

法的渊源意识的觉醒

周旺生

(北京大学,北京 100088)

摘 要: 迄今为止的法律学说在很大程度上是环绕着法的渊源展开的,法的形成和法的应用甚至以法的渊源为立命的前提性基础;然而法的渊源意识的基础和依托至今仍然殊为薄弱。奥斯汀固然奋力呼吁人们革除法和法的渊源研究方面的弊病,把法和法的渊源从散漫、驳杂和喧闹不已的“超市”中引领出来,却又失之于将其禁锢在一个狭隘的天地。奥斯汀身后的法律学人在探讨法的渊源方面亦有努力,但这种努力并未达致较为成熟的程度。实际的情形表明,如欲转变长期以来未能深究法的渊源因而总是被动地同法的渊源发生关联的情境,俾使法的渊源、法律学说和法律实践三者的融合处于和谐状况,促动法的渊源这种宝贵的资源、进路和动因在良法美制的形成方面展现上佳作用,很显然需要法律人形成自觉且科学的法的渊源意识,需要有普遍的法的渊源意识的觉醒。

关键词: 法的渊源意识;基础和依托;奥斯汀的努力;法源意识的觉醒

中图分类号: DF 0 - 05 **文献标识码:** A

一、法的渊源意识的基础和依托

普遍的法的渊源意识的觉醒,自觉且科学的法的渊源意识的形成,需要有可靠的基础和依托,这种基础和依托就是法的渊源本身有重要价值,就是人们对法的渊源的价值有系统和真切的认知。迄今为止的法律学说和法律生活表明,法的渊源同法律学说和法律生活的确有密切关联,其价值非常重要,这方面的基础和依托是客观存在的;然而人们对这种关联和价值的认知却远未形成自觉的理论体系,亦少有具体而真切的理论阐述,因而这方面的基础和依托是薄弱的。由此便要求人们先要明了法的渊源同法律学说和法律生活的密切关联。

观察古希腊以来的法律学说,可以得出这样的结论:差不多每一种重要的法律学说现象,尤其是理论法学现象,几乎都同法的渊源相关。人们熟知的苏格拉底、柏拉图和亚里士多德这样的古希腊哲人,都并非专门的法律学人,但他们总喜欢谈论法律问题或无以避免法律问题。他们的谈论中有一条重要

的线索,就是强调正义、伦理和善德之类同法有怎样的关系,柏拉图的《理想国》和亚里士多德的《政治学》还非常关注政治体制同法的关联,苏格拉底和亚里士多德还突出地主张实行法治。在这里,突出正义、伦理、善德和政治体制之类同法的关系,就直接关涉到法的渊源问题,无论他们是否言明,事实上他们是把正义、伦理、善德之类美好的东西,视为法和法律制度应当反映和吸纳的要素,是把一定的政治体制视为一定的法律制度所由产生的途径。而这种要素正是法的资源性渊源,这种途径则是法的进路性渊源。他们讲法治时所讲的那些条件,也有很多属于法的渊源的范畴,或是资源性渊源,或是动因性和进路性渊源。

古罗马人谈论法律问题不同于古希腊人的主要特点,在于他们是以实实在在的法律人的身份谈论这个主题。不仅谈论,他们还直接参与和直接实践法律生活。所以他们对包括法的渊源在内的众多法律问题有更多和更实在的贡献。西塞罗的《论法律》是从追寻法、法律和法律原则的根源开始的^[1]。五大法学家的著作被皇帝钦定为直接具有法的效力,

收稿日期: 2005 - 04 - 12

作者简介:周旺生(1952 -),男,安徽无为人,北京大学教授。

因而直接成为法的一种形式,这是人们久已知晓的;然而五大法学家还有另一面,就是他们的观点、理论和著作,也直接或间接地被吸纳到法和法律制度中,起到了重要的法的渊源的作用。自有法以来,著名法律人的主要法学著作,既作为法的形式,又作为法的渊源而直接发挥作用,这样的盛景,无有出罗马五大法学家之右的。自然,讲古罗马人在法律方面的成就,不能不谈查士丁尼,罗马法是同这位帝王的名字联系在一起。在罗马法的发展过程中,查士丁尼本人所起的重大作用,以及他使著名法学家及其著作得以实现其价值,不仅作为这位帝王的业绩载入法律史册,也充分显示了法的渊源中的动因性渊源和资源性渊源对法的形成具有何等重要的意义。

在欧洲中世纪,神权法律观及其实践在相当长的时间里占据特别重要的地位。随后,宗教改革、文艺复兴和罗马法复兴作为三大历史杠杆又逐次登场。这些都是当时突出的景致,并对中世纪的法和法律制度发生巨大影响,是无人否定的;然而,它们同时也是欧洲中世纪极为重要的法的渊源,这一点却并非人人知晓。神权法律观及其实践,宗教改革、文艺复兴和罗马法复兴,都是当时重要的法的渊源:资源性渊源和动因性渊源。在当时的法和法律制度中,人们随处可以见到它们的影子,它们要么作为资源性要素被吸纳到法和法律制度中,要么作为文化的和历史的动因促动着一定的法和法律制度发生变异。

17、18世纪作为革命的精神先导并伴随革命走完自己历史行程的自然法学说,在充当新生的法和法律制度的资源性渊源和动因性渊源方面,其价值极为广泛和重大。在革命中产生并作为革命胜利成果的近代宪政制度,是以自然法学说作为其奠基性理论基础的。在其后所形成的一系列私法和公法制度中,自然法学说始终都是不能或缺的资源性渊源。19世纪所产生的分析法学和历史法学,20世纪所产生的社会学、经济分析法学和其他种种法律学说,也都无一不是担当了一定的法、法律原则、法律规则乃至法律制度的某种渊源的角色。分析法学不仅自身成为以实在法或制定法为表现形式的法和法律制度的资源性渊源,而且对明辨整个法的渊源的范围,界分法的渊源和法的形式界限,提供了新的理论指导。历史法学、社会学和经济分析法学等,都从自己的视角分别启示人们:从深厚的历史渊源、广泛的社会渊源和实在的经济渊源中发现法、选择法和提炼法,尽管这些学说的创造者和信奉者自己未必自觉地意识到这一点。

在历史的和现实的法律生活中,许多法的现象的存在和发生,需要从它们同法的渊源相关联的角度去理解。比如,古代法和现代法的许多重要差异,实际上就是法的渊源差异的特定表现,或是基于法的渊源的差异而存在。古代法中有不少颇富神权或神秘色彩的规则和制度,这样的规则和制度在现代法中便难以发现;这是因为神权观念是古代法重要的资源性渊源,神权政治是古代法重要的动因性和进路性渊源,而这两方面的渊源在现代法的渊源中难有生存之地。古代法中有不少规则和制度明显属于习惯法的范畴,而习惯法在现代法的体系中的地位,在大多数国家是衰落又衰落,特别是在经济法和科技法领域,以及在公法的许多领域,已很少存在习惯法的影子;这是因为习惯在古代是特别重要的法的渊源,在现代则早已是相当次要的法的渊源。再比如,欧陆法和英美法的差异,欧陆法中的法国法和德国法的差异,英美法中的英国法和美国法的差异,有不少也需要从法的渊源的角度方能诠释。

法的运行和法治实践,同法的渊源的关联就更为密切,它们甚至是以法的渊源为立命的前提性基础。一方面,立法者制定法律和法规,需要考虑它们可以和应当规定什么样的规则和制度,这些规则和制度可以和应当从哪些资源中选择和提炼,谁有资格和有能作这种选择和提炼。如果这些问题考虑得较为成熟并解决得较好,所立之法便可能成为良法美制;以这种良法美制为制度基础,法治才可望成为良法之治。另一方面,用法者运用法律和法规,需要理解它们主要有哪些规则和制度,这些规则和制度由哪些资源所形成,为何要形成这些规则和制度,在将有关资源加以选择和提炼以形成规则和制度的过程中有何得失。对这些问题有清醒明智的理解,才能对法律和法规有自觉且深入的认知,才能妥帖周详地应用它们办理案件和其他相关事项,法治便也可以由此而富有成效地实践。由于这些问题都关涉法和法律制度形成的资源、进路和动因,而这些资源、进路和动因正是法的渊源的三大基本要素,因此,可以说立法和用法涉及的这一系列问题,都或是直接的法的渊源问题,或是同法的渊源密切相关的问题。

法的渊源同法律学说和法律生活就是这样融合在一起的,法律人就是在同法的渊源交往过程中展开法的思考、参与和回应法律生活的。正因此,我们

法的形式不是法的渊源,法的渊源和法的形式是两种现象。参见拙文《法的渊源与法的形式界分》。

关于法的渊源中的资源、进路和动因三要素问题,我在《重新研究法的渊源》一文第二部分有专门阐述。

说法的渊源是法律学说和法律生活无以离开的基础和依托。在这个基础和依托面前,法律人对它的觉悟程度,对它的研究和认知达到何种水准,换言之,法律人的法的渊源意识状况如何,直接关系到法律人能否在法律学说和法律生活两个方面,自觉且科学地同法的渊源发生关联,自觉且有效地实现法的渊源的价值。

二、法的渊源意识的实际情境

法的渊源同法律学说和法律生活事实上有密切关联是一回事;而法律人是否认清了这种关联,是否形成了自觉的和高水准的法的渊源意识,并用以指导法学研究和法律生活,则是另一回事。如果法律人对法的渊源有真切的感知和明敏的把握,有自觉的和高水准的法的渊源意识,并能用以指导法学研究和法律生活,便能较好地处理法的渊源同法律学说和法律生活的关联,较好地甚至是最大限度地实现法的渊源的价值。在这种情形下所存在的法学才可谓成熟有质地的法学,所运行的法律生活才是自觉和健康向上的生活;反之,如果法律人对法的渊源的感觉是迟钝的,法的渊源意识薄弱,就不免总是被动地同法的渊源发生关系,热衷于形成各自的学派并由此而推崇各自所看重的法的渊源,不善于在法律生活中自觉且最大限度地实现法的渊源的价值。令人怅然的是,在这两种情境面前,我们所能看到的,更主要的是后一种情境。

良好的法的渊源意识同良好的法的渊源研究总难分离。法的渊源的重要价值本来要求人们对法的渊源有较好的研究和认知,然而事实上人们在法的渊源问题上所表现出来的不明和迟钝,使人们未能较好地完成这一任务。法的渊源就像时间一样,每天伴随法律人的法律学说和法律生活存在着,而法律人中却很少有人系统和深入地探究它;法学研究和法律生活虽然不可避免地存在大量法的渊源问题,但法律人却并非是在自觉的法的渊源意识的作用下应对这些问题,而是被动地、不期而遇地,或是为解决别的问题而顺带地应对这些问题。这就必然存在严重不对称的局面:法的渊源价值非常重要而法的渊源意识相当薄弱。

就法的渊源研究和认知的状况而言,不仅众多重大和深入的法的渊源主题尚待学界探索,诸如法的渊源界说、法的渊源和法的形式界分、法的渊源范围和种类辨析这些基本问题,也难说形成了较为成熟且为学界广为认同的成果。

学界对法的渊源的研究和认知,迄今仍然是紊乱的。紊乱同众说纷纭当然不是一回事。法学领域

有许多问题至今论说纷纭,但这并不表明人们对这些问题的研究和认知是紊乱的。不过,在法的渊源问题上,所存在的见解不仅纷纭驳杂,其紊乱状况也让人实难容忍。以法的渊源涵义界说而论,学界一个共识性的看法是:人们对法的渊源的界说非常混乱。庞德在《法理学》第三卷专论法的渊源和法的形式那一章,开头便说,很长的时间里人们使用“法的渊源”这个术语时,呈混乱的局面。人们在多种意义上使用这个术语,或是以这个术语表达多种不同的意思^[2]。凯尔森的《法与国家的一般理论》,则直言法的渊源是个被学界搞得“极端模糊不明”且赋予其种种涵义的概念^[3]。博登海默也说法的渊源这个术语迄今尚未在英美法理学中获得一致的涵义,其用法非常驳杂,并提到霍兰德和庞德将法的渊源在法学著述中被使用的各种涵义作了较系统的列举^[4]。达维德则因为法的渊源涵义混乱以及实际生活中法的渊源非常复杂,而把对有关法系、法的渊源的探讨称为难题^[5]。中国旧式学者在这种纷乱的情形面前,甚至有不负责任的想法,胡度育就说过:“所谓‘法源’者,原系法学上之一种纯属人为的术语,故其涵义如何,可由吾人自定,而无必强以从同之必要。”^[6]法的渊源界说,是法的渊源研究方面形成共同语言的前提性环节,这个环节如此紊乱,法的渊源研究的其他环节会是什么状况,就不难推想了。

混淆法的渊源和法的界限,将法的渊源和法的形式等同起来,是人们在法的渊源研究和认知方面又一个突出的薄弱环节。不少学者以法的渊源概念直接指代法的形式概念,认为法的渊源也可称为法的形式,是指法以什么形式表现出来,或以什么形式存在着,它是不同国家机关制定或认可因而具有不同法的效力的各种规范性文件文件的总称。有的学者干脆直接说法的渊源表明着法的属性,是法的具体表现形式。有的学者将法的形式包含于法的渊源概念之内,认为法的形式是法的渊源的一种,即法的形式渊源。这些观点,是目前国内法理学教科书中普遍的观点。自然,不仅中国学者有混淆法的渊源同法和法的形式界限的问题,西方学者也有这样的问题。

将法的渊源作过宽或过窄的解释,或是过于扩大法的渊源的范围,或是过于缩小法的渊源的范围,也是法的渊源研究和认知方面一个明显的毛病。有的学者几乎将法以外的一切与法有关的事物和现象都视为法的渊源。孟德斯鸠在《论法的精神》中认

关于法的渊源与法的形式界限问题,可参阅拙文《法的渊源与法的形式界分》。

为,法同所有事物都有关联,有人以此比附法的渊源的范围。特别是有人在阐述法的渊源类别时,差不多把各种各样的事物和现象都列为不同种类的法的渊源。这就使法的渊源成为失去了特定的质的规定性的事物。另一方面,有学者说:“法律渊源是指,一旦社会中出现强制性的法律义务,法律规范所据以形成的材料、建立在宗教或世俗传统基础之上的习惯、司法机构或其他显要人物所做的判决、成文法律、正义原则,以及某些法律方面的权威性著作构成了这些材料。”^[7]这是对法的渊源的过窄的解释,因为:其一,这种观点将法的渊源视为法律规范而不是法和法律制度据以形成的材料,就使法的渊源的价值和作用大受限制。法和法律制度比法律规范的范围广泛得多,法的渊源不仅可以是法律规范的来源,也可以是法和法律制度的来源;其二,这种观点将法的渊源视为法律规范得以形成的材料,而没有把法的渊源视为使法和法律制度得以形成的资源、进路和动因,没有把通常所说的立法、行政、政策、道德、社会生活特别是经济生活、历史传统、先前的法、外国法等都视为法的渊源。“材料”仅仅是法的渊源的一个方面,除“材料”亦即资源外,使法和法律制度得以形成的进路和动因,也是重要的法的渊源;其三,这种观点对有关要素的范围的限制,也使其涵义较窄。比如,对习惯和判决的范围加了限制,不是一般的习惯和判决,更不是所有的习惯和判决,而是“建立在宗教或世俗传统基础之上的习惯”、“司法机构或其他显要人物所做的判决”。

链条的强度是由其薄弱环节决定的,即便将来法的渊源研究和认知达到较高水准,如果在法的渊源的涵义界说、法的渊源和法的形式界限辨析、法的渊源的范围和种类这些问题上,还没有消除这些毛病,人们对法的渊源的研究和认知就仍然是脆弱的;何况此类问题,是法的渊源研究的基础性环节,这些环节紊乱至此,又如何冀望于法的渊源研究的全局会出现理想的境况;何况除却这些基本问题外,在法的渊源的其他许多问题上,亦同样存在不对称的情形。

从法律实际生活这个侧面看,情况要好些。自古及今的立法者、用法者和其他从事实务的法律人,在实现法的渊源的价值方面,成绩比学界要显著得多。比如,梭伦在立法创制过程中能够研究和总结当时许多希腊城邦的相关立法经验,中国的立法者今天在制定法律和法规时能够研究和借鉴外国同类立法的较为先进的经验,这是对他人立法经验这种资源性渊源的尊重。又如英美法系国家在尊重从判例中创制出判例法的传统的同时,亦逐渐看重制

定法的价值,并使立法机关在建法立制方面发挥更积极的作用;欧陆法系国家在坚持以立法机关为首要的法的渊源这一传统的同时,亦逐渐肯定典型判例的重要作用,并有选择地从典型判例中选取某些判例,赋予其具有普遍的约束力,成为法的组成部分。这些做法是两大法系的相关国家,分别对立法和司法这些进路性法的渊源的价值,从实际生活的角度所给予的积极肯定。

但问题在于,人们在法律生活中对法的渊源的尊重和肯定,更多的是因为法的渊源本身的价值的确需要给予尊重和肯定,是法律实际生活对法的渊源的一种本能性的尊重和肯定。人们在事实上看重某种东西,未必就能在理性层面上较为深入地理解它;人们只有在理性层面上深入地理解了某种东西,才能在事实上更自觉和更有效地实现其价值。在法律生活中,我们今天在如何对待法的渊源这个事物方面的任务,就是要实现由本能地尊重和肯定,向自觉地和更有效地兑现其价值转变。

三、奥斯汀和其他学人的努力

总体上看,迄今人们对法的渊源的研究和认知,还是落伍的。但这并不意味在研究和认知法的渊源方面,从来没有人做出努力乃至贡献。做出贡献和贡献的人物还是有的,奥斯汀就是其中突出的一位。他们在法的渊源研究和认知方面的成功和失利之处,他们所积聚的经验和教训,是我们今天研究和认知法的渊源所需关注和汲取的。

庞德的五卷本巨著《法理学》有一个特点或习惯,就是研究和阐述一个主题,通常会以脚注的形式注明这一主题的主要参考书目。此书在阐述法的渊源这一主题时亦如此。从庞德所列参考书目,可以清楚地看到庞德在法的渊源这个主题方面所关注的主要研究成果有哪些,同时也可以大致获知西方学界研究和阐述法的渊源的主要人物及其代表性作品

庞德开列的法的渊源参考书目有: Austin *Jurisprudence* (5 ed 1885); Clark *Practical Jurisprudence* (1883); Clark *Roman Private Law: I Jurisprudence* (1914); Holland *Elements of Jurisprudence* (13 ed 1924); Salmond *Jurisprudence* (9 ed 1937); Pollock *First Book of Jurisprudence* (6 ed 1929); Gareis *Science of Law* (Kocourek's transl 1911); Amos *Science of Law* (2 ed 1894); Gray *Nature and Sources of the Law* (1 ed 1909) (2 ed 1931); Korkunov *General Theory of Law* (Hastings' transl 1909); Miraglia *Comparative Legal Philosophy* (Lisle's transl 1912); Keeton *Elementary Principles of Jurisprudence* (2 ed 1949); Paton *Jurisprudence* (2 ed 1951); Dickinson *The Law Behind Law* (1929); Carter *Law: Its Origin, Growth, and Function* (1907); Rattigan *Science of Jurisprudence* (4 ed 1919); Jenks *Law and Politics of the Middle Ages* (1913); Hastie *Outlines of Jurisprudence* (1887)。

有哪些。而在庞德所列书目中,奥斯汀的法理学著作赫然位于首位。

法的渊源这一术语至少从罗马法时代就开始使用了,但其涵义和范围在当时并不明晰,在其后则愈显模糊以至于混乱。这一点同法学领域其他许多术语或范畴的情形颇为相似。这种情形需要转变。而转变的历史性责任首先由奥斯汀担当起来。他不仅是现代法理学的创始人,即划开新式和旧式法理学界限的第一人,他也是要求人们明辨法的渊源的确切涵义和范围,并努力使其明晰化的第一位人物。他看到了法的渊源这一术语的涵义和范围混乱不明的糟糕情形,希望通过自己的研究和解释改变这种局面。从某种意义上甚至可以说,他的分析法学实际上在很大程度上就是奠基在辨析和厘清法和法的渊源这类基本范畴的基础之上的。现在人们在国内已能读到他的两卷本法理学讲演集了,这部煌煌巨著由四个部分组成,其中第三部分就是以法的渊源为专题展开探讨的,其他几个部分亦不时涉及法的渊源问题。

奥斯汀在法的渊源问题上的主要贡献,不仅在于具体叙说了许多闪光的思想理论,而且更在于提出了一系列新的问题,并就解决这些问题运用了不同于自然法学等等的新的方法,即分析实证的方法。奥斯汀同老师边沁一样,对英国法几个世纪以来所形成的混乱不堪的局面深为不满,必欲改变其旧有的面目。他认为关键在于使人们明辨什么是法、法的范围有多大、法来源于哪里、法究竟为什么而存在这样一类基本问题。他一生的学术活动实际上就是以解决这些问题为其最集中的主题。

奥斯汀认为,自然法学把法说成是自然理性之类的体现,是迂腐的和不现实的。法就是由掌握国家主权的主体所产生的实实在在的规则体系,离开了这个范围,就离开了法的范围。换言之,奥斯汀把主权者的立法看作法的最主要的渊源,主权者所立之法是法的最主要的范围。他和边沁一样,否定法与道德之类的必然联系。在他看来,人们面前的法无论是所谓良法还是恶法,都是真实存在的,恶法既然已被称为法,再来讨论它算不算法,就是不符合逻辑的,也是无聊和笨拙的。这些法不会因为你是否喜欢而决定自己是否对你有效。他主张法学家和律师人的首要任务是先扫自己门前雪,先做好自己分内的事,把真实的即他称之为实在法的法律问题搞清楚,而不要自己份内事还做不好,就操心属于别的学科所解决的问题。他把自己所阐述的这一主题,以“the Province of Jurisprudence Determined”名之。国内学界一直将其翻译为“法理学的范围”或“法理

学范围的确定”。在我看来,这恐怕是双关的表述:从表面看可以作“法理学范围”理解,而实际上毋宁译为“法的范围”或“法的范围的确定”。就是说,奥斯汀的这一被中国学人译为“法理学的范围”的命题,实际上本来主要是指法的范围。这是因为:其一,奥斯汀著作在这一命题之内,事实上主要是阐述法的范围问题的;其二,在英语中,当人们以庄重的方式谈到法的问题时,法理学本可用以作为法的代名词;其三,就是前面所提到的,这一表述有双关的意味。我不知学界尤其是译学界可否就此再行斟酌。

奥斯汀的思想理论和分析方法,是奥斯汀置身其中的时空条件以及他本人经历的一种反映:其一,在19世纪,国家观念远远甚于过去,奥斯汀认为只有出自主权者之手的法才是真正的法,在一定程度上正是新的国家观念的一种体现;其二,奥斯汀同时也是市民社会的赞同者,他事实上只承认制定法,正是当时普遍存在的要求缩小法所调整的范围,还更大的自由空间和更多的自由事项于市民社会的历史要求的一种反映;其三,当时的英国法,是12世纪以来主要由法官们在几个世纪中创制的零星而散乱的法,它们杂乱无章且矛盾百出,实质上仍然是中世纪英国的封建制法。实际社会生活已经发生根本的变化,而法还是陈旧和老派的,这就需要变革,尤其需要实现法典化;其四,由法官作为主要的法的创制主体,这同正在形成的立法民主化和自由更大化的趋向,也是背离的;其五,奥斯汀本人在德国的大学里从事过几年的研究工作,有丰富的罗马法和欧陆法的藏书,且同德国的罗马法代表人物们颇有过从。正是这些原因,使奥斯汀像他的老师边沁那样,朝着实证法学的方向努力,并创立了分析法学。而分析法学在法的渊源问题上的核心观点,便表现为强调国家主权的握有者是最主要的法的渊源。

不过,奥斯汀过于看重甚至仅仅强调法同主权

奥斯汀关于法的渊源的论说,反映在他的多种著作中。庞德阐述奥斯汀法的渊源学说,是以奥斯汀的《法理学》(Jurisprudence)为资料来源的。现在国内已有奥斯汀著作的中译本,如中国法制出版社所出的奥斯汀《法理学的范围》;同时国内也有了 China Social Sciences Publishing House 影印出版的奥斯汀的《法理学讲演集》(Lectures on Jurisprudence)。在这部两卷本的著作中,人们更可以读到奥斯汀关于法的渊源的详细论说,特别是第二卷的上半部是专门论述法的渊源的,篇幅有173页,如果奥斯汀的这部著作有中译本出版,对中国学界法的渊源研究定当大有裨益。

参见奥斯汀的有关论著。(Austin *Jurisprudence* [M]. 5 ed. 1885. 509.) 这一段首次发表在 3 ed. 1869. 536.

详见 China Social Sciences Publishing House 影印出版的奥斯汀两卷本 *Lectures on Jurisprudence*。这部著作的第一卷论述人们比较熟悉的法理学范围(法的范围)确定和基本概念分析两个主题,第二卷论述法的渊源和法的目的两个主题。

者的联系,疏于法对权利的保障和对权力的制约,从而容易使法变成单纯的主权者的命令。他对法的渊源的理解和界说,也是围绕和服务于这个中心点的;这样,就使法的渊源同他所说的法一样,变成了狭隘的概念和事物。他固然把法和法的渊源从一个散漫、驳杂和喧闹不已的“超市”中引领出来,却又将其禁锢于一个狭小的天地。同时,奥斯汀虽然奋力呼吁人们注意革除法和法的渊源方面弊病,他自己更身体力行地致力于廓清法和法的渊源的涵义和范围,但他毕竟是开拓者,而开拓者的学说通常难以成熟。这就不可避免地出现了庞德所说的情形:“奥斯汀第一个呼吁人们对‘法的渊源’这个术语的模糊涵义引起注意并且坚持将其明晰化。但他的论证不是十分令人满意。”^[8]所以,奥斯汀之后,研究和界说法的渊源的事情,尚需学界继续努力。今天的学界,断不可轻率地指责奥斯汀的学说如何不行,更不可肤浅地讥讽其一无是处,因为奥斯汀的学说是历史和时空条件的反映;然而,消除奥斯汀学说中的弊病,弥补其不足,的确殊为必要。

在奥斯汀之后,有不少学者就法的渊源研究继续做出他们的努力。就其中英美法系学者论,克拉克、萨尔蒙德、霍兰德、格雷、庞德等,更值得我们注意。在法的渊源界说方面,如上所说,奥斯汀从他的分析法学的观点出发,认为法来源于它们的直接创制者,亦即主权者^[9]。格雷则不赞成这种观点,他在《法的本质和渊源》中,认为使法得以形成的那些原始资料才是法的渊源,原始资料包括成文的和习惯的两种,法官正是从这些资料中发展出判决那些呈交于他们面前的案件的依据^[10]。欧陆法系的 Puchta 和 Windscheid,把制定规则的机构视为法的渊源,认为正是从这种机构里才形成了规则、原则或概念,并通过立法机关或司法判决赋予它们一种权威性^[11]。而在霍兰德的《法理学基础》中,法的渊源这一术语通常意味着著作的形式,在这样的著作里,人们可以发现法律规则以及表达这种法律规则的形式^[12]。格雷、霍兰德和欧陆的学者固然拓展了法的渊源的范围,避免了奥斯汀将法的渊源限于主权者的命令这一狭小的天地,但他们的观点也未能科学地和完整地界说法的渊源。

克拉克等人在区分法的渊源和法的形式方面所做的努力较为突出。克拉克也像奥斯汀那样反对将法和法的渊源混同起来,他的特点和贡献是明确提出了法的渊源和法的形式两个不同的概念。在他看来:关于法律规则的内容来源于哪里?法律规则是由什么决定的?这些问题属于法的渊源的范畴;关于法由什么资料所形成或以什么形式表现出来,人

们从哪里才可以找到法,这些问题属于法的形式范畴。克拉克将法的渊源同法的形式区分开来,应予充分肯定;但他把法由什么资料所形成说成是法的形式,却难以成立,因为这种资料仍然是法的渊源,即我所说的法的渊源三要素中的资源性渊源,或形成法和法律制度的原料。

法的渊源的范围和分类问题,是萨尔蒙德等人注意阐述的问题。萨尔蒙德在 1902 年对法的渊源作了“实质渊源”和“形式渊源”的区分:实质渊源指决定法律规则内容的渊源;形式渊源指赋予法律规则以国家权威的渊源^[13]。这两种渊源的区分有积极意义,它使法的渊源的结构问题得以凸显。并且这一区分也使奥斯汀的不足显现出来:奥斯汀注意了法的渊源同非法的渊源的界限,而对法的渊源的结构或法的渊源由哪些要素构成问题,则注意不多,特别是对法律规则的内容渊源注意得更少。不仅如此,在形式渊源方面,萨尔蒙德同奥斯汀也不同,或者毋宁说在这方面萨尔蒙德也超越了奥斯汀:他不象奥斯汀那样仅仅将法的渊源同国家权力或主权者联系起来,而将法的渊源同有组织的政治社会机构联系起来,他认为一个国家的司法机构也是赋予法律权威的机构。这就不仅拓宽了法的渊源范围,也更合乎法的渊源的实际情况。其他不少学者如庞德和博登海默等人,对法的渊源的范围和分类问题亦有一定阐述。

这里特别需要提到庞德。他对法的渊源的涵义界说、法的渊源和法的形式界分、法的渊源的范围和种类,以及其他一些法的渊源问题,都有阐述。他认为回答法律规则是怎样以及通过谁形成的,从哪里获得它们的内容并且同它们的效力及权威区分开来,这方面的问题属于法的渊源问题;而法的形式则主要指法的文本形式,通过这种形式,法律规则和原则得以获得权威性表述,这种权威性表述是法庭在解决争议时的依据,也是律师在提供预测性建议时必须倚赖的基础。他还认为,法的渊源作为形成法律规则内容的因素,即发展和制定那些规则的力量,作为背后由立法和执法机构赋予国家权力的某种东西,包括惯例、宗教、道德和哲学的观念、判决、科学探讨和立法等六个方面^[14]。

四、法的渊源意识觉醒的方向和标识

现在我们已清楚地看到,法的渊源是法律学说和法律实践所融合、所环绕的重大主题;而人们对法的渊源的研究和认知至今仍然是落伍的。奥斯汀以来的法律学人在探讨法的渊源方面有过努力和贡献,但他们的努力并未达致成熟的程度。为使法的

渊源、法律学说和法律实践三者的融合处于和谐的状况,转变长期以来对法的渊源未能深究因而总是被动地同法的渊源发生关联的情境,充分地开掘和实现法的渊源的价值,需要形成自觉且科学的法的渊源意识,需要有普遍的法的渊源意识的觉醒。

法的渊源意识的觉醒,主要是法律学人和法律实务人员的法的渊源意识的觉醒,这同法的意识的觉醒在主体上有明显差别,后者的主体是整个社会主体。在这一点上,恰如法的渊源意识和法的意识的差别一样。法的意识是作为社会主体的个人和组织都有的意识,差别在于不同的主体有不同的法的意识。而法的渊源意识则通常是法律人所应具有的,法律人以外的社会主体,通常可以具有也可以没有自觉的法的渊源意识。

法的渊源意识既然主要是法律人所应具有的意識,它就属于一种有较高规格且具专业性的意識。这种意識的基本要素和内容,即为明了法的渊源究竟是什么?它有什么样的价值?如何实现其价值?法律人在研究和认知法的渊源并进而实现其价值方面主要责任是什么?围绕这类问题形成较为系统的知识理论体系,并用以导引和服务法学研究和法律生活,做到了这些,就算是有了自觉的法的渊源意識,也就是实现了法的渊源意識的觉醒。

法的渊源意識的觉醒,基础性的条件是要明了何谓法的渊源。法、法律规则、法律原则乃至法律制度,是由什么样的原料制作而成的?是由什么样的主体制作而成或出自何种途径?是基于什么样的动力和原因而形成的?回答这三方面的问题便属于回答何谓法的渊源的问题,明了这三个方面便属于明了何谓法的渊源。要而言之,法的渊源也就是法、法律规则、法律原则乃至法律制度得以形成的资源、进路和动因。认清法的渊源是由这三大要素构成的,方能完整地把握法的渊源的内涵和外延;懂得法的渊源是由三大要素构成的整体,方能避免只看重一个或两个要素而忽略其他要素。以往的种种学派或是强调法是理性、意志之类的体现,或是强调法是物质生活条件的反映,或是强调法是历史发展的自然结果,都是只注意某种或某方面的要素而忽略了其他要素。

法的渊源意識的觉醒,也表现在能够从一系列的迷点中摆脱出来,从而形成对法的渊源的比较准确和清晰的认知。在法的渊源问题上,存在很多迷点,这些迷点妨碍人们形成自觉的、高规格的法的渊源意識。廓清和超越这些迷点,不为其所迷惑,是法的渊源意識的觉醒所必需的:

其一,法的渊源同法有密切关联,但它不是法。

法的渊源是法得以形成的重要条件,即上文所说的使法得以形成的资源、进路和动因,而法则是已然的制度。法的渊源未必同国家意志有关,如习惯、宗教戒律、法学著作、伦理道德这些资源性法的渊源就是可以同国家意志无关的,而法则是国家意志的体现。“被社会当作法的东西必须是经过国家意志,并且必须是通过国家的决定而被制定为或者被认可为法。”^[15]法的渊源虽然是法得以形成的重要条件,但通常并无法的效力,而法则是具有法的效力的制度。形成自觉的法的渊源意識,便要理解和善于处理法的渊源同法的关系,学会科学地从法的渊源中选择和提炼有关要素以形成法。

其二,法的渊源与法的形式有密切关联,但它不是法的形式。法的渊源有可能被选择和提炼为法,或有可能形成为法,对法而言,它是一个可能性的概念;而法的形式则是已然的法所采取的表现形式,它表明不同的法具有各自不同的效力等级,对法的渊源而言,法的形式在很大程度上是法的渊源发展的结果。未经权威国家机关采取特定形式予以表现,法的渊源就不能成为法。正如有学者所说:“被认可为法律规范的行为规则必须要采用特定的形式。这种形式表明该行为规则是有权的国家机关制定或认可法的国家活动的结果,并且由此表达了国家意志。”^[16]面对法的形式和法的渊源,法律人的重要任务便是善于用适当的法的形式来整合和吸纳法的渊源;而不是混同两者的界限,以法的渊源取代法的形式,或是以法的形式取代法的渊源。有学者指出:“鉴于‘法的渊源’有多种涵义,容易使初学法律者感到费解,有人认为应该用‘法的形式’取代它;不少的《法学基础理论》教科书已经用‘法的形式’取代了它,这是很值得商榷的。法的渊源与法的形式,是既相联系又有区别的两个概念,不能混淆。”^[17]王勇飞先生的这一观点是应当可以被同意的。

其三,法的渊源有其自身的质的规定性,这种质的规定性内在地决定了法的渊源是有其自身范围的,这个范围既不是狭小的,也不是没有边际。上文所说的将法的渊源作过宽或过窄的解释,过于扩大或过于缩小法的渊源范围的情形,都需要转变。另一方面,法的渊源的范围是个时空的概念,形成自觉的法的渊源意識,便要明辨不同时空条件下法的渊源的范围是有区别的,特别是要明辨我们所处历史条件和国情条件下法的渊源的范围。孟德斯鸠说法

关于法的渊源是法、法律规则、法律原则和法律制度得以形成的资源、进路和动因的问题,可参阅拙文《重新研究法的渊源》第二部分。

是众多关系的产物和表现是合乎事实的,也是深刻的;但这一观点可以表明法的渊源在总体上非常广泛,却并不意味着每个具体时空条件下法的渊源的范围都非常广泛。

法的渊源意识的觉醒,更具实在性的标识,是法律人能用自觉的法的渊源意识导引法律学说研究和服 务法律实际生活。法的渊源的价值,主要在于它可以为法的形成提供资源、进路和动因。离开了法的渊源的价值实现,法的渊源意识的觉醒就没有实际意义。法的渊源的价值是实在的和客观的,但这种价值难以自动实现。法的渊源的价值得以实现的程度,从根本上说取决于一定的社会历史条件、文化传统、国家制度和社会生活方式的发达程度;而不同的社会历史条件、文化传统、国家制度和社会生活方式,不仅有与其相应的法的渊源,也有与其相应的法的渊源价值实现的可能性。就直接的角度看,法的渊源的价值实现程度,同法律人的法的渊源意识状况关联甚为紧密。

我想,在法学研究和法律实际生活中,尤其是法的形成过程中,多数法律人所念兹再兹的一个意念,便是实现法的渊源的价值最大化,并且谙于运用科学的法的渊源理论和知识推助这种最大化。在这种情境之下,法的渊源意识的普遍觉醒,便成为已然的事实。

参考文献:

- [1] 古罗马 西塞罗.论共和国 论法律[M].王焕生译.北京:中国政法大学出版社,1997. 171.
[2] Roscoe Pound *Jurisprudence* (Volume III) [M]. West

Publishing Co, 1959. 379 - 380.

[3] 奥 凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵译.北京:中国大百科全书出版社,1996. 149.

[4] 美 博登海默.法理学—法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,1999. 413 - 414.

[5] 法 达维德.当代主要法律体系[M].漆竹生译.上海:上海译文出版社,1984. 95.

[6] 汪勇飞.法学基础理论参考资料(第三册)[M].北京:北京大学出版社,1982. 429.

[7] 美 H. E 埃尔蒙.比较法律文化[M].贺卫方,高鸿钧译.北京:清华大学出版社,2002. 31.

[8] Roscoe Pound *Jurisprudence* (Volume III) [M]. West Publishing Co, 1959. 380.

[9] Austin *Jurisprudence* [M]. 5 ed 1885. 510.

[10] Gray. *Nature and Sources of the Law* [M]. 2 ed 1931. 125.

[11] Puchta *Cursus der Institution* [M]. 9 ed 1881. 12 - 18; Windscheid *Pandekten* 9 ed 1906. 14 - 19.

[12] Holland *Elements of Jurisprudence* [M]. 13 ed 1924. 55.

[13] Salmond *Jurisprudence* [M]. 1 ed 1902. 99.

[14] Roscoe Pound *Jurisprudence* (Volume III) [M]. West Publishing Co, 1959. 383 - 415.

[15] Chantal Kourilsky. Attila R áz and Heinz Schäffer, *the Sources of Law—a Comparative Empirical Study*, Akad émiai Kiad ó Budapest 1982. 151.

[16] Chantal Kourilsky. Attila R áz and Heinz Schäffer, *the Sources of Law—a Comparative Empirical Study*, Akad émiai Kiad ó Budapest 1982. 151.

[17] 汪勇飞,王启富.中国法理纵论[M].北京:中国政法大学出版社,1986. 218.

Cognition of Sources of Law

ZHOU Wang-sheng

(Peking University, Beijing 100088, China)

Abstract: Legal doctrines have been developing to a great extent around sources of law, which are sometimes even a precondition of the making or application of laws. However, it is a pity that people's consciousness of the sources of law is not yet intent. Austin tried in vain to advocate eliminating the demerits in the study of sources of law. He endeavored to "pilot" law and sources of law out of the muddled and busy "supermarket," but the destination designed by him was still a confused plot. The lawyers after Austin spare no efforts on the academic exploration of sources of law, but their efforts have not yet yielded mature fruits. The reality reveals that if we intend to change the present situation and integrate the sources of law, legal doctrines and legal practice into a harmonious program and enable sources of law to play an important role in the process of law-makings, lawyers should self-consciously and scientifically know more about sources of law.

Key Words: consciousness of sources of law; base and reliance; Austin's efforts; arousal of the consciousness of sources of law

本文责任编辑:张永和