

澳門學者文庫之十二

濠江法治論衡

李燕萍 著



澳門學者同盟出版

澳門學者文庫之十二

濠江法治論衡

李燕萍／著

澳門學者同盟

2012年9月

濠江法治論衡

作 者：李燕萍

編 輯：梁淑雯、陳慧丹

封面設計：陳慧丹

出 版：澳門學者同盟

出版日期：2012 年 9 月

印 刷：華輝印刷有限公司

規 格：14.8×21 厘米

印 量：1,000 本

定 價：澳門幣 80 元

ISBN 978-99965-832-1-6

澳門學者文庫編委會

楊允中（召集人）、吳志良、郝雨凡、劉本立、駱偉建、
楊秀玲、鄧思平、鄭國強、麥瑞權、王志石、鄧安琪

作者簡介

李燕萍，江西臨川人，哲學博士，澳門理工學院一國兩制研究中心副教授級研究員。研究方向為比較憲法與行政法、法哲學。在中國內地和港澳地區期刊、報紙上發表論文多篇，著有《澳門的法院和審判制度》（中國民主法制出版社 2011 版）等。

自序

“一國兩制”作為實現國家和平統一的偉大構想是中國人民智慧的體現。隨着香港、澳門陸續回歸祖國，港澳基本法的先後施行，“一國兩制”實踐圖景也逐漸展現在世人面前。如何從理論與實踐兩個層面深入研究，推進“一國兩制”和特別行政區法治的健康成長，成為中國學者，尤其是港澳地區學者義不容辭的責任。就澳門法律制度而言，一方面，它有着明顯傳自於歐洲大陸法系的法律體系特徵，重視法典化和程序主義，《民法典》、《商法典》、《刑法典》、《民事訴訟法典》、《刑事訴訟法典》、《行政程序法典》等幾乎負載了澳門社會的絕大多數基本行為規範；另一方面，它又有濃鬱的華人社會特點——厭訟與追求和諧。回歸之後，在澳門地區，基本法成為具有類似憲法功能的最高位階的法律。隨着基本法實踐的發展，圍繞《澳門基本法》的解釋制度、行政法規地位、行政立法關係、民主政制發展等問題，在澳門社會引起了較為廣泛的思考與討論。2005年來到澳門工作後，我將自己的全部學術興趣投入到了澳門特別行政區的憲政法治研究之中，思考並寫作着。在學術研究的過程中，我始終堅持着以下幾個基本立足點，嘗試着對“一國兩制”、基本法問題以及澳門特別行政區的法治問題做出獨立而理性的回答。

第一，將“一國兩制”與港澳基本法置於中國憲政發展的歷史背景下進行研究。簡單而言，憲政就是以憲法治國的政治體制。近代以來，建設憲政中國是以孫中山為首的無數仁人志士的心願，然而，由

於文化的差異與制度的缺失，中國憲政道路始終充滿了坎坷與曲折。

“一國兩制”政治構想的確立，港澳基本法的實施在某種程度上為中國憲政成長提供了新的發展思路與實踐可能。一方面，作為一種國家制度安排，“一國兩制”下中央與特別行政區關係實現法制化，遵循着理性對話的現代法治精神發展；另一方面，一國之內在民主、法治、人權、司法制度等方面實行不同的制度模式，形成了制度比較與競爭，有助於人們突破意識形態的禁錮，更加理性的進行制度選擇。隨着政治、經濟、文化等方面交流的增加，制度之間互相比較、借鑒、吸收、融合，有可能生長出更加具有適應性、符合社會發展需要的國家憲政制度結構。

第二，就澳門特別行政區的法治而言，行政主導是對澳門特別行政區政制體制最重要的表述，強調行政長官及其領導的政府部門在政治、經濟和社會生活中的重要意義。行政公開和行政民主則是確保行政主導的正當性與合法性的根本途徑。行政公開要求行政的依據公開、過程公開、信息情報公開，是政府公正廉潔辦事的重要保障。行政民主意味着，在行政內部，政府機構之間不再是簡單的上下級服從關係，越來越多的民主元素展現出來。在外部，行政機關注重與相對人協商溝通，不能以強迫相對人服從而維護秩序為惟一目標。

第三，基本法不僅應當是一部具有實際效力的法，更應當是一門解決實際社會問題的科學。基本法作為規範政府權力結構、保障基本權利在澳門特別行政區具有最高位階的法律，與憲法一樣包含着價值、原則和理念，甚至充滿意識形態的成分，這是任何國家和地區憲制性法律文件中不可避免的內容，事實上，完全中立的憲法文件是不存在的。但是基本法研究則應當客觀中立的總結、梳理、比較和分析，依靠實際案例和具體事件來說明問題。因此，關注司法判例、研讀實際案例是從事澳門基本法研究的路徑，通過盡可能不帶成見的自由研

究，為國家憲政實踐提供有意義的經驗並總結規律。

本書有選擇的收集了我近六年來陸續發表在《21 世紀》、《東吳法學》、《公法評論》、《澳門研究》、《港澳研究》、《“一國兩制”研究》、《基本法研究》、《行政》等刊物中的文章，以及在有關學術會議上提交的論文。按照這些文字的內涵，我將它們編排在三個小標題之下，分別是“一國兩制”與憲政、行政法治、司法及其相關問題等。希望通過這種階段性的滙集工作，一方面能夠整理思緒，記錄自己的思想軌跡，另一方面也能激勵自己不斷開陳出新，在此基礎上有新的思想出現。由於理論基礎與對澳門社會認識有限，判斷失當失據之處在所難免，衷心期望學術先進與廣大讀者加以指正。

李燕萍

2012 年 7 月 20 日

目 錄

自序	III
一、“一國兩制”與憲政	
“一國兩制”的憲政價值及其發展	3
港澳基本法與中國憲政發展	19
港澳基本法中的憲政元素及其實踐意義	29
港澳基本法模式下的中央地方關係評析	42
中國地方自治制度的新發展	
——特別行政區高度自治的憲政意義及其局限	52
“一國兩制”下全國人大常委會基本法解釋機制的探討	66
對港澳基本法解釋模式的觀察與思考	74
從地方起步的憲政治理——港澳基本法審查機制的啟示	81
對澳門特別行政區法律規範審查制度的思考	96
“一國兩制”下澳門社會權利保護的若干思考	108
二、行政法治	
“陽光政府”法制化路徑分析	123
制定信息公開法，構建陽光政府	132
澳門行政法治建設的理念與路徑	142
澳門公共行政改革及其法律控制	148
澳門公共行政組織法的變革	158
區域行政中的公法人制度建設	168
澳門特別行政區行政立法研究	184
澳門行政法規制定過程中的民主參與問題	203

三、司法及其相關問題

《澳門基本法》司法適用十年歷程評述.....	213
論澳門的司法獨立.....	223
澳門法院司法行政管理的理念與制度.....	237
對澳門司法效率的思考.....	244
特別行政區法律語言的特點、問題與對策.....	254
澳門特別行政區法律語言的特點及其發展 ——對《澳門基本法》第9條的理解.....	264
“一國兩制”下澳門法學教育的若干思考.....	274
後記.....	283

一、“一國兩制”與憲政

“一國兩制”的憲政價值及其發展

一、引言

1997年7月至今，“一國兩制”的政治構想已經在港澳地區踐行了十年多的時間。在這期間中，“一國兩制”在港澳地區的實踐被證明是成功的，實現了國家統一，保障了港澳地區的平穩過渡與發展。但是，“一國兩制”不僅是政治創新，也是憲法學中重要研究內容。作為一種國家制度安排，“一國兩制”蘊涵着豐富的現代憲政精神，在中央地方關係法治化的基礎上，大力發展區域民主、法治、保障公民基本權利，為地區憲政發展開闢了新的路向，為中國憲政發展提供了重要契機。但是，這種從地方起步的憲政模式具有一定的局限，如果不能及時將制度競爭成果總結提升，勢必造成地區之間更大的距離，不利於地區發展，更可能危害到國家統一事業。為此，有必要繼續發展“一國兩制”理論，推進民主法治，使中國的憲政事業能夠在更廣闊的範圍內展開。

本文的論證分為以下幾個層次：首先回顧了學界對“一國兩制”含義的理解與認識並分析了現代憲政普遍的價值內容。儘管“一國兩制”是為解決政治差異而提出的概念，但是在制度實踐中，不同的政治理念與經濟制度必然要體現為具體的法律制度才能得以實施，因而，“一國兩制”可以理解為一個國家，多個法制體系的多元化結構。與此同時，在現代社會，憲政已經成為具有普遍意義的國家政治

內容，成為不同社會經濟條件的國家與地區之間對話與溝通的橋樑。其次，本文結合港澳基本法文本，從規範層面詳細分析了港澳地區憲政建設的法律依據與發展方向，指出“一國兩制”為港澳地區憲政發展提供了較為充分的制度資源。但是，憲政畢竟不是一兩個地區的事務，而是國家事業，地區憲政是國家憲政的重要組成部分，並應對國家憲政有所貢獻。在這個意義上，“一國兩制”的制度安排有着不可忽視的局限。最後，在“一國兩制”的條件下，積極探索憲政國家的發展道路，推動民主、法治、平等、自由等價值在全國範圍內的共同成長，也是中國憲政對世界憲政發展的重要貢獻之一。

二、“一國兩制”的涵義與憲政的價值追求

“一國兩制”是“一個國家，兩種制度”的簡稱，按照鄧小平先生的最初設想，這裏的兩種制度被解釋為“社會主義制度”和“資本主義制度”。¹ 學界對“一國兩制”的含義進行了充分的討論，對此可以做個簡要回顧。有學者認為“一國兩制”中的“兩制”可以解釋為單一制和聯邦制。一個中國的原則並不排斥以聯邦制實現國家統一，單一制國家吸收聯邦制國家的某些特徵有利於實現國家統一和主權完整。² 有學者根據九屆全國人大五次會議《政府工作報告》的內容，從“一國兩制”對台灣問題意義的角度出發，認為“一國”並非大陸的中華人民共和國，也非台灣的“中華民國”，對“一國”的含義做出了超過一般政治概念的解釋，使其含義變得更加廣闊。³ 還有學者從歷史角度進行考察，指出“一國兩制”在中外歷史上早已有之，如中國元朝時期，南方採用租庸調制，北方採用兩稅制；南北戰爭前的美國北方禁止奴隸，南方則允許；17世紀的英國也有衡平法體系與普通法體系並存的狀態。⁴

但是，從制度學的角度而言，“社會主義制度”與“資本主義制度”都屬於觀念意義上的制度，必然要體現在具體的經濟制度、政治制度之中，並以法律規則的方式表達出來才真正具有制度規範的功能。“一國兩制”可以理解為“一個國家，兩種法律體制”。然而，從法律層面看，香港與澳門又有着相當不同的法律傳統與制度內容，在這個意義上，“一國兩制”解釋為“一國三制、一國多制”也不過分。可見，“一國兩制”在政治理想方面有着兩方面的追求，其一，民族獨立和國家統一；其二，最大限度實現制度共存，保障政治多元化格局。“一國兩制”體現了允許並支持制度多樣性，充分尊重地方特色的精神，促進了自由與自治，民主與法治，而這些都是現代憲政所追求的價值目標。

憲政是現代西方文明的產物，但作為一種公民政治生活方式，憲政具有普遍意義，已經廣泛為人類所接納，成為政治法律理論和實踐的典範。擁有一部憲法成為現代主權國家的特徵之一，不同政治意識形態的國家都宣稱憲法在其國土上有至高無上的權威。憲政已經被視為現代化的指標之一。⁵ 那麼，究竟甚麼是憲政？其核心價值又是甚麼？簡單來說，憲政是指一種政治運作法律化的理念或理想狀態，要求政府所有權力的行使都被納入憲法軌道並受憲法的制約。⁶ 在具體制度方面，憲政追求法治形式、司法保障，民主基礎，分權制衡的手段，以規範權力和保障人權為目標。憲政與憲法有着表裏關係，憲法包括國家權力的範圍和分配、政府和公民之間的關係以及公民的基本權利等內容。憲政是一種真正按照憲法來統治的政治制度，如果憲法僅僅扮演着價值宣示的角色卻不能在實踐中得到有效實施，那麼出現的就是“有憲法無憲政”的局面。正如美國著名學者墨菲教授所言“絕大多數國家都有一個憲法文本，但只有極少數國家才有憲政主義”。⁷ 現代憲政國家普遍認為法治、民主、自由、分權是憲政的基

本特徵與價值追求。以下分而述之。

法治就是指依法治理，是憲政的基礎。如果政府與公民不能認真實施普通的法律，那麼也不可能認真執行“更高等級的憲法”。法治的要點在於“他律”而非“自律”，官員的自我道德約束在法治主義者看來是不可靠的，人民的控制與官員之間的相互控制更值得信賴。因此，法治要求權力相對分散與獨立，實現不同機構之間的有效制衡。民主表達了人民“自治”的理念，也就是人民通過政治選舉的方式選拔官員，從而控制官員行動符合民意，尤其是促使立法者制定的法律符合大多數人利益。然而，作為國家根本大法的憲法不僅要保護多數人的權利，而且要保護所有人的基本權利。因此，民主不僅意味着多數人統治，還必須以保障人權為本質，憲政民主很好體現了民主的這種實質內涵。自由是憲政的核心價值，在古典憲政時期，自由以控制國家不當干預個人權利為主要內容，也就是所謂的消極自由。隨着社會經濟發展，國家不僅要保障公民的基本權利不受侵犯，還要積極的為民眾提供更多福利與社會保障，社會經濟權利成為現代憲法的重要內容。從孟德斯鳩在《論法的精神》中提出的分權制衡學說，經由美國首倡進而在世界各國普及的司法審查制度，分權從理論到制度上都得到了充分的發展。由於政府權力結構本身的分責性，分權至少含有縱向與橫向兩個維度。橫向分權是指同一政府內部不同職能之間的權力劃分，縱向分權是指中央和地方政府的權力關係。現代憲政國家都放棄了高度中央集權模式，實行中央地方關係權力分配憲法化，依靠法律途徑解決中央地方的權力衝突。中央地方合理分權不僅促進地方自治，有助於地方民主發展，同時依靠強大的中央司法權力保障少數人權利不受多數人侵犯，維護傳統自由主義精神。

值得一提的是，儘管憲政主義與有限政府的觀念緊密相關，但是卻絲毫無損於國家利益，相反憲政體制有利於增強國家能力。因為憲

政的實施意味着遵循現代社會的分別化原則，通過對公民政治經濟權利和自由的憲法保障，構建基於憲政基礎上的強大國家。⁸而這恰恰是吸引中華民族走上憲政之路的重要因素。從清末開始，中國社會就開始了憲政探索的歷程。儘管由於傳統的道德與法律規範和現代的自由民主憲政規範差距太遠，百餘年來中國憲政歷史坎坷，教訓良多，但是中國社會理解憲政、實踐憲政的努力從未停止過，在理論與實踐上積累了諸多經驗。一般說來，中國憲政建設主要分為以下幾個階段：清政府的預備立憲時期，辛亥革命與軍閥的嘗試立憲時期，南京國民政府時期和中華人民共和國時期。憲法文件主要有預備立憲時期的《欽定憲法大綱》，嘗試立憲時期的《中華民國臨時約法》與《中華民國約法》，國民政府時期的《中華民國憲法》，以及中華人民共和國時期的4部憲法。其中1982年制定的憲法也就是現行憲法第31條明確規定：國家在必要時得設立特別行政區，在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。通過“一國兩制”的制度安排，中國憲政事業實際上已經區分為兩個層面進行：以港澳基本法為核心的港澳地區憲政與以憲法為核心的國家憲政。兩個層面的憲政既有共性又有差異。兩者的歷史背景、制度條件與觀念形態都有所不同，但追求民主自由的社會目標並無二致，因而以港澳基本法與憲法為聯結點將兩種憲政勾連起來，共同創造中國憲政的新篇章。在這個意義上，“一國兩制”可以視為中國社會邁向憲政國家的新起點。

三、“一國兩制”為區域憲政發展提供制度資源

“一國兩制”首先為解決港澳地區回歸之後的社會發展方向框定了制度圖景，其內容較為充分的體現在兩部基本法中。事實上，有