

法律认识论视野中的法律渊源概念

马 驰

内容提要:现有的法律渊源概念理论不能充分说明有关此概念的三个疑难。法律渊源概念应当从法律认识论来加以界定,法律渊源在性质上仍然属于法律,它是法律认识中的特定阶段,与法律规范相区别,同时在法律认识中呈现出层级化的特征。“非正式法律渊源”不是法律渊源,法律认识中涉及的其他非操作性理由也不属于法律渊源。

关键词:法律渊源 法律认识论

马驰,天津商业大学法学院副教授。

法律渊源(legal sources)是一个充满歧义的概念。按照庞德(Roscoe Pound)的总结,^[1]西方学界对法律渊源概念较为知名的定义至少有五种:认为法律渊源是法律权威的来源;认为法律渊源是司法裁判的原始材料;认为法律渊源是法律权威的文本;认为法律渊源是创制法律规范的机构;认为法律渊源是发现法律表达形式的论著。在国内的法理学教科书及相关论著中,学者们对法律渊源概念的界定也并不统一,比较知名的观点有,法律渊源是法律的表现形式;^[2]法律渊源是法律的效力来源;^[3]法律渊源是法律的栖身之所;^[4]法律渊源是法官发现法律的场所。^[5]

长久以来,人们对于法律渊源的这种歧义并无太大不满。^[6]论及法律渊源的学者常常在罗列出他人的观点后,匆匆为自己理想的法律渊源概念做出界定。在通常的学术研究中,不同学者对同一概念有不同的认识并不罕见,只要人们能够在自己的论述中一以贯之地使用其为此概念指定的含义就可以了。然而对于法律渊源概念来说,此种“语义多元主义”并不足以阻止本文对此概念的进一步探究。从原则上来说,对一项在法律语境

[1] [美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第286页。

[2] 孙笑侠主编:《法理学》,清华大学出版社2008年版,第153页。

[3] 舒国滢主编:《法理学导论》,北京大学出版社2006年版,第66页。

[4] 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2007年版,第89页。

[5] 陈金钊主编:《法律方法教程》,华中科技大学出版社2014年版,第56页。

[6] F. B. Shecaira, Sources of Law Are not Legal Norms. *Ratio Juris*. Vol. 28 No. 1 2015.

使用频率极高的专门术语开展一种更为理论化的探究,从而尽可能地消除其模糊和歧义,无论如何都是有意义的。联系到当下国内法学界的研究,一些学者近几年对某些诸如指导性案例^[7]、政策^[8]等新型材料的“法源地位”颇有议论,例如时常主张某类材料属于我国的法律渊源或“非正式法律渊源”,而明确法律渊源的概念显然是展示这类主张确切含义的必要前提。

围绕着法律渊源概念,有几个明显的疑难问题值得人们认真对待:法律渊源是法律吗?法律渊源与法律规范是何种关系?法律渊源是一个专属于司法裁判的术语吗?区别正式法律渊源和所谓“非正式法律渊源”的标准为何?任何一种法律渊源理论如果不能很好地直接回答上述问题,便难以被视为一个恰当的法律渊源概念。在这篇文章中,笔者将以上述疑难问题为契机,以法律认识论或法律的认识过程为视角,为法律渊源概念归纳和确认出一个实际上已经包含在法律语境中的确切含义。

一 有关法律渊源概念的三个疑难

学者们对于法律渊源概念内涵的界定看起来五花八门,但对此概念大致的外延却未必有争议。实际上,制定法、司法先例、习惯法、学说等材料几乎是所有研究法律渊源的论著都会涉及到的内容。对此,本文以学界常见的三种具有代表性的法律渊源概念为素材,指明这些理论中存在的疑难之处:

其一,作为法律表现形式的法律渊源。法律渊源与法律的承载形式或外部形态有关。如果人们能够接受,制定法、司法先例、习惯法、学说等常常构成法律渊源理论的主要内容,那么又如何区分这些不同的法律渊源呢?一个最明显的答案莫过于,构成这些法律渊源的物理方式是不一样的。制定法是特定机关创制的一般性条文,司法先例是特定条件下司法机关的已决判决,习惯法是频繁发生于实践中被人们公开认可(无论以何种方式)的特定行为模式,学说是学者发表的学术意见。由此,即便在表述上略有差异,许多已有的法律渊源概念都认定了法律渊源是法律的承载形式。

但是,如果说法律渊源是法律的表现形式,并不清楚的是,我们究竟在何种意义上区分法律和法律承载形式呢?又为什么要进行此种区分呢?某部制定法的某个条文写着:“盗窃者应被处以三年有期徒刑。”所谓法律的承载形式指的就是这些写在白纸上的油墨印记吗?如果是,区别法律承载形式的那个“法律本身”又在哪里呢?“盗窃者应被处以三年有期徒刑”这一表述有什么问题吗?对此为何要区分“法律本身”与法律的承载形式呢?

其二,作为司法裁判依据的法律渊源。法律渊源与法律适用(application)有关。假设有法官在审理某个案件,他按照宪法的规定,认定某部文件S属于该国的制定法,并依据S作出了一个司法判决J。无论人们对法律渊源作何理解,S都构成了法律渊源,在不添

[7] 雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,《中国法学》2015年第1期,第272-290页。

[8] 齐恩平:《民事政策的困境与反思》,《中国法学》2009年第2期,第69-80页。

加其他条件的情况下,J不是法律渊源。很明显,S被法官在司法程序中适用了,这是谈论法律渊源的重要前提。于是,“被适用”或至少“可能被适用”应当是法律渊源概念产生和发挥其功能的语境。^[9]法律渊源与法律适用间的关联性被一些学者作了充分的发挥。国内学界目前针对法律渊源的一个代表性观点便是,法律渊源学说应当从之前的立法中心主义的视角,转变为司法中心主义的视角。^[10]这显然是因为,在司法的视角下,法律渊源的确是适用的。

此种观点虽然为学界所广泛接受,但让人十分疑惑的是,所谓“被适用”究竟是什么意思呢?如果上述理论只是因为法律渊源与法律适用间的关联性就强调所谓法律渊源的司法中心主义视角,那么一旦能够证明立法或其他法律活动也可能存在适用法律的情形,所谓司法中心主义与立法中心主义在法律渊源上的对立便可能不复存在。显然,倘若不能在一个更加抽象的理论立场上对法律适用加以界定,单纯地强调法律渊源与法律适用间的关联是不充分的。

其三,作为法律源头的法律渊源。从字面意义上来讲,法律渊源是法律的源头。在法官适用制定法S作出判决J的例子中,S是法律渊源而J不是,这显然是因为S是J的某种“来源”,称为法律渊源。一些学者虽然不会否认S是法律渊源,但看得更远:S也不是凭空产生的,于是制定S的立法机关才是法律渊源,甚至立法机关也不能随意捏造制定法,相关的历史传统或正义观念才是法律渊源。于是,一些著名的法律渊源概念理论便力图反映出法律真正的渊源。

然而,无论这些法律渊源理论能够提供何种渊源,都应该回答的问题是,作为法律渊源的制定法S或其他任何渊源具有何种性质?特别是,既然要在此区分法律和法律的源头,那么后者也是法律吗?如果是,这种区分在何种意义上成立?如果不是,那它又是什么呢?在对法律渊源和非法律渊源间的差异进行更精确的理论界定之前,这种从来源角度理解法律渊源的说法自然也是模糊的。

通过对上述三种代表性观点的梳理,笔者希望已经大致总结出了法律渊源概念中最为常见同时也最为人们所认可的内容。这些内容解释了人们为何对法律渊源外延认识相对一致,以至于人们用法律渊源这一术语进行交流时,通常不会产生严重的误解。笔者同时并不认为,法律渊源概念中的上述内容应当被拒绝,以至于另起炉灶为法律渊源指定一个全新的人工语言式含义。然而问题在于,这些内容中毕竟存在着某些明显的疑难,法律人对这些疑难缺乏足够反思,进而无法认识到,这些看似熟悉的内容实际上意味着什么,又可能被发挥到何种地步。

二 从法律本体论到法律认识论

在笔者看来,现有的几种具有代表性的法律渊源概念之所以会产生出上述疑难,一个

[9] 王夏昊:《法适用视角下的法的渊源》,《法律适用》2011年第10期,第108-112页。

[10] 陈金钊:《法律渊源:司法视角的定位》,《甘肃政法学院学报》2005年第6期,第1页-7页。

重要的原因在于它们没有很好将法律渊源概念在法律本体论与认识论之间加以有效区分。在概念层面,法律渊源术语所指代诸如制定法、司法先例、习惯法、学说之类的对象究竟是法律实践中某种特殊实在,还是特定语境中法律人对某种法律现象的特殊观察,这一点始终没有获得确认。本文主张将法律认识论而不是本体论作为法律渊源概念理论的基本立场,一旦将视角转移为法律认识论,上文谈到的疑难将获得有效澄清,法律渊源概念中的某些重要,却一直为人们所忽视的内容将会被展现出来。

笔者以第三种代表性观点中的疑难为讨论的开端。在法官适用制定法 S 作出判决 J 这个例子中,制定法 S 被认为是法律渊源。然而问题是,从本体论的角度来看,法律渊源 S 具有何种属性?它只是“法律的渊源”而非“法律本身”吗?这里,我们将主张法律渊源是法律的观点称为法律渊源的一元论,而将认为法律渊源不是法律的观点称为法律渊源的二元论。就此,凯尔森的法律体系理论和格雷的法律渊源理论为我们提供了一元论与二元论的典型范例。

(一)一元论

就法律渊源概念外延中常见的制定法、司法先例等典型范例而论,认定它们不是法律而只是法律的渊源听上去与法律人的直觉并不相符。凯尔森的法律体系理论^[11]将支持这种直觉。按照此种理论,法律是由多个层次的规范组成的一元统一体。一般来说,处在最高等级的实在法规范是宪法 C,根据宪法规定的内容或程序,立法机关制定出了某部符合宪法的制定法 S,接下来,司法机关又可依据制定法 S 创制出判决 J。这里,CSJ 都是这个国家法律体系的组成部分,因而都是法律,它们之间的差别仅仅在于,它们处于不同的效力位阶。因此,被视为法律渊源的某个 S,其实只是处于法律体系特定层次的规范罢了。但凯尔森接下来的表述,却足以让法律渊源术语的使用者们失望:假如法官所依据的制定法 S 与其判决 J 都是法律,为何要将前者说成是法律渊源而不是法律本身呢?正是基于这一考虑,凯尔森不无轻蔑地写道:“法律渊源并不像这一词语可能示意的那样,是一个不同于并且独立于法律之外的本体,法律渊源始终是法律本身,它们间是高级法律规范和低级法律规范的关系……法律渊源这一用语的模糊不明使得这一用语近乎毫无用处。人们应当采用一个明确地且直接说明其想法的用语,以替代这一令人误解的比喻。”^[12]

凯尔森一元论的意思非常清楚,既然法律渊源并不是不同于法律本身的特殊存在,那么就无需将之称为法律的渊源了,法律渊源的说法显然具有误导性。由此,倘若我们还要继续使用法律渊源这个术语,似乎必须要证明,制定法、司法先例等法律渊源属于法律的直觉认识是错误的,法律渊源与法律之间存在本质的差别。

(二)二元论及其缺陷

格雷的法律渊源理论是二元论的典型代表。按照法律与法律渊源的二元划分,法律是任何人类团体中为确定法律权利与法律义务而发布的一般性规则,^[13]即裁决权利义务

[11] [奥]凯尔森著:《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173页。

[12] [奥]凯尔森著:《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。

[13] [美]格雷著:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第71页。

的依据。这一定义看上去并不构成二元论,因为制定法、司法先例等法律渊源好像就是确定了法律权利与法律义务。但格雷却主张^[14]，“不判决,无法律”(no law previous to decision),制定法、司法先例等材料需要经过法官的解释才能确定含义,因此决定法律内容的不是事先写下制定法或司法先例的人,而是作为司法裁判者的法官。“无论是谁,只要他拥有解释成文法或口头法的绝对权威,就所有的意图和目标而言,这个人而不是写下或说出法律的人才是真正的造法者(law-giver)。”^[15]相应地,按照格雷对法律的这种理解,由于制定法、司法先例不可能提前确定法律权利义务,因此它们只是构成法律的原始材料,即法律渊源。由此,法律渊源与法律就被严格地区分开了。

比较格雷和凯尔森这对有关法律渊源的观点,不难发现一个并不复杂的二律背反:如果法律渊源也属于法律,那它就不是法律的“渊源”而是法律本身;反过来,如果法律渊源不是法律,那么自然需要一套严格的标准区分这里的法律与法律渊源。单就从本体论的角度区分法律和法律渊源而论,格雷的理论无疑为法律渊源的独立存在找到了一个非常坚实的基础。如果上述对立一定是非此即彼的,那么这似乎意味着,除非像凯尔森那样放弃法律渊源这一术语,否则人们在使用这一术语时,实际上都会或不得不赞同格雷有关法律渊源与法律的二元论。

尽管二元论为法律渊源的概念提供了足够的支持,但在笔者看来,二元论中存在着某些明显的缺陷,以至于不能将其视为法律渊源理论的基础。这些缺陷包括:

第一,一个在本文范围内算不上太重要的缺陷是,二元论所依据的法律概念极富争议性。格雷提供的法律概念是法律现实主义对法律的理解,这种极端法律概念不承认法律能够独立于法院裁判之外,甚至认为法院说法律是什么,法律就是什么,法院之外包括立法机关在内的其他主体完全不能决定法律的内容。当然,本文不可能在此长篇大论,以图彻底颠覆格雷的法律概念理论。但无论如何,这一概念明显与法律人的直觉相违背,恐怕难以获得法律渊源这一术语使用者的普遍认可。

第二,即便抛开法律概念不谈,格雷的理论看似支持法律渊源概念,但这一理论不能很好地说明法律渊源与“法律本身”之间的关系,从而难以具有说服力。格雷的二元论之所以能够支持法律渊源概念,很大程度上是因为这种理论能在理论上区分法律渊源和“法律本身”,这种区分为法律渊源概念提供了足够的空间。但问题在于,即使法律渊源不等于法律本身,但它一定与法律有关系,否则就难以解释他的名著《法律的性质与渊源》为何要用大量的篇幅去讨论与法律无关的东西。然而,格雷本人除了反复强调法律渊源不是法律之外,并没有从正面说明两者之间的关联。

第三,从格雷之外其他法律现实主义者的主张来看,^[16]格雷或许可以认为,法律渊源与法律间的联系在于,法律渊源能够作为原因,在心理学或社会学的意义上影响法官最后的司法判决,而司法判决显然明确记载了法律权利义务。但是,这样的看法即便是正确

[14] [美]格雷著:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第83页。

[15] [美]格雷著:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第87页。

[16] Brian Leiter, "Legal Realism", in *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson ed., Blackwell 1986. P. 261.

的,也依然无法说明法律渊源的特殊性。法律现实主义者反复强调,法律推理不是从法律渊源中采取纯粹演绎式的机械推理方法而获得判决的过程,法律渊源的内容的确能够影响到判决,而在更多的时候,法官的裁判还要受到大量事实因素的影响,此类事实因素的内容极为广泛,它可能是某种政治意识形态,是法官的某种制度角色设定,也有可能是法官人格意义上的性格或品行,甚至是其个人生活中的与司法毫无关联的细节。这样的主张在法律现实主义内部理论体系中并无问题,却无法与格雷的法律渊源概念相协调。理由非常明显:即便法律渊源和其他事实因素(例如法官的性格)都影响了司法判决,但为何只有制定法、司法先例、习惯法被称为法律渊源,而法官的性格无论如何都不会被称为法律渊源?格雷或许会回答说,事实因素并不在法律渊源的范围之内,只有规则才可能构成法律渊源。但这依然无济于事,尽管格雷甚至将能够影响判决的道德原则都列为法律渊源,但假设某个数学运算规则也直接影响法官对损害赔偿结果的计算,格雷难道会承认这个数学规则也是法律渊源吗?为什么制定法、司法先例、习惯法等材料被格雷视为当然的法律渊源,而除此之外的事实因素、数学规则、历法等材料无论对判决有多大影响,都不能被视为法律渊源?在简单拒绝认为法律渊源是法律之后,格雷的理论实际上难以回答上述在笔者看来对于界定法律渊源概念来说极为重要的问题。

(三)法律渊源的认识论间隙

由此可见,格雷的法律渊源二元论虽然看似为法律渊源的概念奠定了基础,但在仅仅指出法律渊源不是法律的情况下,难以充分说明法律渊源的性质。这意味着,凯尔森有关法律渊源是法律的一元论见解其实是正确的。但问题依然在于,如何理解伴随着一元论的那个似乎足以消解法律渊源概念的质疑——如果法律渊源是法律,那么为何还要将之称为法律的渊源呢?笔者认为,只有将视野从法律本体论切换为法律认识论,一元论与二元论的上述张力才可能被消解。

应当说,格雷的二元论包含着某些有利于我们真正理解法律渊源概念的正确因素。格雷正确地看到,在司法裁判中,由于法官自由裁量权的行使,待解释的法律材料与经法官解释的法律材料之间存在差异。在法官适用制定法S作出判决J的过程中,法官实际上是依靠对S的解释S'作出了判决,S与S'之间存在差异或间隙。也正因为这个间隙的存在,才有可能区分法律渊源S和格雷眼中真正的法律S'。然而问题在于,S与S'的差距虽然是法律渊源概念的前提,但是否有必要认为S与S'是性质上完全不同的两种东西?格雷的错误就在于,一旦他认为S与S'在本体论上完全不同,就无法解释两者间的关联了。

实际上,格雷的理论可以被修正为,依然认定S与S'之间存在间隙,这是法律渊源概念的前提,但认定这一间隙是认识论意义上的而不是本体论意义上的。具体来说,在法官适用制定法S获得判决J的过程中,包含了一个法律认识的过程。法官的确不能马上从S中获得判决J,他必须对S展开解释活动,S'是对S的解释方案。从认识论的角度来看,S'只是S认识过程的结果而已。在这个过程中,S和S'均属于法律,只是两者一个是法律认识的对象,另一个是法律认识的结果罢了。

同时,凯尔森的担忧也不难化解。法律渊源在本体论的意义上的的确是法律,但其

在本体论上的非独立性并不足以取消这一术语的特殊地位和价值(尽管“渊源”的说法在词义上确实具有误导性)。在汉语中,人们习惯将乌贼制成的食物成品称为鱿鱼,乌贼与鱿鱼在性质上属于同一种物种,但这一事实不能证明,乌贼一词应当被取消;抛开人们的语言习惯不谈,乌贼一词至少可以清楚地表明,它未必会成为食物。面对法律这一较为复杂的现象,使用专门的词汇区分法律认识的对象和结果,算不上是赘语。

三 法律规范、法律渊源及其认识论层级

上文力图证明,如果不能将视野从法律本体论切换到法律认识论,法律渊源概念无法自圆其说,遑论其确切含义,因此必须将法律认识论视为法律渊源概念的基础。接下来的问题自然是,所谓法律渊源如果只是对法律特定视角的观察而非区别于法律本身的特殊存在,那么如此构造的法律渊源概念实际上意味着什么呢?笔者将以法律认识论的视野来检讨法律渊源概念的另外两个疑难,从而呈现出法律渊源概念的应有之义。

(一) 法律规范与法律渊源

现有法律渊源概念的另一个疑难是,它并没有说明,法律渊源在何种意义上构成了法律的承载形式,人们在何种意义上区分法律本身和法律的承载形式。如果从本体论的意义上区分法律本身和法律的承载形式,则可能将法律渊源视为法律现象所表现出来的外部特征,而将法律本身视为某种被这些外部特征所掩盖的某种本质,由此构成的法的现象-法的本质的老套形而上学对于法学研究和法律实践均无太大意义。实际上,在法律认识论视野中,作为法律的承载形式,法律渊源应当与法律规范(legal norm)加以区分。简言之,法律渊源是承载法律的物理形式;法律规范即上文语境中的“法律本身”,是法律渊源物理表现形式的意义(meaning)。

承载法律最为典型的物理形式是语句(sentence),作为法律渊源的制定法和司法先例便是此种典型形式的例证。人们主张某制定法是法律渊源,实际上是在主张该制定法中写明的“盗窃者应被处以三年有期徒刑”这一语句是法律的承载形式。当法律渊源是司法先例时,就是那些记载先例内容的语句构成了法律的承载形式。与此相对应的是,法律渊源这一语言表现形式所表达的意义则可被称为法律规范。在现代语言哲学中,^[17]区分一个语句和一个语句所表达的意义是很多研究开展的必要条件。在描述语句中,语句和命题被区分开来,前者是单纯的语言符号,后者是这些符号的意思。法律语言虽然多为规范语句,但上述区分依然成立,由规范语句本身构成的语言形式被称为法律渊源,它们的意思属于规范命题,即法律规范。

这种区分并非没有疑问。“盗窃者应被处以三年有期徒刑”,这句话的意义难道不就是盗窃者应被处以三年有期徒刑吗?为何还要将前者称为法律渊源,将后者称为法律规范呢?这里首先涉及到如何理解法律渊源的适用者或法官在适用法律渊源时所可能采取

[17] 陈嘉映著:《语言哲学》,北京大学出版社2003年版,第32页。

的解释方法问题。按照文义解释^[18]或普通法中明确含义(plain meaning)的方法,法律渊源的含义就是其字面的意思;而且至少在简单案件中,法律渊源的意义通常是十分清楚的,所谓法律规范就是法律渊源字面的意思。由此,区分法律渊源和法律规范便既无必要也无可能。

对于这一质疑,一个比较直接同时也被现代法学方法论研究所证明的回应是,尽管文义解释或明确含义在法律解释中通常具有优先性,但这类解释方案并非唯一可能的方法。现代法学方法论的研究恰恰是要主张,对制定法或司法先例的解释可以也应当获取其字面含义之外的“弦外之音”。^[19]

在笔者看来,从解释方法多样性的角度来理解法律渊源与法律规范间的差异固然不错,但这是以提倡某种具有价值导向的解释方法理论为前提的,容易引发某些实质性的价值分歧,例如它必须很好地论证文义解释或明确含义的方法在处理个案时确实是“不好”的。作为一篇以概念分析为主要方法的论文,本文显然无法过分倚重此种实质性的价值导向。因此在这种实质立场之外,必须寻找更为理论和形式化的方法来证明法律规范与法律渊源的必然差异。而倘若下文对“承载法律的物理形式”的理解可以成立,则能够让法律渊源概念得以生存的“法律认识论空间”将会在理论上变得更加稳定。

并不能认为,语句是承载法律唯一的物理形式。在习惯法构成法律渊源的情况下,承载法律的物理形式是一套社会实践,由于这套社会实践在特定的时空中频繁发生,人们因此断定其为某种“习惯法”。显然,这样的习惯法并不是语句。甚至在逻辑上,我们可以想象某一幅绘画构成了某个法域的法律渊源,绘画的意义构成了与法律渊源对应的法律规范。无论是有关习惯法的社会实践到习惯法的意义,还是由油彩构成的绘画本身到绘画的意义,这类过程无论如何都无法被文义解释或明确含义的方法所消解,它是一个必然存在的认识过程。之所以如此,关键之处在于,承载法律规范的法律渊源在物理层面上并无什么“意义”,它们只是一些由油墨构成的符号(语句)、频繁发生的人类行为,乃至油彩。^[20]只有将其视为某种语言,才可能言说意义,才可能区分物理形式和意义。从语言的物理形式到语言的意义,这一过程一定需要某种“解释”或“翻译”。正是在这个意义上,文义解释或明确含义的方法只是碰巧看到了语言物理形式和其意义的相似,却无法取消两者的根本差异。如此看来,在法学方法论意义上无论主张法律解释应当采取哪种方法,在理论上均不会影响到法律渊源的认识论间隙。

(二)法律适用语境中的法律渊源及其认识论层次

法律认识论视野中的法律渊源概念还将有助于人们将法律渊源概念更准确地定位于“法律适用”而不是司法的语境。国内外具有代表性的法律渊源概念理论均认为,法律渊源概念与司法活动有关,上文在认识论的意义上区分法律渊源和法律规范时,也将司法过程中法官对法律渊源的适用作为这种认识的典范。无疑,在法律实践中,法律的适用几乎

[18] [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第200页。

[19] [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第193页。

[20] [奥]维特根斯坦著:《哲学研究》,陈嘉映译,上海世纪出版集团2005年版,第23页。

总是和司法活动密切关联,由此强调法律渊源与司法间的联系当然是正确的。但是,必须澄清的是,强调法律渊源与司法活动间的联系,重点在于司法活动是典型法律适用活动而不在于司法活动的其他特征。这里,法律的适用(application)必须与法律的遵守(obey)区分开来。具体来说,法律的遵守通常是对法律义务的遵从,不涉及权力或授权规范(norms conferring powers),以公民服从法律义务最为典型;^[21]而法律的适用则是对依据权力对特定法律材料开展的认识活动,这种认识活动的结果便是具备法律效力的法律规范,以国家机关依据公权力实施法律为典型。没有任何理论和实践支持在法律的遵守活动中使用法律渊源这一术语,司机驾驶机动车遵守了限速的交通法规,这种活动无需以权力为前提,也不会产生其他法律规范,没有必要将这里的交通法规称之为“法律渊源”。假设交警准备对违反交通法规的司机实施行政处罚,交警便是在适用而不是遵守交通法规,此时也就有理由将同一交通法规称之为“法律渊源”了。由此可见,本文反复强调的所谓法律认识其实就是这里的法律适用,也只有在法律适用的语境中,法律渊源的说法才是恰当和必要的。

如果我们承认在法律认识或法律适用的过程中,法律渊源是这种认识的对象,法律规范则是认识结果,那么借助某种法律体系的理论,法律渊源概念将扩展至所有以法律为对象的认知活动中,从而形成具有层级特征的法律渊源概念。

前文已经提到,按照凯尔森的法律体系理论,所谓的法律渊源只是法律体系的一个层级,因此在本体论上算不上区别于法律的独立存在。但这种理论却可以从认识论的角度使得法律渊源层级化。具体来说,在一个成文法国家,立法机关按照宪法C的要求,创制了制定法S,从认识论的角度来说,立法机关必须对C进行解释(即适用),才可能获得其含义C',C与C'是法律渊源和法律规范的关系,而S则是C'具体化;进而,行政机关可以对S进行解释获得某个特定的行政处理;而更为典型的是,司法机关可以按照S的要求获得司法裁判J,这也是一个法律认识或适用的过程:法官对S进行解释获得其含义S',此时S是法律渊源而S'是法律规范,J是S'的具体化。在判例法国家,这个链条还可能在某些情况下被拉伸:假设创制J的法院是有权发布司法先例的上诉法院,则J可能被视为法律渊源,于是在另一起案件中,司法机关又对J进行解释,获知其含义J',则J是法律渊源,J'是法律规范,并最终依据J'获得判决J2。

不仅如此,在C-C'-S-S'-J-J'-J2这个典型的法律认识链条中,法律渊源不但呈现出明显的层级性,还将导致S和J作为法律渊源的相对性。在C-C'-S这个认识过程中,C才是法律渊源,S只是这种认识的最终结果;而在S-S'-J的认识过程中,S转变为法律渊源,J是认识的最终结果,而它又在J-J'-J2中充当了法律渊源。这样看来,不区分语境地主张在某个法域中某个制定法S是法律渊源的说法实际上是不准确的。或者也可以说,法律渊源的说法已经暗含了某个法律认识的过程,无非是这一过程常常被人们典型化为法官在个案中进行司法裁判的过程,其语境被隐藏起来了。

依据上述分析可以发现,只要是在发生法律认识或适用的场合,就有可能区分认识的

[21] [奥]维特根斯坦著:《哲学研究》,陈嘉映译,上海世纪出版集团2005年版,第23页。

对象和认识的结果,从而区分法律渊源和法律规范。无论是立法机关适用上位法得出下位法的立法活动、行政机关依据制定法获得行政处理的行政活动,还是司法机关适用立法或先例得出判决的司法活动,这种法律认识或法律适用的活动都是存在的。正是在这个意义上,法律渊源是与法律适用相联系的,并非司法活动所专属。前文提到的法律渊源理论中所谓的立法中心主义与司法中心主义的区分,没有把握住这一实质。

四 非正式法律渊源

讨论至此,本文的基本观点已经非常明确了:法律渊源在性质上属于法律而非法律之外的特殊存在,以此为基点,法律渊源概念将在法律渊源-法律规范这一法律认识论框架中逐渐显现。但是,这一观点仍然可能遭受如下质疑:前文的讨论只是使用了制定法、司法先例等典型的法律渊源作为研究的素材,在某种意义上,证明“制定法在性质上属于法律”这一法律领域显而易见的常识似乎并不怎么高明;在法律语境中,人们有时将某些不怎么典型的材料也视为法律渊源,即所谓“非正式法律渊源(informal legal source)”,例如说正义标准、衡平法、公共政策、道德信念、习惯法均属于非正式法律渊源。问题在于,非正式法律渊源是否真的在性质上也属于法律?如果不是,法律渊源在性质上属于法律的立场是否会因此动摇?又如何认识论上对其进行理解呢?面对这一质疑,如果无法对法律语境中的“非正式法律渊源”的性质加以甄别,法律渊源与非法律渊源间的界限便是模糊的,探究法律渊源概念的任务就不能说已经完成。因此,专门地讨论非正式法律渊源显得十分必要。

(一) 非正式法律渊源与“明确表达”

“非正式法律渊源”是一个已为国内学界所广泛接受,^[22]却很少为国外学者提及的说法。然而,这种说法到底意味着什么呢?正式法律渊源与非正式法律渊源的区分最早来源于博登海默(Bodenheimer),按照博登海默的看法,^[23]所谓正式渊源是那些可以从体现为权威性法律文件、可以从明确文本形式中得到的渊源,包括宪法、行政命令、自治或半自治组织的规章、条约协议、司法先例等,而非正式渊源是那些尚未在正式法律文件中得到权威性至少是明文阐述和体现的材料,如正义标准、衡平法、公共政策、道德信念、习惯法等。应当说,博登海默区分正式法律渊源和非正式法律渊源的标准并不明确,所谓被“权威性法律文件的明确表达”是一个很模糊的说法,对此至少可以解读出两个区分正式法律渊源和非正式法律渊源的独立标准。其一,是否具有明确的表达;其二,是否具有法律权威。

如果我们将注意力放在“明确表达”这个说法上,可以认为,博登海默似乎是以法律渊源的物理形式去区分正式法律渊源与非正式法律渊源的。只有那些具有明确语言表达形式的材料才可能作为正式法律渊源,而正义标准,衡平法、公共政策、道德信念、习惯法

[22] 陈金钊主编:《法律方法教程》,华中科技大学出版社2014年版,第64页。

[23] [美]博登海默著:《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页。

之所以是非正式的,只是因为它们并非明确的语句。这一观点,可以在博登海默如下区分中获得印证:自治或半自治组织的规章这类很难在世界主要法域均不具有法律权威的材料,也被博登海默视为正式法律渊源的当然组成部分,其原因只能在于,这些材料的确具备确定的语言表达形式。

倘若我们真的打算使用上述标准来区分正式法律渊源和非正式法律渊源(这在笔者看来更接近博登海默本人的意思),则非正式法律渊源是一个有价值的术语。原因在于,它直接标明了法律渊源的物理形式是语句之外的其他事物。按照上文对法律渊源的理解,语句之外的事物只要其具有语言意涵,同样可能被视为法律渊源,与作为其意义的法律规范对应。非正式法律渊源如果指代不具语句形式的法律渊源,显然可以直接提醒法律的认知者,对待特殊的法律渊源或许应采取特殊的方法。例如,现代法学方法论研究中的那些针对语言文本的解释方法便无法完全适用至对习惯法的解释。

当然,如果非正式法律渊源是指法律渊源外延中那些不具有明确表达形式的材料,那它的意义只在于法律认识活动本身,几乎不会对本文法律渊源属于法律这一基本立场造成影响。非正式法律渊源这一概念对于本文来说的威胁在于,它可以指那些不具备法律权威的法律渊源吗?

(二)非正式法律渊源与法律权威

在国内一些学者看来,区分正式法律渊源和非正式法律渊源的标准并非其物理形式。有学者主张,^[24]同一种材料是否属于非正式法律渊源受制于不同的法域,例如司法先例在英美法属正式法律渊源,但在大陆国家属于非正式法律渊源,而习惯法在国际公法领域常被视为正式法源,在其他领域则属于非正式法律渊源。还有学者在面对某些新型材料(例如政策)并主张其应当被视为法律渊源时,常称这些材料为非正式法律渊源。^[25]无论是司法先例还是政策,它们均以语句为表现形式,与制定法这样典型的正式法律渊源在物理构成的意义上并无根本差异,却可能属于非正式法律渊源,这显然表明,这些学者并不是以物理形式来区别正式法律渊源和非正式法律渊源的。然而很遗憾,这些学者并没有给出他们非正式法律渊源的明确标准。在笔者看来,一个极有可能被他们所接受,同时也被博登海默所暗示的标准是,正式法律渊源具有法律权威,非正式法律渊源不具有法律权威。由此,司法先例在典型的大陆法系国家中确实并非法律权威,因而属于非正式法律渊源,在英美法国家则正好相反;政策在我国确实不属于法律权威,因此只能构成非正式法律渊源。

这里,法律权威是一个值得仔细检讨的用语。在现代法律理论的研究中,拉兹的看法最具代表性。按照拉兹的看法,^[26]法律或法律规范具有权威性,当法律在充当实践推理的理由时,它无需通过分量衡量,而直接可以作为二阶理由排除与之冲突的一阶理由而被适用;相应地,某规范作为法律规范的效力依据也不在于其内容相较于其他规范的优先

[24] 陈金钊主编:《法律方法教程》,华中科技大学出版社2014年版,第64页。

[25] 齐恩平:《民事政策的困境与反思》,《中国法学》2009年第2期,第80页。

[26] Joseph Raz, *The Authority of Law*. Oxford University Press 1979, P28.

性,而在于其获得了某种制度化的支持,来源符合于某种形式化的标准,这便是著名的“来源论”。^[27]如果我们采取拉兹对法律权威的定义,那么正式法律渊源和非正式法律渊源的差别便在于,前者属于法律,它在相关实践推理中具有权威性,当它被适用时,无需在内容上更具优势便可以作为推理的前提;后者并非法律,同时也不具有权威性,适用者(如法官)只能将之与其他理由加以比较,并在确认其内容上的优点后才能加以适用。

倘若上述归纳正确,那么持此非正式法律渊源概念的学者实际上提出了这样一个对本文来说具有挑战性的看法:在法律认识的过程中,特别是在司法活动中,法官常常并且应当适用不具法律权威的其他材料做出判决,尽管这些材料在性质上不属于法律,却与制定法这样典型的法律渊源在认识论上并无二致,因此称之为非正式法律渊源。换句话说,一项本身不属于法律,也不具有权威的材料如果在 S-S'-J 中充当了 S,它不能被称为法律渊源吗?甚至连格雷的法律渊源理论都支持这种观点,他的理论中充斥着对诸如学说、道德原则等这些明显并不属于现代国家法律,也不具权威性的“法律渊源”的探讨。对此,本文的看法是,将此种所谓非正式法律渊源也当作法律渊源将导致法律渊源概念的泛化,其结果是,法律渊源概念在实践和理论上的价值将消失殆尽,因此必须加以拒绝。

无疑,法律渊源是法律认识的对象或起点,特别是在司法裁判中,法律渊源构成了司法推理的理由或前提。在通常情况下,正式法律渊源的范围是司法推理的出发点或大致范围,是法官寻找判决依据的场所。^[28]但这不等于说,法官只能在法律的范围寻找判决依据,在一些比较特殊的情况下,为追求个案正义起见,判决依据可以是法律之外的材料,诸如学说、习惯、道德原则等。法官在何种情况下可以以法律之外的材料展开推理?这种推理的正当性应如何证立?此类问题或许应交由追求正确裁判结果的法学方法论研究者来争辩,而非本文要处理的问题。但从法律渊源的概念角度来说,人们几乎无法在理论上说明,这些法律之外可能被当作判决依据的范围有多大。在司法实践和相关历史中,格雷谈及的正义标准,衡平法、公共政策、道德信念、习惯法、专家意见等材料诚然可以作为司法推理的前提,但显然无法穷尽所有的非正式法律渊源,除此之外的材料也仍然可能充当判决依据。例如在世俗国家,法官完全有可能依据宗教教义处理某个涉宗教的问题,以至于此时宗教教义也可以被视为司法推理的前提。因此,法律之外的“法律渊源”在内涵上是贫乏的,其外延范围自然难以穷尽,我们除了在理论上确认其不是法律之外,并不知道这种所谓的“法律渊源”到底能够包含哪些材料。一旦引入“非正式法律渊源”的说法,我们讨论法律渊源范围的理论将被大大扩充,甚至任何一种理论都可能挂一漏万,面临“某某材料明明会被法官适用,你何不将之列为非正式法律渊源”的责问。

从权威性的角度来说,将不具备权威性的材料称为法律渊源也存在理论上和实践上的困难。法律渊源概念在司法实践中的价值在于,它不仅提前告诉法官寻找判决前提的范围有多大,还在于这种告知是“提前”的。所谓“提前”告知,是指相对于个案事实的“提前”。为体现法律的安定性和可预测性,法官并不需主张说,“案件 X 的法律渊源是

[27] Joseph Raz, *The Authority of Law*. Oxford University Press 1979, P45.

[28] 陈金钊主编:《法律方法教程》,华中科技大学出版社 2014 年版,第 56 页。

Y”,而是时常说,“我国的法律渊源包含了S”,或“J是我国行政法的法律渊源”。法律渊源之所以具备如此功能,主要由于其具备法律权威。当法律渊源的范围取决于某种形式化的标准时,法官只需检视材料的来源,无需将材料的内容与个案相联系,便可确认其是否属于法律渊源。而一旦主张存在不具权威性的法律渊源,上述特点便会消失。对于一项不具有权威性的材料来说,只有在个案发生后,法官才可能结合案件事实,判断其是否可能作为案件备选的判决理由,进而衡量其分量是否足以压倒其他材料而被当作最终的判决理由。由此,该材料是否可能被当作非正式法律渊源,受制于其内容与案件事实的关联,自然无法事先确定。这一情况与法律渊源概念的内涵相冲突,也导致非正式法律渊源的说法实际上无法提前为法官寻找判决依据划定范围。

不仅如此,一如前文已经证明的那样,法律渊源是一个并非司法领域专有的概念。如果能够将视线扩大,从法律认识论而不是单单从司法推理的角度来考虑这个问题,法律之外的“法律渊源”的范围将会更大。在制定法创制的过程中,立法者虽然要依据上位法来确定制定法的内容,但他一定还要考虑上位法之外的其他规范或基础价值,例如道德伦理、政治哲学、技术因素等等。如果我们愿意在司法中将那些法律之外充当司法推理前提的材料称之为法律渊源,就不能拒绝将某种诸如政治上的考虑也称为立法的法律渊源。然而,这个范围几乎大到无法确定,甚至在原则上,任何不与上位法冲突的规范命题都可以被立法者当作其制定立法的前提。倘若把所有这些可能充当立法依据的规范命题都称为法律渊源,将会导致法律渊源概念外延膨胀至一个对于立法者来说几乎没有任何价值的地步。

因此可以说,无论对于法官还是立法者,在允许不具备法律权威的材料也能够构成制定法律或判决的依据的情况下,由于难以脱离个案事实提前确定这些材料的种类和内容,将其称之为法律渊源是一种具有误导性且无实际意义的说法。笔者愿意相信,所谓非正式法律渊源的说法,更像是一种语言习惯的无益扩充。诸多所谓“非正式法律渊源”的确在法律认识论活动中发挥着与正式法律渊源相类似的功能,以至于人们常常不加反思地将其比喻为法律渊源。一如我们可以将桌子的支撑物称之为“桌腿”,但桌腿必定与生物的肢体存在天壤之别,将法律认识中的那些不具备法律权威的材料称之为“非正式法律渊源”,并不能证明它的确属于本文所说的法律渊源。

五 作为操作性理由的法律渊源

有关非正式法律渊源的分析表明,将不具备法律权威的规范视为法律渊源,将导致法律渊源概念的泛化,因而应将之排除在法律渊源的外延之外。但这观点仍然会让人有些疑惑,学说、习惯、道德原则之类的材料几乎出现在所有著名的法律渊源理论中,^[29]为什么人们将这些材料视为“法律渊源”呢?如果说将它们视为法律渊源会导致泛化,那为什么除此之外的其他材料从未被视为法律渊源呢?例如前文已经提到的那个例子,某个数

[29] [美]格雷著:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第71页。

学计算规则可能被法官用来计算损害赔偿的具体数额,从而使得在这个法律认识过程中,法官实际上也适用了这个数学规则。为何这个数学规则不会被任何法律渊源理论视为法律渊源?就法律认识的过程而论,学说、习惯、道德原则等所谓“非正式法律渊源”与数学规则的差异究竟在哪?

一种直觉性的答案是,相对于数学规则,法律渊源,哪怕是那些“非正式法律渊源”好像都要比数学规则“更能决定”法律认识的结果。对此,拉兹意义上的“操作性理由”(operative reason)有利于说明我们的上述直觉性认识。法律渊源与法律认识的结果间存在特定的逻辑联系,相对于认识结果,法律渊源必须接近于“操作性理由”(operative reason)而非“辅助性理由”(auxiliary reason)。拉兹的理论关注实践理由与人的实践行动之间的联系,而法律认识的过程涉及认识的对象与结论,因此,法律渊源称之为操作性理由在理论上未必十分精确。但考虑到法律认识的结果属于包含“应当”的陈述,它指向人的行为,从而具有实践性,所以法律渊源与法律认识结果间的某种联系同样能够通过操作性理由的说法得到一定程度的说明。按照拉兹的看法,^[30]操作性理由是包含“实践批判态度”的理由。“有理由”与“应当”在逻辑上充分等值,而“应当”的陈述既包含了行为人相信其内容的批判态度,又包含了其相信其决定实践的态度,后一种态度即是实践批判态度,因此任何一个完整的行动理由都必须包含操作性理由。通常来说,操作性理由包含价值、利益、愿望或规范,而除此之外的辅助性理由却不必然具备这些内容。辅助性理由常常是一些事实性陈述、物理规律、技术性规则,其功能在于,它能够证明将作为前提的操作性理由转化为结论的过程是正当的。例如“如果天下雨,我就不出门”表达了我主观上不愿出门的愿望,但如果缺乏有关天气情况的事实性陈述,前者作为操作性理由并不能单独证成我不出门的行为,只有在相信“今天下雨了”这一陈述的情况下,我不出门才是理性的,而“今天下雨了”便属于辅助性理由。

将此理论带入到法律语境,不难发现,法律认识的过程也同时充斥着操作性理由或辅助性理由。在 S-S'-J 的这个典型的司法推理过程中,法官仅仅从 S 这个规范语句中是无法得到最后的判决的,“盗窃者应被判处三年有期徒刑”,即便法官在理解这个语句后得出了其含义 S',在不增加其他条件的情况下,他也无法确认,“行为人 A 应当被判处三年有期徒刑”,除非他将案件事实 F“ A 秘密获取了 B 一定数额的财产”纳入到其司法推理的思维过程中。这里, S 自然属于法律渊源,同时也是一个操作性理由,而案件事实 F 属于辅助性理由,它并不属于法律渊源。同时,上文提到的所谓“非正式法律渊源”与数学规则间的差异也可以因此获得说明。人们之所以愿意将“非正式法律渊源”视为法律渊源,只是因为它们的确或应当在司法推理中以操作性理由的面目出现,而那些只能决定判决中某个具体数额的数学规则,显然属于辅助性理由,因此无论如何也无法被称为法律渊源。

在通常情况下,要求法律渊源必须是操作性理由的看法并无不妥,但要注意一种特殊情况,此种情况的存在可能导致我们无法在逻辑上作出结论说,操作性理由是某种材料作

[30] [英]拉兹著:《实践理性与规范》,朱学平译,中国法制出版社 2011 年版,第 24 页。

为法律渊源的必要条件。这种情况是,某个材料在性质上属于法律,但却只能在法律认识过程中充当辅助性理由。例如,我国《民法通则》规定,“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算”,这一条文本身似乎并不能作为操作性理由,但倘若某个司法判决引述了该条文,那么看起来并没有什么因素能够阻止我们将之称为法律渊源,尽管当我们谈论法律渊源时,并不会马上想到这类特殊的规定。

针对这一特殊情况,本文的回应策略有两个。其一,承认法律渊源必须是操作性理由是一个不怎么严密的说法,将作为操作理由的法律渊源称为典型的法律渊源,将上述那些虽是法律但只能充当操作性理由的材料称为非典型的法律渊源。其二,承认诸如“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算”之类的法律条文确系法律渊源,但坚称其在某种意义上仍属操作性理由而非辅助性理由,从而实现逻辑上的周全。

第二种方案成功的关键在于,建立某种法律的个别化(individuation of law)理论。^[31]这种理论能够区分法律的表达单位(如法律条文)和法律的意义单位,从而在不同法律表达单位间建立逻辑关系。这就可能将那些看上去不能成为操作性理由的个别的法律表达单位视为某个更大更完整法律意义单位的组成部分,而后者仍然属于操作性理由。按照边沁(Jeremy Bentham)的法律规范个别化理论,^[32]法律条文中存在由限制修饰性词语或情节组成的限制修饰性条款,这些条款并不构成特殊的规范类型,它们可以被转化为两种基本的法律规范类型,即决定性和非决定性规范。凯尔森的法律规范个别化理论则更为成熟和清晰^[33]:完整意义的法律规范总是以“如果……,如果……,那么应当制裁”为基本内容,法律条文要么直接表明制裁,要么只是在陈述制裁发生的前提条件或前提条件的组成部分。对于诸如“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算”之类的法律条文来说,它们只是某个包含有法律制裁的完整法律规范的组成部分,其本身虽然看似无法充当操作性理由,但却可能作为某个操作性理由的组成部分。当然,由此对法律渊源和法律规范的区分也要略作调整,法律渊源将不再是语言的原始表达形式,而是经过上述格式化加工后的“半成品”。

为了使得本文的主张在逻辑上更为规整,笔者自然愿意选择后一种回应策略。但就目前情况来说,以边沁和凯尔森理论为代表的法律个别化理论并没有获得学界的广泛认可,而在本文中展开讨论法律的个别化问题,显然也是不合时宜的。因此在说明特定的法律个别化理论将有助于本文论证的同时,作为暂时性的结论,笔者姑且选择第一种方案,满足于指出操作性理由之于法律渊源是一个关系密切却并非必要的条件。从而将那些虽然属于法律但只能在法律认识中充当辅助性理由的材料称为非典型的法律渊源,“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算”之类的法律条文即属于此类,区别于那些在法律认识中为法律认识充当操作性理由的材料,后者可被称为典型的法律渊源。

[31] Raz, *The Concept of Legal System*, Clarendon Press, 1980, P70.

[32] [英]边沁著:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2008年版,第151页。

[33] [奥]凯尔森著:《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67页。

六 结 语

本文是对法律渊源概念从法律认识论角度进行的界定,其基本立场是,法律渊源应当被理解为法律认识过程中的特定阶段。这一立场排斥非正式法律渊源这一至多仅在比喻意义上成立的术语,同时主张典型法律渊源属于法律认识中的操作性理由。由此,可以得出一个有关法律渊源与其他疑似渊源间关系的二元矩阵图表:

	法律权威	非法律权威
操作性理由	典型的法律渊源	“非正式”法律渊源
辅助性理由	非典型的法律渊源	法律认识中的其他材料

典型的法律渊源是那些在法律认识中作为法律权威而充当操作性理由的材料,这也是法律渊源一词最为常见的用法。那些虽然具备法律权威但只能在法律认识中充当辅助性理由的材料可被称为非典型的法律渊源。不具备法律权威但却在特殊情况下能够以操作性理由的身份参与到法律认识的材料其实超出法律渊源概念的外延,但为了强调它的确也会左右法律认识的结果,一些学者希望将之称为“非正式法律渊源”。一些通常难以被视为具备法律权威的政策、习惯、道德原则等材料便属此类。最后,法律认识中还包括了一些既非法律又非操作性理由的材料,例如数学规则,它们通常不会被视为法律渊源可能的范围。

[本文为国家社科基金项目“法律规范的元理论研究”(13CFX007)的研究成果。]

[**Abstract**] The existing theories on the concept of legal source can not adequately answer the three questions about the concept. The concept of legal source must be defined from the perspective of legal epistemology. As a particular stage in the process of legal cognition, legal source is law by nature. It distinguishes itself from legal norm while at the same time showing the characteristics of stratification in the process of legal cognition. The so-called “informal legal source” is not legal source, and neither is the non-operative reason involved the in process of legal cognition.

(责任编辑:韩 支)