



---

# 香港特區 司法權與終審權的 形成與發展

---



香港回歸 20 多年來，「一國兩制」與基本法的實施取得了舉世矚目的成就，展現出強大生命力。基本法作為「一國兩制」方針的具體化、法律化、制度化，這部憲制性法律把國家對香港的基本方針政策和特別行政區制度確定下來，明確了香港特別行政區在「一國」下的法律地位，明確了中央與特別行政區的權力關係等基本問題，為解決各方面重大問題提供了根本依據，確保了香港的長期繁榮穩定。「一國兩制」與特別行政區制度是歷史上中國及其他國家為解決族群衝突與地方差異而採取的一種常見的不對稱治理形式，其中一個方面就是對特區司法權的深度下放。<sup>[1]</sup> 鄧小平同志最早於討論台灣問題時提出「司法獨立，終審權不須到北京」，但同時強調「自治不能沒有限度，既有限度就不能『完全』。制度可以不同，但在國家上代表中國的，只能是中華人民共和國」。<sup>[2]</sup> 鄧小平同志的此段講話為今後「一國兩制」在香港的實踐奠定了基礎，即在司法權與終審權問題上既要強調「一國」，也要推行「兩制」，確保在國家主權之下充分賦予特區高度自治的權力。實際上，香港司法權與終審權問題是基本法起草過程中極受關注的重要內容，無論在基本法草創之初抑或在諮詢期內、通過頒佈之時，都是社會各界關注的焦點。

回歸 20 多年後的今天，香港司法權與終審權的行使仍然是香港政制發展的熱點與重點，如何確保司法權與終審權的科學、合理、正確行使？香港特區的司法權與終審權到底包含哪些內容、在司法實踐



中面臨哪些問題與挑戰？對這些問題的討論與解決，不論對香港經濟社會發展，還是對「一國兩制」理論的發展都有極其重要的意義。一是在社會意識方面，香港是法治社會、法治之區，一切事務習慣於用法治思維進行管理，確定司法權與終審權的行使範圍與方式，能夠為香港社會穩定發展奠定基礎；二是在經濟與社會領域，香港經濟的高速發展、香港社會的繁榮與穩定都離不開司法權與終審權的正確行使；三是在政治領域，香港特區政治體制的最大特點是行政主導，如何在全面準確地把握香港政制特點基礎上確保司法權與行政權、立法權的有效互動，是確保香港社會始終體現高效、秩序、公平，確保香港繁榮穩定的關鍵問題。

由於香港特區與內地有着迥然不同的法律文化、制度、解釋方式以及容納政治壓力的能力，而長久以來業已形成的法治傳統又促使社會爭議問題往往首先轉化為法律問題，因此香港特區法院首當其衝，憑其對基本法的理解來維護法治。近年來，香港特區的司法權與終審權無論在行使方式抑或行使內容方面都遭遇難題，例如早前有吳嘉玲案、莊豐源案等帶來的釋法問題，近期有七警案、「宣誓風波」、「一地兩檢」等問題，均將司法機關行使司法權與終審權推上社會輿論的風口浪尖，也暴露出司法權與終審權行使過程中存在諸多待解決的問題。應當看到的是，基本法實施以來，香港行政主導體制日漸受到挑戰，立法會對行政長官制約有餘，配合不足。但值得肯定的是，香港特區法院在處理「政治議題」時保持了司法克己的優良傳統，因而不能一概而論把法院介入立法會內部權限紛爭、政治選舉、立法與行政權限爭議的舉動都視為對行政主導體制的破壞，而應當認識到，當前香港特區法院通過某種程度的「司法擴權」恰恰是由於現行基本法對香港政制構建的規定存在缺失、疏漏或模糊之處，是香港政治市場運行失靈或失序的結果。而且，從近期的法院判決來看，雖然大量政治性、觸動根本體制的案件湧入法院，但並不意味着裁判結果就一定是

1 參見程潔：〈不對稱治理格局下香港的憲制基礎與憲法適用〉，《中國法律評論》2018年第5期。

2 鄧小平：〈中國大陸和台灣和平統一的設想〉，載鄧小平：《鄧小平文選》（第三卷），北京：人民出版社1993年版，第30頁。

## 第一節

## 香港特區司法權與終審權的概念與由來



## 一、香港特區司法權的概念及其由來

在「一國兩制」構想提出之初，鄧小平同志曾就解決香港問題所採取的立場、方針、政策作出堅定表態，「我國政府在一九九七年恢復行使對香港的主權後，香港現行的社會、經濟制度不變，法律基本不變，生活方式不變，香港自由港的地位和國際貿易、金融中心的地位也不變，香港可以繼續同其他國家和地區保持和發展經濟關係。」<sup>[1]</sup> 這一具有歷史意義的講話奠定了回歸後香港法律制度與司法制度保留不變的共識與基礎。根據《中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》（以下簡稱中英聯合聲明）附件一第三部分規定：「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。」基本法規定了香港特別行政區享有高度自治權，基本法第2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。」香港特區享有獨立的司法權與終審權，是香港特區實行高度自治的重要內容。因此，香港特區司法權與終審權的權力性質與權力歸



1 鄧小平：〈一個國家，兩種制度〉，載鄧小平：《鄧小平文選》（第三卷），第58頁。

政治性的，總體而言，香港特區法院在行使司法權與終審權、適用司法審查制度等方面依然表現審慎克制，在保障香港本地法律的合憲性和行政行為的合法性方面仍然是十分有效的。未來香港法院應繼續在司法審查實踐中結合個案進一步澄清法院司法審查權力的邊界，同時避免介入高度政治性的爭議，以謙抑與克制的態度恪守「一國兩制」下的司法角色。

屬主要來自於香港特區被授予的高度自治權。此處應有幾點基本認識：第一，香港特別行政區實行高度自治，也就是說，香港特區的高度自治權來自中央授權，是國家決定授予香港高度自治權；第二，高度自治權是有限授權，獨立的司法權與終審權這類高度自治權是一種有限的高度自治，不是「絕對自治」，也不是完全獨立的；第三，香港特區目前擁有的高度自治權是有史以來地方政府所能夠享有的最高的自治權。「司法權是指國家司法部門對於發生在公民與公民、公民與政府或者法人、法人與法人、政府與法人或者政府機構之間的法律糾紛所行使的裁判權。」<sup>[2]</sup> 按照司法權的設立原理，一個國家一般只設立一個終審法院行使司法權與終審權，但在「一國兩制」之下，允許香港設立終審法院行使司法權與終審權。

對香港特區司法權的概念，應當有三點認識：首先，香港特區的司法權是憲法性權力，香港特區司法權來自基本法的規定與授予，其設立與行使應當遵守我國憲法與基本法的規定；其次，香港特區的司法權是高度自治權的組成部分，是有限授權，並非完全獨立；最後，儘管是有限授權，但香港特區的司法權相較於其他國家與地區已是擁有最大限度的高度自治權力。從總體來看，香港特區法院司法權的行使主要體現為如下方面：

第一，香港司法管轄權。對香港特區法院的司法管轄權的規定進一步涉及裁判權行使範圍與界限，是裁判權的重要體現。但由於涉及中央和香港特區的權力劃分以及高度自治權的範圍等關鍵問題，此問題在基本法草創之初曾存在頗多爭議。這些爭議在《中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）徵求意見稿》（以下簡稱《香港基本法（草案）徵求意見稿》）第 18 條的規定中有所體現，該條規定：「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



除繼續保持香港原有的法律原則對法律審判權所作的限制外，對所有的案件均有審判權。香港特別行政區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的案件無管轄權。香港特別行政區法院在審理案件中，如遇有涉及國防、外交和中央人民政府的行政行為的問題，應徵詢行政長官的意見。行政長官就該等問題發出的證明文件對法院有約束力。行政長官在發出上述證明文件前，須取得全國人民代表大會常務委員會或國務院的證明書。」根據中英聯合聲明中對「一國兩制」的聲明，只有把現有的香港司法體制保留下來，才能確保「一國兩制」中的兩個制度能同時間在一國下共同存在，而不會因兩者間的差異而構成衝突和矛盾，也只有兩個制度下的司法體系維持獨立和互不干預，兩個不同本質的制度才可以在法律的明文規定下共同存在、運作和協調。但儘管《香港基本法（草案）徵求意見稿》為規定出限制香港法院司法管轄權的總原則作出了努力，但其中第 3 款中規定的管轄例外情形即「國防、外交和中央人民政府行政行為」仍然存在頗多爭議。不少意見認為這些規定空泛，單從字義上去理解已經產生相當多的不同解釋，尤其對何為「中央人民政府的行政行為」的概念界定容易產生歧義，港人對此意見頗多。此問題的本質認識在於香港特區法院除了國防、外交案件絕對不能審理之外，是否還存在一些既不屬於國防、外交，又不屬於香港特區管理事務範圍的案件，而是香港法院不能審理的呢？答案是肯定的。1988 年 6 月，內地起草委員會訪港小組對此界定為普通法意義上的國家行為以及由此產生的事實問題。普通法意義上的國家行為包括戰爭與和平的宣佈、國際條約的締結、領土的併合與割讓等國家自主權運用的範圍；也包括國家與個人之間的關係所產生的行為。而國家事實是指法院在確定某件事情是否牽涉國家行為而依賴的事實證據，例如對外國政府的承認是一項國家事實，法院不能自行決定，必須向行政機關

2 王振民：《中央與特別行政區關係：一種法治結構的解析》，北京：清華大學出版社 2002 年版，第 189 頁。

徵求有約束力的證明文件。<sup>[3]</sup>最終，基本法第 19 條第 3 款規定為「香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。香港特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交等國家行為的事實問題，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。」

第二，香港特區法院的審判權。基本法第 19 條第 2 款規定：「香港特別行政區法院除繼續保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。」基本法第 80 條規定：「香港特別行政區各級法院是香港特別行政區的司法機關，行使香港特別行政區的審判權。」這是對香港特區法院審判權與司法機關的總括性規定。香港特區司法機關負責審訊一切檢控案件，裁定居民之間或居民與政府之間的民事糾紛。在審理案件過程中，嚴格遵守香港特區法律，包括基本法、基本法附件三所列的「在香港特別行政區實施的全國性法律」、特別行政區立法機關制定的法律，以及與基本法相符合的香港原有法律。

第三，香港特區法院的法律解釋權。香港特區法院的法律解釋權，尤其是對基本法的解釋權問題，是影響香港特區司法權與終審權、法院運作乃至整個司法架構獨立性等方面的重大問題。在普通法傳統之下，香港司法機關適用「遵循先例」原則，在處理司法案件時可對案件適用的法律進行解釋。法院行使法律解釋權時應當遵循幾項基本原則：一是法院在作出解釋時應當遵循法律的合目的性原則，要考慮法律條文本身的含義，不可任意作出與該條文相悖的解釋；二是法律解釋具有具象性，法院在作出解釋時必須從具體案件中產生，不能抽象性、原則性地解釋法律；三是法律解釋權具有補充性，法院只能對法律漏洞或疏誤進行補充與闡釋，不能替代立法機關進行立法；



四是遵循先例原則，法院在判決中對有關法律所作出的解釋將成為法律的一部分，對後面的判決產生先例拘束力。對於基本法的解釋權，一直以來都是各界關注的焦點。在基本法起草時，也存在不同意見。主要觀點有三種：一是香港特區法院有全面解釋權；二是香港特區法院對基本法無解釋權；三是人大常委會與香港特區共同擁有解釋權。第一種觀點沒有體現主權原則，第二種觀點則沒有體現高度自治，在當時均不被採納。第三種觀點最終被採納並體現為基本法第 158 條對於基本法解釋權的解釋主體的規定，主要思路為：一是明確授權香港特區法院對自治範圍內的條款自行解釋；二是明確規定香港特區法院對基本法的其他條款也可以解釋；三是具體規定報請全國人大常委會對有關條款作出解釋的條件，包括存在關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特區關係的條款；該條款的解釋影響到案件的判決；時間節點是在該案作出不可上訴的終局判決前。直至今日，對法律解釋權問題的理論與實踐仍然體現了「一國兩制」的偉大創舉與中華民族解決問題的智慧，這一思想應當繼續指導當前人大釋法與相關司法實踐。

第四，香港特區法院的司法審查權。香港特區法院是否享有違反基本法審查權，一直以來都是一個廣受爭議的問題。香港法院獲得具有違憲審查意義上的司法審查權始於 1991 年《英皇制誥》第 7 條的修訂和《香港人權法案條例》的通過。基本法實施之初，「特區法院有無違憲審查意義上的司法審查權」這一爭議隨 1999 年香港終審法院在吳嘉玲案中的判決達到頂峰。有學者認為，「考慮到任何法律或決定都有高於它的效力等級的法律或憲法存在，只要法院擁有終審權，就沒有任何辦法完全剝奪法院的司法審查權」。<sup>[4]</sup>回歸以來，通過解釋基本法，香港特區法院實際行使着違反基本法審查權，並以此作

3 參見李昌道、龔曉航：《基本法透視》，香港：中華書局（香港）有限公司 1990 年版，第 99-100 頁。

4 陳欣新：〈香港與中央的「違憲審查」協調〉，《法學研究》2000 年第 4 期。

為制約立法權和行政管理權的重要手段。基本法實施至今已有 20 多年，特區法院積累了大量有關基本法的審判實踐經驗。不管在理論上存在何種爭議，在實踐中香港特區法院已經實際行使了司法審查權並發揮了一定的作用。<sup>[5]</sup> 我們認為，香港特區享有獨立的司法權，具體體現在各級法院「行使香港特別行政區的審判權」，<sup>[6]</sup> 也就是說，中央明確授予香港特區司法機關的是審判權，而不是違反基本法審查權。香港特區法院不能未經中央的授權或者同意而自行通過司法判例為香港創設該項權力。

## 二、香港特區法院終審權的內涵

終審權是司法權的重要體現，是指法院具有最終的裁判權。香港特區終審法院是香港特區的最高審判機關，香港特區的終審權充分體現了「一國兩制」和高度自治的精神，由基本法第 82 條首次賦予，規定「香港特別行政區的終審權屬於香港特別行政區終審法院。終審法院可根據需要邀請其他普通法適用地區的法官參加審判。」這在世界範圍內都是絕無僅有的。從歷史上看，回歸之前的香港並無終審權，司法終審權在英國樞密院司法委員會。上訴的任何一方對香港法院的判決不服，最終可向英國樞密院的司法委員會提出上訴。在理論上司法委員會不是真正的法庭，形式上他們只提供司法意見，最終由英女王根據樞密院的報告頒發女王樞密院令，使其意見生效；但實質上終審意見就是一份判決書，納入殖民地法院的判例體系。<sup>[7]</sup> 臨近回歸之時，全國人大常委會香港特別行政區籌委會關於香港特區終審法



院的組建問題進行了專門討論，為了遵守中英聯合聲明和基本法的有關規定，保障香港特區享有獨立的司法權與終審權，確保香港現有司法制度保持不變，委員們認為，在特區政府成立時就必須有一個終審法院，有一套獨立的、完整的司法體制，避免出現所謂的「司法真空」。<sup>[8]</sup> 籌委會在政務小組第五次全體會議中提出了八點原則性建議，包括組建終審法院的指導原則、終審法院及審判庭的組成、法官的資格、法官的任命及程序、法官的任期和免職、法官的辭職程序，終審法院的管轄權、訴訟程序等方面。上述原則性建議在中英聯合聯絡小組關於香港終審法院問題的談判中得到充分採納。

《香港終審法院條例》（第 484 章）第 17 條規定，終審法院可確認、推翻或變更上訴所針對的法院的判決，或將有關事項發還該法院處理並附上終審法院的指導意見。從本質上講，終審權也屬於司法權的範疇，終審權的範圍受香港特區法院司法管轄範圍的限制。香港特區雖然享有獨立的司法權與終審權，但特區的司法權不是沒有限制的，在司法權有限的情況下，終審權必然也受到相應的限制。首先，香港特區的終審權僅限於自治範圍內的事項，對於國防、外交等國家行為，香港特區法院沒有司法管轄權，自然也沒有對該類案件的終審權。例如，在剛果（金）案中，終審法院根據基本法第 158 條第 3 款提請全國人大常委會釋法。根據人大常委會的解釋，中央政府有權決定中國的國家豁免規則或政策，在中國領域內統一實施，「國防、外交等國家行為」包括中央政府就國家豁免規則或政策所作的決定。<sup>[9]</sup> 另一方面，根據基本法第 158 條的規定，香港特區的終審權還受特區法院基本法解釋權範圍的限制。中央授權香港特區法院在審理案件時對基本法關於特區自治範圍內的條款進行解釋，但特區法院的基本法

5 包括由居港權問題引起的一系列訴訟，如吳嘉玲訴入境事務處處長，FACV 14/1998；司法審查的問題也出現在其他涉及刑事或民事問題的案件，如古思堯及另一人訴香港特別行政區行政長官，FACV 12/2006。

6 參見基本法第 80 條。

7 參見李昌道、龔曉航：《基本法透視》，第 221 頁。

8 全國人大常委會香港基本法委員會辦公室編：《全國人民代表大會常務委員會香港特別行政區籌備委員會預備工作委員會文件彙編》，北京：中國民主法制出版社 2011 年版，第 175 頁。

9 參見〈全國人民代表大會常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第十三條第一款和第十九條的解釋〉。

## 第二節

## 香港特區司法權與終審權的行使現狀



回歸 20 多年以來香港特區的司法實踐表明，司法權與終審權的行使與運作並非是僅僅從法律上進行原則性規定或技術性操作的簡單問題，也絕非可以輕易地從國外政制發展與司法制度中找到完全相同的解決方案，而是建立在「一國兩制」背景之下中央與香港的權力關係的深刻認識基礎上，凝結與運用起來的高超政治智慧、司法理念與處理技巧。在這個角度講，香港特區的政制發展與司法權力運作經驗是世界上絕無僅有也難以複製的。

## 一、香港特區司法權與終審權的行使現狀與經驗

近代的司法權理論表明司法權與立法權、行政權的關係已經不再如孟氏的權力分立理論所認為般界限分明。純粹法學派創始人凱爾森認為，司法權與其他權力之間存在有限範圍上的分立，但立法權和行政權已分別發展為「法院控制下的立法」和「司法控制下的行政」。一方面，司法審查原則得以發展，法院有權對立法進行司法審查，「當法院有權審查不僅是個別行政措施，而且還是行政法規和行政法律時，那麼這些立法職能實際上就處於法院控制之下。」<sup>[1]</sup> 另一方面，行政行為與司法行為的同質化，使得現代的行政權實際上為「司法控

解釋權是有限的，香港特別行政區法院在審理案件時需要對基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。

香港特區的終審權是「一國兩制」下由中央授予的地方性權力。基本法第 2 條明確規定，全國人大授權香港特區依照基本法實行高度自治。香港特區的一切權力都是中央授予的，屬於地方自治權，沒有主權屬性。終審權也屬於授權性質的權力。「根據授權理論，被授權者應該嚴格按照授權的範圍和方式行使所授的權力。」<sup>[10]</sup> 單一制國家內的香港特區不存在「剩餘權力」的問題，基本法未明確授予香港特區的權力應當由中央保留。「香港特別行政區處於國家完全主權之下。中央授予香港特別行政區多少權，特別行政區就有多少權，沒有明確的，根據基本法第二十條的規定，中央還可以授予，不存在所謂剩餘權力的問題。」<sup>[11]</sup>



10 董立坤：《中央管治權與香港特區高度自治權的關係》，北京：法律出版社 2014 年版，第 60 頁。

11 吳邦國：〈深入實施香港特別行政區基本法，把一國兩制偉大實踐向前推進〉，載全國人大常委會香港基本法委員會辦公室編：《紀念香港基本法實施十週年文集》，北京：中國法制出版社 2007 年版，第 6 頁。

1 [奧] 凱爾森著，沈宗靈譯：《法與國家的一般理論》，北京：商務印書館 1996 年版，第 311 頁。