

论宪法在香港特别行政区的效力与适用

黄明涛*

摘要:在近年来香港特别行政区政治经济情势变迁的背景下,《中华人民共和国宪法》在香港特别行政区是否适用的问题重新引起各界关注。从纯粹的法律角度讲,除“一国两制”条款外,现行宪法是否以及在香港特别行政区适用,尚无定论。全国人大对《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的合宪性早已作出完全、终局的判断,有关宪法在香港特别行政区是否适用的讨论必须以此为前提。现有的“基本法律说”“宪法特别法说”“一国原则说”等理论在解决宪法具体条文适用问题上均存不足。“基本法的自足性”理论有利于基本法的全面实施,符合全国人大的合宪性判断,也能更合理地解释现行宪法与基本法的关系,是对宪法在香港特别行政区适用问题的妥当回应。

关键词:“一国两制” 宪法适用 基本法 合宪性

一、香港特别行政区的宪法适用:未决的理论难题

(一)宪法适用于香港特别行政区吗?

1. 宪制基础

香港特别行政区作为中华人民共和国的一部分,必然与宪法之间存在紧密关联。从立宪原意看,香港特别行政区的创建是为了实施“一国两制”方针,这是一项写入现行宪法的根本政策;^②即通过一种几乎不改变香港地区原有制度的方式,将其与奉行社会主义制度、采行迥然不同的法律体系的内地,在单一主权之下实现和平有序地整合,由此建构一个具有复杂国家结构形式的、统一的中华人民共和国。^③从规范文本看,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第31条规定,特别行政区内的制度由全国人大“以法律规定”。与此相呼应,《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《香港基本法》)序言最后一段以及正文第11条均明确表示,该法的制定依据来自宪法。很明显,经由《宪法》尤其是第31条的授权,香港特别行政区才得以合法地搭建其宪制秩序。

2. 作为法律渊源之排除

然而,若论及法律适用的问题,《宪法》在香港特别行政区并不当然具有如同在内地一样的适用性。《香港基本法》第18条规定了特别行政区的法律渊源,除紧急状态之外,这一条所认可的“在香港特别行政

* 武汉大学法学院副教授

基金项目:全国人大常委会港澳基本法委员会委托项目(JBF201508)、国家社会科学基金项目(17FFX007)

② 例如,有学者认为,特别行政区制度已经成为我国的基本政治制度之一。参见童之伟:《特别行政区制度已成为我国基本政治制度》,《政治与法律》2011年第4期。

③ 邓小平很早就指明了香港回归对于国家整合的意义:“我们的政策,是实行‘一个国家,两种制度’,具体说,就是在中华人民共和国内,大陆10亿人口实行社会主义制度,香港、台湾实行资本主义制度。”邓小平:《一个国家,两种制度》,载《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第58~59页。因此可以认为,“一国两制”写入宪法的那一刻,就在宪制层面预定了中华人民共和国国家结构的重大变迁。

区实行的法律”包括:(1)《香港基本法》;(2)本地区原有法律;(3)香港特别行政区立法机关制定的法律;(4)列入基本法附件三的全局性法律。显然,宪法不在其中。不宁唯是,《香港基本法》第11条以更为明确的语言强调,特别行政区的各种制度、政策“均以本法的规定为依据”,也排除了宪法。综合理解《香港基本法》第11条、第18条可知,《宪法》虽然提供了特别行政区的宪制基础,但从规范角度来讲,其在香港特别行政区不应直接适用。

3. 相关司法实践

回归以来,香港特别行政区的司法实践基本与上述法律渊源规则相符。“中国宪法”^①这个概念或个别宪法条文在香港特别行政区法院的判决书中偶有出现,但几乎没有独自担当过纠纷解决的法律依据,而更多地以某种说理文字或法律背景描述的形式出现。^②在“刘港榕案”^③中,香港特别行政区终审法院(以下简称香港终审法院)在判决书中提及《宪法》第67条对全国人大常委会解释法律的权力的规定,实际上是配合理解《香港基本法》第158条第1款授予全国人大常委会基本法解释权的有关条文。在此,《宪法》第67条并非独立于《香港基本法》而作为判决依据。“庄丰源案”^④也有类似处理,该案判决书中4次提及“中国宪法”的时候都是与《香港基本法》第158条并列。“华天伦案”^⑤曾援引《宪法》第31条,以便确认香港作为中国的一个地方行政区的法律地位;这一点对于后续的法律推理固然重要,但仅有第31条被援引似乎“不解渴”,毕竟整个香港特别行政区的法律体制都可以说是源于这一宪法条文的授权,不存在与特别行政区法律相冲突的可能,因而并非宪法适用的核心问题。澳门特别行政区也存在类似情形。根据庄真真博士的研究,澳门特别行政区终审法院在若干案件中提到了“中国宪法”,但要么仅作援引、不充当判决依据,要么仅作为一种比较法上的参考资料。除《宪法》第31条外,宪法在司法判决中一般作为辅助资料出现。^⑥但是,宪法在香港特别行政区是否适用的话题焦点并非此条,一直以来的未决问题是,《宪法》第31条以外的条文能否在香港特别行政区适用。

(二) 宪法话语的再度繁荣

事实上,宪法在香港特别行政区是否适用的话题长期以来是隐而不显的。宪法话语的再度繁荣,是2012年之后的新动向。由于各种原因,在20世纪80年代之初,多数香港同胞对内地法律制度持疑惧态度。而“一国两制”方针的精髓在于,确保内地制度不会移植到香港,这是争取港人拥护回归祖国的关键战略。^⑦因此,整体上反映内地制度的1982年宪法被认为不应适用于香港特别行政区,完全合乎实际需要。对此,老一辈学者解说得比较直白:之所以宪法不适用于香港特别行政区,是因为《宪法》第31条以及基于该条文而制定的《香港基本法》与《宪法》序言、第1条、第5条等条文明显冲突,如果适用宪法,将导致《香港基本法》因抵触宪法而无效,因此唯一的结论就是《宪法》不适用于香港特别行政区。^⑧概而言之:(1)“一国两制”方针通过基本法来具体落实,所以基本法必须是有效的法;(2)《宪法》与《香港基本法》在文本上确实有冲突,解决方案是,凡在香港特别行政区范围内或涉及香港特别行政区之问题,仍然实施《香港基本法》。接下来的问题是:(1)如何在法律技术上实现《香港基本法》对与之冲突的宪法条文的排除;^⑨(2)

① 在以英文呈现的香港法律术语中,《中华人民共和国香港特别行政区基本法》有时被表述为“the constitutional law/the constitutional document of Hong Kong”,以强调其作为宪制性法律的特殊地位;如需特指《中华人民共和国宪法》,则采用“the Chinese Constitution”以避免混淆。

② 有学者统计,截至2014年2月,香港特别行政区各级法院至少在37份判决书中引用了《中华人民共和国宪法》,但绝大多数被引用的宪法条文和概念并未成为关键判决理由。参见王振民、孙成:《香港法院适用中国宪法问题研究》,《政治与法律》2014年第4期。

③ 李国能法官在判决书中特别指出:“很明显,全国人大常委会有权作出(基本法)解释。这项权力源于中国宪法第67条第4项,也体现在基本法第158条第1款中。”See *Lau Kong Yung & Others v. Director of Immigration*, [1999] 3 HKLRD 778.

④ See *The Director of Immigration v. Master Chong Fung Yuen*, FACV No. 26 of 2000, Sec. 6.1 & 6.2.

⑤ See HCAJ 59/2008, para. 82-83.

⑥ 参见庄真真:《宪法在澳门特别行政区的适用问题研究》,《“一国两制”研究》2015年第1期。

⑦ 参见黄明涛:《普通法传统与香港基本法的实施》,《法学评论》2015年第1期。

⑧ 参见肖蔚云:《论中华人民共和国宪法与香港特别行政区基本法的关系》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)1990年第3期。

⑨ 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第18条对于法律渊源的规定就是对此问题的回应。

如何在理论上将这种排除加以正当化。^①

近几年情况有所变化。自2012年起,宪法话语在涉港议题上持续升温。2014年,国务院新闻办公室发布《“一国两制”在香港特别行政区的实践白皮书》,这份文件具有对港政策的“风向标”意义,其中多次提到宪法,如“中央依法履行宪法和香港基本法赋予的全面管治权和宪制责任”等。^②2017年7月,习近平视察香港特别行政区时指出:“宪法……是特别行政区制度的法律渊源。基本法是根据宪法制定的基本法律……在落实宪法和基本法确定的宪制秩序时,要把中央依法行使权力和特别行政区履行主体责任有机结合起来”。^③

习近平在党的十九大上的报告中再次强调,全面准确贯彻“一国两制”方针,就是“严格依照宪法和基本法办事”。^④与此相呼应,学界和媒体中一种常见的论述角度是,将宪法在香港特别行政区是否适用视作维系和提升港人国家认同的关键,宪法适用问题由此浮上台面。这类论述的共同主旨是,要求加强宪法观念在香港社会的传播,维护宪法权威,从而维系港人对祖国的认同感和忠诚度。^⑤严格来说,国家认同是一种心理状态,宪法在香港特别行政区是否适用对特定的社会心理状态应负多大责任,主要不是一个法律问题。在笔者看来,在宣教意义上强调宪法概念,并非从法律上改变或限定香港特别行政区法律渊源的规则,也是极其重要的宪制性规则;重申宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础,其实并未超越当年的共识,也没有解决《宪法》第31条以外的条文应否以及如何在香港特别行政区适用的问题。

(三)重新聚焦“适用”问题

1. 区分“有效”与“适用”

关于宪法上的具体条文是否在香港特别行政区适用,常常和“中华人民共和国宪法是否在整体上有效”这个宏观命题相混淆,^⑥其最大的理论困境在于,一方面,要承认现行宪法在“全中国”的有效性——即这是一部有效的法;另一方面,又要为绝大多数宪法条款不被特别行政区执法机关、司法机关所适用这一法律现实作出合理解释——即求得一套在法律与宪制上均站得住脚的论述。

从根本上讲,承认宪法的有效性,包含两个子命题:(1)特别行政区的创建源自特定宪法条文的授权以及将该授权付诸实施的人大立法(即《香港基本法》)。从香港特别行政区本地视角来看,必须承认宪法的有效性,才能得出“特别行政区制度之宪法授权”的有效性,才能使得整个特别行政区立于稳固的法律根基之上。(2)囿于立宪体例与技术的原因,现行宪法既是“一国两制”方针的法律依据,也是内地体制的法律依据。从香港特别行政区本地视角来看,尊重“一国两制”方针,就意味着必须尊重内地的既有体制,这就要求其不能否认《宪法》及其全部条款的有效性。

第一个子命题在理论上本无争议,实践上也无现实挑战。如上文所述,仅就《宪法》第31条而言,其特

^① 参见张荣顺:《略论我国宪法与香港特别行政区基本法的关系》,《中外法学》1990年第6期。

^② 仔细分析《“一国两制”在香港特别行政区的实践白皮书》的行文可发现,除第31条之外,其并未明示宪法其他条文是否及如何在香港特别行政区适用;并且,除1处之外,提及宪法的时候几乎都同时提及香港基本法,这与前述香港特别行政区法院的有关判例很相似,值得留意。

^③ 《习近平主席在庆祝香港回归祖国20周年大会暨香港特别行政区第五届政府就职典礼上的讲话》,http://www.xinhuanet.com/politics/2017-07/01/c_1121247124.htm,2018-06-30。须注意,习近平的表述是,宪法是“特别行政区制度的法律渊源”,这与“宪法作为特别行政区本地法律体系的组成部分”是不同的命题。前者是指,特别行政区制度由宪法所创设、认可,其合法性源于宪法;后者是指,宪法条文是香港特别行政区,尤其是行政机关和司法机关,可以直接实施和适用的法律规范。

^④ 《习近平在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,www.xinhuanet.com/politics/19cpcnc/2017-10/27/c_1121867529.htm,2018-05-12。

^⑤ 参见王振民、孙成:《香港法院适用中国宪法问题研究》,《政治与法律》2014年第4期;刘志刚:《香港特别行政区的宪制基础》,《北方法学》2014年第6期;胡锦涛、王理万:《宪法在特别行政区适用问题研究》,载饶戈平、王振民等:《香港基本法澳门基本法论丛》(第三辑),中国民主法制出版社2016年版,第3~40页;王理万:《“港独”思潮的演化趋势与法理应对》,《港澳研究》2017年第1期;顾敏康:《普及宪法强化“一国”观念》,http://hk.zijing.org/2016/0525/701486.shtml,2017-04-14。韩大元教授的观点有所不同,他认为“一国两制”方针使得国家认同有了新的拓展,在宪法层面体现为当前中国宪法对于法治、人权与自由价值的追求,这创造了内地与香港民众共享国家认同的空间。参见韩大元:《维护宪法和基本法权威,大力增强国家认同》,《中国人大》2017年第11期。

^⑥ 《“一国两制”在香港特别行政区的实践白皮书》的表述是“宪法作为国家的根本法,在包括香港特别行政区在内的中华人民共和国领土范围内具有最高法律地位和最高法律效力”,没有提及“适用”问题。

殊性显而易见。《香港基本法》第 18 条对现行宪法之法律渊源地位的排除,显然没有否定《宪法》第 31 条作为特别行政区宪制基础的意思。关于第二个子命题,无论是特别行政区政府或其他任何公权力机关,还是特别行政区的普通居民,在一般意义上履行尊重内地体制之义务与在“特别行政区范围内”不适用具体的宪法条文,两者是可以相容的。可见,我们可以也应当将宪法在香港特别行政区的“有效性”与“适用性”两个问题区分开,并聚焦于适用问题。目前的许多论述不加区分地采用“宪法在香港特别行政区的效力或适用”的表述,模糊了争论焦点,也混淆了概念。承认宪法的有效性是无可厚非,但宪法适用才是真正未决的问题。^①

2. 本文主旨

综上所述,本文尝试回答的问题是,除第 31 条之外,《宪法》的其他条文能否在香港适用以及如何适用。换言之,《香港基本法》第 18 条设定的法律渊源之规则,是否不可松动而没有任何例外?基于此,笔者将围绕以下问题来展开论述:(1)基于怎样的政策考量,才达成了宪法在香港不予适用的共识?(2)面对当前的形势变迁,相关共识的理论基础是否仍然稳固?(3)有关宪法适用问题或宪法与基本法之关系的既有理论的长处与不足何在?(4)试提出一套“基本法的自足性”的初步理论,来具体判断宪法条文能否以及如何在香港特别行政区适用。

二、香港基本法的合宪性:重申立法原意

无论从哪个角度来讨论宪法在香港特别行政区的适用问题,都不能脱离一个前提,那就是:全国人大在 1990 年通过《香港基本法》的同时,也通过了一份决定即《全国人民代表大会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》(以下简称《决定》),宣布香港基本法“是符合宪法的”;并进一步表示,特别行政区设立后“实行的制度、政策和法律,以香港特别行政区基本法为依据”——相关表述与《香港基本法》第 11 条几乎完全一致。根据我国当前的宪法体制,全国人大所做的关于特定法律之合宪性的判断,在法律上是无可置疑的终局判断。如何理解这一判断的法律效果?对于宪法在香港特别行政区的适用的讨论,这一判断意味着什么?

很明显,《决定》与《香港基本法》同时通过,其目的是为基本法保驾护航。^②宣布基本法“符合宪法”,实质上是在宣示基本法是一部有效的法律,其不会因为与宪法中诸多条文在字面上的不一致而被认定为无效。或者说,自此以后(自决定生效之日起或自基本法生效之日起),便不存在基于《宪法》而质疑或审查《香港基本法》之有效性的问题。不仅如此,就香港特别行政区的制度与政策而言,《香港基本法》是刚性的法律依据,从而间接排除了任何与之冲突的宪法条文的可适用性。对此可作如下理解:

第一,“一国两制”方针是史无前例、极具创意的,而作为该方针之法律化的《香港基本法》,从起草阶段开始,就无法掩藏其与中国宪法文本的不一致。尽管“一国两制”方针的内在要求就是允许、维护乃至鼓励香港体制与内地体制之间的差异,但从建基于成文宪法传统、法实证主义以及法律位阶理论之上的经典宪法学视角来看,作为人大立法的《香港基本法》仍不能免于被诘问其何以见容于中国宪法秩序的问题。在过渡时期,这看似机械的“法律之问”着实让人大费周章,其关系到“一国两制”方针能否顺利达成。考虑到这一背景,就很容易理解,为何内地的宪法监督始终在制度与实践层面裹足不前的同时,全国人大却能够果决地行使合宪性判断权,力挺两部特别行政区基本法的合宪性。也正因如此,全国人大的决定不仅在形式上充分完备,其背后的判断意图也是清晰明确的。

第二,从实践层面看,《香港基本法》必须被全面、准确、顺利地适用,这从《决定》的行文——“以……为依据”——就可以看出来。就 1990 年的时间节点而言,有关宪法条款在香港特别行政区是否适用并不那

^① 例如,有学者认为,宪法如何在香港特别行政区适用的讨论的核心焦点不是宪法整体上是否有效力,而是宪法的具体条款如何适用。参见曹旭东:《宪法在香港特别行政区的适用:理论回顾与实践反思》,《政治与法律》2018 年第 1 期。

^② 在基本法起草过程中,很早就有人提出以这种办法解决宪法与基本法的潜在冲突问题,全国人大的决定就是对这一关切的正式回应。参见李浩然主编:《香港基本法起草过程概览》(上册),香港三联书店 2012 年版,第 65 页。

么重要,重要的是《香港基本法》的条文必须被适用,否则,“一国两制”方针就会落空,这既违背《宪法》第31条的规定,也不符合1982年修宪的旨趣。因此,所谓“符合宪法”,就是指《香港基本法》是有效的、应予适用的法。至于,宪法作为高位阶法律,何以不能使与之冲突的低位阶法律归于无效,则是对于全国人大合宪性判断之内在理据的追问。笔者认为,其核心理据在于,“一国两制”方针的入宪体现了主权者的意志,即要求在涉港事务上该规范具有优越于其他宪法规范的地位。由此,作为“一国两制”方针之具体化的《香港基本法》,可无惧于法律位阶方面的质疑。

第三,全国人大的合宪性判断的作出,是基于其“监督宪法的实施”之法定职权,也是基于其“最高国家权力机关”之地位。在现行宪法体制下,《决定》是终局的、也是永久的。尽管特别行政区治理、中央和地方关系不断变迁,但有关特定宪法条款能否以及如何在香港特别行政区适用的讨论,仍然必须建立在尊重《决定》的前提之上。一言以蔽之,《香港基本法》的有效性必须被承认,其完整性不得被减损。如果特定宪法条文的适用会导致排除适用某个基本法条文或某个已纳入基本法教义体系的规则,那么其就与《决定》的法律效力不符,抵触了人民代表大会制度,也抵触了宪法。

应当注意,合宪性判断的上述法律效果并不意味着宪法在特别行政区是否适用这一议题的终结;恰恰相反,宪法规范仍有发挥作用的空间。以香港回归以来最引人关注的人大释法为例:《香港基本法》第158条第1款授权全国人大常委会解释基本法,当后者行使这一职权时,应依照何种程序、采用何种方法、作成何种形式的法律文本,基本法条文未作表示。由于涉及全国人大常委会这一中央机关的权力行使,香港司法机关也承认其无权过问。既然《宪法》第67条第4项规定全国人大常委会有权解释法律,那么其是否包含了相应的释法规则(如程序、方法、形式等)?^①再以中央机关的构成为例,《香港基本法》条文数次提及“中央人民政府”,但并无关于后者如何组成及运作之规定,因为这是宪法及相关宪制性法律的权限,而基本法的制定是以此类中央机关之合法存在为预设的,基本法至多在涉及中央与特别行政区关系的具体事项上对中央人民政府作出额外授权或限定。因此,可以认为,当中央人民政府处理涉港事务时,必然同时涉及宪法(乃至若干其他宪制性规范)与基本法的适用,这也是宪法在香港特别行政区适用的真实情形。

由此可知,在符合全国人大的合宪性判断的基础上,即确保《香港基本法》在特别行政区范围内和涉港事务上的有效性、完整性的基础上,仍有讨论特定宪法条文是否以及如何适用的空间。实际上,理论界已经提出的有关宪法与基本法之关系的若干论述,在一定程度上就是试图回应这一问题。在此,我们有必要再度检视这些既有理论的利弊,进而寻求在法律与技术层面达成一套宪法何以适用的可行方案。

三、宪法如何在香港特别行政区适用:既有理论之再检视

从逻辑上讲,两部法律的条文或规范之间的关系可以划分为如下几种情形:(1)两法调整同一对象,不存在冲突;(2)两法调整同一对象,存在冲突;(3)前者调整某一对象,而后者缺乏相应规范;(4)后者调整某一对象,而前者缺乏相应规范。将之套用于《宪法》与《香港基本法》之间的关系,可用下图表示:

A	《宪法》有规定,《香港基本法》有规定,无冲突。(例如,《宪法》第31条与整部基本法)	B	《宪法》有规定,《香港基本法》有规定,有冲突。(例如,《宪法》上的“社会主义条款”与《香港基本法》第5条)
C	《宪法》有规定,《香港基本法》无规定。(例如,《宪法》第65条关于全国人大常委会组成的规定,《香港基本法》无此规定)	D	《宪法》无规定,《香港基本法》有规定。(例如,《香港基本法》第39条关于国际人权公约在香港地区适用的规定,《宪法》上并无相关规定)

^① 例如,有学者曾提出,全国人大常委会行使香港基本法解释权时,相关程序、方法可以《中华人民共和国立法法》的相关规定为依据。这类主张在内地理论界有一定的代表性。参见王磊:《论人大释法与香港司法释法的关系——纪念香港基本法实施十周年》,《法学家》2007年第3期。

在法律适用上存在冲突的主要是情形B和情形C。^①就情形B而言,鉴于基本法合宪性的决定已经确认,相关问题的处理仍以基本法为依据,由此不难解决冲突。^②就情形C而言,宪法有关条文的实质内容指向基本法规定缺漏的领域,此时宪法能否适用?对此,过去几十年中理论界提出了若干代表性学说,这些学说具有很高的参考价值,但也在不同程度上存在缺陷。

(一)“基本法律说”

持这种观点的学者认为,《香港基本法》的效力位阶低于宪法。^③根据我国法律体系与法律位阶的一般认识,效力位阶低于宪法但具有较高位阶的法律,称之为“基本法律”。“基本法律”说的要点包括:(1)《香港基本法》为全国人大所制定,是位阶低于宪法的法律;(2)《香港基本法》明示其根据《宪法》第31条制定,一部基于宪法制定的法律,在位阶上当然低于宪法;(3)在整个国家的法律体系中,《香港基本法》的位阶相对较高,系全国人大本身而非全国人大常委会制定,并且在全国范围内实施。

笔者认为,对于宪法与基本法之间的冲突,“基本法律”说几乎无力解决。由于该说的核心是法律位阶问题,那么,一旦缺乏全国人大对“基本法合宪性”的一锤定音式的判定,《香港基本法》就无力阻止任何与之存在冲突的宪法条文在香港特别行政区的适用,而这不符合“一国两制”方针。另一个难以解释的问题是,《香港基本法》第11条以清晰而绝对的措辞表明了该法作为涉港制度与政策之法律依据的地位。一方面,“基本法律说”强调基本法位阶低于宪法;另一方面,《香港基本法》第11条又“自升位阶”,这显然是无法调和的立场冲突。“基本法合宪性”的《决定》复述了《香港基本法》第11条中“自升位阶”的文字,表明基本法的特殊性得到全国人大——继《宪法》第31条的特别授权后——再次认可。可见,“基本法律说”的缺陷是根本性的:一方面,它必须依赖“基本法合宪性”的《决定》才能避免对“一国两制”方针造成冲击,具有依附性;另一方面,《决定》虽然避免了僵化地理解法律位阶关系,但也使得“基本法律”说丧失用武之地,因为其与《决定》不能共存。

如果我们尝试作一种同情式的理解,不难发现,“基本法律说”的论辩对手其实是那种将《香港基本法》视作“香港地区宪法”(或所谓“小宪法”)的观念。这里可能存在某种“政治正确”的话语约束,即便一部法律在共同体中承担一定的宪法功能甚至被允许称作“宪制性法律”,也不能在形式意义上被称为“宪法”。为实现这种“政治正确”,就需要一种理论来合理解释《香港基本法》的法律属性,“基本法律说”就是这样一种理论——既然《香港基本法》是“基本法律”,就不可能是香港的“宪法”。整体而言,“基本法律说”存在顾此失彼的弊端。

(二)“宪法特别法说”

持该说的学者认为,特别行政区基本法应当被界定为“宪法的特别法”。这一主张产生了广泛影响,其主旨包括:(1)根据一般法与特别法关系的一般原理,如满足效力对象的特定性与规范内容的特殊性,则构成特别法,而基本法满足这一要求;(2)宪法是法律(而不仅是政治文件),因此有可能存在一般法与特别法的区分,即“宪法特别法”是一个可以成立的概念;(3)不能仅因为基本法由全国人大制定,就认定其是“全国性法律”而非“宪法特别法”,因为法律制定主体与法律内容的特殊性是两个不同的问题。全国人大获得《宪法》第31条的特别授权,实际上是以一种“区别于代议机关通常所具有的职权”来制定基本法的。在较早主张该说的李琦教授看来,基本法之制定乃是制宪权被“委托行使”的结果。^④

持该说的代表性学者还有朱世海副教授和陈端洪教授。朱世海教授提出了一种广义的宪法概念,认为基本法与宪法都是“中国宪法”的组成部分,基于此,他认为二者的关系可以定位为“主体法”与“附属法”

^① 就情形D而言,因宪法并无相关规定,故不存在宪法在香港特别行政区的适用问题。在此不作专门探讨。

^② 有学者以“未替代性”测试来解决这一问题,即如果宪法条款的内容已经被基本法具体条款否定或替代,就不能直接适用于香港特别行政区。参见曹旭东:《宪法在香港特别行政区的适用:理论回顾与实践反思》,《政治与法律》2018年第1期。

^③ 参见许崇德:《港澳基本法教程》,中国人民大学出版社1994年版,第16页。有学者从“中国成文法体系”的视角,将基本法定位为宪法性法律,位阶低于宪法。参见刘茂林:《香港基本法是宪法性法律》,《法学家》2007年第3期。

^④ 参见李琦:《特别行政区基本法之性质:宪法的特别法》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2002年第5期。王振民教授早期也提出过类似表述,但李琦教授的观点更具代表性。参见王振民:《“一国两制”实施中的若干宪法问题浅析》,《法商研究》2000年第4期。

的关系。这就突破了将“中国宪法”等同于现行宪法典的传统观点,从而将基本法视作具有宪法位阶的规范。“基本法规范属于宪法规范”可以解释为何基本法规范能够约束某些宪法规范在特别行政区的适用。与李琦教授相比,朱世海教授更加鲜明地指出,制定基本法的行为就是一种“制宪权”的行使,若在理论上不区分“制宪权”与“修宪权”的话,将制定基本法视作修宪亦无不可。他认为,全国人大依据《宪法》第31条制定基本法,与全国人大依据《宪法》第62条制定基本法律是存在重大差别的,前者行使的是制宪权,而后者行使的是宪制权。朱世海教授的观点可视为“宪法特别法说”的2.0版。^①

近年来在制宪权领域用力甚勤的陈端洪教授指出:“以制宪权为逻辑起点,我们才能说全国人大可以制定和宪法内容完全不同的地方基本法,否则,我们就无法解释为什么基本法在内容上和宪法不一致却还‘符合宪法’,从而有效”;所谓符合宪法,并非与宪法文本或其体现的政治原则相一致,而是指《香港基本法》与宪法都“出于同一个制宪权”。^②从法律效果角度来看,此类观点实际上化解了基于传统法律位阶观念而提出的诘问。

由此可见,任何主张基本法具有宪法规范位阶的观点最后都不得不对《宪法》第31条的性质作出判断。叶海波教授曾对“宪法特别法”说表达过质疑,他认为全国人大“决定设立特别行政区及其制度”的具体行为源于《宪法》第62条第13项的授权,而不能仅从《宪法》第31条推导出来。亦即,《宪法》第31条未能提供一种“完整的授权方案”,以至于不能证明其自身“特殊规范”的地位。他给出的解决方案是修改第31条,增加或位移具体决定设立及决定有关制度的授权,从而在第31条之内形成“国家决定可以设立特别行政区——全国人大决定设立特别行政区的具体区域及在特别行政区实行的制度——全国人大结合具体情况以法律规定特别行政区实行的制度”的宪法逻辑。^③笔者认为,叶海波教授的贡献在于指出《宪法》第62条第13项与第31条之间的关联,但其并未对基于“制宪权/宪制权”之区分而理解《宪法》第62条的观点构成致命威胁。我们完全可以认为,该条的第3项(普通立法权)与第13项(具体地创建特别行政区)本来就是分别针对不同问题的,不能仅因为其包含普通立法权的规定,就贸然认为其不可能与第31条共同构成一种“规范束”,并形成“特别授权(制宪权)”。

“宪法特别法”说解决了不少难题。它将基本法视作宪法特别法,实际上就是赋予基本法以宪法规范的位阶,由此,所谓宪法与基本法条文相冲突的问题,就转化为不同宪法规范之间如何协调的问题,而宪法条文就不再因其位阶上的优势而当然适用于特别行政区。由此,上述情形B所代表的冲突也就迎刃而解,甚至可以说,如果这一观点能够形成广泛共识,全国人大1990年的《决定》都是可有可无的。

就情形C而言,需要进一步区分。例如,对于《宪法》第65条这样的国家机构组织条款,基本法上几乎没有相应规定,而毋宁是默认了相关机构的存在。因此,如果将《香港基本法》在整体上视作“一部宪法特别法”,进而排除《宪法》全部条文(第31条除外)的适用,那么就会造成这样一种局面:在特别行政区事务上享有一定职权的“国家机构”在特别行政区宪制秩序内缺乏其自身机构建制的规范依据。如果具体对比宪法条款与基本法条款,进而形成“一般法和特别法”关系之认定,则可以避免这一问题,同时也能确保特别行政区制度与政策的独特性。例如,《香港基本法》第13条与第7章结合起来,可视为有关特别行政区从事对外事务的“特别安排”,这就与宪法上有关外交事务的规定形成了一对具体而特定的“一般法和特别法”关系,从而导致适用基本法的结果。这符合《香港基本法》第11条的意旨。这说明,“宪法特别法说”的应用方式,不应是一次性地、整体性地诊断,而应当是在具体的规范领域内对相应条款作出比对、甄别和认定,再决定特定宪法条款是否适用。在这种意义上,李琦教授的“宪法典乃是通过其特别法对特别行政区发生法律效力”之说稍显单薄,因为其完全排除了宪法条款的适用性。有学者批评其主张导致基本法“结构性取代了宪法在香港的适用”,^④也是意在强调这一点。

① 参见朱世海:《宪法与基本法关系新论:主体法与附属法》,《浙江社会科学》2018年第4期。

② 陈端洪:《理解香港政治》,《中外法学》2016年第5期。

③ 参见叶海波:《特别行政区基本法的合宪性推定》,《清华法学》2012年第5期。

④ 刘志刚:《香港特别行政区的宪制基础》,《北方法学》2014年第6期。

从根本上讲,“宪法特别法说”的要义在于将基本法提升至与宪法同等的位阶。这样一来,并不存在宪法被取代或整体排除的问题,而只存在作为“一般法”的部分宪法条文被作为“特别法”的基本法排除适用的问题。若根据该说的 2.0 版,则广义宪法观取代法典化的宪法观,从而直接消弭“宪法被排除适用”的问题。应当说,“宪法特别法说”的贡献和风险并存,如果对该说一以贯之,必然要求我们接纳一个更广义的“宪法”概念,那么过去几十年来通行于内地的实证主义宪法观或法典化宪法观就会遭到挑战,从而带来理论上的极大不确定性。

(三)“一国原则说”

前述两种观点,或将基本法定位为普通位阶的法律,或将基本法定位为宪法位阶的法律。从逻辑上讲,任何强调基本法的特殊性但又不主张基本法就是实质宪法的理论,都处于这二者之间。就宪法条款是否适用于香港特别行政区而言,这些理论一般认为:凡属确保单一国家在法律上之实现的宪法条文,就应当适用于香港;而实质内容上体现社会主义制度与政策的条款,则不能适用。在本文范围内,不妨将这些居间的理论泛称为“一国原则说”。例如,有学者认为,“应以‘一国两制’作为总的指导原则确定宪法适用于香港的具体内容。宪法中关涉国家主权、国家统一的规定,如有关中央国家机关的组成和职权、国家标志、公民资格(即国籍)等体现‘一国’的规定,均应在香港特别行政区实施”。^①

事实上,实务部门早就有人认识到,要想对“适用于”或“不适用于”特别行政区的宪法条款罗列出一个是完备的清单,是不可行的。^② 在理论界,胡锦光教授曾撰文对宪法上体现了“一国”的规定作一一列举,并细分为 15 个类别。^③ 不过,胡锦光教授的重点其实在于“一国两制”政策中的“一国”在法律上有何形式性的表现,他没有主张其罗列的宪法条款都直接适用于香港。例如,被他归于“社会基本价值观”类别的宪法基本权利条款显然在香港并不适用。可见,他采取了一种宽松区分“‘一国’规定”与“‘社会主义制度’规定”的标准,凡字面上未直接包含社会主义制度的宪法条款,都被他视作“一国”条款。但是,很多表面上“中性”的条款,其实是在规定有关国家机构的运作方式和职权,与内地的法律制度、法律原则不可切割,从而不可能适用于香港特别行政区。作为反证,《香港基本法》也有很多条文对国家机关的权力进行规定。因此,胡教授后来也转而提出,“不宜以立法形式确认这些条款的分类,而是应逐步讨论形成学界共识”。^④ 这说明,“一国原则”作为一种筛选标准虽在理论上没有争议,但在实践层面是难以操作的。

笔者认为,问题的症结不难理解:作为一部总体上反映内地特色的宪法,《宪法》的绝大多数条款是难以在技术上被切割为“一国条款”和“社会主义条款”的。如果我国没有实行“一国两制”方针,那么对宪法条文作上述分类将是荒谬的或没有实践意义的。在特别行政区制度已成现实的情况下,宪法条文作此种分类的需求才陡然出现,但宪法的绝大多数条文从来就没有刻意如此区分。相对于“宪法特别法”说,“一国原则说”的困境在于,其必须固守“1982 年宪法=中国宪法”的立场。因此,要论证中国宪法在香港特别行政区适用,就不得不在宪法文本中尽力标识出一块专属于反映主权统一、设计国家结构形式,同时又在“社会主义”或“资本主义”之间保持价值中立的规范结构。但是,前人试图分别列举这种“规范清单”的努力不了了之,表明这几乎是不可能完成的任务。

其实,即便在法律适用环节,这一难题也不能获得圆满解决,因为现行宪法之难以作出切割,不仅仅在于其文本,更在于其实质精神。这也是为什么《香港基本法》上有大量条款规定相关国家机构的权力,甚至包括全国人大修改基本法所须恪守的程序与实体界限,这在本质上就是法律对公权力机关的授权,与对特别行政区政府等“自治机构”的授权并无不同。对《香港基本法》作整体观察后,可知其并未局限于自治或资本主义的范畴。毋宁是,为了达至保存原有制度与生活方式的目标,基本法作为一部宪制性法律,不可

① 刘志刚:《香港特别行政区的宪制基础》,《北方法学》2014 年第 6 期。

② 参见张荣顺:《略论我国宪法与香港特别行政区基本法的关系》,《中外法学》1990 年第 6 期。

③ 参见胡锦光:《论“一国两制”之“一国”的宪法体现》,《“一国两制”研究》2013 年第 1 期。

④ 胡锦光、王理万:《宪法在特别行政区适用问题研究》,载饶戈平、王振民主编:《香港基本法澳门基本法论丛》(第三辑),中国民主法制出版社 2016 年版,第 3~40 页。

避免地要对既存的国家机构作出相应的授权或限定。否则,就不能确保社会主义体制与资本主义体制不在实践中混同或发生冲突。因此,“一国原则”作为一项标准,也失之于模糊,至少混淆了那些单纯提供国家机构建制的条款与规定该等机构如何行使职权的条款:前者是基本法不必调整的,而后者则是基本法从未放手的。

最关键的是,上述思路忽视了《香港基本法》本身是一部完备的宪制性法律,其中包含了数量众多、不可忽视的“一国”条款。这表明,基本法的制定者有意打造一个和谐融贯的法秩序,而不止是简单地列举资本主义政策。实际上,没有资本主义制度作为框架与基础,资本主义政策绝无可能在我国得以延续和落实。根据《香港基本法》第11条,所谓各项制度与政策均以该法为依据,意味着“制度”必然包含公权力机构,从而必然包含中央机关。以“一国原则”作为标准来筛选宪法条文,实际上犯了“只谈宪法而不谈基本法”的错误,这如同“只谈基本法、不谈宪法”一样,都是不可取的。

四、基本法的“自足性”:宪法适用之判断标准

讨论宪法在特别行政区的适用,极易混淆政治诉求与法律争议;相应地,就可能混淆政治宣示与法律分析。作为一种政治话语,所谓“宪法是否在香港特别行政区适用”实际上选取了错误的概念、提出了误导性的问题。相关论者最在乎的是,宪法作为国家统一的象征,必须在全国范围内得到承认。^① 简而言之,宪法是有效的法,香港特别行政区不能否认这一点。但从法律角度讲,这一点从未遭到质疑。由于人们常常把“香港特别行政区不能否认宪法是有效的法”与“香港特别行政区应直接适用宪法条文”这两个主张相混淆,才引发各种争议和相关学说。其实,我们甚至不需要论证“宪法是有效的法”,因为这是一切讨论的起点,从法实证主义的立场来讲,这是不证自明的。

但是,如果将问题转化为香港特别行政区日常情境中的法律适用,那么就不能满足于此,否则就可能对法秩序的和谐与安定造成冲击,损及“一国两制”方针的落实。从法律角度讲,在全国人大已经就基本法的合宪性作出权威判定的情况下,剩下的问题仅仅是,基本法未尽之处是否应直接适用宪法条文以及具体适用哪些条文。在此问题上,不同的理论主张各有优劣:把基本法仅仅视作普通的人大立法或基本法律,不符合基本法的明文规定,不符合“一国两制”方针,也不符合全国人大关于基本法合宪性的决定,是不可接受的;把基本法视作宪法规范,则直接消弭了“宪法是否在香港特别行政区适用”这个问题,但其理论前提是根本性地改变通行的宪法观;那些以“一国原则”为标准来检视宪法条文的方案,又流于粗疏和表面化,缺乏对于“一国两制”方针的深刻理解,也不能有效解决问题。

事实上,《香港基本法》是一部具备“自足性”的中国法律,即在香港特别行政区宪制秩序范围内(而不止是地理意义上的香港地区范围内),包括基本原则、居民权利与自由、政府组织架构及其权限、公共政策等方方面面的问题,均应在基本法的规范体系内寻求法律上的解决方案,从而保持特别行政区的宪制秩序与内地宪制秩序之间的彼此尊重与和谐共生。^② 基于此,对于《宪法》第31条以外的其他条款是否适用于香港特别行政区这一纯粹法律问题,应以符合并维系基本法的“自足性”为判断标准,这也是作为宪法规范的“一国两制”方针的内在要求。笔者将这一主张称为“基本法的自足性”理论。显然,该理论有其政治前提,即不论某宪法条文是否直接适用于香港特别行政区,宪法作为一部有效的法是不能被否认的,其在内地建构的宪制秩序也应得到特别行政区的普遍承认。^③ 在此基础上,“基本法的自足性”理论的具体主张可分述如下:

^① 参见饶戈平:《全面准确地理解和实施“一国两制”》,《求是》2014年第14期。

^② 参见黄明涛:《论〈香港特别行政区基本法〉的自足性——对基本法第11条第1款的一种解读》,《学习与探索》2015年第1期。

^③ 笔者关于“基本法的自足性”的理论构建受到香港大学法学院“包玉刚讲座教授”佳日思有关基本法是否“self-contained and exclusive instrument”的论述的启发。他强调,所谓“self-contained”,并不意味着基本法与宪法没有关系,也不是说,说基本法可以直接决定中央机关的组成或程序,而是指当涉及内地与香港特别行政区的法律关系以及香港范围内的法律适用时,应以基本法作为基本法律框架。See Yash Ghai, *Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretation and Procedure*, in Johannes MM Chan/H L Fu/Yash Ghai ed., *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*, Hong Kong University Press, 2000, p. 44.

第一,全国人大关于“基本法合宪性”的《决定》的法律效果是,不得以基本法条文与宪法条文在文义上或适用上的冲突为由,拒绝在特别行政区制度与政策的范围内适用基本法。《香港基本法》必须为有效的法,必须被完整地适用。典型的法律位阶理论不能用于处理现行宪法与基本法的关系。在涉港事务上,宪法上不同条文的地位是不同的,“一国两制”方面的条文具有优先地位,这种优先地位使得《香港基本法》可以“自足”。

第二,《香港基本法》的目的在于建构、维护和发展一套适合香港自身的特别行政区宪制秩序,这一法律秩序亦包含对(地理意义上的)特别行政区以外的有关国家机构的授权,因为非此不足以确保“一国两制”方针的落实。源于基本法的授权不同于相关国家机构在内地宪制秩序中获得的授权。例如,全国人大常委会解释内地法律的权力与解释香港基本法的权力就是两项彼此独立的授权的结果。换言之,一个特定的国家机构可同时在内地宪制秩序与特别行政区宪制秩序中扮演不同角色,且均属于主权统一国家之内的公权力机关,但职权和程序上不可混同视之。

第三,若干“中央机关”并非由《香港基本法》所创建,而《香港基本法》包含有与上述机关相关的(授权)条文,意味着基本法秩序承认该等机关的合法地位,据此可以认为,宪法上有关基本法秩序内国家机构的组织规范已经在香港特别行政区得到适用。需要指出的是,如同一般的组织规范,此类宪法规范的适用并不是日常性地反复适用。特定国家机构自完成依法建制那一刻起,适用过程即告完成。这与特定国家机构依据《香港基本法》之授权而行使职权是不同的。例如,中央人民政府根据《香港基本法》第 48 条向特别行政区行政长官发出指令就属于基本法的适用,且此类规范可以被反复适用,而中央人民政府之建制的法律基础则来自于宪法和国务院组织法。

第四,象征国家主权统一的宪法规范必须纳入《香港基本法》所代表的特别行政区宪制秩序内才能得到实现,不存在宪法直接适用的问题。由于此类规范的政治属性,必须通过立法予以具体化。例如,2017 年全国人大常委会通过了《中华人民共和国国歌法》(以下简称《国歌法》),就是对《宪法》第 141 条的具体化,从而使得作为宪法规范的国歌地位拥有具体内容。在《国歌法》被列入《香港基本法》附件三后,特别行政区将以本地立法的方式来落实《国歌法》的相关要求。因此,在法律形式与技术上,仍不存在宪法规范的直接适用,基本法的“自足性”再次得以体现。

第五,香港特别行政区司法机关对基本法条文日常化地解释和适用不得导致无法维持基本法“自足性”的结果。鉴于全国人大常委会对基本法条文享有终局性的解释权,它应当遵循这一实质性的准则,这主要有赖于全国人大常委会自身的审慎、智慧与决断。

作为一种法律理论,“基本法的自足性”不反对在舆论场上弘扬宪法话语,包括宣传宪法的理念与知识、介绍内地宪法实施的特点与状况等。但是,该理论的主要功能是为基本法的实施提供清晰的操作方案,以便评估适用特定的宪法条文是否损及特别行政区宪制秩序的独特性、完备性与融贯性,如无此负面效果,则宪法并非不可适用。这也是对前述情形 C 的回答。实际上,这才是宪法在香港特别行政区适用过程中真正需要解决的法律问题。

责任编辑 谭冰霖