

人權視角下的香港特別行政區司法實踐

——基於法學方法論

陳雪玉、張健一、陳瑞林*

近年來，關於香港特別行政區的政制改革尤其是行政長官普選的實施方式出現了一些爭議，特區一些政治人士不認同《香港基本法》對行政長官普選的路徑安排，拋出公民提名、政黨提名及提名委員會提名“三軌並行”的改革方案。¹ 這表明，仍然有人不願意遵照法治要求，反而取巧於政治形勢，主張突破《香港基本法》框架，到所謂“國際標準”去找依據²；而這亦註定不會得到大多數特區居民的理解和支持。³ 爭議本身在學理上沒有太多討論、探究的意義，但作為一個政治熱點，卻給出了一個啟示：中央從《香港基本法》出發，解決“一國兩制”實踐中有關問題的思路是對頭的，應持之以恆。⁴ 這一啟示反映在學術研究上，就是不能更多地從政治學角度出發，去理解和討論“一國兩制”；應當把研究焦點轉向“一國兩制”的法治實踐。這並非沒有事實根據的邏輯推論。搜索中國知網文獻總庫收錄的自改革開放以來全文含有“一國兩制”的論文可知，屬於政治學研究領域的有 4,196 篇，屬於法學研究領域的有 1,218 篇⁵，兩者之比達到 3.5：1。這種研究現狀沒有及時回應“一國兩制”實踐發展，顯然不能令人滿意。

法治實踐是“一國兩制”中最重要、最有說服力的、最具基石意義的組成部分，而“一國兩制”法治實踐不限於將中央與特區政治權力分配制度化，其最終目的是保持特區經濟持續繁榮發展和社會不斷穩定進步。法治實踐實質上是人權保障實踐。從這個角度出發，就可以理解法治實踐對“一國兩制”的決定性作用，也可以理解人權保障才是中央和特區人民最關心的所在。那麼，特區如何通過法治實踐去保障

人權呢？通過考察特區司法實踐，研究司法語境中的人權保障實踐⁶，有助於重新認識“一國兩制”的真實內涵。“一國兩制”背景下的特區司法實踐，所面對的問題不僅是如何在“特區享有獨立的司法權和終審權”這一大前提下，繼續保持原先的司法慣性，更重要的是在面對容易政治化的人權問題時，如何把人權問題法律化、技術化、邏輯化，把社會衝突轉化並納入到法治秩序中去，通過法律說理保障人權發展。能否做到這一點，是檢驗特區法院在人權保障實踐中合格與否的試金石。為了做到這一點，法院必須更加嚴格地依日常法律推理程序處理好四個問題。一是選擇適用法律和確定審判依據，二是確定解釋方法和明確規範含義，三是考慮說理進路並抽象案件事實，四是把握比例原則並合理證成判決。⁷

一、選擇適用法律和確定審判依據

哪些法律可以作為審判的依據？在這些法律存在衝突時，如何解決法律適用次序和效力位階的問題？這是特區法院在人權保障實踐中首先要面對和解決的。要解決這個問題，毫無疑問，首先要回到《香港基本法》這個總開關。《香港基本法》對特區人權的保障作用體現在三個方面。

首先，直接規定特區居民享有的具體權利。《香港基本法》第三章就特區居民的基本權利和義務作了全面規定，包括各項政治、經濟和社會權利，為特區居民享受各種權利和自由提供了明確的法律依據。具

* 前者為廣州工程技術職業學院講師，中者為法學博士、廣州市政府幹部，後者為汕頭大學法律系主任和台港澳法研究中心主任、副教授

體而言，這些權利包括居留權(第24條)，法律面前人人平等的權利(第25條)，選舉權和被選舉權(第26條)，言論、新聞、出版、結社、集會、遊行、示威、組織和參加工會、罷工的權利(第27條)，人身自由(第28條、第29條)，通訊自由和通訊秘密(第30條)，遷徙、旅行和出入境的自由(第31條)，信仰自由(第32條)，職業自由(第33條)，文化活動自由(第34條)，司法救濟權(第35條)，享受社會福利的權利(第36條)，婚育權利(第37條)和法定其他權利和自由(第38條)。

其次，統籌建立特區人權保障制度體系。香港回歸之前，已有人權保障制度是否繼續有效？它們與《香港基本法》的關係如何？對此，《香港基本法》第39條規定：“《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於香港的有關規定繼續有效，通過香港特別行政區的法律予以實施。香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與本條第一款規定抵觸。”這一規定表明，特區人權保障制度體系是一個有序統一的整體。香港回歸之前《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於香港的有關規定，根據《香港基本法》第39條的規定而繼續有效，其效力並不是自然延續，而是法定延續。香港回歸前，為了把《公民權利和政治權利國際公約》適用於香港的條文納入香港法律，香港制定了《香港人權法案條例》(《香港法例》第383章)⁸，而今此條例作為實施該公約的特區法律，也成為特區人權保障制度體系的重要组成部分。

再次，融合重構香港回歸前的人權保障傳統。由於香港在回歸前的人權保障制度並不完善，更多地倚重英國普通法判例和司法傳統中對個人權利和自由的經驗式界定。通過司法而非立法來保障人權的法律傳統，在香港回歸後是否斷裂？《香港基本法》統籌建立的特區人權保障制度體系如何與特區法院的獨立司法權和終審權保持平衡？儘管，在香港回歸後，特區法院在一系列判決中“闡明了回歸後香港的新法律秩序的權利保障體系的架構，並予以鞏固，逐漸明確了由《基本法》第39條、《公民權利和政治權利

國際公約》和《香港人權法案條例》所構成的人權保障體系”⁹，但是特區人權保障制度體系並非由特區法院所界定和建構，因為這一體系的組成結構和內在關係已在《香港基本法》中得到明確規定。在這些判決中，特區法院所做的事情，是遵照《香港基本法》第39條規定，重申特區人權保障制度體系的基本架構。然而，《香港基本法》並不排斥和清除香港司法傳統的影響。《香港基本法》第8條規定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。”這意味着，儘管特區人權保障制度體系沒有包括普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，但是特區法院可以通過法律推理和司法審判的方式，豐富和完善這一體系的內容。可見，《香港基本法》第39條所確立的特區人權保障制度體系與香港回歸前的人權保障傳統是融合的，但是對這種傳統的合法性基礎進行了重構，即這種傳統得以延續不是基於英國對香港的統治，而是《香港基本法》第8條的肯認。

總之，《香港基本法》既明確了特區居民享有的權利和自由，又為特區法院選擇適用法律和確定審判依據提供了制度保障。特區法院既可以從特區人權保障制度體系中去尋找審判依據，還可以遵循司法審判傳統去發展人權保障的範圍和先例。特區法院在人權保障實踐尤其在選擇適用法律和確定審判依據中的能動性和創造性是至關重要的。最有代表性的例子，可見特區終審法院對2002年巴哈杜爾(Gurung Kesh Bahadur)訴入境事務處處長案的判決詞。¹⁰

2002年巴哈杜爾訴入境事務處處長案關鍵爭議在於¹¹，巴哈杜爾是一名逗留期限未屆滿的非永久性居民，對他援用《入境條例》第11(10)條¹²，是否違反香港居民根據《香港基本法》第31條所享有的旅行和入境自由。¹³入境事務處處長的論據主要是：“《基本法》第三十一條所賦予的權利須受第三十九條管限。從第三十九條第二款本身簡單清楚的文字看來，是容許對居民所享有的一切權利和自由加以限制，但必須符合條款中所訂明的兩項要求，即(I)此種限制必須是依法規定的，以及(II)此種限制不得抵觸適用於香港的‘該公約’(《公民權利和政治權利國

際公約》，下同)中的規定。……所以這些權利是可以加以限制的，而有關的限制，只要是依法規定，是沒有規限的範圍的。”¹⁴

但是，特區終審法院駁回了入境事務處處長的論據：“在考慮處長的主要陳詞時，起始點當然是對詮釋《基本法》中載有第三十一條和第三十九條的第三章時所應採取的恰當取向。”¹⁵ “基本法第三十一條有關旅行和入境自由的條文，應該給予寬鬆的釋義。另一方面，基本法第三十九條第二款有關限制權利和自由的條文，則應該給予狹窄的釋義。”¹⁶ 特區終審法院承認特區立法對《公民權利和政治權利國際公約》適用於特區是不可或缺的：“《公民權利和政治權利國際公約》適用於香港的有關規定，通過《香港人權法案條例》(第 383 章)來實施。這條例中載有《香港人權法案》，將適用於香港的《公民權利和政治權利國際公約》的規定收納入香港的法律之內。”¹⁷ 但是，特區終審法院否認《香港人權法案》是人權保障的惟一法律依據：“《香港人權法案條例》中載有的《人權法案》，實現了將公約收納入香港法律之內的目的。《人權法案》中收納適用於香港的《公民權利和政治權利國際公約》的規定，只是對國際承認的權利訂定了最低準則。《基本法》可規定除符合這些最低準則的權利以外的權利。”¹⁸

那麼，對於只在《香港基本法》中列明、但未見於特區其他法律的權利和自由，在解釋時如何做呢？是否可以隨意規限呢？特區終審法院明確指出：“對於只在《基本法》中才有的權利是否可加以限制這問題，以及如果是可以的話，應採取哪個驗證準則來判斷限制是不是許可的，便取決於有關的權利的性質和所涉的標的事宜。這就視乎對《基本法》的詮釋是否恰當，而這最終亦是由法院解決的事宜。……《基本法》的用意是以憲法來鞏固第三章中所規定的權利和自由，亦即是香港這個不同制度所不可缺的權利和自由，而法院亦有責任對它們作寬鬆的詮釋，從而保障和保護這些權利和自由。”¹⁹

綜上，特區法院在選擇適用法律和確定審判依據中，充分發揮能動性和創造性，針對特區人權保障制度體系內部不協調、結構未理順，以及可能適用的法律存在衝突的問題，遵循司法審判傳統，明確了《香

港基本法》、《公民權利和政治權利國際公約》和《香港人權法案》的適用次序和效力位階及其具體含義，從而重申和深化了特區人權保障制度體系的內涵。根據這一判例，《香港基本法》不僅是特區人權保障制度體系的總開關，而且是特區居民權利和自由的兜底法，為保障特區居民權利和自由提供了終極依據。

二、確定解釋方法和明確規範含義

現代社會的法律解釋方法歸根結底分為兩種，一種是大陸法解釋方法，一種是普通法解釋方法。前者以闡明立法者的意圖為宗旨，法官要積極探尋立法者的意圖，而不是發掘法律文本背後的涵義。如果說法律文本的作者是立法者，那麼法官只能是讀者，他不得參與文本的創作和完善。後者以闡明立法意圖為依歸，立法者的意圖不等於立法意圖，立法者和法官對法律的理解是並列的，不存在孰高孰低的區別。如果說立法者可以立法，那麼法官也可以造法。那麼，在人權保障實踐中，特區法院採用哪一種解釋方法呢？在莊豐源案中²⁰，特區終審法院給出了明確的回答：

“根據普通法的處理方法，本院的任務是要參照第二十四條第二款第(一)項的背景和目的對其所用字句作出詮釋，以確定這些字句所表達的立法原意。”特區終審法院認為，此案涉及對《香港基本法》第 24 條第 2 款第(1)項的解釋；雖然全國人大常委會第一次解釋《香港基本法》，就已經涉及《香港基本法》第 24 條，但“並沒有就第二十四條第二款第(一)項作出對香港法院具約束力的解釋。”即全國人大常委會此次解釋的下述部分不具有法律約束力：“本解釋所闡明的立法原意以及《中華人民共和國香港特”行政區基本法》第二十四條第二款其他各項的立法原意，已體現在 1996 年 8 月 10 日全國人民代表大會香港特別行政區籌備委員會第四次全體會議通過的《關於實施〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第二十四條第二款的意見》(以下簡稱‘籌委會《意見》’)中。”籌委會《意見》規定，《香港基本法》第 24 條第 2 款第(1)項規定的在香港出生並因此享有特區居留權的中國公民，是指父母雙方或一方合法定居在香港期間

所生的子女，不包括非法入境、逾期居留或在香港臨時居留的人在香港期間所生的子女。籌委會《意見》被特區終審法院認為只是“有關陳述”，對特區法院不具約束力。²¹ 特區法院這一姿態，不僅見於個別案件，而是在一系列重大案件中持續表現出來。

在馬維昆案中²²，特區終審法院解釋了為甚麼要訴諸立法目的：“由於基本法屬於憲法性制度文件，本院同意對基本法進行解釋時應當採取寬鬆的目的解釋法(generous and purposive approach)，但是有下列幾點需要注意。”²³ 這些注意事項包括：(1)從國際角度看，《香港基本法》反映了兩個國家之間的協議。(2)從國內角度看，《香港基本法》解決了主權國家與其自治區域之間的關係，而後者的自治形式是從未有過的。(3)從憲政角度看，《香港基本法》規定了政府不同部門的組織和功能，以及特區居民的權利與義務。此外，《香港基本法》不是普通法法律人制定的，且以中文版本為準，這也導致了其各項規定在解釋上存在很多困難。總之，寬鬆的目的解釋法不能對《香港基本法》每一個條款都適用，但是，由於馬維昆案涉及《香港基本法》的憲政角度，因此寬鬆的目的解釋法顯然比其他解釋方法更合適。²⁴

是不是只要法律條款在憲政意義上使用，就能採用寬鬆的目的解釋法呢？特區終審法院回顧並肯認了迪普洛克法官(Lord Diplock)的論述：“憲法尤其是其保護所有公民基本權利和自由的那些條款，應當適用寬鬆的目的解釋法。”²⁵ 在迪普洛克法官之前，威爾伯福斯法官(Lord Wilberforce)也有類似論述。²⁶ 借助這兩位法官的論述，特區終審法院把寬鬆的目的解釋法與《香港基本法》的憲政意義的關係進一步明確下來，即寬鬆的目的解釋法適用於憲法保護公民權利和自由的條款。

在吳嘉玲案中²⁷，特區終審法院重申了上述司法立場：“解釋《基本法》這樣的憲法時，法院均會採用考慮立法目的這種取向，而這方法亦已被廣泛接納。法院之所以有必要以這種取向來解釋憲法，是因為憲法只陳述一般原則及表明目的，而不會流於講究細節和界定詞義，故必然有不詳盡及含糊不清之處。……為了令香港居民充分享有上述憲法所保障的各項基本權利及自由，法院在解釋第三章內有關那些

受保障的權利及自由的條文時，應該採納寬鬆的解釋。”²⁸

上文已述，到了莊豐源案，特區終審法院不僅進一步概括性地指出，特區法院須用普通法解釋方法處理法律，並且還一般性地聲明，法官要找尋的不是立法者原意而是立法原意：“法院根據普通法解釋基本法時的任務是詮釋法律文本所用的字句，以確定這些字句所表達的立法原意。法院的工作並非僅是確定立法者的原意。法院的職責是要確定所用字句的含義，並使這些字句所表達的立法原意得以落實。”²⁹

一直到巴哈杜爾訴入境事務處處長案，特區終審法院依然保持這種立場。回顧此案判決詞，不難發現這樣的論述：“對於只在基本法中才有的權利是否可加以限制這問題，以及如果是可以的話，應採取哪個驗證準則來判斷限制是不是許可的，便取決於有關的權利的性質和所涉的標的事宜。這就視乎對《基本法》的詮釋是否恰當，而這最終亦是由法院解決的事宜。”³⁰ 可以看出，法院司法審判過程的第二步——確定解釋方法和明確規範含義——實際上解決了對《香港基本法》所規定的權利不能加以限制時法官如何解釋《香港基本法》的問題，但是對《香港基本法》所規定的權利可以加以限制時法官如何解釋《香港基本法》的問題，將留給後面的第三步——考慮說理進路並抽象案件事實，以及第四步——把握比例原則並合理證成判決去解決。

三、考慮說理進路並抽象案件事實

傳統三段論認為，司法審判過程就是法律大前提、事實小前提和判決結論合三為一的綫性思維過程，法官在司法審判中的作用就是適用法律於案件事實並得出判決。的確，傳統三段論不僅適用於大陸法審判，也適用於普通法審判，不同的是，在普通法中法官需要從以前的案例中提煉法律規則，除非成文法已經有明文規定。但是，傳統三段論呈現的是判決書的行文順序，而不是法官真實的思維過程。僅僅立足於傳統三段論，就無法全面、正確地理解真實的法律推理過程，自然更無法認識特區法院在人權保障實踐

中的能動性和創造性。這其中，關鍵之處就是法官一開始所面對的不是法律事實而是案件事實；選擇從哪個角度切入，去組織說理順序，決定了從怎樣的邏輯序列出發，把案件事實抽象或提煉出法律事實。尤其，由於人權問題非常容易被政治化，因此，如何通過合理可信的技術進路將案件事實抽象出來，進入可控的法律論辯場域而不是向社會大眾的政治價值立場開放，避免司法審判陷入政治討論的漩渦之中，實在是至關重要。換言之，在對《香港基本法》所規定的權利和自由加以限制時，首先必須謹慎地選擇說理進路。

應當選擇怎麼樣的說理進路？沒有放之任何案件而皆準的判斷標準，但是仍然可以從特區司法實踐中窺得堂奧一二。在 1999 年香港特別行政區訴吳恭劭和利建濶案即特區國旗、區旗案中³¹，特區法院面臨的是比居港權案更為敏感的政治意味。畢竟，居港權案涉及的是人口遷徙的准入問題，而特區國旗、區旗案關係到如何權衡中華人民共和國的政治權力及象徵與特區居民的政治權利之間的關係。該案的基本案情是，兩位答辯人參加 1998 年 1 月 1 日香港市民支援愛國民主運動聯合會組織的一次合法、有序、公開的示威活動，並在公開遊行期間揮舞其塗污的國旗和區旗。事後，兩位答辯人被控兩項侮辱國旗及區旗罪，分別是違反特區《國旗及國徽條例》第 7 條及《區旗及區徽條例》第 7 條。

顯然，特區法院面對的情況是兩難的。一方面，處罰塗污國旗、區旗行為人的法律依據非常明確。《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〉附件三所列全國性法律增減的決定》（1997 年 7 月 1 日第八屆全國人民代表大會常務委員會第二十六次會議通過）規定：“在《中華人民共和國香港特別行政區基本法》附件三中增加下列全國性法律：1.《中華人民共和國國旗法》；……以上全國性法律，自 1997 年 7 月 1 日起由香港特別行政區公佈或立法實施。”而《國旗法》第 3 條規定：“中華人民共和國國旗是中華人民共和國的象徵和標誌。每個公民和組織，都應當尊重和愛護國旗。”其第 19 條則規定：“在公眾場合故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱中華人民共和國國旗

的，依法追究刑事責任；……”根據《香港基本法》第 18 條第 2 款的規定，香港特區必須通過公佈或立法在本地實施《中華人民共和國國旗法》。因此，當時的特區臨時立法會通過立法制定了《國旗及國徽條例》，在香港特區內實施。《國旗及國徽條例》第 7 條規定：“任何人公開及故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱國旗……，即屬違法，一經定罪，可處第 5 級罰款即 50,000 元及監禁 3 年。”類似地，特區區旗條例第 7 條也規定了：“任何人公開及故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱區旗或區徽，即屬犯罪(a)一經循公訴程序定罪，可處第 5 級罰款即 50,000 元及監禁 3 年；及(b)一經循簡易程序定罪，可處第 3 級罰款即 10,000 元及監禁 1 年。”

另一方面，《香港基本法》對保障特區居民的政治權利包括言論自由和發表自由有明文規定。《香港基本法》第 27 條規定了言論自由：“香港居民享有言論、新聞、出版的自由，結社、集會、遊行、示威的自由，組織和參加工會、罷工的權利和自由。”《公民權利和政治權利國際公約》第 19 條則規定了發表自由：“(一)人人有保持意見不受干預之權利。(二)人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由。(三)本條第(二)項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限(甲)尊重他人權利或名譽；或(乙)保障國家安全或公共秩序、或公共衛生或風化。”這一條款通過《香港人權法案條例》（香港法例第 383 章）適用於特區，因為《香港人權法案條例》第 II 部第 16 條與《公民權利和政治權利國際公約》第 19 條在文字上完全相同。對此，特區終審法院重申“法院對其憲法性的保障必須採納寬鬆的解釋”，並承認：“發表自由是民主社會的基本自由，也是文明社會及香港的制度和生活方式的核心。這種自由包括發表大多數人認為令人反感或討厭的思想，及批評政府機關和官員行為的自由。侮辱旗幟是一種非語言的言論或發表形式。”³²

那麼，在法律上應當怎麼界定作為刑事罪行的侮辱國旗和區旗的行為呢？《香港基本法》第 39 條第 2

款、《公民權利和政治權利國際公約》第19條和《香港人權法案條例》第II部第16條為此提供了依據。根據這三個條款，可以把侮辱國旗和區旗的行為定性為對發表自由的限制。此時需要證明三個問題，一是這種限制是否依法規定？二是這種限制保障了何種公共秩序？三是這種限制是否必要？這種處理方式技術性很強，操作順序明確，且可以在司法場域中完成，把政治考慮尤其是民眾的政治訴求排除在外。

事實上，特區終審法院也是這麼做的：“《公民權利和政治權利國際公約》的前言承認個人對其他個體及對其所屬之群體須承擔義務，第十九條第三款本身也承認發表自由的權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制。³³……在這方面，政府以該限制是保障公共秩序(public order)所必要為主要論據。由此引起兩個問題。第一，本席已經裁定保護國旗和區旗存在着社會及小區的合法利益，這些利益是否包含在公共秩序這個概念之內？第二，如果第一條問題的答案是肯定的話，該項對發表自由的權利的限制是否為保障上述利益所必要？”³⁴

如果直接適用特區《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》，判決侮辱國旗和區旗的行為列入刑事罪行，那麼法院將可能因為說理不充分以及明顯忽略言論自由和表達自由的重要性而備受詬病。反過來，倘若法院以特區居民的言論自由和發表自由為邏輯起點，那麼勢必以《香港基本法》為準，判斷《國旗法》是否違反《香港基本法》對人權保障的規定，顯然欠缺對國家意志的尊重和不符合央地權力關係安排。避免把國家的政治權力和象徵及特區居民的權利任何一者絕對化，轉而建構一個對立統一且相互規限的權力—權利分析框架，通過技術化的法律推理，讓司法審判同時尊重國家和民眾的需要，並以政治中立的說理手段吸納和消解洶湧的政治壓力；這是特區法院在考慮說理進路並抽象案件事實中的最大特點。在該案的判決詞中，特區終審法院確認了上述技術路徑：“在憲法上這一範疇似乎基本上有兩種可以協調的取向。其中一種取向就是，儘管總會有遠較侮辱國旗國徽或區旗區徽有效的表達意見方式，也不論這種侮辱行為是何等粗魯和令人反感，都應當視作一種發表方式而加以容忍。另一種取向則是，鑒於國旗國徽

及區旗區徽具有象徵意義，因而應予尊敬，況且保護國旗國徽及區旗區徽並不會妨礙任何人在林林總總的方法中以一種或多種方法將他/她的看法表達出來，故此國旗國徽及區旗區徽應該受到保護，免遭侮辱。這兩種取向雖然會帶來相反結果，但卻有共同之處。兩者均對國旗國徽及區旗區徽予以尊敬，也確認發表自由並不局限於發表的內容，也包括發表的方式。……所以，要驗證的是兼容性的問題。”³⁵至少迄今為止，對於可能限制《香港基本法》所規定的權利和自由的案件，以政治中立的說理手段建構權力—權利分析框架，避免權力或權利任何一方絕對化，應是特區法院最佳的選擇。

四、把握比例原則並合理證成判決

確定了說理進路，接下來的司法任務就是把握比例原則並合理證成判決。何謂比例原則(proportionality test)? 1991年香港上訴法庭在冼友明案中援引加拿大法院適用《加拿大人權憲章》³⁶的判例，對比例原則作了界定：“有三個驗證標準可以用來衡量任何一個成文法例是否有違背憲章：推定必須合乎常理，亦即是說，要和引發推定的事實有邏輯性的連繫；對憲章所保證的自由所造成的損害必須最低；與它所針對的禍害相稱。”³⁷

儘管香港法院在人權保障司法實踐中引入並界定了比例原則，但是這三個驗證標準在實踐中很難截然分開，並且還必須結合限制權利所欲達到的正當目的和具體手段進行證明，因此在司法實踐中沒有必要也不可能嚴格按照這三個標準進行操作。不過，比例原則給予的最大啟示就是，對權利和自由的限制不能超過必要限度。

上文已述，具體到特區國旗、區旗案，特區終審法院需要回答三個問題。就第一個問題，特區終審法院認為沒有異議，理由是特區《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》對言論自由和發表自由作了限制。雖然《香港基本法》第39條第2款規定：“香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與本條第一款規定抵觸。”但是，《香

港人權法案條例》第 II 部第 16 條與《公民權利和政治權利國際公約》第 19 條均指出：“……(二)人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由。(三)本條第(二)項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限(甲)尊重他人權利或名譽；或(乙)保障國家安全或公共秩序、或公共衛生或風化。”這說明，儘管發表自由在《公民權利和政治權利國際公約》和《香港人權法案條例》得到制度保障，但是這兩個法律文件並不反對對發表自由進行限制，關鍵是這種限制是否不超過必要限度。因此，對發表自由進行限制是沒有問題的。

關於第二個問題，特區終審法院認為“保護國旗和區旗存在着社會及社區的合法利益”，並且這種利益屬於公共秩序範圍。特區終審法院回顧並分析了有關公共秩序的各種代表性論述後，歸納出下列三點。第一，公共秩序這概念既不精確，亦難以表述，其涵蓋範圍也不能準確地界定。第二，這概念包含為保障大眾福祉或為符合集體利益所必須採取的措施，例子包括為維持社會安寧及良好秩序而制定法規、安全、公共衛生、美學及道德層面的考慮以及經濟秩序(消費者權益的保障等)。第三，這概念必須隨着時間、地點及環境的改變而有所不同。那麼就特區所處的時間、地點及環境而言，公共秩序的概念範圍如何呢？對此，特區終審法院直言不諱：“保護國旗這合法的社會利益，以及保護區旗這合法的社區利益，兩者均屬公共秩序這概念所包含之範圍內。”³⁸ 國旗是中華人民共和國的獨有象徵，而區旗是“一國兩制”方針下香港特別行政區作為中華人民共和國不可分離部分的獨有象徵。上述這些合法利益是大眾福祉和整體利益的一部分。

至於第三個問題，特區終審法院在該案中沒有明確指出如何使用比例原則，而是使用了“是否必要”的字眼³⁹，並圍繞這一問題，在特區法律文件、央地權力關係和外國法律實踐三個層面進行論述。從特區法律文件看，由於《香港基本法》附件三列入了《國旗法》，因此特區臨時立法會有義務並履行該義務而

制定了《國旗及國徽條例》，並相應制定了《區旗及區徽條例》。特區立法會履行中央賦予的義務，此舉本身就是必要的或“恰當的”。從央地權力關係來看，特區終審法院強調，“這些有限度的限制與施加這些限制所欲達致之目的相稱，並沒有超越彼此相稱的範圍。中華人民共和國恢復對香港行使主權後，香港正處於一個新秩序的初期。貫徹‘一國兩制’的方針極之重要，正如維護國家統一及領土完整亦是極之重要一樣。既然國旗及區旗具獨有的象徵意義，保護這兩面旗幟免受侮辱對達致上述目標也就起着重大作用。因此，有非常充足的理由斷定，將侮辱國旗及區旗的行為列為刑事罪行，對受保障之發表自由的權利施加限制，此舉是有充分理據支持的。”⁴⁰ 從外國法律實踐看，“多個簽署確認《公民權利及政治權利國際公約》的民主國家亦有制定法例保護國旗，將侮辱國旗或類似的行為列為可處以監禁刑罰的刑事罪行。這些保護國旗的例子顯示，將侮辱國旗的行為列為刑事罪行在其他民主社會可視為保障公共秩序的必要措施。”⁴¹

因此，制定特區《國旗及國徽條例》第 7 條及《區旗及區徽條例》第 7 條是為了保障公共秩序所必要的，這兩條規定對發表自由的權利施加限制具有充分理據支持，亦符合《香港基本法》。

五、結語

司法實踐歸根結底是在司法場域解決事實與規範的衝突問題，特區法院所面臨的情境更為特殊，一方面是夾雜着政治泛化色彩的案件事實問題，另一方面是制定法與判例法、國內法與國際法結合的規範體系問題。如何讓法律規範涵攝案件事實，祛除政治因素的外在干擾，通過司法審判技術推動人權發展，是特區法院保障人權發展的特有途徑。特區法院在人權問題有關案件審判過程中，靈活、審慎地運用法律推理技術，將政治問題合理法律化，把社會衝突納入法治秩序中，在“一國兩制”框架下積極有效地發揮司法保障作用，推動特區人權進一步發展，有力地證明了“一國兩制”對特區經濟繁榮、社會穩定和人權事

業的保障促進作用。

《香港基本法》的序言指出，為了維護國家的統一和領土完整，保持香港的繁榮和穩定，並考慮到香港的歷史和現實情況，國家決定，設立香港特別行政區，並按照“一個國家，兩種制度”的方針，不在香港實行社會主義的制度和政策。在中國對香港恢復行使主權時，維護國家統一和領土完整的政治任務就已經完成了。回歸後在香港實施《香港基本法》的重點不在於分配央地權力，而在於保持香港的繁榮和穩

定，歸根結底是保障香港居民的人權發展。《香港基本法》的制度意圖在於此，回歸後特區的日常運行更是以此為核心。過多強調“一國兩制”的政治向度，不能真實、全面反映“一國兩制”的設計意圖和實施現狀，也不利於社會各界正確理解、客觀評價“一國兩制”的制度與現實，可能導致更多的非政治問題被政治化。應當從人權保障和法治實踐角度更多關注和研究“一國兩制”。

註釋：

- ¹ 《特首普選，真普聯倡“三軌制”提名候選人》，載於中金在綫：<http://news.cnfol.com/gangaotaicaijing/20140109/16700191.shtml>。
- ² 實際上這種“國際標準”是站不住腳的。《公民權利和政治權利國際公約》第25條規定：“每個公民應有下列權利和機會，不受第二條所述的區分和不受不合理的限制：(甲)直接或通過自由選擇的代表參與公共事務；(乙)在真正的定期的選舉中選舉和被選舉，這種選舉應是普遍的和平等的並以無記名投票方式進行，以保證選舉人的意志的自由表達；(丙)在一般的平等的條件下，參加本國公務。”顯然，要符合普選的“自由選擇”、“普遍”、“平等”、“無記名投票”等要求，方式不限於公民提名和政黨提名，提名委員會提名也可以滿足這些要求。
- ³ 據香港政治團體民主建港協進聯盟2014年3月發佈的民意調查顯示，有68.8%的受訪者表示制定2017年行政長官普選的辦法應當按照《香港基本法》的規定進行，有65%的受訪者不支持與中央對抗的人擔任行政長官。該項民意調查對象為18歲或以上的香港市民，委託香港民意調查中心，計算機隨機抽取電話樣本，通過真實訪問員以電話問卷方式成功訪問了1,005名市民。見《民調：近七成香港市民贊成按基本法制定特首普選方案》，載於新華網：http://news.xinhuanet.com/gaogao/2014-03/03/c_126210846.htm。
- ⁴ 事實上，自香港回歸以來，中央在特區若干重大問題上一直保持中立、克制、不干涉立場，堅持以《香港基本法》為解決問題的基本框架，尤其對“居留權案”、行政長官普選、人大釋法等問題依法處理，嚴格把握和遵循《香港基本法》對“一國兩制”的具體界限的規定。正是這一點，中央才贏得了大多數特區居民的支持和擁護。
- ⁵ 屬於中國政治與國際政治領域的有3,335篇，馬克思主義領域580篇，中國共產黨領域187篇，政治學領域33篇，思想政治教育領域31篇，政黨及群眾組織領域30篇；屬於憲法領域的有406篇，國際法領域269篇，訴訟法與司法制度領域195篇，法理、法史領域159篇，行政法及地方法制領域63篇，民商法領域47篇，經濟法領域42篇，刑法領域37篇。以上結果來自中國知網：http://epub.cnki.net/kns/brief/default_result.aspx。
- ⁶ 由於司法是人權保障最後一道防綫，因此，相對於特區立法會和政府的職能行為，特區司法實踐無疑更合適作為研究對象。
- ⁷ 需要指出的是，這並不意味着特區法院的司法審判過程就是綫性的。恩吉施認為，案件事實的形成及其法律判斷必須在“大前提與生活事實間的眼光往返流轉”。陳愛娥則認為，時間上，不是形成(作為陳述的)案件事實以後，才開始評斷案件事實是否符合法定構成要件要素，兩者毋寧是同時進行的，因為在形成案件事實之時，就必須考量個別事實的

可能意義。只有在考慮(可能是判斷依據的)法條之下,作為陳述的案件事實才可能獲得最終的形式;而法條的選擇乃至必要的具體化,又必須考量被判斷的案件事實。見卡爾·拉倫茨:《法學方法論》,陳愛娥譯,北京:商務印書館,2004年,第10頁。事實上,拉倫茨的論斷不僅適用於大陸法審判,也適用於普通法審判。普通法審判歸根結底是類比法律推理,而四個思維步驟相互約束,則是每一個步驟都要充分地考慮並回應後面的步驟所提出的挑戰,並適時地修正本步驟所得出的結果,以求得作為整體而存在的普通法類比推理的內在統一和完整融洽。例如,如果法官認為從來源案件所提煉出的法律規則與前面兩個步驟的思維結果之間過於緊張,那麼法官可能會對提煉出法律規則的視角進行擴大或縮小,進而改變解釋與表達法律規則的方式,或者否定第一、二個步驟的結果,重新概括目標案件的特徵,再次尋找合適的來源案件,並重置這兩個案件的相似性,以推進第三個步驟。見張健一:《普通法類比推理過程》,載於《法律方法》,第12卷,2012年,第260-261頁。

- ⁸ 見特區政府律政司雙語法例資料系統:http://www.legislation.gov.hk/blis_ind.nsf/WebView?OpenAgent&vwpg=CurAllChinDoc*383*0*383.1#383.1。
- ⁹ 陳弘毅:《一國兩制的法治實踐:十年的回顧與反思》,載於中國法學創新網:<http://www.lawinnovation.com/html/zgfx50rlt/10145.shtml>。
- ¹⁰ 巴哈杜爾訴入境事務處處長案的基本案情及下文有關引述參見 *Gurung Kesh Bahadur V. Director Of Immigration* [2002] HKCFA 30; [2002] 2 HKLRD 775; (2002) 5 HKCFAR 480; FACV17/2001 (30 July 2002), 載於香港法律資訊中心:<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcf/2002/30.html>。
- ¹¹ 見特區政府律政司基本法案例摘要:<http://www.doj.gov.hk/eng/public/basiclaw/cbasic4-3.pdf>。
- ¹² 見《入境條例》第11(10)條。
- ¹³ 見《香港基本法》第31條。
- ¹⁴ 見 *Gurung Kesh Bahadur V. Director Of Immigration* [2002] HKCFA 30; [2002] 2 HKLRD 775; (2002) 5 HKCFAR 480; FACV17/2001 (30 July 2002), 載於香港法律資訊中心:<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcf/2002/30.html>。
- ¹⁵ 見案例 *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* [1999] HKCFA 72; [1999] 1 HKLRD 315; (1999) 2 HKCFAR 4; [1999] 1 HKC 291; FACV14/1998 (29 January 1999), 載於香港法律資訊中心:<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcf/1999/72.html>。
- ¹⁶ 見特區政府律政司基本法案例摘要:<http://www.doj.gov.hk/eng/public/basiclaw/cbasic4-3.pdf>。
- ¹⁷ *Shum Kwok Sher V. HKSAR FACC No.1 Of 2002* (10 July 2002) Para.53, *HKSAR V. Ng Kung Siu* ([1999] 2 HKCFAR 442 At 455).
- ¹⁸ 見註14。
- ¹⁹ 同上註。
- ²⁰ 莊豐源案的基本案情及下文有關引述參見 *The Director of Immigration v. Chong Fung Yuen* [2001] HKCFA 48; [2001] 2 HKLRD 533; (2001) 4 HKCFAR 211; FACV26/2000 (20 July 2001), 載於香港法律資訊中心:<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcf/2001/48.html>。
- ²¹ 張健一等:《全國人大常委會與特區法院之間的憲政衝突:法律解釋權問題而非司法管轄權問題》,載於中國法學會、澳門基本法推廣協會、香港基本法澳門基本法研究會:《2014年兩岸四地法治發展青年論壇論文集》,澳門,2014年,第13-15頁。
- ²² 馬維昆案的基本案情及下文有關引述參見 *HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others* [1997] HKCA 652; [1997] HKLRD 761; [1997] 2 HKC 315; CAQL1/1997 (29 July 1997), 載於香港法律資訊中心:<http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/1997/652.html>。

- ²³ 見案例 *Attorney General of Gambia v. Jobe* [1984]AC 689 和 *R. v. Sin Yau-ming* [1992] 1 HKCLR 127.
- ²⁴ 見 *HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others* [1997] HKCA 652; [1997] HKLRD 761; [1997] 2 HKC 315; CAQL1/1997 (29 July 1997), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/1997/652.html>。
- ²⁵ *Attorney General of the Gambia v Jobe* [1984] AC 689 at 700.
- ²⁶ *Minister of Home Affairs v Fisher* [1980] AC 319 at 328.
- ²⁷ 吳嘉玲案的基本案情及下文相關引述參見 *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* [1999] HKCFA 72; [1999] 1 HKLRD 315; (1999)2 HKCFAR 4; [1999] 1 HKC 291 ; FACV14/1998 (29 January 1999), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/1999/72.html>。
- ²⁸ 見 *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* [1999] HKCFA 72; [1999] 1 HKLRD 315; (1999) 2 HKCFAR 4; [1999] 1 HKC 291 ; FACV14/1998 (29 January 1999), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/1999/72.html>。
- ²⁹ *The Director of Immigration v. Chong Fung Yuen* [2001] HKCFA 48 ; [2001] 2 HKLRD 533 ; (2001) 4 HKCFAR 211 ; FACV26/2000 (20 July 2001), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/2001/48.html>。
- ³⁰ 同註 14。
- ³¹ 特區國旗、區旗案的基本案情及下文有關引述參見 *HKSAR v. Ng Kung Siu and Another* [1999] HKCFA 10; [1999] 3 HKLRD 907; (1999) 2 HKCFAR 442; [2000] 1 HKC 117; FACC4/1999 (15 December 1999), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfa/1999/10.html>。
- ³² 見 *HKSAR v. Ng Kung Siu and Another* [1999] HKCFA 10; [1999] 3 HKLRD 907; (1999) 2 HKCFAR 442; [2000] 1 HKC 117; FACC4/1999 (15 December 1999), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfa/1999/10.html>。
- ³³ 見明報報業有限公司訴香港律政司案(*Ming Pao Newspapers Ltd v Attorney-General*) [1996] AC 907 (英國樞密院) 第 917 頁 B-C。
- ³⁴ 同註 32。
- ³⁵ 同上註。
- ³⁶ “《加拿大人權憲章》保證憲章所載的權利和自由受的限制祇是法律規定的合理限制。也是一個自由民主社會可以證明是合理的限制。” 見 *R. v. Oakes* [1986] 26 DLR (4th) 200。
- ³⁷ 見 *R. v. Sin Yau Ming* [1991] HKCA 86; CACC289/1990 (30 September 1991), 載於香港法律資訊中心: <http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkca/1991/86.html>。
- ³⁸ 同註 32。
- ³⁹ 特區終審法院認為,英國樞密院及香港法院已裁定,“必要”一詞在這個驗證中,應以一般的涵義去理解,不必借助諸如“迫切社會需要”等用語來代替“必要”一詞。這種處理方法是正確的。見譚慶義訴胡大偉案(*Tam Hing-ye v Wu Tai-wai*)第 191 頁,明報報業有限公司訴香港律政司案(*Ming Pao Newspapers Ltd v Attorney General of Hong Kong*)第 919 頁 G-H 及黃陽午訴律政司司長案(*Wong Yeung Ng v Secretary for Justice*)第 40 頁 E-F, 第 53 頁 C-D 以及第 59 頁 B。
- ⁴⁰ 同註 32。
- ⁴¹ 同上註。