

《香港基本法》第 19 條研究

王 禹*

一、《香港基本法》第 19 條起草背景

《香港基本法》第 19 條是《香港基本法》所有條文裏最難產的條文。香港基本法起草委員會一共開了九次全體會議。¹ 在香港基本法起草委員會第八次全體會議上，所有條文都經 2/3 起草委員通過，而惟其這條，卻缺 2 票沒有獲得 2/3 委員通過，直到起草委員會第九次全體會議才改成現在的寫法，獲得通過。²

在 1987 年 12 月 12 日香港基本法起草委員會秘書處滙編的條文草稿中，《香港基本法》第 19 條的內容是被分成兩個條文來處理的。一是《香港基本法》第 18 條規定：“香港特別行政區享有獨立的司法權和終審權。”二是第 81 條，位置在第四章“政治體制”第四節“司法機關”，分三款規定：

“香港特別行政區法院除依照香港原有法律制度對有關國防、外交和中央政府行政行為的案件無管轄權外，對其他在香港特別行政區境內的案件均有審判權。

香港特別行政區法院在審理案件中，凡涉及國防、外交和中央政府行政行為的問題時，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之證明書。”

在該條的說明部分，還註明委員們提出了以下幾個方案：

方案一：

香港特別行政區各級法院除依照普通法和判例對有關國防、外交和純屬政治性的行政行為案件不受理外，對其他在香港特別行政區內的案件均有審判權。

香港特別行政區法院對某些案件是否涉及國防、外交或純屬政治性的行政行為有疑問時，得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應取得全國人民代表大會常務委員會或國務院的證明。

方案二：

香港特別行政區法院除依照香港原有法律制度中對法院審判權的限制外，對其他在香港特別行政區境內的案件均有審判權。

在審理任何案件的過程中，香港特別行政區法庭有權決定其是否有審判權而不受任何外界影響。

方案三：

香港特別行政區法院對：

1. 與香港特別行政區內部的行政管理有關；或
2. 與香港特別行政區境內個人、法人的權利和義務有關；或
3. 與香港特別行政區境內的財產有關的案件，除下列問題外，享有管轄權：
 - (1) 中央與香港特別行政區的關係；
 - (2) 中央行政行為的有效性；
 - (3) 香港特別行政區政府按本法規定執行有關國防、外交的中央指令時的行政行為的有效性；
 - (4) 香港特別行政區政府按本法規定在中央授權下自行處理有關對外事務時的行政行為，按香港原有法律屬

* 澳門理工學院一國兩制研究中心副教授級研究員

“國家行為”者的有效性以及屬“國家事實”者的內容；

(5) 涉及公民對國家的基本責任的問題(叛國一類的案件)。

香港特別行政區法院在審理案件中，凡涉及上述 1 至 4 類問題時，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之證明書。

凡涉及上述第 5 類問題的案件，應由法院知會行政長官。行政長官在徵詢全國人民代表大會常務委員會的意見後，決定是否將該案件轉由中央人民法院審理或由中央人民法院就個別案件授權香港特別行政區法院審理或以其他辦法設立法庭審理之。

方案四：

香港特別行政區法院除依照原有的法律對有關國防、外交和中央政府及香港特別行政區政府以國家名義所做行為為無管轄權外……(其餘同方案一，但方案一中“純屬政治性的行政行為”改為“以國家名義所做的行為”。)

1988 年 4 月 28 日香港基本法起草委員會第七次全體會議公佈的香港基本法(草案)徵求意見稿第 18 條基本上形成了現在第 19 條的寫法，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法律原則對法院審判權所作的限制外，對所有案件均有審判權。

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。”

在該徵求意見稿方面，還附有各專題小組部分委員對本小組所擬條文的意見和意見匯輯，其中載有對徵求意見稿第 18 條的意見和建議，註明有些委員還提出了如下兩種方案：

方案一：

香港特別行政區法院，除下列(1)至(4)項外，對原香港

法院有權審判的案件均繼續有權審判：

(1) 中央與香港特別行政區的關係；

(2) 中央行政行為(包括國防、外交)的有效性；

(3) 香港特別行政區政府按本法規定執行有關國防、外交的中央指令時的行政行為的有效性；

(4) 香港特別行政區政府按本法規定在中央授權下自行處理有關對外事務時的行政行為，按香港原有法律屬“國家行為”者的有效性以及屬“國家事實”者的內容。

香港特別行政區法院在審理案件中，凡涉及上述(1)至(4)類問題時，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，需取得全國人民代表大會常務委員會或國務院的證明書。

方案二：

香港特別行政區法院，除繼續保持香港原有法律制度 and 原則對法院審判權所作的限制外，對香港特別行政區的所有案件有審判權。

香港特別行政區法院審理案件中，凡涉及國防、外交的問題時，均根據普通法之原則及判例，徵詢行政長官意見，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，需取得全國人民代表大會常務委員會或國務院的證明文件。

有關特別行政區法院審理涉及中華人民共和國的機構及權力機關或其人員(包括第二章第十三條及第二十一條所提及者)的案件，以及有關該等機構及權力機關或其人員作出賠償的規定，由特別行政區的法律予以訂明。

1989 年 1 月 14 日香港基本法起草委員會第八次全體會議通過的《香港基本法》(草案)第 19 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。”

香港基本法起草委員會通過的起草規則要求草

擬條文必須逐條經過全體起草委員會 2/3 多數通過。本條條文在表決時得 35 票，差 2 票未獲得 2/3 多數通過。³ 1989 年 2 月 15 日，香港基本法起草委員會主任委員姬鵬飛在《關於提請全國人大常委會審議〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉(草案)及有關文件的報告》裏指出，“基本法(草案)第十九條規定，香港特別行政區享有獨立的司法權和終審權。同時規定，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。1997 年後香港特別行政區法院將保持原有的司法管轄範圍，對這一原則，起草委員們是沒有異議的，但對這一條文的表述方式還有不同意見。因此這一條文未能得到全體委員三分之二多數的同意，有待於進一步研究並作出修改。”⁴

修改的結果是將該條中法院對“屬於國家行為的案件”無管轄權，改為對“國防、外交等國家行為”無管轄權。其餘未變，並將原來的第 4 款“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”併入第 3 款，作為該款的第三句話。這就形成了《香港基本法》第 19 條目前的寫法：

“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。”

上文繁瑣引用的各種草擬條文，足以說明《香港基本法》第 19 條形成的艱難性。這裏有三個特點值得注意：第一，第 19 條第 3 款法院對“國防、外交等國家行為無管轄權”的表述，經歷了以下幾種寫法：①法院“依照香港法律制度對有關國防、外交和中央政府行政行為的案件無管轄權”，②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”；及③法院對“屬於國家行為的案件無管轄權”；最後才改成法院對“國

防、外交等國家行為無管轄權”。應該說，原來的寫法是法院對屬於國家行為的案件無管轄權，在法律上並不嚴謹，改為法院對國家行為無管轄權的寫法在法律上是適當的。

第二，最初的草案原來沒有寫上要繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制，而僅是規定法院按照原有法律制度對國家行為無管轄權；到了 1988 年草案徵求意見稿才分開兩款處理，第二款寫繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權所作的限制，第三款寫法院對國家行為無管轄權問題，這就使得第二款的繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權所作的限制的規定具有獨立意義。

第三，1987 年草稿滙集和 1988 年徵求意見稿所附錄的幾種方案中，曾有以列舉的方式來界定法院管轄權，起草委員會沒有採納這種意見。

第四，關於國家行為事實問題的寫法，沒有太多的變動，主要的改動是將行政長官“取得全國人大常委會或中央人民政府的證明書”，改為“取得中央人民政府的證明書”。這個改動的原因實際上是與國家行為的文字表述是一致的。

二、“等”字內涵理解

《香港基本法》第 19 條的起草情況說明，“等”字是妥協和不得已的寫法。“等”字，根據中文語法習慣，可以有兩種理解：一種理解是“等內等”，即國家行為只有國防和外交兩種，“等”表示“列舉”，一種理解是“等外等”，即國家行為除了國防和外交外，還有其他行為，“等”表示“舉例”。⁵ 1995 年在中英有關終審法院設立的談判過程中，雙方均贊同終審法院管轄範圍不應包括對國家行為的審理。但對於什麼是國家行為的具體表述各執一詞，中方主張要與基本法規定的提法相一致，即採用“國防、外交等”的表述，而英方認為僅應限於國防、外交兩項。⁶ 最後達成的協議第 3 條規定，“英方同意修訂《終審法院條例草案》以加入基本法第 19 條對國家行為的表述，並規定《終審法院條例》在 1997 年 6 月 30 日前不予實施。”⁷ 這足以說明，《香港基

本法》第 19 條第 3 款關於“等”字的表述，實際迴避了矛盾，將問題留待以後去解釋。這個矛盾的實質就是香港法院能否審查全國人大及其常委會、國務院和中央軍事委員會除了國防和外交以外的其他行為。

果不其然，香港回歸後，法院馬上討論了這個問題。這就是所謂“憲政第一案”的“香港特別行政區訴馬維騷等案”。馬維騷等三人是一起刑事案件中的被告人，他們在 1995 年被控串謀妨礙司法公正。1996 年香港法院開始審理此案並過渡到香港回歸後繼續審理。該案的爭議焦點在於全國人大成立臨時立法會行為的合法性問題。《香港基本法》裏沒有“臨時立法會”這個機構，這是因為香港回歸後期英方故意對抗使得港英政府的最後一屆立法局議員無法坐“直通車”直接過渡為香港特別行政區第一屆立法會，而迫使全國人大不得不成立臨時立法會。馬維騷的辯護律師要求法院確認臨時立法會並非依據《香港基本法》合法地成立的特區立法機關，進而宣佈這個“非法機構”通過的香港回歸條例無效，從而馬維騷無罪釋放。⁸ 法院在該案中指出，香港法院無權審理中華人民共和國的主權行為：“在本案中，我會接受特區法院不能質疑人大決定或決議，或成立籌委會的理由是否合理。這些決定和決議是主權行為，其有效性是不受區域法院挑戰的”。⁹ 1998 年香港上訴法院在張麗華案則相反認為，法院在適當的情況下或許確實有權審查全國人大的法律和行為是否符合《香港基本法》。¹⁰ 隨後，張麗華案上訴到終審法院並合併成為居港權四個案件中的“吳嘉玲訴入境事務處處長案”的一部分。法院在該案中，不僅宣佈有權審查特區立法機關所制訂的法例或行政機關之行為是否符合《香港基本法》，而且，宣佈有權審查全國人大及其常委會的立法行為：¹¹

一直引起爭議的問題是：“特區法院是否具有司法管轄權去審核全國人民代表大會或其常務委員會的立法行為是否符合基本法，以及倘若發現其抵觸基本法時，特區法院是否具有司法管轄權之宣佈此等行為無效。依我等之見，特區法院確實有此司法管轄權，而且有責任在發現有抵觸時，宣佈此等行為無效。關於此點，我等應藉此機會毫不含糊地予以闡明。”

判決發佈後，內地法律界部分人士就香港特區終審法院的這個判決發表了意見，指出該判決中有關特區法院可審查並宣佈全國人大及其常委會的立法行為無效的內容，違反《香港基本法》的規定，是對全國人大及其常委會的地位、對“一國兩制”的嚴重挑戰。¹² 在這種情況下，1999 年 2 月 26 日，終審法院接受了香港政府律師的請求，罕有地發出一個“澄清”聲明：

“特區法院的司法管轄權來自《基本法》。《基本法》第 158(1)條說明《基本法》的解釋權屬於人大常委會。法院在審理案件時，所行使解釋《基本法》的權力來自人大常委會根據第 158(2)及 158(3)條的授權。我等在 1999 年 1 月 29 日的判詞中說過：法院執行和解釋《基本法》的權力來自《基本法》並受《基本法》的條文(包括上述條文)所約束。

我等在 1999 年 1 月 29 日的判詞中，並沒有質疑人大常委會根據第 158 條所具有解釋《基本法》的權力，及如果人大常委會對《基本法》作出解釋時，特區法院必須要以此為依歸。我等解釋這個解釋權是不能質疑的。我等在判詞中，也沒有質疑全國人大及人大常委會依據《基本法》的條文和《基本法》所規定的程序行使任何權力。我等亦接受這個權力是不能質疑的。”

“澄清”指出法院必須接受全國人大及其常委會所行使的權力而不能對其有所質疑。¹³ 但是“澄清”並沒有指明法院不能質疑全國人大及其常委會行為的法律依據。實際上，這個法律依據就是《香港基本法》第 19 條第 3 款所指的“國防、外交等國家行為”裏的“等”。只有將這裏的“等”字理解為是“等外等”才能明確香港法院不能質疑全國人大及其常委會行為的憲制依據，才能有效解決問題。

這就必須正視“等”字的內涵理解問題。《香港基本法》第 19 條第 3 款所指的“國防、外交等國家行為”裏的“等”，是指國家行為除了國防和外交以外，還有其他行為。第一，《香港基本法》英文本採用了“such as”來翻譯這裏的“等”字，這是基於“等外等”的內涵理解。¹⁴ 第二，“等外等”的理解也符合香港普通法的傳統，如佳日思在《香港新憲制秩序》也曾指出：“國家行為在普通法下，限於國防

和外交事務，但是事實上，雖然這些是國家行為的通常情況，但是國家行為決不僅限於此(其他的例子有部長的任免)。”¹⁵ 第三，在“一國兩制”的架構下，“國家”有特定內涵，是指“中華人民共和國”，“國家行為”是指中華人民共和國的行為，是指中華人民共和國對香港恢復行使主權的行為。第四，《香港基本法》第19條的草擬過程，也足以說明這裏的“等外等”的內涵。¹⁶

這裏的“等”字包括：①中央人民政府任命行政長官和政府主要官員，以及免除這些官員職務的行為；②全國人大常委會對附件三法律作出增減的決定；③全國人大常委會對基本法作出的解釋；④全國人大常委會對政制發展作出的決定，以及對附件一修正案和附件二修正案的批准和備案；⑤全國人大常委會對香港原有法律的處理決定；⑥全國人大修改基本法；⑦中央人民政府決定有關條約適用於特別行政區；⑧中央人民政府特別許可外國軍用船隻進入特別行政區；⑨全國人大、全國人大常委會以及中央人民政府對特別行政區作出的授權決定；等等。

“國家行為”顧名思義好像就是國家的所有行為或國家的一切行為。其實不然。“國家行為”是一種特定的法律概念。英國法律體系裏的“國家行為”，指基於特權而行使主權權利的行為，不受法院的反對或控制，法院不能懷疑國家行為的有效性。¹⁷ 這就是說，國家行為是指與一般的行政行為相區別而不受法院審查的政治行為。法院對此無力審查也無法審查。類似的行為，法國則稱為“政府行為”，日本稱為“統治行為”，在美國就稱為“政治問題”，由於這些行為具有高度的政治性，法院對這些行為和問題不能進行司法審查。¹⁸

《香港基本法》裏的國家行為，最初是來自英國法律體系的概念，但在“一國兩制”的憲法體制下，此“國家行為”，不完全等同於“政府行為”、“統治行為”或“政治問題”等概念的內涵，“國家行為”是指中華人民共和國作出的行為。根據《中英聯合聲明》和《香港基本法》的有關規定，國防與外交屬於中央人民政府管理的權限，而這些行為按照英國原來的法律制度，本來屬於“國家行為”的範疇，香港法院不能審查。然而，這裏的“等”字，還包括中

華人民共和國對香港恢復行使主權作出的其他行為。在“一國兩制”下，“國家”是指“中華人民共和國”，“國家行為”是指中華人民共和國對香港恢復行使主權的行為。法院對這些行為無管轄權。

然而，香港法院還沒有明確的判例，指出《香港基本法》第19條第3款所指的“國防、外交等國家行為”的“等”字包括“等外等”的含義。也就是說，香港法院目前對“等”字的理解還是受制於普通法的傳統思維，將這裏的“等”字理解為“等內等”。2011年香港特區終審法院就剛果(金)案向全國人大常委會提出解釋《香港基本法》第13條和第19條第3款的請求。具體案情為2008年4月22日，中國中鐵公司同剛果(金)政府訂立合作協議，雙方合資開採當地礦產。合資者包括中鐵在香港註冊的三家子公司。它們須向剛果(金)政府支付兩筆21億美元的採礦“准入費”。FG是一家美國基金公司，以收購“不良資產”追討債務為生。2004年11月，FG低價收購了一家前南斯拉夫公司的債權轉讓書。欠債者正是剛果(金)政府及其國家電力公司。轉讓權利包括兩項國際仲裁的裁決：剛果(金)及其電力公司連本帶利須向債權持有人支付1億多美元。FG獲知中剛簽約，立即提請高院強制執行針對剛果(金)的兩項裁決，聲稱中鐵各公司擬支付的“入門費”，已構成了剛果(金)的在港資產，其中債款部分應直接歸還FG。第一被告是剛果(金)，三家中鐵子公司位列第二至四名被告。中鐵母公司其後被追加為第五被告。在該案中，中國外交部駐香港特派員公署共發出三封信函，指出：“我國的一貫原則立場是，一國國家及其財產在外國法院享有絕對豁免，包括絕對的管轄豁免和執行豁免，從未適用所謂的‘限制豁免’原則或理論”，中國採用的絕對豁免制度“統一實行於全國，包括香港特別行政區”。2011年6月8日，香港特區終審法院5名法官以3:2的比例做出多數判決，指出在本案中，香港特區法院應否採取中央人民政府的國家豁免規則或政策，涉及中央管理的事務或中央和香港特區的關係，依據《香港基本法》第158(3)條的規定，提請全國人大常委會解釋《香港基本法》第13(1)條和第19(3)條。這是香港特區終審法院首次尋求全國人大常委會的解釋。原告的代表律師從普通法的角度認為這裏的

“等”字是表示“等內等”，意味着列舉事項完畢。¹⁹然而，法院沒有對此尋找解釋。法院要求解釋的是決定國家豁免是否屬於涉及外交的國家行為，以及若絕對豁免屬於中央作出的外交決策，與香港原有法律中的相對豁免相衝突應當怎樣處理的問題。而全國人大常委會在 2011 年 8 月 26 日通過的《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》也沒有明確這裏“等”字的內涵。在《香港基本法》的進一步貫徹實施中，有必要進一步澄清《香港基本法》第 19 條第 3 款的“等”字內涵。

三、國家行為的事實問題

《香港基本法》第 19 條在草擬過程中，對國家行為事實問題的寫法沒有太多爭議。這是參照原來英國的法律制度來寫的。在英國的法律制度下，對於國家行為的查證原就屬於行政機關的權限，由行政機關向法院發出聲明或陳述書，證明本案涉及的某種事實構成國家行為。這種證書稱為“行政機關證書”，法院必須接受這個證書。“例如，決定一個聲明是外國政府的團體、或是君主或外交人員的人的地位；或是否存在戰爭狀況；或相對於英國領土範圍的外國邊界或誰是條約所載述的有關一方。倘在司法程序中須確定此等事項，法院通常會要求有關部門發出英國政府的陳述書。行政機關證書不受司法覆核所約束。”²⁰

《香港基本法》第 19 條草擬過程中的改動主要在於行政長官在發出證明書以前，要取得全國人大常委會或國務院的證明書，改為取得中央人民政府的證明書。這個改動的背後主要也是涉及對“等”的理解。行政長官在發出證明文件前要取得中央人民政府的證明書，說明國家行為事實問題的查證權限屬於中央人民政府本身。不過，香港回歸至今，法院還沒有運用這個條款向行政長官發出請求，要求行政長官發出有關國家行為的文件，而行政長官也沒有取得過類似的中央人民政府的證明書。

香港法院在馬維琨案中，曾經討論過這個問題，指出法院有權審查主權者行為是否在事實上存在，“香港特區法院擁有審查主權者或其代表的行為的

存在事實(而不是有效性)的管轄權”，“在本案中，我認為：香港特區法院有權審查：(1)是否存在關於設立或授權設立籌備委員會的任何全國人大決定或決議；(2)是否存在關於設立臨時立法會的籌備委員會決定或決議；(3)籌備委員會是否在事實上設立了臨時立法會，以及臨時立法會是否確實是根據全國人大和籌備委員會的決定或決議成立的機構。一旦法院得到了滿意的答覆，我並不認為法院可以走得更遠。”²¹這裏說的對主權者行為在事實上是否存在的審查，實際上是指查證事實，而非憲法學意義上所指的司法審查或違憲審查。²²這裏的查證就是對國家行為的事實查證。而對國家行為的事實查證問題，《香港基本法》已經作了明確規定。

在剛果金案中，香港外交部特派員公署兩次向法院發出文件，證明中國採用絕對豁免的外交政策，然而，法院對此沒有採納，堅持向全國人大常委會尋求解釋，要求全國人大常委會確認中央人民政府是否採用絕對豁免的外交政策。實際上香港特派員公署就是中央人民政府外交部在香港的代表，其立場足以說明中央人民政府的外交政策。

四、原有法律制度和原則對管轄權的限制問題

《香港基本法》第 19 條第 2 款規定，特別行政區法院除繼續保持回歸前原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對特別行政區所有的案件都有審判權。這就是說，除卻原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，原香港法院有權審理哪些案件，現有的香港法院亦有權審理同樣範圍的案件，不增加新的限制。²³

原有法律制度和原則不完全等同於《香港基本法》第 8 條所指的原有法律。《香港基本法》第 8 條所指的原有法律，是指香港本地立法機關制定的原有法律，不包括原來宗主國英國制定而適用於香港的法律。這些法律在香港回歸以後，即成為外國的法律，不能在中國的領土上繼續適用。而原有的法律制度和原則，則包括了原來英國制定而適用於香港的法律、

制度和原則。這些法律制度和原則對法院審判權所構成的限制，根據《香港基本法》第19條第2款的規定，應當在回歸後繼續保持。

《香港基本法》原來的草擬條文，是寫“依照香港原有法律制度對有關國防、外交和中央政府行政行為的案件無管轄權”，後來才分開兩款來寫。一款是寫繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制，一款則寫“法院對國家行為無管轄權”。這樣的條文安排使得《香港基本法》第19條第2款具有獨立意義。

原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制，包括兩個方面：①原有法律制度和原則對法院管轄權形成的外在限制；②原有法律制度和原則對法院管轄權形成的內在限制。所謂外在限制，是指法院明確規定法院不能管轄某些事務或某些糾紛，如《香港基本法》規定法院對國防、外交等國家行為無管轄權，即屬於司法權的外在限制。所謂內在限制，是指憲法和法律沒有明確規定法院不得介入審查，但由於司法權的特點以及法院在整個憲法體制下的地位，使得法院不得不採用自我限制的方式，而對某些特定事項放棄司法管轄權。²⁴

原有法律制度和原則的限制與對國家行為無管轄權的規定是一致的。香港回歸前法院就曾確立一個規則，即法院不能管轄宗主國英國對香港作出的行為，法院無權質疑這些行為。這是因為英國議會和大臣作出的決定不受《英王制誥》(*Hong Kong Letters Patents*)的約束。²⁵ 殖民地法院無權管轄主權國立法機關作出的行為，這是殖民地法院司法管轄權的“內在限制”。這個限制與《香港基本法》第19條第3款規定的法院對國防、外交等國家行為無管轄權的規定是一致的。²⁶

在理解《香港基本法》第19條第2款要求繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制時，以下有兩個問題值得注意：

第一，法院應當對香港特別行政區內部的政治問題迴避審查。《香港基本法》對法院能否管轄特別行政區內部的政治問題沒有作出規定。值得指出的是，在英國和美國的法律制度裏，國家行為和政治問題是互訓的，英國法院對國家行為無管轄權，美國法院對

政治問題迴避審查。而在《香港基本法》裏，由於國家行為是指中華人民共和國恢復行使主權的行為，是指中央在特別行政區做出的行為，因而這裏的“國家行為”具有特定內涵，而應該與香港特別行政區和澳門特別行政區內部的政治問題相區別。如香港特別行政區內部對立法會解散和彈劾行政長官而引起爭議，這些爭議即相當於美國法裏所指的政治問題，香港特區法院對這些政治問題應當迴避審查。在1997年的Ng King Luen v. Rita Fan案中，法官在本案中反覆解釋了法院的職責是處理法律問題，而非政治問題：“法院不處理政治事務。法院只能處理法律事務”，“法院只能遠離政治衝突。法官的職責只能是處理違法案件，或者是在刑事方面的違法或者是民事方面的違法。”²⁷

然而，遺憾的是，香港回歸以來，法院過多地介入一些社會問題和政治問題爭議，增加了法院的負擔。1998年詹培忠訴立法會主席一案，原訟法庭否決司法覆核的申請，裁定立法會無需等待被罷免議員盡試所有上訴渠道，才能行使《香港基本法》第79(6)條的罷免權。²⁸ 2012年香港特區高等法院在梁國雄訴立法會主席有無“剪布”權力的案件中指出，“法院不宜在議事階段介入議會範圍內的事務，剪布不能被司法覆核”。²⁹ 梁國雄不服，起訴到終審法院。終審法院在判決中指出，有關立法會主席有無恰當行使權力或主席的決定是否構成未經授權地訂立議事規則等問題，均屬於非由法院考慮的立法會內部權力行使問題。³⁰ 2011年香港特區終審法院首席法官馬道立法律年度開啟典禮演講中就指出，“法庭服務市民，並不是替他們解決政治、社會或經濟問題。”³¹ 然而，到現在為止，香港特區法院還沒有形成政治問題迴避審查的明確原則。

第二，法院不能將自己變成憲法法院，凌駕於其他政權機關之上。這就是指應當恪守自己在行政長官制這一政治體制中的真正地位，而不能將自己變成憲法法院，凌駕於特別行政區其他政權機關之上。香港特區終審法院在“梁國雄訴立法會主席及其他人”案中，指出法院有權行使司法管轄權以裁定立法會或其主席是否擁有某些權力、特權或豁免權。³² 終審法院在2013年的“W訴婚姻登記官案”中，除了宣告

有關的婚姻法律規定違反《香港基本法》外，還頒發了一項臨時性的暫停執行令，並留出一年時間讓香港的立法機關修改相關領域的法律。³³ 這實際上是一項憲法法院的權力，而終審法院對其自身是否擁有這項權力，卻缺乏嚴密的推理和論證。《香港基本法》第 19 條第 2 款已經明確指出應當繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制，而根據香港回歸前的原有法律制度和原則，法院不行使憲法法院的功能，更無權要求立法機關修改法律。

五、結語

《香港基本法》第 19 條的內容包括：第一，香港法院享有獨立的司法權和終審權。第二，法院繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制。第三，明確規定法院對國防、外交等國家行為無管轄權。姬鵬飛在 1990 年給全國人大常委會提交的報告裏指出，《香港基本法》第 19 條的立法原意是繼續保持香港法院的原有管轄範圍，這是起草委員沒有異議的，關鍵是條文的表述怎樣寫。應該說，《香港基本法》第 19 條的用意是確立香港法院管轄權的邊界，這個邊界就是保持原有的管轄範圍。問題是香港回歸前法院原有的管轄範圍有哪些？這是《香港基本法》第 19 條的難點，因此帶來了條文表述的困難，也帶

來了對條文內涵的準確理解問題。

通過上述分析，關於《香港基本法》第 19 條，可以得出以下幾個結論：第一，《香港基本法》第 19 條的“國防、外交等國家行為”是一個特定概念，是指中華人民共和國對香港恢復行使主權的行為，法院對於這些行為無權管轄，然而，關於“等”字的理解，香港法院還沒有明確的判例指出應當採用“等外等”的理解，這就需要全國人大常委會在以後的基本法實踐中以立法解釋的形式對“等”字的內涵予以明確。

第二，《香港基本法》第 19 條第 3 款所指的國家行為，不包括香港特別行政區內部的政治問題。香港法院對香港特別行政區內部的政治問題應當迴避審查，這是繼續保持原有法律制度和原則對管轄權的限制所使然，然而這方面的判例還較少，沒有形成明確的政治問題迴避審查的司法謙抑原則。

第三，香港法院不能將自己變成憲法法院，凌駕於香港其他政權機構之上。這不僅不符合整個政治體制的要求，也不符合繼續保持原有法律制度和原則對管轄權的限制原則。³⁴

以上三個對法院管轄權的限制原則，如果能夠在司法實踐中予以明確，可以將香港社會裏提起許多無謂訴訟，以無管轄權為由，拒之門外，節省許多社會資源。這三個限制原則，亦是香港回歸後憲政秩序轉型過程中所必須面對和解決的問題。³⁵

註釋：

- ¹ 1985 年 4 月 10 日全國人大通過決定，決定成立中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會。1985 年 6 月 18 日全國人大常委會公佈了起草委員會名單。1985 年 7 月 1 日香港基本法起草委員會第一次全體會議通過，香港基本法起草委員會第九次全體會議在 1990 年 2 月 13 日召開，2 月 17 日結束。至此香港基本法起草委員會圓滿完成任務。
- ² 以下有關草擬條文引自王禹編：《港澳基本法草案匯編》，澳門：濠江法律學社，2014 年，第 23、44-46、76、114-116、133-134、169 頁等。
- ³ 見《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會工作規則》第 3.6 條規定，“需要表決的議案，由出席會議委員的過半數通過；但基本法草案必須由起草委員會全體委員的三分之二以上的多數通過。”
- ⁴ 全國人大常委會香港基本法委員會辦公室編：《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會文件匯編》，北京：中國民主法制出版社，2011 年，第 7-8 頁。

- ⁵ 見《新華詞典》(第11版),北京:商務印書館,2012年,第94頁。關於“等”字的理解,見蕭蔚雲主編:《一國兩制與香港基本法律制度》,北京:北京大學出版社,1990年,第325頁;胡錦光:《中國憲法問題研究》,北京:新華出版社,1998年,第340頁;王禹:《授權與自治》,澳門:濠江法律學社,2008年,第208-209頁;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,第118-120頁。
- ⁶ 陳佐洱:《我親歷的香港回歸談判》,香港:鳳凰書品文化出版有限公司,2012年,第231頁。
- ⁷ 《中英聯合聯絡小組關於終審法院的協議》(1995年6月9日)。
- ⁸ 有關馬維騷案的分析,見強世功:《香港政制發展之謎》,載於《讀書》,2008年第2期;黃江天:《香港基本法的法律解釋研究》,香港:三聯書店(香港)有限公司,2004年,154-155頁,等等。
- ⁹ HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others, CAQL1/1997.
- ¹⁰ 董立坤、張淑穎:《論香港特別行政區法院的違憲審查權》,載於《港澳研究》,2010年春季號,總第17期。
- ¹¹ Hueng Lai Wah & others v. The Director of Immigration, FACV16/1998.
- ¹² 《內地法律界人士就香港特別行政區終審法院的有關判決發表意見》,載於《人民日報》,1999年2月8日。內地法律界人士在此次發表的意見中,還指出香港法院無權審查香港本地立法機關制定的法律,進而宣佈無效。當時發表意見的蕭蔚雲、邵天任、吳建璠、許崇德四位教授被稱為“四大護法”。
- ¹³ 有關“澄清”的法律性質和效力探討,見黃江天:《香港基本法的法律解釋研究》,香港:三聯書店(香港)有限公司,2004年,第304-311頁。
- ¹⁴ 《香港基本法》英文本是全國人大法律委員會審定的,並由全國人大常委會通過專門的決議予以認定的。通過對比《香港基本法》英文本,是理解《香港基本法》立法原意的重要途徑之一。
- ¹⁵ Yash Ghai (1999). *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*. Hong Kong: Hong Kong University Press. 319.
- ¹⁶ 有學者認為,“等外”的理解符合中國立法的語言習慣,並舉出《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》第26條為例:“香港駐軍的國防等國家行為不受香港特別行政區法院的管轄。”見董立坤:《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,第119頁。
- ¹⁷ 戴維·M·沃克:《牛津法律大辭典》,李雙元等譯,北京:法律出版社,2003年,第16頁。
- ¹⁸ 張慶福主編:《憲法學基本理論》,北京:社會科學文獻出版社,1999年,第860頁;胡錦光:《中國憲法問題研究》,北京:新華出版社,1998年,第320頁等。
- ¹⁹ 剛果民主共和國及另五人訴 FG Hemisphere Associates Llc. FACV5, 6&7/2010。
- ²⁰ Wesley-Smith, P. (1994). *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong*. Hong Kong: Longman Asia. 99,轉引自香港立法會 CB(2)86/02-03(02)號文件。
- ²¹ CAQL1/1997.
- ²² 朱國斌:《香港特區法院的司法審查權》,載於《21世紀》,2011年4月號,總第124期。
- ²³ 蕭蔚雲:《論香港基本法》,北京:北京大學出版社,2003年,第611頁。
- ²⁴ 王禹:《“一國兩制”憲法精神研究》,廣州:廣東人民出版社,2012年,第213頁。
- ²⁵ 《內地法律界人士就香港特別行政區終審法院的有關判決發表意見》,載於《人民日報》,1999年2月8日;朱國斌:《香港特別行政區法院的司法審查權》,載於《二十一世紀》,2011年4月號,等等。
- ²⁶ 在1999年吳嘉玲案中,法官還承認香港回歸前法院不能質疑英國議會立法,而現在是可以不受這個限制:“把舊制度與此相提並論是對問題有所誤解”。這項說理違反了《香港基本法》第19條第2款所指的繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制的規定。見朱國斌:《香港特別行政區法院的司法審查權》,載於《二十一世紀》,2011年4月號。

- ²⁷ Ng King Luen v. Rita Fan (HCAL000039/1997)，在本案中，法官還認為臨時立法會在深圳運作，而香港法院的司法管轄權不及於內地，香港的法院無權命令內地的人這樣做或那樣做。
- ²⁸ HCAL 71/1998.
- ²⁹ Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region, HCAL 64/2012。“拉布”是俗稱，英文名為 Filibuster，正式譯名為“冗長辯論”，“剪布”則是終結辯論。2012 年 5 月 2 日，由人民力量兩名議員黃毓民及陳偉業發動，社民連梁國雄等參與，對議案《2012 年立法會(修訂)條例》提交 2,464 頁修訂，共 1,306 條。該法案辯論三星期未有結果。最後在三十多小時討論後，由工商專業聯盟的黃宜弘議員在 5 月 17 日凌晨 4 時許提出終止辯論並開始表決。立法會主席曾鈺成隨即決定暫停會議“剪布”，宣佈在早上 9 時復會，限時在中午停止辯論，隨即表決。此後梁國雄不服，起訴到高等法院原訴法庭。
- ³⁰ Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region and Another, FACV1/2014.
- ³¹ 見馬道立在 2011 年法律年度開啟典禮的演講。
- ³² Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of the Hong Kong Special Administrative Region and Another, FACV1/2014。法院在該案中認為，立法會擁有某些權力、特權或豁免權，與某些權力、特權或豁免權的行使方式，可以區分。對於前者法院可以確認是否擁有此項權力，而後者，法院不能介入審查。
- ³³ 該案案情：Wang 為一名通過變性手術由男性變為女性的香港居民，並簽發了新的身份證和護照，W 要求以女性身份與其男友進行結婚登記，遭到婚姻登記官的拒絕。高等法院原訟庭和上訴庭都維持婚姻登記官的決定，所以 W 其後上訴到終審法院。2013 年 5 月 13 日終審法院推翻婚姻登記官的決定，裁決 W 可以與她的男友結婚。但終審法院亦同時下令暫緩執行裁決一年，允許政府有更多時間修改法例。見 W v. Registrar of Marriages [2013] 16 HKCFAR 112。
- ³⁴ 蕭蔚雲、許崇德等在 1998 年發表的評論便指出，香港法院不能審查香港立法會通過的法律，其依據就是《香港基本法》第 19 條第 2 款關於繼續保持原有法律制度和原則對法院管轄權的限制，然而，香港法院一直主張以有對基本法的解釋權，來主張和積極行使司法審查權。《香港基本法》第 19 條第 2 款原有法律制度和原則的限制內涵，在理論上可以進一步予以探討。
- ³⁵ 強世功：《和平革命中的司法管轄權之爭——從馬維琨和吳嘉玲案看香港憲政秩序的轉型》，載於《中外法學》，2007 年第 6 期。