

基于法适用的视角下宪法渊源析辨论

范进学,马冲冲

(上海交通大学 凯原法学院,上海 200030)

摘要:基于法适用的视角,宪法渊源属于为合宪性审查、合宪性解释以及基于宪法的解释提供权威依据的规范。对合宪性审查与合宪性解释而言,“合宪与否”的判断依据只能来源于“根本法”规范。在成文宪法国家,宪法典是“根本法”规范;不成文宪法国家的所谓“最高法”规范则是指在政治实践中具有最高实效力的宪法规范以及在主权国家内获得优先适用效力的国际宪法条约。就基于宪法的解释而言,除宪法典之外,具有终极释宪权的特定机关所做的宪法解释也会成为法官依宪释法的权威依据。重新审视宪法渊源概念,既有助于我们进一步厘清概念内涵,使宪法渊源获得法学研究上的规范意义,也促使我们反思以往从部门法角度理解宪法时存在的诸多问题,转而以明确效力等级的纵向思维树立宪法作为“根本法”的意识,避免将不具有宪法效力的规范也视为宪法规范,从而有效推进合宪法秩序的建立。

关键词:宪法渊源;合宪性审查;合宪性解释;基于宪法的解释;根本法

中图分类号:DF03 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2023.03.01 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



在以往的宪法学研究中,宪法渊源总的来说是一个较被忽视的学术概念。尽管大多数的宪法学教材将之放置于宪法的基本理论部分加以介绍和阐释,似乎将其作为宪法学研究的一个重要范畴,然而其在主流见解之下存在的激烈争议几乎没有引起学界的关注,相关的讨论少之又少。有学者将宪法渊源理论所处的研究现状称之为讨论的僵局。^①笔者认为学界对这一概念的重要性或许存疑,在教材中将宪法渊源列入宪法学基本理论部分也许是参考法理学教材中对“法的渊源”这一范畴的处理,对于宪法渊源概念本身是否具有特殊性并未做深入的思考。总体而言,主流见解将宪法

收稿日期:2023-03-16

基金项目:教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“加强宪法实施、教育和监督研究”(18JZD036)

作者简介:范进学(1963),男,山东潍坊人,上海交通大学特聘教授,凯原法学院博士生导师,上海交通大学廉政与法治研究院研究员;马冲冲(1994),女,辽宁大连人,上海交通大学凯原法学院博士研究生,上海交通大学廉政与法治研究院研究员助理。

① 参见雷磊:《“宪法渊源”意味着什么?——基于法理论思考》,载《法学评论》2021年第4期,第36页。

渊源视为实质宪法的各种表现形式或存在形式,外延具体包括宪法典、宪法性法律、宪法惯例、宪法解释、宪法判例、国际条约等内容,在主流见解的基础上,一些宪法学者试图通过使用宪法结构^①、宪法体系^②等概念或涵盖或者消解宪法渊源的意义,要么使宪法渊源成为一个冗余概念,要么干脆放弃使用。近来,一些颇具影响力的青年学者从宪法适用的视角将宪法渊源这一概念重新提出,并得到与主流见解不相一致的结论,引起学界的关注。在笔者看来,如欲使宪法渊源的内涵及其重要性与否的问题得到澄清,我们需要回溯这一概念的来源,首先弄清楚作为其上位概念的“法律渊源”意味着什么,其次是在此基础上重新审视宪法渊源的涵义与价值。

一、学界之争:基于“渊源”与“宪法”的双重困惑

(一)关于宪法渊源的内涵

就传统的研究情况来看,宪法学界针对宪法渊源的内涵至少形成了三种不同的见解,可分别称之为“结构说”“来源说”与“形式说”。“结构说”,也叫“体系说”,将宪法渊源等同于宪法的形式结构,即指由不同形式的宪法规范所组成的有逻辑、有系统的结构形态。^③“来源说”认为宪法渊源是能够影响宪法产生和变动的因素。^④“形式说”则将宪法渊源等同于宪法形式,为主流见解。据相关学者较为详细的阐述,宪法渊源作为宪法学的一个专门术语,与法的渊源(或称法律渊源)这一法学术语有着密切的逻辑联系,直接借用法的渊源一词创造而来。又由于渊源一词在汉语中的多义性,如果没有具体的语境加以区分很容易产生语义混淆,因此法学界逐渐趋向于使用“法的形式”这一术语,对应到宪法学中,“宪法形式”也被广为采用。^⑤在“形式说”之下,依据不同的界定标准,学者对宪法渊源的内涵再次产生分歧,大体分为两种见解:可分别称之为“形式宪法效力说”与“实质宪法效力说”。就形式宪法效力说而言,有关学者主张只有具有宪法法律效力的法现象才能成为宪法渊源;^⑥在晚近的宪法渊源讨论中,不少学者大致趋于此种主张。^⑦实质宪法效力说则主张宪法渊源是实质意义上的宪法的存在形式,实质意义上的宪法是与形式意义的宪法即宪法典相对应的概念,指的是以规范国家统治与保障基本人权为主要内容的规范或者惯例的总称,就此而言,宪法渊源指的是实质宪法基于不同效力来源所形成的外部表现形式。^⑧

(二)关于宪法渊源的外延

由于不同的内涵界定,学界对宪法渊源概念所指涉的对象范围亦有不同的观点。其中“结构说”认为宪法渊源概念所指涉的对象包括不同国家的由不同形式宪法规范所组成的有逻辑、有系统

① 参见马新福、任喜荣、于立深:《宪法学》,吉林大学出版社2000年版,第16页。

② 参见周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第113页。

③ 参见王勇主编:《宪法学原理与适用》,法律出版社2017年版,第70页;林来梵:《宪法学讲义》,清华大学出版社2018年版,第71页。

④ 参见周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第107页。

⑤ 参见莫纪宏主编:《宪法学》,社会科学文献出版社2004年版,第115页。

⑥ 参见莫纪宏主编:《宪法学》,社会科学文献出版社2004年版,第118页。

⑦ 参见张翔:《宪法概念、宪法效力与宪法渊源》,载《法学评论》2021年第4期,第24-35页。

⑧ 参见殷啸虎主编:《宪法学》,上海人民出版社2003年版,第89页。

的宪法体系或宪法结构;“来源说”主张宪法渊源的外延主要包括资源型要素、进路型要素与动因型要素三种^①。在“形式说”之下,针对宪法渊源的外延问题至少形成三种不同意见,其中形式宪法效力说认为,在成文宪法国家,只要不是通过制定或者修改宪法的特定法律程序制定出来的,无论其内容与宪法典是否存在大量的直接联系,都不得视为宪法渊源。因此,该说认为在成文宪法国家,宪法典及其修正案是当然、直接的宪法渊源,而除此之外的法现象必须根据严格的宪法理论来确定其是否可以成为一种宪法渊源,一般不轻易将宪法解释、宪法惯例、宪法判例等法现象纳入宪法渊源中。而对于不成文宪法国家,由于不存在通过特定法律程序制定的宪法典,宪法渊源范围的确定必须依靠严格的宪法理论来支持。^② 第二种意见,也就是“实质宪法效力说”中的主流意见认为,宪法渊源的范围包括: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;第三种意见,虽然也是基于“实质宪法效力说”的内涵界定,但对于宪法渊源的外延,比起上述主流意见更加宽泛,一般还要包含宪法性文件^③及权威的宪法理论。

(三)对“宪法渊源”之争的评价

上述有关宪法渊源概念的三种见解,尽管为我们认知宪法渊源提供了多种视角,也构成我们发展和完善宪法渊源理论的学术基础,然而其中仍有许多令人困惑之处有待解答或商榷。

就宪法渊源的结构说而言,该说主张宪法渊源是由宪法典及宪法修正案、宪法性法律、宪法惯例、宪法判例、宪法解释等不同形式的宪法规范组成的有逻辑、有系统的结构形态。有学者认为,作为宪法体系的宪法渊源,能够全方面展现一个国家的宪法制度与运行,从而帮助研究者更好地了解宪法学的研究范围^④。然而此种观点仍要面临概念冗余、概念模糊及法学研究方法论意义的缺失等几方面的质疑。首先,按照结构说,宪法渊源这一概念似乎可以被宪法体系或者宪法结构取代,事实上,一部分宪法学教材在章节题目的设置上已经以宪法结构或涵盖或取代宪法渊源概念。其次,结构说也面临概念模糊的质疑。考察结构说给宪法渊源所下的定义,我们无法直接从该定义中获得精准的概念内涵,要实现对宪法渊源的清晰界定还需要明确何为“不同形式的宪法规范”。最后,结构说所列举的结构要素分别具有不同的效力类型与效力等级,如宪法惯例作为宪法规范的表现形式之一其效力来源于实践中的普遍认可,本身并不具有法律上的规范效力,其他类型的宪法规范虽然在特定国家都具有一定的法律效力,然而却又有效力等级的差别,之所以都被列为宪法渊源的构成要素是因为他们从内容上共同反映一国的宪法制度与运行情况。此种定义明显会使宪法渊源失去法学研究上的方法论意义而成为一个一般的描述性概念。

宪法渊源的来源说是借鉴法理学上法律渊源与形式界分理论提出的,其将宪法渊源视为能够影响宪法产生和变动的要素,将宪法形式理解为“具有宪法效力的规范和惯例所具有的外在表现形式”。来源说将宪法规则的内容形成与宪法规则的形式效力相区分,从而使宪法渊源与宪法形式在

^① 此种关于宪法渊源的学说,是直接借鉴法理学者关于区分法的渊源与法的形式的主张。参见周旺生:《法的渊源与法的形式界分》,载《法制与社会发展》2005年第4期,第122-133页。

^② 参见莫纪宏主编:《宪法学》,社会科学文献出版社2004年版,第118页。

^③ 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,第135-141页。

^④ 肖蔚云、魏定仁、宝音胡日雅克琪:《宪法学概论》,北京大学出版社2005年版,第44页。

学术研究和法律生活中有效体现出其各自应有的价值,然而这种借鉴难谓成功。一方面,如果将宪法渊源视为立宪或者修宪者在进行宪法创制和宪法修改时可加以采用、提炼的素材和原料,那将使宪法渊源失去法律上的规范意义,对于以规范处理为主要任务的法学研究而言无甚价值,即使是从立法(宪)政策学出发,实践中的宪法创制与修改活动频度也远远低于普通立法的创制和修改,宪法渊源的实践价值亦甚为有限;另一方面,如果将宪法形式理解为一个关乎权威与效力的范畴,那此种权威与效力如何界定?论者在论述宪法形式的内涵时,认为只有具有宪法效力的规范和惯例所具有的外在表现形式才能称之为宪法形式,但在涉及到对宪法形式的具体列举时,却将宪法性法律、宪法判例、宪法解释等明显不具有最高法效力的规范通通纳入宪法形式^①,使论述出现不统一。即便承认宪法渊源与宪法形式的界分,将宪法形式理解为一个权威范畴,也应当考虑此处的宪法形式究竟是何种层面的权威。

就宪法渊源的形式说而言,无论是形式宪法效力说还是实质宪法效力说,都有值得商榷之处。首先是形式宪法效力说,依据该说的标准,宪法渊源的指涉范围极窄,几乎只包括宪法典与宪法修正案,由此产生的疑问是,不成文宪法国家是否有宪法渊源?如果有的话,其宪法渊源如何界定?晚近,形式宪法效力说得到相关学者的基本认同,如《“宪法渊源”意味着什么?》一文作者写到:“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。”^②然而该作者并没有止步于此,其认为宪法渊源作为合宪性判断的权威依据来源,不仅仅包括宪法典及宪法修正案这两项效力渊源,同时还包括宪法解释、宪法判例、国际条约、国家政策与党的政策、党内法规、民族风俗习惯等认知渊源,并认为认知渊源只有与效力渊源相结合才能发挥作用,即成为合宪性判断的依据。然而该教授的论证存在两个较为明显的问题,首先,该作者认为宪法渊源是合宪性判断依据的权威来源,其作用是为合宪性审查中的大前提提供权威性证成,这是宪法渊源概念的基本属性。因此从逻辑上讲如欲对宪法渊源进行类型化的讨论,则应保证每一种类型的宪法渊源均具有此种权威属性,如果不具备,则不能称之为宪法渊源。又根据该文的论述,认知渊源是无法为合宪性审查大前提提供权威性证成的,而它在该文中却又被认为是宪法渊源的一种类型,在此,该作者的论证存在明显的逻辑冲突。如果说上述的质疑还只是停留在形式逻辑层面,那么第二个问题则涉及到对核心内容的质疑,按照该文的观点,作为合宪性判断依据的效力来源,宪法渊源属于权威和形式的范畴,区别于作为实质和内容范畴的“宪法部门”,因而对普通法进行合宪性判断时,其效力依据只能是作为根本法的宪法这部文件本身,就此而言,宪法渊源似乎只能包括宪法典及宪法修正案,而该作者又认为受到形式宪法认可的认知渊源与形式宪法相结合时,这一结合体也可以发挥宪法渊源的作用,也即结合形式宪法的规定,受形式宪法认可的认知渊源也可以成为合宪性判断依据的权威来源。问题在于,宪法典及宪法修正案之所以能够区别于其他规范性法律文件为合宪性判断依据提供权威理由,是因为其本身所具有的最高法律

① 参见周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社2011年版,第109-110页。

② 雷磊:《“宪法渊源”意味着什么?——基于法理论的思考》,载《法学评论》2021年第4期,第43页。

效力,那么受到形式宪法认可的认知渊源如宪法解释,在其与相关宪法条文结合时,我们是否能够认为这一宪法解释获得了最高法效力?很显然,宪法解释就是宪法解释,和宪法条文并列一处也不能改变其法律地位和性质,宪法解释是无法为合宪性判断依据提供权威理由的。如若执意认为此处的宪法解释只是为裁判依据提供内容来源,而非效力来源,把裁判依据的规范内容和规范效力强行割裂,那么宪法解释就不该被列入裁判依据,因为裁判依据是裁判得以作出的效力基础。由此该文不可避免地陷入一种两难境地,如果强行割裂裁判依据的规范内容与规范效力,坚持认为与形式宪法相结合的认知渊源,依然只能为裁判依据提供内容来源,那么认知渊源将不可能成为裁判依据的来源,因为裁判依据是裁判得以作出的效力基础,没有规范效力的内容不可能成为裁判依据;相反,如果承认与形式宪法的结合会使认知渊源也获得规范效力,从而成为裁判依据,那么又应该如何理解认知渊源获得的这种规范效力,如果其并不能获得最高法效力,则会与作者关于宪法渊源的权威认知产生冲突。

最后是关于实质宪法效力说的两点质疑:首先,虽然有关学者将宪法渊源理解为实质宪法根据不同的效力来源形成的外部表现形式,但却并没有指明与形式宪法相对应的实质宪法应当包括哪些内容,这使宪法渊源将面临定义不清的诘问;其次,根据相关学者的阐述,将宪法渊源理解为能够反映一国宪法制度或宪法运作实况的规范性法律文件或宪法惯例,有助于打开宪法学的研究视野以及更加全面地理解一国的宪法实践,然而如果这是宪法渊源概念的主要理论意义,那么似乎没有必要将此概念局限于具有法律效力的规范性文件以及在实际的社会生活中得到认可的宪法惯例,也可以拓展至任何对一国宪法实践产生实际影响力的范畴,正是基于此,相关学者在主流见解的基础上,也将政治文件、权威的宪法学说纳入宪法渊源的范围,此种理解必然会使宪法渊源失去法律上的规范意义和专业上的区分度。

基于以上对宪法渊源研究现状的述评,笔者认为,如欲对宪法渊源的性质达成基本的共识,我们首先需要回溯至法的渊源(或者法律渊源)这一概念,考察其生成背景、概念性质及对法学研究的价值。于此基础上,再将目光回归到宪法渊源中的“宪法”上,重新反思宪法的概念与性质,或可获得一个内涵明晰又具有规范意义的宪法渊源概念。

二、法律渊源认知模式选择:以法律适用为视角

上述关于宪法渊源性质系属“形式说”还是“来源说”的争论,就直接来自我国法理学界对法律渊源性质的争论。实际上,法律渊源概念使用上的混乱现象源于西方学界,庞德说,法律渊源是一个在多重意义上使用的概念。^①从一些具有代表性的西方法学著述来看,西方学者们针对法律渊源问题至少形成了三种研究视角:分别是“本体论”视角、“形成论”视角与“适用论”视角。本体论视角关注法之本质的本质和来源,萨维尼即是从此种视角来看待法律渊源,他将法律渊源称为“一般法的产生根据”,并进一步认为所谓一般法的产生根据是“在所有具体成员中都共同存在和作用的

^① 参见[美]庞德:《法理学》(第3卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第284-285页。

民族精神”^①。奥斯丁也是在此种意义上使用法律渊源概念,认为它是法律的源泉,只不过不同于萨维尼代表的历史法学派,奥斯丁在分析法学的立场上认为法源于国家。^②应当认为,本体论视角下的研究属于法哲学研究,其在探讨法的“来源”时更多是在哲学方法论之下研究法的本质问题。据此而言,这一研究视角下的“法律渊源”概念完全可以被“法的本质”所替代,并没有单独设立的必要。就目前来看,也鲜有学者从本体论视角界定法律渊源。在今天的法理学界,“法的本质”与“法律渊源”已被相对清晰地区分开来了。^③

形成论视角将法的渊源理解为法律规则的内容来源。持此研究视角的代表性学者为克拉克。在克拉克看来,法律渊源概念是要解决这样的问题即“有争议的特定规则的内容是由什么决定的?什么使得立法机构或法律宣告机构那样表述他们?如果说国家赋予法律规则以权威,那么是什么赋予法律规则以内容?”简言之,法律渊源是法律规则的内容来源;而法律形式则是法律规则的权威载体,人们可以凭借对法律形式的认知找到法律。^④庞德认同克拉克的这一观点,在他看来,法律渊源概念并不关乎法律规则的权威与效力问题,其关乎的是法律规则如何形成及法律规则的内容来源问题,他具体地列举出六种形成法律规则的因素,分别是惯例、宗教信仰、道德和哲学观点、判决、科学探讨、立法(作为过程的立法);而法律形式(庞德也称之为文本形式)则是法律规则获得权威性表述的载体,这种权威性表述是法庭在解决争议时的依据和律师在提供预测性建议时必须依赖的基础。庞德将法律形式具体地分为立法(作为结果的立法)、判例法与教科书法。^⑤在此,形成论视角存在两个问题需要注意。其一,正如多数学者看到的,形成论的研究视角会使法律渊源概念失去法律上的规范意义,成为一个空洞的描述性概念;其二,以法律形式即“法律规则借以得到权威性表述的载体”作为法庭裁判的依据,将制约制定法国家的法治发展。如果说在承认多元权威规范的历史时期和国度,以上述的法律形式作为法庭裁判依据尚可以在理论上自圆其说,那么当制定法成为法律规则借以得到权威性表述的唯一载体时即在制定法成为一国唯一的法律形式时,按照上述的定义,制定法将成为法庭裁判的唯一依据,这一结论显然与立法具有局限性的普遍共识背道而驰,无疑会使制定法国家面临法治僵化的局面。

适用论视角下的法律渊源概念指的是司法裁判依据的来源。从具有代表性的西方法学著述来看,多数学者都是从适用论的视角出发理解法律渊源的,正如学者所言:“我们注意到,西方法学家很少自己声明站在什么立场上表述法源,但他们大多都自觉或不自觉地站在司法立场上理解法源概念,起码多数法学家比较关注对司法问题的研究却是个不争的事实。”^⑥实际上,西方法学家从适用论视角理解法源不仅为数众多,且源远流长,早在古罗马时期的法学著述中就有所体现。萨维尼在其《当代罗马法体系 I》这一著作中,就曾提及:“对于法律渊源的列举出现于罗马法学家的许多篇章之中”,但由于萨维尼主要是从本体论的视角理解法律渊源,因此他对这些适用论视角下的探讨

① 参见[德]萨维尼:《当代罗马法体系 I》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第17页。

② 参见[美]庞德:《法理学》(第3卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第285页。

③ 参见雷磊:《法的渊源理论:视角、性质与任务》,载《清华法学》2021年第4期,第28页。

④ E. C. Clark, *Practical Jurisprudence, A Comment on Austin*, Cambridge University Press, 1883, p. 196-201.

⑤ 参见[美]庞德:《法理学》(第3卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第287页。

⑥ 参见陈金钊:《法律渊源:司法视角的定位》,载《甘肃政法学院学报》2005年第6期,第4页。

提出了批评,认为“它们所把握的毋宁仅仅是法外在现象的形式,而不涉及其内容的本质和来源”,但萨氏也对这种讨论提出了肯定意见:“在此,这些列举完全适合于其实践意义,具有对法官作出指示的性质,法官必须求助于这些列举以获得关于某个法问题的教导。”盖尤斯将法律渊源分为制定法、平民会决议、元老院决议、皇帝谕令、告示、法学家解答;优士丁尼的法学阶梯则在盖尤斯的列举基础上增加了不成文法。彭波尼、帕比尼安等人也均是在适用论视角下对法律渊源作出类似的分类。^① 格雷是在适用论视角下定义法律渊源的代表性学者,他视法律渊源为法官寻找构成法律的规则的场所。在此,格雷将“法律渊源”与“法律”作出严格的区分,他认为,法律是由法院以权威性的方式在其判决中加以确定的规则组成的也即法律就是“法官所造之法”,而法律渊源则是法院在制定法律时应当诉诸的法律资料或非法律资料,这些资料是国家为限制司法机构任意行动而为法官们制定的参考资料。在此基础上,格雷列举了五种法律渊源,分别是制定法、司法先例、专家意见、习惯、道德原则。^② 应当认为,即便格雷意欲在“法律渊源”与“法律”之间作出严格区分,我们仍应注意到他所谓的“法律渊源”并不是上述形成论意义上缺乏法律上规范意义的描述性概念,而仍然是对法官处理具体纠纷产生拘束力的规范,法院不但被明确要求要遵守立法法案(制定法),同时法院应否从其余四种法律渊源中获得一般性规则也受制于社会统治者的命令,即根据格雷的观察,其余四种法律渊源也在不同程度上对法律适用者产生拘束力。博登海默在很大程度上认同格雷对法律渊源的定义,尽管他不接受格雷在“法律”和“法律渊源”之间所作的严格区分,但仍同意将法律渊源看成是那些可以为司法判决提供合法性基础的资料,然而博登海默也进一步指出:“这些渊源同制定任何种类的法律决定都有关,而不只是同法院作出的判决有关”,由此可以看出,博登海默是明确站在法适用论的视角理解法律渊源,而不仅仅是站在司法适用的立场上理解法律渊源。从适用论的立场出发,博登海默将法律渊源划分为正式渊源和非正式渊源两大类,所谓正式渊源是指那些可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源,正式渊源主要包括不同效力层级的制定法、条约等协议以及司法先例;非正式渊源指的是那些具有法律意义的资料 and 值得考虑的材料,而这些有意义的材料尚未在正式的法律文件中得到权威性或者至少是明文的阐述。关于正式渊源与非正式渊源之间的关系,博登海默提出三条基本的主张,第一,他同意实证主义者将非正式渊源置于司法框架中极为次要地位的看法,认为当一种权威性的法律渊源就某个法律问题提供了一个明确的答案时,除了出现某些极为罕见和极端的情形,在绝大多数情况下不应再诉诸非正式的法律渊源;第二,当一项正式法律文献表现出可能会产生两种解释的模棱两可性和不确定性时,应当诉诸非正式渊源,以求得一种最利于实现理性和正义的解决办法;第三,当正式渊源完全不能为案件的解决提供审判规则时,依赖非正式渊源也就成了一种必然的途径。^③ 在此,博登海默认为法律渊源是一个关乎法适用的概念,是可以为法官提供裁判依据的规范集合,这个集合之中既包括那些对法官裁判构成拘束力的法律也包括一些对法官没有约束力但却有指导意义的材料,博登海默的洞见在于承认立法的局限性,既包括否认立法可以对社会生活进行全面调整,也包括承认立法存

① 参见[德]萨维尼:《当代罗马法体系I》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第88-90页。

② [美]约翰·奇普曼·格雷:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2011年版,第105-106页。

③ 参见[美]博登海默:《法理学》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第429-431页。

在的模糊性,他认为正是因为这些缺陷的存在使得对法律渊源的探讨绝对不能局限于那些正式的法律渊源;博登海默法源理论的局限则在于,虽然看到了那些所谓非正式渊源的价值,但却忽略法治社会对司法者的要求,即司法之法在法治原则下不能是任意的规范,而应当是那些有经由国家或者得到社会普遍认可的对法官裁判案件构成拘束的规范。博登海默将那些对法官裁判不具有约束力的规范也纳入法律渊源的范畴,无疑会走上形成论者的老路,使得法律渊源失去法律上的规范意义而不可避免地成为一个空洞的描述性概念。魏德士也是从适用论的视角出发理解法律渊源概念,不同于博登海默的法源理论,魏德士将法律渊源界定为对法律适用者具有约束力的法规范,一方面他否定了博登海默将不具有法效力的资料也视为法律渊源的看法,坚持认为法律渊源是一个关乎拘束力的概念;另一方面,他也不认同博登海默将那些对法律适用者产生拘束力的规范仅仅局限于制定法等权威文本形式的观点。魏德士从德国基本法中“司法与行政权力必须服从‘法律与法’”的规定出发,认为法官在对纠纷作出裁判时,不能仅凭主观感觉,而必须按照“法律与法”来衡量公正性,因此精确地把握“法律与法”的范围就成为适法者的宪法任务。他认为法律渊源学说的价值正在于帮助法律适用者准确把握“裁判之法”的范围,从而使他们能够适当地履行其在宪法规定的权力结构中的任务。^①因此,在魏德士看来,法律渊源学说不仅关乎司法裁判的公正性问题,同时更属于有关权力分立的宪法问题。

通过对西方诸法源理论的借鉴,我国法理学界对法律渊源这一概念主要呈现三种理解:第一种是主流观点,认为法的渊源就是具有法律效力的法的表现形式。^②但由于以往学界对这一“统一命题”缺乏足够的重视,且没有为其找到坚实的理论基点,以致近年受到不少质疑和批评。^③第二种观点是在继受克拉克、庞德的法源理论基础上提出的“形成论”观点,该说从法的创制视角出发,将法的渊源视为有待立法选择和提炼有关原料以创制法律的素材。^④第三种观点是“适用论”观点,该说从司法的立场出发,将法的渊源视为裁判依据的来源。^⑤面对“形成论”与“适用论”对主流观点的质疑,近来也有学者极力主张回归主流学说。^⑥

针对以上三种观点,笔者赞同从法律适用的视角,将法律渊源定位为裁判依据的来源,主要理由如下:

首先,从适用论的视角理解法律渊源符合法律渊源的原初含义。根据相关学者对此的历史考察,法律渊源一词从英文“source of law”翻译而来,其源头是罗马法上的“fons juris”。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。在古罗马时期,各种不同的政治权威或者社会权威都在自己的权限范围内创造出属于自己的规范,共同作用于社会的控制与管理。虽然随着罗马帝国的建立和强大,法律规范开始成为国家的主要规范,然而宗教规范、风俗习惯等其他规范仍然具有强大的生命力,国家不得不承认这些规范同法律一样,具有约束力,

① 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2013年版,第98页。

② 参见马克思主义理论研究和建设工程重点教材编写组:《法理学》,高等教育出版社、人民教育出版社2020年版,第95页。

③ 参见周占生:《法的渊源:一种本体论辩说》,载《河南社会科学》2012年第8期,第22页。

④ 参见周旺生:《重新研究法的渊源》,载《比较法研究》2005年第4期,第3-4页。

⑤ 参见陈金钊:《法律渊源:司法视角的定位》,载《甘肃政法学院学报》2005年第6期,第1页。

⑥ 参见刘作翔:《回归常识:对法理学若干重要概念和命题的反思》,载《比较法研究》2020年第2期,第112-113页。

能够成为纠纷解决的依据,由此,法律渊源作为一个整合多元规范的概念被提出,其主要的目的在于供法官从中发现裁决案件所需要的裁判依据。^①

其次,从司法立场出发,主流观点与适用论观点是契合的。根据主流观点,法的渊源是有效力的法的表现形式,从适用论的角度理解,这个定义就可以被解读为能够为裁判提供效力基础的各种规范的表现形式,包括成文的制定法以及不成文的习惯法、判例法等形式,而一国的法律渊源具体包括哪些形式则因不同国家不同的历史传统、法律文化与制度实践各异。也就是说,司法立场应该是理解主流观点的内在前提。然而多数论者,既包括支持主流观点的学者,也包括非主流论者,都未能理解这种隐含在主流见解中的司法视阈。就近来出现的对主流学说的辩护而言,比如有学者认为,“法律渊源是指有‘有效力的法律表现形式’,这在国际上是有共识的。”^②而这种表现形式在不同的法律传统和法律体制下究有不同。他进一步举例说明,在判例法国家,判例就是“有效力的法律表现形式”,而在制定法国家,法律渊源就是制定法的各种表现形式,接着他以此为理论基础对那些将习惯作为我国民法渊源的观点进行了否定,并认为这种从司法角度理解法律渊源的做法是将判例法国家的法源理论误用到像中国这样制定法国家。该文的这种观点至少有两处可加以商榷,其一,在制定法国家,如果真的将“有效力的法律表现形式”中的“法律”窄化理解为制定法,那么这个定义的表述就是值得怀疑的,难道作为制定法的法律还有无效的吗?可见主流定义中的“法律”需要做广义理解,绝不是只包括制定法。而如果从司法立场出发,这一疑问将立刻得到解答,即将有效力的法律理解为能够为司法裁判提供效力基础的规范,因为制定法的局限性使其注定不可能包罗社会生活的全部景象,因此能够为司法裁判提供依据的绝不只能是制定法。其二,既然关于法律渊源概念的主流观点已经成为国际上的共识,那么怎么能在承认这一共识的基础上,又作出判例法国家与制定法国家拥有不同法源理论的结论呢?应该说该文的论述明显存在前后不一致的问题,果真主流观点已经取得国际共识,就不该再有法源理论上的分歧,有的只是“有效力的法律”在“表现形式”上的不同,只有承认法律渊源概念内在的司法立场,才会使主流见解成为国际共识。此外,部分对法律渊源概念持适用论观点的学者,也误将主流观点中“有效力的法律表现形式”理解为制定法的形式,而在他们看来法律渊源又是为司法裁判提供效力基础的多元规范的集合,因此认为法律渊源是包含制定法的,从而有了将法的渊源与形式进行界分的主张。^③

再次,形成论观点是在没有充分解读主流观点所依凭之语境的情况下被提出,其与上述主张法的渊源与形式界分的适用论者犯的是同样的错误,即将主流观点中的“有效力的法的形式”偏颇地理解为制定法的各种形式。在这种前提下,形成论者认为,区分法的渊源与法的形式,将法的渊源视为立法者创制法律的素材,既能够唤起立法者从大千世界的种种社会现象中提炼法律规则和原则的意识,也可以避免将不是法的东西视为法,从而避免与法治原则背道而驰。然而此种学说将不可避免地使法律渊源这一概念失去法律上的规范意义,对于以规范处理为主要任务的法学研究而言价值甚微,因此学界响应亦甚是寥寥。

① 参见彭中礼:《法律渊源词义考》,载《法学研究》2012年第6期,第49、57-58页。

② 参见刘作翔:《回归常识:对法理学若干重要概念和命题的反思》,载《比较法研究》2020年第2期,第5页。

③ 参见彭中礼:《法律渊源词义考》,载《法学研究》2012年第6期,第102-110页。

最后,适用论的观点会使法律渊源成为一个具有规范内涵的法学概念,它不仅关乎司法裁判作为一种职业行为的公正性,更关乎其作为一种公权行为的法治化,对于法学研究而言具有重要的指导作用。一方面,法律渊源概念会提示立法者注重多元规范对于社会纠纷处理的重要意义,从而在立法活动中将那些对于法律漏洞填补具有重要意义规范纳入法律渊源的范畴;另一方面,法律渊源概念也会提示司法者,法律适用的大前提即裁判依据只能来源于有效力的法的表现形式,在大陆法系国家就是制定法和受到制定法认可的其他规范,法律渊源于此发挥着限制法官任意决断的功能,从而彰显其法治价值。法律渊源的适用论观点因对法学研究具有重要的启发意义而从者如流,晚近更有学者试图在适用论的立场上对法律渊源命题进行更为深入探讨,如论者在对裁判依据的规范效力与规范内容进行区分的基础上,将裁判依据的来源即法律渊源分为效力渊源与认知渊源,前者为裁判提供效力来源,后者只能为裁判提供内容来源。笔者认为,尽管裁判依据为裁判活动的作出提供效力基础与内容基础,然而将这二者隔离看待则是不适当的。裁判依据是裁判得以作出的效力基础,因此没有规范效力的内容根本不可能成为裁判的依据,而一旦特定的规范获得认可成为裁判案件的依据,则其同时获得规范效力,能够独立为裁判活动提供效力来源,因此笔者认为将法律渊源分为效力渊源与认知渊源的主张可能有待商榷。另一个有待商榷之处在于,将法律行为如合同也作为认知渊源的一种^①,假设先不考虑认知渊源一词是否成立,论者在此处显然将特定的合同视为裁判特定案件的内容依据,而相关的法律规定则为裁判提供效力依据。此处,论者显然混淆了法律适用中的大前提与小前提。在一个合同纠纷中,司法裁判的大前提应该是调整合同关系的有效力的法律规范,而具体的合同内容及当事人之间的违约情况则属于事实认定的部分,因此将合同等法律行为视为法律渊源即裁判依据的内容似乎不妥。

三、何以判断宪法渊源:以宪法适用为标准

如果说,宪法学界在“渊源”问题上的认知混乱仍可归咎于法理学界,那么其在“宪法”问题上的分歧则只能由自己承担。当我们将研究的眼光从法律渊源转向宪法渊源时,我们必须认真思考,此处的“宪法”究竟应该作何解释,是部门法意义上的实质宪法,还是最高法意义上的形式宪法?

对于宪法渊源概念的理解,或许可以参考同为法律渊源下位概念的民法渊源,民法学界的主流意见是从司法裁判的视角出发,将民法渊源理解为民法的表现形式,也即民事纠纷裁判依据的来源,包括制定法、习惯、判例、法理等表现形式。^②因此,可以将民法渊源概括为调整民事关系并可据以作出生效裁判的各种规范。显而易见,对民事关系的调整是界定民法渊源的核心要素,民法渊源中的民法应作为部门法意义上的民法理解。那么是否也应该按照同样的逻辑将宪法渊源中的宪法也作为部门法意义上的宪法理解?应当说,以往关于宪法渊源的主流见解很大程度上正是有鉴于此才将宪法渊源中的宪法作部门法意义上的宪法理解,从而将一切反映宪法内容、调整宪法关系的

^① 参见雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期,第165页。

^② 参见魏振瀛主编:《民法》,高等教育出版社、人民教育出版社2021年版,第16页。

具有规范或者现实效力的文件或者惯例纳入宪法渊源的范畴。然而此种借鉴却过于草率,其存在一个明显的前提性错误,即忽略了法律渊源或者民法渊源所适用的司法语境,一个有关于此的典型例证即是将不具有法律适用性的宪法惯例也视为一种宪法渊源。如果说民法渊源指的是司法活动中会被适用的各种民事规范,那么牵引民法渊源概念出场的一个重要前提条件便是民事纠纷或者民事案件的存在,民事纠纷与民事渊源须臾不可分离。法律渊源这一概念的功能就是在制定法日渐成为国家权威规范的情况下为适应司法裁判的现实需要而对其他社会规范的法律地位予以确认。由此,当我们将目光转移至宪法渊源这一概念时,如果想要理解宪法渊源的内涵,我们首先需要界定或者识别何为宪法案件或者宪法纠纷?这是一个前提性的问题,对这一问题的不同回答,将直接影响我们对宪法渊源这一概念的判断。

针对宪法案件的识别问题,笔者认为,不宜以涉及部门法意义上的宪法内容作为界定宪法案件的标准,而应以涉及最高法意义上的宪法的适用作为宪法案件的判定标准,主要有以下几点理由:其一,尽管部门法意义上的宪法这一说法已经得到学界与实务界的普遍认可,然而作为一国法律体系重要组成部分的部门宪法究竟包括哪些内容,似乎没有统一的结论。从不同国家的制宪实践出发,我们可以看到,尽管一般而言宪法规定了一个国家最根本性的内容,但由于各国国情不一,对于一些国家而言相对重要的事项却难以得到其他国家的认可,因此一般难以从理论上相对精确地归纳出作为部门法的宪法的调整内容,如果以此为界定宪法案件的标准,那么我们将无法确定宪法案件的范围;其二,从近代社会到现代社会的发展过程中,宪法规范的领域越来越广泛,已从传统的政治领域发展到经济社会文化领域,正如有学者所说“宪法……是内容更为全面丰富的‘社会法’。”^①明显的表现是,各个部门法的一些基础性规范,往往就规定在宪法中^②,由于宪法规范的社会领域较为广泛,如果以涉及实质宪法内容为界定宪法案件的标准,那么很难讲什么案件与宪法无关,宪法案件与其他部门法案件之间也失去了清晰的界定标准。其三,从国内外的制度实践来看,凡能够被称之为宪法案件的,其共同特点在于援引形式宪法即宪法典的规定作为裁判依据,而并不以案件是否涉及到实质宪法的内容为判断标准。因此,宪法案件并不像民法等其他部门法案件一样,以涉及部门法调整的特定社会关系为界定标准,而以涉及最高法意义上形式宪法的适用为其核心内容,宪法案件本质上不是个部门法问题,而是最高法问题,不是实质内容问题,而是宪法效力问题。

关于宪法的适用,就目前国内外的制度实践而言,至少存在三种情形:分别为合宪性审查、合宪性解释与基于宪法的解释。从目前来看,以宪法指导思想、原则、规范及制度等为审查标准的合宪性审查制度,^③在理论上已经取得广泛的共识,在实践中更是积累了丰富的经验。其是为了维护形式宪法在一国中的最高法律效力与地位,由特定机关适用形式宪法对普通立法进行合宪性判断的制度,因此普通立法合宪与否的结论自然只能依据具有最高法律效力的宪法作出,而不能依据不具有最高法效力的其他规范作出,从而达到保障宪法的目的。宪法附属法、宪法解释、宪法判例等具有规范效力的文件尽管与宪法典在内容上存在相对紧密的关联,但其毕竟不具有最高法效力,因而

① 刘茂林:《中国宪法导论》,北京大学出版社2009年版,第93页。

② 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,载《中国法律评论》2019年第1期,第27页。

③ 参见张震:《环境法典编纂的宪法根据及合宪性控制》,载《东方法学》2022年第3期,第82页。

不能为合宪性判断提供权威的依据。

关于合宪性解释在我国的引入与讨论,有学者指出这是继“宪法司法化”后,法学界希望宪法走入司法实践的再一次尝试和努力。^① 根据多数学者对这一概念的历史考察,一般认为合宪性解释起源于美国宪法裁判中的“宪法问题回避原则”,旨在避免对系争法律作出违宪判断。第二次世界大战后,德国宪法法院的合宪性审查制度实践推动了合宪性解释的发展,使其作为一种裁判或者解释技术受到国际社会的广泛关注和借鉴。^② 其涵义系指,当一个法律规范存在多种解释选项时,其中一些解释可能导致违宪的结果,而另一些解释可能导致合宪的结果,出于保全法律规范的考虑,不至于使其陷入因违宪而被宣告无效的境地,应当选择符合宪法的解释。因此合宪性解释实际上包括法律解释和对法律解释的合宪性审查两部分,从制度原理出发,其在很大程度上与合宪性审查是类似的,即在合宪性解释制度中究竟哪些法律解释涉嫌违宪只能由合宪性审查机关适用形式宪法的规定加以判断。如果认为普通法院在司法裁判中有权进行合宪性解释,即是允许法院在法律规范的合宪性存疑的情况下径自选择法官自认为合宪的法律解释,长此以往将可能架空专门机关的合宪性审查权。^③ 因此,就由专门机关开展合宪性审查的模式而言,合宪性解释制度的展开终究需要由专门机关适用宪法来作出哪些法律解释违宪的判决,从而保留合宪的法律解释。根据我国的宪法体制,人民法院在审理普通案件的过程中,如发现对裁判适用的法律规定既可作合宪的法律解释也可做违宪的法律解释,应上报最高人民法院,由最高人民法院提请全国人大常委会对相关法律解释的合宪性问题作出判断,而法律解释合宪与否的判断依据仍然只能来源于形式宪法本身。

就基于宪法的解释而言,其形成于德国宪法法院的吕特案判决,该判决强调宪法价值对所有部门法均具有辐射效应,法律适用者应注意宪法的价值决定对于整体法秩序的意义。就此有学者认为所谓基于宪法的解释,其基本含义是指“按照宪法的精神对法律的内涵进行解释”^④;也有学者从避免“泛宪法化”思维的角度出发对上述观点进行了批评,认为基于宪法的解释仅应被理解为“在个案中用宪法的规定或精神将法律中的一般条款或不确定法律概念具体化。”也就是说,虽然宪法价值对于普通法律具有辐射效应,也不意味着法院在解释普通法律时均应考虑宪法的规定和精神,“而仅仅是在立法规定不明确时,比如不确定法律概念、裁量空间、一般条款,才求助于宪法指引其具体化。”^⑤关于基于宪法的解释,尽管这两种定义之间存在不同,但相同之处亦较为明显,即都强调用宪法的规定、原则和精神来解释法律,与传统的法律解释方法相比,基于宪法的解释也能够独立提供一种对法律的理解方式。就此而言,基于宪法的解释是完全不同于上述作为保全规则的“合宪性解释”,合宪性解释不是一个独立的法律解释方法,不能为法律规范提供一种新的解释方案,它只是法律解释结果的一种选择标准,即在诸种法律解释结果中,排除违宪的那些法律解释,选择合宪的法律解释,从而避免法律规范被宣告无效的结果。因此,本文不同意那种将基于宪法的解释也视

① 参见黄卉:《法学通说与法学方法》,中国法制出版社2015年版,第135页。

② 参见王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期,第45页;黄明涛:《两种“宪法解释”的概念分野与合宪性解释的可能性》,载《中国法学》2014年第6期,第281页;柳建龙:《合宪性解释原则的本相与争论》,载《清华法学》2011年第1期,第111页。

③ 参见王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期,第45页。

④ 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,第111页。

⑤ 参见王锴:《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期,第45、50页。

为一种合宪性解释的提法,尽管许多学者在使用合宪性解释概念时,都会专门强调是在“单纯解释规则”而非“保全规则”意义上使用合宪性解释,但这种提法一方面并不符合合宪性解释的原初意涵,如前所述,合宪性解释的产生本来就是为了避免对系争法律作出违宪判断,而非要在传统法律解释方法之外寻求一种对法律规范的新理解,就另一方面而言,只会增加概念使用的混乱程度。在主张明确区分“基于宪法的解释”与“合宪性解释”的基础上,本文将继续对基于宪法的解释展开深入的探讨。应当认为,尽管宪法相比于普通立法具有优位性,宪法的价值决定其对普通立法具有辐射效应,司法者在履行其宪法职责时也应接受宪法的约束,但也不意味着司法者在进行法律适用活动时均要考虑宪法的规定和精神。主要理由有以下两点:其一,宪法与部门法有不同的功能定位。作为具有最高法律效力的根本法,宪法的任务在于规范公权力的运行、宣告共同体的基本价值决定,这些基本价值一般具有高度的抽象性。而部门法则立法者履行宪法委托义务对宪法进行具体化的结果,部门法规范大多明确而具体,其功能在于调整具体的社会关系从而有针对性地解决社会纠纷。如果司法者只考虑宪法的规定,可能难以充分发挥部门法的作用;其二,基于人民民主原则,立法者是宪法的首要解释者,其在宪法具体化的过程中承担着首要责任,司法者作为法律适用机关,应当充分尊重立法机关对宪法的具体化,只要法律规定得明确具体或者通过传统法律解释方法可以确定法律的内涵,就不需要对其进行基于宪法的解释。然而,我们也应当承认立法的局限性,当法律规定相当抽象概括以至于传统法律解释不足以明晰其内涵时,应当允许司法者回归宪法来推动法律的具体化。在中国当前的宪法架构下,合宪性审查与合宪性解释的判断权归属于全国人大及其常委会,而基于宪法的解释则可以成为法院实施宪法的一条路径,应当注意的是,尽管从解释结果来看,基于宪法的解释是对普通法律的解释,然而这一解释过程势必涉及到法官对宪法的理解和解释,因此基于宪法的解释之所以能够成为法院实施宪法的一条路径,并不是如相关学者所说因为它适合没有宪法解释权的法官群体,而是因为根据我国宪法的明文规定,司法机关具有保证宪法实施的职责和义务,当司法者发现法律条文过于抽象概括即立法者没有充分履行宪法赋予的立法委托义务时,司法者有责任根据宪法的规定、原则或精神对立法进行填补从而使之具体化,而一旦承认司法者具有保证宪法实施的职责,就不得不承认实施过程中的“解释”现象以及司法适用性宪法解释存在的必然性。^① 在这种需要司法者进行基于宪法的解释的个案中,除了宪法典之外,全国人大及其常委会作出的立法性宪法解释,也应当成为法院审判此类案件时需要援引的宪法渊源,因为当法院通过适用性宪法解释权解释宪法来填补法律规范时,如果全国人大及其常委会已经对相关宪法规范作出过立法性宪法解释,那么人民法院应当服从且适用相关的立法性宪法解释,因为相比于人民法院的适用性宪法解释权,全国人大及其常委会的立法性宪法解释权则具有终局的权威性。

最后,如果我们将合宪性审查制度理解为一种对“根本法”的维护和保障,而此种“根本法”指的便是通过规范权力以广泛保障基本人权意义上的宪法。在国家生活中,宪法拥有至上的权威和最高的尊严,国家机关的一切职权来源于宪法,并依宪依法行使。国家权力依法设定、依法行使,并接

^① 参见范进学:《法院实施宪法路径的探索与反思》,载《政法论丛》2021年第3期,第11页。

受法律的制约和监督,同时宪法法律保障国家权力有效运行和国家有效治理。只有建立完备的法律制度和法治体制才能制约权力、防止权力任性,才能保障人权、使人权免遭恣意侵害,才能维护稳定、使人民群众安居乐业、国家长治久安。^① 习近平总书记指出:“党领导人民制定和实施宪法,最根本的目的是维护人民利益、反映人民意愿、保障人民权益、增进人民福祉。加快完善体现权利公平、机会公平、规则公平的法律制度,保障公民人身权、财产权、人格权和基本政治权利不受侵犯,保障公民经济、文化、社会等各方面权利得到落实,确保法律面前人人平等。宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施,必须用科学有效、系统完备的制度法规体系保证宪法实施,坚持维护宪法权威和尊严。”^②保障宪法实施必须完善宪法监督制度,积极稳妥推进合宪性审查工作,加强备案审查制度和能力建设。习近平总书记指出:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。全国人大及其常委会要完善宪法相关法律制度,保证宪法确立的制度、原则、规则得到全面实施;加强对宪法法律实施情况的监督检查,提高合宪性审查、备案审查工作质量,坚决纠正违宪违法行为;落实宪法解释程序机制,积极回应涉及宪法有关问题的关切。”^③无论是成文宪法国家还是不成文宪法国家,宪法案件均以涉及合宪性判断为核心要素,而合宪性判断的前提则是具有最高规范效力或者最高实效性的立宪主义意义上的宪法的存在,这种宪法就是能为合宪性判断提供权威依据的宪法渊源。因此,不成文宪法国家的宪法性法律并不能被当然视为不成文宪法国家的宪法渊源,因为这些宪法性法律从规范上讲并不比一般立法具有更高的法律效力,除非这些宪法性法律可以满足“不成文宪法”的要求。

结语

从法适用视角出发理解宪法渊源,则宪法渊源属于为合宪性审查、合宪性解释以及基于宪法的解释提供权威依据的规范。合宪性审查制度作为“立宪法治大厦的拱顶石”,其目的在于保障和维护宪法的最高效力与至上权威,使一国任何法律不得同作为高级法的宪法相抵触,因此普通立法“合宪与否”的判断只能依据最高法意义上的宪法方能作出。由于合宪性解释的核心内容是对法律解释进行合宪性审查,并在此基础上通过排除违宪解释,从而避免对系争法律作出违宪宣告。因此,与合宪性审查相同,法律解释合宪与否的判断亦只能依据拥有最高法效力的宪法才能作出。在成文宪法国家,宪法典是为合宪性审查与合宪性解释提供权威依据唯一来源;在不成文宪法国家,能为合宪性审查与合宪性解释提供权威依据的规范包括由法院根据长期的司法实践确认的在实践中具有最高实效性的宪法规范以及在主权国家获得优先适用效力的国际宪法规范。基于宪法的解释是指法官在个案中用宪法的规定或精神将法律中的一般条款或不确定法律概念具体化,其目的是强调宪法的价值决定对普通法律的辐射效应。对于司法者而言,当其在进行法律适用的过程中,

^① 张文显:《新时代全面依法治国的思想、方略和实践》,载《中国法学》2017年第6期,第7、24页。

^② 习近平:《谱写新时代中国宪法实践新篇章》,载《人民日报》2022年12月20日,第1版。

^③ 习近平:《在中央人大工作会议上的讲话》,载《求是》2022年第5期,第7页。

如发现法律规范过于抽象概括也即立法者没有完全履行具体化宪法的义务时,司法者有责任保证宪法的实施,即通过行使适用性宪法解释权将宪法的规定、原则或精神注入到法律规范中,从而推动法律规范的具体化并在此基础上完成个案的法律适用。应当注意的是,当具有终极释宪权的特定机关已经对相关宪法规范作出了解释,则该宪法解释应与相关宪法规范一同成为司法者根据宪法解释法律的权威依据,因此能够为基于宪法的解释提供权威依据的规范包括宪法典本身与享有终极释宪权的机关作出的宪法解释。JS

Analysis On the Sources of Constitution from the Perspective of Law Application

FAN Jinxue, MA Chongchong

(Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: From the perspective of the application of the law, the sources of the constitution are norms that provide an authoritative basis for constitutional review, interpretation and constitution-based interpretation. In terms of constitutional review and interpretation, the judgment basis of “constitutional or not” can only come from the norms of “supreme law”. In countries with written constitutions, the constitutional code is the norm of “supreme law”. The norms of “supreme law” in countries with unwritten constitutions refer to the constitutional norms with the highest effectiveness in political practice and the international constitutional treaties with the priority of application in sovereign countries. As far as the interpretation based on the constitution is concerned, in addition to the constitutional code, the interpretations of the constitution made by the specific organ with the ultimate power to interpret the constitution also become the authoritative basis for the judge to interpret the law according to the constitution. Re-examine the concept of sources of the constitution not only helps us further clarify the conceptual connotation, and make the sources of the constitution obtain normative significance in the study of law, but it also prompts us to reflect on many problems existing in the previous understanding of the constitution from the perspective of departmental law and turns us to establish the consciousness of constitution as supreme law by clearing level of effectiveness vertically in order to avoid taking norms that are not constitutionally effective as constitutional norms and to promote the establishment of constitutional legal order with effect.

Key words: the sources of constitution; constitutional review; constitutional interpretation; constitution-based interpretation; fundamental law

本文责任编辑:张震