

论香港基本法的三年实践

肖蔚云 饶戈平/主编

法律出版社



论香港基本法 的三年实践

策划、责任编辑/王耀琪

封面设计/曹 铀



ISBN 7-5036-3292-5



9 787503 632921 >

ISBN 7-5036-3292-5/D · 3010 定价: 25.00元

论香港基本法的三年实践

肖蔚云 饶戈平/主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

论香港基本法的三年实践/肖蔚云,饶戈平主编.
北京:法律出版社,2000.12
ISBN 7-5036-3292-5

I. 论… II. ①肖…②饶… III. 特别行政区-法律-香港-学术会议-文集 IV. D921.94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 77666 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李跃	责任校对/杜进
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	
开本/A5	印张/10.125 字数/267千

版本/2001年1月第1版 2001年1月第1次印刷

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3292-5/D·3010

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



參加《基本法實施三周年的回顧與前瞻》研討會的
全體內地、香港代表與嘉賓
合影。



北京大學港澳台法律研究中心主任肖蔚云教授向香
港樹仁學院校長鍾期榮博士贈送紀念品。



肖蔚云教授同香港律政司梁爱诗司长在会前亲切交谈。



（从左至右）肖蔚云教授、梁爱诗司长、钟期荣校长、胡鸿烈校监在会议期间合影。

序

香港回归祖国,作为 20 世纪末的一件大事,始终牵动着亿万民众的关注。自 1997 年 7 月 1 日中国对香港恢复行使主权之日起,香港特别行政区基本法开始实施,至今已有三年多的时间了。三年的实践表明,基本法的规定是符合实际的,是比较好的。它全面体现了“一国两制”方针,对维护和发展香港的繁荣稳定提供了有力的法律保障,得到香港绝大多数居民和国际社会的广泛肯定。基本法的三年实践既展示了成功的经验,也提出了一些具体问题,有必要及时总结和研讨,以利于更好地坚持、维护和实施基本法。为此目的,北京大学法学院、北京大学港澳台法律研究中心和香港树仁学院当代中国研究中心于 2000 年 6 月 27 日至 28 日,在树仁

学院联合举办了《香港基本法实施三周年的回顾与前瞻》学术研讨会。会议邀请了内地和香港的近三十名学者专家出席,香港律政司梁爱诗司长也应邀在开幕式上致词,对香港基本法实施三周年的实践作了简练、精辟的总结。两天的会议议题广泛,安排紧凑,讨论热烈,富有成效,引起香港各界的注目。

研讨会着重围绕基本法实施过程中四个方面的内容展开:一、中央与香港特区的关系,香港的政制结构,行政与立法的关系等。二、香港基本法的解释权问题,包括全国人大常委会的解释权、香港终审法院的解释等。三、香港居民基本权利和自由的保障问题。四、香港特区的对外事务问题。这些问题既涉及到基本法的规定和法学理论,又联系到大量的法律实践,有很强的理论意义和现实意义。发言者以个人身份提交论文,从各自不同的角度对上述问题各抒己见,相互切磋,充分体现了百家争鸣、学术自由的良好学风,受到与会者的一致好评。为记载和展示这次学术研讨会的成果,举办者共同商议将会议论文汇集出版,以使更多的人参与和到深入学习和研究基本法、更好地实施和维护基本法的行列中来。

本书收录的论文均系内地和香港作者提交会议的原稿。为尊重学术自由、文责自负的原则,编者未对论文加以修改。文中观点并非必然地代表编者立场。

就香港基本法的实施联合举办学术研讨会,在北京大学与香港树仁学院之间已经是第二次了。两次会议的圆满成功均有赖于两校的相互支持、精诚合作。我们热切期待进一步的合作与成功。

肖蔚云 饶戈平
2000年9月20日

梁爱诗司长致词

我非常高兴今天出席北京大学和树仁学院举办的《香港基本法实施三周年的回顾与前瞻》学术研讨会。再过几天,香港特别行政区将踏进第四个年头,适借此时,这个研讨会的题目恰当不过,让我们回头看看这三年的经历,尤其是“基本法”的实施,好为日后发展路向作出更好的准备。

1997年7月,特区政府成立不久,在马维骥一案,被告人挑战临时立法会的法律地位,如果不是法院在很短的时间内,肯定了它的地位,特区的立法机关通过的法律的合法性将会受到长期的质疑,必然影响特区的稳定。继而行政长官以行政命令颁布公务员雇佣和管理是否符合法律程序?居港权证明书的要求是否违反“基本法”第24(2)条?“法律适应化修改(释义条文)条例”是否给予中央驻港机构太上皇的特权?没有按“个人资料(私隐)条例”检控新华社社长是否偏袒国家机关?香港两地都有管辖权时,未有向内地法院提出反对审讯张子强、李育辉是否有损香港司法管辖权?国旗国徽条例和区旗区徽条例是否违反“基本法”第39条所保证的公民权利及政治权利国际公约所述的发表自由?终审法院对“基本法”某些条文作出司法解释后,人大常委会是否还有权就同样条文作出法律解释?取消区域市政局和乡事选举是否违反“基本法”第26条和第39条?还有不涉及“一国两制”和“基本法”的胡仙事件。这些事情都极具争议性,因而引起不少人对特区政府的批评,还有对我提出不信任动议,认为特区政府不尊重法治,有损司法独立,破坏“一国两制”。时间不容许我在此一一申辩,我只想请各位阅读终审法院就吴嘉玲、陈锦

雅、刘港榕等和吴恭劭等案件的裁决,上诉庭就马维骥案和外地高级公务员协会司法复核的裁决,原讼庭撤销刘慧卿议员对姜恩柱(原新华社社长)私人检控的裁决。除非婚生子女和“人民入境(修订)条例”的追溯效力和小部分技术问题外,这些裁决证实了特区政府依法办事。当然,有些案件正待聆讯或上诉,也有一些问题不涉及法律诉讼,因而难以说明孰是孰非。可是,从过去三年的经验,以下几点已是清楚地建立起来。

一、中央与地方的关系

1999年1月29日,在陈锦雅等一案,终审法院提及它对人大和人大常委会的行为有违法审查权,在特区政府申请下,它在2月26日澄清了裁决的意思,就是:人大常委会按基本法行事或作出对基本法条文的解释,香港法院不得质疑,并要以该解释为依归。当人大常委会在1999年6月26日作出了对“基本法”第22(4)及第24(2)、(3)条作出了解释后,终审法院在刘港榕一案,对该两条条文作出了新的解释。这些案件,说明了在新的宪制下,特区法院享有司法独立和司法解释权,但是“基本法”第158条,除了授权给特区法院对该法在自治范围内的条文行使司法解释权外,人大常委会仍然保留了对该法任何条文作法律解释。由此可见,终审法院是特区的最高司法机构,它享有终审权;人大常委会代表全国最高权力机构,按宪法和“基本法”对后者有解释权。人大常委会释法,法院不能质疑,但是人大常委会释法也没有影响特区法院的司法独立或终审权,因为该解释对哪件案件适用,它的意思是什么,它的追溯效力如何等,都是由特区法院去诠释,它没有推翻香港法院所作出的裁决,也没有在审讯过程中影响法官的决定。特区政府亦再三重申它不会轻易要求人大常委会释法,人大常委会也不轻易地行使法律解释权,还要经过既定的程序。人大常委会解释基本法解决了一个特区自己无法解决的问题,避免了十年内增加四分之一人口带来对住房、教育、医疗和社会

服务等不可承受的压力。这件事情令我们更理解中央和特区的关系。

二、“基本法”和本地法律的相容

在吴恭劭及另一人案件中，终审法院确认“一国两制”原则极其重要，而国旗与区旗正是“一国两制”的象征，所以裁定捍卫国旗区旗免受侮辱对于维护国家统一及领土完整至为重要，国旗和国徽条例与区旗和区徽条例是按基本法第18条特区履行落实全国性法律而通过的法律，有充分理由把侮辱国旗区旗定为刑事罪行，这是保障表达意见自由范围内的合理限制，也没有违反“基本法”。这是一个很好的例子，可以得见“基本法”所引入的全国性法律和香港人权法案条例可以相互容纳而不产生矛盾。自1997年7月1日，“基本法”是骨干，普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法等，与“基本法”融合成一体，成为我们整体的法律制度，也是我们新宪制的一部分。“基本法”落实中央对特区的长远政策，草拟时已考虑到原有法律制度，故此与其他本地法律并不矛盾，可以相互容纳，充分体现“一国两制”。

三、“一国两制”得以落实

三年以来中央政府紧守“一国两制”，让特区政府自己处理香港的问题，对行政长官完全信任。虽然发生了上面所说的种种问题，中央政府都没有干预，只是在特区政府自己不能解决的事情上，才给特区政府支持，请求人大常委会对“基本法”作出解释。我还记得，当我1999年2月到北京表达市民对法律专家批评终审法院的裁决引起的不安时，国务院港澳办还叮嘱，表达他们理解大家关注的心态，强调中央会严格按照“一国两制”和“基本法”的原则办事，处处都是为着保持香港的繁荣稳定着想，正如行政长官所说：“一国两制”是新事

物,在实践中碰到一些问题在所难免,不要认为中央政府因此对特区失去信心,一个国家里的事情,总是好解决的。这样有如父母对子女的宽容,又岂会对特区作出不合理的干预?

四、行政立法,相互配合、相互制衡

过去两年,有些人批评行政立法关系不好,其实任何的机制,都需要经过一段时期,才可以运作顺利。按照“基本法”第62(1)条,行政机关负责制定并执行政策,它执行政策时需要按第62(5)条拟定并向立法会提出法案。法律的制定、修改和废除的权力在立法会,立法会议员提出法律草案受第74条所限制。议员可以提出修订,但限于在原有法案范围内,还要符合基本法,如果修订适当,政府可以采纳修正案,如果修正不合理,政府会游说议员反对,分组投票,确保各阶层利益都得到照顾,最后如果政府不能接受的修正案被通过,政府仍可以收回法案,因此,立法主导权属于行政机关,但是通过法律的权力属于立法机关,正好显示行政、立法机关,相互配合、相互制衡。

虽然特区有可行的机制,仍需实施时的经验,因此初期的争执是无可避免的。随着更多的会议,更多的实例,立法机关的惯例慢慢地开始建立起来,1999年7月,立法会主席对公共开支、政治架构、政府运作和政府政策所作的裁定,使大家对第74条的意义更清晰,而官员也渐渐熟习上述保持立法主导的机制。因此,我希望下一届的议会运作能更顺利。

五、外国对“一国两制”的认识

由于上述的案件和种种问题,对香港情况不了解的外国传媒,纷纷质疑回归以后,香港法治是否得以保留,司法独立是否受损,原有法制会否被内地法制所代替?他们的顾虑,我们十分理解。一直以来,我们都以香港的法制和法治精神自豪,因此“基本法”特别说明原

有法律不变,原有立法和司法方面的制度不变。我们都十分珍惜普通法的原则,例如无罪推论、法律面前人人平等……,可是法律必须随时代发展而作出适应,按社会情况而修订,特区的法制,必需继续发展,以保持它的生命力,而珍惜原有制度的一部分人,其中包括一些法律界人士,未能认同这些发展,转而责难特区政府,认为原有法制被侵蚀。

随着案例的发展,本地和外国社群渐渐开始接受香港的新宪制,同意我们要以开放的态度,给予我们原有的法制发展的空间,并接受人大常委会解释“基本法”的合宪性和合法性。另一方面,他们开始明白香港主权回归中国的意义:虽然香港是一个高度自治的特区,它在一个中国之内,有些方面,例如主权、国防和外交,总不能脱离中国。1997年6月,美国一个地区法院作出裁决,否认香港公司有权在美国法院起诉,认为它不是一个法人(见 Matimak Case)。1999年11月,美国联邦法院裁定香港公司是一个中国法人,有权引用外国法人司法管辖权(见 Favour Mind Case)。早些时候,美国一个地区法院拒绝把逃犯移交香港,因为香港并非一个国家,根据美国法律,没有权和美国签订移交逃犯协议。上月24日,美国上诉法院把这裁决推翻,肯定了特区政府与美国政府所签署的移交逃犯协议,同意把疑犯移交香港。

除了外国法院对本港回归后的法律地位给予肯定外,本港一些退休的法官和在港工作的外籍人士,对本港回归后的法治情况也抱有信心。这些法官对传媒指出,释法事件对司法独立没有影响,而本港的法治情况,依然良好。而一间政治与经济风险顾问公司在本月初发表的调查报告显示:在亚洲工作营商的外国人士,仍然高度评价香港的法律制度和质素。他们对本地法律制度的信心,比对大部分亚洲国家,甚至一些西方法律制度,例如美国,还要高。该报告又指出,正因香港时刻关注其司法独立有否受损或质素有否下降,因此外商对香港能够在回归后保持其法律制度的水准和成功保持乐观。

从此可见,外国人士对本港法治情况是满意的。我们是否也应

该对我们自己的法制更有信心呢？

总 结

从以上看到，“一国两制”的落实，并不容易，特区首三年，的确经过不少风风雨雨，但是基本法的实施，情况良好，虽然如此，我们绝不能自满或松懈。我们吸取了不少教训，例如在国旗和区旗案，提供了班迪斯论据，就基本法案件的诉讼向法庭提出更多有关事情对社会的影响的资料；委任专家帮助我们建立新议会运作的惯例和文化；我们改善和各阶层的沟通，令他们明白政府的政策和工作；我们和内地加强交流，努力去认识另外的一制和一国的含义等。我们未做到完善，有许多做得不好不够的地方，应该做得更好，不过我们一直在检讨并求进步。今天各学者聚首一堂，环绕讨论的题目将会给我们宝贵的材料，会令我们得益不浅。我希望特区政府继续得到各位的支持，共同为落实“一国两制”而努力。

2000年6月27日

目 录

序	肖蔚云 饶戈平	1
梁爱诗司长致词		1
论实施香港基本法的十项关系	肖蔚云	1
论基本法确立的香港新宪制架构	徐复雄	8
香港基本法的实施对香港法制走向的两大影响	傅思明	20
中央人民政府与香港特区政府新型的领导和服从关系	王 薇	30
《香港特别行政区立法会议事规则》与香港民主进程	朱宏涛	37
在香港特区实行“部长制”必然抵触基本法	郑国杰	45
香港特别行政区诉讼中的语言问题	王 磊	49
香港基本法中的国家行为	王 禹	54
一国两制之自然法则、意义及论证	范振汝	62
香港基本法与全国人大常委会的解释权	王世瑚	69
浅谈法律解释	张云秀	76
基本法解释问题之探讨	万以娴	86
从国旗区旗案谈香港居民的表达自由	李国明	121
香港基本法的实施与香港社会保障法制之发展	贾俊玲	129
中国内地与香港关于人格权民法保护的比较研究	王小能	135

香港与内地适用两个国际人权公约的比较研究	程 洁	158
香港基本法与香港知识产权保护制度	姜 华	174
香港基本法对“新界”原居民合法传统权益的保护	黄江天	206
从领养子女居港权的问题看香港基本法文字表达与 立法原意的关系	何晃理 邱耀东 黄得胜	241
香港立法保护国宝文物的一些问题研究	老绮嫦	254
香港参与国际组织活动的几个问题	饶戈平	278
香港居民与双重国籍问题	李 鸣	288
香港与国际条约 ——香港回归对香港适用国际条约的影响	陈雪梅	303

论实施香港基本法的十项关系

●肖蔚云

香港基本法是史无前例的,在它的实施过程中必然会遇到许多新情况、新问题,必须要慎重地从各方面、各种关系加以全面考虑,而不能只从一个方面、一个角度去考虑问题,既不能单从内地的情况去考虑,也不能单从普通法系的角度去思考,而要结合内地与香港两方面的情况去全面考虑。根据三年来香港基本法的实践,在理解和贯彻基本法时,须要考虑以下十个方面的关系,以利于基本法的实施。

一、“一国”与“两制”的关系。处理好“一国”与“两制”的关系,是实施基本法的首要问题。1.“一国”与“两制”互相联系,是一个整体,它全面地贯彻在基本法中,所以在实施基本法时,不能将“一国”与“两制”完全割裂开来,不能只讲一个方面,而不讲另一方面。1999年1月29日香港终审法院关于无证儿童的判词中的法理解释就是只强调“两制”,而忽视了“一国”,所以才产生要审查全国人大及其常委会的立法行为是否符合基本法的问题。2.在“一国两制”中“一国”是前提。基本法中也体现了这一点,所以实施基本法时首先要讲“一国”,要考虑“一国”的情况,没有“一国”就谈不上“两制”。其次又要考虑“两制”,不能因“一国”是前提而忽视“两制”。3.只有正确贯彻“一国两制”才能正确实施基本法。对特别行政区来说,要谨慎地注意“一国”的问题,对内地来说,要谨慎地注意“两制”的问题。香港终审法院于1999年12月3日对刘昆云等17人案的判词说明了根据中国宪法和香港基本法第158条第1款全国人大常委会享有对基本法的解释权,说明了全国人大常委会于1999年6月26日对基本法第22条第4款和第24条第2款第3项的解释的内容,正确地注