

# 法律渊源词义考

彭中礼<sup>\*</sup>

内容提要：“法律渊源”一词是从英文 source of law 翻译而来，其源头是罗马法上的 fons juris。古希腊时期没有法律渊源概念，只有法律起源的早期观念，其主要原因是法律生活没有职业化。罗马法上的 fons juris 概念产生于司法实践，是法官选取和发现纠纷解决依据的场所。中世纪的西欧人承续了罗马法中法律渊源理论的某些观念，并在法律生活中不断实践。到近代，受理性主义思潮的兴起、民族国家的建立以及三权分立制度的形成等因素的影响，制定法变成了唯一的法律，法律渊源概念发生了变异。近代法典化运动给法律渊源带来的仅仅只是法律渊源形式的变化，法律渊源的概念却没有变化。界定法律渊源概念，必须站在司法立场，坚持规范多元态度，正确理解“法律”和“渊源”在“法律渊源”一词中的含义。法律渊源实际上是多元规范的集合，法官从中发现裁决案件所需要的裁判规范。

关键词：法律渊源 fons juris 裁判规范

## 一、问题的由来

在法学领域中，法律渊源是一个极其重要的概念。但在我国法学界，法律渊源概念的含义不仅极不统一，还存在彼此矛盾和对立的现象。如将法律渊源等同于法律形式者有之，〔1〕将法律渊源等同于法律的效力来源者有之，〔2〕将法律渊源视为“终极来源、效力来源和形式来源”者有之，〔3〕将法律渊源的基本要素概括为“资源、进路和动因”者亦有之，〔4〕而新近又有学者提出法律渊源是“法官法源”。〔5〕法律渊源的这种含义混乱现象在西方学界同样存在，如《牛津法律大辞典》认为“法律渊源”一词在几种不同的意义上使用：（1）法律的历史渊源；（2）影响法律、促进立法变化的理论原则和哲学原则；（3）形式渊源，因为他们公认权威而授予来自于他

\* 湖南行政学院副教授。

〔1〕 这种观点在当前的法理学教材中随处可见。有关该种观点的整理和评论，详见彭中礼：《当代中国法律渊源理论研究重述》，《法律方法》第11卷，山东人民出版社2011年版，第336页以下。

〔2〕 孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社1999年版，第257页。

〔3〕 卓泽渊主编：《法学导论》，法律出版社1998年版，第45页以下。

〔4〕 周旺生：《重新研究法的渊源》，《比较法研究》2005年第4期。

〔5〕 陈金钊主编：《法理学》，北京大学出版社2010年版，第427页以下。

们的规则和原则以效力和力量；(4) 文件渊源，文件包括了法律规则的权威声明；(5) 文字渊源，也就是法律文献。<sup>〔6〕</sup>《布莱克法律词典》认为法律渊源是为立法和司法决定提供权威的材料，法律或者法律分析的原点，与 *fons juris* 是同义词，<sup>〔7〕</sup>并引用了富勒、J. Myron Jacobstein 和 Roy M. Mersky 的观点来说明 *Source of law* 的多义。“法律渊源”俨然成了任人打扮的“小姑娘”，正如庞德所说，“‘法律渊源’这个术语被运用得很混乱”。<sup>〔8〕</sup>

从理论上讲，一个学术术语在含义上有多种观点和争鸣，并不值得大惊小怪，犹如“法律”一词古往今来也是仁者见仁智者见智、未曾有一个已经形成共识的含义一样。但是，“法律”尽管词义变化多端，其功用和价值则丝毫没受影响。而“法律渊源”则命运乖戾，因为其词义多变，致使其功用无法得到完全彰显。一些学者声称“法律渊源”是“一个比喻性并且极端模糊不明的说法”，“‘法律的渊源’这一用语的模糊不明似乎使这一用语近乎无甚用处”。<sup>〔9〕</sup>还有学者声称，因为这个词语的模糊性，他甚至愿意将这个词语从法哲学中驱除出去。<sup>〔10〕</sup>这种激烈的言辞也颇显出了法律渊源概念的困境。

可见，重新阐释“法律渊源”的含义，让其发挥应有的价值功用，已经成为一项十分重要的研究任务。毕竟，法律渊源作为一个源远流长的法学概念，自从诞生起，就承担有阐释某种法律现象的责任，只是人们在对此概念的不断解释和演绎中，掩盖了其应有的本源含义。对法律渊源概念的理解，既不能以虚无化的态度来看待，也不能以过度诠释的立场去研究，而必须深入其产生的最初语境中，还原其最初含义，才能正本清源。

## 二、法律渊源的语源传承

从“法律渊源”的汉语词源来看，我国最早使用该词是在 20 世纪初期翻译过来的一些法学著作中。民国时期的法学著作中已多有体现，甚至出现了专门讨论法律渊源的著作《法形论》。该书认为“法形就是法源”，即认为法律形式就是法律渊源。<sup>〔11〕</sup>当时的法学学者如吴学义、丘汉平、朱采真、李景禧、欧阳（奚谷）等人的著作中亦对法律渊源有相关阐述。这些学者对于法律渊源概念的讨论存在相当大的差别。如吴学义认为，“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。”<sup>〔12〕</sup>丘汉平借鉴萨尔蒙德的法律渊源概念，认为法律渊源是法律产生的原因。<sup>〔13〕</sup>欧阳（奚谷）认为法律渊源是法律所据以产生之材料。<sup>〔14〕</sup>当前我国对法律渊源的讨论，大抵可以从民国法学家的著作中发现其原型。

民国时期，学者们对法律渊源概念进行讨论的借鉴源头主要有两个：一是日本学者的著作。如刘崇佑翻译了织田万的《法学通论》，该书将法律渊源界定为“法律之权力”或“构成法律之

〔6〕 David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, 1980, pp. 1156-1157.

〔7〕 Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary (8th ed.)*, West Publishing Co., 2004, p. 4358.

〔8〕 Roscoe Pound, *Jurisprudence (Volume III)*, West Publishing Co., 1959, p. 380.

〔9〕 [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。

〔10〕 See Edwin Charles Clark, *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin*, Cambridge University Press, 1883 (reprinted 1980), p. 198.

〔11〕 参见李火斤：《法形论》，公慎书局 1922 年版。

〔12〕 吴学义：《法学纲要》，中华书局 1935 年版，第 30 页。

〔13〕 邱汉平：《法学通论》，商务印书馆 1935 年版，第 95 页。

〔14〕 欧阳（奚谷）：《法学通论》，上海法学编译社 1947 年版，第 140 页。

规则之材料”。<sup>[15]</sup> 李达（李鹤鸣）翻译了穗积重远的《法理学大纲》，该书第 11 章将现实法与自然法、固有法与继承法、法律之渊源、习惯法、判例法、成文法和法典等均作为“法律之形式”。<sup>[16]</sup> 此外，三涿者信三的《近世法学通论》由上海民智书局于 1930 年出版。二是英美等学者的著作。如雷沛鸿翻译了当时美国法学家滂恩（庞德）的部分著作，以《法学肆言》的书名出版。该书认为法律渊源是“方法及主事，由之法律得以成立而滋生不已”。<sup>[17]</sup> 不管是法律渊源、法的渊源还是法源，作为外来词汇，它们都指向了西方法律文化。所以，考察中文“法律渊源”一词的源流，必须深入西方的文化背景中。

“法律渊源”一词，从语言学上看，在民法法系国家，如法国、德国、意大利和西班牙，有诸如 *sources du droit*、*rechtsquellen*、*fonti del diritto* 和 *fuentes del derecho* 的表达；在英美法系国家，上述表达类似于 *source of law*。*source* 在法语和英语中，*quelle* 在德语中，以及 *fonte* 和 *fuelle* 在意大利语和卡斯提尔语中，意味着“水流的起源”。*source* 在法语中和在英语中相似，来源于法语的 *sourdre*，意思是出现、涌出或者喷出，而法语的 *sourdre* 来源于拉丁语 *surgere*（出现的意思）。*quelle* 来源于古德地高语 *quellan* 或 *quaellan*，意思也是出现或者涌出。意大利语 *fonte* 和卡斯提尔语 *fuelle* 来源于拉丁语 *fons*，古人将之与 *fundere* 联系起来，意思同样是出现。<sup>[18]</sup> 虽然 *source* 或者 *fons* 作为个体单词的意思比较明确，但是组成诸如 *source of law*、*sources du droit*、*rechtsquellen*、*fonti del diritto* 和 *fuentes del derecho* 的表达却依然意思模糊，否则也不会出现法律渊源词义的混乱局面。

法国学者雅克·盖斯旦认为：“通常人们将‘法的渊源’这一表述的起源归于西塞罗，他当时使用的是‘*fons juris*’这个词。”<sup>[19]</sup> 雅克·盖斯旦并没有进一步指出西塞罗到底是在什么意义上使用“*fons juris*”一词。目前在西塞罗的中文作品中能够看到的是西塞罗在《国家篇 法律篇》中的一句话：“在我们的全部对话中我的意图是，尽我所能，联系我们谈话将涉及的每一部门法来研究我们的市民法的相应分类；但我的讨论将只限于指明这种划分的每一部门法的渊源。”<sup>[20]</sup> 在这里，西塞罗所使用的是“部门法的渊源”，联系《法律篇》全文可以明确，西塞罗所指的“部门法”实际上是指与市民法相关的利益、祭祀、特权等问题所带来的部门法的划分。在西塞罗看来，确定了部门法的渊源就是确立一种“基本原则”，根据这种基本原则，可以“了解与任何可能出现的陌生案件和棘手问题有关的具体法律”。<sup>[21]</sup> 这种理解使得“渊源”的概念具有一定的司法适用意义。不过，西塞罗的“法律渊源”的概念还不甚明晰，仍然需要在古罗马的“*fons juris*”寻找含义，甚至还需要从更古老的古希腊文化中去寻找类似的观念，挖掘破解法律渊源概念的历史文化密码。

### 三、法律渊源的概念流变

#### （一）古希腊没有法律渊源概念

在古希腊文献中并没有发现将法律渊源当作一个具有独立内涵概念的情况，而只有在“法律渊源于某某”的意义上使用这个词语，如古希腊人经常认为“法律渊源于自然”，以此阐述法律

[15] [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。

[16] [日] 穗积重远：《法理学大纲》，李鹤鸣译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 114 页以下。

[17] [美] 滂恩：《法学肆言》，雷沛鸿译，商务印书馆 1930 年版，第 95 页。

[18] See Enrico Pattaro, *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality That Ought to Be*, Springer, 2005, p. 43.

[19] [法] 雅克·盖斯旦等：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社 2004 年版，第 187 页。

[20] [古罗马] 西塞罗：《国家篇 法律篇》，沈叔平、苏立译，商务印书馆 1999 年版，第 210 页。

[21] 同上书，第 210 页。

的产生。这样的认识结论与当时古希腊人的思维方式密切相连。古希腊人将自然界视为力量之源，是人类行为规范的渊源。古老的自然法就是这种思维逻辑的产物。自然法学家们都深信宇宙中有一种普遍的力量。他们宣扬正义、法律等都渊源于自然，是自然理性的产物。如古希腊早期的哲学家赫拉克利特认为，“人类的一切法律都因那唯一的神的法律而存。神的法律从心所欲地支配一切，超过一切”。〔22〕被尊称为西方“文化圣人”的柏拉图和亚里士多德都是自然法的主要提倡者。斯多葛学派也把自然的观念置于他们哲学体系的核心位置，并将自然当作法律起源之所，把世界万物的起源都归于自然。

需要考虑的是，早期的自然法学派所讨论的“法律渊源于自然”与今天所讨论的法律渊源这一概念到底是一种什么样的关系。首先，自然法学家们所讨论的“法律渊源于自然”之类的问题实际上就是今天所讲的法律的起源。其次，自然法学家们所讨论的“法律渊源于自然”主要是为法律（制定法）寻找合法性。一方面，法律（制定法）对于规范人的生活是必要的，因为法律是自然秩序在人间的反映，另一方面，国家制定的法律必须符合某种价值理念，并接受其检验，否则为不合法。从这两点出发，古代所讲的“法律渊源于自然”变成了一种衡量标准，即自然不仅是法律的发源地，也是“标准”和“准则”的发源地。最后，自然法学家们所讨论的“法律渊源于自然”实际上也是强调法律的效力来源，即符合自然公正的法律才具有效力，隐含了法律之上还有“法”的基本原则。由此可见，自然法学派所讨论的“法律渊源于自然”与今天所讨论的法律渊源还存在很大差别。那么，为什么古希腊没有诞生出现代所争论的“法律渊源”概念？这要从古希腊时期的法律生活中去寻找缘由。

从制度上看，古希腊是民主立法和民主司法的时代，民众的参与使得法律生活变成了大众民主生活，法律职业化没有出现。公民都是立法或司法的参与者，他们来自各行各业，既有手工业者，也有农民，还有贵族。凡是有公民资格的人都能够参与到立法中，也能够参与到司法审判中。就立法来说，立法是政治家的工作，而不是职业立法家的工作，因此与法律技术相关的概念诞生与否并不重要。顾准在考察希腊政治时指出，古希腊是自给自足和闭关主义的城邦，城邦公民集团“轮番为治”，使得必须发展出一套国家法和私法，促使城邦变成所谓的“宪政国家”或“法治国家”。“所以，它必须有规章，要按规章治理。同时，城邦既然是自给的和闭关的，它也必须要有各种法律来保障这种自给的和闭关的生活，这就是说，城邦要有关于公民资格、公民的权利与义务的法律，要有行政机构、议事机构和法庭的选任、组织、权限、责任的法律，这些是国家法，即宪法……于是政治和法律两者密切相关，甚至在某种程度上是同义语……‘立法者’是政治家，而不是法典的技术性的编纂者。”〔23〕也就是说，古希腊的哲学家们已经解决了“法律渊源于自然”的理论问题，立法者们只需要按照自然的规律去发现法律就可以了。在实际立法中，古希腊法律是由公民通过议事会来制定，而且通过的法律大多是已有的习惯。更为重要的是，古希腊从来就没有承认过立法是获取法律的唯一途径。可见，在立法生活中，古希腊人没有考虑“法律渊源”概念，是因为他们不需要这个概念。

从司法来看，古希腊主要城邦（如雅典）实行的是陪审团制，司法说理尚未成型。当时，法庭的审判官人数为六千，由公民抽签选出，雅典人民共有十族，每族选六百人。审判时，审判官出席人数自四五百以至上千不等。出席若是偶数，就要另加一人使成奇数，以免投票不能表决。法官是平民化的，他们所要做的只是根据自己的判断举手表决，而不会认真思考为什么要“举手”。从这个司法程序可以看出，古希腊的审判制度是集体制的，即只需要对所审判之事投票表

〔22〕 北京大学哲学系编译：《古希腊罗马哲学》，商务印书馆1961年版，第29页。

〔23〕 顾准：《顾准文集》，贵州人民出版社1994年版，第80页。

决出一个结果，而不需要撰写判决书，更不需要说明理由。这意味着，根据大多数民众的喜好可以做出法律决定。即使再复杂、再模糊的法律，也不需要有人来解释，只需要有审判大会的表决。在这种司法制度体系中，法官断案不需要区别法律、习惯、良心或者其它依据，更不追问依据的合法性或者合理性，司法实践亦不需要“法律渊源”概念。

法律生活没有职业化，职业的法学家和法律家团体没有形成，民众凭自己的热情参与法律生活。直接民主让民众参与法律生活，法律方法的缺场使法律渊源概念在古希腊没有产生的土壤。

## （二）罗马法中 fons juris 的内涵与意义

尽管古希腊时期的法律生活丰富多彩，但是法律方法并不发达。只有当法律生活的发展对法律方法提出更高要求的时候，法学才会兴盛。在罗马法时代，法学发展到了较为精细的程度，各种流传至今的概念在罗马法上已经能够发现最早的起源，“法律渊源”在罗马法上也得到了应用。

### 1. fons juris 中的 fons

在希腊神话中，Fons 是雅努斯的儿子，被尊为泉神。《牛津拉丁文词典》指出，fons 与 fontes 意义一致，所以有些学者将 fons juris 也写成 fontes juris。该词典对 fons 有四种解释：（1）从泉水中流出来的水流；（2）泉神或者特定的泉水；（3）一条河的最初源头；（4）渊源、起源等。<sup>[24]</sup>

在法学意义上，按照《罗马法百科词典》的解释：“fons，水的源头（例如 caput aquae）。当他人有权（地役权，参见 servitus aquae haustus）自邻人财产上的水源取水，或者他人有权在该财产上牧牛时，它就会成为一个与法律相关的问题。另外，物主有禁止他人阻碍维护或者清洁泉水的（权利）（参见 interdicta de fonte, interdicta de reficiendo）。”<sup>[25]</sup> 根据该词典，“caput aquae，水发源（aqua nascitur）的地方。它是水的源泉或者河流、湖泊之水的最初来源。导水役权（servitus aquae haustus）可能由任何水源组成。”interdicta de fonte，是用来保护取水的地役权。interdicta de reficiendo，指“在邻居之间存在着与地役权相关联的特定情况下所存在着的禁令。为了（通路，通行，借道）行使地役权而使用邻人的土地，经常存在进入其土地的可能性，以及需要修补这条道路（如果物主没有打算这样做的话）。为了保护权利人的权利提出了‘修复禁令’，例如恢复通行令状……所有的这些禁令是禁止性的，由行政长官颁发，向阻止原告做任何必要工作的任何人发布”。servitus aquae haustus，指从位于其他人的财产上的水源、池塘、泉水处获取水的权利。这种地役权意味着可以免费进入发源地。adpulsus pecoris ad aquam，指驱使某人的牲畜通过另一个人的（邻居的）财产获取水的权利。该种权利与某种保证牲畜安全到达水源处的乡村地役权紧密相连。<sup>[26]</sup> 可见，《罗马法百科词典》对 fons 的解释带有循环解释的性质，它从 aquae 绕到 servitus aquae haustus，再到 interdicta de fonte，最后又回到 aquae。

从上面《牛津拉丁文词典》和《罗马法百科词典》的解释来看，至少可以明白以下两点。

第一，fons 是河流的源头，这是其最初和最本源的含义。然而 fons 毕竟不是地理学意义上的概念，按照奥斯丁的说法，“法律渊源”是一个隐喻性意义极强的概念，这意味着既不能完全脱离 fons 的最初语境，也需要思考 fons 可能的隐含意义，还需要结合 juris 一词进行讨论。此外，即使法学概念 fons juris 的 fons 是指从源头追寻 juris，也不能认为 fons 像长江黄河一样有很多支流成为其源头，fons 这个词语本身就概括了 juris 所有的源头，即是一种抽象化了的概念。可以说，fons 实际上表示了一种集合性的意义，就好比数学中的集合，根据某个规则，将许多具有相似性的东西放到一个“集”中，然后根据需要在这个集中寻找更具有针对性的部分。

[24] P. G. W. Glare, *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, 1968, p. 720.

[25][26] Adole Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p. 1637.

第二, fons 具有法学上的含义, 与地役权或者相邻权的概念紧密相连, 是允许行人或者牲畜经过某人土地的权利。fons 是一个可以“经过”的地方, 通过对这种“经过”行为的处置, 实现某种合法目的, 或达到某种法律要求的行为。因此, fons 是主体(行为人)通过客体(在《罗马法百科词典》的解释中表现为水源或土地)实现某个法律目的的行为。扩展一下, fons 还表达了主体行为的某种许可, 即许可非直接所有权人有权在某个资源(如水资源)丰富的地方使用该资源。也就是说, 主体为了能够实现某种目的, 可以合法使用相应的资源或者借用相关资源, 达到资源优化的目的。

## 2. fons juris 中的 jus (ius)

鉴于古罗马中没有“J”这个字母, 我们所用的 juris 实际上是 iuris, 是 ius 的形容词。ius 有多重含义。在罗马法中, 市民法概念是用 ius civile 来表达的, 其他的诸如自然法用“ius naturale”来表达, 万民法用 ius gentium 来表达。在这里, ius 是指法律。但是, 在罗马法中, 也有一些值得注意的表述方法, 如直接所有权用 ius domini directi 来表达, 用益所有权用 ius domini utilis 来表达, 准所有权用 ius quasi domini 来表达。这说明 ius 还有客观意义上的权利的意思。<sup>[27]</sup> 罗马法学家保罗在《学说汇纂》中有一句话: “ius 有多种说法。一种是人们把任何时候都公正和善良的事物称为 ius, 比如人们说自然法; 另一种说法是指某个城邦的所有人或多数人有利益的事物, 如人们讲的市民法。在我们的城邦, ‘荣誉法’也不无理由地被称为 ius。裁判官是在执掌 ius, 即使当他做不公正的裁判时人们也这样说。当然这里指的是裁判官应该如何裁决, 而不是他已经如何裁决。从另一个意义上讲, ius 这个词指执法的地点, 其依据来自于人们在执法地所做的事。我们可以用此说法确定这个地点: 无论裁判官决定在什么地方执法, 只要他们保持自己权力的尊严并遵守祖先的习俗, 这个地点都有理由被称为 ius。”<sup>[28]</sup> 这大体概括出了 ius 的含义。

fons juris 中的 ius 是何种意义上的法律? 这需要通过和 lex 的比较考察得出结论。在《法学总论》第一卷中, 查士丁尼提出法律(ius)分为公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体, 私法则涉及个人利益。私法由自然法、万民法和市民法的基本原则所构成。同时, 查士丁尼还指出, 法律可以分为成文法和不成文法, 关于什么是成文法和不成文法, 查士丁尼有过论述, 原文是: “Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: των νομων οι μεν εγγραφοι, οι δε αγραφοι. Scriptum ius est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium.” “Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.” 张企泰先生将这段话翻译为: “我们的法律或是成文的, 或是不成文的, 正如希腊的法律, 有些是成文的, 有些是不成文的。成文法包括法律、平民决议、元老院决议、皇帝的法令、长官的告示和法学家的解答”, “不成文法是习惯确立的法律, 因为古老的习惯经人们加以沿用的同意而获得效力, 就等于法律”。<sup>[29]</sup> 从原文来看, 《法学总论》中“成文法”用的是 constat autem ius, “不成文法”用的是 ex non scripto ius, 而“成文法包括法律……”这句话中“法律”用的是 lex。这意味着, 张企泰先生在翻译《法学总论》一书时没有将 ius 和 lex 区别使用。在徐国栋教授所著的《尤士丁尼〈法学阶梯〉评注》一书中, 对上述段落的翻译大相径庭: “我们的法要么是成文的, 要么是不成文的,

[27] 当然, 这个时候的权利观念并未诞生, 只能说产生了权利的萌芽。庞德说: “在罗马法中, 也没有明确的权利分类或权利概念。”参见 [美] 罗斯科·庞德: 《通过法律的社会控制 法律的任务》, 沈宗灵等译, 商务印书馆 1984 年版, 第 44 页。

[28] [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编: 《民法大全选译·正义和法》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 40 页。

[29] [古罗马] 查士丁尼: 《法学总论—法学阶梯》, 张企泰译, 商务印书馆 1989 年版, 第 7 页, 第 11 页。

如同在希腊人那里，法律中有些是成文的，有些是不成文的。成文法是法律、平民会议决议、元老院决议、元首的命令、长官的告示以及有学问者的解答，“不成文法来自习俗确认的规范。事实上，经使用者的同意确认的持久的习惯，扮演好了法律的角色”。<sup>[30]</sup>在这里，成文法才是法律，并且不包括裁判官法，*ius* 和 *lex* 被区别使用。同样，在黄风翻译的朱塞佩·格罗索所著的《罗马法史》中，*ius* 被翻译成“法”，*lex* 被翻译成“法律”。

排除语言翻译时无法找到对应词的可能性，如果一定要区别“法”和“法律”这两个词的话，笔者认为 *fons juris* 中的 *ius* 翻译成“法”确实合适些，而 *lex* 可以对应翻译为“法律”。在这样的意义上，古罗马已经产生了严格意义上的“法律”概念，《法学总论》中对这个严格意义上的法律作了较为清晰的界定，即“法律是罗马人民根据元老院长官例如执政官的提议制定的”。<sup>[31]</sup>这样，“法律”的效力以“法”的存在为前提条件，因而它不可能直接地变通或修改“法”。当它对“法”产生渗透作用时，如果打算修改或者禁止“法”的后果，它只能设立某些手段，以抵消已有效力的结果。<sup>[32]</sup>当罗马人使用 *fons juris* 时，就已经比较明确地表示 *fons juris* 之法要与 *lex* 有所区别，甚至还可能存在着 *ius* 包含 *lex* 的原初意图在其中。周相先生也说：“‘*ius*’和‘*lex*’相对称。‘*ius*’的意义比较广泛，是指普遍适用的一切法律规范；而‘*lex*’的含义则较窄，是专指由立法机关制定的法律，如贵族大会、军伍大会和地区大会所通过的法律。”<sup>[33]</sup>在古罗马时代，多元化的法律已经存在，不管是成文的法，还是作为不成文法的习惯，均进入了罗马法的视野。

### 3. *fons juris*

为什么 *fons juris* 中用的是 *ius* 而不是 *lex* 呢？学界有一种观点认为，我们所谈论的法律渊源应该是指实在法的渊源，如朱塞佩·格罗索说，“当人们一般地谈到法的渊源时，他们所想讲的正是这些实在法的渊源”。<sup>[34]</sup>然而，如果 *fons juris* 被理解为“实在法的渊源”应该用“*lex*”比较适当，“法律渊源”偏偏用了 *fons juris*。

在罗马法中，不仅有严格意义上的法律（制定法、平民决议、元老院决议、皇帝的法令），长官的告示、法学家的解答和习惯等也具有法律效力。后人将这些理解为法律渊源，意大利的朱塞佩·格罗索和彼得罗·彭梵得，英国的巴里·尼古拉斯，我国的周相都是从这个意义上来使用的。这些学者共同使用法律渊源来概括那些能够被司法适用的各种规范，绝对不是偶然的。如果说制定法（在古罗马包括法律、平民决议、元老院决议和皇帝的法令）是法律渊源，是因为它们原本属于 *lex* 使然——它们本身具有法律效力而成为法律渊源，说长官的告示、法学家的解答等是法律渊源，是因为《法学总论》明白地规定它们具有法律效力而成为法律渊源，那么习惯等之所以是法律渊源，又是为什么呢？我们从 *fons juris* 在古罗马的实践出发尝试作出解释。

第一，有关 *fons juris* 的适用主体问题。

古罗马法典中有一句话值得细细品味：“众所周知，在每个案件中，如果财产所有者基于皇帝颁布的法令或者法官的判决而被起诉，且当事人缺席，那么，应当向当事人的代理人或律师送达通知，以避免任何由法律渊源造成的损害。”<sup>[35]</sup>为什么法律渊源会造成损害呢？这需要联系 *ius* 包含的“执法地点”意思来理解。按照保罗在《学说汇纂》中的话说，*ius* 作为“执法地点”

[30] 徐国栋：《尤士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，第41页以下。

[31] 前引〔29〕，查士丁尼书，第7页。

[32] [意]朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1991年版，第108页。

[33] 周相：《罗马法原论》，商务印书馆出版1994年版，第88页。

[34] [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，第12页。

[35] See S. P. Scott, *The Civil Law*, XIV, Book VIII, Cincinnati, 1932, [http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/Anglica/CJ8\\_Scott.gr.htm#4](http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/Anglica/CJ8_Scott.gr.htm#4), 访问日期：2012年11月18日。

理解时,“其依据来自于人们在执法地所做的事”。先明白一下什么是“执法”。朱塞佩·格罗索介绍:“在治权的内容中也包括所谓的司法权,即法官对私人争议的干预(国家主权的体现),这种干预凌驾于自救行为之上,也就是说,它强令按照一定的方针解决争议,这种做法的发展表现为诉讼采取强制性仲裁的方式进行。”〔36〕从这里可以看出,古罗马所讲的执法是法官(实质上是法官)运用法律对私人争议的干预。也就是说,在罗马法时代,司法权干预纠纷已经成为国家主权的一种表现形式,并为满足纠纷解决需要而行使司法权的要求设立了专门的法官(裁判官)。

当执法行为实为司法行为,就需要法官在自己的管辖地按照“ius”来处理人们的争议和纠纷。在司法中,原告提出诉讼,“须有法律规定的诉权作为诉讼的根据,法律按各种权利的性质分别规定应履行的方式和诉权。凡法律没有规定的,纵然其正当利益受到侵害,法官亦无权受理。反之,法官亦不得拒绝受理。所谓法律规定的诉权,最初仅限于市民法有规定的,后扩展为包括大法官法上的诉权”。〔37〕在诉讼提起之时,寻找支持起诉的依据是当事人及其代理人的事情,但是在诉讼正式启动之后,寻找或发现作为裁判依据的“jus”的行为是由法官作出的。可见,在 fons 中寻找或发现作为裁判依据的 jus 的主体是法官。

第二,法官寻找或发现 jus 的目的。

我们在对“jus”进行学术考古的时候,就明确过它包含了“公正而善良的事物”。古罗马人继承了古希腊自然法学家们的思想,认为“法学是关于神事和人事的知识;是关于正义和非正义的科学”。〔38〕也有一些古罗马法学家指出,“法律是善良公正的艺术”。罗马法对正义的要求是“正直生活,不害他人,各得其所”。但是,在这个方面古希腊和古罗马之间还存在一定的差别。庞德曾经认为,古希腊人在解决争端或者在解决相互冲突的要求时,往往是从正义或者不正义的角度考虑。在古希腊人那里,争议的解决是否符合正义的要求是问题能否解决的关键和核心依据,没有这种依据就无法为纠纷解决提出标准。庞德说:“希腊人在当时所考虑的是事情的症结,即在人们互相冲突和重迭的要求之间,什么是正当的或正义的……希腊人并没有明显的权利观念。他们讲到正义和用于特定场合的正当行为。他们所考虑的毋宁说是一种确定的或法律上被承认的道德义务。”〔39〕

古希腊人所考虑的“正当”观念被古罗马人传承了下来,但“罗马人却以法律,即政治组织社会的强力的系统适用,来支持凡是正当的或正义的事情,而这就引到权利的观念上来了”。〔40〕古罗马人把“正当”观念引入 jus 中,在众多的“jus”中,法官考虑选择何种具体的规范作为裁判依据或者作为裁判理由才为“正当”。按保罗在《学会汇纂》中所说,“ius”还有第三种含义,即指“关系”。关系可以体现在家庭当中,还可以大而言之到整个社会。这意味着一切社会关系可以通过法律来规范,法律渊源理论就应该将 ius 的这种规范效应发挥出来。一切社会关系都处于法律的可能控制当中,都可以由法律来维系。法律渊源理论的正当性内涵,就是在法律的实践中维护这种社会关系的正当性,使法律成为首要的规范手段,使国家治权在社会纠纷解决中具有最高的效力。因此,法官寻找或者发现 jus 的基本目的,就是要找到解决案件纠纷的正当依据,这个依据的来源就是被法官认定能够作为裁判依据和裁判理由的“jus”所构成的渊源体系。

〔36〕 前引〔32〕,格罗索书,第155页。

〔37〕 前引〔33〕,周栢书,第932页。

〔38〕 前引〔29〕,查士丁尼书,第5页。

〔39〕 前引〔27〕,庞德书,第44页。

〔40〕 同上书,第44页。

由此可见，习惯等规范并不天然具有法律效力，但是如果具体的习惯被法官适用在案件中，则产生了相应的效力。这就解释了习惯为什么不是法律却是法律渊源，从而也揭示了古罗马对法律渊源和法律之区分的认知，而真正将二者区分开来的语境不是立法上的强制性界定，而是司法语境中的具体适用。

#### 4. fons juris 在古罗马法中的意义

在古罗马后期，特别是在查士丁尼统治时期，并不是所有可以适用于司法案件的规范都是法律，但是习惯等规范确实又具有司法实践意义，所以，那时候的人们就干脆用法律渊源来指所有能够在司法实践当中适用的裁判规范。由此可见，fons juris 在古罗马法中包括了两层意思：一是法律渊源概括了古罗马法官在司法裁判过程中可以适用的规范；二是法律渊源既是对国家制定法效力的肯定，也是对制定法以外能成为法官纠纷解决依据的规范具有司法适用价值的认可。

从第一个层面来看，在古罗马时期，各种不同的政治权威或者社会权威在自己的权限范围内创造出了属于自己的规范，如国家制定出法律规范，宗教团体制定出宗教规范，人们在日常生活中也逐渐发展出风俗习惯等规范。在社会控制和管理中，能够适用于人类生活的行为规范多元化，这些规范之间不仅需要同步共存，更重要的是，各种各样的规范之间甚至还存在竞争。但是，各种规范之间的力量在那时候大体上处于平衡状态，即使是国家制定出来的法律，也还比较尊重其他团体的规范。这就是《法学总论》为什么要区分成文法和不成文法，又为什么不厌其烦地指出哪些是成文法哪些是不成文法的基本原因所在。在这样的背景下，法律渊源概念适时而生，成为概括哪些规则可以成为法官裁判依据和裁判理由的基本法律概念。

从第二个层面来看，法律既然由国家制定，那么其必然具有其他规范难以替代的地位，因而其效力也必然会首先被国家所肯定。但是，多元规范的并存，不可能由于国家的存在而在一夜之间灰飞烟灭，有些规范甚至还在古罗马之后的历史中散发顽强的生命力（如宗教规范），国家不得不承认这些规范同法律一样具有约束力，能够作为纠纷解决的依据。这实际上是对既有规范的一种妥协，这种妥协就通过法律渊源理论的总结性体现出来，使之能够在法律渊源理论中形成一种自洽的规范适用理论。

在古代世界当中，习惯等不成文法一度是社会纠纷解决的主要依据，为什么到了古罗马却出现了必须由法律来规定习惯可以作为“法”并进入法律渊源呢？笔者以为，原因主要在于以下几个方面。

第一，随着国家观念的兴起，统治阶层将法律作为治理工具的观念与日俱增。在罗马共和制出现之前，其与古希腊一样，也是由众多城邦组成。本质上，各个城邦不过是自治组织，尽管有自己的军队、法庭等机关，自治管理是城邦制度的基本特点，但是与古希腊城邦制度不同的是，古罗马早期的城邦制度以君王制的形式出现，这就是罗马早期的“王政时代”。早期的罗马社会是习惯法时代，习惯、宗教规范和道德习惯是这个时代的主要规范形式。几百年之后，古罗马社会进入共和时代，此时代以制定《十二表法》为主要标志，制定法逐步增多，长官谕令和法学家解释也成为法律渊源。进入基督纪元之后，特别是在2世纪，“罗马帝国据有世上最富饶美好的区域，掌握人类最进步发达的文明。自古以来声名不坠而且纪律严明的勇士，防卫疆域辽阔的边界。法律和习俗虽然温和，却能发挥巨大的影响力，逐渐将各行省融合成为整体。享受太平岁月的居民尽情挥霍先人遗留的财富和荣光，共和体制的形象，从外表看来受到尊敬和推崇，国家主权似乎仍旧掌握在元老院手中，实际上执政治国大权则已全部授给皇帝”。<sup>[41]</sup>此时的法律渊源种类增多，法律、习惯、法学家解释等多元化的规范已经并存。但是，随着罗马帝国的建立和

[41] [英] 爱德华·吉本：《罗马帝国衰亡论》第1卷，席代岳译，吉林出版集团有限责任公司2008年版，第1页。

强大,集权制君主的出现,立法者所掌握的立法权也逐渐增大,国家的统治阶层不再满足于让国家的人民自我创造规范,于是法律规范开始登上舞台,并逐渐变成国家的主要规范。

第二,宗教团体开始兴盛,宗教规范开始在人们的日常生活中发挥重要作用。梅特兰说,早期的罗马时代是一个“危机四伏”的年代。一些宗教团体以及非墨守成规的圣会,“正在以一种不祥的速度迅速地发展‘法’——内部法”。〔42〕在梅特兰看来,这种“法”具有两重性:一方面,这些内部法后来确实发展成了法律,但是另一方面,它们却又是非法之法,因为这些团体怀有一些非法的目的。也就是说,国家作为立法者的形象在古罗马已经开始出现并逐步确立其统治地位,然而与古希腊早期迷信自然的观念大相径庭的是,古罗马时期的宗教团体已经开始逐步壮大起来,不仅组建了自己的组织,而且公开宣扬自己的理念和观点,并对参加教会的人进行宗教规范的洗礼,凡是不符合本教派规范的人都会给予一定的惩罚,如不允许参加教会活动,不允许参加祈祷等。梅特兰说,在宗教团体内部,“它们正在发展形成一种系统的宪章或组织法,这些法规给每个圣会的掌门人多方面的权力。它们还逐渐制定出一种惩罚性的法律体系;违法者可能遭到排斥而无法参加任何宗教典礼,甚至被剥夺与信徒们在一切世俗层面进行沟通的权利”。〔43〕久而久之,宗教规范也逐步在法律渊源中占据一席之地,逐步为宗教人士所掌握适用,世俗法官能够适用的规范范围也逐步缩小。

当然,还有一些其他原因也在不同程度地影响法律渊源的发展,如法学家的活动一直在古罗马经久不衰,使得五大著名法学家的解释具有法律渊源地位。整体来看,由于上述原因的存在,制定法想成为规范适用的首要权威,但是却又阻止不了其他规范发生实际的效力,它不会被视为唯一的裁判规范来源,于是法律渊源就开始成为集合能够当做裁判规范的所有规范的整合性概念。

### (三) 法律渊源概念在中世纪的实践

法律渊源体系的形成既有立法的创制,也有法官的推动,“法律渊源”本身是一个实践性很强的概念。这在西欧中世纪表现得非常明显。甚至可以说,在那个时候,没有足够的学术文献表明当时有比较发达的法律渊源理论,但是却有着丰富的法律渊源实践。西欧中世纪时期的法律渊源实践伴随着西方法律传统的成长而发展,糅合了民众的需求、法官的智慧和立法的力量。

西欧中世纪是一个比较特殊的时期,特殊之处在于它既是基督教繁荣之时,也是西欧法律传统形成之时。在伯尔曼看来,西方法律传统形成的特点是,各种法律体系融为一体,形成了较为庞大的法律渊源体系。“法律渊源不仅包括立法者的意志,而且包括公众的理性和良心,以及他们的习俗和惯例。这并不是流行的法律观点。但这决不与传统观点相悖:不久前人们还习惯于讲法律有四种渊源,即立法、判例、衡平法和习惯。”〔44〕在立法和判例不多的年代,法官们所能获取的法律渊源最多的就是衡平法和习惯。这意味着,法律渊源并不只是立法者创制的法律,法律渊源的概念也不必像今天一些人所说是“法律形成的材料或者资源”。伯尔曼敏锐地发现,“在西方法律传统的形成时代,立法和判例远不像后来几个世纪那样多。大量的法律是来自根据衡平法(限定为理性和良心)予以检验的习惯。必须承认,如果想相信和接受关于这种西方法律传统的历史,就须像看待制定法和司法判决一样看待习惯和衡平法。”〔45〕伯尔曼的考察仅仅着眼于传统西方法律体系的形成,并没有详细论证习惯等作为法律渊源的意义。这个工作由爱德华·甄克斯完成。甄克斯的名著《中世纪的法律与政治》开篇两章都在考察“法律渊源”,并表明对

〔42〕 [英] 梅特兰等:《欧陆法律史概括:事件,渊源,人物及运动》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第3页。

〔43〕 同上书,第4页。

〔44〕 [美] 哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

〔45〕 同上书,第13页。

实证法学派所持“法律”定义的反感。奥斯丁说法律是“国家的命令”，甄克斯却认为法律只不过是“约束人们日常行为的一种控制力量”。<sup>[46]</sup>甄克斯的考察结果是，条顿法、蛮族法、封建法、教会法、商人法以及教科书、习惯法的汇编（包括习惯）等都是法律渊源。甄克斯的考察还表明，中世纪时期，西欧国家宣布的许多法律都来自于习惯，习惯是“忠实的向导，是法律中已经暴露出的部分”，<sup>[47]</sup>即使那些没有进入法律的习惯，依然是法律渊源。

如果伯尔曼和甄克斯的考察代表了西方学者对法律渊源认识的正确思路，那么为什么伯尔曼和甄克斯所指称的那些是法律渊源？它们在何种意义上是法律渊源？是因为封建法、教会法、商人法等本身是严格意义上的法律而被认为是法律渊源，还是因为人们认为其具有约束力而是法律渊源？尽管伯尔曼和甄克斯并没有明确地对“法律渊源是什么”表态，但是从他们对西方中世纪的法律渊源的考察可以得知，他们已经意识到纯粹从严格意义上来谈法律不可取，相反，需要通过法律渊源概念来使其他规范纳入法官的司法视野。这就是伯尔曼和甄克斯对中世纪西欧法律渊源的考察意义所在。

当古罗马时代使用 *fons juris* 一词时，主要要求法官站在司法适用之法的立场来看法律渊源，因此“法律渊源”才有法律、平民决议、元老院决议、皇帝的法令、长官的告示和法学家的解答等形式。“法学家的解答”因为能够被适用于司法中而被当做“法律”。从这个意义上讲，说中世纪时期西欧有着法律渊源概念的实践，意指诸如古罗马时期将“法学家的解答”认定为法律渊源的类似行为一直都在实践。也就是说，在中世纪时期，封建法、教会法、商人法等可能并不是严格意义上的法律，而是由法律、判例、习惯等规范按照法律关系构成的“部门法体系”，是在法律生活中成长和发展起来的具有司法适用意义的规范。有意思的是，中世纪时期认定规范的约束力不是依靠国家力量来实现的，而是司法努力和立法努力相结合的结果。如伯尔曼所说：“在 11 世纪后期和 12 世纪早期以前的这个阶段……法律极少是成文的。没有专门的司法制度，没有职业的法律家阶层，也没有专门的法律著作。法律没有被自觉地加以系统化。”<sup>[48]</sup>教会法、商人法、城市法等，都在司法活动、立法活动中全面发展起来。鉴于篇幅的限制，以下仅从商人法的形成过程来论述法律渊源概念在西欧中世纪是如何实践的。

10 世纪或者更早，西欧进入人口增长时期，尽管农业生产获得了长足的发展，但依然不能满足更多人口的就业需求，<sup>[49]</sup>特别是有些城市，本身就建在不毛之地之上，商业也就变成了不可缺少的需求。9 世纪末期，威尼斯商业已经支配了韦罗纳地区。一个世纪以后，威尼斯的商业关系已经扩展到沿海与内地许多地带，例如帕维亚、特雷维佐、维琴察、腊万纳、切泽纳、昂科纳等城市。<sup>[50]</sup>商业发展的结果，是出现了区际贸易和国际贸易需求，跨地区和跨国生意不断兴起，伯尔曼所说的“商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命”的局面开始在西欧出现。<sup>[51]</sup>最初，商人之间的纠纷要按照封建法或者王室法的规则进行诉讼，这样耗时长、诉讼程序复杂，而且，“司法程序中僵化的和传统的形式主义，延误时日，和裁判决斗一样原始的证明方法，免诉宣誓的流弊，全凭偶然性判决的‘神意裁判’等等，对于商人来说是无休止的折磨。他们需要一种比较简便、比较迅速和比较公平的法律”。<sup>[52]</sup>更为重要的是，在地方法体系

[46] [英] 爱德华·甄克斯：《中世纪的法律与政治》，屈文生等译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 2 页。

[47] 前引 [44]，伯尔曼书，第 42 页。

[48] 同上书，第 13 页。

[49] See David Stone, *Decision-Making in Medieval Agriculture*, Oxford University Press, 2005, pp. 3-8.

[50] [美] 亨利·皮朗：《中世纪欧洲经济社会史》，乐文译，上海人民出版社 2001 年版，第 25 页。

[51] 前引 [44]，伯尔曼书，第 415 页。

[52] [比] 皮雷纳：《中世纪的城市：经济和社会史评论》，陈国樑译，商务印书馆 1985 年版，第 82 页。

下,商人的权利往往得不到保护。在这种情形下,商人阶层出于商业利益的需要自发组建了自治协会——商业行会。为了能够在法律上更好地维护商人的利益,“商人阶层通过商业行会的联合和不懈斗争最终向封建主和教会争取到了对商人间贸易纠纷和争议进行处理的独立管辖权”。〔53〕在与地方政府争权过程中,商事法院开始建立。“在此种所谓‘consuiatus mars’之特别法院中,与所有欧洲各国商人法院之情形同,其诉讼程序颇为特别,其与其他中世纪法院所不同者,即诉讼程序之全部概为简易程序,起诉与答辩采不要式主义,证据方法以采书面证据为主;抗辩及防御之范围,采限制主义,不得超过一定之限度。”〔54〕但是,商人法院的法官都不是职业化的法官,在最初阶段,法官们“由衡平观念支配”并“按照良心和公平原则去处理(案件)”。〔55〕他们的衡平观念区别于单纯的基督徒或者道德哲学家以及封建领主或农奴,“所谓的良心和公平只是在一个商人眼中的良心和公平”,〔56〕所以,“判决之基础乃根据衡平观念,而非严格法。而衡平观念之解释,则严格限于商业上之诚信公平;至抗辩及防御之限制,乃不外表示视法律之稳定性与衡平有同等之重要,判决之执行,亦采简易立行之手续,允许上诉之例,殊不多观。由此可知此种特别商事法院之程序,一般皆能收简便迅速之效”。〔57〕法官从良心和正义观念出发断案,而所断之案的规则又变成了商法的习惯。特别是当商事活动发展超出了城市局限,商人变成了西欧具有影响力的阶层力量之后,各主要商业城市的统治当局加快了商事习惯的汇编,如《热那亚习惯》、《法律与习惯》和《习惯全书》之类汇编,乃至集市法院和海事法院的判决案卷都获得了保存,这促进了商人法体系的形成。

从商人法的形成过程来看,它并不全部都是国家的制定法,很大程度上是围绕法官的司法过程建立起来的具有司法约束力的规范体系。在某种意义上说,法官是规范之约束力的认定者,这也意味着法律渊源不是“法律”的表现形式或者材料来源。

#### (四) 法律渊源概念在近代的变异

在古罗马,法律渊源概念还相对比较清晰,但是这种状况在近现代西方法律史上却发生了巨大变化。有关法律渊源概念的理解开始出现了百家争鸣的现象。其中,“法律就是法律渊源”、“法律渊源就是法律形式”的观点开始成为法学界的主流。如果说,罗马法上的法律渊源概念同当时立法的不甚发达紧密联系在一起,那么法律渊源概念在近代西方世界的重大变化,却是由于立法的发达所导致。特别是法律实证主义思潮的出现,严格意义上的法律作为时髦法治观念统治了新时代,法律渊源概念也就成了奥斯丁所说的“无意义”。当然,这种困境的成因不能仅从学者们探讨法学理论的分歧来看,还要深入到理性主义思潮的兴起、近代民族国家的建立以及三权分立制度的形成等因素中去寻找根源。只有深刻地理解法律渊源概念变异的原因,才能够为澄清法律渊源奠定知识基础。

理性主义的兴起,是法律渊源概念在近代发生变异的思想原因。启蒙运动时期思想家们抛弃了思想中的神学因素,用国家代替教会,用人的理性代替神意。理性主义哲学的代表人物笛卡尔主张把一切“放在理性的尺度上校正”,即用理性作为改造一切、判断一切的准绳。理性主义思考的结果是,人们完全可以认识世界,也完全能够掌握世界的真理。这种思潮强调人具有直接与上帝对话的能力,强调人是政治活动和其他活动的中心,更是法治生活的中心。在有关法治的问

〔53〕 郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版,第150页。

〔54〕 [美]孟达·斯密:《欧陆发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社1999年版,第225页。

〔55〕 前引〔44〕,伯尔曼书,第422页以下。

〔56〕 O. F. Robinson. T. D. Fergus, W. M. Gordon, *European Legal History: Sources and Institutions*, London: Butterworths & Co. Ltd. 1994, p. 91.

〔57〕 前引〔54〕,斯密书,第225页。

题上,在理性主义思潮的鼓励下,那种依靠自发力量来发展法律的规律被忽视了。人们认为,人可以依靠自己的理性,制定完美无缺的法律,“相信人类理性的力量足以摹写人类的心思,并转而据此设计出人类行为的完美规则,为人世生活编织恰切法网”。〔58〕立法者们深信,通过运用理性的力量,能够发现一个理想的法律制度,“只要通过理性的努力,法学家们便能塑造出一部作为最高立法智慧而由法官机械地运用的完美无缺的法典。……所有的要求都可由理性独立完成,惟一需要做的是调动起国内最有力的理性,通过运用这一理性获得一部完美的法典,并使那些具有较弱理性的人服从于法典的内容”。〔59〕人们不再关注法院如何适用法律解决纠纷的问题,而将视线集中于如何制定完美的法律,实现法律对各种社会价值和社会关系的有效保护。因此,他们力图系统地规划出自然法的各种规则和原则,并将它们全部纳入一部法典之中。这样,制定法逐渐占据了法律市场的主流,法治变成了根据制定法的统治。

近代资产阶级大革命完成以后,在西欧等区域建立了一批民族国家,从国家政治的意义上实现了区域范围内的大一统,从某种程度上说这是对“社会契约”观念的直接实践。由此,建立在国家基础上的法律思想开始甚嚣尘上,制定法至上观念有了国家保障。近代民族国家的组建,最直接的后果是消除了地方保护主义,并形成了中央集权式(各民主国家只存在集权程度问题,实质差别并不大)的政治体制,如马克思所说,“以建立民族统一(创立民族国家)为任务的第一次法国革命,必须消除一切地方的、疆域的、城市的、省份的独立性”。〔60〕近代民族国家区别于以往的以封建制为主体的中世纪国家。现代民族国家“通过统一的市场、行政管理体制、税收与教育,民族主义打破各种形式的地方主义,方言、习俗与宗族,有利于创建强大有力的民族国家”。〔61〕强大的民族国家,使得其“政治机器既明显区别于统治者,又明显区别于被统治者,在一个划定界限的区域内享有最高管理权,有暴力垄断的支持,并且作为国民对国家最低限度的支持或效忠的结果,这种政治机器享有合法性”。〔62〕民族国家不仅强调国家范围之内的一体性,更强调管理者管理权的最高性。这基本与社会契约论思想相一致。社会契约论将国家直接看成人民权利让渡的结果,在人民所让渡的权力的范围内,形成了国家权力。国家权力以维护社会和公民的福祉为中心,必然有制定法律的权力,有维护社会稳定的权力,有其他能够更好保障人民权利的权力。社会契约思想与现代国家建立之间的紧密联系,注定了国家会成为权力的主导者,并在立法上形成强大的优势。所以,国家会制定越来越多的法律,也会严格执行自己的法律。习惯渐行渐远,宗教规范成为精神领域的柔性规范,原来那种多元化的规范体系被推毁,制定法逐步成为唯一的法律渊源。

三权分立制度在近代民族国家中的实践,为制定法占据法律渊源的统治地位提供了制度保证。同此前的国家形式相比,现代西方民族国家所呈现的制度特点是变革性的。在古罗马法时代,习惯法、法律、元老院的决议、敕令、长官谕令、法学家的解答等都是法律渊源。从当时的法律渊源来看,立法主体多元,国家元首、元老院、某些高级官吏、法学家等等实际上都享有立法权,而习惯实际上也可以说是由人民在日常生活中制定的“法律”,人民也是“立法”的主体。即使到了帝政后期,皇帝的权力大大增加,依然没有改变立法主体多元现象,只是已经出现了明

〔58〕 [德] 萨维尼:《论立法和法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第6页。

〔59〕 [美] 罗斯科·庞德:《法律史解释》,曹玉堂等译,华夏出版社1989年版,第13页。

〔60〕 [德] 马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第409页。

〔61〕 Anthony D. Smith, *Nationalism and Modernism: A Critical Survey of Recent Theories of Nations and Nationalism*, New York: Routledge, 1998, p. 1.

〔62〕 [英] 戴维·赫尔德等:《全球大变革——全球化时代的政治、经济与文化》,杨雪冬等译,社会科学文献出版社2001年版,第62页。

显与前期不同的特征,即法典编纂已经明显加强。这种现象同样存在于中世纪时的西欧。此时,还没有形成现代意义上的大一统国家,民间交往主体也能够形成适用于自身的法律(如商人法),从某种意义上说,其立法主体依然多元。但是到了近代,上述情况出现了重大变化。尽管“朕即国家”的历史已经结束,但是“朕”的权力却在客观上存在着。为了避免权力过分集中,按照现代国家学说,国家权力被概括分为立法权、行政权和司法权,这意味着,国家权力不再是能够从民间生发出来的普通权力,立法行为也被集中为国家立法行为,议会等代议机关变成了代表人民集中行使立法权的机构。当然,议会集中行使立法权的行为不是三权分立制度建立起来以后才有的事情,其实早在西欧中世纪晚期就已经出现了这种现象。如爱德华一世之后,未经议会批准君主不得发布新法令已成为既成事实,<sup>[63]</sup>只不过这种事实在近代三权分立国家中得到了强化而已。立法权的集中行使,也逐渐从过去的立法主体多元化转变成立法主体单一化(尽管许多国家都有多层次的立法主体,但是宏观来看,还是由立法机关来行使立法权)。立法主体越是单一,就越是不存在多元化的法之间竞争的现象。

总之,基于上述原因,在制定法占统治地位的时代,法律渊源不再是法学所需要的方法。法官只需要在法典中寻找法条即可,如法国民法典第5条揭示的法律渊源的这种处境:“此条规定禁止法官对其审理的案件以一般原则性笼统条款进行判决”。<sup>[64]</sup>立法者以为,法官将面临的所有诉讼问题,法典已预先将答案交给他们,法官无论遇到多么复杂的情况,都能在庞大的法典中像查字典一样检索到现成的解决方案,因而这种法典又可称为“决疑式”法典。在他们眼里,人类认识能力的局限性不存在亦不可能存在。<sup>[65]</sup>基于这样的理论,站在立法者的立场来审视所有的法律概念就变成了近代法学家们的主要工作。当自然法学派、历史法学派将法律渊源和法律起源混同时,当分析法学派贬低“法律渊源”概念的时候,特别是当法律渊源与法律形式不分、法律与法律渊源不分时,立法立场的阴霾就种在了“法律渊源”概念当中。

#### 四、法律渊源概念的界定

法律渊源的概念能否得到澄清,不仅关系到该概念能否解决具体实际问题,也关系到法理学科学性、实践性和技术性的彰显。尽管法律渊源概念的多义性影响着人们对该词进一步探讨,但上面的历史考察,已经为拨去罩在法律渊源概念上的重重迷雾和乌云提供了基础。

##### (一) 法律渊源概念界定的语境

罗马法中有关法律渊源的历史表明,法律渊源是为司法适用而产生的,而不是一个立法立场的问题,更不可能等同于法律形式。法律主要表现为法律、行政法规、规章等诸种形式,同时这些不同的法律形式之间存在着效力位阶。很明显,法律渊源并不能直接说明这些法律渊源的表现形式之间存在效力位阶,而只是说法官从何处发现裁判规范。这个问题,克拉克早就在1883年就提出来了。克拉克认为,法律渊源和法律形式中互有一些交叉的内容,法律渊源概念尽管包括了一些法律形式的内容,但是法律形式仅包含了将法律所分成的不同等级的形式,如成文法和判例法等。<sup>[66]</sup>周旺生教授认为:“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。”<sup>[67]</sup>从司法立场讨论法律渊源,就

[63] [英] 安德森:《绝对主义国家的系谱》,刘北成、龚晓庄译,上海人民出版社2000年版,第115页。

[64] 《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第1页。

[65] 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第170页。

[66] 同前引[10],Clark书,第199页以下。

[67] 周旺生:《法律渊源与法律形式界分》,《法制与社会发展》2005年第4期。

会将法律渊源与法律形式区分开来。

从司法立场出发理解法律渊源，必须看到法律渊源本身所包含的规范多元事实，这是澄清法律渊源概念的逻辑起点。从历史来看，伴随人类历史发展所产生的一个不争的事实是，规范多元现象一直都存在于人类生活当中。在人类历史上，最初诞生的规范是习惯，随后是习惯法，最后是成文法。并且，在许多社会结构当中，有关社会控制的方式还有宗教规范、道德规范等形式。这给理解“法律”带来了较多的疑问。直到今天，人们还在争论，习惯是法律吗？站在规范法学的立场来看，习惯和法律存在较大区别。也就是说，如果不从广义上理解“法律”一词，〔68〕那么法律和习惯指向不同的事物。〔69〕在古罗马时期，人们已经认识到这种分殊。在查士丁尼的理解里，法律是罗马人民根据元老院的提议制定的，平民决议是平民根据平民长的提议而制定的，元老院决议是元老院命令的和制定的；不成文法是习惯确立的法律，因为古老的习惯经人们沿用而获得效力，就等于法律。〔70〕可见，自古罗马始，规范的多样性和复杂性就已经是一个现实问题了。关于这一点，现在仍有诸多学者予以肯定。如日本学者千叶正士认为，除了存在国家制定法以外，还有其他规范也可以认为是法律。国家法被正统法学简单地不加任何限制地称作“法”，而当人们发现另外的法律体系与“法”一起起作用，无论它们是相互和谐还是相互冲突，法律多元的概念就出现了。〔71〕法律多元概念在社会学法学学者那里已经获得了较多的认可和使用。〔72〕如果“法律”仅指制定法的话，那么千叶正士所指的法律多元实质是规范多元。在研究法律渊源概念之前，必须正视规范多元这一事实。

要界定法律渊源概念，还必须对“法律”和“渊源”两个词语在法律渊源中的含义有正确理解。从 *fons juris* 的本来意义来看，“法律渊源”中的“法律”是指“司法适用之法”，而不是立法“已立之法”或“将立之法”。如果站在“已立之法”或“将立之法”的视野来看待“法律渊源”的法律，就等于是说要为“已立之法”或“将立之法”寻找来源，而其来源只能是社会生活、国家权威机构或者其他一些概念，这就将法律渊源概念和法律来源等同起来，虚化了法律渊源概念。如果从“司法适用之法”的角度来看待“法律渊源”中的“法律”，就会发现法律渊源概念包含了丰富的法学知识。从司法的视角来看，习惯等后来被认为非正式规范的规范自古老的年代起就能够成为纠纷解决的裁判规范；虽然到了后来，人类开始制定成文法以弥补习惯作为纠纷解决依据的不足，但是对习惯等规范还是比较倚重。*fons juris* 在古罗马的经历告诉我们，当时的立法体制并不发达，包括法学家的解答和习惯等一并纳入法官（执法官）的考量视野，这就意味着法律渊源是用来寻找裁判规范的。这也说明，尽管法官在纠纷解决时具有法定权威或者其

〔68〕 马季佛对广义上的法律作过区分：“广义的法律，在任何地方都是发生效力的。凡有生命的地方，便有生命的普遍有效的法律；并且每一种的生命便有它那一种法律。”〔美〕马季佛：《现代的国家》，胡道维译，商务印书馆 1937 年版，第 232 页以下。

〔69〕 这种区分如亨利·莱维·布律尔所说：“只要对社会生活简单地观察一下就可使我们相信，除了由政权强加的法律规则外，还存在着某些法律规定或至少具有法律效力的规定。过去存在，正在仍然存在一些并非总体社会的组织权限中产生的法律。即有超国家法，也有国家法。”（参见〔法〕亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社 1987 年版，第 22 页）肯尼思·W. 汤普森也说，习惯与法律是不同的，习惯“它并不经过起草、辩论和随后的批准或否决的过程。相反，它缓慢地生长，最终形成一种未经清楚表达的合意，表明某些行为是允许的，某些行为是不允许的，以及某些事是对的，某些事则是错的。人们凭借并遵这种合意自然而然地生活”（参见〔美〕肯尼思·W. 汤普森编：《宪法的政治理论》，张志铭译，三联书店 1997 年版，第 87 页）。

〔70〕 前引〔29〕，查士丁尼书，第 7 页以下。

〔71〕 〔日〕千叶正士：《法律多元——从日本法律文化迈向一般法律理论》，强世功等译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 2 页。

〔72〕 Brian Z. Tamanaha, *A Non-essentialist Version of Legal Pluralism*, 27 J. L. Rev. 296-321 (2000).

他人格权威,但是要想合理化解纠纷,还需要在已有的规范体系中寻找正当的权威依据。只有正当的法律或规范成为法官断案的依据,才能实现纠纷的化解,这就是中世纪时期在西欧国家会兴起商人法、王室法、城市法等多种多样的法律渊源的原因。在近代,制定法大有“一统天下”之势,站在“已立之法”的立场来看,法律渊源就成了法律的表现形式。理解了这一点,就会清楚法律渊源概念混乱的基本原因。

《韦伯斯特法律词典》将 source of law 中的 source 解释为:“(1)根源,起源,由来;(2)提供某种信息、资料。”<sup>[73]</sup>在汉语中,《辞海》对“渊”的解释为:深潭;深,深远;姓。对“渊源”的解释为“本谓水源,也泛指事务的根源”。<sup>[74]</sup>从对“渊源”一词的词义考察来看,“渊源”可以作为资料解,也可以作为“来源”解。因为“渊源”的多义性,法律渊源也就有了“法律的来源”和“法律产生的资料”的多重理解。克拉克认为,法律渊源中的“渊源”只是文物收藏者而不是实践家们的主题。他没有给“渊源”下过一个确定的定义,但认为“渊源”包括成文法和不成文法、法律开始和终结的模式、法律的形式,特别是法律渊源与法律的形式之间存在千丝万缕的联系。<sup>[75]</sup>其实,“法律渊源”一词是在比喻或者是隐喻意义上使用“渊源”的。这样,对“渊源”一词的理解既要坚持其本来的含义,但是又不能完全拘泥于这种含义,应该将其本来含义和比喻含义结合起来使用。如果站在司法的立场,特别是法官适用之法的立场来看“渊源”,则可以将其多种含义联合起来:(1)“渊源”强调的含义是“资料”和“来源”,这实际上给我们理解“法律渊源”一词提供了思路,即“法律渊源”中的“渊源”可以理解为“资料的来源”。当然,这种理解还只是本来意义上的,需要进一步对其进行引申。(2)“渊源”的隐喻含义是指多元化的规范体系。如果法律渊源之法是法官要适用之法,那么其源只能是制定法、判例法、习惯法等当中的某一条或几条规范。这时,“法律渊源”中的“渊源”就变成了司法者适用规范的来源,意味着“渊源”包含了多元规范。

## (二) 作为裁判规范集合的法律渊源

法律渊源是多元规范的集合,法官从中发现裁决案件所需要的裁判规范。对于法律渊源概念的这一界定,有以下几点值得注意。

第一,法律渊源主要是作为一种法律方法应用于法律适用过程中。法律方法是有关法律适用的方法,“它既有正确认识 and 适用既有法律的作用,更指向续造既有法律或发现新法律,以达至一个公正的判断”。法律方法“着力于法律应用,法律应用是一种判断活动,方法与裁判的关系,在逻辑上,方法必须独立于根据普适性规范作出的判断,而判断当通过方法获得,无方法的判断不能免于任意”。<sup>[76]</sup>从这一点来看,司法意义上的法律渊源概念也强调要为法律的适用提供一种方法论意义上的路径。有学者认为:“法律渊源是法律方法运用的逻辑前提,比如在进行法律解释、法律推理时,确定合法的大前提,其在内容上表现为法律渊源;法律渊源又是法律方法运用的产物,当出现法律空缺结构时,为了解决疑难案例,通过法律方法的运用,找到解决问题的答案。”<sup>[77]</sup>实际上,法律渊源不仅是法律方法的前提,还可以成为法律方法的一种。这种方法就是提供裁判规范,即法律渊源为司法者在确定了案件事实之后寻找相关的裁判规范提供了权威出

[73] Merriam Webster, *Merriam Webster's Dictionary of Law*, Incorporated springfield, Massachusetts, p. 461.

[74] 《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第2208页。

[75] 参见前引[10], Clark书,第197页。

[76] 郑永流:《法学方法抑或法律方法》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第6卷,中国政法大学出版社2003年版,第26页。

[77] 任莹瑛、李秀群:《法律渊源的方法论意义》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第6卷,山东人民出版社2006年版,第90页。

处。值得注意的是，法律渊源包含了法律发现的方法，也蕴含了司法适用的原理与基本规则。

第二，法律渊源为法官司法适用提供了权威出处。法律渊源概念的澄清与否，就在于其能否为法律实践解决相应的问题。从法官的角度来看，在一个具体特定的案件中适用什么规范作为裁判依据是一个颇费思量的问题。特别在现代世界，不论是大陆法系国家还是英美法系国家，制定法不断增多，制定法作为法律渊源的优先地位在许多国家都会存在。但是制定法的逻辑体系并没有告诉法官该怎么做，而只能靠法官根据自己对法律的掌握和了解来寻求裁判规范。已有的案例表明，法律不可能是一个完全自足的法律体系，制定法存在漏洞的情况比比皆是，但是纠纷却客观存在，这时候法官就必须寻找裁判案件的权威依据——在制定法中寻找，或者在习惯等其他规范中寻找。

第三，法律渊源是法官发现裁判规范的地方。裁判规范是法官在判决书中为认定事实、适用法律、做出裁断结果的规范依据，以表明裁判的合法性和合理性。裁判规范所意指的是一种司法权威。恩格斯曾经指出，“权威是指把别人的意志强加于我们；另一方面，权威又是以服从为前提的。”<sup>〔78〕</sup>在这里，权威一面需要的是支配力量，而这种支配力量之所以可行，就在于其合法性基础是服从。不管正式权威还是非正式权威，都将能够对人们的行为产生影响，即拉兹所说的，“权威是改变理由的能力”。<sup>〔79〕</sup>在法律渊源概念中，将某个具体规范视为纠纷解决的权威依据，实际上就是给出了一个权威理由来判定为什么用此具体规范裁决案件是正确的。通过权威理由的方式形成裁判规范，一方面可以使法官在寻找裁决依据和进行裁判说理的时候，充分认识到何种规范作为裁判规范是正当合理的，另一方面可以使法官在寻找裁判依据和进行裁判说理的时候，确定比较精确的范围。法律渊源理论通过裁判规范将立法中的法、事实上的法转变成司法中的法，从而凸显出其应有的司法适用意义。

第四，法律渊源是由裁判规范组成的集合。从整体上看，法律渊源是由法官可能在司法中适用的所有裁判规范组成的集合。如果将司法裁断过程看成是法官在众多法律中为案件寻求裁判规范，那么就相当于一个在  $Y=f(x)$  的函数中求解的过程。如果  $x$  未知，但是知其出处，则类似于在  $\{x_1, x_2, x_3, x_4, \dots\}$  中寻求一个恰当的裁判规范，得出裁判结果  $Y$ 。当然，司法裁断过程比解决一个  $Y$  函数要复杂得多。大量人为因素会参与到司法裁判过程，使司法裁判并非为一个真理性、客观性的唯一求解过程，而且司法过程中法官的法律发现是比较复杂的，但是这个函数可以形象表达这个过程。

### （三）几点补充

上述对法律渊源概念的界定，显然是将法律渊源概念还原到了古罗马。这种根据知识考古结论对概念所做的界定可能会面临诸多质疑。

法律渊源概念从古罗马时期流传至今，其内涵和外延之所以发生变化，是为顺应时代潮流，将法律渊源概念的内涵和外延还原到古罗马有违背历史规律之嫌。这种观点确实具有挑战性。某个概念因为时代的变迁，其内涵和外延都发生了相应的变化是可能的。但是这种可能性必须建立在两个条件之上：一是该概念的新含义被人们所认可，或者说形成了最大限度的共识，不存在较为明显的争议，更不应当存在观点相反的争议；二是该概念的含义在新时代能够充分发挥作用，并明确地阐明某种现象或指向某个事物。如“牺牲”一词，在中国法制史上是指“祭祀或者祭拜用品”，但是在现代社会其意义却完全发生了变化，指的是“为坚持信仰而死”。这个词语含义的

〔78〕 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1972年版，第551页。

〔79〕 [英] 约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社2005年版，第16页。

变化,已经完全被人们接受。现代人也很少再用“牺牲”的古代含义,甚至可能还有一些人不知道“牺牲”一词曾是古代法制史上一个重要的术语。由于现在已经不再需要这个词语来表示古代所指称的现象,而且“牺牲”在现代社会的含义也比较清晰,因而也就没必要对该词语做进一步的学术考证,更不需要将“牺牲”的含义还原到古代。显然,法律渊源这个词语则有别于此。首先,从法律渊源这个词语的现有含义来看,不仅众说纷纭,而且作用缺失。法律渊源概念的含义如果真随时代发生了变化,那么应当能够在司法实践当中发生恰当的作用。然而,实际情况恰恰相反。法律渊源的含义非常不清晰,以致其在现代司法中的作用难以凸显。其次,法律渊源的形式在新时期有了较为明显的变化,它从古罗马的多元形式(成文法、不成文法等形式)发展变化到近代的单一形式(制定法形式),但不能将此作为法律渊源的含意在古代和近代发生了明显变化的依据。有一些人看到法律渊源在近代法典化运动过程中被“瘦身”到只有制定法一种形式,而从立法立场的角度来看,制定法又是法律,于是就开始将法律等同于法律渊源,进而等同于法律形式。实际上,近代法典化运动给法律渊源带来的仅仅是法律渊源形式的变化,法律渊源的概念却没有变化。所以,不能认为将法律渊源概念还原到古罗马就是违背了历史发展规律,而应当认为这只是澄清了法律渊源的概念,并寻找到法律渊源概念不能恰如其分地发挥作用的原因。

将法律渊源的概念还原到古罗马,是不是意味着法律渊源的形式在当代也可以多元化?如果可以的话,是不是与现代法治观念相悖?这种观点担心法律渊源概念还原以后,法官如果运用法律渊源理论的话,可能面临多元规范的选择问题,这会给现代法治理论带来一定程度的冲击。实际上,这个问题的焦点有两个:第一,现代法治理念是不是只认可制定法是唯一法律渊源形式;第二,法律渊源的形式应当采取何种方式确定。现代法治理念在司法领域强调公正司法,遵循程序公正,追求实体正义。这意味着,司法裁判规范的选择非常重要。正如上文所指,法典化运动并没能解决所有纠纷的裁判规范问题,法律漏洞比比皆是。在这样的情形下,制定法也会逐步扩大法律渊源形式的范围。为了保证司法公正,法官在制定法之外的法律渊源形式中选取裁判规范,符合现代法治理念。一般认为,法律渊源形式的确定有两种方式:一种是意定方式,一种是法定方式。意定方式是指由法官充分运用其自由裁量权在多元规范中选取恰当的裁判规范。这种方式非常灵活,法官权力比较大,如普通法法系的法官在一定程度上说就是采用这种方式。但是随着时代的发展,这种方式越来越受到制约。法定方式是由立法者在制定法中对法律渊源的形式给予明确规定。比如,查士丁尼时代对法律渊源的形式进行了非常明确的规定,即法律、平民会议决议、元老院决议、元首的命令、长官的告示,有学问者的解答以及习惯等都是法律渊源。只是,在19世纪的法典化运动中,人们相信法典可以解决人类生活的所有问题,所以采取禁止性条款的方式指出法官不得在“法典之外求法”。但是,人世间不存在十全十美的法典,在现代法治观念中,法律渊源的形式不再局限于制定法。如阿根廷民法典第16条明确规定:“如民事问题不能通过用语或法律的精神得到解决,则应考虑同类法律的原则;如果仍有疑问,则应根据一般法律原则并考虑案件的各种具体情形加以解决。”第17条规定:“习俗与惯例,仅在被法律参照,或在没有法律进行规范的情况下,始可造法。”<sup>[80]</sup>我国民法通则第6条也有类似的规定:“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。”据此可以认为,在现代国家中,制定法并不是唯一的法律渊源。实际上,法律渊源的形式种类有哪些,各个国家可以根据本国的实际情况来定,并可以对制定法之外的法律渊源形式在司法过程中的适用制定一些条件。在当代社会,法律渊源的形式可以多元化,特别是可以通过制定法来规范法律渊源的形式,避免法官权力过分集中。所以,即使是多元化的法律渊源形式也不会与现代法治观念相悖。

[80] 《最新阿根廷共和国民法典》,徐涤宇译,法律出版社2007年版,第6页以下。

法律渊源概念还原后能否对司法实践有预期的积极意义？这牵涉到法学理论研究是否能、是否要以及如何能回应司法实践需要的问题。法律渊源的司法实践性主要表现在以下几个方面：首先，法律渊源应当成为法官发现裁判规范的场所，这实际上给法官发现裁判依据和裁判理由指明了方向。也就是说，制定法只是法官发现裁判规范的场所之一。在一些特殊情形下，法官还应当在制定法之外发现裁判规范。即使再完美的制定法，都不可能完全杜绝这种现象发生。制定法只是法律渊源形式之一，法官应当在更广阔的法律渊源中去发现和寻找裁判规范。其次，在现代法治理念中，法律渊源蕴含了优先发现和寻找裁判规范的意思。在大陆法系国家，法官们的现代法治理念定位首先是“依法裁判”，然后才是运用自由裁量权灵活公正裁判。而在英美法系，法律渊源所蕴含的意义是要在判例法和制定法中全面发现和寻找裁判规范，然后再到其他法律渊源形式中去发现和寻找裁判规范。最后，法律渊源概念还蕴含了法官所适用的裁判规范必须经受合法性和正当性的考验。正如 *fons juris* 在古罗马法中的含义所表明的那样，法官的裁判行为要将合法性和正当性结合起来进行。当二者之间出现裂痕时，法官应当依据法律渊源理论进行合理适当的修补。

当然，法律渊源概念还原到古罗马法上，并不可能解决所有的司法问题。对法律渊源概念的考察，还必须与法律发现、法律适用等结合起来。

---

**Abstract:** The phrase “source of law” originated from the phrase “*fons juris*” in Roman law. In ancient Greece there was no such conception as source of law, only an early idea of the origin of law, mainly because the legal profession had not come into existence. The Roman concept of *fons juris* was born from legal practice, which originally meant the forum where judges selected and found rules to resolve disputes. In the Middle Ages Western Europeans inherited some of the ideas of Roman *fons juris* and developed them in their own way. In the Modern times, the concept of the source of law was changed because the statute law became the only form of law as the result of the rise of rationalism, the establishment of nation states and the separation of powers. The modern codification movement only changed the forms of the source of law, not the concept of the source of law. To define the concept of the source of law, one needs to understand exactly what is meant by “law” and “source” in the phrase ‘*fons juris*’. In short, the source of law is a gathering of diversified norms, from which judges find what they need to decide cases.

**Key Words:** source of law; *fons juris*; norms for decision

---