

香港特區立法監督制度若干問題 探析*

郭天武**

香港基本法是“一國兩制”方針在法律上的制度化體現和保障。它的出現，對中國原有法律的影響是巨大的，由此衍生了諸多立法方面的複雜現象和問題。而中央對香港特別行政區立法監督則是其中一個十分值得關注的問題。香港基本法規定，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。香港特別行政區制定的法律，都必須上報全國人大常委會備案。全國人大常委會徵得基本法委員會意見後，如認為不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區關係的條款，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。上述規定表明，基本法已經確立了中央對特別行政區的立法監督制度，但是，這就產生了如何保證香港特別行政區在行使立法時不超越中央的授權並符合基本法的要求問題，也就是中央如何對香港特別行政區的立法權實行必要的監督和限制，這一制度在理論層面和操作層面上存在那些缺陷，從而可能影響監督的實際效能。本文的目的在於對此進行梳理和探討，以期有助於這些問題的解決。

一、香港基本法對中國立法體制的影響

立法體制是與國體、政體和國家結構形式相適應的，以行使國家立法權的機關，委託或授權行使制定法規、規章的機關為主體的，以

* 本文是廣東省社科基金資助項目：“內地與港澳法律體系的衝突與協調”的階段性成果，項目號為：06P01

** 中山大學法學院副教授、法學博士，主要從事香港基本法、刑事訴訟法研究

制定不同層次法律規範的權限劃分，以及上述機關相互關係的法律為規範體系的總稱。在香港基本法沒有施行以前，中國的立法體制是“一元多級多體式”的，這是與中國單一制的國家結構形式相適應的，即立法權集中在中央，地方只有有限的立法權，並且地方立法不得與憲法、法律和行政法規相抵觸。香港基本法施行以後，規定了特別行政區享有高度獨立的立法權，在香港特別行政區內設立的立法會，是行使立法權的機構，享有立法（制定、修改、廢除法律）及其他方面的權力。除了國防、外交和與國家主權有關的事項外，香港特別行政區立法機構有權就自治範圍內的所有事項立法，既可制定單行的法律，也可制定法典性的基本法律，如：香港立法會就有權制定、修改刑典、民典、商典、訴訟法典等。¹ 這樣，我國的立法體制除了原有的在中央國家權力機關統一行使國家立法權的前提下，並賦予最高國家行政機關和地方機關制定行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例等權限的體制外，又賦予了特別行政區享有相當大的立法權；雖然這種立法權仍然屬於中央授予的地方立法權的範疇，但它是特別行政區高度自治區的重要內容和體現。首先，其第一次在立法中出現了中央與地方的明確分權，以及對中央立法機關干預地方立法事務的明確限制；其次，在立法上，國家最高權力機關和立法機關第一次在合法權力範圍內以合法的程序，不但制定了相互衝突的法律²，而且還第一次運用了明確的法律，限制自己在香港特區的立法權和監督權；最後，在法律適用上，賦予香港特區司法機關在審判中適用其立法會制定的法律而不適用全國性的法律。可以說，在一國兩制的影響下，我國立法體制發生了重大改變。

這種立法體制的變化，具有重要的理論價值。它突破了傳統的單一制下地方政府的權力範圍，吸取了複合制國家模式的某些經驗。這符合當代國家結構發展的趨勢：即由權力高度集中向權力分解方向發

1. 楊靜輝、李祥琴：《港澳基本法比較研究》，第141頁，澳門基金會，1996年。
2. 這是指基本法在其內容的幾乎所有方面，都是與現行的全國人大及其常委會制定的法律相衝突。至於基本法本身的合憲性如何，則是另一個問題，學者對此觀點不一。詳見吳建香：《一國兩制與香港基本法》，載《中國法學》1997年第3期；陳友清《論一國兩制法學及其形成和發展》，載《中國法學》2006年第2期。

展。而國家權力集中程度的降低，權力分解程度的加深，有利於發揮地方政府的主動性、積極性，有利於中央政府簡政放權，提高工作效率，進行科學的宏觀調控。³這實際上也是市場經濟這一經濟基礎對上層建築的要求，正如布坎南所說的“就可能的程度而言，政治權威應該被從中央下放到不同的相互競爭的，准自治的，又經濟上一體化的聯邦結構之中”、“只有確保聯邦化的政治結構才能有效地以各種完全類似市場過程的方式來利用競爭的力量”。⁴

由於享有高度自治權的特別行政區享有立法權，這種立法權不完全同於大陸的地方權力機關(包括民族自治地方)所行使的地方性法規的制定權。特別行政區的立法權只受中央權力機關的有限監督，它顯然享有其他任何地方都無法享有的廣泛、獨立的立法權，是獨立於現有立法體制下的一套較為獨立的立法系統，由於立法體制的改變，香港特別行政區從而產生了以前“一元立法體制”下所不會產生的中央與地方的立法權之間的如何合理分權，如何保證香港特別行政區在行使強大的立法權時不會超越中央的授權並符合基本法的要求問題，由此，也就產生了中央應該如何對香港特別行政區的立法權實行必要的監督和限制，才能既維護香港高度自治，同時也不破壞中國法制的統一，有效地落實“一國兩制”的問題。

二、香港立法監督制度存在的問題分析

(一) 監督主體的設置是否合適

根據香港基本法第17條規定，只有全國人大常委會才獲授權查核香港法律與《基本法》是否相抵觸。第17條所賦予的是一項監督的權力，保證特區的法律不會超越特區自治範圍以內的事情。人大常委會的監督主體地位符合中國傳統的理論觀點及憲法的規定，即全國人民

3. 文正邦：《關於“一國兩制”的法哲學思考》、《現代法學》1997年第3期，第57頁。

4. 布坎南：《經濟自由與聯邦主義》，公共論叢第3卷，三聯書店，1997年。

代表大會為最高權力機關，擁有立法及解釋法律的權力，其權力具有至高性。在人大閉會期間，由全國人大常委會執行人大的部分修改立法和監督法律的權力。人大常委會的監督主體地位在處理傳統的中央與地方立法權的關係上是沒有問題的，姑且不論其是否有效。而基本法實施以後，中國的立法體制發生改變，特別行政區的立法權是屬於其高度自治權範圍之列的，是根據憲法和基本法的授權而產生的，作為中央立法監督機關的全國人大常委會，雖然也是立法機關，但特別行政區的立法權與全國人大的立法權是相對獨立的，不像其他地方立法權和中央立法權之間是純粹的從屬關係。特別行政區所制定的法律只要不違背基本法的規定，即使與相應的全國性法律在體例、內容乃至性質上有相抵觸的地方，中央都不能干預。這樣，監督主體繼續由人大常委會來擔任的話，便會產生一些理論上難以解釋，實踐中難以操作的問題。

其一，現代政治學表明，監督指向實際上與權力指向相一致，監督者的地位不宜低於被監督者的地位，主體機構必須要在客體中尋求權力支點，才能實現強有力的監督。而從基本法規定，香港立法機關並不是由全國人大領導的，兩者既不是領導與被領導的關係，也不是純粹的監督與被監督的關係。在特區自治的範圍內，全國人大也無法宣佈特區的某項法律無效，這樣，全國人大常委會無法尋求有效的權力支點對香港特區的立法進行監督，使全國人大常委會以何種身份來監督特別行政區的立法產生了疑問。

其二，現代監督理論表明，外部監督的效果比內部自身監督更為有效，因為發現和揭露別人的錯誤比發現和揭露自己的錯誤要容易得多，這就要求設立一個第三方的中立主體來進行監督。而當全國人大常委會認為特別行政區制訂的法律不符合基本法時，它既是發生爭議的一方，又充當爭議仲裁者的角色，這種身份的合二為一，易使人們對其公正性產生懷疑。這實際上也是中國一直以來法律監督沒有實效的原因之一。名義上是由全國人民代表大會及其常務委員會進行憲法監督、普通法律監督和立法監督，但就中國目前的立法監督狀況來看，自1978年以來，全國人大常委會從未宣佈過任何地方法規失效。從表面上看，這似乎表明中國的地方立法已經達到了很高的水平，但

實際上各種越權立法、重複立法與主體法律相衝突的情況卻屢屢出現。這種不完善的立法監督現狀已經嚴重損害了中國的法制統一和健全，必須對其進行改革，否則今後對香港和澳門特別行政區的立法進行監督、審查乃至將有關法案發回，將給人造成一種區別對待，而非一視同仁的印象。

(二) 對特別行政區立法的審查是否有確定的標準

按照香港基本法的規定，全國人大常委會對上報備案的特別行政區立法機關制定的法律，主要是審查其是否符合基本法中有關中央管理的事務，以及中央和香港特別行政區關係的規定，從字面上理解，全國人大常委會審查的標準是特別行政區制定的法律是否符合基本法，然而，憲法是否作為審查特別行政區立法的標準，現有法律尚未對此作出明確規定。而這問題則涉及到憲法與香港基本法的關係問題。香港基本法與中國憲法的相容性一直被認為是基本法中最为含糊的地方，這點在基本法起草過程中已被重複提及⁵，基本法諮詢委員會就此問題亦曾作過詳細的研究，該委員會提出以下的解決辦法：(1)明文規定憲法在香港基本法中的適用性；(2)對憲法作出解釋，澄清香港基本法與憲法的關係，尤其闡明哪些憲法條文不適用於香港；及(3)設立一個專門解決憲法與香港基本法之間的潛在衝突的委員會。⁶

筆者認為，從憲法實施的應然狀態來看，中國的法律體系是以憲法為基礎的，一般認為，憲法是中國具有最高法律地位和效力的法律，以憲法為前提，從合憲性的角度確定法律條文的含義，是法律系統和諧的最基本的要求。⁷香港基本法是依據中華人民共和國憲法而制訂，特區所實行的高度自治權也是由全國人大所授權的。這就要求在

5. Hungdah Chiu(ed), *The Draft Basic Law of Hong Kong :Analysis and Documents Occasional Paper/Reprints Series in Contemporary Asian Studies Number5,1998, School of Law, University of Maryland.*

6. 香港特別行政區基本法委員會中央與香港特別行政區的關係專題小組《基本法與憲法的關係：最後報告》，香港基本法諮詢委員會，1987，第10—12頁。

7. 張志銘：《法律解釋的操作分析》，第246頁，中國政法大學出版社，1999年。

香港法律的效力位置中，憲法必須處於第一效力位置的地位。原則上憲法是應該適用於香港的，並應該作為審查特別行政區立法的標準。

而從實然狀態來看，從具體條文出發，憲法中關於社會主義制度和政策等內容的規定卻不可能在香港加以推行和適用，否則，“一國兩制”的原則便不能得以實現。⁸有人就此提出一些變通的提法，如憲法對香港特別行政區有效，但部分條文卻不適用於香港特別行政區，香港基本法已明確表達或默示了憲法在香港適用的範圍，所以，凡與香港基本法不相一致的憲法條款，不在適用之列；凡不與香港基本法相抵觸的憲法條款，均在適用之列。這種提法雖然勉強承認了憲法在特別行政區的地位，但卻不能解釋以下一些疑問，首先，認為憲法在香港部分適用的觀點是基於憲法可分割的假設之上，但理論上，卻違犯了邏輯上的“矛盾律”的要求，一個事物不可能既是某種狀態，同時又不是某種狀態，憲法或是適用或是不適用，作為中國最高法律權力的法律，憲法確立了一種政治制度而且其本身亦不受任何條件的限制。其次，如果認為憲法的條文是否適用於香港，處決於這些條文是否符合香港基本法，那麼香港基本法就被提升至高於憲法的地位，這種極端的觀點是不能成立的。最後，怎麼決定哪一部分適用於香港特區呢？在決定哪些條文適用於香港特區時標準又是甚麼？這恐怕是在實踐中很難解決的問題，基本法草委會中的中方成員亦多次清晰地指出這個問題，他們表示：“憲法中很多條文不適用於香港，但如果要我們解釋當中的每一個條文是否適用於香港，我們便會遇到技術上的問題。一些條文中，只有部分適用而另一部分不適用；另一些條文中，只有一些句子適用而其餘的句子則不適用。”⁹

為解決香港基本法與憲法的關係問題，筆者認為，還是要在條件成熟的情況下，對現實憲法作必要的修改、補充，制訂出一部體現和

8. 黃江天：《試論中華人民共和國憲法在香港的適用性》，《香港律師》，1999年3月。第22頁。

9. Ting Wai, 'What will the Basic Law Guarantee? A Study of the Draft Law from a Political and Comparative Approach' 載於 Hungdah Chiu(ed), *The Draft Basic Law of Hong Kong: Analysis and Documents Occasional Paper/Reprints Series in Contemporary Asian Studies*, N.° 5, 1998, School of Law, University of Maryland.

確認祖國統一，並鞏固統一成果的“大憲法”，以真正實現憲法在全國範圍內的一體遵行，普遍實施¹⁰，從而改變現行憲法實際上大多數條款不在香港特別行政區實施的狀況，實現法律的應然狀態與實然狀態的統一。

（三）備案監督的方式是否有效

決定監督機制是否有效的技術指標，主要在於手段和方法的水準方面，監督的手段包括事前、事中和事後監督。目前香港基本法中唯一規定的監督手段就是“備案”，其是指香港特別行政區的立法機構，就其制定、通過的每一項法律及時向全國人大常委會報告，並附上新制定的法律條文。這種監督方式很明顯是事後的監督，只能是對立法結果而非立法過程的監督，對立法過程技術的監督就難以實現經常化、程序化的監督。而且香港基本法第17條所賦予的是一項有限的監督權力，保證特區的法律不會超越特區自治範圍以內，但它並不賦予人大常委會監督特區法律是否符合香港基本法的所有條文，人大常委會只有在法律涉及中央管理的事務及中央和香港特別行政區關係時才可以宣佈法律無效。所以，真正能經常、全面地監督特區的法律是否符合香港基本法的機關自然是香港的司法機關，香港實行司法中心主義，一切事實最終歸結於司法的方式來解決。香港法院在日常審判案件適用法律的過程，同時也是對特區法律進行監督的過程。作為香港特區的憲法，香港法院自然有權維護香港基本法，香港基本法第11條進一步澄清這種權力，根據這一條，香港頒行的法律不可抵觸香港基本法。香港法院既然有責任執行和維護香港基本法，它自然有權力和責任拒絕承認與執行任何與香港基本法相抵觸的特區法例。

香港基本法第17條進一步規定：備案不影響該法律的生效。特別行政區享有立法權，特區立法機關制定的法律，經立法機關二讀通過、行政長官簽署和公佈後生效。特區制定的法律雖要報全國人大常

10. 文正邦：《關於“一國兩制”的法哲學思考》《現代法學》，1997年第3期，第57頁。

委會備案，但備案不是批准，對法律的生效並無影響。一經行政長官簽署、公佈，就依法生效。而有關法例沒被發回重議本身也並不能視作有關法案即符合基本法的規定。如果該法律被全國人大常委會發回，立即失效，這種失效原則上無溯及力。這表明，在一個法律生效後至失效前，如果被適用於有關案件，則該案件的判決結果就可能違背基本法的有關規定，且這個違法判決由於“不溯及既往”的原則而得不到糾正，這對基本法的權威將產生負面影響。

其次，備案監督的方式往往容易產生備而不審的現象出現，備而不審是指備案機關接受備案後並不對備案的規範性法律文件進行形式或實質上的審查。導致備而不審的原因：一是現行法律法規對備案機關完成備案審查工作的期限以及備案機關對報送備案的規範性法律文件不審查所應承擔的責任沒有明確規定，而基本法17條本身也並沒就人大常委會行使發回的權力作出時限的限制，使備案機關對備案的效力和功能產生偏視，認為備案只是一種形式，備而不審，對特區法例違反基本法的規定無法及時發現並真正進行處理。二是基本法關於備案的法律效力規定不足，備案未與特區法例的生效聯繫起來的因素，也加劇了備案機關的這種認識。既然備案流於形式，那也就沒必要進行認真審查，審查錯了弄不好引起極大的風波，不審查也沒有誰來追究自己的責任，自己又何必去審查呢？久而久之，備而不審的現象在備案監督過程中頻繁地出現，使得立法監督流於形式。

最後一點關於備案這一監督方式的不足就是全國人大常委會經審查後，只能將有關法律發回，而不對其作出修改。而我國憲法規定，全國人大常委會對各省、自治區、直轄市制定地方法規實行監督，有權撤銷它們制定的同憲法、法律和行政法規相抵觸的地方法規和決議。發回與撤銷都使被發回的法律和被撤銷的法規立即失效，在這一點上二者是相同的。它們的不同之處是：省、自治區、直轄市的地方性法規被撤銷後不能再作其他處理，而特區法律被發回後，特區立法機關還可以作進一步處理，可以將法律撤銷，也可以對法律進行修改。那麼特別行政區立法機關是否可以再次將原被發回的法案提交中央備案？也就是說，特別行政區是否有權請求復議？關於這方面，法律並無明確規定，因此，如果出現特別行政區將已被中央發回的法案

不作修改，原封不動地再次提交給中央的情況，就在中央和特別行政區之間產生僵局，雖然這種情況或許極少出現，但也不能排除其產生的可能性。針對這種情況，也有必要由全國人大常委會在今後修改基本法或對基本法運行解釋時提出解決辦法。

三、完善香港立法監督制度的幾點思考

(一) 維護基本法的權威性

“一國兩制”是建立在一個主權之下兩種經濟、政治和法律制度的共存的基礎上，但兩種體制之間存在巨大的差異性，因此，基本法就擔當一個這樣的歷史使命：它像屏障一樣，分隔開這兩個不同的制度，保證特區的高度自治；同時，它亦成為香港特區與憲法的橋樑，解決兩地之間衝突的基本平臺。¹¹事實上，基本法提供了幾個方面的交匯，如基本法與全國性憲法和法律關係問題，以及人大常委會對香港的權力的問題，這些問題由於在基本法中沒有明確的規定，所以在實踐中產生了特別的困難，同時也是處理中央對香港特別行政區進行立法監督所必須解決的前置問題。而這些問題根源又產生於我們對基本法的獨立性的認受程度，即我們在多大程度上維護基本法的權威性。筆者認為，香港基本法作為一個地方憲法性的文件應該享有高度的獨立性，這裏所說的獨立並不是完全獨立分離的意思，而是指處理中央與特區之間的關係，尤其是中央對特區制定自治條例的監督以及法律在香港的適用問題，應該以基本法作為處理問題的基本框架，因為基本法作為全國人大制定的處理“一國兩制”問題的基礎法律，以《中英聯合聲明》和《中華人民共和國憲法》為基礎，本身具有極大的權威性。而且，只有這樣，才能從根本上保證香港的自治，防止中央的不當干預，同時也防止特區立法權對中央立法權的不當侵蝕，基本法的許多內部方面的規定也承認了基本法自身的獨立地位。具體體現在基本法

11. 傅華伶：《不同形式的最高權威：〈憲法〉、全國人大及香港特別行政區》，載佳日思、陳文敏、傅華伶主編《居港權引發的憲法爭議》，香港大學出版社，2000年，第100頁。

規定了自己的修改規則和程序而不用依據全國性憲法規定的立法程序；其中部分條款是全國人大也無法修改的；人大常委會不能修改其認為是違法的特區法例；人大常委會對特區自治範圍內的立法沒有控制權等方面。所以，在現行憲法沒有發生改變和基本法進行修改的情況下，中央對特別行政區的立法監督應該在基本法的框架內，審查特區法律是否違反基本法的規定，同時，不能侵入基本法規定的自治範圍內宣佈特區法律無效。

（二）正確看待中央與地方的權力分割

“一國兩制”是對中央與地方之間的權力關係的一種創新。這種創新體現在立法體制上即基本法對中央立法權，中央對特區的法律監督權都實行了嚴格的限制，這種限制不僅是程序上的，也是實體權力上的。這種限制在我國的立法史上是史無前例的。因為在我國全國人民代表大會制度下，全國人民代表大會既是最高國家權力機關，也是國家最高立法機關，其立法權力理論上是不存在邊界限制，全國人大通過制訂基本法限制自己的立法權，突破傳統的理論框架，也使中央與地方的權力分割發生微妙的變化，正確看待這種變化才能切實把握如何處理中央與特區之間發生的一些立法衝突與權力衝突問題。一方面，從中央與香港的力量平衡、香港特區立法權及其他地方權力的來源和中央拒絕“剩餘權力”的維度，體現了我國仍然是主權高度集中的單一制國家結構形式；另一方面，卻又含有聯邦制下中央與地方高度分權的特色，最特出的是立法嚴格禁止中央干涉地方自治範圍內的事情，包括最高立法機關對其法律監督及司法的干預，並且，那些確保香港特區自治權的條款是只有經過特別程序或法定多數才能加以修改或廢除的條款，在限制政府權力的同時，也限制後來立法者的權力，具有明顯的剛性條款的特性。因此，在一國兩制下，這是一種新型的中央與地方的權力關係，不是完全的單一制，也不是單純的聯邦制，有其自身特色。當兩者發生衝突時，不應該也不可能絕對的強調一方服從另一方，或是兼顧兩者，均衡解決。根據達倫多夫和科塞的衝突理論，衝突與不均衡是每一個社會都不可避免的，不存在穩定與均衡的社會系統，衝突、不均衡對社會的作用不僅具有破壞性的一面，其

實更具有建設性的一面。¹²“既堅持單一制國家形式，堅持中央對特區的管轄權，又維持特區的高度自治”的提法在筆者看來過於理想化，其實，真正重要的不是千篇一律將解決矛盾的理想狀態歸結為平衡、兼顧；相反是正確對待兩者中存在的衝突，根據不同時期、不同條件的不同具體問題，把握住其主要方面，進行嚴謹、縝密的分析，並得出有針對性的解決方案，建立於一種“差異模式”的基礎上的解決也許更為有效。

（三）創新監督的模式

一國兩制及其產物基本法律制度對國家的立法體制和法律監督制度帶來深遠的影響，對於一些具有新意義的事物，不應該沿襲舊的框架去解決，或者當經驗或已有的結論不能適應或詮釋“新”的事物時，應該有勇氣進行“經驗的否定或揚棄”，或者試圖對已有的結論或經驗以新“事實”修修補補。中國一直以來都是由立法機關居於法律監督體制中的主導地位，即立法機關對法律的監督為主要監督模式。但如上分析，這一監督模式在解決中央對香港特區的立法監督中，無論在監督主體或是監督方式上，都遇到了非常大的困難。同時，立法監督這一結論也並不一定具有認識上的合理性，法律監督司法化已成為世界性的趨勢。¹³人們業已認識到立法機關不必也不一定勝任法律監督的任務。以往人們片面強調立法機關監督，而沒有認識到“如同對個人之間的糾紛裁決一樣，對立法機關中的僵局以及不同立法機關之間的衝突，也可以由司法機關來解決”。¹⁴法院可以在憲法原則和立法機關的法案之間作一裁決，以實現對立法機關的制約和補救。況且，從法治運作來看，法院應該在法治中佔據中心地位，擔當著法治“監護者”和“保護神”的作用，一切政治或社會問題最終都歸結為法律問題，都可（起碼是期望可以）在法院通過訴訟解決，司法權特別是違憲審查的擴張，是現代法治發展的基本趨勢之一，因為法院被認為是“最不危險

12. 吳增基等編：《現代社會學》，第42、43頁，上海人民出版社，1997年。

13. 張慶福、甄樹青：《憲法監督的發展趨勢》，《外國法譯評》，1998年第1期。

14. 盛洪：《法官裁決和公共選擇》，《中國社會科學季刊》1996年春季卷。

的國家機關”，同時也與香港實行司法中心主義相銜接，因而，法治實踐對一國兩制的檢驗，從訴訟而不是從立法或行政或學理討論開始，並且司法檢驗始終佔據主導的地位，也就顯得理所當然了。¹⁵ 因此，在處理中央對香港特區法律監督權這一交匯性的問題，就非常有必要賦予司法機關以一定的司法審查權¹⁶，建立以最高法院的違憲審查為核心的司法審查制度，與人大的監督組成複合審查制，並從機構的組成、權力範圍和程序運作等方面有效地保障這種監督機制，可以說，在法律監督問題上，憲法和基本法的權威如果能夠通過立法監督在香港特別行政區實現，將由此帶動整個法律監督機制的完善。

15. 陳友清：《論一國兩制法學及其形成和發展》，載《中國法學》2006年第2期，第60頁。

16. 中國目前的法律中只有《行政訴訟法》第53條規定了法院的有限司法審查權。