

“宪法渊源”意味着什么？

——基于法理论的思考

雷 磊

【摘 要】要走出关于“宪法渊源”既有讨论的僵局,就要上升到法理论的层面去澄清“法的渊源”的性质与类型。法的渊源指的是法律适用过程中裁判依据的来源,在法律论证中发挥着权威理由的角色。它既包括法的效力渊源,又包括法的认知渊源,后者须获得前者认可并与之相结合才能发挥作用。相应地,宪法渊源指的是宪法的法律化适用过程中合宪性判断依据的来源,它属于权威和形式的范畴,要与作为实质和内容范畴的“宪法部门”严格相区分。这一意义上的宪法渊源主要在合宪性审查和合宪性解释两种情形中“出场”。在此基础上,就可以对当代中国宪法的诸效力渊源和认知渊源进行定位,并有效地与合宪性判断活动可能运用到的其他宪法性材料区分开来。

【关键词】宪法渊源;法理论;合宪性判断;效力渊源;认知渊源

【作者简介】雷磊,中国政法大学教授。

【原文出处】《法学评论》(武汉),2021.4.36~46

【基金项目】本文系北京市社会科学重大项目“数据科技时代法学基本范畴的体系重构”(项目编号:20ZDA02)的阶段成果。

导言

“有两样东西,对于学科的建立、成熟与完善,既发挥着基础性作用,也发挥着确定性作用……它们一个是基本范畴,一个是方法论。”^①宪法学者韩大元的这一判断印证了中国宪法学界近十数年来发展趋势:包括“基本权利”“国家机构”“宪法解释”等在内的宪法学范畴已成为建构中国宪法学话语体系的重要支撑。但在这幅知识论图景中,有一个基本范畴却没有引起宪法学者的足够重视,那就是“宪法渊源”。从2004年至今,中国宪法学界连续召开了十六届宪法学基本范畴与方法学术研讨会,但没有一次将“宪法渊源”列为主题。相关的论文也寥寥无几。^②

一个范畴之所以不被人关注,理论上的原因不外乎有三个:要么因为这个范畴根本不重要或学者没有意识到它的重要性,要么因为这个范畴尽管重要但却不存在任何争议,要么因为学者们的讨论已陷入僵局因而被暂时搁置。“宪法渊源”显然不属于前两种情形:它在绝大多数宪法学教材中都被置于宪法学基本概念或范畴的章节之中,本身就说明了

它的重要性。此外,宪法学界对于宪法渊源的概念及其类型虽然存在主流见解,但并非没有争议,围绕特定宪法材料是否属于“真正的”宪法渊源甚至存在截然对立的观点。在笔者看来,造成目前这种局面的原因或许更多在于第三种情形,也就是讨论僵局。而要走出这一僵局,或许要跳出单纯宪法学的讨论,回归到法理论的层面上去。^③换言之,如果要破解“宪法渊源”之谜,就首先要弄清楚作为其上位概念的“法的渊源”意味着什么。为此,本文的基本安排是:首先交代中国宪法学界关于法的渊源的讨论现状(第一部分),然后从法理论的层面澄清法的渊源的性质与类型(第二部分),在此基础上返回宪法学层面,明确宪法渊源的含义及其“出场”的场合(第三部分),进而分析当代中国诸种宪法“渊源”的法源地位(第四部分)。

一、宪法学界的讨论现状

(一)宪法渊源的含义

当下宪法学界的主流观点认为,宪法渊源就是宪法的“表现形式”。^④亦有学者称之为宪法的“存在

形式”。^⑤当然,对于宪法渊源与宪法形式,亦有学者主张它们并非简单的等同关系。这里至少包括两种观点:一种观点认为宪法渊源的本意指的是宪法的效力来源,而宪法形式指宪法的外部表现形式,它包括宪法的渊源形式与宪法的结构形式,前者是指宪法基于不同的效力来源所形成的外部表现形式(宪法的存在形式)。^⑥另一种观点将宪法渊源视为一国主权范围内现实的具有宪法法律效力的各种法现象,即“现实宪法的存在方式”。进而区分了宪法的实质渊源与宪法的形式渊源,前者不具有宪法的表现形式,而后者具有宪法的表现形式。例如宪法典这种宪法渊源就是宪法典的形式与内容的统一,而宪法原则是不具有法律表现形式的宪法渊源,是一种实质渊源。^⑦所以,尽管不认同将宪法渊源完全等同于宪法形式,但上述两种观点依然将宪法渊源的重心在于宪法的渊源形式或形式渊源。此外,有的宪法教材没有使用“宪法渊源”的称呼,径直在“宪法规范的形式”^⑧或“宪法结构的外在形式要素”^⑨的名义下来处理宪法渊源问题。可见,主流宪法学界基本将宪法渊源等同于或主要指宪法的存在或表现形式。

当然,亦有学者严格区分了“宪法的形式”和“宪法的渊源”,在宪法的形式标题下探讨通常讨论宪法渊源的各种类型,而将宪法渊源理解为“宪法在确定调整国家权力与个人权利关系的原则和制度的时候所依据的缘由,是支撑宪法内容的内在根据,也是决定不同国家宪法内容差异性的隐形力量。”^⑩很显然,这种观点将宪法渊源定位为宪法内容(思想和实践)的来源,以与宪法自身的表现形式相对。这种将宪法内容来源也包含进“宪法渊源”之中的做法也得到了一些学者的支持。这体现在,相关论者或者在一般性意义上将法理(法律的学说、原理和基本精神)视为宪法渊源的一种,^⑪或者在中国语境中将党和国家政策、马克思主义的宪法理论和学说、政治实践、国际法、人类文明成果等等都列为我国宪法的渊源。^⑫马克思主义的宪法理论和学说又包括马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论关于宪法的思想等。^⑬概言之,这种主张并不反对主流观点,只是认为宪法渊源不仅包括宪法的表现形式,也包括宪法的内容来源。

(二)宪法渊源的类型

在宪法渊源(表现形式)的类型上,通说一般会列举宪法典及宪法修正案、宪法性法律、宪法惯例、宪法判例、宪法解释、国际条约。至于中国宪法的渊源,则会将除了宪法判例之外的上述其他渊源都罗列进去,其中宪法典及宪法典的修正案被视为主要宪法渊源。这可以被视为中国宪法学界关于宪法渊源的“标准说”。关于标准说,这里略为说明几点:其一,大部分学者将宪法修正案视为宪法典的组成部分,但亦有学者将其单列为与宪法典并列的宪法渊源类型。^⑭其二,几乎所有学者都将宪法判例排除在中国宪法的渊源之外,主要理由有两个。一是中国不存在宪法诉讼制度或违宪审查的实践,^⑮二是尽管实践中出现过“宪法司法化”的案件,但由于没有建立判例制度,^⑯因而不具备有法律效力的宪法判例。其三,绝大多数学者都将宪法惯例视为中国宪法的渊源之一,但亦有不少学者指出,宪法惯例不具有法律的性质,^⑰或者虽然与宪法具有同等效力,但却不具有司法上的适用性,违反宪法惯例并不构成违宪。^⑱但吊诡的是,论者否定宪法判例作为我国宪法渊源地位的理由之一即是它在不具有法律效力,因而司法机关没有义务遵循它们。那么按照同一逻辑,为什么同样不具有司法适用性的宪法惯例又被列为我国宪法的渊源呢?

除了标准说,还存在其他两种关于宪法渊源类型的学说。一种可被称为“扩容说”,也即在标准说所列举的渊源之外,增添别的宪法表现形式。例如,有学者单列了宪法性文件作为宪法渊源之一。这里的“宪法性文件”是在狭义上来界定的,也即在宪法典颁布之前颁布的、事实上起到宪法作用的文件。如美国的《独立宣言》和中国的《中国人民政治协商会议共同纲领》。^⑲再如,有学者将国家元首和行政机关发布的法令,也即为应付天灾、瘟疫、战争等不正常情况而发布的紧急命令,也视为宪法渊源。^⑳另一种可被称为“瘦身说”,也即将标准说所列的某些表现形式排除在宪法渊源之外,包括宪法性法律、^㉑宪法惯例、^㉒宪法解释、^㉓国际条约^㉔等。在持“瘦身说”的学者中,有的仅排除了上述渊源中的一个,有的排除掉了数个,更为彻底的做法是排除了所有这

四个渊源,而主张我国宪法的渊源仅包括宪法典和宪法修正案。^⑤

从上述讨论现状可知,宪法学者们尽管存在主流见解,但却没有去探讨一个更深层的根源性问题:我们依据什么标准来认定宪法渊源包括哪些规范材料?与此相关的是:“宪法渊源”与“宪法”究竟是何关系?正因为对于此问题认识的模糊或潜在不一致,使得宪法学界在宪法渊源的主题上分歧较大。这不仅体现在不同学者之间存在争议,而且体现为同一学者对于宪法渊源的含义与类型的认定之间也可能没有保持内在一致的标准。

二、法的渊源的性质与类型:法理论考察

在一定程度上,宪法学界理解上的混乱要由法理学界来负责。正因为法理学界对于“法的渊源”的理解复杂而混乱,造成了对部门法学的有效知识输出不足的局面。因此,接下来我们将首先在法理学理论中获得对法源的清晰认知。

(一)法的渊源的性质

“法的渊源”可谓迄今为止法学理论中最复杂的概念之一。在众多法源学说中,我们大体上可以区分出两大类研究视角:本体论的视角与认识论的视角。本体论视角聚焦于法的本源问题,试图通过回答“法来源于哪里”的问题,来探寻对“法是什么”或“法的本质为何”等问题的回答。^⑥如果持此立场,“法的渊源”概念就是冗余的,因为没有必要在“法”或“法的本质”之外独设这一概念。认识论的视角聚焦于法的形成或发现,又可将分为法的创制的视角与法的适用的视角。在法的创制的立场看来,法的渊源就是有待立法选择以创制法的素材。^⑦这种理论尽管大体可以自圆其说,但不具备理论意义和实践价值。它会使得“法的渊源”成为空洞的描述性概念。因为立法材料的来源可能是多种多样的,立法的内容来源于那些质料,无法作一般性的理论限定。^⑧

在法的适用视角下,法源学说要回答的问题是,法官在进行裁判发现时必须适用哪些条款,并根据其来源对这些条款进行体系化。^⑨相比于法的创制的视角,法的适用的视角更符合“法源”的原初含义。^⑩它又可以有广义和狭义两种理解。在广义上,一切影响司法裁判的真实因素都可被称为的法的渊

源,但它们属于社会学或心理学意义上的法源。^⑪这种理解缺乏法律上的规范性意义和足够的区分度。狭义上的法的渊源属于真正法学意义上的法的渊源。据此,只有对于法律适用者具有法律拘束力的规定才是法的渊源。它认为,法源理论的研究重心在于为对司法裁判具有法律拘束力的规范基础提供理论证成,并将法的渊源与其他影响裁判的因素区分开来。这属于法理论意义上的法源。从法理论视角出发对法源的研究属于法学的内部视角研究,它对于以适用为导向的法教义学,乃至基于教义学的法律实践具有直接的意义和价值。在法理论的层面上,法源理论以法的适用为视角,致力于寻找和证成对司法裁判具有法律拘束力之规范基础。“具有法律拘束力的规范基础”就是裁判依据。如何理解“裁判依据”?它与裁判活动中可能运用到的其他材料相比,在法律论证活动中扮演的角色有何不同?

司法裁判要得出恰当的结论,必须具备规范基础(命题)和事实基础(命题)。但是,它不仅要从规范命题和事实命题中合乎逻辑地推导出来,而且所运用的这两类命题本身也必须得到证立(justified)。^⑫这意味着,论证者必须提供进一步的佐证(warrant)来支持这两类命题。具体的支持方式可分为两种:^⑬一方面,佐证可以通过其内容来支持规范命题,也即证明后者是“对的”或“好的”。此时,佐证就具有实质理由的性质。例如,对于“不得杀人”这个规范命题,支持它的实质理由可以是“杀人本身是错误的行为”,或者“不随意杀人是形成社会秩序的必要手段”。另一方面,佐证也可以通过内容以外的其他条件来支持规范命题,即证明后者是“有依据的”。这些条件中最重要的就是规范命题的“来源”(source)。通常情况下,指明了规范命题的来源后,论证者就无需再对其内容正确性进行论证,因为“指明来源”本身就意味着让论证参与者搁置自身判断,而去服从来源的判断。此时的佐证就具有权威理由的色彩。例如,论证者可以通过指明“‘不得杀人’是我国刑法第232条所蕴含的要求”(或“它来自全国人大的立法”)来支持这一规范命题。一旦出示这一条款,论证的回溯性链条就此被截断,其他的论证参与者也不得再要求他提供进一步的论证。这并不意味着法

律论证不需要运用实质理由,而是说裁判者通常只能在现行有效的法秩序的权威框架内去追求正确的裁判结论。这也体现了法律论证不同于纯粹的道德论证活动的一个重要特点,即鲜明的权威论证色彩。

法的渊源在性质上就属于权威理由,而法的渊源之外的其他材料只能成为实质理由。也可以说,法的渊源为司法裁判提供了裁判依据,而其他材料至多只能成为裁判理由。裁判依据是裁判得以作出的效力基础,是“依法裁判”之“法”的载体;而裁判理由是为了提高裁判结论的正当性和可接受性所运用的其他材料。^③法官有法律义务按照恰当的裁判依据进行裁判,否则就将违反法定职责。但法官没有法律义务运用特定的裁判理由进行说理,他只会选择自己认为是对的或有说服力的那些理由。裁判依据承载的是裁判的“法律效果”,而裁判理由则承载的是裁判的“社会效果”。法官无法自由选择法源(裁判依据),但却可以自由选择裁判理由。后者即使对他有拘束力,那也不是法律拘束力,而仅仅是道德拘束力。从形式上看,裁判依据在裁判文书中会被单独列明,其作用在于明确裁判的基础;而裁判理由出现在裁判文书的“理由”部分,其作用在于析理服人。因此,通过指明某个规范命题的“来源”,法官的目的并不在于证立这个规范命题本身在内容上的正确性,法官也无需这样做。因为在法律体制之中,作为造法的立法活动相对于作为适法的司法裁判就是权威,法官必须服从权威机关通过权威方式创制的法。甚至可以说,正是因为通过法律上的“来源”,规范命题才被赋予了“法律效力”,具备“法律规范”的地位。进而,将此法律规范适用于个案的活动才具有“司法”裁判的性质。因此,法的渊源对于司法裁判具有首要意义。

一言以蔽之,在法理论的层面上,“法的渊源”是法律适用过程中裁判依据的来源,是裁判所要依循的权威理由。

(二)法的渊源的类型

在逻辑上,“裁判依据的来源”包括两层意思,即裁判依据的效力来源于哪里,以及它的内容来源于哪里。由此,法的渊源就由两个部分组成:一个部分是鉴别裁判依据之法律效力来源,另一个部分是鉴

别裁判依据之内容的来源。它们既可以合一,也可能分离。我们将前者称为“效力渊源”,而将后者称为“认知渊源”。

司法裁判是一种基于来源的论证活动,这里的来源首先指的就是效力渊源。效力渊源是裁判依据(规范命题)乃至整个裁判活动具有法律效力的必要条件。如果某种来源同时具备独立的效力来源和内容来源,那么它就是法的效力渊源。典型的效力渊源是立法行为及其产物制定法。当然,历史上的习惯法和英美法系的判例法,由于都兼具独立的效力来源和内容来源,所以也属于法的效力渊源。相反,假如某个规范在效力上不具有独立的来源,而是来源于其他的规范,那么它就不是效力意义上的法源。因为依赖于其他渊源才能获得效力者,本身不可能是效力渊源。

认知渊源指的就是在法律适用活动中只能为裁判依据提供内容来源,但却无法提供效力来源的规范材料。一方面,认知渊源必须获得制度性权威的直接的或间接的认可。制度性权威最典型的表现就是立法条款。^④立法条款的认可方式有两种,即直接认可与间接认可。直接认可又分为一般认可和特殊认可。前者最常见的例子是民法法源条款,如我国《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”后者如《城市房地产管理法》第55条规定,住宅用房的租赁,应当执行国家和房屋所在城市人民政府规定的租赁政策。这里,国家和房屋所在城市政府的租赁政策就成为裁判“住宅用房租赁纠纷”之裁判依据的内容来源。间接认可最常见的情况是通过立法赋予某类主体以权威地位或授予其某项权力。如此,这类主体基于其权威地位或依照其授权所制定、颁布相关规范文本就可成为认知渊源。如我国《立法法》第104条和《法院组织法》第18条明确赋予最高司法机关解释制定法的权力。所以最高法院按照法定程序颁布的司法解释就属于我国法的认知渊源。另一方面,认知渊源本身只是提供了裁判依据的内容而非效力,所以必须与效力渊源结合在一起才能提供完整的裁判依据。认知渊源本身不涉及对相关规范的“定性”问题。同一个规范命

题既可以成为法律规范的内容,也可以成为道德规范或其他规范的内容。如某项习惯在民法典颁布之前可能只是裁判理由,但在《民法典》第10条出现之后就可成为裁判依据的内容来源。但在缺乏第10条的前提下,该习惯是无法被独立适用的。法官正是根据第10条的授权,才在出现法律(制定法)漏洞时去寻找该习惯作为裁判依据。此时,裁判依据的效力来源依然在于制定法(第10条),而内容则来源于该习惯。这里出现了效力来源与内容来源分离的情形,它们只有相结合才能得出有效的裁判。这可被视为裁判依据两种来源的“嵌套现象”。

可见,认知渊源在性质上是一种须获得效力渊源(制度性权威)认可且与之相结合才能发挥作用的权威理由。这也说明,效力渊源与认知渊源之间存在一种不对等关系,其中效力渊源居于主导地位。前者不仅可以限定后者的类型和适用范围,而且可以限制后者的使用。^⑧例如,《民法典》第10条虽然规定,处理民事纠纷,法律没有规定的可以适用习惯,但同时也规定,习惯的适用不得违背公序良俗。这就相当于授权法官对习惯进行审查。

认知渊源的这种界定标准同时也划定了法的渊源与不属于法源的规范材料的界限。因为法的渊源只包括效力渊源(制定法)和得到效力渊源认可的认知渊源,没有得到制定法认可的其他一切规范材料都不是法源。这并不意味着这些规范材料不能被用于司法裁判,而是说它们在司法裁判中不得作为裁判依据,而最多只能扮演裁判理由的角色,起到增强判决说服力的效果。

(三)法的渊源与法

上述二分法可以很好地厘清法的渊源与法的关系。一方面,法的渊源不完全等同于法。如果法的渊源就是法,那么法的渊源就将成为一个冗余的概念,至多有理论意义(从司法的视角看待“法”),而无任何实践意义。另一方面,法的渊源也不可能与法完全无关。如果将法与法的渊源完全割裂开来,那么就没法说明为什么某种渊源是“法”的渊源,而不是例如道德的渊源,从而不具备足够的区分度。效力渊源与认知渊源的二分法为厘清这两个范畴的区分与联系提供了可能:一方面,法的效力渊源就是

法。所以,制定法、判例法、习惯法既是法(法的类型),也是法的效力渊源。另一方面,法的认知渊源并不是法,但却可依托于法而成为有效的裁判依据。所以,作为法学方法论概念的“法源”,不完全等同于作为法概念论意义上的“法”。前者的外延大于后者,多出来的那部分就是认知渊源。概言之,法必然是法源,但法源未必都是法,法源是一个在外延上比法更宽泛的概念。^⑨

相应地,法的表现形式只限于法的效力渊源的诸种形式,既包括上述三种法的类型,也包括制定法内部的诸类型(宪法、法律、行政法规、地方性法规等)。也可以说,它们是“法”(效力渊源)的识别依据。^⑩而对于认知渊源(如习惯),很难称之为“法”的表现形式,即便它们得到了效力渊源的认可。

三、宪法渊源的含义及其“出场”

(一)宪法渊源及其与相关范畴的区分

1. 宪法渊源的基本含义及特征

根据法理论考察的结论,我们可以将宪法渊源暂时界定为“宪法适用过程中适用依据的来源”。但是,与普通法律及其适用相比,宪法及其适用有自己的特征:

一方面,宪法及其适用具有“政治”与“法律”的双重面向,而宪法渊源的概念展现的是其法律面向。不同于普通法律,宪法是共同体的基本法秩序,具有(建构)政治统一体与(创制)法秩序的双重任务。^⑪宪法的双重面向也影响到其适用或实施的双重面向。如果说在很多西方国家,经由专门机关和制度的确立,宪法的法律化实施面向展现得较为充分的话,那么在中国,宪法更像政治纲领式的宣言,长久以来更多依靠政治化方式实施,主要依靠的是依据宪法的授权进行的政治立法,以及执政党进行的与宪法有关的广泛政治动员,表现为各种会议、通知、决议等具体形式。但伴随着法治的进程,中国的宪法实施逐渐由单一依靠政治化实施,过渡到政治化实施与法律化实施同步推进、相互影响的双轨制格局。^⑫尤其是改革开放以来,从“宪法监督”到“合宪性审查”的制度演进,以及建构“合宪性法秩序”的学理预备,为以“合宪性审查时代”为表征的法律化实施时代的到来确立了条件。^⑬从根本上讲,宪法的

法律化适用其实就是一种对普通法律及其适用的合宪性判断活动,是一种消极的宪法实施活动,而非像依宪立法那样的积极的宪法实施活动。甚至可以说,宪法的法律化适用甚至说明的正是法律对于政治的控制。因此,从法理论的角度出发,宪法渊源的概念更多展现的是宪法的法律面向及其法律化适用的层面,而非其政治面向及其政治化适用的层面。^②

另一方面,宪法的法律化适用方式具有多样性,因而宪法渊源不能限于“司法裁判”的语境。宪法的法律化适用的主体和形式是多样的,既可以由专门或普通的司法机关来进行,也可以由非司法机关来进行,既可以通过裁判来对普通法律进行的具体的合宪性判断活动,也可以是通过立法程序的专门环节或专门的审查程序来进行的对普通法律的抽象的合宪性判断活动。西方国家主要以司法渠道为主,而中国并没有在形式上建立宪法的“司法”审查机制,合宪性审查主要由立法机关来负责。总的来说,不能将宪法的法律化适用方式仅限于司法裁判的场合,故而“宪法渊源”也不宜被表述为“宪法裁判依据的来源”。由于宪法的主要法律功能就是作为对普通法律进行合宪性判断的依据,所以可以将宪法渊源界定为“合宪性判断依据的来源”。

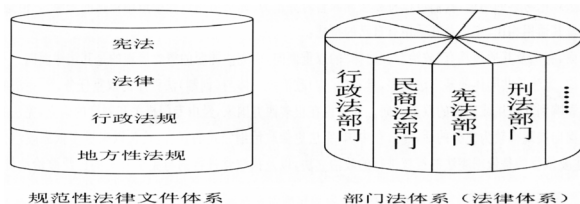
总之,宪法渊源指的就是宪法的法律化适用过程中合宪性判断依据的来源。

2. 宪法渊源与宪法部门

长期以来,宪法渊源的上述含义之所以没有得到澄清,很大程度上是因为学界没有很好地区分“作为根本法的宪法”(以下简称“宪法”)与“宪法部门”这两个范畴。而要准确界分它们,首先就需要在法理论的层面上界分“规范性法律文件”和“法律部门”。

规范性法律文件是制定法的载体或者形式。宪法、法律、行政法规、地方性法规等等,都是不同主体所制定的不同规范性法律文件的称呼。不同规范性法律文件间的关系与一国的立法体制联系紧密。因为在一国的立法体制中,不同的立法主体享有不同的立法权限,因而它们所制定的规范性法律文件也就具有不同的效力位阶,由此就形成了以效力位阶高低为序的规范性法律文件体系。与此不同,法律部门(部门法),是指根据一定的标准对一国现行的全

部法律规范进行划分所形成的同类法律规范的总称。因此,法律部门的基本构成单位是法律规范。调整同一类社会关系的法律规范一般被归为同一法律部门,同时兼顾是否对该类社会关系采取相同或相近的调整手段。根据一定的标准或原则将一国现行有效的全部法律规范划分为若干法律部门所形成的有机联系的整体,就是法律体系。^③由此就呈现出两个序列,它们从微观、中观到宏观层面依次是:法律条文—规范性法律文件—立法体系;法律规范—法律部门—法律体系。两者的区别在于,前一个序列都属于法的形式的范畴,而后一个序列都属于法的内容的范畴。示意图如下:



由此可以发现:宪法指的是在一国的规范性法律文件体系中具有最高法律效力的那部规范性法律文件,在我国就是《中华人民共和国宪法》(以下简称“《宪法》”);而宪法部门指的则是调整一国具有根本重要性之社会关系的法律规范的总和,举凡涉及国家机构、地方自治、公民政治权利与基层民主权利、立法、国家主权、国家象征与外交等方面的法律规范都属于这一部门,至于这些规范除了《宪法》外还被规定在哪些规范性法律文件之中,则在所不问。两者的区别也体现在:《宪法》是我国根本大法,具有最高法律效力;而宪法部门虽可以说在整个法律体系中具有主导地位,但这里的“主导”指的是宪法部门在内容上的重要性程度相对较高,而不是指宪法部门的效力要高于其他法律部门。在我国官方语境中,经常使用“宪法相关法”的称呼。中国人大网上关于“现行有效法律目录”清单上,就将截至目前的275件法律分为“宪法”“宪法相关法”“民法商法”“行政法”“经济法”“社会法”“刑法”“诉讼与非诉讼程序法”八个门类。很显然,第一个门类“宪法”指的就是《宪法》(及其历次修正案),而第二个门类中“宪法相关法”却是就宪法部门而言的,因为这一门类下列的46件法律所包含的法律规范从内容看都涉及上文

所说的那些方面。这里并没有保持划分标准的统一,因而造成了困惑。^④

因此,混淆了宪法与宪法部门就混淆了宪法的形式与内容、权威与实质这两对范畴。而这种混淆正是造成对宪法渊源认识混乱的重要原因。这种混淆主要表现为:其一,将很多应归属于宪法部门的内容,如宪法性法律(“宪法相关法”)、^⑤甚至涉及国家机关组织和公民权利自由保障的行政法规、地方性规章、民族自治法规^⑥都归为我国的宪法渊源。其二,将宪法规范作为宪法渊源的立足点,甚至将“宪法条款与宪法规范”与宪法典、宪法判例、宪法惯例等一起并列为宪法渊源的一种。^⑦但是,宪法渊源是宪法的法律化适用过程中合宪性判断依据的来源。在对普通法律进行合宪性判断时,其效力依据只能是作为根本法的宪法这部文件本身,而不能来自于别的规范性法律文件,哪怕它包含着属于宪法部门的法律规范。宪法渊源是一个与权威和形式有关的范畴,而不是一个与实质和内容有关的范畴,属于制度的范畴,而非学理的范畴。

(二)宪法渊源“出场”的两种情形

虽然中国没有建立起宪法司法化制度,但根据中国现行的制度设计和法律实践,宪法渊源可以通过两种方式“出场”:一种是显性的方式,即立法过程中的合宪性审查;另一种是隐性的方式,即司法过程中的合宪性解释。^⑧

1. 合宪性审查

就现有的体制和程序而言,全国人大及其常委会的合宪性审查可认为“前端”和“后端”两个层次。所谓“前端”,是指全国人大及其常委会在固有的立法权行使中,在对法律草案的审议中进行合宪性审查;所谓“后端”,是指全国人大及其常委会的备案审查工作中的合宪性审查。前者是对法律草案在通过前的合宪性控制,而后者是对其他规范性文件的备案审查。^⑨目前合宪性审查实践中一个重要问题在于,合宪性审查和合法性审查的具体界限尚不明确。^⑩而从宪法渊源的角度而论,要启动立法过程中的合宪性审查,一个前提要件就在于明确审查依据,而只有“适格的”宪法渊源才能为合宪性审查提供有效审查依据。或者说,宪法渊源问题直接涉及合宪

性审查和合法性审查的界分。例如,如果法律起草程序违背了《立法法》的规定,这属于合宪性审查还是合法性审查?再如,如果某项地方性法规的规定公然违背了该地少数民族的风俗习惯,这是不是属于违宪?它的审查依据(可被证明的风俗习惯)是否属于合宪性判断的依据?只有明确了这些前提问题,才能进行后续的合宪性审查。

2. 合宪性解释

与合宪性审查相比,合宪性解释的情形可能会引发更大的争议。这里的问题不在于“合宪性解释”是否是宪法影响司法的重要途径,^⑪而在于合宪性解释的情形中,宪法究竟是作为裁判依据,还是仅作为裁判理由出场。因为从表面看,在发生合宪性解释的案件中,直接的裁判依据是普通法律规范。合宪性解释作为一种解释方法,其基本功能在于澄清作为直接裁判依据的普通法律规范的含义,只不过其解释的依据是宪法。所以有学者将宪法规范视为普通法律裁判中的裁判理由。^⑫而这种观点也得到了相关文件的支持。^⑬但笔者认为,上述观点误识了合宪性解释的地位与功能。因为合宪性解释虽然往往被与其他解释方法并列为法律解释的方法之一,但它并非像文义解释、体系解释、历史解释、目的解释那样纯粹属于学理上的主张,而是来自法秩序本身的统一性要求。合宪性解释植根于法秩序整体性的原则之上:为了保证法秩序的整体性,所有根据基本法被制定出的法律,都必须与宪法协调一致地加以解释。^⑭对于审理案件的法官而言,在解释法律时服从宪法的文义和精神,已是他的法律义务。换言之,宪法已构成其司法裁判中解释活动的权威理由,而不仅是可供他自主选择的实质理由。如果有两种法律解释,法官没有选择那种更符合宪法价值的解释,则违背了维护法秩序统一的义务,而不仅仅是削弱了裁判文书本身的说服力问题。因此,它反映的是一种尊重宪法位阶的法伦理原则。^⑮

四、当代中国宪法“渊源”诸类型的地位分析

(一)中国宪法的效力渊源

1. 宪法典。即《中华人民共和国宪法》,是当代中国宪法效力渊源的表现形式,这是最没有争议的。只是要注意,宪法典来自立宪行为,而立宪行为

是制宪权的行使。制宪权本身不是一种实定的法律权力,而是一种创造法秩序的政治权力,立于政治与法的交汇之处。^⑤宪法典,就是制宪权及立宪行为的产物。

2. 宪法修正案。大多数学者都肯认宪法修正案属于宪法渊源,只是有的学者将它与宪法典相并列,有的学者则将其作为宪法典的一部分。宪法修正案是否是一种独立的宪法效力渊源,其背后的关键在于:修宪权与制宪权的性质是否相同?通说认为,“制宪权是原始权力,修宪权是派生权力”,并将修宪权定位为“实在法上的权力”。^⑥在笔者看来,修宪权与制宪权一样源自政治决断性权力。在法理上,全国人大的制宪权与修宪权都来自人民的权力,制宪与修宪都是人民政治意志的行使。宪法修正案对宪法典旧有规定的修正,本质上就是在此范围内用一种新的政治意志去取代旧的政治意志。从这个意义上说,即便修宪权派生于制宪权,也与后者具有“同源性”,可以被视为制宪权的一部分。

(二)中国宪法的认知渊源

1. 宪法解释(文件)。全国人大常委会制定的宪法解释文件在中国可被视为宪法的认知渊源。释宪权与修宪权一样也源自制宪权,但却不是制宪权的一部分。释宪权的法理基础在于,它是因应宪法适用的需要而产生的一种国家活动,因而是一种实在法上的权力。所以,作为人民意志代表机关的全国人大的制宪权是非实定的,而全国人大常委会的释宪权仅来自宪法本身的授权(《宪法》第67条)。因此,与宪法修正案可以修正宪法(只要没有自我限制)不同,宪法解释绝对不能与宪法文本相抵触。宪法解释完全符合认知渊源的界定标准:它既获得了《宪法》第67条的间接认可,又不具备自己独立的效力来源,要与这一条款相结合才能成为合宪性判断的完整依据。

2. 宪法判例(合宪性审查成例)。中国没有建立宪法司法化的制度,也就不存在司法意义上的宪法判例。但我国宪法可作为立法活动中合宪性审查的依据,其宪法规范基础是《宪法》第62条、67条赋予全国人大和全国人大常委会的“监督宪法的实施”的权力以及第100条、116条规定的关于相关法规报送

全国人大常委会备案或批准的规定。合宪性审查就是“宪法实施监督权”的体现。在实践中,已有相应的法律草案和规范性文件的审查实践,并产生了相应的合宪性审查成例。^⑦由于上述宪法条款可被视作是对合宪性审查成例之规范地位的间接认可,故而它们可以被视为中国宪法的认知渊源。

3. 国际条约。国际条约在国内不可能作为宪法的效力渊源起作用,否则就有违《宪法》的根本法地位。此外,中国宪法中虽然没有对国际条约直接予以认可,但第67条授权全国人大常委会“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”,第89条授权国务院“管理对外事务,同外国缔结条约和协定”。这相当于已经间接认可了全国人大批准的条约和重要协定、国务院核准的协定和其他具有条约性质的文件具有宪法认知渊源的地位。当然,效力基础依然在于《宪法》第67条和89条本身。

4. 国家政策与党的政策。国家政策没有得到宪法的一般认可,但宪法第115条对此作了个别认可。依照该条,民族自治地方的自治机关根据本地方实际情况贯彻执行国家政策。如果对自治法规进行合宪性备案审查,此时就会涉及这些条例是否处于宪法规定的对国家政策进行变通处理权的范围之内的问题,这就需要知晓相关的国家政策是什么。此时,国家政策已成为合宪性审查依据的内容来源之一,构成宪法的认知渊源。就党的政策而言,宪法序言已多次确立了“中国共产党领导”的宪法地位,2018年的《宪法修正案(五)》则明确将“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”加入了宪法典第1条第2款之中。而党的政治领导的重要方面,就是通过党中央制定的路线方针政策对于国家社会发展全局的领导。因此,党的政策已被宪法文本间接认可为中国宪法的认知渊源。^⑧

5. 党内法规(党的领导法规)。党内法规体系属于中国特色社会主义法治体系的五个子体系之一,是国家治理的重要规范基础。从逻辑上讲,党内法规并不直接调整普通公民之间及其与国家之间的关系。但由于中国共产党的领导党和执政党地位,所以部分党内法规,尤其是党的领导法规制度^⑨有可能涉及宪法关系。因此,《宪法》第1条第2款同样可被

认为对党的领导法规制度作为宪法认知渊源的地位作了间接认可,这些法规制度也可以成为合宪性判断依据的内容来源。

6. 民族风俗习惯。《宪法》第4条第4款规定:“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”所以,在对涉及民族事务的立法进行合宪性判断的时候,审查者或解释者就可以将相关的民族风俗习惯作为合宪性判断依据的内容来源。

(三)其他宪法性材料

除了上述渊源之外的其他所有宪法性材料,在合宪性判断活动中最多只能扮演论证理由的角色。尤其是以下三类材料,经常被误列为宪法“渊源”。

1. 宪法性法律。有宪法学者将“涉及国家根本政治制度和基本原则以及公民基本权利和义务等内容的法律”^①称为宪法性法律。这其实说的就是前文说的部门法意义上的宪法。^②无论如何,“宪法性法律是法律而不是宪法”^③,只涉及宪法的内容而非渊源。

2. 宪法惯例。一方面要看到,宪法惯例并不是法(包括习惯“法”),而是一种宪法道德。^④它是一种不成文的政治行为规范,其作用基础或者约束力是政治道德和政治伦理,违反政治惯例的行为将受到人们的谴责并可能招致一定的政治后果,但不具有司法上的可适用性,违反宪法惯例并不构成违宪,也就不可能引起违宪审查。^⑤另一方面,当下中国的宪法文本中,并无任何关于宪法惯例(习惯)的直接或间接的认可。因此,尽管在与中国宪法相关的政治实践中有一些惯例(如两会的召开顺序)非常重要,在实践中也被现实地尊行,但从法理论的角度看,它们并不是宪法渊源,不构成合宪性判断的依据。

3. 宪法原则与学说。没有任何实在法载体的宪法原则(作为一般法伦理原则的宪法原则)、宪法法理和宪法学说,尽管对于中国的宪法实践具有重要的思想和政治指导意义,但在宪法的法律化适用过程中只能扮演裁判(实质)理由的角色,用以增强合宪性判断的说服力,其本身并非合宪性判断的依据。

综上,当代中国宪法效力渊源的表现形式只有宪法典及其修正案,只有它们才是法源意义上的“宪

法”。但宪法渊源不限于“宪法”,也包括宪法的诸多认知渊源,其表现形式有宪法解释(文件)、合宪性审查成例、国际条约、国家政策与党的政策、部分党内法规(党的领导法规制度)、(特定情形中的)民族风俗习惯。它们本身不是“宪法”,但却可以成为宪法的法律化适用过程中合宪性判断依据的内容来源。至于其余所谓的“渊源”,要么压根与宪法渊源无关,要么至多能成为合宪性判断活动中的实质理由。

结语

要走出关于“宪法渊源”既有讨论的僵局,就要上升到法理论的层面去澄清“法的渊源”的性质与分类。在法理论视角下,法源概念应当符合两个要求:其一,这个概念不应当是“无所不包的”,而应当有自身独特的问题指向和实践旨趣。其二,作为法学、而非其他学科的基本概念,“法的渊源”应当有助于揭示法律实践,尤其是教义性法律实践的特定面向。据此,宪法渊源指的是宪法的法律化适用过程中合宪性判断依据的来源。它是一个与权威和形式有关的范畴,而非与实质和内容有关的范畴,因而有别于宪法部门。这一意义上的宪法渊源主要在合宪性审查和合宪性解释两种情形中“出场”。在此基础上,就可以对当代中国宪法的诸效力渊源和认知渊源进行定位,并有效地与合宪性判断活动可能运用到的其他宪法性材料区分开来。最后要强调的是,在特定国家中宪法渊源所指为何,并不是一个纯粹的学理问题,而更多取决于该国的宪法规定及其制度性实践。

注释:

①韩大元:《建构中国宪法学的学术话语体系(代序)》,载韩大元、林来梵、郑磊主编:《中国宪法学基本范畴与方法:2004—2009》,法律出版社2010年版,第1页。

②根据中国知网的搜索结果,从1997年至今,在一般意义上专门来探讨“宪法渊源”的公开发表的学术论文仅有四篇,分别为:周伟:《论宪法的渊源》,载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》1997年第1期;陶涛:《论宪法渊源》,载《社会科学战线》2002年第3期;姚岳绒:《关于中国宪法渊源的再认识》,载《法学》2010年第9期;饶龙飞:《论违宪审查依据的范围——以宪法渊源为参照》,载《贵州警官职业学院学报》2015

年第1期。

③法理论主要研究对象就是基本法律概念(对此参见雷磊:《法理论及其对部门法学的意义》,载《中国法律评论》2018年第3期)。

④例如参见肖蔚云、宝音胡日雅克琪、魏定仁:《宪法学概论》(第2版),北京大学出版社2005年版,第44页;张庆福主编:《宪法学基本理论(上、下)》,社会科学文献出版社2015年版,第104页;许崇德、胡锦涛光主编:《宪法》(第6版),中国人民大学出版社2018年版,第21页;胡锦涛光、韩大元:《中国宪法》(第4版),法律出版社2018年版,第89页;董和平:《宪法学》(第4版),法律出版社2018年版,第105页。

⑤参见林来梵:《宪法学讲义》(第3版),清华大学出版社2018年版,第71页。

⑥参见上官丕亮、陆永胜、朱中一:《宪法学:原理与应用》,苏州大学出版社2018年版,第19页。

⑦参见莫纪宏:《宪法学原理》,中国社会科学出版社2008年版,第112-114页。

⑧参见董和平:《宪法学》(第4版),法律出版社2018年版,第105页。

⑨参见蒋碧昆主编:《宪法学》,中国政法大学出版社2012年版,第30-32页。

⑩王广辉主编:《宪法》,中国政法大学出版社2010年版,第24-25页。

⑪参见张庆福主编:《宪法学基本理论(上、下)》,社会科学文献出版社2015年版,第110-111页。

⑫参见王广辉主编:《宪法》,中国政法大学出版社2010年版,第25-29页;张庆福主编:《宪法学基本理论(上、下)》,社会科学文献出版社2015年版,第111页。

⑬参见肖蔚云、宝音胡日雅克琪、魏定仁:《宪法学概论》(第2版),北京大学出版社2005年版,第45页。

⑭例如参见莫纪宏:《宪法学原理》,中国社会科学出版社2008年版,第119-120页;参见王广辉主编:《宪法》,中国政法大学出版社2010年版,第23页。

⑮例如参见林来梵:《宪法学讲义》(第3版),清华大学出版社2018年版,第81页。

⑯例如参见焦洪昌主编:《宪法学》(第六版),北京大学出版社2020年版,第11页。

⑰参见王广辉主编:《宪法》,中国政法大学出版社2010年版,第18页。

⑱参见胡锦涛光、韩大元:《中国宪法》(第4版),法律出版社2018年版,第90页。

⑲参见周伟:《论宪法的渊源》,载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》1997年第1期。

⑳参见张庆福主编:《宪法学基本理论(上、下)》,社会科学文献出版社2015年版,第107页。

㉑参见童之伟主编:《宪法学》,清华大学出版社2008年版,第16页;上官丕亮、陆永胜、朱中一:《宪法学:原理与应用》,苏州大学出版社2018年版,第21页;焦洪昌主编:《宪法学》(第6版),北京大学出版社2020年版,第9-10页。

㉒参见上官丕亮、陆永胜、朱中一:《宪法学:原理与应用》,苏州大学出版社2018年版,第22页。

㉓同上注,第20页。

㉔同前注⑩,焦洪昌主编书,第12-13页。

㉕同前注⑩,童之伟主编书,第18页;同前注⑩,上官丕亮等书,第20页。

㉖例如参见陈守一、张宏生:《法学基础理论》,北京大学出版社1981年版,第340页。

㉗周旺生:《法的渊源意识的觉醒》,载《现代法学》2005年第4期。

㉘参见郭忠:《法律渊源含义辨析》,载《法治论丛》2007年第3期。

㉙ Bernd Rüthers, Christian Fischer und Axel Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., Verlag C.H. Beck, 2015, S.141.

㉚对此的历史考察参见彭中礼:《法律渊源词义考》,载《法学研究》2012年第6期。

㉛将这种意义上的法源推展到极致,就是法律现实主义者的观点(参见[美]约翰·奇普曼·格雷:《法律的性质与渊源》(原书第二版),马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第71页)。

㉜前者被称为“内部证成”,后者被称为“外部证成”(Jezy Wróblewski, Legal Decision and its Justification, in: H. Hubien (Hg.), Le Raisonnement Juridique, Akten des Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie, Brüssel 1971, S.412.)。

㉝ See Aleksander Peczenik, On Law and Reason, Dordrecht [u.a.]: Kluwer Academic Publishers, 1989, p.313-315.

㉞参见雷磊:《从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的解读与反思》,载《法学》2019年第1期。

㉟当然,在普通法系国家中,理论上也可经由司法先例来确立某种认知渊源。但是,由于先例本身受限于案件事实类型,所以它不太可能像立法条款那样进行一般认可。

㊱效力渊源甚至可以规定认知渊源优先于自身的规范得到适用,如我国《海商法》第268条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定。”但即便认知渊源在适用上具有优先性,这种优先性的根据依然在于效力渊源(制定法)的规定本身。

③⑦雷磊:《习惯作为法源?——以〈民法总则〉第10条为出发点》,载《环球法律评论》2019年第4期。

③⑧如果严格区分的话,那么法的效力渊源与法的表现形式依然不同,前者在本质上是一种行为或事实(如立法行为、习惯、司法行为),后者是法的不同存在样态或不同的规范性文件。样态或文件比行为更易于辨别,所以可通过后者来识别前者。但在通常语境中对两者一般不作严格区分。

③⑨参见[德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第8、16、18页。

④⑩参见翟国强:《中国宪法实施的双轨制》,载《法学研究》2014年第3期。

④⑪参见张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019年第2期。

④⑫夏勇曾明确指出:“必须明确,宪法的主体部分,应当是可以在法院适用的严格意义上的法律规范”(夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,载《中国社会科学》2003年第2期)。

④⑬参见雷磊:《法理学》,中国政法大学出版社2019年版,第51-54页。

④⑭正如有论者所指出的:“提出‘宪法相关法’的分类概念在逻辑上是不通的。所以,在考察宪法与法律的关系时,不能从法律的内容与宪法的相似性来作出判断,而应当从制定或修改宪法以及法律的程序和效力来判断两者的关系。”(参见莫纪宏:《宪法学原理》,中国社会科学出版社2008年版,第122页)。

④⑮参见周伟:《论宪法的渊源》,载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》1997年第1期。

④⑯例如参见张庆福主编:《宪法学基本理论(上、下)》,社会科学文献出版社2015年版,第116-117页。

④⑰参见秦前红主编:《宪法》,武汉大学出版社2018年版,第11、13页。

④⑱前者适用于法律字面违宪的情形,而后者适用于法律适用违宪时情形(这一区分参见杜强强:《法律违宪的类型区分与合宪性解释的功能分配》,载《法学家》2021年第1期)。

④⑲参见张翔:《“合宪性审查时代”的宪法学:基础与前瞻》,载《环球法律评论》2019年第2期。

⑤①最近的一个区分性努力参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,载《中国法学》2019年第1期。

⑤②这一点得到学界普遍认可,例如参见张翔:《两种宪法

案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期;上官丕亮:《当下中国宪法司法化的路径与方法》,载《现代法学》2008年第2期。

⑤③参见汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践:〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》,载《中外法学》2018年第1期。

⑤④如2016年最高人民法院《人民法院民事裁判文书制作规范》规定,“裁判文书不得引用宪法作为裁判依据,但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”。

⑤⑤参见[德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第56页。

⑤⑥参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第427页。

⑤⑦参见[日]芦部信喜:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版,第3页。

⑤⑧参见韩大元、张翔:《试论宪法解释的界限》,载《法学评论》2001年第1期。

⑤⑨例如参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社2020年版。

⑤⑩《法规、司法解释备案审查工作办法》第37条规定也佐证了这一点。该条规定,对法规、司法解释进行审查研究,发现法规、司法解释存在与党中央的重大决策部署不相符或者与国家的重大改革方向不一致问题的,应当提出意见。

⑤⑪关于党内法规的体系构成,参见屠凯:《论党内法规制度体系的主要部门及其设置标准》,载《中共中央党校学报》2018年第1期。

⑤⑫肖蔚云、宝音胡日雅克琪、魏定仁:《宪法学概论》,北京大学出版社2002年版,第44页。

⑤⑬严格说来,宪法性法律与宪法部门还不相同。因为宪法部门除了“法律”这个层级的规范外,还包括宪法典中的规范以及比“法律”层级更低规范性文件(如行政法规)中的规范,只要它们涉及宪法性内容。

⑤⑭马岭:《宪法性法律的性质界定》,载《法律科学》2005年第1期。

⑤⑮参见[英]戴雪:《英国宪法研究导论》,何永红译,商务印书馆2020年版,第106页。

⑤⑯参见胡锦涛、韩大元:《中国宪法》(第4版),法律出版社2018年版,第90页。