

# 對中國憲法與基本法 關係的再思考

許昌\*

中華人民共和國憲法（以下簡稱憲法）與中華人民共和國香港特別行政區基本法和中華人民共和國澳門特別行政區基本法（以下簡稱基本法）的關係，是中國法制實踐和法學理論研究的新課題。1999年1月29日，香港特別行政區終審法院關於無證兒童居留權案判決引發的爭論<sup>1</sup>，觸及“一國兩制”的法制基礎，突出地體現了理解和把握憲法和基本法關係的重要現實意義。該判決聲稱香港特別行政區終審法院擁有審查包括全國人大常委會制定的法律和特別行政區自行立法是否抵觸基本法的“憲制性管轄權”，並據此進行對《香港人民入境事務條例》有關條文的司法審查並宣布其無效。撇開案件具體爭訟內容不談，筆者擬從憲法和基本法各自的規範內容、在國家法律體系中的效力地位和適用上的具體關係等方面入手，再作一些思考。

憲法是國家的根本大法，是治國安邦的總章程。基本法是調整國家內部中央與特別行政區關係並確立特別行政區政權組織及其運作規則的總章程。正如法學家凱爾森的描述，若把國家理解為一個法律秩序，憲法則是其國內法律秩序的基礎，憲法的主要職能是決定一般法律規範的創制，決定立法的機關和程序以及在某種程度上決定今後法律的內容，所謂合憲性問題，實質是保證一個低級規範應符合決定其創制或內容的高級規範這一更一般問題的一個特殊情況<sup>2</sup>。這是理解憲法和基本法關係的邏輯基礎。

在基於不同標準的部門法劃分中，基本法和國家機關組織法、民族區域自治法及其他各類向有關國家機構授權法等，有時被作為附屬於憲法具較低層次的法律列

---

\* 北京大學法學博士

1. 參見香港特別行政區終審法院對Final Appeal No. 13, 14, 15, 16 of 1998 (civil) 四個案件的判詞和1999年2月7日《人民日報》刊登的有關內地法律專家發表談話批評相關判決的報道。

2. 參見凱爾森《法與國家的一般理論》，中國大百科全書出版社1996年版，第287、296頁。

於憲法部門內<sup>3</sup>，有時又被作為較為重要的國家機關組織法而列入行政法部門內。在我國憲法所規定的各類法律規範形式中，基本法作為全國人民代表大會制定的國家基本法律，效力地位僅次於憲法，但高於其他法律、行政法規、地方性法規和民族區域自治法規等。

從規範內容看，憲法是國家的組織法，是從全局和總體上規定國家制度、社會制度和國家政治、經濟、文化和社會生活的根本原則的法律規範；兩部基本法分別是兩個特別行政區的組織法，分別規定香港特別行政區和澳門特別行政區的根本制度和原則規範，全國性事務和地方性事務的區別，直接體現於兩者規範內容的不同性質。

從效力地位看，憲法是國家主權在法律範疇內的最高表現，在中國法律體系具有最高法律效力地位，起核心和基礎規範的作用，是其他所有法律規範的立法基礎和效力依據，香港特別行政區法律體系和澳門特別行政區法律體系是中國法律體系中相對獨立的“高度自治”的有機組成部分，是中國法律系統的子系統。兩部基本法作為全國性法律，以憲法為依據，其效力根據是憲法，與憲法保持子法與母法的關係；同時又分別作為特別行政區法律體系中最重要和核心的法律，在子系統內部具最高法律效力地位，是其自行立法的基礎和各項法律適用的效力依據，特區內其他各種形式的法律不得與之相抵觸，與其保持子法和母法的關係。故此說，基本法作為確立特區法律體系的基礎法律，是連接全國性法律體系和特區法律體系的關鍵法律。

由此來看，憲法和基本法雖然都是由作為國家最高權力機關的全國人民代表大會制定，但其性質、功能、制定方式、效力地位和機制不同，規範內容和適用過程存在着並存和互補的複雜關係。這種關係總體上表現為在“一國兩制”原則基礎上的全國性法律與兩個特別行政區“高度自治”的法律體系既包容又區別的關係，這是確立憲法與基本法關係的根本基礎。

## 二

有關基本法的立法依據，有論者總結了以下五種學說：1. 事實為依據說，認為基本法是以香港、澳門的歷史、現實和可預見的未來等客觀事實為立法依據的；2. 政策為依據說，認為基本法是根據國家對香港、澳門的根本方針政策制定的；3. “聯合聲明”為依據說，認為中英解決香港問題的聯合聲明和中葡解決澳門問題的聯合聲明分別是兩個基本法的立法依據；4. 憲法第31條為依據說，認為基本法是落實憲法該條文的具體規範；5. 憲法為依據說，認為整部憲法都是基本法的立法依據。這些論者分析認為，第1和第2種學說不能回答基本法的合法性問題，第3種學說在法理上存在難解之結，第4種學說過分局限於憲法個別條文的作用，也不符合邏輯，因而指出唯有以憲法為依據說才科學、合理<sup>4</sup>。筆者基本同意上述看法，因為在法律體系範疇內考察基本法的立法依據，只能從效力層次較高的法律規範中尋找，否則難以確立有關法律的合法性和有效性。香港、澳門的歷史和現狀，

3. 參見沈宗靈《法理學》，高等教育出版社1994年版，第331 - 332頁。

4. 參見藍天主編《“一國兩制”法律問題研究（總卷）》，法律出版社1997年版，第34 - 35頁。

國家解決相關問題的方針政策，中國政府對外承擔的國際義務或宣示的立場主張，是基本法創制的事實依據和政策依據，但不能等同於立法依據。

關於“聯合聲明”和基本法的關係，確實在很大程度上可以體現為國際和國內法的關係，即中國對外締結的國際條約與中國國內法的關係<sup>5</sup>，但又因聯合聲明的具體內容而產生特殊性。中英關於解決香港問題的聯合聲明和中葡關於解決澳門問題的聯合聲明是中國與英、葡兩國依據國際法正式簽定的特定形式的國際條約，中國政府有忠實履行該兩條約的國際義務。中國政府在聯合聲明中闡述了將對港澳實行的以“一國兩制”為核心的各項方針政策，並承諾將分別制定香港基本法和澳門基本法以具體落實之。為此確有必要相應的制定基本法，這是將國際條約中的相關內容在國內法範疇內立法實施的具體步驟。一般而言，在此步驟中，國內法當然主要是依據條約規定制定，但就聯合聲明和基本法這一特定法律文件的關係而言，則有必要具體分析其特殊性。聯合聲明及其附件的內容從整體看分為四部分：一是確認中國恢復行使主權這個根本問題，二是中國政府單方面闡述將對香港和澳門實行的基本方針政策，三是規定從聯合聲明簽署到恢復行使主權之間過渡期內兩國政府相互合作及承擔的管治責任，四是有關條約本身效力的規則。其中最為重要的內容是第二部分，而在其行文上恰恰是以中國政府單方面聲明的方式，這也正是中國政府堅持採用聯合聲明方式以方便各自表述立場的重要原因之一。因而筆者認為，基本法的各項規定僅僅是以聯合聲明中中方單方面闡述的國家政策作為原則依據，與聯合聲明中規定的具雙邊相互義務的內容並無直接的關聯。故與其說聯合聲明構成基本法的立法依據，不如說是聯合聲明中中方單方面闡述的相關政策是基本法的政策依據。這種分析的另一理據是，聯合聲明在中國國內法上的生效，按照中國一貫的法律實踐和法理學說，是自聲明正式簽署時起自動直接作為國內法規範得到執行的，並不取決於基本法的制定。

關於憲法第31條和整個憲法的關係，也值得深入探討。該條規定：“國家在必要時得設立特別行政區，在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。”這一並無“但”字表述的規定，實際上構成了對我國社會主義憲法的一個但書。我國憲法規定，“中華人民共和國是工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的人民民主專政的社會主義國家。社會主義制度是中華人民共和國的根本制度。”這是貫穿整部憲法並體現憲法本質的根本原則。唯有第31條在此問題上創制了靈活的構制，規定國家可依法設立特別行政區，並對其實行例外性質的特殊制度，可以不實行社會主義制度而保持其原有的資本主義制度若干年不變，這就是“一國兩制”方針政策的憲法依據和法律體現。很顯然，第31條規定的“但書”，和整個憲法的規定是一體的，沒有整體性的規定，何來“但書”；“但書”是在根本事項上的例外，在憲法規定中又遵循基本的法律邏輯。在任何意義上過分強調“但書”的意義，而忽略憲法的整體精神，或以憲法整體原則否定“但書”的合憲性，是與“一國兩制”的根本制度不相符合的。

基本法的序言明確指出：“根據中華人民共和國憲法，全國人民代表大會特制定”本法律，這是對基本法立法依據的最準確的述描，事實上，具體落實在香港、

---

5. 參見蕭蔚雲主編《一國兩制與澳門特別行政區基本法》，北京大學出版社1993年版，第63頁。

澳門實行“一國兩制”的過程中，每一步驟和法律過程都須以憲法規定為依據。建立香港特別行政區和澳門特別行政區，是全國人民代表大會根據憲法第31條前述規定和第62條第1款第（十三）項關於全國人大有權“決定特別行政區的設立及其制度”的規定，以決議方式確定的，制定兩部基本法，也是全國人民代表大會根據憲法第62條第1款第（三）項，行使有關“制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律”職權的結果；基本法中有關全國人大授權特別行政區實行高度自治。有關中央人民政府負責國防、外交等事宜、有關全國性法律在特別行政區實施和特別行政區自行立法須以備案形式上報全國人大常委會、基本法的修改、解釋權行使方式的各項規定，無不深刻體現着憲法的精神和規範作用。

### 三

我國憲法第5條第2款規定：“一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相抵觸”。第3款又規定“一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究”，這要求一切立法的内容必須與憲法相符合，必須與憲法的規定相一致，具備合憲性。

基本法是落實“一國兩制”根本方針和並依據憲法制定的重要法律，其各項規定必然要與憲法的規定相符合，不得違憲。有人擔心基本法因規定在特別行政區保留原有資本主義制度和生活方式而與國家社會主義憲法的根本原則相違反，產生抵觸的問題，但在事實上和法理上，由於憲法中就特別行政區問題作了第31條和第62條的例外性規定，且第31條有關特別行政區可依法另行確定所實行制度的規定，是寫入憲法第一章總綱部分的，是作為對國家根本制度和基本政策的闡述與有關社會主義制度並列而具有崇高地位的和法律效力的，既為特別行政區設立奠定了法律基礎，也為基本法的制定提供了充分的法律依據。正如有論者從哲學角度所分析那樣，憲法通常規定適用一般性事務的普遍原則，但並不排斥例外的特殊規定以適用個別的情況，憲法第31條就是這樣的規定，其與憲法其他條文的關係是特殊性與一般性的關係，是辯證的結合，是一致的<sup>6</sup>。所以說，基本法的内容不僅符合上述具體憲法條文的規定，而且符合整部憲法的指導原則和系統邏輯，具有無庸質疑的合憲性。

全國人民代表大會作為國家最高權力機關，還專門為兩部基本法的合憲性相關問題作出決定。這些具備立法性質的決定專門指出：“香港特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》按照香港的具體情況制定的”，“澳門特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》按照澳門的具體情況制定的” “是符合憲法的”。“特別行政區設立後實行的制度、政策和法律”，以“基本法為準”。這進一步為基本法的合憲性提供了立法的保障。

基本法不僅具備合憲性，而且是憲法規範的具體化，是根據憲法第31條為特別行政區的設立及其制度所提供的憲法授權，明確規定特別行政區在“一國兩制”

6. 參見蕭蔚雲《香港基本法講座》，香港文匯報出版社1996年編印，第8頁。



框架內繼續實行原有的資本主義制度和相關的政權機關設置及其運作規則。深入研究兩部基本法就會發現，兩部基本法的內容和體例具有一致性，其總則確認了特別行政區作為中國不可分離部分的性質，明確其高度自治權限來自國家最高權力機關的授權，並規定了特別行政區實行的資本主義制度五十年不變、港人治港、澳人治澳、原有法律基本不變和基本法在特別行政區法律體系中地位和效力等根本原則；其第二和第七章確立了中央和特別行政區關係的基本規範，包括外交與國防事務和主要官員任命等中央享有的權力，特別行政區在立法、行政和司法領域行使高度自治權的方式，以及處理對外事務的相關制度和政策等；其第三章界定了特別行政區居民的概念並較詳細地規定了其所享有的在人身、政治、經濟、社會和司法訴訟方面的基本權利；第四章依行政長官、行政機關、立法機關、司法機關等的體例規定了特別行政區政治體制的核心制度；第五、第六章則具體規定了特別行政區經濟和社會文化方面的相關制度和原則政策；第八和第九章就基本法自身的解釋和修改、生效等具體制度作出安排。這些內容不必要也不可能在憲法中細緻規定，必須通過基本法實現規範的系統化、具體化、法律化，唯此才能夠得到切實的貫徹和實行。

## 四

憲法在特別行政區的適用，是憲法和基本法關係的又一重要方面。有觀點認為，國家憲法是社會主義性質的，在實行資本主義的特別行政區不能適用或不生效，基本法的效力取代了憲法的效力，是特別行政區的“小憲法”。這是沒有根據的，甚至是荒謬的。憲法在特別行政區的生效，原因顯而易見。首先，特別行政區是中國不可分離的部分，是直轄於中央人民政府的地方行政區域，無論其享有多麼高的自治權力，都不能脫離中國的主權管轄，而憲法是中國主權在法律制度上的最高體現，與國家主權密不可分，除非發生了主權淪喪、國家分裂的嚴重災難，否則不可能想象憲法會在中國的某個領土地方不生效。其次，特別行政區是依據憲法規定設立的，基本法是根據憲法制定的，離開了憲法的基礎和依據，它們都成了無源之水，無本之木，失卻了存在的合法性。這樣的邏輯關係也決定了先有憲法的適用，才有特別行政區及其基本法的適用的道理。第三，中國奉行單一制國家結構體制，特別行政區和其他地方區域一樣，都必須遵從統一的憲法：這不同於聯邦制下組成邦或自治地方有自行立憲的權能，而即使在後者的邦或自治地方亦有維護聯邦憲法尊嚴的義務，特別行政區制度的特殊性不足以排除憲法的有效適用性和最高約束性，“兩制”的區別不能抹殺或替代“一國”內中央和地方的性質和關係。

必須承認，基本法規定在特別行政區實行原有的資本主義制度，在授權範圍內實行高度自治，憲法中具體規定社會主義制度的條文確實失卻了適用的必要性，因而憲法在特別行政區的適用確有其限制，是法定前提下的部分適用。在此有三個問題值得討論：第一，憲法在特別行政區適用上的限制本質上取決於憲法中的自我設定，是憲法第31條規定允許並預先授權所引致，非為憲法以外另依其他根據訂立的，因而具合憲性。第二，制定基本法以落實憲法，包括對憲法適用範圍的原則限定，是和憲法一樣，由全國人民代表大會以全體代表的三分之二以上多數通過的，故有論者推定其具有憲法性效力，可以按照後法優於前法的法理原則，視為法定條

件下對憲法的變通適用<sup>7</sup>，不失為對此問題的一種解釋。第三，葡萄牙憲法法院在解釋葡萄牙憲法目前在澳門適用方式時認為，除非憲法本身明文規定，否則它不直接、自動地約束澳門地區，該地區有它自身的“憲法”，確切地說就是有關的章程，只有在章程明示或暗示指向葡萄牙共和國憲法時，該憲法才適用澳門<sup>8</sup>。有人套用這樣的邏輯來詮釋中國憲法在特別行政區的適用，認為也是非自動和直接地適用。筆者認為，這種說法是值得商榷的。因為中國憲法和基本法並不存在相互排斥的關係，其主權管轄關係亦完全不同於葡萄牙在澳門的情形，憲法的適用在本質上不取決於基本法，反而是基本法以憲法為依據。例如，憲法中有關國家機構組成和職權的規定，在基本法中完全不曾提及，但在特別行政區是當然適用的，憲法中有關國家主權、統一和領土完整的規定，有關國家標誌的規定等，在特別行政區的適用，亦不依賴於基本法的具體內容。

憲法在特別行政區內部分適用的範圍和限制，其規則該如何在基本法中得到準確的體現呢？起草基本法過程中曾有不同意見，有的主張先行修改憲法，使憲法更多地具備包容性，直接在憲法中清楚列明特別行政區的各项制度，以修憲為制定基本法的前提<sup>9</sup>；基於前述的看法，這種主張顯然是不必要且不現實的。還有的主張把憲法亦列入基本法附件三在特別行政區實施的全國性法律的清單中，授權特別行政區自行在當地公布或立法實施；這種主張忽略了憲法和基本法在地位和效力上的根本區別，顛倒了子法和母法的關係，有悖於法理邏輯，在實踐中也根本行不通。較多的意見是建議在基本法中直接規定憲法的哪些條文不在特別行政區適用，或反過來將所有適用於特別行政區的憲法條文逐項列出，作為基本法的一部分或附件<sup>10</sup>，使憲法中在特別行政區適用的部分和不適用的部分的劃定有成文法上的依據。這種想法不僅出發點仍然是重蹈了上述悖論的邏輯，冀望用較低層次的基本法去否定作為其立法基礎的憲法的效力，而且技術上亦不可行，因為憲法的內容是關係國家制度和社會制度的最基礎最原則的規範，不可能從條文的分別簡單區分出其與特別行政區事務的內在關聯性，有些條文中的一部分可能不具備在特別行政區的適用性，另一部分則有實施的必要，有些條文儘管和基本法已經規定的內容相重疊，但兩者並不抵觸，本質上是相同或相似的，無須另行區別。

最終引入基本法的表述方法，是香港基本法和澳門基本法兩個第11條的相同規定：“根據中華人民共和國憲法第三十一條”，香港特別行政區和澳門特別行政區“的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據”。這一規定有三點值得特別說明：第一，此條明確列舉的事項，均以基本法的規定為基準，憲法中相關方面的規定在特別行政區不具適用性；此條不曾明確列舉的事項，憲法中的相關條文則在特別行政區直接、自動生效，一如在中國其

---

7. 參見張鑫《特別行政區基本法與國家憲法的關係》，載金陵出版社《基本法面面觀》1984年第1版，第26頁。

8. 參見《澳門的憲政制度及司法組織》，澳門法律翻譯辦公室1995年版，第28頁。

9. 參見匯點《憲法修改提議及基本法大綱（草案）》，載於金陵出版社《基本法面面觀》1984年第1版，第63-65和72-75頁。

10. 參見香港特別行政區基本法諮詢委員會《中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）徵求意見稿諮詢報告》，1988年版，第五冊第40-42頁。

他地方一樣。這說明憲法在特別行政區的適用在整體上說，是不依賴於基本法的，不能產生所謂只有在基本法不曾規定產生法律空白才引起憲法適用的邏輯。第二，以基本法的“規定為依據”，是建立在“根據中華人民共和國憲法第三十一條”的基礎上，其效力依據最終歸結於憲法，而不是將基本法凌駕於憲法之上。在特別行政區法律體系內部，基本法和其他各種形式法律的立法依據和效力基礎，但憲法的效力層次仍比基本法為高，其為全國性法律體系的立法依據和效力基礎的地位不受影響。第三，條文中列舉的內容具高度的概括性，只提供了依據的原則標準，不拘泥於特定的事項，為在具體實踐中結合不同情況通過法理解釋作出說明留有充分的餘地。這一規定充分體現了我國法律原則性和靈活性相結合的特點，恰到好處的解決了有關的法律難題，在國家法制統一的基礎上構造了特別行政區法律體系的內在基礎。

綜上所述，憲法和基本法在特別行政區的適用，存在着並存和互補的關係，憲法是基本法效力的基礎，不依賴基本法的效力而直接、自動在特別行政區生效，基本法的規定又因其特殊的地位而使憲法的一部分內容失卻在特別行政區的適用性，而將這部分調節社會生活的法律功能讓位於基本法；由憲法確認授權在特定條件下的特定領域內以基本法為依據，基本法成為這些領域內憲法效力的補充。這種關係是“一國兩制”偉大構想付諸實踐中史無前例的偉大創造。

## 五

結束上述分析，讓我們重新回到本文開首提到的香港特別行政區終審法院1999年1月29日有關無證兒童居留權的判決上來。這其中令筆者最為關注的實質問題是，該法院的上述憲制性管轄權乃至司法審查權是否於法有據，是否符合基本法所確立的特別行政區政治體制，是否符合特別行政區對憲法的適用狀況和特別行政區法律體系的性質、地位以及與國家法律體系的關係。而正是在這些根本問題上存在的似是而非的看法乃至分歧，導致了需要該法院於1999年2月26日再行專門做出澄清判決的必要性和緊迫性。筆者在本文內的思考，顯然會導致與前一判決完全相反的結論。筆者為此衷心呼籲，有關權力機關應繼續通過該案，進一步深入研究憲法與基本法的關係，謀求確立相關的原則和規範以解決依然不斷湧現的大量現實問題，這是當前事關“一國兩制”存亡的不容回避的任務。

現行憲法已於1988年、1993年和1999年三次修訂，憲法的變遷性特徵非常顯著。基本法的實施，正在並將會形成一些有造法意義的司法判例和行政慣例。憲法和基本法在適用過程中的互動作用和成果，亟待觀察和發掘。系統總結和研究這些“活的”憲法實踐，在可見的將來其意義更為深遠，更具挑戰性，更值得中國憲法學者們為之奮鬥。

