

香港《基本法》的 起草、理论与实践

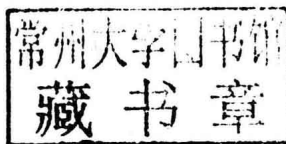


王振民 梁美芬◎主编

香港《基本法》的 起草、理论与实践



王振民 梁美芬◎主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

香港《基本法》的起草、理论与实践 / 王振民, 梁美芬
主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2018. 7
ISBN 978-7-308-18201-0

I. ①香… II. ①王… ②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(2018)第 096325 号

香港《基本法》的起草、理论与实践

王振民 梁美芬 主编

责任编辑 姜井勇

责任校对 陈园 魏钊凌

封面设计 项梦怡

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江时代出版服务有限公司

印 刷 虎彩印艺股份有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 9.75

字 数 145 千

版 次 2018 年 7 月第 1 版 2018 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-18201-0

定 价 58.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

目 录

香港回归前后的立法机关

——从立法局到立法会组成和投票方式的转变:1980年

至2014年 范徐丽泰(002)

《基本法》的基本问题 王振民(010)

香港《基本法》:中国法和普通法的结晶 梁美芬(019)

忆香港《基本法》的起草及感知 廉希圣(026)

香港回归前后的行政和立法关系 谭惠珠(034)

回归前后香港的政治生态 刘迺强(041)

后英占时期政党,有所为有所不为 郑赤琰(045)

论宪法在香港特别行政区的效力与适用 邹平学(051)

《基本法》争议何时了?

——回顾与反思 陈弘毅(094)

英国对人权公约的保留与香港普选问题 饶戈平(102)

普及《宪法》,强化“一国”观念 顾敏康(111)

概观1997年前香港立法局《会议常规》与1997年后立法会

《议事规则》的差异 马耀添(116)

公务人员应该以法律义务为核心,严格忠于职守 莫纪宏(127)

基本法中的国家安全立法问题 董立坤(132)

香港需要建立“防卫型民主” 林来梵(136)

“一带一路”战略与香港·····	王贵国(143)
香港法律界如何在中国大环境下发挥优势? ·····	林新强(148)
后 记·····	梁美芬(151)

Contents

Structure and Voting System of Hong Kong Legislative Council before and after the Handover; From 1980 to 2014	Rita, FAN (002)
Basic Issues of the Basic Law	WANG Zhen-min(010)
The Hong Kong SAR Basic Law; Hybrid of Chinese Law and Common Law	Priscilla MF Leung(019)
Drafting the Basic Law; A Memory	LIAN Xi-sheng(026)
Relationship of Executive and Legislative Branches before and after the Handover	Maria, TAM(034)
Political Environment before and after the Handover	LAU Nai-keung(041)
What Political Parties Shall Do or Not Do in post-British-Colony Era?	CHANG Chak Yan(045)
Discuss on the Validity and Application of the Constitution in Hong Kong SAR	ZOU Ping-xue(051)
When Will the Basic Law Disputes Subside? A Rethinking	CHEN Hung-yee, Albert(094)
ICCPR and Universal Suffrage	RAO Ge-ping(102)

Strengthening and Promoting the Concept of “One Country” in Hong Kong	GU Min-kang(111)
An Overview of the Differences between the Standing Orders of the pre-1997 Legislature of Hong Kong and the Rules of Procedure of the post-1997 Legislature of Hong Kong Special Administrative Region	Jimmy MA,JP(116)
Civil Servants Shall Faithfully Perform Their Duties in Accordance to Law	MO Ji-hong(127)
State Security Legislation under the Basic Law	DONG Li-kun(132)
Hong Kong Shall Establish “Defensive Democracy”	LIN Lai-fan(136)
“The Belt and Road” Initiative and Hong Kong	WANG Gui-guo(143)
How Shall Hong Kong Legal Professionals under “One Country, Two Systems” Enhance Its Opportunities in the Trend of Globalization of China?.....	Ambrose Lam San-keung(148)
Postscript	Priscilla MF Leung(151)



范徐丽泰

范徐丽泰女士毕业于香港大学理学院，取得社会科学硕士学位，并获中国政法大学颁授法学名誉博士，香港大学、香港城市大学和香港理工大学颁授荣誉社会科学博士。范徐丽泰女士现为香港特别行政区第十三届全国人民代表大会常务委员会委员，励进教育中心理事会主席。

范徐丽泰女士 1983 年至 1992 年间出任香港立法局议员，并于 1989 年至 1992 年间兼任香港行政局成员。1993 年至 1997 年间，曾参与香港特别行政区筹备委员会预备工作委员会及香港特别行政区筹备委员会的工作。

范徐丽泰女士于 1997 年当选临时立法会主席，其后三度当选为立法会主席，担任香港特别行政区立法机关主席共达 11 年，并于 1998 年至 2008 年间当选为香港特别行政区第九届及第十届全国人民代表大会代表，2008 年至 2013 年间任第十一届全国人民代表大会常务委员会委员。

香港回归前后的立法机关

——从立法局到立法会组成和投票方式的转变：

1980 年至 2014 年

1980 年至 2014 年，以 1997 年为界，推前 17 年是 1980 年，推后 17 年是 2014 年。

回归前，香港的立法机关称为立法局；回归后，立法机关称为立法会。下面我从两个方面来探讨立法机关的转变：一是立法会的组成；二是投票方式。

20 世纪 80 年代，共有 50 位立法局议员，所有议员都是委任的，没有来自选举的议员。事实上，在 1985 年前所有的议员都是委任的。当时的政府是行政主导的，委任议员若有不同意政府之处，也不会在公开场合提出批评，只会关起门来与政府讨论。当然，在政策、法律草案等方面也有一些修改，但是政府想做的事最终都能做成，所以这个时代是行政主导的。

1982 年开始了中英谈判。按照当时的实际情况，中方代表认为香港的政治制度是行政主导的。1984 年 9 月 26 日，中英两国政府在北京草签了关于香港问题的《中英联合声明》和三个附件。

在中英谈判期间，港英政府已在这方面开始作准备。1984 年 7 月 18 日，港英政府发表了《代议政制绿皮书：代议政制在香港的进一步发展》（简称《绿皮书》），提出香港要建立一个“使其权力稳固地立根于香港，有充分权威代表港人意见，同时更能较直接向市民负责”的政制。并且，建议 1985 年的立法局选举试行间接选举，其中 24 名议员分别由选举团和功能组别选出，每类各选 12 名。选举团的成员包括所有市政局、区域市政局及区议会的议员。有人认为这是香港政制改革的开始。1984 年 11

月 21 日,港英政府发表《代议政制白皮书:代议政制在香港的进一步发展》,正式颁布了这个政策。代议政制的最终目标是促进民主的发展,发展民选政府机关。我们看到,在中英谈判前,港英政府并没有考虑此事,中英谈判开始后才有这方面的准备。

1984 年 12 月 19 日,《中英联合声明》在北京签订,代议政制在香港开始落实。1985 年,立法局有 57 位议员,主席是港督,有 22 位非官守委任议员,10 位官守委任议员。其中,12 位由地方间接选举选出,即由区议会、市政局选出,另外 12 位是功能组别议员。

有的年轻朋友可能未听过非官守委任议员、官守委任议员这些名词,让我解释一下:非官守委任议员即指本身并非官员的人士,官守委任议员则指本身是官员身份,即现在的署长、司长,等等。

1985 年成立的香港特别行政区基本法起草委员会,共有 59 名委员,包括 23 名香港委员和 36 名内地委员。1985 年 12 月,为收集香港各界对《基本法》的意见,在香港成立了香港特别行政区基本法咨询委员会,共有 180 名成员。1988 年 4 月和 1989 年 2 月,该委员会举行两次公众咨询,听取市民对《基本法》草案的意见。我没有参与《基本法》的草拟过程,但是以我的理解,在草拟过程中,中方和英方不断进行磋商,力求使过渡期更平稳顺利,令《基本法》更符合香港市民的期望,符合香港以后政制的发展。

1990 年 4 月 4 日,全国人民代表大会通过《基本法》等议案,以及港区第一届政府和立法会的产生办法。该办法第六款明确了香港特区第一届立法会由 60 人组成,其中分区直选产生议员 20 位,选举委员会选举产生议员 10 位,功能团体选举产生议员 30 位。

1991 年,香港立法局议员增加到 60 位,其中 18 位由分区直选产生。这次分区直选采用双议席双票制。另外有 21 位功能组别议员,还有 17 位非官守委任议员和 3 位官守委任议员,即 3 名司长。委任议员共有 20 位,政府只要多获得 10 票,便能保证法律、政策可以在立法局通过。

1992 年 10 月,香港最后一任总督彭定康提出政制改革方案,虽然中方认为该方案违反了《基本法》,但彭定康不顾中方反对,予以强行落实。本来,根据特区第一届政府和立法会的产生办法,在 1995 年选出来的议

员只要愿意拥护《基本法》，效忠特别行政区，并符合《基本法》规定条件，经筹备委员会确认，即可成为香港特区第一届立法会议员。也即，他们可在1997年时乘坐“直通车”，不用通过再选而直接继续担任议员，完成1995—1997年及1997—1999年共四年的任期。

当时，彭定康提出的改革方案被中方视为“三违反”：

其一，违反英方在《中英联合声明》中的承诺，未在中英双方达成协议的情况下单方面公布重大政制改革草案。

其二，违反与《基本法》衔接的原则，单方面改变行政长官选举委员会的组成，以及《基本法》所规定的第一届立法会议员的产生办法。

其三，违反中英两国政府达成的协议、谅解共识和载于两国外长互相交换有关香港政治体制发展与《基本法》衔接达成谅解的7封信内的协定。

因此，“直通车”脱轨，中方决定“另起炉灶”，成立临时立法会，负责为特区成立后正常运作所需要的、必不可少的法律立法。这便是1997年成立的临时立法机构。

1995年，立法局主席已不再是港督，而是由议员互选产生。20位分区直选议员由单议席单票制选出，10位选举委员会选举产生的议员，加上30位功能组别席位，其中9个新增功能组别（“新九组”）是通过近乎普选的方式选出，总共60名议员。至于“新九组”按什么方法组成、怎样选出来，现在都可以在网上找到。

另外，还有10位议员由直选产生的市政局（或区议员）组成的选举委员会选出。

问题是，根据《基本法》，这10位议员应由选举委员会选出，但这个选举委员会由四个不同界别的团体组成。两者虽名称相同，但内涵截然不同。由于彭定康将1995年的政制弄成这样，故1995年当选的议员就不能在1997年香港回归时坐上“直通车”。为此，按照《基本法》的规定而成立（1996年1月）的筹委会，在1996年3月24日决定设立临时立法会。

成立临时立法会是迫不得已的决定，因为在1997年香港回归时不能没有立法机关，有些法律是特区必需的、必不可少的，必须由这个临时立法会予以立法。至于非紧急的法律，则可以留待第一届立法会成立后再

处理。

什么是必不可少的法律？例如，怎样选出第一届立法会议员，如何在1997年7月2日让特区政府能签发特区护照，怎样设定公众假期，等等，都必须通过临时立法会完成立法。

虽然临时立法会的议员在1996年12月24日选出，在1997年年初开始履职，但他们审议通过的法律并不是立即生效的，因为当时香港尚未回归。1997年7月1日特区成立，议员们在香港会展中心第一次开会，并且通过了《香港回归条例》。《香港回归条例》中包括的法律条文，都是之前已做好准备工作的，由于准备妥当，故在7月2日政府各部门开始运作时能非常顺利地实现过渡。

《基本法》规定，立法会主席必须是中国公民，年满40岁，在香港居住连续满20年，并无外国居留权的香港永久居民。这些条件与行政长官的条件一样。我想，在草拟《基本法》时，港督可能也是立法局主席。但后来英国的做法不同了，英国派来的港督不再担任立法局主席，而是让议员互选主席。

临时立法会的60位议员是在1996年12月由香港特别行政区第一届政府推选委员会全体委员以全票制选出的，60位议员里有33位是原来立法局的议员，另外27位是新人。

事实上，在英国政府统治香港期间，也是迟至1995年才开始撤销委任议员。1997年香港正式回归。可见，英国政府是确定要撤出香港才逐渐减少委任议员的。

后来，直选议席不断增加，而功能组别却没有什麼改变，选举委员会选出来的议席都被拨归地区直选。这便是民主发展和选举制度进步的过程。

1998—2008年十年的安排按《基本法》落实后，特区政府在2005年就香港2007年行政长官产生办法及2008年立法会产生办法提出了具体的“政改”方案，但遭到了立法会的否决。2010年，特区政府提出修改《基本法》附件一关于“行政长官的产生办法”及附件二关于“立法会的产生办法”。因为采纳了民主党提出的区议会功能界别改良方案，该“政改”方案获得了立法会通过。这里应该提到的是，全国人大常委会2004年4月26

日确定的香港“‘政改’五步曲”和2007年12月29日通过的《关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》，都是特区政府提出方案的基础。

2012年，立法会35席由地方直选，35席为功能组别，共70席位的模式得到落实。

从1980—2012年立法局(或立法会)的组成变化中，可以清楚地看到为什么港英政府能够把握行政主导，而特区政府只能把握行政主动。港英政府直至1995年立法局选举前，仍通过委任部分立法局议员，来保障政府提出的草案和政策得到支持。只要委任权掌握在政府手中，行政主导就可落实。但实行选举后，选出来的议员所效忠的对象是选民，议员必须迎合选民的爱好和选择。特区政府无法影响候选议员的当选机会，就难以把握行政主导。

下面让我们来看看投票方式。

香港回归前，只要赞成票多于反对票，议案便能获得通过，弃权票和出席而不投票者不计算在内。

香港回归后，政府的议案须经出席会议过半数赞成才能通过，反对、弃权和不出票者一律不计。由于议案须获得出席会议百分之五十人数的支持，故反对、弃权和不出票者都等于反对。有时候，投反对票可能不大好看，所以议员们会选择投弃权票，或者只出席而不投票，在计算总人数时也会计算在内。这种投票计算方式虽与以往立法局不同，却与全国人大的方式相同。

这种投票方式，是按照《基本法》附件二的表决程序规定进行的。内务委员会、财务委员会和其他委员会都没有采用这种投票方式。

至于议员提出的议案，香港回归前也是采用赞成票数多于反对票数便可通过。香港回归后，按照《基本法》附件二是采用分组投票，即出席的功能组别议员过半数赞成，出席的直选和选举委员会委员也过半数赞成，议案方能通过。

很多人(包括我在内)都相信，在草拟《基本法》时各方力求平衡。例如，在最低工资、标准工时的讨论上，直选议员一般都会赞成，因为这是雇员追求的目标，而在一人一票的直选制度下，劳工权益则是必须支持的。

但从雇主角度来看，却会有所保留，因为这些政策会使企业经营成本增加。功能组别议员有不少来自企业界，会较多地从经济发展角度来考虑。分组投票的方式较能实现平衡参与。如果一个议员的议案双方都能接受，因而获得通过，也表示其在社会上有各方面的支持。

在实践中，出现了一些事前没有预料到的情况。例如，在每年行政长官作了施政报告后，立法会有一个致谢议案，即对行政长官的施政报告表示谢意。致谢议案是由内务委员会主席提出的，因此是议员提出的议案，必须分组投票。长期以来，分区直选议员中泛民议员较多，若他们反对行政长官，将使致谢议案被否决。过去好几年情况都是如此。

当年我担任主席时曾提出，行政长官作施政报告是其工作范围，也是其职责，在港英时代要致谢港督的施政报告，在香港回归后已无此需要，议员们只需表示知悉有这份工作报告即可。这样大家便不会如此对立了。由于这需要通过修改议事规则才能改变，我的建议未能获得泛民直选议员的首肯，只能作罢。

至于梁美芬议员提到的“拉布”问题，我们要怎样解决？除了“剪布”外，便是修改议事规则。可是，修改议事规则的提案必须由议员提出，议员提案须经由分组投票，分组投票时若占大多数的泛民直选议员提出反对，则议事规则仍无法改变。现在，立法会的35位直选议员中有18位是泛民议员，如果他们反对，议事规则只能照旧。

有人认为分组投票有利于政府主导，其实任何事情都有正反两面。

选民在电视上只看到有议员“拉布”，从早上拉到晚上，对立法会的印象便会愈来愈差，慢慢地就会失去对立法会的尊重。这样的立法会怎能制衡特区政府？不要以为立法会整天骂特区政府，只会令特区政府形象受损，其实立法会和政府的名声都会下降。这绝对不是好事，我希望双方都能得到市民多一点的认同。

市民为什么会认同立法机关，因为他们认为立法机关的议员在为人们服务；为什么会认同特区政府，因为他们认为特区政府做的事在为人们谋福利。若议员、官员忘记了人民，只顾争取自己的利益，市民必将越来越失望，最终导致香港各个方面的实力越来越弱。



王振民

清华大学法学院前院长、教授。主要研究领域为宪法学、行政法学、特别行政区基本法。1993—1995年,在香港大学法律学院学习并从事研究工作。2000—2001年,在美国哈佛大学法学院担任福布莱特计划(Fulbright Program)高级访问学者。2006年2月,被全国人民代表大会常务委员会任命为香港特别行政区基本法委员会委员。2011年入选“全国十大杰出青年法学家”。

《基本法》的基本问题

作为香港基本法澳门基本法研究会的会长,我想先对我们的研究会作一点说明。1990年香港《基本法》通过以后,由内地参与香港《基本法》起草的委员发起成立了一个全国性的学术组织,当时就叫香港基本法研究会,由中国人民大学法学院许崇德教授担任会长。这个研究会成立以后开展了很多学术活动。但是,1997年香港回归以后,《基本法》的研究反而进入了低潮,研究会开展的活动越来越少,后来就不了了之。2013年,我们重新组建了这个研究会,名称改为香港基本法澳门基本法研究会,是隶属于中国法学会的一个全国性的学术组织。将来我们也希望在香港吸收一些研究《基本法》的专家学者,以及实务部门的工作者,比如律师和有志于研究《基本法》的专家们一起来参与。

本文主要探讨一些涉及《基本法》的最普通的基本问题。一些人士研究《基本法》、讨论《基本法》的问题,包括讨论香港的普选问题,很多时候是离开《基本法》的文本来讨论《基本法》,事先并没有认真读过《基本法》。他们所讲的《基本法》,有些时候是自己主观想象的《基本法》应该是什么样子,但实际情况又不是那样。因此,他们可能会对《基本法》做出一些甚至跟文本不一样的解释。本文探讨《基本法》的基本问题,我希望能回归到《基本法》的文本,看一看在20多年前已经形成的《基本法》的条款到底是怎样的。这里,我仅简单地提及五个基本问题。第一个问题是 Who,第二个问题是 Why,第三个问题是 What,第四个问题是 How,第五个问题是 When,即 Who、Why、What、How 和 When。

第一个问题是 Who,就是谁制定了《基本法》?《基本法》是从哪里来的,这是一个最基本的问题。“Who made the Basic Law?”香港《基本法》的制定和成立香港特别行政区的主体是全国人民代表大会。全国人民代