



根據《基本法》作出的憲法補救

《基本法》在1997年7月1日生效，為香港確立新憲制架構。這是香港首次引入全面的、成文的、現代化的憲制文件，因此引發若干憲制問題，其中一項是違憲法律的法律後果。

關於香港特區立法機關制定的法律，《基本法》第11(2)條訂明，“香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸”。至於採用為香港特區法律一部分的原有法律，《基本法》第160(1)條規定，“如以後發現有的法律與本法抵觸，可依照本法規定的程序修改或停止生效”。不過，《基本法》並沒有訂明香港特區法院可就違憲法律作出的補救，這與部分其他司法管轄區的憲法不同。

傳統方法 — 宣告無效

雖然香港特區並沒關於憲法補救的具體的法律，香港特區法院亦曾審理此問題，法院認為這是審判權不可缺少的部分。在吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長 [1999] 1 HKLRD 731一案中，終審法院曾考慮違憲法律所引起的法律後果，終審法院首席法官李國能宣讀法院的一致判決時指出(第61段)：

“在行使《基本法》所賦予的司法權時，特區的法院有責任執行及解釋《基本法》。毫無疑問，香港法院有權審核特區立法機關所制定的法例或行政機關之行為是否符合《基本法》，倘若發現有抵觸《基本法》的情況出現，則法院有權裁定有關法例或行為無效。法院行使這方面的司法管轄權乃責無旁貸，沒有酌情餘地。因此，若確實有抵觸之情況，則法院最低限度必須就該抵觸部分，裁定某法例或某行政行為無效。”

在陳錦雅及其他人訴入境事務處處長 [1999] 1 HKLRD 304一案中，終審法院在判詞第31段以較強硬的措辭評論《1997年人民入境(修訂)(第2號)條例》是否合憲的問題(見終審法院常任法官包致金宣讀的一致判決)：

“該等附加字句確實與《基本法》第24條有抵觸。出現這項抵觸不僅是因為採用了“居留權”一詞這個可籍立法方式糾正的錯誤，且從更基本的角度來看，這也是因為引入了有關“出生時間”的限制這個不可籍立法方式予以糾正的錯



誤。因此，該等附加字句是違憲的，其錯誤乃無法補救，故亦是無效的。”

終審法院較早期作出的這兩項裁決，採用司法覆核案件慣常使用的補救，即宣告與《基本法》不一致的部分無效。在這兩宗案件中，終審法院都沒有機會考慮其他憲法補救方法。

在法院宣告某一法例的特定條文或其部分無效後，該項宣告對該法例的其餘部分產生什麼相應作用，得視乎分割(違憲部分)字句的原則而定。在吳嘉玲一案中，終審法院須就《入境(修訂)(第3號)條例》(“《第3號條例》”)的某些條文是否合憲作出裁決。《第3號條例》訂立制度，以處理《基本法》第24(2)條第(1)項及第(2)項所列的第一及第二類永久性居民在香港以外所生的中國籍的永久性居民。終審法院確定，該些條文有部分違反《基本法》，並裁

定《第3號條例》內的違憲部分，可適當地與該條例內符合憲法的部分分割開。終審法院表示，分割的準則在於“符合憲法的部分是否可清晰地與違憲部分區別出來，從而使符合憲法的部分仍保持完整”(第123段)。終審法院認為上述做法可行，並把違憲部分從《第3號條例》中刪除。

補救解釋

終審法院曾在香港特區 訴 林光偉 [2006] 3 HKLRD 808一案中，研究《基本法》是否賦權香港特區法院對法例作出補救解釋。具體來說，該案帶出的問題是，《火器及彈藥條例》(第238章)(“《條例》”)第20(1)條與第20(3)(c)條一併理解時，特區法院是否有權甚至有責任為了維持第20(1)條的有效性而作出某種解釋，即使這種解釋可能須用上以狹義解釋



(reading down)、插入字句(reading in)和剔除條文(striking out)等司法技巧，因而超出一般的普通法解釋¹。

關於一般的普通法解釋，非常任法官梅思賢爵士在宣告終審法院的一致判決時指出(第63段)：

“……按照普通法的解釋原則，法院不得在理解到其文意和立法目的的同時，把法例條文的文字所不能承載的涵義賦予該條文……法院固然可以把法規解釋為隱含某些字句，以體現經適當地運用解釋法例的步驟後所確定的立法原意。法院不可以把字句硬加進法規之內，導致與經適當確定的立法原意不符合的結果。”

另一方面，對法例條文作出補救解釋時，須運用一些廣為人知的技巧，例如分割(違憲部分)字句(severance)、插入字句、以狹義解釋和剔除條文。非常任法官梅師賢爵士寫道(第71至72段)：

“在其他司法管轄區，若有法例被質疑抵觸受憲法或成文法保障的人權和基本

自由，負責解釋並宣布該法例是否有效及一致的法院，都會運用這些司法技巧。……在其他司法管轄區，運用這些技巧的權力往往源自憲法或成文法所賦予的明示權力。舉兩個例子，這情況見於英國和新西蘭。我們沒有理由單單因為其他司法管轄區以明示方式賦予這些權力，便認定在沒有明訂條文的情況下該等權力不可以隱含於這些條文內。”

《基本法》沒有關於該等權力的明訂條文，就此而言，終審法院裁定(第78段)：

“……特區法院，包括終審法院，擁有一切所需的權力，以處理在解釋和執行《基本法》條文時可合理出現的各類問題，包括對香港法例的影響。因此，終審法院的隱含權力包括有責任對法例條文作出補救解釋，使條文盡可能與《基本法》一致。”

終審法院在林光偉一案指出，傳統上，法院都不願意作出補救解釋，因為這方面涉及要對條文的字句作出牽強解釋，有侵擾立法活動之嫌。現時支持作出補救解釋的理據是，這種做法讓法院可以在適當情況下維持法例的效力，

¹ 《條例》第20(1)條規定“除第(2)及(3)款另有規定外，任何人管有仿製火器，即屬犯罪……”。第20(3)條規定“任何人如能令裁判官信納以下事項，即不算犯第(1)款所訂的罪行——……(c)他管有仿製火器的目的並不會危害公眾安寧而他管有仿製火器亦非以犯罪為目的……”。林光偉一案的爭議點是：第20(1)條與第20(3)(c)條一併理解時，是否令被告人負上提出具說服力的舉證責任，因此在憲法上無效。



而不用把法例剔除。這樣的話，法院對行使立法權的干預程度，較不能作出補救解釋為輕微。不然，法院無可選擇地須要宣告法例違憲及無效(見第77段)。

至於其他補救是否適當，終審法院在林光偉一案中表示，“只有在不可能作出[補救解釋]的情況下，法院才會宣告相關條例違憲及無效”(第77段)。終審法院採用這方法，並假設之前並未對《條例》加以狹義解釋，裁定將第20(1)條與第20(3)(c)條一併理解，這些條文須視作只向被告施加援引證據的責任。

終審法院在香港特區 訴 洪燦華 [2006] 3 HKLRD 841一案(與林光偉一案同時宣判)也有作出上述補救解釋。在洪燦華一案中，終審法院決定根據《危險藥物條例》(第134章) 第

47(1)及(2)條就管有及知悉危險藥物的推定作出補救解釋，把有關的舉證責任解釋為只是援引證據的責任。梅師賢爵士在宣告法院的一致判決時清楚表明(第86段)：“這個補救解釋的方法是根據《基本法》賦予特區法院的隱含權力。《香港人權法案條例》第3條已於1997年7月1日之前停止生效，因此無需就根據該條文作出補救解釋的事宜發表意見。”

其後，在香港特區 訴 吳保安 [2008] 4 HKLRD 176一案中，終審法院亦作出補救解釋，以狹義一併解讀《防止賄賂條例》(第201章)第14(4)條與第24條，把條文理解為施加援引證據的責任，而不是提出具說服力的舉證責任。² 在該案中，終審法院承認，補救解釋技巧必然有局限之處。常任法官李義在宣告法院的一致判決時表示(第47段)：

“法庭無法接受與相關法例原意基本上不同以致須經立法機關商議才可妥為採用的糾正措施。”

除了上述三宗關於舉證責任的案件外，終審法院在官永義 訴 內幕交易審裁處 [2008] 3 HKLRD 372一案也有考慮以補救解釋作為適當及公正的補救(第111段)。在官永義一案中，上訴法庭的結論是，答辯人在內幕交易研訊程序

² 第201章第14(4)條訂明，獲送達根據第14(1)條發出要求提供資料的通知書的人，如無合理辯解而忽略遵照或不遵照該通知書辦理，即屬犯罪。第24條訂明，根據該條例，以具有合理辯解為免責辯護的舉證責任在於被控人。



中，應受到《人權法案》第10及11條的保障，並以狹義解釋《證券(內幕交易)條例》(第395章)第33(6)及17條，使有關聲稱享有免使自己入罪特權的答問，不可在內幕交易研訊程序中使用，以及無權傳召或要求受牽連的人作供。政府在終審法院席前呈述應採取補救方法，使法例盡可能與《人權法案》一致，並請法院只刪去《證券(內幕交易)條例》第23(1)(c)條這項罰則條文。政府要求作出的宣告是前所未有的補救方法，因為此舉會廢除本身並無違反《人權法案》的法例條文。

終審法院處理上述事宜時，把重點放在法院可

根據《香港人權法案條例》(第383章)第6(1)條有關《人權法案》遭違反時的補救條文頒發補救、濟助或命令的權力。³ 在解釋《香港人權法案條例》第6(1)條時，終審法院裁定(第113段)應按照該條文的字眼作出解釋，換言之，假如把一項法例條文當中導致違反或觸犯《人權法案》的部分廢除(即使該部分本身並無違反《人權法案》)，最能體現立法意圖，則法院仍獲授權廢除該部分，以消除立法意圖與《人權法案》所給予保障之間的張力。終審法院在確認有權頒發政府要求的命令後，裁定在該案頒發有關命令，既適當又公正。法院以根據第23(1)

³ 值得注意的是，首席法官李國能在文章“Reflections on the Retrospective and Prospective Effect of Constitutional Judgments”(收錄於楊懿潔、李穎芝合編的《2010年普通法講座系列》第21-55頁第22段)中指出，人們可以強而有力地辯稱，無論如何，法院都具有固有權力，在該種情況下採取相同補救方法。

(c)條判處罰款的權力會導致違反《人權法案》第10及11條為理由，宣告該項權力無效。

暫緩實施及暫時有效

在古思堯 訴 香港特區行政長官 [2006] 3 HKLRD 455一案中，終審法院考慮香港特區法院發出暫緩實施及暫時有效令的司法管轄權。終審法院要審議的問題包括：(i)香港特區法院可否就已宣告為違憲的法律或行政行動發出暫時有效令，若可，則在什麼情況下才可這樣做；以及(ii)若不發出暫時有效令，香港特區法院可否暫停執行有關的違憲宣告，使違憲宣告的生效日押後，若可，則在什麼情況下才可這樣做。

在該案中，原訟法庭裁定，《電訊條例》(第106章)第33條(賦予行政長官若干權力，包括有權下令截取電訊及向政府披露該等電訊的內容)及由行政長官發布的《執法(秘密監察程序)令》違憲而被剔除。然而，政府成功說服當時審理該案的夏正民法官發出為期6個月的暫時有效令，以便緊急通過修正法例，以及在這段期間讓秘密監察繼續如前進行。上訴法庭維持這項命令。該案的申請人針對該暫時有效令向終審法院提出上訴。

常任法官包致金表示(第33及35段)，宣告暫時有效和暫緩實施這兩種補救的分別是，若宣告

暫時有效，行政機關可在過渡期內繼續依據或依循舊有法律運作，並獲得保障，無須為此承擔法律責任；宣告暫緩實施則沒有這種保障。

關於該等命令是否合適的問題，常任法官包致金指出(第19及28段)：

“……不過，僅是在這過渡期內不便，並非宣告暫時有效或暫緩實施的理據。可是，遇有特殊情況，而所涉問題遠超過僅造成不便，那又如何？……法治精神包括迎合法律和社會秩序的需要，以及維持法制的有效運作。必須明白的是，為了迎合這些需要並保持這種能力，司法機構在特殊情況下或要採取特殊措施。發出暫時有效令或暫緩實施令，便是法院視為特殊措施的例子……”

在古思堯一案中，法院若作出違憲宣告，便會導致執法機關沒有法律根據採取秘密截取通訊及監察行動。終審法院裁定，該案的情況“絕非嚴重如”出現近乎法律真空或成文法規真空的情況(第34段)，故裁定沒有理據發出暫時有效令。終審法院把法院是否具有發出暫時有效令的司法管轄權的問題留待日後處理(第32段及第61至62段)。儘管如此，終審法院認為，在該上訴案中法院所要阻止出現的危險情況的嚴重程度，的確足以支持發出暫緩實施令。終



審法院因此推翻上訴法庭發出的暫時有效令，並代之以一項暫緩實施令。終審法院並裁定，發出暫緩實施令的司法權伴隨最初宣告剔除某一法律條文的權力而來，屬於固有的司法管轄權。

終審法院在古思堯一案所發出的暫緩實施令有

以下的效果(見常任法官包致金判詞第63段)：

“在上述暫緩實施令生效期間，政府可依據已被宣告違憲的法例條文運作，而不違反任何已生效的宣告。然而，儘管有此暫緩實施令安排，政府並不能就依據已被宣告違憲的法例條文運作而獲得保障免為此承擔法律責任。”

除古思堯一案的判決外，在洪鑾華一案中，首席法官李國能所作的判詞第30段，亦反映了終審法院不願意發出暫時有效令的取態：

“應留意的是……，[暫時有效令]較無追溯力的推翻判決影響更深遠。若作出無追溯力的推翻判決，法院的判決會由判決當日起生效；但如宣告臨時有效令，法院的判決不會在判決之日生效，而是待作出判決一段時間後，宣告令指明的有效期屆滿後才生效。”

近期，張舉能法官在審理陳健森 訴 律政司司長 [2009] 2 HKLRD 166一案時，亦處理了答辯人可能需取得暫時有效令的問題。張舉能法官引用終審法院在古思堯一案的分析，同樣把法院是否具有司法管轄權發出暫時有效令的問題留待日後處理。儘管如此，張舉能法官批准暫緩實施其宣告的部分內容至2009年10月31日。張舉能法官表示(第79段)：



“在本案中，法院的職能是研究是否有充分理據支持發出暫緩實施令，驗證標準基本上是必要性驗證標準，而這須權衡不同因素。”

張舉能法官在判詞第80至86段中，述明法院在憲法挑戰中處理發出暫緩實施令要求時可能需要考慮的因素，特別應留意第85及86段，張舉能法官在該兩段中指出：

“85. 政府及立法機關面對的問題，遠超過僅造成不便。雖然發出暫時有效令的司法管轄權(如香港具有此項司法管轄權)可能只限於預料會對公眾構成危險、危害法治或導致應享權益者被剝奪權益(上述古思堯一案第460頁第58段)的情況，但支持法院行使司法管轄權頒發暫緩實施令的情況，卻不受如此限制。

86. 如果暫緩實施令之外還有另一可行選擇，這是法院拒絕發出暫緩實施令的理由。見上述古思堯一案第457頁第42段。然而，在本案中並未有認真建議另一可行選擇。”

無追溯力的推翻判決

終審法院曾在洪鏗華一案中，研究香港特區法院批予無追溯力的推翻判決這種補救的權力。

“在本文中，法院的職能是研究是否有充分理據支持發出暫緩實施令，驗證標準基本上是必要性驗證標準，而這須權衡不同因素。”

有關《危險藥物條例》(第134章)第47(1)及(2)條的解釋，以往的觀點是該等條文有效地對被告人施加法律上或具說服力的舉證責任，被告人須以相對可能性的衡量準則履行案中涉及的舉證責任。上訴法庭在2005年6月23日裁定，經過補救解釋過程而獲適當解釋的第47(1)及(2)條，只對被告人施加援引證據的責任；在2005年6月23日後，所有審訊及上訴都必須基於相關條文僅施加援引證據的責任而進行。終審法院其後作出與上訴法庭相同的結論。代表政府的領訟大律師提出，終審法院應作出命令限制判決的追溯效力，務使可受惠的人只包括該項上訴的被告人，以及在上訴法庭作出該項判決當日之前已提出上訴的某些被告人。首席法官李國能指出(第5段)，政府建議的命令等同一種經修訂的無追溯力的推翻判決，因為該命令接受判決的追溯效力可涵蓋當中提述的人。

首席法官李國能裁定，《基本法》第160條並



不適用於司法程序，因此沒有訂明或支持作出政府建議的命令。他再討論《基本法》所賦予的司法權是否包括作出無追溯力的推翻判決的權力。就此，首席法官李國能指出(第17段)，普通法司法管轄區法院是否有權作出無追溯力的推翻判決的問題，近年引起不少爭議。英國在 *In re Spectrum Plus Ltd.* [2005] 2 AC 680 (第6段)一案的判決是，法院在所有情況下均具有這項權力，但澳洲高等法院在 *Ha v State of New South Wales* (1997) 189 CLR 465第503-4及515頁一案的判決，則否定了澳洲的司法權包括這項權力的概念。

首席法官李國能的結論是，即使無追溯力的推翻判決這項權力的確存在，現時的情況也不足以支持行使該項權力。因此，他裁定(第18段)

，終審法院無須就香港法院是否具有該項權力及該項權力有多大這個基本問題作出決定。

在洪鏗華一案中，終審法院把香港特區法院是否具有司法管轄權作出無追溯力的推翻判決的問題留待日後處理。然而，首席法官李國能指出(第28至33段)在行使這項權力方面要考慮的五點，這些見解可作為法院日後審理案件時應邀考慮無追溯力的推翻判決的指引，現概述如下：(1)某個司法管轄區的司法權是否包括作出無追溯力的推翻判決的權力，關乎該司法管轄區法院的適當職能，屬極複雜的問題；在普通法司法管轄區當中，這問題也許因其本質而沒有通用的處理方法；(2)由於相同的考慮因素不會同時適用於私法、刑法或公法內的所有情況，法院是否具有這項權力和這項權力的適用



範圍，可因應不同情況而有所不同；(3)關於法院對憲法爭論點作出判決時是否有這項權力，必須與在這情況下可以採用的各種補救方法一併考慮；(4)法官可發展普通法，以應付不斷轉變的社會需要；而以這種方式發展普通法，不能視作行使無追溯力的推翻判決的權力；(5)法院即使具有作出無追溯力的推翻判決的權力，這也是一項特殊的權力。法院行使這項權力時，必須作最周詳的考慮。

在林光偉一案(此案的終審法院判詞與洪鑾華一案的判詞同時宣讀)中，終審法院表示(第85段)，該案所依據的情況，說服力遠較洪鑾華一案薄弱，因此該案亦不適宜作出無追溯力的推翻判決。

結論

上文論述的案例顯示，過去14年來，除了宣告無效這種傳統補救外，香港特區法院已發展出補救解釋和暫緩實施的替代補救。至於香港特區法院是否具有司法管轄權發出暫時有效令或作出無追溯力的推翻判決令，則有待日後審理的案件解答。