



在司法能动与司法节制之间

——香港法院本土司法审查技术的观察

秦前红 付 婧

摘 要:人权法案时代,香港法院司法审查的基调曾由对立法进行严苛审查趋向于后来的尊重行政机关、立法机关在政策制定中的优势。而到了基本法时代,越来越多的行政行为及立法可被质疑是否与《基本法》一致,传统上被视为不宜司法化的政治、经济、社会问题也突破理论的藩篱涌入法院。香港法院延续了人权保障领域的能动状态,但在面对涉及经济、社会、文化权利的案件以及政治性案件时,香港法院又发展出一套基于司法技术理性的司法节制,以期维护特别行政区法治的统一与稳定。可以预见的是,香港法院仍需在后续的审查实践中结合具体案件厘清法院司法审查权力的界限,避免介入高度政治性的争议,以恪守普通法体制下司法机关的角色。

关键词:人权法案条例;香港特别行政区基本法;司法审查;司法能动;司法节制

一、香港法院宪制性司法审查及其制衡

港英时代,香港本地立法机关根据《英皇制诰》的授权行使立法权,其通过的条例若与《英皇制诰》相抵触,在理论上会因违宪而被认定无效,故香港法院(包括英国枢密院)有权对香港立法机关通过的法例进行司法审查,但一直以来香港法院没有被激发其发挥司法审查的权力,香港学者亦倾向于认为理论上香港法院一直享有此种意义上的司法审查权,只不过极少行使(Rich,1990:285;Davis,1988:761-781)。与美国马布里诉麦迪逊案的“伟大篡权”不同,香港法院获得具有违宪审查意义上的司法审查权始于1991年《英皇制诰》第7条的修订和《人权法案条例》的通过。《基本法》实施之初,“特区法院有无违宪审查意义上的司法审查权”这一争议随1999年香港终审法院在吴嘉玲案中的判决达到顶峰。学者多依司法违宪审查与宪制性法律解释之间的深度关联,根据《基本法》第158条全国人大常委会授权特别行政区法院解释《基本法》的规定,推演出终审法院具有违宪审查意义上的司法审查权(李树忠、姚国建,2012:38-47),这一观点以《基本法》为依据,从理论与规范的契合之处为终审法院司法审查权寻找规范依据,但普通法传统和香港法院历史上审查法规的先例对此问题可能有着更强的说服力(祝捷,2014:13-15)。

就代议制机关与法院的关系而言,早前香港的行政主导体制导致代议制机构的发展受限,使香港立法会无法对终审法院形成强有力的制衡。近年来越来越多地涉及立法权与行政权限争议、立法会内部事项争议的案件诉诸法院,如2005年梁国雄诉行政长官案,涉及香港政府行政命令与立法会立法权限的冲突;2006年梁国雄诉立法会主席案,涉及修正案动议权、立法会议事规则是否违宪;2008年郑家纯、梁志坚诉立法会案,涉及立法会调查权;2009年陈裕南及罗堪诉律政司司长案,涉及《立法会条例》第25条及26条

有关立法会选举团体投票是否违宪等。而行政对司法的制衡主要体现在人事方面,行政长官通过行使法官任命权影响司法权,且这种任命权受由当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会的制约,其目的在于保障司法独立。正是由于其他重要权力分支尚不能对香港司法构成强有力的制衡,加之中央对香港特别行政区自治事项的不干预,香港法院面对纷至沓来的司法复核案件,多能以积极能动的姿态保障人权;但面对政治性的或涉及经济、社会、文化政策的案件时,香港司法又不得不保持足够的谦抑与节制。

二、人权法案时代香港法院的司法审查

1997年以前,《人权法案条例》第3条规定,应废止人权法案生效前与之相抵触的立法,第4条规定对条例通过后的法律的解释应与《公民权利与政治权利国际公约》保持一致。同时修改后的《英皇制诰》第7条规定,任何法律不得以与公约不一致的方式限制在香港享有的权利与自由,这一宪制性的发展使香港法院拥有审查本地条例合宪性的权力。但也有学者指出设计如此复杂的机制在于避免“《人权法案条例》比其他立法享有更优越地位”这种批评,即便事实上如此(Chan,1998:306-336)。

(一) 香港法院司法审查的基调

Andrew Byrnes(1999)指出,洗友明案形成了1991年6月到1993年5月间法院审查时更乐于接受新观点并对立法进行严格审查的基调。虽然洗友明案设立了较宽松的保障人权的解释方法,但两年后却遭到枢密院司法委员会在律政司诉李广桔案中的反击,“香港司法必然要热忱保障人权,但《人权法案条例》的实施必须基于现实和良知,坚持适度原则,否则保护正义的人权法案则会沦为非正义,亦会造公众质疑。为维护社会和个人利益间的平衡,固定的标准并不适用于立法机关解决社会疑难问题,社会政策的制定乃是立法机关的主要责任”^①。1993年5月以后,枢密院在李广桔案中的决定遂成为法院司法审查的主流做法,即强调司法审查的现实性以及立法在形成政策过程中的优越地位。在后来的明报案中枢密院司法委员会运用“酌情判断余地原则”(Margin of Appreciation)取代已建立的合理性原则以更保守更主观的方式来论证法院是否应当尊重立法机关的立法。酌情判断余地原则本是指,与国际法院相比,国内法院在评价国内需求和状况时具有优越地位,这一原则虽未正式进入香港本地法律,但枢密院将其发展成法院应尊重立法机关在政策制定中的优势。1991—1995年间,挑战《人权法案条例》失败的案件是挑战成功案件的2倍,不同层级的法院也显示出类似的概率,并且下级法院的法官比上诉法院的法官在适用人权法案时更为自由,上诉法院在整体上则更趋于保守。挑战失败的案件某种程度上是因为法院采取了较低的、宽松的审查标准,模糊的论证取代了细致的论证(Chan,1997:18-20)。

(二) 香港法院司法审查的普通法传统

人权法案时代,洗友明案开启香港法院运用国际法或比较法资源解释《人权法案条例》的风潮,在肯定国际法和比较法资源对法院解释《人权法案条例》具有裨益的前提下,法官普遍强调对其的运用应当有所限制(Andrew,1999:90-91,97)。崑岗有限公司诉城市规划委员会案中,法官认为应根据普通法的文意解释规则来解释《人权法案条例》,而不应诉诸大量复杂、不确定的、兜售“司法能动”的外国判例,若采纳大量的欧洲判例来对《人权法案条例》作出阐释的话,“普通法就会消失”,“除非某些判例具有极强的说服力,否则香港法院便会堕入欧洲人权法浩瀚的文字之中”^②。香港特别行政区诉艾勤贤案中,法官也拒绝通过超出普通法范围外的人权法案来保障人权,坚持认为人权法案仅是普通法保障人权的宣告^③,香港特别行政区诉张嘉辉案中,法院坚持运用以往判例所确立的普通法证据判断规则,并认为英国或加拿大的证据判断规则与案件无关^④。枢密院对运用国际法和比较法资源来解释《人权法案条例》也持怀疑态度,而对行政机关的政策制定、议会至上原则给予充分尊重,枢密院的态度传达出这样一层

① Attorney General v. Lee Kwong-Kut(1993)3H. K. P. L. R. 72.

② Kwan Kong Company Ltd v. Town Planning Board HCMP No. 1675 OF 1994 para82-85.

③ R. v. KEVIN BARRY EGAN, HCCC280/1991 para37.

④ R. v. Cheung Ka Fai, CACC198/1992 para58.

涵义:对于香港司法,普通法足以履行保护基本权利和自由的责任,国际法和比较法能做的并不多。但也有学者认为对司法能动的过度反对只会导致“宽泛的目的解释”流于空文,“去能动化”将香港法院从人权保障的国际标准中分离,也与其他致力于保障人权的普通法地区渐行渐远(Chan,1998:312-322)。

总体而言,《人权法案条例》的制定使得香港法院司法审查权的行使日趋频繁,香港法院(包括英国枢密院)发展了香港的释宪理论和方法,这些理论和方法一直沿用到1997年后的《基本法》时代。

三、《基本法》下的司法能动:香港法院与人权保障

学界对“司法能动”缺乏统一的定义,如科米西(Keenan D. Kmiec)教授(2004)认为宪法审查中的司法能动表现为推翻其他部门有争议的宪法性行为、忽视先例、法院造法、抛弃已被接受的宪法解释方法、以结果为导向进行裁判。马歇尔(William P. Marshall)教授(2002)则将“司法能动”概括为“七宗罪”:不尊重民选机构的多数决定、无视制宪者原意、不遵循先例、突破裁判权限的限制、司法造法和司法创新、对其他政府分支施加肯定性义务或进行司法监督矫正、运用司法权力完成党派目标。与前述司法能动的典型表现不同,香港法院(包括香港终审法院)司法能动的状态更多表现在人权领域,法院通过审理案件,广泛利用司法权力,通过扩大平等和个人自由的手段去促进公正,保护人的尊严。由于《基本法》的覆盖面较《人权法案条例》更广,法院在实践中受理了更多有关是否与《基本法》相符的司法审查案件。对于人权条款,香港法院通常采用“目的解释”这一较宽松的解释方法;反之,对个人权利和自由的限制则采取较严格的审查标准,对施加于基本权利之上的限制必须做出狭隘的解释。

(一) 香港法院对基本权利限制的司法审查

一般而言,对基本权利的限制必须满足两个要件:第一,对基本权利的限制必须由法律规定;第二,限制基本权利必须为达至条文所述的合法目的之“必要”,该合法目的通常包括国家安全、公共秩序、维护道德以及保障他人的基本权利与自由等等。

1. 香港法院对“依法”限制的解釋

任何施加于基本权利的限制必须由法律规定,《基本法》文本中有多处使用“法律”、“法律程序”、“依法”等表述,且含义并不清晰。香港外籍公务员协会诉行政长官案中,当事人起诉行政长官推动的两项涉及公职人员任命和开除的法案《公务人员管理命令》和《公共服务条例》违背《基本法》第48条第(7)项和第103条,因为行政长官任命和开除公职人员必须经由法律程序而非行政命令。法官Keith认为,《基本法》第48条第(7)项中的“依照法律程序”与《基本法》其他条款中的“依法”需作出不同的解释,此处“依照法律程序”并非指“依照法律规定的法定程序”,而是结合《基本法》第103条指代“依照香港原有关于公务人员的招聘、雇用、考核、纪律、培训和管理的制度”。香港过去开除、辞退公职人员是由《英皇制诰》下英王以及殖民地条例规定,虽然香港原有的制度与如今行政长官通过行政命令来开除、任命公务员人员具有宪制上的不同,但这并不意味着“维持旧有的体制”就必须要求新的体制一定得通过立法来决定^①。在外籍公务员协会诉行政长官案,法院结合《基本法》中的体制性条款对“依照法律程序”作出灵活、宽泛的解释,以维持《基本法》下香港新旧体制的平衡。后来在2005年的梁国雄诉行政长官案中,法院从人权保障的角度,将《基本法》第30条中的“法律”限缩解释为立法会制定的法律。该案中,当事人认为《截听条例》授权政府以行政命令的方式设立拦截电话的许可程序,无法满足《基本法》第30条规定的“依照法律程序”要件。法官拒绝在本案中适用法官Keith在前述香港外籍公务员协会案中对《基本法》第48条第(7)项“依照法律程序”的解释,指出《基本法》第30条“依照法律程序”当基于隐私权做限缩解释,意指程序应由法律规定,该程序亦构成法律的部分,以满足法律的确定性这一要件^②。

2. 香港法院引入“合比例性”原则

在基本权利保护领域,基本权利难免会和其他社会价值冲突,在考虑一项限制是否为达致合法目的

① THE ASSOCIATION OF EXPATRIATE CIVIL SERVANTS OF HONG KONG v. THE CHIEF EXECUTIVE OF HKSAR, para7,10.

② Leung Kwok Hung v HKSAR, HCAL 107/2005 para148-150.

所必要时,法院在验证是否“必要”时须考虑受保障权利所施加的限制与所达到的目的是否相称。虽然比例原则与香港法院传统的司法审查理由有重合,但按照比例原则,法院需要评估决策者所取得的平衡,而非单纯考虑有关决定是否合理。终审法院曾指出,虽然比例原则会因宪制性文件的文本表述、各司法管辖区宪法解释传统等因素而有所不同,但各地区所采行的比例原则本质上是相同的^①。1999年**焚烧国旗案**中,在面对将侮辱国旗、区旗的行为规定为刑事犯罪的法律是否违反《基本法》和《人权法案条例》保护的表达自由这一问题时,终审法院裁定将侮辱国旗、区旗的行为规定为刑事犯罪是对表达自由施加的有限度的限制,与所要达到的保护作为国家独有象征、作为特区特有象征的国旗、区旗目的相称^②。2005年**梁国雄诉特别行政区案**中,终审法院在考虑《公安条例》对和平集会权利的限制是否符合《人权法案条例》第17条的规定时,裁定警务处长为维护“公共秩序”对和平集会权利施加限制的法定酌情权符合比例原则。但终审法院指出当宪制性文件中仅采用概括表述而没有指明施加限制可允许的具体目的时,法律需要额外考虑“目标是否具有足够的重要性以致于有理由对基本权利施加限制”^③。在公法领域,尤其是在宪法层面,比例原则几乎已经扩展至保护包括自由和平等在内的所有个人权利,当个人的自由和平等与另一种法益发生冲突时,比例原则即得以适用。在后来涉及歧视女童的**平等机会委员会诉教育署署长案**中,教育平等委员会认为教育部分配二级年名额的政策违宪,这种分配将男女平分作为标准使男生比女生进入二年级更有优势。法院运用比例原则对有损女童权利的歧视性措施进行了严格审查^④。

(二)《基本法》为香港人权保护提供更高的标准

《基本法》第39条规定:“(1)《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效,通过香港特别行政区的法律予以实施。(2)香港居民享有的权利和自由,除依法规定外不得限制,此种限制不得与本条第一款规定抵触。”如何解释39条第(2)款,仍有争议:狭义的解释认为只有当公约依据39条第(1)款直接转换为本地立法后,才能作为香港法院司法审查的依据(Yash Chai,1999:306;陈弘毅,2010:45-46)。广义的解释则认为应将39条第(1)款和39条第(2)款分开解释,对前者的解释不会影响对后者的解释,虽然前者要求将公约转换成本地立法方可适用,但后者为法院提供司法审查的标准依然有效。Gurung案中,Gurung Kesh Bahadur是尼泊尔人,因其妻子为香港人,Bahadur取得了在香港居留至1999年的权限,但1997年10月,他飞往尼泊尔作短暂旅行7天后返港,根据《移民条例》第11条第(10)项的规定他起飞离开香港之时即丧失居港资格,入境处要求将其驱逐出境。作为香港非永久性居民其享有《基本法》第三章规定的基本权利,但Bahadur所请求的旅行权为《基本法》第31条所保护但《人权法案》与其他一般法律均没有规定。法院将《基本法》中的权利分为两类(Young,2004:116-117):(i)《基本法》和《人权法案》均有规定的权利;(ii)仅《基本法》规定,《人权法案》未规定的权利^⑤。针对(i)中的权利,法院将《基本法》第39条视为普遍限制条款,对基本权利的限制必须同时满足39条所设的两个限制条件。若某项权利为《基本法》排他性权利,即前述(ii)中的权利,法院可根据受争议权利的主题和性质来判断其是否应受限制。Gurung案中,原讼法庭采取了前一种方法,但《基本法》第39条第二处限制无法满足,因为当事人所请求保护的旅游权不在《人权法案条例》中。需注意的是,《基本法》第39条第二处限制针对的是公约而非人权法案,《人权法案条例》作为国内法可由立法机关变更(Andrew,1999:333-335),其中的基本权利亦可能发生变化,如果是并存性基本权利,《人权法案条例》的修改、废止将导致该种权利的修改、删减。还可能导致前述第(ii)种权利“被国内立法清除”,致使《基本法》中的排他性基本权利不如人权法案中的权利重要^⑥。同样立法也可增加新的具有限制性的《人权法案条例》权利使之与《基本法》中规定的权利并存,则原来的《基本法》

①Leung Kwok Hung v HKSAR, HCAL 107/2005 para34.

②HKSAR v. NG KUNG SIU AND ANOTHER, FAC4/1999 para60.

③LEUNG KWOK HUNG AND OTHERS v. HKSAR, FAC1/2005 para93-94.

④EQUAL OPPORTUNITIES COMMISSION v. DIRECTOR OF EDUCATION, HCAL1555/2000.

⑤Gurung Kesh Bahadur v Director of Immigration, FACV No. 17 of 2001 para26.

⑥Gurung Kesh Bahadur v Director of Immigration, FACV No. 17 of 2001 para29.

权利就会多出一层限制^①。但有学者指出实践中该情况不太可能发生,国内立法机关必须谨慎对待公约的实施,因为此举极有可能损害《基本法》第39条执行和实施公约的宪法义务(Young, 2004: 116-117)。Gurung案中,终审法院拒绝了原讼法庭的做法,而是认定《公民权利与政治权利国际公约》仅提供最低限度的国际标准的人权保障,《基本法》在此基础上提供更多的保护。《基本法》中的基本权利是否可被限制以及对权利限制的审查标准取决于所涉权利的主题和性质,而这取决于法院如何解释《基本法》^②。

(三) 香港法院利用国际法、比较法资源保障人权

尽管香港已是一个相对独立性的法域,但终审法院仍大量引用海外判例(overseas jurisprudence)来进行司法审查,海外判例法在充当司法审查的依据时,并无直接的规范效力,其作用是通过辅助解释《基本法》或《香港人权法案条例》的形式实现的。《基本法》第39条通常被解释为《公民权利与政治权利国际公约》、《人权法案条例》与基本法一样具有宪法性地位,因而被推翻的法条也是与前述宪法性法律不一致的,国际公约被《基本法》通过39条并入国内法因而成为《基本法》保障人权最强有力的工具。1997年后的香港法院以更开放、能动的姿态在人权法领域使用国际法和比较法,诸如平等机会委员会诉教育署署长案中,《基本法》第25条、《人权法案条例》第22条、《公民权利与政治权利国际公约》第26条、《性别歧视条例》和《消除对妇女一切形式歧视公约》得到适用;同志平权案中,当事人认为现行刑法中相关条款违宪,构成了以性取向为基础的歧视,损害了公民的平等权,《基本法》第25条、《人权法案条例》第14、22条、《公民权利与政治权利国际公约》第2条、第3条、第17条、第26条得到适用。此外,国际条约监督机构的评论、香港政府提交给条约监督机构的年度报告、先进普通法国家如加拿大、英国、美国、澳大利亚、新西兰的判例,先进宪法法院如南非宪法法院判例,先进的国际裁决机构如国际法院的判例等,也是香港法院解释和适用《公民权利与政治权利国际公约》和《人权法案条例》援引最多的资源。但终审法院对海外判例的援用并不僵化,而是按普通法的精髓不断发展这些案例,如在2012年的变性人结婚案中,终审法院明确拒绝英国法院在Corbett案中的判决,英国法院裁定繁殖性交是普通法下的婚姻构成之基础,故只有生理因素才是评定某人性别的标准。但终审法院认为,随着时代的变迁,这种婚姻构成论已不适时,在评定性别身份时,还应考量生理、心理和有否进行过“变性手术”等因素^③。

四、《基本法》下香港法院对政治性案件的司法审查

香港政治问题进入法院的渠道十分宽广,当事人可在一般的刑事案件、民事案件审理过程中就案件隐含的政治问题提出抗辩,法院唯有通过解释《基本法》来处理。早在人权法案时代,李妙玲诉律政司案就缘于当事人通过一般的民事诉讼程序挑战功能组别的合宪性,该案三人合议庭中,法官认为此案应该通过司法复核程序提出^④。公民提请司法复核的法律依据包括《高等法院条例》第21K条以及《高等法院规则》第53号命令、《基本法》第35条。由于特区法院对于司法复核案件的受理较为宽松,这就导致很多政治争议进入法院,法院不得不成为调整各种政治关系的第三方。让·希斯彻(Ran Hirschl)教授将“政治问题司法化”定义为“依赖司法机关来解决某些困扰一个政治体的、具有重大争议性的政治问题”,这类现象又可分为但不限于以下类别:(1)选举过程的司法化;(2)通常被视为立法机关或行政机关专属事务的司法化;(3)对政权更替事项的司法化;(4)转型正义(transitional justice)的司法化;(5)通过司法机关来处理政治体内的族群分裂、语言分裂、宗教分裂等问题(Hirschl, 2008: 119)。根据前述分类,香港法院更多面临的是第(1)类或第(2)类案件。

(一) 香港法院介入立法会内部权限争议

2008年郑家纯、梁志坚诉立法会案中,立法会委任调查委员会调查了梁展文任职于房地产机构时

①但国内立法用语的含义不得限缩宪法性用语的含义,终审法院也在不少案例中采取了这一原则,如COMMISSIONER OF RATING & VALUATION v. AGRILA LTD. AND OTHERS, FACV 1 & 2/2000 paras113-115; Prem Singh v Director of Immigration, FACV No. 7 of 2002 paras6-8.

②Gurung Kesh Bahadur v Director of Immigration, FACV No. 17 of 2001 para25-28.

③W v. THE REGISTRAR OF MARRIAGES, FACV 4/2012 para90.

④Lee Miu Ling v Attorney General, CACV000145/1995 paras55-57.

的工作是否与其曾任房屋及规划地政局常任秘书长、房屋署署长期间参与制定或执行的重大房屋、土地政策的决定有关。调查委员会向郑家纯和梁志坚发出传票,要求其出席聆讯并提交相关证据和文件。本案争议的关键在于《基本法》第73条是否将权力授予了立法会下属的调查委员会。否定说认为《基本法》第48条和第73条对立法会的职权规定已相当清楚,并没有授予立法会调查委员会传召权,而且《基本法》明确规定了廉政公署的权力,故立法会此举为滥用职权;肯定说则认为立法会有权将其职权细化,交由下属机构行使,但权力的行使须受制于73条第(1)至(9)各项职权^①。最后法院选择对“立法会”进行灵活、宽泛的解释,认为《基本法》并没有明确规定立法会必须作为整体来行使传召权^②。

当事人还根据《立法会条例》第9条第(2)项规定指出,即便调查委员会获得了立法会授权也必须在立法会决议明确规定的事项范围内行使传召权,即传召必须以立法会的决议为依据,否则构成“越权”。对此,法院援引2009年梁国雄诉立法会主席案指明法院不能挑战议会自身事务,即使出现违反议会规则的事项,也只能由议会而不是法院来解决,法院对立法会制定的程序规则是否符合《基本法》的司法管辖必须受到一定限制^③。早在2006年梁国雄诉行政长官案,法院判行政长官曾荫权签发的《执法(秘密监察程序)命令》违反《基本法》,同时要求政府重新立法,不得以行政命令代替法律^④。后立法会主席范徐丽泰以立法修订意见不符合立法会《议事规则》为由驳回了反对派议员提出的立法修订案,梁国雄议员遂向高等法院提请司法复核,指控范徐丽泰引用《议事规则》,以涉及公帑开支为由,否决反对派议员提出的修订案这一做法违反《基本法》。此案带来的直接后果即是法院对立法会《议事规则》进行是否合乎《基本法》的司法审查,虽然当事人挑战失败,但香港法院利用审理司法复核案件强化自身“解释基本法”及“宪法复核”权能的趋势却不容小觑。后来在2014年梁国雄诉特别行政区立法会主席及律政司司长案,终审法院根据议会特权原则,裁定立法会主席有权为立法会辩论设限和结束辩论,且指出立法会议员把对立法会《议事规则》和立法会主席决定的不满,皆依循司法复核来寻求救济的行为可能会严重损害立法会有序、有效、和平地议事运作^⑤。

(二) 香港法院介入政治选举过程

近年来《立法会条例》第25条及26条有关立法会功能组别选举的团体投票是否违宪问题以及特首选举结果是否有效问题等等都曾诉诸法院。陈裕南及罗堪诉律政司司长案中,上诉人以功能组别的团体投票有损《基本法》规定的永久性居民选举权和平等权为由提请司法复核。上诉法院根据目的解释指出《基本法》第26条是否允许团体在立法会选举中投票这一问题应结合《基本法》第68条及香港政治体制发展的历史沿革来理解,立法会功能组别为香港政改循序渐进、平稳过渡到普选中的一环。且香港永久性居民的普选权规定于《基本法》第三章“居民的权利与义务”,《基本法》第四章“政治体制”也并未禁止立法会赋予其他人(包括团体)选举权和参选权^⑥。至于平等权,上诉法院则认为团体投票的资格并不取决于财富或能力的多寡,而是某个团体被认同为社会中某个组别的主要成员,因此《基本法》第25条规定的平等权在此无法得到适用^⑦。

香港法院介入政治选举过程除司法复核途径外,还包括《行政长官选举条例》第32条规定的“选举呈请”等程序,香港特区第四任行政长官梁振英就因在选举期间被另一位候选人何俊仁向高等法院提交选举呈请,同时申请司法复核,要求推翻选举结果。原讼法庭以“选举呈请”与“司法复核”程序不得同时

①“郑家纯、梁志坚诉香港特别行政区立法会”研讨会综述,载中国法学网:<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=20837>;王锴:《从“郑家纯、梁志坚诉香港特别行政区立法会案”看香港立法会的调查权》,载中国宪政网:<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=5782>

②CHENG KAR-SHUN AND ANOTHER v. HON LI FUNG-YING, BBS, JP AND OTHERS, HCAL 79/2009 paras 79-88, 98, 105.

③CHENG KAR-SHUN AND ANOTHER v. HON LI FUNG-YING, BBS, JP AND OTHERS, HCAL 79/2009 para 217.

④Leung Kwok Hung v. HKSAR, HCAL 107/2005 para 148-150.

⑤在二读《2012年立法会(修订)条例草案》期间,全体委员会用了超过33个小时辩论两名立法会议员提出的1306项修订。大部分时间都是由无疑在使用拉布策略的议员发言,立法会主席以全体委员会主席的身份认为有关辩论未能达到真正目的,应该结束。LEUNG KWOK HUNG v. PRESIDENT OF THE LEGISLATIVE COUNCIL OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION, FACV1/2014 para 19.

⑥CHAN YU NAM v. THE SECRETARY FOR JUSTICE, CACV2/2010 paras 24-27.

⑦CHAN YU NAM v. THE SECRETARY FOR JUSTICE, CACV2/2010 para 111.

进行、“选举呈请”业已丧失时效为由拒绝批准其司法复核许可申请^①。终审法院可酌情决定是否受理司法复核案件的上诉及选举呈请的上诉,尽管何俊仁案有关争议点属于理论性质,但上诉委员会仍以案件涉及重大公共利益为由就“选举呈请”与“司法复核”两项程序的关系及《行政长官选举条例》第34条规定的7日期限是否违反《基本法》两项争议批准上诉。终审法院根据目的解释,认为“选举呈请”是质疑选举结果最主要、最便捷的方法,立法者设计7日的紧迫时限也便于尽快处理对选举的质疑。当然,选举呈请并非质疑选举结果的唯一合法程序,但不同程序基于立法者不同的制度设计,拥有不同的程序时限也是合理的,应给予立法者足够的酌情判断余地^②。虽然终审法院以没有合理胜诉机会为由最终不予受理选举呈请,但此案预示着在未来法院会被更多地卷入有关选举的政治问题中去。

一般而言,在具体的宪法审查过程中都有顺承的两阶段,即审查启动阶段和审查结果(判决)阶段,如果法院对提交给它的案件依法裁定不予受理或径直判断案件所涉法律或行政行为并不违宪,那么完整意义上的宪法审查并未启动。根据《基本法》第35条,香港司法复核的潜在被告十分广泛,其中“行政部门”的外延极为庞大,包括特区政府的政策局、部门以及半官方的机构,故不难理解为何立法会议员梁国雄能就立法会主席曾钰成的“剪布”裁决申请司法复核、何俊仁能就行政长官的选举结果申请司法复核了。能够进入审查结果(判决)阶段的案件往往是具有一定的社会影响力、法院可能会对立法或行政行为进行价值判断的重要案件,《高等法院条例》第21K条以及《高等法院规则》第53号命令引入了重要案件过滤机制,其目的就在于防止公共机构不受不具备可争辩性的诉讼的过分干扰。广泛的救济渠道固然可以使相关权利人有机会得到宪法上的救济,但也可能被政党、团体、个人所利用,有些议员甚至将提起司法复核视为挑战政府的一种方式。根据对前述案件的梳理,不难发现香港法院在宪法审查启动阶段呈现出积极姿态,但在实体判断阶段则采取消极主义立场,即采取一种不断扩大司法审查范围,但又踌躇于对实体问题作出违宪判断的宪法审查,亦被称为“违宪判断消极主义”(刘练军,2010:19)。

五、《基本法》下香港法院对涉及经济、社会、文化政策案件的司法审查

由于《基本法》文本的开放性,不可避免地为司法能动提供了空间,香港司法的价值取向侧重于对基本权利的保护,尤其是政治权利和公民权利。但“一国两制”及《基本法》的实施也意味着香港经济、社会、文化体制的与时俱进,众多涉及新旧体制冲突的案件入禀法院。

(一) 医疗卫生体制

在霍春华诉医管局案中,当事人质疑2003—2007年期间公立医院增加非本港居民产科收费的若干项决定构成对内地妇女的歧视。终审法院采取了较为简单的判断方法:是否有合理的依据支持根据居留资格将妇女分为A1(本港妇女)和A2(非本港妇女)两组?最后终审法院以公共资源的有限性、香港社会福利体制的延续性、市民享有的经济、社会、文化权利需受到一定程度的限制、内地妇女的人数对香港本地居民的影响等因素为由认定作出这样的区分是合理的^③。在此案中,终审法院还详细阐述和引用了“酌情判断余地”原则,法院指出酌情判断余地原则关乎行政与立法机关不同的宪制角色,关乎国家社会经济政策的事宜主要由立法机关负责。就社会经济政策问题而言,若当局面临多个合理可供选择的解决方案时,法院不宜代替行政或立法机关作决定,除非选择的方法明显不具有合理性。法院对立法和行政机关所作判断的尊重程度,因个案而异,取决于争议问题的性质^④。

(二) 社会福利体制

孔允明诉社会福利署案起因于社会福利署署长拒绝了孔允明提出的综合社会保障援助申请(简称“综援”),理由是自2004年1月1日起,所有综援申请人按规定必须已居港至少七年。而2004年之前,综援申请资格在居港条件方面是居港一年。孔允明就署长拒绝批予综援提请司法复核。与霍春华诉医

①RE HO CHUN YAN, ALBERT, HCAL84/2012 para3, 8.

②RE HO CHUN YAN, ALBERT, FAMV21/2012 para38.

③FOK CHUN WA AND ANOTHER v. THE HOSPITAL AUTHORITY AND ANOTHER, FACV10/2011 paras58, 89.

④FOK CHUN WA AND ANOTHER v. THE HOSPITAL AUTHORITY AND ANOTHER, FACV10/2011 Paras63-64, 74-75.

管局案不同,原讼法庭法官并未对经济社会权利的限制采取传统的司法审查,而是主张将《基本法》第36条规定的福利权结合145条进行解释^①。但《基本法》第145条只是提供了一个对政府政策较弱形式的司法审查,法院对社会经济权利限制的解释就以一种淡化个人权益的方式进行,这将导致法院转向高度尊重行政部门的决定。上诉法庭在合并解释的基础上指出福利权这项权利本身即包含资格限制的要件,但资格限制的要件必须是合法的而不应构成歧视^②。对此,终审法院认为合并解释无疑留给行政机关形成社会福利政策巨大的空间,行政机关能自由确定获得任何福利所具备的资格或限制性要件,只要不构成歧视即可,此种解释可能导致《基本法》第25条保护的平等权从社会福利权利中被剥离出去^③。最终终审法院运用比例原则审查七年居住时限,认定该限制对比1997年业已存在的福利权的削减“明显缺乏合理基础”,且与移民制度促进家庭团聚等目标相悖^④,因而法院最终裁定此项政策调整违宪。

(三) 教育体制

天主教香港教区诉律政司司长案中,2004年香港《教育条例》经过第40条BK(2)项、(3)(a)项和BU(2)、(3)项的修订,改变了学校的管理方式,规定每间资助学校草拟规管校董会运作的章程,并提交教育局常任秘书长批准,而校董会须注册为法人团体。法团校董会需按照办学团体制定的抱负及办学使命,以及依据办学团体草拟章程管理学校。天主教香港教区认为前述修订条款并没有建基于“原有教育制度”,而是引入了崭新的与原有教育体制无关的“新政”,违背《基本法》第136条第(1)款,“香港特别行政区政府在原有教育制度的基础上,自行制定有关教育的发展和改进的政策,包括教育体制和管理、教学语言、经费分配、考试制度、学位制度和承认学历等政策”。并损害了《基本法》第141条规定按照“原有办法”自主办学的权利。《基本法》141条规定,“……宗教组织可按原有办法继续兴办宗教院校、其他学校、医院和福利机构以及提供其他社会服务……”。终审法院认为天主教香港教区主张的“按照原有办法办学”并非一项实际的宪法权利,否则每当政府推行教育政策时,需先向学校咨询,以确定政府制定的政策是否与其原有办法相容而不冲突,如此《基本法》第136条就成为毫无意义的一纸空文^⑤。141条第(3)项“按原有办法”应置于141条宗教自由内进行整体解释,旨在使宗教自由成为一项实际权利,故141条第(3)项应解释为宗教组织“在涉及行使宗教信仰及宗教活动自由的权利范围内,可按原有办法继续办理”^⑥。而2004年香港《教育条例》中的措施并不涉及任何“宗教内容”因而不构成违宪。

前述案件多涉及香港法院对《基本法》经济社会体制性条款的解释,霍春华诉医管局案中,各级法院并未细化《基本法》第138条“政府自行制定发展中医药和促进医疗卫生服务的政策”的抽象要求,而是笼统认为有效的医疗体制随社会经济状况、公共需求的变化而变化^⑦。在孔允明诉社会福利署案中,法院直接指出,福利体制受制于具体的社会经济条件,既可能变得更“慷慨”也可能变得更“吝啬”,若出现后一种情形,则福利权会遭到某种程度的限制甚至削减^⑧。天主教香港教区诉律政司司长案中,《基本法》第136条也仅要求政府在原有教育制度的基础上自行制定有关教育的发展和改进的政策,这必然要求法院审查现行教育体制针对过往教育体制的变化,而非传统的以个人权利为基础的司法审查。法院对136条所要求的“建基于原有教育制度”亦作出宽泛的解释,除非新的政策会导致重大改变或废弃原有的制度,否则不应禁止^⑨。但法院并非在所有体制性案件中都援引酌情判断余地原则而选择尊重立法或行政部门的决定。基于不同个案,酌情判断余地原则的适用空间可大可小,只有在立法或行政部门的政策、决定不侵犯居民的个人核心价值或明显缺乏合理基础时,法院才会选择消极不干预的立场。

①Kong YunMing v Director of Social Welfare HCAL 127/2008, paras36-51, 65, 135.

②Kong YunMing v Director of Social Welfare, CACV 185/2009 para51, 72-74.

③Kong YunMing v Director of Social Welfare, FACV NO. 2 OF 2013 para32.

④Kong YunMing v Director of Social Welfare, FACV NO. 2 OF 2013 para87-119.

⑤Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, FACV No. 1 of 2011 paras66-70.

⑥Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, FACV No. 1 of 2011 paras76-79.

⑦Fok Chun Wa v Hospital Authority, HCAL 94/2007 paras103-104; Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, HCAL 157/2005 para119.

⑧Kong YunMing v Director of Social Welfare, HCAL 127/2008 para48.

⑨Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, FACV No. 1 of 2011 paras57-63.

六、结 语

在人权保障领域,香港法院大多秉持能动立场,通过扩大平等和个人自由的手段促进公正,积极保障人权。但法院的判决立场亦会随历史背景、案件领域而变化,比如法院对公民权利、政治权利和经济社会文化权利的保障强度、保障方法即有明显不同。法院在救济经济社会文化权利时,必然受制于司法本身的限制,即法院本身不能直接解决资源分配不平等的问题,法院缺乏强制性力量去有效地保障经济、社会、文化权利等。司法对香港现有社会经济制度和政策的冲击是十分有限的。即使同一领域的案件,法院立场也可能基于个案而有不同,个别案件甚至带有微妙的政治上或民意上的考量,如终审法院对2001年的**庄丰源案**作出了有利于“双非儿童”的判决。入境事务处处长曾主张应就《基本法》第24条第2款第(1)项提请人大释法,否则将导致大量在香港出生的中国公民有资格成为香港永久性居民,但终审法院指出即使处长败诉也不会导致大批内地人士立即涌入香港^①。然而此案后的十余年里,大量大陆孕妇赴港生子给香港社会带来巨大的压力不能不说是**庄丰源案**的“后遗症”。而在2013年**外佣居港权案**中,法院裁定外佣的“居住特质”已远离传统上被认为的“通常居住”的范围,不得被视为《入境条例》规定的“通常居住于”香港,因而不能成为香港永久性居民^②。就政治性案件而言,《基本法》实施以来,香港行政主导体制日渐受到挑战,立法会对行政长官制约有余,配合严重不足。特区政府不敢大胆施政,政府施政处处受掣肘,例如立法会近年来刮起“拉布”风潮——借权力灰色地带越权使用辩论权,借法条的灰色地带越权使用调查权等。香港法院在处理“政治议题”时保持了司法克己的优良传统,不能一概而论把法院介入立法会内部权限纷争、政治选举、立法与行政权限争议的举动都视为对行政主导体制的破坏,香港法院“司法扩权”某种程度上恰是现行《基本法》对香港政治体制构建模糊的结果,香港政治市场失灵的结果。虽然大量体制性、政治性案件涌入法院但并不意味着法院的裁判结果是政治性的。总体而言,香港司法审查制度在保障香港本地法律的合宪性和行政行为的合法性方面十分有效。

尽管如前所述,但香港法院在《基本法》构建的宪政体制中的角色定位并不十分清晰,在已有的制度空间内仍有可能引发宪法性危机,如**马维昆案**、**吴嘉玲案**等,虽然《基本法》赋予香港法院将案件提交人大释法的权力,但绝大多数涉及《基本法》解释的案件均可由终审法院自行定夺是否提请人大常委会解释^③。特区立法会并不具有完整的民主性,复杂而分裂的选举制度削弱了公众意见的影响力,立法会仅具有极少的制衡权力,民主代议制的缺陷迫使公众转向法院寻求协助,捍卫法治的最终职责不可避免地由特区法院来承担,尤其当涉及自治的范围或自治的完整性时,香港并没有适当的机制与中央政府交涉以处理这些争议,在这种情况下,法院难以远离争议而不得不“填补”制度真空,同时法院有别于行政机构之处在于法院不能回避问题,必须对呈交到法院的争议尽力作出裁决,还必须公开裁决的理由。香港的普通法法治与内地的法律制度有迥然不同的法律传统、解释方式以及容纳政治压力的能力,争议性的问题往往容易变成法律问题,因此法院首当其冲,凭其对基本法的理解来捍卫法治。纵观香港法院司法审查的历史,法院难免主动或被动地卷入众多的政治争议,法院被置于政治争议漩涡的中心,这与现代宪政体制下法院的角色并不相容,在由普通法法院行使违宪审查权的国家中,尊重立法及行政机关,恪守自身权力边界已成为各国法院的共同准则。可以预见的是,香港的司法审查将会朝着类似美国和欧洲大陆的司法审查模式发展,较之传统的英国司法审查更为活跃,香港法院仍需在后续的审查实践中结合具体案件厘清法院司法审查权力的界限,避免介入高度政治性的争议,以恪守普通法体制下司法机关的角色。

① THE DIRECTOR OF IMMIGRATION v. CHONG FUNG YUEN, FACV26/2000 para7

② VALLEJOS EVANGELINE B v. COMMISSIONER OF REGISTRATION AND ANOTHER, CACV204/2011 paras116-117.

③ 直到2011年,终审法院才在**刚果金案**中第一次提请全国人大常委会释法,这也是迄今为止唯一一次由终审法院发动的人大释法。在终审法院决定提请人大释法的判决书中,多数意见在**吴嘉玲案**的基础上,除重申**吴嘉玲案**提出的两项条件“类别条件”和“有需要条件”外,还需判断争议条款是否符合“可争辩性条件”,**DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO AND OTHERS v. FG HEMISPHERE ASSOCIATES LLC**, FACV5/2010 para398.

参考文献：

- [1] 陈弘毅(2010). 香港特别行政区的法治轨迹. 北京:中国民主法制出版社.
- [2] 李树忠、姚国建(2012). 香港特区法院的违基审查权——兼与董立坤、张淑钿二位教授商榷. 法学研究, 2.
- [3] 刘练军(2010). 消极主义:宪法审查的一种哲学立场. 北京:法律出版社.
- [4] 祝捷(2014). 香港特别行政区终审法院法规审查的技术实践及其效果. 政治与法律, 4.
- [5] Byrnes Andrew(1999). *Promoting Human Rights Through Bill of Rights: Comparative Perspectives*. New York: Oxford University Press.
- [6] Johannes M. M. Chan(1997). The Hong Kong of rights 1991-1995: A Statistical Overview, in HONG KONG'S BILL OF RIGHTS: Two Years Before 1997. Internal data of the University of Hong Kong.
- [7] Johannes M. M. Chan(1998). Hong Kong's Bill of Rights: Its Reception of and Contribution to International and Comparative Jurisprudence. *The International and Comparative Law Quarterly*, 307 Vol. 47, No. 2.
- [8] Karen Kong(2012). Adjudicating social welfare rights in Hong Kong. *Int J Constitutional Law* 10 (2).
- [9] Keenan D. Kmiec(2004). The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". *California Law Review*, 5.
- [10] Michael C. Davis(1988). Anglo-American Constitutionalism with Chinese Characteristics. *The American Journal of Comparative Law*. 36(4).
- [11] Ran Hirschl(2008). The Judicialization of Politics, in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira. New York: Oxford University Press.
- [12] Simon N. M. Young(2004). restricting basic law rights in Hong Kong. *Hong Kong Law Journal*, Vol. 34, Issue 1.
- [13] William P. Mashall(2002). Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Vol. 73.
- [14] William Rich(1990). Hong Kong: Revolution Without Change. *Hong Kong Law Journal*, Vol. 20, Part 3.
- [15] Yash Chai(1999). *Hong Kong New Constitutional Order: the Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*. Hong Kong: Hong Kong University Press.

An Observation for Hong Kong Courts' Judicial Review

Qin Qianhong (Wuhan University)

Fu Jing (Wuhan University)

Abstract: Early in the era of Bill of Rights, Hong Kong courts had reviewed legislation stringently and then tended to respect executive, legislature branches in policy formulation. Later in the era of Basic Law, a growing number of administrative and legislative action can be challenged with Basic Law inconsistently and even political, economical and social issues which should not be seen as judicial issues have sprung up. Hong Kong courts continue with judicial activism of human rights protection, but in the face of cases of economy, society, culture and politics, Hong Kong courts have developed the judicial restraint based on technical rationality in order to preserve the rule of law in HKSAR. It is foreseeable that Hong Kong courts will still clarify the limits of judicial power and avoid involvement in highly political controversy, in order to abide the role of courts in base of the common law.

Key words: Bill of Rights; the Basic Law; judicial review; judicial activism; judicial restraint

■作者地址: 秦前红, 武汉大学法学院; 湖北 武汉 430072。Email: qqh@vip.163.com。

付 婧, 武汉大学法学院。

■基金项目: 国家社会科学基金重点项目(13AFX004)

■责任编辑: 李 媛

