

论我国民事司法的法源

胡安潮

(中国政法大学,北京 102249)

摘要:目前我国民事司法的法源存在的问题,突出的表现为两大问题:一是已有的法源范围确定是否科学和适合我国的司法实践需要;二是不同法源之间在实践中发生冲突时如何确定适用层次。本文在对中外法源的比较后认为:在当前民法典起草的过程中,应当重视对这两个问题的研究和讨论,在《民法典》颁布时解决这样的问题。

关键词:民事司法;法源范围;法源层次。

中图分类号:DF938

文献标识码:A

文章编号:1009-3370(2004)03-0052-03

民事司法以什么样的法源作为执法依据,世界各国、各地区则有所不同。针对我国民事司法的法源,无论在理论和实践中都有诸多问题需要明确。

一、对我国民事司法法源现状的认识和分析

1.对我国民事司法法源的一般认识及与境外国家和地区的比较。

法源,即法的渊源、法的形式,它是指法律规范的一种表现形式。一般认为,民事法律规范的法源就是民法的法源。“民事司法的法源”主要是针对民事司法中的法源问题。

法源主要以制定法为主,包括宪法中的民法规范;民事法律;国务院制定发布的民事法规;地方性法规、自治法规和特区法规中的民事规范;特别行政区的民事规范;国家机关对民法规范的解释;国际条约中的民法规范。我国民法对习惯未作一般规定,只在某些情况下承认习惯具有习惯法的效力,而对于判例和法理等形式不承认其具有民事司法法源的地位。^[1]世界各国及地区民事司法学理论上对法的渊源通常采用的分类有:①习惯法和成文法;②制定法和判例法;③法理。

在罗马法时代,王政时期,习惯法占主导地位,成文法几无发现。共和国时期,除习惯法外,有了第一部成文法,同时,还有各种大会的立法及长官谕令成为主要法律渊源;法学家的解答也成为间接的法律渊源。帝政时期,习惯法趋弱,成文法等成为主要渊源。罗马法后期,民法法源的多元性得到充分体现。近代以来,习惯法已经衰弱,制定法已经成为各国的民事司法的主要渊源。但在渊源的表现上,有些国家采用一元制,即只承认制定法是民事司法的渊源,如法国。另一些国家采用多元制,也就是在认可制定法的同时,承认存在其他法源。如《瑞士民法典》和《德国民法典》。

在英美法系国家,除权威性法律法规按次序递减排列法源外(在美国,主要的渊源是宪法、条约、联邦法律,联邦行政

命令和行政法规,洲宪法,洲法律,洲行政法规和市政法令),将程序规则、司法判决、惯例、专题论文、道德和正义原则作为法源。在与判例法或司法先例相关时,首先必须找到所需的司法判决,找到他们中哪些是权威性的或有约束力的,哪些仅仅有说服力,每一个案件的具体判决的判决依据或法律原则是什么。只有这时法院才能对需要判决的案件适用从先例案件中抽出来的原则。^[2]

此外,其他一些国家和地区民法典也有其各自特色。《蒙古国民法典》第2条第3项规定:法院在审理与本法规定的权利和义务有关的争议时,不适用国家行政机关确定法律规则的任何决议。^[3]《阿尔及利亚民法典》第1条:法律适用与其条文的字面意义及其实质精神有关的一切事项。法无明文规定时,法官可根据伊斯兰法的规则作出判决;如无此种规则,可根据习惯作出判决。必要时,法官也可根据自然法和公平原则作出判决。^[4]《越南民法典》第14条:在法律无规定且当事人各方未约定的情形,可适用习惯或类似的法律规定,但不得违反本法典规定的原则。^[5]《澳门民法典》第1条:(直接渊源)①法律为法之直接渊源。②来自澳门地区有权限机关或来自国家机关在其对澳门之立法权限范围之一切概括性规定,均视为法律。③适用于国际条约优于普通法律。^[6]我国《台湾民法典》第1条规定:民事法律所未规定者,以习惯,无习惯者,以法理。

就大陆法系而言,制定法的作用之大,是显而易见的,英美法系国家之所以注重非制定法(判例)的原因在于成文法较少,使得判例大有发展余地。^[7]评价两种体系法源上各有优劣。成文法系的国家确能严格“依法办案”,但存在法律未能规定到位情况下的依法办案的补漏问题;英美法系国家虽然能够根据法官的意志办理所有的案件,但是,也有无法解决法官之间在认识问题时的随意性和偏差。

2.我国民事司法法源存在问题。

说到法源,主要围绕着两大问题进行:一是确定什么样的法源范围?二是不同的法源之间如何确定执行的层次及顺序。

我国法律体系带有较多的大陆法系的烙印,这与我们的

收稿日期:2004-02-16

作者简介:胡安潮(1958—),男,中国政法大学民商经济法学院民法研究所,副教授,研究方向为民商法。

法律文化形成的历史有关。然而,评价我国目前的民事司法的法源,我认为就其弊端方面而言也是明显的,其一,针对制定法之间的冲突处理,缺少明确依据;其二,关于如何认定社会习惯在民事司法中的作用,没有特别明确的说法;其三,否定判例及法理作为民事司法的法源,显现缺少制定法的补漏措施。

(1)确定法源范围上存在的问题。首先,在国际上被一些国家和地区采用的法源在我国被排斥,我国民事司法的法源规定的范围偏窄,实践中出现的大量法律关系处于无法调整解决的状态。由于法理和判例不被法律承认具有法源的地位,使法律本身存在的漏洞或缺陷,无法弥补。其次,已确定的法源内容落后于改革后中国政治、经济、文化等社会的需要。现实中存在的立法或司法解释不能或不及时到位,使得有的民事司法的法源因其本身的不合理合法,不适合作为法源的存在。举例而言,从我国《民法通则》第6条规定看,国家政策作为民事司法的法源是无疑的,但是这一法源在今天已经不能很好的适用于现在的民事司法的要求。国家政策是指一国统治集团为了实现一定的目的,在一定的历史时期提出的行动纲领。有观点认为:民法通则第6条的规定有以下不妥:①将国家政策作为民事法律的补充渊源,无疑为政府任意干预民事生活开了方便之门;②国家政策不具有法律的稳定性、公开性和可操作性,这不利于市场经济的正常发展;③国家政策的精神与民法的一般法理(基本原则)可能是一致的,也可能是相左的,在后一种情况下,如果将国家政策作为民法渊源,实际上否定了法理(民法基本原则)的指导作用。^[6]再次,由于法源范围不明,司法实践中存在一些令人担忧的违法办案的现象。目前法学理论和判例在我国并不能作为民事司法的法源。但是,一些地区在“司法改革”中,运用一些改革中的理论,改变法律法规,形成没有法律规定的“法源”。甚至在民事司法执法中出现用地方性的部门规定与民事法律法规对抗(这是地方保护主义在一些地方肆虐的原因之一),形成极不严肃的民事司法执法。

(2)确定法源层次或顺序上存在的问题。我国法律对于法源的层次和顺序问题规定较少而且不够明确。而实践中法源冲突又是经常和较高概率地发生,法源的无层次和顺序,直接影响法律的贯彻。对法源的层次和顺序矛盾的解决缺少应对机制。

3.研究和探讨我国民事司法的法源的意义。

研究和探讨民事司法的法源,可以澄清目前存在于民事司法理论与实践中的某些模糊认识;可以将我国民事司法法源明确,有利于实践中依法办案;有利于解决不同法源之间的冲突;有利于中国法律文化的建设;对我国正在进行的民法典制定工作有帮助作用。

二、解决我国民事司法法源两大问题的建议

1.应当从我国的司法实践出发,确定我国民事司法法源应当依据的标准。

从我国现有的民法原则看,其已经确立的民法原则,反映了我国民事司法多年的理论和实践经验,是我国民事法律贯

彻的经验总结,因此,应当将这些原则作为确立民事司法法源的标准。具体而言:法源的确立应当体现国家意志;应当体现民事活动的特点;应当体现法律的理性思维。体现国家意志是要与体现某些地域、组织或个人的意志相区别。我们的国家意志不仅要有社会广大人民意志为主,同时应当体现社会主义制度的先进性。在确立民事司法法源的标准时,做到体现国家意志,就应当真正认识国家意志形成的特点,即法源的确立应当通过国家制定法律和法规来实现;通过对法源的设立原则及程序,使得民事司法的实践中能够做到有法可依。法源的适用应当体现民事活动的特点,民法法源应当体现民事法律关系当事人的平等。由于当事人地位是平等的,民事活动的规则应当排斥非平等的势力影响以及非法的干预。法源应当体现法的理性。只有理性的法律思维,才可以说是科学的。民事司法中的理性问题,属于法律文化的范畴,司法实践中一些受到舆论、权力影响的案件,缺少判案的理性化,使得法源的存在形式化,这说明,我国目前民事司法法源的适用缺少一定的权威,改变这种状况,是司法改革及努力做到依法办案的一项紧迫任务。

2.我国民事司法法源范围的确定。

民事司法法源范围的确定应当考虑我国民事法律关系的形成特点,应当有利于我国民事司法实践的操作,有利于法律适用的国情环境。

(1)国家政策不应继续作为民事司法的法源。由前述的分析看,国家政策作为民事司法的法源是不合适的。从国家政策的属性及国家政策上的不稳定性,应当说,难以作为法源。

(2)判例作为我国民事司法的法源的考虑。我国民事司法中不承认判例法,判例也不能作为民事司法的渊源。对此学者提出了不同观点,认为应承认判例为民事司法的法源的理由主要在于:①判例法是中国古代法律的重要渊源;②判例法具有制定法所不具备的灵活性,可起到补充制定法的不足;③世界上许多国家采用判例法。反对的意见主要是:①判例法不适合中国现行的政治制度;②中国没有牢固的和长期的判例历史传统;③中国的法官缺少判例法方法论经验。胡长清先生在《中国民法总论》中早已指出判例法的优缺点,他认为,判例法的优点在于:判例法的确定性;判例法有利于法律的发展;判例法缜密。判例法的缺点:判例法固执;判例法之强辩;判例法繁缛。

笔者认为,对于判例一概采纳,确有不适合中国现行的政治及法律制度的因素,然而适当的借鉴判例对于提高我国基层法院办案的水平是有利的。需要思考的是,能否将判例的适用确定在一定层面之上,如可以以最高人民法院公布的案例为判例依据,这样即可以解决制定法本身的不足,同时又可以解决判例的本身一些弊端。也可以为我国的民事司法实践解决制定法规定上的不足。

(3)习惯作为民事司法的法源的认识和适用。我国《民法通则》第7条“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序”。项规定

并不是明确地说明民事习惯是我国民事司法的法源。但是,从这项规定看,我国民事法律明确要求民事法律关系的当事人应当将社会公德作为民事活动的准则遵守。有观点认为,我国民法只在某些情况下承认习惯具有习惯法的效力。例如,1950年颁布的《婚姻法》第5条第1款规定:“其他五代内的旁系血亲禁止结婚问题,从习惯”。另外,最高人民法院曾以司法解释的形式,承认民间的房屋典当的习惯。^[7]人们一般这样认为:习惯在得到法律承认之后,才能成为习惯法。这样就给我们一个思考,习惯在得到法律上明确认可而成为习惯法后,它又与法律有何不同?法律所确认的习惯,实际上就已经成为了法律。习惯和习惯法在法律上是否要作区别?德国学者认为:习惯属于事实,是为社会所通行,当事人自己可以援用,而习惯法属于法律,是国家承认的,法官在审理案件时有适用的义务,有必要作区别。而法国学者认为习惯和习惯法并无区别。我国法学理论一般采纳法国学者的观点。^[8]观世界上将习惯或习惯法作为法源的国家,其习惯对作为法源的特征要求是:习惯是在实践中就同一项内容被反复适用的行为;在一定地域内,公众已经将这一行为视为法律对待;属于法律未明确规定的事项;不违背社会的公序良俗原则。

笔者认为,习惯如果要成为民事司法的渊源,就习惯本身而言,不是非得到法律的承认,而是只要不违背法律禁止性的规定就可以。对于什么属于习惯,需要在法律上给予概念的确定。有权做出认定行为的不只是制定法,因为制定法的确认本身就形成法律,所以,认定者往往就是法官,就目前我国民事司法的现状看,我国法官缺少自由裁量的权利。形成这样的局面,与我国的历史和法律本身的体制有关,如果在法律上给予法官一定的对习惯适用的权力,对其引用习惯作出判决规定一定的条件要求,改变目前的状况并不是不能做到。这同时要求我国法官的整体素质有待进一步的提高。从各国经验中发现,习惯作为法源,落实在民事司法中,是依靠裁判的途径实现的。

(4)法理成为民事司法法源的可行性。我国的民事司法中,法理仅能作为参考,法理的作用是通过学说研究表现出来的:一是通过学术研究对立法形成影响;二是通过教学和研究活动影响法律的工作者。而学说目前并没有被司法直接作为法源援用,法律也不允许这样做。但是并不能说明该问题不能讨论。民事立法中有法理的作用,但是在司法中的法理作用常被人们所忽视,这是不正常的。学理不应当干预司法,这体现司法的独立性,但是,如果司法的执法者不按法理进行判案,也会形成司法上的冤假错案。一些法官在不理解立法原意、不知道立法法理基础情况下裁判,使得一些判决违背了立法精神。在民事司法中不提倡法理的作用,有时会使法官不重视法理的研究。另外,裁判文书都有裁判的理由和裁决两部分组成,裁判理由往往又是以法理为内容。实践中,人们能认识到判决书的结果部分所产生的有法律效力,而对于判决书理由部分是否有法律效力是存在争议的。

笔者认为,法理可以作为民事司法的法源,问题是需要界

定什么样的法理才能成为法源。目前一些案件的审理中出现了专家“论证会意见”、“论证意见书”的现象,说明已经出现法理影响司法的情况,这是否属于对司法的不法干预,已经引起争论,所以,需要明确讨论法理的地位,明确有关操作规则。

(5)契约行为不能成为法源。我国台湾学者黄茂荣先生认为:“契约或协约对于参与意思表示者有规范上的约束力,因此,契约或协约也是一种法源”。^[9]契约作为规范当事人之间权利义务而使得其作为拘束力的准则,这一点是无疑的,但是对契约的法源地位是难以同意的。因为,对于法源而言,不是仅为某个案件而设定,其应是具有社会或在一定地域内,得以公众共同遵守的准则。

3.不同法源之间的层次或顺序的确定。

无视法源的层次,可能造成无视法律权威后果,会使法律权威产生错位。实践中法官将所有法律、法规视为同一层次的情形屡见不鲜。适用法源应当讲求规则,我们需要解决这样几个问题:

(1)在立法上进一步明确法源适用的层次性原则。用立法或司法解释的方法规定法律法规适用的层次。首先应从立法上确定法源的层次和顺序。法源问题是解决司法实践的法律适用问题,有明确的法律规定,可以减少实践中目前存在的不确定性和不严肃的问题。其次,在对层次性规定时应当确立这样几项原则:①法律法规的强制性条款优于一般性条款。②确定法律法规条文的隶属规则,即上位法优先于下位法,以维护法律的统一和尊严。③特别法优先于普通法。④国际法优先于国内法(国家在加入国际条约时所作保留条款除外)。⑤法律法规优先于司法解释。

(2)建立法源冲突出现后的解决机制。法律冲突在实践上是难免的,需要建立解决冲突的机制。一是在程序上对于冲突解决应与解释的制度相配套,这种配套应当是立法部门解决立法解释问题,司法部门解决司法解释的问题,应当杜绝司法部门为立法作解释或司法解释变更立法的做法。二是对于不同地区或部门之间的认定法源冲突时的解决机制的建立。三是对于一些法源的建立有确认机制,如对于习惯法的应用,需要有明确确认的程序和标准,只有这样,才能将一些习惯为民事司法服务。

(3)建立对违反法源行为的责任追究制度。建立责任追究制度的前提是应当明确责任内容。明确责任目的即是防止违法行为的频繁发生,同时也是在发生违法行为时有法可依的实施制裁,以警示他人,从而达到减少或消灭违法行为。在内容中应当注意对责任追究主体和责任追究程序的规定。实践已经告诉我们,如果仅仅有内容,而在主体问题上不明确或没有程序制度的配套,责任追究就可能落空。

(4)提高法官对法理的研究能力。法源问题是所有法官在审理每个民事案件时都会遇到的问题,因为法官应依法办案。所以法官的法理研究能力的提高,对于办案质量的提高紧密关联,法官只有以出色的法理研究能力展示给公众,其裁判水平才能赢得公众的认可和敬意。

(下转第64页)

参考文献:

- [1] 罗伯特 G 欧文斯, 龚卫森等译. 教育组织行为学(第 7 版)[M]. 华东师大出版社, 2001 年版.
- [2] 迈克尔 T 麦特森等, 李国洁等译. 管理与组织行为经典文选(第 7 版)[M]. 机械工业出版社, 2000 年版.
- [3] 张德祥. 高等学校的学术权力和行政权力[M]. 南京师范大学出版社, 2002 年版.
- [4] 张焯. 我国高校“学术权力”与“行政权力”的矛盾及其对策[J]. 安庆师范学院学报(社会科学版), 2001 年 5 月第 20 卷第 3 期.
- [5] 张德祥. 美、德、日三国大学学术权力和行政权力关系的现状——结构及其运行[J]. 辽宁高等教育研究, 1998 年第 1 期(总第 97 期).
- [6] 吴文君, 席巧娟. 从高校内部组织结构特性谈高校学院制改革[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2002 年 8 月第 4 卷第 3 期.
- [7] 张月铭. 高校管理重心下移后的行政权力和学术权力[J]. 辽宁教育研究, 2002 年第 9 期.

The Power Relationship in Organization Management of Higher Education Institutions in View of Role Theory

HE Xin, XI Qiao-juan

(Beijing Institute of Technology, Beijing 100081)

Abstract: Social role theory is one of the most heeded social psychology in the current academic circle and social public concerns, because it has a pragmatic application to the knowledge and resolution of some social problems. This paper applies the basic concepts and viewpoints of social role theory to explain the reasons why there are two types of basic power relationships in the internal management of higher education institutions and the conflicts between the two parties; meanwhile it proposes a preliminary resolution to the optimization and coordination between administrative and academic powers.

Keywords: Role; Role cluster; Role conflict; Academic power; Administrative power.

(上接第 54 页)

参考文献:

- [1][7] 魏振瀛. 民法[M]. 京大学出版社, 2000 年版, 第 13—16, 15 页.
- [2] 牛津法律大辞典[M]. 光明日报出版社, 1988 年 8 月版, 第 838 页.
- [3] 中国法制出版社 2002 年版
- [4] 中国人民大学出版社 1999 年版
- [5] 史尚宽. 民法总论[M].
- [6] 马克昌. 比较民法学[M]. 武汉大学出版社, 1998 年版, 第 22 页.
- [8] 胡长清. 中国民法总论[M]. 中国政法大学出版社, 1997 年版. 第 29—30 页.
- [9] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 中国政法大学出版社, 2001 年版, 第 8 页.

On the Law-origin of Civil Judicature in China

HU An-chao

(China University of Political Science and Law, Beijing 100081)

Abstract: There are two major problems that exist in the origin of current civil judicature in China, namely whether or not the scope of the current law-origin is scientific and if it meets the pragmatic judicature practice in China, and how to determine the application level when different law-origins clash in the real practice. This article compares the Chinese law-origin with that of other countries, concluding that in the process of current civil code drafting, the research and discussion of these two problems should be emphasized, and solutions should be made when the Civil Code is enacted.

Keywords: Civil judicature; Law-origin scope; Law-origin level.