

吳嘉玲、吳丹丹 對 入境事務處處長 徐權能 對 入境事務處處長 入境事務處處長 對 張麗華

HCAL 68/1997 ; HCAL 70/1997 ; HCAL 71/1997 ; HCAL 73/1997 ; CACV 203/1997 ; CACV 216, 217 & 218/1997 ;

FACV 14, 15 & 16/1998

簡略案情

申請人均是內地出生的中國籍人士。他們有些是以非法方式進入香港，有些則以有效旅遊證件進入香港，然而其中部份人卻違反居留限期，逾期居港。但是，他們一律堅稱，因為其父母是香港永久性居民，根據《基本法》第 24（2）條第 3 款擁有居留權。但入境處處長拒絕接受他們的理據。

原訟庭和上訴庭皆認為根據《基本法》第 22（4）條制定的《入境（修訂）（第 3 號）條例》是合法和有效的，因此，他們必須獲得以單程證形式簽發的出境批准，才可享有居留權。對此，申請人上訴至終審法院。

裁決摘要

在申請人的上訴過程中關於法院的司法解釋權限問題，終審法院同時考慮了《基本法》第 19 條。

法院認為根據《基本法》第 19（1）條，香港特區享有獨立的司法權和終審權。而《基本法》第 80 條，賦予特區各級法院行使特區的審判權。因此，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》。必然地，特區法院其中一個職能是監察和審視立法機關所制定的法例或行政機關的行為是否符合《基本法》的要求，如發現有違反《基本法》的情況出現，則法院有權裁定有關法例或行為無效。這是法院按《基本法》執行憲法上的職務，以憲法制衡政府的行政及議會立法。根據《中國憲法》第 57 及 58 條，全國人民代表大會是最高國家權力機關，其常設機關是全國人民代表大會常務委員會，二者行使國家立法權，是主權國行使主權的行為。《基本法》是全國人民代表大會根據《中國憲法》第 31 條而制定的，因此它既是全國性法律，又是特區的憲法。由此可見，特區法院的審查權是源自全國性法律。所以，終審法院認為特區法院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（下稱“該行為”）是否符合《基本法》的規定，以及倘若發現其違反《基本法》時，有權宣佈此等行為無效。

根據《基本法》，特區法院在高度自治的原則下享有獨立的司法權。法院認為這反映了《聯合聲明》所宣示和具體說明的，落實維持香港五十年不變的基本方針政策。《基本法》第 159(4) 條訂明《基本法》的任何修改均不得抵觸既定的基本方針政策。因此，法院必須具有上述的司法管轄權去審核該行為，以確保符合《基本法》。

其次，《基本法》第 19(2) 條規定：

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。

關於在馬維騷一案，終審法院認為上訴庭錯誤判斷，以為基於《基本法》第 19(2) 條及在 1997 年 7 月 1 日前，香港法院不能質疑英國國會通過的法例是否違憲，即是否違反英國的不成文憲法或香港作為殖民地的憲法文件《英皇制誥》，所以在 1997 年 7 月 1 日後，香港法院同樣不能質疑全國人民代表大會的立法行為。終審法院認為把舊制度與新制度相提並論是有所誤解。1997 年 7 月 1 日前，香港是英國殖民地，根據普通法，英國國會擁有最高權力為香港立法而香港法院不能質疑這項權力。但在新制度下，情況截然不同。《基本法》第 19(2) 條規定“原有法律制度和原則”對憲法賦予法院的司法管轄權有所限制。但這條款不能把在舊制度下純粹與英國國會法例有關的限制引進新的制度內。

[Chinese Translation — 中譯本]

判決

FACV14/1998

終審法院首席法官李國能宣讀判詞：

這是本法院作出的一致判決。

一直以來，香港居民與中國其他地區的居民都有家庭聯繫。自從內地實行門戶開放政策後，香港與中國的關係變得息息相關，家庭聯繫更形廣泛密切。1997年7月1日，在中華人民共和國恢復對香港行使主權時，許多在內地出生的中國公民的父母，至少其中一人是擁有香港居留權的香港永久性居民。

在本上訴案中，我等所處理的是他們作為香港永久性居民的身份及在港之居留權問題。有關《基本法》的正確解釋問題亦首次在本法院審理。此等問題對於有關人士的將來，以及憲制法律體系在新制度下的發展極為重要。

有關名稱

為方便起見，我等將會使用以下簡稱：中華人民共和國稱為中國；全國人民代表大會常務委員會稱為“人大常委會”；香港特別行政區稱為特區或香港。

本判決書中提及的“條款”是指《基本法》內的條款。雖然《基本法》的文本並沒有把每條條款內的小段編號，但按照一般做法把小段編號可方便引述。舉例說，第24條第二小段將稱為第24(2)條。

首兩宗上訴案的上訴人及第三宗上訴案的答辯人均為司法覆核程序中的申請人，以下稱為“申請人”。

香港特別行政區入境事務處處長以下稱為“入境處處長”。他是首兩宗上訴案的答辯人，亦是第三宗上訴案的上訴人。

憲制架構

《中華人民共和國憲法》第31條規定：

“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民代表大會以法律規定。”

全國人民代表大會是最高國家權力機關，它的常設機關是常務委員會（《中國憲法》第57條）。全國人民代表大會及它的常務委員會行使國家立法權（第58條）。

《中華人民共和國香港特別行政區基本法》乃根據第31條制定，並由全國人民代表大會通過，於1990年4月4日予以公佈。當香港特別行政區於1997年7月1日成立，即中國恢復對香港行使主權時，《基本法》即成為特區的憲法。

《基本法》的序言說明特區是根據第31條成立的：

“……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。國家對香港的基本方針政策，已由中國政府在中英聯合聲明中予以闡明。”

第一章述明總則，載有十一條條文。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份。第2條規定全國人民代表大會授權香港特別行政區依照《基本法》的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。第5條規定特區不實行“社會主義制度和政策”，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變。

中英政府於1984年12月19日簽訂了關於香港問題的《聯合聲明》，以處理恢復行使主權的事宜。《聯合聲明》自1985年5月27日，即互換批准書之日起生效。中國政府於《聯合聲明》第三

香港特別行政區 終審法院

終院民事上訴 1998 年第 14 號
(原本案件編號：高院民事上訴 1997 年第 216 號)

上訴人 吳嘉玲
吳丹丹
(兩人皆屬未成年人士，由父親及起訴監護人吳錫年代表)
對
答辯人 入境事務處處長

FACV15/1998

香港特別行政區 終審法院

終院民事上訴 1998 年第 15 號
(原本案件編號：高院民事上訴 1997 年第 217 號)

上訴人 徐權能
對
答辯人 入境事務處處長

FACV16/1998

香港特別行政區 終審法院

終院民事上訴 1998 年第 16 號
(原本案件編號：高院民事上訴 1997 年第 203 號)

上訴人 入境事務處處長
對
答辯人 張麗華
(屬未成年人士，由父親及起訴監護人張妙祥代表)

主審法官：終審法院首席法官李國能
終審法院常任法官劉顯倫
終審法院常任法官沈澄
終審法院常任法官包致金
終審法院非常任法官梅師賢爵士

聆訊日期：1999 年 1 月 6、7、8、11 及 12 日

宣判日期：1999 年 1 月 29 日

段宣示其對香港的基本方針政策，並謂這些基本方針政策將在《基本法》加以規定，並維持五十年不變。有關方針政策並於《聯合聲明》附件一加以具體說明。

《基本法》

《基本法》第 24（1）條規定，香港特別行政區居民包括永久性居民和非永久性居民。

關於第 24（2）條及 24（3）條的釋義乃本上訴核心所在。第 24（2）條規定，永久性居民為該條文所列出的六個類別的人士，即：

- “（1）在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民；
- （2）在香港特別行政區成立以前或以後在香港通常居住連續七年以上的中國公民；
- （3）第（1）、（2）兩項所列居民在香港以外所生的中國籍子女；
- （4）在香港特別行政區成立以前或以後持有有效旅行證件進入香港、在香港通常居住連續七年以上並以香港為永久居住地的非中國籍的人；
- （5）在香港特別行政區成立以前或以後第（4）項所列居民在香港所生的未滿二十一週歲的子女；
- （6）第（1）至（5）項所列居民以外在香港特別行政區成立以前只在香港有居留權的人。”

我等需要處理的是第三類別的人士，以下稱為第 24（2）條第三類別人士。

第 24（3）條規定，永久性居民在香港享有居留權和有資格依照特區法律取得載明其居留權的永久性居民身份證。

第 24（4）條規定，非永久性居民為有資格依照特區法律取得香港居民身份證，但沒有居留權的人士。

第三章的標題為“居民的基本權利和義務”，而第 24 條是該章內的第一條條文。在第 24（1）及（2）條界定了永久性和非永久性居民的身份後，第三章就永久性居民的基本權利和義務，包括居留權訂定條文。此等權利和義務體現了憲法對各種自由的保障，而自由乃香港文明社會的要素。值得注意的是，只有永久性居民才可依法享有選舉權和被選舉權（第 26 條）。

第三章第 39 條是憲法在保障個人權利方面的重要條款。第 39（1）條規定：“《公民權利和政治權利國際公約》……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。”第 39（2）條規定，香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與第 39（1）條規定抵觸。

《基本法》第二章的標題為：“中央和香港特別行政區的關係”。第 22（4）條規定：

“中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續，其中進入香港特別行政區定居的人數由中央人民政府主管部門徵求香港特別行政區政府的意見後確定。”

第八章的標題為：“本法的解釋和修改”。第 158 條是關於解釋問題，該條文規定：

“本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。

全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在

審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。

香港特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如香港特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。

全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見。”

《聯合聲明》

《基本法》第 24 條內有關永久性居民的定義乃源自《聯合聲明》附件一第十四部。該附件具體說明中國的基本方針政策。第十四部規定，列於該部內的各類人士有居留權並有資格按照香港法律獲得載明此項權利的永久性居民身份證。關於其後列於《基本法》第 24（2）條的首三類人士，第十四部界定為：

“在香港特別行政區成立以前或以後在當地出生或通常居住連續七年以上的中國公民及其在香港以外所生的中國籍子女。”

第十四部又包括以下條文：

“對中國其他地區的人進入香港特別行政區將按現在實行的辦法管理。”

香港法例

就香港而言，“居留權”一詞是在《聯合聲明》中才初次使用。在《聯合聲明》簽訂後，自 1987 年起《入境條例》（香港法例第 115 章）第 2A 條便載有香港永久性居民所享有的居留權的定義：

“具有以下權利 —

- （a）在香港入境；
- （b）不會被施加任何逗留在香港的條件，而任何向他施加的逗留條件，均屬無效；
- （c）不得向他發出遞解離境令；及
- （d）不得向他發出遣送離境令。”

附表 1 列出屬香港永久性居民之各類人士。香港永久性居民可獲發永久性居民身份證，而永久性居民身份證之定義則為：載有“持有人擁有香港居留權”字句的身份證（見《人事登記條例》（香港法例第 177 章）第 1A 條）。

人民入境（修訂）（第 2 號）條例

在 1997 年 7 月 1 日前，《入境條例》附表 1 並沒有採用《基本法》第 24（2）條所界定的類別來訂明何類人士屬香港永久性居民。1997 年 7 月 1 日，臨時立法會制定《人民入境（修訂）（第 2 號）條例》（以下簡稱“第 2 號條例”），並以新制定的附表 1 取代舊附表 1。新附表 1 第 2 段規定：

“2. 香港特別行政區永久性居民

任何人如屬以下任何一項，即為香港特別行政區永久性居民——

- (a) 在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民，而在其出生時或其後任何時間，其父親或母親已在香港定居或已享有香港居留權。
- (b) 在香港特別行政區成立以前或以後通常居於香港連續 7 年或以上的中國公民。
- (c) (a) 或 (b) 項的香港特別行政區永久性居民在香港以外所生的中國籍子女，而在該子女出生時，其父親或母親已享有香港居留權。
- (d) ……
- (e) ……
- (f) ……”

關於該類憑藉血緣成為永久性居民的人士，“第 2 號條例”第 2 (c) 段規定其父親或母親在其出生時須已享有香港居留權。有關此項要求是否符合憲法的爭論，本法院將會在另一個上訴案中審理。附表 1 第 1 (2) 段界定父母與子女的關係如下：

“在以下的情況下，視為有父母與子女的關係存在——

- (a) 任何女子與其婚生或非婚生子女之間的關係，為母親與子女的關係；
- (b) 任何男子與其婚生子女之間的關係，為父親與子女的關係；如子女屬非婚生子女，只有當該子女其後因父母結婚而獲確立婚生地位，該男子與該子女之間才存在有父親與子女的關係；
- (c) 只有父親或母親與其在香港根據法院命令領養的子女之間的關係，方為父親或母親與領養子女的關係，而該法院命令是指香港法院根據《領養條例》(第 290 章)作出的命令。”

由此可見，就非婚生子女而言，上述定義對母親和父親的處理並不一樣。任何女子與其非婚生子女之間，被視為有“父母與子女的關係”存在；然而，任何父親與其非婚生子女之間，則只有當該子女其後因父母結婚而獲確立婚生地位，才被視為有“父母與子女的關係”存在。

1997 年入境 (修訂) (第 3 號) 條例

1997 年 7 月 10 日，臨時立法會制定《入境 (修訂) (第 3 號) 條例》(以下簡稱“第 3 號條例”)。該條例當作自 1997 年 7 月 1 日起實施 (第 1 (2) 條)，並引進一項計劃處理附表 1 第 2 (c) 段所指的該類憑藉血緣成為永久性居民的人士。根據此項計劃，任何人依據第 2 (c) 段所獲得的永久性居民的身份，只可藉其持有以下文件確立——

- “ (a) 發予他的有效旅行證件，和同樣是發予他並且附貼於該旅行證件上的有效居留權證明書；
- (b) 發予他的有效特區護照；或
- (c) 發予他的有效永久性居民身份證。”

(見第 2AA (1) 條)。任何持有有效的特區護照或有效的永久性居民身份證的人士，其居留權早已確立。誠如前述，有效的永久性居民身份證的定義是載有“持有人擁有香港居留權”字句的身份證。此外，申請領取護照的條件之一是申請人須持有永久性

居民身份證 (見《香港特別行政區護照條例》(香港法例第 539 章) 第 3 (2) 條)。因此，雖然法例列出了三種文件，然而，只有 (a) 項是與要求憑藉血緣取得永久性居民身份的人士有關。此類人士只可藉持有有效旅行證件及附貼於該旅行證件上的有效居留權證明書才能確立其身份。以下將簡稱該等文件為“旅行證件”及“居留權證明書”。而提述該等文件時應視為提述有效文件。“第 3 號條例”載有居留權證明書的法定表格，該表格列明：

“本證明書持有人在香港特別行政區的居留權已確立。本證明書必須附貼於本證明書持有人的有效旅行證件上，方為有效。”

此段陳述強調居留權證明書本身不能單獨使用，必須附貼於旅行證件方為有效。

第 2AA (2) 條規定：

“(2) 任何人憑藉其作為附表 1 第 2 (c) 段所指的香港特別行政區永久性居民而享有的香港居留權，只在按照第 (1) 款確立了他作為該類永久性居民的身份時方可行使，而據此當其作為該類永久性居民的身份並無如此確立時，他就本條例而言須視作並不享有香港居留權。”

所以，若某人並非持有附貼居留權證明書的旅行證件，則視作並不享有香港居留權。

居留權證明書的申請可向入境處處長提出，並須按處長以憲報公告指明的方式提出 (見第 2AB (1) 及 (2) 條)。第 2AB (4) 條明確規定此類公告不是附屬法例。此條文的作用是使該公告不須受立法局根據《釋義及通則條例》(香港法例第 1 章) 第 34 條所提出的修訂所限制。若申請人能提出處長所指明的證明，令處長信納申請人屬附表 1 第 2 (c) 段所指的永久性居民，則處長須發出證明書 (第 2AB (6) 條)。若處長不信納申請人屬附表 1 第 2 (c) 段所指的永久性居民，則須拒絕該申請，並將理由通知申請人，以及告知申請人向入境事務審裁處上訴的權利。

第 2AD 條是關於上訴的問題。審裁處須“就其所裁斷的事實”裁定上訴人是否屬附表 1 第 2 (c) 段所指的憑藉血緣成為永久性居民的人士。審裁處作出的決定為最終決定。除非經過審裁處作出決定，以及在審裁處作出決定之前，任何人不得申請司法覆核 (第 2AE 條)。

申請人不得在他留在香港的任何時間內提出上訴 (第 2AD (3) 條)。若入境處處長已向他發出遣送離境令，他不得以其享有居留權為理由，就該命令向審裁處上訴。為了強化上述計劃；即他只可藉持有附貼居留權證明書的旅行證件確立其身份，“第 3 號條例”引入第 53D (3) 條，該條文規定，除非上訴人的身份已按照第 2AA (1) 條所訂明的方式確立，否則審裁處不得以上訴人憑藉附表 1 第 2 (c) 段所指的身份而享有居留權為理由，就該遣送離境令的上訴判上訴人得直。

“第 3 號條例”訂立了一些新的刑事罪行，包括為報酬而申請居留權證明書、為取得證明書作出虛假陳述、偽造證明書、使用及管有偽造的或經改動的證明書等罪行。然而，追溯條文並不適用於新的罪行，這些罪行只在立例後才生效。

公告

該份於 1997 年 7 月 16 日在憲報刊登、日期為 1997 年 7 月 11 日的公告 (以下稱為“該公告”)，公佈入境處處長已訂立列於“該公告”內之條文。關於在申請居留權證明書時居住在中國內地的人士，“該公告”指明其申請必須“通過當地的公安廳出入境管理處提出”(甲 (i) 段)。此外，“該公告”又述明，上述人士

根據中國內地現行法律向公安廳出入境管理處所遞交的到香港定居的「前往港澳通行證」申請書，可視為居留權證明書的申請書（見乙段）。就申請居留權證明書而言，在以下情況下，任何人士如在緊接進入香港境內之前通常居於內地，則被視為在其逗留香港的期間是居住在內地：(i) 若他未獲准許而在香港入境，後又未獲入境處處長授權的情況下在香港逗留，或(ii) 同樣，若他獲准許在香港入境，並在如此入境後受逗留條件所規限（丙段）。“該公告”（丁段）又列明申請書須載有何類陳述和資料。若申請人居住在中國以外地方，其申請則須通過當地中國大使館或領事館或以郵遞方式向入境處處長提出，而若居住在台灣或澳門，則規定以郵遞方式提出（甲(ii)及(iii)段）。

“該公告”提及與申請出境通行證有關的內地法律。內地法律有管制措施規管中國公民往來香港。現行的內地法律是於1985年11月22日公佈的《公民出境入境管理法》第17條，以及於1986年12月25日公佈的《中國公民因私事往來香港地區或者澳門地區的暫行管理辦法》。中國公民出境須取得出境批准。公安廳出入境管理處是負責發出通行證之機關。一般所指的單程證是為前來定居人士而發，而單程證的簽發受定額制度規限。《暫行管理辦法》第5條規定：

“內地公民因私事前往香港、澳門定居，實行定額審批的辦法，以利於維護和保持香港和澳門的經濟繁榮和社會穩定。”

一般所指的雙程證，則是發給非為定居而來港的人士。

根據代表入境處處長作出並送交法院的誓章證詞所載，內地機關已實行單程證定額制度多年，而定額數目亦時有改變。現時定額為每天150名。據該誓章證詞所載，情況如下：

“……內地居民前來定居的合法途徑，仍然是必須取得單程證。公安部出入境管理處在各省、市或縣的有關辦事處或部門負責決定是否批准發出單程證。入境事務處並無參與涉及輪候單程證之事宜，亦無參與分配或批准發出單程證之事宜，該等事宜是由公安部出入境管理處單方面負責，而且情況一向如此。關於每天的單程證定額數目，雖然內地機關會徵詢香港機關的意見，然而最終決定仍然是由內地機關作出。換言之，問題並不僅是根據香港法律某人是否有權在香港入境或居留，而是有意在香港入境或居留的內地居民也必須符合關於在中國離境適用的內地法律。”

上述誓章證詞對有關機關的描述與“該公告”之描述略有不同。本法院將會採用“該公告”之描述，以下稱之為“內地出入境管理處”。此誓章證詞又指出，截至1997年年中為止已約有66,000名在二十歲以下的人士提出單程證申請，聲稱屬第24(2)條第三類別以內的人士。

我等注意到內地法律規定中國公民必須得到出境批准方可出境；而與本上訴有關的是上述關於中國公民從內地前來香港（即中國的另一部份）的內地法律。

“第3號條例”計劃的實行

就內地居民聲稱根據《入境條例》新附表1第2(c)段憑藉血緣而擁有永久性居民身份一事，本法院現闡述有關計劃之運作：

- (1) 內地居民須要通過其在中國內地所居地的“內地出入境管理處”向入境處處長申請居留權證明書。向“內地出入境管理處”所遞交的單程證申請書，可視為居留權的申請書。
- (2) 經確定其身份、國籍及其父母的婚姻是否有效後，“內地出入境管理處”便會將其申請書送交入境處處長處理。若入境

處處長接納其申請，則會發出居留權證明書，而證明書亦會送交內地出入境管理處。

- (3) 他要受單程證定額制度所規限。內地機關負責實行該定額制度，並決定是否發出單程證。在“內地出入境管理處”批准發出單程證給他時，即會將其居留權證明書附貼於該單程證上。這單程證便是“第3號條例”引入的計劃所預計的有效旅行證件。
- (4) 他的身份只可藉其持有附貼居留權證明書的單程證確立。若沒有該單程證，則須視作不享有居留權。即使入境處處長信納他憑藉血緣取得永久性居民身份並已發出居留權證明書（證明書會送交“內地出入境管理處”），情況也是如此。按照此計劃，單靠該證明書並不足以確立其身份，其身份只可藉持有附貼該證明書的單程證才能確立。
- (5) 他不可來香港提出申請，而必須向其所居地的“內地出入境管理處”提出。就此計劃的運作而言，若他身處香港，則視為在其逗留在香港的期間是居住在中國內地。他不得藉提出證據以證明其身份來抗拒根據《入境條例》發出的遣送離境令。他只能藉持有附貼居留權證明書的單程證才能確立其身份。

申請人

各申請人的案情可作簡單陳述如下：

吳嘉玲小姐及吳丹丹小姐（終院民事上訴1998年第14號）

她們兩人是姊妹，是內地出生的中國籍人士。她們分別於1987年及1989年出生，當時她們的父親已是在香港通常居住連續七年以上的中國公民。他在1976年來港，而兩名申請人則於1997年7月1日沒有通過入境管制站而進入本港。1997年7月4日她們向入境處報到，堅稱根據《基本法》第24(2)條第三類別擁有居留權，但她們的權利未獲入境處處長承認。入境處將她們拘捕，其後批准她們領取擔保書外出。

徐權能先生（終院民事上訴1998年第15號）

他是內地出生的中國籍人士，在1978年出生時，他父親已是在香港通常居住連續七年以上的中國公民，並早於1962年來港，而申請人則於1997年7月1日沒有通過入境管制站而進入本港。1997年7月3日，他向入境處報到，並堅稱根據《基本法》第24(2)條第三類別擁有居留權，但他的權利未獲入境處處長承認。入境處將他拘捕，其後批准他領取擔保書外出。

張麗華小姐（終院民事上訴1998年第16號）

她是內地出生的中國籍人士，在1989年出生時，她父親已是在香港通常居住連續七年以上的中國公民，並早於1967年來港。她不是父母所婚生的，其母親在她出生後的第二天便不幸去世。1994年12月，張小姐持雙程證來港。1995年1月，她的雙程證有效期屆滿，之後一直逾期居留。1997年7月15日，她向入境處報到，並堅稱根據《基本法》第24(2)條第三類別擁有居留權。但她們的權利未獲入境處處長承認。入境處將她拘捕，她被拘留4日後，於1997年7月19日獲批准領取擔保書外出。

申請人之立場

兩名吳氏姊妹及徐先生均在1997年7月1日抵港，而張小姐則於此日之前抵步（埗）。除了徐先生外，她們均為未成年人，但他們的實際年齡對本案並不重要。我等明瞭現時大約有1,000至1,500名於1997年7月10日之前抵港的人士聲稱他們均屬《基本法》第24(2)條第三類別所述之永久性居民。

就吳氏姊妹及徐先生而言，入境處處長承認他們均屬《基本法》第 24 (2) 條第三類別所述之永久性居民，在他們出生時他們的父母其中一人（即父親）屬《基本法》第 24 (2) 條第二類別所述之永久性居民，而他們是這些居民“在香港以外所生的中國籍子女”，他們的父親則是在香港通常居住連續七年以上的中國公民。

至於張小姐，入境處處長則以她是非婚生為理由，稱她不屬《基本法》第 24 (2) 條所述之永久性居民。但若非持有此論點，則入境處處長會承認張小姐屬《基本法》第 24 (2) 條第三類別所述之永久性居民。她亦是在香港以外出生之中國籍人士，而她出生時，其父親屬第 24 (2) 條第二類別所述之永久性居民。

他們的父親已分別在港居留一段頗長時間。徐先生的父親早於 1962 年來港。張小姐的父親於 1967 年抵港，而吳氏姊妹的父親則於 1976 年到港。雖然第 24 (2) 條第二類別所述的永久性居民必須為在香港通常居住連續七年以上的中國公民，但我等應該留意到本案所涉及的申請人的父親在香港居住已遠遠超過七年，並且早已成為我們社會的一分子。

申請人堅稱他們屬第 24 (2) 條所述之永久性居民，故享有第 24 (3) 條所賦予之居留權。張小姐堅稱她雖屬非婚生，但這不應影響她的永久性居民的身份。

入境處處長的立場

入境處處長所持的立場為申請人受“第 3 號條例”引進的計劃所限制。根據這項計劃，憑藉血緣而享有之永久性居民身份只能以附貼有居港權證明書的單程通行證予以確立。上述申請人無一持有這種通行證，更遑論是附貼有此種居港權證明書的通行證。根據“第 3 號條例”第 2AA (2) 條，他們須視作不享有居留權。根據這項計劃，他們不能在香港逗留，必須返回內地向“內地出入境管理處”申請居權證，而向該管理處提出之單程證申請可視為居權證申請。有關人士只能持有附貼有此種居權證的單程證才可確立其永久性居民身份，而在此身份獲確立前，他須視作不享有居留權。

儘管入境處處長信納申請人（張小姐除外）屬第 24 (2) 條第三類別所述之永久性居民，亦同時承認若張小姐不是非婚生子女，她也屬第 24 (2) 條第三類別所述之永久性居民，但他們也因上述理由而不享有居留權。此外，儘管申請人在 1997 年 7 月 10 日計劃實施之前已抵（抵）港，情況亦是一樣。入境處處長堅稱，由於在 1997 年 7 月 10 日制定之“第 3 號條例”當作自 1997 年 7 月 1 日起實施，故申請人仍受該項計劃所限制。

透過司法覆核提出異議

各申請人提出司法覆核，要求法院作出多項宣告及命令，以推翻入境處處長的決定。這些均屬例案。

原訟庭法官之判決

原訟庭法官（祈彥輝）只在非婚生子女問題上裁定張小姐勝訴，在其他事項上則裁定各申請人均敗訴，並撤銷他們的司法覆核申請。（見 [1997]《HKLRD》1081 及 [1997]3《HKC》64）。

上訴法庭之判決

各申請人向上訴法庭提出上訴。就張小姐一案而言，入境處處長就非婚生子女問題之判決提出上訴，而張小姐則就司法覆核之判決交相上訴。

由高等法院首席法官陳兆愷、上訴法庭副庭長黎守律及副庭長馬天敏組成之上訴法庭維持原訟庭法官之判決。他們聆聽上訴後，分兩部份作出判決。第一部份處理“第 2 號條例”及“第 3 號條

例”所產生的問題（見 [1998]1《HKC》617），而第二部份則處理臨時立法會的合法性問題（見 [1998]1《HKLRD》772 及 [1998]2《HKC》382）。關於第一部份的問題，上訴法庭維持原訟庭法官就“第 2 號條例”判張小姐勝訴之判決，以及維持就“第 3 號條例”的合法性問題判入境處處長勝訴之判決。至於追溯條文方面，上訴法庭則以多數裁定此條文有效，但卻不適用於 1997 年 7 月 1 日前抵港之人士。至於第二部份之問題，上訴法庭裁定法庭受較早前該庭在香港特別行政區馬維騷一案的判決所約束（見 [1997]《HKLRD》761 及 [1997]2《HKC》315（1997 年 7 月））。上訴法庭在該案裁定臨時立法會乃獲合法授權而成立。

上訴法庭作出判決後，徐先生獲發單程證，並以此證離開及再次進入本港。但本案的關鍵並非在此。就本上訴而言，處理徐先生的案件時，應把他當作仍在提出司法覆核申請時的階段，並無持有單程證般處理。

上訴法庭批准申請人向本法院上訴。關於張小姐一案方面，入境處處長就非婚生子女問題之判決提出上訴，而張小姐則交相上訴。至於其他案件，則屬各申請人提出之上訴。

祈彥輝法官及上訴法庭用心撰寫的判詞，特別是高等法院首席法官陳兆愷的判詞，對我等幫助很大。

所爭議之問題

在本上訴案中所爭議之問題如下：—

- （1）終審法院在審理這些案件時是否有司法管轄權解釋《基本法》的有關條款，或是否必須根據《基本法》第 158 條請全國人民代表大會常務委會對有關條款作出解釋（“提交人大解釋問題”）。
- （2）引進居權證計劃的“第 3 號條例”是否違憲，以及倘若違憲，則“第 3 號條例”在那方面違憲（“第 3 號條例”是否違憲問題”）。
- （3）“第 3 號條例”第 1 (2) 條這項賦予追溯力的條文將該條例當作自 1997 年 7 月 1 日起實施是否符合憲法（“追溯效力問題”）。
- （4）“第 2 號條例”引進的附表 1 第 1 (2) (b) 段是否違憲。該項條文的後果是，如果一名子女屬非婚生，則只有因父母其後結婚而獲確立婚生地位後，父親與該子女之間才可視為有“父母與子女的關係”存在，並僅以此情況為限（“非婚生子女問題”）。
- （5）臨時立法會是否一個合法組成的機構（“臨時立法會問題”）。倘若臨立會不是一個合法組成的機構，則由其制定之“第 3 號條例”亦順理成章是違憲的。

法律代表

在本法院以及下屬法院進行訴訟時，申請人均由法律援助署以公延聘律師出任他們的法律代表。本案在下屬法院審理時，申請人是由資深大律師張健利代表，而有關臨時立法會問題則由資深大律師戴啟思代表。至於入境處的法律代表則為資深大律師馬道立。他們以及由他們領導的法律代表團對本法院提供了相當大的幫助，我等在此謹表謝意。

憲法賦予法院的司法管轄權

在處理上述受爭議的問題前，我等首先說明憲法賦予香港特別行政區法院的司法管轄權，然後再為解釋《基本法》制定恰當的處理方法；這兩點均至為重要。

香港特區享有獨立的司法權和終審權（《基本法》第19（1）條），而特區各級法院是特區的司法機關，行使特區的審判權（《基本法》第80條）。

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份，裁定某法例或某行政行為無效。雖然這點未受質疑，但我等應藉此機會毫不含糊地予以闡明。行使這方面的司法管轄權時，法院是按《基本法》執行憲法上的職務，以憲法制衡政府的行政及立法機構，確保它們依《基本法》行事。

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（以下簡稱為“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去宣佈此等行為無效。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。關於這點，我等應藉此機會毫不含糊地予以闡明。

根據《中國憲法》（第57及58條），全國人民代表大會是最高國家權力機關，其常設機關是常務委員會，二者行使國家立法權，故此其行為乃屬主權國行使主權的行為。特區法院審核上述二者之行為是否符合《基本法》的司法管轄權是源自主權國，因為全國人民代表大會是根據《中國憲法》第31條而制定特區的《基本法》的。《基本法》既是全國性法律，又是特區的憲法。

與其他憲法一樣，《基本法》既分配權力，也界定權限，並且訂明各項基本權利及自由。與其他憲法一樣，任何抵觸《基本法》的法律均屬無效並須作廢。根據《基本法》，特區法院在《基本法》賦予特區高度自治的原則下享有獨立的司法權。當涉及是否有抵觸《基本法》及法律是否有效的問題出現時，這些問題均由特區法院裁定。因此，全國人民代表大會或其常務委員會的行為是否抵觸《基本法》這問題由特區法院裁定，但當然特區法院所作的決定亦必須受《基本法》的條款限制。

鑑於制定《基本法》是為了按照《聯合聲明》所宣示和具體說明的內容，落實維持香港五十年不變的中國對香港的基本方針政策，上述論點便更具說服力。《基本法》第159（4）條訂明《基本法》的任何修改均不得抵觸既定的基本方針政策。為了行使司法管轄權去執行及解釋《基本法》，法院必須具有上述的司法管轄權去審核全國人民代表大會及其常務委員會的行為，以確保這些行為符合《基本法》。

香港特別行政區訴馬維騷一案是涉及普通法在新制度下的繼續存在以及臨時立法會的合法性問題。上訴法庭（由高等法院首席法官陳兆愷、上訴法庭副庭長黎守律及馬天敏組成）接納政府的陳詞，裁定由於全國人民代表大會的行為是主權行為，因此特區法院並不擁有司法管轄權去質疑這些行為的合法性。上訴法庭並裁定特區法院的司法管轄權只局限於審核是否存在主權國或其代表的行為（而非行為的合法性）。我等認為上訴法庭就特區法院的司法管轄權所作出的這項結論是錯誤的，上文所述的立場才是正確的。

上訴法庭基於《基本法》第19（2）條作出其結論。第19（2）條規定：

“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。”

政府在該案所陳述的論據為1997年7月1日前，香港法院也不能質疑英國國會通過的法例是否違憲，即是否違反英國的不成文憲法或香港作為殖民地的憲法文件《英皇制誥》。因此，這是《基本法》第19（2）條所設想的“原有法律制度和原則”對香港法院審判權所作的一種限制。所以政府辯稱在1997年7月1日後，這限制同樣適用於全國人民代表大會的行為。上訴法庭接納了政府的論據。

把舊制度與此相提並論是對問題有所誤解。1997年7月1日前，香港是英國殖民地。根據普通法，英國國會擁有最高權力為香港立法而香港法院不能質疑這項權力。

基於已申述的理由，在新制度下，情況截然不同。《基本法》第19（2）條規定“原有法律制度和原則”對憲法賦予法院的司法管轄權有所限制。但這條款不能把在舊制度下純粹與英國國會法例有關的限制引進新的制度內。

我等應指出代表入境處處長的資深大律師馬先生在本法院聆訊本案時已不再堅持政府較早前在香港特別行政區訴馬維騷一案所持的立場。他實際上同意特區法院擁有我等所述之司法管轄權去審核全國人民代表大會及其常務委員會的行為是否符合《基本法》，並且同意該案在這方面的判決與我等所闡述之立場有抵觸之處，實屬錯誤。

我等亦應指出高院首席法官陳兆愷在本案就臨時立法會問題作出判決時表示，他在香港特別行政區訴馬維騷一案就特區法院司法管轄權所發表的意見只是針對該案的情況而言，不可理解為全國人民代表大會通過的法律及其行為凌駕《基本法》；他又表示他在該案把特區法院與殖民地時代法院相提並論可能不大恰當，並謂可能在某些適當的案件中，特區法院有司法管轄權去審核影響特區的全國人民代表大會的行為及其通過的法律。

對法院的司法管轄權所作出的任何限制必須以《基本法》為依據。如上文所述，《基本法》第19（2）條提及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。第19（3）條便提供了一個例子。第19（3）條規定：-

“香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。……”

《基本法》第158條亦規限終審法院不得在該條款所指的情況下，對《基本法》“關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係”的條款進行解釋，且終審法院有責任請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。稍後討論到有關“提交人大解釋的問題”時，我等會再處理《基本法》第158條的問題。

有關解釋《基本法》的處理方法

首先我等必須認識及了解這份文件的特性。《基本法》是為貫徹獨一無二的“一國兩制”原則而制定的憲法性文件，具有不可輕易修改的地位。制定憲法性文件時，一般都會採用涵義廣泛和概括性的語言。憲法是一份具有靈活性的文件，旨在配合時代轉變和適應環境的需要。

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。在解決這些疑難時，法院必須根據憲法本身及憲法以外的其他有關資料確定憲法所宣示的原則及目的，並把這些原則和目的加以貫徹

落實。因此，在確定文件的真正含義時，法院必須考慮文件的目和有關條款，同時也須按文件的背景來考慮文本的字句，而文件的背景對解釋憲法性文件尤為重要。

關於目的方面，制定《基本法》的目的是按照《聯合聲明》所闡述及具體說明的中國對香港的基本方針政策，在“一國兩制”的原則下成立與中華人民共和國不可分離的香港特別行政區，並實行高度自治。在確定《基本法》某項條款的目的時，法院可考慮該條款的性質，或《基本法》的其他條款，或參照包括《聯合聲明》在內的其他有關外來資料。

有關文本所使用的字句，法院必須避免採用只從字面上的意義，或從技術層面，或狹義的角度，或以生搬硬套的處理方法詮釋文意。法院必須考慮文本的背景。《基本法》某項條款的文意可從《基本法》本身及包括《聯合聲明》在內的其他有關外來資料中找到。法院也可藉用語傳統及文字慣用法去了解所用的文字的意思。

《基本法》第三章一開始便界定包括永久性居民及非永久性居民在內的香港居民類別的定義，接著訂明香港居民的權利和義務，其中包括永久性居民享有居留權。界定了香港居民類別的定義後，《基本法》第三章接著列明受憲法保障的各項自由；這些自由是兩制中香港制度的重心所在。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。

然而，法院在解釋有關界定香港居民定義的條款，特別是關於永久性居民類別的條款時（有別於解釋該等居民的權利自由等憲法保障），則只應參照任何可確定的目的及背景來考慮這些條款的字句。背景包括《基本法》的其他條款。適用於香港並根據第 39 條繼續有效的《公民權利和政治權利國際公約》（“國際人權公約”）的有關條文，以及任何從該公約歸納出來的有關原則，尤其有助於解釋這些條款的字句。

上文所列關於在解釋《基本法》時法院所應採納的原則，實非詳盡無遺，亦不可能一一盡列。憲法文件的詮釋跟其他文件的詮釋一樣，主要是針對具體問題。一旦出現詮釋問題時，法院便會處理這些問題所帶來的疑難，並在有需要時訂立一些原則加以解決。

我等現轉而處理所爭議的問題。

提交人大解釋問題

《基本法》第 158 條已在本判決書的較前部份原文照錄。第 158（1）條規定《基本法》的解釋權，屬於全國人民代表大會常務委員會。第 158（2）條規定“人大常委會”“授權”特區法院“在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋”。顯而易見，這包含了憲法上的授權，而雙方大律師也接納這論點。我等認為，“自行”二字強調了特區的高度自治及其法院的獨立性。

但特區法院的司法管轄權並非局限於解釋這類條款。因為，第 158（3）條規定特區法院在審理案件時對《基本法》的“其他條款也可解釋”。

然而對終審法院來說，這項司法管轄權存在一種規限。如果特區法院：

“在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。”

由於只有終審法院才能對案件作出不可上訴的終局判決，所以這條款規定了終審法院的司法管轄權。當符合上述指定的條件時，終審法院便有責任請“人大常委會”解釋有關的條款。

第 158（3）條接著規定當“人大常委會”對該等條款作出解釋，“香港特別行政區法院在引用該條款時，應以“人大常委會”的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。”

第 158（4）條規定“人大常委會”有責任在決定如何解釋有關條款前，先徵詢其所屬的《基本法》委員會的意見。《基本法》委員會是全國人民代表大會於 1990 年 4 月 4 日會議通過設立的。當日的議決是《基本法》委員會為“人大常委會”下設的工作委員會，由十二名成員組成；由“人大常委會”任命內地和香港人士各六名，其中包括法律界人士。香港委員須由香港特別行政區行政長官，立法會主席和終審法院首席法官聯合提名。

根據《基本法》第 158 條，香港法院是在“審理案件”時才有權解釋《基本法》條款。言下之意即是當法院並非在審理案件時，便沒有這項權力。這情況反映出我們的制度內一套確立已久的原則：法院的職責是審判裁決，而非提供參考意見。特區法院有以下的解釋權。《基本法》第 158 條提及：

（a）屬特區自治範圍內的條款，及

（b）《基本法》的其他條款。在這些其他條款內，有兩種屬範圍之外的類別，即涉及（i）中央人民政府管理的事務，或涉及（ii）中央和香港特別行政區關係的條款。我等將（i）或（ii）條款簡稱為“範圍之外的條款”。

根據第 158 條，終審法院以下的各級法院，均有權解釋（a）及（b）項內的條款，包括“範圍之外的條款”。終審法院有權解釋（a）項內的條款，及（b）項內的其他條款，但不包括“範圍之外的條款”。

因此，終審法院以下的各級法院，有權解釋所有的《基本法》條款，不受任何限制。唯一受限制的是終審法院的司法管轄權。第 158（2）條的措辭強調特區各級法院均有權“自行”解釋在特區自治範圍內的《基本法》條款。

以終審法院來說，當符合以下兩項條件時，便有責任將有關條款提交“人大常委會”解釋：

（1）第一，當有關的《基本法》條款（a）關乎中央人民政府管理的事務，或（b）關乎中央和特區的關係，即為“範圍之外的條款”。以下簡稱此條件為“類別條件”。

（2）第二，當終審法院在審理案件時，有需要解釋這些條款（即“範圍之外的條款”），而這些條款的解釋將會影響案件的判決。以下簡稱此條件為“有需要條件”。

我等認為在審理案件時，唯獨終審法院才可決定某條款是否已符合上述兩項條件；也只有終審法院，而非全國人民代表大會，才可決定該條款是否已符合“類別條件”，即是否屬於“範圍之外的條款”。代表申請人的大律師及代表入境處處長的大律師也接納這個論點。

如果該條款不符合“類別條件”，事情就會告一段落。就算本院需要解釋該有關條款，而該項解釋又會影響案件的判決，該條款也會因為不屬於“範圍之外的條款”而不能符合“有需要條件”。

如果該條款符合“類別條件”，也只需由終審法院決定有關案件是否符合“有需要條件”。

如果終審法院認為該“範圍之外的條款”已符合上述兩項條件，

便必須請“人大常委會”解釋有關之條款。我等強調提交“人大常委會”解釋的是某些特定的“範圍之外的條款”而非一般的解釋。

誠如前述，入境處處長接納，若張小姐不是因為非婚生子女這點，她與其他申請人一樣都屬《基本法》第24(2)條第三類別的永久性居民。第24(3)條規定永久性居民有居留權。根據“第3號條例”引進的居權證計劃，申請人除非擁有內地簽發的單程證，而單程證上又貼了由入境處處長簽發的居留權證明書，否則並不享有居留權。入境處處長請求法院裁定“第3號條例”是符合憲法的，原因是《基本法》第24條受第22(4)條規限。第22(4)條規定中國其他地區的人士若要進入特區，必須辦理批准手續。這條款還進一步規定進入特區定居的人數，要由中央人民政府主管部門徵求特區政府的意見後確定。入境處處長的論點是由於申請人是第22(4)條所述的來自中國其他地區的人士，一定要先得到內地當局批准才可進入特區，而這規定也成為居權證計劃的憲法基礎，即申請人必須獲得以單程證形式簽發的出境批准，才可享有居留權。

代表入境處處長的資深大律師馬先生指出第22(4)條是在《基本法》的第二章內，而第二章的標題是“中央和香港特別行政區的關係”。他認為第22(4)條是“範圍之外的條款”，原因是這條款符合《基本法》第158條所述兩種“範圍之外的類別”。他認為出境批准是關乎中央人民政府管理的事務，而人民由內地進入特區則關乎中央和香港特區的關係。根據入境處處長的論點，本法院在審理本案時，必須解釋第22(4)條。所以，他認為這條款符合了“類別條件”及“有需要條件”。

資深大律師馬先生清楚指出入境處處長並非要求法院根據《基本法》第158條，將這條款提交“人大常委會”解釋，但他一定要作出這些陳詞，令本法院能夠考慮應否將該條款提交“人大常委會”。我等覺得代表入境處處長的資深大律師馬先生作出這些陳詞是恰當的，因為這是關乎法院在憲法上的司法管轄權。

雖然資深大律師馬先生同時依賴該兩種“範圍之外的類別”，但以目前處理的問題來說，我等會純粹基於第22(4)條涉及中央政府與特區的關係而假設第22(4)條為一項“範圍之外的條款”。

我等面對的問題關鍵在於法院在考慮該條款是否符合“類別條件”時，應該採用何種考慮原則。

資深大律師馬先生認為當(a)法院在解釋X條款時(以本案來說，即《基本法》第24條)，而該條款屬關於特區自治範圍內的條款，因而並非“範圍之外的條款”，但法院發覺(b)屬關於範圍之外的Y條款(以本案來說，即第22(4)條)是否與解釋X條款有關是一個可爭論的問題，則在這情況下，法院應根據第158條，將這條款提交“人大常委會”。

我等現在要考慮的是應否根據第158條將該條款提交“人大常委會”。現階段本法院需要處理的是，有關論點是否一個可爭論的問題，而非就解釋的問題作出決定。如果該條款須要提交“人大常委會”，便會由“人大常委會”處理；如果不須提交的話，便會由本法院處理。任何論點如果是顯而易見的歪理，當然便沒有爭論餘地。如果本法院在現階段決定這論點是不可爭論的話，提交的問題便告一段落。如果法院決定這論點是可爭論的話，便會進一步考慮是否符合“類別條件”及“有需要條件”。就本案來說，一項“範圍之外的條款”(第22(4)條)是否與解釋一項“非範圍之外的條款”(第24條)有關是一個可爭論的問題。

在決定應採用何種考慮原則來決定該條款是否符合“類別條件”時，法院須要採用“立法目的”這一原則。《基本法》第158條

其中一個重要的目的是“人大常委會”授權香港法院，包括終審法院，“自行”解釋《基本法》中屬“範圍之外的條款”以外的各章節，特別是關於屬特區自治範圍內的條款。這是特區高度自治的必不可少的部份。

從上述的觀點出發，讓我等討論應採用何種考慮原則。X條款(這裏指第24條)是關於特區自治範圍內的條款，在作出解釋時，必須考慮其背景，這自然包括《基本法》的其他條款，而這些條款可能在某幾方面與解釋X條款有關。例如這些條款可能透過增減修訂等形式來規限X條款，或潤飾X條款的意思，又或提供指標來解釋X條款。根據資深大律師馬先生的論點，當一項“範圍之外的條款”(這裏指第22(4)條)如上述般與X條款有關，便須提交“人大常委會”。提交的主題不是要求解釋X條款，因它並非“範圍之外的條款”；馬先生的論點似是：提交的主題是請“人大常委會”解釋該“範圍之外的條款”，而該項解釋只限於涉及X條款的解釋。這樣的提交，會收回了本法院對解釋《基本法》中關於屬特區自治範圍內的條款(X條款)的司法管轄權。我等認為這樣做會嚴重削弱特區的自治，而且是不對的。

我等認為，在考慮該條款是否符合“類別條件”時，應採用代表申請人的資深大律師張先生提出的考慮原則——實質上，法院審理案件時最主要需要解釋的是哪條條款？如果答案是一條“範圍之外的條款”，本法院必須將之提交“人大常委會”。如果最主要需要解釋的並非“範圍之外的條款”，便不須提交。在這情況下，即使一條“範圍之外的條款”可以字面地說成與“非範圍之外的條款”的解釋有關，甚至規限了“非範圍之外的條款”時，法院仍無須將問題提交“人大常委會”。

這考慮原則落實了《基本法》第158條的兩項主要目的，就是賦予“人大常委會”有權解釋《基本法》，尤其是“範圍之外的條款”，並同時授權特區法院解釋“非範圍之外的條款”，特別是屬自治範圍內的條款，特區法院更可“自行”解釋。

我等覺得相當重要的是：《基本法》第158條規定只在解釋“範圍之外的條款”時，才須提交“人大常委會”。當多條條款(包括“範圍之外的條款”)與解決案中涉及的一般性解釋問題有關時，第158條並沒有規定法院須請“人大常委會”作一般性的解釋。

法院在採用這考慮原則來審理此案時，實質上最主要需要解釋的是第24條，即關於永久性居民的居留權及該項權利內容的規定，而申請人上訴要求行使的權利，正是源自這條款。在這情形下，本法院覺得無須把這條款提交“人大常委會”解釋，儘管第22(4)條是否與解釋第24條有關是一個可爭論的問題。

“第3號條例”是否違憲

關於這項爭論，問題的關鍵在於《基本法》第22(4)條是否規限了第24(3)條所訂的居留權。原訟庭法官裁定後者是受前者規限。他認為這可能是削弱特區高度自治的一個例子，但這是第22(4)條所認可的。上訴法庭的兩位副庭長黎守律及馬天敏都同意原訟庭法官的取向。高等法院首席法官陳兆愷也裁定這兩條條款是互有關連，然而他認為第22(4)條限制了仍在內地的人士去行使這居港權利。如果恰當地解釋《基本法》後，本法院的意見跟原訟庭及上訴法庭的法官意見不同的話——該兩條條款並無關連，而第24條也不受第22(4)條影響，則在這情形下，“第3號條例”要求永久性居民要先持有單程證才享有居留權便缺乏憲法上的依據。代表入境處處長的資深大律師馬先生也接納這個論點。至於要求永久性居民持有居權證來核實其聲稱，則是另一回事。

本法院必須強調，若張小姐不是受非婚生的問題所影響，入境處

處長便會接納她和本案其他申請人一樣都屬第 24 (2) 條第三類別所述的永久性居民。本法院現在並非要處理永久性居民類別的定義，而是要處理第 24 (3) 條所述的人士的居留權問題，而該等人士毫無疑問屬永久性居民。

第 24 (3) 條規定：永久性居民在特區“享有居留權”。《入境條例》(2A 條)界定了永久性居民享有的權利，即有權入境，不會被施加任何逗留條件，不受任何遞解離境令或遣送離境令的約束。法例界定的居留權，類似普通法的居留權概念。普通法內的居留權曾被描述為“……進入[該司法管轄區]的權利，不受任何障礙或阻礙，任由(居留權擁有人)喜歡何時入境及[隨己意]在境內逗留多久”(見 1972 年英國上訴案例：*Director of Public Prosecutions v. Bhagwan* [1972] 1 AC 60, 見第 74 頁 B 行。)因此，進入司法管轄區的權利，或根據法例所界定的人境權利，正是居留權的要素。

本法院在前文界定了永久性居民類別後，已斷定在解釋保障他們權利的憲法條款時，應採用寬鬆的取向。誠如代表申請人的資深大律師張先生所指出，居留權實為一核心權利。事實上，入境權是居留權之要素，如沒有居留權和入境權，申請人便難以享有其他獲憲法保障的權利和自由，特別是選舉權和參選權。在採用寬鬆的取向時，本法院認為，對於任何指第 22 (4) 條削弱了核心權利的論點均應非常仔細研究。

第 24 (3) 條賦予永久性居民不受限制的居留權。如果第 22 (4) 條規定了第 24 (3) 條這個論點是正確的話，那些毫無疑問擁有永久性居民身份卻仍在內地居住的人士，其居留權利便毫無保障。特區的憲法一方面賦予他們在特區內符合憲法的居留權，但另一方面，卻令這權利受國內機關的酌情權所限制，而這酌情控制權是在特區政府的權力範圍外。單程證所作出的控制，和配額數目及配額分配的決定有關。再者，根據這項論點，這種情況會導致兩類同樣擁有永久性居民身份的人士在憲法上有不同的居留權利，即對於仍在國內居住的人士來說，儘管他們是符合第 24 (2) 條第三類別的永久性居民，但他們的權利受到第 22 (4) 條規限；但同樣類別的永久性居民，如在內地以外的地方居住，其居留權則不受此規限。

我等不能接納這個論點。在解釋居留權條款時，定要採用一種寬鬆的取向。我等考慮到第 24 條與第 22 (4) 條的用詞時，認為第 22 (4) 條內所指的“中國其他地區的人”包括進入特區定居的人，但不包括《基本法》已賦予其在特區擁有居留權的特區永久性居民。按對言詞的一般理解，根據《基本法》而擁有永久性居民身份的人士不能稱之為“中國其他地區的人”。他們是中國這地區(香港)的永久性居民。將他們形容為是為了定居而進入特區的人也是不正確的。他們進入特區並非為了定居。他們本身為永久性居民，擁有進入特區及在特區隨意逗留的權利。

我等認為，按照第 22 (4) 條的正確解釋，即使全面履行該條款時亦不會侵犯第 24 條所列的居留權。第 22 (4) 條並不適用於特區的永久性居民，只適用於內地絕大部份沒有特區居留權的人士，儘管他們居住的地方與特區同屬一國，他們也不能未經批准便進入特區。“批准”應該是指內地機關的批准，這個假設是正確的。再者，這條例規定進入特區定居的人數，由中央人民政府主管部門徵求特區政府的意見後確定。

我等的結論符合《基本法》設立特區的目的，就是在“一國兩制”的原則下實行高度自治。批准在國內的非特區永久性居民的人士進入特區，及決定進入特區定居者的人數都是內地機關的責任。特區政府在不同的制度下行使高度自治，並有責任去接收根據憲法擁有居留權的永久性居民。我等認為，第 22 (4) 條並沒有容許特區的自治權受到削弱。

代表入境處處長的資深大律師馬先生指出第 24 條是受到第 22 (4) 條的規限，並援引《聯合聲明》附件一第十四部份以支持這個論點。《聯合聲明》具體說明了中國的基本方針政策。附件一第十四部份列出了永久性居民的類別，亦即現今在《基本法》第 24 (2) 條的類別。這第十四部份繼而規定中國其他地區的人在進入特區時，“將按現在實行的辦法管理”。資深大律師馬先生所倚賴的“實行的辦法”，在 1984-1985《聯合聲明》發表的當時，就是指內地居民獲得離境批准後才可進入香港的規定。第十四部份訂定這“實行的辦法”須沿用下去，然而，並無跡象顯示，這個部份的原意是要這“實行的辦法”適用於永久性居民，從而規限了他們擁有的居留權，而這居留權早已在這部份有所訂明。因此，我等並不認為《聯合聲明》在這方面能提供任何協助。

資深大律師馬先生除了基於第 22 (4) 條作出基本陳詞外，亦同時提出另一論點(儘管他只是輕輕帶過)。他指出鑑於內地的法律規定居民來港須有出境批准，故第 24 (3) 條的解釋便受一項隱含限制的約束，即基於合理的原則，必須遵守關於出境須經批准才可來港的國內法律。如果一條內地的法例可提供憲法基礎去規限《基本法》賦予的一項憲法權利這一論點是正確的話，這便會帶來深遠的影響。

我等認為這論點絕不能成立，原訟庭法官與上訴法庭駁回這點，實屬正確。《基本法》第 18 (2) 條規定全國性法律除列於《基本法》附件三者外，不在特區實施；而列於附件三之全國性法律，由特區在當地公佈或立法實施。第 18 (3) 條規定“人大常委會”在徵詢其所屬的《基本法》委員會和特區政府的意見後，可對列於附件三的法律作出增減。但第 18 (3) 條限著規限了“人大常委會”的權力，規定任何列入附件三的法律，“限於有關國防、外交和其他按本法規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律”。這條款限制了引用內地的法律，這點在履行“一國兩制”的原則上是非常重要的。如果資深大律師馬先生的論點是正確的話，這便會提供一偏徑，讓內地的法律得以在香港施行。我等認為這論點是毫無基礎可言的。

內地的法律規定內地居民要有出境批准才可進入香港，這法律當然可以全面在國內執行，但卻不能作為一項憲法的基礎來規限《基本法》所賦予的權利。

因此，“第 3 號條例”規定居於內地的特區永久性居民，要先持有單程證才可享有憲法賦予的居留權，這點是違憲的。

然而，這並非表示“第 3 號條例”所引進的整個居權證計劃是違憲。大家必須把享有居留權的永久性居民和聲稱是永久性居民的人士區別清楚。所以，立法當局引進一項計劃來核實某些人士聲稱擁有永久性居民的身份是合理的做法。我等認為在居權證計劃中，必須持有單程證的規定是違憲的，除此之外，計劃的其他部份都是符合憲法的，不能稱之為逾越核實範疇。因此，該計劃規定申請人須向入境處處長申請及領取居權證，並且只能在持有居權證後才能確立其永久性居民的身份都是符合憲法。再者，居權證計劃訂明這些人士必須留在內地申請居權證，及在被入境處處長拒發居權證而提出上訴時，也必須留在內地，這方面也是符合憲法。永久性居民因為擁有居留權而有權入境，但聲稱擁有這身份的人其身份必須首先獲得核實。

我等裁定因居權證計劃(持有單程證的規定除外)的目的在於核實聲稱人身份，所以是符合憲法的，同時我等亦顧及到入境處處長必須合法地，以公正合理的態度來執行居權證計劃，而且在落實計劃時還有一些制衡的保護措施。

首先，以法例釋義來說，在這樣實計劃運作時，法院會對若干條款訂下要求，引進合理標準。例如入境處處長可透過憲報公告形

式，具體說明該如何申請居權證（第2AB（2）（a）條），但在行使這項權力時，入境處處長所作出的說明必須是合理的，而法庭亦只會作如是詮釋。其次，如果入境處處長不合法地拖延作出接納或拒絕申請的決定，有關申請人雖然身處內地，仍可向特區法院要求作出公法上的補救。再者，如果入境處處長決定拒絕該項居權證的申請，申請人有法定的上訴權，可向入境事務審裁處提出上訴。這項上訴權利是一種全面的保障。入境處處長有法定責任提供拒絕該項申請的理由，申請人在90天內可提出上訴。根據法例，審裁處的決定為最終的判決，但審裁處有責任“就其所裁斷的事實”來決定有關人士是否可憑藉血緣成為永久性居民，如答案是肯定的話，則要裁定上訴得直。

分割（違憲部份）

我等經考慮後，認為“第3號條例”內的違憲部份，可適當地與符合憲法的部份分割開。分割的準則在於符合憲法的部份是否可清晰地與違憲部份區別出來，從而使符合憲法的部份仍保持完整。我等認為這是可行的。以下乃違憲的部份，應予刪除。在提及法院反對的部份時，我等採用《入境條例》的條款編號，除非另有所指才屬例外。

（1）第2A（1）條

增加了的文字，即“在不抵觸第2AA（2）條的條文下”，現予刪除。經刪除後，第2A（1）條的內容如下：

“（1）香港永久性居民享有香港居留權，換言之，具有以下權利——

（a）在香港入境；

（b）……

（c）……

（d）……”

（2）第2AA（1）（a）條

經刪除後，該條款的內容如下：

“（1）任何人作為附表1第2（c）段所指的香港特別行政區永久性居民的身份，只可藉其持有以下文件確立——

（a）發予他的有效居留權證明書”

除了以上所列之內容外，（a）段的其他文字予以刪除。

（3）第53D（3）（a）條

第53D（3）條由“第3號條例”第7條增補，刪除後，第53D（3）（a）條的內容如下：

“（a）發予他的有效居留權證明書。”

除了以上所列之內容外，（a）段的其他文字予以刪除。

（4）《入境規例》之附表一

“第3號條例”第10條於附表一內加入表格12，即居留權證明書表格。現將表格內的第二句刪除，即

“本證明書必須附貼於本證明書持有人的有效旅行證件上，方為有效。”

經刪除後，只留下第一句，即

“本證明書持有人在香港特別行政區的居留權已確立。”

我等以下稱“第3號條例”及其引入的居權證計劃經刪除後的部份為“分割後的第3號條例”及“分割後的居權證計劃”。

關於入境處處長的公告，雖然並非附屬法例，但根據我等較早前對“第3號條例”的合憲性作出的結論，也可以將我等反對的部份予以刪除。據了解，因為“第3號條例”規定申請人須持有單程證，所以便牽涉“內地出入境管理處”，而我等已裁定須持有單程證的規定是違憲的。我等並不知道在“分割後的居權證計劃”下，入境處處長是否願意請“內地出入境管理處”作為入境處在內地的代理機關，方便內地居民申請居權證；本法院也不知道“內地出入境管理處”會否願意牽涉在內。因此，我等將“該公告”內的A（i）及B段剔除。這令到公告內就有關內地居民應向誰申請居權證這方面缺乏交代。入境處處長必須以公告形式，具體說明新的安排。本法院並不反對要向內地的某一單位提出申請這種安排，只要該單位是以香港入境處的代理機構身份運作，方便內地居民申請居權證便行。至於“內地出入境管理處”是不是一個合適的機構提供這項服務，便應由入境處處長及“內地出入境管理處”去考慮。

有關追溯力的問題

“第3號條例”在1997年7月10日訂制，但根據第1（2）條，該條例被視為於1997年7月1日起生效。問題在於這條賦予追溯力的條文（“追溯條文”）是否符合憲法。若不符合的話，第1（2）條便要從該條例中刪除。

原訟庭法官和上訴法庭副庭長馬天敏都認為該條文是有效的，並影響（i）1997年7月1日之前到港人士以及（ii）在1997年7月1日或之後及在7月10日之前到港人士。上訴法庭副庭長黎守律認為該條文有效但不影響上述第（i）類人士。而高等法院首席法官陳兆愷則認為該條文無效，因此均不影響第（i）及第（ii）類人士。可是，他們考慮這個問題時，都是基於他們認為《基本法》第24條受第22（4）條規限所作出的結論，但我等對《基本法》的解釋持有不同的結論，故此我等以不同基礎來考慮這個問題。我等所要考慮的是，到底“分割後的第3號條例”中這條“追溯條文”是否違憲。

1997年7月10日“第3號條例”制定之前，任何憑藉血緣成為永久性居民的人士，如已抵達香港，便擁有憲法賦予的居留權。事實上，他們都行使了這個權利，不能被遣返內地。“分割後的第3號條例”引進一個計劃。根據這個計劃，他們只可藉持有居留權證明書，才能確立他們永久性居民的身份；否則，他們便視作不享有居留權。在1997年7月10日前，他們當然不可能持有居留權證明書。若這條“追溯條文”是符合憲法，他們便會被視為不享有居留權。這樣便會剝奪他們根據《基本法》已享有的、具憲法性的居留權。我等認為，這條“追溯條文”乃屬違憲。代表入境處處長的資深大律師馬先生以“第3號條例”有部份違憲為基礎接納這點，這與他在陳詞中聲稱“第3號條例”並無違憲的說法有所不同。

我等接著考慮代表申請人的資深大律師張先生所提出的另一個理據，以支持他認為這條“追溯條文”是違憲的陳詞。

在1997年7月10日之前，永久性居民（例如那些獲入境處處長接納為屬於第24（2）條中第三類別的申請人）享有憲法所賦予的居留權，並因此有權入境及逗留。但是，倘若“第3號條例”中的“追溯條文”是符合憲法的話，追溯力便會導致他們觸犯了刑事罪行。根據“分割後的計劃”，他們必須持有居留權證明書，否則，其身份便會被視作未獲確立，而他們便須被視作不享有居留權；這樣，他們便無權入境或逗留，若入境或逗留便會觸犯刑事罪行，違反《入境條例》第38條，因該條文禁止未獲批准的人

士入境或逗留，違反者便是觸犯了刑事罪行。

資深大律師張先生爭辯說，這條導致他們觸犯該等刑事罪行的“追溯條文”是違憲的，因為它與“國際人權公約”第 15（1）條相抵觸。

“國際人權公約”適用於香港的有關規定，憑藉第 39 條而繼續有效。“國際人權公約”第 15（1）條規定：

“任何人之行為或不行為，於發生當時依香港法律及國際法均不成罪者，不為罪。……”

“國際人權公約”第 15（1）條和香港法例第 383 章《人權法案條例》中人權法案的第 12（1）條完全相同。既然“國際人權公約”第 15（1）條適用於香港，引述此條公約是恰當的。

高等法院首席法官陳兆愷認為此條“追溯條文”與“國際人權公約”第 15（1）條互相抵觸，也違反憲法。可是，原訟庭法官與上訴法庭副庭長黎守律及馬天敏對“國際人權公約”第 15（1）條的理解則為：該條款禁止根據具追溯力的條文向任何人士提出檢控並將他們定罪，但不會令該“追溯條文”失效。

“國際人權公約”第 15（1）條所用的文字是：“任何人……不為罪。”正如資深大律師張先生指出，在詮釋這一句時，必須緊記“國際人權公約”是國際性公約，其對象是不同法制的國家，包括一些不一定以立法作為刑法來源的國家。有鑑於此，我等認為，根據第 39 條而適用的“國際人權公約”第 15（1）條確實令到該“追溯條文”違反憲法。在我們的法制下，禁止憑具追溯力條文對觸犯刑事罪行的人士定罪這個做法確實會打擊該“追溯條文”的有效性。這個觀點得到 Van Dijk 及 Van Hoof 的支持：見《歐洲人權公約——理論和實踐》（譯名）*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*（第三版）第 485-486 頁有關該歐洲人權公約中平等的條文。

倘若我等的判決一如原訟庭及上訴法庭的判決，這便會對有關人士造成不公平的民事後果。他們可被說成是犯了刑事罪；雖然他們不能受到檢控或定罪，但亦可能因此受到不利的待遇，例如，在誹謗法方面以及在各種不同情況下，能否在法律上被認為“合適及適當”的人選。但若依我等所作的結論，他們便不會面對上述可能產生的後果。

因此，我等從“第 3 號條例”中刪除該“追溯條文”，亦即第 1（2）條。

非婚生子女的問題

根據“第 2 號條例”引入《入境條例》的附表 1 內的第 1（2）（b）段規定，如子女屬非婚生子女，只有當該子女其後因父母結婚而獲確立婚生地位才存在父親與子女的關係。問題在於究竟這條文在憲法上是否有效。這段規定應與第 1（2）（a）段中的母親與子女的關係作一對比；在該條文內，非婚生子女並沒有受到歧視，他們與婚生子女受同等的待遇。

這宗例案的申請人張小姐是一名非婚生子女。她的父母從沒有結婚，母親在她出生後第二天便不幸去世。假若第 1（2）（b）段是符合憲法的話，她與父親之間便會被視作不存在“父母與子女的關係”。結果，由於她不屬於“父親或母親是永久性居民”的類別，便不能符合附表 1 第 2（c）段中憑藉血緣成為永久性居民的資格。在其他各方面，入境處處長都接納她是符合資格的。

問題在於經正確解釋第 24（2）條第三類別後，非婚生子女是否屬於這個類別。如果是的話，附表 1 第 1（2）（b）段把這類子女摒諸這類別之外便屬違憲。

我等在此要處理的是如何解釋一條界定永久性居民類別的條文。在解釋這條文時，必須考慮其背景，包括《基本法》內其他條文，其中第 39 條規定“國際人權公約”適用於香港的有關規定繼續有效。背景中有兩項相關的原則。其一，《基本法》和“國際人權公約”都奉行平等原則，反對任何歧視。見《基本法》第 25 條和“國際人權公約”第 3 及 26 條。在這方面，顯而易見，香港本地的法例跟隨著近年的明顯趨勢，通常都把非婚生子女與婚生子女同等看待。其二，“國際人權公約”第 23（1）條認定家庭是社會之自然及基本的團體單位，應該受到社會和國家的保護。

在解釋有關條文時，緊記這些原則是很重要的。我等必須指出，若入境處處長的論點正確，則婚生與非婚生子女便會得到不平等的待遇，而非婚生子女的母親和非婚生子女的父親也受到不平等的待遇。再者，由於第 24（2）條的永久性居民類別並沒有包括配偶在內，故該條款令他們不能闔家團聚。依入境處處長的論點，父親的非婚生子女不會因為與父親的血緣關係而得到永久性居民的身份；這樣對促進某程度的家庭相聚沒有任何幫助。

當緊記這些原則時，並考慮到第 24（2）條第三類別的文字，我等認為這個類別明顯包括婚生及非婚生的子女。第三類別所界定的是在第一和第二類別列明的“[永久性]居民……所生的……子女”。不論是婚生還是非婚生，這些都是該等居民所生的子女。非婚生子女與婚生子女兩者沒有分別，同樣是該等居民所生的。我等認為這就是該條文顯而易見的意思。因此，附表 1 第 1（2）（b）段把父親的非婚生子女（其後因父母結婚而成為婚生子女者除外）摒諸這類別之外是違反憲法的。

資深大律師馬先生向我等指出，“國際人權公約”適用於香港的有關規定乃受英國在 1976 年 5 月簽署及確認“國際人權公約”時作出的保留條款所限制。關於香港方面，這些保留條款包括有權繼續引用入境方面的法例來監管進入香港、逗留及離開香港的人士。而且，接受“國際人權公約”的條件是該公約並不影響針對無權進入及逗留在香港的人士的法例。但是，依我等之見，這並不會阻止本法院在解釋有關永久性居民類別的憲法條文時，考慮“國際人權公約”的原則，而這些原則是構成條文背景的一部份。

代表入境處處長的資深大律師馬先生基於中國和英國政府在中英聯合聯絡小組（下稱“聯合聯絡小組”）達成的一項協議而提出其論點。我等沒有該協議的任何記錄。有關這項協議，入境處處長所倚賴的證據來自一本該處在 1997 年 4 月印制有關香港居留權的小冊子。這本小冊子內有一段文字，其意思與現在已成為法例的附表 1 第 1（2）（b）段相同，就是對一名父親而言，他的子女不包括非婚生子女，除非他與該子女的母親其後結婚，否則該子女不能成為婚生子女。小冊子述明它是“根據現行的入境條例和常規及基於中、英雙方在 [聯合聯絡小組] 中的共同看法”而編訂的。

資深大律師馬先生以《維也納條約法公約》第 31 條為依據提出其論點。這公約的第 31（1）條規定：“條約應依照其用語按上下文並參照條約的目的及宗旨所具有的通常意義善意解釋”。第 31（3）（a）條規定：

“在考慮上下文之餘，還應一併考慮：

（a）締約國其後所訂關於條約的解釋或適用的任何協議。”

《聯合聲明》附件一第十四部份聲明，現屬於第 24（2）條第三類別所指的人士應有居留權。資深大律師馬先生辯稱，在“聯合聯絡小組”達成的協議是其後達成的協議。基於《維也納公約》第 31 條的規定，在解釋《聯合聲明》這一部份時應依據“聯合聯絡小組”其後達成的協議來解釋，而解釋《基本法》時亦應採用

同樣方法。

“聯合聯絡小組”的成立是基於《聯合聲明》附件二：“為了進行聯絡、磋商及交換情況的需要……”。其職能包括就《聯合聲明》的實施進行磋商（附件二第3（a）段）。它是聯絡機構而非權力機構（附件二第6段）。即使其職能包括由兩國政府在其後就有關《聯合聲明》的解釋或其條文的適用訂立協議，而且該協議屬《維也納公約》第31（3）（a）條的範圍，但依我等之見，該協議對本法院須要解釋的問題並無影響。

首先，達成該協議的基礎並不清楚。該協議可能是為了尋求一個實際的解決方法而達成，與解釋條文或其適用的問題無關。由於小冊子沒有區分母親的非婚生子女及婚生子女（第1（2）（a）段亦沒有如此區別），故此該協議是否以解釋條文或其適用為基礎實令人疑惑。倘若協議是基於解釋條文或其適用而達成，則父親與子女的關係便有別於母親與子女的關係，而要為這個區別找到一個合理的基礎並不容易。

其次，即使該協議是基於解釋條文或其適用而達成，第31（3）（a）條只規定須將其納入考慮之列。不過，經考慮後本法院可以作出不同的結論。我等認為本法院所作的結論明顯是正確的。

因此，我等裁定附表1第1（2）（b）段乃屬違憲。原訟庭法官和上訴法庭這樣裁定實屬正確。經分割後，第1（2）（b）段應為：

“(2)在以下的情況下，視為有父母與子女的關係存在——

(b)任何男子與其婚生或……非婚生子女之間的關係，為父親與子女的關係……”

除這些字句外，條文中其他字句予以刪除。

臨時立法會的問題

資深大律師戴啟思先生為申請人爭辯這個問題時提出，臨時立法會（下稱“臨立會”）並不是《基本法》內所訂明的立法機關，亦不是一個合法組成的機構。任何經“臨立會”通過的法例必先符合普通法的“必需原則”方為有效。他認為“第3號條例”的“追溯條文”並不符合這個原則，因此亦屬無效。代表入境處處長的資深大律師馬先生認為“臨立會”是一個合法組成的機構。他同意“臨立會”並不是《基本法》內訂明的特區立法機關。但當時的情況是，在1997年7月1日之前的立法機關在該日之後便不再延續，套用一般的說法，就是沒有“直通車”。資深大律師馬先生認為，在這種情況下“臨立會”是依據全國人民代表大會在1990年4月4日的決定而成立，亦符合該項決定及《基本法》。

有關的決定眾所周知。

在1990年4月4日正式通過的《基本法》規定特區的立法會須由選舉產生（第68（1）條）。第68（2）條規定它的產生方法須根據特區的情況及循序漸進的原則，最終達至全部議員由普選產生這個目標（第68（2）條）。第68（3）條訂明立法會產生的具體方法和法案、議案的表決程序由附件二“香港特別行政區立法會的產生辦法和表決程序”規定。第69條規定立法會除第一屆任期為兩年外，每屆任期均為四年。《基本法》附件二對第二屆和第三屆立法會的產生辦法有所規定。至於第一屆，附件二規定立法會須按照“全國人民代表大會關於香港特別行政區第一屆政府和第一屆立法會產生辦法的決定”產生。

該項決定與《基本法》同時在1990年4月4日經全國人民代表大會通過（下稱“1990年決定”）。第一段述明特區第一屆政府和立法會須“根據體現國家主權、平穩過渡的原則產生”。

第2段規定：

“在1996年內，全國人民代表大會設立香港特別行政區籌備委員會，負責籌備成立香港特別行政區，根據本決定規定第一屆政府和立法會的具體產生辦法。……”

第6段規定第一屆立法會由60名議員組成，其中20名議員由分區直接選舉產生，10名議員由選舉委員會選舉產生，30名議員由功能團體選舉產生。該段進而規定，如1997年7月1日前的立法局的組成符合該決定和《基本法》的有關規定，其議員擁護《基本法》、願效忠中華人民共和國香港特別行政區，並符合《基本法》規定之條件者，經籌備委員會確認，即可成為第一屆立法會議員。第6段的最後部份規定第一屆立法會議員的任期為兩年。

顯然，從《基本法》及在《基本法》內提及的“1990年決定”來看，當時預期立法局會乘直通車過渡。

為進行1995年選舉，香港的選舉法例有所改變。中國政府不接受這些改變，堅稱這些改變抵觸《基本法》。中國和英國政府在這個問題上的政治爭議人所共知，而結果是沒有直通車。

1994年8月31日，“人大常委會”決定立法局不會有直通車，而籌備委員會須負責籌備成立特區的有關事宜，並須根據“1990年決定”規定第一屆立法會的具體產生方法及組織第一屆立法會。

1996年3月24日，籌備委員會決定成立臨時立法會。“臨立會”是經由負責推選特區第一屆政府的推選委員會選舉產生，並運作至特區第一屆立法會成立時為止，即不應遲過1998年6月30日。臨立會的指定職責，包括制定對特區的“日常運作必不可少”的法例，以及處理除指定在特區第一屆立法會成立之前規定須由臨時立法會處理之外的其他事宜。1996年10月5日，籌備委員會採納了其訂明的方法成立“臨立會”。1997年2月1日，籌委會決定“臨立會”應在1997年6月30日前開始運作，及須在特區成立時確認那些已經通過的條例草案。

《基本法》第160條規定香港特區成立時，香港原有法律除由“人大常委會”宣佈為同《基本法》有抵觸者外，採用為特區法律。1997年2月23日，“人大常委會”議決不採用若干項法例，包括1995年度立法局的選舉法例。

1997年3月14日，全國人民代表大會議決接納籌委會的工作報告，這份報告提及籌委會根據“1990年決定”成立“臨立會”。

1997年5月23日，籌委會採用指定的方式來組成特區第一屆立法會。立法會的選舉須在1998年6月30日前完成，而特區須依據該辦法制訂有關選舉立法會的條例。結果，“臨立會”制訂了這些條例。選舉在1998年5月進行。首屆立法會在1998年7月就職。

《基本法》規定第一屆立法會須按照“1990年決定”來成立。該決定授權籌委會籌備成立特區並根據該決定去規定第一屆政府和立法會的具體產生辦法。我等認為，由籌委會籌組“臨立會”是在“1990年決定”的範圍內，所以也符合《基本法》。該決定第二段所賦予籌備委員會的權力範圍廣闊，足以令籌委會擁有成立臨立會。

作出“1990年決定”時，預期會有直通車。因此，第一屆立法會的任期為兩年。但是，“1990年決定”的第6段第二部份規定只有在符合若干條件後，才會有直通車。在沒有直通車的情況下，籌委會成立的“臨立會”職能有限，而運作的時間亦有限。“臨立會”只是一暫時性的機構，是填補根據《基本法》及“1990年決定”第6段的第一部份成立第一屆立法會之前出現的立法真空。“臨立會”並不是根據《基本法》及該決定第6段的第一部份所

產生的第一屆立法會，代表入境處處長的資深大律師馬先生也同意這點。成立“臨立會”的目的完全為了使第一屆立法會得以產生。因此，“臨立會”的成立與《基本法》是相符的。“臨立會”制訂的選舉法符合籌委會在 1997 年 5 月就第一屆立法會的產生所作出的決定。這些選舉法使第一屆立法會可在 1998 年 7 月前依據該決定產生。

考慮到我等作出的結論，即“臨立會”是符合“1990 年決定”的合法組成機構，亦與《基本法》相符，故我等無須回應資深大律師戴啟思先生基於“必須原則”所提出的論點。

法庭判令

三宗上訴(終院民事上訴 1998 年第 14、15 及 16 號)

有關這三宗上訴案，我等就每宗案件作出宣告並頒令如下：

A (1) 我等宣告以下部份的《入境條例及規例》乃屬無效，並從該條例或規例中刪除：

(a) 第 2A (1) 條的“在不抵觸第 2AA (2) 條的條文下”這句。

(b) 第 2AA (1) (a) 條的條文，以下字句除外：

“(1) 任何人作為附表 1 第 2 (c) 段所指的香港特別行政區永久性居民的身份，只可藉其持有以下文件確立——

(a) 發予他的有效居留權證明書。”

(c) 第 53D (3) (a) 條的條文，以下字句除外：

“(a) 發予他的有效居留權證明書。”

(d) 《入境規例》附表 1 內的居留權證明書表格 12 內第二句字句，即：

“本證明書必須貼於本證明書持有人的有效旅行證件上，方為有效。”

(2) 我等宣告在 1997 年 7 月 16 日刊登於憲報，日期為 1997 年 7 月 11 日 (1997 年憲報第 (E)21 號) 的公告內的第 A (1) 段及第 B 段為無效，並從“該公告”中刪除。

(3) 我等宣告“第 3 號條例”第 1 (2) 條為無效，並從該條例中刪除。

(4) 關於訟費問題，我等不作判令。各申請人的訟費 (包括終院民事上訴 1998 年第 16 號入境處處長的上訴中的申請人的訟費) 按《法律援助條例及規例》評定。

吳嘉玲小姐及吳丹丹小姐 (終院民事上訴 1998 年第 14 號)

有關本上訴案，我等頒令如下：

B (1) 判令兩名申請人上訴得直。

(2) 判令撤銷入境處處長以下的決定：

(a) 約在 1997 年 7 月 4 日扣留申請人的決定，

(b) 約在 1997 年 7 月 4 日規定申請人須受擔保約束的決定，

(c) 約在 1997 年 8 月 7 日拒絕讓申請人入境的決定。

(3) 我等宣告兩名申請人乃屬《基本法》第 24 (2) 條第三類別的香港特別行政區永久性居民，她們自 1997 年 7 月 1 日開始便擁有這身份；故此，她們享有居留權。

徐權能先生 (終院民事上訴 1998 年第 15 號)

資深大律師張先生告知我等現無須撤銷入境處處長的決定，因為處長已同意徐先生有居留權。有關本上訴案，我等頒令如下：

C (1) 判令申請人上訴得直。

(2) 我等宣告申請人乃屬《基本法》第 24 (2) 條第三類別的香港特別行政區永久性居民，他自 1997 年 7 月 1 日開始便擁有這身份；故此，他享有居留權。

張麗華小姐 (終院民事上訴 1998 年第 16 號)

D (1) 我等宣告《入境條例》附表 1 的第 1 (2) (b) 段中以下字句予以保留，其他字句乃屬無效並從該段中刪除：

“(2) 在以下情況下，視為有父母與子女的關係存在一

(b) 任何男子與其婚生或……非婚生子女之間的關係，為父親與子女的關係……”

(2) 判令撤銷入境處處長以下的決定：

(a) 約在 1997 年 7 月 15 日有關申請人不能享有《基本法》第 24 (3) 條所指的居港權的決定，

(b) 約在 1997 年 7 月 15 日羈留扣押申請人的決定，

(c) 約在 1997 年 7 月 19 日規定申請人須受擔保約束的決定，

(d) 約在 1997 年 8 月 9 日決定申請人必先按照《入境條例》第 1B 部份指定的模式，確立她在該條例附表 1 第 2 (c) 段中永久性居民的身份，才有權行使居港權。

(3) 我等宣告申請人乃屬《基本法》第 24 (2) 條第三類別的香港特別行政區永久性居民，她在 1997 年 7 月 1 日開始便擁有這身份，故此她享有居留權。

首席法官常任法官 (李國能)

常任法官 (烈顯倫)

常任法官 (沈澄)

常任法官 (包致金)

非常任法官 (梅師賢爵士)

資深大律師張健利先生、資深大律師戴啟思先生及大律師郭瑞熙先生 (由賈偉林劉天均律師行延聘並由法律援助署署長委派) 代表終院民事上訴案 1998 年第 14 和 15 宗的上訴人及終院民事上訴案 1998 年第 16 宗的答辯人

資深大律師馬道立先生及大律師霍兆剛先生 (由律政司延聘) 代表終院民事上訴案 1998 年第 14 和 15 宗的答辯人及終院民事上訴案 1998 年第 16 宗的上訴人

LAW32/99
