

# 從地方起步的憲政治理 —— 港澳基本法審查機制的啟示\*

李燕萍\*\*

## 一、問題的提出

改革開放30年來，中國經濟以較高速度增長，10多年來中國GDP增長水平都達到了8%。社會現代化程度日益增強，城市發生著日新月異的變化，公民的財產迅速增加，中國人由過去的“無產者”變成有產者，擁有自己的房子、企業和投資。中國人的生活水平有了很大提高，中國經濟發展的成就是舉世矚目的。然而，在經濟增長的同時出現了一些引起普遍關注的社會問題，貧富差距、失業問題、環境惡化、教育和醫療缺乏有效保障等，社會失序現象時有發生。與此同時，公民的權利意識提升，對自由民主的追求也成為了社會的重要訴求。如何回應這種社會渴望，成為政府與社會不可忽視的問題。國家在1999年憲法修正案中寫入了“依法治國，建設社會主義法治國家”的內容。從此，如何將紙面上的法治國家轉化為實踐中的法治行動成為中國法治研究重點，其中憲政（憲法政治）觀念成為學界所熱議的內容。目前為止，憲政研究至少形成了以下一些基本認識：

### （一）憲法與憲政並不具有完全等同關係，而是既有聯繫又有區別的政治法律現象

換言之，任何國家都可以制定憲法，甚至設計出完美無缺的憲法文本，卻未必有憲政狀態。這是因為，憲政不僅需要一個清晰的憲法文本，更需要人們努力的將憲法規範在實踐中予以實施，從而實現依

\* 本文寫作獲得澳門基金會專案支援，並於兩岸四地法學論壇進行交流，特此致謝。

\*\* 澳門理工學院一國兩制研究中心，客座副教授專案支援。

據憲法治理的狀態。因此，憲法的內容直接決定憲政的內容，立憲的目的就是憲政的目的；沒有憲法就談不上憲政，而離開了憲政，憲法則成了一紙空文<sup>1</sup>。憲政就是以憲法治理國家，可以說，憲法是靜態的憲政，憲政是動態的憲法，憲法的實施、完善和發展寓於憲政之中<sup>2</sup>。

## （二）在內容上，自由人權、民主和法治是憲政的基本價值與原則

首先，憲政以自由與人權為價值追求，核心在於限制公共權力、保障基本人權。憲政的直接目標在於自由，憲政不能保證人民成為國家主人翁，但可以保證人民成為自由民。憲政不外乎要將現行國家權力納入憲法軌道，使統治者權力的運用受到法治的約束，憲政不是要將統治者的權力奪過來交給人民，憲政是要保障人民的自由不受統治者權力的侵犯<sup>3</sup>。因此，作為國家根本大法，憲法不只是保護多數人的權利，而是要保護所有人的基本權利，這是現代自由主義的宗旨，也是憲法不同於普通法律的基本目標<sup>4</sup>。這些基本權利任何人都不可以拿任何藉口來侵害和剝奪。其次，儘管憲政具有治療民主制帶來的多數人暴政的功效，從而在憲政與民主之間形成某種張力，但是憲政從來都不會在絕對意義上排斥民主制度。這是因為民主制度所要解決的現代國家權力來源的合法性問題同樣是憲政理論的根基，在此基礎上，憲政更加強調對政府權力的限制與防範，憲政要解決的是國家政治權力的運作和行使問題。因此，作為憲政的一個重要組成部分，多數主義的民主原則在通常情況下必須發揮作用，憲政與民主形成互為補充的關係。最後，憲政與法治的區別則在於，憲政強調權力有限性，法治則側重於權力的運行狀態和過程，即依法而治<sup>5</sup>。因而，沒有法治作為基礎，就不可能產生實質意義上的憲政，憲政本身就是法治的最後與最高階段。

- 
1. [美]斯蒂芬·埃爾金、卡羅爾·愛德華·索烏坦：《新憲政論——為美好社會設計政治制度》，生活讀書新知三聯書店1997年版，第27頁。
  2. 白鋼、林廣華：《憲政通論》，社會科學文獻出版社，2005年，第116—122頁。
  3. 杜綱建：《新憲政主義與政治體制改革》，載《浙江學刊》1993年第2期。
  4. 張千帆：《憲法學導論——原理與運用》，法律出版社，2004年，第53頁。
  5. 李曉兵：《憲政體制下法院的角色》，人民出版社，2007年，第18頁。

### （三）在現代社會，司法審查制度被視為實現國家憲政的重要技術手段

司法審查是指法院或司法性質的機構依據憲法對政府行為的審查，包括對立法與行政行為的審查。和法治一樣，憲政的實現也需要一定的體制基礎，憲政審查的關鍵在於能夠有效約束公共權力的肆意，尤其是立法權與行政權的濫用。世界各國在探索過程中，先後都採用了由獨立的具有司法性質的機構承擔憲法審查責任的方式。這是因為司法機構作為“危險最小”的政府分支，既無財權又無勢力，只有嚴格依循法律的職責，因而法院必須有宣佈違反憲法明文規定立法為無效的權力。否則，一切保留特定權利與基本權利的憲法條款將形同虛設<sup>6</sup>。對於司法機構濫用權力的可能性，立法可以通過修改法律或憲法的方式使憲法或法律條款更加明確，從而推翻審查機構的錯誤解釋。事實上這是西方國家的議會經常採用的手段，如法國議會近年來就連續幾次通過修憲撤銷了憲政院決定的效力<sup>7</sup>。

### （四）憲政理論雖然始於西方社會，但是在限制公共權力、保障人權方面具有一定的普遍意義

這是因為在任何社會治理中，都面臨著如何有效遏制公權力的肆意與濫用的問題。面對這個普遍性的世界難題，人類迄今為止發明的最有效的辦法，就是對權力進行恰當的約束和限制，就是確立法治和憲政，建立一個憲政共和國<sup>8</sup>。事實上，歐美國家歷經數個世紀逐漸形成的憲政原理，二戰以後在許多國家得到實踐，有理由相信從憲法到憲政的根本轉變構成了20世紀不可逆轉的大趨勢，並將持續到21世紀<sup>9</sup>。推行憲政治理同樣是中國社會的重要訴求，這種訴求可以上溯至清末的新政運動，1908年制定的以厘定君主與臣民之間權利義務關係

6. [美]漢密爾頓：《聯邦黨人文集》，商務印書館，1980年，第392頁。

7. 張千帆：《憲法學導論——原理與應用》，法律出版社，2004年，第168頁。

8. 王建勳：《自下而上的政治實踐》，載《南風窗》，2008年第5期。

9. 張千帆：《從憲法到憲政——司法審查制度比較研究》，載《比較法學研究》2008年第1期。

為內容的《欽定憲法大綱》被視為中國立憲之端。儘管百年來中國憲政步履艱難，但是，絲毫不減人們對憲政的熱情與追求。關鍵在於如何突破有憲法無憲政的局面。

由此可見，憲政也許可以描述為一種以法治為形式、司法為屏障、以民主為基礎、分權制衡為手段、以規範權力和保障人權為目標的政法體制。其要旨在於憲法必須得到有效實施，從而使公民有機會實現憲法中所確定的權利內容，維護憲法的最高法律地位。獨立的司法性質的機構被視為承擔憲政審查的合適角色，在公民與政府之間的衝突中，尋找恰當的平衡點，確保憲法規範的有效實現。但是，在中國，一方面現有的憲法監督制度似乎並不能發揮應有的功能，另一方面司法機關能否擔當憲政審查的責任依然受到人們的質疑，中國憲政似乎陷入了無法推進的泥沼，哪裏才是突破呢<sup>10</sup>？其實只要稍微將目光開闊一些，就可以發現中國憲政的制度建設並未停滯，至少在中國的港澳地區，一種有別於傳統的憲法監督制度，建立在“一國兩制”理論基礎上的港澳基本法審查模式正在成長，尤其是其中的司法審查部分將為中國憲政發展提供寶貴經驗，值得認真研究。

## 二、港澳基本法審查機制及其憲政問題

港澳基本法作為港澳地區的最高法律同樣面臨著如何有效實施的問題。從制度層面上看，基本法中並沒有規定特別的保障機制，而是通過基本法解釋制度來處理這個問題。香港基本法第158條（澳門基本法第143條）規定：

“本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。

全國人民代表大會常務委員會授權香港（澳門）特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港（澳門）特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。

---

10. 據不完全統計，中國憲法監督機關到今天為止都對憲法的解釋保持“零記錄”，換言之憲法監督制度並未得到有效實施；關於憲法司法化問題，有學者指出在中國，法院解釋憲法的能力是有限的，難以指望法院成為未來中國的政治、社會改革的擔當者。陳端洪：《論憲法作為國家的根本法與高級法》，載《中外法學》2008年第4期。

香港（澳門）特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如香港（澳門）特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港（澳門）特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港（澳門）特別行政區終審法院提請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港（澳門）特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。

全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港（澳門）特別行政區基本法委員會的意見。”

可見，基本法設置了雙層解釋體制，一方面解釋權保留給全國人大常委會，以滿足國家現行的法律解釋制度要求；另一方面授予港澳地區法院解釋權，一定程度上承認了司法保障基本法實施的必要性。儘管對於解釋權與審查權之間的關係仍有爭議，但是大多數學者承認，對於法院而言，單純的解釋權是沒有必要的，在處理案件過程中，解釋基本法的過程必然涉及對相關法律或法規是否符合基本法的判斷問題，而這個問題往往是處理實體糾紛的前提。因此，法院的解釋權在很大程度上意味著法院有權進行基本法審查行為<sup>11</sup>。因而，基本法的雙層解釋機制在實踐中就自然演變為基本法的審查制度，由全國人大常委會與港澳地區的司法機關共有基本法的審查權力。

回歸十年來，港澳地區的司法實踐中出現了許多涉及基本法的案件，其中更有引發中央“釋法”行為的案件，引起了媒體與學界的關注而廣為人知。然而，更多的案件並未引發中央“釋法”，有些個案涉及法院認定政府行政法規或行政命令違反基本法，使得基本法審查具有了權力制衡的功能。本文嘗試從文本與實踐兩個方面解讀港澳地區基本法審查機制並探討其中蘊涵的憲政問題。

---

11. 參見陳宏毅：《香港與臺灣的憲政發展》，載《中研院法學期刊》創刊號；駱偉建：《論澳門法律制度中的司法審查》，載《兩岸四地法律發展》（上冊），中央研究院法律學研究所籌備處2007年刊印。

## （一）港澳基本法的中央審查機制

作為全國性法律，港澳基本法仍然遵循了國家現有的“誰制定，誰解釋”的法律解釋原則。根據基本法的規定，全國人民代表大會常務委員會享有基本法解釋權。從文本上看，這項權力具有以下特徵：

1. 全國人大常委會的解釋權是全面的，具有最高法律效力。儘管在基本法中對中央地方權限進行了較為清晰的劃分，但是全國人大常委會的解釋並不局限於中央管理的事項，而是對整部基本法具有完全的解釋權。另外，對於同一事項，全國人大常委會的解釋優於港澳地區法院的解釋。
2. 在性質上，全國人大常委會的解釋屬於立法解釋，僅對基本法規範進行抽象解釋，並不涉及個案審理過程。即使是由於個案而提請的解釋，全國人大常委會也只能針對規範本身做出具有普遍約束力的解釋。
3. 在程序上，全國人大常委會的解釋屬於被動解釋，需由特別行政區的終審法院提請解釋。而且，從文本上看，即使在法院作出申請的情況下，全國人大常委會可以選擇解釋或者不解釋。實踐中，回歸以來全國人大常委會針對香港基本法的有關條文已經作出過3次解釋。在具體操作過程中，全國人大常委會的解釋有著如下的實踐特點：

1. 在觀念上，全國人大常委會明確表達了謹慎行使權力，充分關注民意的意願，以平息法治主義對立法機關行使解釋權的質疑<sup>12</sup>。
2. 充分尊重法院個案判決的效力，不干預個案處理。例如，在吳嘉玲案件中，全國人大常委會雖然作出了與該案判決不同的解釋，但是根據“新法不溯及既往”的規則，這項解釋並不適用於案件本身，僅是在以後的類似案件中約束法院判決的法律依據。
3. 在啟動程序上，發展出了由行政長官通過國務院提請解釋與全國人大常委會主動解釋兩種形式。雖然後者為學界所普遍反對，但是前者卻獲得了基本認同。換言之，行政長官通過國務院提請解釋的方式有可能成為基本法解釋啟動程序中的一種慣例得到維持。

此外，基本法中還設置有法律備案審查機制以保障基本法在港澳地區的最高法律地位。例如，澳門基本法第17條規定，澳門特別行政

---

12. 程潔：《論雙軌政治下的香港司法權——憲政維度下的再思考》，載《中國法學》2006年第5期。

區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案，備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的澳門特別行政區基本法委員會的意見後，如認為澳門特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和澳門特別行政區關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除澳門特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。可見，中央通過立法審查與基本法解釋兩種方式實現對特別行政區法律體系的控制，保證基本法在特別行政區得到有效實施與履行。

## （二）港澳基本法的司法審查機制

雖然從國家層面來看基本法只是一部由全國人大制定的法律，但是對港澳地區而言，基本法就是“憲法性文件”<sup>13</sup>。因為基本法的功能就是規範港澳地區的機制，規定政府由哪些機構組成，權限如何，相互關係是甚麼，政府機構與人民的關係怎麼樣？在這個意義上基本法起到了憲法的作用，具有最高的法律地位，任何本地法律都不能與它衝突。因此，港澳地區回歸之後，兩地法院都面臨著保障基本法的有效實施問題。從文本上看，港澳地區的基本法司法審查機制具有某些共同之處：1. 就審查主體而言，無論香港還是澳門，各級法院都有權解釋基本法。換言之，各級法院都可以將自己對基本法的理解通過解釋的方式表達出來。2. 就審查對象而言，法院在處理涉及基本法問題的訴訟時，主要任務是判決訴訟當事人的權利義務關係，而裁定涉案的法律或行政行為是否符合基本法，只是為了達到判決而需要解決的“前提問題”或“附帶任務”。3. 程序方面，基本法並未設置專門“基本法訴訟程序”，因而，兩地法院只會在普通的司法訴訟程序中處理相關的基本法問題。

在實踐中，由於法治傳統的不同，港澳地區法院面對幾乎完全相同的基本法規範，結合各自的司法傳統，探索著基本法司法審查的具

---

13. 陳宏毅：《單一與多元——“一國兩制”下的特別行政區基本法》，載張千帆主編《憲法學》，法律出版社，2004年，第489頁。

體方法。首先，如何處理基本法解釋權與基本法規定的“司法權受到原有法律制度與原則的限制”之間的關係。在香港，法院遵循普通法傳統，在回歸之前就已經開始審查法律和行政措施是否抵觸《人權法案》或《公民權利和政治權利國際公約》。因而，回歸後香港法院的違憲審查依據順理成章的從《公民權利和政治權利國際公約》的人權標準擴展到《基本法》的任何條款，不會受到任何限制與約束。在澳門，情況則大為不同。遵循大陸法系傳統，回歸前的澳門法院作為葡萄牙的地區法院並沒有違憲審查職能，有關的憲法訴訟均需提交里斯本的憲法法院解決。此外，儘管澳門《行政訴訟法典》中規定有對抽象的規範違憲之訴，但是公民並不能對違反載於根本規範的規範提起訴訟。這樣無形中就排斥了公民單獨就法律規範提起違反基本法訴訟的可能。如何克服這些法律上的障礙，是澳門法院首先必須解決的問題。對於前者，澳門法院強調回歸使得澳門政治秩序發生了根本性的變化，法院的基本法解釋權始於全國人大的授權，因而原有的憲政秩序並不能約束已經變化了的法院司法管轄範圍，因而澳門法院完全可以行使對基本法的解釋權力。對於後者，澳門法院則表現的非常服從。換言之，法院也承認由於澳門並沒有單獨的基本法訴訟程序，因而，在目前的制度框架下，公民試圖挑戰抽象的法律規範違反基本法是不可能的，只有在具體的權利義務糾紛中提出有關的請求才能受到法院的審理<sup>14</sup>。法律效果方面，香港法院的判決具有“先例”的功能，對於以後的類似案件具有法律約束力，因而法院關於基本法的解釋，可以通過判例制度在各個法院之間獲得較為一致的遵循；澳門法院需要通過“統一司法見解”來確定法院對基本法解釋的普遍效力，否則法院對基本法的解釋僅有個案約束力，不影響其他法院在不同案件中對同一條款進行不同解釋，當然，各個法院自身基於法治統一的原則會對自己所作的基本法解釋採取前後一致的態度<sup>15</sup>。

港澳地區回歸以來的法治實踐表明，大多數司法審查案件得到了尊重與執行。即使是判決政府敗訴的案件，也只是引發了政府的正面

---

14. 參閱澳門終審法院第9/2006號合議庭裁判。

15. 參閱澳門中級法院第223/2005號案（重審）合議庭裁判，澳門終審法院第28/2006號合議庭裁判。

應對，而非簡單拒絕。例如，澳門法院多次判決行政法規因為缺乏法律依據而無效，雖然在澳門社會引起了較大反響，但是政府並未消極抵抗，而是積極應對，向立法會提出了《關於法律與行政法規關係》的立法草案，試圖通過立法方式明確行政法規的地位、性質、內容與合法性。儘管這是將有關爭議從法院轉移到了立法會，但無論如何這對於完善澳門的法律體系起到了非常積極的作用，並且有助於澳門法治社會的成長。

由上述可見，港澳基本法的審查機制既容納了中國現有的法律解釋制度又適應現代憲政主義的要求，在法律審查制度方面具有一定的創造性。其中至少有著如下的憲政課題：

## **1. 港澳基本法的審查機制體現了中央地方關係法治化的必要性與可行性。**

對於中央政府來說，港澳基本法的審查機制最大限度體現了規範化治理的優勢與特點。在中國傳統政治中，中央對地方的控制主要依賴人事控制與財政控制，依靠自上而下的政治信任完成國家的各項事務。但是，單純憑藉人事財政控制所帶來的中央地方兩傷的後果卻也是中國傳統政治的痼疾。港澳基本法的審查制度以法治化的方式既保障了中央權威，又體現了地方自治。中央對基本法的解釋是全面且最高的，但是通過授權讓地方法院獲得最大限度的司法自治。這種制度化規範使得中央政府能有效利用制度條件約束地方法院的“僭越”，地方法院也能在對制度認同的基礎上回復理性，承認中央的最高權威與尊嚴。這種對話看似吵嚷，卻以一種公開、規範的方式體面的解決了分歧與爭議，這是中國政治發展的一個重大進步。

## **2. 港澳基本法的審查機制對中央與地方的制度發展提出了各自的要求。**

就中央政府而言，有必要認真檢討港澳基本法中的全國人大常委會解釋制度在實踐中引起的軒然大波。換言之，如何從制度方面增強全國人大常委會解釋的規範性與法治特徵。例如，在程序上，增加透明度與公開性，盡可能依循某種司法模式處理有關的爭議；在人員方

面，負責基本法解釋人員可以考慮相對固定，以專業性與中立性進行遴選，增強基本法解釋中的司法性格與品質。就港澳地區而言，憑藉著一國兩制提供的政治條件，開始了由地方實踐的司法審查制度，如何發揮司法審查對區域憲政發展的積極作用是值得認真對待的課題。這不僅是港澳地區政治發展的需要，同時對於國家憲政成長也有著不可忽視的借鑒功能。對於港澳地區法院而言，最大不適應恐怕在於如何操作向全國人大常委會的提請程序。司法被動性的特點使得港澳地區法院缺乏與立法、行政分支主動溝通的習慣，同時在具體事項上也會發生因為理解不同而造成的法院不主動提請解釋的現象。因而，以何種方式提請全國人大常委會解釋似乎仍是有待細緻研究的問題。

### 三、從地方起步的中國憲政道路

百年以來，中國人已經逐漸意識到憲政不僅需要一部憲法，具有民主、法治、人權等內容，更需要行之有效的實踐機制。只有公民能夠有效使用的憲法才可能帶來憲政，在這個意義上，地方的憲政實踐值得關注。因為這種實踐有助於培養公民的憲法意識，形成依循法治原則處理公共事務的習慣。事實上，改革開放以來，紮根於基層的民主憲政活動發展迅速，來自於民間的力量正強烈的推動著國家向憲政發展。主要表現在：

#### （一）民主治理成為城鄉基層管理的重要手段。

在農村，1998年全國人大正式頒佈《村民委員會組織法》，全面推行村委會選舉和村民自治制度，人們開始了對民主直選的追求。包括鄉鎮黨委書記和鄉鎮長的公推公選，縣級領導幹部的公推公選。在四川遂寧市步雲鄉1998年和2001年先後進行了兩次鄉長直選改革。2002年在四川省已有40%的鄉鎮實行了鄉鎮長和黨委書記的競爭性選舉改革。<sup>16</sup>在城市，以商品房住宅為主的社區式的居住方式割斷了住戶間原有的聯繫，建立在公民平等擁有私有房產基礎上的新型社區自

---

16. 賴海榕：《競爭性選舉在四川省鄉鎮一級的發展》，載《戰略與管理》2003年第2期。

治不同於原有的居委會自治管理模式<sup>17</sup>。業主參與公共事務決策的行為在很大程度上就是一種民主協商、博弈、妥協的過程，在這個過程中人們切實體會著民主的利與弊，訓練著規則意識與平等精神。

## （二）公民維權行為日漸增多，試圖喚醒沉睡中的憲法權利條款。

2001年齊玉苓案件揭開了憲法維權的序幕，在這一案件中，最高人民法院作出了司法解釋，指出以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利應當承擔民事責任。之後出現了一系列憲法維權案件，如高中生訴教育部案；乙肝病毒攜帶者請求違憲審查案。繼孫志剛事件之後，人們又紛紛開始對各種各樣的法規、規章等規範性文件提出違憲審查的要求。

然而，在這些行動中，司法審查並沒有如期而至，儘管期間全國人大常委會設立法規審查備案室被學者熱情的呼喚為“中國憲政時代的開始<sup>18</sup>”，但是齊玉苓案件所開啓的法院解釋憲法的行為只是堪比英國的“博納姆醫生案”而非美國的“馬伯里訴麥迪遜案”，憲政審查依然離我們很遠。那麼是甚麼原因使得中國接受憲政的自由民主價值，卻難以實踐憲法審查制度呢？目前學界討論的比較多的憲法審查模式主要有兩種：分散式與集中式。分散式主要指美國的司法審查模式，由普通法院在具體個案中審查立法和行政行為的合憲性，法院的違憲判決僅在個案中有效，並不能宣告法律普遍無效。集中式又分為德國模式與法國模式。德國模式是指由專門的憲政法院審查立法行為的合憲性，可以具體審議公民與政府機構之間的糾紛，也可能是抽象審查政府機構之間的爭執；法國模式則由專門的憲政委員會事先對法律進行抽象審查，排除公民挑戰法律的可能性<sup>19</sup>。學界普遍認為在現

---

17. 傳統的居委會是由國家預先設定，履行的是由行政機關委派的各種職能，仍然是一種“自上而下”的管理模式。在商品房住宅社區中，每個業主都具有與自身房產價值相對應的財產權，對於影響自身房產使用效益的社區公共配套設施、綠地等共有財產和公共事務的管理，業主具有極高的參與熱情，在社區中公民參與公共事務決策的廣泛性是居委會不能相比的。

18. 張千帆：《中國憲政時代的開始？》，載《法制日報》2004年6月28日。

19. 張千帆：《憲法學導論——原理與應用》，法律出版社，2004年，第168—180頁。

行憲法架構下，中國不適宜採取普通法院模式，不僅因為可能與其他國家機關產生權力衝突，也是“過高估計了中國司法機關的能力”。因而比較重視如何從中央開始建立違憲審查制度，然而無論是增加最高人民法院的憲法審查職能還是另行設立憲法委員會似乎都有與現行的人大制度發生衝突的嫌疑，從而使得制度推進變得異常困難<sup>20</sup>。

在這種情況下，港澳地區的基本法審查機制可以視為從一種地方開始的憲政建設，在某種意義上為中國憲法審查提供了值得參考的範例。尤其是其中的司法審查部分，對於全國性的憲政審查制度的建立有較大的啓示作用。

### （一）可以嘗試在地方設置“司法特區”，選擇合適的地區試行司法審查制度，從日常案例中積累憲政審查經驗

在開始時，審查範圍可以限於公民憲法基本權利保障案件，主要是轉變人們對憲法政治綱領的認識，然後再推動憲法針對公權力之間發生爭議的違憲審查制度。這種做法看似極大改變了法院現行的職權範圍，其實卻是收益大成本小的行為。首先，有助於擊破憲法神秘主義面紗，讓當事人與法院在具體的案件中體會憲法權利保障條款的功能。新中國成立以來，憲法更多是以政治綱領、宣言的面目出現在社會生活中，最終變成為“碰不得”的紙面的憲法。這種憲法神秘主義並不有利於憲法的健康發展，反而增加許多無謂的政治猜測。事實上，改革開放以來，憲法的數次修改歷程越來越清晰的告訴人們，憲法確實是隨著社會經濟條件的變化而變化的產物，具有現實有用性，關鍵是要依循正式的程序與規範的制度予以落實。其次，有助於訓練法官解釋憲法的能力。目前的司法實踐中，法官不僅不解釋憲法，甚至出現了有意回避憲法問題的現象。長此以往，必然無法適應日益繁雜的社會生活的要求。因而，必須有意識的鍛煉法官的憲法解釋能力。在方法上，憲法解釋不僅立足於文本規範，更多的是對立法目的的探詢，通過說理的方式表達出來，從而在社會上樹立清晰的憲政法治觀念與形象。最後，有利於促進國家各個權力分支形成遵循憲法規範的習慣。以訴訟方式進行的憲法解釋，對於政府各個部門而言具有

20. 張千帆：《憲法學導論——原理與應用》，法律出版社，2004年，第167頁。

生動形象，印象深刻的特點。同時由於事關涉訟部門自身的社會形象問題，因而極大提升各個權力分支對憲法的遵從意識，促進國家機構依憲執政的工作方式。

## （二）保持全國人大常委會對憲法的最終解釋權

一方面通過中央釋憲機制控制可能出現的地方失控現象，嚴格約束釋憲的範圍與內容；另一方面能夠有效啟動現有的憲法保障和監督制度。憲法中已有的保障和監督制度長期不能得到施行，是為學界所詬病的憲政問題。究其原因，最為重要的是缺乏有效的啟動機制。儘管立法法設置了有關的規範審查機制，但是從實踐效果來看，單純憑藉立法者的自查行動往往難以達到規範治理的目標。反之，港澳基本法審查機制中，只是有限度的加入了司法審查元素，卻在短短十年時間內就引發了全國人大常委會的數次解釋行動，這證明地方的憲政審查在某種程度上可以發揮“鯨魚效應”，激發人們探索憲法目標，討論憲法規範的熱情，從而推進憲法規範主義精神的成長。

## （三）逐漸改造全國人大常委會解釋憲法的工作方式，將全國人大常委會解釋憲法的職能逐漸固定成型

形成相對獨立完整的的審查程序與內容，將相關人員與程序穩定下來，慢慢增強全國人大常委會這部分工作的司法性與獨立性。在將來條件成熟時，甚至可以考慮與基本法審查機制相結合，最終形成法治統一的國家。這是因為憲政審查機構在本質上應該是一個類似於法院的司法機構，解釋與審判本身主要是一項司法任務，正如馬歇爾法官指出“闡明何謂法律乃是司法部門的職權與責任。”並非所有立法代表都精通司法解釋的技術，且即使精通，繁忙的立法事務也將使他們無暇顧及個案解釋與判斷。除了將這項任務通過憲法授權給一個相對獨立的憲政審查機構，似乎沒有更好的解決方法<sup>21</sup>。對於中國而言，賦予司法機關更多的職權與責任，訓練司法自治與獨立能力，也許是邁向憲政中國的步驟之一吧。

21. 張千帆：《憲法學導論——原理與應用》，法律出版社，2004年，第181頁。

