

## 基本法解碼：內地與香港的法制磨合

香港特別行政區基本法委員會委員

譚惠珠

### （甲）憲制架構

#### （一）中央與地方關係圖析[附件一]。

##### （1）授權關係：基本法第 2，17，43，104 及 158 條。

基本法第 2 條：全國人民代表大會授權香港特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。

基本法第 17 條：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。

基本法第 43 條：香港特別行政區行政長官是香港特別行政區的首長，代表香港特別行政區。

香港特別行政區行政長官依照本法的規定對中央人民政府和香港特別行政區負責。

基本法第 104 條：香港特別行政區行政長官、主要官員、行政會議成員、立法會議員、各級法院法官和其他司法人員在就職時必須依法宣誓擁護中華人民共和國香港特別行政區基本法，效忠中華人民共和國香港特別行政區。

基本法第 158 條：[附件二]

### （乙）法律的解釋權

#### （一）（1）內地大陸法法制系統：立法解釋權

全國人大常委會是最高的權威解釋全國的法律，中國的最高法律是憲法，基於憲法而訂立的法律是全國性法律，例如基本法。全國的解釋要一致。

(2) 香港普通法制系統：司法解釋權。法律的解釋權在法庭／法官。立法機關只制定法律，司法機關只在審判時解釋法律。

## (二) 第 158 條是兩地法制互動的變壓器

(1) 第 158 條是參照歐盟處理一個體制中有兩種法制的矛盾的方法，歐盟中有大陸法制成員國（意、德、法）及普通法制成員國（英）。各成員國均簽署了羅馬條約及遵守全歐盟均適用的法律，每一成員國在境內有訴訟涉及對羅馬條約或全歐盟適用的法律的解釋時，在法院作最終判決前先向歐盟在盧森堡的法庭取一解釋，跟著按此解釋而判決。成員國並沒有將其獨立的司法權和終審權交付給盧森堡法庭。歐盟的做法並沒有引致成員國內對法治的疑問。

(三) 全國人大常委會的解釋和決定對香港有約束力。自居留權案後，香港法院已接受人大釋法的約束力，香港政制的諮詢過程也顯示人大常委會決定的約束力。舉例：全國人民代表大會常務委員會關於《中華人民共和國國籍法》在香港特別行政區實施的幾個問題的解釋[附件三]。2004 年全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區 2007 年行政長官和 2008 年立法會產生辦法有關問題的決定[附件四]。

## (丙) 香港角度

### (一) 以普通法解釋基本法：

(1) 法官建立法律。基本法是一本全國性法律，因此，全國對其條文的解釋應該是一致的（第 158 條第一款）。然而，在實際的運作中，全國人大常委會傾向只對中央與地方關係的條文作出解釋（立法解釋權），而香港的法院，每一天都在解釋基本法的條文，包括中央與地方關係的條文（普通法的司法解釋權），因此可以說，由於普通法中有按遵循案例的原則，法官每天都在建立法律，豐富了執行基本法的內涵，法官建立法律就成了解釋基本法和創立案例的最主要的部分。

(2) 在馬維騏一案中，香港法院闡述了應以普通法解釋基本法，法官認為“普通法的釋法原則經過近年的發展後其涵義之廣泛及靈活，足以採納以立法目的為取向的方法來解釋以淺白文字寫成的基本法”（馬天敏法官）。

- (3) 在吳嘉玲訴入境事務處處長案中(1999)[基本法第24條第二款]，李國能首席法官指出：採用考慮立法目的這種取向來解釋(基本法)是恰當的，基本法文本所使用字句固然重要，但我們必須避免只從字面上的意義，或從技術層面，或從狹義的角度，或以生搬硬套的處理方法詮釋文意，有關條款應按文本的背景詮釋，而文本背景可從基本法本身或包括聯合聲明在內其他有關外來資料中找出。[全國人民代表大會香港特別行政區籌備委員會關於實施《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十四條第二款的意見—附件五]
- (4) 然而，在法例條文的字面並沒有不清晰的含義時，法庭仍可按四角原則去解釋這些條文。用此方法的好處是使所有人在籌劃自己的事務時，知道法院會根據基本法所用的字句解釋：法律應有確定性。
- (5) 在入境事務處處長訴莊豐源(2001)案中[基本法第24條第一款]，法官進一步發展按立法目的來解釋基本法的方法說：「在人大常委會沒有作出具約束力的解釋的情況下，法院的角色是根據普通法來解釋基本法，參照所用字句的背景及目的來作出詮釋，以確定這些字句所表達的立法原意。若法院判定所用的字句含義清晰，便須按清晰的意思予以落實。在普通法而言，先前判例中「判詞以外」的部分是沒有約束力，莊豐源案中法官就用這一個原則否定了常委會因吳嘉玲案而「釋法」的約束性。
- (6) 香港法院按基本法第84條，可以用其他普通法適用地區的司法判例作參考，這是另一個豐富香港法律內涵的源頭，尤其是在保障人權和自由的案件為突出。
- (7) 在普通法的制度中法官是按成文法律及其有關案例作出裁判，若有需要改變法律，應要修改法律而並非由立法機關釋法。在普通法的理念下，法律的運作獨立於政治制度，法律必須公布周知，而且可供查閱；法律要有一定的確定性，讓人們可以預測紛爭會如何解決。

## (二) 國際公約與人權法案條例的發揮：

- (1) 香港法院的違憲審查權：這個問題有不同論點。概括而言，一說是香港法院原來並沒有違憲審查的案例或權力，違憲審查是1990年後人權法案條例形成的局面，法院擁有的是被授權下的解釋權[基本法第19條第二款]；另一說是在普通法中法院有違憲審查權並被保留下來。現實上香港的法院在審案中認為某些法律條文違反基本法就不給予法律效力，但不宣佈其無效。如此，就避重就輕地造就一個創新的局面。

(2) 香港特別行政區的法院在保障人權與自由，和實踐公民權利和政治權利國際公約透過人權法案條例的條文的裁判，不斷地擴大其影響力。而司法覆核的案件經常發生，對行政部門行使權力發揮了前所未有的監督。例如：其中對通訊自由。(古忠堯及另一人訴香港特別行政區行政長官 2006)對行政長官的行政命令和執法機關進行秘密監察的權力成功挑戰；集會自由(梁國雄及其他人訴香港特別行政區(2005)對警務處長為保持公共秩序 public order (ordre public) 而使用的酌情決定權並不符合限制遊行所必需符合的兩項憲法要求，即是(i)有關限制須由法律規定的要求及(ii)有必要才限制的要求作出了裁決)。這些判決都側重保障個人自由，削減行政權力。

(3) 香港在九十年代通過了反歧視(殘疾、性別、家庭崗位)條例及個人資料私穩條例，加強了對人權的保障。

#### (丁) 內地角度

##### (一) 磨合的困難：

2006 年 3 月 8 日全國人大常委會委員長吳邦國出席港區全國人大代表的會議，他指出「基本法規定香港實行行政主導，屬於政治體制改變的，包括提修正案的權力，立法會是沒有的，只有特區政府才可以提。有些人，包括有些問題，是從普通法的角度去註解基本法，那講不通的，中國並不是英國。」(香港有法庭認為議員對政府提出法例的修正案不受限制)

(1) 基本法是一部憲制性法律，不能像香港的本地法例一樣把執行的細節都寫出來。對解釋基本法：「一國」是主權的體現，「兩制」是授權下的高度自治，例如：終審庭不能裁決全國人大常委會的行為，就不需用文字表述出來。(吳嘉玲案)

(2) 不少基本法的條文有歷史背景，或有文憲表述其原意或釋義，例如：基本法第 24 條第一和第二款對誰有永久居留權的闡釋在「籌委會」1990 年的意見中已有解釋清楚，但對香港法院並無任何權威。[附件五]

(3) 只有全國人大常委會的「解釋」才具約束力。莊豐源案對人大常委會在 1999 年 6 月釋法中指明第 24 條第二款的立法原意已在「籌委會」的意見中闡明，但香港法院並不認為人大常委對吳嘉玲案的解釋可以對莊豐源案有權威性或約束力。

- (4) 法律條文不明確：行政長官的剩餘任期（第 53 條第二款），新的行政長官補缺的任期，是重新開始五年抑或當一任的剩餘時間，在字面上找不出答案，對沒有參與起草的人來說是寫得不明確。（第 74 條有關議員私人提案的條文有同類的爭議）

(二) 溝通的平台：

- (1) 全國人大常委會對使用釋法的權力是非常克制，相信除了維護和體現主權，國防和外交權力之外，都不進行釋法。對就高度自治範圍的條文的訴訟就算其裁判是挑戰行政主導或者行政權力都不曾過問。因此要使在普通法孕育中成長的香港法律界及社會人士，市民等更接受基本法，我們有必要建立一個溝通交流的平台，增加互相了解。

- (2) 要解決“法律要明確”的要求：基本法作為一份「憲制性」法律，只能寫得較原則性，因此需要有權威的書籍細述其草擬的由來和原意，以供參考，能夠逐條解構是更加理想。

- (3) 利用“班狄斯論據”（Brandeis Brief）在美國 Muller v Oregon (1908) 208 US412. — 案中首次採用。在案中，代表俄勒岡州的律師 Louis D 班狄斯向美國最高法院提交論據，當中包括蒐集自書籍、文章和報告的社會科學數據，用以證明規定洗衣店和工廠女工每天工作 10 小時的州法例是合憲的，理由是該法例關乎工人的健康和 safety。上述論據涵蓋對社會學、經濟學和生理學方面有關長時間工作對婦女健康有何影響的數據。有關數據雖然不是以傳統方式舉證，但也為最高法院所接納。該法院並指出在作出裁決時，把有關論據視為可予“司法認知”的事宜考慮。“班狄斯論據”在憲法案件中尤其有用，因為可讓法院參考廣泛社會科學知識，而不囿於一般的舉證規則，以及當事人無須在審訊中傳召許多專家證人出庭作證而耗費大量訟費。
- 香港在國旗區旗案中首次引用“班狄斯論據”，案件涉及發表自由與保障國旗及區旗的問題。終審法院在該案中肯定發表自由的重要性：“發表自由是民主社會的基本自由，也是文明社會及香港的制度和生活方式的核心。法院對其憲法性的保障必須採納寬鬆的解釋。這種自由包括發表大多數人認為令人反感或討厭的思想，及批評政府機關和官員行為的自由。”（中文判詞見 (1999) 2HKCFAR469 第 479 頁 C-D）
- 國旗區旗案中的關鍵問題是，將侮辱國旗及區旗刑事化的法定條文對發表自由所施加的限制是否合憲。訴訟雙方都向法院呈交一大疊資料文件，當中包含大量社會科學數據，所涵蓋的範疇包括國旗對內地的象徵意義，以及其他司法管轄區的有關法例。雖然終審法院未有明確

地提及“班狄斯論據”這概念，但終審法院在該案的判決書中指出，“他們分別提交……的資料”為法院提供了“非常寶貴的協助”（中文判詞見（1999）HKCFAR469 第 484 頁 B-C）

在國旗及區旗案中所採用的“班狄斯論據”，反映出政府在終審法院庭上所用訴訟策略的主要重點。這策略側重於價值觀：什麼是必要的和如何取得平衡，都關乎我們社會的價值觀。國旗與區旗條例對受保障的發表自由施加限制是必要的，而所施加的限制與擬達致的目的相稱，是《公民權利及政治權利國際公約》所容許的。保護作為國家獨特象徵的國旗，以及作為香港特區獨特象徵的區旗，所保護的均為合法利益，亦屬公共秩序 public order (ordre public) 這概念所包含之範圍內。“班狄斯論據”有助證明上述的論點。[引自基本法匯萃第九期]

#### （4）加強互相了解和信任

- （a）除了逐條闡釋的參考書，亦需要一批專家證人對基本法的條文作證，法官可以此作為裁決的考慮。
- （b）對有文件或文獻證明的立法原意，應提供文件和文獻作證，要增強「司法認知」。
- （c）構建兩方研究理論創新的平台，需要法律界人士、退休或現職法官、政府官員、律政署官員、立法會法律顧問、立法會議員和學者等一同研討基本法，而中央及特區政府願意將其成果或結論在政策或執行上落實，方有成果。
- （d）多解釋及推廣基本法，這是香港的所謂小憲法，是應該成為眾所周知的一部分社會知識。