

香港终审法院有关「无证儿童」的判词

与基本法中「一国两制」的精神

1999年1月29日，香港终审法院判决八十五名「无证儿童」得直。这个被评为标志着「香港法治胜利」的判决(“判决”)，旋即引起轩然大波。一方面，判决令人担心，港人在内地子女涌入香港会给香港造成沉重的经济负担，为香港经济复苏增添困难。另一方面，判决触动了《基本法》中有关「特区自治范围内事务」的灰色地带，究竟中央政府管理事务和涉及中央及特区关系事务的界线该如何界定？解释《基本法》该依循那些原则？终审法院的司法管辖权范围与特区「高度自治」有何关系？终审法院如何体现「一国两制」的精神？

本文将「以法论法」，尝试从法律观点对判决作出讨论。至于「判决」所引起的社会、经济以至政治问题，则不在本文讨论的范围内。

[I] 「无证儿童」案件中所争论的问题

终审法院于「无证儿童」案件中所要裁决的问题，是有关香港人于内地所生的子女，是否于香港有居留权？有关之居留权，该如何行使？

于裁决的过程中，终审法院需要就基本法第二十四条有关「香港特别行政区永久性居民」的定义作出解释。

终审法院对基本法的解释权，沿自基本法第158条人大常委的授权。终审法院要根据基本法第二十四条对以下的问题作出裁决：

- (1) 香港居民于内地的非婚生子女，是否享有香港居留权？
- (2) 该等儿童于出生时，其父或母是否必须已为香港居民？某人于成

为香港居民以前于内地出生的子女，是否可以享有香港居留权？
上述第(1)及(2)项，根据临时立法会于 1997 年 7 月 1 日通过人民入境条例第二次的修改，答案是否定的。

- (3) 1997 年 7 月 10 日，香港临时立法会通过人民入境条例第三次修改关于香港居民于内地出生子女，必须同时拥有人民入境事务处发出之「居港权证」(「Certificate of Entitlement」)，以及内地有关部门发出之「单程证」，才能享有居港权(以下简称「居权证计划」)。上述之居权证计划，是否符合基本法的规定？

首先，此居权证计划的施行，是否能追溯至 1997 年 7 月 1 日？

第二，「居港权证」，是否必须于内地向有关部门申请？

第三，有关人仕是否必须同时取得「单程证」，才能享有「居港权」？

[II] 裁决的结论

- (1) 人民入境条例(第三号修改)没有追溯力，换句话说于 1997 年 7 月 1 日至 7 月 9 日进入特区而符合基本法 24(3)条规定的人仕，不须申请「居港权证」而可享有居港权。这等于特赦了为数约 1500 名于这期间偷渡入境之人仕。
- (2) 基于基本法第 25 条「香港居民在法律面前一律平等」的原则，港人在内地非婚生之子女，只要符合基本法 24(3)条之规定不管其父或母为香港居民均有资格成为特区永久性居民。
- (3) 根据基本法第 24 条，终审法院认为，港人于内地所生子女，不需要于出生时其父或母已成为香港居民，亦可享有居港权。
- (4) 「居港权证」计划中有关「单程证」部份，不符合基本法第 24 条。即持有「单程证」与否，并不影响持有「居港权证」人士

享有「居港权」。

[III] 基本法第一百五十八条

于考虑上述各问题时，终审法院要根据基本法第一百五十八条的授权，解释基本法。注一

终审法院的判决，在外间所引起的争论，其中一项，是有关终审法院是否正确行使基本法第 158 条的解释权。即：港人于内地出生子女的居港权问题，是属于「特区自治范围内」的条款，终审法院应按基本法第 158(2)条自行解释；抑或属于「中央和特区关系」的条款，终审法院应依照基本法 158(3)条请全国人大常委作出解释？

「判决」中第 43 页至 62 页解释了终审法院为何认为港人于内地出生子女的居港权问题，是属于特区自治范围内的条款，不须请全国人大常委作出解释。

首先，终审法院认为应由终审法院本身决定有关问题是否属于中央和特区关系的条款。其次，终审法院要自行决定该条款是否于审理案件时需要作出解释，而该条款的解释又影响到案件的判决。

若终审法院认为上述各项情况都符合时，那么，于终局判决前，终审法院应请人大常委解释。

换句话说，终审法院认为，是否激活「人大常委解释」机制的决定权在它自己。

若单从基本法 158(3)条来看，笔者认为终审法院对它的基本法解释权的理解是对的。这也是基本法中对特区「高度自治」，对特区法院「司法独立」的体现。

同时，基本法第 158(1)条清楚说明，基本法的解释权属于人大常委。这包括了有关特区自治范围内的事务，中央管理的事务，以至中央与特区关系的条款。不管终审法院是否激活「请人大常委解释」的机制，人大常委都可以主动对基本法的有关条文作出解释。

但是，笔者想指出两点：

首先，基本法中并不存在港区人大代表请人大常委会解释基本法的机制。即使港区人大是在正确行使其职权，也可能被看作干预特区法院的司法独立，违反了基本法中第 85 条，即：「特区法院独立进行审判，不受任何干涉，司法人员履行审判职责的行为不受法律追究」的规定。

其次，即使人大常委会行使解释权，对「无证儿童」判决所涉及的基本法条款从新解释，也不影响一月二十九日终审法院的判决。人大常委不能推翻终审法院已作的判决。终审法院的判决，的确是终局的。这也是特区法院司法独立的体现。

那么，终审法院不激活基本法第 158(3)条「请人大常委解释」机制的决定，是否正确？换句话说，港人于内地出生子女的居港权问题，是否只属于「特区自治范围」内的问题？

终审法院于本案中，需要审议人民入境条例(第三次修改)有关「居权证计划」的规定，是否符合基本法。

代表特区政府的律师，提出「居权证计划」中有关「单程证」的规定，乃根据基本法第 22(4)条而订出。而基本法第 22(4)条乃是有关「中央与特区关系」的条例，或有需要请人大常委解释。

基本法第 22(4)条规定，「中国其它地区的人进入香港特别行政区须办

理批准手续，其中进入香港特别行政区定居的人数由中央人民政府之管部门征求香港特别行政区政府的意见后确定。」

终审法院认为，基本法中特区自治范围之条款，难免与基本法中其它非自治范围之条款有这样那样的关连，假若因这些关连，终审法院便请人大常委会作出解释，特区的「自治」将会被削弱，终审法院的管辖权亦将被剥夺。除非终审法院认为，案件中主要的问题涉及基本法中非自治范围条款之解释，否则，不用请人大常委作出解释。

终审法院更认为，基本法第 22(4)条及基本法第 24 条并无关连。两者要分开理解：第 22(4)条之「中国其它地区的人」，并不包括第 24 条中的「特区永久性居民」。终审法院认为，这样理解，是附合「高度自治」的原则的。

笔者认为终审法院将基本法第 22(4)条及第 24 条分割理解的论据，值得商榷。

首先，根据基本法第 158(3)条，终审法院无权解释第 22(4)条。按字面意思，「中国其它地区的人」可以包括第 24 条有香港居留权的港人于内地居住的子女。第 24 条清楚表明，第 24(1)，(2)类别人士，是「中国公民」，而要成为特区永久性居民，他们在香港以外所生的子女亦必须为“中国藉”。

由于这一批人是在中国其它地区居住的中国公民，内地有关部门有权审批他们离开内地进入特区，是理所当然的。内地有关部门如何行使审批权，特区政府以至特区法院无权置问。

但是，为了保持香港的繁荣和稳定，并考虑到香港的现实情况，基本法第 22(4)条规定了进入特区定居的人数由中央人民政府主管部征求特区政府的意见后确定。这是基本法中为了体现一国两制而对中央政府的

权限作出了限制的一个例子。

由于基本法第 22(4)条及第 24 条存在交叠部分，终审法院将其分割而得出「港人于内地出生子女的居港权问题纯属特区自治范围」的结论是有所偏差的。终审法院自行作出解释也是不对的。

必须说明，终审法院并不全盘否定居权证计划。首先，它同意自称根据基本法 24(3)条在香港有居留权的人士，必须通过申请居权证来核实其资格。但是，有关之申请，须向内地有关部门，抑或香港人民入境事务处提出，终审法院建议两地进行磋商。

[IV] 有关终审法院管辖权的争议

裁决引起极大争议的，主要是第 34 页中一段的内容： -

(笔者翻译)

“引起争议的，是究竟特区的法院是否有管辖权去审议人大或人大常委会的立法行为是否附合基本法。假如被发现为不附合(基本法的话)，是否可以宣布其为无效。我们认为，特区法院的确有此管辖权。

事实上，假若特区法院发现(人大或人大常委会)有不附合基本法的(立法行为)，它有责任宣布其为无效。我们趁此机会毫不含糊地说明这一点。”

此一段判词引起北京「护法四老」强烈批评。他们的论据，已经广为传媒报导，众所周知。注二

究竟终审法院的判词，为甚么要作出上述声明？「四大护法」的批评，是否出于对终审法院判决的「误解」？

毫无疑问，终审法院的管辖权，源自全国人民代表大会。

基本法第二条规定：「全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。」

基本法第十一条第二款规定：「香港特别行政区立法机关制定的任何法律，均不得同本法相抵触。」

由于人民入境条例第二及第三次修改，都是由临时立法会通过的，「无证儿童」的代表律师提出质疑临时立法会的合法性(即临立会的成立是否违反了基本法中附件二“立法会的产生办法”)。其逻辑是：假如临立会的设立不附合基本法的规定，则其通过的法律也是无效的。而临立会是特区筹委会根据人大常委会的一些决定而设立的。要考虑临立会的设立是否符合基本法，终审法院认为它无可避免地必须审议人大常委会的决定。

必须注意的是，终审法院承认它的管辖权受基本法第 19(2)&(3)及 158 条限制：即它对人大或人大常委会的立法行为的审核，只限于特区自治范围之内的事情，而审核的目的，是为了维护基本法。

终审法院的裁决，是肯定了临立会的合法性。即临立会的设立，是符合基本法的。

但是，笔者认为，终审法院实无必要“审议”人大常委会的决定。它只要肯定临立会乃筹委会根据人大常委会的授权所设立这一个事实，便可肯定临立会的合法性。它实无必要再进一步审议人大常委会的决定是否符合基本法。它这样做，惹来了「四大护法」对终审法院的批评。

终审法院后来的「澄清」，仍然没有解决它是否有对人大或人大常委会

就特区自治范围内之立法行为，进行审核的管辖权。

笔者认为，假使终审法院的司法复核只针对特区政府行政以至立法机关的行为，是绝对符合基本法的，内地法律界也不应否定。「四大护法」提及的所谓《宪法性管辖权》，实质上就是司法复核的管辖权。根据普通法原则，这是合理不过的，但其地域管辖范围应只限于特区之内。「四大护法」的批评，是根据大陆法系的原则。但是，大陆法并不适用于香港。同样，终审法院只对特区自治事务有管辖权，而不能将普通法原则，套用于国内。「四大护法」与终审法院的矛盾，在于双方都把有关法律原则的地域适用范围扩大了。

但是，笔者并不同意一些人仕对终审法院裁决的意见：-

- (1) 笔者不同意有人认为，筹委会在 96 年 8 月通过有关《基本法》第二十四条(二)的「意见」，限制永久居民的定义不包括出生时父母不是香港永久居民的子女，获人大通过，因此具“法律效力”。

当时筹委会主任委员钱其琛在发言中清楚表示，有关「意见」是供特区制定有关实施细则时「参考」。由此可知，「意见」并非「决定」，也不是最终的依据或定案。

- (2) 有人认为，据《基本法》第十七条，特区政府须把临时立法会通过的有关法例提交人大常委备案，人大常委没有发回重议，即表示符合《基本法》。这个提法有两个问题，第一，备案并不影响法例的生效，第二，人大常委会只有权发回不符合基本法中关于中央管理事务及中央和特区关系的条款的法律。因此，先要搅清究竟有关法律是属于特区自治，中央管理事务抑或中央和特区关系的范围，才能决定第十七条是否适用。

(V) 结论

笔者认为，「裁决」的谬误，主要有两点：首先，终审法院对其自身管辖权的理解有所偏差。这也是裁决引起北京法律专家严厉批评的原因。

讽刺的是，终审法院对其自身管辖权的错误理解，其实并没有影响裁决最关键的结论。

其次，终审法院对基本法第 158 条的理解，特别是它认为有关的问题属于特区自治范围内，因而可以自行作出解释的看法是错误的。原因已于上文中详述。

那么，「裁决」究竟是「法治」的胜利，抑或是法治的悲哀？

尽管裁决引来各种各样的批评，也尽管有一些人基于种种动机对「裁决」作出争论，笔者认为，「裁决」的确是法治的胜利。

首先，终审法院认真执行其作为基本法的「守护者」的角色，为了维护它所理解的「一国两制」，「特区高度自治」原则，「择善固执」。

第二，北京专家们即使指出了终审法院判决的误差，也只是「以法论法」，对「判决」的具体内容，基本上还是尊重的。而且，他们对判决的批评，也是出于对基本法中「一国两制」方针的维护。

第三，「判决」引起的大辩论，令各界人士更多了解基本法，国内人仕更尊重「两制」，而本港人仕则更能体会「一国」的精神。

各方人仕，都明白「法治」，乃香港成功的基石，因此对裁决的争拗是否危害本港法治极度重视。

「裁决」对香港的社会、经济固然带来极大冲击；但对落实「一国两制」方针，则提供了很可贵的经验。这也是「裁决」的历史意义。

注一：《基本法》第一百五十八条的内容如下： -

- (一) 本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。
- (二) 全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对基本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。
- (三) 香港特别行政区法院在审理案件时对基本法的其它条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。
- (四) 全国人民代表大会常务委员会在对本法进行解释，征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。

注二：北大兼职教授邵天任说：「终审法院宣称拥有宪法性管辖权，在权力关系上，是把自己凌驾于全国人大及其常委会上，在管辖范围上，是把管辖权扩展到北京。」「判词的意思很清楚，就是特区终审法院的权力带有主权性质……这实际上是要把香港变成一个独立的政治实体……」

北大法律系教授萧蔚云说：「全国人大是最高国家权力机关，人大的立法行为和决定是任何机构都不能挑战和否定的。终审法院宣称有这种权力(《宪法》性管辖权)，实质上是认为自己可以凌驾于人大及其常委会之上，这既违反《宪法》，与国家体制不

符，也是完全违背「一国两制」的原则的」。「审查香港法律是否符合《基本法》，是全国人大常委会的权力，不是终审法院的权力……整部《基本法》没有任何地方规定终审法院有这种权力」。

人民大学教授许崇德说：「《基本法》第二十二条第四款规定：「中国其它地区的人进入香港特别行政区必须办理批准手续」。这项条款，属于「中央与特区关系条款」是毫无疑问的。因此，该条款中「中国其它地区的人」的解释权，确实属于全国人大常委会。」

社会科学院法学所教授吴建璠说：「基本法第十九条规定，特区法院继续保留原有法律制度和原则对法院审判权的限制，这种限制包括了法院只执行法律而不能对法律提出质疑，也包括作为地方行政区域的法院不能对中央立法提出质疑。」

邝家贤

1999年3月