# 第一章 法律及法治

“法学概论”主要是为非法律专业学生学习法律的基本知识、原理而编写的教材。法学是众多人文学科的一种，属于规范学科的范畴，研究的是法律规范及其运行的方法和过程。本书旨在向学生讲授关于法律体系的基本知识。所谓法律体系指的是由部门法构成的有机整体,主要包括宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法、经济法、环境法等。通过“法学概论”的学习可以对法律有一个框架性的了解，并对法治形成初步的信念。

## 第一节 什么是法律

### 一、法律的词义

在古汉语中,法与律并不连用,二者的含义也不尽相同。法由’演变而来,按许慎在《说文解字》中的解释‘法者,刑也。刑字的形状由‘开’‘廌’‘刀’构成,意味着其主要含义是指惩罚。律原来是一种定音的仪器，后来演变为规范。法与律的结合，意味着法律由个别调整进入了规范调整。在现代汉语中，法与律一般连用，但在有些著述中，法与法律仍有区别。法的一般含义较为宽泛，它不仅包括规范性法律,而且包括法律的精神,法律的价值,甚至理性等。法律则主要指制定法、习惯法和经主权国家认可的国际法规范。这种含义和法学家所说的广义的法同义。法律有时也有其特定的

需要全本请访问 www.ertongbook.com

含义，这主要是指在立法权和法源理论中具有特定效力级别的狭义法律。为了使立法权有清晰的划分，我国宪法规定，全国人大有权制定宪法、基本法律、法律，而全国人大常委会有权解释宪法，在不违背基本法律原则的前提下修改基本法律、制定法律。在法源理论中，宪法具有最高的法律效力，基本法律的效力低于宪法，但高于法律，而法律的效力又高于行政法规。这里的“法律”就是指狭义的法律。需要指出的是，上述仅是法律的词义，而不是法律含义的全部，法律是一个可以进行多视角观察的整体性概念。

二、多重视角的法律

站在不同的立场上，人们对法律的理解有很大的不同，但只有综合各种角度的认识才可能形成对法律的整体印象。

(一)立法者立场的法律

许多学者从立法者的角度界定法律，如西方有学者认为：法律是主权者的命令，而我国古代有思想家也说：宪令著之于官府，而布之于百姓。在我国现行法理学教科书中，大多认为，法律是统治阶级意志的体现。这里的统治阶级意志指的是掌握政权的统治阶级的整体意志和国家意志。在说明为什么法律是国家意志的时候，学者们主要是从立法角度来回答的，即统治阶级的意志只有通过国家立法形式才能称之为法律，否则只能用统治阶级的政策等形式加以表达。从立法者角度所观察的法律从总体上看是一种规范性法律。因为，立法的主要任务就是向社会输入法律规范——一种制度性法律。对这种法律有学者把其称为一般性法律、“纸上的法律”或法律文本等。这种法律所表述的是同类社会关系的共性规范，是对现实社会关系的一种抽象描述，是法学家关于法律的普适化努力，其法源形式为制定法，其模范状态被称之为法典。我国理论界对法律的描述多属于立法者立场。

(二)司法者立场的法律

在英美国家，法学家观察法律问题时，多着眼于应用，从司法者的角度研究表述法律。司法者角度的法律与立法者不同，它是把普适性的法律转换成个别化的法律，是把一般的法律规范应用到个案中。在司法者眼中，立法者所制定或认可的法律，仅仅是法官判决案件的法源，它只是为法官判案解决了形式合法性问题。由于司法者要把一般的法律个别化为判案依据，因而一般说来，法官很少认为法律是明确的行为规范。法官在司法中经常会看到法律的模糊性、空缺结构以及相互矛盾的法律规范。总之，法律规范常处于不确定状态。为了使法治得以实现，在司法者眼中，法律必须在应用中论证并通过审案法官的理解、解释，使一般的法律个别化后，才适用于具体案件。司法者一般认为，立法机关创设的法律，仅仅是法官裁判案件的法源之一，而不是法律的整体。因而，法官判案还有制定法以外的其他法律形式，如公平、正义观念，国家的政策，善良风俗等。另外，立法者所制定的一般规范，属于关于同类事物的共性规定，它与充满个性的案件的结合，须通过法官、检察官、律师等的论证才能确定。因而，对立法者来说很多确定性很强的法律，在司法过程中也会呈现出不确定状态。对制定法的贯彻必须应用各种法律方法。只有在法律方法应用过程中才能使法律的意义相对固定。从这一角度说，司法者眼中的法律是一种法治原则下各种法律方法的应用结果，而不完全等同于制定法。但我们在书中介绍的，大部分是以制定法为基本内容的。当然，这也是规范性法律的骨干内容。

(三)社会学立场的法律

从立法者和司法者的立场观察法律，在法学上属于实证主义法学的范畴。研究者观察和分析的是国家的实在法，即从立法者立场研究为何建构法律规则体系，从司法者立场研究为何分析、解释和应用法律规则。这样的法律是以规则为核心的，是一种相对

独立存在的法律。但是，如果我们从社会学的角度观察便可以看到，法律并不是独立存在的，法律只是社会关系网中的法律，脱离社会关系而孤立存在的法律并不存在。所以，法律规则制定出来以后，能否适应社会并在社会中贯彻实施，我们还应考察法律规则是否能融入社会。有些规则虽为立法者宣布为法律，但在社会中可能遭到拒绝。这样的法律在法律社会学者看来，不具有实际的效力因而就不能被称为真正的法律。所以法社会学眼中的法律是那种在现实生活中能行得通，被人们较为普遍地接受的法律。从法律社会学的角度看，法律源自社会生活，立法者制定法律不能脱离该社会的民族精神、传统文化以及其他作为背景的地方性知识。比如从西方移植过来的法律，必定要被当地的文化、传统、价值所消解。一般地说，某项法律规则越是具有社会根基就越具有实际的效力，而如果脱离社会或者说没有根基，其实际的效力就越差。法律社会学旨在研究法律规则与社会的互动关系，是在社会运行中观察法律的，在一定程度上属于“活法”的范围。法社会学的学者们强调法律是一个变量，其含义随着其与社会的融合程度呈变化趋势；法律的意义并不因为其概念、原理本身的确定性而呈现出清晰状态。但我们学习法律的人对此一定得有清晰的认识，即法律社会学所讲的法律仅是一种对法律的正确认识，但它不是法学(或法律)的主流观点,而仅仅是我们客观地认识法律的一个视角。从维护法治的角度看，立法者所创立的法律是法律人思考法律问题的起点，即法律思维主要指的是根据这样的法律进行思维，而法律社会学意义上的法律仅是社会学家关于法律的思考。

(四)正义视角的法律

关于法律的本质有多种观点，其中西方法学中的自然法学大多把法律的本质概括为正义、公平等。许多思想家认为，法律是正义的体现，而司法的要义就在于实现公正。从这一角度观察研究法律，实际上坚持的是关于法律的二元论，即认为国家的实在法之

上应有一个更高的自然法——主要是指正义。如果国家的实在法与人类的最基本正义发生冲突，就应按正义的标准修改实在法。确实立法者在创立法律的时候，应该考虑正义的因素，体现正义的要求,而在司法过程中,正义更是衡量、修改实在法律的参照系统。在观察法律问题时，坚持法律的二元论对克服严格法治的机械和僵硬性很有益处。我们都知道成文法律是一种关于事物的共性规定。制定时立法者虽然会考虑正义，但这里的正义只是一般的正义。而当共性法律与个案结合时，共性的法律、一般的正义即可能与个别正义发生冲突。这时如果我们恪守法治的严格性，就可能会出现合法不合理的情景。为使一般正义与个别正义获得平衡，我们就应该承认法律的本质是正义，把正义作为法律的精神对法律规则进行修正。但是我们还得注意到并不是法律规则与正义一有冲突，就可以用正义变更法律，否则就会牺牲法治的严肃性。学者们一般认为只有当法律规则与正义发生较大冲突时，才能使用正义衡量的方法去克服法治的僵硬性。在多数情况下，法律应用应追求实质正义与形式正义的统一。但在二者难以双全时，也只能追求形式正义或程序正义，这也许是实施法治所必须付出的代价。

### 三、法律的基本特征

从不同的角度描述，对法律的特征可以有不同的归纳。在本书中，我们试图从比较三大法系的角度介绍法律可能存在的基本特征。这三大法系是指大陆法系、英美法系和中华法系。

#### (一)法律的规范性特征

在大陆法系,[①] 法学家在谈论法律的时候，一般认为，法律就

①指西欧大陆以法、德为代表的法律传统，也称为罗马法系、法典法系、民法体系等，是指以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

是法律规则，规则就是法律的核心内容。在习惯上，对法律规则的表述，他们更倾向于用成文的法典形式。法律经常被法学家用结构完整、逻辑统一、用语规范的编、章、节、条、款、项、目加以表达，法律在他们眼中就是完整的法律体系或法律规则体系，而在法学中也常称其为概念体系、原理体系等。如民法就是奠基于民法法律关系概念基础上的规则体系。法律的规范性特征强调了法律作为一般规则的三个主要方面：第一，法律规范具有调整对象的一般性，即法律不是针对某一个人制定的，它要适用于同类情况的所有案件，而针对个案的有效法律被称为非规范性法律文件。第二，法律规范具有反复适用性，条件是只要该法律规则没有被废除，它就要不断地被应用下去。第三，法律的规范性还意味着同样情况同样对待。虽然，我们看到世界上并不存在完全相同的案件，但是，人类的抽象思维能力确实找到了许多案件的共同之处，并把它反映到法律规则之中。所以，这里的同样情况并不是案件都完全一致，而是指案件事实大体与法律规则所描述的情形吻合。如果出现这种情况，法律的规范性要求必须有大体相同的处理结果。法学家尤其是大陆法学家，千百年来一直在进行法律的普适化努力，其目的就是想用法律规范各种行为，从而达到法律秩序。

（二)法律的程序性特征

在英美法系①,法官们在谈到法律的时候,往往与法官据以判案的各种程序结合起来，认为法律就是指程序。他们特别强调程序法在法律体系中的地位。程序法在法律中确实占有重要地位。法律分类的一种方法就是把法律分为实体法和程序法。作为实体的法律规范，规定了详细的行为模式，但如何保证这些行为模式在现实生活中（尤其是司法活动中）贯彻实施是实体法自身无法解决

① 英美法系又称判例法系、普通法系，以英国和美国为代表，是在英国的普通法基础上发展起来的法律的总称。

的问题。按规范法学的说法，它必借助于另外一种规范——程序性规范保证其实行。因而，也有人把程序性规范视为实体规范实施的保护性规范。另外，法治的要义在于限权，而限权的意义，有两方面的内容，这就是限制权利的滥用和权力的越权行使。而要达到限权的目的，从法律上看有两种可以采取的措施：一是实体规范应尽量明确权利与权力的范围、界限。二是用程序规制权利与权力行使的方式、方法。如果离开程序，限权很可能变成一种自觉自愿的行为，其制约因素就少了许多。正是看到了这一点，许多法学家极力主张借用程序法的设计限制权利与权力的任意行使，限制不断膨胀的自由裁量权。程序公正也许是法学家贡献给世人并能实现的最基本公正。按照程序办事，可能是法律行为区别于其他行为方式的最主要特征。我国目前的程序法主要是指刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法。现在立法法也基本规定了立法程序。相信最近还会制定较为系统的行政程序法。这些程序法是法律的重要组成部分，舍此法治便会失去重要保障。

（三）法律的强制性特征

古老的中华法系，在其发展过程中非常重视法律的强制性特征，“法者刑也”的观点被反复强化，而刑在很大程度上主要是指刑罚措施。无论是今天意义上的民法、婚姻法或行政法，在中国古代对违法行为的处理结果均与强制惩处有密切关系。法律的强制性被淋漓尽致地发挥。据史学家论证“夏有乱政，而作禹刑，禹刑之属三千”；“商有乱政，而作汤刑，汤刑之属五千”，这里的“三千”、“五千”均可能指的是刑罚的各种具体措施。

法律的强制性特点是与其他行为规范相比较而得出的结论。这当然不是说道德规范、宗教规范和纪律规范不具有强制性，只是说法律的强制性与其他规范不同。宗教等规范其强制性主要来自人们的内心压力，其实施保障主要来自社会舆论的压力或宗教组织的威吓等。而法律的强制力主要来自国家——这一合法的强力

系统。法律与国家结合，主要想借助国家强力使其得到全面的贯彻。刑事法律判决主要由国家机关执行，民事法律判决虽然大部分靠公民和法人自觉履行，但不自觉履行的情况也时常出现，这就需要国家机关强制执行。法律如果失去了强制性，从实际效力来看，还不如道德有力量。统治阶级之所以愿意把许多规范纳入法律体系，在一定程度上也是看到了法律强制性的魅力。从一定意义上说法律有了强制性才衍生出它的权威性。许多法律如果离开了强制，就可能成为毫无意义的空气震动。这一点对那些经常违法犯罪的人尤为如此。对法律的强制性体会最深的也许就是那些受过法律制裁的人；法律的威慑力，主要源自法律的强制措施。

但我们应注意的是：法律的强制性特征并不意味着刑罚措施越重越好，刑罚的人道化是法律发展的一个趋势。在民事领域如果法律能与正义、理性结合起来，强制性措施就可能成为常设而不一定常用的规则。

## 四、法律的作用及其局限性

法律的作用有时被学者们称为法律的功能，是指法律对社会产生的影响。对法律的作用，我们可以从不同的角度观察。传统法理学大多从法律的社会作用和规范作用两个方面叙述。

### (一)法律的社会作用

法律的社会作用是指从法律与社会的关系以及法律的目的来观察叙述法律的作用。规范性法律是由人创设的。其创设方式有制定和认可两种形式。无论是制定的法，还是认可的法都带有立法者的目的。如果我们把立法者认定为统治阶级，那么，法律的主要社会作用就是维护阶级统治。如果我们把立法者看做国家，那么法律的社会作用就是指执行公共事务。因为国家是阶级矛盾达到不可调和的时候产生的，为了使相互争斗的阶级不至于在斗争中同归于尽，才产生了凌驾于各阶级之上的国家机器。国家虽然

是维护阶级统治的工具，但国家政权的掌握者，为了使自己的统治能够进行下去或者保持其统治阶级的地位，也不得不担负起公共事务的职责。法律对阶级统治的维护，主要靠在法律中规定统治阶级的政治统治(如阶级地位、统治权力、机构)以及经济统治和文化思想统治等，并在法律执行过程中对那些不利于阶级统治的行为进行打击。执行公共事务的法律，主要是为了使秩序得以实现而制定的那些对任何阶级都有利的法律，如环境法、资源法、能源法、交通法、食品卫生法、教育法、体育法等。实际上，现代社会中的大部分法律都是执行公共事务的法律。但我们并不能因此而忽视法律对维护阶级统治的作用。

(二)法律的规范作用

从法律是调整人们行为的规范这一角度来观察法律的作用就是法律的规范作用。一般认为，法律有如下规范作用：第一，指引作用。通过了解法律，人的行为有了大体的方向，这就是法律的指引作用。法律指引主要通过设置一系列行为模式来进行。这些行为模式，一般规定某种行为的条件、行为方式和行为后果。通过肯定与否定的后果，引导人们按法律模式活动。第二，评价作用。从评价行为的角度看，我们可以把法律称为标准，实际上是人们把法律当成标尺并以此来衡量他人的行为。据此标准衡量可以把人们的行为分为合法行为、违法行为和非法行为（既不违法也不合法的行为）三种结果。其中，法官对当事人行为的评判最为重要，因为它直接影响到当事人的行为自由或利益。第三，预测作用。法律公布以后人们可以据此相互预测对方的行为，以利于行为者决策。个人也可以通过法律预测自己行为的后果，从而增大行为安全性。第四，教育作用。法律的教育作用表现在两个方面：一方面，法律是知识体系，这里面包含着人类对正义、理性的追求，也包含着人类的智慧。人们可以通过学习法律知识、原理受到教育。另一方面法律的实施，对违法者本人也是一种教育，对合法行为者是一种

“奖励”,从而促使人们更愿意依法办事。第五,解决纠纷。法律不仅包括实体法，而且包括程序法。程序法律的重要功能就是通过法官的活动解决各种民事、刑事、行政、经济纠纷。当然,纠纷的解决可能有多种途径，但在现代社会人们更倾向于利用法律手段解决纠纷。因为，法律手段是一种和平、文明的解决纠纷的方法，是法治社会所倡导的一种方法。

(三)法律作用的局限性

在法律作用问题上有两种典型的错误观点：一种观点是法律虚无主义，另一种是法律万能论。法律虚无主义的错误在于看不到法律的作用，认为法律可有可无。这种观点根植于无政府主义思想。在中国历史上和“文革”过程中，曾多次出现并泛滥。法律万能论源于西方法治世界观形成时期。那时，许多思想家推崇法律，把法律视为除了不能把男人变成女人之外的万能的东西。这种观点很快受到了批评，但近年来在我国少数人的心目中，法律万能论有所表现，如认为什么行为都可依法治理等。这实际上是对法律作用不了解的表现。法律在社会中确实发挥着重要作用，但法律决不万能。法律对社会的调整，对人行为的规范以及对权利的救济，只能在有限的范围内进行。许多行为并不宜用法律来调整，如恋爱关系、友谊关系等。许多权利也没有办法用法律来救济（如证据不充分，法官又无法运用法律推定等）。对法律的正确姿态是：我们必须充分认识法律的作用，但决不可轻言法律万能。法律像其他社会现象一样，既有其正面作用也有其消极的一面。片面地强调任何一个方面都可能会危害我们的法治事业。

## 第二节　法律思维方式

### 一、法律渊源与法律形式

#### (一)法律渊源

法律渊源是一个常被误解的概念，在过去的法理学教科书中，法律渊源被称为法律的表现形式。其实法律渊源在西方法学中是指与司法活动密切相关的问题。大体上，我们可以把法律渊源视为法官法源，即法官用以裁判案件的法律源自何处的问题。在法律渊源中的法律与作为一般行为规范的法律有很大关系，但并不等于一般的规范性法律。渊源的意思是说法官裁判案件的法律的来源。一般认为，法官裁判案件应具备合法性特征，应依法裁判，而裁判的合法性主要来自法律。但是，这里的法律是广义的法律，即能作为判决来源的各种法律形式都可以作为法源。一般认为，法官判案在大多数情况下，首先应依据制定法；当制定法对某一领域的事务有特定认可形式时，而案件又属于特殊法律调整时则优先应用习惯法、国际法等。当出现制定法、习惯法和国际法对某些问题没有规定时，法官可以在法律的非正式渊源中去寻找法律的其他渊源。这些形式常称为法律的非正式形式，主要包括公平、正义观念,善良风俗,法理学说,事物本质,理性,国家的有关政策等。值得注意的是，法律的非正式渊源主要解决的是判决的合理性问题。从上面的叙述中，我们可以看到，法律的表现形式不同于法律渊源，它只是作为法官判决案件的法律源泉。

#### (二)法律的表现形式

法律的表现形式可分为两大类：法律的正式形式与非正式形式。在我国,法律的正式形式,主要包括制定法、习惯法和国际法。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

制定法是指由国家立法机关所颁布的法律。按其级别效力，可分为宪法、基本法律、法律、行政法规、地方性法规及与其并行的民族区域自治法、经济特区法、行政特区法等。国际法和习惯法都属于国家认可的法律。国际法作为正式法律必须经国家认可，这是一个国家主权的体现。非正式法律主要包括公平、正义观念，法理学说，国家的政策，事物的本质和理性等。为什么法官在判决案件的过程中要考虑非正式法律？其原因有二：第一，正式法律是由立法者制定和认可的，是一种较为明确的行为规范，但是法律越明确，其涵盖的范围就越小，这就越可能出现法律的漏洞，或者出现相互矛盾的情况，如要弥补法律漏洞，协调法律间的矛盾，单靠正式法律自身无法解决。同时为克服法官裁判的任意性，也需要借助社会中存在的其他规范进行衡平。第二，法律的目的是达到公平、合理地解决纠纷。所以，法官处理案件不仅要讲法，还得说理，虽然成文法律中蕴含着人类社会的基本正义要求，但这只是一般的抽象正义，而法官要解决的是个案。有时个案中的正义与法律会相互冲突。为了使正义能在个案中实现，各国法律一般都允许法官在个案中应用正义原则对一般的法律进行适当的修正，以便使判决既合理又合法。在这种情况下，法律的非正式形式往往可以作为法源。另外，判例法也是需要说明的问题。判例法在英美国家是法律的正式形式。英美国家法官应用遵循先例的拘束力原则，因而判例法是其最主要的法律形式。我国的法律传统和技术与大陆法系接近，判例一般不属于正式法律。但我国最高人民法院以典型判例的形式在《最高人民法院公报》中公布的案件对下级法院也有一定的影响。此外，由于存在上诉制度，因而上级法院的判决对下级法院也会产生相应的影响。所以判例在我国虽然不属于正式法源，但也可以视为非正式法律形式。

## 二、法律思维方式

法律思维方式的形成是法学教育的目标之一，是法律职业群体区别于其他职业群体的特征。法律思维从大的方面来说，是指法律人在长期的法律实践过程中，根据法律的品性所形成的一种思维定势。其最显著的特征就是法律人根据法律进行思维，即根据法律的精神、价值和方法思考解释法律的意义，思考解释法律事实的法律意义。法律思维有如下几个方面的特征。

第一，法律思维是一种规范性思维。这主要是因为法律的最其本构成要素是法律规范。根据法律思维主要是指根据法律规范思维。规范为人们的行为提供了大体的指导，为法官等评判人们的行为提供了标准。法律规范要求人们的行为接受它的指导，同时对人的思维既有引导，也有约束。

第二，法律思维是一种程序性思维。法律不仅为人的行为规定了许多实体规范，也设置了办事思维的一些程序。这些程序虽然是法律实施过程中的形式要件，但它对实质正义的实现有积极意义。可以说，程序性思维是法律思维区别于道德等思维的显著特点。程序性思维还要求行为人在办事情的时候，必须考虑到行为结果进行诉讼的可能性，考虑到行为过程的可证明性。法律思维可能最强调步骤、方式、手续及仪式的意义。有时甚至连时间问题也是具有法律思维方式的人应重点考虑的问题。

第三，法律思维方式是一种维护法治的思维形式。为了实现法治就需要强调依法办事，而依法办事只是抽象的原则，它须借助各种法律方法来贯彻，而各种法律方法都应是维护法治的方法。那些破坏法治、消解法治、规避法律的方法不属于法律思维的范畴，最多我们可把其称为关于法律的方法。在一定意义上可以说，有了法治才产生了法律思维的需求，而法律思维又反过来强化了法治意识。

第四，法律思维是一种站在人性恶立场上的利益性思维。历史上曾出现人性恶、人性善和性三品等学说。主张人性善者，理论上一般主张实施德治；主张人性恶者一般主张法治；性三品说大致主要坚持法治与德治的结合。法治论者之所以坚持人性恶，主张用坏人的角度观察法律，主要是因为他们看到，社会中的人确实具有两面性，即亦善亦恶。但作为法律制度设计者必须假定人是恶的，才能使法律以一贯之。否则，就会出现制度上的混乱。当然，法治论者主张性恶论并不是要追求恶的结果。相反，他们认为应通过法律实现或达到善的目的。法律的目的之一就是惩恶扬善。法治论者相信人性恶，主要是强调制度设计的立足点是人性恶。他们认为如果每个人都能从善如流，法律在一定程度上就是多余的。

第五，法律思维方式是一种多运用形式逻辑的思维方式。虽然法律人在认定事实、解释法律的时候，需要运用辩证法（或辩证思维），但这属于辩证法在认识过程中的应用。法律思维主要是指根据法律进行思维。实事求是，从实际出发是正确的认识论，但法律思维强调思考事实的法律意义时，应从法律出发，把法律作为思考事实的法律意义的出发点。因而，三段论式的推理以及所展开的论证是法律思维的特征之一。

第六，法律思维方式是一种证据学式的思维方式。法律思维方式虽然要追求事实的客观性，并要想方设法达到事实的客观认识，但由于追求客观性从哲学上看有很大的难度，因而，法律思维方式确定了一种更现实可行的目标，认为法官所能认定的事实只是一种能够用证据加以证明或能用法律加以推定的法律事实。这种事实并不等于客观事实。法律要处理的案件是事过境迁的事实。如果不能用证据加以证明或用法律加以推定，就无法判明事实在法律上的真伪，因而法官也就难以裁断。

三、法律方法

这里的法律方法主要是指司法过程中的法律方法，主要包括以下内容：

(一)法律发现

狄摩塞尼斯曾说：“每一种法律都是一种发现，是神赐予的礼物——明智的戒律”。这句话即证明法律发现是一个古老的观念。库利奇总统也说：“人们并不是制定法律，他们只不过是发现法律而已……如果一个政府具有发现法律的最佳机制，那这个国家就再幸运不过了。由此可见法律发现观影响之久远。”① 然而这种法律发现与我们在本文中所论述的法律发现不同。本文中所讲的法律发现是指司法过程中的法律发现，与之相对应的观念是法官造法或者对法律的所谓自由发现，是为限制法官裁判的任意性而开发的一种法律方法。这种方法为法官裁判案件限定了其发现法律的大致场所，即各种形式的法律渊源。虽然立法中的法律发现是发现法律和权利的真正源泉，但这种发现基本上属于事物的本性，没有框定发现的方法和立场，因而这不属于本文探讨的范围。

司法过程的第一种应用的方法是法律发现。需要指出的是，这里的法律指的是针对个案的法律，而不是由立法机关创立的体系性法律。由立法者所创设的法律，在法律适用者眼中仅仅是法官等发现法的地方，属于法律渊源的范畴。② 我们把法律发现聚

①[美]爱德华·S. 考文：《美国宪法的‘高级法’背景》，强世功译，三联书店 1996 年版，第 1 页。

② 关于法律渊源的概念许多法理学教科书中认为，是指法律的表现形式。这种说法并没有错误，只是没有指明法律渊源理论的意义。在我们看来法律渊源主要是指法官法源，即法官等法律人发现法律的地方。面对具体案件法官进行规范选择时，法律几乎就是法律渊源。对法律渊源形式的分类，只是为了发现法律的方便，并指出各种法律形式的级别效力，以便使法官等识别不同等级的法律效力。

焦在如何寻找正当的个案裁判，发现针对个案的解决方式，成文法律只是解释该方法的适当论据。法官和律师在处理个案时，并没有与个案完全吻合的现成法律，成文法中不可能直接规定解决案件纠纷的详细方案。共性的法律与个案结合，必须有法官等主动性、能动性的发挥，没有法官等的谨慎思维，反映事物共性的法律不可能与案件自动结合。法官等处理案件，在弄清事实的基础上，必须进行针对个案的法律发现，哪怕是进行简单的部门法识别、法规识别，其实也是进行法律发现的过程。对这一结论性意见，很可能会有部分法律实践者不以为然。因为在司法实践过程中，很多法官和律师似乎并没有经过法律发现，就已经知道有些案件应该适用什么样的法律。出现这种情况主要是由于许多法官是经过专业训练的，即使是有的法官没有经过系统训练，但在长期的司法磨炼中，也掌握了大量的法律和方法。因而，他们在听完许多简单的案件事实后，似乎并没有经过法律发现，却已经知道了关于该问题的答案。所以，许多人认为，并不是所有案件中都需要法律发现。但实际上，这种观点不一定能站住脚。因为，部分法官的感觉与他们对法律特别熟悉有关。在现实生活中，有许多案件都是典型案件，人们对这些案件是如此熟悉，以至于似乎不用法律发现的术语就能找到案件结果。因而，法律发现对他们来说似乎是多余的。现在的所谓司法热线 148 用的就是这种原理。但我们应清楚地知道，148 这样的司法热线仅仅是一种普法性的工作，它距真正的司法过程还有相当的距离。我们认为，即使是法官在搞清事实的基础上，马上就能找到处理案件的条文，这本身也是一种法律发现。因为在现代社会，立法机关所创设的法律很多，但从没有哪一个法律规定在某一具体案件中适用哪几条法律。法官简单地确认适用哪几条法律本身就是法律发现的过程。

之所以要设定在司法过程中发现法律，有许多原因。其中最重要的原因就是反对法官造法，实现法治的目标。美国法学家庞

德说：“这既是因为人们认为法学家和法官只能发现法律而不能创造法律，也是因为基于社会利益保障。稳定性和可预测性要求使法官或法学家适用法律时，要根据众所周知的技巧，根据现有的前提进行推理；第二个因素是努力使法律表达人们向往的永恒不变的理想。’① 但对司法过程的性质，美国大法官卡多佐的研究结论似乎是创造性的。他认为，“与来自各方面的限制法官的规则之数量和压力相比，任何法官创新的权力都无足轻重……法官在某种程度上必须创新，因为一旦出现一些新的条件，就必须有一些新的规则。”“我们已经渐渐懂得，司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律，所有的怀疑和担忧，希望和畏惧都是心灵努力的组成部分。在这里面，一些曾经为自己时代服务过的原则死亡了，而一些新的原则诞生了。’② 但我们应清楚地意识到，卡多佐法官所处的美国法治已经走过了形式主义法学的初级阶段，先例的拘束力原则以及对成文法的严格解释原则已经成为法官生活的一部分。而在我国，大部分法官还没有经过概念法学的严格训练，离高水平的法官造法阶段还有相当的差距。另外，即使走过了法律形式主义的初级阶段，法官造法也是与人类关于法律的普适化方向相背离的，只要存在法治，就必然要求法律效力的普遍性。人类不可能回归到一事一法的个别调整阶段。但是，我们并不否认法官在发现法律时的创造性，这是法官开展其司法工作的前提。

面对个案，法官发现法律有三种情况：这就是明确的法律、模糊的法律和法律的空缺结构。我们认为，面对明确的法律，法官可以直接把其作为法律推理的大前提，径直向判决转换；对模糊不清的法律则需要进行法律解释；对存在空缺结构的法律则进行漏洞

① ［美］罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社 2001 年版，第 8 页

② ［美］卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2000 年版，第 85、105 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com