

思想的碰撞

——刘作翔法学演讲与对话选

刘作翔 著

COMMUNICATION OF THOUGHTS

—A COLLECTION OF LECTURES AND DIALOGUES
OF LIU ZUOXIANG IN JURISPRUDENCE



方志出版社
Publishing House of Local Records

思想的碰撞

——刘作翔法学演讲与对话选

刘作翔 著

COMMUNICATION OF THOUGHTS

—A COLLECTION OF LECTURES AND DIALOGUES
OF LIU ZUOXIANG IN JURISPRUDENCE



方志出版社
Publishing House of Local Records

作者简介

刘作翔，法学博士。现任中国社会科学院法学研究所二级研究员，教授，法学理论专业博士生导师，博士后流动站合作导师，《环球法律评论》杂志主编。中国社会科学院院级特殊学科“法社会学学科”主持人。中国社会科学院创新工程项目首席研究员。中国法理学研究会副会长。中国法律社会专业委员会副会长。中国法学期刊研究会副会长。获人事部“1996年度国家级有突出贡献的中青年专家”、国务院1997年度“享受政府特殊津贴专家”、国家七部委全国“百千万人才工程”1995/1996年度第一、二层次人选等称号。2004年被中组部确定为“中央联系专家”。2004年入选首批“当代中国法学名家”。

从1985年至今，发表学术文章280余篇，有60多篇被《新华文摘》、人大报刊复印资料、《高等学校文科学术文摘》等全文转载和转摘。出版个人学术著作8部，代表著作是《法律文化理论》（商务印书馆1999年出版），《权利冲突：案例、理论与解决机制》（社会科学文献出版社2014年出版），《我之法学观——刘作翔文章选》（湘潭大学出版社2008年出版），《思想的碎片——刘作翔法学言论选》（中国法制出版社2012年出版），《思想的记录——刘作翔法学演讲选》（厦门大学出版社2013年出版），《思想的碰撞——刘作翔法学演讲与对话选》（方志出版社2014年出版），《法治的路径——项目研究报告（2001—2006）》（山东人民出版社2008年出版），《法理学视野中的司法问题》（上海人民出版社2003年出版）。主编法律硕士专业学位研究生教材《法理学》（社会科学文献出版社2005年出版）、《中国社会科学院法学博士后论丛》第一卷（中国政法大学出版社2004年出版）等，主编、参编其他著作、教材、辞书、论文集等110多部。获各级、各类学术奖30多项，其中省部级以上奖10多项。主要研究领域有法理学、法社会学、法律文化理论、民主法治理论、法学发展等。



图书在版编目(CIP)数据

思想的碰撞：刘作翔法学演讲与对话选 / 刘作翔著 .

-- 北京：方志出版社，2014.5

ISBN 978-7-5144-1242-0

I. ①思… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV.

① D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第080626号

思想的碰撞——刘作翔法学演讲与对话选

著 者：刘作翔

责任编辑：罗滔 黄彦

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(国家方志馆四层)

邮 编 100021

网 址 <http://www.fzph.org>

发 行：方志出版社发行中心

(010) 67110500

经 销：各地新华书店

法律顾问：北京高文律师事务所

排 版：北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷：北京佳艺恒彩印刷有限公司

开 本：700×1000 1/16

印 张：45.25

字 数：743 千

版 次：2014年5月第1版 2014年5月第1次印刷

ISBN 978-7-5144-1242-0 / D·78

定价：88.00 元

· 版权所有 翻印必究 ·

目 录

C O N T E N T S

代序言 法学家的责任

——“第二届陇籍法学家论坛”主题演讲…………… 刘作翔 001

演讲主题一

规范体系：一个新体系结构的思考…………… 002

一 十八大关于政治建设和法治国家建设的总体战略部署…………… 002

二 中国法律体系的概念、结构及其基本框架…………… 004

三 重新认识法律体系的概念及其不足…………… 012

四 “规范体系”概念提出的法律和理论根据…………… 012

五 规范体系概念中的规范结构、规范类型及其新的位阶关系…………… 026

六 法律对习惯和国家政策赋予一定的法律地位并不改变它们
原有的性质…………… 027

七 新规范类型的确立必须坚持国家法定的原则…………… 028

八 “规范体系”中各规范类型的地位和作用不是并列的，法律是
最高端也是最重要的规范类型，其他规范类型起补充漏洞的
作用，但并非不重要…………… 031

九 “规范体系”与凯尔森规范理论的区别…………… 036

关于“规范体系”的对话…………… 041

2012年11月6日在同济大学法学院演讲的提问与回答…………… 041

2012年11月7日在上海师范大学法政学院演讲的提问与回答…………… 050

2012 年 11 月 16 日在中国社会科学院研究生院演讲的 提问与回答	059
2012 年 11 月 23 日在中山大学法学院演讲的提问与回答	064
2012 年 12 月 22 日在西南政法大学法理学专业演讲的评议、 提问与回答	071
2013 年 4 月 25 日在郑州大学法学院法理学专业讲座的评议、 提问与回答	090

演讲主题二

中国法治进程中的权利冲突与权利平等	112
一 司法审判中和日常生活中的权利冲突诸类典型案例及其分析	112
二 权利冲突的几个理论问题	140
关于“权利冲突与权利平等问题”的对话	173
2004 年 11 月 9 日在中国社会科学院研究生院演讲的评议	173
2004 年 3 月 18 日在中国人民大学“法理学论坛”演讲的评议、 提问与回答	176
2005 年 9 月 22 日在西南政法大学沙坪坝校区演讲的评议、 提问与回答	180
2009 年 10 月 24 日在甘肃政法学院演讲的提问与回答	199

演讲主题三

以案例形式呈现的权利冲突存在（实践）样态及其法律问题分析	206
一 权利冲突的研究意义、研究价值、研究现状	206
二 案例研究的作用及价值	218
三 以案例形式呈现的权利冲突存在（实践）样态及其法律问题分析	226

关于“权利冲突案例”的对话

2012年6月5日、12日在中国社会科学院研究生院演讲的提问与回答	275
2012年4月17日在西北政法大学法理学专业演讲的提问与回答	281
2013年4月21日在上海师范大学法政学院演讲的提问与回答	286
2013年4月22日在上海财经大学法学院演讲的提问与回答	292

演讲主题四

权利冲突的多样化形态 300

一 权利冲突的多样化形态	302
二 各种不同性质的权利之规范来源	319
三 多样化的权利冲突社会解决机制	325

关于“权利冲突多样化形态”的对话 337

2013年10月9日在浙江工商大学法学院演讲的提问与回答	337
2013年9月22日在江西财经大学法学院演讲的提问与回答	346
2013年10月12日在西北政法大学法理学专业演讲的提问与 回答	355
2013年10月31日在韩国圆光大学法学院演讲的提问与回答	363

演讲主题五

权利相对性理论及其争论 368

一 为什么要研究权利相对性理论及其在中国的研究现状	369
二 法国法学家若斯兰的“权利相对性”理论及其“权利滥用”理论	374
三 言论自由是绝对权利吗?——约翰·威尔曼、沃尔德伦的 不同观点	378
四 关于“绝对权利”的争论——格沃斯与列文森的观点	384
五 权利的限度理论	386
六 最后的评论	389

关于“权利相对性理论”的对话	391
2013年11月28日在华东政法大学科学研究院演讲的评议、提问与回答	391
2014年3月9日在上海师范大学法政学院演讲的提问与回答	401

演讲主题六

传统的延续：习惯在现代中国法制中的地位 and 作用	412
一 习惯的历史价值和现代价值	415
二 《瑞士民法典》第一条的立法背景及其对世界其他民法的影响	418
三 习惯在中国立法和司法中的新发展	418
四 江苏省姜堰市人民法院实践中的一些做法	423
五 对于习惯问题的思考	424
六 习惯的未来命运	426

关于“习惯的地位和作用”的对话	429
2012年12月24日在云南大学法学院演讲的提问与回答	429
2010年12月21日在中国社会科学院法学所“研究员论坛”演讲的提问与回答	439
2008年11月19日在南京大学法学院演讲的提问与回答	443
2008年11月20日在南京师范大学法学院演讲的提问与回答	448
2010年5月15日在香港中文大学法律学院演讲的提问与回答	458
2011年3月11日在西北政法大学演讲的提问与回答	464

演讲主题七

中国司法地方保护主义批判	470
一 司法独立的国际标准和宪法、法律对司法独立原则的确认和规定	472

二 中国司法地方保护主义的问题	477
三 中国司法地方保护主义的具体表现	480
四 中国司法地方保护主义的危害	481
五 克服中国司法权地方化的主要思路	481

关于“司法改革”的对话

2005年5月13日在厦门大学法学院演讲的提问与回答	489
2005年10月14日在西南政法大学演讲的提问与回答	496
2010年5月10日在山东大学威海分校演讲的提问与回答	505
2010年6月24日在挪威人权中心演讲的提问与回答	513
2011年6月3日在西北政法大学法理学专业演讲的提问与回答	517

演讲主题八

现代法律观念与法治国家建设

一 中国法治国家建设的战略重点应转移到法律实施的广阔领域	523
二 当前中国法律实施的最大障碍是规则意识的缺乏	530
三 在法律实施中,培养公民的现代法律观念是关键	538

关于“法治国家建设”的对话

2010年11月25日在中国社会科学院法学所廊坊教学基地演讲的 评议、提问与回答	546
2010年11月19日在上海师范大学法政学院演讲的提问与回答	566
2010年12月17日在珠海市法学会演讲的提问与回答	572
2011年4月20日在西南科技大学法学院演讲的提问与回答	575
2011年5月16日在山东大学威海分校演讲的提问与回答	584
2012年9月26日在甘肃政法学院演讲的提问与回答	589
2012年9月29日在西北师范大学法学院演讲的评议、提问与回答	599
2012年11月22日在广东工业大学政法学院演讲的提问与回答	609

演讲主题九

全球化视野下的中国法理学问题	620
一 法理学热点问题	621
二 关于法律全球化命题	621
三 纠纷解决方式	622
四 如何判断立法状况	623
五 实证研究——法学研究的转向	624
六 新类型案件	625
关于“中国法理学问题”的对话	627
2005年12月19日在苏州大学王健法学院演讲的提问与回答	627
2012年12月3日在台湾世新大学法学院的演讲与评议	644

附录一

《当代中国法学名家》一书中的“刘作翔”介绍	654
-----------------------------	-----

附录二

刘作翔教授作品目录(1985 ~ 2014.5)	670
后记 思想的交流与碰撞：求知与求真	705

法学家的责任

——“第二届陇籍法学家论坛”主题演讲*

(代序言)

刘作翔

最近，中国一些城市在反日游行中出现了一系列的打砸抢烧事件，这些事件虽然是个别的，但是这些事件的出现令我们很痛心，尤其是对我们这些做法律工作、做法学研究的人来讲是非常痛心的一件事情。一般我们不会做情绪化的评价，但是出现这样的现象是中国法治的悲哀，是中国社会管理的悲哀，是中国文明的悲哀。为什么我要讲这个问题呢？从我们改革至今，至少也有三十多年了，如果从1996年中央提出“依法治国”算起，至今也有十六年了，但是发展到了21世纪的今天，竟然出现了在光天化日之下以爱国为名公然地实施打砸抢烧的违法犯罪行为。我们公民的财产和生命安全都没有保障，那几天开日系车的人都很害怕，因为随时面临着被砸的风险，公民的财产安全和生命安全都得不到保障，这是很可怕的事情。西安打砸抢比较严重的是用钢索把受害者的头部打破，差点送命，后来抢救了三天才抢救过来，我看到这样的报道后认为这个问题很严重，尽管是个别人，但是性质是很恶劣的，难道这不是法学家应该考虑的问题吗？这就是法学家社会责任所针对和面对的问题；所以我们论坛要讨论的法学家的社会责任这样一个命题是非常有意义的。

* 此代序言是作者于2012年9月26日在甘肃政法学院参加“第二届陇籍法学家论坛——法学家的社会责任与地方法制建设”所作的主题报告《追求法治是法学家的最高理想：重塑对法治的信念，坚定对法治的信心》的录音记录整理稿。《甘肃政法学院学报》2013年第1期《“第二届陇籍法学家论坛”综述》一文发表。——作者注

为什么要谈这个问题呢？尽管它是少数人的行为，但是它反映出的问题的性质是非常严重的。我最近有个比较愤怒的说法：我们许多中国人，包括打砸抢烧的违法犯罪分子在内，甚至旁观者，很多人的思维还没有跳出近一百年前的“火烧赵家楼”的那个时代。这个问题很严重，因为直到今天为止，我们的影视作品和教科书，把“火烧赵家楼”还看作是一种爱国行动，但是我在前几年看到过一个资料，在“火烧赵家楼”事件发生之后，全中国人基本都是沉默的，或者默认这个行为，或者认为这种行为是一种爱国行为，只有一个人站出来发表了自己的不同意见，这个人就是梁漱溟，他谈到：放火烧楼的这位学生应该法办，法办以后对他进行特赦。所以什么叫做法治？我们都是法律人，在任何情况下违法犯罪都是不能容忍的，它是没有任何理由得到支持的。从1919年至今也有将近一百年的时间了，我们什么时候对这件事情反思过？我们再往后延续，到“文化大革命”，我们所进行的教育都是革命化的教育，当时列宁著作里面有一个理论命题就是：无产阶级革命是不要法治的。当时的有些研究者对列宁的这个命题是误读的，认为革命不要法治。革命需要废除旧的法治来建立新的法治。革命是否允许违法犯罪的行为存在？包括现在的恐怖主义？如果在这种情况下恐怖主义具有合理性，那么这个问题就不是一个简单的好与坏的问题，需要理论去作出论证和判断，所以我觉得我们应该很好地反思一下我们的历史和现实，这是我的第一点感想。

第二个感想是，在当下的中国，尤其是在近一两年来，我们的社会严重弥漫着一种极度的不信任感，尤其是对公权力的不信任，对政府的不信任，对法律的不信任，对司法的不信任，对法治的不信任，这样的不信任感有没有存在的根据或理由呢？贪污腐败的现象使得大家对政府产生了不信任，怪诞的司法判决使得大家对司法也没有信任。这样的不信任感在民间生活中也是存在的，人与人之间的交往也照样存在着不信任，所以现在出现的合同纠纷越来越多，这样的情况导致了人们对法律的不信任，进而对依法治国，建设法治国家产生了怀疑，这种怀疑我分析了一下有两种情况：

一种是反思性的思考。从1996年算起至今，经过了十六年的依法治国的实践，我们发现，当初我们对法治国家建设的艰巨性、艰难性和长期性是缺乏准确判断的。1996年提出了“依法治国”，在法学界，法学家们都充满

了一种幻想，认为经过我们的努力，在一定的时间里我们可以实现这样一个目标，但是到现在为止我们还在讨论法治国家什么时候建成这个问题。根据中国现代化三步走的这样一个过程，我们是在 2049 年实现现代化，如果法治是现代化的一个组成内容，那么实现法治和实现现代化的时间点应该是一致的，这是我当时的一个分析，就是把法治和现代化结合起来思考这个问题。但是经过十六年的实践，我们越来越觉得中国建设法治国家这个任务非常艰巨，也是非常漫长的，它的这种艰巨性和漫长性可能要超出我们原来的预期。因为经过十六年的实践，我们从中发现了很多问题，比如我们现在要讨论中国人的法治意识和法治观念到底是提高了还是滞后了？即使提高了，那么提高的程度如何？我们用什么来衡量呢？首先，我们国家官方经常会用一些很有吸引力的数据来解释这个问题，我们现在已经结束了第五个五年普法教育，进入了第六个五年普法教育，我们可以根据接受普法教育人员的数字来衡量我们的法治观念是提高了还是没有提高；其次就是观察我们中国人的行为，观察我们政府的行为，公权力的行为，官员的行为，老百姓的行为，通过这样的观察来考察中国公民的法治意识是提高了还是没有提高，这是一个非常经典的法社会学的一个问题，需要作社会学的分析，而不能得出简单的结论。当然我们可以粗浅地通过观察，从政治决策层面，我们的官员、我们的政治决策者和政治行为者，他们的政治决策和政治行为是不是具有法治意识，是否具有法治观念？我们的人治状况在多大程度上得到了改变？现在“一把手说了算”的这种现象在地方政府到底有多大的存在余地？据我所知，“一把手说了算”的这种情况还是普遍存在的。法治是一个程序化的过程，“一把手说了算”实质上就是一种人治，也是在地方政治运行中的一种典型表现。公民是一个很广泛的概念，我们要考察中国公民的法治观念和法治意识，我们应当做多方位的考察，这才是考察法治观念和法治意识是否提高的最关键的因素，不是看他说了什么，而要看他做了什么。

另一种就是对法治的怀疑导致了对法治的否定，即认为在中国建设法治国家是不可能的，因而表现出一种悲观主义情绪。针对这种悲观主义情绪和社会文化氛围，作为法律人，包括我们在座的每一个人，面对这样的社会氛围我们应该做一些思考，我们要做一些自己应该做的事情，所以我们要重塑对法治的信念，坚定对法治的信心，尤其在当前悲观主义情绪弥漫的情况下，

我认为提出这样一个命题是非常有必要的，应该把追求法治作为我们法律人的最高理想。

首先，对法治的理解。中国在实现现代化的进程中面临着一个非常艰巨的任务，即经济的高速发展，生产力水平的极大提高，政治的高度文明化、高度民主化，人民文化素质和生活水平极大提高，这是我们现代化所面临的重大任务，这一切都离不开法治在其中所起的作用。在大约二十年前，中国提出一个命题：法治是实现中国现代化不可缺少的重要机制和重要目标，我们一直强调把法治纳入中国现代化的目标体系里面，它是现代化的一个密切的构成内容，不能把它和现代化割裂。最近看到有学者撰文，说我们过去对现代化的理解不仅主要是经济的现代化，而应当加入政治现代化，政治现代化除了强调政治结构的现代化，还要强调思想观念的现代化问题，这个话题我们在二十多年前已经强调过，那么为什么今天又在强调这个问题呢？因为它具有针对性，我们经过了三十年的改革，有关政治现代化和思想观念现代化的问题仍然是一个需要重点思考和关注的问题。

法治包含着多重的内涵：首先，法治是一种观念，是一种意识，一种把法视为社会最高权威的理念和文化。法是社会最高权威的理念和文化，用这种观念来判断这些年我们提出的一些命题，我们就可以得出一个结论，法应该是最高的，法治的观念、意识、理念和文化尊崇以全体社会成员的意志为内容而形成的规则体系，我们的法律是集体意志，即人民意志或者公民意志，法治重视个人在社会中的价值和尊严，但是排斥个人在社会运行机制中的权威地位。法律不是不重视个人，法律尊重每一个人。马克思提出的最理想的社会形态就是自由人的联合体，自由联合体中的每一个人都是具有尊严和独立价值的个人。法律对人的价值是非常关注的，但是它排斥个人在社会运行机制中的权威地位。反观一下我们的现实，我们个人的权威在社会中的地位是不是恰当的？当年毛泽东开始反对个人崇拜的，后来在他的晚年认为个人崇拜在必要的时候还是需要的，那么在我们现实的生活里，有没有对个人权威推到极端的这种情况？这是我们需要思考的。

其次，法治是一种价值的体现。法治不但要求一个社会遵从具有普遍性特征的法，而且还要求这种普遍被遵从的法必须是好法、良法。形式法治主要注重规则体系，但是我们不能停留在规则体系这个层面，这个规则体系

还要包含人类的价值，这就是我们所倡导的良法。那么现在我们有恶法呢？这个需要分析，需要一条一条地分析，不能对整个法律体系做过于笼统的评价。我们有时候对我们的法律体系会做一个大判断，这种大判断是有风险的，不管做研究也好还是做实际的工作也好，都充满了风险，如果经过多年的历练，会变得越来越谨慎，会很少做出大的判断。所谓良法、善法，也就是说法治之法，首先是包含着民主、自由、人权、平等、公平、正义等价值的；其次，法治之法使人们对法提出了更高的要求，它使立法者在法律制定之后必须接受社会的检验，立法者制定的法是需要由社会来反馈的。作为立法者，他必须要深刻地了解人类的价值，包括中国社会当前的价值需求，每一个法律条文都渗透着价值的要素。如果法律体现了价值要素，那么在实施中会有好的效果，如果没有体现价值，那么在执行中会遇到很多的问题，所以要接受法律制定之后的检验和评判。

再次，法治是一种以法的统治为特征的社会统治方式和治理方式。法治就是法律的统治。法律的统治虽然是形式法治观的经典表达，但是法律的统治是排斥其他东西的，所以我们理解法治不必过于繁琐，就是按规则办事。法治就是以法的统治为特征的社会统治方式和治理方式，它并不排斥社会道德等对人们内心的影响和外在行为的自我约束，但是它排斥以人为轴心的统治方式，因为道德有时候表现为以人为轴心的统治方式。邓小平曾经提出一个命题：“为了保障人民民主，必须加强法制，必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”这就是法治的经典表达。因此，法治社会中评判人们外在行为的标准是法律，法治从最终目标是向道德准则接近的。法治是能够统摄社会全部法律价值和政治价值内容的综合性概念，法治的实现也标志着这种价值的实现。

法治包括形式法治和实质法治。形式法治即法律的统治，我认为这一解释是迄今为止最经典的、最精确的解释。法律的统治有针对性，它是针对神权的统治、国王的统治、君主的统治或者说是针对人的统治，具体来讲，是针对个人的统治。形式法治观也要求有法律，有执法、司法、守法及法律监督体系，这有点类同于我国改革开放初期提出的十六字方针“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。十六字方针是中国人容易理解的法治方针，

但它同时又是一个形式法治观的表达，在此基础上，我们又提出了实质法治观，我们不仅要有法，而且还要有包含价值的法，即对法有更高的要求，在法律制定时要经过充分的讨论和论证，例如在劳动合同法的制定过程中，需要在雇主利益及劳动者利益间做一权衡。每一部法律的制定，都包含有一定的价值，如“婚姻法解释三”，它虽然不是一个立法性文件，但作为司法解释在中国具有很高的效力，婚前父母出资给子女买的房产归谁所有？过去在谁名下就归谁所有，现在“婚姻法解释三”规定谁出资便归谁所有。实质法治观要求在法律中增加许多价值问题，即良法善治，要求法律规范体现人类的价值，然后进行公正的执法、司法，从而实现实质法治。

良法和恶法由谁来判断？我们每一个公民都有这个权利，但重要的是：谁可以做出有法律意义的判断？尤其在民主国家，就立法而言，只有经过程序化过程做出的判断才是有法律意义的判断；就司法而言，有法律意义的判断是经过审判程序做出的终审判决。这种情况下虽然显得我们的力量很微弱，但我们要尊重这一事实、制度性的构造，不要试图放大个人的能力，真正的民主需要经过一定的程序。比如河北一位姓王的妇女主任，在办理房屋产权登记的过程中，发现河北省地方的土地管理法规与国家的土地管理法相矛盾，对这一意见，全国人大常委会经过认真研究，认为意见是合理的，要求河北省人大常委会进行研究及做出相应的修改。这是一个良性的案例。但也有公民的意见不被重视的情况。我国的法律冲突现象比较严重，国务院法制办将中国的法律冲突归结为十二种表现形式。

过去有一种观点：中国的法治应该首先表现为形式法治然后为实质法治，但我对这一观点开始有一些反思。我认为：发达的法治状态是形式法治与实质法治的并存状态而并非是一过渡状态，因为过渡状态否定了形式法治的功能和重要性。形式法治简单的表达即为按法律办事，按规则办事，这一要素在任何时候都不能被丢弃。

为何要强调法治，尤其是在政治决策层、在政治行为中强调法治的重要性？因为现在的中国已经不是计划经济时代的中国，现在的中国公民已经是具备一定现代意识的公民，随着文化的发展，公民法治意识、权利意识的提高，不能再用计划经济时代的统治方式管理社会。计划经济时代，上面说什么，下面就做什么，即使个人有独立的主体意识，也不可能通过有效的途径