

序言

有幸參與恩師王振民教授主編的“憲法與基本法研究叢書”，秉承法學理論和政治實踐結合的原則，我從自己的文章著作中，選取並編撰成本書，並著力探討三大主題：政治及管治、基本法與司法、國籍與對外交往。這三方面正是為“一國兩制”的實踐，帶來最核心制度創新的環節，也因而產生了大量的理論挑戰。

對於政治與管治問題，本書主要論述了不同地方授權模式的比較、香港政治利益整合機制的轉變探索、以及本地的基層管治問題。至於基本法與司法方面，本書主要討論了憲法在特區的適用問題、基本法解釋的理論問題、司法案例中的中央與特區關係，以及世界各地混合司法管轄制度的實踐問題。而對外交往方面，本書則主要探討了香港居民國籍問題和香港參與國際條約的問題。這些文章中，有專門針對香港情況作分析的，也有能夠幫助理解香港情況的比較研究。

得編輯的提議，筆者以一篇鄧小平論“一國兩制”的深意作緒言，為整書的討論立下理論背景框架，也借此表達我對鄧公提出“一國兩制”構想解決香港問題的敬意。

我也趁此感謝一起撰寫這些文章，或多年來協助我進行研究的同道。另外還有三聯書店，以及侯明、顧瑜和蘇健偉等諸位同仁，感謝他們肯為基本法的研究成果提供出版幫助。

希望本書能夠為憲法和基本法的實踐、為“一國兩制”和基本法的學術研究做出貢獻。

李浩然博士
榮譽勳章，太平紳士

目錄

總序 | iv

序言 | viii

緒論

鄧小平論“一國兩制”的深意 | 002

第一章 | 政治與管治

- 01 單一制國家地方授權模式的新發展 —— 英國“蘇格蘭模式”和中國“一國兩制”比較研究及兼論英國的權力下放改革 | 020
- 02 香港政治的利益整合機制 —— 從代理人關係到法團主義民主的探索 | 050
- 03 從“地方行政”到“地方治理” —— 香港基層管治問題研究 | 067

第二章 | 基本法與司法

- 01 “一國兩制”下中國憲法和特別行政區基本法的關係 —— 兼論憲法在特區的適用問題 | 110
- 02 香港基本法解釋的有關基本理論問題研究 | 147
- 03 香港司法案例中的中央與特區關係 | 180
- 04 論世界各地混合司法管轄制度的實踐 —— 兼論英國法院對歐盟法律解釋方法的發展 | 201

第三章 | 國籍與對外交往

- 01 “一國兩制”下的國籍研究 —— 兼論相關公民權利和身份制度安排 | 256
- 02 香港特別行政區參與國際條約的情況和特徵研究 | 277



“一國兩制”下中國憲法和特別行政區基本法的關係

——兼論憲法在特區的適用問題

原載國務院發展研究中心港澳研究所《港澳研究》2007年夏季號，

內容經過更新整理



“一國兩制”是中國現代化建設大戰略的重要組成部分。自從香港、澳門回歸，“一國兩制”在香港和澳門已經分別實施了22年和20年，均獲得很大成功。但同時它是古今中外沒有先例的偉大實踐，所以也出現了一些值得研究和解決的法學理論問題，其中便包涵中國憲法和特別行政區基本法關係的課題。

憲法是國家統一主權的象徵，是“一國兩制”的政治基礎和特別行政區基本法的法理基礎。在堅持“一國”的前提下，憲法是否適用於特別行政區，以及如何妥善處理憲法和基本法兩法的關係的問題便顯得尤為重要。

本文的第一部分，首先簡述了憲法在特別行政區適用的法理基礎，並總結出憲法在特別行政區適用的基本原則。然後針對中國憲法和特區基本法進行條文解讀，分析基本法如何對憲法的一般規定作出特別規定。第二部分則著重分析背後的理

論，包括一般法與特別法的理論原理、基本法的憲法性法律性質，以及憲法和基本法關係的理論發展等等。

一、憲法在特別行政區適用的政治和法理基礎

自從1997年7月香港回歸，基本法成功在香港實施，為香港的管治訂下了良好的規範。但是當中的一些法律細節，仍然有待進一步共識。而其中最突出的，要算是因為基本法地位問題，而產生的憲法在特別行政區的適用問題。很多人習慣稱基本法是香港特別行政區的“小憲法”。的確，基本法規範了香港和澳門的政治、經濟和社會制度，以至中央和特區關係等安排，所以具有一般憲法性文件的特質。但這只是一個通俗和廣義的概念。如果以嚴謹的法律概念去分析基本法在中國憲政架構中的地位，現有的理論便流於不足了。也因如此，造成了法律上和實務上的種種問題。

法律上，特別行政區作為中國領土的一部分，屬中國憲法的覆蓋之內，理應受到中國憲法的規管，適用中國憲法。而且，特別行政區的成立，本身的法理依據便源自中國憲法。可是因為憲法和基本法關係的不明確，因而出現了對於憲法應否和是否在香港適用等各種疑問。現在比較主流的意見有兩派。第一派較為以香港本身作為研究的中心點，主張基本法是香港的“小憲法”，核心任務是確保“一國兩制”中的香港原有制度能夠順利運作，並在這個框架下研究香港本身的自治和制度安排。認為中國內地和香港應該作為兩個完全、完整和平行地獨立的法律體系各自存在。中央和特區的關係已經透過憲法第31條和基本法的相關部

分作為連接點，因此憲法的其他部分並不適用於香港，也不應該有更多的關連，可各自發展本身的憲政架構，以維持“河水不犯井水”的原則。而另一派則以香港在全國憲政架構中的地位作為切入點，重視分析基本法是中國憲法體系的一部分，香港的憲政發展應該包含本地社會和全國性的參與，因為這是國家憲政架構的改動，並體現“一國兩制”中統一的“一國”的原則。兩派主張各有優劣，前者對本地制度設計提供了大量有用的參考理論和數據，但卻忽略了整體的中國憲政結構和香港在當中的位置；後者具有全國憲政的視野，但具體理論內容還是有待進一步發展。

至於實務上，上述的法律定位未能明確，往往造成內地和香港對於中央政府在港憲政發展過程中的角色，容易出現不同、甚至相反的意見。另外也阻礙了香港和其他省市關係的發展。

筆者希望透過本文，提出基本法是中國憲法的特別法¹的觀點，闡釋清楚在中國的憲法類法律當中，憲法作為基本的憲法典，是一般法，²作出一般的規定；而基本法則是作為規範特定地區的特別法，補充憲法的一般規定，並對特區的特別情況作出特別規定。

憲法和基本法的一般法和特別法關係既然清楚界定，就可知道二者並不是兩部獨立的憲法，憲法和基本法共同構成香港的憲制秩序，基本法作為憲法的特別法律，專門規管香港有別於社會主義主體的資本主義制度。這種關係既不同於例如美國兩州憲法的平衡關係，也不同於美國州憲法授權聯邦憲法立法的二者獨立但具有授權的關係。基本法的效力基礎也是來自憲法，沒有憲法的相關規定作為終極根據，則也沒有基本法。因此憲法在特區的適用，是適用基本法的前提條件。



因為憲法才是規範香港事務的終極根據，並以基本法對特別規定作出補充，所以在解讀香港的憲政架構時，必須首先從憲法入手，再對特別事項參看基本法的規定。這樣也就解答了憲法在特區適用的疑問了。

憲法的適用帶來三個基本問題：第一，如果特別法的權利義務安排與憲法相衝突怎麼辦？憲法賦予了特別法優先使用地位，並允許特別法可以排除與特別法相違背的憲法條文的適用。第二，當遇上特別法範圍外的新情況時，除非特別法另有規定，否則憲法即可適用。當特別法出現空白時，便會尋求憲法當中既存的規則來填補，這個特性是法律規則本身所決定的。這也進一步闡釋了特別法與一般法相互依存的關係。第三，任何的相關法律或者相關法律部門之下的新立法，以至法律解釋，都不能違背特別法的基本原則。

筆者將整理和發展兩者作為一般法和特別法關係的理論，並以條文解讀的方法論對憲法和基本法的條文作出比較和分析，從而總結出特別法理論可能出現的四種模式，包括：（1）以基本法作為一個整體的特別法，（2）以章節作為特別法的規定單位，（3）以條文作為特別法的規定單位，和（4）以憲法和基本法內容所規定的主題作為特別法的規定單位。其中，第四種模式是結合了上述三種模式的特點，儘量以基本法作為涵蓋特區事務的法律基礎，以章節分類作為制定分析主題的根本參考，再以條文作為分析單位。這種模式將是下述第一部分內容進行比較研究所使用的方法論。

以下將以表格形式詳細呈現在特定主題上憲法的一般規定與基本法的補充及特別規定。

表 2.1.1 基本法對憲法的補充及特別規定

憲法的一般規定	基本法的補充及特別規定
1. 有關國體	
<p>第 1 條第 1 款：（我國是）人民民主專政的社會主義國家。</p> <p>第 1 條第 2 款：社會主義制度是中華人民共和國的根本制度。</p> <p>對於“根本制度”的意思，可參閱鄧小平有關的發言作為補充參考：“一國兩制”除了資本主義，還有社會主義，就是中國的主體、十億人口的地區堅定不移地實行社會主義。主體地區是十億人口，台灣是近兩千萬，香港是五百五十萬，這就有個十億同兩千萬和五百五十萬的關係問題。主體是很大的主體，社會主義是在十億人口地區的社會主義，這個是前提……³</p>	<p>序言：按照“一個國家，兩種制度”的方針，不在香港實行社會主義的制度和政策。</p> <p>第 5 條：香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變。</p>
<p>說明：這裏有關國體的規定背後所反映出來的政治理念，實際上是一種中國內地和特別行政區關係的表述。實質運作上，社會主義和資本主義在兩個地區平行而獨立地運作。但是在國體上，卻沒有因此而改變了國家的性質，成為兩種主義混和的國體，因為內地的規模遠遠大於特別行政區。也因此，在特別行政區實行資本主義，是在內地能夠實行社會主義從而締造可行環境的基礎上實現。</p>	
2. 有關人民行使國家權力的制度安排	
<p>第 2 條：人民行使國家權力的機關是……地方各級人民代表大會。</p> <p>第 3 條：……人民代表大會都由民主選舉產生……</p> <p>這裏的“人民所行使的國家權力”包括兩個含義： 各級人民代表大會所屬的地方層面權力； 透過各級人民代表大會選舉的最終產生全國人民代表大會的國家層面權力。</p>	<p>有關地方層面的權力：</p> <p>第 3 條：香港特別行政區的行政機關和立法機關由香港永久性居民依照本法有關規定組成。</p> <p>第 11 條：香港特別行政區的……行政管理、立法……制度……均以本法的規定為依據。</p> <p>第 26 條：香港特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權。</p> <p>第 43 條：香港特別行政區行政長官是香港特別行政區的首長，代表香港特別行政區。</p> <p>第 45 條：香港特別行政區行政長官在當地通過選舉或協商產生……</p>



<p>第 68 條：香港特別行政區立法會由選舉產生。</p> <p>有關國家層面的權力：</p> <p>第 21 條第 1 款：香港特別行政區居民中的中國公民依法參與國家事務的管理。</p> <p>第 21 條第 2 款：……由香港特別行政區居民中的中國公民在香港選出香港特別行政區的全國人民代表大會代表……參加最高國家權力機關的工作。</p>	
<p>說明：在人民行使地方層面的國家權力時，中國內地實行人民代表大會制度，人民透過選舉一個單一的機構來實現他們的權力；而人民代表大會是各種權力的總攬，包括行政和立法權。人民的權力最終是透過一種間接的模式實現到行政和立法機關。而在香港地區，則在人民行使選舉權時，直接把行政和立法兩個機關分開（選舉行政長官和選舉立法會議員），人民權力的實踐是透過兩次獨立的選舉活動所投影出來。</p> <p>所以憲法第 2 條“人民行使國家權力”的規定適用於特別行政區內，只是體現的模式透過基本法作出了特別的規定。</p> <p>在基本法的立法技術當中，沒有獨立說明人民有權行使國家權力，而是直接規定行使權力的方法，從而曲綫地證明了人民的權力，巧妙地吧兩種內容合二為一。</p> <p>至於有關人民行使國家層面權力的全國人民代表大會制度，兩個地區並沒有區別安排。只是在選舉制度上，內地透過各級人民代表大會間接選舉出全國人民代表大會，而香港地區則直接選出全國人大代表。</p> <p>而基本法第 21 條第 2 款中，規定“香港特別行政區居民中的中國公民”在香港選出香港特別行政區的全國人民代表大會代表參加最高國家權力機關的工作，則是對憲法的補充規定，對（1）“人民”和（2）“由民主選舉產生”從法律概念上作出具體規定。</p> <p>這方面的規定，請同時參閱《香港特別行政區選舉第九屆全國人民代表大會代表的辦法》的規定。該《辦法》屬全國人大代表選舉法律的特別法。⁴</p>	
3. 有關行政、司法和其他非由人民直接行使權力所產生的制度安排	
<p>第 3 條：國家行政機關、監察機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生……</p> <p>第 27 條：一切國家機關實行精簡的原則，實行工作責任制，實行工作人員的培訓和考核制度……</p>	<p>第 11 條：香港特別行政區的……行政管理……和司法方面的制度……均以本法的規定為依據。</p> <p>第 55 條：香港特別行政區行政會議的成員由行政長官從行政機關的主要官員、立法會議員和社會人士中委任，其任免由行政長官決定。行政會議成員的任期應不超過委任他的行政長官的任期。</p>

	<p>第 57 條：香港特別行政區設立廉政公署，獨立工作，對行政長官負責。</p> <p>第 58 條：香港特別行政區設立審計署，獨立工作，對行政長官負責。</p> <p>第四章第二節第 59-65 條（有關行政機關制度安排的規定）</p> <p>第四章第四節第 80-81 條、第 83 條、第 86 條、第 88-94 條（有關司法機關制度安排的規定）</p> <p>第四章第五節第 97-98 條（有關區域組織制度安排的規定）</p> <p>第四章第六節第 99-104 條（有關公務人員制度安排的規定）</p>
<p>說明：基本法當中的有關條文，基本上是具體規定了行政、司法和其他政治機構的制度和運作。對於憲法第 3 條就中國內地的制度安排作出了另行的規定。</p> <p>至於憲法第 27 條所規定的“工作責任制”，在香港的具體實施可以參閱首任香港特別行政區行政長官董建華於連任第二屆任期（2002 年 7 月 1 日）時，開始推行的“主要官員問責制”改革。特區政府的主要官員過去均由公務員晉升，只屬一份職業，如果沒有違反公務員紀律便不能辭退或不需要辭職，改變為從委任產生，需要負起政治責任。這個改變與憲法和相關法律規定中國內地的相應體制看齊。</p>	
4. 有關法律運作	
<p>第 5 條：……中華人民共和國……（是）社會主義法治國家。國家維護社會主義法制的統一和尊嚴。</p> <p>一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相抵觸。</p> <p>一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究。</p> <p>第三章第八節：人民法院和人民檢察院</p>	<p>第 2 條：全國人民代表大會授權香港特別行政區依照本法的規定……享有……獨立的司法權和終審權。</p> <p>第 8 條：香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。</p> <p>第 11 條：香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。</p> <p>第 19 條：香港特別行政區享有獨立的司法權和終審權。香港特別行政區法院除繼續保持香港原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對香港特別行政區所有的案件均有審判權。</p>



	<p>香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。</p> <p>第 35 條（有關司法程序的安排）</p> <p>第 42 條：香港居民和在香港的其他人有遵守香港特別行政區實行的法律的義務。</p> <p>第四章第四節：司法機關</p> <p>第 35 條、第 82 條、第 84-85 條、第 87 條、第 95-96 條（有關司法機關法律運作制度的安排）</p>
<p>說明：有關法律運作方面，基本法對於憲法第 5 條關於“社會主義法制”作出了特別規定，表明在香港繼續實行原有的法律和司法制度。</p> <p>另外，關於法律不得與憲法相抵觸的規定，也是適用於香港的。基本法的第 8 條和第 11 條已經就原有法律和新法律不得同基本法相抵觸，作出了明確的規定。而對於不得同憲法相抵觸的理解，具體應該是這樣運作的：香港本地的原有法律和新法律，在基本法有規定的內容，不得同基本法相抵觸。而對於在基本法沒有規定、但在憲法有規定的內容，香港的本地法律均不得同憲法相抵觸。</p> <p>根據這個原則，在香港違反憲法一般規定（指沒有由基本法作出特別規定的內容）和基本法規定的行為，均須予以追究。至於追究違反法律的行為，屬一般法治原則。也在憲法第 5 條和基本法第 42 條作出了相應的規定。而基本法第 42 條當中的“特別行政區實行的法律”也應當包括上述關於憲法的原則。</p>	
5. 有關經濟運作	
<p>第 6-8 條、第 11-12 條、第 14-18 條（有關中華人民共和國的社會主義經濟制度）</p>	<p>第 5 條：香港特別行政區……保持原有的資本主義制度……五十年不變。</p> <p>第五章：經濟</p>
<p>說明：憲法和基本法分別規範在中國內地實行社會主義經濟制度，在香港地區實行資本主義經濟制度。基於基本法序言明確指出的“一個國家，兩種制度”的方針，社會主義和資本主義經濟制度在兩地實行的時候，屬一種平行關係。</p> <p>兩種制度說的就是社會主義和資本主義的並行。這是面對香港問題和歷史時的關鍵考慮，也是基本法的核心內容，其他的內容是圍繞這個核心內容作出相關規定。</p> <p>由於（1）基本法明確闡釋了上述規範兩制並行的性質，（2）基本法已經明確規定了資本主義經濟制度的內容，以及（3）社會主義和資本主義經濟制度本身就有較多不兼容的內容，憲法無法同時滿足兩種經濟制度的規範要求。所以對於規範香港特別行政區的經濟模式，應該適用基本法，而不適用憲法。這一方面跟其他內容較為特殊。</p>	

6. 有關土地和自然資源	
第 9-10 條（有關中華人民共和國對於土地和自然資源歸屬問題的規定）	第七條：香港特別行政區境內的土地和自然資源屬國家所有…… 第七條：……由香港特別行政區政府負責管理、使用、開發、出租或批給個人、法人或團體使用或開發……
說明：對於土地和自然資源規定的問題，基本法對於憲法作出了兩處特別規定。（1）規定特區境內的土地全部屬國家所有，這個與憲法第 10 條有關“集體所有”的規定作出區分。（2）作出授權，授權香港特別行政區政府處理土地和自然資源的問題。	
7. 有關教育及科研政策方向的規定	
第 19 條 第 20 條 第 24 條 第 40 條 第 47 條	第 34 條 第 136 條 第 137 條 第 139 條 第 144 條 第 148 條 第 149 條
說明：在這方面基本法沒有對憲法作出特別規定，只是就香港的具體情況作出了規範。	
8. 有關醫療衛生政策方向的規定	
第 21 條	第 138 條 第 144 條 第 148 條 第 149 條
說明：在這方面基本法沒有對憲法作出特別規定，只是就香港的具體情況作出了規範。	
9. 有關文化藝術及廣播政策方向的規定	
第 22 條	第 140 條 第 144 條 第 148 條 第 149 條
說明：在這方面基本法沒有對憲法作出特別規定，只是就香港的具體情況作出了規範。	
10. 有關專業資格政策方向的規定	



第 23 條	第 142 條
說明：在這方面基本法沒有對憲法作出特別規定，只是就香港的具體情況作出了規範。	
11. 有關社會福利政策方向的規定	
第 45 條	第 36 條 第 144 條 第 145 條
說明：在這方面基本法沒有對憲法作出特別規定，只是就香港的具體情況作出了規範。	
12. 有關就業和工作政策方向的規定	
第 42-44 條	第 33 條 第 147 條
說明：在這方面基本法沒有對憲法作出特別規定，只是就香港的具體情況作出了規範。	
13. 有關保護婦女和兒童的規定	
第 48 條：中華人民共和國婦女在政治的、經濟的、文化的、社會的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的權利。國家保護婦女的權利和利益，實行男女同工同酬…… 第 49 條：……母親和兒童受國家的保護……禁止虐待老人、婦女和兒童	第 39 條：《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於香港的有關規定繼續有效，通過香港特別行政區的法律予以實施。 香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與本條第一款規定抵觸。
說明：在這方面，基本法沒有像憲法一樣，直接把保護婦女和兒童規定在條文當中，而是透過基本法第 39 條作出直接引用。	
14. 有關語言文字政策的規定	
第 19 條第 5 款：國家推廣全國通用的普通話。	第 9 條：……除使用中文外，還可使用英文，英文也是正式語文。
說明：憲法第 19 條和基本法第 9 條這兩個條文的關係出現了三個特點：（1）憲法第 19 條所規定的語言，而基本法第 9 條所規定的是文字。所以“推廣普通話”的責任也應該適用於特別行政區之內；（2）基本法第 9 條引入了英文在特區內作為正式語文，改變了中國只以中文作為法定語文的不成文規定；和（3）但是對於中文作為特區的正式語文，沒有進一步規範所指出的是繁體字還是簡體字。就這方面筆者認為，基於香港的歷史因素，應該理解為繁體字，但是為了方便全國的統一交流，簡體字也是可以的。	