

論廣深港高鐵“一地兩檢”合作安排的法理基礎

鍾文宇、易賽鍵*

2018年9月22日上午廣深港高鐵香港段在香港西九龍站舉行開通儀式，並於次日正式通車，這標誌着香港正式加入國家高鐵網絡，踏入高鐵新時代。在通關程序上採用的“一地兩檢”模式，使得乘客可以一次性完成在西九龍站的香港和內地通關手續，充分釋放了廣深港高鐵項目的運輸、社會和經濟效益。但廣深港高鐵“一地兩檢”安排自從提出以來，就受到部分香港人士的反對¹，在《廣深港高鐵(一地兩檢)條例》(下稱《條例》)於2018年第23號公告刊登憲報完成香港本地立法後，部分人士向香港高等法院提出了司法覆核請求。2018年12月13日香港高等法院就案件頒發判詞，裁定《條例》符合《香港基本法》²，但該判決中的論理值得商榷。本文將以《全國人民代表大會常務委員會關於批准〈內地與香港特別行政區關於在廣深港高鐵西九龍站設立口岸實施“一地兩檢”的合作安排〉的決定》(下稱《決定》)³和香港高等法院判決兩者為視角，分析“一地兩檢”合作安排的法理基礎，並指出其所具有的重大憲制意義。

一、全國人大常委會對廣深港高鐵“一地兩檢”安排作出了憲制性判斷

根據2017年7月香港特區政府向立法會提交並通過的《廣深港高速鐵路香港段清關、出入境及檢疫安排》，在高鐵的清關程序上採取“一地兩檢”的模式⁴，這是特區政府和中央有關部門經過數年的探討，在諸多不同的構思方案中選取的最優解決方案。為了方案在法律上符合《香港基本法》，在運作上穩妥可行並且不會引起香港特區保安上的問題，將採用“三步走”的方式於高鐵西九龍站實施“一地兩檢”。2017年12月27日全國人大常委會通過的《決定》在“一地兩檢”方案中起着關鍵性與決定性的作用，正如全國人大常委會副秘書長李飛在專題新聞發佈會指出：“全國人大常委會作出批准‘一地兩檢’的決定，是重要的憲制性判斷，不容質疑。”⁵如何理解全國人大常委會這一決定，直接關係着“一地兩檢”安排的法理基礎。應在中國的整體憲制秩序下，探究香港特別行政區的憲制基礎以及全國人大常委會所處的憲制地位，從而把握全國人大常委會所作決定的性質和效力。

* 前者為中國人民大學法學院憲法與行政法學碩士、《人大法律評論》編輯，後者為中國人民大學法學博士、求是雜誌社副編審、《小康》雜誌社副總編輯

(一) 憲法和基本法共同構成香港特區的憲制基礎

1. 新憲制秩序的確立與憲法在香港的實施

1997年7月1日中國恢復對香港行使主權，根據凱爾森的“基本規範”理論，一個社會的“主權革命”必然帶來“基本規範”的變化，香港地區的根本規範由《英皇制誥》和《皇室訓令》變成了《中華人民共和國憲法》與《香港基本法》。⁶ 就香港憲制基礎的討論，直接關涉的即是《中華人民共和國憲法》在香港特區的實施問題。早在《香港基本法》起草過程中，《中華人民共和國憲法》在香港特區的效率與適用就是一個重大爭議的問題，令香港人擔憂的是，具有更高法律效力的若干憲法條款如果在香港適用，將會讓效力層級較低的《香港基本法》所設計的高度自治名存實亡。與此同時，憲法作為國家根本法又應當在每一寸領土上適用，不能出現主權真空。⁷

基本法實施至今的二十餘年中，該問題始終是基本法研究中的重點與難點，形成了豐富的理論積澱與觀點爭鳴。目前，關於憲法對於香港整體實施和有效在理論上和實定法上均比較清晰，但是在憲法具體適用上學者有着不同的理論進路⁸，包括最早的“憲法整體有效、部分不適用說”⁹，“憲法通過基本法適用說”¹⁰，以及從“憲法部分適用、部分不適用說”衍生出來的“既要區分憲法效力和憲法適用，又不能割裂憲法條文來討論憲法效力說”¹¹。對上面的理論進行梳理不難發現，無論是官方論述還是學術觀點——包括內地和香港學者¹²，普遍達成共識的是“憲法中有關確認和體現國家主權、統一和領土完整的規定，即體現‘一國’的規定，包括憲法關於中央國家機關一系列規定，如全國人民代表大會是最高國家權力機關，全國人大常委會是它的常設機關，它們行使國家立法權和決定國家生活中的重大問題……等等，憲法的這些規定在香港施行和在內地各省、自治區、直轄市施行是一樣的。”¹³ 因此，雖然香港特區的實際政治運作中，並未設立如內地一樣的地方人大機構，地方人大享有的各項職權，但是憲法上關於全國人大及其常委會的地位、職權等的規定都應適用於香港。

不僅如此，憲法將香港特區納入整體的憲法秩序中來也是憲法在香港實施的功能體現。“一國兩制”的核心就是在實現“一國”的前提下，維持“兩制”的現狀不變，寓“變”於“不變”中。¹⁴ 事實上，過去對“一國兩制”中的“不變”關注較多，而對於最為重要的“變”強調較少，從法理層面看，憲制秩序的變化就是最重要的變化，香港被納入到國家的整體的憲制秩序下，而這一套秩序正是憲法所創設。憲法一旦產生，就不是消極被動的，而是直接通過對國家權力的歸屬、政治組織形式和政體、國家結構形式、國家機關的組織與活動的基本原則的確認和規範¹⁵，國家政權組織形式與國家結構形式就是這套縱橫交錯的國家權力機制中橫向和縱向的具體表現。《中華人民共和國憲法》第31條中“國家在必要時得設立特別行政區”使得中國實行的混合形態的單一制國家結構形式得到了發展¹⁶，全國人民代表大會根據《中華人民共和國憲法》第31條“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”和第62條第14項制定《香港基本法》，正是行使憲法予以橫向配置的最高權力。因此，全國人大及其常委會行使的意思性權力(橫向)與全國性權力(縱向)所構成的權力秩序也當然實施於香港特區。¹⁷

所以我們應從如下幾方面理解憲法上全國人大及其常委會的地位及職權的規定在香港的實施：

首先在法理上，憲法的實施除創設一般憲制秩序外，還可通過授權立法對特殊地方行政區域內的地方制度作出特殊規定，從而在國家一般憲制秩序之內創設特殊地方憲制秩序。《中華人民共和國憲

法》在創設一般憲制秩序時還創設了特別行政區憲制秩序，雖然《中華人民共和國憲法》只在第 31 條規定特別行政區，但並非只有第 31 條才是特別行政區憲制秩序的形成條款。¹⁸ 因此，憲法直接創設的國家一般憲制秩序本身構成特別行政區制度的基礎，關於國家政權體制、中央權力配置和運行的規定，是國家的憲制安排，而香港特區也處在這一憲制秩序之下，處在主權者的管治之下。¹⁹

其次，從中國的政治體制出發，人民代表大會制度是中國人民民主專政的政權組織形式，是中國的根本政治制度。作為中國根本政治制度，人民代表大會制度直接體現了中國人民民主專政的國家性質，是建立其他有關國家管理制度的基礎²⁰，全國人大作為最高權力機關以及全國人大常委會作為它的常設機關作為“憲法機關”，不僅在人大制度——在整個憲法秩序也佔據了基礎與中心地位。有學者從德國憲法學上的“功能最適”理論出發，以“行動能力”的視角看待最高國家權力機關的“適當職能”²¹，而作為憲法文本所規定的全國人大及其常委會所具有的多項職能的實際行使，對於與其所處的憲制角色相適極為重要。

最後，從完整的規範體系來看，《香港基本法》中共有 29 處提到全國人大、17 處提到全國人大常委會，但是並沒有對其地位和職權做和憲法一樣的完整的陳述，這不是立法者的疏忽和文本的缺失，更不是有學者提出的全國人大常委會在基本法框架內的職權與其在內地法律體制內的原有職權有諸多明顯差異，而是基本法有意做出一個不同的憲制功能上的設計。²² 可以看到，《香港基本法》的序言部分規定了“根據中華人民共和國憲法，全國人民代表大會特制定中華人民共和國香港特別行政區基本法”，而且 1990 年全國人民代表大會作出的《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉的決定》確認“香港特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》按照香港的具體情況制定的，是符合憲法的。”²³ 這與其他全國人大及其常委會制定的法律在總則部分規定“依據憲法，制定本法”並無不同。有學者認為“依據憲法，制定本法”不僅是關於事實的陳述性命題，而且內含規範性的價值判斷。這一判斷包括兩層規範結構，即立法權源法定和法源法定，全國人大以最高權力機關的憲制角色行使《中華人民共和國憲法》第 31 條的特別行政區制度立法權，但在法源內涵方面並不像“憲法停止論”所述的“考察第 31 條的目的，該條至少賦予全國人大停止現行憲法上若干條款在香港實施的權力。”²⁴ “憲法停止論”在根本上背離了立憲主義的原理，若全國人大可以停止憲法若干條款在特別行政區的效力，便必然可以將社會主義條款以任何其喜歡的方式加之於特別行政區。²⁵ 在中國憲法規範體系內，《中華人民共和國憲法》第 2 條第 1 款規定了“中華人民共和國的一切權力屬人民”這一“人民主權”的憲法核²⁶，在國家機構部分的全國人大及其常委會的有關條款正是這一憲法規範的展開，作為憲法性法律的基本法應與“元規則”²⁷保持一致。從法解釋學的角度來看，“利用體系解釋方法，使法條與法條之間、法條前後段間，以及法條內各項、款間，喜歡補充其意義，組成一完全的規定，確具意義。換言之，就各個法條觀之，其規定或不完整，或彼此矛盾，而有所謂‘不完全性’或‘體系違反’，惟透過此項解釋方法，均不難使之完整順暢而無衝突。”²⁸ 體系解釋的方法不僅局限於一部法律內部，而應考量“其條在法律上之地位，其法律與其他法律之關係，其法在法律體系中之位置，立法之目的……始能得法文之真意。”²⁹ 所以基本法中的中央機關的概念毫無疑問應被憲法中的有關條款予以涵蓋，從而達到整個憲法規範體系內部的和諧統一。

2. 人大行為(NPC acts)與基本法自足理論的誤區

Yash Ghai 教授提出基本法本身具有自足性(self-contained and exclusive instrument)，當涉及內地與香港特別行政區的法律關係以及香港範圍內的法律適用時，應以基本法作為基本法律框架。³⁰ 有學者受此啟發，認為《香港基本法》第 11 條第 1 款是“基本法的自足性條款”，是《中華人民共和國憲法》第 3 條通過《香港基本法》來建構一個完整的、和諧的律體制的意圖的充分展現。例如，全國人大常委會解釋內地法律的權力與解釋《香港基本法》的權力就是兩項彼此獨立的授權結果，若干“中央機關”並非由《香港基本法》所創建，而《香港基本法》包含有與上述機關相關的(授權)條文，意味着基本法秩序承認該等機關的合法地位，據此可以認為，憲法上有關基本法秩序內國家機構的組織規範已經在香港特別行政區得到適用。³¹

上述學者的觀點事實上是憲法“通過基本法”適用觀點的衍生，對其邏輯進行推演會發現存在缺陷。如前文所述，憲法實施首先在國家範圍內建構一般的憲制秩序，作為國家的基礎性秩序，在此基礎上，對於國家的部分特殊區域創制特定範圍內的憲制秩序，這種特定範圍內的憲制秩序是國家憲制秩序的組成部分，它由憲法以及憲法性法律共同創制。³² 而“基本法自足理論”認為的基本法所創設的憲制秩序與憲法所創設的基礎性秩序相獨立，但是基本法本質上是授權法，根據授權理論，被授權者自身並不享有被授權的權力，通過取得授權者的授權，才能行使有關權力。被授權者只能在授權範圍內行使授權，不得越權。授權者與被授權者之間存在的是隸屬關係，地位並不平等。所以認為源於基本法的授權不同於相關國家機構在內地憲制秩序中獲得的授權，這就顛倒或是將授權者與被授權者的關係放在同一位階，全國人大及其常委會的權力由憲法賦予，而非基本法，基本法對於全國人大及其常委會的規定並不是全國人大及其常委會完整的權力譜系。事實上，通過梳理全國人大及其常委會針對香港問題作出的文件(包括解釋、決定等)，在涉及已實施的 33 份規範性文件中，79%屬“聯名式實施”——即同時援引憲法規範與基本法規範，如果僅以回歸後作出的規範性文件為樣本，“聯名式實施”的比例更是高達 100%。³³ 全國人大常委會此次的《決定》也是確認“一地兩檢”合作安排同時符合《中華人民共和國憲法》和《香港基本法》，所以憲法中規定全國人大及其常委會所享有的權力與基本法中規定的權力具有同質性，產生的法效力也約束香港特區。正如此次香港高等法院法官所論述的：“全國人大常委會解釋基本法的權力在特區是得到萬全承認和尊重的。法院曾在 *Lau Kong Yung* 案³⁴中認為，這是基本法實施中的‘一國兩制’原則的作用，‘兩制’都在‘一國’統合之下，全國人大常委會在‘兩制’下作出的解釋在特區全部或部分是有約束力的。”³⁵ 需要注意的是，憲法本身設置了憲法監督制度，如《中華人民共和國憲法》第 62 條第 2、12 項，由全國人大對全國人大常委會行使權力進行合法性的審查，而不是由基本法對全國人大常委會的權力劃定邊界。³⁶

從此次香港高等法院的判決中，也可以看到法官對於這種基本法自足理論的反駁。在庭審中，申請覆核人的律師辯稱，基本法是“穩固”和“自足”的憲制性文件，而全國人大及其常委會只能通過基本法而非憲法對香港行使權力。全國人大常委會的決定並非在基本法框架內作出，因此，香港法院不能依據該決定就條例和行政長官決定是否符合基本法作出裁決。³⁷ 法官在論證全國人大常委會的決定的法律地位部分對其予以釋明，即基本法是中華人民共和國的全國性法律。當在處理條例是否符合基本法的問題時，應在“一國兩制”的層面——特別是關乎“一國”的一部分。³⁸ 正如在法院決定適用外國法進行裁判時，法院應當查明外國法的內容並予以適用。同樣地，當法院面對條例是否與基本

法相符的問題時，法院也應考慮如何根據中國法律確定(determined under PRC laws)。在中國法框架下，由於全國人大常委會的決定被視為這一問題上的決定性因素(regarded as determinative of the issue)，因此當該問題由香港法院裁決時，也應當在該立場下進行。³⁹

(二) 全國人大常委會決定的雙重效力

關於人大職權，《中華人民共和國憲法》第 62 條規定了全國人大的十五項職權，第 67 條規定了全國人大常委會的二十一項職權。對地方各級人大及其常委會的職權，憲法作了概括性規定，地方各級人大和地方各級人民政府組織法作了具體規定。在人大工作中，一般把人大及其常委會的職權概括地表述為“四權”。這“四權”就是“立法權、重大事項決定權(決定權)、選舉任免權(任免權)、監督權”。人大“四權說”的總結來源於 1980 年彭真在全國人大常委會召開的省、自治區、直轄市人大常委會負責同志座談會上的講話。在座談會上，彭真依據地方各級人大和地方各級人民政府組織法的規定，把地方人大常委會的職權分為四個方面作了概括地解讀。雖然彭真的這個講話針對的是省級人大常委會，但人們由此逐漸把各級人大及其常委會的職權都概括地表述為：立法權、決定權、任免權、監督權。此次全國人大常委會作出的決定名稱為《全國人民代表大會常務委員會關於批准〈內地與香港特別行政區關於在廣深港高鐵西九龍站設立口岸實施“一地兩檢”的合作安排〉的決定》，分析其形式和實質內容以及結合以往全國人大及其常委會出台的相關文件，該決定應具有決定權與監督權的雙重效力。

1. 決定權

在全國人大享有的“四權”中，決定權是表現全國人大國家權力機關特徵的一項職權，正由於全國人大可以隨時就國家和地方的重大事情作出決定，表明全國人大在國家生活中潛在的廣泛作用。但是正因為決定權所具有的“軟權力”的特徵，其規範內涵也較為模糊。⁴⁰ 有學者回顧梳理了全國人大決定權不同的學理解讀⁴¹，但大致可從形式和內容來判斷決定權的行使。凡以“決定”的形式出現的文件，一般都是決定權的內容，它是全國人大及其常委會用來表達意志，並解決實質問題的一種實體性的權力，因而這種決定具有實體規定性和執行性。除此之外，決定權的表現形式還包括部分審查、批准重大事項的權力。本次《決定》顯然符合決定權的形式外觀。再從實質內容來看，《決定》批准 2017 年 11 月 18 日廣東省人民政府與香港特別行政區政府簽署的“一地兩檢”合作安排，並要求香港立法保障合作安排得到落實，授權國務院批准西九龍站內地口岸區的設立及具體範圍；西九龍站口岸啟用後，對“一地兩檢”合作安排如有修改，由國務院批准，並報全國人民代表大會常務委員會備案。有學者將這種決定權的行使歸納為“具體法律性決定”模式，即內容上仍主要是可資遵循的行為規範，具備法律性的功能特徵。由於其適用對象初始即告確定或可以依決定事項的一般特徵加以確定，因而僅具有單次適用的效力特性。⁴² 那麼這次決定的適用對象是否屬決定權所需要滿足的重大事項的範圍？根據蔡定劍進行的學理歸納，有關國家和本行政區域內有重大影響的、花錢較多或對群眾利益影響較大的有關經濟、文化、教育等建設項目或重要措施應屬“大事”的範圍。“一地兩檢”合作安排涉及廣深港高鐵的通關模式的選擇，這對於實現充分發揮廣深港高鐵的高速高效優勢，使廣大乘客充分享受快捷便利的服務，確保廣深港高鐵香港段的運輸、經濟和社會效益具有重要意義，所以全國

人大常委會對其進行審查和批准屬決定權的範圍。梳理全國人大常委會對香港問題作出的決定可以發現，不同的決定在權力屬性是也有所不同，例如有行使立法權的決定——1996年12月30日第八屆全國人民代表大會常務委員會第二十三次會議通過的《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》。綜述上述，此次全國人大常委會作出的決定在性質上不是法律，因為它並不是立法權的行使，但是它又具有法律拘束力，這是決定權的性質所產生的。

2. 監督憲法的實施

孫瑩副教授認為人大重大事項決定權具有雙重屬性：一方面，人大決定權具有獨立存在的屬性，有其特定的內涵和具體表達形式，與人大監督權、立法權、任免權相並列；另一方面，人大決定權具有依附性，人大決定權的具體實現需要依附於立法權、監督權和任免權等人大的其他職權。⁴³ 此次全國人大常委會作出的決定同時還屬監督權的行使。

憲法的生命在於實施，憲法的權威也在於實施。⁴⁴ 而憲法實施機關能否嚴格依據憲法行使國家權力，其關鍵是是否建立了實效性的憲法監督機制。⁴⁵ 根據《中華人民共和國憲法》規定，中國建立的是由最高國家權力機關監督憲法實施的體制，全國人大有權改變或撤銷全國人大常委會不適當的決定；全國人大常委會作為全國人大的常設機關，不僅有權對“一府兩院”的行為實施合憲性審查，而且可以對省級人大實施合憲性審查，是中國主要的合憲性審查機構。⁴⁶ 香港作為地方行政區，當然在全國人大及其常委會的監督範圍之內，根據憲法和基本法的規定，全國人大及其常委會作為整個國家的合憲性審查機構，當然也是香港的合憲性審查機構，在特區享有毋庸置疑的合憲性審查權。但是截至到目前，全國人大常委會從未依據《香港基本法》第17條⁴⁷發回過香港立法；從歷史上看，惟一可以解釋為全國人大行使合憲性審查權的事例就是全國人大對《香港基本法》所作的合憲性審查，確認《香港基本法》是符合憲法的。⁴⁸ 有學者認為，這是新中國立法史上全國人大第一次公開對一部法律進行合憲審查，並正式作出審查結論⁴⁹，這一決定也平息了基本法的是否合憲的爭論，闡明了基本法的憲制依據。事實上，全國人大常委會對香港的合憲性審查機制在實際運行中的虛位與國家整體的合憲性審查制度的運行的問題有直接關聯，由於規定的模糊和具體程序的缺失使得全國人大常委會處在隱而不發的地位。自中國共產黨的十九大報告提出要加強憲法實施和監督，推進合憲性審查工作以來，合憲性審查制度得到了人大機關和學界的高度關注。此次全國人大常委會的決定的依據就是《中華人民共和國憲法》第67條第1項規定的其享有監督憲法的實施的權力，這也是基本法規定全國人大常委會享有的合憲性審查權的憲法來源，《中華人民共和國憲法》第67條第1項規定，全國人大常委會有權監督憲法的實施，這種權力適用於《中華人民共和國憲法》第31條，該條在香港特別行政區成立後實施了“一國兩制”的原則。因此，根據憲法，全國人大常委會有權決定某一事項是否符合“一國兩制”原則和基本法，從而為“一地兩檢”的整體安排提供了憲制基礎。在合憲性審查制度的完善過程中，更應以此次決定為契機，將對港的合憲性審查機制納入到整體的合憲性審查制度建設中來，以憲法條款發揮對基本法規範引領、價值填充等作用，從而更好的落實憲法在香港的實施。

二、《廣深港高鐵(一地兩檢)條例》符合《香港基本法》

2018年12月13日香港高等法院就“一地兩檢”案件作出判決，裁定《條例》符合《香港基本法》，這為“一地兩檢”安排的第三步——香港本地立法提供了法治保障，避免了後續的司法覆核問題，起到了“定分止爭”的作用。判決大致從兩方面進行論證，一是回顧以往判例所確定的基本法解釋的適用原則，認為如公平地解讀《香港基本法》(旨在定下一個概括框架)，再考慮到《香港基本法》(特別是第18條第1及2款、第19條第2款及第80條)的文意和目的，以及不按字面或機械式地處理有關問題，則可得知在香港特區境內設立口岸(以實施通關程序)並劃分內地口岸區的管轄權以便實施該等程序，與《香港基本法》並無抵觸，也非《香港基本法》所擬禁止之事。基本法是“活的文件”(living document)，基本法的立法目的是維護香港的整體的最佳利益，其應該能夠隨着時間的推移而成長和發展，以滿足新的社會經濟和政治現實，並且在其生命週期中以一種回應同時代的需求和環境的方式被解釋和應用。二是全國人大常委會決定的法律地位問題，判決在這一部分存在論證的缺陷，當然這也是自香港法院事實上行使“違反基本法審查權”以來，法院對於全國人大常委會的行為(NPCSC acts)的司法態度。因為前文已經詳細闡述了全國人大常委會決定的性質和效力，下面將着重於分析法院運用基本法解釋的原則論證《條例》符合《香港基本法》，並對判決進行檢視。

(一) 基本法解釋的適用原則

判決專門闡明了根據以往判例所確定的基本法解釋的適用原則：第一，基本法解釋的權限。根據《香港基本法》第158條，香港法院有權解釋“基本法”，以裁定第158(3)條所規定權限範圍內的案件，但要受到全國人大常委會根據《香港基本法》第158條作任何解釋的約束。⁵⁰ 第二，基本法解釋的方法。香港法院在解釋基本法時，採用普通法的方法。在上述提及的 *Chong Fung Yuen* 案⁵¹中論述到，本法院與下級法院一樣，必須運用香港的普通法來解釋基本法，這符合其中所體現的“一國兩制”的原則。在此基礎上，全國人大常委會的立法解釋可以明晰或補充法律。根據普通法解釋基本法的方法，法院的作用是解釋基本法文本所用的語言，以確定以該語言表達的立法意圖，這項工作要求法院根據條文的背景和目的來確定語言所涵蓋的含義。在普通法下，法院在解釋基本法時的角色是解釋文本中使用的文字，以確定該文本所表達的立法意圖。他們的任務不是要確定立法者自己的意圖，他們的職責是確定所用語言的含義，並落實該語言所表達的立法意圖。頒佈的文本是法律，法律應該是確定的，並且應該由公民確定，這一點很重要。⁵² 但是法院不會孤立地看待文本，語言是根據其背景和目的來考慮的。⁵³ 解釋的運用要求法院根據其背景和目的來確定語言所涵蓋的含義。這是一個客觀的運用。雖然法院必須避免採用文義、機械、狹隘或嚴格的方法，但他們不能賦予文本一種語言無法包容的含義。當出現目的與文本的緊張關係時，法院必須從憲法和相關外部材料中確定原則和目的，因此，在確定文書的真正含義時，法院必須根據背景考慮文書的目的及其相關條款以及文本的語言，這在解釋憲法性文本時具有特別重要的作用。⁵⁴ 總之，基本法應被視為旨在滿足不斷變化的需要和情況的“活的文件”⁵⁵，法院適當考慮其歷史背景但不會受到不適當的限制，始終將基本法視為一種活生生的規範，植根於過去，但旨在回應同期的需要和環境，並賦予其一種真正反映當前社會和法律環境

中的當代的觀點的解釋。⁵⁶

接着法官論證到,《條例》是否符合《香港基本法》的關鍵,在於分析基本法文本並考慮其背景和目的後,採用條例所載的“一地兩檢”安排,包括設立受內地司法管轄區和內地法律管轄的口岸,是事先被禁止或排除在外的。首先必須考慮到基本法的背景和目的,特別是《香港基本法》第18條第1款、第18條第2款、第19條第2款和第80條。這些條文的目的是很明確,即為了實現“一國兩制”原則的“兩制”部分;換句話說,維持或保留在1997年7月1日之前有效的獨特的香港制度。在香港境內設立一個口岸,包括口岸的海關、入境及檢疫控制的目的,以及界定某人是否為此目的而被視為在香港境內或境外的,受內地司法管轄權和法律管理,均與《香港基本法》的目的相符。“一地兩檢”安排的想法或可能性並非在1990年頒佈《香港基本法》時已經或可以考慮的事項,這是達成共識的基礎。《香港基本法》是從1997年7月1日開始生效或至少生效50年。正如香港法院過去多次強調的那樣,基本法應被視為能夠隨着時間的推移而成長和發展,以滿足新的社會經濟和政治現實,並且在其生命週期中以一種回應同時代的需求和環境的方式被解釋和應用。如果認為基本法有禁止“一地兩檢”安排的效果,而該基本法旨在提升香港的整體最佳利益,那麼這樣就未能將基本法視為“具生命力的文件”。其次,內地口岸區的設立,以及海關、入境及出境的移民(入境及出境)及檢疫控制的設立及應用,本身就是香港行使擁有的高度自治權以及承認在香港和內地實行兩個不同制度的一種表現形式。⁵⁷

法院所提出的包括以往判例所體現的“基本法是活的文件”的觀點,與“活的憲法”理論有相通之處。戴維·斯特勞斯對“活的憲法”理論有系統的闡述:以狹隘的“原初”含有為基礎的靜態憲法觀念本身,既不合邏輯,也站不住腳。任何理由充分的憲法觀念都須承認,就憲法的實質理解必然會隨着時間的流逝,隨着技術、人口、經濟和政治的變化而改變。所以在既能維護憲法的正當性又能擁有一部“活的憲法”(living constitution)的情況下,可以通過發展出一種憲法“普通法”,法官所受的憲制不是表面嚴格追求“原意論”,而是忠於傳統和先例的價值,將憲法的文本與憲法“普通法”的發展作為共同的基礎,從而成功地在穩定性和變化之間走鋼絲。⁵⁸雖然基本法不是憲法,但是其作為香港的憲制性文件,對香港的各項制度予以安排,要與香港的社會經濟、政治變化發展相適應,這也是法院在過去諸多判例中解釋基本法貫徹“活的文件”的精神的初衷。事實上,早在2006年已經有了深圳灣口岸實行“一地兩檢”的通關模式,由全國人大常委會授權香港特區對深圳灣口岸港方口岸區實施管轄。⁵⁹雖然在具體的法律制度安排上與此次“一地兩檢”安排有所差異,但其目的也是適應深圳市與香港特別行政區之間交通運輸和便利通關的客觀要求,促進內地和香港特別行政區之間的人員交流和經貿往來,推動兩地經濟共同發展。

法院在判決中強調,在解釋基本法時應採用普通法的方法。在雙軌制的基本法解釋模式下,香港法院採用的普通法方法與全國人大常委會的解釋方法有所差異,但事實上並不是完全的對立關係。有學者在專門研究兩者的基本法解釋方法後發現,兩者並不是衝突的。可以看出,無論是全國人大常委會還是香港特區(法院),其基本法解釋方法都是多樣性的。雙方現在使用的方法與各自體制之間並非單一對應關係,各自的法律解釋理論均包括多種方法;而某些方法的具體運用上兩地更有眾多相通之處,比如都強調立法目的在解釋中的重要性,重視基本法的立法背景以及基本法的特殊性質在解釋中的參考價值等;而在確定立法原意或條款的字面意義時,陸港兩地都主張在某些情況下是可以借助於

相關資料的，包括基本法內部與外部資料。⁶⁰ 從前文香港高等法院的判詞中就可見一斑，全國人大常委會所運用的立法原意解釋與香港法院所持的“基本法是活的文件”的觀點更是殊途同歸。無論是中央政府還是香港廣大市民，形成的共識是維護國家的統一和領土完整、保持香港的繁榮和穩定是“一國兩制”的立法原意，這在基本法的序言中也被固定下來。⁶¹

正如朱國斌教授所言，一部 1990 年通過的《香港基本法》不可能完全預料到特區未來各種可能發生的情景。其次，起草時立法者希望突出憲政性法律的穩定性，因而對如何面對變遷缺失某些靈活的因應措施，在穩定性與適應性之間從而凸顯了某種張力。在解決法律衝突時，應該看到，《香港基本法》具有混合的(hybrid)特性，它們體現為普通法和大陸法兩種法律理念和制度的交匯點。“在未來的歲月裏，實踐《基本法》還可能面臨這樣那樣的具體法律和法律制度問題。在面對法律制度和概念的衝突時，如果我們謹記《基本法》是‘活的文件’(living document theory)，是‘常青樹’(living tree doctrine)，那麼我們就有信心面對可能出現的衝突、困境和挑戰，並找到切實的解決辦法，從而發展《基本法》及其法理。”⁶²

(二) “一地兩檢” 條例符合比例原則

二戰之後，比例原則已經成為世界各國憲法裁判的首要原則，是判斷限制權利的法律是否合憲的最經常採用的司法審查標準。比例原則包括目的正當原則、適當性原則、必要性原則和狹義的比例原則的四個子原則，只有綜合考察四階子原則，才能判斷是否具有正當性。陳弘毅教授以及香港政府在向法院提交的論證中，都提到了《條例》符合比例原則。

在目的的考量上，就跨境高鐵而言，高效省時的通關程序對於全面體現高鐵快捷、方便的特點至關重要。所謂“一地兩檢”，就是在同一地方依序辦理兩個不同管轄區的通關程序，在“一地兩檢”安排下，乘客可以一次過在西九龍站完成香港和內地通關程序。離港乘客安坐列車，就能到達國家高鐵網絡所有城市，不需要再在內地辦理通關程序。抵港乘客亦可以選擇在國家高鐵網絡任何一個車站登車，抵達西九龍站才辦理內地出境和香港入境程序，不受該內地城市是否設有通關口岸限制。因此，為了方便乘客辦理出入境手續而設立“一地兩檢”，這是一個合理合法合情的目的。⁶³

在過去的數年內，特區政府和中央有關部門曾就廣深港高鐵的通關程序探討過多個不同的構思，共有四種設計設計方案，包括在西九龍站實行“一地兩檢”、北南行分站“一地兩檢”、“車上檢”以及“兩地兩檢”。北南行分站“一地兩檢”構思最大的問題在於要求南行乘客必須在設置口岸的內地高鐵車站中途下車，接受內地通關程序後，然後重新登車才可繼續前往西九龍站。這樣的安排明顯會給乘客帶來不便，令整體的行程延長；“車上檢”的模式在運作上並不可行，原因在於通關程序不單涉及觀察、訊問乘客，有需要時亦要檢查乘客隨身行李，車上環境相當局限，而且在西九龍站至第一個內地車站(即福田站)之間的車程僅 14 分鐘，而列車上設置座位 579 個，在這種情況下要在短促的時間內為車上所有乘客完成通關程序並不具有操作性；“兩地兩檢”方案作為最傳統的模式，最大的缺陷在於局限乘客只可在有設置口岸的內地車站下車。事實上，不是所有從香港可抵達的內地高鐵車站皆有條件或能夠設立通關設施這既不切實際，也不符合效益。所以，只有“一地兩檢”模式能夠滿足為了方便乘客辦理出入境手續，釋放廣深港高鐵最大效益的目的，符合適當性原則。其次，《條例》

並未損害香港的高度自治權及香港居民的權利自由，這具體體現在四個方面：一是不改變香港特別行政區的區域範圍；二是不改變內地與香港的出入境管制制度，設“一地兩檢”，內地與香港的查驗機構依據各自的法律實行查驗；三是不減損香港居民依法享有的權利和自由；四是不減損香港特別行政區的管轄權。從合作安排具體方案來看，內地執法人員僅限於在內地口岸區執法，不得跨境執法。與內地口岸區合法獲取的管轄權相比，香港本地法律及香港執法管轄權對西九龍站區域有着更加廣泛的覆蓋，且具體執法與管轄標準之間有着充分的溝通協調機制。因此，“一地兩檢”模式除了更為高效便捷以外，和過往通過其他方式出入境沒有任何區別，沒有施加任何新的限制，不減損香港居民依法享有的權利和自由，這符合必要性原則。

因此，《條例》用普通法的語言來說，這是一種“比例原則”(proportionality principle)的應用，為《香港基本法》第18條所容許。⁶⁴ 同時，這不表示香港政府有權在任何情況或為了任何目的而把香港區境內的某一區域視為內地並適用內地法律。正如法院在判決中認為，這個結論並不表示這個在香港區境內劃定特定區域並受內地法律和司法管轄的安排，可以在香港的其他任何地區複製，本案的一個關鍵特徵是，“一地兩檢”合作安排是由前所未有的口岸區項目所產生的特殊情況和必要條件所證明和限制的，任何安排的合法性都必須根據自己的事實情況進行審查。

(三) 對“一地兩檢”判決的檢視

香港回歸後，特區法院開始審查特區立法會制定的法律或政府行為是否符合基本法，這一權力被稱為“違反基本法審查權”(簡稱“違基審查”)。基本法並沒有明確規定特區法院違基審查的職權，但特區法院經由回歸初期的“馬維騏案”及“吳嘉玲案”確立了這一職權。雖然學者們對於特區法院有無違基審查權存有爭議，但法院並沒有受到學理爭議的影響，積極介入各種基本法糾紛，通過判例發揮自己在新憲制體制中的功能。⁶⁵ 但是法院行使的違反基本法審查權是有限制的，從法院本身的司法機關屬性來看，其並不是民意代表機關，無權代表民意創造規則、平衡利益，只能依據既有的規則裁判案件、解決糾紛；其工作方式是事後、被動地審理個案，作出裁判。同時，特區是中華人民共和國的一個地方，而非獨立的國家，其享有的高度自治權由中央通過基本法授權而非固有，其享有的是“高度自治權”而非主權意義上的絕對權力，必然受制於授權者。受此兩方面的規定性，特區法院在行使基本法審查權時，必然地要受到約束而形成一定的權力邊界。⁶⁶ 首要邊界就是中央權力對法院的限制，法院的違基審查權不得侵犯中央的權力。就全國人大常委會的權力角度來看，這一限制又可從兩個層面考察，第一是法院無權審查全國人大常委會的權力行使的行為。在“吳嘉玲案”中，終審法院提出對全國人大及其常委會立法行為的審查權在香港和內地引起巨大爭議，此後終審法院罕見的發出一個“澄清”聲明，指出“我等在有解釋基本法的權力，及如果人大常委會對基本法作出解釋時，特區法院必須要以此為依歸。我等在判詞中，也沒有質疑全國人大及人大常委會依據基本法的條文和基本法所規定的程序行使任何權力。我等亦接受這個權力是不能質疑的。”從此後一系列的憲制性案件的判決來看，法院都遵循了這一態度。第二是在全國人大常委會就個別問題作出決定或者作出抽象性的決定後，對法院有完整的拘束力，法院應當予以直接適用。在這一問題上，全國人大常委會持有着“忍讓和觀察”的態度，即如果香港法院在相關案件中作出和全國人大常委會行使諸如解釋權等權

力的精神相一致的裁決時，並沒有細究香港法院適用的理由——是否以全國人大常委會的決定為裁判的依據。這種結果導向型的方式使得香港法院在一系列的案件中按照自己的裁判思維進行論理，這對於中央權力行使的效果和權威大打折扣。例如，在“入境事務處處長訴莊豐源案”⁶⁷中，香港特別行政區法院法官錯誤地運用普通法中判決理由與附隨意見的判決區分規則解讀《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第二十二條第四款和第二十四條第二款第(三)項的解釋》，導致其中的“有關陳述”部分失去對香港特別行政區法院的拘束力⁶⁸；還有香港高等法院在審理立法會議員“宣誓案”過程中⁶⁹，在全國人大常委會對《香港基本法》第 104 條已進行解釋的情況下，按照基本法的規定，全國人大常委會已經作出了解釋，則沒有必要再作出解釋，應當直接依據全國人大常委會的解釋作出裁判。此次香港高等法院在裁判中並未直接依據全國人大常委會對《香港基本法》第 104 條的解釋作出裁判，應當說是非常不妥當的。⁷⁰

此次香港高等法院在處理全國人大常委會決定的法律地位時，在態度上與以往的判例相近但又有發展。首先，法院認為，香港法院沒有權力決定全國人大常委會的決定是否根據香港法律無效。⁷¹正如學識淵博的法官所說，“法院對此根本無管轄權”，例如全國人大常委會作出的“8·31 決定”。因此，根據香港法律對全國人大常委會決定的有效性提出質疑顯然是不可行的。如果不給予全國人大常委會的重視和尊重，就會違反常識(contrary to common sense)。法院的這一論證，明晰了香港法院不得審查的對象範圍，即不僅是全國人大常委會行使解釋權的行為，對於其他全國人大常委會作出的決定(例如此次全國人大常委會行使的監督權)，法院同樣無權進行審查。其次，在是否將全國人大常委會的決定作為裁判依據的問題上，法官直接予以否認：“在本案中，我沒有根據全國人大常委會的決定所確定的結果作出裁決。”法官認為，“我沒有必要超越終審法院在面對此類問題時所確立的處理方法。我一開始就不適合根據香港法律確定有關全國人大常委會決定的地位和法律效力的問題，這些問題可能具有深遠的影響，但對我的決定並非絕對必要。在我看來，無論根據香港法律對人大常委會決定的確切地位及影響可以說是甚麼，它至少必須被列為‘制定後的材料’(post-enactment materials)……對基本法及其特定條文的背景或目的瞭解的‘預先制定’外在材料，一般可用作對基本法解釋的輔助。”⁷²法院這種宣稱無法對全國人大常委會的行為進行審查的，但卻不將其作為裁判的依據，而僅僅作為輔助材料的做法，事實上對全國人大常委會的決定的效力和權威有所減損，對這種隱性的迴避思維應當予以重視。

三、廣深港高鐵“一地兩檢”合作安排的憲制意義

2017 年 7 月 1 日，《深化粵港澳合作 推進大灣區建設框架協議》在香港簽署，粵港澳大灣區建設穩步推進，港澳深度融入國家發展大局成為當前“一國兩制”發展的核心主題。廣深港高鐵香港段的正式開通以及西九龍站實行“一地兩檢”通關模式，將促進香港與內地之間的人員往來和經貿活動，促進香港的長期繁榮穩定和香港與內地優勢互補、共同發展，為粵港澳大灣區的建設提速。香港特區政府行政長官林鄭月娥認為，香港西九龍高鐵路開通後，西九龍有望成為香港與整個內地人流、

資金流、物流交換效率最高的板塊。香港民建聯的全國人大代表和全國政協委員在全國兩會期間更是提出多項建議和提案，包括簡化香港居民進出內地的通關手，在更多口岸例如皇崗實施“一地兩檢”，或研究兩地合作查驗模式的“兩地一檢”。理論是灰色的，而生命之樹常青。作為一項前無古人的開創性事業，“一國兩制”需要在實踐中不斷探索。“一國兩制”構想提出的目的，一方面是以和平的方式對香港恢復行使主權，另一方面就是為了促進香港發展，保持香港國際金融、航運、貿易中心地位。這些年國家的持續快速發展為香港發展提供了難得機遇、不竭動力、廣闊空間，廣深港高鐵“一地兩檢”合作安排正是反映“一國兩制”實踐的創造性安排。

融合則兩利，分離則兩害。“一國兩制”包含了兩地兩制合理合法走向“融合”。以“一地兩檢”為先導，香港對國家的融入將首先在粵港澳大灣區落地及實現，預期未來還將有一系列其他議題下的“合作安排”以類似“三步走”的方式實現制度化，更好服務於“一國兩制”框架下香港以超出香港本地視角與思維的方式實現更大、更新發展的正當需求。⁷³

同時，此次廣深港高鐵“一地兩檢”合作安排的“三步走”方案也為完善中央全面管治權與特區高度自治權的有機結合提供了空間。《香港基本法》實施二十餘年來，沒有進行過一次修改，而現實情況的變化需要基本法予以回應。特區主要是通過特區法院解釋基本法，來實施基本法，或者彌補基本法的空白，釐清其中不明確的地方，在中央層面以全國人大常委會基本法解釋權的行使、直接作出決議以及對特區的立法行使備案審查權為典型。但事實上，全國人大常委會行使權力的情況並不理想，截至目前，全國人大常委會共對基本法作出五次解釋，且全國人大常委會從未依據《香港基本法》第17條發回過香港立法，相比較特區法院能動的司法實踐，全國人大常委會未能形成有效的權力行使機制。此次全國人大常委會作出批准“一地兩檢”合作安排的決定是又一次有益實踐，應以此次決定為契機，梳理回歸前後全國人大及其常委會對特區作出的決定，對“人大決定”的性質、地位、效力、行使程序以及邊界進行規範性建構，從而為中央管治權的行使提供智識支持。值得注意的是，基本法委員會作為中央與特區之間的橋樑，發揮緩衝作用，負責就中央與特區關係所產生的法律問題向人大或人大常委會提供意見。儘管這些法律諮詢意見本身只有參考價值而不具備法律約束力，但基本法委員會專業性和民意代表性的特點能夠保證全國人大常委會審慎、正確地作出判斷。⁷⁴ 人大在作出對特區的決定時，基本法委員會應該發揮應有的作用。

四、結語

此次“一地兩檢”合作安排，雖然中間有波折起伏，但是最終得到了妥善的解決。其中，陸港兩地雙方的互相理解與溝通尤為重要。在面對具有制度獨特性的特別行政區時，應當保持一種必要的同理心，即“八二憲法”各種規定之間的複雜關係給一般人帶來了理解上的難度，這需要以更大的耐心、更持久的溝通、更有溝通效率的話語，才能夠不斷地提升憲法在香港社會的一般性的認知度。⁷⁵ 在基本法的實踐中，香港各界也更應對“一國兩制”原則，以及其背後國家整體的憲制體制有正確的認識，

從而鞏固好憲法與基本法這一香港共同的憲制基礎。美國 19 世紀著名的政治家 Daniel Webster 曾經說過：“One Country, One Constitution, One Destiny”（一個國家，一部憲法，一種命運），中央和香港特區同屬一個命運共同體，事實上相互負有道德義務。道德義務並不具有法定強制性，也可以是有條件的。中央政府從“保持香港的繁榮和穩定”這一法定義務出發，在 2004 年中及以後推出了一系列“挺港”措施，這是中央政府履行道德義務的表現。權利和義務關係從來不是單向的，建立在自私且不公平的基礎之上的關係也不會持久。特區政府和居民是否也應該經常捫心自問：對於中央政府和內地人民，我們是否已經履行了法定的政治義務和基本的道德義務？⁷⁶

有人說香港是本難讀的書⁷⁷，但是無論是哪個側面對這本書進行解讀，都應回到保持香港繁榮穩定這個主題上來。發展是香港繁榮穩定的立身之本。當前，謀發展、保穩定、促和諧是香港廣大市民的共同願望，也是香港特別行政區的主要任務。國家提出的粵港澳大灣區建設正是培育香港新優勢、發揮新作用、實現新發展、作出新貢獻的重大機遇，為香港繁榮發展提供了更加廣闊的舞台。此次廣深港高鐵建設以及“一地兩檢”合作安排也是中央政府高度重視香港在推進大灣區建設中發揮優勢和作用，支持香港融入國家發展大局，不斷增進香港同胞民生福祉的體現。來而不可失者，時也；蹈而不可失者，機也。⁷⁸ 香港各界更應從國家根本利益和香港整體利益出發，廣泛凝聚共識，維護社會安定，珍視法治環境，確保香港在憲法和基本法規定的軌道上穩步前進。⁷⁹

註釋：

- ¹ 據《香港文匯報》2017 年 12 月 30 日報道，全國人大常委會批准廣深港高鐵港段西九龍站“一地兩檢”合作安排，香港大律師公會就此發表聲明，表示“一地兩檢”安排與《香港基本法》相衝突，全國人大常委會的決定未能提供法理基礎。
- ² Leung Chung Hang, *Sixtus v. President of Legislative Council and Secretary for Justice*, [2018] HKCFI 2657.
- ³ 《全國人民代表大會常務委員會關於批准〈內地與香港特別行政區關於在廣深港高鐵西九龍站設立口岸實施“一地兩檢”的合作安排〉的決定》，《中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報》2018 年第 1 號(總：331 號)。
- ⁴ 香港立法會 CB(2)1966/16-17(01)號文件。
- ⁵ 《李飛：廣深港高鐵“一地兩檢”有關安排完全符合“一國兩制”和香港基本法》，2017 年 12 月 27 日，http://www.xinhuanet.com/politics/2017-12/27/c_1122176433.htm，2019 年 6 月 20 日。
- ⁶ 參見王振民：《一國兩制與基本法：二十年回顧與展望》，南京：江蘇人民出版社，2017 年，第 93-97 頁。
- ⁷ 曹旭東：《憲法在香港特別行政區的適用：理論回顧與實踐反思》，《政治與法律》2018 年第 1 期，第 79 頁。
- ⁸ 關於憲法在香港的效力與適用問題的理論梳理，可參見胡錦光、王理萬：《憲法在特別行政區適用問題

研究》，饒戈平、王振民主編：《香港基本法澳門基本法論叢》(第三輯)，北京：中國民主法制出版社，2016年，第3-11頁；鄒平學：《憲法在香港特別行政區的效力和適用研究述評》，《深圳大學學報(人文社會科學版)》2013年第5期；夏引業：《憲法在香港特別行政區的適用》，《甘肅政法學院學報》2015年第5期；曹旭東：《憲法在香港特別行政區的適用：理論回顧與實踐反思》；黃明濤：《論憲法在香港特別行政區的效力與適用》，《法商研究》2018年第6期；鄒平學：《香港基本法實踐問題問題研究》，北京：社會科學文獻出版社，2014年。

- 9 參見王叔文：《基本法是體現“一國兩制”方針的全國性法律》，《法學研究》1990年第2期；蕭蔚雲：《一國兩制與香港基本法律制度》，北京：北京大學出版社，1990年，第90-94頁。
- 10 參見許崇德主編：《港澳基本法教程》，北京：中國人民大學出版社，1994年，第263頁；許崇德：《簡析香港特別行政區實行的法律》，《中國法學》1997年第3期；王振民：《“一國兩制”實施中的若干憲法問題淺析》，《法商研究》2000年第4期；李琦：《特別行政區基本法之性質：憲法的特別法》，《廈門大學學報(哲學社會科學版)》2002年第5期。
- 11 韓大元：《憲法基礎理論》，北京：中國政法大學出版社，2008年，第114頁；梁美芬：《香港基本法：從理論到實踐》，北京：法律出版社，2015年，第11-14頁；鄒平學：《香港基本法實踐問題問題研究》，北京：社會科學文獻出版社，2014年，第89-93頁。
- 12 蕭蔚雲認為，憲法“第三章國家機構”中的“第一節全國人民代表大會”“第二節中華人民共和國主席”“第三節國務院”等，規定了這些中央國家機關的產生、組成、職權和任期等內容，這些機關都是直接與香港特別行政區發生國家事務關係或者代表全國包括香港特別行政區在內行使職權的，這些憲法條文對香港特別行政區當然是有效的和適用的，按照憲法產生的組成的全國人大及常委會、國務院，當然是全國包括香港特別行政區在內的最高國家權力機關和行政機關，參考蕭蔚雲：《論中華人民共和國憲法與香港特別行政區基本法的關係》，《北京大學學報(哲學社會科學版)》1990年第3期；胡錦光、周葉中、韓大元、王振民、鄒平學、郝鐵川、朱福惠等學者都對憲法中的國家機構部分的具體條款在香港的適用持贊同的觀點。
- 13 喬曉陽：《全國人大常委會法制工作委員會副主任發言》，“基本法頒佈十週年研討會”，香港，2000年4月1日。
- 14 王振民：《論港澳回歸後新憲法秩序的確立》，《港澳研究》2013年第1期。
- 15 吳家清：《論憲法價值的本質、特徵與形態》，《中國法學》1999年第2期。
- 16 易賽鍵、朱松嶺：《對國家結構形式的再認識》，《江漢論壇》2011年第4期。
- 17 江國華：《中國憲法中的權力秩序》，《東方法學》2010年第4期。
- 18 朱福惠：《憲法實施與特別行政區憲制秩序之形成》，《東南學術》2018年第2期。
- 19 鄒平學：《香港基本法實踐問題問題研究》，北京：社會科學文獻出版社，2014年，第112頁。
- 20 伍華軍：《論“一國兩制”下特別行政區的憲法實施》，《武漢大學學報(哲學社會科學版)》2013年第2期。
- 21 一個特定的、具體的國家機關在事實上適合於履行何種職能，從而有資格要求獲授予某種相應的“法定權力”，是一個必須基於對該機構之行動能力的客觀評估之上的判斷。……該項職權或者長期不被行使，或者因應現實需要而以某種改造過的方式被行使，或者逐漸轉而由其他“更為適合的機關”行使，從而“偏離”了法律文本對於職權配置的最初設計。結合上述觀點，自《香港基本法》的制定與

- 實施以來，全國人大及其常委會對香港行使權力——無論是基於香港回歸之初的局勢穩定的考量，還是政治謙抑原則的體現——的慎密，久而久之塑造了一種“兩制”對“一國”的疏離習慣。具體可參見黃明濤：《“最高國家權力機關”的權力邊界》，《中國法學》2019年第1期。
- ²² 黃明濤：《〈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》，《學習與探索》2015年第1期。
- ²³ 該決定於1990年4月4日第七屆全國人民代表大會第三次會議通過。
- ²⁴ Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 1997, p. 57.
- ²⁵ 葉海波：《“根據憲法，制定本法”的規範內涵》，《法學家》2013年第5期。
- ²⁶ 韓大元認為，憲法的規範性具有特定的邏輯體系與理論結構。憲法由各種不同的規範組成，每一種規範在規範體系中的地位與表現形式是不盡相同的。憲法規範主要由憲法制定規範、憲法核、憲法修改規範與憲法律組成，不同的規範之間形成不同的等級系列，即在憲法規範內部存在上位規範與下位規範，下位規範服從上位規範，下位規範不得改變上位規範。所謂憲法核是指一種根本規範，提供實定法的客觀合理性的依據，在法律秩序中居於最高地位，表明實定法創始的出發點。具體可參見韓大元：《論憲法規範的至上性》，《法學評論》1999年第4期。
- ²⁷ [澳]布倫南、[美]布坎南：《憲政經濟學》，馮克利、秋風、王代等譯，北京：中國社會科學出版社，2004年，第1頁。
- ²⁸ 楊仁壽：《法學方法論》，北京：中國政法大學出版社，1999年，第107頁。
- ²⁹ 史尚寬：《民法總論》，北京：中國政法大學出版社，2000年，第49頁。
- ³⁰ Yash Ghai, “Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretation and Procedure,” in Johannes M. M. Chan, H. L. Fu and Yash Ghai, eds., *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000, p. 44.
- ³¹ 黃明濤：《論憲法在香港特別行政區的效力與適用》，《法商研究》2018年第6期。
- ³² 朱福惠：《憲法實施與特別行政區憲制秩序之形成》，《東南學術》2018年第2期。
- ³³ 孫成：《全國人大及其常委會對香港問題實施憲法的實踐——以33份規範性文件為樣本》，《北京社會科學》2019年第4期。
- ³⁴ See *Lau Kong Yung and Others v. The Director of Immigration* [1999] HKCFA 5; [1999] 3 HKLRD 778; (1999) 2 HKCFAR 300; [1999] 4 HKC 731; FACV 11/1999.
- ³⁵ See *Leung Chung Hang, Sixtus v. President of Legislative Council and Secretary for Justice*, [2018] HKCFI 2657, para. 47.
- ³⁶ 這也是香港法院依據無權審查全國人大及其常委會行使中央管治權的原因。具體可參見張小帥：《論中央管治權的合法性——以香港特別行政區為例》，《理論月刊》2016年第2期。
- ³⁷ See *Leung Chung Hang, Sixtus v. President of Legislative Council and Secretary for Justice*, [2018] HKCFI 2657, para. 59.
- ³⁸ See *Chief Executive of HKSAR v President of Legislative Council* [2017] 1 HKLRD 460, para. 56.
- ³⁹ See *Leung Chung Hang, Sixtus v. President of Legislative Council and Secretary for Justice*, [2018] HKCFI 2657, para. 60.

- 40 蔡定劍：《中國人大制度》，北京：社會科學文獻出版社，1992年，第258頁。
- 41 孫瑩：《論人大重大事項決定權的雙重屬性》，《政治與法律》2019年第2期。
- 42 譚清值：《全國人大概括職權樣態的實證考察》，《北京社會科學》2018年第7期。
- 43 孫瑩：《論人大重大事項決定權的雙重屬性》。
- 44 2012年的“12·4”中共中央總書記習近平在首都各界紀念現行憲法公佈實施30週年大會上所作的重要講話中特別強調“憲法的生命在於實施，憲法的權威也在於實施”。在講話中，習近平要求“堅持不懈抓好憲法實工作，把全面貫徹實施憲法提高到一個新水平”。
- 45 胡錦光：《憲法實施必須建立實效性的監督機制》，《人民法治》2015年Z1期。
- 46 參見王振民：《一國兩制與基本法：二十年回顧與展望》，第195頁。
- 47 《香港基本法》第17條規定：“香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。”
- 48 1990年4月4日第七屆全國人民代表大會第三次會議通過《全國人民代表大會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉的決定》：“《中華人民共和國憲法》第三十一條規定：‘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’。香港特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》按照香港的具體情況制定的，是符合憲法的。香港特別行政區設立後實行的制度、政策和法律，以香港特別行政區基本法為依據。”
- 49 參見王振民：《一國兩制與基本法：二十年回顧與展望》，第206頁。
- 50 See Director of Immigration v Chong Fung Yuen (2001) 4 HKCFAR 211, 222A-C.
- 51 See Director of Immigration v Chong Fung Yuen (2001) 4 HKCFAR 211, 221F-222F.
- 52 See Director of Immigration v Chong Fung Yuen (2001) 4 HKCFAR 211, 223H-224B.
- 53 See Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration FACV14/1998, paras. 28-29.
- 54 See Cheng Kar Shun v Li Fung Ying [2011] 2 HKLRD 555, para. 162.
- 55 See W v Registrar of Marriage (2013) 16 HKCFAR 112, para. 84.
- 56 See Leung Sze Ho Albert v Bar Council of Hong Kong Bar Association [2016] 5 HKLRD 542, para. 60.
- 57 See Leung Chung Hang, Sixtus v. President of Legislative Council and Secretary for Justice, [2018] HKCFI 2657, paras. 45-52.
- 58 參見[美]戴維·斯特勞斯：《活的憲法》，畢洪海譯，北京：中國政法大學出版社，2012年，第4頁。
- 59 2006年10月31日第十屆全國人大常委會第二十四次會議通過《全國人大常委會關於授權香港特別行政區對深圳灣口岸港方口岸區實施管轄的決定》。
- 60 具體可參見姚國建、萬勇：《論陸港兩地基本法解釋方法的衝突與調適》，《法學評論》2013年第5期；姚國建：《論普通法對香港基本法實施的影響——以陸港兩地法律解釋方法的差異性為視角》，《政法論壇》2011年第4期。
- 61 《香港基本法》序言第二段規定：“為了維護國家的統一和領土完整，保持香港的繁榮和穩定，並考

慮到香港的歷史和現實情況，國家決定，在對香港恢復行使主權時，根據中華人民共和國憲法第三十一條的規定，設立香港特別行政區，並按照‘一個國家，兩種制度’的方針，不在香港實行社會主義的制度和政策。國家對香港的基本方針政策，已由中國政府在中英聯合聲明中予以闡明。”

- 62 朱國斌：《基本法落實十五年的總結》，《大公報》2012年6月25日，第A16版。
- 63 陳弘毅：《人大常委會一地兩檢決定的法理分析》，《明報》2018年1月8日。
- 64 陳弘毅：《人大常委會一地兩檢決定的法理分析》。
- 65 胡錦光認為，從解釋權與審查權的邏輯關係、從各國司法審查權的實踐及經驗中，是可以推導出特區法院具有基本法審查權的，換言之，特區法院具有基本法審查權是基本法“默示”的權力，有關基本法審查權的爭議及論述可參見胡錦光：《論香港基本法審查權及其界限》，《武漢大學學報(哲學社會科學版)》2017年第6期；董立坤、張淑鈿：《香港特別行政區法院的違反基本法審查權》，《法學研究》2010年第3期；李樹忠、姚國建：《香港特區法院的違基審查權——兼與董立坤、張淑鈿二位教授商榷》，《法學研究》2012年第2期；
- 66 胡錦光：《論香港基本法審查權及其界限》。
- 67 See the Director of Immigration v. Chong Fung Yuen FACV26/2000.
- 68 參見姚國建：《論1999年〈人大解釋〉對香港法院的拘束力——以“入境事務處處長訴莊豐源案”為例的考察》，《法商研究》2013年第4期。
- 69 See the Registrar of the Hong Kong Institute of Certified Public Accountants v. X and Another CACV244/2016.
- 70 胡錦光：《論香港基本法審查權及其界限》。
- 71 See Leung Lai Kwok Yvonne v The Chief Secretary for Administration HCAL 31/2015, para. 30.
- 72 See Leung Chung Hang, Sixtus v. President of Legislative Council and Secretary for Justice, [2018] HKCFI 2657.
- 73 《田飛龍：“一地兩檢”方案是合法合理的最佳方案》，2017年12月28日，<https://www.thinkhk.com/article/2017-12/28/24909.html>，2019年7月22日。
- 74 胡錦光、劉海林：《論全國人大常委會對特區立法的備案審查權》，《中共中央黨校(國家行政學院)學報》2019年第3期。
- 75 黃明濤：《不忘初心，方得始終——紀念香港基本法成功實施二十週年》，《中國人大》2017年第13期。
- 76 朱國斌：《新憲制秩序與中央—特區關係》，《原道》2015年第3期。
- 77 香港回歸之初，時任香港中聯辦主任姜恩柱曾經說過這一句話：“香港是一本深奧的書。”
- 78 此句來源於國家主席習近平在第六輪中美戰略與經濟對話和第五輪中美人文交流高層磋商聯合開幕式上的致辭(2014年7月9日)，典出蘇軾《代侯公說項羽辭》：“臣聞來而不可失者，時也；蹈而不可失者，機也。”
- 79 吳亞明：《凝心聚力共促香港繁榮發展》，《人民日報(海外版)》2019年6月15日，第05版。