

學術討論

第一章

論「一國兩制」下中港高鐵實施 「一地兩檢」之合憲性



林峰

香港城市大學法律學院教授

一、引言

西九龍高鐵站工程至 2017 年 6 月底已經完成近百分之九十五了，^[1] 無論從便民角度還是從經濟效益方面考慮，在西九龍落實「一地兩檢」無疑是最佳的選擇。香港政府在 2017 年 7 月 25 日發佈了關於「一地兩檢」的討論文件，^[2] 並於同年 12 月 18 日與廣東省簽署了《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》（以下簡稱「《合作安排》」）。^[3] 香港政府認為其所提出的方案是符合「一國兩制」原則與《中華人民共和國香港特別行政區

* 作者感謝有心人給香港城市大學法律學院研究《香港基本法》的捐助，感謝兩位匿名評審人給本文提出的寶貴修改意見，也感謝中國法與比較法研究中心蔡迪雲研究員協助整理本文部分註腳。本文最初發表於《憲政時代》，第 43 卷第 2 期，2018 年。

1. 香港特別行政區律政司、運輸及房屋局、保安局（2017 年 7 月 25 日）。〈討論文件：廣深港高速鐵路香港段清關、出入境及檢疫安排〉（以下簡稱「討論文件」），第 10 段。
2. 同上。
3. 《合作安排》由香港特別行政區行政長官林鄭月娥與廣東省人民政府省長馬興瑞於 2017 年 11 月 18 日在香港簽署。

基本法》（以下簡稱「《香港基本法》」）的。^[4]但是民主派則認為方案違反《香港基本法》，並表明會反對。^[5]可見當初規劃時所設想的「一地兩檢」在香港遇到了阻力。當時香港社會就此問題存在兩種截然不同的觀點。贊同在西九龍實施「一地兩檢」的人士認為在經濟上，實施「一地兩檢」後高鐵給香港所帶來的經濟效益將會最大。^[6]反對者則認為不應該為了經濟效益而犧牲「一國兩制」。^[7]如今全國人大常委會已經於2017年12月27日以決定的形式批准了上述《合作安排》，^[8]香港政府於2018年1月28日向立法會提交了落實《合作安排》的條例草案。^[9]「一地兩檢」可謂是箭在弦上、不得不發，本章將從法律角度分析和討論「一地兩檢」所涉及的具體問題、及探討在「一國兩制」和《香港基本法》的框架下在西九龍實施「一地兩檢」的可行性和法理依據。

在西九龍實施「一地兩檢」所面臨的具體法律問題是，可否在不違反《香港基本法》的前提下設計出一套制度安排來達到在西九龍高鐵口岸實施「一地兩檢」的目的。支持者認為既然當初西部通道可以在內地實現「一地兩檢」，那麼如今倒過來也應該可以實現。而且世界上其他國家之間已經有一些「一地兩檢」的法律制度設計，完全可以借鑒來解

4. 討論文件，同前註1，第55段。

5. 〈泛民勢拉布反方案阻通車〉，《東方日報》，2017年7月25日，A01版。

6. 〈觀點與角度：高鐵一地兩檢〉，《明報》，2015年12月17日，原文鏈接：http://news.mingpao.com/pns/dailynews/web_tc/article/20151217/s00011/1450289287876（最後訪問日期：2016年11月18日）

7. 〈吳靄儀：一地兩檢 一國兩制無得利〉，《獨立媒體》，2016年1月25日，原文鏈接：www.inmediahk.net/node/1040239（最後訪問日期：2016年11月18日）；吳靄儀：〈「一地兩檢」：提醒懶惰議員〉，《立場新聞》，2015年5月21日，原文鏈接：<https://thestandnews.com/politics/>「一地兩檢」：提醒懶惰議員（最後訪問日期：2016年11月18日）

8. 其全稱為《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西九龍站設立口岸實施「一地兩檢」的合作安排〉的決定》。

9. 草案全稱為《廣深港高鐵（一地兩檢）條例草案》，全文參見 www.legco.gov.hk/yr17-18/chinese/bills/brief/b201801261_brf.pdf（最後訪問日期：2018年3月8日）

決內地與香港在西九龍的「一地兩檢」問題。^[10] 反對者則認為，《中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》^[11]（以下簡稱「《聯合聲明》」）和《香港基本法》根本就不允許在香港的土地上實施中國內地的法律，因此完全不可能在符合《香港基本法》的前提下在西九龍高鐵口岸實施「一地兩檢」。^[12]

本章首先會在第二節詳細分析支持「一地兩檢」的法律理據，包括《基本法》第 2 條，第 7 條，第 20 條，第 118 條，第 119 條和 1990 年全國人大《關於設立香港特別行政區的決定》。^[13] 接着分析反對「一地兩檢」的法律依據，包括《基本法》第 18 條，22 條和 154 條。分析得出的結論是，在西九龍實施「一地兩檢」存在兩大法律障礙，一是《基本法》第 18 條及其附件三；二是內地執法人員缺乏在西九龍執法的法律依據。純粹從法律角度來分析，全國人大或者國務院通過行使《中華人民共和國憲法》（以下簡稱「《中國憲法》」）所賦予的權力，改劃香港的行政區域圖是可以解決上述兩個法律問題的，但是卻有可能會動搖部分港人對「一國兩制」的信心。文章第三節分析在「一國兩制」原則下深圳灣口岸所實施的「一地兩檢」制度安排，以及把它移植到西九龍的可行性。文章第四節討論兩種外國有關「一地兩檢」的制度安排及其移植到西九龍的可行性。本文認為，上述任何一種制度安排若全盤移植到西九龍的話，都繞不開上述兩個法律障礙。

文章第五節將論述部分港人反對在西九龍設立「一地兩檢」的深層次原因，並探討在部分借鑒現有的三種「一地兩檢」制度安排的基礎之上創設一種既讓港人放心，又能體現「一地兩檢」便利之制度的可行

10. 林貢欽：〈香港觀察：從「一地兩檢」到「兩地一檢」〉，《BBC 中文網》，2016 年 1 月 5 日，原文鏈接：www.bbc.com/zhongwen/trad/hong_kong_review/2016/01/160105_hkreview_shenzhen-hk_speed_train（最後訪問日期：2016 年 11 月 18 日）

11. 《聯合聲明》由中英兩國政府於 1984 年簽署。

12. 同前註 7。

13. 《全國人民代表大會關於設立香港特別行政區的決定》（1990 年 4 月 4 日第七屆全國人民代表大會第三次會議通過）。

性。筆者認為香港政府沒有必要強推「一地兩檢」，而是可以考慮採用「一地兩檢」和「兩地兩檢」的混合體。^[14] 這樣既可以達到原先設計「一地兩檢」的目的，即確保高鐵能夠把內地與香港的鐵路網絡打通，使得兩地在人和物兩方面實現無障礙互通，又可以釋除部分港人對「一地兩檢」的擔憂，從而增加兩地的互信。從長遠來說，這也更有利於「一國兩制」和《香港基本法》的順利實施。當內地與香港之間的互信建立之後，上述兩個實施「一地兩檢」的法律障礙完全可以通過修改《香港基本法》的方式加以解決。由於香港政府的方案已經否決了上述第五節的建議，因此，本文第六節將分析香港政府方案的法律依據，對全國人大常委會以決定的方式批准《合作安排》提出質疑，並在此基礎之上討論「一國兩制」框架下在西九龍實施「一地兩檢」的最佳制度安排及法理依據。不可否認的是，「一地兩檢」是最便捷、最有效率、及能發揮最大經濟效益的安排，本文認為在《中國憲法》所確定的憲政架構之下也是存在適當的法律機制來確保在西九龍實施「一地兩檢」的合憲性的。不過，由於仍有不少港人擔心中央政府在香港落實「一國兩制」的決心，因此兩地政府必須認真對待，並盡量釋除這種擔憂，兩地之間的互信是需要通過兩地政府的不懈努力去逐步增加的。

二、「一地兩檢」與《香港基本法》

在西九龍高鐵口岸實施「一地兩檢」最主要的法律問題是，「一地兩檢」是否符合「一國兩制」原則。由《中國憲法》第 31 條^[15] 和《香港基本法》所確定的「一國兩制」原則有兩個層面：具體條文層面和原則層面。「一國兩制」首先是通過《香港基本法》的具體條文所體現的，因此我們需要分析支持和反對者所引用的《香港基本法》的具體條文，

14. 〈胡漢清倡「一地」「兩地」並行〉，《文匯報》，2015 年 12 月 15 日，A03 版。

15. 該條規定：「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。」

以確定有關條文是否如引用者所說，確實是支持或反對「一地兩檢」的適當理據。

（一）支持「一地兩檢」的理據分析

支持在西九龍高鐵口岸實施「一地兩檢」的人士提出了《香港基本法》第 2 條，第 7 條，第 20 條，第 118 條，第 119 條以及 1990 年 4 月全國人大《關於設立香港特別行政區的決定》（以下簡稱「90 年《決定》」）。^[16]《香港基本法》第 7 條規定：「香港特別行政區境內的土地和自然資源屬於國家所有，由香港特別行政區政府負責管理、使用、開發、出租或批給個人、法人或團體使用或開發，其收入全歸香港特別行政區政府支配」。其所引用的 90 年《決定》的條文是「香港特別行政區的行政區域圖由國務院另行公佈」。基於這兩項條文，支持者認為中央政府可以發出指令，將西九龍口岸一小部分土地或空間劃歸由內地邊境檢查站使用。^[17]

反對者認為支持者只強調了《香港基本法》第 7 條中的「香港特別行政區境內的土地和自然資源屬於國家所有」，而沒有提及該條的後半句，屬於斷章取義。^[18]他們認為第 7 條是關於香港境內土地的所有權，但並沒有授權國務院運用行政權改變香港特區的區域範圍。即使是全國人大，也不能違背中國在《聯合聲明》中所承諾的基本方針。^[19]反對者還提出支持者對 90 年《決定》的引用也是斷章取義，因為該《決定》的第 2 條全文為：「香港特別行政區的區域包括香港島、九龍半島，以及所管轄的島嶼和附近海域。香港特別行政區的行政區域圖由國務院另行公佈」。而且，《聯合聲明》第 1 條就說明中國收回的「香港地區」

16. 同前註 13。

17. 宋小莊：〈「一地兩檢」，情理之中法理之內〉，《明報》，2015 年 12 月 2 日，A31 版。

18. 該條後半句規定：「由香港特別行政區政府負責管理、使用、開發、出租或批給個人、法人或團體使用或開發，其收入全歸香港特別行政區政府支配」。

19. 吳靄儀：〈一地兩檢試探基本法值幾多〉，2015 年 12 月 3 日，原文鏈接：www.civicparty.hk/?q=node/6901（最後訪問日期：2016 年 11 月 18 日）

的範圍（包括香港島、九龍和新界），第3條所述的中國對香港的「基本方針」的第一項就是中國對香港恢復行使主權時設立香港特區。其後全國人大於1990年通過《香港基本法》，並同時通過90年《決定》。因此，該《決定》是落實《聯合聲明》的一部分。在1997年主權移交之前，國務院通過第221號命令執行90年《決定》，並用文字和地圖表述香港特區的區域界線。他們的觀點是，「以為香港的區域可以由國務院以行政命令修改區域圖而擅自改變，是荒謬絕倫之事！」^[20]

上述爭論的核心是，中央政府根據《香港基本法》是否有權單方面將香港的一部分屬於中央政府的、但是已經通過《香港基本法》第7條授權香港特區政府管理、使用、開發、出租或批給個人、法人或團體使用或開發的土地中的一小部分收回並讓中國內地有關執法部門用作「一地兩檢」之用。90年《決定》第2條明確提及了香港、九龍和新界，在此基礎之上授權國務院另行頒佈香港特區的行政區域圖。從嚴格的主權角度來看，中國一旦收回了香港作為中國的一個地方政府，是有權對特區的行政區域作出改劃的。但是，由於歷史的原因，香港有別於中國其他的地方政府，而且在國際法上中國政府是受其在《聯合聲明》中所作出的承諾所約束的。不過，沒有任何證據顯示當時中英之間就香港行政區域的範圍的理解允許或者不允許中國在香港回歸後可以單方面把香港特區的一小部分土地收歸中央所使用。因此，若中央政府——不管是全國人大還是國務院——通過改劃香港特區的區域圖來把香港的部分土地收歸中央所使用的話，嚴格來說，並沒有明顯的違反《聯合聲明》之嫌。然而，香港法院對《香港基本法》的解釋基本上都是基於截止於《香港基本法》頒佈之日的法律及相關背景資料。若中央政府單方面決定改變香港特區的行政區域圖的話，會導致部分港人認為其在97之前已經擁有的行政區域完全沒有任何保障，這有可能會打擊部分港人對中央政府落實「一國兩制」、「高度自治」承諾的信心。

20. 同前註19。

那麼香港政府可否根據《香港基本法》第 7 條的規定，將香港的一部分土地批租給中央政府呢？反對者認為不可以，因為「任何人在特區使用土地，也必須受《香港基本法》約束，包括第 18 條和第 22 條」。^[21] 從土地使用權的角度來說，特區政府應該是可以這麼做的，而且這樣做並沒有改變香港特區的行政區域範圍，因此並沒有違反 90 年《決定》。那麼內地的執法人員能否在香港特區租給中央政府的香港土地上進行出入境和海關檢查呢？答案是肯定的。但問題是，若內地的執法人員發現某人不合中國內地的出入境法律規定，因此不允許該人上高鐵，而該人堅持他在香港的土地上有行動自由，內地的執法人員無權限制其上高鐵的行動自由，那該怎麼辦？若內地的執法人員堅持因為該人不合內地的出入境法律而不讓該人上高鐵的話，那就會構成在香港的土地上適用內地的法律了，這就會牽涉到《香港基本法》第

21. 同前註 19。

《香港基本法》第 18 條規定：

「在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第 8 條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律。

全國性法律除列於本法附件三者外，不在香港特別行政區實施。凡列於本法附件三之法律，由香港特別行政區在當地公佈或立法實施。

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和香港特別行政區政府的意見後，可對列於本法附件三的法律作出增減，任何列入附件三的法律，限於有關國防、外交和其他按本法規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律。

全國人民代表大會常務委員會決定宣佈戰爭狀態或因香港特別行政區內發生香港特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定香港特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在香港特別行政區實施。」

《香港基本法》第 22 條規定：

「中央人民政府所屬各部門、各省、自治區、直轄市均不得干預香港特別行政區根據本法自行管理的事務。

中央各部門、各省、自治區、直轄市如需在香港特別行政區設立機構，須徵得香港特別行政區政府同意並經中央人民政府批准。

中央各部門、各省、自治區、直轄市在香港特別行政區設立的一切機構及其人員均須遵守香港特別行政區的法律。

中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續，其中進入香港特別行政區定居的人數由中央人民政府主管部門徵求香港特別行政區政府的意見後確定。

香港特別行政區可在北京設立辦事機構。」

18 條的規定。^[22]因此，若內地的執法人員在有關區域能進行出入境及海關檢查，但是卻不能強制執行那些法律，特別是不能採取限制相關人員人身自由的措施的話，那麼「一地兩檢」就會面臨挑戰了。

香港政府於 2017 年 7 月 25 日提出的三步走方案中提出了一個新的法律依據，那就是《香港基本法》第 20 條。^[23]這是在深圳灣口岸把中國內地深圳的一塊土地租賃給香港設立邊檢的法律依據。^[24]但是在之前有關西九龍「一地兩檢」的討論中並沒有被提出來。香港政府認為《香港基本法》制定當初並沒有考慮到「一地兩檢」的問題，因此對《香港基本法》的理解需要與時並進。而且香港政府認為全國人大常委會可以根據該條授權香港特別行政區把西九龍高鐵站的部分土地租回給內地，因此在有關土地上將適用內地法律，並由內地法院行使司法管轄權^[25]（除在「合作安排」中規定由香港特區行使管轄區的事項外^[26]）。而反對派則認為上述理解是違反了《香港基本法》第 20 條的立法原意，並認為其立法原意是擴大而非縮小香港的權力。^[27]

翻查《香港基本法》第 20 條的立法過程，我們不難發現該條的目的是針對《基本法》未界定的權力，或者說是剩餘權力的。^[28]當《香港基本法》已經界定了有關權力時，若全國人大通過行使該條的許可權去縮小《香港基本法》中已經規定的權力的話，那就會有不符合立法原意

22. 這將在本節第二部分詳細討論（見頁 12-16）。

23. 討論文件，同前註 1，第 53 段。該條規定：「香港特別行政區可享有全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會及中央人民政府授予的其他權力。」

24. 《全國人民代表大會常務委員會關於授權香港特別行政區對深圳灣口岸港口岸區實施管轄的決定》（2006 年 10 月 31 日第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過）。

25. 〈一地兩檢方案，西九站連車廂變內地租界，割地闖基本法〉，《蘋果日報》，2017 年 7 月 26 日，A01 版。

26. 根據香港政府的方案，內地和香港將首先簽署「合作安排」，然後提請全國人大常委會批准，最後由兩地政府分別立法加以落實。

27. 梁家傑：〈袁國強的迴圈邏輯〉，《明報》，2017 年 7 月 27 日，D05 版。

28. 參見李浩然（2012）。《香港基本法起草過程概覽》（上冊），香港：三聯書店（香港）有限公司。167-170 頁。