序

我一直認為，在香港做公法研究，特別是比較憲法研究，是非常幸運的。之所以這麼說，是因為香港的憲制性文件——《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（以下簡稱基本法），是一座值得研究的富礦。一方面，基於直通車的理念，基本法保留了香港在回歸祖國之前一直實施的普通法制度。另一方面，因應恢復行使主權的必然要求，基本法是把作為中華人民共和國特別行政區的香港和祖國聯繫在一起的關鍵法律紐帶。基本法這一由全國人民代表大會所制定的基本法律把其最終解釋權賦予了全國人民代表大會常務委員會（以下簡稱全國人大常委會）。但同時，考慮到香港原有普通法制度的傳統，也賦予了香港法院解釋基本法的權力。因此，香港的普通法制度和中國內地所實施的具有中國特色的社會主義法律制度之間的區別時不時體現在對基本法相同條款的不同解釋上。

香港終審法院在其所審理的香港特別行政區憲制第一案——吳嘉玲案中對基本法的解釋以及其所提出的基本法的解釋理論和方法就備受爭議。本書的第一章“香港終審法院在訴訟中發展基本法的解釋理論和方法”研究了香港終審法院如何在訴訟中發展和完善了對基本法解釋的理論和方法。值得欽佩的是，終審法院在短短的三年時間內，通過其所審理的三個居港權案件的判詞，就確定了其解釋基本法的理論和方法，從而理順了終審法院和全國人大常委會在基本法解釋方面的關係，並確保今後不會就基本法解釋和全國人大常委會產生任何衝突。

全國人大常委會在 1999 年對基本法作出的第一次解釋中首次明確

了其是依據基本法的立法原意作出解釋的，即“立法原意說”。本書第二章“基本法解釋的立法原意說研究”對“立法原意說”進行了深入的研究。該章不僅比較了“立法原意說”和香港終審法院所採用的“立法目的說”，還對“立法原意說”在幾個不同的國家的憲法解釋中的適用進行了比較研究，以及“立法原意說”在基本法第 53 條解釋中的具體運用作出剖析。在此基礎上，該章提出並論述了深受中國內地憲制架構和文化所影響的具有中國特色的“立法原意說”這一觀點。

本書第三章“同一釋法兩種反應的法理剖析”以全國人大常委會於 2016 年對基本法第 104 條作出的解釋（第五次釋法）為例，來對同一釋法在香港存在兩種截然不同的反應作出法理剖析。該章指出，除了理性的法律人對相同的詞彙（例如宣誓）的不同解釋之外，還存在更深層次的原因，包括是否願意接受基本法所建立的新憲制秩序（特別是全國人大常委會享有基本法的解釋權）以及內地和香港對“司法獨立”這一概念的內涵存在的不同理解。然後，該章還對第五次釋法可能產生的效果以及在後釋法時期香港該如何應對“港獨”這一導致第五次釋法的根源問題作出了分析。

本書第四章“《立法法》對全國人大常委會以及香港法院解釋基本法影響的法理思考”討論了沒有列入基本法附件三的全國性法律之一——《立法法》對基本法解釋的影響。不知什麼原因，香港終審法院在 2017 年的梁頌恆和游蕙禎一案的上訴許可申請裁決中仍然沒有討論《立法法》就立法解釋的規定對全國人大常委會解釋基本法的影響。由於全國人大常委會在解釋全國性法律——包括基本法時，必須根據《立法法》的規定來作出解釋，因此，《立法法》直接影響全國人大常委會的立法解釋權的權限範圍。該章提出了在研究基本法時，我們不僅需要在基本法的框架之下研究基本法，還需要在中國內地的憲制體制下，考慮和研究基本法框架之外的其他內地法律（例如《立法法》）對基本法的適用和解釋可能產生的影響。這涉及到內地和香港兩種法律制度之間

的相互影響這一議題。

本書第五章“中國內地有關國家行為的規則或政策在香港司法實踐中的應用”討論剛果（金）案所引發的一個新的法律問題，即香港法院在其司法實踐中可否直接適用中國有關國家行為的規則或者政策來判案。這是涉及內地和香港兩種法律制度之間關係的另一個具體問題。本章討論了香港法院是否有憲制依據適用中國內地有關國家行為的規則或者政策來判案，把內地有關規則或者政策納入基本法附件三的可行性，在全國人大常委會就基本法第 13 和 19 條作出解釋後中國該如何處理適用於香港的國家主權豁免原則方面的選項，以及《中華人民共和國外國國家豁免法》的出台對香港的影響。

本書第六章“基本法第 24 條與香港永久性居民之法理定位”是對基本法第 24 條頻繁導致訴訟這一現象的法理層面的研究，即永久居民是否應該作為基本權利在基本法第三章中作出具體規定。通過對居港權判例、國際法對國籍權的規定，以及比較憲法層面的研究，該章提出了在基本法中對居留權主體作出具體規定是一種憲制層面的錯位——把不應該在憲制層面規定的內容提升到了憲制層面。而解決這一問題的根本方案在於把對居留權主體的規定從憲制層面回歸至本地立法層面（條例層面）。而這也是將來基本法修改完善時可以考慮的內容之一。（這是王書成博士——我當時的博士後和我的共同研究成果。）

在基本權利保護方面，香港和內地的不同之一是《公民權利與政治權利公約》已經在香港通過本地立法適用，而在內地還沒有得到批准。本書第七章“《公民權利和政治權利國際公約》與香港行政長官選舉”在國際法和國內法的規範層面詳細討論了英國對《公民權利與政治權利公約》在香港適用的保留條款是否影響該公約第 25 條第 2 款在香港的適用，以及《公民權利與政治權利公約》所確定的國際標準與基本法所確定的本地標準之間的關係。本章在規範層面對這兩個問題作出了清晰的論述，釐清了《公民權利與政治權利公約》、基本法，以及落實公約

的本地立法《人權法案條例》三者之間的關係，指出公約第 25 條第 2 款所保障的權利在香港並不是完全不適用也不是完全適用，而是應該根據基本法所確定的循序漸進的原則逐步加以適用。

除了少數基本權利之外，大多數權利並非絕對權利，而是有限制的。本書第八章“‘港獨’主張不合憲之比較法與法理研究”從比較憲法層面和法理層面對“港獨”主張作出詳盡的分析和討論。在比較憲法層面，雖然極少數國家把分裂權寫入了其憲法，但是或者沒有在實踐中得到適用，或者其適用只限於這些國家的海外屬地。在沒有把分裂權寫入成文憲法，或者沒有成文憲法的國家，其最高法院 / 憲法法院或者立法機構都認為主權國家的一個地區單方面主張分裂 / 獨立是違憲的。在中國憲法和基本法之下，香港法院完全可以參照適用外國的一些判例就“港獨”主張作出“違憲”判決。本章進一步從法理層面論述不同的法學理論，特別是關於分裂權的理論是否可以支撐“港獨”訴求。在對所有相關理論進行分析之後，筆者得出的結論是，唯一有可能支撐“港獨”訴求的選擇理論在世界上並沒有得到大多數學者和國家的認可。

本書第九章“‘一國兩制’下香港‘外籍法官’角色演變的理論分析”對基本法所允許在香港回歸後保留的“外籍法官”的角色從歷史和法理兩個層面作出分析。在歷史上，“外籍法官”對香港法治社會的建立作出了積極的貢獻。在香港回歸祖國 28 年後的今天，本地法官隊伍以及所有法律人才已經成長起來了，“外籍法官”所能發揮的實質作用已經完全可以由本地法官所取代。但是他們，特別是終審法院的非常任法官，對香港法治的象徵意義，在可預見的未來仍然非常重要。因此，“外籍法官”制度的存廢已經不再完全是一個法律上的問題，而是一個國家層面的政治判斷和決策問題了。

本書第十章“論‘一國兩制’下內地與香港高鐵實施‘一地兩檢’之合憲性”討論在香港的西九龍高鐵站實施“一地兩檢”這一便利內地與香港之間互聯互通的制度是否被基本法所確立的法律框架所允

許。本章詳細分析了支持和反對“一地兩檢”的法律依據，和借鑒深圳灣口岸以及外國所實施的“一地兩檢”經驗的可行性。在此基礎之上，本章論述了部分港人反對在西九龍實施“一地兩檢”的深層次原因，並提出了解決這些深層次原因的一些建議。雖然“一地兩檢”問題通過全國人大決定和批准的方式解決了，但是在未來，從制度完善的角度來看，將來在修改基本法時，是可以考慮對基本法第 18 條作出適當的修改。

本書最後一章“2047 年後的香港：‘一國兩制’還是‘一國一制’？”從法律和政策實施層面討論香港“一國兩制”在香港回歸祖國 28 年中的落實情況以及在 2047 年後落實“一國兩制”還是“一國一制”的理據和可行性。通過對香港三個憲制機構落實“一國兩制”的實踐分析，本章得出的結論是，雖然行政和司法這兩個機構對“一國兩制”的內涵以及“一國”與“兩制”之間的關係有時有不同的認識，但是他們都有意願並且一直在認真落實“一國兩制”原則。立法會這一在落實“一國兩制”方面曾經短時間出現過重大偏差的機構已經通過選舉制度的改革確保了愛國愛港人士完全掌握立法會的話語權而得到了根本性的改變。而在 2047 年後實施“一國一制”雖然在制度層面有可能，但是現實難度非常巨大，而且也沒有任何現實必要性。無論是習近平主席對在香港長期實施“一國兩制”的政治承諾，還是政治學中的路徑依賴原則，還是香港“一國兩制”落實的現狀，都指向在 2047 年後“一國兩制”將在香港長期實施下去。

本書所有章節都是從規範層面、比較法層面、或者 / 以及法學理論層面對基本法實施中涉及的一些熱點和難點問題作出的學術研究成果。其中有些章節曾經在雜誌或者論文集中發表過，也有一些章節從來沒有用中文發表過。在過去的一年多時間內，筆者對所有章節都進行了全面修改，一方面是增加有關章節議題的最新法律發展內容的討論，另一方面也對有些原來發表過的論文的結構作出了很大的調整。

筆者特別要感謝胡寶星香港基本法研究基金對香港城市大學，特別是本人涉及基本法研究的幾個研究項目的資助，以及彭一庭先生對本人涉及基本法研究數個課題的研究資助。他們的資助使得本書中的一些章節，以及本書能夠順利完成。筆者也要感謝曾經幫我做過研究助理的費夢恬博士，她為本書的個別章節的資料收集和初稿的草擬作出了許多貢獻。

筆者還要感謝三聯書店（香港）有限公司前總編輯周建華博士和責任編輯蘇健偉先生對該書出版的支持。

基本法解釋篇

◇◇◇◇◇◇

JPC
HK

第一章

香港終審法院在訴訟中發展基本法的解釋理論和方法

一、引言

中華人民共和國於 1997 年 7 月 1 日對香港恢復行使主權，香港自此成為中國的一個特別行政區。全國人民代表大會為香港特別行政區所制定的憲制性文件，即《香港特別行政區基本法》，也於同日取代了香港殖民時期的憲制性文件[1]，成為香港特別行政區的最高法律。而涉及基本法解釋的首個案件，於 1997 年 7 月 3 日，即政權交接後法院開工的第一天，提交至香港高等法院上訴法庭[2]。此後，香港各級法院處理了許多涉及基本法解釋的案件。

1 參見 1984 年《大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府和中華人民共和國政府關於香港前途的協議草案》注釋第 29 頁："由中華人民共和國全國人民代表大會制定的基本法，將成為香港特別行政區的憲制文件。一直以來作為香港憲制文件的英皇制誥和皇室訓令，將予取消。"參見陳弘毅：《憲法、基本法與普通法律》，載基本法諮詢委員會：《政制面面觀》，香港：基本法諮詢委員會秘書處 1988 年版。

2 李太蓮：《〈香港特區基本法〉解釋法制對接制度》，北京：清華大學出版社 2011 年版，第 125 頁；另參見香港《文匯報》1997 年 7 月 3–9 日。

回歸後香港保留了原有的普通法制度，法院的獨立得到了基本法的保障[3]。在香港本地的憲制機構中，只有法院享有對成文法——包括基本法——的解釋權。本章將梳理和分析香港法院，主要是香港終審法院，解釋基本法的理論和方法。其目的是展示香港終審法院對基本法解釋理論和方法的演變。

本章第二部分將從最早一起涉及基本法的案件，即香港特別行政區訴馬維騏案，開始討論[4]。接著，這部分將按時間順序討論其他兩個香港回歸初期由終審法院處理的涉及基本法解釋的具有里程碑意義的居港權案件，即張麗華案和吳嘉玲案。從香港法院在這三個案件中對基本法的解釋可以看出，高等法院上訴法庭對基本法的解釋方法是隨著時間而變化的。而終審法院在吳嘉玲案中第一次有機會對基本法的解釋原則和方法表明其觀點。由於終審法院的判決導致了全國人大常委會對基本法的第一次釋法，因此這部分將對終審法院的解釋原則和方法作出詳細的評析。

本章的第三部分將討論全國人大常委會第一次釋法後終審法院所審理的兩個居港權案件，即劉港榕案和莊豐源案。可以說，終審法院通過這兩個案例的判詞，迅速形成了其相對成熟的基本法解釋原則和方法。通過對莊豐源案中終審法院對普通法解釋基本法原則和方法的詳細討論，我們可以看出，在回歸後短短的四年時間內，終審法院已經形成了對基本法解釋的一種法學理論。這種理論的重要性在於，終審法院理性地處理了全國人大常委會解釋基本法的權力及其解釋在香港的適用問題，並在尊重全國人大常委會的解釋權和維護基本法所保障的香港司法獨立之間作出了很好的平衡。

從本章第二、三部分對香港回歸初期涉及基本法解釋的典型案例的分析，我們可以發現，香港法院解釋基本法的方法經歷了幾個階段：從

---

3 參見基本法第 2、19、85 條。

4 香港特別行政區訴馬維騏，HKSAR v Ma Wai Kwan, David [1997] HKLRD 761,[1997] 2 HKC 772。

完全採用 1997 年前香港法院對憲制性文件的解釋方法，到對回歸後該方法的適當性表示疑慮，再到採用對基本法解釋全新的自主方法，再到從新方法退回到更傳統保守的方法，最後到對基本法解釋方法的成熟這樣一個發展歷程。

本章的第四部分分析和討論一系列居港權案件之後終審法院是如何繼續發展基本法的解釋原則和規則。通過對一些典型案例的分析，我們可以看出：一方面，終審法院在解釋基本法時，特別是其中涉及基本權利保護的條文時，是充分參照了國際和其他國家關於基本權利保護的判例，採用了世界各國法院普遍採用的解釋原則和方法；另一方面，法院對基本法這一落實“一國兩制”原則的地方性憲制性文件有了更深入的認識。具體來說，終審法院在數個案件中裁定，基本法這一獨特的憲制性文件和香港獨特的憲制歷史決定了香港法院對基本法中類似於其他管轄區憲制性文件中的條文應該作出不同的解釋。

本章的第五部分作出總結。香港特別行政區的終審法院在短短四年多的時間裡，已經處理了許多完全新穎且未曾探索過的涉及基本法這一全新的憲制性文件的解釋的案件，這些案件涉及兩個不同法律體系（香港原有的普通法制度和中國內地具有中國特色的大陸法制度）之間的互動。終審法院迅速找到了一種合適的基本法解釋方法，這種方法不僅可以避免香港與國家在基本法解釋上的最終權威的直接對抗，而且還可以在基本法授權的範圍內盡可能保持香港法院在基本法解釋上的自主權。在這樣做的過程中，終審法院不僅維護了公眾對香港特別行政區司法獨立的信心，也維護了港人和國際投資者對香港的法治和未來的信心。其後，香港終審法院仍然在繼續發展其基本法解釋理論。這是任何一個遵循權力制衡原則的司法管轄區的最高級別法院的憲制責任。