

# 香港与中央的“违宪审查”协调

陈欣新\*

**内容提要:**在香港基本法的设计中,中央与香港均拥有基本法解释权及审查权。如果两者不能在权限、管辖、程序及释义方面达成一定的默契,就会引发宪制危机。本文在分析两地法治传统和宪制模式的差异以及香港基本法对“违宪审查权”的制度设计后,提出中央和香港应本着相互理解和宽容的原则,按照中国宪法体制与英美法制传统相结合的思路,在基本法所设计的中央与特区分权的制度框架内进行协调,以避免和化解这种冲突。

**关键词:**违宪审查 法制协调 基本法

《香港特别行政区基本法》(以下简称基本法)被港人称为“小宪法”,内地也称之为香港的宪制法律。<sup>[1]</sup> 因此对某一行为是否符合基本法进行审查的权力也可以算作广义上的“违宪审查权”。<sup>[2]</sup> 根据基本法的规定,全国人大常委会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会后,如认为香港特别行政区立法机关制定的法律不符合基本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款,可将有关法律发回,但不作修改。发回的法律立即失效。<sup>[3]</sup> 基本法还规定,基本法的解释权属于全国人大常委会。全国人大常委会授权香港特别行政区法院在审理案件时对基本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。香港特别行政区法院在审理案件时对基本法的其它条款也可解释。<sup>[4]</sup> 由此可见,中央和香港特别行政区均拥有基本法上的“违宪审查权”。而“违宪审查权”的协调主要是指两者在权限分工、基本法解释思路以及矛盾化解等方面的沟通和协商。

\* 中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。

[1] 钱其琛:《纪念澳门基本法制定六周年的讲话》,《人民日报》1999年4月5日。

[2] 本文所指“违宪审查”采取广义概念,即不仅指对某一行为是否符合宪法进行审查,还指对某一行为是否符合宪法性法律进行审查。这种方法也顾及了香港学者的使用方式。香港法律界将基本法审查权称为“违宪审查权”。

[3] 基本法第十七条。

[4] 基本法第一百五十八条。

## 一、中央的基本法审查权

全国人大常委会依《中华人民共和国宪法》,有解释宪法、法律和监督宪法实施的权力。<sup>[5]</sup> 这种一般性的违宪审查权是基本法赋予全国人大常委会以解释基本法和监督基本法实施的权力的宪法基础。因此,全国人大常委会的违宪审查权从一般意义上讲,是源自宪法层面而非仅仅是基本法层面的。基本法审查权只是全国人大常委会的违宪审查权的一个部分。当然,全国人大常委会的基本法审查权是基本法所赋予的,其权限范围和行使职权的程序必须以基本法的规定为准,否则即属于越权。

根据基本法,全国人大常委会的基本法审查权主要体现为:(1)对香港特别行政区立法机关制定的法律,是否符合基本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款进行审查;(2)应香港特别行政区终审法院的请求,在对案件作出不可上诉的终局判决前,就基本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款,作出解释。至于全国人大常委会对中央人民政府的决定是否符合基本法进行审查的权力则是源自宪法而非基本法的。<sup>[6]</sup> 这项权力的行使必须符合宪法和全国人民代表大会组织法的规定。

基本法对其涉及的任何一个机关的权力都作了权限及程序上的限制。从基本法的规定看,全国人大常委会的基本法审查权,限于中央管理的事务以及中央和香港特别行政区的关系的范围。而香港特别行政区自治范围内的事务则不属于全国人大常委会的审查范围。同样,对于基本法的解释权而言,全国人大常委会不得干预香港特别行政区法院在审理案件时对基本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。

基本法对于全国人大常委会审查权的上述限制是“一国两制”构想所需要的。根据中英联合声明,香港特别行政区享有高度的自治权,除外交和国防事务属中央政府管理外,香港特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。<sup>[7]</sup> 作为中国最高权力机关的全国人民代表大会及其常务委员会在何种程度上认可和尊重香港特别行政区各“国家机构”的权力,是衡量和界定香港特别行政区“高度自治”水平及范围的标尺。只有比较清晰地对全国人民代表大会及其常务委员会在香港事务上的权力进行法律限制,才能确保其它国家机构对香港特别行政区的高度自治给予充分的尊重。全国人大常委会的基本法审查权是保障“一国两制”构想及其法律形式——基本法得到不折不扣地实施的工具,它的行使也同样要受到法律的制约才不会出现滥用权力和越权行事的危险,这是法治社会的要求。

除了权限上的约束外,基本法还对全国人大常委会的基本法审查权的行使作了程序性规定。全国人大常委会对香港特别行政区立法机关制定的任何法律行使审查权时,应先征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。<sup>[8]</sup> 全国人大常委会在对基本法进行解释前,也应征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。<sup>[9]</sup> 就性质而言,香港特别行政区基本法委员会是一个正式的咨询机构而非职能机构。它没有任何职权,其意见也没有强制约束力。

[5] 宪法第六十七条。

[6] 宪法第六十七条第七款。

[7] 中英联合声明附件一(之一)。

[8] 基本法第十七条。

[9] 基本法第一百五十八条。

全国人大常委会对于香港特别行政区基本法委员会的意见并不是必须采纳。基本法也没有对基本法委员会作出正式意见所必须遵从的程序给予明确规定。可以预料,由于基本法委员会是由香港和内地等额且界别不同的人士组成的,在许多问题上因委员们思考问题的角度不同、立场不同,未必都能达成共识,甚至有时无法形成多数意见。在这种情况下,全国人大常委会只能综合各位基本法委员会委员的意见,独立地作出有法律约束力的决定,切不可过于依赖基本法委员会的相对多数意见。

当然,一般情况下,当基本法委员会形成一致意见或绝对多数意见时,全国人大常委会应当尊重基本法委员会的意见。即使这种意见与全国人大常委会多数委员的看法相左,也应首先充分听取基本法委员会的建议。因为基本法委员会的委员一般而言都是深孚众望或术业专攻的人士,尤其香港委员须由香港特别行政区行政长官、立法会主席和终审法院法官联合提名才能获得委任,足见其影响力。如果基本法委员会委员一致同意或绝对多数意见能够形成,则说明这一意见已具备了相当的科学性。相比之下,全国人大常委会委员们往往不是香港问题的专家,对中央与地方关系等复杂的法律和政治问题也缺乏深刻的理解及细致的钻研,加上观念和视角的差异,未必能够准确地把握问题的关键。所以为了确保不出现大的失误,全国人大常委会应当建立依照基本法委员会一致意见或绝大多数意见作出决定的惯例,而不应当只把基本法委员会视为普通意义上的咨询机构,采取“可听可不听”、“以我为主”的态度。尤其是对基本法委员会中香港委员的一致意见或绝大多数意见,更应当予以充分的尊重。当基本法委员会中的香港委员与内地委员意见严重分歧时,全国人大常委会必须全面了解不同见解、谨慎地作出决定,并向持不同意见的委员和各界人士仔细说明决定的法律依据和理由,切不可意气用事。

实际上,对于香港而言,尊重法定咨询机构的意见,避免强制运用权力一意孤行,已成为一种宪政惯例。香港在英国统治时期,也有许多重要的机构是以咨询机构的面目存在的。对于这些咨询机构的意见,一般情况下,香港总督会予以尊重,不会将自己的意志强行置于咨询意见之上。只有极少数事关重大的事件,总督才会强行实施自己的意见。<sup>[10]</sup>有鉴于此,全国人民代表大会及其常务委员会在行使基本法上的权力时,应当遵从这种“有香港特色的”宪政惯例,这样才能实现“观念上的协调”,保证“一国两制”的落实。基本法规定,全国人大常委会对列于基本法附件三的法律作出增减前,要征询其所属的香港特别行政区基本法委员会和特别行政区政府的意见;<sup>[11]</sup>全国人民代表大会在将基本法的修改议案列入议程前,要先征求基本法委员会的意见,<sup>[12]</sup>都表明了尊重咨询意见、遵从宪政惯例的意图。这对于全国人大常委会行使基本法审查权的规则,无疑是有指示意义的。

## 二、香港法院的基本法审查权

香港特别行政区法院的基本法审查权来自基本法和全国人大常委会的授权。基本法虽然没有明文赋予香港特别行政区法院“违宪审查权”,但基本法保留了香港原有的审判权和管辖

[10] 史深良:《香港政制纵横谈》,广东人民出版社1991年版,第6页。

[11] 基本法第十八条。

[12] 基本法第一百五十九条。

权,<sup>[13]</sup>也保留了香港原有的普通法,<sup>[14]</sup>又赋予特别行政区法院对基本法的解释权,<sup>[15]</sup>并规定香港特别行政区立法机关制定的任何法律均不得抵触基本法。<sup>[16]</sup>这些条款都可以视为香港特别行政区法院拥有基本法审查权的法律依据。

对于香港特别行政区法院的司法审查权的权限的理解和认识,应当以基本法的规定及香港长期奉行的普通法法理为依托。按照普通法的传统,解释法律和决定相互冲突的法律在案件审理中的适用与否,是法院固有的权力。<sup>[17]</sup>将既定规则适用于特定案件的人必然要解释这种规则。如果两部法律相互抵触,法院必须决定适用其中哪部法律。如果一部法律是违宪的,而该法与宪法都适用于同一案件,则法院必然要么无视宪法,适用该法,要么无视该法,适用宪法”。<sup>[18]</sup>基本法作为香港的“小宪法”,同样要有足够的权威性。而法院在审理案件的过程中,如认为某项效力等级低于基本法的规范性法律文件与基本法相抵触时,有权不适用该规范性法律文件。

值得注意的是,基本法对于香港法院的司法审查权是作了明确限制的。首先,香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。<sup>[19]</sup>其次,如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在对该案件作出不可上诉的终局判决前,香港终审法院应请全国人大常委会对有关条款作出解释。如全国人大常委会作出解释,香港特别行政区法院在引用该条款时,应以全国人大常委会的解释为准。<sup>[20]</sup>这意味着香港特别行政区法院包括终审法院在内,均无权对基本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款自行解释。这种对法院司法解释权的限制方式是普通法系的观念不易接受的。

需要强调的是,依普通法传统,在案件审理过程中,判断某一行为是否国家行为以及案件是否涉及中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系,是法院的权力。<sup>[21]</sup>因此,当香港法院在案件审理过程中遇到此类情况时,必然会先行判断,而不会采取只要当事人中的一方提出本案涉及特别条款的疑点,就立即中止审理,并启动报请全国人大常委会进行解释的程序的做法。况且即使有关解释问题提交给人大常委会,案件的最终判决仍由香港终审法院作出,这是基本法赋予香港法院以终审权的必然结果。

香港法院的“违宪审查权”实际上在香港回归以前就已经存在,只不过这种违宪审查权主要是用来审查香港立法机关(即香港总督会同立法局)所制定的条例是否违反作为香港宪法的

[13] 基本法第九条。

[14] 基本法第八条、第十八条。

[15] 基本法第一百五十八条。

[16] 基本法第十一条。

[17] *Marbury v. Madison*, 1 Branch 137, 2L. Ed. 60 (1803)

[18] 同上。

[19] 基本法第十九条。

[20] 基本法第一百五十八条。

[21] 陈弘毅:《法治、启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社1998年版,第276页。

《英皇制诰》和《皇室训令》或超越了它的授权范围。<sup>[22]</sup> 1991年,《香港人权法案条例》通过后,因其第3条和第4条具有约束先前法例和日后法例的效力,香港法院便可以根据它及其蓝本国际人权两公约的人权标准,审查香港立法机关的立法。<sup>[23]</sup> 在 R. v. Lun Wai - ming 一案中,香港法院宣布可以根据1991年修订的《英皇制诰》第7条,审查和推翻任何在1991年6月8日(该条款及人权法案生效日期)以后制定的、违反《香港人权法案》(以及与之内容相同的《公民权利和政治权利国际公约》)的人权标准的香港条例。<sup>[24]</sup> 至于香港法院是否有权审查香港条例符合英国立法的问题,在香港回归前没有有关的判例。香港有学者认为依照1865年英国国会通过的《殖民法律有效法》,殖民地法院不能以当地法律与英皇的指示或训令不符而宣布其无效。也有学者指出,从理论上讲香港法院有权在香港条例和英国制定的适用于香港的宪制法律发生冲突时,选择适用其中效力等级高的法律,实践上未出现有关案例,并不表示法院在法理上没有违宪审查权。<sup>[25]</sup> 考虑到香港法院在回归前已有“违宪审查权”的现实,香港回归后的香港特别行政区法院的基本法审查权应视为“原有法制保持不变”的必然产物。只不过英皇制诰和皇室训令变成了基本法,“殖民地”地位变成了“高度自治”的特别行政区的地位。

事实上,香港法院在回归以后就违宪审查权问题的表现相当积极。特别行政区成立当月,高等法院上诉法庭就在“香港特别行政区诉马维鯤”一案中表示,正如香港法院在1997年以前有权审查香港立法机关的立法是否与《英皇制诰》相抵触,在香港回归后,特别行政区法院也有权审查特别行政区立法是否与基本法相抵触。<sup>[26]</sup> 在“张丽华诉入境事务处处长”一案中,香港法院首次以违反基本法为由,宣告临时立法会的立法无效。<sup>[27]</sup> 这一判决已于1999年1月29日经过香港特别行政区终审法院的审查。

在香港法院违宪审查权问题上,引起香港和内地争议的,是香港法院(主要是终审法院)是否有权审查全国人民代表大会及其常务委员会制定的涉及香港的法律或决定符合基本法。香港终审法院在1999年1月29日对数起涉及“无证儿童”居留权问题的终审判决中宣告:终审法院有责任及司法管辖权,去审核(examine)全国人民代表大会或其常务委员会的立法行为是否符合基本法;若发现有不符基本法者,可宣布该法或行为无效(invalid)。<sup>[28]</sup> 这一判决推翻了高等法院上诉法庭关于香港特别行政区法院作为地区性法院无权审查全国人民代表大会及其常务委员会的行为或决定的论点。<sup>[29]</sup> 香港终审法院的这一判决引起了内地部分法学界人士的批评。有学者认为香港法院不仅无权审查和宣布人大及其常务委员会的立法行为无效,甚至也无权审查香港立法机关通过的法律是否符合基本法。<sup>[30]</sup> 其理由是香港在回归前没有质疑英国议会立法的权力而全国人民代表大会及其常务委员会的立法行为是主权行为;基本法规定审查香港立法机关通过的法律是否符合基本法的权力在全国人大常委会,并没有任

[22] 陈弘毅:《香港特别行政区法院的违宪审查权》,载《法制现代化研究》(四),南京师范大学出版社1998年版,第425页。

[23] 陈文敏:《香港人权法案生效首年的回顾》,《法学评论》1992年第4期和第5期。

[24] [1992]2 Hong Kong Public Law Reports 182, R. v. Chan Chak Fan [1994]3 Hong Kong Cases 145, 153。

[25] 前引[22],陈弘毅文,第426页。

[26] [1997]2 Hong Kong Cases 315, 351

[27] [1997]3 Hong Kong Cases 64(高等法院原诉法庭), [1998]1 Hong Kong Cases 617(高等法院上诉法庭)。

[28] 香港终审法院1月29日,1999年判决第32页至39页。

[29] [1996]1 Hong Kong Cases 617(高等法院上诉法庭)。

[30] 新华社珠海2月6日电:《就香港特别行政区终审法院的有关判决内地法律界人士发表意见》。

何地方规定终审法院有这种权力。<sup>[31]</sup> 对此有香港学者认为,英国国王会同国会制定的法律,法院必须忠实地实行而不能予以质疑的原因是不存在任何更高层次的宪法文件,法院没有审查英国国会立法的理论性和实践性的依据,而不是英国国会的立法是不容质疑的。<sup>[32]</sup> 英国加入欧共体及欧洲人权公约后,英国法院已开始了对国会立法行使司法审查权的尝试。<sup>[33]</sup> 这也从另一个角度显示了英式普通法对司法审查权的理解和认识,有助于对香港法治的分析。

严格地讲,香港法院的基本法审查权只是法院有权在“下位法”与“上位法”相抵触时,根据排除法律冲突的原则,宣布在审理的案件中“不适用”下位法而适用效力等级高的上位法,亦即该下位法在本案中没有效力(invalid),并非法院有权宣布该下位法丧失普适性法律效力。<sup>[34]</sup> 因为决定一项立法是否被废止、修改或撤销乃是立法权的权能范畴,依普通法中严格的分权原则,司法机关无权行使属于立法权范畴的权力。至于终审法院对某一立法宣告在案件审理中无效实际上等于撤销了该立法的问题,乃是由于香港奉行判例法制度,终审法院的判决对所有法院均有约束力的结果,并不是宪法中最高权力机关有权撤销与宪法相抵触的法律的规定中的“撤销”行为。这两者之间有本质上的差异,后者意味着被撤销的法律已不能算是法律,任何机关、团体或个人不必受其约束,也不能依其规定采取有效的法律行为。而前者则不影响被宣告为无效的法律的“形式上的法律地位”,该法律的修改仍需依立法程序进行,且任何机关、团体、个人可以依其采取行动;如在法定期间内无诉讼提起,则相关行为的法律效力不能再受质疑。因此,即使香港特别行政区法院拥有基本法审查权可以审查全国人民代表大会或其常务委员会制定的效力等级低于基本法的法律或决定的合法性,也不意味着它拥有凌驾于全国人民代表大会及其常务委员会之上的地位或越俎代庖的权力。

由于宪法并未明确规定基本法律与一般法律的区别标准,而效力等级相同的法律又不能规定撤销同等级法律的条件(这本身即有凌驾于其它同等级法律之上的“违宪”嫌疑);所以在基本法与其它同属基本法律的法律相抵触时,只能根据特别法优于一般法的原则,确定适用基本法,而不适用与之相抵触的其它基本法律,绝不能认为其它基本法律“没有法律效力”。基本法规定“全国性法律除列于本法附件三者外,不在香港特别行政区实施”,<sup>[35]</sup> 正是考虑了这一原则的作法。对于香港特别行政区法院(主要是终审法院)是否有权和依何种法理依据审查全国人民代表大会的立法及决定(它们从立法程序和作用上与基本法无异,属同一效力等级),也应从这一原则出发进行探讨。至于全国人大常委会的立法和决定,依普通法观点,因其效力等级低于基本法,如确与基本法相抵触,法院有权不予适用。

需要强调的是,依普通法的越权理论,法院无权干预其它机关依照宪法和法律规定的权限和程序行使职权。所以对于全国人民代表大会及其常务委员会乃至中央人民政府及香港立法

[31] 同上。

[32] 前引[22],陈弘毅文,第425页。

[33] 在 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd(1991)一案中,欧洲法院认为英国法院必须把国内法律搁置一旁,从而确保欧共体法律能在英国产生效果。这意味着英国法院可以在一定范围内审查国会制定的法律,从而削弱英国议会主权至上规则。在 M. v. Home Office(1994)一案中,原告要求对国家发出一些禁止令。在英国普通法下,法院不会发出这样的禁止令,但英国法院根据欧共体法院的前述判例最终发出了禁止令。此案显示欧洲法律已达到影响纯粹英国国内公法的境地。英国实施人权法案以后,将把欧洲人权公约纳入国内法中。可以预料英国法院的司法审查权还将进一步加强。

[34] 李步云:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第418页以下。

[35] 基本法第十八条。

会依宪法和基本法的规定,合法行使任何权力,香港特别行政区的法院无权干预和质疑。对此,香港终审法院在1999年2月26日的裁决中,也表示了相同的观点。<sup>[36]</sup>香港回归以后,法统发生了根本变化。具有最高法律效力的是《中华人民共和国宪法》而非《英皇制诰》、《皇室训令》或英国国会的立法,回归前与殖民地色彩相适应的法制包括约束司法权无条件服从于殖民法统的部分,将由于与“一国两制”构想及香港回归的现实不符而丧失其法律效力。因此,不能简单地认为过去殖民统治时期香港法院没有的权力,回归后的特别行政区法院也不能拥有。“一国两制”构想和基本法允许香港保持原有法制不变,不仅意味着保持与“一国两制”不抵触的法律制度不变,还意味着保持原有的普通法系的法治观念和法律惯例不变。这一点对于香港法院的“司法审查权”同样是适用的。严格地讲,香港法院的司法审查权是“一国两制”构想和普通法的法治传统共同塑造的,应当运用新的宪政理论去理解和认识,遵从一切从实际出发,具体问题具体分析的原则,切不可教条行事,铸成大错。

### 三、“违宪审查权”的协调

香港回归以后,两地“违宪审查权”的冲突问题已受到人们的关注。香港特别行政区终审法院就“港人在内地所生子女居留权”问题作出判决后,其中,“香港法院有权审查全国人民代表大会及其常务委员会的立法或决定是否违反基本法,并有权将违反基本法的立法或行为宣告为无效”的判词,引发了两地在“基本法审查权”问题上的首度冲突。应当看到,这次冲突的实质还是两地的法治观念和法律传统差异在“违宪审查权”的权属、权限方面的具体体现。众所周知,香港特别行政区终审法院的所有法官都是经过严格的程序才遴选出来的,他们对基本法、对香港特别行政区的忠诚和出色的法律才能是没有疑问的。在“一国两制”构想实施的初级阶段,相互的信任是最重要的,互相猜忌和指责除了会毁掉一切以外,没有任何益处。香港和中央之间应该就“违宪审查权”的划分和行使,本着相互理解和宽容的原则,按照中国宪法体制与英美法制传统相结合的思路,在基本法所设计的中央与特区分权的制度框架内进行协调,以避免和化解这种最严重的法制冲突。

香港和中央应在基本法所设计的中央与特区分权的制度框架内,建立有关“违宪审查权”协调的机制。依基本法,中央的基本法审查权由全国人大常委会行使;香港的基本法审查权最终由香港特别行政区终审法院行使。因此,全国人大常委会与香港特别行政区终审法院之间,应建立常设性的协调机制。考虑到全国人大常委会的实际情况和运作惯例,以及作出决定前应先征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见的程序性约束,可以由全国人大常委会授权香港特别行政区基本法委员会,就有关“违宪审查权”行使的事宜,与香港特别行政区终审法院进行协调。从确保法治、高效和平等协商的角度出发,两者均可启动协调程序。协调所达成的一致意见,由香港特别行政区基本法委员会以咨询意见的形式,报全国人大常委会。全国人大常委会则确立按照香港特别行政区基本法委员会咨询意见行事的惯例。这就确保了协调成果的落实。

通过协调机制,香港和中央应先就基本法的解释权的行使达成默契。依照基本法的规定,

[36] 香港特别行政区终审法院1999年2月26日澄清1999年1月29日判决的判词。

基本法的解释权属于全国人大常委会。<sup>[37]</sup>这一规定体现了典型的内地法治观念和宪制传统,即立法解释是最高解释和议会至上原则。而根据普通法的传统,司法解释是唯一的法定解释,司法独立是不容置疑的。为了协调两者之间的差异,基本法规定香港法院在审理案件时,对有关香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。问题是如果香港法院就自治条款作了解释之后,全国人大常委会是否还能就相同事宜再作解释。

从理论上讲,全国人大常委会拥有基本法的一般性解释权,这一权力不仅源自基本法,更是源自宪法。但考虑到全国人大常委会的解释同香港法院的解释不同时,将会引发严重的法制冲突,为了维护“一国两制”和“高度自治”及香港的司法独立,全国人大常委会应当与香港终审法院达成这样的默契:后者承认前者解释权的权威性,而前者则不行使基本法中有关自治范围内的条款的解释权,以使香港法院的权威得到各方面的尊重。事实上,这种默契与英中两国的宪政惯例有相似之处。英王拥有否决权力但不行使,而所有的机关和个人都尊重其最高地位,不挑战其权威。同样,在中国,作为最高权力机关的全国人民代表大会实际上也从不行使宪法上那些重要的否决权,但其宪法上的权威地位仍不容置疑。

基本法解释权中的另一问题,是对于中央管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款的解释。按基本法的规定,香港法院对此是无“自行解释权”的。<sup>[38]</sup>但考虑到法院在审理案件时,肯定要对案件是否涉及中央管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行初步判断,完全排除其对此类条款的解释权是不可能的也是不现实的。因此对于此类条款的解释,全国人大常委会的基本法委员会应与香港特区终审法院通过协调机制进行沟通,以确保解释能为双方所接受,这是防止类似法制冲突的最佳办法。

香港和中央还应本着相互理解和宽容的原则,按照中国宪法体制与英美法制传统相结合的思路,就双方的基本法审查权的权限、管辖、程序进行协调。一般而言,全国人大常委会的基本法审查权与香港特别行政区法院的基本法审查权在对香港立法会立法的审查方面不会发生冲突。因为前者是对香港立法是否符合基本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款进行审查,<sup>[39]</sup>而后者则主要是对香港立法是否符合基本法关于香港特别行政区自治范围内的条款进行审查。<sup>[40]</sup>但特殊情况下,两者会发生竞合。

例如,在“港人内地所生子女居留权”案件中,父亲为香港永久性居民中的中国公民且符合基本法第24条(一)、(二)款的条件,母亲为中国内地居民的人,依基本法第24条第(三)款的规定,不论婚生与否均是香港特别行政区永久性居民,享有香港居留权和有资格依照特别行政区法律取得载明其居留权的永久性居民身份证;而根据内地的户籍法规,子女户口随母方,他们也是其母户籍所在地居民(非婚生子女一般很难上户口,有可能沦为“黑户”)。依基本法,香港永久性居民享有出入境自由,已循非法途径于《香港入境(修订)条例》生效前进入香港者,港府不得将其遣返内地。在内地且尚未获得有效入境证件的,港府有义务与内地协调使其顺利来港。而依内地的出入境法律,内地居民出入境必须经出入境管理部门批准。这就使此类港人在内地所生子女因两地法律差异而成为“双重居民”身份人。<sup>[41]</sup>

[37] 基本法第一百五十八条第一款。

[38] 基本法第一百五十八条第二款。

[39] 基本法第十七条和第一百五十八条第三款。

[40] 基本法第一百五十八条第二款。

[41] 这种情况在内地不会发生,因为每个人只能有一个户口。



根据基本法中出入境的“属人规制”原则,“双重居民身份”不可避免地导致了全国人大常委会和香港终审法院在这一问题上的“违宪审查权”竞合。香港法院有权依基本法中居民权利的相关条款(属于自治范围)审查香港出入境条例是否侵犯了基本法和国际人权两公约所明定的居民权利;而全国人大常委会也可以认为港人在内地所生子女系内地居民,属中央管理事务,其进入香港的审批属中央与香港关系事务,而香港法院无权“自行解释”相关条款,也无权进行司法审查。<sup>[42]</sup>为了解决这类由权力竞合所导致的矛盾,香港特区终审法院和香港基本法委员会应启动协调机制,就实践中出现的疑难问题进行磋商,明确消除可能造成竞合的客观因素,达成共识后,各自依法履行协议。

香港法院对全国人民代表大会及其常务委员会的效力等级低于基本法的立法和决定是否拥有司法审查权,是一个充分体现两地法治传统和观念差异的、也是亟待进行协调的问题。依内地的理论,全国人民代表大会是最高国家权力机关,<sup>[43]</sup>它的决定和行为是其它国家机关不能质疑的。而全国人大常委会是全国人民代表大会的常设机关,其决定和行为只有全国人民代表大会才能予以撤销或改变。<sup>[44]</sup>内地学理上一般认为法院无权审查全国人民代表大会及其常务委员会的立法和决定是否合宪、合法。

尽管宪法中明确规定全国人民代表大会及其常务委员会必须遵守宪法和法律;<sup>[45]</sup>其所制定的法律不得与宪法相抵触;<sup>[46]</sup>全国人大常委会的立法和决定不得与全国人民代表大会制定的基本法律相抵触;<sup>[47]</sup>全国人民代表大会及其常务委员会违反宪法和法律的行为,必须予以追究。<sup>[48]</sup>然而自己追究自己的违宪、违法责任,本身就是难以令人充分信任的,没有制约的权力必然导致专断或腐败已是人所共知的真谛。况且“当局者迷,旁观者清”,自己往往难以发现自己的错误。至于“任何人不能作涉及自己利益的争议的裁判”,更是世之公理。因此,由全国人民代表大会及其常务委员会自纠自查的违宪审查模式未见得是合适的,至于在其下设置宪法委员会的设计则更是有严重缺陷的。

《中华人民共和国宪法》规定法院是国家的审判机关;<sup>[49]</sup>最高人民法院是最高审判机关;<sup>[50]</sup>人民法院依法独立地行使审判权。<sup>[51]</sup>由此不难推定,审理宪法诉讼案件并在审理过程中就宪法条文的具体适用进行解释,<sup>[52]</sup>以及当发现某一法律条文与宪法条文相抵触时,拒绝适用该法律条文的权力,属于最高人民法院。当然,这与全国人民代表大会及其常务委员会行使宪法赋予的“违宪审查权”并不矛盾。前者只能在诉讼过程中发挥作用,并通过最高人民

[42] 《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十二条第四款和第二十四条第二款第(三)项的解释》

[43] 宪法第五十七条。

[44] 宪法第六十二条。

[45] 宪法修正后的第五条第四款。

[46] 宪法修正后的第五条第三款。

[47] 宪法第六十七条第(二)、(三)款

[48] 宪法修正后的第五条第四款。

[49] 宪法第一百二十三条。

[50] 宪法第一百二十七条。

[51] 宪法第一百二十六条。

[52] 全国人大常委会关于加强法律解释工作的决定授权最高人民法院在审理案件过程中,就具体适用法律进行司法解释。但是,法院在审理案件过程中,可否就具体适用宪法进行司法解释,还有待全国人大常委会通过宪法解释予以确认。

法院的司法解释和判例的指导作用为下级法院所遵从;而后者则可以随时发挥普适性效力,并有广泛意义上的撤销权。<sup>[53]</sup>这是最高司法权所不享有的。

与内地的法治观念和宪政传统不同,香港所遵从的英美普通法传统则视司法权为捍卫人权和法治的最后屏障。法院的独立性格也十分强烈,对于来自任何方面的干预有着本能的反抗性。在香港殖民统治时期,法院受殖民制度的束缚,无法起到一般普通法系国家法院的作用,也没有司法独立的最后盾牌——终审权。尽管如此,在二战后,香港法院维护港人自由和权利的努力也还是受到了普遍的认同。

香港回归后,一些人出于对社会主义法制的不理解和对“一国两制”构想能否落实的怀疑,竭力主张司法独立对内地的制约。这种想法固然是不合适的,但也有可以理解的一面。毕竟“一国两制”构想是新生事物,理解和认识乃至实现都需要相当一段时间,不可操之过急。同样,内地也有一种观点认为香港的终审权应当予以严格约束,甚至有人认为香港的终审权应当采取变相措施予以收回,以防止其对“一国”有所损害。

应当指出,香港法院的违宪审查权是基本法所赋予的,是有法律依据的。对于香港法院行使这项权力进行必要的限制以防司法专权,是正确的。但出于不信任而要严格约束之,则是错误的。司法权的被动性特征也决定了其危险性是最小的,毕竟还没有哪一个国家因司法机关的判决而“国将不国”的。<sup>[54]</sup>况且英美普通法系的法院在长期维护和捍卫司法独立的实践中,积累了许多“对付”严格限制司法审查权的思路和办法。例如英国下议院为了遏制司法机关对政府行政行为的司法审查,曾广泛采用“剥夺条款”(ouster clause)进行立法约束,即明确规定行政机关任何决定“不得诉请法院裁判”。如果按照内地的观念,则法院在“剥夺条款”之下,将无任何司法审查权可言。但英国法院却认为:只有有效(valid)或真正(real)的决定,才有排除的效力。决定是否有效,应视作出该决定的机关是否有“越权”情况,如有越权情况则决定是无效的(invalid),不能排除司法审查。<sup>[55]</sup>而英美法的“越权”理论恰恰是法院用来扩展其司法审查权,制约其它机关权力的最重要的“法宝”。其秘诀在于将实质争议延伸至“法律上的错误”(errors of law)的争议,由于法律错误均属于司法审查的管辖范围,所以实际上国会将无法保护任何决定不受司法审查,只要该决定是依效力等级高的法律文件(包括宪法)制定的。

考虑到任何法律或决定都有高于它的效力等级的法律或宪法存在,只要法院拥有终审权,就没有任何办法完全剥夺法院的司法审查权。因此,那种认为只要通过严格限制香港法院司法审查权的全国人民代表大会或其常务委员会的决定和立法解释,就能“管住”香港法院的权力的想法,不仅在思路上是根本错误的,在基本法所设计的制度下也是无法实现的。况且香港特别行政区拥有终审权和独立的司法权,是中华人民共和国对香港既定的基本方针政策所确定的基本原则,是载于中英联合声明的。<sup>[56]</sup>根据“国际法优于国内法”的原则<sup>[57]</sup>以及基本法中“本法的任何修改,均不得同中华人民共和国对香港既定的基本方针政策相抵触”的规

[53] 宪法第六十二条第(十一)款,第六十七条第(六)、(七)、(八)款。

[54] 当然,司法判决尤其是宪法判决对社会的影响还是不可忽视的。例如美国1857年的“斯科特诉山福特”一案,因其“黑人不是人”的判词而成为引发美国内战的要因之一。

[55] Anisminic Ltd. V. Foreign Compensation Commission. 此案为英国上议院于1956年作出的有约束力的判决。在不违反基本法的前提下,香港特别行政区法院是遵循的。

[56] 《中英关于香港问题的联合声明》附件一(之三)。

[57] 《王铁崖文选》,中国政法大学出版社1993年版,第551页以下。

定,<sup>[58]</sup>香港特别行政区的终审权和独立的司法权是不能改变的。因此,全国人民代表大会及其常务委员会应当承认香港法院有权对其决定是否符合基本法进行审查;在审理案件的过程中,可以依基本法的规定,决定是否予以适用。并且,两方应就基本法审查权的行使进行磋商。

在对全国人民代表大会及其常务委员会的效力等级低于基本法的立法和决定进行审查的问题上,协调及分权的原则应是:(1)只有在香港实施或在香港产生直接或间接影响的条文,才属于审查对象;不在香港具体实施且在香港不产生影响的条文不得作为审查对象。(2)香港法院有权对上述条文是否符合基本法所规定的高度自治范围内的条款审查,无权就其是否符合基本法中有关中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款进行审查,这方面的审查权属于全国人民代表大会或其常务委员会。(3)对于一方认为属于己方权限而另一方有越权或不守默契行为的,或双方对其权属发生分歧的,应通过香港终审法院与基本法委员会协商取得共识后,各自依协议办理。(4)如发生越权或违反两地已达成的默契的事件,双方有关机构应立即启动协调对话机制,避免事态扩大。在取得共识之后,按照“自行纠正”的方针,进行补救工作,不采取有损任何一方法定权力及公信力的解决方案。除非影响巨大和双方均认为必要,否则纠正措施应体现“下不为例,不溯既往”的精神。

香港和内地“违宪审查权”协调中,还有一个易被人们忽视的领域,即中华人民共和国宪法在香港的直接实施以及香港法院在特殊案件中对中华人民共和国宪法中某些条款的直接适用和因此产生的标准意义上的“违宪审查权”协调。在大多数情况下,宪法不会直接实施于香港特别行政区,或被香港法院直接适用于具体案件的审理。它是通过基本法间接实施于香港。由于“一国两制”构想可以通过对宪法第三十一条的解释而成为宪法上的基本国策,所以宪法中与“一国两制”基本国策不相适应的条款应被推定为不在香港特别行政区实施,自然香港特别行政区法院也不能在案件审理中予以适用。

但是,宪法中与“一国两制”原则不相抵触的条款毫无疑问是实施于香港的。因此当基本法中对某一项事宜没有规定,而宪法中却有明确规定且不与“一国两制”原则相矛盾时,香港法院有权直接援引宪法中该条文,作为进行司法审查的依据,并宣布不适用与之相抵触的其它法律文件。例如,宪法规定,全国人民代表大会代表,非经全国人民代表大会会议主席团许可,在全国人民代表大会闭会期间,非经全国人大常委会许可,不受逮捕或刑事审判。<sup>[59]</sup>全国人民代表大会代表在全国人民代表大会各种会议上的发言和表决,不受法律追究。<sup>[60]</sup>上述规定在基本法中,并无对应的条款。如果全国人民代表大会的香港代表在香港遇到违反上述规定的事件,当事人(代表)即可要求法院依宪法保护其权利,而香港法院则不能以基本法无明文规定为理由,拒绝进行司法审查。同样,如果香港特别行政区法院依此类宪法条文,行使司法审查权,拒绝适用与之相抵触的其它法律文件或宣告某一具体行为违宪,是不应被视为违反基本法或超越其权限的。

需要强调的是,当基本法中有相关规定时,香港特别行政区法院应以基本法的规定为司法审查的依据,不应直接援引宪法中的条文。因为基本法与宪法之间符合与否的问题并非香港特别行政区法院管辖的范围,香港法院无权进行司法审查。至于当全国人大常委会决定宣布

[58] 基本法第一百五十九条。

[59] 宪法第七十四条。

[60] 宪法第七十五条。

战争状态或因香港特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态时,香港法院将可能获得有关全国性法律(不属于列入基本法附件三的法律)的授权,扩大其司法审查权或缩小其司法审查权的情况,则属于基本法明确规定的特例,并非直接援引自宪法。

即使在上述特殊情况下,香港特别行政区法院仍有权以违反“一国两制”及中华人民共和国对香港既定的基本方针政策为理由,拒绝适用可能导致“一国两制”名存实亡的全国性法律的相关条文,并认定实施此类条文的具体行为违反基本法。因为基本法明确规定“本法的任何修改,均不得同中华人民共和国对香港既定的基本方针政策相抵触”。<sup>[61]</sup> 这项“不得克减”性的条文显然可以推出实施基本法也不得出现与中华人民共和国对香港既定的基本方针政策(已明确载入中英关于香港问题的联合声明,是约束基本法制定和修改的有国际法上效力的依据)相抵触的行为及可能使“一国两制”名存实亡的后果。而香港特别行政区法院依这一推理进行判决,是属于基本法上的司法权的行使,并非依宪法进行司法审查,不能认为是直接适用宪法。

---

---

**Abstract :** Since Hong Kong returns to China, people focus on the problem that the difference between Hong Kong and Mainland may lead to constitutional crisis. According to the Hong Kong Basic Law, both the Center and the Hong Kong Special Administrative Zone has the interpretative power and the constitutional review power on the basic law. If they can not make contract about the power limitation, jurisdiction, procedure and interpretation, the constitutional crisis may break out. After analysis the difference of legal tradition and constitutional modal between Hong Kong and Mainland and “the constitutional review” system of the basic law, this article points out that the Center and the Hong Kong Special Administrative Zone should understand and tolerate each other. The legal coordination should be on the basis of separate power system of the basic law and combine both Chinese constitutional system and legal tradition of common law so as to avoid and solve such serious legal conflict.

---

---

---

[61] 基本法第一百五十九条。