

# 论特别行政区宪制基础的变迁及其意义

胡锦涛 刘海林

**摘要** 中国政府恢复对香港和澳门行使主权,其根本标志是香港和澳门的宪制基础发生了性质上的转变,并由此形成了全新的宪制秩序。在香港和澳门回归前后的一段时间内,比较流行的看法是:《香港基本法》和《澳门基本法》分别构成香港和澳门特别行政区新的宪制基础。为了克服这种认识的片面性,强调《宪法》的重要性,“宪法和基本法共同构成特别行政区的宪制基础”这一命题应运而生,并得到中央的确认,也获得社会各界的广泛认同。《宪法》与《基本法》存在效力上的位阶差异,《基本法》依据《宪法》而制定,在“共同构成”中两者并不是平行地、混合地发挥作用,《宪法》在其中发挥着根本性、决定性的作用。在这一命题之下,明确《宪法》是特别行政区的根本宪制基础,阐发《宪法》根本性、独特性的作用,对于丰富这一命题的内容、增强这一命题的说服力,具有重大的理论价值和实践意义。

**关键词** 《宪法》;《基本法》;特别行政区;宪制基础;宪制秩序

**中图分类号** D921.9 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)04-0140-14

**基金项目** 全国人大常委会港澳基本法委员会项目(JBF201801);教育部人文社会科学研究特别委托项目(2018)

中国政府恢复对香港和澳门行使主权的根本标志是,香港和澳门的宪制基础发生了性质上的转变。在此基础上,香港和澳门作为中国的特别行政区形成了与回归前完全不同的宪制秩序。宪制基础的根本性变化是香港和澳门回归后一切变化、发展及制度安排的根据,同时也是处理和解决香港在回归后出现的各种波折必须回溯的基点。

那么,香港和澳门原有的宪制基础是什么,回归以后的宪制基础又是什么?香港和澳门回归前后的一段时间里,较为流行的观点认为基本法(指代《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》,下同)是特别行政区的宪制基础。而后,“宪法和基本法共同构成特别行政区的宪制基础”被提出并获得广泛认同。《宪法》与《基本法》存在效力上的位阶差异,《基本法》是以《宪法》为基础和依据而制定的,两者又如何共同构成特别行政区的宪制基础?《宪法》和《基本法》在宪制基础中各自扮演着何种角色?对特别行政区宪制基础的不同认识又会带来或者造成怎样的后果?笔者认为,随着“一国两制”实践的不断推进,梳理对于香港和澳门宪制基础在认识上的变迁,揭示因认识上的变迁而具有的特定意义,对于全面准确理解“一国两制”、保证特别行政区制度行稳致远,是极其必要的。

## 一、香港和澳门回归前的宪制基础:殖民色彩的宪制文件

香港和澳门自古以来就是中国的领土。1840年鸦片战争以后,英国政府以武力相威胁强迫清政府签订3个不平等条约占领了香港地区。1887年葡萄牙强迫清政府签订《中葡里斯本草约》和《中葡北京条约》,规定“葡国永驻管理澳门以及属澳之地,与葡国治理他处无异”。1976年葡萄牙宪法规定澳门是“葡萄牙管治下的特殊地区”。中国人民一直反对上述不平等条约。1949年中华人民共和国成立以后,

中国政府多次阐明中国对香港问题和澳门问题的立场,即香港和澳门是中国的领土,中国不承认帝国主义强加于中国的不平等条约。对于这一历史遗留下来的问题,中国政府一贯主张,在适当时机通过谈判解决,未解决之前暂时维持现状<sup>[1]</sup>(P25)。

### (一) 香港回归前的宪制基础

英国通过与清政府签订一系列不平等条约而攫得对香港地区的统治权。为加强对香港的有效管治,1843年英王通过王室特权立法的方式在香港地区分别颁布《英皇制诰》和《皇室训令》,在保留为香港直接立法的权力的同时,授予香港总督及立法局、行政局等管治机构以广泛的管治权力。一般认为,《英皇制诰》和《皇室训令》一道构成了港英殖民主义政治体制的宪制基础<sup>[2]</sup>(P15),是香港殖民法制体系下具有凌驾性地位的宪制性文件。此后,因应社会发展和政制变革的要求,两个宪制性文件历经数次重新颁布和修订,但香港地区宪制的基本形式自1840年直至20世纪80年代都几乎没有变化。自中英两国政府于1984年正式签署《中英联合声明》至香港正式回归,英国多次大幅修订两个宪制性文件,为过渡期内港英政府推行政制和法制两个方面的宪制改革提供宪制基础。在政制方面,时任总督彭定康及其前任相继推出一系列政治体制改革方案,削弱港督的权力,以增强立法局的民主基础和权力;在法制方面,英国于1976年在作出部分保留的前提下将《公民权利和政治权利国际公约》(下文简称《公约》)引入香港地区适用,但直至1989年港英当局才开始酝酿订立人权法予以实施<sup>[3]</sup>(P92),并于1991年正式颁布《香港人权法案条例》。在颁布《香港人权法案条例》的同时,英国也同步修订《英皇制诰》,补充规定香港地区须通过本地立法予以实施,从而为《香港人权法案条例》的制定提供宪制基础。《英皇制诰》同时规定,以后制定的本地法律不得以与适用于香港的《公约》不符的方式限制香港所享有的各种权利和自由<sup>①</sup>。《香港人权法案条例》对其生效前的法例的效力和生效后的法例的解释分别作了规定,并几乎复制了《公约》的人权规定。由此,《香港人权法案条例》在香港地区法律体系中获得凌驾性的地位<sup>[4]</sup>(P77)<sup>②</sup>。

《英皇制诰》的修订和《香港人权法案条例》的制定,促使港英当局全面检讨香港本地立法的合宪性,从而做出多项符合宪制规定的法律修改。基于宪制基础的变革,香港法院也加强对立法机关的立法和政府的行政行为的合宪性审查,以确保立法和行政不抵触宪法性文件规定的人权保护标准<sup>[5]</sup>(P111)。自此,《香港人权法案条例》同《英皇制诰》和《皇室训令》一道构成香港后过渡时期的宪制秩序。

### (二) 澳门回归前的宪制基础

与英国管治香港的历史相比,葡萄牙与澳门有着更加久远而复杂的历史渊源。澳门的宪制发展与葡萄牙本国宪制的建立和变迁密不可分。在宪制确立以前,澳门地区长期经历了中国(明清政府)对澳门行使主权下的“混合管辖时期”<sup>③</sup>。值得注意的是,虽然澳门宪制历史可追溯至葡萄牙宪制的确立和初始发展时期,但澳门宪制历史的起点与殖民宪制的终点均不以葡萄牙宪法的规定为依据。1820年葡萄牙发生立宪主义革命,1822年首部宪法诞生。1822年葡萄牙宪法确认澳门地区是葡萄牙国家领土的组成部分。而澳门地区此时尚未进入葡萄牙殖民管治时期,葡萄牙宪法对澳门的领土宣示并未在澳门产生

① 《英皇制诰》(1991年5月20日修订,1991年6月8日生效)第7条第3款规定,“由联合国大会于1966年12月16日通过《公民权利和政治权利国际公约》的各项规定,适用于香港者,应以香港法律施行之。在《英皇制诰》1991年(第2号)实施后,不得制订香港法律以与适用于香港的《公约》不符的方式限制香港所享有的各种权利和自由”。

② 值得注意的是,陈文敏教授曾提出,《英皇制诰》的修订案并未直接赋予《香港人权法案条例》以凌驾性地位,《香港人权法案条例》的凌驾性地位来源于《英皇制诰》的修订的实际后果。这可参见陈文敏教授早年在内地期刊所发表的《香港人权法案生效首年的回顾》一文。

③ “混合管辖”,指中国(明清政府)和葡萄牙人共同对澳门进行治理。对此一事实,人们一般没有争议;但这一时期澳门的主权归属问题则存在较大争议。有人认为,澳门主权由中国和葡萄牙瓜分行使;也有人对此提出反驳,认为明清政府在这段时期拥有对澳门的完全主权。但无论如何,没有人否认,明清政府在这“混合管辖时期”一直在实际行使主权。可参见萧伟华(Jorge Noronha Silveira)所著《澳门宪法历史研究资料:(1820-1974)》,黄宏耿所著《澳门法律简史》以及吴志良所著《澳门政治制度史》。

实际效力,因而澳门宪制的历史并不能当然地以1822年宪法的生效为源头<sup>①</sup>。随着澳门地区进入葡澳管治时期,葡萄牙宪法和葡萄牙政府以宪法为基础颁布的相关宪法性法律构成了澳门的宪制基础。1974年葡萄牙国内发生军事政变,葡萄牙新政府提出要与中国政府进行磋商以重新确立澳门的政治法律地位。1976年澳门地区自行起草的《澳门组织章程》呈送葡萄牙政府审议修订而后颁布,其宪法性法律效力获得随后颁布的葡萄牙新宪法的确认,1976年宪法同时明确承认澳门是葡萄牙管治下的中国领土。虽然葡萄牙宪法承认澳门地区是中国领土,但由于葡萄牙对澳门的管治得以延续,澳门的宪制基础实际并未发生根本转变。直至中国政府恢复对澳门行使主权,新宪制秩序在澳门的土地上才正式确立。

## 二、特别行政区的宪制基础(1990-2007年):《基本法》

随着1997年7月1日中国政府恢复对香港行使主权、1999年12月20日中国政府恢复对澳门行使主权,香港和澳门的宪制基础发生了根本转变。陈弘毅教授将这种宪制秩序的转变形容为“凯尔森意义上的法律革命”<sup>[5](P8)[6](P29)</sup><sup>②</sup>。而对于回归以后作为特别行政区的香港和澳门的宪制基础,在回归前的过渡期及回归后的一段时间里,人们的认识虽并不清晰,形成了诸多观点,但核心的观点是《基本法》是特别行政区宪制秩序的基础。

### (一)“《基本法》是宪法”说

“《基本法》是宪法”或“《基本法》是小宪法”的说法滥觞于回归前的香港<sup>③</sup>。持此种观点的学者认为,《香港基本法》是香港特区的宪法,由于它的制定,中国将出现两部宪法。此种观点又分甲乙两说:甲说认为,现行《宪法》与《香港基本法》具有隶属关系,即后者隶属于前者,前者与后者是“联邦”宪法与“成员国”宪法的关系;乙说认为,现行《宪法》与《香港基本法》无隶属关系,因为后者的制定,使中国出现了两部平行地位和效力的宪法<sup>[7](P1)</sup>。香港回归后,此种认识在香港法律界始终保持着广泛的认受性,特别是在香港法院的司法判决中屡见不鲜<sup>④</sup>。正是基于这一认识,一些学者将香港法院依据《香港基本法》对香港特区法律的审查称之为“违宪审查”,并将香港法院所具有的这一权力称之为“违宪审查权”。将《基本法》视作“宪法”或“小宪法”的主要理由有以下几点。

其一,《基本法》具有宪法的基本形式和特征<sup>⑤</sup>。宪法在形式上通常被认为是一部组织法和人权法,而《基本法》规定了特别行政区的政权组织架构及不同政权组织之间的相互关系,同时也规定了特别行政区居民的基本权利。因此,《基本法》与宪法所具备的形式要素并无差异。

其二,《基本法》在地位和效力上与宪法基本相同。《香港基本法》第11条规定,根据《宪法》第31条,香港特区的制度和政策,均以《香港基本法》的规定为依据。香港特区立法机关制定的任何法律,均不得同《香港基本法》相抵触。《香港基本法》第8条规定,香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。据

① 澳门宪制史的发端存在学术争议。有观点认为,“澳门的宪制历史,与1822年革命所引入的葡萄牙宪制息息相关。葡萄牙的首部宪法亦是澳门的首部宪法”。另一种观点则认为,前者“没看见或刻意否定明清政府对澳门长期存续的主权及管辖权”。黄宏耿所著《澳门法律简史》一书对此有记述。

② 王振民教授也在同一意义上将此称为“主权革命”。

③ 其最早可追溯至中英关于香港问题的谈判前后,人们对《中英联合声明》中提及的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》并没有十分准确的理解和把握,并且当时香港仍处于港英当局管治之下,《英皇制诰》和《皇室训令》是香港的宪法性法律;香港回归后,《香港基本法》将成为香港特区的宪法性法律。一些人理所当然地认为,相对于主权国家的《中华人民共和国宪法》,《香港基本法》作为香港的宪法性法律自然可称为“小宪法”。如香港有些人士将中国《宪法》理解为“general constitution”,而将《香港基本法》称为是“mini-constitution”。参见施钧安先生等于1984年主编的《基本法面面观》以及陈弘毅教授于1986年所著《香港法制与基本法》。而在香港回归以后,香港一些学者亦使用“宪法”或“小宪法”来指称《香港基本法》。参见佳日思、陈文敏、傅华伶三位教授于2000年主编出版的《居港权引发的宪法争论》。

④ 这种认识也为香港法院所采纳,其首先体现在香港回归后第一起引发宪制性争议的马维騫案的判决中,并在1999年吴嘉玲案的终审判决中得到延续,被香港终审法院用以证成香港法院有权审查全国人大及其常委会的行为是否符合《香港基本法》。此后,在香港法院的司法判决中仍不时能见到以“小宪法”或“宪法”指代《香港基本法》。因此,“《基本法》是宪法或小宪法”的观念在香港法律界可谓根深蒂固。

⑤ 一方面,《基本法》作为“高级法”在特区法律体系中具有凌驾性地位;另一方面,《基本法》包括组织规范和基本人权规范。

此,《基本法》在特别行政区具有凌驾性的法律地位和最高的法律效力。

其三,特别行政区法律秩序依循《基本法》而形成,任何法律均不得同《基本法》相抵触,任何违背《基本法》的法律都将失去效力。在回归前作为香港宪制性法律的《香港人权法案条例》因《香港基本法》第160条的规定及全国人大常委会依据《香港基本法》第160条颁布的针对香港原有法律的处理决定而失去在特别行政区的凌驾性地位。全国人大通过制定《基本法》和对《基本法》的合宪性确认,使《基本法》实际上成为特别行政区法律秩序的效力基础。

其四,《基本法》具有成文宪法的刚性特征。根据《香港基本法》第159条和《澳门基本法》第144条,针对《基本法》的修改事宜,《基本法》在修改权、修改提案权、修改程序以及修改内容等方面均受有限制。这些限制的存在,使得修改《基本法》的难度非常大,这与一般法律经由特区立法机关修改存在根本差别。

但是,这一观点忽视了《基本法》以作为国家根本法的《宪法》为基础和依据而制定,《基本法》的效力来源于其符合《宪法》,特别行政区是中华人民共和国不可分割的部分,中央与特别行政区的关系是中央与地方的关系,“两制”中的特别行政区制度是以“一国”为前提而存在和运行等事实。香港并不是独立的政治实体,其只具有中央通过《香港基本法》授予的高度自治权而非完全自治权。因此,《基本法》并不可能是主权国家的宪法,即使比喻为“小宪法”,也极易为忽视甚至排斥作为国家根本法的《宪法》的效力和适用提供依据,而且会产生重大现实危害性,即易为香港激进分离主义提供理论依据和制度依据。

## (二)“《基本法》是《宪法》的特别法”说

李琦教授主张,《基本法》是《宪法》的特别法,既非“小宪法”,也非代议机关的制定法。认为《基本法》不是《宪法》的下位法,并优先适用于特别行政区,这建基于全国人大经《宪法》第31条的特别授权而制定《基本法》,区别于《宪法》赋予全国人大的一般立法职权。《基本法》以其《宪法》的特别法这一性质,不因与《宪法》的抵触而无效;《宪法》对特别行政区的效力是通过《基本法》得以实现的;全国人大常委会对《基本法》的解释相应地属于宪法解释<sup>[8]</sup>。这一观点的逻辑前提是认为《基本法》可能抵触《宪法》,主要目的是试图在理论上化解这一难题。

众所周知,依据法规范的一般原理,在同一效力位阶的法规范之间发生冲突而需要选择适用时,特别法优于一般法、特别条款优于一般条款。如果将《基本法》视为特别法,实际上是将《宪法》视为一般法,两者处于相同的效力位阶。当《基本法》与《宪法》发生冲突时,《基本法》的效力要优于《宪法》。进而言之,形成特别行政区宪制秩序的宪制基础当然是《基本法》,而且仅限于《基本法》。

事实上,《宪法》第31条、第62条关于全国人大的职权的规定,特别是香港(澳门)《基本法》序言关于“根据《中华人民共和国宪法》,全国人民代表大会特制定中华人民共和国香港(澳门)特别行政区法,规定香港(澳门)特别行政区实行的制度,以保障国家对香港(澳门)的基本方针政策的实施”的规定,已经非常明确地回答了《宪法》与《基本法》之间的渊源关系和效力关系问题,否定了“《基本法》是《宪法》的特别法”这一观点。

## (三)“《基本法》是基本法律”说

在批判“《基本法》是宪法”、“《基本法》是小宪法”观点的基础上<sup>[9]</sup>(P506)<sup>①</sup>,形成了“《基本法》是基本法律”的观点。此种观点为内地学者和部分香港学者所主张或认同<sup>②</sup>。

<sup>①</sup> 张友渔教授提出,“《香港特别行政区基本法》,根据《宪法》第31条的规定,是法律,不是什么香港的‘小宪法’”,并且认为,“《中英联合声明》中中国政府对香港的基本方针政策的具体说明中也明白说:‘在香港特别行政区实行的法律为《基本法》,以及上述香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律。’这就是说《基本法》是法律的一种,而不是宪法”。

<sup>②</sup> 王叔文教授主编的《香港特别行政区基本法导论(第三版)》,肖蔚云教授主编的《一国两制与香港基本法律制度》以及许崇德教授主编的《港澳基本法教程》,均作出过此等判断。笔者也持这种观点,在《中国宪法问题研究》一书中提出,“《香港基本法》是基本法律的观点,是从中国现行单一制国家结构体制出发的,既符合《宪法》的规定,也符合《香港基本法》的规定,更符合香港的实际地位。”

“基本法律”是中国《宪法》上的概念。《宪法》第62条规定,全国人民代表大会行使下列职权:(三)制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。现行《宪法》在赋予全国人大和全国人大常委会都有国家立法权的前提下,为区分全国人大的法律与全国人大常委会的法律,故有“基本法律”与“非基本法律”之谓。换言之,全国人大制定的法律为“基本法律”,全国人大常委会制定的法律为“非基本法律”。

依照《宪法》第31条关于“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”的规定,《基本法》是全国人大制定的法律,当然属于基本法律。依据《宪法》第5条及《中华人民共和国立法法》第87条的规定,法律的效力低于《宪法》。因此,基本法律是依据《宪法》制定的,在效力上低于《宪法》。

这一观点的用意在于阐明《宪法》与《基本法》的关系及《基本法》在国家法律秩序中的地位,但并未能直接回答特别行政区的宪制基础问题。

#### (四)“《基本法》是宪制性法律”说

基于“《基本法》是基本法律”说的不足,产生了“《基本法》是宪法性法律”说<sup>①</sup>(P14-17)<sup>[11]</sup>(P270)和“《基本法》是宪制性法律”说<sup>②</sup>这两种观点。

“宪法性法律”是在部门法意义上依据法律的调整对象及方法上对法律所作的分类,即将法律中调整宪法关系的一类法律归纳为“宪法性法律”。除了两部《基本法》,中国还有很多宪法性法律,如《中华人民共和国立法法》《中华人民共和国民族区域自治法》等。“宪法性法律”这一概念表明了《基本法》在调整对象上的性质,但也不能清晰阐明《基本法》在中国法律体系中的特殊地位和特别行政区宪制基础中的作用。

“宪制性法律”这一概念,一方面指其性质为法律,另一方面又侧重于法律的“宪制性”功能,即在功能上的创制性作用。“《基本法》是宪制性法律”这种观点已成为通说,为各界所广泛沿用。一方面,这一观点在效力位阶层面,强调《基本法》是位于《宪法》之下的宪法性法律,既否定了“《基本法》是宪法”或“《基本法》是小宪法”的观点,也肯定了《基本法》在特区法律体系中的宪制地位和最高效力,有效调和了“《基本法》是宪法或小宪法”和“《基本法》是基本法律”这两种观点之间的冲突,弥补了它们各自的不足。另一方面,这一观点在制度依据层面,突出了《基本法》在创制特别行政区制度方面的功能,强调特别行政区的制度和政策由《基本法》规定,《基本法》成为特别行政区的制度、政策制定和实施以及本地立法的依据。

这一观点侧重于《基本法》的创制性功能以及由此形成的在特别行政区的最高地位,但也未能完整、明确地回答“特别行政区宪制基础是什么”这一核心问题。

#### (五)“《宪法》的效力及于特别行政区但如何适用待定”说

《宪法》在特别行政区的效力与适用问题,在香港回归初期曾一度淡出了人们的视线。但随着《香港基本法》深入实施过程中各种新情况新问题的不断涌现,这一问题再度引发人们的关注。香港回归以来,全国人大常委会针对香港的政制改革和社会发展中的一些问题作出了必要的解释或决定,但每一次解释或决定都必定会引来港人或多或少的质疑和反对。尽管这种质疑和反对主要源于对《香港基本法》的不解或误解,但客观地说,有关香港政制改革和“一地两检”等问题的决定,在特别行政区法律秩序中未必都能找到明确而具体的法律依据,而必须从国家整体宪法秩序出发去理解这些决定的合宪性和正

① 刘茂林教授与强世功教授先后提出过这种看法,但两位教授的观点却有着本质差异。前者认为,由于《香港基本法》的内容只涉及香港特别行政区这一方面,加之形式上又不具备《中华人民共和国宪法》的制定程序,故《香港基本法》属于宪法性法律;后者则认为港澳基本法发挥着在特别行政区进行国家主权建构的功能,由内地、香港、澳门以及台湾地区构成的“新中国”是不成文宪法国家,1982年《宪法》和港澳基本法等都是这个国家不成文宪法体制中的宪法性法律文件。

② 2014年《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书载明,“香港基本法是根据宪法制定的、规定香港特别行政区制度的基本法律,在香港特别行政区具有宪制性法律地位”。

当性。换言之,全国人大常委会作出的主权行为要在特别行政区发生法律效力,必然要求《宪法》在特别行政区具有效力或者具有适用性。

在《香港基本法》起草过程中,基本法起草委员会和包括基本法咨询委员会在内的香港社会的基本共识是,《宪法》在特别行政区全部具有法律效力。“中国《宪法》是国家根本大法,在全国具有最高法律效力,香港特区是中国的一部分,因此《宪法》在香港特区内有效。这里‘有效’是指整部中国《宪法》在香港具有效力,不可以认为中国《宪法》的其中一些条文在香港无效”<sup>[12]</sup>。

但对于《宪法》在特别行政区是否适用的问题,香港社会认为,“即使《宪法》在特区有效并不表示《宪法》适用于特区,《宪法》的适用性视乎地区本身的情况及特殊性,因此《宪法》中有部分条文不适用于特区,有部分条文适用于特区,并且适用于特区的条款还区分为‘一般性适用’和‘特别适用’”<sup>①</sup>。内地学界则提出了“《宪法》在特别行政区总体适用”“《宪法》通过《基本法》在特区发挥效力”“《基本法》对《宪法》变通适用”“《宪法》在特区自我限制适用”等诸种观点<sup>[13]</sup>(P61-75)。

总体而言,在这一阶段,人们普遍承认《宪法》在特别行政区的效力,而对于《宪法》在形成特别行政区宪制秩序中的地位和作用、《宪法》在特别行政区是否适用及如何适用等问题上语焉不详。

### 三、特别行政区的宪制基础(2007年以后):《宪法》和《基本法》

众所周知,与澳门不同,香港在回归以后出现了这样或者那样的问题,也引发了诸多争议。包括香港特区在内的各界不得不反思产生这些问题和争议的根源,即治理香港的宪制基础仅仅是《基本法》,还是《宪法》和《基本法》?

#### (一) 学界提出“宪法与香港基本法共同构成香港宪制的基础”

2007年,全国人大常委会举行纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施十周年研讨会。韩大元教授在会议发言中首次创造性地提出“中华人民共和国宪法与香港特别行政区基本法共同构成香港宪制的基础”这一命题,强调香港的宪制非仅仅以《香港基本法》为基础,而必须以中国《宪法》为基础和基本背景<sup>[14]</sup>(P77-90)。韩教授并在其后的论文和访谈中进行了深入、细致的论证。其基本根据如下<sup>[15]</sup>。

第一,香港特别行政区是中国这个主权国家的一个组成部分,特别行政区是中国作为一个政治统一体的决断的产物,是国家主权行为的结果,其中充分体现着中国作为一个单一制国家的国家意识。

第二,香港宪制的基本原则和基本制度是由全国人大根据《宪法》确立的,其中体现了国家主权的唯一性和《宪法》所确立的单一制的原则。

第三,《宪法》是一个整体,任何组成部分上的特殊性都不意味着对这个整体的否定,《宪法》作为整体的效力是及于中华人民共和国的所有领域的。这是主权的唯一性和不可分割性所决定的。

第四,制定《香港基本法》的直接依据是《宪法》第31条,但《香港基本法》的制定并非仅以《宪法》第31条为依据,而是以整个《宪法》为依据的。

第五,香港的宪制改革是否合乎《香港基本法》,涉及如何解释《香港基本法》的问题,而对《香港基本法》的解释应是一种“合宪性解释”。这是因为全国人大特别宣告了《香港基本法》的合宪性,《香港基本法》体现了宪法精神。

“宪法与香港基本法共同构成香港宪制的基础”这一命题是在香港政制发展进程中提出的<sup>②</sup>,是在

<sup>①</sup> 据香港基本法咨询委员会中央和特别行政区的关系专责小组主编的《基本法与宪的关系(最后报告)》(1987年2月11日)反映,香港社会的意见是,《宪法》第1条和第5条规定的社会主义制度条款,第127条规定的终审权条款,以及检察院和法院、地方体制等等规范均不适用特区;“一般性适用”于特区的条款有《宪法》第136-138条有关国旗国徽首都等条款,“特别适用”条款有《宪法》第31条、第62条第13款等有关特区设立及其制度建立条款。

<sup>②</sup> 该命题中的“宪制”可作“政制”解。

“一国两制”实践和《香港基本法》实施的背景下,对特别行政区制度发展尤其是政制发展的新认识、新判断。该命题填补了过去流行的“《基本法》是特别行政区的宪制基础”这种片面认识在解决政制发展上的理论漏洞和乏力。换言之,针对在政制发展问题上人们莫不强调要按照《基本法》办事,但在如何解释和理解《基本法》的问题上,却又各持己见、莫衷一是。该命题要求依据《香港基本法》推进香港政制发展,同时在《香港基本法》实施过程中必须从《宪法》层面进行理解和解释,《宪法》与《香港基本法》共同对香港政制发展起引领、规范和保障作用。

## (二) 中央层面提出并确认“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”

随着“一国两制”实践不断丰富和深入以及对其规律性认识进一步深化,最初由学界提出的这一命题逐渐成为被中央所采纳并获得进一步发展的重大论断。

2014年6月,国务院新闻办发表的《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书指出,“宪法与基本法共同构成香港特别行政区的宪制基础。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”<sup>[16]</sup>(P32)。从“宪法与香港基本法共同构成香港宪制的基础”到“宪法与基本法共同构成香港特别行政区的宪制基础”,其表述的核心变化是从“香港宪制的基础”到“香港的宪制基础”。这个变化体现了“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”这一命题不再局限于特别行政区的政治制度及其发展,而是扩展至特别行政区的整体宪制秩序,即宪法与基本法共同构成特别行政区宪制秩序的基础。

2017年7月,习近平主席在庆祝香港回归祖国二十周年大会上的讲话中明确指出“回归完成了香港宪制秩序的巨大转变”,并强调“中华人民共和国宪法和香港基本法共同构成香港特别行政区的宪制基础”<sup>[17]</sup>(P7)。这是中央向香港社会各界作出有关特别行政区的现行宪制秩序和宪制基础的最明确的宣示,具有标志性意义。

相应的,基于特别行政区宪制秩序和宪制基础的新思考、新认识,中央在阐释“一国两制”方针的含义和推进“一国两制”实践的过程中,更加强调《宪法》在特别行政区制度运行中的根本地位和重要作用。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中有关“一国两制”的阐述首次出现“严格依照宪法和基本法办事”的表述。接着,党的十九大报告中有关港澳特别行政区的阐述亦开始出现从“严格依照基本法办事”到“严格依照宪法和基本法办事”的话语嬗变。国家对特别行政区的宪法观念和宪法意识的强调,带来了宪法权威和宪法地位在特别行政区的提升和深化,“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”这一观念渐渐获得广泛认同<sup>[18]</sup>(P39)。必须强调的是,党的十九届四中全会决定将“严格依照宪法和基本法对特别行政区实行管治、维护宪法和基本法确定的宪制秩序”,作为推进国家治理体系和治理能力现代化的重要内容。

## (三) “宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”的特殊意义

笔者认为,“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”这一论断的特殊意义有如下几点。

第一,明确而完整地回答了特别行政区的宪制基础。如前所述,在香港和澳门回归前后的一段时间里,对于特别行政区的宪制基础是什么的问题,学界和实务界始终没有给出直接明确清晰的答案。而“《香港基本法》是香港的宪制性法律”的表述,也只是回答了《基本法》在创制特别行政区制度方面的功能和在特别行政区法律体系中的地位,并没有完整地回答特别行政区宪制基础这一重大问题。

第二,明确否定了“《基本法》是宪法”“《基本法》是小宪法”“《基本法》是宪法的特别法”等观点。这些观点表面上承认或不排斥《宪法》在特别行政区的效力,但其共同点却是仅承认《基本法》是特别行政区的宪制基础,而否认《宪法》在特别行政区的地位和作用。

第三,突出了《宪法》在贯彻“一国两制”方针政策中的根本法地位。《基本法》在确立中央与特别行政区关系、创制特别行政区政治架构、规定特别行政区制度和政策等方面,发挥着创制性作用和功能,

但在贯彻和落实“一国两制”方针政策、创制和保障特别行政区及其制度方面,《宪法》起着决定性、根本性的作用。

第四,突出了《宪法》在特别行政区宪制改革和发展中的决定性作用。特别行政区制度在运行过程中,必须根据实际情况,进行宪制改革和发展。而在改革和发展过程中,不能仅仅依据《基本法》的规定,还必须从作为国家根本法和《基本法》制定依据的《宪法》层面上,进行充分的、全面的考量。

第五,突出了《宪法》对中央在特别行政区行使管治权的保障和规范作用。《基本法》明确了中央与特别行政区的关系,中央在特别行政区行使管治权受到《基本法》的保障与规范,但代表中央在特别行政区具体行使权力的机构主要是全国人大常委会和中央人民政府,它们同时也是依据《宪法》设立和运行的国家机关,须依据《宪法》行使职权和发挥功能。全国人大常委会主要通过释法或作出决定在特别行政区行使权力,在行使权力的过程中,依据《宪法》对“一国两制”和《基本法》进行解释和理解,从而作出正确的解释或决定。

第六,突出了《宪法》与《基本法》的关系。设立特别行政区、制定并通过《基本法》规定在特别行政区实行特殊的制度及授权特别行政区享有高度自治权等,说到底,都是主权者的政治决断,而这一政治决断的法律依据是作为主权者意志载体的《宪法》。《基本法》以及《基本法》所规定的特别行政区制度都不过是《宪法》下的产物。因此,理解《基本法》必须首先理解《宪法》,换言之,只有从《宪法》层面才能真正理解《基本法》。

#### 四、特别行政区的根本宪制基础:《宪法》

“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”这一命题并未获得非常充分的学理论证,在学理上还存在着一些有待澄清的问题。例如,“共同”的内涵和特征、“共同构成”的方式与原则,在特别行政区的宪制结构内《宪法》和《基本法》的关系的形态等种种问题,学界和实务界目前并未作出明确而系统的回应。缺乏对这些问题的全面而系统的回答,将不利于上述命题在香港和澳门社会获得全面认同,不利于《宪法》在特别行政区的地位的体现和作用的发挥。

##### (一) 作为特别行政区宪制基础的“共同构成”需要解构

如上所述,香港和澳门回归以后,特别行政区的宪制基础发生了根本性转变。而“新的宪制基础是什么”这一问题,并不明确和清晰。由此,在“一国两制”诸多重大问题上人们难以形成共识,这也给香港问题的应对和解决造成诸多障碍。在这一历史背景下,中央适时提出和确认“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”,在强调《基本法》作用的同时,突出《宪法》的作用。

“共同构成”的表述,其字面上的涵义是,形成特别行政区的宪制秩序的基础并不仅仅是《基本法》,还包括《宪法》,是两者共同作用或者说联合作用的结果。笔者认为,为丰富“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”这一命题的内容、强化其说服力,还必须对其进行必要的解构。

众所周知,《宪法》与《基本法》存在效力位阶上的差异,《基本法》以《宪法》为基础和依据而制定。那么,两者在“共同构成”中,如何“共同”构成?《宪法》在特别行政区宪制基础的结构中发挥的独特作用是什么?《基本法》发挥的独特作用又是什么?它们在“共同构成”中的相互关系是什么?这些基本问题必须在学理上作出全面而系统的回答,否则不利于上述命题在香港和澳门社会获得全面认同,不利于《宪法》在特别行政区地位的体现和作用的发挥。

毋庸置疑,《基本法》作为香港和澳门的宪制性法律,在创制特别行政区宪制秩序方面,发挥着独特的作用和功能。根据《宪法》第31条的授权性规定,全国人大实际上是通过《基本法》创设了在香港和澳门实行的特别行政区制度。《基本法》规定了香港和澳门特别行政区实行的制度,确保国家对香港的基本方针政策得以实施。香港和澳门特别行政区的制度和政策,均以基本法的规定为依据。因此,完全可以说,没有《基本法》就不可能有具体化的特别行政区制度,也就不可能有香港和澳门回归以后新



的宪制秩序。

此外,香港和澳门回归以后新的宪制秩序之所以能够形成,并不限于《基本法》的制定和实施,与作为国家根本法及《基本法》制定依据的《宪法》发挥着独特的作用是分不开的。质言之,《基本法》虽然属于宪制性法律,但归根结底仍然属于国家基本法律的范畴;特别行政区制度下中央通过《基本法》赋予特别行政区享有甚至比联邦制国家的组成单位更多的高度自治权,但特别行政区制度仍然属于国家根本制度下的基本制度的范畴。

## (二)《宪法》是特别行政区的根本宪制基础

笔者认为,在“宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础”中,基于《宪法》与《基本法》的关系,也基于《宪法》作为国家根本法的独特地位和功能,在形成特别行政区宪制秩序中,《宪法》发挥着根本宪制基础的作用。这种作用可分为两类:其一,直接作用。例如,《宪法》确认和维护“一国两制”指导思想、全国人大常委会和中央人民政府依据《宪法》签署和批准两个联合声明、《宪法》授权全国人大设立特别行政区、《宪法》授权全国人大制定《基本法》并通过《基本法》创设特别行政区制度等。其二,间接作用。《宪法》对于《基本法》实施和《基本法》所创设的特别行政区制度的运行发挥引领和指导作用。具体来说,其主要表现是:

第一,《宪法》确认和维护了“一国两制”指导思想。《宪法》第31条规定,“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”。相应的,《宪法》第62条第14项规定,“全国人大决定特别行政区的设立及其制度”。彭真在解释《宪法》的规定时说,“在维护国家的主权、统一和领土完整的原则方面,我们是决不含糊的。同时,在具体政策、措施方面,我们又有很大的灵活性”<sup>[19]</sup>(P24)。虽然从字面来看,“一国两制”的字眼并没有直接地在《宪法》中出现,但《宪法》有关条文所表达的意思却是足够明确的<sup>[20]</sup>(P489)。因此,“一国两制”方针政策得到国家根本法的确认。同时,《宪法》还规定了作为“两制”基本前提的“一国”的基本内容、维护着“一国”前提下的社会主义和资本主义两种制度的并存。2020年5月28日,全国人民代表大会根据《宪法》第31条和第62条第2项、第14项、第16项的规定以及《香港基本法》的有关规定,通过《关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定》,要求香港特区履行维护国家主权、统一和领土完整的宪制责任,并授权全国人大常委会制定香港特区维护国家安全的相关法律。全国人大为了维护国家主权、安全、发展利益,坚持和完善“一国两制”制度体系,维护香港长期繁荣稳定,依据《宪法》的有关规定作出上述决定,正是《宪法》确认和维护“一国两制”方针的鲜明体现。

第二,《宪法》第31条和第62条的有关规定为国家决定设立特别行政区和通过《基本法》在特别行政区实行有别于内地的特殊制度预设了根本法上的依据。彭真在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中提及,“考虑到特殊情况的需要,《宪法》修改草案第31条规定:‘国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定’。”<sup>[21]</sup>(P458)彭真所说的这个特殊情况就是,实现祖国和平统一后考虑在台湾设置特别行政区。虽然此时国家主要考虑台湾问题,但中英两国政府关于解决香港问题的谈判已于1982年9月正式开启。因此,1982年修宪中关于《宪法》第31条和第62条的有关规定的确立,因应了未来在香港和澳门设立特别行政区的需要。

第三,《宪法》为香港和澳门的政权交接提供了依据。《宪法》第89条第9项规定,国务院管理对外事务,同外国缔结条约和协定。据此,国务院代表中国政府分别与英国政府和葡萄牙政府签署中英联合声明、中葡联合声明。《宪法》第87条第15项规定,全国人大常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。据此,全国人大常委会批准了上述两个联合声明。两个联合声明的签署和批准,为香港顺利回归及中英两国政府香港政权交接、为澳门顺利回归及中葡两国政府澳门政权交接提供了法律基础。

第四,全国人大依据《宪法》设立特别行政区,为特别行政区制度的实行提供了行政区划建制上的法律基础。《宪法》第31条授权全国人大在中国原有行政区划的基础上,视情况在必要时,可设立特别行政区。据此,全国人大于1990年作出《关于设立香港特别行政区的决定》,决定自1997年7月1日起设立香港特别行政区,并明确了香港特别行政区所辖区域。全国人大于1993年作出《设立中华人民共和国澳门特别行政区的决定》,决定自1999年12月20日起设立澳门特别行政区,并明确了澳门特别行政区所辖区域。

第五,《宪法》授权全国人大制定法律,规定特别行政区内实行的制度。为保障《中英联合声明》中中国政府承诺的国家对香港的基本方针政策的实施,在决定设立特别行政区的同时,全国人大依据《宪法》授权,分别于1990年制定了《香港基本法》、1993年制定了《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》,并于两部《基本法》通过的同时,分别通过关于《基本法》的合宪性决定<sup>①</sup>。《基本法》依据《宪法》所确认的“一国两制”精神,创设了体现“国家统一、高度自治、当地人治理”的特别行政区制度。

第六,中国政府恢复对香港和澳门行使主权的首要标志是《宪法》在香港澳门发生效力、《宪法》的空间效力及于香港和澳门。1997年7月1日,中国政府恢复对香港特区行使主权,其标志是中国《宪法》的效力从此刻开始及于香港;1999年12月20日,中国政府恢复对澳门特区行使主权,其标志是中国《宪法》的效力从此刻开始及于澳门。此即在香港和澳门发生的所谓“宪法时刻”。《宪法》在特别行政区生效,才有《基本法》及其他全国性法律在特别行政区的正式实施。

第七,《宪法》的效力及于特别行政区,《宪法》当然也必须在特别行政区适用。《宪法》的效力及于特别行政区已成为共识,但对于《宪法》是否适用于特别行政区、哪些部分适用及如何适用的问题上,人们并未取得一致意见。笔者认为,这主要是两个方面的原因所致:其一,将宪法适用局限于直接适用的范畴,即只有那种直接依据《宪法》作出决定、决议或者裁判、判断的情形,才属于宪法适用;而那种基于《宪法》的理念、原则、精神及规范内涵以理解法律的情形并不被认为属于宪法适用。其二,《基本法》是宪制性法律,对于特别行政区而言,实际上起到了大量减少《宪法》直接适用的“过滤”功能。但并不能由此否认,在必要时,《宪法》的相关规定在特别行政区是完全可以直接适用的。

第八,《宪法》保障特别行政区居民中的中国公民的基本权利。在《基本法》中,居民和公民是两个不同的身份概念,其中居民是在特别行政区享有基本权利和承担基本义务的主体,而公民是特区居民中的中国公民享有某些政治权利的身份概念。除了《基本法》,《宪法》也为特区居民中的中国公民的基本权利提供保障。这主要分为两种情况:首先,《宪法》保障特区居民中的中国公民参与管理国家事务的权利。《宪法》第59条规定,全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。因此,在特别行政区产生的全国人大代表是组成全国人民代表大会的重要部分。《香港基本法》和《澳门基本法》第21条均规定,特别行政区居民中的中国公民依法参与国家事务的管理。根据全国人民代表大会确定的名额和代表产生办法,由特别行政区居民中的中国公民在香港(澳门)选出特别行政区的全国人民代表大会代表,参加最高国家权力机关的工作。特别行政区全国人大代表根据《宪法》《基本法》和代表产生办法产生以后,与其他全国人大代表一样,享有《宪法》保障的参政议政的权利。其次,在特别行政区,特区居民中的中国公民的基本权利受到《基本法》的保障;在特别行政区以外的中国其他地区,特区居民中的中国公民的基本权利与其他中国公民一样受到《宪法》的保障。

第九,《基本法》的实施本质上是《宪法》的实施。《基本法》第1条虽未如其他法律一样明确规定“根据《宪法》,制定本法”,但《基本法》序言的表述实际上肯定了这一含义。《基本法》以《宪法》为基础和依据而制定,是《宪法》的具体化,因此,在《基本法》制定以后,《宪法》关于“一国两制”的精神已融入《基本法》之中。“根据《宪法》,制定本法”的含义包括根据《宪法》的理念、原则、精神,根据《宪

<sup>①</sup> 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》《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》和《全国人民代表大会关于设立香港特别行政区的决定》三份文件同日(1990年4月4日)通过。

法》的立法授权,根据《宪法》的立法程序、根据《宪法》的规范内涵,而制定具体的法律规范。既然如此,要全面理解《基本法》,就必须首先理解作为其制定根据的《宪法》的含义。

在法律适用过程中,存在一种“基于《宪法》的法律解释”的方法,它强调《宪法》所承载的价值秩序对普通法律产生辐射作用<sup>[22]</sup>(P454)。《基本法》的制定须符合《宪法》,《基本法》的实施也须符合《宪法》,因此准确贯彻实施《基本法》,要求依据《宪法》理解和解释《基本法》。依据《宪法》理解和解释《基本法》,意味着在必要时要将《宪法》的精神理念、基本原则和具体规范的内涵运用于对《基本法》的解释和适用。香港终审法院和澳门终审法院迄今也已在多个案件中援引《宪法》相关条款来辅助和补强《基本法》有关条款的理解和解释<sup>①</sup>。特区行政长官和特区政府虽不具有对《基本法》的解释权,但在履行职权过程中应依据《宪法》理解《基本法》,作出符合《宪法》和《基本法》的政府行为,如香港特别行政区政府与广东省政府签署《关于在广深港高铁西九龙站设立口岸实施“一地两检”的合作安排》<sup>②</sup>。

第十,《宪法》所规定的单一制国家结构形式塑造了中央与特别行政区的基本关系。依据中国《宪法》序言的规定及整部《宪法》所规定的国家制度,单一制国家结构是中国《宪法》的一项基本原则。依据这一基本原则,中央与特别行政区的关系属于中央与地方的关系。对此,根据《宪法》制定的《基本法》在中央和特别行政区的关系一章作了最明确的规定<sup>③</sup>。在理解《基本法》的性质和地位、特别行政区的性质和地位、特别行政区制度、中央对特别行政区的全面管治权时,甚至在实施《基本法》过程中,都必须从这一基本点出发。

### (三) 突出《宪法》作为特别行政区根本宪制基础的意义

笔者认为,突出和强调《宪法》在特别行政区宪制基础中的根本性地位和作用,其意义在于:

第一,有利于维护《宪法》的权威和尊严,保证社会主义法制的统一性。在特别行政区实行的法律,均不得同《基本法》相抵触,《基本法》本身又是根据《宪法》所制定的全国性法律。因此,《香港基本法》及其他特区法律、《澳门基本法》及其他特区法律都是中国特色社会主义法律体系的有机组成部分,都必须以《宪法》为核心和基础,都必须符合《宪法》并统一于《宪法》。

第二,有利于维护《宪法》在特别行政区的权威、形成统一的宪法秩序。任何一个主权国家都必须有一个统一的秩序,在法治国家,这一统一的秩序只能以作为国家根本法的《宪法》为基础而形成,即宪法秩序。一国之内的任何秩序都是统一宪法秩序的组成部分,特别行政区即使实行特殊的制度和政策、享有高度自治权,其宪制秩序仍然是中国统一宪法秩序的有机组成部分<sup>④</sup>[23](P34)。特别行政区宪制秩序形成的基础是《宪法》和《基本法》,而从根本上说,只能是《宪法》。

第三,有利于全面准确地贯彻“一国两制”方针和实施《基本法》。实施《基本法》、实行特别行政区制度,如果只着眼和局限于《基本法》的规定,而不从《宪法》层面上、特别是《宪法》确认的“一国两制”的高度理解《基本法》及其所规定的特别行政区制度,必然只看到“一制”,而无法看到“一国两制”

① 香港终审法院在著名的马维骥案以及吴嘉玲案、刘港榕案等居港权系列案件中均有援引宪法规范来辅助理解《基本法》有关规范。澳门终审法院在一起有关《澳门基本法》上行政长官的行政立法权、行政法规与法律的关系的案件(第28/2006号案件)中援引中国现行《宪法》上有关行政法规的条款,理解和解释《基本法》上的行政法规条款之含义。在2005年的一桩案件(第22/2005号案件)中,澳门终审法院援引《宪法》上“公民的基本权利和义务”一章有关公民基本权利的规定来论证《澳门基本法》规定的居民的权利和自由应当被视为基本权利。该案判决书载明,“为了更好地了解问题的各个方面,首先应从中国《宪法》所规定的立法制度,尤其是中国《宪法》角度来作出分析,这具有重要和根本性的指导意义”。

② 全国人大常委会对《合作安排》进行了合宪性和合基本法审查,并指出,《合作安排》符合“一国两制”方针,符合《宪法》和《香港基本法》。

③ 《香港基本法》和《澳门基本法》第12条均规定,香港特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。

④ 《香港基本法》和《澳门基本法》第11条对此做了很好的注解。该条第1款规定,“根据《中华人民共和国宪法》第31条,香港特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据”。由此可知,根据“一国两制”方针,国家不在香港实行社会主义的制度和政策,香港特别行政区的制度和政策以《基本法》的规定为依据,但《基本法》做出这种安排的根本依据是《中华人民共和国宪法》第31条。

的全貌。这也是香港在回归以后出现这样或者那样波折的根本所在。正如有学者所言,香港宪制的确立从来就是一个“宪法判断”,是《宪法》决定了香港宪制的基本面貌,而未来香港宪制的发展也最终是个宪法判断的问题,并非仅仅是个基本法问题<sup>[24]</sup>。

第四,有利于从根本上理顺中央与特别行政区的权力关系。按照单一制的基本原理,《基本法》规定了中央在特别行政区的权力、特别行政区的高度自治权、中央对特别行政区行使高度自治权的监督制度等。但在遇到中央拥有对特别行政区的全面管治权、中央对特别行政区政制发展拥有决定权、“港人治港”中的“港人”必须是爱国爱港人士、中央对特别行政区行政长官具有实质任命权等《基本法》未作非常明确规定的问题上,如果目光只限于《基本法》,则完全存在对《基本法》误读的可能性,人们眼里可能全是特别行政区的高度自治权,而不愿意承认中央依据《基本法》所享有在特别行政区的权力。如果放眼《宪法》,依据《宪法》对《基本法》作出理解和判断,中央与特别行政区关系中的此类重大问题将会更容易得到正确处理。

第五,有利于保障和规范中央行使对特别行政区的管治权力。习近平主席强调,作为直辖于中央政府的一个特别行政区,香港特别行政区从回归之日起,重新纳入国家治理体系。中央政府依照宪法和香港特别行政区基本法对香港实行管治<sup>[17]</sup>(P3)。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》要求,完善特别行政区同宪法和基本法实施相关的制度和机制,坚持以爱国者为主体的“港人治港”“澳人治澳”,提高特别行政区依法治理能力和水平<sup>[25]</sup>。由此可知,特别行政区的依法管治已被提升至推进国家治理体系和治理能力现代化的高度。法治是治国理政的基本方式,依法治国是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求,而坚持依法治国首先要坚持依宪治国,《宪法》是治国理政的总章程、总依据。在推进国家治理体系和治理能力现代化的背景下,《宪法》在特别行政区的地位和重要性不断提升,《宪法》在中央行使对特别行政区的管治权力过程中发挥着保障与规范的双重作用。

第六,有利于推动国家统合。在“一国两制”原则下,国家主体实行社会主义制度,特别行政区实行资本主义制度,“两制”的差异表现为政治制度、法律制度、经济体制等各方面的差异。由于长期生活在异邦殖民管治之下,不少特区居民秉持的价值观念、意识形态以及对国家发展方向和目标的理解向来与国家主体成员迥然有异;特区内部各政党、社团以及不同行业和阶层的居民也持有不同的价值立场和政治见解。对此,《宪法》在特别行政区应当发挥政治统合和意见协调的作用。《宪法》作为包括特别行政区在内的整个国家的根本宪制基础,要求特别行政区要尊重和维护《宪法》的尊严和权威,一切弥合价值分化和立场分歧的努力都应当回归到《宪法》和《基本法》的法治轨道上来,而不应诉诸暴力和破坏社会秩序等违法手段。《宪法》和《基本法》所蕴含的国家主权统一、安全和发展利益的价值目标,《宪法》和《基本法》所保障的“一国两制”基本方针政策、中央和特别行政区的关系、特区居民基本权利保障制度、特区政治体制等应当成为特别行政区广泛认同、接纳和坚守的主流价值观。这不仅是“一国两制”长期实施的基础,也是《宪法》在特别行政区发挥效力的必然要求。

第七,有利于推动国家认同。中国政府恢复对香港和澳门行使主权,国家依据《宪法》设置特别行政区,并通过制定港澳基本法分别在两个特区实行特别行政区制度,从而实现了“地”的回归,即实现国家统一。但香港特别行政区长期受到港英政府的殖民管治,回归以来特区居民的国民身份认同和国家认同感始终处于低位<sup>[26]</sup>(P1127)。“一国两制”实践过程中始终存在的国家认同问题主要是政治认同和制度认同问题<sup>①</sup>。政治认同和制度认同的前提是身份认同,要提升国家认同首先就要提升身份认同。《基本法》以居民而非公民为核心概念建构了生活在特别行政区的人的身份,特区居民主要与特别行政区发生联系,这在无形中淡化甚至消解了以国籍为核心的公民与国家的联系,不利于维持和提升特区居民中

<sup>①</sup> 当然,除了政治认同和制度认同问题,由于长期受殖民文化浸染,一些香港居民对国家在历史、文化和价值认同上也存在问题,但这不是国家认同概念的最主要内容,也不是目前香港主要存在的国家认同问题。

的中国公民在日常生活中对国家的归属感。

要改善这种因“一国两制”实践带来的客观后果,提升特区居民的身份认同,首先必须从制度层面寻求解决之道,即深化宪法观念,加强宪法认同<sup>①</sup>。加强宪法认同的前提是获得对宪法的正确认知和全面理解,这就需要通过特别行政区的宪法宣传教育。笔者认为,特别行政区的宪法宣传和教育活动应当具有明确的针对性:一是加强香港社会各界对《宪法》精神、原则和规范的认识,特别是对《宪法》所建构的政治制度、社会制度、基本权利和基本义务等国家制度有一个全面深刻的把握。二是让香港社会各界了解到改革开放以来《宪法》实施的经验和成就,特别行政区与国家主体的宪法价值差异在不断缩小<sup>②</sup>。三是阐明《宪法》与《基本法》的关系,使香港社会各界认识到《宪法》在特别行政区的地位和效力,《宪法》作为根本宪制基础对落实和维护“一国两制”方针的重要意义。

在统一的中华人民共和国之内,不可能有脱离作为国家根本法《宪法》而存在的《基本法》,因此,《基本法》无法孤立地成为特别行政区的宪制基础。《宪法》和《基本法》都是特别行政区的宪制基础,而《宪法》是《基本法》成为特别行政区宪制基础的根本依据和保障。《宪法》作为特别行政区的根本宪制基础对“一国两制”方针政策的确认和运行、特别行政区制度的实施发挥着举足轻重的保障作用。

#### 参考文献

- [1] 全国人大常委会港澳基本法委员会办公室. 中英关于香港问题的联合声明、中葡关于澳门问题的联合声明. 北京:中国民主法制出版社,2011.
- [2] Yash Ghai. *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999.
- [3] 王凤超. 香港政制发展历程(1843-2015). 北京:生活·读书·新知三联书店,2019.
- [4] 陈文敏. 香港人权法案生效首年的回顾. 法学评论,1992,(5).
- [5] 陈弘毅. 一国两制下香港的法治探索. 香港:中华书局(香港)有限公司,2010.
- [6] 王振民. 论港澳回归后新宪法秩序的确立. 港澳研究,2013,(1).
- [7] 王玉明. 香港特别行政区基本法的几个理论问题:上. 政法论坛,1990,(3).
- [8] 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,(5).
- [9] 张友渔. 宪政论丛:下册. 北京:群众出版社,1986.
- [10] 刘茂林. 香港基本法是宪法性法律. 法学家,2007,(3).
- [11] 强世功. 中国香港:政治与文化的视野. 北京:生活·读书·新知三联书店,2010.
- [12] 香港基本法咨询委员会中央和特别行政区的关系专责小组. 基本法与宪法的关系(最后报告),1987.
- [13] 邹平学等. 香港基本法实践问题研究. 北京:社会科学文献出版社,2014.
- [14] 全国人大常委会港澳基本法委员会办公室. 纪念香港基本法实施十周年文集. 北京:中国民主法制出版社,2007.
- [15] 韩大元. 宪法和香港基本法共同构成特区宪制基础——权威解读“一国两制”在港实践白皮书. 法制日报,2014-06-19.
- [16] 国务院新闻办.“一国两制”在香港特别行政区的实践. 北京:人民出版社,2014.
- [17] 习近平. 在庆祝香港回归祖国二十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. 北京:人民出版社,2017.
- [18] 韩大元. 论香港基本法上“国家”的规范内涵. 中外法学,2020,(1).
- [19] 全国人大常委会办公厅. 中华人民共和国第五届全国人民代表大会第五次会议文件. 北京:人民出版社,1983.

① 宪法是国家建构、国家治理、基本权利保障的规范基础,提升宪法观念、加强宪法认同,自然能够提升对国家的政治认同、制度认同。

② 自1982年《宪法》实施以来,《宪法》的发展有目共睹,社会主义市场经济、依法治国和“国家尊重保障人权”相继入宪,民主、法治、人权、市场经济等均成为《宪法》所确认和保障的价值。这些与特别行政区秉持的价值观念高度契合,特别行政区与国家主体的价值差异不断缩小。诚然,当前《宪法》对社会现实的规范性不足,宪法权威和宪法尊严尚未得到应有保障,《宪法》在人民心目中的地位不高。但习近平主席多次强调,依法治国首先要坚持依宪治国,依法执政首先要坚持依宪执政,要加强《宪法》的实施的监督,发挥《宪法》在国家生活和社会生活中的权威和作用。这为加强《宪法》的实施的监督注入了强大的动力。

- [20] 许崇德自选集. 北京:中国人民大学出版社,2007.
- [21] 彭真文选(1941-1990). 北京:人民出版社,1991.
- [22] 克劳斯·施莱希,斯特凡·科里奥特. 德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判. 刘飞译. 北京:法律出版社,2007.
- [23] 胡锦涛. 宪法是根本宪制基础. 中国人大,2019,(24).
- [24] 韩大元. 中华人民共和国宪法与香港特别行政区基本法共同构成香港宪制的基础. 人民网,2007-06-07.[2020-01-07]<http://hm.people.com.cn/GB/42280/85539/85542/5832940.html>.
- [25] 中国共产党中央委员会. 中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定. 新华网,2019-11-05.[2020-03-05][http://www.xinhuanet.com/politics/2019-11/05/c\\_1125195786.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2019-11/05/c_1125195786.htm).
- [26] 陈端洪. 理解香港政治. 中外法学,2016,(5).

## The Change of the Constitutional Foundation Of Special Administrative Regions and Its Significance

*Hu Jinguang, Liu Hailin (Renmin University of China)*

**Abstract** The constitutional foundation of Hong Kong and Macau has undergone a transformation in nature, which is the fundamental symbol of the Chinese government's resumption of the exercise of sovereignty over Hong Kong and Macau. Hong Kong and Macau have thus formed new constitutional order. In the period after the return of Hong Kong and Macau, a popular perception was that the Basic Law of Hong Kong and the Basic Law of Macau constituted the new constitutional foundation of the Hong Kong Special Administrative Region and the Macau Special Administrative Region, respectively. In order to overcome the one-sidedness of this understanding and emphasize the importance of the Constitution, the proposition that "the Constitution and the Basic Law together constitute the constitutional basis of the Special Administrative Region" came into being and was confirmed by the central government and widely recognized by all walks of life. There is a difference in rank between the Constitution and the Basic Law. The Basic Law is formulated in accordance with the Constitution. In the "common composition", the two do not function in parallel or in a mixture, and the Constitution plays a fundamental and decisive role in it. Under the proposition that "the Constitution and the Basic Law together constitute the constitutional basis of the special administrative region", making clear that the Constitution is the fundamental constitutional foundation of the Special Administrative Region and elucidating the fundamental and unique role of the Constitution have both theoretical value and practical significance for enriching the content of the proposition and enhancing its persuasive power.

**Key words** *the Constitution; the Basic Law; special administrative region; constitutional basis; constitutional order*

- 
- 收稿日期 2020-04-20
- 作者简介 胡锦涛,法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师;北京 100872;  
刘海林,中国人民大学法学院博士研究生。
- 责任编辑 李 媛