

香港新宪制秩序的法理基础：分权还是授权

程 洁^{*}

内容提要 在各种有关香港新宪制基础的认识中,分权论和授权论最具有代表性。分权论以地方自治理论和《中英联合声明》为基础,将中央和特别行政区的关系解释为对抗性的、彼此制约的关系。分权论的规范基础和理论原型脱离了基本法的预设,更多源于论者的主观想象,存在对基本法和特别行政区制度的误读。授权论以“一国两制”原则和基本法为基础,将中央和特别行政区关系理解为授权关系、委托-代理关系。授权论的提出不是为了压制特别行政区的高度自治,而是为了说明特别行政区制度的来源和基本属性。授权论对基本法和特别行政区制度的理解符合中国宪法和国家治理的一贯逻辑。香港作为中国的一级地方行政单位,其宪制秩序应为中国宪制秩序的组成部分。香港回归之后,新宪制秩序的基础只能是中国宪法和法律。

关键词 香港基本法 分权论 授权论 规范基础

导言：为什么需要研究香港的新宪制基础

香港基本法是“一国两制”方针政策的体现,是香港回归与社会经济持续发展的制度保障。香港基本法的实施对香港回归后的社会经济发展及政治秩序起到了积极作用。二十年来,基本法的权威性得以确立。在特别行政区制度和体制下,中央政府依法负责管理与香港特别行政区有关的外交事务和国防事务,组建特别行政区政权机关,任命特区行政长官和主要官员,根据基本法对有关条文进行解释或作出决定,依法决定特别行政区的政治发展。特别行政区依据基本法的规定组织特区的立法、行政、司法的机构,特区机构依法有效运作,法治观念深入人心。中央政府有关特别行政区制度的理论与实践也不断发展。特别是2014年白皮书发布和2016年全国人大常委会解释基本法之后,“一国两制”和“港人治港、高度自治”方针政策进一步受到肯定,同时强调了维护国家统一和中央管治权的重要性。上述发展和成就有目共睹,是香港基本法成功实施

^{*} 清华大学法学院副教授。本文是在作者提交给全国人大常委会“纪念香港基本法实施二十周年座谈会”(2017年5月27日)的文稿基础上完成的。相关内容也曾经在中央港澳工作协调小组专家学者座谈会上报告,感谢参会领导和专家对报告提出的建议。

的重要表现。

与此同时,香港回归二十年来,在中央和特别行政区关系层面和特别行政区政府机构内部层面也出现了一些政治和法律问题。例如,基本法实施以来,香港区域内许多重大事项都引发了涉及基本法的司法复核或曰基本法诉讼,^①有的还导致全国人大常委会解释基本法或作出相关决定。这些争议和相关讨论包括但不限于:宪法是否在香港适用?特别行政区高度自治权是否具有排他性?国际法规范是否构成香港的基本规范基础?^②这些问题的出现有其必然性,因为新宪制秩序的确立是一个循序渐进的过程,需要与既有的制度和安排进行磨合。另一方面,许多问题归根到底都属于宪法性争议,对新宪制的基本理论的不同认识是产生问题的主要原因。相应地,要回应这些问题和挑战,需要我们从香港新宪制秩序的理论出发,探寻其基础规范来源和运行逻辑。

香港基本法颁布及实施以来,有关基本法的研究日益丰富。其中,涉及香港新宪制秩序的理论则逐渐形成两种代表性的观点:分权论和授权论。分权论的代表人物是原香港大学法学院佳日思(Yash Ghai)教授。他最早提出香港新宪制秩序概念并进行了系统研究。其所著《香港的新宪制秩序》一书认为,香港回归后的新宪制秩序服务于维护香港高度自治权与区隔两制目标,在制度上主要表现为中央和特别行政区之间的分权安排。^③授权论的代表人物是原北京大学法学院肖蔚云教授。其主要观点是,香港的新宪制秩序服务于国家统一大业和香港的繁荣稳定,特别行政区的高度自治权源于中央政府对特别行政区的授权,特别行政区不存在可以对抗中央政府的制度安排。授权论在2007年后获得官方确认。2007年6月6日,时任全国人大常委会委员长吴邦国在纪念香港基本法实施十周年座谈会上,专门强调了特别行政区的高度自治权来源于中央授权的属性。^④

特区新宪制的权力来源问题虽然是理论问题,但对基本法的实践和贯彻落实有举足轻重的影响。从香港回归以来的实践看,对同一事物采取分权论或授权论视角,会得出不同的结论。在重大的政治和法律问题上,则有可能引发中央和特区的矛盾和冲突。值得注意的是,到目前为止,有关香港新宪制基础的研究仍然比较有限,这种情况与香港宪制问题本身的重要性相比是不相称的。有鉴于此,本文希望对现有研究进行总结

① 相关案例的汇总,参见李浩然、尹国华《香港基本法案例汇编1997——2010》,三联书店(香港)有限公司2013年版(该书收录了《香港基本法》第1-42条所涉及的部分案件);陈弘毅、罗沛然等《香港终审法院关于〈基本法〉的司法判例评析》,载《中国法律评论》2015年第3期。笔者也曾专就香港律政司《基本法简讯》中刊登的案例进行过系统量化分析,参见程洁《香港基本法诉讼的系统案例分析》,载《港澳研究》2016年第2期。

② 参见佳日思等主编《居港权引发的宪法争论》,香港大学出版社2000年版。再如,强世功《文本、结构与立法原意——“人大释法”的法律技艺》,载《中国社会科学》2007年第5期;郭天武、莫景清《〈香港基本法〉解释制度的分析》,载《当代港澳研究》2009年第1期。

③ Yash Ghai, Hong Kong's New Constitutional Order—The Resumption of Chinese Sovereignty and The Basic Law, 2nd edition, Kong University Press, 1997, pp. 137-142.

④ 参见吴邦国《深入实施香港特别行政区基本法把“一国两制”伟大实践推向前进》,载全国人大常委会香港基本法委员会办公室编《纪念香港基本法实施十周年文集》,中国民主法制出版社2007年版,第6页。

和梳理,并在此基础上对这一根本性问题进行论证和说明,为未来进一步反思做抛砖引玉式的探讨。

一、香港新宪制秩序的法理基础:分权论或授权论

香港回归中国之后,开始形成新的宪制体系,这一点在研究基本法的学者中存在普遍的共识。然而,对于香港新宪制的规范基础是什么,却存在不同的理解,表现为不同的思维范式,并且发展出不同的解释体系和权利(权力)主张。理解香港新宪制秩序的基础十分重要,有助于我们理解基本法实施以来的一系列争议,也有助于我们在此基础上为基本法的实施和完善进行相应的反思和制度改进。

在各种有关香港新宪制基础的认识中,分权论和授权论最具有代表性。分权论的基本主张,基本法为中央和特区各自的权力范围提供了依据,特别是为特区的高度自治权提供了保障。在这一分权格局之下,中央不得干预特区的自治权。授权论者则认为,基本法确认特区的高度自治权来自中央的授权,特区只能在授权范围内行使立法权、行政权和司法权,不能逾越授权范围。分权论和授权论提出之后,都各有发展。

分权论的早期代表作为佳日思教授《香港的新宪制秩序》一书。^⑤他认为,香港回归中国之后,政府权力运行的宪法基础发生了改变,在中国的主权下,形成了新的宪制秩序。他虽然承认这一新宪制秩序衍生于中国宪法,但认为香港基本法具有“小宪法”的属性,其存在目的就是为了维护香港的自治权,区隔两制,实现社会主义制度和资本主义制度的隔离,因此需要确立中央和特区的分权范围。^⑥同样受制于这一目的,他认为中国宪法在香港的适用范围受制于香港基本法,^⑦进而主张香港具有某种“准国家”(quasi-state)的属性,表现为中央授权特区某些处理对外事务的自主权。^⑧

遵循这一进路会倾向于在特区与中央“划清界限”的基础上,各行其政,各得其所,甚至导致对中央政府的权力采取排斥和防御的姿态。这一认识颇有影响力。以分权为基础的“香港新宪制秩序”理论在后来的香港基本法第一案——马维骥案^⑨和引发香港

⑤ 前引③, pp. 137-187.

⑥ 前引③, p. 138.

⑦ 前引③, p. 361.

⑧ 前引③, p. 458.

⑨ 香港特别行政区诉马维骥, [1997] HKLRD 761 及 [1997] 2 HKC 315. 该案最直接的问题是需要回答回归后“普通法”是否当然存续的问题。但要回答该问题,就涉及到香港司法机构是否有权审查全国人大及其设立的相关机构决定的合法性问题。香港高等法院上诉庭在案件判决中表示,香港法院无权审查全国人大立法的合法性,但是有权就全国性立法是否存在进行审查。

基本法解释争议的吴嘉玲案^⑩中都有引用。虽然也有较为折衷的观点认为,应当避免将“一国”与“两制”对立起来,但是对于中央政府的权力,尤其是全国人大常委会在特区的权力行使,仍然抱有极大戒备心。^⑪更多以分权论为进路的研究则倾向于区隔中央权力与特区权力。例如,在颇受欢迎的香港大学宪法教材类专门用书中,仍然沿用了这一分权体系来解释中央与特区关系。^⑫

分权论思维不限于香港区域之内。即使在内地,直到今天,有关香港宪制秩序的规范基础和法律渊源究竟包括哪些内容,研究中仍然存在灰色地带。例如,有关中国宪法是否在香港适用的问题,学者普遍采取了“宪法整体适用于特别行政区”这一有待进一步解释的表述。^⑬研究者对宪法的适用范围和基本法的属性存在不同看法,并且更倾向于将“整体适用”理解为宪法部分条款适用于特别行政区。

受分权论影响最大的当属香港司法机构。在1999年吴嘉玲案中,终审法院对基本法第158条的理解就建立分权论的基础上,认为全国人大常委会和特区法院对基本法的解释权分别适用于基本法的不同领域,试图将基本法的条款区分为“自治范围内条款”和“自治范围外条款”,进而对法院认可的“自治范围内条款”作出了解释。^⑭1999年6月26日,全国人大常委会的解释推翻了终审法院在吴嘉玲案关于基本法第22条第4款和第24条第2款第3项的解释,但吴嘉玲案所确立的解释规则却仍然保留下来。^⑮特别是在刘港榕案^⑯之后,虽然特区法院承认全国人大常委会解释权的全面性,但法院并未完全否定吴嘉玲案,而是继承了吴嘉玲案所确立的判断香港法院是否有权解释相关基本法条款的标准,即所谓建立在中央和特区分权基础上的“条款范围检验”和“必要性检验”。^⑰总之,虽然分权论者对于中央和特区的权力分配事项和程度有不同的认识,但都认为特区拥有或者应当拥有某种程度与中央政府抗衡的权力。

^⑩ Ng Kaling and Others v. Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 577. 该案涉及港人在内地所生子女是否当然拥有香港永久居留权并得以自由入境香港的问题。争议一方认为,基本法第22条对内地人士入境香港进行了限制,只有持有单程证(类似于移民许可)方可合法入境香港。但另一方认为,根据香港基本法第24条,这些人士拥有居港权,无需另外获取许可即可合法入境香港。

^⑪ Danis Chang, The Imperatives of One Country, Two Systems: One Country Before Two Systems? Hong Kong Law Journal, volme 37, Part 2, 2007, pp. 351-362.

^⑫ Johannes Chan C. L. Lim edited, Law of Hong Kong's Constitution, Sweet & Maxwell, 2011, Chapter 2, especially pp. 44-46.

^⑬ 参见肖蔚云《论中华人民共和国宪法与香港特别行政区基本法的关系》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1990年第3期;陈克《论宪法与香港基本法的关系》,载《法律学习与研究》1989年第4期。

^⑭ Ng Kaling and Others v. Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 577, FACV16/1998.

^⑮ 例如从刘港榕案到刚果金案件都援引了吴嘉玲案所确立的两步法。Lau Kong Yung and others v Director of Immigration, FACV 10/11 of 1999. FG Hemisphere Associates LLC v. Congo Republic, [2011] 14 HKCFAR 395.

^⑯ Lau Kong Yung and others v Director of Immigration, FACV 10/11 of 1999,一般称之为刘港榕案。该案是吴嘉玲案的后继,基本事实和法律问题与吴嘉玲案一致,终审法院所要回答的问题是,在全国人大常委会1999年6月26日对基本法第22条和第24条作出解释之后,香港法院应当遵从全国人大常委会的解释还是终审法院在吴嘉玲案中所确立的准则处理类似案件。终审法院在刘港榕案中确认,如果存在全国人大常委会的解释,香港法院应当遵从全国人大常委会对基本法的解释。

^⑰ Ng Kaling and Others v. Director of Immigration, FACV No. 14 of 1998, pp. 46-47.

授权论主张最早可见于肖蔚云教授对中央和特别行政区关系的阐释。他在1991年的一篇文章中指出,由于我国是单一制的国家,各组成部分不具有像联邦制的成员国那样固有的权力,因为联邦制的形成一般都是由成员国转让一部分权力而组成,而单一制国家的各组成部分权力则是中央授予的……香港特别行政区虽然享有高度自治权,其权力也是中央授予,不是它本身固有的。^⑮以特区不具有固有的自治权来说明特区的高度自治权源于中央政府授权在以后的研究中得到进一步说明。特别是在授权内容、形式和限制条件方面,出现了一些值得关注的研究。

后续研究分别对剩余权论、分权论、自决权论等主张作出了回应,也对授权的内涵与外延、以及授权对中央政府权力的影响进行了分析。王振民认为,鉴于中国的单一制国家属性,应当推定人民先把权力全盘授予了中央(全国)政府,然后再由中央(全国)政府根据情况把权力“转授予”地方政府行使一部分。他也因此认为在中央和特别行政区之间不存在“剩余权”或权力的“灰色地带”,因为未能界定的权力都应当推定属于中央。^⑯这一观点延续了肖蔚云提出的授权论主张,并主要是针对所谓的“剩余权问题”进行了回应。笔者在论述中央管治权和香港高度自治权的关系时,在肯定特别行政区高度自治权的授权属性基础同时,批评了当时流行的分权论(包括剩余权论)和自决权论,并对基本法对特区授权进行了类型化研究,并对其约束条件进行了分析。^⑰骆伟建在研究中着重回答了“中央能不能授权”和“中央如何授权”两个基本问题,对中央授权的正当性进行论证。^⑱其研究也强调,中央在授权之后,对特别行政区保留了主权性的权力。这种权力可以限制、监督特别行政区的治权。特别行政区自行管理、制定政策的事务,虽然中央不干预,但要接受中央的监督。^⑲王禹则对授权的概念进行了语义学研究,并区分了基本法中的两种授权,认为一种授权是宪法性授权,另一种授权则属于有权机构的二次授权。不过,对于这两种授权究竟对香港宪制秩序的建构有什么不同影响,作者没有进一步阐释,而是强调两者都是主权的表现。^⑳换言之,以授权论为进路的研究对授权的含义和类别虽然有不同的认识,但是都强调特区的高度自治权来自于中央政府授权,并且不能挑战中央政府。

相较于分权论者,授权论者对香港新宪制秩序的系统分析仍然较为缺乏。香港基本法实施十周年前后,香港内部的权力分配和中央与特区关系的一些问题逐渐显现。对香港宪制基础的讨论日益受到重视。特别是有关特别行政区的高度自治权源于中央授权一说逐渐成为解释特别行政区基本法的理论基础。其中,王振民在2013年的一篇

⑮ 参见肖蔚云《论一国两制下中央与特别行政区的法律关系》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1991年第4期。

⑯ 参见王振民《中央与特别行政区关系——一种法治结构的解释》,清华大学出版社2002年版,第136-142页。

⑰ 参见程洁《中央管治权与高度自治——以基本法规定的授权关系为框架》,载《法学》2007年第8期。

⑱ 参见骆伟建《论“一国两制”下的授权》,载杨允中主编《“一国两制”与宪政发展——庆祝澳门特别行政区成立十周年研讨会论文集》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版,第50-60页。

⑲ 参见骆伟建《澳门特别行政区基本法新论》,社会科学文献出版社2012年版,第123页。

⑳ 参见王禹《港澳基本法中有关授权的概念辨析》,载《政治与法律》2012年第9期。特别是有关两种授权的关系及其均作为主权表现的观点。

文章中也采用了“新宪法秩序”这一概念,该文引入凯尔森的规范等级体系框架,认为香港回归后,香港新宪制秩序的基本规范已经由原来的《英皇制诰》和《皇室训令》转变为“中国宪法”,“其法律表现形式就是……《香港特别行政区基本法》”^{②④}。可见,该文对宪法是否适用于特别行政区,依然采取了较为模糊的态度。更多的研究则没有探究香港新宪制秩序的基础,但是都认识到特别行政区高度自治权的授权属性。

分权论和授权论都致力于对特别行政区的高度自治进行解读,甚至于都承认,根据基本法,特区的高度自治权来自于中央政府的授权。但为什么会出现两种截然不同的思路?下文尝试从两者的规范基础、理论原型和参照系等基本主张出发对两者进行比较和分析,希望为授权论提供进一步的宪法理论上的支持。

二、分权论或授权论的规范基础与范式表达

为了更为客观地分析和呈现有关香港新宪制秩序的两种代表性理论,本文引入新的研究方法和分析框架。这种研究方法区别于存在价值预设的研究和纯粹的法规范分析。由于香港基本法研究涉及两种不同的政治制度和法律体系,一些研究容易陷入简单的价值判断(value-dependent)或意识形态预设(ideological presumption)。例如,以自由主义、资本主义、社会主义为标准进行判断和比较。这种研究容易滑入政治讨论和“选边站”式的争吵。还有一种研究方法可以称之为教义学的(doctrinal approach)。这种方法强调规范体系自身的建构与相互作用(例如凯尔森的规范等级体系),或者试图从不同法系、尤其是普通法、大陆法之间的差异去理解香港的新宪制秩序。这种方法虽然常为一般部门法所用,但就宪法研究而言,却有可能导致法规范与社会实践的脱节。

本文对分权论与授权论的分析希望能够跳脱价值预设和意识形态批评,同时也避免脱离社会实践谈论法规范。本文的分析方法是结合法社会学和功能主义比较法进路对两种理论进行的探究。这种分析方法强调在价值无涉(value-free)的基础上,对法规范存在的社会基础和政策效果(法规范的功能)之间的关系进行分析。^{②⑤}具体来说,从两种代表性理论对香港社会的属性的认识、实定法基础、对基本法属性的认定、对高度自治权的属性、制度的可持续性(稳定性)、纠纷解决机制以及利益诉求主体等方面的认识展现两种理论在内涵与外延上的差别,并在此基础上做进一步分析和比较。

表1是对以上列举的项目进行研究后发现的基本情况。

^{②④} 王振民《论港澳回归后新宪法秩序的确立》,载《港澳研究》2013年第1期。

^{②⑤} Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in The Oxford Hand Book of Comparative Law, Oxford University Press, 2006, pp. 340-384.

表 1: 分权论与授权论比较

比较项目	分权论	授权论
香港社会的属性	特殊社会	特殊情况
实定法依据	联合声明	宪法
基本法的属性	分权法	授权法
联合声明的作用	较高的法	政府政策声明
宪法的适用	第 31 条适用于香港	整体适用
高度自治权的特点	排他性的	派生于中央
制度稳定性	强	一般
纠纷解决机制	对抗式	协调或压制
偏好主体	本土派	爱国爱港、本地化
外部性	缺乏沟通机制	沟通过程不透明

从表 1 可见,就规范基础而言,分权论的规范基础不但包括基本法,还包括《中英联合声明》以及其他国际法规则甚至外国法。分权论认为,香港基本法创制的基础是《中英联合声明》,而《中英联合声明》规定“除国防和外交外”,特别行政区行使高度自治权。这一规定被理解为保障特区自治权的排他性条款。^{②6}基本法虽然有授权条款,但是这些授权条款或者被视为执行中央与特区分权原则的一种表述,或者干脆被批评为未完全信守《中英联合声明》的承诺。^{②7}授权论则以宪法和基本法为特别行政区制度的规范基础。虽然不同的论者对于宪法是否全盘适用于特别行政区有不同的认识,但是授权论者通常承认《宪法》第 31 条是特别行政区制度的基础规范,而基本法则是落实“一国两制”与特别行政区制度的具体法律表达。授权论虽然也承认国际条约在香港的适用,包括国际人权法在香港的适用,但前提是“不抵触基本法”。可见,宪法和基本法共同构成了香港的宪制基础。

从理论预设来看,虽然分权论和授权论都要回答特区高度自治权从哪里来以及特区权力与中央权力的包括哪些事项的问题,但上述两种流行的理论反映出对特别行政区制度存在的目的和意义的不同看法。分权论的出发点是将香港视为一个特殊社会

^{②6} 前引③, see generally Chapter 4, pp. 137-188.

^{②7} Yu Xingzhong, “Formalism and Commitment in Hong Kong’s Constitutional Development” in Constitutional Interpretation in Hong Kong: The Struggle For Coherence, Hualing Fu and Simon Young (eds.), Palgrave Macmillan, 2007, pp. 179-187.

(distinct society)^⑳创设特别行政区制度的目的是为了对两种不同的制度进行隔离(separation of systems)。因此,排他性的地方自治权成为维护甚至巩固这一特殊社会的制度安排。而授权论虽然也承认香港的特殊情况,但是认为特别行政区制度是为了解决特殊历史遗留问题所做的安排,其最终目的并非维护这种特殊性,而是为了能够将这种特殊性包容于一国的框架之下。

最后,从制度的理想模型来看,分权论者虽然承认特别行政区制度是根据“一国两制”原则在一个单一制国家创设的,但是却倾向于以准主权单位作为特别行政区制度的参照系或理想型,认为特区应当享有具有准主权特征的高度自治权,包括立法权、行政权、独立的司法权、征税权、独立的货币金融体制和不同的政治经济社会制度等等。延续这一思路的结果,一方面是期待特别行政区能够排除中央政府的“干扰”,因为特区的高度自治权被视为是排他性的;另一方面则是认为基本法的一个不足之处就是缺乏解决中央和特区权力冲突的独立机制。^㉑而授权论对特别行政区制度的参照系和理想型则是单一制国家的权力下放或地方自治。其参照系虽然从古代的羁縻州府到当代西方国家的权力下放,例如英国对苏格兰、西班牙对加泰罗尼亚等地区的权力下放,但是都是在单一制国家的框架下做出的权力下放。^㉒换言之,认为特别行政区所享有的高度自治权无论范围多广、程度多深,都不是特区固有的权力,都源于中央的授权。

综上,分权论或授权论都是认识和解释基本法、解释中央和特区关系的重要理论。分权论以地方自治理论和《中英联合声明》为基础,将中央和特区关系解释为区隔的、彼此制约的关系。在分权论的逻辑下,特区的高度自治权是固有的地方自治权,从而有助于强化特区高度自治主张。当然,在这种思路下,也容易将中央政府对特区的管治理解为干预并持批评态度。

授权论以“一国两制”原则和基本法为基础,将中央和特区关系理解为授权关系、委托-代理关系。在授权论的逻辑下,特区的高度自治权不是固有的,而是中央政府照顾到特区的具体情况而做出的特惠性安排。相应地,授权论有助于强化中央对特区的管治权,并倾向于对高度自治权运行中可能出现的偏离授权的倾向保持警惕。虽然两种主张各有其理论和实践参照系,但是不同理论的主张者则有可能出于政治理念、利益的考量而选择不同的理论解释。

^⑳ 前引③, pp. 138-139。作者认为基本法的立法目的就是为了确保香港的特殊社会得以延续,其制度安排则通过将香港与内地的制度相分离体现(separation of systems)。

^㉑ 前引③, pp. 138-139。

^㉒ 参见程洁《中央管治权与高度自治——以基本法规定的授权关系为框架》,载《法学》2007年第8期;屠凯《单一制国家特别行政区研究:以苏格兰、加泰罗尼亚和香港为例》,载《环球法律评论》2014年第5期。

三、分权论之非与授权论规范基础的进一步说明

本文认为,虽然分权论有关保障特区高度自治权的主张有其重要的理论意义和现实意义,但是分权论所依据的基础规范和理想模型具有误导性,有可能影响基本法的理解和实施,有必要专门作出回应并进一步说明授权论主张的依据。

首先,分权论对《中英联合声明》的认识不足。《中英联合声明》第1-3条分别为中国或英国的单方声明,第4-7条是中英双方共同声明,其中涉及香港回归后制度的部分恰恰是中国的单方面声明。第8条为批准和生效条件。双方共同声明的内容当然由双方共同协商执行,双方各自声明的部分只能有各自分别执行,否则声明根本无法执行。例如,《中英联合声明》第1条和第2条就分别是中国政府和英国政府对香港回归的不同表述,分别表达了中国和英国对香港回归前后地位变化的不同看法。实际上,即使在双方都同意的文字表述中,中国的理解和英国政府的理解也是存在差异的。^{③①}

有观点认为,《中英联合声明》不属于国际条约,因而可能作为基本法的规范基础。^{③②}笔者并不认同这种观点。《中英联合声明》是在联合国登记的双边条约,这一点没有争议。^{③③}但是联合声明的国际条约属性并不能使其成为基本法的规范基础。即使从时间上看,宪法第31条有关国家在必要时得设立特别行政区的规定也早于《中英联合声明》。当然,更重要的是,基本法的存在不以《中英联合声明》为前提,基本法不是为了实施联合声明,也不是联合声明在香港的转化或本地化。^{③④}

其次,对基本法条款的文本分析表明,基本法中为数众多的条款与中央政府有关,整部法律就是作为中央政府对特区的授权法而制定的。基本法的创制过程及其内容表明,基本法完全属于国家立法行为,不是对《中英联合声明》的本地化或转化。从具体内容来看,除了基本法第2条的总括性的授权条款表述之外,基本法中存在大量涉及国家、中央政府或中央政府相关部门的条款。

表2显示了基本法条款中与中央政府相关的条款的情况,统计的依据主要是查找基本法的160条中,哪些条款包含“中央”“中华人民共和国”“中央人民政府”“全国人民代表大会”等关键词。统计表明,在160条中,共有56条明确出现了上述关键词,即与中央人民政府或中央特区关系相关的条款,其中尤其集中在第二章(中央特区关系)

^{③①} 参见张春生、许煜编著《周南解密港澳回归——中英及中葡谈判台前幕后》,新华出版社2013年版,第113页、第122-131页。周南是当时外交部部长助理,参与了中英谈判的整个过程,并担任了第八轮之后谈判团的团长。书中专门提到中英双方就香港回归所做的不同表述,以及为了在双方不同理解的基础上形成共同的文字版本而斟酌字句的一些具体事例。

^{③②} 参见张定准、底高扬《论一国两制下中央对香港特区的性质》,载《政治与法律》2017年第5期。

^{③③} 也有观点认为,《中英联合声明》在1997年7月1日香港回归之后就已经完成了历史使命并失效了。

^{③④} 实际上,将《中英联合声明》视为基本法的基础是没有意义的,因为在中国的规范体系中,国际条约的法律地位并不具有超越于法律的效力,更不会超越宪法。因此,强调中英联合声明是基本法的规范基础显然不具有法律上的意义,更多是论者希望引入国际评判标准的一种政治主张。

和第七章(解释与修改) 第四章(政府组织) 和第五章也有超过三分之一的条款涉及中央人民政府。

表 2: 香港基本法中涉及中央政府的条款

	中华人民共和国	中国	中央人民政府	中央 (单独)	宪法	全国人民代表大会	国家	合计次	合计条
序言	4	3	0	0	2	1	5	15	3/3 段
第一章	4	0	0	0	1	1	1	7	5 ^⑤ /11
第二章	3	3	15	5	0	9	7	42	11 ^⑥ /12
第三章	0	4	0	0	0	0	1	5	1/19
第四章	8	8	9	1	0	1	0	27	12/62
第五章	5	4	12	0	0	0	3	24	14/45
第六章	0	1	0	0	0	0	0	1	1 ^⑦ /14
第七章	11	4	10	0	0	0	5	30	8/8
第八章	1	0	1	1	0	12	0	15	3/3
第九章	0	0	0	0	0	1	0	1	1/1
合计次	36	27	47	7	3	25	22	167 次	3 段 56 条

可能会有人认为,160 条中有 56 条涉及中央人民政府,那么其余部分就都属于特区自治条款了。这种理解过于宽泛。实际上,基本法中除了对特区高度自治权的概括性规定之外,明确特区可以“自行”处理的事项只有 20 处。这些“自行”条款中,11 个为教科文宗教社会福利政策等事项(其中劳工方面为劳工法律及政策)、4 个为经济事项(财政金融航运行业规制)、4 个为自行立法事项(第 23 条、立法会议事规则、税种、土地批租)、1 个为司法事项(自行解释条款)。

概而言之,基本法的主要内容是中央授权特区处理授权范围内的事项。其中,基本法规定“自行”处理的事项特区享有最大的自主管理权。没有列明“自行”处理的事项一般在基本法中列明了授权的具体要求(例如政府组织权力关系)。还有一些事项则不

⑤ 第 9 条语言权未计入。

⑥ 第 16 条为自治条款。

⑦ 采用了“中国香港”这一表述。这一表述同时强调了香港的自主性和香港的主权归属。

在授权范围之列,例如国防事宜和外交事宜。

第三,分权论理解香港基本法的主要参照系为美、加等联邦制国家,联邦与各组成单位之间关系的起点与规范基础与中国存在极大的差异性。这种理解基础上的偏差使得其对中国中央政府和特区关系的批评在很大程度上偏离了客观与公正。事实上,中国对香港特别行政区的授权更接近于英国对北爱尔兰、苏格兰和威尔士的权力下放(devolution),而非美、加或印度联邦与各州或省之间的分权。由此,以联邦制为参照系,当然会导致现行立法分权不明确及缺乏纠纷解决机制的批评。

从“一国两制”原则的提出和特别行政区制度形成的历史来看,中央对特区的特别授权是“一国两制”的基础和特别行政区制度形成的出发点。从1979年到1984年间,中英政府间有关香港回归的讨论不是基于香港作为自治单位与中国内地作为自治单位之间关系的问题,而是有关香港回归中国之后如何管理的问题。管治香港的制度选项有三种:(1)中国恢复行使主权、英国保留治权;(2)中国恢复行使主权、中央直接管理;(3)中国恢复行使主权、中央政府授权港人治港高度自治。虽然英国在理论上主张英国保留港岛主权而归还新界主权与治权的选项,但是这一提议从一开始就遭到中国方面的否定。^③可见,从制度史的角度来看,并不存在分权论者所想象的地方自治单位如何组织的问题,也不存在地方自治或联邦制的制度选项。当然,基本法的具体规定为授权论提供了进一步的实定法依据。

综上所述,分权论以《中英联合声明》作为中央与特区关系的基础,将联合声明这一解决国际间领土主张的双边文件解释为致力于解决中国国内区际关系的宪法性文件。分权论进一步以联邦制为参照,将《中英联合声明》中方有关未来香港管治政策解读为中央和特区的分权安排,从而导致对后来基本法属性的误读。《中英联合声明》虽然是中英两国就香港回归所达成的共识,但是这并不足以使其具有超越基本法的效力,当然更不可能成为授权英国监督和约束中国政府对香港政策的基础。《中英联合声明》是中英双方就中国收回香港进行谈判的产物,主要目的是解决政权交接中可能出现的问题,主要照顾的利益是中英双方的利益,并不存在香港作为独立的实体以排他性的地方自治权作为加入中国的约束条件,从而也就使得分权论不足以成为认识中央与特区关系的客观依据。

与此相对,授权论以宪法和基本法为依据,将基本法视为落实《宪法》第31条和国家对香港政策的法律化。这一认识是符合创制基本法和特别行政区制度的现实的。中央政府授予特别行政区高度自治权,是为了更好地管理香港,而不是单方面授予香港管理权;更不是为了承认香港既有的独立地位或地方自主权。实际上,后者根本就不存在。

四、授权论的局限与基本法中的不对称授权

以上对香港新宪制秩序的两种主要理论及其赖以存在的规范基础、理想模型和政

^③ 前引^①张春生、许煜编著书,第122-131页。

策意义进行了分析,并在此基础上说明,授权论较之分权论更符合“一国两制”和基本法的初衷。值得注意的是,授权论作为一种理解和解释特别行政区制度的基本理论,仍然有其局限性,无法回应当前基本法实施中的一些困境和挑战。一方面,目前有关中央对特区授权的研究普遍强调授权作为国家主权意志的表现。这一认识的优点是凸显了中央对特区的最终管治权,对分裂势力有威慑作用,但缺点是对于涉及中央特区关系的具体权力划分以及未来香港政治权力分配的解释力不足,并且有可能陷入政治阴谋论的思维定式。另一方面,目前有关中央对特区授权的研究普遍强调中央对特区授权的专属性或排他性。这种理解固然有助于为中央在特区确立某些不同于其他地方行政单位的制度提供解释,但是也导致香港特殊论这样的思维定式,直至影响到香港的自我定位和国家认同观。

要回应基本法实施中的挑战,有必要直面当前授权论的局限性,特别是要对基本法中不对称授权的存在及其正当性给予理论回应。不对称授权的基本属性是授权。授权相对于直接管理而言,指权利主体委托被授权人代替权利人处理相关事务,尤其是与管理相关的事项。委托授权和权力下放意义上的授权是通过国家结构形式影响国家治理的主要表现形式。^{③⑨}当存在多个被授权主体时,就会出现授权的对称性问题。

对称性授权(symmetric delegation or devolution)是指权利人对所有被授权人委托的事项是对等的。例如,在知识产权法中,连锁店冠名就是商标持有人对加盟店的授权委托。通常来说,这种委托是对称性的,各加盟店获得同等的商标使用权和管理权。不对称授权(asymmetric delegation or devolution)则意味着,在存在多个被授权主体时,权利人授权的范围和内容是不对等的。在国家结构形式的意义上,即中央和地方关系层面上,中央政府对地方的授权意味着中央政府委托地方政府管理相应事项,通常为地方性事务。由于一个国家总是存在多个地方单位(不同于民事或商事关系中一对一的授权),中央对地方的授权也会出现对称性授权和不对称授权的区别。无论形式如何,授权的结果是产生了授权者之外的新的管理者,并在授权方和被授权方之间形成了委托-代理(principal-agent)关系。^{④①}

中央对地方的授权可以是对称的,也可能是不对称的。中央对地方的不对称授权表现在两方面:一是在央地关系层面不能形成治理机构的对应关系;二是在区际关系层面,特区和其他地区之间形成不对等关系。从央地关系层面来看,不对称授权意味着中央对某一地区的授权与中央权力之间缺乏对应关系。这个意义上的不对称意味着中央与地方之间不但存在管辖范围和管辖事项(基于时空)的差异,而且存在体制或治理模

^{③⑨} Niamh Hardiman, Governance and State Structures, in *The Oxford Handbook of Governance* (Edited by David Levi-Faur), Oxford University Press, 2012, pp. 228-241. 这里的授权包括委托授权(delegation)和中央对地方的权力下放意义上的授权(devolution)。

^{④①} Douglas North, Institutions, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1 (Winter, 1991), pp. 97-112. 诺贝尔经济学得主科斯认为,正是由于远程交易的不断拓展,产生了代理、信托、律师等一系列制度,以便降低交易成本。对国家治理而言,空间和时间的区隔与远程管理的困难,也是中央对地方下放权力的主要原因。

式上的差异。

从区际关系来看,中央对地方的授权如果具有专属性和排他性,强调该种授权仅适用于特定地区而不能适用于其他地区,甚至导致被授权地区与未能获得授权的地区之间产生一定程度的区隔,这就产生了中央对地区授权的不对称。此类不对称授权有很多存在形式。这个意义上的不对称意味着中央对不同区域的授权“不对等”“有差异”。例如,中国自唐代以来,对边疆地区、特别是少数民族聚居的边境地区实行羁縻州府制度,通过“依俗而治”来怀柔边疆少数民族的边境治理策略。西班牙对加泰罗尼亚地区的授权、英国对苏格兰的权力下放、意大利对科西嘉的授权,都具有这种不对称属性。^{④①}

理解特区高度自治的授权属性有助于回应所谓中央干预特区高度自治的批评,但是简单的授权理论并不足以解释围绕特区高度自治范围产生的争议。例如,回归初期的居港权案^{④②}其实涉及香港移民政策的属性以及特区法院解释基本法是否属于自治性权力的争议。^{④③}刚果金案涉及司法豁免原则是否属于特区高度自治范围的问题^{④④}。“二十三条立法”“占中运动”以及香港政制发展之争,^{④⑤}则分别涉及国家安全在特区的实现、特区政制发展中中央政府和特区民众的角色等根本性问题。上述问题的产生存在各种复杂因素,以简单的授权论无法解释和说明这些问题的产生,但认识到不对称授权的存在,则有助于理解这些矛盾的激发或激化。

基本法中最值得关注的不对称授权当属中央对特区司法权的下放。如果排除《香港基本法》第158条对全国人大常委会解释权的保留,基本法对特区司法权的下放几乎是彻底的,包括法院的组织、法官的遴选、适用的实体法与程序法以及终审权。除此之外,除了终审法院首席法官和高等法院院长外,香港司法机构的法官无需具有中国国籍,并且法院的工作语言可以采用中文或英文。^{④⑥}基本法对特区司法权的下放具有明显的不对称属性:从央地关系层面来看,特区司法程序与中央司法程序不对接;从区域关

④① See Generally Susan J. Henders, *Territoriality, Asymmetry and Autonomy*, New York: Palgrave Macmillan, 2010.

④② 吴嘉玲诉入境事务处处长 [1999] 1 HKLRD 577) 为代表的一系列案件。这些案件均涉及港人在内地所生子女是否当然拥有香港永久居留权并得以自由入境香港的问题。争议一方认为,基本法第22条对内地人士入境香港进行了限制,只有持有单程证(类似于移民许可)方可合法入境香港。但另一方认为,根据香港基本法第24条,这些人士拥有居港权,无需另外获取许可即可合法入境香港。

④③ Hong Kong's Constitutional Debate, *Conflict Over Interpretation*, Johannes Chan, HL Fu, Yash Ghai eds. Hong Kong University Press, 2000.

④④ FG Hemisphere Associates LLC v. Congo Republic, [2011] 14 HKCFAR 395. 该案通常被简称为“刚果金案”。该案争议的焦点是,香港法院是否有权无视中国政府绝对豁免原则,承认及执行一方当事人为主权国家(刚果共和国)的仲裁裁决。争议一方认为,香港可以根据国际惯例,遵循有限豁免原则,无需遵从中国的绝对豁免原则。另一方则认为,此类案件属于涉及国防与外交事务的案件,香港法院没有管辖权。

④⑤ 2015年6月18日,香港立法会对2017年政改方案投票,出席会议中28票反对,8票赞成,方案最终未能通过。香港立法会否决的政改方案虽然由香港政府提出,但是其基础却是全国人大常委会2014年8月31日有关香港政改的决定。

④⑥ 法院的工作语言问题是回归后通过判例法确定的。具体参见 *Re Cheng Kai Nam*, [2002] 1 HKC 41. 该案当事人认为,其有权获得能够以中文(粤语)交流的法官的审理。但法院认为,《香港基本法》第9条规定英文和中文均为官方语言,因此,法官以英文审理案件并不构成对当事人权利的侵害。

系层面来看，特区司法权的独立性也远远高于其他地方单位。

不可否认，基本法作为宪制性法律，相关条款具有原则性，可能存在不同的理解，所以法院试图廓清基本法条款无可非议。但即使对类似《香港基本法》第158条这样字面上没有争议的条款，法院仍然有可能通过广义解释或某些一般性原则为司法权争取更大的空间。对于特区司法机构和全国人大常委会之间权力行使的争议，仅从政治阴谋论角度批评司法机构是有失公允的。谋求更多的司法权力不但符合司法机构的利益，也符合特区自身的利益。但司法权的扩张是否符合国家法治统一目标以及基本法最初设定的其他目标，则具有可争议性。对特区司法权的深度下放虽然有助于增强市场信心和国家统一，但同样也为回归后香港司法能动主义和司法扩权提供了基础。

基本法对特区没有彻底下放立法权和行政权，中央政府保留了相应的控制和监督权。相对于司法权来说，立法权和行政权的不对称的属性也得以弱化。例如，虽然中央政府对特区下放了立法权，但是特区“自行立法”的范围既受到基本法附件三全国性立法的限制，也受到《香港基本法》第17条所规定的全国人大常委会发回特区立法的约束。行政权方面，中央政府也保留了对行政长官和主要官员的委任权。相应地，中央和特区之间没有就特区立法或特区政府决定发生宪法性争议。究其根本，不对称授权往往建立在承认地方特殊地位甚至承认地方作为一个“特殊社会”的基础上^{④7}，如果没有事先的制度自觉，特殊授权和特殊制度将会固化这种特殊性，鼓励地方民众对特殊社会的身份认同，进而带来特殊制度的各种外部性，包括因固化地区差异而产生的地方保护主义或地区分离主义风险、因不断要求特殊待遇而弱化制度刚性的治理风险^{④8}、拥有决策权的中央部门寻租的风险，以及其他地区与特区之间互相攀比和嫉恨而产生的道德风险^{④9}，等等。因此，仅仅从特别行政区制度建立在中央对特区授权的基础上无法解释特区新宪制秩序的形成与发展变化，也无法解释特区出现的认同危机和分离主义倾向。认识到中央对特区的授权具有不对称性，不但有助于说明特区宪法性危机和治理风险的来源，也为进一步回应这些危机和风险提供了方向。例如，当基本法实施一定时间之后，有必要重新审视某些不对称安排是否仍然具有现实合理性，特别是对于那些可能影响市场统一和国家主权利益的不对称安排，尤其需要进行这种反思和审视。

五、总结与前瞻

本文总结了理解基本法和特别行政区制度的两种主要理论，并对其形成的规范基础和范式表达进行了分析。在此基础上，文章认为，分权论存在对基本法和特别行政区制度的误读。因为分权论将香港假定为特殊社会，将特别行政区制度的目标预设为“制

④7 如 Yash Ghai 就认为特别行政区的目的是为了实现“制度的区隔”(separation of systems)。前引③，p. 138.

④8 Douglas North, Institutions, Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1 (Winter, 1991), pp. 97-112.

④9 [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊《联邦党人文集》程逢如等译，商务印书馆1995年版，第7篇、第8篇，第29-38页。

度隔离”将联邦制国家的组成单位视为特别行政区的理想型和参照系,从而得出中央和特区之间的关系是区隔性的和排他性的。实际上,无论是《中英联合声明》还是基本法,都不存在上述预设,甚至明确否定上述理想型或参照系。“一国两制”方针政策的提出,前提是不认同香港的殖民地地位,既反对英国“主权换治权”的主张,也不认为香港具有一般殖民地解放后民族自决权,中国对香港问题的立场是恢复对香港行使主权,治理的具体方式可以商谈。但是,在治理方式方面,又排除了联邦制的选项。因此,以自决权、联邦制国家组成单位为原型理解特别行政区制度是不符合现实的。以加拿大的魁北克这样一个联邦制国家的特殊组成单位为原型理解香港特区的属性当然更不具有合理性。

理解特别行政区制度的授权属性,有助于我们将中央和特区关系纳入国家治理的一般理论范畴进行研究和思考,而非将之视为特殊社会排除在正常国家建设秩序之外。换言之,香港作为中国的一级地方行政单位,其宪制秩序是中国宪制秩序的有机组成部分。香港回归之后,新宪制秩序的基础只能是中国宪法和法律。无论是国际法规范还是香港的本地规范,都只能在符合中国宪法和基本法的框架下适用,而不具有超越于宪法和基本法的地位。当然,中国和香港的宪制发展与国际法规范和香港的本地法规范并非互斥的。宪法和基本法吸纳了国际人权公约的重要内容(特别是通过基本法第39条将两个国际人权公约纳入香港的法律秩序中),后者又反映了自然法和人类一般理性。无论香港的政制发展还是司法裁判,基于普遍理性和一般价值规范解释和适用基本法是对这一宪制秩序的维护。^{⑤①}

有必要说明的是,虽然分权论对特别行政区制度的规范基础、理想模型和理论预设存在误读,但是分权论提出的一些具体问题值得给予充分关注。这些问题即使在授权框架下也仍然存在。例如,在承认特区高度自治权源于中央政府授权的前提下,如何确定中央政府的权力是否存在约束以及特区高度自治权的边界问题。再如,在“一国两制”前提下,特别行政区和中国其他地区之间的关系问题,特别是涉及区际贸易和区际法律冲突、承认和执行问题。宪法的核心就是要廓清权力的边界。虽然特区的高度自治权来自于中央政府的授权,但是这一授权由于基本法的存在而具有了宪法性保障,对中央政府构成了约束。即使在法律上中央政府仍然可以撤销或变更这一授权,但是仍然必须遵循法定的程序并承担道义上的或政治上的责任。

此外,在基本法的授权框架下,香港的中国籍人士作为中国公民,如何实现其宪法上的一般社会权利、经济权利和民主参与权?尤其是,我们可以否认香港作为一个地方行政单位拥有固有的地方自治权和民族自决权(self-determination),但是我们不能否认香港永久居民中的中国公民拥有固有的政治参与权。后者是特区在授权范围内自主

^{⑤①} 在这个意义上,作者反对将香港没有加入的国际公约作为法院判决的基础。因为这样会造成“法官缔约”“法官造国际法”的后果。事实上,笔者认为,如果法官需要基本法之外的法律推理资源,直接根据普通法上的基本原则进行论证较之援引香港未加入的国际条约更具有正当性。

管理权的真正来源。当特区的社会经济条件已经发生变化,香港社会希望通过普选改变既有利益格局时,如何根据“一国两制”和基本法回应这种政治诉求,同时避免重大的社会震荡,将是未来基本法实施不可避免的问题。

当然,香港居民的政治参与权问题也同时提出了香港政制发展的本地化问题。基本法不但赋予特区内永久居民政治参与权,也赋予香港境内的非中国籍永久居民选举权、被选举权和担任其他公职的权利,仅在人数上受到限制。值得一提的是,外籍人士在立法机构、行政机关和司法机构的法定人数限制与其人口在香港的数量相比,是不成比例的。香港未来如果实行普选制度,不能回避选民的国际化问题所带来的治理风险,特别是由于政治组织国际化和选举献金国际化给国家安全利益带来的风险。

最后,授权论的提出不是为了压制特区高度自治,而是为了说明特别行政区制度的来源和特别行政区的基本属性。当然,理解到特别行政区制度的根本属性是授权与被授权的关系,也蕴含了特区的效忠和尽职义务,以及不得危害授权者利益的根本要求。不过,强调特别行政区制度的授权属性本身并不能当然地促进国家认同和民心回归。如何在坚持“一国两制”方针政策的前提下,促进两地法治统一和市场统一,减少基本法中不对称授权可能带来的治理风险,同时鼓励地区制度创新与区域公平竞争,是未来特区治理与实施基本法的重大课题。

Abstract: In various cognitions on the new constitutional basis of Hong Kong, the theory of separating powers and theory of authorizing powers are the most representative. On the basis of theory of local autonomy and the Sino-British Joint Declaration, the theory of separating powers interprets the relation between the Central government and the Special Administrative Region as confrontational and restricted mutually. The theory of separating powers originates mostly from the image, and this theory misunderstands the Basic Law and the institution of special administrative region. On the basis of “One Country, Two Systems” and the Basic Law, the theory of authorizing powers interprets the relation between the Central government and the Special Administrative Region as authorized relation or entrust-agency relation. The emergence of theory of authorizing powers is to interpret the source of institution of special administrative region and fundamental features of special administrative region. The understanding of theory of authorizing powers on the institution of special administrative region conforms to Chinese Constitution and national governance. As the local administrative unit with the first level, the constitutional order of Hong Kong is an organic component of Chinese constitutional order. After the returning of Hong Kong, its constitutional basis can only be Chinese Constitution and laws.

(责任编辑: 李小明)