

憲法思潮與香港基本法

劉清波

一、西方民主國家立憲思想

憲政制度，發祥於英國。自此之後，影響世界各國者，非比尋常。十八世紀美洲殖民地的人民，一方面繼承英國憲政主義的遺產，另一方面又接受十七、十八世紀的自然法思想。於是導致美國獨立，制定聯邦憲法，將立憲主義的憲政制度傳遍美洲。歐洲各國受法國革命發表人權宣言與公布成文憲法的影響，到十九世紀後半期，各國大抵亦都陸續採用立憲主義的政體。日本明治維新，繼承西方的立憲主義，將憲政制度傳播於亞洲各國。我國戊戌立憲運動雖未獲成功，但此後肇造中華民國。從而立憲主義成為世界各國政治運作的共同原理。

所謂憲政主義，即指以法律的形式，規定國家的基本組織與活動的基本原則。換句話說，就是將國家領土的範圍，國民的要件及其地位，統治權的結構和權限，及其行使的方式，都具體的規定在憲法上。現代國家的架構，大抵有內閣制、總統制與委員會制三種。採用內閣制的國家，例如英、美、法、西德等國是。採用總統制的國家，例如美國是。採用委員會制的國家，例如瑞士是。這些國家的憲法上，無不採取三權分立的政治制度。所謂三權分立，有三種意義，一是國家權力分為立法、行政、司法三種。二是三種權力分屬於三個機關。三是三個機關互相制衡（Checks and balances）。使憲法對政府權力的運作，發生有規則性的有效的抑制的功能（註一），用以保障人民的權利和自由。

第二次世界大戰之後，西德於一九四九年五月八日通過「德意志聯邦

共和國基本法」(The Basic Law for the Federal Republic of Germany)。由於該法產生在納粹崩潰之後，在盟國管制和同意之下而制定，仍受盟國佔領法規的拘束，所以是一部非純粹立憲主義思潮的憲法。職此之故，西德基本法第一四六條規定：「西德憲法於德國人民自由制定的憲法成立時，喪失效力」(註二)。依此規定，則知該基本法是一種過渡時期的暫行憲法。雖仍採傳統的立憲主義的三權分立制度(西德憲法第二〇條)，但有避免重蹈納粹覆轍與為彌縫威瑪憲法的缺點，以及銳意助長發展正常民主勢力的特別性格。

民主國家的立憲主義，旨在確定一個永久性的規範。一面限制政府的活動範圍，一面又確保人民的合法權利。同時，使憲法保障人民有權利，依直接民權的方式或代議制的方式參與國家統治權的運作。所以民主(資本主義)國家的憲法思想，不惟具有「法治政治」、「民意政治」的實質，而且更具有「責任政治」的特色。

二、社會主義國家立憲思想

社會主義(即當代的共產主義)國家的立憲思想，始於一八四八年的共產黨宣言。一九一七年蘇俄革命的結果，共產黨奉馬列主義為正統，將當時的社會政治制度徹底的改革。在過渡期間，推翻一切資本主義及現存國家，實行無產階級專政，廢除私有財產制度，社會所有一切財產，自生產機關至消費物品，完全公有，舉全社會如一大家族，共同生產，平均分配，實現各盡所能，各取所需的共產主義社會。

一九一七年，蘇俄以工農兵代表蘇維埃共和國成立之後，依馬列主義的思想，制定蘇維埃形態的憲法，以工農兵代表組合政府的結構，於一九一八年公布實施。此後，蘇俄憲法雖經三次修正公布，但一貫的保持馬列主義的思想和原則（註三）。實行高度中央集權的無產階級專政，嚴格控制社會的取向就計劃經濟，從事機械的分配平等主義。

一九四九年九月，「北京」公布實施的「政治協商會議共同綱領」和其後的憲法，到一九八二年修正公布實施的第四部憲法，其立法的思想和原則，皆以蘇俄的憲法為藍本。東歐八個共產主義國家的憲法，非洲的安哥拉、莫桑比克，亞洲的柬埔寨、南葉門，以及中南美洲古巴等國家的憲法，亦俱以蘇俄的憲法思想和原則為依皈，甚至於有過之而無不及。

被分裂的德國，由於雙方堅持保有自己的憲政體制，經濟制度和社會結構，無法統一。迨一九七〇年，西德領導者與蘇俄和波蘭訂立互不侵犯條約。一九七一年，法、英、蘇、美簽訂關於柏林地位協定，承認彼此之間，在文化、經濟、政治上的連繫，自由交通的權利，以及訪問東柏林的規定。一九七三年，又簽定彼此承認促進雙方關係的條約。同年雙方加入聯合國。他們打算在不同的憲政制度之下，欲經長久的文化溝通，完成德國將來的統一，業已創造立憲政治制度的新形態。

社會主義（共產主義）國家的立憲主義，現在雖仍沿用西方國家憲法的名稱，但規定共產黨為國家的最高權力（註四）機關。將民主國家三權分立的制度，以集中民主的形態（註五），架構中央集權的政府（註六），實施無產階級專政（註七）。憲法雖規定不計其數的人民權利，但被限制規定所限制（註八）。「尤其在左傾思想影響下，法律理論全然為國家理論所支配」（註九），法律既未必由真正的民意而制定，黨或政府亦得為主觀上政策的需要任意的專擅或創設。所以當前社會主義（共產主義）國家，雖有立憲制度，但憲政思想的本質和立法原則，與民主主義（資本主義）國家，大有區別。從而在一個世界上有兩種立憲本質不同的憲政制度。

三、聯合聲明與香港基本法

香港是中國固有領土的一部分，清廷因鴉片戰爭的失敗，與英國訂立南京條約割讓與英國。一九二八年六月十五日，國民政府與各國改訂條約，七月七日又宣布布不平等條約無效。一九四三年中英簽訂取消英國在華治外法權及特權條約，照會當時英國駐華大使薛穆（Horace James Seymour）保留九龍租借地固有領土的權利。抗日戰爭勝利，一九四五年九月九日，中英雙方代表在香港同時出席日本投降典禮，亦表示對香港享有主權。一九八四年九月六日在台北發表對港九的措施。惟一九五〇年一月七日，由於英國宣布與中華民國斷絕外交關係，是故我政府雖圖收復港九之主權，但事實上無從談判。

自一九八二年九月起，「北京」就香港前途問題開始與英國談判，至一九八四年九月雙方達成協議，簽署「香港聯合聲明」。依此協議，在一九九七年七月一日，香港地區的主權，歸返中國，在香港設立行政區，使香港原來的經濟、社會制度和生活方式，於一九九七年之後，至少五十年內，可以維持。但「北京」因為要在香港建立「一國兩制」的憲政制度，和制定香港行政區的基本法，於是在香港組成「草委會」、「諮委會」兩個組織。後者以廣泛收集各界人士對「香港基本法」的意見，向「草委會」反映並接納「草委會」的諮詢。

香港原是英國的殖民地，政府設有行政與立法兩局，置有官守與非官守議員。前者代表官方，後者選自民間。雖不民主，尚有自由。嗣港府為政制的民主化，遂於一九八〇年發表「地方行政模式綠皮書」，計劃建立「區議會」與「立法局」兩級的立法制。前者採取直接選舉，後者採取間接選舉。前者於一九八五年三月七日增選議員三十七席，後者於同年九月六日選出非官守議員二十四人。現在該局有議員五十六人，（包括官守議員十六人和非官守議員四十人），預定在一九八七年總檢討，一九八八年再增名額，舉行直接選舉，發展香港的代議政制。而與「北京」草擬香港基本法的憲政制度有別。

此外香港民間熱愛民主政治的人士，為實現「港人治港」的理想和完成憲政主義的法治（Rule of Law）。同時為保全香港的穩定和繁榮，也組成了一個促進制定基本法的機構，但內部有仁智之見，尚無具體的貢獻。即使將來有些成就，其能否為「北京」和「港英」所接受，亦有問題。

觀之香港「聯合聲明」第三款之三規定，所謂香港行政區成立後，「現行的法律基本不變」。所謂法律，就法律概念的內涵言，則包括以法命名的各種法律。例如憲法、民法、刑法、訴訟法、投資法……等是。依此原則，香港基本法之制定，須依「法律基本不變」的原則。但目前港府打算建立類似西方代議制的政制，則與「全國人民代表大會常務委員會」主導的香港基本法的起草工作，將導致香港未曾有過的變化（註十）。

現在，為刪除港府殖民地政制的成分，為「開拓思想和生活的新園地，給它更多生根發芽的機會，帶來較前合理開放的氣候，廣闊的個人和民間團體參與的途徑，較前更負責更尊重民意的政府」（註十一），宜在「港人治港」的意識之下，依立憲主義之先例，確定選民資格，實踐直接選舉，選舉行政首長與立法人員，建立司法獨立，行政機關向法律和法院負責，以及確保個人權利和自由的政治制度。尤其希望使素孚衆望思想型態的人物被選為高層次的法律地位從中領導。

為完成上述法制的使命，在香港基本法上應明定，於香港主權轉移後五十年內，使不同的思想，相激相盪，發展揉合，吸收英美法、大陸法、社會主義法三者的優點，並根據中華民族的傳統，道德觀念，撇開歧見，異中求同，尋求合理的一致（註十二）。並且仿照西德基本法的立法例，規定香港基本法「於將來中國統一之後，依其自由決定的制定之憲法發生效力時，停止實行」（註十三）。

四、香港基本法與一國兩制

第二次世界大戰之後，世界上產生了四個分裂國家。即「東西德」、「南北越」、「南北韓」和「中國大陸與台灣」。分裂的原因雖各有不同，但發展的過程則有相似的共同特徵。由於此等國家的兩邊與世界兩大集團分別發生政治和軍事的關係，締結正式或實質的聯盟或保障。所以分裂國家的統一和武力的衝突，成為全球性或區域性戰略不可分的一部分。涉及列強的基本利益，以致為超級大國特別的關切（註十四）。

南北越的分裂，雖業已以「武力解決的模式」，完成國家的統一，但摧毀數百萬人民生命財產的重大代價，不惟無由向嚴肅的道德交代，而且統

一政策呈現無情的殘酷，既不人道又不經濟，非統一中國應取法的途徑。分裂的東西德國，經西德當局極大的努力之後，發現無法改變的國際現勢與東德存在的歷史事實時，於是自一九六〇年代後期始，接受東西德存在的合法性。運用最理性最溫和的手段，在一九七三年正式簽訂「德國內部東西雙邊條約」（*Intra-German East-West Treaty*）。彼此承認於其管轄區域內的獨立自主權，並以兩個國際實體，均享有平等的國際地位，互換使節，同時申請加入聯合國及其他國際組織，以「和平模式」，循序漸進，尋求德國將來的統一。

南北韓的分裂，為謀國家的統一，早年曾試過以「武力解決的模式」，但終於失敗。一九七三年開始，彼此同意有限度的官方（官員）和半官方（紅十字會）的接觸及對話。雙方容忍國際上外交的「雙重承認」（*dual recognition*），接受第三國對南北韓同時行使外交的承認。到一九八〇年，在承認南韓的一一六個國家和承認北韓的一〇一個國家之中，已有六十四個國家完成了「雙重的承認」（註十五）。現在南北韓的形態，是「一個國家、兩個政府、兩種制度」。雖與東西德的「一個民族、暫時兩個國家、兩種制度」的形態，尚有距離，但似乎亦在步趨「德國模式」的後塵。

「大陸」與「台灣」的問題，自一九八四年九月香港前途達成協議之後，大陸即宣揚以「香港模式」的「一國兩制」為中國統一的基礎。初聞之際，頗覺合理，但一經客觀的分析，不獨與東西德的統一模式不同，即與南北韓的統一模式，亦相距甚遠。

第一，中華民國的建立，遠在中國共產黨建黨之前。自建國之始，即具有國家性質的實體在國際社會活動；香港乃英國攫取中國領土的殖民地，被英國統治一百四十餘年，台灣是依法收回的固有領土。香港與台灣二者的法律發展背景大有區別。

第二，「北京」所指「一國兩制」的中國，乃以社會主義（共產主義）為主體。而且認為「香港基本法」為「國內法」，得隨時修改，本質上是「中央」與「地方」的從屬關係（*Sub-Ordination*），而非彼此對等的併列關係（*Co-Ordination*）。與南北韓、東西德的經驗大有差距。論者有

謂：如設定長江以北為「共產主義制」，長江以南為「資本主義制」的「一國兩制」。姑就現實而言，則亦為根本的不可能。

第三，大陸雖容忍台灣在國際上行使某種程度的外交權，但「北京」不特不同意台北享有獨立自主的國際地位，而且運用各種方法和技術，企圖排除台北在國際組織的會籍，取消國旗、國號（註十六）。既不接受暫時和平共存的制度，亦不認同第三國對真正的「一國兩制」的雙重承認，其與東西德、南北韓和平演進的步調，迥然不同。

第四，香港從來被視為中國的一部分，而非單獨的領土，香港人民亦從未建立過類似國家的單元，更未建立過獨立運作的政治實體（Political entity）。根據聯合國憲章，人民自決不發生在領土統一的国家。大陸與台灣雖從來為一個中國，但現在兩岸則有分立的政府，實際的統治當地的人民，乃目前在轉變過程中，產生的兩個不同性質的法人（註十七）。係在「一個中國」的意識之下，有兩個不同的法律實體或國家（state）的事實存在（Virtually existence）式的統治。非特與南北韓、東西德的情形有程度上的差異，而且與香港的情勢亦大異其趣。

第五，現在中國大陸是實行馬列主義，一黨專政統治的共產國家。台灣則是近於西方民主制度，含有資本主義的非共產主義體制的自由國家。台灣比大陸有較好的經濟發展，較穩定的政治體制，較高的民主程度和軍事的防衛體系。大陸與台灣的人口和土地既不成比例，且大陸對台灣可能有用兵的威脅（註十八）。兩岸的制度、生活的形態、人民的心理，都有極大的差距，即使第三次「國共和談」，勢必遭到台灣大多數人民的反對（註十九）。亦不能與南北韓、東西德、香港和大陸的情勢相提並論。

五、憲法思潮與中國的統一

二十世紀後期的今天，國際上的和平主義（註二十），仍為憲政思潮的主流。促進政治的民主與平等，社會的安寧與人民的福祉，仍為當前憲政主義的最高任務。第二次世界大戰之後，所有分裂國家的對外軍事和經濟關係，皆已高度的國際化，已非當年內政問題那樣的單純。此後分裂國家的統一問題，如採「武力解決的模式」，非但增加敵對的心理，刺激軍

備的競爭，甚至觸發區域性或全球性的動亂，皆與立憲主義的憲政思潮相刺謬。

但是分裂國家基於雙方的歷史傳統、文化認同、民族感情，以及政治的或非政治的因素，無不仍然繼續強調統一國家的可能性。今後如何建立一個涵蓋兩邊的「中央政府」，制定整體國家性的法律結構，東西德的模式與南北韓的模式，都沒有具體的答案。以「香港模式」統一中國的「一國兩制」，使「台北」變為「北京」的「特別行政區」（註二十一），強制他人接受沒有義務的協議（註二十二）。否決一個政治實體的合法性（legitimacy），更與理性不合，亦難達成統一的願望。

今後「中國大陸」如放棄「孤立台灣」和「武力解放台灣」的政策，接受兩個平等共存的意識，認同國際間的「雙重承認」，以事實證明並無併吞另一「法人」的行為，選擇和平的模式，以最有理性、最有建設性的手段，致力共識的培養，縮短彼此之間的差距，發展減少仇恨的敵對意識，增進彼此間互信的決心。在長期的統一目標上，尋求建立過渡性、技術性的法律規範，促進民主憲政體制，將來必然的產生統一的功，恢復雙方認同「一個中國」的偉大理想。只要認同這個統一的中華民族，長久的被視為一個不可分的整體，確信在二十年、三十年或百年之後，仍然會歡歡樂樂的重新組合成一個涵蓋香港的統一的中國。（本文在香港中文大學憲法與基本法學術討論會上發表。一九八六年十一月九日脫稿十二月卅一日修正）

註釋

註 1: C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, pp. 121-122, 1941.

"effective regularized restraints upon government action".

註 2: Article 146 (Dissolution of Validity of the Basic Law) This basic law shall cease to be in the force on the day on which a constitution adopted

by a free decision of the German people comes into force.

三·按蘇聯一九七七年憲法序言：「保持一九一八年第一部蘇維埃憲法、一九二四年蘇聯憲法及一九三六年蘇聯憲法的思想和原則之連續性」。

四·蘇聯一九七七年憲法第六條：「蘇聯共產黨為蘇聯社會領導與指導力量，為政治制度、國家與社會組織的核心。……」。大陸一九八二年憲法序言：「……中國各族人民將繼續在中國共產黨領導下……」。

五·蘇聯一九七七年憲法第三條：大陸一九八二年憲法第三條，皆規定國家的組織與活動，均採民主集中制的原則。

六·蘇聯一九七七年憲法第二條規定：「……人民藉人民代表的蘇維埃行使國家政權……」。大陸一九八二年憲法第二條規定：「……人民行使權力的機關，是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會……」。

七·蘇聯一九七七年憲法第一條規定：「……表達工人、農民及知識分子、全國各民族各部族勞動者的意志和利益」。大陸一九八二年憲法第一條規定：「中華人民共和國是工人階級領導的，以工農聯盟為基礎的人民民主專政的社會主義國家。……」。蘇聯一九七七年憲法第三十九條第二項規定：「公民享有權利與自由，不得損害社會國家的利益」。大陸一九八二年憲法第一條後段規定：「禁止任何組織或者個人破壞社會主義制度」。又第五十一條規定：「……公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益……」。

九·Han Depel and Stephen, *Legal Education (Chinese Legal Education)* (The American Journal of Comparative Law, Vol. 32, pp. 567-568, 1984).

十·翁松燃教授著（香港中文大學）：「台灣、香港、大陸同倡政治體制改革」（專論論文）台灣高雄市民衆日報第二版，中華民國七十五年十一月七日。

註十一·同前註。

註十二·翁松燃教授著：「中、歐法律概念比較研討會」，引自楊鐵樑按察司在開幕酒會中致詞，和北京大學芮沐教授發表的主題講演中的一段話。香港中文大學校刊一九八六年第二期，四、五頁。

註十三·同註二參照。

註十四·高英茂教授（美國布朗大學）著：「分裂國家的統一問題」（專論），台北中國時報（日報）第二版，中華民國七十五年八月十五日。

註十五·同前註。

註十六·丘宏達教授（美國馬里蘭大學）著：「中共與英談判香港問題伎倆得逞」（專論），台北聯合報（日報）第二版，中華民國七十五年九月四日。

註十七·Professor Dr. Georg Röss, Europa-Institut, The Sear University, *The Hong-Kong Agreement and Its Impact on International Law. International Symposium on "Hong-Kong: a Chinese and International Concern"*, march 3-8, 1986. Conference Co-Sponsors: Institute of International Relations, National Cheng Chi Univ., Research Unit on Chinese and East Asian Politics Faculty of Law and Economics, The Saar Univ.

註十八·Op.cit., ibid

註十九·同註十六。

註二十·聯合國之宗旨：「維持國際和平及安全，採取有效的集體辦法以防止且消除對於和平之威脅，制止侵害或其他和平之破壞，並且和平方法……解決國際爭端或情勢。」

註二十一·同註十六。

註二十二·Prof. Georg Röss, *Supra* note 17, op.cit.