

香港特区法院的违基审查权

——兼与董立坤、张淑钿二位教授商榷

李树忠 姚国建*

内容提要：特区立法机关应根据基本法制定法律，特区法院审查特区立法机关制定的法律是否违反基本法的权力被称为“违基审查权”。香港的普通法传统为特区法院的违基审查权提供了法理依据，特区的新法治秩序激活了普通法中法院的司法审查权，而全国人大常委会审查权的不完整性使特区法院的违基审查成为必要。司法实践表明，特区法院的违基审查权无法挑战全国人大常委会的审查权，对基本法的实施总体上是有利的；损害特区行政主导体制的主要因素并非是法院的违基审查，而是立法会的强势地位。作为植根于普通法传统、已有十多年运行实践的权力，特区法院的违基审查权无须再通过全国人大常委会释法确认。当然，基于其在特区法治秩序中的地位，特区法院违基审查权应受到特区外部与内部两方面的制约。

关键词：香港特别行政区基本法 违基审查权 基本法解释权

1997年7月1日随着香港回归，香港特别行政区成立成立，《中华人民共和国香港特别行政区基本法》正式实施。在基本法实施之初，特区法院有无“违基审查权”就成为一个极具争议性的话题。这一争议随着1999年香港终审法院在吴嘉玲案中的判决达到了第一个顶峰。其后若干年，香港特区法院违基审查权一直是陆港两地基本法理论和实务界的中心话题之一。2010年《法学研究》第3期发表了董立坤、张淑钿的论文《香港特别行政区法院违反基本法审查权》（以下简称董文）。董文的核心是特区法院的违基审查权没有法律依据，乃法院的自我设定，混淆了中央与地方权力关系、偏离了特区政治体制、扭曲了基本法与普通法的关系。^{〔1〕} 本文认为，董文未能充分地考虑特区的普通法环境，夸大了特区法院违基审查权的消极影响，更多地以政治性思维考量法律问题，其结论对维护基本法权威、促进基本法的实施并不具有正面的作用。本文试图通过解读普通法内涵来理解特区法院违基审查的实践，并分析这一权力可能造成的影响，以此

* 李树忠，中国政法大学教授；姚国建，中国政法大学副教授。

本文是教育部2009年人文社会科学项目“普通法对香港基本法实施的影响与对策研究”的中期成果，受教育部人文社会科学基金项目基金资助，项目批准号“09YJA820090”。

〔1〕 董立坤、张淑钿：《香港特别行政区法院违反基本法审查权》，《法学研究》2010年第3期。

求教于董、张二位教授。

一、特区法院违基审查实践的解读

违基审查权是指“特别行政区法院就特别行政区立法机关的立法的审查权，如裁定特别行政区立法是否因与基本法相抵触而无效”。〔2〕根据基本法的规定，特区立法会制定的法律、政府行为以及普通法、衡平法均不得同基本法相抵触，审查立法会制定的法律是否与基本法相抵触并作出相应的裁决，对于基本法的具体实施，以及维护基本法作为上位法的尊严和效力，均属必要。争议在于，鉴于基本法是全国人大依据宪法制定的基本法律，将违反基本法的审查权交由特区法院行使，在法理上是否有足够的依据，如董文所担心的，这是否混淆了中央与地方权力关系、偏离了特区政治体制、扭曲了基本法与普通法的关系。

考虑到特区法院十多年来一直实际行使违基审查权的客观事实，〔3〕以及香港特区政府对此事实的默许态度和特区社会（尤其是法律界）的普遍赞成立场，我们暂且搁置特区法院是否具有违基审查权的问题不谈，而是先思考特区法院行使违基审查权的实践是如何可能的，将会有助于理清上述争议的实质和要害，从而更切合实际地而不是从纯理论角度回答特区法院是否具有违基审查权的问题。本文以为，普通法传统、特区回归后的新法治秩序以及全国人大常委会审查权的不完整性共同促成了特区法院违基审查的实践。

（一）香港的普通法传统

基本法对普通法在香港的地位提供了保障，而香港普通法是英式普通法移植至香港后在香港本土生根而成的。经过较长时间的历史沉留，“香港同胞尽管没有真心接受英国殖民者的统治，但却已完全认同了英国的法律及与此相应的文化观念”。〔4〕普通法的观念，尤其是与司法审查相关的理念，容易使香港特区（政府和社会）对法院行使违基审查权视为当然。

1. 法律至上理念要求任何国家权力都应服从于法

法律至上是普通法的重要理念。这一理念是伴随着英国中世纪世俗与宗教司法管辖权的分野以及世俗权力对宗教事务的完全无涉观念产生的，是封建社会司法权与王权斗争胜利的直接成果。早期“法律至上”主要是针对王权的。13世纪英国著名法学家布拉克顿曾言：“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法，因为法造就了国王。因此，就让国王将法所赐予他的东西——统治的权力——再归还给法，因为在由意志而不是由法行使统治的地方没有国王。”布拉克顿的学说并不是理想的空论，而是对中世纪英国政治体系中自然状态的总结，“国王在万民之上，却在上帝和法律之下”。〔5〕1215年英王约翰签署的《大宪章》是这一观念的具体化，它从法律上确立了“王在法下”的观念。大法官柯克继承并发展了布拉克顿的法治思想。在限制王权的问题上，他进一步明确提出：“除了法律与国家认可的特权外，国王没有特权。”在《大宪章》的性质问题上，他认为《大宪章》之“大”，“不是由于它的篇幅，而是由于它所包含的内容至关重要且崇高伟大，简而言之，它是整个王国所有的基本法律的源泉”。他重申，任何与它相

〔2〕 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。引文使用了“违宪审查权”概念，然而，香港是中华人民共和国的一部分，基本法的效力源自宪法但本身并不是宪法，采用“违宪审查权”的表述并不妥当。董文将这一权力直接表述为“违反基本法审查权”，简称“违基审查权”，能够避免与“违宪审查权”的混淆，本文亦予采用。

〔3〕 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。

〔4〕 苏义工：《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》，社会科学文献出版社2002年版，第1页。

〔5〕 [美] 爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店1996年版，第21页，第35页。

悖的判决和法规“皆为无效”。〔6〕

随着市民革命的胜利，英国国王的权力转移到议会以及议会中的多数派手中，但是，“普通法对待国王、议会和多数派是一视同仁的，它只在法律所确认的范围之内遵从以上三者的意志，但他们要接受这样的警示：你们只能依据上帝和法律来统治这个世界！一旦宪法对权力进行了限制或者对其行使规定了一定程序，那么普通法院将拒绝执行超越这些限制的任何行为”。柯克甚至还大胆地提出：“如果议会的行为背离基本人权和理性，那么普通法应对这一行为进行监督控制，并宣告它无效。”〔7〕可以看出，英国历史的演变并没有使法律至上的传统得以改变，权力受制于法的精神并没有废弃，法律至上原则成为普通法传统的基石，并且适用范围更加广大，成为限制一切统治权力而又不依赖于现实法律存在的最明确的原则。

2. “高级法”思想为司法审查提供了实在法依据

前文所指法律至上理念中的“法律”首先是指普通法本身，而不是国王或议会的制定法。那么，普通法何以能够限制国王和议会？这源于普通法传统中的“高级法”思想。“高级法”思想从《自由大宪章》开始萌芽，最后在成文宪法中找到了实在法依托。

普通法体现了一种理性，而不仅仅是习惯，“当法官们选择承认什么样的习惯以使其具有全国的效力，和禁止什么样的习惯通行时，他们实际上运用了‘合乎理性’这一检验标准”。实际上，普通法体现正确理性这一观念从14世纪就提供了普通法要求被看作高级法的主要依据。〔8〕柯克有时将之称为“共同权利和理性”。在著名的博纳姆案中，他明确指出：“在许多情况下，普通法会审查议会的法令，有时会裁决这些法令完全无效，因为当一项议会的法令有悖于共同权利和理性，或自相矛盾、不能实施时，普通法将对其予以审查并裁定该法令无效。”按柯克的理解，理性乃是法律的生命，普通法无非就是理性而已；它是人们通过长期的研究、深思和经验而实现的理性之技艺性的完美成就，而不是普通人天生的理性，因为没有人生而技艺娴熟。法律理性乃是最高理性。柯克又进一步解释，理性不是一个含糊不清的概念，而是通过《大宪章》等成文文件载明的各项人民权利，如依法审判、人身保护、非经议会同意不得征税等。〔9〕

英国市民革命的特殊进程造就了英国的不成文宪法体制，并且形成了“议会至上”的宪法原则，这使得《大宪章》、《权利请愿书》这些体现普通法理念的宪法性文件最终没有演变成近代意义上的成文宪法，因而英国也没有最终形成现代违宪审查意义上的司法审查。但英国的高级法理念最终在美国寻找到新的实定法载体。普通法中抽象意义上的“普遍的权利和理性”内化为美国成文宪法的理念和依据，具体化为宪法所保障的公民权利，这就使得成文宪法取代普通法成为约束议会权力的根据。庞德指出，正是对英国殖民地的法律、特许令状制度、成文宪法以及人权宣言等的遵循、反思，把美国引向了法律至上的境界，并在这里让柯克以人权和理性约束议会的理想得以实现。〔10〕马伯里诉麦迪逊案集中体现了宪法作为高级法的理念。马歇尔法官指出：“立法机关的权力是限定的和有限制的……假如这些限制随时有可能被所限制者超越，假如这些限制没有约束所限制的人，假如所禁止的行为和允许的行为同样被遵守，则有限政府和无限权力之间的区别就消失……要么宪法制约任何与之相抵触的立法机关制定的法律，要么立法机关可以以普通法律改变宪法……在这两种选择之间没有中间道路。宪法要么是优先的至高无上的法律，不得以普通立法改变；要么与普通立法法案处于相同的地位，像其他法律一样，立法机关可以随

〔6〕 前引〔5〕，考文书，第55页。

〔7〕 同上书，第44页，第52页。

〔8〕 同上书，第20页。

〔9〕 同上书，第55页。

〔10〕 [美] 罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2001版，第52页。

意加以修改。”〔11〕

3. 司法中心主义为法院进行审查提供了法理依据

前文回答了普通法下为什么权力应受约束以及应受何种规范约束的问题,那么,谁有资格具体负责审查呢?普通法的观念是,只有法官才能承担这一责任。布拉克顿在强调国王应受约束的同时就指出,“如果国王没有约束,就是说如果没有法律约束,那么法官和男爵们就应当给国王施以约束”。〔12〕柯克也明确指出,在确定法律认可的国王特权时,国王自己不能解释这种特权,只有法官才是权威的解释者。

为什么只有法官才能承担这一职能?原因在于,普通法所体现的“理性”只有法官才能发现。“作为普通法基石的正确理性,从一开始就是法官的正确理性。普通法被看作是依赖于知识或发现的法,所以它是依赖于专家们的法,随着遵循先例学说以空前稳固的方式得到确立,情况便愈益如此。”〔13〕1608年柯克在博纳姆案中进一步指出:“涉及臣民的生命、继承、动产或不动产的诉讼并不是依自然理性来决断的,而是依人为理性和法律的判断来决断的;法律乃是一门艺术,一个人只有经过长期的学习和实践,才能获得对它的认知。”〔14〕美国学者考文指出,柯克在使用共同权利和理性时,是在暗指“人为理性和法律判断”,他将法官界和律师界看作是它的特别保护人。〔15〕

柯克等人将法官视为法律和理性的保护人,是与法官群体在普通法中的特殊地位密切相关的。在英国,早期的法官由国王身边受重用的大臣担任,判例在很大程度上体现了国王的意志。但随着司法实践的发展,法官逐渐演变为一个相对独立的职业群体,具有独立的地位、精湛的学识和很高的社会公信力,是法律职业群体中出类拔萃之士。这些精通法理又具有丰富经验的法官们通过一个个经典的判例,赋予普通法以丰富的内涵和顽强的生命力。与其说普通法“为创造一个不成文的法律体系和一个以口头形式做出判决并加以记录的才华卓越、德高望重的司法界奠定了基础”,〔16〕不如说才华横溢的法官在司法实践活动中造就了普通法的理念、原则、规则和技术,使普通法富有活力且坚忍不拔,战胜了教会争夺司法权、成文法运动等危机,成为世界性的法律。〔17〕

也正因为法官的特殊地位以及普通法的发展特点,有学者将司法中心主义视为普通法区别于大陆法的最重要特征。〔18〕在美国成文宪法出现以后,基于司法中心主义,解释法律和决定相互冲突的法律对案件的适用与否成为法院的固有权力。“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。”汉密尔顿在美国宪法制定时就指出:法院的完全独立在限权宪法中尤为重要。所谓限权宪法系指为立法机关规定一定限制的宪法,如规定:立法机关不得制定剥夺公民权利的法案;不得制定有追溯力的法律等。在实际执行中,此类限权须通过法院执行,因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。如无此项规定,则一切保留特定权利与特权的条款将形同虚设。〔19〕

〔11〕 Marbury v. Madison, 5 U. S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

〔12〕 前引〔5〕,考文书,第23页。

〔13〕 同上书,第20页。

〔14〕 同上书,第35页。

〔15〕 同上书,第21页。

〔16〕 [美]格伦顿等:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第93页。

〔17〕 前引〔10〕,庞德书,第3页。

〔18〕 李红海:《普通法研究在中国:问题与思路》,《清华法学》2007年第4期。

〔19〕 [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,三联书店1996年版,第392页。

（二）香港的新法治秩序激活了普通法中的司法审查权

反对特区法院行使违基审查权的一个重要论点是特区成立之前香港法院没有违基审查权，根据普通法遵循先例的原则，回归后特区法院亦没有违基审查权。董文也秉持这一思路。

然而，首先，香港法院在回归前有无类似权力在学术界是有争议的。香港回归以前，英国为香港制定了《英王制诰》和《王室训令》，作为在香港实施的宪法性法律。香港法院在1991年以前并没有审查香港立法机关的法律是否与这两个宪法性文件相抵触而无效的权力。但有学者主张，实践中没有相关的案例，“并不表示法院在法理上没有违宪审查权”。^{〔20〕}所以，不能据此认为香港回归后法院也不应有违基审查权。1991年后，香港立法局制定了《香港人权条例》，香港法院可以根据该条例审查香港立法机关的立法，如发现其有侵犯人权的情形可宣布其无效。全国人大常委会在回归前废除了《人权条例》中的凌驾条款，但这是否意味着据此形成的判例也不再有效还存有争议。

其次，遵循先例虽然是普通法的重要原则，但这一原则不是绝对的。各普通法国家的法院推翻先例的判决屡见不鲜。当然，推翻先例需要有充分的法理根据以及社会现实发生重大变化。而香港在回归后恰是具备了这一条件，那就是依据宪法制定的基本法在香港的实施，形成了新的法治秩序，而普通法在其发展历史中彰显出来的开放性和适应性使其能够超越文化和传统的障碍，吸收其他法律渊源的规范，与当地法律找到恰当的契合点。^{〔21〕}这其中的一个重要表现就普通法与新法治秩序的协调。

在英国，早期的科克案已经孕育了违宪审查的思想。但由于资产阶级革命的妥协性以及渐近性，英国形成了独具特色的宪政体制，其中有两个最重要的特点：一是不成文宪法体制，二是议会主权。前者使宪法的效力和其他法律的效力是等同的，宪法缺乏针对议会立法的最高效力；后者使没有任何机构可以质疑议会立法的正当性。所以，法院既没有据此审查议会立法是否正当的宪法依据，也无法质疑议会立法。原本违宪审查意义上的司法审查在新宪政体制下被阻断，司法审查只能针对政府的行为，成为行政诉讼意义上的审查。值得注意的是，二战后随着欧盟立法的完善，英国的宪政体制发生了重大变化，传统的议会主权原则受到严重挑战，1998年英国议会通过《人权法案》。根据这一法案，法官在个案中如认为议会制定的法律与《人权法案》相抵触，可以作出不一致的宣告，^{〔22〕}从而使法院获得了部分审查权。

英国在世界上进行殖民扩张的时候，将普通法移植到这些国家和地区，但并没有将自己议会主权的政治体制移植过来，而是建立了适应其殖民统治需要的总督制。但这些国家或地区在政治上独立后，通过制宪来保障主权，形成了具有自己特色的成文宪法体制，强调宪法的最高法律效力。基于宪法的最高性，保留下来的普通法只能在新的宪政体制框架下生存和发展，而为了适应新的宪政体制，普通法必然会作出某些调整和修改，包括发展出违宪审查制度。如美国在独立后于1787年制定了成文宪法，宪法虽然没有规定司法审查制度，但在1803年的马伯里诉麦迪逊一案中，最高法院宣称自己有宪法解释权，确立了司法审查制度。

同样，澳大利亚的普通法也受到了新宪政体制的影响。1901年澳大利亚独立后仍然是英联邦的一员，奉英国女王为“名义上的君主”。20世纪70年代后，一连串富有改革性的判决慢慢导致了与占统治地位的英国法的疏离和澳大利亚法的诞生。^{〔23〕}1964年的Parker v. R一案打破了长期以来澳大利亚的传统——澳大利亚法官在裁判时很自然地以英国判例为指南。而在1978年

〔20〕 前引〔2〕，陈弘毅文。

〔21〕 前引〔18〕，李红海文。

〔22〕 李树忠：《1998年英国〈人权法案〉及其对英国宪法的影响》，《比较法研究》2004年第4期。

〔23〕 顾敏康：《从澳大利亚法律改革看香港普通法的发展方向》，《法学》2003年第1期。

的 Viro v. R 一案中，澳大利亚法院历史性地宣布自己不再受枢密院判决的约束，而州法院则须遵从澳联邦最高法院的判决，从而切断了与英国法在宪法上仅存的最后联系。此案被认为是澳大利亚民族独立和司法独立运动的高潮。在 1987 年的 Cook v. Cook 一案中，安东尼·梅森爵士、威尔逊、迪恩和道森诸位大法官的判决将 Viro v. R 一案的结论做了更完整的阐述，使澳大利亚的普通法正式在澳联邦新的宪政框架下被适用与发展。澳大利亚新的宪政框架移植了美国的司法审查制度，由法院审查立法的合宪性。

通过普通法在这些国家的发展可以看出，由于普通法的司法中心主义，一旦普通法与成文宪法联系起来，法院通常获得对宪法的解释权以及违宪审查权。实际上，在普通法和成文宪法共生的体制下，是没有办法将宪法解释权与违宪审查权分开的，因为宪法解释权在本质上并不是一种独立于立法、行政、司法之外的“权力”，它只是法院在进行违宪审查时必须进行的一项活动。法院如果不解释宪法，就无从进行违宪审查；而宪法解释的目的就是为了进行违宪审查。所以，不能将二者分割开来。大陆法国家甚至也是如此。

香港回归之前属英国管辖，是不成文宪法体制下的地方区域，实行总督制，总督执掌立法权，立法会只是总督行使立法的咨询机构。这种体制下，法院当然不可能具有违宪审查权。但基本法的实施使香港普通法获得了一个全新的法治秩序。基本法明确肯定了普通法制度在特区的保留，这种保留显然不单纯是普通法规则的保留，更重要的是普通法理念、原则和精神的保留。由于普通法在香港获得了高度社会认同，它成为一种主导香港法律制度发展的根本性的、传统的力量，基本法在这一新环境下实施，必然会受到普通法的重大影响，如法官们会将普通法的理念、原则、规则和技术贯彻到基本法的实施过程当中。如此一来，法院事实上的违基审查权力就很容易理解了。

（三）全国人大审查权的不完整性使特区法院的违基审查成为必要

基本法第 17 条规定，特区立法会制定的法律要报全国人大常委会备案，备案不影响该法律的生效；全国人大常委会在征询其所属的基本法委员会后，如认为特区立法会的任何法律不符合基本法关于中央管理的事务及中央和特区关系的条款，可将有关法律发回，但不作修改；经全国人大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。“基本法将全国人大常委会审查的法律局限于‘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’的范围，意即在此范围以外的属于香港特别行政区自治范围内的条款，全国人大常委会则可不发回，这里又表现尊重香港特别行政区的高度自治权。”〔24〕所以，全国人大常委会不审查特区立法是否符合基本法关于特区自治范围内的条款不是立法者的疏漏，而是贯彻“一国两制”构想所需要的。〔25〕

在立法实践中，特区立法会作为一个地方的立法机构，绝大部分立法涉及的是地方性事务，不会经常性地涉及中央政府权力或其与中央的关系，这就决定了全国人大常委会只会对很少部分特区法律进行审查。但是，按照基本法，特区的所有法律都不得同基本法相抵触。那么，谁来审查这些不属于全国人大常委会审查范围的法律呢？基本法赋予了特区法院终审权，显然我国最高司法机关不能对此进行审查。而在特区范围内，立法会对自己制定的法律不能审查；行政长官虽然可以在立法会通过法律后不予签署，将其发回，但行政长官发回法律显然不是基于法律违反基本法的法律性判断，而是政治性的判断。

香港基本法实施十多年来，如同宪法规定的全国人大常委会的很多权力一样，审查并发回特

〔24〕 肖蔚云：《论香港特别行政区基本法》，北京大学出版社 2003 年版，第 334 页。

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

区立法会所制定法律的权力基本处于虚置状态，可以说，全国人大常委会并未真正行使这一权力。但在特区的司法实践中，不断会有当事人在诉讼中对特区立法是否符合基本法提出质疑，这就要求特区必须根据基本法去裁决这些法律是否有效。所以，在基本法进入司法实践以后，特区立法是否符合基本法就是法官要经常面对的问题。

（四）特区法院的司法实践表明违基审查权总体上对基本法实施是有利的

特区法院行使违基审查权自特区成立后第一个涉及基本法的案件即马维昆案就开始了。在本案中，法院在判决中以“附带意见”方式，处理本案提出的另一些“重要的法律问题”，其中包括“特区法院的司法管辖权”问题。法院提出，“中华人民共和国是香港特区的主权国家”，“特区法院不能挑战全国人大设立筹委会的决定、决议及其中的理由。这些决定和决议是主权的行，它们的有效性不容地方法院挑战”；而且，“香港特区法院也不能审查筹委会在行使其全国人大赋予的权威和权力、执行主权的决定和决议时设立临时立法会的理由”。但是，“特区法院确实有管辖权去审查主权或其代理人的行为是否存在。如似此案，这种情况出现在法院面前，不进行审查则是法院的失职。特区法院应该有权审查三个方面：其一，全国人大是否有决定或决议设立或授权设立筹委会；其二，是否存在筹委会设立临时立法会的决定或决议；其三，筹委会是否事实上设立了临时立法会，以及现在香港特区的临时立法会是否事实上就是根据全国人大和筹委会决定或决议设立的那个机构。”虽然在本案中法官强调不能审查全国人大设立筹备委员会的合法性，但它却审查了全国人大相关的行为是否存在，并以此论证了临时立法会的合法性。时任香港特别行政区政府律政司长梁爱诗指出：“1997年7月，特别行政区政府成立不久，在马维昆一案，被告人挑战临时立法会的法律地位，如果不是法院在很短的时间内，肯定了它的地位，特区的立法机关通过的法律的合法性将会受到长期的质疑，必然影响特区的稳定。”〔26〕

当然，1999年的吴嘉玲案使法院的违基审查权受到了较大的争议。在该案判决中，香港终审法院认为：“包括全国人大和全国人大常委会在内的国家权力机构所作的决定与行为，香港特别行政区法院都可以检视其是否符合基本法。”这一论点在内地引起了轩然大波。基本法专家肖蔚云等四位教授认为，香港法院的这一表态违反了基本法的规定，是对全国人大及其常委会地位和“一国两制”的严重挑战。“根据宪法的规定，全国人民代表大会是国家最高权力机关，人民代表大会的立法行为和决定是任何机构都不能挑战和否定的。”〔27〕最终，终审法院在特区政府要求下作出了澄清，明确肯定，全国人大及其常委会依据基本法的条文和基本法所规定的程序行使任何权力都是不能质疑的。这个补充说明消除了内地法律界的疑虑，化解了一个可能的政治法律冲突。

经由吴嘉玲案引发的释法风波之后，香港的违基审查又回到了马维昆案所确立的轨道上，即特区法院只审查特区立法会制定的法律是否与基本法相一致，而不审查全国人大及其常委会的立法，包括终审法院在内的各级法院也不再提及自己审查中央立法的权力。但在基本法实施的十多年时间内，特区法院一直没有中断对特区立法的审查。对于特区法院的审查行为，香港社会，包括立法会、行政长官及学者鲜有人提出异议，内地的学者观点不一，但多数对这一权力持认同立场，而中央政府对此不予置评。

在违基审查权问题上，特区法院立场的调整以及中央与特区政府对此所持的立场表明：在不背离国家主权的前提下，基本法可以在普通法制度中融入香港法律体系。在根据“一国两制”原则所确立的法律体系中，基本法不是宪法，基本法与全国人大制定的其他法律效力是一样的，香

〔26〕 肖蔚云、饶戈平主编：《论香港特别行政区〈基本法〉的三年实践》，法律出版社2001年版，第1页。

〔27〕 《人民日报》1999年2月8日。

港法院当然无权依照基本法审查全国性法律的效力。香港法院适用普通法时必须遵循这一基本的法律效力等级体系,不能挑战全国人大及其常委会的权威、危及国家主权。但另一方面,对国家主权的尊重并不妨碍回归后香港普通法司法审查制度的生命力。基本法也得到了司法审查这一制度的呵护,获得有效的实施。居港权系列案件引发的冲突没有让基本法和司法审查分崩离析,而是让二者找到更为恰当的契合点,风波之后的国旗区旗案便生动地折射出基本法和普通法司法审查制度的相益得彰。

二、对特区法院违基审查权的顾虑

以上对特区法院在香港回归后实际行使违基审查权这一客观事实的解读,只能表明违基审查权有其法律传统上的缘由,与违基审查的必要性和全国人大常委会审查权的不完整性有关,而且,特区法院违基审查权的实际行使也对基本法的实施具有正面的积极意义。但是,这种对现状的理解并未回答有关违基审查权争议的核心问题,即这一权力是否有严重的消极影响?很多反对特区法院行使违基审查权的学者的论据之一是违基审查权对基本法构成了挑战,董文也秉持了这一思路,并将违基审查权的消极后果概括为三个方面:混淆了中央和特区权力关系的性质,动摇了香港政治体制,扭曲了基本法和普通法的关系。本文认为,这些顾虑是不必要的。

(一) 特区法院违基审查权没有挑战全国人大常委会的审查权

在特区法院有无违基审查权的争议中,否定论者的论据之一是,基本法已经规定了特区立法的监督机制,即特区立法要报全国人大常委会备案,全国人大常委会可以对其进行审查并将与基本法有关中央权力及中央与特区关系条款相抵触的立法予以发回,而发回的法律立即失效,因而特区法院没有必要行使违基审查权。这反映了否定论者的重要担忧:承认特区法院的违基审查权有可能损害全国人大常委会对特区立法监督的权威性。

基本法规定特区立法机关制定的法律不可与其相抵触,而在如何保障这一规定的落实上,基本法所确立的备案审查制度是不完整的。在范围上,全国人大常委会审查的仅是特区立法是否与基本法的中央与地方关系条款及中央权力条款相抵触,而对特区立法是否违背基本法自治范围内的条款则不予审查。这种部分审查的体制并不一定是基本法的疏漏,而很可能是中央根据“一国两制”原则刻意设计的。在实际运作中,全国人大常委会的这一权力与基本法所确立的其他多数中央权力一样,在很大程度上备而不用。在这个意义上,全国人大常委会的审查权可以视为一种主权意义上的职权。

(二) 特区法院违基审查权有利于维护基本法在特区的上位法地位

基本法是全国人大根据宪法制定的全国性法律,但其主要在香港实施,是将中央“一国两制”的重大决策在香港的具体化和法律化,本身就代表着中央的权威。基本法在特区的实施程度直接标志着中央权威在特区受尊重的程度。肯定特区法院的违基审查权,法院在审判过程中不断宣示和强调基本法在特区的上位法效力,并以此来判断特区立法是否与其相一致,这显然有利于维护基本法在特区的上位法地位。这一点在国旗区旗案中得到了明显的体现。

在国旗区旗案中,香港市民吴恭劭、利建润被控侮辱国旗罪和侮辱区旗罪,分别违反了为实施国旗法和国徽法而制定的《国旗及国徽条例》第7条和特区的自行立法《区旗及区徽条例》第7条。本案最终诉至终审法院。终审法院裁定《国旗及国徽条例》第7条和《区旗及区徽条例》第7条没有违反基本法。在本案中,终审法院法官行使了违基审查权。法官在判决中明确指出基本法在香港的上位法地位:“基本法载有宪法性条文,保障香港这个文明社会不可或缺的多项自由。”在此基础上,终审法院首先列举了基本法中与保护国旗区旗有关的规定,表明《国旗及国

徽条例》第7条是香港实施《国旗法》这一全国性法律的恰当方式，具有保护国旗的合法的社会利益；《区旗及区徽条例》第7条具有保护区旗的合法的社区利益。然后从国旗和区旗所具有的公共秩序属性出发，指出争议条款对言论自由的限制是一种有限度的、必要的限制，裁定《国旗及国徽条例》第7条和《区旗及区徽条例》第7条对言论自由的限制没有违反基本法。本案中，法官将基本法的上位法地位作为整个逻辑推理和司法论证的基础，即判断每一个具体论点是否存在基本法上的支持，从而得出司法裁决的结论，使基本法的相关条文得以实施。就本案而言，法院的违基审查权并没有危害基本法在特区的上位法地位，相反，基本法在特区的地位经由违基审查得到了强化和落实。

所以，基本法虽然没有规定违基审查制度，但严格遵循上位法与下位法秩序的违基审查并不会有害于基本法，相反是基本法实施的一种有效机制。违基审查制度使基本法在香港普通法传统中得到实施，赋予了基本法强大的生命力和高度的权威性。

（三）损害特区行政主导制的是立法会的强势，而不是法院的司法审查

特区的政治体制不同于内地的人民代表大会制度，它是独特的行政主导制。董文的一个基本观点是特区法院自设违基审查权，对立法及行政机关行为进行“合宪性”审查，使得司法权高于行政权，而立法和行政部门对司法机构却基本没有制约，从而偏离了基本法所确认的行政主导模式。本文认为，要判断特区法院的违基审查权是否偏离了行政主导制，首先要厘清行政主导制的含义，其次要分析行政主导的挑战究竟来自何方，最终才能得出违基审查权是否真的对行政主导制构成了挑战的结论。

什么是香港特区的政治体制？基本法并没有作出特别明确的规定。参加基本法起草工作的内地学者将基本法所确立的特区政治体制概括为“行政主导制”。^[28]根据内地基本法学者的解释，行政主导“就是在行政与立法的关系中，行政长官的法律地位要比立法机关的法律地位要高一些，行政长官的职权广泛而大一些。”^[29]具体表现主要包括四个方面：（1）行政长官既是特区首长，又是特区行政机关的首长；（2）行政参与立法程序；（3）政府提出的法案在立法会中应首先列入议程；（4）行政长官有权解散立法会。^[30]在基本法起草过程中，有少数委员主张实行立法主导的体制，行政主导主要是针对这一主张而提出的。^[31]也就是说，行政主导不是为了界定行政与司法的关系，而是为了界定行政与立法的关系，“希望在行政与立法的关系上，行政权能够优先得到保障，行政权略高于立法权，以实现行政权力在香港政治生活中的主导地位”。^[32]所以，如果说行政主导原则受到挑战，首先也是来自立法机关的挑战，而不是司法机关。

董文强调特区法院在对行政和立法进行制约的同时，行政和立法对司法机构缺乏制约权，从而可能导致司法主导。这是对法治社会国家权力结构基本原理的误解。首先，在资本主义政治体制下，不论是在行政主导，还是立法主导，司法独立都是得到普遍认可的。正如许崇德教授所言：“司法独立的概念在世界上差不多有共同的认识。”^[33]其次，特区的政治体制不单纯是行政主导，与之并列的还有一个原则，那就是司法独立。而司法独立的含义就要求除了法官的任免外，立法或行政不能对司法机关的裁判权有任何制约。基本法在司法独立制度设计问题上完全遵守了法治原则。

[28] 许崇德：《学而言宪》，法律出版社2000年版，第402页以下；前引[24]，肖蔚云书，第829页。

[29] 前引[24]，肖蔚云书，第829页。

[30] 前引[28]，许崇德书，第407页。

[31] 前引[24]，肖蔚云书，第220页。

[32] 郝建臻：《论香港特别行政区行政与立法的关系》，中国政法大学2008年博士学位论文，第64页。

[33] 前引[28]，许崇德书，第402页以下。

基本法实施以来,学界的一个基本共识是行政主导体制在香港受到了严重挑战。“香港回归祖国后,行政主导原则并没有得到很好体现,相反立法主导倾向越来越明显,立法会几乎成为香港政治活动的中心,政府施政处处受掣肘,立法会时时挑战政府的权威。”^[34]实践中,自1999年开始的立法会对行政机关主要官员发动的不信任动议就使得政府施政受到立法会的影响,而自2002年特区政府开始的“高官问责制”又逐渐演变成内阁制下的问责制,进一步强化了立法机关的优势地位。可以看出,对行政主导体制构成挑战的并不是法院的违基审查权,而是立法会越来越强势的地位。

当然,在立法与行政机关对峙的过程中,确实有议员利用法院的违基审查权对付行政机关。议员通过提起诉讼的方式,利用法院去阻碍行政机关施政。如“公务员减薪案”、“公屋租金诉讼案”、“出售公司设施的领汇上市案”、“补选行政长官任期案”等,都因法院的介入而导致行政机关施政不畅。^[35]但需要注意的是,第一,在这些案件中,起主导作用的都是立法会议员,通过发起诉讼让法院介入政治性程度很高的事务,是议员在恶意地利用违基审查权。这本身就违背法院不介入政治的基本要求。第二,这些争议所指向的对象是政府行为的合法性和正当性,只不过是在这些问题上立法与行政之间产生牴牾,立法会少数议员利用司法权来实现自己的目的而已。所以,行政主导受到的挑战仍然源自立法机关而非司法机关,同时,我们显然也不能将法院对行政行为的所有审查都视为对行政主导体制的破坏。

总之,基本法确立的特区行政主导制在香港回归十多年的时间内,受到的最大挑战并不是特区法院的违基审查权,而是立法会的强势地位。而从另一个角度,法院的违基审查在一定意义上也给立法会施加了一套控制性的程序,有助于遏制特区政治体制由行政主导向立法主导的演变。

(四) 普通法与基本法的关系

董文指出,特区法院的违基审查权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,变成法官所改造的基本法,并按照遵循先例的原则,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意志的基本法被转换和隔离了”;甚而认为,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用,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和普通法的关系。本文认为,这是对普通法和基本法关系的根本误读。

首先,基本法和普通法并非完全对立的关系。

确如董文所言,基本法在特区要被法官按普通法思维来解释。但是,普通法与基本法不是完全对立的。一方面,基本法对普通法有一个保障作用,普通法本身也会在新的法治秩序内作必要的调整;另一方面,基本法在普通法地区实施,普通法思维必然会对其实行产生影响,这种影响不完全是消极的。^[36]如果将二者对立,认为普通法思维解释基本法必然会导致基本法所代表的人民意志被转换或隔离,将是一个无解的难题,因为正是基本法自身保留了特区的普通法体制。

其次,法院对基本法的解释方法与法院的违基审查权并非必然关联。

特区法院的法官会按照普通法思维来解释基本法,这是特区的普通法体制所决定的。即使出现董文所指问题,也是基本法的解释问题,而不是法院的违基审查权问题。即使法院不行使违基审查权,依然会在个案中对基本法进行解释,因为这既是普通法的基本法律解释规则,也是基本

[34] 前引[32],郝建臻文。

[35] 王宜:《司法复核成反对派争拗利器》,《紫荆》2006年第10期。

[36] 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》,载全国人大常委会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。

法所保障的。

再次，普通法的法律解释方法并不必然导致对基本法意图的篡改。

普通法的法律解释方法有文义解释、黄金规则以及除弊规则三种基本的方法。其中文义解释是法律解释规则中最基本、最重要的一项。它要求按照法律规定的字面意义进行解释，取其最自然、明显、正常和常用的含义，而无需顾及该含义所产生的结果是否公平或合理。如果制定法的词语本身是精确、不模糊的，对其解释就无需超越其自然和普通含义，所以它又被称为“平义解释规则”。根据这一规则，立法措辞本身最好地宣示了立法者的意图，规范的普通含义就是法律的字面含义、一般含义或自然含义，也就是指日常生活中普遍使用的词语的含义。^{〔37〕}当然，如果法律中的措辞是特定领域的专业术语，则应该放弃其普通含义，而只能适用其专门术语的含义。

文义解释的理论依据是三权分立理论。根据这一理论，为防止权力滥用，立法权与司法权应由不同的政府部门享有。法律由立法机关制定，而法院的职责在于忠实地执行立法机关制定的法律，在具体的案件中实现立法机关的立法意图。法院了解立法意图的唯一方法就是解读立法机关所通过的法律本身。法院不能把自己置于立法机关的位置，推断立法机关在面对如此情况时所期望出现的结果。在法律被立法机关修改之前，法院唯一能做的就是忠实地执行法律。相反，如果法官不按照文义去解释法律，那么法官就不是在适用法律审判案件，而是在制定和改变法律，会使法院有侵损立法机关在宪政架构中的地位之嫌。

由上可以看出，文义解释方法的基本出发点是对立法者的尊重，而不是挑战法律权威。文义解释的目的是通过法律文本的解读寻找立法原意。当然，这与全国人大常委会解释基本法的方法有所差异，因为全国人大常委会主要是通过结构主义或其他方法寻找立法原意。^{〔38〕}在一些具体问题上，虽然双方都在强调追求立法原意，结果却有可能不一致。但是，不能由此一概认定普通法的解释方法必然会歪曲立法原意。原因有三：（1）“应当说，基本法的文字表述和立法原意是一致的，也就是法律的内容和表现形式的统一”，因而，“不能将基本法的文字表示和立法原意、立法宗旨互相割裂、互相对立起来”。^{〔39〕}所以，基本法中的绝大部分条款含义是清晰的，通过文义解释是能够寻找到立法原意的。（2）虽然法官们在法律解释中无可避免地受个人政治立场等因素的影响，但从实践来看，特区法院几乎每天都在解释基本法，目前基本法中已有超过 100 个条文在诉讼中得到了法院的解释，而被全国人大常委会认定为与立法原意不符合的显然是极少数。（3）即使特区法院的解释严重与原意不符，根据基本法的规定，全国人大常委会仍有最终解释权，完全可以通过基本法所设定的纠错机制将特区法院的解释引导到正确的轨道上来。

三、全国人大常委会再释法有无必要

基本法第 17 条规定，特区立法会制定的法律要报全国人大常委会备案，全国人大常委会如认为该法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和特区关系的条款，可将有关法律发回，发回的法律立即失效。基本法第 160 条规定，特区成立时，香港原有法律除由全国人大常委会宣布为同本法抵触者外，采用为特区法律，如以后发现有的法律与本法抵触，可依照本法规定的程序修改或停止生效。董文认为，由于第 17 条规定的全国人大常委会的审查权是不全面的，因而主张

〔37〕 姚国建：《论普通法对香港基本法实施的影响——以陆港两地法律解释方法的差异性为视角》，《政法论坛》2011 年第 4 期。

〔38〕 同上文。

〔39〕 前引〔26〕，肖蔚云、饶戈平主编书。

全国人大常委会再次释法，规定全国人大常委会根据第160条既可以审查“原有法律”，也可审查特区成立后立法会制定的法律，从而将特区立法会制定的所有法律纳入全国人大常委会的审查范围之内。这一主张罔顾基本法的立法原意，改变特区立法审查机制的基本框架，不是明智之举。

基本法规定，在特区实行的一切制度均需以基本法为依据。因而，无论是特区成立之前的原有法律，还是成立之后立法会制定的法律均不得与基本法相抵触。第17条和第160条是分别解决这两类法律同基本法抵触问题的制度，即第17条针对特区成立后的法律，而第160条解决的是“原有法律”。无论是采用全国人大常委会立法原意解释方法，还是特区法院采用的文义解释方法，第160条的含义都是明确无误的。该条规定：“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，如以后发现有的法律与本法抵触，可依照本法规定的程序修改或停止生效。”从文义上看，该句中，“如以后”前面是逗号，这表明后文表达的意思是前半句意思的延续，仍然是针对前文所指的“原有法律”，而不是特区成立后立法会制定的法律。肖蔚云教授对此明确指出：“有一些原有香港法律在1997年7月以前没有被发现与基本法相抵触，在1997年7月1日以后又发现与基本法相抵触，则全国人大常委会和香港特别行政区立法机关将按照基本法第17条规定的程序办理。”^{〔40〕}另外，1997年2月23日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》，在前几项对原有法律应如何处理作出规定外，又专门在第6条规定：“采用为香港特别行政区法律的香港原有法律，如以后发现与基本法相抵触者，可依照基本法规定的程序修改或停止生效。”可见，无论是在学理上还是在实践中，基本法的立法原意是非常清楚的，即第160条处理的是“原有法律”，只不过对特区成立前的处理与成立后处理设置了不同的程序，即特区成立前由全国人大常委会审查，而成立后按17条由特区立法会进行修改或废除。如果第160条所指法律包括特区立法会制定的法律，这将在基本法内部产生体系不协调的问题：根据第17条，全国人大常委会对特区立法会制定的法律是否违反特区自治范围内的条款是不作审查的，而根据第160条又需要作审查，这岂不是前后矛盾？

宪法规定全国人大常委会会有法律解释权，基本法也规定全国人大享有基本法解释权。但全国人大常委会基本法委员会负责人曾表示：解释法律是有规范的，所谓有规范就是有自我约束，决不是任意释法。全国人大常委会解释法律有两种情况，一是法律的规定需要进一步明确其含义的，二是出现新情况，需要明确适用法律依据的，而对于宪制性法律，解释应更谨慎。^{〔41〕}这也符合我国立法法所规定的全国人大常委会行使法律解释权的情形。^{〔42〕}根据这一标准，第160条既没有解释的余地，更没有解释的必要。董文认为，基本法英文版本条中使用了“any laws”的表述，表明既包括原有法律，也包括特区立法会制定的法律。本文认为，这是对英文版本的误读。而且，1990年全国人大常委会《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉英文本的决定》中也明确指出：“英文本中的用语的含义如果有与中文本出入的，以中文本为准。”在中文本含义清晰无误的情况下，没有必要参照英文文本，更没有必要以此作为依据进行释法。

对于中央和地方的关系而言，全国人大常委会的释法权带有很强的主权性质，是中央维护基本法权威的重要武器。基于“一国两制”的原则，这一权力的行使必须慎之又慎，这一点也被中

〔40〕 前引〔24〕，肖蔚云书，第306页。

〔41〕 乔晓阳：《就法论法 以法会友》，《文汇报》2005年4月13日。

〔42〕 立法法第42条规定：“法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”

央政府所肯认。^{〔43〕}从实践来看,全国人大常委会释法都是在香港出现重大问题时才进行的,也有不错的效果。动辄启用这一权力难免会给社会留下中央轻率释法的印象,这反过来可能对中央的权威有所损害。

四、特区法院违基审查权的界限

当然,本文也并不认为特区法院的违基审查权没有界限。从法理及既往的司法实践来看,特区法院在行使违基审查权时应受到两方面的限制:特区外部的限制与特区内部的限制。

(一) 外部的限制

外部限制是指中央权力对法院的限制,法院的违基审查权不得侵犯中央的权力。

首先,不得审查中央立法行为。

在美国或其他普通法地区,即使是地方法院也可以审查中央立法是否与宪法相一致,当然最高法院有最终审查权。但与美国等其他普通法地区不同,香港是我国整体大陆法体系下的一个地方性区域,受“一国两制”这一基本法最重要原则的约束,特区法院进行审查的依据是基本法,而不是国家的宪法,因而其审查对象也必然要限定在特区范围内,即司法审查权不得延伸到其普通法区域以外。

根据基本法的规定,在香港特区实施的法律主要是香港原有法律以及特区立法机关制定的法律,绝大多数全国性法律并不在特区实施,因而不会与特区的司法权产生交集,也就不存在特区法院对其审查的基础。所以,特区法院违基审查的对象也限于特区范围内的法律。当然,根据基本法附件三的规定,有少部分关涉国家主权的全国性法律在特区实施,特区法院亦有可能适用这些法律审理案件,但法院亦不得对其是否符合基本法进行判断。如果在适用这些法律时涉及国家层面的问题,要提交到全国人大常委会解决。实际上,根据特区的制度,列于附件三的全性法律需要在特区经过立法会的立法转换进行实施。所以,法院可以审查的是这些转换立法,而不能是全国性法律。

特区法院不得审查中央立法的另一个原因是人民代表大会制度。人民代表大会制度是我国的根本政治制度,根据这一制度,全国人民代表大会是我国的最高权力机关,全国人大常委会是其常设机关,全国人大及其常委会的地位具有最高性,有权监督其他国家机关,包括最高人民法院在内的其他机关均不得对其立法行为的合宪性提出质疑。如果允许特区法院对其决定提出挑战,则将从根本上违背我国目前的宪政体制。

其次,不得侵犯全国人大常委会对基本法的解释权。

违基审查权与基本法的解释权紧密相联。当特区法院行使审查权对立法会制定的法律是否与基本法相一致进行判断时,必然要对基本法进行解释。但是,基本法解释权并不归于特区法院独自享有。根据基本法第158条,基本法解释权属于全国人大常委会,同时授权特区法院在审理案件时对基本法关于特区自治范围内的条款进行解释;特区法院有条件地解释基本法其他条款。从立法含义看,全国人大常委会的解释权是固有的,而香港法院的解释权是中央授予的。所以,特区法院在行使违基审查权涉及对基本法中有关中央政府权力或中央与特区关系条款时,如果这一判决是不可上诉的终局判决,则法院应停止审查,将基本法提交全国人大常委会进行解释,然后再根据全国人大常委会的解释对立法会制定的法律是否符合基本法作出判断。就这一点而言,特区法院在十多年时间内未能很好地遵守基本法。特区法院以维护香港法治、人大释法会有损香港

〔43〕 前引〔41〕,乔晓阳文。

法治为由,沉湎于自身的“司法浪漫主义”采取过于积极的司法能动主义,在明显出现应提请全国人大常委会释法的情形时也枉顾基本法的规定而自行释法。这是特区法院应予避免的。

另一方面,虽然基本法授权特区法院对基本法自治范围内的条款进行解释,但并不意味着全国人大常委会就不能再对其进行解释了。虽然有观点认为全国人大不能对基本法自治范围内的条款解释,但即使在香港,也有众多学者支持全国人大常委会的这一权力。^[44] 特区终审法院在“刘港榕案”中也明确指出,全国人大常委会的基本法解释权源于中国宪法,而这项权力是“全面而不受限制的”。也就是说,全国人大常委会的这一权力适用涵盖基本法的每一条款,而非仅限于158条第3款所指的“范围之外”的条款。在“庄丰源案”中,特区终审法院进一步指出:“若常委会对《香港特别行政区基本法》某项条款,不论是根据第158条第1款(涉及任何条款),或根据第158条第3款(涉及“范围之外的条款”),香港法院均须以其解释为准。因此,常委会解释《香港特别行政区基本法》的权力在特别行政区是完全获得承认及尊重的。”一般而言,由于自治范围内的条款已授权特区法院解释,全国人大常委会应充分尊重特区法院的解释权,只有在其解释明显违背立法原意时,全国人大常委会才可依法定程序进行解释。而一旦全国人大常委会作出了解释,就具有最高法律效力,特区法院在行使违基审查权时必须以全国人大常委会对基本法的解释为准。^[45]

(二) 内部的限制

前文指出,在立法与行政机关对峙的过程中,有些议员确实利用法院的违基审查权对付行政机关,阻碍行政机关施政,如“公务员减薪案”等。这一现象已引起了特区社会和法院的注意和警觉。前任终审法院首席法官李国能早在2006年的“法律年度开启典礼”致辞中就表示法院有必要在介入极具争议的政治性议题方面须更为谨慎的立场。现任首席法官马道立在上任后也表示:法院只可解决法律问题,不能解决政治、经济及社会问题。^[46] 在2011年的“法律年度开启典礼”中,马道立法官又重申了这一点。这表明,特区法院行使违基审查权应受制于特区内部的分权体制,即法院应恪守司法机关的角色,充分尊重行政及立法的法律地位,不过分地介入政治纷争,严遵违基审查权的权力界限。

在由普通法院行使违宪审查权的国家中,尊重立法及行政机关,恪守自己权力界限是各国法院的共同准则。在美国,法院在行使司法审查权时,谨守“政治问题回避规则”,基于维护政府分权原则并尊重民主政府其他部门的基本立场而对一些具体的宪法争议不予审查。美国宪法并没有规定这一制度,它是法院在长期的司法实践中发展起来的一项自我约束的原则。1803年马伯里诉麦迪逊案确立了司法审查,但也引发了人们的担心,即法院是否会凌驾于其他国家机关之上而破坏权力分立原则。为消除这一顾虑,也为了更好地维护法院的独立地位,首席大法官马歇尔明确提出,有一类案件法院是不能审查的,因为“所涉及的问题是政治性的”。“政治问题”理论是一种司法审慎和司法智慧,也是司法的自我约束。^[47] 美国宪政理论和实践对“二战”后日本宪法产生了重大影响,日本引进了美国的司法审查制度,美国的“政治问题”理论在日本转化为“统治行为”理论。虽然这一理论在日本也曾饱受争议,但还是得到了多数人认可,有关法律也对统治行为的范围进行了界定,如政府解散议会的行为、首相提名问题、政府对重大外交事务的处理行为等。这些行为属于“统治行为”,法院不适宜进行司法审查。

香港的新宪政体制确立时间未久,尚在磨合之中。在法院开始行使违基审查权之后,不同的

[44] 朱国斌:《香港基本法第158条与立法解释》,《法学研究》2008年第2期。

[45] 同上文。

[46] 《马道立:法院不能解决政治》,《明报》2010年9月8日。

[47] [美]杰罗姆·巴伦等:《美国宪法概论》,刘瑞祥等译,中国社会科学出版社1995年版,第37页。

政治势力都试图利用这一机制达致自己的政治目的，法院主动或被动地卷入众多的政治争议。由于尚未形成成熟有效的审查机制，法院的审查行为必然遭到众多的质疑。加之违基审查权本身就面临合法性的争议，法院被推向政治的前台，置于政治争议漩涡的中心，这与现代宪政体制下法院的角色并不相容。幸而香港终审法院已经形成了初步的认知，但仍需在后续的审查实践中结合具体案件明确地表示法院应充分尊重立法及行政机关的宪制地位，力避介入高度政治性的争议，充分阐明法院司法审查权力的界限，发展出香港自己的“政治问题”理论，以恪守普通法体制下司法机关的角色。^[48]

Abstract: The Basic Law of Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR) enjoys a higher status than the legislation by the Legislative Council of HKSAR. The power of the courts in HKSAR to review whether the legislation by the Legislative Council conforms to the Basic Law is called the “Power to Review Legislation for Conformity with the Basic Law”. The common law tradition in Hong Kong provides the legal basis for this power, and the new legal order in HKSAR activates the judicial review power of the courts. Moreover, the incompleteness of the review by the Standing Committee of the National People’s Congress (SCNPC) makes it necessary for the courts in HKSAR to review the legislation for conformity with the Basic Law.

The practice of HKSAR courts shows that the power to review legislation for conformity with the Basic Law does not challenge the authority of SCNPC. It is generally helpful for the implementation of the Basic Law. It is not the courts’ reviewing practice that harms the executive – dominated political structure, but the strong position of the Legislative Council. The viewpoint that the reviewing practice distorts the relationship between the Basic Law and common law is based on a misunderstanding of their relationship. As a power founded on the tradition of common law that has been practiced for more than ten years, it is not necessary for the SCNPC to recognize it by interpreting the Basic Law. Of course, due to their status in the legal order of HKSAR, the courts’ power to review legislation for conformity with the Basic Law shall be subject to both external and internal constraints from outside and inside the HKSAR.

Key Words: the Basic Law of HKSAR, power to review legislation for conformity with the Basic Law, interpretation of the Basic Law

[48] 譬如，在普通法体制下，基于对立法机关的尊重，法院在行使司法审查权时一般只会宣布诉争法律在本案的具体争议中“不适用”，即采取“个别效力”方式。当然由于判例法的特点，这种“个别效力”实质上可能会演变为“一般效力”，但法院在个案中仍不会直接宣布法律“无效”或直接撤销该法律。但在吴嘉玲案中，特区终审法院明确宣布《入境条例》中的诸多条款无效，并声称从该条例中予以剔除。这显然超越了法院的职能。