



香港澳门基本法研究丛书之三

主编·黄来纪

宪法与港澳特别行政区 有关法律制度研究

徐静琳 程维荣◎主编



上海社会科学院出版社



香港澳门基本法研究丛书之三

主编·黄来纪

宪法与港澳特别行政区 有关法律制度研究

徐静琳 程维荣 ○ 主编

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪法与港澳特别行政区有关法律制度研究/徐静琳,程维荣编. —上海:上海社会科学院出版社,2016

ISBN 978-7-5520-1228-6

I. ①宪… II. ①徐…②程… III. ①宪法—中国—文集②特别行政区基本法—香港—文集③特别行政区基本法—澳门—文集 IV. ①D921.04-53②D921.94-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 057509 号

宪法与港澳特别行政区有关法律制度研究

编者:徐静琳 程维荣

责任编辑:黄诗韵

封面设计:周清华

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.org.cn> E-mail:sassp@sass.org.cn

排版:南京展望文化发展有限公司

印刷:江苏凤凰数码印务有限公司

开本:890×1240 毫米 1/32 开

印张:9.75

插页:2

字数:236 千字

版次:2016 年 4 月第 1 版 2016 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-1228-6/D·349

定价:35.00 元

版权所有 翻印必究

本书为第十届香港澳门基本法学术研讨会成果
由上海社会科学院法学研究所资助出版

本书编委会

叶 青 沈四宝 黄来纪
徐静琳 程维荣 陈敬根

1	第一章 宪法在港澳特别行政区的效力
3	第一节 宪法在港澳特别行政区的效力
38	第二节 港澳特别行政区的宪法地位
47	第三节 港澳基本法的实施对宪法学研究的意义
65	第四节 基本法与港澳特别行政区法治
77	第五节 澳门社会成功贯彻基本法的实践
91	第二章 港澳特别行政区管治权与自治权
93	第一节 中央对港澳特别行政区的管治权
101	第二节 香港特别行政区自治权研究
109	第三节 香港特别行政区立法会选举制度法律边界
127	第三章 港澳特别行政区司法制度
129	第一节 澳门特别行政区司法改革初步设想
141	第二节 澳门特别行政区建立统一司法考试制度思考
153	第三节 香港特别行政区法院审查教育行政政策方法 探析
175	第四节 香港特别行政区陪审制度研究

189	第四章 澳门特别行政区法律服务制度的完善
191	第一节 澳门特别行政区经济发展与法律服务关系
203	第二节 澳门特别行政区律师业改革与发展问题探讨
217	第三节 澳门律师民事责任强制保险制度完善刍见
233	第四节 澳门特别行政区仲裁制度完善研究
247	第五章 港澳特别行政区的法律适用与司法协助
249	第一节 香港特别行政区的法律冲突与法律适用
262	第二节 两个国际人权公约在澳门的适用
268	第三节 港澳特别行政区多法域间司法协助机制完善
280	第四节 内地与澳门仲裁裁决相互认可与执行问题初探
302	第五节 内地与澳门刑事逃犯移交问题研究
309	后 记

第一章

宪法在港澳特别
行政区的效力

为贯彻落实“一国两制”方针,《中华人民共和国宪法》第31条规定,在中华人民共和国内创设特别行政区;特别行政区实行的制度和政策由基本法作出具体的规定。这表明,宪法和基本法共同构成了特别行政区的宪制基础。对特别行政区的社会制度和特别行政区高度自治权的深入分析,清楚表述了特别行政区的宪法地位,并明确宣示特别行政区宪法地位的重要意义。

马克思主义国家理论告诉我们:社会是国家制度的基础,国家制度必须与社会相契合;而港澳回归祖国后取得巨大成功的基本经验,正是基本法与特区社会相契合。例如,澳门基本法在制定和实施过程中努力与澳门社会互相协调,特区政府也十分注重社会建设以夯实基本法实施的社会基础,澳门经济持续增长又为基本法实施提供了坚实的基础,而建设中的澳门社团又成为澳门基本法实施中的社会正能量。当然,要继续发展进步中的澳门特区,还需要不断改革和创新社会的方方面面,以使澳门社会与澳门基本法更好地相契合。

第一节

宪法在港澳特别行政区的效力*

宪法在现代社会中的功能已日益凸显,现代立宪主义的价值也得到了多数国家的肯定。过去那种宏大叙事的话语方式已不再是宪法研究的主流,回归宪法文本,研究宪政实践中的具体问题,已成为推动宪法研究的不二法门。宪法的生命在于宪法效力。关于宪法效力的研究,学界已有一些成果,但是甚少触及现实中的重大根本问题。我们的问题是:在一个单一制的主权国家内,存在着“两岸四地”若干种不同的法律体系,大致可以概括为社会主义法律体系和资本主义法律体系,它们如何统合在《中华人民共和国宪法》文本中?本文通过分析宪法在特别行政区(主要是香港地区)的效力,运用宪法规范的理论,尝试解答这个难题。

一、宪法效力的界定

(一) 法律效力与宪法效力

宪法效力是一个比较新的概念,2000年以前的宪法教材里提宪法作用、宪法功能的较多。从中国知网检索的论文篇目分析,基本上可以认定宪法效力的研究兴起乃是借鉴了法律效力的相关成果。2000年以后出版的宪法教材里,“宪法效力”章节的内容,多

* 本节作者:叶强,中国政法大学法学院2012级宪法学博士研究生。

是模仿了法律效力的概念装置。宪法效力其实是我国宪法文本中的一个概念,《宪法》“序言”最后一段指出“本宪法……具有最高的法律效力”。不过要理清宪法效力的内涵,体察法律效力是一种可行的进路。

在法律效力的研究中,张根大先生的博士论文《法律效力论》具有代表性,宪法学界引用该书也较多。张先生认为,法律效力是指法律在属时、属地、属人、属事四维度中的国家强制作用力。该定义是通过法律效力的载体——法律、法律效力的表现形式——作用力、法律效力的范围——四维度这三个要素来揭示的^①。这种定义描述了法律效力的三个内核,即载体、表现形式和范围,很容易被我们所感知和理解。正因为此,宪法学界从该定义中颇获启发,进而阐述宪法效力。

董和平教授较早提出了宪法效力的概念。他写道,宪法的效力是指宪法作为国家根本法对整个国家生活和社会生活进行调整所具有的最高法律效力,它体现为权威的最高性、覆盖面的广泛性和作用的原则性^②。该种定义捍卫了我国宪法学界长期以来形成的一种论点:即宪法效力等于宪法的最高法律效力^③。该论点由于被《宪法》“序言”所印证,正确性自不待言;可是它混淆了宪法效力与宪法的最高效力间的差别,而且过于抽象,需要具体化。在借鉴前面法律效力的观点后,有学者提出:宪法效力是指宪法在属时、属地、属人、属事四维度中的国家强制作用力^④。此种观点虽然明晰了宪法效力的内容,可是一味照搬其他法律学科的理论,也有不可克服的缺陷:一是由于宪法不同于法律,宪法自身的特

① 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第21页。

② 董和平:《宪法规范若干问题研究》,《当代法学》1998年第4期。

③ 李步云:《宪法比较研究》,韦伯文化国际出版有限公司2004年版,第157页。

④ 谢维雁:《从宪法到宪政》,山东人民出版社2004年版,第23页。

点不能抛弃,主要是宪法的最高性和政治性;二是宪法学概念的更新最好能与宪法学研究的传统相结合,比如吸收宪法学前辈对宪法作用的研究。

有一种法律效力的新观点值得重视,即认为法律效力是法的有效性和法的约束性的统称。有效性是指法所调整的社会关系和法所指引的主体行为,能受到国家正式认可。约束性是指违法实施或违法不实施的损害法定社会关系的行为,能受到国家强制性追究^①。前面关于法律效力与宪法效力的观点都强调了效力的拘束性,而忽视了效力的有效性。有效性之所以重要,是因为它内化于被拘束者本身,是通过被拘束者自觉的行动体现出来的。宪法效力概念中若能有这一层的意涵,在说明港澳台同胞也有守宪的义务时,是可以证立的。

在介绍了以上几种代表性观点后,在提出笔者的宪法效力概念之前,有几个问题要作一交代。

首先,我们将宪法效力的载体“宪法”限定为宪法典,这样可以避免对“宪法是什么”做一些无谓的争论。

其次,我们区分宪法效力与宪法的最高效力。诚如凯尔森所言,效力与实效不同,它是指规范的特殊存在,说一个规范有效力就是说我们假定它的存在^②。效力其实是应然层面的概念。“最高效力”可以有两种理解:(1)将宪法规范与其他法律规范作出比较后得出的判断,这就进入了实效层面了;(2)是对效力本身的修饰性限定,即是说如果宪法效力不具有最高性的特征,它就不成其为宪法效力了。可是在做第(2)种理解时,在一个应然层面的概念中又

① 周旺生、朱苏力:《北京大学法学百科全书·法理学、立法学、法律社会学》,北京大学出版社2010年版,第201页。

② [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第32页。

加入价值性的判断,它本身并不能增强概念的科学性。所以在对宪法效力下定义时,有必要将它与宪法的最高效力区分开来。

再次,前述关于法律效力与宪法效力的探讨都忽视了被拘束的对象。在一个完整的宪法效力定义中,载体、范围、对象和表现形式缺一不可。对象又可分为一般对象和特殊对象,前者约束每一个人,后者约束特定群体。宪法效力的拘束对象主要是国家机关及其工作人员。公民(排除部分担任国家公职人员的人)虽然有遵守宪法的义务,但不能认定为是宪法效力的拘束对象,这应该是普通法律所要完成的任务。现代立宪主义的价值也正体现于此。当说宪法效力的拘束对象不包括公民时,不是说公民没有遵守宪法的义务。因为效力包含有效性和约束性两个方面,宪法效力的有效性是通过公民的自觉守宪来实现的。

最后,“国家强制作用力”是一个过于抽象的说辞,结合下文的分析,我们使用宪法作用来表达。

综上,笔者认为,宪法效力是宪法有效性和约束性的统称。有效性,是指一切主体自觉遵守宪法;约束性,是指宪法对特定对象在属时、属地、属人、属事四维度中的作用。下文着重谈宪法效力的约束性。

(二) 宪法效力与宪法规范的效力

我们知道,法律是由法律规范(包括法律原则和法律规则)、法律概念和技术性事项构成的。法律的核心部分是法律规范。同理,宪法不等于宪法规范,宪法规范只是宪法的核心部分。张根大先生指出,法律与法律规范是整体和个别的关系,因而法律效力和法律规范的效力间的关系也是整体和个别的关系^①。董和平教授

^① 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第24页。

也指出,宪法规范的效力指宪法规范作为一种行为规则所具有的具体约束力,它具有作用范围的特定性和作用方式的具体性^①。这似乎在暗指它与宪法效力之间也是这样的一种关系。笔者同意这种论断,但觉得有必要明细。

第一,宪法效力的整体性是通过最高性表现出来的。依据前文对宪法最高效力的理解,它是就实效意义而言的,具体指:(1)宪法是普通立法的依据;(2)任何法律法规都不得与宪法的规定发生冲突,否则与宪法相抵触的部分不发生法律效力^②。

第二,宪法效力的拘束对象与宪法规范的效力的拘束对象是不一样的。例如,某些宪法规范拘束全国人大及其常委会,某些宪法规范则拘束国务院。但是宪法效力的拘束对象总体而言是国家机关及其工作人员。

第三,宪法规范的效力是有层次的。换言之,它们之间是有强弱之分的。比如,提倡性规范、任意性规范的效力就比强行性规范的弱^③。

第四,宪法效力是判断不同的宪法规范之间效力强弱的理据。最近的一项研究表明:宪法规范都是有一定领域的^④,在这个领域内,该种宪法规范居于最高地位,但是判断某一宪法规范涵括多大的领域,则应该由宪法效力来证成。

第五,因为宪法规定了国家制度和公民权利,因此宪法规范的效力之间经常会发生冲突,比如,“平等保护”规范与“基本经济制度”规范之间。规范冲突是否就解构了宪法效力呢?不能这么理解。规范冲突跟违宪是不同的。如果说宪法效力是一种

① 董和平:《宪法规范若干问题研究》,《当代法学》1998年第4期。

② 秦前红:《新宪法学》,武汉大学出版社2009年版,第62页。

③ 李龙:《宪法规范》,《法学评论》1994年第6期。

④ 杜强强:《基本权利的规范领域和保护程度》,《法学研究》2011年第1期。

正效应的话,违宪就是宪法的一种负效应,而规范冲突恰恰是宪法效力在运行中的一种表现形式。因为宪法效力不仅具有对外性,如宪法与普通法律的关系,它还具有内部性,如宪法自身规范之间的关系。运用阿列克西的“冲突法则”理论^①,规范冲突是可以有效解决的。

(三) 宪法效力与宪法作用

宪法效力最终表现为国家强制作用力。那么这种作用力又是什么呢?张根大先生在研究法律效力的作用力时,认为它因法律规范的类别不同而有所不同:在义务性法律规范中,表现为约束力;在权利性法律规范中,表现为赋予力;在职权性法律规范中,表现为复合效力^②。有宪法学者据此认为,宪法效力,根据宪法规范内容的不同,其效力的表现形式可以区分为确认力和组织力;根据宪法规范性质的不同,其可以区分为拘束力和赋予力^③。笔者认为,这种以宪法规范的形态来认定宪法效力的表现形式的做法不科学,它实际上回答的是宪法规范的效力为何,而不是宪法效力为何,也就是说它并没有将宪法效力与宪法规范的效力的区分贯彻到底。

笔者之所以提出“宪法效力”这个概念,是有它特定的价值的。若不是如此,“宪法规范的效力”能够解决的问题就不需要再创制一个新的范畴了。宪法效力的意义在于:它是一个整体的、最高的宪法价值观的体现,它是判断宪法规范和法律规范、宪法规

① 张嘉尹:《法律原则、法律体系与法概念论——Robert Alexy 法律原则理论初探》,《辅仁法学》2002年第24期。

② 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第25—26页。

③ 王涛:《宪法效力论》,中国政法大学宪法学与行政法学专业博士学位论文,2010年,第12~13页。

范之间效力等级的基准。只有从这个角度来理解宪法效力的表现形式,才是有助于推动宪法实践的。这也正是本文研究的意义所在。

前面说到,宪法学前辈的研究成果是需要我们吸收的,即“宪法作用”。

甘藏春先生认为,宪法作用有以下 8 个方面:稳定政局;保障民主;维护国家统一;协调整体社会行为;指引;评价社会行为;统一法制;教育^①。

徐秀义先生认为,宪法的作用指宪法对社会发生影响的体现,有 7 个方面:确认和巩固;组织协调;限制;维护国家统一;指引;促进经济发展;思想教育^②。

刘嗣元先生认为,宪法的作用也称宪法的功能,是宪法效力的表现形式,有 4 个方面:保护经济基础,促进经济发展;巩固国家政权;维护法制统一;保障公民权利和自由^③。何华辉先生亦发表了类似的见解^④。

在目前的宪法学教材中,有作者将宪法作用与宪法效力并列安排^⑤,笔者认为这对加深宪法作用和宪法效力的认识是有帮助的,但是要明确两者间的关系:宪法效力是宪法作用发生的基础,宪法作用是宪法效力的表现形式。

(四) 宪法效力与宪法适用

宪法适用是最近若干年来在宪法学界一个引人注目的概

① 甘藏春:《论宪法的作用》,《法学杂志》1986 第 6 期。

② 徐秀义:《关于宪法作用若干问题的探讨》,《学术交流》1992 第 1 期。

③ 刘嗣元:《再论宪法的作用》,《法商研究》1993 第 3 期。

④ 许崇德:《中国宪法》中国人民大学出版社 2010 年第 4 版,第 40~46 页。

⑤ 童之伟:《宪法学》,清华大学出版社第 2008 版,第 35 页。

念,它是指特定的国家机关依照宪法规定,在具体活动中贯彻、执行宪法的行为。这类行为跟单纯地遵守宪法不同,它还将宪法作为评价法律法规是否合宪的标准,也就是把宪法运用到对法律法规的内容、精神是否与宪法一致的审查过程之中。宪法适用仅仅是宪法发生效力的行为之一,属于宪法行为的范畴,而宪法效力属于宪法价值的范畴。宪法效力与宪法适用的关系是:宪法首先要有效,才能被适用;宪法被适用了,则说明宪法效力得到了实现。这个观点也可以解释为什么制定基本法的依据是我国宪法,而不是《中英联合声明》。虽然《中英联合声明》是有效的国际条约,但是按照我国处理宪法与国际条约的一般法则,它首先应该转化成国内法才属于我国法律体系中正式的法源。

宪法适用是将社会事实涵盖进宪法规范的过程,它实际上也是特定的国家机关有选择地适用宪法条文的过程。此时必然会出现一个事实:在面对具体个案时,一般不是适用整部宪法,而是宪法中的某条或某些条文。如何认识这种现象?由此也就引申出本文要论证的一个重大理论问题:《香港特别行政区基本法》第11条规定:“香港特别行政区的制度和政策……均以本法的规定为依据。”这是不是排除了《宪法》与《香港特别行政区基本法》第11条规定不一致的条文的适用?是不是意味着它们在特别行政区没有宪法效力?

此处,我们区分宪法效力与宪法规范效力的作用就体现出来了。宪法效力是一种整体的、最高的宪法价值观,而宪法规范的效力是一种具体的拘束力。在具体个案中,什么宪法规范能发生效力是有适用条件的,特别行政区制度就成为何种宪法规范在特区适用的条件。关于何种宪法规范在特区适用,过去的学者已经解决了,计有:(1)有关行使主权的国家机关法律地位的规范;

(2) 为行使国家主权而赋予中央国家机关相应职权的规范；
(3) 关于国家主权象征的规范^①。由于宪法规范的效力不等于宪法效力，其他不适用的宪法规范只是在等待适用时机，它们在特区并不是无效的。这一点，后文将详述。另外，宪法效力并不因为宪法规范效力的变动而受影响，除非该宪法被废止。这在历史上也是有章可循的。宪法规范效力的变动，即限制宪法部分条文在例外情况下的效力。历史上，处理此情形有两种做法：(1) 直接在宪法里规定，例如《魏玛宪法》第 48 条第 3 款：“联邦大总统得临时将本法一百一十四、一百一十五、一百一十七、一百一十八、一百二十三、一百二十四及一百五十三各条所规定之基本权利之全部或一部停止之。本条第一第二两项规定之处置。但此项处置得由联邦大总统或联邦国会之请求而废止之。”(2) 通过特别立法。例如 1947 年国民党政府在通过《中华民国宪法》的情况下，为了打击、镇压共产党及其军队，又于 1948 年制定了《动员戡乱时期临时条款》，在其第 1 条中规定了总统紧急处分权：“总统在动员戡乱时期，为避免国家或人民遭遇紧急危难，或应付财政经济上重大变故，得经行政院会议之决议，为紧急处分，不受宪法第三十九或第四十三条所规定程序之限制。”

宪法规范的效力除了受到明文的减损外，还有一种情形：当社会生活出现巨大变动，而宪法未得到及时修改，此时那些与实际不一致的条文虽然在形式上是有效的，但是实际中却不发生效力。

值得思考的问题是：限制宪法规范效力的正当性何在？迄今为止，大致有四种学说：迫切需要说；例外说；政治便宜说；紧急自卫说^②。普通法律，或者比普通法律较高的基本法（或称宪制性法

① 陈克：《论宪法与香港基本法的关系》，《法学家》1989 年第 4 期。

② 刘小冰：《国家紧急权力制度研究》，法律出版社 2008 年版，第 4~5 页。