

基本法審查權及其界限

胡錦光*

《香港基本法》與《澳門基本法》第 11 條第 2 款明確規定，特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。據此，基本法在特別行政區獲得了最高法的地位。那麼，由甚麼主體來對特區立法機關制定的法律是否符合基本法進行審查而維護基本法的最高法地位？進而，由審查機關的性質所決定，審查的界限在哪裏？應該說，這一問題與《美國憲法》的情況相似，在兩部基本法中並未作出明確的規定。¹ 同時，香港和澳門分屬兩個不同的法系，而兩部基本法的規定卻是完全相同的。因此，這些問題具有探討和分析的空間。

一、誰有基本法審查權²？

(一) 全國人大常委會的基本法審查權

《香港基本法》和《澳門基本法》第 17 條都規定，特別行政區立法機關制定的法律須報全國人大常委會備案。備案不影響該法律的生效。全國人大常委會在徵詢其所屬的特別行政區基本法委員會後，如認為特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人大常委會發回的法律立即失效。該法律的失效，除特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。

這一條款的規定，顯然是基本法制定者已經考慮到了既然兩部基本法中明確規定基本法在特別行政區的最高法地位，特別行政區立法機關制定的法律就

有可能與基本法相抵觸，有必要設定是否符合基本法的審查機制。換言之，上述條款即是基本法制定者所設計的保障基本法在特別行政區作為最高法地位的機制。在基本法制定者看來，保障基本法地位的機關只能是作為最高國家權力機關常設機關的全國人大常委會，而不能是特別行政區的某個機關。因為，第一，基本法是全國人大制定的基本法律，而非特別行政區立法機關制定的法律；第二，基本法是全國人大制定的全國性法律，而非僅在特別行政區有效的地方性法律；第三，全國人大常委會對基本法具有解釋權；第四，中央負有維護“一國兩制”及特別行政區穩定的責任。同時，在基本法制定者看來，全國人大常委會通過對交來備案的特別行政區立法機關的法律進行審查，並對不符合基本法的法律予以發回，使其失去效力，以維護基本法的最高效力，保證基本法統一秩序，是保障基本法作為特別行政區最高法的惟一機制。³

毫無疑問，基於全國人大常委會的性質和地位，基於基本法的性質，依據基本法的制度安排，全國人大常委會對特別行政區立法機關制定的法律是否符合基本法具有審查權。而且，這一制度安排是非常妥當的。

但同時，又必須分析全國人大常委會對基本法審查的性質和方式。全國人大常委會對基本法的審查從性質上說，屬於政治審查。依據《中華人民共和國憲法》規定，全國人大常委會的性質是最高民意代表機關的常設機關，本質上屬於民意代表機關，主要的職能是制定法律，以及對於國家生活中的重大問題作出

* 中國人民大學法學院副院長、教授

決議、決定，在性質上屬於政治機關。其並不審理具體的爭訟案件，主要是從政治上審查特別行政區立法機關制定的法律是否符合基本法。同時，在審查方式上，其採用的是抽象的原則審查。即對於提交備案的法律從條款字面的含義上審查其是否符合基本法，對於基本法和特別行政區立法機關的法律的理解，均是純條款字面的意義，並不聯繫具體的訴訟上的爭議、爭議雙方的利益衝突及爭議雙方的利益主張和理據。也正因為僅僅是從條款字面上審查特別行政區法律是否與基本法相抵觸，在發現相抵觸的衝突點、啟動審查的動力及緊迫性等方面存在消極狀態，實際進行審查的可能性並不大。⁴

當然，全國人大常委會保有基本法審查權又是非常必要的。首先，這是一種主權宣示。為國家的某個區域制定特定的法律、解釋這一法律及維護這一法律的效力是一種國家主權行為。其次，掌握這一權力與是否實際行使這一權力屬於不同層次的問題。當全國人大常委會掌握這一權力時，就可以在必要時行使這一權力，完全依全國人大常委會的判斷而定。

在殖民地時代，宗主國控制殖民地的基本方法主要有：一是宗主國的法律直接適用於殖民地或者為殖民地制定專門的法律以限制殖民地的發展；二是殖民地制定的法律必須提交宗主國進行審查，即政治審查；三是宗主國掌握司法終審權，殖民地法院審理的案件最終可上訴至宗主國法院，宗主國法院在審理案件過程中，可附帶地對殖民地的法律是否符合宗主國的法律進行審查，即司法審查。

中央與特別行政區的關係雖然完全不同於宗主國與殖民地的關係，但中央通過基本法授予特別行政區高度自治權，這一高度自治權並非完全的自治權，特別行政區在行使高度自治權時是否符合基本法，當然有必要通過審查進行控制。

(二) 特別行政區法院的基本法審查權

在已經明確基本法賦予全國人大常委會基本法審查權的前提下，還需要分析和探討特別行政區法院是否具有基本法審查權的問題。這一問題的起因是1997年回歸不久，香港終審法院對“劉嘉玲案”的判決。在這一案件中，香港終審法院通過解釋《香港基

本法》並依據《香港基本法》審查了《香港入境條例》的相關規定，實際行使了基本法審查權，因此而引起了極大的爭議。那麼，在基本法未明確授權特別行政區法院擁有基本法審查權的情況下，特別行政區法院是否具有基本法審查權呢？

本人認為，從解釋權與審查權的邏輯關係、從各國司法審查權的實踐及經驗中，是可以推導出特別行政區法院具有基本法審查權的，換言之，特別行政區法院具有基本法審查權是基本法“默示”的權力。

《香港基本法》第158條第2款規定，全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋；第3款規定，香港特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如香港特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特別行政區終審法院提請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。《澳門基本法》第143條第2款和第3款亦作出了完全相同的規定。

在各國的法律體系中，不同法律文件的效力存在位階等級。上位法在效力上高於下位法，下位法如果與上位法存在衝突則自然無效或者當然無效。當下位法與上位法存在衝突，而法院同時有權解釋上位法和下位法時，當然有權得出下位法是否與上位法存在衝突的判斷，並當然適用上位法，而排除下位法的在具體個案中的適用。⁵

《香港基本法》第11條規定，根據《中華人民共和國憲法》第31條，香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。《澳門基本法》第11條還根據澳門的情況，明確規定澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規和

其他規範性檔均不得同本法相抵觸。根據這一規定，基本法在特別行政區具有最高的法律效力，有人甚至形象地將其稱之為“小憲法”，特別行政區的一切法律、法令、行政法規和其他規範性文件均不得同本法相抵觸。很顯然，這些法律、法令、行政法規和其他規範性文件如果同基本法相抵觸，則不具有任何法律效力，當然不得適用。

通過基本法授權，特別行政區法院獲得了基本法部分解釋權；同時，法院在其司法權能中，固有地享有對法律、法令、行政法規和其他規範性文件的解釋權。法院在審理個案中，若案件當事人或者法院自身對作為案件審理依據的法律、法令、行政法規和其他規範性文件是否符合基本法存在爭議或者疑問時，必然需要通過對兩者進行解釋，以釋疑解惑，以尋找到恰當的裁判依據。如果法院經過解釋認為，法律、法令、行政法規和其他規範性文件與基本法相抵觸，則在個案中不予適用。

眾所周知，《美國憲法》規定了聯邦憲法的最高法地位，但未明確規定違憲審查機關。1803年的“馬伯里訴麥迪森案”開創了聯邦法院審查聯邦國會法律的先例。⁶馬歇爾首席大法官在判決書中找到的憲法根據是著名的三段論，即大前提：憲法是最高法；小前提：法官宣誓忠於憲法；結論：法院有權審查法律是否符合憲法。該三段論雖然沒有明確指出法院司法審查權的根據是法院擁有憲法解釋權⁷，但實際上其暗涵着這一根據。其基本邏輯是，憲法高於法律，法官宣誓忠於憲法，而法官通過解釋憲法和法律，認為法律違反憲法，即不能依據違反憲法的法律作出判決。⁸據此，法院實際上具有了司法審查權。

從世界各國違憲審查體制的經驗與實踐也可以看出，憲法解釋權與違憲審查權在主體上是同一的。憲法解釋與違憲審查雖然在功能上存在差異，憲法解釋不一定是為了違憲審查，但違憲審查必須進行憲法解釋則是必要的條件。因此，英美法系國家法院有憲法解釋權，故同時有違憲審查權；大陸法系國家專門法院無憲法解釋權，故沒有違憲審查權，需要特設憲法法院解釋憲法、行使違憲審查權。

(1) 香港特區法院的審查主體

《香港基本法》第158條明確授權香港特別行政

區所有的法院均具有基本法解釋權。第81條規定，香港特別行政區設立終審法院、高等法院、區域法院、裁判署法庭和其他專門法庭。因此，香港特區所有的法院均具有基本法審查權。這種審查權主體的安排屬於分散性審查。行使基本法審查權的法院是在個案中審查判斷特別行政區法律是否與基本法相抵觸，如果認為被審查的特別行政區法律與基本法相抵觸，只是在個案的判決中拒絕適用被認為違反基本法的特別行政區法律，而無權宣佈撤銷該法律或者宣佈該法律無效。從理論上說，該法律仍然是具有法律效力的法律。在這種分散性審查之下，審理案件的每一個法院都有權通過解釋基本法審查特別行政區的法律，並宣佈在個案中拒絕適用。那麼，如何保證同一法律的同效力呢？其所依靠的是英美法系法院內部特有的“先例約束原則/遵循先例原則”。即最高法院及上級法院所作出的判決雖然只是裁決個案的糾紛，判決的效力只適用於個案的當事人，但其與先例約束原則/遵循先例原則相結合便成為了判例，而判例則具有普遍約束力或一般效力，下級法院在未來的類似案件中，必須依據最高法院及上級法院的判例作出判決。最高法院或者上級法院如果認為某項法律規定違反憲法，則所有的法院均不得予以適用。該項法律雖然未被宣佈撤銷，但實際上已成為“死法”。

香港屬於英美法系地區，法院系統內部亦實行先例約束原則/遵循先例原則。同時，法院在審理案件時即使需要對基本法關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由香港特區終審法院提請全國人大常委會對有關條款作出解釋。因此，雖然基本法授權所有的法院均具有基本法審查權，但仍然能夠保證法律效力的同一性。

(2) 澳門特區法院的審查主體

《澳門基本法》第143條明確授權澳門特別行政區所有法院均具有基本法解釋權。第84條規定，澳門特別行政區設立初級法院、中級法院和終審法院；第86條規定，澳門特別行政區設立行政法院。因此，澳門特區所有的法院均具有基本法審查權。行使基本法審查權的法院亦是在個案中審查判斷特別行政區

法律、法令、行政法規和其他規範性文件是否與基本法相抵觸；法院如果認為被審查的法律、法令、行政法規和其他規範性文件與基本法相抵觸，亦是在個案的判決中拒絕適用，無權宣佈撤銷該法律、法令、行政法規和其他規範性文件或者宣佈該法律、法令、行政法規和其他規範性文件無效。

澳門屬於大陸法系地區，法院系統內部並不存在“先例約束原則/遵循先例原則”，而又實行分散性審查體制，那麼如何保證同一法律、法令、行政法規和其他規範性文件效力的同一性？

根據《澳門基本法》的規定，如果法院在審理案件時對基本法關於中央人民政府管理的事務或中央和澳門特別行政區關係的條款需要進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由澳門特區終審法院提請全國人大常委會對有關條款作出解釋。如澳門特區法院在引用該條款時，應以全國人大常委會的解釋為準。對於這一類條款，採用這一機制以保證法律、法令、行政法規和其他規範性文件效力的同一性，在技術上是沒有問題的。

根據《澳門基本法》的規定，全國人大常委會授權澳門特區法院在審理案件時對《澳門基本法》關於澳門特區自治範圍內的條款自行解釋。對於這一類條款，審理案件的所有法院均具有解釋權及審查權。在目前的制度安排下，難以保證法律、法令、行政法規和其他規範性文件效力的同一性。

根據澳門《司法組織綱要法》規定的“統一司法見解”制度，澳門特區終審法院負有統一司法見解的權力，即當不同法院或者法官對同一個法律條款作出不同的解釋。形成對立的判決時，終審法院可啟動統一司法見解程序，對兩個判決中的法律條款作出最終解釋，消除分歧。終審法院的解釋對以後法官的判決具有約束力，必須遵守。這一制度對於統一特別行政區法律的理解具有非常重大的意義。現有的統一司法見解制度要達到統一基本法的理解，其障礙在於《澳門基本法》已經授權澳門所有法院均具有基本法解釋權。

有學者認為，應通過建立特別行政區內部統一的基本法解釋和審查機制，保持司法機關內部對基本法

解釋的統一性。具體而言，可以考慮在保留任何一級法院在審理案件時可對基本法進行解釋和審查的基礎上，同時賦予終審法院對下級法院解釋和審查基本法的意見進行複查的權力。如果終審法院發現了下級法院對基本法條款的解釋和違反基本法的審查有問題的，可發回下級法院重新審理，或者由終審法院直接對基本法條款作出解釋，然後下級法院按終審法院的解釋重新審理案件，以確保對基本法解釋的權威性及基本法條款解釋的統一性。⁹ 這一方案也需要修改《澳門基本法》才能實現。

本人認為，最佳的方法是修改基本法，根據澳門的特殊情況，只賦予終審法院基本法解釋權及基本法審查權。退而求其次的方法，是通過解釋基本法，明確規定需要解釋基本法才能夠作出判決的案件，最終需要由終審法院作出判決。¹⁰

二、審查的依據是甚麼？

《香港基本法》第 11 條規定，根據《中華人民共和國憲法》第 31 條，香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。《澳門基本法》第 11 條還根據澳門的情況，明確規定澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規和其他規範性文件均不得同本法相抵觸。

(一) “本法”是甚麼？

根據基本法的上述規定，很顯然，全國人大常委會及特別行政區法院審查的依據是“本法”。所謂“本法”，在香港，特指《中華人民共和國香港特別行政區基本法》；在澳門，特指《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》。

兩部基本法的結構是相同的，由序言、正文、附件三部分構成。該三部分共同構成基本法的整體。三部分的制定主體、通過程序是完全相同的，因此，三部分在法律效力上當然是完全相同的。“本法”應當

包括三部分。區別只是在於，根據基本法的規定，序言和正文的修改，只能由全國人大進行，而附件的增刪可以由全國人大常委會進行。需要指出的是，修改主體的差異並不意味着它們在法律效力上的不同。

全國人大常委會及特別行政區法院直接依據“本法”中的正文部分和附件部分對特別行政區法律、法令、行政法規和其他規範性文件是否符合基本法進行審查，應當是沒有爭議的。問題是，能否直接依據“本法”中的序言部分對特別行政區法律、法令、行政法規和其他規範性文件是否符合基本法進行審查？

眾所周知，憲法通常有序言，法律通常只有正文而沒有序言。中國目前除憲法外只有三部法律在正文之前列有序言，即《民族區域自治法》、《香港基本法》、《澳門基本法》。序言的特點是，以敘述性文字闡述以法律規範的形式難以表達的內容。其內容主要是，法律制定的背景、制定的目的、制定的指導思想、制定的基本原則等。《澳門基本法》的序言如下：

“澳門，包括澳門半島、氹仔島和路環島，自古以來就是中國的領土，十六世紀中葉以後被葡萄牙逐步佔領。一九八七年四月十三日，中葡兩國政府簽署了關於澳門問題的聯合聲明，確認中華人民共和國政府於一九九九年十二月二十日恢復對澳門行使主權，從而實現了長期以來中國人民收回澳門的共同願望。

為了維護國家的統一和領土完整，有利於澳門的社會穩定和經濟發展，考慮到澳門的歷史和現實情況，國家決定，在對澳門恢復行使主權時，根據中華人民共和國憲法第三十一條的規定，設立澳門特別行政區，並按照‘一個國家，兩種制度’的方針，不在澳門實行社會主義的制度和政策。國家對澳門的基本方針政策，已由中國政府在中葡聯合聲明中予以闡明。

根據中華人民共和國憲法，全國人民代表大會特制定中華人民共和國澳門特別行政區基本法，規定澳門特別行政區實行的制度，以保障國家對澳門的基本方針政策的實施。”

從上述《澳門基本法》序言的表述中可以看出，其基本內容是，澳門的歷史、澳門回歸的過程、設立

澳門特別行政區的原因及依據、設立澳門特別行政區的方針、澳門特別行政區實行的制度的依據等。

全國人大常委會及特別行政區法院在行使基本法審查權，對於能否將基本法序言作為審查的直接依據時，可以參考憲法序言在各國違憲審查中的作用。^①在絕大多數國家，序言不能成為違憲審查的直接依據。其基本理由是，序言內容的表述是敘述性文字，而非嚴謹的規範性規定，其具體內涵難以清晰地界定；序言的內容有一部分是關於歷史的表述，難以完成規範的功能。^②違憲審查機關在解釋憲法正文時，應當參考序言的內容和規定。例如，序言中關於基本原則、指導思想、制定目的等規定，必須作為解釋正文的參考。諸項基本原則之間通常存在一定的衝突與緊張關係，在解釋正文時必須參考各項基本原則的規定，平衡不同基本原則之間的關係，而不能僅僅根據其中一項基本原則確定正文中某項規範的含義。¹¹ ^③世界上僅有法國的憲法序言才可作為違憲審查的直接依據。這是由法國憲法的結構所決定的。公民基本權利通常是各國憲法正文的重要組成部分，而法國憲法的正文中並沒有關於公民基本權利的規定，這一內容是規定在憲法的序言之中。¹² 因此，在法國，憲法委員會如果不能直接依據憲法序言審查法律是否符合憲法，則法國的公民基本權利將無法保障。法國憲法委員會在作出的一項違憲審查決定中明確說明，憲法序言部分的規定是進行違憲審查的直接依據。¹³

（二）憲法能否成為審查的依據？

憲法能否成為全國人大常委會及特別行政區法院審查特別行政區法律的直接依據，必須首先明確憲法與基本法的關係。對此，學界主要有以下三種觀點：

第一，認為基本法是《中華人民共和國憲法》的特別法。即基本法依據《中華人民共和國憲法》第31條制定，即依據憲法的特別授權制定的。按照特別法優於一般法的原理，基於特別行政區的特殊情況，僅適用基本法而不能適用憲法，基本法與憲法是平行的關係。在這種關係下，憲法在作出特別授權之後，特別是憲法已經在基本法中獲得了體現¹⁴，與基本法基本上沒有關係。依據這一觀點，在審查特別行政區法

律是否符合基本法時，當然不能直接依據憲法。

第二，認為基本法是《中華人民共和國憲法》的組成部分。依據“一國兩制”指導思想，在設立特別行政區並實行特殊的制度和政策之後，中國的憲法應當由三部分構成，即規定“一國”的憲法，規定社會主義制度的憲法，規定特別行政區制度的憲法。規定“一國”的憲法在內地和特別行政區均適用，規定社會主義制度的憲法僅在內地適用，規定特別行政區制度的憲法僅在特別行政區適用。按照這一觀點，中國現行憲法實際上規定了兩部分內容，即“一國”和社會主義制度；除基本法適用於特別行政區外，現行憲法中“一國”的部分也適用於特別行政區。在審查特別行政區法律是否符合基本法時，也應當適用憲法中關於“一國”的規定。¹⁵

第三，雖然學界對於兩者之間的關係存在不同的觀點，但通說認為整部憲法是基本法的制定依據而不僅僅限於其第31條，憲法的效力高於基本法。對於這一點，法律上的依據應當說是非常充分的。①兩部基本法序言均規定，根據《中華人民共和國憲法》第31條的規定，設立香港和澳門特別行政區；根據《中國憲法》，全國人大特制定中華人民共和國特別行政區基本法，規定特別行政區實行的制度，以保障國家對香港/澳門的基本方針政策的實施。②兩部基本法第11條規定，根據《中華人民共和國憲法》第31條，香港/澳門特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。香港/澳門特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。③全國人大在通過兩部基本法的同時，通過了關於《中華人民共和國香港/澳門特別行政區基本法》的決定。決定中說，香港/澳門特別行政區基本法是根據《中華人民共和國憲法》、按照香港/澳門的具體情況制定的，是符合憲法的。香港/澳門特別行政區設立後實行的制度、政策和法律，以香港/澳門特別行政區基本法為依據。

在這種關係下，憲法是基本法的制定依據，憲法在效力位階上高於基本法。因此，在審查特別行政區法律是否符合基本法時，只能依據基本法進行審查，而不能直接依據憲法進行審查。

基本法是“依據憲法”制定的。“依據憲法”的基本含義包括依據憲法的立法授權、依據憲法規定的立法程序、依據憲法的基本原則、依據憲法的理念精神和制憲目的、依據憲法規範的內涵等。基本法是憲法的具體化、制度化。在基本法制定之後，憲法的上述內容實際隱含在基本法之中。那麼，在理解基本法的內涵時，就不能僅僅從基本法自身的內容和層面上理解基本法，而必須首先從憲法層面理解基本法，如此才能將基本法的內涵理解透徹。雖然在審查特別行政區法律是否符合基本法時，不能直接適用憲法作為審查依據，但在說明理由部分，必要時是可以引用憲法規定予以補強的。

三、司法審查的界限是甚麼？

這裏僅探討特別行政區法院審查的界限，即司法審查的界限。法院作為司法機關，其性質為非民意代表機關，無權代表民意創造規則、平衡利益，只能依據既有的規則裁判案件、解決糾紛；其工作方式是事後、被動地審理個案，作出裁判。同時，特別行政區是中華人民共和國的一個地區，而非獨立的國家，其享有的高度自治權由中央通過基本法授權而非固有，其享有的是“高度自治權”而非主權意義上的絕對權力，必然受制於授權者。受此兩方面的規定性，特區法院在行使基本法審查權時，必然地要受到約束而形成一定的權力邊界。

(一) 解釋權限度的限制

特別行政區法院的基本法審查權來源於基本法解釋權，因此首先必須受到其對基本法解釋權限度的限制。按照基本法的規定，特別行政區法院對基本法的解釋權非其固有，而由全國人大通過基本法授予，同時全國人大常委會自身還保有對基本法的解釋權。依照授權理論，授權者的解釋當然要高於被授權者的解釋，在授權者與被授權者均作出解釋的情況下，被授權者應當服從授權者的解釋。

依據基本法的規定，特別行政區法院對基本法的解釋權包括對自治條款的完全解釋權和對非自治條

款的初始解釋權。按照這一制度安排，特別行政區法院如果依據基本法中的自治條款對特別行政區法律進行審查，則有權根據自己的解釋作出裁判；如果依據基本法中的非自治條款對特別行政區法律進行審查，則有權在作出可以上訴的裁判中進行解釋，但這一部分條款的最終解釋權歸屬於全國人大常委會。法院在作出不可上訴的終審裁判之前，必須由特別行政區終審法院提請全國人大常委會進行解釋。作出可以上訴的裁判的法院雖然有權解釋基本法中的非自治條款，但其解釋若與全國人大常委會的解釋相悖，則在作出終審裁判中必須服從全國人大常委會的解釋。¹⁶

香港高等法院在審理立法會議員宣誓案件過程中，在全國人大常委會對《香港基本法》第 104 條已進行解釋的情況下，能否對基本法中的非自治條款進行解釋而不服從全國人大常委會的解釋？如前所述，按照基本法的規定，特別行政區法院對於基本法中的非自治條款在作出可以上訴的裁判之前是“可以”解釋基本法的，但只是“可以”，而全國人大常委會的解釋是必須的、最終的和最高的。因此，在香港高等法院對基本法中非自治條款解釋之前，全國人大常委會已經作出了解釋，則沒有必要再作出解釋，應當直接依據全國人大常委會的解釋作出裁判。此次香港高等法院在裁判中並未直接依據全國人大常委會對《香港基本法》第 104 條的解釋作出裁判，應當說是非常不妥當的。¹⁷

(二) 案件性(成熟性)原則的限制

作為司法機關，法院的全部任務只是審理案件、裁判糾紛。法院只能在審理案件過程中附帶地審查作為案件裁判依據的特別行政區法律是否符合基本法，而無權抽象地審查特別行政區法律是否符合基本法。因此，法院審查特別行政區法律的基礎和前提是存在一個具體的個案。同樣，依據案件性原則，法官不得立法，法官不得參與立法，法官不得參與行政管理，審理案件的法官才得對案件發表意見，審理案件的法官必須在合議階段對案件發表意見。

依據案件性原則，首先必須存在一個具體的糾紛；糾紛又必須成熟為一個具體的案件，成為一個司

法機關具有管轄權的案件，又必須是根據法院內部的分工，審理案件的法院具有管轄權的案件。依據國家權力分工原則，司法權所能夠受理和審理的糾紛，有着一一定的限度。雖然內地有的法院院長揚言，法院可以“上管天、下管地、中間還要管空氣”，但司法機關並不是全能的和萬能的。

法官所擅長的及所能做的主要是合法性判斷，法官對於合理性判斷是受到限制的，法官無權對專業性、科學性問題作出判斷，法官對屬於其他國家機關內部的自律性問題也無權判斷。¹⁸

(三) 當事人資格的限制

法院審查特別行政區法律只能是在審理具體案件過程中附帶地進行，其審查特別行政區法律的本質是為了確定作為裁判依據的法律是否符合憲法，從而保證裁判的合法性及徹底完成解決糾紛之司法功能。因此，如果法院認為特別行政區法律可能違反基本法，也可以直接進行審查。

從另一個角度說，如果法院適用了違反基本法的特別行政區法律作為裁判依據，則當事人的合法權益必然受到侵害。作為救濟手段，當事人有權在訴訟過程中，向審理案件的法院提出特別行政區法律可能違反基本法的異議並要求進行審查。賦予案件當事人質疑特別行政區法律違反基本法的資格，是作為當事人的救濟權利而設定的，因此其資格只限於與案件有利害關係的當事人。“利害關係”應當包括與案件有法律上的利害關係及結果上的利害關係。按照這一標準，有資格提出異議的當事人應當包括原告、被告、有獨立訴訟請求權的第三人和無獨立訴訟請求權的第三人。除此之外的其他社會主體即使認為特別行政區法律可能與基本法相抵觸，也不得向法院提出異議。換言之，法院只能依據案件的當事人所提出的異議，才能對特別行政區法律是否符合基本法進行審查。

(四) 雙重基準的限制

法律是民意代表機關依據嚴格的立法程序制定的，是民意代表機關意志的體現。法院作為行使司法權的機關，為非民意代表機關。因此其在對民意代表

機關制定的法律進行審查時應當表現出極大的尊重。

法院尊重立法機關的表現即是按照雙重基準對待被審查的法律。所謂雙重基準，是指除將規範表達自由的法律推定為違反基本法外，應將立法機關制定的其他法律一律推定為符合基本法。可見，在立法機關制定的法律中，規範表達自由的法律屬極少數，其他法律為絕大多數。

推定的意義在於舉證責任的分配。承擔舉證責任者顯然負有更大的責任。規範表達自由的法律因為被推定為違反基本法，採用“舉證責任倒置”原則，其舉證責任應當由立法機關承擔。當事人指控規範表達自由的法律違反基本法，立法機關需要舉證證明該法律合乎基本法，以推翻當事人的指控，否則，當事人的指控成立，該法律構成違反基本法。反之，其他法律因為被推定為合乎基本法，採用“誰主張誰舉證”的原則，其舉證責任應當由當事人承擔。

(五) 國家行為豁免審查的限制

國家行為免受司法審查是世界各國的通例。國家行為，又稱之為政治行為、統治行為、政府行為。其免受司法審查的原因主要是具有高度政治性、分權原則等。中國目前有三部法律對國家行為豁免審查作出了規定。《行政訴訟法》第13條規定，“人民法院不受理公民、法人或者其他組織對下列事項提起的訴訟：(一)國防、外交等國家行為。”¹⁹《香港基本法》、《澳門基本法》第19條第2款規定，香港/澳門特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。香港/澳門特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交等國家行為的事實問題，應取得行政長官就該等問題發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出證明文件前，須取得中央人民政府的證明書。因此，法院不能通過審理國家行為案件而審查特別行政區法律是否符合基本法。

問題是需要界定何為國家行為？在法治國家，國家機關的公權力行為均依法作出，均具有法律性，而同時這些行為均又是基於一定的政治考量作出的，具有一定的政治性。換言之，國家機關作出的任何一個

公權力行為兼具法律性和政治性。當其法律性大於政治性時，該行為為法律行為，法院則可以依據法律進行審查；當其政治性大於法律性時，該行為為國家行為，法院則不能依據法律進行審查。是否為國家行為，判斷的標準為該行為是否具有高度政治性。²⁰

法院之所以不得審查國家行為，其主要原因在於法院缺乏審查的標準、法院無力對審查的後果承擔責任、法院考慮到與其他國家機關之間的關係等。與中國不同的是，其他國家通常對何者為國家行為未作出明確規定，而由法院在個案中進行判斷。最高人民法院曾經在對《行政訴訟法》的司法解釋中對此作出了比較詳細的規定。²¹基本法的規定看似比較明確，實則存在很大的考量空間。其焦點在於該條款中的“等”的理解。即該條款中的“等”為等內之“等”，還是等外之“等”？最高人民法院的司法解釋為等外之“等”，而香港終審法院的解釋則為等內之“等”。²²如果按照香港終審法院的解釋，則國家行為僅限基本法所列舉的國防和外交兩項。從各國的通例看，這一解釋的範圍過窄。

(六) 審理案件必要性的限制

法院之所以需要附帶性地審查特別行政區法律是否符合基本法，其目的在於裁判當事人之間的糾紛，同時為當事人提供救濟。因此，法院所審查的特別行政區法律必須是作為所審理案件裁判依據的特別行政區法律，而並不能是與案件無關的特別行政區法律；同時，法院必須認為如果可以對特別行政區法律是否符合基本法不進行審查，也能夠作出裁判，則也沒有審查的必要。換言之，基於審理案件的必要性，才可審查特別行政區法律。如果窮盡特別行政區法律判斷即可解決案件，則不對是否符合基本法作出判斷。²³

另一方面，法院在審查特別行政區法律時，如果既可以作符合基本法的解釋，也可以作違反基本法的解釋時，基於司法的保守性及對立法機關的尊重，應當採用符合基本法的解釋。即法院應當盡可能迴避作出是否符合基本法的判斷。

註釋：

- ¹ 違憲審查制度的建立需要兩項基本內容：一是最高法地位的確立；二是審查機關的確定。《美國憲法》只明確了第一項內容，而沒有明確第二項內容。1803 年的“馬伯里訴麥迪森案”開創了由美國聯邦最高法院審查聯邦國會制定的法律合憲性的先例，從而彌補了《美國憲法》關於違憲審查制度規定的第二項內容。《香港基本法》和《澳門基本法》與《美國憲法》在這一問題上存在完全相同的空白。
- ² 關於這一問題，學者使用過多種概念，如違憲審查、司法審查、基本法訴訟等。本人認為，基本法並非一個國家的憲法，只是在一個統一國家的特定區域具有最高效力的法律，使用“違憲審查”並不妥當；司法審查只是基本法審查概念之下的一個子概念；“基本法訴訟”是指所有的依據基本法所進行的訴訟，其中包括依據基本法對特別行政區法律的審查。因此，使用“基本法審查”這一概念相對更為妥當。
- ³ 香港終審法院於 1997 年回歸不久作出了“劉嘉玲案”判決，首次行使了司法審查權。參與香港基本法起草的五位法律專家聯合舉行記者招待會，措辭嚴厲地批評香港終審法院的這一做法。其基本根據是，《香港基本法》已經明確賦予全國人大常委會保障基本法地位的權力，而並未賦予香港法院這一權力。
- ⁴ 香港/澳門基本法實施以來，全國人大常委會至今並未對特區立法機關提交備案的特別行政區法律進行一次審查，並未發回過任何一個特別行政區法律。
- ⁵ 在實行司法審查的國家，法院如果認為法律違反憲法，只有權在個案中拒絕適用被認為違反憲法的法律，而不能直接撤銷該法律或者宣佈該法律無效。
- ⁶ 此前，聯邦法院包括聯邦最高法院已有審查州法律的先例。
- ⁷ 美國與香港、澳門所不同的是，美國法院對憲法的解釋權是其司法權能中所固有的，而香港、澳門的法院對基本法的解釋權是全國人大通過基本法授權的。
- ⁸ 該三段論在後世曾遇到另外三段論的挑戰。有學者提出以下三段論，即大前提：憲法是最高法；小前提：總統宣誓忠於憲法；結論：總統有權審查法律是否符合憲法。該三段論之所以沒有被廣泛認同，重要原因在於總統沒有憲法解釋權。
- ⁹ 駱偉建：《論澳門法律制度中的司法審查》，載於湯德宗、王鵬翔主編：《2006 兩岸四地法律發展——違憲審查與行政訴訟》（上冊），台北：中央研究院法律學研究所籌備處，2007 年，第 203 頁。
- ¹⁰ 在這一制度安排上，《澳門基本法》可以參考台灣大法官會議的做法。
- ¹¹ 例如，依據法治原則，公權力機關的一切行為都必須接受憲法審查；而依據分權原則，公權力機關內部享有一定的自律權，同時，司法機關的權力也存在一定限度，因此，國家行為可以不接受司法審查。
- ¹² 法國現行憲法即 1958 年憲法序言規定，1789 年的《人權宣言》、1946 年憲法序言是法國憲法的組成部分，具有憲法效力。
- ¹³ 1971 年 7 月 16 日憲法委員會對於“結社自由案”的裁決，明確宣佈該法律的一些條款和憲法不一致，其原因則是它們與憲法序言所規定的原則相違背。
- ¹⁴ 全國人大在通過兩個基本法的同時作出決定，認為基本法符合憲法。
- ¹⁵ 實際上，中國現行憲法中關於“一國”的規定與社會主義制度的規定難以區分，適用時操作性較為困難筆者曾經專文作過探討。
- ¹⁶ 此處的難點在於，基本法條款中哪些屬於自治條款、哪些屬於非自治條款難以區分；同時，判斷的主體並不明確。
- ¹⁷ 香港高等法院為了顯示自己的獨立性，在立法會議員宣誓案件故意不適用全國人大常委會對《香港基本法》的解釋而又符合全國人大常委會解釋的判決，這一做法違背了基本法規定。

- ¹⁸ 在立法會議員宣誓案件中，立法會主席即認為議員宣誓是否有效問題屬於立法會的自律權範疇，法院不應當具有管轄權。
- ¹⁹ 原《行政複議法》也作出了與《行政訴訟法》相類似的規定，後修改時予以取消。
- ²⁰ 各國法院早期的判斷標準為所作出的行為是否基於政治動機，後改為是否具有高度政治性。
- ²¹ 《最高人民法院關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》(2000年)第2條規定，“行政訴訟法第十二條第(一)項規定的國家行為，是指國務院、中央軍事委員會、國防部、外交部等根據憲法和法律的授權，以國家的名義實施的有關國防和外交事務的行為，以及經憲法和法律授權的國家機關宣佈緊急狀態、實施戒嚴和總動員等行為。”
- ²² 香港終審法院於1997年回歸後不久就臨時立法會是否符合基本法的爭議案件中，認為這一爭議不屬於國家行為，因為不在《香港基本法》對於國家行為的列舉範圍。
- ²³ 可以作為參考的是發生在日本的案例。某人因偷割自衛隊的電綫而以盜竊罪受到起訴，在審理時被告提出須先審查自衛隊是否為違反憲法第9條的“武力”，而構成非法組織。法院認為，即使不作此審查也能夠確定是否構成盜竊罪，故未就自衛隊是否違憲進行審查。