

國家憲法與港澳基本法關係再研究

許 昌*

中共中央總書記習近平在中共十九大報告中，突出強調了在港澳特區堅持“一國兩制”的國家治理，必須要嚴格按照憲法和基本法辦事，這是國家實行法治、恪守依憲治國原則的具體體現。在這樣的制度環境和法理邏輯前提下，重新審視和研究國家憲法和港澳基本法的關係，進一步樹立和鞏固憲法和基本法共同構成港澳特別行政區制度憲制基礎的法律觀念，具有強烈的現實意義和深遠的理論意義。

一、為甚麼在新時代“一國兩制”實踐中要高度重視憲法問題

在新時代“一國兩制”實踐中強調憲法功能的根本原因在於，對國家憲法能否在港澳特別行政區生效並適用以及如何適用的問題，自“一國兩制”構想付諸現實特別是基本法制定和實施以來，即存在着相當多的爭議並從中衍生出形形色色錯誤認識，不僅港澳社會中愛國陣營和反對派陣營之間就此存在尖銳對立，而且即便是愛國陣營內部和內地民眾及學術界內部也並非看法一致，甚至一度影響到中央對港澳政策的正確形成和全面落實。這其中曾長期在香港法律界影響廣泛的流行觀點即認為：“憲法在香港特別行政區的適用毫無質疑地應由基本法的條文予以確認。‘一國兩制’的內在邏輯表明，規定了一種特定的社會主義經濟制度和共產黨一黨制的政治制度的中國憲法，除非被基本法所援引，否則不能在香港適用。因為基本法是踐行‘一國兩制’的法律工具。基於同樣的理由……基本法特定條款的妥當性不應依賴於憲法。”“當基本法與憲法衝突時，基本法必須優先適用。這種觀點聽起來像是歪理邪說，但可以證明其正確性——因為基本法力圖建立的是一種與憲法所建立的基本制度不同的獨立制度，全國人大也已經決定基本法是憲法性文件。”¹而且這樣的理論建造乃奠基於香港存在着一個單獨的“憲法體制(constitutional system)”或“憲政秩序(constitutional order)”²的假說之上，其話語邏輯可自然推演出以下顯而易見的結論：一是國家憲法基於其社會主義根本性質而不能在不實行社會主義制度的港澳特區生效和適用；二是在“一國兩制”條件下特區也無必要適用國家的憲法規範。三是港澳基本法分別作為當地的憲法或者“小憲法”代替了國家憲法成為特區制度的憲政依據；四是中國特色社會主義法律體系不包含港澳台法律這部分內容；等等。這些觀點乃至學說的實質是從憲法和基本法關係上割裂“一國”對於“兩制”的基礎和決定關係，抬高基本法的功能而貶低國家憲法的效力，脫離憲法規範來講基本法，脫離“一國”空談“兩制”，必然導致本末倒置的謬誤。

* 澳門理工學院一國兩制研究中心教授

筆者早於 1999 年就針對香港某些學者的觀點特別是香港特區終審法院在“吳嘉玲案”判決附帶說明中的理據，發表了《對中國憲法與基本法關係的再思考》³的拙文。該文不僅較早較為深入闡述了圍繞國家憲法與港澳基本法關係的若干觀點，包括《中華人民共和國憲法》而非《中英聯合聲明》和《中葡聯合聲明》是制定《香港基本法》和《澳門基本法》的立法依據、《香港基本法》和《澳門基本法》是將《中華人民共和國憲法》第 31 條的原則規範具體化為制度體系的國家基本法律並完全具備合憲性、港澳特區法律體系是中國國家法律體系中相對獨立的子系統、港澳特區在單一制國家結構形式內部不可能形成單獨的“小憲法”或“憲法秩序”等；而且進一步延展了蕭蔚雲關於“憲法的效力從整體上說當然也適用於香港特別行政區”⁴的論斷，系統分析了根據《中華人民共和國憲法》第 31 條內容而衍生出的《香港基本法》和《澳門基本法》第 11 條確立特別行政區內實行的制度以基本法為依據的規則、憲法和基本法在特別行政區的實施適用存在着並存和互補的關係等。

二、全面準確理解憲法與基本法關係的幾個關鍵問題

有關國家憲法和港澳基本法的關係，自中共確定對港澳實行“一國兩制”的制度構想和法律安排以來，已然經過近 40 年的政治論述演進，經受了多番現實爭拗的考驗，正逐步形成廣泛的法理共識。承認憲法和基本法共同構成港澳特別行政區制度的憲制基礎，這是“一國兩制”制度安排的根本性質的法理依據，是決定中央和特區關係的核心原則，也是確保中央全面管治權和特區高度自治權有機結合、正確行使的根本制度規範。筆者認為，全面準確理解憲法與基本法的關係，關鍵要解決並詮釋好以下幾個關聯成串的法理問題：

（一）在港澳特區完全生效的憲法的適用兼具一般性和特殊性

按照一般法理，法律的效力即法的拘束力，體現為法律規定所形成的應然秩序；所謂生效即取得法律效力，按照純粹法學派的觀點，其淵源是直到主權者的命令即立憲權在內的更高層次的“應當”規範。而法律的適用強調的規範的具體實施，包括行政執法、立法以創制實施性規範、履行司法職權乃至全民守法，體現為將應然的規範轉化為實然的行為的具體過程。⁵ 兩者相互聯繫，密不可分，互為表裏，但生效和適用的概念具有本質的差異，這是不容忽視的。法律的效力不取決於實施，生效的法律在特定條件下未必實施，如憲法中有關民族區域自治的規範當然在全國生效但僅在民族自治地方實施，有關地方人大和政府組織的規範也是有效的規範但不在港澳特區實施，同理，有關特別行政區的規範在全國生效而只在港澳特區實施，蕭蔚雲及其他學者對此都曾做過細緻的闡釋。⁶

如眾所知，《中華人民共和國憲法》是中國憲政體制的集中體現，是治國安邦的總章程，是港澳兩部基本法的立法依據和效力基礎，在港澳特區是完全生效的；港澳兩部基本法是根據國家憲法制定的，是憲法相關規定的具體化、規範化，是必須完全合憲的。兩者的上述關係體現為憲法與其他法律關係的一般性，但其特殊性表現為，《香港基本法》和《澳門基本法》第 5 條規定港澳地區不實行社會主義制度，第 11 條規定特區實行的制度包括社會制度、經濟制度、保障居民基本權利的制度、行政、立法、司法方面的相關制度及政策，均以基本法為依據，從形式上排除了部分憲法規範在港澳特區的直接適用。如何解釋這一獨有的特殊現象呢？

首先，承上文的邏輯，部分憲法規範不在特區直接適用，並不能抹煞憲法在港澳特區生效的法律事實。因為憲法在特區生效是國家法治的必然要求。一國的憲法必然在其領域範圍的所有地方完全生效並實施，並成為通行於該領域範圍內所有公共規範的立法依據和效力基礎。基本法也不例外，不能設想其脫離國家憲法而另外存在甚麼使得法律生效的淵源，基本法的合憲性是其惟一的生效前提。

其次，表面上由《香港基本法》和《澳門基本法》第11條的規定來排除部分憲法規範直接適用的制度安排，並非下位法擅自確定憲法規範能否在港澳特區實施適用，而是源自《中華人民共和國憲法》第31條自身的授權。《中華人民共和國憲法》第31條的規定：“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。”不僅構成對現行憲法規定的社會主義制度和政策的“但書”，而且構成對全國人大制定基本法充實特別行政區制度的授權。所謂“但書”，即《中華人民共和國憲法》第31條有關特別行政區制度可另行立法規定的內容，作為憲法總則的有機組成部分，雖然沒有明晃晃地標識“一國兩制”、“港澳可實行資本主義制度”的字眼，但確實構成整部國家憲法規定社會主義制度和政策規範的例外性規定，允許特別行政區依據憲法實行不同於國內其他地區的地方管治制度。所謂授權，是憲法自身明確授權全國人民代表大會作為國家最高權力機構就特別行政區內實行的制度制定法律加以規範，港澳基本法就是根據憲法的上述規定將特區制度的核心規範加以確立並進而填補因憲法“自我限縮”而出現的實施效力，憲法和基本法在實施適用上相互並存和補充的制度安排，本身亦屬於上述授權的應有之義。

第三，被排除在港澳特區直接適用的憲法規範，其法律效力仍必須受到特區政府和民眾的尊重和維護。這是在政治上和法律上都完全符合“一國兩制”制度安排的初心和宗旨的，其理據在於：一是“一國兩制”構想的提出，就是在中華人民共和國的憲政體制內，在國家主體繼續保持其實行的中國特色社會主義制度的前提下，允許個別地區如香港、澳門和台灣繼續保持各自原有的資本主義制度，50年不變，這樣長期共存的體制，就要求雙方在維護國家主權、安全和發展利益的根本宗旨下相互尊重，不謀求改變對方的制度，中央不干預港澳地方事務上的高度自治，港澳也要尊重和維護國家體制和內地的制度政策。二是憲法中不在港澳直接適用的規範，既然在港澳特區生效，其效力也必然為相關制度帶來合法性，如中共領導下多黨合作的國家體制、人民民主的國家政體、多民族的單一制國家結構形式、公有制為主體多種經濟形式並存的所有制體系等，都應當在不實行社會主義制度港澳特區得到尊重和維護，違法謀求顛覆和破壞現行憲政體制的行為應當依法制止和處罰。三是港澳特區政府和民眾和全中國政府和人民一樣，都須承擔維護憲法尊嚴、保障憲法實施的神聖使命，都須肩負維護國家主權、領土完整、安全和尊嚴的公民義務，不應有任何差別和例外。

(二) 對幾種現有理論觀點的分析

1. 關於基本法是否構成憲法特別法

有學者認為，基本法實際上是憲法的特別法，是憲法內涵的擴大和延伸，基本法和現行憲法的關係是特別法和一般法的關係，所以在港澳特殊適用條件下，基本法的適用效力優先於憲法，基本法在效力上取代了國家憲法。⁷

這樣的觀點是值得商榷的。首先，憲法是基本法的制定依據和效力基礎，就決定了兩者之間的效力位階不是平等的而是級差序列的，不存在同一位階層次的特別法先於一般法適用關係。其次，必須承認，基本法內包含的“一國兩制”原則下的某些制度規範，涉及國家體制、基本制度和總體政策的

重要內容，依其性質應可分類為憲法規範，本有必要寫入憲法條文。但應然列入憲法規範並不能實然等同於憲法內容，仍必須服從實在法的規範準則。再次，說到底，基本法在特區事務範圍內優先適用於部分憲法規範，是根據憲法規範的例外授權，這個道理如前所述，不能作為特別法優於一般法適用的效力證明。

2. 關於憲法必須透過基本法才能在港澳適用

有學者從憲法在港澳不生效或不能直接適用的邏輯出發，認為憲法的適用必須透過基本法才能在港澳適用，未被基本法援用的憲法條文在港澳不適用。⁸

這樣的觀點是完全錯誤的。理由：一是憲法在港澳的生效和適用是基於中國恢復對港澳行使主權的政治現實，並不取決於基本法的相關規定，相反基本法的規範確立和生效實施則取決於憲法作為制訂依據和效力基礎；二是上述觀點仍然是基於基本法和憲法同效力的觀點，是香港某些人把基本法列入英國無成文憲法傳統下所謂“憲法性法律”而加以謬解，從而導致無視中國成文憲法至上性地位的結果，當然與香港成為中國治理下地方行政區域的性質相抵觸。

3. 關於憲法和基本法的“雙重適用”

有學者從總結對憲法和基本法分別以各種形式在港澳實施適用的情況及其描述出發，概括出所謂“雙重適用”⁹。

這種概括從紛雜的論述中總結而來，具有一定的理論意義，但也存在着值得進一步研究的空間。存在的問題：一是沒有區分生效和適用的法理概念，因而籠統地將之歸結為適用問題，混淆了相應的範疇界定；二是將憲法和基本法的適用性質不分主次、層級位階地描述為“雙重適用”，未能進一步回答直接適用、代位適用、確立合法性等具體情形，因而缺乏對相關錯誤觀點的針對性；三是未能準確指明“雙重適用”的法律依據和適用規則，因而至少是不完善的。

4. 關於憲法僅有第 31 條在港澳適用

這種觀點迄今仍不時出現在香港反對派的法律論述中。這是既不合法理、也違背政治現實的陳詞濫調，根本不值得駁斥。

(三) 國家憲法在港澳特區實施適用的具體形態

如上所述，國家憲法在港澳特區對人、對地、對事具有完全的空間和時間效力，這是國家對港澳行使主權性管轄的必然結果；而根據《中華人民共和國憲法》第 31 條和《香港基本法》、《澳門基本法》第 11 條的規定，憲法在港澳特區的實施適用則呈現非常獨特的形態，並根源於以下適用規則。

一是國家憲法應當而且必須在包括港澳特區在內的國家領域範圍內全部生效並整體實施。由此衍生的結論是，憲法是基本法的立法依據和效力基礎，基本法是憲法規範的系統化落實。基本法雖然規定不實行憲法所規定國家主體實行的社會主義制度，但其符合第 31 條規定的“但書例外”，是由全國人大根據香港和澳門的具體情況規定特別行政區域內實行制度的國家基本法律，故是完全合憲的。

二是依據《中華人民共和國憲法》第 31 條自設的限縮但書所創設的《香港基本法》和《澳門基本法》第 11 條規定，確立了憲法中有關社會主義制度的部分內容在港澳特區不直接適用而讓位於基本法為準的規則。相關的調整範疇局限於《中華人民共和國憲法》第 31 條和《香港基本法》和《澳門基本法》第 11 條共同指向的港澳特別行政區內實行的制度，包括社會制度、經濟制度、保障居民基本權利的制度、行政、立法、司法方面的制度和政策，相關的事務均以基本法為依據，而不適用相應的憲

法規範。在此範圍內，憲法授權基本法對於部分憲法規範因“自我限縮”而產生的適用空間加以填補，產生基本法“替代適用”的合法效力。

三是憲法中規定無論何種社會制度而通用的國家基本制度的規範，如人民共和國單一制國家結構形式、國家權力機關及其常設機關、國家元首、中央政府、中央軍委、國家最高審判機關和檢察機關等中央權力機構的組成及職權、地方國家機構的設置和職權、國家標誌、公民對國家的憲制責任、港澳特區直轄於中央的相關程序制度等，相關事務處理則需要依據憲法或憲法與基本法的共同規則。港澳特區通常可以直接援引憲法條文來加以實施，但在特定需要的情形下也可自行根據當地情況立法實施，如立法實施保護國家象徵的特定憲法規範等。有學者指出，在現行憲法 138 個條文中，至少有 74 個屬於此類，因其涉及到國家國體、政體、國家結構和國家機構，以及公民的基本權利和義務等。¹⁰

四是憲法中規定社會主義制度的內容，包括中共領導下的多黨合作國家領導體制、公有制為主體與其他經濟形式並存的經濟制度、其他地方行政區域的治理方式等，雖根據《中華人民共和國憲法》第 31 條的“但書例外”和《香港基本法》及《澳門基本法》第 11 條的規定，不直接適用於實行各自原有的資本主義制度的港澳地區，而讓位於基本法的適用，但憲法的這種“自我限縮”並不妨礙要求特區政府和港澳民眾仍須承擔的對憲法相關內容依法尊重和維護的憲制責任。在“一國兩制”條件下，同中央尊重港澳地區保持其各自原有資本主義制度和生活方式一樣，憲法中有關社會主義制度和政策的規定也理應得到港澳居民的尊重和維護。

總之，必須牢記的是，就港澳特區法律體系而言，國家憲法並非通常意義上的域外法，不必須依賴基本法作為生效和實施的前提，甚至不必以在特區政府公報上刊登為生效和實施的前提。

三、強調憲法和基本法共同構成特別行政區制度憲制基礎的目的

憲法在港澳特區的生效和適用，與其在內地的適用和維護權威一樣，是個法律與政治因素交織糾纏的複雜現實問題，仍存在不少思想觀念上、體制機制上、理論構造上的困難和挑戰。但在當前條件下，提出和論證相關課題，突出強調憲法和基本法共同構成港澳特別行政區制度的憲制基礎，顯然不是為着贏得簡單的口號式的擁護，甚至不是為着推動港澳特區法院直接引用憲法在司法過程中的積極適用，因為後者即便是在內地也還有漫長的法治建設長路待走。

提出要嚴格依照憲法和基本法辦事的主旨：一是明確要求國家治理港澳要依憲辦事，從而適當調整以往過度以照顧港澳特殊需求為中心目標的工作思路，從國家改革發展大局和實現中華民族偉大復興的歷史進程去規劃和鞏固港澳的特殊地位和功能，加強對港澳作為享有高度自治權的地方行政區域的依法監督和治理；二是明確要求港澳社會要樹立憲法觀念和國家認同，要實現人心回歸，促進港澳經濟和社會融入國家發展大局，切實維護國家主權、安全和發展利益，實現和國家整體的“共榮共擔”；三是要端正思想觀念，務實研究和解決現實問題，特別是在如何展開鞏固國家認同觀念的制度建設、落實中央對特區高度自治權監督體制的制度安排、消除粵港澳大灣區合作建設的制度障礙、展開對特區制度中部分內容變“延遲決斷”為“終極決斷”的調研準備等工作中下功夫，不斷將“一國兩制”偉大創新工程推向前進。

註釋：

- ¹ Yash Ghai: *Hong Kong's New Constitutional Order*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 1997. pp. 361 & 398.
- ² 在註釋 1 引述的著作中反覆出現上述詞匯，並在一定範圍內被某些內地研究者逐步不恰當地鸚鵡學舌般沿用。
- ³ 全文見許昌：《澳門過渡期重要法律問題研究》，北京：北京大學出版社，1999 年，第 11-22 頁。
- ⁴ 蕭蔚雲主編：《一國兩制與香港基本法律制度》，北京：北京大學出版社，1993 年，第 86-101 頁。
- ⁵ 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：商務印書館，2013 年，第 64-89 頁。
- ⁶ 同註 4，第 93-94 頁。
- ⁷ 如王振民：《“一國兩制”實施中的若干憲法問題淺析》，載於《法學論壇》，2000 年第 4 期、李琦：《特別行政區基本法之性質：憲法特別法》，載於《廈門大學學報(哲學社會科學版)》，2002 年第 5 期，和馮巍的多次相關演講都表達了相關的觀點。
- ⁸ Yash Ghai 和李琦的前述引註文章都不同程度闡述了類似的觀點。
- ⁹ 曹旭東：《憲法在香港特別行政區的適用：理論回顧與實踐反思》，載於中國法學會香港基本法澳門基本法研究會 2017 年 12 月 8-10 日舉辦的“基本法的理論與實踐 20 年的回顧與前瞻法律研討會論文集”，第 117 頁。
- ¹⁰ 郝鐵川：《中國憲法在香港特區的實施問題芻議》，載於《江漢大學學報(社會科學版)》，2016 年第 5 期。