

## 香港終審法院有關「無證兒童」的判詞

### 與基本法中「一國兩制」的精神

1999年1月29日，香港終審法院判決八十五名「無證兒童」得直。這個被評為標誌著「香港法治勝利」的判決（“判決”），旋即引起軒然大波。一方面，判決令人擔心，港人在內地子女湧入香港會給香港造成沈重的經濟負擔，為香港經濟復蘇增添困難。另一方面，判決觸動了《基本法》中有關「特區自治範圍內事務」的灰色地帶，究竟中央政府管理事務和涉及中央及特區關係事務的界線該如何界定？解釋《基本法》該依循那些原則？終審法院的司法管轄權範圍與特區「高度自治」有何關係？終審法院如何體現「一國兩制」的精神？

本文將「以法論法」，嘗試從法律觀點對判決作出討論。至於「判決」所引起的社會、經濟以至政治問題，則不在本文討論的範圍內。

#### [I] 「無證兒童」案件中所爭論的問題

終審法院于「無證兒童」案件中所要裁決的問題，是有關香港人於內地所生的子女，是否於香港有居留權？有關之居留權，該如何行使？

於裁決的過程中，終審法院需要就基本法第二十四條有關「香港特別行政區永久性居民」的定義作出解釋。

終審法院對基本法的解釋權，沿自基本法第158條人大常委的授權。終審法院要根據基本法第二十四條對以下的問題作出裁決：

- (1) 香港居民于內地的非婚生子女，是否享有香港居留權？
- (2) 該等兒童于出生時，其父或母是否必須已為香港居民？某人于成

為香港居民以前于內地出生的子女，是否可以享有香港居留權？上述第(1)及(2)項，根據臨時立法會於 1997 年 7 月 1 日通過人民入境條例第二次的修改，答案是否定的。

- (3) 1997 年 7 月 10 日，香港臨時立法會通過人民入境條例第三次修改關於香港居民于內地出生子女，必須同時擁有人民入境事務處發出之「居港權證」(「Certificate of Entitlement」)，以及內地有關部門發出之「單程證」，才能享有居港權(以下簡稱「居權證計劃」)。上述之居權證計劃，是否符合基本法的規定？

首先，此居權證計劃的施行，是否能追溯至 1997 年 7 月 1 日？

第二，「居港權證」，是否必須于內地向有關部門申請？

第三，有關人仕是否必須同時取得「單程證」，才能享有「居港權」？

### **III 裁決的結論**

- (1) 人民入境條例(第三號修改)沒有追溯力，換句話說於 1997 年 7 月 1 日至 7 月 9 日進入特區而符合基本法 24(3)條規定的人仕，不須申請「居港權證」而可享有居港權。這等於特赦了為數約 1500 名於這期間偷渡入境之人仕。
- (2) 基於基本法第 25 條「香港居民在法律面前一律平等」的原則，港人在內地非婚生之子女，只要符合基本法 24(3)條之規定不管其父或母為香港居民均有資格成為特區永久性居民。
- (3) 根據基本法第 24 條，終審法院認為，港人於內地所生子女，不需要于出生時其父或母已成為香港居民，亦可享有居港權。
- (4) 「居港權證」計劃中有關「單程證」部份，不符合基本法第 24 條。即持有「單程證」與否，並不影響持有「居港權證」人士

享有「居港權」。

### **[III] 基本法第一百五十八條**

于考慮上述各問題時，終審法院要根據基本法第一百五十八條的授權，解釋基本法。注一

終審法院的判決，在外間所引起的爭論，其中一項，是有關終審法院是否正確行使基本法第 158 條的解釋權。即：港人於內地出生子女的居港權問題，是屬於「特區自治範圍內」的條款，終審法院應按基本法第 158(2)條自行解釋；抑或屬於「中央和特區關係」的條款，終審法院應依照基本法 158(3)條請全國人大常委作出解釋？

「判決」中第 43 頁至 62 頁解釋了終審法院為何認為港人於內地出生子女的居港權問題，是屬於特區自治範圍內的條款，不須請全國人大常委作出解釋。

首先，終審法院認為應由終審法院本身決定有關問題是否屬於中央和特區關係的條款。其次，終審法院要自行決定該條款是否于審理案件時需要作出解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決。

若終審法院認為上述各項情況都符合時，那麼，於終局判決前，終審法院應請人大常委解釋。

換句話說，終審法院認為，是否啟動「人大常委解釋」機制的決定權在它自己。

若單從基本法 158(3)條來看，筆者認為終審法院對它的基本法解釋權的理解是對的。這也是基本法中對特區「高度自治」，對特區法院「司法獨立」的體現。

同時，基本法第 158(1)條清楚說明，基本法的解釋權屬於人大常委。這包括了有關特區自治範圍內的事務，中央管理的事務，以至中央與特區關係的條款。不管終審法院是否啓動「請人大常委解釋」的機制，人大常委都可以主動對基本法的有關係文作出解釋。

但是，筆者想指出兩點：

首先，基本法中並不存在港區人大代表請人大常委會解釋基本法的機制。即使港區人大是在正確行使其職權，也可能被看作干預特區法院的司法獨立，違反了基本法中第 85 條，即：「特區法院獨立進行審判，不受任何干涉，司法人員履行審判職責的行為不受法律追究」的規定。

其次，即使人大常委會行使解釋權，對「無證兒童」判決所涉及的基本法條款從新解釋，也不影響一月二十九日終審法院的判決。人大常委會不能推翻終審法院已作的判決。終審法院的判決，的確是終局的。這也是特區法院司法獨立的體現。

那麼，終審法院不啓動基本法第 158(3)條「請人大常委解釋」機制的決定，是否正確？換句話說，港人於內地出生子女的居港權問題，是否只屬於「特區自治範圍」內的問題？

終審法院於本文中，需要審議人民入境條例(第三次修改)有關「居權證計劃」的規定，是否符合基本法。

代表特區政府的律師，提出「居權證計劃」中有關「單程證」的規定，乃根據基本法第 22(4)條而訂出。而基本法第 22(4)條乃是有關「中央與特區關係」的條例，或有需要請人大常委會解釋。

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，其中進入香港特別行政區定居的人數由中央人民政府之管部門徵求香港特別行政區政府的意見後確定。」

終審法院認為，基本法中特區自治範圍之條款，難免與基本法中其他非自治範圍之條款有這樣那樣的關連，假若因這些關連，終審法院便請人大常委會作出解釋，特區的「自治」將會被削弱，終審法院的管轄權亦將被剝奪。除非終審法院認為，案件中主要的問題涉及基本法中非自治範圍條款之解釋，否則，不用請人大常委作出解釋。

終審法院更認為，基本法第 22(4)條及基本法第 24 條並無關連。兩者要分開理解：第 22(4)條之「中國其他地區的人」，並不包括第 24 條中的「特區永久性居民」。終審法院認為，這樣理解，是附合「高度自治」的原則的。

筆者認為終審法院將基本法第 22(4)條及第 24 條分割理解的論據，值得商榷。

首先，根據基本法第 158(3)條，終審法院無權解釋第 22(4)條。按字面意思，「中國其他地區的人」可以包括第 24 條有香港居留權的港人於內地居住的子女。第 24 條清楚表明，第 24(1)，(2)類別人士，是「中國公民」，而要成為特區永久性居民，他們在香港以外所生的子女亦必須為“中國籍”。

由於這一批人是在中國其他地區居住的中國公民，內地有關部門有權審批他們離開內地進入特區，是理所當然的。內地有關部門如何行使審批權，特區政府以至特區法院無權置問。

但是，為了保持香港的繁榮和穩定，並考慮到香港的現實情況，基本法第 22(4)條規定了進入特區定居的人數由中央人民政府主管部徵求特區政府的意見後確定。這是基本法中為了體現一國兩制而對中央政府的

許可權作出了限制的一個例子。

由於基本法第 22(4)條及第 24 條存在交疊部分，終審法院將其分割而得出「港人於內地出生子女的居港權問題純屬特區自治範圍」的結論是有所偏差的。終審法院自行作出解釋也是不對的。

必須說明，終審法院並不全盤否定居權證計劃。首先，它同意自稱根據基本法 24(3)條在香港有居留權的人士，必須通過申請居權證來核實其資格。但是，有關之申請，須向內地有關部門，抑或香港人民入境事務處提出，終審法院建議兩地進行磋商。

#### **[IV] 有關終審法院管轄權的爭議**

裁決引起極大爭議的，主要是第 34 頁中一段的內容：-

(筆者翻譯)

“引起爭議的，是究竟特區的法院是否有管轄權去審議人大或人大常委會的立法行為是否附合基本法。假如被發現為不附合(基本法的話)，是否可以宣佈其為無效。我們認為，特區法院的確有此管轄權。

事實上，假若特區法院發現(人大或人大常委會)有不附合基本法的(立法行為)，它有責任宣佈其為無效。我們趁此機會毫不含糊地說明這一點。”

此一段判詞引起北京「護法四老」強烈批評。他們的論據，已經廣為傳媒報導，眾所周知。注二

究竟終審法院的判詞，為甚麼要作出上述聲明？「四大護法」的批評，是否出於對終審法院判決的「誤解」？

毫無疑問，終審法院的管轄權，源自全國人民代表大會。

基本法第二條規定：「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。」

基本法第十一條第二款規定：「香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。」

由於人民入境條例第二及第三次修改，都是由臨時立法會通過的，「無證兒童」的代表律師提出質疑臨時立法會的合法性(即臨立會的成立是否違反了基本法中附件二“立法會的產生辦法”)。其邏輯是：假如臨立會的設立不附合基本法的規定，則其通過的法律也是無效的。而臨立會是特區籌委會根據人大常委會的一些決定而設立的。要考慮臨立會的設立是否符合基本法，終審法院認為它無可避免地必須審議人大常委會的決定。

必須注意的是，終審法院承認它的管轄權受基本法第 19(2)&(3)及 158 條限制：即它對人大或人大常委會的立法行為的審核，只限于特區自治範圍之內的事情，而審核的目的，是為了維護基本法。

終審法院的裁決，是肯定了臨立會的合法性。即臨立會的設立，是符合基本法的。

但是，筆者認為，終審法院實無必要“審議”人大常委會的決定。它只要肯定臨立會乃籌委會根據人大常委會的授權所設立這一個事實，便可肯定臨立會的合法性。它實無必要再進一步審議人大常委會的決定是否符合基本法。它這樣做，惹來了「四大護法」對終審法院的批評。

終審法院後來的「澄清」，仍然沒有解決它是否有對人大或人大常委會

就特區自治範圍內之立法行爲，進行審核的管轄權。

筆者認爲，假使終審法院的司法復核只針對特區政府行政以至立法機關的行爲，是絕對符合基本法的，內地法律界也不應否定。「四大護法」提及的所謂《憲法性管轄權》，實質上就是司法復核的管轄權。根據普通法原則，這是合理不過的，但其地域管轄範圍應只限於特區之內。「四大護法」的批評，是根據大陸法系的原則。但是，大陸法並不適用於香港。同樣，終審法院只對特區自治事務有管轄權，而不能將普通法原則，套用於國內。「四大護法」與終審法院的矛盾，在於雙方都把有關法律原則的地域適用範圍擴大了。

但是，筆者並不同意一些人仕對終審法院裁決的意見：-

- (1) 筆者不同意有人認爲，籌委會在 96 年 8 月通過有關《基本法》第二十四條(二)的「意見」，限制永久居民的定義不包括出生時父母不是香港永久居民的子女，獲人大通過，因此具“法律效力”。

當時籌委會主任委員錢其琛在發言中清楚表示，有關「意見」是供特區制定有關實施細則時「參考」。由此可知，「意見」並非「決定」，也不是最終的依據或定案。

- (2) 有人認爲，據《基本法》第十七條，特區政府須把臨時立法會通過的有關法例提交人大常委備案，人大常委沒有發回重議，即表示符合《基本法》。這個提法有兩個問題，第一，備案並不影響法例的生效，第二，人大常委會只有權發回不符合基本法中關於中央管理事務及中央和特區關係的條款的法律。因此，先要攪清究竟有關法律是屬於特區自治，中央管理事務抑或中央和特區關係的範圍，才能決定第十七條是否適用。

## (V) 結論

筆者認為，「裁決」的謬誤，主要有兩點：首先，終審法院對其自身管轄權的理解有所偏差。這也是裁決引起北京法律專家嚴厲批評的原因。

諷刺的是，終審法院對其自身管轄權的錯誤理解，其實並沒有影響裁決最關鍵的結論。

其次，終審法院對基本法第 158 條的理解，特別是它認為有關的問題屬於特區自治範圍內，因而可以自行作出解釋的看法是錯誤的。原因已于上文中詳述。

那麼，「裁決」究竟是「法治」的勝利，抑或是法治的悲哀？

儘管裁決引來各種各樣的批評，也儘管有一些人基於種種動機對「裁決」作出爭論，筆者認為，「裁決」的確是法治的勝利。

首先，終審法院認真執行其作為基本法的「守護者」的角色，為了維護它所理解的「一國兩制」，「特區高度自治」原則，「擇善固執」。

第二，北京專家們即使指出了終審法院判決的誤差，也只是「以法論法」，對「判決」的具體內容，基本上還是尊重的。而且，他們對判決的批評，也是出於對基本法中「一國兩制」方針的維護。

第三，「判決」引起的大辯論，令各界人士更多瞭解基本法，國內人仕更尊重「兩制」，而本港人仕則更能體會「一國」的精神。

各方人仕，都明白「法治」，乃香港成功的基石，因此對裁決的爭拗是否危害本港法治極度重視。

「裁決」對香港的社會、經濟固然帶來極大衝擊；但對落實「一國兩制」方針，則提供了很可貴的經驗。這也是「裁決」的歷史意義。

注一：《基本法》第一百五十八條的內容如下：-

- (一) 本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。
- (二) 全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對基本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。
- (三) 香港特別行政區法院在審理案件時對基本法的其他條款也可解釋。但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作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。
- (四) 全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋，徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見。

注二：北大兼職教授邵天任說：「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上，在管轄範圍上，是把管轄權擴展到北京。」「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……這實際上是要把香港變成一個獨立的政治實體……」

北大法律系教授蕭蔚雲說：「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。終審法院宣稱有這種權力(《憲法》性管轄權)，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」。「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……整部《基本法》沒有任何地方規定終審法院有這種權力」。

人民大學教授許崇德說：「《基本法》第二十二條第四款規定：「中國其他地區的人進入香港特別行政區必須辦理批准手續」。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，確實屬於全國人大常委會。」

社會科學院法學所教授吳建璠說：「基本法第十九條規定，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，也包括作為地方行政區域的法院不能對中央立法提出質疑。」

**鄭家賢**

**1999年3月**