



XIANGGANGJIBENFA
AOMENJIBENFA
LUNCONG

香港基本法 澳门基本法

论丛

饶戈平 王振民 主编

| 第三辑 |



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位



X¹⁰⁰ JIANGANGJIBENFA
AOMENJIBENFA

LUNCONG ★

香港基本法 澳门基本法 论丛

| 第三辑 |

饶戈平 王振民 主编



中国民主法制出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

香港基本法澳门基本法论丛·第三辑/饶戈平,
王振民主编. —北京:中国民主法制出版社, 2016. 5
ISBN 978-7-5162-1189-2

I. ①香… II. ①饶… ②王… III. ①特别行政区
基本法—香港—文集②特别行政区基本法—澳门—
文集 IV. ①D921.94-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 106244 号

书名/香港基本法澳门基本法论丛(第三辑)

XIANGGANGJIBENFAAOMENJIBENFALUNCONG(DISANJI)

作者/饶戈平 王振民 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010)63055259(总编室) 63056573 63058790

传真/(010)63056983 63058790

http:// www. npcpub. com

E-mail: mzfz@ npcpub. com

经销/新华书店

开本/16 开 700 毫米×1000 毫米

印张/27 字数/372 千字

版本/2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

印刷/三河市航远印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-1189-2

定价/62.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编者按

香港、澳门回归以来,两部基本法在特别行政区的实践不断深化和丰富,“一国两制”和基本法研究亦日益升温,成为热点。在学界同仁的共同努力下,该领域的研究成果不断推陈出新,青年才俊逐渐崭露头角。《香港基本法澳门基本法论丛》正是这一过程的记录和见证。此次推出的第三辑延续了前两辑的风格并有所创新,以“中央与特区关系”、“特区的民主发展”和“香港特区的司法权”为主题,汇聚了近年来取得的优秀研究成果,共计十三篇。这些论文或长于法理阐发,或精于实证求解,对基本法实施中遇到的问题作了深入探讨,提出了中肯的见解,希望能对全面准确地理解基本法有所启示和裨益。

基本法作为“一国两制”方针政策的法律体现,是特别行政区治理的基石。作为一项前无古人的伟大事业,“一国两制”在实践中难免会遇到这样或那样的问题,需要我们及时总结、认真研究。特别是,香港政制发展的争拗,根源在于是否准确理解、正确实施了基本法。香港基本法实施已近20年,片面理解、曲解甚至背离基本法规定的观点非但没有销声匿迹,反而甚嚣尘上、招摇过市。面对这些老问题、新情况,加强基本法的研究和推广显得更为迫切和重要,希望学界同仁继续努力,关注基本法,加强基本法的理论研究,推动基本法的全面正确实施。

《论丛》一贯秉持实事求是、学术自由之学风。在成果选辑过程中,我们尊重每位学者的学术研究,力求创新,但需指出的是,他们文章中的观点并不必然代表编者的立场。

目 录)

第一编 中央与特区关系

- 3 宪法在特别行政区适用问题研究 胡锦涛 王理万
41 单一制国家高度自治行政区的概念化
——以苏格兰、加泰罗尼亚和香港为例 屠凯
63 特别行政区自治的授权原理与技术 杜承铭

第二编 特区的民主发展

- 99 2017 年香港特别行政区行政长官普选时
候选人提名机制研究 邹平学
143 香港特区民主政制发展分析
王振民 徐霄飞 黎沛文 赵力荃 牟玲
175 区域普选进程中的国家统合问题:转型国家的比较
研究 刘晗
192 香港普选与保留功能组别:法律和政治视角
陈咏华 杨晓楠
230 香港立法会权力运行的争议分析
——以立法权与公益事项辩论权为例 叶海波
270 澳门政制发展中的协商民主:
理论、实践与未来展望 戴激涛

第三编 香港特区的司法权

- 305 香港基本法诉讼研究 程洁

目 录

- 320 香港特别行政区司法审查权、司法审查技术的变迁
与发展
——以香港特别行政区司法判例为线索
秦前红 付婧
- 348 香港特区终审法院在基本法案件中的司法定位
杨晓楠
- 374 香港特别行政区的特委法官和暂委法官制度
张淑钿

第一编 中央与特区关系

宪法在特别行政区适用问题研究

胡锦涛 王理万*

自基本法制定之时至今的数十年中,有关宪法在特别行政区的适用问题是一个历久而弥新的话题,形成了颇为丰富的理论积淀与驳杂的观点争鸣,并牵引着宪法与基本法的双向互动,但这些探讨基本上还停留在理论思辨层面。在基本法制定 20 余年、实施 10 余年的今天,关于宪法在特别行政区的适用问题不应再局限于“单一制”或者“联邦制”的国家结构框架内,也不应局限于“大陆法系”与“英美法系”的法系划分理论内,而是应该看到“一国两制”和特别行政区建立本身就是对于传统政体理论和法系渊源的超越——而这种超越是基于宪法授权的,也是始终受到宪法规范和引导的。所以,对宪法在特别行政区的适用问题的研究应该更新理论基础,不囿于传统理论圈定的框架范围,而是依据实践发展对理论进行完善。同时,应该将视野拓展至世界相似国家和地区的宪法实践上,比如加拿大宪法在魁北克的适用。在此基础上,提出中国宪法适用于特别行政区的一般理论框架、制度改进、技术和方式,展示未来应该如何具体处理宪法在特别行政区的适用问题,利用宪法处理香港日益激烈的分离主义情绪和“港独”言论,形成良性的中央与特区政府关系,以及在“双普选”过程中如何利用宪法实现有序的民主化安排。

一、研究缘起

内地和港澳对宪法在特别行政区的适用问题均进行了大量研究,为厘清宪法与基本法的宪制关系,解决宪法在特别行政区的适用问题,提供

* 胡锦涛,中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师;王理万,中国人民大学法学院宪法学与行政法学专业博士生。

了颇有价值的学术建议。

关于宪法与基本法关系的代表性理论主要有:1. 基本法作为“基本法律”。目前学术界的主流观点认为,基本法是全国人民代表大会制定的“基本法律”,这种观点有着颇为坚实的理论和规范依据。事实上,“基本法律”有着特定的宪法学意义上的内涵,也由此可以推导出宪法和基本法构成“母法和子法”的关系,并大致廓清全国性规范在特别行政区的适用范围。2. 基本法作为宪法“特别法”。有学者依据法学理论中的“一般法和特别法”的原则,试图解释宪法与基本法的关系。该种理论的基本观点是:基本法是宪制性法律文件,是中国宪法体系的一部分;基本法实际上就是整个中国宪法体系的一个组成部分,源自宪法第31条,二者共同适用于全国,包括香港和澳门。对基本法的适用就是对宪法第31条的适用;基本法与宪法是各司其职,规定不同的法律关系,在适用上也不该存在优先与否的考虑。^①该种理论事实上将宪法和基本法置于同等地位,认为二者规定了不同的方面(宪法规范内地、基本法规范港澳),所以是并行适用于不同地域的,由此“宪法不能(也不需要)在特别行政区适用”就是该理论自然推导的结果。

基于宪法与基本法关系的不同理论,产生了对“宪法在特别行政区适用”问题的不同解答。

1. 宪法与基本法共同构成特区宪政基础

“宪法与基本法共同构成特区宪政基础”的理论意欲解决基本法在实施中的各种争议,化解特别行政区发展中的一系列难题,厘清宪法与基本法的内在关系,以及其在特别行政区的政治地位。该理论大致包括以下主要内容:首先,香港宪制的建立与发展是以香港特别行政区基本法为基础的,但是香港的宪制并非仅仅以香港基本法为基础,探讨香港的宪制必须以《中华人民共和国宪法》为基础和基本背景。未来香港宪制的发展最终是个宪法判断的问题,并非仅仅是个基本法问题。《中华人民共和国宪法》与《香港特别行政区基本法》构成了香港宪制的共同基础。

其次,宪法在特别行政区的效力并不限于宪法第31条,甚至不限于

^① 李浩然:《宪法、基本法和宪法体系》,载《明报》2013年9月13日。

“一国条款”，“社会主义条款”在香港同样有效。例如宪法第1条规定“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”。这一条文在香港的效力意味着，即使在香港，也不可以允许破坏中国其他地区实行的社会主义制度的行为的存在。也就是说，宪法规定的许多其他制度尽管并不直接在香港实行，但香港的各种组织和公民必须尊重这些制度的存在。郝铁川先生在该点上与韩大元教授具有共识，他曾指出“中国宪法中关于社会主义制度的规定虽不适用于香港，但同时按照‘一国两制’方针和宪法、基本法的规定，香港居民负有在行动上不推翻社会主义制度的消极不作为义务”^①。这意味着在“生效”和“适用”之间存在差别，即使是“社会主义条款”暂时不在特别行政区直接适用，但是并不意味着不发生效力。

再次，除了“一国条款”外，还有一些有关国家机构和标志的条款，可以在香港直接适用。例如全国人民代表大会中有香港特别行政区选举的代表，这些代表当然要按照宪法的规定来履行代表职责；又如，香港特别行政区政府直辖于中央人民政府，那么关于中央人民政府的宪法规定当然对香港产生效力。而宪法关于国旗、国徽、国歌、首都的规定，当然也对香港产生效力。

最后，单从宪法效力的角度而言，宪法全部条款对特别行政区都是有效的，此时不应将宪法的条文割裂开来。宪法是一个整体，具有一种主权意义上的不可分割性。由于宪法本身的复杂性和价值多元性，宪法在不同领域的适用上当然是有所差异的，例如在不同的经济形态之间、在普通行政区和民族自治地方之间当然有所区别。但这种区别绝不是说宪法在某些区域有效力而在有些区域没有效力。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。^②

通过对“宪法与基本法共同构成特区宪政基础”的介绍，可以看到该

① 郝铁川：《香港基本法不是“小宪法”》，载《明报》2013年7月31日。

② 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》，香港中国通讯社，2014年3月7日。值得注意的是，张德江委员长在2014年3月6日在参加香港代表团和澳门代表团审议会议上发言，也指出：宪法和基本法共同构成特区的宪制基础。具体请参见，《张德江在港区人大小组会议发表讲话》，载《星岛日报》2014年3月7日。

理论在政治适用和法律适用方面均具有正面意义:(1)该理论坚持了宪法在特别行政区的“整全效力”,认为宪法的效力及于主权范围的全部;(2)该理论适度区分了“生效”和“适用”的涵义,从而使得某些不能直接适用的条款亦可生效;(3)该理论面向未来的香港政制发展,指出宪法与基本法共同决定了未来的政制走向,无疑具有重要的政治和法律意义。

2. “基本法”作为中国“不成文宪法”的组成部分

鉴于利用传统宪法学知识在解决宪法适用于特别行政区问题上的困境,有学者开始关注政治哲学的思想资源。强世功教授即提出了“基本法”作为中国“不成文宪法”的组成部分的观点,其认为提出宪法在特别行政区适用的问题是“多余”的,因为基本法构成了中国“不成文宪法”的组成部分。该理论提出,我们不能笼而统之地说宪法在香港有效(valid)或者无效(ineffective),更不能说宪法的哪些条款在香港有效,哪些条款在香港无效。因为仅从宪法来看香港,实际上忽略了基本法对中国宪政体制的特殊贡献,看不到“一国两制”和基本法给中国宪政体制带来的革命性变化。^①

在其另一篇论文中,强世功教授继续阐释和延续了上述思路:基本法的制定意味着香港人对《中华人民共和国宪法》的确认,即按照“一国两制”对宪法的内容加以限制、吸纳和过滤,使其既满足“一国”的要求,同时保证“两制”,从而弥补香港人与内地人之间缔结宪法这个社会契约的缺失。因此,基本法的起草过程表面上是全国人大制定法律的过程,事实上更像内地(中央)与香港之间缔结社会契约的政治协商过程。这从基本法起草委员会和基本法咨询委员会的组成方式以及基本法的起草方式就可以看出来。从形式主义的宪法观来看,基本法是全国人大制定的“法律”,但在政治运作中,它实际上是一部在香港建构国家主权的宪法性法律。它之所以被称为“小宪法”,并不是通常理解为在香港特区拥有类似宪法的最高地位,而是由于它是在香港这个局部地区建构主权的国家宪法。无论是香港的政治体制,还是行政长官和立法会普选,都关系到中央与特区的关系,关系到“爱国者治港”这个“绝对宪法”。可见,基本

^① 强世功:《中国香港:政治与文化的视野》,三联书店2010年版,第241页。

法不仅涉及我国成文宪法在香港的实施,而且关系到我国不成文宪法在香港的实施,因为基本法制定过程中关于香港政治体制以及普选模式和普选步伐的争议实际上都是围绕如何确保“爱国者治港”而展开的,这恰恰是巩固香港属于中国这个政治共同体的关键所在。因此,从形式主义角度区分宪法中的“一国”要素和“社会主义”要素本身就是不可能的,从形式主义意义上讨论中国共产党在香港是否合法、是否执政也是没有意义的。^①

上述颇具新意的理论和思路确实可以为我们提供思辨性的政治考量,但是其缺陷在于回避了目前面临的实践问题。比如,是否可以依据宪法审查香港法例的效力,香港居民是否可以主张履行宪法中的兵役义务——这些问题在这个框架内并不能得到解答,所以理论思辨缺乏足够应对现实的能力。这也是本文致力解决的问题,即为宪法在特别行政区实施提供切实可行的理论指导和对策建议。所以,该理论在政治适用上颇有正面作用,但是在法律适用上并未明晰其意义。

3. 基本法作为政治契约而非“授权法”

有香港学者针对饶戈平先生在论及香港政制前途时提出的“香港的政治制度是由基本法、中央来决定的,它的设计、制定和修改,都不是香港自身能单独决定的,政制发展的主导权和最终决定权在中央”的观点,提出了基本法作为政治契约而非“授权法”的说法,其实质在于将基本法和宪法并列起来,从而排除宪法在特别行政区的适用,排除中央政府在特别行政区政制发展等问题上的决定权。

基本法作为政治契约而非“授权法”的观点论据包括以下要点:首先,基本法是特别行政区的“成文小宪法”,其核心内容是限制政府权力,保障人民权利,其本质是人民与政府之间的政治契约,而非政府单方面“授权”的产物。这实际上就是西方“社会契约论”的重述,指出人民权利是先于政府而存在的。

其次,从基本法的制定过程来看,其认为1985年7月成立的香港基本法起草委员会,是在《中英联合声明》国际条约和中国宪法的双重框架

^① 强世功:《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》,载《开放时代》2009年第12期。

下进行基本法制定工作,由此香港进入立宪时刻。所有23名香港委员和36名内地委员,可以看成是实际的制宪代表,而随后成立香港基本法咨询委员会,由各界别推举或选举出180名港人担任委员。他们全面深入社会,进行广泛的咨询,为草委会提供了大量书面意见,履行了香港制宪代表的应尽职责。基本法的诞生,既有国际条约的规限,又有港人的参与,绝非中央单方面的恩赐。

再次,基本法并非“授权”而仅是对特别行政区原有制度和生活方式的“认可”。其指出,“授权论”最大的荒谬之处就是,香港在回归之际,所有权力被中央重新授予,那之前它是一个制度空白区吗?香港过去的自由繁荣局面从何而来?该理论引用了内地学者甘超英教授的观点,指出港澳原有制度和生活方式,“已经在港澳发展并存在了150年和450年之久,它们不是基本法的创造,而是认可”^①。据此,该理论抛出其核心观点,认为由于授权是单方意志下的行为,所以具有“可动摇性”,而人民的天赋权利是“不可动摇”的,基本法是认可权利的社会契约。

最后,该理论指出,在政制发展过程中,为了确保香港资本主义三权分立制度不变,不受到社会主义一党独大制度的侵袭,港人作为基本法契约一方和实施主体,完全有权利申述自己的主张。如果中央并不承认基本法是两厢情愿的契约,而坚持认为它只是靠中央一锤定音的授权法,企图在香港复制大陆的权力模式,那中央就必须承担这种无视港人行使“高度自治”正当权利的政治后果。^②

综上观之,该理论的险恶之处在于,其试图从根本上否认基本法作为“授权法”的性质,从而颠覆宪法与基本法的关系,将宪法和基本法等量齐观,从而排斥宪法在特别行政区的适用,排除中央对于特区政制的最终决定权。其错误之处在于:(1)混淆了两种意义上“授权”的概念,确实从政治理念上政府的权力来自人民的授权,但是此种授权与“中央政府对地方政府的授权”完全是两个层面的概念,该理论有故意混淆概念的嫌疑。(2)基本法只是中央立法机关制定的“基本法律”,其是根据宪法制定的,权力来源于中央政府通过宪法的授权。(3)特别行政区的高度自

① 甘超英:《契约精神下的基本法及中央与港澳的关系》,载《“一国两制”研究》第6期。

② 沈周:《基本法是契约 不是授权法》,载《苹果日报》2014年3月24日。

治地位和自治权限的范围,来源于中央的授权。基本法第20条规定的“香港特别行政区可享有全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会及中央人民政府授予的其他权力”,该条也可充分说明基本法作为“授权法”(严格意义上应称作“被授权法”)的性质。(4)基本法在制定过程中虽然吸收了特别行政区居民作为“起草委员”参加,“从而使基本法凝聚了两地委员的才智,完整地体现了两地广大人民群众的根本利益”^①——但这并不是“缔约”的过程,而是在中央政府主导下充分吸收特区各方面的意见,使基本法可以凝聚共识。基本法作为全国人大通过的“基本法律”,中央政府在立法过程中的主导作用自不待言。(5)在基本法制定过程中对香港原有法律的甄别处理^②,以及对香港进行的“法律适应化”(Adaptation of Laws)工作,已经对香港原有制度进行了全面检讨,这既是对不违反基本法的原有制度和生活方式的“认可”,更是中央政府对新的制度和生活方式予以再次“授权和确认”。^③(6)特别行政区未来政治前途的最终决定只能取决于中央政府。当然中央政府会充分听取特区各界人士的建议,但是决定权的归属是毋庸置疑的,这也是对特区“高度自治”负责任的体现。概而言之,基本法作为政治契约而非“授权法”的说法在理论、历史、现实和未来等诸方面都无法成立,其对宪法的政治适用和法律适用均有害无利。

此外,还存在宪法“整体抽象适用”于特别行政区、宪法中的“一国条款”适用于特别行政区、应当区分“宪法效力”与“宪法规范的效力”、宪法通过基本法在特别行政区实施等理论。

乔晓阳先生在2000年香港基本法颁布十周年时,对宪法与基本法关系、宪法在特别行政区的适用问题,进行了理论概括和实践总结,可以视为对基本法制定原旨的最好延伸和阐释。

① 许崇德:《香港基本法是创造性的杰作——纪念香港基本法实施十周年》,载《新视野》2007年第5期。

② 具体请参见,乔晓阳,对《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定(草案)》的说明,1997年2月19日在第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上。

③ 具体请参见,黄瑶:《略论香港的法律适应化》,载《法学评论》1999年第5期。

“宪法从总体上是适用于香港特别行政区的。从贯彻落实‘一国两制’方针政策的实践上看，宪法在香港特别行政区的适用集中体现在两个方面：第一，宪法中有关确认和体现国家主权、统一和领土完整的规定，即体现‘一国’的规定，包括宪法关于中央国家机关的一系列规定，如全国人民代表大会是最高国家权力机关，全国人大常委会是它的常设机关，它们行使国家立法权和决定国家生活中的重大问题；国家主席对内对外的职权；国务院即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关；中央军事委员会领导全国武装力量等；宪法关于国防、外交的规定以及宪法关于国家标志的规定，如国旗、国徽、国都；有关公民资格，即国籍的规定，等等，宪法的这些规定在香港施行和在内地各省、自治区、直辖市施行是一样的。第二，由于国家对香港实行‘一国两制’，宪法在香港施行同在内地施行又有所不同。宪法有关社会主义制度（政治制度、经济制度、文化教育制度等）方面的规定，不在香港特别行政区施行。而这些规定不在香港施行，也正是宪法所允许的。宪法第31条规定，全国人民代表大会以法律规定特别行政区的制度。根据这一规定，全国人民代表大会制定了香港基本法。基本法第11条规定，根据宪法第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，均以基本法的规定为依据。基本法的这一规定，体现了‘一国两制’的基本方针，表明在‘两种制度’方面，有关香港特别行政区的制度和政策，须以香港特别行政区基本法为依据。因此，从这个角度来讲，宪法也是适用于香港的。

宪法的效力及于香港，正是‘一国两制’方针和香港基本法得以有效实施最根本的法律保障。如果认为只有香港基本法在香港实施，而作为香港基本法立法依据的宪法效力却不及于香港，是难以理解的，在逻辑上是矛盾的，在实践上是很不利于‘一国两制’方针和香港基本法实施的。宪法的效力如果不及

于香港,基本法也便成了无源之水、无本之木。很难解释,脱离了宪法,‘一国两制’方针和香港基本法能够单独获得法律效力。”^①

上述论述反映了中央政府在“宪法适用于特别行政区”问题上的鲜明立场和务实态度:首先,需要强调宪法在整体意义上的实施,从政治和宪法理论上强调特别行政区作为中国“地方政府”的宪制定位;其次,在整体适用的前提下,对宪法中的条文进行适当区分,不仅宪法第31条当然适用于特别行政区,而且宪法中体现“一国”的条款均应适用于特别行政区,还包括宪法关于中央国家机关的一系列规定,宪法关于国防、外交的规定以及宪法关于国家标志的规定;再次,强调宪法在特别行政区的适用,并不意味着减损基本法的地位和效力,反而强调了基本法来源于宪法的事实和地位,以及基本法对于“两制”部分规定的权威性,宪法是基本法的效力来源;最后,上述论述事实上主要是从“政治层面”上对该问题进行解答,这种解答毫无疑问是权威和有说服力的,但是从法律层面上的解答也必不可少。下文将从国家结构和法系两个法学概念更新出发,系统引介国外在处理相似问题时的经验,提出解决宪法在特别行政区适用问题的法律意见。

二、“复合制”理论及其实践意义

关于中国作为“单一制”国家的判断已经成为学术定论,它直接影响到对基本法性质判断的政治定性。比如有学者指出,我国国家结构形式是单一制似乎已是常识,并指出单一制的特征包括:(1)中央以法律授予地方权力,而不是以宪法授予地方权力;(2)中央对地方享有完全的监督权;(3)地方没有立宪权,即无自主组织权;(4)地方不享有联邦的州或邦的中央参政权。^②国家领导人关于基本法的讲话,也将国家结构形式明确为“单一制”,比如时任全国人大常委会委员长吴邦国在香港基本法实施

^① 乔晓阳:《全国人大常委会法制工作委员会副主任发言》,2000年4月1日“基本法颁布十周年研讨会”。

^② 王磊:《论我国单一制的法的内涵》,载《中外法学》1997年第6期。