物，因此必須在「一國兩制」這個框架內討論。達奇博士首先對「一國兩制」的實質內涵、法律化歷程及其與基本法解釋的內在關係進行了深入闡釋，在他看來，基本法解釋權屬於全國人大常委會是「一國」的本質要求，而全國人大常委會授權香港特區法院在審理案件時解釋基本法，則體現了「兩制」的基本特色。在這一基本框架內討論問題，既符合「一國兩制」的基本精神，也能照顧到香港本土法治實踐方式。

本書堅持理論與實踐相結合，既不是一本晦澀難懂的純理論性研究，也不是只關注實踐數據而缺少理論基礎的「報告式」研究。達奇博士對內地和香港的法律解釋理論和制度進行了系統梳理，對兩地之間在法律條文解釋問題上的差別進行細緻分析。在他看來，一方面，香港基本法是中國法律體系的一部分，自然應該按照《憲法》《立法法》〈關於加強法律解釋工作的決議〉等中央立法所構建的法律解釋體制來解釋，另一方面，香港地區一直奉行的是普通法法系的司法解釋理念，即法律解釋是由法官在審判活動中針對法律條文所做出的司法解釋，這種理念上的衝突是導致基本法解釋權成為一個問題的關鍵所在。香港基本法解釋權的配置必須既要堅持「一國兩制」的精神，體現中央對地方的主權原則，也要堅持「港人治港」「高度自治」的原則，維持香港原有的司法制度體系，香港基本法第 158 條正是體現了這一原則。

本書的另一個鮮明特點是精心挑選了五個典型事例，生動地展現了香港基本法解釋實踐的「軌跡」和過程。在馬維騏案中，香港特區法院第一次行使基本法解釋權，此案基本闡明了基本法的解釋原則和方法；吳嘉玲案和莊豐源案體現了全國人大常委與香港特區法院在居留權條款解釋上的衝突。在吳嘉玲案中，人大釋法，確定了特區法院釋法與人大釋法相對接的原則、路徑、程序、方法以及效力；莊豐源案則體現香港特區終審法院釋法，並未引發人大釋法；剛果民主共和國主權豁免案是香港法院首次主動提請全國人大常委會進行釋法的典型案例；香港特區的政制改革涉及到中央和特區的關係，因而引發全國人大常委會對基本法相關條款的解釋，此次釋法為香港政制改革奠定了法律基礎。

最後，也相當值得學界關注的是，本書不僅對香港基本法解釋權問題進行了理論闡釋和實踐分析，還通過這些闡釋和分析對基本法解釋實踐提出了完善建議。達奇博士認為，雖然在基本法解釋實踐中存在一些共識，但法律解釋理念、法律解釋制度、法律解釋方法上的差異依然產生諸多誤解。在這種背景之下，基本法解釋機制依然需進一步完善：第一，完善基本法解釋制度規範；第二，統一基本法解釋規則；第三，協調基本法解釋方法；第四，借鑒歐盟「初裁制度」經驗；第五，營造良好的人文環境氛圍。必須承認，作為一位年輕學者，在如此敏感的問題上，達奇博士敢於分析現有制度之不足，審慎開出「五合一」的「藥方」，頗有些「初生牛犢」的理論勇氣，但考慮到這些建議是基於謹慎研究和客觀分析給出的，這份勇氣背後自然有了許多底氣。

總而言之，本書既有宏觀的理論分析，又有微觀的事例展示；既有客觀的研究數據，又有審慎的對策建議；既是嚴肅細緻的科學研究，又充滿了愛國主義精神和人文主義關懷。「胸中有丘壑，眼裏存星河」，達奇博士向學界交出的這份階段性「彙報」總體上是令人滿意的，出版之後定會引發學界的熱烈關注和討論。

是為序。

付瑋堂

2021 年 11 月 13 日

一、研究基礎

自香港基本法實施以來，兩地解釋機制存在的較大差異，引發了兩地學者對基本法解釋權限機制問題的探討和研究。相關研究資料和成果顯示，學界研究的主要領域集中在以下幾個方面：一是關於香港基本法的定位問題，二是法律解釋理論問題研究，三是基本法解釋權配置及相互關係。總的來說，學界對兩地法制衝突及兩地法律解釋理論和制度的研究比較系統、深入。

（一）關於香港基本法定位問題的研究

清晰定位香港基本法是研究基本法解釋權的前提和基礎。學術界目前主要是立足於法律部門體系和法律淵源角度對基本法進行定位。主要的研究成果如下：

第一，香港基本法名為「基本法」，但在本質上是否是「憲法」或是「小憲法」。學者王禹在《「一國兩制」憲法精神研究》一書中提出：的確有一些國家會用「基本法」來代指「憲法」，但在我國的法律體系中，憲法是用「根本法」來指稱，而並非「基本法」。[1] 複雜單一制是我國國家結構形式的主要特徵，將基本法稱為「小憲法」，容易將我國的國家結構誤認為是類似於烏克蘭及希臘等國家的複合單一制，從而導致錯誤判斷我國的國家結構形式。相比之下，香港特區卻是把基本法看做是香港的「小憲法」。香港法院在其判決中明確指出，香港基本法不單是國際條約下的成果，也是中國全國性法律和香港特區的憲法。[2]

第二，香港基本法在法律部門體系中是否屬於憲法性法律或是憲法法律部門。關於此問題，香港學者和內地學者持不同觀點：部分學者認為香港基本法是全國人大根據《中華人民共和國憲法》制定的「基本法律」之一，[3] 憲法與香港基本法之間是母法與子法的關係，但香港基本法作為我國的基本法律，在地位、解釋和修改權限及程序等方面具有獨特性；有些學者則認為香港基本法是香港特區的憲法性法律，白晟教授認為香港基本法確實具備憲法性法律的典型特徵，而且根據憲法、憲法典、憲法性法律之間的關係理論可知，憲法部門和刑法部門、民法部門等一樣，屬於法律部門分類的一種，只是由於其是制定其他所有規範性法律文件的最高準則及依據，因而具有特殊地位，根據此，香港基本法應當屬於憲法性法律或是憲法法律部門。[4]

第三，香港基本法在我國法律淵源體系中是否屬於「基本法律」。關於這一點，大部分學者認為是屬於「基本法律」。從法理上來說，我國正式意義上的法律淵源分為八大類：憲法、基本法律、法律、行政法規和軍事法規、地方性法規、自治條例和單行條例、特別行政區法律、國際條約。[5] 其中，「基本法律」淵源類別指的是由全國人大制定和修改的在某一方面具有根本性和全面性的法律關係，包括關於刑事、民事和國家機構等的基本法律。有學者提出，應當把基本法的性質定位於憲法的特別法，[6] 他從基本法的內容、功能和修改權屬等方面論證基本法不是憲法的下位法，並認為把基本法看作是憲法的特別法是因為基本法符合法理學上判斷特別法的兩項標準：一是針對特定事項和特定空間而產生特定法律效力，二是基本法的內容存在特殊性。

1 參見王禹：《「一國兩制」憲法精神研究》，廣州：廣東人民出版社 2008 年版，第 75-77 頁。

2 參見香港高等法院上訴法庭在香港特區政府訴馬維騮一案的判詞。

3 參見陳弘毅：《法理學的世界》，北京：中國政法大學出版社 2003 年版，第 344 頁。

4 白晟：〈《香港基本法》解釋的若干問題辨析〉，《國家檢察官學院學報》2010 年第 6 期。

5 在這裏把基本法律和法律分開歸類，主要是考慮到二者之間的差异是：後者是由全國人大常委會制定和修改的，是在「淵源類別」意義上的分類，而非「法律部門」意義上的分類。

6 李琦：〈特別行政區基本法之性質：憲法的特別法〉，《廈門大學學報》2002 年第 5 期。

二、關於獲得香港居留權條款的理解

表 2-1：關於獲得香港居留權的相關規定

	第二十四條第二款	第二十二條第四款
《香港基本法》	香港特別行政區居民，簡稱香港居民，包括永久居民和非永久性居民。香港特別行政區永久性居民為： （一）在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民； （二）在香港特別行政區成立以前或以後在香港通常居住連續七年以上的中國公民； （三）第（一）、（二）兩項所列居民在香港以外所生的中國籍子女；	中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續，其中進入香港特別行政區定居的人數由中央人民政府主管部門徵求香港特別行政區政府的意見後確定。
《入境條例》（第 2 號、第 3 號修訂）	香港特區永久性居民在香港以外地區所生的中國籍子女，若要獲得香港居留權，則父母其中一方必須是中國公民， 並在上述子女出生時已擁有香港居留權。在以下的情況下，視為有父母與子女的關係存在： （a）任何女子與其婚生或非婚生子女之間的關係，為母親與子女的關係； （b）任何男子與其婚生子女之間的關係，為父親與子女的關係；如子女屬非婚生子女，只有當該子女其後因父母結婚而獲確立婚生地位，該男子與該子女之間才存在有父親與子女的關係； （c）只有父親或母親與其在香港根據法院命令領養的子女之間的關係，方為父親或母親與領養子女的關係。	對於享有居留權的人士，必須向內地公安機關申請、獲得「單程證」並同時附上香港特別行政區入境處頒發的「居留權證明書」（certificate of entitlement），才獲確認享有居留權。 符合居留權法定條件，但未獲發「單程證」或非法進入香港的人，視為未獲法律認可，將面臨被遣返內地。

	第二十四條第二款	第二十二條第四款
香港特區終審法院	第二十四條第二款（一）、（二）兩項所列居民在香港以外所生的中國籍子女應包括其所生的所有子女。 凡具有香港永久性居民身分的父親，他們在香港以外地方所生的非婚生子女，不論那些子女的母親的身分如何，都可根據《香港基本法》第二十四條享有居留權。	第二十二條第四款「中國其他地區的人」包括進入香港特別行政區定居的人，但不包括《香港基本法》已賦予其在香港特別行政區擁有居留權的特區永久性居民。這些人向香港當局證明其身份，取得香港入境處發出的「居留權證明書」便能行使其居留權。《入境條例》把「居留權證明書」和「單程證」掛鈎違反基本法。
人大釋法	「中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續」的規定，是指各省、自治區、直轄市的人，包括香港永久性居民在內地所生的中國籍子女，不論以何種事由要求進入香港特別行政區，均須依照國家有關法律、行政法規的規定，向其所在地區的有關機關申請辦理批准手續，並須持有有關機關製發的有效證件方能進入香港特別行政區。各省、自治區、直轄市的人，包括香港永久性居民在內地所生的中國籍子女，進入香港特別行政區，如未按國家有關法律、行政法規的規定辦理相應的批准手續，是不合法的。	第（三）項關於「第（一）、（二）兩項所列居民在香港以外所生的中國籍子女」的規定，是指無論本人是在香港特別行政區成立以前或以後出生，在其出生時，其父母雙方或一方須是符合《中華人民共和國香港特別行政區基本法》 第二十四條第二款第（一）項或第（二）項規定條件。本解釋所闡明的立法原意以及《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十四條第二款其他各項的立法原意，已體現在 1996 年 8 月 10 日全國人民代表大會香港特別行政區籌備委員會第四次全體會議通過的《關於實施《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十四條第二款的意見》中。

JPC HK

（二）立法解釋權的制度與理論來源之二：中國憲法

憲法發展軌跡的巨大差異導致了中西兩地憲法學語境的決然不同。[8] 一般情況下，英美法系的國家的立法機關沒有解釋憲法和法律的職能，但全國人大常委會解釋憲法和法律則具有充分的法理和憲法基礎，這點跟大陸法系國家具有很多類似之處。全國人民代表大會制度是我國的根本政治制度，而「人民主權原則」和「民主集中制」則是這一制度的政治哲學，這種制度與盧梭的主權在民思想、列寧的國家理論有著精神上的一脈傳承關係。在人民代表大會制度之下，國家權力的源泉只有一個，也即是說國家所有權力都來自於人民，國家權力有分工但無分權。在這種權力分工之下，全國人大及其常委會享有立法權，不僅包括制定憲法、基本法律，還包括修改憲法、解釋憲法、解釋法律。無論是制憲權、修憲權還是釋憲權以及釋法權，它們都是一脈相承的關係。細究之下，中國現行的立法解釋體制又有三個特別之處：一是有權解釋法律的機關不一定有權制定該法律，如全國人大常委會有權解釋全國人大制定的基本法律，卻無權制定這些基本法律，且對這些法律作出解釋時，不得違背該法律的基本原則；二是有權制定法律的機關也有權解釋法律，如全國人大常委會可以制定除應當由全國人大制定的法律以外的其他法律，並有權對這些法律作出解釋；三是有權制定法律的機關不一定會親自解釋法律，如全國人大，從其性質和地位來看，有解釋法律的權威；可出於內部分工及會期設置考慮，憲法並沒有賦予其解釋法律的權力，因此，從現實需要來看，由全國人大常委會解釋法律是可取而又可行的選擇。

根據憲法第 67 條、立法法第 42 條規定，全國人大常委會享有解釋法律的權力，也正是這兩個法律條文確定了全國人大常委會的立法解釋權。這裏的「法律」有著確定的含義，即立法法第 7 條規定的全國人大制定修改的刑事、民事、國家機構和其他基本法律以及全國人大常委會制定修改的其他法律，而立法法第 8 條相繼規定了十大事項只能制定法律來加以規定，其中第三大事項是「民族區域自治制度、特別行政區制度、基層群眾自治制度」。顯然，香港基本法作為規定香港特別行政區制度的法律，理應涵蓋其中，因此，全國人大常委會對其擁有解釋的權力。這些年，全國人大常委會對香港基本法共展開了五次釋法活動。

8　田飛龍：〈中國憲法學脈絡中的政治憲法學〉，《學海》2013 年第 2 期。

表 3-1：五次人大釋法情況實踐概括表

次數	解釋時間	解釋主體	解釋條文	爭議主題	提請主體	爭議案件
第一次釋法	1999 年 6 月 26 日	九屆全國人大常委會十次會議	22（4） 23（2）[3]	中國其他地區居民入港批准與永久性居民資格	國務院	吳嘉玲案
第二次釋法	2004 年 4 月 6 日	十屆全國人大常委會八次會議	附件一，7 附件二，3	行政長官的產生辦法、立法會的產生辦法和法案、議案的表決程序的修改	委員長會議	無
第三次釋法	2005 年 4 月 27 日	十屆全國人大常委會第十五次會議	53（2）	補選行政長官的任期	國務院	無
第四次釋法	2011 年 8 月 26 日	十一屆全國人大常委會第二十二次會議	13（1） 19	國家豁免問題是否屬於國家行為	香港特區終審法院	剛果（金）案
第五次釋法	2014 年 8 月 31 日	十二屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議	104	香港特別行政區行政長官普選問題和 2016 年立法會產生辦法的決定	委員長會議	無

10. 全國人大常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》附件三所列全國性法律增減的決定（1997 年 7 月 1 日第八屆全國人大常務委員會第二十六次會議通過）。

11. 全國人大常務委員會關於增加《中華人民共和國香港特別行政區基本法》附件三所列全國性法律的決定（1998 年 11 月 4 日通過）。

12. 全國人大常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十二條第四款和第二十四條第二款第（三）項的解釋（1999 年 6 月 26 日第九屆全國人大常務委員會第十次會議通過）。

13. 全國人大常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》附件一第七條和附件二第三條的解釋（2004 年 4 月 6 日第十屆全國人大常務委員會第八次會議通過）。

14. 全國人大常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第五十三條第二款的解釋（2005 年 4 月 27 日第十屆全國人大常務委員會第十五次會議通過）。

15. 全國人大常委會關於增加《中華人民共和國香港特別行政區基本法》附件三所列全國性法律的決定（2005 年 10 月 27 日通過）。

16. 全國人大常務委員會關於批准《中華人民共和國香港特別行政區基本法附件一香港特別行政區行政長官的產生辦法修正案》的決定（2010 年 8 月 28 日第十一屆全國人大常務委員會第十六次會議通過）。

17. 中華人民共和國香港特別行政區基本法附件一香港特別行政區行政長官的產生辦法修正案（2010 年 8 月 28 日第十一屆全國人大常務委員會第十六次會議批准）。

18. 全國人大常務委員會公告（2010 年 8 月 28 日 [十一屆] 第十五號）。

19. 中華人民共和國香港特別行政區基本法附件二香港特別行政區立法會的產生辦法和表決程序修正案（2010 年 8 月 28 日第十一屆全國人大常務委員會第十六次會議予以備案）。

20. 全國人大常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第十三條第一款和第十九條的解釋（2011 年 8 月 26 日第十一屆全國人大常務委員會第二十二次會議通過）。

21. 全國人大常務委員會關於香港特別行政區行政長官普選問題和 2016 年立法會產生辦法的決定（2014 年 8 月 31 日第十二屆全國人大常務委員會第十次會議通過）。

22. 全國人大常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第一百零四條的解釋（2016 年 11 月 7 日第十二屆全國人大常務委員會第二十四次會議通過）。

後　記

自香港回歸祖國以來，「一國兩制」方針和基本法的貫徹實施情況在總體上是好的。但也應理性地看到，香港基本法實施的整個過程並非一帆風順，而是充滿挑戰，出現不少重大理論和實踐問題亟待研究解決，香港基本法解釋權問題就是其中之一。香港基本法的解釋問題主要涉及中央與特別行政區之間的關係，即在「一國兩制」的前提下，一方面保持國家對地方行政區域的主權，另一方面，要使原來不同的法律制度能夠和諧運作。從本質上說是一個涉及體制創新，非常敏感且複雜的憲制問題，需要真正有機構建「一國」和「兩制」的制度法理學，以此作為對現實香港政治和法律問題的回應與引領。

正如強世功教授指出：「圍繞基本法解釋產生的分歧、對話、協商與鬥爭，是香港回歸以來最為突出的政治議題，也是最重要的法律問題之一。」在此方面的研究海內外學界都給予了足夠的關注和重視，並形成了許多有見地、有價值的論著。檢視迄今為止的學術成果，仍存在一些不足，具體而言包括；第一，大部分論著以文本分析、規範分析及制度分析為主，實證分析與系統分析不夠，不足以回應現實實際的需求，甚至還有些研究還落後於實踐需要，有「自說自話」之嫌；第二，內地學者往往從「一國兩制」的高度和憲法、國家體制的角度來研究基本法解釋問題，缺乏直面敏感問題的膽識，對策性和應用性研究不足。海外學人的研究成果敢於觸及敏感問題，但從「一國」的憲政基礎來展開不足，其固有的法學知識譜系和生活經驗往往會對全國人大常委會釋法充滿疑慮，存在誤解，未能真正剖析出