

论香港基本法上“国家”的规范内涵

韩大元*

摘要 当今世界,主权国家仍然是支撑宪法秩序与国际秩序的基础,国家对于宪法与法律制度的构建发挥着不可或缺的作用。20世纪80年代以来,面对国家统一的时代任务,中国共产党人以高超的政治智慧与开放的法律逻辑,创造了“一国两制”的制度,并通过基本法加以具体化。基于国家发展目标与任务,1982年宪法的设计者们通过宪法,为一国主权下实行两种制度提供了合宪性基础,塑造了具有原则性、开放性与灵活性的“两制”形态。经过20多年的实践,以“一国”为前提的“两制”治理呈现出丰富的实践样态。尽管在统一主权国家之内的“两制”之间出现了一些摩擦,但宪法上的国家概念具有疏解冲突、保持平衡的功能。在新时代,我们应挖掘宪法与基本法文本中国家的规范含义,凝聚社会共识,深化对“一国两制”的文明价值及时代命题的认识。

关键词 国家 一国两制 主权 特别行政区

引言

“一国两制”是《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称“基本法”)明确规定的维护国家统一与保持香港繁荣稳定的基本方针,具有明确的规范性。基本法序言明确规定:“为了维护国家的统一和领土完整,保持香港的繁荣和稳定,并考虑到香港的历史和现实情况,国家决定,在对香港恢复行使主权时,根据中华人民共和国《宪法》第31条的规定,设立香港特别行政区,并按照‘一个国家,两种制度’的方针,不在香港实行社会主义的制度和政策。国家对香港的基本方针政策,已由中国政府在中英联合声明中予以阐明”。序言是基本法精神的高

* 中国人民大学法学院教授。本文系国家社科基金重大项目“中国宪法学文献整理与研究”(项目编号:17ZDA125)的阶段研究成果之一。

度概括,也是制定、解释与实施基本法的核心价值。

长期以来,学界在研究“宪法与基本法”关系时,对“一国两制”内涵、两者的关系以及实践中面临的问题进行了大量研究,形成了较丰富的研究成果。^{〔1〕}《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》(以下简称《决定》)将“一国两制”制度体系明确为国家的重要制度,作为支撑国家治理体系与治理能力现代化的13种国家制度之一,进一步丰富了“一国两制”的内涵。《决定》明确指出:“必须坚持‘一国’是实行‘两制’的前提和基础,‘两制’从属和派生于‘一国’并统一于‘一国’之内”。^{〔2〕}《决定》对“一国”与“两制”关系的科学判断是研究“一国两制”的重要指导,有助于澄清实践中存在的一些模糊认识。尤其是,自2019年6月份以来,香港发生了“修例风波”,这对如何认识“一国两制”中的“一国”提出了新的课题。虽然经过22年基本法实施的实践,人们在“一国两制”问题上对“一国”的前提性地位有基本共识,但遇到具体问题时,这种共识又处于动摇或者不确定的状态中,甚至出现公然挑战“一国”底线的现象,客观上削弱了“一国”的共识。面对“一国两制”在香港面临的严峻形势,我们有必要以十九届四中全会《决定》为指导,回到“一国两制”的初心,正确认识“国家”这一概念在宪法和基本法上的规范意义,坚守“一国”的前提和核心地位。

正如有学者所指出的,“在一国两制的语境下,怎么理解‘国家’是很重要的问题,这决定了我们怎么理解‘国家与特区的关系’、‘中央与特区的关系’以及‘内地与特区的关系’,而这几组关系有时是容易混淆的,其背后须还原为若干个具体的国家机关”。^{〔3〕}在“一国两制”实践进入新时代的背景下,正确认识宪法和基本法上“国家”的规范内涵,以宪法上的国家意志、国家观念与国家意识为统领,塑造“一国两制”的制度体系是十分必要的。本文拟围绕基本法上“国家”的规范内涵对基本法中的“国家”面向、基本法上“国家”的规范体系展开讨论,并藉由对基本法中“国家”规范内涵的理解,对宪法和基本法框架下的两个问题——基本法的合宪性以及宪法在特别行政区的效力问题展开回应。

一、基本法中的“国家”面向

自基本法实施以来,学界围绕“一国两制”中的“一国”概念进行了一些研究,这些讨论聚焦到规范层面,其核心即是探讨宪法与基本法关系,具体可以展开为宪法在特别行政区的效力、基本法的制定依据等学术命题,并以此为依托探讨“一国”的规范含义。依托这一学术脉络,对“基本法中的‘国家’面向”的讨论就不可缺少。

〔1〕 最新的成果有,王禹:《论宪法在特别行政区的适用》,三联出版社2019年版。

〔2〕 本书编写组:《〈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〉辅导读本》,人民出版社2019年版,第39页。

〔3〕 黄明涛:“不忘初心,方得始终”,载全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会办公室编:《纪念香港特别行政区基本法实施20周年文集》,中国民主法制出版社2018年版,第102页。

而对这些学术问题的梳理,首先要回到基本法制定时的宪制架构,分析在宪法框架下如何认识“国家”,以及如何将宪法上的“国家”引入基本法之中,体现宪法的国家观对基本法的国家意识发挥规范与价值指引,以确保基本法的运行始终保持其合宪性。

(一)国家、主权与宪法变迁

当今世界,国家作为既抽象又具体的概念,其内涵虽不断发生变化,但核心要素并没有改变,传统理论中国家的三要素,即居民、领土与权力,仍然是现代国家的特征。从这三要素中可以看出,国家这一概念包含政治(政府组织、主权)、社会(人口)和自然(土地)的多重含义。而在这多层次含义中,政治共同体意义上的国家与主权有着密切的关系。

“一国之中,主权,其灵魂也”。〔4〕在现代民族国家(nation state)兴起的过程中,与主权原则相伴而生的古典“国家理性说”扮演了重要的角色。黑格尔把古典的“国家理性说”推向了极端,他提出,国家具有绝对不可动摇的自己的目的,认为国家的福祉是决定一个国家对其他国家的态度的最高法则。“由于各国都是以作为特殊意志的独立主体相互对待(条约的有效性就是以此为依据的),又由于整体的特殊意志完全以它自身的福利为内容,所以福利是国家在对别国关系中的最高法律”。〔5〕古典的“国家理性说”事实上完全否认了高于国家主权意志的国际法的一般规范性和约束性。黑格尔的“国家理性说”在现实上又与主权国家的要求相吻合。黑格尔认为,国家主权有对内和对外两个方面,国家具有个体性,而这种个体性集中表现为对他国关系中的排他性。因此,他得出结论,独立自主和国家主权是一个民族最基本的自由和最高的荣誉,而国际社会是以各个国家的主权为原则的。应该说,在古典的“国家理性说”的时代,国家主权是具有绝对性的。

但在国际化的背景下,这种绝对主义的主权观和国家至上的观念受到了冲击。这种冲击来自于经济的全球化、信息技术带来的权力结构改变、市民社会的成长、国家间和非政府间国际组织功能的强化、文化的多元与融合等多个方面。同时,人们也认识到了传统的国家主权至上理论会导致“国家利己主义”,从而有可能导致人类的灾难。这方面的例子可从两次世界大战、美国退出《巴黎气候协定》到全球范围内的贸易保护主义等等,不胜枚举。为此,有人提出了“主权弱化论”“主权让渡论”等新的观念,以解释和应对新的挑战,并为人类的共同福祉寻找可能性。同时,在全球化、信息化的时代,人权、自由、民主等价值实际上成为具有普遍性的国际共识。而这些价值在某种程度上与主权之间存在着一定的张力。现实中,这些价值确实被某些西方强国利用,成为“新干涉主义”“长臂管辖权”等工具性话语。但无论如何,如果我们过分强调主权的绝对性而忽视这些价值,就会客观上损害国家的利益。从另一个角度看,过分强调主权和忽视前述价值,也有可能导致我们在国际空间中话语权的损害,导致国家“软实力”的损害,并最终损害国家的“文化主权”,导致社会成员国家意识的混乱。

这种时代背景的变化直接体现在宪法文本上,宪法规范的变动深刻影响并丰富“国家”的

〔4〕(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第131页。

〔5〕(德)黑格尔:《法哲学原理》,范扬译,商务印书馆2003年版,第349页。

内涵。1982年宪法颁行之后,先后经历了5次修改:1988年宪法修改确认了私有财产,跳脱出了僵化思想的禁锢;1993年宪法修改,确立了市场经济的宪法地位;1999年宪法修改,将依法治国、建设社会主义法治国家写入宪法;2004年修宪将过去备受争议的“国家尊重与保障人权”写入宪法,法治成为国家治理的基本方式,宪法至上、社会正义、人权保障、法律明确性与安定性等一系列制度要素在法治国家架构下展开;2018年修宪则把生态文明等写进宪法,扩大中国宪法的开放性,以回应国际社会共同关切的环境保护、气候变化等挑战。将这些理念写入宪法后,国家价值观实际上已经悄然发生了变化,极大地丰富了以维护人的尊严为核心的宪法共识,也使宪法上的国家形象不断丰富与立体化。在这种意义上,正面回应国家与国际秩序之间的张力,也是宪法课予国家的义务。

如前所述,我们需要将基本法放在宪法框架与“一国两制”的背景下进行理解,基本法上“国家”的规范内涵离不开对宪法乃至主权等概念的阐释。因此,这种新的国家主权观和国家意识当然也会影响法学思维的“国家关联性”,对基本法中“国家”面向的阐释,必须考虑到持续变动中的宪法概念,考虑到人类共同的价值追求以及国家中不同群体的不同诉求。

(二)宪法文本中的“国家”概念与特别行政区制度

无论是古典的绝对国家观念,或是处于变动秩序中的国家观念,对其规范内涵的解读,都必须通过对规范文本进行阐释。了解宪法文本中“国家”的含义,我们可以探知制宪者为一国政治与社会生活树立了怎样的国家观念,希望在法律体系中贯彻怎样的国家意识。

在现行宪法文本中,“国家”一词共使用了150多次,其含义包括四种类型:

一是指政治共同体,即形成和维系共同体是宪法中“国家”的首要定位。具体又可以分为主权独立意义上(对外)的“国家”和主权权力意义上(对内)的“国家”两种;

二是国家通过国家机关的具体活动,履行其职能,如“国家的权力”“国家机关”“国家机构”“国家工作人员”“国家权力机关”“国家行政机关”等;

三是与地方相对应意义上的“国家”,如“中华人民共和国国务院,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”;

四是,在与社会相对的意义上使用的“国家”,经常与社会概念相对应,通常的表达方式是“国家和社会”等。

而其中与特别行政区相关的主要是《宪法》第31条。该条是设立特别行政区的依据,也是规定特别行政区制度的依据。^{〔6〕}在此类型下进一步分析该条文中的“国家”的含义,以及其中包含的国家意识,有助于我们理解基本法的制定依据,并在规范体系上认识宪法与基本法的关系。

从文义解释角度看,《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”。这里的“国家”首先是前述第一个层次意义上作为政治共同体意义上的“国家”。这意味着,特别行政区的设立是独立的

〔6〕 参见《全国人民代表大会关于设立香港特别行政区的决定》与《香港特别行政区基本法》第11条。

政治共同体的政治决断,其中必然体现了整个政治统一体的共同价值和共同信念。是否设立特别行政区,并不仅仅是最高国家权力机关的决断,而是整个国家的决断,由国家考量“必要性”以后作出的判断,这强化了“一国两制”制度体系的国家意志。全国人民代表大会只是由国家作出决断以后,通过法律将国家意志具体化,并不直接作为决断者的主体。所以,特别行政区的设立是整个国家意志的结果,而规定特别行政区制度的法律是对这种国家意志的法律化和具体化。

从历史解释的角度看,国家意志始终体现在基本法的制定过程。如参与制定过程的肖蔚云教授认为,《宪法》第31条的内涵包含两层意思,一是可以建立与深圳、珠海等经济特区有所不同的特别行政区;二是在特别行政区内实行的制度可另以法律规定,也就是说,可以实行不同于其他省、自治区和直辖市所实行的制度,可以不实行社会主义制度。这体现了“一国两制”的方针和精神,是制定香港基本法的主要宪法依据。他同时指出,不仅仅是第31条,而是从整体上说宪法是制定基本法的依据,因为关于中央与特别行政区的关系以及国旗、国徽、首都等内容涉及到宪法的其他许多条文,也需要以这些条文为依据。例如,《宪法》第62条规定:“全国人民代表大会行使下列职权:……(十三)决定特别行政区的设立及其制度”。〔7〕《中英联合声明》中指出,“中华人民共和国政府声明,……根据中华人民共和国《宪法》第31条的规定,设立香港特别行政区”,“中华人民共和国全国人民代表大会将根据中华人民共和国宪法制定并颁布中华人民共和国香港特别行政区基本法,规定香港特别行政区成立后不实行社会主义的制度和政策……”。肖蔚云教授认为,从上述《中英联合声明》的内容看,第一,根据宪法制定香港特别行政区基本法;第二,根据《宪法》第31条建立香港特别行政区。这就进一步说明了制定香港特别行政区基本法的法律根据是宪法,包括第31条,而不只是《宪法》第31条。

从体系解释的角度看,结合宪法文本中关于单一制的相关规定,我们可以得出一个结论,即在作为政治共同体的国家治理下,特别行政区只能作为一种特殊的地方制度而存在,也就是说,特别行政区是作为中央的“国家”设立在特别行政区的一种特殊的地方制度。宪法文本中的“国家”,不仅仅表达行使最高决定权的国家机关意志,同时表达通过最高权力机关的决定权而体现的整个政治共同体的统一意志。在特别行政区的设立上,作为最高权力机关的全国人民代表大会行使着实现政治共同体意志的特殊功能,因此,全国人大常务委员会不能修改基本法,只能由全国人民代表大会才能修改基本法等。1982年《宪法》第31条草案的规定是:“在特别行政区实行的制度,按照具体情况由法律规定”。这个规定中没有明确制定法律的主体,也没有明确特别行政区设立的权力主体。后改为“由全国人民代表大会按照具体情况,由法律规定”,明确了法律的制定主体,以维护基本法应有的地位与权威。因此,在特别行政区相关条文解释上,应注意把握“国家”在价值与事实关系中的不同内涵与界限。

总之,特别行政区制度是中华人民共和国作为一个政治共同体作出的政治决断的产物,充分体现着作为一个统一的单一制国家的国家意志。这是我们理解基本法的一个最基本的认识

〔7〕 参见肖蔚云主编:《一国两制与香港基本法律制度》,北京大学出版社1990年版,第87页。

前提与出发点。

(三)基本法的制定依据及与宪法关系

如何认识基本法的性质和地位,是研究基本法实施机制的基本出发点,也是准确把握中央与特区关系的基本前提。^{〔8〕}宪法与基本法关系问题发轫于中英关于香港问题谈判期间,实质上是围绕国家与主权的权利关系而展开,国家问题始终是基本法起草过程中的最核心问题之一。^{〔9〕}

“一国”之内实行两种不同的制度,其宪法依据在哪里?按照传统的国家学说,在统一的主权国家只能实行一种制度。《宪法》第1条规定社会主义制度是我国的根本制度,但在一些局部领域则实行资本主义制度。这种主权的统一性与“两制”下的不同制度之间的“妥善制度”衔接是由宪法来完成的。

王叔文教授认为,“有的人认为《宪法》第31条是制定香港基本法唯一的法律根据,因而提出基本法只同《宪法》第31条发生关系,这种见解是不正确的。由于香港基本法实行了‘一国两制’的基本方针,宪法关于社会主义制度的条文规定不作为制定基本法的依据,这是必要的。但是,不能以此否定宪法是制定基本法的依据,否定宪法的其他条文对制定基本法的有效性和拘束力”。^{〔10〕}王叔文教授的澄清是必要的,他直接表明基本法乃是依据宪法所制定,第31条并非基本法制定的唯一依据,其他宪法条款的拘束力是不能否定的,这为讨论宪法和基本法的关系奠定了规范面的基本框架。

而从事实面观察,1982年12月4日宪法的颁行为后续进行的中英谈判营造了良好的氛围,为以主权维护国家核心利益奠定规范基础,即先通过宪法,以宪法上的主权为原则进行谈判,并以宪法为依据制定基本法。但当时,对很多香港同胞来说,“国家”是陌生的,许多人虽对国家恢复行使主权充满期待,可对随着主权行使的恢复而带来的新的宪法秩序以及主权代表的“国家”形象,仍存有疑惑与不安。毕竟这是150多年英国统治的结束,是从英国宪法秩序向中华人民共和国宪法秩序的根本转变。于是出现了一国主权下本不应存在的宪制课题,即一国之内如何安顿两种不同制度;“一国两制”下具有社会主义性质的宪法条款在实行资本主义制度的香港特区是否有效或适用;宪法是否在特别行政区全部适用?如果全部适用,那么“一国两制”是否名存实亡;如果不能全部适用,具体又有哪些条文适用或不适用等等。在香港基本法起草过程中,以及基本法通过以后,围绕着宪法与基本法的关系及基本法中的许多问题,在学者之间以及起草委员之间形成了不同的看法。^{〔11〕}香港回归以后,这些问题继续成为学界讨论的热点并主要体现为五个面向:①宪法是基本法的立法依据;②基本法的性质及其在中国法律体系中的地位;③基本法的合宪性;④宪法在特别行政区的效力与适用;⑤宪法与基本

〔8〕 参见韩大元:“宪法在澳门特别行政区的效力问题”,《“一国两制”研究》2016年第1期,第2页。

〔9〕 参见韩大元:“论《宪法》在《香港特别行政区基本法》制定过程中的作用——纪念《香港特别行政区基本法》实施20周年”,《现代法学》2017年第5期,第7页。

〔10〕 王叔文主编:《香港特别行政区基本法导论》,中共中央党校出版社1997年6月版,第84页。

〔11〕 参见胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第286页。

法共同构成特别行政区的宪制基础。

这五个面向之间的相互关系又可表述如下：首先，宪法是特别行政区基本法的立法依据这个判断，是认识基本法的性质及在我国法律体系中的地位的前提，是基本法符合宪法的判断依据，是宪法在特别行政区有效和适用的基础，为宪法和基本法共同构成特别行政区的宪制基础这一命题提供了直接依据；其次，明确基本法的性质及其在中国法律体系中的地位，是明确宪法在特区宪制地位和准确把握中央与特区关系的基本前提；再次，特别行政区基本法符合宪法，是宪法和基本法关系的最直接的反映，也是讨论宪法在特别行政区有效和适用的基础；第四，宪法在特别行政区有效和适用是宪法与基本法关系最集中的反映，是学界讨论宪法与基本法关系的主要关注点；最后，宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础这一命题，是正确认识“一国两制”含义的基础性命题，准确揭示了特区宪制秩序的内涵和特征，与宪法在特别行政区有效和适用相辅相成。而五个面向实质上围绕“一国”与“两制”关系展开，最终回到如何确立“一国”在宪制秩序上的优先地位。

综上所述，基本法是以宪法为依据制定的国家的基本法律。这一判断实际上把宪法作为制定基本法的依据，体现国家意志与治国哲学。宪法作为国家根本法，是国家运行的基本依据，同时也是国家作为政治共同体的基本决断。

二、基本法中的“国家”：文本表述与规范体系

依托宪法与基本法关系，从基本法中的“国家”面向厘清基本法的制定依据后，应进一步深入基本法文本，探求其规范体系。

（一）“国家”概念的脉络

如前所述，香港基本法的制定是以中华人民共和国对香港和澳门恢复行使主权为背景的，从而在基本法中格外突出强调国家主权和国家意识。“国家”一词在基本法中主要出现在序言、总则以及中央与特别行政区关系部分。据学者分析，对基本法 160 个条文做了梳理以后发现，“国家”一词出现 22 次，在序言 5 次，第一章 1 次，第二章 7 次，第三章 1 次，第五章 3 次，第七章 5 次。与“国家”相关的其他词汇，如中国 27 次、中央人民政府 47 次、中央 7 次、全国人民代表大会 25 次等，总共出现 167 次。^{〔12〕} 直接涉及特区自行处理的事项只有 20 条，多数为教科文、宗教、社会福利等事项（11 项），经济事项 4 个，自行立法事项 4 个，司法（自行解释条款）1 项。^{〔13〕}

如前所述，香港基本法序言第二段中规定的“……国家决定……”和第三段规定的“……以保障国家对香港的基本方针政策的实施”中的“国家”一词是指整个统一的政治共同体，表明了在香港问题上中华人民共和国对内对外的独立主权。此外，《香港基本法》第 18 条第 4 款规

〔12〕 参见程洁：“香港新宪制的法理基础”，载全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会办公室编：《纪念香港特别行政区基本法实施 20 周年文集》，中国民主法制出版社 2018 年版，第 169 页。

〔13〕 同上注。

定：“全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因香港特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态”，第7条规定：“香港特别行政区境内的土地和自然资源属于国家所有”，第152条规定：“对以国家为单位参加的……香港特别行政区可以‘中国香港’的名义参加不以国家为单位参加的国际组织和国际会议”，也体现了“国家”一词所具有的浓厚的主权意义。

《香港基本法》第21规定：“香港特别行政区居民中的中国公民依法参与国家事务的管理”，第19条规定：“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题，应取得行政长官就该等问题发出的证明文件，上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前，须取得中央人民政府的证明书”，第23条：“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为，禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动，禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系”。这些表述中的“国家”则主要体现了作为特别行政区的香港与中央的关系，表明与地方相对意义上的中央的含义以及特区作为地方区域的宪制义务。

通过对基本法的文本分析，可以发现“国家”和“国家意识”的表达形式是多样的，相关词汇包括：中国、中华人民共和国、国家、全国、中央、国际、国防、叛国、外国、国籍、各国等等。这些词汇大致也在政治统一体、与社会相对应和与地方相对应三种意义上使用。统计结果显示，在政治统一体意义上使用的相关词汇次数约为110次；在与地方相对应的意义上使用的相关词汇约75次；而与社会相对应的则仅有6次。图示如下：

表1 香港特别行政区基本法中含“国家”意义的词汇使用情况统计表

	政治共同统一体意义上	与地方相对应意义上	与社会相对应意义上
序言	14次	0次	0次
第一章	4次	2次	0次
第二章	13次	30次	0次
第三章	8次	0次	0次
第四章	20次	8次	0次
第五章	15次	11次	5次
第六章	2次	0次	1次
第七章	32次	9次	0次
第八章	2次	14次	0次
第九章	0次	1次	0次
总计	110次	75次	6次

仅从文本的词语分析看，基本法中对国家意志与国家意识的强调是非常明显的。之所以

主要在政治统一意义上和与地方相对应意义上强调国家观念,主要原因是:

第一,香港特别行政区是中华人民共和国这一统一政治共同体的一部分,作为香港特别行政区宪制性文件的基本法必须突出强调这一点;

第二,在中国单一制国家结构下,香港是中国的地方行政区域,香港特别行政区的机关与中央机关相对应,基本法必须明确厘清这一“中央与地方”的关系;

第三,作为中国的特别行政区域,香港经“全国人民代表大会授权”,依照基本法享有高度的自治权,这些自治权主要表现在经济、文化和社会生活领域,在政治领域则有所限制。因此,从宪法的角度看,与社会相对应意义上的“国家”,在基本法上具体表现为特别行政区的高度自治活动,有的时候其国家的某些功能由“香港特别行政区政府”具体行使,基本法在这一意义上使用的“国家”相对较少,仅为6次。

可见,从文本的类型看,基本法中“国家”一词的使用,在含义上是与宪法的规定一脉相承的,体现了宪法的国家观在基本法中的具体落实。因此,对基本法的理解和实施,都必须以宪法确立的国家观念为指导,不能脱离国家意志,更不能挑战国家的底线。从“中华人民共和国对香港恢复行使主权”这一表述中就可以看出香港问题与主权问题的内在逻辑。所有的中国人在香港回归中都体会到了主权的独立与国家的自主带来的荣誉感。然而,我们也同样可以感受到香港回归对传统国家观念的研究带来了新的课题。如果我们在涉及香港的问题上,不充分考虑香港作为特别行政区的特殊性,以及不综合考量民主、法治、人权等价值,也不利于维护国家认同。同时,“国家尊重和保障人权”在内的宪法规范变迁也应该在“一国两制”实践中被充分考量。国家意识在香港的普及以及基本法实施中的具体贯彻,有必要充分考虑国家价值观正在发生的变化。

(二)“中央人民政府”概念的脉络

基本法中另一个与国家息息相关的概念是“中央人民政府”。

如前所述,特别行政区的设立是作为政治共同体的国家,通过全国人民代表大会来实现的。而基本法上的国家对香港的具体治理则是通过中央人民政府的职能来实现的。经统计,香港基本法文本中出现“中央人民政府”一词共计48次。其中,第二章“中央和香港特别行政区的关系”,共出现15次;第四章“政治体制”,共出现9次(行政长官,6次;行政机关、立法机关和司法机关,各1次);第五章“经济”,共出现12次;第七章“对外事务”,共出现10次;第八章“基本法的解释和修改”,共出现1次;附件一“香港特别行政区行政长官的产生办法”,共出现1次。

表2 基本法文本中出现“中央人民政府”一词的次數

章 节	次 数
序 言	0
第一章总则	0
第二章中央和香港特别行政区的关系	15

第三章居民的基本权利和义务		0
第四章政治体制	行政长官	6
	行政机关	1
	立法机关	1
	司法机关	1
第五章经济		12
第七章对外事务		10
第八章基本法的解释和修改		1
附件一：香港特别行政区行政长官的产生办法		1
总 计		48

同时,在基本法中涉及“中央人民政府”一词的有关条款共有 34 条(款)(含附件一第 1 条)。在这些条款中,基本法不仅明确了中央人民政府与香港特别行政区的总体关系,也明确了中央人民政府负责管理或决定特别行政区的有关事务、中央人民政府批准、许可及备案事项、中央人民政府授权事项、中央人民政府协助或授权事项,以及中央人民政府依照基本法不在特别行政区行使部分权力。具体规定可类型化如下:

表 3 基本法文本中涉及“中央人民政府”一词的有关条款

序号	规范类型	规范条款
1	中央人民政府与香港特别行政区的总体关系	第 12 条、第 43 条第 2 款
2	中央人民政府负责管理或决定特别行政区的有关事务	第 13 条第 1 款、第 14 条、第 15 条、第 45 条第 1 款、附件一第 1 条、第 18 条第 4 款、第 19 条、第 48 条第 5 项、第 48 条第 8 项、第 73 条第 9 项、第 131 条、第 132 条第 1 款、第 13 条第 1 款
3	中央人民政府批准、许可及备案事项	第 22 条第 2 款、第 22 条第 4 款、第 48 条第 3 项、第 126 条、第 129 条第 2 款、第 156 条、第 157 条
4	中央人民政府授权事项	第 13 条第 2 款、第 20 条、第 23 条、第 125 条、第 133 条、第 134 条、第 154 条第 1 款
5	中央人民政府协助或授权事项	第 96 条、第 153 条第 3 款、第 155 条
6	中央人民政府依照基本法不在特别行政区行使部分权力	第 22 条第 1 款、第 106 条

由此可见,基本法第二章“中央与香港特别行政区的关系”中的“中央”,主要指全国人大及其常委会、国家主席、中央人民政府等,具体治理的任务由中央人民政府履行。因为根据基本

法,特别行政区司法机关司法独立,终审法院享有终审权,与中央司法机关并无隶属关系,只有司法互助关系。因此,经常性地代表中央对特区行使管治权的主体是最高国家权力机关与中央人民政府。这种宪制体系的安排,主要是基于基本法的“授权”属性与以行政为主导的政治体制运行的需要,为行政长官向中央与特区负责提供依据。中央人民政府在基本法实施的各个领域行使管治权有利于在“一国”之内既体现主权者意志,同时在法律和政策执行环节提高效率,保证“一国两制”的顺利实施。

三、基本法中的“国家”:基本法的合宪性争议

1982年1月,邓小平正式提出“一国两制”的概念。同年12月,宪法通过第31条将特别行政区设立列入宪法规范之中。1982年宪法在统一的国家法秩序内为“一国两制”政策提供了宪法依据,并在宪法秩序内为“一国两制”的实践构建了形成空间,为不同制度之间的和平共处提供宪法通道。在《中英联合声明》中,中国政府声明,将根据第31条的规定,设立香港特别行政区,并且全国人民代表大会将通过制定基本法以具体实施“一国两制”基本方针政策。毋庸置疑,宪法成为特别行政区基本法起草与实施的基本背景、效力依据和正当性基础。^[14] 尽管如此,基本法的合宪性问题曾一度令部分港人较为担忧,如何在统一的国家宪法秩序下安顿两种不同性质的制度,成为人们关注的话题。

(一)“基本法抵触宪法”说

在《中英联合声明》签署前后,人们已经开始讨论基本法的合宪性问题。^[15] 在当时的情况下,一些人怀疑香港回归后是否还能继续保持原有的资本主义制度和生活方式不变。因为1982年宪法是社会主义性质的宪法,从根本上维护社会主义制度而否定资本主义制度。《宪法》第1条确定了国家的社会主义性质和根本社会制度;《宪法》第5条同时规定:“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”;《宪法》第6条规定了国家的社会主义基本经济制度。时任全国人大常委会委员长彭真曾在1982年宪法颁布一周年向新华社记者发表的谈话中特别强调,“实施宪法的核心问题,是要维护和发展社会主义制度,一刻也不能忘记或者背离社会主义方向”。有些人认为,香港特别行政区既然是统一的中国的不可分割的一部分,香港居民是中国公民,照例也不能脱离社会主义道路,香港的基本法也不该背离社会主义方向。^[16] 如果香港要保持已有的资本主义制度,中国宪

[14] 参见韩大元,见前注[9],第3页。

[15] See W.S. Clarke, “Hong Kong under the Chinese Constitution”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 14, No.1, 1984, pp.71-81. 另见张鑫:“特别行政区基本法与国家宪法之间的关系”,载施钧安等主编:《基本法面面观》,金陵出版社1984年版,第23页。

[16] 参见张鑫,见前注[15],第25页。

法中的社会主义条款就不能在香港适用。^[17]

另外,一种关于“《宪法》第31条的性质及其在整部宪法中的地位”的理解亦担心基本法与宪法相抵触。该观点认为,《宪法》第31条并非作为整部宪法的“但书条款”(Non Obstante)而可独立于宪法的其他条款。宪法也未规定,依据《宪法》第31条建构的特别行政区制度可以独立于宪法中社会主义性质的条款或者与宪法的基本原则不相一致。^[18] 因为与《宪法》第5条一样,《宪法》第31条亦是宪法的总纲条款,其虽可以被解释为优位于宪法中的普通条款,但不能认为《宪法》第31条优位于《宪法》第5条。甚至根据《宪法》第5条“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”的规定,《宪法》第31条应该与宪法其他条款保持一致。因为该条款一方面表明,特别行政区实行的制度应当遵守宪法的总纲条款;另一方面表明,《宪法》第31条授权为特区进行立法的全国人大不得制定违背整部宪法的任何法律。^[19] 因此,《宪法》第31条的非优位性及其相较于第5条的规范地位,无法正当化全国人大通过基本法规定的在特别行政区实行的制度与宪法相抵触的情况。

(二)“基本法符合宪法”说

如果依据目的解释而非文义解释方法,《宪法》第31条与《宪法》第5条的关系可获得另一种解释的结论。彭真在其于1982年11月26日所作的《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中提及,“考虑到这种特殊情况的需要,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。’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,充分照顾台湾地方的现实情况和台湾人民以及各方面人士的意愿。这是我们处理这类问题的基本立场”。由于原本为解决台湾问题而提出的“一国两制”政策首先被运用到解决香港问题上,故处理这类问题的基本原则和立场没有改变,即为了维护国家的主权、统一和领土完整,根据《宪法》第31条,通过基本法在局部领域内实施的制度具有很大的灵活性,可以区别于国家主体实行的社会主义制度。这种统一宪法秩序下的国家主体与部分领域采用的不同制度差异性是可以证成的。

(三)基于“一国”的解释方案

基本法序言规定特别行政区“不实行社会主义制度”,正文又规定“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”。如何理解这一表述?需采用目的解释还是历史解释的方法进行阐释?据统计,宪法文本中“社会主义”一词共出现47处,其中序言22处,第一章总纲出现24处,第二章公民基本权利与义务出现1处。在宪法文本中的“社会主义”主要宣示国家制度的性质、国家价值观以及国家发展方向,如“社会

[17] Clarke, *supra* note 15, p.75.

[18] Clarke, *supra* note 15, p.76.

[19] 参见张鑫,见前注[15],第25页。

主义公有制”“社会主义法治国家”“社会主义初级阶段”“社会主义公共财产”“社会主义核心价值观”等。社会主义制度是宪法规定的国家的“根本制度”，对根本制度的范围，宪法能否作出灵活安排，即国家主体与局部领域实行不同的制度？对此人们的认识是不一样的。至于社会主义政策不在特区适用则具有比较大的弹性，毕竟它不是法律规范的具体要求。所谓资本主义制度，指实行私有制、自由市场经济、多党制以及资本主义价值观，与以社会主义公有制为基础、党的领导、实行人民代表大会制度以及文化制度的社会主义制度有本质区别。在一个统一的主权国家里，同时存在两种不同的制度，如何在宪法秩序上寻求合理的平衡？

首先，在一国宪法秩序内实行的两种制度，其地位是不一样的，并不是“平起平坐”。〔20〕国家主体是社会主义，这是宪法规定的，即使少数地区保留资本主义也不能平起平坐。基于《宪法》第31条而实行的两制，要服从作为主体的社会主义制度，“中国的主体必须是社会主义，主体是很大的主体，社会主义是在十亿人口地区的社会主义，这是个前提，没有这个前提不行。在这个前提下，可以容许在自己身边，在小地区和小范围内实行资本主义”。〔21〕“保留”资本主义制度或者“不实行”社会主义制度都是在一国框架内的宪法“自主”安排，不能解释为以资本主义制度来挑战作为国家主体的社会主义制度。值得关注的是，第5条中的“保留资本主义制度”主要指经济制度，不包括政治制度，政治制度不属于保留的主要范围，基本法第四章规定的政治体制是崭新的体制，其设计与调整的主导权在于中央，并不属于特别行政区高度自治范围之内。对原有的法律制度，基本法的原则是基本保留，并不全部保留。凡是与基本法不一致的原有法律或者条文是不予保留，以保证特区法律体系与基本法保持一致。因此，对于“两制”本身也应进行类型化分析，不能简单化处理；

其次，一国之下社会主义与资本主义制度可以和平共存。邓小平曾指出，“‘一国两制’的方式，你不吃掉我，我不吃掉你，这不很好吗？”〔22〕不同制度在宪法框架内和平共存，相互尊重，相互信任，是“一国两制”所追求的理念，也就是严格按照宪法和基本法，在中央全面管治权的前提下，充分保障特别行政区的高度自治权，确立基于宪法的中央与地方（特区）关系，不得损害宪法的基本秩序；

再次，社会主义与资本主义制度在一国宪法秩序下可以起到相互借鉴、共同发展的功能。在改革开放的背景下，人类文明的成果是相互借鉴的，人类的共识是可以相互分享的。对一国之内不同制度之间，也应建立相互尊重与学习的机制。如在市场经济体制上，香港实行自由市场经济，内地实行社会主义市场经济，两种市场经济体制之间存在共性；在开放的时代，不同性质的国家治理方式之间要相互借鉴，“两制应当互利共赢，共同发展”〔23〕是必然的趋势。问

〔20〕 参见陈佐洱：《我的港澳情怀：走过的路和思考》，中国文史出版社2019年版，第63页。

〔21〕 中共中央文献编辑委员会编：《邓小平文选》（第三卷），人民出版社1989年版，第58—61、101—103页。

〔22〕 国务院港澳事务办公室港澳研究所资料室编：《邓小平论香港问题》，2006年版，第85页。

〔23〕 王禹：“论一国两制下的社会主义与资本主义”，《“一国两制”研究》2013年第3期，第19页。

题是,以“一国”为前提的“一国两制”的初衷是什么?有学者认为,“一国两制的设计,原意是实现两制之间的一种互惠互利的‘双赢’安排。这就是说,由于香港原有的资本主义经济制度、法律制度和其他社会制度和政策是有利于香港的繁荣安定的,所以在1997年后维持这些原有制度,既有利于维持香港的繁荣安定,又使香港能对中国内地的经济发展和现代化作出贡献,这便是香港和中国内地的‘双赢’”。^[24]在笔者看来,这种判断是有一定道理的,但需要根据“一国两制”的实践,完善其命题内涵。比如,所谓贡献度以及互惠来解释“一国两制”的价值时,应采取动态的分析框架,不宜强调部分的指标。无论是一国,还是两制,其共同的追求是主权下的制度文明的分享。“一国两制”所带来的最大红利是制度文明的创新,即在一个主权国家之下,以文明自觉与智慧,为“水火不相容”的两种制度的和谐共存提供平台,建构新的制度生态,以寻求制度的最高理想——和平。在这个意义上,“一国两制”不是权宜之计,也不是为特定需求或者制度安定而设计的。当然,随着“一国”的历史变迁,国家内涵也会发生变化,不断拓展两制的存在空间,虽遇到一些新挑战与问题,但客观上并不是压缩制度空间,而是丰富制度文明的价值内涵;

第四,“一国”下不同的法律制度之间的冲突与融合。不同法律制度之间的差异性与统一性是两制关系中出现争议比较多的领域。可以说,回归22年来,香港与内地在“一国”主权下发生争议或者不和谐出现最多的领域是法律领域。为什么?因为不同制度的差异性比较大,根据基本法,原有法律除与基本法相抵触外都保留,司法制度上“主权”意义上的特权更加突出,这也是“一国两制”的具体体现。但国家的多样性与统一性,即“统一性是国家的本质”,^[25]法律制度上的“两制”对“一国”生存可能的挑战是不可避免的,无论是法治的理解、司法体制的认识,特别是对全国人大常委会基本法解释权、解释程序的认知上,两地的差距是比较突出的。有学者指出,“由于两地的法律理念和法律制度存在较大差异,长期以来香港特区内对内地法律制度存在一定误解与偏见,虽然《香港基本法》第95条规定,香港特区可与我国其他地区的司法机关通过协商进行司法方面的联系和相互提供协助,如最高法院的指导性案例,在一定程度上借鉴了普通法的传统;在调解方面,香港也学习内地的经验等。但目前两地的司法交流与合作还不够深入,不利于优势互补”,^[26]仍有较大提升空间。可以说,全国人大常委会基本法的解释机制是解决这一问题的有效途径之一。如2011年全国人大常委会对《基本法》第13条第1款和第19条的解释就是根据香港终审法院的提请而作出的,明确了国家豁免原则与政策,为基本法解释实践积累了经验。党的十九届四中全会《决定》再次强调“完善全国人大常委会对基本法的解释制度”。可以说,在宪法确立的制度架构下,对基本法解释已成

[24] 陈弘毅:“基本法实施20年的争议与反思”,载全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会办公室编:《纪念香港特别行政区基本法实施20周年文集》,中国民主法制出版社2018年版,第128—129页。

[25] 陈端洪:《宪治与主权》,法律出版社2007年版,第192页。

[26] 郭天龙:“回归20年:香港特区司法的经验与反思”,载全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会办公室编:《纪念香港特别行政区基本法实施20周年文集》,中国民主法制出版社2018年版,第158页。

为宪法推动“一国两制”实践的重要形式,丰富了国家的宪法体制,为一个国家内多元、包容的共同生活提供了制度可能,我们要倍加珍惜并继续完善其程序机制。

四、基本法中的“国家”:宪法在特别行政区的效力

国家设立特别行政区,由此带来的问题是,作为国家根本法的宪法是否在特区有效力?随着基本法 22 年的实施,人们关于基本法的合宪性疑虑已经渐渐消散,但仍不能完全解决学术争议,哪些宪法具体条文可以——不与基本法相冲突的方式——适用于香港的问题。^[27]譬如,香港回归以来,全国人大常委会从国家宪制秩序与特区繁荣稳定出发,对基本法进行了 5 次解释,并对基本法实施问题作出《决定》。不难发现全国人大常委会的释法是一种国家行为,其逻辑性前提是宪法在特区发挥实际效力。但在实践中有时还缺乏必要的共识,需要从基本法上的国家概念出发,继续探讨相关原理。

(一)基本法制定过程中关于宪法在特别行政区的效力讨论

在基本法起草过程中,香港基本法咨询委员会中央与特别行政区的关系专责小组所作的《基本法与宪法的关系(最后报告)》(以下简称《报告》)载明,香港社会围绕宪法在特别行政区的效力与适用问题上获得过共识,即宪法在香港特区全部具有法律效力。《报告》认为,中国宪法是国家根本大法,在全国具有最高法律效力,香港是中国的一部分,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。^[28]

至于宪法在特区是否适用的问题,当时香港社会的共识是,即使宪法在特区有效也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”。并且《报告》还作了大致列举,如《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、137、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的条款。^[29]

除了《报告》中提出的综合性意见,社会上还存在其他具有代表性的个人意见,大致分为三类:

[27] 参见韩大元,见前注[9],第 9 页。

[28] 参见香港基本法咨询委员会中央与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 年 2 月 11 日,第 2 页。

[29] 同上注。

1.有人认为,宪法不适用于香港特别行政区。^[30] 主要理由有二:一是,《宪法》第31条与宪法序言、第1条、第5条及第6条等均是抵触的。宪法序言规定了四项基本原则,第1条规定社会主义制度是中国的根本制度,禁止任何组织和个人破坏社会主义制度,第5条规定一切法律都不得同宪法相抵触,第6条规定中国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,《宪法》第31条的内容却与宪法序言及上述条文的内容相反;二是,按照《宪法》第31条起草的香港基本法和宪法序言及多个条文也相抵触。香港基本法序言第二段载明,根据《宪法》第31条的规定,设立香港特别行政区,并按照“一个国家,两种制度”的方针,不在香港实行社会主义的制度和政策。《香港基本法》第5条规定,香港特区不实行社会主义的制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变。因此,宪法应当不适用于香港特别行政区,否则基本法就会因为和宪法相抵触而失去效力。^[31] 这种观点在香港至今仍颇受部分人认可。^[32]

2.基于上述理由,也有人认为,整部宪法中只有第31条才能适用于香港,其他条文都不适用。^[33] 该观点与上述观点本质上是一致的,只是考虑到基本法是全国人大直接依据《宪法》第31条的授权制定的,如果据以制定基本法的《宪法》第31条不在特区适用或产生效力,那么基本法本身也就失去了效力来源和法理依据。

3.还有人认为,宪法在香港特别行政区有完全的直接法律效力。因为香港特别行政区是我国的一个地方行政区域,不是一个独立的政治实体,作为主权国家的宪法,当然应在香港特别行政区有完全的直接法律效力;并且只有维护宪法在香港特别行政区的直接法律效力,才能维护我国主权和法制的统一和完整。^[34]

(二)宪法是否在特别行政区生效或适用问题的学说梳理

1.“整体有效力(适用)、部分不适用”说^[35]

“整体有效力(适用)、部分不适用”说主张,宪法对于特别行政区整体有效力,某些条款不适用于特别行政区。很多学者专家如肖蔚云、王叔文等学者均认为宪法整体对特别行政区有

[30] 还有人根据我国政府对港澳政策50年不变的规定,提出宪法在特别行政区“冻结”50年。这实质上也是持宪法不适用于特别行政区的观点。

[31] 参见香港基本法咨询委员会中央与特别行政区的关系专责小组,见前注[28],第3页。

[32] 如香港大学陈文敏教授等一直持此主张。See Johannes Chan, Wing Kay Po, “How China’s constitution ensured that the Basic Law remains pre-eminent in Hong Kong”, *South China Morning Post*, 6 August 2018.

[33] 参见肖蔚云:《论香港基本法》,北京大学出版社2003年,第49页;王叔文:《香港特别行政区基本法导论(第三版)》,中国民主法制出版社2005年版,第87页。

[34] 参见丁焕春:“论我国宪法对香港特别行政区的法律效力”,《法学评论》1991年第3期,第6页。

[35] 本部分内容受邹平学教授在《深圳大学学报(人文社会科学版)》2013年第5期发表的“宪法在香港特别行政区的效力和适用研究述评”一文和邹平学教授等著的《香港基本法实践问题研究》一书相关部分的启发。

效力(适用),否定了宪法不适用于特区或者仅《宪法》第 31 条适用于特区的观点。在具体条款上,他们明确肯定《宪法》第 31 条、第 62 条第 13 款适用于特别行政区,但涉及四项基本原则、人民民主专政、社会主义制度、地方国家权力机关和行政机关、国家审判机关和检察机关等的条款不适用于特别行政区。此外,他们还探究了其他一些宪法条款也应当适用于特别行政区,但论证的方式和理据有所不同。

如肖蔚云教授认为,“‘一国两制’方针的前提是‘一个国家’,没有统一的中华人民共和国,也就谈不上‘两种制度’”,“中华人民共和国宪法在全国具有最高法律效力,香港特区是中国的一个地方行政区域,宪法的效力从整体上说当然也适用于香港特别行政区”。〔36〕

肖蔚云教授认为,“将《宪法》第 31 条与序言、第 1 条、第 5 条完全对立,将基本法与宪法的关系互相对立起来,认为宪法不适用于香港特别行政区,是没有根据的,是不正确的”。他认为,根据《宪法》第 31 条的规定,允许在香港、澳门、台湾保持原来的资本主义制度和生活方式,是“一种整体和局部、一般和特殊的关系”。“宪法和它的第 31 条的关系恰恰是正确处理了一般和特殊的关系,有了第 31 条的特殊规定,特别行政区的建立就合乎宪法,基本法的起草就成为合宪”。因此在他看来,不能将宪法规定的特殊情况和一般情况完全对立、看作互相排斥的条文,而应当看到宪法的特殊规定是整部宪法有机的不可缺少的组成部分。〔37〕其次,针对那种认为只有《宪法》第 31 条适用于香港特别行政区的观点,肖蔚云教授认为,这种观点“既与宪法是国家的具有最高效力的法律不相符,而且在事实上也是行不通的”。为此,他还列举了对香港特别行政区当然有效和适用的宪法部分:宪法“第三章国家机构”中的“第一节全国人民代表大会”“第二节中华人民共和国主席”“第三节国务院”等规定了中央国家机关的产生、组成、职权和任期等内容。他指出,这些机关都是直接与香港特区发生国家事务关系或者代表全国包括香港特区在内行使职权的。〔38〕

饶戈平教授亦认为,宪法既是特别行政区基本法制定的法律根据,宪法整体上适用于港澳地区。他主要从两个方面来理解“整体上适用”的。一方面,整体上适用,“主要是从国家的宪政体制和结构方式的角度来理解的”。他认为,尽管宪法允许特别行政区实行不同于内地的制度,但特别行政区仍然处在中国的主权和管治之下,仍然处在中国的宪政体制之中,整体上受“一国”之限、受宪法的制约。适用于港澳地区的宪法规范除了《宪法》第 31 条,还包括宪法中关于国家的权力结构、行政区划、国防外交、中央和地方的关系等许多方面的规定;〔39〕另一方面,他认为,“整体上适用”意味着“并非《宪法》的全部条款都必须在港澳地区适用,并非强制港

〔36〕 肖蔚云:《一国两制与香港基本法律制度》,北京大学出版社 1990 年版,第 90—91 页。

〔37〕 同上注,第 91—92 页。这种观点亦为其他学者所赞同。参见殷啸虎:“论宪法在特别行政区的适用”,《法学》2010 年第 1 期,第 52 页。

〔38〕 参见肖蔚云,见前注〔36〕,第 93—94 页。

〔39〕 参见饶戈平:“一国两制方针与宪法在港澳地区的适用问题”,载杨允中、饶戈平主编:《成功的十年:“一国两制”在澳门的实践论文集》,澳门基本法推广协会 2009 年版,第 11 页。

澳地区实行社会主义制度”。宪法在这里允许例外,允许另由法律规定的制度可以与内地通行的制度有差异。宪法中的相当一部分内容可以不适用于港澳,不具有对港澳地区的效力。他认为,“在一定意义上可以认为,《宪法》中凡涉及与特别行政区自治范围内事务相关的条款,一般不予适用”。〔40〕

陈弘毅教授认为,“中国的《宪法》整体上是适用于香港特别行政区的,而宪法中某一项条文是否直接在香港实施或执行,则视乎该条文和《香港特别行政区基本法》的关系,包括该条文是否与《基本法》的条文有所矛盾因而不直接在香港实施”。〔41〕

2.“基本法是宪法的特别法”说

许崇德教授在基本法颁布后的过渡时期首次提出“基本法是宪法的特别法”说,王振民教授于基本法实施初期承续并发展了这个命题,并于近期在最初观点的基础上作了进一步论证。

许崇德教授首次提出“基本法是宪法的特别法”说。他认为,《宪法》第31条对整部宪法来说是特别条款、例外条款,而基本法是《宪法》第31条的具体化、实践化,所以基本法对宪法来说甚至对整个中国社会主义法律体系来说,是特别法、例外法。〔42〕他的论证逻辑是,特别行政区不实行社会主义制度,必须通过宪法授权,把特别行政区作为例外来处理,《宪法》第31条、第62条规定则提供了宪法依据,使它具有合宪性。〔43〕

王振民教授认为,“特别行政区基本法是根据宪法制定的,它实际上是中国的宪法性特别法,是中国宪法内涵的扩大和延伸”,“中国宪法在特别行政区发挥作用的主要方法和形式是通过它的特别法——特别行政区基本法”。除了宪法的整个效力及于特别行政区外,宪法的具体条款的效力也及于特别行政区,尤其是宪法中有关中央国家机构的条款。而中国宪法有关国家的经济文化社会制度的条款、有关公民权利义务的条款不适用于特别行政区,“这些规定被特别行政区基本法中的相关条款所修正和取代”。〔44〕但是,王振民教授也指出,“基本法毕竟不是‘宪法’,没有对国家宪法进行全面修改,只是部分修改补充。凡是没有修改补充的地方,主要是关于‘一国’的制度体制,这些当然对香港有效”。因此,在他看来,“一种情况是宪法通过基本法适用于香港、澳门,基本法是宪法的补充和发展。一种情况就是基本法没规定的,自然适用宪法”,“国家宪法从整体上自回归之时已经适用于香港、澳门特别行政区,根本无须列入基本法附件三就自然、自动适用于港澳特区”。〔45〕

〔40〕 同上注,第12—13页。

〔41〕 陈弘毅:“须重视解读宪法和基本法序言”,载中评社, <http://bj.crntt.com/crn-webapp/touch/detail.jsp?coluid=7&kindid=0&docid=104901784>,最后访问日期:2019年3月10日。

〔42〕 同上注。

〔43〕 参见许崇德:“我国宪法与宪法的实施”,《法学家》1998年第6期,第3—9页。

〔44〕 王振民:“‘一国两制’实施中的若干宪法问题浅析”,《法商研究》2000年第4期,第9页;王振民:《中央与特别行政区关系——一种法治结构的解析》,清华大学出版社2002年版,第97页。

〔45〕 王振民:“论宪法与港澳基本法的关系”,《河南财经政法大学学报》2019年第6期,第5页。

3.“宪法在特区自我限制适用”说

“宪法在特区自我限制适用”说的基本主张是,宪法有关不同于香港特别行政区的社会制度的规定,可以自我限制,不适用于特别行政区。该说并认为,基本法中的有关规定恰恰是对宪法特别规定的落实,而不能用作排除宪法效力的“理据”。也有学者将这种学说归结为“宪法谦抑”理论。^[46]

骆伟建教授认为,宪法有关社会主义制度的条款可以自我限制,不适用于特别行政区。在他看来,“这不是国家主权受到外来限制,而是国家行使主权处理内部事务的结果”。^[47]

冷铁勋教授认为,《宪法》第31条是带有授权性的特别规定,与其他一般条款相比,第31条具有优先适用的地位,而基本法是全国人大根据《宪法》第31条制定的法律,故基本法具有优先适用的地位。但基本法是宪法的“子法”,其本身不能规定、更不能排斥宪法的适用。为解决这一矛盾,“《基本法》第11条加上了‘根据中华人民共和国《宪法》第31条’的表述,就表明在特别行政区实行的制度和政策以基本法为依据,这是《宪法》第31条的规定特别授权的,因而在这些领域不适用宪法的有关规定,这实际上就变成了宪法对本身适用的限制”。^[48]

陈弘毅教授认为,“虽然《宪法》部分条文并不在香港直接实施,但这不表示这些条文在香港并无法律效力或香港居民无须理会这些条文”,“香港市民须尊重在中国内地实行的社会主义制度及承认其合法性,港人不应从事破坏内地的社会主义制度的活动,也不应进行危害祖国安全的行为”。^[49]

秦前红教授在讨论现行宪法在特别行政区是否具有宪法效力时,区分了宪法的效力和宪法效力的实现方式。他认为,在特别行政区和内地,宪法效力和效力实现方式是不同的。具体来说,宪法作为一国的根本法,当然在该国全部领土上具有最高法律效力,在特别行政区也不例外。但是在宪法效力的实现方式上,特别行政区与内地要作区别对待。在内地,宪法必须得到实施;但在特别行政区,现行宪法效力的实现表现为一些特别条款在这些地区的实施,而绝大多数条款不能在特别行政区实施。^[50]而秦前红教授所称的“宪法效力的实现方式”与“宪法适用”或“宪法实施”并本质的差别。因此,可认为秦教授的主张也可归入“宪法效力与宪法适用区分”说。

由上可知,上述观点之间既存在一定的共识,也不乏相互不一致的地方。在早期的研究中,学者们较为一致地先对宪法是否在特区适用作二元区分,尔后针对宪法如何在特区适用的问题,提出了符合“一国”的原则,即宪法中有关国家主权、统一和领土完整的规定,均应适用于特区。具体来说,包括宪法关于中央国家机关的一系列规定,如全国人大及其常委会、国家主席、国务

[46] 参见蒋朝阳:“论基本法在国家法律体系中的法律地位”,《“一国两制”研究》2009年第1期,第14页。

[47] 骆伟建:《澳门特别行政区基本法概论》,澳门基金会2000年版,第37页。

[48] 冷铁勋:“宪法与基本法关系的多维思考”,《“一国两制”研究》2016年第2期,第15—16页。

[49] 陈弘毅:“宪法与基本法的内在关联”,《人民论坛》2019年第10期,第15页。

[50] 参见秦前红主编:《新宪法学》,武汉大学出版社2005年版,第73页。

院、中央军事委员会等行使职权的规定；宪法关于国防、外交的规定；宪法关于国家标志的规定，如国旗、国徽、首都；宪法有关公民资格，即国籍的规定等等。值得注意的是，这种观点与基本法起草期间人们经过讨论得出的共识并无二致。^{〔51〕}对“凡是基本法有规定的，一律适用基本法；凡是基本法没有规定或者规定不明确、不足够的，自然适用国家宪法”的观点，学界也有不同的学术观点，如有学者提出“基本法自足性”理论，其主张，应在基本法的规范体系内寻求法律上的解决方案，宪法条款是否在特区适用，应以符合并维系基本法的“自足性”为准。

（三）宪法与基本法共同构成特别行政区的宪制基础

习近平主席在庆祝香港回归祖国20周年大会上的讲话中指出，回归完成了香港宪制秩序的巨大转变，宪法和特别行政区基本法共同构成香港特区的宪制基础。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。

香港特别行政区宪制由宪法与基本法构成。但长期以来，由于缺乏对宪法与基本法关系的体系化的框架，在“一国两制”的理解上，有时侧重于对“两制”的重申，以至于忽视了“一国”的前提要素。从宪制和法律的角度而言，“一国”的前提要素之所以被轻视和忽略，很大程度上是由于，没有充分认识基本法合宪性的意义以及忽略基本法实践中的“国家”以及宪法元素。在谈到“一国”与“两制”关系时，有一种提法是需要更正的，认为回归20年来，我们过分强调“两制”，忽略“一国”。这种提法虽有合理的一面，但并不完整。因为不尊重“一国”的情况下，所谓的“两制”是不完整的，是没有“一国”的“两制”，也是扭曲的“两制”状态，只有确立“一国”前提下的“两制”才是完整的，体现国家的主权、安全与发展利益。

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。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。^{〔52〕}总之，从建构香港宪制架构的逻辑来看，宪法与基本法是一以贯之、密不可分的。基本法的宪制性地位是宪法赋予的，并受到宪法层面的保障，所以构成香港特区宪制基础的法律就必然同时包括宪法与基本法，两者具有内在的不可分割性。“宪法和基本法共同构成香港宪制基础”的命题有助于我们合理处理基本法的历史与现实，有助于面向宪法与基本法在特别行政区良好运行的未来，为基本法的实践奠定丰富的宪法基础。基于此，应当在特别行政区的法治运行和基本法教育中更加强调宪法是香港的宪制基础，拥护和忠诚宪法是包括香港居民在内的中国公民的基本政治

〔51〕 参见香港基本法咨询委员会中央与特别行政区的关系专责小组，见前注〔28〕，第4—6页。

〔52〕 参见韩大元：“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”，载全国人大常委会香港基本法委员会办公室编，《纪念香港基本法实施十周年文集》，中国民主法制出版社2007年，第77页。

伦理,由此建立基于宪法的“一国”认同。^[53]

当然,学界对这个问题上需要继续凝聚学术共识,正如有学者所言,“学界至今对于共同构成特区宪制基础的宪法和基本法的关系架构和内在机理探讨甚少,实际工作中也是讲基本法多,讲宪法少,或者空洞地讲宪法多,解决实际问题时讲宪法少。对‘小宪法’之说不予以明确辩驳,正反映出我们对宪法地位的宣示不够”。^[54] 党的十八大报告要求,必须把维护中央对香港、澳门特别行政区全面管治权和保障特别行政区高度自治权有机结合起来,确保“一国两制”方针不会变、不动摇,确保“一国两制”实践不变形、不走样。党的十九届四中全会作出的《决定》再次强调“严格依照宪法和基本法办事”,并对国家治理体系现代化中“一国两制”制度体系的作用做了进一步的概括与总结。从“严格依照基本法办事”到“严格依照宪法和基本法办事”的转变,必将带来宪法权威和宪法效力在特别行政区的提升和深化,宪法和基本法共同构成特别行政区宪制基础的理念必将深入人心。

五、结语:特区居民维护国家统一的义务

《中华人民共和国宪法》第52条规定:“中华人民共和国公民有维护国家统一和全国各民族团结的义务”。作为具有最高法律效力的宪法规范,本条款在应然层面上为中华人民共和国领土范围内的全体公民赋予了“维护国家统一和民族团结的义务”。基于属地与属人效力范围的一致性,其中当然包括香港特别行政区居民中的中国公民。

第一,在属地效力方面,虽然现行宪法基于历史原因并未对我国领土问题作出详细的规定,不过,以宪法为基础制定的基本法在其第1条中已明确指出:“香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分”。可见,香港特别行政区显然符合《宪法》第52条规定的属地效力范围;

第二,在属人效力方面,由于《中华人民共和国国籍法》已列入基本法附件三,因此凡符合《国籍法》规定的香港特别行政区永久性居民具有公民身份。同时,根据《宪法》第33条第2款与第4款的规定,所有公民“在法律面前一律平等”,“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”,所以具有中国公民身份的特别行政区居民,在规范上拥有平等地履行《宪法》第52条规定的义务资格。

从《宪法》第52条的规定看,这一义务涉及国家的建构与维系之命题,属于公民基本义务的范畴。由于宪法具有高度的抽象性,为了平衡其中所内含的国家存续的价值与“法治国家”的基本要求,其不能直接约束具体公民。为了落实“维护国家统一义务”,需要通过国家立法将其具体化,并通过执法、司法作进一步细化的方式适用于公民个人。

“维护国家统一”作为国家宪法明确规定的义务,是每一名中华人民共和国公民都应履行

[53] 参见韩大元,见前注[9],第7—8页。

[54] 邹平学:“四十年(1978—2018)基本法研究的回顾与前瞻”,《中国法律》2018年第5期,第64页。

的。基本法实施至今的22年间,香港特别行政区未能完成第23条的本地立法。2005年全国人大通过了《反分裂国家法》,2009年澳门特别行政区立法会根据《澳门特别行政区基本法》第23条制定了《维护国家安全法》,2015年全国人大常委会通过了《国家安全法》。自香港出现“修例风波”以来,社会各界对基本法“第23条”立法给予了高度关注,建立健全特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制已成为需要解决的重大课题。

基于宪法和基本法上国家的规范以及维护国家安全的需要,要遵守法治原则,积极探讨将《宪法》第52条义务具体化的方式,对香港居民中的中国公民应明确其维护国家统一与安全的义务。为了维护统一的宪法秩序,一方面要充分发挥本地法律有关制裁危害国家安全行为的功能,另一方面应积极推进《基本法》第23条立法或者解释工作,为特别行政区履行维护国家安全义务提供明确、统一而有效的法律依据。

Abstract: In today's world, sovereignty is still the foundation supporting the constitutional order and international order. The state plays an indispensable role in the establishment of the Constitution and the legal system. Since the 1980s, facing the task of national reunification, the Communist Party of China (CPC), with superb political wisdom and open legal logic, developed the "One Country, Two Systems" which has never been applied in history before. The basic laws were established for its implementation. Based on the national goals and tasks, in 1982, drafters of the PRC Constitution wrote down Article 31, which endowed the legitimacy to establish special administration region, provided constitutional basis for practicing socialist and capitalist systems in one country, and created the model of "two systems" embodying the principle of openness and flexibility. After the enforcement of the Hong Kong Basic Law for 22 years and Macao Basic Law for 20 years, the governance philosophy of "two systems" in "one country" has been implemented well. Though there are frictions and conflicts between the two systems, the Constitution has offered solutions to solve them and keep stability. "One Country, Two Systems" is the institutional arrangement to maintain national unity, peace and order. In the New Era, it's essential to make in-depth study of the normative analysis of the concept of state in the Constitution and the Basic Laws, to strengthen social consensus based on the standards in the Basic Laws, and to deepen the understanding of the civilization value and proposition of the time of "One Country, Two Systems".

Key Words: State; One Country, Two Systems; Sovereignty; Special Administrative Region

(责任编辑:王锡锌)