

论对司法解释的合宪性审查

朱 铮*

摘要 为保证宪法的全面实施,应在全国人大常委会《关于完善和加强备案审查制度的决定》的基础上细化对司法解释合宪性审查的规定。在确定审查对象时,合宪性审查应排除最高人民法院的指导性案例和两高的工作文件,排除地方两院制发的司法解释性质文件;在设计审查程序时,应将审查的重点放在司法解释发布之前的制定环节,此时全国人大常委会应尊重最高院在制定司法解释中的主导地位。司法解释发布后,审查机关应通过合宪性解释、沟通协商、提出修改议案、废止法律或撤销司法解释等方式敦促最高院修改违宪的司法解释;在理论上,司法解释的合宪性论证过程也是最高人民法院作为解释者、监督者和答复者与包括全国人大常委会在内的各机关展开宪法对话的过程。在这一过程中,应依据司法解释的具体内容和违宪可能性的大小,设计不同的过滤分流和审查处理程序,以实现权利救济和法秩序统一之间的平衡。

关键词 司法解释 合宪性审查 程序机制 宪法对话理论

一、问题的提出

党的二十大报告提出:“加强宪法实施和监督,健全保证宪法全面实施的制度体系,更好发挥宪法在治国理政中的重要作用,维护宪法权威。”〔1〕在2018年的《宪法》修改中,全国人大常委会法律委员会更名为全国人大宪法和法律委员会,并被赋予了“推进合宪性审查”和“加强宪法监

* 中国政法大学讲师。本文系2023年国家社科基金一般项目“司法解释合宪性审查研究”(项目编号:23BFX052)和中国政法大学2019年科研创新年度青年项目“英国1998年《人权法》:二十年回顾与展望”(项目编号:19Zfq82009)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见习近平:“高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告(2022年10月16日)”,《求是》2022年第21期,第4—35页。

督”等工作职责。全国人大常委会于2019年也进一步提出要求,要“把所有规范性文件纳入备案审查范围”,做到“有件必备,有备必审,有错必纠”。2023年12月,全国人大常委会出台《关于完善和加强备案审查制度的决定》(以下简称《备审决定》),这明确了全国人大专门委员会、常委会工作机构可以对“与宪法相抵触或者违背宪法原则和精神”的司法解释进行纠正。^{〔2〕}这些政治和法律文件都说明司法解释已经成为备案审查的对象,而且也是合宪性审查的对象。但是,司法解释是否可能违宪?如果可能,应如何对司法解释进行合宪性审查?

司法解释可能违宪吗?学界存在两种声音:有人认为司法解释只是司法机关“具体应用法律的解释”,属于法律的适用而非制定,因而至多可能违法却不可能违宪,所以司法解释“不必像一般立法一样接受合宪性审查”;^{〔3〕}但也有人认为司法解释本质上是一种“授权性质的立法”,也有可能违宪,所以必须对其进行合宪性控制。^{〔4〕}2019年12月,全国人大常委会法工委制定了《法规、司法解释备案审查工作办法》(以下简称《工作办法》),明确规定:“对法规、司法解释进行审查研究,发现法规、司法解释存在违背宪法规定、宪法原则或宪法精神问题的,应当提出意见。”这意味着早在2019年,常委会便认为司法解释确有可能违宪。实践中,司法解释直接违反宪法的现象已屡见不鲜。比如在《中华人民共和国刑法修正案(八)》制定前,最高人民法院(以下简称“最高院”)便已有了“醉驾入刑”的司法解释,这曾引发过司法解释是否违背“罪刑法定”原则进而是否违宪的讨论。^{〔5〕}再比如最高院2022年决定修改《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,将残疾赔偿金、死亡赔偿金以及被扶养人生活费由原来城乡区分的赔偿标准修改为统一采用城镇居民标准计算,正式终结了城乡之间“同命不同价”的违宪现象。以上例子都说明,司法解释完全可能违宪。

针对违反宪法的司法解释,全国人大常委会采取了两种举措进行清理:一方面,常委会要求两高自行清理并提交报告;^{〔6〕}另一方面,法工委对司法解释进行备案审查,在备案的过程中发现违宪的司法解释并予以纠正。^{〔7〕}但以上两种机制均未有效遏制司法解释违宪的现

〔2〕 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了《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》。

〔3〕 参见刘茂林、陈明辉:“宪法监督的逻辑与制度构想”,《当代法学》2015年第1期,第24页。

〔4〕 参见聂友伦:“论司法解释的立法性质”,《华东政法大学学报》2020年第3期,第138页。

〔5〕 最高院公布于2009年9月15日的《关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》包含了醉酒驾车入刑的规定,这早于2011年2月25日全国人大常委会通过的《刑法修正案(八)》,有学者认为该司法解释对刑法条文任意进行扩大解释,呼吁对其进行合宪性审查。参见秦前红、黄明涛:“宪政秩序下的刑法解释与司法裁量”,《西部法学评论》2012年第1期,第5—9页;江溯:“罪刑法定原则的现代挑战及其应对”,《政法论丛》2021年第3期,第103—114页。

〔6〕 通过两年的清理,两高提交了《最高人民法院关于司法解释集中清理工作情况的报告》和《最高人民法院检察院关于司法解释集中清理工作情况的报告》,参见《规范性文件集中清理有关问题研究》,载全国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-12/27/content_2035723.htm,最后访问日期:2023年12月10日。

〔7〕 根据法工委历年向常委会作的备案审查工作报告披露,从十二届全国人大以来,截至2017年12月上旬,常委会办公厅接收报送备案的司法解释128件,2018年接收司法解释18件,2019年41件,2020年16件,2021年251件,2022年仅提供了从2017年以来的五年司法解释的数量为346件。

象。基于此,本文计划以司法解释作为研究对象,从规范、程序和工作机制三个方面对司法解释违宪问题展开分析。本文首先聚焦司法解释合宪性审查的规范依据,继而分析目前的程序设计漏洞及其可能遭遇的挑战,最后引入“宪法对话理论”对各机关围绕司法解释进行的互动和对话进行剖析。为了让论述更集中,本文仅关注最高院和各级人民法院作出的司法解释和类司法解释文件,不讨论检察院的情况。

二、司法解释合宪性审查的规范分析

(一) 司法解释合宪性审查的规范空隙

我国的合宪性和合法性审查并未完全区隔,这可以从规范演进和机构设置上找到证据。从规范演进来看,合法性审查机制脱形于1979年的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》),并随着1982年《宪法》和《地方组织法》的颁行得以不断发展完善。2000年制定的《立法法》正式确立了合法性审查制度,但其第90条却将合法性审查和合宪性审查程序一炉而冶,这导致两种审查遵循同一套程序机制。从组织机构设置来看,由全国人大常委会法工委内部的备案审查室专门承担备审工作,而由宪法和法律委员会负责“推进合宪性审查”工作,这使得合宪性审查和合法性审查在组织机制上实现了联动,即法工委在对规范性文件进行合法性审查时,如果发现还存在合宪性疑虑,便将规范性文件移送给宪法和法律委员会进行合宪性审查。也就是说,合法性审查是合宪性审查的必经环节,只有当规范性文件审查依据的法律存在合宪性疑虑时,审查机关才会启动合宪性审查。^{〔8〕}这说明规范性文件总要经过合法性审查,但并不必然接受合宪性审查。

了解这一背景有助于梳理司法解释合宪性审查的规范依据。现行《立法法》只规定合宪性审查和合法性审查的对象是“行政法规、地方性法规和自治条例和单行条例”,并未将司法解释纳入其中,所以司法解释不能依据《立法法》进行合宪性审查。2006年制定的《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》(以下简称《监督法》)似乎填补了这一空白,该法第32条规定当司法解释存在“同法律规定相抵触的”情况时,可以由特定机关向全国人大常委会提出书面审查要求,其他主体也可以提出审查的建议。但按照严格的文义解释,该条款只规定了司法解释的合法性审查,并未触及“司法解释同宪法规定相抵触”的情形。真正填补这一空缺的是2005年的《司法解释备案审查工作程序》(以下简称《工作程序》),其明确了全国人大常委会应该对司法解释进行合宪性审查。在此基础上,2019年12月的《工作办法》进一步细化了司法解释的合宪性审查程序:如果发现司法解释“涉及宪法的问题”,宪法和法律委员会、法工委应当依职权主动进行合宪性审查研究,提出书面审查研究意见,并及时反馈制定机关;如果司法解释只涉嫌违反法律,则按照《监督法》由相关主体提出审查请求,由全国人大常委会送交有关专门委员会或法工委处理。2023年12月,全国人大常委会作出的《备审决定》第5条再次明确合宪性审查的对象应包括司法解释。

〔8〕 参见胡锦涛光:《合宪性审查原理五论》,中国民主法制出版社2022年版,第116—117页。

比较上述规定不难发现,全国人大常委会的《工作办法》以及《备审决定》和法律存在规定不一致之处。在内容上,无论是《立法法》还是《监督法》均未规定常委会可以对司法解释进行合宪性审查——《立法法》只规定了司法解释的备案,《监督法》只规定了司法解释的合法性审查,但《工作办法》《备审决定》却规定了司法解释的合宪性审查;在程序上,现行立法未规定专门委员会和工作机构可以对司法解释进行主动审查,但《工作办法》《备审决定》却允许这些机构“依职权”主动审查。^{〔9〕}显然,《工作办法》《备审决定》和现行立法之间存在规范空隙,那么,应该如何理解和证成这些规范空隙?

(二) 司法解释合宪性审查的规范补强

针对司法解释的备案和审查,特别是司法解释合法性和合宪性审查之间的关系,学界存在两种观点:一派认为对司法解释应进行合宪性审查。比如王建学认为《立法法》规定的合宪性审查对象范围应扩大至包含司法解释,这是因为一方面,2006年《监督法》填补了2000年《立法法》的缺漏,2015年《立法法》又增加了司法解释必须备案的规定,这说明“将司法解释纳入《立法法》的要求审查机制并无不可”;另一方面,《立法法》未对此做出明确规定是因为司法解释是非常特殊的规范性文件,但《立法法》本身并不排斥司法解释的合宪性审查。基于维护社会主义法制统一和尊严的需要,全国人大常委会有必要将司法解释也纳入法律体系之内进行控制。^{〔10〕}同样地,也有观点指出,既然《立法法》要求司法解释进行备案,而且司法解释应符合立法的目的、原则和原意,这就意味着制定司法解释是司法活动,而不是立法。法院随意解释法律(准立法)会损害立法机关的权威。由于国家机关的权力划分属于宪法问题,法院借司法解释褫夺立法机关的权力是违宪的,因此对司法解释进行合宪性审查很有必要。^{〔11〕}

而另一派意见认为司法解释的合宪性审查没有法律依据。比如有学者在参考了2007年最高院发布的《关于司法解释工作的规定》后指出,两高所作司法解释的对象既不可能是宪法也不可能是行政法规和地方性法规,两高只能在具体审判和检察工作中就“全国人大及其常委会制定的法律”进行解释,由于法律不可能违宪,因而司法解释就不可能违宪,所以对司法解释的监督也只需到合法性审查为止。^{〔12〕}另有学者提出,无论如何进行扩张解释,司法解释都不是合宪性审查的对象,将其列入审查对象即便不算违规也一定违法,因为虽然早在2005年《工作程序》就有司法解释合宪性审查的规定,但2006年《监督法》却始终没有相关规定。根据新

〔9〕 值得注意的是,全国人民代表大会常务委员会正着手修改《监督法》。根据2023年12月25日提请十四届全国人大常委会第七次会议审议的《监督法》草案,原《监督法》第32条将改为第43条,增加“最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同宪法或者法律相抵触”和“有关专门委员会、常务委员会工作机构可以对报送备案的具体应用法律的解释进行主动审查或者专项审查”的规定。

〔10〕 参见王建学:“法规审查要求权的规范阐释及其历史契机”,《法学家》2019年第1期,第1—12页。

〔11〕 参见马世忠主编:《〈中华人民共和国法官法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第64页和第81页。

〔12〕 参见董和平:“废止齐案‘批复’是宪法适用的理性回归——兼论‘宪法司法化’的理论之非与实践之误”,《法学》2009年第3期,第15—21页。

法优于旧法的原则,《工作程序》事实上已被《监督法》废止了。^[13]同理,2015年和2023年的《立法法》又优于2006年的《监督法》,由于《立法法》也没有相关规定,即便有2019年的《工作办法》,但《工作办法》的效力又是低于《立法法》和《监督法》的,所以对司法解释进行备案即可,不能进行合宪性审查。^[14]

本文认为否定论难以成立,理由有二:①从规范上看,《监督法》和《立法法》不适用新法代替旧法的原则。《监督法》是全国人大常委会制定的,而《立法法》是由全国人大制定的,不能想当然地认为《监督法》已经取代了《立法法》。^[15]《立法法》是“规范立法活动”的法律,^[16]而《监督法》是为了“保障人大常委会依法行使监督职权”的法律,^[17]两者不属于同一领域的立法,不必然存在效力上的竞合。同时,在内部规范上,无论是2005年的《工作程序》还是2019年的《工作办法》都为司法解释的备案审查工作提供了具有可操作性的指引,2021年最高院《关于司法解释工作的规定》也明确了最高院研究室有权审核司法解释“是否符合宪法”。这些规定都说明司法解释至少应该备案,一定要进行合法性审查,还可能要进行合宪性审查。②从学理上考察,备案和审查无法截然分开,有备案就必然有审查,否则备案无意义,也不符合常委会“有备必审”的初衷。^[18]同时,我国的合法性审查和合宪性审查彼此牵连,两者在审查主体、程序和标准上多有牵连,很难分开。^[19]当然,这不是说备案审查一定会引发合宪性审查,但备案审查有助于在合法性审查中发现宪法争议,为后续的合宪性审查提供动力。从这个角度思考,对司法解释也可能要进行合宪性控制,因为如果只对其进行合法性审查,当法律违背宪法且未被及时纠正时,根据该法律制定的司法解释就有可能出现“合法但违宪”的情况。正是认识到了这一点,《工作办法》《备审决定》以及法工委制定的《法规、司法解释备案审查工作规程(试行)》《对提出审查建议的公民、组织进行反馈的工作办法》等内部文件都要求对司法解释进行合宪性审查,^[20]2023年的《监督法》草案也增加了相关内容。从2017年开始,在每年发布的备案审查工作报告中也开始出现司法解释涉嫌违宪的事例,这说明司法解释的合宪性审查已经从规范变成了现实。

但是,作为极特殊的一类规范性文件,如何对司法解释进行合宪性审查?理论界对此尚无统一认识。下文将围绕司法解释合宪性审查的现实困境及其纾解展开分析。

[13] 参见刘茂林等,见前注[3],第20—28页。

[14] 参见黄明涛:“最高人民法院与具体审查——合宪性审查要求权的制度建构”,《中国法律评论》2020年第1期,第69—77页。

[15] 参见韩大元:“全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法”,《法学》2008年第10期,第3—16页。

[16] 参见武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第3—4页。

[17] 参见李飞主编:《各级人民代表大会常务委员会监督法释义》,法律出版社2008年版,第9—11页。

[18] 参见全国人大法工委法规备案审查室著:《法规、司法解释备案审查工作办法导读》,中国民主法制出版社2020年版,第26—27页。

[19] 参见苗连营:“合宪性审查的制度雏形及其展开”,《法学评论》2018年第6期,第1—14页。

[20] 参见梁鹰:“备案审查工作的现状、挑战与展望——以贯彻执行《法规、司法解释备案审查工作办法》为中心”,《地方立法研究》2020年第6期,第1—20页。

三、司法解释合宪性审查的程序检视

自上世纪八十年代开始,随着各级审判工作统一性的日益加强,最高院越来越不止是针对具体法律条文就事论事地作解释,而更倾向于作系统和整体性的解释。两高由原先的“法律适用者”逐渐转型为“准立法者”,藉由司法解释获得了原本不应享有的隐蔽立法权。在这个过程中,最高院对下级法院的控制逐步增强。为了完成审判任务,基层人民法院开始效仿最高院制发“类司法解释”,这些“类司法解释”在形式上不统一,在程序上未备案,但在实践中却发挥着和司法解释一样的作用。^[21] 如果上述数量庞大的司法规范性文件都进入合宪性审查的范畴,全国人大及其常委会必将遭遇“审什么”和“怎么审”的难题。

(一)合宪性审查的对象限定

随着我国迈入合宪性审查的时代,合宪性审查的对象范围必然扩展至包含司法解释。但面对形式不统一的地方各类司法解释性质文件,有必要讨论是否应将其都纳入合宪性审查的范围。作为合宪性审查主体的全国人大常委会在确定审查对象时,会遭遇以下困境:如果审查对象范围设定过宽,那么全国人大常委会的审查负担不但会变得异常沉重,而且可能过度干预司法适用工作;如果审查范围过窄,那么本应被纳入合宪性审查对象的司法解释将被遗漏,就会出现司法解释长期违宪且无法纠正的情况。正因如此,本文针对不同类型的司法解释及司法解释性质文件,分别探讨其合宪性审查的必要性问题。

我国广义的司法解释包括四类:①司法解释;②司法解释性质文件;③两高的工作文件;④地方两院的“类司法解释文件”。第一类为狭义的司法解释,即符合《立法法》《监督法》所规定的由两高制定且形式统一的司法规范性文件;^[22] 第二类 and 第三类文件包括最高院发布的无统一名号的红头文件、工作文件以及最高院发布的指导性案例。其中,工作文件一般叫做公告、意见、通报、通知、答复和答复的函等,名号不统一,但对审判具有指导作用;第四类是地方两院效仿两高制定的文件,虽然名称上不叫“司法解释”,但经常成为地方两院审判工作所援引的文件。本文认为需要进行合宪性审查的只有第一类狭义的司法解释。

1. 排除指导性案例和两高工作文件

最高院通过指导性案例约束和引导下级人民法院的审判工作,但本文认为不应对指导性案例做合宪性审查,理由如下:①在性质上,指导性案例不是司法解释。相较于司法解释立法化、规范化和抽象化的特点,指导性案例的本质是“以案释法”,它的作用在于将事实(个案)连接于规范(立法、司法解释),因此具有及时性、灵活性和针对性的优点,但由于它指向个案和事实,只是“判例”而不是具有普遍拘束力的“判例法”,所以指导性案例不具有规范性和抽象性,这一点和司法解释存在本质不同。②在效力上,基层人民法院对指导性案例仅应“参照”而不

[21] 参见聂友伦,见前注[4],第210—224页。

[22] 最高院将司法解释的形式确定为“解释”“规定”“规则”“批复”和“决定”五种,参见最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发[2021]20号)第6条。

是“依据”其做出判决。根据相关规定,各级法院只有发现在审案件和指导性案例“在基本案情和法律适用方面相类似”才可能适用指导性案例,而且指导性案例只能作为裁判理由,不能作为裁判依据。这都表明指导性案例的适用是有条件的,不具有像司法解释一样的“法律效力”。〔23〕由于我国的合宪性审查是抽象审查,不对具体的事实认定和法律适用进行审查,所以无需对指导性案例进行合宪性控制。

同样无需进行合宪性审查的还包括两高的工作文件,这是因为:在形式上,两高的工作文件名称各异,不属于最高院明定的五种司法解释类型之一,若要对其进行合宪性审查并无规范上的依据。更重要的是,在内容上,两高的工作文件大多围绕法院系统内部的政治学习、荣誉授予、职级晋升、调研培训、行政管理等工作展开,这些工作文件既不是“具体应用法律的解释”,也不“针对具体的法律条文”作出,更不和宪法发生直接关联,所以无需进行合宪性审查。必须指出的是,实践中最高院还会针对裁判尺度问题制定一些纪要,这些纪要只能作为说理的根据,而不作为裁判依据进行援引,因此基于合宪性审查抽象性的特点,不必对其进行宪法审查。〔24〕同时,两高的工作文件还包括最高院对全国人大建议进行的答复以及向全国人大常委会所做的专项工作报告,〔25〕这些答复和报告当然对司法解释的理解有帮助,但因为它们属于司法解释制定背景的介绍或就某一方面司法工作进行总结的文件,并不围绕审判这一中心解释法律,所以也应排除在合宪性审查的对象范围之外。

2. 排除地方两院的司法规范性文件

本文认为,地方两院效仿两高制定的地方司法规范性文件也不是合宪性审查的对象。理由如下:①从规范上看,地方两院制定的司法规范性文件不具有合法性。首先,《立法法》《监督法》均禁止两高以外的主体制发司法解释,但在实践中地方两院仍不断印发各种答复、决定、纪要、暂行意见和通知等文件。这些文件的性质属于司法政策性文件,不能和司法解释一样成为案件审理的依据。既然法律只允许两高制定司法解释,而且司法解释还需要备案,那么将地方司法规范文件纳入备案审查——甚至合宪性审查的范畴——有将其和两高司法解释“等而视之”的嫌疑,这相当于变相承认地方司法规范性文件就是司法解释。如果备案后还得出地方司法规范性文件合宪合法的结论,那更有违两高才是司法解释制定主体的法律规定。②从主体上看,全国人大常委会的《工作办法》在中央层面明确了地方各级人大常委会是地方司法规范性文件的备案审查机关;一些地方制定的规范性文件备案审查条例中也要求“县级以上人民法

〔23〕 2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条;2015年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则》第11条;2021年最高院《关于司法解释工作的规定》第5条。

〔24〕 比如最高院明确说明《全国法院民商事审判工作会议纪要》不是司法解释,不能作为裁判依据进行援引,但可以根据其进行说理,参见《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》(法〔2019〕254号)第3条。

〔25〕 比如2022年8月30日,最高院对十三届全国人大五次会议第1656号建议进行了答复,就加强生物多样性司法保护工作最高院制定的司法解释,进行的宣传工作,以及公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼发挥的积极作用进行了梳理和说明。又比如2022年10月28日,最高院专门就涉外审判工作情况向全国人大常委会进行了报告,对工作成效、存在的问题和下一步的举措进行了汇报。

院、人民检察院制定的规范性文件”报送“本级人大常委会备案”。〔26〕实践中,广东、内蒙古、河南和陕西等地也的确是这么做的。〔27〕地方司法规范性文件往往具有较强的地方属性,由同级的人大常委会对其进行审查较为合理,又因为地方人大常委会一般不进行合宪性审查,所以地方司法规范性文件不是合宪性审查的对象。③从实效上看,要求全国人大常委会对地方司法规范性文件进行合宪性审查既不可能也不必要。地方司法规范性文件数量巨大,又涉及各地不同的审判实际,将其都纳入合宪性审查的对象范畴将使全国人大常委会不堪重负,为节省审查资源计,应将地方司法规范性文件排除出审查对象的范围。〔28〕

3. 两种司法解释需不同强度的审查

两高的司法解释可以进一步划分为“执行性”和“创制性”解释,这一分类源于对《立法法》第110条含义的发掘:既然两高作出的司法解释是为了审判和检察工作的需要,那么只要能解决审判和检察工作中的问题,两高的司法解释不一定要严格符合“立法的规则”,只要符合“目的、原则和原意”即可。换言之,两高制定司法解释奉行“不抵触”原则,即司法解释不违反法律的目的、原则和原意,不必严格遵循法律规则。事实上,发布司法解释正是最高院进行法律续造的主要途径;在法律条文的语词射程范围之内通过解释技巧实现不同的目的符合我国的司法实践。〔29〕由此,最高院的“执行性”司法解释是在法律规则的基础上结合案件事实具体化、细则化的规定,其目的是为更好地实施法律,而“创制性”司法解释则为了审判的需要创造性地解释法律,这种解释往往涉及法律尚未规定的事项,具有实验性、创新性、技术性的特点。〔30〕

过往研究将司法解释分为“实施性”“立法性”和“职权性”解释,并认为只有后两类才需要进行合宪性审查,这种观点难以成立。本文认为无论是“执行性”还是“创制性”解释都需要接受合宪性审查,〔31〕只是两者在指导原则、审查方式和内容上有所不同:①在指导原则上,对“执行性”解释应以“审慎、适度”审查为原则,防止侵入法院的自治空间,过分干涉最高院的司法解释活动。相比之下,对“创制性”解释则应以“主动、全面”审查为原则,全国人大常委会应主动依据宪法对无具体法律规则作为依据的司法解释进行全面审查。②在审查方式上,对“执

〔26〕 比如2022年《湖南省规范性文件备案审查条例》第4条第5款;2020年《青海省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》第8条第4款;2022年《贵州省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》第7条第4款;2022年《吉林省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》第4条第6款。

〔27〕 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第48页。

〔28〕 参见王伟国:《最高人民法院民商事类司法解释研究》,中国人民大学出版社2010年版,第206—207页。

〔29〕 参见祁琦媛:《我国最高人民法院的法律续造研究》,西安交通大学出版社2021年版,第51—90页。

〔30〕 比如最高院《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》认为“人脸信息”属于《民法典》第1034条规定的“生物识别信息”,而且禁止小区将人脸识别作为业主或者物业使用人出入小区的唯一验证方式。将“人脸信息”解释为“生物识别信息”应为“执行性”司法解释,但对法律尚未规定的人脸信息保护方式,则属于“创制性”司法解释。

〔31〕 参见胡锦涛光,见前注〔8〕,第116页。

行性”解释的审查应以形式审查为主,重点看其是否符合形式,不过分介入审判活动,但对“创制性”解释则应进行实质审查,对其涉及的内容作不同强度的合宪性审查。^{〔32〕}在审查内容上,对“执行性”解释,应审查是否有法律依据、是否符合法定程序、是否涉及法律保留事项,但不审查该解释是否有助于个案的解决。与此不同,对“创制性”解释应审查司法机关是否超越法定职权或者法律授权范围制定司法解释、内容是否抵触法律的原则性规定、是否增加公民或其他组织义务或者克减其权益、规定是否不适当、是否违背法定程序。简言之,本文主张将“执行性”解释确认为审判活动中的解释,而将“创制性”解释理解成“准立法”,对两者应作形式和实质审查的区别对待:对“执行性”解释应作形式审查,看主体(职权)、程序和内容是否符合宪法和法律要求,但对“创制性”解释应作实质性审查,对解释的内容进行全面的合宪性、合法性和适当性审查。

(二)合宪性审查的程序设计

新旧《立法法》均规定了司法解释的程序控制机制,即应自公布之日起30日内报全国人大常委会备案。司法解释合宪性审查的程序设计追求的是法治运行中的程序价值,正当程序原则应该延展到整个民主政治领域。^{〔32〕}从合宪性审查的体系融贯性角度出发,司法解释不但在发布之后应由全国人大常委会备案和审查,在发布之前也应提交全国人大常委会相关机构对草案进行合宪性控制。

1. 司法解释公布前的合宪性控制

法工委对司法解释的合宪性控制始于草案形成后和公布前。最高院为了提高司法解释的质量,将司法解释的制定细分为立项、调研、论证、起草、征求意见、修改、讨论决定等多个环节,并在每个环节严把质量关。在司法解释的起草阶段,草稿就被要求在具备可向审委会提交审议的条件后送交法工委征求意见;在讨论决定环节,“法工委认可的司法解释原则上不再改动;如果有重要改动的,还要再次征求法工委意见,避免公布的司法解释在法工委备案审查阶段出现争议。当最高院和法工委的意见不一致时,司法解释的起草部门应当在发布前做好与法工委沟通协调工作”。^{〔33〕}由此可知,在司法解释公布前,最高院就已经和法工委交换了对司法解释合宪性的看法。学界已有相关研究将我国备案审查的主要方式归纳为“沟通”“协商”,^{〔34〕}但这一方式并不只发生在司法解释发布后的备案审查环节,也发生在发布之前。总的来看,司法解释的事前审查和事后备案审查具有不一样的特点。

首先,司法解释事前审查的审查主体和事后审查不同。根据最高院2021年《关于司法解释工作的规定》,司法解释的制定包括五个环节:①立项;②起草与报送;③讨论;④发布、施行与备案;⑤编纂、修改与废止。法工委只在“报送”和“备案”环节才和最高院进行沟通和协商。从这一点上看,司法解释的制定主要由最高院各审判业务部门和研究室负责,这说明最高院才是司法解释制定的主导者。之所以最高院主导司法解释的制定,是因为司法解释并不像立法

〔32〕 参见周佑勇:“中国行政基本法典的精神气质”,《政法论坛》2022年第3期,第61—77页。

〔33〕 参见杨万明主编:《〈中华人民共和国人民法院组织法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第137—138页。

〔34〕 参见李松峰:“‘沟通’与‘协商’是符合国情的备案审查方式”,《法学》2019年第3期,第17—29页。

那样是利益集团政治博弈的产物,而是为了解决具体审判中的问题而制定的规范性文件。解决纠纷这一目的决定了司法解释起草的主要负责人是各审判业务部门和研究室,而不是全国人大的各专门委员会或常委会的工作部门,因为只有最高院内部的审判和研究部门才最清楚审判中会遇到什么问题、该怎么处理。

其次,司法解释事前审查的审查过程和事后审查不同。解释草案的审议过程是合宪性审查过程,也是司法过程,包含内外两种不同层级的沟通和协商机制:①内部沟通。在法案提交给法工委之前,最高院的研究室负责审核司法解释草案是否符合宪法和法律的规定,如果研究室认为司法解释送审稿需要进一步修改、论证或者协调的,它将会同起草部门修改、论证或者协调,^[35]这说明在最高院内部,研究室和各审判业务部门之间,存在围绕着司法解释效能和合宪性的内部协商机制。参与协商的只有最高院的内部机构,而协商对话的主导者是最高院的研究室——除了审委会提出制定司法解释的要求将直接立项外,其他主体提出制定司法解释的建议均由研究室决定是否立项。由此,最高院研究室是司法解释内部审查中居于核心地位的机关。②外部沟通。在前引报送和备案环节,最高院办公厅、全国人大专门委员会和常委会工作部门围绕解释草案的合宪性问题进行沟通,征求意见,最终形成统一意见。内外沟通重叠的部分是在解释草案的合宪性问题审查上,但内外沟通的不同之处在于:内部沟通虽然也追求司法解释的合宪性价值,但它更关注司法解释的解纷功能;而外部沟通目标单一,只关注司法解释是否符合宪法。为避免过度干涉司法活动,立法机关在处理解释草案违宪问题时秉持审慎的态度,轻易不对草案做实质性修改。总体而言,最高院内部沟通效率更高、阻力更少、成本更小、效果更理想。

第三,司法解释事前审查的效果和事后审查不同。在解释的起草阶段,由于缺少了撤销、废止等机制作为后盾,事前审查不具备事后备案审查那样的刚性约束力。事前审查过度依赖研究室和各审判业务部门的自觉配合,因此这种监督是非对抗的自我监督,它不能充分发现并消除违宪隐患,又因其同时存在解决纠纷和法秩序统一两重价值追求,这导致事前审查的效果不彰。正因如此,经过最高院内部审查的解释草案仍要由全国人大专门委员会及工作部门再审查;事前审查不能代替事后的专门宪法审查。

为了充分发挥事前审查的功能价值,应从以下几个方面加强解释草案的合宪性控制:①增加宪法说理强度。宪法的抽象性和概括性容留了巨大的解释空间,这使得司法机关和立法机关对宪法的理解可能不一致。为了更好地进行协商和对话,应要求司法机关在准备解释草案时专门就司法解释的合宪性问题作出说明,以方便立法机关在外部审核时理解司法机关的看法。同时,还应允许立法机关要求司法机关有针对性地作出解释,使内外对话更为顺畅。②提升规范层级。《立法法》为法律草案的审议设置了三读程序,并增加了对法律草案予以说明的义务,虽然前引《关于司法解释工作规定》也对司法解释制定的程序性事项进行了规定,但此种规定仅为内部工作规定,有待进一步提高规范层级,比如根据《关于司法解释工作规定》和《备案决定》制定《备案审查法》。③提高制度化水平。相较于立法程序,司法解释制定的制度化程

[35] 参见最高院《关于司法解释工作的规定》(2021修正)第20条第1款和第21条。

度严重不足,应当进一步明确相关流程、要求,比如最高院的审判业务部门、研究室、全国人大专门委员会及其常委会的工作机构应当围绕着宪法文本对司法解释草案进行充分论证和沟通,当上述机关对草案的合宪性有不同理解时,应遵循一定的程序协商。这要求在目前的制度上增加救济程序,在审查机关判定解释草案违宪后,司法机关的各部门能及时修改,并和立法机关沟通协商,使内外机关的对话更有效率,也更顺畅。

2. 司法解释公布后的合宪性审查

司法解释公布后也应接受合宪性审查。目前已有的讨论将这种审查分为抽象和具体两种,前者的程序机制规定于《工作办法》中,后者集中于学界推崇的司法附带审查程序。两者的区别在于:抽象审查无需和具体诉讼绑定,相关主体只要认为司法解释的内容违反了宪法法律便可以要求或建议常委会审查。在具体审查中,当事人在具体的诉讼活动中发现作为依据的司法解释违背宪法法律,应请求法院先停止诉讼程序,将司法解释层报至常委会进行审查。这两种审查模式在现实中可能会遭遇以下挑战。

首先,对抽象审查而言,要激活备案审查机制应理顺提请审查主体的利益格局。《监督法》规定了国务院、中央军委和省级人大常委会有权向常委会提出针对司法解释的审查要求,两高之间可以互提审查要求。但在实践中,有权主体不愿、不能也不敢提出审查要求:①在我国高度集中的权力格局中,各机关在人大之下奉行“分工不分家”的指导原则,这决定了无论是国务院、中央军委还是省级人大常委会都会尽量“不揭人短、慎用监督”以求得“于人于己都有好处的双赢选择”,因而不愿向常委会提出审查要求。^[36] ②受限于专业门槛以及时间和精力负担,面对像最高人民检察院(以下简称“最高检”)的刑事侦查、公益诉讼和监所监督这样的案件,以及最高法标的额巨大和法律关系盘根错节的案件,一般主体不具有判断合宪性的专业能力,这导致有权机关难以提出审查的要求。③虽然省级人大常委会有权监督司法解释,但由于司法解释在制定前就已经征求过法工委的意见了,而公布后还要报常委会备案,省级人大常委会一般不敢挑战全国人大常委会在先的判断,更何况省级人大常委会还要监督地方的司法规范性文件,以及批准和审查各种决议和决定,^[37]没有时间精力审查司法解释的合宪性。

其次,就具体审查而言,有学者主张应允许地方各级法院在审判活动中向上级提出审查司法解释的建议,从而还原司法解释的具体应用场景,调动各级法院和当事人探究案件裁判依据是否合宪合法的积极性。^[38] 有学者还建议,各级法院应将司法解释违宪的情况层报至最高院,由最高院来对司法解释的合宪性做出说明,并决定是否有必要向常委会提出审查要求。^[39] 上

[36] 参见林彦:“法规审查制度运行的双重悖论”,《中外法学》2018年第4期,第944页。

[37] 《立法法》(2023修正)第83条和2006年《监督法》第29条。

[38] 参见郑磊:《宪法审查的启动要件》,法律出版社2009年版,第245—249页。部分学者虽不认同司法解释是合宪性审查的对象,但认同最高院在合宪性审查中应扮演关键角色,参见黄明涛,见前注[14],第69—77页;朱福惠、刘木林:“论我国人民法院的宪法解释和违宪审查提请权”,《法学评论》2013年第3期,第10—16页;叶海波:“最高人民法院‘启动’违宪审查的宪法空间”,《江苏行政学院学报》2015年第2期,第131—136页。

[39] 参见梁洪霞:“法律规范冲突的法院审查及其协同机制”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第12期,第32—44页。

述主张被吸收进了《备审决定》之中,获得了某种规范正当性。

但本文仍然认为上述程序设计缺乏可行性,最大的问题在于法院动力不足:①地方各级人民法院如果可以通过适用上位法或法律原则来解决案件,那么它们就不一定要适用有问题的司法解释。^{〔40〕} 如果可以解决纠纷,地方各级人民法院完全可能出于避免卷入机构纷争的考虑而不向上级法院提出审查请求。^{〔41〕} ②在面对下级法院提出的司法解释质疑时,即便确实存在合宪性问题,最高院也不会将其提交给全国人大常委会进行审查,否则会出现“自己要求审查自己”的尴尬局面。③虽然《备审决定》规定了基层人民法院可以就司法解释违法违宪问题向最高院提出建议或请示,^{〔42〕}但迫于审限压力,基层人民法院一般不会这么做,更不会中止诉讼程序。法院更理性的做法是要么对当事人的请求不予理会,要么在不适用司法解释的情况下解决案件,要么就干脆根据司法解释作出判决——哪怕是违宪的司法解释,毕竟法院只要能解决纠纷就行。^{〔43〕} 不过,上述司法策略即便能“案结”,也未必能“事了”,实践中因为适用了涉嫌违宪的司法解释而产生纠纷的案例所在多有。

因此,与其寄希望于法院发挥更大的监督效能,不如多关注一下其他主体在监督司法解释活动中的作用。申言之,应重视全国人大及其常委会、最高检、司法行政机关以及公民、社会团体所扮演的角色:①重视全国人大及其常委会的主动审查。新修改的《立法法》和前引《工作办法》《备审决定》都明确规定了人大专门委员会和法工委有权对司法解释依职权提起主动审查。《工作办法》和《备审决定》还规定,对事关重大改革和政策调整、涉及法律重要修改、关系公众切身利益、引发社会广泛关注的司法解释,法工委可以提起专项审查。这些新规定说明全国人大及其常委会被赋予了更大的宪法监督职责。应该承认,鉴于我国的人大体制,人大及其常委会相较于其他机关具有更明显的优势——因为各机关都必须接受人大的监督,所以人大更容易打破各机关板结化的利益格局,这使得人大的主动审查比其他监督方式效果更佳,应成为当下对司法解释的主要监督方式。②创造机会让最高检发挥更大的监督作用。《监督法》规定的司法解释监督主体中,只有两高之间是互相监督,这是因为检察院相较于其他机关有更丰富的司法经验和更强的专业技术能力,更容易在对案件的监督中发现司法解释的合宪性问题。比如围绕最高院“关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题”的司法解释,有学者就主张其不当改变了法院和检察院在此类案件中的权力配置格局,侵害了幼女的基本权利,违反了宪法和《未成年人保护法》关于儿童保护的规定,应由最高

〔40〕 参见邢斌文:“论法院在合宪性审查工作中的角色定位”,《人大研究》2021年第2期,第17—20页。

〔41〕 有研究发现,如果存在卷入各机关矛盾的风险,法院倾向于保持中立而不卷入其间。参见侯猛:“案件请示制度合理的一面——从最高人民法院角度展开的思考”,《法学》2010年第8期,第126—136页。

〔42〕 最高院《关于司法解释工作的规定》(2021修正)第10、30条。

〔43〕 因此,本文不同意既往研究作出的司法解释附带审查具有实践基础的判断,不认可其具体设计的审查规则,不认为将业已存在的“案件请示制度”改造为“合宪性问题移送机制”的提议具有可行性,我国法院在实践中既没有动力也不会这样做。参见王蔚:“客观法秩序与主观利益之协调——我国合宪性审查机制之完善”,《中国法律评论》2018年第1期,第132—142页;王飞飞、陈娟:“司法解释附带审查制度论”,《河南财经政法大学学报》2021年第5期,第99—113页。

检通过审监程序纠正。^[44]另一方面,由于检察院被赋予了针对某些特定领域提起公益诉讼的权力,在涉及特定法律问题的司法解释监督上,检察院能发挥维护宪法权威的作用。^[45]

③重视司法行政机关的作用。近年来,司法部的职能呈现出“适当扩张”的态势。^[46]司法部有权管理“宏观司法行政事务”,它在执行生效判决、提供法律援助、管理法律事务、从事人民调解、强制隔离戒毒、组织法制宣传和进行国际司法协助的过程中也能发现违宪的司法解释。近一段时间以来,司法部法治督察局正积极开展规范性文件的备案审查工作,比如法治督察局在一系列案件中发挥了保障公民宪法权利和维护宪法尊严和权威的积极作用,比如对网约车驾驶员实施本地户籍准入限制、对合法行使业委会自治权的群众予以刑事拘留、以涉嫌寻衅滋事传唤盘查在日式风情商业街穿和服拍照女子等案件,^[47]这说明司法部法治督察局完全可以在监督司法解释的过程中发挥更大的监督效能。

④关注案外公民个人和其他团体对司法解释提出的审查建议。可喜的是,新修改的《立法法》对有权主体以外的其他国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民个人提出的审查建议高度重视,将原先的“常委会工作机构先行研究,必要才送有关专门委员会审查”改为由“常委会工作机构审查”,这说明此类审查建议也将和有权主体提出的审查要求一样引起审查程序。同时,《备审决定》也要求“畅通人民群众诉求表达渠道,完善审查建议在线提交方式”,这些新举措将在实践中产生积极监督效能。

必须澄清的是,重视人大、检察院、司法部和公民及社会团体扮演的角色绝不是要否定法院的作用。实际上,法院是确保司法解释符合宪法的重要力量。法院对存在合宪性问题的司法解释的处理,应该分情况讨论:①司法解释不是裁判的直接依据,当事人在诉讼中提出司法解释违宪,法院如果认为当事人的请求明显不合理的,可直接驳回请求。法院如果认为当事人的请求合理,而且司法解释确属违宪的,可以选择两种不同的处理策略:一是审判长或独任审判员报告院长,由院长提交审委会讨论后层报至最高院定夺;^[48]二是法院先记录当事人的请求,但由于不影响审判,法院可以继续审理并作出判决,待有机会再在案外向最高院反映情况。

②即便司法解释是个案裁判的直接依据且确属违宪,法院也必须依据该违宪的司法解释作出判决,因为理论上我国体制不允许法院对司法解释是否违宪进行判断——根据2021年最高院《关于司法解释工作的规定》,面对作为裁判依据的司法解释,法院必须在司法文书中援引。从这个意义上看,司法解释实质上就是法律,法院不能宣告司法解释违宪。^[49]法院依据涉嫌违

[44] 参见朱苏力:“司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关‘奸淫幼女’的司法解释切入”,《法学》2003年第8期,第3—29页。

[45] 2020年12月29日由两高联合制发的《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕20号)第6—9条。

[46] 参见陈瑞华:“司法行政机关的职能定位”,《东方法学》2018年第1期,第156—169页。

[47] 参见司法部:“司法部法治督察局:以法治督察保障宪法实施,深入推进全面依法治国”,《中国法治》2023年第3期,第14—17页。

[48] 2023年5月26日,在《最高人民法院关于法律适用问题请示答复的规定》的第2条第3款中,最高院明确规定,高级人民法院可以向最高院就“司法解释、规范性文件制定时所依据的客观情况发生重大变化,继续适用有关规定明显有违公平正义”的问题提出请求,这相当于在规范层面肯定了这种做法。

[49] 参见苗炎:“司法解释在实质意义上就是制定法”,《中外法学》2023年第2期,第425—444页。

宪的司法解释作出的判决如果错误,可以通过二审程序或审监程序救济。

综上,在设计司法解释监督机制时,应该高度重视全国人大及其常委会的主动监督机制,充分肯定检察院和司法部法治督察局发挥的监督效能,关注法院的诉讼活动和案外的公民个人、社会组织、团体对司法解释提出的审查建议。^[50] 值得一提的是,全国人大常委会新做出的《备案决定》中首次出现了“联合审查”的规定,它允许审查机关在发现司法解释存在涉及其他机关备案审查工作职责范围的共性问题时,和其他机关备案审查工作机构开展联合调研或者联合审查,共同研究提出审查意见和建议。应该说,只有充分调动各主体的积极性,创制一套联合审查机制使它们的监督形成合力,才能更好地确保司法解释在合宪的轨道上运行。

四、司法解释合宪性审查的工作机制

在司法解释的合宪性审查过程中,全国人大常委会、最高检、司法行政机关和最高院等机关之间进行了诸多互动和对话,甚至还可以进行“联合审查”,有必要对这种机关之间的联合、互动和对话进行理论上的总结。事实上,针对合宪性审查的模式,我国理论界已有诸多作业:由最初考察美国的“强司法审查制度”,^[51]关注英国的“弱司法审查制度”,^[52]研究法德两国的具体审查程序,^[53]转而越来越重视中国的本土实践。随着我国合宪性审查实践的全面铺开,我国学者也越来越意识到,本土宪法监督制度是根植于中国宪法理念与宪法实践的制度设计,我们的宪法文本和宪法实践要解决的是中国问题。^[54] 正如有学者指出的,我国的合宪性审查与西方诸审查模式不同,西方模式关注人权保障和权利救济,而我国更看重法秩序的统一和宪法权威的维护。^[55] 在此背景下,从抽象的理论阐释和具体的工作方案两方面可以描绘出司法解释合宪性审查的中国图景。

[50] 实践中,许多司法解释违宪违法的问题是通过公民和其他主体监督的方式被全国人大常委会注意到才推动解决的,比如《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》披露,全国人大常委会共收到公民、组织提出的审查建议6339件,除司法部提出的1件合宪性审查建议外,其他国家机关没有提出审查建议。

[51] 参见马岭:“德国和美国违宪审查制度之比较”,《环球法律评论》2005年第2期,第154—165页。

[52] 关于“弱司法审查”的讨论,参见李蕊佚:“议会主权下的英国弱型违宪审查”,《法学家》2013年第2期,第164—175页;朱学磊:“弱司法审查体制必要性之证成”,《环球法律评论》2020年第1期,第142—161页。

[53] 关于法国合宪性审查的研究,参见王建学:《法国式合宪性审查的历史变迁》,法律出版社2018年版;关于德国合宪性审查的研究,参见柳建龙:“德国联邦宪法法院的抽象规范审查程序”,《环球法律评论》2017年第5期,第97—120页。

[54] 参见秦前红:“1982年宪法实施以来合宪性审查研究的回顾与展望——为纪念现行宪法颁行四十周年而作”,《荆楚法学》2021年第1期,第94—103页。

[55] 参见张翔:“‘合宪性审查时代’的宪法学:基础与前瞻”,《环球法律评论》2019年第2期,第5—21页;王锴:“合宪性审查的百年历程与未来展望”,《环球法律评论》2022年第3期,第68—71页。

(一) 司法解释合宪性审查的理论阐释

我国发展出了极具中国特色的备案审查制度。^[56] 在这一制度下,违宪违法的司法解释主要是通过全国人大及其常委会的主动审查和最高院的自我清理进行纠正的,这和英式的“弱司法审查”不同,更区别于美式的“强司法审查”——我国法院不会在诉讼中宣告司法解释违宪,常委会对司法解释的审查也不会因为法院的“宣告”而启动。然而,最高院和各机关之间仍然围绕司法解释的合宪性展开互动,可以通过引入“宪法对话理论”来理解这种互动。根据宪法对话理论,围绕着基本权利的限制幅度和国家机构的权力边界,司法机关有权通过解释或宣告不一致等方式和立法机关展开对话,而立法机关也通过遵从、修改法律、作出立法解释、制定新法、不予理会等方式或肯定或否定司法机关的意见。^[57] 在此理论的启发下,重新审视司法解释的合宪性审查活动可以发现,对司法解释的合宪性审查仅是最高院和其他国家机关诸多互动活动中的一环。在更宽广的视角下,最高院以下列三重身份和各机关展开宪法对话:

1. 最高院作为解释者和全国人大常委会对话

①新《立法法》第119条赋予了最高院解释法律的权力,最高院可针对具体审判活动中如何适用法律的问题作出解释,只要不违背立法目的、原则和原意,此类解释便可以成为法律的非终局性理解;②若法律规定须进一步明确具体含义或立法后出现新情况,最高院可以向常委会提出法律解释的要求(立法解释)或提出法律案,《立法法》新修改的规定中有两高向常委会“提出相关法律案”的内容,这相当于承认了最高院储备立法草案的能力;③司法解释方案是否正确,解释的要求能否成立由常委会最终决定,必要时,常委会还可以通过解释法律(立法解释)、修改法律、制定新法、撤销司法解释等方式对最高院在前的判断作出回应。^[58]

2. 最高院作为监督者和全国人大常委会、基层人民法院对话

①最高院根据《监督法》和《立法法》的规定,有权出于法秩序统一的考虑要求常委会对特定规范性文件,特别是司法解释进行审查,这说明最高院有权评价其他国家机关的解释(制定规范性文件也是一种解释),但此种判断是否正确最终应由全国人大常委会拍板决定,通过备案审查回应最高院在前的观察;②即便在现实中最高院一般不提审查要求,但诉讼中如果发现了司法解释违宪,最高院将自行清理这样的司法解释。可以说,最高院的自行清理是以实际行动监督司法解释,这种清理活动也是最高院和全国人大常委会以及基层人民法院展开对话的

[56] 参见王锴:“习近平法治思想有关备案审查的重要论述及其在实践中的展开”,《地方立法研究》2021年第3期,第1—20页。

[57] 有关宪法对话在西方语境中的讨论, see Alison Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 107-146; Alec Stone Sweet, “Constitutional Dialogues: Protecting Human Rights in France, Germany, Italy, and Spain,” in Sally J. William M. Reisinger and John C. Reitz (eds.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, New York: Palgrave Macmillan, 1999, pp. 8-41.

[58] 《备审决定》第14条第1款第3项和第2款规定,全国人大专门委员会和常委会有权撤销违宪的司法解释。

方式。^{〔59〕}

3. 最高院作为答复者和全国人大对话

实践中,有全国人大代表在人大会议上针对司法解释和指导意见提出建议,最高院将对此类建议给予答复。这种数量巨大的最高院答复涉及司法解释的方方面面,有的是对司法解释的某些规定进一步的解释和说明,有的是对司法解释的不同条文之间作体系化的阐释,有的是对司法解释和法律之间关系的厘定。一般情况下,最高院会和相关部门协商讨论,对全国人大会议上的此类建议给出书面答复,分门别类并向社会公布。最高院的答复是对立法者关切的正式回应,已经成为了我国的一项制度。^{〔60〕}

综上,围绕着健全以全国人大常委会充分有效行使权力为中心的合宪性审查工作机制,法院可以发挥辅助性作用。^{〔61〕}最高院通过司法解释弥补立法之不足;而全国人大常委会通过备案审查、发布法律解释和制定新法等方式,修改、补充、完善或撤销司法机关的解释。^{〔62〕}在这一互动中,司法机关的解释主要是为了在具体审判中保障人权,而全国人大常委会的审查是为了维持法秩序的统一。两相作用,法院在此过程中是违宪立法的发现者和公民基本权利的保卫者,而立法机关是违宪问题的最终解决者和法秩序统一维护者。从宏观意义上来看,司法机关和立法机关之间的对话是为了在人权保障和法秩序统一之间求得平衡,这构成了中国版本立法—司法对话的价值底色。

(二) 司法解释合宪性审查的中国方案

综合前文对理论的探究,为增强审查效率和有效性,本文建议依据司法解释内容的不同和违宪可能性大小,设计不同的过滤分流和审查处理机制。

1. 过滤分流

过滤解决“是否受理”的问题,而分流解决“由谁审查”的问题。^①在司法解释起草阶段,只存在分流而无过滤,因为此时只有依职权审查。全国人大法工委全数接收最高院提交的解释草案并进行分流,按照刑事、民商事和行政类等不同类别,分转法工委下辖的刑法室、民法室和经济法室、行政法室征求意见,只有涉及重大事件的才会征求法规备案审查室意见。^{〔63〕}本文认为应更积极发挥宪法室、备案审查室和各专门委员会在司法解释草案合宪性审查中的作用,因为三大类司法解释都可能违宪,有必要在起草阶段就进行控制。^②在司法解释发布以后,大

〔59〕 最高院对司法解释和司法解释性质的其他规范性文件集中清理。“在清理过程中,法工委和最高院密切配合,认真沟通协商,将每个阶段的清理情况书面征求法工委的意见,法工委也根据立法原意,对每一件征求意见的司法解释和司法解释性质文件都作认真研究”。参见全国人大法制工作委员会:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于司法解释集中清理工作情况的报告》,2013年4月23日。

〔60〕 比如《最高人民法院对十三届全国人大五次会议第7481号建议的答复》是对《关于修改民事诉讼法第一百六十五条的建议》的答复;《最高人民法院对十三届全国人大五次会议第2336号建议的答复》是对《关于在司法审判中公平合理认定会计师事务所责任的建议》的答复。

〔61〕 参见李少文:“合宪性审查的外国模式与中国选择”,《理论视野》2018年第1期,第51—55页;周佑勇:“中国行政法学学术体系的构造”,《中国社会科学》2022年第5期,第108—116页。

〔62〕 实践中,司法解释制定过程中凡是法工委反馈的不同意见,最高院起草部门都会“照单全收”,积极采纳。参见何帆:《积厚成势:中国司法的制度逻辑》,中国民主法制出版社2023年版,第312页。

〔63〕 同上注。

部分司法解释涉及宪法的问题都是由宪法和法律委员会、法工委主动进行审查研究,提出意见后反馈给制定机关解决的,因此过滤和分流只适用于依申请审查。本文认为法工委对公民和检察院、司法行政机关等主体提出的审查建议,只要发现其中存在事关重大改革和政策调整、涉及法律重要修改、关系公众切身利益、引发社会广泛关注等方面的内容,就应该将其移送给相关主体进行合宪性审查,对于共同的违宪问题,还应进行专项审查。

2. 审查处理

①审查程序。首先,无论是事前还是事后审查,全国人大法工委和专门委员会都应该对司法解释先进行合法性审查再进行合宪性审查。如果能通过合法性审查,认为司法解释不与宪法以外的其他法律、行政法规等规范性文件相抵触,司法解释就不必再经过合宪性审查。只有在没有上位法或者适用上位法无法得出清晰结论时(也许合法但违宪),才需要再进行合宪性审查。同时,应注意到,即便进行了事前审查,许多违宪的问题在司法解释印发实施后还会存在,所以只能靠发布后的审查来纠正。其次,应综合判定司法解释的目的是否违宪,为实现目的所采用的手段和该目的不具有合理的联结关系,是否对宪法所保护的权利作出了不必要的限制,是否符合比例或侵害了受宪法保护的更有价值的法益。^[64] 第三,法工委发现司法解释有两种以上的解释,如果采用其中一种解释可以使得司法解释合宪,采用其他解释会导致司法解释违宪的,应尽可能地对司法解释作合宪性解释。最后,由于司法解释是最高院作出的审判工作中具体应用法律的解释,所以无论是事前还是事后,审查机关都应尽可能地尊重最高院的裁量空间。②处理方案。首先,审查机关应慎言违宪。只有秉持谦抑和克制的立场,在对司法解释进行了充分的合宪性解释之后,司法解释仍无法通过合宪性审查的,审查机关才能对司法解释作出违宪的判断。其次,在初步判定违宪之后,审查机关应尽量通过“共同协商、共同研究”等沟通和协商机制解决司法解释的合宪性问题。^[65] 司法解释发布以前发现违宪的,审查机关应先通知最高院修改草案;司法解释已经发布后才发现该司法解释违宪的,审查机关应先通知最高院修改、废止已生效的司法解释。最高院明确表示不予修改或废止的,审查机关可以向全国人大常委会委员长会议提出要求修改的议案;在最高院拒不执行议案时,审查机关可以通过提出由全国人大常委会作出法律解释议案的方式废止或修改有问题的司法解释。最后,根据旧的违宪的司法解释作出的决定、裁定将不影响已经发生效力的判决继续有效。按照司法解释的规定,如果已经执行的,不再改变执行结果;如果正在执行的,终止执行;如果尚未执行的,停止执行。^[66]

五、结 论

我国司法解释违反宪法的情况时有发生,有必要对其进行合宪性审查。本文认为应进一

[64] 参见全国人大法工委法规备案审查室著:《法规、司法解释备案审查工作办法导读》,中国民主法制出版社2020年版,第99页。

[65] 参见武增主编:《辉煌四十年:现行宪法发展与实施报告》法律出版社2023年版,第605页。

[66] 比如2001年12月《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》(高检发释字[2001]5号)第2—4条。

步夯实规范基础,修改《监督法》,在法律中明确司法解释合宪性审查的必要性,补足规范链条缺失。在具体审查中,应充分尊重法院的主导地位,由全国人大常委会综合运用审查权、法律解释权和立法权,确保司法解释符合宪法;在抽象审查中,应仔细辨别司法解释的类别,同时,全国人大及其常委会的合宪性审查工作应聚焦于司法解释发布之前的草案审查环节。司法解释的草案发布后,全国人大及其常委会必须慎言违宪。只有充分调动最高院自查自纠的积极性并重视司法行政机关、检察院和公民个人、社会团体的监督力量,才能确保司法解释符合宪法。从理论上讲,以西方分权制衡为基本框架而建构起来的立法和司法民主对话理论无法完整地阐释我国以人大为制度中心、以维护法秩序统一为目标的司法解释合宪性审查活动。我国围绕司法解释的合宪性问题展开的机构对话更加多元,它表现为最高院作为解释者、监督者和答复者和各机关进行的互动,这些活动将确保司法解释符合宪法。

Abstract: To ensure the full implementation of the Constitution, it is crucial to refine the provisions for reviewing the constitutionality of judicial interpretations based on the Decision on the Recording and Review System. When determining what should be reviewed, it is important to exclude guiding cases of the Supreme People's Court (SPC), working documents of the SPC and the Supreme People's Procuratorate (SPP), as well as documents of judicial interpretation nature by local courts and procuratorates. In terms of the review process, the focus should be placed on the formulation of judicial interpretations before their release. During this stage, the Standing Committee of the National People's Congress (NPC-SC) should allow the SPC to play a dominant role. After the release of the interpretation, the NPCSC should encourage the SPC to correct unconstitutional interpretations through methods such as presuming a constitutional reading, engaging in communication and negotiation, proposing alternative bills, amending laws, or nullifying the interpretation and so on. Theoretically speaking, the constitutional review process can be perceived as a form of inter-institutional dialogue. The SPC, acting as an interpreter, supervisor, and respondent, engages in a constitutional dialogue with the NPCSC and other authorities. Different filtering and review procedures should be designed based on the content of the interpretation and the likelihood of constitutional breaches. The goal is to strike a balance between protecting rights and maintaining legal order unity.

Key Words: Judicial Interpretations; Constitutional Review; Procedural Mechanism; Constitutional Dialogue Theory

(责任编辑:彭 鋈)