

“法的渊源” 意味着什么？

WHAT DO SOURCES OF LAW MEAN?

雷磊 / 著



“法的渊源” 意味着什么？

WHAT DO SOURCES OF LAW MEAN?

雷磊 / 著



中国政法大学出版社

2021·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

“法的渊源”意味着什么？/雷磊著. —北京：中国政法大学出版社，2021. 12

ISBN 978-7-5764-0289-6

I. ①法… II. ①雷… III. ①法学—理论研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2022)第002907号

- 出版者** 中国政法大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址** 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址** <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话** 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印** 北京中科印刷有限公司
- 开 本** 850mm×1168mm 1/32
- 印 张** 8.75
- 字 数** 150千字
- 版 次** 2021年12月第1版
- 印 次** 2021年12月第1次印刷
- 定 价** 45.00元

本书受中国政法大学法学院双一流建设资金和
第五批国家万人计划青年拔尖人才项目
(项目名称: 新时代中国法理学基本范畴之重构) 资助, 特此鸣谢!



引言：从宪法领域开始 / 001

第一章 中国学界的讨论现状 / 005

 第一节 宪法学界的讨论现状 / 005

 一、宪法渊源的含义 / 005

 二、宪法渊源的类型 / 008

 第二节 法理学界的讨论现状 / 012

 一、法的渊源的含义 / 012

 二、法的渊源的分类 / 023

第二章 法源理论三个层面 / 031

 第一节 法源理论的视角 / 031

 一、本体论的视角 / 031

 二、认识论的视角 / 032

 第二节 法源理论的定位 / 043

第三节 法源理论的任务 / 049

一、外部任务 / 051

二、内部任务 / 052

第三章 法的渊源的性质 / 057

第一节 原因还是理由? / 057

一、裁判的原因与理由 / 057

二、作为理由的法源 / 059

第二节 权威理由还是实质理由? / 061

一、实质理由与权威理由 / 061

二、作为权威理由的法源 / 064

第三节 规范性权威与非规范性权威 / 071

一、规范性权威 / 071

二、非规范性权威 / 074

第四章 法的渊源的类型 / 077

第一节 效力渊源与认知渊源 / 077

一、效力渊源 / 078

二、认知渊源 / 080

三、两种渊源的关系 / 084

第二节 新二分法的比较优势 / 087

一、一般优势 / 087

二、个别优势 / 096

第三节 当代中国法的诸“渊源”的地位分析 / 101

一、当代中国法的效力渊源 / 101

二、当代中国法的认知渊源 / 101

三、当代中国司法裁判中的典型裁判理由 / 117

第五章 宪法渊源的含义、“出场”与类型分析 / 131

第一节 宪法渊源及其与相关范畴的区分 / 132

一、宪法渊源的含义与特征 / 132

二、宪法渊源、宪法部门与宪法学的研究对象 / 139

第二节 中国宪法渊源“出场”的两种情形 / 149

一、合宪性审查 / 150

二、合宪性解释 / 152

第三节 当代中国宪法“渊源”诸类型的法源
地位分析 / 158

一、当代中国宪法的效力渊源 / 160

二、当代中国宪法的认知渊源 / 165

三、其余所谓“渊源” / 183

结 语 / 195

附 录

习惯作为法源? —— 以《民法典》第 10 条为出发点的思考 / 198

一、引言 / 198

二、什么是法源? / 200

三、习惯法的法源地位 / 216

四、习惯的法源地位 / 233

五、习惯的适用方式 / 250

六、结语 / 264

致 谢 / 267

从宪法领域开始

“法的渊源”是迄今为止法学理论中最复杂的概念之一。一方面，在西方学界，举凡历史渊源、理论或思想渊源、本质渊源、效力渊源、文献渊源、学术渊源等，在历史上或当下都不乏主张者。^{〔1〕}以至于民国时期学者胡玉度曾指出，所谓“法源”者，原系法学上之一种纯属人为的术语，故其涵义如何，可由吾人自定，而无必强以从同之必要。^{〔2〕}这种较为极端的立场虽不值得赞同，但毕竟说明了情况的复杂性。另一方面，我国学者在继受西方学说的过程中不仅继受了这种乱象，而且有些学者在解读这些含义的过程中添入了自己的理解，从而使得局面变得更为复杂。

我们可以从一个部门法学领域，即宪法领域入手开始讨论。应当说，中国宪法学近年来正向着专业化方向发展，这体现为宪法学对本领域的基本理论倾注了颇多心力。而

〔1〕 这六种含义的概括参见 David Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, 1980, p. 1156.

〔2〕 转引自王勇飞编：《法学基础理论参考资料》（第三册），北京大学出版社1981年版，第429页。

宪法学基本理论的着力方向大体分为两个，一个是基本范畴，另一个是方法论。^{〔1〕}这体现为：一方面，“宪法规范”“基本权利”“国家机构”“宪法解释”“宪法实施”等范畴已成为构筑中国宪法学话语体系的重要支撑。另一方面，中国宪法学者的方法论意识也已觉醒，集中体现为近年来规范宪法学（宪法教义学）与政治宪法学的争论，乃至系统论宪法学的兴起。但在宪法学的这幅知识论图景中，有一个基本范畴却尚未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。而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4篇。^{〔2〕}在各类教材和专著中，作者们也大都只是在简单定义这一范畴之后，重点列举了宪法渊源的各种类型。

一个范畴之所以不被人关注，除了制度和社会环境的

〔1〕 宪法学者韩大元在十年之前就曾指出：“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。”〔参见韩大元：《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〕 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《社会科学研究》2002年第2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。

影响外，理论上的原因不外乎有三个：要么是这个范畴根本不重要或学者没有意识到它的重要性，要么是这个范畴尽管重要但却不存在任何争议，要么是学者们的讨论已陷入僵局而被暂时搁置。“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，但正如后文所见，这一见解并非没有争议。尤其是，学者们对各种具体的渊源类型究竟是否属于“真正的”宪法渊源，存在不尽相同，甚至截然对立的观点。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层面的讨论，回归到更为一般性的法理论（Rechtstheorie）或者说一般法学说（Allgemeine Rechtslehre）的层面上去。^{〔1〕}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”（Rechtsquellen, sources of law）^{〔2〕}意味着什么，以及法源理论究竟要做什么。唯有如

〔1〕 法理论或一般法学说的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，第85页；雷磊：《法理论：历史形成、学科属性及其中国化》，载《法学研究》2020年第2期，第32页）。

〔2〕 法学界对于 Rechtsquellen 或 sources of law 的译法并没有完全统一。有的译为“法的渊源”，有的译为“法律渊源”，有的简单译为“法源”。在下文中，除直接引用外，单独使用时统一称为“法的渊源”，与其他语词合成使用时简称“法源”，如“法源理论”“法源地位”。

此，才能真正明白这一范畴在宪法学中的位置与意义，也才能使得“渊源”的理解在整个法学体系中保持连贯性。为此，本书的基本安排是：首先交代中国学界关于宪法渊源/法的渊源的讨论现状（第一章），然后从法理论的层面澄清法源理论的视角、定位与任务（第二章），在此基础上依次确定法的渊源的性质（第三章）与类型（第四章）；然后返回宪法学层面，明确宪法渊源的含义及其“出场”的场合，进而分析诸种（据称的或候选的）宪法渊源的法源地位。

第一节 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”〔1〕，亦有学者称之为宪法的“存在形式”〔2〕。有学者在此意义上严格区分了宪法的渊源（source）与宪法的起源（origin），后者是指宪法在历史上的产生和出现。〔3〕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

〔1〕 例如参见肖蔚云等：《宪法学概论》（第二版），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》（第六版），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》（第四版），法律出版社2018年版，第89页；董和平：《宪法学》（第四版），法律出版社2018年版，第105页。

〔2〕 参见林来梵：《宪法学讲义》（第三版），清华大学出版社2018年版，第71页。

〔3〕 参见童之伟主编：《宪法学》，清华大学出版社2008年版，第15页。也有学者赋予“宪法渊源”更具有包容性的内涵，主张宪法渊源包括宪法的历史渊源、思想渊源与形式渊源，但将重心依然放在宪法的形式渊源上（参见陶涛：《论宪法渊源》，载《社会科学研究》2002年第2期，第78~82页）。

宪法渊源的本意指的是宪法的效力来源，而宪法形式指的是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，宪法的渊源形式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），而宪法的结构形式包括宪法体系和成文宪法典的结构形式。但该作者继而将论述的重心放在了宪法的渊源形式上。^{〔1〕}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”。它不仅仅指宪法的外部表现形式，而是形式与内容相结合的“宪法现象”。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宪法典的内容的统一，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。但同时，被称为根本法的宪法规范必须以特定的法律形式表现出来，才能称之为宪法，不以宪法的形式渊源表现出来的法律规范，即便很重要，也不能称为宪法规范。^{〔2〕}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放在宪法的渊源形式或形式渊源。此外，有的宪法教材没有使用

〔1〕 参见上官丕亮等：《宪法学：原理与应用》，苏州大学出版社2018年版，第19页。

〔2〕 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。

“宪法渊源”的称呼，径直在“宪法规范的形式”〔1〕或“宪法结构的外在形式要素”〔2〕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的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”。〔3〕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，而前者是其他绝大部分教材和专著不讨论的。但除了术语使用的差别外，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其他一些学者的支持。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，〔4〕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、

〔1〕 参见董和平：《宪法学》（第四版），法律出版社2018年版，第105页。

〔2〕 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。

〔3〕 王广辉主编：《宪法》，中国政法大学出版社2010年版，第24~25页。

〔4〕 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。

交往实践、国际法、人类文明成果等都列为我国宪法的渊源。^{〔1〕}这里的马克思主义的宪法理论和学说不仅包括马列学说，也包括马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论关于宪法的思想。^{〔2〕}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（甚或不明确提及宪法修正案，而视其为宪法典的当然组成部分），但亦有学者将其单列为与宪法典并列的宪

〔1〕 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。

〔2〕 参见肖蔚云等：《宪法学概论》（第二版），北京大学出版社2005年版，第45页。由于该书写作年代较早，没有考虑到科学发展观、“三个代表”重要思想以及习近平新时代中国特色社会主义思想（尤其是习近平法治思想）。如果在今天，按照本书的思路，它们亦可被列入中国宪法的渊源了。

法渊源类型，^{〔1〕}甚至有极个别人否认宪法修正案的普遍的宪法法源地位。^{〔2〕}这里主要的关切点是宪法典与宪法修正案的效力关系问题，这一点容后再论。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。一个是中国不存在宪法诉讼制度或违宪审查的实践，^{〔3〕}因而没有宪法判例存在的空间。另一个是尽管实践中出现过“宪法司法化”的案件，但由于中国没有建立判例制度，^{〔4〕}法官没有“遵循先例”（stare decisis）的义务，因而不具备有法律效力的判例（当然也包括宪法判例）。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，但同时亦有不少学者指出，宪法惯例不具有法律的性质，^{〔5〕}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，不能引起违宪审查。^{〔6〕}但这里吊诡的是，论者否定宪法判例作为我国宪法渊源地位的理

〔1〕 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。

〔2〕 参见饶龙飞：《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，第74页。

〔3〕 例如参见林来梵：《宪法学讲义》（第三版），清华大学出版社2018年版，第81页。

〔4〕 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。

〔5〕 参见王广辉主编：《宪法》，中国政法大学出版社2010年版，第18页。

〔6〕 参见胡锦涛、韩大元：《中国宪法》（第四版），法律出版社2018年版，第90页。