

论港澳基本法的宪法性质

陈端洪*

摘要 在中国法律体系中,港澳基本法模糊的宪法性质严重挑战宪法的理论想象和话语能力。以例外状态和制宪权为知识坐标,《宪法》第31条可被解读为关于例外状态下国家对于特定地区的制宪权的宣告,而一国两制可被解释为宪法所包含的一个根本的政治决断。认为基本法抵触宪法不仅是不合适的,也是无意义的。基本法立法宗旨与中国宪法蕴含的国家理性具有内在一致性。通过动态平衡、世界大平衡的视角来审视基本法关于中央地方关系的非对称宪制安排,有助于充分认识基本法的宪法正当性。港澳基本法是港澳地区的根本法和高级法,蕴含了不可分离、繁荣稳定、资本主义、港(澳)人治港(澳)、基本权利和自由、新宪制法治等六大根本法。但基本法作为地区根本法和高级法的地位不是绝对的;宪法在港澳理所当然地具有完全效力,表现为整体适用但部分规范悬置。在基本法的实施中,基本法的自足性学说或可作为一个假定性存在,但不能因此而排除完善基本法实施机制和实施技术的必要性。

关键词 基本法 宪法 例外状态 制宪权 自足性

一、港澳基本法是“小宪法”吗?

在法律类型学上,港澳基本法归入什么法律类型?在基本法的日常实践和学术写作中,用什么语汇来言说港澳基本法?

港人习惯于称香港基本法为“小宪法”,^[1]香港大学基本法教科书直接就叫“香港宪

* 北京大学法学院教授,教育部国家人文社科重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心研究员。

[1] James C. Hsiung, Interpreting the Basic Law with Chinese Characteristics, *American Journal of Chinese Studies*, Vol. 5, No. 1, 1998, p. 147; Yik-yi Chu, The Failure of the United Front Policy: The Involvement of Business in the Drafting of Hong Kong's Basic Law, 1985-1990, *Asian Perspective*, Vol. 24, No. 2, 2000, p. 173.

法”，〔2〕而内地学者视为大忌，甚至视为大不敬。〔3〕究竟应该如何看待这个提法呢？这是个老问题，但如一坛老醋，愈久愈浓。

无论从结构还是从内容来看，任何一个宪法学者都会毫不犹豫地将港澳基本法归入宪法范畴。从文本结构来看，港澳基本法不同于一般法律，具有宪法文本的典型特征。虽然各国宪法结构不尽一致，但宪法区别于一般法律的一个形式特征在于宪法往往有序言，有的还有附则，而法律一般不用这样的结构。当然，这不是说，没有序言和附则就不成其为宪法，关键还是要看内容，即正文的内容。宪法承担的根本任务就是政治建构(to constitute)，这是“宪法”(constitution)一词在西语中的本义。具体地说，宪法承担两大建构任务。一是政权建构，这个意义的宪法就是组织章程；二是划定个人与政权的边界，这个意义的宪法体现为权利法案。除此之外，有的国家宪法还规定经济、社会、文化整合等方面的基本政策。两部基本法的内容涵盖了政治经济和社会生活等诸多方面，是关于两个地区整体存在方式的基本制度框架。

唯其如此，立法者没有将港澳基本法取名为“香港(澳门)特别行政区自治法”“香港(澳门)特别行政区组织法”，而是移植了一个外国法律用语——基本法。必须指出一个明显却鲜为人瞩目的事实：“基本法”并非中国宪法文本上的用语。《宪法》第31条规定，“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。”这就意味着香港基本法属于“法律”的范畴，而根据《宪法》第62条设定的基本法律/其他法律的划分，香港基本法属于全国人大制定的基本法律。基本法律是用来界定全国人大专属立法权的一个专用名词，是一个种属概念，而非任何具体法律类型的名称。基本法应该划归基本法律，但基本法律不等于基本法。

何谓基本法(basic law)? 大多数人知道“基本法”这个词都从《联邦德国基本法》而来，除非专业研究者，很少人了解这个概念的确切含义及其与宪法概念之间微妙但又重要的区别。〔4〕其实，从日用的来说，如果全世界的人都把联邦德国基本法认知为联邦德国宪法了，那么它也就是

〔2〕 See Johannes Chan SC (Hon) & C.L. Lim, *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet & Maxwell, 2011.

〔3〕 参见张友渔：“关于香港特别行政区的民主政治问题”，《法学研究》1990年第3期，第2页；王磊：“论我国单一制的法的内涵”，《中外法学》1997年第6期，第57页；郝铁川：“中国宪法在香港特区的实施问题刍议”，《江汉大学学报(社会科学版)》2016年第5期，第13页；张定淮、底高扬：“论一国两制下中央对香港特别行政区授权的性质”，《政治与法律》2017年第5期，第7页；胡锦涛：“论香港基本法审查权及其界限”，《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第6期，第62页。

〔4〕 在德国，在1806年以前，在帝国法律以及德意志邦联法律中，基本法这个概念被理解为一些根本性的规范，这些规范应该具有特殊的稳定性和持久性。当时存在很多的基本法。1945年，为了应对战后新的宪制设计的任务，基本法的概念从传统语境中被抽离出来，被赋予了全新的意义，用来指称一部宪法典。为什么回避“宪法”一词呢？因为一来，当时德国人民尚无法以一个统一的整体来参与创制1949年的宪法议案，因为他们尚没有完全的行为自由。同时，人们不希望因为这个宪法加剧两德分裂甚至使之演变成永久的事实。鉴于这一境况，当时尚无法考虑制定一部“完整的宪法”，而只能先制定一些简约的组织程序性的规则。不过，制宪会议的审议过程与这一原初的想法越走越远，使这个名为“基本法”的文件超越了旧基本法的局部性，变成了一个规范国家生活整体秩序的宪法了。尽管如此，这部宪法的临时过渡性还是被明确表达出来了，这一点和宪法的稳定、持久有效性相区别。但事实上，在实践中这部宪法越来越具有持久性，在这个意义上也表明自己还是“一部宪法”。参见(德)康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆，2007年版，第60—61页。

宪法了。今天,在宪法学上,人们几乎把基本法当成了宪法的同义词。

基本法作为一个概念,在英国、美国、法国很少使用,但这些国家有一个完全对应的概念,即“根本法”(fundamental law)。根本法、基本法字面上都是同一个隐喻:建筑——基础,即把国家比喻为一个建筑,而把某些东西比喻为这个建筑的基础,有时也用“支柱”的意象来表示。^{〔5〕}“根本的”可以释义为“固定而不可更改的”。^{〔6〕}这个词被采用为法律文件的名称始于17世纪。^{〔7〕}

为什么中国的立法者要移植“基本法”这个术语呢?因为港澳没有制宪权。首先,港澳地区不是自决加盟中国,而是“被收回”的,因此,港澳地区没有制宪权,注定要被中国宪法秩序吸纳和重构。其次,由于中国实行单一制,中国宪法在延伸覆盖港澳地区时可以灵活地做出特殊的宪制安排,但不能赋予其联邦制下州的宪法地位,不能赋予其制宪权。

然而,我们不能否认两部基本法内容的宪法属性。为此,我们常常用“宪制”一词来表述与基本法相关的事务,可“宪制”无非是“宪法制度”的简称,其底色还是宪法。在英文中,谈到基本法几乎无法避免 constitution,尤其是形容词 constitutional。可见离开宪法语汇,难以言说基本法;但将基本法说成“宪法”,又恐失之犯上。之所以出现概念的模棱两可和言说的尴尬,是因为一国两制针对特区的宪法设计打破了宪法传统和常规,是自成一类的(sui generis)、独一无二的(unique)。

港澳基本法上某些独特用语,今日之国人已经习以为常,但对于初次接触基本法的外国人来说却颇为费解。举例来说,几年前在牛津大学的一个比较宪法学术会议上,有个牛津大学法学院的教授在主持关于香港特别行政区基本法问题的小组讨论时傲慢而尖酸地说,“我不知道‘行政区’指的是什么,前面再加个‘特别’,就更不知所云了。”我理解他的疑问是:“行政区”是一个宽泛的种属概念,包括各级行政区划,而非专指某一级行政区划的名词,“特别行政区”究竟是哪一级行政区划?用知识库里的什么东西来类比想象?当时我心如受到蜂蛰,几年来这根蜂刺一直深深地扎在我的心里,逼促我不停地反问自己:我们真的能说清楚什么叫特别行政区吗?

基本法是一个需要理论想象力和创造力的研究领域,但基本法研究长期陷入理论贫困。

〔5〕 J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University, 1961, p. 152.

〔6〕 Ibid., p. 67.

〔7〕 1639年《康尼迪格根本令》(Fundamental Orders of Connecticut)被历史学家当作现代世界第一个成文宪法。1677年,基督教贵格会(Quaker)所有权人对西新泽西发布了一个文件,叫做《西新泽西章程或根本法》(Charter or Fundamental Laws of West New Jersey),这个文件起着根本宪法(constitution of fundamental law)的作用。1682年,一个贵格会集团控制了东新泽西,1683年模仿“宾夕法尼亚政府框架”发布了《根本法》(The Fundamental Laws)。参见 Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst and Adam Winkler ed., *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan Publishing Company, 1986. 分别见词条 Fundamental Orders of Connecticut, pp. 828—829; New Jersey Colonial Charters, p. 1309.

基本法——宪法,二者究竟是什么关系?从1990年香港基本法公布到如今已近三十年了,我们对基本法还停留于策略性解释。

习近平主席指出:“‘一国两制’是中国的一个伟大创举,是中国为国际社会解决类似问题提供的一个新思路新方案,是中华民族为世界和平与发展作出的新贡献,凝结了海纳百川、有容乃大的中国智慧。”〔8〕面对伟大的实践,如何将这种实践所体现的中国智慧转换为宪法理论话语,向世界讲好港澳基本法的故事?面对实践中的新情况、新挑战,如何提出真问题、新思路,确保一国两制行稳致远?我辈学人,责无旁贷。

二、港澳基本法的合宪性

在香港基本法起草过程中,有人指出基本法草案第4条(正式文本第5条)与《宪法》第24条抵触。〔9〕《香港基本法》第5条规定,“香港特别行政区不实行社会主义制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变。”《宪法》第24条规定,“国家……反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想。”其实,相抵触的例子比比皆是。翻开宪法,可以在第三章看到中央和地方各级政权机关,包括民族区域自治机关,却未见只字涉及特别行政区。整部宪法,只有第一章总纲的第31条以及第62条(2004年修改宪法时在第59条第1款增加了“特别行政区”)直接提到特别行政区,内容极其简约。如果对比两部基本法和宪法文本,就会发现二者之间除了关于中央与香港(澳门)特别行政区的关系及如何对接的规定外,不夸张地说,政治和社会制度的差异不亚于两个国家宪法之间的差异。两种文本内容如此截然不同,有时甚至直接对立,按照规范层级效力理论,要把港澳基本法解释为不抵触宪法,甚至比化圆为方还难。

然而,如果从整体上说基本法违背宪法,又是一个不恰当的和没有意义的说法。为什么呢?因为一国两制学说就是建立在不可能达成制度共识的预见基础上的,就是要在现存社会主义国家宪法之下为局部地区另辟一套不同的“地方宪制”。若是基本法和宪法完全一致,岂还有一国两制?

为了释除香港社会对香港基本法合宪性的疑虑,1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议专门通过一个关于基本法的决定,特别声明:“香港特别行政区基本法是根据《中华人民共和国宪法》按照香港的具体情况制定的,是符合宪法的。”许崇德教授将此决定视为新

〔8〕《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2018年版,第434页。

〔9〕根据1988年10月基本法咨询委员会《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿咨询报告第五册——条文总报告》的记录,有人针对1988年4月的香港基本法草案(第六稿)第四条提问:“《宪法》第24条与本条的矛盾能否由《宪法》第31条解决?”相关材料参见李浩然主编:《香港基本法起草过程概览》(上册),三联书店(香港)有限公司2012年版,第42页。

中国立法史上一次罕见的合宪性解释。^[10] 的确罕见！然而，在我看来，立法机关在颁布法律的同时做出一个合宪性审查决定，更是令人匪夷所思。立法机关通过一个法律，就必须推定立法机关已经自我进行了合宪性审查。更何况港（澳）基本法序言最后一段都明确地宣告“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）特别行政区基本法，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”，而且两部《基本法》第 11 条更加明确地通过指向《宪法》第 31 条而证明自身的合宪性。《决定》是一句断言式宣告，没有法律论理，虽然起到了很好的政治作用，但并不能提供一种理解方式。所谓“根据宪法”，具体指宪法哪一条？不还是得绕回到第 31 上去吗？

正确和深刻的提问不应该停留在基本法与宪法的规范关系上，而应该回到宪法自身追问：《宪法》第 31 条是什么性质的规范？这一条和宪法整体之间是一种什么样的关系？在香港基本法的起草过程中，香港有人提出，《宪法》第 31 条和宪法序言、第 1 条、第 5 条等条款相冲突。他们希望引出的结论是，既然宪法本身存在内在矛盾，进而导致基本法抵触宪法，那么，宪法就不应该在香港适用。^[11] 这里先解决第 31 条是否抵触宪法其他规范这一前提性问题，然后在第五部分再回答宪法在港澳是否适用的问题。

《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根据具体情况以法律规定。”

多数人认为，第 31 条是个授权条款，而且根据第 31 条的修改背景可以引申出本条就是授权实行一国两制。也有人根据特别法/一般法的理论提出，这一条就是授权全国人大制定宪法特别法，宪法和基本法是一般法和特别法的关系。^[12] 可是，如果我们继续追问下去，规范解释就捉襟见肘了。第 31 条是一般的授权规范吗？宪法授权是否应该有底线？很多国家宪法明文规定，宪法的某些原则或条文不能修改。在中国，社会主义原则难道不属于这类不可修改、不可放弃的根本决断吗？第 31 条授权全国人大以法律规定特别行政区制度，如果属于一般授权，那么，全国人大可以对个别地区超越宪法、悬置宪法中一些根本政治决断进行立法吗？中国宪法的修改还有特别的程序限制，为什么授权制定一个和许多宪法规范直接抵触的“特别宪法”却没有特别程序限制呢？

本文尝试以例外状态理论和制宪权理论为知识起点，期望给出一个逻辑自洽的解释。

（一）1982 年修宪做出了一系列根本的政治决断，是带有制宪性质的行为

宪法教科书一般都称新中国至今存在过四部宪法，可见在我们的意识中，1975、1978、1982

[10] 参见许崇德：“邓小平‘一国两制’理论的法律表现”，《浙江社会科学》1999 年第 3 期，第 5 页。

[11] 参见《基本法与宪法的关系（最后报告）》，香港特别行政区基本法咨询委员会中央与特别行政区的关系专责小组，1987 年。转引自肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版，第 48 页。

[12] 参见李琦：“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 年第 5 期，第 15—23 页。

三次修宪是带有制宪性质的修宪。正因为带有制宪性质,所以修宪机关才能象制宪权主体一样废止一些旧的根本政治决断,对这个民族未来的生存方式做出一些新的根本政治决断。采用修宪的程序无非是为了表示制宪权主体的恒在性与政权的延续性。

1982年修宪做出了一系列的根本政治决断,新增加的第31条就是其中之一。

(二)收回香港和澳门,是两个具有重要历史意义的宪法时刻

收回香港和澳门是中国主权意志的实现,两部基本法序言第一段第二句中的“中国人民的共同愿望”不能仅仅诠释为一种事实陈述,而应首先理解为一个关于主权意志的规范陈述。

收复香港澳门需要采取一系列的主权行为,这些行为分为三类。第一类是国际法上的缔约行为,分别涉及中英两国、中葡两国,其结晶是两个《联合声明》。理论上,还有一种可能性,那就是,英国和/或葡萄牙拒绝移交领土,若此则不得不发动战争。第二类是制宪权的运用,其结晶是《宪法》第31条和两个基本法。第三类是实际控制,最典型的行为是成立特别行政区和驻军进入港澳。本文关心的是第二类行为。

主权国家收复失去的领土,无论是以战争方式还是以和平方式完成的,也不管是否重新制宪,都是一个国家重构的行为(reconstruction),因而也就必然是一个宪法时刻,因为国家管辖权和宪法效力的范围延伸了。按照宪法契约理论,港澳居民回归一方面相当于默认了宪法契约,后面要说明,另一方面对具体的宪法制度是多有保留的,所以港澳地区才被设立为两个特别行政区。

(三)“必要时”是例外状态的表述形式

令人遗憾的是,几乎没有研究者注意到《宪法》第31条的“必要时”这一状语的宪法意义,人们往往把它理解为港澳统一之时那个事实性的时刻,因为他们没有将港澳回归与例外状态理论联系起来。例外状态和必要状态是德国术语,法国和意大利偏好使用紧急命令和围困状态,英美法则用戒严法与紧急权力。^[13]一般而言,例外状态乃是国家权力对于国家危机的直接回应,在其中,法律通过悬置自身或部分悬置、实行专政而拯救自身的生命。

有句不断被复诵的拉丁法谚叫“必要性无法可依”(necessitas legem non habet)。对此,有两种相反的诠释方式:“必要性不承认任何法律”与“必要性创造它自己的法律”(必要性制定法律)。在这两种理论中,例外状态的理论都被化约为必要状态(status necessitatis)的理论,因此对于后者是否存在的判断便消解了前者是否正当的问题。^[14]

我国公法学者似乎理所当然地将港澳回归与例外状态切割了,因为他们看不到危机,而且1982宪法也不是采取委托专政或主权专政的方式来处理港澳回归。如果我们把目光放远一

[13] See Giorgio Agamben, *State of Exception*, translated by Kevin Attell, The University of Chicago Press, 2005, pp.11-22.

[14] *Ibid.*, p. 24.

些,看到港澳被殖民者占领是战争状态^[15]的结果,尤其是香港被英国占领更是战争的直接产物,那么港澳的回归就是一个早已存在并一直延续的例外状态的终结。两部基本法序言的第一段典型地体现了例外状态的叙事风格:第一句声明香港/澳门自古以来是中国领土,陈述某个时间之后香港/澳门被英国/葡萄牙占领;第二句将收回香港/澳门叫做“恢复行使主权”,并表明是主权者——“中国人民”的“共同意愿”。

收回失地、恢复行使主权可能出现政治危机和国内宪法危机,甚至可能诉诸武力。除了国际政治的风险,香港澳门的“例外”在于,港澳居民不认同内地的社会制度,用宪法语言来说,就是认同国家的制宪权,但对宪法的许多具体制度缺乏认同。这是一种极为真实的潜在的政治危机和宪法危机,正是预见到了必要时刻的出现,为了尽可能地化解可能出现的政治危机和宪法危机,我国1982宪法新增了第31条,设定了一个必要状态及相应的宪法措施。

(四)“设立特别行政区”即对宪法部分规范的适用空间进行自我规限

一般而言,一国宪法的效力范围就是国家有效控制的领土。在港澳回归以前,1982宪法对港澳地区没有效力。港澳回归在法律意义上就是纳入国家管辖权范围。如何纳入,理论上有多种宪法策略,比如重新制宪、修改宪法,或者将原来宪法延伸适用。鉴于港澳居民认同国家主权但不认同社会主义制度,我们的方针是实行一国两制,《宪法》第31条采取的宪法策略叫设立特别行政区。1982年修宪增加第31条时,“特别行政区”这个偏正词组应该还只算是一种模糊的描述法,但中英联合声明到香港基本法起草,它已经被当作一个名称,并获得了规范的“肉身”,从而真正得以概念化了。

中央将收回的港澳地区设立为特别行政区,就是将宪法的效力范围自然延伸至这两个区域,但对宪法中的许多制度,特别是社会主义制度的适用范围进行自我规限,通过确认港澳地区原有社会制度从而赋予其宪法正当性(constitutional legitimacy),在此基础上进而为之创造新宪制秩序。

通常所说的例外状态是法的悬置,用施密特的话来说就是“规范可以被悬置但仍然有效,因为悬置是一个具体的例外。”^[16]阿甘本的解释是,施密特区分了法的效力和法的适用,例外状态悬置的不是法的效力而是法的适用。^[17]中国宪法在第31条对自身部分规范适用地域范围的自我规限,也可以视为一种宪法适用的悬置,但这是部分悬置而非全部悬置。与通常所说的例外状态不同的是:第一,这种悬置不是转而求助于专政,即权力集中化,而是转向新宪制

[15] 战争状态是霍布斯用语,其要义是:“战争不仅存在于战役或者战斗行动之中,而且也存在于以战斗进行争夺的意图普遍被人相信的一段时期之中。”(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第94页。

[16] Carl Schmitt, *Dictatorship*, translated by Michael Hoelzl and Graham Ward, Polity Press, 2014, p.118.

[17] Giorgio Agamben, *supra* note 13, p.36.

法治,即创造新的特别规范、适用新的特别规范;第二,这种例外状态非但不限制基本权利,还要为港澳居民的权利和自由提供更充分的宪法保障;第三,宪法没有设定特别行政区的期限,因而区别于紧急状态的临时性,至少可以说在一个相当长的时期内特别行政区是对港澳地区的一种常态治理术,但也不能断然地认为这是一种永久的宪制安排。后来两部基本法采取了两种处理方式,一是规定五十年不变,二是规定了基本法修改的权力和程序并设定了内在限制。如此处理应该契合宪法的原意。

只有这样理解“特别”二字,才能把港澳基本法的“不实行社会主义制度”的规定解释为合宪,也只有这样理解,我们才能说港澳基本法是宪法的特别法。

(五)第31条包含了两个迟延决断(delayed decisions)

第一个迟延决断:“必要时”是何时?这需要根据特定地区未来的实际情况做出具体决断,取决于政治斗争——重心在国际政治斗争——的进程与结果。地区情况不同,收回的时间也不同。抽象地讲,“必要时”有可能无限迟延,因而“在哪里”也就可能无法落实。

第二个迟延决断:“特别行政区”怎么样一个“特别”法?即具体实行何种制度?制宪权主体没有做出决断,而是留给了未来的立法机关根据实际情况来决定。但是,有两个决断是明确的:第一,特别行政区没有制宪权,制宪权由中央统一代表;第二,届时制宪权主体不重新制宪,也不修改宪法,而授权作为日常立法机关的全国人大以法律规定。

综合上述阐释,只有以例外状态和制宪权为知识起点,把第31条理解为关于例外状态下国家对于特定地区的制宪权的宣告,我们才能把一国两制作为宪法包含的一个根本的政治决断来看;才能自信地断言,指责基本法抵触宪法是不合适的、没有意义的;甚至才能说全国人大有权创设一个宪法文本上没有出现的法律类型——“基本法”。反过来,我们也可以说,“基本法”的名称也印证了制定基本法的权力本质上属于制宪权的观点。

用例外状态和制宪权两台仪器来检测,授权日常立法机关制定一部地区性宪制性法律的政治法律逻辑就清晰可见,不足为奇了。第31条是关于制宪权的宣示,也是一个“制宪权——日常立法权”转换器。通过《宪法》第31条,作为制宪机关的全国人大通过宪法委托作为日常立法机关的全国人大决定设立特别行政区并以法律规定其制度,将对特区的制宪权在形式上转化成了全国人大的普通立法权。第31条(连同第62条)是一个转换插头,通过这个转换插头,基本法的制定在形式上既不是制宪,也不是修宪。

为了帮助我们更好地理解基本法制定权的性质,不妨做一个逆向思维实验。假设中国没有成文宪法,用什么方式和平收回港澳?首先,国际谈判和联合声明不能免;其次,全国人大得制定专门的法律。由于没有成文宪法,所以也就没有《宪法》第31条了,自然也就没有“授权条款”了。在这种情况下,全国人大自我授权(没有授权的形式,而是当然认为有权)设立特别行政区,制定港澳基本法,在形式上,两部法律都属于普通立法,也无需写上“根据宪法制定本法”的赘语。这是否说明例外状态和制宪权的理论是无效的或者是多余的呢?非也。一国没有成

文宪法不等于没有宪法的观念。在立法的过程中,立法者必然将其作为宪法问题来对待,而且对于这种打破“国之根本”的立法,立法辩论更是激烈。在法律分类上,在法学教学中,港澳基本法还是必须被划入宪法(学)范畴。

对于法律学者来说,法律形式可能淡化和模糊基本法制定权的性质。但反讽的是,对于不懂得用宪法概念来思考和言说的普罗大众来说,他们绝对不会因为国家有成文宪法,就感受不到一国两制的震撼,就否定港澳基本法的政治重要性。法律学人为什么就不珍视、不仔细品味普罗大众的政治经验和直觉并将其转化为理论直觉呢?

既然我国有了作为高级法的成文宪法典,宪法与法律之间界限分明,上述假定所遮蔽的东西就会凸显出来,基本法与宪法的关系就会成为一个更真实更突出的问题,对于理论的需求也就愈加紧迫和强烈。

三、一国两制的国家理性

以上从例外状态和制宪权角度论述了全国人大为局部地方选择一种不同于国家主体制度的宪制安排的权力来源与权力性质。然而,对局部地区的特别宪制安排不仅要当地实际情况出发,还必须符合和服从国家理性,符合国家宪法的精神。局部地区的必要性加上国家理性,构成第31条所称“必要性”的政治和道德内涵。

(一) 一国两制的经济宪法理性

为什么说选择了与国家主体制度截然对立的资本主义制度的港澳基本法具有宪法正当性?这就必须将基本法的立法宗旨与中国的国家理性、中国宪法的精神,特别是改革开放的方针结合起来理解。

何谓中国宪法的精神?简单地说,中国近代以来宪法的一贯精神是追求国家富强,用当下更准确的政治语汇来说,就是实现中华民族的伟大复兴。换言之,富强是中国的国家理性(reason of state)。“国家理性的目的就是国家本身”。^[18]因此,国家理性,从本质上说,是某种保守的东西,或者说某种保存的东西。“国家理性意味着,理清对国家保存和维护其完整而言必要的和足够的东西;而且在必要的情况下,在国家的完整性遭到破坏的情况下,弄清楚是否有必要、能够重新获得这种完整性。”^[19]然而,中国近代历史教育了国人,落后就会挨打,国家要保存就必须富强,必须是一个现代化强国。富指的是国民经济,强指的是国家抗击风险、抵御外敌的能力。这种国家理性是一种积极进取的国家理性。

改革开放是1982宪法追求国家富强的基本方针。改革开放,在很大程度上是中国宪法内含的关于经济宪法的一个根本决断。如果无视这一决断,只是关注宪法的经济规范,就会发生

[18] (法)米歇尔·福柯:《安全、领土与人口》,钱翰、陈晓径译,上海人民出版社2018年版,第339页。

[19] 同上注,第338页。

严重的误判。改革改的是什么？方向是什么？改的是经济政治体制，所以我们经常说经济政治体制改革，重点在经济改革。改革之前或者被改革的经济制度是什么？社会主义的经济制度。改革的主体是谁？社会主义的政权。因此，改革就是社会主义政权在整体肯定社会主义制度的前提下，主动地改变局部制度的努力。改革的方向是社会主义的市场经济。市场经济谁做得最好？资本主义。所以，我国的改革就是一个社会主义政权在整体肯定社会主义制度的前提下主动向资本主义国家学习市场经济以便完善社会主义制度的过程。对外开放是在坚持主权原则的前提下走出去、引进来。走到哪里去？初期主要的是资本主义国家。把什么引进来？资本主义国家的资金、技术和管理方法。所以，改革开放，本质上是一个关于如何对待资本主义的新思路，就是洋为中用，在坚持主体性的前提下融入国际社会的新战略。

再来看一国两制。港澳回归，是国家建构的二期工程，是补课。一个根本的难题是如何面对资本主义制度。好比建房子，旁边两块小地还被别人占着，上面盖着小洋房。现在拿回来，怎么处理？一国两制就是解决之道。所谓一国两制，就是在坚守国家主权和根本利益的前提下，在主权范围内的局部地区实行资本主义。可见，改革开放与一国两制面对的问题具有同质性，处理方式虽然不同，但看问题的方法和态度是完全一致的。应该说，这是比改革开放更大胆的尝试，正如邓小平所说，“没有一点胆略是不行的。”^{〔20〕}

可以说，改革开放是实行一国两制的思想基础。不妨假设文革没有结束，那么，港澳将以什么方式回归？首先，谈判没那么容易，能否和平回归，是个疑问。其次，港澳居民将人心惶惶，能走的估计会走得差不多。再者，一国两制有可能吗？我不敢断言绝无可能，但可以肯定那将是最严重的政治路线斗争。如果敢于实行一国两制，那就表明我国对资本主义的认识发生了改变，也就离改革开放不远了。这个假设的意义在于从另一个角度告诉我们，改革开放与一国两制具有内在的一致性。

历史有时具有偶然性。中国非常幸运，改革开放与一国两制几乎具有共时性，两个过程相互推进，形成了良性互动。

（二）高度自治作为特定条件下适用于局部地区的一种地方治理术

一国两制落实为宪制安排必然采取地方高度自治的模式，我们无法想象在没有地方高度自治权的条件下实行一国两制。“高度”作为一个法律用语是一个模糊的形容词，具体内涵完全取决于具体的宪法设计。从两部基本法的内容来看，一国两制颠覆了主权学说的经典教义，将许多主权利能授予了港澳特区，从而打破了政治体的平衡律。如果推而广之，是无法组构出一个国家的，也就无法形成宪法。因此，高度自治只能是在特定的条件下适用于局部地区的一种地方治理术。这种严重不对称的授权自治，^{〔21〕}正当性何在？

〔20〕 《邓小平文选》（第三卷），人民出版社1993年版，第217页。

〔21〕 参见程洁：“香港新宪制秩序的法理基础：分权还是授权”，《中国法学》2017年第4期，第99页。

首先,港澳基本法维持了国家认同的底线。尽管授予港澳的自治权远远大于联邦制下的州的自主权,但港澳没有自决权、制宪权和自卫权。港澳基本法的第一根本法是一道禁令:不可分离。但是,两部《基本法》第 23 条将一些基本的维护国家安全的立法权授予了港澳特区,所以,底线的维持,需要特区积极配合。如果特区政府配合得好,两制便相得益彰。这正是澳门一国两制成功的关键。

其次,一国两制模式的高度自治对于中国这一政治体的平衡具有不可替代的正面作用——增强政治体的内在动力。一国两制在主权领土范围内制造一个制度瀑布,打破了平衡,两地之间自然产生一股强大的能量流,进而增强了两地的活力。从全国范围来看,在局部地区放权、实行高度自治,恰恰能实现大一统模式所不能实现的目的,收到“退步原来是向前”〔22〕的效果。

复次,一国两制是一种内嵌天下模式的主权国家的地方宪制设计,它体现一种动态的大平衡观。政治体的平衡不是孤立的,而是相对于外部国际环境而言的,是主权国家在与国际社会互动的过程中的理想状态。一国两制模式的地方高度自治不仅可以和平解决港澳回归的问题,而且可以赢得西方世界的认同,有利于国家的对外开放,使港澳变成国家与世界良性互动的纽带。

不平衡的宪法与平衡的政治目的之间形成了一个奇怪的组合。这种宪法观,是一种实用主义的宪法观,但绝非庸俗的实用主义,它对社会主义制度与资本主义制度这对矛盾的认知和对中央——地方关系的认知超越了“看山是山、看水是水”的俗人眼光,既有“看山不是山、看水不是水”的意味,也体现了“看山还是山、看水还是水”的境界。

四、港澳基本法作为港澳地区的根本法和高级法

港澳基本法是中国对港澳两个恢复行使主权那两个光荣时刻的证据,更是回归后港澳管治的根本法和高级法。

基本法和根本法原本就是可以互换的两个术语,在这个意义上说港澳基本法是港澳地区的根本法,属于同义反复。如果把基本法大写,当成一个专有名词,把根本法作为一个宪法学上的理论术语,这个说法又是有意义的,正如说宪法是根本大法一样。

从十六世纪作为一个专门的概念被确定下来成为标准说法之后,根本法指的是一个社会约定俗成的或者理性上不容置疑的价值和规矩。一直到美洲各殖民地立宪之前,应该说“根本

〔22〕 传说五代后梁时期的布袋和尚游化民间时,为度化插秧农人作《插秧诗》。全诗为:“手把青秧插满田,低头便见水中天。六根清净方为道,退步原来是向前。”参见周正环编著:《历代绝句六百首》,安徽文艺出版社 2014 年版,第 108 页。

法=宪法”。此后,根本法被宪法吸收,并用来表示宪法的属性,大致可以说“宪法=根本法”。〔23〕

在宪法理论上,还有一个说法叫“高级法”(higher law)。在成文宪法出现之前,高级法有两个渊源,一个是自然法,另一个是“根本法”;在成文宪法时代,高级法往往用于专指宪法的优越地位,宪法的这种优越地位现在一般叫宪法至上。

把根本法和高级法这两个专用于描述宪法的概念用来描述港澳基本法的地位,无非是想进一步揭示港澳基本法的宪法性质,或者说作为宪法特别法的性质。但正如第五部分将要论述的,这绝不能被误解为否定宪法对于港澳地区的效力。

(一)港澳《基本法》第11条初解

两部基本法都明确地宣示了自身的根本法性质和高级法地位。《香港基本法》第11条规定:“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。香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触。”

《澳门基本法》第11条规定:“根据中华人民共和国《宪法》第31条,澳门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、立法和司法方面制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。澳门特别行政区的任何法律、法令、行政法规和其他规范性文件均不得同本法相抵触。”

两部基本法结构相同,均分为两款。第一款内容完全一样,第二款稍有不同;第一款传达根本法的意思,第二款则宣示高级法地位。

第一,“均以本法为依据”意味着“本法”对香港(澳门)诸多方面的制度和政策做出了原则性规定。

第二,“均以本法为依据”意味着“本法”是依据。这个“依据”非同一般法律依据,用理论术语来表达,“本法”是国家制定的关于港/澳的根本法。

第三,“均以本法为依据”意味着宪法关于内地同类事务的规定在港澳悬置适用。

第四,“均不得同本法相抵触”即不抵触原则,意味着“本法”是港/澳的高级法。

第五,两部基本法在序言最后一段已经宣告是根据宪法制定的,第11条再次指明是根据《宪法》第31条,从立法技术上讲确属罕见,其意无非强调:①宪法是母法,高于港澳基本法;②港澳基本法是关于在香港(澳门)“特别行政区实行的制度”的法律;③港澳基本法于宪有据,是合乎宪法的。

第六,把“根据中华人民共和国《宪法》第31条”与“均以本法为依据”结合起来解读,可以

〔23〕 参见(德)卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第74页。

合理推导出两个结论：①港澳基本法是宪法的特别法，是港澳地区的根本法、高级法；②合乎港澳基本法的即是合乎国家宪法的。^{〔24〕}

（二）港澳基本法内含的六大根本法

上面通过解释港澳《基本法》第 11 条的规定论述了两部基本法整体上作为港澳地区根本法的性质和高级法地位，下面进一步从追问“什么是根本的”入手，探讨两部基本法包含哪些根本的东西。所谓“根本的”，在中文的习惯里叫根本原则、规则、法则。实际上，不是所有写在基本法文本中的东西都一样重要，一样不可动摇，其中有些是根本的，很多都不是。换言之，基本法是由一系列或一束“根本”(a bundle of fundamentals)组成的。为了表达便宜，我选择说，港澳基本法是由一系列根本法组成的。这又还原了根本法概念古典的复数意义。如果换成施密特的绝对宪法和相对宪法的两分法，^{〔25〕}那可以说，我们要探索不是相对基本法，而是绝对基本法。

为何提出这样一个命题？提出这个命题不光是从学术动机出发，以改进基本法的理论体系，更主要的是为了解释基本法实施中碰到的新现象和新问题。中央多次强调要不忘初心，坚持一国两制不变形、不走样，同时要求两个特区政府积极作为。何谓一国两制的“初心”？“不变形、不走样”与积极有为如何协调？所谓“不走样、不变形”是一个形象的比喻，不是说基本法的规则是僵硬的，无需或不可以被赋予与时俱进的内涵，而是指要坚持基本法内含的根本法不动摇。然则，两部基本法究竟包含哪些根本法呢？这些根本法之间是一种什么关系？

2017 年 12 月，全国人大常委会关于批准《内地与香港特别行政区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》的决定在论证一地两检的合法性时，特别指出：“在西九龙站实施‘一地两检’……符合‘一国两制’方针和香港特别行政区基本法的根本宗旨。”一国两制方针和基本法的宗旨是什么？为什么宗旨是合法性的渊源？“决定”没有细说立法宗旨的具体内涵，也没有解释立法宗旨作为合法性渊源的内在逻辑。这个任务留待学者去承担。

到哪里去寻找根本法？有一条捷径可寻，找到两部基本法中的秘符就能找到打开宝库的钥匙。这个秘符在宪法学理论中叫“修宪权的内在限制”。^{〔26〕}两部基本法都在第八章规定，“本法的任何修改，均不得同中华人民共和国对香港（澳门）既定的基本方针政策相抵触。”这类条款非常契合根本法的本义——不可动摇。既定的方针政策在哪里？都有哪些？两部基本法在序言中都写有这样一句话：国家对香港（澳门）基本的方针政策，已由中国政府在中英（中葡）联合声明中予以阐明。

从技术上讲，走这条捷径未尝不可。然而，不要高兴得太早，我们必须谨慎。一方面，尽管对港澳的基本方针政策载于两个联合声明，但不能因此否定和模糊制宪权的绝对自主性。基

〔24〕 参见王叔文：《王叔文文选》，法律出版社 2003 年版，第 305 页。

〔25〕 施米特，见前注〔23〕，第 3—24 页。

〔26〕 施米特，见前注〔23〕，第 152 页。

本法是主权者的政治决断,《中英联合声明》和《中葡联合声明》不过是主权决断的载体,不过是两个声明。主权决断早于此前已经做出,总决断体现在《宪法》第31条,1983年中共中央政治局做出了关于香港问题的具体决断,即“对港十二条”。^[27]另一方面,我们尚未真的找到宝藏,只是找到了一个藏宝清单而已。对于宪法“寻宝者”而言,宝藏在宪法之内。我们还得从基本法的文本入手。中国宪法文本在体例上有个特点,有序言和总纲,而根本的东西多寓于其中。两部基本法也不例外。从序言和总纲下手,是中国宪法研究的窍门。

1. 序言:不难发现,两部基本法的序言都包含三大根本法:国家统一和领土完整;繁荣稳定;资本主义。

序言宣告其立法宗旨是,①维护国家统一和领土完整;②保持香港(澳门)繁荣稳定。这两个立法宗旨,分别构成第一根本法和第二根本法。所谓立法宗旨,即最初的政治愿望和意志,用佛教的语言来说叫初心,即初发心。对于法律而言,立法宗旨不仅仅是法之始由,而且必须凌驾于、流贯于所有规则,是解决“疑难案件”的智慧之海。

第一根本法,日常政治语言叫“一国”原则。它包括两项内容,一项是国家统一,另一项是领土完整。国家统一的英文翻译是 national unity,指的是全体国民作为一个政治民族的同一性,具有很强的政治伦理色彩,体现了爱国主义的底线。由此可见,“香港民族党”的名字本身就违背了《基本法》第一原则,应该予以取缔。领土完整(territorial integrity)说的是国家对于其领土的神圣权利。这种严格的区分,在我们的日常政治语言中往往被模糊化了。中文把西方语言中地理意义的 country、政治民族意义的 nation 和上层建筑意义的 state 统统翻译成国家,所以,当我们说国家统一的时候,常常分不清是指政治民族统一还是领土完整,抑或是两个意义都包括在内。

繁荣稳定作为第二根本法,包括了经济繁荣和社会稳定两层意思。为什么繁荣稳定构成第二根本法呢?这是因为港澳回归是一个巨大的政治变迁,在理论上,其不可预测性甚至不亚于一场革命,可能天翻地覆。中国的立法者发了维持港澳“繁荣稳定”的初心,这完全符合港澳居民的共同愿望。这一条根本法约束中央人民政府,也约束特区政府,要求特区政府积极有为,通过发展来解决社会矛盾。

为了实现这两个宗旨,立法者确立了一个立法指导思想,那就是从港澳的历史和实际情况出发选择合适的制度,这叫因地制宜。如何因地制宜呢?总的方针叫“一个国家、两种制度”,即不在港澳实行社会主义的制度和政策,保持原有资本主义制度和生活方式,五十年不变。通俗地讲,一国两制的初心就是,为了实现国家统一,为了保持港澳繁荣稳定,宁可牺牲制度的同质性,宁可中央在权力配置上做出大的让步。

[27] 1981年9月中央已经由叶剑英提出了“有关和平统一台湾的九条方针政策”,叶九条已经包括了往后一国两制的基本意涵。1982年修改宪法,增加了第31条。之后,1983年4月中央政治局批准港澳办调研报告,形成“对港十二条”。7月,中英谈判正式开始。1984年对港十二条载入《中英联合声明》。

这已经显示,资本主义是第三根本法。这意味着国家把港澳不仅定位为两个行政区域,还定性为两个资本主义的商业社会。这里,商业社会不是一个单纯的描述性概念,更应该从规范的角度——资本主义商业精神——去诠释,才能有益于我们理解港澳的民主模式和民主发展正道的内在规定性。

前面已经指出,一国两制还有一个初心,那就是国家改革开放,这一条体现在1982国家宪法中。一国为本,两制为用。港澳基本法是实用主义制度观的应用范例。

2. 总则:总则翻译成英语就是一般原则的意思,其任务是将序言的精神转换为规范,这些规范一般叫原则。

①第1条规定,“香港(澳门)特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。”

这是序言中的“国家统一和领土完整”原则的另一种表述方式。请注意,基本法的第一根本法在规范形式上是一道禁令!为什么用禁令的语言格式书写呢?这无疑与两个基本法序言第一段叙述的两地长期分别被英国和葡萄牙占领的历史有关。还有两个更深层次的原因。一来,“国家统一和领土完整”在中华民族的集体心理中具有至高无上的价值。作为一个世俗国家,我国在宪法上甚至打破常规,用“神圣”一词来形容全中国人民完成统一祖国的大业的职责和公民保卫祖国、抵抗侵略的义务。二来,基本法授予港澳地区高度自治权。自治权越高,中央控制力越小,离心力也就越强,故而对底线的坚守就越加重要。这就是尽管在普通法国家鼓吹分离的言论和组织一般不受法律制裁,而在香港,鼓吹港独的“香港民族党”应该被取缔的宪法和基本法根据。

②第2条规定,“全国人民代表大会授权香港(澳门)特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”

第3条规定,“香港(澳门)特别行政区的行政机关和立法机关由香港(澳门)永久性居民依照本法有关规定组成。”

这两条在日常政治话语中通常连起来说,叫“港(澳)人治港(澳)、高度自治”,应该被认定为第四根本法。所谓港人治港、澳人治澳,如果转化为英美法上的术语,叫做 Home Rule,直译为“家乡人或本地人统治”。第三条没有提司法机关由在香港(澳门)永久性居民组成,是因为除了某些特定的法官职务外,允许非港澳永久性居民的外国人在港澳法院任职。

③第4条规定,“香港(澳门)特别行政区依法保障香港特别行政区居民和其他人的权利和自由。”

这一条构成第五根本法,即权利和自由保障。哪些权利和自由呢?最核心的内容规定在两部基本法的第三章《居民的基本权利和义务》。尽管从字面来看,港澳居民的基本权利与国家宪法规定的公民基本权利并无二致,但内涵却有很大的区别。这里,基本权利的主体资格的起点不是公民而是居民;权利和自由具有很强的自由主义色彩,与社会主义宪法的集体主义色彩形成鲜明的对比。此外,权利义务严重不对称,港澳居民的基本义务只有一条,即遵守港澳

特别行政区实行的法律。

④第5条规定,“香港(澳门)特别行政区不实行社会主义制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变。”

第6条规定,“香港(澳门)特别行政区依法保护私有财产权。”

这两条结合起来重申了第三根本法——资本主义。一般资本主义国家宪法并不直接规定资本主义制度,只规定私有财产权。港澳基本法的第5条都用“否定+肯定”双重保险的方式焊定资本主义,充分显示了一国两制初心何其坚定。

⑤《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。”

《澳门基本法》第8条规定,“澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件,除同本法相抵触或经澳门特别行政区的立法机关或其他有关机关依照法定程序作出修改者外,予以保留。”

两个基本法的第8条指出了港澳法治的一个特殊性——原有法律基本保留,与“保持原有资本主义制度和生活方式五十年不变”的规定保持高度一致,因为法律是制度最重要的形式。回归后港澳的法治,与回归前的法治有何异同?这就需要结合两个基本法的第11条来理解。回归后的法治是在新的宪制框架内的法治,因此,我将其概括为“新宪制法治”。此即第六根本法。

总括起来,港澳基本法内含六大根本法。六大根本法各自具有独立的价值,但相互之间绝非简单的并列关系,而具有内在的关联性。

第一根本法——不可分离——是前提和底线,高于其它根本法。一国是绝对的,两制是相对的。

第二根本法——繁荣稳定——是港澳特区宪制设计的初心之一,也是基本法实施成功与否的衡量标准,契合中国宪法精神——富强。

第三根本法——资本主义——直接服务于第二根本法——繁荣稳定,与国家宪法的社会主义原则截然对立,但一定程度上可以服务于中国的国家理性——富强,暗合国家宪法内含的改革开放的方针。

第四根本法——港(澳)人治港(澳)、高度自治——是中央与特区权力分配的独特原则,与第三根本法(资本主义)相配伍。两部基本法实质上就是港澳高度自治法,是关于高度自治权如何配置的法。

第五根本法——基本权利和自由,是第三根本法(资本主义)和第四根本法(高度自治)的根茎,也是第六根本法(新宪制法治)的内核。

第六根本法——新宪制法治。港澳地区的法治在什么法之治(法源)、法律的社会地位(法律至上)这两个方面均与国家层面的法治有别。港澳原有法律基本保留,法治在社会整合,乃至政治整合中居功至伟,不可须臾离也。

新宪制法治与第五根本法(权利和自由)互为表里,新宪制法治是权利和自由的保障,也是对它的节制。甚至可以说,第六根本法是前面所有五大根本法的保障。必须指出,第一根本法并不完全取决于特区宪制法治,在特区宪制法治无力保障国家统一的情况下,国家可以动用紧急权力悬置特区法律。

五、在基本法的实施中如何处理基本法与宪法的关系?

在港澳基本法之上还有宪法,因而,其根本法和高级法地位注定是相对的和有限的,在一国两制的实践中,在基本法的实施中,如何处理基本法与宪法的关系就成了一个随时可能显现的宪法难题,也成了许多人解不开的心结。

在一国两制的日常实践层面,这个宪法难题主要表现为如何处理好中央与港澳特区的关系。从中央的立场而言,国家主权、安全和发展利益是不可触碰的底线,一旦发生严重违反基本法的行为和事件,危及国家主权、安全和发展利益而特区层面不能有效控制时,中央就得主动寻找合适的法律手段应对。而港澳居民,特别是很多香港居民对中央总是抱持防范心理,动辄指责中央超越基本法行使权力、侵越其自治权,以各种方式对抗中央。这一方面需要中央担当起基本法守护者的角色,另一方面又需要中央极度地克制,严格按照宪法和基本法办事,矢志不移地坚持一国两制,不变形、不走样。两部基本法都规定了许多保护性的程序和制度,其中最重要的是基本法解释和修改的权力与程序。时至今日,修改程序从未启用,人大常委会的解释虽然为数不多,但产生了重大的影响。其中针对香港基本法的解释,几乎每次都引发重大争议,而由港澳本地司法复核案件引出的基本法解释事实上已经成为基本法实施的常态模式。

在法律技术层面,这个宪法难题被集中转换为两个问题:一是,宪法在港澳地区是否适用?与之相关联的是,如果适用,如何适用?另一个是,基本法是否具有自足性?两个问题侧重点不同,以下分而析之。

(一)宪法在港澳特区适用吗

国家给港澳特区各制定一部基本法,是不是意味着宪法在港澳特区就不适用了呢?

这样的提问既缺乏政治常识也缺乏法律常识。国家收回港澳,恢复行使主权,若宪法效力不覆盖港澳,那还能叫行使主权吗?主权所覆盖之地,自然是宪法效力之所及。主权包括领土权和治权,治权首先体现为制宪权,然后才体现为宪定权,从宪定权再演化出具体的法律权力。如果国家宪法不能适用于港澳,那么,港澳就不算正式纳入国家领土。根据效力层级理论,港澳原有法律,与基本法抵触者不得保留;港澳制定的一切法律,均不得抵触港澳基本法。基本法是根据宪法制定的,宪法是港澳法律体系效力的源泉。若是宪法不适用于港澳,则香港和澳门的全部法律体系归于非法状态。

有人可能会有这样一个误识:港澳原来各有一套行之有效的法制体系,回归以后照常运转,与中国宪法何干?这种误识如果不是出于恶意就是因为无知。两个《基本法》第8条规定

保留原有法律,这是一种主权认可,也是主权赋权或者充电。主权是绝对的,它有权认可,也有权废止港澳原有法律。在回归的一刹那,由于主权变换,港澳法律体系切换了“电源”。国家主权——具体化为宪法——才是港澳法制体系效力的“总闸”。

一言以蔽之,宪法对港澳具有效力并整体适用。然而,如果宪法的每一项制度都适用于港澳,那也就没有一国两制了。如果说联邦制是一国多宪,那么,一国两制就是一种中国特色的局部宪制多元化。其特殊性在于,一方面国家宪法整体上对港澳特区具有效力并适用,另一方面许多制度规范不适用于港澳特区。于是,一个看起来更加真实的问题被提出来了:究竟宪法的哪些条文可以在港澳适用,哪些不能在港澳适用?^[28] 这个问题首先是立法者应该考虑和处理的,随着两个联合声明的公布和两部基本法的公布,这些问题的答案应该水落石出了,但在基本法的实施过程中时不时地又被翻炒。

在香港基本法的起草过程中,为了给港人一颗定心丸,立法者专门设定了第11条。澳门基本法也依样画葫芦,在第11条写上一模一样的内容。如何理解第11条?上文已经指出,第11条确立了基本法的根本法和高级法地位。这等于说,在诸多方面不适用宪法的规定。如斯观之,我们国家的宪法其实有两个功能,一个是拱顶宪法的作用,另一个是内地宪法的作用。毫无疑问,作为拱顶宪法的那些内容必须适用于香港澳门,而在基本法的规定不同于宪法规定的情况下,宪法的相关内容即不适用。此即特别法优于普通法的道理。

对于要求列明哪些宪法条文适用于港澳,哪些条文不适用的主张,我的回答是既无必要也不合适。首先,没有必要。既然基本法已经摆在世人面前,就港澳本地事务而言,但凡基本法可以解决的问题当然求诸基本法,基本法解决不了的问题才再上一层楼去找宪法;就中央部门而言,采取任何措施既要符合基本法也要符合宪法。其次,不合适,写在哪里都不合适。立法行文在什么时候正面表述,什么时候用否定或者禁止性的表述,是极有讲究的。宪法是国家的根本大法,是一个庄严的文件,如果宪法的某些条文或者某些原则之后写上“本条或本款不适用于香港和澳门特别行政区”,那宪法不就成了了一件百孔千疮的叫花子衣裳了?港澳基本法在宣言和总纲都写下了“不在香港(澳门)实行社会主义的制度和政策”这样的否定性承诺,这是悬置宪法一个根本原则和部分规范的总承诺,足以显示国家是何其的谦抑了,若再列明宪法哪些条文不适用于港澳特区,那样以下犯上,数落宪法,置宪法于何等难堪境地!还是给宪法留点尊严吧,尊严即权威。

(二)港澳基本法自足性假定

在涉及基本法的具体案件中如何处理这个问题呢?换言之,站在法官的立场又该如何回答这个问题呢?曾任教于香港大学法学院的 Yash Ghai 教授从涉基本法诉讼碰到的诸多难题中提炼出一个发人深省的根本问题:如何看待基本法的性质?对此,他提出了一个连他自己也认为很

[28] See Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order : The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong University Press, 1999, pp.61-62.

难达成共识的命题:基本法是个自足的(self-contained)和排他性的(exclusive)文件。^[29]

此何谓哉?自足这个词有四种语义:①性格方面的保守内向、不善交流;②性格方面的自我把持或自制;③机械的完整性,封盖之下动力和各部件均全乎;④自身具备必要的东西,独立运作,社区的自足性(self-sufficiency)。^[30]前三种含义属于本义,第四种属于引申义。说基本法是个自足的文件,是个隐喻的说法,应该是借用了这个词语的物理学意义,而非心理学意义,从中引申出“自身具备必要的东西”“独立运作”的意涵。

为丰富想象,不妨简单介绍一下城市规划中的“自足新镇”(self-contained new town)的理念。二十世纪初,英国为了解决城市拥挤的问题,大力扩延城区。有人提出了一个新的理念,最早叫花园城市(garden city),一战后有人把这个理念提升为自足新镇。二战之前,自足新镇的理念已广为接受,但直到二战后才有效地实施。自足新镇的自足有两层含义:一是指设施,即拥有一套完整的城市设施,可以满足居民充分就业、购物、卫生、教育等方面需求;二是指社会目的,是一个完整社区的概念,即本镇居民在本镇就可以充分生活,可以满足日常需要,是一种社会生活的实验。^[31]要提醒的是,这个自足概念并不具有排他性。

实际上,回归前,港澳本来就是两个自足的社会共同体、自足的经济体。这种事实上的自足性是授予其高度自治权的客观基础之一,而高度自治权应该是 Yash Ghai 教授基本法自足性理论的依归。

在我看来,基本法的自足性理论可以视为对两个《基本法》第 11 条的“均以本法为依据”这个语段,特别是其中的“均”字的一种诠释。换言之,这个“均”字的覆盖面究竟有多广阔,是否涵盖了港澳特区存在方式的全部内容,从而使得港澳日常存在无需求助于宪法。我理解,所谓基本法自足性的命题应该分解为两个命题:[基本法+港澳本地法+附件三所列全国性法律]作为一个规范体系的自足性;[基本法+港澳本地法+附件三所列全国性法律]的实施机制和实施技术的自足性。我们来逐一分析。

第一,作为一个规范体系,[港澳基本法+港澳本地法+附件三所列全国性法律]是自足的吗?注意这个[]里没有宪法,如何解释呢?Yash Ghai 说,“自足不是指基本法与宪法无关,或者机制的组成或程序不用顾忌宪法,而是指在中央与特区关系上和法律在特区的适用上,提供基本框架(essential framework)的是基本法。”^[32]这个解释初听上去似乎并无不妥,但宪法安

[29] See Yash Ghai, “Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretation and Procedure”, in Johannes M. Chan, H L Fu and Yash Ghai ed., *Hong Kong’s Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*, Hong Kong University Press, 2000, p.44.

[30] 参见 Webster’s New Twentieth Century Dictionary of the English Language Unabridged Second edition 之 self-contained 词条, The World Publishing Company, 1966, p.1646.

[31] See A. A. Ogilvy, “The Self-Contained New Town: Employment and Population”, *The Town Planning Review*, Vol. 39, No. 1, 1968, p. 38.

[32] Yash Ghai, supra note 29, p.44.

在？他的文中前一句明明说基本法是一个自足的和排他性的文件，立马又用“基本框架”替代“排他性”，模棱两可，莫衷一是。如果说在中央与特区的关系上基本法是排他性的文件，那么，中央就不能在基本法之外根据宪法对港澳做出任何具有法律约束力的决定和行为，换言之，中央没有“剩余权力”（准确地说，应该是“其他权力”）。如果说基本法只是一个基本框架，那就不能排除中央可以在符合一国两制方针和基本法的宗旨的前提下根据宪法做出决定或者采取必要措施，比如关于一地两检的决定。

第二，[基本法+港澳本地法+附件三所列全国性法律]的实施机制和实施技术是自足的吗？有一系列问题需要回答，这里我们只关心基本法的实施机制和实施技术，与基本法实施无关的本地法的实施机制和实施技术概不考虑。本文不准备回答下述诸问题，只是想通过提问来展示基本法自足性命题在实施机制和实施技术方面的复杂性和危险性。

①基本法规定的立法任务是否完成？两个《基本法》第23条都规定了港澳本地应自行立法，澳门已经完成，但香港至今未落实。国歌法在香港也遇到本地化障碍。在这种情况下，我们能说香港基本法的实施机制是自足的吗？说自足无异于承认现实。如若不足，可否由中央出手？如何出手？

②基本法两套解释机制——全国人大常委会解释和港澳特区法院解释——在什么时间点、通过什么程序对接？全国人大常委会的解释对港澳法院是否具有约束力？

③基本法的条文是根据港澳本地法、外国法、国际法及其案例来解释还是应该根据中国法和中国法学知识体系来解释？

④全国人大常委会与港澳本地法院在法律解释技术上如何对接能做到更好地相互理解？

⑤全国人大及其常委会关于涉港澳事务的决定对港澳法院是否具有约束力？港澳法院是否有权审查其是否符合基本法？

⑥港澳特区法院是否有权审查全国人大及其常委会制定的法律是否符合港澳基本法？

我个人以为，从基本法解释角度来说，基本法的自足性可以作为一个假定存在。意思是说，港澳碰到问题，应该先假定在基本法上可以找到解决问题的依据，换言之，假定基本法是足够用的(supposed to be)。这个假定的意义在于给基本法解释留下尽可能广阔的空间。然而，假定毕竟是假定，不能当成一个规范命题，不能说基本法就是(is)自足的，从而排除宪法。也就是说，如果穷尽基本法也找不到解决之道，而又确有必要采取措施，那就得诉诸宪法，甚至修改基本法。其实，基本法的自足性假定，完全可以被“穷尽基本法”^[33]的原则吸收。穷尽基本法的原则既维护了基本法的权威，也无损于宪法的至上性。同时，这个原则既捍卫了港澳的高度自治权，也维护了中央的权威，因为这在很大程度上等于说，凡是港澳在自治范围内可以解决的问题，中央必须尊重港澳自治，如果依靠自治解决不了，港澳可以求助于中央，或者必要时

[33] 参见叶海波：“基本法穷尽主义——兼论人大涉港‘决定’的地位”，载朱国斌编著：《“一地两检”与人大常委会的权力》，香港城市大学出版社2020年版，第9章，第115—133页。

中央可以主动出手。

从基本法实施机制的角度来说,强调基本法的自足性不利于基本法实施。一来,基本法规定的特区实施基本法的义务和实施列入基本法附件三的全国家律的义务必须落到实处;二来,基本法赋予中央的一些权力,必须建立健全实施制度和机制,例如中央对行政长官和特区主要官员的任命、对特区立法的备案。

六、从对峙到合作:发挥港澳基本法作为经济根本法的功能、探索基本法实施与宪法实施结合的模式

以往港澳基本法研究侧重政治的一面,忽视了港澳基本法作为经济根本法的面向,聚焦于对峙的制度与现象,淡化了两地的合作机制。很多人可能有一个误解,由于港澳经济自治权非常完整,以为“一国”的概念只是个政治概念,丝毫不具有经济内涵。其实,完全没有经济内涵的国家是不可思议的。这里存在一个悖论,一方面基本法上关于经济一国的规范阙如,另一方面恰恰在很大程度上是基于经济改革的动因才授予港澳高度的经济自治权。我隐约地有种预感,如果有一天国人丧失对一国两制的信心,可能主要不是因为单纯的政治因素,更有可能是因为政治经济综合症,即由于政治动荡导致特区丧失应有的经济功能。因此,我呼吁加强港澳基本法作为港澳经济根本法的研究。

在一国两制、高度自治的条件下,如何实现最起码的经济一国呢?这里依靠的不是命令——服从的硬权力,而是依靠两地合作、中央协调支持。

港澳基本法均存在一个明显的缺陷,中央与港/澳关系的一章没有一个类似于美国宪法上的“州际商业条款”^[34]的关于港澳与内地省市关系,特别是经济合作的完整条款。如果把港澳基本法的第22条的各项规定做一种目的解释,把基本法作为港澳经济根本法的内在理性与宪法结合起来,我们可以合理地推导出一个合作模式:两地协商、中央批准或/和协助。在这方面,一地两检的合作为我们提供了一个范例,代表了未来基本法发展的一个趋势。

2017年12月,十二届全国人大常委会通过决定,批准《内地与香港特别行政区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》。在我看来,本“决定”是迄今为止全国人大常委会做出的最好的宪法解释和法律解释,为一国两制下经济宪法的实施提供了一个范式,是基本法实施和宪法实施相结合的典范,故全文引述:

会议认为,建设广深港高铁并实现香港特别行政区与全国高铁网络的互联互通,有利于促进香港特别行政区与内地之间的人员往来和经贸活动,有利于深化香港特别行政区与内地的互利合作,有利于香港特别行政区更好地融入国家发展大局,对保持香港特别行

[34] 美国《宪法》第1条第8款规定:“国会有权……管理与外国的、州与州间的,以及对印第安部落的贸易。”

政区长期繁荣稳定具有重要意义。为充分发挥高铁高速高效优势,使广大乘客充分享受快捷便利的服务,确保广深港高铁香港段的运输、经济和社会效益,在广深港高铁香港特别行政区西九龙站(以下简称西九龙站)实施“一地两检”,设立内地口岸区,专门用于高铁乘客及其随身物品和行李的通关查验,是必要的。

会议认为,《合作安排》符合“一国两制”方针,符合宪法和香港特别行政区基本法。根据宪法,香港特别行政区基本法授权香港特别行政区实行高度自治,包括实行单独的出入境管理制度等。香港特别行政区政府与内地有关方面就在西九龙站设立口岸并实施“一地两检”的相关问题协商作出适当安排,是香港特别行政区依法行使高度自治权的具体体现。在西九龙站设立内地口岸区,不改变香港特别行政区行政区域范围,不影响香港特别行政区依法享有的高度自治权,不减损香港特别行政区居民依法享有的权利和自由。出于在西九龙站实施“一地两检”的需要,《合作安排》对内地和香港特别行政区管辖权(包括司法管辖权)划分和法律适用作出规定,并明确西九龙站内地口岸区视为处于内地,是适当的。内地派驻西九龙站内地口岸区的机构依照内地法律履行职责,其范围严格限制在内地口岸区之内,不同于香港特别行政区《基本法》第18条规定的将全国性法律在整个香港特别行政区实施的情况。西九龙站内地口岸区场地使用权的取得、期限和费用由香港特别行政区政府与内地有关机构签订合同作出规定,符合香港特别行政区《基本法》第7条关于香港特别行政区土地所有权和使用管理的规定。在西九龙站实施“一地两检”,符合香港特别行政区基本法关于香港特别行政区政府应当制定适当政策促进和协调各行业发展、提供适当的经济和法律环境促进经济发展等规定,符合“一国两制”方针和香港特别行政区基本法的根本宗旨。

“决定”分为说明和决定正文两部分。说明部分即文件以“会议认为”语段开头的两个自然段。第一段只有两句话。第一句阐述高铁互联互通对香港的“有利”之处,用了三个“有利于”,概而言之曰“长期繁荣稳定”。第二句话阐述了一地两检的必要性,具体包括两个方面,一是发挥高铁的高速高效优势,二是便利旅客。

第二自然段论述一地两检措施的合宪性与合法性。合宪性指的是合乎国家宪法,合法性指的是合乎香港基本法,香港本地统统称之为合宪性,这里不浪费篇幅争论是否用词不当。

关于合宪性,“决定”只有论断,没有说理。对合法性的论证分为五个层次,比较充分。第一层,在西九龙站设立内地口岸区,不改变香港特别行政区行政区域范围,不影响香港自治权,不减损香港居民自由,而是香港特区行使自治权的具体体现。第二层,西九龙站内地口岸区视为处于内地,不同于香港特别行政区《基本法》第18条规定的将全国性法律在整个香港特别行政区实施的情况。第三层,西九龙站内地口岸区场地使用权的取得、期限和费用属于双方合意,且符合基本法。第四层,一地两检“符合香港特别行政区基本法关于香港特别行政区政府应当制定适当政策促进和协调各行业发展、提供适当的经济和法律环境促进经济发展等规定”。第五层,一地两检“符合‘一国两制’方针和香港特别行政区基本法的根本宗旨”。

“决定”第一段属于必要性论证,用法律语言来说,即论述目的正当性、手段合目的性;第二段是合法性论证。“必要性+合法性”论证合起来构成一个完整的经济宪法论证的结构。需要特别指出的是,关于合法性论证的第五层将立法宗旨作为法律渊源,其意义不可小视,在这个高度上,基本法上的合法性与国家宪法上的合宪性完美地实现了对接与融合。

“决定”出台后,一时各界评议如潮,而且香港启动了司法复核程序,现已尘埃落定。本文无意评价香港法院的判决,只是想提出两点长远考虑:一是粤港澳大湾区不仅仅是一个经济发展的战略布局,更是一个具有长远意义的宪法策略,其成败关系到一国两制未来的方向;二是,“决定”是基本法和宪法结合的一个范例,给未来粤港澳大湾区建设法律发展提供了一个范式。

Abstract: In the Chinese legal system, the Basic Laws of Hong Kong and Macau are sui generis and unique. Its ambiguous constitutional nature challenges the theoretical imagination and discursive capacity of the constitutional jurists. With the theories of the state of exception and constituent power as an intellectual springboard, Article 31 of the PRC Constitution can be read as a proclamation of constituent power regarding particular areas in the states of exception, and the policy of “One Country, Two Systems” can be reasonably interpreted as one fundamental political decision of the constitution. In this light, one can confidently refute the claim that the Basic Laws contravene the constitution as nonsense. Only when the internal consistency between the legislative intention of the Basic Laws and the reason of the state embodied in the constitution are discovered and when the asymmetrical horizontal power allocation is examined from the perspective of dynamic and macro equilibrium of the whole country with the outside world, can their constitutional legitimacy be accepted and the constitutional wisdom be appreciated. The Basic Laws are the fundamental laws and higher laws of Hong Kong and Macau. Six internally connected fundamental principles can be teased out by careful reading, i.e., anti-separatism, prosperity and stability, capitalism, home rule, safeguard of rights and freedom, new constitutional rule of law. But their status as fundamental laws and higher laws is not absolute, for the national constitution is binding and applicable as a whole in the two areas, only partially suspended. In their implementation, the doctrine of the self-containment of the basic laws can be accepted only as a presupposition, but not an excuse to deny the imperfectness of the mechanisms and techniques of legal implementation. Their function as economic fundamental laws is to be further explored. The recent Decision regarding “Two Inspections at One Place” issued by the Standing Committee of the NPC provides a paradigm of economic constitutional decision-making and represents the trend of legal development in the Great Bay Area.

Key Words: Basic Law; Constitution; State of Exception; Constituent Power; Self-contained

(责任编辑:王锡锌)