

## 理论纵横·

## 法的渊源与法的形式界分

周旺生

(北京大学法学院, 北京 100871)

**摘要:** 奥斯汀以来的法律学人, 虽试图在法的渊源和法的形式之间踩出清晰的路径, 却终未获取如意的结局。迄今, 无论英美欧陆抑或中国学界, 仍然普遍混淆两者的界限, 以致把不是法的东西视为法, 把未然的法和已然法、可能的法和正式的法混为一谈, 在法律生活中就经常淡化法和非法的边界并由此遁离法治原则。历来法学流派的分野, 在很大程度上正表现在对法的渊源和法的形式取不同态度方面。然而法的渊源和法的形式的确不容混淆, 它们本是两种事物, 内涵两种价值, 代表法的形成过程中两个不同阶段和表现形态。

**关键词:** 法的渊源; 法的形式; 学术基础

**中图分类号:** DFO

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-6128(2005)04-0122-12

## 一、学术基础仍然薄弱

学界迄今仍然普遍存在混淆法的渊源和法的形式两者界限的情形, 要么以法的渊源包涵法的形式, 要么把法的渊源同法的形式几乎完全等同起来, 使这两个本来属于不同范畴的事物, 在人们的学术研究和法律生活中难以有效体现其各自应有的价值。

率先对法的渊源和法的形式加以区分的, 事实上是奥斯汀。他的《法理学讲演集》(Lectures on Jurisprudence) 阐述了法同主权者的权力亦即国家权力的联系, 认为只有主权者的命令才属于法的范畴。尽管他的这一说法使很多人不能满意, 但他的确为法的范围明确化做出了努力, 特别是他的这部名著的第二卷, 以大量的篇幅专门研究和阐述法的渊源问题, 在事实上划开了法的渊源和法的形式界限。

正式而明确地提出法的渊源和法的形式区分的, 是 E·C·克拉克 (Clark)。这一区分是在 1883 年出版的克拉克的《实用法理学》(Practical Jurisprudence) 中提出和阐述的。克拉克认为既有的法的渊源术语中所包涵的内容, 有的属于法的渊源概念应有的内容, 这些内容仍然需要以法的渊源 (Sources of law) 概括; 有的不属于法的渊源概念应有的内容, 这些内容可用法的形式 (Forms of law) 概括。[1] (P196 - 201) 庞德对克拉克的观点予以肯定, 说他的观点在当时是让人满意的观点。克拉克提出了三个问题: (1) 法律规则从何处获得拘束力? (2) 有争议的特定规则的内容是由什么决定的? 是什么使得立法机构或法律宣告机构像事实上做的那样能够表述这些规则? 如果说国家赋予法律规则以权威, 那么是什么东西赋予法律规则以内容? (3) 如果一个人希望了解法律, 他必须到哪里才能找到它? 法律是用什么形式来表现的? [2] (P381 - 382) 传统的法的渊源理论, 是将以上每个问题的答案都包含在法的渊源这个范畴中的。所不同的是, 奥斯汀用法的渊源来指称第一个问题, 克拉克则将第二个问题的答案称为法的渊源, 将第三个问题的答案称为法的形式。[1] (P198 - 199) 克拉克的观点

收稿日期: 2005 - 04 - 28

作者简介: 周旺生 (1952 - ), 男, 安徽巢湖人, 北京大学法学院教授、博士生导师。

被巴特·波洛克 (Pollock) 所接受, 庞德也在一定程度上认同克拉克的这一观点, 后来许多学者的著作, 如博登海默的《法理学》和高柳贤三的《英美法源理论》, 也都有某些类似的意思。

1909年, 格雷 (John Chipman Gray) 的讲演集《法的本质和渊源》(The Nature and Sources of the Law) 出版。格雷较为严格地区分了法和法的渊源的界限: 法是法院以权威性的方式在其判决中加以确定的规则组成的, 而法的渊源则散见于法官在制定那些构成法律的规则时通常所诉诸的某些法律资料和非法律资料中。格雷列举了五种这样的渊源: 立法机关颁布的法令, 司法先例, 专家意见, 习惯, 道德原则 (其中包括公共政策原则)。格雷所说的法律, 就是我所说的已然的法, 亦即法的形式。他所说的法的渊源, 则包括了部分法的资源性渊源和进路性渊源。虽然格雷所说的法律就是法院在判决中加以确定的规则所构成的观点, 是我们不能同意的, 也虽然他所说的五种法的渊源同我们所说的法的渊源的种类有颇大差异, 但他强调法的渊源和法的形式界分, 是可以认同的。

在格雷等人之后, 西方学界将法的渊源和法的形式予以界分的著述也有所出现, 比如庞德就有专门阐述法的渊源和法的形式论文的。但整个看来, 关于法的渊源和法的形式界分的学术研究基础仍然非常薄弱。这突出地表现为: 其一, 在众多的法理学论著中, 关注别的问题多而关注法的渊源和法的形式问题少。比较系统的法理学著述中, 有许多是没有专题阐述法的渊源和法的形式论题的。这就使法的渊源和法的形式界分的研究缺乏学术环境和氛围。其二, 尤其是缺少对法的渊源和法的形式予以界分的较为系统的、有规模和有份量的著作。

在中国学界, 从梁启超的著作中已可看到法的渊源和法的形式某种区分。梁启超《论中国成文法编制之沿革得失》的第九章, 是专门讨论中国成文法的渊源的。依梁氏的意见, 中国封建时代成文法渊源有五种: 习惯 (梁氏称为惯习), 君主的诏敕, 先例, 学说, 外国法。这五种渊源里, 没有包括律、令、科、比、格、式这些法的形式。关于这些法的形式, 梁启超是在此著其他两章谈到法的类别 (实即法的形式) 问题时予以专门阐述的。梁氏此著虽未明确提出法的渊源和法的形式界分, 但他所谓法的种类的区分, 实际就是对中国封建时代法的形式的基本区分, 至少, 他是将法的渊源同律、令、科、比、格、式这些为我们今天称之为法的形式概念区分开来, 而不是混同起来。然而梁启超这种大致区分并没有为中国学界所关注和尊重。至于后来的中国学界, 在有关法的渊源和法的形式界分的研究方面, 则一直是空白, 迄本文之前, 人们未能读到专门阐释法的渊源和法的形式界分的论作。

## 二、两相混淆的严重情形

同法的渊源和法的形式界分的研究基础非常薄弱的情形相对应, 至今法的渊源和法的形式两相混淆的情形仍然极为严重。一个突出的问题是, 许多著述直接将法的渊源和法的形式等同起来, 认为法的渊源就是法的形式, 法的形式就是法的渊源。另一个突出的问题是, 就法的渊源和法的形式两者而言, 所关注的主要是法的渊源问题, 而较少研究法的形式。因为研究者通常是把法的渊源和法的形式混同起来的, 他们所研究的法的渊源, 实际上已经包括了法的形式。还有一个突出的问题是, 许多法理学人物和著作以种种方式将法的形式混同于法的渊源或包涵于法的渊源之中, 使法的渊源和法的形式界分在不经意间被淡漠以至遗忘。

英美学者中这种情形是普遍存在的。英国学者沃克关于法的渊源和法的形式定义就是混淆法的

相关论述参见 Pollock, *First book of Jurisprudence*, Macmillan and Co., Limited, 1929, pt. II, chaps. 1, 2; Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Volume III, West Publishing Co. 1959, pp. 382 - 383.

相关论述参见 Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2d ed. New York, 1921, pp.123 - 125; [英] 戴维 M. 沃克:《牛津法律大辞典》, 北京社会与科技发展研究所译, 光明日报出版社 1988 年版, 第 384 页; 并见 [美] 博登海默:《法理学: 法律哲学与法律方法》, 邓正来译, 中国政法大学出版社 1999 年版, 第 413 - 414 页。

渊源和法的形式界限的一个明显的例子。按他在《牛津法律大辞典》中的解释，法的渊源有几种不同的意思：首先指法的历史渊源，也指对法和法律改革有影响的理论原则和哲学原则，也指具有法的效力和法的强制力的由立法机关宣布的文本和由权威司法机关产生的文件或意见，也指对法律规则的权威性解释文件，最后还指载明各种有关法律资料的文献书籍。[3] (P837) 沃克这里所说的具有法的效力和法的强制力的由立法机关宣布的文本，已经不是法的渊源而是已然的法，亦即法的一种形式。这种将法的形式包含在法的渊源之中、作为法的渊源的一种的观点和方法，是许多学者的共同做法。不仅如此，在同一本书中，沃克对法的形式定义为：调整社会行为和国家在国际社会中的行为的规则所表现的不同形式。法的形式包括五种：习惯，司法判决，制定法，协议法，教科书法。[3] (P346) 沃克把习惯、协议和教科书等都视为法的形式，这就混淆了法的渊源和法的形式界限，因为习惯、协议和教科书在大多数情况下都不是法的形式而只是法的渊源。

美国学者博登海默的《法理学：法律哲学和法律方法》于1962年出版时，固然专门增加了“法的渊源和技术”作为全书三大组成部分之一，显示了对法的渊源问题的特别重视，但他在书中仍然说：“我们将赋予法律渊源这一术语以一种同格雷的定义具有某种相似之处的但又许多重要方面与之不同的含义。首先，我们并不接受格雷在法律与法律渊源间所划定的界限……。所谓‘法律’这一术语，在我们这里乃意指运用于法律过程中的法律渊源的集合体和整体，其中还包括这些渊源间的相互联系和关系。”[9] (P414) 在这里我们可以看到，博氏对法的定义中，法和法的渊源是没有界限的（这种界限曾经是格雷努力加以划分并特别予以强调的），法就是法的渊源的总和或总称。这就将作为法的形式同法的渊源当成了一回事。但由于法的渊源和法的形式毕竟是两个范畴，这样硬性地在它们之间划等号难以自圆其说，于是博登海默又专门阐释了他的正式渊源和非正式渊源的分类法。而这种分类法，读者可从下文的分析中了解到也是混淆法的渊源和法的形式界限的说法。

欧陆学者的著作中，将法的渊源和法的形式两相混淆的情形，同样是普遍存在的。奥地利学者Heinz Schäfer和Erwin Melichar在他们共同撰写的《奥地利共和国法的渊源》(Sources of Law in the Republic of Austria)一文中，明确指出：“奥地利经典学说对‘法的渊源’的定义是：法的渊源是指那些不同种类的法借其表现出来的法律规则的形式。”又明确地说：“我们介绍的‘法的渊源’是定义为法的形式这一用法的，是针对不特定的多数人。”[4] (P17) 这是直接将法的渊源完全等同于——确切地说是混同于——法的形式。德国学者Detlef Mertenz的《德意志联邦共和国法的渊源》(Sources of Law in the Federal Republic of Germany)一文中说，法的渊源是在不同的含义上被使用的，它可以指法的来源，也可以指衡量法是否合乎正义的那种标准，而其主要的含义是指法的信息渊源，即指生效的法尤其是生效的法律规则的权威来源。“由于在现代法制中，法律规则都是形式化了的，所以制定法是基本的法的信息渊源”。[4] (P61) 这里也把法的形式同法的渊源混同起来。

苏联学者雅维茨于1980年出版的《法的一般理论》把法的渊源区分为两种类型：一种是真实的法的渊源，亦即社会生活的物质条件和占统治地位的生产关系类型，或者说是实际的财产关系和权力。另一种是法律意义上的法的渊源，亦即通过国家活动所产生的包涵着法律规范的国家文件。[5] (P95) 这里所谓两种渊源，前者即为我所说的法的渊源中的动因性渊源，后者则不是法的渊源而是法的形式。这种观点先前在1950年代出版的一些苏联著作中就有较多的表述，如苏联科学院法学研究所编著的《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》、卡列娃等编著的《国家和法的理论》，都有此类论述。杰尼索夫还把法的渊源分为实际意义上的法的渊源和形式意义上的法的渊源两种，前者指可以产生法的力量如社会物质生活条件等，后者指法存在的形式如法律、法令、条例、条约等。这里的形式渊源亦即法的形式。[6] (P415 - 416) 苏联也有学者把实际意义上的法的渊源称为广泛意义上的法的渊源，把形式意义上的法的渊源称为专门意义上的或法学意义上的法的渊源。这里的形式意义

这两本著作的中译本，分别由中国人民大学出版社于1955年和1956年出版。

上的法的渊源同样就是法的形式。这些说法同样是把法的渊源和法的形式混同起来了。

20 世纪上半叶，中国学人比较注意译介西方某些法律学说，有关法的渊源的理论学说亦有所译介。包涵法的渊源学说的日本学人的著述，诸如织田万的《法学通论》、三瀨信三的《近世法学通论》，也传输于中国。而中国学者朱采真、胡度育、丘汉平、李景禧、刘子嵩、吴学义的法学通论性的著作，也都有关于法的渊源论题的阐释，不过所阐述的也多为对欧美和日本学人观点的接纳。并且，所接纳的主要是混同法的渊源和法的形式之学说。比如，商务印书馆 1913 年出版的日本学者织田万的《法学通论》中译本，就把法的渊源分为两大部分，其中一个部分主要就是法的形式。吴学义的《法学纲要》有这样的诠释：“法之渊源，简称法源，其意义可从种种方面言之：或谓为形成法规之材料，或谓为形成法规之原动力，或谓为形成法规之机关，或谓为形成法规之形式。”[7] (P30) 这里最后所谓“或谓为形成法规之形式”，便是指法的形式。而国内学界混同法的渊源和法的形式之界限，可能正是源自日本学者的著述。

进入 1980 年代后，尽管法的渊源论题没有完全为中国学人弃之不顾，但由于此间学界正所谓百废待兴，又由于理论与生活严重疏离的旧习未尽，学人往往喜好“纯粹的”、充满“哲学”、“文化”和“思辨”意味的主题，对这些主题顽强和锲而不舍地“研讨”之，而像法的渊源这样的实在性论题，却很容易被误解为不够“层次”，以致于至今没有像样的对于法的渊源的探究。不仅如此，在法的渊源问题上更有明显的误会：一方面，法学著述对法的渊源和法的形式无所界分，法的渊源和法的形式几乎完全被混同起来，人们使用法的渊源概念时，通常所用的只是其中的形式渊源的涵义，人们所说的法的渊源也就是法的形式，所说的法的形式也就是法的渊源，究竟是指称法的渊源还是法的形式，完全由人们依据自己的习好而自便。另一方面，用直接渊源和间接渊源之类的分类，混淆法的渊源和法的形式之界限。前一方面可以一些统编法理学教材为典型，后一方面在其他不少著作中则表现得颇为充分。

这样的情形令人心境沉重。1988 年我在《立法学》一书中曾呼吁：法的渊源和法的形式不能混淆，法的渊源一词不宜代替法的形式之概念。其一，在汉语中，渊源一词指根源、来源、源流的意思，将法和渊源连用，其涵义主要应指法的根源、来源、源流，这同法的表现形式不是一回事。其二，法的渊源一词在国外法学著述中包括多种涵义，其中只有法的形式渊源的涵义才相当于国内学界所说的法的形式之涵义。基于此类原因，讲到法的形式如果使用法的渊源这个概念，对中国读者来说，容易误解或生出歧义；对外国读者来说，也会用他们理解的法的渊源一词的涵义，理解我们特指的法的形式之涵义。为此，我建议在法学研究和法制建设中避免用法的渊源一词代替法的形式一词，讲到法的形式问题便使用法的形式一词，以免同法的渊源相混淆。[8] (P449 - 450) 这一呼吁主要从尊重术语的科学性以避免误解的层面提出和说明问题，未及对法的渊源和法的形式予以界分。但它并未引起学界足够的注视。直至现在，混淆法的渊源和法的形式之界限，依然是学界普遍的现象。

### 三、混淆引致的负面结果

如果混淆法的渊源和法的形式之界限，就会把不是法的东西当成法看待，或是把已然法和未然的法、正式的和可能的法混为一谈。这样，在法学研究中，就会产生许许多多似是而非的所谓理论学说，使法学研究自身经常为其所苦；在法律生活中，就会淡化法与非法的界限，背离法治原则，并进而阻碍法的渊源和法的形式两方面价值的实现。

织田万说：通常所谓法的渊源之语，其意义有二，或指法所由出之权力，例如所谓上帝或君主之意思者是也；或指所以构成法律规则之材料，例如所谓法典或判决例者是也。织田万这里所说的第二种意义特别是法典，主要即属于法的形式范畴。参见 [日] 织田万：《法学通论》第 1 卷，刘崇佑译，商务印书馆 1913 年版，第 43 页。

近代以来不断涌现的那些法学流派和思潮，在法律思想的开掘和阐发方面，在指导和服务法律生活朝某个方向推进方面，以及在法律改革和法律质量提升方面，差不多都有程度不同的贡献。但这里有两点需要注意：其一，这些流派和思潮是在学界关于法的渊源的研究非常薄弱的背景下，特别是在学界对法的渊源和法的形式界分非常不力的背景下阐释他们的理论学说的。而法的渊源事实上是法律学说和法律生活无以回避的极为重大的主题，这样，这些流派和思潮既要同法的渊源打交道，又没有法的渊源和法的形式界分为传统为基础，他们本身通常也就融入到法的渊源和法的形式不分的气氛之中，并不时产生新的混淆和模糊法的渊源和法的形式界限的学说。其二，人们在理解这些流派和思潮时，通常也没有法的渊源和法的形式界分的知识和理念作为自己的学养，对混淆两者界限的理论学说并无自觉的意识。这样，这些流派和思潮混淆和模糊法的渊源和法的形式界限的理论学说，便使得人们对人们发生负面的影响，至少使人们对法和法律现象容易产生片面的看法。

自然法学派在鼓吹革命、否定旧秩序和呼吁建设新秩序方面，在发现和主张实现法的渊源的价值方面，贡献都是巨大的。按照自然法学说，现实生活中的法和法律制度应以自然理性为基础为指导，应体现和贯彻自然理性。虽然自然法学说的倡言者并没有自觉地使用法的渊源的概念，但他们阐释的这一学说，无异于申明了自然理性以及其他种种美好的事物，应为法的渊源。这是自然法学说积极的一面。另一方面，自然法学说往往也进一步把自然理性本身视为法律，亦即位于实在法或制定法之上的法律，这就把作为法的渊源的自然理性之类，等同于法和法的形式，混淆和模糊了法的渊源和法的形式界限，并由此使信奉自然法学说的人们也沾染了这一毛病。如果在自然法学派之前，法的渊源和法的形式界分的理论学说已经发达，自然法学派或许不会有这样的弱点。

历史法学派强调法是民族精神或历史传统的自然演化的结果，“把法看成是从社会团体本能的权利意识中进化而来的事物，是通过特定的社会、经济和其他事物的理性发展起来的事物”。<sup>[3]</sup>（P800）这一学派的理论学说比自然法学派的理论学说更具实在性，也深刻些。它实际上也揭示了历史传统和民族精神等是法和法律制度得以形成的资源性渊源。这些都有积极意义。但问题在于，历史法学派的代表人物及其追随者，夸大历史传统和民族精神之类对法的渊源的作用，把它们视为高踞于人定法之上的法之魂和法之神，甚至干脆把他们也视为法。这实际上也就混淆和模糊了法的渊源和法的形式界限。当历史法学派阐释它们的观点时，分析法学派主张界分法的渊源和法的形式观念已经形成，遗憾的是历史法学派不屑于接受这个重要的观念和主张。

把法看作一种社会现象，以法和社会关系特别是社会中的法为研究对象，强调法在社会生活中的作用和效果以及各种社会因素对法的影响，强调法的社会利益和法的社会化，是社会法学派的基本特征。这一学派具有实在性和现实性，其价值往往更大。但这一学派在注重法和社会生活各方面关联的同时，往往把法分为纸上的法和生活中的法两大类，要求人们特别关注生活中的法，认为这是更真实的法。社会法学派的这一特点或方法，对人们更深入和真切地理解和认知法，自然是可取的。事实上社会法学派所说的种种与法紧密关联的社会现象，也正是法得以形成的重要渊源。但社会法学派在强调纸上的法和生活中的法之类的问题时，往往同时也混淆和模糊了法的渊源和法的形式界限，在他们眼里，同法关联的社会现象亦即法的渊源才是真正的法，以法的形式表现出来和具有法的效力的法倒成了纸上的法。社会法学派的这一软肋，同样是由于他们在意识上和方法上未能明辨法的渊源和法的形式界限所致。

其他流派和思潮也都在不同程度上混淆和模糊法的渊源和法的形式界限。假定法的渊源意识从很早的时候起就在学界扎根，假定法的渊源和法的形式界分从很早的时候起就已成功，所有这些学派恐怕不至于在阐释他们的理论学说和主张时会产生以上的负面结果。

在众多的学派和思潮中，以奥斯汀为代表的分析法学派是一个强调法应有确定的范围的学派。要确定法的范围，就要在法的渊源和法的形式之间划开界限。奥斯汀的一个重大贡献正在于他试图确定法的范围和划开法同非法的界限，使法的领域成为由真正的法占据主导地位的领域。由于当时法的渊

源研究的学术背景很不成熟，以及奥斯汀作为开创者难以避免的某些局限性，他所阐释的学说和主张，未能使人尽都满意。但奥斯汀为确定法的范围所做的贡献，使近代法学特别是法理学发展到一个重要的转型关口，这是毋庸置疑的。

由于法的渊源研究非常薄弱，学界至今不谙以是否区分法的渊源和法的形式为尺度，把握各学派和思潮的倾向和差异。学人尚未明了，分析法学派所讲的法，实际就是具有法的形式法，而自然法学、历史法学、社会法学和其他有关法学流派所讲的法，则部分是具有法的形式法，部分是不具法的形式“法”，亦即尚未形成法的渊源，并且往往更多的是法的渊源。这些学派虽然名为法学派，却往往不明真正的法的范围。

也由于未能明辨法的渊源和法的形式界限，不少学者对有关学派和学人的评论，不得要领。博登海默对分析法学的指责即属这种情形。博氏指出：“法律实证主义的基本错误之一，乃是它将其有关法律渊源的理论与完全或几乎是完全局限于那些被我们称之为的法律正式渊源的范围之中。这一错误须归因于这样一个事实，即法律实证主义把法律视为是国家命令，所以它主要从那些正式的律令和命令中寻求其渊源，而这些律令和命令则是由立法机关、制宪大会、法院或行政机关颁布或发布的。”[9] (P442) 这一指责对实证法学（主要是指奥斯汀的分析法学）的全盘否定，在很大程度上是与混淆和模糊法的渊源和法的形式界限相关的，博氏所说的法的正式渊源，实际上不是法的渊源，而是正式的法，即以法的形式表现出来的具有法的效力的法。

除法学流派和思潮外，由于混淆和模糊法的渊源和法的形式界限，而引致的似是而非的具体观点和方法可以说不胜枚举。埃利希的“活法说”就是一个很好的例子。这个说法是很多人都欣赏的，表面看似是一种有助于把法看真切的观点和方法，而实际上是既把有些真实的法摒除在法之外，又把某些不是法的东西视为真正的法。中国学界广为流传的界说法的概念的所谓广义说和狭义说，也是一个好例证。广义的法和狭义的法说法，似乎回答了什么是法的问题，而实际上这种说法把许多不是法的东西当成法，或是把本来属于法的东西摒除于法之外，使法的范围大大地扩大或大大地缩小，且没有确定性。这种广义的法和狭义的法说法，不仅显示了持此说的学人在界说法的范围方面陷于计穷的窘境，而且还甚为误人子弟。还有诸如恶法非法之类的数不清的观念和说法，都属于混淆和模糊法的渊源和法的形式界限的不确之论和不智之说。

并且，混淆和模糊法的渊源和法的形式界限，远不是单纯的学术问题。如果仅是学术问题，学者各持所见也就罢了，这种情形在学界早已见多不怪。偏偏法的渊源和法的形式界分是个实在性很强的问题，没有科学的界分理论和学说为指导，就难能有效地从法的渊源这一极为重要的法的资源、进路和动因中，发掘和提炼法律规则和原则，以法的形式表现出来，形成法和法律制度；就会辜负法的资源的宝贵价值，浪费法的资源；就容易使用法人员的自由裁量失却限度，把不属于法的范畴而属于法的渊源范畴的事物也视为法，用以办理案件，从而背离法治原则。

早先由于法学研究和法律生活水准落后，法的渊源和法的形式界分往往不必讲究，那时如果法不敷需用，可由人们去发现或寻找，一旦发现或找到可作为法的东西就将其确定为法，也就是将不是法的东西直接变为法，例如像苏格拉底时代人们在祭祀活动中直接寻找法那样。当时如果法的渊源和法的形式界限是清楚的，反而不利于人们比较方便地创制法。现今不同了，如果没有法的渊源和法的形式界分，可以将不是法的东西当成法，就会背弃法治原则。所以，实现法的渊源和法的形式界分，也是现代文明的要求。

## 四、两种事物和两种价值

法的渊源和法的形式界限不容混淆，根本的理由当然更在于它们本来就是两种事物，有两种价值。法是要通过一定的来源和途径，基于一定的原因，才能形成。法的渊源正是法得以形成的来源、

途径和原因。我在《重新研究法的渊源》一文中所说的“法的渊源是法得以形成的资源、进路和动因”也正是这个意思。这一点表明法的渊源同法的关联是非常紧密的。而法总以一定的形式表现出来，比如，以宪法、法律、法规、习惯法、判例法等形式予以表现，抽象的法在生活中是不存在的。也因此，法的渊源同法的紧密关联就是同法的形式紧密关联。然而，法的渊源和法的形式毕竟是两种性质不同的事物，有着各自的价值：法的渊源是法得以形成的资源、进路和动因，法的形式则是已然的和正式的法的不同表现形式，它们分别代表了法的形成过程中两个性质不同的阶段和表现形态，分别体现了使法得以形成的价值和使法各得其所的价值。

未然和已然、可能和现实的分别，是法的渊源和法的形式的一个界分。

法的渊源所指称的主要是法的来源，它表明法可以或应由哪些原料构成，可以或应出自何种途径，可以或应基于何种动因形成，它是法的半成品和预备库，或未然的法和可能的法。法由哪些原料构成，意味着法的形成同一定的资源相联，没有诸如习惯、政策、判例、道德规范、正义观念、理论学说等资源作为素材，法就难以有效地形成。法出自哪些途径，意味着法的形成同一定的体制和主体相关，没有诸如立法、司法、行政等途径作为进路，那些原料不可能升格为法。法基于何种动因形成，意味着法的产生绝非无缘无故，它主要不是被创造出来的，而是被表述出来的。法的渊源意味着法得以形成的资源、进路和动因的范围，在这个范围内，有关主体可以或应基于某种动因，通过某种进路，选取和提炼某些资源，将其上升为法。超出这个范围，就将违反事物的性质，就不是马克思所说的表述法，而是创造法，就有悖于规律。法的渊源有一定的必然性意味，因为法通常多产生于法的渊源。但法的渊源更主要的是个未然的概念，它意味着法可以或可能从法的渊源中产生，因而也是可能的概念，也可以说法的渊源就是未然的和可能的法。

认知法的渊源是未然的和可能的概念，其价值和功用是突出的。立法主体可以凭借法的渊源理论和知识，学会从法的渊源中选取和提炼素材并形成法，使立法和整个法律制度的建置处于主动的地位，具有针对性，避免大海捞针，以收明确方向、提高效率、降低成本之效。认知法的渊源是未然的和可能的概念，司法者及其他用法者可以借助法的渊源理论和知识，在既有的法或法律规则不敷需要时，并且在法所允许的情形下，从法的渊源中提取有关素材，形成规则，适用或运用于所面对的案件或有关法律事务中去，以补充或填补现行法之欠缺，应对司法或用法之需。

相对于法的渊源，法的形式所表明的是已然和现实的概念。它是提取和升华法的渊源的实际成果，是经由法的渊源这种未然的和可能的阶段，而成为已然和现实的法，是法的既成产品，有鲜明的实在性。法的形式表明一国的法事实上基于什么动因形成、由什么原料构成、通过什么途径产生。例如是通过立法产生，还是通过司法机关的认可产生，是通过中央国家机关还是地方国家机关产生。法的形式有一定的或然性意味，因为各种形式的法从制度上说都有法的效力，但事实上不一定都会获取实效；然而法的形式更主要的是个已然和现实的概念，它是指以某种形式存在的已然和现实的法。庞德谈到立法这种法的渊源时说，在西方学界，“有人坚持认为，作为过程的立法是一种法的来源；作为结果的立法是一种法的形式”。[2]（P389）这个说法，在一定程度上也可用以说明法的渊源和法的形式区分：法的渊源意味着法将经由渊源而得以形成的过程，法的形式意味着法已经由对法的渊源的提取过程而产生出某种法的结果。

法的形式是已然和现实的概念，这一点为我们提供了判定法和非法的重要标准，或者说提供了区分法和法的渊源的重要尺度。不是所有法的渊源都可以成为法，更不是随便什么东西都是法，而只有具备法的形式社会规范才是法，要把某种法的渊源上升为法这种特殊的社会规范，必须使其采取法的表现形式。一般说，只有获取法的形式法的渊源，才能成为司法机关办案的主要依据。了解一国的法的形式，才能明了它有哪些法，也才能明了该国司法机关办案和其他主体处理法律事务主要有哪些法的依据。反过来说，一个法如果在法律生活中没有被作为司法机关办案的依据，它则只有法之

名而无法之实。明了法的形式现实性，也意味着不同立法主体应藉此明了自己所能产生的是什么样的法，这种法应有什么样的特质。

多元和统一的区分，是法的渊源和法的形式的一界分。

法的渊源是多样化的，有来自不同资源的法的渊源，如来自先前的法典、外国的法典或是来自政策、习惯、道德、宗教、礼仪、典章、乡规民约、理论学说的法的渊源；有来自不同进路的法的渊源，如来自立法机关、司法机关、行政机关的法的渊源；有来自不同动因的法的渊源，如来自自然理性、神的意志、君主意志、人民意志、国家权力和物质生活条件这些不同力量的法的渊源，又如来自历史现象、历史事件或事变这些不同历史原因的法的渊源。这些多样化的法的渊源之间有复杂的关联，但总的说，它们都各自具有并非受制于其他渊源的独立性，因而它们是多元化地存在于一国的法的渊源体系之中的。既有的法学著述关于法的渊源有实质渊源、效力渊源、材料渊源和历史渊源之分的阐释，有混淆法的渊源和法的形式之毛病，并且没有揭示各种法的渊源之间的独立性，因而只能说明法的渊源是多样化的，却难以说明法的渊源具有多元性。

法的渊源既是多元的，就要求法律人经常检点自己是否具有较为宽广的视域，能否驾驭法的渊源体系的全局，能否在实际运作和理论研究中全面发掘各种法的渊源的功用。至今法律人对法的渊源的多元性缺乏自觉的认识。在中国，就进路性渊源看，人们所注意的主要是立法机关和行政机关；对司法机关主要是注意了它的法律解释，未能较为自觉和充分地吸纳它的典型判例作为法的资源。在资源性渊源方面，所偏重注意的是政策、道德和某些外国法，对于习惯、乡规民约特别是法律理论学说却注意不够和鲜有吸纳，并且几乎无人研究我们的宪法、法律、法规渊源于哪些资源，有何阙失和如何补正。诚然，法律人在研究和吸纳多元的法的渊源时可以有所侧重，不同法的渊源被吸纳的程度亦可有区分，因为不同法的渊源的地位和功用在不同时空条件下本来就不同。但侧重和区分需要适度，不能随意地、糊涂地偏向某些渊源和漠视其他渊源。人们早已看到欧陆法系和英美法系已有融合的情形，但对这种融合同法的渊源的多元性的联系，似乎还未觉悟。无论一个法系的壁垒如何坚固，它要仅仅固守自己的法的渊源体系而拒绝吸纳其他法系的渊源，都是同法的渊源的多元性相悖的。在自觉认知法的渊源多元性方面，学界的发展空间仍然很大。

法的形式也是多样化的，但却不是多元的。一国的法的形式通常总有法律、法规和其他规范性文件之区分，它们的种类在各国也不尽相同。比如在中国，法律就有基本法律和非基本法律之分，法规有行政法规、地方性法规、自治法规、授权法规之分。但多样化的法的形式，在绝大多数国家，却被一条统一的主线贯串在一起，这条主线就是统一的国家政权或统一的国家权力体系。在现代国家，单一制和联邦制这些不同体制下的法的形式，自然有较大的差异，但它们之间通常是尽量保持协调而排斥根本冲突的，在公法尤其是宪政制度所涉及到的法的形式方面更是如此。

法的形式相对于法的渊源而具有统一性，要求法律人至少注意两点：一是注意各种法的形式之间的和谐统一。这一点学界已有较多论述。二是在选取和提炼有关渊源以形成法的时候，应充分注意取材的妥当性，把适合于形成有关法的形式渊源的提炼和上升为相关的法的形式，防止把不适合某种法的形式资源不适当地纳入该种法的形式。这一点我们尚难在既有的法学著述中读到相关的研究成果。长期以来，混淆法的渊源和法的形式界限的情形，已经造成了负面影响。消除这种情形，使不同的法的渊源以适当的方式和程度融入相关的法的形式，应为法律人的一大课题。

更浓的文化形态和更多的制度形态之别，也是法的渊源和法的形式的一界分。

法的渊源更主要的是社会历史文化积淀的产物，更多的取文化的形态，它表明一国法律文化以及这种法律文化置身其中的整个社会历史文化，在文明程度上处于何种状态，具有何种特色或特质。世界上不同国家的法的渊源，同一国家不同历史时期的法的渊源，往往有很大差异，其主要原因便在于

关于法应当能够作为司法机关办案的主要根据的观点，可详见拙著《法理学》（人民法院出版社2002年版）第二章的阐述。

法律文化和社会历史文化存在差异。比如，习惯、道德、判例、宗教戒律、理论学说这些资源性渊源，立法、司法和行政这些进路性渊源，在法的渊源体系中具有何种地位和功用，特别同它们所在国家的法律文化和社会历史文化相关。可以说，同法的形式相比，法的渊源更主要的是个文化性的、历史性的现象。法的渊源是纵深的法，是法之背后的法，也可以说是法的形式背后的法。孟德斯鸠《论法的精神》所阐述的原则原理，在一定程度上就是揭示法的渊源同法律文化和社会历史文化相关联的原则原理。历史法学派的观点，在一定程度上也是强调法的渊源同社会历史文化相关联的观点。

法的渊源的这一特质，意味着法的形成同法律文化和社会历史文化之间有割裂不断的联系。法律人需要研究法律规则、原则和制度得以形成的法律文化和社会历史文化方面的依据，也需要研究法的渊源本身实际体现的特定的法律文化和社会历史文化。然后根据法律规则、原则和制度同相关文化所应保有的合乎规律的联系，来形成这些规则、原则和制度，使它们获得可靠且深厚的文化基础。注意到法的形成同文化的关联，才能从较深入的层面上检视和解读一国法的形式和整个法律制度，也才能较深入地理解各国法的形式和法律制度所存在的差异及其深层次的根源。对于法治处于后进态势的国家，从这样的角度研究有关国家的法的渊源，还可以从一个重要侧面汲取其经验和教训以为借鉴。当然，法的渊源以及由其所形成的法同法律文化和社会历史文化割裂不断的联系，不等于它们可以自然地从中生长出来，不等于说它们的历史就是自然生长的历史。高度重视这种联系，同时又努力找寻和遵循两者之间的合乎规律的联系，必要时还要对这种联系予以一定程度的能动性改造，这才是积极和科学的态度。

同法的渊源相比，法的形式制度形态更突出。法的形式是法的具体外部表现形态，它所指称的主要是出自不同国家机关的法具有不同的效力等级，因而同国家权力体系发生更多更直接的关联。同时，法的形式之间的关系以及与其相联的不同效力等级，也必然体现出不同国家权力之间的关联。这些关联都是现实的制度现象，是一国基本体制在法的形式上的表现。可以说，法的形式中直接凝结了一国现实的政治体制尤其是法律体制的基本制度。法的形式这一特质，意味着它具有特殊的权威性，即人们通常所说的国家强制力。这一点也是西方学人谈到法的形式时所注重强调的，上文引述格雷所说的法是由权威主体以权威方式加以确定的，而法的渊源则应从有关资料中寻找的观点，便是一例。

研究法的形式这一特质，对用法者和守法者而言，有助于明了各种法的形式效力等级、它们的相互关系及其强制力，从而依不同的效力等级及其从属关系来适用和遵守法。对法的创制者而言，则有助于他们认知：其一，不同法的形式由不同国家机关或主体产生，法的创制者应在法定权限范围内就相应法的形式立法或创制法，不能超越自己的权限范围创制法的形式；其二，不同法的形式表现不同法的效力，法的创制者应明了哪些法的形式效力等级高些，什么样的法的形式具有最高效力，学会采取适当法的形式表现不同法的效力；其三，不同法的形式不同效力等级，决定了它们适合于调整不同社会关系，不同法的形式亦有不同技术特点，法的创制者应学会采取适当法的形式调整相应社会关系，运用特定立法技术制定或认可特定的法的形式。

法的渊源是法的形式源泉，法的形式则是从法的渊源中产生出来的，是法的渊源的制度化的表述，两者确有密切的关联。法的渊源和法的形式又是两种现象和范畴，它们之间存在着清晰的界限。正因为有这些界限，法的渊源和法的形式才得以作为两个独立的现象和范畴，在实际生活和学术研究方面占据着各自的位置。

## 五、廓清几个迷点

传统法的渊源理论中，有的观点表面看似可以说清楚法的渊源问题，但实际上却混淆了法的渊源和法的形式界限，因而属于需要廓清的迷点。法理学著述中阐述的广义渊源和狭义渊源、直接渊

源和间接渊源、正式渊源和非正式渊源、真正渊源和非真正渊源等等的区分，便是需要廓清的突出的迷点。这些区分论的共同弊病在于：它们把法的渊源和法的形式区分，当成了法的渊源本身或内部的不同渊源的区分。

广义法的渊源和狭义法的渊源相区分的理论，是把法的渊源当作广义法的渊源，而把法的形式当作狭义法的渊源的理论。德国学者魏德士的观点是这方面的一个例证。按魏氏的看法：法的渊源从广义上讲，是指对法产生决定性影响的所有因素。诸如法学文献或法学家法、行政实践、法院实践、国民观念或一般法律意识，都属于法的渊源。这种广义法的渊源也可以说是社会学上的法的渊源。狭义法的渊源是那些对法的适用者具有约束力的法律规范，在德国就是基本法第 20 条所规定的法的适用者所应适用的法律规范。魏德士认为，多数学者所说的法的渊源就是狭义法的渊源。[10] (P102) 魏氏此说中的广义渊源，的确就是法的渊源，而狭义渊源则指已有法的效力的法的形式，即现行法。此说的毛病在于把法的形式也纳入法的渊源之中，混淆了法的渊源和法的形式界限。

广义和狭义的区别作为一种方法未尝不可使用，事实上学界总有人喜欢用广义和狭义之类的区分，解说有关概念或现象。但应指出，将这种方法用于说明更具确定性的制度问题或与制度关联紧密的问题，是需要比较谨慎的。广义和狭义的区别可用于法的渊源范围内的不同渊源的区分，比如可将政策、习惯、道德、合同、乡规民约、外国法这些具有规范性的法的渊源作为狭义法的渊源，而将正义观念、理论学说、物质生活条件、历史传统、客观规律这些不具规范性的法的渊源，视为广义法的渊源。超越了法的渊源范围，把其他因素同法的渊源放到一起，作广义和狭义的区别，就不能成立。魏德士的问题正在于，他超越法的渊源的范围，把法的形式同法的渊源放到一起加以区分，这就不能不陷于似是而非的泥沼。而魏德士脚上所沾的泥，是不少学者的脚上也沾有的。

直接渊源和间接渊源相区分的观点，也是混淆法的渊源和法的形式界限的似是而非的观点。这种观点认为，直接渊源是具有法的效力的渊源，如法律、法令、条例、条约等；间接渊源指需经国家认可后才有法的效力的渊源，如习惯、道德、宗教戒律、政策、外国法、理论学说等。台湾一些学者便持此种观点。袁坤祥就说：“法律之渊源，简称为‘法源’，即法律所由成立之原因也。法源之种类不一，有直接发生法律效力者，例如法规、命令、条例，是为直接渊源。有须经国家承认之后始能发生法律效力者，例如习惯、法理、学说等，是为间接渊源。”[11] (P23) 苏嘉宏等人同样持有直接渊源和间接渊源之分的观点，认为直接渊源包括宪法、法令、自治法规、条约等，间接渊源包括主义、习惯、法理、判例、解释等。[12] (P33 - 34) 在此类直接渊源和间接渊源相区分的解说中，直接渊源就是指法的形式，而间接渊源则是指称法的渊源。这种区分的毛病，同样是把法的形式纳入了法的渊源之中，混淆了法的渊源和法的形式界限。

直接渊源和间接渊源相区分的方法如若可以保留的话，应像广义渊源和狭义渊源相区分的方法一样，只能用于法的渊源范围内的种类区分。在法的渊源范围内，能够直接从中产生法律规则的渊源，可以视为直接法的渊源，如习惯、道德、政策、外国法等；能够间接从中产生法律规则的渊源，则属于间接渊源，如理论学说、正义观念、物质生活条件、历史传统、客观规律等。

传统法的渊源理论中的正式渊源和非正式渊源理论同样需要辨析。博登海默的正式渊源和非正式渊源理论是一个典型。博氏认为：将法的渊源划分为正式渊源和非正式渊源两大类是恰当的和可欲的。正式渊源，指那些可以从权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源。这类渊源的主要例子有宪法、法律、行政命令、行政法规、条例、自主的或半自主的机构和组织的规范性法律文件、条约和某些其他协议以及司法先例。非正式渊源，指那些具有法律意义的资料 and 值得考虑的材料，这些资料 and 材料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和体现。非正式渊源主要包括正义的标准、理性和事物的性质、个别衡平、公共政策、道德信念和社会倾向、习惯法。[9] (P414 - 416) 博登海默试图通过区分正式渊源和非正式渊源来解决法的渊源的有关问题，其努力对有效地认知和辨析各种法的渊源或许是有益的。但博氏不以正式渊源和非正式渊源作为区分法的渊源内部的不同组成

部分的标准，而是作为区分法的渊源和法的形式标准，因为他所说的正式渊源实际上就是正式的法，也就是法的形式，如宪法、法律、行政法规、条约等；而他所说的非正式渊源，则主要（但不全部）属于法的渊源范畴。在这里，博氏的分类理论混淆了法的渊源和法的形式之间的界限，混淆了习惯和习惯法的界限，特别是混淆了法的渊源和法的形式之间的界限，既未能帮助他走出由于法的渊源和法的形式不分而遭致的困境，对法的渊源理论的发展也是不足为训的。

我同样以为，正式法的渊源和非正式法的渊源的区分，作为一种方法是可以保留的，这种区分有助于在法的渊源研究中分清主次，把握一国主要的和全局性的法的渊源，避免为纷繁杂乱的法的渊源现象所困扰。在实践上，则直接有益于法律人在法的体系构建、法律制度建置和法治运作方面抓住要领，分清轻重缓急。但这种方法只能适用于法的渊源本身的分类。超越这个范围，将法的渊源和法的形式混淆起来，在这种紊乱的背景下运用这种方法，是不能科学地解决问题的。通常情形下可以大略分为：正式渊源主要指权威国家机关经常据以作为法的来源或据以作为处理法律问题根据的法的渊源，如立法机关或立法主体制定法律或法规的立法活动，行政机关的决策和行政举措，司法机关的司法判例和法律解释、执政党的政策，国家或国际组织之间的缔约活动等。非正式渊源主要指具有法律意义的材料、观念和有关准则，如正义和公平之类的观念，政策、道德规范和宗教规范，习惯，乡规民约和社团规章，权威性法学著作，还有外国法等。自然，法的渊源是动态发展的，不同时代和国情之下正式法的渊源和非正式法的渊源的范围多有不同。

最后，所谓真正的法的渊源和非真正的法的渊源的说法也需要澄清。这方面可以凯尔森的观点为例。我在一篇文章中曾谈到凯尔森因为法的渊源这个术语被人弄得极端模糊不明而苦恼，他的苦恼系由两个原因所造成的。其中一个原因是当时法的渊源研究非常落后。所谓落后，一个主要表现就是混淆法的渊源和法的形式之间的界限。这种落后在凯尔森的著作里同样表现出来。凯尔森说：法的渊源这一说法被有的人用来指所有那些实际上影响法的创造的因素，例如道德规范、政治原则、法律学说、法学专家的看法等。“和前述法律‘渊源’来比，这些‘渊源’本身并无任何约束力。它们并不像真正的‘法律的渊源’那样，是法律规范或法律规范的特定内容。然而，就法律秩序说，使法律创造机关负有尊重或适用某些道德规范、政治原则或专家看法，将这些规范、原则或看法变为法律规范并从而变为法律渊源，这是可能的。”

凯尔森所说的“前述法律‘渊源’”，就是以“法律规范或法律规范的特定内容”的面目表现出来的宪法和在宪法基础上产生的制定法等，也即我所说的具有法的形式之已然的法。显然，同许多普通学人一样，凯尔森也把法的渊源作所谓真正的法的渊源和非真正的法的渊源的区分。这种区分固然注意到把所有的现象都视为同样的法的渊源是不适当的，但还是把不应视为法的渊源的东西算作法的渊源，甚至还称之为“真正的法的渊源”。实际上凯尔森所说的“真正的法的渊源”，就是法的形式，即具有法的效力的法律规范的载体；而他所说的非真正的法的渊源，才是真正的法的渊源。在这样的问题上，凯尔森这位大家，也不免有失当之处。看来，大家不仅“大有大的难处”，也每每是“大有大的失当”之处。

#### 参考文献：

- [1] E. C. Clark. *Practical Jurisprudence: a comment on Austin* [M]. Cambridge Univ. Press, 1883.
- [2] Roscoe Pound. *Jurisprudence Volume III* [M]. West Publishing Co. 1959.
- [3] [英] 戴维 M. 沃克. *牛津法律大辞典* [M]. 北京社会与科技发展研究所译. 北京: 光明日报出版社, 1988.
- [4] Chantal Kourilsky, Attila Ráz and Heinz Schäfer. *the Sources of Law-a Comparative Empirical Study* [M]. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1982.

[奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第149页。引文中似有语句不通的毛病，为保持所引文字符合译著原貌，故未改动，请读者谅解。

- [5] [苏] 雅维茨. 法的一般理论 [M]. 朱景文译. 沈阳: 辽宁人民出版社, 1986.
- [6] [苏] 杰尼索夫. 国家与法律的理论: 下册 [M]. 方德厚译. 上海: 中华书局, 1951.
- [7] 吴学义. 法学纲要 [M]. 上海: 中华书局, 1935.
- [8] 周旺生. 立法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1988.
- [9] [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.
- [10] [德] 魏德士. 法理学 [M]. 丁小春等译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [11] 袁坤祥. 法学绪论 [M]. 台北: 文兴印刷文具公司, 1980.
- [12] 苏嘉宏等. 法学绪论 [M]. 台北: 永然文化出版股份有限公司, 1995.

[责任编辑: 叶立周]

## Delimitation between Sources of Law and Forms of Law

ZHOU Wang-sheng

(Law School, Beijing University, Beijing, 100871)

**Abstract:** Law scholars since Austin, although tried to tread a clear path between sources of law and forms of law, never yielded satisfactory results. To date, the academic circles in English-American, European continent and China still generally confuse the boundary between these two, regarding things not laws as laws, mixing up will be laws and already-laws, possible laws and formal laws. Thus in legal life, the borderline between legal things and illegal things is always blurred, departing from the principle of rule of law. The dividing lines of various schools of jurisprudence in history at a considerable extent manifested in different attitudes adopted towards sources of law and forms of law. But sources of law and forms of law truly couldn't be confounded. They are two separate things in nature, contain two kinds of value, and represent two different stages of development and states of expression in the process of formation of law.

**Key words:** sources of law; forms of law; academic foundation