

# 從憲法維度建構特區管治的法理

全國政協主席俞正聲在3月3日發表的政協工作報告「2016年主要任務」部分中，要求政協「全面準確貫徹「一國兩制」、「港人治港」、「澳人治澳」、高度自治方針，嚴格依照憲法和基本法辦事，支持特別行政區行政長官和政府依法施政」。本地傳媒觀察到，報告特別之處是在港澳部分加入「嚴格依照憲法和基本法辦事」的字句，首次用「憲法」二字來釐定和統率港澳工作指導原則。細心的香港記者還報道，有政協委員這樣解讀，今次提及「憲法」二字是向港人強調中央對港有全面管治權，亦希望港人尊重中央權力和國家體制。

2014年中央發表的《「一國兩制」在香港特別行政區的實踐》白皮書就曾提到憲法和特區制度的淵源關係，指出「憲法和香港基本法規定的特別行政區制度是國家對某些區域採取的特殊管理制度。在這一制度下，中央擁有對香港特別行政區的全面管治權，既包括中央直接行使的權力，也包括授權香港特別行政區依法實行高度自治。」最近，全國人大法律委員會主任委員喬曉陽在《紫荊月刊》（2016年3月號）撰文專門討論國家憲法與香港基本法的關係。追根溯源，香港特別行政區制度的法律淵源在憲法中，中央政府治理特別行政區的法理基礎也建基於憲法。

本文簡要闡述三個相關問題：（1）特區「新的憲法秩序」的內涵；（2）特區管治的憲法基礎；和（3）憲法在香港的適用。

特區「新的憲法秩序」（new constitutional order）重述作為靜態的憲法，它不僅是一國之根本法，根據亞里士多德在《政治學》中表達的觀點，而且它還是指一種「政體」（polity）。作為動態的憲法，它指的是一個社會是如何由正式政府機構和非正式的組織共同構成的，它還反映該社會的生活方式。所謂憲法秩序首先是對這種靜態憲法之狀態及之下各種關係的表達，同時也是對動態憲法（如生活方式）的基本描述。這種理解也接近於學者王小萍在「憲法權利的保障與憲法秩序的實現」（2003）一文中表達的關於應然與實然憲法秩序的觀點。她說：「憲法秩序作為一種社會秩序，包括兩個層面的涵義：一是基於人們對一定社會規律的認識，通過制定憲法而形成的一種協調國家與公民關係的憲法上的秩序，它是理性追求的體現，即應然憲法秩序；二是通過各種憲法手段對現實的憲法關係進行調節，在憲政實踐中形成的憲法秩序，是一種實際存在的秩序，即實然的憲法秩序。」

## 特區「新的憲法秩序」

重大社會變遷對憲法秩序產生直接作用；反過來說，憲法秩序最終要反映這種變遷。對香港社會來說，當代最重大的社會變遷莫過於1997年7月1日香港回歸祖國，中華人民共和國恢復對香港行使主權。這一變遷可以用美國憲法學上的「憲法時刻」（constitutional moment）來形容，它在政治上表現為「中華人民共和國政府於1997年7月1日恢復對香港行使主權」（香港基本法序言），和「香港特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分」（第1條）。亦如王振民觀察到，「主權層面的改變直接引發了香港、澳門地區基本規範和權利來源或者合法性的變化」。（參見《論港澳回歸後新憲法秩序的確立》，2013）在法律上，這一變遷由香港基本法予以固化，並得以貫徹實施。故此，作為國家憲法性法律的香港基本法正是這一新型憲法秩序（和政治秩序）的直

接的、外在的表達形式，香港基本法確立的特別行政區各項制度就是新的憲法秩序的內涵。

具體而言，特區新的憲法秩序外化為如下制度和關係模式：

- （1）香港特別行政區擁有新的憲法法，即中國憲法與香港基本法；
- （2）行政長官（董建華、曾蔭權、梁振英）組建的特區政府；
- （3）經過處理後與特區身份相適應、與基本法不相抵觸的法律體系（system of law，參見香港基本法第160條和全國人大常委會1997年2月23日頒布的《關於根據〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第160條處理香港原有法律的決定》）；
- （4）憲法和基本法之下的新型中央與地方關係——香港特別行政區是中國的一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府（基本法第12條）；除國防和外交事務外，香港享有高度自治（第2條）；
- （5）資本主義的生活方式——香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變（第5條）；
- （6）新增設的憲法性機構——香港終審法院。此外，還可以包括由香港基本法、《人權法條例》以及一系列重大判決共同構建的新的權利保障體系，以及尚在形塑之中的新的基本法法理學。

## 特區管治的憲法基礎

香港回歸18年來，時至今日，香港仍然有人拒不承認國家憲法在香港特區的實用性（applicability）和效力。鑒於「香港特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分」（第1條），「香港特別行政區是中華人民共和國的一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府」（第12條），要排除憲法在香港特區的適用性不僅於法無據，而且於理不合。故無需在此特別辯駁。

退而言之，有些人，包括法律人和政治人，只承認憲法第31條的適用性，那是因為第31條前一句規定「國家在必要時得設立特別行政區」。有意思的是，同是這部分人有意無意地忽略第31條後一句，即「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」。本句卻十分關鍵，因為它授權全國人大為設立香港特別行政區立法。而香港基本法第11條（共兩款）直接呼應了憲法第31條，規定：「根據中華人民共和國憲法第31條，香港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。」「香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。」

基於上述條文，憲法是基本法的直接法源（source of law）和立法依據。憲法和基本法同是中國設立特區以及建立特區管治制度的直接憲法淵源和基礎。這是一個不證自明的道理和事實。香港特區的各项制度和政策得由基本法規定之，且必須以基本法為依歸。有意義的是，根據第11條第2款，特區未來的全部立法行為也不得與基本法抵觸。

香港屬於普通法法系，法官首要職責是執法或實施法律（application of law），此外還可以「造法」，故此普通法也被狹義理解為「法官造的法」（judge-made law）。回歸以來，香港法院在一眾案件中製造了新的法律規則，特別表現在司法覆核案件中。



學者論衡

朱國斌

然而，在這些「憲法性案件」中，法官一直表示出對香港基本法的充分尊重，並視之為特區最高法律（經常借用「憲法」一詞來顯示基本法的地位）。推而廣之，尊重基本法並視之為最高法律權威其實就是尊重和落實國家憲法。

## 法院為何不願引用憲法？

的確，特區法院在判例中較少直接引用憲法。在僅有案例中，或在解釋全國人大常委會的基本法解釋權的法源時引用憲法第67（4）條（如劉港榕案和莊豐源案），或僅僅提及中國憲法第31條（如剛果民主共和國等訴FG HEMISPHERE ASSOCIATES LLC案）。可以看到，再自由化的法官也沒有以明示或默示的方式否定憲法的存在和權威。

再從法律層級體系（hierarchy of law）來看，基本法作為國家的「基本法律」（basic law）是置於憲法之下的。故此，香港法院不引用或少提及憲法並不能抹殺憲法與基本法之間的「親子關係」（很多學者喜歡使用「母法」、「子法」來描述這種關係）。我們或許可以推測，法院執意這麼做，一是基於必要性，即案件處理無需直接上溯到憲法條文，二是希冀體現「一國兩制」下香港法制（both legal system and system of law）的獨特性（uniqueness）和自主性（autonomy），即確認「一國兩法」的事實存在。

然而，我們不可以從並列存在的兩個法律制度這一事實推導出並證成兩個「法統」的存在。我們知道，法統字面是指憲法和法律傳統及其傳承，但在中國語境之下，它首先是一個傳統政治觀念，指的是政權之正當傳承，即政權之正當性問題。在中華人民共和國的房屋下，法統只有一個，也只能是統一的一個。在「一國兩制」之下，資本主義與社會主義可以共存共榮，大陸法與普通法



▲國家憲法和基本法構成香港的憲法基礎。圖為「白皮書」的相關闡述

可以並行不悖，而法統只有中華人民共和國所代表的那一個。

對此，香港本地政治人物有不同解讀。民主黨何俊仁認為，上文所提到的俞正聲的報告是「提醒（香港）中國是你的宗主國」，背後意思是「一國」高於「兩制」，港人不要忽視中央主權。他接着認為，這或反映中央欲收緊對香港的管治（轉引自3月4日《明報》）。從一定意義上講，何的理解也不失為中肯，除將中國比喻為「宗主國」不合時宜外。可以觀察到，中央的確有意提醒港人香港主權屬於中華人民共和國、而不是作為地方行政單位的香港特區這一事實，香港應該尊重中央權威（甚至服從中央決定）。這個意思倒是與2014年6月中央發布的香港《白皮書》的精神是一致的。

眼尖的記者和細心的讀者都會觀察得到，去年3月和今年3月的政協工作報告出現了有意義的差異。去年報告稱中央會「全面準確貫徹一國兩制方針和基本法，並「支持香港特別行政區、澳門特別行政區行政長官和政府依法施政」，而今年報告在講明「全面準確貫徹一國兩制、港人治港、澳人治澳、高度自治方針」之後，緊接來一句「嚴格依照憲法和基本法辦事」，之後才是「支持特別行政區行政長官和政府依法施政」。最可能的結論是，中央對兩個特區依法施政附加了嚴格的條件，至少可以說提出了（新的）要求，即特區施政必須是「嚴格依照憲法和基本法辦事」，在此還特別突出了憲法。

俞正聲提出「嚴格依照憲法（和基本法）辦事」的要求至少有三層意思：一是提醒「港人不要忽視中央主權」（即何俊仁的解讀）；二是表明憲法之於特別行政區享有凌駕性和統率的權威地位；三是「要港人尊重國家體制」（劉兆佳語；見《明報》），在此，「體制」應該主要是指國家的政治體制和經濟與社會制度，以及中國共產黨是中國唯一的執政黨這一政治與憲法事實（見憲法序言）。

## 憲法在香港的適用

憲法和基本法法理業已證明，亦如喬曉陽所言，「憲法和基本法一起構成香港特別行政區的憲制法律基礎」（參見《紫荊》2016年3月號文）。故，憲法在香港特區是有效力的。這是因為，借用香港基本法草案王叔文教授的論點，第一，「憲法是國家的根本大法」，該特點表明了憲法在一個國家法律體系中的地位和作用；第二，「憲法規定國家的根本制度」，它表明了憲法的基本內容，這包括「一國兩制」這一嶄新內容；第三，「憲法關於設立特別行政區的規定，體現了原則性和靈活性的高度結合」。原則性表現為堅決維護國家的主權、統一和領土完整，靈活性則是指建立特別行政區制度，並允許在該地區範圍內實行同國家主體制度性質不同的資本主義制度和實行高度自治。（參見《香港特別行政區基本法導論》第2章，2006年第3版）而第三點正好與設立香港特別行政區和實施香港基本法相銜。在通過香港基本法的當日，全國人大以決定形式指出：「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，是符合憲法的」。這個決定看上去有點畫蛇添足，但它是必要的，有助於消除人們可能的關於基本法合憲性的誤解。

在認識到憲法與特區管治之間存在關係，以及憲法在特區發生效力之後，下一個問題是：憲法是如何適用於香港、如何發生效

力的？具體而言，憲法一共138條，哪些條文適用，哪些不適用？取捨的依據和標準又是什麼？這是一個看似容易、實際不易回答的問題。

劉兆佳曾說，憲法大部分條文不適用在香港，但基本原則如維護國家安全利益、尊重中央權力和國家體制，都要香港人尊重和理。在第七章關於對外事務的規定和第八章關於基本法修改與解釋的規定中體現得尤為明顯和突出，憲法第62條第3項和第67條第4項分別對應基本法第159條和158條。如前所述，終審法院在劉港榕案和剛果案中分別也確認了憲法相關條文的直接適用性。

然而，憲法在香港的適用還是有條件的，即需要遵循「一國兩制」的基本方針。王叔文認為，憲法「在適用上應有其特點」。要在基本法中明示哪些條文適用、哪些不適用是有很大困難的，但是王認為，「有四點可以明確」。他的觀點具有指導性，茲錄全文如下（同上註）：

- （1）憲法作為一個整體對香港特別行政區適用。（2）憲法在香港特別行政區的適用，需要遵循「一國兩制」的基本方針。
- （3）凡是憲法關於維護國家主權、統一和領土完整的規定，必須適用於香港特別行政區。（4）在「兩種制度」方面，憲法關於社會主義制度和政策的條文規定，不適用香港特別行政區。

其中，憲法關於維護國家主權、統一和領土完整，應該在特區適用的規條主要有三方面：（1）憲法關於堅持「中央」統一領導的規定。這是指中央政府（the central authorities，包括全國人大、全國人大常委會、國家主席、國務院即中央人民政府，以及中央軍委）享有的對於香港特別行政區的法定權威和地位；（2）憲法關於國防、外交的規定。對此，基本法第13條和第14條已經有相應規定；（3）憲法關於維護國家主權、統一和領土完整的其他規定，包括中國公民（包括香港居民）有維護國家統一的義務，有維護祖國安全、榮譽和利益的義務，不得有危害祖國的安全、榮譽和利益的行為，以及憲法關於國旗、國徽和首都的規定等。

## 應強調憲法思維

儘管這些都是不證自明的道理和法理，但是仍然有人時時質疑甚至挑戰憲法的適用性，提出違背憲法關於國家主權、統一和領土完整規定的理論和學說（如「城邦論」和「獨立」說），甚至煽動違憲違法行為，發動破壞國家和香港憲法秩序的行為。這的確不得不讓我們警惕，從而思考特區政府和居民遵守憲法的義務，以及如何在香港實施憲法。

在貫徹落實「一國兩制」和實施香港基本法過程中，我們應該強調憲法思維，這是由憲法作為國家法統基礎的這一地位，和憲法具有「根本法」和「最高法」的特徵決定的（參見喬曉陽文）。即使我們過去有意無意地忽視了憲法，那麼現在是時候了，香港特區政府和作為中國公民的香港居民要認真對待憲法（taking the Constitution seriously）。

（小標題為編者所加）  
香港城市大學法律學院 教授

# 博鰲成亞洲崛起的助推器

本屆博鰲亞洲論壇年會恰逢其成立15周年，盛況空前。

62個國家的2000多名代表與會，其中含近80位各國政府和國際組織領導人及眾多各國政經學界精英，共舉行88場各類討論會。其規模之大，規格之高，分量之重，熱議內容之深廣和成效之顯著都超往屆。這反映該論壇作為亞洲以及其他各大洲各界領袖人物和智囊共商亞洲以及全球發展大計的高層次高水準平台，愈益突顯的重要性與影響力。博鰲亞洲論壇已成為世界頂級經濟論壇之一，有「東方達沃斯」之稱。

論壇於上世紀末亞洲金融危機之後創立。本屆年會是在亞洲和全球經濟尚未走出世界金融危機陰影，復甦乏力之際召開，旨在通過高層精英和智囊集思廣益，出謀劃策，把脈亞洲，幫助亞洲和全球經濟消除危機影響，重新恢復較強增長勢頭，並保持長期穩定均衡增長。

本屆年會是在《亞洲新未來：新活力與新願景》的主題下，聚焦亞洲經濟與發展問題。重振亞洲經濟的核心要務是為其注入新活力與培育新的增長點。年會對此凝聚了重要共識：激發經濟活力促進經濟增長的關鍵在於做好「三件事」，即調整，創新，整合。

## 提升亞洲一體化水準

調整即進行經濟產業結構調整，使之轉型升級，從低端邁向中高端，以提升發展效益與品質，力促綠色經濟發展。

創新就是創新和優化發展理念和經濟治理模式。當前亞洲國家經濟發展的內外環境普遍發生了質的變化，過去的發展理念和套路難以適應新的形勢，必須與時俱進，探索新的發展思想，理念與樣式，以適應與引領經濟新常態新發展。同時，需要培植新的經濟增長點。年會設置了《文化旅遊：新常態



國際政治

尹承德

下的新亮點》，《體育產業：下一個風口》，《互聯網+電影：千億票房與電影產業悄悄的長征》等新鮮議題，以推動新興文體旅遊產業的大發展。

整合就是順應經濟全球化與區域一體化潮流，強化區域合作與各國互聯互通建設，認真落實「一帶一路」戰略構想。為此，年會設置了《亞洲資本全球化》《多彩文明與亞洲新活力》《「一帶一路」與亞洲金融合作》等分論壇，旨在進一步整合亞洲資源，

提升亞洲一體化水準，為構建亞洲共同體造勢。

## 為亞洲復興提供智力支撐

博鰲亞洲論壇以凝聚亞洲共識，傳播亞洲聲音，擴大亞洲影響，提升亞洲話語權和促進亞洲合作為職志，並為亞洲復興提供寶貴的思想理念與智力支撐，對亞洲的發展與繁榮有積極促進作用。

這些年來，世界經濟持續低迷，亞洲新興經濟體增速也隨之減慢。但總體看，亞洲仍是世界經濟最具活力之區和主要亮點。近兩年，亞洲增速仍達6%，是世界增速的近2倍，發達經濟體的3倍多。亞洲在世界經濟版圖中的地位隨之上升。2001年即博鰲論壇問世之前一年，亞洲經濟總量只佔世界經濟總量的27%，到2015年即佔到世界經濟總量的35%，對世界經濟增長的貢獻更達50%以上。這當然是亞洲各國經濟改革措施得力

和產業結構調整逐漸到位的結果，但與博鰲亞洲論壇的作用也有一定的關係。論壇在某種程度上助推亞洲崛起和加速世界戰略重心向亞洲轉移。

中國作為博鰲亞洲論壇東道國和年會組織者，在論壇舞台上起着主角作用。每屆年會中國都由國家主要領導人出席並發表主旨講話，如上屆與本屆分別由習近平主席與李克強總理出席，他們的講話高屋建瓴，透徹地闡明了當前地區和國際政經形勢，面臨的機遇和挑戰，提出中肯的應對之道，為年會奠定了基調。特別是習主席在上屆主旨講話中提出建設亞洲命運共同體的宏大構想，為博鰲亞洲論壇的發展指明了路徑和方向。論壇需要中國，中國需要論壇。論壇選擇了中國，中國選擇了論壇。這是歷史的選擇。

中國國際問題研究基金會研究員，前中國駐美國大使館參贊