

論港澳兩部基本法的修改

寧立成*

法律應當穩定，但是隨着社會的發展其修改是不可避免的，世界上罕有永遠不變之法。1990年4月和1993年3月全國人大分別通過了《香港基本法》和《澳門基本法》，兩部基本法的通過為香港和澳門的順利回歸鋪平了道路，也對回歸後香港澳門的政治經濟體制以及中央和特別行政區的關係進行了較明確的規範，同時也明確規定了各自的修改規則。無論在理論上還是實務上，基本法的修改都是一個非常重要而敏感的問題，基本法修改是否有限制、修改的時機、修改的程序等等都需要我們深入思考和分析。

一、基本法的修改規範及其涵義

《香港基本法》第159條和《澳門基本法》第144條分別規定了各自的修改規則，兩法的規定基本相同，內容有四：修改權的歸屬；修改提案權的歸屬；修改程序；修改的限制。另外，兩部基本法附件一第7條和附件二第3條也對基本法附件的修改有所規定。這些有關修改特區基本法的規範體現了這樣一些涵義：

(一) 基本法具可修改性

基本法和所有法律一樣，在適當時機做出必要修改是可能的，兩部基本法也在其專章內做出相應規定，主要在於修改甚麼、如何修改、修改條件與時機如何認定。

(二) 基本法的修改非常嚴格和慎重

其一，基本法的任何修改，都不得同中國對港澳既定的基本方針政策相抵觸。其二，只有全國人大才有修改權，中國其他的基本法律全國人大常委會可以

在不與該法律的基本原則相抵觸的前提下進行修改；只有全國人大常委會、國務院和特別行政區有修改提案權，而中國其他的基本法律除了全國人大常委會和國務院以外全國人大主席團、中央軍委、最高法院、最高檢察院、全國人大各專門委員會、一個代表團或者30名以上的代表聯名也享有法律案提案權。其三，規定了特別行政區提出修改議案的嚴格程序和修改議案在列入全國人大議程前先由特別行政區基本法委員會研究並提出意見的前置程序。其四，兩部基本法的附件一和附件二分別對香港2007年以後行政長官的產生以及立法會的產生辦法和法案、議案的表決程序，澳門2009年以後行政長官的產生和立法會的產生的修改規定了嚴格的程序。

(三) 修改基本法的主導權在中央政府

其一，修改權只屬於全國人大。其二，全國人大常委會、國務院和兩個特別行政區享有修改提案權。其三，特區提交修改議案的程序非常嚴格，以澳門為例，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。其四，香港2007年以後、澳門2009年以後行政長官的產生以及立法會的產生辦法等，如需修改最後必須報全國人民代表大會常務委員會批准或者備案(修改行政長官產生辦法的需批准；修改立法會的產生辦法等需備案)。

(四) 特別行政區政府在修改基本法上享有高度的自治權

其一，基本法規定任何修改不得同中國對香港、澳門既定的基本方針政策相抵觸，而基本方針政策中

* 南昌大學立法研究中心研究員、南昌大學法學院副教授

非常重要的內容就是高度自治。其二，特別行政區享有修改基本法的提案權。其三，修改兩部基本法附件一、二的提案權只屬於特別行政區。

二、基本法修改的限制

各國立法的實踐中，除了憲法之外的其他法律被限制修改的現象非常少見，憲法被限制修改的現象時有發生，例如《法國第五共和國憲法》第 95 條規定，共和政體不得修改，《意大利憲法》也有類似規定，《德國基本法》第 79 條第 3 項規定，對基本法的修正案，不得影響聯邦按州劃分之原則，各州參與立法的原則或第 1 條和第 20 條規定的基本原則，還有些國家對修改憲法的時間進行了限制。

有學者認為憲法的修改應當沒有限制：人民主權是絕對的，人民有權修改憲法；憲法所有條文的效力是相等的，應當都能修改；憲法的條文是否能修改並無標準；那些限制修改的條文本身就可以被修改。¹ 不過，從邏輯上分析，認為憲法的修改有限制也有道理：所謂修改，就是修補和改動，基本的、核心的內容不能改變，否則就不能稱之為“修改”了，如同將一棟房子推倒重做不能稱之為修房子；憲法有其自身的原則和價值，如果把這些原則都改掉了，憲法就不存在了；如果人民修憲把“人民主權”這個原則改掉了，其實就是“自殺”，人民自己否定自己，這是不可能的。因此，說憲法的修改有限制或者沒有限制都有道理，相對來說認為有限制的說法更合理。

港澳兩部基本法雖然不是憲法，但也不是普通的法律，它是兩部由全國人大制定的、憲法性的基本法，而且比一般的基本法律更重要、更特殊。兩部基本法修改的限制可以從價值論法學、規範法學和社會法學三個層面進行分析。

（一）價值論法學層面

任何法律都有其道德、政治或者正義等方面的價值追求，這些價值在法律中必然會得到體現，這些價值特別是其核心價值構成了對其修改的限制。因為一部法律的核心價值是其基石，如果被修改，這部法律的本質就發生了完全改變，就不能稱之為“修改”，修改法律畢竟不是制定法律。“保持香港、澳門的繁榮和穩定”、“一國兩制，五十年不變”、“高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權”等是兩部基本法的核心價值，也是基本法所規定

的“本法的任何修改，均不得同中華人民共和國對香港既定的基本方針政策相抵觸”中的“基本方針政策”，這些基本法的原則和價值不得被修改，如果被修改，就不僅是顛覆了基本法的基石和核心，也會造成對中央政府誠信和聲譽的嚴重損害。

（二）規範法學層面

“規範法學”，也就是實證主義法學，它既不考慮更形而上的價值傾向，也不考慮更形而下的行為事實和社會問題，而是“招頭去尾”，側重於研究介於這兩者之間的實在法和法律規範，故而凱爾遜的分析實證主義法學被稱之為“純粹法學”，“純粹法學理論之所以被稱作‘純粹的’理論，乃是因為它僅僅描述法，試圖把嚴格說來不是法的任何東西從這種描述的對象中排除出去，以免法律科學受到外來因素的影響。”² 從規範層面上看，兩部基本法的修改不得違背其自身對修改的規定“本法的任何修改，均不得同中華人民共和國對香港、澳門既定的基本方針政策相抵觸”，也不得違背憲法第 31 條的規定“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”。

（三）社會法學層面

社會法學側重於研究法在社會中的實際運行，即社會中的“活法”，法的社會目的、作用與效果是研究的重點。一部法律必有其社會目的，其社會效果是判斷其優劣的重要標準，其修改也應當受到其社會目的和效果的限制。香港、澳門兩部基本法的社會目的主要有二，其一是維護國家的統一和領土完整，保持香港、澳門的繁榮和穩定，其二是為和平解決台灣問題，實現祖國完全統一積累經驗，也展示中央和平統一的決心和誠意。法律要堅持一定的價值追求，但是同時也要考慮社會現實和效果，否則就會損害民眾的利益和社會的發展，例如考慮到香港的現實情況，基本法的意圖是逐步擴大香港行政長官產生辦法和立法會產生辦法的民主化程度，最後達致普選，但是“民主派”卻提出了 2012 年實行雙普選的要求，其價值追求並沒有錯，只是操之過急不利於社會穩定。

三、基本法修改的時機

港澳兩部基本法是兩部重要的憲法性基本法律，鑒於其內容、地位、影響和特點，在甚麼時間、甚麼

條件、甚麼時機修改是一個值得分析的問題。

（一）基本法的修改時間應當嚴格控制

其一，修改不能過於頻繁，穩定性是法律權威的重要來源，朝令夕改的法律其權威性肯定會大打折扣。如果頻繁地修改基本法，必然會影響其權威，也影響中央的權威，動搖海內外人士對“一國兩制”的信心。其二，盡可能不要在基本法剛剛開始實施就進行修改，否則會產生一些消極影響。人們不禁要問：為甚麼剛開始實施就修改？是基本法存在問題，還是國家方針政策發生了變化，還是情況發生了重大變化。當然如果情況緊急，不修改無法解決現實問題就另當別論了。

（二）基本法的修改條件應當充分和必要

其一，修改條件應當充分，可改可不改時不改；非改不可，不修改就會出現較為嚴重的問題時才進行修改。例如基本法中有的詞語表達不準確，甚至有一些語法錯誤，但是只要這些表達不至於引起重大誤解，沒有人提出疑問，也不至於影響現實生活，就不要修改。其二，修改條件應當必要，在使用解釋等方法仍不能解決問題時才修改。如果基本法的表述不準確，存在歧義，或者隨着社會的發展基本法的一些表述不能完全滿足現實的需要，但是只要通過字面的解釋就能夠比較合理地賦予其立法者所需要的、新的含義，就只需要解釋即可。

（三）要準確把握基本法修改的時機

如果不是情況非常緊急，需要馬上修改基本法，就應當選擇一個比較好的時機，主要有以下兩個要求。其一，社會局勢比較穩定。在局勢比較混亂的情況下，人心思安，希望盡快恢復社會秩序，此時提議修改基本法，很可能火上澆油，加劇社會衝突。當然如果修改基本法能直接消除社會的不穩定，那又另當別論，但是應當加倍慎重。其二，盡可能選擇社會經濟發展較好的時機，而不要選擇社會經濟發展困難的時機。2002-2003年香港特別行政區政府落實基本法第23條立法的失敗也許是一個教訓。此次立法的失敗可以有很多原因，但是時機選擇的不恰當確實是其中之一。自1997年末起，受亞洲金融危機的波及，香港長期以來以“高地價、高成本”支撐的經濟泡沫開始破滅，經濟進入了一個明顯的衰退期。2002年下半年，經濟衰退幾近谷底，社會張力也近臨界點。而法案的提出，法案本身一定程度上的政治敏感性加上一

些政治人物的政治利用，便成了社會情緒的發洩口，最終釀成了2003年7月1日的大遊行，特區政府迫於社會壓力，不得不中止立法程序。筆者曾經設想，如果特區政府選擇經濟持續向好的今天，或者是在香港回歸後立即着手立法程序，法案的命運是否會不同？當然，歷史不容假設。但值得我們深思的是，歷史雖然不能倒退，但歷史是可能重復的。³全國人大修改基本法比特區制定法律的影響更大、更深遠，就更應該慎重選擇時機。

四、基本法修改的程序

（一）普通修改程序與特殊修改程序的關係

港澳兩部基本法規定了對自身的修改程序，在此之前，中國除了憲法、立法法之外極少有法律規定修改程序，特別是除憲法、立法法之外沒有法律規定對自身的修改程序。

兩部基本法都規定了各自的修改程序，包括兩方面的程序：一是普通修改程序，即分別由《香港基本法》第159條、《澳門基本法》第144條規定的程序；二是特殊修改程序，也就是分別由《香港基本法》及《澳門基本法》附件一第7條和附件二第3條對行政長官的產生辦法和立法會的產生辦法修改所做的規定。之所以說其特殊，是因為一方面只針對修改行政長官和立法會的產生辦法，另一方面不同於基本法中規定的普通修改程序，包括修改主體和提案主體都有所不同。特殊修改程序的實質是全國人大首先確立了行政長官和立法會產生辦法修改的總原則，然後授權全國人大常委會具體修改。

普通修改程序和特殊修改程序看起來好像涇渭分明，然而實際上存在一些交叉的地方，特殊修改程序只針對修改行政長官和立法會的產生辦法這一點非常明確，但是普通修改程序是否包括修改行政長官和立法會的產生辦法，也就是說能否應用普通修改程序修改行政長官和立法會的產生辦法呢？從法理上分析也許可以，原因有二：其一，普通修改程序應用於對基本法所有內容包括附件內容的修改，惟一的限制是“不得同中華人民共和國對香港、澳門既定的方針政策相抵觸”，當然能夠應用於修改行政長官和立法會的產生辦法；其二，一般情況下誰立法誰有權修改，基本法包括其附件都是全國人大制定的，特殊修改程序就是全國人大在附件中設定的，但是全國人大在基本法附件中卻規定全國人大常委會有權修改，這實際

上是授權立法。既是授權，授權者本身就有這項權力，當然可以親自行使。

不過，也存在普通修改程序不能應用於特殊修改程序所適用的事項的理由：套用法律適用的一個原則“特別法優於一般法”，在同一法律中“特別條款優於一般條款”，例如《中國刑法》規定了“詐騙罪”，也規定了“金融詐騙罪”，如果犯罪行為符合“金融詐騙罪”的要件，只能適用“金融詐騙罪”，而不能適用“詐騙罪”，儘管犯罪行為也完全符合“詐騙罪”的要件，據此特殊修改程序應當優於普通修改程序。

綜合正反兩方面的思考，反方的理由更充分，即不能適用普通修改程序修改行政長官和立法會的產生辦法，除了上面提到的理由，還有以下三個理由：其一，國家機關一旦將一項具體的權力授予另一國家機關，可以推定授權國家機關在授權收回之前不能行使此權力，否則就會出現兩個主體同時行使同一權力的情況，引起混亂。全國人大要行使這項權力就需要先修改基本法附件以收回授權；其二，全國人大既然在基本法中授權全國人大常委會修改行政長官和立法會的產生辦法，表示全國人大認為這樣安排比較合適，而由自己修改並不合適；其三，“授權主體授出權力以後，主要的任務就是監督受權主體立法而不是自己立法”。⁴ 全國人大授權全國人大常委會修改行政長官和立法會的產生辦法之後，其主要任務就是監督，有權“改變或者撤銷全國人大常委會不適當的決定”。

（二）特殊修改程序中的備案

兩部基本法分別在附件二中規定了修改立法會的產生辦法等的程序，其最後一環是報全國人大常務會“備案”。附件二中的“備案”與港澳兩部基本法中規定特區的立法報全國人大常委會備案是否同一回事？前者是特別行政區的立法程序，先由特區政府完成立法程序然後報全國人大常委會備案；後者是特別行政區修改全國人大在附件二中制定的立法會的產生辦法，先由立法會全體議員 2/3 多數通過和行政長官同意，然後報全國人大常委會備案。如此看來，兩者不是一回事，前者是特區的日常立法，後者是修改全國人大在附件二中制定的立法會的產生辦法；前者與後者的程序中的最後一環都是一樣，即報全國人大常委會備案，但是兩者的程序中前面部分的環節並不相同。既然《香港基本法》和《澳門基本法》中規定特區的立法報全國人大常委會備案，與兩部基本法附件

二中規定的立法會的產生辦法的修改報全國人大常委會備案不是一回事，那麼對前者“備案”所做的規定不一定適用於後者。

不過，雖然前述的分析有一定道理，但是筆者更傾向於認為一般立法程序中的備案與特殊修改程序中的備案是一致的。其原因一是同一部法律中的同一法律用語其含義應當是一致的；二是特殊修改程序其實也屬於特區的立法程序，只不過這個立法比較特殊，一方面這是全國人大在基本法附件中明確授權特區政府就某一具體事項立法；另一方面鑒於事項的重要性，其程序比一般立法程序嚴格，“須經立法會全體議員三分之二多數通過”。換言之，特殊修改程序的本質上屬於立法程序，雖然是一種特殊的、授權性的立法程序。既然如此，特殊修改程序中的備案與一般立法程序中的備案相同，也與立法法中法律備案的意義相同。

（三）基本法修改程序中需完善的地方

首先，普通修改程序中未規定當提案主體是特別行政區時，特別行政區中發動修改提案的主體。特殊修改程序中發動修改提案的主體在 2004 年全國人大常委會《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉附件一第七條和附件二第三條的解釋》中已經明確：“修改行政長官產生辦法和立法會產生辦法及立法會法案、議案表決程序的法案及其修正案，應由香港特別行政區政府向立法會提出”。然而，普通修改程序未規定當提案主體是特別行政區時，特別行政區中發動修改提案的主體。《香港基本法》第 159 條、《澳門基本法》第 144 條分別規定修改提案由特別行政區出席全國人大的代表團向全國人大提出，這只是規定了代表特區向全國人大提出修改提案的主體，但是沒有明確特別行政區中發動提案的主體。如果普通修改程序規定當提案主體是特別行政區時，特別行政區中發動修改提案的主體，從法理上說應當也適用於特殊修改程序；但是如果特殊修改程序中規定了特別行政區中發動修改提案的主體，從法理上說應當不能適用於普通修改程序。因此，筆者建議全國人大常委會應當明確普通修改程序中當提案主體是特別行政區時，特別行政區中發動修改提案的主體。

其次，普通修改程序和特殊修改程序中的備案沒有限定時間。普通修改程序和特殊修改程序都有一個不足之處就是沒有設定報請備案的期限以及全國人大常委會如果有異議應當在多長的時間內“發回”否則視為無異議，因為一方面設定特區政府在完成前期程

序後在一定時間內報請備案很有必要，另一方面全國人大常委會在接到報請備案後在一定時間內表明態度更是避免法律長期處於不完全確定狀態的關鍵，讓全國人大常委會對報備的法律或者修正案無期限地可以行使“發回權”，甚至在法律已經實施十年八年以後還可以“發回”，顯然很荒唐，由於報備的目的是由全國人大常委會審查法律在當時是否符合基本法。值得一提的是中國《立法法》第89條規定了立法公佈後應當在多長時間報備，“行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章應當在公佈後的三十日內依照下列規定報有關機關備案”，但是沒有規定接受報備的機關應當在多長時間內做出撤銷或者改變的決定，超過此期限則不得撤銷或者改變。因此，筆者建議普通修改程序和特殊修改程序都應當設定兩個期限：特區政府在完成前期程序後在一定期限內報請全國人大常委會備案；全國人大常委會如果有異議應當在多長的時間內“發回”，否則視為無異議。

最後，特殊修改程序沒有設定報請批准的期限。兩部基本法的附件一規定的修改行政長官產生辦法的程序的最後一環是“報全國人大常委會批准”，但都沒有設定報請批准的期限以及全國人大常委會應當在多長的時間內做出是否批准的決定。《立法法》第63條規定：較大的市的人大及其常委會制定地方性法規，報省、自治區的人大常委會批准，省、自治區的人大常委會應當在四個月內做出決定。不過，此規定也有一點不足，就是沒有規定：如果在四個月內不作出批准與否的決定，就視其已經被批准。因此，修改行政長官產生辦法的程序應當設定兩個期限：特區政府在完成前期程序後在一定期限內報請全國人大常委會批准；全國人大常委會如果有異議應當在多長的時間內做出批准與否的決定，超過此時間未做出決定則視為已經批准。

五、關於基本法修改的若干建議

（一）有關基本法修改的規範不宜修改和變動

修改基本法應當謹慎，修改“基本法修改規範”就更應該特別慎重，除非存在根本性、原則性的問題，否則不要修改“基本法修改規範”。如果在並不是萬不得已的情況下對“基本法修改規範”進行修改，勢必會產生一些消極影響。雖然前文提到兩部基本法的修改規範中存在一些不完善、不明確的地方，但是都不是根本性、原則性的問題。客觀上，兩部基本法的

修改規範總體上是合理的、科學的，特別是設定了全國人大或者全國人大常委會作為基本法修改的最終決定機關，其中基本法的一般修改權屬於全國人大，特殊修改則需有全國人大常委會批准或者備案（修改行政長官產生辦法的需批准；修改立法會的產生辦法等需備案），這種制度安排，既保證了特別行政區享有高度的自治權，也保證了中央既定的“一國兩制”的基本方針政策的貫徹實施。考慮各方面的因素，在一個相當長的時間內，無需對其加以修改。

（二）基本法的修改應當選擇一個好的時機

應當盡可能選擇政治、經濟、社會等各方面的形勢比較好的時機修改基本法。鑒於現在世界金融危機的影響還未完全消除，香港、澳門特區內各種不穩定的因素仍然存在，因此現在不適宜修改基本法。需要注意的是我們在選擇修改基本法的時機的時候不應當僅僅關注香港、澳門的小環境，還應當注意整個中國，乃至整個世界的大環境，而且大環境的重要性不亞於小環境。因此，考慮到中國在世界金融危機的影響下，通貨膨脹的壓力較大，世界上經濟形勢還未根本好轉，此時修改基本法必然會增加更多的困難和變數，如果有修改的必要，應在特別行政區的小環境，中國和世界的大環境都比較好的情況下進行。

（三）特殊修改應當循序漸進，綜合考量

《香港基本法》和《澳門基本法》附件一第7條和附件二第3條分別對行政長官的產生辦法和立法會的產生辦法修改做了規定。特殊修改程序的實質是全國人大首先確立了行政長官和立法會產生辦法修改的總原則，然後遵循如下具體程序：香港2007年以後，澳門2009年以後行政長官或者立法會的產生辦法如需修改須經立法會全體議員2/3多數通過，行政長官同意，並報全國人大常委會批准或者備案。這個立法的本意是隨着香港、澳門社會的發展和居民民主意識的增強，行政長官和立法會的產生需要更民主時，依照法定程序進行修改。

全國人大常委會已經分別在2004、2007、2010年三次就香港特別行政區行政長官和立法會產生辦法作出決定。2007年的決定明確了：“2017年香港特別行政區第五任行政長官的選舉可以實行由普選產生的辦法；在行政長官由普選產生以後，香港特別行政區立法會的選舉可以實行全部議員由普選產生的辦法”，但是應依照法定程序，在香港特別行政區行政長官實行普選前的適當時候，“行政長官須按照香港

基本法的有關規定和《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉附件一第七條和附件二第三條的解釋》，就行政長官產生辦法的修改問題向全國人民代表大會常務委員會提出報告，由全國人民代表大會常務委員會確定。修改行政長官產生辦法的法案及其修正案，應由香港特別行政區政府向立法會提出，經立法會全體議員三分之二多數通過，行政長官同意，報全國人民代表大會常務委員會批准”。

已有的三次特殊修改體現了嚴格依照基本法、根據實際情況、循序漸進的原則。以後的修改也應當堅持這些原則，直到最終達至《香港基本法》規定的行政長官由一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名後普選產生和立法會全部議員由普選產生的目標。

（四）在適當時機完善基本法的監督制度和法制衝突解決制度

人的智識的有限性和社會發展的無限性，決定了人類不可能一勞永逸地制定出一部永遠正確的法律，兩部基本法將來應當如何修改，筆者也無從得知，如果在基本法制定的時候就能夠預言將來應當怎樣修

改，那麼在制定的時候就會將這些情況加以考慮，何必將來修改，大多數的法律都是在社會發展過程中才認識到本以為很完美的法律有其缺點和不足，才認識到應當怎樣修改。因此，筆者也無從得知基本法將來會怎樣修改，只能就基本法在實施過程中已經發現的問題而提出一些修改的建議。

從 1997 年香港的回歸到現在“一國兩制”已經成功實踐 13 年，當然也發現兩部基本法存在一些問題需要修改和完善，從“馬維昆案”、“居留權”系列案、“國旗、區旗案”等一系列法制衝突可以看出，最主要的問題是基本法的監督制度和法制衝突解決制度的缺失。參加過基本法起草的著名憲法學家許崇德教授也承認：“對基本法實施的監督，原先不太明確。基本法規定：特區的任何法律，均不得同基本法相抵觸。但是，有否抵觸應由誰來斷定？法律沒有很好解決”。⁵ 因此，如果對基本法進行修改，確立基本法的監督制度和法制衝突解決制度應當成為重要內容。不過，筆者並不主張現在馬上就啟動修改基本法的程序，應當選擇一個恰當時機；如果在實踐中能夠逐步形成一個比較合理的憲法慣例來解決基本法的監督和法制衝突，那麼基本法也就不一定需要為此而修改了。

註釋：

¹ 周葉中：《憲法》，北京：高等教育出版社、北京大學出版社，2005 年，第 402 頁。

² Kelson, H. 1967. *The Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.

³ 陳友清：《1997-2007：一國兩制法治實踐的法理學觀察——以法制衝突為視角》，北京：法律出版社，2008 年，第 119-120 頁。

⁴ 周旺生：《立法學教程》，北京：北京大學出版社，2006 年，第 337 頁。

⁵ 許崇德：《鄧小平“一國兩制”理論的法律表現》，載於《浙江社會科學》，第 3 期，1999 年。