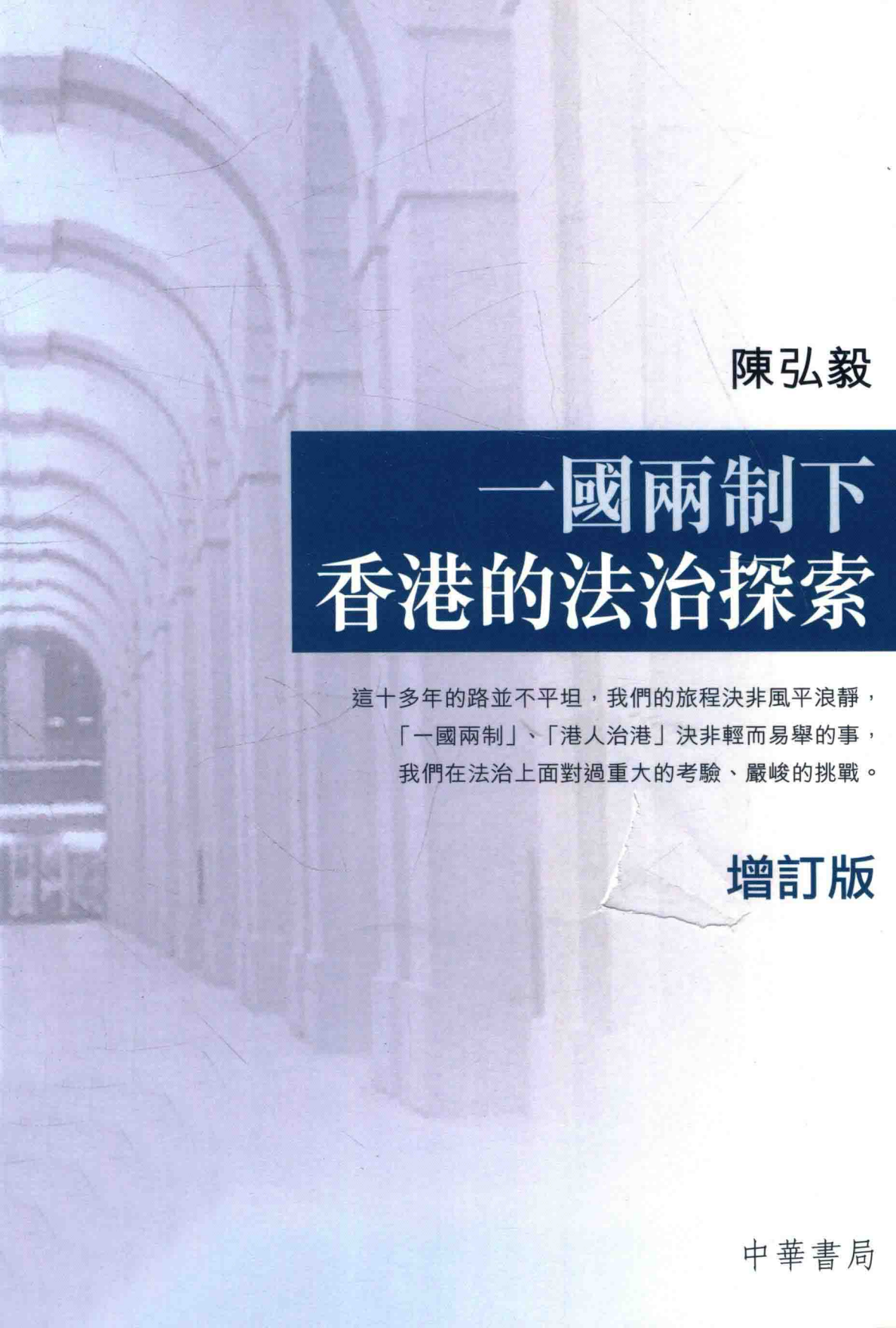




陳弘毅

一國兩制下 香港的法治探索

這十多年的路並不平坦，我們的旅程決非風平浪靜，
「一國兩制」、「港人治港」決非輕而易舉的事，
我們在法治上面對過重大的考驗、嚴峻的挑戰。

增訂版

中華書局

陳弘毅

一國兩制下 香港的法治探索

增訂版

中華書局

□ 印 務：劉漢舉
□ 責任排版：甄玉瓊
□ 裝幀設計：甄玉瓊
□ 責任編輯：黎耀強

一國兩制下香港的法治探索（增訂版）

□

著者

陳弘毅

□

出版

中華書局（香港）有限公司

香港北角英皇道 499 號北角工業大廈一樓 B
電話：(852) 2137 2338 傳真：(852) 2713 8202
電子郵件：info@chunghwabook.com.hk
網址：http://www.chunghwabook.com.hk

□

發行

香港聯合書刊物流有限公司

香港新界大埔汀麗路 36 號
中華商務印刷大廈 3 字樓
電話：(852) 2150 2100 傳真：(852) 2407 3062
電子郵件：info@suplogistics.com.hk

□

印刷

美雅印刷製本有限公司

香港觀塘榮業街 6 號海濱工業大廈 4 樓 A 室

□

版次

2014 年 4 月初版

© 2014 中華書局（香港）有限公司

□

規格

特 16 開 (238 mm × 170 mm)

□

ISBN：978-988-8263-75-2

增訂版序

本書初版於2010年3月，從當時到現在，香港的政治形勢出現了頗大的變化，也有一些重大的立法事件和司法判例，現在本書的增訂版增加了十篇新作，並對一些原有的文章作出了修訂，希望讀者能通過本書，較全面掌握至今為止的「一國兩制下香港的法治探索」的概況。

在這次收錄於本書的〈二零一四年政改的挑戰〉一文中，我寫道：「自從1997年以來，我發表過多篇評論『一國兩制』的實施情況的文章，總體來說，我在這些文章中表達的是對於一國兩制的一種審慎樂觀的態度。今天，我十分遺憾地……說，對於一國兩制的前景，我現在覺得不容樂觀，主要的原因是香港社會在政治上的兩極化現在非常嚴重，面對2017年特首普選的議題，我們社會似乎已經沒有以理性、務實的態度，通過談判協商來解決問題的能力。……作為一個土生土長的香港人，作為一個親身經歷和見證1997年香港回歸的香港人，作為一個香港的繁榮和安定的持分者，看到目前香港的繁榮和安定所面對的史無前例的挑戰……，我實在覺得非常擔心。所有愛香港的人都會為香港現在染上的病而擔心。這個病就是社會的分化、撕裂、兩極化和對立，不斷內耗，社會整體缺乏以理性務實態度、通過談判協商解決問題的能力。」

「一國兩制」的路，好像走得愈來愈窄，愈來愈難。可以預見，到了今年秋天或明年上半年，關於特首普選模式的爭議將進入高峰，「佔領中環」將一觸即發，群眾的抗爭很可能出現，前幾個月的曼谷、現在的台北（學生佔領立法院），好像預示着香港的明天。如果是這樣，現在便是暴風雨的前夕，暫時還是風平浪靜。

古詩有云：「山雨欲來風滿樓」。在這樣一個時刻，讓我們通過本書重溫「一國兩制」所曾走過的路，嘗試鑑古知今，好好準備面對前面的路。風雨終於到來的時

候，讓我們緊守崗位，沉着應戰，所謂「漫天風雨待黎明」，我深深相信，「一國兩制」在渡過這場挑戰之後，必如鳳凰涅槃，浴火重生。

陳弘毅

香港大學法學院

2014年4月4日

自序

1986年11月，為了紀念孫中山先生誕辰120周年，香港新華社舉辦了一個活動，就是邀請一批香港各界人士組成代表團，由當時的社長許家屯先生帶隊，訪問南京市和參觀中山陵。作為一位年青的本地法律學者，我有幸成為代表團成員之一。這次活動給我最深刻的感受有兩點。首先，中國政府是何等重視香港的回歸，它在中國現代史上將是劃時代的大事，「一國兩制」的實施是只許成功不許失敗的。第二，香港無可置疑是神州大地上最現代化的城市，對於祖國和中華民族來說，香港是何等珍貴的一份資產。

香港既是中國最現代化的城市，在某些方面來說，香港又是中華文化傳統最能夠得到保留的地方，因為香港沒有經歷過社會主義革命和改造，沒有遭遇過像「文化大革命」這樣的浩劫。正如一位研究香港史的學者所指出：「傳統的華人家庭文化和價值觀念並未在現代化的香港社會消失」。¹另一位歷史學者則說，「香港社會文化中的中西文化交流和融彙」方面最「重要的是中國農工商傳統的價值和習尚，與英國的教育制度、法律、會計、工程、護理、公共行政、辦公室管理等方面的價值、成規、和習慣的合流。這樣的合流，造就了香港經濟奇跡、和社會面貌的改變；目前雖然尚未見有高超的理論突破，但潛移默化之功，是可以期諸久遠的。」²

香港社會的獨特文化是在1949年中共政權建立之後，尤其是六十年代和七十年代逐漸形成的。在十九世紀以至二十世紀的上半，中國大陸和香港之間的人口流動是相當自由的，每次中國大陸出現動盪局面，便有大量人口移居香港，於是香港成

1 謝均才：〈歷史視野下的香港社會〉，載謝均才編：《我們的地方，我們的時間：香港社會新編》（香港：牛津大學出版社，2002），頁25。

2 陸鴻基：〈香港歷史與香港文化〉，載冼玉儀編：《香港文化與社會》（香港：香港大學亞洲研究中心，1998），頁73。

了中國現代史上的「避難之地」。在1949年以前，上海、廣州和香港都是最發達的沿海通商城市，上海的現代化和國際化程度高於香港，香港相對於上海和廣州沒有明顯的優越性。1949年後香港的發展水平之所以能大大超越內地的城市，一方面固然居功於香港人的苦幹和創業精神，另一方面也是由於當時內地政權的政策失誤、「鎖國」心態和固步自封。

作為在七十年代在香港唸中學和大學的土生土長的「香港人」，我有幸親身經歷和目睹香港的獨特的社會和文化的成長。可以看到，無論在新聞傳媒、流行音樂、電影、文學等各方面，香港都出現了「本土」的文化產品。一種「香港意識」誕生了，在七十年代，我們似乎認同自己「香港人」的身份多於「中國人」的身份。但是，七十年代的香港大學生也在嘗試尋回他們中國人的身份，這表現於當時的學生運動，如保衛釣魚台運動、爭取中文成為法定語文運動等。七十年代初期，隨着中華人民共和國加入聯合國，不少充滿理想和熱情的香港大學生完全認同中共政權及其官方意識型態，但1976年「四人幫」的倒台和中共對其原有路線的否定，卻使不少香港的左傾知識份子的理想幻滅。我是在1977年進港大唸法學的，當時學生會的口號是「認中關社」，即認識中國，關心社會。我很認同這個方向，因為雖然在小學和中學，我學到一些中國歷史、地理、文學的基本知識，但至於現實的、當代的中國究竟是什麼一回事，我還是一竅不通的。

1984年，我開始在港大法律系任講師。那一年正好是香港歷史的轉折點，《中英聯合聲明》便是在那年9月公佈的，香港在1997年回歸中國的命運便這樣決定了。《聯合聲明》確認了鄧小平提出的「一國兩制、港人治港」的構想，目的是在回歸後維持香港原有的社會和經濟制度和港人的生活方式，五十年不變，並通過《香港特別行政區基本法》予以保證。作為當時極少數的本地華人法律學者之一，我有機會常常公開發表關於《基本法》問題的意見。我親身體驗到香港自上世紀八十年代以來在政治和法律文化方面的深刻改變，港人的人權和法治意識與日俱增，他們愈來愈珍惜香港從英國移植而來的法律制度及其保障的自由和權利，他們更愈來愈嚮往西方式的民主。

今天，香港回歸祖國已經十多年。我仍然相信，香港獨特的社會文化仍是祖國的一份寶貴的資產。今天的香港仍是名副其實的國際大都會，仍是中西之間的重要

橋樑。在香港，我們既保留了中華文化傳統的不少精華，又吸收了西方文明所創造的不少優良制度，這足以使香港人在中國的經濟以至社會和文化的現代化中扮演一獨特和重要的角色。正如港大前校長王賡武教授所指出：

香港人可以在新型現代中國人的演化過程中充當一點催化劑的作用。……特別行政區將有助於中國人吸取外部世界最有活力的文化，以新鮮的觀念豐富中國通俗文化。香港及其他中國沿海華人會成為促進國家發展的重要力量。³

在法治和法律文化的層面，我深信香港的制度和經驗是我國法制現代化事業的寶貴資產。香港曾長期經歷英國殖民地式的統治，英國人把英倫法律模式輸出到香港，因此，香港的法制史和法治經驗在中國法制現代化的過程中有其獨特性。正是這種獨特性，賦予關於香港的法律、法制和法治的學術研究在整個當代中國法學中的地位、意義和重要性。香港法治發展的經驗為我國法制現代化這個波瀾壯闊的事業提供了一個比較和參考的視野，正如澳門和台灣法治發展的經驗也使當代中國法學的比較和參考維度更加豐富。

1997年香港回歸祖國後「一國兩制」的實踐乃建基於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，這部《基本法》是根據我國《憲法》第31條而制定的，它既確定了香港特別行政區與中國中央權力機關的關係，又規定了香港特別行政區內部的政治體制、法制、人權保障，以至社會、經濟等制度和政策。《香港特別行政區基本法》的制定和實施是中華人民共和國憲法史上的重要里程碑，《基本法》裏面隱含着豐富的法治、憲政、人權、自治和民主的價值內涵，而「一國兩制」的實踐是否成功，很大程度上取決於《基本法》的實施是否順利。

本書的內容大部分都涉及與《基本法》的實施相關的課題，例如香港和內地法院的管轄權、著名的「居港權」訴訟和全國人大常委會就此案件對《基本法》的解

3 王賡武：〈結論篇：香港現代社會〉，載王賡武主編：《香港史新編》（下冊）（香港：三聯書店，1997），第23章，頁866。

釋、香港就保障國家安全（及實施《基本法》第23條）的立法建議、香港的選舉制度改革和人大常委會在2004年的相關解釋和決定、香港的行政主導式的政治體制、「一國兩制」與鄧小平理論、2005年人大常委會就香港行政長官任期問題對《基本法》的解釋、關於「秘密監察」（警察對犯罪嫌疑人進行電話截聽等活動）和私隱權的訴訟、香港區議會的角色、香港特別行政區政府的執政模式、香港特別行政區行政長官最終普選的問題、2009年底港府提出的政改方案等。除了與《基本法》的實施直接相關的課題外，本書的內容也包括一些回歸後曾在香港社會引起廣泛關注的與法制相關的議題，例如香港律政司在刑事檢控上的酌情權、「領匯」上市（香港的公共房屋的部分設施私營化）的訴訟等。

本書所收集的文章分為三部分。第一部分是「總論」，內容既包括幾篇關於「一國兩制」在香港的實踐以至香港和台灣的憲政發展的比較的學術論文，也包括一些較短篇的文章，涉及的都是關於《基本法》的實施的總體局面的思索，其中一些乃有感而發而寫成的。第二部分題為「歷史足跡」，收錄了回歸以來我就香港法律有關的時事問題所寫的評論文章，根據其原先撰寫和出版的時間排列。雖然每篇文章在當年發表時有其針對性，但現在集合在一起，讀者可以較全面看到香港回歸後的「法治軌跡」，尤其是《基本法》在過去十多年的實施過程之中遇到過什麼問題、引起過什麼爭議。作為香港大學法學院的教授、院長（1996年至2002年）和全國人大常委會香港基本法委員會委員（1997年至今），我有幸親身經歷了這些事情，甚至直接參與其中的一些，這些文章便算是我就香港特別行政區法制史的見證。最後的第三部分是「法理探索」，收錄了三篇關於法治和憲政的歷史和理論的文章，以及一封寫給中國內地法學院的新生的信，在信中我與他們分享我多年來學習法學的一些心得。

要特別說明的是上述第二部分所收錄的文章包括六篇「香港家書」，它們原來都是應香港電台的邀請而寫以作廣播之用的文稿。「香港家書」是香港電台的一個節目，逢週六早上播放，每次邀請一位社會人士讀出他（她）寫給親人或朋友的一封信（通常是特別為該節目而撰寫的信），信中談及香港當時的重要時事或社會議題。在這裏我要特別感謝邀請我撰寫這些「香港家書」的陳燕萍女士，以及邀請我為有關報章和雜誌撰稿的各位編輯；沒有他們的鼓勵和邀請，本書裏面的文字便不會形成。

在把這些文字整理結集出版的過程中，我的研究助理李道晴先生（當時是港大法學院本科生）出了很多力，在此我向他致謝。還需要感謝的是中華書局（香港）有限公司的黎耀強先生，沒有他的建議、支持和具體的安排，本書便不會與香港讀者見面。

對我個人來說，本書的出版的最大意義，是它不但可作為我個人的回憶，也構成了港人對回歸十多年來香港特別行政區的法制史的集體回憶的一部分。對於港人來說，這十多年是不尋常的十多年、幾經風雨的十多年；對我個人來說，它更包含了一些我畢生難忘的時刻，也就是本書所記載和見證的一些事情所發生的時刻。在編輯本書的過程中，我重讀了自己這些年來寫的關於香港時事的文章，重溫了這些年來的經歷。這些經歷不單是我個人的，更是香港社會集體的，也是所有關注和參與「一國兩制」的事業的人士的集體經驗和回憶的一部分。

歷史便是人類社會的集體回憶。小小的香港特別行政區及其可能是微不足道的法制，也有自己寶貴的集體回憶和歷史。我把本書看成是個人的回憶，也是集體的回憶和歷史的一部分。我很高興和榮幸，能以自己的學術生涯見證這段歷史。我是在1984年2月開始任教於港大法學院的，當年9月，中英兩國政府草簽了關於香港前途的《聯合聲明》，「一國兩制」的歷史性事業從而開展。時至今日，已經有四分之一個世紀。

光陰似箭，日月如梭，如今我已跨越「知天命」之年。「一國兩制」的事業，雖前無古人，但需要有來者予以繼承，薪火相傳，創造更光明的未來。沒有過去，便沒有未來；沒有回憶，便沒有希望。如上所述，本書是回憶，是關於過去的事情的。有了回憶，尋回我們的過去，我們便尋回我們的身份，知道我們今天身在何處，這樣，我們便能計劃明天怎樣向前走，建構我們的未來和希望。

我把本書獻給正在建構我們的未來和希望的年青人，還沒有到達「不惑之年」的新一代。

陳弘毅

香港大學法學院

2009年12月5日

目 錄

增訂版序	vii
自 序	ix

總 論

* 一國兩制與《香港特別行政區基本法》總論	2
香港法院在社會中的角色	60
一國兩制的法治實踐：回顧與反思	78
* 香港特別行政區的政治體制中的行政與立法機關	93
* 香港特首普選問題的法律和政治考慮	106
* 香港特別行政區的管治和發展：平衡「一國」與「兩制」的中道	115
台灣與香港的憲政發展：比較與反思	122
《基本法》和香港的故事	171
《基本法》實施五周年的反思	173
香港的法治與公民社會	176
回歸多風雨，理想一起追	180
讀《鄧小平論「一國兩制」》	182
《中英聯合聲明》二十周年的反思	185

《香港家書》之一：回歸一年	190
《香港家書》之二：兩地的刑事法律衝突	193
《香港家書》之三：胡仙案和「無證兒童」案	196
一九九九年六月的人大釋法	200
評終審法院在「劉港榕案」的判決	204
《香港家書》之四：檢控的酌情權	207
《香港家書》之五：回歸五周年	210
第二十三條立法之爭	213
政改之爭	220
《基本法》與香港的民主進程	223
二零零四年四月的人大釋法	226
* 共識民主的可能性	228
二零零四年四月的人大決定	231
《基本法》爭議何時了？	233
特首任期與人大釋法	239
《香港家書》之六：二零零五年的人大釋法	242
「秘密監察令」的爭議	245
「領匯上市告吹」事件	248
區議會與香港政制	254
從政改的爭議到執政模式的思考	256
二零零六年「秘密監察案」的判決	259
香港邁向普選的前路	262

二零零九年政改方案與香港的民主進程	265
* 《香港家書》之七：二零一零年的政改	268
* 二零一四年政改的挑戰	271
* 關於免費電視牌照事件的法律問題	273
* 探討特首普選的折衷方案，盡可能尋求最大共識	276
* 香港居民享有社會福利的權利：「綜援案」的法律觀點	279
* 《香港家書》之八：二零一七年特首普選問題	281

法理探索

西方古今法治思想之梳理	286
評《憲政古今》	303
基督教傳統與西方現代憲政的起源	316
* 儒家與憲政：從張君勱先生的生平和志業談起	332
給中國內地法學院新生的信	351
* 附 錄：一九九六年底以來香港法制及政制大事縱覽	358

(按：有*號代表增訂版新增或有修改的文章)

總 論

一國兩制與《香港特別行政區基本法》總論

為了解決歷史遺留下來的台灣、香港和澳門問題，鄧小平時代的中國共產黨提出了「一個國家、兩種制度」（即「一國兩制」）的重要方針政策。1997年7月1日及1999年12月20日，香港和澳門相繼回歸到祖國的懷抱，殖民主義徹底告終，是為中華文明復興的標誌之一。從憲法學的角度看，《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》的制定和兩個特別行政區的成立，不失為「我國憲法史上的一項創舉」（許崇德，1994：48）。希望透過本文的介紹，讀者能認識到特別行政區基本法的制定和實施的憲政意義。

本文將分為以下七節。第一節介紹香港問題的歷史由來，並闡述「一國兩制」方針政策的醞釀、提出和逐步立法實施。第二節說明香港《基本法》的結構和內容，從而探討「一國兩制」和「特別行政區」構想的基本理念。第三節討論的是特別行政區與中央國家機關的關係，從而探討特別行政區的「高度自治權」的性質和範圍。第四節介紹香港《基本法》所保障的個人權利和自由，以及它們所規定的個人義務。第五節論述特別行政區的政治體制，包括其行政權（包括行政長官和行政機關）、立法權和司法權。第六節介紹香港法院在香港回歸前已建立並在回歸後繼續使用的釋憲原則。最後，第七節討論香港《基本法》實施後的重大憲法性訴訟案件。

一、「一國兩制」的背景和進程

（一）香港和澳門問題的歷史由來

香港成為大英帝國的殖民地是十九世紀西方帝國主義與大清皇朝的首次大

規模武裝衝突的結果。鴉片戰爭後，中英兩國在1842年簽訂《南京條約》，條文之一便是香港島永久割讓予英國。後來又有第二次鴉片戰爭，英法聯軍於1860年攻入北京並火燒圓明園，中英兩國在同年簽訂《北京條約》，九龍半島據此永久割讓予英國。1898年，列強在中國各地區各自確立其勢力範圍之際，英國逼使清政府簽訂中英《展拓香港界址專條》，把「新界」地區租借給英國，為期九十九年，於1997年6月30日屆滿。因此香港成為英國的殖民地，由港島、九龍半島及「新界」地區組成，面積1100平方公里。

葡萄牙人到澳門的時間比英國人到香港早了三個世紀。1557年，來華通商的葡人開始在澳門定居。1574年，明朝政府在澳門和內地之間設立關閘，並開始向葡人徵收地租。鴉片戰爭後，葡萄牙企圖把澳門變為殖民地（黃鴻釗，1987：166），於1845年單方面宣佈澳門為「自由港」，並任命「澳門總督」。1849年，葡兵驅逐中國駐澳門的海關官員，正式佔領澳門半島。1851年和1864年，葡人再佔領氹仔島和路環島，此三地區成為葡國澳門殖民地，面積約20平方公里。1887年，中葡簽訂《北京條約》，規定「葡國永駐管理澳門」（黃鴻釗，1987：178）。此條約在1928年期滿作廢，國民黨政府與葡國另訂《中葡友好通商條約》，但後者並沒有處理澳門主權問題，葡國仍繼續管治澳門。

（二）「一國兩制」方針政策的形成和發展

「一國兩制」的構想、方針和政策是在我國實行改革開放的時代的初期逐步形成的，首先是為了海峽兩岸的和平統一而提出，然後應用到香港和澳門回歸的問題。

1949年9月29日，中華人民共和國即將宣告成立，中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過了作為臨時憲法的《中國人民政治協商會議共同綱領》，其中第二條規定，「中華人民共和國中央人民政府必須負責將人民解放戰爭進行到底，解放中國全部領土，完成統一中國的事業。」在新中國成立後的很長時間內，「解放台灣」的口號屢見不鮮。「解放台灣」蘊含了以武力解放的意味，亦預示台灣應像中國大陸一樣實行社會主義制度。但到了二十世紀七十年代末

期，我國領導人對台灣問題的想法有了重大轉變。

1978年12月，中共十一屆三中全會公報中提到：「隨着中美關係正常化，我國神聖領土台灣回到祖國懷抱、實現統一大業的前景，已經進一步擺在我們的面前。」1979年元旦，全國人大常委會發表《告台灣同胞書》，呼籲兩岸就結束軍事對峙狀態進行商談，並承諾「在解決統一問題時尊重台灣現狀和台灣各界人士的意見，採取合情合理的政策和辦法，不使台灣人民蒙受損失」。1979年1月30日，鄧小平訪問美國時指出：「我們不再用『解放台灣』這個提法了，只要實現祖國統一，我們將尊重那裏的現實和現行制度。」由此可見，與台灣和平統一及在統一後維持原有制度的構想，在七十年代末期已逐漸形成。

1981年9月30日，全國人大常委會委員長葉劍英向新華社記者發表重要談話，題為「關於實現祖國和平統一的九條方針政策」，首次對我國政府就和平解決台灣問題的構想作出全面的闡述，其中包括以下內容：「國家實現統一後，台灣可作為特別行政區，享有高度的自治權，並可保留軍隊。中央政府不干預台灣地方事務。」(第3條)「台灣現行社會、經濟制度不變，生活方式不變，同外國的經濟、文化關係不變。私人財產、房屋、土地、企業所有權、合法繼承權和外國投資不受侵犯。」(第4條)1982年1月10日，鄧小平在接見一位海外朋友時說，「九條方針」實際上就是「一個國家，兩種制度」，在實現國家統一的前提下，國家的主體實行社會主義制度，台灣實行資本主義制度。「一國兩制」的用語由此誕生。

「一國兩制」是一個嶄新的政治概念，也是對中國憲法學的一個挑戰：怎樣從法理的角度說明「一國兩制」的構想？1982年12月4日，五屆人大五次會議通過了新的《憲法》，為「一國兩制」日後的實施提供了明確的法律依據。《憲法》第31條規定：「國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。」當時的憲法修改委員會副主任委員彭真曾指出，第31條是將葉劍英委員長宣佈的「九條方針政策的基本內容法律化，為祖國的和平統一確立了法律依據」(許崇德，1994：46)。