



# 宪法原则的理论澄清、识别方式和运用模式

钱宁峰

**摘要:**随着宪法权威的强化,“宪法基本原则”、“宪法原则”等概念在立法中逐渐普及,进而成为合宪性审查或者司法适用的依据。之所以宪法领域存在泛化使用原则的倾向,原因在于存在着原理论、地位论和解释论的不同认知视角。宪法原则和政策、价值虽然有相通之处,但其具有相对独立性。宪法原则是指具有公认的、普遍性的宪法观念,在数量上是有限的,在内涵上是稳定的,可以视其为一种独立的宪法解释依据。宪法原则可以通过显性和隐性两种方式进行识别,表现为宪法母原则与宪法子原则、宪法原则与部门法原则等不同原则类型,从而形成一张彼此影响制约的宪法原则网络。借鉴原则理论对原则与规则之间关系的结构认识,宪法原则的运用存在权衡方式、选择方式、协调方式和填补方式等四种模式。

**关键词:**宪法原则;宪法渊源;合宪性审查;宪法适用

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2024.0311

**收稿日期:**2024-02-21

**基金项目:**本文系国家社科基金重点项目“宪法个案解释基准的证成路径、方法与规则研究”(17AFX010)的阶段性成果。

**作者简介:**钱宁峰,男,江苏常熟人,法学博士,江苏省社会科学院法学研究所研究员,主要研究方向为宪法与行政法学,E-mail: qianningfeng@sina.com。

宪法原则是宪法学的重要概念之一,在学科体系中占有重要地位。目前,宪法原则作为一个概念在立法上已经实现从“宪法基本原则”向“宪法原则”的转变。2023年修改的《立法法》第五条“立法应当符合宪法的规定、原则和精神”,替代了2015年《立法法》第三条“立法应当遵循宪法的基本原则”。2015年,全国人大常委会《关于实行宪法宣誓制度的决定》提出,要“恪守宪法原则”。2023年12月4日,在第十个国家宪法日到来之际,中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平作出重要指示,强调要“坚持宪法规定、宪法原则、宪法精神全面贯彻”<sup>①</sup>。2023年12月29日,全国人大常委会通过《关于完善和加强备案审查制度的决定》,进一步将是否符合宪法原则作为合宪性审查的内容<sup>②</sup>。这就意味着宪法原则已经成为宪法实施、宪法解释和宪法监督的重要依据。值得注意的是,宪法原则的运用已经成为宪法实践的重要课题。正如有研究指出,“有些学者开始注重国外违宪审查的实践,探讨在违宪审查实践中和宪法判断的具体运用中如何运用宪法原则解决一些重要的法律问题”<sup>③</sup>。这种研究范式将宪法原则作为法律渊源,成为宪法解释和宪法审查的依据。从我国宪法实践来看,虽然法院很少直接适用宪法原则,但是在司法过程中依然存在引用宪法原则条款

①《习近平在第十个国家宪法日之际作出重要指示强调 坚定维护宪法权威和尊严推动宪法完善和发展 更好发挥宪法在治国理政中的重要作用》,《人民日报》2023年12月5日,第1版。

②参见:《全国人民代表大会常务委员会关于完善和加强备案审查制度的决定》(2023年12月29日第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过)第五条,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2024年第1号,第98页。

③莫纪宏《宪法原则在宪法学理论研究体系中的地位及发展》,《法学论坛》2012年第6期,第39页。

的情况。有学者统计,宪法第三十三条第三款“国家尊重和保障人权”被援引了五次<sup>①</sup>。也有学者统计了1995年至2015年宪法规范进入民事裁判的援引情况,“居于第三位的是宪法第三十三条关于‘公民平等权和人权’的规定,合计有40次”,“居于第五位的是宪法第五条关于‘依法治国原则’的规定,合计有32次”<sup>②</sup>。这些裁判文书统计情况表明,法治原则和人权原则等这些公认的宪法原则已经成为法院裁判的重要理由。可以预料,随着合宪性审查工作的展开,宪法原则的运用将会更加频繁。宪法原则在宪法解释和宪法审查中到底扮演着何种角色?现有研究对宪法原则虽然有所涉猎,但是尚未系统展开。有学者初步论证了宪法原则的层级结构和释宪功能,对宪法原则在宪法个案裁判中的定位进行了富有启发性的研究<sup>③</sup>。然而,目前依然存在一些有待解决的问题:宪法原则和宪法基本原则是否可以等同看待?宪法原则是否有公认的、确定的数量?法院在司法实践中如何识别和运用宪法原则?这些问题不仅是我国宪法原则研究关注的问题,也是国际比较宪法学研究关注的课题。“在宪法裁判中,作为司法解释的法定的法律渊源,原则的地位是一个激烈而且长久争论的问题”<sup>④</sup>。本文试图对宪法原则进行系统研究,希冀能澄清宪法原则理论研究的诸多问题。

### 一 原则抑或原理:宪法原则的认知误区

在宪法原则研究过程中,经常会遇到“宪法基本原则”、“宪法原则”等概念。通常来说,研究者很少辨别两者的异同。从历史来看,宪法学对待宪法原则经历了从宪法基本原则到宪法原则的发展历程,也是一个彼此混同使用的发展过程。正因为如此,有学者试图从逻辑角度对宪法原则概念进行澄清,认为宪法原则与宪法解释的原则等概念存在差别<sup>⑤</sup>。虽然这有助于宪法原则的正当性论证,但是也可能造成宪法原则在脱离宪法解释和宪法审查语境中进行研究的可能性。之所以会形成宪法领域众多与原则有关的词汇和术语,原因就在于对宪法原则的认知视角存在差异。特别需要指出的是,随着德沃金原则理论的提出和传播,宪法原则研究也受到了一定的影响,从而造成了宪法原则游离于宪法解释和宪法审查之外的困境。如果坚持传统宪法原则体系,那么必然和域外原则理论存在一定的隔阂,从而难以吸收原则理论的合理内容。而如果完全套用域外原则理论的研究范式,那么宪法原则理论必然需要构建一套新的理论体系。从根源上说,这种认知差异来自于国内外法学对原则的认知立场存在本质差异。正如陈金钊所指出的:“德沃金所说的原则与我国法学教科书中所说的原则具有不同的含义。”<sup>⑥</sup>这就需要首先解决对宪法原则的认识论问题。

#### (一) 原理论视角

所谓原理论,就是从宪法学体系角度来认识宪法原则,认为宪法具有若干基本原则,并赋予宪法基本原则在构建宪法学学科体系中的基础性地位。这种认知视角属于宪法的传统视角。其通常将宪法基本原则作为宪法的独立组成部分来对待。虽然随着宪法原则研究的深化,其研究空间已经得到拓展,但是研究者在认知思维上仍然保留着传统宪法学学科的视角。例如,在界定宪法原则概念时有研究认为:“宪法原则是体现宪法应然价值取向、统合宪法规则并指导全部行宪过程的依据和准则。”<sup>⑦</sup>这里所说的“宪法原则”和“宪法基本原则”没有本质的差异。由于宪法基本原则始终是围绕宪法文本展开的,因此其服务于宪法的制定和修改,在本质上属于立法论。所谓宪法基本原则,准确地来说,在本质上属于宪法的基本原理。正因为如此,许多国家和地区的宪法学著作也会结合本国宪法对宪法基本原理进行阐述。例如,德国学者黑塞认为:“基本法在其序言中,并且在其正文的第一条、第二十条与第二十八条中明确指出了这些原则。”<sup>⑧</sup>这些原则包括人的尊严、民主制、社会法治国家、联邦国家。而我国宪法学著作通常将宪法原则归纳为人民主权原则、基本

① 参见:冯建鹏《我国司法判决中的宪法援引及其功能》,《法学研究》2017年第3期,第49页。

② 税兵《宪法规范何以进入民事裁判:1995—2015》,《华东政法大学学报》2018年第1期,第115页。

③ 汪进元《宪法个案解释基准的证成逻辑及其法律控制》,《中国法学》2016年第6期,第58—62页。

④ Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 780.

⑤ 参见:莫纪宏《论宪法原则》,《中国法学》2001年第4期,第49—50页。

⑥ 陈金钊《法律解释学》,中国人民大学出版社2011年版,第165页。

⑦ 秦前红《宪法原则论》,武汉大学出版社2012年版,第5页。

⑧ 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95页。

人权原则、法治原则、权力制约原则<sup>①</sup>。这些著作所讨论的宪法基本原则主要是根据一国宪法体制分类确定的,基本上反映了宪法基本原理。这种认知框架意味着宪法原则获得了超越宪法规则的地位,从而具备了指导宪法体系的资格。实际上,从各国宪法文本结构来看,虽然在中译本宪法文本章节中大量使用“原则”术语,但是其在本质上属于对宪法原理的认同。宪法文本所使用的“原则”更多地表达了对宪法整体乃至各个部分的不同宪法原理,体现了通常意义上的宪法原则的来源。

### (二)地位论视角

严格意义上说,地位论并不是一种认识宪法原则的视角,而是一种价值定位。自从德沃金提出规则与原则之间的差异以来,原则的法律地位受到了高度重视。特别是随着阿列克西原则理论的体系化构建,原则体系更是蔚为壮观,似乎达到了和规则体系相提并论的高度。运用德沃金和阿列克西的原则理论来论证法律原则的适用成为常见的论证方式。但是,德沃金和阿列克西的原则理论具有很大的差异,特别是对原则理解存在本质差异。在德沃金看来,原则就是和道德、价值等相等同的普通概念,是不同于规则的独立存在,他认为:“原则社会认为立法来自社会当时政治道德的隐蔽体系所呈现的义务。”<sup>②</sup>显然,立法体现规则,而原则彰显道德体系。而在阿列克西理论中,原则始终伴随着规则,没有离开规则。其所阐述的原则其实并不是宪法本身宣示的具有原理性地位的原则,而是基本权利背后所体现的原则。所以有学者认为:“阿列克西所使用的‘原则’一词与一般意义上的作为总的指导方针的原则的语义不同。”<sup>③</sup>尽管德沃金和阿列克西在原则和规则的结构上存在一定的差异,但是都将原则和权利相联系,特别是和宪法基本权利条款结合起来认识。“在他(指阿列克西)的理论体系中,原则与权利总是存在对应性。这一点或许是受到了德沃金的启发。德沃金所讲的权利(即‘王牌’)具有绝对的正当性,能够运用权利理论来最佳证成的答案就是唯一正解;而原则在其理论中具有决定意义,是能够作为论据为个人权利提供服务的”<sup>④</sup>。这种认知思维也影响到国内原则理论的研究。在这种认知视角下,宪法原则理论认为,规定基本权利的宪法规则背后均存在一定的原则,原则本身支撑着宪法规则,在宪法规则适用过程中需要考虑其背后所体现的基本权利,并对不同基本权利进行利益衡量。最为典型的做法就是在基本权利之间发生冲突时,必须揭示基本权利规定背后的宪法原则,再根据基本原则衡量结果决定基本权利的保障。此时,基本权利具有宪法原则地位。在这种情况下,此处的宪法原则实际上并不是国内宪法学通常所讨论的宪法基本原则,而是基本权利的适用方式。虽然基本权利是宪法基本原则的具体化,但是两者在形式上存在很大的差别。所以,此种原则理论没有考虑真正意义上的宪法原则的适用问题。

### (三)解释论视角

解释论是在宪法解释或者宪法审查过程中对宪法原则的适用。这种认知视角虽然为部门法学者所关注,但是宪法原则的司法适用仍然是相对陌生的领域。前述德沃金和阿列克西的原则理论也是结合个案展开论述的,特别是阿列克西原则理论与德国宪法法院基本权利解释具有密不可分的联系。由于其所讨论的宪法原则通常是隐藏在基本权利规则背后的价值立场,因此,对于诸如民主原则、法治原则等宪法明确承认的原则的司法适用则讨论不多。正因为如此,“并非所有的宪法学者都赞成在实证的宪法法规之外,还有基本原则的存在”<sup>⑤</sup>。不过,在违宪审查个案探讨中,却存在将基本权利背后的原则和宪法原则予以等同的做法。例如,法国宪法委员会1971年7月16日“结社自由案”被视为运用宪法原则解决宪法问题的典型案例<sup>⑥</sup>。从该案来看,法国宪法委员会肯定了1958年法兰西第五共和国宪法序言所确定的原则的效力,在具体引用宪法原则时只是将结社自由视为宪法原则来认识并以此为依据进行审查。在这里,结社自由获得了

① 参见:韩大元主编《比较宪法学》,高等教育出版社2003年版,第48—68页。

② 德沃金《法律帝国》,李常青译,徐宗英校,中国大百科全书出版社1996年版,第308页。

③ 钱福臣《解读阿列克西的宪法权利规范水平效力理论》,《北方法学》2012年第3期,第93页。

④ 熊静波《作为实体性原则的基本人权——对基本人权的制度化及其实践的另一种考察》,齐延平主编《人权研究(第二十一卷)》,社会科学文献出版社2019年版,第25—26页。

⑤ 吴庚《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第20页。

⑥ 参见:李晓兵《论法国宪法委员会合宪性审查实践的创造性》,《东岳论丛》2008年第5期,第81页。

宪法原则的地位,但是结社自由并不是通常所认为的宪法原则,充其量反映了宪法对公民权利的尊重原理。其实,在宪法解释中运用宪法原则并不是个别现象。特别是在德国联邦宪法法院实践中,宪法原则发挥着举足轻重的作用。这就需要关注真正的宪法原则在宪法解释和宪法审查中的运用方式。

## 二 原则、政策和价值:宪法原则的概念辨析

宪法原则地位的确立并不意味着宪法原则概念的确定性。宪法原则和宪法基本原则之间的混同表明人们对宪法原则的概念缺乏准确的界定。针对宪法原则未能获得逻辑上的精确定义现象,有学者提出,在解释以价值形态存在的宪法原则时,首先回答的问题是“宪法原则应该是什么”,而不是“宪法原则是什么”<sup>①</sup>。问题在于,若宪法原则概念无法界定的话,那么宪法原则体系亦难以构建。无论是从实然角度还是从应然角度,宪法原则概念始终与宪法价值、宪法政策相混淆,甚至在界定时以价值、政策等概念展开。如果宪法原则在不同理论体系中各有不同的界定方式,那么其最终有可能消解宪法原则本身的地位。这恐怕是宪法原则研究始料未及的。为了辨析宪法原则概念本身,必须从其与政策、价值等概念之间的异同来展开。

### (一)宪法原则不同于宪法政策

宪法政策是现代各国宪法文本的重要组成部分,通常是指国家规定的未来实现的目标。虽然并不是所有国家宪法均规定国家政策,但是仍然有不少国家在宪法中予以详细列举。这些政策性条款有时会使用“政策原则”(如巴基斯坦宪法)、“国家政策的指导原则”(如孟加拉国宪法、斯里兰卡宪法、泰国宪法、印度宪法、埃塞俄比亚宪法)、“社会政策指导原则”(如爱尔兰宪法)<sup>②</sup>。虽然名称各异,但是都体现了对国家目标的确认。同时,虽然将政策和原则相联系,但是这里所说的政策原则或者政策指导原则显然不同于通常意义上的宪法原则。正因为如此,许多国家对这些政策所体现的原则的实现方式作了专门规定。不过,在立法技术上有三种规定方式。一是单独规定政策性原则指导所有组织和个人。如巴基斯坦宪法第二十九条第一款、加纳宪法第三十四条第一款、利比里亚宪法第四条、南苏丹过渡宪法第三十五条第一款、尼日利亚宪法第十三条、乌干达宪法“总则”部分等。在这种方式下,政策性原则是否具有可诉性则不予规定。二是既规定政策性原则为任何组织和个人所遵守,又明确规定不具有司法强制力。在表述上有“不具有司法强制性”、“对任何法院不具有强制力”、“不得在任何法院提出”、“不可由宪法实施”、“不得将其作为审理案件的依据”、“无权授予法定权利,亦不能由法院适用”、“在任何法院或法庭均不具有效力”、“不由法院强制执行”、“不能执行本章本节的规定”、“不具有可诉性”、“不可诉”等,如孟加拉国宪法第八条第二款、缅甸宪法第四百五十一条、尼泊尔临时宪法第三十六条、印度宪法第三十七条、爱尔兰宪法第四十五条、莱索托宪法第二十五条、塞拉利昂宪法第四条、斯威士兰宪法第五十六条第三款、苏丹临时宪法第二十二条、坦桑尼亚宪法第七条、赞比亚宪法第一百一十一条、巴布亚新几内亚宪法第二十五条等。在这种方式下,法院不能直接适用政策性指导原则。三是单独规定司法适用性问题。这种立法方式较少。例如,斯里兰卡宪法第二十九条规定,本章的规定并不赋予或产生法律权利或义务,不得在任何法院或法庭施行。与本章规定不一致的问题,亦不得诉诸任何法院或法庭<sup>③</sup>。

从上述规定来看,宪法原则显然不同于宪法政策,因为宪法原则是所有国家机关和任何个人都应该遵循的,因而不能否定其司法适用性,而宪法政策的可司法性往往受到否定。但是这并不意味着在法律适用时不用考虑政策所体现的原则。例如,冈比亚共和国宪法第二百一十一条规定,本章规定的国家政策的指导原则应当成为冈比亚公共政策的一部分,旨在建立一个公正、自由、民主的国家。这些原则不应当成为法律权利或者在法庭上适用,但是:(1)根据冈比亚国家经济发展能力及其限制,执行机关、立法机关及其他国家机构在作出政策决定、制定法律和冈比亚日常行政管理过程中,应该根据各自的职能通过立法或者其他形式实现这些原则;(2)法院应重视这些原则并将其作为解释法律的依据<sup>④</sup>。因此,法院在宪法裁判过程中关注宪法政策,但是不能从中推演出新的法律权利,不能予以适用。之所以宪法政策的可司法性难以得到认同,除了

①参见:莫纪宏《论宪法原则》,《中国法学》2001年第4期,第51页。

②本文所引用的宪法文本,除特别注明之外,均引自:《世界各国宪法》编辑委员会《世界各国宪法》,中国检察出版社2012年版。

③参见:《世界各国宪法》编辑委员会《世界各国宪法(亚洲卷)》,中国检察出版社2012年版,第508页。

④《世界各国宪法》编辑委员会《世界各国宪法(非洲卷)》,中国检察出版社2012年版,第198页。

政策的独特性之外,很大程度上还在于宪法政策与宪法原则之间的差异。宪法原则是一国宪法的基础,而宪法政策则是国家目标的呈现,两者地位具有很大的不同。比较宪法学通常认为,政策制定在传统上被认为是行政和立法部门的政治家们所从事的一项活动,并受到选举问责制的限制。在某种程度上,原则的适用确认为一项明显的司法任务,它就可能提升司法机构的合法性,因为其在民主社会中的地位取决于人们认为它对公正司法的承诺<sup>①</sup>。从本源来说,政策制定在本质上是政治性的,而原则适用在本质上是法律性的。所以,宪法政策不能和宪法原则相等同,而必须予以区别,才能使宪法原则在司法适用过程中得到认可。

## (二)宪法原则不同于宪法价值

国内学界对宪法原则概念的界定通常采用了价值立场。一种观点认为,宪法原则是一种价值准则。“宪法原则应该是决定‘形式宪法’形式和内容的基本价值准则”<sup>②</sup>。另一种观点将指导思想、基本精神等作为界定宪法原则的术语。当然,也有从普遍性角度来界定宪法原则的:“宪法基本原则概括为那些作为宪法规范存在之基础,尤其是宪法制度构造的根据或本源的原理和准则。”<sup>③</sup>通常来说,宪法所认同的价值既有普遍性的价值,也有特殊性的价值。如果宪法原则体现了普遍性的价值,那么,宪法原则在某种意义上等同于宪法价值。如果宪法原则反映了一个国家独特的文化价值,那么,宪法原则可能因国家文化传统的认识而呈现出不同的形式。问题在于宪法原则之所以被视为“原则”,恰恰在于其具有稳定性,不因国家、传统而表现出差异。

实际上,宪法本身对原则和价值的规定具有一定的差异性。从各国宪法对宪法价值的规定方式来看,其有两种形式:一种宪法价值是指价值和传统,如民族文化遗产、历史习惯;另一种宪法价值更多具有普遍意义,如民主价值、公平正义。后一种价值用法在一些宪法原则中广泛使用,如民主原则、社会正义原则<sup>④</sup>。在立法技术上,宪法原则通常更为凝练,如民有、民治、民享等,而宪法价值则较为宽泛。例如,多哥宪法第二条第三款规定,共和国之原则:民有、民治、民享;第四款规定,共和国之信条:劳动、自由、祖国<sup>⑤</sup>。这就将原则和价值明确予以区分。又如,巴西宪法第一条第一款规定,巴西联邦共和国,作为由州、市以及联邦特区组成的不可分割的联合体,是建立在如下原则之上的民主法治国家:(1)主权;(2)公民;(3)人性尊严;(4)劳动和自由竞争的社会价值;(5)政治多元主义<sup>⑥</sup>。其虽然将上述所列举的五项视为原则,在本质上却代表着宪法价值。所以,宪法价值和宪法原则在宪法文本中并没有严格界限,存在相通之处,如民主原则或者民主价值。从法院解释和审查角度来说,宪法原则和宪法价值的区别也没有太大的意义,因为不同原则之间或者不同价值之间的关系既相互独立,也可能相互融合,关键在于法院需要根据具体情况权衡原则或者价值的权重,并作出一定的取舍。

从上述对宪法原则、宪法政策和宪法价值的辨析来看,虽然在使用时彼此之间存在相通之处,但是宪法原则更多地表达了对宪法理念的民族认同。例如,印度尼西亚宪法要求遵守印度尼西亚共和国的统一国家的原则。俄罗斯宪法则提出俄罗斯联邦宪法秩序的基本原则。在委内瑞拉,则是指委内瑞拉人认同的原则<sup>⑦</sup>。如果说宪法政策和宪法价值的表述方式是宽泛的,那么宪法原则应该是固定的、有限的。正因如此,在成文宪法文本统计分析中,宪法原则通常只选择人民主权原则、人权原则、法治原则和权力分立原则四个种类来进行<sup>⑧</sup>。因此,宪法原则在各国宪法中具有高度的一致性。笔者认为,宪法原则是指具有公认的、普遍性的宪法观念。之所以用“观念”而不用“价值”来界定,是因为价值更多地体现了历史传统,具有固有性、本土性。而观念则更多地体现了现代性,具有开放性。价值可以不同,但是原则必须认同。很难想象,在缺乏原则的前提下如何表达宪法观念。只有在共同认同宪法原则的前提下,才能进行有效的宪法研究和交流。

① 参见:Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 782.

② 莫纪宏《论宪法原则》,《中国法学》2001年第4期,第53页。

③ 王广辉、叶芳《宪法基本原则论》,《法商研究》2001年第5期,第79页。

④ 参见:Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 779.

⑤ 参见:《世界各国宪法》编辑委员会《世界各国宪法(非洲卷)》,第124页。

⑥ 参见:《世界各国宪法》编辑委员会《世界各国宪法(美洲大洋洲卷)》,中国检察出版社2012年版,第153页。

⑦ 参见:Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 780.

⑧ 参见:王惠玲《成文宪法的比较研究——以107部宪法文本为研究对象》,对外经济贸易大学出版社2010年版,第63页。

### 三 成文渊源还是不成文渊源:宪法原则的渊源属性

宪法原则虽然在法律适用中发挥着重要作用,但是要实现宪法原则的司法适用必须首先解决宪法原则在法律适用中的定位问题。由于宪法原则是法律原则之一,因此,个案裁判中的宪法原则在本质上属于法伦理原则。正如拉伦茨在解释法伦理性原则在司法裁判过程中的功能时指出:“作为原则,它不是可直接适用于具体个案的规则,而是一种指导思想。”<sup>①</sup>宪法原则在宪法解释或者裁判中并不是一种法技术性原则,而是一种法伦理性原则,具有指导思想的地位。那么,宪法原则能否被视为一种宪法渊源或者解释渊源?我国宪法渊源分类通常并不将宪法原则纳入其中。不过,也有观点认为宪法原则具有宪法既定规范的地位<sup>②</sup>。这种做法肯定了宪法原则的宪法渊源或者解释渊源地位。从国外宪法解释实践来看,在对待宪法原则的态度上似乎存在一定的差异。

德国基本法在规定宪法原则时根据条款表述方式分为两种情况。一是没有明确提及“原则”,基本法第二十条第一款规定,德意志联邦共和国为民主的和社会的联邦国家,是通过“民主”、“社会”、“联邦”修饰语表达宪法原则;二是明确提及“原则”,基本法第二十三条第一款规定,欧洲联盟承认民主、法治国家、社会国家和联邦制的各项原则以及辅助性原则,保障实施与本基本法实质内容类似的基本权利保护制度。为实现统一的欧洲,德意志联邦共和国参与欧洲联盟的发展,其不仅提出民主、法治国家、社会国家与联邦制四项原则,而且提出辅助性原则。虽然这些“原则”均是对欧盟的要求,但是在一定程度上体现了德国立宪者对宪法原则的认识。同时,基本法第二十八条第一款规定,各州的合宪性秩序必须与基本法意义上的共和国、民主以及社会法治国原则相符。由此可见,基本法明确承认的宪法原则是民主原则、法治国家原则、社会原则和联邦原则。虽然存在所谓“辅助性原则”等表述,但是其显然不具备宪法原则的地位。除了上述宪法成文原则之外,德国宪法在实践中也承认不成文原则。根据学者分析,诸如基本法的整体性、客观价值维度、私法宪法化以及宪法的整合功能等原则和理论被赋予了德国联邦宪法法院的实质解释权威<sup>③</sup>。从德国学者对不成文原则的看法来看,这些原则是在司法实践中由解释者创造出来的。虽然这些不成文原则在宪法审查中具有非常重要的地位,但是不能被视为严格意义上的宪法原则,而是在基本法所规定的宪法原则基础上通过宪法解释推导出来的。其虽然也可以被视为宪法的解释渊源,但是属于不成文的解释渊源,不能被视为宪法原则本身。

与德国做法相反,加拿大法院则没有将不成文宪法原则作为解释渊源,而是作为解释模式来认识。根据学者分析,法院对不成文宪法原则的发明是一个完全不同的造法秩序。“不成文”是指空白的认知,“原则”意味着不能在成文宪法文本中发现,也不能通过通常的解释过程从文本中推导出来。这并不能说加拿大宪法是由不成文的基本原则所构成,后者既深刻影响了文本的制定,而且继续影响着宪法解释。而民主、责任政府、法治、司法独立、保护公民自由和联邦主义属于这些原则。任何对加拿大宪法的刻板描述都要规范地运用这些思想<sup>④</sup>。从加拿大宪法实践对不成文宪法原则的认识来看,不成文宪法原则是司法造法的常态。这些所谓的不成文宪法原则实际上就是公认的宪法原则,其确认是通过法院,而不是宪法规定的。这些宪法原则对宪法制定和解释产生了深刻影响。

尽管上述两国学者在分析不成文宪法原则时要么将其归属于解释渊源,要么归属于解释模式,但是其相同之处在于,承认宪法原则在宪法实践中的广泛运用。不论在成文法中出现还是在不成文法中认可,宪法原则在司法适用中都发挥着重要作用。之所以会出现对宪法原则的不同承认方式,原因在于大陆法系和英美法系的司法方法不同。对于大陆法系国家来说,宪法原则通常规定在成文宪法之中,因此,宪法原则对于宪法适用者而言可以从成文宪法中获得直接依据。而对于英美法系国家来说,判例法始终发挥着决定性影响。在这种情况下,宪法原则最初是通过总结判例实践在宪法学说之中归纳出来的。随着许多英美法系国家也拥有成文宪法,宪法原则也可能体现在成文宪法之中。从法律渊源角度来看,宪法原则应该被视为一种独立

① 卡尔·拉伦茨《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 529 页。

② 参见:汪进元《宪法个案解释基准的证成逻辑及其法律控制》,《中国法学》2016 年第 6 期,第 58 页。

③ 参见:Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 189.

④ 参见:Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, 90-91.

的法律渊源形式。

#### 四 显性和隐性之间：宪法原则的识别方式

宪法原则的识别问题主要是在合宪性审查和司法适用过程中出现的。法律适用者必须能够确定个案裁判所需要的宪法原则。由于宪法通常并不明确规定哪些原则属于宪法原则，给审查实践或者司法实践带来一定的困难，因此，一旦需要宪法原则为司法裁判提供帮助，就必须要先由法律适用者选择宪法原则并对宪法原则进行解释。正因为如此，宪法原则的识别在本质上和法律原则的识别没有差异。对此，许多学者提出了法律原则的识别标准<sup>①</sup>。不过，他们不仅提供了一些识别法律原则的方式，而且更多地描述了法律原则的特征。实际上，不同部门法领域法律原则在识别时仍然存在一定的差异。由于宪法在法律体系中处于根本法地位，因此，宪法原则的识别更为特殊。

##### （一）宪法原则的显性识别

宪法原则的显性识别是指在宪法适用时能够在实在法中确定宪法原则的选择方式。因为在现行实在法体系中能够确定宪法原则，所以，这种选择方式为宪法适用提供了便捷的途径。

##### 1. 宪法文本的承认

若宪法本身明确规定了宪法原则，并且明确了宪法原则的具体适用要求，那么宪法原则能够得到充分考虑。这就需要宪法不仅概括地规定宪法原则条款，而且在具体规定中明确提到相应的宪法原则。这种做法在德国基本法中最为明显。其不仅明确了德意志共和国所具备的宪法原则，而且在具体条款中经常明确相应的宪法原则。实际上，宪法文本对宪法原则的承认也体现在宪法文本结构上。例如，葡萄牙宪法在宪法正文之前规定“基本原则”，同时，在第一编基本权利义务、第二编经济组织、第三编政治权力组织各编第一章均规定了“一般原则”。又如，安哥拉宪法第一章为“基本原则”，同时，在第二章基本权利和义务，第三章经济、金融和财政组织，第四章国家政权组织，第五章公共管理，第六章地方政府各章中第一节均规定了“一般原则”，此外，第七章宪法保障与修改部分也规定了宪法修改的“一般原则”。尽管并不是各国宪法结构均如此安排，但是上述国家宪法结构安排使人们能够了解一国的基本原则以及宪法各部分的一般原则，构成一个原则体系，从而为宪法原则的司法适用提供了准绳。

##### 2. 部门法原则的转化

如果宪法本身没有规定宪法原则或者宪法相关条款没有提及宪法原则，又需要适用宪法原则，那么，可以考虑将部门法原则确认为宪法原则的具体化，从而赋予部门法原则宪法地位。从历史来看，许多部门法原则既在部门法中予以规定，也在宪法中予以规定，从而赋予部门法原则双重身份。例如，罪刑法定原则、刑法适用平等原则、罪刑相适应原则这三大刑法基本原则有时也会规定在宪法之中，在宪法适用中就可以根据这些基本原则来处理刑事领域的相关宪法问题。又如，通常认为诚实信用原则是民法基本原则，在处理与民事案件相关的宪法问题时就可以根据诚实信用原则来裁判。由于部门法原则本身与各部门法领域紧密相关，因此，通过将部门法原则予以宪法转化就能为宪法适用者所利用。

##### （二）宪法原则的隐性识别

宪法原则的隐性识别是在非实体法领域中确认宪法原则的选择方式。这种选择方式通常是在实体法没有规定宪法原则情况下出现，或者是宪法原则本身过于抽象难以为个案裁判所用，需要根据一定的标准进行识别。虽然宪法原则的隐性识别可以在社会事实、道德伦理等非法律领域中去寻找，但是在法律适用过程中最为典型的做法是对宪法判例的认可。在法学方法论上，法伦理原则的出现很大程度上与法律的续造有关。“当某一此类法伦理性原则或其新的适用领域首次被发现，并且以具有说服力的方式被表达出来，就会进入基于对此项原则的考量而进行的超越制定法的法续造”<sup>②</sup>。也有学者认为，“宪法的抽象概念不可避免会留下空白和歧义，这就必须通过宪法本身并未出现的实施原则来具体化”<sup>③</sup>。正因为如此，宪法实践出现的许

①参见：庞凌《法律原则的识别和适用》，《法学》2004年第10期，第35—36页；陈林林《基于法律原则的裁判》，《法学研究》2006年第3期，第5页。

②卡尔·拉伦茨《法学方法论》，黄家镇译，第529页。

③凯斯·R·孙斯坦《法律推理与政治冲突》，金朝武等译，法律出版社2004年版，第207页。

多宪法原则很大程度上都是通过隐性识别方式产生的,如法律保留原则、依法行政原则、比例原则等。这一点在德国宪法法院中表现得最为充分。为了能够找到更为适合的裁判基准,德国宪法法院逐渐形成了一系列不成文原则。这些不成文原则在后续个案中发挥着重要的示范效应,宪法适用者在处理类似个案时就可以直接采用这些新发展出来的宪法原则。

需要说明的是,在法律适用中,宪法原则通过不断的识别可能形成了一个庞大的原则体系。这种原则体系既可能体现在显性识别的宪法条文、文本结构之中,也可能体现在根据宪法原则所隐性识别的子原则之中,从而可能表现为宪法母原则与宪法子原则、宪法原则与部门法原则等不同原则类型,在宪法原则之下形成一张彼此影响制约的宪法原则网络。通过这一网络体系,就能够在宪法规则适用过程中得到宪法原则的有效帮助。因此,宪法原则是有限的,而宪法原则体系可能是扩张的,在司法实践中不断衍生。

### 五 原则和规则的关系处理:宪法原则的运用模式

宪法原则在法律适用中到底扮演着何种角色?“拉兹认为,法律原则担任的角色包括:(1)法律解释的基础;(2)变更法律的基础;(3)法律中特殊例外规定的基础;(4)制定新法的基础;(5)特例案件中行动的基础。其中,前四项虽然同样可以指向其他法律原则,但是这些功能的实现更主要依赖于规则的中介作用;最后一项功能只有在仅受原则约束的领域内才会产生”<sup>①</sup>。上述法律原则的功能亦适用于宪法原则。因此,宪法原则在司法实践中是宪法解释的基础。这就意味着宪法原则的适用必须在个案裁判中才能得到考量。那么,宪法原则的适用会以何种方式出现?对此,宪法学尚未深入探讨。法理学界在这方面探讨较多。有学者认为:“从理论上讲,原则的适用会以两种方式展现:或者在与其他原则相关时作用于个案,或者在与规则相关时作用于个案。”<sup>②</sup>也有学者偏重于法律原则间的权衡<sup>③</sup>。其说明宪法原则的适用也不能脱离原则和规则之间关系的考量。同时,原则裁判通常认为是在法律漏洞存在时才可能出现的适用方式。例如,在民法领域,绝大多数学者认为,在现行法无明文规定时,应以民法原则补充法律漏洞<sup>④</sup>。然而从宪法实践来看,即使不存在法律漏洞,宪法原则依然发挥着重要作用。因此,宪法原则的适用始终伴随着释宪各个环节。例如,葡萄牙宪法第二百零四条规定,法院在进行审判时,不得适用与宪法规定或宪法原则相抵触的规则<sup>⑤</sup>。宪法原则的司法适用离不开宪法解释过程,宪法原则已经成为释宪考虑的重要因素。因此,借鉴原则理论对原则与规则之间关系的结构认识<sup>⑥</sup>,将宪法原则可能发挥作用的场合分为以下四种类型。

#### (一)宪法原则在原则冲突时的权衡方式

在宪法适用中,原则冲突主要有三种类型。一是部门法原则之间的冲突。在法律个案中,如果出现了部门法原则冲突,宪法原则能够为部门法原则冲突的解决提供衡量依据。如果冲突的某一方原则同宪法原则具有更强的契合度,那么该部门法原则就能获得支持,从而成为解决个案的法律原则。如果冲突的某一方原则同宪法原则难以保持一致,那么该部门法原则就可能得不到支持,从而丧失成为个案解决的法律原则。因为通常来说,宪法原则的分量大于部门法原则的分量,其他原则应该服从于宪法原则的考量。二是宪法原则网络中子原则之间的冲突。如果不同宪法子原则之间发生冲突,那么需要寻找更高位阶的宪法原则来提供相应的衡量依据。通过更高位阶的宪法原则,不同宪法子原则之间就能够找到彼此的适用范围和领域,从而寻找到解决问题的边界。三是部门法原则与宪法原则之间的冲突。严格意义上来说,部门法原则和宪法原则均属于法律原则,分别适用于不同法律领域,不可能出现冲突。如果在个案中出现彼此之间的冲突,通常需要根据个案情况来选择部门法原则或者宪法原则来处理,而不是简单地按照部门法原则服从宪法原则来处理。

① 陈景辉《原则、自由裁量与依法裁判》,《法学研究》2006年第5期,第130—131页。

② 陈景辉《原则、自由裁量与依法裁判》,《法学研究》2006年第5期,第130页。

③ 参见:陈林林《基于法律原则的裁判》,《法学研究》2006年第3期,第9页。

④ 参见:王涌《论民法中的原则的识别与适用——对德沃金原则理论的几点疑问与思考》,《中国政法大学学报》2016年第2期,第49页。

⑤ 参见:《世界各国宪法》编辑委员会《世界各国宪法(欧洲卷)》,中国检察出版社2012年版,第496页。

⑥ 需要说明的是,由于德沃金和阿列克西原则理论是对基本权利适用的理论认识,因此,本文所讨论的原则冲突、规则冲突、原则和规则冲突均是建立在不同宪法原则司法适用基础之上,而不是基本权利司法适用之上。当然,宪法原则适用与基本权利适用紧密相关,但并不能完全等同。



## （二）宪法原则在规则冲突中的选择方式

在宪法解释过程中,规则冲突既可能表现为部门法规则之间的冲突,也可能表现为宪法规则之间的冲突。如果出现了部门法规则之间的冲突,通常来说其可以通过部门法原则进行部门法规则的选择。此时,宪法原则并不需要介入其中。而在宪法规则之间发生冲突时,就需要借助宪法原则进行选择。如果某一方宪法规则所体现的精神能够得到宪法原则的补强,那么,该宪法规则就能够得到认可,从而成为宪法解释和裁决的依据。如果某一方宪法规则无法得到宪法原则的支持,那么在规则竞争中就处于不利地位,从而在规则选择时最终被淘汰出局。此外,如果出现部门法规则和宪法规则相互冲突的情况,通常应该按照法律位阶体系来处理,即部门法规则不得同宪法规则相抵触。

## （三）宪法原则在原则与规则冲突时的协调方式

严格意义上来说,原则与规则之间并不存在相互冲突的情况。正如有学者认为,“法律规则与法律原则、法律原则与法律原则之间一般只成立不一致关系,不成立抵触关系。但是,当法律原则属于不可挑战的‘绝对原则’时,抵触关系仍可成立”<sup>①</sup>。不过,在宪法规则与宪法原则不一致时,通常来说,先要以宪法规则为准,只有宪法规则在解释过程中无法得出合乎正义的结果时才可能考虑宪法原则。在这种情况下,就需要单独考虑宪法原则,并以此作为解释依据。

## （四）宪法原则在出现法律漏洞时的填补方式

法律漏洞根据部门法和宪法的差异可以分为部门法漏洞和宪法漏洞两种类型。在存在部门法漏洞情况下,通常需要根据部门法原则进行法律续造。只有在部门法原则无法发挥作用情况下才可能借助宪法原则来解决。而在宪法漏洞情况下,只能根据宪法原则来进行法律续造。其首先应该考虑与宪法个案关系最为密切的宪法子原则。只有在该宪法原则不能有效解决宪法漏洞时才能寻找更高位阶的宪法原则,因为更高位阶的宪法原则具有更为广泛的适用范围。只有这样,才能为法官续造规则提供依据。

宪法原则从表面上看是宪法领域的问题,但是其牵涉面颇广。在研究中既要考虑到宪法原则本身的具体化过程,也要充分注意到部门法原则在解决宪法问题时的特殊表现方式。同时,既要考虑到法律原则,也要关注到法律规则,厘清原则与原则之间的关系、规则与规则之间的关系、原则与规则之间的关系。只有通过构建宪法原则体系,包括宪法母原则与宪法子原则、成文宪法原则和不成文宪法原则,才能真正理解宪法原则在宪法解释和宪法审查中的运用模式。

[责任编辑:苏雪梅]

<sup>①</sup>周辉《法律规范抵触的标准》,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第86页。