

### 第三章

---

# 作為法律基礎的 憲法與基本法 關係命題



憲法和基本法的關係是特別行政區理論體系的法律基礎，也是國家治理特區的法律依據。堅持依法治理特區，就必須準確掌握憲法和基本法及其關係，維護憲法和基本法共同構成的特別行政區憲制秩序。

## 一、基本概念

### （一）憲法與基本法

#### 1. 憲法

漢語世界裡的“憲法”一詞早已出現。如春秋時期的《管子·七法》：“有一體之治，故能出號令，明憲法矣”。再如《國語·晉語九》有“賞善罰奸，國之憲法也”的表述等。可以看到，其並非西方意義上的“規範等級”中的“最高規範”以及高級法意義上的根本法含義。因此“憲法”對於中國來講是一個舶來品，實際上是近代日本用來翻譯西方概念的一個語彙，而這個翻譯後又傳入中國為中國人所沿用。<sup>[1]</sup>

英文中的“憲法”（constitution）作為一個法律術語早在1640年已出現，當時英國使用的是“根本憲法”（fundamental constitution）這樣的表述，其含義是英格蘭通過根本憲法在國王和臣民之間保持平衡。將法律意義賦予憲法則更多要歸

---

[1] 王人博：〈憲法概念的起源及其流變〉，《江蘇社會科學》，2006年第5期，第99頁。

功於北美殖民地的實踐。獨立戰爭以前，作為複數形式的“憲法”（constitutions）一詞被殖民地的許多地區用以指稱法規和規則。而且，具有高級法意義的“根本法”也出現在殖民地。約翰·洛克曾草擬過“卡羅萊納根本憲法”（Fundamental Constitutions of Carolina），共有 120 條。在該憲法的結尾部分，他說：“這些根本憲法，120 條以及裡面的每一個部分，必將成為卡羅萊納神聖和亙古不變的原則和規則。”之後，威廉·潘恩（William Penn）為賓夕法尼亞草擬了 24 條根本憲法。1787 年《美利堅合眾國憲法》的誕生以及 1803 年馬歇爾（John Marshall）的判例，使得憲法這個術語成為一個莊嚴的概念，成為立憲體制的根本性、正當性的要素和規則。<sup>[1]</sup>

中外學者從不同角度界定憲法。就實質意義的憲法而言，我國學者王世杰、錢端升將憲法的實質界定為“在於規定國家根本的組織”。<sup>[2]</sup>日本學者美濃部達吉則認為：“實質意義的憲法，含有關於國家的組織及作用的基礎法之意味。詳言之，凡關於國家領土的範圍，國民資格的要件，國家統治組織的大綱，尤其是處於國家最高地位的機關如何構成，享有甚麼權利，怎樣行使它的權能，各種機關彼此間有如何的關係的法則，及關於國家與國民之關係的基礎法則，都是屬此種意義的憲法。”<sup>[3]</sup>

就形式意義的憲法而言，中國學者王世杰、錢端升認為，

[1] 王人博：〈憲法概念的起源及其流變〉，《江蘇社會科學》，2006 年第 5 期，第 95-96 頁。

[2] 王世杰、錢端升：《比較憲法》，中國政法大學出版社，1997 年，第 3 頁。

[3] [日] 美濃部達吉：《憲法學原理》，歐宗祐等譯，商務印書館，1925 年，第 271 頁。

憲法的形式特性體現為“憲法的效力高於普通法律”；“憲法的修改異於普通法律”。<sup>[1]</sup>美濃部達吉則認為，憲法“與普通的法律有別，且含有特別強烈的效力”，“以文書書明其國家的基礎法”，“可以稱為形式意義的憲法，又可簡稱為成文憲法”。<sup>[2]</sup>中國和其他社會主義國家的學者從階級意義上來界定憲法，主張“憲法是統治階級意志的集中表現”或者“憲法是統治階級意志和利益的集中體現”，“憲法是政治法”<sup>[3]</sup>，“憲法是國家的根本大法，是民主制度的法律化，是階級力量對比的表現”。<sup>[4]</sup>

綜上，可以對中國憲法有所界定：

第一，憲法是國家法律體系的基礎，是國家的根本法，首先具體體現為憲法調整最重要的社會關係。憲法調整國家基本政治關係，規定實行人民代表大會制度；調整國家的基本經濟關係，規定實行以生產資料公有制為主體的經濟制度；調整國家與公民的基本關係，規定公民基本權利；調整國家機關組織和活動的基本關係，規定各國家機關在國家機構體系中的地位、職權及它們之間的相互關係。其次，具體體現為憲法調整的社會關係同一般法律調整社會關係相比，它是基礎性的，其他關係是在其基礎上產生的。而且，同一種社會關係，可以有不同層次的法律規範來調整，而憲法是最高水平的調整，憲法一般規定的原則，由其他法律按照憲法的原則具體化。

---

[1] 王世杰、錢端升：《比較憲法》，中國政法大學出版社，1997年，第3頁。

[2] [日]美濃部達吉：《憲法學原理》，歐宗祐等譯，商務印書館，1925年，第272頁。

[3] 蔣碧昆主編：《憲法學》，中國政法大學出版社，1997年，第7頁。

[4] 吳家麟主編：《憲法學》，法律出版社，1980年，第46頁。

第二，憲法是國家法律體系的核心，憲法給普通立法提出原則、方向、任務。<sup>[1]</sup> 例如，我國憲法序言中明確規定：“我國將長期處於社會主義初級階段。國家的根本任務是，沿着中國特色社會主義道路，集中力量進行社會主義現代化建設。”

## 2. 基本法

“基本法”字面上由兩部分組成。第一部分是“法”，區別於政治宣言，因為“法”和一般的政治性文件或道德規範最大的差別就是法具有強制性；第二部分就是前面有兩個字“基本”來形容這個“法”，說明該法在國家的法律體系中是反映國家重要制度的法律，即基本法律。從學理的角度進行分析，基本法這個概念究竟由哪些基本的元素構成呢？因為一個概念一定由最基本的因素構成，如果缺少某一個基本因素，就會對這個法律概念解釋不準確。通說將基本法的概念定義為：特別行政區基本法是由全國人民代表大會根據中國憲法和法定程序制定的，體現“一國兩制”基本國策，規範中央與特別行政區關係、特別行政區各項制度，包括特別行政區行政、立法、司法制度及其相互關係，特別行政區與居民關係，並由國家強制力保障實施的一部基本法律。這個概念分解後實際上由四個最基本的要素構成。

第一個要素是基本法的制定主體，是最高權力機關全國人民代表大會。根據《中華人民共和國憲法》第 62 條第 3 項“制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律”

---

[1] 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，社會科學文獻出版社、澳門基金會，2012年，第45頁。

的規定和《中華人民共和國立法法》第 10 條第 2 款相同的規定，只有全國人民代表大會才有權制定國家的基本法律。特別行政區基本法是由全國人民代表大會制定的，所以從立法的主體性上決定了特別行政區基本法是國家的一部基本法律。這也明確了基本法的性質是全國性的基本法律。

第二個要素是基本法的立法依據。香港、澳門基本法序言第三段明確說明，基本法是全國人民代表大會根據中國憲法制定的。基本法是根據憲法制定的就決定了基本法的地位是在憲法之下。

第三個要素是基本法的特徵，即其所調整的社會關係，包括“一國”和“兩制”的關係；中央和特區的關係；特區的行政、立法和司法之間的關係以及特區居民和特區政府之間的關係。因此“一國兩制”能不能成功以及基本法能否貫徹實施，關鍵就要看這四個關係是否處理得好。這也是基本法區別於其他法律的關鍵。

第四個要素是基本法由國家強制力保證實施，突出與道德規範之間的不同。因此特區需要嚴格遵守基本法辦事，依法施政、依法獨立審判。

通過以上學理角度的分析，明確了基本法的構成要素、基本法的性質、基本法的特徵以及基本法的位階，從而明確了基本法的概念。

## （二）立法依據與立法政策

### 1. 立法依據

立法權是國家權力的重要組成部分，是制定、修改、廢

除法律或者對特定的習慣予以認可的權力。行使立法權的機關通常被稱為立法機關。立法權來源可以分兩位階進行考察：其一，在最高位階上，立法權來源於理性，更確切的說是理性中的公共理性。這種理性是一種能夠正確地做出判斷的能力，它是每個人生而具有的，是人的本性，自我的本質。<sup>[1]</sup> 公共理性“是民主社會公民理性的共同部分，是公民能夠用其公共意識和公共理由通過辯論和協商達成關於公共政策的基本公式的能力”。<sup>[2]</sup> 其二，在基本位階上，立法權直接來源於人民權力的授予，作為公共理性的體現方式，人民對國家立法權的授予是通過制度或者程序來實現的。<sup>[3]</sup>

立法依據解決的是合法性問題，包括立法權的法源、立法內容的合法性獲得等。立法依據的含義之一，就是判斷法律是否有效，即作為立法內容合法性的判斷標準。如何確定立法內容的合法性，應由規範性文件在一國法律體系中的位階來決定，因為法律規範之所以有效力，是因為它是按照另一個法律規範決定的方式被創造的。因此，後一個規範便成了前一個規範的效力依據。<sup>[4]</sup> 作為更高的規範，我們稱之為“基礎規範”（basic norm），它是規範體系內效力的最終理由。<sup>[5]</sup> 規範之所以是有效力的法律規範就是由於，並且也只是由於，

---

[1] [美] 梯利：《西方哲學史》，葛力譯，商務印書館，2000年，第307-310頁。

[2] 吳英姿：〈司法的公共理性：超越政治理性與技藝理性〉，《中國法學》，2013年第3期。

[3] 宋遠升：《立法者論》，法律出版社，2016年，第134-135頁。

[4] [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館，2017年，第193頁。

[5] [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館，2017年，第175-176頁。

它根據特定的規則而被創造出來，法律秩序的基礎規範就是這樣一個被假設的最終規則。根據該規則這一秩序的規範才被創造和被廢除，才取得並喪失其效力。<sup>[1]</sup> 在一國法律體系中所有的法律規範都屬同一法律秩序，而為甚麼憲法是有效力的？是因為它們的效力都可以被直接地或間接地追溯到第一個憲法，這第一個憲法是一個有拘束力的規範。這一點是被預定的，而這種預定的公式表示就是這一法律秩序的基礎規範。<sup>[2]</sup> 由於預定了基礎規範，因此憲法是國內法中的最高一級。

在我國的法律體系中，憲法具有最高法律效力。憲法第5條規定：“一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相抵觸。”效力僅次於憲法的是由全國人大制定的基本法律和全國人大常委會制定的其他法律；效力次之的是由國務院制定的行政法規；效力再次之的是由地方人大及其常委會制定的地方性法規和由國務院各部委制定的行政規章。在一國法律體系下，效力低的法律規範不能與效力高的法律規範相抵觸，因為效力低的法律規範的創造是由效力高的法律規範所決定。在這一意義上講，“高級”法律規範就是“低級”法律規範的“淵源”。這樣，憲法就是在憲法基礎上所創造的基本法律和法律的“淵源”；法律就是在其基礎上所創造的行政法規的“淵源”；行政法規就是在其基礎上所創造的地方性法規的“淵源”，以此類推。<sup>[3]</sup> 上述法律淵源作為立法依據，解決

[1] [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館，2017年，第178頁。

[2] [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館，2017年，第181頁。

[3] [奧] 凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館，2017年，第203頁。

立法者所制定出的法律是否合法、是否有效的問題。

## 2. 立法政策

與立法依據不同，立法政策解決的是合理性問題，包括立法時考慮的因素及價值等。立法政策可以為立法機關提供比較合理的立法規劃和立法佈局，特別是可以有效地建立立法體系，是立法者在立法活動中，對特定行為所作的“決策”，以表明立法者對該行為的態度。在我國的《立法學》研究中，研究者多使用“立法決策”的概念。但有學者認為“立法政策”與“立法決策”仍存在一定差異。前者着重從價值取向上進行評判，屬靜態的範疇；後者着重從過程的角度進行概括，屬動態的範疇。<sup>[1]</sup>立法政策可以更詳細地劃分為五種：“強制”“鼓勵”“允許”“限制”“禁止”，由高到低體現出立法者對行為的要求程度。<sup>[2]</sup>從民主政治、法治國家的觀點而言，政策往往必須經由法律的制定、施行，才得以推行。法律常表現出特定政策目標與政策內容，而政府重大政策則每每表現在法律規定之中，政策乃指導法律內容之原則。<sup>[3]</sup>所謂政策指導法律內容並不意味着政策可以超越或破壞法律，政策欲以法律形式呈現或實現，則必須符合法律基本原理原則。有些立法目的根本不合法、違憲，或無法轉化為法律條文，皆不得或不宜以法律的形式付諸實施。<sup>[4]</sup>

[1] 湯唯、雷振斌：〈論立法政策取向與利益衡量〉，《法學論壇》，2006年第3期，第24頁。

[2] 湯唯、雷振斌：〈論立法政策取向與利益衡量〉，《法學論壇》，2006年第3期，第24頁。

[3] 陳銘祥：《法政策學》，元照出版公司，2011年，第3頁。

[4] 陳銘祥：《法政策學》，元照出版公司，2011年，第3頁。