

目 录

contents

1	第一章 “一国两制”理论与“特别行政区基本法”研究
3	第一节 “一国两制”理论的科学定位
30	第二节 “一国两制”理论科学内涵的深化
42	第三节 “一国两制”实践的丰富
55	第四节 “一国两制”理论的创新与发展
68	第五节 “特别行政区基本法”应成为一门独立学科加强研究
74	第六节 “特别行政区基本法”与国家认同的互构关系
89	第二章 特别行政区和特别行政区制度研究
91	第一节 特别行政区政治体制与国家政体
102	第二节 特别行政区和特别行政区制度
115	第三节 特别行政区的制度和权力及其关系
131	第四节 特别行政区的宪法责任
142	第五节 特别行政区行政主导的界定
150	第六节 特别行政区制度实行的基本条件
169	第三章 香港特别行政区制度研究
171	第一节 香港特别行政区的政治体制

184	第二节 香港特别行政区政治体制的权力配置
197	第三节 香港特别行政区行政长官选举制度的特点及展望
212	第四节 香港立法会功能组别制度的正当性
228	第五节 香港立法会“拉布”战考量
247	第四章 澳门特别行政区制度研究
249	第一节 澳门特别行政区的行政主导体制
260	第二节 澳门立法会选举的现状与展望
271	第三节 对澳门特区政府管制能力的几点看法
283	第五章 特别行政区制度框架下若干法律问题研究
285	第一节 “菲佣居港权案”中全国人大常委会法律解释的效力
293	第二节 中国内地与香港版权立法和执法比较
305	第三节 香港的地产代理法律制度
318	后 记

第一章

“一国两制”理论与
“特别行政区基本法”研究

新中国成立后,怎样解决1842年《南京条约》等不平等条约形成的香港问题,怎样解决1887年的《中葡北京条约》等不平等条约所形成的澳门问题,以及1949年以后形成的台湾问题,毛泽东等老一辈革命家从20世纪60年代开始,首先针对解决台湾问题形成了“和平解决,一个国家、两种制度”的设想^①。邓小平等领导人在20世纪80年代,针对香港问题,完整地提出、完善和实践了“一国两制”的思想。邓小平明确指出,“一国两制”就是在中华人民共和国内,国家的主体实行社会主义,香港、澳门和台湾实行资本主义,目的是为了实现祖国的和平统一,保持香港、澳门和台湾的稳定繁荣^②。“一国两制”已由我国的《宪法》和《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》予以确认,并分别于1997年和1999年在香港、澳门地区成功实施,并取得了实际成效。

^① 叶永烈:《涵碧楼逸事》,《文汇报》2003年7月13日。

^② 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第58~59页。

第一节

“一国两制”理论的科学定位*

“必须以高度的理论自觉和理论自信,科学总结和概括中国特色社会主义的实践成就和宝贵经验,不断深化对中国特色社会主义发展规律的认识。”^①作为中国特色社会主义理论体系重要组成部分的“一国两制”方针,经邓小平倡导与推动,经香港、澳门两部基本法加以法制化、具体化,经港澳两特别行政区长逾十多年的实践与验证,已由“伟大构想”进入全面实践,已由实践的“摸石头过河”到认知的逐步系统化、成熟化。

澳门被历史选中成为验证“一国两制”新理论、新思维的示范区,无论特区政府还是特区居民都是历史的幸运者——成为正确实践“一国两制”有效载体。澳门的地位、功能十分突出,澳门的价值、作用十分重要。可以讲,澳门是研究“一国两制”理论的前沿阵地,澳门居民都是实行“一国两制”的行为主体,而澳门学者更应成为“一国两制”理论的有效载体。在澳门所发生的一切,无论从政治、法律,还是经济、民生,以至社会、文化方面观察,都是特别行政区制度下依法施政的结果,都直接和中国特色社会主义伟大事业构成正相关,都是实践“一国两制”的实际推进过程。要让澳门特区展示出更高的验证、示范成功率,就要进一步提升对“一国两制”的理解和认知的自觉性,特别是要在一些规律性问题上及

* 本节作者:杨允中,澳门理工学院一国两制研究中心教授。

① 转引自《求是》2012年第17期,第18页。

时作出回应和选择。

一、认识论的几个核心理念

知行合一、天人合一、和衷共济的和谐世界观,求同存异、兼容并蓄、融会贯通的互补共赢新思维,阴阳互济、刚柔并重、内外兼及的两手策略,这是中华智慧、东方文明在新时代、新形势下的全面展示,这是华夏子孙源远流长、根深蒂固的科学世界观和辩证认识论的升华。

(一) 知行合一

所谓知行合一,亦即知行相统一的观点。“知”即知识、认识的意思;“行”即行动和践履。中国学者向来主张,知行统一观就是关于认识和实践相统一的理论、学说,认识和实践的关系就是知和行的关系。传统哲学的知行观具有鲜明的伦理特点。哲学家讨论知行问题,多从道德意识和道德行为的关系立论,主要是指个人的道德践履和道德修养,但其中也包含认识论上的意义。为了鼓动人们起来推翻清朝,孙中山提出“知难行易”说,赋予“行”的概念以革命实践的内容。毛泽东更加强调“行”即实践的作用与意义,他的代表性理论著作《实践论》界定了知行范畴的科学内涵,为中国革命的具体实践提供了科学指引。辩证唯物主义的认识论强调知行统一观。不知不行、不行不知,有时先知后行,有时先行后知,在程序上都是必要的。要在20世纪末之前解决历史遗留的香港、澳门问题,这是摆在中国人民面前的“知”,要用一种崭新思维、双赢模式有效地解决香港、澳门的回归,这是新时代对中国政府和中国人民要求采用的“行”。

改革开放总设计师邓小平根据对国家多年来正反经验的总

结,及时推出建设中国特色社会主义的历史命题,恰到好处地解决了知与行的关系,他的“一个中心、两个基本点”、“一百年不争论”、“三个有利”、“贫穷不是社会主义”等科学判断,充满哲理、充满智慧,仅仅30多年的奋发图强、艰苦奋斗便彻底改变了国家“一穷二白”的落后面貌,并使之逐步走上大国俱乐部、强国俱乐部的舞台。无疑,这是知行合一科学认识论的成功。

(二) 求同存异

这是一个大思维,一个既通俗又深奥的大道理,一个讲起来容易做起来难的老问题。其逻辑重点是指找出共同点,保留不同点,力求以同化异、以异促同,做到互相尊重、和平相处、优势互补。2500年前,孔子便倡导“和为贵”、“和而不同”,这是中华文明、东方智慧的体现。在人类社会,由于利益、愿望、兴趣、爱好之不同,存在某些不同的观点、想法不足为奇,但本着互相依存、互补优势的理念,应在大原则、大方向、大目标保持一致的前提下,适度保留、尊重某些不同要求,既求大同又存小异。事实上,“一国两制”理论的思想渊源与求同存异思维密不可分。不同国家之间历史遗留的问题可以用非和平手段解决,也可以用和平手段解决;可以用激进的强硬手段解决,也可以用理性化的智取模式解决。中华人民共和国成立后,周恩来总理代表中国政府首创和平共处五项原则,在世界上享有良好的口碑。事实证明,“一国两制”所体现的求同存异原则和精神是当代最佳思维判断。惟求同方能提升共识,扩大合作面,整合竞争力;惟存异方能突显多彩世界,也不埋没任何独到见解。求同存异有助于互补共赢,防止内争内讧,促进和谐共融、取长补短,大至国家施政,小至个人关系都是一个务实选择。

进入特别行政区全新发展阶段,特区政府官员也好,社会各界

包括学者也好,都应学会用文明、理性同别人对话,学会用永无止境的追求与探索来拓展自身实践“一国两制”的伟大事业。

(三) 和谐包容

中国千百年来世代相袭的文化传统中,包括“和而不同”、“天人合一”、“大爱无疆”、“和谐共生”、“百家争鸣,百花齐放”、“不战而胜,以智取胜”等文明理念。这中间,“知行合一”与“求同存异”又是两大核心价值,两个蕴含极大力量源泉的成熟认知,同时也是“一国两制”理论得以最终正确形成的思想渊源。

“中华文明在世界不同文明对话中,应该而且必然有所作为、有所贡献。这是因为,中华民族向以极大的包容、注重和谐、酷爱和平著称;我们有着保证了中华民族独树一帜地保持几千年一统和稳定的文明因素和丰富经验。”^①改革开放 30 多年来,中国已成功地走向世界,全球各个板块也争相向中国靠拢。早在 30 多年前的 20 世纪 70 年代末,邓小平即作出和平与发展是当代世界发展主旋律的判断,20 世纪末中共十五大又作出直至 21 世纪前 20 年是国家发展的重要战略机遇期的判断。这中间贯穿一条中华文明对和为贵、人类自身和谐以及与自然界之间保持和谐的崇高理念和科学认知。

我们的愿望和追求的目标是建立包括和谐包容在内的新型社会关系,也包括新型的国际关系。因为和谐体现政治上相互尊重、平等协商,共同推进国际关系民主化;经济上相互合作、优势互补,共同推进经济全球化,朝均衡、普惠、共赢方向发展;文化上相互借鉴、求同存异,尊重世界多样性,共同促进人类文明繁荣进步;安全

^① 许嘉璐:《做好与世界文明对话的准备》,《人民日报(海外版)》,2010 年 11 月 23 日。

上相互信任、加强合作,坚持用和平方式而不是战争方式解决国际争端,共同维护世界和平稳定;环保上相互帮助、协力推进,共同呵护人类赖以生存的地球家园^①。

二、中国特色社会主义理论体系

(一) 历史进程

1979年3月20日,邓小平在《坚持四项基本原则》中指出:“中国式的现代化,必须从中国的特点出发。”^②1982年9月1日,他在向中共十二大致开幕词时,明确而严谨地指出:“把马克思主义的普遍真理同我国的具体实际结合起来,走自己的道路,建设有中国特色的社会主义,这就是我们总结长期历史经验得出的基本结论。”^③1992年中共十四大把邓小平建设有中国特色社会主义的理论和“一个中心、两个基本点”的基本路线写入党章。1997年中共十五大把邓小平建设有中国特色社会主义的理论简化成邓小平理论并确立为中共指导思想。2002年11月,中共十六大报告将“有中国特色的社会主义”概括为“中国特色社会主义”,并提出“中国特色社会主义事业”和“中国特色社会主义道路”的概念。2007年10月,中共十七大报告进一步提出了中国特色社会主义道路的内涵,以及“中国特色社会主义理论体系”的概念及其内涵^④。2011年7月1日,胡锦涛在《庆祝中共成立90周年大会上的讲话》中把中国特色社会主义理论体系与

① 《辞海》(第5版),上海辞书出版社2009年版,第867页。

② 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第164页。

③ 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第3页。

④ 《中国大百科全书》(第2版),中国大百科全书出版社2009年版,第29~204页。

伟大旗帜、道路、制度共同并列为中国特色社会主义的四大核心内涵。

“中国特色社会主义理论体系,就是包括邓小平理论、‘三个代表’重要思想、科学发展观在内的科学理论体系,是对马克思列宁主义、毛泽东思想的坚持和发展。”^①这个理论体系,涉及对三大基本问题的回答和对三大基本规律的总结,即:“坚持马克思主义的思想路线,不断探索和回答什么是社会主义、怎样建设社会主义,建设什么样的党、怎样建设党,实现什么样的发展、怎样发展等重大理论和实际问题,不断推进马克思主义中国化,坚持并丰富党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验,不断深化和发展对共产党执政规律、社会主义建设规律、人类社会发展规律的认识,反映了中国共产党对新的历史条件下推进改革开放和社会主义现代化建设、发展中国特色社会主义的重大认识。”^②

(二) 邓小平理论历史地位不容动摇

党的十五大在总结邓小平理论时用“祖国统一”来表征“一国两制”,两者具有很高的一致性、互通性,而“一国两制”所展示的求同存异等哲学机理又将可能在处理国家内部问题和国际事务中发挥其不可取代的指导、协调作用,甚至可能为学科再造提供令人信服的借鉴。邓小平理论是在和平与发展成为时代主题的历史条件下,在中国改革开放和现代化建设的实践中,在总结中国社会主义历史经验并借鉴其他社会主义国家历史经验的基础上,逐步形成和发展起来的。它“第一次比较系统地初步回答了中国社会主义的发展道路、发展阶段、根本任务、发展动力、外部条件、政治保证、战略步骤、

① 胡锦涛:《中共十八大报告》,《人民日报(海外版)》,2012年12月9日。

② 《中国大百科全书》(第2版),中国大百科全书出版社2009年版,第29~204页。

党的领导和依靠力量以及祖国统一等一系列基本问题,指导中国共产党制定了在社会主义初级阶段的基本路线”,它是贯通哲学、法学、政治经济学、科学社会主义等领域,涵盖经济、政治、法律、科技、教育、文化、民族、军事、外交、统一战线等方面比较完备并需要从各方面进一步丰富发展的科学体系。“这组内容丰富、涵盖面广、与时俱进的理论体系要确保中国特色社会主义制度的有效实施,后者主要包括:以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度;人民代表大会制度、中国共产党领导的多党合作和政治协商制度、民族区域自治制度以及基层群众自治制度;社会主义核心价值观体系是社会主义意识形态的本质体现,马克思主义在中国意识形态领域处于指导地位;中国共产党对人民军队的绝对领导的军事制度。”^①

作为邓小平理论九大组成部分之一的“一国两制”理论,涉及祖国和平统一的路径选择和实现要求,它直接关系到对党和国家的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验的坚持和丰富,直接关系到对中国特色社会主义经济制度、政治制度、文化制度、军事制度的坚持和完善。故此,“一国两制”理论也是中国特色社会主义理论体系中最具中国特色、最具创新价值、最吸引国人和世人眼球的全新型标杆性理论。

三、“一国两制”理论的基本内涵与创新价值

(一) “一国两制”理论基本内涵

1. 国家主权论,即坚持一个中国理念

“中央政府对香港、澳门实行的各项方针政策,根本宗旨是维

^① 《中国大百科全书》(第2版),中国大百科全书出版社2009年版,第29~204页。

护国家主权、安全、发展利益,保持香港、澳门长期繁荣稳定。”^①中国是统一而完整的东方大国,中国版图既包括作为国家主体部分的大陆,也包括海峡对岸的台湾地区,当然也包括因历史原因一度沦为外国管治的港澳地区;既包括逾 960 万平方公里的陆上面积,也包括逾 300 万平方公里的辽阔海域;既包括实行中国特色社会主义制度且在改革开放后综合国力迅猛提升的国家主体部分,也包括实行资本主义制度且在经济、民生领域取得较好成果的局部地区。维护国家领土主权完整,逐步实现国家统一是中华民族的共同愿望和利益所在,国家对港澳先后恢复行使主权并令其同国家主体部分保持同步繁荣稳定,是历史发展的必然。

2. 两制共存论

我国《宪法》第 31 条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”基本法第 5 条规定:“澳门(香港)特别行政区不实行社会主义的制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式五十年不变。”这是基于历史和现实,基于国情和区情,基于全国人民意愿和港澳两地居民意愿。事实有力地证明在国家主体部分继续实行社会主义制度前提下,在局部地区灵活实行该地区原有社会制度是利有利有益的。这意味着在特定历史时期内特区可以充分利用原有优势,也可有效利用国家支持的“一国两制”优势,从而使两种制度的优势可以在特区得到合理整合。

3. “澳人治澳”论

和“港人治港”一样,“澳人治澳”表明特别行政区公权力的行使以本地人特别是本地人中的中国公民为主体,这是国家恢复行使主权后的一个特殊要求,也是一项前所未有的尊重本地人首创

^① 胡锦涛:《中共十八大报告》,《人民日报(海外版)》,2012年12月9日。

精神和人格尊严的创新制度安排。十多年实践“一国两制”的历史令人信服地证明,澳门人完全有智慧、有能力、有办法管理好、发展好、建设好澳门。

4. 高度自治论

基本法第2条规定,最高国家权力机关——“全国人民代表大会授权澳门特别行政区依照基本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权”。除直接体现国家主权的外交、国防外,特区公权力几乎在所有领域都可有效行使管辖权,在司法领域更可行使终审权。这是迄今为止实行地方自治的最新做法、最高水平。重要的一点是:“全面准确贯彻‘一国两制’、‘港人治港’、‘澳人治澳’、高度自治的方针,必须把坚持一国原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,任何时候都不能偏废。”^①

5. 政策稳定论

基本法第5条规定,特别行政区“保持原有的资本主义制度和生活方式五十年不变”。从20世纪80年代初国家宣布“一国两制”政策50年不变到两部基本法确认的50年不变的终结期共约70年,相当于正常情况下的三代人成长与开拓期。经法制化的这项政策指引亦属中外历史所罕见。而且可以预见的发展趋势是“一国两制”现在是不应该变,以后是不需要变。其宗旨、目标就在于在科学地认定形势特点前提下,使“一国两制”这一体现当代文明成果的制度创新得以不受干扰地贯彻始终,取得全面成功。

6. 长期示范论

作为基本国策,“一国两制”在港澳两个特别行政区的十多年

^① 胡锦涛:《中共十八大报告》,《人民日报(海外版)》,2012年12月9日。

实践已展示出极强的生命力和优越性,它已构成中国特色社会主义道路、中国特色社会主义理论体系和中国特色社会主义制度的不可分割的重要内涵。充满生机活力的特别行政区既有力地确保自身的繁荣稳定、宽松和谐,又积极促进了两岸关系的持续改善。澳门经济民生指标的巨变更验证了“一国两制”科学性、合理性与可行性。因而,可以毫不夸大地讲,两个特别行政区的存在与发展,已成为观察当代中国发展进步,逐步走向富强、民主、文明、和谐的晴雨表和指向仪。香港和澳门,作为国家的两颗掌上明珠必将进一步散发出夺目光彩。

(二) “一国两制”理论: 在创新中发展, 在实践中完善

随着中央政府对香港、澳门恢复行使主权并相继建立香港、澳门特别行政区,正确推进“一国两制”事业,确保两地长期保持繁荣稳定已及时进入国家领导人的重要议事日程,也是特区居民本身的历史使命。“一国两制”直接关系国家的深入改革开放和民族伟大复兴。“‘一国两制’事业是香港特别行政区、澳门特别行政区和祖国内地共同发展繁荣的事业,也是中华民族伟大复兴事业的重要组成部分。”^①因而,对“一国两制”理论,对基本法的系统而深入的研究就成为国家和特区学术理论界一项十分突出而迫切的重大课题。

早在2004年12月,胡锦涛便指出:“‘一国两制’是一项开创性事业。在国家主体实行社会主义制度的同时,按照‘一国两制’方针把实行资本主义制度的香港、澳门两个特别行政区管理好、建

^① 胡锦涛:《在庆祝澳门回归祖国十周年大会暨澳门特别行政区第三届政府就职典礼上的讲话》,澳门理工学院一国两制研究中心:《中华人民共和国澳门特别行政区宪政法律文献汇编》,2010年,第230页。

设好、发展好,保持香港、澳门长期繁荣稳定,是中央政府治国理政面临的崭新课题。”因此,“无论是中央政府还是两个特别行政区政府,以及广大香港同胞、澳门同胞,都需要在贯彻‘一国两制’的实践中积极探索、不断前进”^①。要对“一国两制”、基本法进行深入系统研究已成为国家领导人反复强调的一个重大课题。2007年6月,吴邦国针对香港特区指出:“随着香港经济社会的发展,基本法在实施过程中难免会遇到一些新情况新问题。我们在贯彻落实‘一国两制’方针和深入实施基本法的同时,需要本着实事求是、与时俱进的精神,进一步加强对基本法的研究,认真总结几次释法的经验,及时解决基本法实施中遇到的问题,不断丰富基本法的实践,把基本法贯彻好实施好。”2009年12月,吴邦国针对澳门特区指出:“随着澳门社会的发展,基本法实施中会遇到这样或那样的情况。我们在贯彻落实‘一国两制’方针和基本法的同时,要加强对基本法的研究,认真总结基本法实施中的好经验好做法,研究解决基本法实施中的新情况新问题,不断丰富基本法的理论和实践,把基本法贯彻好实施好。”^②

吴邦国还进一步指出:“抚今追昔,是邓小平同志创造性地提出‘一个国家,两种制度’的伟大构想,亲自领导制定对香港、澳门的一系列基本方针政策,开辟了解决历史遗留的香港、澳门问题的切实可行道路,指引着实现祖国和平统一大业的前进方向;是以江泽民同志为核心的党的第三代中央领导集体,妥善应对各种复杂矛盾和挑战,进行开创性的实践,确保了香港、澳门的顺利回归和

① 胡锦涛:《在庆祝澳门回归祖国五周年大会暨澳门特别行政区第二届政府就职典礼上的讲话》,澳门理工学院一国两制研究中心:《中华人民共和国澳门特别行政区宪政法律文献汇编》,2010年,第226页。

② 吴邦国:《在纪念中华人民共和国澳门特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话》,澳门理工学院一国两制研究中心:《中华人民共和国澳门特别行政区宪政法律文献汇编》,2010年,第239、244~245页。

平稳过渡,使‘一国两制’从科学构想变成生动现实;是以胡锦涛同志为总书记的党中央,继往开来,与时俱进,把保持香港、澳门长期繁荣稳定作为新形势下治国理政的重大课题,进一步丰富和发展了‘一国两制’的理论和实践。”“实践充分证明,作为中国特色社会主义理论体系重要组成部分的‘一国两制’方针,具有强大的生命力;作为中国特色社会主义道路重要组成部分的祖国和平统一道路,具有强大的生命力。”^①长期主持全国人大常委会香港、澳门基本法委员会工作的全国人大常委会副秘书长乔晓阳指出:“‘一国两制’是中华民族对世界和人类文明的众多贡献中的又一项伟大贡献,为世界解决这类问题提供了新的思维和典型范例。”“‘一国两制’是解放思想、实事求是的典范,是原则性与灵活性高度统一的典范,充分体现了求同存异、开放包容精神,充分体现了和平和谐、合作共赢的思想。因此,‘一国两制’不仅是一个极其丰富的政治学、法学理论宝库,也是一个极其丰富的经济学、哲学、文化等理论宝库,值得我们认真挖掘。”^②

四、“一国两制”理论学科归属

(一) 对“一国两制”理论的基本认知

1. “一国两制”是业已成熟至少是基本成熟的新型理论体系

衡量理论是否成熟至少有两大标准不容忽略:一是对社会现实的指导作用,实践上是否行得通,经济社会发展是否稳步推进;

^① 吴邦国:《在纪念中华人民共和国澳门特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话》,澳门理工学院一国两制研究中心:《中华人民共和国澳门特别行政区宪政法律文献汇编》,2010年,第239、244~245页。

^② 乔晓阳:《深刻理解“一国两制”的伟大意义》,许崇德主编:《“一国两制”知识丛书》“序言”,中国民主法制出版社2009年版。

二是公权力机关的认知与广大民众的理解是否达到理性化程度。“一国两制”，它不仅涵盖面广、创新价值高、影响力深远，而且自成体系，吸引越来越多直接相关或间接相关学者乐此不疲地投入奉献，开拓完善。它产生于中国特殊社会环境，植根于体现东方文明的古老华夏认识体系与传统文化，经国家领导人积极倡导、定位已获国人与世人广泛认同，而且经两个特别行政区逾十年实践证明正确而可行，具有巨大生命力与优越性。

2. 它标志着新型政治发展模式的初步成功

新发展模式既有效维护国家主权，又确保特区长期繁荣稳定，既令原有社会经济制度与生活方式保持不变，又为体现“一国两制”方针的新政治体制、新运行机制、新施政理念得以全面启动作出引导，现今新兴特别行政区制度已全面投入运行且已展示出无比生命力、竞争力。

3. 这是认识论、方法论的一大突破

求同存异、互利共赢理念尤其明显，这是千百年来善良人的热切追求，如今得以形成制度化、规范化的发展环境和约束机制。在这一机制下，自由表达、公平竞争、主动参与逐渐成为常态。人们在现实中也进一步理解求大同存小异、宽松包容、人人均有直接参与机会的大环境的重要性。特别行政区的出现，不仅改变了传统中国人、东方人的思维定势，而且也以活生生的事实令全球有识之士为之震惊。

4. 这是迄今为止人类文明史上不曾有过的记录

正因为它是多重创新，半个世纪之前不仅没人做过，甚至也无人敢于想过；不仅特区官员、居民没有做过，国家领导人也未曾做过。故此，在实践过程中即使出现一些人们不想见到的甚至是负面现象，绝对不需大惊小怪：该依法处理的就依法处理，存在改善空间的就认真加以改善，不过如此。“‘一国两制’不仅是对人类政治制度和政治理论、法律制度和法学理论（不仅是宪法学、行政

法学,而且是法理学等各个法学领域)提出了重大挑战,而且也是对经济制度和经济学理论、哲学思想和人的思维方式等都提出了重大挑战”^①。越来越清晰的一点是,“研究‘一国两制’就是研究中国特色社会主义理论体系;研究‘一国两制’就是研究中国国情、中国特色、中国智慧、中国创新;研究‘一国两制’就是研究中国人文社会科学体系的现代化、成熟化;研究‘一国两制’就是研究确保特区长期繁荣稳定与实现民族伟大复兴的客观规律;研究‘一国两制’就是研究中国学者思维体系自我完善的必要途径”^②。

(二) “一国两制”与宪法学、宪政研究课题

“一国两制”产生在当代中国,也发展在当代中国。港澳两个特别行政区十多年实践“一国两制”已积累了初步经验,已走上各自适用的发展路向。现在摆在港澳人士面前的突出课题已不再是对“一国两制”伟大构想的理解与讨论,而是对自己验证“一国两制”经验、问题、教训及时作出清醒明智的反思和总结。特区的人和事都可以用“一国两制”加以定性和分类,顺畅的成功的方方面面当然是“一国两制”科学性、生命力的验证成果,不顺不畅的,不被认定是正面成功的问题、矛盾,也宜用“一国两制”加以验证:或是对基本国策缺乏认知所致,或是制定已约20年的基本法某些规定存有再认识的必要,或是善良人们不想见到的某些不测外来因素所使然。

从学科范围、研究对象观察,“一国两制”首先是宪法学理论的最新内涵,也是宪政发展的一个突出关注点。目前《宪法》对此已有3个条文即第31条、第62条、第59条进行了记载和反映。

^① 乔晓阳:《深刻理解“一国两制”的伟大意义》,许崇德主编:《“一国两制”知识丛书》“序言”,中国民主法制出版社2009年版。

^② 杨允中:《关于“一国两制”理论的几个问题》,《“一国两制”研究》2011年第7期。

实际上,“一国两制”也是现代政治学需要重点研究的一大课题,它涉及国体、政体等政治学核心概念。当然,“一国两制”也可理解为一个综合性、跨学科理论课题,甚至也可界定为一个新型具大覆盖面的交叉学科,除宪法学、法理学、国际法等法学范畴以及国体、政体、行政主导等政治学、公共行政学范畴外,它还要求历史学、心理学、社会学、语言学、文献学、人类学,以致传媒学、美学、哲学等人文社会科学的基础学科予以认真关注。

从现有法律定位和发展潜质观察,“一国两制”已有条件成为服务于中国特色社会主义事业,集中体现中国国情、中国特色的创新型学科。故此,进一步加大研究力度,加大相关专业人才梯队的培养力度,已构成对中国高等教育和人文社会科学研究的一项严峻挑战。对于这项活动的关注与重视、投入与参与,力度越大越好,时序越早越好。

(三) 一个呼之欲出的大学科

无论从研究对象与范围的广阔性、明确性观察,还是从形势演进的挑战性、风险性判断,尽早就“一国两制”理论的学科定位和特别行政区制度的法律定位作出恰如其分、符合实际的定性认知,完全必要,且有建设性。提升相关使命感、责任感,对于特区学者和全国学者来讲,也都是一项迫在眉睫的现实课题。

“一国两制”政治上倡导互信互谅,经济上主张互利互补,文化上推动互通互容;总结“一国两制”实践与发展规律,提升“一国两制”理论的权威性、时代性价值,不仅有基本国策的保障与引导,而且有港澳两个特别行政区作验证实践的示范平台;不仅事关祖国和平统一大业和民族伟大复兴的庄严奋斗目标,而且直接事关特区居民基本权益的实现和基本福祉的保障以及全体中国人民的殷切期盼。这是一个大理论、大学科,把它定位成“一国两制”学(包括“一

“一国两制”法学、“一国两制”政治学、“一国两制”社会学、“一国两制”经济学、“一国两制”哲学等)完全可行,给它取个较为通俗的“共赢学”(互赢学、多赢学, poliwinoology, win-winology)名称亦未尝不可。形势发展将有可能证明,这个创新型学科对现有人文社会科学领域学科结构与内涵设定带来的是一场革命性优化与促进,并会受到越来越多学科与学者的普遍认同与支持。

五、有待多学科全方位支持的新兴理论

作为新兴理论,“一国两制”理念、理论的形成与完善源于人文社会科学基础理论的全方位支持,其正确实践与验证同样有待各传统学科在理论导向上的密切配合。以下试举例说明。

(一) 外交学、国际关系学

“弱国无外交”。代表国家处理对外事务,事关国家主权、核心利益,故“外交无小事”,人人要懂外交,外交思想、理念、原则,充满斗争、充满智慧。杰出领导人、外交家可以改写历史,1955年在印尼万隆举行的首届亚非会议上周恩来总理的大义凛然、大度大气,成为现代外交史上的传世之作。中英、中葡两次具备改写历史性质的外交谈判,完全依据中方十二点基本方针政策进行,展示了中国的实力,同时也展示了中国领导人的坚定决心和高超智慧。基本法规定,外交权属中央,但特区有对外交往权,在中央授权下,保持畅通国际联系网络,对特区对国家都有益而无害。当然,防范和遏制外部势力干预港澳事务,亦要警钟长鸣。

(二) 军事学、军事科学或国防学

军事科学是“反映战争和国防的本质的规律并用于指导战争

和国防的准备与实施的科学”，军事学术是“关于作战指导和军队建设理论与方法的统称”^①。枪杆子是维护主权独立的有效主体，社会主义国家武装力量要党指挥枪，这个原则今后还要坚持。常规战也好、现代特种战也好，都要讲两手：一是展示发达肌肉，而且要“船坚炮利”；二是展示谋略，以智取胜，训练有素。《孙子兵法》是世界上影响最大的兵书之一，主张斗勇斗智相结合。孙子主张“不战而屈人之兵”、“上兵伐谋、其次伐交、其次伐兵、其下攻城”的全胜战略思想，对后世以及国际上产生了相当深远的影响。香港、澳门相继回归，和平收回主权开真正不战而胜的国际先河。顺利回归离不开强大国防，回归后的繁荣稳定同样离不开国防，离不开斗争艺术的完善。

（三）经济学、管理学

经济学是一个综合性学科，它所强调的资源配置合理性、市场竞争充分性、投入产出比例性，对于“一国两制”都有现实指导意义。无论强调自主命运的微型经济学还是主张互利共赢的区域经济学，无论追求跨越的发展经济学还是侧重场内博弈以及社会博弈的博彩经济学，都有众多课题要回应要探索，都要在特区深入落实“一国两制”过程中予以理论突破。

（四）历史学

以史为鉴：人类文明进程、发展经验对澳门十分重要，而澳门开埠近5世纪对中国近现代史、东方文明史、人类文明史均具有特殊的参照、判断价值。澳门历史曲折而丰富，分属史学富矿、人文

^① 《中国大百科全书》（第2版），中国大百科全书出版社2009年版，第12～318页。

社会科学富矿。2005年 UNESCO 确定澳门历史城区进入世界文化遗产名录,应该说这仅仅是一个良好开端,继续发掘、开发历史文化遗产,总结小城几百年来历史演进的经验与启示,应成为澳门学术界一项长远奋斗目标。

(五) 社会学

社会关系协调、社会结构优化、社会利益共享、社会文明积累、社会生态健康,是当代社会学倡导并致力推动的目标。求同存异、宽松包容、公民意识与多元选择,都应成为澳门特区政府施政和公民社会建设的重要内容与要求。

(六) 政治学

政治学系研究国家公权有效行使的科学或管理国家大事的科学。恢复行使主权是国家大事,确保长期繁荣稳定也是国家大事。故此,政府官员也好,普通市民也好,适当掌握政治学知识并应用于依法施政实践,完全必要。这其中多懂一点中国国情,多关注一下中国特色社会主义,理应成为一个常态化课题;通过“一国两制”实践认真思考、研究社会主义如何利用资本主义、管好资本主义,同样具有特殊的积极性、建设性。

(七) 法学

法学亦可称为社会规范学。确保公权正当性和民权充分性,即维护社会公平正义,是现代法治的核心要求,也是现代法学尤其是宪法学的核心主题。基本法是“一国两制”法制化最大成果,开创多项第一:长达4年5个月起草过程史上罕见,一个弹丸之地拥有一部具宪法结构的特区根本大法也极少见,正式颁布与正式生效之间达6年8个月超长提前量,几十万人口的小城拥有终审

权创国际之最。诸多破格优惠,不胜枚举。

(八) 哲学

哲学是“对宇宙作整体研究或综合研究的学科”^①,“关于自然界、社会和人类思维及其发展的最一般规律的学问”^②。处理好知与行、同与异、存在与意识相互关系,总结好社会发展的根本性认知,是哲学界的研究目标。“一国两制”理论的形成与完善,令中国哲学占据了一个创新的制高点,占据了一个主动有利的阵位。其中,认识论的完善是“一国两制”理论创新重要内涵。哲学也是学问,哲学也有朴素务实即可认知性一面,我们不应敬而远之,自我边缘化。

(九) 心理学

心理学是研究包括认识、情感、意志等心理过程和能力、性格等心理特征的基本规律的科学^③。预防心理障碍,进一步消除回归思维滞后综合征,当前、今后都具现实意义。保持居民健康的心理状态,是现代社会、发达社会的一个常态化推动目标,澳门亦不应例外。

(十) 美学

美学是研究审美关系和审美意识,美的创造、发展、美育及其规律的科学^④。美育是社会文明的一项重要表征,要抓住不放。中华文明历来倡导“真善美”,“一国两制”认识论的核心是求同存

① 《中国大百科全书》(第2版),中国大百科全书出版社2009年版,第153页。

② 《辞海》(第6版),上海辞书出版社2009年版,第2903页。

③ 同②,第2537页。

④ 同②,第1549页。

异,做到最大程度的互相尊重、求同存异就是真善美。真诚希望“真善美”这3个字能逐步成为澳门居民生涯规划与自我完善的一个文明标杆,成年人要补课,青少年美育教育更应加强,政府、社团、学者、居民都应身体力行、全力以赴。

六、某些非理性判断简析

面对两个特别行政区日新月异快速发展形势,“一国两制”的必然性、科学性也好,可行性、优越性也好,受到越来越广泛认同,这个新事物的生命力和创新价值已引起国内外学术界高度关注。同样,面对特区民主诉求多元化复杂化新形势,加大系统研究力度,确保主流价值导向,确保基本国策既定大方向不被干扰,也是一篇必要而紧迫的大文章,做好它并不容易。“一国两制”正因为它新,所以在实践中出现一些难以预见或不想见到的情况在所难免,关键在于积极面对,认真总结“摸石头过河”经验;“一国两制”正因为它特,所以对待特区一些是是非非、风风雨雨既要坚守原则底线又要实事求是,该坚守底线的就坚守底线,该灵活处置的就灵活处置。不管误解、误判还是心存疑虑,不管直接挑战还是心有不甘,都要分清是非,坚持原则,认真对待,而不宜视而不见,充耳不闻。

(一) 无可奈何说

有人认为30多年前改革开放之初如果内地也发展有今天这样水平,无必要搞“一国两制”,还不是手到擒来一下子就解决问题。在当时香港地区与内地发展水平存有巨大落差情况下只好迁就让步,甚至连终审权都下放了。历史不存在假设。事到如今,每个正直的中国人都应该为国家日新月异快速发展感到由衷高兴,

同时则应对初见成效的“一国两制”事业充满信心。

（二）沉重包袱说

有人感到香港特别行政区至今乱象丛生,认为它是国家的一大“政治包袱”,而澳门特别行政区依赖博彩业每年截流内地的钱数以千亿计,故它是国家的一大“经济包袱”。这种观点只看现象不看本质,只看消极一面不看积极一面,显然属于以偏概全、以末否本。

（三）权宜之计说或将计就计说

有人公开讲“50年不变”承诺已过去1/4~1/3,只要余下时间不出大乱子到时就好办,因此根本没必要作什么系统研究。这显然对基本国策的长期性缺乏认知。“一国两制”存续即使只有50年,那也不容轻易放手不管,其发展规律、特定价值早已进入历史。

（四）独毒成型说

这主要是部分内地人士表达的声音,“既然已乱到这个地步,那就叫它乱个够,到时一起收拾”。甚至有人把港独说成是比藏独、疆独更危险。警惕某些异端行为完全必要,在港澳这样多元化社会,存在个别有反骨的人不足为奇,但不宜把一时认识模糊的人同“独”字画上等号,事态尚未发展到失控失序地步。重要的是及时总结经验教训,保持清醒头脑。

（五）政策有误说

有人说当初对形势判断可能有问题,本以为回归大关一过,特别行政区政府正式成立,就可风平浪静,天下太平,没估计到当下形势比回归前还复杂。这种有失理性的过虑和担忧亦非属罕见,

不能不引起重视。

（六）形势失控说

回归前有人担心港英会变成“跛脚鸭”，没估计到今天香港特区政府似乎患上软骨病，当断不断，自己反而成了“跛脚鸭”。不管如何，认真总结两个特区实践“一国两制”的正反经验完全必要。

（七）顺其自然说

排除复杂的国际因素先不讨论，在特区居然有如此众多民众心存抗拒，并参与形形色色的抗争。法不责众，特区政府也好，中央政府也好，看来也只好顺其自然，静观事态的进一步发展。显然，这种消极认知并非少数人存在，值得重视。

（八）启用下一代智商说

如同国家面对的东海、南海争端恐一时半会难以得到妥善处理，只好留给下一代或下下一代，看起来，特区真正做到有效管治恐也要靠下下一代的高智商来回应。上述消极不作为心态不应认为是合理的。

（九）伪科学、伪命题说

有人认定“一国两制”不需浪费资源去研究，因为是伪科学，国家实行“一国两制”也是伪命题，因而全面否定新兴特别行政区的存在价值。尽管这类判断极为罕见，但其腐蚀作用绝不容低估。

（十）自喻先进说

有人说什么香港是现代化、民主化样板，要设法使内地居民向香港学习，走香港民主化之路。毫无疑问，香港在现代化建设上积

累了一定的西方经验,但是把近年香港民主化、多元化进程中的种种乱象用“先进”、“文明”加以表征恐怕绝不符合实际。澳门也有那么几个人,无所不知、无所不晓,古今中外样样懂、事事通,什么都反、什么都批。对于“一国两制”这样涉及国家核心利益的大事也不肯放手,到头来只能证明其独来独往行为并非真正聪明。

七、培育“一国两制”文明

(一) 形势比人强

邓小平早在1982年便指出:“中国人民有自己的民族自尊心和自豪感,以热爱祖国、贡献全部力量建设社会主义祖国为最大光荣,以损害社会主义祖国利益、尊严和荣誉为最大耻辱。”他还充满激情地说:“我们有充分的根据相信,这次代表大会制定的正确的纲领,一定能够全面开创社会主义现代化建设的新局面,使我们党兴旺发达,使我们的社会主义事业兴旺发达,使我们的国家和各民族兴旺发展。”^①

30年后业已全面走向兴旺发达的中国和中国人都是这段社会主义初级阶段巨变的见证,13年来在邓小平亲手制定并全力推进的“一国两制”方针指引下,澳门特别行政区同样发生着开埠460年来不曾有过的巨变。“一国两制”社会现实的强势存在,有力验证了这项基本国策的必然性、科学性、可行性、优越性。但不容回避的客观现实是,围绕特别行政区、围绕“一国两制”恐怕至今依然存在着认知上的差异。笔者早在澳门回归时便提出要认真防范“回归思维滞后综合征”,但13年后的今天,澳门特区恐怕不

^① 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第2~3页。

能排除这种病症的患者,至于在有人公开对抗国民教育的邻近地区也许患者面就更大一些。在香港、澳门这样国际化程度较高的地方,居民的信仰和价值观亦必然多元化,某种意义上讲是好现象、是优势,但任何情势下,主流价值观的导向都是不可或缺的必要条件,作为有效行使管治权的政府也好,社会各界力争顺势而行的团体、个人也好,都应高度关注、理性对待、积极反应。看不到或不承认时代发展的主流大方向,逆向而行、背道而驰者,绝不应一再得计、一再得逞。当然,主导者要善于及时总结教训,正确运用公权力,正确启动民间智慧。

(二) 破解博彩悖论

在澳门,围绕博彩业存在价值以及它与产业相对多元化的关联的争论,也许还会长期存在。这里,一是博彩博弈的关系。一提博彩,人们往往要抓住 Casino 不放,对其过分崇拜、依赖不妥,全面排斥、否定也不妥。其实,人类社会本身某种意义上讲就是无时不在的博弈场,在社会大舞台上健康力量与非健康力量在博弈,文明行为与非文明行为在博弈。政治领域是围绕一个“权”字在博弈,经济领域是围绕一个“钱”字在博弈,文化领域是围绕是与非、对与错,即围绕真善美与假恶丑的判断价值在博弈。故此,如果有朝一日出现一个叫社会博弈学的新学科,那绝不会令人意外。二是博彩业利弊关系。有人说澳门博彩靠赚内地人钱而生存,有人说它是非文明产业,过分依赖它会后患无穷。博彩业的副作用和弊端绝对不容小视,但今天的澳门博彩业,首先,它是法定产业,依法经营、依法监管,即有其存在合法性;其次,权衡利弊绝不是两相等同或互为抵消,而是利远大于弊、功远大于过,即具相对合理性;再次,人们不应忘记,它在澳门存在已超过一个半世纪还多,它不是因特区成立而开办,2002年的开放只是经营主体相对多元化而已。

（三）姓资姓社

对“一国两制”造成的理论误区,首要的恐怕还是集中在社会主义本质与资本主义本质的认知上。除个别别有用心的人外,对当代中国认知不足恐怕主要是由于思想片面性所致,日益强大进步的祖国是客观存在,谁也否认不了,当然,对国家某些负面现象的监督、批评也应允许并欢迎。同时,对现代资本主义包括港澳地区缺乏基本认知,可能主要出于简单化、片面性思维。

应该肯定的一点是,现代资本主义至今尚未全面腐朽,更未全面没落全面垂死。资本主义长期积累的资金、技术、管理、法制、信息等优势继续加以适度开发利用依然必要。建立实行“一国两制”的特别行政区绝不是美化、讨好资本主义,而是要叫资本主义为社会主义服务,实行社会主义单一制的国家对一两个具特殊性的局部地区在恢复行使主权后允许保留其原有资本主义。这本身就是前所未有的理念与制度创新。从管治层级来看,局部地区的资本主义置于国家主体的社会主义之下,小资本主义对大社会主义是补充、配合,不是平起平坐;局部地区的首长作为下级要对中央政府负责,要向国家领导人述职,特别行政区的法律定位是国家的地方行政区域,双方是领导与被领导关系;日益强大的国家主体社会主义可以对局部地区资本主义实行优惠政策,后者则可把依然占相对优势一面充分发挥并参与国家的深度改革开放事业,相互间纯属一个国家内部的资源整合与互利共赢。对于特区来讲,应该是集中两大制度的优势的积极成果,绝不宜看作是两大制度消极因素的组合。

（四）走好文明路

文明是一个民族自强复兴的灵魂,文明需要长期有效积累。

享有天时地利人和的特别行政区广大居民已有不俗的文明积累,当然,提升空间也有目共睹。在实践“一国两制”过程中公民教育或国民教育绝对是事关政权稳定、事关长治久安的大事。要确保“一国两制”伟大事业正确推进,要有效面对并回应复杂而多变的形势,要自始至终掌握对形势发展的主导权、主动权。为此,就要认认真真地从根本上、从基础上继续提升对“一国两制”的历史必然性、制度合理性和运作可行性的系统认知,即从理论上作出符合客观实际的科学判断。从事理论研究的学者要继续下功夫梳理、探索,担任领导岗位的官员更应进一步做好适应、做好调整,要站在这个全面创新时代前沿,顶住歪风,作出积极判断和正确选择;要从事业的全局性、关联的紧密性切入,建立大“一国两制”思维,把国家与特区、社会与个人的关系摆好,把形势发展要求和个人潜质开发协调好,把健康的价值观、前途观、行为观和对国家对民族光辉未来的信念进一步坚定起来,挺起胸膛,义无反顾地与文明结伴前行,共享做中国人的尊严和荣耀。这是时代面前的一项明智选择。

八、把握实践“一国两制”的基本规律

“实践发展永无止境,认识真理永无止境,理论创新永无止境”;“理论上的成熟是政治上坚定的基础,理论上的与时俱进是行动上锐意进取的前提。”^①

经过30年开拓探索、总结完善,“一国两制”作为全新社会制度、全新发展模式、全新社会生态、全新力量博弈已经逐渐走向成

^① 胡锦涛:《在纪念中共成立90周年大会上的讲话》,《人民日报(海外版)》,2011年7月30日。

熟。从特别行政区活生生的社会现实中、从国家领导人和全国人民的企盼祝福中、从海外以及国际社会日益调整视角的关注中,人们深深感到构成中国特色社会主义核心内涵的“一国两制”不仅是十分完整、十分系统、十分合乎逻辑的新型理论,而且是大容量、大涵盖面、高创新价值的理论;不仅为新兴特别行政区的开局、运行提供全面而系统的指引,而且为国家的深入改革开放、为中国特色社会主义的定型定性和日趋完善提供了宝贵的理论支撑;不仅对中国和平统一大业的最后实现和民族伟大复兴的顺利完成带来一股全新的动力来源,而且也为新世纪、新时代国际事务的处理和求同存异、互利共赢新型国际关系的建立带来深刻启示。

生活在这个崭新制度下的特区人,我们更应保持一份清醒理性的头脑,因为作为新生事物的特别行政区在其发展道路上还要面对诸多不确定性,已初见成效的经验要坚持,有待进一步完善的事项要认真跟进,尚待探索并加以合理利用的空间要敢于面对。总之,在“一国两制”新时代大事业面前,人人都有扩大参与的权利,人人都有成就理想的机遇,关键的一点是:要尝试把握实践“一国两制”的基本规律,要敢于在不确定性因素中捕捉具核心价值的积极因素,与时俱进,自强不息。

第二节

“一国两制”理论科学内涵的深化*

众所周知,“一国两制”是“一个国家,两种制度”的简称,是中国共产党和中国政府综观国际形势,根据中国的国情,从实际出发,在尊重历史与现实的基础上,提出解决台湾、香港和澳门问题,实现祖国和平统一的基本战略方针或一项基本国策。但是,中共及其理论家们对于“一国两制”方针科学内涵的认识也不是一成不变的。党的十八大报告强调:“解放思想、实事求是、与时俱进、求真务实,是科学发展观最鲜明的精神实质。实践发展永无止境,认识真理永无止境,理论创新永无止境……”随着香港、澳门先后回归祖国,尤其是成功实践“一国两制”和基本法,党的十八大报告在总结实践经验的基础上,进一步深入阐述了“一国两制”方针的科学内涵,反映了中共对“一国两制”实践及其规律性认识的不断深化,是对“一国两制”理论的丰富和发展。

一、以往对“一国两制”内涵的表述

什么是“一国两制”方针的科学内涵?最有权威性的解释,是1984年6月邓小平同志分别会见香港工商界访京团和香港知名

* 本节作者:庄金锋,上海社会科学院法学研究所特邀研究员,香港香江国际集团原董事长特别助理,同济大学原文法学院客座教授。

人士钟士元等时讲的那段话：“我们的政策是实行‘一个国家，两种制度’，具体说，就是在中华人民共和国内，十亿人口的大陆实行社会主义制度，香港、台湾实行资本主义制度。”^①6年后，老前辈法学教授肖蔚云进一步说：“所谓‘一国两制’，按照邓小平同志的概括，就是实行‘一个国家，两种制度’，具体说，就是在中华人民共和国内，大陆11亿人口实行社会主义制度，香港、澳门、台湾实行资本主义制度。”“这一科学构想，是对马克思主义的重大发展，它为建设具有中国特色的社会主义丰富了新的内容，为和平统一祖国，振兴中华，奠定了思想理论基础，对于我国社会主义法制建设，具有重要的指导意义。”^②

另一位老前辈法学研究员王叔文则说：邓小平同志高度、科学地概括了“一国两制”方针的内涵，他1984年6月间讲的那段话“指明了以下三个基本点：其一，‘一国两制’必须坚持一个中国即中华人民共和国，坚持国家的主权、统一和领土完整的基本原则；其二，中国的主体必须是社会主义，在大陆的11亿人口中必须坚持社会主义制度；其三，在特别行政区内仍然实行资本主义制度，现行的社会、经济制度不变，生活方式不变”^③。

1997年9月12日，时任中共中央总书记江泽民在党的十五大报告中也说过：“‘一国两制’构想是邓小平理论的重要组成部分。其基本内容是在祖国统一的前提下，国家主体坚持社会主义制度，同时在台湾、香港、澳门保持原有的资本主义制度和生活方式长期

① 《邓小平论香港问题》，三联书店（香港）有限公司1993年版，第5页。

② 肖蔚云主编：《一国两制与香港基本法律制度》，北京大学出版社1990年版，第2页。

③ 王叔文主编：《澳门特别行政区基本法导论》，中国人民公安大学出版社1993年版，第33页。

不变。”^①

一直到2011年5月,由澳门理工学院一国两制研究中心主任杨允中主编的《“一国两制”百科大辞典》有关词条也有类似的说法:“作为国家的一项基本国策,‘一个国家,两种制度’有其特定的涵义,它是指在中华人民共和国这个统一的社会主义国家里,在相当长的一段时期内,大陆地区实行社会主义制度,同时允许台湾、香港和澳门这三个地方实行原有的资本主义制度。”(第396页)

由上可见,自1984年6月邓小平对“一国两制”方针科学内涵进行界定以来的近30年里,我们党和国家领导人以及法学界的资深专家学者们,尽管对“一国两制”内涵的表述在文字方面有所不同,但其精神实质都是与邓小平的表述一脉相承的(保持一致)。但是,随着“一国两制”实践的不断发展和学术研究的逐步深入,几年前同济大学法学院蒋晓伟教授在《“一国两制”实质和基本含义的再认识》一文中就指出:“一国两制”要作为国家基本的制度,“对‘一国两制’必须有法定的表述,且还要有作为政治学和法学的解释。但过去我们没有法定的表述,也缺乏政治学和法学的解释。过去我们对‘一国两制’的实质和基本含义的表述太社会状态化和价值化,缺乏政治性和法治性,因此,我们在实施‘一国两制’时就会显得方向不明、路线不清,甚至可能遇到争议问题。”

尽管法学界有一个共识,即香港和澳门两个特别行政区基本法是“一国两制”方针的法律化、制度化(或具体化、规范化),这一命题无疑是正确的,也有助于加深人们对基本法和“一国两制”方

^① 转引自宋小庄:《香港基本法与后过渡期争拗》,香港文化教育出版社1998年版,第8页。

针关系的理解和认识。但是,这一命题过于广泛,令人一时难于抓住要点,也弄不清楚基本法和“一国两制”方针科学内涵的实质关系。党的十八大报告在这个重要问题上有所突破,恰到好处,值得认真研究。

二、党的十八大对“一国两制”内涵的表述

党的十八大报告(其中包括有关港澳事务的内容)发表后,内地和港澳地区诸多人士和专家学者进行各种解读,当中首推参与起草十八大报告涉及港澳内容的国务院港澳办原副主任张晓明。他在《十八大报告辅导读本》中撰写题为《丰富一国两制的实践》解读文章。这是一个官方权威版本,内容较为全面、准确,又深入浅出。这里拟以张晓明文章的第一部分为重要参考,结合笔者长期在香港生活和工作的所见所闻所思,仅就党的十八大报告如何准确把握“一国两制”方针的科学内涵谈谈自己的体会。

张晓明的文章(以下简称张文)开门见山地指出:“党的十八大报告从以下两个方面深入阐述了‘一国两制’方针的科学内涵。”一是完整概括了“一国两制”方针的核心要求和基本目标,即十八大报告提出的“中央政府对香港、澳门实行的各项方针政策,根本宗旨是维护国家主权、安全、发展利益,保持香港、澳门长期繁荣稳定”。二是着重指出“一国两制”实践过程中必须把握好的三对关系,即十八大报告所讲的“必须把坚持一国原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,任何时候都不能偏废”。笔者认为,十八大报告对“一国两制”方针科学内容的新表述,跨越政治学和法学的范畴,是对“一国两制”认识上的一次飞跃,既是十八大报告的一大亮点,也是张晓明解读文章的精髓。

（一）中央对港澳实行方针政策的根本宗旨

十八大报告在总结“一国两制”实践成功经验的基础上进一步提出：“中央政府对香港、澳门实行的各项方针政策，根本宗旨是维护国家主权、安全、发展利益，保持香港、澳门长期繁荣稳定。”张文说，胡锦涛总书记2012年7月1日出席庆祝香港回归祖国15周年大会暨香港特区第四届政府就职典礼时发表的讲话，把“维护国家主权、安全、发展利益，保持香港长期繁荣稳定”表述为“一国两制”方针的核心要求和基本目标，意旨与此相同。笔者认为，党的十六大与十七大虽然都强调了“一国两制”的方针政策，但并没有“根本宗旨”这一提法或类似提法。党的十八大报告首次明确提出港澳工作的“根本宗旨”其意义是多方面的：

1. 具有拨乱反正、正本清源的重大现实意义

鉴于香港反对派对“一国两制”的种种歪曲和不断攻击，以及某些港人的模糊认识，尤其是自2004年6月部分人士联署发表题为《维护香港核心价值》（包括自由民主、人权法治、公平公义、和平仁爱等）以来，部分人士特别是反对派政客就常常以所谓香港核心价值凌驾于国家主权、安全、发展利益之上。十八大报告对香港回归以来的“一国两制”实践进行了深刻总结，提出港澳工作“根本宗旨”的新表述，是有充分的宪制根据的。香港基本法在“序言”中明确指出：“为了维护国家的统一和领土完整，保持香港的繁荣和稳定，并考虑到香港的历史和现实情况，国家决定，在对香港恢复行使主权时，根据中华人民共和国宪法第三十一条的规定，设立香港特别行政区，并按照‘一个国家，两种制度’的方针，不在香港实行社会主义的制度和政策。”澳门基本法“序言”也作了类似的规定。这两段类似的序言，充分说明“一国两制”是一个完整

概念,“一国”是前提,没有“一国”,“两制”就失去了基础。而“一国两制”的前提和基础是为了维护国家的统一和领土完整,只有确保和加强这一前提和基础,才能“保持香港的繁荣和稳定”,“有利于澳门的社会稳定和经济发展”。

2. 具有丰富“一国两制”理论创新意义

十八大报告将基本法“序言”里的“维护国家的统一和领土完整”更加完备地表述为“维护国家主权、安全、发展利益”,极大地丰富了“一国两制”的理论和实践,对香港今后的发展具有重要指导作用^①。根本宗旨这一新的表述,是对“一国两制”认识的深化或升华:(1) 张文指出:“香港澳门回归后,对香港澳门恢复行使主权的任务已经完成,但是维护国家主权、安全、发展利益和保持香港、澳门繁荣稳定却是永恒主题和长久任务。”(2) 说明了“一国”与“两制”的关系是辩证统一的关系,它们相辅相成、相互促进,但不是等量齐观的关系,更不是把“两制”置于“一国”之上的关系,而是“一国为根,两制为果”的关系,是“一国”在先、“两制”在后的关系。(3) 体现了香港、澳门与国家是休戚与共的命运共同体,只有维护国家主权、安全、发展利益,才能保持香港、澳门长期的繁荣和稳定,而香港、澳门的繁荣和稳定又会促进国家更好更快地发展,早日实现全面建成小康社会。(4) 当前深入学习和贯彻十八大提出的中央港澳工作的根本宗旨,有利于树立爱国爱港、“一国两制”新的价值观,认清香港反对派政客所宣扬的“香港核心价值”观的片面性及“反中乱港”的实质,也有助于抵制或批评香港反对派近来掀起的“去中国化”、“反国教”风潮。

^① 黎子珍:《中央对港政策根本宗旨正本清源》,香港《文汇报》2012年11月20日。

3. 具有实现中华民族伟大复兴的战略意义

香港回归祖国,是实现祖国统一大业和民族复兴征途中的第一站,澳门的胜利回归则是中国人民在完成祖国统一大业和振兴中华道路上树立的又一个历史丰碑。保持香港、澳门长期繁荣稳定无疑对于实现“中国梦”意义重大。十八大报告所表述的中央对港澳工作的根本宗旨,诚如香港中联办原主任彭清华指出:“蕴含着对1840年以来中国历史的深刻总结以及到本世纪中叶实现中华民族伟大复兴的战略思考,深刻揭示了国家民族根本利益与香港(澳门)同胞长远利益的有机统一。”^①

(二) 贯彻“一国两制”必须坚持三个有机结合

党的十八大报告首次指出:“全面准确贯彻‘一国两制’、‘港人治港’、‘澳人治澳’、高度自治方针,必须把坚持一国原则和尊重两制差异,维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,任何时候都不能偏废。”张文把这段精辟论述解读为“着重指出了‘一国两制’实践过程中必须把握好的三对关系”,并指出“从港澳回归以来的情况看,强调把握好三对关系非常重要”,既通俗易懂,又结合港澳实际。现逐一分析:

1. 坚持一国原则和尊重两制差异

把握和处理这对关系,是实践“一国两制”的核心内容和根本政治前提。张文强调“‘一国两制’是完整的概念。‘一国’是前提和基础,‘两制’从属和派生于‘一国’,并统一于‘一国’之内……我们既要坚持‘一国’原则,又要尊重‘两制’差异,而不能把‘一国’与‘两制’相互割裂甚至相互对立。”“坚持‘一国’原则,

^① 彭清华在北京接受记者采访时的谈话,香港《文汇报》2012年11月10日。

最根本的就是要维护国家主权、安全、发展利益,而不能做有损于国家主权、安全、发展利益的事。”“香港特别行政区政府、社会团体和各界人士应当履行的宪制责任,适时完成这一立法”即指基本法第23条立法。

在这里,张文释放了一个重要而又敏感的信息,即要“适时”完成第23条立法,立即引起香港社会的普遍关注与热议。不少人认为第23条立法的核心内容,是维护国家安全和防范外国势力干预香港事务,就是坚持“一国”原则的要求,也是履行宪制的责任,全社会应当重视这项立法工作;反对派有些人士则认为现时香港第23条立法没有迫切性,不过他们担心张晓明来港履新的重要使命之一就是完成第23条立法。笔者认为,所谓“适时”立法虽然没有明确的时间表,但这并不等于没有立法的迫切性,香港应借鉴澳门制定《维护国家安全法》的经验,反思过去第23条立法失利的深刻教训,积极创造条件,在维护国家安全和保障港人自由之间寻找一个最佳的平衡点,早日实现立法,这有难度,要迎难而上。

张文还特别指出:“对于在特别行政区鼓吹‘全民公投’、‘城邦自治运动’等有违‘一国’原则的言论,社会各界人士也应当高度警惕。”这反映了张晓明对港情非常熟悉,写文章又掌握好分寸,不轻易上纲上线。一如有学者所言:“高度警惕”4字犹如暮鼓晨钟,启示港人对有违“一国”原则的言论,不可等闲视之,更不能刻意淡化。张文同时指出:“尊重‘两制’差异,就是中央政府和内地民众与两个特别行政区政府和社会各界人士都要相互尊重对方所实行的社会制度,包括意识形态方面的某些差异。”张文进一步指出:“我们形象地讲‘井水不犯河水’,就是强调要有这种相互尊重,求‘一国’之大同,存‘两制’之大异。这也是内地和特别行政区长期和谐相处之道。”这点是搞好内地与两个特区关系的关键所在。

2. 维护中央权力和保障特别行政区高度自治权

这对关系是“一国”与“两制”总体关系下引申出来的另一个重要关系,主要是在法律层面上的问题。把握和处理好这对关系,是实现国家对港澳良好善治的重要条件和法律保障。张文指出:“依照基本法的规定,中央的权力并不限于通常所强调的外交权、防务权,还包括:任命行政长官和主要官员;审查和发回特别行政区制定的法律;决定部分全国法律在特别行政区实施;对特别行政区行政长官和立法会产生办法及其修改的最终决定权;决定特别行政区进入紧急状态;解释基本法;修改基本法;等等。”笔者认为,张文在这里讲的中央享有的九项权力,与老前辈法学教授肖蔚云在《香港基本法讲座》(香港文汇出版社编印)一书中所强调的中央拥有七大权力(因文字较长,从略)大同小异,但张文的文字更为简练、易记。

邓小平说过:“保持中央的某些权力,对香港有利无害。大家可以冷静地想想,香港有时候会不会出现非北京出头就不能解决的问题呢?……基本法要照顾到这方面。”^①

但是,如张文指出:“某些人以普通法制度下解释法律由法院负责为由,排斥全国人大常委会解释基本法的权力,甚至危言耸听攻击全国人大常委会释法损害香港的司法独立,至今仍在宣称特别行政区法院有权判决全国人大常委会的有关解释和决定,这恰恰是无视基本法的规定、不尊重中央依法享有的权力的表现。”例如,日前律政司建议终审法院提请人大就居港权问题释法,反对派却声称这会对“香港法治造成严重破坏”,是“以权力压倒法律、不尊重规矩和程序”,云云。

另一方面,在“一国两制”下,特别行政区享有高度自治权,包

^① 《邓小平论香港问题》,三联书店(香港)有限公司1993年版,第36页。

括行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。特区享有的许多权利,如终审权、自行制定货币金融政策等,都是联邦制国家的州所没有的。张文指出:“香港、澳门回归祖国以来,中央政府一直强调不干预特别行政区自治范围内的事务,实际执行情况也是有目共睹的。但是,高度自治不是完全自治,特别行政区的高度自治权也不是香港、澳门固有的,而是来源于中央的授权。”张文在后半句话谈到的问题非常重要,需知中国是单一制国家,两个特区是中国不可分割的部分,是中央政府直辖的地方行政区域。这就决定了两个特区的自治权只能是全国人大和中央政府授予的;特区所拥有的高度自治权,不应该也不可能超过中央政府所拥有的权力。

正确理解授权与分权的区别,对于正确认识特区高度自治权,处理好中央与特区之间的关系至关重要。授权是权力主体将原属于它的权力授予被授权者,被授权者的权力范围以授权的权力为限,未授予的权力仍保留于权力主体。而分权是两个或两个以上权力主体分割权力,除明确划分归属各权力主体的权力外,还需要解决“剩余权力”的归属问题。再者,在授权的情况下,权力主体对被授权者有监督权,而在分权的情况下,各权力主权独自行使权力,各权力主体之间的争端由独立的第三方协助解决^①。

3. 发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力

这对关系也是“一国”与“两制”总体关系下引申出来的又一个重要关系,主要是在经济层面上的问题。把握和处理好这对关系,是港澳与祖国内地走上优势互补、共同发展宽广道路的必经之路和最佳选择。

香港、澳门回归以来,走上了同祖国内地优势互补、共同发展的宽广道路。张文也用了较多的篇幅,包括中央陆续出台的一系

^① 参阅谷风:《重新认识香港的宪制地位》,香港《大公报》2012年11月22日。

列支持港澳、促进内地与港澳经济共同发展的政策措施及其成效；尤其是国家“十二五”规划纲要进一步明确了港澳在国家发展战略全局中的定位。这些举措对于港澳进一步优化产业结构、扩展经济发展空间、增强抵御外部经济风险能力、提升居民信心等发挥了重要作用，使港澳各界人士从亲身体验中认识到伟大祖国是香港、澳门保持繁荣稳定的坚强后盾。

但是，张文又指出：“从港澳自身来说，要在日趋激烈的国际竞争环境中立于不败之地，更重要的是要在提升自身竞争力方面务实有为。”包括着力保持并提升原有优势，培育新的经济增长点；用足、用好中央支持港澳发展的各项政策措施；减少内耗，维护良好的营商环境；等等。

以前，笔者在发表的一篇文章中曾说：“中央政府过去一直不遗余力地大力支持香港发展经济，相信今后也会根据需要及时推出相应的政策措施，进一步加强两地交流合作……但香港不能由此产生依赖思想，坐享其成。有人尖锐地批评指出：‘香港不能一方面要求国家将香港纳入‘十二五’规划内，却不因应‘十二五’规划而进行研究和提出建议，完全以饭来张口式地等着数……这其实就是香港社会 10 多年来停滞不前、造成困难重重的主要原因。’”^①希望新一届特区政府按照十八大的要求，调整战略发展指导思想，把发挥祖国内地坚强后盾作用和提高香港自身竞争力有机结合起来，让香港经济再度起飞。澳门特区未来的发展更是如此，不能单靠国家“输血”，也不能单靠发展博彩业，要多方面提高自身竞争力，培养优秀各类人才和发展多元经济，也要反思“全民派钱”对培养竞争力是否有积极的作用？

^① 庄金锋：《香港特区的新行政长官、新理念和新的挑战》，澳门《“一国两制”研究》，2012年第3期，第148页。

总之,要全面准确贯彻“一国两制”的重要方针,必须处理好三对关系,因为三对关系乃是内地与香港、澳门紧密联系的核心纽带,也是“一国两制”优越性得以充分发挥,使内地和港澳地区的发展空间更加扩大,使内地人民和港澳同胞的长远福祉及实惠不断提高的重要途径;同时认清这三个层次的关系,港澳就可以更自觉地排除来自外部势力的干扰,在特区政府的带领下迈步向前。

第三节

“一国两制”实践的丰富*

丰富“一国两制”实践,是党的十八大报告所阐述的一个重要问题。报告第十部分的前三个自然段虽只用了短短 400 多字来阐述这一问题,但全文言简意赅,包含着十分深刻而丰富的五方面内容。

一、贯彻“一国两制”方针取得举世成功

党的十八大报告概括贯彻“一国两制”方针取得举世成功的为第十部分第一自然段第一句话:“香港、澳门回归以来,走上了同祖国内地优势互补,共同发展的道路,‘一国两制’实践取得举世公认成功。”据笔者查阅,各国和各地区反映“一国两制”取得举世成功的报导不胜举。如英国《香港半年报告书》称:“一国两制”原则于报告期间香港运作良好,而《中英联合声明》所承诺的权利及自由也得到尊重^①。美国驻香港及澳门总领事郭明瀚则表示:香港回归 11 年来,“一国两制”总体上是成功的,今天的香港不仅繁荣,而且充满希望,中国是世界变化最快的地方,也是最重要的国家之一,而香港在其中扮演着重要角色^②。郭明瀚于 2008 年 7

* 本节作者黄来纪,上海社会科学院法学所研究员,上海市法学会港澳台法律研究会会长。

① 《人民日报(海外版)》,2011 年 3 月 28 日。

② 新华网 2008 年 7 月 11 日。

月11日在美国商会及香港总商会举办的联席午餐会上致辞时还表示:1997年香港回归时,国际传媒曾出现对香港未来感到忧虑的报道,但悲观的预测与事实大相径庭^①。香港前总督卫奕信接受中新社记者专访时说:“香港是个非常成功的故事,我非常高兴看到这一点。”^②上述列举的几个简单报道,足以证明贯彻“一国两制”方针取得举世成功。

二、实行“一国两制”方针的根本宗旨

宗旨即为目的。根本宗旨即为根本目的。党的十八大报告第十部分第一自然段第二句话说:“中央政府对香港、澳门实行的各项方针政策,根本宗旨是维护国家主权、安全、发展利益,保持香港、澳门长期繁荣稳定。”这就说明,实行“一国两制”方针的根本宗旨包括“维护”和“保持”两方面,任何时候都不能偏废。必须指出,国家主席胡锦涛于2012年7月1日在庆祝香港回归祖国十五周年大会暨香港特别行政区第四届政府就职典礼上的讲话,就揭示了实行“一国两制”方针的根本宗旨。他说:“中央政府对香港的一系列方针政策和重大举措,根本出发点和落脚点就是维护国家主权、安全、发展利益,保持香港长期繁荣稳定。这是在香港实践‘一国两制’的核心要求和基本目标。”讲话中所说的“根本出发点和落脚点”及“核心要求和基本目标”,与十八大报告论述的“根本宗旨”意旨相同。当然,十八大报告对实行“一国两制”方针的根本宗旨的揭示更直接明确,更具法理性和理论性。

诚然,香港、澳门的顺利回归,我国对香港、澳门恢复行使主权

^① 新华网2008年7月11日。

^② 中新社伦敦2007年8月26日。

的历史任务已经完成。但是,实践告诉我们,由于各种原因,维护国家主权、安全、发展利益和保持港澳长期繁荣稳定将是 50 年、100 年都不会变的长期任务。对此,我们在任何时候都应有清醒认识。

三、丰富“一国两制”实践必须把握的三个关系

党的十八大报告阐明了丰富“一国两制”实践必须把握三个关系。报告第十部分第一自然段的第三句话说:“全面准确贯彻‘一国两制’、‘港人治港’、‘澳人治澳’、高度自治的方针,必须坚持一国原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,任何时候都不能偏废。”这是对实行“一国两制”方针实践的重要总结和指引。

(一) 必须把握坚持一国原则和尊重两制差异的关系

“一国两制”,即在一个国家内实行两种制度。具体而言,在我国主体部分的内地实行社会主义制度,在我国的局部地区(目前是港澳地区)实行资本主义制度。可见,“一国”是“两制”的前提和基础,“两制”从属和派生于“一国”,并统一于“一国”之内^①。

香港、澳门回归以来贯彻“一国两制”方针的实践经验告诉我们,坚持“一国”原则,最根本的就是事事处处都要维护国家主权、安全、发展利益。为此,作为“一国两制”法律化、具体化的香港、澳门基本法的第 23 条关于特别行政区自行立法禁止叛国、分裂国

^① 《十八大报告辅导读本——丰富“一国两制”实践》,人民出版社 2012 年版,第 341 页。

家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密等危害国家安全的行为的規定,正是从坚持“一国”原则加以規定的。为维护国家主权、安全、发展利益,澳门特别行政区于2009年制定了《维护国家安全法》,并进行了有效实施;香港特别行政区的行政机关、立法会、司法机关和社会各界人士,也应齐心协力抓紧制定《维护国家安全法》,切实履行基本法賦予的“维护国家安全”义务。当然,对于鼓吹特别行政区实行“全民公投”、“特区独立”之类有损于“一国”的言论,要加以警惕和坚决反对。

(二) 必须把握维护中央权力和保障特别行政区高度自治权关系

按照基本法規定,中央依法享有的权力包括外交权、防务权、任命行政长官和主要官员权,审查和发回特别行政区制定的法律权,决定部分全国性法律在特别行政区的实施权,对特别行政区行政长官和立法会产生办法及其修改的最终决定权,决定特别行政区进入紧急状态权,基本法的解释权和基本法的修改权等。特别行政区各界人士应尊重中央依法享有的各项权力。

就特别行政区而言,依法享有的权力包括行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权的高度自治权。但是,高度自治不是完全自治,高度自治权也不是香港、澳门固有的,而是源于中央的授权。据此,要严格把握自治权所享有的权力范围。当然,与此同时,特别行政区各职权机关依法行使权力时既不能“让权”,也不能“越权”;否则即属违反基本法的行为。

(三) 必须把握发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力的关系

把握发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力关系

是保持港澳长期繁荣稳定的必然要求。从发挥祖国内地坚强后盾作用来说,港澳回归后,中央从“输血”和“造血”的结合上,出台了一系列支持港澳、促进内地与港澳经济共同发展的许多政策措施。仅最近5年,中央出台的与把握这一关系密切相关的主要举措有:(1)扩充内地与港澳更紧密经贸关系安排(CEPA)的内容,增签并实施了6个补充协议。(2)稳步扩大内地居民赴港澳“个人游”,覆盖面达至内地49个城市,超过2亿居民。(3)务实推进内地与香港金融合作,先后推出了允许内地机构在港发行人民币债券、国债,允许香港银行开展跨境人民币结算试点并逐步将结算范围扩大至全国等多项措施(至2012年8月底,香港人民币存款总额已达5523亿元,跨境贸易人民币结算累计达30300亿元)。(4)推进以粤港澳合作为重点的区域合作,先后批准实施《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008~2020年)》、《横琴总体发展规划》、《前海深港现代服务业合作区总体发展规划》;大力推动内地与港澳跨境基础设施建设合作,港珠澳大桥、广深港高铁等大型基建项目正在建设中。(5)向港澳保质保量供应食品、水、电、天然气等物资,确保港澳居民日常生活所需。国家“十二五”规划纲要还首次将涉港澳政策内容单列成章,进一步明确了港澳在国家发展战略全局中的定位^①。上述事实说明,祖国内地支持港澳经济发展的后盾作用是坚强而有力的。

从提高港澳自身竞争力来说,笔者认为,在原有提高自身竞争力的基础上,要注意“三好”:(1)要规划好提高自身竞争力的目标,即要在振兴中华民族伟大复兴之中国梦的框架下设计好“香港梦”、“澳门梦”。梦是目标,梦是方向。有了梦,港澳各界人士就

^① 《十八大报告辅导读本——丰富“一国两制”实践》,人民出版社2012年版,第343页。

有努力奋斗的方向,并会团结一致把心思和精力用到不断提高港澳自身竞争力上,而不为或少为别的地方。(2)要确定好提升竞争力的时间表。祖国实现振兴中华民族伟大复兴之中国梦的时间表是:“在中国共产党成立一百周年时全面建成小康社会,在中国成立一百周年时建成富强民主文明和谐的社会主义现代化。”^①同样,港澳在提升自身竞争力上,也应确定一个时间表,以增加港澳各界人士提高竞争力的紧迫感。(3)要设计好提升自身竞争力的动员令。在党的十八大后不久,习近平总书记讲了“祖国好,民族好,大家才好”三句。这三句话10个字看上去很朴实,但其实质是号召我们必须树立正确的国家观和人生观。当然,这三句话也是实现中国梦的动员令,即他用这三句话10个字来动员或号召全国56个民族、13亿人口要把劲用到实现振兴中华民族伟大复兴的中国梦上。同样,港澳要提高自身竞争力,也要设计一个能动员港澳各界人士团结奋斗减少内耗的动员令。笔者认为,这个动员令可为四句话13个字,即“祖国好、民族好、港澳好,大家才好。”当然,有了目标和实现目标的时间表及动员令后,要狠抓落实。

四、丰富“一国两制”实践的具体要求

党的十八大报告第十部分第二自然段中提出:“中央政府将严格依照基本法办事,完善与基本法实施相关的制度和机制,坚定支持特别行政区行政长官和政府依法施政,带领香港、澳门各界人士集中精力发展经济、切实有效改善民生、循序渐进推进民主、包容

^① 胡锦涛:《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进,为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》,人民出版社2012年版,第16页。

共济促进和谐,深化内地与香港、澳门经贸关系,推进各领域交流合作,促进香港同胞、澳门同胞在爱国爱港、爱国爱澳旗帜下的大团结,防范和遏制外部势力干预港澳事务。”具体而言,党的十八大报告对丰富“一国两制”实践的具体要求主要有下列六个方面。

(一) 严格依照基本法办事

这是党的十八大报告对丰富“一国两制”实践的总要求。众所周知,基本法不仅是“一国两制”方针的法律化和具体化,也是管理好和建设好港澳的总依据。港澳回归以来的实践告诉我们,要全面正确贯彻“一国两制”方针,“港人治港”、“澳人治澳”,关键是要严格依照基本法办事,而不能以不符合基本法规定的别的国家或地区的任何制度办事。

实践证明,什么时候严格依照基本法办事了,港澳的社会就和谐稳定,经济就繁荣发展;反之,社会就动荡,经济会萧条。

当然,要严格依照基本法办事,首先要正确领会基本法的精神实质。这就要求两个特别行政区政府的各机关在自身认真领会基本法的精神实质并严格按基本法办事的同时,要组织好各界人士学习基本法。笔者认为,特别行政区出现内耗的一个重要原因是有关人士没有领会基本法的精神实质或者没有严格按基本法的精神实质办事。这就从反面说明,全面、正确领会基本法精神实质和严格按基本法办事的重要性。

(二) 完善与基本法实施相关的制度和机制

根据马克思主义法律观,不论是政治的立法还是市民的立法,都是对现实经济关系要求的记载和反映而已。同样,基本法也是记载和反映国家及港澳特别行政区的现实经济关系要求的法律。当然,随着中国内地和港澳特别行政区经济的不断发展,客观上就

要求基本法规定的有关制度和机制加以完善。目前,不少学者已关注这方面问题的研究。笔者认为,下列问题应着手研究并适时加以完善:(1)为落实好行政长官向中央负责的关系,要进一步完善行政长官向中央政府述职和报告重要情况、重大事项的制度。(2)为落实好中央对主要官员的任命权,要完善与任命行政长官和主要官员任命相关的制度。(3)为落实好全国人大常委会对特别行政区立法的监督权,要完善对特别行政区立法机关制定的法律的报备审查制度等^①。当然,完善的目的是为了维护国家主权、安全、发展利益,保持港澳长期繁荣稳定。因此,任何制度和机制的完善都要符合这个目的。在完善制度和机制问题上,绝不能搞“冒进”或“后进”。

(三) 坚决支持特别行政区行政长官和政府依法施政

如上所述,依照基本法规定,港澳特别行政区享有行政管理权、立法权、司法权和终审权等方面的高度自治权。港澳回归以来,中央严格按照基本法办事,对于特区自治范围内的事务,不仅从不干预,而且从政治、经济、社会等多方面给予全方位支持。对于特别行政区遇到的新问题,中央政府也是想方设法妥善予以特殊解决。如澳门特区政府对于建设珠澳跨境工业园区澳方所需土地的问题,拟以填海造地的办法予以解决。但由于历史和地理条件等原因,澳门特别行政区的区域图,没有画出属于澳门特区的水域。国务院了解这个情况后,即以批复方式给予妥善解决。批复指出:“填海形成的澳门园区土地所有权属于国家所有,使用权归属澳门特别行政区,由澳门特别行政区进行司法和行政管辖;今

^① 《十八大报告辅导读本——丰富“一国两制”实践》,人民出版社2012年版,第344页。

后,澳门特别行政区填海造地,仍应与广东省人民政府和国务院有关部门协商后报国务院个案批准。”^①

同样,横琴岛澳门大学新校区的管辖权问题,全国人大常委会则用决定的方法予以圆满解决。同其他国家和地区一样,澳门要长期繁荣稳定发展,关键是要有足够的人才,而作为输送人才的主要学府的澳门大学,目前正在读的近7000名学生的人均占地面积只有8平方米,远低于教育部规定的67平方米。为此,澳门大学向特区政府提出拟在学校附近征地扩校的方案。但在弹丸之地的澳门,难以实施这个方案。对此,国务院拟以特区政府用租赁方式在珠海横琴岛设立澳门大学新校区。但对新校区以什么方式进行管辖,现有法律并无明确规定。为解决横琴岛澳门大学新校区的管辖问题,全国人大常委会作出决定,授权澳门特别行政区政府自横琴岛澳门大学新校区启用之日起至2049年12月19日止的期限内,在该校区依照澳门特别行政区法律实施管辖。横琴岛澳门大学校区与横琴岛其他区域隔开管理,用地面积为1.0926平方千米。澳门特别行政区政府以租赁方式取得澳门大学新校区的土地使用权,租赁期满后,经全国人大常委会决定,可以续租。用租赁方式取得土地使用权,但用澳门特区的法律进行隔离性管辖^②。这是中央坚决支持澳门特区政府依法施政的开创性的好举措。

(四) 深化内地与港澳经贸关系和推进各领域交流合作

深化内地与港澳经贸关系和推进各领域交流合作,也是保持

^① 《纪念澳门基本法实施十周年文集——试论建立中央与澳门特区良好关系应把握的几个问题》,中国民主法制出版社2007年版,第116页。

^② 同^①,第117页。

港澳长期繁荣稳定的一项重要举措。应该说,内地与港澳各领域的交流合作是卓有成效的。例如,澳门2003年开放内地居民“自由行”以来,截至2012年底,内地游澳门的游客高达1690多万人次,比2003年574万人次增加2.94倍。在拉动澳门内需方面,2012年比2003年增加4.31倍^①。为深化内地与港澳经贸关系和推进各领域交流合作,笔者认为,在原有基础上,要注意“三深”:

(1) 要深化交流合作的指导思想。即内地在重视向港澳“输血”和“造血”的同时,要重视学习和借鉴港澳管理社会和发展经济等方面的经验。当然,“输血”、“造血”和“借鉴”并重的交流合作思想,是能使内地与港澳各领域交流合作的血液正常循环的正确思想。

(2) 要深化交流合作的主体范围。目前,内地深化与港澳经贸关系和推进各领域交流合作的主体主要为中央政府与港澳特区政府,这完全是正确和必要的。为深化内地与港澳的交流合作,笔者认为,内地各省市特别是沿海各省市也可作为与港澳交流合作的主体,如上海曾与香港签订了8项经贸合作协议,交流合作的效果很好。有了中央与各省市两个积极性,对深化内地与港澳经贸关系和推进各领域交流合作肯定是十分有益的。

(3) 要深化交流合作的形式。举办实体经济(企业)和虚拟(服务)经济体(企业),是目前香港与内地交流合作的主要形式,因为香港拥有举办和管理上述经济体的经验。就拥有丰富资金而缺少举办和管理实体或虚拟经济体经验的澳门特区来说,则可把大量资金投资于内地的优质项目。这样做有三大好处:一是支持了内地经济建设和发展;二是使资金得到了有效增值;三是由于澳门将辽阔的祖国内地作为投资腹地,这就大大扩大了澳门的经济运营空间,从而使弹丸之地的澳门成为具有辽阔腹地的“大澳门”。

^① 资料来源:澳门特别行政区统计暨普查局。

（五）促进港澳同胞在爱国爱港、爱国爱澳旗帜下的大团结

从某种意义上讲,“一国两制”方针实质上是一个大团结的方针。以前,港澳同胞在“一国两制”方针指引下,高举爱国爱港、爱国爱澳的旗帜团结一致,使港澳顺利得以回归。今日,为使港澳长期繁荣稳定,也要在基本法的引领下,高举爱国爱港、爱国爱澳的旗帜,把港澳各界人士广泛团结起来。当然,团结要有爱心。为此,特别行政区政府对爱国爱港、爱国爱澳者的切身利益和权利,要予以积极维护;对他们在有关问题上的不同理解,要予以宽容并做好和风细雨的思想工作。对打着“民主”旗号而为不利于港澳繁荣稳定的“民主派”人士,要保持对话和沟通,逐步扩大他们中的理性力量、温和力量。同时,不要人为地夸大所谓“左派”与“右派”的分野和对立、“建制派”与“非建制派”的分野和对立、“这个营”与“那个营”的分野和对立、“爱国者”与“民主派”的分野和对立。我们要在爱国爱港、爱国爱澳的旗帜下实现港澳社会各界的大团结,这是我们的政治传统和政治优势,这个“法宝”我们绝不能丢^①。

（六）防范和遏制外部势力干预港澳事务

这是党的十八大报告着重提出的一个特别要求。为防范和遏制外部势力干预港澳事务,国家主席胡锦涛于2012年7月1日在庆祝香港回归十五周年大会暨香港特别行政区第四届政府就职典礼上的讲话中就指出,要将“支持香港积极开展对外交往和反对外部势力干预香港事务等有机结合起来”^②。在十八大报告中他又

^① 中山大学港澳研究中心:《挑战就是机遇》,《港澳情况通讯》2013年第1期,第14页。

^② 《人民日报》2012年7月2日。

强调,要“防范和遏制外部势力干预港澳事务”。这表明,十八大报告对要“防范和遏制外部势力干预港澳事务”的要求有“三新”:(1)从内容上讲,将单一的“反对”变为双管齐下的“防范和遏制”。(2)从作为上讲,将被动的“反对”变为主动的“防范和遏制”。(3)从层次上讲,将“支持香港积极开展对外交往和反对外部势力干预港澳事务”叠加论述变为将“防范和遏制外部势力干预港澳事务”单独论述。

上述“三新”,一方面表明中央对“防范和遏制外部势力干预港澳事务”问题的高度重视;另一方面说明外部势力干预港澳事务的严重性和严峻性。

笔者认为,为有效防范和遏制外部势力干预港澳事务,作为已制定《维护国家安全法》的澳门特别行政区来说,除进一步实施好这一法律外,还可考虑制定作为该法律实施细则的关于防范和遏制外部势力干预的行政法规;对于还未制定《维护国家安全法》的香港来说,应抓紧制定该法律及其配套法规。当然,在有法可依的基础上要做到执法必严。对于那些违反国际公约和港澳法律干预港澳事务的行为,要予以坚决打击,以确保港澳社会稳定和经济繁荣。

五、丰富“一国两制”实践的坚强信心

党的十八大报告第十部分第三自然段的论述体现了对丰富“一国两制”实践的信心。笔者认为,这种信心来自“三有”,即十八大报告阐述的“香港同胞、澳门同胞不仅有智慧、有能力、有办法把特别行政区管理好、建设好,也一定能在国家事务中发挥积极作用,同全国人民一道共享做中国人的尊严和荣耀”。必须承认,这种信心是随着港澳同胞管理好和建设好港澳能力的提高而不断增

强的。2002年7月1日,国家主席江泽民在庆祝香港回归五周年大会暨香港特别行政区第二届政府就职典礼上的讲话中指出:“事实充分证明‘一国两制’是完全行得通的,董建华先生及其领导的特别行政区政府是具有驾驭复杂局势的智慧和能力的”^①;2007年7月1日,国家主席胡锦涛在庆祝香港回归祖国十周年大会暨香港特别行政区第三届政府就职典礼上的讲话中指出:“事实无可争辩地证明,‘一国两制’方针是完全正确的,香港同胞完全有智慧、有能力管理好、建设好香港”^②;2007年10月15日,胡锦涛总书记在中共十七大报告《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》的第八部分中指出:“香港同胞、澳门同胞完全有智慧、有能力管理好、建设好香港、澳门”^③;2012年11月8日,胡锦涛总书记在党的十八大报告第十部分指出:“我们坚信,香港同胞、澳门同胞不仅有智慧、有能力、有办法把特别行政区管理好、建设好,也一定能在国家事务中发挥积极作用,同全国各族人民一道共享做中国人的尊严和荣耀。”^④

上述党和国家领导人的讲话告诉我们,就丰富“一国两制”实践的坚信依据来说,从“两有”到“三有”,即从“有智慧、有能力”到“有智慧、有能力、有办法”;就丰富“一国两制”实践的坚信内容来说,从“一项”到“两项”,即从“管理好、建设好香港、澳门”到“不仅有智慧、有能力、有办法把特别行政区管理好、建设好,也一定能在国家事务中发挥积极作用”。笔者认为,这种坚信,是有充分根据的,是一定能够实现的。

① 《人民日报》2002年7月2日。

② 《人民日报》2007年7月1日。

③ 《人民日报》2007年10月25日。

④ 胡锦涛:《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进,为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》,人民出版社2012年版,第16页。

第四节

“一国两制”理论的创新与发展*

“一国两制”是邓小平为了实现中国统一的目标而创造的方针,是香港及澳门两个特别行政区所采用的基本制度,也是目前中国政府在台湾问题上的主要方针。这一概念是1982年1月邓小平首先提出来的。1982年《宪法》第31条对特别行政区作出专门规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”这标志着“一国两制”理论的法制化和成熟化。今年恰逢“一国两制”理论形成30周年,半个甲子,承载了几代人的光荣与梦想、智慧与情感、艰辛与辉煌,值得我们纪念和回味。“一国两制”是历史上的创举,这个创举本身也需要在实践的基础上不断总结提高,持续完善,以促进港澳的全面协调可持续发展以及台湾的早日回归。

一、“一国两制”理论的成功实践

早在1984年,邓小平就说过,“中国政府为解决香港问题所采取的立场、方针、政策是坚定不移的”,中国政府在1997年恢复行使对香港的主权后,香港现行的社会、经济制度不变,法律基本不

* 本节作者:顾相伟,上海开放大学副教授,上海市法学会港澳台法律研究会理事,法学博士。

变,生活方式不变,香港自由港的地位和国际贸易、金融中心的地位也不变,香港可以继续同其他国家和地区保持和发展经济关系。其中提到的“生活方式不变”,后来被形象地描述为“股照炒、马照跑、舞照跳”。

香港回归 15 年来,“一国两制”在香港得到了认真的贯彻落实,对香港的发展带来了积极作用和明显成效。香港经受住了 1997 年亚洲金融危机、2003 年“非典”疫情和 2008 年以来国际金融危机的严峻挑战。“一国两制”不仅让香港在政制方面保持了稳定与发展,在经济方面更是香港繁荣稳定的基础。中央政府一系列“挺港”、“惠港”措施,为维护香港经济社会平稳发展发挥了重要作用。香港依法行使行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,保持了文明、自由、法治的传统和特色。

香港和内地的贸易合作一直呈现不断加强的趋势。与 1996 年的 2 840 亿美元相比,在回归后的 15 年里,香港与内地间的贸易额飙升 600%。签署 CEPA,特别是开放内地居民赴港“个人游”,推动了香港旅游业,刺激了消费需求,拉动了就业,并带动整个经济回升。香港人均地区生产总值从 1997 年的 2.7 万美元,提升到 2011 年的 3.4 万美元。2004~2011 年的 8 年间,香港地区生产总值平均增速达 5%,是同期其他发达经济体平均值的近 2 倍。香港失业率 2011 年则降至 3.4% 的历史低位。据香港《大公报》报道,世界银行和国际金融公司于 2012 年 10 月 23 日联合发布的 2013 年营商环境报告显示,香港的营商环境居全球第二。

事实永远胜于雄辩。香港的发展令世界刮目相看。英国《金融时报》称,15 年来,香港没有成为亚洲经济低迷的重灾区,也没有成为腐败的滋生地。香港以经济飞速发展的事实击破了美国《财富》杂志关于“回归后,香港经济‘将死’”的预言。对于香港过去不平凡的 15 年,前任香港特别行政区行政长官曾荫权有如此评

价：“凭着国家对我们的支持，还有香港不屈不挠自强不息的拼搏精神，不但香港保持繁荣稳定，更巩固了香港的政治民生基础，也大大提升了香港在国际舞台经济竞争的能力。”

对澳门而言，回归之后，“一国两制”展现的成效也分外令世界瞩目。回归后第一年，澳门特区扭转回归前连续4年经济负增长局面，保持连年增长势头，2000~2009年本地生产总值年均增长率接近15%，2010年经济增长率高达27%，2011年为20.7%，成为全球经济增长速度最快的地区之一。2008年，澳门特区人均GDP达到31.3091万澳门元（约合39036美元），是1999年的2.8倍，仅次于日本，位列亚洲第二。据IMF于2012年4月17日发布的数据显示，2011年，澳门人均GDP更是以66311美元高居亚洲首位。回归10年间，政府财政累计盈余由不足130亿澳门元，增至1000亿澳门元，财政实力增长近7倍。2007~2008学年澳门全面落实15年免费教育，是早于香港地区和内地的提供15年免费教育的地区。

在文化方面，中央政府遵循“一国两制”原则，全力配合特区政府开展文化活动，帮助特区建立对外文化交流渠道，积极促进两地的文化产业合作，并大力支持澳门特区的文化遗产和非物质文化遗产保护工作。澳门历史城区在中央政府支持下，2005年列入世界文化遗产名录。澳门和内地文化界人士以及青少年之间的交流日益频繁，澳门青少年的国家观念日益增强。澳门回归祖国以来，与内地文化交流活动每年平均达100多项、2000多人次，2009年更是达到200项、5000多人次。在旅游方面，澳门特区2001年全年入境旅客首次突破1000万人次。自2003年7月内地城市陆续实施赴澳门“个人游”后，内地客源大幅增加，入境旅客总数呈现跨越式增长。2011年，入境旅客突破2800万人次，其中内地旅客超过1600万人次。失业率则出现了可喜的下降趋势。2000

年,澳门失业率达到回归以来的峰值 6.8%,以后逐年下降,至 2011 年已降至 2.5%。澳门社会治安状况也焕然一新,从回归前公认的“不靖”转变为现在交口称赞的“良好”,为经济稳定发展创造了必要条件。

从民意调查的角度来看,据香港中通社报道,香港大学民意研究 2006 年调查显示,60% 的被访市民表示信任特区政府,77% 表示对香港前途有信心,86% 表示对中国前途有信心,70% 表示对一国两制有信心。澳门理工学院“一国两制”研究中心 2011 年 12 月 15 日发布的民意调查显示,超过半数的澳门居民把“一国两制”视为澳门社会核心价值。对澳门特区实行“一国两制”、“澳人治澳”和高度自治,给予“非常成功”、“成功”及“尚可”评价的受访者近 90%,对特区政府施政持正面评价的受访者占到了 78.8%。报告认为,这显示“一国两制”在澳门特别行政区已深入人心,并已在民间形成高度共识,澳人治澳、高度自治方针符合区情。

香港、澳门回归十余年的发展变化,一方面强有力地证明了“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治理论的科学性、正确性以及强大生命力;另一方面,“一国两制”在香港、澳门的成功实践,也为最终解决台湾问题积累了丰富的经验、奠定了坚实的基础。人们有更加充分的理由相信,“一国两制”同样可以成为解决台湾问题的最佳方式。

二、“一国两制”理论的探索创新

“一国两制”理论发展至今,已经成为“中国特色社会主义理论体系”中一个独立完整的子理论体系。这个理论体系的结构简要说来是:以祖国统一为核心,以和平发展为主题,以一个中国、两制并存、和平谈判、高度自治为要点,以主权至上、以人为本、行

政主导、依法施政、繁荣稳定、民主渐进等为原则,以港、澳两个实践模式为范例,以形成的主客观条件、发展历程为背景,以突出特色、伟大意义和发展前景为价值等一系列新思想、新观点、新论断构成的科学理论体系^①。这一理论的伟大构想和成功实践丰富和发展了马克思主义的国家学说,创造性地把和平共处原则用来处理一个国家的内部问题,为和平解决国际争端和历史遗留问题提供了新的思路、新的路径和新的范例。“一国”和“两制”体现了国家主权和地方治权的高度有机结合,其核心是国家的统一。这是炎黄子孙的共同心愿,是中华民族的根本利益所在,也是港澳台地区长期稳定繁荣的重要前提条件。在“一国两制”理论框架下,两种社会制度在一国之内和谐共存、互利共赢,既实现了国家的统一,又尊重了历史,立足于现实,着眼于未来,充分考虑和兼顾了各方面的利益,有利于不同地区的发展,更有利于实现中华民族的伟大复兴。

历史与发展均表明“一国两制”是我们必须坚持的正确理论。在“一国两制”今后的伟大实践中,我们需要与时俱进,不断推动理论的创新与进步,尤其是运用“一国两制”理论尽快解决台湾问题。“一国两制”理论目前面临的最棘手问题无疑就是台湾问题。台湾问题不同于第二次世界大战后经国际协议而形成的德国问题和朝鲜问题,纯属中国的内政。中国政府历来反对用处理德国问题、朝鲜问题的方式来处理台湾问题。台湾问题应该也完全可以通过两岸的交流对话、协商谈判,在一个中国的架构内求得合理的解决。

中国共产党的对台政策是一脉相承的。中共第一代领导人,

^① 荣开明:《关于“一国两制”理论体系的深层次思考》,澳门理工学院《一国两制研究》2012年第2期。

即毛泽东、周恩来等在新中国成立之后不久,即将武力解放调整为“和平解放”,并将对台政策归纳为“一纲四目”,是为“一国两制”理论的前身;第二代领导人邓小平创造性地提出“和平统一、一国两制”的理论方针,独具匠心;第三代领导人江泽民把这一方针推向具体化和实践化,提出现阶段发展两岸关系、推进祖国和平统一进程的八项主张;第四代领导人胡锦涛提出的“一中四不”(即一个中国、四个决不)和“三个凡是”,更是极富创意地对以上三代领导人思路的继承和发展。

台湾问题的复杂性和艰巨性可能更加需要“一国两制”理论的创新和开拓、智慧和勇气。在新的历史形势下,我们要牢牢把握两岸关系和平发展的主题,顺应和平这一当今世界发展潮流,以及追求和平、繁荣、稳定、和谐、包容的普世价值,为两岸同胞谋福祉、为台海地区谋和平,争取和平统一的前景;同时要坚决反对和遏制“台独”分裂活动,维护国家主权和领土完整,维护中华民族根本利益。“只要有利于振兴中华,有利于和平统一,有利于团结两岸同胞共同奋斗,有利于达成两岸互利双赢,学者们的思想可以更解放一些,而不必拘泥于已有的说法,特别在‘两岸一国’模式的设计上,似不必拘泥于‘中国有单一制的传统’而简单地排除复合制。事实上,‘一国两制’就是对中国政治传统的创新,可以思考以单一制为主,兼具复合制的一些特点,或者将两岸统一分成几步走,先达成维持现状若干年的中程协定,待时机成熟时再迈向统一,又或者先实行复合制再走向单一制。”^①

在党的十八大报告中,胡锦涛总书记系统、完整地论述了关于两岸关系和平、发展的意见,以及中国共产党将尽力维护台海和平

^① 杨立宪:《关于以“一国两制”模式促进两岸统一的若干思考》,《中国评论》2012年1月号。

稳定和两岸同胞的根本利益。他指出,和平统一最符合包括台湾同胞在内的中华民族的根本利益。实现和平统一首先要确保两岸关系和平发展。必须坚持“和平统一、一国两制”方针,坚持发展两岸关系、推进祖国和平统一进程的八项主张,全面贯彻两岸关系和平发展重要思想,巩固和深化两岸关系和平发展的政治、经济、文化、社会基础,为和平统一创造更充分的条件。他强调,我们要始终坚持一个中国原则。两岸双方应恪守反对“台独”、坚持“九二共识”的共同立场,增进维护一个中国框架的共同认知,在此基础上求同存异。对台湾任何政党,只要不主张“台独”、认同一个中国,我们都愿意同他们交往、对话、合作。

胡锦涛总书记说,我们要持续推进两岸交流合作。深化经济合作,厚植共同利益;扩大文化交流,增强民族认同;密切人民往来,融洽同胞感情;促进平等协商,加强制度建设,希望双方共同努力,探讨国家尚未统一特殊情况下的两岸政治关系,作出合情合理安排。商谈建立两岸军事安全互信机制,稳定台海局势;协商达成两岸和平协议,开创两岸关系和平发展新前景。他还说,我们要努力促进两岸同胞团结奋斗。两岸同胞同属中华民族,是血脉相连的命运共同体,理应相互关爱信赖,共同推进两岸关系,共同享有发展成果。凡是有利于增进两岸同胞共同福祉的事情,我们都会尽最大努力做好。我们要切实保护台湾同胞权益,团结台湾同胞,维护好、建设好中华民族共同家园。胡锦涛总书记强调,我们坚决反对“台独”分裂图谋,中国人民绝不允许任何人任何势力以任何方式把台湾从祖国分割出去。“台独”分裂行径损害两岸同胞共同利益,必然走向彻底失败。

党的十八大报告体现了中共领导人维护国家统一的坚定信念和坚强决心,以及用和平手段实现祖国统一的最大诚意。报告提出的“巩固和深化两岸关系和平发展的政治、经济、文化、社会基

础,为和平统一创造更充分的条件”,以及“深化经济合作,厚植共同利益。扩大文化交流,增强民族认同。密切人民往来,融洽同胞感情。促进平等协商,加强制度建设”、“共同推进两岸关系,共同享有发展成果”等主张,更加务实、更加理性、更加亲民、更加有效,不仅透射出科学发展观的世界观与方法论以及深厚的民族情怀和人文意蕴,也说明了“一国两制”理论在实践中的探索创新。

三、“一国两制”理论的发展前景

求同存异、多元融合与和谐包容是“一国两制”理论的重要特征之一。由于历史原因,澳门文化与香港文化的形成和发展过程各具特色,它们是不同的文化成因所塑造出来的两种不同的文化模式。多元文化、多元思想、多元体制,包容了不同的社会制度、发展模式和生活方式,使得一国两制的实践日益丰富和精彩。

香港是全球最具竞争力的地区之一,是国家实施开放战略中的重要支点。随着香港与内地经济的融合,香港的发展已经融入整个国家的发展之中。在未来十年香港将朝着四个方面定位发展:国家国际化桥梁、先行者、试验田;国家现代化的推动者;珠三角发展的排头兵;国家软实力的示范城市。“香港是单一的城市经济体,‘背靠祖国、面向世界’,在服务国家建设中谋求自身发展,是香港成功的秘诀。在经济全球化、国际竞争日益激烈的时代,香港只有依托内地,充分利用好‘一国两制’的制度优势,才能提高抗风险能力;只有加强与内地的合作,实现优势互补,才能不断拓展发展空间,才能巩固和发挥既有优势,不断提高自身的竞争力。”^①当然,香港的多元文化和国际性是其必须保持和发扬的特

^① 高祀仁:《香港在国家改革开放中的地位和贡献》,《求是》2009年第1期。

色。“香港是在中国土地上国际化程度最高的城市,也是全面国际化中最有中国特性的,我们应该把这独一无二的优势融合,在主要产业上提升功能,特别是提升高端功能。”^①

澳门经济正朝着集旅游、休闲、娱乐、会展、餐饮、购物、文化等于一体、适度多元的方向发展,依托国家珠江三角洲改革发展规划纲要的实施,在加强博彩业监管的同时,淡化“赌城”形象,提高城市文化品位,推进城市人文精神建设,重点扶持会展物流业、文化创意产业和传统产业的升级与转型,为新兴产业的发展创造条件。澳门还将加强行政管理和社会建设,重视社会咨询和廉政建设,健全官员问责机制,建立财政储备制度,构建高效廉洁的政府。重视人才的培养与储备,优化人力资源,不断改善民生,丰富居民精神生活,致力于全体澳门居民共享经济发展和社会进步的成果,提升特区对外竞争能力,确保“一国两制”事业薪火相传。

胡锦涛总书记在十八大报告中强调,中央政府对香港、澳门实行的各项方针政策,根本宗旨是维护国家主权、安全、发展利益,保持香港、澳门长期繁荣稳定。全面准确贯彻“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方针,必须把坚持一国原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,任何时候都不能偏废。在中央政府的领导下,港澳将集中精力发展经济、切实有效改善民生、循序渐进推进民主、包容共济促进和谐,深化内地与香港、澳门经贸关系,推进各领域交流合作,促进香港同胞、澳门同胞在爱国爱港、爱国爱澳旗帜下的大团结。这是对中央和港澳关系的清晰定位,也是港澳发展的大方向、大

^① 中战会港府中央政策组:《香港在国家未来发展中的地位和作用》,《战略与管理》2010年第4期。

趋势、大格局。

“一国两制”不仅是中国解决国家统一问题的新思路,也是中国整个现代化建设和改革开放大战略的有机组成部分。其着眼点不仅是国家统一,还有更远、更高的战略考虑^①。作为一个伟大的战略构想和科学体系,“一国两制”是一个动态的发展过程。今时的“一国两制”与20世纪80年代的“一国两制”肯定有不同的内涵、特征、价值和要求。“一国两制”理论是利益兼顾、各方共赢的公平理念。从某种意义上讲,它也应当是双向交流、相互影响、相互作用的。内地丰富的资源、优惠的政策等可以输入港澳,而港澳高效廉洁的管理、健全的法治、发达的教育资源、成功的市场经济等也可以影响内地。这样理解的理由其实很简单:“国家整体与特区局部,‘一国’与‘两制’具有利益、愿望、追求的一致性。国家与特区,全国人民与特区居民既是命运共同体也是利益共同体。”^②内地与港澳同根同源、同气连枝,对国家富强、民族复兴的期待是共同的。

当初邓小平同志对香港的考虑也是双向的,“对于香港,小平发出了‘一国两制’,允许港人治港,高度自治;对于大陆,小平则发出了‘再造几个香港’的呼吁。这些年,看到很多大陆与香港的学者研究小平改革开放的理论,却发现他们都忽视了当时的‘香港模式’对小平提出改革开放的重大影响。包括小平倡导的特区政策,都和当时非常成功的香港分不开。在小平的整个讲话折射的思想里,‘再造几个香港’的情结甚至要重于‘一国两制’与‘五十年不变’。发挥香港优势,回归小平设计‘一国两制’时的初衷,在大陆‘再造几个香港’,把香港的自由、法治与经

① 王振民:《“一国两制”的新发展》,《瞭望》2007年第43期。

② 杨允中:《宪法·宪政·“一国两制”创新》,澳门理工学院《“一国两制”研究》2012年第1期。

济管理模式带到内地。在全球化把地球变成了一个村庄的时代,要想保持香港的独特地位,不能‘以守为进’甚至‘以退为进’,不是封闭香港,更不能孤立香港,而是让香港的经验走出来,走进大陆,造福大陆。”^①

理论是灰色的,而实践之树常青。“再造几个香港”在最近几年也正在逐步由梦想成为现实。

2009年,珠海横琴岛开发提上议事日程。作为粤港澳更紧密合作的“桥头堡”,并被赋予“开放度最高、体制宽松度最大、创新空间最广”的“比特区还特”的政策,珠海横琴新区的开发具有重大的战略意义。未来的横琴新区,在法律制度、社会管理体制、人口结构、交往方式、风俗习惯等方面将形成既不同于港澳又不同于内地的独特区域,成为“一国两制第三地”。横琴岛的开发要在“一国两制”框架下,学习和借鉴港澳管理模式和自由港制度,探索横琴新区与港澳社会管理体制的有效衔接和创新试点,着力营造衔接港澳、符合国际惯例的营商环境和法治环境,发展成为珠三角制造业转型升级提供服务的现代生产性服务业,成为港澳服务业的延伸地和进入内地的桥梁。它不仅是促进澳门经济适度多元发展的新载体,更是“一国两制”框架下粤港澳合作的示范区。

2011年11月18日,国务院正式批准《平潭综合实验区总体规划》,同意平潭实施全岛放开,在通关模式、财税支持、投资准入、金融保险、对台合作、土地配套等方面赋予比中国其他经济特区更加特殊、更加优惠的政策。规划明确,平潭综合实验区的发展定位是:两岸交流合作的先行区;体制机制改革创新示范区;

^① 杨恒均:《从“一国两制”到“再造几个香港”》,http://blog.sina.com.cn/s/blog_48c00fb0102dyn4.html,2012年11月22日访问。

两岸同胞共同生活的宜居区；海峡西岸科学发展的先导区。到2020年，基本形成以高新技术产业和现代服务业为主导、具有较强竞争力的特色产业体系；基本公共服务和城市化水平显著提高，生态文明建设走在福建省前列；基本实现与台湾地区经济全面对接、文化深度交流、社会融合发展，两岸同胞合作建设、先行先试、科学发展的共同家园基本建成。

2012年，香港回归祖国15周年之际，中央宣布全面启动深圳市前海深港现代服务业合作区。前海合作区将吸收香港的制度化建设经验，建设金融、法治、人才新特区。根据国务院批复的前海发展规划，前海将在“一国两制”框架下，实行比经济特区更特殊的先行先试政策，“逐步把前海建设成为粤港现代服务业创新合作示范区，打造现代服务业体制机制创新区、现代服务业发展集聚区、香港与内地紧密合作的先导区、珠三角地区产业升级的引领区”。国务院批复允许前海探索拓宽境外人民币资金回流渠道，配合支持香港人民币离岸业务发展，构建跨境人民币业务创新试验区；支持设立在前海的银行机构发放境外项目人民币贷款；在CEPA框架下，研究香港银行机构对设立在前海的企业或项目发放人民币贷款等。

回归后的香港、澳门与祖国内地已经成为一个命运共同体，优势互补，彼此相依，紧密相连，荣辱与共。香港、澳门已经并将继续为国家现代化建设发挥重要作用，而国家也继续为港澳的发展提供各种支持。随着CEPA的实施，港澳与内地的经贸、科技、教育、文化等领域的合作交流更加紧密，港澳不仅维持了繁荣稳定发展，而且在整个中国改革开放中依然发挥着独特的重要作用。认真挖掘“一国两制”的内涵和价值，充分利用“一国两制”带来的机遇和各种好处，进一步培育和增强民族认同感和凝聚力，积极投身于振兴中华的伟大事业，无疑是港澳未来的发展方向。我们不仅有理

由相信：“香港同胞、澳门同胞不仅有智慧、有能力、有办法把特别行政区管理好、建设好，也一定能在国家事务中发挥积极作用，同全国各族人民一道共享做中国人的尊严和荣耀”；而且也有理由相信，“一国两制”理论的发展一定灿烂似锦。

第五节

“特别行政区基本法”应成为一门 独立学科加强研究*

法律制度的健全和完善依赖法学的进步和发展,没有先进的法学,就不可能有先进的法律制度。从这个意义上说,法治的进步倚重于法学的发展。我国香港、澳门实施《特别行政区基本法》而形成的特别行政区制度,如果没有以“特别行政区基本法”为研究对象的法学,香港、澳门的特别行政区制度也是不可能健全和完善的,因此重视“特别行政区基本法”的研究,并把这一研究上升为学科是至关重要的。

一、“特别行政区基本法”应成为一门独立学科

实行“一国两制”的香港、澳门《特别行政区基本法》,确立了在统一的中国内,内地实行社会主义制度,香港、澳门等地区实行资本主义制度;实行“一国两制”的香港、澳门《特别行政区基本法》使社会主义和资本主义两种社会制度在一个主权国家内存存,并推进祖国的和平统一与和谐社会的建设。实行“一国两制”的香港、澳门《特别行政区基本法》的基本内容是:(1)香港、澳门等地区回归祖国;(2)在香港、澳门等地区设立特别行政区;(3)特

* 本章引言及本节作者:蒋晓伟,同济大学法学院教授、博士生导师,上海港澳台法研究会副会长。

别行政区直辖于中央人民政府,但实行高度自治;(4) 特别行政区享有高度的行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,现行法律基本不变。

“一国两制”和《特别行政区基本法》的成功实施,使中华民族这一历史上饱受战乱的国家,以海纳百川的气度,接收了不同的制度文明,它没有用排斥、没有用消灭、没有用暴力,而是包容、接纳和保留,使一个国家容纳了不同的制度文明,这在人类文明的发展史上是绝无仅有的;同时“一国两制”和《特别行政区基本法》确立的社会制度突破了在一个国家内只能有一种社会制度的模式;摒弃了社会主义和资本主义不能共存的认识局限;开辟了一国内政治制度多样化(两种制度四个法域)体制,这无不是人民共和及和谐社会的充分体现。

一个国家存在两种社会制度的现象,现代历史上曾经有过。第二次世界大战结束以后的波兰,经历了很短时间的一个国家、两种制度并存的历史。但是我国现行的“一国两制”和《特别行政区基本法》并不像波兰那样,是战争遗留下来的短暂的历史现象,而是基于历史现状、面向未来、人为理性设计制定的,绝不是权宜之计的一种社会制度。“一国两制”和《特别行政区基本法》是我国改革开放国策的重要组成部分。1978年以后,我国实行改革开放的基本国策,即改革社会主义体制及制度中某些不合时宜的部分,摒弃社会主义制度中的某些弊端,学习西方国家先进的管理经验和成功的体制,积极引进外资。改革开放的国策,在社会主义国家的建设实践中,取得了举世公认的成果。“一国两制”和《特别行政区基本法》正是改革开放基本国策的重要组成部分,它促进了改革开放实践的发展,以及人民共和及和谐社会的建设。

正如邓小平所说,“一国两制”,“说它具有历史意义,不只

对过去、现在,而且包括将来;说国际意义,不只对第三世界,而且对全人类都具有长远意义。这是一个具有创造性的杰作”^①。这一论断当然也包括“一国两制”法制化的《特别行政区基本法》。

“一国两制”是《特别行政区基本法》的制度基础,《特别行政区基本法》是“一国两制”的法制化。“一国两制”和《特别行政区基本法》有着丰富的内涵,它是具有中国特色社会主义制度的重要组成部分,是中国民主与法治建设的重要组成部分,是中国改革开放理论和实践的重要组成部分,是中国人民共和制度与和谐社会的重要组成部分。

现行的香港、澳门《特别行政区基本法》属于法学,但又不等同于传统法学中的宪法学,它是以“一国两制”和社会主义初级阶段改革开放理论为基础理论和基本内容的,包含政治学、法学、社会学、经济学、民族学、国际关系学等多学科内容的部门法学。

实行“一国两制”的《特别行政区基本法》,有着重要的意义、丰富的内涵和自身独特的研究对象。因此,我们有必要将《特别行政区基本法》上升为法学中的一门独立学科,并加强研究,从而推动“一国两制”和我国特别行政区制度的健全和完善。

“特别行政区基本法”成为一门独立的学科,就能促进“一国两制”和《特别行政区基本法》的基础理论研究和应用实践研究。使“一国两制”和《特别行政区基本法》有坚实的基础理论,并将这一坚实的基础理论与“一国两制”和《特别行政区基本法》的实践有机结合起来,从而使“一国两制”和《特别行政区基本法》的理论和实践不断地充实和完善。

^① 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第352页。

二、应当加强“特别行政区基本法”学科的基础理论研究

“特别行政区基本法”作为一门独立学科,其基础理论研究和应用实践研究,有着同等重要的意义,因为两者是互为基础、相辅相成的。但在现阶段,基础理论研究显得更为重要,因为过去我们比较多地忽视了基础理论研究,如:我们至今没有一支很好的研究队伍;没有一个很好地展示研究成果,并使研究成果和实践有机结合的研究平台,致使我们还不能自如地宣示“一国两制”和《特别行政区基本法》的理论学说。而当前又迫切需要我们以基础理论作为支撑去探讨、去解决“一国两制”和《特别行政区基本法》实践中的具体问题。例如,作为国家基本制度的“一国两制”必须有法定的表述和作为宪政学的解释。但至今我们没有法定的解释,也缺乏宪政学的解释。过去我们对“一国两制”的实质和基本含义的表述太社会状态化和价值化,缺乏政治性和法治性。因此,我们在实施“一国两制”时就会显得方向不明、路线不清,甚至可能遇到不必要的争议问题。同样,《特别行政区基本法》也还有许多重要的基础理论问题需要我们去探讨和研究,如《特别行政区基本法》源于什么法统?《特别行政区基本法》体现什么样的精神、确立什么样的原则?《特别行政区基本法》第23条包括哪些涵义?等等。

因此,当前我们应当加强“一国两制”和《特别行政区基本法》基础理论研究,夯实“一国两制”和《特别行政区基本法》基础理论,从理论高度和深度回答“一国两制”和《特别行政区基本法》在实践中遇到的问题,并使“一国两制”和《特别行政区基本法》基础理论研究和应用实践研究结合起来,不断地丰富和完善“一国两

制”和《特别行政区基本法》的实践活动。

三、“特别行政区基本法”学科的研究应当百花齐放

要繁荣“特别行政区基本法”学科的研究,应当在这一领域形成百花齐放、百家争鸣的局面,也就是要形成更多研究“特别行政区基本法”学科的法学流派。法学流派是建立在不同的法哲学基础上即不同的研究方法上的,是建立在不同的法的本源论基础之上的。“特别行政区基本法”学科的法学流派,在现阶段,必定具有时代性和历史性的特点,即它的哲学基础是以唯物辩证法为主流,同时兼收并蓄其他各种研究和思辨方法,并力求开拓新的研究方法;它的基础理论以“一国两制”和社会主义初级阶段改革开放理论为主导,同时吸收东、西方被时代所证实的先进的思想理论,并力求探索和奠定新时代特别行政区的法理基础。“特别行政区基本法”学科法学流派的时代性,表现在“特别行政区基本法”学科的研究与现实经济、政治与文化的紧密联系上;“特别行政区基本法”学科法学流派的历史性,表现在“特别行政区基本法”学科的研究对东、西方法学流派的联系和发展上,特别是与马列主义理论和中国传统法学思想的联系和发展上;这种联系和发展是建立在继承、批判和发展基础上的。

新时期“特别行政区基本法”学科的学者对推进特别行政区法治建设和进步负有特殊的使命,并有不可推卸的责任,包括参与特别行政区制度的设计、制定,以及特别行政区立法、执法和法律意识、法律思想的教育和培养上。因此,新时期“特别行政区基本法”学科的学者不能只局限在律学的研究上成为注释法学家,而要在广阔的时代背景下对我国的特别行政区制度进行探索和研究;新时期的“特别行政区基本法”学科的学者不能只停留在熟悉现

行特别行政区法律制度和西方国家的法律制度上,而是要对人类社会的法律文化,特别是中国的法律文化有相当深入的了解和认识,从而指导现行特别行政区法律制度的规划和建设;新时期“特别行政区基本法”学科的学者,不能只停留在理论和书本上,而要使理论与实践紧密地联系起来,当前就要揭示特别行政区制度的基本特征及其发展规律。新时期“特别行政区基本法”学科的学者任重而道远。

第六节

“特别行政区基本法”与国家 认同的互构关系*

基本法^①是由全国人大制定并处理特别行政区事务的法律,处于宏观的法律制度层面。特别行政区的国家认同是港澳居民对于国家的认知,处于中观的群体认知层面。尽管两者处于不同的层面,但这两者并不是相互孤立存在的。事实上,作为在宏观制度设计的基本法与作为中观群体认知的国家认同是相互影响、相交互构的。在基本法的制定和具体实施上不能忽略其对群体认知方面的影响,国家认同的程度亦决定着基本法的合理性存在。正是出于这样的立场,本节立足消解基本法和国家认同两者之间的鸿沟,旨在从互构的角度,表述基本法和国家认同之间的互构关系,从而对基本法和国家认同的内涵和相互关系有更深入的理解。

一、基本法与国家认同之间的互构关系

互构(Mutual-construction)一词本身的含义是相互的、共同的、共有的建构,用来表示主体间的相互作用。按其含义表述,大致可从同源、同构、共变三个维度对其进行阐释。社会学最早关注互构的理论意义和价值并将互构理论不断深入发展。互构作为一种理

* 本节作者:钱晓明,上海大学法学院宪法与行政法学研究生。

① 本节中的基本法系为《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》简称。下同。

论形态,早些的雏形可见于英国社会学家安东尼·吉登斯(Anthony Giddens)的结构化理论中,他在《社会的构成——结构化理论大纲》一书中提到:“社会系统的结构性特征,既是其不断组织的实践的条件,又是这些实践的结果,结构并不是外在于个人的,它不应该简单等同于对主体的外在制约,恰恰相反,它既有制约性又同时赋予行动者以主动性。”^①他试图打破社会学理论传统行动与结构的二元对立,通过贯穿行动与结构的互构性来建构新的结构化理论。在国内,较早给出互构本质涵义的是北京大学的邱泽奇教授,他在《技术与组织的互构》一文中把互构阐述为“使得信息技术携带的组织结构既有来自技术的刚性结构,也有来自组织的弹性结构;同样,组织对技术的使用所形成的结构既有组织的刚性结构,也有来自技术的弹性结构”^②。中国人民大学的郑杭生教授认为“我们身处于社会互构的时代(the Age of Social Mutual-construction)”^③,但是社会对此的认知还处于孱弱期,似乎并没有太多的人知晓。在他的中国特色社会学理论中进一步提出了社会互构论(Social Mutual-construction)——“关于个人与社会这两大行动主体间的互构共变关系的社会学理论”^④。社会互构论通过分析个人与社会这两大主体间的相互建构,同构共变,强调多元化主体、多维性空间之间可以相互影响、相关改变和相关依存。

事实上,互构的理论视角虽然较多地见于社会学中,但笔者认为将它用来理解基本法国家认同之间的关系也颇有解释力。《香

① 安东尼·吉登斯:《社会的构成》,上海三联书店1998年版,第25页。

② 邱泽奇:《技术与组织的互构——以信息技术在制造企业的应用为例》,《社会学研究》2005年第2期,第49页。

③ 郑杭生:《郑杭生社会学学术历程之一·中国特色社会学理论的探索》,中国人民大学出版社2005年版,第590页。

④ 同③,第700页。

港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》这两部法律分别作为香港特别行政区和澳门特别行政区的基本法,全面贯彻了“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的原则和方针,在维护国家主权统一、保持特别行政区长期繁荣稳定方面,取得了巨大的成功。但不可否认的是,港澳作为曾经的殖民地,长久的殖民统治消解、模糊了港澳居民的国家认同。随着港澳主权的恢复,基本法在法律制度层面为港澳居民的国家认同指明了方向,同时国家认同的建构需要也对基本法的贯彻落实提供了制度的实践逻辑。国家认同何以能更好地提升及基本法何以能深入人心成为促进国家认同的重要因素,这些都亟待深入思考。是以,这里通过给出一种新视角,阐述基本法与国家认同之间相互建构、相互形塑的互动逻辑,刻画基本法和国家认同的互构关系,以更好地理解两者的涵义及相互关系。

二、互构中的基本法与国家认同

(一) 国家认同的涵义厘定

国家认同带有政治性的色彩,故其定义很难确定。在《大陆及港澳台常用词对比词典》中,国家认同被表述为:“对国家的承认和服从。”^①这样的定义过于简单、不够清晰。有鉴于此,有必要对国家认同这一概念进行深入分析。

认同是英文“identity”的译文。最早提出认同的是精神分析学派的西格蒙德·弗洛伊德(Sigmund Freud),他在1900年出版的《梦的解析》中首次提到认同;后被新精神分析派的代表人物埃里

^① 魏励、盛玉麒主编:《大陆及港澳台常用词对比词典》,北京工业大学出版社2000年版,第116页。

克森(E. H. Erikson)发展为“自我同一性”理论。由此可见,认同最早是心理学上的词汇。心理学上对认同的解释是“认同应该包含三种作用:自居作用、模拟作用、表同”^①。而在行为科学上认同包含有两种含义:一是认同是认知两个目标具有相同意义的一种历程;二是认同是摄取目标特征的一种历程^②。台湾地区学者陈宗获在阐述了心理学上和行为科学上的认同后,认为现代意义上的认同已经糅合了两者的解释,而具有以下三种含意:认属、模仿、视同^③。同是台湾地区学者的江宜桦对此有相类似的观点,他认为认同应该包含三种含义:“其一是同一、等同(oneness、sameness),主要是指不同时空条件下某物与另一物为同一事物的现象,描述事物的一贯性;其二是确认、归属(identification, belongingness),指个体或群体辨识自己的特色、确定自己属于哪一类属、不属于哪一类属的活动,表达个体或群体的归属性;其三是赞同、同意(approval, agreement),指主体对某个组织、团体或观点持支持、赞同或肯定的态度或判断,如‘政党认同’、‘我认同你的观点’之类,表达个体或群体对事物或观点的肯定性。”^④与台湾学者将“认同”作为一种认知来理解的进路不同的是,美国学者亚历山大·温特(Alexander Winter)偏向于从行为科学上理解认同,其对认同的解释是“有意图的行为体的属性,它可以产生动机和行为特征”^⑤。而国内学者大多把认同理解为一种归属感,即一种集体情感的联结。王成兵认为张力是认同的关键性特征,在最

① 陈宗获:《现阶段国家目标认同之研究》,台北正中书局1989年版,第24页。

② 同①,第25页。

③ 同①,第26页。

④ 江宜桦:《自由主义、民族主义与国家认同》,台北扬智文化事业股份有限公司1998年版,第8~11页。

⑤ [美]亚历山大·温特:《国际政治的社会理论》,秦亚青译,上海人民出版社2000年版,第282页。

简单的意义上说,认同是对我是谁以及与之相关的身份感问题的追问^①。韩震则从历史哲学的视角在历史性中解读认同:“人类是一种历史性的存在,因此人的自身认同和集体认同问题都必须从历史发展的角度去看,所有的认同都是在一定的时空系统中人们历史活动的过程和产物”;“所谓认同问题,就是你认为自己是什么样的人以及你归属于哪个群体的问题”^②。

综上,国家认同可被视为一个主体性主导的过程。就字面意义上来讲,国家认同大体意思是指“对于国家的认同”,仅从这意义上讲就区别于“对于国家的承认和服从”。对于主体来说,认同是一种区分“我群”和“他群”的区分性认知以及对“我群”的情感联结。我们也可以发现,认同是有别于承认的,并且和服从的表述大有不同。将国家认同理解为对于国家的认同也是不够确切的,因为国家认同不仅仅是“对于国家的认同”,更是在国家中对于自己的清晰定位,强调自我建构。正如肖滨所说“国家认同处于二元结构中,国家认同乃是一种集归属感国家认同和赞同性国家认同于一体的二元结构”^③。因此,国家认同强调在热爱自己国家背景下,自我身份的认定和接受国家身份。国家认同是主体在不同程度的压力和诱导因素下,通过自我选择,作出接受或者拒绝国家的选择,这本身注重了主体在国家认同方面的主导性,而不是被动的承认或者服从。

国家认同还是一个求同存异的过程,并且求同和存异两者同时发生。求同即认同主体通常把国家认同归属于某种范畴,确认

① 王成兵:《国家认同:当代认同问题研究的新焦点》,《学术论坛》2010年第12期,第69页。

② 韩震:《论国家认同、民族认同及文化认同一种基于历史哲学的分析与思考》,《北京师范大学学报(社会科学版)》2010年第1期,第106~107页。

③ 肖滨:《两种公民身份与国家认同的双元结构》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期,第77页。

自己属于哪个国家。正如台湾地区学者江宜桦笔下的国家认同是：“一个人确认自己属于哪个国家，以及这个国家究竟是怎样一个国家的心理性活动。”^①这种求同的过程更是与历史发展的长时段相关，它是指一个国家的公民对自己祖国的历史文化传统、道德价值观、理想信念、国家主权等多方面的认同，它形成了捍卫国家主权和民族利益的主体意识^②。国家认同不仅是求同的过程还是存异的过程，国家认同的身份构建于他国存在的语境。对个人来说，国家认同是指个人在心理上认为自己归属于该政治共同体，意识到自己具有该国成员的身份资格。对国家来说，是指其独特属性以及由此而来的保持该独特属性的权利得到他国的承认^③。为构建一个国家的认同，力求一个对立面，即在“他国和国际”的对立面中寻找自身国家认同。戴维·阿斯顿(David Easton)也突出了求异的重要性：“所谓‘国家认同’简单而言就是一种‘政治社群归属感’，是系统内的成员之间，相互有‘圈内’或者‘共同体’的感觉，并认同为政治系统的一部分，同时并根据共同接受的标准，如领土血缘关系、宗教信仰、公民等，据以排除其他的成员。”^④因此国家认同既标识着共性又划定着异质性的界限。同时，值得注意的是，国家认同的主体是多元化的，国家认同不是单向的认知过程，而是不同主体之间的相互沟通、相互推动、相互认同的过程，更受到了其外部的制度文化环境的制约和影响。这也是笔者对国家认同认识的一个基本立场。

① 江宜桦：《自由主义、民族主义与国家认同》，台北扬智文化事业股份有限公司1998年版，第5~6页。

② 贺金瑞：《从民族认同到国家认同》，《中央民族大学学报》2008年第3期，第7页。

③ 郭艳：《全球化时代的后发展国家：国家认同遭遇去中心化》，《世界经济与政治》2004年第9期。

④ David Easton, *An Approach to the analysis of Political System, World Politics*, 1957(1), pp. 391-392.

（二）基本法与国家认同的互构分析

1. 同源性

同源,在生物学的种系发生理论中是指两个或多个结构具有相同的祖先。这里所说的同源性是指两个主体之间在起源、发生与发展过程中具有相同或者相似的背景和条件。港澳回归以前,国家认同是以零散的、非制度的形式被建构的。从一定程度上讲,回归以前的港澳同胞所形成的只是“准国家认同”,因为国家认同的前提条件是公民身份的获得。由于长期殖民统治的影响,港澳地区群众所形成的更多的是一种本土意识和地方身份认同,即对于“香港人”的身份认同。随着港澳主权的恢复,港澳同胞才在政治意义上真正获得了公民身份,这才开始涉及自身身份认定和对国家的认可问题,即对“中国”和“中国人”身份的认可和建构。与此同时,随着国家主权的恢复行使,基本法作为特别行政区的基本法律才得以实施。因此,基本法与港澳同胞的国家认同的来源是一致的,即国家主权的恢复与行使,以及作为一国成员的公民身份的获得是同一的。从这个角度上来讲,基本法和国家认同具有同源性。基本法就是要从制度上解决这样一个难题,于是国家领导人提出了“一国两制”基本国策,在“一国两制”框架下,基本法和国家认同一起应运而生。基本法的出台体现和突出了国家认同,国家认同蕴含在基本法之中。

例如,《香港基本法》“序言”第一句话指出:“香港自古以来就是中国的领土。”更是在第一章第1条中规定:“香港特别行政区政府是中华人民共和国不可分离的部分。”《澳门基本法》“序言”第一句话也指出:“澳门,包括澳门半岛、氹仔岛和路环岛,自古以来就是中国的领土。”在该法第一章第1条规定:“澳门特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。”上述规定充分体现了中国的

主权原则,解决了香港、澳门的归属问题,同时确认了香港、澳门居民归属于中国的国家认同归属问题。国家认同问题随着港澳的回归,并不断被重视和强调。主权原则可以说是国家认同的刚性要求,而在基本法中体现的高度自治原则可以看作是国家认同的柔性改变。如《香港基本法》第一章第2条规定:“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”《澳门基本法》第一章第2条也规定:“中华人民共和国全国人民代表大会授权澳门特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”港澳基本法更是在第四、第五、第六和第七章的经济、文化和对外事务中具体给予特别行政区高度的自治权。高度自治的原则较好地适应了香港、澳门居民的生活方式,有利于国家认同的实现;高度自治的原则消解了香港、澳门居民的抵触情绪,有利于国家认同的发展;高度自治的原则保持了香港、澳门经济的繁荣稳定,有利于国家认同的提高。

基本法和国家认同的同源性表明,基本法和国家认同密切相关、不可分割,对基本法的动摇将会导致国家认同的散失,对国家认同的散失将会导致对基本法的动摇。同源性扎根在基本法和国家认同的互构中,基本法的每一条文都经过民主磋商,征求社会各界人士特别是港澳居民的意见,是港澳居民的广泛共识,凝聚了港澳居民的国家认同。可以说,基本法的民主起草的过程就是国家认同的共同构建的过程。国家认同的建立为基本法的起草顺利进行提供了强有力的保障,使得港澳各阶层、各团体的意见与内地的意见趋于统一,达成共识。

2. 同构性

隋岩、张丽萍两位学者在对文化的解读中从符号学的角度定义同构一词:它指某些符号的能指和所指之间的意指关系的唯一

性、固定不变的特性,即某些符号的社会意义不可随意变更,是唯一性的,是被意识形态强制赋予的^①。笔者所指的同构是两个主体之间相互形塑过程中体现出的两个主体之间的互动关系。从港澳回归以来的十几年看,基本法的实施遇到不少挑战和困境,但是总体上在平稳有序地运行。尽管国家认同不时受到冲击和磨难,但是总体上呈不断提升趋势。纵观特别行政区的基本法和国家认同历程,基本法和国家认同形成以下几种同构关系。

第一,形式与内容的关系。基本法是“一国两制”的体现和反映,“一国”是基本法中最基本的立场。因此可以说,作为集体意志的法律实际以法律形式表现出对国家主权的认可,凝聚了国家认同。国家认同作为主权国家合法性确认的内容之一,同样也是基本法构成中基础的内容。因此,国家认同的内容本身就蕴含在基本法之中,否认基本法就是抗拒国家认同;反之亦然,缺失国家认同也有碍于基本法的运行和实际落实。2012年10月10日,香港新一届立法会开锣,70位议员宣誓就职。《宣誓及声明条例》规定宣誓内容即为:“本人就任中华人民共和国香港特别行政区立法会议员,定当拥护中华人民共和国香港特别行政区基本法。”神圣而庄严的内容不仅体现了对于基本法的遵循,也体现了国家认同,基本法和国家认同不可分离。但是有些议员却在宣誓时故作手脚,把中华人民共和国香港特别行政区分开读出,有人故意以咳声漏掉“共和国”和“特别行政区”,把宣誓内容改为“本人就任中华人民共和国香港立法会议员,定当拥护中华人民共和国香港基本法”,有的更在第二次重新宣誓开始时添加誓词“请求上主原谅”。而立法会根据基本法订立的《香港特别行政区立法会议事规则》规定:“议员如未按照《宣誓及声明条例》(第11章)的规定作宗教式或非宗教

^① 隋岩、张丽萍:《对“同构”的溯源与阐释》,《传播文化》2011年第7期。

式宣誓,不得参与立法会会议或表决。”上述举动不仅是对基本法抗拒,更是对国家认同的抗拒。形式与内容在本质上是同一的。

第二,统筹兼顾的关系。统筹兼顾是坚持科学发展观的根本方法。统筹是建立在充分发挥各方面积极性和创造性的基础上的统筹;兼顾是一种整合和优化。统筹兼顾力求基本法和国家认同两者都不偏废。党的十八大报告指出,全面准确贯彻“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方针,必须把坚持“一国”原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来。以“一国两制”作为立法基础的基本法本身在强调“一国”的整合性的同时,包容了“两制”的差异性,因此我们在强调港澳地区居民的国家认同的时候,不能一味强调国家认同的整合性而偏废基本法中的“两制”内涵,忽视港澳和内地的现实差别。要适当允许国家认同和地方认同并存的弹性空间;也不能偏废国家认同,忽略法律实践主体的主体感受和主体性,将基本法仅仅视为法律文本,忽视基本法的内在精神。要真正做到将基本法中对国家主权的认同思想与“人”相结合。国家认同不仅以法律文本的形式被表述,更表述于每一个港澳居民的意识中。因此,只有统筹兼顾基本法和国家认同,认识两者之间的复杂关系,才能更加充分理解“一国两制”,深化发展“一国两制”。

第三,相互影响的关系。基本法从文本上为港澳居民的国家认同提供了直接指向,而基本法的实施无疑使得国家认同逐步提高;同时,国家认同的不断提高使得基本法的法律合法性以及基本法背后的政治合法性得以不断巩固,因此两者相互影响,相互关联。自1997年7月1日香港基本法实施以来,香港市民对基本法的认知不断提升。据有关学者的研究表明:“在15岁及以上的受访市民中,表示对基本法有相当认识或有一些认识的,从

2000年的25%上升至2002年的48%，升幅接近一倍；表示听过基本法的市民，则由2000年的80%上升至2002年的90%；2000年及2002年的调查均显示有近八成的公务员表示对基本法有相当认识或有一些认识。在2000年的调查中，仅有0.3%的公务员表示未听过基本法；而在2002年的调查中，没有一名公务员表示未听过基本法。”^①可见，基本法在香港市民中的认知度是比较高的，这对其国家认同的形成和提高构筑了制度上的影响。在基本法的引领下，香港凭借高度自治的权利，特区经济不断发展，香港年生产总值1997年约计13400亿港元，而2006年则比1997年增长了1323亿港元，达到14723亿港元。2006年的年增长率为6.18%，达到回归以来的新高。香港的人均生产总值1997年为210350港元，而2006年则为214710港元，增长4360港元。香港的贸易总额1997年为30710亿港元，而2006年则是50608亿港元，增长了19898亿港元。香港的股市总市值2006年已达到1217万亿港元，为全球第七大股市。香港社会的失业率已从过去的约8.15%降低到了2006年的4.14%^②。香港经济上的发展为香港居民国家认同的形成又提供了经济的支撑。据王家英、尹宝珊在《香港市民身份认同研究》一文中提供的数据显示：“1997年认为是香港人的为55.8%，而到2007年是52.8%；1997年认为是中国人的为32.5%，而到2007年是36.3%。”^③可见，在法律制度的引领以及经济发展的福利导向下，香港居民的国家认同日渐清晰并不断巩固，国家认同逐渐替代地方认同而成为香港居民的首属身份认知。基本法的遵循和正确指引加之经济上的助益，不但使得基本法深

① 吴韶：《香港市民对基本法认知提升》，《人民日报（海外版）》2004年3月18日。

② 许崇德：《基本法实施十年回顾》，《法学家》2007年第3期。

③ 王家英、尹宝珊：《香港市民身份认同研究》，《二十一世纪》2007年第7期。

入人心,更加通过促进特别行政区的经济发展,有效提升了港澳同胞的国家认同。事实上,不仅宏观制度对群体认知存在单向影响,群体认知也在不断构筑宏观制度的合法性。港澳地区居民国家认同的不断提升,不仅能使基本法有序运行,保障了港澳地区的稳定和谐,也为国家政权的巩固打下了坚实的基础。

3. 共变性

基本法和国家认同不仅从历史沿革角度上讲两者具有同源性、从具体运作关系角度上讲两者具有同构性,两者在新的历史机遇和挑战下还具有共变性。两者的共变性大致表现在两个方面。

一方面,基本法与国家认同共时共向、一致协调良性发展。尽管近些年来,港澳地区时有质疑的话语出现,但总体上基本法的巩固发展和权威性保障以及国家认同的良性提升皆向着积极方向发展。党的十八大报告中明确指出“我们坚信,香港同胞、澳门同胞不仅有智慧、有能力、有办法把特别行政区管理好、建设好,也一定能在国家事务中发挥积极作用,同全国各族人民一道共享做中国人的尊严”。这就将港澳同胞的国家认同放在重要位置。中国取得的成绩是属于全国各族人民的,亦是属于港澳同胞的。共享改革发展的成果对于促使港澳同胞提升国家认同意义重大。党的十八大报告不仅对港澳同胞的“国家认同”给予了明确定位,还对基本法的相关落实予以了未来指向:“中央政府将严格依照基本法办事,完善与基本法实施相关的制度和机制。”港澳同胞的国家认同的提升离不开基本法及其相关制度的制度化保障。《香港特别行政区基本法》第158条规定:“全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。”这充分体现了基本法的生命力和活力。基本法的实施及其在实践中的不断完善,得益于各阶层、各团体和各界仁人志士作出的贡献。“一国两制”取得了举世瞩目的成

就,正如党的十八大报告指出的:“香港、澳门回归以来,走上了同祖国内地优势互补、共同发展的宽广道路,‘一国两制’实践取得举世公认的成功。”与基本法及其相关制度的日臻完善的同时,国家认同也在基本法设定的基本制度环境中得以良性发展。两者的积极发展态势,正体现了在共时共向前进发展中相互影响、协调互构的特征。

另一方面,基本法和国家认同共时反向差异冲突变化。这样的冲突变化是指两个主体在共变中相互构建、相互协调的失败,朝着恶化的方向发展。这虽是我们不愿看到的发展态势,但在近几年的发展中这样的风险确实存在。如果在基本法实施过程中忽略国家认同的存在和发展,由于社会文化和历史传统的差异性加之国家认同的缺失,必然影响基本法的法律权威、特区政府的政治权威,导致“双非风波”和“庄丰源案”这样的恶性事件的发生。如果特别行政区法院忽略基本法的立法原意释法,而一味从普通法的角度出发,所作的解释与“一国”原则不一致时,那势必会对国家认同的建构成不利影响。反过来说,一些冲破香港自身利益和长远未来的思考,不恰当地理解释法的权力和机制,径自作出法律解释的行为,从根源上说正是因为缺乏一致的国家认同。因此,一旦基本法和国家认同朝着反向发展,很可能会形成恶性循环的困境。

由于基本法释法的不当而造成的香港“双非”婴儿剧增就是一个明显的例子。2012年,据香港特区政府统计处的数字显示,3岁左右的“双非”儿童人数已由2003年的709个急升至2.98万个,9年间激增了41倍;据过去5年内的意向调查显示,有20%到港产子的内地孕妇打算送子女来港读书^①。然而“双非”婴儿的剧增造成了香港市民的强烈不满、争议不断,甚至对基本法提出质

^① 百度百科, <http://baike.baidu.com/view/7688213.htm#3>。

疑。赴港孕妇和“双非”婴儿与香港本土市民在资源分配问题上不可避免地会产生矛盾。这样的矛盾直接损害了国家认同的形成,有可能导致国家认同下降。香港中文大学传播与民意调查中心最近进行的民意调查就显示出国家认同的下降。调查发现,有42%的受访者选择自己是“香港人,但也是中国人”,较两年前进行同样调查时的44%的数据稍降;有23%的受访者选择纯粹“香港人”身份,是自2008年以来的新高;22%的受访者称自己是“中国人,但也是香港人”;觉得自己纯粹是“中国人”的受访者只有12%,是1997年回归以来的新低点^①。民意调查可控性和真实性虽不能完整反映香港市民的真实国家认同,但也足以说明国家认同可能出现的问题。近来反对派的“去中国化”呼声渐强并企图制造香港地区与内地对立的局面,反对深港合作,大肆宣传危言耸听言论等,更是利用“反国民教育”围堵政府大门,这实际上是某些人在为自己被选为立法会议员造势。反对派无视国家认同,旨在强行割裂香港地区与内地,阻碍香港地区与内地融合,这和他们本身国家认同的缺失有关。而台独势力在香港的复苏不仅无视国家认同,更阻挠基本法在特别行政区的实施。在这样的低认同环境中,基本法很可能受到挑战和冲击,从而与国家认同表现出逆向的冲突性变化。

三、把握基本法和国家认同之间的互构关系

基本法和国家认同在同源性的基础上,集中表现出在两者过程中构成的一系列的同构性和共变性的关系,尽管基本法与国家认同两者并不处于同一层面——一个处于宏观制度层面,一个处

^① 参见《东方日报》,2012年11月11日。

于中观群体认知层面,但在不同层面之间基本法和国家认同却表现出了相交互构、相互影响的关系。在港澳社会的协调、良性运行中,具有重要意义的基本法和国家认同之间的互构关系体现在不同的领域中,理清两者之间的互构关系,有助于理解两者之间隐藏的复杂关系,这不仅有利于加深对基本法和国家认同的认识,也是对港澳繁荣稳定给予学理上的回应。揭示基本法和国家认同之间所存在的同源性、同构性和共变性的互构关系,也显示出其在法理上建构的可行性。由此可见,把握基本法和国家认同之间的互构关系,虽然无法置喙基本法和国家认同的具体发展道路,但加深对这两者之间关系的理解,有助于我们从基本法理角度把握基本法和国家认同的发展方向,从而共建和谐、美好的港澳。

第二章

特别行政区和
特别行政区制度研究

宪法学界一般认为,政体也称国家政权组织形式,是一定社会中,统治阶级为了行使国家权力而确立的国家机关的组织体系^①。这样的组织体系反映了国家性质,有利于统治阶级根本利益的实现。但也有学者认为政体与政治体制是有区别的。政体着重于实现国家权力的体系,粗略地说明国家权力的组织过程和基本形态;而政治体制即政权组织形式则着重于机关,说明国家权力机关以及各种机关之间的相互关系^②。政权组织形式既包括同一级国家机关之间的横向关系,也包括上下级国家机关之间的纵向关系。为方便叙述起见,本文仍采用传统的提法,对政体和政权组织形式不作区分。

① 蒋碧昆主编:《宪法学》,中国政法大学出版社1999年版,第155页。

② 童之伟主编:《宪法学》,清华大学出版社2008年版,第80页。

第一节

特别行政区政治体制与国家政体^{*}

政治体制在很大程度上反映了国家与特别行政区的关系。我国实行人民代表大会的政体,这是由我国人民民主专政的社会主义国家性质决定的。我国从中央到地方都实行人民代表大会制度,即使在民族区域自治地方也实行。但特别行政区在保留原有资本主义制度不变的条件下,国家为其量体裁衣,专门设计了行政主导的政治体制。尽管特别行政区享有高度的自治权,中央一般不干涉特别行政区的内部事务。但无论香港还是澳门特别行政区的自治权均来自中央的授予,没有授予它们的权力均属于中央保留,不存在所谓“剩余权力”的问题。另一方面,中央在授权的同时,应加强对特别行政区政治体制下行政权、立法权和司法权的监督,在保证它们行使职权的同时,也要对其违反授权原则,危及国家主权和香港、澳门繁荣稳定,违反行政主导体制的行为及时阻止。这既是维护中央权威,也是保证港澳特别行政区政治体制顺利发展,保证香港和澳门繁荣稳定的必然要求。

一、我国政治体制的内容

大体而言,现代社会的政体有两种基本形式,即君主立宪制和

^{*} 本章序言与本节作者:姚魏,上海社会科学院法学所助理研究员;徐加喜,华东政法大学博士研究生。

民主共和制。君主立宪制是由世袭的君主作为国家元首或国家的象征,但君主一般无具体的实权,国家权力由民选产生的议会代表全体人民掌管,政府由议会产生并对议会负责,英国为典型代表。民主共和制又分为资本主义国家的议会制民主共和制和总统制民主共和制,以及社会主义国家的人民代表会议制度。议会制民主共和制是指由选举产生并有一定任期的公职人员掌管国家权力,政府由议会产生并对其负责、受其监督,印度为典型代表;总统制民主共和制是指总统和议员均由选民选举产生,互相制衡,但都对选民负责,美国为典型代表。

社会主义国家一般采用人民代表会议制的政体,我国也不例外。这种政体是民主共和制的较高形式。人民代表会议制是指人民选举产生国家权力机关,再由国家权力机关通过一定的程序和方式产生元首、政府和法院等其他国家机关,这些国家机关受人民代表会议监督,对其负责。我国采用人民代表大会制度政体是符合中国国情的。

人民代表大会制度,是指以人民代表大会为核心和主要内容的国家政权组织形式^①。人民代表大会制度的主要内容包括两个方面:一是规定了人民代表大会自身的产生、组织、职权和活动方式;二是规定了人民代表大会与人民的关系及与其他国家机关的关系。

从人民代表大会与人民的关系来看,两者是授权与被授权关系。依据《宪法》规定,我国的一切权力属于人民。人民通过选举各级代表,组成全国人民代表大会和地方各级人民代表大会行使国家权力。人民代表的权力来自人民的授予,因此要积极履行职责,对人民负责、受人民监督。当人大代表不称职或有渎职行为

^① 蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社2003年版,第25页。

时,人民有权依据一定程序将其罢免,这也是授权理论的应有之义。

从人民代表大会与其他国家机关的关系来看,它们是产生与被产生关系。其他国家机关均由人民代表大会产生,对其负责、受其监督。在国家层面上,全国人民代表大会处于整个国家体系的核心地位,全国人民代表大会常务委员会是其常设机构,闭会期间代表其行使职权。国家主席、国务院、中央军委、最高人民法院和最高人民检察院均由全国人民代表大会产生,对其负责,受其监督。在中央和地方国家权力机关的关系上,地方各级人民代表大会受全国人民代表大会的领导,不得违背全国人民代表大会制定的法律和通过的决议,但对地方事务依法享有自主管理的权利。

我们在讨论政体时,往往都是从国家层面来论述,过多注重横向权力的分配,而对中央政权组织形式和地方政权组织形式的差异性放到了国家结构形式部分去研究。这就造成了对政体及其在地方的表现形式和作用等研究不足,以至于我国法学界、政治学界很多学者都认为,地方和中央的政权组织形式应该是高度一致的。这种认识很大程度上根源于我国目前政治体制实践。我国自1954年召开第一次全国人民代表大会以来,从中央到地方均实行人民代表大会制度^①。尽管香港和澳门回归后实行了行政主导的政权组织形式(政治体制),但其权力源于全国人民代表大会的授予,因此没有也不可能改变我国整体上人民代表大会制度的政权组织形式。

^① 民族区域自治制度尽管有其特殊的一面,但在民族区域自治地方,仍然是以人民代表大会及其常务委员会为权力中心来构建地方的政权组织形式的,与其他省份差别不大。

二、特别行政区政治体制的主要特征

特别行政区的政治体制是指关于特别行政区所设立的行政长官与行政机关、立法机关、司法机关的组织、地位、职权、作用及其相互关系的一系列法律制度的总称^①。由于行政长官、行政机关、立法机关和司法机关各自职权都由相应的组织法来规定,因此在讨论特别行政区政治体制时一般只考虑它们之间的相互关系。

香港和澳门特别行政区现行的都是行政主导体制。所谓行政主导体制是指以行政长官为首的行政机关在整个政治体制中处于主要地位,立法与其既配合又制约、司法独立的政治制度。尽管行政主导、行政主导体制的提法在香港和澳门特别行政区基本法中没有出现,但现行的政治体制就是行政主导体制。这一点也为中央领导的正式讲话中所肯定^②。

(一) 行政主导体制在特别行政区政治架构中的主要表现

1. 行政长官在特别行政区中处于较高的地位

港澳基本法一方面规定行政长官是特别行政区的首长,代表特别行政区,依照基本法的规定对中央人民政府和特别行政区负责;另一方面,又规定行政长官是特别行政区政府的首长。这就赋予了行政长官双重身份,即既是整个特别行政区的首长,又是行政

^① 焦洪昌、姚建国主编:《港澳基本法概论》,中国政法大学出版社2009年版,第134页。

^② 吴邦国委员长在纪念香港特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话中指出:“基本法……确立了以行政为主导的政治体制……”《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7页。

机关的首长。基于第一种身份,行政长官的法律地位在整个特别行政区处于最高地位,远非立法会主席和终审法院首席大法官或最高法院院长所能比拟的,对外代表特别行政区的只能是行政长官。这种情况下,也只有行政长官能对中央人民政府和港澳特别行政区负责。《香港基本法》第48条、《澳门基本法》第50条规定了行政长官广泛的权力,包括负责执行基本法和依照基本法适用于香港和澳门特别行政区的其他法律、签署立法会通过的法案和公布法律、任免法官和检察官、报请中央任免行政机关重要官员等。这些权力都是行政长官处于较高地位的体现。基于第二种身份,行政长官是香港和澳门行政机关、公务员系统的最高首长领导特区的行政事务,并向立法会负责,受立法会监督,同时也接受司法机关的监督。

2. 行政权相对于立法权处于主导地位

在香港和澳门的政治架构下,行政长官领导下的行政机关相对于立法会而言拥有广泛的权力,在和立法会打交道时处于主动地位。香港和澳门基本法规定了行政长官在作为行政机关首长时所享有的权力,主要表现在以下方面:(1)行政长官如认为立法会通过的法案不符合特别行政区的整体利益,可在90日内提出书面理由并将法案发回立法会重议。立法会如以不少于全体议员2/3多数再次通过原案,而行政长官仍拒绝签署的,则可以解散立法会;(2)立法会拒绝通过政府提出的财政预算案或行政长官认为关系到特别行政区整体利益的法案,经协商仍不能取得一致意见的,行政长官可解散立法会;(3)凡不涉及公共收支、政治体制或政府运作的议案,可由立法会议员个别或联名提出,凡涉及政策的议案,在提出前必须得到行政长官的书面同意;(4)行政长官在立法会未通过政府提出的财政预算案时,可按上一财政年度的开支标准批准临时短期拨款。另外,行政机关还享有制定和执行行政

策、管理各项行政事务、办理基本法规定的中央人民政府授权的对外事务以及预算案和法规的提议权等。

3. 行政权对司法权的制约作用

基本法在规定和保障司法独立的同时,还规定了行政对司法的主导和制约,具体表现在以下方面:(1)特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。(2)行政长官依照法定程序任免各级法院法官;(3)澳门特区行政长官还有权任免各级法院院长和各级检察院检察官;(4)行政长官依法赦免或减轻刑事罪犯的刑罚。

4. 行政会议强化了行政主导体制

澳门和香港都依据基本法设立了行政会议,协助行政长官进行决策。行政长官在作出重要决策、向立法会提交法案、制定附属法规和解散立法会前,都必须先征询行政会议的意见。由于行政会议组成人员中,除行政机关的主要官员和社会人士外,还有立法会的议员,所以在行政长官形成决策和法案时,可以预先知道立法会的立场和意见,行政长官在主持行政会议时可以预先消除行政官员与议员间的意见分歧,增进沟通,加强配合,同时也有利于作为行政会成员的议员在议会表决时发挥影响力,有利于法案的顺利通过。行政会议的设置使行政与立法配合,这也是行政主导的一个重要表现。

(二) 香港和澳门实行行政主导体制的原因

1. 基于中英、中葡联合声明的规定

中英、中葡联合声明均规定,香港和澳门归还中国后,中国将建立香港和澳门特别行政区,实行高度自治。特别行政区将享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。行政长官通过选举

或协商产生,由中央人民政府任命。担任主要职务的官员由特别行政区行政长官提名,报中央人民政府任命。从上述规定可以看出,联合声明的精神就是要使行政长官在特别行政区中处于主导地位,发挥独特的领导作用。因此,港澳基本法规定的行政主导体制完全符合中英、中葡联合声明的精神,真正贯彻和落实了联合声明的有关规定。

2. 为了香港和澳门更加繁荣稳定

香港和澳门作为中国的地方行政区域,如果实行西方三权分立的议会制度,即行政、立法和司法之间相互分权制衡的政治体制,很容易导致社会对抗、分化,形成动荡,最终危及香港和澳门的社会稳定。而稳定正是香港澳门繁荣的基础,动荡不符合港澳人民,也不符合全体中国人的利益。实行行政主导体制,则有利于行政和立法相互配合、相互监督,共同实现港人治港、澳人治澳的政治目标,保持香港和澳门的繁荣稳定,为港澳人民谋福祉。

3. 吸取了香港和澳门原有政治体制的合理因素

香港和澳门回归后,建立什么样的政治体制是个现实问题。内地的人民代表大会制度是和公有制经济相适应的,显然不能运用于港澳;而港澳原有的整个政治体制由于有浓厚的殖民主义色彩,也不能照搬照抄。但是,英葡殖民统治时期所积累的、促进港澳繁荣与稳定的一些合理因素,既为港澳市民所熟悉,也为港澳市民所接受。因此,借鉴已有政治体制的合理因素,实行以行政为主导的政治体制也是顺理成章的。

三、我国政体与特别行政区政治体制的关系

人民代表大会制度作为我国的根本政治制度,是其他所有制度的基础。我国的政治、经济、文化、社会等各项制度均从属于人

民代表大会制度,由其产生。同样,香港和澳门特别行政区的有关制度,包括行政主导的政治体制,也是由人民代表大会制度产生的。但是香港和澳门作为特别行政区而实行的行政主导体制,与内地省份的政治体制迥然不同,与人民代表大会制度的关系也非简单的授权与被授权、中央与地方的领导与被领导关系。我们应从以下两方面认识国家的人民代表大会制度与香港和澳门特别行政区的行政主导政治体制的关系。

(一) 中央与特别行政区是授权与被授权关系

由于特别行政区的权力源于中央的授予,因此在处理双方关系时,无论是中央,还是香港、澳门特别行政区都不能违反授权理论的一般原则,都应认真积极地按照宪法和法律规定依法行使各自职权。

香港和澳门是中央直辖的特别行政区,其高度自治权均来自全国人民代表大会的授予而非自生。全国人民代表大会制度是特别行政区政治体制得以建立的基础和权力来源。因此,中央对特别行政区拥有无可争辩的绝对权威。这主要表现在以下三个层面。

1. 中英、中葡联合声明的有关规定

首先,中英联合声明中载明,中华人民共和国政府决定于1997年7月1日对香港恢复行使主权;联合王国政府于1997年7月1日将香港交还给中华人民共和国。中葡联合声明规定澳门地区(包括澳门半岛、氹仔岛和路环岛,以下称澳门)是中国领土,中华人民共和国政府将于1999年12月20日对澳门恢复行使主权。由此可见,英国、葡萄牙均是把香港和澳门的主权归还给中央政府的。那种认为香港和澳门的权力属于全体香港、澳门居民的观点是毫无依据的,所谓“剩余权力归特别行政区”的说法也是站不住

脚的。就权力来源讲,香港和澳门与内地的省份并无二致。其次,《宪法》第32条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”宪法把规定特别行政区内具体实行哪些制度的权力赋予了全国人民代表大会。这是制定基本法和建立行政主导政治体制的宪法依据。

2. 香港和澳门特别行政区基本法第2条的规定

该条规定,中华人民共和国全国人民代表大会授权香港和澳门特别行政区依照基本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。全国人民代表大会通过基本法建立起行政主导政治体制,赋予了特别行政区包括行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权在内的广泛权力。

因此,从中央角度来看,中央把权力授予香港和澳门特别行政区后,应当支持、保证特别行政区政治体制的良好运转。这不仅是贯彻落实中英、中葡两个联合声明的需要,也是宪法和基本法的明文规定,更是保证香港澳门居民行使当家作主权利和香港澳门繁荣稳定的内在要求。从香港回归12年、澳门回归10年的实践来看,中央积极支持和保证特别行政区政府和香港、澳门居民依照基本法的规定行使自治权,从未有越权现象的发生。

从特别行政区的角度看,特别行政区应该依照宪法和基本法行使自治权,行政主导政治体制也应在基本法的框架内运行。行政机关、立法机关和司法机关既不能与中央争权,相互之间也不能对立、越权。授权理论认为被授权机关只能在所授予权力的范围内活动,任何与授权机关争夺权力,或超越职权活动都是不允许的。香港和澳门特别行政区建立以来,行政机关、立法机关和司法机关基本上都能遵守基本法、按基本法规定的职权范围开展工作。这表明行政主导体制是符合香港和澳门实际需要的。

（二）中央与特别行政区是监督与被监督的关系

既然人民代表大会制度是行政主导政治体制的基础,特别行政区的权力来自中央的授予,那么中央自然有权监督特别行政区政府,特别行政区理应接受中央的监督。在出现侵犯中央的固有权力、危害特别行政整体利益或行政、立法和司法相互侵犯权力范围时,中央应该行使监督权,及时制止这种侵权行为的发生。

根据基本法的规定,中央通过不同方式,对行政主导体制下的行政机关、立法机关和司法机关行使监督权。其主要有以下几个方面。

1. 通过批准对主要官员的任免来实现对行政机关的监督

香港和澳门基本法均规定中央人民政府有权任命行政长官和行政机关的主要官员。尽管这些官员是由特别行政区选举产生的,但中央对是否任命拥有最终决定权。可见,报中央人民政府批准不仅是程序性的,更是实质性,这是中央对特别行政区的一种重要监督手段。

2. 通过对法律的备案来实现对立法机关的监督

香港和澳门基本法均规定立法机关通过的法律要报全国人民代表大会常务委员会备案,备案不影响生效。但是如果立法机关制定的法律不符合基本法规定的关于中央管理的事务及中央与香港特别行政区关系的条款,全国人民代表大会常务委员会可将有关法律发回,但不作修改,发回后的法律立即失效。这就是中央通过备案审查制度,行使对特别行政区立法机关的监督权。

3. 通过对事实问题的认定,监督司法机关依法行使职权

香港和澳门基本法均规定,特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发

出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书。这就有效防止了法院对中央权力的侵害,在某种程度上讲也是对特别行政区法院权力的一种有效监督。

此外,全国人大常委会还拥有对香港和澳门基本法的最终解释权。从某种意义上讲,这种解释对行政主导体制下的行政、立法和司法均有强大的监督作用。

第二节

特别行政区和特别行政区制度*

恩格斯认为,按地域划分行政区划,而不依氏族划分部落,这是国家产生的重要标志^①。行政区划是国家为了管治的方便,而对国家领土进行的行政划分。这种划分必须顾及政治、经济、文化、民族、地理、人口、国防和历史传统等诸多因素。因此,在许多国家,行政区划从来都不是整齐划一的,而总是需要在某些特定地方设立特别行政区划制度。

一、特别行政区的概念

特别行政区的概念,可以理解为两种含义:第一个含义是泛指,是指特别行政区域或特殊行政区域的意思。这种泛指意义上的特别行政区域,与普通行政区域或一般行政区域相对应。普通行政区域或一般行政区域,是指国家针对全国情况普遍设立的行政区划,如我国自元代以来就设置的省这一级行政区划,即属于普通行政区域。特别行政区域,是指国家针对某些特殊地方设置的行政区划,如我国设立的民族区域自治区和后来设置的特别行政区。一般行政区域是国家行政区划体系中的主体,而特殊行政区域则是例外,特殊行政区域在通常情况下比普通行政区域拥有

* 本节作者:王禹,澳门理工学院一国两制研究中心副教授。

^① 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第110页。

更多的权力。特别行政区的另一个含义是指一种特定名称的特别行政区域。泛指意义上的特别行政区,正如我国当前的行政区划,既可以称为民族区域自治区,也可以称为特别行政区。但这是两种不同类型的特别行政区域,名称不同,反映其性质和特点亦不同。民族区域自治是为了解决民族问题而设置的,而特别行政区是为了解决历史遗留下的国家统一问题而设置的。

值得指出的是,我国还存在着另一个特别行政区,那就是四川省汶川卧龙特别行政区。该特别行政区位于四川省阿坝藏族羌族自治州汶川县西南部。原称“四川省汶川县卧龙特别行政区”,于1983年3月经国务院批准成立,同年7月改名“四川省汶川卧龙特别行政区”,隶属于四川省人民政府,由四川省林业厅代管。四川省汶川卧龙特别行政区的辖区与四川卧龙国家级自然保护区完全重合,并与国家林业局卧龙自然保护区管理局合署办公^①。该特别行政区在区划上属于阿坝州汶川县,由卧龙镇和耿达乡组成。管理上则由四川省林业厅负责,但其承担的却又不只是林业或大熊猫保护工作,更要负责当地两个乡镇的经济、社会发展任务,因此不少的管理工作是由其他省级机构来指挥。该特别行政区在某些功能上仍要受汶川县、阿坝州管理,比如特区建有法庭、检察科,都是汶川县法院、检察院的派出机构,但是阿坝州及汶川县编制经

^① 四川省汶川卧龙特别行政区建立的经过如下:1963年,汶川县卧龙自然保护区建立,面积2万公顷。1975年3月,国务院批准成立卧龙自然保护区,面积扩大到20万公顷。1978年,汶川县卧龙自然保护区管理处与四川省卧龙自然保护区筹备处合并为四川省卧龙自然保护区管理处。1979年,卧龙自然保护区管理处改为林业部卧龙自然保护区管理局,由林业部直属。1980年,保护区加入联合国教科文组织“人与生物圈”保护区网。1981年,保护区与世界野生生物基金会合作建立中国保护大熊猫研究中心。1983年3月,经国务院批准,将卧龙保护区内汶川县的卧龙、耿达两个公社划定为汶川县卧龙特别行政区,实行林业部、四川省双重领导体制,由四川省林业厅代管。1983年7月,省政府、林业部联合决定将四川省汶川县卧龙特别行政区改为四川省汶川卧龙特别行政区。见网站:<http://baike.baidu.com/view/4188946.htm>,及<http://zh.wikipedia.org/wiki/四川省汶川卧龙特别行政区>。

济社会规划不再列入汶川卧龙特别行政区。

我国《宪法》第31条规定：“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区实行内的制度由全国人民代表大会以法律规定。”四川省汶川卧龙特别行政区不属于《宪法》第31条所指的特别行政区。考虑到香港特别行政区和澳门特别行政区建立以来，其实行的“一国两制”、高度自治与“港人治港”、“澳人治澳”取得了举世瞩目的成就，特别行政区作为我国实行“一国两制”的特定行政单位已经深入人心而且具有宪法依据，建议四川省汶川卧龙特别行政区的名称改为其他，如特别区域、特殊区域或特别乡镇等。

我国在香港和澳门设置的特别行政区，是与邓小平提出的“一国两制”构想分不开的。这两个特别行政区具有以下3个明显特点：“一国两制”；高度自治；“港人治港”、“澳人治澳”。

“一国两制”是指在特别行政区不实行中国宪法规定的社会主义制度和政策，即在统一的中华人民共和国境内，大陆主体部分坚持实行社会主义的制度和政策，在这一前提下，为解决香港、澳门、台湾历史遗留下来的问题，根据宪法的规定建立特别行政区，在一个相当长的时期内，保持原有的资本主义制度和生活方式不变。

高度自治，是指特别行政区行使的权力超过了普通地方机关和民族自治地方的自治机关的权力。特别行政区依照法律的规定享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。特别行政区通用自己的货币，财政独立，收入全部用于自身需要，不上缴中央人民政府，中央人民政府不在特别行政区征税。

“港人治港”与“澳人治澳”，是指特别行政区的事务由当地人进行管理。政权机关由当地人组成，中央人民政府不派遣干部到特别行政区担任公职。

二、我国历史上的特别行政区划制度

我国设置特别行政区划制度有悠久的历史,甚至可以说,特别行政区划一直是与我国中央集权国家的建立和发展相伴随,是我国历朝历代中央集权体制下的重要组成部分。毛泽东诗曰:“百代都行秦政法。”^①所谓“秦政法”,是指秦始皇统一中国后,废除了“分封制”,改成“郡县制”,郡县的长官由朝廷任命,也就成为几千年来中国政治体制的一个基本格局,并一直延续到今天。不过,“百代都行秦政法”不仅包括了秦朝建立的作为一般行政区划的郡县制,而且还包括了秦朝建立的特别行政区划制度。

秦朝一统天下,在全国推行郡县制的同时,在边远少数民族聚居地区实施道、属国的地方政治制度建制。郡县制是与商周时期的诸侯分封制相对立的,是指在全国建郡,作为地方一级政区,郡下设县,作为地方二级政区,郡守与县令一律由皇帝统直接任免,不能世袭。这是一般或普通的行政区域制度,构成了当时国家地方政治制度的骨干。

在这个一般行政区划制度以外,秦朝还设立了特别行政区划制度。特别行政区划制度有两种:一种是在边远少数聚居地区设立“道”,作为与县并列的地方政区。“道”的长官不是由中央王朝直接任命流官担任,而是由中央王朝确认边远少数民族原来的首领担任,并可以世袭,即在该地域维持原有的部落领主

^① 毛泽东的这首诗作于1973年8月,名为《读〈封建论〉呈郭老》:“劝君少骂秦始皇,焚坑事业要商量。祖龙魂死秦犹在,孔学名高实秕糠。百代都行秦政法,十批不是好文章。熟读唐人封建论,莫从子厚返文王。”

血缘统治制度^①。另一种是称为属邦(国)的地方政区建制。“属邦”始于战国时期。秦代属邦包括边远少数民族举族臣服秦朝的“臣邦”和边远少数民族内附秦朝的“属邦”^②。“属国”的官员,由秦朝中央政权确认该少数民族的原有首领担任,并可以世袭,其性质与“道”同。其不同有:一是这些内属的少数民族在内属之前是不属于秦王朝的民族;二是道作为县级政区,属国有县级的,亦有郡级的^③。

汉承秦制,道与属国的地方政制都有较大的发展。属国的最高长官称为都尉,不仅为武职,而且还兼理民事,都尉多为降附或内属的边远少数民族的首领担任,都尉之下,设立丞、侯、千人、主簿等职。南朝时,全国实行州郡县制,在边远少数民族地区则实行左郡、左县的地方政治制度建制。因当时称边地少数民族为“蛮左”(其服饰为左衽而得名),为蛮左设立的郡县则为“左郡”、“左县”,后来又在之上出现“左州”。到了唐宋时期,唐朝在全国实施道、郡和县制,宋朝在全国实施路、州和县制,它们在边远少数民族聚居地区实施的特殊地方政治制度,称为羁縻制度。所谓羁縻,即如用牛鼻绳、马笼头束住牛马一样,用土官管住所属土民。羁縻制度包括羁縻都督府、羁縻州和羁縻县三级,习惯上统称为羁縻州,又称蕃州。

羁縻府州的辖境限于少数民族部落的聚居地区,是原来部落的领地,其长官,包括都督、刺史和县令,不是朝廷直接任命委派

① 秦初,全国设36郡,以后随着疆域的扩展增至40多个郡,在全国建县和道900~1000个,其中有多少个道,至今尚未发现确切的记载。见孙关龙、孙华:《关于中国古代两种地方政制的初步研究》,《“一国两制”研究》2001年第9期。

② 秦朝中央设有“典属国”的官职。《汉书·百官公卿表》曰:“典属国,秦官,掌蛮夷降者。”

③ 孙关龙、孙华:《关于中国古代两种地方政制的初步研究》,《“一国两制”研究》2001年第9期。

的,而是由各部落原来的首领担任,朝廷颁发印信,部落首领保持其原有的称号与权力,都督、刺史和县令则是朝廷授予他们的一个称号。羁縻州的内政事务完全自理,朝廷不予以干涉,其传统的制度和法律一概保留不变。大多数的羁縻州只是名义上的版图,其版籍并不向中央王朝申报,也不承担一定的贡赋。少数羁縻州版籍上报户部,也有少数羁縻州愿纳赋税,不过比正州要轻,且没有固定的定额^①。

到了元明清时期,我国的特别行政区划制度继续发展。全国实行统一的行省、路(道)、府(州)和县制,而在边远少数民族聚居地区在原来唐宋羁縻制度的基础上,实施土司制度,清代还在游牧的蒙古民族聚居区实施盟旗制度。土司制度与羁縻制度大致相同,其长官由部落首领世袭担任,内政自理;然而土司制的土官各有品级,纳入国家官制系统,贡赋有明确规定,土官须定期入京朝覲,土司子弟补充入学习礼才能承袭。

然而,随着土司制度的发展,这种特别行政区划制度的弊病也越来越明显,土司势力坐大,对内残暴统治属民,对中央王朝叛服无常,土司之间也不断发生纠纷和战争。因此,明清两朝的统治者在条件成熟的地方取消土司世袭制度,“改土归流”,设立与内地一样的府、厅、州和县,由中央王朝派遣有一定任期的流官进行管理。不过,直到清朝末年,仍然保留着一些特殊的地方行政区划,并设置了统辖首都附近二十四州、县的特别行政区:顺天府。1911年辛亥革命后,北洋政府曾设置过四个特别区:热河、察哈尔、绥远、川边,并将清代顺天府改为京兆,其行政长官改为京兆尹^②。1927年南京国民政府建立后,曾设立过威海卫行政区、延安

① 孙关龙、孙华:《关于中国古代两种地方政制的初步研究》,《“一国两制”研究》2001年第9期。

② 程辛超:《中国地方政府》,中华书局香港分局1987年版,第216~217页。

特区、琼崖等直辖于中央的特别行政区域。我国 1949 年后,在民族聚居地区实施民族区域自治制度。这也就是一种特别行政区划制度。

这就是说,我国自古以来,“在朝廷势力所及的范围内,在主要制度大体一致的情况下,一些局部地区,尤其是一些少数民族地区,在具体管理制度上往往实行特殊的办法”^①。特别行政区划制度在我国源远流长,构成了历朝历代中央集权体制的特色和重要组成部分。

三、特别行政区制度的概念及创设的条件

我国当前实行的特别行政区制度是古代中国特别行政区划制度的延续。我国自秦汉时期建立大一统的中央集权国家开始,对边远地区和少数民族地区,基于民族因素、社会经济条件差异和国家统一因素,就实行着对特殊地方实行例外管理的制度传统。我国 1949 年以来就实行的民族区域自治就是这种制度的延续。香港回归和澳门回归后建立起来的特别行政区,也是这种制度的延续。

所谓特别行政区制度,是指我国在收回香港和澳门以后对香港和澳门所采取的特殊管治制度。正如我国历史上的特别行政区划制度一样,这种特殊的管治制度包括:(1)设立特别行政区;(2)特别行政区内部实行特别的社会、政治和经济制度;(3)特别行政区政府对所辖区域社会的政治、经济、财政、金融、贸易、工商业、土地、教育、文化等方面享有高度自治的权力,并实行“港人治

^① 刘海年:《一国两制——从科学构想到光辉实践》,Priscilla MF Leung、Zhu Guobin(主编):*The basic law of the HKSA: From Theory to Practice*,Butterworths,1998 年。

港”和“澳人治澳”的当地人治理原则。

特别行政区划的出现不是必然的,而是在一定条件下出现的。这些条件包括:社会经济条件、政治法律条件和历史文化条件等。具体来说,大致包括以下几点:(1)新添附的领土或因民族关系;(2)与国家普通行政区域存在一定的社会经济差异;(3)原有的社会制度行之有效,没有必要强行予以改变;(4)强有力的中央集权。

这些条件同样也适用于我国当前建立的香港与澳门两个特别行政区。其中不同的是,历史上中央王朝管辖的大部分地区的社会经济发展水平相对边远和少数民族地方要高一些,而我国提出“一国两制”的初期,香港和台湾的经济繁荣与内地的贫穷落后构成鲜明对比。其后,随着我国内地改革开放进程的推进,内地经济迅猛发展,两地的经济差异逐渐在缩小。

另外,我国当前的特别行政区制度还有着深刻的国际法背景。我国在《中英联合声明》和《中葡联合声明》中承诺在收回香港和澳门以后建立特别行政区实行“一国两制”。这个国际条件是我国以前的特别行政区划制度所没有的。为了保证国家对香港和澳门的承诺,国家特别制定香港基本法和澳门基本法,予以严格的法律保障。

特别行政区划的起因在于一些新的领土或民族在加入中央王朝政权时,本身存在一定的社会经济条件差异,原来有一套行之有效的管治制度,如果强行予以改变,就可能引起社会动荡。所以,国家在收复为新的领土时,采用特殊的办法,即继续维持原有的这一套管治体系,这样就形成了中央与特别行政区的特殊关系。因此,特别行政区划制度既包括中央与特别行政区的关系制度,也包括特别行政区内部的制度。

我国《宪法》第31条规定:国家在必要的时候得设立特别行

政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。第 62 条第(十三)项规定全国人民代表大会决定特别行政区的设立及其制度。这就是必须由全国人民代表大会制定法律的形式予以确认特别行政区制度。这就是 1990 年和 1993 年制定的香港基本法和澳门基本法。

香港基本法和澳门基本法的“序言”第三段都指出,根据中华人民共和国宪法,全国人民代表大会特制定中华人民共和国香港特别行政区基本法和中华人民共和国澳门特别行政区基本法,规定香港和澳门特别行政区实行的制度,以保障国家对香港和澳门的基本方针政策的实施。这里所说的特别行政区实行的制度,既包括中央与特别行政区的制度,也包括特别行政区内部的制度。

特别行政区内部的制度在香港基本法和澳门基本法第 11 条里有进一步规定。香港基本法和澳门基本法第 11 条规定,根据中华人民共和国宪法第 31 条,香港特别行政区和澳门特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。这就是指特别行政区内部的制度必须以香港基本法和澳门基本法作为基础。

中央与特别行政区的制度与特别行政区内部实行的制度,这两个方面是相辅相成的。中央与特别行政区的制度是由特别行政区内部的制度配套完成的,特别行政区内部的制度则是中央与特别行政区的制度保障确立的。不能离开中央与特别行政区的关系制度,来谈特别行政区内部的制度,也不能离开特别行政区内部的制度,来谈中央与特别行政区的关系制度,两者是一个整体。

历史上的特别行政区划制度的建立和发展,都是以不威胁到

中央王朝的政权稳定为前提的。特别行政区制度亦是如此。香港基本法和澳门基本法第 23 条规定,香港特别行政区和澳门特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为,禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区和澳门特别行政区进行政治活动,禁止香港特别行政区和澳门特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。

四、特别行政区的法律地位

特别行政区本身就意味着这是一个特别行政区划制度,区内必须有一些特别权力,国家对其的管治有其特别制度。特别行政区制度既然作为一种特殊的行政区划制度,那么,还必须明确特别行政区的法律地位。

香港特别行政区和澳门特别行政区的法律地位,已由香港基本法和澳门基本法的条文明确订明。这些条文内容包括:(1)自古以来就是中国的领土(基本法“序言”第一段);(2)是中华人民共和国不可分离的部分(基本法第 1 条);(3)是一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府(第 12 条)。

特别行政区的法律地位,可以从以下几个方面加以理解。

(一) 从国家结构形式的角度看

我国是单一制国家,这就是确定香港特别行政区和澳门特别行政区法律地位的前提。正是在这个前提下,香港基本法和澳门基本法规定香港特别行政区和澳门特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。不可分离,是指香港特别行政区和澳门特别行政区是中华人民共和国的组成部分,无权从中华人民

共和国分离出去,无权要求独立,或退出中华人民共和国。既然是单一制的国家结构形式,香港和澳门是中央管治下的地方。那么,香港和澳门是哪一级的地方行政区域呢?香港基本法和澳门基本法作了回答,即直辖于中央人民政府。这就说明香港和澳门特别行政区的法律地位相当于省一级的行政区划,是我国的一级地方行政区域。

(二) 特别行政区是一个特别的地方行政区域

其特别之处在于实行“一国两制”、高度自治和“港人治港”、“澳人治澳”。香港特别行政区与澳门特别行政区,保持原有的资本主义制度和生活方式 50 年不变,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,并有一定的对外事务权,可以以“中国香港”、“中国澳门”的名义参加国际社会。香港和澳门特别行政区实行“港人治港”、“澳人治澳”,行政机关和立法机关由当地人组成,并有权发行自己的货币,成立自己独立的关税地区,财政独立,中央人民政府不在香港、澳门征税,可以使用自己的区旗和区徽。

至于其高度自治权的来源,则来自于全国人民代表大会的授权(基本法第 2 条),基本法并规定中央有关机构,如全国人大、全国人大常委会和国务院,可以继续授予特别行政区以其他权力(基本法第 21 条)。

因此,特别行政区是中华人民共和国的一部分,是地方一级行政区域;直辖于中央人民政府;中央人民政府与特别行政区的关系是在单一制国家结构形式内中央与地方之间的关系,特别行政区享有高度自治权,其权力来自中央的授权,但它不享有国家主权;没有外交和国防方面的权力,也不是一个独立的政治实体,其法律地位相当于内地省份。

五、特别行政区划制度的历史形态

一个国家在不同的历史时期,其行政区划会有所调整和变更。但是,行政区划亦有一定的历史延续性,如我国自秦朝建立大一统的中央集权国家实行郡县制以来,历代行政区划虽有变更,但原则上没有太多变更。我国1997年设立的香港特别行政区和1999年设立的澳门特别行政区,实行“一国两制”、高度自治与“港人治港”、“澳人治澳”,在中国历史上亦有一定的痕迹可寻,并非史无前例,而是有着深厚的历史文化底蕴。

香港基本法和澳门基本法里所使用的许多法律术语和法律概念,亦非该法所独创,在以往的历史文献里可以找到引证。如“高度自治”,1947年由内蒙古人民代表大会通过的《内蒙古自治政府施政纲领》就出现了“高度自治”的字样^①;又如“行政长官”,1945年日本战败、台湾光复后,国民政府在台湾设置行政长官公署,规定行政长官大权独揽,综合治理台湾全省政务。

正如历史上的特别行政区划制度是我国中央集权体制下的特色和重要组成部分一样,特别行政区制度是我国国家管理体制中的重要一环,是我国单一制国家结构形式下地方制度的组成部分,是我国单一制国家结构形式下的一种特殊地方制度,同时,也是我国单一制结构形式下的一种局部地方制度。

这就是说,特别行政区划制度历来是整个国家结构形式里的一种例外和补充,但不能构成主干。从历史上看,如果特别行政区制度构成国家的主干制度,中央集权的体制就难以维系。

^① 《内蒙古自治政府施政纲领》第2条规定:“内蒙古自治政府是由内蒙古民族各阶层联合内蒙古区域内各民族实行高度自治的区域性的民主政府。”

如果从特别行政区实行高度自治和“港人治港”、“澳人治澳”的角度看,这是我国宪法规定的人民当家作主在特别行政区的具体表现。在这个意义上,特别行政区制度与我国的其他基本政治制度,如民族区域自治制度和基层群众自治制度一样,都构成了我国政治制度的基本体系。

第三节

特别行政区的制度和 权力及其关系*

特别行政区制度是“一国两制”制度化的载体,作为约束国家、特别行政区、个人的行为规则的总和,由一系列的规范构成。那么,构成特别行政区制度的规范中哪些是属于基本规范?这些基本规范的关系又是如何?十分需要搞清楚。对特别行政区制度的研究应该从基本范畴研究开始,因为“范畴就是基本概念,是人的思维对事物、现象普遍本质的概括和反映。从不同侧面揭示了事物普遍联系和发展的基本环节,反映事物本质属性和普遍联系的基本概念,是理论思维的逻辑形式”^①。笔者认为,特别行政区制度中至少有两对不可或缺的基本范畴,即“国家层面制度”和“地方层面制度”、“中央权力”和“特区自治权”,对这两对基本范畴进行系统分析和论述,有助于更好地理解 and 构建特别行政区制度。

一、特别行政区制度中“国家层面制度”和“地方层面制度”含义及关系

特别行政区制度是国家管理“一国两制”特区所实行的制度。

* 本节作者: 骆伟建, 澳门大学教授, 法学博士。

① 《互动百科》, 基本范畴定义, <http://www.hudong.com/wiki>.

国家管理地方事务可以采用各种方式,其中划分行政区域,建立地方政府,授权地方治理是方法之一。如,我国《宪法》第30条规定设立省、直辖市、自治区;另一种方式是我国《宪法》第31条规定的,在实行“一国两制”地区设立特别行政区。

(一) 特别行政区制度构成因素

由于行政区与特别行政区都是国家管理地方事务的一种制度,所以,它们之间既有共性又有特殊性。

从共性角度说,都属于行政区的性质,是中央政府行使行政区划权力而产生的。一方面由国家建立特别行政区制度,行政区直辖于中央政府,对特区管理是国家管理制度中的一部分,特区不是独立于国家管理制度之外;另一方面由国家管理该制度中属于中央管理和中央与特区关系的事务。从这个意义上说,特别行政区制度首先是属于“国家层面制度”。

从特殊性角度看,行政区与特别行政区有区别。“特别”行政区实行不同于“一般”行政区的制度。从这个意义上说,特别行政区制度既有别于其他地方制度,但仍然属于“地方层面制度”。

因此,特别行政区制度是一体两面,既是国家层面的制度,国家采用特殊方式管理特殊地区,又是地方层面的制度,特殊地区实行不同于一般行政区的管理制度。

在这里也有必要提出,特别行政区制度与特别行政区内实行的制度是两个不同的概念。一些人往往把特别行政区制度理解或定义为特别行政区实行的制度,所以,简单化地把特别行政区制度归纳为地方制度。其实不然,特别行政区制度与特别行政区实行的制度之间的关系是,前者是大概念,后者是小概念,前者包含了后者,后者是前者中的一部分,两者并不等同。

（二）特别行政区制度中“国家层面制度”的含义

在特别行政区制度中“国家层面制度”这一范畴应该包含如下内涵：

1. 特别行政区制度是宪法体制的一部分

《宪法》第31条规定：“国家在需要时设立特别行政区，在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”特别行政区制度包括特别行政区制度的建立及制度的内容是由全国性的基本法规定，并非由特区自身法律规定，是纳入宪法体制中的。所以，规范特别行政区制度的基本法的制定、解释和修改权属于全国人民代表大会及其常务委员会。

2. 特别行政区制度体现国家基本政治制度的内容和要求

特别行政区的制度受国家基本政治制度的约束，如人民代表大会制度是国家的基本政治制度，全国人民代表大会是国家的最高权力机关，所以，由全国人民代表大会向特别行政区授予高度自治权，特别行政区立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案，接受审查，如有违反基本法有关中央管理的事务及中央和特别行政区关系的条款，可将法律发回。再如，国务院是国家的中央人民政府，是国家的最高行政机关，统一领导各级国家行政机关工作，所以，特别行政区直属于中央人民政府，行政长官对中央人民政府负责。因此，特别行政区的制度不可能脱离宪法规定的国家基本制度，实实在在是国家基本政治制度在特别行政区制度中的具体落实。

3. 特别行政区制度受国家结构制度的约束

中国实行单一制的国家结构形式，在单一制下国家划分行政区，建立地方政府，分级管理。根据宪法的规定，国家建立普通行政区、民族区域自治和特别行政区。虽然行政区的形式不

同,特别行政区享有高度自治权,但是,都属于中央领导下的地方行政区。这一点是相同的,并没有改变国家单一制的结构,而是打上了单一制国家结构的烙印。因此,特别行政区制度由宪法规范,受人民代表大会制的政治制度和单一制的国家结构形式的约束,充分体现“国家层面制度”的一面,特别行政区不能也无权改变“国家层面制度”。如果将特区制度独立于“国家层面制度”之外,无论在法理上还是逻辑上均站不住脚,是错误的。如果试图将特别行政区制度割断与“国家层面制度”的联系更是十分危险的,容易导致特区独立于国家的危险,对国家、对特区有百害而无一利。

(三) 特别行政区制度中“地方层面制度”的含义

在特别行政区制度中的“地方层面制度”这一范畴应该包含的内涵有以下几方面。

1. 作为“地方层面制度”仅仅限于处理特区自治事务

特区作为特别行政区制度中的另一个主体,需要建立一整套制度,管理属于自治范围内的事务。由于自治范围的事务是属于地方性事务,决定了管理自治事务的制度具有地方性的属性。地方性的制度适应地方性的事务。

2. 作为“地方层面制度”可以与内地的制度不同

为了适合“一国两制”的实际需要,可以实行一套有别于内地的具体的社会制度,如立法制度、行政制度、司法制度和经济、文化、社会方面制度。所以,澳门基本法第11条第1款规定:“根据中华人民共和国宪法第三十一条,澳门特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。”(香港基本法亦有相同规定)在这些制度方面无须与宪法规

定一致,从而使特区的具体制度能够符合澳门的地方性特点,既保留行之有效的原有制度的部分,又能根据“一国两制”的要求发展出新的制度,有利于澳门社会的稳定,经济发展。因此,由于特别行政区建立一整套有别于国家实行的、适应管理自治事务的制度,体现了“地方层面制度”的另一面。

(四) 两个层面制度的关系

特别行政区制度中的“国家层面制度”和“地方层面制度”两个范畴的关系是体现在以下方面。

1. 特别行政区制度是由“国家层面制度”和“地方层面制度”构成

特别行政区制度是“国家层面制度”和特区“地方层面制度”的结合体,它的根本原因是由“一国两制”决定的。“一国两制”下的“一国”是包含了“两制”的一国,而“两制”又是“一国”下的两制。“一国”与“两制”不能分割。所以,“一国两制”下的特别行政区制度就包含了“一国”和“两制”的元素。“一国”的元素体现在“国家层面制度”上,“两制”的元素反映在特区“地方层面制度”上。(1)从特别行政区制度的主体分析,国家是特区制度中的首要主体,它的代表就是国家主权机关,如全国人民代表大会及其常务委员会和国务院等。其次,特区也是主体之一,其代表有特别行政区行政长官、行政机关、立法机关、司法机关等。(2)从特别行政区制度的内容分析,既有国家层面制度的安排,如全国人民代表大会及其常务委员会制定、修改、解释基本法,审查立法会制定的法律,国务院领导特区政府、向行政长官发出指令等,又有特区自身制度的安排,如社会经济制度、居民权利自由制度、行政主导的政治体制等。(3)从特别行政区制度的事务分析,既有中央管理的事务,如外交、国防、任免行政长官、

主要官员等,也有特区自行管理的事务,如经济、社会、文化事务等。

2. 在特别行政区制度的统一体中“国家层面制度”是基础

“国家层面制度”作为基础,体现在“国家层面制度”决定“地方层面制度”。也就是说,“国家层面制度”制约“特区层面制度”,如统一的国家决定了特别行政区是国家不可分割的一部分。特别行政区直辖于中央,中央政府领导特区政府。特区层面的制度不能抵触和拒绝“一国”的原则,凡是宪法中“一国”的规定,包括国家主权机构地位的规范、职能职权的规范、主权象征的规范均需要在特别行政区制度中得到体现和落实。

3. “地方层面制度”在不抵触“国家层面制度”下可以灵活运用

特区层面制度可以与内地的制度有所不同,在“两制”原则下,根据特区的实际情况,采用有利于特区发展和稳定的政策和制度,包括可以保留原有实行的制度,也可以建立和完善适合特区自身需要的制度,中央给予尊重和配合。

4. 两个层面制度互相尊重、互相配合

两个基本层面制度虽有区别,但不是对立冲突的,只要坚守“一国”和“两制”,互相尊重,它们之间可以和谐共存。否则,特别行政区制度本身在内部就分裂了,外部的冲突就不可避免。

二、特别行政区制度中“中央权力”和“特区自治权”及其关系

顺着以上的逻辑推理,特别行政区制度既包含了“国家层面制度”又包含了“地方层面制度”,那么,在“国家层面制度”中就存在中央权力,在“地方层面制度”中就存在地方自治权力。

（一）三种权力的概念及含义

在论述特别行政区制度中的权力时,必须搞清楚“国家主权”、“中央治权”、“特区自治权”三个概念及其关系。

1. 概念

(1)“国家主权”是国家的原始权力。它源自国家本身,是国家固有的权力。国家的主权源于全体人民。国家主权是一个国家最终、最高的权力,是其他国家权力的源泉。(2)“中央治权”是由国家主权派生出来的管理国家事务的权力,其中包括对特别行政区事务的管理。国家拥有主权自然拥有对国家的治理权,从而产生治权,国家治权覆盖全国。所以,主权决定有无治权,主权决定治权的管辖范围。(3)“特区自治权”属于国家治权的范畴,是国家治权的一部分,是具体管理特区自治事务的权力,不具有主权的属性。因为特别行政区是国家的一部分,不是独立的政治实体,所以没有主权。特区自治权源于国家主权的授权,并对特区的自治事务拥有管理权。

2. 关系

(1)主权是国家最高的权力,是一切权力的源泉,主权决定治权。(2)治权可以分为中央治权和地方治权,国家如何行使治权、如何划分治权是属于主权决定的事务。世界上的个别国家没有行政区划,不设地方政府,自然不存在地方自治权。大部分国家进行行政区划,设立地方政府,实行分级分区管理,自然赋予地方自治权。所以,一个国家的地方有无自治权、有多少自治权是中央主权和治权决定的。(3)中国实行单一制国家结构,只有在中央授权后才有地方自治权力。惯常的做法:一是通过宪法授权。国家主权通过制定宪法作为授权的法律基础。二是通过划分行政区域授权。主权决定建立地方行政区作为被授权的对象。三是主权决定

如何授权及授权的事项范围,其中规定中央保留的治权范围,以及授权地方自治权的范围。

(二) “中央权力”与“特区自治权”的关系

1. 主权是自治权的来源

笔者认为,它们的关系如下:(1) 授权与被授权的关系。两地基本法第2条规定:中华人民共和国全国人民代表大会授权香港和澳门特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。为什么特别行政区的自治权需要中央授权呢?为什么特别行政区自治权不是特区固有的权力呢?回答这些问题还是需要从根本上说起。第一,中国恢复对港澳行使主权。港澳自古是中国的领土,由于历史的原因被英国、葡国占领。随着中国与英国、葡国就香港和澳门问题签署联合声明,双方同意,英国、葡国与中国政府进行政权交接,不是与香港、澳门进行政权交接。中国恢复对香港、澳门行使主权,港澳回归祖国怀抱后,国家实行“一国两制”,才有特别行政区高度自治。所以,特区不存在固有权力。既然没有固有权力,就要通过授权才能享有自治权。第二,国家设立特别行政区。中国恢复行使主权后,按照“一国两制”的基本方针政策,设立港澳特别行政区。因为没有特别行政区,中央授权就没有对象。所以,全国人民代表大会根据宪法,通过专门的决定(关于设立中华人民共和国香港和澳门特别行政区的决定)先后设立港澳特别行政区,从而为中央授权明确对象。第三,国家通过基本法授权。国家在设立特别行政区的同时,制定特别行政区基本法,并通过基本法向特别行政区具体授权,明确高度自治权的范围和具体的权力,高度自治权有了法律的基础和保障。因此,历史和逻辑的顺序是:由国家恢复对港澳行使主权,然后设立港澳特别行政区,再通过制定特别行政区基本

法,向港澳特别行政区作出具体的授权。这个过程再清楚不过地说明,主权是自治权的来源。(2)领导与被领导关系。两地基本法第12条规定:香港和澳门特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治的地方行政区域,直辖于中央人民政府。这明确了特别行政区受中央政府的领导。为什么特别行政区要接受中央政府的领导和监督呢?虽然,特别行政区享有高度自治权,实行不同于内地的社会制度,但是,这一切不能改变它仍然是一个地方行政区、一个地方政府的事实。作为地方行政区和地方政府当然要接受中央政府的领导,以体现国家主权的权威。另一方面,中央向特区授予自治权,自然也要对自治权进行监督,以确保自治权的行使符合授权的目的。如果自治权的行使违背了“一国两制”,损害了国家统一和特区稳定发展,中央就要进行监督和干预。否则,自治权不仅凌驾于主权之上,而且还能对抗主权,那么,“一国”原则怎么实现?授权的目的如何达到?

2. 主权决定自治权范围

根据国家主权原则和授权原则,基本法对“中央治权”与“特区自治权”进行了划分。根据基本法的规定,从法理上可以分为三类事务,即分属中央管理的事务、特区管理的事务、内地与特区关系的事务。(1)中央管理的事务。由中央负责处理,特区配合。两地基本法规定:中央人民政府负责管理与香港、澳门特别行政区有关的外交事务;中央人民政府负责管理香港、澳门特别行政区的防务;中央人民政府依照本法规定任免香港、澳门特别行政区行政长官、政府主要官员和检察长;香港、澳门特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案……全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港、澳门特别行政区基本法委员会的意见后,如认为香港、澳门特别行政区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港、澳门

特别行政区关系的条款,可将有关法律发回,但不作修改。经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效;全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港、澳门特别行政区基本法委员会和香港、澳门特别行政区政府的意见后,可对列于本法附件三的法律(全国性法律)作出增减……在全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因香港、澳门特别行政区内发生香港、澳门特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港、澳门特别行政区进入紧急状态时,中央人民政府可发布命令将有关全国性法律在香港、澳门特别行政区实施;香港、澳门特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港、澳门特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述证明文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明文件。(2) 特区管理的事务。由特别行政区自行处理,中央给予支持与合作。基本法规定:香港、澳门特别行政区享有行政管理权,依照本法有关规定自行处理香港、澳门特别行政区的行政事务;香港、澳门特别行政区享有立法权;香港、澳门特别行政区享有独立的司法权和终审权;中央人民政府授权香港、澳门特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。(3) 内地与特区关系的事务。在“一国两制”下,内地与特区之间的联系日益加强,交流和合作事务日益增多,有关内地与特区关系的事务,在中央政府协调下,通过互相协商解决,如内地与特区更紧密的经济联系协议、粤港澳区域合作协议,等等。

(三) “中央权力”与“特区自治权”的内涵和外延

1. “中央权力”内涵明确、外延抽象

基本法对“中央权力”的规定采取内涵明确、外延抽象的方法

界定。

内涵明确表现为：凡列举的中央权力，其属性是明白清楚的。比如，外交权是涉及国家主权的事务，凡需要以国家主权资格参与的国际组织、国际条约、国际会议、国际交往由中央政府负责；又如，属于特区对外事务处理权，两者权限的内容是不会混淆的。再如，国防权是涉及特区外部的安全，中央负责防御外部敌对势力的威胁和入侵，而特区内部的安全和秩序属于治安的范畴，由特别行政区负责；等等。

外延抽象表现为：对中央权力范围采用开放的、抽象的方式规定，不采用限定范围的表述。比如，基本法对中央权力的外延分别从正面肯定或反面排除两种方法表述。正面的表述方法是“中央管理的事务”的提法；反面的表述是“不属于香港、澳门特别行政区自治范围”的提法。

基本法作出这样的规定是有道理的，符合中央权力保留原则。既然中央享有对国家事务的治权，中央根据特区的需要授予自治权，而授权的行为也仅仅是将中央治权中的一部分授予特区，没有授予的仍然属于中央保留的权力。基本法列举的各项中央权力，也仅仅是中央治权中的一部分，不是全部。所以，没有授予的权力就是保留的权力，也就没有必要去具体界定中央治权的外延。否则，可能会造成对中央保留权力作出不必要的限制。

2. “特区自治权”外延具体内容具有弹性

与此相反，特区自治权外延是封闭的、具体的，以划清“特区自治权”与“中央权力”的界线。如基本法规定，特区自治权限于地方行政管理权、立法权、司法权和对外事务处理权，不能超出以上范围；否则，就超越了自治权的范围，侵犯了中央的治权。采取对特区自治权外延具体划定的方法是符合中央授权原则的要求，授权就必须明确被授权的外延。但是，特区自治权的内容是弹性的，

可扩展的。只要不超出特区自治事务的外延,自治权究竟包含哪些具体权力是可以灵活解释。所以,基本法采用了“特别行政区自治范围内”的提法,对自治范围内的权力仅仅是列举,并不意味着没有列举的就不属于特区自治权。例如,特区享有行政管理权,行政管理权具体包括哪些权力呢?曾经在起草基本法时试图列出经济、文化、科技、卫生、体育等,但是,没有办法列全,总会挂一漏万,最后放弃了这种努力,采用了“依照本法规定自行处理香港、澳门特别行政区的行政事务”规定。行政事务有哪些,可以随时调整充实,只要不超出自治事务范围就没有问题。

三、特别行政区制度与“中央权力”、“特区自治权”关系

特别行政区制度是中央行使对特区管理权和特区行使自治权的基础,权力在制度框架内运行,制度通过权力表现出来,两者不可分。

(一) 特别行政区制度决定了权力的配置

1. “国家层面制度”决定了“中央权力”的行使

正如上述,特别行政区制度首先是国家管理特区的制度,中央对特区的管治权,即谁行使中央管治权、如何行使中央管治权是由“国家层面制度”决定的。比如,人民代表大会制度是国家的根本政治制度,决定了全国人民代表大会是国家的最高权力机关,全国人民代表大会及其常务委员会享有广泛的权力,在特别行政区制度中发挥重要的作用,包括向特别行政区授予高度自治权、审查立法会备案的法律、解释和修改基本法等。同样的道理,特区尊重和服从全国人民代表大会及其常务委员会的权力,也就是承认和接

受人民代表大会制度。

2. “地方层面制度”决定了“特区自治权”的行使

谁行使自治权、如何行使自治权是由特区制度决定的。基本法规定了特别行政区的政治体制是行政主导的体制。这个体制决定了特别行政区的首长和特别行政区政府的首脑——行政长官要有实权。决定了行政与立法之间既要互相制约,又要互相配合,从而规定了行政机关和立法机关的各自职权。决定了司法独立及其管辖权。所以,尊重特别行政区制度,就要尊重特别行政区的自治权,尊重行政长官、行政机关、立法机关、司法机关的职权。

3. 国家的政治制度和国家结构制度决定了中央与特区自治权的配置

无论是中央的权力,还是特区的自治权,它们之间的权力配置是由国家制度决定的。其中,国家的政治制度决定了全国人民代表大会向特区授权及其授权的范围。国家的单一制决定了中央对特区的领导和监督。特别行政区制度决定了特区享有高度自治权。所以,基本法中有关中央与特别行政区关系一章的规定,包括中央与特别行政区的从属关系,中央与特区权力的划分(外交与外事、国防与治安、选举与任免、行政管理权与中央指令权、立法权与审查权、全国性法律与特区法律、司法权与管辖权限制),保障高度自治与维护国家安全的规范,均体现了“一国两制”下的国家体制的要求。

(二) 权力在特别行政区制度框架内运行

既然制度决定了权力的配置,那么,权力必然在制度内运行,不能脱离制度。所以,不论是中央负责行使与澳门特别行政区有关事务的权力,还是特别行政区行使高度自治事务的权力,均是在

“一国两制”下的特别行政区制度内进行的。

1. “中央权力”在“国家层面制度”下运行并行使宪法和基本法规定的法定职权

外交权、国防权、任命权、监督权、决定权、指令指示权、批准权、许可权是中国宪法体制赋予中央的权力,作为宪法的权力,基本法要依照宪法规定,必须作出相应的规定并给予保障。从而,中央根据宪法和基本法的规定,自行处理中央负责的事务,同时权力的行使也要符合国家的宪法体制。比如,当行政长官认为基本法实施中的争议需要解释时,是向中央政府提出报告,请求全国人大常委会解释基本法,而不是直接向享有基本法最终解释权的全国人大常委会提请;然后由中央政府向全国人大常委会提出解释基本法的议案;最后由全国人大常委会根据中央政府的议案作出解释。在这一过程中,行政长官的请求权、中央政府的提案权、人大常委会的释法权三者的关系及程序符合中国的宪法体制。

同样,中央的权力在尊重“地方层面制度”下约束自己的权力。因为在特别行政区制度下,特区享有高度自治,所以,中央对特区自治范围内的事务不干预。比如,立法权属于特别行政区,全国人大常委会对特区立法备案的法律有审查权,如认为不符合中央管理或中央与特区关系的条款可以发回,但不能修改。如果全国人大常委会直接修改就等于可以行使特区部分立法权了。

2. 特区自治权在“地方层面制度”下自行行使并不受外来干预

行政管理权、立法权和司法权是基本法赋予特区的自治权,只要符合基本法就可对行政管理、立法、司法事务自行处理。比如司法权,特区法院除国家行为不能管辖外,对其他的案件均可

以管辖。特区法院在审理案件时没有就中央管理和中央与特区关系的条款提请全国人大常委会解释,虽然人大常委会作出了不同于法院的解释,但是,法院的判决不受影响。这种安排是符合特区享有独立的司法权和终审权的制度,全国人大不干预法院的审判权。

当然,特区行使自治权也要尊重“国家层面制度”,服从中央的主权和治权。法院不能因为拥有审判权而排除全国人大常委会行使基本法的解释权。因为法院审判权是“地方层面制度”的安排,全国人大解释权是“国家层面制度”的安排,两者互相尊重,不是互相排斥。即使法院在审理案件中遇有国家行为事实时,法官也需要向行政长官提出请求,就该等事实问题发出证明文件,行政长官发出证明文件前要取得中央政府的证明书,并对法院有约束力。这就尊重了中央管理的事务和国家的体制。

所以,制度与权力是一体两面。不能要“中央权力”或“特区自治权”,却不接纳特别行政区的制度;也不能接受了特别行政区制度,却否定“中央权力”或“特区自治权”。

综上所述,特别行政区制度以“一国两制”为基础,“一国”产生“国家层面制度”和“中央权力”,“两制”形成“地方层面制度”和“特区自治权”。从而,“国家层面制度”、“地方层面制度”、“中央权力”、“特区自治权”构成特别行政区制度中的四个基本因素。四个基本因素的关系是:

第一,“国家层面制度”决定了特区“地方层面制度”,但特区“地方层面制度”在不抵触“国家层面制度”的情况下,可以有所不同,体现地方性特点。

第二,中央权力授权特区自治并监督和保障高度自治,而高度自治权不能排除和对抗中央的权力。

第三,制度(国家层面制度和地方层面制度)规制了权力(中央权力和特区自治权)的行使,权力(中央权力和特区自治权)的行使不能破坏制度(国家层面制度和地方层面制度)。它们之间应该互相尊重,不是互相否定、互相配合,不是互相冲突。

唯有这样,特别行政区制度才能确立,才能顺利运行,“一国两制”才能正确实施。

第四节

特别行政区的宪法责任^{*}

《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》(以下简称基本法)没有出现特别行政区宪法责任的概念,理论上也较少研究和讨论特别行政区的责任问题。在“一国两制”的实践中,正确贯彻实施基本法,不能只强调特别行政区享有的高度自治权,忽视特别行政区的宪法责任。

一、特别行政区宪法责任的依据和意义

“责任”一词被广泛用于伦理学、政治学、法学、社会学等领域,具有不同的含义。“责任”在现代汉语中的基本语义:第一,责任指分内应做之事,这种责任实际上是一种源于角色的义务,如岗位责任、职业责任等。第二,指特定的人对特定的事项的发生、发展、变化及其成果负有积极的助长义务,如担保责任、举证责任等。第三,责任还指因没有做好分内之事(没有履行角色义务)或没有履行助长义务而应当承担的不利后果或强制性义务^①。

对于“宪法责任”存在两种不同理解。狭义的理解是从“法律责任”的角度理解“宪法责任”。法律责任是指违反法律的规定所应承担的否定性后果,包括民事法律责任、刑事法律责任、行政法

^{*} 本节作者:吴天昊,上海社会科学院法学所副研究员。

^① 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第184页。

律责任和宪法责任。这里的宪法责任实际上就是“违宪责任”，有学者对此进行了专门的研究^①。

广义的“宪法责任”是与“宪法权力”相对应的概念，是指享有宪法权力的国家机关或个人所应承担和履行的法律职责，以及违反宪法之后应当承担的消极后果。这一含义上的宪法责任运用更加广泛，如：2004年3月，国务院公布的《依法行政纲要》明确提出了“权责一致”的依法行政要求；温家宝总理在政府工作报告中提出“构建责任政府”、“有权必有责、用权受监督、侵权要赔偿”^②等。

可见，狭义的宪法责任（违宪责任）强调的是违反宪法后应承担的消极后果，但是宪法责任还应当包括积极遵守宪法、履行宪法职责的内容。所以不宜将宪法责任等同于违宪责任。违宪责任应当属于宪法责任的属概念。这里是在广义上使用“宪法责任”这一概念。

与宪法责任相联系的还有一个概念，即“宪法义务”。我国《宪法》第二章规定了“公民的基本权利和义务”，两部基本法也专章规定了“居民的基本权利和义务”，可见，宪法义务是与基本权利相对应的概念，其承担的主体是国家的公民或一个地区的居民。因此，在这里不使用“特别行政区宪法义务”的表述，以免将特别行政区政府与特别行政区居民两种不同的主体混淆起来。

在世界各国的宪法典里找不到像“公民的基本义务”那样专门规定和明确“政府的宪法责任”的具体宪法规范。政府的宪法责任是依据宪政理念、宪法精神从公民权利与政府权力关系、中央权力与地方权力、宪法权力与宪法责任的关系中推导出来的。虽然两部基本法没有出现特别行政区政府“宪法责任”的字眼，但

① 刘光登：《宪法责任研究》，苏州大学博士学位论文，2005年。

② 温家宝：《政府工作报告》，《人民日报》2004年3月15日。

是,很有必要在学理上予以总结和阐述。

(一) 从宪法基本理论看

宪法责任与宪法权力的平衡是法治国家的基本要求。正是在这个意义上,有学者提出,宪法职权与宪法责任是宪法学的一对基本范畴^①。事实上,它们也是宪法实施中的一对基本法律关系。对于国家机关而言,权责相统一,有权必有责,宪法责任体现的是对行使公共权力的主体的法律约束。没有宪法责任的宪法权力是不完整的,也是危险的。民主政治中权责一致原则是宪法责任的依据。公民需要让渡权利以形成公共权力来对社会进行管理、保障公民利益,但公共权力有可能被滥用,成为危害社会的强权力量,损害公民的利益。所以,授予政府多少权力,就必须课以相等的责任。

(二) 从特别行政区政府的权力来源看

强调宪法责任是处理好中央与特区关系重要方面。两部基本法是香港和澳门的宪制基础,基本法的内容可以用三重宪政关系进行表达:一是中央政府与特区地方政府之间的关系;二是特区政府内不同的政府架构之间的关系;三是政府(包括中央政府与特区政府)与特区居民之间的关系^②。第一重和第二重关系是权力—权力关系,前者是中央与地方的纵向权力关系,后者是特别行政区内部政府机构之间的横向权力关系;第三重关系是政府与居民之间的权力—权利关系。

两部基本法的第2条、第12条均明文规定,全国人民代表大

^① 范进学、杨阿妮:《中国宪法学基本范畴体系新论》,《四川大学学报》2009年第6期。

^② 陈弘毅等合编:《香港法概论》,三联书店(香港)有限公司2009年版,第115页。

会授权特别行政区依照基本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权;特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。这一规定确立中央与特区的关系,即特别行政区的权力来自中央授权,特别行政区政府对中央人民政府负责。因此,《香港基本法》第43条第2款、《澳门基本法》第45条第2款均规定,特别行政区行政长官依照基本法规定对中央人民政府和特别行政区负责。这里的“负责”就是应当履行和承担相应的宪法责任。

(三) 从政府权力与公民权利的关系看

特别行政区承担宪法责任是港澳居民的共同要求。一方面,维护和保障特区居民所享有的权利和自由对于特别行政区政府来说,就是非常重要的宪法责任。另一方面,特别行政区政府的宪法责任还体现在政府通过依法施政、科学施政,保证特区的繁荣、稳定和发展,这是实现特区整体利益的基础。

(四) 从“一国两制”的实践来看

强调特别行政区的宪法责任具有现实意义。作为一项全新的制度安排,由于社会制度的不同、法律传统的差异以及社会观念的区别等原因,在基本法实施过程中不可避免地会出现一些分歧和矛盾。考察回归以来的实践情况可以看到,过分强调特别行政区的高度自治权而忽略特别行政区的宪法责任是导致许多纷争的原因,如“23条立法”、“国民教育”、“港独”等概莫能外。

二、特别行政区遵守和维护宪法的责任

在现代国家中,宪法是维系国家统一的重要纽带。国家的组

成部分都负有遵守和维护宪法的责任,这是法治的必然要求,也是一个国家得以存在的前提和条件。按照“一国两制”方针政策和两部基本法的规定,特别行政区具有遵守和维护宪法的责任。

(一) 在港澳保持资本主义制度和生活方式 50 年不变的前提

在香港和澳门保持原有的资本主义制度和生活方式 50 年不变,是以坚持一个中国原则,坚持国家主体实行社会主义为前提的。这两个坚持的法律依据就是宪法。对于这一点,邓小平曾经有过深刻的论述:“我们坚持社会主义制度,坚持四项基本原则,是老早就确定了的,写在宪法上的。我们对香港、澳门、台湾的政策,也是在国家主体坚持四项基本原则的基础上制定的,没有中国共产党,没有中国的社会主义,谁能够制定这样的政策?没有哪个人有这个胆识,哪个党派都不行。你们看这个讲法对不对?没有一点胆略是不行的。这个胆略是要有基础的,这就是社会主义制度,是中国共产党领导下的社会主义中国。我们搞的是有中国特色的社会主义,所以才制定‘一国两制’的政策,才可以允许两种制度的存在。没有点勇气是不行的,这个勇气来自人民的拥护,人民拥护我们国家的社会主义制度,拥护党的领导。忽略了四项基本原则,这也是片面的嘛!看中国的政策变不变,也要看这方面变不变。老实说,如果这方面变了,也就没有香港的繁荣和稳定。要保持香港五十年繁荣和稳定,五十年后也繁荣和稳定,就要保持中国共产党领导的社会主义制度。”^①

邓小平的这段讲话,主要内容是关于大陆的社会主义制度与特别行政区的资本主义制度如何共存的问题,归根结底就是维护

^① 《邓小平文选》,人民出版社 1993 年版,第 217 ~ 218 页。

宪法的问题。两种制度尽管有很大不同,但共同存在于一个国家之中,其基础就是宪法。作为中国的地方行政区域,特别行政区自然负有遵守和维护宪法的责任。

(二) 宪法是香港和澳门特别行政区设立的依据

宪法是香港和澳门特别行政区设立的依据,是两部基本法的立法依据,贯彻实施特别行政区制度,就必须维护宪法。两部基本法“序言”均有相同的规定,即根据宪法,全国人民代表大会特制定基本法,规定香港和澳门特别行政区实行的制度,保障国家对港澳基本方针政策的实施。特别行政区制度的基础是宪法,如果离开宪法,特别行政区制度就成为无源之水、无本之木。因此,遵守和维护宪法是特别行政区的责任。

(三) 实现在特别行政区实行的制度和政策长期不变,必须遵守和维护宪法

基本法规定,香港和澳门特别行政区保持原有的资本主义制度和生活方式,50年不变。“五十年不变”并不是说50年以后就要变化。对此,邓小平曾有过论述:“实际上,五十年只是一个形象的讲法,五十年后也不会变。前五十年是不能变,五十年之后是不需要变。所以,这不是信口开河。”^①特别行政区制度的长期不变是以国家统一、和平为前提的,从这个角度来讲,香港特别行政区遵守和维护宪法也符合自身的长远利益。

(四) 要注意遵守宪法和维护宪法的区别

宪法中关于社会主义的制度和政策规定,不在香港和澳门实

^① 《邓小平文选》,人民出版社1993年版,第267页。

施,所以,对于我国宪法是否适用于特别行政区、哪些条文适用的问题,存在着不少争议。权威的观点认为,宪法是一个整体,那种认为只有《宪法》第31条适用于特别行政区的观点是错误的,同时也承认宪法关于四项基本原则、社会主义制度、国家审判机关和检察机关等内容,不适用于特别行政区^①。这些不适用于特别行政区的宪法条款,特别行政区没有遵守的义务,但是负有维护的责任,即不能进行破坏社会主义制度、制造“两个中国”等活动。

三、特别行政区遵守基本法的责任

基本法是规定特别行政区制度的法律,具有宪制性法律的地位,遵守基本法是港澳特别行政区的基本宪法责任。

遵守基本法,首先要维护基本法的宪制性法律地位。两部基本法均规定,特别行政区依照基本法实行高度自治;原有法律只有在不抵触基本法的条件下才能保留;特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同基本法相抵触,这些都表明了基本法具有宪制性法律的地位。香港、澳门回归以来,无论是社会舆论、政府施政、制定法令、司法裁判都十分强调基本法的宪制性法律地位,这是基本法得以顺利实施的重要条件。

遵守基本法,要求特别行政区的一切活动均以基本法为依据,不能违反基本法。特别行政区行政长官和政府依照基本法施政,立法机关和司法机关依照基本法履行职责,共同维护特别行政区的法治。需要指出的是,在实施基本法的过程中,应当将其作为一个整体加以理解。基本法是内在统一的整体,在实施过程中,应当

^① 肖蔚云主编:《一国两制与香港特别行政区基本法》,香港文化教育出版社有限公司1990年版,第65~68页。

把每一项法律条文放在整部法律的规定中来理解和执行,而不能孤立地、片面地解读法律规定。从实践来看,存在不同社会群体从自己的利益出发,片面强调某一个条文的规定、“各取所需”的现象,这是可以理解的。但是对于特别行政区政府来说,就应当秉持全面贯彻实施基本法的立场。这是法治的基本要求,也是遵守基本法的要求。尤其重要的是,基本法既规定了特别行政区的高度自治权,也规定了中央的权力^①。这意味着遵守基本法不仅要维护特别行政区的高度自治权,也要维护中央的权力。

遵守基本法,要处理好基本法稳定与变化的关系。吴邦国委员长在纪念香港基本法实施十周年座谈会发表的讲话中提出:“香港回归十年来取得的有目共睹的成就,充分说明了基本法是符合中国国情和香港实际的。基本法的稳定为香港的繁荣稳定提供了强有力的法律保障,实现香港的长期繁荣稳定更需要基本法的稳定作前提。”^②要维护法律的权威,必须处理好稳定与变化的关系。两部基本法自颁布实施以来,一直没有修改,但是通过特别行政区法院的司法裁判和全国人大常委会的释法活动,在不断丰富和发展其内容。

四、特别行政区维护国家主权和安全的责任

维护国家主权和安全是落实“一国两制”方针、贯彻实施基本法的前提。“坚持一个中国,维护国家的主权、统一和领土完整,是

^① 乔晓阳:《中央对香港具有的宪制权力及其实践》,全国人大常委会港澳基本法委员会办公室编:《中央有关部门发言人及负责人关于基本法问题的谈话和演讲》,中国民主法制出版社2011年版。

^② 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》,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11页。

包括香港同胞在内的全体中国人民义不容辞的责任,是宪法和基本法明确规定的。”^①特别行政区作为中国的不可分离的部分,作为直辖于中央政府的地方行政区域,自然负有维护国家主权和安全的宪法责任。

特别行政区实行资本主义制度和政策是以坚持一个中国、国家主体实行社会主义制度为前提的。这是“一国两制”方针的根本,也是基本法的根本。基本法规定的一系列中央行使的职权、负责管理的事务,是体现国家主权所必不可少的。特别行政区具有配合中央行使管理职权的义务。

当代世界,每个国家不仅面临着传统的国家安全威胁,也面临着非传统的国家安全威胁,特别行政区有责任采取与国家一致的立场,抵御各种针对国家安全的威胁。两部基本法第23条均规定,特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为,禁止外国的政治性组织或团体在特别行政区进行政治活动,禁止特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。这是基本法对特别行政区维护国家安全责任的具体规定。基本法授权特别行政区自行立法禁止危害国家安全的行为或活动,具有双重属性。从维护国家安全角度来讲,这是特别行政区承担的一项重要责任;从自行立法的角度来讲,又是特别行政区享有的一项特殊权力。

2009年2月26日,澳门特别行政区立法会高票通过《维护国家安全法》,这对于全面贯彻落实基本法,履行基本法赋予的宪制责任,保持澳门社会的长期繁荣稳定具有重要意义。香港基本法实施已经有15年的时间,香港特别行政区尚未完成香港基本法第

^① 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》,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9页。

23 条规定的立法,反映香港社会各界对第 23 条立法的性质还存在不同的理解,更重要的是对于特别行政区维护国家安全的宪法责任缺乏认识。值得注意的是,不能以香港特别行政区尚未完成第 23 条立法就否定维护国家安全责任的存在。香港现行的《刑事罪行条例》和《社团条例》中,已经有一些维护国家安全的规定。1996 年 12 月 12 日,香港特别行政区筹备委员会通过的《关于基本法第 23 条立法问题的决定》已经明确规定:“基本法第 23 条规定的有关法律应由香港特别行政区负责制定,在香港特别行政区自行立法之前,可采用原有的《刑事罪行条例》为香港特别行政区法律,在适用和解释时,须使之符合中华人民共和国对香港恢复行使主权后香港的地位和基本法的有关规定。”

五、特别行政区保障居民权利和自由的责任

两部基本法都以较大的篇幅规定特区居民享有广泛的权利自由,包括人身、言论、出版、集会、结社、旅行、迁徙、通信、罢工、学术研究、宗教信仰等权利和自由,其中一些内容比我国宪法的规定更为全面、细致。

根据宪法学原理,基本权利的规定是为了避免政府权力的侵害,基本权利之于政府权力就是疆界与堡垒,没有法律的规定不得剥夺、限制或克减公民基本权利。公民基本权利和自由的实现对于政府来说就是一种责任。

在港澳社会,各界人士对于政府应当承担维护居民权利和自由的责任具有高度的认同,值得探讨的问题是由谁来承担这一职责。例如在香港,法院被视为社会公正的最后防线,法院似乎是承担维护居民权利和自由的唯一主体。这种观点本身也受到了法官的修正,香港终审法院前首席法官李国能指出:“基于法庭在司法

复核中应当扮演的角色,法庭并不能就现代社会所面对的任何一项政治、社会及经济问题提供解决方案。在法庭裁定‘合法’的范围内,任何政治、社会或经济问题,都只能经由政治过程去谋求适当的解决办法。”^①事实上,政府的有效运作和积极施政是保障居民权利和自由的必要条件。

以上简要阐述了特别行政区的宪法责任,与此密切相关的问题是,谁来监督特别行政区切实履行其宪法责任?如果特别行政区未履行其宪法责任或者违背其宪法责任,应如何承担违宪责任?在这方面已经有一些制度,如特别行政区长官向中央述职制度、特别行政区法律向全国人大常委会备案制度、基本法解释制度、特别行政区法院的司法审查制度等。总体而言,特别行政区内部权力关系的监督制度比较健全,中央与特别行政区权力关系的监督制度比较粗疏;对来自媒体监督、司法监督比较容易接受,对于来自中央政府的监督情绪较大,阻力不小。这表明,实现特别行政区宪法责任的规范化、制度化是进一步完善特别行政区制度的重要内容。

^① 李国能:《在“有效的司法覆核:良好管治的基石”会议上的演辞》,香港特别行政区司法机构网站,<http://www.info.gov.hk/gia/general/200812/10/P200812100123.htm>, 2012年12月4日访问。

第五节

特别行政区行政主导的界定*

当前国家管理体制中,行政主导和立法主导是实践中运用最多的。对于行政主导的讨论在理论界一直有各种观点和看法,而且 21 世纪以来,经济快速发展,社会发展矛盾突出,随之政府的职能不断扩大并多样化,行政主导的治理模式被越来越多的国家所采纳。一般来说,行政主导模式是指在国家或地区的权力运作之中,行政权居于主导地位,公共政策的结果取决于行政长官及政府。简单来讲,就是行政权大于立法和司法权的治理模式。这种模式要求行政权对立法权和司法权都有一定限制作用。在当前国际社会,各个国家的政体是不完全一样的,对于行政主导体制的推崇和广泛借鉴都需要结合自身国情和发展特色。但是对于行政主导模式的明确界定,理论界并未给出清晰解释,但均强调行政长官的绝对地位和行政权的主导权力。可以确定的是,国家规定本国的政治体制,在实际运作中必然存在权力不平衡的状态,这种情况下,我们对于行政主导模式的理解应该从表面规制上理解还是从实际事务决策中界定都存在不确定因素,而且扩大化的行政主导会不会诱发行政长官独裁统治,这都需要进行探讨。这里从国际上代表性国家的政治制度入手,对行政主导进行分析界定。

* 本节作者:吕楠,上海大学法学院宪法与行政法学研究生。

一、行政主导性质分析

就字面意义解释,主导性权力是指在处理公共事务决策或宪政体制中所实行的一种主导性、积极性权力。行政主导作为一个学理概念,并非是法律条文中的正式术语,而是政治、法律学者分析一个国家或地区政治体系中的立法、行政、司法三大权力主体各自地位后做出的一个基本判断^①。三权之说是国家成立之初所争议的将国家的绝对权力分割成行政权、立法权和司法权,防止权力的集中和滥用的政制观点。

立法权是为社会的一切部分和每个成员制定法律,制定他们的行为的准则。它是通过制定法律规则来规范社会行为的代表民意的权力,是一切其他权力的基础,是一种主动性外向型的权力。行政权是将制定的法律促进、监督和保证社会实施的权力,政府作为其运作机关,也具有主动性。相对来说,司法权是法律实施的最后监督权力,宣扬公平正义,用强制性的处罚手段来维护社会秩序的权力,它遵循“不告不理”原则,严格按照具体法律条规办事,在社会生活中是一种被动性权力。

总体来说,行政主导是相对于立法主导而言的,对主导性权力的学说理念也是围绕这两种权力展开。主导性权力是根据行政权与立法权在政治体制中的地位来评判的,主要是看两者在公共事务中的决策地位。一般来说,国家发展中所面临的公共决策,都需要一个决断性权力,绝对倡导三权均衡决策既没意义,也不符合现代化社会的发展规则和价值理念。显而易见,作为引导社会发展

^① 张定准:《香港的“行政主导”体制:性质、困境与发展》,中国经济特区论坛,香港回归十周年学术研讨会,2007年。

方向的行政权,一向具有主导性发言权,民意都需要政府这个被委托者来把握社会发展轨道。行政权本身作为一种积极性权力,一直就在公共事务中起到引导作用,这样看来,当前国家的政治运行模式都是行政主导模式了。

二、典型国家的政治体制现状

在目前国际社会上,根据权力的来源和配置,以及行政权与立法权在政治生活体制中的地位,可以将现代国家的政治体制分为议会制、总统制、半总统制半议会制。主导性权力也是基于这些不同的权力划分,可以说,没有分权也就无所谓哪种权力的问题,有分权才有主导性权力问题。纯粹的分权只是一种制度设想,现实的政治实践中是不可能存在的,所以必定会存在一个主导性或决定性权力。以下几种政制制度都是代表性的政体,不同的国家实行着不同的运作模式,从它们的行政现状来分析行政主导模式。

(一) 新加坡

新加坡于1965年12月颁布新宪法,实行议会共和制,权力机构实行三权分立,但不完全等同于西方发达国家三权分立的模式。总统是国家权力的象征,直接统辖国会、高等法院和政府内阁;国会是立法机关,在选举中占多数席位的政党是执政党;其领袖成为内阁总理,实行责任内阁制,内阁向国会负责,实行以总理为核心的内阁主导权力的运作。议会选举中多数党的领袖出任总理,在议员中任命政府部长。所以,要想在新加坡成为执政党,就必须在议会选举中获胜,要想成为政府部长,就必须被选为议员。新加坡实行的是执政党、议会、内阁三位一体的制度^①。

^① 杨建平:《香港、澳门、新加坡行政主导比较》,《中国行政管理》2008年第2期。

内阁作为最高行政机关,拥有完全的国家行政管理权,它以集体方式向国会负责,掌握一切大权,政府和议员个人都有提案权,但因为政府对国会控制很强,所以政府在立法权上有一定决策权。在司法权上,最高大法官由总理推荐,总统任命。

所以,新加坡的行政模式是以总理为核心的内阁体制,而且从1959年起,新加坡的人民行动党就领导新加坡的发展。执政党、议会和内阁三位一体,在国家事务决策中,行政权占有绝对优势,立法权和司法权对行政权的限制是微弱的。

(二) 美国

美国三权分立的特点比较明显和突出,将国家权力分为立法、司法和行政权,并分别交付于国会、最高法院和总统,三者权力相互平衡制约。美国的政体是总统内阁制,总统由选举产生,是国家元首、政府首脑兼武装部队总司令。国会作为最高立法机关,有立法权,总统对国会通过的法律有否决权,而国会又可以通过之前被总统否决的法律,总统有权任免高级官员,但须经国会认可。美国总统非由国会选举产生,所以他不向国会负责,国会不能就总统的施政行为投不信任票,也不能动议罢免总统;但是国会拥有提出“弹劾”的权力。在最高法院担任主席的条件下,须由国会2/3议员通过才能对总统定罪。国会依法弹劾总统和高级文官,最高法院法官由总统任命并经国会认可,最高法院又可对国会通过的法律以违宪为由宣布无效^①。

这样看来,似乎美国的行政权,特别是总统的权力并未在社会公共事务中起绝对的主导地位,处处受到立法权的限制和司法权的审查,但是由于美国实行两党制,国家领导人的选举只是财团在

^① 曹沛霖:《比较政治制度》,高等教育出版社2005年版,第1134~1371页。

两党中交替寻找利益代言人。总统作为行政部门的首长和法律的执行者,也可以提出立法倡议,而且事实上总统也是主要立法者。历史上,总统倡议的立法最后为国会接受的百分比最高曾有69%,最低也有27%。一般来说,总统所属的党派控制国会多数时,总统立法倡议通过的比率总是较高些。

事实上,为提高行政部门的效率,推行强有力的内外政策,美国总统的行政权力在第二次世界大战后一直在扩张中。战后历届美国总统往往通过一系列法律上的模糊地带扩张权力。例如,在与外国缔结的一些重要的条约,总统为了绕过国会,常常采取行政协定的形式,其数量大大超过了条约的数量,并且仍然具有法律效力。

(三) 俄罗斯

苏联解体后,俄罗斯的政治方向由社会主义急转为资本主义,确立了总统共和制的民主联邦国家,形成了以总统为国家元首、内阁对议会负责的三权分立和赋予地方自治的联邦制度。联邦会议,即议会为代表机关和立法机关,行使立法权;政府实行执行权;俄罗斯联邦法院行使司法权。俄罗斯联邦会议由联邦委员会(上院)和国家杜马(下院)两院组成。议会权力被总统、政府、各主体立法机关、俄罗斯联邦宪法法院、俄罗斯联邦最高法院和俄罗斯联邦最高仲裁法院所分割。法律须经总统签署和公布。在许多立法、任免和监督事务中,联邦宪法规定两院都有权力。这实际上削弱了议会尤其是杜马的权力^①。

俄罗斯政府在俄罗斯政治制度下受到总统和议会双重约束,政府由总理、副总理和联邦部长组成,总理经由国家杜马同意并由

^① 朱世海、李兵帅:《比较视野下的当代香港行政主导制》,《中央社会主义学院学报》2012年第3期。

总统任命,总统根据总理的提名,任命或解除副总理和联邦部长。总统还可以作出关于俄罗斯联邦政府辞职的决定。

俄罗斯总统是政治权力的核心,总统是国家元首。在权力上,俄罗斯总统集内政、外交、立法、行政、司法和军事权力于一身,总统可以在国家杜马三次否决总统提名的候选人资格后,仍然任命总理并解散杜马。就政府信任问题上,总统拥有裁决解散政府还是解散杜马的权力。俄罗斯联邦总统有权提名、任命和解职俄罗斯联邦总检察长。在司法体系中,除了法院系统,俄罗斯还有一套检察机关。

三、关于行政主导模式的界定

(一) 行政主导与分权学说

在欧洲启蒙运动中,英国思想家洛克提出了著名的三权分立学说。该学说经过法国启蒙思想家的发展,成为现代西方政治制度的一块基石。他主张将国家的绝对权力分为立法权、行政权和执行权。根据古典自然法学家对行政体制的设计,无论是在“议会主权”的议会制政体下,还是在“三权分立”的政体下,立法权与立法机关都处于优越的地位,行政权和行政机关由于在历史上封建君主的独断专行受到人们强烈反感而长期受到应有的重视。

当代社会情况复杂,突发事件增多,在这些情况下,行政机关由于“行为能力”受到限制,往往不能迅速运作,议会又议而不决,致使公众利益受到极大损害,这样就产生了要求加强行政权力的社会基础。越来越多的国家开始重新提升行政机关的地位和在国家事务中的作用,积极发挥其权力主动性来调控社会发展。

（二）行政主导与独裁专制

由于资本主义经济的发展,出现了一些国会和法院都无法调控的问题,社会矛盾的扩大和经济政策的调整,都需要行政权的积极参与。社会发展要求赋予行政机关更大的权力,但是,社会发展同样要求对行政机关日益扩大的行政权实施日益严密的监督,以充分保证权力不被滥用,在强大行政权之下充分实现人权保障。因为与立法权和司法权相比,行政权更富有主动性和扩张性,更易侵犯公民的权利。

国际环境内没有一个国家是绝对的三权平衡。在公共事务处理中,一般都依靠行政权的灵活性,加之特殊情况下政党的支持,行政主导体制与独裁专制只有一线之隔。行政主导是在三权分立下的权力关系中,行政权的主导性地位,比起立法权和司法权更有决断力,但也是一种还受立法权和司法权限制下的权力。独裁专制是一种政府的形式,由一个拥有无限威权的统治者,在不受法律及传统的制衡下,以个人意志来进行统治的制度体系。国家制度本身也有可能是三权分立的制度,但是实际运作中权力集中到了国家元首或统治者的手上。

理想又合理的设想是既要赋予行政机关足够的权力,使它能够充分办好事、能够及时处理各种急迫的社会问题,同时又要给它以严格的监督和约束,使它不能侵犯公民权利。不受约束的权力,不管是立法权还是行政权,必然导致腐败,这是一条永恒的法则。不断扩大的行政权力是一种趋势,这是符合社会发展利益需要的必然性,在防止无限膨胀而变成独裁专制上,应该是如何更好地监督权力的行使,而不是再讨论削弱其行政能力。

（三）香港模式下的行政主导

行政主导体制的典型代表是我国香港特区,它有着跟其他国

家的行政主导不一样的地方。香港不是一个独立的国家,而是中华人民共和国辖下的特别行政区。香港特区所享有的高度自治权是中央授予的权力,在性质上属于地方自治权的范畴,而不属于国家主权行使的范畴。历史上香港受港督政治的影响,高度地行政权集中,而且香港是一个开放自由的国际化都市,人员构成复杂,各种政治背景直接或间接影响的团体、机构和舆论工具相杂并存。在如此政治、文化生态错综复杂的国际性城市,需要一个以行政为主导的强势政府实施有效管治。

总体来看,香港作为行政主导体制的典型,其所具有的一系列行政权、立法权和司法权上的关系,可以作为判定一个国家是否属于行政主导模式的依据。行政主导概念界定本身没有什么实践意义,因为除去理论上的意义,世界上的大多数国家的行政权都积极行使着其主动作用,从宏观范围上讲,都可以算为行政主导。但是作为一种严谨的学理概念,在具体实践中,无限扩大行政权的主导性就很容易会进一步膨胀为独裁专制。

社会发展需要政府履行积极主动的权力来主导社会发展方向,但是立法权是三权分立的起点,是行政权和司法权的分权基础,行政主导在现代社会呈现多种模式。所以,通过对国际社会一些代表性国家和地区的行政主导特征来界定行政主导的范围,有助于防止一方权力的无限扩张,保障社会利益最大化,保证社会法治的融合和发展。

我国澳门特别行政区的行政主导模式与香港基本相同,但也有其一定特点,因篇幅关系,就不再予以阐述。

第六节

特别行政区制度实行的基本条件^{*}

以往,法学界、理论界和各级政府有关部门,以及有关人士学习、研究、宣传香港、澳门基本法时,大都注重两部基本法的制定、内容、结构和重大意义;“一国两制”与基本法的关系、“一国两制”与法制建设的关系、我国宪法与基本法的关系、中央与特别行政区的关系,以及特别行政区的政治体制、特区居民的基本权利和义务、基本法的解释和修改等。然而近几年来,人们对特别行政区制度探讨和研究已逐渐成为一个热门的话题。

所谓制度是指在一定历史条件下,根据共同的价值取向而形成的,且必须遵循相同模式或按相同程序办事的统一的规范体系。这个规范体系通常包括一个国家或地区的社会、经济、政治、法律和文化等方面的制度,以及社会组织的具体制度。它的一大特点(也是优点)是由国家力量和社会组织保证其实行。因此制度更具有根本性、全局性、长期性和可靠性。如果说2011年12月17日,上海社会科学院法学研究所和澳门理工学院一国两制研究中心等共同主办的特别行政区制度专题研讨会,是近年“一国两制”研究向纵深发展的一个新标志,那么本届研讨会则是上次研讨会的继续和深化。这次研讨会的主题是“特别行政区制度的特征及实行条件研究”。笔者认为,这个命题不仅具有理论意义,更具

^{*} 本节作者:庄金锋,上海社会科学院法学研究所特邀研究员,香港香江国际集团原董事长特别助理,同济大学原文法学院客座教授。

有现实意义。

在香港、澳门两部基本法成功实施 10 多年的今天,我们研究特别行政区制度要把“静态”(法律条文)研究和“动态”(实行状况)研究紧密结合起来,并且应把重点放在后者。故本节在简要介绍特别行政区制度形成的依据和内涵(静态)后,侧重阐述特别行政区制度最大特点和实行的五个基本条件(动态)。

一、特别行政区制度形成的依据和内涵

在论述特别行政区制度实行的基本条件之前,有必要先简要了解我国特别行政区制度是如何确立起来的,其主要内容是什么,然后再阐述这种新型制度实行的基本条件。

(一) 特别行政区制度形成的依据

有学者认为:“特别行政区实行的是由宪法确定框架,由基本法加以具体规范的新型社会政治制度或‘一国两制’社会政治制度。”^①乍看,这句话很难说有什么不妥之处,但细细推敲就觉得不够准确。笔者认为,特别行政区制度并非“由宪法确定框架,由基本法加以具体规范的”新型社会政治制度。实行“一国两制”的特别行政区制度是依据我国宪法制定的,由基本法加以原则性规定、确定基本框架,再由其他相关的法律法规加以具体规范(具有操作性)而逐步完善起来的新型社会政治制度。

制定香港、澳门特别行政区基本法必须根据我国宪法,这不但在宪法和两部基本法中作了规定,而且在中英两国政府《关于香港

^① 杨允中、许昌等:《“一国两制”理论探析》,澳门理工学院一国两制研究中心 2012 年版,第 180 页。

问题的联合声明》、中葡两国政府《关于澳门问题的联合声明》中也得到了体现。但是准确地从法律上说,制定两部基本法的法律依据只能是我国宪法,而不能说是根据中英、中葡的联合声明。因为宪法作为整个国家的根本大法无疑是基本法的“母法”,没有宪法的授权和指引就无从谈起特区基本法,也无从谈起特别行政区制度的建立。但是,现在要讨论的问题是:宪法有没有为特别行政区制度“确定框架”呢?请先看1982年《宪法》的有关规定,其第31条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”第62条还规定:“全国人民代表大会行使下列职权:……(十三)决定特别行政区的设立及其制度。”

2004年3月14日十届全国人大三次会议通过的《宪法修正案》,把《宪法》第59条关于全国人民代表大会组成的规定中增加了特别行政区,即:“全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。”这表明在现行宪法中直接涉及特别行政区及其制度的条文已从原来的2条扩展到3条,其意义重大,影响深远。

这3条的主要内容可归纳为4个要点:(1)国家在必要时可以建立特别行政区;(2)在特别行政区内实行的制度可由全国人大另以法律规定;(3)只有全国人大有权“决定特别行政区的设立及其制度”;(4)由香港、澳门特别行政区选出的全国人大代表团,同全国各省、各自治区、直辖市及解放军选出的全国人大代表团一起共同组成最高国家权力机关。上述这些规定(内容)体现了“一国两制”方针和精神,也表明国家设立特别行政区及其制度的重要性和法律地位的提高,成为中国宪法史上的一个创举。这是制定香港、澳门特别行政区基本法的主要宪法依据。但是,宪法这些规定没有明确为特别行政区及其制度“确立框架”。

确定特别行政区及其制度框架的香港、澳门特别行政区基本法的制定依据,除了宪法依据外,还有具体的政策依据和香港、澳门的实际情况依据^①。现就这两个依据简要说明如后:(1)具体政策依据:制定香港基本法的具体政策依据是中英联合声明中我国对香港的基本方针政策及附件一,即中英联合声明正文第3条的十二点内容和附件一(我国政府对香港的基本方针政策的十四点具体说明)。制定澳门基本法的具体政策依据则是中葡联合声明中我国对澳门的基本方针政策及附件一,即中葡联合声明正文第2条的十二点内容和附件一(我国政府对澳门的基本方针政策十四点具体说明)。因篇幅所限,制定基本法的具体政策依据在此不展开。(2)实际依据:即香港、澳门的实际情况。虽然有了我国对香港、澳门的基本方针政策及其具体说明作为起草基本法的具体依据,但这还不够,要起草好基本法还必须依据港澳地区的实际情况,将基本方针政策同港澳的实际紧密结合起来,贯穿基本法全程起草过程中。离开港澳的实际情况,将难于起草好基本法的,特别是有些争论的问题或中英、中葡联合声明中没有具体规定的问题,离开了实际情况与基本方针政策的结合,将难于得到解决。可见,从港澳实际出发在制定基本法中的重要性。

那么,当时香港、澳门的实际情况怎样呢?简要地说,香港与澳门虽然同属于资本主义社会,但实际情况还是有所不同:前者是发达资本主义社会的缩影,是一个国际金融中心,又实行自由贸易,它与世界许多国家和地区有广泛的联系,这些都需要保护和坚持;在政治法律制度方面,香港长期以来有一个行之有效的行政主

^① 参见肖蔚云:《起草香港基本法的依据是什么?》,香港《文汇报》1994年10月17日。

导体制、比较完善的法律制度、司法制度、公务员制度、咨询制度，对这些制度需要保持基本不变或尽可能不作大的改变。后者则处于资本主义社会发展的初级阶段，长期处于澳葡政府的管制下，其博彩业成为澳门社会经济的主要支柱，原有的政治体制和司法制度也比较独特，以葡萄牙法律为基础，所有这些都是制定澳门基本法不能不考虑的重要因素。

简而言之，制定（起草）特别行政区基本法有三个依据，即宪法、政策、区情。其实，这三个依据也就是特别行政区制度形成的重要依据（因为特区制度蕴含在基本法之中）。但是，严格地说，特别行政区制度的最终形成还有赖于基本法及其相关法律法规（配套法律措施）的制定并开始实施之时。应当说，基本法的制定和付诸实践，是特别行政区制度形成的最直接因素（依据）和关键环节，它既前承宪法原则，又为以后相关法律法规的制定提供了法律基础。没有基本法为特别行政区确定一个较为完备的制度基本框架，特区制度就无法形成。但是，与基本法相配套的其他法律法规也是不可缺少的。

这些与基本法实施相配套的法律法规大致有两个方面：一是香港、澳门基本法附件三分别列举的在特区实施的全国性法律（由特区在当地公布或立法实施）。香港特区主要有国都、纪年、国歌、国旗的决议，国庆节决议，国籍法，外交特权与豁免条例等；澳门特区除前面讲的几项法律外，还有领海及毗连区法、专属经济区及大陆架法、驻军法等。二是全国人大曾就特别行政区制度相关问题还专门作出了四项决定。这四项决定都直接同实施基本法规定的特区制度密切相关。因篇幅所限，这里仅作些提示，希望有兴趣研究者查阅原文。

1990年4月4日，七届全国人大三次会议在正式通过香港特别行政区基本法的同时，还作出四项重要决定；1993年3月31日，

八届全国人大一次会议,在通过澳门特别行政区基本法的同时,同样也作出四项重要决定。这四项决定的内容基本相同,故一并介绍:(1)关于基本法的决定,强调基本法的制定是符合宪法的。(2)关于设立特别行政区的决定,明确设立特区的时限、区域范围等。(3)关于特区第一届政府和立法会产生办法的决定,强调要根据体现国家主权、平稳过渡的原则产生并提供可操作性的具体办法。(4)关于设立特区基本法委员会的决定,规定该委员会的隶属关系、任务和组成。

(二) 特别行政区制度的内涵

基本法是全国人大制定的独特的全国性基本法律,是“一国两制”方针政策的法律化、制度化,也是特别行政区宪制性法律文件,是香港、澳门长期稳定繁荣的法律基石。

香港特别行政区是我国的第一个特别行政区,香港基本法对特别行政区制度作了既原则性又全面性的规定。原则性规定主要有两处:即根据宪法,全国人大特“制定中华人民共和国香港特别行政区基本法,规定香港特别行政区实行的制度,以保障国家对香港的基本方针的实施”(香港基本法序言);根据宪法第31条“香港特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据”(香港基本法第11条)。澳门基本法在序言和第11条也作了类似的规定。这表明香港和澳门两个特别行政区实行的制度主要由三大板块所组成:(1)社会、经济制度;(2)保障居民基本权利和自由的制度;(3)行政管理、立法和司法制度。

全面性规定表现在香港基本法第九章第160条和澳门基本法第九章第145条的规定中。这些规定的内涵非常丰富、新颖、全

面,大致包括以下几个方面:(1)序言部分,既是对香港、澳门问题的基本概括,也交代了制定基本法、实行特别行政区制度的缘由、基本方针政策、宪法依据和目的;(2)总则部分,规定了香港、澳门特别行政区实行的制度和政策的各项基本原则;(3)第二章是规定中央和香港(澳门)特别行政区的关系,其核心是权力关系。就制度而言,重点是对特区实行的社会、经济制度作出原则性规定;(4)第三章是规定居民的基本权利和义务,主要是对特区居民和其他人所享有的基本权利和自由作出保护性的规范;(5)第四章是规定政治体制,就特区的整个政治制度(包括行政长官、行政机关、立法机关和司法制度等)作出规范,强调行政主导,行政与立法机关既互相制衡又互相合作或配合,司法相对独立的原则;(6)第五章是规定经济,第六章是规定教育、科学、文化、体育、宗教、劳工和社会服务(文化和社会事务),进一步对经济、文化和社会各个领域实行的制度和政策作出规范,(7)第七章是规定对外事务,对在维护国家主权前提下特区对外交往制度和政策作出规范;(8)第八章是对基本法的解释和修改制度作出规范。

吴邦国委员长把特别行政区制度的内涵概括为五大要点,指出:“香港特别行政区基本法为我国设立的第一个特别行政区设计了一整套的崭新的制度和体制。一是明确中央和香港特别行政区的关系,既体现国家主权和统一,又赋予特别行政区高度的自治权。二是确立香港同胞当家作主的民主权利,保障香港居民广泛的基本权利和自由。三是确定香港特别行政区实行以行政为主导的政治体制,司法独立,行政、立法既互相制衡,又互相配合。四是规定香港特别行政区的经济、教育、科学、文化、体育、宗教、劳工和社会服务等各方面的制度和政策。五是在外交权属于中央的原则下,授予香港特别行政区处理对

外事务的权力。”^①吴邦国委员长这一精辟论述的精神同样适用于对澳门特别行政区基本法及由该法所确立起来的特区制度的肯定和赞赏。

由上可见,依据现行宪法、有关政策和港澳实际制定的基本法,其核心内容是规定特别行政区实行的制度,其目的是保障国家对香港、澳门的基本方针政策的实施。换句话说,国家对香港、澳门特区的基本方针政策全部体现在基本法规定的香港、澳门特区制度中,国家对香港、澳门虽然采用特殊的方式实施管理,但港澳地区发展与国家的发展是一体的。我们对特别行政区制度要提高到这个层面上来认识,才能使自己的视野更加广阔,为港澳地区谋划发展时,办法也就会更多些。

二、特别行政区制度实行的基本条件

“一国两制”是中国特色社会主义的重要组成部分,从制度层面讲,它也必然成为中国特色社会主义制度的重要组成部分。邓小平早就说过:“我们的社会主义制度是具有中国特色的社会主义制度,这个特色,很重要的一个内容就是对香港、澳门、台湾问题的处理,就是‘一国两制’。这是个新事物。”^②而我国现行《宪法》第31条、第62条的规定,就是为“一国两制”方针政策转化为特别行政区制度的规定,创立了中央对特别行政区实施管治的崭新模式。“这种模式的最大特点就是,在坚持国家主权和统一、坚持国家的

^① 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——在纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话》,《中华人民共和国澳门特别行政区宪政法律文献汇编》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版,第253页。

^② 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第218页。

单一制性质、坚持人民代表大会制度是国家根本政治制度、坚持国家主体实行社会主义制度的前提下,授权香港(澳门)特别行政区依照基本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权……中央不向香港(澳门)特别行政区派出一官一吏。”^①因此,“这项崭新制度已经横空出世,就成为体现理论创新与制度创新的有效载体……成为两个‘中国特色’的重要内涵,成为最后实现国家统一与民族复兴的推动杠杆”^②。

特别行政区制度形成固然重要、意义重大,但是特区制度的有效实行,把纸上设计的制度变为活生生的现实更为重要。这是不言而喻的。

作为一个上海学者后来移民到香港从商的香港人,我已经在香港生活和工作整整20年了。根据自己对港澳两地的观察、思考、比较、研究,同时也阅读了相关官方文件和学者的著作及论文,笔者认为,香港和澳门回归10多年来,主要由基本法所构建起来的特别行政区制度,之所以能够在香港、澳门特区的实践取得了举世公认的成功,归纳起来主要有如下五个基本条件:一是中央一贯高度重视是最可靠的领导保证;二是特区制度的完备性是强有力的法律保障;三是行政长官的宪制意识和执政能力是关键所在;四是领导班子和公务员队伍的素质建设是施政支柱;五是友好的舆论环境是不可缺少的重要条件。

但是,平心而论,香港、澳门两个特区取得成功的易、难度及其背后的原因还是有所不同的:澳门取得成功的经验较为全面,也较为顺利和成熟,当然还存在不足之处;香港的发展所遇到的

^① 乔晓阳为《基本法与香港回归十周年》写的序,香港基本法推广督导委员会工商专业界工作小组编,华商出版公司2007年版。

^② 杨允中、许昌等:《“一国两制”理论探析》,澳门理工学院一国两制研究中心2012年版,第188页。

困难和挑战较多,政府施政面临的形势也不容乐观,在取得诸多成功经验的同时也有不少教训。前面提到的五个基本条件中的前两个基本条件,对香港、澳门特区制度的正确实施都是同等至关重要的,是根本性的有力保障。香港和澳门特区政府在施政及制度建设方面存在的差异(经验及教训)主要表现在三个方面,即五个基本条件后面的三个基本条件。现就五个基本条件逐一作些分析。

(一) 中央一贯高度重视是最可靠的领导保证

特别行政区基本法及其特区制度的正式实施,香港、澳门先后进入了“一国两制”、“港人治港”和“澳人治澳”、高度自治的新纪元。这是一个巨大的历史转变。而随着基本法的生效实施,香港、澳门正在实行的是具有“一国两制”特征、体现“中国特色”的宪政制度(新型民主制度)。这个制度使中国特色社会主义扩大了包容性,增添了香港、澳门特区为祖国大家庭中的两个新的特殊成员。很难想象,在这个历史转折节点上,没有中国共产党作为领导核心力量和一个强有力的中央政府的领导,没有日益繁荣富强的社会主义祖国作为强大后盾,是不可能成就如此伟大事业的。

事实上,尽管香港和澳门的人口数量、面积大小等有一定的差别,但是在中央的眼里,两地的区域优势、战略地位和经济价值一样重要,因此一直被中央高度重视。这不仅体现在10多年来历届中央政府的工作报告中,更体现在10年来三次中共中央委员会的政治报告中。例如,十六大报告指出,要坚定不移地实行“一国两制”,严格按照香港基本法和澳门基本法办事,全力支持香港和澳门两个特别行政区行政长官和政府的工作,广泛团结港澳各界人士,共同维护和促进香港和澳门的繁荣、稳定和发展。党的十七大

报告表明,全力支持特别行政区政府依法施政,着力发展经济、改善民生、推进民主,积极支持香港、澳门开展对外交往,坚决反对外部势力干预港澳事务。党的十八大报告强调,要把坚持一国原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,任何时候都不能偏废。此外,党和国家领导人在不同的公开场所还发表了不少有关香港、澳门的重要讲话,对特区各项事业,也具有重要的指导意义。

中央对港澳两地的支持,不仅表现在大政方针的指导和精神鼓励方面,还表现在实实在在的繁荣经济方面。10多年来,香港、澳门历经亚洲金融危机、“非典”、禽流感、全球金融危机等天灾人祸,每逢遭遇困境,最先伸手支持的就是中央政府。前几年,内地分别与港澳签署并实施了更紧密经贸关系安排(CEPA),之后陆续签订几个协议。现时内地已向香港开放了48个、向澳门开放了46个服务贸易领域。内地居民赴港澳个人游业务已扩大到22个省份的49个城市。特别是国家在“十二五”规划中,港澳部分首次单独成章,这不仅有效推动港澳经济社会发展,也扩大了实施特区制度后港澳在世界上的影响。

(二) 特区制度的完备性是强有力的法律保障

对香港、澳门特别行政区制度实现具有同等重要意义的两个原因(基本条件),除中央一贯高度重视作为最可靠的领导保证外,“另一个重要原因是基本法的内容很完备,使得中央与特区都有法可依、有章可循,都能按照‘一国两制’方针办事”^①。总体来

^① 肖蔚云:《论香港基本法的完备性和对一些问题的认识》,肖蔚云主编:《香港基本法的成功实践》,北京大学出版社2000年版,第33页。

说,基本法所规定的“特别行政区制度可以分为两个部分,即中央与特区关系的制度和特区内行使高度自治权的制度”^①。

1. 基本法对中央与特区关系的制度作了完善的规定

(1) 正确规定了特别行政区在国家中的法律地位,即特区是我国的一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。这既坚持“一国”原则,又体现了“两制”,合情合理合法。(2) 明确规定了特别行政区享有的高度自治权是中央的授权,这表明特区是我国单一制下的一个地方行政区域。所以它实行的高度自治权仍属于地方自治,不是独立的政治实体。(3) 明确规定了中央所享有的权限,例如中央负责管理与特区有关的外交事务、负责管理特区的防务、任命特区行政长官和政府的主要官员、全国人大常委会拥有基本法的解释权等。(4) 明确规定了特别行政区的高度自治权,例如规定特区享有行政管理权(依法自主处理特区的行政事务)、享有立法权(依法制定、修改和废除法律的权力),还享有独立的司法权和终审权等。(5) 规定了中央的职权而又与高度自治有联系的若干制度,例如全国人大及其常委会制定的全国性法律除列于基本法附件三者外,不在特区实施。要实施的法律由特区在当地公布或立法实施。

2. 基本法对特区内行使高度自治权的制度也作了完善的规定

(1) 最重要的是规定了以行政为主导的政治体制是保障和落实特别行政区制度的“最好的政权组织形式”。这句话是吴邦国委员长在纪念香港基本法实施十周年座谈会上的讲话中,对以行政为主导的政治体制所作的评价。“为什么是‘最好的’? 吴邦国

^① 李飞在澳门理工学院一国两制研究中心主办“基本法高级论坛:特别行政区制度”上的讲话,2011年12月6日。

委员长指出,因为‘这套政治体制既保留了香港原有政治体制中行之有效的部分,也适应了香港回归祖国后的现实需要。’这个评价同样适用于澳门。”^①(2)规定了特区居民的基本权利和义务。这些都体现了“一国两制”的特点。(3)还规定了特区的经济制度,教育、科学、文化制度等。这些制度涉及经济社会的方方面面。

(三) 行政长官的宪制意识和执政能力是关键所在

法律是不会自动实施的,必须依靠人及相关机构去执行和落实。因此,特区行政长官的宪制意识和执政能力就成为特区制度实现的关键所在。基本法所规定的行政主导的政治体制,既不是人民代表大会制、责任内阁制,也不是三权分立制、总督制,而是一种新型的“行政长官制”。其特点是行政长官具有特区首长和特区政府首脑的双重身份,在特区政治生活中居于中心地位,拥有基本法赋予的较大决策权。也就是说,这种新型政治体制,其中最重要的就是权力向行政长官倾斜,行政长官在特区政权机构的设置和运作中处于主导地位。“特区的行政主导政治体制能否有力高效运转,很大程度上依靠行政长官本人的威望。”^②

从香港、澳门回归以来的实践看,澳门特区行政长官何厚铨具有较强烈的宪制意识。这从他在两任行政长官10年任期内所发表的10份《施政报告》中可以得到佐证(因为每份报告中有关贯彻“一国两制”方针,严格执行基本法宪制任务的内容,均占有一定的篇幅,且表述深刻、易懂)。何厚铨凭他原来在社会中的地位

^① 参见杨允中、饶戈平主编:《“一国两制”与澳门特区的善治之路》,澳门基本法推广协会2012年版,第5页。

^② 刘兆佳:《回归十五年以来香港特别行政区管治及新政权建设》,商务印书馆(香港)有限公司2012年版,第61页。

和历练,加上个人的魅力,其执政能力也是得到公认的。他曾提出的“固本培元、稳健发展”的发展战略、赌权开放和基本法第23条立法的果断决策给人们留下深刻的印象。温家宝总理曾用“卓有成效”来评价何厚铨依法治澳的成绩,也是对特首执政能力的肯定。崔世安担任第三任行政长官后,“传承”前10年坚实的发展基础,继续全面贯彻实施基本法,尤其在开拓创新思维、建设阳光政府、推行科学施政、推动区域合作等方面作了不少努力,促进特区发展,但执政能力有待提高。香港特区的三位曾任、现任行政长官的宪制意识和执政能力则各有不同。首任行政长官董建华在回归前,就已和国家领导人有多次接触并参与基本法的制定,有较浓厚的宪制意识,又有“忠厚老实”的形象,但他毕竟是商家出身,欠缺政治与行政经验,过急推行“八万五”建屋计划和母语教学失误,基本法第23条立法受挫等负面影响,导致在第二任行政长官任期内中途“请辞”下台。接替董建华职务的曾荫权“长时间在殖民政府任职,行政及政治经验丰富”,但缺乏宪制意识,对“第23条立法”不敢碰,加上他沾染一些“不良特征如轻浮、不老实、贪小便宜、机会主义等”^①,致使市民对曾荫权的施政曾抱有一定的期望,最后变为失望。现任香港特区行政会议召集人林焕光接受传媒专访时说:“我觉得上一届政府是迎难而上,只懂短期派糖,把问题积压,现在变得更难处理。梁振英是积极迎难而上,但时机与平衡要掌握得好。”^②

(四) 领导班子和公务员队伍的素质建设是施政支柱

行政长官在特别行政区制度实现的过程中起着极其重要的主

^① 刘兆佳:《回归十五年以来香港特别行政区管治及新政权建设》,商务印书馆(香港)有限公司2012年版,第64页。

^② 《信报财经月刊》2012年10月号,第46页。

导作用,但是无论个人的作用有多大总是有局限性的,还必须建立一个以爱国者为主体的领导班子和一支素质良好的公务员队伍。这是特区制度成功实践和特区有效管治的重要保证。

澳门回归之初,首任行政长官何厚铨虽然没有对澳门特区政府从澳葡时代延续下来的整个公共权力架构进行调整,但对从澳葡时代延续下来的“政府施政管治架构”进行了改革和调整。即将原来的7个司合并为5个司,并明确各司的职责和分工。“重新调整后政府管治机构为5司30局21个部门,从而进一步改善了公共行政管理架构,提高了工作效率。”^①与此同时,何厚铨亦调整主要官员与公务员队伍,“通过一系列‘拆屋建庙’的重组架构,并对现有的公务员队伍重新洗牌,特别是主要官员几乎全部重新调整,保证了特区政府各部门能在何厚铨领导下的有效运作”^②。全国人大常委会副秘书长、澳门基本法委员会主任乔晓阳曾说:“澳门特区政府成立后,历史上第一次有一支完全由澳门永久性居民组成的公务员队伍,我们这支队伍很年轻,很有朝气,经过澳门回归后11年施政的历练,实践证明我们这支公务员队伍总体上是合格的。”^③

在香港的情况就大不一样:在1997年7月1日成立的特区第一届政府的主要官员“除了律政司司长外,全部由港英最后一届政府原班人马续任”。5年后,连任第二任行政长官的董建华开始推行政治问责制,“成员构成比较5年前有很大差异——相当一部分来自社会精英阶层,即使原为港英政务官也都脱离传统公务员体系,变成政治任命的官员”。这意味着特区政府开始对1997年前

① 林贡钦:《未来特首要深思》,香港天地图书有限公司2005年版,第75页。

② 同①,第74页。

③ 乔晓阳:《深入学习研讨基本法,努力提高公务员素质》,《澳门基本法推广协会会讯》2011年第1期,第8页。

留下来的人事进行调整和变革,但所遇到的挑战和阻力不小。2005年上半年,第二任行政长官中途更替,由曾荫权接任行政长官,政治问责制依然,“但是,管治班子人事出现重要变化,来自社会精英的明显减少,更多是出身传统政务官。10个月后,第三届政府扩大政治问责制,所任命的副局长和政治助理相当一部分拥有外国国籍或外国居留权,反映扩大政治问责制被用来维护九七前的旧传统”。曾荫权离任前夕,“不得不再度为他的个人行为失当向香港居民道歉”^①。

香港特区政府的管治能力不尽如人意,同“改朝不换代”的做法有很大关系。“所谓‘改朝不换代’是指回归之后,英国人走了,确实是‘改朝’了;但特区政府的500个高官,大都留下来了,继续在政府总部进进出出……特区政府那些高官在港英时代是‘小丫环拿钥匙,当家不作主’,只执行来自伦敦的指示,自己不决策。用曾荫权的话来说,早晨到办公室没有传真机传来的伦敦的指令,这一天就不知道该做什么。”^②香港特区的高官(领导班子)是如此状态,庞大的公务员队伍更缺乏主人翁意识,做一天和尚撞一天钟。总之,回归以来,香港特区还没有建立起优秀的公务员队伍,因此,不能适应形势发展的需要。目前,新一任行政长官梁振英正在努力改变政府架构以形成领导核心,并建设一支强有力的公务员队伍,但困难重重,需要时间和政治智慧。

(五) 友好的舆论环境是不可缺少的重要条件

特别行政区制度的实现也离不开正确的社会舆论。在近现代社会中,大众传媒作为一种新突起的社会势力,其政治立场和倾向

① 忻文:《香港回归的新起点》,香港《镜报》月刊2012年7月号。

② 孟楼:《香港管治何以困难,刘兆佳言犹未尽》,香港《文汇报》2012年11月7日。

在各种政治与社会活动中发挥着巨大的影响作用。当代媒体更被称为是行政、立法和司法之后的“第四大权力”，甚至被称为“无冕之王”，因而引起世界各国或地区的重视。

澳门这个新崛起的中国第二个特别行政区，当地主流媒体，如《澳门日报》（澳门销量最大的中文日报）、《澳门月刊》（澳门销量较大的综合性中文杂志）、澳门新闻工作者协会和澳门广播电视有限公司等，“一直高举爱国爱澳旗帜，立场鲜明，态度明确地维护国家和澳门的根本利益”，“支持澳门特区政府依法施政，团结各界读者，形成独特的凝聚力，发挥舆论和文化的优势，为澳门的经济社会发展、稳定、祥和，为澳门居民的利益作出了重要贡献和大量工作”^①。所有这一切，使澳门特区政府赢得一个较好的舆论支持环境，特区各项制度建设进展顺利。

反观第一个特别行政区——香港特区的传媒舆论环境就有明显的不同。众所周知，包括香港三大日报（《大公报》、《文汇报》、《商报》）在内的主流媒体，长期以来，高举爱国爱港的旗帜，积极宣传“一国两制”方针和基本法精神，支持特区政府依法施政，发展经济、改善民生、推进民主、社会和谐，为香港的长期繁荣稳定和广大居民的利益作了不懈的努力，为特区的制度建设贡献智慧和力量赢得广大读者的好评。但是，另类一些媒体，“以监督权贵和为民请命为己任，对政府经常采取怀疑、批判和反对态度，与政府争夺公共议程的制定权（agenda setting power），个别媒体甚至不时扮演政治领导者和动员者的角色，从而加大政府施政的难度”。^②近年来，壹传媒旗下的几份报纸（如《苹果报》），策动“去中国化”

^① 国务院新闻办主任王晨访问《澳门日报》社时的讲话，《澳门日报》2012年5月27日。

^② 刘兆佳：《回归十五年以来香港特别行政区管治及新政权建设》，商务印书馆（香港）有限公司2012年版，第20页。

系列活动,反对特区政府依法施政,反对两地经济融合,反对中央挺港政策。对此,《人民日报》有关人士表示,香港部分媒体把新闻和宣传混为一谈,把客观的报道跟煽动混作一起,偏离了媒体的功能,出现“媒体霸道”。更可悲的是,香港回归,政权转变,特区政府不仅没有官营电台的护航,反而要被官营电台由朝到晚地进行攻击。该电台以所谓“编辑自主”、“平衡不同声音”等为借口,不断丑化行政长官、咒骂特区政府无能,散布“行政霸道”、“法治已死”、“民主倒退”等言论。不少著名人士早就指出:“香港电台必须改邪归正”。但效果不大,可见舆论环境甚差。

总的来说,上述五个基本条件是实现特别行政区制度的五个台柱子,它们互相联系、互相依靠,缺一不可。就其主观因素而言,中央在特区制度建设上的角色十分重要,若缺少一个行政长官的辅翼,单凭中央的努力不但难于成事,反而可能会令港人、澳人因不满中央的“干预”而作出激烈的“反弹”,因此,行政长官领导下的特区政府是实现特区制度最合适的、最重要的力量。必须指出,基本条件并非全部条件,有些问题还可以深入研究。例如,中央与特区的紧密和良好的互动合作关系,特区政党政团和社会团体的作用,特区政府整体政治纲领和价值体系,等等。

胡锦涛总书记在十八大报告中强调:“中央政府将严格按照基本法办事,完善与基本法实施相关的制度和机制。”这是切中“一国两制”方针和基本法实施中的核心问题,为今后特区制度建设指明正确方向。笔者深信,随着中央这一重大举措的逐步落实,一个更加牢固、更加有活力的特别政区制度,将屹立于世界东方——中国珠江口岸!

第三章

香港特别行政区
制度研究

政权形式是政权的组织形式,亦称政体、政治制度。香港特别行政区的政治体制是在国家单一制结构下隶属于中央政府管辖下的一种特殊的地方政权所采取的组织形式。国家结构形式是“定型化的、通过宪法规定和法治实践体现出来的、在国家机构体系内纵向配置国家权力”^①的一种组织形式。“中国自秦始皇统一中国,建立中央集权制封建君主专制以来的2000多年中,封建王朝几经更换,社会制度也发生巨大变化,但就中央和地方国家权力分配形式而论,总的来说,一直是一个单一制国家。”^②几千年来,中国一直实行单一制而不实行联邦制绝不是偶然的,而是有其诸多深层次的内在因素选择决定的。中国昨天和今天的民族、历史、经济和文化的状况决定了这种选择的必然性。

① 童之伟:《国家结构形式论》,武汉大学出版社1997年版,第108页。

② 沈宗灵:《比较宪法》,北京大学出版社2002年版,第157页。

第一节

香港特别行政区的政治体制*

单一制国家是按照国中无国的组织原则组成的单一主权的统一国家。“在单一制国家内,全国只有一个立法机关、一个中央政府、一部宪法,实行统一的国籍,行政区域按地域划分。国内如果居住有主体民族之外的其他民族,则民族地区的行政区域按照民族聚居区划分。在各行政区内建立的各级地方政府,均受中央政府的统一领导。在国际关系中,中央政府是国际法的唯一主体”^①。

我国《宪法》第31条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”根据宪法,全国人民代表大会特制定《香港特别行政区基本法》(简称基本法)。基本法第2条和第5条分别明确规定:“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权”;“香港特别行政区不实行社会主义制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变。”显然,特别行政区在法律上不是联邦制下的成员单位,而是单一制下的行政区域,是直属于中央人民政府的一级地方政权。因此,特别行政区的设立没有也不可能改变中国的单一制国家结构政式。但这是问题的一个

* 本章引言及本节作者:徐复雄,香港李伟斌律师行中国法律顾问,法学博士。

① 肖蔚云等:《宪法学概论》,北京大学出版社2002年版,第152页。

方面,而问题的另一方面是全国人民代表大会授权特别行政区实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。其中,特别行政区依法享有的货币发行权、出入境管理权(含特区护照签发权)、香港特别行政区永久居民拥有双重国籍的可选择权、独立的司法权和终审权,应该讲这些特别授权不仅超越了单一制国家普通自治地区的权力,而且也超越了联邦制国家成员国享有的权力。因此,特别行政区制度既继承和坚持了单一制国家结构制度的根本原则,又突破和发展了传统国家结构形式的很多内涵。香港特别行政区制度是构成中国特色单一制国家结构制度的重要组成部分,是对“一国两制”国家学说的重大创新和重大贡献。

按照国家结构制度的理论,作为地方国家政权的特别行政区是单一制国家中隶属于中央直接管辖下的一种特别的地方政权形式,也就是一种特别的地方政治体制。

根据基本法的规定,香港特别行政区的政治体制是由行政长官、行政机关、立法机关和司法机关等构成的。其中,行政长官是这一政治体制的核心。行政长官不但是香港特别行政区政府的首长,同时也是香港特别行政区的首长,代表香港特别行政区。

很清楚,基本法确立了行政长官在特区政权架构中的最高地位,这样也就确定了特别行政区的政治体制是一种行政主导的政治体制,因此这一体制又称为行政长官制。

行政长官制既继承了香港原有政治制度中“均衡参与”、“行政主导”等有效元素,又发展了司法独立,行政与立法既互相制衡又互相配合的新型元素。总之,行政长官制既不同于西方的“三权分立”体制及港英统治时期的总督制,也区别于我国内地实行的人民代表大会制度,它是在“一国两制”条件下的一种崭新的地方政治体制。

总体而言,香港特别行政区成立 15 年来实践充分表明,行政长官制是行政长官统一领导特别行政区、维护特别行政区经济 and 政制发展以及社会稳定的重要体制;是贯彻“一国两制”和基本法的重要保证。然后“一国两制”是一项伟大的工程,是一种政治文明,理论与实践的关系表明,“一国两制”要回答的问题比已经解决的问题要多得多。如果我们用审视的眼光来回顾 15 年来香港特别行政区政治体制的运作情况和发展历程,也许能更好地打开一个研究的视角,也有助于我们对许多问题进行新的思考。

一、“双普选”下完善和发展香港的政治体制

香港特别行政区成立 15 年来,在政治体制运作中出现了两个最具争议性的重大问题:一是如何分析和对待香港特区法院引入和建立的司法复核机制。香港终审法院前首席法官李国能先生早在 2000 年法律年度开启典礼的演辞中就指出:“踏入新纪元,法院将继续处理困难和充满挑战的宪法争议。‘一国两制’乃史无前例的构思,香港宪法法理只有随着时间,才能稳步发展。”二是如何分析和对待香港特别行政区行政机关与立法机关日益紧张的对立关系。

(一) 香港法院的司法复核机制

香港特别行政区的司法机关是否拥有审核特区立法机关所制定的法律或行政机关的行为是否符合基本法的权力(简称违宪审查权),这是一个在当初颇具争议的问题。然而回归 15 年来,香港特别行政区对违宪审查基本形成了一套机制。这个机制主要由以下两方面组成。

1. 全国人大常委会拥有对特别行政区的违宪审查权

根据宪法,全国人大常委会作为国家最高权力机构的常设机关,有权对国务院、最高人民法院和最高人民检察院的行为实施违宪审查,同样有权对省、自治区、直辖市人大的立法实施违宪审查。人大常委会作为中国最主要的违宪审查机构,依据基本法的规定,同样拥有对特别行政区的法律行使违宪审查权。这一权力具体表现在以下三个方面:(1)按照基本法第160条规定,香港特区成立时,香港原有的法律除由全国人大常委会宣布同基本法抵触外,采用为香港特别行政区法律。(2)全国人大常委会享有对特别行政区立法会立法的备案审查权。基本法第17条规定,香港特别行政区立法会制定的法律须报全国人大常委会备案。全国人大常委会在咨询香港特别行政区基本法委员会后,如认为香港立法会制定的任何法律不符合基本法关于中央管理的事务及中央和香港特区的关系条款,可将该法律发回,但不修改,发回的法律立即失效,但无溯及力。(3)全国人大常委会拥有对基本法的解释权。基本法第158条明确规定,基本法的解释权属于全国人大常委会。严格而言,对基本法的解释权和违宪审查权是有区别的,但是对基本法解释权的行使无可避免地会对违宪审查产生直接的影响。因此,可以认为基本法的解释权也是违宪审查权的一个重要组成部分。

2. 特别行政区法院拥有行使违宪审查的权力

基本法对特别行政区法院是否拥有违宪审查权没有明确的规定。但是仔细阅读基本法的有关条文,应该讲香港特别行政区法院拥有行使违宪审查的权力。其根据是:(1)在香港回归前,根据普通法的体制,形成了由法院负责违宪审查的制度。回归前,香港的主要宪制性文件为《英皇制诰》和《皇室训令》。《英皇制诰》于1991年6月被修订,以规定本地法律对香港居民所享有的权利

和自由,不得作出抵触《公民权利和政治权利国际公约》适用于香港的有关规定的限制。因此回归前,香港法院拥有行使对本地法例进行违宪审查的权力。例如,在 *Rv Lum Wai-ming* (1992) 2 HKPLR 182 一案中,高等法院裁定,《危险药物条例》(第 134 章)中的一项推定(任何人经证明实质管有藏有某药物的有关汽车的钥匙,须被推定为管有该药物)抵触了《公民权利和政治权利国际公约》第 14(2)条所保障的无罪假定。因此该条例的有关推定,超越了《英皇制诰》所赋予的立法权力。(2) 回归以后,香港法院一直在行使违宪审查的权力。终审法院在吴嘉玲诉入境事务处处长一案中对这个角色作如下的解释:在行使基本法所赋予的司法权时,特区的法院有责任执行及解释基本法。毫无疑问,香港法院有权审核特区立法机关所制定的法例或行政机关之行为是否符合基本法,倘若发现有抵触基本法的情况出现,则法院有权裁定有关法律或行为无效。对此,全国人大常委会在香港特区政府要求下,就该案首次对基本法的条文进行解释。在该解释中,人大常委会一方面明确表示,香港法院没有审查国家最高权力机关的立法行为是否符合基本法的权力;另一方面人大常委会并未质疑香港法院有权审核特区立法机关制定的法例或行政机关的行为是否符合基本法的权力。这样在事实上就承认了香港法院拥有行使违宪审查的权力。(3) 基本法第 158 条授权香港特别行政区法院,可对基本法关于特区自治范围内的条款自行解释。行使对基本法条款自行解释权,无可避免地会对违宪审查产生直接的影响。因此,这可理解为基本法授权特别行政区法院具有一定的违宪审查权。(4) 基本法第 11 条第 2 款规定:“香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触。”这表明基本法是香港特别行政区的宪制性法律,具有凌驾性。同时,这也可理解成这是为香港特别行政区的违宪审查机制提供了宪法性基础。

基本法第19条第3款指出：“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。”没有管辖权，自然也就没有违宪审查权。这就是说特别行政区法院在行使违宪审查权时是有一定条件的。

值得注意的是，回归以来香港特别行政区法院处理的司法复核案件远比回归前活跃，可以说是范围广、程度深。对此，香港特别行政区终审法院前首席法官李国能认为：“‘司法复核’一词已逐渐成为日常生活用语，有需要让公众正确地了解法庭的功能。”^①香港特别行政区律政司前司长黄仁龙认为：“由于基本法在人权方面提供很多保障，与市民生活关系密切，因此出现很多有关基本法的争议，这是正常的。他说，如果各方有互信基础，部分事情无需透过司法复核解决。”^②这就是说，“法庭并不能就现代社会所面对的任何一项政治、社会及经济问题提供解决方案，更不能就这些问题提供‘万应良方’”^③。

总体而言，香港回归15年来，目前正在运作的香港特别行政区的违宪审查机制是流畅的，未对行政长官造成重大的冲击。与此同时，受基本法保护的香港司法制度和体制在“一国两制”条件下得到了全社会进一步的尊重和发展。

（二）行政机关与立法机关的关系

在香港回归后，随着选举制度的深入发展，政团力量的不断壮大，对香港政治体制的运作也产生了某些重要的变化。行政与立法的关系日趋紧张，“行政主导”的理念难以顺利贯彻就是最突出的表现。

由于行政长官不具有政党背景，从而使政党丧失了政党组

① 《李国能：关于司法复核遭滥用》，《信报》2006年1月10日。

② 《黄仁龙指互信可免诉诸司法复核》，《信报》2006年3月17日。

③ 同②。

阁执政的功能,沦为单纯的“议会政党”,这样在政府和议会之间缺失了政党的沟通。政府官员出席立法会会议,负责为政府的政策解释和回答议员的质询,但他们无投票权,形成政府在立法会内“有权无票”的情况;而立法会的议员则恰恰相反,他们在立法会内“有票无权”。这是因为基本法第74条规定,凡涉及政治体制或政府运作或公共开支的提案,必须由政府提出;而凡涉及政府政策的法案则应先征得行政长官的同意,议员方可提出。因此立法会议员没有完整的提案权去影响政府施政,但他们可以运用自己手中的投票权来挑战政府,与政府抗衡,甚至特意阻挠政府,因而导致了行政与立法之间持续不断的争拗^①。

面对这一情况,香港社会存在两种不同的解读。一种意见认为,要推行行政主导的体制,首先要建立一个责任政府,要进一步强化行政长官领导特区、领导特区政府的位置和功能,使行政长官政治责任的实现有一个认同他的政治理念、服从他的领导、理念清晰、目标一致的精英团队。这些精英团队的主要官员应各自负责由行政长官指定的政策范畴,统领所辖部门的工作,制定政策、解释政策、为政策作推介,争取立法会和市民大众的支持,并且为其政策的成败直接向行政长官负责。他们出席立法会会议,答复议员的质询,提出法律草案和参与动议辩论^②。其次要进一步明确,按照基本法的有关规定,香港的行政主导体制应体现在四个方面:(1)行政长官与中央的关系;(2)行政长官与香港居民的关系;(3)行政长官与行政机关的关系;(4)行政机关与立法机关的关系。取得中央充分信任和帮助,取得香港居民广泛理解和支持,

^① 《2007/2008 政制改革评议书》,香港新力量网络。

^② 董建华:《2001 年施政报告》,第 131 ~ 135 页。

取得行政机关强而有效的配合和协助,取得立法机关稳定而可靠的合作和监督,这是行政长官顺利实施行政主导的必要和充分条件。

另一种意见认为,香港特区之所以出现行政与立法机关之间持续不断争拗的困局,其根本原因是香港的政治体制没有推行政党政治。没有执政党,政府在立法会就没有稳定的票源。在政府的政策送交立法会审议时,必然阻力重重,在左改右改之后而变得面目全非,有的甚至胎死腹中。在这个问题上,无论是建制派政团,还是反对派政团,他们的观点是基本一致的。公民党认为,不解决特首不具政党背景的问题,“香港是死局”;民建联也曾多次表示,香港必须有政党政治,以确保特首在立法会内“够票”才能打破目前施政的困局^①。

对香港政治体制中目前出现的行政与立法关系紧张,施政出现困难的局面,无疑必须高度重视,认真对待,但对其解决方法则需要审慎研究。要在特别行政区推行政党政治,这既涉及“一国”的国家结构制度和国家政治制度的重大原则,又涉及特别行政区宪制地位的重要问题。无疑这都需要审慎研究。应当说,特别行政区的政治体制具有独特性。对此,我们既不能因循守旧,固步自封,也不能照搬外国经验,沿用西方传统政治理论来削足适履。“一国两制”本身就是一项前无古人的伟大事业,对完善特别行政区的行政与立法关系,对充分发挥政团和其他政治性组织的作用,我们应该密切联系香港社会的实际,解放思想,在推进“双普选”的进程中用新的思维和新的办法去进行新的探索和新的实践。

总之,需要强调的是,在香港特别行政区行政主导的政治体制

^① 《选举条例敲定 特首禁有政党背景》,《信报》2011年4月3日。

中,首先,行政长官的角色和作用非常重要,人们对政治体制的评解,很大程度上是对行政长官政绩、人品和才干的评解;其次,政治问责制也是这一体制中的重要一环。行政长官能否建立一支政治理念相同、政治纲领一致、具有较高政治水平和廉洁奉公、克尽职守的管治班子,是行政长官制的成败关键。显然,如何在当前推进“双普选”的进程中,进一步完善和发展香港特别行政区的政治体制,是贯彻基本法、完善基本法相关制度和机制的一个首要和重大课题。

二、香港特别行政区政治体制的特点

在“一国两制”下,中央政权和内地各行政区域继续实行人民代表大会制度,特别行政区实行行政长官制,从而使“一国两制”下的我国政体,成为一种中央统一制与地方行政区域多元民主政治体制相结合的新型国家政治体制。应该讲,内地的人民代表大会制和香港特别行政区的行政长官制,这两种民主政治体制之间既有许多共同的地方,也存在明显的不同之处。

(一) 两种政治体制依据的同异

这两种政治体制都是以国家法律为依据的。所不同的是,祖国内地的地方政权是按国家宪法规定而设立,特别行政区的政治体制则是按基本法的规定而建立。由于这两类法律条文适用和涉及的对象不同,为此带来两种政治体制在性质上的不同。我们知道,人民代表大会制度是以社会主义经济制度为基础,并为其服务;特别行政区的政治体制则是以资本主义所有制为基础,并为其服务的,这就是一国中的两种制度。我们又知道,基本法是按宪法的规定而制定,基本法是全国性法律。因此祖国内地的地方政体

和特别行政区的政治体制从法源而言,都是遵循宪法的规定,都受全国人民代表大会及其常务委员会和中央人民政府的统一领导。这就是一国的原则。它的重要意义,不仅是维护国家的统一与主权,而且也是促进这两种政治体制今后共同发展的重要前提^①。

(二) 政权组织与选举方式的同异

这两种政治体制的相同之处是行政、立法、司法三位一体的地方政权组织方式,并且行政、立法、司法机关的设置基本相似。所不同的是:行政方面,香港特别行政区的行政长官目前由特别行政区选举委员会选举产生,今后将在特别行政区经普选产生,而内地的省长、市长、自治区主席,则由地方国家权力机关的人民代表大会选举产生;在立法方面,香港特别行政区的立法会议员由直接选举、间接选举产生,内地的省、直辖市、自治区的人大代表则由下一级人民代表大会选举产生;在司法方面,特别行政区的司法人员依照法定程序任免,并拥有较为完善的司法体制,在内地,省、直辖市、自治区司法机关的主要负责人由本级人民代表大会选举或罢免,检察长的产生和罢免还须经上级检察长提请该级人民代表大会批准。内地在司法体制上,是划一的法院、检察院系统。从中可见,两者的区别是多方面的。

(三) 政权运行机制的同异

从政体运行机制看,两者的共同点少,但差异突出。共同之处是,两者都实行地方行政首长负责制,特别行政区是行政长官负责制,内地是省长、市长、自治区主席负责制。两者都要对中央人民

^① 陈道华主编:《“一国两制”与国家理论》,中共中央党校出版社2002年版,第61页。

政府负责,也都要向自己对应的议会负责。但两者不同之处则更为突出,主要表现在以下三个方面:首先,在行政方面,特别行政区的行政长官拥有比内地的地方首长更广泛的行政领导权、人事任免权、事务处理权和其他权力;其次,在立法方面,特别行政区立法会除外交、国防及其他属中央管辖的事务无立法权外,可就特别行政区自治范围内的一切事务立法。就这点而言,特别行政区立法会的立法权远大于内地省、直辖市、自治区人民代表大会及其常委会;最后,在司法方面,特别行政区的司法机关拥有独立的司法权和终审权,而内地的地方司法机关需对本级人民代表大会负责,下级法院审判工作应接受上级法院的监督,下级检察院应受上级检察院领导并对其负责。总之,内地的地方司法机关实行的是双重领导与相对独立履行司法职能相结合的司法体制^①。

从上述分析中,可以得到如下结论,即在一个国家的前提下,两种政治体制分别植根于不同的经济制度的土壤中,各自具有自己的鲜明特点。中华人民共和国自1949年成立以来,实行的政体是人民代表大会制度。这是一种既区别与资本主义国家的议会制,也区别与原苏联的苏维埃模式,它是植根于中国土壤、适合中国国情的、具有中国特色的议行合一的新型的国家政治体制。在香港、澳门回归祖国相继成立了特别行政区后,以人民代表大会制度为基本特征的中国政治体制得到了极大的丰富和发展。根据“一国两制”的深刻内涵,这两种政治体制应通过比较,促进相互学习,在共同的发展中互相取长补短,进而推进建设以人民代表大会制度为基本特征的有中国特色的民主政治体制。这既是一个现

^① 陈道华主编:《“一国两制”与国家理论》,中共中央党校出版社2002年版,第63页。

实和富有远见的崭新课题,也是一项关系整个中华民族复兴的重要历史使命。

三、内地和香港两种政治体制的借鉴

中国自秦始皇统一中国以来,在 2000 多年的历史长河中,虽然封建王朝几经变更,社会制度发生巨大变化,但一直是一个单一制结构国家。单一制对中国所具有的最基本的意义就是保证国家的统一。中国在实施单一制过程中,一贯本着在“坚持中发展,继承中超越”的原则。“一国两制”,设立特别行政区就是对单一制国家结构形式的一种突破和发展。

按照基本法的规定,在单一制国家结构下香港特别行政区的政治体制实行行政主导的原则,因此香港特别行政区政治体制又称为行政长官制。

香港回归 15 年来,行政长官制的运作基本上是成功的,但也受到了各种挑战。特别行政区法院是否拥有审核特区立法机关所制定的法律或行政机关的行为是否符合基本法的权力,一直是各方颇具争议的问题。经过不断地磨合,关于香港特别行政区的违宪审查在实践中逐步形成了一套运作机制。毫无疑问,这一机制以后还会经受种种考验,但相信可以在实践中不断完善和发展。

香港特别行政区目前存在的行政与立法紧张的对立关系,是对行政长官制的又一大挑战。对此,应该在推进“双普选”的进程中,在贯彻落实基本法、完善与基本法实施相关制度和机制的工作中进行新的探索和实践。

两种不同的社会制度共存于当代中国,必然会使国家面临如何看待和处理“两制”之间的矛盾和磨擦问题。改革开放 30 多年

来,特别行政区与祖国内地的各种往来日益密切,经济关系已不可分割。在这种历史背景下,如何广开渠道,促进两种政治体制的磨合和借鉴,是“一国两制”发展的客观要求,也是建设以人民代表大会制度为基本特征的有中国特色的民主政治体制的客观要求。

第二节

香港特别行政区政治体制 的权力配置*

政治体制的核心是权力分配问题。现代国家通过政治体制运作,实现对公共权力的分配和协调,以维护公共利益及维持公共秩序。作为直辖于中央人民政府的地方行政区域——香港特别行政区的政治体制不仅涉及特别行政区内部的权力关系,也涉及中央与地方之间的纵向权力关系。

一、特别行政区政治体制权力配置的特点

关于香港特区的制度和体制的设计,1987年邓小平明确指出:“香港的制度也不能完全西化,不能照搬西方的一套。香港现在就不是实行英国的制度、美国的制度,这样也过了一个半世纪了。现在如果完全照搬,比如搞英美的议会制度,并以此来判断是否民主,恐怕不适宜”;“有些事情,在某些国家能实行的,不一定在其他国家也能实行。我们一定要切合实际,要根据自己的特点来决定自己的制度和管理方式。”^①全国人大常委会委员长吴邦国指出:“根据邓小平同志的这一重要思想,基本法从香港特别行政区的法律地位和实际情况出发,确立了以行政为主导的政治体制,

* 本节作者:徐静琳,上海大学法学院教授。

① 邓小平:《会见香港特别行政区基本法起草委员会委员时的讲话》,《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第220页。

其中最主要的就是行政长官在特别行政区政权机构的设置和运作中处于主导地位。”^①这一段话是对香港特区政治体制的高度概括,也是对该政治体制权力配置特征的精辟解读。

香港特区政治体制集中反映了行政长官以及行政、立法和司法三者的权力配置及权力关系,其内涵可以概括为:行政主导,行政与立法相互制衡、相互配合,司法独立。这一新型的特别行政区的政权组织形式,既有别于中国主体实行的人民代表大会制,或原港英时期的总督集权制,也不同于英国的代议制或美国的三权分立制,而是按照“一国两制”方针,切合香港的实际情况设计的行政主导政治体制,以确保国家对香港的基本法方针政策的实施。行政主导作为现代政治发展的普遍现象,在各国可以表现为不同的模式。美国学者亨廷顿认为,国与国之间最重要的政治差异,不在于政府统治形式的不同,而在于政府统治程度的高低^②。通常认为,行政主导(Executive-led)是指在一个国家或地区的权力运行中,相对于立法权和司法权而言,行政权表现为更为主动的权力,发挥着更为核心的作用,公共决策主要取决于行政首长及其领导的政府。

关于香港特区是以行政长官为首的整个行政机关主导,还是以行政长官主导的问题,曾经引发一些争论。从香港基本法的立法精神理解,两者是有一定区别的。以行政长官为首的整个行政机关主导的体制,体现的是行政机关及其行政权的优势,在权力运行中发挥行政权的核心作用;以行政长官主导的体制,凸显的是行政长官在权力体系中的核心地位和主导作用。从香港基本法规定

① 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》,《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7页。

② 参见亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,王冠华、刘为等译,上海人民出版社2008年版,第60页。

的政权机构设置和权力关系反映出,行政长官主导是这一体制的基本特征。从这个意义上理解,有学者将香港特区行政主导政治体制称作为“行政长官负责制”^①,或“行政长官制”^②。当然,从概念上分析,行政主导体制与行政长官制是有区别的,前者主要是从宏观上对该体制的概括,后者则是从特征上对该体制的描述。由此,对于香港特区政治体制的完整概念,也可以表述为“以行政长官为核心的行政主导体制”。

二、特别行政区政治体制权力配置的架构

梳理香港基本法确立的有关政治体制规定,香港特区权力配置的架构主要反映以下主要内容。

(一) 行政长官居于权力体系的核心地位

行政长官享有实权的原则,是香港基本法规定的权力配置中最重要原则。曾经有人主张,香港应仿效英国政治体制的模式,使行政长官成为一个类似英女王的机构,其本身没有实权,而另设一个政府首长职位来行使行政权。这种虚设体制的安排,并不符合香港特别行政区的法律地位。鉴于行政长官在香港当地通过选举或协商产生,由中央政府任命,必须对中央政府负责。根据权力与责任相一致的原理,若要求行政长官对中央政府负责,就必须赋予其实权。

行政长官“位高权重”,并处于权力体系的核心地位,主要体现在以下几方面:(1)行政长官具有双重法律地位及责任。行政长官既是特别行政区的首长,又是特别行政区政府的首长。作为香港特

① 许崇德:《学而言宪》,法律出版社2000年版,第475页。

② 肖蔚云:《香港基本法》,北京大学出版社2003年版,第829页。

别行政区的首长,行政长官代表香港特别行政区,对中央人民政府负责和特别行政区负责,其地位高于特区其他政权机关,包括行政机关、立法机关和司法机关。(2)基本法规定的行政长官职权有13项,涉及执行、立法、行政管理和人事任免权等方面。其中,有关依法负责执行基本法的权力(基本法第48条),不仅是指行政长官对基本法的某个条文或具体规定的实施负责,而是就整部基本法在香港实施向中央负责。(3)在与立法会的关系上,行政长官具有重要的参与权和制约权。例如,行政长官具有法案的签署和公布权;行政长官具有涉及财政收入和支出的动议的批准权;行政长官具有发回议案重议和解散立法会之权等;其他如具有决定政府官员或公务员向立法会作证的权力、在基本法修改议案的提交程序上的同意权等。

(二) 行政与立法相互制衡的关系

香港特区行政与立法的制衡关系既包括上述行政长官对立法会的制约,也包括行政长官领导的行政机关对立法会的制约。主要反映在以下几方面:(1)政府有权拟定并提出法案、议案、附属法规。(2)政府提出的议案须优先列入立法会议程。(3)立法会根据政府的提案,审议、通过财政预算。(4)对于涉及公共开支或政治体制或政府运作的议案,立法会议员不具有此项议案的动议权;凡涉及政府政策者,在提出前必须得到行政长官的书面同意,即行政长官拥有该类提案的批准权。由此可以看出,行政对立法的制衡关系是实质性的而非形式意义的,它贯穿立法的主要环节并涉及立法重大事项。

为了防止行政权滥用,立法对行政的制衡关系主要体现在以下四个方面:(1)立法会审核、通过政府提出财政预算的提案;批准税收和公共开支。(2)政府对立法会负责,限于基本法列举的四个方面:执行立法会通过并生效的法律;定期向立法会作施政

报告;答复立法会议员的质询;征税和公共开支须经立法会批准。

(3) 依法提出弹劾案。如立法会全体议员的 1/4 联合动议,指控行政长官有严重违法或渎职行为而不辞职,经立法会通过进行调查,立法会可委托终审法院首席法官负责组成独立的调查委员会,若认为有足够证据构成上述指控,立法会以全体议员 2/3 多数通过,可提出弹劾案,报请中央人民政府决定。(4) 依法迫使行政长官辞职。当发生立法会与行政长官不协调的法定条件时,行政长官必须辞职:因两次拒绝签署立法会通过的法案而解散立法会,重选的立法会仍以全体议员的 2/3 多数通过所争议的原案,而行政长官仍拒绝签署;因立法会拒绝通过财政预算或其他重要法案而解散立法会,重选的立法会继续拒绝通过所争议的原案。(5) 关于立法会法案、议案的表决程序,基本法附件二第 2 项规定,对于政府提出的法案,如获得出席会议的全体议员的过半数票,即为通过;而对于由立法会议员个人提出的议案、法案和对政府法案的修正案均须分别经功能团体选举产生的议员和分区直接选举、选举委员会选举产生的议员各过半数通过。

需要指出的是,上述立法对行政的制衡关系包括对行政长官和行政机关的制约,其中立法会有权对行政长官提出弹劾案、迫使行政长官辞职,但须基于发生法定原因以及符合法定条件。根据基本法的规定,由于行政长官的任命权在中央人民政府,因此,最终对行政长官的罢免权也在中央。

(三) 行政与立法重在配合的关系

在寻求权力体系的平衡中,权力配合与权力制衡正是构成分权制的两个重要方面。香港行政与立法的相互配合关系主要反映在以下几方面:(1) 共同完成立法程序。基本法第 48 条规定,立法会通过的法案,须经行政长官签署、公布后才能生效,表明特别

行政区的立法程序是由立法会和行政长官的共同参与完成的程序。(2) 共同参与行政会议的决策咨询。行政会议是协助行政长官决策的机构,其成员由行政长官从行政机关的主要官员、立法会议员和社会人士中委任;行政长官在作出重要决策、向立法会提交法案、制定附属法规和解散立法会时,必须征询行政会议的意见。(3) 在立法会的议程上,政府提出的议案享有优先权。(4) 立法会具有质询和辩论权。例如,立法会听取行政长官的施政报告并进行辩论;对政府的工作提出质询;就任何有关公共利益问题进行辩论等。在上述重要行政决策、立法会辩论过程中,行政与立法的配合均有相当的反映,说明两者相互配合与相互制约关系甚为密切,重在配合;同时也表明,在行政与立法的关系中,行政处于主动地位。

(四) 司法与行政、立法的关系

在香港基本法确立的政治体制中,司法独立,即法院独立审判,不受任何干涉,包括不受行政机关或立法机关的干涉。然而,司法独立并不意味着可以不受任何约束,甚至可以凌驾于行政或立法之上。在行政主导体制下的司法独立,同样反映了行政长官的优势地位以及行政、立法对司法的制约。

香港特区行政、立法与司法相互制衡关系主要反映在以下几方面:(1) 在法官任免方面,受制于行政长官和立法会。基本法第88条规定:“香港特别行政区法院的法官,根据当地法官和法律界及其他方面人士组成的独立委员会推荐,由行政长官任命。”终身法院的法官和高等法院首席法官的任命或免职,还须由行政长官征得立法会同意,并报全国人大常委会备案。对于法官的免职,基本法第89条规定,只有在法官无力履行职责或行为不检的情况下,行政长官才可根根据终审法院首席法官任命的不少于3名当地

法官组成的审议庭的建议,予以免职。(2)在涉及国家行为事实的案件审理上,须有行政长官发出的证明文件。基本法第19条第2项规定:“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书。”(3)在涉及对基本法条款的解释上,行政长官负有特定的职责。例如,涉及中央政府管理的事务或中央和特区关系的条款的解释,当特区终审法院没有履行提请全国人大常委会解释的法定程序,则行政长官依法负有执行基本法之权,可向中央政府提出建议报告。如1999年居港权案,终审法院裁决立法会违反基本法并宣称特区司法机构可以审查全国人大立法之后,行政长官就此向国务院提交报告,请求国务院提请全国人大常委会就基本法相关条款作出解释。通过此次“人大释法”,化解了特区法院过度扩权的影响。(4)在涉及行政长官的财产申报及弹劾案方面,受到终审法院及立法会的制约。基本法第47条第2款规定:“行政长官就任时要向终审法院首席法官申报财产,记录在案。”立法会可委托终审法院首席法官负责组成的独立调查委员会,就行政长官涉嫌严重违法及渎职行为进行调查;立法会并可以全体议员2/3多数通过提出弹劾案。

综上,香港基本法确立的行政、立法和司法之间相互制约及互相配合的关系,建构了香港特别行政区权力体系平衡的基础。

三、特别行政区政治体制权力配置的原则

(一) 体现行政主导政治体制的原则

在现代国家权力体系中,行政权是与立法权、司法权共同构成

权力体系的重要组成部分。由于行政权独特的职能,集决策权和执行权于一体,涵盖行政立法、行政执法和行政监督等范围,因而在行政、立法和司法的关系中,具有鲜明的主动性,在权力体系中表现为一种最积极、最易集中的权力。香港特区政治体制所体现的行政主导原则,除了适应现代社会发展的趋势外,更重要的原因是由香港特区的法律地位所决定的。基本法第12条规定:“香港特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。”该条款阐明,香港特别行政区是中国单一制下的地方行政区域,直辖于中央人民政府,属于国家一级行政建制,其政治体制是地方政治体制,其高度自治权是全国人大通过香港基本法授予的。这一法律地位决定了在香港特区的政治体制中,需要设立一个机构能够对中央负责,即承担在香港贯彻落实中央对香港基本方针政策和香港基本法的责任。这个具有特殊地位的权力机构的设置,就是基本法规定的行政长官。香港基本法第43条规定了行政长官的双重法律地位和责任,第48条规定了行政长官的13项职权,确立了行政长官享有实权并在特别行政区的权力体系中具有核心地位,从而保证了行政长官对中央负责以及承担贯彻落实中央对香港基本方针政策和香港基本法的法律责任。

(二) 反映各界人士均衡参与的原则

香港是一个中西交汇、华洋兼容的多元化社会,集聚了不同文化背景、不同民族和国籍、不同宗教信仰的人,诸多社会阶层、界别及各方面的政治力量有着不同的诉求和利益。同时,香港也是一个市民社会高度发达的都市,香港的发展有赖于社会各界的共同努力,既有工商业者、知识精英,也有劳工阶层。因此,香港特区政治体制要兼顾社会各阶层的利益,使社会各阶层、各界别能够均衡

参与,以反映香港社会的多元化诉求,妥善处理政治权力分配等。香港基本法关于行政长官和立法会的产生办法,体现了社会各阶层均衡参与的原则。基本法附件一关于行政长官的产生办法,规定了一个800人选举委员会,分别由工商、金融界,专业界,劳工、社会服务、宗教界代表各200人组成;香港基本法附件二关于立法会的产生办法,规定了各功能界别和法定团体的划分、议员名额分配等,合理体现了社会各阶层的广泛代表性,为香港政权机构的组成奠定了坚实的社会基础。

(三) 吸纳传统与合理元素的原则

香港社会普遍认为,英国在香港统治长达一个半世纪,积累了丰富的管治经验,原政治体制中有关殖民统治的规定固然不能沿用,但其中行之有效的部分可以汲取或借鉴:一是港英政制体现的行政主导特色;二是严密的政府架构及其高效运作机制,包括较完善的公务员管理制度。其中,以港督为首的行政系统处于权力体系的核心地位,长期在港英政制中发挥了重要作用。但港英政制的权力关系并不具有相互制衡的因素,其立法机关完全依附于行政首长,不可能对行政机关实行监督。而在香港特区政治体制下,行政长官作为权力体系的核心,发挥主导作用,但不是集权,行政长官在作出重要决策、向立法会提交法案等前必须征询行政会议的意见。回归前后两种政治体制存在根本差异:港英政治体制反映的是总督集权制的行政主导,而香港特区政治体制体现的是权力制衡基础上的行政主导。

(四) 遵循权力制衡与配合的原则

权力制衡与权力配合原则是现代宪政的基本原则,也是香港特区政治体制权力配置必须遵循的原则。所谓权力制衡,是指权

力部门既彼此独立又相互牵制,通过权力制约权力,以保证权力的正确行使和规范运作。然而,权力制约并不排斥权力配合,权力部门在行使各自职权时需要其他部门的合作。所谓权力配合,是指权力子系统之间相互参与、相互协作,以谋求权力系统的最佳效能。因此,为了促进权力系统的有效运作,在设计权力制约的同时,也需要考虑权力的相互配合因素。香港基本法有关政治体制的设计,充分体现了权力制衡与权力配合的原则。在行政主导政治体制的架构下:行政长官是特别行政区的首长,领导特别行政区及政府;政府是特别行政区的行政机关;立法会是特别行政区的立法机关;各级法院是特别行政区的司法机关。各权力机关职能分工明确,行政、立法和司法之间的“权力的制约与配合”密不可分,不可或缺,即在注重权力的相互制约的同时,强调权力的相互配合,以达到权力平衡的良好状态。

四、规制特别行政区权力运作的建议

香港回归 10 多年来,在行政主导体制下,立法与行政的关系总体良好,特区政府提出的大部分议案和法案都能在立法会获得通过。但在运作实践中,立法与行政配合不足、制约有余的现象时有发生。围绕政治体制的争论,主要集中于“行政主导”是否能得以切实落实的问题。有人以此证明,“行政主导不起来”;也有人认为,由于立法扩权、司法至上的倾向,削弱了行政主导。

立法会的扩权主要反映在对政府主要官员的不信任动议上,这是一项基本法没有授予的自设权力。例如,1999 年在终审法院关于居港权案件判决作出后,有议员在立法会上对律政司司长提出不信任动议;2000 年“居屋角短桩事件”,有议员提出对房屋委员会主席和房屋署署长不信任议案;2003 年,因为买车避税事件,

有议员对财政司司长提出不信任动议;2008年,因为未能公开政治任命官员的国籍和薪酬,也曾有立法会议员计划向特首办公室主任提出不信任动议;等等。虽然这些动议大多未进入表决程序,或者最终被否决,但对政府依法施政和行政主导已经造成了一定的消极影响;更重要的是,在香港政治生活中确立了在基本法之外任意扩权的不良先例。

在香港基本法的框架下,如何规制特区权力体系的顺畅运作,笔者提出以下法律思考。

(一) 充分运用行政长官的管治权优势

行政主导体制是基本法对香港政制的宪制性安排。为此,发挥该体制及制度的功效,充分运用基本法授权,推进行政主导体制顺畅运行,是以行政长官为首的特别行政区政府的职责所在。

香港特区政府维护制度能力可以包括诸多方面,如行政长官的管治能力、领导层的政治协调能力、行政与立法和司法的沟通能力、政府的执行力和公信力、对公共事务的监管力等。如前所述,香港基本法赋予行政长官以特殊的权力及责任,行政长官居于行政、立法和司法权力体系中的核心地位。由此,行政长官的管治优势可以从两方面理解:其一,行政长官负有依法负责基本法执行权的特殊职责,即行政长官具有基本法在香港实施向中央负责之权。基本法是香港的宪制性法律,就是说,如果发生基本法实施过程中的其他权力主体违反基本法规定的重大问题,行政长官有责任向中央政府报告,因而这是基本法赋予行政长官的一项十分重要的授权。其二,香港基本法的实施涉及香港行政、立法和司法关系、中央与特别行政区的关系等诸多方面,在实施过程中必然会遇到各种复杂问题。因此,如何充分运用基本法的授权,依法发挥其权力优势,强化在决策、执行和管理上的管治职能,协调和处理好

各方面的关系,是对行政长官管治能力的考验。

据此,行政长官充分运用基本法授权,切实体现行政主导的管治理念,可以从以下三个层面推进:一是强化以行政长官为首的政府高官的核心作用,包括直接向行政长官负责的政治委任官员在内的政府管治团队的作用;二是形成广泛而稳固的“执政联盟”,包括充分运用行政会议特有的职能,争取立法会的稳定支持;同时,积极考虑各政治团体及党派在香港社会的现实作用,协调并吸收其参与公共权力的政治需求及意见;三是建立健全行政运作机制,包括决策程序、管治团队、问责制度、咨询制度、权力监督机制等诸多方面。

(二) 积极推进行政与立法的互动机制

在行政主导政治体制之下,行政与立法是一对极为重要的权力关系,促进行政与立法之间的沟通与协调,有助于形成良好的制衡和配合机制。同时,能否取得强有力的管治联盟的稳定支持,也是行政长官依法施政的重要政治基础。

1. 形成常态化的沟通机制

如政府在重要政策的制定和推介之前,事先向立法会进行通报,提供相关资料,充分听取意见,将政策执行情况及时作出反馈;对议员提出的质询、动议和批评,应给予积极回应,并及时调整不当或失范行为;对于政府财政和重大公共政策事项,应建立必要的事前和事中监督机制,主动接受立法会的监督,以增强施政的透明度,提升施政效率。

2. 发挥行政会议的有效功能

作为协助行政长官决策的咨询性机构,行政会议是行政长官在作出重要决策、向立法会提交法案、制定附属法规和解散立法会之前必须征询意见的法定机构;从行政会议的组成及运作程序看,

行政会议实际上成为行政与立法经常性沟通和互相配合的有效平台。因此,切实发挥行政会议的协商与配合的优势,通过行政会议强化行政长官的管治联盟,最大程度争取立法会的支持,是完善行政主导体制的重要方面。

3. 规制立法会的监督职权

香港回归以来,“行政主导”备受挑战、立法渐趋强势的一个很重要原因,是由于立法会角色的定位存在偏差。应当认识到,香港立法会是中国主权之下的一个地方立法机构,并不享有议会制国家议会的类似权力。从香港基本法的规定理解,立法会虽然具有制定、修改和废除法律的权力,但这并非是立法权的全部,完整的立法权还应包括法案的动议权,而基本法规定立法会议员的提案权范围是有限的,政府则享有涉及公共开支等实质性提案权。因此,不能对立法会的立法权作绝对化或扩大化理解。同时,香港基本法规定,立法会可以通过质询权、辩论权和传召权等权力,给予行政一定的制约和监督,但这种监督和制约也是有限度的。例如,“答复立法会议员的质询”是政府对立法会负责的一个方面,但过于频繁地行使质询权可能对施政效率将产生不利影响;“听取行政长官的施政报告并进行辩论”是立法会的重要职权,但并非意味着有权对政府执政作出决定,或具有对政府提不信任案及倒阁的权力。总之,香港基本法规定的立法监督不是弱化行政主导,其最终目的是为了更有效地推进行政主导体制的正常运行。

第三节

香港特别行政区行政长官 选举制度的特点及展望*

行政长官在香港特别行政区(简称特区)具有重要的法律地位,他既是特区的首长,代表特区向中央人民政府负责,也是特区政府的首脑,领导香港特区政府。对于这一重要人选的产生,《香港特别行政区基本法》(简称基本法)规定了选举或协商的方式。行政长官选举制度,作为特区民主政治运行的重要方式,是特区政治体制中最为核心的问题。由于行政长官特殊的法律地位,基本法对于行政长官选举制度的设计有其自身特点,不仅要求行政长官的产生须符合法定的程序,且对于其选举制度的改革提出了基本原则:根据“特区实际情况”和“循序渐进”的要求,从协商到间接选举,最终达至普选目标。关于普选以及普选的方式、行政长官人选的政治条件等,是有争议但必须面对的问题。

一、香港特别行政区行政长官选举制度的发展

在英国殖民统治下的香港政府并非一个独立的政治实体,既没有议会,也没有政党,更谈不上由议会中的多数党组织内阁向议会负责的英国式政治体制。为了保证英国政府对香港的殖民统治,香港政治结构中的一个主要特色是权力高度集中于港督——

* 本节作者:彭代兵,上海大学法学院宪法与行政法学研究生。

港督集权制。在香港回归以后,这种政治结构模式发生了质的变化,基本法规定的香港特区政府,是一个在行政主导下的行政、立法、司法三权既分立又相互配合、制约的政治结构模式^①。所谓行政主导,就是行政长官在香港特区的政治生活中起主要作用。行政长官法律地位高于行政、立法、司法三机关之上的设计,就是香港特区政治体制的特色^②。基本法规定了行政长官在政治、经济、法律方面的主导权,故而有关行政长官的选举的办法,应当是符合香港实际情况并循序渐进的,如此方能保障通过选举产生的行政长官具有行政主导能力。

基本法根据香港特区的实际情况,对于行政长官的产生办法作出了原则性的规定;与此同时,在“一国两制”、“高度自治”的原则下,作为国家立法机关和国家最高权力机关的全国人大,基于国家主权的权威性,依照基本法对于香港特区行政长官的产生办法的修改也作出了相关决定;此外,在特区成立以后,为了实施基本法及其附件一的有关规定,特区政府还制定了《行政长官选举条例》、《选举管理委员会条例》、《选举(舞弊及非法行为)条例》。这些法律、条例建构了特区行政长官选举制度的立法架构,为最终实现普选目标奠定了立法基础。

(一) 基本法规定的行政长官产生办法

基本法第45条第1款规定:“特别行政区行政长官在当地通过选举或协商产生,由中央人民政府任命。”基本法这一规定,表明行政长官产生的方式需要经过两道程序,首先是在当地通过选举

^① 李太莲:《〈香港特区基本法〉解释法制对接》,清华大学出版社2011年版,第183页。

^② 肖蔚云:《对未来香港特别行政区政治体制的探讨》,肖蔚云:《论香港基本法》,北京大学出版社2003年版,第829~830页。

或协商提名行政长官人选,其次是中央人民政府对行政长官的人选进行任命。基本法对行政长官产生程序的规定,体现了“一国两制”下国家和地方的关系,即中央人民政府对特区进行主权管辖,也体现了特区行政长官对特区和中央人民政府负责。同时,基本法第45条第2款规定:“行政长官的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选选举产生的目标。”

第一任行政长官通过协商或协商后选举产生。根据《全国人民代表大会关于香港特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》规定,在由殖民地政府向特区政府过渡的时期,香港特区第一任行政长官由第一届政府推选委员会通过协商或协商后提名选举产生,报中央人民政府任命。该政府推选委员会由工商、金融界人士;专业界人士;劳工、基层、宗教等界别人士;原政界人士、香港地区全国人大代表、香港地区全国政协委员的代表,各占25%,共计400人组成,由特区筹备委员会负责筹组。

第二任及以后各任行政长官通过间接选举产生。基本法在附件一中规定了,香港特区第二任及以后各任行政长官以间接选举的方式产生,即行政长官由一个具有广泛代表性的选举委员会根据基本法选出,报中央人民政府任命。从香港的历史和发展现状来看,特区社会的民主水平并不适合立即通过普选的方式产生行政长官,间接选举的举措是符合香港特区的实际情况的,同时也保障了香港各阶层的参政权。这正是循序渐进的推进和发展特区民主政治的要求。

(二) 政治体制改革中的行政长官产生办法的变迁

根据基本法的规定,香港特区行政长官每届任期是5年,每人

只可以连任一次^①。2007年以后各任行政长官的产生办法如需要修改,须经立法会全体议员2/3多数通过,行政长官同意,并报全国人民代表大会常务委员会批准。目前特区行政长官的选举采取间接选举制度,但是这种间接选举不是一成不变的,根据特区实际情况和循序渐进的原则,最终要达到普选的目标。

2017年特区行政长官的选举可以实行由普选产生的办法。根据《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》,“2017年香港特别行政区第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办法。”“根据香港基本法第四十五条的规定,在香港特别行政区行政长官实行普选产生的办法时,须组成一个有广泛代表性的提名委员会。提名委员会可参照香港基本法附件一有关选举委员会的现行规定组成。提名委员会须按照民主程序提名产生若干名行政长官候选人,由香港特别行政区全体合格选民普选产生行政长官人选,报中央人民政府任命。”“经过香港特别行政区政府和香港市民共同努力,香港特别行政区的民主制度一定能够不断向前发展,并按照香港基本法和本决定的规定,实现行政长官和立法会全部议员由普选产生的目标。”

笔者认为,现行的是由一个具有广泛代表性的选举委员会根据基本法选出,报中央人民政府任命的产生方式,这种间接选举的方式只是过渡性的。达到普选的法定条件则需要根据香港的实际

^① 2005年3月13日,香港特别行政区行政长官董建华在未完成第2任期的情况下以健康理由辞职。4月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第五十三条第二款的解释》。按照基本法规定,由当时任政务司司长的曾荫权署理行政长官职务,他于6月16日成为行政长官补选中的唯一候选人,因此根据《行政长官选举办法》自动当选,6月21日中央政府任命为行政长官,即日就任,并于6月24日赴京正式宣誓就职。

情况、循序渐进地进行。在支持香港特区尽快实行普选的意见中,有人认为:基本法规定了“循序渐进”,那么就应该有一个确定的普选时间表,以体现普选的逐步发生^①。这种意见实际上是忽视了实行普选另一个原则性的限制性条件,即“根据香港的实际情况”。无论是“循序渐进”的要求,还是“根据香港实际情况”的规定,两者都是原则性的要求,要求的是香港普选的进程不应操之过急,普选作为政治体制改革中的重要环节,其进度必须与特区的经济、政治和社会发展水平相适应。目前政治体制改革中,特区政府以及全国人大常委会的相关决定,对于行政长官产生办法作出了符合循序渐进原则的适当修改。上述有关特区行政长官产生办法的改变,主要围绕选举制度所进行的修改,从协商到间接选举的转变,也是符合香港特区实际情况的。2017年香港特区行政长官由一个有广泛代表性的提名委员会提名后,经普选产生,遵循与香港社会、经济、政治的发展相协调,有利于社会各阶层、各界别的均衡参与,有利于行政主导体制的有效运行,更有利于保持香港的长期繁荣与稳定。

二、香港特别行政区行政长官选举制度的特点

(一) 需建立理性的选举制度

在资本主义民主生活中,党派在选举中的影响是巨大的。行政首脑的当选有赖于其身后所属党派的支持。尽管《香港行政长官选举条例》规定了行政长官不能是政党人士,候选人可以是政党人士,当选后必须退党。但是党派对于行政长官选举的影响仍然

^① 例如,香港政府政制度发展专责小组报告第1-5号。整理自互联网。

存在。各党派成员活跃于政治舞台中,其重要目的在于谋求自身或所属党派的利益最大化,却往往忽视了整个社会利益。回归后的香港特区,政治生态较为复杂,目前分有建制派和民主派两大阵营,前者是亲政府派,后者是反对政府派,积极主张普选产生行政长官和立法会。各党派在政治上难成共识,政治纷争日益繁多。若单从自身利益出发,往往会阻碍政府施政,甚至会妨碍香港政治、经济的发展的进程。正如休谟所言:“如果人们从一种特殊利益的角度……来调整他们的行为,不论这种特殊利益是公共利益,还是私人的利益,那么他们都会使自己陷入永无止境的混乱之中,而且还会致使政府治理在很大程度上失效。每个人的私人利益都是不同的,尽管公共利益本身始终是同一的,但是它却成了产生巨大纷争的根源,因为不同人对它持有不同的看法。”^①例如,2013年1月16日,香港大学法律学者戴耀廷副教授发起“占领中环”运动,他们主观认为中央政府在未来的行政长官选举中不想通过一种真正的民主选举机制产生香港特区行政长官,希望通过行动争取香港行政长官普选。香港社会形成了两种态度的鲜明对决局面:反对派不仅高调支持,还积极筹划分阶段实施普选;建制派以及担心这一行动对香港经济造成重大影响的团体和民众,不仅通过报刊揭露反对派这一举动的动机和本质,还发出警告,呼吁市民从香港未来的大局着想,理性表达诉求,并以反制方式制止反对派实施“占领中环”。双方剑拔弩张^②。

当上述非理性的抗争运用于政治生活中,必将阻碍政治的繁荣和经济发展。不成熟的党派纷争还会造成有限且重要的权力资

^① 弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第1页。

^② 张定准:《中央诚意推普选 以理性思辨破解“对抗”僵局》,载大公网, <http://news.takungpao.com/hkol/politics/2013-06/1664261.html>。

源的浪费,只有熟稔政治生活的党派才能推动民主的进程。在这里不得不提到什么是民主?街头暴力、非法示威、社会混乱、党派混争不应该属于民主的内涵。选举民主应该可以视为民主的重要模式。然而,经历了长期殖民统治的香港社会,缺乏的正是市民意识和民主基础,从协商到间接选举再到普选的过程,不是一蹴而就的。“尽管政府和反对派对于最终实现‘双普选’并不存在根本分歧,但在实现过程和快慢上却被意图借此积聚政治资源和民众基础的反对派充分掌握了话语权”^①,循序渐进的民主进程遭遇挑战。推行普选,有待于建立一块良好的民主地基,有赖于选举文化和理念的成熟。

普选需要成熟的选举文化和理念^②,缺乏民主土壤的选举是开不出普选之花的。在选举者和竞选者还没有普遍达到能理性参与直接选举的程度,强行推进普选,完全通过选举市场的自然调节,自由让选举者一人一票直接选举行政长官,这种选举的过程往往容易被阴谋家所把持,选举结果或将危害国家政权和社会稳定。

(二) 循序渐进符合特区实际情况

依据香港特区的政制发展的实际,基本法的规定和全国人大常委会的决定,是实施政治改革的法律依据。中央政府一贯主张并支持依照基本法的原则循序渐进地发展符合特区实际情况的选举制度,同时也注意倾听香港民众对于普选的诉求。针对香港特区政治改革过程中出现的问题,全国人大常委会依法就香港特区的行政长官产生办法进行释法和作出决定,为香港行政长官产生

^① 左亦鲁:《试论香港循序渐进的民主进程》,《新视野》2007年第5期,第17~18页。

^② 李太莲:《〈香港特区基本法〉解释法制对接》,清华大学出版社2011年版,第202页。

办法的修改以及实现普选产生行政长官的目标奠定了法律基础。

2004年4月6日,第十届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉附件一第七条和附件二第三条的解释》。全国人大常委会通过主动释法的方式,对2007年及以后行政长官的产生办法的修改程序作出了界定,同时也有效的回应了有关在2007年实现行政长官普选产生的呼声。这次主动释法进一步明确行政长官产生办法的修改需要报全国人大常委会的批准,表明了对于香港特区的政制改革,中央享有主导权。中央将根据香港特区的实际情况,循序渐进推进香港民主的进程。

2004年4月26日,第十届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法有关问题的决定》。香港特区行政长官董建华2004年4月15日提交了《关于香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法是否需要修改的报告》,并在会前征询了香港特区全国人大代表、全国政协委员和香港各界人士、全国人大常委会香港特区基本法委员会香港委员、香港特区政府政制发展专责小组的意见,同时征求了国务院港澳事务办公室的意见。全国人大常委会在审议中充分注意到近期香港社会对2007年以后行政长官产生办法的关注,其中包括一些团体和人士希望2007年行政长官和2008年立法会全部议员由普选产生的意见。上述决定明确了2007年香港特区第三届行政长官的选举不实行由普选产生的办法。

2007年12月29日,第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》,明确了2012年香港特区第四任行政长官的具体产生办法可

以作出适当修改;2017年香港特区第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办法;在行政长官实行普选前的适当时候,行政长官须按照香港基本法的有关规定和《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉附件一第七条和附件二第三条的解释》,就行政长官产生办法的修改问题向全国人大常务委员会提出报告,由全国人民代表大会常务委员会确定。在香港内部要求由普选产生行政长官的呼声中,中央政府根据香港实际情况,明确了2017年香港特区可以由普选产生行政长官。

2010年8月28日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议批准了《〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉附件一香港特别行政区行政长官的产生办法修正案》,将2012年选举第四任行政长官人选的选举委员会的人员扩充至1200人,并相应提高了联合提名的要求。

综上所述,我们可以解读出中央政府循序渐进推进香港民主进程的思路。香港特区选举制度的循序渐进地发展,是香港市民积极参政、特区政府科学行政和中央政府依法统筹的结果。从协商到间接选举,最终实现普选目标的进程,是在基本法框架下作出的符合特区实际的政制改革。这种中央政府主导下的有关行政长官选举制度的修改,是符合香港特区实际,是实现香港各阶层参政议政和特区长期繁荣稳定的有力保障。

三、香港特别行政区行政长官选举制度展望

(一) 行政长官普选的时间

根据《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》,

“2017年香港特别行政区第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办法”。在词义解释上,“可以”并不意味着必须。根据《现代汉语用法词典》的理解,“可以”为能愿动词,常在动词、形容词前面,也可以用在主语前面作状语,表示可能、能够或许可。可以普选即意味着可以通过普选的方式,也可以不通过普选的方式产生特区行政长官。是否于2017年在香港特区通过普选的方式选举行政长官具有不确定性,最后还是回归到要“根据香港实际情况”和“循序渐进”等有关基本法的精神。

(二) 关于普选的几种看法

1. 对于普选的定义

《新华字典》“普选”词条的解释是:普选是一种选举方式,指有选举权的人普遍参与政府机构的选举。按照《韦氏词典》,英文中 *suffrage*、*universal suffrage*、*general suffrage*、*franchise* 等都包含普选、选举的意思。不过,正式的法律词典如 *Black's Law Dictionary* 和政治学词典中并未对普选进行解释,与之相对应的法律词汇则包括赋权 (*Enfranchisement*)、积极的公民权利 (*Positive Civil Rights*) 或妇女普选 (*Women Suffrage*) 等,主要指选举权与选举资格的扩展^①。

普选即为普及而平等的选举制度。行政长官最终要达至普选,这是基本法明确的要求。但对于何为“普选”以及2017年香港特区是否真正实施普选的问题,基本法没有明确的定义。

2010年6月7日,清华大学港澳研究中心主任,时任全国人大常委会副秘书长、香港基本法委员会主任乔晓阳在就2012年行政

^① 程洁:《地区普选的宪制基础研究——以香港普选问题为出发点》,《清华法治论衡》2009年第1期。

长官选举办法修改方案的记者会上提出：“普选”的核心内容就是保障人人享有平等的选举权。从历史上来看，“普选”概念所强调的是不因财产、性别和种族等的差异而导致选举权的不平等。因此，通常所说的“普选”，是指选举权的普及而平等。不过，一如国际上的一般理解，有关选举的权利是允许法律作出合理限制的。各国根据自己的实际情况采用不同的选举制度来实现普及而平等的选举权，这是当今国际社会的现实^①。2013年3月24日，乔晓阳在深圳市和香港建制派官员会谈时，提出“三个坚定不移”：“第一，中央政府落实2017年普选的立场是坚定不移的，是一贯的，绝无拖延之意；第二，行政长官人选必须是爱国爱港人士的立场是坚定不移的；第三，普选必须符合基本法和全国人大常委会决定的立场是坚定不移的。”^②可见，官方对于“普选”的理解应当是普及而平等的选举制度，且2017年通过普选产生行政长官的方式必定落实。

2. 国际公约中关于普选的界定

如何理解普遍而平等？《联合国公民权利与政治权利公约》（简称《公约》）第25条被认为是现代普选制度的国际标准。第25条规定：“每个公民应有下列权利和机会，不受第二条所述的区分和不受不合理的限制：（甲）直接或通过自由选择的代表参与公共事务；（乙）在真正的定期的选举中选举和被选举，这种选举应是普遍的和平等的并以无记名投票的方式进行，以保证选举人意志的自由表达；（丙）在一般的平等的条件下，参加本国公务。”

^① 《乔晓阳阐释普选定义 普及平等符港情》，载《文汇报》，<http://paper.wenweipo.com/2010/06/08/HK1006080001.htm>，2013年6月10日访问。

^② 《乔晓阳在香港立法会部分议员座谈会上的讲话》，中央人民政府驻香港特别行政区联络办公室网站，http://www.locpg.hk/shouyixinwen/201303/t20130327_7135.asp，2013年6月10日访问。

关于普遍而平等的理解,强调的是不因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或言论、民族或社会出身、财产、血统或其他地位的差异而导致选举权的不平等。公民都有权利和机会通过直接选举或间接选举的方式自由地参与公共事务。对此,笔者认为,对于单一制国家的地方政府,香港特区的权力来自中央的授予,基于单一制国家的主权,中央对于香港特区普选的内容和条件依照基本法享有决定权。待条件成熟,中央政府可以授权香港特区通过普选的方式产生行政长官。尽管如此,中央政府所拥有的这种决定权也不得滥用,不可不考虑地方的诉求。中央政府同样应该在基本法中有关“根据特区实际情况”和“循序渐进”的原则框架下科学地决策。

3. 美国普选制度

论及普选,在各个国家或地区中,美国大选不可不承认其博得了全球的目光。有关美国总统大选的认识,通常是人民有直接决定将谁“关进笼子”的权力。然而,事实不尽如此。

美国总统选举实际上是一种通过间接选举的方式实现的普选。联邦宪法第2条第1项规定,总统是由各州依照议会所定程序选出与该州选派于国会的参议员和众议员总数相等的总统选举人选举产生。即我们通常所了解的美国总统大选,是由选民到指定地点投票选出总统选举人。在各州选出其总统选举人之后,这些人便组成选举团,在各州首府所在地分别投票,选举总统和副总统。然而,随着政党政治的发展,总统选举人的政治倾向通常被其政党背景所左右,总统选举人当选后除了登记其早已保证支持的人选外,别无他事,无独立判断可言,从而使得民众选举总统选举人,实际上是在选举总统。正式选举的结果实际上在总统选举人被选举出来之后便已经确定,选举人的投票基本上就只是一种形式,没有什么实际意义。杰克逊大法官曾形容宪法规定的总统选

举人制度：“此安排是失败了。就总统选举人个人而言，他们不乏卓越之士，然他们制式地沦为政党的跟班。有诗文：永远投政党所要他们投的票，从未想自己所要做的事。”^①

笔者认为，尽管有上述缺陷的存在，作为西方民主典范的美国，其总统大选对香港特区行政长官的选举，有其借鉴意义：按照基本法的预设，最终的行政长官由一个广泛代表性的提名委员会，按民主程序提名后由港人普选产生。试想，或可借鉴美国大选，按照类同与特区议会选区的划分方法选举或有党派区分的且不为议员和政府公职人员的行政长官选举人的方式，按民主程序提名后由港人普选产生行政长官。

（三）行政长官的普选之路

应当明确的是，对于香港特区行政长官产生办法的直接依据，应当是基本法和全国人大常委会的有关决定。“普及和平等”应当是普选的基本价值，但《公约》并无规定普选方式，其允许各国、各地区根据自己的历史、国情、文化等具体因素制定适合自身的普选方案。故而有关普选方式的选择，同样需要依据特区实际情况。普选并不必然等同直选，也有可能是间接选举，抑或两种方式混合。每个政治社会都可依各自的情况发展出适合本地区的选举制度。香港也可依本地情形发展出自己的选举制度。当前，香港特区行政长官选举是一种间接选举的方式，通过一个具有广泛代表性的选举委员会根据基本法选出，由中央人民政府任命。基于此，笔者认为，行政长官或可采取直接选举与间接选举相结合的普选方式。

基本法规定行政长官的普选是要由一个具有广泛代表性的提

^① 陆润康：《美国联邦宪法论》，书海出版社 2003 年版，第 94 页。

名委员会提名产生若干名行政长官候选人,由香港特区全体合格选民普选产生行政长官人选,报中央人民政府任命。不难发现,这是一种“自上而下”的选举方式。对于该种方式的设计,全国人大常委会给出的意见是,“提名委员会的设立可参照香港基本法附件一有关选举委员会的现行规定组成”。而在面对普选的要求时,一方面,我们可以通过进一步扩大原选举委员会的委员名额和界别规模促成提名委员会的建立,以满足提名委员会广泛代表性的要求;另一方面,对于“可参照”的理解,即意味着提名委员会广泛代表性的获得,除此之外或有其他方式。如借鉴美国总统选举人的思路,设计出“行政长官提名人”。分析美国总统选举人这种间接选举模式,不难发现,这是一种“自下而上”的选举方式。而最终将上述“自上而下”的选举方式与“自下而上”的选举方式相结合,或为普选方式的一种路径:首先,通过借用业已划分的立法会议员选区,或者借用业已划分的界别,任何选区(或界别)中法定选民可以通过直接选举选出各选区(或界别)数量相同的行政长官提名人,组成行政长官提名委员会。其次,是拥有民意基础的提名委员会提名程序,提名委员会作为一个机构,其提名行政长官候选人,实际是一种机构提名。由行政长官提名人依照基本法的规定和少数服从多数的原则提名若干行政长官候选人,该候选人名单即为提名委员会最终提名。再次,将行政长官候选人名单向香港特区市民公布,交由香港特区选民通过一人一票的直接选举方式选出行政长官人选。最后,将普选出的行政长官人选交由中央任命。

总之,普选是香港特区基本法规定的选举行政长官办法的目标。2017年是否在香港特区实行由普选产生行政长官的办法,需要考虑香港的实际情况并符合循序渐进的要求。行政长官产生办法的修改需要经过严格的法定程序,基本法和全国人大常委会的

有关决定应当是其直接的法律依据。未来香港特区在普选方式的选择上,需要慎重。既要求体现普及而平等的普选内涵,也要充分考虑特区政府在单一制国家中的地位,还要与香港特区行政主导的政治体制相适应,并兼顾香港社会各阶层参政需求,以及有利于香港资本主义经济的发展。只有这样,才符合基本法的规定,也才有可能在香港社会达成最广泛的共识。

第四节

香港立法会功能组别制度的正当性^{*}

立法会功能组别制度^①是以各个专业团体为单位,在业界内部产生议员的一种间接选举制度。实践证明,该制度对香港社会和政治运作发挥着积极作用。回归以来,功能组别制度遭遇正当性质疑,有关功能组别制度的问题也一直处于香港政改激烈讨论的核心位置。

一、立法会功能组别制度正当性

围绕立法会功能组别问题存在着两种针锋相对的观点,其中之一就是废除功能组别。持这种观点的人士认为:

一是功能界别制度不符合政治平等原则,赋予工商业者特权。不平等的一个直接表现就是行使投票权的次数不等。在香港特区选举第一、第二届立法会议员时,议员有三种不同的产生途径。一些人可以在区域选举、功能团体选举和选举委员会选举三种不同类别的选举中投票,即享有三次投票权;有的可以在功能团体和地区直选中投票,即享有两次投票权;而更多的人只能参加地区直选投票,只享有一次投票权。第三和第四届立法会选举虽然取消了选举委员会选举议席,但功能界别议席依然保留。立法会内的 60

* 本节作者:李瑞,上海大学法学院副教授。

① 非特殊指明,本文“立法会功能组别制度”均指香港特区立法会的功能组别制度。

个议席,一半由 28 个功能组别选举产生,另一半则由地区直选产生。由于功能组别的选民继续可同时在地区直选投票,因此,就选票数目而言,“一人两票”仍然存在,违背《公民权利和政治权利公约》。

二是功能组别的团体选民违背公平原则。功能组别的选民可以是自然人,也可以是团体,例如公司和企业。在 28 个功能组别中,有 18 个组别存在公司和团体选民,其中 10 个组别只有公司或团体选民。公司或团体本身不会投票,代表其投票的是授权的代表,代表可以是雇主或公司高层,也可以是雇员,但如非特殊情况,授权代表只会是雇主或公司高层。

三是立法会的“分组点票”机制,违反了民主制度原则。分组点票机制是来自基本法的规定:“立法会议员个人提出的议案、法案和对政府法案的修正案均须分别经功能团体选举产生的议员和分区直接选举产生的议员两部分出席会议议员各过半数通过。”分组点票使没有足够民意基础的功能组别议员能轻易否决大多数议员赞成的议案。

四是功能组别的设定和分布没有客观的标准。香港社会中职业组别很多,为什么是这 28 个组别被赋予代表权而不是其他组别?要成为组别的标准是什么?就目前功能组别的设置和分布来看,现有的功能组别明显侧重于工商业界别,没有涵盖香港所有主要的社会经济和专业部门,而且界别与界别的划分标准模糊。

五是功能组别议员的表现不尽如人意。从功能组别的议员在立法会中的表现看,无论在职业素养、创议能力,还是议事热情上都不及地区直选议员。当涉及直接组别利益时,功能组别的议员积极参与相关立法活动,可是当不涉及直接组别利益时,他们往往表现不积极,甚至不时拒绝参加立法活动。

长期以来,功能组别制度被贴上了非正当性的标签,认为其违反了全民民主和普选的原则。反对派提出直接取消功能组别,以全面进行地区直选来普选,甚至借此积聚政治资源和民众基础,挑战特区宪政秩序。在香港特区政治生态下,立法会功能组别制度的发展,关系到特区行政与立法关系的走向,牵动着各方敏感神经。为功能组别制度正当性证成^①,廓清认知上的一些曲解,还原一个真实的功能组别制度亦成为当前迫切需要解决的问题。

二、功能组别制度正当性的历史检视

功能组别制度最早由港英政府提出,是英国在其最后的殖民统治中的规划与安排,是香港代议制改革的产物。1984年7月港英政府发表《代议政制绿皮书:代议政制在香港的进一步发展》,在此绿皮书中,港英政府首次提出“按社会功能划分的选民组别”,并决定以此来完善民意的表达机制。同年11月,港英政府公布《代议制白皮书:代议政制在香港的进一步发展》,强调“推行代议政制各项改革的主要目标,是要在政府中央阶层逐步建立一个能更直接向港人负责而又稳固地立根于香港的代议政制;而这个政制会尽量以香港现行的政治体制为基础,使其优点得以保留,日后并且能够进一步发展”^②。白皮书明确指出设立功能组别的原因和意义是“鉴于本港财经界及专业人士对维护香港前途的信心

^① 关于正当性,中文的理解和表述颇多分歧,表现为学者们或使用“合法性”,或使用“正当性”,或者是将“合法性”与“正当性”混合使用。依据不同概念和标准,人们做出“正当”的判断也有所区别,主要有合理说、合法说和合理合法说。虽然关于正当性的论述各异,但都认同正当性适用于人们对制度的价值判断和评价。本文使用正当性采用合法合理说,即对功能组别选举的合法性以判断以及判断该制度是否合理、有效地实现其预设功能。

^② 袁求实:《香港回归大事记1979~1997》,三联书店有限公司1997年版,第27页。

和繁荣,关系重大,这些人士应有充分的代表权”。白皮书详细确定按照社会功能组别划分的选民组别的组合成分,以及其成员的投票资格的准则:第一,与经济和社会有关的选民组别,将会以全港而为各界承认的主要组织、社团和机构为基础;第二,由专业人士组成的选民组别,则以某些职业的从业人员资格为根据,这些职业应具有悠久而为当局承认的专业地位。白皮书建议在1985年立法局的56名议员中,应由功能组别选出12名议员,香港功能组别制度由此产生。1988年公布的《代议制今后的发展白皮书》再次肯定这一制度。从1988年开始,立法局内功能组别选出的议员迅速增加,1988年增至14名,1991年增至21人,1995年增至30名。特定的行业性质、特有的选民资格是功能组别的特性,功能组别选举属于特定专业行业 and 组织的选民参与的选举,不是所有选民都可以参与的选举。在建立代议制的过程中,采用功能组别的方法选举立法局议员,客观上讲,的确保证了那些在社会中占据重要地位的经济和专业团体在立法局有代表权。

功能组别制度是港英政府时期香港政制的重要组成部分,在香港实行多年,有着广泛的民意基础。在起草基本法^①时,英方对这种选举制度一再向中方推荐。对于港英政府建立的该制度,中央政府在特区的制度设计中予以保留和沿袭。基本法第67条、68条、附件二及附件二修正案对立法会选举作了原则性的规定。基本法规定立法会的议席分成两个部分:一半分区直选,这一部分大多代表基层民众利益;另一半名额分给商界、工业界、教育、法律、会计、工程界等各功能团体。香港目前共有28个功能组别,负责选出一半的立法会议员。香港特区的第一届、第二届、第三届和第四届立法会每届有60名议员,其中经功能团体选举产生30名。

^① 非特殊指明,本文“基本法”均指《中华人民共和国香港特别行政区基本法》。

2012年第五届立法会70个议席,其中功能团体选举产生35名议员,直选和功能组别选举的比例没有改变。

功能组别制度是一个历史的、发展的概念。港英政府统治香港的100多年里,香港英籍人士多次请求在立法局引入民主选举制度,推行代议制,均被港府以“香港情势”特殊为由拒绝和抵制。但是,20世纪80年代初,却开始加快发展所谓“还政于民”的代议制。港英政府之所以引入功能组别制度,超速“民主发展”的目的,就是要让代议制政府嵌入香港社会,使政治权力逐步向香港社会开放,实施“非殖民地化”的撤退部署,培植变相独立的政治实体,以制约抗衡中国对香港行使主权^①。正如英国前首相爱德华·西斯所言:“除非现在就迅速采取行动,否则我们将无法移交任何丰富经验的代议制政府。”^②功能组别制度之所以在香港回归后得以被保留和沿袭,是中央政府基于基本法和香港社会的整体利益作出的选择。2002年,时任国务院副总理钱其琛针对香港特别行政区的政制发展及功能组别制度谈到:“判定的标准应该是看这种体制是否适合香港的特征;是否有助于维护香港繁荣和稳定;是否为生活在香港各种阶层的人民接受。香港是一个商业化城市,同时也是我国的特别行政区之一。这就决定了香港不能复制其他国家地区的政治体制。过去的实践已经证明功能组别选举模式是一种确保社会各阶层人民均衡参与政治生活的有效方式。因此,这应该被完整地保留。其他与香港特点相一致的体制也应该被保留。”^③

① 刘曼容:《港英政治制度与香港社会变迁》,广东人民出版社2009年版,第142~147页。

② [英]弗兰克·韦尔什:《香港史》,王皖强、黄亚红译,中国编译出版社2009年版,第270页。

③ 肖蔚云:《论实施香港基本法的十大关系》,《论香港基本法的三年实践》,法律出版社2001年版,第4页。

三、功能组别制度正当性的宪制基础

(一) 功能组别制度是民主的一种表现形式

民主即人民的统治,就其基本形态来看,民主政治是公民政治权利平等实现的政治形式,也是公民的意志和权利得以平等体现的国家或地区治理方式。选举则是民主政治得到实现的基本运行机制,保障公民直接或间接方式有序参与国家或地区政治生活。立法会的功能组别制度是基于现代选举制度的职业代表制建立的。所谓职业代表制,是指当选代表的职业化、专业化,以及按照选民职业分工分配代表名额的制度。职业代表制包括两个方面:一是对选民代表而言,他必须具备相关专业化的素质,把履行代表功能作为自己的职业;二是对选民而言,在选举中充分考虑选民的职业分工,按照一定比例选举不同职业的代表。职业代表制理论形成于19世纪后期,它的产生以社会的多元化为基础,是为了应对社会化分工的大趋势,兼顾不同职业选民利益的需求与价值观^①。在选举的民主制度中,职业代表制度作为一种民主形式,相对于地域代表制可能带有更多的理性成分。“其最大的好处是为代表提供了明确的责任界限。一方面,他确切知道他是由谁选出的,他必须代表谁的利益;另一方面,他的选区因构成成分一致能轻易无误地判断他是否作好代表他们共同利益的工作。一般来说,要公正地实行这种制度的话,只需保证社会各主要专业团体能在代表机构中占有一定比例的席位便可。”^②此外,职业代表制使得议会制度与多元化的现代社会组织形态相适应,能让议会专业

^① 王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社2004年版,第149~150页。

^② [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,商务印书馆2004年版,第85页。

人才应对日趋复杂的立法事务,也可以减少代议制的虚伪,使代表与被代表的意见趋于一致^①。当然,职业代表制的不足在于,代表的活动可能只专注于自己专业性选民的利益而忽视整个社会的利益。因此,采用单一的职业代表制的国家或地区在历史和现实中很少,一般都与地域代表制相结合,即在以地域划分选区的基础上,对本国或本地区的职业分工进行分类,或者是根据已有的各种职业团体或协会,分配选举名额,各团体或协会在内部推选候选人,然后以选举的方式,在本职业内产生代表。

香港特区立法会的选举结构是混合式的,是地域代表制和职业代表制的结合。截至2012年,香港特区依法分别在1998年5月、2000年9月、2004年9月、2008年9月和2012年9月举行了五届立法会选举。第一届立法会60名议员经由分区直接选举产生20人,选举委员会选举产生10人,功能团体选举产生30人。第二届60名议员中经由分区直接选举产生24人,选举委员会选举产生6人,功能团体选举产生30人。第三届和第四届立法会的每届60名议员中均有30名议员经分区直接选举产生,其余30人经功能团体选举产生。第五届立法会的70个议席中,分区直接选举产生35个议席,功能团体选举产生35个议席。这种混合式的选举结构既体现了普遍民主的原则,也兼顾香港社会各阶层的均衡参与。

(二) 功能组别制度是基本法的制度安排

基本法第67条、68条、附件二及附件二修正案对立法会选举作了原则性的规定。基本法规定立法会的议席分成两个部分,即一半分区直选,另一半名额分给功能团体,基本法构成立法会功能组别制度的法律依据。

^① 王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社2004年版,第150~152页。

功能组别制度是一个动态的、发展的概念,其内涵更多地是由政治力量和宪制发展推动的。回归以来,香港特区的政治生态对功能组别的发展有着重要的影响作用。针对香港特区政制发展过程中出现的问题,人大常委会依法就行政长官和立法会产生办法进行释法和作出决定。全国人大常委会2004年的释法界定了“两个办法”的修改程序,进一步强调了中央对香港政制发展的主导权和决定权。2004年全国人大常委会根据香港特区实际情况作出决定,明确了2007/2008不实行“双普选”。2007年又作出决定,明确了“双普选”时间表,即香港可以于2017年普选行政长官,在行政长官普选后,立法会全部议员也可以于2020年由普选产生。2010年的基本法附件二修正案对2012年进行的第五届立法会选举作出的相应规定,即2012年的立法会将由70名议员组成,分区直接选举将产生35名议员,功能团体选举将产生35名议员,直选和功能组别选举的比例没有改变。人大常委会就立法会产生办法作出的相关规定,维护了功能组别的立法架构,也为香港功能组别制度的发展奠定了宪制基础。

(三) 功能组别制度的普选契合性

基本法第68条规定:“香港特别行政区立法会由选举产生。立法会的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至全部议员由普选产生的目标。”由此可见,基本法是香港特区普选的法律依据^①。

^① 持废除功能组别制度的人士认为,该制度违反了《公民权利和政治权利公约》第25条b项。但这种论断是毫无法律依据的,因为该公约的规定不具有在香港适用的法律效力。参见饶戈平:《论公民权利和政治权利公约第25条b项不具有在香港适用的法律效力》,《港澳研究》2007年秋季号;饶戈平:《人权公约不构成香港普选的法律依据》,《中外法学》2008年第3期。

何谓普选？普选就是普及选举权的制度，是相对于限制选举权，只让少数人享有这种权利的制度而言的。具体讲，就是指公民参加国家或地区代表机关或其他公职的选举时，其选举权和被选举权不受财产状况、教育程度、民族、种族、性别等条件的限制。普遍、平等、直接以及秘密构成西方选举制度的四大基本原则。普遍性原则是在西方国家经历长期发展过程逐渐形成的，不同国家经历的过程也不完全相同。以美国为例，1828年，美国有12个州实行“白种成年男子普选权”；1870年、1872年相继废除了选民资格关于肤色和性别的限制；1919年联邦宪法第19条修正案，实现了男女平等的选举权；1964年联邦宪法第24条宪法修正对选民的文字测验；1971年联邦宪法第26条宪法修正案确认18岁公民即有选举权^①。在第二次世界大战之后，西方国家的普选制度才相继真正建立起来。实际上，不同国家常常根据实际情况对普遍选举设置某种限制，如对选举参与人年龄、国籍、守法情况等方面的限制。但这些限制通常是为了更合理地实现选举。

所谓普选，只是就全体居民普遍享有平等的选举权利而言的，普选可以通过直接选举或间接选举来实现。例如，美国是一个实行普选制的国家，但是美国总统并非由选民直接选举产生，而是由各州议会选出的选举人团（Electoral College）选举产生，是一种典型的间接选举。香港特区立法会的功能组别制度是以各个专业团体为单位，在业界内部产生立法会议员。它虽然是间接选举，但不与选举的普遍原则相违背。尽管功能组别制度不与选举的普遍原则相悖，但并不必然意味着功能组别制度可以违反选举平等性原则。“民主要求选举权应该不仅尽可能接近普遍，而且尽可能接近

^① 孙桦：《中西选举制度基本原则的比较》，《贵州民族学院学报》2009年第2期。

平等”^①,普遍和平等应是普选基本内涵。选举权利的平等性包含的两层含义:一是选民在一次选举活动中只有一次投票权,即“一人一票”,这体现了公民之间的平等;二是同等数量的代表,必须由同等数量的选民(或人口)选出,即“一票一值”。在实际政治生活中,“一票一值”不能完全实现。出于体制上的正当性原因,或出于自身的正当政治理由,一些国家或地区的选举还会考虑到不同民族、阶层和地区的相对平等,从而在选区划分、代表名额等方面考虑和实行相对平等。如美国,由于是联邦制的国家,代表人民利益的众议院议员名额按照人口数量分配给各州,代表各州利益的参议院则每州有两个名额。就香港特区而言,香港是一个基于职业明显差异形成的多元化社会,多元化社会的选举平等不仅需要公民选举权平等,而且需要各个界别平等参与。反对功能组别制度的人士认为,功能组别是代表工商业界的,为商人利益服务的。其实这种认识是片面的。香港特区目前有 28 个界别,纯属于工商业界的有商界一、商界二、工业界一、工业界二,属于工商业组别还有金融服务界、进出口界、保险界、地产及建造界等共 10 个界别,不属于工商业组别的界别将近 20 个。28 个功能组别,代表各自不同的利益诉求,平等参与政治生活,契合了香港地区的多元化社会结构的实际。

基本法明确规定立法会普选遵循循序渐进的原则,功能组别制度的发展契合了循序渐进的普选原则。针对功能组别选举“一人两票”问题,2010 年 4 月,香港特区政府公布《2012 行政长官及立法会产生办法建议方案》,基本解决了功能组别内外选民不同投票权的问题。任何合资格选民既可以在地区选举中有一票投票

^① [奥地利] 凯尔逊:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 2003 年版,第 249 页。

权,同时在功能组别选举中又有一票投票权。2010年基本法附件二修正案将2012年立法会选举办法修改为:立法会新增的5个议席由民选区议员提名,然后由在功能组别没有投票权的登记选民一人一票选出。根据基本法附件二修正案规定,今年9月举行的第五届立法会选举,特区每名选民都有两票,一票投给了地区直选议席,一票投给了功能组别议席。

四、功能组别制度正当性的社会认同

一个制度的合法性必须以社会认同为基础。韦伯认为:“构成一个统治的可靠的基础,一般还要加上一个因素:对合法性的信仰……一切经验表明,没有一种统治自愿地满足于仅仅以物质的动机或者仅仅以情绪的动机,作为其继续存在的机会。毋宁说,任何统治都企图唤起并维持对它的正当性的信仰。”^①通常,获得社会认同的政治权力,是容易被民众接受为正统、正当并且容易被人们服从的权力,因而是合法性权力。反之,政治权力或权力统治就会在政治上出现合法性危机。

港英统治时期,绝大多数香港人对政治事务漠不关心,没有强烈的民主愿望。香港回归后,“一国两制”下的港人治港、高度自治为香港人民民主观念的发展创造了良好条件。香港人的民主观念的发展,一方面表现在不满足香港现有的民主,要求实现更大程度的民主;另一方面又表现在不希望香港社会经济稳定繁荣受到影响。香港人大多希望能够早日实现基本法规定的“双普选”的目标,同时认可基本法确立的“双普选”的循序渐进原则。全国人大

^① [德] 马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第239页。

常委会于2007年12月就香港普选进程通过决定,即香港在2012年不会实行“双普选”,但于2017年可以普选特区行政长官,立法会全体议员最快可以于2020年由普选产生。香港中文大学亚太研究所于2012年8月19~21日访问了834名市民。民意调查发现,有60%受访的香港市民表示,“接受/完全接受”人大常委会决定的香港普选时间表,51.3%更直指应放弃坚持2012年双普选,方能让香港民主向前发展。调查结果表明,认为“要尊重人大的决定,放弃2012年‘双普选’的坚持,就2012年的政改方案妥协以达成共识,让香港的民主发展向前走”的受访者则达到51.3%,占受访者的大多数^①。2007年,《政制发展绿皮书公众咨询报告》列出了立法会实行普选时处理功能界别的三种方案:第一种,地区直选取代功能界别;第二种,保留功能界别议席,但改变选举模式;第三种,增加区议会议员互选产生的立法会议席数量。针对三种不同方案也展开民意调查,结果是:香港大学民意研究计划的调查结果三个支持率依次是23%、34%和28%;《明报》的调查结果依次是33%、39%和28%;《南华早报》/TNS的结果是23%、30%和23%。调查结果表明,大多数香港并不赞同取消功能组别制度,反映功能组别制度获得多数香港人的认可。

五、功能组别制度正当性的实践经验

功能组别制度不仅仅是一个理论问题,而且是一个实践发展的问题,其正当性同样需要在实践中寻找答案。功能组别的制度预设功能有三:一是保障香港各阶层的均衡参与;二是维护特区

^① 《民调称过半数港人放弃坚持2012年“双普选”》,http://www.mew.163.com/09/0828,2012年12月1日访问。

行政主导体制；三是推动香港经济的繁荣与发展。香港回归以来，从功能组别制度实践来看，其在香港特区有着直选不可取代的价值，实现了基本法预设的功能。

（一）保障特区各阶层均衡参与

均衡参与原则是全国人大常委会根据基本法确定的香港政制发展的基本原则之一，其含义是指香港政制发展应当兼顾各阶层的利益，各阶层都应当有机会参与香港的民主政治。香港基本法第45条、第68条、基本法附件一和附件二对行政长官和立法会的具体产生办法都明确了香港政制发展必须根据香港的实际情况、循序渐进和均衡参与的原则。全国人大常委会根据基本法规定在2004年作出的关于香港政治发展的决定指出，有关香港特区行政长官和立法会产生办法的任何改变，都应遵循与香港社会、经济、政治的发展相协调，有利于社会各阶层、各界别、各方面的均衡参与的原则。

香港是一个多元化的国际经济城市，是资本主义社会，经济是香港的基石，因此，工商业界对政治的参与尤为重要，这是香港经济制度所决定的社会现实。立法会是香港特区的立法机关，也是民意机关，因此，立法会应有代表不同群体、不同利益集团的议员。但是，作为香港经济发展主导力量的工商业界长期对政治漠不关心，缺乏参选、参政信心。港英政府时期他们主要靠政府委任进入政治体系，回归后主要通过功能组别制度进入立法会。在香港现有的政治生态下，立法会议员如果全部由分区直接选举，而工商业界又难以适应街头政治，他们极有可能被排斥在立法会之外，香港均衡参与的政制格局将被打破。第四届立法会选举中自由党在分区直选中惨败，取得的7席全部由功能组别取得的事实再次说明工商业界非常依赖于功能组别选举来获得相应的代表权。功能组

别制度为香港社会各界和各阶层的利益提供参政、议政的平台,在实践中保障了香港各阶层的均衡参与。

(二) 维护特区行政主导体制

选举制度就像过滤器,过滤的过程就是权力资源再分配的过程。选举制度政治工具性强,选举法律的设计是为特定国家或地区的政治体制服务。就香港特区选举制度而言,特区政制体制构成选举制度的“硬核”,而选举制度构成“硬核”的“保护带”。围绕着“硬核”的“保护带”是可以适时、适度地调整的,调整的逻辑之一是保护“硬核”不受外部压力的影响,维持其安全性和稳定性和高效性。

功能组别制度是基本法设立的,是特区行政主导体制的组成部分。基本法确立的特区政治体制是行政主导。在特区的行政、立法、司法中,凸显行政长官及其行政权的主导地位。就行政与立法关系来讲,行政处于主动地位,行政与立法协调互动。功能组别制度及立法会分组点票机制是行政主导体制的制度保障,是行政主导体制安全性、稳定性和高效性的“保护带”。立法会审议议案、法案中,政府提出的法案、议案不受分组点票的限制,保证了政府议案、法案优先审议。如果立法会议员全部由分区直选产生,取消功能组别,那么立法会中分组表决机制将被取消,政府法案的优越地位将丧失,行政主导的体制亦失去制度支撑。立法会是特区的立法机关,对特区政府的施政有重要影响。从现实情况来看,2003年后香港社会的政治化倾向明显。建制派和反对派两大阵营参与立法会选举,争夺立法会议席,立法会选举成为香港各种政治势力争夺最激烈的选举。反对派参加立法会选举目的不是为了“民主”,而是争夺政制发展的主导权,而立法会内部的反对派议员经常“为反对而反对”,刻意对行政权进行牵制、弱化行政的主导性,意图给行政主导

体制带来安全性危机。功能组别议员是支持行政长官的主要力量,一直给予特区政府法案、政策以较大支持。立法会已经通过的大量议案和法案均与民生密切相关,如果没有功能组别议员的支持,这些法案都很难通过。实践证明,在当前香港的政治生态下,功能组别制度对特区政制运作发挥着“保护阀”的重要作用。

(三) 推动香港经济的繁荣与稳定

香港是一个典型的资本主义商业社会,美国经济学家密尔顿·弗里德曼曾把香港称为“当代自由资本主义的典范”。20世纪70年代,香港推行工业多元化、经济结构多元化和市场多元化计划,改变了以往集中发展单一行业的情况,各种行业如金融、贸易和房地产迅速发展,扩大了香港经济基础。80年代后,在内地发展的带动下,香港金融服务业迅速发展,香港又从工业主导转型为金融中心。在以后的20多年中,香港经济高速增长,更是成为世界公认的国际贸易、金融、航运和资讯中心之一,被称为“东方奇迹”和“香港现象”。这一时期的经济之所以能够繁荣,其中一个主要原因就是香港有一套成熟的、适应和抗逆外部环境的市场经济,香港工商业界在其中更是发挥着引领经济发展的作用。立法会功能组别制度设立目的之一就是利用功能组别在港英时期引领经济成功的经验,鼓励他们继续推动香港经济繁荣与发展。28个功能组别集合了香港工商业界和其他界别的专业精英,功能组别议员可以从专业角度提出香港经济和社会发展的积极动议,而且他们“还代表着香港142万纳税人和中产阶级的声音,其存在有利于加强立法会与政府的沟通、合作;有利于加强香港财税及经济政策的改革;有利于全面加快香港产业转型,促进经济发展与社会和谐”^①。

^① 马建波:《功能组别符合香港实际》,《文汇报》2010年3月5日。

回归后香港整体经济保持强势发展。当然,其间也经历了许多艰难。如1997年和1998年受亚洲金融危机的冲击,香港陷入严重的经济衰退中。2001年和2002年受到美国经济衰退的影响,香港经济处于低迷。2003年上半年受到“非典”疫情的袭击,香港经济雪上加霜。但是从2004年以来,香港经济进入一个较高的增长时期。2004~2006年,其本地生产总值年均增长率达到7.6%,2006年香港的人均本地生产总值达到了创纪录的21.47万港元,巩固和发展了其作为国际金融中心、贸易中心和航运中心的地位。经济的强劲复苏令财政状况大为改善,财政综合盈余达551亿港元,其中经营性盈余达386亿港元^①。在经济连续3年增长超过预期后,2007~2008年度特区政府财政预算案开始关注民生,提出一系列款免税收的措施,使中产阶层与弱势群体受益。假如废除功能组别,议员全部直选,试想将会是一个怎样的结果?工商业界至今对选举政治态度冷淡,除了偶尔在媒体发表言论外,几乎从不明显参与各级选举中。如果民主派主导立法会,届时民粹主义和福利主义可能笼罩立法会,香港的低税制可能面临调整,将影响到香港的投资环境,势必对香港的经济和社会繁荣稳定产生负面影响。

功能组别制度是历史的、实践的、发展的概念。无论从历史的维度、理论的维度还是实践的维度,功能组别制度存在着正当性。当然,不可否认,从功能组别制度的现状来看,的确也存在着功能不足和有待改善的空间。作为特区的一项选举制度,在基本法框架内,如何进一步贯彻循序渐进的原则,如何充分发挥特区政制“保护带”的作用,如何继续助推特区的经济稳定与繁荣,将是其不断发展、不断完善的目标。

^① 参见黄振奇、黄海燕:《“一国两制”成功实践,香港经济繁荣稳定》,《宏观经济管理》2007年第8期;韩继东:《审慎、稳健、进取的财政政策,促进香港经济繁荣稳定》,《中国财政》2007年第7期。

第五节

香港立法会“拉布”战考量*

自2012年5月初夏以来,在短短的两个月中,香港立法会发生了一幕又一幕的“拉布”战,闹得满城风雨,引起全港市民及至中国内地和国际有关人士的广泛关注。在香港回归祖国15周年纪念日前夕,我国著名的外交家、原新华社香港分社社长周南在北京接受了香港《文汇报》的专访。尽管周先生早已从“一线”退休了15个年头,但他仍然十分关心港事,留意“拉布”。他说:“我翻翻报刊,最近老是看到‘拉布’一词,一开始搞不清这是什么意思,看多了猜想可能是不停提垃圾修正案,拖延耗费时间。跟西方议会里,议员投票时故意鸭步鹅行估计是异曲同工。”^①

尽管“拉布”事件在欧美各国议会里时有发生,但对港澳同胞和内地居民来说,最近香港出现的“拉布”这个热门词可能还比较陌生。本节拟从介绍历史上“拉布”的来龙去脉及其含义入手,然后侧重阐述近期香港立法会反对派议员先后发起两次“拉布”战的历史背景、手法、特点和政治目的;同时论述建制派议员在市民支持下力抗“拉布”的决心和壮观场面、政治智慧及必胜的理念;进而揭示反对派蓄意(企图)发动“拉布”战的危害性及其实质,并就如何限制或杜绝反对派再玩“拉布”祸港提出相关的建议。

* 本节作者:张前风,上海大学教授。

① 杨帆、葛冲:《周南:“一国两制”成功落实》,香港《文汇报》2012年6月30日。

一、“拉布”的来历及其含义

为了更好、更深刻地理解目前香港社会正展开一场“拉布”与“反拉布”的激烈较量,很有必要了解一下历史上(主要是西方国家)“拉布”的由来及其最初的基本含义。

“拉布”作为一种拖延策略源远流长,“远在古代罗马时期(约公元前753~公元前509年),元老院(Senate)参议员小加图就是历史上运用拖延策略的第一人。他故意利用极长篇的发言,先延迟朱理·恺撒加入元老院,及后迫使恺撒撤回土地改革法案。自此,‘拉布’便在政治舞台上崭露头角”^①。

“拉布”英文为 Filibuster,本来指16世纪活跃在加勒比海的西班牙海盗(一说最早来源于荷兰文的海盗),沿用于西欧几国文字,原意都是“劫夺”,即指国会某些议员,为阻止某项议案的审议,提出过多的修订建议,并在议案辩论期间,以冗长发言“骑劫”议案的表决程序,逼使提案者妥协或导致议会流会(瘫痪)。

“香港通常以‘拉布’形容这种拖延时间的策略。‘拉布’两字音义两译:其音来自 libu,其义源自足球赛事中,球员不断把球从一边踢到另一边以拖延时间,如同把一卷布匹拉开。”^②至于在台湾地区,“拉布”(Filibuster)用普通话音译 Fili——“费力”,buster——“把事拖”,串起来就是“费力把事拖”,连意思都包含在内,确是既明白又有趣。

一般来说,采用这种拖延策略者大都属于议会里的少数派议员,其目的在于拖延时间,等待反对者离场或支持者赶到,以争取

^① 谢华:《“拉布战”凸显议会矛盾》,香港《广角镜》杂志,2012年6~7月号,第65页。

^② 同^①,第64页。

法定的票数,足够否定有关议案;但也有议员用来瘫痪会议的进行,借此加强抗议政府的效果,或唤起社会的注意。这种“拉布”策略,自19世纪中期以来,在世界议会历史上曾多次发生,这里仅举几个较为典型的事例:

1953年美国国会审议种族隔离相关的民权法案时,参议员斯特罗姆·瑟蒙德创下史上个人连续演说24小时18分钟的纪录。他为拖延该法案通过的时间,不仅熟悉地引述《美国独立宣言》、《美国宪法》、《人权法》和华盛顿总统的告别演说等经典,还将美国各州的选举法朗读一遍。最后,他的助手以其身体健康为由,将他劝止。

1964年美国国会的民主党议员拟通过民权法案,其共和党议员发动“拉布”,以阻延该法案如期通过,结果上演了美国议会史上一场历时57天的“拉布”战。最终迫使当时的民主党议员妥协,提出修订以减少政府对私营企业的规范。这次“拉布”战也成为历史上最长的“拉布”战。

1992年,日本国会审议《联合国维持和平活动合作法案》时,在野党的议员以“拉布”策略使相关法案拖延了4日3夜才通过,更使其中一项议案耗费长达13小时8分钟才付诸表决通过。

2011年,英国上议院审议国会投票制度与选区法案时,反对派工党的上议院议员作出了冗长的辩论,终于迫使执政党作出让步,才结束长达17天的辩论。

从上述各国议会“拉布”的情况来看,虽然其“拉布”的内容(议题)、形式和时间的长短有所不同,但具有三个共同的特点:一是这种“拉布”策略基本上是各国议会中的少数派议员用以反对一些存在争议的法案通过的手段;二是这种“拉布”策略破坏性有余而建设性不足,它往往导致议会的正常功能被削弱甚至瘫痪;三是这种“拉布”策略虽然不断受到当局或困扰者指责,但经过无数

论争之后,仍有存在的一定空间,不过其发展的趋势是把终止辩论的门槛降低,必要时议会主席可以透过简易的程序加以制止。

二、“人民力量”议员发起的“拉布”战

(一) 起因背景

众所周知,2010年5月16日公民党和社民连(合称公社两党)所策动的所谓“五区补选、变相公投”惨败(投票率只得17.19%)收场后,香港特区政府顺应民意完善选举制度,于2011年中提出替补机制,经过多番咨询后,制定了《立法会议员出缺安排条例(草案)》(简称《议员出缺条例草案》),其核心内容是限制辞职后的议员半年内不得再参选。原订于2012年5月2日获立法会大多数议员支持顺利通过二读及三读审议,但在议案审议的关键时刻,立法会反对派中的激进势力“人民力量”议员黄毓民和陈伟业,对《议员出缺条例草案》提出了逾1300项无聊修订,包括在条文中分别陈列多项相关病例,以及逐一修改无损文意的中文词汇,估计这些修订可能耗费议会数百个小时才能逐项处理。换句话说,黄、陈两人刻意以“拉布”的方式将会会议延长至数百小时,同时鼓励反对派盟友离开会议厅,令会议因法定人数不足而“流会”。

民建联主席、立法会议员谭耀宗批评“人民力量”妨碍议会运作,要求在下周召开议事规则委员会,研究修改有关议事规则,防止议员再“拉布”。立法会内务委员会主席刘健仪亦认为,议员用“拉布”战术,影响议会的有效运作。政制及内地事务局局长谭志源表示,尊重议员做法,但期望议案能够在5月3日深夜前完成三读。经过长达9个小时会议,其间单是响钟22次(召唤议员返回

会议厅)就已消耗近3小时。最终在席49名议员,29人支持,19人反对,只通过二读审议。为此,建制派集结超过30名议员留守会议厅,准备继续对抗“拉布”。

(二) 建制派迎战

反对派“拉布”态度坚决,“阴招”不断。先是黄、陈两人玩“拉布”,纯粹是为拖延而拖延,不单对整个议会运作造成坏影响,亦令其他议案积压;当《议员出缺条例草案》二读审议通过后,反对派其他议员则玩“失踪”(实为集体离开会场真“杯葛”);留在会议厅的黄、陈两人和社民连议员梁国雄(“长毛”)继续轮流玩“拉布”,他们就条例草案中个别概念“咬文嚼字”,发言内容与需要讨论事宜毫不相关,信口雌黄;尤其值得指出的是,公民党党魁梁家杰继余若薇议员之后,再度提出临时的“休会待续”动议,其目的绝对不是要“让其他民生议案先行审议”,而是“为求与人民力量作表面上的切割,维护本党的‘理性、负责任’形象”,同时“以新的‘拉布’行为,来支持人民力量的修订拖延更长的时间。其做法损人利己,阴险狡诈”^①;不久工党主席李卓人则表示,该党一直支持“拉布”,因此决定做“拉布”的“后备军”,适当时间加入战团;此外,加入“拉布”团队的还有独立议员郑家富。

面对反对派发动“拉布”的新政势,建制派正准备积极迎战。政制及内地事务局局长谭志源出席电台节目时表示,《议员出缺条例草案》已通过二读,距离三读只有一步之遥,他再次呼吁各党派顾及香港整体利益,尽量缩短“拉布”时间。为应付这场拉布持久战,民建联主席谭耀宗表示,该党一定会奉陪到底,坚守议事堂防

^① 耿介之:《公民党再提“休会待续”用心险恶》,香港《大公报》2012年5月16日。

止流会。他还促请反对派悬崖勒马,不要再浪费社会的资源和议会的时间。与此同时,负责协调建制派议员出席会议“更表”(轮替)的民建联议员叶国谦表示,会尽力安排确保议会内有至少30名议员出席会议,以达到法定的开会人数。候任行政长官梁振英亦发表意见,他指出“拉布”长此下去会令立法会停摆,香港瘫痪,强调此风不可长。他呼吁市民一定要有主人翁意识,就“拉布”问题发声。

5月16日,是立法会连续第三个审议《议员出缺条例草案》的重要日子,反对派继续发动“拉布”战。公民党党魁梁家杰原本打算再次提出“休会待续”议案,但不获立法会主席曾钰成批准,除了策动拉布战术的几个人外,大部分反对派议员实时集体离开会议厅。而建制派议员则继续肩负支撑会议运作的责任,汲取上周流会的教训后,在港的32名建制派议员几乎整日都留在议会内。他们不惜通宵开会,希望尽快就条例草案作表决。多名建制派议员已为通宵开会做好了充足的准备。工联会的黄国健备好了普洱茶,经济动力的梁君彦则准备几套衣服,旅游界的谢伟俊表示,会把会议当成坐长途飞机,相信议员即使趴着睡也留在会议厅。自由党主席刘健仪还参与绝食30小时,抗议“拉布”。这32位尽忠职守、奋战通宵的建制派议员,是好样的,值得社会及市民尊敬!

“反拉布、反霸道、反破坏、反掙蕉!”包括新界青年联会在内的多个团体及政党代表于16日前往立法会,声援建制派议员通宵力抗反对派的“拉布”战,有的支持者还送上水果、红豆沙及甜点,以示慰问。市民怒斥:“拉布”可耻,反对派瘫痪议会,罔顾社会利益。

(三) 争论的焦点

立法会议员夜以继日审议《议员出缺条例草案》,到了5月17日凌晨4时许,战况终于出现了新的变化,建制派商界议员黄宜弘

提出外国议会有程序可实时终止议员辩论。立法会主席曾钰成响应,在全体委员会审议阶段时,他不认为议员可“无穷无尽、没完没了”地延续会议,即使黄宜弘不提出有关建议,他也早计划在差不多的时间提出终止辩说。曾钰成强调,议员在辩论中交锋有助大家清楚双方对条文的意见,但辩论已花了30多个小时,客观来看不能达到该目的,故辩论环节应该结束。立法会在早上9时复会,至中午12时终止辩说,并按1300多项修订付诸表决,至下午5时休会时,有90多项修订被否决。估计完成所有表决需要近30小时,按正常的会议时间,约3天才能完成。

曾钰成果断终止无聊发言的“拉布”,黄毓民等“拉布”核心成员被打个措手不及,建制派议员无不热烈鼓掌支持,在广大市民中同样得到欢迎和好评。政制及内地事务局局长谭志源在会议结束后也表示,特区政府完全尊重曾钰成主席的裁决,也感谢30多位度过“漫漫长夜”的议员。

然而,被曾主席及建制派力量打昏了头的黄毓民及反对派一伙,对“拉布”失利,不仅不知羞耻,还倒打一耙,真可谓“恶人先告状”。他们提出各种谬论,必须给予批驳:

中共“压力”论。黄毓民竟称,曾钰成终止“拉布”的决定,是在“西环”(笔者注:指香港中联办)和“共产党”的压力下作出的。“此一说法,实属无中生有,血口喷人。事实是,‘拉布’滥用程序,浪费公帑、阻挠施政,在建制派议员中早已引起强烈不满,社会上更是一片骂声”。在这种情况下,曾主席作出终止辩说的决定是合法、合情、合理的,是负责任的表现。如果说有压力,那主要是来自正义议员、市民和舆论的压力,但与“西环”和“共产党”毫不相关^①。

^① 参阅香港《大公报》社评:《曾钰成果断斩“拉布”大快人心》,2012年5月18日。

违法(违宪)论。公民党梁家杰质疑曾钰成滥用权力进行裁决,违反基本法有关规定,汤家骅亦质疑曾钰成错误解读《立法会议事规则》第92条。这不值一驳。香港基本法第72条写得清清楚楚,立法会主席行使六大职权为主持会议、决定议程、决定开会时间、召开特别会议、召开紧急会议及立法会议事规则所规定的其他职权。这正好说明曾钰成终止辩论的决定的宪制权力是来自基本法,有什么可非议的?立法会议事规则第92条亦清楚言明:“对于本议事规则内未有作出规定的事宜,立法会所遵循的方式及程序由立法会主席决定;如立法会主席认为适合,可参照其他立法机关的惯例及程序处理。”曾钰成终止“拉布”的裁决,完全是依法而为,有什么可质疑的呢?

发“禁制令”论。“长毛”梁国雄在事败后马上入禀高等法院,要求司法复核,对曾钰成的决定发“禁制令”,企图令“拉布”复活,并得到“大状”李柱铭的支持。作为控方大律师李柱铭认为,《立法会议事规则》第92条没有容许主席给予自己权力去终止辩论,等等。辩方(立法会秘书处)代表资深大律师余若海答辩时称,按三权分立的原则,立法会的自主权不代表削弱法治,如果法庭受理案件,是干预立法程序,会影响立法及司法独立。律政司也派代表鲍俊龙出庭,他指出并非协助控、辩任何一方,而是基于公众利益。他反对法庭受理司法复核的申请,认为司法机关不应干预立法机关,影响立法程序。他还强调,主席用《立法会议事规则》第92条裁决是合理的,并没有违反基本法。法官林文瀚听完各方代表陈词后,决定法庭不介入立法会今次事件。原告梁国雄只好放弃申请“禁止令”。

“不信任动议”论。“始作俑者”的“人民力量”议员黄毓民、陈伟业指曾钰成滥用主席权力,扬言要向他提出“不信任动议”案,公民党、民主党、工党也表示支持,一时间以有不达目的决不罢休

之势。但是他们想联手把曾钰成从立法会主席位子上拉下马,没有那么容易:一是曾钰成具有较高的威信。立法会主席一职本身是这一权力机关的象征,由全体议员互选产生,而近5年来,曾主席主持会议,处事公平公正、表达能力清晰为大家所公认。二是曾主席这次裁决确是出于公心、出于维护议员发言权利和整体利益,确保议会正常运作。三是曾主席的裁决有基本法和立法会议事规则的根据,亦得到过半数议员的支持。四是曾主席的裁决得到了广大市民及团体的拥护与支持,有坚实的群众基础,不是少数人可以任意摆布的。

(四) 首次“拉布”失败

6月1日上午,立法会继续开会,就余下的数十项修订作表决。对于拉布战进入尾声,大部分议员精神状态显然良好。但会议在晚上峰回路转,当进行三读程序时,反对派议员几乎全数离开,令议会内人数不足。“长毛”梁国雄顺势“偷袭”要求点人数。当时会议厅气氛紧张,只余下30秒的时候,工党的李卓人返回议会,令议会有足够的人数而得以延续。这时,建制派议员抓住有利时机,全部撤销议员发言,《议员出缺条例草案》三读未到晚上9时已获迅速通过,在场官员和议员都兴奋拍手。建制派议员还用香槟烧鹅庆祝。黄毓民得知消息后承认首次“拉布”失败,没有达到预期的效果。但扬言未来的“不合作运动”会继续下去。

今次《议员出缺条例草案》的审议通过可谓一波三折,如果从5月2日开始恢复二读辩论到三读通过,整整经历1个月时间,如果从条例草案自3月提交立法会首、二读到通过,前后历时2个多月,开会时间更长达100多个小时,创下了本港议会有史以来的记录。但是,这绝不是一个光荣的、值得高兴和支持的记录。自开始二读辩论起,反对派议员就玩“拉布”,他们先是以不断要求清点

议员人数阻挠会议进程,在条例草案进入审议阶段时,除玩“拉布”的黄毓民、陈伟业和梁国雄3人组外,民主党、公民党和工党等20个反对派议员全部缺席会议,造成立法会大会在5月3日和5月11日两度流会,瘫痪议会运作,亦令多项民生议案受阻。此后,建制派议员以通宵开会审议对抗“拉布”。在5月17日凌晨,立法会主席曾钰成运用《立法会议事规则》第92条赋予的权力终止辩论环节,果断“剪布”,终令条例草案进入表决阶段。但由于每次修订表决须响钟一分钟,因此,直至6月1日上午1300多项修订才被全部否决,并耗时逾百小时,条例草案进入三读阶段,并于当晚获得通过。立法会数据还显示,在这冗长会议时间里,单响钟点人数就有58次之多,合并辩论用上44个多小时,而表决修订则用了逾55个小时,比审议最低工资立法及截取通讯条例所花的时间还要长。

民建联议员刘江华指出,过去12个会议日是香港立法会史上“最无聊的时刻”。工联会议员王国兴批评,“人民力量”提出过千项的“垃圾修订”,“骑劫”了立法会12日的会议,造成立法会历史空前的浪费,值得全港市民深思。

三、第二次“拉布”阴霾重临立法会

(一) 今次“拉布”的特点

近期香港立法会发生的首场“拉布”战刚结束,但人们没有料到另一场新的“拉布”战又是箭在弦上。不过,这场新的“拉布”战具有几个新的特点,值得思考研究:

一是主角不同:在阻挠议员出缺安排条例草案如期通过的首场“拉布”战中,反对派中的激进势力“人民力量”担任了主角的角

色。民主党没有直落场地“拉布”，羞羞答答躲在后面扮演配角的角色。但是，这一次狙击新政府架构重组拨款的议案，民主党却高调地站了出来，扮演主要的角色进行“拉布”。除了担任财务委员会主席的刘慧卿要角之外，民主党在人事编制委员会准备了50多项修订动议。不过，民主党议员李永达否认有关做法是“拉布”，并声称该党反对“拉布”，而民建联直斥民主党的做法是“不叫‘拉布’的‘拉布’”。

二是性质不同：立法会人事编制小组委员会6月6日首次讨论候任行政长官梁振英提出的新政府架构中有关新设置及删减职位的建议。政制及内地事务局局长谭志源重申，由于时间紧迫，未有准备后备方案，希望议员支持，尽快通过政府架构重组建议。但是，民主党议员就故意拖慢会议过程，单就议程事项的先后次序，就浪费了半小时进行讨论。更必须指出的是，由民主党张文光等议员分别提出的21项动议修改内容，都是实质的、严重出位，突破了立法会的权力范围。例如，包括削减司长、局长三成薪酬，取消副局长职位，以及规定行政长官处理利益冲突时，必须与公务员的指引同样严格等。而且利用小组委员会可以反复地提问和发言的规条，拖延时间，最后使基本法所规定的政府换届、主要官员名单、对政府架构重组、财政拨款没办法落实，阻挠按照基本法附件一产生的换届程序正常进行。“这是严重的违反宪制事件，也是立法会超出了本身授权的事件。”^①根据基本法，凡涉及政治体制或政府运作者，立法会议员没有权力可以提出议案取而代之。

^① 李明俊：《民主党“拉布”，意在抢票夺权》，香港《大公报》2012年6月8日。

三是目的不同：“人民力量”策动“拉布”，只想与建制派对着干，破坏立法会的正常运作，阻碍香港发展或带有个人英雄主义色彩，搏出位，吸引世人眼球，并没有执政的目标。而民主党之所以走到今天这一步，其明显的政治目的其实是：“反对派针对了5年之后的行政长官普选和9月份立法会选举的一个选举工程部署。工程的宗旨是全力对抗梁振英政府，不让其有效施政，并且要‘踢走保皇党’。”一句话，“民主党‘拉布’意在抢票夺权”。^①

世界上大多数政党成立的最终目的，是要通过执政来贯彻其政治主张，对于香港民主党来说，从未放弃“执政”的幻想。在香港新的行政长官选举尘埃落定后，“据民主党消息透露，一个为数不多的‘影子内阁’名单正在积极研究与酝酿当中，并在新一届特区政府上任之初便可‘成形’。民主党希望透过以此形式为2017年普选行政长官作好铺垫……”^②。如果梁振英顺利进行架构重组，以落实其港治新理念及施政纲领，他就可以争取2017年连任行政长官，民主党想登上特首宝座并执政的希望就会成为泡影。所以，民主党为了一党的私利，就处处反对梁先生，并把阻挠政府架构重组拨款，作为其未来普选工程的重大战役。而在当前，民主党想把梁先生在政治上置于“死”地，也是为了9月“超级区议员”选举时多抢选票及议席。

（二）新政府架构重组受挫

早在2012年香港新特首竞选期间，当时作为特首参选人之一的梁振英，就在其竞选政纲中提出未来新政府的架构要在原“三司十二局”的基础上扩大为“三司两副司十四局”，即增加政务司副

① 李明俊：《民主党“拉布”，意在抢票夺权》，香港《大公报》2012年6月8日。

② 路羽翔：《民主党欲组“影子内阁”谋执政》，香港《紫荆》2012年4~5月号，第20页。

司长和财务司副司长和两个新局(科技及通讯局、文化局)单位及相关人选。梁先生的这一设想(方案)经2个月的讨论,社会已形成广泛的共识,包括四大公务员团体(香港高级公务员协会、政府人员协会、香港公务员总工会、香港政府华员工会)、主要政党、大小社团等,均表明支持的态度,认为这些措施有利于提升政府的施政能力。

国务院港澳办主任王光亚也认为:“梁振英提出的政府架构改组案有积极意义”;“他主要是想进一步优化政府的资源,也就是他竞选的时候提出的政纲,希望特别处理好房屋问题等……所以我们希望他能够成功。”^①

5月4日,特区政府行政会议举行特别会议,通过由候任行政长官梁振英办公室提出的政府总部架构重组建议;当局于同日向立法会提交了政府架构重组建议。在此后的1个多月里,立法会有关部门,包括政制事务委员会、架构重组法例修订建议小组委员会、人事编制小组委员会、财务委员会先后举行多次会议进行讨论或审议。

6月20日,立法会主席曾钰成应政府致函提出的要求——优先讨论下届政府架构重组的动议,召开立法会讨论有关动议,并经过9个多小时的辩论后,于6月21日上午以27票赞成、25票反对及一票弃权,在未获得半数议员支持下被否决。当中,22名反对派议员一同投下反对票、其余6名建制派议员则分别因公务或身体不适等问题未能出席会议。新民党主席叶刘淑仪投了弃权票,成为关键一票,金融界议员詹培忠、旅游界议员谢伟俊早就表明会投反对票。

政府动议被否决,意味着下届政府即将落实的多项惠民措施

^① 香港《大公报》2012年6月23日。

将被迫叫“停”，但反对派却对此沾沾自喜，在曾主席宣布议案被否决时拍台叫嚣。出席会议的政府官员和多名建制派议员均对动议被否决感到大为失望。

对于反对派阻挠优先处理政府架构重组方案，梁振英向传媒表示，如果没有“拉布”，政府根本不需要向立法会提出这项动议。已与行政长官曾荫权和现届政府其他官员开会商量，会紧密配合，继续争取立法会的支持，亦希望立法会能不失时机地审议通过该项动议。

（三）重组被拖，天不会塌

如前所述，候任行政长官梁振英提出的“三司二副司十四局”新政府架构重组方案，从整体上看是非常圆满的。也就是说，若能在7月1日，即香港回归祖国15周年之际，让三司、二副司、十四个局长能够一起上任，使特区政府有一个完整的新班子，那该多好！香港民意调查中心于6月13~18日的一项最近民调调查结果清晰显示，高达72%的受访者不赞成立法会议员用“拉布”方式阻挠改组政府架构方案在7月1日前通过。58.2%的受访者认为政府架构改组工作应该在7月1日新政府上任前完成，令整个新班子可以在7月1日同时上任亮相，仅有少数人持不同意见。

但是，严酷的现实并不允许有这样的条件，反对派又在政府架构重组议案上故伎重施，继续“拉布”，人民力量暗中或客观上帮助民主党打“拉布”战，陈伟业提出167项修订、黄毓民提出129项修订，拖延辩论时间，最后与其他反对派议员一起投票否决了政府要求优先讨论下届政府架构重组的动议。

政府动议被立法会否决的当天，国务院港澳办主任王光亚在北京响应在香港记者提问时表示，从目前情况来看，7月1日前通过政府架构重组的机会不大，但“天不会塌下来”，将来中央可以

作补充任命。即使在7月1日前通过不了,相信也不会影响梁振英的管治威信^①。

依照香港基本法的有关规定,根据香港特别行政区第四任行政长官梁振英的提名,国务院于2012年6月28日任命了香港特别行政区第四届政府主要官员,包括任命林郑月娥(女)为政务司司长、曾俊华为财政司司长、袁国强为律政司司长,12个局的局长,以及入境处、海关、廉政公署、审计署、警务处等5个部门共20名主要官员。当中有新面孔,也有旧面孔,体现了政府因势利导、灵活多变的思维,不失为一种理性现实的选择。

梁振英即日率领新班子齐齐亮相,承诺未来5年,政府会适度有为,稳中求变,维护香港珍贵的核心价值,解决深层次矛盾,改善市民的生活,以及保持社会和谐稳定。他知道前路是崎岖的,面对的挑战也不少,但他们会迎难而上,不会辜负广大市民和中央政府对新一届政府的期望。

7月1日上午,国家主席胡锦涛在香港出席香港回归十五年庆典暨特区新班子就职典礼,为特区行政长官梁振英、各主要官员亲自监誓后发表重要讲话。随后他又会见了新一届特区政府的主要官员、行政会议成员,以及司法和立法机关负责人。他给新班子提出16字希望:“依法治港、精诚团结、勤政为民、登高望远”,希望新任政府努力维护香港的繁荣稳定,急市民所急,把香港建设得更加美好。

四、“拉布”的危害及预防“拉布”的建议

(一)“拉布”的危害性及其实质

在香港回归祖国15周年及特区新政府组成临近之际,反对派

^① 香港《大公报》2012年6月23日。

发起的“拉布”战让香港政局激起一池混水,其危害性甚多,归纳起来至少有几方面:

一是严重浪费公费。据立法会秘书处证实,每日的“拉布”式会议耗费公费近百万元,当中包括电费等基本开支,以及员工和其他技术人员费用。整整12天的首次“拉布”行动不仅白白浪费议会同僚一连数星期的宝贵时间,更耗用公费(纳税人的血汗钱)1 200万港元。

二是拖垮民生议案。由于反对派“拉布”时间过长,造成不少民生议案积压,立法会秘书处日前宣布,尚有20多项法案议案等待审议,包括《竞争条例草案》、《公司条例草案》、《一手住宅物业销售条例草案》、《雇员补偿条例》动议的决议案、《2011年建筑物法例(修订)条例草案》等,这不利于香港市民民生条件的改善。

三是扭曲民主本意。民主本来的含义是人民的统治,有事大家讨论,少数服从多数。但是,反对派议员无休止的“拉布”,占用了建制派议员发言的时间,是“一言堂”的做法,扭曲了民主的真谛。从表面看“拉布”是一种议会民主手段,在外国议会也非罕见。但本港近期出现的两次“拉布”,不仅不是民主精神的体现,而恰恰相反,是一种反民主的和不公义、不负责任的行为。

四是有损立法会形象。少数反对派通过“拉布”,不仅牵制了立法会的运作(立法会秘书处预料仍需222小时处理积压的议案,估计在本届立法会会期之内难于全部处理完毕),进而影响到政府的运作;而且损坏了立法会作为香港立法机构的良好形象。正如前立法会主席范徐丽泰所言:首先,扯皮没完没了的“拉布”,议员“自毁形象”,而当立法会和议员在市民心目中的评价是向下降时,其实就是影响立法会制衡政府的能力^①。立法会主席曾钰成

^① 香港《大公报》2012年5月23日。

也坦言：近期议会出现的乱象，影响了市民对立法会的形象。

五是不利香港发展。梁振英提出的“三司两副司十四局”方案是其施政重点。首先，是要改变过去政府对发展“袖手旁观，无所作为”的思路，增设财政司副司长，是想协助特首制定符合香港实际的经济政策，解决日趋严重的住屋等民生问题，增设政务司副司长是想协助特首贯彻“一国两制”方针，按基本法规定处理复杂的政改问题，推动民主发展。其次，增设科技及通讯局、文化局，也是针对香港社会的长远发展而采取的有力措施。反对派滥用“拉布”做法，否决该方案，显然不利香港的长远发展及利益^①。

有学者认为：香港反对派的“拉布”“已经失去其原来意义上‘缓冲’和‘灵活应变’的特质，成为赤裸裸的‘对抗’和‘霸道’，明目张胆地试图将少数人的政治意愿强加于多数人，将大多数市民的意愿弃之不顾，破坏了香港社会‘行政主导’的宪制安排，挑战了‘少数服从多数’的根本原则，践踏了10多年来立法会运作的常规”^②。笔者认为，这位学者深刻地指示了反对派“拉布”的实质问题，值得人们深思。另一位学者更尖锐地指出：香港反对派“拉布”的“核心是要推翻宪制，挑战‘一国两制’，挑战中央人民政府的权力，使香港走向‘独立’政治实体，把立法会的权力扩张成为‘独立’政治实体议会的权力，可以在任命主要官员方面起决定作用”^③。

（二）关于防止“拉布”的几点建议

一是选民可用选票惩罚“拉布”议员。笔者注意到，当梁振英还是候任行政长官时，他就意识到无聊“拉布”的危害性，并说“大

① 黄英豪：《拉布是否有利香港长远利益？》，香港《信报》2012年5月25日。

② 闻言：《黄毓民“拉布”绝非民主》，香港《大公报》2012年6月4日。

③ 李明俊：《民主党“拉布”，意在抢票夺权》，香港《大公报》2012年6月8日。

家看到这些社会现象、趋势,若以为是不合理,就要在3个月后的立法会选举中以选票表态说‘不’。”这是一项颇具前瞻性的防止“拉布”再度在本港发生的有效措施。现在的问题是,要让各界别、各阶层的选民懂得这个道理并付诸实践。立法会的功能就是监察(制衡)政府。但由于立法会的议员是由选民投票选出,政府提交议案给立法会审议并表决的程序,就是透过议员的辩论,来决定议案的命运。如果在9月立法会行将进行的换届选举中,选民不再投票选举那些玩弄“拉布”的老手,也就可能杜绝“拉布”老手的劣根性。

二是借鉴外国议会经验,完善立法会议事规则。据说西方国家议会有关于中止辩论的规定,但本港媒体只有零星的报道,且说法不尽一致。例如,英国下议院没限制议员辩论时间,若发现议员“拉布”,其他议员可提出中止辩论议案,但要获至少100人的议员支持通过,议长亦有权否决,以保障少数议员发言的权利。又如,美国参议院没发言限制,若参议员不满“拉布”,只要60%参议员支持就可提出终结议案辩论。另一说法是美国议会可以由3/5议员决定缩短辩论时间。究竟情况如何没有法律文件依据。建议香港立法会会同相关部门组织考察团赴英美法等国调研,并结合本港立法会的具体实际修订议事规则,进一步完善终止“拉布”的法律制度。

三是建制派议员要掌握基本法这个法宝。香港基本法是香港特区的最高法典,也是推进民主、维护法治的主要法宝,作为立法会的建制派议员,理应尽快熟悉运用基本法来捍卫香港法治这个核心价值。遗憾的是,现在建制派的有些议员还不能完全做到这一点。例如,基本法第74条规定:“香港特别行政区立法会议员根据本法规定并依照法定程序提出法律草案,凡不涉及公共开支或政府体制或政府运作者,可由立法会议员个别或联合提出。凡涉

及政府政策者,在提出前必须得到行政长官的书面同意。”这条规定的要点是:(1)凡涉及公共开支、政治体制、政府运作的法案只能由政府提出。(2)只有不涉及政府政策的法案可由议员提出。(3)涉及政府政策,但不涉及以上三类法案者,可由议员提出,但事先须得到行政长官书面同意。根据这条规定,反对派议员根本无权提出政府重组的修订案和议员出缺安排修订案。这是基本法早已设定的防范措施。但建制派议员不会运用,失去一次机会。希望以此作为教训,总结经验,好好学习基本法,牢牢掌握基本法这个锐利法宝。

最后必须指出,为了继续阻挠以梁振英为首的新一届特区政府依法施政,今后反对派的政党、政团还会指示或支持他们的议员在立法会的某些议案(议题)上进行各种形式的“拉布”,尤其是未来立法会将大量关系经济民生的法案及拨款需要审议,立法会及财委会应早日修例设立“剪布”机制,维护立法会的运作及权威,不能任少数议员肆意利用立法会议事程序的漏洞,损害香港整体社会和广大市民的利益。对此,人们将拭目以待!

第四章

澳门特别行政区制度研究

《澳门特别行政区基本法》(简称《澳门基本法》)确定了澳门特区实行以行政为主导的政治体制,既优先考虑了澳门政府体制的稳定高效,又充分兼顾了民主政治在澳门的发展,从而为澳门的繁荣稳定提供了宪制性保障。1995年3月,时任全国政协主席李瑞环在同港澳地区全国政协委员座谈时曾打了一个生动的比喻,把港澳特区比作有着百年历史的“宜兴茶壶”,其价值就在于壶里的沉淀物——茶山。据说宜兴有一种紫砂壶,用的时间长了,壶中就会长出茶山,长了茶山的壶不放茶叶也能泡出甘美的茶水。一旦洗刷刮尽里面的茶山,茶壶就分文不值了。行政主导特点的价值,犹如具有百年历史的“宜兴茶壶”的茶山,需要珍惜。澳门特区成立以来的实践证明,以行政长官为核心的行政主导保障了澳门的稳定和发展。这一政治体制不是想当然设计出来的,它不仅需要考虑如何落实“澳人治澳”的问题,还要考虑在特区以何种体制运作才能贯彻落实“一国两制”和《澳门基本法》,保证中央政府能够有效行使主权;不仅要符合澳门特区是直辖于中央政府的一个地方行政区域之法律地位,还要维持澳门政治体制正常而有效地运作。

第一节

澳门特别行政区的行政主导体制*

从历史上看,“澳门一直是中国的固有领土,治权虽有变化,却从未成为独立的政治实体”^①。新中国成立后,澳门未来的政治走向成为国家发展重点考虑的问题之一,并引起国际社会的广泛关注,直到《中葡联合声明》签署,其发展前景才全部明朗化。中国政府在联合声明中承诺,对澳门恢复行使主权后,将依据《中华人民共和国宪法》设立澳门特别行政区,其政体架构和管理模式通过《特别行政区基本法》来规定。随后组建的基本法起草委员会,经调研和论证,认识到澳门当时的体制是华人与葡萄牙人共处分治的双层二元结构模式。其基本特征是:社会公权力全由葡萄牙人掌控,葡文是公共教育和官方使用的唯一语言,占人口96%的华人大多不学也不用葡语,更不可能进入社会管理层,市民对政治普遍冷漠,政府的权威统治在不断弱化。为彻底消除这一痼疾,使未来的特区有一个强势的领导核心,在总结经验 and 借鉴历史的基础上,国家通过《澳门基本法》为澳门确立了行政长官负责制(Executive-led)。这一制度安排既不同于澳门原有的总督集权制,也与国家主体的人民代表大会制相迥异,更非西方国家的“三权分立”架构^②,而是单一制政体下地方政权组成的

* 本章引言及本节作者:彭辉:上海社会科学院法学研究所副研究员。

① 吴志良:《澳门政治发展史》,上海社会科学院出版社1999年版。

② 徐静琳:《论澳门法域的基本框架及其特色》,《上海大学学报》2006年第6期。

一种特殊模式^①。如此定位可以实现“一国”与“两制”的有机结合;同时,澳门虽然只是一国内的地方行政区,但是,为了确保“一国两制”、高度自治原则的贯彻实施,明晰其管治团队中行政权、立法权与司法权之间的界限,在强调制约的同时建立良好的权力协调关系,将有利于特区的稳定与发展。

一、行政主导的内涵、特点、内因与流变

(一) 行政主导内涵

根据《澳门基本法》的规定,澳门特区政治体制的一项基本原则就是行政主导。所谓行政主导,就是行政权居于各项权力之首,在政治体制中的行政、立法、司法三机构的关系上,既做到互相独立、互相制约、互相配合,又要保障行政权主导政治体制的运作^②。因为在“一国两制”下,要理顺中央与特区之间的关系,澳门就必须有一个能代表各方利益的权力中心,在对本行政区实施有效管治的同时向中央人民政府负责。所以,基本法把行政权置于各项权力之首,赋予行政长官以统领和协调其他职能部门的权力十分必要。澳门特区行政长官是澳门特区的首长,代表澳门特别行政区,行政长官对中央人民政府和澳门特区负责。行政长官由年满40周岁,在澳门通常居住连续满20年的澳门特区永久性居民中的中国公民担任。行政长官在当地通过选举或协商产生,由中央人民政府任命,任期5年,可连任一次。行政长官的主要职权包括:领导澳门特区政府、负责执行基本法和适用于澳门特区的其

^① 肖蔚云:《论澳门基本法》,北京大学出版社2003年版,第106页。

^② 徐显明:《中外制度文明史上的创举——对基本法所确立的行政主导政治体制的几点认识》,《中国人大》2007年第6期。

他法律、签署立法会通过的法案并公布法律、签署立法会通过的财政预算案等 18 项内容。这些职权内容体现了行政长官在澳门特区政制中处于中心主导地位。

（二）行政主导特点

这一政制的主要特点是：（1）行政长官具有双重身份。他既是澳门特区的首长，代表特区向中央人民政府述职和进行工作联系，他又是澳门特区政府的首长，在对内、对外活动中与相对方形成法律上的权利义务关系。因此行政长官法律地位崇高，责任重大；（2）行政长官的职权大于立法权和司法权。基本法赋予行政长官以立法创意权、政策制定权和发布行政命令权，只要不违反基本法和澳门的公共利益就不受任何干涉；（3）行政长官享有不受立法、司法左右的人事任命权。行政长官在提名并报请中央政府任命或免除特区主要官员、委任部分立法会议员、颁授澳门特区奖章和荣誉称号时，无需向司法机关征求意见，也无需得到立法会的同意；（4）行政长官具有最终签署权。事关全局的重大事项和行政决策都必须经特首签署方可付诸实施，即使立法会通过的法案和财政预算案，也要由行政长官签署才能发生法律效力。

（三）行政主导内因

1. 一般性原因

（1）市场经济发展中造成的社会问题的复杂性和全局性，需要政府权力集中，强化宏观调控职能。市场经济的发展和垄断资本的形成，使全局性的经济问题日益增多，阶级矛盾和社会矛盾日益尖锐，需要政府干预那些通过市场无法解决的问题，积极介入经济领域以及公共社会福利事业，强化经济调控职能，扩大社会管理职能。于是，政府逐渐从积极不干预的“守夜人政府”，向“道德人

政府”和“经济人政府”转变；(2) 当今社会发展的快速剧变性，要求政府迅速决策，提高施政效率。当今社会急剧变化，科学技术发展突飞猛进，世界信息传播迅速。在这瞬息万变的社会，公共事务异常复杂，各种突发性事件频繁发生，要求有一个强有力、高效率、专业化的行政机关快速反应。但是，议会机关往往议而不决，贻误时机；(3) 行政主导具有稳定和效率方面的优越性。在议会至上的立法主导下，各种社会政治力量在议会内部往往横向对抗，牵制拖拉，政争频频，难以产生政治重心和稳定力量，其势力变化导致政府频繁更迭，引发社会分化动荡。

2. 特殊性原因

澳门不是一个独立的国家，而是中华人民共和国辖下的特别行政区；澳门特区政府不是一个独立的国家政府，而是中华人民共和国中央人民政府领导下的地方政府。澳门特区所享有的高度自治权，在性质上属于地方自治权的范畴，而不属于国家主权行使的范畴；澳门特区所享有的高度自治权是中央授予的权力，而不是澳门特区本身所固有的权力。因此，那种以立法机关为最高权力机关的类似独立国家的政制模式，不应照搬套用在国家领导下的高度自治的地方政权模式身上。澳门地区社会、政治复杂，实行政治主导有利于维护澳门的社会稳定。保持行政长官和行政机关的权力中心地位，有利于政局稳定，避免澳门政治复杂化、国际化。澳门人员构成复杂，无论澳门永久性居民或非永久性居民中都有华洋并杂的现象；华人中既有生于斯长于斯的当地居民，又有从内地来的新移民，还有从海外归来的华侨；外籍人士中既有葡语国家所属的各个国家的人员，又有非葡语国家之外的诸多国家的人员。又由于世界上诸多国家和地区的多种政治势力和经济利益集团不断争夺，而且经常利用或试图利用澳门作为影响中国内地经济和经济的跳板或基地，各种政治背景直接或间接影响的团体、机构和

舆论工具相杂并存。在如此政治、文化生态错综复杂的国际性城市,必须有一个以行政为主导的强势政府实施有效管治。否则,澳门一旦成为多国、多方势力冲突的中心,一旦成为政治角斗之地,稳定繁荣的局面就会受到极大冲击。

(四) 行政主导流变

《澳门基本法》确定了澳门特区实行以行政为主导的政治体制,既优先考虑了澳门政府体制的稳定高效,又充分兼顾了民主政治在澳门的发展,从而为澳门的繁荣稳定提供了宪制性保障。《澳门基本法》设计的“行政主导”不同于葡澳时期。它尊重澳门的历史,吸收了澳门原有制度中的一些有效方面,增加了民主政治的要素,与葡澳总督制下的“行政主导”制度有本质区别^①。两者的具体区别表现在:(1)以行政长官制取代殖民地时期的总督制,延续稳定高效的治理能力。行政长官已经不是澳门回归前的总督,行政长官的法律地位已经发生了根本性的变化。总督是葡萄牙在澳门进行殖民统治的代表,总督由葡萄牙总统委派,直接对总统负责。行政长官不是中央人民政府派驻在澳门的代表,行政长官在澳门不能代表中央人民政府。行政长官在澳门当地通过选举或协商产生,由中央人民政府任命。行政长官是“澳人治澳”最具体的体现。(2)充分尊重澳门居民的民主权利。(3)增加了行政与立法之间互相配合、互相制衡的要素。葡萄牙对澳门的殖民统治是通过总督进行的,为此需要总督的权力越多越好,所以总督在葡澳殖民政治体制中占据绝对地位。总督不仅掌握行政权,而且还行使立法权,总督有权制定与立法会法律具有同等效力的法令,而且

^① 王禹:《论正确理解行政主导:澳门基本法的正确理解与实施——纪念澳门基本法颁布15周年学术研讨会论文集》,澳门基本法推广协会2008年版。

在经立法会许可或当解散立法会时,更享有全部立法权;总督独揽行政大权,采取高度集权的方式领导整个行政部门。在当时,虽然有几名政务司协助总督推行公共政策,管理行政事务,但是,这些政务司的职权范围及权限大小皆由总督决定。正是因为行政长官的地位发生了根本性的变化,所以《澳门基本法》取消了行政长官有权制定法令的权力,行政长官不再行使立法权,而代之以制定行政法规。行政法规的效力低于立法会通过的法律。

二、澳门特区行政主导地位

(一) 行政主导与立法关系

立法会是澳门特区的立法机关。它成立于1999年12月20日,随即展开立法工作,开始了澳门特区第一届立法会任期。根据《澳门基本法》规定,澳门特区立法会除第一届另有规定外,每届任期4年。立法会的行政管理机关为立法会主席、执行委员会及行政委员会。虽然澳门特区的政治架构是行政主导,立法配合的体制,但是,为避免行政权过大而导致弊政发生,又辅以立法与行政相互制约的机制。《澳门基本法》第65条规定特区政府要对立法会负责,行政长官在第54条规定的情况下必须辞职,以及第71条规定立法会有权弹劾行政长官,就是这一精神的具体体现。从另一角度来看,澳门特区立法会不同于内地的人民代表大会,在权力行使中要受到行政权的制约。例如,《澳门基本法》规定,行政长官有权委任部分立法会议员;若认为立法会通过的法律案不符合澳门的整体利益,可以发回立法会重议;可以依据一定条件和程序解散立法会;等等。这些相互制约关系的法律规定,能够确保权力运行的科学与高效。

实践中,澳门行政主导存在对行政权力的监督制衡机制滞后、

施政透明度低等问题,行政权与立法权的关系存在一定程度的失衡。具体而言,表现在以下两个方面:一是行政法规不必以法律为依据。法律与行政法规都是澳门特区法律体系的重要组成部分,前者在《澳门基本法》第71条第1项规定由立法会制定,后者根据《澳门基本法》第50条第5项,由行政长官制定。然而,《澳门基本法》第50条在赋予行政长官制定行政法规权力的同时,并没有规定行政法规必须以法律为依据。因此,澳门特区行政机关认为,行政法规不必以法律为依据。2006年澳门特区保安司不服中级法院判决向终审法院提出上诉一案最具代表性。澳门终审法院在终审判决中,将行政法规分为执行性行政法规和独立性行政法规,明确提出要求“行政法规需要一项预先法律给予授权的要求是没有法律依据的”。在法律保留以外,不违反法律优先原则的情况下,“行政长官可仅以《基本法》为依据核准行政法规”。二是政府专属提案权和行政长官提案批准权过于广泛。《澳门基本法》第75条规定,澳门特区立法会议员依照《澳门基本法》规定和法定程序有权提出议案;凡不涉及公共收支、政治体制或政府运作的议案,可由立法会议员个别或联名提出;凡涉及政策的议案,在提出前必须得到行政长官的书面同意。由此可知,立法会议员有提案权,但对于涉及公共收支、政治体制或政府运作的议案,政府具有专属提案权;同时,立法会议员提出的议案如果涉及政府政策,行政长官享有提案批准权。对此,《澳门特别行政区立法会议事规则》第99条规定,议员和政府均享有提案权和随后提案权,即将《澳门基本法》赋予的提出法律草案的权力进一步区分为提案权和随后提案权;第102条规定,澳门特别行政区政府对立法会的选举办法、公共收支、政治体制和政府运作事项享有专属提案权及随后提案权;第103条规定,议员行使提案权或随后提案权,涉及政府政策时,必须得到行政长官的书面许可;第105条则明确规定,

提案或随后提案违反第 102 条和第 103 条的,立法会主席必须予以拒绝。由此可见,《澳门基本法》第 75 条赋予政府的专属提案权和行政长官的提案批准权延展至提案权和随后提案权。

(二) 行政与司法关系

在基本法框架内,澳门特区的司法机关包括法院和检察院,法官和检察官被统称为司法官。司法审判权和终审权由自成体系的三级法院行使;而独立行使检察权的检察院,采取“一院建制、三级派任”^①的工作方式,担负着直接侦查或指挥警察侦查刑事案件、向法院起诉与指控各种犯罪、监督基本法和其他法律实施的职责。按照司法独立原则,两院行使审判权和检察权只服从法律,不受任何干涉,也不向任何个人或机构负责,这包括中央的相关机构、特区的行政长官。司法监督行政主要是通过审判行政案件来实现的。根据《澳门基本法》第 86 条规定,澳门特区在普通法院外还单独设置有审理行政争议的行政法院,专署管辖以行政机关为被告的行政诉讼、税务诉讼和海关诉讼案件。在司法程序上,行政诉讼与一般刑民诉讼基本相同,实行两审终审制,上诉审由中级法院或终审法院处理。澳门专门设置行政法院的原因,除了继承欧洲大陆法系的传统之外,还在于用司法裁判的方式对行政管理的合法性作出评价,以有效规范政府的执法行为,对公共政策的制定也产生一定的制约作用。

三、澳门与香港行政主导比较研究

回归后的香港和澳门,均实行以行政为主导、行政与立法互相

^① 何超明:《澳门检察制度的建立与检察机关职能的性质》,《人民检察》2007 年第 4 期。

制衡又相互配合、司法独立的政治体制,并分别由《香港基本法》和《澳门基本法》从宪制上加以明确。因此,港澳两个特别行政区的行政主导是一种政权组织形式,是名副其实的“行政主导体制”,这是两者最大的共同点。但是,基于港澳的历史背景和社会状况不尽相同,两地的行政主导体制及其运作又不完全一致,影响行政主导效果的因素更多的是在政府运作与社会条件方面。总的来说,在《澳门基本法》框架下制定的澳门特区行政长官和立法会选举办法,贯彻了《澳门基本法》的精神,为行政主导的实施提供了比香港更好的体制条件。

(一) 从行政主导的制度设计来看

《澳门基本法》比《香港基本法》制定稍晚,注意吸取《香港基本法》的长处,有关行政主导体制的设计注重特区政治体制初创阶段的稳定性,赋予行政长官贯彻行政主导的权力非常广泛,对行政长官权力的规定更加充分,这就使得澳门行政主导体制的落实比香港具有更多制度上的保障,为回归后澳门特区行政主导体制的建立创造了有利条件。

(二) 从行政主导的实施环境来看

澳门的区位和规模都逊于香港,澳门的面积和回归时的人口数量分别是香港的 $1/45$ 和 $1/16$,回归前澳门经济发展成效不佳,经济畸形且规模细小。与此同时,社会疏于管理,治安不靖。澳门市民盼望回归祖国能有所改变,为他们带来安居乐业的好生活。因此,澳门市民内心对于行政主导是充满期待的。而香港借助得天独厚的地缘优势和国际联系,特别是借力于祖国内地的改革开放,抓住大发展的历史机遇,实现了经济腾飞,跻身“亚洲四小龙”的行列。不少香港人担心回归会给他们的幸福生活带来冲击,心存

疑虑,出现了海外移民潮,相比澳门,香港市民对行政主导制度的认同度较低,抵制心态较为浓厚。

(三) 从政治气氛来看

英国对香港回到中国的怀抱持抗拒心理,期望长期占据或影响香港,在香港主权问题上抱有幻想。在中英香港问题谈判时,英方曾就主权问题与中国政府争执,坚持“三个条约有效论”,遭到拒绝后又搞“以主权换治权”的把戏,企图继续管治香港。相比之下,澳门问题的解决要比香港顺利得多,葡萄牙政府对此采取积极合作的态度。1979年中葡建交时,中葡两国间就澳门问题达成谅解备忘录,澳门的主权问题已经解决。中英就香港问题开始谈判后,葡萄牙政府主动提出归还澳门。英国和葡萄牙不同的心态对行政主导制度的实施也将产生不同的影响。

(四) 从舆论媒体角度来看

香港的传媒对特区政府比较苛责,批评甚多,个别传媒与反对派呼应,在一定程度上削弱了特区政府的管治权威;澳门的新闻媒体对特区政府相对宽容,多持合作和支持态度,注意在原则问题上维护政府的权威,推动澳门社会形成了支持政府依法施政的舆论导向^①。

(五) 从社会心理角度来看

根据香港、台湾、澳门、冲绳民众文化与国家认同国际比较调查(2006年)^②,香港居民反对“港独”的占69%,维持在七成的水

^① 姚魏:《论澳门特别行政区的行政主导体制》,《政治与法律》2009年第12期。

^② <http://tieba.baidu.com/p/1515277400>。

平;不过,仍有约1/4认为香港应该“独立”。一方面显示大部分香港市民乐于留在中国的大家庭里,另一方面也显示部分市民对中央仍有离心力。其中,倾向独立的理由中,45%的认为香港的政治、经济、社会状况、历史背景和内地不同。同时,回归后成长起来的年轻人(18~24岁)的本土意识相对于其他年龄组别较强,显示回归后政府大力推行的“国民教育”并未达到预期的效果。澳门居民的国家意识显示,绝大部分澳门居民乐于留在中国的大家庭里。在对“独立”与否的态度上,反对澳门“独立”的占83.2%,支持的仅为7.9%,显示澳门民众本土意识最弱,国家意识最强。对祖国的认同感高,有利于形成拥护中央政府和中央所支持的特区政府的社会心理条件;相反,则可能为反对派力量及其影响的扩大提供社会心理空间。

不过,澳门的行政主导体制设计也有另一方面的问题。与香港相比,澳门社会的法治水平和公务员制度的完善程度都要逊色得多,加之强调初创期行政主导的稳定性,因此在赋予行政系统极大权力的同时,监督制衡机制的建设没有及时跟上,政府施政的透明度相对较低。回归以来,何厚铨行政长官保持了很高的民意支持度,最高时曾超过90%,客观上也使得监督机制的建设有所松懈^①。2006年年底,澳门特区政府运输工务司司长欧文龙巨额贪污受贿案曝光,暴露出监督机制的薄弱,严重损害了政府在市民心目中的威信。澳门回归后的成功是一份启迪,说明强政府的制度设计是厉行行政主导的重要条件;澳门出现的问题又是一个警示,说明缺乏制衡和监督的强势政府,也会在行政主导体制的庇护下掩盖风险。

^① 肖蔚云:《论澳门特别行政区行政长官制》,《澳门科技大学学报》2005年,第194页。

第二节

澳门立法会选举的现状与展望*

2013年第五届澳门特别行政区立法会即将进行选举,标志着澳门特别行政区的政制发展进入了一个新的时期。在新时期,理应对选举制度和运行现状进行总结和思考,旨在“一国两制”框架下,不断推进立法会选举制度的完善,达到更能反映澳门居民利益诉求和符合澳门社会经济发展之目的。

一、澳门立法会选举制度的产生及现状

根据西方政治理论,选举的基本功能包括建立起人民对政权和国家的认同、促进民众的政治参与和政治沟通,协调政治利益和整合社会^①。但是由于各个国家的社会习惯和政治制度不同,导致选举制度的政治功能在不同政治制度背景下有一定区别,故对澳门立法会选举制度的研究必须结合澳门社会历史及现状进行。

(一) 澳门立法会选举制度的产生及相关因素

1. 立法会选举制度的产生及相关法律规定

在澳门地区,具有现代政治意义的选举制度始于1976年《澳

* 本节作者:李源,上海大学法学院宪法与行政法学研究生。

^① 见 William L. Miller & Harold D. Clarke, *How Votes change*, Oxford; Oxford University, 1990。

门组织章程》。该选举章程的制定为澳门人民参与政治提供了途径,随后依章程选举产生了具有民选性质的第一届立法会,标志着澳门民主政治的开端。在此之前,澳门在葡萄牙殖民统治之下,澳门总督及政务委员会享有立法权制定法令规章。自“四·二五”革命后,葡萄牙政府开始执行去殖民地及殖民地自治计划,由此葡萄牙政府将选举制度引入澳门,将立法权交由立法会行使,目的在于吸收澳门民众参与澳门管理,逐步达到其自治之规划。但由于殖民统治之原因,故总督所代表的行政权并未因此而丧失权威,综合社会各方面原因导致澳门选举发展出了自己的特色,即社团政治。从1976年开始,根据《澳门组织章程》第一章第2条规定:“澳门地区为公法人,享有行政、经济、财政、立法及司法自治权。”由此确立了澳门自治的基础,葡萄牙政府将基本的权力以法定的形式赋予澳门相关组织;第二章第一节第4条规定:“澳门地区的本身管理机关为总督及立法会,汇同总督运作的尚有咨询会”;“立法职能由立法会及总督行使”;“执行职能由总督行使,并由各政务司辅助。”此条确立了澳门至今的行政主导体制传统。解析此条可得:首先,立法权归属于立法会和总督,当作为行政权代表的总督也享有立法权时,就必然导致立法权无法摆脱行政权的束缚与影响,且根据1976年以后之理论和实践可知,澳门立法会名义上是独立的立法机关,有权进行立法和对总督的执行权进行批评与弹劾,但实际由于总督的存在,立法会职能基本无从实现。其次,根据《澳门组织章程》第11条第2款规定:“未经总督颁布而公布的法律或未经总督签署而公布的法令,在法律上均不存在。”即总督签署或颁布是法律形成的最后一道程序,且该章程未有对总督拒绝通过立法会立法次数或程序上的限制,这极大地限制了立法权的存在。除上述两点外,总督无需对立法会负责,仅仅对葡国政府负责。故虽然1976年章程的制定是澳门民主政治的开端,但是章

程内容并未能体现近现代科学的政治理论,仅仅是一种形式上的自治与权力的下放,实际的澳门统治权依旧控制在以澳门总督为首的行政体系之中。立法会选举制度的人员配置以及部分程序性问题则主要体现在章程第三节,根据规定立法会由 23 名议员组成,均是有选举资格的市民担任,其中:7 名为总督在社会上具有功绩及声誉的居民中任命,8 名以直接和普遍选举产生,8 名以间接选举产生。首届立法会仅有 17 名议员,其中 5 名由总督委任。这一选举办法也充分体现了《澳门组织章程》所确立的澳门行政主导体制,极大地压缩了立法会的民主成分。

但章程在防止大团体垄断政治方面颇有成效。自 1991 年起,澳门立法会选举的直接选举和间接选举均采用了葡萄牙所使用的“Hondt 比例法”。这是一种比例名单制,即每个参选立法会直选的组别列出一份由多个候选人组成的名单,选民投票给任一参选组别而不是投给某一候选人,最后计算各组的得票数,每一组别内部的各候选人按其在名单中的排序顺次获得该组所得票的全数,如 $1/2$ 、 $1/3$ 、 $1/4$ 等,以此类推。之后将上面的数字从大至小排列,根据供分配的席位数目选取排名居前者;1991 后又采取了新的“hondt 比例法”,将第三席位的选票由 $1/3$ 改为 $1/8$,第四席位改为 $1/16$,这一改变更加大了某一政治团体对于立法会的掌控,有利于各个阶层意愿的表达。但需注意的是,在葡澳时期,华人正是依靠政治团体才能够在澳门事务管理中表达自己的意愿,章程的修改实际限制了华人社团在立法会的凝聚力,也进一步压缩了立法权,保障了总督所代表的行政权的权威和利益。

2. 澳葡时期行政主导对选举的影响

综上所述,由于章程的局限性,确立了澳门政府体制基本上是“一种经过强化的总督制度”,或行政为主导的政治体制。这首先导致澳门民众对立法会的作用失去希望,故在回归之前对澳门立

法会选举缺乏热情和参与。根据 1988 年的一次民意调查,被访选民中有 45% 认为第三届立法会(1984 ~ 1988 年)议员无足够代表性,35% 的选民认为议员具有一般(普通)代表性,只有 12% 的选民认为议员具有代表性,8% 的选民不愿意进行评价^①。这一数据充分表明在立法会设立发展 10 余年后,澳门民众对其不认可的程度。其次,行政主导体制导致立法会自身怠于行使立法权,故根据统计总督制定的法令约占立法总量的 70%,而立法会制定的法律不足 30%。这还是将一部分事由两者共同制定的法律算入立法会立法范畴所得出的统计数据^②。可见,葡澳时期虽然创设了立法会,进行了选举,但并未真正发挥选举促进社会发展的作用。有鉴于此,在澳门回归后,对于如何推进选举工作,强化立法权,达到“澳人治澳”之承诺,且使之适应澳门长久以来形成的行政主导体制和社团政治成为基本法关注的焦点问题之一。

(二) 澳门立法会选举现状

1. 回归后立法会选举制度的制度衔接与发展现状

面对即将到来的 2013 年立法会选举,全国人大和中央人民政府以及澳门特区政府和立法会进行了长足的准备。2012 年 2 月 29 日,全国人大常委会第二十五次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于澳门特别行政区 2013 年立法会产生办法和 2014 年行政长官产生办法有关问题的决定》;同年 6 月 30 日,人大常委会通过了对《〈中华人民共和国澳门特别行政区基本法〉附

^① 1988 年成人教育协会以及社区发展研究社合办“澳门与你”公民意识第三次调查,就立法会选举进行民意调查,于 7 月下旬持续两周分别在 6 个选民登记站外进行。调查成果为《成人教育协会等就立法会选举进行民意调查》,发表于《市民日报》1988 年 9 月 23 日。

^② 钟业坤:《中华人民共和国澳门特别行政区基本法论略》,暨南大学出版社 1996 年版。

件二澳门特别行政区立法会的产生办法修正案》予以备案,为澳门特别行政区修改第3/2001号法律通过的《澳门特别行政区立法会选举法》的相关条款奠定了法律基础。澳门特区政府于2013年3月10日至4月23日,就如何修改2013年立法会产生办法及本地区《立法会选举法》的相关规定进行了公开咨询,获得了社会各界的广泛回应。立法会据此对《澳门特别行政区立法会选举法》进行了部分修改。根据修改后的条文,2013年第五届立法会直接选举产生的议员由12名增加至14名;间接选举产生的议员由10名增加至12名,委任议员维持7名,故第五届即将选举产生的澳门特别行政区立法会议员人数将达到33名。新的间接选举制度响应了社会认为应适当增加法人选民投票人数的普遍诉求,投票人人增加一倍,即法人选民的投票人数由原来的11人增加至最多22人,加强了民主参与成分,保证了候选人具有必要的界别代表性和认受性;取消了“自动当选”机制,体现了选举的完整性,提高了当选议员的认受性。同时,提名门槛由25%降低至20%,即提名委员会只需由该选举组别被登载于选举日期公布日前最后一个已完成展示的选民登记册的法人总数的20%组成^①。这些措施充分体现了国家为推动澳门地区政治文明发展作出的努力,也体现了澳门民众在回归以后参政议政的高涨热情。国家在“一国两制”框架下为澳门地区的发展谋划甚多,既兼顾了澳门地区民众的需求,又兼顾了澳门地区发展的特点,这些努力不仅仅表现在本次立法会选举之中,更表现于澳门回归前后为了使各项制度衔接得当、保证澳门稳定、对选举制度做出的调整方案中。

1999年12月20日,澳门特别行政区成立后立即通过了

^① 参阅澳门特别行政区立法会选举网站 <http://www.eal.gov.mo/election/public/eal/html.jsf#>。

1/1999号法律《回归法》,其文本规定原有选举中关于选民登记及立法会的法律条文和规定因与基本法相悖,予以废止。为了增加民众对于立法会选举的热情,鼓励澳门民众参政,澳门特区根据《澳门基本法》及其附件确立的选举基本原则,制定了第12/2000号法律《选民登记法》、3/2001号法律《澳门特别行政区立法会选举制度》,从而确立了澳门特区立法会选举的基本法律依据。从上述最新的选举立法情况看来,这些法律始终为澳门特区的选举制度提供法律支撑。这些法律的创设改变了葡澳时期不利于选举制度真正发挥作用的条款,首先是选民登记制度,通过撤销原有的选民登记委员会,改由澳门行政暨公职局进行负责,使之更专业化,更有利于选举的展开,并设立选民登记数据库,引入全年登记;其次,对自然人选民不再以7年的连续居住期为限;再次,为了扩大澳门民众意愿的表述,根据基本法附件二之规定,特区第二届立法会议员增至27人,其中直选、间选各增加2人。除此之外,还以政治社团代替原先的公民团体的概念,使其成为享有直接候选名单提名权的主体之一;增加了提名委员会所需成员的人数;还增设立法会选举委员会以代替原来的“地区选举委员会”,其职责是规范选举行为,监督选举过程,为选民解惑答疑。虽然对原有的选举制度进行了相当的改善,但也保留了一定的有利成分,如“新Hondt比例”计票法、按比例代表制原则、间接选举是以利益界别为基础、通过界别内社团产生的代表对候选人名单进行投票,等等。

2. 民众对立法会选举的参与程度

澳门特别行政区成立后立法会选举情况^①如表1所示:

^① 《2001选举活动综合报告》,澳门立法会选举网站,http://www.eal.gov.mo,转引自朱孔武:《澳门立法会选举制度变革之探讨》。

表 1 澳门特区成立后历届立法会选举情况

届 别	直 接 选 举				间 接 选 举	
	自然人选民		参选组别		法人选 民数量	候选人 参选情况
	数量	投票率(%)	数量	候选人		
2001 年 第二届	159 813	52.34	15	96	625	各界别惟一名单
2005 第三届	220 653	58.39	18	125	905	各界别惟一名单
2006 年 第四届	249 885	59.90	16	123	973	各界别惟一名单

通过表 1 可知回归后澳门民众对于澳门立法会选举的参与程度一直维持在较高水平,2009 年选民实际人数为 249 886 人,比 2005 年增加 13.25%,投票率为 59.90%。与同阶段美国选举投票率相比也不相上下。据统计,美国 2000 年大选投票率为 54%,2004 年为 55%,2008 年为 58.2%,2012 年为 57.5%。虽然澳门与美国的人口基数相差较大,比较样本存在瑕疵,但也能反映当下澳门民众对于政治权利的重视程度。广大民众迫切要求能够在澳门管理和发展中表达自己的意愿与诉求,也信任立法会选举能够传达自己的呼声,这与葡澳时期澳门民众对于立法会选举的态度截然不同。由此证明,在“一国两制”框架下依照基本法推动澳门发展是符合澳门民众根本利益的。

二、澳门立法会现行选举制度的特点

由于现行澳门选举制度的形成过程较为复杂,既包含澳门回归后的制度设计,也包含葡澳时期某些传统做法,故其拥有许多特点,这些特点贯穿选举制度的各个方面,包括选民资格、选举登记、

选举程序、投票方式和计票方法等方面。

（一）多种选举形式并存

澳门选举中多种选举形式并存^①,呈现多元化态势。而且与其类似的香港特区相比,其更突出特点在于立法会议员并非全部由选举产生,存在委任议员,故实际上选举制度采取的是有限民主制度。这主要考虑澳门地区民主政治发展应当遵循循序渐进原则和结合实际情况原则。根据这一考虑,立法会选举采取直接选举、间接选举和委任三种方式。其中,直接选举较其他两种反映的民众意愿较多,而委任制的存在首先是为了避免由于澳门长期以来的行政主导体制形成的惯性所导致的立法会行使权力的不适可能,其次具有平衡立法会议员结构的功能。

（二）社团政治与间接选举

葡澳殖民统治时期,政府一直与澳门广大华人缺乏沟通,立法会的设立也并未能够扭转这一局面。为了保证自身的利益和社会的发展,华人群体以各种名义的社团凝聚起来,以团体的声音向葡澳政府表达意愿,最终于20世纪中期形成了以华人社团实现利益代表的方式。这种方式与西方主张的政党制度相似却不相同。在西方国家,民主制和代议制两者相辅相成,民主政治通过议会代议实现,议会的出现则就产生议会内部的小团体,这种议会团体就是“内造政党”的前身。民主政治发展的最主要内容之一是选举权的逐渐扩大,当选举权扩大到全体公民时,出现“外造政党”^②。澳

① 娄胜华:《混合与过渡:澳门选举制度的变革及特征分析》,《社会科学》2010年第3期。

② 法国政治学家莫里斯·迪韦尔热根据政党产生的路径差异将政党分为内源性和外源性政党。参见潘冠瑾:《澳门社团体制变迁》,社会科学文献出版社2010年版。

门民主政治运行的轨迹应当如此表述：先是葡澳政府将立法会引入澳门；然后立法会内部产生派别，衍生出政党；最后推向全民，衍生出外部全民性政党。但这种正常规律受到葡澳殖民统治和华人传统民俗的影响，立法会及选举制度并未能形成，所形成的则是更加适应澳门社会的社会团体这一政治组织形式。根据社团的成员类别及其特征，澳门社团主要分为两类：一类是基于职业和行业特征形成的社团。这类社团是根据成员之间的职业联系形成的，其往往根据功能被归入不同界别，主要由团体成员构成（如出租车公司等）；另一类是基于社会特征（地域和性别）的社团。这类社团往往由个体成员组成。两类社团分别代表了社会各阶层利益群体的意愿，尤其在葡澳统治时期，澳门民众为了与殖民统治相制衡，社团的发展极为迅速。除此之外，社团还广泛地为广大市民提供社会服务。根据统计，传统社团举办的各类学校占澳门学校的50%以上^①。由此可见，社团在澳门政治经济生活中的重要作用和影响。针对这一情况，澳门在选举制度中针对性地提出了以澳门社团为基础的间接选举概念。《澳门组织章程》第21条第4款明确指出：“间接投票选举的目的系为了保证道德、文化、救济及经济利益能有代表。”由此确立了间接选举制度，并一直沿用至今。通过对上述章程第一章第二节的阐述可知，2013年的间接选举名额增加了两人。全国人大常委会副秘书长乔晓阳在一次座谈会上谈及《关于澳门特别行政区2013年立法会产生办法和2014年行政长官产生办法有关问题的决定》所遵循的原则时指出：“决定”强调兼顾澳门社会各阶层各界别的利益，即遵循包容性原则^②。这主要是因为澳门是一个多元化社会，选举制度要与澳门的政治

① 吴国昌：《民主派》，香港青文书屋1990年版，第139页。

② 庄真真、陈慧丹：《浅议澳门立法会间接选举制度的改进》，《“一国两制”研究》2012年第2期。

文化特点相适应,间接选举的议员能够保证各阶层、各界别均衡参加,有利于政治体制的稳定和不同阶层、不同界别居民利益的平衡,社团正是进行间接选举的选举人。

社团作为间接选举制度基础的直接法律依据,应是澳门特别行政区第12/2000号法律。此法律规定了凡具有以下条件的社团和组织,均可以作法人选民登记:(1)已在身份证明局登记;(2)已确认属于相关届别至少满4年;(3)取得法律人格至少满7年(第26条)。具体分7个届别:工商、金融界;劳工界;专业界;社会服务界;文化界;教育界;体育界(第27条)。凡取得法律人格至少满3年的法人可申请确认,但每一法人仅得申请确认第27条所指的其中一个届别,“确认”是由行政长官就不同个案并取得社会协调常设委员会、社会工作委员会、文化咨询委员会、教育委员会及体育委员会分别就相关界别的法人确认提供意见后作出(第29条)。确认的有效期为5年,但已获确认属于某界别的法人应最迟于每年9月最后一个工作日将相关的年度总结报告送交上述相关负责实体(第30、31条)。具体的间接选举办法则由《澳门特别行政区立法会选举制度》(第3/2001号法律)予以规定。

三、澳门立法会选举制度的完善及展望

澳门的发展离不开立法会正确行使其职能,而立法会正确行使职能的基础在于选举制度的科学化、民主化与合理化。澳门即将面临第五届立法会选举,政府及相关组织都对这次选举准备良久,且澳门社会有根据此次选举之情况进一步改良选举制度之意愿,故笔者欲结合以上阐述与澳门实际情况对澳门立法会选举制度的完善提出一些建议。

第一,应符合澳门地方选举制度的特点。首先,澳门立法会选

举制度的完善应当遵循“一国两制”方针,该制度是单一制国家的地方选举制度,其设立及完善必须与整个国家制度相适应。这就要求其应当依基本法要求进行改善,体现选举制度对于澳门基本法的尊重、遵守和推广。拒绝盲目的西式改良。其次,选举制度与基本法所涉及的社会制度密切相关,是人民政治权利最重要的组成部分,这一制度的改善不得与之相背离。再次,澳门的社团政治是澳门社会的内在传统和需求,也是在完善过程中应予以重视的因素。

第二,体现科学化的制度设计。以间接选举中法人选民界别的划分为例,要成为法人选民的社团,必须由行政当局确认其界别,但通过确定的界别与法人选民界别的划分标准有所不同,这就导致两者衔接存在困难。这是制度设计不科学,忽视整体制度的体系化所造成的。所以应当对选举制度相关点进行科学分析,使之能够更好地服务选举制度。

第三,遵循循序渐进和结合实际两大原则。选举制度关系澳门社会关系的各个方面,既不能固步自封导致社会矛盾激化,民众意愿不得表达,亦不能盲目冒进,以普选和民主为幌子忽视选举之真正目的。正如本文初始之表述,选举功能是为了建立起民众对政权和国家的认同、促进民众的政治参与和政治沟通,协调政治利益和整合社会,而非为了民主而民主,为了自由而自由,这种以制度作为理想的设置是不合理的。

第四,营造健康有序的选举环境,发动澳门民众广泛参与。澳门立法会选举制度是澳门民众表达意愿的制度,正确行使权利基于个人对于选举的正确了解与认识,应当加大宣传力度,赋予澳门民众更大的参政、议政权利,对于自身的权利和义务有正确的认识,使得澳门民众更好地运用自己的权利,最终达到推动澳门发展之目的。

第三节

对澳门特区政府管制能力的几点看法*

早在2004年12月20日,国家主席胡锦涛在庆祝澳门回归祖国五周年大会暨澳门特别行政区第二届政府就职典礼上的讲话中,就希望澳门特区政府要“以人为本,不断提高政府的管治水平……”澳门回归祖国以来,尽管以何厚铨先生为首的特区政府带领社会各界人士团结奋斗,开拓进取,克服了亚洲金融危机和非典疫情等带来的各种困难和挑战,妥善解决了一系列关系到澳门全局和长远发展的重大问题。今天的澳门,经济持续快速增长,社会事业不断进步,对外合作成果丰硕,广大澳门同胞正致力于建设“新型的、高质素的和谐社会”。但是,近年来澳门不少人士及外界媒体对澳门特区政府的管治能力颇有微词,并表示诸多不满。这是当前澳门社会值得关注和研究的一个重要问题。本文就特区政府的管治能力谈三点看法。

一、对特区政府管治能力的历史评估

澳门特区政府管治能力究竟如何?人们从不同的角度去分析,尤其是从自身在生活、工作中的感受去讲体会,会有各种不同

* 本节作者:庄金锋,上海社会科学院法学研究所特邀研究员,香港香江国际集团原董事长特别助理,同济大学原文法学院客座教授。本节作于2009年底。

的看法,可谓仁者见仁,智者见智,是很正常的事。笔者认为,我们应当首先对特区政府的发展过程及其采取的管治措施,作个简要的历史回顾,才能对澳门特区政府的整个管治能力有一个比较客观的、全面的、基本的认识。

澳门回归前夕,经济衰退,治安恶化,市民对澳葡政府的低行政效率早有怨言,并希望特区政府成立后能加以改善。对此,当时(1999年)行政长官参选人何厚铨在他的参选政纲《知难而进,共创新机》中明确指出:“不必讳言,澳门居民、外来游客和投资者,对澳门公共行政的效率、公务员的素质和服务态度都有很大的意见。事实上,行政效率不高和官僚作风,长期造成市民不便和妨碍经济发展。”

澳门回归初期,行政长官何厚铨立即把行政改革放在重要的议事日程上,采取三大措施,提高行政效率:

首先,精简和调整特区政府的管治架构。何厚铨虽然没有对澳门特区政府从澳葡时代延续下来的整个公共权力架构进行调整,但对从澳葡时代沿续下来的“政府施政管治架构”进行了改革和调整。即将原来的7个司合并为5个司,并明确各司的职责和分工。“重新调整后的政府管治机构为5司30局21个部门,从而进一步改善了公共行政管理架构,提高了工作效率。”^①

其次,调整主要官员及公务员队伍。2000年公务员人数约为17521人,占总人口的4.13%。特区政府将原澳葡政府留下的公务员中的几百人进行内部调动,“通过一系列‘拆屋建庙’的重组架构,并对现有的公务员队伍重新洗牌,特别是主要官员几乎全部重新调整,保证了特区政府各部门能在何厚铨领导下的有效运

^① 林贡钦:《未来特首要深思》,香港天地图书有限公司2005年版,第75页。

作”^①。那时,广大公务员视特区为家,既做主人又做公仆,竭尽所能,为市民排忧解难,经常受到市民的表扬。

再次,提高行政效率以适应新时代发展的需要。“自 90 年代以来,美国、英国、法国、包括葡萄牙在内的西欧国家,都在努力推行‘政府再改造’工程,目的是在世界经济发展的高潮中,建立迎合市民要求的有效率、有弹性的政府,带领国家在世界经济的竞争上勇往直前……”^②2000 年 9 月,特首何厚铨访问新加坡,希望通过与新加坡的合作,培训澳门公务员队伍,提高行政效率,改善政府服务水准。由于世界各国都是以公务员改革作为其新世纪竞争的主要措施之一,澳门在这方面的努力是具有国际视野,符合世界改革潮流的。

不久,特区政府又先后推出一系列行政改革措施:服务承诺计画、优化行政程式、电子政府、一站式服务等一揽子计画的实施,还出台了公务人员的公积金制度和在工作表现评核制度及职称制度改革、合同制度改革、招聘制度改革、领导主管人员制度改革等多项制度改革方案,并付诸实施。“从这些改革措施的实施效果看,诸如一站式服务等计画很大程度上提高了公共服务的品质,减少了公共服务的成本;而公积金制度的实施,则扩大了公务人员养老保险的范围,松动了公务人员固有的二元结构,缩减了实位人员与散位人员之间的权益差距。”^③

尤其要指出的是,特区政府在处理“赌权开放”这一类涉及多方利益和制度改革的“复杂事件”,及处理“非典型肺炎流行”这一类突发性事件过程中所表现出来的政治智慧和果断作风及

① 林贡钦:《未来特首要深思》,香港天地图书有限公司 2005 年版,第 74 页。

② 刘伯龙等编:《澳门:发展与改革》,澳门社会科学学会 2001 年版,第 47 页。

③ 鄞益奋:《深化行政改革,提升管治能力》,《澳门月刊》2008 年 1 月号,第 26 页。

行政效率,给国际社会留下了非常深刻的印象。2002年,全球21路雄师逐鹿澳门3张赌牌,整个竞投招标工作井然有序,周密安排,如期完成发牌任务。如果不是有一个高效率的政府在全方面操作此事,绝不可能出色完成这项重大工作。还有澳门成功举办了第四届东亚运动会、首届葡语系运动会等,也展示了特区政府有承办大型国际体育活动的的能力。可见,澳门回归后,特区政府不仅在行政改革,提高行政效率方面做了不少工作,而且某些方面取得可喜的成绩。所有这些成绩都是有目共睹的,也是不可抹杀的。

二、特区政府管治方面的不足及其原因

澳门回归后,特区政府的行政改革虽然取得一定成绩,但在许多方面仍然不尽如人意,从总体上说,政府的管治能力没有得到实质性的提高。因此,公众常有指责政府管治不力之声。现择数例为证。

(一)“欧文龙案”曝光,冲击特区政府管治权威

2006年12月,特区政府运输工务司司长“欧文龙案”发,案情触目惊心。欧文龙是何厚铨的重要助手,却在一夜之间成为澳门开埠以来因贪渎被查办的最高级官员,涉嫌金额逾8亿元,涉及10多名港澳人士,被称为“世纪巨贪案”。澳门社会舆论普遍认为,“欧案”虽说是个人问题,但对特区政府形象及管治权威多少带来负面影响或造成巨大的冲击。香港《新报》社评称:“欧案”暴露出澳门管治文化深层次问题,即经济快速增长,管治方式未能跟上,受损害的是整个社会及特区政府。澳门中联办负责人指出,事件主要是个人行为,不会影响特区政府的根基。相信政府通过这件

事,会追根溯源,堵塞漏洞,提升政府的管治水平,“将坏事变好事”。

(二) “五·一”警员开枪,损害特区良好国际形象

2007年5月,由澳门职工民心协进会等6个民间团体组织发起的“五·一”大游行,提出多个涉及民生、政治方面的诉求。这次游行因游行路线问题发生争执,演变成警民冲突事件。虽然这一事件本身并未对澳门社会经济造成重大损失,但个别警员拔枪向天开了5枪。警方在执法过程中粗暴野蛮的行为,对人们心灵的震撼却是巨大的。人们不禁要问:为什么那些靠纳税人的钱养活自己的警员,把游行示威者当成敌人,当成十恶不赦的暴民,完全站到了市民的对立面。当然警员只是奉命“执法”,责任在指挥的高层官员。澳门“五·一”游行示威,究其原因是因为长期形成的深层次矛盾和问题得不到及时解决,民怨积累的大爆发。“欧文龙案”则成为点燃怒火的导火线。海内外几十家新闻媒体评点的要点是:“一场示威冲突,充分暴露了澳门表面繁荣但内部暗流汹涌的险局,单靠赌业的经济结构,也许是检讨的时候了。”这正考验着特区政府的施政智慧和管治能力。

(三) 内地游客遭遇,质疑特区警方执法水准

无独有偶,2007年12月4日,澳门导游及司机为了赚钱,在强迫每名内地游客花几百元参加行程之外的消费不果的情况下,将126名以老年人为主的内地游客扔在澳门黑沙滩(旅游景点)吹夜风受冻,司机锁上车门,连老年人受不了受冻想上车取衣服或药品都不允,最后也演变成澳门警方与内地游客冲突。这件事本来很容易解决,当警方接到报案后,防暴警员赶到现场,理应做好导游及司机思想工作,妥善安排游客的食、住问题。但几十名警员却

首先将矛头指向内地游客及领队,并把遭遇不公的游客推上警车拉进警察局,要游客留下个人资料及10个手指的指印。至晚上9时,中联办人员到场调解,游客则被安排乘旅游巴士离去。显而易见,澳门员警处置不当,令简单问题复杂化。看来,澳门警方执法水准亟待提高。否则,有损特区政府管治能力的形象。

(四) 法制建设滞后,严重影响政府管治能力

依法行政是提高政府管治能力的重要环节。但是,当前澳门特区政府存在的主要问题就是“法改滞后”,法律不健全,权力制约机制不完善。根据基本法有关规定,澳门立法会是特区的立法机关,拥有“制定、修改、暂停实施和废除法律”等的权力。几年来立法会虽然制定了一批重要法律,但有些急用的法律迟迟不能通过(如工会法);有些急待修改的法律(如土地法),没有及时修改完善;有些必须制定的新法规没有制定(如对博彩业及赌场的具体管理办法);有些重要的立法(如道路交通安全法),是在立法会、行政当局匆促状态下制定出来的,难于执行。因此,令政府的施政因法律制度的缺失和法律的滞后,影响行政改革,并给腐败分子有机可乘。“欧文龙案”发生的原因之一,就是因为《土地法》的土地批给、土地用途变更等方面存在漏洞,缺乏监督,给以权谋私者钻了空子。

(五) 高官问责难产,凸显政府行政效率低下

实行“高官问责制”一拖再拖,是凸显行政效率低下的又一表现。2003年特区政府就草拟了《领导及主管人员通则》。2004年8月,何厚铨在《参选纲领》中又强调“强化政府官员的责任承担,不断创造条件,最终实现现代化、科学化和标准化的政府问责制”。此后每年的施政报告中都提到要加快问责机制的建设。2007年

政府又公布《2007~2009年度公共行政改革路线图》，再次强调“官员的问责制度及决策，能力的提升是改革的焦点。但是，政府自推行“高官问责制”以来至今已有四五年了，只见文字，不见行动，难怪有些市民怀疑特区政府是否有诚意要建立“高官问责制”？是否有诚意要接受市民监督、反腐倡廉？

特区政府这些管治方面存在的问题，有多种原因。

首先，从历史发展角度看。澳门现行政府的管治模式基本上是沿袭澳葡时代，“属小地方、小政府式”的管理制度和管理模式^①。澳门回归后，实行“一国两制”、“澳人治澳”、高度自治，开创了一个适应本地优势和特点的经济运行模式，博彩业快速发展带动其他行业的发展，来澳旅客猛增，政府一时难以适应这种大发展形势，其管治能力经常受到挑战，并对政府的管理威信带来一定冲击是可以理解的。

其次，从二元行政文化看。澳门是中、西方文化交融的多元社会，其行政文化是儒家文化与西方文化二元共存。前者表现为政府在任用和管理公务人员的过程中存在着相当程度的任人唯亲的现象；后者则推崇制度和法律的至高无上性、信奉法律面前人人平等、杜绝人际关系对于制度的影响。“这就使澳门政府在‘人治’与‘法治’之间左右摇摆，由此造成了政府至少在公平公正能力和管理能力方面的低下。”^②

再次，从公务人员素质看。“责任行政”是现代法治政府应当恪守的基本原则，也是澳门基本法的主旨精神。特区政府行政机关及公务人员享有基本法赋予的各种权力，同时要履行法定义务。

① 谷雨：《当前澳门最值得关注的问题是什么》，《澳门月刊》2008年1月号，第24页。

② 鄞益奋：《二元行政文化导致政府能力低下》，《澳门月刊》2008年2月号，第13页。

就总体而言,澳门公务员队伍素质是比较好的,但有些行政公务员在其位而不谋其政,也就是“行政不作为”,做事无故拖延、互相推诿,甚至渎职、失职,使不少问题长期得不到依法解决,使应该受益的市民的权益受到损害,其结果使特区政府管治威信受到严重损害。

三、对提高特区政府管治能力的几点建议

在当前澳门经济社会快速发展新的形势下,政府的管治能力出现了一些问题,以何厚铨为首的特区政府对此高度重视,继2007年6月提出“公共行政改革路线图”之后,在11月第8份施政报告中,行政长官又把“体现施政承诺,提升管治水平”作为2008年的5个施政重点之一。何厚铨承认“欧文龙案”曝光和诸多管治社会问题的发生,对他个人的管治威信和特区政府的权威都有所冲击,因此拟双管齐下,既要还富于民、纾缓怨气,又要扩大廉政公署职权,来提升政府管治水平。港澳主流舆论认为,何厚铨这种主动查找不足,务实进取的作风,再次展现他锐意改革的气魄,应该肯定。

笔者认为,澳门虽是“小地方、小政府”,但是麻雀虽小,五脏俱全,特区政府的“整个公共权力架构”和“政府施政管治架构”的形式(部门)都完整无缺。因此,要用“系统论”的观点来指导行政改革的基本思路及具体操作方式,才能有效推行政府行政改革的进程,达到切实提升政府管治水平的目的。

“所谓系统,即由相互作用和相互依赖的若干组成部分结合成的,具有特定功能的有机整体。”^①我国著名科学家钱学森说:“系

^① 《辞海》,上海辞书出版社1980年版,第1146页。

统是由相互制约各部分组成的具有一定功能的整体,系统思想的突出特点是强调整体性。”换言之,当若干事物按某种方式相互联系而形成—个系统,就会产生出它的组成部分和部分的总和所没有的新性质,即系统质或整体质。这种性质只能在系统整体中表现出来,一旦把系统分解成各组成部分,便不复存在。也就是人们通常所讲的“整体大于部分之和”。这是系统科学的理论基石。

把系统论的观点运用于澳门政府行政改革的实践中,就不宜单项改革独进或双项改革齐进,而应该是多项改革共进,拟定一个有机系统的行政改革方案,从而通过综合性深化行政改革机制来提升政府管治能力的战略目标。这项综合性的行政改革应抓住如下几个环节。

(一) 树立公仆精神

即彻底抛弃雇佣理念或以民为“敌”的错误思想,真正树立“以人为本、为民服务、勇于承担”的公仆精神。特区政府多数公务员爱国爱澳,工作肯干,积极进取,但有部分公务员仍然满足于回归后的小小成绩,安于现状,缺少使命感和责任心,有的依然陶醉于澳葡时代的优越感。“这些情况与执法为民、施政为民和建立服务型政府的理念相脱节,特别是有的高级公务员欠缺足够的政治素质和政治敏感度,未能调整急剧变化中的各种社会关系,令不少施政与经济民生相背离,人为地削弱政府的管治威信和管治能力。”^①这个施政理念问题是整个行政改革的核心问题,也是改革的首要任务。这个核心问题解决的程度和好坏将影响整个行政改革的进程。

^① 谷雨:《当前澳门最值得关注的问题是什么》,《澳门月刊》2008年1月号,第24页。

（二）调整组织架构

这里讲的组织架构是指澳门特区整个公共行政的框架,是十分重要的。组织架构安排得合理,可以促进特区政府的资源有效利用,让各级公务员能够发挥所长,明确自己的权力和职责,提高行政效率。自回归以来,特区政府实行了五司(行政法务司、经济财政司、保安司、社会文化司、运输工务司)编制,并建立廉政公署、审计署等机构。实践证明,这些机构分工合理,运作畅顺,已见成效。但随着经济社会的快速发展,澳门虽然是小地方,却成为“大社会”,原组织架构可进行一些改革,即可适当增设新的机构。如区域经济发展司(负责制定澳门参与中国内地的“一体化”区域经济合作的政策及措施)、综合发展司(负责制定博彩业与适度多元化经济发展的政策及措施),使特区各项工作有足够的政府官员照应,这是提高政府管理能力的重要组织保证。

（三）推进法制改革

如前所述,澳门现行法律制度虽有一定的基础,但在政治、经济、社会生活等方面的法律尚不完备,相对经济社会的快速发展来说,法改滞后,不能适应经济社会新变化的需要,因此,必须加快完善各项法律制度。否则,一旦管治危机发生时,就会出现“法律真空地带”,造成管治方面无法可依的混乱局面。只有通过法制改革,革除或修改政府陈旧的行政管理制,创造新的公共行政管理模式,才能真正提高特区政府的管治能力。当然,无论是制定政策还是制定或修改法律,都要扩大公共咨询和公众参与的途径及人数,使制定的政策和法律能真正体现民意,符合澳门发展的实际情况,维护长期繁荣和稳定,减少社会矛盾,避免社会强烈震荡。

(四) 深化人事改革

这是一个再造新人、新面貌的系统工程。一是要积极建立“高官问责制”,增强高官的历史使命感和社会责任感及依基本法办事的宪制意识,逐步实行高薪养廉机制,消除官员腐败现象,保障公权力有效行使。二是要加强对公务员队伍的再培训,提高他们为市民服务的理念和创新精神,同时熟记本部门规章制度,学会依法行政。三是要建立一套行之有效的吸纳机制,吸纳优秀人才加入公务员队伍,淘汰那些追名逐利、以权谋私的公务员,保持公务员队伍的纯洁性。四是要建立健全奖惩机制和竞争机制,加强吏治,使表现好的公务员有较多的晋升机会,增强政府的凝聚力和向心力,提升公务员的战斗力和战斗力。这些工作一环紧扣一环,如果特区政府把人事改革的各项工作都做好了,特区政府就拥有一批精练能干、富有经验和朝气的公务员,政府的管治水平也就自然提高了。

综上所述,澳门特区政府自成立以来,发挥“一国两制”优势,实行“澳人治澳”,高度自治,取得了成功。在管治方面,为了改变澳葡时代低行政效率的状态,提高特区政府管治能力,建立一个公平、清廉、高效的新型政府,以何厚铨为首的特区政府作出了不懈的努力,采取了一系列有力措施,收到了较好的效果。实践证明,澳门特区政府具有较强的管治能力,尤其是在维护特区的稳定和繁荣、促进经济快速发展、对外交流合作等方面成绩显著,在处理“赌机开放”、“非典流行”等重大事件中表现出了高度的政治智慧、临危不乱的组织能力和管治能力,赢得了国际社会的赞赏。但是,面对“一国两制”这一崭新的开创性事业,面对复杂多变的新形势,特区政府往往显得有些力不从心,缺乏新思路、新办法,还不能适应新形势发展的需要,故政府的管治能力感受到一些冲击,损

害了政府的管治威信。对此,特区政府应当引起足够的重视,倾听社会各界的意见与批评,认真进行总结和反省,调整发展思路,采取新的措施,一定能不断提高政府的管治水平。国家领导人多次表示:澳门同胞完全有智慧、有能力管理好、建设好澳门,使澳门明天更美好。

第五章

特别行政区制度框架下
若干法律问题研究

菲佣居港权案中香港原诉庭沿用“庄丰源案”中的判决理由,认为1999年全国人大常委会法律解释不对其构成约束的观点是值得商榷的。全国人大常委会依据宪法、立法法以及香港基本法的授权有权主动对基本法做出法律解释,这种法律解释的效力等同于法律,应当对香港法院审理案件具有约束力,不能借用普通法先例制度中的司法解释方法将其排除适用。香港作为世界经济贸易中心、作为一个创意之都,被认为是全世界最注重版权保护的地方之一,其必须因地制宜地适应时代发展,不断发展版权保护条例。在设立版权刑事保护方面需更加慎重,以保障各方面利益的平衡,促进香港经济文化的发展。对此,内地能够从香港版权的刑事保护汲取重要营养,提升自身版权保护立法水平。此外,内地的市场规范与香港相比还存在很大差距,在法律法规和制度建设方面还有很长的路要走。

第一节

“菲佣居港权案”中全国人大常委会法律解释的效力*

近日菲佣居港权案再起波澜,香港律政司负责人表示拟建议香港终审法院,依据香港基本法第158条关于基本法解释权的规定申请全国人大常委会释法,以便澄清全国人大常委会于1999年曾作出的一个法律解释的效力问题,进而解决已经争论多年的菲佣居港权问题。虽然根据法律程序,终审法院作出相应的判决将会有较长的时间,但是之前围绕菲佣居港权产生的各判决中已经显现了其中的焦点问题之一:全国人大常委会法律解释在香港法院审理案件中的效力究竟如何?本节将集中探讨这一问题。

一、“菲佣居港权案”缘起

菲佣(菲律宾籍的家庭佣工)是香港社会中广泛存在的一个群体,占了在港外籍家庭佣工的很大比例^①。菲佣大规模来港始于20世纪70年代后期,当时香港社会产生了对家庭佣工的大量需求,但出于各种考虑又难以接受内地的家庭佣工,因此当时的港英政府鼓励从东南亚地区(主要是菲律宾和印度尼西亚)招募家

* 本章引言及本节作者:黄镛,同济大学法学院副教授,法学博士。

① 陈政宁:《港高等法院将对外佣居港权做出判决》,《法制日报》2011年9月20日。

庭佣工,并同时采取各项措施限制这些输入的家庭佣工在香港定居,免除了对外籍佣工摊薄本港居民社会福利的担忧,从而使香港社会外籍佣工大量增加。

至1997年7月1日,随着我国恢复对香港行使主权,香港基本法也同时生效。依据香港基本法第24条第1款的规定,香港居民被划分为永久性居民与非永久性居民两类,前者与后者不同之处主要在于前者在香港特别行政区享有居留权,并同时有权享受附随的一系列社会福利^①。香港基本法第24条第2款第4项同时规定:香港特别行政区成立以前或以后持有效旅行证件进入香港、在香港通常居住连续7年以上并以香港为永久居住地的非中国籍的人可以成为香港永久性居民。基本法这一条款的字面中并没有将菲佣明确排除在外,然而香港《入境条例》第2条第(4)款第(a)(VI)项中却规定“任何人在受雇为外来家庭佣工(指来自香港以外地方者)而留在香港期间不得视为通常居住于香港”。这也就意味着菲佣作为典型的外来家庭佣工无论在香港工作多少时间都不得视为“通常居住”于香港,也就不可能满足基本法所要求的“通常居住连续七年以上”的条件,进而更不可能成为永久性居民,获得香港的居留权。

2008年,已经在香港为同一雇主服务23年的菲律宾籍家庭佣工 Evangeline Banao Vallejos 在雇主的支持下向香港入境处申请成为永久性居民,但香港入境处根据《入境条例》第2条第(4)款第(a)(VI)项中的规定否定了其申请。Evangeline 向香港人事登记审裁处上诉后仍遭到失败,于是在2010年12月向香港高等法院申请司法复核。香港高等法院在2011年8月开庭审理此案。

^① 例如,2011年香港政府曾为每位成年永久性居民发放6000港元应对低迷的经济环境。“菲佣居港权案”中原告起诉所期望获得的正是这一永久性居民的身份。

该案在香港引起了香港民众的广泛关注与激烈争论。支持原告菲佣的民众意见认为,香港《入境条例》的这一规定构成了对外籍家庭佣工的歧视,不符合“香港居民在法律面前一律平等”的基本法原则,更违反了香港基本法第24条第2款第4项的规定。但反对的民众意见则似乎占据了多数,许多香港民众担心原告如果胜诉,那么将会有超过10万名符合条件的外籍家庭佣工获得香港居留权,增加港府在医疗、教育等方面的支出,摊薄香港居民所享有的福利。反对意见持有者甚至组织了多次签名活动及抗议示威游行。

在沸腾的民意之下,香港高等法院原诉庭法官林文翰坚持法官的职责在于“适用法律”,而非顺应民意或考虑案件判决的社会效果,并依据普通法的解释方法认为基本法中“通常居住”的语意并不能包含将外佣排除的含义,因此在2011年9月判决香港《入境条例》第2条第(4)款第(a)(VI)项“抵触”了香港基本法第24条第2款第(4)项的规定,认定这一条款不能阻止外籍家庭佣工获得居留权、成为香港永久性居民。原诉庭的判决作出后,香港特区政府向香港高等法院上诉庭提出上诉,上诉庭在2012年3月作出判决推翻了原诉庭的判决,上诉庭法官认为虽然香港基本法规定了外来者获得居留权的条件(主要是“持有效证件来港”、“通常居住满7年”和“以香港为永久居留地”三项),但是立法会有权确定或修正这些字眼的意义,因此立法限制外佣不能获得居住权并没有违反基本法,也即香港《入境条例》第2条第(4)款第(a)(VI)项并没有抵触香港基本法第24条第2款第(4)项的规定。在原诉庭胜诉的原告菲佣不服上诉庭的判决,在2012年6月向香港终审法院提出了上诉。

二、全国人大常委会法律解释的效力

在非佣居港权案的法律争议中,涉及香港司法系统与全国人大常委会、普通法解释与大陆传统立法原意解释、基本法条文与全国人大常委会法律解释之间的复杂关系,在表面上菲佣争取居留权的背后存在着香港法院普通法司法解释方式与我国传统立法解释体系之间的博弈互动。其中最引人瞩目的问题之一,在于1999年全国人大常委会就香港“吴嘉玲案”做出的法律解释在香港法院审理案件过程中的适用效力问题。

这一法律解释出现于1999年。当时香港特别行政区终审法院对港人在大陆所生子女居港权问题做出判决,并对香港基本法的部分条款进行了解释。全国人大常委会认为香港终审法院对基本法所做的解释不符合立法原意,因此依据香港基本法第158条规定的权力对香港基本法第22条第4款以及第24条第2款第(3)项作出了基本法生效后的第一次法律解释,也即1999年6月26日的全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十二条第四款和第二十四条第二款第(三)项的解释》(简称1999年人大常委会解释)。在这一解释中,全国人大常委会虽然主要是针对基本法第22条第4款和第24条第2款第(3)项进行解释,没有直接涉及菲佣居港权案中关于“通常居住”一词的含义,也就是说并没有直接涉及基本法第24条第2款第(4)项。但是,在解释却有这样一句表述:“本解释所阐明的立法原意以及《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款其他各项的立法原意,已体现在1996年8月10日全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四

条第二款的意见》中。”根据这一表述,基本法第24条第2款第(4)项(即菲佣居港权案中“通常居住”)的立法原意应该体现在1996年全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会对基本法第24条第2款的解释意见中(简称筹委会意见)。而在筹委会意见中第2条第5项中明确规定“根据政府的专项政策获准留在香港的人不被视为在香港‘通常居住’”(外佣来港正是香港政府的专项政策所致)。

根据以上法律规定推理可知,如果1999年人大常委会解释能够在菲佣居港权案中适用,那么也就意味着香港《入境条例》第2条第(4)款第(a)(VI)项符合筹委会意见中所谓的“政府专项政策”,因此有权对外佣居港的条件做出排除性规定,并不“抵触”香港基本法第24条第2款第(4)项的规定。但是如上所述,香港原诉庭的判决所持的观点却恰恰相反,那么这一判决是如何绕开1999年全国人大常委会法律解释的适用效力?

在原诉庭法官的判词中,借用了普通法的判决意见规则(即将作为先例的案件的判决书区分为对后续案件有约束力的“判决意见”和没有约束力的“附随意见”两个部分)^①,将1999年全国人大常委会法律解释也同样区分为对后续案件有约束力的正文部分和没有约束力的“副论”部分,并将上述可能对菲佣居港权案产生不利影响的部分归入后者,认为1999年全国人大常委会法律解释无论从其文件的名称还是内容上,都表明该解释仅适用于涉及基本法第22条第4款和第24条第2款第(3)项的案件。这一解释方法来源于香港终审法院2001年对“庄丰源案”的判决。“庄丰源案”主要涉及男女双方都不是香港永久性居民,在香港生下的孩子

^① 秦前红、黄明涛:《普通法判决意见规则视阈下的人大释法制度》,《法商研究》2012年第1期。

是否能够获得居港权的问题,其中的法律争议与菲佣居港权案十分相似:香港基本法第24条第2款第1项规定“在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民”是香港永久性居民,而香港《入境条例》则增加规定了限制条件,认为这一人群的父母一方必须在其出生之前或之后定居于香港或是香港永久性居民。香港终审法院在“庄丰源案”的判决中认为,1999年全国人大常委会法律解释中所谓“基本法第24条第2款其他各项的立法原意已经体现在1996年筹委会意见”的表述只是该法律解释的“副论”,不能对香港法院审理“庄丰源案”产生拘束力。

在普通法的先例制度下,菲佣居港权案中的法院引用庄丰源案中所采用的解释方法也就顺理成章,顺利地绕过了1999年全国人大常委会法律解释在菲佣居港权案中的适用效力。

三、全国人大常委会法律解释效力的辨析

全国人大常委会1999年作出的这一法律解释是否可以依照香港法院所采取的这种普通法司法解释方式进行适用?换句话说,1999年全国人大常委会法律解释能否在香港法院适用时被分为具有约束力的正文部分和不具有约束力的“副论”部分?这一问题直接关系到全国人大常委会对香港基本法作出的法律解释的效力,应当进行仔细辨析。从目前我国的法律解释体系设置来看,这样的适用方法值得商榷。

(一) 全国人大常委会做出的法律解释并非司法文件,而是立法文件

我国《宪法》第67条第1款第(4)项和《立法法》第42条第1款都明确规定全国人大常委会具有解释法律的权力,香港基本法

第158条也规定全国人大常委会享有基本法的解释权。同时《立法法》第47条明确规定：“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同效力。”此处“具有同效力”的实质意义应理解为全国人大常委会所作出的法律解释属于立法文件，可以视为被解释法律的一个组成部分，在司法中应得到同样的适用，而不能有所区分。如果将全国人大常委会作出的法律解释视同为司法文件，也就意味着将一份司法文件的效力等同于法律的效力，这在我国法律体系中是难以自圆其说的。

既然全国人大常委会的法律解释是一份立法文件，而非司法文件，那么香港法院即使采用普通法的解释方法也就不能将一份立法文件区分为有约束力的部分和没有约束力的部分，这就相当于将法律区分为有约束力的部分与没有约束力的部分进行选择适用，这是司法权力没有可能包含的内容。即使在普通法系国家中，法院也应在通过违宪审查程序宣布某一立法文件无效后才能确认其不具有约束力。因此，香港法院在判决中直接采用先例制度中的解释方法，将全国人大常委会的法律解释中部分内容宣布为“副论”而不对其产生拘束力是欠妥的。

（二）全国人大常委会具有主动做出法律解释的权力

香港法院将1999年全国人大常委会法律解释的部分内容作为“副论”予以排除适用的重要理由之一，在于认为这一解释是针对特定案件中的条文争议作出的，因此只有对产生争议的条款的解释才对之后法院的审判具有约束力，而对于非争议条款的解释则是“副论”，不应对之后法院的判决具有约束力。然而，从我国《立法法》第42~47条对全国人大常委会的法律解释权所做的规定来看，并没有排除全国人大常委会主动启动法律解释程序的可能性。同时，从我国宪制结构的设置上看，全国人大常委会作为最

高国家权力机关的常设机关,其依据宪法与法律获得的权力都具有“主动性”,这也就决定了其有权主动启动法律解释程序^①。

既然全国人大常委会有权主动启动法律解释程序,那么在1999年全国人大常委会法律解释中所谓“副论”部分虽然不是针对当时的争议条款所作出的解释,但是却应该属于全国人大常委会主动对基本法其他条款作出的法律解释,这一法律解释的效力与法律相同。因此,香港法院在审理案件的过程中也应该受到这些法律解释内容的约束,而不能将其作为所谓的“副论”排除适用效力。

由是,香港法院在审理案件过程中虽然采用普通法的解释方法有其值得尊重的理由,但是这种普通法的司法解释方法并不能宣布全国人大常委会所作出的、与法律具有同等效力的法律解释不具有约束力。

综上所述,菲佣居港权案中香港原诉庭沿用“庄丰源案”中的判决理由,认为1999年全国人大常委会法律解释不对其构成约束的观点是值得商榷的。全国人大常委会依据宪法、立法法以及香港基本法的授权有权主动对基本法作出法律解释,这种法律解释的效力等同于法律,应当对香港法院审理案件具有约束力,不能借用普通法先例制度中的司法解释方法将其排除适用。

^① 邹平学:《全国人大常委会解释法律与解释基本法的若干问题研究》,北大法律信息网,CLI. A. 037976。

第二节

中国内地与香港版权立法和执法比较*

版权是一部形成一国社会文化的法律,其保护的标的是思想的创造物,这就决定了版权必须以赋予权利人一定的专有权利来达到和实现激励创作者尽心创作的目的。对此,各国出台了保护版权的一系列相关法律,并在此基础上形成与版权相关的公约。经过 20 年的不懈努力,中国大陆在版权立法、司法、行政等各个层面进行了卓有成效的努力,已经形成了符合国际规则、门类齐全的版权法律体系和执法体系。但与此相对照的是,内地侵犯版权的违法犯罪现象依然比较突出,引起了国际社会广泛关注^①。存在这种状况的原因何在?如何采取有效措施,对严重侵犯版权的行为加以刑事制裁?这些问题已经成为我国学术界关注的重点。

香港作为世界经济贸易中心,作为一个创意之都,被认为是全世界最注重版权保护的地方之一,其必须因地制宜地适应时代发展,不断发展版权保护条例。在设立版权刑事保护需更加慎重,以保障各方面的利益的平衡,促进香港经济文化的发展。对此,内地能够从香港版权的刑事保护中汲取重要营养,提升自身版权保护立法水平。这里主要从侵犯版权罪的刑罚规定切入,比较内地与香港地区的立法差异,以期对我国版权刑事保护立法和执法研究提出参考意见。

* 本节作者:彭辉,上海社会科学院法学所副研究员。

^① 2005~2011年,中国已连续7年被列入美国贸易代表办公室所公布关于知识产权全球保护的《特别301报告》的“重点观察国名单”和“306监管国名单”。

一、内地和香港侵犯版权罪立法比较

(一) 内地关于侵犯版权刑事立法的相关规定

根据我国《刑法》第 217 条的规定,以营利为目的,未经版权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的;出版他人享有专有出版权的图书的;未经录音录像制作者许可,复制发行其制作的录音录像的;制作、出售假冒他人署名的美术作品的,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处罚金。由于《刑法》第 217 条对侵犯版权罪处罚的构成要件并没有进行明确的界定,致使在司法实践中对于如何界定“违法所得数额较大”、“违法所得数额巨大”、“有其他严重情节的”以及“有其他特别严重情节的”产生了诸多争议。有鉴于此,最高人民法院、最高人民检察院、公安部出台了 4 个司法解释,分别是:(1)《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(1998 年),对本罪构成要件中“违法所得数额较大”、“有其他严重情节”和“违法所得数额巨大”进行了明确规定,从而增强了法条的可操作性;(2)《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2004 年),降低了本罪入罪的数额门槛,扩大了入罪的具体情节,将网络盗版纳入到刑法打击的对象范围,同时降低了单位犯罪的入罪门槛;(3)《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(2007 年),进一步降低了本罪入罪门槛,将复制品数量从“解释二”规定的 1 000 张/份降低到 500 张/份,确定了罚金刑的处罚标准,简化了追究侵犯版权

犯罪的刑事诉讼程序,允许被害人自诉,从而提高了追究的效率,同时加大了对单位犯罪的打击力度,对单位实施侵犯版权犯罪的,按照相应个人犯罪的标准定罪量刑;(4)《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》(2011年),针对近年来网络信息技术的高速发展,网络领域版权犯罪逐步蔓延的严峻形势,明确了网络传播的数量认定标准,提高了刑法打击力度。总之,四个司法解释不断细化本罪的构成要件,对版权保护的刑事司法实践具有重要的指导意义。根据现有相关规定,侵犯版权罪的刑罚适用情况为:

1. 处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金的情形

(1) 违法所得数额较大,指违法所得数额在3万元以上的。
(2) 有其他严重情节,指具备以下情形之一:一是因侵犯版权曾经2次以上被追究行政责任或者民事责任,2年内又实施《刑法》第217条所列侵犯版权行为之一的;二是非法经营数额在5万元以上的;三是复制或传播他人作品的数量合计在500件、份(部)以上的;四是传播他人作品的实际被点击数达到5万次以上的;五是以会员制方式传播他人作品,注册会员达到1000人以上的;六是数额或者数量虽未达到第2~5项规定标准,但分别达到其中2项以上标准一半以上的。

2. 处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金的情形

(1) 违法所得数额巨大,是指违法所得数额在15万元以上的。
(2) 有其他特别严重情节,是指具有下列情形之一:非法经营数额在25万元以上的;复制品数量合计在2500张(份)以上的;其他严重情节的第2~6项规定标准5倍以上的。

3. 罚金刑适用的标准

罚金数额一般在违法所得的1倍以上5倍以下,或者按照非法经营数额的50%以上1倍以下确定。

（二）香港关于侵犯版权刑事立法的相关规定

1997年7月1日之前,香港作为英国之殖民地,一直根据英国1956年版权法令及《香港版权令》(香港法令第39章)保护版权。1997年7月1日之后,作为中华人民共和国香港特别行政区,其基本法第139及第140条规定:“香港特别行政区政府自行制定科学技术政策,以法律保护科学技术的研究成果、专利和发明创造。香港特别行政区政府自行确定适用于香港的各类科学、技术标准和规格。”“香港特别行政区政府自行制定文化政策,以法律保护作者在文学艺术创作中所获得的成果和合法权益。”依此,香港特区政府得自行制定政策,以法律保护知识产权。因此,中华人民共和国之版权法并不适用于香港特区。在此一大原则下,1997年7月1日以后的香港特别行政区政府制订了一套新的知识产权法例,其版权法中文称《版权法例》,于1997年6月27日生效,保护文学、戏剧、音乐及艺术作品,同时,亦保护电影、电视广播及有线传播节目,以及在网络上向公众人士播放的作品。自新的《版权条例》实施以来,香港政府亦多次因社会发展及变迁,修订及引入与保护知识产权相关的法例,使香港在这方面的法制更能与时俱进,符合国际标准。其中,一些重大的修订法案包括:1997年修订《进出口条例》,把光盘母版生产机器的进出口纳入管制范围,有关进出口必须申领海关发出的牌照;1998年《防止盗用版权条例》正式生效后,光盘制造工场须向海关注册,并在每片光盘上刻上制造者代码;2000年,《版权条例》及《商品说明条例》被纳入《有组织及严重罪行条例》,以加重刑罚,提高威慑作用,其中包括充公罪犯从事盗版活动所得的收益;2001年修订《防止盗用版权条例》,把在戏院、剧院和音乐厅盗录列为刑事罪行;2001年修订《版权条例》,将在业务上使用侵犯版权物品的行为列为刑事罪行,以打击机构

侵犯版权行为。该刑事罪行适用于计算机软件、电影、电视剧或电视电影,以及音乐作品;2002年修订《防止盗用版权条例》,规定母版制造工场须向海关注册及在每片母版上刻上制造者代码;2004年《版权(修订)条例》生效后,凡于复制服务业务过程中具有版权作品的侵犯版权复制品,即属刑事罪行;2007年《版权(修订)条例》生效后,大大加强了香港的版权保护,更能照顾使用者合理使用版权作品的需要,以利教育和知识的传播。条例亦适当地响应了社会对平行进口版权作品自由流通的诉求,及加强执法成效,对付侵犯版权罪行^①。

综观香港政府在侵犯版权方面的刑事立法轨迹,可以清楚察觉到,香港特区对版权领域的刑事介入是一个逐步发展的过程。在因社会变化及履行国际责任的前提下,香港政府于1997年后曾作出多次重要的法例修改,针对侵犯版权行为的罪行及刑罚加以调节,并增加了新的刑事侵权罪行,及加重触犯版权罪行的罚则,这一切都体现了香港政府在运用刑法以保障知识产权方面的决心和重视程度。

二、内地和香港侵犯版权罪执法比较

(一) 内地侵犯版权罪执法特点

1. 入罪数量较少

在内地,侵犯版权罪刑事司法判例适用较少的现实,与近年来盗版日益猖獗的局面形成了强烈反差。这主要是两方面的原因:(1)非法经营罪架空了本罪的适用。当行为人实施了侵犯版权行为,但是违法所得没有达到法定标准或者缺少证据证明,因而无法

^① 白净:《从香港〈版权条例〉修订看版权刑法保护》,《国际新闻界》2010年第10期。

定性为侵犯版权犯罪,司法机关不得不采用一种变通的方式,即以非法经营罪定罪处罚^①。根据构成要件比较可知,在违法所得数额方面,非法经营罪的立案追诉标准(2万元)要低于侵犯版权罪(3万元)。在一定情况下,行为人的复制发行行为不仅符合侵犯版权罪的构成要件,同时也符合非法经营罪,属于刑法理论上的法条竞合,在根据特殊法条无法适用的情况下,可以适用一般法条。所以,目前在司法实践中大量的侵犯版权犯罪应用非法经营罪加以处理。据统计,后者是前者数量的5~6倍^②。(2)侵犯版权罪的认定程序复杂。从非法出版物的界定来看,侵犯版权罪要经过版权部门的鉴定,而版权部门在出具确认侵权证明之前需要通知版权人查看实物,确定权利受到侵害。但我国的电影或音像制品权利人由于缺乏保护自身权利的有效机制,导致无法认定侵权,从而造成相当数量的侵权行为无法进入刑事程序。

2. 司法保护采取时松时紧的“运动式”工作方式

我国对于盗版行为采取“运动式”时紧时松的工作方式。在全国盗版制品泛滥没有得到完全遏制的情况下,出现这样的情况不够正常。目前我国反盗版任务依然较为艰巨,需要版权行政和

① 根据最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》对非法经营罪立案追诉标准的有关规定,出版、印刷、复制、发行严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物,具有下列情形之一的,可予以立案追诉:(1)个人非法经营数额在5万元以上的,单位非法经营数额在15万元以上的;(2)个人违法所得数额在2万元以上的,单位违法所得数额在5万元以上的;(3)个人非法经营报纸5000份或者期刊5000本或者图书2000册或者音像制品、电子出版物500张(盒)以上的,单位非法经营报纸15000份或者期刊15000本或者图书5000册或者音像制品、电子出版物1500张(盒)以上的;(4)虽未达到上述数额标准,但具有下列情形之一的:(1)两年内因出版、印刷、复制、发行非法出版物受过行政处罚2次以上的,又出版、印刷、复制、发行非法出版物的;(2)因出版、印刷、复制、发行非法出版物造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。

② 高晓莹:《论非法经营罪在著作权刑事保护领域的误用与退出》,《当代法学》2011年第2期。

司法部门树立长期的思想,坚持不懈地进行打击盗版的斗争,保证打击盗版工作的连续性和稳定性。

3. 共同犯罪居多

导致这种情况的原因主要有以下两点:(1)法律的从严规定。根据司法解释的规定,明知他人实施侵犯版权犯罪,而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件,或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的,以侵犯版权犯罪的共犯论处。这些侵权行为在学理上称为间接侵权行为。将这些行为以侵犯版权罪的共犯论处,虽然有利于提高刑法保护水平,但仅仅因行为人在“明知”的情况下实施上述行为就以侵犯版权罪的共犯论处,有违宽严相济的刑事政策。(2)版权犯罪智能化程度较高,行为人在实施犯罪活动中所使用的生产设备和生产技术越来越先进、造假水平越来越高,而且有多种分工,一人难以胜任。因此,这类犯罪主体往往结成一定的犯罪组织,构成共同犯罪,但并未以单位为载体,而是以个人犯罪的形态出现。

4. 采用抽象罚金制,致使罚金刑适用随意性强

司法机关尽管目前的刑罚价值观不再单一,也趋向多元化,如财产刑在现行刑法中地位的加大,体现了效益刑罚价值观的地位在上升,但司法机关对罚金刑的限制适用却折射出我国实行的依旧是重刑主义的刑事政策。同时,内地采取抽象罚金制,没有规定罚金的上下限,这种方式的好处是便于司法机关根据实践中犯罪情节的轻重判处适当的罚金数额,做到罪责刑相统一,但缺点是会造成罚金刑的司法适用不统一,甚至会造成任意裁决,导致量刑刑罚的偏差和不均衡^①。另外,基于罪刑法定原则的立场来看,抽象

^① 赵秉志、田宏杰:《侵犯知识产权犯罪比较研究》,法律出版社2004年版,第293页。

规定罚金,缺乏明确的适用幅度或者数额,显然有违明确性和确定性的要求。

(二) 香港地区侵犯版权罪执法特点

1. 入罪数量增幅明显

由于1997年以前侵权情况并不严重,侵犯知识产权案件的刑罚,大多是处以罚款,甚少判处监禁,例如在1995年只有18人因涉及侵犯版权的罪行而被判监禁。在这些遭检控的人当中,有2/3是在裁判法院审讯,而裁判法院可判处的刑期一般相对较短。鉴于社会环境迭有改变,侵权活动日益活跃,随着1997年新修订的《版权条例》提高对侵犯知识产权案件的刑罚后,法院迅速作出响应,务求执法措施能发挥实际成效,加强对违法者的威慑作用。在1998年,因侵犯版权罪而被定罪的人,当中有1/3被判处监禁。到了1999年,判处监禁的比率增至54%,截至2007年底为止,则已增至70%。

2. 严厉执法,态度鲜明

自1995年开始,香港境内各类侵犯版权活动日益猖獗,针对这类刑事犯罪行为,香港海关过去一直采取严厉的执法,在零售、制造、分销和进出口四个层面上,分别采取各种针对性的措施,遏止各项非法活动。以零售活动方面为例,香港海关采取连续性密集式扫荡行动,以“断点理论”经常突击搜查盗版零售的黑点及外围地点。在生产方面,海关人员会竭力扫荡盗版光盘生产线,在分销层面上,则会突击搜查盗版光盘货仓并堵截偷运盗版物品进出香港的活动。这些措施一直都行之有效,亦是香港海关惯常用以打击侵权犯罪的策略。

3. 加大对法人犯罪的查处力度

香港海关一直致力打击这类机构在业务过程中使用侵权物品的非法行为,涉及机构计有中小型企业、上市公司、酒楼、卡拉OK

等。于2006年内,海关共侦破30宗公司侵权案件,拘捕79人及检获有关证物(如计算机及音响器材等),总值达1963万港元,其中66宗涉及卡拉OK及酒吧等娱乐场所,其余则主要牵涉公司使用盗版软件。自2001年4月修订条文实施以来,至今已有79宗涉及公司在业务过程中使用侵权物品而被起诉的案件,其中74宗已成功检控涉案人士或公司,在遏止这类侵权活动已起了很大的威慑作用^①。

4. 采用限额罚金制制度

香港特区则采用限额罚金制,规定了罚金的最高限,其优点是符合罪刑法定原则明确性和确定性的要求,一定程度上可以避免司法擅断,缺点是难以真正做到罪责刑相一致。因此,两地关于侵犯版权犯罪罚金刑的数额模式,实有完善的必要。

三、完善内地版权立法和执法的建议

(一) 提高刑罚的威慑作用

对于侵犯版权罪的刑罚轻重问题,我国法学界尚未形成统一的认识,学者之间存在着不同的观点。一种是“过重说”^②,认为对于侵犯版权这类贪利性犯罪而言,过分依赖短期自由刑并不能达到预期的惩罚和预防犯罪效果,而通过罚金刑、民事手段或行政手段也能够实现对这类犯罪的惩罚和预防,同时可以有效避免适用短期自由刑所可能产生的不良效果。另一种是“过轻说”^③,认为

① 汤显明:《香港打击侵犯版权罪行概论》,《河北法学》2008年第4期。

② 敦宁、董文辉:《非严重性侵犯音像制品著作权犯罪之刑罚适用》,《山西警官高等专科学校学报》2011年第2期。

③ [美]理查德·A.波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第384~385页。

证明标准的严厉程度与发现有罪存在着负相关关系。也就是说,发现概率越高,所应施加的惩罚程度就应当越小。与非法经营罪相比,侵犯版权罪的入罪标准高,但其基本量刑幅度之法定最高刑却较低。笔者认为,应该维持现有侵犯版权罪的法定刑幅度,并将非法经营罪从侵犯版权罪中剔除出去,如果没有达到侵犯版权罪入罪标准的,只能按照行政处罚处理。这样处理并不会降低刑罚的威慑力。因为发挥刑法的惩戒作用一般可以通过两种方式:一是提高法定刑的惩罚力度;二是以降低入罪标准的方式来扩大刑法保护范围。内地刑法通过不断降低入罪门槛的方式实现了加大版权刑法保护范围的目的。这两种方式都可以达到相类似的效果。目前内地侵犯版权罪的定罪量刑标准不仅与 Trips 协议相符合,而且与我国现阶段的社会经济发展水平基本相适应^①。

(二) 重视罚金刑和资格刑的适用

在罚金刑方面,内地刑法可以从两个方面加以考量:(1) 提高适用率。与其他刑种相比,罚金刑具有避免交叉感染、打击经济犯罪、减少犯罪人痛苦、增加国库收入等优点,集中反映新的刑罚价值取向。为此,《刑法》第 217 条规定侵犯版权罪可以并处或者单处罚金。但在具体的司法实践中,全都采用“自由刑 + 罚金”的处罚模式,对此有必要对提高单处罚金刑的适用率。(2) 提高罚金数额。在目前内地的司法判决中,相当部分的罚金处罚数额低于法律规定最低标准,并且在判决说理部分对犯罪的违法所得、非法经营数额、给权利人造成的损失、社会危害性等情节对最终罚金数额的具体影响说理不明确。对此,应该形成公式化的罚金刑说

^① 姚颖靖、刘晨:《略论知识产权刑事法律保护及其局限性》,《南昌航空工业学院学报》2006年第3期。

理,即罚金额 = 违法所得 + 非法经营数额 + 给权利人造成的损失(正/负) + 社会危害性(正/负)。在资格刑方面,可以考虑建立一套较完整的资格刑制度,这符合近年来所提倡的宽严相济的刑事政策。这里的“宽”主要体现为刑罚的宽大、宽缓、宽容;这里的“严”又要求刑罚的严格、严厉和严肃。笔者认为,内地刑法对侵犯版权罪的不断细化解释过程就是在不断加大版权刑法保护的过程,体现了刑罚之“严”,而重视罚金刑和资格刑的适用则彰显了刑罚之“宽”。从这个角度而言,学习香港刑法保护的科学作法,设置适用对象具体且明确,适用方式具有针对性的资格刑制度具有积极的刑事政策价值。

(三) 加强信息共享平台建设

在中国特色社会主义法律体系已经形成的大背景下,执法工作的重要地位日显突出,而执法工作的应有要义之一就是行政执法与刑事司法的顺利衔接。从这个角度而言,加强行政执法与刑事司法的衔接是加强版权刑事保护的一个重要切入点,衔接工作机制的核心主要是案件移送和协同。内地刑法为此规定了办理侵犯版权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题,这对构建行政执法与刑事司法衔接机制平台,依法联合打击侵犯版权犯罪,保障市场经济的健康发展具有重要的理论价值和实践意义。但对于行政执法机关与刑事司法机关的信息共享方面着墨不多,颇为遗憾。应该说信息共享制度是刑事追诉标准、证据转化规则和案件移送程序工作的基础和前提,缺乏信息共享将严重影响衔接机制的效能。目前,对于移送的案件,有时公安机关没有依据有关规定,将是否决定立案或者转交书面通知行政执法机关,致使移送案件的处理情况不予反馈或者反馈信息不具体,影响行政执法部门后续工作的顺利开展;行政机关在向公安机关移送涉嫌犯罪

案件的同时,不按规定将移送信息及时报检察机关备案。主动移送少,检察机关上门催要多;通报的部分信息质量不高、数量不全,这在一定程度上弱化了对版权违法犯罪行为的打击力度。因此,亟待学习香港的先进经验,加强信息共享平台建设,实现数据平台共享、案件备案共享、技术资源共享,从而把真正的地下盗版工厂、下订单的幕后“黑手”挖出来,并对屡屡生产销售盗版的单位和个人予以重点打击,使具有商业规模的侵犯版权案件都受到刑事追究。

第三节

香港的地产代理法律制度*

中国内地房地产市场化开始近 20 年,很多行业得以借此获得复苏并且得到长足的发展,房地产经纪行业是其中的一个典型。这个古老而新生的行业在近几年的迅猛发展中出现了诸多问题。近些年随着香港知名地产经纪企业(如中原地产、美联物业等)进入内地,将香港一些成熟的经验和规范的法律理念、操作方式引入内地,对内地的房地产经纪业的发展起到了积极的推动作用。在内地缺乏房地产经纪法律规范的情形下,笔者认为香港的房地产代理法律制度具有一定的借鉴意义。

一、香港完善的立法和操作规范

香港立法局于 1997 年 5 月通过《地产代理条例》,确立了香港房地产经纪的基本法律制度。除此之外,与经纪行业相关的法律规范还有《代理法》、《合约法》、《物业转易及财产条例》、《房屋条例》、《个人资料(私隐)条例》、《地产代理条例》、《地产代理(裁定佣金争议)规例》、《地产代理(发牌)规例》、《地产代理(豁免领牌)令》、《地产代理(登记载定及上诉)规例》和《地产代理常规(一般责任及香港住宅物业)规例》等,形成了完善的规范体系。

在操作层面上香港还完成了技术规范体制的建设。香港地产

* 本节作者:曹伊清,同济大学法学院副教授。

代理监管局于2002年发布《操守守则》，规定：“持牌人如没有遵照及遵从《操守守则》，可能会被视为并非《地产代理条例》下持牌人的适当人选，继而影响他们持有或继续持有牌照的资格。持牌人并可能因此受到纪律处分。”并出版了《香港地产代理从业员执业手册》，在其（2010年3月版）第一部分列出作为一位专业的地产代理从业员应具备的基本信念和专业态度；第二部分主要介绍一线从业人员就日常地产代理工作须注意的事项，并提供实务指引；第三部分介绍经纪公司管理层在管理其地产代理业务时应承担的法律风险；第四部分列举持牌人在执业过程中须遵守的《地产代理条例》及其附属法例条文；第五部分介绍持牌人须留意与其执业有关的其他法例条文。并表明在处理有关从业人员涉嫌违反《地产代理条例》及其附属法例、监管局发出的《操守守则》或执业通告的投诉时，从业人员有否依从《执业手册》所述的执业标准，可作为监管局考虑个案时的参考因素^①。

香港的法律规定具体务实，具有很强的操作性，管理亦十分细致。例如，《地产代理条例》后附相关表格和规定的协议、有关的法律文书范本，要求并使用表格时不应作出任何更改。除特殊情况外，所有的空格必须填写。即便无法填写也须填写“不适用”或者“资料欠缺”。为保护当事人的隐私和个人信息，防止个人资料外泄，香港还制定了《地产代理信息保安及私隐保护政策与指引》，类似困扰内地的信息问题得到了严格的规制。

相比较而言，内地房地产经纪虽然发展很快，但存在法律、法规欠缺，管理体制不顺，市场缺乏技术规范指引等现象。我国《城市房地产管理法》针对经纪行业的规定只有简单的几条，且没有配套的实施细则。对房地产经纪行业的管理依据主要是部门规章和

^① 香港地产代理监管局：《香港地产代理从业员执业手册》，2010年版，第1页。

规范性文件。2010 年国家发展和改革委员会、人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部制定了《房地产经纪管理办法》，主要是从行政规制的角度规范房地产经纪市场，但相关规定略显粗陋，实践中还有许多问题因为无法可依，得不到有效规制。这也是内地经纪市场混乱的因素之一。

二、监管机构的实质性规管

香港地产代理监管局是于 1997 年 11 月根据《地产代理条例》而成立的法定机构，隶属于政府房屋局，其领导成员均由香港特别行政区行政长官委任。香港地产代理监管局于 1999 年 1 月 1 日开始实施地产代理业发牌制度，要求在香港从事地产代理业务的个人和公司必须持牌执业，否则即属违法。所有持牌人士及公司必须遵守与地产代理有关的法规，遵守监管局发出的“执业指引”与执业通告。香港地产代理牌照包括营业员牌照、地产代理（个人）牌照和地产代理（公司）牌照三类。

香港地产代理监管局在规管香港地产代理执业、推动规范从业、培养专业能力以及鼓励行业培训、提升从业员的水平和地位等方面做了大量的工作。监管局举办资格考试、审批个人和公司牌照、处理对持牌人的投诉、执行巡查工作、对违反《地产代理条例》的地产代理从业员施行纪律处分，同时也为业界举办专业发展活动，并推动消费者教育^①。

在香港，地产代理监管局具有强大行政监管职能，也具有多项实质性的法律授权。根据《地产代理条例》规定，地产代理监管局可以规管与管制地产代理及营业员的营业；采取监管局认为适当

^① 香港地产代理监管局网站：www.eaa.org.hk/，2013 年 1 月 23 日访问。

或需要的行动,以促使地产代理及营业员行事持正及称职,或维持或提高他们的地位;为确保能够称职或确立操守标准或在其他方面与地产代理工作有关的训练课程,而与教育机构及训练团体联络;裁定有关争议。其法定的职能如下:

(一) 申请审批

《地产代理(发牌)规例》第10条规定,持牌地产代理在其营业地点以特定营业名称经营地产代理业务前,须就该地点及名称向监管局申请批给营业详情说明书,并须向监管局缴付关于该业务的牌照费有关部分。申请并牌照费有关部分亦已缴付后,监管局可向该持牌地产代理批给营业详情说明书。营业详情说明书只在其中指名的人是持牌地产代理的情况下具有效力。

(二) 规范业务记录、协议及合同文本

根据《地产代理(发牌)规例》,持牌地产代理须备存一份载录其所收取的所有住宅物业放盘的纪录,并须备存所有就住宅物业而订立的地产代理协议的文本。监管局为此而以书面授权的人员,有权无需事先通知而在正常办公时间内随时查阅其备存的纪录。持牌人须回答监管局的人员就查阅而提出的任何问题,并须向该人员提供其就该项查阅而要求的任何资料。

(三) 地产代理监管局具备裁定佣金争议的机制

有关持牌地产代理和客户之间的佣金争议,可根据《地产代理条例》第49条转介地产代理监管局作出有约束力的裁定,地产代理和他们的客户可选择一个较法庭更快捷的途径解决争议。涉及争议的佣金或其他费用总额不得超过300 000港币。为尽量简化聆讯程序及减省费用,争议双方均不可由律师/大律师以法律代表

身份进行仲裁程序。地产代理监管局的裁定经在区域法院登记后便成为区域法院的判决,并可据此而强制执行^①。

(四) 资金监管及调查权

持牌地产代理须就其为客户或代客户收取或持有或支付的所有款项备存妥善的账目。得到授权的监管局人员,有权无需事先通知即可查阅该备存的账目。持牌人须回答监管局的人员就查阅而提出的任何问题,并须向该人员提供其就该项查阅而要求的任何资料。如果持牌地产代理没有为客户或代客户收取或持有任何款项,则须在监管局要求下并在指明的期限前向监管局送交一份表明此事的法定声明。监管局可要求持牌地产代理向监管局提交一份由一名执业会计师发出的证明该名代理遵守规定的证明书。

相比之下,内地监管部门虽然出台了有关资金监管的规定,但只是几个部门的规范性文件,规范层次低,并且内容缺乏可操作性,资金监管存在“入账户容易,出账户难”、手续繁琐等弊端。所以,交易双方选择资金监管进行交易的并不多,资金监管制度的适用面临不少具体的操作困难,实践中成效不大,而房地产经纪机构占用客户交易资金的现象比比皆是。

国家发展和改革委员会、人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部发布的《房地产经纪管理办法》规定:县级以上人民政府建设(房地产)主管部门、价格主管部门、人力资源和社会保障主管部门应当按照职责分工,分别负责房地产经纪活动的监督和管理。对比香港的单一的管理体制,内地具有行政管理权的部门有多个,具体对房地产经纪行业管理涉及的部门有住房和城乡建设、工商、物价、地税等部门。就管理体制而言,部门多元化,并且彼此间协

^① 香港地产代理监管局网站: www.eaa.org.hk/, 2013年1月23日访问。

调配合不畅,互相牵扯,管理脱节,存在推诿、扯皮现象,导致在房地产经纪市场中缺乏有效的规管。由于缺乏如香港地产代理监管局这样的独立管理机构或部门实施管理,行政监管得不到足够重视,监管职责无法有效落实。

三、严格规范经纪人的行为

内地房地产经纪人普遍存在的不规范行为是制约行业发展的重要因素。对此,监管部门往往表现为束手无策,而香港则在这方面有很好的制度约束。

(一) 监管部门规范合同行为,明确法律责任

如要求经纪人在从事相关代理活动时,须解释代理协议中所列出的每一条款及条件,以确保当事人知悉其在该协议下的权利及责任;如当事人不明白,须建议其寻求法律意见。在香港地产代理监管局的网站上均有相关文本供经纪人下载使用。要求地产代理受理业务时应使用统一的示范合同,该合同内容详细具体,有利于保护双方权益;地产代理如不采用该合同,则在委托方拒付佣金时,不能入禀法院追讨佣金。地产代理不得对任何卖方或买方施加任何不当影响,以诱使其订立任何买卖协议或租契;并且须备存一份就住宅物业作出的所有要约的书面纪录;在接获任何要约后,须在切实可行的范围内尽快将该要约向客户提交,以供客户接受。

内地房地产部门虽然推出了规范合同范本,但实际上房地产经纪机构大多不予理会,自制格式合同,甚至设置陷阱,侵犯交易当事人的权利。对此,监管部门也没有事先有效的介入手段,通常只有事后通过司法途径解决。

（二）明确区分行政责任和民事责任

内地常出现的因经纪人无执业证书导致当事人要求确认合同无效的案件。这类案件在行政机关和司法机关中产生了不同的看法。实践中处理方式也各不统一。在此方面,香港的法律很好地处理了行政处罚和民事责任的关系:“任何合约上的法律责任或其他法律责任在任何方面均不得仅由于牌照的暂时吊销、撤销或有效期届满而受影响。”^①这有效地保障了当事人的民事权益不因行政处罚而影响。

（三）依法规范广告及其发布行为

香港《地产代理条例》规定,地产代理在刊登广告时必须保证该物业是真实合法的,监管局会随时对广告进行抽查,对抽查发现违法刊登广告的,一经查实立即进行处理。香港法律规定地产代理不得发布虚假或具误导性陈述或详情的广告。持牌地产代理在就卖方的住宅物业发出广告之前,须取得该卖方的书面同意。不得就其以持牌地产代理身份代理的住宅物业,安排或准许以有别于有关的客户所指示的价格或租金或条款宣传该住宅物业。如果代理协议终止后,应尽快撤出广告。禁止持牌地产代理在其所发出或其代表所发出并且是全部或部分与其他产代理业务有关的广告中,列入在要项上是虚假的或是具误导性的陈述或详情。

相反,内地一些经纪机构为了促成交易,故意隐瞒真实信息或提供虚假信息。特别是在网上虚构房源,或者故意刊登错误(房价)的销售信息,隐瞒交易房屋的缺陷,夸大宣传,虚假承诺。房源信息发布之后,多家经纪机构争抢,或者是同一信息被各家机构多

^① 香港《地产代理条例》第35条。

次重复发布,或者在发布时各家机构再进行信息加工,使得信息失真;发现房源信息,各家机构甚至不经业主同意,直接将其作为本机构的信息发布,或者直接找到业主,强行要求代理销售。这些已经成为市场普遍现象,目前尚没有有效的手段进行处置。

四、严格的行业准入制度

香港规定经纪人员和机构必须持牌,法例也规定了持牌的一般条件。无牌不能从业或者经营(即便无金钱报酬亦是)。凡持牌人终止从事地产代理工作,则须在自终止从事该工作起计的31天期间届满前,将该事以书面通知监管局。凡持牌地产代理雇用任何人为营业员(同样适用于经理、公司董事、合伙人)、或终止雇用任何营业员(同样适用于经理、公司董事、合伙人),则该代理须在自雇用日期或(如适当的话)终止雇用日期起计的31天期间届满前,将雇用或终止雇用一事以书面通知监管局。可见,香港政府监管部门已经在法律上实现了对房地产经纪机构和人员的全程动态监管。

按照规定,香港所有的经纪机构和人员的信息均需按照法律的要求公开公示,并且相关信息如有变动时须及时到监管部门办理变更手续。每名地产代理牌照持有人须在并保持在他以地产代理身份经营业务的每个地点的显眼位置展示有关的营业详情说明书;须在他发出或代他发出有关文件上清楚而显眼地注明牌照号码或有关营业详情说明书的号码、营业名称、营业地点(广告上同样);营业详情说明书内所述任何事项因任何理由而属不正确时,须到监管局申请将该说明书修订。每名持牌人须按监管局的书面请求将他的牌照交回监管局,以修订或更改现有条件或将新条件附加于牌照。凡持牌地产代理在任何地点以不同的营业名称经营

地产代理业务,他须在该地点就每个如此使用的营业名称展示一份营业详情说明书。

就笔者看来,目前的内地的一些规定也参考了香港的规范。如《房地产经纪管理办法》规定在经营场所须醒目位置公示有:(1)营业执照和备案证明文件;(2)服务项目、内容、标准;(3)业务流程;(4)收费项目、依据、标准;(5)交易资金监管方式;(6)信用档案查询方式、投诉电话及12358价格举报电话;(7)政府主管部门或者行业组织制定的房地产经纪服务合同、房屋买卖合同、房屋租赁合同示范文本;(8)法律、法规、规章规定的其他事项。分支机构还应当公示设立该分支机构的房地产经纪机构的经营地址及联系方式。房地产经纪机构代理销售商品房项目的,还应当在销售现场明显位置明示商品房销售委托书和批准销售商品房的有关证明文件。但就笔者多年从业和调研的情况看,虽然有上述规定,但由于监管没有及时跟进,完整公示上述信息的并不多见。

相比香港成熟的做法,首先,内地经纪机构准入门槛过低,法律法规未对房地产经纪机构的准入资质做特别的规定。其次,从业人员入行门槛低,目前法律对房地产经纪从业人员没有相应的资格或资历限制,从业人员素质偏低。虽然人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部联合发布的《房地产经纪人员职业资格制度暂行规定》和《房地产经纪人执业资格考试实施办法》规定,未取得房地产经纪人执业资格的个人不得从事房地产经纪事务;《房地产经纪管理办法》规定国家对房地产经纪人员实行职业资格制度,纳入全国专业技术人员职业资格制度统一规划和管理,并且每年组织执业资格考试,但实际上这些规定并没有得到有效执行,房地产经纪行业大量充斥无证人员,而相关部门并无相应的监管手段。同时,对于设立房地产经纪机构也无严格要求,只是规定了机构成

立的备案制,并非行政许可制。因此,机构开设、关闭较为频繁,人员流动率高,行业从业人员呈现一种不稳定的情况。

五、保障行业健康发展的制度与措施

香港地产代理监管局与廉政公署携手推出为期3年的“地产代理诚信管理计划”,协助地产代理管理人员及前线员工提升专业操守,并且希望此计划能更进一步推动监管局、廉署及业界的合作和互动,协助地产代理行业提高诚信文化^①。

2005年,香港推出持续专业进修计划指引,虽然自愿参与,但监管部门提倡终身学习。从2009年10月1日开始,所有持牌人的持续专业进修时段将划一于每年10月1日开始,至翌年9月30日结束,为期12个月。首个划一进修时段为2009年10月1日至2010年9月30日。划一进修时段的学分要求为12个学分,其中不少于6个学分必须为核心学分。

监管部门对于进修也有奖励措施,如每年10月1日当日,地产代理商铺有50%或以上的受雇持牌人(其中必须包括分行经理),在其个别的上一个持续专业进修时段达到持续专业进修计划的学分要求,该商铺将获监管局颁发“地产代理商铺专业进修嘉许奖章”。若从业员在持续专业进修时段内修毕学分要求所需的学分,从业员可于该进修时段完结时向监管局提交持续专业进修计划自愿申报书。资料经核实后,从业员将获监管局颁发《持续专业进修计划嘉许证书》及“嘉许奖章”,以表扬该从业员努力自我增值及支持持续专业进修计划^②。

① 香港地产代理监管局网站: www.eaa.org.hk/, 2013年1月23日访问。

② 同①。

从内地的做法看,行政管理部门对于行业发展并没有投入很大的精力,人员培训和继续教育大多由行业协会组织进行。由于行业协会身份地位特殊(有半官方色彩,但又缺乏一定的法律地位),因此该项工作并没有全面展开;且经纪人员没有全部纳入行业协会管理的范围,更没有形成如香港这样成熟的教育培训的法律体系,目前整个行业发展水平均处于粗放型的发展状态。

六、强有力的法律监管手段

香港法例对于监管部门给予多种处理手段,而且行政和司法联动,从而有效地保证了制度的实施。

(一) 调查权

监管局如有理由相信规定可能未获遵守或可能已遭持牌人违反,可以书面委任一名以上的雇员、执业会计师进行调查。被调查持牌人或被调查员合理地相信或怀疑管有或控制任何纪录或其他文件(而该纪录或文件载有或相当可能载有与根据本条所进行的调查有关的资料)的人,或被如此相信或怀疑以其他方式管有或控制该等数据的人须在调查员合理地提出要求时,在调查员合理规定的时间内和在调查员合理规定的地方,向调查员交出其指明的任何纪录或其他文件,或交出属如此指明类别或种类的任何纪录或其他文件。须在调查员合理地提出要求时,就为遵守规定而交出的纪录或其他文件,向调查员作出调查员所指明的解释或提供调查员所指明的进一步的详情;及就该项调查而向调查员提供其在能力范围内可合理提供的一切协助^①。

^① 香港《地产代理条例》第28条。

（二）处理权

对任何持牌人违反规定的投诉,监管局可酌情决定自行处理该事项或将该事项转介纪律委员会。纪律委员会在考虑有关个案后,可酌情决定进行其认为合适的研讯。法律规定了监管局或进行研讯的纪律委员对于投诉的研讯程序,须按一定的法律程序公开进行,并预先在地产代理监管局网站公开相关信息。监管局收到投诉后,通常主动对涉嫌触犯有关法规、条例的行为进行调查,对触犯条例的人采取相应的制裁。此外,消费者委员会、警方和廉政公署也可以处理相关纠纷。情节严重的,可直接诉诸法院。

（三）纪律制裁权和处罚权

监管局或纪律委员会认为投诉是有充分依据的,可以采取下列做法:训诫或谴责有关的持牌人;将指明的条件附加于有关的牌照上;更改已附加于该牌照上的任何条件;暂时吊销该牌照,为期不超过2年的指明期间;撤销该牌照;判处不超过30万港币的指明款额的罚款,支付相关的费用,并须在宪报(或其他合适方式)刊登(发布)关于该决定的公告;且该牌照的批给或续期而缴付的任何费用或其他款项不予退还。对于情节严重的违法行为,可认定为罪行。罚款和凭借该款判给的任何费用,可作为民事债项予以追讨。

法例还规定了对于处罚的审裁程序,以保证当事人的权利。香港地产代理监管局网站有“纪律处分”专栏,可以根据持牌人的牌照号码、持牌人名称、营业名称或月份“搜寻纪律处分记录”。香港特区政府地产代理监管局2012上半年向近200名行为失当的持牌人采取纪律行动,其中有22个地产代理被暂时停牌,为期3日至6个月不等,主要是因为他们提供

失实及误导数据^①。

根据《地产代理条例》第55条规定,任何人无合理辩解而违反持牌的规定,或在申请批给牌照或牌照续期方面,作出任何在要项上是虚假的或是具误导性的陈述或提供任何在要项上是虚假的或是具误导性的数据;或者怀疑管有或控制任何纪录或其他文件,而有不配合调查记录、文件等行为,均可认定为罪行。

香港《地产代理条例》对于各种违法行为在法律上的界定为不同的罪行,并据此规定了刑事处罚的幅度。根据罪行的不同,经公诉程序定罪,可罚款15万~50万港币或监禁3个月~2年,或兼处罚款15万~50万港币或监禁3个月~2年;通过简易程序定罪,可处第5级罚款或监禁1个月至第6级罚款或监禁6个月,或兼处第5级罚款或监禁1个月至第6级罚款及监禁6个月;凡任何人被裁定犯了条例所订的罪行,则法庭或裁判官可命令在自该命令指明的定罪日期起计不超过5年的期间,取消该人持有牌照的资格。

相比较而言,内地的监管方式显得温和许多。根据《房地产经纪管理办法》规定,内地监管主要采取现场巡查、合同抽查、投诉受理等方式,采取约谈、记入信用档案、媒体曝光等非法律措施。处罚也显得较轻,主要是行政处罚,如责令限期改正,记入信用档案;对房地产经纪人员可处以1万元罚款;对房地产经纪机构可处以1万元以上3万元以下罚款,或者取消网签资格等。实际上这些措施显然不足以惩戒房地产经纪市场上的违法、违规行为,而对于房地产经纪并无直接的刑事责任规定。

综上所述,内地的市场规范与香港相比还存在很大差距,在法律法规和制度建设方面还有很长的路要走。

^① 证券时报网(www.stcn.com),http://kuaixun.stcn.com/content/2012-07/31/content_6443660.htm。

后 记

香港基本法、澳门基本法是根据我国宪法制定的宪制性法律，迄今已分别施行了 16 年和 14 年，收到了举世成功的效果。为推进上述两部基本法的施行和研究，港澳基本法上海研究区从 2007 年起每年举办港澳基本法学术研讨会，组织内地和港澳专家学者共同研究实施两部基本法中提出的理论和实践问题，其学术和社会效果甚好。为集结研究学术成果并扩大其社会价值，从 2011 年起，我们将研讨成果编辑出版“香港澳门基本法研究丛书”。《“一国两制”理论与特别行政区制度研究》是“丛书”之二。它是在同济大学法学院、上海社会科学院法学研究所及上海市法学会港澳台法律研究会于 2012 年 11 月 16 日在同济大学联合举办的“特别行政区制度的特征及实行条件研讨会”的研讨成果基础上编写而成的。书中各文为作者个人见解，不代表任何人。

由于“一国两制”理论与特别行政区制度研究是一个既具有很强理论性又具有很强实践性的命题，限于研究者水平，书中不到之处，敬请读者批评指正。

黄来纪

2013 年 8 月 6 日

图书在版编目(CIP)数据

“一国两制”理论与特别行政区制度研究/蒋晓伟,
程维荣主编. —上海:上海社会科学院出版社,2013

ISBN 978-7-5520-0405-2

I. ①一… II. ①蒋… ②程… III. ①一国两制—研究
②特别行政区基本法—研究—中国 IV. ①

D618②D921.94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 217817 号

“一国两制”理论与特别行政区制度研究

主 编:蒋晓伟 程维荣

责任编辑:周 河

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.org.cn> E-mail:sassp@sass.org.cn

排 版:南京展望文化发展有限公司

印 刷:上海颀辉印刷厂

开 本:890×1240 毫米 1/32 开

印 张:10.125

插 页:2

字 数:250 千字

版 次:2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0405-2/D·264

定价:28.00 元

版权所有 翻印必究

