

叢書主編 朱國斌

 基本法
研究叢書

全國性法律 在香港特別行政區的實施

付婧 編著

第一章

香港特別行政區實施全國性法律的 理論基礎：「兩制」何以「一國」

∞ ∞

陳明輝

浙江大學光華法學院研究員

引言

香港回歸是一個偉大的憲法時刻，新中國的領導人憑藉其獨特的政治智慧提出了「一國兩制」的和平回歸方案，以一種能夠讓各方都可以接受的方式解決了主權的移交問題。誠然，「一國兩制」是偉大的政治智慧，^[1]它提供了兩制截然不同的政治制度如何共存的制度框架。但回顧「一國兩制」的提出和應用過程，可發現，「一國兩制」與其說是一種成熟的理論思考和制度設計，莫不如說是以鄧小平為核心的黨和國家領導人漸進式改革的實踐智慧。「一國兩制」應當被視為一個開放性的理念，有待於中國學者去豐富和發展。尤其是在「一國」的理論闡述上，我們更多地停留在上個世紀 80 年代，沒有隨着時代的發展去分析問題和解決問題。

現代國家的政治問題最終需要以法律的話語和方式解決，「一國兩制」存在的問題用憲法學的話語來表達就是「一國」與「兩制」的界限到底在哪裏。這也衍生出了以下法律問題：憲法要不要在香港實施，全國人大及其常委會制定的全國性法律要不要在香港實施，香港《基本

1. 參見陳端洪：〈「一國兩制」的智慧〉，《中國法律評論》2015 年第 3 期，第 39 頁。

法》究竟由香港特區自行實施還是要在全國人大常委會的約束下實施。從廣義上而言，憲法、《基本法》和全國人大及其常委會制定的其他法律都屬於全國性法律。這些法律能否以及如何在香港特別行政區實施必須立足於「一國兩制」的基本國策。

「一國兩制」試圖以超越意識形態的方式統合大陸與港澳台，意味着其假設了一個超越意識形態化的「一國」（即「中國」）概念，這個超越意識形態的「一國」概念必須通過全國性的憲法和法律進行表達。因此，構築「一國」的全國性法律無疑要在香港得到貫徹和實施。換言之，在全國人大及其常委會制定的全國性法律中，存在有一些以維護「一國」存續的全國性法律，這部分法律超越了社會主義和資本主義的意識形態，構成了「一國」的基礎和「兩制」得以存在的前提。因而，無論是社會主義的大陸還是資本主義的香港，都必須實施這些法律。但對於那些具有意識形態內容的全國性法律，則只能在與其相對應的地方實施。

一、何謂「一國」：範圍與限度

（一）「一國兩制」的主權邏輯

正確合理地理解「一國兩制」是解決所有港澳敏感問題的前提。「一國兩制」不是僵硬的政治教條，也不是明確清晰的法律規範，而是一個介於政策與法律之間需要不斷發展和闡釋的治理框架。回顧鄧小平等人對「一國兩制」的提出和運用，可以發現他們都遵循一套獨特的主權邏輯。

第一，「一國兩制」中的「一國」更多的是在歷史、文化、民族的意義上使用中國的概念，也就是說「一國兩制」是用以歷史、文化和民族來劃定國界。《香港特別行政區基本法》序言在宣揚中央政府對香港的主權時，第一句話即是訴諸歷史和民族話語：「香港自古以來就是中國

的領土……，從而實現了長期以來中國人民收回香港的共同願望。」^[2]中國領導人避開意識形態的分歧，以歷史、文化和民族這些原生性認同紐帶作為收回香港主權的法律基礎，在香港民眾中也有強烈的共鳴。香港是華人社會，在種族、語言、文化方面扎根於中華民族的歷史脈絡之中。二戰之前，香港的本土居民只有 100 萬人口，到了 60 年代，香港人口超過 300 萬，但三分之二都是大陸移民。^[3]並且，在 70 年代之前，大部分香港人都認為自己是遲早要回大陸的難民。更多的香港人認為他們既是香港人也是中國人，只不過他們對中國的認同感更多地來自於文化和歷史，政治認同始終比較弱。^[4]中華文化歷來強調血濃於水的民族情感，因此，「從民族與文化的意義上說，港人對中華民族有強烈認同感。」^[5]即便是一些政治立場較為激進的香港人，其也不否認對中國歷史文化的認同。例如，有學者通過深入訪談，發現了一個具有代表性的樣本：「六七十年代我們父母都把物資自發性的寄返國內親友，又如近十多年來國內的水災、地震，香港的賑災行動從來都很積極，這種事例已證明港人對中國的關愛；我們愛的是土地、人民，而不是政權……」^[6]或如另一位訪談者所說，「『我們是中國人』的身份，更大程度上是透過黃皮膚、黑眼睛的『臭皮囊』、拜祖先、用筷子、寫中文等中國文化去建立和確認。」^[7]

第二，「一國」以歷史、文化和民族為內核，「兩制」以社會主義和資本主義為區分，「一國兩制」試圖以歷史文化上的親緣關係彌合意識形態的分歧。這說明「一國兩制」背後的國家理念並不是一個現代西方

2. 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，序言第 1 段。

3. 參見周永新：《香港人的身份認同和價值觀》，中華書局（香港）2016 年版，第 8-11 頁。

4. 參見 Eric K. W. Ma & Anthony Y. H. Fung, "Negotiating Local and National Identifications: Hong Kong Identity Surveys 1996-2006", *Asian Journal of Communication* Vol. 17, No. 2, June 2007, pp. 172-185.

5. 劉兆佳：《香港人的政治心態》，商務印書館（香港）有限公司 2017 年版，第 85-86 頁。

6. 周佩霞、馬傑偉：《愛國的政治審查》，次文化堂 2005 年版，第 10 頁。

7. 同上註，第 136 頁。

意義的國家，而接近於傳統中國的文明共同體。這個文明共同體不能用「民族國家」的概念來理解和解釋，而接近於「帝國」概念，「中華帝國」是這個文明共同體的最高理想。在西方人看來，帝國是民族國家至上的一種新的主權形式。「民族—國家正在衰落的主權和它們對經濟、文化交流不斷減弱的控制力，事實上是帝國主義正在降臨的主要徵兆之一。」^[8]無論是社會主義還是資本主義，追求的都是普世意義的國家形態。^[9]但帝國並不追求普世國家這種極致的同質性，相反，帝國自其誕生之日起就存在一個巨大的矛盾。一方面，帝國的擴張要求它不斷擦除地區、國家、民族之間的差異，以便將不同地區、國家和民族的人民統合到同一個政治版圖之內。另一方面，帝國的治理要求帝國尊重帝國內部的地區差異，維持甚至製造差異成為帝國治理的必要手段。「一國兩制」實際上運用的就是帝國的邏輯。

第三，「一國兩制」恪守最低限度的主權概念，^[10]並一定程度上區分了「主權」和「治權」。^[11]鄧小平等領導人非常清醒地區分了兩個問題：一個是歷史文化和民族上的同質性，另一個是政治意識形態上的異質性。然後，以歷史文化上的同質性來主張「一國」，用「兩制」來處理意識形態的差異。「中華民族」、「炎黃子孫」等概念將主權建構在中國這個歷史、文化、民族共同體之上，政治意識形態被視為低一個層面的問題。所謂「一國」作為「兩制」的前提和基礎，就是認為歷史文化上的同質性是首要問題，主權的歸屬依據此種同質性而定，相對而言意

-
8. [美] 麥克爾·哈特、[意] 安東尼奧·奈格里：《帝國：全球化的政治秩序》，楊建國、范一亭譯，江蘇人民出版社 2003 年版，第 2 頁。
 9. 福柯 (Paul-Michel Foucault) 即認為帝國與教會才是政治的兩大普適性形式。參見 [法] 福柯：《安全、領土與人口》，錢翰、陳曉徑譯，上海人民出版社 2018 年版，第 385 頁。
 10. 陳端洪教授即認為「一國兩制」的構想和特別行政區的創設，客觀上實現了（也許是有望實現）對現代主權理論和中國古代天下模式的揚棄。參見陳端洪：〈理解香港政治〉，《中外法學》2016 年第 5 期，第 1142 頁。
 11. 2014 年 6 月，國務院新聞辦發佈《「一國兩制」在香港特別行政區的實踐》白皮書提出「全面管治權」概念，試圖論證中央政府享有的全面管治權是主權與治權的統一，這更多地是從權力來源角度而言的，在實踐操作層面，中央政府與香港有着一個明顯的主權與治權的分工。

識形態的同質性不那麼重要，成為一個延遲決斷。^[12]歷史文化和民族上的同質性與延續性確保了主權的統一和領土的完整，治權的分割被用於解決意識形態的差別。因此，「一國兩制」區分了主權與治權。中央政府作為「一國」的最高常設機構，代表中國人民行使包括制憲在內的主權性權力，並授予香港特別行政區政府部分治權。問題的複雜性在於，意識形態的差別迫使中央政府只能維持一種最低限度的主權，或者說「弱主權」(weak sovereign)。出於國家統一的需要，中央政府放棄了一些本該屬於主權範圍內的權力，例如司法終審權，而僅僅保留了一些基礎性的權力。

第四，「一國兩制」體現了一種高度的國家理性，這種國家理性將國家的統一和領土的完整視為國家的最高目標，在這個目標之下的主權和治權都是存在談判的餘地。國家理性以其維護國家的完整和存續為首要目標，它的意義和層次遠比主權概念深遠。也正是如此，在國家理性的支撐下，中央政府為了收復香港，可以接受一種最低限度的主權。甚至中央領導人曾承諾，以「一國兩制」解決台灣的和平統一，可以允許台灣保留自己的軍隊。^[13]「從本質上來講，國家理性意味着，釐清對國家保存和維護其完整而言必要的和足夠的東西；而且在必要的情況下，在國家的完整性遭到破壞的情況下，弄清楚是否有必要、能夠重新獲得這種完整性。」^[14]國家理性之上，沒有一個先在的、外在的或者超越於國家本身的目的性的東西。「國家理性的目的，就是國家本身，而如果有某種相當於完善、幸福、至福的東西，那也只會是國

12. 歷史文化上的同質性與意識形態上的異質性是「一國兩制」地區最為深刻的矛盾。因為現代國家的認同更多地取決於政治認同而不是原生性的歷史文化認同。當前香港對於中國困惑搖擺的認同心態就是這一矛盾的現實寫照。

13. 參見鄧小平：〈中國大陸和台灣和平統一的設想〉，載《鄧小平文選》第三卷，人民出版社 1993 年版，第 30 頁。

14. [法] 蜜雪兒·福柯 (Paul-Michel Foucault)：《安全、領土與人口》，錢翰、陳曉徑譯，上海人民出版社 2018 年版，第 338 頁。

家或國家本身的完善、幸福、至福。」^[15]與西方自由主義的傳統相反，中國自古以來遵循的就是大一統的國家理性。一個統一的、強大的、和平的中國，被認為是中國的正常狀態或完整狀態。不論其好壞，這種國家理性至少已經扎根於中國政治精英的腦海，也已經寫入中國憲法，^[16]成為中國政治法律體制的核心部分。

（二）「一國」的範圍

「一國兩制」背後的主權邏輯可以簡要歸納為：（1）中華人民共和國要延續幾千年華夏中國的歷史文化傳統，要實現中華民族的偉大復興，出於此種國家理性的要求，新中國必須收復香港、澳門和台灣，實現最基本的領土統一；（2）新中國對港澳台地區的主權主張訴諸的是歷史文化和民族意義上的「一個中國」，歷史文化和民族的同質性與意識形態的異質性被區分為兩個層面的問題，前者是主權問題並被作為「一國」的基礎，後者被視為一個治權層面的問題並以「兩制」加以解決；（3）「一國兩制」的前提是和平統一，只有當各方願意和平統一的情況下，中央政府允許港澳地區作為中國的特別行政區享有「高度自治權」；（4）由於意識形態的差異，中央政府授予的高度自治權，甚至帶有一些主權性權力，換言之，中央政府在維護國家統一的前提下願意接受一種最低限度的主權。

揭示「一國兩制」背後的主權邏輯，可以發現「一國兩制」中的「一國」具備這樣幾重含義，這幾點劃定了「一國」範圍，是包括香港在內的特別行政區必須遵守的底線。

首先，其假定了一個自古至今、延續不斷的不可分割的華夏中國，這個中國作為一個歷史、文化和政治實體，擁有大致確定的領

15. 同上註，第 339 頁。

16. 中國現行憲法序言中大量的歷史敘述和未來展望，都以國家的存續為目標。例如第 9 自然段規定「台灣是中華人民共和國的神聖領土的一部分。完成統一祖國的大業是包括台灣同胞在內的全中國人民的神聖職責。」第 8 自然段將國家目標確立為「……把我國建設成為富強民主文明和諧美麗的社會主義現代化強國，實現中華民族偉大復興。」

土、完整的主權和諸多的人民。「一個中國」的基礎或者說識別標準是歷史文化和民族的同質性，當代「一個中國」的政治疆域是近代以來逐漸形成的超過 960 萬平方公里，香港、澳門和台灣屬於「一國」的政治版圖之內。並且，實現這超過 960 萬平方公里的完整和統一是所有中華民族人民的歷史使命。用鄧小平的話說就是，「實現國家統一是民族的願望，一百年不統一，一千年也要統一的。」^[17]

其次，「一個中國」這一政治實體在 1949 年後的具體承載者是中華人民共和國。1982 年憲法序言的歷史敘事即肯定了中華人民共和國在整個中國歷史上的正統性地位，中華人民共和國也以此作為自己主張港澳台地區主權的法理基礎。一些港台人士聲稱，他們承認中國這個政治文化單位，但是卻並不接受中華人民共和國這個新興政權。這顯然不符合「一國兩制」對於「一國」的要求。誠然，存在兩種不同意義上的「中國」，一個是歷史文化意義上的中國，一個是政治組織意義上的中國。在「一國兩制」的邏輯背後，這兩個中國是合二為一的，中華人民共和國是幾千年華夏中國的繼承者和擔綱者，承認「一國」就只能接受中華人民共和國，而不能主張其他政權或者自立政權代表中國。

最後，「一個中國」最為核心的內容就是主權和領土完整性。^[18]這種主權和領土的完整性並不是說位於大陸的中央政府要在港澳台地區貫徹實施完整的主權性權力，或者要徹底支配港澳台地區的領土和人民。如前所述，中央政府尋求的是一種最低限度的主權概念，中央政府僅僅保留最起碼的部分主權性權力，主要是政治和軍事權。具體體現為在對外方面，只有中華人民共和國能夠代表和行使國家主權，港澳台都是中國的地方政府。在對內方面，只有一個中央人民政府，只有一部適用於全國範圍的憲法。^[19]對於這些地區而言，只要這些地區放

17. 鄧小平：〈一個國家，兩種制度〉，載《鄧小平文選》第三卷，人民出版社 1993 年版，第 59 頁。

18. 參見駱偉建：〈論「一國兩制」理論的基礎和邏輯〉，《「一國兩制」研究》2013 年第 1 期，第 39 頁。

19. 吳建璠：〈「一國兩制」與香港基本法〉，《中國法學》1997 年第 3 期，第 15 頁。

棄獨立或者依附他國的狀態或企圖，在國家交往活動中承認是中國的一部分，就可以保留原有的政治、經濟和文化制度，並且享受中央政府給予的其他優惠政策。中央政府以「一國兩制」收復主權和領土，所期望的並不是對這些地區的直接統治，更多的是一種恢復國家地位贏得國家尊嚴的努力。用一個時髦的概念來說，這是國家層面「承認的政治」。^[20] 中央政府要求的這種主權和領土的完整，並不期望這些地區能否在稅收、就業、自然資源等方面給予中央多大的實惠，而在於在國際舞台上維護中國的國家形象和展開更符合中國利益的政治、軍事和外交戰略。

（三）「一國」的限度

「一國」是有範圍的，範圍同時也意味着限度。「一國兩制」是要在堅持「一個中國」的前提下實施「兩制」，這是中國對香港的政治承諾。中央政府在許下這一政治承諾同時等於給自己施加了政治義務，這項政治義務構成了對承諾者的限制。「一國」的限度體現在兩個方面：

一是「一國」自身的內在限度。「一國」的內在限制體現在「一個中國」的內涵之中，尤其是體現在中央政府對中央與特區兩方的權力劃分上。中央政府恢復對香港行使主權，但這是一個最低限度的主權。換言之，這是不充分的主權。香港問題的特殊性就在於「一國」的範圍小於主權的範圍。不充分的原因在於中央政府在實現和平統一的過程中犧牲了政治意識形態方面的同質性，僅構建起了歷史文化意義上的同質性。這就導致「一國」外形上是一個政治共同體、一個中央政府和一支軍隊，但在內容上「一國」並不能要求政治意識上的同質性。換言之，「一國」的內在限度決定了中央政府和香港特區在維護「一國」的時候，只能維護一個以歷史文化同質性為基礎的中華人民共和國。實際

20. 承認政治理論認為人類社會的原動力不在於物質利益的爭奪，而是源自於虛榮心驅使的尋求承認。在個人層面、社會層面和國家層面，根本性的問題不在於獲得了多少利益，而在於得到了何種程度的承認。最新的相關研究可參見 Francis Fukuyama, *Identity: The Demand for Dignity and The Politics of Resentment*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

上，「一國」內部的這兩種不同意義上的中國的交錯關係，導致了香港地區民眾複雜的國家認同心理。^[21]一個徹底的現代國家必須做到起碼的政治同質性，這並不意味着社會主義與資本主義必須取其一，而是至少要找到這兩種意識形態之間的基礎共識。

二是「兩制」對於「一國」的外在限制。「一國兩制」試圖在文化同質性與政治異質性之間達成一種巧妙的妥協，憑藉文化同質性取得主權的中央政府並不能為所欲為，而必須尊重旨在保護政治異質性的「兩制」。因此，堅持「一國」並不能取消「兩制」，也不能以「兩制」衝擊「一國」。這也正是習近平總書記所說的「確保『一國兩制』不變形、不走樣」。^[22]歸納起來，「兩制」對於「一國」的外在限制體現在三個層面：（1）政治制度層面，「一國」要允許「兩制」並存至少 50 年；（2）權力分配層面，中央在特區的主權行使要受「兩制」的限制，中央的主權也好，全面管治權也罷，都必須尊重特區的資本主義制度；（3）法律制度方面，「兩制」允許特區自行立法、執法和司法，中央政府對香港法治的影響僅限於全國人大常委會對《基本法》的制定、修改和解釋。

二、全國性法律：「一國」的法律支撐

現代國家必定是一個立憲共和國。在正常狀態下，憲法和法律是國家主權最主要的表達方式。同理，「一國兩制」的基本方針也需要由相關法律加以確認和執行。《香港特別行政區基本法》第 12 條規定：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。即是以立法的方式確認中國對香港的主權。「一國兩制」方針對於「一個中國」和「兩種制度」都有相對清晰的

21. 參見陳明輝：〈轉型期國家認同困境與憲法學的回應〉，《法學研究》2018 年第 3 期。

22. 求是網：《習近平在慶祝澳門回歸祖國 20 周年大會暨澳門特別行政區第五屆政府就職典禮上的講話》，http://www.qstheory.cn/yaowen/2019-12/20/c_1125371412.htm，最後訪問日期，2019 年 2 月 17 日。

界定，但是仍需要相關立法的進一步確認、闡述和執行。包括憲法在內的全國性法律和香港特區的自主立法均是在實施「一國兩制」。全國人大及其常委會制定的全國性法律更是承擔了塑造「一國」的重任。香港特區之所以要實施這些全國性法律，就在於特區雖然可以實施資本主義制度，但這是以服從「一國」為前提的，全國性法律作為「一個中國」的法律支撐，必須以合適的方式在香港得到貫徹實施。

（一）全國性法律在香港實施的正當性

從法學的視角來看，國家不過是法律的擬制物。正如康得（Immanuel Kant）所言：「國家是許多人依據法律組織起來的聯合體」。^{【23】}凱爾森更進一步，從純粹法學的觀點出發，將國家界定為「作為國內法律秩序的人格化」。^{【24】}近現代國家，無論真實的政治狀況如何，在國家建構的過程中勢必要運用法律的整合功能，將國家打造為「法律共同體」。^{【25】}法律不僅是利益的聯結，也是情感的聯結。如陳端洪教授所言，「『一國兩制』超越了現代國家的同質性原則。」^{【26】}國家的同質性包括民族和政治兩個層面，中國大陸與香港僅具備了民族同質性，在政治上卻是異質的。中國雖然憑藉文化同質性收回了香港主權，但面對政治和法律同質性稀缺的局面，必須依靠全國性法律維護進而塑造更強的同質性。

在此意義上，全國性法律的任務在於維繫並進一步塑造香港與大陸的同質性。這種同質性不是針對政治意識形態而言的，而是要在社會主義意識形態與資本主義意識形態之上塑造同質性。因此，全國性法律代表的不是大陸的社會主義，而是作為大陸的社會主義和香港的資本主義之上的「一個中國」的法律支撐。將全國性法律僅僅視為大陸

23. [德]康得：《法的形而上學原理——權利的科學》，沈叔平譯，林榮遠校，商務印書館1991年版，第138頁。

24. [德]凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第269頁。

25. 許章潤：〈論現代民族國家是一個法律共同體〉，《政法論壇》2008年第3期，第14頁。

26. 陳端洪：〈理解香港政治〉，《中外法學》2016年第5期，第1126頁。