

一次釋法，兩種反應

——對全國人大常委會就《香港基本法》第五次釋法的法理剖析

林 峰*

一、引言

全國人民代表大會常務委員會於 2016 年 11 月 7 日對《香港基本法》第 104 條作出了解釋(第五次釋法)。隨後，香港高等法院原訟法庭於同年 11 月 15 日就“梁游宣誓案”頒發了判詞，上訴法庭於 11 月 30 日頒發了其判詞。¹ 第五次釋法和“梁游宣誓案”都是源自於香港社會少數人士的港獨言論和行為。在第五次釋法和上述案件的判詞出台之前，香港社會就嚴重撕裂了。² 在第五次釋法和上述案件判詞頒發之後，社會各界的反映一如所料，就像香港社會對“港獨”的反應一樣的涇渭分明。建制一方認為第五次釋法是《中華人民共和國憲法》和《香港基本法》賦予全國人大常委會的權力，全國人大常委會的釋法並不針對個案，而且第五次釋法是為了確保國家主權和領土完整。³ 而泛民等非建制一方則認為第五次釋法會影響香港的司法獨立，沒有必要，以及害處多過好處。⁴ 代表法律界的立法會議員郭榮鏗還組織了律師界黑衣遊行，以表示對釋法的抗議。⁵ 而支持立法的幾十個團體則於 11 月 13 日組織了幾萬人的“反港獨、撐釋法”大遊行。⁶ 可見香港社會對第五次釋法存在着兩種截然不同的反應。

如今，第五次釋法和“梁游宣誓案”的一審和二審判決都已經出台了，是適當的時候對第五次釋法存在上述不同反應的原因、原訟法庭和上述法庭對第五次釋法的取態原因、第五次釋法的客觀效果、法院在今後的案件中對第五次釋法可能做出的詮釋等問題從法律理論層面加以詳細分析。首先，要分析全國人

大常委會第五次釋法所引發的涇渭分明立場背後的原因。這裏存在兩個主要原因：第一，是否願意接受香港回歸後新的憲政體制安排；第二，普通法和中國的大陸法制度對司法獨立的不同理解。然後，概述原訟法庭法官在“梁游宣誓案”中的判詞，並分析法官在判詞中主要依賴香港的普通法解釋方法對《香港基本法》和《宣誓及聲明條例》的解釋來判案的原因。作者認為這種判案方式證明了香港法院和法官的智慧。本文還會分析上訴法庭的判詞及其理據。高等法院院長張舉能法官的判詞直接面對了該案最核心的問題之一，那就是第五次釋法的效力問題，並重申了釋法的效力起始於《香港基本法》生效之日。第四部分將分析全國人大常委會第五次釋法的客觀效果，並根據終審法院對全國人大常委會之前釋法的解釋與適用來推測終審法院對這次釋法可能採取的態度。作者認為終審法院很有可能採用她自己在“莊豐源案”中的做法⁷，認為第五次釋法並非全部對香港法院有約束力，而只是部分具有約束力。無論是第五次釋法，還是“梁游宣誓案”，都是因“港獨”而起，因此，第五部分將闡述後釋法時期香港該如何應對“港獨”問題。文章的結論部分指出，第五次釋法是因“港獨”而起，釋法能起到的作用是能夠限制持“港獨”觀點的人士通過立法會等體制內的平台提倡“港獨”。由於終審法院之前在“莊豐源案”中並沒有接受全國人大常委會第一次釋法的所有內容都具有約束力，因此釋法在香港社會的具體實質效果還有待觀察。但是限於《香港基本法》第 104 條的實質內容規定，釋法肯定不能解決所有的“港獨”問題，

* 香港城市大學法律學院副院長

特別是在體制外提出“港獨”的主張。因此在後釋法時期，香港社會必須堅持法治原則，妥善解決《香港基本法》第23條立法和釐定持“港獨”主張人士的言論自由的邊界這兩個主要法律問題，才能讓香港社會重新回歸理性，彌合之前的嚴重撕裂。

二、對釋法兩種極端反應的深層原因

為甚麼香港社會不同政黨、團體以及個人會對第五次釋法出現上述兩種完全相反的極端反應呢？除了理性的人對同一件事有可能持有不同的看法這一原因之外⁸，從法律角度而言，最根本的原因之一是看有關人士是否認同並接受由《香港基本法》為香港所設立的全新的憲政制度。具體來說，就是是否接受《香港基本法》第158條對解釋權的劃分，即全國人大常委會和香港法院都有解釋權，而且全國人大常委會享有最終解釋權。雖然終審法院在“劉港榕案”和“莊豐源案”中都承認了全國人大常委會對《香港基本法》享有全面的、不受限制的解釋權⁹，但是並不是所有香港法官都接受這一觀點，更不用說香港所有政黨、團體和個人都接受這一觀點了。就法官而言，雖然無法知道究竟有多少法官接受或者不願意接受上述觀點，但是以下兩個事例能證明法官中確實可能存在不同的觀點。第一個事例是，當全國人大常委會在應香港行政長官請求在終審法院於“吳嘉玲案”作出判決後對《香港基本法》第22條和第24條作出解釋後，時任終審法院常任法官的包致金(Kemal Bokhary)¹⁰在其回憶錄中提到，終審法院的法官們曾經討論過是否要集體辭職，最後他們決定留守法院而非辭職。¹¹這證明在全國人大常委會第一次釋法後，即使是終審法院也有法官不願意接受這一事實。第二個事例是在“剛果(金)案”中撰寫了一篇異議判詞的包致金法官在退休後的一番說話。他在其異議判詞的第一段說，“一向知道總有一天本法院要就司法獨立作出判決。那一天到來了。司法獨立不是只從法庭說的話當中見到，而是從法庭所實際做的當中見到。換句話說，司法獨立是在法庭所作的決定中見到”。¹²我曾在一個公開的講座上問他為甚麼在上述判詞中

認為香港的司法獨立受到了影響，是否是因為在同一案件中其他三位持多數意見的法官的行為讓他覺得香港法官和法院的司法獨立受到影響。他的回答是，惟一讓他覺得香港司法獨立受到影響的原因是，在“剛果(金)案”中終審法院的多數法官(3位)決定提請全國人大常委會解釋《香港基本法》第13條和第19條。因為全國人大常委會不是一個司法機關，所以全國人大常委會對《香港基本法》的解釋會影響香港的司法獨立。¹³他的觀點應該是代表了香港法律界一部分人的觀點。這一觀點的實質就是不接受全國人大常委會對《香港基本法》享有解釋權這一新憲政安排。

第二個原因是，“司法獨立”是香港的核心價值之一¹⁴，為香港所有政府機構所認同，也為香港社會普羅大眾所信奉。根據普通法對司法獨立原則的理解，當一個案件處於法院的審判過程之中時，任何第三方都不應該作出任何對案件結果可能會有影響的決定。¹⁵持這一觀點的人士是基於他們所熟悉的、並在香港回歸後仍然繼續適用的普通法對司法獨立原則的理解，而非由於他們對香港的新憲政安排有抵觸情緒。但是，香港新的憲政秩序既然確定了全國人大常委會對《香港基本法》有解釋權，這就決定了全國人大常委會若是按照其政治判斷在法院審理案件期間、且在法院作出判決前釋法的話，新的憲政秩序就會間接影響到香港法院在普通法意義上的司法獨立。因此，在本質上，這一原因也是源自於香港的新憲政秩序，特別是全國人大常委會可以在任何時間對《香港基本法》作出解釋這一事實會衝擊只熟悉普通法的人士所理解的司法獨立。

第三個原因是，有一部分香港法律界人士在接受全國人大常委會對《香港基本法》享有解釋權的同時，希望全國人大常委會盡量不要釋法。¹⁶香港終審法院的首任首席大法官李國能就是其中之一。¹⁷就第五次釋法而言，這種觀點是香港法律界不少人的看法。¹⁸前大律師公會會長以及本屆大律師公會在第五次釋法之前和之後所發表的聲明也都表達了這一觀點。¹⁹當原訟法庭在“梁游宣誓案”中的判詞出台之後，由於判詞指出即使沒有全國人大常委會對《香港基本法》第104條的解釋，法院根據普通法的解釋方法對《香港基本法》以及《宣誓及聲明條例》所作出

的解釋也是和釋法完全一致的，因此不少人認為原訟法庭的判決證明全國人大常委會的釋法沒有必要，所以對全國人大常委會第五次釋法表示遺憾。²⁰

三、“梁游宣誓案”一審和二審判詞剖析

(一) 原訟法庭判詞與法官的智慧

萬眾期待的“梁游宣誓案”判詞於2016年11月15日下午公佈了，法院同時在香港法院網還上載了判詞的中、英文摘要²¹，這充分顯示了法院認識到該判詞的重要性。客觀來說，判詞的結論是眾人意料之中的。²²但是判詞的側重點則顯示了原訟法庭，特別是審理該案的區慶祥法官的智慧。在長達56頁、132段的判詞中，區法官只用了不到3頁紙只有4段判詞來談論全國人大常委會的第五次釋法。²³整份判詞的大部分內容都是在論述在沒有第五次釋法的情況下，法院會如何判決。這樣做不僅充分反映了法官的智慧，而且也有諸多的好處。

首先，由於第五次釋法是在原訟法庭頒發判詞之前所作出的，因此對香港所有法院都有約束力。若區法官想省事，並追求簡單的話，他完全可以依據第五次釋法來作出判決。但是他捨簡取繁，詳細論述了在香港的普通法制度之下，若沒有第五次釋法的話，法院會如何判決。根據《中華人民共和國憲法》和《香港基本法》的規定，以及終審法院的判例，全國人大常委會對《香港基本法》享有全面的、不受限制的解釋權。²⁴因此，香港法院在憲制上根本沒有可能挑戰全國人大常委會的解釋權。這一點前首席大法官李國能在“劉港榕案”中已經確認了。²⁵在肯定這一觀點的同時，區法官通過其判詞證明，其實沒有釋法，法院完全可以達致同樣的結論。²⁶這樣判的好處在於，中央政府，特別是全國人大常委會在閱讀了其判詞之後，肯定會對香港法院更加放心。以後若碰上類似的事件，中央政府很有可能就不釋法了。這是區法官判詞可能帶來的好處之一。

其次，區法官通過判詞向香港社會，特別是那些擔心司法獨立會受到第五次釋法負面影響的人士，證明香港法院仍然是完全依照香港的普通法制度去解

釋和適用《香港基本法》以及《宣誓及聲明條例》。²⁷這份詳盡的判詞可以讓香港市民，乃至國際社會相信，香港的法院一直而且仍然是獨立的，其獨立性完全沒有受到11月7日全國人大常委會第五次釋法的影響。基於其獨立性的要求，不論是法院還是法官都無法公開為自己辯護，法官只有通過其所撰寫的判詞來向社會證明其獨立性。這是法院能為自己辯護的惟一方式。通過其判詞，原訟法庭區法官達到了他想達到的目的。

第三，由於《香港基本法》是憲制性文件，其中不可能規定個人所需承擔的法律責任。²⁸因此，涉及違反《香港基本法》第104條關於宣誓的行為的後果是通過香港本地立法來規定的。區法官在“梁游宣誓案”中是根據《宣誓及聲明條例》第16、19、及21條對梁、游兩位作出具體判決的。²⁹這讓香港社會和國際社會看到全國人大常委會的第五次釋法並沒有在法律後果方面為香港本地立法。該案件仍然是依照香港本地既有的立法——即《宣誓及聲明條例》——判決的。

第四，依據普通法一貫的傳統，法院對於不會對判決有任何影響的法律論點不會發表詳細的觀點。³⁰因此，針對游的大律師所提出的全國人大常委會的第五次釋法可能根據普通法的解釋原則並非釋法而是構成對《香港基本法》的修改這一觀點，法官在判詞中只是點到為止，並沒有詳細闡述他的觀點。³¹區法官這樣做不僅遵循了普通法的習慣，而且也可以迴避不必要的問題³²，從而使得整份判詞聚焦在香港現有的普通法制度下對現有法律的解釋和適用。

有些報刊上的文章對“梁游宣誓案”中區法官的判詞提出了一些質疑。例如，有人對其判詞提出了許多質疑³³，認為其判詞似帶矛盾³⁴，無意中矮化香港法院，為行政長官的權力開了不明朗的先例，對“解釋基本法”說一些又不說一些，以及判詞可能讓行政長官用來企圖踢走法官。³⁵還有人認為雖然區法官對判詞沒有說他是否受到了全國人大常委會第五次釋法的影響，不過他有可能實際上受到釋法的影響。³⁶

純粹從學術的角度，學者和公眾是可以對法官所寫的判詞作出評判的。但是考慮到法官無法為自己公

開辯護這一事實，任何評論都應客觀和持平。持上述那些意見的人士不僅沒有理解區法官的一片苦心，而且也誇大了一些問題。作者希望大家一起來維護香港的司法獨立，而不是對不能為自己辯護的法院和法官肆意提出一些沒有很強說服力的批評，從而讓香港普通市民對司法獨立產生負面的影響。

(二) 上訴法庭判詞及其原因

上訴法庭於 2016 年 11 月 30 日頒發了其判詞。上訴法庭包括高等法院院長張舉能在內的 3 位法官一致裁決梁、游敗訴，而且張法官和上訴法庭林副庭長分別撰寫了判詞。³⁷ 考慮到若該案件很有可能上訴至終審法院³⁸，屆時第五次釋法肯定會是上訴的主要問題之一，因此上訴法庭直接面對了這一問題，並在庭審過程中主動要求雙方律師就第五次釋法闡明其觀點和立場。在充分聽取雙方的法律意見後，張法官在其判詞中明確指出，第五次釋法解釋了《香港基本法》第 104 條從起初的真正意思，其生效日期為 1997 年 7 月 1 日，故適用於所有案件，並對香港所有法院具有約束力。《香港基本法》並無賦予本港法院司法管轄權去處理第五次釋法乃是實質上企圖修改《香港基本法》故並無約束力的論點。³⁹

需要指出的是，考慮到中國法律和香港的普通法是屬於完全不同的兩個法律制度，上訴法庭在庭審過程中曾主動詢問梁、游兩人的辯護律師是否需要就第五次釋法提交中國法律專家的意見，他們的辯護律師認為沒有必要。這說明梁、游的辯護律師希望完全遵循普通法的原則來處理全國人大的第五次釋法。但第五次釋法的效力顯然並不完全取決於普通法。而且，梁、游的辯護律師所提出的第五次釋法乃實質上試圖修改《香港基本法》的觀點也不是普通法所能解決的問題，反而是應該在中國大陸的法律制度下加以解決的問題。

四、第五次釋法的客觀效果及終審法院可能對釋法作出的反應

區法官在“梁游宣誓案”中的判詞清楚說明，即

使沒有第五次釋法，法院根據普通法的解釋原則對《香港基本法》第 104 條以及對《宣誓及聲明條例》所作出的解釋和第五次釋法有着相同的效果。⁴⁰ 那麼這是否真的證明在法律上，有沒有第五次釋法，“梁游宣誓案”的結果會是一樣呢？若上訴庭和終審法院都認同原訟法庭區法官的觀點，那麼答案應該是肯定的。那麼有了第五次解釋是否有區別呢？答案也是肯定的。區別僅在於結果的確定性。在區法官的判詞頒佈之前，沒有人能夠百分之百肯定，“梁游宣誓案”的結果一定是梁、游兩人會失去立法會議席。⁴¹ 但是在法院判決之前全國人大常委會的第五次釋法出台了，這釋法由於是在判決前作出的，因此對香港所有法院都有約束力，包括對正在審理中的案件都有約束力。⁴² 從這一點來看，儘管第五次釋法並非針對“梁游宣誓案”，但是其客觀效果是，香港法院若對《香港基本法》作出與第五次釋法不同的解釋的話，這樣做的空間雖然不能說完全沒有⁴³，但是已經變得非常狹窄了。

梁、游二人在原訟法庭輸了，但是他們已提出了上訴。那麼上訴庭以及終審法院會如何對待全國人大常委會的第五次釋法呢？在這方面，“莊豐源案”是個很值得研究的先例。在該案中，終審法院需要適用全國人大常委會對《香港基本法》的第一次釋法(即對《香港基本法》第 22 條和第 24 條的解釋)。⁴⁴ 終審法院在其判詞中指出，根據普通法的解釋原則，香港法院的任務是通過考慮《香港基本法》第 24 條第 2 款第(1)項的背景及目的來對條文所用字句作出解釋，從而確定這些字句所表達的立法原意。有關條文的含義清晰，是指在 1997 年 7 月 1 日之前或之後在香港出生的中國公民，並沒有任何歧義。因此，終審法院認為沒有必要考慮全國人大常委會對《香港基本法》所作出的第 1 次解釋中所說的“第二十四條第二款其他各項的立法原意已體現在籌委會《關於實施第二十四條第二款的意見》中”這句話。⁴⁵ 終審法院不能基於這句話就決定偏離其認為是第 24 條第 2 款第(1)項的清晰含義。⁴⁶ 終審法院這一觀點的結果是，全國人大常委會對《香港基本法》所作出的第 1 次解釋中只有部分，而非全部，對香港法院有約束力。⁴⁷

根據終審法院的這一先例，香港法院今後在對待

全國人大常委會第五次釋法時，會否也會認為第五次釋法中也只有部分對香港法院有約束力呢？本文認為是存在這種可能性的。全國人大常委會第五次釋法的內容如下：

一、《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第一百零四條規定的“擁護中華人民共和國香港特別行政區基本法，效忠中華人民共和國香港特別行政區”，既是該條規定的宣誓必須包含的法定內容，也是參選或者出任該條所列公職的法定要求和條件。

二、《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第一百零四條規定相關公職人員“就職時必須依法宣誓”，具有以下含義：

(一) 宣誓是該條所列公職人員就職的法定條件和必經程序。未進行合法有效宣誓或者拒絕宣誓，不得就任相應公職，不得行使相應職權和享受相應待遇。

(二) 宣誓必須符合法定的形式和內容要求。宣誓人必須真誠、莊重地進行宣誓，必須準確、完整、莊重地宣讀包括“擁護中華人民共和國香港特別行政區基本法，效忠中華人民共和國香港特別行政區”內容的法定誓言。

(三) 宣誓人拒絕宣誓，即喪失就任該條所列相應公職的資格。宣誓人故意宣讀與法定誓言不一致的誓言或者以任何不真誠、不莊重的方式宣誓，也屬於拒絕宣誓，所作宣誓無效，宣誓人即喪失就任該條所列相應公職的資格。

(四) 宣誓必須在法律規定的監誓人面前進行。監誓人負有確保宣誓合法進行的責任，對符合本解釋和香港特別行政區法律規定的宣誓，應確定為有效宣誓；對不符合本解釋和香港特別行政區法律規定的宣誓，應確定為無效宣誓，並不得重新安排宣誓。

三、《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第一百零四條所規定的宣誓，是該條所列公職人員對中華人民共和國及其香港特別行政區作出的法律承諾，具有法律約束力。宣誓人必須真誠信奉並嚴格遵守法定誓言。宣誓人作虛假宣誓或者在宣誓之後從事違反誓言行為的，依法承擔法律責任。

根據終審法院在“莊豐源案”中對人大釋法的取態⁴⁸，首先，香港法院很有可能會說在三段解釋

中，只有第二段是對《香港基本法》第 104 條的解釋，而第一段是關於第 104 條適用範圍的說明，特別是該段指出第 104 條也是關於參選的條件，第三段是關於法律責任的。因此第一和第三段對香港法院並沒有約束力。其次，香港法院也有可能說即使是第五次釋法的第二段，由於其第四小段的內容是關於監誓，而非宣誓，因此這一小段對香港法院也沒有約束力。這兩個觀點是適用終審法院在“莊豐源案”中的邏輯推理可以得出的結論。

若香港法院將來真的這樣解釋全國人大常委會第五次釋法的話，作者一點也不奇怪，因為終審法院在“莊豐源案”中清楚說明她是按照普通法的方法來解釋《香港基本法》以及看待全國人大常委會對《香港基本法》的解釋的。⁴⁹ 如果全國人大常委會認為終審法院的解釋不符合《香港基本法》的立法原意的話，那麼全國人大常委會有權通過釋法推翻終審法院的解釋。⁵⁰ 這種因不同的解釋方法所產生的衝突只有當香港法院和全國人大常委會採用相同的解釋方法來解釋《香港基本法》時，才有可能完全消除。⁵¹ 否則，就只有通過不斷的香港法院和全國人大常委會之間的迴圈解釋，逐步達致平衡。⁵²

五、後釋法時期如何應對“港獨”

首先，在“雨傘運動”之後，“港獨”的聲音有逐漸變強之態勢。“港獨”違反《香港基本法》是毫無異議的。《香港基本法》的序言指出“香港自古以來就是中國的領土”，第 1 條規定“香港特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分”；第 12 條規定“香港特別行政區是中華人民共和國的一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府”。這些《香港基本法》的條文明確了香港特區自古以來就是中國不可分割的一部分。而且，任何把香港特區從中國分裂出去的行為根據《香港基本法》第 23 條的規定都是屬於刑事犯罪行為。⁵³

其次，“港獨”在香港缺少支持。根據香港中文大學的一項調查，只有少於 4% 的人認為“港獨”有可能。⁵⁴ 絕大多數的港人並不希望香港獨立。⁵⁵ 再

次，“港獨”實際上也根本不可行。無論是從經濟、民生、還是軍事方面，香港要想獨立基本上是沒有可能的。就經濟而言，若沒有中國大陸的支持，香港的經濟不僅前景非常暗淡，而且可能一蹶不振。⁵⁶ 就民生而言，香港的水、蔬菜和許多其他的食物都是中國大陸供應的。若中國把水一斷，那麼香港人就沒有水喝了。若中國大陸不給香港供應蔬菜和食物，大部分港人就會斷菜、斷糧，從而也就無法生存。就軍事而言，中國解放軍的海、陸、空部隊都駐守在香港。由於香港是對槍支實施嚴格管制的，那些主張“港獨”的人士根本沒有渠道獲得足以和駐港解放軍抗衡的武器裝備。因此，香港搞獨立是幾乎不可能的。⁵⁷

如今，全國人大常委會第五次釋法解決了宣誓這一問題，也可以限制立法會議員通過立法會搞“港獨”。若香港政府完全落實第五次釋法的話，釋法的第一段和第三段也應該得到落實。⁵⁸ 其結果可能是，那些提出“港獨”主張的人士有可能會被認定為違反第五次釋法的第一段內容而被取消選舉資格。在第五次釋法之前，青年新政的梁天琦就被認定並非真心擁護《香港基本法》而被取消參選資格。⁵⁹ 那麼在第五次釋法之後，釋法的第一段明確說明《香港基本法》第104條的內容同樣適用於參選，因此可以預見，將來會更容易拒絕持“港獨”主張人士參選立法會。

但是，第五次釋法並不能也沒有完全解決“港獨”這一問題，特別是沒有具體行動的、完全是通過言論來表達或者討論“港獨”主張的人士。而且，《香港基本法》第104條明確規定了宣誓的適用範圍是“香港特別行政區行政長官、主要官員、行政會議成員、立法會議員、各級法院法官和其他司法人員”。若上述這些人士之外的其他人士發表港獨的言論或者主張“港獨”則不在《香港基本法》第104條的管轄範圍之內。這是為甚麼第五次釋法並不能解決“港獨”問題的原因。那麼該如何對待其他人士的“港獨”主張呢？

香港是一個法治社會，處理“港獨”主張一定要遵循法治原則，依據香港的法律來處理，做到是其是，非其非。但問題是，香港的法律在某些方面存在空白，有關分裂國家罪就是其中一個空白之處。⁶⁰ 因此，在後釋法時期需要解決的第一個法律問題就是

《香港基本法》第23條立法。該條授權香港特區就分裂國家等罪行制訂本地法律。雖然在2003年香港特區政府提出落實《香港基本法》第23條立法時，導致了近50萬人上街遊行，但是並非所有人都是因為反對第23條立法而參與遊行。而且當時香港社會就存在應該就分裂國家罪制訂本地立法的共識。⁶¹ 在2016年，香港社會的共識是香港有憲制上的責任就《香港基本法》23條盡快立法。⁶² 目前中國內地和香港社會上都存在一種聲音，認為香港的執法部門沒有依法對“港獨”人士提起刑事檢控。⁶³ 有了23條立法後的好處是，在主張“港獨”人士的行為是否構成分裂國家罪方面就有了明確的法律規定。因此，香港特區政府可以對那些構成犯罪的港獨行為進行刑事檢控就有了明確的法律依據。⁶⁴ 而且普通市民知道該如何規範自己的行為以確保不違反有關法律。

後釋法時期所要解決的第二個主要法律問題是，解決對持“港獨”主張的人士的言論自由權在甚麼時候可以加以限制。這和上述第一個問題是既相關，但是又有區別。相關的方面是，有關《香港基本法》第23條立法中對分裂國家罪的立法本身就構成對言論自由的限制。區別在於對主張“港獨”人士的言論自由的限制完全可能不僅限於分裂國家罪。

言論自由在香港是受法律所保障的基本人權之一。《香港基本法》第39條規定《公民權利和政治權利國際公約》(《公約》)將通過本地立法在香港適用，而且《香港人權法案條例》也把《公約》中的所有權利都當地語系化了。因此，《公約》第19條所保障的言論自由權已經通過《香港人權法案條例》第二部分人權法案的第16條轉化為香港本地法律。還有就是《香港基本法》第27條也對港人的言論自由作出了保障。⁶⁵ 但是另一方面，言論自由並非絕對的權，是可以對它作出限制的。⁶⁶ 《公約》第19條第3款規定：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：①尊重他人權利或名譽；②保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化。

本文認為香港社會存在着明確界定持港獨主張人士的言論自由的迫切需要，特別是需要界定在甚麼情況下可以或者不可以對這些人士的言論自由作出

限制。無論是律政司還是中央政府的有關部門，都應該認真研究這兩個問題，並盡早達成共識，這樣會有助於增進中港兩地之間的互信。

六、結論

香港社會對全國人大常委會第五次釋法存在兩種截然不同看法的原因不僅在於是否接受《香港基本法》為香港所確立的新憲政秩序，而且還在於中國大陸的法律制度和香港的普通法制度對司法獨立的不同理解。這種因制度不同所造成的衝突可以通過相互交流和溝通來解決。但是對新憲政秩序的不接受則只有通過有關人士自己觀念的改變才能解決。

雖然第五次釋法是在原訟法庭於“梁游宣誓案”作出判決之前作出的，但是原訟法庭的區法官並沒有僅僅依據第五次釋法作出判決，而是在其判詞中花費大量篇幅論述若沒有第五次釋法，他依據香港普通法的解釋原則會如何解釋和適用《香港基本法》第104條和《宣誓及聲明條例》中的相關條文，從而得出即使沒有第五次釋法，他也會得出同樣結論的觀點。區法官這樣處理“梁游宣誓案”不僅能夠為香港的司法獨立作出最有力的辯護，而且可以間接地讓中央政府看到，即使沒有釋法，香港現有的法律制度也是可以解決梁、游兩人宣誓所引發的法律爭端的。這

有可能讓中央政府在今後考慮是否釋法時採取更寬容的態度，即只要有可能就盡量不釋法。

如今，“梁游宣誓案”已暫時告一段落，但是第五次釋法的具體法律效果還有待觀察。可以肯定的是，第五次釋法把那些寄望通過立法會等體制內的平台提倡“港獨”人士的路給堵上了。首先是對持“港獨”觀點人士的參選資格作出了否定，其次是即使是過了參選資格這一關，若不依法宣誓，仍然會被剝奪議員資格。但第五次釋法的全部內容是否會被香港終審法院認定為具有約束力還有待觀察。根據“莊豐源案”這一先例，終審法院很有可能認為第五次釋法中只有部分內容對香港法院具有約束力。這一因制度不同所造成的衝突只有在中港兩地統一解釋規則的前提下才能得到解決，否則將會長期存在下去。

基於《香港基本法》第104條的內容，第五次釋法註定不可能完全解決“港獨”問題，特別是在體制外提出“港獨”主張的行為。因此在後釋法時期，為了妥善解決“港獨”問題，並確保港人仍然依法享有言論自由，香港政府和社會必須在堅持法治原則的前提下，解決兩個主要法律問題。其一是《香港基本法》第23條立法，盡早制定有關立法是最理想的做法。其二是釐定持港獨主張人士的言論自由的邊界。若香港社會能就上述兩個問題盡早達成共識，香港社會才能回歸理性，彌合之前的嚴重撕裂狀況。同時，這也會有助於增進中港兩地之間的互信。

註釋：

- ¹ 香港特別行政區行政長官及律政司司長訴立法會主席，見高等法院原訟法庭憲法及行政訴訟 2016 年第 185 號案件、上訴法庭 2016 年第 224-226 號案件英文裁判書。
- ² 嚴飛：《香港：這是一個撕裂的社會嗎？》，載於《二十一世紀雙月刊》，2013 年 12 月號，第 120-124 頁；戴耀廷：《香港社會撕裂的前因後果》，載於《蘋果日報》，2015 年 6 月 9 日，第 A17 版。
- ³ 《釋法令基本法條文更清晰 梁愛詩：宣誓擁護和效忠的定義將更明確》，載於《大公報》，2016 年 11 月 6 日，第 A02 頁。

- 4 任建峰：《評法院梁游宣誓案判詞》，載於《明報》，2016年11月16日，第A24頁；《郭榮鏗：嚴重打擊法治；民主黨：粗暴介入》載於《明報》新聞網：http://news.mingpao.com/ins/instantnews/web_tc/article/20161104/s00001/1478233792470，2016年11月28日。
- 5 《法律界發起黑衣靜默遊行數百人出席》，載於《明報》新聞網：http://news.mingpao.com/ins/instantnews/web_tc/article/20161108/s00001/1478600018343，2016年11月28日。
- 6 《香港數萬人集會“反港獨撐釋法”》，載於BBC中文網：http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/11/161113_hk_pro_beijing_rally，2016年11月28日。
- 7 入境事務處處長訴莊豐源，見終審法院民事上訴2000年第26號案件裁判書。
- 8 這原因在釋法事件中應該屬於次要原因，因為整個釋法事件在香港社會被政治化了，不同的政治團體都希望通過其對第五次釋法的表態來獲取其所期望的政治資本。
- 9 同註7；又見 *Lau Kong Yung and Others v. The Director of Immigration* [1999] 3 HKLRD 778; [1999] 2 HKCFAR 300.
- 10 已退休，目前擔任終審法院的非常任法官。
- 11 Bokhary, K. (2013). *Recollections*. Hong Kong: Sweet & Maxwell.
- 12 見該案判決書(FACV 5, 6 & 7/2010)中譯本第一段。
- 13 這是他於2016年4月8日在香港城市大學出席他的回憶錄公開發佈儀式上說的。
- 14 《立法會：律政司司長就“捍衛法治和司法獨立”動議辯論開場發言》，載於香港特別行政區政府新聞公報，2013年1月10日。
- 15 Shetreet, S. and C. Forsyth (Eds.) (2012). *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- 16 《學苑引李國能：釋法權僅應於“很特別情況下”行使》，載於《立場新聞》，<https://thestandnews.com/politics/人大釋法-學苑引李國能-釋法權僅應於-很特別情況下-行使/>，2016年11月28日。
- 17 《香港議員宣誓風波：各方繼續評論人大釋法》，載於BBC中文網：http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/11/161108_china_interpretation_hk_legco_reax，2016年11月28日。
- 18 《釋法闡述何謂依法宣誓，法律界看法迥異》，載於香港01新聞網：<http://www.hk01.com/港聞/52837/人大釋法-釋法闡述何謂依法宣誓-法律界看法迥異>，2016年11月28日。
- 19 《石永泰：如認為釋法系青政抵死，諗法好低層次》，載於《蘋果日報》新聞網：<http://hk.apple.nextmedia.com/realtime/news/20161108/55887964>，2016年11月28日；見香港大律師公會：《香港大律師公會就全國人大常委會可能針對立法會議員宣誓事件釋法之聲明》、香港大律師公會：《香港大律師公會就全國人大常委會針對香港基本法第104作出解釋的聲明》，載於香港大律師公會網站：<http://www.hkba.org/zh-hant/events-publication/press-releases-coverage>，2017年1月9日。
- 20 香港大律師公會2016年11月7日聲明：《“宣誓風波”終釀人大釋法，鐵腕打擊“港獨”會否衝擊法治？》，載於“端聞”網站：<https://theinitium.com/article/20161107-dailynews-NPCSC-basic-law>，2016年11月28日；《建制派表歡迎：泛民：證釋法無必要》，載於《明報》，2016年11月16日，第A03頁。
- 21 過往的經驗證明只有重要的，或者容易被誤解的案件才會如此做。具體判詞見註1。
- 22 梁、游二人自己也如此認為。見《宣誓風波》，載於香港電台網站：<http://news.rthk.hk/rthk/ch/news-feature/news-feature-detail.htm?nfid=277>，2016年11月28日。
- 23 同註1，判詞第19-22段。
- 24 *Lau Kong Yung and Others v. The Director of Immigration* [1999] 3 HKLRD 778; [1999] 2 HKCFAR 300.

- 25 同上註。
- 26 這也是代表行政長官和律政司司長的大律師在庭審中所提出的觀點。
- 27 這是終審法院在“劉港榕案”和“莊豐源案”中所確定的香港法院在解釋《香港基本法》時應該採用的原則。
- 28 憲制性文件，特別是憲法，或者“小憲法”，其主要功能是設立國家機構，賦予其權力，確定他們之間的關係，以及保障公民的權利，而不會直接規定個人責任。
- 29 同註 1。
- 30 這是普通法制度中大部分法官的做法，但是也有例外，Lord Denning 就是一個例子。
- 31 同註 1，判詞第 124 段。
- 32 其中一個既敏感又不必要的法律問題就是第五次釋法中具體哪些內容對香港法院有約束力。
- 33 同註 4。
- 34 他的理據是，法官一方面說釋法對法院有約束力，另一方面又說法院不需要靠釋法內容作出決定。
- 35 因為法官認為行政長官可以按照《香港基本法》第 48 條執行《香港基本法》條文的責任提起司法覆核案件。
- 36 《張達明：公眾觀感法庭判決受釋法干預》，載於香港 01 新聞網：<http://www.hk01.com/港聞/-宣誓風波-張達明-公眾觀感法庭判決受釋法干預>，2016 年 11 月 28 日。
- 37 見 CA No. 227 of 2016，林副庭長的判詞主要是詳細闡述了普通法中不干預原則在香港的適用範圍。
- 38 梁、游二人已經通過新聞發佈表明會上訴至終審法院。
- 39 見張法官判詞的第 3-59 段；又見上訴法庭判詞新聞摘要第 9 段。
- 40 同註 1，判詞第 125 段。
- 41 立法會主席同意給梁、游第二次宣誓機會就是最好的證明。見《游梁玩大咗賴死唔走，非建制盲撐遲早陪葬》，載於“經濟通”網站：<http://lifestyle.etnet.com.hk/column/index.php/internationalaffairs/hkpolitics/42568>，2016 年 11 月 28 日。
- 42 同註 7、註 9。
- 43 這個空間主要在於香港法院可以通過普通法的解釋方法來決定第五次釋法中的哪些部分對香港法院有約束力，哪些部分沒有約束力。見註 7。
- 44 同註 7。
- 45 同上註。
- 46 同上註。
- 47 需要注意的是，這部分是在全國人大常委會對《香港基本法》作出的第一次解釋的正文的一部分，而非在解釋的序言中。
- 48 同註 7。
- 49 同上註。
- 50 根據《香港基本法》的規定，全國人大常委會的釋法對已經作出的判決不具有溯及力。
- 51 Ghai, Y. (1999). *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law* (2nd Edition). Hong Kong: Hong Kong University Press.
- 52 Lin Feng (2000). Hong Kong's Constitutional Crisis - Is It Over? *Pacific Rim Law and Policy Journal*. Volume 9. No. 2. 281-315.
- 53 香港回歸將近 20 年了，但特區政府還沒有按《香港基本法》第 23 條的要求制定有關的本地法律，特別是關於分裂國家罪的有關法律。
- 54 不過該調查指出有 17% 左右的人希望 2047 年後香港能夠獨立。見 One in six support Hong Kong independence from

China: Poll. Available at Reuters: <http://www.reuters.com/article/us-hongkong-china-survey-idUSKCN1050GT>. 28 November 2016.

55 李幼岐：《“港獨”之“不可能”和“不可以”》，載於大公資訊網：<http://news.takungpao.com/hk/politics/2016-09/3365272.html>，2016年11月28日。

56 《香港經濟出了甚麼問題？》，載於財新網：<http://international.caixin.com/2014-10-05/100735335.html>，2016年11月28日。

57 惟一的一種可能性是搞顏色革命，那是不需要任何武器裝備的。

58 前文已經論述了這兩段有可能被香港法院根據普通法的解釋方法認定為不具有約束力。

59 《梁天琦遭選管會取消參選資格》，載於立場新聞網：<https://www.thestandnews.com/politics/梁天琦遭選管會-取消參選資格/>，2016年11月28日。

60 這也是2003年23條關注組的觀點。

61 當時最反對《香港基本法》第23條立法的23條關注組都認為有必要立法，而且當時對《香港基本法》第23條立法的反對聲音並不是針對《香港基本法》第23條立法草案的具體內容，而是程序問題，即政府是否應該通過白皮書的形式諮詢公眾。

62 在2016年香港大學法學院召開的關於《香港基本法》第23條立法的圓桌會議上，所有與會者都認同香港有憲制責任落實《香港基本法》第23條立法，區別主要在於如何立法。

63 顧敏康：《評港府應對港獨的法律措施》，載於《明報》，2016年9月8日，第A29頁。

64 在《香港基本法》第23條立法制定之前，港府要對主張“港獨”人士提起刑事訴訟缺乏法律依據，但是23條立法中的分裂國家罪就夠成為明確的檢控依據了。

65 該條規定“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”。

66 見《公民權利和政治權利國際公約》第19條第3款。