



一种观点涉及了什么是“法源”？“法源”和“法律渊源”是什么关系？如何认识“法律渊源”等等。总体而言，我国法理学关于法律渊源的理论和实践总结还很不发达，还需要对此进行必要的学术辨析。

法律渊源是法理学中一个非常重要的理论问题和实践问题。不仅仅对于法理学，法律渊源也是其他各法学学科的基础性概念。不了解法律渊源的概念，就无法形成对于具体法律形式的判断和运用。遗憾的是，在我国法学界，目前对于法律渊源的概念并未形成有效共识，因而，在学术理论的讨论中，就出现了对这一基础性概念的误用，并影响着法律实践。《民法总则》颁布后一些报刊也刊登了有关习惯作为民事审判的“法源”的报道。<sup>①</sup>我认为，这样一个观点是对于“法源”概念的误用。产生这种现象的根本原因就在于我们对法律渊源的理论与现实问题缺乏深入的研究。所谓“法源”，就是法律渊源的简称，而法律渊源是一个严格的法学概念。在我看来，所谓法律渊源，就是“有效力的法律表现形式”<sup>②</sup>。那么，这种“有效力的法律表现形式”到哪里去找呢？在不同的法律传统和法律体制下，其渊源是不同的。比如，在判例法国家，判例就成为“有效力的法律表现形式”；而在制定法国家，关于“有效力的法律表现形式”，是由这个国家的法律所规定的，具体而言，是由这个国家的宪法和《立法法》所规定的，不可对此过度扩展。所以，法律渊源问题实际上就是一个法律传统和法律制度问题，可以通过宪法和《立法法》等有关法律规范的等级层次来进行划分和选择，从这个层面来说，法律渊源就是宪法和《立法法》中有关法律的表现形式问题。由此来看，一些学者所说的“《民法总则》第10条赋予了习惯以新的法源地位”的观点，是没有根据的。因为宪法和《立法法》所规定的“有效力的法律表现形式”并没有“习惯”这样一种规范类型。之所以出现这样的观点和看法，是因为他们误以为，只要法律规定了“可以适用习惯”，习惯就成了新的法源，即习惯改变了其性质，这正是误区所在。《民法总则》第10条将习惯作为法律缺位情况下处理民事纠纷的规范依据，是否意味着改变了习惯的规范属性？是否意味着把习惯变成了一种法律渊源？我认为不是。《民法总则》第10条并不能改变习惯的性质，即并不意味着有了这条法律规定，习惯就变成了法律渊源。这是一个很重要的理论问题。这样一个规定只是明确了在法律缺位的情况下，习惯可以作为弥补法律漏洞的一个行为依据和裁判依据，给了我们另外一个规范选择，但并不意味着这样一个规定就改变了习惯这个规范类型的性质。习惯仍然是习惯，习

惯并不能变成法律，也并不意味着这样一个规定就把它变成了法律渊源。这一点恰恰是很多学者迷失的地方。

台湾政治大学法学教授苏永钦先生2018年5月17日在浙江大学的一个演讲中比较了大陆法系和英美法系在法源问题上的差异，他说：“大陆法系和英美法系的差异，最好不要只抓住一个案例或者是制定法，不然你会发现两者都有案例，两者都有制定法，真正的差异是这两者之间的关系，即这两者之间怎么样有机地结合起来。在英美法系中，最后发展出真正的法源的时候，法条只是一个材料，案例才是适用的规范，除非用法条直接可以找到答案。而大陆法系虽然也大量地使用案例，但是案例只是为了来合理化法条发展出来的法教义学，只是法教义学的一部分，真正的适用的还是法条。也就是说所有大陆法系国家法院的判决，即使法官引用，或者私下阅读了几十份判决，最后判决主文、判决理由还是回到一个特定的法条，一个请求权基础，然后用三段论法进行论证，不会像英美法一样，在遇到争议时去找先例，然后类比论证，这是两种完全不同的思考方式和法源结构。”<sup>②</sup>

1997年中国宪法确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略之后，有部分学者提出一个疑问，即“依法治国”的“法”到底依据哪些“法”？这些疑问的产生主要是因为关于什么是法的问题存在着认识上的混乱。其实，关于什么是法应该说是明确界定的，因为中国现行宪法和《立法法》对法律的表现形式做了非常明确的规定。在中国这样一个以制定法为主的国家，判断一种规范是不是法律，就是依据宪法和《立法法》所确定的法律形式。所以，讨论中国法律渊源的理论与实践问题，绝对不能脱离中国的现行宪法和法律制度规定。也就是说，我们应当以中国的宪法和《立法法》为依据，来判断中国的法律表现形式，使其有合法性依据。特别是在中国这样一个制定法传统比较浓郁的国家，更不能脱离制定法

<sup>①</sup> 关于法律渊源，学理上有多种解释。在我主编的法律硕士专业学位研究生通用教材《法理学》一书中，我曾经对“法的渊源”的多义性做了如下的说明：“法的渊源是一个多义词，并且经历了一个不断的演变过程。法学家们也分别从各自角度对它进行了不同的解说。从词源来看，法的渊源指法的来源、源头、源泉，意指法是怎么来的，它源于何处。从这一角度看，法的渊源概念被赋予了法律内容的内涵，由此便引申出了法的渊源的一系列形态，诸如法的历史渊源，法的理论渊源，法的政治渊源，法的物质渊源，法的形式渊源，法的解释渊源等”，以上诸种关于法的渊源的分类和形态，有的侧重说明法的历史来源，有的侧重说明法的思想基础和理论来源，有的侧重说明法的政治根据和物质基础，有的则侧重说明法的力量和效力的根源。而“最贴近法的渊源概念的是法的形式渊源”，即“那些具有法的效力作用和意义的法的各种外在表现形式”。见刘作翔主编：《法理学》，社会科学文献出版社2005年版。

来讨论法律渊源问题。否则,就会脱离中国的制度和法律生活实践。

目前学术界有一种观点认为:“法律渊源就是法律形式”的这种观点是“立法中心主义”思维的产物。同时,也有些学者认为,要重新理解法律渊源,应当站在“司法中心主义”的立场,从法官的角度来理解法律渊源。由此,有学者提出,所谓法律渊源就是法官裁判依据的来源。这里存在的问题是:界定法律渊源的概念是不是需要一个从立法立场向司法立场的转换?或者说,司法立场是不是真正理解法律渊源概念的新的逻辑起点?这样一个问题是近年来法学界的一个观点,也是出现前面所提到的几位法学家提出的“《民法总则》第10条赋予了习惯以新的法源地位”的观点的一个方法论根据。有位青年学者更是直接地讲:从司法和法官裁判的角度,法源指“一切得为裁判之大前提的规范的总称”。<sup>[3]</sup>我认为,这些学者的最大误区在于将判例法国家的法源理论套在了像中国这样的制定法国家身上。在我看来,在制定法国家讨论法律渊源,其主要的目的是讨论清楚什么是法律,这是一个有明确目标指向和对象的问题,不存在立场转换的问题。法律渊源是国际上通用的一个法学概念。尽管对于法律渊源有不同的理解和解释,但作为一个通用概念,法律渊源是指“有效力的法律表现形式”,这在国际上是有共识的。“法律渊源”主要指那些具有法的效力作用和意义的法律的外在表现形式,因此,法律渊源有时也叫法律形式,它侧重于从法律外在的形式意义上来把握法律的各种表现形式。近年来,在我国的一些法学著作和教材中,有一种从法的效力来解释法律渊源的倾向和主张。而我认为法律渊源与法的效力是既有密切联系又有区别的两个概念。法的效力侧重于法律的力量和效力根源,而法律渊源则侧重于法律的外部形式。一种规范,只有当它具备了法律的形式,它才具有效力。反之,凡具有效力的法律,必具有法律的形式。法律的效力寓于法律的形式之中。法律渊源的概念,着重于从外在形式上去把握法律的各种外部表现形态,这比较符合法律渊源概念的本意。<sup>[4]</sup><sup>89</sup>因此,不能将其解释为立法立场或司法立场。

而所谓立场转换问题,其针对的对象不是关于法律渊源的问题,而是关于中国法治走向的问题。我也注意到,前些年法学界确实有学者提出中国的法治国家建设要实现“从立法中心主义向司法中心主义转移”。对于这种提法,我是不赞同的。其理由如下:第一,中国是不是有过一个所谓的“立法中心主义”的时代?改革开放以来,中国的法治国家建设是全方

位的进程,立法、执法、司法、守法,以及公民法律意识的提高都是同步进行的。之所以会形成只有立法的这种印象,是因为我们是制定法国家,在制定法国家,立法应当先行,立法是定规矩,有了立法,才能有后续的执法、司法、守法。但这并不是“立法中心主义”。第二,所谓的“司法中心主义”有无可能?从法律实施的角度看,我国现有270多部法律,80%是靠行政执法去实施的,怎么可能是司法中心主义呢?而且公民守法也是法律实施的重要组成部分。相对于公民守法和行政执法的数量而言,司法的“不告不理”特征决定了通过司法处理的案件在法律实施中所占的比例是有限的。可见,司法不可能承担起实施中国现行法律的全部重任。因此,它承担的使命是有限的,它承担的任务量也是有限的。因而,所谓的“司法中心主义”既无可能,也不现实,以司法为中心来概括中国法治国家建设的核心使命,并不符合中国法治发展的实际情况。第三,即便从一种功利主义、现实主义的视角看,在中国的司法受理案件数量已经超过了历史上任何时期、司法在承受着“案多人少”巨大压力的情况下,如果采“司法中心主义”的法治路向,将使已经不堪重负的司法更加难以承受。当然,在中国特色社会主义法律体系基本形成,社会生活的基本方面已经做到有法可依的大前提下,中国法治国家建设的重心应当转移到法律实施方面,这也是前几年我提出的一个观点。<sup>[5]</sup>但是,尽管如此,对立法的关注永远也不过时。特别是在中国急剧变化的社会转型期,关注立法,就是关注社会需要本身。

对此,还要注意如下几个问题:

第一个需要讨论的问题是,如果我们认可法律渊源就是法律的表现形式,那么,习惯、政策等显然就不可能是法律的表现形式。因此,如果将法律渊源只是理解为那些法官裁判案件的“法律依据”,那么是不是会导致关于法律的正式渊源和非正式渊源分类的非科学性?<sup>[6]</sup>因为,能够成为法律渊源的都应当是正式法源,而不可能存在非正式的法源。从思想观念的来源来看,将法律渊源划分为正式渊源和非正式渊源的观点,可能受到了美国法学家博登海默的影响。1987年,我国学者邓正来、姬敬武共同翻译了博登海默的著作《法理学—法哲学及其方法》,在中国有较大的学术影响力。从该书的内容来看,比较贴近中国的实际,因而容易被部分中国学者所接受。博登海默在《法理学—法哲学及其方法》中对法律渊源做了正式渊源和非正式法律渊源的分类。他提出:“将法律渊源划分为两大类,亦即是我们所称之谓的正式渊源和非正式渊源,看来是恰当的和合乎需要的。所谓

正式渊源,我们意指那些可以从体现于官方法律文件中的明确文本形式中得到的渊源。这种正式渊源的主要例子有,宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自治和半自治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。所谓非正式渊源,我们意指那些具有法律意义的资料和考虑,这些资料和考虑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与体现。尽管无需在这方面作详尽无遗的列举,但我们仍将非正式渊源分为正义标准、推理和思考事物本质的原则、个别衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向以及习惯法。”<sup>[7]395,396</sup> 要注意的是,博登海默对正式渊源和非正式渊源的概括和分类是基于判例法传统的。这样一种分类是否适合于分析中国的法律渊源,我是持怀疑态度的。如果我们将法律渊源界定为“有效力的法律表现形式”,那就不存在所谓正式与非正式之分。中国的法律渊源就是宪法和《立法法》中所确定的法律表现形式,其他的我将它们称之为规范渊源,如习惯、政策等等。

第二个需要讨论的问题是,我所倡导的法律渊源理论与司法立场的法律渊源理论有一个最大的差别,即如何理解“法律”。我是从规范法学的立场来理解法律的,即只有权威立法机关制定的规范才是法律。而司法立场的法律渊源理论实质是法律现实主义的,即法官所运用的规则都是“法律”。对此,我认为也有必要澄清。如果从学术流派的角度来看,法律现实主义的司法观将凡是影响法官判决的所有因素都视为法律的构成,所谓“法官的一顿早餐都会影响当日司法的最终判决”。准确地讲,应该是影响法官判决的因素,而不是影响判决的法律构成。但是,这里面有一个重要前提,即中国是制定法国家,法律赋予法官的职责是严格依照国家制定的法律来司法。现实主义法学发生场景主要是在英美法系国家,在那里,法官除了按照判例、制定法裁判之外,还拥有较大的司法自由裁量权,也就是说,在英美法系国家,法官可以通过判例创造法律。而在制定法国家,法官的重要职责是严格按照法律来进行司法,这也是严格司法的含义。中国作为以制定法为传统和法律制度的国家,对法律渊源的理解和解释就要放在中国的法律传统和制度语境中,不能简单地比附于判例法国家的解释。从这个层面来说,现实主义司法观对于何谓法律的解释不适用于当代中国。

## 二、应当重视规范体系的构建

既然法律渊源应当以法律规定的形式为前提,那么没有制定法尤其是没有《立法法》的规定,都不应

当成为法律渊源。这是不是意味着,单纯讲法律渊源并不符合当代中国的规范渊源理论和实践的现状。或者说,《立法法》不仅讲清楚了法律渊源的范围和表现形式,而且对我国的法律体系做了比较明确的范围确定。那么,究竟该如何理解中国的法律体系呢?这恰好是我思考法律渊源问题的逻辑起点。我们国家的法理学基本上形成共识:法律体系应当是从成文法的角度来考虑的,即法律体系是指由现行有效的各个法律部门组成的结构体系。法律体系概念的最大特点就是强调“现行有效”,能够成为法律体系组成部分的必然是正在生效的法律。按照法律体系的这个特点,则习惯、政策等规范类型都不能纳入法律体系的概念当中去。这样,法律体系这个概念就有了局限性。特别是在司法层面,由于法律体系的概念并没有包含习惯、政策等规范,不能够把法院在审理案件过程当中所包含的所有的裁判规范都涵盖进去,因而不能满足现实社会的需求,难以满足不断变化的现实生活的需要。由此,我提出了一个新概念,即“规范体系”的概念。规范体系概念弥补了法律体系概念的局限性,可以对当代中国现存的各种各样的规范类型进行一个结构性安排。从现有法理学概念来看,规范体系概念是一个关于结构体系的新概念。我相信,在未来的一段时间之内,规范体系概念及对其进行理论研究可能会成为法理学的一个研究热点和重点。

规范体系概念应当是法理学中的一个全新概念。从功能来看,规范体系的概念确实可以让法官在更为广阔的范围内去发现“裁决规范”,选择更为合理的裁判依据。然而,规范体系是法理学领域的一个新概念,其能否成立,某些法理学者可能会有质疑,因为原来的法律体系是在制定法的范围之内,特别是通过法律部门来进行建构的。为此,有人会有疑问:是不是说规范体系是一个比法律体系的内容更为庞大的体系?法律体系能够容纳的内容,可以不需要规范体系来容纳;但是,超出法律体系容纳的内容,则应当由规范体系来容纳。所以,法律体系的核心概念是“法律”,而规范体系的核心概念是“规范”。“法律”是“规范”之一种,此外还存在其他规范?对于这种观点,我首先要说的是,法律体系包含在规范体系之中。任何一个法学概念的产生,必须有相应的理论根据。虽然创新是一个国家的灵魂,但是绝对不能为了创新而创新。创新必定基于事物本身的必然逻辑,必须有相应的理论基础。规范体系概念来源于法律实践和社会实践,也必然会在法律实践和社会实践当中有所体现。我一直都在强调,法律概念与法学概念是两回事。法学概念可以置入学术语境去讨论,而法律概念

却应当置入特定国家的法律实践和社会实践语境中去讨论。我之所以提倡规范体系,是因为我们国家的法律实践和社会实践语境已超出了法律体系的涵盖范围。或者可以这么理解,规范体系这个概念之所以能够成立,根本依据就在于我们的法律制度。这里需要强调的是,我以前提出的“法律—政策—习惯”的“三位阶规范体系”,是基于原来的《民法通则》第6条的明确规定。<sup>[8]</sup>后来,随着《民法总则》的颁布施行,尤其是《民法总则》第10条的规定,对规范体系的层次结构有影响,但是对于规范体系的概念并没有影响。《民法总则》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”其实,在《民法总则》之前,2007年3月16日通过,2007年10月1日起施行的《中华人民共和国物权法》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。”现有法律规定已经认可了习惯的规范地位。根据法律的表述,有法律的时候,按照法律办事,没有法律的时候,就可以按照习惯办事。这既是对人们的行为指导,也是对法官的裁判指导。

1986年颁布的《民法通则》第6条规定:“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。”这一条规定告诉我们一个道理:就是在从事民事活动的时候,首先要以国家的法律作为准则,这是一个大前提。但是如果国家没有法律怎么办?《民法通则》第6条明确地告诉我们,国家政策就可以作为我们的依据,因为《民法通则》明确地规定“法律没有规定的,应当遵守国家政策”。这一条对法官来讲意味着在没有法律的情况下,国家政策就成为法官裁决的依据。通过该条,我们可以发现,在法律这种规范形式之外,还有一种规范类型,就是国家政策。国家政策作为规范类型,是由国家制定法明确规定的。而且,国家法律明确地规定了适用国家政策的前提是法律缺位。在法律缺位的时候,不管是对于公民而言,还是对于行政机关而言,甚至是对于法官而言,国家政策都是有规范效力的。对于公民而言,国家政策可以成为行为依据;对于执法机关和司法机关而言,国家政策可以成为执法依据或者裁决依据。在我国的司法实践当中,运用国家政策进行裁决的案件非常多。这意味着,至少在过去30多年的时间内,《民法通则》第6条发挥着十分重要的弥补法律漏洞的作用。虽然国家政策不是主流规范类型,但是它具有的漏洞补充作用,却是其他规范类型难以弥补的。因此,我们对国家政策不能忽视。《民法总则》第10条

取消了国家政策的规定,会产生比较大的问题。

法律体系概念不能涵括的第三个规范类型是司法解释。我们现有的法律体系概念也容纳不了司法解释,因为司法解释是最高人民法院、最高人民检察院依照全国人大常委会1981年决定的授权对法律进行的解释。司法解释不是法律,但是它又是法官裁决案件的重要依据之一。在我的理解当中,法律体系的概念和内涵只涉及立法行为及立法的产品。而司法解释显然是司法的产品,因此司法解释不能被归纳进法律体系概念当中。上面我已经说过,关于哪些属于立法的产品,其查找的依据是《立法法》,《立法法》所确认的法律形式明显没有司法解释,《立法法》只是在其“附则”中用限权而不是赋权的方式规定了司法解释的备案制度。因此,司法解释无法被归进法律体系的概念当中。

总结如上论述,我们可以发现,政策、习惯以及司法解释都是法律体系概念难以容纳进去的。既然原有的法律体系概念、理论和它的结构不能概括现有的规范类型,我们就必须寻找新的概念,这个新的概念就是“规范体系”。法律体系的概念强调的是现行有效的法律,但是规范体系概念却不是如此。规范体系概念的重要构成是规范类型,通过规范类型组织成规范结构。所以,在规范体系当中就存在规范结构层次,而不仅仅只有法律规范这一种规范类型。规范体系概念的最大优点就在于它能够囊括现有的所有规范类型。规范体系是一个比法律体系的内容更为庞大的体系,但法律规范是规范体系大家庭成员之一,且是首先的和首要的,并不是在其外。“法律”是“规范”之一种,此外还存在其他规范。

这里面还有一个问题:如果说规范人的行为的可能不仅仅只是法律,而在更宽广的范围内说,应当是规范类型。规范类型是比法律更具有广阔规范效力的规范形态,给法官或者行为人指引了规范方向。可见,在规范体系概念中,规范类型也将是一个颇受关注的概念;而根据我的研究,规范类型是由法律作出认定的。此处,我们面对的问题是,如何理解规范类型入法的问题?对此我的回答是,首先,我们要清楚,规范类型的调整和法律调整对象存在着十分巨大的差别。法律的调整对象是指法律要调整什么内容,主要是调整人们的行为。而规范类型也调整人类的相关事务,但是这些事务是法律所不能调整或者没有调整的事务,比如法律没有涉及的风俗习惯问题,就是由习惯来调整的。在人类社会,规范人的行为的规范种类多种多样,比如道德规范、宗教规范,它们可能对很多人具有普遍的规范效力。人们可以基于约定或

者基于道德去遵守它们,但是不能强制要求他们去行为。其次,我曾经提出的“规范类型是由法律作出认定的”是有前提的和特指的,是专门针对司法所采用的规范类型,应该是由法律作出确认的,不能任意采用,如习惯有《民法总则》第10条的规定,司法解释有全国人大常委会的授权和《立法法》的规定。而对于司法之外的规范类型,则是一种弥散的广泛的存在状态,不受人造的约束和限制。同时,对法律所确认的规范类型,不仅仅是裁决规范,具有裁决功能,也是行为规范,具有行为指引功能。其三,规范种类如何入法的问题,则关涉到某一规范类型对于法律调整的意义、作用和功能,这可能需要更为细致的研究。简而言之,一种规范能不能成为规范体系中的规范类型,首要标准在于其是否具有法律补缺的作用,以及其是否符合科学理性之要求。人类社会发展到今天,经过理性意识的洗礼,对社会关系的认识日趋理性化、合理化。因而,某些在历史上非常重要的规范类型能否成为法律确认的规范类型,关键在于它们入法的合理性。

### 三、国家政策的功用不能忽视

2017年3月15日,十二届全国人大五次会议表决通过了《民法总则》,这是我国法治国家建设的一个历史性时刻,标志着我国民事法律制度已经站在了一个新的历史起点上。《民法总则》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”比较一下《民法总则》第10条和《民法通则》第6条的规定,最大的区别是新的《民法总则》用“习惯”取代了“国家政策”。于是,我们所面临的问题是,虽然《民法总则》取消了国家政策的规范渊源地位,但是在其他法律当中,国家政策作为行为规范的规定仍然存在。比如《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》第44条第1款规定:“仲裁庭应该根据认定的事实和法律以及国家政策作出裁决并制作裁决书。”同样,《著作权法》第60条也规定:“本法施行前发生的侵权或者违约行为,依照侵权或者违约行为发生时的有关规定和政策处理。”这意味着,我们对国家政策的看法还需要改变。

这个问题,我一直都在关注。为此我还专门撰文《国家政策的法律地位不能忽视》。<sup>[9]</sup>我所要强调的是,国家政策在我们国家的经济社会发展中的作用被人们轻视了。一方面,问题来源于理论上的轻视,一些学者一谈到国家政策,就认为国家政策代表着人治,具有较大的随意性,是长官意志的产物等。

另一方面,问题来源于治国实践的经验教训,过去我们确实存在过以政策治国的历史,所以政策就被认为是那段历史的罪魁祸首。加之政策在实践中确实也客观的存在着随意性、易变性等情况,导致了人们对政策的不信任和偏见。我认为不论是理论上的认识还是基于实践的认识,都没有从根本上理解国家政策。国家政策如同法律一样,也是一种规范类型,它能够发挥什么样的作用,完全取决于使用它的人,国家政策本身并未带有任何褒贬的色彩。使用它的人,如果能够在法律规范的范围内发挥政策的功能,则对社会来说是有积极意义的。但是,如果使用它的人无视法律,以政策代替法律,这当然容易导致政策的滥用,进而甚至取代法律。所以,我们要做的事情不是轻易的废除政策了事,而是要研究如何使政策在法律的范围内发生合理的作用。也就是说,在今天,依法治国是我们的治国方略,那么我们就应当在坚持法治的前提下,合理地发挥政策的规范作用。并且,政策也是一种科学,政策的制定过程也要遵守合法性、合理性和程序化原则。

人们常说,一旦立法,学者们的研究就有可能成为废纸。就国家政策的研究而言,我们就可能面临这样的困境:一方面,《民法总则》取消了国家政策的规范渊源地位,而另一方面,国家政策在日常社会生活中还发挥着十分重要的规范功能。比如,交通肇事案件中关于被害人的赔偿问题,就涉及到国家政策问题。因为赔偿涉及到的赔偿标准,即居民的年收入问题,就是以政策的形式颁布的。我们国家的每一个省,甚至每一个设区的市(州),每年都会发布人均收入的年度报告,这个报告在审理有关交通肇事案件涉及赔偿标准时就成了相关的依据,因为法院在处理交通肇事案件的时候,就必须按照所谓的居民平均年收入进行计算。本质上,这依然是一个国家政策被适用的问题。但是,其被适用的合法性在哪里?法理学又该如何来回应诸如此类的现实问题?这就意味着,国家政策问题在我国实际上事关重大,而不应该是一废了之。我曾经指导过一位博士后专门研究国家政策在民事司法中的适用问题。他以“政策”为关键词对我国法律中涉及的“政策”条款进行了搜索,结果是:在我国270多部法律中,共计有80多部法律240多个条文直接指向政策内容,其中有3部法律共计3处使用了“公共政策”一词,有9部法律含有“国家政策”一词。仅试举一例:《中华人民共和国城市房地产管理法》(1994年通过,2007年修正,2009年法律清理修改)第54条规定:“住宅用房的租赁,应当执行国家和房屋所在城市人民政府规定的租赁政策。”

像此类关于政策的概念在我国现行法律体系中还有很多,如技术政策、产业政策、税收政策、残疾人就业优惠政策、价格政策、就业政策、财政政策、社会保险政策、公共政策、计划生育政策、国家货币政策、民族贸易政策、外汇管制政策、自由贸易政策、文化政策、体育政策、文物政策、航运政策、教育政策,等等,几乎囊括了现有的政策类型,现行法律中涉及的政策条款比我们想象的要多得多。这其中,既有民事政策,也有行政政策。如何对待这么多的“法律体系中的政策”,也是一个需要认真考虑的问题。经过研究,他得出以下几个结论:第一,国家的基本法律不同形式地使用了“国家政策”或“政策”等词语,可见,该词语在我国法律体系当中是一个很重要的法律概念。第二,在现有的法律条文中,“国家政策”是和法律相对应的概念。第三,“国家政策”一词可能还会与其他词语联合起来使用,最常见的做法是在“国家”和“政策”之间加一个字或者一个词语从而组成一个新的名词。他的研究结果告诉我们,在我国现有的法律体系中,政策概念十分重要。<sup>[10][22]</sup>在《民法总则》第10条取消国家政策之后,以上的“法律体系中的政策”条款如何对待,确实需要立法者们去思考。还有一点,我国法学界对国家政策的研究并不是十分重视,比如什么是国家政策,哪些形式的文件可以成为国家政策的载体,国家政策界定在哪一级,如何限制国家政策在法律范围内活动,充分保证国家政策不会背离法律等,诸如此类问题的研究成果确实比较少,尚需我们进一步去思考。对于我们的理论研究而言,既要充分关注现有立法可能或者应当关注的问题,也要关注立法者所忽视的问题。简言之,立法者关注的是法律规范的有效性,但是学者不同,学者应当关注哪些因素促成规范有效,以及如何促成法律规则。此时,学者们既要关注立法者关注的问题,也要关注立法者忽视的问题,即凡是真正的法律问题或者法理问题,学者们都应当积极思考。

#### 四、“习惯”与“民间法”的关系

我国《民法总则》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”这意味着,习惯在我国民事生活当中将起到十分重要的规范作用。对于习惯这样一种规范类型,我们应当如何看待其在司法中的适用问题呢?

首先要指出,在当代中国,习惯是一种非常重要的规范类型。但是,习惯与法律不同,法律具有十分明确的规范形式和内容。习惯作为一种重要的社会

规范,其规范的内容是什么,我们仅从《民法总则》第10条中是得不到答案和结果的。《民法总则》第10条只是赋予了习惯的规范类型地位,它还是个我称之为的“空壳”概念。要想知道习惯的规范内容及其特点,需要将习惯置入具体的法律生活当中,特别是置入人们所生活的具体环境当中,才可能知道。不同的地区可能在风俗习惯上有较大的差异,所谓“百里不同俗,十里不同风”。这就需要法官发挥主观能动性,基于法治原理进行裁断。所以,法律的规定,只是确认了作为概念的习惯的规范地位,而没有确定具体的习惯内容。而且,我们也要注意,并非所有的习惯都是法律所认可的,而是只有那些符合善良风俗的习惯才是法律所认可的。这里,法律隐含地赋予了法官认可、甄别习惯的权力。我们在任何时候,都不应当将社会上存在的一些恶习或者违背人性的习惯视为法律意义上的习惯。法律意义上的、能够成为裁决依据的习惯必须是经过法官审查的习惯。因此,《民法总则》第10条规定,在适用习惯时,“不得违背公序良俗”。之所以加一句“不得违背公序良俗”,主要原因是我国部分地区可能还存在一些不甚合理的习惯,比如外嫁女不得分财产,剥夺女子的继承权等等,这些习惯的存在严重影响到社会公正的实现。法律作为实现公平正义的重要规范类型,应当对那些落后的习惯进行纠正。

此外,我国有部分学者将民间法视为与国家法对应的规则,包括了社会风俗习惯以及其他的各种各样的非国家性质的规范类型,这些研究对于我国来说,具有十分重要的学术意义。特别是其在引导习惯进入《民法总则》方面,作出了较大的学术贡献。对此,我的看法是,“民间法”的研究确实是很重要的学术内容,我们还有一些学者编辑了专门的以书代刊的刊物《民间法》,形成了具有一定规模的学术团队,对于促进民间法研究的价值和贡献不容小觑。只是,我提出的“规范类型”概念在某种程度上区别于这些年流行的“民间法”概念。从严格的学理上说,“民间法”概念并非是什么严谨的学术表达。理由就在于,我们所认可的“法”,必须是国家意义上的。否则,“法”就变成了一个什么都可以往里面装的东西。例如道德、宗教等等。我们承认人类社会当中存在多元的规范类型,但是不能认可“法”的多元化。我所说的在司法中所适用的“规范体系”就是要坚持国家法定原则,不能走“民间法”和“活法”的路线。必须要有法律的规定,只有法律明确了它的法律地位,才能把它作为一种规范类型,才能纳入到法官的裁决依据中去,甚至进入到我们的行为依据中。

在一个国家和社会中,多元规范的存在是客观的事实。在法治实践中,我们不得不面对社会的多元规范。从社会结构的角度,多元规范的存在更是一个不争的事实,存在方式也不同,且每一种规范都有其独立存在的价值,并在各自的领域中发挥着作用。从这个视角看,我认为没有必要对它们进行人为的强行的整合。

但是,在法治实践中,有一个问题倒是值得关注,即各种规范类型之间的相互转换问题。2017年初,我应邀参加谢晖教授主持的国家社科基金重大招标项目“民间规范与地方立法”的学术研讨会,感受到该团队对立法中多元规范之间相互关系问题的密切关注。由此,可能也是更为重要的,在立法过程中,我们怎么认识社会规范与国家法律之间的关系?试想,如果对二者的关系都没有清晰的界定,又何谈谁吸收谁呢?我们在谈论“关系”时,它一定是“相互”的。在这里,既不是以国家法为中心,也不是以其他社会规范为中心,国家法也是多元规范中的一种。在此视域下,我们才能探讨在立法中如何对待多元规范,以及更进一步的如何在立法中“吸收”社会规范的问题。其实,在立法中对多元规范的吸收,不仅要关照到不同的社会规范,也要关照到法治的不同环节。

特别是在司法中,法律渊源是裁判规范的主干,但不是裁判规范的全部集合,因为还有其他的规范渊源。尽管我国法律体系已经初步形成,主要的社会关系领域已经可以做到有法可依,但在司法过程中,还存在着没有法律规制的情况,即所谓的法律漏洞。司法解释、指导性案例、权利推定等都是弥补法律漏洞的途径和方法。在多元规范视野下,习惯与国家政策则是弥补法律漏洞的重要途径。不同的社会规范怎样进入到司法过程中,它们的适用有哪些具体的条件、程序,应该是由法律作出确认的。事实上,社会规范在特定情况下,不仅可以作为司法中的裁判依据,而且可以作为司法中的某些事实依据。我们都知道,法官主要是依据规则作出裁判,但是,法官理解案件的具体事实以及案件发生的具体背景可能是其自身的生活经验、社会常识、专业知识等,并凭借对案件的理解寻求裁判规则。社会规范作为一种“地方性知识”,它记录了不同地域,不同行业,不同民族的生活、生产事实状态,如果法官在理解案件事实时,能对这些社会规范中所蕴含的事实因素予以关注,或许能使法官作出一个有利于“案结事了”的判决。

## 五、指导性案例十分重要,但不是法律渊源

自2010年11月26日最高人民法院发布《关于

案例指导工作的规定》开始,我国的案例制度运作已经有8年了。对于案例指导制度的运行,有必要进行反思。从2003年起,我就一直参与和关注着中国案例指导制度的进展。大体的进程是:2005年最高人民法院发布了“二·五改革纲要”,其中,第十三项指出“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”这标志着提出了“案例指导制度”的司法改革任务。而在具体制度构建方面,2010年11月26日最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》,2015年4月27日发布了《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》,该《实施细则》共有15条,对《关于案例指导工作的规定》发布后存在的一些问题进行了细化。自2011年12月20日最高人民法院发布第一批指导性案例始,至2018年12月底,共发布了20批106个指导性案例。2014年10月党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准”。这标志着“案例指导”由原来仅为司法机关的司法改革举措上升为执政党“支持司法”的指导方针。2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议修订通过的《中华人民共和国人民法院组织法》第18条第二项规定:“最高人民法院可以发布指导性案例。”这是第一次将指导性案例列入法律,并作为最高人民法院的职权之一。

从某种意义上说,案例指导制度确实是我们国家司法制度的一种创新。所以,对于它的建立,我是持积极态度的。对于指导性案例在司法实践中的被援引情况,也是这些年我关注的重点。前些年,在最高人民法院的工作报告中没有看到过相关的报告。2015年一名广东的法官做过一个关于广东省法院系统指导性案例使用情况的调研报告,比如法官对指导性案例持何种态度,是一个什么趋向等等。从这个调研报告得出的结论看,总体上是消极的。2016年8月,斯坦福大学法学院“中国指导性案例项目组”发表了“指导性案例分析”报告;2017年3月“北大法律信息网”发表了郭叶、孙妹两位作者关于指导性案例司法应用情况的报告;2018年第3期的《中国应用法学》又发表了这两位作者的《最高人民法院指导性案例司法应用情况2017年度报告》;2017年《中国法学》第6期有一位学者发表了“对司法裁判中指导性案例的运行情况分析”的论文。以上的报告从总体



上看,指导性案例在实践中的运用情况并不是很理想。之所以会有这样的情况,我觉得有以下几个影响因素:第一,人们对于新事物的接纳有一个过程。对于年龄较大的法官来说,接受新事物比较困难;有少数法官可能会积极了解指导性案例,在司法裁判中也会运用指导性案例,但是对于大部分法官来说,可能存在抗拒心理。第二,法官对指导性案例的效力存在疑虑。在2010年最高人民法院发布的《关于案例指导工作的规定》第7条规定,指导性案例“可以参照”,这个“可以参照”就给人们带来理解上的分歧,一些人认为这是强制性的要求,一些人认为这是可有可无的要求。所以,在缺乏严格法律依据的前提下,指导性案例的运用确实会存在法律依据不足的问题。其实,在案例指导制度构建的讨论过程中,我当时提出可以从人民法院在宪法中的定位和人民法院组织的角度来论证它的法律依据,即人民法院是国家的审判机关,人民法院组织法又规定最高人民法院承担着指导下级人民法院审判工作的功能,而案件审判也是功能之一,从最高人民法院的功能、宪法定位等阐释它,比从“用案例解释法律”这个角度要有力得多。第三,指导性案例对于后案审判的影响程度不一。因为指导性案例既然不是强制性的要求适用,那么指导性案例对于法官的影响有时是显性的,有时是隐性的。不过,后来2015年4月27日最高人民法院发布的《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》,对于指导性案例的运用有促进作用,因为该《实施细则》明确规定“公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控(诉)辩理由的,案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。”这是很重要的一条,就是要求案件承办人员要回应是否参照了指导性案例,要说明理由,因而会加快援引的进程。

案例指导制度作为一种新制度,刚开始运行,存在一些问题应当是比较正常的事情。关键是,我们应当找到影响制度运行的因素,然后来反思它,这是十分重要的。我的理解是:第一,指导性案例并非一种规范类型,因此其法律地位比较低。从我国的制度实践来看,指导性案例最初是最高人民法院以文件的形式所确认的一项司法改革的重要举措,其法律地位比司法解释还低,因此,地位决定运用,指导性案例不被法官们重视,也是可以理解的。在案例指导制度建构的讨论中,最高人民法院原本想将指导性案例作为司法解释的一种新形式,即“用案例解释法律”,当时我提出,以案例解释法律有点牵强附会,不符合基本法理,后来的正式文件虽然删去了这一条,但也等于

是回避了这个问题。要解决指导性案例的地位问题,还是要我们的立法机关统筹考虑案例指导制度,确认指导性案例在司法适用中的地位,这样才可能根本上解决问题。2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议修订通过的《中华人民共和国人民法院组织法》第18条第二项规定:“最高人民法院可以发布指导性案例。”这是第一次将指导性案例列入了法律,并作为最高人民法院的职权之一,从而获得了法律依据。第二,数量影响适用。指导性案例不是自动产生的,而是由最高人民法院通过遴选产生的,其产生的数量有限。截至2018年6月,最高人民法院共发布了18批96个指导性案例。这就意味着,最高人民法院在统筹案例制度之时,遴选指导性案例的法官不仅必须有较高的业务水平和业务能力,也必须有超前的眼光。做不到这一点,最高人民法院所遴选的指导性案例不被法官适用的可能性是存在的。所以,在指导性案例数量有限,法官的识别能力并非十分强大的情况下,案例指导制度的运行存在一些问题实属正常。当然,最高人民法院在遴选指导性案例的时候,也要考虑到社会需要,遴选一些与社会实践非常紧密的案例,尽可能提高指导性案例的针对性。另外,还有人可能会担心如果指导性案例太多,会冲击我国制定法下依法司法的审判模式。我觉得这种担心是多余的。因为我国的司法制度从本质上还是依法司法,指导性案例是依法司法的有益补充。即使指导性案例再多,其也只是对于如何适用具体法律的一个补充,而难以超越依法司法。不过,值得指出的是,案例指导已经进入十八届四中全会的决定,提出案例指导制度要进行完善,那么它就不单纯是一个司法问题,它成为国家法治发展的战略之一,至少在执政党主导思想里面,已经承认了案例指导的这样一个具体措施,因此,案例指导制度在将来会有一个更大的发展。

此外,关于“案例指导制度”的名称,学界还有一些争论。虽然在现代社会广泛存在着词与物的分离,但在这个问题上不能有一点含糊,因为不同的命名方式将直接影响中国的案例功能、作用及其定位。从总体上讲,在中国的语境下,我们不应该采用“判例”或“判例法”称呼,而应该坚持“案例指导制度”。沈宗灵教授在20世纪90年代就对“中国不应该采用判例法制度”的理由进行了如下的总结:(1)判例法不适合中国现行政治制度;(2)中国并没有长期和牢固的判例法历史传统;(3)中国法官缺乏判例法方法论经验。<sup>[11]</sup>我认为,我们只可能基于我国现有的制定法传统,在现有的法律传统、法律制度、司法体制背景下,

创设一个辅助性的、弥补性的案例指导制度。如果使用“判例指导制度”，可能会误导人们以为中国要施行判例法制度。其次，我们应坚持“案例指导制度”的准确定位，按照最高人民法院“二·五改革纲要”对案例指导制度的定位是：“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”就如前面谈到的，在司法过程中，“案例指导制度”是弥补法律漏洞的重要方式，指导性案例对后案所起的作用是裁判理由的说明，而且应该可以被后案作为裁判理由援引，但不能是后案判决的直接依据。当然，该制度也能在一定程度上推动“同案同判”的实现。最后，应该加强对法官的相关训练，使他们具

有运用案例的意识，具备识别案例的能力，具有使用案例的技巧。

## 六、简短结语

法律渊源不仅是法理学的一个重要概念，也是整个法学的基础性概念。我们不仅需要对“法律渊源”这个概念的内涵与外延有清晰的认识，理解法律渊源的重要意义，还应该对与此相关的概念有所了解，如法律渊源与法律效力、法律形式、法律来源、法律类别、法系、规范渊源、规范体系、规范类型等的区分和关系。其次，我们还应该深入到法律渊源的内部，对不同的法律渊源分别予以考察，理解不同法律渊源之间的关系，对法律渊源形成一个整体性的认识。

## 参 考 文 献

- [1] 孟焕良. 仙居“善良习惯”成辅助民事审判的“法源”[N]. 人民法院报, 2017-10-30.
- [2] 苏永钦. 提高法律理性的立法学——特别从体系观点来思考[EB/OL]. “浙江暨浙江大学立法研究院”微信公众号, 2018-5-18.
- [3] 于飞. 民法总则法源条款的缺失与补充[EB/OL]. <http://www.chinalawreview.com.cn/>, 2018-5-27
- [4] 刘作翔. 法理学[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2005.
- [5] 刘作翔. 中国法治国家建设的战略转移: 法律实施及其问题[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2011, (2): 55-63.
- [6] 刘作翔. 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[J]. 金陵法律评论, 2009, (春季卷): 78-92.
- [7] [美] 博登海默. 法理学——法律哲学及其方法[M]. 邓正来, 姬敬武, 译. 北京: 华夏出版社, 1987.
- [8] 刘作翔. 在民法典中应确立法律、政策、习惯三位阶规范渊源结构[N]. 人民法院报, 2016-9-30, (7).
- [9] 刘作翔. 国家政策的法律地位不能忽视[N]. 北京日报, 2016-9-12, (13).
- [10] 彭中礼. 国家政策在民事审判中的运用研究[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [11] 沈宗灵. 当代中国的判例——一个比较法研究[J]. 中国法学, 1992, (3): 32-36.

(本文责任编辑 杨建军)