

## 序一

黃明濤教授是中國內地對香港基本法和相關法律有深入研究的知名青年學者，他治學嚴謹，立論精闢，其著作中有不少洞見和創意。黃教授不但對於國家的“一國兩制”政策有充分的認識，而且對香港的普通法法律傳統有仔細的研究，對於香港法制有一種“同情的理解”，所以他的著作可作為內地和香港法學界溝通的橋樑，可促進兩地法學界人士的對話和相互了解。我有緣與黃教授認識多年，這次黃教授在香港出版此書，我很高興和榮幸為本書作序並向讀者予以推薦。

本書的書名是“憲制的成長”，從書中我們可以觀察到香港特別行政區的憲制在過去二十多年中不同時間點的“憲政時刻”的情況，這也就是這個憲制的成長歷程。本書的內容十分豐富，既包括一些涉及香港基本法和普通法的理論問題的探討，又有關於香港法院一些重要案例的分析。此外，對於“一國兩制”的實踐中最具爭議性的一些課題，例如全國人大常委會解釋基本法的問題，以至香港特別行政區行政長官普選的問題，本書都有專章予以研究。

黃教授在書中提出“香港憲制”的概念，我認為這是特別值得留意的。他指出，“在中國主權之下，香港特區擁有一套獨特憲制，可稱為‘香港憲制’”；他強調“香港憲制”的“獨特性”。他又提到，香港回歸祖國之前，英國的憲制傳統塑造了當時的香港憲制，而基本法則“為香港‘更新了憲制’”。他寫道，香港基本法“是在本地‘原有憲制’的基礎上或體系內，

開始實施的。……港英時期奠定的法治傳統，已過渡至特區時代，並且為基本法的實施提供了重要的養料和助力。……‘香港憲制’……是指，一個比基本法規範體系更豐富，更全面，更加植根於本地傳統的‘憲制法之整體’”。

我同意黃教授的分析。香港特別行政區現有的憲制，不但建基於《中華人民共和國憲法》和《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，還包含了香港原有普通法傳統中的很多元素，這些元素對香港特別行政區現行的法治、人權、自由和司法獨立等理念和制度，貢獻良多。要充分了解香港的憲制，不但需要研究中國憲法、香港基本法以及關於“一國兩制”的理論、方針和政策，也必須重視香港憲制內源於普通法傳統的元素。本書書名“憲制的成長”，其動力和生命力乃來自“香港憲制”中這些不同構成部分的互動和整合。

本文寫於“反修例運動”觸發的騷亂仍未了結之時。“一國兩制”的道路如何走下去，亟需我們努力探索，群策群力，集思廣益。黃教授在本書中說：“我真誠地期待，有一天，內地法律人與香港法律人，能夠面對面，用同一門語言，交換意見，乃至犀利地辯論……而不是揣測和指責辯論對手的出身、政見與動機。”他說得很對，“一國兩制”的前途，有賴於所有持份者的坦誠和理性的對話溝通，求同存異，以解決問題。讓我們以此共勉！

陳弘毅

香港大學法律學院

2019年9月15日



## 序二

香港之回歸中國乃是近代以來最能滿足國人民族自豪感的重要事件之一，但香港的治理並沒有如當初樂觀預期的那樣“一歸解千愁”。自香港回歸二十餘年來，圍繞基本法第 23 條立法、“雙普選”、逃犯條例等事件卻是波瀾不斷乃至湧起驚濤駭浪，“一國兩制”的航途似乎總是不那麼平坦。

以鄧小平為首的那一代中共領導人，以其偉大的膽識和卓越的智慧構造了以“一國兩制”解決香港回歸並保持香港繁榮穩定的戰略藍圖，並且鄧氏豪邁地預言中央政府對香港的政策將“五十年不變，五十年後更沒有變的道理”。箇中隱含的樂見，便是在同一政治共同體下，主權統一已成為共識性前提，共和政治足以吸納兩地相向而行，最終達致美美與共。至於歷史累積的政治認知分歧、兩地人民的心性懸隔以至於具體利益的歧見，當可以隨著時間的流逝逐漸消弭於無形。但殊不知治大國若烹小鮮，操術不當，則易南轅北轍，大道漸行漸遠。主權問題可以繫於堅毅果敢的決斷，而治權問題則必須戒慎戒懼、惟精惟細。

內地學者專務於香港法律治理問題的研究，肇啟於中英關於香港回歸問題的談判。至中英關於香港的聯合聲明的達成、香港基本法的制定後有所式微。97 年香港回歸後，隨著特區治理中的一些具體問題不斷呈現，有關香港法律，尤其有關基本法執行問題的研究又呈現復興之勢。迄今為止，內地已形成一支頗具規模的基本法研究隊伍，但研究能力和研究成果難敷實

踐之需，其研究成果的品質也難稱滿意。揆諸原因其實在於基本法問題的研究受制於諸多框限：首先，內地學者對基本法的研究主要為對策性或智庫性研究，其研究必須秉持“政治正確”的原則，重大問題必須保持與中央一致的聲音，並無足夠開放的學術討論空間。其次，因為基本法問題的高度專業性和政治敏感性，使得諸多學術期刊對相關基本法學術成果的發表抱持特別謹慎甚至疏離的態度，從而導致基本法研究成果學術發表殊為困難，學者們做研究的制度激勵不夠，研究的積極性容易受挫。再次，基本法問題的研究特別需要學者對香港社會的親歷性，只有了解香港社會的風土人情、社情民意、政經狀態，才能做出有針對性、現實性的學術貢獻，但惜乎內地的相關學者整體性地面臨對香港隔膜的短板。最後，香港的法治政治架構迥異於內地的制度態樣，司法終審權由香港保留，外籍法官在香港司法權運行中的存在，這樣的制度安排都使香港的司法制度蒙上了一層魅惑的色彩。抽象整體意象上對香港法治的肯定，具體個別現象上對香港司法的不理解，表徵了內地基本法學者對香港法治整體把握能力亟待提高。

本書作者黃明濤博士是我的碩士、博士研究生。他從攻讀博士研究生開始即致力於研究港澳基本法。十餘年間，他除了大量研習卷帙浩繁的香港法資料外，還利用去香港訪問、開會的機會，大量接觸香港各界人士，開展實地調研工作。經年累月，努力不輟，而終於成為內地基本法研究隊伍中頗有知名度的年輕俊彥。本書收錄的十多篇文章，是黃明濤博士多年辛勤耕耘基本法問題的成果，這既是對他研究基本法問題能力的一個集中展示，又反映了他對香港基本法問題的個人性的獨特理



解與觀察。總體而言，該書的研究達到了一定的水平和高度。其中法理篇的幾篇文章法意雋永，政治篇的幾篇文章則是鞭辟入裏。在我以為，司法篇的幾篇文章最顯功力。其筆鋒所指，猶如庖丁解牛，精細深刻。但本書畢竟只是作者既有研究成果的彙編，因此，除了全書有體系化不足的缺失外，個別的觀點又或許有進一步討論的空間。

特此為序！

秦前紅

武漢大學法學院

2019年9月3日



## 導言

香港的獨特性，是其賴以取得成功的決定性因素，而這當中，尤其以法治傳統而獨領華人社會風騷，贏得世界尊重。香港在1997年回歸至中國主權所轄之下，並且，根據“一國兩制”政策，延續和鞏固了原有的法治傳統。在此過程中，香港基本法起到了重要作用。在今天，香港與中國內地之間的關係固然已經改寫，但總體而言，香港仍然保持了相當高的自治地位，在各方面維繫了與內地之間的“制度性區隔”。但凡了解香港歷史與民情，了解中國政治與“一國兩制”之背景的人，都明白，這樣的制度安排乃是來之不易，用心良苦。儘管回歸以來香港社會亦幾經風雨，與中央政府的關係也都起起伏伏，基本法也有被檢討的餘地，但是，這部法律的核心思想——為港人構築一道“堤壩”——總歸是無人反對的。在這樣的制度框架之下，要準確地認識香港，就必須留意到這樣一套“法律秩序”的獨特性，換句話說，在中國主權之下，香港特區擁有一套獨特憲制，可稱為“香港憲制”（the Hong Kong constitution）。

誠然，“憲制”一詞容易致人混淆。對港人而言，過去英國所植入的管治模式，自然是反映了英國自身的“憲制傳統”。在回歸之前的香港，“香港憲制”一詞所涵蓋的範圍，遠不止《英皇制誥》這一份法律文件，更超出“制定法”的含義，而是如同在聯合王國一樣，包含了普通法、政治慣例、憲政主義基本原則等所有配得上“constitutional”的成分在內，是對於本地最根本最緊要的法律規範的一個方便的概稱。當然，本無需多說

的是，香港不會因為其曾處於殖民統治之下的地位，就不能使用“憲”之名號。凡有政府之處，便有政府之法，也就有本地之“憲制”。

基本法的引入與實施，總體保全了香港原有法律體系；如果強調“主權移轉”這個根本變動的意義，也可以說，基本法為香港“更新了憲制”（constitution renewed）。因為基本法被賦予了優越於香港本地其他法的地位，也因為基本法全面系統地提供了“一國兩制”政策的法律實現方案，所以，我們可以說，基本法在今天的“香港憲制”中的地位，是更為根本的。

那麼，香港基本法與香港憲制之間是何種關係？

毫無疑問，改革開放以來，中國內地的憲法理論主要是遵循“成文憲法”脈絡的。香港基本法沒有被冠以憲法之名，但是，從立法技術上看，香港基本法可以被歸入“美國憲法”或“德國基本法”的行列，與之作比較研究。那麼，在基本法的時代，“香港憲制”是否仍然是一個“便利”或“準確”的概念？英憲傳統是不是已經被一掃而空了？置於“一國兩制”政策構想之下，“香港憲制”的概念是否還有一些特別的價值？

我認為，“香港憲制”一詞仍值得保留，她具備一些特別的解釋力，符合“一國兩制”政策的根本旨趣。

第一，“香港憲制”這個概念提示給我們，香港基本法這一部在功能上和立法技術上接近於“成文憲法”的法律，是在本地“原有憲制”的基礎上或體系內，開始實施的。香港特區如今的法律體系，並不是單靠基本法“高樓起平地”式地建構起來。和平的“主權移轉”方式，以及“一國兩制”政策，都決定了本地原有憲制在時間軸上的“跨越”效果是遠超我們想象

的。港英時期奠定的法治傳統，已過渡至特區時代，並且為基本法的實施提供了重要的養料與助力。

因為九七之前的憲制有不同的組成部分，所以，基本法缺乏一對一的“替代”對象。不可否認，基本法是一部系統而全面的法律，也被賦予高級法的地位。但基本法上的規範效力的實現，與原有憲制的徹底滌除，絕對不是一碼事。在特區時期，基本法固然是提供本地憲制法（constitutional law）的主要源泉，但是，由於原有法律的延續性，也由於立憲技術的局限，基本法仍然不能完全壟斷憲制法的供給——她是憲制法，也是最重要的一部憲制法，但不是唯一的憲制法。因此，“香港憲制”這個概念在特區時期仍然是有意義的，她是指，一個比基本法規範體系更豐富，更全面，更加植根於本地傳統的“憲制法之整體”（a body of constitutional law）。

第二，“香港憲制”這個概念也可以用來強調，在“一國兩制”框架之下，香港與內地之間，必須保持“制度性的區隔”。“一國兩制”的精髓在於，兩個地區，雖然在制度上彼此獨立，卻仍同屬一個國家。換句話說，納入了“一國兩制”政策的中國憲法預設了“內地憲制+特區憲制”的國家構成模式。這一點並非始終清晰無疑，有時候，人們會混淆“中國”與“內地”，這引發了一些爭議，以及對香港地位的混亂理解。

從法律上講，“一國兩制”最理想和最清晰的安排，應該是在一部奠定主權基礎的憲法之下，分別以不同法律規定香港和內地各自的制度安排，這樣可以更好地確保“兩制”彼此尊重，互不干擾。但歷史不能假設，我們也不必對上一代人求全責備。中國憲法以小幅度的修改納入“一國兩制”已屬難能可貴，



但在法律適用上，的確容易引發困難——如何在同一部憲法中清晰地劃分“社會主義”成分和“資本主義”成分？

這樣的劃分已經被證明不可行，而解決問題的方法也很簡單，那就是堅持“香港憲制”的獨特性。換句話說，涉及香港特區的法律問題，但凡可以用香港本地法或香港基本法處理的，就不能捨近求遠地去內地法律之中尋求幫助。必須強調的是，基本法為相關的中央機關也設定了職權範圍，其權力行使仍然是處於基本法框架（也就是“香港憲制”）之內的，與這些機關在“內地憲制”中的角色不可混同，而這也是“一國兩制”政策所要求的。無需贅言，香港基本法擁有極為特殊的地位，她並不是一部普通的“人大立法”，也不能以通常的“憲法與法律”的關係來理解中國憲法與香港基本法之間的關係。

最後，“香港憲制”這個概念還意味著，包括香港基本法在內，所有的香港憲制法，必須在具體的適用中，逐漸展現其內涵，由此構築特區的一整套制度，並且永續地調適和完善。僅以基本權利為例，香港基本法上的權利條款，經由法院的適用與演繹，已經很好地納入了諸多國際通行的原理與技術，由此充實了其內涵，使得基本法生發出可理解和可把握的法理（jurisprudence）。基本法的實施，就如同樹木的生長一般，有了判例的積累，樹木也變得枝繁葉茂，而判例背後的原則，就是貫穿於枝幹之間的營養液，讓木材更加扎實穩健。當樹木成長為繁盛的森林，就是我們所說的“香港憲制”了。



## 目錄

總序 | iv

序一 | viii

序二 | x

導言 | xiii

### 第一章 | 法理篇

01 普通法的魅力與困惑 | 002

02 不忘初心，方得始終——香港基本法成功實施的經驗 | 006

03 普通法傳統與香港基本法的實施 | 016

04 試論《香港特別行政區基本法》的自足性——對基本法第11條第1款的一種解讀 | 054

### 第二章 | 司法篇

01 普通法判決意見規則視閾下的人大釋法制度 | 076

02 “莊豐源案規則”與人大釋法的模式 | 096

03 “外傭居港權案”終審判決評述 | 141

04 從程序角度看人大釋法的合法性與正當性 | 146

05 合法預期原則與審慎司法審查——從香港特區“免費電視牌照爭議”談起 | 168

### 第三章 | 政治篇

01 話語的錯位——香港法律人眼中的“白皮書” | 200

02 香港立法會否決2017年行政長官普選方案 | 204

03 香港基本法有關行政長官之設計的先天缺失——基於基本法起草之歷史背景的反思 | 232

04 國歌能對公眾“國家觀念”負多大責任？ | 253

後記 | 257