

香港特别行政区法院的 违反基本法审查权

董立坤 张淑钿*

内容提要：基本法不是香港的宪法，根据基本法的规定审查香港立法机关制定的法律是否违反基本法并确定被审查法律的效力的权力，应称之为违反基本法审查权。无论从基本法的规定、香港原有法律传统还是其他法律理论或实践来看，香港法院行使违反基本法审查权均缺乏法律根据。香港法院自我设定违反基本法审查权，混淆了中央与地方权力关系、偏离了基本法设立的香港政治体制、扭曲了基本法与普通法之间的关系。香港特区终审法院自行纠正错误先例，由全国人大常委会解释基本法第17条，并根据基本法第20条授予香港特区终审法院对违反基本法的香港立法机关制定的有关法律的审查权，是解决违反基本法审查权问题的理想方案。

关键词：香港基本法 违反基本法审查权 违宪审查权

根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称“基本法”）的规定审查香港立法机关制定的法律是否违反基本法并确定被审查法律的效力的权力，有人称之为“违宪审查权”。由于香港基本法不是香港的宪法，称此种行为为“违宪审查权”，没有理论上和法律上的根据，应当据实称之为“对违反基本法的香港法律的审查权”，简称为“违反基本法审查权”。无论被称为“违宪审查权”或者“违反基本法审查权”，它都涉及中央与香港特别行政区的关系，涉及如何理解基本法、保证基本法正确实施等重大问题，香港法院行使此权力应当有法律上的明确规定或者全国人大常委会的授权。

一、香港法院的违反基本法审查权的法律涵义

（一）基本法不是香港的宪法，香港法院对违反基本法的香港法律的审查不是违宪审查

香港特别行政区法院“违宪审查权”肇始于1997年的马维騷案。本案涉及香港特别行政区临时立法会是否合法的问题。香港高等法院在该案判决中多次强调，“基本法不仅是《联合声明》这个国际条约的产物，它也是一部中华人民共和国的国内法和香港特别行政区的宪法……基本法

* 董立坤，深圳大学港澳基本法研究中心教授；张淑钿，深圳大学法学院副教授。

是香港特别行政区的宪法,是最重要的一部法律”。〔1〕在1998年的吴嘉玲案中,香港终审法院判决宣称:“《中华人民共和国香港特别行政区基本法》乃根据宪法第31条制定,并由全国人民代表大会通过,于1990年4月4日予以公布的。当香港特别行政区于1997年7月1日成立,即中国恢复对香港行使主权时,基本法即成为特区的宪法。”〔2〕基于对香港基本法是香港特别行政区宪法的这个认识,香港终审法院将香港法院“审核特区立法机关所制定的法例或行政行为是否符合基本法”的管辖资格称为“宪法赋予法院的司法管辖权”,〔3〕也称为“违宪审查权”。不过,对于香港法院基于基本法是香港宪法进而提出违宪审查权的说法,有学者从学理上提出了质疑和反对,认为“基本法并非严格意义上的宪法,所谓特区法院的违宪审查权实属无稽之谈”。〔4〕

近代意义上的宪法译自英文的“constitution”。《布莱克法律词典》界定宪法是“整体权力来自被统治者的政府宪章”,“民族或国家的基本组织法,用以确定其政府的特性与观念,对政府的内部运作规定其所必须服从的基本原则,组织政府并调节、分配及限制其不同部门的职能,并规定主权行使的范围和方式”。通常认为,一个主权国家的宪法应当具有三个基本特征:在内容上,宪法规定的是国家制度和社会制度的最基本原则,公民的基本权利和义务、国家机构的组织及其运作的原则等;就法律效力而言,宪法具有最高的法律效力,是法律的法律;就制定和修改程序而言,宪法的制定和修改都要经过区别于普通法律的特别的程序。

我国宪法第31条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”基本法序言规定:“根据中华人民共和国宪法,全国人民代表大会特制定中华人民共和国香港特别行政区基本法,规定香港特别行政区实行的制度,以保障国家对香港的基本方针政策的实施。”同时,基本法第11条规定:“根据中华人民共和国宪法第31条,香港特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触。”从这些规定来说,第一,香港特别行政区是单一制国家下的地方行政区域,我国作为一个单一制国家,不可能在《中华人民共和国宪法》之外存在着另一部宪法。第二,宪法作为主权行为的产物,不需要也不应该以实在法为前提,其本身就是法律的法律。基本法序言和第11条明确地表明其是依据宪法制定的,是以宪法为前提和依据。因此,基本法不具有最高的法律效力。第三,宪法具有普遍和一般的法律效力。基本法的法律效力只基于香港特别行政区的设立和制度设计,其内容不涉及全国范围内国家和社会的根本制度。第四,宪法是通过制宪会议制定的,香港特别行政区基本法是经由立法程序制定的,在法律位阶上属于全国人大制定的全国性法律中的基本法律,和全国人大制定的其他法律处于同一法律位阶。因此,基本法不是香港的宪法。

从性质上说,基本法可以被认为是香港的宪法性法律。宪法性法律通常指由制宪会议或最高国家权力机关按照特定程序(也有的按照一般立法程序)制定和颁布,一般规定国家的政治制度、经济制度、国家机构的组成、权限和活动的的基本原则以及公民的基本权利和义务等根本性问题。〔5〕宪法性法律不是宪法,而是有关成文宪法的法律,其内容常涉及成文宪法中所规定的法

〔1〕 HKSAR v. MaWaiKwan, David & Others, CAQ1/1997, paras. 13、18.

〔2〕 吴嘉玲诉入境处案, FACV14Y/1998, para. 10.

〔3〕 同上引案例。

〔4〕 莫世健:《大陆法推翻普通法理念》,香港《经济日报》1999年5月27日,评论版。

〔5〕 北京大学法学百科全书编委会编:《北京大学法学百科全书——宪法学·行政法学卷》,北京大学出版社1999年版,第511页。

律规则以及它们的含义和适用。^{〔6〕}基本法具体规定了香港特别行政区的基本制度,内容涉及整个香港特别行政区的政治体制,各部门的职责和权利,香港居民的权利和义务,许多条文都采用了原则性、宣示目的写法。基本法的调整对象和宪法的调整对象基本相同,都是以国家权力和公民权利及其相互关系为自己的调整对象,只不过宪法是宏观调整,基本法是微观调整。在我国法律体系中,基本法是宪法之下的全国性法律,而在香港特别行政区法律体系中,基本法是除宪法外在香港具有最高法律地位的法律。基本法第11条规定,香港特别行政区的制度和政策以及香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同基本法相抵触。

对于违反宪法性法律的审查权能否称为“违宪审查权”,这与宪法性法律的地位和性质有关。在实行成文宪法和不成文宪法的国家中,宪法的存在形式和表现形式有所不同。对于成文宪法国家而言,通常都有统一的宪法文本来表现宪法的内容,宪法性法律是宪法典的补充,有时候还是某些成文宪法规范的具体化;在不成文宪法国家,由于没有统一的宪法文本,宪法性法律则是宪法规范的最重要表现形式,是宪法的重要组成部分,是这些国家宪政体制存在和运行的最基本依据,或是其宪政制度逐步形成的标志。对宪法形式的不同理解直接关涉对违宪审查权的理解。在成文宪法国家,违宪审查权指的是依据宪法典进行的合宪或违宪审查;在不成文宪法国家,宪法以宪法性法律的形式存在,违宪审查权指的是依据宪法性法律进行的合宪或违宪审查。

中华人民共和国作为一个整体上的单一制国家,属于成文宪法国家,因此基本法作为宪法性法律是与宪法密切相连的法律,但基本法不是宪法。在我国,违宪审查权指的是以宪法为依据进行的合宪性审查。1997年以前,香港是英国的殖民地,不具有任何主权特征,在香港实行的宪法性法律《英王制诰》和《王室训令》是由英国颁布的,也是由英国政府操控的,决定香港法律是否违反《英王制诰》和《王室训令》的权力并不在香港法院,香港法院从来就没有所谓的“违宪审查权”。香港回归以后,成为中国的一个特别行政区。香港基本法是根据中国宪法制定的,是中国法律体系中的基本法律,香港的宪法是《中华人民共和国宪法》;根据基本法审查香港法律是否违反基本法不是违宪审查。香港特区法院的“违宪审查权”应正名为香港特别行政区法院对违反基本法的香港法律的审查权,比照“违宪审查权”的提法,可简称为“违反基本法审查权”。

(二) 香港法院的违反基本法审查权的法律涵义

在研究香港法院的违反基本法审查权的文献中,违宪审查和司法审查是两个经常被等同的概念。很多学者认为司法审查就是违宪审查,指通过司法机关和司法程序审查和裁决立法和行政行为是否违宪的一种基本制度。^{〔7〕}在国外尤其是普通法的学术文献中,这两个名词也经常混用。^{〔8〕}违宪审查在普通法国家一般被称为司法审查,指法院在审判中依据宪法或法律对有关立法行为和行政行为进行合法性裁决的审查,或者依据上位法审查下位法是否合法而作出裁决的行为。^{〔9〕}

虽然学术文献中对于司法审查和违宪审查予以混同,但是在不同国家的宪法文化背景下,司法审查和违宪审查的内容是有所不同的。美国有两种意义上的司法审查权,一是行政诉讼意义上的司法审查,即普通法院有权通过审理行政机关的行政行为所引起的行政案件而对行政机关的行

〔6〕 [英] 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯建译,三联书店1997年版,第44页。

〔7〕 龚祥瑞:《比较宪法和行政法》,法律出版社1985年版,第114页。持类似观点的还有王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社1999年版,第19页;陈业宏、唐鸣:《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第355页。

〔8〕 有学者认为,违宪审查应译为“宪政审查”更为适宜,并认为司法审查和宪政审查是在普通法国家学术文献中经常混用的两个名词,但两者有着更广义上的区别。参见张千帆:《宪法学导论》,法律出版社2004年版,第150页。

〔9〕 李树忠、姚国建:《普通法与基本法的关系——以香港基本法的司法适用为视角》,载全国人大港澳基本法委员会研究室主编:《香港基本法、澳门基本法研讨会论文集》,第512页。

政行为是否合法进行审查;另一种是宪法意义上的司法审查,即普通法院有权通过审理案件,对该案件涉及的法律和行政命令的合宪性作出判断。美国的司法审查既包括对行政行为的审查,也包括对立法行为的司法审查,^[10]后者称为违宪审查。英国实行议会至上原则,法院不能审查议会通过的法律,但可以审查行政机关制定的附属立法。英国的司法审查指法院对行政行为是否符合宪法和法律的审查,^[11]不包括对立法行为的违宪审查。德国对立法行为和行政行为的审查是区分的,所有的法院包括行政法院和普通法院都可以对行政行为的合宪性和合法性进行司法审查,但只有宪法法院才有权宣布法律违宪。^[12]法国也一样,行政法院可以审查行政条例的合法性和合宪性,但只有宪法委员会即宪政院才能审查法律的合宪性。

在不同国家的宪制制度下,对于司法审查和违宪审查的概念和范围认定有所不同,因此某一个国家或地区的司法审查权或违宪审查权应具体建立在有关国家的法律语境下。讨论香港的违反基本法审查权问题,应该依据香港司法领域的传统称谓确定基本的概念。香港秉承英国普通法传统,严格区分违宪审查和司法审查。“在香港,人们习惯于将对行政行为不服提请法院审查称为司法复核,即司法审查,将司法复核中涉及到的相关法律,法令等是否违反宪法或宪法性文件的审查称为违宪审查。”^[13]香港基本法颁布时,根据香港原有的法律制度,香港法院没有违宪审查权。香港回归以后所引发的“违宪审查权”或司法审查权的讨论都是围绕着香港法院有无审查香港立法机构的法律是否违反基本法的权力问题进行的。本文所称的香港法院的违反基本法审查权,是指香港法院根据基本法对香港立法机关制定的法律是否违反基本法进行审查,并确定被审查法律效力的权力。

二、香港法院行使违反基本法审查权的法律依据问题

违反基本法审查权是一项重要的宪制性法律制度,必须有充分的宪制法律根据才能行使此权力。根据基本法第18条的规定,“在香港特别行政区实行的法律为本法以及本法第8条规定的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律”,及列于基本法附件三在香港特别行政区实施的全国性法律。这里根据基本法、香港原有法律以及有关法律理论和实践尝试分析:香港特别行政区法院主张有违反基本法审查权是否有充分的宪制法律根据?

(一) 基本法与违反基本法审查权

基本法没有明文规定香港特别行政区法院拥有对违反基本法的香港法律的审查权,这是一个无庸质疑的事实。然而,香港终审法院认为,虽然基本法没有规定香港法院的“违宪审查权”,但基本法第19条关于香港法院独立司法权和终审权的规定,基本法第158条有关香港法院对基本法解释权的规定,使得香港法院“行使这一方面的司法管辖权乃责无旁贷,没有酌情余地”。^[14]香港法律界和学界有人还提出了其他支持香港法院违反基本法审查权的基本法条文,包括基本法第8条、第11条和第18条等。

独立司法权与终审权并不一定导致香港法院拥有违反基本法审查权。香港特别行政区终审法院在吴嘉玲案的判词中认为,根据基本法第19条,香港特别行政区法院享有独立的司法权和终审权,根据基本法第80条,特区各级法院是特区的司法机关,行使特区的审判权,故“毫无疑

[10] 傅思明:《中国司法审查制度》,中国民主法制出版社2002年版,第62页。

[11] 王名扬:《美国行政法》下册,中国法制出版社1995年版,第565页以下。

[12] 前引[10],傅思明书,第87页。

[13] 湛中乐、陈聪:《论香港的司法审查制度——香港“居留权”案件透视》,《比较法研究》2001年第2期。

[14] 前引[2],吴嘉玲诉入境处案。

问,香港法院有权审核特区立法机关制订的法例或行政机关的行为是否符合基本法,倘若发现有抵触基本法的情况出现,则法院有权裁定有关的法例或行为无效”。^{〔15〕}相同的意见在马维骥案中也提出。该案主审法官黎守律认为,基本法第19条第2款也可以引申出法院拥有“违宪审查权”这个权力。^{〔16〕}也有学者提出:“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。”^{〔17〕}其实,上述结论并不完全符合法律现实,独立的司法权和终审权并不一定导致香港法院拥有“违宪审查权”。

第一,违宪审查权并不是司法权的必然权能。历史上,违宪审查权与司法权不是同时产生的。以最早建立违宪审查权的美国为例,1787年的美国宪法第3条赋予了美国法院司法权,但是一直到1803年美国法院通过“马伯里诉麦迪逊案”才自设了违宪审查权。司法权和违宪审查权的不同步产生绝对不是孤立的个例。法国1790年颁布的司法组织法典第2章第12条规定了现代意义上的司法权:“司法职能有别于,并始终独立于行政职能”。但是,随之公布的1791年宪法明确拒绝违宪审查权:“法国不存在比法律更高的权威”,一直到1958年颁布的宪法委员会组织法才建立宪法委员会以审查议会立法的合宪性。而“法国的宪政历程并不是一个孤立的经验,具有普遍意义。”^{〔18〕}资料显示,在194个国家或地区的最新宪法文本中,违宪审查在世界范围的“覆盖率”将近90%。^{〔19〕}也就是说,迄今为止,违宪审查权仍然不是所有拥有独立司法权和终审权的国家和地区都认可的法院职权。

第二,法院不是行使违宪审查权的唯一主体。违宪审查权与司法权有着密切的联系。在实行违宪审查的国家中,违宪审查权的行使也不是全部以法院为主体进行的,行使违宪审查权的机构是多种多样的。普通法系国家大多通过法院来行使违宪审查权。如以美国为代表的普通法系国家采用分散审查模式,各级法院都有违宪审查权;新兴普通法国家采用集中审查制,由最高法院或最高法院专门履行违宪审查的职能,如1937年爱尔兰宪法授权最高法院和高等法院受理宪法案件,并明确表示其它法院没有宪法管辖权。有些国家违宪审查权是由法院之外的其他国家机构行使。欧洲大陆国家多采用成立专门的宪法法院行使违宪审查权,例如德国成立独立的宪法法院系统来专门处理宪政争议。法国由宪法委员会行使违宪审查权。1979年伊朗宪法第94条授权宪法“守护委员会”审查所有法律的合宪性。

第三,香港特别行政区的司法权和终审权是根据《中华人民共和国宪法》制定的香港基本法的授权而产生的权力,基本法没有授予香港法院违反基本法审查权。香港法院是中国一个地方行政区域的司法机构,不具有任何的主权特征,它只能是在基本法的授权范围内行使权力。香港基本法第19条对于独立司法权和终审权的规定是以香港特区法院的审判权为核心进行规定的。审判权意味着赋予法院对于具体纠纷依法作出裁决的权力。依据基本法第84条、第18条规定,香港法院只能依据法律进行审判,而无权修改法律、废除法律,宣布法律无效。如果法院认为与案件相关法律违反基本法,法院可以不适用此法律,但不应由法院对该法律是否符合基本法直接作出判决。基本法没有明确的条款表明香港法院独立司法权和终审权中包含了违反基本法审查权,法院就无权去推断或认定独立司法权和终审权中蕴含违反基本法审查权。

香港终审法院行使违反基本法审权的另一个法律依据是基本法第158条所授予的基本法解释权。该条规定,“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本法关于香港特别行

〔15〕 前引〔2〕,吴嘉玲诉入境处案。

〔16〕 参见邵善波:《成文宪法对香港原有司法体制的影响》,《港澳研究》2007年冬季号。

〔17〕 陈欣新:《香港与中央的“违宪审查”协调》,《法学研究》2000年第4期。

〔18〕 前引〔8〕,张千帆书,第172页。

〔19〕 张千帆:《从宪法到宪政——司法审查制度比较研究》,《比较法研究》2008年第1期。

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本法的其他条款也可以解释。”终审法院认为：“在行使基本法所赋予的司法权时，特区的法院有责任执行及解释基本法。毫无疑问，香港法院有权审核立法机关所制定的法例或行政机关之行为是否符合基本法，倘若发现有抵触基本法的情况出现，则法院有权裁定有关法例或行为无效。”〔20〕但是，从各国法律理论和司法实践看，法律解释权不等同于违宪审查权。

第一，违宪审查权是从法律解释权中引申出来的权力，但法律解释权并不必然包含违宪审查权。美国1803年马伯里诉麦迪逊案中，马歇尔法官指出：“值得强调的是，阐明何为法律是司法部门的职权与责任……如果两个法律相互冲突，法院必须决定每个法律的运作。因此，如果一项法律违背了宪法，如果法律与宪法都被用于一个特殊的案件，因而法院必须或者不顾宪法，顺从法律决定案件；或者不顾法律，顺从宪法；那么法院必须在冲突的规则中确定何者支配案件之判决。这是司法责任的根本所在。”〔21〕美国最高法院建立了自己对宪法及法律的最高解释权，并以此引申出废除任何被它视为违反宪法的法律的权力。从法律解释权引申出违宪审查权往往通过个案进行阐述，因为法院在个案中审查具体法律是否违宪前，必须对其所要适用的法律包括宪法有准确的理解和认识。就个案的处理而言，违宪审查权和法律解释权纠缠在一起，违宪审查的过程首先是法院解释宪法和法律的过程。但是，这并不意味着在成文宪法的国家中，法院的司法权和法律解释权包含违宪审查权是理所当然、天经地义的事。

第二，违宪审查权和法律解释权的功能并不等同。从功能上，法律解释权是将法律规范适用于具体案件或者事项时，对有关法律规范所做的解释，对象是成文法律规范的条文、概念和表达方式，功能是消减成文法的局限性以便更好适用于丰富的社会现实；违宪审查权的对象是立法行为的合宪性，功能是消除违宪的立法，从而确保宪法实施和宪政的统一性。〔22〕从性质上，法律解释权是一种释明权，是对适用于具体案件的法律和案件的法律事实进行的解释说明，对法律针对个案而出现的缺漏进行补充；违宪审查权是一种判断权，是对立法是否违反宪法规定进行的审查和判断，法院必须在合宪或违宪中作出取舍。从目的上，法律解释权的目的在于将应用于个案的法律进行诠释，为法院作出正确的司法判决奠定基础；违宪审查权的目的在于解决法律与宪法之间的冲突，维护宪法作为最高法的权威。从适用的程序看，法律解释的范围是极为有限的，仅仅限于对具体案件所涉及的法律的含义进行阐释；但是始于法律解释的违宪审查权并不止步于此，对法律的解释仅仅是判断的前提和基础，在解释法律之后，法院还必须审核所解释的法律是否符合宪法的规定，如果被审查的法律违反了宪法，法院再按法定程序宣布相关法律无效或停止适用。就违宪审查权所行使的整个环节而言，违宪审查和宣告法律无效或停止适用这两个环节并不是法律解释权必然能够引申的结果。因此准确地说，法院的违宪审查权和释法权之间应该是这样的关系，释法权不会当然包含违宪审查权，而法院行使违宪审查权必须具有释法权。

第三，违宪审查权与法律解释权的主体并不完全等同。虽然有的国家把违宪审查权和法律解释权同时授予法院，例如美国体制下的法院同时享有法律解释权和违宪审查权，此时这两项权力主体完全重合，但是，基于法律解释权和违宪审查权是不能混同的两个范畴，很多国家将这两项权力的行使主体分开，在承认法院享有司法解释权的同时，不是所有享有司法解释权的法院都能同时享有违宪审查权。具体而言，有的国家是由法院行使法律解释权，由立法机关行使违宪审查权，例如英国、前苏联和中国内地；有的国家是由法院行使解释权，由专门机构行使违宪审查权，例如法国，违宪审查权由宪法委员会行使；有的国家是由法院行使法律解释权，由专门的宪

〔20〕 前引〔2〕，吴嘉玲诉入境处案。

〔21〕 前引〔8〕，张千帆书，第156页。

〔22〕 黄江天：《香港基本法的法律解释研究》，三联书店香港有限公司2004年版，第211页。

法法院行使违宪审查权，例如德国、意大利和西班牙。

基本法第8条和第11条规定了基本法在香港的宪制法律地位。基本法第8条规定，“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改外，予以保留。”第11条第2款规定，“香港特别行政区立法机关制定的任何法律，均不得同本法相抵触。”有学者认为，“根据基本法在香港的最高法律效力地位，经授权的香港特区法院在审理特区自治范围内的案件包括行政行为和立法行为时，如果认为相关行政行为和立法行为有悖基本法规定，可以依据基本法对有关条款进行解释，并作出是否违反上位法即基本法，以及该行为是否合宪的判决。”^{〔23〕}基本法在香港的宪制法律效力地位是否隐含了香港法院的违反基本法审查权，这需要正确地理解基本法第8条和第11条的含义。

第一，基本法第8条和第11条是说明基本法的法律地位及其与香港本地法律之间的关系条款。基本法第8条规定回归前香港原有法律的保留原则，必须是原有法律不与基本法相抵触或者相抵触的法律已经经过香港特区立法机关的修改。第11条规定了回归后香港实施的制度、政策以基本法为依据，香港立法机关制定的法律不得与基本法相抵触的原则。此两个条文所要解决的是基本法在香港的法律地位问题，是在起草基本法的过程中争论宪法是否适用于香港，如何理解基本法的地位而加上的一条，而不是授予香港法院行使“违宪审查权”的法律依据。^{〔24〕}

第二，基本法第8条和第11条仅仅说明了需要有违反基本法审查机制，但没有授予法院违反基本法审查权。基本法第8条和第11条规定基本法在香港的宪制法律效力，并要求香港原有法律和回归后的法律均不能与基本法相抵触，这种宪制法律效力条款说明存在着建立对香港自行制定的法律是否违反基本法的审查机制的需要和可能性，但是并不等同于授予了香港法院违反基本法审查权。“如果宪法只是规定了宪法的最高地位，而没有进一步授权司法审查，将被认为是不够的，因为最高效力条款只是为法院拒绝适用违宪条款提供了宪法上的可能性”。^{〔25〕}这一点在各国的宪法实践中非常明显。例如帕劳宪法第1章第1条和第2条分别规定，宪法是国家的最高法律，违宪的法律无效，但是宪法并没有明确授权司法机构对立法进行司法审查，也没有迹象表明该国法院开拓过司法审查的实践，因而被归为不具备司法审查制度的国家。^{〔26〕}因此，一个国家或地区的法院是否具有违宪审查权，宪法至少要在有关权利实施的章节中规定司法干预机制。如1968年瑙鲁宪法除了第2条规定宪法的最高地位之外，第14条规定任何人都可在最高法院提出诉讼并请求实施宪法规定的基本权利，而最高法院有权作出所有必要与适当的命令或宣告。1960年西萨摩亚宪法、1978年所罗门群岛宪法和1979年基里巴斯宪法也有类似规定。^{〔27〕}

第三，基本法明确规定，在香港特别行政区实行的法律违反基本法的，全国人大常委会行使审查权，说明了基本法有违反基本法审查的机制。全国人大常委会对于香港法律是否符合基本法拥有审查权的规定是充分全面的。

首先，全国人大常委会享有对香港原有法律的审查权。基本法第160条规定，“香港特别行政区成立时，香港原有法律除由全国人民代表大会常务委员会宣布为同本法抵触者外，采用为香港特别行政区法律”。可见，全国人大常委会享有对香港特区成立之前在香港适用的原有法律的审查权，香港原有法律一经审查确认为与基本法相抵触的，将被废除，不能在香港特区成立之后继续适用。

〔23〕 徐静琳等：《香港特区法院违宪审查权研究》，载前引〔9〕，全国人大港澳基本法委员会研究室主编书，第417页。

〔24〕 肖蔚云：《全面理解基本法的立法原意》，香港《大公报》2004年3月16日。

〔25〕 前引〔19〕，张千帆文。

〔26〕 同上。

〔27〕 同上。

其次,全国人大常委会享有对香港回归后新制定的法律的审查权。基本法第17条规定,“香港特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。全国人民代表大会常务委员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任何法律不符合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。经全国人民代表大会常务委员发回的法律立即失效。该法律的失效,除香港特别行政区的法律另有规定外,无溯及力。”可见,全国人大常委会对于香港特别行政区所制定的不符合中央管理的事务以及中央和香港特别行政区关系条款的法律有审查权,经其审查后发回的法律失效。

最后,全国人大常委会享有对香港特区成立以后在香港特区适用的所有法律的审查权。基本法第160条规定:“如以后发现有的法律与本法相抵触,可依基本法规定的程序修改或停止生效”。这里的“如以后发现有的法律”,从中文文字面来看,似乎不太清楚,但是对照1990年6月28日全国人大常委会第14次会议通过的《中华人民共和国香港特别行政区基本法英译本》的英文表述“if any laws are later discovered to be in contravention of this law”,可以发现,“有的法律”是指以后发现的任何违反本法的法律(any laws),不仅应包括香港原有法律,也应包括香港特区立法机关制定的法律。由此可见,结合基本法第160条和第17条的规定来看,全国人大常委会对于香港特区的法律是否违反基本法享有全面和充分的审查权。

还有学者认为,“基本法第39条肯定了这些人权标准,基本法第三章更为特区居民的基本权利提供全面的保障。除了一般人权保障外,基本法又提供对财产权的保障。此外,基本法十分详细地规划了特别行政区行政和立法机关的权力平衡关系,订明了特区政府须采用的社会和经济政策,并保障了一些界别和团体的具体权益。上述这些基本法条文都足以构成将来法院审查特别行政区的立法和政策的法理依据。”^[28]这一说法不仅不符合基本的法律原则,也违背基本法的规定。

第一,违背基本的法制原则。现代法制原则推行权力法定主义。任何机构在法律没有明确规定时,不能任意扩张其权力。更何况,违反基本法审查权是一项宪制性的法律权力,香港法院不能自己任意创设此项权力。

第二,违反基本法规定。香港特别行政区是中国的一个地方行政区域,其一切权力包括香港特别行政区法院的权力都是中央授予的。基本法已明确规定违反基本法的审查权是由全国人大常委会行使,香港法院违背基本法的规定,为自己创设宪制性权力,这严重侵害了中央的权力,破坏了中央和地方的关系。

第三,需要和可能不构成自我授权的理由。基本法所构建的政治架构和居民权利仅仅是为提出违反基本法审查打开了空间,说明基本法的运作需要有违反基本法审查机构的存在,也隐含了日后可能出现的违反基本法审查纠纷类型或者范围,但是,这些可能性都不构成基本法对香港法院违反基本法审查权的授权,也不构成香港法院行使违反基本法审查权的法律依据。

另一个支持香港法院的违反基本法审查权的理由是基本法中的“剩余权力”问题。香港终审法院判决认为,终审法院享有宪法性管辖权是对香港司法独立的最大保障,对法院的司法管辖权所做的任何限制必须以基本法为依据,例如基本法第19条所规定的香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。^[29]审理马维骥案的香港高等法院上诉庭首席法官陈兆恺认为:“并没有任何权威禁止香港法院去审查这些法律或决议是否存在,其范围如何,及在香港执行的,是否与这些法律或决议是一致的”,“去保证这些法律和决议在香港得到落实,是香港法院的责任,如

[28] 参见陈弘毅:《论香港特别行政区的违宪审查权》,《中外法学》,1998年第5期。

[29] 前引[2],吴嘉玲诉入境处案。

有争议,法官应处理这类问题”。^[30]香港终审法院认为对违反基本法审查权的限制只能是基本法以列举方式明确规定的,基本法没有明确列举的权力理应由香港特别行政区行使,而且这种行使不需要经过中央的授权或同意,这是受“剩余权力”理念的影响。“剩余权力”的理念始肇于1986年初,在当时基本法的起草过程中,港方起草委员李柱铭等人提出了“剩余权力”问题,其主要观点是:在即将建立的香港特别行政区制度下,由中央政府行使国防、外交事务的权力,国防、外交以外的其他权力作为“剩余权力”,应该概括地由特别行政区行使。但是,颁布生效的香港基本法没有采用“剩余权力”的概念,也没有明文说明未列举权力的归属。认为香港享有“剩余权力”的观点是对基本法以及香港特别行政区法律地位的错误理解。

第一,单一制的国家结构形式决定了“剩余权力”应归属中央。现代国家结构形式主要包括联邦制和单一制两种。实行联邦制的国家中,各成员权力是固有的,联邦权力来源于各成员权力的让渡,因此,联邦宪法所规定的联邦权力通常是明示的,宪法中没有列举的“剩余权力”属于各成员所有。单一制国家中,中央具有国家全部最高权力,宪法对于各地方行政区域的权力是明示的,没有列举的权力属于中央拥有。基本法第1条规定,香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分;第12条规定,香港特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。我国实行的是单一制的国家结构形式,香港作为特别行政区和我国其他地方行政区域一样,只享有宪法和基本法明确列举的权力。

第二,是授权,不是分权,香港特别行政区一切权力都是中央授予的。^[31]基本法第2条规定,全国人大授权香港特区依照本法的规定实行高度自治;第20条规定,“香港特别行政区可享有全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会及中央人民政府授予的其他权力。”基本法确立了具有单一制国家特色的授权原则,即香港特别行政区享有的权力必须来自于中央的授权,除此以外别无权力;授权必须是已经作出并生效的,否则不得行使。因此,中央授予香港特别行政区多少权,特别行政区就有多少权,没有明确的,根据基本法的规定,中央还可以授予,不存在所谓“剩余权力”问题。

任何政府机构,包括司法机关,都只拥有法律明确授予的权力,法律没有授予的,不能自我取占,这是宪制的基本原则。^[32]基本法没有明确提到“剩余权力”,也没有明确规定违反基本法审查权,更没有明确授权香港法院有这种权力,香港法院不得以“剩余权力”为由主张拥有违反基本法审查权。

综上所述,在基本法没有明确授予香港法院拥有违反基本法审查权的情况下,基本法第19条的审判权指法院对诉讼当事人的权利义务作出判决的权力;第84条的法律适用权是行使审判权的法律依据;第158条的法律解释权是对具体法律运用于具体个案的解释。这三项权力不论是单个还是组合均不是违反基本法审查权。基本法第39条规定的公民权利和第8条与第11条规定的基本法宪制法律地位说明了基本法的实施存在着需要违反基本法审查机制的可能,但不等同于违反基本法审查权要由特区法院行使。特别重要的是,基本法第17条和第160条都明确规定全国人大常委会对香港原有法律、香港特别行政区制定的法律以及以后发现的与基本法相抵触的“有的法律”拥有违反基本法审查权。因此,不论是明文规定还是隐含权力,基本法都没有授予香港特区法院对违反基本法的香港法律的审查权。香港特别行政区法律违反基本法的审查权应由全国人大常委会行使。

[30] HKSAR v. MaWaiKwan, David & Others, CAQL 1/1997, para. 57.

[31] 董立坤:《论香港特别行政区的司法权与终审权》,载香港一国两制研究中心主编:《香港回归十周年——基本法回顾与前瞻研讨会论文集2007》,第159页。

[32] 前引[16],邵善波文。

（二）香港原有法律与违反基本法审查权

根据香港基本法第19条,“香港特别行政区法院除保持香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外,对香港特别行政区所有的案件均有审判权”,香港原有法律不是港英时期的香港全部法律。港英时期,香港的法律主要由以下几个部分构成:宪法性法律,包括三个英王敕令和《英王制诰》以及《王室训令》;英国国会制定的法律;香港的本地法律(即条例和附属立法)和中国的习惯法。根据中英联合声明的规定,香港特别行政区成立后,香港原有法律(即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法)除了同基本法相抵触或者经香港特别行政区立法机关作出修改外,予以保留。基本法第8条作了相应规定。因此,香港原有法律是指1997年7月1日前在香港适用的不与基本法相抵触的,或虽有抵触,但已经香港特别行政区立法机关修改的那部分普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法。香港原有法律不包括港英时期在香港适用的《英王制诰》、《王室训令》、英王敕令等宪法性法律和英国国会立法,也不包括普通法、衡平法、条例、附属立法中被宣布为同基本法抵触而未采用为香港特别行政区法律的那部分法律。我们试根据基本法关于香港原有法律的规定,看看能否从香港原有法律中寻找出香港特别行政区法院行使违反基本法审查权的根据。

英国普通法传统中没有违宪审查权的规定。1966年香港《英国法律适用条例》规定,“普通法和衡平法的原则均在香港有效。”英国普通法是香港法律体系中的重要组成部分。英国宪制最重要的特点之一是实行没有成文宪法的政治体制,议会至上,“整个王国的法律结构体系完全控制在议会手中。”^[33]“没有任何人和任何机构有权撤销或废除议会的立法。”^[34]“议会至上原则决定了只能由议会自己来行使立法监督权。立法机关在制定法律的时候得仔细检查该法是否与宪法一致,能否解决那方面的问题……这意味着宪法解释由议会执行,这属于主权行使问题,故议会才是审查法律合宪与否的法官。”^[35]就此而言,英国任何机关、团体和个人都无权宣布议会通过的法律无效,只有议会才有权修改、废除其所制定的法律,法院的权力限于执行法律和在执行中对法律作出解释以宣告其含义,法院只对行政行为有司法审查权,不享有对立法行为的违宪审查权。^[36]英国法院没有审查国会立法的理论性和实践性的依据。^[37]

有学者认为,因为殖民地时代的香港立法局并不享有英国立法机关的“国会至上”的地位,因此,香港回归前在法理上法院有违宪审查权。^[38]讨论香港法院在法理上能否超越英国的普通法传统,享有英国法院不能享有的违宪审查权,应该根据英国普通法传统在香港适用的条件分析。根据1966年《英国法律适用条例》第3条规定,“普通法和衡平法的原则应在香港有效,只要它们可适用于香港或其居民的情况,并且应当允许根据这种情况的需要加以必要的修改。”英国普通法在香港适用的原则是,该普通法规定不得同英国适用于香港的任何成文法的规定相抵触,不能违反香港宪制性法律《英王制诰》和《王室训令》,也不得违反适用于香港的英国国会立法和香港立法机构制定的条例。港英时期的香港立法局虽然不享有英国本土机关“国会至上”的地位,但是,《英王制诰》和《王室训令》并没有授予香港法院审查本地法律以及英国立法是否与这些宪法性文件相抵触的权力。相反,港英时期的香港法院没有终审权,其所审理的案件最

[33] [美] 爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店出版社1996年版,第91页。

[34] 前引[6],詹宁斯书,第98页。

[35] [法] 路易·法沃勒:《欧洲的违宪审查》,载[美] 路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔编:《宪政与权利》,郑戈等译,三联书店出版1996年版,第36页。

[36] 前引[22],黄江天书,第211页。

[37] 前引[28],陈弘毅文。

[38] “在1991年前,香港法院根据《英皇制诰》对香港立法机关的立法进行审查的案例几乎是绝无仅有的,但在实践上未出现有关的案例,并不表示法院在法理上没有违宪审查权”。参见同上,陈弘毅文;前引[13],湛中乐等文。

后都要由英国伦敦的枢密院司法委员会裁决。根据香港判例规则：“所有的法院受英国枢密院司法委员会规则的约束”。因此，香港法院的司法权限显然不能超越英国司法机关的司法权限范围。英国司法机关所不拥有的违宪审查权，香港法院显然从法理上也不能拥有。进一步而言，作为当时英国最高法院的上议院判决虽然对香港法院没有约束力，但其“说服力却一定是很大的。因为枢密院司法委员会和上议院的上诉委员会有着共同的委员，这个委员会不可能对其委员在另一委员会上所作的判决持异议”。〔39〕

除了英国普通法传统外，香港本地法院作出的判例也构成回归前香港法律的组成部分。但是，在1991年之前，香港法院没有任何一起案例对香港的本地法律是否违反《英王制诰》进行“违宪审查”。绝大多数案件都是关于行政行为合法性的司法审查，包括与《英王制诰》相关的案件都是一些涉及政府行政行为合法性的诉讼。〔40〕例如，林玉明及其他诉律政司一案主要是牵涉到行政机关根据《英王制诰》殖民统治法律及政府规章是否有权命令公务员停职而不需给付报酬。〔41〕另一案件涉及的是立法局是否有权辩论和通过与在香港适用的英国法律相抵触的法案。〔42〕如前所述，此类诉讼在香港属于司法审查，不属于“违宪审查”的范围。因此，“这一时期香港法院根据《英王制诰》对香港立法机关的立法进行审查的案例几乎是绝无仅有的”。〔43〕

《中英联合声明》签署、香港开始过渡时期以后，英国政府为其在香港的长期利益，采取了一系列法律措施，试图在香港建立法院的“违宪审查”制度，并将其作为政治遗产留给香港特别行政区政府。在英国政府的主导下，1991年香港立法局制定《香港人权法案条例》并赋予该法案凌驾性地位。该条例第3条“对先前法例产生的影响”中第2款规定，“所有先前法例，凡不可作出与本条例没有抵触的解释的，其与本条例抵触的部分现予废除。”第4条“对日后法例的释义”规定：“在生效日期或其后制定的所有法例，凡可解释为与《公民权利和政治权利国际公约》中适用于香港的规定没有抵触的，须作如是解释。”〔44〕随即，英国政府对《英王制诰》进行了修改，第七条被修改为：“联合国大会在1966年12月16日正式通过的《公民权利和政治权利国际公约》，如在香港适用，将会透过香港条例而生效。在香港的《英王制诰》1991（No 2）[1991年6月8日]生效之后，香港的任何法条均不能与现时在港生效的公约相违背，也不能以任何方法限制现时香港人所拥有的权利和自由。”港英政府赋予《人权法案条例》凌驾性地位以及修改《英王制诰》将国际人权公约纳入宪法性文件这两个行为引发了香港法院两类不同性质的司法审查权。对于前者，香港法院根据《人权法案条例》对于其颁布前已经生效的所有先前法例即香港本地的条例和附属立法进行审查，由于《人权法案条例》是香港立法局颁布的本地条例，因此此种审查属于新法优于旧法的普通法审查，不属于“违宪审查”的内容；对于后者，香港法院将根据《英王制诰》对于香港本地的条例和附属立法进行审查，由于《英王制诰》属于宪法性文件，香港法院的此种审查权具有“违宪审查”的性质。

修改后的《英王制诰》生效后，首次提出“违宪审查”问题的是1992年的R v Lum Wai-ming案。〔45〕本案中，香港法院依据1991年修订后的《英王制诰》第7条认为香港立法机关修

〔39〕 V. A. Penlington:《香港法制·宪政·司法》，黎季明编译，商务印书馆香港有限公司1992年版，第27页。

〔40〕 林峰：《基本法对香港司法审查制度的影响》，《法学家》2001年第4期。

〔41〕 林玉明诉律政司，[1980] HKLR 815。

〔42〕 Rediffusion (Hong Kong) Ltd. v AG, [1970] HKLR 231。

〔43〕 前引〔28〕，陈弘毅文。

〔44〕 根据1997年2月23日《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定》附件二第7条规定，《香港人权法案条例》第3条有关“对先前法例的影响”和第4条有关“日后的法例的释义”的规定地抵触基本法，不采用为香港特别行政区法律。

〔45〕 R v Lum Wai-ming, 2 Hongkong Public Law Reports 182 (1992)。

订的《危险药品条例》不符合《香港人权法案条例》和《公民权利和政治权利国际公约》的标准,因而无效。1994年,在R v Chan Chak Fan案中,^[46]香港法院再次认为,香港法院可以根据1991年修订后的《英王制诰》第7条审查和推翻任何在1991年6月8日以后制定的,违反《公民权利和政治权利国际公约》的人权标准的立法。这些理解在1995年的李妙玲案中得到香港上诉法院的权威性确认。^[47]李妙玲案提出1994年香港立法会制订的《立法会(选举)条例》中有关功能组别选举的规定是否违反《英王制诰》的问题,香港上诉法院裁定立法会的这一条例没有违反《英王制诰》的规定,由此建立了香港法院根据《英王制诰》审查香港本地立法的“违宪审查权”。

我们认为,香港回归前,英国通过制定《人权法案条例》和修改《英王制诰》建立起来的香港本地的“违宪审查”制度不能作为香港特别行政区法院行使违反基本法审查权的法律根据。其理由包括:第一,《英王制诰》不属于“香港原有法律”的范畴。香港特别行政区成立后,包括《英王制诰》和《王室训令》在内的英国宪法性法律的效力自然终结,不再有任何法律效力。第二,根据中英联合声明和香港基本法的规定,香港原有法律须经全国人大常委会的审查,凡是与基本法相抵触的都得废止。凡经废止的法例或法例的有关条款不得采用为香港特别行政区法律,不再有任何法律效力。1997年2月23日,第八届全国人大常委会第24次会议通过《关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第160条处理香港原有法律的决定》的附件二第7条明确指出,“《香港人权法案条例》(香港法例第383章)第2条第(3)款有关该条例的解释和应用的規定,第3条有关‘对先前法例的影响’和第4条有关‘日后的法例的释义’的规定”抵触基本法,不采用为香港特别行政区法律。

有人根据普通法“遵循先例”的原则,认为李妙玲案可以作为香港特别行政区法院行使违反基本法审查权的一个有效的先例。但是,根据基本法的规定和普通法的基本原则,在香港回归后,李妙玲案是一个无效判例,不能作为香港特别行政区法院行使违反基本法审查权的一个有效先例。第一,李妙玲案据以形成的法律依据不属于香港原有法律。香港原有法律这一表述最早出现在1984年中英联合声明中,此时所谓的原有法律实际上指的就是在1984年中英联合声明颁布当时适用于香港的现行法律;基本法第8条再次提到“香港原有法律……予以保留”,这一表述中所谓的“香港原有法律”,从时态上看也应当与当时1990年基本法生效的时间保持一致性。李妙玲案所依据的法律是1991年的《人权法案条例》和《英王制诰》第7条,是在中英签署联合声明并承诺香港司法体制不变之后发生的,也是在基本法颁布之后发生的。第二,李妙玲案据以形成的法律依据已经被废除,由此形成的判例没有法律效力。根据普通法,“对于一个后来已为成文法或更高级法院所废止的或已在上诉时被撤销的先例,法官不会跟踪之”。^[48]香港“违宪审查权”产生的重要前提是港英当局在1991年赋予《人权法案条例》凌驾性的地位,并由此修改《英王制诰》将有关人权法案的内容引入宪法性法律中。这一法律由于与基本法相抵触,在1997年2月23日全国人大常委会第24次会议通过《关于根据基本法第160条处理香港原有法律的决定》中,作为李妙玲案依据的《香港人权法案条例》中的相关条款已被认定为与基本法相抵触而无效,根据无效法律作出的判决也应当无效。第三,根据普通法不能违反制定法的普通法规则,李妙玲案不能构成一个有效的先例。香港回归后,基本法没有规定香港法院的违反基本法审查权,而是将违反基本法审查权授予了全国人大常委会,因此,李妙玲案中所建立的香港法院的违反基本法审查权也违反了作为制定法的基本法的明确规定,应当被废除。

[46] R v Chan Chak Fan, 3 Hongkong Cases 145, 153 (1994).

[47] Lee Mui Ling and another v A. G. [1996] 1 HKC.

[48] 洪秉钺、关道培:《香港法律指南》,郑振武译,中华书局香港有限公司1995年版,第21页。

（三）其他普通法适用地区的司法判例与香港法院的违反基本法审查权

香港法院自设违反基本法审查权的另一个来源可能是基本法第 84 条。该条规定，“香港特别行政区法院依照本法第 18 条所规定的适用于香港特别行政区的法律审判案件，其他普通法适用地区的司法判例可作参考。”有学者认为，违宪审查权是近年来许多普通法体制的发展趋势，香港法院可以参考这些地方有关违宪审查权的司法判例自设违反基本法审查权。“香港特别行政区借鉴美国违宪审查的模式，对本地区的立法机关进行违宪审查是可以的。”〔49〕

应该明确，基本法第 84 条中的其他普通法地区指包括英国在内的其他实行普通法传统的国家或地区。作为判例法的普通法，其效力来自于长期沿用与普遍接受。遵循先例传统是维持普通法生命及其主导地位的实践原则。基本法既然保留了香港普通法的传统，就不能彻底割断先前判例的影响。因此，基本法第 84 条所规定的其他普通法地区应做广义的解释，范围包括英国在内的普通法适用地区的司法判例。但是，香港法院参考其他普通法地区的司法判例应有明确的规则：首先，其他普通法地区的司法判例不是香港特别行政区的法律渊源，在香港特别行政区没有法律效力，只有参考价值，参考不是适用，不能作为裁判的依据。其次，所参考的其他普通法地区的司法判例应和香港原有法律一样受到基本法的制约，不得与基本法的规定相抵触，不得与香港特区的法律相抵触，不能与香港特区作为一个高度自治的地方行政区域的地位相冲突，否则不能参考。再次，第 84 条规定对其他普通法地区司法判例的参考不是强制性的规定，即使案件和判例相同或者相似，香港法院可以根据案件的具体情况自行决定是否参考包括英国在内的普通法适用地区的司法判例，可以参考也可以不参考。

具体就违宪审查权而言，资料显示，在当前 194 个国家或地区的最新宪法，有 165 个国家或地区以成文法的形式规定了违宪审查权，通过司法判例形式建立违宪审查权的只有美国、以色列、冰岛和北欧三国。〔50〕如前所述，香港基本法并没有明确授予香港法院违反基本法审查权。因此，香港法院如果试图借助参考其他普通法地区司法判例的方式建立违反基本法审查权，唯一可供参考的是美国模式。比较美国的马伯里诉麦迪逊案与香港终审法院的吴嘉玲案，两者之间存在着许多的共同点：都是从法院对宪法的释法权中引伸出法院的违宪审查权或违反基本法审查权；都是通过个案诉讼提出违宪审查或违反基本法审查的问题；最重要的是，都是在成文宪法没有授予法院违宪审查权的情况下，法院通过司法判例自设违宪或违反基本法审查权。对于香港法院而言，其参考美国判例最核心的问题是，能否如同美国法院一样，在法律没有明确授予违反基本法审查权的情况下，法院通过司法判例，从释法权中引申并自设违反基本法审查权。香港法院能否参考美国马伯里案自设违反基本法审查权，取决于这两个案件之间的相似性，尤其是这两个案件中法院所处的制度环境对法院自设违反基本法审查权的影响。通过以下几个方面的比较，可以发现，美国马伯里案对于香港法院并无参考的可行性。

第一，权力来源不同。从表面上看，美国法院和香港法院自设违宪审查权或违反基本法审查权的权力都来源于各自的司法权，都是从法律解释权中引申出司法权的，然而，在司法权的性质上，美国法院的司法权和香港法院的司法权是截然不同的。美国法院的司法权是主权国家法院的司法权，源于国家主权，是完整固有的司法权。香港法院的司法权是中国一个地方行政区域的司法机构所拥有的司法权，是授权性质的司法权，必须严格按照基本法的授权范围行使权力。

第二，政治架构不同。对于反对者所宣称的，美国宪法完全没有规定法院具有司法审查权力的说法，马歇尔法官认为，尽管宪法没有明确规定，但是司法审查制度在总体上符合美国宪法的

〔49〕 徐志群：《论香港特别行政区司法审查权的扩大》，纪念香港基本法颁布十周年学术研讨会论文，2000 年 4 月。

〔50〕 前引〔19〕，张千帆文，第 74 页。

特质和精神。美国是典型的三权分立国家,实行立法、行政与司法相互独立与制衡的宪政体制,立法权、行政权和司法权三权分立,并分别由立法机关、行政机关和司法机关行使。在理论上,每一个部门对其他两个部门权力的行使均可起到制约与平衡的作用。香港实行行政主导、司法独立、行政与立法相制衡的宪政体制。香港终审法院的违反基本法审查权“是与以行政为主导的香港特别行政区政治体制不相符的……这是以司法为主导,而不是以行政为主导”。^[51]

第三,司法机构地位不同。美国虽然主张三权分立,但是在违宪审查权确立之前,司法权在三权中处于弱势地位,其地位和权力远不及其他两个机关。赋予法院司法审查权可以弥补法院在三种权力结构中的弱势地位。香港法院违反基本法审查权的自我确立却是处在一个世界性的司法积极主义的时代,司法机关主动介入一些属于行政和立法职权范围内的事务,并自我担负起一些政治角色,背负了政治裁决的作用。司法权逾越了立法权和行政权。

第四,就具体个案而言,马伯里案中美国最高法院对于违宪审查权的逻辑推理如果应用到香港,仍然不能得出香港法院拥有违反基本法审查权的结论。马伯里案中美国法院是从其对宪法的解释中引申出对违宪法律的审查权,法院基于“宪法是法,法院是法律的最终解释者,因此法院也是宪法的最终捍卫者”的逻辑来支持美国联邦最高法院的违宪审查权。这一逻辑推理过程中最重要的一点是美国法院是法律的最终解释者,而这一点恰恰是香港法院所不拥有的。基本法第158条虽然规定了香港法院对基本法的有限解释权,但同时又规定,“如全国人民代表大会常务委员会作出解释,香港特别行政区法院在引用该条款时,应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准”。可见,对基本法的解释,香港特区终审法院并非法律的最终解释机关,全国人大常委会才是基本法的最终解释者。按照马伯里案拥有最终解释权者拥有违宪审查权的逻辑,全国人大常委会才是最终审查违反基本法的机关。

三、推动香港特区法院自设违反基本法审查权的因素

基本法没有明文规定香港法院的违反基本法审查权,这是毋庸置疑的事实。在香港法院看来,这一事实无疑还可以解读为,基本法也没有禁止香港法院行使违反基本法审查权。在没有授权也没有禁止的情况下,多种因素共同作用推动香港法院走向自设违反基本法审查权的道路。

(一)基本法某些条款欠明确及香港社会对违反基本法审查的客观需要为香港法院行使违反基本法审查权提供了机会

在起草基本法之初,有关“剩余权力”归属问题一度争议不休。尽管随后基本法构建了中央与香港特区之间的授权与被授权关系,明确基本法中不存在“剩余权力”问题,但是,随着香港违反基本法审查权归属争议的发生,有关“剩余权力”的争议再次浮上水面。有人仍然坚持认为,只要基本法没有明文否定香港拥有某项权力,则可视为香港拥有某项权力,不否定即肯定。尽管基本法已有明确规定,中央也多次重申和强调不存在“剩余权力”,^[52]但是基本法的规定和中央的观点至今仍然没有得到香港法律界的一致认同,在“剩余权力”思想的支配下,香港法院积极介入了审查香港有关法律是否违反基本法的争议。

第一,司法积极介入行政和立法机关的纠纷,取得解释和审查相关法律法规的权力。在香港特区内部横向分权上,基本法所确定的行政主导、司法独立、立法与行政相制衡的政治体制更多关注的是立法与行政两机关的分权和制衡,从而制造了更多由司法介入行政和立法两机关的纠纷的机

[51] 肖蔚云:《略论香港终审法院的判词及全国人大常委会的释法》,《浙江社会科学》2000年第5期。

[52] 如2007年6月6日,全国人大常委会吴邦国委员长在“纪念香港基本法实施十周年座谈会上”发表《深入实施香港特别行政区基本法,把“一国两制”伟大实践向前推进》,其中强调不存在所谓“剩余权力”的问题。

会。^[53]例如,基本法第49条规定行政长官可以立法会通过的法案不符合香港特别行政区的整体利益为由,将法案发回立法会重议,此中的“整体利益”应如何理解;基本法第50条规定行政长官可以立法会拒绝通过政府提出的财政预算案或其他重要法案为理由解散立法会,如何判断“其他重要法案”;基本法第74条对于立法会议员提出涉及政治体制、政府运作和政府政策的议案的权力作出限制,对于其中政治体制、政府运作或政府政策等词语,也有可能诉诸法院。香港回归后的司法实践也印证了这一点。香港回归后,行政与立法的争执不休,反对派常要求法院厘清行政与立法之间的权限,制造了司法机关介入政治的机会,诸如临时立法会是否违反基本法,功能团体选举方式是否违反国际人权准则,行政长官发出的行政命令是否合法,立法会议员对政府法案的修正案限制,等等。^[54]司法还介入了行政和立法各自内部事项的争议,如在2009年8月的郑家纯案中,法院对立法机关根据基本法第73条第10项传召证人出席作证和提供证据的立法是否“合宪”进行司法复核。

第二,立法和行政缺乏对司法的实质性制约,促使司法机构高调和积极地行使违反基本法的审查权。尽管基本法规定立法机关对终审法院法官和高等法院首席法官的任免享有同意权,行政长官对各级法院法官有任免权,但是这些权力的行使由于受到法官任免中的推荐和审议等前置程序的制衡,很难真正地起到制约司法权的作用。由于香港不仅保留了普通法的法律规则,还保留了普通法的规则创造体系(法官造法)、规则传承体系(遵循先例)和司法审判制度,法官任职的终身制,司法权是近乎绝对地与社会分开和独立,使得香港司法部门成为一个独立的自我封闭、自我运作的系统,切断了行政和立法制约司法权的可能性,促使了司法权高调和积极行使违反基本法审查权,必然造成司法权超越行政和立法权。

第三,香港社会对违反基本法审查权的实际需要成为香港法院行使违反基本法审查权的重要动力。基本法作为成文宪法性法律,在很多方面表现出与不成文宪法不同的特性。成文宪法条文多是原则性规定,条文简单,概括性强,适用时更多需要进行解释;基本法不仅规范政治体制,更详细列出居民的权利和义务,增加了很多有关居民个人权利和自由的条款,规定了很多经济和社会事务政策,以及明确保护某些类型的人士的权益,这些具体化的规定均有可能被援引作为请求法院进行违反基本法审查的根据。香港回归后诸多违反基本法审查的司法实践也印证了这一点。香港终审法院首席法官李国能指出:“自1997年以来,不少基本法的条文,包括关乎个人权利,如言论自由、集会自由、以及牵涉财产和经济利益的条文,都曾在司法复核案件中考虑过。不少案件关乎对个人权利加以限制是否有效的议题。”^[55]对香港市民来说,提请法院进行违反基本法审查成为保障自身权利的非常管用和有效的办法,^[56]即使违反基本法审查败诉,也可以延误政府的施政。香港法院充分利用了基本法实施过程中出现的这些问题,混淆司法审查(司法复核)与违反基本法审查的原则与区别,在行使司法审查权的同时也越权行使违反基本法审查权,似乎违反基本法审查权是香港法院理所当然的权力。

(二)全国人大常委会未能及时有效行使违反基本法审查权使香港法院直接行使违反基本法审查权成为可能

基本法构建了全国人大常委会的违反基本法审查权,包括第17条全国人大常委会对香港特区立法的备案审查权,第160条全国人大常委会对香港原有法律以及“以后发现有的法律”的违反基本法审查权,第158条全国人大常委会对基本法的最终解释权,但全国人大常委会如何及时

[53] 陈弘毅:《香港回归的法学反思》,《法学家》1999年第5期。

[54] 刘兆佳:《回归后香港的新政治游戏规则与特区的管治》,《港澳研究》2009年春季号。

[55] 香港终审法院首席法官李国能在2008年12月10举行的“有效的司法复核:良好管治的基石”会议上的演辞。

[56] 香港司法复核申请的门槛不高,司法机关为了“捍卫人权与自由”,也乐于接受司法复核。

有效行使违反基本法审查权尚存在一些障碍。

首先,全国人大常委会对特区立法的有限备案审查权未能明确属于特区自治范围内的特区法律违反基本法审查权的归属。基本法第17条规定全国人大常委会对特区立法的备案权包括两种不同性质的备案权,一种是不审查备案权,对象是香港特区立法机关制定的属于特区自治范围的法律,此类法律须报全国人大常委会备案,备案不影响法律的生效。全国人大常委会的备案只是形式上的“存档”制度,不涉及对立法内容的审查。另一种是备案审查权,对象是涉及中央管理的事务及中央和香港特别行政区关系的条款,对于此类条款,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任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区关系的条款,可将有关法律发回,但不作修改。经全国人民代表大会常委会发回的法律立即失效。该法律的失效,除香港特别行政区的法律另有规定外,无溯及力。^[57]对于不同性质的特区立法行使不同的备案权,一方面是赋予了全国人大常委会通过备案形式行使对特区立法的违反基本法审查权,另一方面,恰恰由于区分不同特区立法的备案权,在强调全国人大常委会只能就准备备案的法律是否符合基本法关于中央管理的事务及中央与特区关系的条款进行审查的同时,没有明确规定属于特区自治范围的特区立法的违反基本法审查权的归属。作为地方立法机构,香港特区立法会制订的特区法律绝大多数是针对特区自治范围的事项进行立法,在全国人大常委会对这些法律的违反基本法审查权未以明确规定时,如果这些特区立法违反基本法或者被提出了是否违反基本法的审查要求,由谁来行使审查权就成为立法上的漏洞。香港特区回归后,大多数的违反基本法审查也产生于对特区立法的违反基本法审查,对香港法院而言,基本法的这一漏洞就意味着“剩余权力”。

其次,全国人大常委会对香港原有法律的事先审查局部化和事后审查空缺导致普通法至今仍未接受是否违反基本法的审查。在香港特区实施的法律还包括香港原有法律中的普通法和衡平法。香港基本法第160条规定全国人大常委会对香港原有法律转化为香港特区法律的违反基本法审查权,包括事先审查和事后审查双重审查制度。事先审查指全国人大常委会对香港特区成立时已经发现与基本法相抵触的香港原有法律,宣布不保留为香港特区法律;事后审查指香港特区成立后才发现有的法律与基本法相抵触的,根据基本法规定的程序修改或停止生效。事先审查和事后审查是非常典型的违反基本法审查权。据此,在香港回归前,香港人大常委会对香港原有法律开展了史无前例的违反基本法审查,并于1997年2月23日发布了《关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第160条处理香港原有法律的决定》。《决定》明确了香港原有法律(包括普通法和制定法)采纳为特区法律的原则,并对当时香港所有现行的成文法例(包括640多项条例和1100多项附属立法)进行了全面审查,撤销了14部法例和另外10部法例的部分条款。但是,在这一次也是迄今唯一的一次事先审查中,占香港原有法律主导地位普通法由于多表现为判例,数量众多而没有列入《决定》所公布的香港原有法律适应化清单中,逃离了此次的逐个具体审查。虽然《决定》规定了对普通法进行违反基本法审查的原则,而且基本法也规定还可以对“以后发现有的法律”进行事后审查,但是截至当前,全国人大常委会尚没有关于对香港原有普通法和其他特区立法进行事后违反基本法审查的规划,也没有具体着手对香港原有法律和其他特区立法进行违反基本法的审查。这其中当然和普通法判例数量众多和复杂有关,也和基本法第160条对于事后审查缺乏详细的程序指引有关。但这带来的问题是,香港原有的普通法犹如坐上“直通车”自然成为香港特区法律,普通法可能存在的违反基本法问题完全被忽视,并在特区

[57] 有学者将后者称之为“特殊的违宪审查机制”,参见王振民:《论全国人大常委会对特区的违宪审查权》,《港澳研究》2005年创刊号。

成立后,形成以普通法传统适用和解释基本法的“司法惯例”。

再次,全国人大常委会释法权的抽象性无法及时并直接应对和解决具体个案中涉及的违反基本法审查的要求。基本法 158 条规定基本法释法权属于全国人大常委会,这是全国人大常委会对香港特区享有违反基本法审查权的重要表现,也是全国人大常委会对特区行为进行违反基本法审查的重要方式。^[58]全国人大常委会释法权权限没有限制,可以对基本法的所有条款进行解释;程序灵活,可以主动解释,也可以应国务院或特区政府的提请进行解释;效力终局,其释法权为基本法的最终解释权,对香港特区法院有约束力。通过行使释法权解释基本法,全国人大常委会可以纠正特区违反基本法的立法和行为,对特区立法进行违反基本法审查。但是在实践中,全国人大常委会通过释法权对特区立法进行违反基本法审查有其无法克服的障碍。一方面,全国人大常委会的释法权属于立法解释,是对基本法所作的抽象性解释,不针对任何具体个案作出;另一方面,全国人大常委会的释法权不影响已有判决的效力。释法内容没有追溯力。在这种情况下,当香港法院在个案审理中涉及有关特区法律是否符合基本法的问题或者被请求作出是否符合基本法的判决时,寄希望于香港法院每次均提请全国人大常委会释法是不现实的(香港回归后全国人大常委会迄今为止的三次释法,没有一次是由香港法院提请的);同时,全国人大常委会作为一个政治组织,也很难及时有效地应对由地方法院就个案提出的释法要求。

(三) 其他非制度性的因素进一步推动香港法院自设违反基本法审查机制

在基本法司法化成为常态,违反基本法审查需求旺盛,全国人大常委会违反基本法审查权又不能及时解决问题的情况下,在解释和运用基本法的过程中,对于违反或者抵触基本法的法律如何处理,成为摆在香港法院面前必须解决的问题。此时,特区法院以“剩余权力”为理论依据,以普通法遵循先例为原则,通过具体判例自我设定违反基本法审查权。香港法院这一违反基本法的行为,并未引起人们的充分重视,相反,世界大环境的因素以及香港回归前过渡期英国政府对香港法律体制的改变,也为香港法院自设违反基本法审查权推波助澜。

面对香港法院违反基本法审查权的操作,考虑到问题的复杂性和香港社会的承受能力,全国人大常委会采取忍让和观察的态度。全国人大常委会对特区法院自设违反基本法审查权的沉默使得特区法院违反基本法审查权没有遭到进一步的阻力。尽管全国人大常委会进行了数次释法,但是释法始终没有正面、直接和明确地解决违反基本法审查权问题,“全国人大释法内容没有质疑终审法院违宪审查的权力,故香港的终审法院在违宪审查这问题上的态度,在没有受到挑战的情况下,得到了承认”。^[59]香港法院自我设定的违反基本法审查权似乎成为香港“法律体制中不可或缺的一环”。^[60]

四、香港法院自设违反基本法审查权对基本法的挑战

自 1999 年以来,香港特别行政区法院自设违反基本法审查权,对基本法构成了严重的挑战,混淆了中央和香港权力关系的性质,动摇了香港政治体制,扭曲了基本法和普通法的关系。

(一) 香港法院自设违反基本法审查权混淆了中央和香港权力关系的性质

中央与香港特区的关系是单一制国家内中央与地方的关系。香港从来不是一个权力主体,香

[58] 有学者认为全国人大常委会享有的基本法释法权是全国人大常委会对香港特区行为享有违宪审查的重要表现和方式。前引 [57],王振民文。

[59] 前引 [16],邵善波文。

[60] 终审法院首席大法官李国能在 2007 年法律年度开启礼上发表的演辞中承认,香港回归以来司法复核个案比回归前大大增加,司法复核已经成为我们的法律体制中已确立和不可或缺的一环。

港一切权力都是中央授予的。但是香港终审法院在吴嘉玲案件的判词中,坚持认为香港基本法为香港的宪法,声称“与其它宪法一样,基本法既分配权力,也界定权力,并且订明各项权力和自由,与其它宪法一样,任何抵触基本法的法律均属无效并须作废。根据基本法,特区法院在基本法规定特区高度自治的原则下,享有独立的司法权,当涉及是否有抵触基本法及法律是否有效问题时,这些问题由特区法院裁定”。该判词明显的意思是,基本法尤如联邦国家成员邦的宪法一样,是“既分配权力也界定权限”,既然基本法界定香港特别行政区法院享有独立的司法权,香港特区法院无须中央新的授权,即可根据“剩余权力”原则,对基本法中未明确规定中央享有的权力,即为香港特区所拥有。这完全违背了基本法第2条的规定,“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权”。吴邦国委员长在纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话更强调指出:“香港特别行政区处于国家的完全主权之下,中央授予香港特别行政区多少权,特别行政区就享有多少权,没有明确的,根据基本法第20条的规定,中央还可以授予,不存在所谓的剩余权力问题。”今天,香港特别行政区法院对于基本法中未明确规定香港法律中有关香港自治范围内的法律违反基本法的审查权问题,在未经中央授权的情况下,根据联邦国家的“剩余权力”理论,径自行使审查权,为自己创设宪制性的权力,这超出了单一制国家的地方行政区域的权力范围。也就是说,中央与香港的权力关系似乎不再是“中央授权、香港被授权”的中央与地方关系,而是类似于联邦国家中联邦政府与地方成员邦的关系,完全改变了基本法所确立的中央与香港关系的性质,从根本上违背了基本法。

(二) 香港法院自设违反基本法审查权偏离了基本法所确立的行政主导政治体制

“特区的政治体制,从香港基本法的设计来看,是一种以行政长官为首的行政主导机制。”^[61]在行政主导体制下,司法独立、行政与立法相互制约相互配合。其中,行政对司法有一定的制约作用,表现在行政长官有权依照法定程序任免各级法院官员,行政长官有赦免或减轻刑事罪犯刑罚的权力。立法对司法也有一定的制约作用,表现为立法会有权制定、修改和废除法律、同意终审法院法官和高等法院首席法官的任免。与此同时,司法独立,特区法院独立进行审判,不受任何干涉,司法人员履行审判职责的行为不受法律追究。香港回归后,香港法院自设违反基本法审查权,对特区立法和行政行为进行“合宪性”审查,使得司法权高于行政和立法权,构成对行政和立法权的制衡。就司法与立法而言,立法机关制定的任何法律都受制于法院的“合宪性”审查,特区法院有权宣告立法机关制定的法律因违反基本法而无效,此时,法院已不仅仅是简单的法律执行者,更是立法的监督者;更甚者,特区法院在判决中对法律条文的修正用语,增删条文内容,^[62]甚至为修改法律或制订新条例设定了时间,^[63]俨如立法的指导者和执行者,在实际上

[61] 香港特区政制专责小组编:《政制发展专责小组第二号报告书:〈基本法〉中有关政制发展的原则问题》,2004年4月。

[62] 例如在吴嘉玲、张丽华和徐权能居留权案中,终审法院在裁决入境条例附表1相关条款违宪的同时,还对法条内容作出了删除裁定:“我等宣告以下部分的《入境条例及规例》乃属无效,并从该条例或规例中删除:(a)第2A(1)条的“在不抵触第2AA(2)条的条文下”这句。(b)第2AA(1)(a)条的条文,以下字句除外:“(1)任何人作为附表1第2(c)段所指的香港特别行政区永久性居民的身份,只可藉其持有以下文件确立(a)发予他的有效居留权证明书”。(c)第53D(3)(a)条的条文,以下字句除外:“(a)发予他的有效居留权证明书。”(d)《入境规例》附表1内的居留权证明书表格12内第二句句,即:“本证明书必须附贴于本证明书持有人的有效旅行证件上,方为有效。”(2)我等宣告在1997年7月16日刊登于宪报,日期为1997年7月11日(1997年宪报第(E)21号)的公告内的第A(1)段及第B段为无效,并从“该公告”中删除。(3)我等宣告“第3号条例”第1(2)条为无效,并从该条例中删除”。参见前引[2],吴嘉玲等诉入境处案。

[63] 2006年的古思尧案件,法院不但宣布香港条例和行政命令违宪,还为当局创制补救条例设定了时间。“从2006年2月9日一审法院作出之日起,给予政府6个月时间修改法例,在这六个月时间那,上述行政命令和法例仍可执行,但过了2006年8月9日,上述行政命令和法例则被宣布无效,不得继续执行”。此后2006年8月,《截取通讯及监察条例》生效。参见古思尧案,[2006]3HKLRD455。

行使了修改法律和直接立法的权力。就司法与行政而言,由于特区政府对立法有主导性作用,法院对特区立法的违反基本法之宣告等于间接否定了政府通过立法和行政行为所要表达的意愿和政策。甚至,法院在特定的范围内取代了行政长官被授权行使一定的职权。例如根据法院在古思尧案中作出的有关违反基本法之裁决,2006年8月《截取通讯及监察条例》生效,根据该条例,所有截取通讯行为和侵扰程度较高的秘密监察行动必须得到其中一位小组法官的授权。依此,法官取代行政长官被授权决定是否采取截取通讯秘密。^{〔64〕}

在司法权超越行政权和立法权并形成司法对行政和立法制约的同时,立法和行政部门在政治与法律上对司法机构却基本没有制约权。一方面,基本法有关立法和行政制约司法的规定在实践操作中被弱化。基本法规定立法会对特区法院法官任免的同意权以及行政长官对各级法院法官的任免权,本意在于通过强化行政与立法在法官任命中的权重,形成行政和立法对司法的制约。但是实际上,香港法院法官的任命程序首先是要经过司法人员推荐委员会推荐,司法人员推荐委员会是一个独立的,不受政府控制的选聘考核法官的法定机构,由终审法院首席法官、律政司司长以及行政长官委任的7名委员(包括2名法官,1名律师、1名大律师,行政长官认为与法律执业完全无关的人士3名)组成。^{〔65〕}可以说,法官和律师在司法人员推荐委员会中所占的人数比例在很大程度上影响了法官任命的提名权,一旦获得推荐,除了终审法院的法官和高等法院首席法官尚需要经过立法会同意外,其他将得到行政长官的任命。基于此,在法官任命上,行政长官仅仅只有形式上的任命权,并不能在实质上影响司法人员推荐委员会的推荐。法官的免职也是一样,行政长官对于法官的免职权的行使是受到立法和司法的严格限制的。法官必须出现基本法所规定的“无力履行职责或行为不检”的法定情况,且在程序上经过由法定人数的法官组成的审议庭的审议,行政长官才能根据审议庭的建议进行免职。另一方面,司法对立法和行政的违反基本法审查使得立法权和行政权日益被动,对特区政府和立法会造成很大的冲击,影响民众对于特区政府的管治能力和立法机构的立法威信力的信心。并且,有些判决还留给香港政府和社会一系列棘手的社会问题和后果。在香港法院居留权案判决后,“据香港特区政府的调查统计表明,根据终审法院的判决,内地新增具资格拥有香港居留权的人士,至少167万人(其中第一代约69万人;当第一代在香港通常居住连续七年以上后,其第二代符合居留权资格人士约98万人)。香港特区政府的评估显示,吸纳这些新移民将为香港带来巨大压力,香港的土地和社会资源根本无法应付大量新移民在教育、房屋、医疗卫生、社会福利及其它方面的需要。因此而引发的社会问题和后果将会严重影响香港的稳定和繁荣,是香港无法承受的。”^{〔66〕}

由此,立法和行政部门在政治上与法律上对司法机构基本没有制约力。但是香港法院自我设定的对立法会立法是否抵触基本法的审查权以及香港法院根据普通法享有的对特区行政部门行政行为是否抵触基本法的司法审查权无形中形成了“司法对行政和立法的单向制约关系”。^{〔67〕}司法权制约立法权和行政权的现实偏离了基本法所确认的行政主导模式。

(三) 香港法院自设违反基本法审查权扭曲了基本法与普通法的关系

“从法理角度来看,香港的97回归意味着香港法制的根本规范的改变和移转,即原有的,以英国国会立法和英皇特权立法为依归的根本规范,将由一个以《中华人民共和国宪法》为终极依据的根本规范所取代。”^{〔68〕}“九七”香港回归,不仅是管治权的回归,而且是法律根本规范的回

〔64〕 程洁:《香港宪制发展与行政主导机制》,载前引〔9〕,全国人大港澳基本法委员会研究室主编书。

〔65〕 香港《司法人员推荐委员会条例》第3条。

〔66〕 董建华:《关于提请中央人民政府协助解决实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉有关条款所遇问题的报告》。

〔67〕 程洁:《双轨政治下的香港司法权》,《港澳研究》2006年冬季号。

〔68〕 前引〔53〕,陈弘毅文。

归。回归后香港普通法得以保留,香港法律和司法制度基本没有变化,但是香港法律的根本规范已经发生了变化,中国宪法和香港基本法取代英国宪法性法律成为香港的根本规范。“根本规范的特征是,它的效力并不以任何其他法律规范的效力为依归,即不可能提供任何法律规范作为它的效力的理由。而其他法律规范的效力最终都要追溯至这个根本规范的规范。”〔69〕“1997后香港一切规则的有效性取决于一个基本规范,这个基本规范的有效性来自于中国宪法。”〔70〕中国宪法和基本法成为香港法律的新的基本规范,意味着中国宪法和香港基本法成为香港法律一切法律制度的效力来源。在香港特区实行的一切法律都不能违反中国宪法和香港基本法的规定。根本规范的改变要求普通法必须适应新的宪制秩序并进行调整,只有根据基本法进行适应化后,才能在香港适用。

香港回归前普通法传统中的“违宪审查权”是香港法院自设违反基本法审查权的理由之一。但是,基本法第8条在保留普通法在香港特区的效力的同时,也对普通法在香港特区的适用提出了两点基本要求,一是能够予以保留的普通法必须属于香港原有法律;二是予以保留的普通法不能同基本法相抵触。很显然,香港回归前的“违宪审查权”先例由于违反基本法的规定而不能在特区成立后继续适用。但是特区法院对这一问题置若罔闻,继续以普通法传统适用和解释基本法。这一做法从根本上扭曲了基本法和普通法之间的关系,使得“基本法要通过法官的解释进行一种转换,才能成为法律规则加以适用。这样,基本法有可能出现普通法下的新的规则,变成法官所改造后的基本法,并按照遵循先例的原则,使这种普通法成为特区法律中起决定性和依据性的部分,其结果就是体现全国人民共同意志的基本法被转换和隔离了”。〔71〕更重要的是,香港法院以普通法传统适用和解释基本法,要求基本法根据普通法的传统进行调整和适应化,使得普通法成为基本法的法源,基本法必须服从和遵守普通法,这从根本上颠倒了基本法与普通法之间的关系,损害了基本法的权威,削弱了基本法作为香港根本性法律规范的法律地位。是普通法规范基本法使基本法与普通法相适应,还是基本法规范普通法使普通法与基本法相适应,始终是香港法律制度发展中的一个无法回避的问题。

五、香港特别行政区违反基本法审查权的制度选择路径

无论从基本法、香港原有的普通法传统以及香港遵循先例的规则,都无法推导出香港法院违反基本法审查权的权力来源。必须根据基本法的规定,从法律上规范香港法院的违反基本法审查权。具体的选择包括:根据基本法的规定,通过解释基本法,明确香港法院不享有违反基本法审查权,同时健全完善全国人大常委会的违反基本法审查权制度,对违背基本法的香港法律(包括涉及香港自治范围事项的法律)规定其修改或停止生效的程序;根据基本法第20条的规定,由全国人大常委会授予香港法院对涉及香港自治范围事项的法律的违反基本法审查权并具体规定其权力行使的范围、程序以及全国人大常委会监督和纠正的程序;由香港法院通过司法判例的方式确认全国人大常委会对香港法律违反基本法的审查权。

(一)全国人大常委会解释基本法第160条,明确全国人大常委会行使违反基本法审查权的权力范围和行使程序

前文已经说明,基本法规定了全国人大常委会行使对香港法律的违反基本法审查权。具体而言,包括两项条文:一是基本法第17条规定全国人大常委会对香港特区立法机构制定的法律的

〔69〕 前引〔53〕,陈弘毅文。

〔70〕 Wacks, *China, Hongkong and 1997—Essay in Legal Theory*, Hongkong University Press, 1993, p. 179.

〔71〕 蒋朝阳:《从香港法院的判决看基本法的解释》,《港澳研究》2007年夏季号。

违反基本法审查权；二是基本法第 160 条规定全国人大常委会对香港“原有法律”和“以后发现有的法律”抵触基本法的违反基本法审查权。虽然基本法第 17 条特别规定了全国人大常委会对“香港特别行政区立法机关制定的任何法律不符合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”的违反基本法审查权，却对香港立法机关制定的有关香港自治范围事项的法律违反基本法如何处理未作出规定，故此，香港特别行政区法院根据“剩余权力”理论，按照“不否定即肯定”的原则，认为其应该行使对香港自治范围事项的法律的违反基本法审查权。香港特区法院的理解是对基本法有关全国人大常委会的违反基本法审查权的片面理解和误读，因为除了基本法第 17 条外，基本法第 160 条更全面规定了全国人大常委会的违反基本法审查权，不仅包括对“香港原有法律”的审查权，而且包括对“以后发现有的法律”的审查权。由于基本法第 160 条对“以后发现有的法律”的表述不是十分清楚，例如“以后发现有的法律”是指哪些法律，“以后”的时间界限如何认定等等。从前文所引用的基本法英文译文可知，“以后发现有的法律”应指在香港特别行政区适用的所有法律。因此，如果全国人大常委会对基本法第 160 条的立法原意作出清晰的解释，即可以明确全国人大常委会对香港法律的违反基本法审查权是全面和充分的。笔者认为，由于目前香港法院的违反基本法审查权的行使已成为影响正确理解和执行基本法的一个重大问题，全国人大常委会主动解释基本法第 160 条是非常必要的。全国人大常委会解释基本法第 160 条时应明确以下几个问题：（1）“以后”的含义。“以后”应指 1997 年 2 月 23 日第八届全国人大常委会第 24 次会议通过的《关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第 160 条处理香港原有法律的决定》之后的日期。（2）“发现”包括全国人大常委会主动发现，也包括香港特别行政区政府“提出”或“请求”予以解释法律，也包括在司法程序中提出或发现的法律。（3）“有的法律”的含义。包括香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯，也包括香港特别行政区立法机关制定的法律。香港特别行政区制定的法律既包括涉及中央管理事务的法律以及中央和香港特别行政区关系的法律，也包括涉及香港自治范围事务的法律。（4）“可依照本法规定的程序修改或停止生效”的含义。“本法规定的程序”包括：基本法规定的审查香港原有法律的程序，即由全国人大常委会进行审查并作出规定，或由香港立法会进行审查并作出规定；基本法第 17 条规定的审查香港立法机构制定的法律程序，即由全国人大常委会进行审查，全国人大常委会认为有的法律不符合基本法的，可将其发回，但不做修改，经全国人大常委会发回的法律立即失效。

（二）全国人大常委会解释基本法第 17 条，并根据基本法第 20 条的规定授权香港终审法院行使对香港立法机关制定的有关法律是否违反基本法的审查权

全国人大常委会解释基本法第 17 条，并根据基本法第 20 条规定，依基本法规定的程序在限定的范围内，有条件地授权香港法院行使对香港有关法律的违反基本法审查权。根据基本法规定和全国人大常委会解释基本法的实践，启动基本法第 17 条的解释程序：可由全国人大常委会主动行使解释权；或由香港特区政府请求解释；或由香港终审法院依照基本法第 158 条程序向全国人大常委会提请解释。至于依何种方式启动基本法的解释程序，由全国人大常委会视具体情况决定。

全国人大常委会可根据基本法的规定，授予香港法院对香港立法机关制定的有关香港自治范围事项的法律行使违反基本法审查权。尽管从理论上和从基本法的规定来看，香港法院不享有对香港法律违反基本法的审查权，但是，全国人大常委会授予香港法院对香港自治范围内法律的违反基本法审查权，是全国人大常委会根据香港实际情况需要，为了建立稳定和谐的香港法律秩序、维护香港的稳定和繁荣作出的授权决定。因此，全国人大常委会的授权决定应是独立的、有范围和有条件的，不能同基本法的基本精神相违背，且应该同香港特别行政区的法律地位相一

致。全国人大常委会授权决定应遵守以下基本原则：（1）根据基本法第1条、第12条和第160条规定，全国人大常委会享有对香港所有法律违反基本法的审查权。（2）根据基本法第17条规定，强调由全国人大常委会行使对香港立法机关制定的法律中关于中央管理的事务以及中央和香港特别行政区关系的条款行使审查权，并不意味着全国人大常委会对香港立法机关制定的其他法律没有违反基本法的审查权。（3）根据基本法第20条规定，全国人大常委会可作如下授权：全国人大常委会授权香港终审法院在审理案件时对香港立法机关制定的涉及香港自治范围事项的法律违反基本法时可进行审查，如果这类法律违反基本法，可由香港终审法院作出停止其生效的裁定，自裁定生效之日起，有关法律或条款即停止生效。但在此之前，依这类法律或条款作出的判决不受影响。香港终审法院作出的任何有关香港法律违反基本法而停止生效的裁定应报全国人大常委会备案。

全国人大常委会作出的以上授予香港终审法院违反基本法审查权的决定，有几个特别重要的关键问题：第一，强调香港法律的违反基本法审查权应由全国人大常委会行使，这充分体现香港特别行政区法院是我国的一个区域性法院，不具有任何主权属性。第二，全国人大常委会授权香港法院行使违反基本法审查权是有范围有条件的。即香港法院的违反基本法审查权只能由香港终审法院在审理具体案件时行使，香港终审法院也只能对香港立法机关制定的涉及香港自治范围内事务的法律或条款拥有违反基本法审查权，有关中央管理事务以及中央和香港特别行政区关系的法律或条款的审查仍由全国人大常委会行使之。第三，香港终审法院行使违反基本法审查权应报全国人大常委会备案。也就是说，全国人大常委会对香港终审法院行使的违反基本法审查权有监督权。

（三）香港法院通过司法判例的方式确认全国人大常委会对香港法律的违反基本法审查权

香港是普通法地区，普通法的一个重要原则是先例必须遵守。香港法院的违反基本法审查权也是以先例为其依据的，主要有1997年前的李妙玲案，1997年后的马维骥案和吴嘉玲案。由于李妙玲案依据的《香港人权法案条例》有关条款，已由全国人大常委会审查香港原有法律时明确予以废除，故建立于无效法律条款之上的案例当然也应该是无效的。马维骥案和吴嘉玲案同基本法第19条的规定明显违背，故此两案也不能作为香港法院行使违反基本法审查权的有效判例。由此可见，香港法院现依据的判例是以讹传讹，缺乏有效的法律基础。为了纠正已经形成的判例错误，香港终审法院可根据普通法的“后例优于前例”的原则，根据基本法第17条和第160条规定，在一个新的案件中，对有关香港法院的违反基本法审查权作出新的判决，确认香港立法机关制定的法律是否违反基本法的问题应由全国人大常委会行使审查权。自此之后，香港法院对香港的案件可依此判例行使有关的权力。

由香港终审法院纠正香港终审法院已经形成的违反基本法的错误判例可能是困难的，但也可能是解决问题的最好办法。正如在吴嘉玲案件中，香港终审法院最初判决时坚持其对全国人大常委会制定的法律有所谓的“宪法性管辖权”，后来也是香港终审法院发表了“澄清判词”，纠正了错误，这不但没有破坏香港的法治，损害香港终审法院的权威，相反，香港终审法院的“澄清判词”维护了香港终审法院的权威。

以上三种方案中，第一种方案既是基本法的规定，也更明确了香港是中国的一个地方行政区域的法律地位。但是，香港是个传统的普通法地区，如果完全不考虑香港的法律传统，对香港立法机构制定的任何法律包括某些自治范围内的法律都由中央行使违反基本法的审查权，这在现实的司法实践中可能不利于香港法院及时有效地处理那些同国家主权没有多少关系的案子。第二种方案，既表明了全国人大常委会享有对香港所有法律的审查权，又明确了基本法第17条中不太明确的部分，同时又考虑到香港的法律传统和基本法第158条有关香港法院对基本法中涉及香港

自治范围的条款享有解释权的规定,使解释权与审查权相统一,应该是一种相对理想且可行的方案。而如果香港终审法院能够通过具体判例,自行纠正香港法院违反基本法审查权的错误先例,然后由全国人大常委会解释基本法第 17 条,并根据基本法第 20 条授权香港特区终审法院行使对香港立法机关制定的有关法律是否违反基本法的审查权,形成违反基本法审查权的制度,则是一个在政治上、法律上均最为理想的方案。

Abstract: It is referred as “power of constitutionality review” to examine whether legislations enacted by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region are consistent with the Basic Law or not and to hold them invalid if found to be inconsistent. But the Basic Law is not the constitution of Hong Kong, so it should be called as “power to review legislation of Hong Kong inconsistent with the Basic law”, or simply as “power to review legislation according to the Basic Law”.

The Basic Law has no express provision that the Hong Kong courts have the power to review legislation of Hong Kong inconsistent with the Basic law, for such power belongs to the Standing Committee of the National People’s Congress. According to the legal system and principles previously in force in Hong Kong, the Hong Kong courts have no such power either. According to Article 84 of the Basic Law, the Hong Kong courts may refer to precedents of other common law jurisdictions, but they still cannot acquire such power by reference to the U. S. case of *Marbury v. Madison*.

There are several factors which drive the Hong Kong courts to exercise the power to review legislation according to the Basic Law without authorization. The fact that several articles of the Basic Law are not very clear and the objective need of the Hong Kong society to review legislations according to the Basic Law have provided opportunities for such practice. It has also made such practice possible that the Standing Committee of the National People’s Congress has not exercised its power to review legislation of Hong Kong inconsistent with the Basic law timely and effectively. Such practice has confused the nature of the power relationship between the central and local authorities, deviated from the executive—dominated political structure of Hong Kong established by the Basic Law, and distorted the relationship between the Basic Law and the common law.

It will be an ideal arrangement to solve the problem of the power to review legislation according to the Basic Law in politics and law that the Court of Final Appeal of Hong Kong corrects the false precedent by itself and the Standing Committee of the National People’s Congress authorizes the Court of Final Appeal of Hong Kong such power by interpreting Article 17 of the Basic Law.

Key Words: the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region, power to review legislation of Hong Kong inconsistent with the Basic law, power of constitutionality review
