

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

 全国博士后管理委员会

法律渊源论

On Source of Law

彭中礼 著



方志出版社

Publishing House of Local Records

法律渊源论

On Source of Law

彭中礼 著



方志出版社
Publishing House of Local Records

图书在版编目(CIP)数据

法律渊源论/彭中礼著. —北京:方志出版社,2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5144 - 1480 - 6

I. ①法… II. ①彭… III. ①法的渊源 IV. ①D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 282331 号



著 者: 彭中礼

责任编辑: 顾洁 陈菁

出 版 人: 冀祥德

出 版 者: 方志出版社

地址 北京市朝阳区潘家园东里9号(国家方志馆4层)

邮编 100021

网址 <http://www.fzph.org>

发 行: 方志出版社发行中心

电话 (010) 67110500

经 销: 各地新华书店

排 版: 北京宝蕾元科技发展有限责任公司

印 刷: 北京京都六环印刷厂

开 本: 700 × 1000 1/16

印 张: 25

字 数: 427 千字

版 次: 2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5144 - 1480 - 6/D · 90

定价: 88.00 元

· 版权所有 翻版必究 ·

编委会及编辑部成员名单

(一) 编委会

主任：李扬 王晓初

副主任：晋保平 张冠梓 孙建立 夏文峰

秘书长：朝克 吴剑英 邱春雷 胡滨 (执行)

成员 (按姓氏笔画排序)：

卜宪群	王巍	王利明	王灵桂	王国刚	王建朗	厉声
朱光磊	刘伟	杨光	杨忠	李平	李林	李周
李薇	李汉林	李向阳	李培林	吴玉章	吴振武	吴恩远
张世贤	张宇燕	张伯里	张昌东	张顺洪	陆建德	陈众议
陈泽宪	陈春声	卓新平	罗卫东	金碚	周弘	周五一
郑秉文	房宁	赵天晓	赵剑英	高培勇	黄平	曹卫东
朝戈金	程恩富	谢地坤	谢红星	谢寿光	谢维和	蔡昉
蔡文兰	裴长洪	潘家华				

(二) 编辑部

主任：张国春 刘连军 薛增朝 李晓琳

副主任：宋娜 卢小生 姚冬梅

成员 (按姓氏笔画排序)：

王宇	吕志成	刘丹华	孙大伟	曲建君	陈颖	曹靖
薛万里						

序 一

博士后制度是 19 世纪下半叶首先在若干发达国家逐渐形成的一种培养高级优秀专业人才的制度，至今已有一百多年历史。

20 世纪 80 年代初，由著名物理学家李政道先生积极倡导，在邓小平同志大力支持下，中国开始酝酿实施博士后制度。1985 年，首批博士后研究人员进站。

中国的博士后制度最初仅覆盖了自然科学诸领域。经过若干年实践，为了适应国家加快改革开放和建设社会主义市场经济制度的需要，全国博士后管理委员会决定，将设站领域拓展至社会科学。1992 年，首批社会科学博士后人员进站，至今已整整 20 年。

20 世纪 90 年代初期，正是中国经济社会发展和改革开放突飞猛进之时。理论突破和实践跨越的双重需求，使中国的社会科学工作者们获得了前所未有的发展空间。毋庸讳言，与发达国家相比，中国的社会科学在理论体系、研究方法乃至研究手段上均存在较大的差距。正是这种差距，激励中国的社会科学界正视国外，大量引进，兼收并蓄，同时，不忘植根本土，深究国情，开拓创新，从而开创了中国社会科学历史上最为繁荣的时期。在短短 20 余年内，随着学术交流渠道的拓宽、交流方式的创新和交流频率的提高，中国的社会科学不仅基本完成了理论上从传统体制向社会主义市场经济体制的转换，而且在中国丰富实践的基础上展开了自己的

伟大创造。中国的社会科学和社会科学工作者们在改革开放和现代化建设事业中发挥了不可替代的重要作用。在这个波澜壮阔的历史进程中，中国社会科学博士后制度功不可没。

值此中国实施社会科学博士后制度 20 周年之际，为了充分展示中国社会科学博士后的研究成果，推动中国社会科学博士后制度进一步发展，全国博士后管理委员会和中国社会科学院经反复磋商，并征求了多家设站单位的意见，决定推出《中国社会科学博士后文库》(以下简称《文库》)。作为一个集中、系统、全面展示社会科学领域博士后优秀成果的学术平台，《文库》将成为展示中国社会科学博士后学术风采、扩大博士后群体的学术影响力和社会影响力的园地，成为调动广大博士后科研人员的积极性和创造力的加速器，成为培养中国社会科学领域各学科领军人才的孵化器。

创新、影响和规范，是《文库》的基本追求。

我们提倡创新，首先就是要求，入选的著作应能提供经过严密论证的新结论，或者提供有助于对所述论题进一步深入研究的新材料、新方法和新思路。与当前社会上一些机构对学术成果的要求不同，我们不提倡在一部著作中提出多少观点，一般地，我们甚至也不追求观点之“新”。我们需要的是有翔实的资料支撑，经过科学论证，而且能够被证实或证伪的论点。对于那些缺少严格的前提设定，没有充分的资料支撑，缺乏合乎逻辑的推理过程，仅仅凭借少数来路模糊的资料和数据，便一下子导出几个很“强”的结论的论著，我们概不收录。因为，在我们看来，提出一种观点和论证一种观点相比较，后者可能更为重要：观点未经论证，至多只是天才的猜测；经过论证的观点，才能成为科学。

我们提倡创新，还表现在研究方法之新上。这里所说的方法，显然不是指那种在时下的课题论证书中常见的老调重弹，诸如“历史与逻辑并重”“演绎与归纳统一”之类；也不是我们在很多论文中见到的那种敷衍塞责的表述，诸如“理论研究与实证分析的统

一”等等。我们所说的方法，就理论研究而论，指的是在某一研究领域确定或建立基本事实以及这些事实之间关系的假设、模型、推论及其检验；就应用研究而言，则指的是根据某一理论假设，为了完成一个既定目标，所使用的具体模型、技术、工具或程序。众所周知，在方法上求新如同在理论上创新一样，殊非易事。因此，我们亦不强求提出全新的理论方法，我们的最低要求，是要按照现代社会科学的研究规范来展开研究并构造论著。

我们支持那些有影响力的著述入选。这里说的影响力，既包括学术影响力，也包括社会影响力和国际影响力。就学术影响力而言，入选的成果应达到公认的学科高水平，要在本学科领域得到学术界的普遍认可，还要经得起历史和时间的检验，若干年后仍然能够为学者引用或参考。就社会影响力而言，入选的成果应能向正在进行着的社会经济进程转化。哲学社会科学与自然科学一样，也有一个转化问题。其研究成果要向现实生产力转化，要向现实政策转化，要向和谐社会建设转化，要向文化产业转化，要向人才培养转化。就国际影响力而言，中国哲学社会科学要想发挥巨大影响，就要瞄准国际一流水平，站在学术高峰，为世界文明的发展作出贡献。

我们尊奉严谨治学、实事求是的学风。我们强调恪守学术规范，尊重知识产权，坚决抵制各种学术不端之风，自觉维护哲学社会科学工作者的良好形象。当此学术界世风日下之时，我们希望本《文库》能通过自己良好的学术形象，为整肃不良学风贡献力量。

李扬

中国社会科学院副院长

中国社会科学院博士后管理委员会主任

2012年9月

序 二

在 21 世纪的全球化时代，人才已成为国家的核心竞争力之一。从人才培养和学科发展的历史来看，哲学社会科学的发展水平体现着一个国家或民族的思维能力、精神状况和文明素质。

培养优秀的哲学社会科学人才，是我国可持续发展战略的重要内容之一。哲学社会科学的人才队伍、科研能力和研究成果作为国家的“软实力”，在综合国力体系中占据越来越重要的地位。在全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化、实现中华民族伟大复兴的历史进程中，哲学社会科学具有不可替代的重大作用。胡锦涛同志强调，一定要从党和国家事业发展全局的战略高度，把繁荣发展哲学社会科学作为一项重大而紧迫的战略任务切实抓紧抓好，推动我国哲学社会科学新的更大的发展，为中国特色社会主义事业提供强有力的思想保证、精神动力和智力支持。因此，国家与社会要实现可持续健康发展，必须切实重视哲学社会科学，“努力建设具有中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学”，充分展示当代中国哲学社会科学的本土情怀与世界眼光，力争在当代世界思想与学术的舞台上赢得应有的尊严与地位。

在培养和造就哲学社会科学人才的战略与实践上，博士后制度发挥了重要作用。我国的博士后制度是在世界著名物理学家、诺贝尔

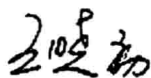
尔奖获得者李政道先生的建议下，由邓小平同志亲自决策，经国务院批准于1985年开始实施的。这也是我国有计划、有目的地培养高层次青年人才的一项重要制度。二十多年来，在党中央、国务院的领导下，经过各方共同努力，我国已建立了科学、完备的博士后制度体系，同时，形成了培养和使用相结合，产学研相结合，政府调控和社会参与相结合，服务物质文明与精神文明建设的鲜明特色。通过实施博士后制度，我国培养了一支优秀的高素质哲学社会科学人才队伍。他们在科研机构或高等院校依托自身优势和兴趣，自主从事开拓性、创新性研究工作，从而具有宽广的学术视野、突出的研究能力和强烈的探索精神。其中，一些出站博士后已成为哲学社会科学领域的科研骨干和学术带头人，在“长江学者”“新世纪百千万人才工程”等国家重大科研人才梯队中占据越来越大的比重。可以说，博士后制度已成为国家培养哲学社会科学拔尖人才的重要途径，而且为哲学社会科学的发展造就了一支新的生力军。

哲学社会科学领域部分博士后的优秀研究成果不仅具有重要的学术价值，而且具有解决当前社会问题的现实意义，但往往因为一些客观因素，这些成果不能尽快问世，不能发挥其应有的现实作用，着实令人痛惜。

可喜的是，今天我们在支持哲学社会科学领域博士后研究成果出版方面迈出了坚实的一步。全国博士后管理委员会与中国社会科学院共同设立了《中国社会科学博士后文库》，每年在全国范围内择优出版哲学社会科学博士后的科研成果，并为其提供出版资助。这一举措不仅在建立以质量为导向的人才培养机制上具有积极的示范作用，而且有益于提升博士后青年科研人才的学术地位，扩大其学术影响力和社会影响力，更有益于人才强国战略的实施。

今天，借《中国社会科学博士后文库》出版之际，我衷心地希望更多的人、更多的部门与机构能够了解和关心哲学社会科学领域

博士后及其研究成果，积极支持博士后工作。可以预见，我国的博士后事业也将取得新的更大的发展。让我们携起手来，共同努力，推动实现社会主义现代化事业的可持续发展与中华民族的伟大复兴。



人力资源和社会保障部副部长

全国博士后管理委员会主任

2012年9月

摘要

在传统理论中，法律渊源是一个内涵和外延都相当混乱的概念，它不仅在理论上存在谬误，而且在实践中也存在适用困境。因此，我们需要转换视角，从司法的角度对此进行重新思考。

汉语的“法律渊源”来源于英文“source of law”，其拉丁文源头是“fons juris”。从历史发展来看，古希腊没有法律渊源的概念，因为当时的民主立法和民主司法不需要司法方法。只有在罗马法时代，法学发展到了较为精细的程度，“法律渊源”才在司法中得到应用。罗马法中的 fons juris 包括了两层意思：第一个层面的意思是，法律渊源概括出了古罗马法中哪些规范可以作为法官的裁判规范；第二个层面的意思是，法律渊源既是对国家制定法作为法官纠纷解决依据的肯定，也是对国家制定法以外的规范能够作为法官纠纷解决依据的认可。在西欧中世纪时期，虽然没有足够的学术文献表明当时有比较发达的法律渊源理论，但是却有着丰富的法律渊源实践。西欧中世纪时期的法律渊源实践是伴随着西方法律体系的成长而发展起来的，糅合了民众的需求、法官的智慧和立法的力量。在近代，理性主义占据了时代的主流，立法成为法治的先声，法典化趋势被当成是法治生活的全部，而且随着政治国家的兴起，三权分立制度成为国家基本的政治架构，于是立法实践中的法律渊源概念成为立法者的材料来源或者资料来源，法律渊源概念发生了变异。

从司法发展的角度来看，必须重构法律渊源概念。重构法律渊源概念必须坚持司法立场，从“规范多元”的角度来把握

法律渊源概念的传承性、实用性和语境性。“法律渊源”中的“法律”是指“司法适用之法”，“渊源”包含了多元规范的意思。所以，“法律渊源”的真实含义是裁判规范的集合，法官从中发现裁判规范。法律渊源为法官适用规范解决纠纷提供了权威出处，并作为一种法律方法应用于法律适用过程当中。正确认识法律渊源的概念，就必须将其与一些相近的概念严格区分。一是要区分法律渊源和法律形式。从实践来看，法律渊源之法是指司法之法，法律形式之法是指立法之法；从内容来看，法律渊源之法是具有一定开放性的规范体系，而法律形式之法则是具有一定封闭性的规范体系；从路径来看，法律渊源之法是在司法适用过程中发现和寻找的，法律形式之法是通过立法形成的。二是要区分法律和法律渊源。从范围来看，法律渊源的范围应当大于法律；从主体来看，法律渊源作为裁判规范来源主要适用于法官，而法律则是适用于社会中的所有人；从方法来看，法律作为法律渊源进入司法是合法性进入，法律以外的规范作为法律渊源进入司法是合理性进入。三是要区分法律渊源和法律起源。从文化因素来看，法律起源和法律渊源在文化因素方面有较大差别；从制度的角度来看，法律起源涉及意识形态意义上的制度内容，而法律渊源涉及的是法律生活实践意义上的制度内容；从效果来看，法律起源在一定程度上强调了法律的效力来源，但是法律渊源却只追寻可以作为裁判规范的规范来源。四是要区分法律渊源和法律体系。从功能来看，法律体系和法律渊源具有相对独立的价值；从内容来看，法律体系主要是对制定法的逻辑涵盖，而法律渊源的内容却要更丰富；从形式来看，法律体系强调各组成部分之间的逻辑性，但法律渊源的组成体系比较松散。

在当代世界，不同的国家的法律渊源表现形式互有差异。总体来看，法律渊源的表现形式主要有制定法、判例法和其他表现形式。制定法主要是由国家立法机关创制的法律渊源，而判例法则主要是由司法机关创制的法律渊源，其他表现形式主要有协议规范、习惯规范、正义原则、宗教规范、道德原则、逻辑规律、公共政策等。

司法立场的法律渊源理论必须与法律发现结合起来。法律发现是法官在司法裁判过程中寻找和发现裁判规范的方法。在大陆法系国家，法官的法律发现必须优先在制定法中展开，这与制定法的效力强度、制定法的可预期性以及法官限权的思维密切相关。大陆法系中法律发现的一般原则是：法律规则发现优于法律原则发现、实体法发现优于程序法发现、下位法发现优于上位法发现、特别法发现优于一般法发现，并在此基础上进行必要的全面发现。若法官发现适用制定法渊源中的法律会出现严重违背社会公平正义的结果，或者法律规范渊源中无法律可以适用，则可以进入制定法渊源以外的法律渊源中去发现可能的裁判规范，如可以在不成文法中进行法律发现，但是有严格的条件限制。在英美法系国家，受到“遵循先例”思维的影响，经验主义哲学观也让英国人形成了惯于具体思考法律问题的思维模式，所以法官的法律发现一般是先在普通法中展开，然后进入制定法。即使是在制定法时代，法官的法律发现思维依然是普通法优先发现。英美法系的法律发现是一种“判例法优先发现的全面发现”。

具体法律渊源存在适用位序。可以将法律渊源划分为三个层次的适用位序：必然的法律渊源、实然的法律渊源和可能的法律渊源。但是不同的国家，法律渊源的适用位序是有区别的。在大陆法系国家，法官必须优先适用制定法，然后再考虑其他法律渊源。大陆法系国家优先适用制定法是因为：制定法的诞生与民众反对法律的秘密性和封闭性、要求法律公开密切相关，这是制定法具有优先适用位序的民众动因；制定法可以使民众的权利和利益获得更强有力的预期保护，这是制定法具有适用位序的利益动因；制定法具有确定性，可以将一国范围内的居民纳入同等对待的范围之内，这是制定法具有适用位序的目的动因；制定法是人民意志的体现，这是制定法具有适用位序的根本动因。大陆法系的具体法律渊源适用的基本位序是：要优先适用制定法，然后再适用制定法以外的规范；制定法体系包含多层次的法律规范体系，在低位阶的规范与高位阶的规范相一致时需要优先适用低位阶的法律规范。在特定条件

下，法官可以适用制定法以外的法律渊源规范，如法官可以适用不成文法。法官适用不成文法的理由主要是：不成文法普遍存在于司法实践当中，这是现代社会不成文法作为法律渊源存在的现实基础；不成文法依然在社会生活当中发挥着相当重要的作用，这是现代社会不成文法作为法律渊源存在的事实基础；从法律规范体系来看，制定法不可能是一张严密的“法网”，法律漏洞处处存在，这是不成文法成为法律渊源的生存基础；不成文法作为法律渊源具有独特的价值，这是不成文法成为法律渊源的價值基础。在英美法系国家，制定法和判例都是必然的法律渊源，法官对于制定法和普通法的适用不存在何者必须优先的问题，既可能存在制定法优先适用，也可能存在普通法优先适用，还可能存在制定法和普通法结合适用。

最后，本书讨论了当代中国在司法实践中必须认真思考的法律渊源问题：一是宪法作为法律渊源问题。宪法是必然的法律渊源，但是不能轻易直接适用，只有在特定条件下可以直接适用。二是民间习惯的法律渊源地位问题。民间习惯是可能的法律渊源，在一定条件下可以替代制定法进入司法。三是判例的法律渊源地位问题。判例在我国可以作为法律渊源。我国目前正在建构的指导性案例制度，具有司法实践意义，但是与判例制度相差较大。我们需要通过建构完善的制度来保证判例进入司法。四是党的政策作为法律渊源问题。党的政策是法律渊源，这在我国有规范依据。但是，党的政策一般不宜直接作为裁判规范，它进入司法领域应当受到严格的限制。

关键词：法律渊源 裁判规范 法律发现

Abstract

It is noteworthy that source of law, as a conception, is quite murky both in connotation and denotation, as it is not only faulty in theory, but also has difficulty in application. Hence, rethinking it from the perspective of judiciary will be of critical implication.

The “source of law” (*fa lv yuanyuan*), of which the source is *fons juris* in Latin, can be dated back to ancient Greece. Historically speaking, ancient Greece did not have the concept of the source of law, because no judicial method was needed by the democratic legislation and judiciary then. In the ancient Roman Law Era, only when the jurisprudence became more exquisite had the “source of law” been applied in the judiciary. The Roman law *fons juris* had two meanings: a) *fons juris* summarized norms from ancient Roman Law to be used as the adjudication norms in the judicial process; b) *fons juris* approved statutory law as measurement for dispute resolution and so did norms besides statutory law. During Western European Medieval, there were abundant practices of source of law theory, though inadequate academic literature proved existing of advanced source of law theories. Those practices developed with the western legal system, conjuring up civil demands, judicial wisdom and legislative power. In modern times, rationalism set the trends, legislation heralded the rule of law, and codified tendency became the whole of law life. Moreover, complying with the arising of political countries, separation of powers formulated the basic national political framework. Consequently, the

concept of the source of law in legislative practice became the source of materials and data, and the concept of the source of law dissimilated.

It should be noted that reconceptualizing the source of law is a necessity especially from the perspective of judicial development. To do so, judicial viewpoint shall be adhered to, and the inheritance, practicability and context of concept of the source of law be comprehended from the angle of “legal pluralism” or “normative pluralism”. For the concept of “source of law”, “law” refers to the “judicial applicable law”, and “source” contains plural norms. Therefore, the connotation of the source of law is a set of norms of adjudication, from which judges discover the norms, and whereupon, the source of law provides authoritative source for judges’ application to solve disputes, and a legal methods to be applied in the legal process as well. As a consequence, a correct understanding of the concept of source of law should be distinguished from some other similar items. (1) Difference between source of law and legal form. In practice, the “law” of “source of law” means the law to judiciary, whereas the “law” of “legal form” means the law to legislation; from the content, the “law” of “source of law” is an open normative system, while the “law” of “legal form” is a closed one; from the path, the “law” of “source of law” is discovered in the judicial application process, with the “law” of “legal form” being shaped from the form of legislation. (2) Difference between source of law and law. From the scope, the scope of the former should be larger than that of the latter; from the subject, source of law is mainly applied by judges as the source of norms for decisions, whereas law is applicable to all citizens in the society; from the method, law, as the source of law, is embraced by the judiciary for its legitimacy, while norms outside the law are accepted for their rationality as the source of law. (3) Difference between source of law and origin of the law. From the cultural side, there is quite a large difference between source of law and the origin of the law; from the institution, the

former is related to the contents of the system of legal practice of life , whereas the latter to the ideological system source of law ; from the out coming , origin of the law underlines legal validity of the law to some extent , while source of law merely traces the source of norms to be applied as adjudication norms. (4) Difference between source of law and legal system. From the function , both have their respective independent values ; from the content , source of law is more content-rich while legal system mainly covers statutory law logically ; from the form , the latter puts emphasis on the logic among all components , while the system of source of law is relatively loose .

In the contemporary world , forms of source of law are various among States. On the whole , these forms show up as statutory law , case law and many others , among which , statutory law is the source of law mainly created by national legislature , case law is the one created by the judiciary , and the others include protocol norms , customary rules , principles of justice , religious norms , moral principles , logic law , public policy , etc .

The theory of source of law to judiciary should be in combination with legal discovery , which provides searching and discovering adjudication norms method in the judicial process. In the civil law system , legal discovery is supposed to expand preferentially in the statute law , because of close relationship with the potency of statute law , the predictability of statute law and limitation of judge's power. In the civil law system , legal discovery's basic regulation is that legal rule discovery is superior to that of legal principles , substantive law discovery is superior to that of procedural law , the inferior law discovery is superior to that of the upper law , and special law discovery is superior to the general law ; and based on these , it has a necessary comprehensive discovery. If the judges find that applying the law of statutory law source shall appear any serious violation against the social fairness and justice , or no laws are applicable from statutory law source norms , they could find applicable adjudication norms from legal