

鄒平學序

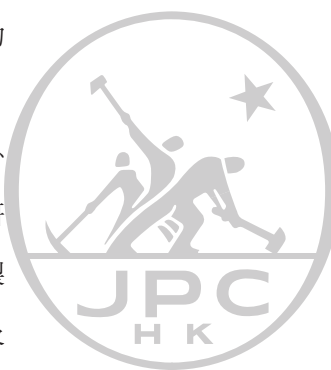
憲法在香港特別行政區的實施，關係到憲法在特別行政區根本法地位的落實，關係到香港基本法在特別行政區的正確有效實施，是“一國兩制”下中央與地方關係的重大憲制問題，是中國特色社會主義憲法實施制度的重要內容。不從理論上廓清憲法在特別行政區的效力和實施問題，就無法正確認識“一國”和“兩制”的關係，無法正確認識和處理憲法和基本法的關係，無法正確認識和處理中央和特別行政區的關係。

應該說，自香港基本法起草到頒佈實施及至今日，海內外學界對這一問題雖然探討熱烈，但普遍較為零散，缺乏深入研究的專著。在基本法起草時，香港基本法諮詢委員會整理印製的《香港基本法（草案）徵求意見稿》諮詢報告對其中涉及的各方意見進行了細緻的描述。回歸後，學者仍然關注這一問題，根據我在《香港基本法實踐問題研究》書中的總結，學界曾先後提出過十種論述路徑，這些學術觀點雖然不乏真知灼見，但存在理論深度不足、論證邏輯不嚴密等問題，特別是在內地與香港學界之間存在較大的分歧。比如，原香港大學佳日思教授（Yash Ghai）就認為，“憲法和基本法在內容上是完全衝突的，如果要求國家憲法在香港實施，則‘一國兩制’的目的就無從實現。因此，除了為香港特別行政區的設立以及基本法的制定提供支撐的憲法第 31 條和第 62 條第 14 項外，其他條款不應在香港實施。唯有如此，才能凸顯基本法的自足性。”這種觀點不僅在理論上存在明顯漏洞，而且在實踐中也不利於

香港社會正確認識“一國兩制”下香港憲制結構的核心內涵。值得注意的是，在香港回歸後相當長的時期內，香港居民都知道有香港基本法，但卻普遍認為國家憲法好像與香港關係不大，以至於“基本法是香港憲法，國家憲法在香港不能實施”等誤區沒有得到及時糾正。我認為，香港基本法實施中一些懸而未決的分歧與爭議，恰恰源於這一問題沒有得到很好解決。

2014 年，中央政府在《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書中明確提出“憲法和香港基本法共同構成香港的憲制基礎”。此後，中國共產黨第十九屆四中全會公報更是進一步指出“嚴格依照憲法和基本法對港澳實施管治，完善特別行政區同憲法和基本法實施相關的制度機制”。在此背景下，我瞭解到孫成博士撰寫的《國家憲法在香港實施問題研究》即將出版，十分高興，我認為，結合憲法在香港實施的實踐，正本清源、釐清爭議，從憲理、法理和學理上對此問題展開深入研究，不僅具有重要學術意義，而且對於確保“一國兩制”方針不會變、不動搖，確保“一國兩制”實踐不變形、不走樣也有重要的實踐價值。

孫成博士才思敏捷，熱愛學術。他在清華大學讀書期間就開始關注這一問題，並且在王振民教授的指導下以此為題撰寫了博士畢業論文。這本專著就是在他博士論文的基礎上，經過反復修改後形成的，其中很多章節曾在《政治與法律》、《北京社會科學》、《交大法學》等雜誌上公開發表。孫成博士曾跟隨我攻讀碩士，現在成為了我的同事。他在參與我主持的一些相關課題研究時，也承擔和撰寫了相關研究任務，顯示了很好的



研究功底和敏銳的學術能力。閱讀他的這本專著，可以發現，他對這個問題有較為深入的思考和研究，其分析的角度、運用的方法以及做出的結論不乏個人創見。

具體而言，我認為這本專著針對目前學界研究中的不足，提出了一些創新的觀點，其要者有下述諸端：

第一，從歷史維度，系統考察了憲法在香港實施的源起與演化過程。作者通過對大量原始文獻的梳理，釐清了幾個學界長期模糊以對的歷史問題，包括憲法在香港實施作為一個法律問題是由誰提出的？基本法委員會內部對該問題又產生了哪些爭論，並是如何達成共識的？通過對這些疑問的解答，可以看到，香港基本法起草過程中對憲法實施所達成的共識，具有相當的模糊性，並不足以化解該問題。實際上，回歸後香港本地關於憲法實施的爭論一直沒有中斷，中央政府對於這些爭論的態度，也經歷了從“消極迴避”到“積極面對”的轉換，而這種轉換的發生與中央政府對香港政治局勢的判斷密切相關。

第二，從實證角度，全面分析了憲法在香港究竟是如何實施的。過往研究成果往往傾向於分析憲法理應在香港實施的原因，但對於憲法在現實中究竟在香港有無實施，以及具體的實施形態與特徵則少有涉及。為了填補這一研究空白，作者從實證的角度，對“全國人大及其常委會針對香港問題實施憲法的實踐”與“香港法院實施憲法的實踐”進行了細緻分析。在此基礎上，還對兩個主體實施憲法的行為從“條文選擇”、“實施方式”以及“實施困境”三方面進行橫向對比，從而讓我們可以全面把握目前憲法在港實施情況的全貌。

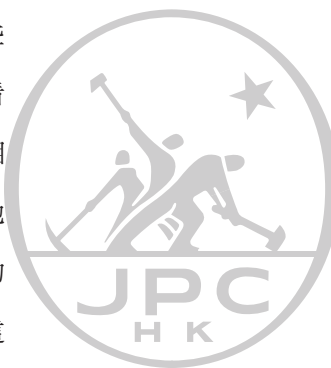
第三，從規範角度，探索提出了憲法在香港實施機制的完

善方案。作者綜合國外憲法審查制度與香港的實際情況，從“X+ 第 31 條”憲法解釋模式、實施主體、實施對象、實施程序、實施過程和結果的判斷五個方面就如何完善憲法在港實施提出了具體的操作方案。作者認為，憲法實施固然存在多種形態，但是如果憲法審查意義上的實施長期付之闕如，憲法作為“根本法”的地位，及其背後所蘊含的價值將大打折扣，這在司法審查異常活躍、基本法已經呈現出“憲法化”趨勢的香港尤其值得重視。

第四，從政治維度，延伸研究了憲法在香港實施對於國家統合的價值。作者提出，要將國家憲法在香港實施的意義，放置到國家統合的視域中予以思考，並且重點從“‘黨主立憲型國家統合機制’無法在香港運行”、“香港普選的‘區域’特性”以及“香港複合式憲制結構存在‘離心效應’”三個角度，系統論證了憲法實施對於強化中央對港管治正當性的作用與價值。

第五，從比較維度，專題對比了憲法在港澳實施的異同及原因。目前學界將港澳憲法實施情況加以比較的研究十分有限。作者選擇“全國人大及其常委會針對港澳問題實施憲法的 55 份規範性文件”為樣本，探究同一部憲法在同樣施行“一國兩制”的港澳的實施過程中，是如何從兩地基本雷同的實施前提下發展出不同的演化路徑，並以此追問背後的制度原因，從而為完善憲法在特別行政區的實施機制提供新的視角。

總之，孫成博士的這本專著對學界此項研究奉獻了有意義、有價值的學術成果。當然，作者雖然作了很大的努力，但是受到諸多主客觀因素的限制，本書也存在論證不充分、內容不成熟之處。比如，對於如何協調憲法實施與基本法實施之間



的關係就未能展開論述，對於世界上其他存在“憲制異質地區”的國家如何解決憲法實施問題也未能進行深入的比較研究，這些內容都值得進一步思考與挖掘。

學術的精神在於探索和創新，特別是在港澳基本法領域，由於涉及複雜的法理與政治爭議，嚴肅學術性和政治敏感性交織在一起，學術探討的難度可想而知，因而，也更加需要得到鼓勵和支持。整體而言，作為孫成博士第一本專著，他的創新努力值得嘉許。我也期待他繼續耕耘，刻苦鑽研，在港澳基本法領域取得新的成就。

是為序。

鄒平學

2021年6月1日



目錄

總序 | iv

鄒平學序 | viii

第一章 | 引論

第二章 | 國家憲法在香港實施問題的源起與演化

第一節 國家憲法在香港實施的政治前提是如何形成的 | 037

第二節 基本法起草與國家憲法在香港實施問題的法律化 | 045

第三節 回歸後香港關於憲法實施問題的爭論 | 056

第四節 小結 | 065

第三章 | 國家憲法在香港實施的實踐

第一節 香港法院實施國家憲法的實踐 | 081

第二節 全國人大及其常委會在香港實施國家憲法的實踐 | 092

第三節 香港法院與全國人大及其常委會在香港實施憲法的實踐對比 | 113

第四節 小結 | 125

第四章 | 憲法實施與香港極端本土意識的興起

第一節 “香港城邦論”思想的基本內容 | 142

第二節 城邦論思想在香港本土意識脈絡中所處的地位 | 148

第三節 “香港城邦論”思想的理論特質及其危害 | 154

第四節 小結 | 158

第五章 | 理論難題的克服與憲法實施機制的完善

第一節 基本法的合憲性基礎 | 169

第二節 憲法在香港實施的效力與實效 | 175

第三節 憲法能夠保護香港居民的基本權利嗎？ | 182

第四節 完善國家憲法在香港實施機制的具體方案 | 197

第五節 小結 | 218

第六章 | 憲法實施與國家統合

第一節 皇權時代的中國國家統合原理 | 237

第二節 美國通過憲法實施統合國家的實踐 | 244

第三節 通過憲法實施統合香港的理論價值 | 256

第四節 小結 | 272

第七章 | 結論

第八章 | 補論：論憲法在港澳實施的異同及原因

第一節 全國人大及其常委會針對港澳問題實施憲法的現狀 | 296

第二節 全國人大及其常委會針對港澳問題實施憲法的比較 | 303

第三節 全國人大及其常委會針對港澳問題實施憲法的制度邏輯 | 310

第四節 小結 | 318

參考文獻 | 326

附錄 | 354

後記 | 357





第一章

引論

一、研究源起

2014年的“佔中運動”、2016年的“旺角暴動”、2019年的“修例風波”，香港近年不斷爆發的社會運動不僅在香港內部造成了對立與撕裂，而且伴隨上述運動崛起的“港獨”思潮更是嚴重損害了中央與香港之間的信任關係。對此，所有關注並關心香港的人都不免會在心中感慨：“香港到底怎麼了！”

實際上，面對香港愈發激進的政治環境，香港著名的政治學者劉兆佳教授在其專著《回歸後的香港政治》中曾進行過反思，“幾乎沒有人在回歸前，能夠大致上預見到香港在回歸後的政治格局和變遷。回歸前香港的社會和民生問題雖然眾所周知，但香港的各類社會矛盾在回歸後迅速尖銳化、嚴峻化和政治化卻是大多數人意料之外。”¹如果我們暫時拋開香港政壇波雲詭譎的爭鬥，以學術的角度反思香港政治發展的前世今生，就會發現這樣的“意料之外”，或許亦在“情理之中”。回歸後，中央在香港治理上所面臨的諸多挑戰，一方面可歸咎於英國人“光榮撤退”前的政治佈局，但另一方面也不能不說與“一國兩制”本身所潛藏的巨大張力密切相關。

考慮到香港在英國的長期殖民統治下，與中國內地之間在政治、社會和法律制度上存在重大差異，加之顧及到內地的歷次政治運動給香港居民帶來的衝擊，為了保障香港在回歸後依然能夠保持繁榮穩定，中央政府當年創造性地提出以“一國兩制”方式解決香港問題。正如不少學者所指出，這種“求同存異”的治理方式肇始於古典中華帝國的邊疆治理技藝，其核心理念是“差序政治格局”²。而此格局能夠建立的前提在於：中

華文明的優越性可以使四海之內皆為之臣服，並依此維繫中華帝國邊疆格局的大致穩定。

但香港問題的特殊之處恰在於，她雖然在地理上位於中國的南部邊陲，在意識形態上卻處在社會主義與資本主義的交鋒線上，香港在回歸前已經建立起以西方價值為底色的制度自信，並習慣以“他者”心態理解中國內地和香港之間的關係，³而對此張力的存在，“一國兩制”又明確承諾予以保留甚至維護，這就是香港問題的癥結所在。換而言之，“一國兩制”政策的靈活性固然降低了香港回歸的政治成本，但與此同時卻也增加了中央對香港的管治成本。在中央政府自我規限的情況下，過往在內地行之有效的政治策略和手段都無法在香港執行，或者執行的效果有限，而制度化的替代機制又由於各種複雜的原因尚未完全建立起來。對於這一問題，中國共產黨的決策層將其總結為“黨在新形勢下治國理政面臨的嶄新與重大課題”⁴。如果用學術語言對其加以表述，或可將其稱為“國家統合的香港困境”。

對於如何紓解這一困境，早期學術界更傾向於從社會學、特別是政治學等角度切入予以討論，這當然無可厚非。但如果環顧世界上其他法治發達國家的相關經驗，則不難發現，通過憲法的實施培養憲法認同，從而增進國家認同，也是有效維護國家統合，促進中央與地方關係良性互動的重要路徑。實際上，隨著香港憲制結構失衡問題愈發嚴重，中央政府也認識到了這一問題的嚴峻性，所以在2014年發佈的《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐白皮書》中首次明確“憲法和香港基本法共同構成香港的憲制基礎”，2019年，中國共產黨第十九屆



四中全會更指出“嚴格依照憲法和基本法對香港實行管治，完善特別行政區同憲法和基本法實施相關的制度和機制”⁵。

基於上述背景，本書選擇將“國家憲法在香港的實施”作為研究對象，並意圖解決一項由“一國兩制”所衍生出的中國本土憲制難題：一個奉行社會主義理念的國家，卻吸收了一個施行資本主義且建立了司法審查制度的地區，並在“一國兩制”的作用下，出現了在意識形態上對立與交融並存的複合式憲制結構。在此種情況下，國家憲法在香港實施的基本原理是什麼？現有的實施機制存在哪些特點與問題？完善國家憲法在香港實施制度和機制的途徑和意義又在哪裏？

為了避免歧義，這裏需要對上述問題意識的用語略作說明。之所以在題目中強調“國家憲法”而非簡單地以“憲法”替代，絕非畫蛇添足，這與本書需要面對“香港”這一特定的場域直接相關。具體而言，目前無論是香港法院，還是香港學術界經常將《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（以下簡稱為香港基本法）稱為“Constitutional Law”，而在香港報刊輿論中，將香港基本法稱為“小憲法”或“香港憲法”更是極為普遍，為了正本清源，本書特別使用了“國家憲法”的提法。⁶

此外，還需明確一下“憲法實施”這個在內地聚訟紛紜的概念，對於其內涵及與憲法適用、憲法監督、憲法審查等概念的關係在學界長期存在爭議，⁷筆者並不否認這些爭論的學術價值，但更想指出的是，如果過分沉迷於其中，反而有可能使得研究“失焦”。⁸對此，正如蘇永欽教授所言，用語的多樣性如果是為了表達不同的內涵自然無可厚非，但若不同的表達方式無法與其實質內涵相對應，則多樣化的語言不僅無助於概念的

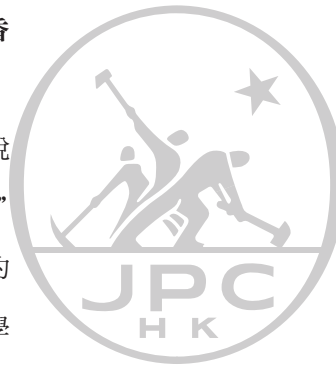
精確化，反而會造成學理混淆。⁹吳庚教授也認為，複雜的概念操作是德國法學的優點，也是缺點，對此無需全盤接受。¹⁰鑒於此，本書將在廣義上使用“憲法實施”這一概念，意指使憲法效力與價值在現實中得以彰顯的機制，具體包括立法性實施、行政性實施、司法性實施（司法適用）等多種方式。在憲法實施機制有待完善的狀態下，採取廣義的概念更有利於推進問題實質內容的討論。

二、學界既有觀點

國家憲法在香港特別行政區的實施是一個老問題，早在《中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》（以下簡稱《中英聯合聲明》）簽署前就已經被學界所關注，然而時至今日，學界內部仍有爭論。目前對這一問題的探討是和“憲法與‘一國兩制’的關係”、“港澳基本法的法律效力”、“憲法與港澳基本法的關係”、“港澳基本法的合憲性依據”等問題雜糅在一起加以呈現的。縱觀學界的觀點，¹¹大致可以歸納為以下三種：¹²

（一）只實施憲法第 31 條和第 62 條第 14 項說

該說主要為香港學者、律師所支持，其核心觀點是：從法理上看，一個國家的憲法當然應該實施於該國的所有領土，但香港情況特殊，中英雙方之所以能夠就香港回歸問題達成一致，關鍵在於中方提出將在香港實施“一國兩制”政策，承諾回歸後不將中國內地實行的社會主義制度照搬到香港，這一點



在國際法層面已經為《中英聯合聲明》所確認。在此基礎上，由於國家憲法和香港基本法在內容上是完全衝突的，如果要求回歸後憲法在香港實施，則香港的資本主義制度將無法得以保留，“一國兩制”的目的也將無從實現。因此，在這部秉持社會主義理念的憲法中，除了為香港特別行政區的設立以及基本法的制定提供必要支撐的第 31 條與第 62 條第 14 項外，其他條款不應在香港實施。正如香港大學佳日思教授所言：除非基本法援引，否則憲法不應在香港實施，同時基本法特定條款的妥當性也不應依賴於憲法。¹³他指出唯有如此，才能凸顯基本法的自足性（self-contained）。¹⁴

為了論證上述觀點，香港學者提出了四點理據：其一，憲法第 31 條是一項特別條款，目的在於授權全國人大制定基本法去規定一個不同於內地的制度，所以，憲法第 31 條本身構成一道“防火牆”，限制了憲法其他條款在香港的實施。其二，《中英聯合聲明》附件一中列明了中央對香港的基本方針政策，並保證 50 年不變。根據《中英聯合聲明》第 8 條的規定，該聲明的正文及其附件具有同等法律效力，因此，如果憲法在香港實施，則意味著中國政府違反了其應承擔的國際法義務。其三，基本法第 11 條已經列明，香港回歸後實行的行政、立法和司法制度、基本權利保障制度、社會制度、經濟制度都將以香港基本法的規定為依據，這種正面的表述方式等於從反面排除了憲法在香港的實施；其四，按照基本法第 18 條的規定，“全國性法律除列於本法附件三者外，不在香港實施”，憲法顯然並未列入其中，這意味著憲法被香港法體系所排除。¹⁵

通過以上內容不難看出，這一派學說的基本論證邏輯是：

香港回歸在於“一國兩制”——“一國兩制”的關鍵是兩地區隔——社會主義憲法原則上不在香港實施才能實現上述區隔的目的。需指出，該學說的不足之處是十分明顯的，主要體現在以下三個方面：

首先，對“一國兩制”理念存在誤解。“一國兩制”不是聯邦制，更不是邦聯制，而是在“一個國家”的基礎上、疆域內，在主體區域和特別區域實行“兩種制度”。沒有“一國”的基礎，就談不上“兩制”的問題。那麼“一國”怎麼體現呢？首先要依靠國家憲法。此外，“兩種制度”也不能被理解為“兩地區隔”，老死不相往來，而是指中央與特別行政區的關係將有別於中央與一般行政區的關係。這體現在憲法實施上，絕不是意味著憲法在香港不能實施，而只意味著憲法在香港實施的方式將與內地有所區別。如此，才能體現出中央對香港恢復行使主權的價值與意義。

其次，對中國憲法學的基本原理和概念體系不熟悉。上述學說認為憲法第 31 條是特別條款，可以排除憲法其他條款的實施，但對於憲法第 31 條為什麼具有如此“神力”，以及如此理解是否會導致憲法第 31 條本身違憲的問題，則語焉不詳，要麼是只提出疑問並不展開論證，要麼就是以“一國兩制”為理由簡單糊弄過去。此外，將香港基本法第 11 條理解為排除國家憲法實施的條款，以及提出由於基本法附件三沒有列入憲法，所以憲法在香港不應實施的觀點，則體現出他們對中國內地的法律體系缺乏瞭解。香港基本法作為全國人民代表大會制定的法律，雖然具有特殊性，但在內地的法律位階體系中肯定低於憲法，下位法怎麼可能具有排除上位法實施的能力，這在法理上

根本說不通。

最後，對國家憲法與中央對香港恢復行使主權存在政治偏見。仔細分析上述學說的論證思路，可以發現他們在字裏行間，或多或少都抱持著對憲法的固有偏見，對憲法的條文變遷和價值升級缺乏瞭解，沒能秉持客觀中立的學術立場。在他們看來，國家憲法就是一部宣誓社會主義和共產黨一黨專政的政治宣言，毫無規範性可言。正是基於這一政治偏見，他們並未從規範角度認真思考國家憲法在香港的實施問題，換而言之，他們在內心深處其實根本上排斥國家憲法。需要注意，香港特別行政區不是香港自治邦，更不是加盟共和國，香港回歸後憲制秩序的基石只能是這部他們可能“並不滿意”的國家憲法。在這一前提下，如何從規範角度充分發掘現行憲法中蘊藏的立憲主義精神，並通過法解釋學的方法，將其與香港法治的精神相協調，才應是理論研究的基本取向。

（二）憲法部分條款實施說

針對香港學界和律師界的上述觀點，中國內地的憲法學者提出了“憲法部分條款實施說”，該學說最早由中國內地幾位參與了香港基本法起草的憲法學者所主張。如蕭蔚雲教授指出，從法理上看，回歸後憲法在香港當然是有效的，但由於“一國兩制”政策，並非所有憲法條文都可以在香港實施，例如憲法中關於社會主義制度、四項基本原則、地方國家權力機關、行政機關、司法機關以及監察機關的條文就不宜在香港實施，然而憲法中涉及國防、主權、以及國家象徵（首都、國旗和國徽）的規定則應該實施，至於具體哪些憲法條款應該實施，可以參

考香港基本法的有關規定。¹⁶

對此，王叔文教授進一步論證到，憲法是一個與主權密切相連的概念，由於主權在“一國”內具有最高性，憲法作為主權在法律制度上的象徵，無疑也就具有最高法律效力，因此，在一個國家的疆域內，憲法必須能夠統一實施，否則，就意味著國家主權的行使範圍受到了限制，否定了主權的最高性。基於此，王叔文教授在書中提出了憲法在香港實施的基本原則——國家憲法在香港應該整體實施，然而具體憲法條文實施與否需要根據“一國兩制”政策加以確定，憲法中涉及“一國”的條款，特別是與主權相關的條款必須在香港實施，而憲法中涉及“兩制”的條款，主要指涉及具體社會制度和經濟制度的條款，可以不在香港實施。¹⁷

透過以上論述不難看出，該學說的核心觀點是：**憲法既是主權的象徵，又是基本法的母法，因此國家憲法作為一個整體，應該在香港特別行政區實施，然而鑒於香港的特殊情況，憲法中涉及社會主義理念的內容，不宜實施於香港特別行政區。**這一觀點與當時中央政府對此問題的公開立場是一致的，¹⁸至今仍在中國內地處於通說地位。學界後來以此觀點為基礎，圍繞為何國家憲法在香港部分實施進行了拓展研究，並先後形成了五種論述路徑：

其一，認為憲法第 31 條所確立的“一國兩制”原則，排斥了憲法部分條款在香港的實施。持這一觀點的學者最多，他們認為憲法第 31 條雖然在文字上沒有載入“一國兩制”這四個字，但是結合該條文的立法原意，以及憲法上下文的整體情況來看，這一條文毫無疑問以根本大法的形式將“一國兩制”原



則確定下來，以此來解決港澳台問題。由此可見，憲法第 31 條是一個特別條款，其他條文若不能與之兼容就不能在香港實施，這是憲法的自我設限，具體實施情況可以參考基本法第 11 條的規定，凡是屬該條所羅列的內容，就是憲法不宜實施的領域。¹⁹

其二，基本法是憲法在香港實施的中介，所以憲法部分條款是透過基本法在香港實施的。如許崇德教授就認為，憲法是根據基本法制定的，二者之間是母法與子法的關係，然而當時在制定基本法時，為了適應香港的具體情況，基本法在內容上對憲法的某些規定作了變通，因這些變通都具有憲法授權，所以其內容雖然涉及一些根本性的問題，但是並不違反憲法，國家憲法正是通過基本法在香港特別行政區予以實施的。

王振民教授也認為國家憲法在特別行政區主要是透過它的特別法——基本法作為發揮作用的主要方法和形式。在此框架內，丁煥春教授和莊金峰教授進一步指出基本法的合法性來源是國家憲法，其條款體現了憲法的規定和精神，所以基本法的實施就是憲法效力的體現。王禎軍教授更是將國家憲法在香港特別行政區實施的具體方式區分為兩種：一種謂之“直接的方式”，即憲法中關於“一國”的條款，特別是涉及主權、國防以及國家象徵的條款可以直接於香港特別行政區實施；另一種謂之“間接的方式”，即通過基本法這個中介來完成，具體選擇何種實施方式可以參考基本法第 11 條。由此，他認為基本法在特區的實施，實質上就是憲法在香港的實施。²⁰

其三，憲法效力具有區際差異。謝維雁教授認為，根據“一國兩制”原則，香港將實行不同於內地的法律制度，加上澳門

和未來回歸的台灣地區，中國將形成不同的“法域”。在不同的法域，憲法的效力以及效力實現方式將有所不同，這種憲法效力的區際差異是由憲法第 31 條規定所引發的。根據這一區際差異理論，既然憲法的效力將在不同地區出現差異，則國家憲法中那部分在香港“沒有”效力的條款，自然也就不能在香港實施了。秦前紅教授也持類似的觀點。²¹

其四，基本法是憲法的特別法，在兩部法律衝突的部分，根據特別法優先於一般法的原則加以處理。由於不滿既有理論的學理缺陷，李琦教授透過分析基本法的結構和功能，認為香港基本法與國家憲法具有同構性，因此香港基本法不能被簡單地歸類為中國法律體系中一般意義上所言的“基本法律”的範疇，而是應被認定為是憲法的特別法。據此，國家憲法部分條款在香港不予實施的結論，就完全可以根據特別法優於一般法的原理得到解釋。與此類似，還有學者提出，香港基本法在全國人大通過時取得了三分之二以上多數代表的贊同，從票數上看與修憲的要求相同，所以可以推定其具有憲法性效力，從而根據後法優於前法的原理處理國家憲法在香港的實施問題。這種說法雖然並未明確提出“特別法”的概念，但從其理論內涵上看也是在主張基本法是憲法的特別法。²²

其五，基本法是中國不成文憲法體制的組成部分，國家憲法在香港的實施需要與此相協調。從表面上，該學說似乎與上述強調基本法是憲法特別法的觀點雷同，但從方法論和問題意識角度看，它們之間具有本質差異。該學說為強世功教授所提出，他基於歷史—經驗的功能分析方法，認為中國憲法學應該努力探求中國憲政體制的真實運作情況，而非拘泥於法解釋



學，依附於“美國憲法霸權”進行文字遊戲。

據此，他毅然地打破了現有的法體系理論，借用、甚至可以說是“創造性”地使用了英國憲法學中的“不成文憲法”概念，²³ 提出國家憲法是由憲法典以及不成文憲法共同組成的這一核心觀點。在該理論框架內，基本法被界定為中國不成文憲法的重要組成部分。在他看來，現行國家憲法在制定時並無港人參與，這一缺失在香港回歸時，是通過基本法的制定予以彌補的，從這個意義上看，基本法的制定過程，實際上也是中央與香港之間締結社會契約的政治協商過程。過往理論僅僅從規範理論出發將基本法界定為一部全國人大立法，忽略了基本法在這方面對國家憲法體制的革命性貢獻。由此，強教授指出，香港基本法是一部在香港建構國家主權的憲法性法律。通過以上論述語境的政治性轉化，國家憲法和香港基本法之間由於規範法體系理論產生的內容衝突問題以及實施問題，都可被巧妙地予以化解，基本法作為不成文憲法，自然可以對國家憲法在香港實施的內容按照“一國兩制”原則加以限制、吸納和過濾。²⁴

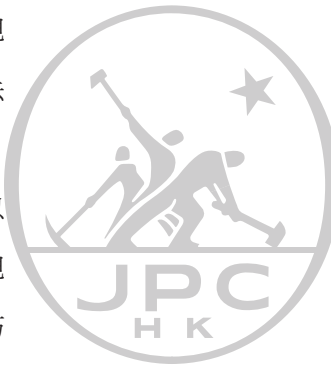
客觀地說，雖然“憲法部分條款實施說”有力回擊了香港學界關於憲法在香港不能實施的錯誤觀點，但是該理論內部也存在一些論證缺陷，有待進一步加以完善。這主要體現在以下幾個方面：

首先，分析論證的理據不足，規範性分析與政治性判斷交織。“憲法部分條款實施說”的關鍵在於如何闡明憲法在香港部分實施的原因，很顯然這與對憲法第 31 條的解釋密切相關。既有的論述路徑只是簡單地將憲法第 31 條界定為特別條款，但對

於如何協調該條款與憲法內部國體、政體等其他條款的關係則缺乏分析。所謂的“憲法的特別法說”和“憲法區際效力說”雖然具有新意，但由於違背了法體系理論的基本原理而說服力不強。²⁵ 深層次看，憲法第 31 條實際上不是國家憲法的“原始條款”，而是在 1982 年憲法全面修改時，才加入國家憲法的，既然該條是全國人大行使修憲權的產物，則必然涉及修憲權的行使是否越權侵犯到制憲權的問題，對於這一根本性憲制問題，以上學說並未從規範角度予以分析和回應，而是簡單地從政治角度將其歸結為執政黨政策的改變。這種動輒以“政治決斷”取代規範論證的思路，在方法論上的弊端不容忽視。

其次，將憲法條款區分為“社會主義條款”和“非社會主義條款”，在法理上存在瑕疵。“憲法部分條款實施說”必然涉及區分哪些部分應該實施，哪些部分不予實施的問題。既有理論對此的解釋，主要是在憲法中甄別出所謂的“社會主義條款”，認為凡是憲法中涉及社會主義制度、政策以及四項基本原則的條文，都不在香港實施。可問題在於，1982 年憲法中究竟能否甄別出所謂的“社會主義條款”？²⁶ 反過來說，中國憲法中還存在“非社會主義條款”嗎？按照現有的區分結論，“全國人大及其常委會的權力”的相關規定屬可以在香港實施的部分，如果根據“可以實施條款 = 非社會主義條款”的邏輯反推，豈不是會得出，作為中國根本政治制度的全國人民代表大會制度，反而屬“非社會主義條款”的荒謬結論。

再次，“憲法部分條款實施說”也未必能實現其預設的政治目的，甚至有可能適得其反。以憲法中基本權利條款為例，既有理論排除它在香港實施的目的，主要是考慮到香港在回歸



時，兩地在人權保護理念上存在差異，希望通過這種對憲法的自我規限，贏得港人對中央政府和“一國兩制”的信心，消融他們對內地的負面情緒，逐步增加港人對國家的認同。然而事實上，國家憲法和香港基本法在基本權利保護上的分野，進一步加劇了港人較之於內地居民的“身份優越感”，強化了其本土認同。在每個香港普通居民的基本權利只能由香港基本法予以保護，而與國家憲法絕緣的情況下，如何使香港居民確信，他們和內地居民同屬一個“命運共同體”呢？因此，限制國家憲法實施的政治苦心，不僅沒有實現當時希望穩步增強國家認同的預設目標，反而進一步加劇了港人對國家的疏離感。²⁷

最後，缺乏對實踐中國家憲法究竟在香港如何實施的研究。“憲法部分條款實施說”只關注憲法在香港實施的學理依據和政治意義，卻對國家憲法在實踐中究竟在香港有無實施、具體的實施形態，以及實施中又存在哪些困境等實證問題充耳不聞。如果說在香港回歸初期，這種“定性”的研究路徑還存在理論價值的話，在香港回歸已近 25 年的今日，其局限性則日漸明顯，亟待加以改進。實際上，長期以來，兩地學界對此問題的爭論在很大程度上流為政治立場的對峙，無法超越並深入討論下去的原因也在於此。

（三）憲法條款直接—間接區分實施說

鑒於學界提出的前述觀點存在一定程度的論證缺陷，近年有學者提出了“憲法條款直接—間接區分實施說”。該說通過擴展憲法實施概念的內涵，得以繞過既有的論證路徑，得出國家憲法可以、也應該完全在香港特別行政區予以實施的結論。

其核心觀點是：

其一，區分憲法的整體效力和憲法具體規範的效力。鄒平學教授認為，所謂憲法的整體效力，是指作為國家根本法的憲法在調整國家、社會事務時所體現出來的最高法律效力，這是一種具有宏觀性和系統性的規制之力。而所謂憲法具體規範的效力，是指憲法規範作為一種調控具體行為的規則所具有的約束力，它在作用範圍上是特定的，在作用方式上是具體的。²⁸由於憲法規範都具有特定的調整對象，所以憲法規範在不同調整對象之間所體現的效力形態並不一樣，但不能據此認為影響了憲法的整體效力。

其二，區分憲法效力和憲法實施的概念。韓大元教授認為，任何一個國家的憲法，其空間效力必然及於該國主權所能涵蓋的所有領土和所有公民，這是主權唯一性和不可分割性的體現，也是由憲法根本法地位所決定的。當然，由於憲法內容具有價值多元的特性，所以憲法在不同領域的實施可以有所差異。²⁹鄒平學教授進一步從法理角度指出，憲法效力體現的是憲法所代表的基本價值對國家和社會的作用力，而憲法的實施體現的是憲法規範效力的實現。憲法效力是一種符合憲法秩序特定邏輯的、具有先定性質的存在狀態，這種效力並不以憲法的實施及實現為前提，相反，憲法的實施及實現則要以憲法效力這種符合特定邏輯的存在狀態為原因。³⁰上述對憲法效力的應然性與憲法實施的實然性的區分，使得該學說可以在堅持憲法效力完整性的前提下，獨立討論憲法在香港的不同實施方式以及不同實效的問題，有力地緩解了“憲法部分條款實施說”內部存在的邏輯悖論。

