

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

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

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，

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》、三渚信三的《近世法学通

w k

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，

ki.n

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



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



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：

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，

[5] [苏] · 雅维茨. 法的一般理论 [M]. 朱景文译. 沈阳: