

基本法諮詢委員會

中華人民共和國香港特別行政區
基本法諮詢委員會
THE CONSULTATIVE COMMITTEE FOR THE BASIC LAW
OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION OF
THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

CCBL-SG/C-SAR-2/4-LE02-890907

敬啟者：

中央與香港特別行政區的關係專題小組第四次會議通知已於日前寄出，敬請委員到時撥冗出席。

為方便委員考慮中港關係的問題，會議召集人黃麗松委員委托本處寄上兩篇基本法起草委員李福善先生對基本法的意見，分別為《再談司法管轄權和司法解釋權》和《我對基本法（草案）的修改建議》之一、二、三，以供委員參考。

此外，為方便起草委員修改（草案）中中港關係的條文，召集人建議委員除對各條文提出不同意見外，亦請建議具體的修改方法。委員對此若有任何修改建議，請連同對第三次會議紀錄的修改意見（會議紀錄已於日前寄上），於九月十三日前寄回本處。

此致

中央與香港特別行政區
的關係專題小組委員

基本法諮詢委員會秘書處
會務主任



黃蕙瑜
一九八九年九月七日

再談司法管轄權和司法解釋權

*基本法起草委員

李福善

港人對基本法大多過於重視政治體制及人權部分，而對維護民主與人權的最重要因素「法治」反較為輕視。我感覺他們實在有輕重倒置，捨本逐末的失誤。

「物有本末，事有終始，知所先後，則近道矣。」以上幾句話是孔氏遺哲「大學」裏教人從修身到治國的道理，對造人進事，這道理都非常適合引為箴言，如用作研討基本法草案的方針，也極恰當。自從基本法起草工作展開以來，香港各界人士對那草案發表了不少意見，根據傳播媒介的報導和基本法諮詢委員會徵集意見的報告，反映出香港人最關心的是選舉制度和人權問題，而對香港的將來最重要的基本問題——法治問題，亦即是司法管轄權和司法解釋權問題，忽略了，從諮詢會去年度發表其徵集意見所得的報告看，有關選舉制度的意見有二十二頁，有關政治體制的有三十頁，有關國際公約人權方案的共十頁，而有關司法管轄權和司法解釋權的共只有十七頁，我認為港人對基本法草案的各點，有些輕重倒置，捨本逐末了。

政制與人權非當前急務

實行普選一人一票分區選舉的民主政制，作用是保障人權，而盡量維護人權，發揮自由，是實現民主的要害，兩者相輔相成，是任何民主社會的最終目的和理想，不過要達到這目的和理想也得先考慮現有的社會狀況，何者為當務之急，何處有潛伏危

機，大家小心研討，預先加以防範，以免在驟然施行之下，影響到理想的實現。

香港的現行政制，是殖民地政制，無民主的可言，確未實行普選，可是現在的執政者，凡有政事改革，表面上也會諮詢民意，儘管現有的諮詢，得到的民意反應，很多時不甚熱烈，但在有強烈的民意反應時，執政者亦常改頓易轍，遷就民意。

至於人權方面，香港的法律，雖然沒有如何全面的成文法規定，但香港人的生活自由、經濟自由、商業自由、言論自由、都已得法律的保障。誠然香港法律，還沒有明文規定廢除死刑，不得以殘酷手段對付囚犯，或不得奴役市民，不過，在香港來說，早就沒有執行死刑，酷刑也不存在，奴役更不用說，而且還有一個真正獨立的司法機構享有無限制管轄權和司法解釋權，主持公道，如行政部門有越執行為，或市民人權遭受侵犯，都可向法院申訴。

雖然現有些終審權是屬於英國的樞密院司法委員會，但當這委員會處理在香港發生的案件時，也必以香港的法律為準則，所以香港的現有政治體制和人權的保障，雖仍有可改善之處，但亦沒有一步登天的需要，過急於推進與現有狀況不調和的過劇改革，因為現在基本法草案聲明香港有高度自治，選舉制度可以自訂，可以修改，是人權方面，亦在第三章有詳細的規定。最可惜的是司法管轄權和司法解釋權反在草案裏受明文規定有所限制了。

退一步來說，假如將來頒佈的基本法明文規定，一九九七年七月一日以後馬上舉行普選，在香港特

別行政區建立一個像西方國家模式的民主政府，實行內閣制，給予立法機關以無上權威，又把兩個國際人權公約都為進去，而在司法管轄權和司法解釋權方面却有所保留，加上限制，試問又如何實施「法治」，如何實行民主保障人權呢？

司法權受限制民主人權落空

我提出這個意見的理由，已經發表過，並刊登在香港明報二月十七、二十和二十一版，不再贅述。現在我只重述我所舉的一個例稍加解釋。假如解放軍他日在香港特別行政區認為某一市民觸犯了內地的法律把他逮捕，依照香港原有法律該市民可向法院申請「人身自由令」(Writ of Habeas Corpus)，恢復自由。基本法草案第二十二條內也明文規定：「中央各部門、各省、自治區、直轄市在香港設立的一切機構及其人員均須遵守香港特別行政區的法律」，可是草案內第十九條第三款又規定：「香港特別行政區法院對屬於國家行為的案件無管轄權……」，又第一百五十七條第三款規定：「……(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對有關條款作出解釋……」在人民代表大會常務委員會作出解釋後，香港特別行政區法院就得依照該解釋為準。

依照上述的例子，如被捕的市民申請「人身自由令」，而解放軍方面認為這是「國家行為」，或解放軍並不屬於基本法草案第二十二條所載的「中央部門」或提出根據第十九條和第二十二條的規定法院並無管轄權和司法解釋權，那麼即使法院的原訟庭不同意，這個關於管轄權的先決法律問題和解放軍是否「中央部門」那一個逮捕是否「國家行為」的解釋，便要上訴到終審法庭，在該逮捕案聆訊前審決，終審法庭即須先行請示全國人民代表大會常務委員會，方可作出裁判，到時常務委員會如何解釋，我不便妄自臆度。不過有一個可能是：常委會解釋解放軍的逮捕過程是「國家行為」，而案件又屬於有關中央政府與特區關係的條款範圍，那時終審法庭也須判決原訟庭並無該逮捕案的司法管轄權，那市民「人身自由令」申請，便要駁回，因為法院既對該逮捕過程無司法管轄權，又豈能對該逮捕行為是否符合法律或違反基本法草案的國際維護人權的公約呢？在這種情形下，香港特別行政區政府又有何能力保障市民的人身自由？

以上的事例，未必會發生，解放軍未必會在香港特別行政區隨便拘捕市民，全國人民代表大會常務委員會也未必作出上述的解釋，但這可能性並不能排除，而按現有的基本法草案第一百五十七條香港特別行政區終審法庭確有請示常務委員會作出上述司法解釋的必要責任，這是事實。

最可惜的是，香港人士在發表他們對基本法草案的意見時，大多數過於重視和權位與人權直接有關的政治體制及人權部份，而對維護民主與人權的最重要因素「法治」，亦即獨立司法管轄權和司法解釋權，反較為輕視，我感覺他們實在有輕重倒置，捨本逐末的失誤。正如(大學)裏所謂「其本亂而未治者否矣，其所厚者薄，而其所薄者厚，未之有也」。我們在對基本法草案作最後的研討時，實在有對這關鍵問題——維持獨立法治，保護人權，確人民的問題——慎重考慮的必要。

別行政區建立一個像西方國家模式的民主政府，實行內閣制，給予立法機關以無上權威，又把兩個國際人權公約都為進去，而在司法管轄權和司法解釋權方面却有所保留，加上限制，試問又如何實施「法治」，如何實行民主保障人權呢？

我對基本法(草案)的修改建議

*基本法起草委員 李福善

有一位香港草委對我解釋，草案加上「法院對屬於國家行為的案
件無審轄權」一句，是恐怕國內委員不充份了解「香港原有的法律
制度和原則」的涵義，將來切實執行條文時，會產生誤會，這好像
說香港草委騙了他們，要寫清楚。

中英關於香港問題聯合聲明第三條第三
款，中華人民共和國政府對香港的基本方
針有如下聲明：
「香港特別行政區享有行政管理權、立
法權、獨立的司法權和終審權。現行的法
律基本不變。」

又在附件一第三節作了如下的承諾：
「香港特別行政區成立後，除因香港特
別行政區法院享有終審權而產生的變化外
，原在香港實行的司法體制予以保留。」
首先令人鼓舞的是「獨立」兩字只冠在
「司法權和終審權」之上，而對「行政權
」和「立法權」只採用「高度自治」來形
容，並沒有像「司法權和終審權」那樣冠
以「獨立」兩字。這表示雙方政府深知「
司法獨立」對香港特別行政區能否保持安
定繁榮的重要。

最近第八次全體會議中通過的基本法
(草案)的第一章第二條有如下規定：
「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。」

細心參閱這條文內「依照本法」四字，
可見司法權和終審權的獨立，還有待在基
本法的其他條文內加以規定。

兩條條文

基本法(草案)有關司法權和終審權的
條文有二：第十九條規定法院的司法管轄
權，第一百五十條規定司法解釋權。
第十九條：香港特別行政區享有獨立
的司法權和終審權。
香港特別行政區法院除增設維持香港原
有法律制度和原則對法院審判權所作的限
制外，對香港特別行政區所有的案件均有
審判權。

香港特別行政區法院對屬於國家行為的
案件無管轄權。香港特別行政區法院在審
理案件中遇有涉及國家事實的問題，應取
得行政長官就該等問題發出的證明文件，
上述文件對法院有約束力。
行政長官在發出證明文件前，須取得中
央人民政府的證明書。」

而後者則說「法院對屬於中央人民政
府管理的國防外交事務和中央人民政府的
行政行為案件無管轄權」。

有問題的一句話

我個人意見認為，草案第十九條第二款
已經充分規定香港特別行政區法院管轄權
的範圍，實在無須加上第三款的第一句。
因為根據香港原有的法律制度和原則，法
院從來不受理有關國防、外交，和中央或
地方政府政治性行為的案件。不過，如果
外交、國防或行政行為損及公民的人身自
由或財產時，法院就可以處理審判有關的
「人身自由令」，或對公民財物損失補償
等案。假如說法院連對上述案件的管轄權
也沒有，就違背了現行原有的法律制度和
原則，並且產生矛盾。

在第七次全體大會分組討論時，我曾提
議刪去徵求意見稿第十八條第三款的第二
句，會後秘書處發出的文件亦已將該句刪
去。相信我那建議已獲得大多數委員的同
意，後來派發基本法(草案)(徵求意見
稿修改稿)以備第八次全體大會討論時，
又把該上述的第一句寫入第三款內，未知
原因何在。
最近有一位香港起草委員對我解釋說，
重寫入該句的理由，是恐怕國內委員不充
分了解「香港原有的法律制度和原則」的

基本法(草案)第
十九條的前身是基本
法(草案)(徵求意
見稿)的第十八條，
全文大致相同，但第
三款的第一句，前者
說「法院對屬於國家
行為的案無管轄權
」，而後者則說「法
院對屬於中央人民政
府管理的國防外交事
務和中央人民政府的
行政行為案件無管轄
權」。

涵義，將來切實執行條文時，會產生誤會
和困難。這好像香港委員騙了他們，所以
要寫清楚。可是在我看來，現在的高法更
不清楚。我的觀點和理由，在上文說過了
，不贅。
再者，如果重寫入該句的理由是如上述
的簡單，也太侮辱了國內委員的能力和智
慧。國內法律界的起草委員都是資深的法
理和法律學者，桃李遍中國，造就了不少
法律界人才。況且他們都是大學教授或法
律研究所的所長或成員。經過了三年來對
這問題反覆討論，相信他們對香港原有的
法律制度和原則，與普通法的判例，可能
比香港有些委員更清楚。經過了三年的研
討，即使非法律界的委員，對這亦很清晰
，何必多此一舉，寫出三不像的條文呢？
這是我感覺到的第一個死結。(我對基
本法(草案)的修改建議之三之一)



邵天任

蕭蔚雲

經過了三年來對問題反覆討論，國內法律界的
起草委員對香港原有的法律制度和原則，與普
通法的判例，可能比香港有些委員更清楚。

我對基本法(草案)的修改建議

*基本法起草委員 李福善

什麼是「自治範圍內」？什麼是「人民政府管理的事務」？什麼是「中央與特區關係」？何者為上述的條款？基本法內沒有明確的分析。全國人民代表大會常務委員會需要憑空解釋，實是一個難題。

「第一百五十七條：本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。」

香港特別行政區法院在審理案件時對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與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對有關條款作出解釋。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引用該解釋時，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。

全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見。這是一條文引起一個很複雜的問題。假如駐守在特區內的一解放軍一拘捕了一個香港居民。那居民按照現有的法律制度，可向法院申請「人身自由令」。法院便有審判該案的權力。但這問題也可能有關「國家行為」或「國防」或「中央與特區關係」。當全國人民代表大會常務委員會作出解釋時，終審法院也不能過問，那麼如何保障「人權」呢？又如如駐軍損壞了居民的房產，特區法院也遇上同樣的困難。依照香港現有的法律制度和原則，居民在同樣情況下，可控訴律政司，要求政府賠償損失。但如此照第一百五十七條的規定，在全國人民代表大會常務委員會作出解釋後，居民的唯一申訴途徑是告到北京去，按國內的法律處理。那還說得上「香港特別行政區享有獨立的司法和終審權」嗎？

難題着實不少
現在的「香港總督」與將來的「香港特別行政區行政長官」身分不同。前者是香港的三軍總司令，駐港軍人如有越權或不法行動，居民雖然不能控訴港督，但可控訴政府的代表人；後者須告到倫敦去。將來的行政長官不會是香港特別行政區的三軍總司令，對駐港的三軍未有明文規定的管轄權。居民如受軍方的委屈，不能向行政長官或法院申訴，豈不是有冤無路訴？這是另一個死結。

還有，什麼是「自治範圍內」？什麼是「人民政府管理的事務」？什麼是「中央與特區關係」？何者為上述的條款？本法內沒有明確的分析。全國人民代表大會常務委員會需要憑空解釋，實又是一個難題。

最後，以原有的法律制度和原則而言，法律條文的解釋權全在法院。行政和立法機關（如全國人民代表大會常務委員會）只作條文上的修改而不行使解釋權的。話得說回來，中國憲法規定全國人民代表大會常務委員會對基本法有解釋權，這當然是最終解釋權。如何解開這個死結也是一個難題。

目前的體制

據我的了解，第一百五十七條有這樣的規定，大概因為依照香港的現行司法制度，終審權在英國的樞密院。該院的組成，包括立法機關與行政機關的成員。如將來香港特區的終審法院不受中央控制，就無從體現中央的主權。再者，歐洲法庭也可解釋歐洲共同體國家的法律，並未有入說是損害了任何共同體國家的獨立終審權。在這方面，我有不同的看法。樞密院的終審權理論上是由樞密院的名義執行，實際執行終審權的不是樞密院的任何成員，而是樞密院的司法委員會。這個委員會是由英聯邦內資深的法官和法律界人士組成。可是全國人民代表大會常務委員會是由中央行政立法機關成員組成，而將來的香港特別行政區基本法委員會也未必是純粹由法律界人士組成，這是第一個不同點。其次，在樞密院司法委員會作出終局判決之前，雙方當事人的律師有權在該司法委員會前申辯，而在將來的香港特區基本法委員會前，雙方律師沒有申辯的權利，尚沒有決定，這是第二個不同點。還有，樞密院司法委員會的判決，以提供意見方式呈交，英女皇循例接受，隨即遵照該司法委員會意見將該案判處。至於將來全國人民代表大會常務委員會是否必定遵照香港特區基本法委員會所提供的意見，也沒有規定，這是第三個不同點。以上都是我有的顧慮的原因。

至於歐洲法庭，是由條約產生，是數國一制，是幾個歐洲共同體的國家各自放棄部分終審權，讓給歐洲法庭，以便推行他們的共同經濟政策，將來中央對香港特區授予「一國兩制」和「獨立終審權」，似乎不宜左手給了全部，而右手取回一些。既發生矛盾現象，也有和「中英聯合聲明」不符的遺憾。（我對基本法(草案)的修改建議(三之二)）

1985年2月21日

我對基本法(草案)的修改建議

*基本法起草委員 李福善

應當作出修改

基於以上的理由，我認為解開上述幾個死結的最佳辦法，還是對基本法(草案)在經過第二次公開諮詢後，作出以下的修改：

一、第十九條——建議修改如下
(甲)刪去該條第三款的第二句「香港特別行政區法院對於國家行為的案件無管轄權」等字。
(乙)將該條第三款改為為：

「香港特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交的事實，應取得行政長官就該等問題發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。」

該條第一款、第二款和第四款可照原文。
這條文如上修改後將比較明確，

也避去了很多解釋條款的需要。

二、第一百五十七條——建議將這條文改為如下：

「本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。」

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本法自行解釋。全國人民代表大會常務委員會對於有關國防、外交或中央與香港特別行政區關係的條款保留最終解釋權。於全國人民代表大會常務委員會作出該等條款解釋前，由香港特別行政區法院對該等條款所作出超越其執行判決不受影響。於全國人民代表大會常務委員會作出解釋後，香港特別行政區法院在引用該等條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。

香港特別行政區法院在審理案件時，如遇有需要對全國人民代表大會常務委員會所保留最終解釋權的本法條款作出解釋時，香港特別行政區政府司有權向法院申請將該上條款先由全國人民代表大會常務委員會進行解釋。
全國人民代表大會常務委員會對本法條款進行解釋前徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見。」

不得已求其次

以上的修改，與基本法(草案)的原意大致相同，不過界限分得較為明確，而又避免法院需要自動向全國人民代表大會常務委員會請求解釋才可以作出判決，以免有干犯獨立司法權之嫌。事實上香港特別行政區政府司要對行政長官負責，而行政長官也要對中央負責。如遇

有對中央利益有重大影響的案件，律政司職責所在，絕對不能坐視不理的。

以上的修改建議，全是我個人的意見，也不是我認為為最滿意的。最好當然是全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院解釋全部基本法條款。不過這建議既然不被接受，只好退而求其次。我這次冒昧發出呼聲，不過是拋磚引玉，希望香港法律界有更好的建議，提出來共同研討。

經過三年多的工作，五個月的切實徵求意見，我覺得香港同胞對基本法特別注重的是政治體制和人權問題，而對於原有的法律體制和原則，以及真正的獨立司法系統，則注意較少。我認為基本法不論在政治方面作出如何妥善的安排，人權方面如何有美滿的保障，如果沒有一個像(中英聯合聲明)裏所承諾的切切實實的獨立司法制度和原則，那仍不免有重大缺陷，後患甚大。這是我提出要求解開上述幾個死結的原因。希望讀者有以教我。

(我對基本法(草案)的修改建議之三)