



西南政法大学博士文库

1997—2007：一国两制法治实践的 法理学观察 ——以法制冲突为视角

陈友清 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南政法大学博士文库

1997—2007：一国两制法治实践的 法理学观察 ——以法制冲突为视角

陈友清 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

1997~2007:一国两制法治实践的法理学观察:以法制冲突为视角/陈友清著. —北京:法律出版社,2008.9
ISBN 978-7-5036-8743-3

I. 1… II. 陈… III. ①一国两制-法律-研究-中国
②香港特别行政区基本法-研究 IV. D921.04 D618

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第131875号
© 法律出版社·中国

西南政法大学
博士文库

1997—2007:一国两制法治实践的
法理学观察——以法制冲突为视角

陈友清 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.5 字数 341千

印次 2008年9月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8743-3

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



总 序

西南政法大学是一所学术积淀深厚、传承久远、在国内外享有极高声誉的知名学府。我校复办至今,已经历了三十个春秋。学校的办学历程,既是我国改革开放以来法学教育的缩影,又是我国依法治国方略形成与发展的历史见证。迄今为止,我校已为国家培养了十余万法律专门人才,其中不少已经成为各界特别是法学界的精英和骨干力量,为我国社会主义建设和法治的推进作出了重要的贡献。

我校复办以来,一直重视研究生的培养。在这一过程中,学校通过重点学科建设,大力促进博士教育的发展,取得了令世人瞩目的成就。从我校诉讼法学科首次取得博士授权资格开始,先后已有经济法学、民商法学、刑法学取得博士授权资格。2001年我校在取得法学一级学科博士授权资格以后,法理学、法律史学、国际法学、环境法学、宪法学和行政法学又相继取得了博士授权资格,覆盖了除军事法之外的所有法学二级学科。

博士教育是整个法学教育的重要组成部分,衡量一所学校的地位在很大程度上要取决于这所学校所培养的博士的质量。博士作为高层次的专门人才,应当是科研创新的一支重要力量。作为博士生导师,我们经常教育学生,取得了博士学位就意味着登上了学位的最高峰。博士者,乃博学之谓也,因此,老师总是希望学生们在攻读博士学位期间,多读,多思,多写,多实践,力求在自己研究的学科领域内进行一些创造性思维活动。我们高兴地看到,西政的博士生们在这方面作出了不懈的努力,取得了许多显著的成绩。

在我校恢复法学教育三十周年之际,学校为了充分肯定获得博士学

位的西政学子的成就,决定出版《西南政法大学博士文库》,旨在为展示我校博士论文水平提供一个交流平台。现在呈现在大家面前的10篇博士论文是各个学科首推的具有相当水平的优秀作品,它们都是本学科领域中的具有问题性、前瞻性、深刻性和现实性的研究成果。

《西南政法大学博士文库》作为展示我校培养博士研究生水平的一个重要载体,将会继续办下去,希望我校各个学科的博士生们把握本学科的前沿性、实务性、挑战性的课题,立足于我国经济转型时期的特殊背景,运用新的视角和研究方法,将理论创新和社会实践有机结合起来,产出更多更好的作品,为推进社会主义民主和法治建设作出应有的贡献。

我们相信《西南政法大学博士文库》作为我国法苑的一朵奇葩,将会在全校师生的共同浇灌下,绽放得更加鲜艳夺目!

是为序。

西南政法大学教授、博士生导师



2008年8月10日

缩略语

基本法	《中华人民共和国香港特别行政区基本法》
驻军法	《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》
全国人大常委会	中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会
中央政府	中华人民共和国中央人民政府
中联办	中央人民政府驻香港特别行政区联络办公室
外交公署	外交部驻香港特别行政区特派员公署
驻军	中国人民解放军驻香港部队
原讼庭	香港特别行政区高等法院原讼法庭
上诉庭	香港特别行政区高等法院上诉法庭
终审法院	香港特别行政区终审法院
NPC	National People's Congress 全国人民代表大会
NPCSC	National People's Congress Standing Committee 全国人大常委会
BL	Basic Law 基本法
HKSAR	Hong Kong Special Administrative Region 香港特别行政区
CFA	Court of Final Appeal 终审法院
HKLRD	Hong Kong Law Report Digital 香港法律报告摘要

HKC	Hong Kong Cases 香港判例
HKCFAR	Hong Kong Court of Final Appeal Report 香港终审法院报告
HKLJ	Hong Kong Law Journal 香港法律学刊
FCAV	Final Civil Appeal Verdict 终审法院民事上诉判决
HCAL	High Court Constitutional and Administrative List 高等法院宪法及行政诉讼排案表
CACV	Court of Appeal Civil Verdict 上诉法庭民事判决
CACC	Court of Appeal Criminal Case 上诉法庭刑事案件
HCMA	High Court Magistrate Appeal 高等法院原讼法庭裁判法院上诉案
FACC	Final Appeal Criminal Case 刑事终审案件
HCB	High Court Bankruptcy Proceedings 高等法院破产案件
DCCC	District Court Criminal Case 区域法院刑事案件
WLR	World Law Report 世界法律报告
ER	England Law Report 英格兰法律报告
All ER	All England Law Report 全英格兰法律报告
AC	Appeal Cases 上诉案件判例集
KB	King's Bench 皇座法庭
HL	House of Lords 英国上议院司法委员会
PC	Privacy Council 英国枢密院
SCMP	South China Morning Post 香港《南华早报》

目 录

缩略语 /1

引论 /1

- 一、本书的逻辑起点 /1
- 二、本书的主题和终极归宿 /2
- 三、本书的研究视角 /7
- 四、本书的研究方法 /11

第一章 法制冲突：法治实践的基本维度 /14

- 一、一国两制法治实践的时期划分 /14
- 二、法制冲突阶段 /24
- 三、法制冲突主题 /27
- 四、法制冲突主体 /43
- 五、小结 /48

第二章 冲突主题：个案的学理探微 /51

- 一、法治实践的“宪法性危机”：“马维昆案” /51
- 二、一国两制下的宪政博弈：“居留权”系列案 /69
- 三、中央立法在特区的实施：“国旗、区旗案” /103
- 四、特区的宪政义务：“落实基本法 23 条立法案” /111
- 五、“政制改革案” /123
- 六、小结 /134

1997—2007：一国两制法治实践的法理学观察——以法制冲突为视角

第三章 冲突归因：法制转型与磨合 /136

- 一、制度成因 /138
- 二、意识形态成因 /162
- 三、社会文化和心理成因 /173
- 四、法学方法成因 /180
- 五、小结 /195

第四章 冲突与整合：法制冲突的效应 /197

- 一、冲突的制度效应 /200
- 二、冲突的社会效应 /212
- 三、冲突的理论效应 /219
- 四、小结 /224

第五章 冲突与回应：宪政完善的空间 /226

- 一、基本法救济的完善 /233
- 二、宪法性惯例的宪政空间 /250
- 三、具体制度和机制建构 /261

第六章 冲突与发展：宪政及理论向度 /278

- 一、现实向度：冲突仍将存续 /280
- 二、宪政向度：冲突的宪法裁判 /288
- 三、理论向度：“大中国法学”与“中国法系” /297

结语 /326

余论：香港的中国使命与“中国法系”的理论进路 /333

参考文献 /345

后记 /391

引 论

一、本书的逻辑起点

20 世纪 70 年代末 80 年代初,当代中国的一位巨人向全世界宣布,中国将以一种全新的理论指导国家统一进程,以一种全新的国家结构模式解决统一问题。这实际上宣布了共和国一个全新的发展进路。这种理论便是中国特色社会主义理论下的一国两制。^① 这种全新的国家结构模式就是一国两制、高度自治。

1997 年 7 月 1 日零时,当共和国五星红旗在香港国际会议展览中心宽敞的大厅里冉冉升起,大英帝国的米字旗缓缓落下,标志了共和国一个新时代的开始,也宣示了这种理论开始走向实践——在一个法治社会中的法治实践。

然而,当我们还沉浸于香港回归、国家迈向统一的喜悦之中,当共和

① 其实,在时间上,一国两制的提出,要比执政党正式提出和确认中国特色社会主义理论早得多。一般认为,1979 年 1 月,邓小平访问美国时向美国参、众两院议员解释我国政府的对台政策时指出:“我们不再用‘解放台湾’这个提法了。只要台湾回归祖国,我们将尊重那里的现实和现行制度。”这被视为国家领导人最早公开在国际场合表示要用一国两制的方针解决台湾问题,并引起了国际社会的广泛关注。1982 年 9 月,邓小平在会见英国时任首相撒切尔夫人时,正式向英国政府阐明了中国政府对香港问题的原则立场和方针政策。“香港现行的政治、经济制度,甚至大部分法律都可以保留,当然,有些要加以改革。香港仍将实行资本主义,现行的许多适合的制度要保持。”“‘一国两制’构想的提出还不是从香港问题开始的,是从台湾问题开始的。一九八一年叶剑英委员长就台湾问题发表的九条声明,虽然没有概括为‘一国两制’,但实际上就是这个意思。两年前海峡问题提出来了,我们就提出‘一国两制’”。而将一国两制理论正式列入“中国特色社会主义理论”的范畴,应该是在 1992 年 10 月中国共产党第十四次全国代表大会上。《邓小平文选》(第三卷),人民出版社 1993 年版,第 13、102 页;江泽民在中共十四大上的报告:《加快改革开放和现代化建设步伐,夺取中国特色社会主义事业的更大胜利》;蓝天:《“一国两制”法律问题研究》(总卷),法律出版社 1997 年版,第 12 页。

国国歌还在我们耳边萦绕,当我们尚在品味和向往国家的统一方向,当理论和理论者仍然致力于新制度的诠释与预测,另一个声音却从香港高等法院的法庭内传了出来。这个声音试图告诉人们,推进当代中国社会向前迈进的这种理论存在着无法弥补的缺陷,以此为理论基础建构的一系列宪法和法律制度直接导致了香港社会特别是法律制度的断裂。于是,这个社会可能失去治理准据,秩序可能失去控制,有罪可能变成无罪。

传出这个声音的时间是香港回归祖国后的第一个工作日,地点则为香港特区高等法院上诉法庭。

这个声音以及由它引发的一系列理论和实践问题,也便成为本书的逻辑起点。

二、本书的主题和终极归宿

一国两制法治实践的真正起点在哪里?简单地说,这个起点是法庭。面对这一起点,一系列理论和实践问题也同时被推向了我们:一国两制对香港回归意味着什么,它的命运和前途如何,它的法治实践对当代中国社会特别是对当代中国法制和法治建设与发展意味着什么,对中国法学又意味着什么?作为国家的一个地方法院的香港终审法院的一份判决,竟然掀起了中央与地方如此直接和剧烈的法制冲突,^①而无论是我们既有的理论还是实践,对此类冲突都显得如此陌生甚至不知所措,^②除了政治上的指责似乎很少能够提出令人信服的法理学理据。另一方面,导致冲突一方提出的理据是如此另类,以至于无论从既有的体制和权威,抑或既存的理念或理论,都无法接受。于是,已经发生的冲突未能得到有效平息甚至没有得到丝毫缓解,新的冲突又被引发出来了。

这是在不到两百年的历史中,中华文明与西方文明在同一地点发生

① 指香港终审法院1999年1月29日宣判的《吴嘉玲诉入境事务处处长》案([1999] HKLRD 315)。此案在上诉法庭中的案名为《张丽华诉入境事务处处长》([1998] 1 HKC 617)。

② 需要说明的是,本文是在法制整体层面,至少也是在公法层面使用冲突这一概念,而基本不涉及如国际私法领域的冲突法含义。如无特别说明,应对本书中的所有冲突概念作此理解。

的两次直接相遇、碰撞和冲突。第一次发生于19世纪40年代至90年代,^①那次碰撞和冲突几乎导致了延续几千年制度文明的断裂,在香港的最直接后果则是中国法律不再能够统治属于自己的领土,一种对国人来说全新的法律制度——发轫于一个岛国的普通法——取代了适用超过一千年的中华法。^②

在不到一百五十年的历史中,两种法制文明在同一地点两次直接交锋,这在世界法律文明史上,无论是独立国家的发展史还是殖民地国家的独立史,都难觅二例。这一独特的社会历史现象本身,就足以引起任何理论的应有关怀和投入。

一国两制在香港的十年法治实践,在当今世界更是独一无二。

首先,作为一个“法治现象”,其中的理由、意蕴、规律、启示包括问题,不能不引起理论的应有注意、思考和追问,而作为承担为法律和法治现象提供“哲学解释”使命的法理学,^③则更是首当其冲,义不容辞。

① 1841年1月26日,英国军队依据并未得到清政府批准的《穿鼻草约》实际占领香港岛。1842年8月,大清帝国在英王国“船坚炮利”的侵略战争——第一次鸦片战争——中失败,签订了屈辱的《南京条约》,割让香港岛给英国。1860年10月,清政府在第二次鸦片战争中再次失败,被迫与英国签订了《北京条约》,割让“九龙司地区一区”,九龙半岛南端约11.1平方公里的领土再次沦为殖民地。1898年4月,英国逼迫清政府签订了《拓展香港界址专条》,界限街以北、深圳河以南的大片土地及235个岛屿,总面积975.1平方公里被英国“租借”,“租期”99年。此即“新界”。

② 1841年1月29日,英国政府代表义律上尉发表《义律公告》,宣布:“在未获女王陛下进一步指示前,中国原居民均受中国法律及习惯约束,但一切严刑峻法除外。……所有在香港的英国公民和外国人将享有依据英国法律规则和实践的一切安全和保护。”自此,英国法律被正式引入香港,并在一段时间存在着所谓“法律双轨制”(A Dual System of Law)。也有中国学者称此为“一岛两制”。1845年4月,香港成立了立法局,次年制定了《高等法院条例》(No. 15 of 1844),该条例规定:“英国法律在香港殖民地的所有区域适用,但因殖民地当地或居民的实际情况而不适用者除外。”这是最早正式引入英国法律制度的香港当地成文立法。参见 Peter Wesley-Smith, *The Reception of English Law in Hong Kong*, *Hong Kong Law Journal* (HKLJ), 1988 Vol. 18, No. 2, pp. 183-217。但香港的“法律双轨制”并未因英国法律的引入而终止,在新界地区的家事、土地等领域,大清法律和习惯则一直沿用至今。参见 Stephen Selby, *Everything You Wanted to Know About Chinese Customary Law (But Were Afraid to Ask)*, HKLJ 1991, Vol. 21, No. 1, pp. 45-77; Su Yigong, *The Application of Chinese Law and Custom In Hong Kong*, 1999 HKLJ, Vol. 29 Part 2, pp. 267-293; 苏亦工:《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》,社会科学文献出版社2002年版,第71页。

③ James Penner, David Schiff and Richard Nobles (eds.), *Introduction To Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford University Press, 2005, pp. 3-34.

1997—2007：一国两制法治实践的法理学观察——以法制冲突为视角

其次，一国两制在香港的十年实践，从来就不是平静的，其中的政治理念、意识形态、政治体制、法治理念、法律体制、法律体系、法律传统、法律技术、法律文化等冲突，任何一个法律部门都可以找寻到自己的理由，作出自己的阐释，但没有一个法律部门能够担当起综合和全面阐释、证明和说明的使命。法理学义不容辞。

再次，香港作为我国法律体系中实行与国家主体法律制度不但属性和本质上完全不同（尽管法的本质问题已经不再那么受到理论的关注）、法律技术也迥然相异的独立法域，冲突是历史的、必然的。但如何从冲突中寻求启示，从互动中探求相容，在共存中达至融合，对建设社会主义法治国家、和谐国家的目标而言，亦是法理学的历史责任。

第四，一国两制对中国法学自身意味着什么？内地和香港学界偶有论及。^①在探求中国社会主义法治国家之路中，中国法学在经历了对“正统”的“阶级法学”、“工具法学”的反思之后，正由“纯理论”走向实证，但却重新出现了从“论述”开始走向“批判”的轮回倾向，“权利本位论”、“移植论”、“法律文化论”、“本土资源论”等或多或少带有相当的建构诉求，也在相当程度上反映了法学研究范式的转型。而邓正来教授的“批判论”，^②则提出了“中国法律理想图景”的研究范式。然而，他尚未或许还没有来得及给他的“中国法律理想图景”勾画出哪怕是轮廓，更没有给予一国两制法治实践在他的“中国法律理想图景”中以应有的重视和位置。直至今日，邓教授显然已经开始在以全球化时代为背景的“世界结构”中着力建构他的“中国法律理想图景”的理论体系，可仍然没有给一国两制这一已然经历了十年跌宕起伏的实践考验的国家宪政和法制现象

^① 陈弘毅：《法理学的世界》，中国政法大学出版社2003年版；陈弘毅：《法治、启蒙和现代法的精神》，中国政法大学出版社1998年版。

^② 邓正来教授本人并未给予这个界定，而只是笔者的概括。参见邓正来：“中国法学向何处去”（上、中、下），载《政法论坛》（中国政法大学学报）2005年第1期，第3～23、25～42页；第3期，第2～72页。

以应有的理论和价值空间。^①这不能不说是理论上的缺失,起码是不全面的——因为,香港法律和法治已经成为我国法制和法治的组成部分,法理学无法回避这一宪法现实。

第五,一国两制法治实践对正在日益深化、各种矛盾也日益突出的国家社会转型意味着什么?国内虽有学者曾将一国两制的法治实践纳入社会转型的视野,^②但笔者的考察结论是:这种“纳入”本质上是纯形式的,与一国两制与社会转型这一主题基本无涉,或者说更多的是从出版需要考量,并没有真正考证和追问其之于社会转型的意义。事实上,就包括一国两制实践的整个社会而言,我们面临的是国家社会和法制双重及同步转型,即随着一国两制由理论走向实践,特别是香港特区新的制度创设,^③我国社会不但经历着作为主体的实行社会主义制度的内地社会的转型,一国两制引发的国家政治、经济、社会、文化和社会心理的变化,实践上必然融入这一社会转型进程,理论上也应该进入社会转型研究的视野。所谓同步转型一方面是指内地社会和法制转型与一种全新质的社会和法制的融入是同步进行的;另一方面是指,香港社会和法制在加入和融入国家社会和法制的进程中,不但面临自身的转型,也与国家的社会和法制转型同步进行并与之发生互动,相互影响和制约。一国两制实践所引发的是国家根本制度内容和形式的转型,国家政治和社会基本制度开始从“一元”向“二元”转型,法律制度由“一元”向“多元”转型。因而,这种转型使国家社会和法制转型更为丰富、生动,也更为深刻而复杂。然而,国内法理学特别是“社会转型与法制转型理论”对一国两制却缺乏应有关注,即便在一国两制法治实践中的法制冲突此起彼落、沸沸扬扬之时,

① 邓正来:“中国法律哲学当下基本使命的前提性分析——作为历史性条件的世界结构”,载《法学研究》2006年第5期,第99~110页。另一个足以证明这种理论冷漠的例子是全国哲学社会科学规划领导小组发布的“2007年度国家社会科学基金项目”,法学领域共列举了110多个课题,竟然也没有一国两制问题的立锥之地(<http://www.npopss-cn.gov.cn>,2007年1月17日登录)。

② 许传玺主编:《中国社会转型时期的法律发展》,法律出版社2004年版。

③ 当然,从理论的完整性和周延性上讲,一国两制实践还应该包括自1999年12月开始的在澳门特别行政区的实践。法理学对此同样负有使命。但出于本书目的,一国两制在香港的法治实践,虽然在学术观点的立意和论证上有所考虑,但未必适用于澳门的情况。在实证研究中,则一律不涉及澳门。

法理学也表现出了一种少有的令人遗憾的冷漠。^①

第六,到目前,国内还没有从法理学、法哲学上系统论述和总结一国两制法治实践的研究成果。可以说,无论是实务界的实证探讨,还是“学院派”的经院式追究,对此一影响国家统一法制建设进程的重大历史和现实主题,有兴趣者少之又少。即使是在一些以研究“法学理论前沿问题”标注的论著中,一国两制法治实践也未有“立锥之地”,^②甚至在我们的法理学教材中,也极少涉及一国两制主题,^③就连笔者以为迄今为止最新也最具理论前瞻性的法学院(系)教材,^④对法与经济、法与全球化和本土化、法与转型社会、法与和谐社会等前沿课题都有所涉猎,但仍然没有触及法与一国两制这一“十分中国化”的特有社会现象。倒是一位香港学者在香港回归前就提出了“一国两制与中国的未来”这一现实而深刻的命题。^⑤倒是近年出版的一些宪法学教材,将“特别行政区”和基本法列入“国家结构”,但就内容而言,也大都是介绍性的,基本不涉及学理探究。^⑥或许,在一些内地学者看来,一国两制并不足以影响中国的社会转型,更不构成对中国法理学发展方向或内容的丰富或创新。笔者并不如此认为,起码认为这种视而不见的态度并不足以折射中国社会现实以及中国法理学的全部。

总之,一国两制从其提出到现在,不过才二十多年时间,从付诸法治

① 一个突出的例子是,2003年可以说是一国两制法治实践中的冲突表现最为明显和激烈的年份,而该年的中国法理学会年会主题恰是“社会转型与法治发展”,在会议集辑出版的106篇论文中,竟没有一篇论文涉及一国两制,更遑论以此为论题了。刘瀚、马长山主编:《社会转型与法治发展》,黑龙江人民出版社2003年版。

② 张文显主编:《法学理论前沿论坛》(第一卷、第二卷),科学出版社2003年版。

③ 在笔者能够找到的所有高等学校法学教材中,只有沈宗灵教授主编:《法理学》(第二版)(高等教育出版社2004年版),列出专章讨论了“法与一国两制”,探讨了一国两制对国家法制建设和法学理论的影响。

④ 付子堂主编:《法理学初阶》、《法理学进阶》,法律出版社2005年版。

⑤ 陈弘毅:《法治、启蒙与现代法的精神》,第252~277页。

⑥ 如中国人民大学宪政与行政法治研究中心编:《宪政与行政法治发展报告(2003年—2004年卷)》(中国人民大学出版社2005年版),将“港澳基本法的新发展”与国家机构、地方制度同列一章;董和平、常安主编:《中国宪法》(法律出版社2006年版),则将“特别行政区”列入“国家结构”一章;张千帆主编:《宪法学》(法律出版社2004年版),专章列出了“‘一国两制’下的特别行政区基本法”,并介绍了“基本法诉讼”。

社会的运作至今尚不足十年,但无论理论体系的不断充实和完善,实践载体的创设和运行,其所引发的理论和实践冲突,对中国法制建设和发展,意义皆是巨大而深远的。一国两制引发了香港法制的转型,这种转型在时间上与国家的社会和法制转型具同一性,价值理念、目标和内容上却具冲突性,两地(香港和内地)一国两制法学研究的成果则是这种冲突的符号和文化载体。一国两制必须融入国家法制转型。也即,国家在转型期的法制总体设计上,必须考虑一国两制的宪政现实。一国两制更引发了国家与香港法制、国家法制内部、香港法制内部的空间冲突。每一个冲突都有其载体,更有其深刻的政治、经济、文化、价值、法治理念、法律技术等成因。一国两制还引发了香港司法的空前活跃,香港司法审查制度的超越式发展,其表征即是自始至今还将一直持续下去的“基本法诉讼”。因而,一国两制也就引发了香港和内地法学研究的空前繁荣,并事实上创立了一门独立的法学分支学科——“一国两制法学”。

进一步的问题是,上述现象说明了什么?一国两制本身就是空前的,上述法制或法治现象都是一国两制的必然结果。对每个现象进行深入的理论探析,都可能成就一部巨著。本书选择一国两制下的法制冲突这一视角,试图为这样一个基本论题探求可能的答案:一国两制在香港这一法治社会中的实践,对中国法律的发展和法学中国学的重构意味着什么?

这就是本选题的主题和终极归宿。本书并希望在论文中通过对上述问题的法理学追问,通过香港回归以来所展示的法制冲突,通过对这种冲突的实证法理学考察,通过对内地和香港“一国两制法学”研究方法和成果的批判性解析,力图推动“一国两制法学”向着一国两制的价值指向靠拢。

三、本书的研究视角

由于社会、文化(包括法律文化)、世界发展和中国自身发展的时代背景和历史时期不同,以法理学的特有触角和视角,探讨这种交汇和交锋的现实状态和可能路向,是十分有意义的。

首先,如前所述,一国两制十年法治实践,特别是这一实践中的法制冲突,不但业已成为当代中国推进法制建设,走向社会主义法治国家必须

面对的独特而又现实的法制现象,并且,一国两制、多种法律制度和多个法域并存,亦已成为国家的一种法制现实,^①而这一现实已经给国家体制、宪政、法律体系、立法、法律解释、司法带来了空前冲击。这种冲击并将继续存在下去。面对业已发生的法制现象尤其是法制冲突,法理学不应沉默,更不应回避,而应当承担起时代和历史责任。这种责任不仅在于为既有的存在提供应有的诠释、证明等理论支撑,也在于对既存的冲突探究成因,寻求减少或缓和冲突的对策。同时,法理学完成这一时代和历史使命的过程,也是自己在范畴上不断拓展,在内涵上不断丰富过程。而且,在法学诸学科中,也只有作为“法律哲学”的法理学,能够承担起对一国两制法治实践这一独特的法律现象进行说明、诠释、总结和前瞻的重任。

其次,目前有关一国两制法学理论的研究现状,也需要法理学更多的关注和投入。不管是香港特区或国外的一些论者或论著,抑或是内地的权威学者或论著,都或多或少存在着两种令人担忧的倾向,即“泛意识形态化倾向”和本人称之为“自我中心主义”或“两制中心主义”的倾向。前者将意识形态差异人为地、过多地渗入法理学,并以此作为判断理论正误或取舍的价值标准,或者将一些本应属于法律技术的问题政治化,从而丧失了理论应有的客观性,也同时损害了理论应有的逻辑性和科学性。^②这一倾向的另一效应是,有时面对一个理论或现实法制冲突,相互怀疑和指责取代了相互探讨、妥协并寻求解决方案,而这种指责不但未能消解或弥合分歧,缓和冲突,反而扩大了理论和现实的矛盾和分歧。后者则指有时香港和内地的一些论者们,总是自觉或不自觉地只从一国两制中己方一制的立场出发,并试图将自己一制的价值观、理论观强加给对方,或者试图说服对方接受自己的观点,或者拒绝改变自己的立场,期待着另一制

① 1999年澳门回归以后,国家法制现实已经是一个国家,两种社会制度,三个独立法域,三种法律语言,三个法系(内地的中国特色的社会主义法系、香港的普通法系、澳门的大陆法系,内地的汉语、香港的英语和澳门的葡萄牙语)。

② 事实上,一国两制法治实践中表现出的这种理论上的“泛意识形态化”倾向,与一国两制制度论证和创设期间的“怀疑主义”倾向是一脉相承的。或者说,这一倾向只不过是“怀疑主义”倾向的延续。对此,本书在关于一国两制法制冲突的归因分析中还将做详细讨论。