

# 中庸之道與一國兩制的 法治實踐

陳弘毅

## 一 前言

中華人民共和國香港特別行政區在1997年7月根據1984年簽訂的《中英聯合聲明》和1990年由中國全國人民代表大會通過的《香港特別行政區基本法》而成立，轉眼間已經十年。這十年的路並不平坦，我們的旅程絕非風平浪靜。事實證明，要落實「一國兩制」、「港人治港」並非輕而易舉的事，我們面對過重大的考驗、嚴峻的挑戰。在年幼的特別行政區的歷史裏，在《基本法》實施的過程中，經歷過不少風風雨雨，出現過不少社會上的大論爭以至關於「一國兩制」以及香港的「高度自治」遭到背棄的指控。從1999年的「人大釋法」到2003年的「七一大遊行」，整個香港社會都因關於《基本法》的論爭而震盪。再加上亞洲金融風暴、香港經濟持續多年的負增長、2003年沙士(SARS)的肆虐，港人在九七回歸時對於「明天會更好」的信心和盼望一度幻滅。

值得欣慰和令人鼓舞的是，在2007年中我們準備慶祝回歸十周年的時刻，我們好像已經回到風平浪靜、雨過天晴的境界。舉例來說，根據2007年4月27日的香港報章報導，香港大學民意研究計劃在4月中所做的一項民意調查顯示，「市民對中央政府的信任程度，以及對一國兩制的信心，……創下九二年及九三年有關調查以來的新高。而市民對香港及中國前途的信心，也達至九七年以來的新高。」<sup>①</sup>

香港回歸祖國後「一國兩制」的實踐乃建基於《基本法》，這部《基本法》是根據《中華人民共和國憲法》第31條而制訂的，它既確定了香港特別行政區(作為「直轄於中央人民政府」的「一個享有高度自治權的地方行政區域」<sup>②</sup>)與中國中央權力機關的關係，又規定了香港特別行政區內部的政治體制、法制、人權保障，以至社會、經濟等制度和政策。「一國兩制」的實踐是否成功，很大程度上取決於《基本法》的實施是否順利。《基本法》的制訂和實施是中華人民共和國憲法史上的重要里程碑，《基本法》裏面隱含着豐富的法治、憲政、人權、自治和民主的

要落實「一國兩制」、「港人治港」並非輕而易舉的事，在年幼的特別行政區的歷史裏，在《基本法》實施的過程中，出現過不少社會上的大論爭，以至關於「一國兩制」以及香港的「高度自治」遭到背棄的指控。

價值內涵。本文的目的，便是回顧過去十年《基本法》實施的歷史進程，尤其是一些重要的案例、事件和發展，從而總結經驗，進行反思。

本文以《基本法》實施的總體情況為標準，把過去十年的香港法制史分為四個階段或時段，並透過以下四個部分分別予以討論，然後作出總結。

## 二 1997–1999年：初試、碰撞與適應

1997年7月1日香港特別行政區成立後，新誕生的法律秩序便立刻受到兩個關於如何理解和實施《基本法》的問題所困擾：關於「臨時立法會」的合法性問題和關於港人在內地所生子女的居港權問題。在這裏我們先介紹這兩個問題產生的背景，然後敘述有關的訴訟及其後果。

根據與《基本法》同日通過的《全國人民代表大會關於香港特別行政區第一屆政府和立法會產生辦法的決定》<sup>③</sup>，香港特別行政區第一屆立法會由選舉產生，其中二十人由市民分區普選產生，其餘由功能團體和選舉委員會選舉產生。這個《決定》同時確立了所謂「直通車」的安排，即如果1995年香港立法局的選舉模式符合《決定》和《基本法》的有關規定，那麼1995年選出的議員基本上便可自動過渡成為香港特別行政區第一屆立法會的議員。這個「直通車」安排是中英兩國在1990年《基本法》通過之前不久通過談判達成的共識。

1992年彭定康接任香港總督後，推出較激進的民主化政治體制改革方案，對於這個方案所規定的1995年立法局選舉模式，中方認為是違反《基本法》和中英兩國在1990年達成的共識，遂放棄「直通車」安排，轉而「另起爐灶」：在1997年先成立香港特別行政區臨時立法會，成員由負責推選第一屆行政長官的四百人推選委員會選舉產生，然後在1998年才按照上述《決定》選舉產生第一屆立法會。由於《基本法》和《決定》都沒有明文規定可以設立有別於第一屆立法會的臨時立法會，所以香港的一些法律界和政界人士認為這個臨時立法會的成立是沒有法律依據的，它不是一個合法合憲的、真正享有立法權的立法機關。

至於「居港權」問題，背景則是《基本法》實施前後港人在內地所生子女的法律地位的轉變。在《基本法》實施之前的殖民地時代，香港居民在中國內地所生的子女並不享有來港居留的權利，他們只能向內地的出入境管理當局申請移居香港的「單程通行證」，但通常要輪候多年才能來港定居。《基本法》第24條則規定，享有居港權的香港特別行政區「永久性居民」，包括香港永久性居民「在香港以外所生的中國籍子女」，這類人士大都是在中國內地出生和長大的。

第24條的這些規定有其不清晰之處。例如，如果某人在內地出生時，其父母均非香港永久性居民或甚至未曾來港定居，但其父或母後來成為了香港永久性居民，那麼該人現在是否香港永久性居民？又例如，如果某人從中國內地偷渡來港，或以旅遊或探親為理由來港後逾期居留，但卻能向香港當局證明其符合「永久性居民」的條件，那麼香港當局是否有權把他遣返中國內地？

香港特別行政區成立後，新誕生的法律秩序便立刻受到兩個關於如何理解和實施《基本法》的問題所困擾：關於「臨時立法會」的合法性問題和關於港人在中國內地所生子女的居港權問題。

臨時立法會在1997年7月為了實施《基本法》第24條而對原有的《入境條例》作出修訂。修訂後的《入境條例》對上述問題均提供了答案。《條例》規定，港人在香港以外所生的中國籍子女，在出生時其父或母必須已取得香港永久性居民身份，否則該名子女不具香港永久性居民身份。至於偷渡來港者，則不可行使其居留權，因為《條例》規定，即使某名內地居民因其身為港人子女而根據《基本法》第24條享有香港永久性居民身份，他／她仍須先取得內地機關簽發的「單程通行證」和香港入境事務處簽發的「居留權證明書」，才能來港定居，否則可被遣返。但是，一些爭取居港權人士認為上述規定違反《基本法》，剝奪了《基本法》所賦予他們的權利，並獲得法律援助提起訴訟。

香港終審法院於1999年1月29日在《吳嘉玲訴入境事務處處長》<sup>④</sup>和《陳錦雅訴入境事務處處長》<sup>⑤</sup>兩案，對上述的「臨時立法會問題」和「居港權問題」作出了終局裁決。終審法院處理的問題是上述規定是否違憲（即違反《基本法》），涉及對《基本法》第22及24條的解釋。由於有關規定是由臨時立法會制訂的，所以案中亦涉及臨時立法會的合法性問題。終審法院最後裁定上述規定的部分內容是違憲和無效的。至於臨時立法會的合法性問題，終審法院的結論和上訴法院在1997年7月審結的《馬維駝案》<sup>⑥</sup>的結論一樣，肯定了臨時立法會的合法性，但終審法院同時否定了上訴法院在《馬案》中表達的觀點（即香港法院無權審查中央權力機關的行為是否違反《基本法》），終審法院認為香港法院的違憲審查權的適用範圍，既包括香港立法，也包括中央權力機關就香港事務作出的立法行為。

終審法院在《吳嘉玲案》對於香港法院就北京國家權力機關的行為的違憲審查權所發表的聲明，隨即惹來北京方面的激烈反應，「四大護法」（四位曾任《基本法》起草委員會委員的著名法律學者）發表了猛烈的批評。2月26日，終審法院應律政司的要求罕有地就它在1月29日的判詞作出了「澄清」，表明該判詞「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」，「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」<sup>⑦</sup>。

但事情還沒有了結。香港政府十分關注判決對香港造成的人口壓力，並在4月28日公布了評估報告：如果終審法院對《基本法》有關條文的解釋是對的話，那麼在未來十年內，便會有167萬大陸居民有資格來香港定居<sup>⑧</sup>，香港政府認為這樣大量的移民是香港社會及其經濟資源所無法承受的。香港政府終於在5月21日向國務院提交報告，建議由全國人大常委會對《基本法》有關條文作出解釋。人大常委會於6月26日頒布解釋<sup>⑨</sup>，基本上否定了終審法院的解釋，間接重新肯定《入境條例》有關條文的合憲性。但是，香港法律界和政界中不少人士強烈反對這次人大釋法，認為它對香港的法治、自治和司法獨立造成了嚴重的打擊<sup>⑩</sup>。

我不同意這種觀點。正如香港終審法院在1999年12月的《劉港榕訴入境事務處處長》<sup>⑪</sup>案的判詞中承認，根據《基本法》第158條，人大常委會確實有權在任何它認為適當的情況下頒布關於《基本法》的個別條文的解釋，亦即是說，其解釋權不限於香港終審法院在訴訟過程中根據第158條第3款提請人大常委會釋法的情況。此外，第158條又訂明，人大釋法只對法院日後的判案工作有約束力，

回歸後首次人大釋法只是「一國兩制」下香港的新法律秩序的產物，不應視為對香港法制的破壞。當然，這並不是說人大可隨意釋法。1999年的終審法院「澄清」判詞事件和「人大釋法」事件可以理解為回歸初期《基本法》剛開始實施時，香港和內地兩地法制的相互碰撞並開始相互適應的表現。

並不影響釋法前終審法院已判決的案件對其當事人的結果。因此，這次人大釋法只是「一國兩制」下香港的新法律秩序的產物，不應視為對香港法制的破壞。當然，這並不是說人大可隨意釋法，過多釋法必然會蠶食香港法院的司法權。總括來說，1999年的終審法院「澄清」判詞事件和「人大釋法」事件可以理解為回歸初期《基本法》剛開始實施時，香港和內地兩地法制的相互碰撞並開始相互適應的表現。

### 三 2000–2002年：權利保障體系的闡明與鞏固

現代的法治和憲政的設立，主要目的之一是保障人權，使人民和公民社會的基本權利和自由得到國家的承認和尊重。《基本法》中不少條文——尤其是《基本法》第3章——便是關於人權保障的。香港在殖民地時代的人權保障主要建基於從英國移植過來的法治、司法獨立傳統和英倫普通法傳統，其案例法對個人基本權利和自由（如人身自由以至財產權）提供不成文（即並非以成文憲法文件提供的）保障，直至1991年，這種不成文保障的制度才改為成文保障。1991年6月，香港立法局通過了政府起草的《香港人權法案條例》<sup>②</sup>，把自從1976年英國已在國際法的層面引用於香港的《公民權利和政治權利國際公約》，引入成為香港本地的法律，由香港法院執行其中的人權標準。

《人權法案》的制訂，把香港帶進違憲審查（即法院可審查立法的合憲性）的時代，香港法院開始在這方面發展香港的釋憲理論和方法。例如在1991年9月的《冼有明案》<sup>③</sup>中，香港上訴法院首次把在外國人權法通用的「比例」原則（proportionality test，或譯為「相稱」原則）引進香港：如果有關法例限制了某項（在性質上屬可被限制的）憲法性權利，法院則要考慮此限制是否能被合理地證成（justified）。在這方面，法院須考慮此限制背後的目的是否正當，有關法例用以達致此目的之手段是否與此目的有合理的聯繫、對有關權利作出的限制是否必須、是否已盡量減輕，以及是否與上述目的相稱。

1997年《基本法》生效後，香港的人權保障制度不單以《香港人權法案條例》為基礎，更直接建基於《基本法》。從1999年底到2002年，香港特別行政區法院在一系列案例中，闡明了回歸後香港新法律秩序中權利保障體系的架構，並予以鞏固。首先是1999年12月終審法院在《香港特別行政區訴吳恭劭及利建潤》<sup>④</sup>（即所謂「國旗案」）案的判決。案中兩名被告人在一次示威中使用了自製的、經有意損毀和塗污的中華人民共和國國旗和香港特別行政區區旗，結果被控觸犯臨時立法會在回歸時制訂的《國旗及國徽條例》<sup>⑤</sup>和《區旗及區徽條例》<sup>⑥</sup>中關於禁止侮辱國旗和區旗的規定<sup>⑦</sup>。被告人的抗辯理由是，這些規定違反了《基本法》、《公民權利和政治權利國際公約》（此《公約》根據《基本法》第39條在香港實施）和《香港人權法案條例》所保障的言論和表達自由原則，因而是違憲和無效的。終審法院在判詞中指出，侮辱國旗的行為是在語言文字以外的表達意見的行為，故人權法中言論和表達自由原則是適用的，問題是案中被質疑的法規對表達自由的

《人權法案》的制訂，把香港帶進違憲審查的時代，香港法院開始在這方面發展香港的釋憲理論和方法。例如在1991年的《冼有明案》中，香港上訴法院首次把在外國人權法通用的「比例」原則引進香港。

限制是否有其需要及符合「比例原則」。終審法院認為，為了保護國旗和區旗的重大象徵意義而對表達自由作出某些限制，是「公共秩序」所需要的，而案中被告被質疑的法規對表達自由的限制並不過份——人民雖然不被允許以侮辱國旗和區旗的方式來表達其意見，但他們仍可以透過其他方式表達類似的意見；因此，這種對表達自由的限制是與其背後的正當目的相稱的，沒有違反比例原則。

另一宗有重大政治和社會意義的案件，是終審法院在2000年12月22日在《律政司司長訴陳華及謝群生》<sup>⑩</sup>案的判決。案中兩名原告人是居於香港新界的村民，他們提出了司法審查申請，指他們所住的兩個鄉村關於選舉村代表的安排，以他們是「非原居民」為理由排除他們的選舉權和被選舉權，是違反人權法和無效的。本案有廣泛的憲制性意義，因為在香港新界約六百個鄉村中，大多有類似本案的選舉安排。根據香港法律<sup>⑪</sup>，新界居民有「原居民」和「非原居民」之分，原居民是指在1898年新界被租借給英國時已存在的鄉村的居民經父系傳下來的後代。《基本法》特別保障了這些原居民的權益<sup>⑫</sup>。終審法院指出，隨着社會和人口結構的轉變，新界鄉村居民中的非原居民的數目已大大增加。終審法院裁定，案中被質疑的村代表選舉安排是違法的，以原告人為非原居民為理由排除其選舉權或被選舉權，違反了《公民權利和政治權利國際公約》第25條的規定。

2001年高等法院判決的《平等機會委員會訴教育署署長》<sup>⑬</sup>一案也是值得注意的。案中被質疑為違憲的是，香港政府教育署長期以來為完成小學學業的學生分配中學學位時採用的一項政策。關於全香港學生的成績統計顯示，在小學畢業時，女生的平均成績比同齡的男生為佳。為了平衡中學（尤其是「名校」）裏男生和女生的比例，教育署在處理男、女生的成績時根據其性別作出一些調整，結果是令相同成績的男生和女生當中，男生入讀心儀的中學的機會較女生為高。平等機會委員會（本身是政府成立的機構）應一些女生家長要求入稟法院，控訴教育署這項行政措施違憲和違法。結果法院裁定，這個措施的確有違男女平等和禁止性別歧視的原則，應予廢止。

以上三案所呈現的，是由《基本法》第39條、《公民權利和政治權利國際公約》及《香港人權法案條例》所構成的權利保障體系，而2002年終審法院在《Bahadur訴入境事務處處長》<sup>⑭</sup>的判決則顯示，即使某項權利並非載於此《公約》或《人權法案》，只要它是《基本法》明文規定的權利，便會獲得法院同樣積極的保障。《Bahadur案》所涉及的是香港居民（尤其是非永久性居民）的「旅行和出入境的自由」<sup>⑮</sup>。此外，2001年7月，終審法院在《入境事務處處長訴莊豐源》<sup>⑯</sup>的判決，是回歸以來除《吳嘉玲案》外，最重要的關於香港法院解釋《基本法》的方法的判例。終審法院認為香港法院可沿用普通法的法律解釋方法，無須揣測人大常委會會如何解釋，除非人大常委會已對《基本法》有關條文正式作出解釋，則香港法院必須遵從。《莊豐源案》裁定，在香港特別行政區出生的中國公民，即使其父母當時並非在港合法定居，仍屬香港永久性居民，享有居港權。該案判決後，內地孕婦來港產子數目大幅增加。到了2007年，特區政府和內地政府不得不採取行政措施予以限制。

終審法院認為，為了保護國旗和區旗的重大象徵意義而對表達自由作出某些限制，是「公共秩序」所需要的。人民雖然不被允許以侮辱國旗和區旗的方式來表達其意見，但他們仍可以透過其他方式表達類似的意見。

## 四 2003–2004年：第23條的震盪

2002年9月，剛成立不久的(由董建華連任行政長官的)第二屆特區政府推出《實施基本法第23條諮詢文件》，香港特別行政區的法制史、政治史和社會史進入重大轉折時期。其實自從1997年《基本法》生效以來，第23條何時與如何實施，已是一個舉世矚目和政治敏感的議題。第23條規定，「香港特別行政區應自行立法禁止」若干危害國家安全的犯罪行為，包括叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆、竊取國家機密等。在中國內地，關於這些「危害國家安全罪」(1997年前稱為「反革命罪」)的刑法向來十分嚴厲，故港人的憂慮是第23條的實施會造成香港的人權和自由的大倒退。

《諮詢文件》在社會上引起廣泛的討論和批評。政府在諮詢期屆滿後，對《諮詢文件》中的建議作出了調整(基本上是作出從寬的修訂或「讓步」)，並在2003年2月向立法會提交《國家安全(立法條文)條例草案》(國安條例)。這部草案是一部「藍紙草案」，即是說它正式啟動了立法程序；政府拒絕了不少法律界、政界和社會人士的要求——即在啟動立法程序之前先公布一份「白紙草案」(即還未提交立法會的法律草案)，就草案中的具體條文諮詢公眾意見。2003年春天，沙士在香港爆發，整個社會忙於抗疫，國安條例在立法會的進程並未受到市民的關注。

到了6月，瘟疫已過，關於國安條例的爭議進入高峰。「民主派」的政黨、政界人士和法律界人士(包括「第23條關注組」)強烈反對條例草案中一些被指為過於嚴厲、壓迫人權的條文，在傳媒廣泛報導和社會中反對國安條例的公民社會力量積極動員的情況下，香港在回歸六周年的紀念日——2003年7月1日——爆發了估計有五十萬以上市民參與的大遊行，這應算是回歸十年來香港最重要的歷史性事件<sup>⑥</sup>。七一大遊行可理解為港人對1997年後香港的經濟每況愈下和對董建華政府管治無方的積怨的大爆發，但毫無疑問，《基本法》第23條立法事件是關鍵性的導火線和催化劑。

七一大遊行後，政府對國安條例的內容作出了「三大讓步」，但仍堅持原定的立法時間表，即要在7月中通過這條例。反對者不接受這個「讓步」，堅持要在7月9日——立法會將最後辯論國安條例草案的日子——發動群眾包圍立法會。7月6日晚，自由黨主席兼行政會議成員田北俊宣布自由黨不支持政府在未來幾天內倉促立法的做法，並退

第23條規定，「香港特別行政區應自行立法禁止」若干危害國家安全的犯罪行為，在中國內地，關於這些「危害國家安全罪」的刑法向來十分嚴厲，故港人的憂慮是第23條的實施會造成香港的人權和自由的大倒退。圖為七一大遊行情景。



陳韜文提供

出行政會議。這意味着政府在立法會將掌握不到過半數票以通過立法。董建華立刻宣布擱置立法。

平心而論，國安條例草案的內容大部分是合情合理的，它沒有把中國內地的各種「危害國家安全罪」引進香港，而是在參照國際人權標準和外國有關法律的基礎上，為香港特別行政區「度身訂造」一套國家安全法，並且對原來港英殖民時代的（並在1997年後仍然存在的、相當嚴厲的）有關法律作出從寬的修訂（例如收窄原有的「煽動叛亂罪」的範圍）。另一方面，國安條例草案的某些條文確實有極大爭議性，以及令人擔心內地的國安標準是否會伸延到香港。因為根據草案的規定，如有香港的社團從屬於中國內地的社團，而後者在內地因危害國家安全而被取締，則這個香港社團也可能被香港當局取締（此條文從草案中的剔除是上述「三大讓步」的其中之一）<sup>②</sup>。

國安條例沒有把中國內地的各種「危害國家安全罪」引進香港，而是在參照國際人權標準和外國有關法律的基礎上，為香港特別行政區「度身訂造」一套國家安全法，並且對原來港英殖民時代的有關法律作出從寬的修訂。但是，國安條例草案的某些條文確實有極大爭議性。

七一大遊行後，「民主派」的勢力大增，他們成功組織了多次有數以萬計市民參與的集會遊行，要求在2007年（第三屆特首選舉年）和2008年（第四屆立法會選舉年）「雙普選」的呼聲不絕於耳。「雙普選」訴求的法理依據是《基本法》本身的一些條文，因為它一方面確立了香港特別行政區根據其「實際情況」「循序漸進」地發展民主，「最終」達至行政長官和立法會全部議員的普選；它另一方面又表明，2007年以後特首和立法會的選舉辦法可以修改至不同於2007年以前。面對特區政局「失控」以至「民主派」通過雙普選「奪權」的威脅，中央政府終於在2004年4月通過人大常委會第二次解釋《基本法》和對選舉問題作出相關決定<sup>③</sup>，遏止了這場民主運動<sup>④</sup>。中央這次行動的法理依據是，香港特別行政區的高度自治權不包括改變現行政治體制和選舉制度的權力，關於香港政治體制的改革的主導權屬於中央，中央有權全程（包括在啟動政改時、而非只在最後的「批准」或「備案」階段）參與。這個理解與香港「民主派」和一些法律界人士對「自治」和《基本法》的理解有所不同，他們對第二次釋法再次猛烈抨擊。

## 五 2005–2007年：司法權的積極行使

第二次釋法後一年，香港「民主派」和一些法律界人士與中央再度交鋒，並導致人大常委會的第三次釋法。事緣董建華於2005年春突然辭職，關於其繼任人的任期問題引起爭議。香港一些法律界人士指出，《基本法》明確規定特首任期為五年，並無區分因上一任特首任期屆滿和辭職而選出新特首的情況，這也是香港原有法律的規定<sup>⑤</sup>。但特區政府與中央磋商後向立法會提出立法修訂建議，把因原特首辭職而再選出的新特首的任期規定為前任特首的剩餘任期。「民主派」反對這個修訂草案，認為有關任期規定乃基於政治考慮並違反《基本法》，更有個別議員向法院提起司法覆核之訴，要求法院宣布該草案違憲。特區政府乃提請人大常委會釋法。常委會在4月終於再度釋法，確立「剩餘任期」之說，理由是負責選舉特首的選舉委員會的任期也是五年，而且《基本法》預設了在2007年選出第三屆特首<sup>⑥</sup>。

2005-2007年作為回歸十年法治實踐的最後階段，除了出現第三次釋法之外，其主要特徵是特區權利保障體系的進一步鞏固和法院角色的進一步強化、更積極行使司法權。有關的案例不少，最值得留意的有以下三個。

2005年7月，終審法院在《梁國雄訴香港特別行政區》<sup>③</sup>案中裁定，《公安條例》中要求主辦集會或遊行的團體事先通知警方（否則構成刑事罪行）的規定沒有違憲。但該條例的其中一個規定是，警方在接到通知後有權以“ordre public”（這個法文詞語連同它的英語版本“public order”皆見於《公民權利和政治權利國際公約》第21條（關於集會自由），並照搬到香港的《公安條例》之中）為理由，禁止有關集會遊行或對它施加限制。終審法院認為，這個規定是違憲和無效的，因為“ordre public”這個概念覆蓋的範圍太大，而且意思含糊，未能符合法律明確性原則。《公安條例》的另一規定是，警方可以“public order”（公眾秩序——意指維持治安，防止暴亂）、公共安全或國家安全為理由，禁止集會遊行或對其施加限制；終審法院裁定這個規定沒有違憲。但與此同時，終審法院又強調，警方作出的任何關於禁止集會遊行或對其施加限制的決定，均可在訴訟中受到司法審查，如法院裁定該決定不符合比例原則，該決定便會被推翻。

關於《基本法》所明文保障的「通訊秘密」和人權法保障的私隱權方面，自從2005年起，香港法院在兩宗案件中開始質疑執法機關採用秘密監察手段（例如偷聽和對嫌疑人的言行偷偷錄音、錄影）以調查案件是否合憲，最終導致高等法院在2006年2月的《梁國雄訴香港特別行政區行政長官》案中<sup>④</sup>，裁定現行的關於截聽電話的法例及關於其他秘密監察行動的行政指令均屬違憲，並在香港法制史上首次給予政府六個月的寬限期，以修改法例，而非像以往的違憲審查判例那樣，即時宣判違憲的法規為無效。這個創新的做法，是香港法院在積極行使其違憲審查權並頒發司法補救的工作上的重大突破，它在案件上訴到終審法院時得到該法院的肯定<sup>⑤</sup>。終審法院也同意給政府和立法機關六個月的時間去修改有關法例，但和下級法院不同的是，終審法院拒絕頒令宣告有關法例在這六個月內仍然有效，它只頒令說對有關法例的違憲宣告不即時生效，而是六個月後（從原訟庭的判決日期起計算）才生效。意思是如果政府在這六個月內倚賴有關法例作出任何行動，行動雖不算違反法院在本案的頒令，但有關的其他法律風險須由政府承擔。

最後，在《梁威廉訴律政司司長》<sup>⑥</sup>一案裏，一位少年男同性戀者以性別歧視（包括性傾向歧視）、平等權、私隱權受到侵犯為理由，對現行刑法的一些條文提出司法覆核、違憲審查之訴。被挑戰的主要條文規定，兩男士（在雙方同意下）發生肛交，如其中一人（或兩者）低於21歲，則兩人均犯了嚴重罪行。高等法院上訴庭同意原訟庭的判決，即此規定違憲而無效，因為它對男同性戀者有歧視性：根據香港法律，異性戀者（在雙方同意下）發生性行為，只要雙方都年滿16歲，便不構成犯罪。法院認為，政府在案中未有提供足夠論據，以說明這些法律對異性戀者和男同性戀者的不平等對待是合理的、能夠證成的。在本案

在《梁國雄訴香港特別行政區行政長官》案中，香港法院裁定現行的關於截聽電話的法例及關於其他秘密監察行動的行政指令均屬違憲，並在香港法制史上首次給予政府六個月的寬限期，以修改法例。這個創新的做法，是香港法院在積極行使其違憲審查權並頒發司法補救的工作上的重大突破。



中，法院動用其違憲審查權推翻的立法，屬於社會倫理道德的範疇，判決在社會中引起一些非議。但是，以違憲審查方式保障人權的制度，其中一個重要功能，是防止少數人的基本權利受到代表大多數人的立法機關的立法的侵犯；從這個角度看，《梁威廉案》是有積極意義的。

## 六 結 論

「一國兩制」是中華人民共和國史無前例的新事物，也是香港在英國殖民統治終結後的一個新時代、大時代的標誌。所謂「實踐是檢驗真理的唯一標準」，經過過去十年的實踐，鄧小平等上一代中國領導人設計的「一國兩制」、「港人治港」的構想是否行得通，有目共睹。我認為總體來說，這十年的實踐是成功的，而所有曾為此事業作出過貢獻的人士，不分黨派、不分左中右，都值得引以為榮。鄧小平在1984年說：「要相信香港的中國人能治理好香港。……凡是中華兒女，不管穿甚麼服裝，不管是甚麼立場，起碼都有中華民族的自豪感。香港人也是有這種民族自豪感的。香港人是能治理好香港的，要有這個自信心。」<sup>⑧</sup>這十年來，我們便是憑着這樣的自豪感和自信心，面對挑戰，克服困難，共同建設這個我們熱愛的城市、這個幼嫩的特別行政區。

從法治和憲政實踐的角度看，我認為這十年經驗可作以下四點總結。首先，香港特別行政區在「一國兩制」的框架下和《基本法》基礎上的自治、法治、人權和自由都得到相當成功的實現。不單是港人本身，即使是國際上也普遍承認，中央政府十分尊重香港特別行政區的高度自治權，而人大三次釋法背後都有其理據，並非中央權力機關任意行使其權力或破壞香港的法治或自治。

從法治和憲政實踐的角度看，我認為這十年經驗可作以下四點總結。首先，香港特別行政區在「一國兩制」的框架下和《基本法》基礎上的自治、法治、人權和自由都得到相當成功的實現。不單是港人本身，即使是國際上也普遍承認，中央政府十分尊重香港特別行政區的高度自治權，沒有干預特區政府的決策或施政。香港的行政執法、獨立司法和廉政制度健全，回歸前原有的法治傳統繼續發揮活力。正如《中英聯合聲明》所承諾，回歸後港人的生活方式不變，香港的人權和自由水平絕對沒有像一些人在1997年前擔心的那樣，在回歸後經歷倒退。

第二，全國人大常委會三度解釋《基本法》和《基本法》第23條立法事件，確實是回歸以來在法制領域以至整個社會引起爭議和震盪的最重要事件。上文已敘述了這些事件的來龍去脈，從中可以看到，人大釋法是香港特別行政區法律秩序本身的一部分，三次釋法背後都有其理據，並非中央權力機關任意行使其權力或破壞香港的法治或自治。香港法院在一般案件的訴訟過程中適用和解釋《基本法》和其他香港法律的權力，並沒有受到干擾、剝奪或減損。至於第23條立法，其用意並非削減港人原有的人權和自由，這次立法之所以引起這麼大的恐慌和社會動蕩，主要應歸咎於特區政府當時處理手法的失當——例如沒有以白紙草案先作諮詢、堅持倉促完成立法程序、與社會大眾溝通不足等。

第三，香港特別行政區法院在十年來充分發揮了它作為香港的法治、憲政、人權和自由的監護者的角色，其重要性、積極性和活躍程度與回歸前相比，有增無減。我在十年前本刊紀念香港回歸的專輯的一篇文章曾寫道<sup>⑨</sup>：

回歸十年，香港在「一國兩制」的框架下和《基本法》基礎上的自治、法治、人權和自由都得到相當成功的實現。不單是港人本身，即使是國際上也普遍承認，中央政府十分尊重香港特別行政區的高度自治權，而人大三次釋法背後都有其理據，並非中央權力機關任意行使其權力或破壞香港的法治或自治。

在九七過渡後，香港法院在香港法制以至政制中的功能將有增無減，……1997年後的香港法院有寬闊的空間去發展香港的法律……。香港法院所面臨的挑戰是如何採取一種中庸之道，一方面勇於堅持它們的獨立司法權和敢於發揮它們法定的管轄權，藉以維護法治和權利保障等原則；另一方面，不採取過高的姿態，以避免法院的角色過於政治化。

從香港法院過去十年的重要判例(包括本文沒有機會介紹的判例)<sup>④</sup>來看，法院的確成功地掌握了此中庸之道，在面對中央權力機關時，不卑不亢，在處理香港內部人權與社會整體利益的平衡時，既不過於激進也不過於保守，可說是恰到好處。

第四，回歸十年以後，香港和中國內地兩地法制的聯繫仍相當鬆散，雖然《基本法》為兩地的司法互助提供了基礎，但香港和內地的司法互助的密切程度仍低於香港與一些外國的司法互助水平，主要由於兩地法制的差距比香港與一些其他國家法制上的差距更大。舉例來說，至今為止，香港和內地之間還未有關於刑事逃犯引渡或移交的協議。至於在民商事案件中兩地法院的判決的相互承認和執行方面，兩地在2006年達成一個適用範圍相當有限的協議，準備在2007年立法實施。此外，2006年10月全國人大常委會通過決定，為新建的香港深圳西部通道在深圳灣口岸實施「一地兩檢」(即香港的出入境和海關部門官員可在深圳境內的邊境地帶按香港法律行使職權)提供法律依據，據此香港立法會在2007年4月通過了有關立法<sup>⑤</sup>，這可視為兩地法制銜接面的創新之舉。可以期待，兩地法制之間的合作在未來將進一步加強。

香港是中華人民共和國的一個窗口，在回歸以前，這個窗口作用在經濟上尤其重要。回歸以後，香港的法律和政治制度成為了中國法律和政治制度的一部分。香港的法治、憲政、人權和自由如何實踐、何去何從，不單是對港人的考驗，更是對中國及其政權的考驗。但願國人能從「一國兩制」下香港的法治實踐中吸取法治和憲政的資源。但願中國的法治和憲政事業蒸蒸日上，走向更美好的明天！

香港和中國內地兩地法制的聯繫仍相當鬆散，雖然《基本法》為兩地的司法互助提供了基礎，但香港和內地的司法互助的密切程度仍低於香港與一些外國的司法互助水平，主要由於兩地法制的差距比香港與一些其他國家法制上的差距更大。

#### 註釋

- ① 〈港人信任中央程度創新高〉，《信報》，2007年4月27日，頁12；〈信任中央度飆升至新高〉，《明報》，2007年4月27日，頁A12。
- ② 《基本法》第12條。
- ③ 《基本法》附件二也提到這個決定。
- ④ Ng Ka Ling v. Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 315。本文提到的香港法院判例均見於 <http://legalref.judiciary.gov.hk>。
- ⑤ Chan Kam Nga v. Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 304。
- ⑥ HKSAR v. Ma Wai Kwan [1997] HKLRD 761。
- ⑦ [1999] 1 HKLRD 577-8 (英文版)，579-580 (中文版)。

- ⑧ 其中包括即時享有居留權的六十九萬人(所謂「第一代」人士)，而當「第一代」人士移居香港及住滿七年後，其現有子女(所謂「第二代」人士)九十八萬人亦將有資格來港。
- ⑨⑲⑳ 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法及相關文件》(香港：三聯書店，2007)，頁82；95-106；107-14。
- ⑩ 參見佳日思等編：《居港權引發的憲法爭論》(香港：香港大學出版社，2000)。
- ⑪ Lau Kong Yung v. Director of Immigration [1999] 3 HKLRD 778。
- ⑫ 《香港法例》第383章(以下簡稱《人權法案》)。本文提到的香港法例均見於www.doj.gov.hk/chi/laws。
- ⑬ R v. Sin Yau-ming [1992] 1 HKCLR 127。在本案裏，法院裁定《危險藥品條例》中若干有利於控方的證據法上的推定條款(例如如果被告人藏有0.5克以上的危險藥品，則推定其藏有該藥品的目的乃是作販毒用途，除非被告人能予以反證)是違反《人權法案》中的無罪推定條款的，因而是無效的。
- ⑭ HKSAR v. Ng Kung Siu and Another (1999) 2 HKCFAR 442 (英文判詞)及469 (中文判詞)。
- ⑮ 1997年第116號條例。
- ⑯ 1997年第117號條例。
- ⑰ 見《國旗及國徽條例》第7條、《區旗及區徽條例》第7條。
- ⑱ Secretary for Justice v. Chan Wah and Others (2000) 3 HKCFAR 459。
- ⑲ 參見《地租(評估及徵收)條例》(《香港法例》第515章)。
- ⑳ 例如第122條給予他們的農村土地地租上的優惠，第40條更規定「『新界』原居民的合法傳統權益受香港特別行政區的保護。」
- ㉑ Equal Opportunities Commission v. Director of Education [2001] 2 HKLRD 690。
- ㉒ Bahadur v. Director of Immigration (2002) 5 HKCFAR 480。
- ㉓ 參見《基本法》第31條。
- ㉔ Director of Immigration v. Chong Fung Yuen [2001] 2 HKLRD 533。
- ㉕ 參見陳韜文編：《七一解讀》(香港：明報出版社有限公司，2004)。
- ㉖ 參見Fu Hualing et al., eds., *National Security and Fundamental Freedoms: Hong Kong's Article 23 Under Scrutiny* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 2005)。
- ㉗ 參見《明報》編輯部編：《愛國論爭》(香港：明報出版社有限公司，2004)。
- ㉘ 見《行政長官選舉條例》(《香港法例》第569章)。
- ㉙ Leung Kwok Hung and Others v. HKSAR (2005) 8 HKCFAR 229。
- ㉚ Leung Kwok Hung and Another v. Chief Executive of the HKSAR (HCAL 107/2005; 2006年2月9日)。
- ㉛ Koo Sze Yiu and Another v. Chief Executive of the HKSAR [2006] 3 HKLRD 455 (Koo和Leung乃同一件案件的不同名稱，古思堯和梁國雄均為此案的原告)。
- ㉜ Leung T C William Roy v. Secretary for Justice [2006] 4 HKLRD 211 (CACV 317/2005)。
- ㉝ 《鄧小平論「一國兩制」》(香港：三聯書店，2004)，頁13。
- ㉞ 陳弘毅：〈九七回歸的法學反思〉，《二十一世紀》(香港中文大學·中國文化研究所)，1997年6月號，頁138、149-50。
- ㉟ 參見拙作Albert H. Y. Chen, "Constitutional Adjudication in Post-1997 Hong Kong", *Pacific Rim Law and Policy Journal* 15 (2006): 627-82。
- ㊱ 《深圳灣口岸港方口岸區條例》。