等等。这是我国现行的《立法法》对我们法律渊源所作的一个规定。那么非正式法律渊源有哪些罗列?通常这样去确定:比如判例——先例或者案例都可以,它是一个非正式的法律渊源;比如习惯,我们把它作为一个非正式的法律渊源;还有政策,政策在我们国家被视为非正式的法律渊源;当然,法理也是一个非正

式的法律渊源。我们多年来的法律渊源分类以及对分类里面的内容的确定没有变化过,可能有些教材还在沿用这样一种分类。

这个说法是怎么来的呢?这个说法是有来头的,这个来头我也考察了一下,是来自于美国法学家博登海默的《法理学——法律哲学与法律方法》。为什么来自于他呢?因为他的著作在1987年便由邓正来和姬敬武两位先生翻译,华夏出版社出版,这是比较早的。而1987年我们研究生刚毕业,在中国翻译的书是不多的。当时商务印书馆翻译了一些国外法学著作,但数量不是很大,而这种作为法理学或和法理学教材接近的著作当时是不多的。当时影响最大的有两本书,一本是刚才说的博登海默的书,还有一本就是达维德的《当代法律制度》——关于比较法的名著。所以,博登海默这本书对中国法学人的影响很大。在他的书里,他明确提出了一个正式渊源和非正式渊源的划分。我给大家念一下书里的一段话:“将法律渊源划分为两大类型,亦即我们所称之为的正式渊源和非正式渊源,看来是恰当的和可行的。所谓正式渊源,我们意指那些可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源。”这是他对正式渊源的界定,用我们的话说就是法律中明确规定的和所确定的法律形式。这些正式的法律渊源有哪些呢?他举了些例子:“宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自主和半自主机构和组织的章程与规章、条约与某些其他协议,以及司法先例。”这里面和我们是区别的,他所讲的自主和半自主机构和组织的章程与规章在我们看来是非正式渊源,而条约与某些其他协议以及司法先例是正式渊源。英美法是判例法,判例是他们最重要的一个法律渊源。“所谓非正式渊源是指那些具有法律意义的资料 and 值得考虑的资料,而这些资料和值得考虑的资料尚未在正式法律文件中得到权威性的或至少是明文的阐述和体现。”^①从他的内容来看,他的这个命题我们是接受的,但是这个内容我们并没有接受。因为制度背景不一样,他的制度背景是判例法背景,所以司法先例在他那里绝对是正式渊源,但是在中国到目前为止,案例还不能作为正式法律渊源——尽管大家知道,我们现在也在进行案例指导制度的研究,而且最高人民法院也将推出这项制度。但是尽管如此,案例还能不能作为正式的法律渊源目前仍然是没有依据的,至少在法律上是没有依据的。博登海默所讲的自主和半自主机构,就是我们所讲的自治机构,例如社团,社团章程在我们这里能成为正式渊源吗?显然不能。我们将社团章程命名为“自制规章”,这

^① [美]博登海默著:《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413~414页。

是我们的一个新的研究领域。自制规章有的有法律授权,有的没有法律授权。我前几年指导的一位博士后就是研究这个问题的,后来觉得难度太大,转而研究高等学校的自制规章,因为我们这个自制规章是一个非常庞大的存在,上至国家机关,下至村民委员会都有自制规章。国家机关制定的管理内部成员的制度就是自制规章,学校中像南京师范大学管理教师、学生的制度——如评职称、管理教师的一些规章制度,像我们法学研究所研究人员每年要完成的工作量等,都有一些规章制度。这样一些规章制度,我们就把它叫作自制规章。怎么区分呢?我们画一条横线:法律的和非法律的。所谓法律的就是按照《立法法》的规定有这样一个明确的范围,而在《立法法》之外——当然,这里还存在一个中间地带,我们先不说——凡是在进行管理活动过程中自己制定的规章制度,典型的就社团章程,包括党的章程。党的章程也属于自制规章的范畴,现在尽管我们有“党规党法”这样的提法,但是这样的提法严格地从法治的理念来讲是不合适的。党规是指党的规章,还说得过去,但是“党法”的提法容易模糊政党规范和国家法律规范的界限。自制规章是一个庞大的存在,至少在我国不能成为正式的法律渊源。

所以,博登海默这样一种分类直接影响到了我们国家关于法律渊源的学说。到现在为止,我还没有看到有人对他的学说提出质疑。前些年,在一本法理学教材中,有个作者用了直接渊源和间接渊源的分类法,在间接渊源中他举的例子是判例,而且没有加任何前提性说明。但这是一本法理学教材,是讲普遍原理的,如果一位英美法系的法学家或者法官看到这个命题,他会提出反对的。他肯定不会同意你将判例界定为间接渊源,因为在他们国家,判例就是他们的直接渊源,也就是他们的正式渊源。所以把判例看作间接渊源或者非正式法律渊源,他肯定是不同意这样的观点的,除非在前面加上前提:当代中国的法律渊源,加上这个前提才能成立。如果不加这个前提,从法理学的角度来这样讲法律渊源肯定是有问题的,因而,后来我在写法理学教材“法律渊源”这个问题的时候,就直接用“当代中国的法律渊源”这个命题,直接介绍《立法法》的规定,然后附带对中国的一些非正式法律渊源作了简单列举。

但是近两年我发现了一个问题,就是习惯问题。促使我思考这个问题的起点是什么呢?就是2007年3月全国人大通过的《物权法》第85条规定:“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”这个规定意味着:习惯在过去中国的法律体系中没有获得明确的一个地位,从这个法条开始,习惯在中国法律中获得了一个地位,尽管这个地位是一个特别的指向,只是在处理相邻关系时没有法律法规规定的情况



下可以按照当地习惯,习惯被赋予了一个法律地位。在没有法律法规的情况下,习惯可以作为规范依据,因为它是作为规范依据提出来的。大家知道在此之前,习惯在中国的法律体系中也在好多地方出现,但大多数是在涉及民族自治问题以及处理相应的民族自治问题的过程中作为法律保护的对象。另外在经济法中涉及交易习惯的方面也出现了习惯的概念,但是将它作为规范依据,在现行的中国有效的法律体系中《物权法》是第一次。看到这个规定后,我觉得应该对习惯有新的考虑。过去我们对习惯的认识、判断以及习惯与法律的关系问题应该有一些新的思考。

由此,除了习惯,我还想到其他一些规范类型。除了《物权法》第85条,比较早的还有一个政策的问题。我今天给大家讲的主题是“特殊条件下的法律渊源”,副标题是“关于习惯、政策、司法解释、国际条约(惯例)在法律中的地位及其对‘非正式法律渊源’的反思”,这在我的逻辑思维中是一个完整的链条。习惯的问题在《物权法》第85条有了明确的规定;政策在法律中最主要的规定是什么?就是《民法通则》第6条的规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”这个条款我们应该非常熟悉,但是对这个条款我们从来没有从法律渊源的角度进行过认真思考。这个条款意味着什么呢?其实这就和《物权法》第85条一样,意味着在没有法律的情况下从事民事活动,国家政策就担负了法律的作用。如果我们把法律简单地理解为一种行为规范或行为依据的话,在这样一个前提下,政策起到了法律的作用。这就是《民法通则》的规定,这应该是很早的一个规定,因为《民法通则》是1986年颁布的,这就是关于政策的问题。第三个就是关于司法解释的问题。这个问题我需要讲一讲,司法解释为什么会成为我们考虑的问题呢?司法解释在现行的法律体系中并没有规定,但司法解释之所以可以作为法官判案的依据,是因为司法解释是被授权的。1981年全国人大常委会关于法律解释的若干决定授予了最高人民法院、最高人民检察院对在法律适用过程中出现的问题可以进行解释的权力。后来在《立法法》颁布的时候,用了法律解释的概念,而且《立法法》对于法律解释有一个明确的条文,就是本法所指的法律解释是指全国人民代表大会常务委员会作出的解释,而且还讲了与法律有同样的效力。《立法法》只讲了这一种类型,也就是立法解释,这个立法解释也就是全国人大常委会的解释,这意味着什么?大家会有所怀疑,这是不是意味着司法解释不是法律解释?因为《立法法》讲得非常明确,其他的解释还有没有效?《立法法》颁布之后,1981年的法律解释决定还有没有效力,这是一个问题。因为如果1981年的解释决定没有了效力,那么最高人民法院根据什么作出司法解释?最高人

民法院作出的司法解释都成了无效的解释,这是非常可怕的事情。尽管《立法法》颁布了,但是我国并没有废除 1981 年的解释决定,所以 1981 年的解释决定仍然是有效的决定,最高人民法院也好、最高人民检察院也好、包括国务院才可以作司法解释和行政解释。而且到目前为止,司法解释一直不是个法律概念,而是个法学概念。不知道大家考虑过这个问题没有?“司法解释”的概念在法律文件中是找不到的,唯一的一次是全国人大在 2006 年底搞了两个备案审查制度,一个是关于法律法规的备案审查制度,一个是关于司法解释的备案审查制度,但是这两个备案审查制度还不能算作法律,因为这是委员长会议通过的。因此“司法解释”实际上是人们对 1981 年的解释决定所作出的一个学理上的概括,所以说是一个法学概念,大家从现行的法律中找不到司法解释这样一个概念,但是这并不影响我们使用司法解释这个概念,也不影响司法解释的合法性和权威依据。如果哪一年 1981 年解释决定被废除了,那么司法解释也就没有合法性依据了。

所以,司法解释之所以能够作为法官重要的裁判依据,是因为有 1981 年全国人大常委会解释决定的授权,同时,法官知道,同法律相比,司法解释可能与裁判的案件更加接近。因此司法解释对法官判案来说是一个非常重要的依据,它的地位甚至比规章还要高。在《立法法》中,规章分为两类:一类是中央政府规章,一类是地方政府规章,前一类叫国务院部门规章,后一类叫地方政府规章,这是《立法法》确认的法律形式。司法解释在《立法法》中没有,但是在司法裁决中比规章的地位高,因为规章只是作为参照,而司法解释是直接作为裁判依据的。这样一来,司法解释也成为和习惯、政策一样具有法律效力进入正式法律渊源的角色和地位。这是我讲的第三个问题。

第四类就是国际条约和国际惯例。国际条约和国际惯例在我国法律中规定了很多,但是作为裁判依据的法律根据主要就是《民法通则》和《民事诉讼法》。《民法通则》第 142 条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与中华人民共和国民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但是中华人民共和国声明保留的条款除外。”这就是“国际条约优先原则”,也就是国际条约和我国的民事法律有不同规定的,要适用国际条约。《民法通则》第 142 条第 3 款还规定了一条:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”前面是解决国际条约的优先适用问题,后面是解决没有国际条约的情况下,国际惯例的适用规定。当然《民法通则》还有第 150 条的规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”以上规定意味着什么? 国际条约

在国际法上是正式的法律渊源,这个应该充分肯定,但是为什么我在这里要将国际条约也提出来呢?因为《立法法》没有将国际条约作为法的渊源、法的形式的规定。《立法法》主要解决国内法问题,实际上国际条约如果与民法有冲突时要优先使用,国际条约还优先于我们的民事法律,有人概括为国际法优于国内法。国内法和国际法的关系问题是我们长期研究和争论不休的问题,而国际惯例过去是作为非正式法律渊源的,在条约没有规定的情况下可以适用国际惯例。

这样一些规定我们把它概括一下,法律为什么作这样的规定?过去我们把习惯、政策——当然司法解释不属于这个范围——惯例、法理作为非正式法律渊源对待,在没有法律规定的,这样对待是没有问题的,但是在法律作出了明确规定的情况下,我们还能不能把它们作为非正式的法律渊源?我想表达的意思是,既然法律规定了在处理相邻关系的时候,法律、法规没有规定的可以按照当地习惯,当地习惯还能是一种非正式法律渊源吗?这样,习惯和原先的理解可能是不一样的。其实我个人的理解是,在这种情况下,它已经“充当了”法律的作用,因此当这些前提和条件具备时——为什么我说是“特定条件下的法律渊源”,这个概念是我最近想到的——觉得这里可以挖掘出一些意义来,另外也能对过去的学说作出一些反思。“特殊条件”是什么意思呢?我们指的是当法律明确规定,在没有法律法规的时候可以按照当地习惯,没有法律法规的时候应当遵守国家政策时,原本法律之外的东西纳入法律里面来,等于给了它一种法律地位。这种法律地位的获得是法律授权的,也是必须要法律授权的,没有法律授权就不能说它“充当了”法律的作用了。

但是接下来出现什么问题了呢?大家可能会问到:法律渊源和裁判依据是什么关系?法律渊源和行为规范是什么关系?因为我们注意到两者在法律中的表述是不一样的,法律很大程度上是将规范类型作为行为依据去定位的,比如说我们分析一下《物权法》,“可以按照当地习惯”,这是对我们行为的一种指引,也是法院裁判的依据,甚至也是行政行为的一种指引。这样一来,“可以按照当地习惯”既含有行为规范的含义,也可以成为法官裁判案件的依据。另外,《民法通则》和《物权法》的表述不一样,《民法通则》的表述是“法律、法规没有规定的,应当遵守国家政策”,这和“可以按照当地习惯”有所不同。《民法通则》的规定是从行为规范的角度介入,指出了遵行的行为依据,这既是行为规范的指引,同时也为法官指出了裁判依据,即民事行为在法律没有规定的情况下要看国家政策怎么规定。

法律中的这样一些表述对原有的法律渊源的学说要做修正,要丰富其内

容,这样一种正式和非正式的划分要被怀疑。法律明确规定在特定条件下可以依照的、遵守的和作为裁判依据的习惯、政策、司法解释、国际条约和惯例,这时候你还把它作为非正式的不行了,这样,我所说的裁判依据和法律渊源在某种程度上可能是重合的。司法解释一旦作出一种规定,这个规定就是行为依据,这个行为依据在司法过程中对法官来说就是裁判依据,法官作出裁判的时候要按照这个裁判依据去做。这样,法律规范、裁判依据的分析角度不一样,在某种意义上是重合的。这个问题是我正在思考的问题,提出来供大家一起思考。为了把这个问题搞清楚,我让我的一个博士生把我们现行有效的所有法律中涉及习惯、政策、国际条约、国际惯例的规定搜了一下,搜出来的结果是,过去法律中的习惯概念不是作为规范依据来定位的,只是到《物权法》颁布才作为规范依据的,这和我们意识形态的变化以及在《物权法》制定过程中我们对习惯的认识有关。过去习惯只是在法律之外,直到作为调整内容的时候才被拿进来。现在把习惯上升到与法律一样对待的地步,只是给它增加了一个特殊条件——法律法规缺位的前提。这样一来,就丰富了对法律渊源这样一个内容的认识。

我顺便还想讲一讲这几年在中国很流行的一个理论:“活法”理论,即国外法律社会学中关于活法的理论——living law 这个概念。这个“活法”和我们所说的“特殊条件下的法律渊源”是什么关系呢?我个人认为,它和我们研究的视角是不一样的。“特殊条件下的法律渊源”这个命题能不能成立大家可以批判。它的研究视角是一个国家法的视角,它是建立在一种规范依据上的,即只有在国家法律明确规定了某种社会规范类型在特定条件下成为一种行为规范,才可以说合法化,才有法律地位,这是典型的国家法的思维模式。国家法思维模式这几年大家批判得很厉害,有的说是国家霸权,有的说是国家本位,有的说一切都由国家说了算,等等,我不同意这样的说法。有的人把国家法思维理解为国家本位,这是不对的。作为法学家和法律人,在一个制定法国家,我们必须要有法治信念,对制定法的法律权威要有确认。今天说这个法不对,明天说那个法不对,我们完全可以研究这些问题。但是在这个法律没有被废除的情况下,我们必须认可这个法律的有效性,这是对法治的信念。如果我们轻易说这个法律不对,那个法律不对,离开法律来讨论问题就会越走越远。你可以对法律进行批判,但是这属于应然性研究,法律应该怎么修改,这个可以充分讨论和研究,但是在法律没有修改的情况下,我们还是要对法律有基本的维护。在制定法国家这是必须坚持的信念。国家法思维是指一切公权力行为和公民的私权利行为都必须有法律的参照,尤其对公权力行为,没有法律依据

的公权力行为是无效行为。前几年我研究过公权力与私权利问题,对于公权力,我提出了一个命题:就是凡是公权力,法无明文授权的不得行之,公权力的行使必须有法律的授权;对于私权利,我也提出了一个命题:就是凡是私权利,法律没有禁止的不得惩罚,不能用法律惩罚它,这个命题是为了修正我们非常流行的“法不禁止即自由”的论点,这是西方自由主义的一个经典命题。这个命题是一个值得讨论的命题,这个命题需要一些前提。“法不禁止即自由”的意思是只要法律没有禁止,我们就可以行为。表面上看,这似乎是一个对公民行为非常宽容和有利的命题。但对于这个命题,如果我们认真思考一下,就会发现,它有一个前提条件,即法律把人类的一切行为类型和行为模式都穷尽了,只有符合这个前提,你才能说“法不禁止即自由”。但是我们知道在任何一个社会,法律再发达,没有任何一个国家能够做到法律把任何一种行为都穷尽了,没有这样一个前提。我们再往下推一下,就是“自由”意味着合法,等于说法不禁止的行为就是合法的行为。而我们知道一个社会中法律对行为的调整、对行为的规定只是人的行为的一部分,当然也是重要的一部分,法律不可能把所有的行为全部概括。在一个社会的规范类型中还有道德,还有我们说的习惯,还有政策和宗教等,这些都是社会规范类型。法律不可能通吃天下,把天下所有的事情都管到。法律只能管它管得到的领域。对于它管不到的领域,其他的规范类型可以去管。比如说政教分离的情况下,政治的归政治,宗教的归宗教。宗教只能在宗教范围内实行宗教教规,如果你的宗教教规中存在一些对人身、财产剥夺的内容,有的时候信徒是自愿奉献的,即便这样可能还是有问题的,因为有些宗教的教规里面有对财产的剥夺、对性的剥夺和其他的一些制度,如对教主的奉献。这些规定已经涉及了法律的内容,因此,对“法不禁止即自由”要进行修正,修正为“法律没有禁止的不能用法律去惩罚”,但是不能排除其他社会规范的调整,因为行为类型太复杂了。法不禁止的并不意味着这个行为在道德上是正当的,法律没有涉及的行为法律不能惩罚。

法律渊源的国家法思维,是坚持我们的行为依据有法律的授权,在授权之后就有合法性的地位,不然,习惯、政策作为行为依据和裁判依据的根据就不足。而“活法”的理论是什么视角?“活法”是典型的法律社会学视角,它把我们生活中凡是能够对人们的行为起到约束作用的规范类型都作为“活的法律”。这样一来,道德、习惯、宗教信仰等等对行为能起到约束作用的,包括自制规章,这些都可作为“活法”。这两个视角其实是有分别的,我所说的“特殊条件下的法律渊源”的命题是必须在法律中能找到根据的,找到根据后才能作为法律渊源,而“活法”的外延是非常广的,它将生活中起作用的,包括家庭中