

# 香港“刚果（金）案”与全国 人大常委会第四次释《基本法》

罗燕明

**摘要：**2011年，香港特区法院审结了一起涉外案件——“刚果（金）案”。中央人民政府首次介入审理过程，香港特区终审法院首次提请释法，全国人大常委会第四次解释《基本法》。学术界目前多从法律角度研究这一案件。这是必要的，但该案在政治层面的意义更为重要。本文认为，“刚果（金）案”的审理反映了回归以来中英在特区司法领域较量的继续，而该案的圆满结案则对“一国两制”下香港的司法建设和政治发展提供了重要启示。

**关键词：**香港特区；人大常委会；刚果（金）案；释法

**中图分类号：**D6；D61 **文献标识码：**A **文章编号：**1001-5574（2015）01-0027-08

**DOI:**10.16012/j.cnki.88375471.2015.01.002

## 一、案件始末<sup>①</sup>

2008年4月22日，中国中铁股份有限公司（中铁）同刚果（金）政府订立了一项合作协议，中方以在该国的基建投资换取双方合资开采当地矿产。合资者包括中铁在香港注册的三家子公司。根据协议，它们须向刚果（金）政府支付2.21亿美元的采矿“入门费”（内地称准入费）。中铁在香港上市，依规向香港证券交易所通报了这一事项。

5月16日，中铁子公司意外收到一份原诉传票。原告是一家美国基金公司，简称FG。第一被告是刚果（金）。三家中铁子公司位列第二至四名被告。中铁母公司其后被追加为第五被告。

FG以收购“不良资产”追讨债务为生。2004年11月，它低价收购了一家前

---

**作者简介：**罗燕明，中国社会科学院当代中国研究所研究员（北京100732）。

<sup>①</sup>本文所引案件史料，均出自香港特区司法机构网（<http://www.judiciary.gov.hk/chs/index/index.htm>）刊登的以下文件：《原讼法庭关于刚果金案的判决书》（2008年12月12日），《上诉法庭关于刚果金案判决书》（2010年2月10日），《刚果金案—律政司意见》（2010年9月7日），《终审法院关于刚果金案的初步判决书》（2011年6月8日），《终审法院关于刚果金案的终局判决书》（2011年9月8日）。

南斯拉夫公司的债权转让书。欠债者正是刚果（金）政府及其国家电力公司。转让权利包括两项国际仲裁的裁决：刚果（金）及其电力公司连本带利须向债权人支付1亿多美元。

四年后，FG获知中刚签约，立即提请香港高院强制执行针对刚果（金）的两项裁决。FG声称中铁各公司拟支付的“入门费”，已构成了刚果（金）的在港资产，其中债款部分应直接归还FG。香港高院邵德炜法官批准了FG的单方面申请，下令中铁子公司停止向刚果（金）支付“入门费”的部分款项，约1.04亿美元，出庭听审。

接到传票后，刚果（金）政府以享有主权豁免，香港法院没有管辖权为由，要求原讼庭中止邵法官的命令。

2008年11-12月，高院原讼庭举行聆讯。香港特区政府律政司司长以公众利益介入此案，向法庭出示了中国外交部驻香港特派员公署为本案致香港政府及内地事务局的一封信。信中阐述了中国政府关于主权豁免的立场，指出“我国的一贯原则立场是，一国国家及其财产在外国法院享有绝对豁免，包括绝对的管辖豁免和执行豁免，从未适用所谓的‘限制豁免’原则或理论。”原告律师则主张香港法院应遵循普通法的判例对主权国实行“限制豁免”原则。

12月12日，主审法官芮安牟作出本案判决。他认为无须对香港法院采用主权绝对豁免还是限制豁免问题作出决定，因为刚果（金）在本案中的交易不是商业交易，而是国家行为。他宣布法庭对此没有管辖权，决定撤销原令，判FG败诉。FG不服判决，决定上诉。

芮安牟法官在审理中表示他个人赞同限制豁免原则，质疑驻港公署关于中国一贯坚持绝对豁免的说法，认为有迹象显示这一立场可能改变。因为中国在2005年9月14日签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。《公约》就国家豁免采用有限制豁免论。中国政府既然已经签署《公约》，必须被视为最少已经接受了其条文所包含的理念。

对此，外交部驻港公署2009年5月21日向特区政府发出第二封信，指出尽管中国已签署《公约》，但迄今尚未批准《公约》，《公约》本身也未生效，“我国坚持绝对豁免的立场并没有发生变化，也从未适用或认可所谓的‘限制豁免’原则或理论。”

同年7-8月，香港高院上诉庭派出3名主审法官聆讯本案。多数法官认为外交部驻港公署第二信虽澄清了中央的一贯立场，但未指明香港的适用法律，而沿用港英时期的做法不会损害国家主权，故“裁定限制豁免论现时继续适用于香港”。关于刚果（金）收取“入门费”是否属于限制豁免论认定的国家行为，上诉庭认为这取决于“入门费”的实际用途，其中用于商业投资的部分不是国家行为，不予豁免。

2010年2月10日，上诉庭做出2:1的多数判决，宣布撤销原判，发还原庭

重申，在查明入门费实际用途后，许可 FG 强制执行两项仲裁裁决。刚果（金）、中铁各公司、介入人不服判决，分别上诉香港特区终审法院。

8月25日，外交部驻港公署针对上诉庭的判决向特区政府发出了第三封信，反驳了香港适用限制豁免原则不会损害中国主权或使中国违反国际义务的观点，指出我国采用的绝对豁免制度“统一实行于全国，包括香港特别行政区”；香港“如果适用与国家立场不一致的国家豁免制度，将毫无疑问对我国主权造成损害，对我国整体国家利益造成深远的影响和严重的损害”。

2011年6月8日，香港特区终审法院5名法官以3：2的比例做出多数判决，指出在本案中，香港法院应否采取中央人民政府的国家豁免规则或政策，涉及中央管理的事务或中央和香港特区的关系，依据《基本法》第158（3）条的规定，提请全国人大常委会解释《基本法》第13（1）条和第19（3）条。这是终审法院成立以来首次提请全国人大常委会释法。

8月26日，在经过一切必要程序之后，全国人大常委会对《基本法》上述条款做出如下解释：

1. 管理与香港特区有关的外交事务属于中央人民政府的权力，中央人民政府有权决定在香港适用的国家豁免规则或政策；

2. 香港特区，包括香港法院，有责任适用或实施中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策，不得偏离上述规则或政策，也不得采取与上述规则或政策不同的规则；

3. 《基本法》第19条第3款规定的“国防、外交等国家行为”包括中央人民政府决定国家豁免规则或政策的行为；

4. 为香港特区采用的香港原有法律中有关国家豁免的规则，从1997年7月1日起，在适用时，须作出必要的变更、适应、限制或例外，以符合中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策。

9月8日，终审法院根据全国人大常委会第四次释法做出终局判决，宣布香港法院对于第一被告刚果（金）没有司法管辖权，原告败诉。

## 二、法庭辩论的背景和议题

“刚果（金）案”一波三折，几经反复，拖了四年，经全国人大释法，才落下帷幕。本案的债务关系是清楚的，久拖不决是因为主权豁免问题涉及中央对香港的管理事项、外交政策与特区法律，以及国家主权与特区终审权的关系等复杂问题。

主权豁免或国家豁免是一项源于19世纪的国际法原则，指国家行为及其财产非经该国同意免受他国管辖。20世纪下半叶起，有关主权豁免有两种观点和做法。一种是多数国家奉行的传统的绝对豁免，即不问国家行为的性质一律给予豁免，除非该国自愿放弃豁免。另一种是西方国家主张的限制豁免，只对国家的公法行为给

予豁免，对国家的私法行为（在这种场合不被视为国家行为）尤其商业活动，不予豁免。

中国一贯奉行绝对豁免原则。虽然中国签署了主张限制豁免的国际《公约》，但在《公约》获批和生效前，中国的立场没有变化。

香港回归前与中国采取不同的豁免原则，这是由中国与英国的政策不同造成的。香港作为殖民地必须跟随英国。英国原来也采用绝对豁免，直到1978年出台《国家豁免法》，才改行限制豁免。这是英国就主权豁免首次立法。港英当局紧照办，翌年下达《1979年国家豁免（海外属地）令》，把宗主国法律延伸适用于香港。1997年主权移交后，英国《豁免法》及其适港令失效。

根据1997年2月23日《全国人大常委会关于处理香港原有法律的决定》，香港原有法律中与香港特区有关的外交事务的法律，如与在香港特区实施的全国性法律不一致，应以全国性法律为准，并符合中央人民政府享有的国际权利和承担的国际义务<sup>①</sup>。

但是，香港原有法律中没有主权豁免的法例及条款，特区政府和立法会也没有制订取代废法的新法。而绝对豁免在我国是一项外交政策，亦不存在由全国人大制定“在香港特区实施的全国性法律”的问题。

在这一背景下，主审“刚果（金）案”的法官分成了绝对派和限制派。争论的焦点是：香港特区应当服从国家的外交政策、采取绝对豁免立场，还是追随英国等西方国家，沿用港英时期的限制豁免？

五名被告及介入人的律师和原告的律师参与了法庭辩论，分属绝对派和限制派。力量对比取决于双方主审法官的人数——多数决定判决。在初审和二审阶段，限制派始终占上风。直到终审，在中央政府和特区政府的压力下，绝对派才占据了简单多数。

法庭辩论主要围绕以下5个法律问题。

1. “刚果（金）案”是否涉外。限制派否认涉外，认为主权豁免只涉及法律适用问题，应由法官决定，与中央管理的外交事务无关。绝对派认为豁免原则属于外交政策，应由中央决定。

2. 普通法路径是否可行。争论这个问题占去了法庭大量时间。限制派认为英国《豁免法》失效后，该法延伸到香港之前适用的普通法便会重生，并继续适用。遵循普通法判例是解决豁免问题的唯一路径。普通法通过自身判例或接纳国际习惯法形成了限制豁免。绝对派对此表示质疑，指出无论普通法判例还是国际习惯法都不能肯定限制论已取代了绝对论。而且一个国家采用哪项豁免原则一向是中央政府的权力。在这个问题上追寻普通法判例没有任何意义。

---

<sup>①</sup> 《全国人民代表大会常务委员会〈关于根据中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定》（1997年2月23日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过），《人民日报》1997年2月24日。

3. 一种豁免还是两种豁免。限制派否认港英当局与英国政府保持外交一致是一项经回归处理后必须用于香港与中央关系的原则，认为英国是“一国一制”，所以实行一种豁免。中国是“一国两制”，故需两种豁免。绝对派批驳了这种论调，认为豁免政策是“一国”问题，属中央管理事项，不能由“两制”决定。即使香港采取不同于内地的对外政策，也应由中央决定或授权。

4. 绝对豁免有法可依还是无法可依。限制派认为无法可依，即使法官愿意屈从中央旨意也办不到，因为中国政府没有及时填补《国家豁免法》失效后的空白，制定全国性法律透过《基本法》第18条在香港实施，同时也“没有法律规定法院与行政部门应口径一致”。绝对派认为有法可依。这个法就是《基本法》。第13（1）条规定中央政府负责管理“与香港有关的外交事务”；第19（3）条规定香港法院对“外交等国家行为无管辖权”。限制派辩解称，前款讲的是中央与特区政府之间的行政分工，与司法权无关；后款讲的“国家行为”仅限于国家是否承认刚果（金）为主权国。

5. 是否应当启动释法程序。《基本法》第158（3）条规定，如香港法院在审理案件时需要对本法关于中央管理的事务或中央和香港特区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由终审法院请全国人大常委会对有关条款做出解释。要不要释法是一个关键问题，它成为终审辩论的中心。限制派起初有意不提第158（3）条。当绝对派提出释法时，限制派极力阻止启动程序。但是绝对派还是取得了多数。

限制派高唱法律，而他们的失败恰恰在于背离了《基本法》。

首先，限制派轻视了《基本法》作为香港小宪法的地位和作用。限制派把《基本法》视为北京强加于香港的外来法律，把普通法视为《基本法》允许或批准香港保存的自家法律，从而离开《基本法》的根基，把立论基础移向普通法，试图用洋判例来对抗《基本法》中于己不利的条款。这么做很愚蠢，低估了立法者的智慧，没有料到《基本法》的设计十分精妙。《基本法》划分了中央和特区的权限，同时又设计了应对具体情况的释法机制。限制派没有认真思考和对待这些条款和机制，竟然得出中央决定香港豁免政策无法可依的荒谬结论，不能不说是最大的失策。

其次，限制派主张法院自行选择豁免原则，侵犯了中央人民政府的权力和管理事项。外交部公署屡次致函特区政府和香港法院，宣告国家的外交政策，限制派不是置若罔闻，束之高阁，便是质疑反驳，执意不从，这更是公开挑战中央政府的法定权力。

最后，限制派阻拦和侵犯了全国人大常委会的释法权。《基本法》第158条不仅规定了全国人大常委会的释法责任，还规定了释法程序，包括终审法院应尽的提请义务。限制派为阻止释法程序的启动，把提请义务变成终审法院的独裁权，公然宣称“只有终审法院，而非全国人民代表大会”，才可决定是否符合提请释法的条

件。另一面，限制派撇开第158条，突破自行释法的授权，擅自、肆意和非法地越权解释关于中央管理事项或中央和香港特区关系的条款。

香港司法机构虽由法律专业人士构成，但是不可能超越政治。限制派的行为很难用法律来解释，真正原因恐怕在于他们身上浓郁的英国情结。

### 三、意义和经验

香港回归以来，全国人大常委会进行过四次释法。第一次和第四次都因司法案件引起。第一次释法的原因是居港权问题，涉及到中央与香港的关系。这一次释法涉及豁免问题，情况更为复杂。除中央与香港的关系外，还涉及中央管理的外交事务。而中央与香港司法之间的互动则是前所未有的。“居港权案”从立案到结案用了两年时间，而“刚果（金）案”用了四年。从结果看，“居港权案”没走正常的释法程序。终审判决没有解决居港权问题，特区政府深受其害。行政长官董建华被迫报经国务院提请全国人大常委会释法。这虽走出一条释法新路，实为不得已之举。相比之下，“刚果（金）案”的结案经过了正常的释法程序，可谓功德圆满。其法律意义不外乎以下几点：

1. 明确了适用香港的国家豁免规则和政策属于中央人民政府负责的香港外交事务，中央政府有权就此做出决定。

2. 巩固了《基本法》的释法机制，证明了这一机制可以较好地解决中央与香港、行政与司法之间的分歧，同时也证明《基本法》作为一种预见性的法律需要通过释法来解决适用问题。

3. 创造了“一国两制”条件下涉外司法的具体形式。中央政府决定香港的外交政策，香港法院遵循这一政策独立审案，各司其职。

4. 在香港确立了主权绝对豁免的司法判例。

有学者把香港和内地在豁免问题上的分歧归咎于中央，认为国家没有制定豁免法，豁免政策不明确，使香港法院“力不从心、不知所措”，为此，中央政府“试图影响香港法院的司法判决”<sup>①</sup>。

这种观点需要商榷。且不论国家是否需要为香港制定一部英国那样的豁免法。仅就庭审争论来说，限制派作为法律专家，明明知道中央负责管理香港的外交事务，香港即使可以采取不同的外交政策也需要中央授权，但是他们仍然坚持侵害中央权力，反对人大释法。这说明什么？说明法律分歧只是表面现象和限制派的口实，真正的原因在意识形态分歧。至于中央“试图影响香港法院”的说法，更是不能成立。在“刚果（金）案”中，中央管的是豁免规则和外交政策，不过问诉讼双方谁胜谁负。香港法院司法不立法，根据中央负责外交的规定判决输赢。

<sup>①</sup> 尹雪萍 《一国两制视野下的国家主权豁免问题：分歧与协调》，载《东岳论丛》2011年第11期。

中央人民政府在《基本法》框架内采取了积极作为的立场，首次介入香港司法，三次授权外交部驻港特派员公署，阐述适用于香港特区的主权豁免原则，推动律政司司长全程参与三级庭审辩论。中央人民政府这一举措对圆满结案起到了决定性作用。这是“刚果（金）案”取得成功的最重要的经验。而终审法院首次提请释法则表明香港司法在自觉认同中央政府权威和主动接受最高权力机关意见和意志方面前进了一大步。对这一经验，我们应透过法律从政治层面加以认识。

香港回归 15 年来在实践“一国两制”方针上总体形势不错，问题还是有的。为了促进香港的繁荣稳定，中央政府从 2003 年起从无为而治转向有所作为，加大了对香港经济的支持力度，同时在政改方面加以引导，化解矛盾。但是在对我不利的国际大环境下，尤其在西方敌对势力的渗透和美英领馆的鼓动下，反中乱港挑战中央权力的势力在香港一直存在，且呈增长之势。

前不久中央和特区政府打退了这股势力策动的“五区公投”，但是亲英派仍然握有政改议题的话语权。回归前，英国人用“还政于民”对抗“还政于中”。现在这场斗争依然存在，演化成了亲英派用“民主化”对抗“一国”原则。在行政长官和立法会“双普选”进程上，亲英派大造中央主“拖”和民意主“快”的政治舆论，企图推动香港脱离或架空中央。司法界限制派的法庭陈词与政界亲英派如出一辙，是利用司法程序蚕食中央的法定权力。

受其影响，普通香港民众也把香港政改理解得十分狭窄，以为就是民主化一项内容。我们不否认以“双普选”为具体目标的民主化是政改的重要内容。但这只是高度自治范围内的改革，仅仅是一个侧面的资本主义制度的改革，甚至算不上总体性的改革。总体改革是“一国两制”的改革，除民主化外至少还应包括摆脱殖民影响的“一国化”改革，即“一国”原则和体制在香港的生根和发展，包括巩固中央政府的法定权力、整合中央对香港的各项管理职能、加强中央对香港特首及主要官员的任免管理制、深化中央涉港部门与特区政府的联系、推进 23 条立法、完善特首对中央负责制、发展行政主导等。“一国化”和民主化是香港政改不可或缺的两个方面。“一国化”是民主化的前提，没有“一国化”就没有民主化。现在香港政改有一种错误倾向，就是只讲民主化，不提“一国化”，用民主化反对“一国”原则。

2012 年 7 月 1 日，胡锦涛主席在香港回归祖国 15 周年大会上致辞时指出：“中央政府对香港的一系列方针政策和重大举措，根本出发点和落脚点就是维护国家主权、安全、发展利益，保持香港长期繁荣稳定。这是在香港实践‘一国两制’的核心要求和基本目标。为此，必须坚持全面准确理解和贯彻‘一国两制’方针，严格按照基本法办事，把坚持‘一国’原则和尊重‘两制’差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、维护国家整体利益和保障香港社会各界利益、支持香港积极开展对外交往和反对外部势力干预香港事务等有机结合起来，任何时候都不能偏废。”

“刚果（金）案”的审理和最终判决向我们展示了“一国化”改革的方向。它证明，中央人民政府依据《基本法》在香港司法领域依然可以发挥有效的影响。这个影响就是中央政府的监督和劝导，在其负责事项内对香港的独立司法和终审履行提醒责任。这是一项监督权，不是行政命令，目的是防止司法越界。

“刚果（金）案”的审理也存在一些不足。如果外交部公署一开始就明确告知香港法院：根据《基本法》的相关规定，中央人民政府有权决定在香港适用的国家豁免规则或政策，香港法院有责任适用或实施这一决定，或许会省去一些争论环节，直至无需释法。

当然，还应考虑另一种可能。即使中央人民政府行使了职权，尽到了提醒责任，终审法院仍不接受中央意见，在应当提请释法时放弃作为。这种可能性完全存在，因为中央政府只能告诫不能命令法院。在“刚果（金）案”中，提请释法的判决是由3：2的简单多数作出的，谁能保证一定如此，次次如此？

为填补“解释制度的漏洞”，有人建议改革终审程序，由当事人与终审法院分享释法提请权。如果终审法院不作为，当事人可以提请释法<sup>①</sup>。笔者认为此议不妥，不仅难度大，需要修改《基本法》第158条，而且也不可行。当事人为利益而诉讼，由他们提请释法，对香港的终审权无异于釜底抽薪，变相剥夺。

释法程序是为公权关系设计的。防止终审侵权的最好办法不是限制或取消终审权，而是建立和完善事后释法程序，让终审法官对侵权的后果和自己可能付出的代价，至少是名誉损失，建立明确的预期，以推动他们自觉遵守《基本法》。这么做既可保证香港享有终审权，又可捍卫中央权力不受侵犯。

“居港权案”和“刚果（金）案”提供了建立这一程序的两次经验。“居港权案”由行政长官提请释法，十分合理。特区政府负责管理居港移民工作，是终审侵权和错判的最大受害者。在“刚果（金）案”中，中央政府可能成为侵权的受害者。如果终审法院做出侵犯中央权力的判决，事后理应由中央人民政府或其主管部门提请释法。也就是说，判后释法应由被侵权的机构提请。

（责任编辑：李宏）

---

<sup>①</sup> 曹旭东《香港基本法解释制度的漏洞及填补——居港权案的再思考与刚果金案的新启示》，载《云南大学学报法学版》2012年第1期。