

# 《香港基本法》第39条的教义学分析： 权利体系与规范功能

杨晓楠<sup>\*</sup>

## 目次

- 一、问题的提出
- 二、《香港基本法》第39条的历史解读
- 三、《香港基本法》规定的权利体系与国际人权公约
- 四、《香港基本法》第39条的功能
- 五、结语

**摘要** 在《香港基本法》的司法适用中,第39条的规定对法院选择权利类型和基准审理案件起到了关键性作用。特区法院在实践中通过第39条的规定将国际人权标准引入香港特区,进而将国际人权公约的本地化立法与基本法共同适用于案件审理中。从《香港基本法》第39条的立法史出发,对文本进行教义学阐述,区分所涉的不同权利类型,梳理形成基本法的权利体系,分析第39条的导入功能和排除功能,对深入理解《香港基本法》第39条在基本法中的特殊地位尤为重要。

**关键词** 香港基本法 香港人权法案 公民权利与政治权利国际公约 经济、社会与文化权利的国际公约 国际劳工公约

## 一、问题的提出

1990年4月4日,第七届全国人大第三次会议通过《香港特别行政区基本法》(以下简称《香港基本法》或《基本法》),《香港基本法》在1997年7月1日香港特区回归时生效,与宪法一同构成香港特区的宪制基础。回归后,香港特区法院在审理案件时解释和适用基本法,保障特区的法律秩序和行

<sup>\*</sup> 杨晓楠,大连海事大学法学院教授,南方海洋科学与工程广东省实验室(珠海)团队成员,法学博士。本文系笔者主持的国家社科基金项目“香港终审法院的基本法解释与适用研究”(项目号17FFX007)的阶段性研究成果。感谢韩大元老师、张翔老师、叶海波老师、陈鹏老师、罗沛然律师等师长对本文写作提出的建议及提供的资料,一切文责归于笔者。

政机关行为符合基本法的规定。在《香港基本法》的众多条文中,第 39 条的适用问题尤其值得关注,因为它涉及国际人权公约在香港特区的适用及基本法权利保障体系等重要理论问题,这些问题在实践中引发了较多的争议。此外,2020 年通过的《香港国安法》第 4 条规定,香港特区维护国家安全应当尊重和保障人权,依法保障香港居民依据《香港基本法》和适用于香港的国际人权公约所享有的权利和自由。在《香港国安法》实施过程中,如何协调其与《香港基本法》第 39 条及国际人权公约之间的关系,将成为未来基本法实践中极为重要且有争议的问题。

《香港基本法》第 39 条规定:“《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效,通过香港特别行政区的法律予以实施。香港居民享有的权利和自由,除依法规定外不得限制,此种限制不得与本条第一款规定抵触。”香港终审法院在吴恭劭案<sup>[1]</sup>判决中依据《香港人权法案条例》<sup>[2]</sup>对《国旗条例》和《区旗条例》的合基本法性进行了审查。有学者认为,这一做法实际上赋予了《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公民权利公约》)及《人权法案》本地宪法性法律的地位。<sup>[3]</sup>也有学者对此持反对意见,认为回归后香港的宪制基础发生变化,基本法并未赋予国际人权公约宪法性地位。<sup>[4]</sup>还有学者指出,《香港基本法》第 39 条中规定了不同的国际人权公约,它们的法律地位和实施方式实际上并不相同。<sup>[5]</sup>

在一定程度上可以说,《香港基本法》第 39 条的规定决定了法院在案件审理时适用基本法类型的多样性,<sup>[6]</sup>也决定了法院适用基本法的原则和基准,甚至在一定程度上将成为未来《香港基本法》和《香港国安法》之间关系的调节器。因此,从《香港基本法》第 39 条的立法史出发,对条文进行深入的教义学阐述,说明基本法与国际人权公约、香港人权法案之间的关系,对于准确理解和适用基本法而言极为重要。这构成了本文研究的问题意识。

## 二、《香港基本法》第 39 条的历史解读

在《香港基本法》的制定过程中,第 39 条可以说是争议比较大的条款之一,条文起草几经重大修改,直到 1989 年 2 月的基本法草案才确定最终的文本。《中英联合声明》附件一第 13 条规定了人身、言论、出版、集会、结社等基本权利,并在第 3 款规定《公民权利公约》和《经济、社会与文化权利的国际公约》(以下简称《经社文权利公约》)适用于香港的有关规定依照香港特区的法律予以实施。英国政府在 1976 年正式批准了两部人权公约并将其延伸适用于香港。不过,在 1984 年签订《中英联合声明》时,香港本地并无专门立法实施这两个公约,公约的大部分权利散见于不同的本地立法之中。而且,在 1985 年成立基本法起草委员会制定《基本法》时,中国政府并未签署这两个国际公约。中国政府在 1997 年 10 月 27 日签署了《经社文权利公约》,并在 2001 年 3 月 21 日批准生效;在 1998 年 10

[1] HKSAR v. Ng Kung Siu and Another, [1999] 3 HKLRD 907; (1999) 2 HKCFAR 442.

[2] 《香港人权法案条例》第 II 部为“香港人权法案”,即对《公民权利公约》具体权利本地化规定,人权法案只是该条例的一个章节。条例第 I 部“导言”的第 3 条和第 4 条规定条例的效力,但未被采用为特区法律。

[3] 陈弘毅:《公法与国际人权法的互动:香港特别行政区的个案》,载《中外法学》2011 年第 1 期。

[4] 李薇薇:《〈公民权利和政治权利国际公约〉在香港的法律地位》,载《法制与社会发展》2013 年第 1 期。

[5] 秦前红、付婧:《香港法院如何适用〈经济、社会、文化权利国际公约〉——以香港法院裁判经济社会文化权利的实践为中心》,载《甘肃政法学院学报》2015 年第 5 期。

[6] 杨晓楠:《香港基本法的类型化司法适用》,载《法学家》2018 年第 4 期。

月5日签署了《公民权利公约》,至今仍未批准生效。鉴于这一背景,关于公约的效力、如何适用于香港及如何设定对权利限制的条件成为基本法起草委员们争议的焦点问题。

### (一) 国际人权公约在特别行政区的地位和效力

在《基本法》起草期间,部分委员认为如果只是将《中英联合声明》的规定复制到《基本法》条文中,不足以保障国际公约规定的权利。<sup>[7]</sup>香港在回归前沿用英国对国际法“双轨制”处理的原则,<sup>[8]</sup>除非本地立法机关以成文法方式引入国际法,否则只有国家负有国际法义务,而且这种义务更多是道义上的约束力,香港本地法院不能直接适用国际公约,国际公约在香港并无法律上的约束力。也就是说,在《基本法》起草时,仅英国政府及其在香港设立的机构受到国际人权公约的约束,国际公约本身不属于香港法律的一部分,而且在当时看,短期制定专门的本地人权立法也有很大的困难。所以,为了保障国际人权公约能在特区具有可实施性,部分起草委员建议可以通过多种方式或者途径赋予国际人权公约高于本地普通立法的地位,主要包括几种方案:第一,直接在基本法条文中融入国际人权公约规定的权利,将人权公约权利规定为独立的一章;第二,将国际人权公约列在基本法附件中,确保其宪法性地位;第三,设定独立的监察机构,监督国际人权公约的实施,授权法院解释公约,宣布违反人权公约的立法无效。<sup>[9]</sup>与此同时,推动香港本地人权立法,使得法院在回归前建立适用人权法的判例,从而将此制度延伸至回归后适用。

然而,在立法讨论中,无论是直接加入基本法正文还是列入附件的建议均被否决,在有记载的各个版本草案讨论稿中均未有此安排。相反,最终通过的第39条文本明确规定国际人权公约“通过特区的法律予以实施”,也就是说国际人权公约的内容并非由基本法本身规定,也不是基本法的一个组成部分,而是由特区立法机关制定的一般性法律规定。而且,根据《香港基本法》第11条第2款,特区立法机关制定的任何法律均不得与基本法抵触,基本法或其他特区立法中未规定立法之间的位阶关系,只是普通法原则中有规定,如果立法条文模糊且同时存在与符合和抵触国际条约的解释时,法院会认为立法机关有意制定符合国际法的立法。<sup>[10]</sup>所以,无论是国际条约还是其实施的特区立法并无法当然获得优越于其他立法的地位。

在基本法通过后,港英立法局不顾中方的反对,在1991年制定《人权法案条例》,希望借此将国际人权公约纳入原有法律之中,并对港英时期的本地宪法性文件《英皇制诰》进行了修改,赋予人权法案优于其他本地立法的地位。然而,根据《香港基本法》第160条的规定,原有法律与基本法抵触的部分并不纳入特区的法律制度。在回归前,全国人大常委会依据第160条作出了处理原有法律的决定,宣布《人权法案条例》的优越性条款不被采用为特区立法。

综上所述,首先,《中英联合声明》并没有明确规定或预期两个人权公约在香港特区的实施方式和效力问题,“依照香港特区的法律予以实施”的规定在当时应理解为可在特区以一般性、分散的普

[7] 1986年7月22日《居民及其他人的权利和自由福利与义务第六次会议纪要(第一分组)》,载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(上),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

[8] 陈弘毅教授将其称为“二元”方式,参见陈弘毅:《公法与国际人权法的互动:香港特别行政区的个案》,载《中外法学》2011年第1期;Michael Ramsden,“Dualism in the Basic Law: The First 20 Years”49 *Hong Kong Law Journal* 239 (2019); *Udamaka Edward Wilson v. Director of Immigration and Another*, (2012) 15 HKCFAR 743, para 43.

[9] 1986年7月22日《居民及其他人的权利和自由福利与义务第六次会议纪要(第一分组)》,载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(上),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

[10] *R v Secretary for the Home Department ex parte Brind*, [1991] 1 AC 696.



通立法对公约权利加以保障。其次,在基本法制定的讨论过程中,起草委员会拒绝了部分委员的建议,有意未将两个国际人权公约纳入基本法正文或附件,这可以说明立法者不愿赋予国际人权公约或其实施的本地立法在香港特区的宪法性地位。最后,全国人大常委会对原有法律审查的决定也强调,赋予其他本地立法以宪制性地位是与基本法不相符的。所以在法理上,《人权法案条例》和两个国际人权公约在香港特区并未有当然超越本地立法的地位。

## (二)国际人权公约在特区实施的方式

在《香港基本法》起草的历史文件中可以看出,起草委员很关心两个国际人权公约在香港本地实施的方式,也意识到两个国际人权公约的实施方式不应相同。就实施机制而言,《经社文权利公约》主要采取缔约国向特定理事会提交定期报告的形式,而《公民权利公约》则采取缔约国主动向人权委员会提交定期报告、其他缔约国投诉以及缔约国个人向人权委员会投诉三种方式。《公民权利公约》的最后一种实施方式前提是缔约国签署任择议定书,而英国并未签署该议定书,中国在基本法起草时并非是两个国际人权公约的缔约国。所以,这些实施方式如何适用于特区未来的情况,在起草过程中成为讨论的焦点。起草委员对《中英联合声明》和两个人权公约提及的权利类型和具体内容进行了比较,认为,如果复制《中英联合声明》中的规定,无法突出两个公约在特区的有效性。在起草过程中,将《中英联合声明》中的“依照”改为“通过”香港特区法律实施,并加入“继续有效”的字眼,这样可以说明以本地立法实施国际人权公约的主动性以及制定专门立法的重要性。<sup>[11]</sup>

其实,国际人权公约的范围远远超过《中英联合声明》规定的两个公约,<sup>[12]</sup>英国政府在签订两个人权公约之前已将《消除一切形式种族歧视国际公约》适用于香港。但从内容上看,这两个国际人权公约毋宁说是范围最广、影响最大的,而且有较完善的公约执行机制,所以,《中英联合声明》对此作出了特别规定。在《中英联合声明》及《香港基本法》起草的早期文稿中都未涉及国际劳工公约,通常而言,国际劳工公约也并非国际人权公约必然的构成要件。在基本法立法讨论中,起草委员多次提出将国际劳工公约加入第39条,大多数草委对此表示支持,因此最终在1989年2月发布的草案稿中加入了国际劳工公约。<sup>[13]</sup>与两个人权公约不同,国际劳工公约并非一个特定公约,而是由国际劳工组织制定的一系列公约构成。在起草过程中,起草委员曾就劳工问题进行过专题研究,该研究指出,截至1987年12月,英国已经认可70多项国际劳工公约,其中48项适用于香港,中国则通过18项劳工公约。<sup>[14]</sup>部分起草委员建议将国际劳工公约加入第39条中,一方面是为了在宪制层面将国际劳工保护标准纳入香港立法,因为香港当时缺乏完善的劳工政策,而两个人权公约保障的劳工权利较为有限;另一方面是担心在回归后,中国未加入的劳工公约可能存在继续适用的困难。<sup>[15]</sup>实际上,《基本法》第149条已经就香港参加国际劳工组织作出了专门规定,第七章中也规定了特区政府有一定的对外交往权。即使在此情况下,草委还是一致同意将国际劳工公约特别加入《基本法》第39条,这在

[11] 1987年12月基本法起草委员会秘书处《香港特别行政区基本法(草案)》(汇编稿),载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(上),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

[12] 参见陈弘毅:《公法与国际人权法的互动:香港特别行政区的个案》,载《中外法学》2011年第1期。

[13] 参见徐斌:《以基本法吸纳国际人权公约——国家主权视野下的〈香港特别行政区基本法〉第39条立法争议》,载《人权》2018年第3期。

[14] 《中华人民共和国香港基本法(草案)征求意见稿咨询报告(4)——专题报告》,载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(下),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

[15] 《中华人民共和国香港基本法(草案)征求意见稿咨询报告(4)——专题报告》,载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(下),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

一定程度上反映了制定基本法时劳资关系是影响香港经济发展的主要矛盾之一。不过,国际劳工公约的特殊形式决定了香港很难通过单一或专门的立法来实施劳工公约,只能以分散形式在本地立法中加以规定。国际劳工公约与《公民权利公约》《经社文权利公约》形式和性质均不相同,第39条规定的国际公约在香港实施方式必定是多样化的,这也侧面印证了实施国际公约的本地法不可能被赋予优于其他本地立法的地位。

### (三)对权利限制的规定

《香港基本法》第39条的重要性之一在于该条文规定了对基本权利所施加的限制的审查条件和基准,即对权利和自由的限制不得与第1款规定抵触。值得注意的是,在立法讨论的早期文稿中,第2款的规定并非在第39条中,而是在第38条后规定,“香港居民享有香港特别行政区法律规定的其他权利和自由。香港居民享有的权利和自由,除依法律规定外不得限制”。<sup>[16]</sup>立法过程中,一度将“维护国家安全、社会秩序、社会公安、公共卫生、公共道德以及保障他人的权利和自由”等列举在文本中,作为限制权利和自由的条件,起草委员们认为,如果仅规定“除依法律规定外不得限制”,似乎意味着只要通过法律对基本权利加以限制,即是符合基本法的,那么对法律如何限制、限制的程度本身并无要求。所以,起草过程中曾尝试在其中加入限制的目的条件,期望对立法进行适当审查。<sup>[17]</sup>

1988年,在针对基本法草案征求意见的过程中,有起草委员指出,《公民权利公约》中规定的权利有不同的分类,其中部分权利并不能因列举条件而被克减,而且所列举的条件范围较为含糊。<sup>[18]</sup>即使是可被限制的权利,但在公约中被限制的条件也不尽相同,《经社文权利公约》的实施方式更是应与《公民权利公约》有别,所以,在1990年提出的正式草案中最终将权利限制的条件删除,以39条第2款的方式规定不得与国际人权公约抵触。

综上所述可以看出,首先,立法者大多同意基本权利并非是绝对的,而是可以被限制的,但各类型权利被限制的条件以及审查的标准是不同的。再者,立法者已经意识到通过基本法重述所有的人权公约权利并没有必要,但这并不意味着对这些权利的保护会有所减损。而且,“依法律限制”并不是唯一的条件,该法律本身的正当性也应当被审查。然而,起草委员们并未对审查主体、审查框架、审查标准等问题达成初步共识,国际人权公约未来如何在特区实施在起草基本法时还是未决的状态。

## 三、《香港基本法》规定的权利体系与国际人权公约

### (一)基本权利的权利主体

《香港基本法》第三章(第24条至第42条)中基本权利主体的规定是较为明确的,大部分条款直接以授权型方式规定权利主体是香港居民,<sup>[19]</sup>如第32条规定“香港居民有信仰的自由”。仅有第26条将选举权和被选举权的权利主体限定为香港永久性居民,以及第40条规定的权利主体为“新界”

[16] 《香港特别行政区基本法起草委员会香港居民的基本权利和义务专题小组的工作报告》,载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(上),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

[17] 从1987年12月秘书处整理的基本法草案开始,条文将这一限制移至两个人权公约的规定之后,但依然保留了列举限制的法定条件的方式。

[18] 1988年10月基本法咨询委员会《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿咨询报告(1)》,载李浩然编:《香港基本法起草过程概览》(上),生活·读书·新知三联书店(香港)有限公司2012年版。

[19] 《香港基本法》第24条界定了香港居民的内涵,并将香港居民分为永久性居民和非永久性居民。

原居民。不过,《香港基本法》第 41 条也规定,在香港特区内的非居民也“依法享有”第三章规定的权利和自由;也就是说,即使在香港特区的短暂性访客也可以通过第 41 条享有香港居民的基本权利。不过,特区法院对第 41 条的“依法享有”进行了解释。终审法院在 *Gurung Bahadur* 案<sup>[20]</sup>和霍春华案<sup>[21]</sup>的判决中指出,非居民和居民所享有的基本权利是不同的,对非居民权利的限制要看具体的情况,在法律规定情况下限制是可能被允许的。

## (二)基本法权利与基本权利

与大多宪法性法律相似,《香港基本法》不仅在第三章专章规定了基本权利(fundamental rights)条款,其他章节也分散规定了权利条款,如在总则第 6 条中规定了私有财产权。由此可见,基本法权利与基本权利并非同一概念,这与我国宪法对基本权利的规定也很相似。宪法第二章规定公民的基本权利,也在其他条文中规定公民权利,如总纲第 13 条规定了公民财产权。那么,财产权在内地宪法学到底是否属于基本权利的范畴?对此,张翔教授指出,从目的解释和体系解释来看,在“人权条款”入宪后,非基本权利章节中规定的权利,如获得辩护权,可以“经由人权条款而被纳入基本权利的范围”。<sup>[22]</sup>

那么,《香港基本法》规定的权利体系又是何种情况呢?由于香港特区沿袭了普通法传统,特区法院仅在案件中对两造的具体争议作出裁决,学界对于基本法权利关系缺乏系统的理论阐述。如果对《香港基本法》其他章节规定的权利加以类型化分析,大致可以包括四种。第一,完全独立于第三章的其他权利,如财产权规定在总则第 6 条和第五章经济制度第 105 条中,第三章并未规定财产权。第二,与第三章规定的权利有一定的逻辑关联性,但又有所区别,如第 137 条规定各类院校享有学术自由,与第三章第 34 条规定的学术自由权利主体不同,但在实践中高校的学术自由不仅包括组织和机制的自由,也包括在高校中的具体居民所享有的学术自由。在具体案件中,极有可能将第 137 条和第 34 条一并适用。第 141 条规定的宗教组织自由与第 32 条规定的宗教自由之间关系也与之类似。第三,虽然未在第三章中规定,但在国际人权公约中规定的权利,如《香港基本法》第 87 条规定的无罪推定在第三章未有规定,但与第 39 条导入的《公民权利公约》第 14 条的权利相同。第四,与第三章规定的权利形成某种体系上的必要联系。这种情况比较复杂,甚至可能是立法者在制定基本法时都无法预见的。例如,第 36 条规定了社会福利权,在孔允明案<sup>[23]</sup>中,终审法院通过解释第 145 条赋予社会福利权以具体内涵。<sup>[24]</sup>

但是否第三章中规定的权利就等同于基本权利,反之则不是呢?在孔允明案中,终审法院直接指

[20] *Gurung Kesh Bahadur v. Director of Immigration*, [2002] 2 HKLRD 775; (2002) 5 HKCFAR 480. 本案当事人是一名尼泊尔公民,以其妻子(永久性居民)受养人的身份居住在香港,受制于逗留期限的规定。在逗留期间内入境时遭扣押,指控其就出生日期作过虚假声明,经审判后宣布无罪。终审法院审理的争议问题在于一名获准逗留的外国人在其逗留期限内离港返回时,入境事务处可否拒绝其进入香港。

[21] *Fok Chun Wa and Another v. The Hospital Authority and Another*, (2012) 15 HKCFAR 409. 本案原告之一是内地公民且为永久性居民的配偶,嫁给香港永久居民后持双程证在香港居留,等待申请单程证的过程中在香港生产。香港医院现有的制度下对不同身份(永久性居民和非香港居民)的产孕收费不同,当事人认为违反了基本法及人权法案中的平等权条款。

[22] 参见张翔:《基本权利的体系思维》,载《清华法学》2012 年第 4 期;另见张翔:《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》,载《华东政法大学学报》2016 年第 1 期。

[23] *Kong Yunming v. The Director of Social Welfare*, (2013) 16 HKCFAR 950. 孔允明是出生在內地的中国公民,与香港永久居民再婚后获发单程证进入香港。其丈夫长期居住公屋且领取综援,该公屋在陈先生病逝后被政府收回,原告丧失在香港生活的必要经济来源,于是向社会福利署提出综援申请。社会福利署拒绝其申请,理由是原告未满足 2004 年综援计划要求的在香港居住满 7 年且在申请前一年在香港连续居住这一条件。

[24] 参见杨晓楠:《对孔允明案判决的解读——兼议香港终审法院的司法态度》,载《中国法律评论》2016 年第 3 期。



出“第36条规定的社会福利权不是一项基本权利,而是一项本质上需要由政府设定规则来决定资格和受益水平的权利”。<sup>[25]</sup>在另一具有标志性意义的案件——希慎案<sup>[26]</sup>中,终审法院指出,基本法权利的保护要取决于对其内容的理解,而不是取决于其所处的章节。希慎案涉及的是对财产权的限制,终审法院认为,并非仅有基本法第三章才赋予权利,其他章节也包含对权利的保护,并列举了《基本法》第87条规定的无罪推定。而且,就上文对其他章节中权利的分类来看,终审法院将财产权与无罪推定相类比似乎有待商榷,因为被推定为无罪的权利可以通过《基本法》第39条导入到第三章基本权利之中,而财产权则与此不同。希慎案的另一重要之处在于终审法院使用比例原则的框架对财产权的限制进行了审查,在回归后第一次将三步骤的比例原则框架加入了第四步,即在所保护的利益和受侵害的权利之间加以平衡。不过,终审法院似乎并不认为加入权衡步骤的原因是因为财产权的属性,而是认为香港的比例原则应当有所发展。所以,高等法院上诉庭在2020年作出的《禁止蒙面规例》相关判决中,也依据四步骤的比例原则审查了对言论自由、集会自由的限制。<sup>[27]</sup>总之,终审法院对“基本权利”这一概念的理解更倾向于理论性的分类,似乎取决于该权利与主体的内化程度,这种分类反而可能会给基本权利的概念带来更大的不确定性。<sup>[28]</sup>

此外,在吴嘉玲案中,<sup>[29]</sup>终审法院认为,《香港基本法》第三章的目的是为了保护公民权利,因此根据目的解释的方法,应对第三章规定的基本权利采取宽松解释,保障权利的实现。后又吴恭劭案<sup>[30]</sup>中认为,对于权利的限制应采取狭义解释。如果说“宽松—狭义”解释的方法最终在法理上是源于第三章对于基本权利保护的的特殊性,那么,是否意味着在其他章节权利的解释方法上适用这一方法是缺乏依据的呢?对此,终审法院在希慎案中并未明确说明,指出财产所有权“是明显重要且有很高的宪法价值,反映了基本法保护私有财产权的一般原则”。<sup>[31]</sup>可以理解的是,私有财产权是资本主义的经济基础,规定在《香港基本法》的总则之中,所以,作为将私有财产权解释为一项基本权利也是符合目的解释的。但是,使用何种方式解释基本法其他章节规定的经济社会或其他权利呢?至今法院仍未有具体判决或原则对此加以说明,笔者认为,即使对于基本法规定的非绝对权利使用统一的比例原则框架进行审查,但各类型权利的解释方法和审查强度也并不当然与第三章规定的相同,具体如何解释和审查可能还要由权利本身的性质和案件的事实决定。

### (三)基本法权利与国际人权公约中的权利

《公民权利公约》通过《人权法案条例》被本地化,其中人权法案几乎完全复制了公约适用于香港的条款。《香港基本法》第三章中部分权利与人权法案的权利重叠,部分权利则未规定在人权法案之中。香港终审法院在Bahadur案<sup>[32]</sup>判决中将“香港居民享有的权利和自由”分为三类,也被学界普遍

[25] Kong Yunming v. The Director of Social Welfare, (2013) 16 HKCFAR 950.

[26] Hysan Development Co Ltd and Others v. Town Planning Board, (2016) 19 HKCFAR 372. 本案上诉人认为城市规划委员会作出的规划限制不成比例地侵犯了上诉人依据《基本法》第6条和第105条享有的财产权。

[27] Leung Kwok Hung v. Secretary for Justice, [2020] HKCA 192. 2019年修例风波后,香港出现严重的社会动荡,部分黑暴分子在破坏活动中通过蒙面方式掩盖身份,逃避法律责任。行政长官依据《紧急规例条例》制定《禁止蒙面规例》,当事人对此提出司法复核,认为《禁止蒙面规例》限制了基本法保护的言论自由和平集会权。

[28] 同在孔允明案中,高等法院原讼庭和上诉庭都认为,社会保障权在第三章中规定,因而属于基本权利。

[29] Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315; (1999) 2 HKCFAR 4.

[30] HKSAR v. Ng Kung Siu and Another, [1999] 3 HKLRD 907; (1999) 2 HKCFAR 442.

[31] Hysan Development Co Ltd and Others v. Town Planning Board, (2016) 19 HKCFAR 372.

[32] Gurung Kesh Bahadur v. Director of Immigration, [2002] 2 HKLRD 775; (2002) 5 HKCFAR 480.

接受:(1)基本法与人权法案共同规定的权利;(2)基本法独立规定的权利;(3)仅在人权法案中规定的权利。<sup>[33]</sup>这种分类的目的主要是为了形成稳定的方法论和审查框架,但实际上还有深入研究的空间。

首先,这种分类将第 39 条第 2 款中的“权利和自由”等同于第三章规定的基本权利,对于上文所述基本法权利和基本权利并没有进一步区分。其次,这种分类主要指涉《公民权利公约》的本地化实施——人权法案,《经社文权利公约》和国际劳工公约并没有对应的统一立法。再者,即使人权法案和基本法中均有规定,但两者对权利的界定可能有所不同,是否属于同一权利也存在分歧。例如,《人权法案》第 23 条规定种族、宗教或语言少数团体有享有其固有文化的权利,《基本法》第 40 条仅规定了新界原居民的合法传统权益,对于其他少数团体并未涉及,而且传统权益的范围也远超出文化权利的范畴。<sup>[34]</sup>更为重要的是,基本法第三章对权利的规定方式并不相同:绝大多数权利仅作出授权性规定,如第 26 条规定“永久性居民依法享有选举权和被选举权”;还有部分权利同时规定了权利型规范和义务型规范,如第 29 条规定“住宅和其他房屋不受侵犯”“禁止任意或非法搜查、侵入居民的住宅和其他房屋”;但也有极个别条款规定了对权利的限制条件,如第 30 条规定“除因公共安全和追查刑事犯罪的需要”,不得侵害通讯自由和通讯秘密。此外,人权法案对权利的规定方式也类似,有的权利规定包括限制条件,有的则仅规定了权利条款。总之,《基本法》第 39 条的规定不仅仅是一个连接点,《香港基本法》的司法适用具有多样性特点。<sup>[35]</sup>有鉴于此,可以对第三章规定的权利进行进一步细化,参见表 1。

表 1 基本法第三章权利与国际人权公约权利

| 条款出处              | 具体权利                                                                                              |
|-------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 仅在第三章中规定的权利       | 非永久性居民的旅行自由;生育自由;退休保障;新界居民传统权利                                                                    |
| 第三章和人权法案均规定的权利    | 居留权(永久性居民的出入境自由);平等权;选举权和被选举权;禁止酷刑;住宅自由;婚姻自由                                                      |
|                   | 人权法案规定限制条件:言论、新闻、出版自由;结社、集会、游行、示威自由;工会自由;人身自由;禁止任意或非法剥夺生命;迁徙自由;信仰自由;秘密咨询、诉讼及获得辩护权 <sup>[36]</sup> |
|                   | 基本法规定限制条件:通讯自由                                                                                    |
| 第三章和其他人权公约均规定的权利  | 《经社文权利公约》:工会及罢工,选择职业自由,学术和创作自由;社会福利权;劳工福利待遇<br>国际劳工公约:劳工福利待遇;工会自由                                 |
| 仅在人权法案未在第三章中规定的权利 | 禁止奴役;被剥夺自由人的尊严;不因违约被监禁;禁止驱逐;犯罪与刑罚不溯及既往;人格权;对私生活、名誉及信用的保护;家庭权;儿童权利;少数群体文化权                         |

[33] Simon Young, “Restricting Basic Law Rights in Hong Kong” 34 *Hong Kong Law Journal* 109 (2004).

[34] *Secretary for Justice and Another v. Chan Wah and Others*, 2000 2 HKLRD 880; (2000) 3 HKCFAR 293.

[35] 杨晓楠:《香港基本法的类型化司法适用》,载《法学家》2018 年第 4 期。

[36] 《基本法》第三章结合第 87 条对本权利进行规定,但人权法案的规定更为详尽,两者范围并不相同。



## 四、《香港基本法》第39条的功能

如上所述,《香港基本法》规定了复杂的权利体系,这也给法院适用基本法权利条款进行审查带来了很大的空间。在基本法案件中,法院一般先会确定基本法规定的权利是否存在以及是否对权利构成限制或侵害,大多数的权利并不是绝对的,基本法允许政府在一定条件下对权利进行限制;所以,要进而审查对权利的限制或侵害是否被允许及是否是正当的。如果仅有上述权利条款的规定,并不能裁定该限制是否是正当的,所以,正如在立法过程中讨论的,第39条制定的目的就是为了权利能够真正得到保障,所以说,与基本法第三章的其他条款相比,第39条的功能是重要而特殊的。

### (一) 导入功能

美国《宪法》中的第一至第八修正案在制定时仅限制联邦权力,并未将州作为义务主体,对州行使治安权并无限制。但在第十四修正案通过后,联邦最高法院通过解释十四修正案中的正当程序条款,<sup>[37]</sup>建立了“融合理论/导入原则(incorporation doctrine)”,认为州也负有保护公民基本权利的义务,从而依据权利法案对州行为进行审查。<sup>[38]</sup>这种导入功能让第十四修正案在美国宪法权利体系中有特殊的地位,《香港基本法》第39条的功能也与此相似。

#### 1. “权利和自由”的导入

《香港基本法》第39条第1款规定了国际人权公约适用于香港的规定继续有效,通过特区法律实施,这一规定导入了三个国际人权公约,并进一步导入了实施三个人权公约的本地立法。如上所述,由于《经社文权利公约》和国际劳工公约的本地化实施方式与《公民权利公约》不同,所以第39条最直接的效果就是导入了香港人权法案,形成基本法与人权法案共同适用的案件类型。<sup>[39]</sup>与美国联邦法院长期以来存在的理论争议相比,香港特区法院似乎毫不犹豫地采取了全部导入原则,<sup>[40]</sup>这是因为《基本法》第39条的文义和立法原意都较为清晰,法院将第39条第1款的规定理解为香港人权法案和其他相关立法,仅对其他实施《经社文权利公约》和国际劳工公约的立法范围解释是较为模糊的。

因此,杨艾文教授总结人权法案有两个宪法上的重要意义:一是将《公民权利公约》适用于香港的部分内容融入本地法;二是规定了香港居民享有的权利和自由范围。<sup>[41]</sup>也就是说,第39条导入性功能的第一个面向就是解释了“通过香港特别行政区的法律予以实施”和“权利和自由”的具体内涵。应该注意的是,这种解释性功能并不当然地赋予国际人权公约或人权法案本身超越其他本地立法的效力,而只是一种功能主义的视角,阐释了《香港基本法》条文的内涵。对于上述《香港基本法》和《人

[37] 第十四修正案第一部分包括“任何州不得经过正当程序剥夺任何人的生命、自由和财产(nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law)”,其中“自由”的内涵是比较宽泛的,可以包括权利法案中的权利。

[38] 布莱克法官(Justice Black)建议使用全部导入原则(total incorporation),将所有权利法案中的权利都列入州义务的范围,但这一观点未被采纳,最高法院采取的是选择性导入原则(selective incorporation),但逐渐也导入了几乎大部分权利法案中的权利。See *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, 4th Edition, Wolters Kluwer, 2013, p. 536; Richard Boldt & Dan Friedman, “Constitutional Incorporation: A Consideration of the Judicial Function in State and Federal Constitutional Interpretation” 76 *Maryland Law Review* 309 (2017); Louis Henkin, “‘Selective Incorporation’ in the Fourteenth Amendment” 73 *Yale Law Journal* 74 (1963)。

[39] 杨晓楠:《香港基本法的类型化司法适用》,载《法学家》2018年第4期。

[40] *Swire Properties Ltd v Secretary for Justice*, (2003) 6 HKCFAR 236。

[41] Simon Young, “Restricting Basic Law Rights in Hong Kong” 34 *Hong Kong Law Journal* 115 (2004)。

权法案》均规定的权利,比较两者的规定,赋予权利以更多的保护。不过,终审法院认为,如果《香港基本法》条文对权利的保护足够宽广,如通讯秘密,则无需由人权法案来解释。<sup>[42]</sup>

由此,《香港基本法》第三章构成了一个完整的基本权利保障体系,第24条规定权利主体(香港居民)的范围,第25条至第37条规定具体的权利,第38条规定基本权利和一般法律权利之间的补充关系,第39条规定一般法律对基本权利限制的边界。通过第39条的规定,构成了一个“适用条件—行为模式—法律后果/救济”三段式的整合性逻辑结构,这也是普通法上“无救济则无权利”原则在基本权利保护上的体现。

## 2.“限制”的导入

就对权利的限制而言,第39条规定需要满足两个条件:(1)“依法规定”(prescribed by law);(2)“不得与第一款规定抵触”的解释。也就是说,如果对居民的权利和自由构成限制的话,必须符合依法规定的形式要件,同时要满足该条第1款规定的实质要件。

第一,就形式要件而言,尽管在第39条第2款规定需要“依法”,人权法案规定权利限制的条款也会规定“法定”(established by law),<sup>[43]</sup>“法律所规定”或“经法律规定”(provided by law),<sup>[44]</sup>“依法判定”(in accordance with law),<sup>[45]</sup>“依法律”(prescribed by law),<sup>[46]</sup>“依法律规定”(in conformity with law)。<sup>[47]</sup>可见,这些条文使用的具体用词有细微差异,但特区法院并未在判决中认为这种用词上的差异会带来何种适用上的不同,反而使用同一解释框架将“依法”解释为“法律须为确定”原则。在岑国社案中,<sup>[48]</sup>当事人指出“公职上行为不当”是一项普通法下的罪行,认为该罪行规定太模糊、不确定、含义不清,不符合基本法的要求。对此,终审法院援引了欧洲人权法院、加拿大联邦最高法院的判决,认为“依法规定”不仅仅是要求以法律的形式,法律本身还需要满足精确性的要求。在《禁止蒙面规例》相关的上诉判决中,上诉庭法官将法律的精确性原则阐释为两部分:人们可以获知该法律,该法律具有可预期性。<sup>[49]</sup>“法律必须为充分地易懂可解,意思是法律要足够地向身处某情况的人显示何等法律适用于该情况,使该人可自行(或如有需要,在寻求相关意见后)规管本身的行为。另外,根据确立已久的原则,法律所需的精确度因应有关法律的文意和背景情况而各有不同。”<sup>[50]</sup>这种精确性要求行政行为的权力有可以预期的界限,不能是武断或任意的,法律也能给予受损的权利一定的救济。终审法院这一理解是基于对上文提及的“宽松—狭义”解释的方法,对权利的限制进行狭义解释,保障权利的实现。

此外,特区法院对“法(律)”(law)并未采用狭义的理解,也就是说并非仅限定为制定法,法院认为对于上述精确性要求而言,本质要高于形式,上述岑国社案中所涉法律即为普通法原则,法院认为可以满足“法(律)”的要求。法院将这种方法称为“整体性原则”(holistic approach),法院会综合考虑

[42] *Koo Sze Yiu and Another v. Chief Executive of the HKSAR*, 2006 3 HKLRD 455; (2006) 9 HKCFAR 441.

[43] 《人权法案》第5条人身自由。

[44] 《人权法案》第8条迁徙自由、第16条表达自由。

[45] 《人权法案》第9条驱逐出境。

[46] 《人权法案》第15条信仰自由、结社自由。

[47] 《人权法案》第17条和平集会权。

[48] *Shum Kwok Sher v. HKSAR*, [2002] HKLRD 793; (2002) 5 HKCFAR 381.

[49] *Leung Kwok Hung v. Secretary for Justice*, [2020] HKCA 192.

[50] *Shum Kwok Sher v. HKSAR*, [2002] HKLRD 793; (2002) 5 HKCFAR 381, para 89.

法律条文、实施方式以及司法监督的有效性等众多因素判断是否符合精确性。<sup>[51]</sup>在孔允明案中,上诉人提出限制其社会保障权的主要是行政规范性文件而非法律,终审法院认为,这些行政规则“可被市民知晓,统一适用,受制于行政上诉程序”,而且是透明、可预期的标准,并且制定过程和立法机关有密切联系,所以,可以满足“依法”限制的要求。<sup>[52]</sup>不过,在梁国雄案中,行政长官依据《香港基本法》第48条的授权颁布关于秘密监听的《执法(秘密监察程序)命令》,当事人认为依据行政命令不属于“依照法律的程序”(legal procedures)。<sup>[53]</sup>高等法院原讼庭夏正民法官认为,《基本法》第30条的“依照法律程序”并不是指有法律授权机关的程序,而是指该程序本身需要是由法律规定的。夏正民法官区别了 Keith J. 法官在海外公务员协会案<sup>[54]</sup>中对《基本法》第48条第7款“依照法定程序任免公职人员”的解释,认为基本法条文中的同一语词在不同语境下可以有不同解释,为了维持原有的公务员任免制度,可以把行政命令理解为一种“法定程序”,但当作为对基本权利进行限制的要求时,约束内部人员的行政命令则不符合《基本法》第30条中“法定程序”的要求。<sup>[55]</sup>这种解释的差异也是源于法院使用了“宽松—狭义”的解释方法。总而言之,“依法”限制意味着权利人明确得知其权利受到限制,受到何种限制,如何对行为作出预测,实现法律调控的可预期性功能。

第二,就实质要件来看,第39条第2款“不得与第一款规定抵触”的规定导入了人权法案对权利的限制要求。如上表1所示,在人权法案和基本法第三章均规定的权利中,仅有通讯自由的限制是由基本法规定的,人权法案并未对此限制作出限定,其他权利的限制都规定在人权法案之中。终审法院在2005年的梁国雄案中再次厘清了对于和平集会权利的限制需要符合人权法案中的条件——“必要性”原则,而必要性原则就意味着比例原则(相称性验证标准)框架的导入:合法目的的存在,限制与合法目的有合理联系,限制不得超过为达到目的之所需。<sup>[56]</sup>而且,终审法院还认为,在人权法案已经列明限制目的的情况下,这一目的范围是穷尽式列举,不可以因为其他目的限制基本权利。<sup>[57]</sup>就梁国雄集会案中的和平集会权而言,人权法案规定的合法目的是“国家安全或公共安宁、公共秩序、维持公共卫生或风化、或保障他人权利自由”。《公民权利公约》及人权法案对不同权利的限制规定不同,如第3条“任何人不得施以酷刑或以残忍、不人道或侮辱之处遇或惩罚”是一项绝对权利,并不可以被施以限制;结社自由与和平集会权的限制目的相同,与此相比,思想宗教自由少了“国家安全”,迁徙自由和表达自由的限制条件少了“公共安宁”,但表达自由增加了“他人名誉”的条件。对于“必要性”的理解,终审法院在吴恭劭案<sup>[58]</sup>中已经说明,仅对必要性原则作一般的文义解释,并不解释为“迫切

[51] Chee Fei Ming v. Director of Food and Environmental Hygiene and Another, [2020] 1 HKLRD 373; Leung Kwok Hung v. Secretary for Justice, [2020] HKCA 192.

[52] Kong Yunming v. The Director of Social Welfare, (2013) 16 HKCFAR 950.

[53] Leung Kwok Hung and Another v. HKSAR, HCAL107/2005, Feb. 9, 2006 (古思尧监听案一审).

[54] The Association of Expatriate Civil Servants of Hong Kong v. The Chief Executive, 1998 1 HKLRD 615.

[55] Leung Kwok Hung and Another v. HKSAR, HCAL107/2005, Feb. 9, 2006 (古思尧监听案一审).

[56] Leung Kwok Hung and Another v. Chief Executive of the HKSAR, FACC1/2005, [2005] 3 HKLRD 164, (2005) 8 HKCFAR 229; 本案当事人在遮打花园聚集准备游行,警方要求上诉人按照法定程序通知警方,遭拒绝,集会在和平情况下进行,终审法院审理争议涉及《公安条例》用以规管公众游行的法定计划是否符合基本法,警务处处长所赋予的为维持“公共秩序”而限制和平集会权利的法定酌情权是否因广泛和不确定而违反基本法。详细分析在另文阐述,在此不赘述,参见杨晓楠:《对孔允明案判决的解读——兼议香港终审法院的司法态度》,载《中国法律评论》2016年第3期。

[57] Leung Kwok Hung and Another v. Chief Executive of the HKSAR, FACC1/2005, [2005] 3 HKLRD 164, (2005) 8 HKCFAR 229.

[58] HKSAR v. Ng Kung Siu and Another, [1999] 3 HKLRD 907; (1999) 2 HKCFAR 442.



的社会需要”(pressing social need),如果对自由的限制是有限性且符合比例的,则符合这一要求。对于必要性要求而言,香港法院再次导入《基本法》第39条第1款的国际人权公约在香港的实施情况,对必要性进行了分层,也就是说,必要性不是一个固定的原则,而是一个依照权利性质确定的弹性谱系,终审法院在希慎案中将其称为“合理必要性原则”(reasonable necessity),以区分严格必要性原则(strict necessity)。<sup>[59]</sup>在合理必要性原则下,存在一种更小侵害的手段并不必然导致该限制是不正当的,而是说该限制没有超过合理的必要性。<sup>[60]</sup>所以,在上文立法历史的阐释部分已经说明,基本法起草者正是考虑到各项权利的限制条件不同,最终将文本规定为“不得与本条第一款规定抵触”。可见,第39条的限制导入性功能符合立法者的原意,以此实现对基本权利的保障。

### 3. 在其他的权利审查中比例原则框架的导入

如上所述,如果说通过导入人权法案的规定进而确定比例原则的审查框架是在立法者的讨论范围内的,那么将这一框架导入审查对其他权利的限制则是香港法院的创造性适用。终审法院首次在Bahadur案<sup>[61]</sup>中说明了第39条在解释基本法规定但人权法案未规定的权利中的作用,第39条的第一个条件依法律规定适用于仅规定于基本法的权利,但第二个条件表面上看起来是不适用于这些权利的,因为人权法案中未规定这一权利,就不会存在与人权法案的规定冲突,但如果把第二个条件排除,似乎就意味着不再有任何实质性的限制了。终审法院认为,对这些权利的限制审查是自治性的限制审查(autonomous restriction analysis),也就是说法院最终会根据对基本法的解释,权利的实质考查这种限制是否是符合《基本法》第39条规定的。Bahadur案是第一个适用仅规定于基本法的权利的判决,所以法院尚未对其方法论进行深入阐述。如上所述,在后来的孔允明案,法院将比例原则的框架引入社会保障权的审查中;在希慎案又将三步骤比例原则延伸至四步骤比例原则,审查对财产权的限制,最终成为香港法院权利限制审查的最新原则。可以看出,在这一过程中,特区法院运用宽松方法解释了《基本法》第39条,把人权法案的审查框架一步步地导入非人权法案权利的案件中,形成了基本法适用的统一方法论。<sup>[62]</sup>

### (二)排除功能

在2019年的Comilang案中,上诉人Comilang是不具有香港居留权的菲律宾人,但她的未成年孩子是香港永久性居民,她申请延长留港期限以便照顾她的孩子,但被入境事务处处长拒绝,Comilang认为入境事务处处长的这一决定侵犯其基本法、国际人权公约下多项维护儿童和家庭的权利。<sup>[63]</sup>终审法院在判决中认为,第39条第2款规定的限制不得与第1款相抵触并不是意味着与国际人权公约本身相抵触,而是与国际人权公约适用于香港的规定相抵触。《香港人权法案条例》第11条规定,“对于无权进入及停留于香港的人来说,本条例不影响管限这些人进入、逗留于及离开香港的出入境法例,亦不影响这些法例的适用”。这一规定排除了人权法案在出入境管治法律上的适用,由于公约保留或本地化过程中的限制条款,第39条起到了排除公约适用于这些案件的作用。不过,这

[59] Hysan Development Co Ltd and Others v. Town Planning Board, (2016) 19 HKCFAR 372.

[60] Hysan Development Co Ltd and Others v. Town Planning Board, (2016) 19 HKCFAR 372; Fok Chun Wa v. Hospital Authority, (2012) 15 HKCFAR 409.

[61] Gurung Kesh Bahadur v. Director of Immigration, [2002] 2 HKLRD 775; (2002) 5 HKCFAR 480.

[62] 参见 Michael Ramsden, “Using the ICESCR in the Hong Kong Courts” 42 Hong Kong Law Journal 839 (2012); 杨晓楠,《对孔允明案判决的解读——兼议香港终审法院的司法态度》,载《中国法律评论》2016年第3期。

[63] Comilang Miagros Tecson and Another v. Director of Immigration, (2019) 22 HKCFAR 59.

种排除并不是完全或者毫无条件的,在 *Ubamaka* 案中,上诉人因贩毒在香港被捕并服刑 16 年,政府在其出狱后颁布离境令预将其遣返,上诉人指出若遣返回尼日利亚将会受到《人权法案》第 3 条禁止的不人道待遇。<sup>[64]</sup>对此,终审法院认为,《人权法案》第 3 条规定的不得被施以酷刑或不人道待遇的权利并不会因为其不是相关居民而被排除。

第 39 条除了排除因缔约保留或未被本地化的公约权利之外,对于《基本法》第 41 条解释也有一定的排除性作用。第 41 条规定香港特区境内的香港居民以外的其他人,依法享有第三章香港居民的权利和自由。终审法院在 *Rbani* 案<sup>[65]</sup>中认为,非居民的权利并非与居民的权利和自由完全一致,非居民的权利和自由受到法律的限制,是“依法”享有的,所以,出入境法对非居民权利的限制并不与《基本法》第 41 条相冲突,终审法院得出这一结论主要也是依据第 39 条第 1 款的规定,认为人权法案对《公民权利公约》的保留排除了第三章权利对非居民的适用。

这两种排除功能在 *Comilang* 案中看起来相互依存密切联系,但却又有不同。前一种是通过第 39 条第 1 款完全排除了第 2 款对限制的审查,这种排除的法理不仅适用于人权法案的保留,也适用于《经社文权利公约》和国际劳工公约未被有效本地化的权利。后一种排除功能则将基本法第三章规定的权利体系作出了进一步的分层,通过主体将权利类型化:香港居民的权利和非香港居民的权利,实际上对这两类权利的限制并非保持同一的审查标准。香港是一个人口密度较高的都市型法域,特区法院意图通过这种区分保持香港本地社会福利的可持续发展,所以,对《基本法》第 39 条的解释在这个意义上也是很重要的。

## 五、结语

香港回归 23 年来,《香港基本法》为香港居民的权利和自由提供了最重要的保障,这与当年立法者对《基本法》第 39 条条款的设计及香港法院在案件审理中的运用密不可分。近日通过的《香港国安法》再次强调,香港特区维护国家安全应当尊重和保障人权,依法保护香港居民根据《基本法》和《公民权利公约》《经社文权利公约》适用香港的规定所享有的言论、新闻、出版、结社、集会、游行、示威等权利和自由,因此,充分阐释《香港基本法》第 39 条的立法历史,分析第 39 条的文义以及特殊功能,对于香港特区的权利保障法律体系研究意义重大。

(责任编辑:马长山)

[64] *Ubamaka Edward Wilson v. Director of Immigration and Another*, (2012) 15 HKCFAR 743.

[65] *Ghulam Rbani v. Secretary for Justice and on behalf of the Director of Immigration*, (2014) 17 HKCFAR 138. 本案上诉人为巴基斯坦公民,曾触犯逾期留港的罪行,因最后一次逾期留港被判监禁 7 个月。刑满释放后,入境事务处处长将其行政羁留,并发出遣送离境令,但由于上诉人依据《禁止酷刑公约》提出呈请,后离境令被撤销。上诉人在获释后以非法拘禁为由起诉入境事务处处长,要求获得赔偿。