

論全國人大常委會對特區立法的備案審查權

——以加強備案審查制度和能力建設為背景

胡錦光*

一、前言：我國備案審查體系下的特區立法備案審查制度

現行憲法確立了由作為最高國家權力機關的全國人民代表大會及其常務委員會監督憲法和法律的實施，並由全國人民代表大會常務委員會在全國人民代表大會閉會期間解釋憲法和法律的體制。儘管憲法監督制度自構建以來不斷獲得完善，但仍未達到理想的運行狀態，尤其是憲法解釋機制尚付之闕如，憲法解釋實踐亦並未實現制度化、規範化。習近平在首都各界紀念現行憲法公佈施行 30 週年大會上的講話中強調，“保證憲法實施的監督機制和具體制度還不健全，全國人大及其常委會和國家有關監督機關要擔負起憲法和法律監督職責，加強對憲法和法律實施情況的監督檢查，健全監督機制和程序，堅決糾正違憲違法行為。”2014 年十八屆四中全會通過的《關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》要求“完善全國人大及其常委會憲法監督制度，健全憲法解釋程序機制。加強備案審查制度和能力建設，把所有規範性文件納入備案審查範圍，依法撤銷和糾正違憲違法的規範性文件”。據此，加強備案審查制度和能力建設，把所有規範性文件納入備案審查範圍，構建完善的備案審查體系成為完善憲法監督制度的重要任務。

2017 年 12 月全國人大常委會委員長會議原則通過《全國人民代表大會常務委員會 2018 年工作要點》，在做好與基本法實施有關的工作中強調要繼續做好對香港特別行政區和澳門特別行政區本地立法的備案審查工作。在中央要求加強備案審查制度和能力建設，把所有規範性文件納入備案審查範圍，依法撤銷和糾正違憲違法的規範性文件的大背景下，要將特別行政區立法備案審查制度建設融入備案審查體系的完善中來，作為加強備案審查制度和能力建設的重要組成部分而不受到忽視。全國人大常委會在 2017 年的備案審查工作報告中也提出要加強備案審查理論研究，逐步構建起備案審查制度理論框架和話語體系。鑒此，本文以全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權為核心範疇展開論述，分別從全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權的概念和性質、特別行政區立法備案審查的基本法依據和判斷基準、以及備案審查權的界限等方面加以分析，希望廓清和釋明備案審查理論和制度中待解之難題，並發掘部分蘊含在規範中的潛在問題，以此加深人們對特別行政區立法備案審查制度的認識。需要指出的是，本文的一個根本出發點是呼籲有權機關將特別行政區立法備案審查制度納入到我國備案審查體制建設中來，為此本文提出了有關設想，核心是要構建一個公開、透明和高效的特別行政區立法備案審查機制。

* 中國人民大學法學院教授

二、全國人大常委會對特區立法的備案審查權的理論基礎

(一) 全國人大常委會對特區立法的備案審查權的概念

根據《香港基本法》和《澳門基本法》第17條，全國人大常委會享有對特別行政區立法機關提交備案的所有立法進行審查以確定其是否不符合基本法特定條款並依法作出相應處理的權力。有學者將全國人大常委會的這種權力稱為“全國人民代表大會常務委員會對特別行政區立法的備案審查權”¹，這是一種極為恰當的表述，不僅突出了權力主體和義務主體，也指明了審查對象和審查形式。有學者將基本法建立的這一制度稱為“特別行政區法律的備案審查制度”。²但一方面香港特別行政區法律不僅包括特別行政區立法機關的制定法，也包括特別行政區司法機關的普通法，僅以特別行政區法律來概括這種備案審查的對象不免失之寬泛。也有學者將這種權力概括為“全國人民代表大會常務委員會對特區享有的違憲審查權”³或廣義上的“違憲審查權”⁴，這種表述與特別行政區法院基於對基本法和特別行政區法律的解釋權而擁有的基本法審查權被稱為“違憲審查權”⁵如出一轍。但這與全國人大常委會依據憲法等對行政法規、地方性法規、自治條例、單行條例及司法解釋的違憲審查權大相徑庭，全國人大常委會依據憲法享有監督憲法和法律實施的職權，雖然基本法也是全國人民代表大會依據憲法制定的全國性法律，全國人大常委會依據憲法和基本法有保障基本法實施的權責，但全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權不應被認為是違憲審查權，而應是一種違法審查權，此“法”特指基本法中有關中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款，也可以被稱為“違反基本法審查權”⁶，但“違反基本法審查權”為全國人大常委會和特別行政區法院所共用，故全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權可被稱為“全國人民代表大會常務委員會的違反基本法審查權”，亦可簡稱為“全國人民代表大會常務委員會的基本法審查權”⁷。

(二) 全國人大常委會對特區立法的備案審查權的性質

1. 全國人大常委會對特區立法的備案審查制度具有維護基本法的最高法律地位的目的

《香港基本法》第8條規定，香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。《澳門基本法》第8條規定，澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件，除同本法相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或有關機關依照法定程序作出修改者外，予以保留。《香港基本法》和《澳門基本法》在第11條第2款均明確規定，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。⁸

在特別行政區具有最高法律地位的《香港基本法》和《澳門基本法》均是由全國人民代表大會依據憲法制定的基本法律，規定特別行政區實行的制度，保障“一國兩制”基本方針政策的實施。兩部基本法均規定全國人民代表大會授權特別行政區依照基本法行使高度自治權，特別行政區立法機關的立法權是高度自治權的重要組成部分，是彰顯高度自治權的重要標誌。基本法保障特別行政區獲得來自中央授予的高度自治權，但特別行政區也須依照基本法規定的中央與特別行政區權力的劃分原則行使權力，而不得超越高度自治權的界限。因此，特別行政區立法作為特別行政區立法機關行使立法權的結果，不得與基本法關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款相抵觸。為了維護基本法的最高法律地位，基本法自身建構了依據基本法特定條款審查特別行政區立法的法律機制，全國人大

常委會獲得依照基本法有關條款對特別行政區立法進行備案審查以確定立法機關制定的法律是否符合基本法，並作出相應的處理的權力。

2. 全國人大常委會對特區立法進行備案審查是中央行使對特區高度自治權的監督權的表現形式

眾所周知，我國實行單一制國家結構形式，地方的一切權力來自中央，並由中央通過法律授予，中央與地方的權力界限由中央立法明確，中央對授予地方的權力享有監督權，中央作為授權者通過規定各種方式要求作為被授權者的地方接受監督。理論上，中央對於授予地方的權力還可以自行行使，但須受到外在限制和內在限制。內在限制是，中央在行使由自身行使的權力的同時也行使本已授予地方的權力，可能會導致國家權力結構的混亂和國家治理效率與能力的下降，這與人民授權的根本目的不符。外在限制在於，中央亦須同時受到原來授權所依據的基本法律的限制，作為確定權力劃分規則的基本法律不僅對受權者有約束力，對授權者亦然。所以除非修改該基本法律，否則中央仍須遵循該基本法律。在中央與特別行政區關係上這表現為，中央除非修改基本法，否則不宜直接行使本已授予特別行政區行使的高度自治權。

但單一制授權原理與聯邦制的分權原理最大區別之一是，分權是相對獨立的，相互之間不存在縱向的監督與被監督的關係，而在授權關係中授權者雖然一般不行使已經授予出去的權力，但仍擁有對被授權者的監督權。中央雖不再行使依據基本法本已授予特別行政區的高度自治權，但保有對高度自治權的監督權。這種監督權具有兩個目的，一是監督被授權者是否超越授權界限而越位行使本沒有被授予的權力，二是監督被授權者是否遵照授權目的良好地行使被授予的權力。全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權是對特別行政區立法權的監督權的重要表現形式。在對特別行政區立法權的監督上，基於這兩個目的，基本法建立了全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查機制，一方面確保特別行政區立法機關沒有超越自身立法權的界限，另一方面保證特別行政區立法機關的立法符合基本法關於中央管理的事務或中央與特別行政區關係的條款。

3. 全國人大常委會對特區立法的備案審查從性質上說屬於政治審查

依據《香港基本法》，香港基本法解釋權歸屬於全國人大常委會，全國人大常委會授權特別行政區司法機關解釋基本法，在普通法地區司法機關具有天然的解釋法律的權力，全國人大常委會和特別行政區司法機關因而均具有對特別行政區立法機關的立法的違反基本法審查權。從審查機構的性質來看，顧名思義，特別行政區司法機關是非涉政治的司法機關，審查的性質自然屬於在具體個案中對特別行政區立法的司法審查，這種司法審查的效果具有個別效力而非整體效力，因為具體個案中司法機關的審查目的只是保護個案中的當事人基本權利和合法利益，一旦宣告特別行政區立法因抵觸基本法無效，案件效果也只及於本案，當然通過先例原則會形成普通法，但基於權力分立原則，司法審查效果並不具有整體性；而依據憲法規定，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國家生活中的重大問題作出決議、決定，在性質上屬於政治機關，其並不審理具體的爭訟案件⁹，最終目的並不是為保障公民基本權利，而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，發揮監督憲法法律實施和維護國家法制統一的作用，確保國家對特別行政區立法的有效監督。與司法審查的橫向權力制約的外觀不同，全國人大常委會作為國家權力機關對國家局部地區的法律進行審查和解釋是一種國家主權行為，體現了一種主權宣示。

4. 全國人大常委會對特區立法的備案審查在程序上屬於直接審查

根據《香港基本法》和《澳門基本法》第17條，全國人大常委會有權對特別行政區申請備案的本地立法進行備案並予以審查，如果與基本法有關條款相抵觸，則可將有關法律直接發回而使之立即失效。這是一種對特別行政區立法進行的主動的直接審查。而與其相對應的則是一種可被稱為間接審查的方式，以香港為例，它的基本法依據是第158條關於基本法解釋權分配條款和普通法原則。《香港基本法》第158條第3款規定，香港特區法院在審理案件時可對關於特別行政區自治範圍以外的條款進行解釋，其中包括對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。若對該條款的解釋影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由特別行政區終審法院請全國人大常委會對有關條款作出解釋。如全國人大常委會作出解釋，特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人大常委會的解釋為準。鑒此，如果特別行政區法院在審理具體案件中，認為特別行政區立法機關的立法是否與基本法關於中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款不相符存在不確定性，即需要對基本法關於中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款予以解釋，則應當由全國人大常委會作出解釋，這種解釋在具體案件中具有權威適用性。而此時全國人大常委會作出的解釋與其在對特別行政區立法進行備案審查時作出的解釋應該保持一致。也就是說，全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查是一種抽象審查和主動審查，而全國人大常委會通過授權對基本法關於中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款作出權威性的解釋，令特別行政區法院在司法審查中予以適用，可以被視為一種間接的審查。在這種審查中，全國人大常委會並不會對具體案件進行干涉，也不會對特別行政區立法與基本法特定條款是否衝突直接作出判斷，而只是通過一貫的解釋(與備案審查中的解釋一致)和特別行政區法院的適用後作出的司法判斷來達到對特別行政區立法的間接審查。

5. 全國人大常委會對特區立法的備案審查是行使監督權的重要體現，即一種立法監督

監督權是人民代表大會享有的四大職權之一，人大閉會期間人大常委會負有依照憲法和法律監督其他國家機關行使職權的責任。根據監督對象，人大行使監督權主要分為對立法行為的監督(立法監督)、對國家行為的監督、對政府行為的監督、對司法行為的監督及對監察行為的監督。其中，立法監督是指人大及其常委會審查法律、法規以及其他有關規範性文件是否違反憲法、基本法律和違反人民代表大會的決議、決定的監督活動。¹⁰ 立法監督的目的是為了令一般法律同憲法和基本法律保持一致，法規同法律相一致，各種規範性文件同人民代表大會的法律、決議或決定相符合，從而維護國家法制的統一。

依據監督法和《立法法》，全國人大常委會的法律監督主要體現事前審查和事後審查。事前審查即全國人大常委會對報請批准的自治區的自治條例和單行條例進行預防性的合憲性和合法性審查(《立法法》第75條)。事後審查包括主動審查和被動審查。主動審查即全國人大常委會對法規、自治條例、單行條例和司法解釋的備案審查(《立法法》第98條和99條第3款)，被動審查即依照五大機關(國務院、中央軍委、最高人民法院、最高人民檢察院和各省級人大常委會)的審查要求和其他主體(其他國家機關和社會團體、企業事業組織以及公民)的審查建議就法規、自治條例、單行條例和司法解釋進行合憲性和合法性審查(《立法法》第99條第1、2款和《監督法》第32條)。依照審查依據和審查目的，可分為合憲性審查、合法性審查以及適當性審查，其中合法性審查主要是全國人大常委會依據其本身制定的法律對行政法規、地方性法規和司法解釋進行審查，這是目前全國人大常委會

履行法律監督職責的主要形式。

《香港基本法》和《澳門基本法》是全國人民代表大會制定的基本法律，全國人大常委會依照基本法有關條款對特別行政區立法進行備案審查就是立法監督的一種表現形式。審查主體即全國人大常委會，審查依據是基本法的特定條款，審查對象是特別行政區立法機關制定的所有法律。

三、特區立法備案審查的基本法依據和判斷基準

(一) 特區立法備案審查的基本法依據

1. 兩部基本法第 17 條作為直接依據

《香港基本法》和《澳門基本法》第 17 條均分為三款，第 1 款是基本法對特別行政區立法機關行使作為高度自治權的立法權的授權條款，第 2 款對特別行政區立法機關設定了將制定的所有法律報全國人大常委會備案的法定義務，但同時申明，備案程序不影響法律的生效，這表明備案程序不同於批准程序，不是法律生效的必經程序，屬於事後審查。第 3 款即全國人大常委會對特別行政區立法機關提請備案的法律進行審查以判斷特區本地立法是否符合基本法關於中央管理的事務及中央和特別行政區關係的條款。

全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查機制分為特別行政區立法機關向全國人大常委會報送備案機制和全國人大常委會對特別行政區立法的審查機制。特別行政區立法機關向全國人大常委會報送備案機制相對較為簡單清晰，基本法的規定也言簡意賅。

全國人大常委會對特別行政區立法的審查機制大體可分為三個層次：首先，全國人大常委會對特別行政區立法是否涉及基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進行判斷，因為凡不涉及中央管理的事務或中央和特別行政區的關係的條款，全國人大常委會便無需判斷是否與上述特定條款相符合，更遑論考慮啟動“發回法律”的程序。其次，經過上述判斷，特別行政區立法涉及上述基本法特定條款，則須判斷，該立法是否與基本法特定條款相符合，若不符合，中央可決定將特別行政區立法發回。在判斷過程中，全國人大常委會需對關於中央管理事務或中央和特別行政區的關係的條款的含義作出解釋。最後，中央在是否作出發回特別行政區立法的決定上享有裁量權，換言之，即使特別行政區立法機關制定的法律與基本法上述特定條款相衝突，也可不發回，或者暫緩發回，發回導致法律失效。因而若二者發生衝突，是否令特別行政區立法失效的處理權力完全掌握在作為審查主體的全國人大常委會。不過也有人提出疑問，根據兩部基本法第 17 條“可將有關法律發回”的表述，中央似乎享有一定裁量權，但兩部基本法第 11 條第 2 款要求“特別行政區立法機關制定的法律均不得與基本法相抵觸”，這不僅是對特別行政區立法機關提出的義務，也是針對全國人大常委會的義務。

但兩部基本法第 17 條並未明確特別行政區立法失效後的程序機制。例如，中央一旦作出發回決定，法律即依據基本法立即失效，那麼這種失效是整部法律無效還是個別衝突條款無效；特別行政區立法機關如果需要重新制定法律，是否只需要修改個別衝突條款即可？

2. 兩部基本法第 11 條作為根本依據

《香港基本法》第 11 條第 1 款規定，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。第2款規定，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》作了相似的規定。

第1款“根據中華人民共和國憲法第三十一條，……，均以本法的規定為依據”的規範內涵包含以下兩個方面：(1)基本法的規定是特別行政區的制度和政策的直接依據和合法性判準，特別行政區的制度和政策不得同基本法相抵觸。(2)特別行政區的制度和政策即使符合基本法及基本法據以制定的憲法第31條，但仍可能與憲法其他條款如社會主義的制度和政策相抵觸，這種情況下則以基本法而非憲法為依據，因為憲法第31條是基本法的制定依據和效力來源，特別行政區的制度和政策符合基本法則一定也符合憲法第31條。在基本法起草過程中，這一款規定被部分委員和社會人士質疑與基本法序言重複，雖然它也未明確除憲法第31條外的其他憲法條款是否在特別行政區適用，但位於基本法總則部分的該條款明確了憲法第31條與基本法在適用上的關係。

第2款“均不得同本法相抵觸”的規範內涵包含以下兩個方面：(1)立法機關制定的任何法律不得違反基本法，其施予立法機關以規範義務，即立法機關在立法過程中須遵守基本法，即基本法的序言、正文和附件三部分，包括基本法的精神理念、基本原則、規範內涵及立法目的和立法程序等。(2)同時，為保障基本法的高級法地位和特別行政區法律秩序的統一，基本法明確了兩個基本法守護者——全國人大常委會和特別行政區法院，以香港為例，全國人大常委會和特別行政區法院根據基本法規範和普通法原則均被賦予了對特別行政區立法的審查權。全國人大常委會的審查權的依據是基本法備案審查條款(第17條)和解釋權條款(第158條第1款)，香港特區法院審查權的依據是解釋權條款(158條第3款)及普通法原則。因此，《香港基本法》第11條第2款與第17條、第158條有關條款一道構成了全國人大常委會基本法立法審查權的基本法上的依據。

3. 《香港基本法》第158條和《澳門基本法》第143條應作為解釋權依據

全國人大常委會在對特別行政區立法進行備案審查時，需要對基本法特定條款進行解釋，從而作出特別行政區立法是否與基本法特定條款相衝突的判斷。《香港基本法》第158條第1款和《澳門基本法》第143條第1款規定，基本法的解釋權屬於全國人大常委會，全國人大常委會因而獲得對基本法的全面解釋權，這當然包括對基本法特定條款的解釋權。《香港基本法》第158條第2款和《澳門基本法》第143條第2款規定，全國人大常委會授權特別行政區法院在審理案件時對關於特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。特別行政區立法機關因而享有對基本法關於自治範圍內的條款的完全解釋權。《香港基本法》第158條第3款和《澳門基本法》第143條第3款規定，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特別行政區關係的條款進行解釋，達到一定條件，須向全國人大常委會提請解釋，全國人大常委會的解釋對法院具有適用上的拘束力。據此，如果在需要對特別行政區立法進行司法審查的具體個案中，終審法院認為特別行政區立法與基本法特定條款可能存在衝突，須向全國人大常委會提請釋法，全國人大常委會這種基於終審法院提請而作出的解釋雖不代替特別行政區司法機關作出司法裁決，也不對具體個案產生效力，但仍可被視作一種基於基本法關於中央管理的事務或中央與特別行政區關係的條款的間接審查。

(二) 特區立法備案審查的判斷基準

基本法關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款在《香港基本法》和《澳門基本法》中分別都只出現過兩次，分別在兩部基本法第 17 條第 3 款，以及《香港基本法》第 158 條第 3 款和《澳門基本法》第 143 條第 3 款，前者是對中央和特區的基本法審查權的劃分，後者是對中央和特區的基本法解釋權的劃分。相比第 17 條只有“關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款”這一表述，《香港基本法》第 158 條和《澳門基本法》第 143 條可能更顯複雜，考察兩部基本法中的這個條文也更有意義。考察《香港基本法》第 158 條第 3 款起草過程可發現，在 1989 年 2 月《香港基本法(草案)》確定使用“關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款”表述之前曾使用過“國防、外交及其他由中央管理的事務的條款”的表述，其抽象性轉變使本已存在的問題更加複雜。這種複雜性主要表現在以下三個方面：

第一，《香港基本法》第 158 條包含了“自治範圍內的條款”、“其他條款”及“關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款”三個概念，這三個概念的邏輯關係是甚麼？首先可以明確，“自治範圍內的條款”與“其他條款”的外延互補，構成了一對完整的基本法條款類型劃分；但無法確定“其他條款”和“關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款”的外延關係，是一種包含關係，還是同一關係？如果是包含關係，那麼構成“其他條款”的外延除了“關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款”，還有哪些類型的條款？在香港基本法起草過程中就有起草委員對這個問題表達過類似擔憂。¹¹

第二，這種複雜性還表現在，由於關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款的不確定性，在涉及基本法解釋問題時，由哪一方去界定條款是否屬於中央人民政府管理的範圍或中央和特別行政區關係等高度自治範圍以外的事務？在對特別行政區立法進行備案審查時，是否由全國人大常委會確定“基本法關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款”的範圍？就這個問題是否需要徵詢基本法委員會的意見？在以上這些問題在香港基本法起草過程中也一直存在，由於特別行政區立法備案審查實踐的不發達，理論研究並未觸及這些問題。

第三，不僅如此，“中央管理的事務”、“中央與特別行政區的關係”等表述過於寬泛和模糊，基本法亦未給出明確定義，因此很難對基本法關於中央管理的事務或中央與特別行政區的關係的條款作出明確的劃分。¹² 基本法第二章以“中央與特別行政區的關係”為標題，但並不是這一章下的每一個條款都體現為中央與特別行政區的關係，比如《香港基本法》第 16 條規定，特別行政區享有行政管理權，依照本法的有關規定自行處理特別行政區的行政事務。可以看出，處於“中央與特別行政區的關係”項下的《香港基本法》第 16 條純粹是特別行政區自治範圍內的條款。因此，通過基本法章節標題來劃分基本法條款類型是不太可能的。有學者認為，為實現對基本法條文的劃分，基本法表示的模糊性使得目的主義解釋路徑成為必要¹³，但目的解釋的正當性何在，卻並未作過多闡述。

四、全國人大常委會對特區立法的備案審查權的界限

無論是全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權還是特區法院的司法審查權都存在一定的界限。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方，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，特別行政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。¹⁴但本文無意討論特別行政區法院的司法審查權的界限，而是將重點專門放在探討全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查的界限上。

特別行政區立法權是全國人大常委會依據基本法授予特別行政區的高度自治權的重要組成部分，是彰顯特別行政區之“特”的重要標誌，在基本法規定的自治範圍內具有高度自主性，因此全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權並非漫無邊際的，其作為對高度自治權的監督權本身也要受到多重限制。

關於中央與特別行政區關係的諸條款的主要目的是建構一個關於中央與特別行政區權力劃分的規則結構和原則體系，在這個結構體系中雙方的權力界限應當是明確的，權力關係應當是穩定而平衡的。圍繞這個目標，在該部分條款的制定過程中雙方就特別行政區自治權的範圍進行了長期的爭論博弈，而兩部基本法第17條確立的特別行政區立法備案審查機制正是雙方博弈的一個縮影，清晰地反映了單一制結構形式下中央授權幅度和地方自治程度的協商過程。本條款的主要目的是建立一個對作為特別行政區高度自治權的立法權的監督機制，同時這種監督權本身也受到基本法規定的條件和程序上的限制。考察《香港基本法》第17條的制定史可以發現，香港基本法起草委員會中的不少港方委員在起草過程中始終表現出對全國人大常委會的基本法審查權的擔憂和戒備，該條款起草過程因此也是一段對全國人大常委會的香港基本法審查權的規範和限制的過程。從1986年11月的《香港基本法(草稿)》¹⁵一直到1990年4月正式的《香港基本法》文本，對全國人大常委會的香港基本法審查權的限制是從無到有，從有到嚴，一步步構建起來的。比如審查對象從“特別行政區的任何法律”到“立法機關的任何法律”，審查基準從“本法或法定程序”到“基本法關於中央管理的事務或中央與特別行政區關係的條款”，審查程序從“諮詢基本法委員會”到“徵詢基本法委員會”等等，就是這一系列表述的嬗變清晰地記述着審查權限縮的過程。因而全國人大常委會對特別行政區立法的備案審查權的基本法依據都同時體現着賦權和限權這兩種特徵。

概括來說，全國人大常委會審查權的界限主要有：審查基準是基本法關於中央管理的事務及中央和特別行政區關係的條款；在審查方式上，不審理具體案件而只進行抽象的原則審查，不接受公民申請審查而只主動依職權審查；審查範圍為特別行政區立法機關制定的所有法律；在審查程序上，作出特別行政區立法不符合基本法的判斷前須徵詢基本法委員會的意見；備案審查的效力是，備案不影響效力；可將有關法律發回，但不作修改。除另有規定外，發回的法律立即失效，無溯及力。由於上文已就審查基準作過討論，將不再贅述，下文將就其他四個方面展開詳述。

其一，在審查方式上，不審理具體案件而只進行抽象的原則審查，不接受公民申請審查而只主動依職權審查。特別行政區法院對特別行政區立法的司法審查都發生在具體的個案當中，根據當事人雙方的爭議和訴求開展對特別行政區立法的審查以確定特別行政區立法是否與基本法相抵觸。特別行政區立法的司法審查由於只發生在個案中，所以是一種只能由當事人啟動的審查形式。而全國人大常委會的審查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特定條款，對於基本法和特別行政區立法的理解，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。¹⁶ 全國人大常委會只主動依職權對特別行政區立法進行備案審查，不在個案中被動地進行審查。正因為僅僅是從條款字面上抽象地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，實際審查的效果大打折扣。首先，在司法案件中，兩造依據各自的立場和利益提出相互衝突的主張或訴求，法院通過對兩造的主張或訴求進行客觀評判，更有可能發現特別行政區立法與基本法的衝突點；而全國人大常委會進行抽象審查時保持立場中立和利益無涉，並不容易發現特別行政區立法與基本法特定條款的衝突之處。其次，全國人大常委會由於部門性質和人員組成的特點，無法積極履行審查義務的情況時有發生。

其二，審查範圍為特別行政區立法機關制定的所有法律。從香港基本法起草制定過程可知，審查範圍發生了從“香港特別行政區的任何法律”到“香港特別行政區立法機關制定的任何法律”的限縮，《澳門基本法》也規定“澳門特別行政區立法機關制定的任何法律”。這表明全國人大常委會審查對象的範圍限於特別行政區立法機關的法律，在香港特別行政區不包括原有法律，也不包括特別行政區法院的普通法和行政機關的附屬立法；在澳門特別行政區不包括原有法律，也不包括特別行政區行政機關制定的行政法規或者其他規範性文件。當然立法機關本質上是政治機關，並非僅僅行使立法權，也行使政治機關的權能，這導致立法機關並非僅制定法律，對於立法機關制定的非涉法律的決議或決定，如通過財政預算案、批准稅收和公共開支等而作出的決議，應當排除在“法律”範圍之外。那麼如何確定立法機關制定的“任何法律”？本文認為，首先應從立法原意上進行考察，立法者在基本法起草的最初階段是希望將特別行政區的任何法律納入監督範圍，經過各方面協商，立法者將審查範圍限縮至立法機關的任何法律，排除了其他機關的立法，但仍然保留“任何”這一表述，這表明限縮範圍只針對制定法律的機關而非法律的類型。其次，目的主義解釋也不可忽視。對特別行政區立法的備案審查制度實質上就是立法監督，立法監督範圍當然可以覆蓋立法權行使的一切領域。故本文認為，香港特別行政區立法會制定的法律應包括條例、議事規則、法律性質的決議等；在澳門特別行政區，立法會制定的法律應包括法律、法律性質的決議、議事規則、組織法等。

其三，在審查程序上，作出特別行政區立法不符合基本法的判斷前須徵詢全國人大常委會所屬的基本法委員會的意見。在基本法起草過程中，條文表述發生了從毋須問詢基本法委員會的意見到“諮詢”基本法委員會的意見，再到“徵詢”基本法委員會的意見的改變，這是從無到有，從有到嚴的過程，特別是從“諮詢”到“徵詢”這一表述上的轉變揭示了全國人大常委會在作出特別行政區立法機關的立法與基本法特定條款不符合的判斷前，負有問詢基本法委員會的意見的義務。

基本法委員會是全國人大常委會下設的工作委員會，承擔的任務是：就有關《香港基本法》第17條、第18條、第158條、第159條(《澳門基本法》第17條、第18條、第143條、第144條)實施中的問題進行研究，並向全國人大常委會提供意見。關於基本法委員會的性質、組織、職權及運作程序，各種分歧貫穿立法過程始終。特別是在基本法委員會的性質上，徵求意見過程中湧現出諮詢性質、決策性質、憲法法庭性質、監督性質等各種建議，這些建議之間千差萬別，但最後明確基本法委員會實際上是中央與特別行政區之間的橋樑，發揮緩衝作用，負責就中央與特別行政區關係所產生的法律問題向全國人民代表大會或全國人大常委會提供意見。¹⁷ 它所發揮的功能是關於基本法實施問題的諮詢功能，而非政治或法律決策功能。

在全國人大常委會對特別行政區立法的審查發回過程中，全國人大常委會有義務向基本法委員會

尋求意見，而基本法委員會有權力和責任向全國人大常委會提供諮詢意見，表達中央和港人的不同意見。基於基本法委員會的組織結構，中方委員和港方委員基於不同的法律思維和習慣、所代表的立場，本身很難形成一致意見，一般形成的是那種多數意見和少數意見並立的組合式意見，或是缺乏主導性意見的充滿分歧的意見，這也決定了基本法委員會通常無法提供給全國人大常委會共識性的法律意見，全國人大常委會因而不必也無從遵循這一意見。儘管這些法律諮詢意見本身只有參考價值而不具備法律約束力，但基本法委員會的專業性和民意代表性的特點能夠保證全國人大常委會審慎、正確地作出判斷和發回決定。

其四，備案審查程序分為備案程序和審查程序兩個前後相繼的程序階段，因此備案審查的效力分為備案效力和審查裁決效力。關於備案效力，兩部基本法第17條第2款規定得非常明確，即備案不影響該法律的生效。這條規定本身並不具有規則創制性，而具有一種對既存法理的確認性。眾所周知，備案與批准的區別在於，前者屬於事後審查，後者是事前審查。在事前審查程序中，批准是法律制定的重要環節，是法律生效的前提；在事後審查的備案程序中，是否備案與法律是否生效沒有關係。但在備案審查程序中，備案程序本身具有獨立價值。備案最主要的兩大功能是告知功能和監督功能。告知功能體現為，下級機關制定規範性文件後報送上級機關備案能夠令上級機關知悉這些規範性文件，對下級機關遵守、執行上位法律的情況具有確切的把握和控制，甚至對於上級機關自身制定規範性文件或者政策都具有參考借鑒意義；監督功能體現為，備案的存在能夠令下級機關在制定規範性文件時更大程度上恪盡謹慎和注意義務，而不違法、不恣意。特別行政區立法須報送備案是基本法規定的要求特別行政區立法接受最高國家權力機關監督的義務，雖然備案對特別行政區立法的效力不產生影響，但對特別行政區立法過程會產生影響，這種影響就是上述備案功能的體現。

在審查裁決效力上，對特別行政區立法的備案審查制度與法規備案審查制度存在很大區別。根據《立法法》第97條，備案審查機關可以改變或者撤銷法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章；依據兩部基本法第17條第3款，特別行政區立法的備案審查機關只可將有關法律發回，而不作修改，發回的法律立即失效。發回與改變或撤銷的區別在於，備案審查機關發回決定本身並不能導致法律失效，法律的失效來源於法律的規定，即發回失效是一種法定失效，而非決定失效；改變或撤銷的決定是由有權機關依據法律授予的職權作出的，有權機關的意志直接導致法律的失效，因而這並非法定失效而是決定失效。備案不影響法律的生效，發回但不修改、發回的法律立即失效，作出特別行政區立法不符合基本法的判斷前須徵詢基本法委員會的意見等規定均體現出了基本法對維護統一的法秩序和特別行政區高度自治權之間的平衡，實踐中從未出現特別行政區立法被發回而失效的例子則表明特別行政區立法機關行使立法權的自我約束和全國人大常委會行使監督權力的自制。

五、對特區立法備案審查納入我國備案審查體系建設的設想

備案審查制度全國人民代表大會行使憲法監督職責的重要着力點，加強備案審查制度和能力建設，把所有規範性文件納入備案審查範圍，將成為全國人大常委會未來一段時間的工作重點。根據《全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會關於十二屆全國人大以來暨2017年備案審查工作情況的報告》，全國人大常委會正在着力推進備案審查信息化工作，加速建設全國人民代表大會和省級人民

代表大會備案審查信息平台；建立健全備案審查銜接聯動機制。全國人大常委會並擬進一步明確備案範圍、規範備案行為，督促制定機關依法、及時報送備案；認真做好對行政法規、地方性法規、司法解釋的審查、研究、處理、反饋工作，對於審查建議做到件件有處理、有結果、有回覆，並適時向社會公開；逐步構建起備案審查制度理論框架和話語體系。

2018年4月17日全國人大常委會第二次委員長會議修改通過的《全國人民代表大會常務委員會2018年工作要點》在“加強憲法監督”一節也提出，加快建立全國統一的備案審查信息平台，加強對備案行政法規、地方性法規、司法解釋的審查工作，切實做好對公民、組織提出的審查建議的研究、處理、反饋工作，維護社會主義法制統一。堅持並完善常委會按年度聽取和審議備案審查工作情況報告的制度。這再次對完善備案審查制度提出了具體的工作要求。同時，根據“所有規範性文件都要納入備案審查範圍”的要求，有關部門也在考慮修改立法法、監督法等法律，將以國家監察委員會制定發佈的規範性文件納入全國人大常委會備案審查範圍。不僅如此，為實現備案審查工作進一步規範化制度化，全國人大常委會有關方面正在研究起草“備案審查工作規定”。

目前我國備案審查制度和能力建設正在如火如荼地開展，按照基本法有關條款對特別行政區立法進行備案審查工作是全國人大常委會備案審查工作的重要組成部分，因而全國人大常委會在完善備案審查體系過程中，不應忽略特別行政區立法備案審查工作。特別行政區立法備案審查制度是一項具有中國特色的立法監督制度，與我國法規備案審查制度既有聯繫，又有區別。基於二者審查主體和審查性質的一致性，可以考慮將特別行政區立法備案審查制度納入到目前正在推進的備案審查體系建設中來，統籌加強備案審查制度和能力建設。

事實上有的學者前些年就已經注意到要從制度上完善目前的特別行政區立法備案審查機制，如從備案範圍、報備主體、報備期限、報備格式、審查標準、審查工作機構、審查程序等方面加以完善，不僅指出了各種問題的存在，也提出了比較切實可行的建議措施。¹⁸不過，從後來官方提供的有關資料看，雖然特別行政區立法備案審查實踐不為外人所知，但在實踐中特別行政區立法備案審查卻是在切實運行的¹⁹，並且可能已形成一套較為穩定的特別行政區立法報送備案機制和全國人大常委會審查報備立法的機制，而這些卻不為外界所知。所以當務之急是呼籲全國人大常委會公開特別行政區立法備案審查的有關信息，如備案審查主體、備案審查程序、審查標準、審查結果及其理由(包括符合基本法和違反基本法兩種情形)等等；如果存在特別行政區立法備案審查工作程序，也應當予以公開。對這些現行實踐中的備案審查程序和機制來作出有針對性的評價，可能更具有意義，否則有凌空蹈虛之嫌。

其次，既然要將特別行政區立法備案審查工作納入我國備案審查體系建設中，則需制定相應的配套規定或措施，包括但不限於以下方面：第一，在《立法法》規定的備案審查體制中增加有關特別行政區立法備案審查的規定，如可在法律備案條款(第98條)中增加規定“特別行政區立法機關的所有法律報全國人大常委會備案”。第二，參照全國人大常委會已經制定的《法規備案審查工作程序》和《司法解釋備案審查工作程序》制定獨立的“特別行政區立法備案審查工作程序辦法”，或者在全國人大常委會法工委正研究起草的“備案審查工作規定”對特別行政區立法備案審查工作作出規定。這些規定應當包括確定備案期限及程序、協助審查主體、審查程序、徵詢基本法委員會的意見以及決定發回有關事項等。第三，在全國人大常委會推進備案審查信息化的背景下，可考慮在全國人民代表大會正在建設的備案審查信息平台上公佈對特別行政區立法的備案審查有關信息，以履行向社會公開的

法律義務。第四，全國人大常委會法制工作委員會向全國人大常委會報告備案審查工作將成為一項年度工作，該工作報告中應當包含特別行政區立法報全國人大常委會備案情況和全國人大常委會對報備立法的審查情況及發回情況，同時將之刊登在常委會公報上面。

最後，要推動特別行政區立法機關及時備案和全國人大常委會及時審查。根據基本法，立法制定主體和備案審查主體均負有及時推進備案審查工作的義務。兩部基本法第17條規定，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。該規定不僅要求特別行政區立法機關履行報送備案義務，通過目的解釋可被解釋為具有要求義務主體及時履行法律義務的含義。根據第11條第2款，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。該條規範不僅賦予了特別行政區立法機關制定符合基本法的法律的義務，同時也要求全國人大常委會及時履行審查義務。及時履行備案審查義務不僅是規範的要求，也有助於對特別行政區立法的司法審查案件的處理。由於備案不影響法律生效，特別行政區法律制定後立即生效實施，此時一方面立法機關須按規定報送全國人大常委會備案，全國人大常委會在對報備法律進行審查時需對基本法關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款作出解釋；另一方面在適用過程中可能因侵犯公民權利等而遭受司法審查，在需要對基本法關於中央管理的事務或中央和特別行政區關係的條款進行解釋時，須提請全國人大常委會進行釋法。基於法律解釋的客觀性，因以上兩方面引起的對基本法特定條款的解釋應該是一致的。那麼如果特別行政區立法機關及時報備特別行政區立法，全國人大常委會及時審查特別行政區立法並作出審查判斷，如果給出審查判斷時亦對基本法特定條款作出解釋，如果公開以上備案審查信息，包括特別行政區司法機關和社會成員均知悉特別行政區立法是否與基本法特定條款相抵觸並獲得全國人大常委會的權威解釋，那麼在對特別行政區立法的司法審查案件中，終審機關提請釋法機制將無需啟動。

註釋：

- ¹ 王振民：《一國兩制與基本法：二十年回顧與展望》，南京：江蘇人民出版社，2017年，第195頁。
- ² 冷鐵勳：《論特別行政區法律的備案審查制度》，載於《政治與法律》，2014年第1期，第22頁。
- ³ 同註1，第195頁。
- ⁴ 陳欣新：《香港與中央的“違憲審查”協調》，載於陳弘毅、鄒平學主編：《香港基本法面面觀》，香港：三聯書店(香港)有限公司，2015年，第106、107頁。
- ⁵ 陳弘毅：《論香港特別行政區法院的違憲審查權》，載於《中外法學》，1998年第5期，第12頁。
- ⁶ 董立坤、張淑鈿：《香港特別行政區法院的違反基本法審查權》，載於《法學研究》，2010年第3期，第3頁。
- ⁷ 胡錦光：《論香港基本法審查權及其界限》，載於《武漢大學學報》(哲學社會科學版)，2017年第6期，第60頁。
- ⁸ 同上註，第60頁。
- ⁹ 同上註，第61頁。
- ¹⁰ 蔡定劍：《中國人民代表大會制度》，北京：法律出版社，1998年，第381頁。

- ¹¹ 香港基本法起草委員會港方委員李福善提出，甚麼是“自治範圍內”？甚麼是“人民政府管理的事務”？甚麼是中央與特區關係？何者為上述條款？本法內沒有明確的分析。全國人民代表大會常務委員會需要憑空解釋，實又是一難題。見李福善：《我對基本法(草案)的修改建議》，載於《明報》，1989年2月20日。
- ¹² Li Yahong: *The Central-HKSAR Legislative Relationship: A Constitutional Assessment*. In Raymond Wacks (Ed.). *The New Legal Order in Hong Kong*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999, p.170.
- ¹³ Yash Ghai: *Hong Kong's New Constitutional Order: the Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law (Second Edition)*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999, p. 192.
- ¹⁴ 同註7，第67頁。
- ¹⁵ 李浩然：《香港基本法起草過程概覽》，香港：三聯書店(香港)有限公司，2012年，第113頁。
- ¹⁶ 同註7，第61頁。
- ¹⁷ 《基本法委員會》，載於1988年10月香港基本法諮詢委員會《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)徵求意見稿諮詢報告(2)——專題報告》，見李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》，香港：三聯書店(香港)有限公司，2012年，第126頁。
- ¹⁸ 同註2，第29頁。
- ¹⁹ 根據《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書，截至2013年底，全國人大常委會收到香港特區報請備案的法律共570件。這至少表明全國人大常委會對香港特區立法備案審查工作一直在不間斷開展。