

論基本法在國家法律體系中的法律地位

蔣朝陽*

一、引言

法律地位(Status)這個詞原是私法中的概念，指人在法律上所居的地位，這種地位決定其在特定情況下的權利和義務。¹ 後來，法律地位的範疇不僅限於私法領域，它用來指法律關係主體在法律上所屬類別中所居的地位。在法律淵源意義上，可以借用法律地位的理論，用來分析某一具體法律在所屬法律部門中所居的地位，以及其在法律體系中的地位，從而研究其效力等級和效力範圍。

法律地位源於賦予其地位的法律的規定，一般不能由法律關係主體選擇和協議來決定。如達到法定年齡、精神健全有行為能力，是自然人作為民事主體簽訂合同的資格，由民法加以規定。在私法領域內，法律關係主體的選擇可能產生實際地位的變化，但是這種地位改變的結果仍要由法律所決定。而在公法領域，作為公權力行使的主體的法律地位是由法律來加以規定，與私法主體不同的是，公法主體則不得通過選擇來改變其法律地位。法律地位不能自我設定，與此相似的是，在法律制定方面，某一法律在法律體系中的地位來源於賦予其地位的法律的規定，不能由該法律自己來宣稱，而是由其上位法來規定。

與法律地位相關的重要法律範疇是法律人格(Personality)，它是指作為一個法律主體的法律資格，即維持和行使法律權利、履行法律義務和承擔法律責任的資格。² 在私法上，法律人格是指權利能力。³ 在公法領域，公法主體的權利能力受賦予其地位的法律規定的制約。法律人格不能自我賦予，與此類似的是，就法律制定而言，具體法律要設定甚麼內容、其效力等級和效力範圍如何，則由賦予其地位的上位法來決定。

由此而言，在國家法律體系中，基本法的法律地位是由其上位法即憲法來賦予的，其內容設定、效力等級和效力範圍也是由憲法來決定的。所謂法律體系，一般來說，是指一個國家的全部法律規範，按照一定的原則和要求，根據不同法律規範的調整物件和

調整方法的不同，劃分為若干法律門類，並由這些法律門類及其所包括的不同法律規範形成相互有機聯繫的統一整體。⁴ 中國的法律體系是以憲法為統帥、法律為主幹，包括行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例等規範性文件在內的，由七個法律部門、三個層次的法律規範組成的協調統一的整體。關於法律部門，法學界有不同的劃分方法，全國人大常委會根據立法工作的實際需要，將中國的法律體系劃分為七個法律部門，即憲法及憲法相關法、民法商法、行政法、經濟法、社會法、刑法、訴訟與非訴訟程序法。關於“三個層次”，是指法律，行政法規，地方性法規及自治條例和單行條例等三個位階的規範性文件。而中國的部門規章和地方規章雖也具有泛義上的法律效力，但並不包括在這一體系內。

在國家法律體系中，基本法是全國人民代表大會根據憲法制定的，這就表明，基本法在國家法律體系中的地位有以下六個方面的基本特點：①從基本法與憲法的關係來看，憲法是基本法的依據；②從法律部門來看，基本法屬於憲法相關法；③從法律的位階來看，基本法是國家基本法律；④從法律的空間效力範圍來看，基本法是全國性法律。⑤從基本法與其他法律的關係來看，基本法屬於特別法。⑥從中央與特別行政區關係來看，基本法屬於授權法。

二、憲法是制定基本法的法律依據

關於基本法制定的依據，蕭蔚雲教授概括為三個方面的依據：一是法律依據，二是政策依據，三是實際情況依據。⁵ 一般認為，基本法制定的法律依據是國家憲法；政策依據是國家“一國兩制”的方針政策，體現在憲法第31條規定，也具體體現在兩個聯合聲明當中。實際情況依據是香港、澳門的歷史和現實情況。這裏，我們主要探討法律依據。

甚麼是法律依據？一般認為，制定法律的依據是上位法或者是與本位同一效力等級的其他一般法。由於“一國兩制”方針由憲法而不是由其他法律加以規

* 澳門大學法學院助理教授

定，因此就基本法制定而言，其唯一的法律依據是憲法。

基本法是依據甚麼制定的，曾存在兩種觀點，一是“雙重依據說”，認為基本法是依據《中英聯合聲明》/《中葡聯合聲明》和《中國憲法》制定的；二是“惟一依據說”，認為憲法第 31 條和第 62 條第 13 項是基本法制定的依據。⁶持“雙重依據說”的觀點認為，聯合聲明是兩國政府間簽訂的國際條約，屬於國際法。按照國際法高於國內法的理論，聯合聲明高於基本法，所以聯合聲明應成為基本法的立法依據。持“惟一依據說”的觀點認為，基本法是依據“一國兩制”的方針制定的，而憲法第 31 條和 62 條第 13 項就是“一國兩制”的憲法化，是一個特別授權條款，所以憲法第 31 條和 62 條第 13 項是基本法的惟一立法依據。

應該看到，聯合聲明屬於國際條約，基本法屬於國內法。在國家的法律體系中，憲法是根本大法，具有最高法律效力，是其他一切法律的效力來源和根據。就主權國家而言，國際條約不是國內法的效力來源，所以不是國內法制定的依據。兩個聯合聲明均規定中國全國人民代表大會依據憲法制定基本法。《中英聯合聲明》正文第 3 條規定：“中華人民共和國政府聲明，中華人民共和國對香港的基本方針政策如下：（一）為了維護國家的統一和領土完整，並考慮到香港的歷史和現實情況，中華人民共和國決定在對香港恢復行使主權時，根據中華人民共和國憲法第 31 條的規定，設立香港特別行政區。”《中英聯合聲明》附件一第 1 條規定：“中華人民共和國全國人民代表大會將根據中華人民共和國憲法制定並頒佈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成立後不實行社會主義的制度和政策，保持香港原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變。”《中葡聯合聲明》正文第 2 條規定：“中華人民共和國政府聲明，中華人民共和國根據‘一個國家、兩種制度’的方針，對澳門執行如下的基本政策：（一）根據中華人民共和國憲法第 31 條的規定，中華人民共和國對澳門恢復行使主權時，設立中華人民共和國澳門特別行政區。”《中葡聯合聲明》附件一第 1 條規定：“中華人民共和國全國人民代表大會將根據中華人民共和國憲法制定並頒佈中華人民共和國澳門特別行政區基本法，規定澳門特別行政區成立後不實行社會主義的制度和政策，保持澳門現行的社會、經濟制度和生活方式，五十年不變。”上述規定表明：根據憲法第 31 條設立特別行政區，根據憲法，包括憲法第 31 條在內，制定基本法。

有人以兩個聯合聲明制定基本法的表述，認為基本法的制定不僅要依據憲法，而且要依據聯合聲明，其理由是《中英聯合聲明》正文第 3 條第(12)項和《中葡聯合聲明》第 2 條第(12)項的規定。《中英聯合聲明》正文第 3 條第(12)項規定：“關於中華人民共和國對香港的上述基本方針政策和本聯合聲明附件一對上述基本方針政策的具體說明，中華人民共和國全

國人民代表大會將以中華人民共和國香港特別行政區基本法規定之，並在五十年內不變。”《中葡聯合聲明》第 2 條第(12)項規定：“上述基本政策和本聯合聲明附件一所作的具體說明，中華人民共和國全國人民代表大會將以中華人民共和國澳門特別行政區基本法規定之，並在五十年內不變。”應該說，兩個聯合聲明屬於國際條約的範疇，規定的是中國政府承諾的義務，從聯合聲明來看，制定基本法是履行國際條約的義務，但基本法屬於國內法，如何制定基本法，或者說基本法的效力來源，依據甚麼來制定，則屬於國內法的範疇。因此制定基本法的依據只能是惟一的，它只能是憲法。⁷當然，在基本法的制定過程中，具體條文的起草要尊重國際條約，履行國際義務，符合聯合聲明精神⁸，但不能說基本法要依據聯合聲明，更不能認為基本法的效力依據來源於國際條約。

那麼，基本法制定的惟一依據是否就是憲法第 31 條和 62 條第 13 項？是否還有憲法其他條文？《香港基本法》第 11 條、《澳門基本法》第 11 條均規定，在特別行政區實行的制度和政策，根據憲法第 31 條的規定，均以“本法”為依據。在這裏，兩個基本法均提到憲法第 31 條是制定基本法的依據。應該說，憲法第 31 條和 62 條的規定是基本法制定的主要依據。憲法第 31 條規定：“國家在必要時得設立特別行政區。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。”第 62 條規定：“全國人民代表大會行使下列職權：（十三）決定特別行政區的設立及其制度”。上述條款有三層主要內容：一是國家“得”設立特別行政區，這種特別行政區不同於國家的一般行政區，即不同於內地的省、直轄市、自治區，也不同於非行政區概念上的經濟特區；二是在特別行政區實行的制度由法律規定，其內在的含義是可以實行不同於內地省、自治區和直轄市所實行的制度；三是只有全國人民代表大會才會有權設立特別行政區，並決定在特別行政區實行的制度。憲法第 31 條和第 62 條第 13 項的規定既是特別行政區設立的法律依據，也是基本法制定的主要法律依據。

制定基本法的法律依據則是中華人民共和國憲法，不限於憲法第 31 條和第 62 條第 13 項。這從兩個基本法的序言可以看出。《香港基本法》序言第二段規定：“為了維護國家的統一和領土完整，保持香港的繁榮和穩定，並考慮到香港的歷史和現實情況，國家決定，在對香港恢復行使主權時，根據中華人民共和國憲法第三十一條的規定，設立香港特別行政區，並按照‘一個國家，兩種制度’的方針，不在香港實行社會主義的制度和政策。國家對香港的基本方針政策，已由中國政府在中英聯合聲明中予以闡明。”這裏談到了特別行政區的設立依據。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。”這裏提到了基本法的制定依據是憲法。《澳門基本法》序言第二段和第三段也有相同的規定。此外，全國人大關於《香港基本法》的決定和關於《澳門基本法》的決定也明確指出，《香港(澳門)特別行政區基本法》是根據《中華人民共和國憲法》按照香港(澳門)的具體情況制定的，是符合憲法的。⁹因此，如果要說惟一依據，則可以說《中國憲法》就是制定基本法的惟一依據。

三、憲法是設定基本法條文內容的依據

在基本法制定過程中，有人認為，基本法規定不在香港、澳門實行社會主義制度和政策，與國家憲法不一致，而憲法第 31 條只是規定“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”，如何規定，則沒有明確。那麼，憲法能否成為設定基本法條文內容的依據就值得考慮。其焦點是基本法是否合憲的問題。

其實，按照憲法文本解釋的學理上理解，憲法第 31 條規定可以認為是一項特別規定，它在憲法序言、憲法第 1 條至第 30 條之後，其基本內涵是在特別行政區實行的制度“按照具體情況”，可以不同於國家整體所實行的社會主義制度，而實行另由法律規定的制度。¹⁰因此，憲法第 31 條是國家關於“一國兩制”方針的憲法上的規定，而基本法是憲法規定的“一國兩制”方針的具體化、法律化，所以基本法的內容是依據憲法制定的，符合憲法。

(一) 憲法第 31 條是國家關於“一國兩制”方針的憲法上的規定

“一國兩制”是國家解決統一問題的方針政策，按照鄧小平的概括，其基本含義是，“一個國家，兩種制度”，即在中華人民共和國內，大陸實行社會主義制度，香港、澳門、台灣實行資本主義制度。¹¹1982 年 12 月 4 日，國家憲法通過，並在第 31 條對“一國兩制”的方針作了原則的規定，以國家根本法的形式將這一方針規定下來。¹²由於憲法只是規定國家的根本制度和根本任務，不宜對“一國兩制”方針寫得很具體，所以，當時的憲法修改委員會副主任委員彭真在第五屆全國人民代表大會第五次會議上所作的憲法修改草案的報告中，專門說明了憲法第 31 條的立法意圖和具體含義。¹³他的說明是，在實現和平統一後，台灣可作為特別行政區，享有高度的自治權。這種自治權，包括台灣現行社會、經濟制度不變，生活方式不變，同外國的經濟、文化關係不變等等。考慮到這種特殊情況的需要，憲法修改草案第 31 條才作出了這樣的規定。並且還指出，國家處理“這類問題”的立場，“這類問題”就包括香港、澳門在內的問題。¹⁴上述情況表明，可以說憲法第 31 條的一個重要的含義是，全國人民代表大會決定在特

別行政區實行不同於內地省、自治區、直轄市的社會制度，即資本主義制度。有人認為彭真的說明不具有法律效力，但是他是代表憲法修改委員會向全國人民代表大會做的說明，所針對的憲法草案得到了全國人民代表大會的通過，所以他的說明是理解憲法第 31 條的權威性文件。

(二) 基本法是憲法規定的“一國兩制”方針的具體化、法律化

基本法是憲法規定的“一國兩制”方針的具體化和法律化¹⁵，主要體現在基本法的條文規定當中。在維護“一國”方面，體現在基本法中維護國家統一的條款，有規定國家整體與部分的關係方面的條款，規定特別行政區是國家不可分離的一部分；還有規定中央與特別行政區關係的條款，如規定特別行政區是地方行政區域和地方政府，直轄中央人民政府；還有維護國家主權的條款，如規定中央人民政府行使國家主權，如外交權、國防權及由中央人民政府行使的其他權利，禁止分裂國家、顛覆中央人民政府等等。在維護“兩制”方面，體現為維護特別行政區穩定、繁榮和發展的條款，如從制度上規定特別行政區實行資本主義制度，包括經濟社會制度、居民權利和自由制度、行政、立法、司法制度；從特別行政區享有的權利方面規定特別行政區實行高度自治、“港人治港”、“澳人治澳”、自行管理自治範圍內的事務，自行制定有關的政策。總之，《香港基本法》第九章第 160 條及《澳門基本法》第九章第 145 條、以及基本法分別包括的三個附件，包括區旗、區徽的規定，無不體現“一國兩制”的方針。

(三) 全國人民代表大會在通過基本法的同時，分別正式作出了兩個基本法符合憲法的決定，表明基本法條文內容的規定符合憲法，以憲法為依據

按照國家憲法監督體制，全國人民代表大會以及全國人民代表大會常務委員會負責“監督憲法的實施”。¹⁶對基本法是否合憲的問題，1990 年 4 月 4 日，第七屆全國人民代表大會第三次會議通過了關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》的決定，1993 年 3 月 31 日，第八屆全國人民代表大會第一次會議通過了關於《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的決定。例如，全國人大關於《澳門基本法》的決定指出：“第八屆全國人民代表大會第一次會議通過的《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》，包括附件一：《澳門特別行政區行政長官產生辦法》，附件二：《澳門特別行政區立法會產生辦法》，附件三：《在澳門特別行政區實施的全國性法律》，以及澳門特別行政區區旗和區徽圖案。……澳門特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》按照澳門的具體情況制定的，是符合憲法的。”這就根本上解決了基本法是否合憲的問題，排除了人們對基本法是否合憲的質疑。¹⁷

四、憲法是基本法的效力依據

基本法是根據憲法制定的，基本法的效力來源是憲法，所以，如果憲法不在特別行政區具有最高法律效力，則基本法就失去了效力根據。有些學者主張基本法是憲法的特別法。¹⁸ 但是，特別法與一般法的關係是建立在同一級法律效力基礎之上，如果基本法是憲法的特別法，則意味着特別法優於一般法，其結果可能是在特別行政區基本法高於憲法，可能導致以基本法排除憲法在特區實施的結果。其實，基本法是依據憲法制定的，基本法的地位當然低於憲法，因此，在特別行政區，憲法當然具有最高法律效力，否則，基本法以及依據基本法建立的特別行政區的法律體系，就失去了效力的最終來源。

國家憲法在全國範圍內具有最高法律效力，特別行政區是國家的一個地方行政區域，憲法的效力當然及於特別行政區。¹⁹ 但是，國家憲法是社會主義憲法，基本法規定保持特別行政區原有的資本主義制度，那麼憲法是如何在特別行政區發生法律效力和實施的呢？

一是憲法在整體上適用特別行政區。國家憲法是由中國最高國家權力機關通過的，是國家的根本法，因此其整體效力範圍當然應該涵蓋整個中國領土。特別行政區既然是中國領土不可分割的組成部分，憲法當然應該適用特別行政區。中國是單一制國家，全國只能有一部憲法，國家憲法當然也是中國任何一個特別行政區的憲法。因此，從整體上看，中國憲法的效力應當及於特別行政區。需要說明的是，在中國這樣的單一制國家，不允許一個地方行政區域擁有標明“憲法”字眼的法律文件。這就是為甚麼特別行政區的基本法叫做“基本法”而不叫“憲法”，內地民族自治地方制定的本地方自治的基本的、綜合性的地方法律規範也只能叫做“自治條例”、“單行條例”，而不能是地方“憲法”。²⁰

二是除了憲法的整個效力及於特別行政區外，憲法的具體條款的效力也及於特別行政區。這就涉及憲法哪些條款適用於特別行政區的問題。有人認為，只有憲法第31條適用於特別行政區，憲法其他條款不適用。這種觀點割裂了憲法第31條與其他條款的關係，割裂了憲法個別條款與整體規定的關係，理論上說不通。事實上，憲法有關中央國家機構的條款，如憲法關於最高國家權力機關、關於中央人民政府、關於武裝力量、關於國家主席等的規定，毫無疑問對特別行政區是適用的。這就是說，憲法有關國家主權的條款，如行使主權的國家機關的法律地位的條款、中央國家機關職權的條款、國家主權象徵的條款等均應適用特別行政區²¹，憲法有關國家的經濟文化社會制度的條款不適用於特別行政區。有人認為憲法有關公民基本權利與義務不適用特別行政區，我們認為，作為特別行政區居民中的中國公民，不僅享有基本法賦予的基本權利，承擔基本法規定的義務，同時也廣泛享有憲

法賦予的公民的基本權利，承擔公民的基本義務。其中，作為公民的基本義務在特區居民而言，涉及國家主權、外交、國防方面的義務，最主要的是維護國家統一和全國各民族團結的義務、遵守憲法和在特區實行的法律的義務、保守國家秘密的義務、維護祖國的安全、榮譽和利益的義務等等。上述義務，通過兩個基本法第23條的規定，具體成為特區居民7個方面禁止行為的義務。

既然憲法的效力及於特別行政區，為甚麼基本法不能在附件三中將憲法列為在特別行政區實施的“全國性法律”呢？這是因為，按照憲法理論，除憲法本身對其效力範圍作出克制和限制外²²，其他法律不能對憲法的效力進行規定，否則，憲法的最高法律效力就會受到破壞。

憲法對特別行政區的適用是直接適用還是間接適用？有人認為，憲法在特別行政區的適用有直接適用和間接適用兩種方式。²³ 這就是說，凡是不需通過具體法律能在特別行政區適用的就是直接適用，凡是需要通過其他法律在特別行政區適用的就是間接適用。應該說，憲法整體上在特別行政區適用，但有關特別行政區實行的經濟、社會制度以及有關“兩制”的其他規定，是通過基本法在特別行政區適用的。應該說，基本法在特別行政區的實施，是直接適用了憲法規定的“一國兩制”的方針，適用了憲法規定。

與此相關的問題是，特別行政區的司法機關能否直接引用憲法條文？應該說，特區司法機關引用憲法條文，說明某種事實，是可以的。²⁴ 但這不是意味着特別行政區司法機關有審查特區法律、法規與憲法相抵觸的權力。按照國家憲法規定，憲法審查權屬於全國人民代表大會以及全國人民代表大會常務委員會，包括特區在內的司法機關不享有這個權力。此外，根據法位階理論，特區司法機關在審理具體案件時，應適用低位階的法規範，而不得逕自越過低位階的法規範，直接適用高位階的法規範，只有在低位階的法規範對此沒有規定或者發生下位法規範可能抵觸憲法條款的疑義情況下，才存在直接引用憲法條款的可能性。²⁵

五、基本法在國家法律體系中的地位

(一) 基本法屬於憲法相關法

在法學研究中，一般將憲法淵源中現實憲法存在的方式，以及與憲法內容有密切聯繫的法律，如選舉法、代表法、國家機構法、民族區域自治法等視為憲法法律部門的重要內容²⁶，將涉及國家權力和公民權利之間最基本關係的法律視為憲法性法律。²⁷ 有人認為，基本法是憲法性法律。²⁸

一般認為，在不成文憲法的國家，才存在憲法性法律，如在英國，沒有憲法典，但有憲法性法律，它是由議會確認的以1215年《自由大憲章》為框架的一

系列帶有憲法性質的議會立法，其制定和修改遵循普通法律一樣的程序。²⁹ 而在成文憲法國家，由於憲法典的制定和修改程序不同於普通法律，所以所謂憲法性法律屬於普通法律的範疇，遵循普通法律的制定和修改程序，其效力與普通法律一樣，沒有差別。³⁰

但是，區分憲法與憲法性法律，在成文憲法的條件下，在邏輯上會產生“憲法性法律”與“非憲法性法律”的困擾。也就是說，在憲法之下的普通法律中，既然有與憲法的最根本規定相關的憲法性法律，也就有與憲法最根本規定不相關的法律。那麼，哪些是憲法性法律，哪些是非憲法性法律呢？我們不能說保護公民財產權和人身權的民法、物權法、刑法等一系列直接依據憲法制定的法律，列為非憲法性法律。

為避免理論上的困惑，學者提出了憲法相關法律的概念。³¹ 這種觀點認為，憲法及相關法是國家法律體系的主導法律部門，它是中國社會制度、國家制度、公民的基本權利和義務及國家機關的組織與活動的原則等方面法律規範的總和。它規定國家和社會生活的根本問題，不僅反映了國家法律的本質和基本原則，而且確立了各項法律的基本原則，其最基本的規範體現在國家憲法之中，還包括國家機關的組織和行為方面的法律，民族區域自治方面的法律，特別行政區方面的基本法律，保障規範公民政治權利方面的法律，以及有關國家領域、國家主權、國家象徵、國籍等方面的法律。後者相對於其他法律而言，與憲法的關係更密切。³²

應該說，從法律內容與憲法的關聯性來看，現實生活中確實存在着與憲法關聯程度高低的法律形式。為了在實際生活中區分這種關聯程度，以“憲法相關法”概括與憲法有密切聯繫的法律也未嘗不可。否則，那些與憲法關聯程度高的法律如何歸入哪個法律部門也成為問題。當然，這種憲法相關法仍屬於普通法律，其制定和修改程序一般遵循普通法律的程序，其效力低於憲法，與其他普通法律具有同樣的效力。

在這個意義上，我們認為基本法屬於憲法相關法，這是由基本法的特點決定的。

1. 在名稱上不是憲法，但結構上某些方面像憲法。基本法不是憲法，也不是憲法之特別法。因為基本法是依據憲法制定的，其制定和修改程序是普通法律的程序，其效力低於憲法。在憲法理論上，決不能以比憲法效力低的普通法律修改憲法。但是，基本法在內容結構上有些像憲法，它包括序言、總則、居民的基本權利和義務、政治體制、經濟、文化和教育等章節內容，這一特點是其他基本法律中不具有的。³³

2. 在性質上是社會主義，但在內容上又允許實行資本主義，在地方政權上不實行人民代表大會制，而採取行政主導制，在單一制的國家結構形式下，賦予特別行政區高度的自治權，在國家統一的法律體系下，又允許性質完全不同的法律體系存在，在國家憲法和國籍法的規定下，又確認特別行政區“居民”的範圍。上述內容是憲法第 31 條規定的“一國兩制”方

針的具體化和法律化，當然與憲法有密切的關聯。

基本法的上述特點決定了它是國家憲法的相關法。需要說明的是，基本法這種憲法相關法的地位，並不是說其法律效力與憲法相同，也不意味着其效力要高於全國人大及其常委會制定的其他法律。只不過就基本法與其他全國性法律而言，它具有特別法的性質。

(二) 基本法是國家基本法律，是全國性法律

按照憲法的規定，國家法律分為基本法律和非基本法律。這主要是從制定機關和法律內容來區分的。全國人大和全國人大常委會行使國家立法權，憲法第 62 條第(3)項規定，全國人民代表大會制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律；憲法第 67 條第(2)項規定，全國人民代表大會常務委員會制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律，並且在全國人民代表大會閉會期間，對全國人民代表大會制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸。³⁴

基本法律和非基本法律的區分，不意味着兩者的效力有高低之分，兩者的效力是一致的。³⁵ 基本法是由全國人民代表大會制定和通過的，所以基本法屬於國家的基本法律。由於基本法的主要內容是關於特別行政區的，但又涉及中央與特別行政區的關係，不僅特別行政區以及特區居民要遵守，中央及各省、自治區、直轄市和全國人民，都要遵守，同時，基本法是體現“一國兩制”的法律，所以，全國人大決定由它自己制定基本法。³⁶ 從這個意義上，也可以看出，基本法為甚麼名稱叫基本法，而不是其他名稱了。

從國家法律體系來看，在憲法之下，屬於全國性法律有全國人大及其常委會制定的法律、國務院制定的行政法規，屬於地方性法律規範的有地方性法規、自治條例和單行條例。其區分的標準主要是制定機關的不同，從而法律效力的範圍也不同。一般地說，法律、行政法規在全國範圍內發生法律效力，地方性法律規範由憲法授權的地方性國家權力機關和常設機關制定，在本地區範圍內發生法律效力。地方性法規要依據憲法、法律和行政法規制定，自治條例和單行條例可以就本地區的實際情況做變通規定，但不能違背法律的基本原則，並且要按照法律規定，報有權機關批准，並報全國人大常委會備案。基本法是全国人民代表大會制定和通過的，無疑它屬於全國性法律，不僅在特別行政區，而且在全國範圍內發生法律效力。

有人認為基本法雖然是全國性法律，但不具有普遍效力，只是對兩個特區所作的具體制度設計，只分別對兩個特區發生效力。³⁷ 這種說法混淆了基本法的立法目的與基本法的效力。按照兩個基本法序言的規定，制定基本法的目的是規定特別行政區實行的制度，以保障國家對香港、澳門的基本方針政策的實施，從立法目的和具體立法事項而言，基本法是針對兩個特區所做的制度設計。但是，基本法是全国人大制定

的，在全國範圍內，包括香港、澳門兩個特區在內，均具有普遍效力。兩個基本法均在第 22 條第 1 款規定，中央人民政府所屬各部門、各省、自治區、直轄市均不得干預特別行政區依照本法自行管理的事務。這裏說的是內地不干預特區自行管理的事務原則。但單獨就該款而言，“各省、自治區、直轄市”似乎應包含兩個特區在內，表明兩個特區也不得互相干預各自依照基本法自行管理的事務。即便是那些只在特別行政區實行、不在中國其他地區實行的有關資本主義制度和政策的規定，全國的國家機關、社會團體、企事業單位和公民，也有對其加以尊重和維護的義務。³⁸ 包括兩個特區在內，也分別對各自的基本法有相互尊重和加以維護的義務。

（三）基本法屬於特別法

在同一效力等級的法律之間，存在一般法與特別法的區分。國家立法法第 83 條規定：“同一機關制定的法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章，特別規定與一般規定不一致的，適用特別規定。”該條確立了一般法與特別法的區分，並確立了特別法優於一般法的適用原則。

甚麼是一般法，甚麼是特別法？一般認為，一般法是指在時間、空間、對象以及立法事項上作出的一般規定的法律規範，特別法則是與一般法不同的適用於特定時間、特定空間、特定主體(或對象)、特定事項(或行為)的法律規範。³⁹ 一般法與特別法的區分存在同一位階的法律規範當中。也就是對同一機關制定的法律規範而言，特別法優於一般法。但是，學者們根據在國家立法實踐中存在下位法執行上位法、下位法變通上位法規定，而將下位法稱為特別法，將上位法稱為一般法，也就是說，在不同位階的法律規範之間，也存在特別法與一般法的區分。⁴⁰ 基於這種認識，有人將基本法列為憲法特別法。

實質上，從立法法的規定來看，所列的法律規範的範圍包括法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章，沒有包括憲法，也就是說，對憲法而言，不存在憲法特別法或憲法性特別法之說。這是因為，憲法的制定機關和制定程序不同於其他法律，而且憲法具有最高法律效力，不能也不允許以憲法之下的法律來修改、補充或變通，即使憲法條文面臨變遷，也只能通過制憲和修憲程序進行。從這個意義上說，基本法不是憲法的特別法。

但是，從基本法與全國人大及其常委會制定的其他法律來比較來看，基本法屬於特別的法律規範。這是因為，其法律內容貫穿“一國兩制”的靈魂，內容特殊；同時，其制定、修改程序比其他由全國人大及其常委會制定的法律嚴格。按照憲法和立法法的規定，其他法律草案的制定和修改，可以由全國人民代表大會主席團、全國人民代表大會常務委員會、國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院、全國人民代表大會各專門委員會、一個代表團或

者三十名以上的代表聯名，可以向全國人民代表大會提出法律案，委員長會議、國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院、全國人民代表大會各專門委員會、常務委員會組成人員十人以上聯名，可以向常務委員會提出法律案⁴¹，但是《澳門基本法》第 144 條規定的修改程序為例，基本法的修改權屬於全國人民代表大會常務委員會、國務院和澳門特別行政區。而且，澳門特別行政區的修改議案，須經澳門特別行政區的全國人民代表大會代表 2/3 多數、澳門特別行政區立法會全體議員 2/3 多數和澳門特別行政區行政長官同意後，交由澳門特別行政區出席全國人民代表大會的代表團向全國人民代表大會提出。同時，對基本法的修改議案在列入全國人民代表大會的議程前，先由澳門特別行政區基本法委員會研究並提出意見。最重要的是，基本法還規定了修改的限制，即對“本法的任何修改，均不得同中華人民共和國對澳門既定的基本方針政策相抵觸。”這種規定，在《香港基本法》第 159 條也做了同樣的規定。

此外，並不是所有的全國性法律適用特別行政區。在特別行政區適用的全國性法律中，根據基本法附件三的列舉，僅限於涉及國家主權、國防和外交和其他不屬於自治範圍方面的法律，如《澳門基本法》附件三規定在澳門特區實施的全國性法律有《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議》、《關於中華人民共和國國慶日的決議》、《中華人民共和國國籍法》、《中華人民共和國外交特權與豁免條例》、《中華人民共和國領事特權與豁免條例》、《中華人民共和國國旗法》、《中華人民共和國國徽法》、《中華人民共和國領海及毗連區法》等。⁴²

上述情況表明，就特別行政區高度自治範圍內的事務來看，基本法排除了除在基本法附件三所列舉的其他全國性法律在特別行政區的適用。⁴³ 也就是說，從基本法與其他全國性法律的關係來看，除了在基本法附件三所列舉的全國性法律之外，基本法是特別法。但是，基本法不是憲法的特別法，不能排除憲法在特區的適用。

（四）基本法屬於授權法

《澳門基本法》第 2 條規定：“中華人民共和國全國人民代表大會授權澳門特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”上述規定表明，基本法是授權法，或者稱為“特別授權法”。⁴⁴

根據憲法第 31 條和第 62 條第(13)項的規定，決定是否設立特別行政區的權力屬於全國人民代表大會，香港、澳門無權自行設立；特別行政區的制度由全國人民代表大會決定，特別行政區無權決定其政權組織形式，在法律上特別行政區不享有自主組織權；特別行政區享有的高度自治權是全國人民代表大會授予的，而不是其固有權力；在法理上，特別行政區不

享有基本法的制定權，作為國家在港、澳恢復行使主權的法律形式基本法，只能由國家最高權力機關來制定。因此，基本法屬於授權法，這是沒有疑義的。

那麼，如何理解這一授權的性質呢？關於授權的性質，理論上存在三種學說，一是轉移和轉讓說，二是許可說，三是實施轉移說。⁴⁵ 轉移和轉讓說認為，授權人根據授權法將本屬於自己的權力轉移或轉讓給被授權人，被授權人獲授權後，該權力就屬於被授權人的權力範圍。許可說認為，授權人與被授權人各自都有自己的權限範圍，授權人授予權力，只不過賦予被授權人行使自己權限的條件或限制，在授權人未授權之前，被授權人不得行使自己的權限。實施轉移說則認為，授權人根據授權法將本屬於自己的權力行使轉移給被授權人，權力仍屬於授權人，授權只不過是轉移權力的行使。

在轉移和轉讓說那裏，授予的權力完全屬於被授權人，授權人便完全脫離所授予的權力及授權所針對的事宜的責任。這個觀點，不僅違反授權人對被授權人要進行監督的實際需要，同時也違背了公權力機關不得放棄、轉讓其法定職責和權力的原則。就許可說而言，既然被授權人已經擁有權力，也就無需再經過授權，同時，該種說法也與授權的核心是被授權人行使授權人的權力這一規則相悖。比較可行的觀點是實施轉移說。這就是說，對特區的管治權力屬於中央的權力，就特區自行管理的事務的權力的行使，可以由中央授予特區有關機關來行使。

基本法屬於授權法，首先要明確在中央與特區的關係上，不存在所謂“剩餘權力”。⁴⁶ “剩餘權力”之說來源於聯邦制國家憲法的規定，如《美國憲法》第 10 條修正案規定，“本憲法所未授予合眾國政府，也未禁止各州政府所行使的權力，均由各州或由人民保留之。”在單一制國家，則不存在“剩餘權力”。在單一制國家，國家主權屬於全體人民，由中央政府代表國家行使。地方行政區享有的權力不是它本身固有的，而是從國家主權派生的。它同中央的權力關係是授權與被授權的關係。⁴⁷ 中國是單一制國家，特別行政區享有的權力無論多大，都不是它本身固有的，而是基於中央對它的授權。基本法分別列舉了中央和特區的職權，但可能會有一些權力沒有列舉。如果存在基本法沒有列舉的權力要授予特區行使，則需經過授權。基本法規定，特別行政區可享有全國人民代表大會、全國人民代表大會常務委員會或中央人民政府授予的其他權力。⁴⁸

其次，凡是未經中央授予的權力，特別行政區不能擅自行使，特區也不能突破中央授權的範圍。這是因為，按照基本法是授權法的性質，特區自身不能確定自己權力的範圍，也不能自己確定享有的權力的內容。⁴⁹

此外，授權是明示的，不存在“默示”授權。如果說有默示授權的話，也僅僅存在於有從屬關係的上下級之間，當上級機關將某一權限授予某一下級機關時，與該下級機關同一類別並從屬該同一上級機關的其他下級機關，也被視為獲得該項授權。⁵⁰ 從授權的內容來看，授權是明確的，法律詳細列明所授予的各種權力，防止一般授權，不存在“隱含”的授權。兩個基本法均詳細列明瞭授予特區的行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權，基本法未列舉的權力，則不能由特區有關機關自己推導出來，由自己行使。

高度自治不是完全自治，授權有範圍限制。這個限制即是凡屬於國家主權的事項，特區未獲基本法授權則不得涉及。這裏，涉及主權的事項包含對外和對內兩個方面。在對外方面，主要是外交、國防、領土、宣戰、媾和等權力，在對內方面，主要是國家的最高統治權，特區不能就涉及全國性事務做出決定，不得管轄屬於中央管理與各省、自治區、直轄市管理的事務，不能對特區之外的事務行使管轄權。⁵¹

中央授予特區的高度自治權，行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權由特區相應的機關行使，中央仍就有監督權。從授權理論上講，授權人對所授予的權力行使享有監督權、指引權、廢止權和收回權。例如，基本法有關行政長官對中央政府負責、行政長官和主要官員由中央政府任免、特區立法機關制定的法律和通過的財政預算報中央政府備案、全國人大常委會就基本法的解釋對特區法院的效力的規定以及基本法修改權的規定，以及特區行政長官和立法機關產生辦法的修改最後報全國人大常委會批准或備案的規定，均體現了中央的監督權。行政長官執行中央政府發出的指令的規定體現了中央的指引權，全國人大常委會發回的法律立即失效的規定以及全國人大常委會就基本法的解釋對特區法院作準的規定體現了中央的廢止權。

總之，基本法關於特別行政區權力來源的規定，為在理論上正確處理授權與自治的關係，在實踐中正確處理中央與特別行政區的權力關係、國家其他地區與特區的關係以及特區之間的關係，均提供了法律依據。

註釋：

¹ 見《牛津法律大辭典》，北京：光明日報出版社，1988年，第855-856頁。

² 同上註，第688-689頁。

³ 魏振瀛：《民法》，北京：北京大學出版社、高等教育出版社，2000年，第50頁。

⁴ 楊景宇：《我國的立法體制、法律體系和立法原則——十屆全國人大常委會法制講座第一講》，載於中國人大網：

<http://www.npc.gov.cn>，2003年4月25日。

- 5 蕭蔚雲：《論澳門基本法》，北京：北京大學出版社，2003年，第164-166頁。
- 6 焦洪昌：《澳門特別行政區基本法若干問題研究》，載於《政法論壇》（中國政法大學學報），第1期，1999年，第98頁。
- 7 蕭蔚雲：《一國兩制與澳門特別行政區基本法》，北京：北京大學出版社，1993年，第63-64頁。
- 8 同上註，第41頁。
- 9 《全國人民代表大會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉的決定》（1990年4月4日第七屆全國人民代表大會第三次會議通過），《全國人民代表大會關於〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉的決定》（1993年3月31日第八屆全國人民代表大會第一次會議通過）。
- 10 饒戈平：《一國兩制的方針與憲法在港澳地區的適用問題》，發表於“成功的十年：‘一國兩制’在澳門的實踐”學術研討會，澳門，2009年3月31日。
- 11 蕭蔚雲：《一國兩制與香港基本法律制度》，北京：北京大學出版社，1990年，第2頁。
- 12 同註7，第12頁。
- 13 同上註。
- 14 同上註。
- 15 同註11，第99-101頁。
- 16 參看憲法第62條第(2)項、第67條第(1)項。
- 17 有學者認為這是最高國家權力機關行使了憲法審查權。王振民：《“一國兩制”實施中的若干憲法問題淺析》，載於《法商研究》，第4期，2000年，第6頁。
- 18 李琦：《特別行政區基本法之性質：憲法的特別法》，載於《廈門大學學報》（哲學社會科學版），第5期，2002年，第16-23頁。
- 19 同註11，第91頁。
- 20 王振民：《“一國兩制”實施中的若干憲法問題淺析》，載於《法商研究》，第4期，2000年，第9頁。
- 21 駱偉建：《澳門特別行政區基本法概論》，澳門：澳門基金會，2000年，第38-39頁。
- 22 這種情況，理論上稱之為“憲法謙抑”。
- 23 同註21，第39-40頁。
- 24 正因憲法在特區有當然的效力，因此儘管在內地法院還一直不可以在判決書中引用憲法條款，但是香港回歸後，特區法院在判決中已經多次引用《中國憲法》的條款。例如，香港特別行政區終審法院在1999年1月29日吳嘉玲、吳丹丹訴入境事務處處長一案的判決書中，就引用了《中國憲法》第31條、第57條、第58條的規定。參看註20。
- 25 朱福惠、徐振東：《現代憲政條件下的憲法效力》，載於《法制與社會發展》，第3期，2006年，第83頁。
- 26 莫紀宏：《憲法學》，北京：社會科學文獻出版社，2004年，第116頁。
- 27 同上註，第120頁。
- 28 劉茂林：《香港基本法是憲法性法律》，載於《法學家》，第3期，2007年，第14-17頁。
- 29 韓大元：《比較憲法學》，北京：高等教育出版社，2003年，第116頁。
- 30 同上註，第117頁。
- 31 同註4。
- 32 同註26，第121頁。
- 33 同註11，第109-111頁。
- 34 立法法第7條第3款。
- 35 有學者認為，從憲法的規定和基本精神來看，基本法律是介於憲法和“非基本法律”之間的法律層次，其效力低於憲法而又高於全國人大常委會制定的“非基本法律”。韓大元、劉松山：《憲法文本中“基本法律”的實證分析》，載於《法學》，第4期，2003年，第13頁。
- 36 同註11，第102-103頁。
- 37 同註18。
- 38 吳建璠：《一國兩制與香港基本法》，載於《中國法學》，第3期，1997年，第5頁。
- 39 汪全勝：《“特別法”與“一般法”之關係及適用問題探討》，載於《法律科學》（西北政法學院學報），第6期，2006年。
- 40 同上註。
- 41 立法法第12、13、24、25條。
- 42 根據第九屆全國人大常委會第十三次會議決定，增加《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》；《中華人民共和國澳門特別行政區駐軍法》。這兩部全國性法律，自1999年12月20日起由澳門特別行政區公佈或立法實施。此外，還有《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》，2005年10月25日第十屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議通過。
- 43 按照《香港基本法》第18條第3款、《澳門基本法》第18條第3款的規定，列入附件三的全國性法律由全國人大常委會作出增減。因此，列入基本法附件三的全國性法律包括基本法制定後全國人大常委會增加的全國性法律。例如，《香港基本法》附件三增加的全國性法律有：《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》、《中華人民共和國領海及毗連區法》、《中華人民共和國國旗法》、《中華人民共和國國徽法》、《中華人民共和國領事特權與豁免條例》、《中

華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》、《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》。

44 同註 11，第 127 頁。

45 José Eduardo Figueiredo Dias 著，關冠雄譯：《澳門行政法培訓教程》，澳門：法律及司法培訓中心，2008 年，第 73 頁。

46 同註 11，第 150-151 頁。

47 同註 38，第 7 頁。

48 《香港基本法》第 20 條、《澳門基本法》第 20 條。

49 同註 11，第 140 頁。

50 同註 45，第 74 頁。

51 同註 11，第 141-142 頁。