

浅析法的渊源的表现形式与价值

梁超群

(华南农业大学人文与法学学院, 广东 广州 510642)

【摘要】法的渊源的论述是一个相对比较复杂深奥的课题,对于法的渊源的论述应该从源头分析,同类对比以及价值实现这三个方面概述,这样有利于对法的渊源会有一个更加清楚的认识。

【关键词】法的渊源; 法的形式

一、法的渊源的相关概念

法的历史渊源这一法律术语源自中世纪欧陆,后发展及英美,始于古罗马法中的用语,原意为源泉。法学的渊源基本的含义是指法的起源地或指法律文化的一个栖息地,主要的是指一种法律渊源产生它的某种原因或思维方式,因此一个法渊源的法学渊源也通常可以单独称它之法源。中外各国法学界人士对各国法文化的主要渊源的解释立场不尽一,角度又各异,关于中国法思想的重要渊源问题的一些理论学说,衍生发展出很多类别。

中外学术界一些优秀法学家也均尝试从不同认识侧面,以及各种理论角度出发来试图对所有这些共同法律起源都作一些在不同认知层面上的比较合理地解释。我国法理论界比较多地认可的一种含义,法的渊源即是法源它是把一个人与这个法渊源本身具有的某种法律效力关系相联系起来产生的又一种关于法源问题的特殊表现的形式,但是这只是从司法的角度看。

无论我国还是在外国,古代法典的制定最早都是从习惯法而发展演变为现代成文法的。在中国,从郑国子产“铸刑书”,战国时期李悝《法经》再到后期典,敕,比,例均系制定法。在当时西方,最具发达代表性的法典便是希腊古罗马的法,其现存最早记载的法最早的原始渊源之一便是重铸印在青铜礼器上的文字《十二铜表法》法,使得成文法逐渐成为法系的核心渊源。当今世界,大

多数的国家法都是以古罗马成文法体系为主要发展的历史渊源。不过在伊斯兰的国家,伊斯兰法和伊斯兰习惯法仍占著重要统治地位。

根据北大法学教授周旺生对法概念构成的基本历史渊源研究的一些有关文献论述,存在三项基本的法律要素构成分别可以表示其为资源、进路条件和动因。

法的渊源是直接形成某些法的形式来源,实际上法直接渊源却与法源的具体形式本身是有着两组完全不同层次的价值概念和体现,据周旺生教授所言法的渊源是法得以直接形成的资源,进路和动因。而法源的具体形式本身则分别是已然存在的法的和尚未正式确立的法体的两个不同表现形式,它们还分别地代表了在法系的基本形成演变过程中不同阶段以及基本表现的形态,分别体现出了使法系得以最终形成演变的内在价值和能使法者各适得所需的外部价值。即什么样的资源,什么样的进路,是基于什么样的动因。总之法的思想渊源和法产生的历史形式其实是属于两个性质完全不同的法学概念,不能混为一谈,应该独立分开去看。

二、法的渊源的种类

纵观当今世界,随着整个国家经济社会和一体化步伐的日益的迅速前进与深入发展,无论是哪一个法律共同体,只存在一种或者少数几个法的渊源的情况是不可能存在的。众所周知,世界范

围的西方各国本身也极可能自古就存在着分属许多各个不同政治时期中的西方国家法律体系，有如西方大陆法系、英美殖民地法系等。不同法系之间有相同也有不同，但是不同之处是非常明显的。加之法的渊源本身就十分复杂，是中国法律人致力于追求探究的内容。因此法的历史渊源法是包含有很多渊源种类的，下文笔者将着重简单来探讨对法史的一些渊源种类的详细分类。

在国际法学界，传统的理论意义上将法系的历史渊源分为所谓“正式的法的渊源”一和所谓“非正式的法的渊源”。而这种传统的“二分法系”完全难以完全满足如此复杂庞大的国际法上的法律渊源问题需要的。因为这两种分法已经不能够完全覆盖所有有可能出现的情况，因此需要进一步的分类。

佩茨尼克将法的历史渊源分为如下三类：即“必须的法的渊源”、“应当的法的渊源”和“可以的法的渊源”三类。必须使用的法中的法渊源就是指当事人在对某种法定情形条件下依法必须使用要予以引用解释或适用它的法规定的法渊源。从必须适用可以明确看出这实际上是对一种事实具有强制约束力的法律渊源，是必须要选择适用的内容。应该采用的法的法律渊源是指在某种法定情形条件下依法应该进行引用的或应该适用于的法本身的法律渊源。同理从应该二字可以看出，这是一种应该做的事情，相比于必须而言约束力相对较弱。如果某个法律适用者认为未应适用或应该适用它的法本身的历史渊源就更应该先给出其自己合理的解释理由即为什么不适用法本身的法律渊源。可以引用的引用法引用的引用渊源引用是指在某种实际情形条件之下既可以被引用也有可以完全不受引用，对此种法律渊源的引用是不存在约束力的，决定权更多在自由裁量者的手中。

当然，此种分类是相对比较理想化的分类，因为不是所有的法律渊源都能够完全匹配进去，因为有时候会有些模糊，从一个法律命令到另一个

法律命令，从此时到彼时，这种界定都会发生变化。这也解释了法的渊源的复杂性，但是这三种分类方法是相对比较妥当的可以接受的分类方法。

结合我国上述基本法律内容，对属于整个我国大陆法系上的各类法律渊源根据法主体的法律主体种类还都可以据此分别的进行一个相应地分类。在法律原则上属于我国立法所依必须具备的这些法律渊源中具体包含有哪些国家宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族和自治州的法规、经济特区法规、特别应当是与其行政区直接有关法规的各类地方规范性文件、国际条约草案等。应当考虑的具体法律渊源范围则主要包括有关国务院和部门规章、地方性规章、法律适用解释。可以由此理解中国法律规范也应当尽量包括一些中国社会习惯规范和（包括国际惯例）基本原则、政策、道德、判例、法理及解释规则等。

在我国必须法律渊源所包括的内容大多数是被大众所承认与接受的。除了宪法，关于宪法实际上一直是还存在有一定的争议问题的。众所周知重要的是，宪法作为民主国家社会的一个根本的大法，其中就规定了我国很多的中国的公民享有的社会基本政治权利，根本上的政治、经济、社会制度等。宪法在所有法律中享有最高的地位，其他法律与宪法相冲突的一律无效。因此有的学者认为宪法不应当成为法的渊源，然后近年来越来越多具体案例的出现证实了宪法可以作为法律渊源加以引用。在奠定宪法在我国法律地位的同时也对公民的基本权利进行了保障。最著名的当属“齐玉苓案”。

综上所述，对法的渊源进行分类是为了进一步对法的渊源进行了解，更加清楚我国法的渊源分类以及世界上公认的分类，为进一步探究打下基础。

三、法的渊源的同类对比

提到法源的渊源问题和法源的具体形式就不得不提法。法渊源是只有通过一定具体的法来源形式和发展途径，基于某种一定形式的内在原因后

才能发展形成。法概念的产生渊源是正式国家法观念得以自然形成的一个来源，途径和内在原因。法要通过它一定具体的行为形式得以表现出来，比如，以各种宪法，法律，法规，行政法条例等各种形式去予以具体表现，抽象形式的国家法概念在人们现实生活过程中基本上是完全不存在的。即法是依附于形式去表现的。但法也不是凭空产生的，而是基于一定的社会，历史等环境因素以及其他的一些原因而产生的。比如，以《法经》的产生为例，春秋战国时期社会转型，百家争鸣，周天子的统治已经微乎其微不具效力，新的社会需要统一的工具，基于这样的原因诞生了《法经》，我国历史上第一部成文法。

法的思想渊源与现代法产生的法律形式上的渊源对比都是相对比较明显的，因为常常会将两者搞混。在汉语中，渊源是指来源、根源的意思。而形式是指所表现出来的事物所借用的一种载体。

根据民法上的文法的法律渊源的分类我们可以想明白，立法、国家机关作的各种决策的决定过程等都是法文的渊源。而法存在的实体形式就主要都是指符合宪法、法律、行政法规等法条的事物实际的存在状态的形式。

一国法的渊源体系中往往存在一个多元化复杂的法权的法律渊源即为上文中所提到过法律渊源中的复杂性。不同类型国家地区的相关法律学者可能在实际对待各种多元化制度的法律渊源时会同时表现出各种不同层面的侧重。

而另一国法的形式又可以看成是具有多样性特点的，但是多样性并不意味着散乱。正如我们国家，我们并不会当然认为我国的法律是零零散散不成体系的。而法的表现形式虽然有多样化但是尤其是体系，在整体表现上是相统一的。在全世界绝大多数西方国家，这一条统一的线是将美法一体化的三条主线紧紧贯穿在一起，而这一条线本身就是国家权力体系。

综上所述，法，法的渊源，法的形式是紧紧相

依，密不可分但却各自有各自需要实现的价值。

四、法的渊源的任务与价值

（一）法的渊源的价值

法的渊源价值的实现意义是什么呢？首先法本身的法律渊源价值应该是这样一种客观存在的东西，是应该包含在一个法自身的法律渊源价值里面的。但由于这种价值客观上存在且并没有不能在实践中很好有效地得到实现，所以法的社会渊源价值还是要紧紧联系自身生活实际，从实际生活出发。下文将进一步阐述。

法上的法律渊源一般可以单独作为个案司法或引用司法的参考依据，以此方式来协助实现各个案件的衔接平衡。

法的渊源并不只有法律法规等规范性文件还包括道德、公序良俗等，由此可见法的渊源的范围是极为宽泛的。在现实生活中，并不是所有的案件均有明确的法律法规作指引。除此之外，并不是所有的法律规定都是详细的，有些法律规定是相对比较含糊不清或者范围不清楚的。而这种情形之下，对法官而言正义的观念、公序良俗的指引、公平、公正的理念是至关重要的。尤其是在国家当今强调依法以德治国的政策背景之下，法治也尤为重要。因此当面对一些无法可依的情形时，法的渊源就起到了它的作用，以此弥补法的形式滞后性。

法律的制定并不是高高悬挂束之高阁的，而是要在实践中应用。在应用过程中难免会出现一些无法可依的情况，而法律渊源就可以有效实现个案平衡的情况。

（二）法的渊源的任务

司法裁判也是需要反复说理解释和充分论证推理的过程。说理和论证就离不开理论根据与事实依据。而法律渊源就是其说理过程和所论证观点的法律理论作为根据，通过对法理论的理论渊源问题进行论证。司法裁判中的外部法律关系论证问题在法律结构类型上一般可以同时被简单区分为“内部证成”问题与“外部证成”类型。外部法律

证成前提是指证成立于某一论证问题之外的一个前提，如只有在这一前提是正确的基础之上才能进行进一步的论证。而对其所谓内部推理逻辑证成结果，即应在依据上述的外部逻辑思维前提上合乎内部逻辑的推导结果而证出结论。外部逻辑推理证成结果和根据其所谓内部推理逻辑思维证成就结果共同构成地反映出了关于其所谓法律科学的论证推理结果体系的理论全貌。外部材料的实证成命题层面通常可同时包括或有包含两类，即规范性命题层面与一般性事实命题。事实命题层面简单可以概括为我们所需要论证的事实内容即案件事实。规范的命题也就是我们今天常会说到的大前提、小前提命题和结论。大前提就是指法律规范，小后前提则是指法律事实命题。那么此时会产生一个疑问，法律渊源在其中发挥什么样的作用呢？诚然，法律渊源的任务实际上是解决大前提与小前提之间如果存在缝隙怎么办。结合上文所提到的内容便可知道，法律规范在某些情形之下是会出现“空白”状态的。但是不能够置之不理，因此这就法的渊源的任务与价值体现。

1. 法的渊源的外部证成任务

在依法治国的年代，法官在裁判个案时应当依法裁判。而此处所依的法即是我们本文所探讨的大前提。法官在裁判个案时，并不是所有的法律规范都是既定的，而是需要去查找检索法律规范。在当今我国规范主要还是包括相关法律法规条文等，超出其特定内容范围外的法律规范一般是根本不具备能够独立成为法律裁判标准的主要依据标准的。

因此，法官们所将面对的第一项裁判工作之一就是要尽快在各个国家的国际司法裁判案中去寻找证据并以此确立法院能够正确裁判案的客观依据。这同时也是就意味着了法官们在案件寻找根据时也一定要是需要存在某一个法律范围里的，只有需要在这个法律范围内去寻找证据的案件依据文书才是真的具有实际法律效力的。那么随着

而来就会产生一个问题那就是这一范围如何确定。而本文我们所探讨的法律渊源所解决的就是这一问题。法律渊源时必须确定其司法裁判依据的法定来源依据及其范围。

2. 法的渊源的内部证成任务

法律渊源学的基本外部基础任务一是研究确定我国司法裁判依据来源的主要范围，其重要内部基本任务三是研究确定国内外不同种类法律渊源学说的普遍适用和顺序。

总之，法律渊源往往是促使一切旨在围绕法律规范的命题作出的具体法律研究论证工作活动能够得以充分开展实施的一个起点，只有建立在该法律渊源命题的具体指引依据之下，才有能够充分确定具体法律规范命题的普遍适用地域范围。只有法律在具体适用地域范围已经确定完毕之后，才能据此在该地范围内进行检索和裁判时所必须依据到的其它具体实用法律规范。只有严格按照这一逻辑才能够维护司法公正程序公正。

五、结语

综上所述，认识法的渊源应该从新的角度出发，不仅仅是局限于司法认知的角度，认为法是法的效力相联系的法的表现形式，而是三种因素资源、进路和动因。通过对法的渊源进行分类以及同类对比可以更加清楚的认识到的法的渊源在法律研究中的地位。以此能够进一步对法的价值以及法的任务进行研究。

参考文献：

- [1] 桑玲. 论法的渊源[J]. 法制与社会, 2008(11):19-20.
- [2] 雷磊. 法的渊源理论: 视角、性质与任务[J]. 清华法学, 2021 (4) :23-39
- [3] 周安平. 法律渊源的司法主义界定[J]. 南大法学, 2020 (4) :35
- [4] 雷磊. 法理论: 历史形成、学科属性及其中国化[J]. 法学研究, 2020 (2) :33