

別、種族，人人平等，以至所有公民都可享有和行使其基本的權利和自由；……”

我認為，若總統權力的行使凌駕臨時憲法之上，且不受《人權法案》所規範，則這便違背了上述承諾。



法官表示，下列例子會違反《基本法》：就行政長官根據《基本法》第48(12)條行使酌情權而向其提供意見的人，倘若可以“基於種族、性別或宗教理由，在免受懲罰的情況下，提出不誠實的意見；又或者可以在免受懲罰的情況下，拒絕向行政長官提交(不論基於何種原因)不符合他們私人目的的證據材料，則行政長官在基於上述意見而作出決定時，便不

是在履行其按《基本法》規定的職責。這是因為《基本法》作為一份依法保障所有居民的權利和自由(《基本法》第4條³)的憲制文件，不容許以行政或其他方式，如此破壞合法程序。”

結論

法官信納，按《基本法》，儘管行政長官根據《基本法》第48(12)條所作的任何決定的是非曲直不得由法庭覆核，但作出有關決定的程序的合法性是可以覆核的。因此，申請人就《基本法》第48(12)條提出的挑戰，不會因法庭欠缺司法管轄權而成為無效。



側記

主要普通法司法管轄區的違憲審查

生活於一個法治社會，法例受到我們的信賴及尊重。事實上，任何法例都是經過縝密的考慮後才制定的。然而，若發現某法律抵觸另一條法律，又甚至與憲法相抵觸，我們又該如何處理？誰有權對有關問題作最後的決定？我們於下文將探討一下若干主要普通法司法管轄區(如美國、加拿大及澳大利亞)如何處理違憲審查這課題。

美國

首席大法官 Marshall 於 1803 年在 *Marbury v Madison* (1803) 5

U.S. 137 一案中，在發表美國最高法院一個劃時代的判決時指出，說明法律究竟如何規定是法院的責任。倘若有一條與憲法相抵觸的法例和憲法都同樣適用於某宗案件，則法院須選擇根據有關法例判案，不理會憲法，還是根據憲法判



³ 《基本法》第4條規定：“[香港特區]依法保障[香港特區]居民和其他人的權利和自由”。

案，不理會有關法例。他指出法院須決定這兩條相抵觸的法則(即有關法例和憲法)，哪一條規管該案；作出這項決定正是司法職能的重點。最高法院裁定由於憲法是最高的法律，因此，若憲法和法規有衝突，則須以憲法為依歸。自 *Marbury* 一案後，以下原則獲得確認：即倘若國會通過的法例與憲法相抵觸，則法院有權宣布有關法例無效。

加拿大

根據《1867年英屬北美法令》(現稱為《1867年憲法法令》)，加拿大成為一個統一的國家。在1867年後的若干時間，審查加拿大立法機關所制定的法例是否有效的權力，由英國樞密院司法委員會(作為加拿大的終審法院)和加拿大的省級法院行使。它們行使該等權力時，除了援引在上述 *Marbury* 一案中獲採用的原則外，還依據《1865年殖民地法律效力法令》的規定。因此，加拿大立法機關所制定的法例，若與延伸適用於加拿大的英國法規相抵觸，即屬無效。加拿大最高法院在其於1875年成立後，接收有關權力。其後，上述處理法律相抵觸的問題的原則，由《1982年憲法法令》第52(1)條中的至高權力條款



所取代。該法令同時把《權利與自由憲章》加入加拿大憲法內。第52(1)條規定，“加拿大憲法是加拿大最高的法律，任何法律與憲法條文相抵觸的，該等法律就其與憲法相抵觸的範圍而言，不具任何效力或效果”。因此，第52(1)條是目前加拿大違憲審查的基礎。

澳大利亞

澳大利亞的情況與美國和加拿大的相似。雖然其憲法沒有具體說明澳大利亞高等法院在憲制上所擔當的角色，但是澳大利亞高等法院(作為澳大利亞司法制度中的最高法院)自1903年成立以來，已被視為詮釋憲法和裁定法例和行政措施是否合憲的機關。



《基本法》第82條中的相稱性驗證標準

《基本法》第82條賦予終審法院終審權。終審法院的職能與樞密院以前就香港而言所擔當的角色相類似，負責就源自中級上訴法院(如上訴法庭)的上訴案件，行使終審權。終審法院認為，由於《基本法》第82條的原意，並不是要給予每項爭議的每一方一項可要求終審法院解決有關爭議的權利，因此，其隱含的意思是，終審法院的終審權可以受到法規的規管和限制；然而，立法機關不能任意施加該等限制。任何施加的限制，必須是為了要達致某個合法的目的，且限制與要達致的目的必須合理地相稱。這兩項要求可統稱“相稱性驗證標準”。

要確定某項限制的目的，需考慮不同因素，例

如爭議的事項、爭議是關於事實或是法律問題、是關乎實質權利及責任，或只是有關程序事宜、所牽涉的利害是什麼、是否需要迅速解決爭議，以及解決爭議所需的費用(包括任何可能進行的上訴在內)等。在應用該驗證標準時，有需要審視限制的性質和程度，以及有關限制是否符合公眾利益(當中包括司法公正等多個層面)。

要決定某項由法規所施加的限制是否符合相稱性驗證標準，就必須審視所有情況。在某些情況下，某項規定上訴法庭或原訟法庭在來自某法定審裁處或某較低級法庭的上訴案件中，所作出的決定為最終的決定的法規限制，可能可以符合該驗證標準。

側記

內地的違憲審查

《中華人民共和國憲法》¹ (《憲法》)授權全國人大及人大常委監督憲法的實施²。《立法法》³訂明全國人大和人大常委有權撤銷與憲法相抵觸的法規。全國人大有權改變或撤銷人大常委制定的不適當的法律，以及有權撤銷人大常委批准的但抵觸憲法的任何自治條例或單行條例⁴。同樣地，人大常委有權撤銷與憲法相抵觸

的任何行政法規，以及與憲法、法律或行政法規相抵觸的地方性法規、自治條例或單行條例。⁵

《立法法》亦設立了機制，當下列任何組織或單位認為任何行政法規、地方性法規、自治條例或單行條例與憲法或法律相抵觸時，可以向人大常委書面提出要求或建議：⁶

¹ 1982年全國人大通過，並於1988年、1993年、1999年及2004年修正。

² 《憲法》第62條及第67條。

³ 2000年3月15日全國人大通過，並於2000年7月1日生效。

⁴ 《立法法》第88(1)條。

⁵ 《憲法》第67(7)條及第67(8)條，以及《立法法》第88(2)條。

⁶ 《立法法》第90條。



- a** 國務院；
- b** 中央軍事委員會；
- c** 最高人民法院；
- d** 最高人民檢察院；
- e** 各省、自治區、直轄市的人民代表大會常務委員會；
- f** 上述以外的其他國家機關；
- g** 社會團體、企業事業組織；以及
- h** 公民。

在收到意見書後，人大常委的工作機構，就(a)至(e)項而言，會將意見書分送有關的專門委員會進行審查、提出意見；而就(f)至(h)項而言，會對意見書進行研究，並在必要時，送交有關的專門委員會進行審查、提出意見。

根據《立法法》第91條，若全國人大的專門委員會認為有關法規與憲法或法律相抵觸，可以向有關法規的制定機關提出書面審查意見。此外，全國人大法律委員會及有關的專門委員會也可以召開聯合審查會議，要求制定機關到會說明情況，然後再向制定機關提出書面審查意見。制定機關應當在兩個月內研究並提出是否修改有關法規的意見，並向全國人大法律委員會和有關的專門委員會作出回覆。

若全國人大法律委員會和有關的專門委員會經審查後，認為有關法規與憲法或法律相抵觸，而制定機關又不予修改，則可以向委員長會議提出書面審查意見和予以撤銷的議案，由委員長會議決定是否提請人大常委會議審議決定。

側記

南非的憲法法庭

南非的司法制度中設有一個名為憲法法庭（“憲法法庭”）的專責法庭。憲法法庭於1994年根據《1993年臨時憲法》而設立，是審理所有憲法事宜的最高法院。憲法事宜的定義，包括任何涉及解釋、保護或執行憲法的事宜。《憲法》是南非共和國的最高法律，為此，任何與《憲法》相抵觸的法律或行為均屬無效。

憲法法庭由11名法官組成，計有庭長、副庭長和其他9名法官。任何在憲法法庭進行聆訊的案件均須由至少8名法官審理。法官的任期為12年，不可續任，且必須於70歲退休。

憲法法庭在通過《1996年憲法》方面擔當重要角色。根據《1993年臨時憲法》，國會（作為制憲議會）須提交新的憲法文本，而憲法法庭須核證該文本是否符合臨時憲法的磋商者所議定的“三十四項憲法原則”。1996年9月，憲法法庭裁定不能核證制憲議會所通過的憲法文本。制憲議會於是對該份文本作出修訂，並將經修訂的文本送交憲法法庭核證。1996年12月，憲法法庭裁定較早時提交的文本不獲核證的障礙，在經修訂文本中已獲全部消除，因此核證該份文本符合“憲法原則”的各項規

定。該份文本於1997年2月生效，成為《1996年南非共和國憲法》。

當任何南非法院就憲法事宜作出決定時，必須宣布任何與《憲法》相抵觸的法律或行為就相抵觸的範圍而言屬無效，此外，亦可作出任何公正和公平的命令，包括：(a)作出命令，限制宣布無效令的追溯力；及(b)作出命令，就任何期間和按任何條件暫不實行宣布無效令，從而讓主管當局改正缺失。此外，憲法法庭就國會法令、省法令或總統的行為是否符合憲法的問題作出最終決定，而最高上訴法院、高等法院或同等地位的法院所作出的無效令亦必須先獲得憲法法庭的確認後，有關命令方能生效。憲法法庭對某些事宜行使專有審判權，例如(a)就憲法修正案是否合憲作出決定；(b)當國家機關在國家或省級層面上就任何該等機關的憲制地位、權力或職能出現爭議時作出決定；及(c)就國會或共和國總統是否未有履行憲法所施加的任何責任的問題作出決定。



終審法院認為，處長所採用的程序沒有得到該條例授權，而處長所採取的行動相當於干擾答辯人行使其憲法所賦予的旅行自由，這是因為(a)該等行動是基於一個行政決定，認為她留在香港的准許是藉欺詐手段而獲得的；及(b)作出該項決定所依據的程序，並未

有包含與對《基本法》所規定的重大身分問題作出決定相符的保障措施。

結論

處長的上訴被駁回。



側記

自由空間原則

自由空間原則是歐洲人權法院(根據歐洲人權公約成立的一個超國家機構)對某國家的行為行使監察管轄權的必不可少的組成部份。國際級法院給予個別國家的行政、立法或司法機關一定的自由空間(即在某程度上予以尊重)，就是應用這項原則。換句話說，當一個國際級法院對國家機關行使其監察職能時，它認同該等國家機關由於與其國內主要群體有直接且不間斷的接觸，因此原則上他們會比一個國際級法院更能掌握當地的需要和情況。

雖然國家級法院在審理於國內出現的爭議時，不能直接應用該原則，然而該原則背後的理念，已為英國法院所採納。舉例說，Lord Hope在*R v DPP, ex p Kebilene* [2000] 2 AC 326一案中提出下列意見(見第381頁B段)：

“

在這方面，行政或立法機關可能要在個人權利和社會需要這兩者之間作出艱難的取捨。在某些情況下，法院認同在某些屬判斷性質的範疇內，即使由選舉產生的機關或人士的行動或決定被指不符合[歐洲人權]公約的規定，但司法機關亦會基於民主的理由，尊重這些機關或人士經考慮後所達致的意見。

”

由此可知，英國法院也認同，正如國際級法院給予個別國家機關(不論是行政、立法或司法機關)一個自由空間一樣，一個國家級法院也會在某程度上尊重國家級立法或行政機關的意見。終審法院在劉昌及另一人訴香港特別行政區 [2002] 2 HKLRD 612一案(有關的案件摘要載於第四期第10頁)中，就有關謀殺罪的強制性終身監禁刑罰的條文是否合憲一事作出決定時，採取了上述的做法。終審法院指出(見第641頁G段)：

“ 法庭裁定在審理與憲法有關的事宜時，可能基於這些事宜發生的背景，宜特別重視立法機關所採納的觀點和政策。 ”

終審法院提到 *Kebilene* 一案，並指出(見第642頁F段)：

“ 本案的背景和情況令這個做法變得有關，並令法庭有充分理由去恰當地重視立法機關的決定。 ”

終審法院認同(見第642頁G-H段)：

“ …… 社會人士認為最嚴重的罪行應判處什麼刑罰才屬恰當這個問題，屬具爭議性的政策事宜，涉及人們對所牽涉的道德和社會問題的不同看法。立法機關在作出這樣艱難的集體判斷時，須顧及個人的權利和社會的利益。立法機關在尋求兩者之間的平衡時，須考慮其所服務的社會的情況和需要，包括社會的文化和傳統，以及維持公眾人士對刑事司法制度的信心的需要。 ”

在劉昌一案中，立法機關的判斷是，即使考慮到每宗謀殺案的情況可能各有不同，謀殺罪(由於其嚴重性)亦須判處強制性終身監禁。終審法院因而認為該判斷是站得住腳和合理的，法院應該尊重。

側記

審查法例及政府政策

當你在互聯網上就法治或人權作一項簡單的搜尋，互聯網會即時把你引領至成千累萬的網站或文章。正因越來越多人關注這些國際熱門話題，我們會在本文探討，在香港的法例及政府政策的範疇內，法治與人權如何與我們息息相關。

法律規定

《基本法》第11(1)條訂明，根據《中華人民共和國憲法》第三十一條，香港特區的制度和政策，均以《基本法》的規定為依據。這些制度包括社會、經濟制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關保障居民的基本權利和自由的制度。《基本法》第11(2)條進一步訂明，立法機關制定的任何法律，均不得與《基本法》相抵觸。《基本法》第48(2)條訂明，行政長官負責執行《基本法》。



《中華人民共和國憲法》第三十一條
國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由[全國人大]以法律規定。

因此，政府有責任確保本身的政策及立法建議均符合《基本法》的規定。在這方面，律政司，特別是其所屬的基本法組及人權組，積極向政府就《基本法》的條文，包括《基本法》中有關人權的條文，提供意見。

立法建議

政府內部確立了有關的程序，以確保立法建議符合《基本法》的規定，以及確保個人權利和自由獲得尊重。舉例說，為了促使新法例或修訂法例獲得通過，部門首長必須先向有關決策局局長清楚說明：

- 1 已考慮實施有關建議會產生的一切主要影響，包括在人權及《基本法》方面的影響；以及
- 2 有關建議與《基本法》並無抵觸，以取得決策局局長的支持。

然後，決策局局長應在確保有關建議沒有抵觸《基本法》(包括與人權相關的條文)後，才批准有關草擬法例的建議。

此外，基本法組及人權組也與各方緊密合作，確保所建議的法例不會抵觸《基本法》。

提供法律意見的服務

實際上，政府各決策局和部門在制定和實施法例及政策時，如發現有任何與《基本法》或人權有關的問題，可在任何階段諮詢律政司的意見。舉例說，基本法組曾就有關行政長官的權力、與香港特區有關的外交事務和產權保障等問題，提供意見。人權組就法例及政策的問題曾提供的意見，集中於有關該等法例或政策是否符合《基本法》中有關人權的條文，或《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》或適用於香港特區的其他國際人權條約的條文等問題。



縮寫

人大常委 全國人民代表大會常務委員會

人權法案 香港人權法案

全國人大 全國人民代表大會

香港特區 香港特別行政區

律政司 法律政策科

香港金鐘道66號金鐘道政府合署高座4樓

詢問處： 2867 2167

圖文傳真：2869 0720

電子郵件：lpd@doj.gov.hk

互聯網網址：www.doj.gov.hk

公務員事務局 公務員培訓處 國家事務及培訓服務組

香港北角渣華道333號北角政府合署4樓

詢問處： 2231 3976

圖文傳真：2541 4038

互聯網網址：www.csb.gov.hk

政制事務局

香港下亞厘畢道中區政府合署中座及東座3樓

詢問處： 2810 2059

圖文傳真：2179 5284

電子郵件：cabenq@cab.gov.hk

互聯網網址：www.info.gov.hk/cab

本簡訊另載於數碼政府合署“法例及法律資料”一欄(內聯網網址：portal.ccgo.hksarg/cindex.jsp)及律政司網頁內“刊物”一欄(互聯網網址：www.doj.gov.hk/chi/public/pub20030002.htm)。