

### สถานะทางกฎหมายของดินแดนฮ่องกงในปัจจุบัน

จากการศึกษาในบทที่ 1 และบทที่ 2 พบว่าอังกฤษเข้าครอบครองดินแดนฮ่องกงตามสนธิสัญญา 3 ฉบับ คือ สนธิสัญญานานกิง ค.ศ. 1842 สนธิสัญญาปักกิ่ง ค.ศ. 1860 และสนธิสัญญาปักกิ่ง ค.ศ. 1898 ทำให้อังกฤษมีความชอบธรรมที่จะปกครองดินแดนฮ่องกงเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาต่อไปว่า ตามกฎหมายระหว่างประเทศและธรรมนูญการปกครองปัจจุบัน ดินแดนฮ่องกงมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

#### 3.1 สถานะทางกฎหมายของดินแดนฮ่องกงตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของดินแดนฮ่องกงตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีปัญหาที่จะต้องศึกษาว่าดินแดนฮ่องกงมีสถานะเป็นรัฐ (State) หรือไม่

ตามกฎหมายระหว่างประเทศรัฐจะต้องประกอบด้วยประชากร (Populations) ที่มาอาศัยอยู่ร่วมกันในดินแดน (Territory) ที่มีอาณาเขตแน่นอน มีการจัดตั้งรัฐบาล (Government) ขึ้นทำหน้าที่ปกครองประชากรในดินแดนนั้นและมีอำนาจอธิปไตย (sovereignty) เป็นของตนเองไม่ขึ้นกับรัฐอื่น หรืออีกนัยหนึ่งรัฐบาลมีอิสระที่จะดำเนินกิจการภายในดินแดนและมีความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศได้ด้วยตนเอง ซึ่งอำนาจอธิปไตยหรือความมีอิสระ เป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะวินิจฉัยว่าดินแดนนั้นมีสถานะเป็นรัฐ

หรือไม่<sup>1</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าวในการตอบปัญหาข้างต้น ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาว่าดินแดนฮ่องกง มีรูปแบบใดและมีความสามารถในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือไม่

### 3.1.1 รูปแบบของดินแดนฮ่องกง

ดินแดนของรัฐอื่นที่อังกฤษได้มาโดยการยกให้ (cession) การชนะสงคราม (conquest) หรือการผนวกดินแดน (annextion) ดินแดนนั้นเป็นดินแดนที่อังกฤษยึดครอง (British possession) และเป็นดินแดนที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของกษัตริย์อังกฤษ (crown) ดินแดนดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า ดินแดนในปกครอง (colony) หรือดินแดนที่ไม่มีเอกราช (dependent territory) ในการปกครองดินแดนในปกครองกษัตริย์อังกฤษจะให้ Letters Patent, Royal Instructions และ Orders in Council ให้เป็นธรรมนูญการปกครองเพื่อเป็นการวางรากฐานการปกครองโดยกฎหมาย<sup>2</sup> (Rule of Law) ธรรมนูญการปกครองที่อังกฤษให้แก่ดินแดนในปกครองโดยหลักแล้วจะกำหนดให้กษัตริย์อังกฤษมีอำนาจแต่งตั้งผู้ว่า (Governor) หัวหน้าที่ปกครองโดยจะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำ

---

<sup>1</sup> Bengt Broms, "State" in Mohammed Bedjaoui ed. International Law : Achievements and Prospects, (Paris : UNESCO 1991), pp 43 - 45.

Luzius Wildhaber, "Sovereignty and International Law" in R.St.J. Macdonal and D.M. Johnson eds. The Structure and Process of International Law : Essay in Legal Philosophy Doctrine and Theory, (Netherlands : Martinus Nijhoff 1986), pp. 436 - 437, 440.

<sup>2</sup> J.M. Finnis, "Commonwealth and Dependencies," Halsbury's Laws of England, vol 6 (London : Butterworth 1974), pp.321, 323 - 324, 473.

ของรัฐบาลอังกฤษหรือ Colonial Office หรือ Foreign and Commonwealth Office มีการจัดตั้งสภาบริหาร (Executive Council) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ให้คำแนะนำในการบริหารแก่ผู้ว่า แต่ผู้ว่าไม่มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าว มีการจัดตั้งสภานิติบัญญัติ (Legislative Council) ขึ้นทำหน้าที่ตรากฎหมายใช้บังคับในดินแดนในปกครอง กฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ตราโดยกษัตริย์อังกฤษหรือรัฐสภาอังกฤษไม่ได้ เพราะอังกฤษมีกฎหมาย คือ A British Act of Parliament กำหนดให้กฎหมายที่ตราโดยกษัตริย์อังกฤษ และรัฐสภาอังกฤษ ซึ่งมีผลใช้บังคับในดินแดนในปกครองมีสถานะสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติ เมื่อสภานิติบัญญัติพิจารณาผ่านร่างกฎหมายฉบับใดแล้ว ร่างกฎหมายฉบับนั้นจะยังไม่มีสถานะ เป็นกฎหมายจนกว่าผู้ว่าจะให้ความเห็นชอบ นอกจากนี้ กษัตริย์อังกฤษยังทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบกับกฎหมายที่ผู้ว่าให้ความเห็นชอบเป็นกฎหมายแล้วได้ สำหรับสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาบริหาร ในช่วงแรกกษัตริย์อังกฤษหรือผู้ว่าตามคำแนะนำของกษัตริย์อังกฤษเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง และจะพัฒนาต่อไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ อังกฤษจัดตั้งศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ศาลดังกล่าวไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีถึงที่สุด (final adjudication) คู่ความจะต้องอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี (The Judicial Committee of the Privy Council) ในอังกฤษให้ทำการพิพากษาคดีจึงจะถึงที่สุด ประธานผู้พิพากษาและผู้พิพากษาอาวุโสจะถูกแต่งตั้งโดยผู้ว่าตามคำแนะนำของกษัตริย์อังกฤษ ส่วนผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ของศาลจะถูกแต่งตั้งโดยผู้ว่า<sup>3</sup> ขั้นตอน

---

<sup>3</sup> Albert H.Y.Chen, "From Colony to Special Administrative Region : Hong Kong's Constitutional Journey" in Raymond Wacks ed. The Law in Hong Kong (1969 - 1989), (Oxford University Press 1989), pp. 77 - 79.

Peter Wesley - Smith, "The Present Constitution of Hong Kong" in Peter Wesley - Smith and Albert H.Y.Chen eds. The Basic Law and Hong Kong's Future, (London : Butterworth, 1988), pp. 9 - 10.

ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจอธิปไตยของดินแดนในปกครองอยู่กับกษัตริย์อังกฤษ กษัตริย์อังกฤษเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยผ่านผู้ว่าราชการประจำที่จะทำการปกครองดินแดนในปกครองตามคำแนะนำของสภาบริหารและสภานิติบัญญัติซึ่งมีสมาชิกมาจากการแต่งตั้งทั้งสิ้น ร่างกฎหมายที่ผ่านสภานิติบัญญัติแล้วจะต้องให้ผู้ว่าให้ความเห็นชอบก่อนจึงจะมีสถานะเป็นกฎหมาย แม้ผู้ว่าจะให้ความเห็นชอบกับร่างกฎหมายแล้วก็ตาม กษัตริย์อังกฤษยังทรงมีพระราชอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบกับกฎหมายดังกล่าวได้อีกด้วย นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีถึงที่สุด ลักษณะดังกล่าวประชาชนในดินแดนในปกครองไม่ได้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้นดินแดนในปกครองจึงไม่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง

เมื่ออังกฤษได้ปกครองดินแดนในปกครองไประยะหนึ่งแล้ว อังกฤษจะจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>4</sup> (unofficial members) โดยอาจจะคัดเลือกจากรายชื่อของกลุ่มบุคคลที่มีความสำคัญกับดินแดนในปกครอง เช่น หอการค้า (chamber of commerce) สหภาพการค้า (trade unions) หรือเลือกตั้งโดยอ้อมจากสภาท้องถิ่น (regional councils) หลังจากนั้นจะค่อย ๆ พัฒนาให้มีจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัตินี้มากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกสภานิติบัญญัติทั้งสภา เพื่อให้สภานิติบัญญัติมีสถานะเป็น representative legislature ในขณะที่สภาบริหารซึ่งแต่เดิมมาจากการแต่งตั้งทั้งสิ้นจะถูกลดจำนวนลงโดยจัดให้มีสมาชิกที่มาจาก การเลือกตั้งเข้ามาแทนที่และใช้ระบบเสียงข้างมาก (majority vote) ในการกำหนดนโยบายของรัฐบาล สภาบริหารดังกล่าวมีสถานะเป็น semi-responsible government เมื่อดินแดนในปกครองอังกฤษมีสภานิติบัญญัติและสภาบริหารอยู่ในสถานะดังกล่าวข้างต้นแล้ว อังกฤษจะจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปจากประชาชนตามหลัก one man - one vote เข้ามาเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อ

4 สมาชิกสภานิติบัญญัติของดินแดนในปกครองมี 2 ประเภท คือ สมาชิกที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (official members) ซึ่งจะมาจากการแต่งตั้งของผู้ว่า และสมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (unofficial members) สมาชิกทั้งสองประเภทมีความเสมอภาคกัน

ดินแดนในปกครองมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยและพรรคการเมือง (political parties) ที่ได้รับเสียงข้างมากจะทำการจัดตั้งรัฐบาลขึ้นเพื่อรับผิดชอบการปกครองต่อจากอังกฤษ ราชอาณาจักรไทยที่เคยบังคับอยู่เหนือยอดเสาธงในดินแดนในปกครองจะถูกชักลงจากยอดเสาและชักธงชาติของรัฐบาลใหม่ขึ้นแทนที่ซึ่ง เป็นสัญญาณว่าการปกครองของอังกฤษในดินแดนในปกครองได้สิ้นสุดลงและดินแดนในปกครองจะกลายเป็นรัฐเอกราช<sup>5</sup> (independent state) ทำการปกครองตนเองต่อไป

หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับดินแดนฮ่องกงภายหลังจากอังกฤษเข้าปกครองดินแดนฮ่องกงและประกาศว่าดินแดนฮ่องกงเป็นดินแดนในปกครอง<sup>6</sup> (colony) ในการปกครองกษัตริย์อังกฤษได้มอบ Letters Patent และ Royal Instructions ให้เป็นธรรมนูญการปกครอง มีผู้ว่าซึ่งแต่งตั้งโดยกษัตริย์อังกฤษเป็นผู้รับผิดชอบในการปกครอง มีการจัดตั้งสภาบริหาร สภานิติบัญญัติและศาล ในที่นี้จะเน้นศึกษาการพัฒนาการเฉพาะสภาบริหารกับสภานิติบัญญัติเท่านั้น เพื่อให้เห็นว่าดินแดนฮ่องกงมีพัฒนาการจนถึงขั้นเป็นรัฐเอกราชหรือไม่ในช่วงแรกสมาชิกของสภาบริหารและสภานิติบัญญัติของแต่ละสภามี 3 คน เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยผู้ว่าเป็นผู้เสนอชื่อให้กษัตริย์อังกฤษเป็นผู้แต่งตั้ง<sup>7</sup> ในปี ค.ศ. 1850 มีการขยายจำนวน

---

<sup>5</sup> Norman Miners, "The Normal Pattern of Decolonization of British Dependent Territories" in Peter Wesley - Smith and Albert H.Y.Chen eds. The Basic Law and Hong Kong's Future, (London : Butterworth 1988), pp. 44 - 48.

<sup>6</sup> รายละเอียดโปรดดู First Charter - Letters Patent 5 April 1843, Treaty of Peking 1860, Treaty of Peking 1898 ภาคผนวก

<sup>7</sup> G.B. Endacott, Government and People in Hong Kong 1842 - 1962 (Hong Kong : Hong Kong University Press 1964), P.22.

G.B.Endacott, A History of Hong Kong, (Hong Kong : Oxford University Press 1973),P. 37.

สมาชิกสภานิติบัญญัติที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น 5 คน และเพิ่มสมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐอีก 2 คน ซึ่งเป็นพ่อค้าชาวอังกฤษและในราวปี ค.ศ. 1880 เริ่มมีการแต่งตั้งพ่อค้าชาวจีนเข้ามาเป็นสมาชิกแทนพ่อค้าชาวอังกฤษที่ลาออกไป นับเป็นจุดเริ่มต้นที่ชาวจีนเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครอง ต่อมาภายหลังได้มีการกำหนดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งและเพิ่มสมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น 5 คน โดยสมาชิก 2 คนจะถูกคัดเลือกจากสภาหอการค้าฮ่องกงโดยกษัตริย์อังกฤษเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง ในปี ค.ศ. 1894 มีความพยายามที่จะให้มีการเลือกตั้งสมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจากบุคคลในบังคับอังกฤษในดินแดนฮ่องกงแต่ถูกคัดค้านจากอังกฤษเนื่องจากไม่ต้องการให้ชาวจีนเข้ามามีเสียงข้างมากและจะทำให้ชาวอังกฤษมีเสียงข้างน้อย ในปีเดียวกันนั้นได้มีการเลือกตั้งสมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและมาซึ่งชาวจีนเข้าเป็นสมาชิกสภาบริหาร จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1926 จึงมีชาวจีนเข้าเป็นสมาชิก 8 การพัฒนาการดังกล่าวสมาชิกของสภานิติบัญญัติและสภาบริหารไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ดินแดนฮ่องกงจึงยังไม่อยู่ในสถานะที่เป็น representative legislature และ semi - responsible government

การพัฒนาการขั้นที่สองเกิดขึ้นหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง อังกฤษมีนโยบายที่ต้องการให้ดินแดนในปกครองปกครองตนเอง<sup>9</sup> (self - government) โดยมีการเสนอให้สภานิติบัญญัติมีสมาชิกที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ 7 คน สมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ 11 คน โดย 7 คน เลือกตั้งโดยตรงจากคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง อีก 4 คนมาจากการเสนอชื่อของผู้ว่า ข้อเสนอดังกล่าวเป็นความพยายามของอังกฤษที่ต้องการจะให้ดินแดนฮ่องกงมีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรงจากคนฮ่องกงหรือ

<sup>8</sup> Norman Miners, "Plans for Constitutional Reform in Hong Kong 1946 - 1952" China Quarterly, 107 (1986) : 463 - 465.

<sup>9</sup> O.H.Phillips and P. Jackson, O.Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law, (London : Swett & Maxwell 1987), P.734.

ชาวฮ่องกงเพื่อให้มีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครอง ซึ่งเป็นการวางรากฐาน การปกครองระบอบประชาธิปไตยและเป็นการพัฒนาการอีกขั้นหนึ่ง เพื่อให้เป็น semi - representative legislature และ quasi-ministerial system ข้อเสนอดังกล่าว ได้รับการคัดค้านจาก Sir Mark Young ผู้ว่าในขณะนั้นเนื่องจากมีแผนการที่จะพัฒนาสภาพท้องถิ่น แต่สภานิติบัญญัติได้มีมติคัดค้านแผนการดังกล่าวและเสนอให้มีการปฏิรูปสภานิติบัญญัติ โดยกำหนดให้มีสมาชิกที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ 6 คน สมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ 11 คน โดยเลือกตั้ง 6 คน แต่งตั้งโดยผู้ว่า 5 คน ในขณะที่สภาบริหารไม่มีการเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลง ข้อเสนอดังกล่าว Sir Alexander Grantham เห็นชอบและเสนอคุณสมบัติของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งเพิ่มเติมว่าต้องเป็นบุคคลานับดับอังกฤษ มีความรู้ (literate) และมีอายุตั้งแต่ 25 ปีขึ้นไป แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าข้อเสนอเหล่านี้ไม่ได้นำมาปฏิบัติเพราะ เกิดสงครามกลางเมืองจีนแผ่นดินใหญ่ระหว่างพรรคก๊กมินตั๋งกับพรรคคอมมิวนิสต์จีน ปรากฏว่า พรรคคอมมิวนิสต์จีนเป็นผู้ชนะสงครามขับไล่พรรคก๊กมินตั๋งไปอยู่ที่เกาะไต้หวัน และเข้ายึดครองแผ่นดินใหญ่จีน ทว่าให้รัฐบาลดินแดนฮ่องกงขณะนั้นเกรงว่าจะเกิดปฏิกิริยาจากรัฐบาลใหม่ของ จีน<sup>10</sup> ในที่สุดแล้วดินแดนฮ่องกงก็ยังคงไม่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาบริหาร จึงทำให้สภานิติบัญญัติและสภาบริหารยังไม่มีสถานะเป็น representative legislature และ semi-responsible government

การพัฒนาการขั้นที่สามเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1980 เมื่อรัฐบาลดินแดนฮ่องกงได้พิมพ์ เผยแพร่ Green Paper : A Pattern of District Administration in Hong Kong และในปีต่อมารัฐบาลดินแดนฮ่องกงได้จัดพิมพ์ White Paper : District Administration in Hong Kong โดยมีหลักการ คือ แบ่งดินแดนฮ่องกงออกเป็น 18

---

<sup>10</sup> Norman Miners, "The Normal Pattern of Decolonization of British Dependent Territories" in Peter Wesley - Smith and Albert H.Y.Chen ed. The Basic Law and Hong Kong's Future, pp.50 - 51.

ตำบล (district) แต่ละตำบลจะมีการจัดตั้งคณะกรรมการตำบล (District Board) ขึ้นทำหน้าที่ให้คำแนะนำรัฐบาลเกี่ยวกับผลการดำรงชีวิตและการทำงานของคณอ้งกงหรือชาวอ้งกงในท้องถิ่น โดยจะทำการเลือกตั้งคณะกรรมการตำบลในทุก ๆ 3 ปี เริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 เป็นต้นไป นอกจากนี้ได้มีการจัดตั้งสภาเมือง (Urban Council) และสภาท้องถิ่น (Regional Council) ขึ้นทำการปกครองท้องถิ่น แต่ไม่ปรากฏว่ามีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาบริหาร ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะพัฒนาดินแดนอ้งกงให้กลายเป็นรัฐเอกราช ตามรูปแบบการปกครองของอังกฤษ<sup>11</sup> ดังนั้น สภานิติบัญญัติและสภาบริหารของดินแดนอ้งกงในช่วงต้นทศวรรษที่ 80 จึงไม่มีสถานะเป็น representative government และ semi - responsible government จนกระทั่งใน ปี ค.ศ.1984 ก่อนที่จะมีการลงนามในประกาศร่วมระหว่างอังกฤษกับจีนเกี่ยวกับปัญหาอ้งกง ค.ศ. 1984 รัฐบาลดินแดนอ้งกงมีนโยบายที่จะให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาบริหารเพื่อเป็นการวางรากฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคงก่อนที่จะโอนดินแดนอ้งกงให้กับจีน อีกทั้งต้องการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองและให้ผู้บริหารรับผิดชอบโดยตรงต่อคนอ้งกงหรือชาวอ้งกง รัฐบาลดินแดนอ้งกงจึงได้จัดพิมพ์ Green Paper : The Further Development of Representative Government in Hong Kong เพื่อฟังความคิดเห็น (public hearing) ของคนอ้งกงหรือชาวอ้งกง หลังจากนั้นรัฐบาลดินแดนอ้งกงได้ทำการแก้ไขหลักการใน Green Paper ให้สอดคล้องกับความคิดเห็นของคนอ้งกงหรือชาวอ้งกง และในปลายปี ค.ศ. 1984 จึงได้จัดพิมพ์ White Paper : The Further Development of Representative Government in Hong Kong โดยกำหนดให้สมาชิกสภานิติบัญญัติมี 2 ประเภทคือ สมาชิกที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวน 10 คน และสมาชิกที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่

---

<sup>11</sup> Albert H.Y.Chen, "From Colony to Special Administrative Region : Hong Kong's Constitutional Journey" in Raymond Wacks ed. The Law in Hong Kong (1969 - 1989), pp.99 - 100.



ของรัฐ 46 คน ในจำนวนดังกล่าวมี 24 คน ที่มาจากการเลือกตั้งของคณะผู้เลือกตั้ง 12 (electoral colleges) และกลุ่มผู้มีสิทธิเลือกตั้ง 13 (functional constituencies) สมาชิกที่เหลืออีก 22 คนแต่งตั้งโดยตรงจากผู้ว่า สำหรับสมาชิกสภาบริหารไม่มีการเลือกตั้ง ส่วนผู้ว่านั้นอาจจะถูกเลือกโดยคณะผู้เลือกตั้งซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาบริหาร ที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และผู้ว่ามีอำนาจเต็ม (full power) ในการดำเนินการปกครอง ดินแดนฮ่องกง แนวคิดเกี่ยวกับการเลือกผู้ว่านี้แตกต่างไปจากทางปฏิบัติของอังกฤษในการ ปกครองดินแดนปกครองที่ผู้ว่ามาจากการแต่งตั้งของกษัตริย์อังกฤษ และถ้าจะมีการพัฒนาให้ ดินแดนปกครองกลายเป็นรัฐเอกราช ก็จะต้องมีการโอนอำนาจบริหารของผู้ว่าให้กับนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบอย่างค่อยเป็นค่อยไปจนกว่าการวางรากฐานการปกครองใน ระบอบประชาธิปไตยจะมีความมั่นคง อังกฤษจึงจะยินยอมปลดปล่อยดินแดนปกครองให้ได้รับ เอกราช ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลดินแดนฮ่องกงได้พิมพ์นโยบายเกี่ยวกับการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ขึ้นต่อไป คือ Green Paper : The 1987 Review of Development in Representative Government เพื่อฟังความคิดเห็นของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง และ ทบทวนรายละเอียดขององค์กรทางการเมืองและยืนยันว่ารัฐบาลอังกฤษจะปฏิบัติตามข้อเรียกร้อง ของจีนที่จะไม่ทำการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของธรรมนูญการปกครองในดินแดนฮ่องกงก่อนที่จะ มีการประกาศธรรมนูญการปกครอง (Basic Law) ในปี ค.ศ. 1990 เท่านั้น โดยมีได้มีการ ยืนยันข้อเสนอแนะหรือแนวทางการพัฒนาตามความเห็นของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง ส่วนใหญ่ ต้องการโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติโดยตรงในปี ค.ศ. 1988 หลังจากฟังความคิดเห็นของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกงแล้ว ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1988 รัฐบาลดินแดนฮ่องกงจึงได้จัดพิมพ์ White Paper : The Development of

12 คณะผู้เลือกตั้งจะประกอบด้วยสมาชิกของ Urban Council, Regional Council และ District Boards ซึ่งมาจากการเลือกตั้งทั้งหมด

13 กลุ่มผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เช่น chambers of commerce, industrial organizations, profession groups, labour organizations เป็นต้น

Representative Government : The Way Forward โดยกำหนดว่าในปี ค.ศ. 1988 จะไม่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาิติบัญญัติโดยตรง การเลือกตั้งสมาชิกสภาิติบัญญัติโดยตรงจะมีขึ้นในปี ค.ศ.1991 จำนวน 10 คน เข้าแทนที่สมาชิกสภาิติบัญญัติที่เลือกตั้งโดยคณะกรรมการการตำบลเนื่องจากจะถูกยกเลิก 14 ปรากฏว่าในปี ค.ศ. 1991 รัฐบาลดินแดนฮ่องกงได้จัดทำให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาิติบัญญัติจำนวน 39 คน โดย 21 คน ถูกเลือกตั้งโดยกลุ่มผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ที่เหลืออีก 18 คน เลือกตั้งโดยตรงจากคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง 15 นับเป็นครั้งแรกที่ดินแดนฮ่องกงมีสมาชิกสภาิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งมากกว่าสมาชิกที่มาจากการแต่งตั้ง สภาิติบัญญัติของดินแดนฮ่องกงจึงมีสถานะเป็น representative legislature แต่สมาชิกสภาบริหารซึ่งมีทั้งหมด 16 คน เป็นสมาชิกโดยตำแหน่ง 4 คน และโดยการแต่งตั้ง 12 คน ไม่มีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งแต่อย่างใด 16 สภาบริหารของดินแดนฮ่องกงจึงไม่มีสถานะเป็น semi - responsible government

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นพบว่า การพัฒนาธรรมเนียมการปกครองในดินแดนฮ่องกงมีความแตกต่างไปจากรูปแบบการพัฒนาธรรมเนียมการปกครองในการปลดปล่อยดินแดนในปกครองของอังกฤษให้เป็นรัฐเอกราชเป็นอย่างมาก เนื่องจากการพัฒนาธรรมเนียมการปกครองของดินแดนฮ่องกงตั้งแต่อังกฤษเข้าปกครองดินแดนฮ่องกงจนถึงปัจจุบันเป็นเวลาประมาณ 150 ปี มีการพัฒนาการธรรมเนียมการปกครองไปได้มากที่สุด คือ สภาิติบัญญัติมีสถานะเป็น representative legislature เท่านั้น ส่วนสภาบริหารไม่มีสถานะเป็น semi -

14 Albert H.Y.Chen, "From Colony to Special Administrative Region : Hong Kong's Constitution Journey" in Raymond Wacks ed. The Law in Hong Kong (1969 - 1989), pp. 109 - 111.

15 Hugh Witt, Hong Kong 1993, pp. 12 - 13. สมาชิกสภาิติบัญญัติในปี ค.ศ. 1991 มีจำนวน 60 คน เป็นสมาชิกโดยตำแหน่ง (ex - officio) 3 คน แต่งตั้ง 18 คน เลือกตั้งโดยอ้อม 21 คน และเลือกตั้งโดยตรง 18 คน

16 Ibid., P.405.

responsible government ดินแดนฮ่องกงจึงไม่มีการพัฒนาการถึงขั้นเป็นประชาธิปไตย แต่อย่างไรก็ตาม 17 แม้ว่าดินแดนฮ่องกงมีการพัฒนาธรรมเนียมการปกครองจนถึงขั้นเป็นประชาธิปไตย อังกฤษก็ไม่สามารถปลดปล่อยดินแดนฮ่องกงให้เป็นรัฐเอกราชเหมือนกับดินแดนปกครองอื่น ๆ ของอังกฤษ เช่น พม่า อินเดีย เป็นต้น เพราะจีนได้แจ้งไปยังคณะกรรมการปลดปล่อยดินแดนปกครองของสหประชาชาติว่าดินแดนฮ่องกงเป็นของจีน ไม่ใช่ของอังกฤษ เนื่องจากสนธิสัญญาที่อังกฤษทำกับจีนเป็นสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและเป็นระยะเวลา เป็นเหตุให้คณะกรรมการตัดรายชื่อดินแดนฮ่องกงออกจากรายชื่อดินแดนที่จะได้รับการปลดปล่อยให้เป็นรัฐเอกราช 18 นอกจากนี้ ตามประกาศร่วมระหว่างอังกฤษกับจีนเกี่ยวกับปัญหาฮ่องกง ค.ศ. 1984 อังกฤษยอมรับว่าจะคืนดินแดนฮ่องกงให้กับจีนและจีนจะใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนฮ่องกงตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 19 เป็นต้นไป จากเหตุผลดังกล่าวผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าดินแดนฮ่องกงไม่มีสถานะเป็นรัฐ แต่มีสถานะเป็นดินแดนปกครองทั้งในปัจจุบันและอนาคต

### 3.1.2 ความสามารถในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ

เนื่องจากตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความสามารถในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นการแสดงออกถึงความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐหรือบุคคลระหว่างประเทศ (Subject of International Law) ซึ่งถือว่าเป็น

---

17 J.Y.Wong, "The Rule of Law in Hong Kong : Past, Present and Future," Australian Journal of International Affairs 46 : 1 (May 1992) : 83.

18 N.J.Miners, The Government and Politics of Hong Kong, (Hong Kong : Oxford University Press 1975), pp. 15 - 17.

19 รายละเอียดโปรดดูประกาศร่วมระหว่างอังกฤษกับจีนเกี่ยวกับปัญหาฮ่องกง ค.ศ. 1984 ข้อ 1, 2 ภาคผนวก หน้า 322—323.

การกระทำของรัฐ<sup>20</sup> (act of state) จึงมีปัญหาที่จะต้องศึกษาต่อไปว่าดินแดนฮ่องกงมีความสามารถในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ด้วยตนเองหรือไม่

จากการศึกษานำหัวข้อที่ 3.1 ข้างต้น ทำให้ทราบว่าดินแดนฮ่องกงเป็นดินแดนในปกครองของอังกฤษ ซึ่งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษแล้ว อังกฤษมีหน้าที่รับผิดชอบระหว่างประเทศในการดำเนินกิจการภายนอก (external affairs) ของดินแดนในปกครอง โดยมิได้จำกัดเฉพาะดินแดนที่กษัตริย์อังกฤษมีความรับผิดชอบ รัฐธรรมนูญการปกครองและไม่มีฐานะเป็นบุคคลระหว่างประเทศ (International Personality) เช่น ดินแดนฮ่องกง เป็นต้น เท่านั้น แต่ยังรวมทั้งถึงดินแดนที่มีฐานะเป็นบุคคลระหว่างประเทศด้วย เช่น Protected States หรือ Associated State เป็นต้น<sup>21</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำและให้สัตยาบัน (ratification) สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษแล้ว เป็นอำนาจของกษัตริย์อังกฤษและสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับกับอังกฤษได้ต่อเมื่ออังกฤษได้ตรากฎหมายภายในอนุวัติการ<sup>22</sup> และมีผลใช้บังคับไปถึงดินแดนในปกครองด้วย เว้นแต่สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยนัยว่าไม่มีผลผูกพันดินแดนในปกครองหรือมีผลผูกพันเฉพาะอังกฤษ

---

<sup>20</sup> C. Parry and J.G. Collier, "Foreign Relations Law," Halsbury's Laws of England 4 vol. 18 (London : Butterworth 1974), P. 725.

<sup>21</sup> J.M.Finnis, "Commonwealth and Dependencies," Halsbury's Laws of England, P.475.

<sup>22</sup> C. Parry and J.G. Collier, "Foreign Relations Law," Halsbury's Laws of England, P.729.

เท่านั้น นอกจากนี้อังกฤษอาจจะยินยอม (consent) ให้ดินแดนในปกครองทำสนธิสัญญาทางการค้า (commercial treaty) กับรัฐหรือบุคคลระหว่างประเทศได้ด้วย<sup>23</sup>

หลักการดังกล่าวเมื่อถูกนำมาปรับใช้กับดินแดนฮ่องกงปรากฏว่าอังกฤษมีอำนาจในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศและมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่จะให้ดินแดนฮ่องกงปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันถึงอังกฤษและดินแดนฮ่องกง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอังกฤษยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงมีอำนาจทำสนธิสัญญาในทางการค้าได้ด้วยตนเอง<sup>24</sup> เช่น การเข้าเป็นภาคี GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) และการทำความตกลงทวิภาคี (Bilateral Agreement) ภายใต้กรอบของ MFA (Multi Fiber Arrangement Regarding International Trade and Textiles) ดินแดนฮ่องกงเข้าร่วมใน GATT ครั้งแรกในฐานะที่เป็นดินแดนในปกครองของอังกฤษภายหลังจากที่อังกฤษได้เข้าเป็นภาคี เมื่ออังกฤษยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศในทางการค้าได้ด้วยตนเอง ดังนั้นในวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1986 ดินแดนฮ่องกงจึงได้สมัครขอเข้าเป็นภาคี GATT เป็นเอกเทศแยกจากอังกฤษในฐานะที่เป็น separate contracting party และจะยังคงสถานะนี้ต่อไปจนถึงปี ค.ศ. 1997 ผลของการเข้าเป็นภาคี GATT ดังกล่าว ทำให้ดินแดนฮ่องกงได้สิทธิประโยชน์เหมือนกับภาคีอื่น ๆ เช่น หลักการให้ประโยชน์แก่ชาติที่ควรได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most - Favored - Nation) สิทธิในการส่งสินค้าออกเป็นของตนเองและ

---

<sup>23</sup> J.M.Finnis, "Commonwealth and Dependencies," Halsbury's Laws of England, P.475.

Peter Wesley - Smith, "The Present Constitution of Hong Kong's in Peter Wesley - Smith and Albert H.Y.Chen eds. The Basic Law and Hong Kong's Future, P.9.

<sup>24</sup> Hugh Witt, Hong Kong 1993, P.25.

สิทธิประโยชน์จากพิกัดอัตราภาษีศุลกากร เป็นต้น ในขณะที่จีนได้สมัครเข้าเป็นภาคี GATT ในปี ค.ศ. 1986 เช่นกัน แต่จนถึงปัจจุบัน GATT ก็ยังไม่ยินยอมรับจีนเข้าเป็นภาคี<sup>25</sup> ในกรณีของ MFA ดินแดนฮ่องกงได้ทำความตกลงทวิภาคีเกี่ยวกับการส่งออกสิ่งทอ (textile) กับหลายประเทศ เช่น ออสเตรเลีย, แคนาดา, ประชาคมยุโรป และสหรัฐอเมริกา<sup>26</sup> เป็นต้น แม้ดินแดนฮ่องกงจะมีอำนาจในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศในทางการค้าได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่าดินแดนฮ่องกงมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง เนื่องจากอังกฤษซึ่งมีอำนาจอธิปไตยในการกระทำการดังกล่าวได้ยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงใช้อำนาจได้ด้วยตนเองเท่านั้น ถ้าอังกฤษถอนความยินยอมเมื่อใด ดินแดนฮ่องกงย่อมไม่มีอำนาจทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ด้วยตนเองอีกต่อไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ความสามารถในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ด้วยตนเองของดินแดนฮ่องกงดังกล่าวเป็นลักษณะหนึ่งในการปกครองตนเอง<sup>27</sup> (Autonomy) ของดินแดนปกครองที่ไม่มีสถานะ เป็นบุคคลระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่ได้ทำให้ดินแดนฮ่องกงมีสถานะเป็นรัฐเอกราชแต่อย่างใด

---

<sup>25</sup> Emily Lau, "Push Comes to shove : China agrees to Hong Kong's separate status in Gatt," Far Eastern Economic Review, (27 March 1986) : 23.

Hugh Witt, Hong Kong 1993, P.82.

Anna M. Han, "Hong Kong's Basic Law : The Path to 1997 Paved with Pitall," Hastings International and Comparative Law Review 16 (1993) : 340 - 341.

<sup>26</sup> Hugh Witt, Hong Kong 1993, pp.82 - 83.

<sup>27</sup> รายละเอียดโปรดดูบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.3.2

### 3.2 สถานะทางกฎหมายของดินแดนฮ่องกงตามรัฐธรรมนูญการปกครอง

เมื่ออังกฤษเข้าปกครองดินแดนฮ่องกง อังกฤษได้ให้ Letters Patent และ Royal Instructions เป็นรัฐธรรมนูญการปกครองในการดำเนินกิจการภายใน (domestic affairs) ของดินแดนฮ่องกง จึงทำให้มีปัญหาที่จะต้องศึกษาว่าดินแดนฮ่องกงมีสถานะใดตามรัฐธรรมนูญการปกครอง โดยในการศึกษาถึงสถานะดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจะศึกษาถึงสถานะของรูปแบบการปกครองและการบริหาร กฎหมายและระบบกฎหมาย และความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งจะได้ศึกษารายละเอียดในส่วนนี้

#### 3.2.1 รูปแบบการปกครองและการบริหาร

ในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.3.2 ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของดินแดนที่มีการปกครองตนเองว่าต้องมีรัฐธรรมนูญการปกครองเป็นของตนเอง มีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เป็นอิสระจากรัฐบาลกลาง มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งหัวหน้าผู้บริหาร ดังนั้นถ้าดินแดนฮ่องกงเป็นดินแดนที่มีการปกครองตนเองแล้ว ดินแดนฮ่องกงจะต้องมีรัฐธรรมนูญการปกครองเป็นของตนเอง มีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสภานิติบัญญัติ สภาบริหาร และศาลยุติธรรมเป็นอิสระจากอังกฤษ มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและผู้ว่าในฐานะหัวหน้าผู้บริหารจะต้องถูกเลือกตั้งมาจากคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง ดินแดนฮ่องกงจะมีสถานะดังกล่าวหรือไม่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไป

ปัจจุบันดินแดนฮ่องกงมีรัฐธรรมนูญการปกครองเป็นของตนเอง คือ Letters Patent และ Royal Instructions รัฐธรรมนูญการปกครองได้กำหนดให้ผู้ว่าซึ่งแต่งตั้งโดยกษัตริย์อังกฤษทำหน้าที่เป็นผู้บริหารงานในดินแดนฮ่องกง มีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกสภาบริหาร แต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ แต่งตั้งหัวหน้าเลขาธิการ (Chief Secretary) และเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่งตั้งผู้พิพากษายกเว้นผู้พิพากษาอาวุโส เช่น ประธานผู้พิพากษา (The Chief Justice)

แต่งตั้งโดยอังกฤษ สถานิติบัญญัติมีผู้ว่าเป็นประธาน มีสมาชิก 60 คน มาจากการแต่งตั้ง 18 คน เลือกตั้ง 39 คน และเป็นสมาชิกโดยตำแหน่ง 3 คน ทาหน้าที่ร่างกฎหมาย (bills) แล้วนำเสนอให้ผู้ว่าให้ความเห็นชอบ เมื่อผู้ว่าให้ความเห็นชอบแล้วร่างกฎหมายจึงจะเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์เรียกว่ากฎฎีกา (ordinance) นอกจากนี้กษัตริย์อังกฤษยังทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบกับกฎหมายที่ผู้ว่าให้ความเห็นชอบแล้วได้ สำหรับสภาบริหารมีผู้ว่าเป็นประธานมีสมาชิก 16 คน สมาชิกมาจากการแต่งตั้ง 12 คน อีก 4 คน เป็นสมาชิกโดยตำแหน่งทาหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้ว่าในการบริหารและเสนอกฎหมายต่อสถานิติบัญญัติ ส่วนศาลยุติธรรมมีประธานผู้พิพากษาซึ่งแต่งตั้งโดยกษัตริย์อังกฤษเป็นผู้รับผิดชอบในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีถึงที่สุดจะต้องฎีกาไปยังคณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี (Judicial Committee of The Privy Council) ในกรุงลอนดอน 28

จากธรรมนูญการปกครองดินแดนฮ่องกงดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้ดินแดนฮ่องกงจะมีธรรมนูญการปกครองเป็นของตนเอง แต่ผู้ว่าซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองเป็นประธานสถานิติบัญญัติและสภาบริหาร และเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกของทั้งสองสภา ประธานผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งของกษัตริย์อังกฤษ อีกทั้งศาลยุติธรรมของดินแดนฮ่องกงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

---

28 Peter Wesley-Smith, "Legal Limitation upon the Legislative Competence of the Hong Kong Legislature," Hong Kong Law Journal, 11 : 1 (1981) : 4 - 5.

Peter Wesley-smith, "Colonial Abolition of Appeals to the Privy Council," Hong Kong Law Journal, 22 : 2 (1992) : 120 - 127.

N.J.Miners, "Disallowance and the Administrative Review of Hong Kong Legislation by the Colonial Office 1844 - 1947," Hong Kong Journal 18 : 2 (1988) : 218.

Hugh Witt, Hong Kong 1993, pp. 11 - 13.



ถึงที่สุด อำนาจดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี ลักษณะดังกล่าวทำให้ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการของดินแดนฮ่องกงไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ เป็นอิสระจากอังกฤษ นอกจากนี้ผู้ว่าซึ่งเป็นผู้ปกครอง สมาชิกสภานิติบัญญัติส่วนใหญ่และสมาชิก สภารัฐบาลปัจจุบันไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของคนฮ่องกง หรือชาวฮ่องกง ดังนั้นผู้เขียนจึงมี ความเห็นว่าดินแดนฮ่องกงไม่ได้มีสถานะ เป็นดินแดนที่มีการปกครองตนเอง (Autonomy) ตาม ความหมายข้างต้นแต่อย่างใด

### 3.2.2 กฎหมายและระบบกฎหมาย

ตามธรรมนูญการปกครองดินแดนฮ่องกงปัจจุบัน (Hong Kong Letters Patent) กษัตริย์อังกฤษทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในดินแดนฮ่องกง และผู้ว่ามียอำนาจตรากฎหมายตามคำแนะนำและความยินยอมของสภานิติบัญญัติขึ้นใช้บังคับในดิน แดนฮ่องกง<sup>29</sup> แสดงว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงมี 2 ชนิด คือ กฎหมายอังกฤษ และกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติของดินแดนฮ่องกง อย่างไรก็ตามก็มีปัญหาที่จะต้องศึกษาต่อไป ว่ากฎหมายอังกฤษที่มีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงนั้นมีกฎหมายอะไรบ้าง. นามว่าใช้บังคับได้ อย่างไร มีกฎหมายอื่นใช้บังคับหรือไม่และมีระบบกฎหมายเป็นอย่างไร เป็นปัญหาสำคัญที่จะต้อง ศึกษาในส่วนนี้

ในปี ค.ศ.1841 อังกฤษเข้ายึดครองเกาะฮ่องกง กับตัน Charles Elliot ผู้ดูแลการค้าและทูตผู้ว่ามียอำนาจเต็มของอังกฤษในเกาะฮ่องกงได้มีประกาศลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1841 ว่าชาวจีนที่อาศัยอยู่ในเกาะฮ่องกงจะได้รับความคุ้มครอง มีอิสระที่จะประกอบ พิธีกรรมทางศาสนา (religious rites) และปฏิบัติตามขนบธรรมเนียมประเพณี (customs) ของตน และจะถูกปกครองโดยกฎหมายจารีตประเพณี และธรรมเนียมปฏิบัติ (usage) ของ

<sup>29</sup> รายละเอียดโปรดดูภาคผนวก หน้า 229—230.

จีน 30 หลังจากนั้นในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1841 กัปตัน Charles Elliot ได้มีประกาศว่าชาวจีนพื้นเมืองอยู่ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายและจารีตประเพณีของจีน บุคคลในบังคับอังกฤษ (British Subjects) และชาวต่างชาติ (Foreigners) ในเกาะฮ่องกง จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอังกฤษ 31 จากประกาศดังกล่าวได้แบ่งประชาชนในเกาะฮ่องกงออกเป็น 3 กลุ่ม กลุ่มแรกคือ ชาวจีนพื้นเมือง คนในกลุ่มนี้จะอยู่ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติของจีน กลุ่มที่สองคือ ชาวจีนที่มีสถานะเป็นบุคคลในบังคับอังกฤษ และกลุ่มที่สามคือ ชาวต่างชาติ บุคคลทั้งสองกลุ่มนี้จะถูกปกครองโดยกฎหมายอังกฤษ จึงทำให้เกาะฮ่องกงมีกฎหมายใช้บังคับคือ กฎหมายอังกฤษ และกฎหมายจีนหรืออีกนัยหนึ่งคือ ระบบกฎหมายคู่ 32 (dual system of law) ประกาศดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นของการนำกฎหมายอังกฤษมาใช้ในดินแดนฮ่องกง ในวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 1843 อังกฤษได้ประกาศว่า เกาะฮ่องกงเป็นดินแดนในปกครอง 33 และสถาปนาสถานิติบัญญัติทำหน้าที่ให้คำแนะนำและให้ความยินยอมในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ว่าและรับเอากฎหมายอังกฤษมาใช้ในเกาะฮ่องกงเท่านั้นไม่ได้ทำหน้าที่ตรากฎหมาย 34 ในปี ค.ศ. 1860 เมื่อ

---

30 รายละเอียดโปรดดู Proclamation to the Chinese inhabitants of Hong Kong 1 February 1841, ภาคผนวก หน้า 208-209.

31 รายละเอียดโปรดดู Proclamation of Captain Elliot 2 February 1841. ภาคผนวก หน้า 210.

32 D.M. Emrys Evans, "Common Law in a Chinese Setting - The Kernel or the Nut?," Hong Kong Law Journal 1 : 1 (1971) : 14.

33 รายละเอียดโปรดดู First Charters - Letters Patent 5 April 1843 ภาคผนวก หน้า 214.

34 Peter Wesley Smith, "Legal Limitations upon the Legislative Competence of the Hong Kong Legislature," Hong Kong Law Journal, P. 5.

จีนฝ่ายแพ่งสงครามต่ออังกฤษและทำสนธิสัญญากู้ยืมเงินจากธนาคารอังกฤษ ในวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1861 อังกฤษได้ตรา Order in Council กำหนดให้เกาลูนเป็นดินแดนในปกครอง และให้ทำกฎหมาย (laws) และกฤษฎีกา (ordinances) ที่ใช้บังคับอยู่ในเกาะฮ่องกงมาใช้บังคับในเกาลูน<sup>35</sup> ในปี ค.ศ. 1873 สภานิติบัญญัติของดินแดนฮ่องกงได้ตรา กฤษฎีกา เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอังกฤษในดินแดนฮ่องกง คือ Supreme Court Ordinance 1873 ส่วนที่ 5 กำหนดว่า กฎหมายอังกฤษที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 จะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกง เว้นแต่กฎหมายนั้นจะไม่สามารถใช้ได้กับสภาพท้องถิ่น (local circumstances) หรือสภาพของผู้อยู่อาศัย (inhabitants) ในดินแดนฮ่องกง หรือสภานิติบัญญัติตรากฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอังกฤษดังกล่าวแล้ว<sup>36</sup> กฤษฎีกาดังกล่าวนี้นำให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษ กฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรมที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 ซึ่งเป็นวันที่ดินแดนฮ่องกงประกาศรับเอากฎหมายอังกฤษมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของดินแดนฮ่องกง จะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงโดยทันที อย่างไรก็ตามกฎหมายอังกฤษดังกล่าวอาจจะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงได้ ถ้าปรากฏว่ากฎหมายฉบับนั้นเมื่อนำมาใช้แล้วจะไม่สามารถใช้กับสภาพท้องถิ่นและสภาพของผู้อยู่อาศัยในดินแดนฮ่องกงได้ซึ่ง Lord Denning และ Clarke C.J. ได้ให้ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้ในคดี *Nyali Ltd v AG* และ *Belilios* ว่ากฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรมที่ขัดกับกฎหมายหรือขนบธรรมเนียมประเพณีของชาวจีน หรือไม่มี ความยุติธรรม ไม่มีเหตุผล ไม่มี ความเหมาะสมหรือมีลักษณะ เป็นการบีบบังคับ

---

35 Peter Wesley - Smith, "The Reception of English Law in Hong Kong," *Hong Kong Law Journal*, 18 : 2 (1988) : 185 - 186.

36 Michael J. Downey, "The Laws of Hong Kong," *Hong Kong Law Journal*, 19 : 2 (1989) : 179 - 180.

(oppression) จะนำมาใช้ในดินแดนฮ่องกงไม่ได้<sup>37</sup> เช่น กฎหมายครอบครัวและมรดก<sup>38</sup> เป็นต้น ทั้งนี้เพราะสภาพสังคมของอังกฤษและจีนมีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก การที่จะนำกฎหมายอังกฤษมาใช้กับคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกงย่อมจะทำให้คนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกงไม่สามารถปรับตัวให้เข้ากับกฎหมายใหม่ได้และอาจเกิดความไม่สงบขึ้น (good order) ในดินแดนฮ่องกงได้ซึ่งเป็นสิ่งที่อังกฤษไม่ต้องการให้เป็นเช่นนั้น<sup>39</sup> ลักษณะดังกล่าวจึงเป็นความพยายามที่จะผสมผสานกฎหมายและระบบกฎหมายที่แตกต่างกันให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวเพื่อการปกครองในดินแดนฮ่องกงเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย และเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลดินแดนฮ่องกงได้ปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพท้องถิ่นและสภาพความเป็นอยู่ของบุคคลในดินแดนฮ่องกงให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายคอมมอนลอว์อยู่แล้ว ในปี ค.ศ. 1898 อังกฤษได้เข้านิเวทริทอรีจากจีนตามสนธิสัญญาปักกิ่ง ค.ศ. 1898 โดยกำหนดให้นิเวทริทอรีเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนปกครองและในวันที่ 9 มิถุนายน 1898 อังกฤษได้ประกาศว่ากฎหมายและกฤษฎีกาที่มีผลใช้บังคับในเกาะฮ่องกงและเกาะลูนีมีผลใช้บังคับในนิเวทริทอรีด้วย เว้นแต่จะถูกเปลี่ยนแปลงหรือแทนที่โดยกฎหมายใหม่ที่ตราโดยกษัตริย์อังกฤษหรือผู้ว่า<sup>40</sup> ดังนั้นกฎหมายและกฤษฎีกาที่มีผลใช้บังคับในนิเวทริทอรีจึงเป็นกฎหมายและกฤษฎีกาฉบับเดียวกับที่มีผลใช้บังคับในเกาะฮ่องกงและเกาะลูนี หลักการยอมรับเอากฎหมายอังกฤษมาใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงดังกล่าวข้างต้น ถูกใช้เรื่อยมาจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1966 สถานิติบัญญัติของ

---

37 Peter Wesley - Smith, "The Reception of English Law in Hong Kong," Hong Kong Law Journal, pp. 210 - 211.

38 D.M. Emrys Evans, "Common Law in a Chinese Setting - The Kernel or the Nut?", Hong Kong Law Journal, P.28.

39 Ibid., pp. 14 - 15.

40 รายละเอียดโปรดดู Treaty of Peking 1898 และ New Territories Order in Council 9 June 1898 ภาคผนวก หน้า 219—222.

ดินแดนฮ่องกงได้ตรากฎหมายคือ The Application of English Law Ordinance 1966 โดยในตอนที่ 3 กำหนดว่า กฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรมมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงและอาจถูกแก้ไขหรือยกเว้น (exclusion) ได้โดย Ordinance, Order in Council หรือ Act ส่วนที่ 4 กำหนดว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษ (Act of Parliament) ก่อนวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 ตามที่ระบุไว้ในตาราง (schedule) มีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงโดยทันที สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษหลังวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 จะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงโดยบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้นเองหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายฉบับอื่น หรือโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติ<sup>41</sup> ในตอนที่ 8 กำหนดเพิ่มเติมว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ และหลักความยุติธรรมสามารถจะนำมาใช้ในดินแดนฮ่องกงได้ เว้นแต่จะขัดกับสภาพท้องถิ่นหรือสภาพของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง หรือถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษ<sup>42</sup>

ดังนั้น กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงปัจจุบัน คือ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายจารีตประเพณีของจีนและกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติ กฎหมายอังกฤษได้แก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษ ถ้าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อน วันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 จะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงโดยทันที แต่ถ้าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับหลังวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 จะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงได้ต่อเมื่อกฎหมายฉบับนั้นบัญญัติให้มีผลใช้บังคับได้โดยตรงหรืออาศัยบทบัญญัติของกฎหมายฉบับอื่นหรือกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติที่บัญญัติให้ กฎหมายอังกฤษมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกง กฎหมายอีกประเภทหนึ่งคือ

---

41 Peter Wesley - Smith, "The Effect of Pre - 1843 acts of Parliament in Hong Kong," Hong Kong Law Journal, P.143.

42 Peter Wesley - Smith, "The Reception of English Law in Hong Kong," Hong Kong Law Journal, pp. 187 - 190.

กฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรมที่มีอยู่ในอังกฤษทั้งก่อนและหลังวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 เว้นแต่จะถูกแก้ไขหรือยกเว้นโดยกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติหรือ Order in Council หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษหรือขัดกับกฎหมายจีนหรือ ขนบธรรมเนียมประเพณีของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกงหรือไม่มีความยุติธรรมไม่มีเหตุผล ไม่มี ความเหมาะสม หรือมีลักษณะเป็นการบีบบังคับ การที่ดินแดนฮ่องกงมีกฎหมายที่บังคับกันใน ลักษณะดังกล่าวจึงทำให้ดินแดนฮ่องกงมีระบบกฎหมายเป็นของตนเองแตกต่างไปจากระบบ กฎหมายของรัฐอื่น ทั้งนี้ก็เพื่อผสมผสานกฎหมายที่แตกต่างกันให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อใช้ ปกครองงานดินแดนฮ่องกงให้เกิดความสงบเรียบร้อยและสอดคล้องกับสภาพความเป็นอยู่ของคน ฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง อย่างไรก็ตาม แม้ดินแดนฮ่องกงจะมีสภานิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นใช้ บังคับได้เองก็ตาม แต่การที่ดินแดนฮ่องกงรับเอากฎหมายอังกฤษและกฎหมายจีนมาใช้ บังคับในดินแดนของตนเองทั้งโดยตรงและโดยอ้อมดังกล่าวมาแล้วข้างต้นทำให้เห็นว่าดินแดน ฮ่องกงไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดในตรากฎหมายขึ้นใช้ปกครองตนเอง

### 3.2.3 ความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการแสดงออกถึงความมีอำนาจ อธิปไตยของรัฐ ซึ่งโดยหลักการจะกำหนดไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองอัน เป็นกฎหมายแม่บทในการปกครองประเทศ ในกรณีของดินแดนฮ่องกงก็น่าจะเป็นเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าวการศึกษาในส่วนนี้จึงมีปัญหาคือที่จะต้องศึกษาว่า ธรรมนูญการปกครองดิน แคนฮ่องกงปัจจุบันได้กำหนดให้ดินแดนฮ่องกงมีความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่าง ประเทศได้หรือไม่ ถ้าธรรมนูญการปกครองไม่ได้กำหนดไว้ ใครเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว แต่ เนื่องจาก ในปัจจุบันดินแดนฮ่องกงมี Letters Patent และ Royal Instructions เป็นธรรมนูญการปกครองโดย Letters Patent จะกำหนดโครงสร้างของการปกครองโดย มีผู้ว่าเป็นผู้ปกครอง มีสภานิติบัญญัติ สภาบริหารและศาลยุติธรรมและกำหนดอำนาจหน้าที่ ส่วน Royal Instructions จะกำหนดวิธีการแต่งตั้งสมาชิกขององค์กรทางการเมือง ดังนั้น ในการค้นหาว่าดินแดนฮ่องกงมีความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศได้หรือ ไม่จึงต้องค้นหาจาก Letters Patent เป็นสำคัญ

Letters Patent กำหนดให้ผู้อนุญาตที่จะบริหารในทุกเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนเอง โดยไม่ได้กล่าวถึงอำนาจในการดำเนินการความสัมพันธ์กับต่างประเทศไว้ด้วย<sup>43</sup> จึงทำให้มีปัญหว่าอำนาจดังกล่าวเป็นของใคร ซึ่งจากการศึกษาในหัวข้อที่ 3.1.1 ทำให้ทราบว่าดินแดนฮ่องกงเป็นดินแดนในปกครองของอังกฤษ อนุจอธิปไตยเหนือดินแดนฮ่องกงเป็นของกษัตริย์อังกฤษ กษัตริย์อังกฤษจึงมีพระราชอำนาจในการดำเนินการความสัมพันธ์กับต่างประเทศแทนดินแดนฮ่องกง<sup>44</sup> เช่น การประกาศสงคราม การแต่งตั้งผู้แทนทางการทูตและการป้องกันดินแดนฮ่องกง<sup>45</sup> เป็นต้น ลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะที่อังกฤษใช้กับดินแดนในปกครอง โดยอังกฤษจะยังคงสงวนอำนาจอธิปไตยในการดำเนินการภายนอก (External Affairs) ของดินแดนในปกครองไว้เป็นของตนเองเพื่อแสดงให้เห็นว่าอังกฤษมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในปกครองและดินแดนในปกครองไม่ได้มีสถานะเป็นรัฐเอกราช อย่างไรก็ตามก็ดี กษัตริย์อังกฤษอาจยินยอมให้ดินแดนในปกครองใช้อำนาจอธิปไตยในการดำเนินการภายนอกได้เป็นบางกรณี เช่น กษัตริย์อังกฤษได้ยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงมีอำนาจทำการค้ากับต่างประเทศได้ด้วยตนเอง เป็นต้น ลักษณะดังกล่าวไม่ได้ทำให้ดินแดนฮ่องกงมีสถานะเป็นรัฐเอกราชแต่อย่างใด

จากการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของดินแดนฮ่องกงในปัจจุบันพบว่าดินแดนฮ่องกงเป็นดินแดนในปกครองของอังกฤษ กษัตริย์อังกฤษจึงมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนฮ่องกง โดยตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ กษัตริย์อังกฤษทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการใช้อำนาจอธิปไตยภายนอกดินแดนฮ่องกง เช่น การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ และการ

<sup>43</sup> รายละเอียดโปรดดู Hong Kong Letters Patent มาตรา 2 ภาคผนวก 228.

<sup>44</sup> J.M.Finnis, "Commonwealth and Dependencies," Halsbury's Laws of England, P. 475.

<sup>45</sup> Peter Wesley - Smith, "The Present Constitution of Hong Kong," in Peter Wesley - Smith and Albert H.Y.Chen eds. The Basic Law and Hong Kong's Future, P. 9.

ดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น แต่ในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศในทางการค้า เช่น GATT หรือการทำสนธิสัญญาทวิภาคีภายใต้กรอบ MFA เป็นต้น อังกฤษได้ยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงกระทำการดังกล่าวได้ นอกจากนี้ในการปลดปล่อยดินแดนในปกครองของอังกฤษให้เป็นรัฐเอกราช อังกฤษจะกำหนดให้มีการพัฒนาธรรมนูญการปกครองเป็นลำดับขั้นโดยเริ่มตั้งแต่อังกฤษให้ Letters Patent, Royal Instructions หรือ Order in Council เป็นธรรมนูญการปกครอง แต่งตั้งผู้ว่าให้เป็นผู้ปกครอง จัดตั้งสภานิติบัญญัติ สภการบริหาร และศาลยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสภานิติบัญญัติ และสภการบริหารจะมีการพัฒนาเป็นขั้นตอน คือ จัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกสภานิติบัญญัติทั้งสภาเพื่อทำให้สภานิติบัญญัตินี้มีสถานะเป็น representative legislature และจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภการบริหารเข้าแทนที่สมาชิกที่มาจากการแต่งตั้ง เพื่อให้สภการบริหารมีสถานะเป็น semi - responsible government ขั้นตอนต่อไปอังกฤษจะจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปจากประชาชนตามหลัก one man - one vote เข้ามาเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติและพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมาก จะทำหน้าที่จัดตั้งรัฐบาลขึ้นบริหารต่อจากอังกฤษและจะทำให้ดินแดนในปกครองกลายเป็นรัฐเอกราช แต่ดินแดนฮ่องกงมีการพัฒนาธรรมนูญการปกครองไปได้มากที่สุด คือ ให้สภานิติบัญญัตินี้มีสถานะเป็น representative legislature เท่านั้น ส่วนสภการบริหารไม่มีสถานะเป็น semi - responsible government ดินแดนฮ่องกงจึงไม่มีการพัฒนาการจนถึงขั้นเป็นประชาธิปไตยแต่อย่างใด อีกทั้งคณะกรรมการปลดปล่อยดินแดนในปกครองได้ตัดรายชื่อดินแดนฮ่องกงออกจากรายชื่อดินแดนที่จะได้รับการปลดปล่อยให้เป็นเอกราชและตามประกาศร่วมระหว่างอังกฤษกับจีนเกี่ยวกับปัญหาฮ่องกง ค.ศ. 1984 อังกฤษยอมรับว่าจะคืนดินแดนฮ่องกงให้กับจีนและจีนจะใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนฮ่องกงตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1997

การใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนฮ่องกงของกษัตริย์อังกฤษ กษัตริย์อังกฤษได้มอบ Letters Patent และ Royal Instructions ให้เป็นธรรมนูญการปกครองและมีอำนาจแต่งตั้งผู้ว่าให้เป็นผู้มีอำนาจปกครอง เป็นประธานสภานิติบัญญัติและสภการบริหาร และเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกของทั้งสองสภา ประธานผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งของกษัตริย์



อังกฤษ อีกทั้งศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีถึงที่สุดเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี ลักษณะดังกล่าวอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ของดินแดนฮ่องกงไม่มีการแบ่งแยกอำนาจเป็นอิสระจากอังกฤษ นอกจากนี้ผู้ว่าซึ่งเป็นผู้ปกครอง สมาชิกสภานิติบัญญัติส่วนใหญ่และสมาชิกสภาบริหารในปัจจุบันไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงคือ กฎหมายอังกฤษ ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษ กฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรม กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษก่อนวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 จะมีผลใช้บังคับโดยทันที ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษหลังวันดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงได้ต่อเมื่อกฎหมายฉบับนั้นบัญญัติให้มีผลใช้บังคับได้โดยตรง หรืออาศัยบทบัญญัติของกฎหมายฉบับอื่นหรือกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติ สำหรับกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรมทั้งก่อนและหลังวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1843 มีผลใช้บังคับในดินแดนฮ่องกงได้ เว้นแต่จะถูกแก้ไขหรือยกเลิกโดยกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติหรือ Order in Council หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาอังกฤษ หรือขัดกับกฎหมายจีนหรือขนบธรรมเนียมประเพณีของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกง หรือไม่มีความยุติธรรม ไม่มีเหตุผล ไม่มีที่เหมาะสม หรือมีลักษณะเป็นการบีบบังคับ ลักษณะดังกล่าวทำให้ดินแดนฮ่องกงมีระบบกฎหมายเป็นของตนเองแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของรัฐอื่น แม้ดินแดนฮ่องกงจะมีสภานิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้เองก็ตาม แต่การที่ดินแดนฮ่องกงรับเอากฎหมายอังกฤษและกฎหมายจีนมาใช้บังคับในดินแดนของตนเองทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ทำให้ดินแดนฮ่องกงไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดในการตรากฎหมายขึ้นใช้ในการปกครอง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การที่ดินแดนฮ่องกงไม่มีความสามารถในการดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ด้วยตนเองแต่เป็นอำนาจของกษัตริย์อังกฤษที่จะกระทำการดังกล่าว แม้อังกฤษจะยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศในทางการค้าได้ด้วยตนเองก็ตาม ก็เป็นเพียงอังกฤษยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงใช้อำนาจอธิปไตยได้เป็นการเฉพาะเรื่องเท่านั้น ถ้าอังกฤษถอนความยินยอมเมื่อใด ดินแดนฮ่องกงย่อมไม่มีอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าว อีกทั้งการพัฒนาธรรมเนียม

การปกครองของดินแดนฮ่องกงก็ไม่ได้ถึงขั้นเป็นประชาธิปไตย และคณะกรรมการปลดปล่อยดินแดนในปกครองได้ตัดรายชื่อดินแดนฮ่องกงออกจากรายชื่อของดินแดนที่จะได้รับการปลดปล่อยให้เป็นเอกราช อีกทั้งอังกฤษได้ยอมรับอำนาจอธิปไตยของจีนเหนือดินแดนฮ่องกงแล้ว ดินแดนฮ่องกงจึงไม่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองในการดำเนินการภายนอก นอกจากนี้ แม้ดินแดนฮ่องกงจะมีรัฐธรรมนูญการปกครองเป็นของตนเองตามที่อังกฤษมอบให้ สมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาบริหารไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของคนฮ่องกงหรือชาวฮ่องกงและดินแดนฮ่องกงไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดในการตรากฎหมายขึ้นใช้ในการปกครองตนเอง ย่อมทำให้ดินแดนฮ่องกงไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยเด็ดขาดในการดำเนินการภายในดินแดนตนเอง ดังนั้น ดินแดนฮ่องกงจึงไม่มีสถานะเป็นรัฐเอกราช และไม่มีสถานะเป็นดินแดนที่มีการปกครองตนเอง เป็นเพียงดินแดนในปกครองของอังกฤษเท่านั้น

สรุป จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า มีปัญหาสำคัญ คือ ปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของดินแดนฮ่องกง กล่าวคือดินแดนฮ่องกงมีสถานะเป็นรัฐเอกราชหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า ดินแดนฮ่องกงไม่มีสถานะเป็นรัฐเอกราช เพราะดินแดนฮ่องกงมีการพัฒนาการทางรัฐธรรมนูญการปกครองไม่ถึงขั้นเป็นประชาธิปไตย สภานิติบัญญัติมีสถานะเป็น representative legislature สภาบริหารไม่ได้มีสถานะเป็น semi-responsible government และคณะกรรมการปลดปล่อยดินแดนในปกครองของสหประชาชาติได้ตัดรายชื่อดินแดนฮ่องกงออกจากรายชื่อดินแดนที่จะได้รับการปลดปล่อยให้เป็นเอกราช ปัญหาอีกประการหนึ่งคือ ดินแดนฮ่องกงมีสถานะเป็นดินแดนที่มีการปกครองตนเองหรือไม่จากการศึกษาพบว่า ดินแดนฮ่องกงไม่มีสถานะเป็นดินแดนที่มีการปกครองตนเองเพราะองค์การทางการเมืองซึ่งได้แก่ผู้ว่า สภานิติบัญญัติ สภาบริหารและศาลยุติธรรม ยังคงถูกควบคุมทั้งโดยตรงและโดยอ้อมจากรัฐบาลกลาง กฎหมายที่ใช้บังคับมีทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายจารีตประเพณีของจีน และกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติ แม้อังกฤษยินยอมให้ดินแดนฮ่องกงมีอำนาจอทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือดำเนินการความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจได้ด้วยตนเองก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เมื่ออังกฤษโอนดินแดนฮ่องกงคืนให้จีนแล้ว ดินแดนฮ่องกงจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไร มีการปกครองตนเองหรือไม่ มีกฎหมายและระบบกฎหมายเป็นอย่างไร เป็นปัญหาที่จะต้องศึกษานานต่อไป