

居港權引發的 憲法爭論

佳日思 陳文敏 傅華伶
主編

香港大學出版社



HONG KONG UNIVERSITY PRESS

香港大學出版社
香港田灣海旁道七號
興偉中心十四樓

© 香港大學出版社 2000

ISBN 962 209 510 0

版權所有。本書任何部分之文字及圖片，
如未獲香港大學出版社允許，
不得用任何方式抄襲或翻印。



聯志製版印刷公司承印

目錄

| | |
|------|------|
| 序言 | ix |
| 鳴謝 | xiii |
| 作者簡介 | xv |

第一部分 學術評論

| | |
|--|-----|
| 1. 《基本法》訴訟：管轄、解釋和程序 佳日思 | 3 |
| 2. 內地法律專家對終審法院判決的意見 新華社新聞稿 | 55 |
| 3. 司法獨立是香港重要基石：對內地法律專家的評論的回應 陳文敏 | 61 |
| 4. 終審法院對“無證兒童”案的判決：議會至上和司法審查 陳弘毅 | 71 |
| 5. 不同形式的最高權威：《憲法》、全國人大及香港特別行政區 傅華伶 | 97 |
| 6. 終審法院對“無證兒童”案的判決：對適用《基本法》 第 158 條的質疑 陳弘毅 | 113 |
| 7. 《基本法》158 條：有關提交人大常委解釋的方法問題 張健利 | 145 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 8. 解決《基本法》與人大其他立法行為之間的衝突的應適用法律 凌兵 | 155 |
| 9. 終審法院在澄清中沒有澄清的問題：管轄權及法庭之友的介入 陳文敏 | 175 |
| 10. 人大常委會的法律解釋 溫紅石 | 187 |
| 11. 人大常委會的解釋及其影響 佳日思 | 201 |
| 12. 終院首次面對人大釋法後果 吳靄儀 | 219 |

第二部分 公眾的回應（選輯）

| | |
|----------------------|-----|
| 1. 對終審法院判決的回應 | 231 |
| 2. 對終審法院澄清的回應 | 257 |
| 3. 港府對終審法院判決的社會影響的考查 | 270 |
| 4. 解釋還是修正 | 318 |

第三部分 案例與文獻

| | |
|---|-----|
| 1. 《吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長》[1999] 1 HKLRD 731 | 431 |
| 2. 《吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長》（第二號）[1999] 1 HKLRD 579 | 464 |
| 3. 《陳錦雅訴入境事務處處長》，香港特別行政區終審法院終院 民事上訴 1998 年第 13 號 | 466 |
| 4. 關於提請中央人民政府協助解決實施《中華人民共和國香港 特別行政區基本法》有關條款所遇問題的報告 | 476 |

5. 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 479
6. 對《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(草案)》的說明 481

《基本法》訴訟：

管轄、解釋和程序

佳日思*

■ 前言

在主權移交後短短的期間內，香港特別行政區法院在實施和解釋《基本法》方面已經起着關鍵的作用。它們不得不決定一些重大的事情，如臨時立法會的合法性、《基本法》與《中華人民共和國憲法》的關係、內地法律在香港適用的範圍、規範公務員紀律和其他方面的規則的有效性、部分內地居民在香港的居留權以及香港居民的權利和自由的保護體制等。這些問題有關香港特別行政區的自治和中華人民共和國中央政府對香港的職權範圍，對香港未來社會和經濟的發展將產生重大的影響，特別是有關居留權的裁決，將影響內地移民的流入。更具體地說，有關《基本法》的訴訟提出了法律和合法性原則在協調香港與內地的關係中的地位以及香港法院在界定或維持這種關係中的作用的問題。在一個基本沒有明確界限的領域中，這些問題都是引人注目的。結果，香港法院的憲法性作用毫不奇怪地引起了廣泛的爭議。

* 本文原文為英文；由鍾建華先生翻譯，謹此致謝。

香港法院還將會遇到艱難而敏感的法律問題，最終，香港法院的作用變得政治化。法院的憲法性作用確實具有政治性。但是，這種政治性是有原則性的。也就是說，在審判程序、法院援引的規則的淵源以及解釋的方式等方面存在相對明確的規則。對這些程序和實體事項的廣為一致的看法是，一方面，法院的選擇是有限的，另一方面，司法程序的價值是普遍接受的。然而，對特定司法裁定的爭議，表明了市民的警覺和參與，一般不曾導致對司法機構的合法性的懷疑。很明顯，司法機構的作用對維護確立香港自治和香港居民權利和自由的“一國兩制”原則是至關重要的。對香港司法機構的批評帶來的憂慮是，這種批評正好打擊了司法機構作用的合法性。

本文的主要目的在於提出有關法院作用的憲法基礎，以減少對有關法院合法性的爭議。同時，本文亦探討法院運作的規則和程序。這個任務並不輕鬆，因為法院如同《基本法》一樣，是存在於兩種迥然不同的法律和政治傳統之中的，因而是“一國兩制”的組成部分。但是，我試圖闡明，有關司法機構作用的憲法基礎、規則和程序不可避免地遵循《基本法》的安排和條件。作為背景，我將探討圍繞香港特別行政區司法機構的作用而產生的困難以及法院履行其職責而採用的方式。我還將分析有關法院憲法管轄權和法院的解釋方法的一些爭議。

■ 問題與背景

只要看一看《基本法》的目的就足以了解問題的困難程度。在本世紀大部分時間裏，最激烈的道德和意識形態爭論是圍繞着資本主義和共產主義各自的優點而進行的。許多衝突和戰爭都是這兩大陣營之間為爭奪霸權而爆發的。數十年以來，這種衝突形成了中國內地和香港的不同的思維方式，導致彼此間的誤解和不信任。《基本法》旨在通過“一國兩制”的原則確立資本主義和共產主義在一個主權之下共存。自中國從八十年代初開始邁向市場化

的長征以來，中國的共產主義與香港（以及更大範圍內）的資本主義的在經濟制度方面衝突已明顯減弱。正是由於中國經濟政策的根本轉變，“一國兩制”的原則才成為可能。中國境內海外投資的增加導致香港日益溶入中國經濟。中國企業在香港也開始扮演重要角色。有關不同經濟制度共存或互動的擔心到主權交接時已逐漸消失了。

法律方法的差異

然而，有關香港自治的擔心依然存在。現在擔心香港的自治不是因為它是維持經濟制度的工具，而是因為它是保障香港的生活方式、促進更大的民主以及保護權利和自由的工具。內地的制度在所有這些方面都與香港的制度不同。中國的經濟改革並沒有從根本上改變其經濟的國家管理的性質，也未能讓法律和法律制度發揮獨立的作用。政治制度更是沒有什麼變化，依然保留了列寧主義國家的所有特性。這種制度以共產黨的支配地位為基礎。國家機構的作用（包括人民代表大會這樣正式的“國家最高權力機關”的作用）是執行共產黨的政策，而共產黨本身是由一個小集團所控制。在這種制度下，沒有民主，法律保護權利的作用也微不足道。法院在審理政治案件時沒有任何獨立性。儘管近年來已有改善，但仍沒有香港所理解和獲得支持的那樣的法治。¹

不但法律和憲法的正式結構不同，內地的法律和憲法深受共產主義和大陸法系的影響，而且法律的效用和目的也迥然有別。在香港，誇張一點說，法治的長處能得到廣泛的適用。與內地的作法相對比，差異是極其明顯的。

¹ 參看 Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Sovereignty and the Basic Law* (Hong Kong: University of Hong Kong, 2nd ed, 1999); 第三章（以下簡稱佳日思）；Albert Chen, *Introduction to the Legal System of the People's Republic of China* (Singapore: Butterworths, 1992), and special issue of *China Quarterly* 141 (1995); Barrett McCormick, *Political Reform in Post-Mao China: Democracy and Bureaucracy in a Leninist State* (Berkeley: University of California Press, 1990).

在中國，法律在大多數情況下並不是調整國家與人民之間關係的一種獨立的框架。與香港不同，內地法院不能審查立法的有效性，而且直到近期才可以審查行政行為的合法性。法律的實施附屬於政治的做法在香港是不能接受的。

香港的制度和法律的實施深深地扎根於《基本法》之中。無所不包的“直通車”適用於法律制度特別是司法機構。法律保障高度的司法獨立，其他普通法法域的法官也能任職於終審法院（第82條）。香港有充分的行政和專業資源維持原有的法律和法院制度。法律制度也獲得公眾的廣泛支持。

合法性的重要性

如果法律不是《基本法》安排的主要內容的話，政府制度和法律的作用的差異本來並無如此重要。《基本法》是香港特別行政區的最高法律，其他任何法律均不得與《基本法》的條款相抵觸（第11條）。《基本法》本身是以國際法為基礎的，以履行中國根據《中英聯合聲明》而產生的義務。《基本法》也是根據中國《憲法》第31條而制定的。該條款承認有必要以及授權在中國的部分地區實行不同的制度。《基本法》的修改也有嚴格的限制。任何與中華人民共和國對香港的基本方針政策相抵觸的修改都是不允許的（第159條）。

《基本法》是保護香港自治的法律文件。香港特別行政區的機構享有廣泛的權力。大部分權力都可以“自行”行使。社會主義制度和政策不在香港實行（第5條）。全國性法律的適用也有嚴格的限制。香港法院可以審查香港立法是否與《基本法》一致。而且從邏輯上講，也可以審查內地立法是否與《基本法》一致。對《基本法》修改的限制強化了《基本法》作為一個自治的法律文件的地位。在一定的條件下，香港可以自行決定其政治制度的改革（附件一，第7段和附件二，第3部分）。法治的重要性表現在自治體系，而這個自治體系只有在法律的基礎上才能得以維持。香港有很多的理由去維

持法治，如維持與外部世界的聯繫，如國際經濟關係、與外國簽訂的條約以及國際經濟組織中的成員資格等。

《基本法》還對權利和自由的保護提供了強有力的憲法體制。除了其明文規定外，《基本法》還使一系列國際人權法律文件，特別是《公民權利和政治權利國際公約》（以下簡稱《國際人權公約》）在香港有直接的法律效力，並規定對權利和自由的限制不得與這些國際公約相抵觸（第39條）。而且，訴諸法院保護權利以及對非法行政行為的補救也得到保障（第35條）。

司法機構的中心地位

既然《基本法》規定在香港採用普通法（第8條），捍衛法治的最終職責不可避免地由香港的法院來承擔。《基本法》保障司法機關的獨立性（見第2、85、88和93條），² 中央政府在任命或免除香港法官方面不起任何作用。在所有的制度中，法律制度，或者更確切地說，司法機構仍在中國的控制之外。

由於無法期望其他的機構能捍衛權利和自由，法院在捍衛權利和自由方面的中心地位顯得尤為重要。香港特別行政區行政機關是由中央政府任命的（第45條和第48(5)條），特區政府並沒有明顯地支持捍衛自治。第一個有關《基本法》的訴訟涉及到法律和法院的連續性（《香港特別行政區訴馬維駢》，以下簡稱《馬維駢案》；*HKSAR v Ma Wai Kwan David* [1997] HKLRD 761; [1997] 2 HKC 772）。在《馬維駢案》中，如果根據第8條和第18條提出直截了當的陳詞，政府亦可以勝訴。但律政專員向上訴法庭提出了內容廣泛的陳詞，主張對自治持極為狹隘的觀點。他的兩個主要論點是，香港法

² Jill Cottrell and Yash Ghai, 'The Politics of Judicial Independence in Hong Kong', in Peter Russell and David M O'Brien (eds), *Judicial Independence: Critical Perspective from around the World* (forthcoming).

院不能審查中華人民共和國，他稱之為香港的“主權國”的任何行為。另一個論點是，儘管有《基本法》，中央政府對香港的行為權限範圍沒有限制。在原有條例的適應化過程中，行政機關也把中央政府置於超出《基本法》明確規定的特權地位。³ 在公眾眼中，政府沒有採取什麼行動，協助那些在內地成為警察或官僚機構濫權的犧牲品的香港居民，政府也因沒有反對將中國刑法“延伸”至香港居民而受到批評。⁴ 簡而言之，政府的政策似乎表明，政府對內地當局反應的關注大於對其居民權利的關注。我們甚至有充分理由指出，對香港自治的威脅不是來自中央政府，而是來自行政長官及其政府。

香港特別行政區立法會註定不能發揮作用，⁵ 它並不具有完全的民主性；因此只享有有限的合法性。複雜的選舉制度妨礙了對人民的民主教育，並且分裂甚至削弱了公眾意見的影響力。立法會只有極少的制衡權力，提案權更是形同虛設。民主的嚴重缺陷迫使公眾轉向法院要求協助，從而使法院承受巨大壓力。

因此，香港與中央政府關係中最具爭議性的問題毫不奇怪地都是圍繞着法律而產生的（如臨時立法會的合法性、在內地而不是在香港審理“大富豪”、豁免中國機構不受香港法律的約束、不起訴親北京人士的決定、中央政府操控內地居民移居香港的審批權力、國旗在香港的“神聖不可侵犯”的地位、內地與香港達成引渡安排的難度、香港全國人民代表大會（以下簡稱

³ 《釋義及通則條例》第66條經修訂後把法例不於適用的推定延伸至“中國國家主席、中央政府及行使中央政府職能的附屬機構（《1998法律適應化修改（釋義）條例》）。一般認為，這一修訂使新華社香港分社不受本港一系列法例的約束。

⁴ 根據《基本法》，中國《刑法》不適用於香港，但它可以域外適用於中國公民在境外的犯罪。當香港居民（廣為人知的“大富豪”）因其在香港的犯罪而在內地被審判，定罪並執行死刑時，香港政府沒有提出異議，也沒有尋求引渡他回香港受審。“大富豪”在內地也犯了罪行，令人疑惑的是，他只是因在內地的犯罪而受審，還是因其在香港的犯罪而受審。見HL Fu, 'The Battle of Criminal Jurisdictions', (1998) 28 *Hong Kong Law Journal* 273-281.

⁵ 佳日思，第七章。

“人大”）代表的作用，⁶以及《基本法》修改在程序和內容方面可能遇到的困難等）。相反，香港政府直接與中央政府協調的事項似乎沒有引起多少難題。立法會提出中央政府不喜歡的法律草案的權力也受到限制，《基本法》限制了立法會議員在沒有得到行政長官同意的情況下提出立法草案的權力（第74條）。

《基本法》這樣的安排可能導致司法機構與香港特別行政區其他公共機構的衝突。這種安排也可能導致法院與中央政府的衝突，特別是如果普通法有關司法審查的假設延伸至《基本法》的整個安排。法院有別於行政機構之處在於法院不能迴避問題，它們必須對呈交到法院的爭議作出裁決。而且，它們還必須公開地作出裁決並提出裁決的原因和理由。與秘密的政治性談判不同，棘手的問題在法院是難以迴避的（雖然如下文所述，終審法院在“澄清”案中的確迴避了一點點）。

法院往往被視為精通普通法的自由派大律師的領地。許多大律師及其支持的團體傾向於民主政治，他們對不能運用政治制度而感到灰心喪氣，並在這種情況下求助於法院。《基本法》內容廣泛、條文空泛含糊，為挑戰行政和立法行為提供了大量的機會。國際社會似乎過分注意任何細微的破壞法治的情形。“全球化”和香港與世界經濟的必然聯繫使“法治”顯得尤為重要，並對司法機構履行其職責提供保護。

香港以普通法為基礎的法律制度似乎難以為中國人所接受。這一制度的實施者習慣的是西方法律程序的細微之處而不是中國法的靈活性。這兩種法律制度具有迥然不同的傳統、解釋方式以及容納政治壓力的能力。由於香港存在強有力的法律制度，爭議性的問題往往變成了法律問題，而中國則習慣於政治解決途徑，並在這方面佔有優勢，因此，法院便首當其衝，只能憑其對《基本法》的理解來捍衛《基本法》。

⁶ 主要爭議的問題是，香港人大代表在北京或人大會議期間討論香港事務的權利。中方的觀點認為，香港的事務只能在香港討論，以確保香港的自治。參見佳日思，頁256-257。

司法機構面臨的最大困難可能在於內地與香港對法院的作用持有不同的觀念。在香港，法院獨立於行政機關和立法會之外。法院的職責是審查立法和行政行為的合法性。不利於政府的判決並不意味着對政府合法性或管治權的挑戰。在中國，法院跟隨黨對有關案件的指示，不能因為某一法律與憲法衝突而拒絕實施。內地的官員和法律界人士似乎並不瞭解香港法院作出判決的局限，法院對提起訴訟的事由沒有多少選擇。普遍接受的普通法法官職責的觀念，亦迫使他們按法律審理爭議，儘管法律通常是非常靈活的。

在大多數情況下，這些差異無關宏旨。《基本法》確認了香港法律制度與內地法律制度的分離，它們在不同的領域內運作。在這個意義上說，該制度並不是以法律多元化為基礎。當然，在香港自治範圍內根據普通法傳統而作出的司法判決可能在內地或對內地具有影響。但是，在大多數情況下，這些判決並沒有引發任何問題。不過，在兩種法律制度相互交匯的區域內，困難便開始出現，簡要地描述兩種法律制度的交匯面，將有助於了解此類困難。

法律交匯

內地法律在香港的適用為法律交匯的主要領域。《基本法》第18條明確規定內地法律的適用範圍以及適用方式。⁷ 另一個可能的交接的領域即《基本法》與《中華人民共和國憲法》的關係則較含糊，甚至可以說沒有任何規定（唯一的例外是，人大的一個決定含糊地指出《基本法》的依據是《憲法》第31條並宣告《基本法》是“合憲的”）。⁸ 這些含糊不清的地方在下列情

⁷ 內地法律“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”。內地法律只有在徵詢基本法委員會和特區政府的意見後，才可延伸至香港。延伸到香港的法律都列入《基本法》附件三。該等法律在香港公布或立法實施。

⁸ 《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》（1990年4月4日）。

況下具有重要影響，即《基本法》作為香港的憲法框架的完整性，香港與中央政府的關係以及中央政府特別是全國人大如何受《基本法》的約束這些問題。還有一個有待探討的領域是人大常委會對香港特別行政區立法會通過的，涉及中央管理的事務或中央政府與香港的關係的立法的審查（第17條）。兩種法律制度交匯的地方還包括相互提供司法協助方面（第95條）。司法協助涉及司法和仲裁裁決的承認，在對方法域證據的搜集、法律文件的送達以及逃犯的移交等。第159條有關《基本法》修改的程序和實體內容的規定也是一個具潛在困難的交接領域。另外一個例子是第160條。該條款允許人大常委會否定部分原有法律在1997年7月1日以後繼續適用。（還有一個更為政治性的例子是香港全國人民代表大會代表的資格以及他們在香港的作用或與香港事務的關係）。

最後也可能對本文來說是最重要的交匯情形是第158條，該條款建立了解釋《基本法》的安排。該解釋安排區分了人大常委會和香港法院的解釋權。但案件的審理完全由香港法院負責。在人大常委會有權解釋《基本法》任何條款的框架內，該安排授權香港法院在審理案件時解釋任何條款。然而，作出不可上訴的終審判決的法院不能解釋有關中央政府管理的事務或中央政府和香港特別行政區關係的條款（終審法院稱之為“除外條款”）。如果對除外條款的解釋將“影響”到判決，那麼該法院必須提請人大常委會對有關條款作出解釋，然後將其解釋適用於案件的審理。

交匯帶來的困難

大部分此類條款都帶來了許多困難。對法律連續性的懷疑引發了一場重大危機，對作為管治香港的法律文件的《基本法》的完整性至今仍有疑慮：香港法院的憲法管轄權及其對人大常委會權力的影響仍然是一個具爭議的問題，對適用全國性法律的限制似乎也沒一致的理解，在相互司法協助方面也沒有取得任何進展，如搜集證據、執行判決和仲裁裁決以及移交逃犯

等。除了缺乏清晰處理法律交匯的條款外，還存在其他導致混淆和分歧的因素。兩地的法律制度在觀念、價值觀和方式都完全不同，因此發生誤解是毫不奇怪的。由於兩地的法律界人士對對方的法律制度缺乏了解，甚至由於不同的觀點而懷疑對方的動機，這令法律交匯變得更加困難。

更為麻煩的是將“主權”概念引入中國與香港的關係中。該概念首先由政府於《馬維騷案》中向法院提出，在後來大多數憲法性案件中成了一項限制。許多問題仍有待澄清：誰擁有“主權”，是中華人民共和國還是人民代表大會；主權的內容是什麼；“主權”與《中華人民共和國憲法》的關係以及“主權”代表的或產生的香港與中國的確切關係是什麼（政府和上訴法庭在《馬維騷案》中幾乎把香港當成中國的一個殖民地）。就本文來說更為重要的是，“主權”對《基本法》和法院的管轄權意味着什麼？《馬維騷案》後法院的態度出現了一些改變，但有關主權的口惠接連不斷，即使在法院迴避其影響或借助主權的概念提出某些人士認為是違反主權的觀點的時候也如此。

處理法律交匯

最後，我想探討處理這些法律交匯的程序和制度上的框架。一般的規則是，當交匯涉及香港自治範圍內的事務時，應由香港法院處理。當涉及中央政府管理的事務或中央政府與香港的關係時，應由人大常委會處理（這一規則來源於第17條、第18條和第158條。關於這些條款的詳細討論，參見佳日思 1998：頁206至207）。但是，這個清晰的劃分並非一定適用。人大常委會擁有廣泛的解釋權，可以影響到任何《基本法》的條款（第158(1)條）。人大常委會所採用的解釋的概念也是廣義的，可以延伸至對法律的修改。這樣就混淆了第159條正式的修改程序與通過解釋作出修改的方式之間的區別，而後者受到較少的約制。而且，根據第160條，人大常委會有權決定那些原有法律因與《基本法》抵觸而應該宣布於1997年7月1日後停止生效，

即使這些法律是屬於自治範圍之內的也不例外。另一方面，香港法院可以解釋例外條款（而且可以在案件中對例外條款予以最終解釋。因為雖然理論上可以對法院的決定提出上訴，但實際上可能沒有提出上訴。《馬維駝案》便如此。）

這樣，我們只好把功能和方法分開，這當然不是太令人滿意的處理。有些條款由法院按普通法方式進行解釋，有的條款則用中國法方式通過一個更為政治化的程序解釋。然而，這種分開處理的方式並不利於產生制度的一致性和將來結果的可預見性。

在某種程度上，基本法委員會的建立旨在克服或減少交匯帶來的困難。基本法委員會是人大常委會的一個諮詢機構（參見人大1990年4月4日的決定和《基本法》第17、18、158和159條）。基本法委員會由六名內地成員和六名香港成員組成。人大常委會在發回立法會的條例（第17條）、根據附件三增加或廢除在香港適用的全國性法律（第18條）、解釋《基本法》（第158條）或修改《基本法》（第159條）之前必須徵詢基本法委員會。就這個意義上來說，基本法委員會具有準司法機構的性質。然而，其成員對法院判決包括終審法院的判決都高調地提出了批評。因此，他們向人大常委會提供獨立意見的公正性和資格備受質疑。此外，基本法委員會行使其職能的程序規則尚未制定，在目前而言，基本法委員會未能發揮（或未能獲許發揮）兩種法律制度的橋樑作用以及協助它們之間的交匯。

下面簡要地討論一下處理交匯時面臨的其他困難。目前還沒有一個普遍被接受的機構來決定因交匯引起的爭議。這不僅僅因為兩種制度在方式和方法方面的差異，也因為在香港有一種普遍的感覺，即中央政府所採取的立場一定會獲得人大常委會的支持。而且，就任何香港特別行政區政府與中央政府之間的爭議也沒有任何機構來決定，因為在目前來說，對這些爭議提出訴訟是不可思議的。此外，中央政府沒有直接的途徑在香港行使其權力，而是通過向香港政府發出指令來實現（第48(8)條）。這對香港政府是一種特別的壓力，也迫使其向私人團體提出訴訟，以維護它所認為的中央政府的權利

(不然的話，它可能不會對一案件決定起訴或對無罪釋放提出上訴，涉及公共秩序和國旗的案件便是如此)。同樣，它可能感到有義務實施旨在維護“主權”的行為。在這兩種情形中，在大多數聯邦制或自治體制中，捍衛國家利益是中央政府本身的責任。當香港居民的投訴實際上與全國性法律或政策有關或地方法院或其他機構拒絕受理時，他們不能訴諸全國性機構以獲得補救。結果，處理中央與地方的關係成了解決交匯的中心問題，導致不必要的和無益的偏見。

就這些因法制交匯而到引起的困難，我們必須尋求一些廣為接受的解決方案；在研究了有關《基本法》的訴訟及其產生的問題後，我將在文章的末段探討這一問題。

■ 有關《基本法》訴訟中的問題

香港特別行政區法院的管轄權

內地法律界人士對《基本法》是否容許違憲審查一直存有疑慮，因為《基本法》作為中國法律應該受中國法律原則的約束。⁹ 但是，香港法律界人士卻認為香港特別行政區法院有審查香港特別行政區立法和行政行為的管轄權。在殖民地時代，香港法院有類似的管轄權，儘管根據具有本地憲法作用的《英皇制誥》的審查範圍極為有限。然而，自從《英皇制誥》引入《國際人權公約》以後，出現了大量的案件。在這些案件中，法院不得不審查法律和政策的合憲性。¹⁰ 這些案件形成了一些重要的有關違憲審查的原則。

⁹ Zhou Wei, 'The Sources of Law in the SAR', in P Wesley-Smith (ed), *Hong Kong's Transition: Problems and Prospects* (Hong Kong: Faculty of Law, The University of Hong Kong, 1993).

¹⁰ Johannes Chan, 'The Hong Bill of Rights 1991-1995: A Statistical Overview' in G Edwards and J Chan (eds) *Hong Kong's Bill of Rights: Two Years Before 1997* (Hong Kong: Faculty of Law, The University of Hong Kong, 1996).

在1997年7月第一宗憲法性案件（《馬維駟案》）中，上訴法庭行使了管轄權，政府也沒有提出任何異議。

律政專員樂意承認法院的這一管轄權（正如黎守律法官在《馬維駟案》中所提及的，見351D）。然而，黎守律法官質疑，該管轄權是否如律政專員所陳述的乃源於第158條，法官認為該條款似乎是一種“無限制的解釋權”。因此，他更傾向認為該管轄權來自第19(2)條。¹¹ 同樣，在《張麗華訴入境事務處處長》一案(*Cheung Lai Wah v Director of Immigration* [1997] 3 HKC 64，以下稱《張麗華案(原訟)》)中，對原訟法庭審查香港立法的管轄權也沒有進行辯論。祈彥輝法官的判決也沒有提及這個問題。在上訴中，上訴法庭法官也都沒有觸及這個問題(*Cheung Lai Wah v Director of Immigration* [1998] 1 HKC 617，以下稱《張麗華案(上訴)》)。上訴法庭在《吳嘉玲訴入境事務處處長》一案(*Ng Ka Ling v Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315，以下稱《吳嘉玲案(上訴)》)中，上訴法庭簡單地提到了第19(1)條和第80條（該條款指出，香港特別行政區各級法院是香港特別行政區的司法機關，行使香港特別行政區的審判權）。憲法管轄權也可以根據適用於香港的普通法和第158條行使。黎守律法官關於解釋權並非意味着司法審查權的觀點誠然是正確的，但考慮到普通法的歷史以及在 *Marbury v Madison* (5 US 137 (1803)) 中的推理，普通法的立場是，既然法院得決定是否實施《基本法》或可能與之相抵觸的其他立法，那麼法院就擁有憲法管轄權。¹²

香港法院是否能審查適用於香港的內地法律更具爭議性。這個問題出現在《馬維駟案》中，因為證明臨時立法會合法性的是人大常委會及其附屬機構的決定。律政專員質疑地方法院審查中央政府行為的權力。他的論點是基於《基本法》的有關條款及特區法院據以運作的基本原則。具體地說，他認

¹¹ 第19(1)和(2)條的條文如下：“香港特別行政區享有獨立的司法權和終審權。香港特別行政區法院除繼續保持香港原有法律制度和原則對法院審判權的限制外，對香港特別行政區所有案件均有審判權”。

¹² 參見佳日思，頁305。

為：第 19 條將法院的管轄權限於 1997 年 6 月 30 日其所享有的管轄權範圍內，由於香港法院那時不能審查英國立法和英國內閣行為，那麼它們現在也不能審查新的主權國——中華人民共和國或其國家最高權力機關人民代表大會的行為。他甚至提出一項更基本的原則，即地方法院不能審查主權國的行為。在聯邦制中，地方法院或州法院不能質疑全國性法律。就第一個論點方面，律政專員沒有提出支持這個論點的案例（如在黎守律法官在第 351 至 353 頁所指出的）。至於另外兩個論點，他甚至沒有提供任何有關的案例作支持（至少從判決來看似乎如此）。

三個法官都接受律政專員的主張（儘管黎守律法官有所保留）。但律政專員的主張缺乏法律上的支持。我在判決的第二天（1997 年 7 月 29 日）在《南華早報》以及在拙著第二版（第 307 至 308 頁）中對判決提出了批評。用殖民時代的做法來類比是極不恰當的，因為這完全忽視了《基本法》的目的和地位。中國和香港的憲法關係是一個國內法問題，與英國和香港殖民地的關係完全不同。主權這概念相信存在憲法當中，可是法院並沒有對憲法中主權的性質作出任何指引。法院還忽視了《基本法》對人民代表大會為香港進行立法的種種限制。“主權國”漸漸由中華人民共和國變成了人民代表大會（參見高等法院首席法官陳兆愷在第 342 C 頁的討論）。黎守律法官同樣在一個場合談到“人大體現”的主權，而在另一場合談到作為主權的人大（第 352F 頁）。對“主權”是什麼或《中華人民共和國憲法》對主權意味着什麼，都沒有清晰的討論。法院不僅不能質疑人大的“法律”，而且也不能質疑其他行為和決定，包括其“確認”附屬機構的決定（第 343I 頁）。

殖民地時期的法院事實上有權審查英國國家行為和決定，只有國會的律因議會至上的特殊原則而可以豁免。而且，國會法律如果超出了皇室的有關殖民地的權力也不能豁免。¹³ 最後，有關地方或省法院不能審查全國性

¹³ 參見佳日思中引用的權威理論。有關對《馬維駝案》的批評，參見 Yash Ghai, 'Dark Days for Our Right', *SCMP*, 30 July 1997, and Johannes Chan, 'The Jurisdiction and Legality of the PLC' (1997) 27 *HKLJ* 374–387。由《張麗華案》中的申請人提交法院存檔的專家意見中，我詳細批評了《馬維駝案》。

法律這一般憲法原則並不存在，在加拿大，省法院從聯邦制的早期就審查聯邦法律的合法性(*Valin v Langlois* (1879) 3 SCR 1)。在澳大利亞，州法院長期以來有權審查澳大利亞聯邦法律。¹⁴

《馬維駝案》的影響是嚴重的。這意味着（除了人大的自我克制外）自治或居民的權利沒有真正的保護。也沒有途徑來確保香港與內地之間的“界限”。與其他的自治體制不同，如果地方法院沒有管轄權，任何人不能訴諸全國性或聯邦法院。在任何情況下，都沒有途徑挑戰內地法律或行為，因為法院不僅僅在說它沒有管轄權，而且還說內地無所不能為。

在案件當時的環境下，法院所採納的觀點可能是可以理解的——人大的權力是在主權移交後的一個星期之內在最困難而又最敏感的問題上遇到挑戰的。然後，法院開始從《馬維駝案》的極端立場反彈，反彈的機會來自居留權案，該案的問題不涉及中國法律的直接適用而是涉及香港法律與《基本法》的協調。該香港法律是指1997年第三號《入境條例》。申請人認為，該條例對那些根據《基本法》第24(3)條有資格獲得香港居留權的內地居民進入香港施加的限制，即要求他們必須具內地發出的出境許可證才可在香港享有居留權，違反了《基本法》，類似的限制亦見於中國內地的法律中。

儘管政府同意內地法律不適用於香港（根據第18條而適用於香港者除外，但第18條並不包括獲得出境許可才能去香港定居的中國法律），但政府認為，內地法律也不能被忽視。正如祈彥輝法官在其判決中所撮述的，政府的立場是如果“中國內地法律限制其國民可以在香港定居的數額，那麼香港制定與中國內地的此類法律相抵觸的法律是錯誤的”（《張麗華案（原訟）》，83H）。實際上，這一立場與政府在《馬維駝案》中立場沒有什麼區別，即中國法律可以凌駕《基本法》。祈彥輝法官覺得該論點並沒有吸引力，因為這意味着“那些根據第24條獲得香港居留權的人只有在獲得中國當局的許可後才享有此權利……因此，執行第24(3)條由中國當局控制”

¹⁴ P H Lane, *A Manual of Australian Constitutional Law* (5th ed, 1995), p 16.

(83B-C)。他的結論是：“香港特別行政區儘管是‘中華人民共和國不可分割的一部分’，但是，香港特別行政區在其事務中享有的‘高度自治’卻會受到損害。這會把‘一國兩制’的原則擺在什麼位置呢？”(83D)。然而，他支持《入境條例》施加的限制，因為這些限制是獲得《基本法》第22(4)授權的。《基本法》第22(4)條規定，“中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續……”。這樣，避免了對中國立法機關的直接“挑戰”，但是法院有關實施《基本法》的堅定立場開始強硬了。

當案件到達上訴法庭時，陳兆愷法官指出他在《馬維駝案》中用殖民地時期的法院作為類比並非完全恰當。“在適當的情況下……香港特別行政區法院確實有權審查人大那些影響香港特別行政區的法律和行為，以便確定此類法律或行為是否違反了《基本法》或者與《基本法》相抵觸，而《基本法》不僅僅是香港特別行政區的憲法，也是中華人民共和國的全國性法律”（《張麗華案（上訴）》395C）。

終審法院用最概括和斷然的措詞闡述了該原則。終審法院堅稱，香港特別行政區法院有權審查人大或人大常委會的任何立法行為是否符合《基本法》，如有抵觸可以宣布無效。確實，它們有責任履行這一權力。終審法院很謹慎地援引人大——主權國制定《基本法》的行為來支持其結論，即《基本法》授予法院這一權力。

終審法院的裁決建基於一般的憲法原則和《基本法》內的條款。這一般性的憲法原則適用於所有憲法，即任何與憲法相抵觸的法律均屬無效，而決定抵觸和無效的問題的權力在於法院（這樣就繞過了中國憲法中排斥司法審查的基本原則）。就《基本法》來說，在涉及香港特別行政區自治的條款範圍內，這職責落於特區法院（第19(1)條和第80條），這一職責延伸至審查人大或其常委會的行為。這樣的管轄權也可來自另外兩方面的具體事實：（一）《基本法》的目的是執行中國有關香港的基本政策，而該政策已在《聯合聲明》中闡明；（二）第159(4)條，該條款禁止任何對《基本法》的修改，若果該修改會違反基本政策（《吳嘉玲案（原訟）》337J-338A）。

終審法院駁回了上訴法庭在《馬維駝案》中對第19(2)條的分析。該分析將“原有法律制度和原則”對管轄權的限制解釋為將對英國國會行為的豁免延伸至人大行為。終審法院認為這一限制是普通法議會至上原則所特有的，因而不能延續到“新秩序”(339A)。在確定了管轄權後，終審法院接着作出裁決，根據第24(3)條而獲得居留權者，不受第22條的約束（該條款適用於那些沒有居留權的內地人）。因此，要求那些擁有居留權的人獲得出境許可的中國法律不能在香港實施，採用了該限制的入境條例是違憲的。

終審法院有關其管轄權的堅定而明確的陳述引起部分人士的指責。這些人認為，終審法院藐視人大的權力，將自己置身於“主權國”之上。終審法院的判決還遭到香港全國人大代表、基本法委員會香港和內地委員的批評。中國四位著名法學家認為判決是“錯誤的”。政府通過最不尋常的程序要求並得到終審法院的同意“澄清”判決中與人大及其常委會有關的部分。終審法院的澄清如下：

我等在1999年1月29日的判詞中，並沒有質疑人大常委會根據第158條所具有解釋《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。我等接受這個解釋權是不能質疑的。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。

在香港，該“澄清”一般認為是為安撫內地當局而採取的必要行動，而不是實施解釋。澄清並沒有減損終審法院在其原判決中作出的結論。人大常委會解釋《基本法》的權力（假設根據第158(1)條）不是本案爭論的問題。如下文討論的，引起爭論的問題是終審法院根據第158(3)條是否應該將第22條提交人大常委會解釋。由於下文提及的種種複雜原因，終審法院有關它不必將事項提交人大常委會這方面的裁決，引起的爭議較小（或可能沒有被注意或理解）。爭議較大的是香港法院可以審查及拒絕執行與《基本法》相抵觸的內地立法。在這個問題上，終審法院的立場是堅定的，儘管它使用了好聽的字句。中央政府接受終審法院的澄清，這可能意味着中央政府默認了終審法院有關其擁有廣泛憲法管轄權的主張。

後來的訴訟表明，這可能不是解釋中央政府反應的適當方式。在《香港特別行政區訴吳恭劭》(*HKSAR v Ng Kung-Siu* (HCMA653/98))案中，上訴法庭以抵觸《國際人權公約》和《基本法》第39條保障的言論自由為由宣告1997《國旗國徽條例》(以下簡稱《國旗條例》)第7條無效。該條例把毀損國旗的行為刑事化。儘管《國旗條例》也是實施全國性立法的本地條例，但它與《入境條例》不同。《國旗條例》實施的全國性立法是通過第18條的機制而延伸至香港並且包括在附件三中的。中央政府的幾個“支持者”抨擊判決的理由是，終審法院沒有意識到它事實上在廢除全國性立法而它並沒有這樣的權力。從終審法院對《吳嘉玲案》的判決來看，內地立法是直接適用還是通過頒布或本地立法適用似乎都無關緊要。對上訴法庭的批評出自香港法院不能審查內地立法的觀點，如果是這樣的話，即使接受終審法院的澄清，在終審法院闡述的法院憲法管轄權這問題上，並沒有達成共識。

憲法管轄權的行使

即使法院具憲法管轄權是毫無疑問的，有關行使憲法管轄權的依據仍然是一個有爭議的問題。對法院行使憲法管轄權的方式有兩種具體的批評。第一種批評與《馬維駟案》有關，認為法院作出的裁決超出了其應該所作的範圍。第二種批評涉及《張麗華案》，指出法院在行使其毫無疑問的權力時本應該自我克制。

在《馬維駟案》中，法院本可以在無須決定臨時立法會的合法性的情況下處理普通法連續性的案件。所有的法官承認，他們本可以在分析了第8條、第18條和第160條後煞車。代表申請人的李志喜已提醒人們注意“無必要裁定”的危險。然而，法院繼續決定其他的問題。正是這種離題導致法院作出了極具爭議性的有關憲法管轄權和人大“主權”的陳述。法院的理由是，在法庭上對這些附帶的問題已進行過廣泛的爭辯。另外，如果法院關於第8條和第160條的觀點是錯誤的話，法院對這些附帶問題的決定可以為其

判決提供另外的依據。更重要的，法院認為這些問題特別是臨時立法會的有效性極為重要而須要作出判決。例如，黎守律法官指出：拒絕處理這個問題“可能不符合公眾利益”，因為這樣終審法院和人大常委會便可能失去一個迅速解決此問題的機會(349H)。

在當時一般假設是，法院對這些附加問題的觀點是附帶意見，在將來並不會嚴格約束法院（陳兆愷法官和黎守律法官在頁 353B 明確承認了這一點）。然而，在審理《張麗華案》的原訟法庭中提出臨時立法會合法性的問題時，祈彥輝法官認為，他受《馬維騷案》的約束，但他允許有關該問題的陳詞作為上訴法庭中的論據。上訴法庭認為，它有關合法性的裁定不是附帶意見，因為它是判決的基本依據。它也不是因疏忽而作出的（即在忽視有約束力的判決或法律的情況下作出的）。根據運用先例的規則，它受以前判決的約束。當案件上訴到終審法院時，終審法院維持了臨時立法會的合法性（雖然不是基於人大作為“主權”可以無所不為的依據，而是因為其合法性可以由《基本法》的條款和人大的有關決定予以證明，這也是上訴法庭的理由之一）。

陳弘毅教授也指出（參見本書），終審法院的判決超出了其所必要決定的範圍。在沒有捲入對內地立法的憲法管轄權問題的情況下，終審法院似乎可以根據追溯力的觀點處理該案件，因為它已經決定了對入境條例的修訂沒有追溯力。可能是為了淡化爭議，他事實上用這一觀點主張法院有關對人大行為管轄權的裁定是附帶意見，因此不構成有約束力的判決理由。終審法院本來可以通過限制在特定的追溯力問題上來迴避爭議（雖然很難看出法院如何能夠迴避內地出境許可法律的關聯性問題）。

根據憲法理論，有充分理由說明法院為何應該只處理那些對解決案件必不可少的問題。憲法案件往往產生複雜而敏感的、涉及國家主要機構如立法機關、行政機關和司法機關之間的關係，這些問題往往引起爭議。在香港，更有香港特別行政區與中央政府之間的關係的複雜性，這需要謹慎處理。有關含義廣泛的原則的聲明限制了政治談判或妥協的空間，從而削弱了政治程

序。這些原則性聲明提出許多嚴肅的問題，如對更民主性質的機構作出的決定進行司法審查的合法性問題。法院承擔的問題越多，出差錯的機會也越多。法律論點本可以集中在主要的問題上，對其他問題一筆帶過。最優秀的司法判決往往是針對特定的事實作出的。問題越大，判決就越少受到真實的爭議和衝突的約束。司法錯誤不容易糾正，因為憲法的修改是一個艱難的過程。

然而，有必要把這些論點運用到香港的情況。主權的移交形成了一個新的憲法秩序。新的憲法秩序在許多方面都與其原有的體制不同。新秩序的許多方面還不太明朗：特別是《基本法》與《中華人民共和國憲法》的關係以及人大對香港的權力等。《基本法》處在中國法與普通法傳統的交匯處而香港對中國法知之甚少。在過渡的後期中英的分歧導致了許多法律“捷徑”，產生了很多的不確定性，包括第一屆立法會的地位。正是在這種背景下，主權移交後“法院”作為香港特別行政區法院開庭的第一天就遇到了有關法律制度連續性的挑戰。

上訴法庭通過下級法院的特別轉介而受理了該案件。對於上訴法庭應該如何處理該案件有不同的觀點是正常的。贊成上訴法庭承擔所有問題的論據是有必要澄清和有爭議的棘手問題。即使案件可以基於對有關連續性的條款的解釋而得以解決，對臨時立法會及其制定的法律合法性的另一個挑戰遲早又會提出來。公共利益可能要求現在就予以澄清，特別是當問題通過上訴已提交到終審法院和人大常委會的情況下更是如此。相反的論點認為，法院沒有必要解決所有的問題。即使法院關注確立臨時立法會的合法性問題，它可以按照《基本法》的條款來確立（如終審法院所做的一樣）。法院不應該進而宣布人大是至高無上。這樣，它不但超出了其管轄權，也超出了對其權力的任何界限。從申請人的代表律師的陳述中可以看出，法院很清楚他們既沒有該特殊法律部門的知識，也不願意詳細討論這些問題所引發的所有論點。李志喜女士和她的助手作為原告人律師組的成員對這些觀點進行了辯論。在此之前他們曾提議以法庭之友的身分代表原告人，以此身分他們可以提供更

多的協助，但他們的提議被法院拒絕。¹⁵ 令人遺憾的是，他們沒有多少時間準備論據。

如黎守律法官所承認的，該案提出了中文的問題。對此代表律師和法院都難以處理。他意識到案件沒有得到充分的辯論，對中國憲法也未能詳細討論。他自己的決定也“不是結論性觀點”(353B)。最終，許多中國法律問題都含糊敷衍過去了，或者得出了片面的觀點。根據提供的證據和論據，法院無法決定人大的決定是否必然具有法律效力，人大是否可以將其權力委托給其附屬機構，確認附屬機構的程序是什麼以及這種確認的效力如何。如果法院關於人大無所不包的權力的觀點站得住腳，這些問題依然得不到解決，並會導致嚴重混亂。這些困難是法官們自己帶上法庭的，因為他們拒絕接受法庭之友的律師代表。儘管香港的法律體制非常特別而且案件的情形也極為異常，但它充分顯示法院忽略這些眾多而又廣泛的問題的危險。

至於終審法院是否同樣錯誤地承擔了過多的問題(包括臨時立法會的地位)，答案則不是這樣明確。儘管案件通過堅持追溯力這一問題便可解決，但這不會令人滿意，因為它沒有處理訴訟中提出的主要問題，而這些問題幾乎馬上可能在法庭再次出現。與審理《馬維駟案》的上訴法庭不同，終審法院的優勢是它有原訟法庭和上訴法庭提交的詳細而複雜的論據和判決。終審法院非常詳細地向代表律師詢問了範圍廣泛的問題(張健利大律師稱這些問題為“海旁”式的(waterfront)，參見本書張文)。上訴法庭對《馬維駟案》的判決在許多方面都引起了爭議，這些爭議引發了學術界和律師界廣泛的討論。有關憲法訴訟的一些主要問題已不辯自明。這是終審法院的第一個對這些問題發表意見的機會。直接引起爭議的中國法律問題很少，主權移交已順利完成。終審法院一定很清楚，憲法訴訟仍有可能繼續發生，甚至迅速增加，因此應該提供在原則和程序方面的指引。終審法院看到並抓住了這次機會，對《基本法》訴訟的準則制定了廣泛的框架。

¹⁵ Johannes Chan, 'Amicus Curia and Non-Party Intervention' (1997) 27 HKLJ 391-404.

行使管轄權的第二個方面與一系列觀念有關，如政治問題或法院自我克制等。這些觀念意味着在有些情況下法院應該拒絕行使管轄權。關於政治問題的依據，尚未達成共識。¹⁶ 拒絕的理由可以是問題的類型，即某種類型的問題不屬於法律決定的範圍，因為它們不是依賴於規則或原則的。相反，它們更適合通過政治程序解決。這種自我克制也可能因尊重其他機構的權力而進行，特別是因尊重享有民主合法性的立法機構而採取自我克制。或者法院無法找出適當的補救措施（在美國一度因選區範圍違反了平等權利條款而需要重新劃定選區範圍時，這一觀點頗為流行）。陳弘毅教授提出了這樣的觀點，即審理《吳嘉玲案》的終審法院和審理《馬維駢案》的上訴法庭本應拒絕行使管轄權，以減少法院與其他機構包括中央政府之間的衝突。¹⁷ 這很少是“政治問題”的依據，因為基於這個依據而放棄管轄權會等於放棄憲法管轄權。¹⁸ 自從有關法院自我克制或政治問題的傳統觀點提出以來，法院已遠遠偏離了該傳統原則。法院現在越來越願意行使管轄權，部分原因是其他機構通常比法院享有更小的合法性。有時，只有通過法院的干預才能維持少得可憐的合法性（例如近年發生在幾個普通法和其他法域的政變事件）。¹⁹ 這一點與香港的關聯特別密切，因為香港的行政機關和立法機關都不是完全經選舉產生。此外，在香港通過政治程序解決法院當時正處理的問題的可能性也很小。立法會沒有有效的權力提出立法議案，而政府要獲得

¹⁶ Laurence Tribe, *American Constitutional Law* (Maneola, NY: The Foundation Press, 2nd ed. 1988), pp 96–107.

¹⁷ 關於陳教授對終審法院的觀點，參見本書中的陳文；關於他對上訴法庭的觀點，參見其論文 ‘Constitutional Jurisdiction and Justiciability’ (1997) 27 HKLJ 387–390。

¹⁸ Tribe 認為，“政治問題”學說的最終標準是“是否可以把支撐爭議中的憲法原則解釋為法院能夠闡述和適用的對政府的限制或有關個人自由的定義”。他還指出：“爭議的問題是政治性的，不是因為它是政府某個政治機構所關心，而是因為訴訟人引以為解決爭議的指引的憲法規定不適宜於司法適用”。

¹⁹ 在過去20年裏發生的一系列案件中，普通法法院甚至宣布政變的合法性，並闡明了據此維持非法政府行為的原則。這些原則包括行為必須是維持公共秩序或安全所必不可少的；政府必須採取果斷行動恢復民主秩序的狀態。參見佳日思：‘Back to the Basics: The Provisional Legislature and the Basic Law’ (1995) 25 HKLJ 2–6。

立法會大多數的支持也決非易事。香港的自治是香港政治制度的一個特殊因素。當涉及自治的範圍或自治的完整性時，香港並沒有適當的機制與中央政府交涉以處理這些問題。在這種情況下，法院會覺得，它們不應該遠離這些爭議，而是必須填補真空。這些案件不適合法院審理並不等於說不存在處理這些案件的規則或原則。由於“一國兩制”的獨特性，當判決可能會引起中央政府的不安時，法院的自我克制可能會有幫助——但是，同樣可以爭辯的是，中央政府也應該學會理解根據《基本法》而適用於香港的普通法的規則。

解釋

司法機構和出庭的各方當事人在解釋《基本法》的方法有着令人訝異的共識，他們都認為《基本法》是一份憲法性文件，解釋的方法是“目的解釋”。然而，有趣的是，在《馬維駝案》中，陳兆愷法官闡釋了《基本法》的複雜性。他指出了《基本法》的三個特點：（一）因執行《聯合聲明》而產生的國際淵源；（二）作為全國性（中國）法律的特點；（三）作為香港特別行政區的憲法，同時也調整與“主權國”的關係。

在指出《基本法》的這三個特點時（他歸納為“國際法性質、國內法性質和憲法性質”），陳兆愷法官正確地領會了《基本法》體制的複雜性及其對解釋規則的影響。他還指出，《基本法》不是由普通法專家起草的，而且它的原文是中文。然而，他並沒有進一步闡述這些分析的含義。（把《基本法》看成完全是一個中國法產品也不恰當。從英國政府的角度來看，來自香港的普通法專家起了關鍵的作用。《基本法》也使用了許多普通法概念，如上訴法庭和終審法院在《張麗華案》中都承認的“居留權”）。他的觀點是在這樣的情形下闡述的，即律政專員要求採用寬宏和目的方法解釋《基本法》，因為《基本法》是一份憲法文件。按照陳兆愷法官的觀點，儘管《基本法》具有複雜的性質，但“寬宏和目的方法可能不適用於解釋《基本法》

的每一條款”。這種方法在目前的案件中是恰當的，因為該案件“涉及《基本法》的憲法問題”（第324C）。現在還不清楚，他是否會認為“寬宏和目的”方法對所有涉及《基本法》中國際法和國內法性質的條款都不適宜，也不清楚如何把《基本法》的條款清晰界定於他所劃分的三個類別當中。但是，他的分析至少有一個含義，即就香港特別行政區與內地的關係來說（“國內法”方面），寬宏和目的方法並不總是適宜。至於什麼是更好的方法卻沒有解決。（陳兆愷法官後來在《張麗華案》中試圖區分國際法性質和憲法性質，以排除適用締約國後來簽訂的協議作為解釋的依據這原則。其後，在第649頁至650頁他更依賴其憲法特性來強化對權力的保護）。

他也沒有討論由非普通法專家起草這句話的含義：它是否意味着解釋《基本法》時不應該適用普通法；或者不應該適用於那些屬於“國內法”性質的部分，如香港和內地的關係。陳兆愷法官指明《基本法》的複雜性無疑是正確的，但如果其含義是《基本法》不同的部分需要不同的解釋方式和方法，這樣就會出現不同條款之間不一致的危險。他從黎守律法官那裏找到了一些支持。黎守律法官曾表示懷疑，普通法的解釋規則和技術是否是解釋《基本法》的恰當方法。在提到臨時立法會的成立是否獲得人大決定的批准這一問題時，他指出，“對香港普通法法院來說，這不是一個容易的問題。這個問題涉及到對中國法律的解釋，以形成一個根據中國法律得出的解釋”（但在第356D頁接着指出，即使適用普通法得出的解釋也是有效的）。另外，在討論人大對籌委會有關成立臨時立法會的決定予以確認的效力時，黎守律法官指出：“必須指出，如果完全從普通法規範來判斷，〔這確認〕會被認為是有缺陷的。但是，我們現在不是在處理一個普通法的立法機構或者一個普通法法域。我個人認為，用我們心目中的傳統普通法方法和立法確認的先例來處理這個問題是不恰當的”（357H）。然而，他對使用目的方法感到非常滿意，因為該方法似乎與中國法律中的方法和憲法性質很協調。中國法律的解釋方法注重廣泛的政策和原則，而“中國法律文件正是根據這些政策和原則起草和制定的”（356EF）。

然而，馬天敏法官對使用普通法方法並沒有問題，他注意到普通法和中國法解釋方法的趨同。他指出：“從近年的發展來看，普通法解釋原則已經非常廣泛，足以從目的的角度解釋這部準憲法的字面含義。國際淵源因素的影響已經改變了普通法解釋規則”(364DE)。儘管馬天敏法官承認《基本法》是中國法律，但他指出：“《基本法》應該首先由香港法院解釋，香港法院習慣於用普通法原則解釋用普通法傳統通過的法律。毫無疑問，有關解釋的艱難問題會不時出現，但在我看來，這些問題不會來自兩種傳統的固有困難”。終審法院採用了廣泛和寬宏的方法，依據原則而迴避先例。通過這些方式，終審法院可能也暗示它所採用的方法與大陸法系的方法（一般認為這是中國法的基礎）並沒有多大的區別。

後來的判決並沒有提及《基本法》的複雜性。討論的主題一直是目的方法。對此，上訴法庭已予以肯定（陳兆愷法官認為，對《馬維駮案》中法院處理的特定問題來說，目的方法是適當的方法）。祈彥輝法官在《張麗華案》中也肯定了目的方法。上訴法庭在上訴中也確認了這一方法。

與審理《馬維駮案》的陳兆愷法官一樣，在《吳嘉玲案》中，終審法院開始討論解釋《基本法》的方法問題。終審法院的討論是從考查《基本法》作為“一個執行獨特的‘一國兩制’原則的憲法文件”的地位和特點開始的。終審法院注意到，“如同憲法文件的通常情形一樣”，《基本法》所使用的“廣泛和一般的語言”。“《基本法》是一部活的法律文件，人們期待它符合變化中的需要和環境”（雖然正如上訴法庭在《馬維駮案》中詳細論述的一樣，《基本法》是一個極其保守的法律文件，其目的在於凍結“原有”體制，特別是經濟和社會體制）。

由於上述原因，同時也因為憲法往往“陳述一般原則和表達目的，一般不規定特定的具體問題和解釋術語的定義”，因此應該採用目的方法(339J-40A)。該法律文件的真正含義必須根據其目的、條款以及文本的語言來確定。在終審法院看來，採用目的方法的後果是避免“文字的、技術的、狹隘的或苛刻的方法”。終審法院的判決表明了對目的方法的強力支持。

在上訴法庭特別是在馬天敏法官的判詞中，目的方法通常是與“寬宏的方法”對等的。作為先例，Diplock 勳爵在 *Jobe* 案 (*Attorney-General of Gambia v Jobe* [1984] AC 689 at 700) 的陳述以及 Wilberforce 勳爵在 *Fisher* 案 (*Minister of Home Affairs v Fisher* [1980] AC 319 at 328) 中的陳述被經常援引。從上訴法庭的判決中，並不清楚這兩種方法是如何聯繫在一起的，同時也沒有許多“寬宏方法”的例證。例如，在《張麗華案》中，祈彥輝法官認為，既然第22(4)條試圖控制內地人進入香港，那麼對第22(4)條的目的進行解釋就只能解釋為適用於那些即使擁有香港居留權的內地人。這樣就否認了對他們的“寬宏”解釋，即使他們根據第24(3)條符合永久居民的標準。

終審法院因此有責任澄清對保障權利的條款與其他條款的區別。終審法院對權利條款確定了“寬宏”方法而對其他條款卻只確定了目的方法。這樣，終審法院認為，對附於永久居民地位的權利包括與居留權有關的權利可以採用寬宏解釋，但對有關界定永久居留的資格卻只適用目的方法(340H)。終審法院的判決為使用和區分這兩種方法提供了最好的例證。終審法院強調並經常使用《國際人權公約》和《基本法》第39條表明了終審法院有關權利條款應該使用寬宏解釋的觀點。根據終審法院的區分，祈彥輝法官在《陳錦雅案》(*Chan Kam Nga v Director of Immigration* [1998] 1 HKC 16) 中的觀點是不正確的。他指出，他本願意對第24(3)條作寬宏和目的解釋，即該等人士在出生時其父母一方必須是永久居民，如果這是起草者或人大的意圖的話。

與目的方法不同，寬宏方法似乎較少依賴立法機關的意圖而是更多地考慮作為法院的憲法責任的保護權利的需要(雖然這種假設會被明確相反的立法意圖所推翻)。由於終審法院使用“寬宏”方法而下級法院使用了目的方法，因此，下級法院維持了出境許可要求有異於終審法院的決定。而雖然這些法院並不總是用寬宏方法解釋人權條款，但必須指出的是他們在解釋《基本法》條款時已經引用了《國際人權公約》。祈彥輝法官認為非婚生兒童也有權享有第24(3)條的利益，這有利於促進家庭團聚，而這正是《國際人權

公約》的目的之一。他的這一觀點得到了上訴法庭的支持。但他以同樣的理由認為，即使兒童出生時其父母一方不是永久居民，該兒童也享有居留權。這一觀點卻沒有獲得上訴法庭的支持（但上訴法庭試圖以下列理由證明其判決的正確，即對家庭分離要負責的不是對第24(3)條的狹隘解釋，而是父母將小孩留在內地的決定）。

目的方法的本質是使立法機關的意圖得以實現，儘管這樣可能會忽視立法術語的文字含義（通過所謂的“曲解的”含義）也在所不惜。²⁰ 對如何發現《基本法》條款的目的，法院已經提供了一些指引。這可以從文字的通常含義開始。但這一標準事實上比看起來複雜。例如，在《陳錦雅案》中，陳兆愷法官指出：“法院應該盡可能在謹記《基本法》意圖的同時，按照通常含義對《基本法》條文進行解釋”(754E)（着重號為筆者所加）。在同一案件中，馬天敏法官指出：“首要的任務是確定條款的文字包含了明確和通常的含義，即不包含異常和荒唐的含義。如果是這樣，該含義應該優先考慮；也就沒有必要轉而求助其他的幫助來解釋”(764I)（着重號為筆者所加）。在不考慮目的情況下，某一詞句的含義可以根據該語言的“傳統和習慣”來解釋（參見終審法院審理的《吳嘉玲案》）（即在解釋居留權的定義時終審法院提到了*Bhagwan*案(*DPP v Bhagwan* [1972] AC 60 at 74B)中所解釋的含義)。通常含義的“問題”從下列的事實中暴露無遺：祈彥輝法官和上訴法庭在《陳錦雅案》中與終審法院常任法官包致金（代表終審法院）同樣依據“通常”含義卻得出了相反的結論。

因此，法院不得不依賴其他的辦法以幫助解釋某一詞句的含義。其中立法背景可能是最引人注目的。然而，法官都不得不面臨一個基本的事實，即有關立法意圖的最有權威的指引如基本法起草委員會的檔案不屬於公共領域的資料，而且似乎受中國保密法的管轄。曾經試圖通過由其成員（許崇德教授）提供誓章(*affidavit*)的方式來介紹起草委員會的意圖，該誓章部分是基於

²⁰ See F Bennion, *Statutory interpretation* (London: Butterworth, 3rd ed, 1997), pp 731–750.

許崇德教授對其他成員的觀點的回憶寫成的。但祈彥輝法官在《張麗華案》中拒絕了這種方式。他也拒絕了申請人代表律師張健利的陳詞，該陳詞認為沒有檔案把第22條和第24條聯繫起來。“事實是，我們並沒有一般屬於立法背景的文件。因此，我不得不按通過我能得到的合法的解釋方法所發現的立法背景來解釋第22(4)條(86B)。”

在缺乏“最好的證據”的情況下，法院大量使用了《聯合聲明》，因為《基本法》的目的是實施中國在《聯合聲明》中陳述的基本政策。《基本法》的序言確認了《基本法》的這一目的。法院參看《聯合聲明》，一方面是找出《基本法》的目的，另一方面是發現特定條款背後的意圖。在《馬維騏案》中曾採用這一方法確認了原有法律在1997年7月1日後依然有效的結論。祈彥輝法官在《張麗華案》的初審以及上訴法庭在上訴中更依賴《聯合聲明》決定第22(4)條和第24(3)條的關係。他指出：“有兩點須指出。第一，該條款出現在《聯合聲明》關於享有香港居留權的人士的種類的同一節中。這表明在起草《基本法》時這兩個條款的聯繫，儘管它們被安排在《基本法》不同的章節中。第二，《聯合聲明》中的條款本身與下列觀點是一致的，即希望根據血統行使香港居留權的內地人士必須首先獲得單程證，因為在1984年《聯合聲明》簽署時已經實施有關單程證的配額制度(85DE)。”

然而，在《陳錦雅案》中，法院卻認為《聯合聲明》幾乎沒有什麼幫助，因為《基本法》僅僅重複了《聯合聲明》的文字（這暗示着《基本法》的含義可能是不同的，如果立法背景能解釋《聯合聲明》中使用的詞句的含義）。然而，法院迄今尚未遇到《基本法》故意背離《聯合聲明》的情形。²¹

那麼如何運用目的方法呢？一種方式是根據上文下理去理解有關條款或規定。在《馬維騏案》中，陳兆愷法官指出：“不能孤立地理解一項條款而必須根據《基本法》的其他部分來考慮……也不能把它解釋為包含一種與其

²¹ 關於這些差異的論述，參見佳日思，頁67-69。

他有關現有法律和法律制度的條款相抵觸的含義(326CD)。”終審法院也強調了上文下理的重要性，指出一項條款必須與其他的條款一起來理解，以找出《基本法》本身的文章。黎守律法官在《馬維駝案》中更將這一原則推而廣之。他指出：“任何含糊之處都必須通過考慮《基本法》整體、它的起源甚至《中華人民共和國憲法》來解決”(346H)。

同樣使用類似的方法，法官得出了不同的結論。例如，在《馬維駝案》中，上訴法庭認為，《基本法》的基本目的是維持香港原有制度和經濟的“連續性”。（“《基本法》的目的是確保這些基本政策得以執行以及繼續保持香港特別行政區的穩定和繁榮。因此，主權改變後的連續性具有極為重要的意義”（第 332 頁））。

在連續性的主題的影響下，上訴法庭判決有關出境許可的規定是有效的，因為出境許可的措施在主權改變前已經實施。在這兩宗案件中，法院都沒有考慮《基本法》的其他目的、自治以及權利的保護。這在它討論第 19(2)條時更為明顯（它認為限制香港特別行政區法院管轄權的條款與以前的規定是相同的，只是英國國會的行為變成了人大的行為）。這種解釋可以描述為“字面的、技術性的、狹隘的或苛刻的”。然而，終審法院認為自治和權利是《基本法》的中心目的。因此，兩個法院在香港特別行政區法院的憲法管轄權和根據第 24(3)條的居留權的範圍等問題上得出了不同的結論。終審法院憑借第 39 條及《國際人權公約》確立案件的背景。

以上的討論表明，法院在運用目的方法時擁有廣泛的酌情權。法院自行決定立法的目的是什麼，它們可以使用一系列的依據來得出這個結論而忽視它們認為不滿意的證據。在沒有可信的立法背景資料的情況下，它們的酌情權更是毫無限制。它們甚至願意忽視立法的通常含義，只要它們認為這種含義不符合它們所認定的法律的目的（有關這方面的突出的例證，參見 *Launder v The Secretary of State 1998* (House of Lords)）。這種泛泛的（甚至是隨心所欲的）方法必然引起對司法判決的爭議，即使該方法的理由是實現立法的意圖。有關例證是終審法院採用目的方法，作出有關是否提交人大常委會解釋第 22(4)條的裁決（參見下一節的討論）。

內地法律專家對終審法院 判決的意見

新華社新聞稿

[編者：1999年2月6日，內地四位曾參與基本法起草工作的著名法律學者，對終審法院在《吳嘉玲》一案的判詞作出措詞強硬的批評，這為緊隨而至的憲制辯論及對終審法院一連串的猛烈評擊揭開序幕。其後中央政府表示四位法律學者的意見亦為中央政府的立場，最終導致終審法院在2月26日作出澄清。內地學者的意見由新華社以新聞稿的形式於99年2月6日發表，以下為該新聞稿全文。]

香港特別行政區終審法院1月29日就港人在內地所生子女居留權案件所作判決引起了內地法律界人士的極大關注。正在珠海參加澳門特別行政區籌委會政務、法律小組會議的多位內地法律專家和部分法律界人士今天在此間舉行了座談會。

■ “憲法性管轄權” 欠理據

這些法律專家都曾參加過香港特區《基本法》的起草和香港特區籌委會

和預委會的工作。他們認為，該案的判決將導至在港享有居留權的子女人數大量增加，加重香港社會各方面的負擔，有損香港的整體利益和長遠利益。尤其令人憤慨的是，該判決中有關特區法院可審查並宣布全國人大及其常委會的立法行為無效的內容，違反《基本法》的規定，是對全國人大及其常委會的地位、對“一國兩制”的嚴重挑戰。

關於“憲法性管轄權問題”，北京大學法律系蕭蔚雲教授說，終審法院判詞中的“法院憲法性管轄權”部分是其法理基礎，但這恰恰同“一國兩制”背道而馳。

《基本法》的指導思想和法理基礎是“一國兩制”，“一國”是前提，首先香港特區是中華人民共和國不可分離的部分，是我國的一個直轄於中央人民政府的地方行政區域，在這個前提下才談得上人大授予特區高度自治權，特區的這種地位決定了特區終審法院根本無權審查和宣布人大及其常委會的立法行為無效。

根據憲法的規定，全國人大是最高國家權力機關，人大的立法行為和決定是任何機構都不能挑戰和否定的。終審法院宣稱具有這種權力，實質上是認為自己可以凌駕於人大及其常委會之上，這既違反憲法，與國家體制不符，也是完全違背“一國兩制”的原則的。

北京大學兼職教授邵天任說，《基本法》第19條規定的法院審判權是法院對案件的審判權，而判詞卻引伸出法院具有“憲法性管轄權”，這在《基本法》的規定中是完全沒有依據的。終審法院宣稱擁有憲法性管轄權，在權力關係上，是把自己凌駕於全國人大及其常委會之上；在管轄範圍上，是把管轄權擴展到北京。《基本法》沒有賦予它這種權力，也不可能賦予它這種權力。

判詞的意思很清楚，就是特區終審法院的權力帶有主權性質，這是十分荒謬的，我國是一個單一制國家，國家主權是不可分割的，由中央政府統一行使。判詞宣稱終審法院的權力是從主權生而來的，據此便可宣布國家最高權力機關的立法行為無效，這實際上是把香港變成為一個獨立的政治實體。

■ 人大立法行為不可質疑

關於特區法院的管轄權問題，蕭教授說，終審法院的管轄權是有限的，不是無限的。《基本法》規定香港享有獨立的司法權包括終審權，但同時《基本法》第19條對香港法院的管轄權做了限制，即保持香港原有法律制度和原則對法院管轄權的限制。第19條還明確規定特區法院對“國防、外交等國家行為無管轄權”。這些限制包括不可質疑國家最高權力機關的立法行為，對這些行為特區法院是沒有管轄權的。

中國社會科學院法學研究所吳建璠教授說，《基本法》第19條規定特區法院繼續保留原有法律制度和原則對法院審判權的限制，這種限制包括了法院只執行法律而不能對法律提出質疑，也包括了作為地方行政區域的法院，不能對中央立法提出質疑。在香港回歸祖國前是如此，在香港回歸後也仍然應該是如此。說特區終審法院有權審查法律以至全國人大及其常委會的立法行為，是直接抵觸《基本法》第19條的規定的。

邵天任教授說，判詞承認全國人大及其常委會的立法行為是主權行為，同時也承認香港回歸前法院不能質疑英國議會立法，但卻武斷地說，現在可以不受這個限制，這是殖民地的東西。如果這種邏輯成立，法院就可以任意廢除香港原有法律。這樣香港原有法律制度就會處於不確定、不穩定狀態，《基本法》規定的“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法除同本法相抵觸或經香港特別行政區立法機關作出修改者外，予以保留”就無從談起。

■ 違憲審查權不在終審法院

關於誰有權審查香港法律是否符合《基本法》問題，蕭教授說，審查香港法律是否符合《基本法》是全國人大常委會的權力，不是終審法院的權

力。根據《基本法》第17條規定，特區立法報全國人大常委會備案，全國人大常委會在徵詢《基本法》委員會的意見後，如認為特區立法機關通過的法律有關中央管理的事務及中央與特區關係的條款不符合《基本法》，可將有關法律發回。同時根據《基本法》第160條，香港原有法律除全國人大常委會宣布同《基本法》相抵觸外，採用為特區法律。

以上《基本法》的規定充分說明，審查香港立法機關通過的法律是否符合《基本法》的權力在全國人大常委會，而不是在特區終審法院，整部《基本法》沒有任何地方規定終審法院有這種權力。判詞說終審法院可審查人大常委會的決定是否符合《基本法》更是十分錯誤的。

■ 終局判決前應提中央解釋

關於《基本法》解釋問題，吳建璠教授說，根據我國憲法，法律的解釋權屬於全國人大常委會，《基本法》也明文規定，《基本法》解釋權在全國人大常委會。特區法院在審理案件時解釋《基本法》的權力是人大常委會授予的，而且是有限制的。判詞卻把特區法院對《基本法》的部分解釋權任意擴大，並且顛倒了權力來源。

《基本法》第158條第3款規定，“如香港特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。”

判詞認為特區法院在審判案件時，如果需要同時解釋《基本法》的幾項條文，只要其中主要條文屬於特區自治範圍內的條款，那麼同時對中央負責管理事務及中央和特區關係的條款進行解釋就不必提請全國人大常委會。這種解釋實際上是收窄了需提請人大常委會解釋的範圍，也是非常錯誤的。

蕭教授認為，就《基本法》的解釋權來說，終審法院對《基本法》的解釋權是全國人大常委會授予的，不是其本身固有的。解釋的範圍也是有限的。在涉及中央管理的事務和中央與特區的關係時，要依法提請人大常委會解釋並以人大的解釋為準，而按照判詞，終審法院卻可以推翻人大常委會的解釋，變成人大要聽特區終審法院的。判詞完全把中央與特區的關係弄顛倒了。

■ 誰管“其他地區的人進入香港”？

中國人民大學教授許崇德說，《基本法》第22條第4款規定“中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續”。這項條款屬於“中央與特區關係條款”是毫無疑問的，因此，該條款中“中國其他地區的人”的解釋權理應屬於全國人大常委會。終審法院對此隨心所欲，自作主張，是要為此承擔歷史責任的。

關於子女居留權問題，許崇德教授說，無論是籌委會關於實施《基本法》第24條第2款的意見，還是特區的有關立法，都是從保持香港穩定繁榮的大局出發，都是要防止大量人口湧入香港，給特區造成各方面的壓力。特區成立一年多來，這些規定對緩解香港外來人口的壓力起到了好的作用，符合香港發展的整體利益。

在兩地出入境管理機關的密切配合下，從94年至今已安排了七萬八千多名（其中97年7月後赴港的有四萬多）港人在內地的上述子女有秩序地赴港定居，避免了大量人口湧入香港。終審法院1月29日的判決後，在香港發生的事實，以及社會輿論和民意顯示，已經給香港社會帶來負面影響，既不符合港人的利益，也不符合維護香港繁榮穩定的目標。在金融危機已經對香港社會造成嚴重困難的情況下，進一步引起了人們的普遍憂慮和恐慌。這是特區終審法院自作主張所造成的嚴重惡果。

■ 堅定執行“一國兩制”方針

參加座談會的法律專家們說，特區成立一年多來，中央政府堅定執行“一國兩制”方針，嚴格按照《基本法》辦事，全力支持以董建華為首的特區政府的工作，不干預特區高度自治權範圍內的事務，這是有目共睹的，香港乃至國際社會普遍予以好評。但是，我們不能容忍終審法院的先生們肆意挑戰全國人大及其常委會的權力，《基本法》的權威須堅決地予以捍衛。

司法獨立是香港重要基石：

對內地法律專家的評論的回應

陳文敏

1999年1月29日，香港特別行政區終審法院在《吳嘉玲案》¹中作出了一項至為重要的判決，這判詞最初受到廣泛歡迎，並被視為司法獨立的一項重要見證。可是，其後當四位內地法律專家對判詞作出猛烈批評後，香港的氣氛亦隨之轉變。判詞受到強烈批判，亦有不少聲音要求提請人大常委會干預以推翻判詞。這些政治壓力終導致終審法院在1999年2月26日在人大開會前夕作出一項史無前例的澄清。內地法律專家的意見，²其後亦證實為代表中央政府的立場，他們對終審法院判決所作出的批評，其實顯示了香港和內地兩個截然不同的司法制度的基本差異，同時揭示了“一國兩制”這構思的根本矛盾，即當兩個制度相遇時，如何界定“一國”與“兩制”兩者的分界。

內地法律專家的言論，分別引起了三個法律問題：

一、終審法院是否有司法權宣稱全國人大常委會的行為或決定與《基本法》不符？

¹ [1997] 1 HKC 291，判詞的中文版本載於 [1999] 2 HKCFAR 49。

² 內地法律專家意見由新華社以新聞稿的形式於1999年2月6日發表，見本書第二章。

- 二、終審法院是否擁有司法權覆核個別香港法律是否符合《基本法》？
- 三、在決定終審法院是否須要根據《基本法》第158條提請人大常委會對有關條文進行解釋時應採用何種原則？

■ 兩地法制的差異

根據《中華人民共和國憲法》，全國人民代表大會為最高權力機關，擁有立法及解釋法律的權力，其權力更不受任何其他機關的挑戰。在人大休會期間，人大修改和補充立法的權力便由人大常委會執行。³因此，倘若全國人大常委會作出了跟全國法律（例如《涉外經濟合同法》）相抵觸的決定時，而假設該決定實際上只會影響廣東省，廣東省人民法院亦沒有司法權宣稱全國人大常委會的決定違法，唯一補救的辦法是要求全國人大或全國人大常委會再審核該決定。內地的制度並不存在由司法機構對人大或人大常委會的決定或其通過的法律進行違憲審查。法院的職權只限於審理案件。這是建基於社會主義理論，即所有權力來自人民，最終權力亦屬於人民，而人民的意願由“最高蘇維埃”即全國人大反映，故全國人大同時擁有立法、司法和行政的最終權力。中國法制並不承認三權分立，反之，它是建基於職責分立，即維持法紀、檢控和審判分由不同部門（公、檢、法）負責，但卻全由中央統一領導。⁴

香港的法律制度卻截然不同。普通法尊崇分權制度，解釋法律的權力只屬於司法部門。立法機關或行政機關均無權對法律作出有權威的解釋，直至近年為止，它們的意見甚至不為法院所參考，而即使法院願意考慮，這些意

³ 《中國憲法》第67條。

⁴ 見 Albert Chen, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China* (Butterworths, 1982), p 105 及《中國憲法》第3、92、110、128及133條。

見也不能和法例的明文條款相抵觸。⁵《基本法》規定香港特區繼續沿用普通法，法院作為唯一詮釋法律的架構實為普通法制度的最根本概念。

許崇德教授同時指出，終審法院在解釋《基本法》第24條時並沒有考慮籌委會的意見。然而，籌委會並非草委，亦沒有參與起草《基本法》工作。它的工作在籌組特區政府而非解釋《基本法》，況且，籌委會的報告在《基本法》草擬工作完成六年後才作出，極其量只能代表籌委會對有關條文的意見，而其意見並不比香港其他人士或機構的意見具更大權威性，自然不屬於法院在解釋《基本法》所應接納的證據。

吳建璠教授說，《基本法》第19條並未授予香港法院權力決定香港法律是否符合憲法。邵天任教授亦說，香港回歸前，基於英國國會享有最高權力的原則，香港的法院不享有具憲法性的覆核權，是以回歸之後，香港的法院亦不能享有此等權力。

他們的看法顯然都對香港的普通法制度有所誤解。根據普通法制度，所有機構都不能凌駕法律之上。香港在回歸前雖然沿用英國“國會至上”的原則，但倘若英國國會的立法不符合立法的程序或形式，則上述原則亦不能阻止香港的法院宣稱某些法例無效。⁶再說，回歸前《英皇制誥》為香港的明文憲法，因此，香港其實跟英國並不一樣，“國會至上”這原則並不完全適用於香港。⁷倘若香港法例條文抵觸《英皇制誥》，香港的法院是有權宣稱其無效的。⁸

⁵ *Pepper v Hart* [1993] AC 593. 只有在條文含糊或字面解釋會出現荒謬的結論時，法院才可參考立法會在立法過程中的辯論，而這只限於提案者的解釋及這解釋是清晰明確的。

⁶ *Bribery Commissioner v Ramasinghe* [1965] AC 172 (royal assent did not cure failure to obtain a two-thirds' majority in the lower House for a measure inconsistent with the constitution); *R (O'Brien) v Military Governor, NDU Internment Camp* [1924] IR 32 (failure to submit a bill to a referendum held fatal to the validity of an ostensibly authentic Act). See also Joseph Jaconelli, *Enacting a Bill of Rights: The Legal Problems* (Oxford: Clarendon Press, 1980), Ch VI.

⁷ 詳見筆者論文，"The Jurisdiction and Legality of the Provisional Legislative Council" (1997) 27 HKLJ 374 at 376-382.

⁸ 《香港麗的呼聲有限公司訴律政司》[1970] AC 1136 at 1157；《女皇訴林偉明》(1992) 2 HKPLR 182.

在《香港麗的呼聲有限公司訴律政司》一案，⁹ 樞密院便裁定香港立法局所通過的法案不能與適用於香港的英國立法相抵觸，若出現抵觸時，香港法院可宣稱有關法律無效及予以撤銷。自從在1986年及1989年頒布《香港（立法權）令》後，香港法院可在指定範圍內宣布適用於香港的英國立法與法律相抵觸而無效。¹⁰ 而自1991年以後，法院已多次頒令某些法例由於與《英皇制誥》第VII(5)條相抵觸而無效。第VII(5)條規定《公民權利和政治權利國際公約》適用於香港的部分納入為香港憲法的一部分。很明顯地，在回歸以前，香港法院已擁有對香港立法作違憲審查的權力，在這方面，英國“國會至上”的原則並不完全適用於香港。97年7月1日，《英皇制誥》和《皇室訓令》為《基本法》所替代，樞密院亦為終審法院所取代，但除此以外，香港沿用的司法制度則予以保留。¹¹ 《基本法》第158條亦規定，除了在該條所訂的限制外，香港法院有權解釋《基本法》。作為香港特區的憲法，香港法院自然有權責維護《基本法》，《基本法》第11條進一步澄清這權力：根據這一條，香港頒行的法律不可抵觸《基本法》。香港法院既然有責任執行和維護《基本法》，它自然有權力和責任決定和拒絕承認與執行任何與《基本法》相抵觸的特區法例。

■ 審議香港法律是否符合《基本法》的權力

蕭蔚雲教授認為，根據《基本法》第17條和160條，只有全國人大常委會才獲授權覆核香港法律與《基本法》是否相抵觸。第17條規定特區立法機關制定的法律須報全國人大常委會備案，人大常委會在徵詢基本法委員會

⁹ 同上。

¹⁰ 例如航空、海商、船舶及引進適用於香港的國際條約這些範圍內。

¹¹ 《基本法》第2及81條。

後，如認為特區的法律不符合關於中央管理的事務及中央和特區關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。第17條所賦予的是一項監察的權力，保證特區的法律不會超越特區自治範圍以內的事情，它並不賦予人大常委會監察特區的法律是否符合《基本法》的所有條文（尤其是自治範圍內），監察特區法律是否符合《基本法》這項工作自然是落在特區的立法和司法機關身上。再者，備案只是一種行政規定，有關法例沒被發回重議本身並不能視作有關法案即符合《基本法》的規定，第17條本身並沒就行使發回的權力作出時限便是最佳明證，而這一條更明確指出在法例生效以後人大常委會仍可行使這權力。

第160條授權人大常委會在特區成立時或成立以後宣布香港原有法律因與《基本法》相抵觸而不採納為特區法律，這是一條過渡性的條文，它並沒賦予人大常委會唯一的權力去決定原有法律是否違反《基本法》。再者，這權力只局限於香港原有法律，並不適用於特區立法機關所通過的法律。故此，這兩項條文並沒有剝奪香港的法院就某一項立法條文是否跟《基本法》抵觸作出裁決的權力，不然，香港的法院便得讓公然抵觸《基本法》的法例生效，而此舉將會違反《基本法》的第11條訂明香港特區法律不抵觸的規定。

■ 人大常委會受法律約束

終審法院的判決並非說終審法院在任何情況下皆有權決定人大常委會的任何行為或決議是否有效。這部分的判詞乃針對上訴庭於九七年在《特區政府訴馬維騏》¹²一案的判決，及考慮臨時立法會的合法性的背景下作出。上

¹² [1997] 3 HKC 315.

訴庭在《馬維騏》案中指本港法庭無權決定人大常委會成立臨立會是否符合《基本法》，終審法院並不同意，並指出在自治範圍內終審法院對《基本法》享有解釋權。《基本法》已明確規定，香港特區的法律為《基本法》、香港原有法律、特區立法及透過附件三適用於特區的全國性法律，人大常委會的決議並非香港特區法律的一部分，這些決議甚至只屬行政行為，既然這些決議涉及特區自治範圍內的事情，是否符合《基本法》這問題，在普通法制度下自然屬於法院的司法管轄權內。

事實上，終審法院確認了在外交及國防這等屬於中央政府管轄的事宜上，終審法院是有責任將有關問題呈交全國人大常委會作出解釋。終審法院的權力來自《基本法》，而《基本法》是源自中國憲法，故此，在憲法上而言，終審法院自不能凌駕人大或人大常委會，在縱觀判詞全文後這一點是明顯不過的。

從另一角度看，問題的關鍵不在於終審法院是否凌駕人大常委會，而是人大常委會是否受制於《基本法》。假如它受制於《基本法》，並作出違反《基本法》的行為或決定，那該由哪個單位判斷它犯錯？根據中國法制，只有人大常委會本身才有這項決定權。而根據普通法，決定權在法庭手中，而非立法單位。內地法律專家與終審法院的差異在於對兩個制度的不同理解，《基本法》的一個重要意旨乃維持香港經濟賴以成功的原有司法制度，只要人大常委會的決定是在本港法庭的自治權範圍內，《基本法》並沒有豁免人大常委會不受法律約束，更無意在一些涉及本港自治權範圍內的事情上，把國內人大常委會絕對正確及權力不受挑戰的原則引進香港，故此，這問題並非終審法院是否凌駕人大常委會，而是人大常委會是否凌駕法律。在香港的司法制度內，天子犯法也與庶民同罪，沒有人能凌駕法律，而守護法律的角色在於司法系統。

■ 應否提請人大常委會作解釋的原則¹³

許崇德教授認為，由於第22條置於中央與地方關係一章內，故對第22條的解釋必屬第158條內所列的涉及“中央和香港特別行政區關係”的範圍，因此終審法院必須提請人大常委會作解釋。

這種分析方法將問題太過簡化，正如終審法院指出，考慮的準則應是問題的實質內容而非表面的稱謂。

吳建璠教授對這問題的分析則較深入，終審法院認為若案件涉及《基本法》數條條文，而其中部分條文屬自治範圍內，終審法院便不用提請人大常委會作解釋。吳教授對此提出質疑，然而，他的理解和終審法院的說法是有明顯出入，甚至有點斷章取義。終審法案所採納的原則為：¹⁴

實質上，法院審理案件時最主要需要解釋的是哪條條款？如果答案是一條“範圍之外的條款”，本法院必須將之提交“人大常委會”。如果最主要需要解釋的並非“範圍之外的條款”，便不須提交。在這情況下，即使一條“範圍之外的條款”可以爭辯地說成與“非範圍之外的條款”的解釋有關，甚至規限了“非範圍之外的條款”時，法院仍毋須將問題提交“人大常委會”。

終審法院認為在居港權問題上，最主要需要解釋的條文為第24條，而這一條並非屬於例外條款，雖然第22條在這問題上亦有關係，但終審法院需要作出解釋的條款並非第22條，它所面對的問題是香港永久居民在內地所生的子女是否在第24條下享有居港權。第22條涉及這些人士是否須要持單程證才能離開內地，這並非終審法院所要解決的問題，亦非其管轄範圍內的事情。港府提出只要案件涉及需提交人大常委會的條文，終審法院便得作出提請，這論點並不為終審法院所接納。這點是正確的，不然的話，只要訴訟任何一方提出任何一條例外條款，而該條款可能會影響其他需要解釋的非

¹³ 詳見本書第六章和第七章。

¹⁴ 於頁70。

例外條款，即使影響只是極為牽強，終審法院也得提請人大常委會作出解釋。正如終審法院指出，解釋例外條款時，無可避免地亦須同時考慮《基本法》內的其他條款，包括非例外條款，政府的論據將令終審法院失去解釋在自治範圍內的非例外條款的權力，這將大大削弱香港的高度自治。

■ 法院不能淪為政治場所

一國兩制的本質，就是任何一方都應該對另一制度所作的行為決定予以包容，儘管這些行為決定在己方制度下根本是完全無法接受的。法院在兩地制度中的角色截然不同。普通法制度內最令人引以為榮的地方乃法官可以無私無懼地只從法理原則對法律作出闡釋。法院的判決可能帶來不受歡迎的經濟或社會後果，但這並不表示該判決“錯誤”或須要“糾正”。正如澳洲最高法院蓋比法官指出：¹⁵

司法機關在適當時候可以遏止政府其他部門一些執著的行為，司法機關所考慮的為一些長遠的目標。作為社會的一分子，法官並不能將一般群眾的意見情緒或感受完全置諸道外，但法官往往能超然於感性，提醒當權者保護個人和少數人士的權益，並堅持遵守正當的程序，即使其判決可能令民主意願不能實踐亦如是。

假如政府不尊重司法獨立，司法獨立將極難以維持，在這方面港府的表現令人感到沮喪。當終審法院作出判決後，政府所採取的態度是如何不去執行該判詞，而非致力落實判詞的要求。當終審法院明確指出單程證得和居權證脫鉤時，入境署的官員卻解釋為不能要求將單程證張貼於居權證而已。即使港府同意判詞並無含糊之處，卻仍史無前例地要求終審法院作出澄清。¹⁶

¹⁵ M Kirby, 'Human Rights: The Role of the Judiciary', in J Chan & Y Ghai (eds), *The Hong Kong Bill of Rights: A Comparative Approach* (Butterworths, 1993), p 225 at 230.

¹⁶ 詳見本書第九章。

港府三番四次強調大量內地人士來港對經濟和社會資源所造成的惡果，從而煽動民意支持港府尋求人大常委會的解釋以推翻終審法院的判決，¹⁷它從沒指出是否有可行的行政措施阻止大量內地人士湧入香港，亦沒考慮是否可以用一些鼓勵計劃，鼓勵這些人士逗留在內地。¹⁸

特區政府向人大常委會尋求解釋，將嚴重損壞特區的法治與司法機關的權威，終審法院是香港的最終審判機關，在對第24條作出詳細的辯論和考慮後它才對第24條作出解釋，並以洋洋近百頁的判詞詳細闡釋其理據，人大常委會卻是閉門運作，若果由人大常委會對第24條重新解釋以推翻終審法院的判決，將會違反《基本法》第2及81條所確認的司法獨立的原則。這亦會提供一個危險的先例，終審法院的判決不再是終局的判決，尤其是當政府所持的論據皆為終審法院所否決後政府仍可透過政治的途徑去推翻法院的判決。法院經已清楚指出，第24條並非一例外條款，因此毋須根據第158條向人大常委會尋求解釋。這一點必然正確，因為香港因內地人士入境所承受的壓力必定屬香港自治範圍內的事情。要求人大常委會在香港自治範圍內

¹⁷ 1999年5月中旬，政府公布由於終審法院的判決而在十年內獲居港權的人士，初步估計為數一百六十七萬五千人，對香港的醫療，房屋和社會福利會造成沉重負擔。不少論者均指出這估計數字偏高。在這些人士當中，大約七十萬人在出生時父或母已為香港永久居民，餘下的九十多萬人，由於出生時父或母並非香港永久居民，故需當其父或母來港居住滿七年後才可享有居港權。港府因而最少有七年的時間來評估第二代人士對香港所造成的影響，其中一個方法是在這些人士未獲居港權前時修改法律，而政府最少有七年時間考慮及修改《基本法》。可惜，政府匆匆決定，要求人大常委會對《基本法》條文作出解釋，並在法律界及不少社會人士強烈反對下仍一意孤行，對法治造成深遠打擊。此外，政府公布的數字還包括近五十萬名非婚生子女。由於父親的正室仍在香港，相信少數這類非婚生子女的父親會申請他們來港團聚。

¹⁸ 例如明確定下這些人士一個確實來港的日期。不少人士希望其子女來港的原因皆為香港有較佳的教育和機會。故此，香港大可在內地設立與香港教育制度相銜接的學校，為這些港人在內地所生的子女提供為香港承認的教育，同時容許在內地定居的港人領取福利，以鼓勵他們繼續在內地居留，例如目前不少老人皆選擇在生活水準較低的內地居住，並在內地繼續領取港府發放的老人津貼。此外，在香港提供的醫療及房屋福利，大可將申請資格限於居港滿七年的永久居民。出入境管制亦可進一步放鬆，以方便在港享有居港權的人士隨時可越境而毋須急於一時來港定居。可惜，政府的著眼點是閉門政策，根本沒有考慮利用香港以外的資源以及這些行政措施的可行性與效用。

的事情作出解釋及推翻終審法院的判決，無疑是自毀“一國兩制”與“港人治港”的原則。若果該判詞引來的經濟和社會後果非香港所能承擔，正確的方法是修改《基本法》。當然，作為特區的憲法，《基本法》只應在沒有其他行政措施可以解決問題時才作修改，在這方面港府並未提出人滿意的解釋，使人相信沒有可行的行政措施。

可惜的是，現時很多具影響力的知名人物，都只以政治和恐嚇性的言詞作出評論，例如指摘終審法院將要為決定負上歷史責任，又或是對個別法官作出個人攻擊。任何人都可以對法院的決定持不同意見，然而作出政治指控，只會把政治和法律混為一談，是一種既不理性亦不負責任的態度。

司法獨立是香港司法制度內不可或缺的一環，亦為香港成功的重要支柱，唯有在具爭議性和政府重視的案件而非一些無關痛癢的案件中司法獨立才會受到考驗。無可置疑地，有些案件會帶來一些沉重的政治、經濟和社會後果，但司法獨立可貴之處乃在於法院只會根據法律而不是政治考慮作出決定。如果法院無法這樣做到，甚至開始先揣測官方的政治動機，又或是將政治、經濟、社會後果併入裁決考慮，那麼法院遲早將淪為另一個政治機構，也即是意味着法治的終結。司法獨立得來不易，若不加以珍惜，旦夕之間便可將之完全摧毀。

〈本文部分內容曾刊於 1999 年 2 月 15 日《明報》〉