



# 中国特色的合宪性咨询制度何以可能

朱学磊

**摘要:**合宪性咨询是一项独立的宪法实施机制,它与合宪性审查之间有区别也有联系,两者不宜混为一谈。合宪性咨询在域外的发展历程表明,它在推动宪法实施的同时无法解决所有宪法问题,有可能导致咨询对象权力的不当扩张,影响宪法权力分工体系的正常运转。我国不仅存在广泛的合宪性咨询需求,而且民主集中制的政权组织原则和全过程覆盖的合宪性审查模式可以在避免合宪性咨询不足的同时充分发挥其优势,从而为该制度提供更加广阔的发展空间。面向未来,我国有必要进一步完善合宪性咨询制度的细节,为其提供必要的规范依据,使其更好地服务于依宪治国的伟大实践。

**关键词:**合宪性咨询;合宪性审查;宪法实施

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0308

**收稿日期:**2022-11-29

**基金项目:**本文系中国社会科学院青年科研启动项目“事前事中合宪性审查的制度构建”(2022YQNQD045)、北京市法学会2022年市级法学研究课题“全过程人民民主在地方立法中的实践问题研究”(BLS2022A002)的阶段性成果。

**作者简介:**朱学磊,男,山东枣庄人,法学博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法治宣传教育与公法研究中心秘书长,主要研究方向为宪法学、立法学,E-mail: zhuxuelei1991@126.com。

当前我国的宪法监督实践中,合宪性咨询是一个尚未引起充分关注的概念,它通常伴随合宪性审查出现,但两者其实是不同性质的行为。《法治中国建设规划(2020—2025年)》提出,“建立健全涉及宪法问题的事先审查和咨询制度”。《全国人大常委会2022年度工作要点》提出,“建立健全涉及宪法问题的事先审查、咨询制度和事后审查制度”。这两份文件均把“审查”和“咨询”作为并列概念,表明决策者已经注意到两者的区别并将为其制度化发展创造更大空间。当前,发展事先审查制度的重要意义已经得到深刻阐释<sup>①</sup>,而合宪性咨询制度的功能和价值还有待进一步探究,其中的首要问题是该制度为何能够与我国的宪法实施体制相契合,这构成了本文基本的问题意识。

由于我国的合宪性咨询制度尚处在起步阶段,当前学界关于合宪性咨询制度的研究比较少,对于该制度如何发展还没有清晰的线路可循。有学者注意到美国联邦最高法院确立的“禁止咨询意见”原则,但其论证的重点在于建立我国的宪法解释模式而非合宪性咨询制度<sup>②</sup>。事实上,合宪性咨询在域外国家经历了很长的发展过程,积累了不少经验,也折射出许多问题。域外无论支持还是反对合宪性咨询的国家,都提出了不少有代表性的主张,可以更加全面地展现影响合宪性咨询制度运转的关键因素,有助于推动该制度在我国的发展。因此,笔者将从分析合宪性咨询与合宪性审查的区别与联系入手,论证合宪性咨询是一种独立的宪法实施机制,同时讨论合宪性咨询制度在域外国家的优势和不足,为我国相关的制度建构工作提供借鉴,目的在于立足于我国的宪法实施和监督实践,展望合宪性咨询制度在我国的广阔发展空间。

<sup>①</sup>陈玉山《法律案合宪性审查的程序、事项与方法》,《环球法律评论》2020年第1期,第82页;朱学磊《法律规范事中合宪性审查的制度建构》,《中国法学》2022年第5期,第226—227页。

<sup>②</sup>张翔《功能适当原则与宪法解释模式的选择——从美国“禁止咨询意见”原则开始》,《学习与探索》2007年第1期,第112—115页。

## 一 合宪性咨询与合宪性审查的区别与联系

### (一) 合宪性咨询与合宪性审查的区别

第一,制度的演进逻辑不同。众所周知,合宪性审查源自制约多数主义民主的需要,民主与法治之间的紧张关系为合宪性审查制度的发展提供了持续动力。合宪性咨询拥有相对独立的发展脉络,它至少可以追溯到英国中世纪法官为君主提供法律建议的实践,并在英国海外殖民扩张的过程中被带到世界各地,成为部分普通法系国家和地区的制度特色。在英国早期的政治和法律框架下,法官既是法律的神使,也是国王的仆从,主要职责是针对国王的事务提供法律建议<sup>①</sup>。由于国王有时会说服法官发表自己喜欢的意见,为其带有争议甚至违法的行为提供掩护<sup>②</sup>,法官的独立性和公正性因此受到不利影响。为了避免自身过分陷入政治纠纷之中从而维护司法权威,法官开始有意识地降低发表咨询意见的频率。继承了英国法传统的各殖民地的法官在提供咨询意见时也更加谨慎,要么明确拒绝发表咨询意见<sup>③</sup>,要么很少行使此项权力<sup>④</sup>,使得合宪性咨询制度在域外国家和地区的运行整体而言并不活跃。

第二,制度的定位不同。合宪性审查在域外国家通常被视为最重要的宪法监督机制。在合宪性审查程序中,掌握审查权的法院居于主导地位,对其他国家机关行使职权的结果进行必要的调整 and 校正。域外国家合宪性咨询的对象虽然也是法院,但其作用在于协助其他国家机关更好地履行宪法职责,让宪法规范得以落地实施,并不以纠正违宪行为或追究宪法责任为主要目标,因此执行意味较强而监督意味较弱。

第三,制度的内容不同。首先,发生时间不同。合宪性咨询发生于权力主体作出特定行为之前,合宪性审查既可以存在于特定行为作出之前也可以在作出之后,分别对应事前审查(ex ante review)和事后审查(ex post review)两种不同类型。其次,主体及其相互关系不同。完整的合宪性咨询程序包括咨询主体和咨询对象两方主体,两者之间是沟通与合作关系。合宪性审查程序包括申请主体、审查对象与审查机关三方主体,其中审查机关相对中立,申请主体与审查对象则处于竞争和对峙状态。再次,条件不同。从域外国家的宪法、议会立法以及法院判例来看,提起合宪性咨询的前提是相关问题具有重要性<sup>⑤</sup>,但对于重要性的判断具有较强的主观性,缺少具体的衡量标准,实践中主要由咨询主体和咨询对象自行把握。合宪性审查中的事前审查通常是行为主体的法定义务,通过合宪性报告或说明等形式予以保障落实<sup>⑥</sup>;事后审查则要求相关宪法争议已经成熟,对于成熟性的判断通常有相对客观的评价标准。最后,效力不同。对咨询主体而言,法院发布的咨询意见只是一种观点和建议,在规范层面不具有效力但可以在事实层面产生影响。相比之下,合宪性审查机关的审查决定通常具有法律效力,当事人如不遵守可能要承担相应的违宪责任。

### (二) 合宪性咨询与合宪性审查的关联

第一,合宪性咨询是事前审查的重要环节。为了提高立法和行为的合宪性,域外国家的议会、政府和其他权力主体在行使职权过程中,通常会主动判断自身行为是否符合宪法,这在本质上是一种事前审查行为。在出现重大或者疑难宪法问题时,如果权力主体认为超出了自己的能力范围,就有可能请求权威的宪法解释主体提供指导和帮助。因此可以说,事前审查创造了合宪性咨询需求,合宪性咨询意见有助于提高事前审查

<sup>①</sup> Stewart Jay, *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges* (New Haven and London: Yale University Press, 1997), 14-22.

<sup>②</sup> Christian R. Bursset, "Advisory Opinions and the Problem of Legal Authority," *Vanderbilt Law Review* 74, no. 3 (April 2021): 621.

<sup>③</sup> 例如,美国联邦最高法院从 1793 年开始不再提供合宪性咨询意见。Margaret M. Bledsoe, "The Advisory Opinion in North Carolina: 1947 to 1991," *North Carolina Law Review* 70, no. 6 (1992): 1857-1858.

<sup>④</sup> 例如,在 1867 到 1986 年间,在加拿大最高法院处理的宪法性争议中,合宪咨询案件大约占据了四分之一;但自 1982 年建立新的宪法秩序以来,合宪性咨询案件已经不再像以前那样频繁出现。Carissima Mathen, *Courts Without Cases: The Law and Politics of Advisory Opinions* (Oxford: Hart Publishing, 2019), 57.

<sup>⑤</sup> 例如,印度《宪法》第 143 条第 1 款规定,如果总统认为一个有关法律或事实的问题已经或者即将出现,而就该问题的性质或者公共重要性而言,得到最高法院的观点将有助于解决该问题,那么他就可以将该问题提交给最高法院。加拿大《最高法院法》第 53 条第 3 款规定,总督提交给最高法院进行合宪性咨询的事项,应当确定无疑地属于重要问题。美国大多数允许合宪性咨询的州也会要求被咨询的应当是重要的法律问题。Mel A. Topf, "The Jurisprudence of the Advisory Opinion Process in Rhode Island," *Roger Williams University Law Review* 2, no. 2 (Spring 1997): 234-235.

<sup>⑥</sup> 例如,加拿大《司法法》第 4.2 条要求司法部部长在将政府法案引入联邦议会之前出具“宪章声明”,阐述法案对受到 1982 年宪章保护的权利和自由的潜在影响,以使相关问题能够引起议员和社会公众的注意。

的质量。

第二,合宪性咨询的对象也是合宪性审查机关。域外国家合宪性咨询的对象是有关开展合宪性审查的各类法院。从能力上看,由专业法官组成的法院精通各种宪法解释技术,通过长期的司法裁判活动积累了更加娴熟的宪法适用方法,有能力为其他国家机关遇到的宪法问题提供有针对性的解决方案。从流程上看,尽管其他国家机关在行使职权过程中也可以提出本部门的宪法解释方案,但在发生争议后这些方案最终要接受法院审查并最终统一于法院所作的宪法解释。除非启动上诉机制,否则其他国家机关将很难推翻法院的宪法解释。因此,在事前及时咨询法院的意见有助于降低相关行为在日后被宣告违宪的风险。

综上所述,合宪性咨询是一项独立的宪法实施机制,它是指其他国家机关为了提高自身行为的合宪性,在行使职权过程中,就其遇到的宪法问题向享有宪法最终解释权的机关提出咨询请求,由后者加以研究并作出答复的行为。

## 二 合宪性咨询制度在域外国家和地区的优势与不足

虽然合宪性咨询与合宪性审查关系密切,但是域外国家和地区并没有像发展合宪性审查制度那样广泛地建立合宪性咨询制度。除了合宪性咨询内在的局限性,它与司法中立原则以及分权制衡体制的紧张关系,都使得域外不少国家和地区对该制度的去留充满争议。透过这些争论,我们可以更加深入地了解该制度的优势与不足。

### (一)合宪性咨询制度的积极功能

第一,预防违宪立法颁布实施,维护法律关系的稳定性。由于普通法传统强调司法的被动性,所以直到一个法律上的错误真正出现之前,法院不会对法律本身的优劣发表意见,即便此种错误有可能造成实际损害,在损害发生之前法院也被要求保持沉默<sup>①</sup>。由此导致的问题是,一项违宪的法律从颁布实施到得到纠正通常要花费很长时间,而且在此过程中可能会有很多合法权益受到侵害,由此形成了较大的纠错成本。相比之下,合宪性咨询具有较强的预防功能,可以在法律颁布实施之前降低其中存在的违宪风险,而无须等到损害后果已经发生的时候再予以补救,从而提高了法律关系的稳定性。而且,与合宪性审查通常要经历较长的诉讼周期相比,合宪性咨询往往可以在很短的时间内解决问题<sup>②</sup>,能够以更小的成本维护宪法秩序、保障公民权益。

第二,提高权力主体行为的正当性,促进不同主体之间的合作。面对某些新生或者疑难问题,相关权力主体对自己能否或者能够在多大程度上依据宪法采取应对措施,可能缺少十足把握,贸然采取行动又可能引发更大范围的质疑。在此情形下,启动合宪性咨询程序可以帮助其更加准确地理解和适用宪法。有了咨询意见的背书和支持,可以提高其行为的正当性,减少行为可能遇到的障碍。进而言之,合宪性咨询还有助于协调各地方各部门的行动,从而更顺利地实现立法或行为目标。有时面对复杂的社会关系,单一权力主体可能很难独自解决问题,而是需要其他主体的参与或配合。如果其他主体对拟将采取的立法或行为的合宪性存有疑虑,或者存在完全相反的看法,就可能拒绝参与其中<sup>③</sup>。此时启动合宪性咨询程序有助于确认立法或行为与宪法的一致性,打消其他主体的疑虑,或者在合宪性咨询意见的指导下提出既符合宪法又能为各方共同接受的方案,推动立法或行为真正落地。

第三,为不适合诉诸宪法诉讼的问题提供替代解决方案。虽然司法审查目前已经成为域外国家和地区解决宪法纠纷的主要途径,但并非所有问题都适合诉诸宪法诉讼,对此合宪性咨询可以成为一种替代性方案。1981年,加拿大时任总理特鲁多为了推动加拿大实现完全的宪法独立,曾尝试绕开各省,由联邦政府单

<sup>①</sup>Patrick C. McKeever and Billy D. Perry, "The Case for an Advisory Function in the Federal Judiciary," *The Georgetown Law Journal* 50, no. 4 (Summer 1962): 785.

<sup>②</sup>根据奥利弗·菲尔德的研究,在美国允许合宪性咨询的各州,从提交咨询申请到获得咨询意见平均用时 29.8 天;相比之下,各州法律规范从颁布实施到得到司法审查决定平均用时 7 年半。Oliver P. Field, "The Advisory Opinion-An Analysis," *Indiana Law Journal* 24, no. 2 (Winter 1949): 207.

<sup>③</sup>例如,在西方三权分立体制下,议会表决通过的立法通常要在国家元首签署后颁布实施,如果后者对法案的合宪性存在疑虑,就可能拒绝签署。

独请求英国议会同意加拿大修改 1867 年《英属北美法案》，增加允许加拿大独立修改宪法的条款。以魁北克为首的八个省份认为，联邦政府未经各省同意的单边修宪行为违反了宪法惯例，遂发起合宪性咨询程序。加拿大最高法院在咨询意见中指出，修宪应当征得各省的实质性同意虽然不是一项法律要求，但构成一项宪法惯例<sup>①</sup>。联邦政府据此纠正了修宪程序。根据戴雪的经典定义，宪法惯例虽然可以调整官员、政府部门或者某些主权行为，但它们并未存在于现实法律当中，无法被法院实施<sup>②</sup>。在此情形下，法院可以通过合宪性咨询程序发表意见，调整相关权力主体的行为，避免引发宪法危机。

第四，为咨询主体和咨询对象提供对话和交流渠道，推动宪法得到完整准确的实施。《欧洲人权公约》第 16 号议定书提出，咨询程序可以促进欧洲人权法院与各成员国法院的互动，从而推动公约的实施<sup>③</sup>。这在规范层面肯定了合宪性咨询程序的桥梁和纽带作用。在合宪性咨询程序中，咨询主体和咨询对象各有所长：前者更加了解社会事实，对宪法规范与社会生活之间的张力更加敏感；后者更熟悉宪法规范，能够提供相对丰富的教义资源和解释方案。对于咨询主体而言，咨询的过程也是学习宪法知识的过程；对于咨询对象而言，研究处理咨询请求的过程也是了解规范所面向的客观环境变化的过程。经过双向交流之后，咨询主体对于应当如何理解和适用宪法、咨询对象对于是否有必要调整宪法的含义均可作出更为妥当的判断。就此而言，合宪性咨询更加强调整咨询主体与咨询对象的合意与共识，注重在事实与规范反复对照的过程中找到实施宪法的最佳方法。

## （二）合宪性咨询制度的局限

第一，合宪性咨询主要在抽象层面进行，咨询对象解决纠纷的能力有限。合宪性咨询主要发生在立法或行为生效之前，它所涉及的问题通常源自咨询主体的预测和想象，不像宪法诉讼那样有具体争议作为载体，咨询对象能够获取的信息相对有限。尽管实践中部分国家允许咨询主体提供关于所涉问题的概要介绍，但此类信息通常并不全面，法官受时间和精力所限也无暇展开深入研究<sup>④</sup>，这不利于其对宪法的理解和适用作出准确判断，据此给出的咨询意见无法彻底排除立法或行为违宪的可能。澳大利亚在 19 世纪末期的制宪过程之所以没有建立合宪性咨询制度，一个重要原因就是许多代表认为司法权不应当被用来解决抽象的法律问题<sup>⑤</sup>。这一反对意见后来被反复提及，以至于澳大利亚高等法院在 1921 年的判例中明确提出，澳大利亚宪法第七十六条关于高等法院初审权的规定，排除了那些不涉及个体或机构之权利义务的抽象法律问题<sup>⑥</sup>。即便在建立了合宪性咨询制度的加拿大，也有学者认为最高法院对该制度的运用导致太多的抽象争议进入法院，而在缺少具体争议和相关事实的条件下，法院很难给出周延的意见<sup>⑦</sup>。

第二，合宪性咨询与司法的中立性存在张力。如前所述，英国早期的实践已经表明，合宪性咨询可能损害司法的中立性和公正性。资产阶级革命之后，英美国家普遍加强了对法官职业的保障，司法权被认为应当持中而立，避免成为其他机关的附庸。合宪性咨询至少在形式上削弱了司法机关的中立形象。在具体争议发生之前，法院介入立法或行政机关行使职权的做法容易被指责为超越了司法权的界限，是对其他机关权力的不当干预，有可能加剧“司法政治化”的趋势。如果法官已经就相关问题提供了合宪性咨询意见，那么当该问题在事后演变成为真正的宪法案件而再次来到法院时，法官在审理过程中很难不受到自己发表的合宪性

① Re Amendment of the Constitution of Canada [1981] 1 SCR 753-759.

② 戴雪《英国宪法研究导论》，何永红译，商务印书馆 2022 年版，第 465 页。

③ Janneke Gerards, “Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 21, no. 4 (December 2014): 637-639.

④ Mel A. Topf, “The Jurisprudence of the Advisory Opinion Process in Rhode Island,” *Roger Williams University Law Review* 2, no. 2 (Spring 1997): 226.

⑤ Leslie Zines, “Advisory Opinions and Declaratory Judgments at the Suit of Governments,” *Bond Law Review* 22, no. 3 (2010): 156.

⑥ Re the Judiciary Act 1903-1920 & Re the Navigation Act 1912-1920 (1921) 29 CLR 265-266.

⑦ Janneke Gerards, “Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 21, no. 4 (December 2014): 637-639.

咨询意见的影响<sup>①</sup>,这会进一步加剧人们对法院与其他机关“合谋”的质疑,进而降低司法审查结论的可接受性。这既是美国、澳大利亚在联邦层面拒绝合宪性咨询制度的重要理由,也是英国和加拿大近几十年来较少使用这一制度的主要原因。

第三,合宪性咨询可能对其他机关履职产生负面影响。尽管在域外国家和地区的合宪性咨询程序中法院只是意见提供者而非行为决策者,但其存在本身便有可能对政府和议会产生反向激励作用,诱使它们逃避本应承担的宪法责任。菲利克斯·弗兰克福特认为,由于在立法过程中需要迁就司法机关的意见,合宪性咨询剥夺了立法机关根据事实解释宪法的能力、把确定的法律原则适用到新情形之中的能力以及在可允许的试错范围内确认新事实的能力,立法的创新功能因此受到遏制<sup>②</sup>。更重要的是,合宪性咨询可能导致民主责任制的退化。因为有了法院的合宪性咨询意见作为依靠,议会在理解和适用宪法的过程中会缺少足够的动力去探究民众的意愿,议会实施宪法的民主基础会因此遭到削弱<sup>③</sup>。类似问题也存在于法院和政府的关系之中。斯图尔特·杰伊在研究约翰·杰伊在1793年拒绝为华盛顿提供咨询意见的原因时指出,杰伊法官在此之前为华盛顿总统多次提供建议的事实表明,他并不反对法院作为咨询对象的角色,但他更希望帮助总统建立在处理涉外事务时的独立性<sup>④</sup>。在更深远的意义上,杰伊法官此举的目的在于通过司法与行政的彻底分离,促成一个更有效率的联邦政府,使其能够真正独当一面<sup>⑤</sup>。

第四,合宪性咨询在咨询主体和咨询对象之间预设了一种积极的部门关系,这与权力分立的逻辑存在张力。在合宪性咨询程序中,议会和政府需要与法院保持一种相对和谐的部门关系才能高效解决宪法问题。然而,这种对部门间关系的预设可能与英美国家奉行的权力分立原则产生矛盾。按照分权制衡的经典逻辑,不同性质权力主体之间的合作可能给权利和自由带来威胁,而分权则是防止权力过分集中的重要机制。因此,合宪性咨询可能成为法院与议会和政府达成“共谋”的手段,在带来便利的同时潜藏着侵犯权利和自由的危险。美国明尼苏达州在1865年提出咨询程序违反分权原则,俄亥俄州最高法院在1882年也提出,法院为立法机关提供咨询意见是一种对立法功能的不当干预,它反映了一种违宪的趋势<sup>⑥</sup>。此外,实践中各类权力主体之间能否维持相对和谐的关系,是一个并不确定的问题。例如,尽管合宪性咨询在欧洲人权法院被赋予了促进对话的功能定位,但实践中人权法院与各成员国的关系并不如想象中那般协调,不少成员国法院对欧洲人权公约和人权法院采取批判态度,人权法院所作的公约解释进入成员国立法和政策的渠道并不顺畅<sup>⑦</sup>。

通过以上分析可知,合宪性咨询的优势与不足实为一枚硬币的两面,一个国家或地区很难在发挥其积极功能的同时摒除随之而来的消极影响。但需要注意的是,在合宪性咨询的上述缺陷中,有些是制度本身所固有的,比如合宪性咨询的事前性决定了它必然要在抽象问题层面展开,由此得出的结论在立法或行为实施的过程之中有可能被修正乃至推翻;有些则与域外国家的宪法实施方法及其政治体制相关,合宪性咨询与司法中立和分权制衡原则的冲突便是由此而生。这就意味着,一个国家或地区是否有必要建立合宪性咨询制度不能一概而论,应当结合本国宪法实施的真实需求以及宪法实施的体制机制作出具体分析。

### 三 合宪性咨询制度在我国的发展空间

在我国法治实践中,其他国家机关在行使职权的过程中就其遇到的法律问题向全国人大常委会进行咨询,是一种惯常做法。《立法法》生效之后,此种做法被正式确立为法律询问答复制度。虽然最新修正的

① Mel A. Topf, "The Jurisprudence of the Advisory Opinion Process in Rhode Island," *Roger Williams University Law Review* 2, no. 2 (Spring 1997): 228-229.

② Felix Frankfurter, "A Note on Advisory Opinions," *Harvard Law Review* 37, no. 8 (June 1924): 1007.

③ Felix Frankfurter, "A Note on Advisory Opinions," *Harvard Law Review* 37, no. 8 (June 1924): 1007.

④ Stewart Jay, *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges* (Yale University Press, 1997), 160.

⑤ Nicholas C. Starr, "The Historical Presidency: Competing Conceptions of the Separation of Powers: Washington's Request for an Advisory Opinion in the Crisis of 1793," *Presidential Studies Quarterly* 45, no. 3 (September 2015): 611.

⑥ Mel A. Topf, "The Jurisprudence of the Advisory Opinion Process in Rhode Island," *Roger Williams University Law Review* 2, no. 2 (Spring 1997): 221.

⑦ Janneke Gerards, "Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal," *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 21, no. 4 (December 2014): 650.

《立法法》(2023)第六十九条<sup>①</sup>将询问的问题限定在法律层面,但实践中亦有不少宪法问题由此得到解决<sup>②</sup>,所以它在一定程度上发挥着合宪性咨询的作用。不过,该条规定较为简单,据此而进行的询问答复程序不甚明确,答复意见的效力也比较模糊<sup>③</sup>。更重要的是,作为全国人大常委会的工作机构,法工委直接对外行使职权的正当性一直饱受争议<sup>④</sup>,因此建立新的合宪性咨询制度势在必行。在我国合宪性审查工作不断走向深入的时代背景下,其他国家机关将会产生更加广泛的合宪性咨询需求。同域外国家和地区相比,我国的政权组织形式和宪法实施体制有助于对该制度“扬长避短”,可以为提供更加广阔的发展空间。

### (一)我国存在广泛的合宪性咨询需求

前已述及,从行为逻辑上看,合宪性咨询需求主要产生于各类权力主体的事前审查行为。我国《宪法》序言最后一句规定:“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的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”对于各级各类国家机关而言,落实上述规定的第一步便是在行使职权的过程中确保其符合宪法的规则、原则与精神,其中便蕴藏着提起合宪性咨询的广泛需求,对此可以从立法和非立法行为领域分别予以揭示。

在立法行为领域,根据最新修正的《立法法》(2023)第五十七条,全国人大有关专门委员会和常委会工作机构应当提前参与有关方面的法律起草工作。根据官方权威解释,此举的目的之一是“及时了解各方诉求和分歧所在,对重大分歧问题及时协调处理”<sup>⑤</sup>。参与立法起草工作的相关各方因对特定宪法条款理解不同而产生的分歧理应包括在内,这就为立法起草主体提出合宪性咨询请求创造了便利条件,也有利于全国人大常委会发布咨询意见指导立法起草工作。例如,在《审计法》修改过程中,全国人大常委会曾“对审计署职权和审计事项范围的扩大提出合宪性研究意见”<sup>⑥</sup>。鉴于《审计法》的修改草案由国务院审计署负责起草,如果上述问题由审计署主动向全国人大常委会提出,那么两者之间的此次互动便是典型的合宪性咨询流程。在法律位阶之下的其他规范同样有提出合宪性咨询请求的必要。《法治中国建设规划(2020—2025年)》提出:“有关方面拟出台的行政法规、军事法规、监察法规、地方性法规、经济特区法规、自治条例和单行条例、部门规章、地方政府规章、司法解释以及其他规范性文件 and 重要政策、重大举措,凡涉及宪法有关规定如何理解、实施、适用问题的,都应当依照有关规定向全国人大常委会书面提出合宪性审查请求。”这里虽然没有直接提及合宪性咨询,但其要求事实上包括规范制定主体提出审查请求与全国人大常委会审查处理两大部分,因而在本质上属于合宪性咨询范畴。类似的要求在地方层面也有所体现。如《深圳市人民代表大会常务委员会关于保证〈中华人民共和国宪法〉遵守和执行的决定》提出:“积极开展重大决策、重要规定出台前的涉宪性问题研究,必要时依法按程序提出合宪性审查请求,确保重大决策、重要规定于宪有据。”它所指向的行为同样属于合宪性咨询范畴。在深圳市人大常委会提出审查请求之后,是否有必要予以审查处理还要由全国人大常委会作出判断。

在非立法行为领域,部分国家机关在行使职权过程中可能与宪法发生关联,合宪性咨询可以为提供必要的帮助。如在司法审判活动中,根据最高人民法院印发的《人民法院民事裁判文书制作规范》,民事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。据此,人民法院在引用宪法进行说理时,如果对相关宪法条款的理解存在疑问,可以向全国人大常委会提出合宪性咨询请求。

### (二)民主集中制原则为合宪性咨询提供正当性基础

由于我国《宪法》明确将宪法解释权赋予了全国人大常委会,因此,全国人大常委会理所应当成为我国

<sup>①</sup>根据2023年3月13日第十四届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国立法法》,本文都采用最新版本来引用。此为后期修改,下同。

<sup>②</sup>周伟《论宪法询问答复》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第75—78页。

<sup>③</sup>马凤春《“法律询问答复”制度的改造与完善》,《南京社会科学》2019年第6期,第92—94页。

<sup>④</sup>林彦《法律询问答复制度的去留》,《华东政法大学学报》2015年第1期,第55页。

<sup>⑤</sup>郑淑娜主编《〈中华人民共和国立法法〉释义》,中国民主法制出版社2015年版,第151页。

<sup>⑥</sup>全国人大常委会法工委宪法室《把宪法实施提高到新水平——2021年全国人大及其常委会加强和创新宪法实施工作情况》,《光明日报》2022年4月9日,第5版。

的合宪性咨询机关。这种基于宪法解释权的推理逻辑与域外国家和地区把法院作为合宪性咨询机关的原因并无太大区别。不过,与域外国家和地区强调不同权力主体的合作关系因而与分权制衡原则产生冲突相比,我国的合宪性咨询根植于人民代表大会制度之中,与民主集中制原则具有内在一致性,是该原则在宪法实施领域的具体表现形式之一。具体而言,我国《宪法》第三条确立的民主集中制原则主要规定了三方面内容:国家权力机关与人民的关系、国家权力机关与其他国家机关的关系、中央国家机关与地方国家机关的关系。建立合宪性咨询制度与后两者即权力在横向与纵向维度的配置原则相契合。

一方面,从横向维度来看,民主集中制原则要求其他国家机关由人大产生、对它负责、受它监督。传统上认为,此处的负责和监督主要通过报告工作、接受质询、罢免和撤职等形式得到体现<sup>①</sup>,它们一般发生在其他国家机关的行为作出之后,在性质上属于事后评价机制。但民主集中制的内涵不止于此,它同样要求在事前或事中处理好人大与其他国家机关之间的关系。习近平指出:“我们要坚持和完善民主集中制的制度和原则,促使各类国家机关提高能力和效率、增进协调和配合,形成治国理政的强大合力,切实防止出现相互掣肘、内耗严重的现象。”<sup>②</sup>王旭将此类要求提炼为民主集中制原则的相邻规范,并指出其内容之一是权力机关与其他国家机关之间“基于模仿和专业化需求而存在的合作、沟通关系”<sup>③</sup>。在宪法实施过程中,这种“专业化需求”指向了尽可能正确地理解和适用宪法。对全国人大常委会而言,这要求它能够为其他国家机关解决在实施宪法过程中遇到的问题提供指导和帮助。

另一方面,从纵向维度来看,民主集中制原则要求在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性和积极性。在宪法实施领域,中央的统一领导意味着宪法解释权只能由全国人大常委会行使,其他国家机关都必须予以遵守,否则便是违宪。但是,这并不妨碍地方国家机关在行使职权过程中可以提出对特定宪法条款的理解和看法,为全国人大常委会行使宪法解释权积累经验。在推动宪法解释工作方面,合宪性咨询可以成为全国人大常委会和地方国家机关之间沟通和互动的渠道。通过合宪性咨询程序,全国人大常委会可以帮助地方国家机关解决宪法理解和实施问题;与此同时,地方国家机关事实上也在协助全国人大常委会了解宪法在实施过程中遇到的问题,由其在综合各方信息的基础上对问题的普遍性或重要性作出判断,进而决定是否有必要作出正式的宪法解释。因此,合宪性咨询是一种实现全国人大常委会和地方国家机关互利共赢的宪法实施机制,可以为两者之间的对话与合作创造稳定的动力来源。

### (三)全过程审查模式有助于克服合宪性咨询的功能缺陷

如前所述,合宪性咨询制度的固有缺陷之一是它只能在抽象层面回答立法或行为涉及的宪法问题,缺少充分的事实和信息支持,这是我国在建立该制度时必须正视的问题。对此,我国可以着眼于合宪性审查的全过程覆盖特性,通过合理界定合宪性咨询意见的效力来弥补其内在缺陷。当前我国正在着力推进的合宪性审查工作覆盖了立法和行为的事前、事中和事后所有环节,是一种“全链条”<sup>④</sup>式的审查模式。它既强调立法和行为主体在行使职权过程中的自我审查,也注重对职权行使结果的监督和校正。这给合宪性咨询带来的影响是,咨询意见要在全过程的审查流程中反复接受检验,由此可以降低不合理的咨询意见对宪法实施的不利影响。

需要注意的是,虽然我国的合宪性咨询意见由全国人大常委会提供,但它与宪法解释存在本质区别。虽然我国当前还没有正式的宪法解释实践,但毋庸置疑的是,宪法解释需要严格按照法定程序作出,而且一经作出便产生强制约束力,其他国家机关必须予以遵守<sup>⑤</sup>。相比之下,现代汉语中的“意见”是指“对事情的一定的看法或想法”<sup>⑥</sup>,带有较强的主观性,主要是一种建议和参考,不要求其他主体绝对服从。所以,合宪性咨询意见表达的是全国人大常委会对相关宪法问题的理解和看法,对其他国家机关具有指导作用,但不具有

①蔡定剑《宪法精解》,法律出版社2006年版,第173—174页。

②习近平《在庆祝全国人民代表大会成立六十周年大会上的讲话》,习近平《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第82—83页。

③王旭《作为国家机构原则的民主集中制》,《中国社会科学》2019年第8期,第85页。

④《全国人大常委会2021年度立法工作计划》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第4号,第923页。

⑤莫纪宏《法律事实理论视角下的实质性宪法解释》,《法学研究》2021年第6期,第17—18页。

⑥中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第1556页。

规范上的强制约束力,主要在事实层面影响咨询主体对相关问题的判断。具体到合宪性审查过程中,在事前和事中审查阶段,咨询主体需要强化本部门实施宪法的责任意识,不能机械地适用咨询意见,而是要将其与本部门面临的实际情况结合起来,为抽象的咨询意见找到最佳的实现方式。在事后审查阶段,因咨询意见抽象性导致的不足可以得到更大程度的弥补。当前我国的事后审查主要包括两种类型,一类是法律规范备案过程中的审查,此类审查的动力源自《立法法》和其他相关规范的规定,仍然属于抽象审查范畴;另一类是法律规范或行为实施过程中的审查,通常由规范或行为对公民权利产生不利影响而引发,属于具体审查范畴。后者可以为检验咨询意见的合理性创造更多机会。在具体审查过程中,审查主体同样无须受制于咨询意见,可以结合具体争议的事实要素对咨询意见指导下的行为进行审查并给出评价。

#### (四)人大主导的宪法实施体制有助于应对身份竞合导致的信任难题

由于全国人大常委会兼具咨询对象与审查机关的双重身份,所以它很可能会像域外国家的法院那样,在提供咨询意见之后行使事后审查权时遭遇关于公正性的质疑。对此可以从两个方面加以化解。一方面应当看到,虽然其他国家机关可以向全国人大常委会提出合宪性咨询请求,但并非所有与咨询请求相关的问题最终都会在事后引发合宪性审查,而且即便存在合宪性审查的必要,相关争议也未必会全部要由全国人大常委会审查处理。这是因为,全国人大常委会作为合宪性审查机关,行使的是终局意义上的合宪性审查权,并不排除其他有权国家机关在此之前依据自身对宪法的理解作出具有规范效力的合宪性审查行为,使得相关争议在诉诸全国人大常委会之前就已经得到解决,可以降低全国人大常委会审查自己发表过合宪性咨询意见的概率。例如,全国人大常委会法工委法规备案审查室指出:“至少省级地方人大常委会在对规范性文件进行审查时,应当将规范性文件的合宪性作为一项审查内容,并适用合宪性标准作出判断。”“在事后审查时,省级地方人大常委会同样有权对其有权审查的规范性文件的合宪性作出判断也是符合逻辑的结论。”<sup>①</sup>据此,倘若设区的市在制定法规之前就相关问题咨询过全国人大常委会,法规在实施过程中又被提起合宪性审查请求,那么省级人大常委会就有权依据自身的宪法理解得出审查结论。如果相关各方对审查结论没有异议,那么审查程序便告终结,无须全国人大常委会再行处理。

另一方面也要看到,合宪性咨询意见与合宪性审查结论相同本身不是问题,为了维护咨询意见不被推翻而刻意扭曲合宪性审查结论才是需要警惕的行为。对此可以通过完善事后审查机制予以克服,主要方法包括要求全国人大常委会强化合宪性审查结论的说理并及时公开,主动接受人民监督。前已述及,民主集中制的首要内容是国家权力机关的权力源自人民,应当对人民负责,受人民监督。作为最高国家权力机关的常设机关,全国人大常委会行使合宪性审查权的行为应当接受全国人大和全国人民的监督。“强化说理+及时公开”的组合机制可以促使全国人大常委会认真考虑此前发表的合宪性咨询意见在新出现的具体争议中是否仍然适用,考虑是否有必要对其进行修正甚至作出正式的宪法解释来定分止争。虽然域外国家法院同样可以采取相同措施化解民众对审查结论的质疑,但司法的中立性决定了在法院和民众之间缺少规范上的问责机制,法院完全可以对民众的质疑置之不理。相比之下,我国人民监督全国人大常委会不仅具有政治伦理和宪法规范上的正当性,而且在实践中也不存在域外国家舆论干预司法的困扰,可以最大程度地化解全国人大常委会因身份竞合导致的信任难题。

#### 四 结语:推动我国的合宪性咨询实践迈向制度化轨道

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。”<sup>②</sup>本文分析表明,合宪性咨询制度在推进合宪性审查工作、发挥宪法规范效力方面发挥着独特作用。虽然域外国家较早开启了合宪性咨询的制度实践并积累了一些成功经验,但由于该制度与司法中立和分权制衡等原则的紧张关系,使其在域外无法成为被普遍接受的宪法实施方法。相比之下,我国民主集中制的政权组织原则和全过程覆盖的合宪性审查模式可以在避免该制度不足的同时

<sup>①</sup>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113-114页。

<sup>②</sup>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》,《人民日报》2022年10月26日,第1版。

充分发挥其优势。随着我国的合宪性审查工作不断深入发展,将会有越来越多的合宪性咨询请求被提交给全国人大常委会处理,这在客观上要求我们健全合宪性咨询的制度通道。在咨询对象已经确定的条件下,一方面需要进一步厘清合宪性咨询的主体范围,明确合宪性咨询的标准,避免泛滥的咨询请求给全国人大常委会带去难以承受之重;另一方面,应当健全合宪性咨询的程序,完善合宪性审查与合宪性咨询的衔接机制,在尊重咨询主体职权完整性的同时充分发挥咨询意见的指导功能,实现合宪性咨询制度的规范化发展,使其更好地服务于依宪治国的伟大实践。

## Possibility of a Constitutionality Consultation System with Chinese Characteristics

Zhu Xuelei

Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China

**Abstract:** Constitutional consultation is an independent constitutional implementation mechanism, which is different from and related to constitutional review, and the two should not be confused. The development history of constitutionality consultation in foreign countries shows that it cannot solve all constitutional problems while promoting constitutional implementation, and may lead to the improper expansion of the power of the consultation target and affect the normal operation of the constitutional power division system. Not only is there a wide demand for constitutional consultation in China, but also the organizational principle of democratic centralism and the model of constitutional review covering the whole process can give full play to its advantages while avoiding the shortage of constitutional consultation, thus providing a broader space for the development of the system. In the future, it is necessary for China to further improve the details of the constitutionality consultation system and provide it with the necessary regulatory basis, so that it can better serve the great practice of ruling the country according to the constitution.

**Key words:** constitutionality consultation; constitutionality review; constitutional implementation

[责任编辑:苏雪梅]