

梁美芬
著

从理论到实践

香港基本法

梁美芬 著

香港基本法

从理论到实践

图书在版编目(CIP)数据

香港基本法:从理论到实践/梁美芬著. —北京:
法律出版社, 2015. 3
ISBN 978-7-5118-7655-3

I. ①香… II. ①梁… III. ①特别行政区基本法—研
究—香港 IV. ①D921.94

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第049059号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙天琪

装帧设计/马帅

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
责任校对/杨锦华
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

编辑统筹/市场研发部
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/720毫米×960毫米 1/16
版本/2015年12月第1版

印张/21.25 字数/245千
印次/2015年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7655-3

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 1

“已收秋实书囊足，毋忘园丁汗水长。毕业辞京归海岛，常来母校作桥梁！”^①

《基本法》起草委员会委员(以下简称“起草委员会委员”)许崇德老师在1990年默默为我写的诗仍然放在我的办公室。转眼,香港《基本法》已颁布25年了。自从1987年在香港中文大学政治与行政系毕业选择到北京研究《基本法》之后,我与《基本法》就结下不解之缘。我曾与研究生导师许崇德教授就《基本法》的起草有过通宵达旦的讨论。可以说,我见证了内地的起草委员会委员如何思考《基本法》的一字一墨、一圈一点,呕心沥血地希望透过如同立宪的方法,去解决香港回归问题。许老师常说,“要爱护《基本法》如同生命一样”,因为它见证了香港的回归,它使中英两国庞大的分歧、香港各持份者的不同利益及想法以及国际间的争议得以透过和平、创新的方法解决,《基本法》实在得来不易。

^① “送女弟子梁美芬学成返回香港”,(七绝1990年7月2日),载《许崇德诗词集学而咏怀》,第74页。

起草委员会委员都很清楚,中国制定《基本法》过程是非常隆重的创举,先后成立《基本法》起草委员会及咨询委员会,并邀请了香港各界代表参与,用了5年的时间去制定。5年共事令不少来自不同文化、历史背景的草委成为莫逆之交。用5年时间去起草一部法律,在中国的立法历史亦是首例。从内容上而言,要实行社会主义的中国制定一套法律以容许香港继续实行资本主义,50年不变,让香港对国家发展发挥良性互动的影响;这样的一项工作相当艰巨。在香港实行一国两制,实乃国策。邓小平先生设计“一国两制”绝对不单只考虑香港的独特情况,亦考虑到国家在改革开放的大方向下,香港成为中国面向世界的重要窗口角色。

20世纪80年代初期,国家仍然很穷,相对来说,香港当然是个小金矿,人均收入比国家高得多。因此,这颗东方明珠给内地草委留下的印象是很深刻的:法治的社会、美丽的海港、讲文明的香港人。

内地的起草委员会委员很喜欢香港人,很喜欢香港的人与事。许崇德老师也是其中一个。当年,我是个来自香港的大学生,在我与许老师几年的相处中,深深体会到“一国两制”要成功,两地人民必须要互换思维,内地人要多了解香港,香港人要多体谅国家,那《基本法》方能健康成长。《基本法》就好比中国法及普通法的结晶。因此,《基本法》的落实过程充分反映不同法律传统的特征。由不同的历史、文化、法律传统去实施《基本法》,过程产生矛盾是可以预计的。

《基本法》自颁布以来,出现过林林总总的争议,当中涉及政治问题,亦涉及普通法与中国法对《基本法》看法的分歧。由于香港实行普通法,即判例法,因此,要了解《基本法》的具体条文如何在香港落实必

须要透过了解法院的判决。由于香港大部分重要案例都以英文撰写,我第一本关于《基本法》的著作亦以英文出版。^② 在许崇德教授的鼓励下,自 2007 年开始,我尝试以中文撰稿,将 1997 年至今有关《基本法》最重要的香港判例包括在内,以方便两岸四地研究《基本法》的学者了解《基本法》在香港的落实情况。

在此,我必须感谢许崇德老师,我自 1989 年北京回港后,他一直鼓励我继续攻读普通法,成为香港执业大律师,并继续我的研究工作,完成两岸三地比较法律研究的博士学位。恩师重德重情,学生谨以此书报答恩师多年来的鼓励、支持与训勉。

梁美芬
2015 年春 写于香港

^② Priscilla Leung Mei Fun, “The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law”, Lexis - Nexis, 2007.

序 2

我十分高兴为美芬写这个书序,我认识梁美芬很多年,早在 1987 年,她仍是学生的时候,为了准备香港回归祖国,她由香港只身跑来北京读书,研究《基本法》,我就感到这位年轻人以后必定有所作为。

1985 年,我有幸参加了起草香港《基本法》的工作,全程 5 年。目睹香港各界踊跃表达意见,中央与香港各界携手合作,达成共识,最后完成香港《基本法》的起草,这项杰作为国家落实“一国两制”提供了法律依据。

香港回归 18 周年,香港社会有关《基本法》的争议不休,依我所见,有政治原因,亦有关两地法制差异引起的不同看法。在《基本法》颁布 25 周年之际,我欣喜美芬于 3 月底亲自拜访我北京的家,并拿来一叠她刚完成的书稿,题为《香港基本法:从理论到实践》,邀请我为她写序。

我十分喜欢这本书的选题。因为据我 20 年的观察,香港与内地学者之中,极少以这个角度去探讨《基本法》。打开第一页,我看出美芬写这本书的心意。她形容《基本法》的条文中,有些是中国法的特

征,有些带有普通法的特征。就像一个混血儿,眼眉长得像父亲,眼珠则长得像母亲;这样的结合,令香港《基本法》充满生命力。

我深深被她书中的讨论吸引着,内地的中文书中,很少这样详尽地把回归以来香港法院有关《基本法》的重大判决进行分析,并提出香港的普通法应如何与中国法更好地发挥协同效应,令《基本法》的立法原意发挥出来,从而减少不必要的误会与纷争。美芬深爱香港、心怀祖国。她数年磨一剑,撰写了一部见解独到、内容充实、方法得当的专著,阅后深受启发,它为深入研究香港《基本法》开拓了一条有价值的路径,希望美芬的这一学术创新能成为香港和内地法学界深入研究香港《基本法》的一道桥梁。



廉希圣(北京)

2015年4月30日

序 3

认识美芬超过 20 年,第一次见到她是她亲自到我的律师楼邀请我参加她负责的一套英文丛书《China Law Reports》的编审工作;当时她还很年轻,十分希望透过《中国审判案例》英文版的面世让世人更明白中国法律改革的发展。我深深被她对国家的情怀所打动,一口答应。

这 20 年之间,我经常收到美芬的邀请,出席研讨会,向法律系学生演说,更多的是讨论有关《基本法》的争议。她是一位能理解香港的情况,并能以国家角度去看《基本法》理论与实施的法律学者。

美芬对《基本法》研究的热爱,深深体现在她的文章及发言之中。

香港法律界能像美芬这样同时受过普通法及中国法训练、又愿意付出时间钻研讲学、并同时参与立法会具立法进程。既有理论,亦有《基本法》的实践,是这方面难得的人才。

她的这本《香港基本法:从理论到实践》充分反映了她个人由《基本法》的诞生到落实的种种体会、领悟、分析、总结及前瞻,她形容《基本法》有其独特的生命轨迹,是中国法与普通法的结晶。

我担任香港律政司司长期间,处理过多宗有关《基本法》的案件,深深体会到《基本法》实施的前提是要了解内地与香港法律制度的差异,从而找出最好的方法,解决一些必然存在的难题。

美芬这本书来得合时,正好是《基本法》颁布 25 周年。它记载着“一国两制”的成长,亦记载着美芬多年来的努力与成果。

我祝愿这本书能提供两地的法律界更深入去认识《基本法》,求同存异,一起为国家、为香港未来努力!

梁爱诗

梁爱诗(香港)
2015 年 4 月 30 日

目 录

第一章 从回归前的香港到特别行政区的 宪制改变 / 1	
第一节 宪法的分类 / 1	
第二节 香港回归前后的宪制发展 / 6	
第三节 香港的宪法惯例 / 8	
第四节 从抽象宪法到具体宪法 / 10	
第五节 中国宪法在香港的适用 / 11	
第六节 从不成文宪法到成文宪法体系 / 14	
第二章 “一国两制”的历史由来 / 16	
第一节 “一国两制”方针的提出 / 17	
第二节 从殖民地到特别行政区 / 26	
第三章 《基本法》的诞生 / 30	
第一节 剩余权力的争议 / 35	
第二节 “一国两制”——政治和法律的 “混合体” / 39	

第四章 起草《基本法》的三大原则:主权、自治和维持现状 / 45

第一节 《基本法》反映主权部分 / 48

第二节 什么是“自治范围” / 49

第三节 释法权与终审权的冲突 / 51

第四节 《基本法》的解释机制 / 54

第五节 解释的原则 / 56

第六节 立法解释权的两面性 / 57

第七节 《基本法》的用语所产生的问题 / 58

第五章 《基本法》的修改 / 61

第一节 基本法委员会的地位 / 65

第二节 基本法委员会发挥缓冲作用 / 67

第三节 修改程序与附件三 / 69

第四节 附件的特别修改程序 / 70

第六章 临时立法会:马维骥案 / 74

第一节 关于临时立法会的争论 / 74

第二节 第一个宪法性争议:马维骥案 / 83

第七章 《国籍法》和居留权 / 94

第一节 《中华人民共和国国籍法》在香港特别行政区直接公布实施 / 94

第二节 判例 / 110

(一)港人内地出生子女居留权争议:吴嘉玲案 / 110

(二)人大释法权:刘港榕案 / 125	
(三)双非儿童居留权:庄丰源案 / 132	
(四)被收养儿童的权利:谈雅然案 / 139	
(五)出生时间点:陈锦雅案 / 146	
(六)追溯力问题:吴小彤案 / 151	
(七)监禁可否被视为通常居住:Fateh Muhammad 案 / 160	
(八)监禁年期与通常居住:Prem Singh 案 / 163	
(九)外籍佣工的居港权争议:Vallejos 案 / 170	
第八章 全国性法律透过当地立法在香港实施:吴恭劭案 / 185	
第一节 全国性法律在香港的实施 / 186	
第二节 有关国旗的争议:吴恭劭案 / 188	
第九章 保护国家安全的宪制责任 / 195	
第一节 背景 / 195	
第二节 制订法律是宪制责任 / 198	
第三节 第23条立法的宪制要求 / 201	
第四节 香港就第23条的立法方式 / 202	
第五节 法律问题政治化 / 203	
第十章 中国宪制框架下看《基本法》有关政改的规定 / 205	
第一节 背景 / 205	
第二节 有关政改的规定 / 207	
第三节 中国宪制下的《基本法》 / 209	

第四节	全国人大常委会在香港政制改革的宪制角色	/	215
第五节	全国人大常委会决定的合法性	/	217
第六节	互换思维解困局	/	219
第十一章	《基本法》之下的三权制衡:剪布案	/	221
第一节	背景	/	221
第二节	行政立法的互相制衡	/	223
第三节	分组投票	/	225
第四节	三权制衡与特权条例	/	227
第五节	三权制衡不等于三权分裂	/	230
第六节	“拉布”非宪制权利:梁国雄案	/	231
第十二章	政府公务员减薪:刘国辉案	/	241
第一节	公务员待遇背景	/	241
第二节	待遇不低于原来标准的争议:刘国辉案	/	242
第十三章	原居民的权利	/	254
第一节	背景	/	254
第二节	原居民六项传统权益	/	255
第三节	基本法规定的原居民权益:“陈华”案	/	257
第十四章	回归香港综援制度的演变:孔允明案	/	267
第一节	背景	/	267
第二节	孔允明案	/	268

第十五章	跨境犯罪的司法协助	/	278
第一节	背景	/	278
第二节	张子强案	/	278
第三节	德福花园毒杀案与陆羽茶庄枪杀案	/	284
第十六章	司法权的分界线:国家行为	/	291
第一节	背景	/	291
第二节	“国家行为”的普通法渊源	/	294
第三节	大陆法系的国家行为概念	/	296
第四节	国家行为在中国法的地位	/	298
第五节	国家行为和香港基本法	/	302
第六节	刚果(金)案	/	304
第十七章	结语篇:政治的妥协 妥协的法律	/	318
后记		/	324

第一章

从回归前的香港到特别 行政区的宪制改变^{*}

“宪法”(constitution)一词来自于拉丁“Constitution”,其含义是“国王的命令”,在大陆法系,这个词本身区别于其他的一般法律,^①反映国王唯一的旨意。

第一节 宪法的分类

根据美国一位著名学者的观点,美国作为有成文宪法的普通法国家,其宪法有以下主要特征:^②第一,宪法具有凌驾性;第二,它是最高

* Dr. Priscilla Leung Mei - fun, *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common law and Chinese law*, LexisNexis, 2007, Ch. 1.

① Joseph R. Nolan, M. J. Connolly, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St Paul Minn, 1979年,第5版, p. 282.

② Paul Gewirtz, “Approaches to Constitutional Interpretation: Comparative Constitutionalism and Chinese Characteristics”, *Hong Kong Law Journal*, 2001, Vol. 31, Pt 2, p. 201.

的法律,在美国这样一个联邦政府高于各州的政府的国家,宪法是最高的国家法律;第三,与其他国家宪法一样,若美国各州法律一旦与宪法相冲突,以宪法为准。^③

法国非普通法国家。作为成文法体系的国家,它的成文宪法有两种特性:从本质角度,宪法可理解为一个“决定国家形式(单一制或联邦制)以及权力分配与运用的成文规则或者习惯规则的整合体。”从形式角度,宪法是一个“关系政治构建的法律文件,其完善与修改都必须经过不同于一般立法行为的特别严格程序。这种严格程序,体现了宪法制定与修改的严格性,授予其最高的法律权威,使其在法律位阶上处于至高无上的地位。”^④

中国的宪法学者在与上述海外学者持有相近观点的同时,又在一些方面做了重要的保留。根据中国宪法学者许崇德教授的学说,一部宪法通常具有以下特征,即,第一,宪法是国家的最高法律,其效力凌驾于其他所有的一般法律;第二,宪法是国家的根本大法,确立社会、政治和经济发展的方向;第三,宪法是巩固性法律,这意味着宪法的通过或修改必须通过更为复杂的程序。例如,要通过一般法律,通常仅仅需要简单多数即一半以上的立法者(在中国即全国人民代表

^③ Paul Gewirtz, 同上, 第 201 页, 亦参见 Felix Frankfurter, “John Marshall and the Judicial Function” (1995) 69 *Harvard Law Review* 217, p. 219。

^④ Dalloz, *Lexique des Termes Juridiques*, 第 14 版, 第 153 - 154 页, 法文经翻译如下:
宪法的意义:

(1) 从实质意义上: 决定一个国家的政治、经济及社会的根本制度。(2) 从程序上说, 宪法一般采用“巩固”性的特殊程序(entrenchment)。即任何通过或修改宪法的程序比一般法律的程序更复杂。例如, 一般法律只需要议会大多数便获通过, 而通过或修改宪法则要 2/3 或 3/4, 以令宪法有凌驾于其他一般法律的地位。