

九七回歸的法學反思

• 陳弘毅

對英國人來說，香港這塊殖民地是「借來的地方、借來的時間」；對香港市民來說，香港的法律體制則是一個「借來的法制」。人們雖然未能準確地預測它何時才壽終正寢，但都知道其壽命是有限的。

對英國人來說，香港這塊殖民地是「借來的地方、借來的時間」^①；對香港市民來說，香港的法律體制則是一個「借來的法制」——一個不屬於傳統或現代中國法律系統的、而是從英倫移植到香港來的法制。在1984年中英《聯合聲明》簽訂之前，香港及其一直沿用的法制的前景同樣不明朗。人們雖然未能準確地預測它何時才壽終正寢，但都知道其壽命——正如殖民主義的國度——是有限的。

然而歷史是充滿弔詭的，它的辯證進程的結果往往出人意料。中英《聯合聲明》一方面宣布了香港的殖民地時代將在1997年徹底終結，另一方面卻賦予了香港那個「借來的法制」新的生命和新的身分，它可以在1997年後延續下去，「基本不變」^②，與中華人民共和國香港特別行政區至少五十年的壽命^③共其終始。

香港的主權和治權在1997年7月1日全面移交中華人民共和國，從法理學的角度來說究竟是甚麼一回事？這是本文第一部分將要探討的問題。在回歸過渡之後，香港原有法律的變

與不變的程度如何？本文第二部分將予以研究。最後，本文第三部分以香港特別行政區的法院在1997年之後的角色為焦點，討論未來香港法制運作的可能局面。

一 香港九七過渡的法理學分析

要理解香港返還中華人民共和國在法制層次有甚麼意義，我以為值得採用本世紀著名德裔法學家凱爾森（Hans Kelsen）關於分析法律秩序的架構和確定其「根本規範」（Basic Norm，德文為Grundnorm）的理論框架^④。凱氏提出一個發人深省的問題：就着某一個法制中的某一條法律規範來說，它為甚麼是一條具法律效力的規範？它的效力的理由或依據何在？

凱氏認為這個問題的答案不在於「事實的世界」，而在於「規範的世界」。這條法律規範（現稱為「規範A」）之所以有效，原因在於它是根據另一個「更高」層次的法律規範而制定

的。例如這個更高層次的法律規範（現稱為「規範B」）設定了某權力機關（現稱為「機關X」），並授權機關X制定規範A和其他同類性質或類型的規範。所以如果我們尋根究底，便可得到以下的解答：

問：為甚麼規範A是有效的？

答：因為它是機關X制定的。

問：為甚麼機關X有權制定這個規範？

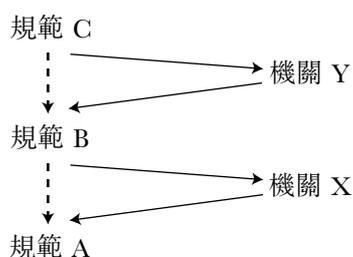
答：因為規範B授權它這樣做。

問：為甚麼規範B是有效的？

答：因為它是機關Y制定的。

問：為甚麼機關Y有權制定規範B？

答：因為規範C授權它這樣做。



這樣的分析顯示，一個法律體系或法律秩序中的規範是存在於不同層次的，例如規範B的層次比規範A更高，而規範C則又比規範B更高。因此，一個法律秩序可理解為一個由不同層次或等級的規範所構成的規範體系。

上述的分析告訴我們，追溯某個規範的效力的理由的過程是不可能無限地向上推展的，它始終會到達一個階段，我們發現有關規範的效力是無從（以過程中的其他階段的同類方法）解釋的。到了這點，我們便是發現了這個法律秩序的「根本規範」。

根本規範的特徵是，它的效力並不以任何其他法律規範的效力為依歸，即不可能提供任何法律規範作為它的效力的理由。因此，根本規範只能被假設、被推定、被接受為有效，而不能被解釋或證成為有效。我們必

須假設這個根本規範是有效的，否則以它為依據的所有其他法律規範的法律效力便都不能成立了。

所有這些其效力最終都要追溯至這個根本規範的規範，便構成了一個法律秩序的整體。這個根本規範便是這個法律秩序的共同終極基礎，亦是在這個秩序內所有規範的法律效力的終極來源。因此，根本規範的理論建構，闡明了同屬一個法制的不同法律規範的相互聯繫，呈現出這個法律秩序的立體架構，展示出這個法律體系中的眾多規範的統一性的基礎，更區分了不同法律秩序的不同身分（即不同法律秩序之所以不同，是由於它們建基於不同的根本規範）^⑥。

凱氏指出，在有成文憲法的國家，其法制的根本規範是比較簡單和容易確定的，這個根本規範的內容便是：這部憲法是有法律效力的。（如果這個國家歷史上曾經有多部憲法，而後來的憲法又是根據前面的憲法所規定的程序而制定的，那麼根本規範便是：第一部憲法是有有效的。）這個根本規範假設和無條件地肯定了憲法的最高權威和效力，使它成為整個法律秩序的終極基礎，法制裏的每一個法律規範的效力都可以（根據上述的一步一步的推理過程）追溯至憲法那裏。法制的根本規範存在於憲法的層次，因為如果我們要問我們為甚麼要承認這部憲法的效力和權威，我們不可能找到法律性的理由，只可能有政治性、道德性的解釋。

現在讓我們嘗試把根本規範的理論分析應用至香港九七過渡的情況。在1997年7月之前，香港法制的根本規範大致與英國本土相同。英國沒有成文憲法，其法制的根本規範可粗略地理解為：英皇會同國會的立法是有

根本規範的特徵是，它的效力並不以任何其他法律規範的效力為依歸。因此，根本規範只能被假設、被推定、被接受為有效，而不能被解釋或證成為有效。否則，以它為依據的所有其他法律規範的法律效力便都不能成立了。

從法理角度來看，香港的九七回歸意味着香港法制的根本規範的改變和移轉，即原有以英國國會立法和英皇特權立法為依歸的根本規範，將由一個以《中華人民共和國憲法》為終極依據的根本規範所取代。這個事實不應被中英《聯合聲明》和《基本法》裏關於香港原有法律基本不變的規定所掩蓋。

效的，在與立法並無抵觸的情況下，普通法也是有效的。

在香港，英倫普通法目前是根據《英國法律應用條例》（香港法例第88章）才適用的，此條例——正如所有由香港立法機關制定的成文法——是由香港總督會同香港立法局根據《英皇制誥》而制定的。《英皇制誥》和《皇室訓令》目前是香港的憲制性文件，對香港政府（包括行政、立法和司法機關）的組織、架構和權力作出了基本的規定。《英皇制誥》和《皇室訓令》屬英皇特權立法（Prerogative Legislation），而非英國國會立法。（在英國本土，英皇沒有不經國會而為英國本土立法的權力；但英皇有權就英殖民地頒布「特權立法」，例如以此種立法設定殖民地的政府架構。）另一方面，英國國會目前也有權隨時制定適用於香港的法例。因此，在1997年7月以前香港法制的根本規範大致上可確定為：適用於香港的英國國會立法是有效的（並非所有英國國會立法都適用於香港，其中大部分只適用於英國本土），在與國會立法並無抵觸的情況下，適用於香港的英皇特權立法也是有效的。

根據中英兩國政府在1984年簽訂的《聯合聲明》、英國國會在1985年制定的《香港法》（*Hong Kong Act*）和中華人民共和國全國人民代表大會在1990年制定的《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，英國在香港的殖民統治將於1997年6月30日告終，中華人民共和國在1997年7月1日恢復行使香港地區的主權，並根據《基本法》成立香港特別行政區，實行「一國兩制」、香港特別行政區「高度自治」、「港人治港」等方針政策。

從法理角度來看，香港的九七回

歸意味着香港法制的根本規範的改變和移轉，即原有以英國國會立法和英皇特權立法為依歸的根本規範，將由一個以《中華人民共和國憲法》為終極依據的根本規範所取代。1997年7月之前，香港立法機關的立法權來自屬英皇特權立法的《英皇制誥》；1997年7月之後，香港特別行政區立法機關的立法權則來自《基本法》（《基本法》也同時確定了香港特別行政區法制的其他法源），而《基本法》則是中國最高國家權力機關根據中國憲法（1982年制定的憲法）而制定的。

因此，香港的九七過渡不但是一次主權、治權和政權的移轉，更是法制的根本規範的移轉，這個事實不應被中英《聯合聲明》和《基本法》裏關於香港原有法律基本不變的規定所掩蓋。其實，在香港九七過渡時期出現的一些法制現象，為凱爾森關於根本規範的理論提供了有力的引證和說明，反過來說，這套理論也能幫助我們更深入地了解這些現象。極具爭議性的香港特別行政區臨時立法會的問題，便是一個很好的例子。

首先應當指出的是，在處理過渡期香港事務的工作上，存在着三個不同的體系，它們在很大程度上是互不相干並建基於不同的法理依據的。第一個體系是香港殖民地政府架構，亦即香港原有的法律秩序，其根本規範已在上面說明。第二個體系是中英兩國政府在《聯合聲明》的基礎上建立的^⑥，主要是指中英聯合聯絡小組，這是兩國就香港過渡期事務在外交層次的接觸和溝通的一個媒介。至於第三個體系，便是中華人民共和國為了籌備香港特別行政區的成立而建造的架構，屬中華人民共和國法律秩序的一部分。

港督彭定康在1992年上任後開始大力推行中國政府認為是「三違反」（違反《聯合聲明》、《基本法》和中英兩國外長在1990年通過互換信件所達成的諒解^㉑）和破壞了「直通車」方案（即在1995年在香港選舉產生的立法局議員可成為1997年香港特別行政區第一屆立法會成員，任期至1999年改選為止^㉒）的政制改革方案^㉓，於是中方便決定要「另起爐灶」。本來根據全國人大在1990年通過《基本法》時作出的《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》（以下簡稱「90年人大決定」），在1996年才要成立香港特別行政區籌備委員會，但為了應付彭定康帶來的對「平穩過渡」的挑戰，中國全國人大在1993年3月作出《關於授權全國人民代表大會常務委員會設立香港特別行政區籌備委員會的準備工作機構的決定》。根據這個決定，全國人大常委會在1993年7月成立了一個預備工作委員會（簡稱「預委會」）。經過兩年多的工作，預委會在1995年12月提交了46份書面建議和意見。

1996年1月，香港特別行政區籌備委員會（簡稱「籌委會」）根據上述「90年人大決定」而成立，並開始其工作。籌委會的主要任務是籌建特別行政區第一屆的政府架構，尤其是根據「90年人大決定」的規定籌組一個四百人的推選委員會，用以推選香港特別行政區第一任的行政長官。「90年人大決定」也規定了第一屆立法會的產生辦法的基本原則（即由三種不同方式選舉產生），並授權籌委會決定具體的產生辦法。

早在籌委會成立之前，預委會已提出了在特別行政區第一屆立法會產生之前先成立一個「臨時立法會」的構想。主要的考慮是，在1997年前後香

港立法機關的「直通車」已不可行^㉔，而在1997年7月後籌備第一屆立法會的選舉（包括設定新的選舉制度、按照《基本法》的規定重新訂立選民資格、進行選民登記、先選出作為立法會部分議席的推選單位的區域議會組織等），需要至少數月的時間；但在這段期間，香港特別行政區不能沒有一個立法機關，因為它剛成立，有些必不可少的法律需要立刻制定，也有一些重要的人事安排（如終審法院法官和高等法院首席法官的任命^㉕）必須即時獲得立法機關的同意。因此，預委會認為有需要在第一屆立法會正式選舉產生之前，以較簡易的辦法先成立一個臨時立法會。

籌委會接受了這個建議，在1996年3月24日通過了《關於設立香港特別行政區臨時立法會的決定》^㉖。這個《決定》規定了臨時立法會的職權、任期和產生辦法（即由負責推選第一任行政長官的同一個推選委員會推選）。根據這個《決定》，臨時立法會在1997年7月1日之前便可成立和開展工作（包括在此以前「審議、通過」將會從7月1日起實施的法律）。

對於臨時立法會的成立是否具備足夠的法理依據和是否與《基本法》有所抵觸，香港政治界和法律界人士提出了不少質疑。為了澄清這點，中國副總理、外交部部長兼香港特別行政區籌委會主任委員錢其琛在1997年3月向全國人大提交的籌委會工作報告中指出^㉗，籌委會成立臨時立法會的權力來自上述「90年人大決定」，特別是決定中關於籌委會「負責籌備成立香港特別行政區的有關事宜」的條文^㉘：

設立臨時立法會屬於這個範疇。作為全國人民代表大會設立的一個權力機

香港特別行政區籌備委員會在1996年3月24日通過了臨時立法會的決定，對於臨時立法會的成立是否具備足夠的法理依據和是否與《基本法》有所抵觸，香港政治界和法律界人士提出了不少質疑。

構，籌委會已被授權就籌建香港特別行政區的有關事宜作出決定，設立臨時立法會的有關權力已包含在授權之內。

另一個關於臨時立法會的法理問題是，臨時立法會是否可能在1997年7月之前便成立並開始正式立法工作（雖然其制定的法律的生效日期當然不能早於7月1日）。關於這點，錢其琛在1997年1月31日籌委會第八次全體會議致開幕詞時作出了說明^⑤：

臨時立法會作為香港特別行政區的立法機關，與現在的港英立法局分別屬於兩個不同的法統。臨時立法會何時開始工作及其工作的範圍，要以全國人大和籌委會的有關決定為依據。

錢其琛在這裏用了「法統」這個概念，是特別值得留意的。他所說的「法統」，可以理解為我們上面所談到的「法律秩序」，即由很多其法律效力可同樣追溯至同一的「根本規範」的法律規範所共同組成的法律規範體系。臨時立法會所屬的法統，便是在以《中華人民共和國憲法》為依歸的根本規範的基礎上建立的法律秩序。至於港英立法局所屬的法統，便是以肯定英國國會立法和英皇特權立法為終極法源的根本規範為基礎建立的法律秩序，亦即現有的香港殖民地法律體制。

從這個法律體制的角度去看，在1997年7月之前成立的（並正在深圳開會運作的）香港特別行政區臨時立法會^⑥猶如一個外國的政府組織，不屬於香港憲制之內，香港法院也不能對它行使管轄權。但這只是1997年7月1日香港法制的「根本規範」的移轉之前的情況。7月1日以後，香港法制

的新的根本規範將以《中華人民共和國憲法》和根據這部憲法制定的《香港特別行政區基本法》為依歸，這亦即是說，香港法制將被納入為中華人民共和國的法律體系、法律秩序的一個構成部分，正如香港被重新納入中國的版圖。屆時，原來被視為外國政府組織的香港特別行政區臨時立法會將變成香港自己的臨時立法會，如果到時出現了關於臨時立法會的法理依據的訴訟，香港特別行政區法院只能和必須在中華人民共和國的法律秩序中尋求解決問題的答案。

二 九七前後香港法律的延續性

十九世紀英國人在香港建立殖民地統治以來，英式法律體系和法治傳統移植至香港，逐漸在香港本土生根，形成了香港的法制和法律文化。這個以英倫普通法為基礎的法治制度，對促進香港的安定繁榮，作出了一定的貢獻。此外，法律體制和經濟體制也有相互依存的關係，如要維持香港現有的經濟制度，便需要保留有關的法律。中英《聯合聲明》的基本目標是在香港回歸祖國之後，維持她的安定繁榮，保留她與中國內地不同的經濟制度，實行「一國兩制」。因此，就香港未來的法律制度方面，《聯合聲明》規定，1997年後，香港「現行的法律基本不變」^⑦，更具體來說^⑧：

香港特別行政區成立後，香港原有法律（即普通法及衡平法、條例、附屬立法、習慣法）除與《基本法》相抵觸或香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。

從法律體制的角度看，在1997年7月之前成立的香港特別行政區臨時立法會不屬香港憲制之內，香港法院不能對它行使管轄權。如果7月1日以後出現了關於臨時立法會的法理依據的訴訟，香港特別行政區法院只能和必須在中華人民共和國的法律秩序中尋求解決問題的答案。

《基本法》以國內法的形式再次肯定了這些原則^①，並在第160條進一步予以具體化^②：

香港特別行政區成立時，香港原有法律除由全國人民代表大會常務委員會宣佈為同本法抵觸者外，採用為香港特別行政區法律，如以後發現有的法律與本法抵觸，可依照本法規定的程序修改或停止生效。

為了實施這個條文，有需要對特別行政區成立之前香港原有的法律予以審查，確定哪些可以保留，哪些應不予採用。這項繁重的工作，在香港特別行政區籌備委員會預備工作委員會於1993年成立後，便交由它的法律專題小組開始進行。籌委會在1996年1月成立後，它的法律小組繼續了這項工作，在小組的報告的基礎上，籌委會於1997年2月1日在它的第八次全體會議上通過了《關於處理香港原有法律問題的建議》^③。這套建議是向全國人大常委會作出的，後者在審議建議後，於1997年2月23日根據上述《基本法》第160條的規定，通過了《全國人民代表大會常委委員會關於根據〈香港特別行政區基本法〉第一百六十條處理香港原有法律的決定》（以下簡稱「二月決定」）^④。

對於1997年7月之後的香港法律體制來說，此「二月決定」十分重要且具有根本意義的。我們在這裏討論其主要內容。「二月決定」包括一段引言、六項條文（其中第四條又分為一個主要條款和五個附帶條款）和三個附件（其中附件三又分為十項條文）。

「二月決定」的第一條重申了《基本法》第160條關於香港原有法律

（除同《基本法》抵觸者外）採用為香港特別行政區法律的原則。這一條可理解為全國人大常委會根據《基本法》第160條作出的關於「採用」有關法律為香港特別行政區法律的法律行為。

「二月決定」的第二、三條都是關於哪些因抵觸《基本法》而不採用為香港特別行政區法律的香港原有成文法。第二條規定列於附件一的十四部法例全都不予採用；第三條規定列於附件二的法例中的部分條款不予採用。

列於附件一的十四部法例，其中十部是因為香港主權和管治權的轉變而失去實用價值的：《英國國籍（雜項規定）條例》、《1981年英國國籍法（相應修訂）條例》、《陸軍及皇家空軍法律服務處條例》、《皇家香港軍團條例》、《強制服役條例》、《國防部大臣（產業承繼）條例》、《英國以外婚姻條例》、《華人引渡條例》、《香港徽幟（保護）條例》、《受託人（香港政府證券）條例》。這十部法例的廢除並沒有爭議性，對香港法制的延續性無多大影響。

至於《英國法律應用條例》的不予採用，也並不妨礙香港原有的英式法制的保留，雖然這個《條例》在香港原有法制中是重要的、基礎性的立法。《英國法律應用條例》規定英倫普通法和衡平法、英國國會立法、授權立法和英皇特權立法在香港的適用性。根據《基本法》第8條及第18條，香港回歸中國後，英國國會立法、其授權立法和英皇特權立法不再是香港法制的法源，至於香港原有法律中的普通法和衡平法，則可根據《基本法》第8條繼續適用。因此，《英國法律應用條例》的不予採用的實際意義，只限於英國的立法不能再適用於香港這一事

為了確定哪些香港原有的法律能在特別行政區成立之後繼續保留，全國人大常委會於1997年2月23日根據《基本法》第160條的規定，通過了「二月決定」。對於1997年7月之後的香港法律體制來說，「二月決定」是十分重要、且具有根本意義的。

實，並不表示英倫普通法和衡平法將在香港失去效力²⁸。

最後，附件一還棄用了《選舉規定條例》、《立法局（選舉規定）條例》和《選區分界及選舉事務委員會條例》，這三部條例被視為彭定康的「三違反」的政制改革方案的構成部分，所以同遭廢除。但由於《基本法》也規定香港特別行政區立法會須由選舉產生，並確立了三種選舉方法的基本原則和議席數目，所以特別行政區將要制定新的選舉法，以代替這些不予採用的舊法。

關於其部分條款不予採用的法例，附件二列出了十種，其中首二項並無爭議性，它們是《人民入境條例》中關於「香港永久性居民」的定義（必須根據《基本法》第24條、26條和其他有關規定²⁹重新訂出）和「任何為執行在香港適用的英國國籍法所作出的規定」（這類規定散見於不同法例，但由於1997年後英國國籍法將不再適用於香港，所以這些規定也將失去其存在的依據）。

附件二的第三至六項是《市政局條例》、《區域市政局條例》和《區議會條例》此三條例中有關選舉的規定和《舞弊及非法行為條例》中關於選舉費用的規定。這些規定被視為彭定康政制改革方案的構成部分，其廢除的理由與附件一中關於選舉制度的立法相同。市政局、區域市政局和區議會是香港的區域組織，根據《基本法》第97條，它們在1997年後可繼續存在，所以特別行政區將要為它們制定新的選舉法。

餘下的四項法例都與人權問題有關，在香港社會和國際輿論中都引起頗大的關注。這個問題比較複雜，我們首先應了解其歷史背景³⁰。早在中英兩國政府在1982-1984年間就香港前

途進行談判時，它們已討論到香港當時的和中國收回香港後的香港人權保障制度。英方指出，英國是兩條主要國際人權公約（《公民權利和政治權利國際公約》和《經濟、社會與文化權利的國際公約》）的締約國，而且已經把兩個公約適用於香港，香港現存的法律（這是指當時——即80年代初期）已經符合、反映和實施了公約所訂立的人權標準。基於這個理解，中方同意在《聯合聲明》和《基本法》第39條中規定，在1997年後此兩條人權公約原「適用於香港的有關規定繼續有效」，《基本法》更進一步規定，這些規定將「通過香港特別行政區的法律予以實施」。

1989年北京「六四事件」之後，港英政府認為有需要加強香港法制中對人權的保障，於是向香港立法局提交了《香港人權法案條例》草案，在1991年通過成為法律。當時中國政府已對這個未經雙方磋商同意而單方面進行的對香港原有法制的重大改動表示不滿。《香港人權法案條例》的主要內容，乃抄自《公民權利和政治權利國際公約》。《條例》通過後，港英政府通過立法局修訂了四十多部現有條例，聲稱其目的是使這些條例符合《公民權利和政治權利國際公約》的要求。但由於英方在《聯合聲明》的談判時曾向中方表示當時的香港法律已符合《公約》的要求，並曾就《公約》在香港的實施向《公約》所設的人權委員會提交報告時作出相同表示，所以中方認為《香港人權法案條例》的制定和有關法律的修訂是不懷好意的，目的是要削弱日後特別行政區政府的管治權力。

除了懷疑《人權法案》背後的政治目的外，中方認為《人權法案》享有凌駕於所有其他香港法律之上的地位，

1989年北京「六四事件」之後，港英政府認為有需要加強香港法制中對人權的保障，於是向香港立法局提交了《香港人權法案條例》草案，在1991年通過成為法律。當時中國政府已對這個未經雙方磋商同意而單方面進行的對香港原有法制的重大改動表示不滿。

這是《基本法》所不容的。正如錢其琛副總理在向全國人大提交的香港特別行政區籌委會工作報告中所指出^{②6}：

根據《基本法》和全國人大關於《基本法》的決定，只有《基本法》才能具有凌駕於香港其他法律以上的地位。而《香港人權法案條例》包含有該法具有凌駕地位的條款，是抵觸《基本法》的。不僅如此，港英根據該條例的凌駕地位，單方面對香港原有法律作出大面積、大幅度的修改。英方的這種行為，違反了中英《聯合聲明》及《基本法》中關於「現行法律基本不變」的規定。

這段文字可以理解為「二月決定」的附件二中第七至十項條例部分條款不予採用的依據。

第七項條例就是《香港人權法案條例》，其中三個條款不予採用，但《人權法案》的主體——抄搬自《公民權利和政治權利國際公約》的條文——則得以保留。這三個被廢除的條款是第二(三)條(關於解釋《香港人權法條例》時須考慮這「條例的目的是將《公民權利和政治權利國際公約》中適用於香港的規定收納入香港法律」、第三條(規定在解釋《人權法案》通過以前制定的所有法律時，須盡量賦予符合《人權法案》的解釋，但如這些法律有的與《人權法案》相抵觸，則視為被《人權法案》所廢除)和第四條(規定在解釋《人權法案》通過以後制定的任何法律時，須盡量賦予符合《公民權利和政治權利國際公約》的解釋)。

沒有了這三個解釋性條款，並不表示整個《香港人權法案條例》便失去了作用。正如上面所說，這部條例的主體仍將是具有法律效力的香港特別

行政區法律，法院仍可在具體案件中予以執行，並自行發展出一套解釋性原則。此外，《基本法》第三章詳列了香港居民應享有的各種人權，其第39條又肯定了兩個國際人權公約在香港特別行政區實施的原則，這些條文都可構成香港特別行政區法院在推行人權的法制保障時所倚賴的法理依據。

「二月決定」附件二第八項是《個人資料(私隱)條例》的第三(二)條，這條文也是解釋性條款，內容類似上述《香港人權法案條例》的第三、四條，被認為是使《個人資料(私隱)條例》享有凌駕於其他香港法律的地位，因而與《基本法》相抵觸，不能採用為香港特別行政區法律。這個條文的廢除在香港並沒有引起重大關注。

附件二的最後兩項是整個「二月決定」中在香港造成最大迴響、反對和不安的部分，即廢除《社團條例》和《公安條例》在《香港人權法案條例》制定後所作出的「重大修改」。《社團條例》涉及的是結社自由，《公安條例》則界定集會、遊行自由的範圍，90年代以來兩條例的修改放寬了原有法律對這些自由的管制。中方原來有意「還原」這兩條例原來的版本，但籌委會在1997年1月底的全體會議中決定採納妥協性的方案^{②7}：當時中方官員表示，不採用這兩條例修訂後的條文，不等於還原未修訂前的版本，特別行政區政府可自行立法，填補有關法律空缺。這意味着這兩個條例最後可能出現「中間落墨」的方案，即介乎原來較嚴厲的對結社、遊行等自由的管制與後來放寬後的制度兩者之間^{②8}。

現在讓我們看看「二月決定」其餘的第四至六條。第四、五條都是關於在適用已被採用為香港特別行政區法

「二月決定」在香港造成最大迴響、反對和不安的部分，即廢除《社團條例》和《公安條例》在《香港人權法案條例》制定後所作出的「重大修改」。籌委會在1997年1月底決定採納妥協性的方案。即介乎原來較嚴厲的對結社、遊行等自由的管制與後來放寬後的制度兩者之間。

香港在1997年7月1日以後有三類法律將開始實施：(1)《基本法》；(2)適用於香港的中華人民共和國中央立法機關制定的法律；(3)香港特別行政區臨時立法會即將制定的法律。總括來說，九七過渡對香港原有法律的衝擊可說是輕微的。

律的香港原有法律時，應怎樣作出變通，以反映香港特別行政區作為中華人民共和國的一部分的現實。類似的就原有法律訂出變通性原則的條文，可見於剛脫離英國統治的前英國殖民地的憲法或基本法律，目的是既保留原有的法律，又使它適應主權轉移後的環境。

除規定一般性的變通原則(即「作出必要的變更、適應、限制或例外，以符合中華人民共和國對香港恢復行使主權後香港的地位和《基本法》的有關規定」)外，第四條並針對五種個別情況，作出附帶規定。這五種情況是與外交事務有關的法律、給予英聯邦等國家特權待遇的法律、關於駐港英軍的法律、關於英文的法律效力高於中文的規定、和在條款中引用英國法律的規定。

第五條和它所提到的附件三的作用，則是為原有法律中某些名稱和詞句，提供一套替換原則。舉例來說，就原有法律中提及英王的條款提供變通原則：

任何提及「女王陛下」、「王室」、「英國政府」及「國務大臣」等相類似名稱或詞句的條款，如該條款內容是關於香港土地所有權或涉及《基本法》所規定的中央管理的事務和中央與香港特別行政區的關係，則該等名稱或詞句應相應地解釋為中央或中國的其他主管機關，其他情況下應解釋為香港特別行政區政府。

這個條文是十分重要的，例如就着原有法律中提及英王的某條文，以「中央人民政府」還是以「香港特別行政區政府」來替代，在具體案件中將會有舉足輕重的意義。

最後，「二月決定」的第六條規

定，如某原有法律已被採用為香港特別行政區法律，但日後發現與《基本法》相抵觸，則「可依照《基本法》規定的程序修改或停止生效」。這個原則原見於《基本法》第160條。

「二月決定」解決了哪些香港原有法律可在1997年7月1日後繼續有效的問題，但我們探討香港法律在九七過渡前後的延續性，仍需再看7月1日以後有哪些非原有的法律將開始實施。這些法律可分為三類：

(1)《基本法》；

(2)適用於香港的中華人民共和國中央立法機關制定的法律：即根據《基本法》第18條列於《基本法》附件三的「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」。由於在1990年《基本法》制定後，中央有關這些方面的法律已有增訂，所以附件三將要作出修改，例如加入全國人大常委會1996年底通過的《香港特別行政區駐軍法》；

(3)香港特別行政區臨時立法會即將制定的法律，估計會包括關於香港永久性居民身分的定義和其他關於《中華人民共和國國籍法》在香港的實施的規定^②，上述的關於《社團條例》和《公安條例》的新的立法，關於重組市政局、區域市政局和區議會等區域組織的立法，處理7月1日後的土地權益的立法等等。

總括來說，九七過渡對香港原有法律的衝擊可說是輕微的，無論在民商事、刑事、公法甚至是人權方面，香港原有法律都可算是——正如《聯合聲明》所言——「基本不變」，香港特別行政區法律對各個人和法人的權益的保護，將一如以往。至於中國中央立法對香港特別行政區的適用，只局限於極狹隘的範圍，對香港原有法制並不構成重大影響。雖然臨時立



法律條文只是法制的其中一個環節，這個法制是否能健康地運作，並發揮它保障權益、伸張正義和防止政府濫權的功能，還要看法制中的法院、律師、政府的法律諮詢和刑事檢控部門、政府各行政和執法機關、以至法學教育和研究機構等能否有力地扮演他們應有的角色。

法會的產生過程的民主性不及於已規定的第一屆立法會的選舉產生辦法，但臨時立法會只被授權「制定為確保香港特別行政區的正常運作所必不可少的法律」^⑩，這個立法會的任期也規定在1998年6月30日前結束^⑪。從目前的情況估計，相信臨時立法會的立法也不會對香港原有法制在1997前後的高度延續性構成威脅。總體來說，我對香港法律的未來是充滿信心的。

三 香港特別行政區法院的角色

徒法不能自行，紙上的法律條文只是法制的其中一個環節，這個法制

是否能健康地運作，並發揮它保障權益、伸張正義和防止政府濫權的功能，還要看法制中的其他部分能否有力地扮演他們應有的角色；這些其他部分包括法院、律師、政府的法律諮詢和刑事檢控部門（在香港是律政署）、政府各行政和執法機關（包括香港的警方、廉政公署等）、以至法學教育和研究機構等。在現代法治社會中，法院的角色尤其具關鍵性。在處理訴訟、作出裁決時，法院把抽象的法律規範轉化為對當事人有巨大影響的具體決定，這個決定不但有強制性、拘束性，而且需要具有道德層次的正當性、合法性（Legitimacy）。公道自在人心，法院是否能大公無私、不偏不倚、司法獨立、堅守法的原則和

精神以主持公道，便是法治社會是否存在的其中一個基本指標。

「法律的邏輯」和「司法的邏輯」構成了「法制的邏輯」的主幹。「法律的邏輯」是，由一般性的規範所構成的法律具有普遍適用性和客觀性，統治者一旦制定和頒布了法律，法律便成了獨立的存在體，有了自己的生命，不再依附於統治者或完全受制於他。正如作家們指出，他們的作品創作出來以後，便有了自己的生命，作品屬於廣大的讀者，甚至可留傳於世，不再屬於作者本人。

「司法的邏輯」是，忠實地適用和執行法律是法官的天職和本能，正如科學家忠於真理，藝術家追求美，法官所盡忠職守的是尋求法的真義和把它貫徹實施。這是法官所從事的專業的內在道德要求，正如教師、醫生等不同專業有各自的內在道德要求一樣。

法律的邏輯和司法的邏輯是人類文明的偉大建設之一，它們是對統治者的絕對性、暴力性和任意性的權力的一種約束性、平衡性的力量。法律和司法都有一種兩面性。一方面，它們是統治者的統治工具，它們的強制性和拘束性的後盾是統治者對暴力的壟斷；另一方面，它們也能發揮把暴力馴服化、把統治文明化的角色。

從法律的邏輯和司法的邏輯的角度看，我覺得我們可以對香港法制的未來持審慎樂觀的態度，因為不但香港法律在過渡前後維持很高的延續性（正如上文所述），而且司法體制方面也能實現高度的延續性，有關法律又容許法院在未來法制中扮演重要的角色。以下分別說明此兩點。

首先，關於司法體制的延續性，《基本法》第93條規定所有現任法官

（包括所有外籍法官）均可留任，而第88至92條亦指明原有的法官任免制度也大致保留。雖然《基本法》第9條肯定了中文作為政府正式語文的地位，但也承認英文為正式語文之一。香港原有法律中的《法定語文條例》（屬根據上述「二月決定」被採用為特別行政區法律的條例之一）並沒有要求所有案件都要用中文來進行審訊，只是授權法院靈活地處理審訊所用語文的問題。由於目前香港法官仍有百分之六十以上是不諳中文的外籍人士，以華人為主的（但仍有不少外籍人士的）律師界也尚未習慣使用中文進行其專業工作，而大量的判例法只有英文文本（雖然香港的成文法已制定享有與英文文本同等法律效力的中文文本），所以估計在可見的將來，絕大部分案件仍將以英文進行審訊（意思是說訴訟文書以英文為主，在審訊過程中律師和法官以英文發言，如果出庭的證人不懂英語，則通過法庭的傳譯員進行溝通）。

香港原有的終審法院是設於倫敦的樞密院司法委員會，而《基本法》第81、82條則規定，這將由設於香港的新的終審法院取代。在中英兩國政府的談判和達成的協議的基礎上，香港立法局在1995年通過了《香港終審法院條例》，規定在1997年7月成立終審法院，並界定此法院的結構、職權和訴訟程序。根據《基本法》第90條，終審法院的首席法官和高等法院的首席法官必須是「在外國無居留權的香港特別行政區永久性居民中的中國公民」，其他法官則無國籍或居留權等限制。

由於在九七過渡後，法官的主體不會有大變，這將有利於現有司法文化——如法治精神、法律下的平等原

香港原有的終審法院是設於倫敦的樞密院司法委員會，而《基本法》第81、82條則規定，這將由設於香港的新的終審法院取代。香港立法局在1995年通過了《香港終審法院條例》，規定在1997年7月成立終審法院，並界定此法院的結構、職權和訴訟程序。

則、司法獨立、英倫普通法重視人權、產權及公正程序等價值取向——的延續。現在我們再看，法院在香港特別行政區的法制架構中所擔當的角色。

我覺得在九七過渡後，香港法院在香港法制以至政制中的功能將有增無減，理由可分以下四點。

第一，香港法院原有的管轄權範圍，大致上不會因九七過渡而改變。《基本法》第十九條肯定了香港法院原有的審判權，它所提到的「香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權」的原則，在原有的普通法中也是存在的。1996年底通過的《香港特別行政區駐軍法》，參照了現時香港法院對駐港英軍的管轄權模式，規定香港法院在某些情況下可對中國在港駐軍的行為行使管轄權（主要是「非執行職務的行為」）。

第二，香港法院很可能行使審查特別行政區立法是否因與《基本法》相牴觸而無效的權力。正如產生了世界最聞名的司法審查制度的《美國憲法》一樣，《基本法》也沒有明文賦予法院宣判某項立法條文為無效的權力。但《基本法》第11條規定香港特別行政區的法律不得同《基本法》相牴觸，而第158條又授權香港特別行政區法院解釋《基本法》，再加上香港法院本有的解釋香港法律的職權，這幾點合起來相信足以構成特別行政區法院審查立法的「隱含權力」形式的法理依據。

《基本法》設定了關於人權^⑳和財產權^㉑的保障，規定了不少關於經濟和社會事務的政策^㉒，又明文保護着某些類別的人士的權益^㉓，所有這些條款，均有可能在訴訟中被援引作為要求法院宣判某個法律規範為違反《基本法》和無效的依據。除了人權保

障的條款外，上述條款在現有香港憲制（即以《英皇制誥》為基礎的憲制）中是不存在的。從這個角度看，《基本法》的實施，有可能擴大和提升香港法院對立法的司法審查權。

第三，與香港原有的政治體制相比，《基本法》所設立的特別行政區政治體制涉及更多關於行政、立法兩機關分權制衡的機制^㉔，從而製造了更多由司法機關介入仲裁行政、立法兩機關的糾紛的機會。舉例來說，根據《基本法》第50條，行政長官可以用立法會拒絕通過一項「重要法案」為理由，解散立法會。但甚麼才算是「重要法案」？這個問題有可能訴訟於法院。又例如《基本法》第74條對於立法會議員提出涉及「政府體制」、「政府運作」和「政府政策」的法律草案的權利作出限制，但如何理解這些詞語，亦有可能訴諸法院。

最後，《基本法》第158條設立的《基本法》解釋制度，也賦予香港法院重要的角色。根據這條，如果案件涉及《基本法》中「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」的解釋，而香港法院要就此案作出「不可上訴的終局判決」，那麼便應在判決前提請全國人大常委會對有關條款作出解釋。但這裏值得注意的是，關於案件是否屬於上述類別的決定權在於香港法院，而即使有關解釋問題提交了給人大常委會，案件最後的判決仍由香港法院作出，只不過香港法院有義務遵從人大常委會作出的解釋。

根據上述的考慮，1997年後的香港法院有寬闊的空間去發展香港的法律，以至建立一個以《基本法》和「一國兩制」、港人「高度自治」為基礎的法理體系。香港法院所面臨的挑戰是

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；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。因此，香港法院所需要的不單是豐富的專業法律知識和明辨案情事實的能力，還要有高度的政治智慧。

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，因為這樣可能導致特別行政區政府或中央政府對法院進行激烈的反擊，屆時作為巧妙而脆弱的權力均衡狀態的法治制度便毀於一旦。因此，香港法院所需要的不單是豐富的專業法律知識和明辨案情事實的能力，還要有高度的政治智慧。

四 結 論

香港回歸祖國是中國現代史上的大事，而香港特別行政區的建立和香港和原有法制按《基本法》被吸納入中國法統，則是中國現代法制史上的大事。香港法制屬普通法系和資本主義式法制，中國大陸法制則以社會主義為基礎，並在不少方面（正如日本、台灣一樣）追隨歐洲大陸法系的模式。所以香港的回歸意味着中華人民共和國的法制增加了其多元性，變成一個有更豐富內容的複合體。1999年澳門的回歸，也將進一步體現這個趨勢。

不同文化之間不但有其相異性、對立性、衝突性，更重要和寶貴的是其共通性、交融性、互補性。這個論點也適用於法律文化。自從中國大陸實行改革開放政策以來，大陸和香港兩地之間的經濟、文化、社會等各方面的互動關係，對雙方都帶來了不少良性的影響。1997年後，兩地間法制層次的接觸、交往、溝通和互動，勢必與日俱增。過去20年來，中國法制的建設一日千里，法制現代化的步伐

是堅定不移的。作為香港的法律工作者，我希望香港的法制在九七過渡後不但能在原有的水平上繼續向前邁進，而且亦能為中國法制現代化的事業作出一點貢獻！

註釋

① 參見Richard Hughes, *Hong Kong: Borrowed Place - Borrowed Time* (London: Andre Deutsch, 1968)。

②⑦ 《聯合聲明》第三(三)款，見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》(北京：外文出版社，1991)，頁76。

③ 《聯合聲明》第三(十二)款；《基本法》第五條。

④ 摘要見於沈宗靈：《現代西方法理學》(北京：北京大學出版社，1992)，第11章；詳見於Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945); Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967); Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, trans. M. Hartney (Oxford: Oxford University Press, 1991)。關於凱氏的理論在香港九七過渡問題上的應用，可參閱Raymond Wacks, "One Country, Two Grundnormen? The Basic Law and the Basic Norm", in *Hong Kong, China and 1997: Essays in Legal Theory*, ed. Raymond Wacks (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1993), chapter 6。

⑤ 這些不同的法律秩序便是不同國家的法制。

⑥ 參見《聯合聲明》附件二。

⑦ 1992年10月28日，中英雙方同時公布了有關的七封信件的全文，見於1992年10月29日的香港報章(如*South China Morning Post*,

Hong Kong Standard，《大公報》，《文匯報》。

⑧ 此「直通車」方案反映於1990年4月4日《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》第六條，此《決定》參見註②，頁53。

⑨ 關於中英兩國就彭定康政制改革方案的立場，分別見於《中英關於香港1994/95年選舉安排會談中幾個主要問題的真相》（香港：三聯書店，1994）；《香港代議政制》，香港政府白皮書，1994年2月。

⑩ 1994年8月31日全國人大常委會通過《關於鄭耀棠等三十二名全國人大代表所提議案的決定》，訂明「港英最後一屆立法局、市政局和區域市政局、區議會於1997年6月30日終止」。見《新華月報》，1994年第9期，頁17。

⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱ 《基本法》第90條；第8條；第160條；第三章；第6及105條；第五及第六章；第四章第六節、第五章及第六章；第四章。

⑲ 載《新華月報》，1996年第4期，頁133。

⑳ 此工作報告全文見於香港《文匯報》，1997年3月11日，頁A8。

㉑ 此工作報告得到全國人大全體會議的批准，見《關於全國人大香港特別行政區籌備委員會工作報告的決議》，全文刊登於《人民日報》（海外版），1997年3月15日。

㉒ 見香港《文匯報》，1997年2月1日，頁A8。

㉓ 臨時立法會於1996年12月21日由四百人的推選委員會在深圳選舉產生。被選出的60位議員中，33人是現任香港立法局議員。1997年1月25日，臨時立法會在深圳舉行首次會議，並選出主席。此後，臨時立法會多次在深圳舉行會議，並於4月12日審議首條由候任行政長官提交的法例草案：《假日（一九九七及九八年）條例草案》。

㉔ 《聯合聲明》附件一第二節。

㉕ 全文見《文匯報》，1997年2月2日，頁A6。

㉖ 《文匯報》，1997年2月24日，頁A8。

㉗ 此外，《基本法》第84條也規定，香港特別行政區法院審判案件時可參考其他普通法適用地區的司法判例。

㉘㉙ 主要是《中華人民共和國國籍法》、《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》（1996年5月15日通過）和《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》（1996年8月10日通過）。後二者收錄於《香港居民在九七年後的國籍、居留權與永久性居民身份問題》（香港：一國兩制經濟研究中心，1996）。

㉚㉛ 參見錢其琛代表香港特別行政區籌委會向全國人大提交的工作報告，參見《文匯報》，1997年3月11日，頁A8；趙秉欣：〈關於香港原有法律採用為香港特別行政區法律的幾個問題〉，《人民日報》（海外版），1997年3月26日。

㉜ 參見《文匯報》，1997年1月31日及2月1日。

㉝ 1997年4月9日，特首辦公室發表一份諮詢文件，提出關於如何修訂原有的《社團條例》和《公安條例》的建議：《公民自由和社會秩序諮詢文件》，中華人民共和國香港特別行政區行政長官辦公室，1997年4月。

㉞ 《關於設立香港特別行政區臨時立法會的決定》，第五條第一款，參見註⑲。

㉟ 同上，第七條。

陳弘毅 香港大學法學學士；哈佛大學法學碩士；香港律師資格。現任香港大學法律系教授兼法學院院長。主要著作包括《香港法制與基本法》、《人權與法治》（合著）、《香港法律與香港政治》、*The Basic Law and Hong Kong's Future*（合編）、*An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China* 及中英文論文多篇。