

# 基本法修改的空间、方向与正当性机制

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

**摘要:**基本法修改具有三层意义上的“空间”,即“用尽基本法解释方法”、“基本法修改在制度和程序上的空间是开放的”以及“基本法修改的时机”,基本法修改从法理和基本法实践的两个角度来看都具有自身的正当性。基本法修改是一种有限修改,必须要受到“中华人民共和国既定的对港澳特别行政区的基本方针政策”的“法律限制”,同时,应当关注与“可以试行的方向”相关的重要问题。基本法与基本法附件修改程序的不一致可能引发的基本法解释与基本法修改之间的逻辑矛盾,应当由全国人大特别授权全国人大常委会以及特别行政区的立法会和行政长官对基本法附件的专项修改权,否则就会引发基本法修改实践不可克服的制度悖论。

**关键词:**基本法;宪法;修改;解释;正当性

中图分类号:D920.0 文献标志码:A 文章编号:1006-639X(2012)04-0006-07

## 缘起

《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》(以下统称港澳基本法)已经在香港特别行政区和澳门特别行政区分别实施了15年和13年。十几年来,港澳基本法在港澳特别行政区实施是顺利的,虽然其间全国人大常委会曾就基本法个别条文在港澳特别行政区如何实施做过若干解释,但总体上来看,港澳基本法能够有效地适应港澳特别行政区各个方面的需要,显示了基本法自身的科学性和活力。对于港澳基本法条文本身是否需要在本法实践中不断总结经验和教训、适应新形势和新情况的要求作出适当修改,港澳特别行政区某些社会团体有些议论,但在中央层面,似乎法理上还不成熟,实践中也没有过多地予以关注。近期,因为许多港人对内地“双非”孕妇赴港产子问题表示深切关注,并提出拟通过基本法修改的途径来彻底杜绝此类现象的发生。此类观点一出,在香港特别行政区各界和中央层面都引起了强烈的反应,从目前总的情况来看,不赞成通过基本法修改的方式来解决“双非”问题占据主流意见。全国人大常委会范徐丽泰表示,不赞成通过修改基本法来解决“双非”问

题。事实上,全国人大常委会1999年释法时已清楚说明,基本法的立法原意就是父母均非港人而在本港出生的儿童并无居港权。既然基本法的立法原意清楚,就不存在修改基本法的问题。彻底解决“双非”孕妇涌港产子的问题,最可行的办法是两个:一是终审法院在日后新案件的审判中,推翻“庄丰源案”裁决的解释;二是通过全国人大常委会释法,进一步澄清父母均非港人而在本港出生的儿童并无居港权,消除“双非”孕妇涌港产子的诱因<sup>[1]</sup>。基本法委员会主任乔晓阳2012年3月6日与全国政协及全国人大中的法律界人士见面时也表明,香港终审法院判决在“庄丰源案”时,没有考虑之前全国人大常委会就“吴嘉玲案”的释法,中央认为《基本法》的条文清晰,所以绝不能以修改《基本法》的方式解决问题。现在可行的方法,只能还原基本法,回到《基本法》原意。乔晓阳认同,最理想的处理方法,是由香港法院自行提请释法<sup>[2]</sup>。

从以上信息可以感受到中央政府似乎在努力尝试运用解释基本法的途径来解决港澳基本法实施中所遇到的各种问题,基本法修改的问题目前尚未提上日程。基本法实施当下仍然处于相对平稳期,基本法所确立的政策连续性必须始终一贯地予以坚

收稿日期:2012-05-20

基金项目:中国社科院重点课题“法规、司法解释的合宪性审查”[2007年B类重点课题]、“港澳基本法修改的条件、时机和重点问题研究”项目(2010年)部分成果。

作者简介:莫纪宏(1965-),江苏靖江人,中国社会科学院法学研究所研究员,中国社会科学院研究生院教授,博导,博士,中国宪法学研究会常务副会长,主要从事宪法学与行政法学研究。

持。自此,在实践层面,基本法修改的问题应当属于未来时。但如果将基本法实施的期限在保留特别行政区基本制度“五十年不变”的时间尺度内考察,目前进程已近三分之一,从时间节点上,应当在法理上及早对基本法修改问题进行系统研究,并给出一个基本法修改的框架,包括可以修改的空间和修改的发展方向,特别是应当明确基本法修改的启动和进行程序,保证港澳基本法在实施过程中能够始终适应港澳特别行政区保持“繁荣稳定”的要求。本文正是在此缘起启发下,对基本法修改的空间、方向和正当性机制略作一些法理探索,以便积累与基本法修改相关的学术资料和理论观点,以备应用之需。

### 一、基本法修改的空间

所谓“基本法修改的空间”是一个政策性较强的概念,从实践层面来看,即基本法允许就哪些问题和事项作出修改。从法理层面来看,即港澳特别行政区基本法在实施过程中出现的问题有哪些是通过基本法修改途径之外的其他方法无法得到有效解决而必须启动修改程序来解决的。其中也包含了基本法修改与基本法解释之间的法理关系,也就是说,无法通过基本法解释的方式来有效解决问题的事项不得不诉诸于基本法修改途径,否则就会影响港澳特别行政区的未来发展。为此,可以勾画的基本法修改空间的第一层内涵即“用尽基本法解释方法”。这一点从目前中央政府对基本法的态度来看,是比较明确的。据香港《大公报》报道,国务院港澳办主任王光亚会见香港新民党访京团时,对于谈及的内地孕妇到港产子和外佣居港权问题,建议可就有关问题向全国人大法工委和香港特区政府提出释法请求,但强调不能随便修改基本法<sup>[3]</sup>。与内地法律实施状况不同的是,尽管全国人大常委会依据宪法和立法法的规定有权解释法律,但截至2011年3月中旬全国人大常委会宣布形成中国特色社会主义法律体系为止,对于不能适应客观形势要求的已经制定的法律或者关于法律问题的决定,作为行使国家立法权的最高权力机关——全国人大及其常委会基本上采取的是修改法律的办法,唯独对于港澳基本法,则采取完全相反的态度,即尽量使用基本法解释的方法来解决港澳特别行政区在实施基本法过程中遇到的新情况和新问题。应当说,从法理上来看,法律解释与法律修改有比较明确的功能区分,法律解释主要解决现有法律规范的确切性问题,而法律修改

则解决法律规范的合法性和合理性问题,一般不会存在两者之间的交叉,如果有需要,可以对同一法律既进行解释,同时也要不断地修改。从实践层面来看,运用法律解释的手段来解决法律实施中出现的问题,要比运用法律修改的方式来处理法律实施问题更加“稳健”、“可靠”,可以避免产生重大的政治性影响和社会影响。故实践层面,考虑到法律本身的政策性因素,法律解释应当是优先于法律修改成为更加常用的手段。

基本法修改的空间,从法理上来看,是指各种制度上的可能性。其中,基本法修改权明确和修改程序具体可操作,是基本法修改的具体程序空间,如果基本法修改的制度设计本身含糊不清,那么,基本法修改的实际空间就会受到限制。从港澳基本法的文本来看,这种程序空间还是比较充分的。

《香港特别行政区基本法》第159条和《澳门特别行政区基本法》第144条都明确地规定了“基本法的修改权属于全国人民代表大会”。

《香港特别行政区基本法》第159条规定:本法的修改权属于全国人民代表大会。本法的修改提案权属于全国人民代表大会常务委员会、国务院和香港特别行政区。香港特别行政区的修改议案,须经香港特别行政区的全国人民代表大会代表三分之二多数、香港特别行政区立法会全体议员三分之二多数和香港特别行政区行政长官同意后,交由香港特别行政区出席全国人民代表大会的代表团向全国人民代表大会提出。本法的修改议案在列入全国人民代表大会的议程前,先由香港特别行政区基本法委员会研究并提出意见。本法的任何修改,均不得同中华人民共和国对香港既定的基本方针政策相抵触。

《澳门特别行政区基本法》第144条规定:本法的修改权属于全国人民代表大会。本法的修改提案权属于全国人民代表大会常务委员会、国务院和澳门特别行政区。澳门特别行政区的修改议案,须经澳门特别行政区的全国人民代表大会代表三分之二多数、澳门特别行政区立法会全体议员三分之二多数和澳门特别行政区行政长官同意后,交由澳门特别行政区出席全国人民代表大会的代表团向全国人民代表大会提出。本法的修改议案在列入全国人民代表大会的议程前,先由澳门特别行政区基本法委员会研究并提出意见。本法的任何修改,均不得同中华人民共和国对澳门既定的基本方针政策相

抵触。

港澳基本法关于基本法修改的程序性规定内容几乎是一样的。修改权主体是全国人大;修改提案权属于全国人大常委会、国务院和港澳特别行政区;列入全国人大立法议程的前提是港澳基本法委员会进行审议;实质性的要求是不得同中华人民共和国对港澳既定的基本方针政策相抵触。应当说上述关于基本法修改的程序性规定是比较健全的,从修改草案的提出到审议到最后通过,三项基本程序都有明确的主体。特别是基本法修改提案权赋予了全国人大常委会、国务院和港澳特别行政区,既可以发挥中央层面的主动性和积极性,也能够保证港澳特别行政区在基本法修改方面的主动权。由此可见,基本法修改在制度和程序上的空间是开放的,不存在封闭基本法修改的制度障碍。

在解释基本法的手段不能有效解决基本法与港澳特别行政区政治、经济、文化和社会发展要求相适应时,基本法修改就成为逻辑上的必选项,这种必选项的主要范围在哪里,是在基本法之内,还是在基本法之外,这是基本法修改自身存在的逻辑空间。所谓在基本法之内,实际上指基本法的修改事项是依据基本法本身和宪法可以推导出来的,也就是在“合宪性”范围内对基本法的个别条文进行有针对性的修改,以便基本法与宪法相一致。在基本法之内的修改是与法治原则和宪法法律至上原则一致的,可以修改的范围涉及到港澳基本法本身以及依据港澳基本法可以在港澳特别行政区实施的全国性法律。就在港澳特别行政区可以实施的全国性法律来说,本身构成了广义上的“基本法”的一部分,而如果这些全国性法律与基本法存在一致的地方,对这些全国性法律的修改应当限定在基本法之内。而对港澳基本法的修改如果是依据现行宪法来进行,那么港澳基本法的修改仍然被控制在宪法所确定的基本法原则之内。而基本法之外的修改,实质上意味着不受合宪性控制的修改,也就是说,基本法修改依据具体发展的情况,为保证港澳特别行政区的继续繁荣和稳定,可以依据“一国两制”的基本原则进行修改。港澳基本法对此表述为基本法的任何修改均不得同中华人民共和国对香港和澳门既定的基本方针政策相抵触。上述规定给予的“空间”可以推定为政策的底线是“一国两制”,但要比“一国两制”原则具有更大的开放性。这里的“空间”可以从几个关键词来进行分析。一是“既定”,二是“基本

方针政策”,三是“不得相抵触”。所谓“既定”,具有比较确定的内涵,即迄今为止中央层面所确定的关于港澳特别行政区的所有政策法律规定,包括港澳基本法在内,而依据中英联合声明和中葡联合声明的规定,中华人民共和国应当履行的条约义务也构成了“既定”政策范围。“基本方针政策”是指中央层面确立的关于港澳特别行政区的重大重要的方针政策,例如“一国两制”、“五十年不变”等等,一般性的政策不在此范围内。“不得相抵触”是一项具有中国特色的宪法原则,有着很大的法理解释空间和余地。总之,基本法在修改事项方面具有的“空间”具有很大的开放性,是一个可以加以广泛讨论的问题,并没有法理和制度的独断性制约。

基本法修改的一个最现实的“空间”是与基本法修改时机和突破点有关,也就是说,何时适合进行基本法的修改或者何时适合提出基本法修改的提案,如何选择比较好的第一例修改作为突破点或切入点,是至关重要的。这个问题涉及到基本法修改的“操作空间”。在此问题上,迄今为止已经有不少议论<sup>①</sup>,甚至还出现了若干尝试。例如,2007年2月7日香港20多名反对派立法会议员就“政改方案”召开紧急会议,有关成员于会后表示,他们已经达成共识,认同最好的方案就是修改基本法,取消“提名委员会”,推行普选。不过,由于这种基本法修改动议并不具有合理的空间,因此无法获得香港社会的广泛支持,更不能被中央层面所认同,故而无法付诸实际行动<sup>[4]</sup>。最近的“双非”问题也引发了香港特别行政区不少团体议论基本法修改的可能性,但是,香港特别行政区基本法已经清晰地表达父母均非港人而在本港出生的儿童并无居港权的立法意愿,故“双非”问题也不具备启动基本法修改的基本条件。新加坡《联合早报》引用香港《文汇报》的报道对此有非常细致的法理分析。1996年8月10日筹委会通过了《关于实施香港基本法第24条第2款的意见》,明确提出该条该款第(1)项规定的“在香港出生的中国公民”,“是指父母双方或一方合法定居在香港期间所生子女,不包括非法入境、逾期居留或在香港临时居留的人在香港期间所生的子女。”1999年6月26日全国人大常委会通过《关于香港基本法第22条第4款和第24条第2款第(3)项的解释》,这是针对港人在内地出生的子女是否有居港权的解释。同时,全国人大常委会担心对“双非”问题产生误解,因此在该释法中还指出:“本解释所阐明的立

法原意以及香港基本法第24条第2款其他各项的立法原意,已体现在1996年8月10日全国人大香港特区筹委会通过的《关于实施香港基本法第24条第2款的意见》中。”由此可见,全国人大常委会释法已确认父母均非港人而在本港出生的儿童并无居港权,这是基本法的立法原意。在“庄丰源案”判决翌日,全国人大法工委发言人公开指出“该判决与全国人大常委会的释法有不一致之处”。因此,全国人大常委会1999年释法,已就“双非”问题阐明基本法的立法原意,在法理上就不必修改基本法。如在“双非”问题上修改基本法,是要求全国人大为终审法院的错误判决承担责任,这不仅违反宪制伦理,而且对基本法的权威性,对“一国两制”的实践,都可能产生巨大负面影响<sup>[5]</sup>。上述分析可以说是对“双非”问题的最佳说明,也是否定“双非”问题可以启动基本法修改程序的最有说服力的法理论证。因此,在“双非”问题上不存在基本法修改的“空间”。由此可以预见,在当下的背景下,启动基本法修改的时机并不成熟,但从长远角度来看,随着“五十年不变”政策的时间点的逐渐到来,基本法修改问题必然会提到日程上。

## 二、基本法修改的方向

当下,虽然脱离“中英联合声明”和“中葡联合声明”中所主张的“五十年不变”届满尚有时日,但是,港澳基本法实施的行程将近三分之一,从维护港澳基本法的权威性和稳定性角度来看,着手讨论基本法的修改问题并不是空穴来风的事情,所谓未雨绸缪,防患于未然,从法理上有必要确定基本法修改的基本问题,其中基本法修改的方向是最重要的问题。如果在法理上明确了基本法修改的方向,那么,推进基本法修改的实践也就会相对容易和简单,基本法修改的时机也就容易把握。从目前的相关政策方针和法律规定来看,可以从两个方面来考察基本法修改的“方向”,即“不得背离的方向”和“可以试行的方向”。

“不得背离的方向”可以通过现有的各种规定严格地推导出来。《香港特别行政区基本法》第159条规定:本法的任何修改,均不得同中华人民共和国对香港既定的基本方针政策相抵触。该条款的规定实际上为基本法修改设定了一个不得背离的方向,即“同中华人民共和国对香港既定的基本方针政策相抵触”。其中“中华人民共和国对香港既定的基

本方针政策”在立法上的含义是明确的。《香港特别行政区基本法》序言强调:国家对香港的基本方针政策,已由中国政府在中英联合声明中予以阐明。很显然,根据上述规定,“中华人民共和国对香港既定的基本方针政策”可以在“中英联合声明”中精确地找到具有法律效力的内涵。而“中英联合声明”第3条比较精确地规定“中华人民共和国对香港既定的基本方针政策”,总共包括12项内容,即中华人民共和国政府声明,中华人民共和国对香港的基本方针政策如下:

1. 为了维护国家的统一和领土完整,并考虑到香港的历史和现实情况,中华人民共和国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。

2. 香港特别行政区直辖于中华人民共和国中央人民政府。除外交和国防事务属中央人民政府管理外,香港特别行政区享有高度的自治权。

3. 香港特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。现行的法律基本不变。

4. 香港特别行政区政府由当地人组成。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。主要官员由香港特别行政区行政长官提名,报中央人民政府任命。原在香港各政府部门任职的中外籍公务、警务人员可以留用。香港特别行政区各政府部门可以聘请英籍人士或其它外籍人士担任顾问或某些公职。

5. 香港的现行社会、经济制度不变;生活方式不变。香港特别行政区依法保障人身、言论、出版、集会、结社、旅行、迁徙、通信、罢工、选择职业和学术研究以及宗教信仰等各项权利和自由。私人财产、企业所有权、合法继承权以及外来投资均受法律保护。

6. 香港特别行政区将保持自由港和独立关税地区的地位。

7. 香港特别行政区将保持国际金融中心的地位,继续开放外汇、黄金、证券、期货等市场,资金进出自由。港币继续流通,自由兑换。

8. 香港特别行政区将保持财政独立。中央人民政府不向香港特别行政区征税。

9. 香港特别行政区可同联合王国和其它国家建立互利的经济关系。联合王国和其它国家在香港的经济利益将得到照顾。

10. 香港特别行政区可以“中国香港”的名义单独地同各国、各地区及有关国际组织保持和发展经

济、文化关系 并签订有关协议。

香港特别行政区政府可自行签发出入香港的旅行证件。

11. 香港特别行政区的社会治安由香港特别行政区政府负责维持。

12. 关于中华人民共和国对香港的上述基本方针政策和本联合声明附件一对上述基本方针政策的具体说明,中华人民共和国全国人民代表大会将以中华人民共和国香港特别行政区基本法规定之,并在五十年内不变。

澳门特别行政区与香港特别行政区存在相同或相似的政策方针和法律的规定。主要见诸《澳门特别行政区基本法》第 144 条、序言和“中葡联合声明”第 2 条。

从法理上来看,确立基本法修改的方向是一个发展目标问题,而明确发展目标必须确立一些最基本的界限,也就是说,基本法修改本身并非不受限制,而是在一个既定框架下的“有限修改”,这个限度就是“中英联合声明”和“中葡联合声明”中所明确表述的中国对港澳的“基本方针政策”。这些“基本方针政策”实际上构成了港澳基本法修改的“法律限制”。不过这种“法律限制”具有法律上期限的意义,即“五十年”。从法理上来看,除非有新的“基本方针政策”,否则,港澳基本法生效“五十年”后,基本法修改目前存在的“强制性界限”就会失去自身的时效,必须重新设定相关界限。

从“可以试行的方向”来看,目前在法理上探讨的不是很多,政策层面也没有全面和系统的考量。但从法理上进行分析 and 推论还是可以尝试的,至少以下几个方面的问题值得关注:

1. 全国人民代表大会常务委员会、国务院行使港澳基本法赋予的基本法修改提案权的前提条件,提案的来源、科学性,提案可能针对的事项的重要性,基本法委员会和国务院港澳办在提案中的审查和建议权;

2. 港澳特别行政区的修改议案,港澳特别行政区的全国人民代表大会代表三分之二多数、港澳特别行政区立法会全体议员三分之二多数和港澳特别行政区行政长官如何达成共同意愿,具体的协商程序;在交由港澳特别行政区出席全国人民代表大会的代表团向全国人民代表大会提出修改议案时,香港特别行政区和澳门特别行政区能否联合提案等;

3. 港澳基本法的修改议案在列入全国人民代表

大会的议程前,先由香港特别行政区基本法委员会研究并提出意见,基本法委员会应当如何征求社会各界意见,是否应当在同一次全国人大会议上提出正式意见;

4. 香港特别行政区行政长官和立法会议员的直选是否需要通过修改基本法的方式来加以规定等等<sup>②</sup>。

### 三、基本法修改的正当性机制

基本法修改,特别是在较大规模上修改基本法,这需要充分必要的修改条件,并非一蹴而就的事。从法理上来看,基本法本身就存在附件修改程序与正文修改程序的关系问题。例如,《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”第 7 条规定:二〇〇七年以后各任行政长官的产生办法如需修改,须经立法会全体议员三分之二多数通过,行政长官同意,并报全国人民代表大会常务委员会批准。附件二“香港特别行政区立法会的产生办法和表决程序”第 3 条规定:二〇〇七年以后香港特别行政区立法会的产生办法和法案、议案的表决程序,如需对本附件的规定进行修改,须经立法会全体议员三分之二多数通过,行政长官同意,并报全国人民代表大会常务委员会备案。上述两个附件所规定的附件修改机制,实际上确立了与正文不同的修改程序。按照《香港特别行政区基本法》第 159 条的规定,基本法的修改权属于全国人民代表大会。而附件一所确定的附件一自身的修改权属于“全国人大常委会”,附件二则将自身的修改权赋予了香港特别行政区立法会与行政长官,全国人大常委会只是“备案”。上述规定实际上在法理上将基本法的主文与附件作为不同性质的法律文件来对待。对基本法附件的修改不属于对基本法的修改,因此,就无需通过全国人大来行使基本法修改权的方式来修改附件一和附件二。这在立法理论上是一种创举,一方面为保证基本法自身的连续性和稳定性提供了一种制度缓冲机制,另一方面也为基本法所确立的特别行政区制度的变更提供了多种法律渠道,避免因全国人大行使基本法修改权而产生不当的政治影响。

不过,正如王禹先生在“澳门基本法附件一和附件二修改的法律技术问题”一文中所分析的那样:香港基本法附件一和附件二的修改就采用了修正案的形式。2010 年 8 月 28 日,全国人大常委会

依照法定程序,对香港基本法附件一修正案<sup>③</sup>和附件二修正案<sup>④</sup>分别予以批准和予以备案。澳门基本法与香港基本法具有同样的性质和地位,其附件一和附件二的修改技术形式应与香港基本法保持一致,即应采用修正案的形式。因此,澳门特别行政区政府向立法会提交的两个产生办法的修改方案,必须按照修正案的内容进行设计,该修正案草案经立法会全体议员三分之二多数通过、行政长官同意后,分别报全国人大常委会批准或备案。在上述程序完成后,该修改方案即成为附件一和附件二修正案,成为附件一和附件二的组成部分。原来澳门基本法附件一里有关行政长官产生办法与附件一修正案内容不一致的,则以附件一修正案内容为准,原来澳门基本法附件二里有关立法会产生办法与附件二修正案内容不一致的,则以附件二修正案为准。按照全国人大常委会在2011年12月31日的解释,“上述两个附件中规定的行政长官产生办法、立法会产生办法如果不作修改,行政长官的产生办法仍适用附件一关于行政长官产生办法的规定,立法会的产生办法仍适用附件二关于立法会产生办法的规定。”这里的附件应当理解为还包含附件修正案,附件一还包括附件一修正案,附件二还包括附件二修正案。遵循这一法律逻辑,一个可行的办法是在附件的修正案里再增加一条:2017年及以后立法会产生办法和2019年及以后行政长官产生办法,如果未依照法定程序作出进一步修改,继续适用有关修正案的规定。王禹就此指出:由于澳门特区政制发展咨询文件第15段提出了一个重要的法律问题,即在2013年和2014年以后,立法会和行政长官两个产生办法如果未作出修改,应当适用什么规定没有明确。所以按照澳门基本法和全国人大常委会的有关解释及决定,理应适用2013年和2014年的两个产生办法。为了防止可能产生的理解歧义,有必要在澳门基本法附件一和附件二修正案中对此加以明确<sup>[6]</sup>。

王禹先生在上文所指出的港澳基本法附件修改可能出现的逻辑问题是不容轻视的,实际上涉及到基本法主文与基本法附件之间的法律关系。从法理上来看,既然是基本法附件,应当属于基本法不可分割的一部分,因为两者是基于同一程序产生的,如果修改程序可以不一样,势必会在基本法与基本法附件的法律效力之间做出区分。而基本法附件修改程序的相对简单和易行又会引发基本法修改的“正当性”问题。从目前全国人大常委会对香港基本法附

件一和附件二进行修改的法理依据来看,留给基本法修改思考的问题就是基本法修改是否具有可以遵循的长效机制,基本法附件的修正案本身是否还会继续被修改的问题,等等。这些问题不可等闲视之,因为它会涉及到基本法自身的权威性。虽然全国人大常委会修改基本法附件以及对基本法附件有权备案从立法技术上相对于基本法由全国人大修改要更容易一些,但法理上的问题就是全国人大常委会是否可以解释基本法附件。如果这种解释是可以进行的,那么,是否在实践中形成了基本法解释权与修改权的合一。如果基本法附件全国人大常委会无权进行解释,那么,依据基本法自身的规定应当由谁来解释基本法附件,等等。这些问题都是基本法在制定过程中没有充分考量的,而目前必须从法理上来面对,在实践中可能会影响基本法自身的发展进程。

从法理上来看,将全国人大常委会修改基本法附件理解为基本法向全国人大常委会特别授权是可以解决当下所遇到的基本法修改相关的“正当性”问题,但是这种授权状况的持续又需要基本法的制定者全国人大作出特别的决定,否则就会出现全国人大常委会修改基本法附件法理依据不足的问题,至于特别行政区立法会和行政长官修改基本法附件更需要全国人大的特别授权,否则,看似非常简便易行的基本法附件修改制度,会在修改权与解释权界限不清的情形下出现无法有效克服的法理悖论。如果这种法理悖论因为基本法修改的实践变成一种非常显性的政治问题,那么,就会严重地影响基本法修改制度的运行。

基本法修改是已经发生的事实,还是在未来才可能出现的事件,这个问题已经非常突出地摆在任何一个关注基本法修改的学者面前,为此,必须以巨大的理论勇气来提出有效的解决方案。

注释:

① 宁立成在《论港澳两部基本法的修改》一文中指出:法律应当稳定,但是随着社会的发展其修改是不可避免的,世界上罕有永远不变之法。1990年4月和1993年3月全国人大分别通过了《香港基本法》和《澳门基本法》,两部基本法的通过为香港和澳门的顺利回归铺平了道路,也对回归后香港澳门的政治经济体制以及中央和特别行政区的关系进行了较明确的规范,同时也明确规定了各自的修改规则。无论在理论上还是实务上,基本法修改都是一个非常重要而敏感的问题,基本法修改

是否有限制、修改的时机、修改的程序等等都需要我们深入思考和分析。参见《“一国两制”研究》第 8 期。

- ② 事实上,《香港特别行政区基本法》的附件一和附件二已经由全国人大常委会于 2007 年 12 月 29 日作出《关于香港特别行政区 2012 年行政长官和立法会产生咨询文件及有关普选问题的决定》加以补充。从其意义上看,基本法修改问题已经发生。所谓基本法的修改既包括对现有条文的变更,也包括对现有文本的合理补充。但从法理上考虑,全国人大常委会并没有修改基本法的权力,故全国人大常委会作出的《关于香港特别行政区 2012 年行政长官和立法会产生咨询文件及有关普选问题的决定》无法确认就是基本法的修改,而推定为全国人大常委会行使基本法解释权也存在基本法解释的有效法律形式以及基本法解释与基本法修改的关系问题。
- ③ 香港基本法附件一修正案的标题全称为《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》,其内容如下:一、二〇一二年选举第四任行政长官人选的选举委员会共 1200 人,由下列各界人士组成:工商、金融界 300 人;专业界 300 人;劳工、社会服务、宗教等界 300 人;立法会议员、区议会议员的代表、乡议局的代表、香港特别行政区全国人大代表、香港特别行政区全国政协委员的代表 300 人;选举委员会每届任期五年。二、不少于一百五十名的选举委员可联合提名行政长官候选人。每名委员只可提出一名候选人。

- ④ 香港基本法附件二修正案的标题全称为《中华人民共和国香港特别行政区基本法附件二香港特别行政区立法会的产生办法和表决程序修正案》,其内容如下:二〇一二年第五届立法会共 70 名议员,其组成如下:功能团体选举的议员 35 人;分区直接选举的议员 35 人

#### 参考文献:

- [1] 联合早报[N]. 2012-0201.  
 [2] “乔晓阳就‘双非’问题表态:不能修改基本法”[EB/OL]. 星岛环球网, [http://la.stgloboallink.com:82/hk/201203/t20120307\\_1712998.html](http://la.stgloboallink.com:82/hk/201203/t20120307_1712998.html) 2012-05-09.  
 [3] 王光亚会见新民党访京团,称不宜随便修改基本法[EB/OL]. 中国经济新闻网, 2011-08-11. <http://www.cet.com.cn/dfpd/gatw/288556.shtml> 2012-05-09.  
 [4] 港反对派拟修改基本法硬推普选[EB/OL]. 中评社香港 2007 年 2 月 8 日电,参见 <http://www.chinainviewnews.com>.  
 [5] “港评:修改基本法解决‘双非’是本末倒置”[N]. 联合早报 2012-02-01.  
 [6] 澳门日报[N]. 2012-04-25.

责任编辑:施业家

(E-mail: shiyejia678@sina.com)

## Allowance , Directions and Justifying Mechanism of Modifying the Basic Law

MO Ji-hong

( Institute of Law , Chinese Academy of Social Sciences , Beijing , China)

**Abstract:** Modifying the basic law is with three different layers of “allowance” in significance “the interpreting method by using the basic law only”, “the allowance to modify the basic law in system and procedure is without time limitation”, and “the opportunity of modifying the basic law”. Modifying the basic law is with its own lawfulness from the angles of law and practice of the basic law. Modifying the basic law is with restrictive characteristics , which must be “legally restricted” by the basic policies having been made by the People’s Republic of China for Hong Kong and Macao special administrative regions. At the same time we must notice the relevant important problems concerning “the tentative direction”. The irrelevance in procedures of modifying the basic law and its modification may cause logical contradiction between the interpretation and modifying the basic law , which can be solved by the special right specially authorized by the National Congress to the Standing Committee of the National Congress and to the Legislative Committee and the Chief Executive of the special administrative regions , otherwise the insurmountable paradox will occur in the practice of modifying the basic law.

**Key words:** the basic law; constitutions; modification; interpretation; justification