

# 憲法和基本法是特別行政區的 憲制基礎

駱偉建\*

憲法和基本法是澳門特別行政區的憲制基礎，體現在二個方面。第一，“一國兩制”的實施需要制度化和法律化，制度化就是設立特別行政區，法律化就是制定特別行政區基本法。制度化和法律化是以中國憲法為依據。第二，在澳門特別行政區成立後，落實“一國兩制”，“高度自治”，“澳人治澳”，既離不開中國憲法，也要以基本法為治澳的法律依據。

## 一、憲法是特別行政區設立的法律基礎

中國恢復對澳門行使主權，實行“一國兩制”，設立特別行政區，是全國人民代表大會依據憲法的規定，行使國家主權，進行行政區劃的結果。

《全國人民代表大會關於設立中華人民共和國澳門特別行政區的決定》指出，根據憲法第31條和第62條13項的規定，決定自1999年12月20日起設立澳門特別行政區。

分析全國人民代表大會的決定，可以看出：

### （一）憲法第31條是設立特別行政區的合憲性依據

憲法第30條和第31條是國家行政區劃的法律依據。憲法第30條規定了中國的行政區劃的一般制度，包括普通行政區、民族區域自治區。憲法第31條是中國行政區劃制度的特殊規定，根據需要可設立特

---

\* 澳門大學法學院教授、法學博士。

別行政區。所以，全國人民代表大會根據憲法第31條規定設立了特別行政區。沒有憲法第31條的規定，就沒有特別行政區制度存在的合法性基礎。

## （二）憲法第62條是設立特別行政區的許可權依據

正如上述，憲法為特別行政區制度的設立提供了合憲性的基礎，然而，中國對澳門恢復行使主權，作為中華人民共和國不可分割的一部分的澳門，怎麼能夠從一個被殖民管制的地區成為一個特別行政區呢？它由澳門自己決定？還是由中央決定？即誰有權設立特別行政區？根據憲法第62條的規定，只有全國人民代表大會才享有設立特別行政區的專屬權力。所以，特別行政區的社會制度、高度自治、“澳人治澳”都由全國人民代表大會來決定，而不是由澳門自行作主。

因此，澳門特別行政區及其制度是全國人民代表大會根據憲法第31條的規定，行使憲法第62條賦予的權力設立和規範的。

## 二、憲法是基本法的立法依據

中華人民共和國憲法是制定基本法的法理依據，這是十分肯定，又非常明確，不容質疑的。

### （一）規範性文件的明文規定

1. 中葡聯合聲明附件一《中國政府對澳門的基本政策的具體說明》早已闡明，“中華人民共和國全國人民代表大會將根據中華人民共和國憲法制定並頒佈中華人民共和國澳門特別行政區基本法。”

2. 澳門特別行政區基本法序言第三段規定，“根據中華人民共和國憲法，全國人民代表大會特制定中華人民共和國澳門特別行政區基本法，規定澳門特別行政區實行的制度，以保障國家對澳門的基本方針政策的實施”。

3. 全國人民代表大會關於《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的決定中指出，“澳門特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》按照澳門具體情況制定的，是符合憲法的。”<sup>1</sup>

## （二）法律邏輯的證明

憲法是國家一切法律的立法依據，就是在“一國兩制”的條件下，從憲法與基本法關係的內在邏輯上看，制定基本法仍然以憲法作為立法依據。

### 1. 何謂立法依據？

立法依據是指立法合法性的法律根據，具體而言包含立法權的來源、立法內容的合法性獲得。按照這一標準，全國人民代表大會制定基本法的權力來源於憲法第62條關於全國人民代表大會行使職權中的第三款“制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律”，第十三款“決定特別行政區的設立及其制度”，以及第31條“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”的條文。憲法第62條是全國人大立法權的一般規定，憲法第31條是全國人大制定基本法的直接權力的來源。

### 2. 憲法在整體上是基本法的立法依據

雖然，憲法第31條是授權人大制定基本法，為立法權的合憲性提供了依據。然而，並不等於制定基本法內容是否合憲也僅僅是第31條。立法權的合憲性與立法內容的合憲性既有聯繫，也有區別。特區基本法的內容是否合憲，要以憲法為依據，不是以憲法某一條為依據。

（1）根據憲法制定基本法，就是要根據憲法中的“一國”規範在基本法中作出相應的規定。如基本法規定特別行政區直轄於中央人

---

1. 參見《全國人民代表大會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉的決定》和《全國人民代表大會關於〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉的決定》

民政府，其法律依據是憲法關於國務院統一領導全國地方各級政府的規定。基本法在中央與特區關係的條文中體現全國人民代表大會及其常委會的地位與職權、國務院的地位與職權的規定，均源自憲法有關中央國家機關地位、職權的規定。基本法關於本法的解釋和修改的規定，也是以憲法關於法律解釋和修改的規定為基礎。所以，制定基本法並不是以憲法第31條為唯一的法律依據。如果認為除憲法第31條外，憲法的其他規定對基本法不發生作用，那是不正確的，其後果將把憲法高於基本法變成一個空洞的概念，基本法不受憲法的約束，最終結果是特區可以不受憲法的約束，“一國”的憲制基礎就沒有了。

（2）根據憲法第31條的規定，就要從澳門的具體情況出發來制定基本法，規定特別行政區的制度。因為憲法第31條的規定，允許在兩種不同制度下，特別行政區可以有不同於憲法另一制度的規定。換一種說法，有了憲法第31條的規定，才有基本法有關特別行政區社會、經濟制度、居民基本權利和自由制度、行政、立法和司法制度的規定，才有基本法第11條第一款“根據中華人民共和國憲法第三十一條，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、立法和司法的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據”的規定。

所以，憲法第31條是憲法有關兩種社會制度的特殊條文，基本法規定的特別行政區的社會制度，雖然與憲法的相應條文不同，並不構成違反憲法而無效。而且，憲法31條，也是一個授權條文，授權基本法根據“一國兩制”，以及港澳社會情況，來作出特別規定。

正如全國人民代表大會在通過基本法的決定中指出，“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。”符合憲法的含義，是指符合憲法的整體規定，不是僅僅指符合憲法第31條。如果基本法不以憲法為依據，何需要符合憲法呢？又或進行合憲性的審查呢？基本法必須符合憲法。

因此，憲法整體上作為基本法的立法依據是完全成立的。但是，在“一國兩制”下，憲法作為基本法的立法依據的內涵有所變化，即在

“一國”方面，基本法的規定必須與憲法相應的規定保持一致，但在“兩制”方面，基本法可以在憲法的授權下作出不同於憲法的規定。然而，不論是一致，還是不相同，都是憲法整體中不可分割的部分。

### 三、憲法和基本法是“一國兩制”、 高度自治的法律基礎與保障

根據憲法制定了基本法，是否有了基本法，憲法對特別行政區就不適用了呢？答案應該是否定的。有了基本法不能排除憲法對特別行政區的效力，同樣，憲法對特別行政區的適用也不排除基本法的效力，兩者是共同發揮作用。

#### （一）憲法是特別行政區的主要憲制基礎

##### 1. 憲法適用特別行政區

（1）憲法是國家的根本大法，是國家主權在法律上的集中體現。因此，憲法適用於一國領土所有範圍。

那麼，在“一國兩制”下，憲法適用於特別行政區嗎？有人提出，憲法在特別行政區不適用。這是割裂了憲法的整體與部分的關係。憲法作為一個整體，它既是“一國”的體現，也允許“兩制”的存在，正如在分析憲法是基本法的立法依據時看到的，“一國”是憲法的一般條款，“兩制”是憲法中的特殊條款，兩者共存於憲法整體之中。所以，講憲法適用於特別行政區，就是說憲法中的“一國”要適用特別行政區，憲法中的“兩制”也要適用特別行政區。

（2）憲法直接地適用於特別行政區。

按照基本法第11條“特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關居民的基本權利和自由制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以基本法為依據。”和全國人大關於基本

法的決定“澳門特別行政區設立後實行的制度、政策和法律，以澳門特別行政區基本法為依據。”的規定，凡屬於憲法第31條規定所指的內容，並由基本法規範了的特別行政區制度和政策，以基本法為準。反之，基本法沒有規範的，就應該以憲法的規定為依據。所以，憲法中的“一國”規範是直接可以在特別行政區適用的，在特別行政區內任何違反憲法一國原則的抽象性行為或具體行為都是無效的。

### （3）憲法中“一國”的規定適用於特別行政區。

第一類，憲法關於行使主權的國家機關的法律地位的規範，適用於特別行政區。

國家主權是通過國家機關來行使的，我國憲法明確規定行使主權的國家機關以及它們的法律地位，這些國家機關對外有權代表國家，不依賴於任何外國的國家政府和組織，有完全的獨立性，對內全權領導國家內政事務，領導下級機關工作，有不可動搖的法律地位。我國憲法第57條規定，中華人民共和國全國人民代表大會是最高國家權力機關，它的常設機關是全國人民代表大會常務委員會。第81條規定，中華人民共和國主席代表中華人民共和國，接受外交使節，等等。第85條規定，中華人民共和國國務院，即中央人民政府，是最高國家權力機關的執行機關，是最高國家行政機關。第93條規定，中華人民共和國中央軍事委員會領導全國武裝力量。上述規定對特別行政區是有約束力的，是不受特區挑戰的。只有這樣，才能做到統一行使國家主權。相反，如果上述憲法規範不適用於特別行政區，那麼就等於要求特別行政區擺脫它們的領導和監督，顯然是違背“一國兩制”的原則。

第二，憲法關於為行使國家主權而賦予中央國家機關相應的職權規範，適用於特別行政區。

中央國家機關依照憲法規定，行使主權，作出一定的行為，特別行政區必須執行，不能拒絕。這是有效地行使國家主權的保障，也是體現國家對特別行政區行使主權。正如我們前面已提到的，如果國家主席根據全國人大常委會的決定，發佈了戒嚴令、全國總動員令，那

麼特別行政區就要執行。要是這類憲法規範不能適用特別行政區，對它沒有法律約束力，必然導致中央行使主權流為一句空話。

第三，憲法規定國家主權象徵的規範適用於特別行政區。

一國的主權除了體現在它的國家權力內容上外，還通過一定的形式表現出來，作為主權的象徵。憲法關於中華人民共和國國旗、國徽的規定適用特別行政區，在澳門特別行政區要懸掛中華人民共和國國旗和國徽。國旗國徽法要在特別行政區適用。

上述已經證明，憲法適用於特別行政區。所以，憲法是特別行政區的憲制基礎。

## 2. 全國人大及其常委會依據憲法授權特區高度自治

(1) 中央向特區授權及授權的範圍由憲法決定。

講授權就要解決兩個基本問題。第一層次的問題是中央能不能向特區授權，它包含了以下幾個要素。第一，誰來授權？誰有資格。第二，授權主體的行為合法性基礎在哪裏？為甚麼他可以授權？而他的授權為甚麼是有效力的？第二層次問題是中央授權的範圍是如何確定的，為甚麼授予這方面的權力，不授予另一方面的權力？以上二個層次問題均有憲法來規範。根據憲法的規定，授權的主體是全國人民代表大會及其常委會、國務院，授權的範圍由全國人大及其常委會、國務院依據憲法賦予的職能，按照“一國兩制”的原則，在保留中央政府行使國家主權的前提下，向特區授予自治權。

(2) 中央向特區授權的兩種形式均離不開憲法。

中央向特區授權的第一種形式是基本法，它是授權的主要形式。而基本法是依據憲法制定，受憲法的約束。

中央向特區授權的第二種形式是全國人大、全國人大常委會、國務院的決定。它們是補充的形式，也是比較靈活的形式，隨時可以根

據需要進行授權。港澳特區成立以來，全國人大常委會已經進行了兩次授權，授權的法律依據仍然是憲法。一方面，全國人大及其常委會授權的權力來源於憲法，他必須根據憲法賦予的職權進行授權。另一方面，特區根據全國人大常委會的授權和基本法第20條的規定，享有中央授予的其他權力。

### 3. 中央行使對特別行政區的管轄權也要依據憲法規定

中央在行使對特別行政區主權時，其法律職能不僅僅是基本法的規定，首先是憲法的規定。如，中央政府領導特區政府，向特區政府發出命令和指示；全國人民代表大會常務委員會審查特區的法律，決定部分全國性法律適用特區，決定特區進入戰爭狀態和緊急狀態，解釋和修改基本法等，都是有憲法的依據。

除此之外，理解基本法的有關條文，也離不開所涉及到的憲法含義。因為基本法條文中的一些概念和內容是出自憲法，所以不能完全離開憲法解讀基本法。如，基本法中的“地方行政區域”，“直轄於中央人民政府”，“外交事務”，對行政長官和主要官員的“任免”，“中國公民”等等，絕對不能離開憲法去解釋這些概念。

## （二）基本法也是特別行政區的憲制基礎

### 1. 基本法的地位決定了它是特區的憲制基礎

基本法第11條第二款規定，“澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規和其他規範性文件均不得同基本法抵觸。”從而，確立了基本法的權威性。基本法在特別行政區法律體系內，其地位高於其他法律。具體表現在：第一，基本法是特別行政區立法機關立法的基礎和根據。第二，立法機關制定的法律如與基本法抵觸則無效。第三，澳門原有法律中，凡與基本法抵觸者，或者由立法機關進行修改，或者應予廢除。上述三點說明，基本法的法律地位和效力要高於特別行政區其他法律，其他法律與基本法的關係是一種從屬關係。

所以，基本法也是特別行政區的憲制基礎之一。

## 2. 基本法作為特區憲制基礎的具體體現

特別行政區的行政管理權、立法權、獨立的司法和終審權等高度自治權，居民的基本權利和自由，政治體制，經濟制度，社會和文化制度，對外事務處理等，均以基本法規定為依據，受到基本法的保護。凡是基本法已經有規範的，則依基本法處理。對於自治範圍內的事務，中央人民政府將給予尊重，並保障特區的自治權。

### （三） 憲法與基本法的關係

憲法和基本法構成了特別行政區依法施政和共同的憲制基礎。既要依憲法，也要依基本法，缺一不可。

就憲制基礎而言，憲法與基本法關係，既要看到它的一般特性。所謂一般性，體現出憲法是國家的最高法，具有最高的效力，是基本法的立法依據。同時，也要認識到它的特殊個性。所謂特殊性，反映出在一國兩制下，憲法有特殊原則，靈活性地處理特殊問題，基本法在憲法授權下，可以有特殊的規定和制度。

我們應該認識到，基本法是根據中國憲法制定，受憲法的約束。所以，講基本法是特別行政區的憲制基礎是有條件的，是相對與特區的其他法律而言。講基本法在“一國兩制”，高度自治中的作用時，不能排斥憲法的作用，只顧基本法，不看憲法。相反，憲法在國家中的最高地位是無條件的，是絕對的，是凌駕於基本法之上，不能不適當的提高基本法的地位，而貶低憲法在處理“一國兩制”和高度自治中的作用。

我們應該堅持的基本立場是：憲法和基本法是特別行政區的憲制基礎，因而，應該用憲法和基本法處理“一國兩制”，高度自治的問題。原則上，屬於憲法調整的“一國”範圍應用憲法和基本法的規範來處理，只有在不屬於憲法調整，又屬於“兩制”的範疇用基本法的規範來處理。

