

本主義制度和生活方式五十年不變，由此引起了憲法在兩個特別行政區的效力及其適用問題的廣泛討論和爭議。

多數意見認為，憲法應當在特別行政區適用，但在如何適用等問題上有不同觀點；而少數意見認為，憲法不能在特別行政區適用。二十年來港澳“一國兩制”實踐表明，憲法在特別行政區的適用問題，是事關“一國兩制”理論和實踐的重大問題，也是正確認識和處理中央與特別行政區關係最為根本的憲制問題，“甚至可以認為，今天的不少理論和實踐爭議仍然與此問題尚未有公認的定論有內在的關係”。³



— 有關憲法在特別行政區 適用問題的觀點述評

³ 鄒平等：《香港基本法實踐問題研究》，社會科學文獻出版社，2014年11月，第五十八頁。

（一）香港基本法起草過程中對憲法與基本法關係的討論與處理

早在《中英聯合聲明》簽署前，香港就有人士討論憲法第三十一條與我國社會主義制度和政策的關係，並提出為保障香港繼續實行資本主義制度，應當有一部“半獨立的憲法”（semi-independent constitution）。⁴香港基本法起草工作一開始，社會主義憲法在實行資本主義的特別行政區是否具有法律效力以及應該怎樣適用，便是草委們激烈討論的問題。1986年4月22日香港基本法起草委員會第二次全體會議通過的《香港基本法結構草案》，就有關基本法與憲法的關係附錄了以下幾種觀點：

（1）建議增寫：“基本法根據憲法第三十一條制定，全國人大負責對該三十一條作最高解釋，決定在香港適用哪些憲法條文以及可豁免遵守憲法哪些部分”；

（2）憲法只有全國人大才能改，才有權決定哪些條文不在什麼地方適用。將來在頒佈基本法時，是否可以由全國人大加上一個說明：憲法的哪些條款不在香港特別行政區適用？



（3）基本法中應詳細列明憲法哪些條文適用於香港，哪些條文不適用於香港；

（4）建議寫明：“基本法不會與憲法發生衝突，憲法不會損害特別行政區的法律體系和法律理論”；

（5）在基本法上列明憲法哪些條文適用或不適用於香港是不合適的，但可規定“基本法是香港單獨實行的地區最高法律”，或按照聯合聲明的寫法，規定“在香港特別行政區實行的法律為《基本法》，以及香港原有的法律和香港特別行政區立法機關制定的法律”；

（6）基本法是子法、憲法是母法。如在基本法中規定憲法哪些條文是否適用於香港，在法律理論上、法律程序上來說都不合適，在世界憲法史上沒有先例，在技術上也有困難。⁵

香港基本法起草委員會“中央與香港特別行政區關係專題小組”（以下簡稱“專題小組”）委託該組王鐵崖、李柱銘、吳建藩、廖瑤珠和譚惠珠對憲法與基本法的關係及全國人大和全國人大常委會制定的法律對香港的適用問題進行研究；廖瑤珠撰寫了《中國憲法和其他法律在香港特別行政區內適用問題》

⁴ 有關討論可參看 W S Clarke, “Hong Kong under the Chinese Constitution”, 14 *Hong Kong L.J.* 71 1984 及 Albert H Y Chen, “Further Aspects of the Autonomy of Hong Kong Under the PRC Constitution”, 14 *Hong Kong L.J.* 341 1984。

⁵ 部分起草委員對基本法結構（草案）的意見（備忘錄），參見全國人大常委會香港基本法委員會辦公室編：《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會文件彙編》，中國民主法制出版社，2011年1月，第三十五頁。

等報告。⁶“專題小組”起草了現行香港基本法第十一條的最初條文：“根據《中華人民共和國憲法》第三十一條，香港特別行政區的制度和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，以及香港特別行政區沿用的法律，均不得與本法相抵觸。”1986年11月11日“專題小組”對該條起草情況作了說明：

“委員們認為，中國的憲法作為一個整體對香港特別行政區是有效的，但是由於國家對香港實行‘一國兩制’的政策，憲法的某些具體條文不適用於香港，主要是指社會主義制度和政策的規定。

再沒有委員堅持要將憲法哪些條文適用於香港特別行政區，哪些條文不適用寫在基本法內。

委員們認為憲法與基本法的關係的問題可以通過下述部分解決，即在基本法內正面規定香港特別行政區的制度及政策以基本法為依據，同時建議頒佈基本法時，由全國人大常委會對憲法第三十一條作必要的解釋。

至於全國人大常委會在頒佈基本法時做出的解釋，有些委員認為只要說明哪一類憲法條文不適用於香港，但也有個別委

6 廖瑤珠還撰寫了《香港特別行政區立法機關所制定的法律向全國人大常委會備案的有關處理問題》及《香港特別行政區的法律制度及其與全國的法律制度的關係》兩份報告。



員認為應將適用的條文都列出來，不列的就不適用。”⁷

1987年4月13日“專題小組”提交給香港基本法起草委員會第四次全體會議的報告對上述條文第一款增加了“包括社會經濟制度，有關保障基本權利和自由的制度，以及行政管理、立法和司法方面的制度”的內容，並附注說明“委員們認為這樣規定更為明確”。⁸

香港有些人士擔心中國憲法如果完全適用於香港，“基於中港兩地法制的不同面貌，基本法所保證的自治權便會變得很弱”，尤其是中國憲法規定了四項基本原則，“一旦內地憲制原則也適用於香港的話，其深遠影響可想而知”。⁹1987年2月香港基本法諮詢委員會中央與香港特別行政區的關係專責小組提交的《基本法與憲法的關係》（最後報告）就憲法與基本法的關係提出了四個解決方案：（1）修改憲法第三十一條；（2）透過基本法去體現可以在香港行使的中國憲法部分；（3）人大在通過基本法時行使立法解釋權說明憲法的適用性；（4）設立一個由中央及特區成員共同組成的聯合委員會，其中之一是就解決

7 全國人大常委會香港基本法委員會辦公室編：《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會文件彙編》，中國民主法制出版社，2011年，第五十三頁。

8 前引⑥書，第八十三頁。

9 羅敏威：《香港人權法新論》，香港城市大學出版社，2009年，第六頁。

基本法和憲法的衝突進行磋商或甚至建議人大作出修訂。¹⁰

為起草基本法而先修改憲法，以及成立專門解決憲法與基本法潛在衝突的聯合委員會等這些方案，是不現實的。香港基本法起草委員會主要採用了《香港基本法結構草案》附錄裏第五種和第六種觀點，在憲法與香港基本法的關係處理上主要有以下三個條文：

(1) 香港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香港特別行政區基本法，規定香港特別行政區實行的制度，以保障國家對香港的基本方針政策的實施。”

(2) 香港基本法第十一條分兩款規定：

“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。”

(3) 香港基本法第十八條分四款規定：



¹⁰ 《基本法與憲法的關係：最後報告》（1987年2月14日經執行委員會通過），中華人民共和國香港特別行政區基本法諮詢委員會中央與香港特別行政區的關係專責小組。

“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第八條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律。

全國性法律除列於本法附件三者外，不在香港特別行政區實施。凡列於本法附件三之法律，由香港特別行政區在當地公佈或立法實施。

全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會和香港特別行政區政府的意見後，可對列於本法附件三的法律作出增減，任何列入附件三的法律，限於有關國防、外交和其他按本法規定不屬香港特別行政區自治範圍的法律。

全國人民代表大會常務委員會決定宣佈戰爭狀態或因香港特別行政區內發生香港特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定香港特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在香港特別行政區實施。”

另外，1990年4月4日全國人大通過香港基本法後，同日還通過了《關於中華人民共和國香港特別行政區基本法的決定》。該決定明確指出，“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。香港特別行政區設立後實行的制度、政策和法律，以香港特別行政區基本法為依據”。

澳門基本法也作了與香港基本法同樣的處理。

這些規定解決了以下問題：

第一，基本法是根據憲法制定的。這就回答了憲法與基本法的關係是母法與子法的關係，回答了憲法在特別行政區是否具有法律效力的問題。

第二，根據憲法第三十一條，特別行政區內部的制度、政策和法律，均以基本法為依據，表明了基本法在特別行政區的法律地位。

第三，在特別行政區實行的法律為基本法、原有法律和回歸後新制定的法律，以及少量列於附件三的全國性法律，在法制上保證了基本法序言和第五條所指的社會主義制度和政策不在特別行政區實行的要求。

第四，由全國人大通過專門決定確認基本法是符合憲法的，杜絕了對基本法合憲性的質疑空間。

不過，既然基本法是根據憲法制定，憲法就應當在特別行政區實行，而基本法第十八條卻沒有將憲法明確列入在特別行政區實行的法律。香港一直有部分人士據此認為憲法在特別行政區沒有法律效力。1998年6月《香港法例》活頁更新時，以中國憲法取代原先的《英皇制誥》和《皇室訓令》，在香港社會上引起了“中國憲法是否已經成為香港法律的一部分”的爭



議。¹¹ 澳門回歸後，中國憲法包括澳門基本法實施後的歷次憲法修正案，也都沒有在特別行政區政府公報上公佈過。

（二）幾位基本法起草委員會委員的當時看法

張友漁、王叔文和蕭蔚雲等專家參與了香港基本法的起草。張友漁指出，中國憲法中凡是不涉及損害香港資本主義制度的，就要按照中國憲法的規定去做：例如國旗、國徽、首都、全國人民代表大會、不能顛覆中央人民政府等；憲法規定中所有屬社會主義制度的條文均不適用於香港。¹² 蕭蔚雲認為：“憲法關於四項基本原則、社會主義制度、地方國家權力機關

¹¹ 1998年6月香港律政司法律草擬科發佈《香港法例》活頁版第十四期，將原來的《英皇制誥》和《皇室訓令》刪除，代之以中國憲法列入活頁版第I部分的A章中。吳靄儀發文質疑：“中國憲法是否已經成為香港法律的一部分。”李柱銘和吳靄儀在1999年2月立法會辯論中先後質疑，“憲法為什麼會進入香港法例之中”。政制事務局局长孫明揚解釋說，憲法納入香港法例只是作為補充材料，並非意味著憲法已經成為香港法律的一部分。可見 Margaret Ng, ‘The PRC Constitution made part of Laws of Hong Kong?’, *Hong kong lawyer* 1998 oct.p21; Tony Yen, ‘The PRC Constitution and Hong Kong law’, *Hong Kong Lawyer* 1998 Dec,p.16 及香港立法會1999年2月10日會議記錄，轉引自孫成：《香港複合式憲制結構研究》，香港基本法澳門基本法研究會2017年年會論文，香港大學法律學院，2017年12月9日。

¹² 香港文匯出版社編印：《基本法的誕生》，香港文匯出版社有限公司，1990年4月，第八十四頁。

和行政機關、國家審判機關和檢察機關等內容，不適用於香港特別行政區，而有關國家主權、國防、外交、最高國家權力機關和最高國家行政機關、國旗、國徽、首都等的規定，則應當適用。”他還反駁了能否在基本法正文或以基本法附件的形式列明憲法哪些條文是否適用於香港特別行政區的觀點，一是基本法在法理上不能做出這樣的規定，二是“在技術上也是有困難的，憲法有的條文明顯適用或不適用，有的條文卻是半條適用、半條不適用，要按條文寫明適用或不適用是很困難的”。¹³王叔文進一步指出，關於維護國家主權、統一和領土完整而應該在特別行政區適用的憲法條文包括：憲法關於堅持中央統一領導的規定，如全國人大及其常委會、國家主席、國務院和中央軍事委員會等中央機構的地位和職權的規定；憲法關於國防和外交的規定；其他有關維護國家主權、統一和領土完整的規定，如公民有維護國家統一的義務；有關國旗、國徽和首都的規定等。¹⁴

這種觀點是在基本法起草過程中，針對“基本法與憲法



脫鈎論”、“憲法凍結論”、“憲法透過基本法適用於香港”論和“憲法只有第三十一條才適用於特別行政區”等各種形形色色的觀點提出的。所謂基本法與憲法脫鈎論，是指可以根據憲法制定基本法，但基本法一旦制定出來，就要同憲法脫鈎，特別行政區只按照基本法辦事，不適用憲法。所謂憲法凍結論，是指根據中國政府對港澳政策五十年不變的規定，憲法應當在特別行政區“凍結”五十年。所謂憲法透過基本法適用論，是指基本法已經包含了憲法的精神，適用基本法就等於適用了憲法。憲法只有第三十一條才適用於特別行政區，是指憲法除第三十一條外，其餘條文在特別行政區是無效的。¹⁵這些觀點將憲法第三十一條與憲法其他條文對立起來，其實質是否定整部憲法在特別行政區的適用或者以第三十一條架空整部憲法在特別行政區的適用，從而造成基本法就是香港特別行政區憲法的事實。

這幾位起草委員會委員的觀點可以概括為“整體生效，部分不適用”，也可以概括為“部分適用、部分不適用”、“一國

¹³ 蕭蔚雲：《論中華人民共和國憲法與香港特別行政區基本法的關係》，載《北京大學學報》（哲學社會科學版）1990年第三期。作者還在2002年重新修訂的《憲法學概論》中指出，“我國憲法的許多條文在香港特別行政區是適用的，在整體上是適用的”，“只是有關社會主義、人民民主專政等條文不適用於香港特別行政區”。見蕭蔚雲等：《憲法學概論》，北京大學出版社，2002年，第五十一頁。

¹⁴ 參見王叔文主編：《香港特別行政區基本法導論》，中共中央黨校出版社，1990年10月，第六十九、一百十九頁。

¹⁵ 參見王叔文主編：《香港特別行政區基本法導論》，中共中央黨校出版社，1990年10月，第一百十九頁；焦洪昌、姚國建主編：《港澳基本法概論》，中國政法大學出版社，2009年1月，第二十三頁。

適用、兩制不適用”。這種觀點提出後逐漸成為學術界通說。¹⁶但其缺點在於：

第一，造成憲法適用的概念混亂：既然憲法在特別行政區是整體生效的，那為什麼有部分條文不能在特別行政區適用？

第二，不能在技術上有效解決“一國”條文可以適用而“兩制”條文不可以適用的問題。“一國”本身就是社會主義的“一國”，正如強世功所說，我們既不能說憲法規定的中國共產黨的多黨合作體制在香港無效，也不能說中國共產黨就不是香港

16 可參見蔣碧昆主編：《憲法學》，中國政法大學出版社，1997年，第一百九十七至一百九十八頁；楊靜輝、李祥琴：《港澳基本法比較研究》，北京大學出版社，1997年，第二十一至二十四頁；藍天主編《“一國兩制”法律問題研究（總卷）》，法律出版社，1997年，第四十一至四十二頁；傅思明：《香港特別行政區基本法通論》，中國檢察出版社，1997年，第二十八至三十二頁；王叔文主編：《Introduction to the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region》，法律出版社，2000年，pp147-155；魏定仁等：《憲法學》，北京大學出版社，2001年，第四百十六至四百十九頁；焦洪昌主編：《港澳基本法》，北京大學出版社，2007年，第二十六至二十七頁；以及張榮順：《略論我國憲法與香港特別行政區基本法的關係》，載《中外法學》1990年第六期；喬曉陽：《關於香港基本法的幾個主要問題》（2004年3月26日），載《中央有關部門發言人及負責人關於基本法問題的談話和演講》，中國民主法制出版社，2011年，第一百四十六至一百六十頁；饒戈平：《一國兩制方針與憲法在港澳地區的適用問題》，載《成功的十年：“一國兩制”在澳門的實踐論文集》，澳門基本法推廣協會，2009年，第七至十五頁；郝鐵川：《香港基本法爭議問題述評》，中華書局（香港）有限公司，2013年，第七頁等。



的執政黨。”¹⁷“國家”和“社會主義”這兩個要素在憲法裏是難以徹底剝離的。有些條文本身就既有“一國”的內容，又有“兩制”的內容。¹⁸而在普通話推廣、簡繁體文字使用等諸多問題上，“一國”與“兩制”更是難以界定和區分。

第三，不能在法理上徹底說明特別行政區有尊重和維護社會主義制度的憲制責任。憲法“整體有效”說的背後意思是憲法裏有關社會主義制度和政策的具體條文在特別行政區是無效的。既然這些條文沒有法律效力，特別行政區為什麼還要尊重和維護這些條文規定的社會主義制度和政策呢？

（三）後續各種觀點

由於還存在著上述疑問，我國理論界就憲法在特別行政區

17 強世功：《中國香港：文化與政治的視野》，牛津大學出版社（中國）有限公司，2010年，第二百四十至二百四十一頁。

18 典型條文如憲法第二十四條第二款：“國家倡導社會主義核心價值觀，提倡愛祖國、愛人民、愛勞動、愛科學、愛社會主義的公德，在人民中進行愛國主義、集體主義和國際主義、共產主義的教育，進行辯證唯物主義和歷史唯物主義的教育，反對資本主義的、封建主義的和其他的腐朽思想”等。

的適用問題繼續展開了討論，提出了各種不同的看法。¹⁹可將其歸納為三種情況：

第一，應當怎樣看待憲法與基本法的關係？除了主流觀點堅持憲法與基本法是母法與子法、上位法與下位法的關係外，還有以下幾種代表性的觀點：（1）基本法變通憲法說。許崇德認為，基本法是在憲法允許下對憲法作了很多變通的規定，這些變通並不違憲。因此，“實施基本法就是實施憲法，即實施那變通了的憲法”。²⁰（2）基本法補充憲法說。許昌認為，憲法規定社會主義制度的條文在特別行政區確實失卻了適用的必要性，而基本法對憲法這部分失卻效力的條款承擔了效力補充作



用。²¹（3）基本法是憲法特別法說。李琦提出基本法不是憲法的下位法，而是憲法的特別法，“只有將兩部基本法作為憲法的特別法，才能使其不因為與憲法的抵觸而無效”。²²王振民認為，憲法的有些條款不適用於特區，被基本法相關條款所修正和取代，應當將基本法定性為“憲法性特別法”，基本法實際上是作為中國的憲法特別法在特區適用。²³李浩然認為，法律位階“並不是純粹由制定和修改程序、或者立法機關的地位和立法程序所決定，還需要考慮法律體系、法律本身的性質和立法理由等綜合因素”，如果基本法只是一般的下位法，就會出現

19 我國學術界對憲法是否適用於特別行政區各種觀點進行了長期的學術梳理。可見許崇德：《論“一國兩制”對實現國家統一的戰略意義》，載《中國法學》1990年第二十一期；胡錦光：《中國憲法問題研究》，新華出版社，1998年，第二百零九至三百零六頁；李浩然、陳俊豪：《基本法是中國憲法的特別法》，載《港澳研究》2007年夏季號；鄒平學等：《香港基本法實踐問題研究》，社會科學文獻出版社，2014年，第六十一至七十五頁；莊金鋒：《十論香港基本法在實施中》，中國評論學術出版社，2015年，第四十五至八十頁；王振民、孫成：《香港法院適用中國憲法問題研究》，載《政治與法律》2014年第四期；朱福惠：《憲法實施與特別行政區憲制秩序之形成》，載《東南學術》2018年第二期，宋小莊：《憲法和基本法的不同觀點》，載《明報》2018年8月20日等。

20 許崇德：《簡析香港特別行政區實行的法律》，載《中國法學》1997年第三期。

21 許昌：《對中國憲法和基本法關係的再思考》，載澳門《行政》1999年第十二卷。類似觀點還認為憲法一些條款不在特區適用的情況是主權自我限制的結果。見張文彪：《論憲法與香港特別行政區基本法的關係》，載《嶺南學刊》1997年第一期；駱偉建：《澳門特別行政區基本法概論》，澳門基金會，2000年12月，第三十七頁。

22 李琦：《特別行政區基本法之性質：憲法的特別法》，載《廈門大學學報》（哲學社會科學版）2002年第五期。

23 王振民：《“一國兩制”實施中的若干憲法問題淺析》，載《法商研究》2000年第三期，及其《中央與特別行政區關係——一種法治結構的解析》，清華大學出版社，2002年，第九十一頁；《在中華人民共和國特別行政區的“一國兩制”和基本原則》，載《關於法律及公民權利的第二輪系列研討會》（基本權利—鞏固及未來發展），澳門立法會，2016年，第十三頁。