

“一国两制”下 香港“外籍法官”的角色演变

林 峰*

摘 要 自香港成为英国殖民地开始,“外籍法官”一直都是其司法体系的重要组成部分。本文旨在探讨过去的一百七十多年间“外籍法官”角色之演变,具体包括对香港法治的实质贡献以及象征意义。透过对殖民地时期和回归后“外籍法官”角色的详细分析,本文指出“外籍法官”对香港的作用与重要性,已从殖民地早期的实质贡献,逐渐演变为主要具有象征意义。如今,在实质贡献方面,虽然“外籍法官”仍有一定的重要性,但并非不可被“本地法官”所取代。就其象征意义而言,文章认为,在中国建设法治国家的过程中,在香港社会以至国际社会眼中,“外籍法官”的存在仍相当重要。当中国法治国家治理体系全面确立之后,“外籍法官”在香港的历史使命将正式结束。

关键词 外籍法官 本地法官 一国两制 香港特别行政区 法治

引 言

自 1843 年香港成为英国殖民地开始,“外籍法官”一直都是香港司法体系的一个重要组成部分,并在香港社会担当着非常重要的角色。就“外籍法官”的含义而言,无论是香港的宪制性文件——《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(下文简称《基本法》)还是任何其他本地立法都没有作出明确的定义。香港本地司法机构人员协会(Local Judicial Officers' Association)的会章规定,任何法官,只要是以本地待遇招聘的,又或是与香港有密切联系的,不论其国籍,

* 香港城市大学法律学院教授。作者特别感谢城市大学校长特别批准的研究基金。

都被视为“本地法官”。〔1〕该定义把从外国直接以本地待遇聘用但与香港没有任何实质联系的法官也视为“本地法官”。该定义虽然从平等待遇的角度看有一定的合理性,但是从对香港本地情况或者法律了解的角度来看,则并不合理。因此本文只采用该协会对“本地法官”定义的第二类,即凡与香港有实质联系的法官都被视为“本地法官”。〔2〕其他与香港没有实质联系的法官则被视为“外籍法官”。

本文旨在探讨自香港开埠至成为已有十八个年头的香港特别行政区这过去的一百七十多年间,“外籍法官”在香港不同时期所扮演的角色之演变,具体包括对香港的法制和法治所作出的实质贡献以及对香港法治所具有的象征意义这两种角色。透过对殖民地时期和香港回归后作为特别行政区期间“外籍法官”所扮演角色的详细分析,本文指出“外籍法官”对香港的作用与重要性,已从殖民地时代早期的实质贡献,逐渐演变为现在主要对香港法治所具有的象征意义。如今,在实质贡献方面,虽然“外籍法官”目前对香港仍有一定的重要性,但已经并非不可被“本地法官”所取代了。就其所具有的象征意义而言,对回归后的香港仍然具有非常重要的作用。文章指出,在中国建设法治国家的过程中,香港司法机构保留聘用部分“外籍法官”的传统,在香港社会以至国际社会眼中,都具有相当重要的象征意义。不过,当中国法治国家治理体系全面确立之后,“外籍法官”在香港的历史使命便会正式结束,届时香港便不需要再聘用“外籍法官”了。

一、“外籍法官”在香港开埠初期至日治时期所担当的角色

香港从成为英国殖民地开始至回归之前,其司法机构一直主要由外籍人士组成。这与英国于1841年占领香港之后,迅速把英国的普通法及相应的司法制度引入香港有关。〔3〕早在1841年2月1日,香港正式成为英国殖民地之前,英国驻华全权钦使兼商务总监查尔士·义律(Charles Elliot)及驻远东舰队支队司令伯麦(J.J. Gordon Bremer)联合发布的公告已经规定,虽然香港的本土居民可继续由乡村长老以中国法律、风俗、习惯管治,但他们同时亦受制于英国派驻当地的裁判官。〔4〕同年4月30日,威廉·坚伟上尉(Captain William Caine)被委任为香港首位首席裁判官。〔5〕另外,在1843年1月4日,英国的枢密院颁发了一个命令,把

〔1〕 S. Y. Yue et al., “Judiciary ‘Faces State of Crisis’”, *South China Morning Post*, 29 June 1993, p.8.

〔2〕 至于如何定义实质联系,本文认为在香港享有《基本法》第24条所规定的永久居留权是一个比较好的选择。

〔3〕 See Peter Wesley-Smith, *The Sources of Hong Kong Law*, Hong Kong University Press, 1994, pp.87-89.

〔4〕 See James William Norton-Kyshe, *The History of the Laws and Courts of Hong Kong: From the Earliest Period to 1891*, Vol. I, Vetch and Lee Limited, 1971, pp. 5-6.

〔5〕 *Ibid.*, at 6.

香港撤除于广东的刑事及海事法院的管辖范围,并在香港设立其专属法院。^{〔6〕}之后,英国政府于同年4月5日颁布皇家特许状(Royal Charter),宣布香港正式成为英国的殖民地,^{〔7〕}并委任砵甸乍爵士(Sir Henry Pottinger)为首任香港总督(港督)。翌年,香港的立法机关更透过颁布《最高法院条例》(Supreme Court Ordinance)(1844年第15号条例),把英国的法律全面引入香港。^{〔8〕}

以上事件充份阐明了当时的香港确有必要委任熟悉英国法律的法官。而由于香港是英国的殖民地,因此英国政府透过殖民地法律服务部(Colonial Legal Service)^{〔9〕}委任或直接委派英国的法律界人士到香港的司法机构任职,就变成了顺理成章的安排。例如,香港首任最高法院首席大法官^{〔10〕}(Chief Justice)晓吾(John Walter Hulme)和首位最高法院司法常务官^{〔11〕}(Registrar of the Supreme Court) Robert Dundas Cay 便是由英国政府指派来香港的。

开埠初期的香港法院并不独立于行政或立法机关,法官同时担任行政和立法机关成员的情况非常普遍。例如,威廉·坚伟上尉在担任首席裁判官的同时,兼任行政机关和立法机关的成员。^{〔12〕}另外,当时的首席裁判官需要同时兼任警察首长(Superintendent of Police)。最高法院首席大法官晓吾也同时被委任为立法机关的成员。^{〔13〕}事实上,当时的香港行政和司法并无清晰的区分,最明显的例子是在1844年3月4日刑事法庭设立之时,当时的港督砵甸乍爵士和护理总督德己立(Lieutenant-Governor Major-General D'Aguilar)同时担任该法庭的法官。^{〔14〕}由于砵甸乍和德己立都从未接受过正式的法律教育和训练,因此这种由港督和护理总督兼任法官的做法很快就证明彻底失败,并令大部分香港本地居民对法院失去信心。^{〔15〕}就连砵甸乍本人亦认为让具法律专业知识和资格的人担任法官会更为合适。^{〔16〕}

即使在香港的最高法院于1845年10月1日成立之后,首任最高法院首席大法官晓吾在任期间亦受到当时的港督戴维斯爵士(Sir John Francis Davis)的肆意行政干预,甚至因拒绝在一些案件中按戴维斯的指示判案而被免职。^{〔17〕}不过,他坚持维护司法独立的做法获得英

〔6〕 Norton-Kyshe, supra note 4, p.18.

〔7〕 Norton-Kyshe, supra note 4, pp.20-23.

〔8〕 Wesley-Smith, supra note 3, p.89.

〔9〕 殖民地法律服务部的工作大致可分为三大类:司法、政府法律工作,以及在不同英国殖民地负责一些特定法律工作的职位(例如:司法常务官等)。See Charles Jeffries, *The Colonial Empire and Its Civil Service*, Cambridge University Press, 1938, pp. 143-144.

〔10〕 当时被称为“首席按察司”。

〔11〕 当时在香港被称为“经历司”。

〔12〕 Norton-Kyshe, supra note 4, p.33.

〔13〕 Ibid., at 49.

〔14〕 Norton-Kyshe, supra note 4, p.37.

〔15〕 Norton-Kyshe, supra note 4, p.39.

〔16〕 Norton-Kyshe, supra note 4, p.39.

〔17〕 Norton-Kyshe, supra note 4, pp.128, 137, 140, 159-160.

国政府的肯定,并最终得以复职。^[18]

由于香港始终是一个中国人的社会,当英国法律最初被引入香港之时,很多人都质疑这个做法是否合适。不过,事实证明了英国的普通法及相应的司法制度不单成功地被移植到香港,而且更有效地令当时充满动乱、没有法律可言、司法机构人员公然贪污的香港,改变为一个基本上公正有序、有法可依的社会。^[19]在这一点上,“外籍法官”可谓居功至伟。

无可否认,在香港的普通法及相应的司法制度的设立及发展过程中,“外籍法官”一直是担当着重要支柱的角色。我们不难想象,要把普通法这一被视为外国产物的东西引入香港这一片以华人社会为主的中国土地,是一项何等艰巨的任务。普通法之所以能成功被移植到香港,确实在很大程度上有赖“外籍法官”的努力和贡献。特别是在殖民时代初期,当大部分本地中国人都对英国的法律和法制毫无认识的时候,要以英国的法律管治他们就更加困难。另外,正如上文所提及,行政干预司法的情况在殖民时代初期不时发生。幸好当时的英国政府支持维护司法独立,赢得了本地中国人的信任,从而亦有助于把普通法及相应的司法制度成功移植到香港。由此,我们可以看到“外籍法官”在那个时期对香港所作出的实质贡献。至于在象征意义方面,聘用外籍人士出任香港法院的法官,也在很大程度上给了外来经商的人士一定的信心,令更多的外国人来香港经商。^[20]香港法院聘用“外籍法官”的传统,从那时起正式开始,除了在二战时期日军侵占香港期间停止之外,一直沿用至回归之前。

二、从1945年英国光复香港至1997年香港主权回归之前 司法机构本地化以及“外籍法官”的角色

(一) 司法机构本地化政策及其落实

在开埠首三十多年间,香港的法官全为外籍人士担任。直至1880年,伍廷芳成为首位获司法机构聘用的华人,担任署巡理府(Acting Police Magistrate)一职。^[21]但这只是少数的例外。事实上,自成为英国殖民地之后至日军侵占香港之前,港英政府普遍起用外籍人士出任公务员及司法机构人员,造成公务员队伍中非本地人士占大多数、歧视本地公务员等问题出现,引起香港华人社会的不满。为了改变这种外籍人士垄断政府职位的情况,在1945年英国光复香港之后,港英政府正式推行公务员本地化政策。^[22]

[18] Norton-kyshe, supra note 4, p.199.

[19] Norton-kyshe, supra note 4, p.e.

[20] Norton-kyshe, supra note 4, p.ix.

[21] Linda Pomerantz-Zhang, *Wu Tingfang (1842-1922): Reform and Modernization in Modern Chinese History*, Hong Kong University Press, 1993, p.58.

[22] 参见香港首位华人女裁判官崔志英的著作, Marjorie Chui, *Justice Without Fear or Favour: Reflections of a Chinese Magistrate in Colonial Hong Kong*, Ming Pao Publications, 1999, p.6.

在公务员本地化政策推出后的三十年间,港英政府从未认真切实推行。^[23] 在司法机构人员本地化方面,最明显落实有关政策的,就只有李福善分别于1966年及1971年获委任为首名华籍地方法院^[24](District Court)法官和首名华籍高等法院(High Court)法官。^[25] 当时大部分的司法机构职位,仍由外籍人士担任。这种情况,到首席大法官贝理士爵士(Sir Geoffrey Briggs)于1976年委任约翰·奥利佛(John Oliver)为最高法院司法常务官(Registrar of the Supreme Court)之后,才开始出现少许改变。^[26] 例如,1976年崔志英成为首位获香港司法机构聘用的华人女性。^[27] 另外,在该年的75名法官及裁判官中有16名为华人,其中有13人是约翰·奥利佛在任期间获聘用的。^[28] 1979年的纪录显示,当年地方法院的法官当中只有2人为华人。^[29] 由此可见,当时司法机构聘用本地华人的政策主要是在裁判署推行。可惜的是,这样较大规模实行的司法机构本地化工作在首席大法官贝理士爵士于1979年离任之后似乎停止了。

二十世纪80年代初,港英政府开始筹备香港主权移交,可算是香港司法机构本地化的一个重要契机。港英政府早已了解香港缺乏本地人出任法官,以及聘用华人法官(特别是能以粤语审案的法官)的必要性。^[30] 但要解决缺乏“本地法官”的问题并不容易,其主要原因是由于在工作经验要求和年龄方面能符合资格被聘用为法官的华人本就不多,再加上有关人士需要有以粤语审案,因此合格的人数就更少。鉴于这个现实情况,港英政府曾尝试放宽要求。自1981年起,招聘法官的广告就列出,即使未能符合最少10年执业资格和年龄最小40岁这些对法官一般要求的人士,亦可申请成为法官。^[31] 法官的聘用要求在1984年更改为只需最少5年执业资格和年龄最小30岁。^[32] 纵使这样降低要求,成效仍不理想。陈弘毅于1985年发表的一篇文章中指出,粗略统计当年超过80%的香港法官、裁判官和其他司法机构人员,都是外籍人士。^[33] 政务司司长^[34](Chief Secretary)钟逸杰(David Akers-Jones)指

[23] “Magistrate admitted to hospital”, *South China Morning Post*, 11 July 1976, p.10.

[24] 即现时的区域法院。

[25] “Simon Li, the First Chinese to Act as Chief Justice Dies Aged 91 Surrounded by Family in Hospital”, *South China Morning Post*, 28 February 2013. 李福善于1984年成为首位华人获委任为上诉庭副庭长。另外,他于80年代更成为首位华人获委任为署理首席按察司(Acting Chief Justice)。

[26] *Supra* note 23.

[27] Chui, *supra* note 22, pp. 2, 41.

[28] Chui, *supra* note 22, p.6.

[29] Chui, *supra* note 22, p.41.

[30] Daniel Chung, Matthew Leung and Wong Wing-hang, “Bid for More Locals in the Judiciary: Legco Meets”, *South China Morning Post*, 10 April 1986. 由于香港绝大部分居民的母语为粤语,因此回归后的香港法院,必须有能以粤语审案的法官以迎合社会的需要。

[31] *Ibid.*

[32] Chung, *supra* note 30,

[33] Albert H. Y. Chen, “1997: The Language of the Law in Hong Kong”, 15(1) *Hong Kong Law Journal*, 25 (1985).

[34] 当时被称为“布政司”。

出直至1986年4月1日,在145名法官及裁判官中,只有35人以本地待遇聘用。^[35]需要注意的是,正如本文引言部分指出,在香港公务员招聘中,以本地待遇获聘用的并非一定是本地人。因此这35名司法人员中可能包括了一些不懂粤语的外籍人士。与其他级别的法院相比,最基层的裁判署^[36](Magistracy)是处理最多牵涉普罗市民(尤其是低下阶层、不懂英语的人士)的案件的法院。因此,裁判署对“本地法官”的需求,较其他法院大。不过,直至1987年9月为止,在60名裁判官中,只有约10位为本地人。^[37]至于高等法院,当时亦只有2名“本地法官”。由此可见,级别越高的法院,落实司法人员本地化的成效越差。^[38]如果与1976年相比,我们更发现华人法官的数目,无论在实际人数又或是百分比方面,都呈现下跌的情况。

落实司法机构本地化政策的真正转折点,是1988年港英政府打破过去147年的传统,在当时只有30%以本地待遇聘用的司法机构人员中,委任杨铁梁为首位华人首席大法官。但是杨的华人身份,却引起了一些“外籍法官”的批评,指他之所以获委任为首席大法官,纯粹是因为港英政府为了筹备回归而要落实公务员本地化政策之结果。^[39]纵然受到这些抨击,基于香港回归后的长远利益和实际需要,作为香港这个以“外籍法官”占大多数的司法机构的首位本地华人首席大法官,杨上任后仍马上宣布落实司法人员本地化是其任内主要目标。^[40]但另一方面,他亦深明当时面对的实际情况,所以他亦指出,由于香港的法院在未来的一段时期仍需要聘用外籍人士担任法官,因此为司法机构本地化订下一个时间表是不切实际的。^[41]

虽然杨具有雄心壮志,但他却未能在任内成功落实法官本地化的目标。1991年,上诉庭的9位法官中,除杨自己之外,其余8人全为外籍人士;在20名高等法院法官中,只有3人以本地待遇聘用;在32名地方法院法官中,只有10人以本地待遇聘用。^[42]同年,司法机构更在没有提供解释的情况下,聘用了两名“外籍法官”。^[43]这事件清楚显示,直到回归前不久,港英的司法机构并没有放弃聘用外籍人士担任法官的做法。

[35] Hong Kong Hansard, 9 April 1986, p.972.

[36] 现称裁判法院。

[37] Simon Macklin, “A Third of HK’s Magistrates Missing, But Boycott Denied”, *South China Morning Post*, 25 September 1987, p. 1.

[38] Lindy Course, “Judge in Book Row Expected to Resign”, *South China Morning Post*, 25 November 1988, p.1.

[39] Emily Lau, “The government reneges on High Court appointment”, 148(18) *Far Eastern Economic Review*, 18 (3 May 1990). 杨铁梁担任首席按察司一职8年,直至1996年因要参加第一届香港特别行政区行政长官选举而辞职。

[40] Simon Macklin, “Lawyers wary of judiciary”, *South China Morning Post*, 23 May 1988, p.3.

[41] Simon Macklin, “Snaps Hit Judiciary Hopes for Extra staff”, *South China Morning Post*, 7 November 1988, p.3; Berry Fong—Chung Hsu, *The Common Law System in Chinese Context: Hong Kong in Transition*, M.E. Sharpe, Inc., 1992, p.121.

[42] Jennifer Cooke, “Cash Allowance Lure for Local Judges”, *South China Morning Post*, 26 June 1991, p.1.

[43] Lindy Course, “Cost—Cutting to Hit Magistrates”, *South China Morning Post*, 14 October 1991, p.1.

(二) 香港法院缺乏“本地法官”的原因

正如上文提及,港英政府早在二十世纪 50 年代已经推出司法机构本地化政策,并在 1984 年《中英联合声明》签署后尝试采用不同方法落实有关政策。但即使到 1997 年回归前,进展仍差强人意。到底原因何在?

1. 缺乏合资格担任法官的本地人才

大部分人都认为,香港法院缺乏“本地法官”的主要原因是香港缺乏合资格担任法官的本地人才。由于香港在提供法学教育和法律专业培训方面起步较迟,这个论点有其合理之处。香港的首个法律学院在 1969 年才成立,^[44]因此二十世纪 70 年代之前,香港的所有法律界人士(包括法官、大律师和律师)都是在外国接受法学教育的。由于当时香港并没有太多人能负担到外国留学的高昂费用,所以当时的法律界主要由外籍人士组成。正如上文所述,1981 年之前,在工作经验方面,香港法官的入职资格为最少 10 年执业经验,所以香港本土培训的首批法律系毕业生,最早也要到 1983 年才有资格担任法官。^[45]在 1984 年司法机构放宽执业年资和年龄要求后,符合资格的本地人士才显著增加了。因此,法学教育的迟起步,应该是直接导致香港缺乏具有丰富法律实务经验及双语(英语及粤语)能力的人才担任法官的其中一个原因。^[46]

不过,并非所有人都赞同以上观点。例如,崔志英就曾在其著作中指出,事实上当时并不是没有合资格担任法官的本地人才,因为当时的大律师当中,已经有些人是在英国完成法学教育后回流香港的。^[47]另外,当时很多行内公认非常优秀的本地律师其实都曾表示有兴趣加入司法机构工作,只是没有获法院聘用而已。因此,每当听到首席大法官说不会为了实行司法人员本地化而勉强聘用在各方面都质素欠佳的人士担任法官和裁判官时,这批人都觉得有关说话是对他们的羞辱。^[48]

若在上世纪 80 年代初、中期,上述观点仍能成立的话,那么到 90 年代中期,缺乏合资格担任法官的本地人才这个论点就很难成立了。根据司法机构的年报,1995 年上诉庭有 3 名“本地法官”,而高等法院亦有 8 名华人法官。^[49]因此,要达到 1997 年有 50%的法官是本地人的目

[44] 香港大学法律学院是香港首间法律学院。

[45] 他们需要读三年法律本科加一年法律专业文凭课程才能做见习大律师(barrister,又称讼务律师)和事务律师(solicitor)。

[46] Malcolm Merry, “Not Entirely Legal - Part 55”, *LexisNexis Hong Kong Blog*, 11 October 2012, <http://law.lexisnexis.com/webcenters/hk/Blogs--Analysis/Not-Entirely-Legal---Part-55> (Last accessed 31 May 2015); Frank Ching, “Recruiting Overseas Judges the Right Thing to do For Now”, *South China Morning Post*, 8 May 2013, <http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1232435/recruiting-overseas-judges-right-thing-do-now> (Last accessed 19 August 2015).

[47] Chui, *supra* note 22, p. 21.

[48] Chui, *Supra* note 22, p.20.

[49] *Hong Kong Judiciary 1994-1995*, Hong Kong Judiciary, 1995.

标,只需多聘4名合资格担任法官的本地人士即可。而1996年时香港已有47名御用大律师^[50](Queen's Counsel),^[51]他们均具备担任高等法院法官的资格。因此,很难令人相信到回归前香港仍没有足够本地人才合资格担任法官。

2. 港英政府缺乏诚意落实司法人员本地化政策

香港法院缺乏“本地法官”的主要原因,应该归咎于司法机构缺乏诚意和实际计划去寻找合适的本地人才。^[52]虽然港英政府已制订了本地化政策,但其落实则在很大程度上取决于司法机构采取有效的措施。例如,二十世纪70年代首席大法官贝理士和最高法院司法常务官约翰·奥利佛在任期间,落实本地化的成绩颇为理想。但自罗弼时爵士(Sir Denys Roberts)于1979年接任首席大法官起至80年代末,香港司法机构在行政管理方面出现了重大改变,不单没有继续落实本地化政策,而且还大大降低了司法机构人事管理方面的透明度。从1984年《中英联合声明》签署后,不再让公众以至司法机构人员查阅关于法官和裁判官委任及升迁的数据。^[53]80年代中期,司法机构内获新招聘及升迁的外籍人员的数目更进一步上升,甚至有很多新增的职位,都以外籍人士出任,导致司法机构内90%的高级职位都由外籍人士出任的情况出现。一些本地人认为这是殖民地政府在回归前尽最后努力,为其国民及其他在港的外籍人士,在香港寻求最大利益的举措。^[54]崔在其著作中亦指出,从20世纪80年代开始至90年代初期,司法机构内,即使是在最低级别的裁判署,在招聘人员方面都以外籍人士优先。^[55]1993年,本地司法机构人员协会更公开表示对司法机构在本地化工作方面进度之缓慢非常不满,并作出强烈批评,指除非司法机构加快本地化的工作,否则将会面临一次危机。^[56]

3. 对外籍人士给予优厚待遇及歧视本地人的做法

事实上,殖民时代的香港司法机构对本地人的歧视,在本地司法界广为人知并且已有共识。这亦是70年代余叔韶御用大律师三次拒绝司法机构邀请其成为高等法院法官的原因。^[57]另一名御用大律师冯华健亦曾指出,若非因为司法机构在薪金及福利方面给予外籍人士比本地人士更优厚的待遇,更多本地人士会愿意加入司法机构工作。^[58]除了大律师之外,有些在司法机构内工作的“本地法官”也持有同样的观点。例如,当时任职裁判官的崔指出,同样是被聘用为较低级的法官,但“外籍法官”往往比“本地法官”较快获得晋升机会,很快

[50] 等同于现在的资深大律师(Senior Counsel)。

[51] Hong Kong Bar Association, *Bar List* 1996, Hong Kong Bar Association, 1996.

[52] “Making Justice Seem a Good Career Move”, *South China Morning Post*, 8 October 1991, p.26.

[53] Chui, *supra* note 22, pp.17-18.

[54] Chui, *supra* note 22, p.18.

[55] Chui, *supra* note 22, p.19.

[56] Yue et al., *supra* note 1.

[57] Patrick Yu Shuk-siu, *Tales from No. 9 Ice House Street*, Hong Kong University Press, 2002, p. 22.

[58] “Crisis in the Courts”, *South China Sunday Morning Post*, 19 May 1991, p.43.

便能在司法机构中出任高级职位。^[59]

对于缺少本地人士担任法官这个问题,港督卫奕信爵士(Sir David Wilson)认为是因为一些御用大律师或大律师不愿放弃私人执业所可赚取的可观收入,因此拒绝担任法官。^[60]毫无疑问,法官的收入一般较御用大律师为低,但香港主流的观点认为,令一些本地人不愿加入司法机构的真正原因之一是司法机构对本地人的歧视,与法官收入多少无关。

4. 不明朗的政治和法律环境

主权回归对香港的政治和司法独立的前景所带来的不确定影响,亦是令本地法律界人士不愿意加入司法机构的原因之一。^[61]在1988年,时任香港大律师公会主席的邓国楨御用大律师指出,香港大律师由于对香港的政治前途缺乏信心而不愿意加入司法机构。^[62]其继任大律师公会主席罗吉斯御用大律师在1991年也指出,大律师担忧香港法律制度的未来,也不确定香港在回归中国后能把普通法制度保留到什么程度。^[63]李志喜资深大律师也曾发出以下警告:人们不能理所当然地认为司法独立的理念已经完全扎根于现今政府的脑海里,更不用说未来的政府了。^[64]

5. 反对司法机构本地化的理据

虽然政府1945年就提出了本地化政策,但是政府内部也存在不同的声音。反对司法机构本地化的理据主要有以下几点。首先,司法机构本地化政策的落实,会令香港法律界中的外籍人士,例如印度籍人士和其他少数族裔人士受到歧视。^[65]不过,这个论点只适用于与香港有紧密联系但却被界定为外籍人士的非华裔人士。而本文开始时已指出,这些与香港有密切联系的非华裔人士应该被界定为本地人士,而非“外籍人士”。

其次,有关政策的实施可能会令人们对本地法律制度的信心出现动摇。罗弼时爵士在担任首席大法官时亦曾公开指出“司法机构必须继续以大量外籍人士出任法官,才能维持人们对回归后香港的司法制度的信心”。^[66]虽然这番言论令身为中国籍法官的崔志英觉得被侮辱,^[67]但事实上罗弼时爵士亦有其道理,因为回归前维持公众对回归后香港的信心,是中英政府的首要任务。

再次,他们认为,香港司法机构的业务能力已经属于低下水平,若再实施本地化政策的话,其业务能力会更为人们诟病。不过,无论是法律界还是非法律界的人士都认为,香港司法机构业

[59] Chui, supra note 22, p.21.

[60] Supra note 58.

[61] Supra note 58; Macklin, supra note 40.

[62] Macklin, supra note 40.

[63] Supra note 58.

[64] Supra note 58.

[65] Supra note 58.

[66] Chui, supra note 22, p.22.

[67] Chui, supra note 22, p.22.

务能力低下实应归咎于首席大法官罗弼时爵士在任内擢升了不少法律专业素质不够高的人士担任法官。^{〔68〕}

所以,以上的三个论点当中,只有第二个论点具有一定的合理性。至于第三个论点,则与司法机构本地化无关。相反地,有关问题实际上是由司法机构内出任高层职位的外籍人士,而非本地人所致。

(三)“外籍法官”担当的角色

1945年香港光复之后至70年代,香港的司法机构仍不断发展。例如1953年设立地方法院,其首批三名法官全由外籍人士担任。^{〔69〕}1976年按1975年制订的《最高法院条例》设立高等法院和上诉庭,但首批高等法院和上诉庭法官中,只有一名中国籍的高院法官(puisne judge)。^{〔70〕}由此可见,“外籍法官”在这段期间对香港的法制建设和发展仍起着重要作用。不过,与开埠初期相比,其重要性已降低了。在这段时间内,他们的主要任务是执行法律,而非机构和制度建制。

虽然整体而言“外籍法官”的素质和业务水平都很好,但当中也有少数害群之马,做出损害司法机构声誉的行为。例如,高等法院法官欧德雅(O'Dea)便因被揭露在审案时公然看小说而辞职;^{〔71〕}柏嘉(Barker)法官亦由于其时在哄动一时的佳宁案中,裁定佳宁集团主席及另外五名被告罪名不成立而于1988年辞职。^{〔72〕}他的有关判决中有几处后来被上诉庭裁定在法律上存在错误。^{〔73〕}1996年亦有报道指一名地方法院资深法官试图欺凌负责其审理案件的律师而被降职。^{〔74〕}事实上,司法机构于整个80年代都存在管理不善问题,但这一直都只是司法机构内为人共知的情况。直至90年代,当最高法院司法常务官被揭发不单只干预民事案件的判决,而且亦干预刑事案件审讯时,这司法机构内存在已久的严重问题,才正式向公众曝光。^{〔75〕}最后,在一些民选立法局^{〔76〕}(Legislative Council)议员向政府施压,要求剥夺最高法院司法常务官的行政权力后,问题才得以解决。^{〔77〕}

正如上文提及,香港自二十世纪60年代末开始培养自己的法律人才,所以到了80年代末和90年代,香港的法律界实际上已经有一批由本地培训的律师和大律师有资格担任法官。但

〔68〕 Emily Lau, “Scandals Dog the Colony’s Judiciary: The Wobbly Bench”, 144(16) *Far Eastern Economic Review*, 23 (1989).

〔69〕 “Hongkong District Court: Appointment of Three Judges”, *South China Morning Post*, 21 January 1953, p.6.

〔70〕 “New Court System today”, *South China Morning Post*, 26 February 1976, p.7.

〔71〕 Course, *supra* note 28.

〔72〕 Lulu Yu, “Carrion Trial Judge Takes Botswana job”, *South China Sunday Morning Post*, 11 December 1988, p.1.

〔73〕 *Ibid.*

〔74〕 Chui, *supra* note 22, p.92.

〔75〕 Chui, *supra* note 22, p.92.

〔76〕 即现时的立法会。

〔77〕 Chui, *supra* note 22, p.27.

是由于回归带来的一些不明朗因素、司法机构歧视本地人的做法,都令很多香港人(包括法律界人士)对香港回归后的前景感到渺茫。因此很多本地培训的法律精英都拒绝加入司法机构工作。结果是,回归前“外籍法官”在香港的司法机构仍担当着中流砥柱的角色。他们不单只发挥着肩负起法院工作和香港法律法制发展的实际作用。同时,他们的存在亦成了香港回归后法治和司法独立不受影响的象征,发挥了重要的象征意义。

三、回归后香港的“外籍法官”

即使在回归后,缺乏“本地法官”仍是香港法律界面对的一大难题。回归后首 15 年中,香港司法机构内,特别是较高级别的法院,“外籍法官”的比例仍比“本地法官”为高。^[78] 为了解决“本地法官荒”的问题,回归后的高等法院(包括原讼法庭和上诉法庭)只有从下级法院借调一些“外籍法官”,以及邀请一些已退休的“外籍法官”,短期协助应付法院的审讯工作。^[79] 前高等法院法官王式英更指出,特别在过去十年,很多这样以短期借调形式协助高等法院审案的法官,实际上差不多是长驻高等法院工作。^[80]

不过,这个情况近年已明显改善。2012 年 8 月,司法机构宣布委任 23 名新法官和裁判官,当中几乎所有人都能说中文。因此,有评论认为这是香港司法机构本地化的一个分水岭,从此香港司法机构将会逐渐步向全面本地化的最终局面。^[81] 另外,更有报导指司法机构在招聘法官时,已尝试尽量避免聘请外籍人士。^[82]

至 2015 年 10 月 31 日,除了高等法院首席法官张举能之外,香港上诉法庭的 12 名法官中有 8 名中国籍的法官;原讼法庭的 25 名法官中,有 21 人为中国人;区域法院^[83](District Court)的 37 名法官中,有 31 人为中国人;裁判法院^[84](Magistrates)的 82 名裁判官中,有 80 人为中国人。^[85] 由此可见,司法机构本地化的工作在原讼法庭、区域法院和裁判法院至今已大致完成。即使高等法院(即原讼法庭和上诉法庭),亦只欠 8 名“本地法官”便可达到百分百本地化。^[86] 而

[78] Merry, *supra* note 46.

[79] Merry, *supra* note 46.

[80] William Waung, “Judicial Independence in Hong Kong”, *Standnews*, 5 August 2015, <https://thestandnews.com/politics/judicial-independence-in-hong-kong/> (Last accessed 21 August 2015).

[81] Merry, *supra* note 46.

[82] “工作繁忙条件严格,香港难招募法官”,《南华早报》中文网,2012 年 12 月 31 日, <http://www.nanza.com/tc/hk-macau-tw/14c314778c6d736/gong-zuo-fan-mang-tiao-jian-yan-ge-xiang-gang-nan-zhao-mu-fa-guan>, 最后访问日期:2016 年 5 月 31 日。

[83] 以前的地方法院。

[84] 以前的裁判署。

[85] 参见香港司法机构网页, <http://www.judiciary.gov.hk/tc/organization/judges.htm>, 最后访问日期:2015 年 10 月 31 日。

[86] 需要注意的一点是,该 8 名非本地法官都不是中国籍人士,但他们却可能曾在香港接受法律教育,又或者与香港有密切联系。因此,实际的本地化百分率可能比本文计算为高。

在本地的大律师中,已经有97名资深大律师。^[87]因此,香港缺乏合格的本地法律人才担任法官的论点在今天已经完全没有说服力了,找不到8名本地人加入司法机构的说法也已经不再令人信服。

(一) 回归后香港继续聘用“外籍法官”的法律理据

中英两国政府早于二十世纪80年代已经达成协议,准许回归后的香港司法机构在一定的条件下,让回归前在香港任职的法官和其他司法人员继续留任,以及继续从其他普通法国家聘用外籍人士加入司法机构工作。^[88]这样的安排被形容为是由于香港缺乏具丰富资历的法律人才,而被迫作出的“可理解但不情愿”的安排。^[89]

根据《基本法》的规定,“香港特别行政区终审法院和高等法院的首席法官,应由在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民担任”。^[90]至于终审法院的常任法官,则需要“在香港以大律师或律师身份执业最少10年的大律师”。^[91]《基本法》第92条规定:“香港特别行政区的法官和其他司法人员,应根据其本人的司法和专业才能选用,并可从其他普通法适用地区聘用”。^[92]由上述条文可见,除了对终审法院和高等法院的首席法官的限制之外,对其他司法机构人员,并无任何居留年期或国籍限制。另外,《基本法》第82条明文授权终审法院“可根据需要邀请其他普通法适用地区的法官参加审判”。^[93]换言之,回归后香港法院聘用“外籍法官”的权利得到了香港的宪制性文件《基本法》的保障。

(二) 香港终审法院的“外籍法官”

回归后终审法院取代了英国的枢密院,成为享有终审权的香港法院。因此,在司法机构的众多职位中,最受关注的就是终审法院的法官。

1. 终审法院的组成及非常任法官

终审法院的法官主要由首席大法官以及不少于三名常任法官组成。^[94]虽然有关法律并未有规定常任法官的人数上限,但在过去的18年间,常任法官的人数一直维持为三人。除了首席大法官和三名常任法官之外,根据《香港终审法院条例》第5(2)及(3)条,终审法院可以根据需要邀请香港及其他普通法国家的法官参加终审法院的审判。^[95]这批法官被统称为“非常任法官”,而实践中非常任法官可分为两类,分别为香港本地非常任法官和海外非常任法官。

[87] Hong Kong Bar Association, *Bar List 2015*, Hong Kong Bar Association, 2015.

[88] 这个安排后来写入了《基本法》第93条第一款:“香港特别行政区成立前在香港任职的法官和其他司法人员均可留用,其年资予以保留,薪金、津贴、福利待遇和服务条件不低于原来的标准。”

[89] Ching, *supra* note 46.

[90] 《基本法》第90条第一款;《香港终审法院条例》第6(1A)条。

[91] 《香港终审法院条例》第12(1A)条。这实际上是要求合格人士必须为香港的永久居民,因为根据香港的法律,基本上任何人士不论在回归前或回归后,只要在香港连续居留不少于7年,便能取得香港特别行政区永久居民的身份。关于“香港特别行政区永久居民”的详细定义,参见《入境条例》附表1第2条。

[92] 《基本法》第92条。

[93] 《基本法》第82条。

[94] 《香港终审法院条例》第5条。

[95] 《香港终审法院条例》第5(2)及(3)条。

至于人数方面,条例第 10 条规定:“担任非常任法官职位的人士的总人数,无论在任何时候均不得超逾 30 名。”^[96]从 1997 年 7 月 1 日回归后至 2002 年,香港本地非常任法官的人数一直都比海外非常任法官为多。^[97]但是自 2003 年开始,这个趋势出现扭转,香港本地非常任法官的人数从那时起一直下降。2013 年,终审法院有 8 名香港本地非常任法官和 10 名海外非常任法官;但到了 2014 年,香港本地非常任法官减至 6 人,而海外非常任法官则增加至 12 人;^[98]到 2016 年初,香港本地非常任法官更减至 4 人,而海外非常任法官则减至 10 人。^[99]从 1997 年 7 月 1 日成立至 2016 年初的 18 年多期间,曾担任香港本地非常任法官和海外非常任法官的人数分别为 17 人及 22 人。^[100]一个有趣的发现是,在 17 名香港本地非常任法官中,只有陈兆恺法官和已故的沈澄法官为中国籍人士。

香港终审法院的常任法官、香港本地非常任法官和海外非常任法官人数 (1996—2015 年)^[101]

年 份	常任法官	香港本地非常任法官	海外非常任法官
1996—1998	3	11	6
1999	3	11	6
2000	3	12	9
2001	3	12	9
2002	3	12	8
2003	3	8	10
2004	3	8	9
2005	3	8	9
2006	3	8	11
2007	3	6	10
2008	3	6	10
2009	3	6	13

[96] 《香港终审法院条例》第 10 条。

[97] 例如 1997 至 1998 年间,香港非常任法官人数为 11 人,而海外非常任法官人数则只有 6 人。See *Hong Kong Judiciary Annual Reports*, Hong Kong: Judiciary, [1996—2002].

[98] *Hong Kong Judiciary Annual Reports*, Hong Kong: Judiciary, [2003—2014].

[99] 关于现任终审法院非常任法官的详细资料,参见香港终审法院网页, <http://www.hkcfca.hk/en/about/who/judges/npjs/index.html>, 最后访问日期:2016 年 1 月 26 日。

[100] 关于前任终审法院非常任法官的详细资料,参见香港终审法院网页, <http://www.hkcfca.hk/tc/about/who/judges/former/index.html>, 最后访问日期:2016 年 1 月 26 日。17 名香港本地非常任法官包括已故的沈澄法官(于 1997—2000 年担任常任法官;于 2000 年担任香港本地非常任法官)和烈显伦法官(于 1997—2000 年担任常任法官;于 2000—2015 年担任香港本地非常任法官)。

[101] *Hong Kong Judiciary Annual Reports*, Hong Kong: Judiciary [1996—2014]; 终审法院网页, <http://www.hkcfca.hk/en/about/who/judges/introduction/index.html> (Last accessed 21 January 2016).

2010	3	6	11
2011	3	6	13
2012	3	7	14
2013	3	6	12
2014	3	6	12
2015	3	5	10

截至2016年1月21日为止,香港终审法院共有18名法官,包括一名首席大法官、3名常任法官、4名香港非常任法官和10名海外非常任法官。^[102]

另外,直至目前为止,所有海外非常任法官都是来自英国、澳洲和新西兰这三个普通法国家。正如杨艾文指出,这个做法是从1997年9月,当时的终审法院首席大法官李国能与英国的大法官艾伟仪勋爵(Lord Irvine)达成协议,委任两名在任的英国大法官成为香港终审法院的海外非常任法官开始确立的。有关协议规定,被委任的两名在任英国大法官在退休之后仍继续担任香港终审法院的海外非常任法官。至于来自澳洲和新西兰的海外非常任法官,他们都是在本国退休的大法官。^[103]李国能前首席大法官非常支持这个邀请海外法官担任终审法院非常任法官的做法,并认为邀请到那些知名的海外法官担任非常任法官是香港的荣幸。^[104]

2. 终审法院审判庭的组成

关于终审法院审判庭的组成,不论是《中英联合声明》还是《基本法》,都未对海外非常任法官的人数作出任何规定。当中英联络小组于1991年10月达成协议,规定终审法院审判庭由四名香港常任法官和一名海外法官组成时,香港大律师公会和香港律师会严厉批评这个安排有违《中英联合声明》。^[105]虽然如此,这个4:1的安排最后都维持不变,并被写入后来颁布的《香港终审法院条例》中。虽然《香港终审法院条例》第5条只是说终审法院“可根据需要”邀请香港本地非常任法官和海外非常任法官参加终审法院的审判,^[106]但是其第16条却规定所有上诉至终审法院的案件都必须由以下成员组成的审判庭审理:

(i) 首席法官或根据第(2)款指定代替首席法官参加审判的常任法官;

[102] 香港司法机构网页, <http://www.judiciary.gov.hk/tc/organization/judges.htm>, 最后访问日期: 2016年1月21日。

[103] Simon N. M. Young, Antonio Da Roza and Yash Ghai, “Role of the Chief Justice”, in Simon N. M. Young and Yash Ghai eds., *Hong Kong’s Court of Final Appeal: The Development of the Law in China’s Hong Kong*, Cambridge University Press, 2014, p.231.

[104] “The Chief Justice’s Address at the Opening of the Legal Year”, 11 January 1999, in Simon N. M. Young et al., *ibid.*, at 232.

[105] Lindy Course, “Government ‘Misled by Law Bodies’”, *South China Morning Post*, 4 November 1991, p.1.

[106] 《香港终审法院条例》第5(2)及(3)条。

(ii) 3名由首席法官委派的常任法官;及

(iii) 由首席法官挑选并由终审法院邀请的1名非常任香港法官或1名其他普通法适用地区法官。^[107]

关于第(iii)项,杨艾文指出,在回归后首13年间终审法院审理的上诉案件中,97%是由包括一名海外非常任法官组成的审判庭审理的。他认为这是首任终审法院首席大法官李国能在任期间所确立的一个“惯例”。^[108]

(三) 回归后“外籍法官”在香港的作用

香港的普通法及相应的司法制度一直都在实质意义和象征意义上守护着香港社会最重要的核心价值之一:法治。因此,普通法及相关的司法制度一直为香港社会所珍惜。在香港回归之后,保留香港原有的普通法及相应的司法制度就更为重要。

1. “外籍法官”的象征意义

佳日思曾指出在两种情况下一个国家或者地区的法院需要有“外籍法官”:第一种情况是当地缺乏适合当法官的人才;第二种情况是当地人普遍对“本地法官”不信任。^[109]基于上文的分析,第一种情况目前已不再适用于香港,因此第二种情况似乎是作为香港仍聘用“外籍法官”的一个较为合理的解释。

回归以来,在香港众多政府机构之中,司法机构是具有最高公信力的。^[110]但由于大部分人从没有与法院有任何直接的接触,他们对司法机构的信心主要是来自司法机构以及法官们一直给予公众公正廉明的形象。虽然上文提及香港的“外籍法官”曾发生过的一些丑闻,但整体而言,无论在回归前或回归后,主要由外籍人士组成的香港司法机构都能维持公正廉洁的形象。^[111]不单是香港社会,就连国际社会亦对香港司法机构给予高度的评价,认为它是香港廉洁、公正、法治、司法独立的象征。因此,回归后香港司法机构继续聘用“外籍法官”,有助于增强外国人(尤其是国际投资者和与香港有商贸来往的人士)对香港的信心。^[112]

另外,虽然并没有证据证明“本地法官”的业务能力较“外籍法官”逊色,但是对“外籍法官”的信任程度高于“本地法官”的偏见在香港确实存在。基于这个原因,“外籍法官”一直被视为

[107] 《香港终审法院条例》第16(1)条。

[108] Young et al., *supra* note 103, p. 231.

[109] Yash Ghai, “Themes and Arguments”, in Simon N. M. Young and Yash Ghai eds., *supra* note 103, p. 25.

[110] 参见谭伟强(Waiveung Tam)在著作中引用的两项调查。See Waiveung Tam, *Legal Mobilization under Authoritarianism: The Case of Post-Colonial Hong Kong*, Cambridge University Press, 2013, pp. 85-87.

[111] “Lord Woolf in Hong Kong”, *UCL (University College London) News*, 15 May 2006, <https://www.ucl.ac.uk/news/news-articles/0605/06051501> (Last accessed 21 August 2015).

[112] Simon N. M. Young and Antonio Da Roza, “The Judges”, in Simon N. M. Young and Yash Ghai eds., *supra* note 103, p.263.

是香港承诺继续维护法治和司法独立的象征。而这个象征意义在涉及政府或公营机构的诉讼中尤为重要。正如谭伟强指出,如果市民潜意识中认为法院不会公正审理涉及政府或公营机构的诉讼,那么他们循司法途径解决问题的意欲便会降低。^[113]

在众多“外籍法官”中,终审法院的海外非常任法官对香港维护法治和司法独立的象征意义最为重要。正如一名曾向政府提起司法复核的诉讼人所指出,终审法院的海外非常任法官,加强了他们对法院作出公正判决的信心,因为他们认为在涉及政府的案件中,“本地法官”在作出判决时很可能会倾向作出(又或是受到压力而必须作出)有利政府的判决。所以,他们相信审判庭加入海外非常任法官,可以起到平衡“本地法官”的作用,从而降低不公正判决出现的可能性。^[114]

相对香港本地居民,香港法院继续聘用“外籍法官”的象征意义,对国际社会更为重要。正如终审法院海外非常任法官梅师贤爵士指出:“香港之所以被称为国际金融中心,实在有赖香港法院的廉洁和地位。再者,在香港与中央政府的关系之下,香港法院的判决反映出香港仍能维持是一个法治社会,法院仍以国际认可的司法水平审理案件这两点至关重要。”^[115]

终审法院加入“外籍法官”,不单证明了回归后香港的司法制度仍能与国际社会保持接轨和互动,^[116]而且亦象征着香港的法治和司法独立并未因回归而被削弱。正如律政司司长袁国强所说,终审法院的所有海外非常任法官都是名声显赫的法官,如果香港法院并不享有司法独立,又或是法官们在审理案件时会受到干预,这些知名法官一定不会接受邀请担任终审法院的法官。换言之,他们必定是对香港的法治和司法独立有莫大的信心,才会接受邀请。^[117]

2. “外籍法官”所发挥的实质作用

虽然“外籍法官”对香港法治的象征意义非常重要,但我们亦不应忽略他们对香港的法律制度发展所发挥的实质性贡献。首先,在终审法院中加入海外非常任法官,有助确保在回归后,当英国的枢密院不再是香港法院制度中的最高审判机关之后,香港自己成立的终审法院仍能拥有高法律专业水平的法官,以协助终审法院建立其独有的一套判例制度。正如杨艾文指出,终审法院在挑选加入审理各个案件的海外非常任法官时,都会以那些法官的专长领域作为

[113] Tam, supra note 110, p.70.

[114] Ibid., at 71. 这个观点是2003年因反对政府在维多利亚港进行填海工程而向政府提出诉讼的保护海港协会顾问徐嘉慎提出的。

[115] Hon Sir Anthony Mason AC KBE, “The Common Law in Final Courts of Appeal Outside Britain”, 78 *Australian Law Journal*, 192 (2004).

[116] Melissa Kaye Pang, “Hong Kong as a Base for Doing Business in Mainland China”, *Business Law Today*, June 2013, http://www.americanbar.org/publications/blt/2013/06/01_pang.html (Last accessed 21 August 2015).

[117] “Speech by the SJ at Chatham House in London”, *Hong Kong SAR Government Press Release*, 15 October 2014, <http://www.info.gov.hk/gia/general/201410/15/P201410151108.htm> (Last accessed 21 August 2015). 前高等法院法官王式英亦曾发表过同样的意见。Waung, supra note 80.

考虑因素。例如,苗礼治勋爵(Lord Millett)会被委派审理破产清盘案件或财产案件。^[118] 这样的安排可使终审法院充分利用那些著名法官的专长来为不同类型的案件建立具权威性的判例,从而让下级法院在判案时有先例可循。

由于香港仍是普通法系的一员,因此香港法院的判决亦必须与普通法的一般原则保持一致。海外非常任法官正好能在确保终审法院判决与普通法一般原则相一致方面起到把关的作用。这是他们在香港发挥的第二个重要实质作用。

除此之外,由于“外籍法官”都是来自普通法国家,而每一个普通法国家都有其独特之处,因此“外籍法官”在加入香港法院时,必定会把他们所属国家特有的一套普通法判例,以及他们自身的经验、法律技巧和专长一并带入香港法院。而透过一同工作以及日常分享、交流和互动,他们可以协助“本地法官”丰富他们的法律知识和审判技巧,从而提升香港法院的专业素质。^[119]按前终审法院香港本地非常任法官马天敏(Mr. John Barry Mortimer)所说,海外非常任法官“把国际上以及不同国家、地区的普通法引入香港终审法院”。^[120]大律师罗沛然亦认为,海外非常任法官担负起了联系香港和其他普通法国家纽带的重要作用。^[121]

再者,正如陈兆恺法官所指出,由于在香港有来自不同国家和民族的人士在这里生活和工作,基于这些“外籍法官”自身的背景,他们可以更好地回应外籍诉讼人的司法诉求,因此法院聘用“外籍法官”是合理和必须的。^[122]

虽然上文分析了“外籍法官”对香港法律体系发展所作出的众多实质贡献,但我们必须检视这样一个问题:他们的角色是否可由“本地法官”所取替?如果我们回顾香港近三十年本地法律体系的发展,我们会发现从1991年《香港人权法案条例》制订之后,本地的大律师和法院在处理案件时不单要适用香港本地的法律,而且还要比较不同普通法法系,甚至欧洲国家和国际性的法律和案例。回归之后,由于《基本法》规定香港法院在判案时可以参考其他普通法国家的案例,^[123]因此他们更要更深入地研究美国、加拿大、澳洲、新西兰、南非等不同普通法法系的案例。^[124]虽然要面对这项艰巨任务,但本地的大律师和各级法院的法官一直都表现胜任,并在过程中不断累积宝贵的经验。事实上,引用不同国家的案例已经成为香港大律师和法

[118] Young et al., supra note 112, pp. 263–264.

[119] 葛峰:“听陈兆恺法官细数香港法治往事”,载智合东方网, <http://zhihedongfang.com/article-1805/>,最后访问日期:2016年5月25日。

[120] Young et al., supra note 112, p.264.

[121] P.Y. Lo, “Hong Kong’s Two Constitutional ‘Outsiders’”, *Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, 1 February 2013, <http://www.icconnectblog.com/2013/02/hong-kongs-two-constitutional-outsiders/> (Last accessed 21 August 2015).

[122] 葛峰,见前注[119]。

[123] 参见《基本法》第84条。

[124] “国旗案”充分反映了这个情况。See *HKSAR v. Ng Kung Siu and Another* (1999) 3 HKLRD 907; (1999) 2 HKCFAR 442.

官处理案件时的惯常做法,所以他们可以说是世上对不同普通法法系具有最深认识的一群人。因此,笔者认为,上文提及“外籍法官”对香港法律体系发展所作出的实质贡献,如今已经可以由香港本地的法官取代了。

另外,终审法院审判庭的本地常任法官和海外非常任法官的比例为4:1。这决定了本地常任法官的决定才是案件最后结果的关键。而且,笔者在查阅了从1997年回归之后至2015年底为止的所有有海外非常任法官参与审理的终审法院的案件,只有一个海外非常任法官在一个案件中作出过异议判决(dissenting judgment)。除此之外,在所有其他案件中,海外非常任法官都同意终审法院多数法官的判决。这一点可以解读为他们对本地常任法官的决定——特别是那些案件中大多数“本地法官”的判决——非常有信心,并认为有关判决的质素符合他们本身所属国家的司法系统要求的判决水平,否则,以他们的声望和地位,一定不会支持任何他们不认同的判决。

四、总结

本文详细分析了从十九世纪40年代香港开埠到现在,“外籍法官”在不同时期对香港法治的象征意义和实质贡献。笔者认为在今天的香港,“外籍法官”所能发挥的实质作用,已完全可以由香港本地的法官所取代。然而他们对香港法治的象征意义,相信在可预见的未来仍然非常重要。

另外,香港本地及海外的法律界人士都清楚知道,香港的“本地法官”和“外籍法官”一样具有很强的业务能力。但是,香港的普罗大众和外国人对“本地法官”缺乏深入认识。就外国人而言,他们很自然地会把香港的“本地法官”与中国内地的法官混为一谈。再者,媒体的报导亦会很大程度地直接影响他们对“本地法官”和司法制度,以及对香港的法治和司法独立的信心。例如当国务院于2015年发布《“一国两制”白皮书》时,就由于《白皮书》中把香港法官视为“治港者”,并要求他们“爱国爱港”而在中港两地,特别是民主派和建制派之间,引起了一场激烈的政治争拗。民主派人士和香港一般市民都担心这样的描述是在暗示中央政府将会干预甚至削弱香港的法院和法官一直享有的司法独立。关于这场争拗,香港终审法院海外非常任法官、英国最高法院(Supreme Court)院长廖柏嘉勋爵(Lord Neuberger)曾发表个人意见,认为根本不需要对《白皮书》的有关内容存有任何忧虑。^[125] 笔者曾在另一篇文章中指出,由于廖柏嘉勋爵的地位,他的这番言论,比香港或中国内地任何学者或官员不断重复保证香港的法治和司法独立不会被削弱的声明,能更有效地消除成千上万香港普罗大众以及国际社会和外国普通

[125] Stuart Lau, “No Need to Fear Beijing’s White Paper, Says Top British Judge Lord Neuberger”, *South China Morning Post*, 26 August 2014, <http://www.scmp.com/news/hong-kong/article/1580878/no-need-fear-beijings-white-paper-says-top-uk-judge-lord-neuberger> (Last accessed on 31 October 2015).

市民对香港法治未来的忧虑。^[126] 基于上述原因,笔者认为在中国建设法治国家的过程中,香港的“外籍法官”,尤其是终审法院的海外非常任法官,仍会对香港的法治有重要的象征意义。而在中国的法治国家治理体系全面确立之后,香港就可以不再需要聘用“外籍法官”了。

Abstract: Foreign judges have always played an important role in Hong Kong ever since it became a colony of the United Kingdom. This article aims at examining the evolution of the roles played by foreign judges in more than 170 years from the colonial period to its present status as a Special Administrative Region in China. The article will show that the importance of their practical roles versus symbolic roles has changed over the years from having more practical importance in the early days to having more symbolic importance nowadays. It argues that the symbolic roles of foreign judges have been important after Hong Kong's change of sovereignty and will remain important so long as Hong Kong's host state, China, has not developed into a fully-fledged rule of law state. While the practical roles of foreign judges are still important, they are not irreplaceable. The day China becomes a rule of law state will be the day on which it will no longer be necessary to have foreign judges in Hong Kong.

Key Words: Foreign Judges; Local Judges; “One Country, Two Systems”; Hong Kong Special Administrative Region; Rule of Law

(责任编辑:章永乐)

[126] 林峰:“《香港特别行政区基本法》的落实状况(2014)”,载李林、禾田编:《法治蓝皮书—中国法治发展报告(2015)》,社科文献出版社2015年版,页77—78。