

香港特區法院的司法審查權

● 朱國斌

《基本法》規定香港特別行政區享有「獨立的司法權和終審權」。1997年香港回歸後的司法實踐證實這一規定確實得以貫徹，但「一國兩制」之下兩制之間的激烈摩擦和衝突，也突出表現在特區法院的司法審查權／管轄權方面。

1990年4月4日，中華人民共和國第七屆全國人民代表大會第三次會議通過了《中華人民共和國香港特別行政區基本法》(以下簡稱《基本法》^①)，規定香港特別行政區享有「獨立的司法權和終審權」。1997年香港回歸後的司法實踐證實這一規定確實得以貫徹，但「一國兩制」之下兩制之間的激烈摩擦和衝突，也突出表現在特區法院的司法審查權／管轄權方面。本文主要探討《基本法》下特區法院司法審查權的確立及其依據，揭示司法審查權的性質和內涵，最後透過成文法和判例法為司法審查權劃定權力邊界。

一 香港法院司法審查權： 《基本法》依據與判例法 基礎

(一) 香港特區享有「獨立的司法 權和終審權」

作為香港特區最高位階的法律，「《基本法》既是全國性法律，又是特區的憲法。」^②《基本法》規定特區實行

高度自治，兩次申明特區享有「獨立的司法權和終審權」(第2條、第19條第1款)。其第80條又明確規定，「香港特別行政區各級法院是香港特別行政區的司法機關，行使香港特別行政區的審判權。」因此，「香港特別行政區的司法權是獨立於中央的司法權，不受中央最高司法機關管轄，不隸屬於中華人民共和國最高人民法院。」^③就實體法而言，《基本法》清楚劃分了中央和香港特區的司法管轄權範圍，即除涉及國防、外交等問題外，特區法院有權審理特區範圍內的一切案件(第19條第3款)。

作為一國國家權力的集中體現，「終審權就是指在一個國家的司法系統中對案件的最終審判權，經過終審機關作出的判決不得再向上級機關或其他機關上訴。」^④眾所周知，香港回歸之前，法院的終審權歸屬於英國倫敦樞密院司法委員會。而今，香港特區透過《基本法》擁有了獨立的司法權和終審權。

在一國司法體系架構下，中華人民共和國同時出現了三個(大陸、香港、澳門)相互獨立的司法系統。特

* 感謝研究助理、博士候選人涂遠瀾小姐對本文寫作提供的協助；一如成例，文責自負。

區各自獨立享有司法權和終審權，是「一國兩制」的直接體現。這種制度設計安排突破了傳統憲法學的理论承受能力，必須由新的理論來闡釋。

在實踐中，「一國兩制」一開始就蘊藏着造成政治、憲法或法律衝突的可能；即便衝突未現，那也只是時候未到而已。正如程潔所說，「由基本法形成的雙軌制權力關係最直接的表現就是全國人大常委會與香港終審法院之間的釋法權衝突。」^⑤發生在香港與中央政府間的第一次也是最重要的一次憲法衝突，就是1999年因「吳嘉玲、吳丹丹訴入境事務處處長案」(Ng Ka Ling [an infant] and Another v. the Director of Immigration, 「吳嘉玲案」，又稱「居留權案」)而產生的關於香港法院司法管轄權的範圍和程度的激烈爭議。

(二) 香港法院享有司法審查權

「司法審查」(judicial review，香港學者一般譯為「司法覆核」)與「司法管轄權」(jurisdiction)是兩個不同的概念。「司法審查」，在憲法的意義上說，是指由司法性質的機構對立法、行政決定(有時還包含某些政治行為和普通法院的判決)的合憲性審查，以美國普通法院對法律的合憲性審查和德國憲法法院的全面審查制為代表^⑥。《布萊克法律辭典》(*Black's Law Dictionary*)這樣定義「司法審查」：「法院審查其他政府部門或其他層次的政府的行為的一項權力(power)；例如，法院使得立法或行政行為因為違憲而失去效力的權力。」^⑦

在回歸前，香港法院是擁有司法審查權的，這特別體現在1991年《香港人權法案條例》通過之後判決的有

關案件之中，而里程碑式的案件就是1991年的「英皇訴洗友明案」(R v. Sin Yau-ming)^⑧。此後，立法局的立法行為和政府的行政行為在一系列司法審查案件中經常受到挑戰。回歸後，關於特區法院是否享有司法審查權及管轄權範圍的爭議，最早是由1997年7月29日「香港特別行政區訴馬維錕等案」(HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others, 「馬維錕案」)引發的^⑨，而香港法院司法審查權的明確及確立則是由1999年1月29日「吳嘉玲案」完成的^⑩。

(三) 香港判例法確認司法審查權

「馬維錕案」本來處理的核心法律問題是：回歸後普通法是否繼續有效；回歸前的起訴書是否有效及其理據。根據香港《基本法》相關條文(參見第8、18、19、81、87、160條)，上訴庭首席法官肯定地答覆了上述問題。在承認中華人民共和國是香港特別行政區的主權者，全國人民代表大會是最高國家權力機關的前提下，首席法官特別就特區法院的司法管轄權提出了法律意見^⑪：

在本案中，我會接受特區法院不能質疑人大決定或決議，或成立籌委會的理由是否合理。這些決定和決議是主權行為，其有效性是不受區域法院挑戰的。……同樣在我看來，香港特區法院不可審查為甚麼籌委會在行使全國人民代表大會賦予的執行主權者的決定和決議的權威和權力時決定成立臨時立法會。

簡言之，主權者行為的實質有效性是不能被挑戰的。不過，首席法官

在回歸前，香港法院是擁有司法審查權的。回歸後，關於特區法院是否享有司法審查權及管轄權範圍的爭議最早是由1997年「馬維錕案」引發的，而香港法院司法審查權的明確及確立則是由1999年的「吳嘉玲案」完成的。

還是認為法院有權「審查」(應為查證)主權者行為事實上存在。他說^②：

香港特區法院擁有審查主權者或其代表的行為的存在事實(而不是有效性)的管轄權。……在本案中，我認為，香港特區法院有權審查：(1) 是否存在關於設立或授權成立籌備委員會的任何全國人大決定或決議；(2) 是否存在關於設立臨時立法會的籌備委員會決定或決議；(3) 籌備委員會是否事實上的確設立了臨時立法會，以及臨時立法會是否的確是根據全國人大和籌備委員會的決定或決議成立的機構。一旦法院得到了滿意的答覆，我並不認為法院可以走得更遠。

可以看到，上訴庭認為法院對主權者行為不可以進行實體性的審查，但是保留程序性審查的權力；同時表明，法院的審查與管轄範圍和程度是受到規限的。該判決無疑有助於我們深入對《基本法》相關條文的認識。有意思的是，即使是這種謹慎的表達方式還是引來了批評。如在判決的次日，著名的憲法學教授佳日思(Yash Ghai)就說，這一天是「我們權利的黑暗的一天」^③。

香港法院對法院司法審查權的全面陳述首次出現在1999年的「吳嘉玲案」中。在該案中，終審法院本來只需要根據《基本法》第24條解決無證赴港兒童的居留權問題。但是，由於案件涉及到內地出入境管理制度，因而《基本法》第22條也被動地置身其中了(由此而引申出了全國人大常委會的釋法必要性問題)。但是，終審法院卻將大部分精力放在對《基本法》解釋方法和特區法院的司法審查和管轄權

澄清方面。就後者而言，終審法院首席大法官在「憲法賦予法院的司法管轄權」一節特別宣告^④：

在行使《基本法》所賦予的司法權時，特區的法院有責任執行及解釋《基本法》。毫無疑問，香港法院有權審核特區立法機關所制訂的法例或行政機關之行為是否符合《基本法》，倘若發現有抵觸《基本法》的情況出現，則法院有權裁定有關法例或行為無效。法院行使這方面的司法管轄權乃責無旁貸，沒有酌情餘地。因此，若確實有抵觸之情況，則法院最低限度必須就該抵觸部分，裁定某法例或某行政行為無效。雖然這點未受質疑，但我等應藉此機會毫不含糊地予以闡明。行使這方面的司法管轄權時，法院是按《基本法》執行憲法上的職務，以憲法制衡政府的行政及立法機構，確保它們依《基本法》行事。

「吳嘉玲案」判決宣示了香港法院在特區內享有全面的司法審查權。如果終審法院停在這裏就萬事大吉了。問題是，終審法院卻急切地向前邁進了一大步。判詞接着說^⑤：

一直引起爭議的問題是，特區法院是否具有司法管轄權去審核全國人民代表大會或其常務委員會的立法行為(以下簡稱為「行為」)是否符合《基本法》，以及倘若發現其抵觸《基本法》時，特區法院是否具有司法管轄權去宣布此等行為無效。依我等之見，特區法院確實有此司法管轄權，而且有責任在發現有抵觸時，宣布此等行為無效。關於這點，我等應藉此機會毫不含糊地予以闡明。

終審法院對「吳嘉玲案」的判決是基於它對《基本法》的理解，特別是基於對特別行政區政治體制的機械式的類比和解讀。該判決對中國現行政治體制和特區與中央的關係格局提出了嚴肅的理論的與法律的挑戰。

不僅如此，終審法院還藉此機會批駁上訴庭的法律意見，嚴肅地認為上訴庭的認識是「錯誤的」。首席大法官是這樣認定的^⑩：

上訴法庭並裁定特區法院的司法管轄權只局限於審核是否存在主權國或其代表的行為(而非行為的合法性)。我等認為上訴法庭就特區法院的司法管轄權所作出的這項結論是錯誤的，上文所述的立場才是正確的。〔底線為筆者所加〕

終審法院這樣判決是基於它對《基本法》的理解，特別是基於對特別行政區政治體制的機械式的類比和解讀。不難看出，終審法院這一判決有「馬伯里訴麥迪森案」(Marbury v. Madison, 1803)的影子，其(未宣示的)目的是據此為特區內部的權力分配和特區與中央的關係劃定界限和行為準則。同樣不難看出，這一判決是以三權分立理論為指導的。無疑，判決對中國現行政治體制和特區與中央的關係格局提出了嚴肅的理論的與法律的挑戰。

(四) 香港法院司法審查／管轄權質疑

「吳嘉玲案」像一枚炸彈，攪動了香港的政界和法律界，起到了極大的正反兩面轟動效應。在內地，該案同樣引起了法律界的關注和不安，批評之聲不絕於耳。說到底，案件引發了人們對香港法院是否享有司法審查權、享有多大的權力的爭議。

1999年2月8日，《人民日報》發表文章，轉述了數位內地法律專家對終審法院「吳嘉玲案」判決的反對意見。他們認為：「該判決中有關特區法院可審查並宣布全國人大及其常委會的立法行為無效的內容，違反基本法的規定，是對全國人大及其常委會的地位、對『一國兩制』的嚴重挑戰。」^⑪國務院新聞辦公室主任趙啟正也向新聞媒體表示，終審法院的判決是一個錯誤，必須要糾正^⑫。這些學者(包括香港媒體所謂的「四大護法」)主要關注的是判決對全國人大及其常委會權威的挑戰、誤解中國政體、曲解中央與特區的關係等方面。他們的批評主要基於現行憲法和對《基本法》的解讀之

「吳嘉玲案」像一枚炸彈，攪動了香港的政界和法律界，起到了極大的正反兩面轟動效應。在內地，該案同樣引起了法律界的關注和不安，批評之聲不絕於耳。案件引發了人們對香港法院是否享有司法審查權、享有多大的權力的爭議。



香港特區終審法院

香港回歸前施行的政治體制不是基於三權分立模式，而是總督集權制。《基本法》的立法原意的確有繼承過往制度的意思，並希望把它演化為「行政主導制」。然而，今日香港特區的政治體制更具有三權分立的格局和特徵。

上。就現實政治和憲政體制而言，批評是可以理解的，並且也有助於釐清中央與特區的憲政關係。

但是，有學者卻藉此全盤否定香港法院擁有司法審查權，認為香港法院不僅無權審查和宣布全國人大及其常委會的立法行為無效，甚至也無權審查香港立法機關通過的法律是否符合《基本法》。其理由是香港在回歸前沒有質疑英國議會立法的權力，而全國人大及其常委會的立法行為是主權行為；《基本法》規定審查香港立法機關通過的法律是否符合《基本法》的權力在全國人大常委會，並沒有任何地方規定終審法院有這種權力¹⁹。

支持香港終審法院應該享有司法審查權的學者也公開發表意見。陳弘毅認為²⁰：

雖然《基本法》沒有明文賦予香港特別行政區法院「違憲審查權」（這裏所說的違憲審查權是指特區法院就特區立法機關的立法的審查權，如裁定特區立法是否因與《基本法》相抵觸而無效），但《基本法》保留了香港法院原有的審判權和管轄權（第19條），也保留了香港原有的普通法（第8、18條），又賦予特區法院對《基本法》的解釋權（第158條），並規定特區立法機關制訂的任何法律均不得抵觸《基本法》（第11條）。這些規定都可理解為特區法院的違憲審查權的法理依據。

對此，本文也持相同意見。胡錦光也認為²¹：

雖然香港基本法未明確規定香港法院的司法審查權，或者說未明確授權香港法院保障基本法地位的職責，但根據以下兩點，香港法院應當是具有司

法審查權的：第一，香港法院對基本法的解釋權。根據香港基本法的規定，香港法院對基本法具有解釋權；而根據香港屬於英美法系的特點，香港法院所享有的司法權中當然地包含了對法律的解釋權。……

可見，香港特區法院享有司法審查權是不爭的法律事實。問題是，這一審查權／管轄權的外延邊界應該劃在哪裏。上訴庭的法律意見和終審法院的前半部分法律意見應該結合看待，就可以描繪出法院審查權／管轄權的範圍。

二 香港法院司法審查權的性質、內涵及其實踐

（一）司法（審查）權的基礎是法治與分權

杜強強提出，從比較憲法學的立場觀察，司法審查制是以權力分立原理作為基礎的，其出發點與核心在於對立法權的制約，以求達至立法、行政、司法三權之間的分立與制衡。他認為，三權既然平等，因此立法機關不能強迫法院適用違憲之法律；而司法機關對於違反憲法之法律，在具體的訴訟案件中拒絕適用，這在理論上是當然的結論。否則不足以維持三權的分立和制衡²²。法國憲法學家狄驥（Léon Duguit）也從權力分立原理出發，強調司法審查制之正當性。他認為，立法權與司法權既然都在憲法之下，相互處於同等地位，那麼，當立法權之行為違反憲法時，殊無強迫司法權同意其行為之義務。司法權在其

範圍內完全獨立，可依照其獨立見解審查法律是否違憲。他宣稱：「宣示權力分立制度本身既可說已蘊含司法審查制度的認諾。余更附言，諸凡否認法院有此審查權之國家，實仍難謂為真正之法治國家。」²³

而香港司法審查制度的核心理念，也同樣建基於英國憲法理論的兩大原則——「法治」和「分權」。從法律與政治理念角度觀之，為避免權力的過份集中，同時限制權力被濫用的可能性，必須將權力配給具有不同功能的機構。立法機關負責法律的制訂與修改，行政機關負責法律的執行，司法機關負責法律的適用。三權分立的目的是分散權力，防止權力的濫用。正是這種思想，使司法審查成為法院的天然、固有的職能，毋須制訂法的授權²⁴。

但是，香港回歸前施行的政治體制根本不是基於三權分立模式，而是總督集權制。《基本法》的立法原意的確有繼承過往制度的意思，並希望把它演化為「行政主導制」。但是《基本法》的規定還是模稜兩可的。例如，《基本法》兩次宣示香港特區享有「獨立的司法權和終審權」。這裏所講的「獨立」應該是指獨立於中華人民共和國國內的另外兩個法域，特別是大陸法域；在特區內部，司法權又是獨立於行政權和立法權的。出於法制傳統和對法治的尊重，加之回歸十三年來的實踐，今日香港特區的政治體制更具有三權分立的格局和特徵。

(二) 概念、制度繼承與發展

在香港，「司法審查」、「司法覆核」與「違憲審查」這三個概念經常被

交叉使用。學術界對上述概念的定義並不一致。戴耀廷認為，很多時候，司法覆核是指對行政行為有影響力的裁決，它還包括違憲審查的部分。在香港，司法覆核包含這兩個不同的部分，是由於司法程式只包括刑事、民事和行政訴訟，並無一套獨立機制處理違憲審查²⁵。專長行政法和人權法的潘熙大律師則提出，司法覆核是一個容許公民和法人就行政部門或行使公法職能的機關所作的越權的決定或行為向法院提出覆核要求的程式，目的是為了規定及確保上述部門及機關所作的決定或行為的合法性²⁶。

按照普通法的傳統，解釋法律和裁決相互衝突的法律在案件審理中的適用與否是法院固有的權力。1991年以前，香港法院根據《英皇制誥》(*Hong Kong Letters Patent*)的授權，有權審查香港立法機關制訂的法律違反或者超越《英皇制誥》是越權或無效。但由於《英皇制誥》賦予香港立法機關的權力過於寬泛和抽象，因此，「在1991年以前，香港法院根據《英皇制誥》對香港立法機關的立法進行審查的案例幾乎是絕無僅有的」²⁷。1991年，香港透過修改《英皇制誥》引入《公民權利和政治權利國際公約》，並通過《香港人權法案條例》，使香港法院有權對香港立法機關制訂的任何與上述《公約》和《條例》相抵觸的法律進行司法審查。相關判例法由此形成。

隨着香港回歸和香港《基本法》的公布，司法審查翻開了新的一頁。《基本法》第18、84條和第11條第2款共同奠定了制度的憲法框架。此外，如前文引陳弘毅所說，《基本法》保留了香港法院原有的審判權和管轄權，也保留了香港原有的普通法，又賦予

終審法院的「澄清」聲明沒有回答核心問題，即特區法院對全國人大及其常委會立法行為的實體和程序的審查權，反而重申人大常委會的《基本法》解釋權及解釋的效力。筆者認為前者才是需要澄清的問題，因為它涉及到中國憲政體制的運作和中央與特區的關係。

在「吳嘉玲案」中，終審法院其實也意識到法院的審查權或管轄權是有邊界的，或者說是有「限制」的，主要表現在兩方面：一是基於《基本法》第19條第3款法院對「國家行為」並無管轄權；二是基於第158條第3款，終審法院有義務請求人大常委會釋法。

特區法院對《基本法》的解釋權。香港特區法院在一系列案例中也闡明了回歸後在香港新法律秩序之下權利保障體系的架構，並予以鞏固²⁸。

就三權配置而言，回歸後情況發生了較大變化。程潔觀察到，特區成立之後，由於政治生態和政府管治的實際狀況，出現了立法會擴權的情況；特別是，「終審法院對《基本法》的授權採取能動主義的理解，積極採取司法行動，對特區的立法和行政權力進行合憲性審查，從而導致司法權力的擴張。」²⁹這說明了權力的此消彼長，不至於衝擊權力分配的基礎。

(三) 再次檢視「吳嘉玲案」

由於在「吳嘉玲案」中，終審法院提出對全國人大及其常委會立法行為享有審查權而在香港和內地掀起軒然大波，1999年2月26日，終審法院罕有地發出一個「澄清」聲明，指出³⁰：

我等在1999年1月29日的判詞中，並沒有質疑人大常委會根據第158條所具有解釋《基本法》的權力，及如果人大常委會對《基本法》作出解釋時，特區法院必須要以此為依歸。我等接受這個解釋權是不能質疑的。我等在判詞中，也沒有質疑全國人大及人大常委會依據《基本法》的條文和《基本法》所規定的程序行使任何權力。我等亦接受這個權力是不能質疑的。

若仔細研究，終審法院並沒有回答核心問題，即特區法院對全國人大及其常委會立法行為的實體和程序的審查權，反而重申一個不直接受到挑戰的問題，即人大常委會的《基本法》解釋

權及解釋的效力。而筆者認為前者才是需要予以澄清的問題，因為它涉及到中國憲政體制的運作和中央與特區的關係。

1999年5月21日，特區政府向國務院提交報告，請求全國人大常委會對《基本法》有關條文作出解釋。人大常委會於6月26日頒布解釋，指出特區法院在審理有關案件引用《基本法》中相關條款時，應以全國人大常委會的解釋為準。程潔認為，「通過全國人大常委會釋憲，澄清了全國人大常委會和特區司法機構之間的關係，從而避免了特區司法機構過度擴權的結果。」³¹從此後的一系列憲法性案件的判決來看，終審法院審視《基本法》條文的態度似乎多了一分克制，少了一點張揚。

但是，香港法律界和政界中人士傾向認為，這次人大釋法對香港的法治和司法獨立造成了嚴重的打擊。而陳弘毅則對此表示了不同看法：「根據《基本法》第158條，人大常委會確實有權在任何它認為適當的情況下頒布關於《基本法》的個別條文的解釋，亦即是說，其解釋權不限於香港終審法院在訴訟過程中根據第158條第3款提請人大常委會釋法的情況。」而且，人大此次釋法並不影響本案已判決的法律效力，只是香港特區法院在審理有關案件和引用《基本法》中該項條款時，應以全國人大常委會的解釋為準。他因此認為，「這次人大釋法只是『一國兩制』下香港的新法律秩序的產物，不應視為對香港法制的破壞。當然，這並不是說人大可隨意釋法，過多釋法必然會蠶食香港法院的司法權。總括來說，1999年的終審法院『澄清』判詞事件和『人大釋法』事件

可以理解為回歸初期初試《基本法》的實施時，香港和內地兩地法制的相互碰撞並開始相互適應的表現。」²²

在以後的憲法性案件中，香港法院沒有再就司法審查權問題提出法律意見或作出宣示 (declaratory statement)。「吳嘉玲案」提出的問題依然存在。

三 劃定香港法院司法審查權的權力邊界

(一) 終審法院的一般性意見與《基本法》第19條第2款

在「吳嘉玲案」中，終審法院其實也意識到法院的審查權或管轄權是有邊界的，或者說是有「限制」的。在終審法院看來，這種限制主要表現在兩方面：一是基於《基本法》第19條第3款法院對「國家行為」並無管轄權；二是基於第158條第3款，終審法院有義務請求人大常委會釋法²³。但是，《基本法》第19條第2款規定，「香港特別行政區法院除繼續保持香港原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對香港特別行政區所有的案件均有審判權。」問題是，哪些內容是「原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制」？這個問題不好回答。

吳建璠認為，這種限制包括了法院只執行法律而不能對法律提出質疑，也包括了作為地方行政區域的法院不能對中央立法提出質疑。在香港回歸前是如此，在香港回歸後也應該仍然如此。說特區終審法院有權審查法律以至全國人大及其常委會的立法行為，是直接抵觸《基本法》第19條的規定的²⁴。吳建璠其實排除了香港法院的任何違憲審查權，其學理根據是

中國的人民代表大會制度。這種論斷完全削弱甚至剝奪了香港法院原有的司法審查權，筆者認為是不可取的。

而湛中樂和陳聰則認為這其中就包括了對「議會至上」原則的遵守²⁵：

香港終審法院的法官們卻認為對司法審查權的限制只能來自《基本法》以列舉的方式明確規定，這是受「剩餘權力」理念的影響，認為《基本法》第19條所指的「香港原有法律制度和原則對法院審判權的限制」就是指同條第3款所稱的「對國防、外交等國家行為無管轄權」和基本法的其他條文所作的限制，除了法律規定之外，法院的司法審查權就不受限制。終審法院的法官們沒有理解第19條第2款的立法原意是概括性規定，香港原有的法律原則有許多並沒有成文法依據，也不可能一個條文中全部列舉，所以才有此規定。「議會至上」原則作為香港司法審查制度的基石，它對法院審判權的限制只要不與國家主權相抵觸，理所當然地會被保留下來。

這種說法看似有道理，但是實行起來有複雜性，那就是香港特區有兩個「議會」，一是特區立法會，一是全國人大 (包括人大常委會)。筆者認為，對特區立法會，「議會至上」原則基本不適用，因為法院的司法管轄權是全面的，即可以對立法會的立法行為和行政機關的行政行為行使違憲審查權，正如「馬維錕案」和「吳嘉玲案」(前半部分)闡明的那樣。在特區之內，立法權、行政權、司法權在憲制法律地位上基本是平等的。對於全國人大，特區法院基本沒有任何權威，更談不上對立法行為行使實質性的審查權。筆者傾向於同意，特區法院可

筆者傾向於同意，特區法院可以查證 (而非「審查」) 全國人大立法行為的事實存在。但是，提出這一觀點仍然有些底氣不足，因為全國人大首先是國家權力機關，一個區域法院對上一級的權力機關行使查證權力欠缺國家憲法的文字支援。

以查證(而非「審查」)全國人大立法行為的事實存在。但是,提出這一觀點仍然有些底氣不足,因為全國人大首先是國家權力機關,一個區域法院對上一級的權力機關行使查證權力欠缺國家憲法的文字支援。

如果說香港終審法院就管轄權問題的判決是錯誤的話,為甚麼全國人大常委會在1999年6月26日作出的〈關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十二條第四款和第二十四條第二款第(三)項的解釋〉中卻對此保持沉默呢?這的確令人大惑不解。是疏忽,是失誤,還是其他原因?我們不得而知。

但是終審法院對《基本法》第19條第2款的理解也是有些勉強。首先,終審法院認為,「上訴法庭基於《基本法》第19(2)條作出其結論」是錯誤的,「上訴法庭接納了政府的論據」^⑥。那又錯在哪裏?首席法官指出^⑦:

把舊制度與此相提並論是對問題有所誤解。1997年7月1日前,香港是英國殖民地。根據普通法,英國國會擁有最高權力為香港立法而香港法院不能質疑這項權力。

基於已申述的理由,在新制度下,情況截然不同。《基本法》第19(2)條規定「原有法律制度和原則」對憲法賦予法院的司法管轄權有所限制。但這條款不能把在舊制度下純粹與英國國會法例有關的限制引進新的制度內。

在這裏,筆者始終讀不懂、跟不上終審法院的邏輯。筆者認為,第19條第2款「原有法律制度和原則」中的「原有」指的應該是回歸前實行的、行之有效的,而今又不違反《基本法》的那

些制度和做法。總之,終審法院的邏輯是勉強的、不具有說服力的,甚至是沒有任何理論基礎的。

(二)《基本法》上「國家行為」的界定

「國家行為」這一概念正式進入中國法相對較晚,第一次正式出現在1989年通過的《中華人民共和國行政訴訟法》中。「國家行為」,通常是指國防、外交行為,因其具有高度政治性而被排除在司法審查之外,這在世界上已經成為普遍做法和慣例。筆者認為,國家行為排除在司法管轄之外的根本原因是,國家行為是主權行為,如宣戰、媾和、建交和斷交等,代表國家最高利益,具有高度的政治性,司法權不便於、也不應該介入。從這一點來看,國家行為並不包括主權者的全部行為。

《基本法》的寫法給我們留下了辯論的空間。第19條第3款規定「香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權」。而這個「等」字,屬於等內「等」,還是屬於等外「等」?胡錦光和劉飛宇觀察到,「從內地學者發表的觀點看,一般都將該『等』理解為等外『等』,即除國防和外交外,還可能有其他類別的國家行為。」^⑧他們接着提出^⑨:

按照香港基本法的規定,除國防、外交外的其他國家行為,至少有以下幾種:第一,中央人民政府任命香港特別行政區行政長官和行政機關的主要官員;第二,全國人大常委會對香港基本法附件三的法律作出增刪;第三,全國人大常委會宣布香港原有法

筆者認為,國家行為並不包括主權者的全部行為。《基本法》的寫法給我們留下了辯論的空間。第19條第3款規定「香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權」。而這個「等」字,屬於等內「等」,還是屬於等外「等」?

律同香港基本法抵觸。這些內容雖然不屬於國防、外交，但非常明顯，這些都是國家行為，都是中央的權力，香港特別行政區法院對此當然無管轄權。

他們也看到了問題和制度的複雜性^④：

但根據普通法的理解，法律條文中的「等」只能為等內「等」，即國家行為僅限於國防和外交兩類，而不能有其他類別的國家行為。香港回歸後不久發生的圍繞臨時立法會是否符合基本法的糾紛，內地學者認為該糾紛屬於國家行為範疇，法院應當運用國家行為理論作出裁決。但是，香港高等法院在判決中並未運用國家行為理論，而是認為成立臨時立法會是中央政府的決定，作為地方法院對此無權作出判斷。香港高等法院的這一做法顯然是等內「等」理解的表現。

如果他們所說的「中央的權力」的行使只是上述那三項的話，我們還好理解和接受。但如果說「中央的權力」的行使都被視作國家行為，其範圍則太寬泛，具體內容也不易把握。此外，上訴庭以「成立臨時立法會是中央政府的決定」為由從而決定該問題是不可訴的，其實隱含着對「議會至上」原則的承認，客觀上也認同中央對特區的憲法權威。

爭論還在繼續。陳弘毅認為，依普通法傳統，在案件審理過程中，判斷某一行為是否國家行為，以及案件是否涉及中央人民政府管理的事務或中央和香港特區關係，是法院的權力^⑤。而胡錦光則認為，「香港終審法院在『無證兒童案』中認為香港基本法第

24條的規定屬於自治條款，而直接解釋了該條款。……這是對自治條款和非自治條款沒有從本質上進行認識的結果。」^⑥兩位教授的不同觀點，恰好體現出兩地法治觀點和法律傳統的差異。

此外，有學者希望以美國憲法的「政治問題排除原則」來解釋某些行為的不可訴性，但這首先得回答「國家行為」是否就等同於「政治問題」這一複雜的理論與應用問題^⑦。

(三) 對法院司法審查權的限制： 人大釋法制度

《基本法》第158條確立了《基本法》的解釋體制，被認為是中國法與普通法法律解釋體制的混合體。因為法律解釋問題涉及香港的司法獨立，並最終與保障香港地區的高度自治產生聯繫，所以在堅持「一國兩制」的前提下，第158條所提出的是一個折衷的解決方案，它參考了歐洲共同體的法律解釋體制，該體制處理的是對法律的解釋權和對案件的終審權不在一起時的情形^⑧。

如前所述，終審法院也承認《基本法》要求終審法院向人大常委會提出釋法要求是對法院管轄權的一種限制，可見，人大釋法制度構成對特區法院司法權的限制。一方面，為了保障香港特區的司法獨立，《基本法》對司法解釋權在範圍上和程序上做出了特別的規定。《基本法》第158條規定，香港特區法院在審理案件時可以有條件地解釋《基本法》全部條文。另一方面，當法院需要對《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時，在

人大釋法制度構成對特區法院司法權的限制。一旦全國人大常委會對《基本法》作出解釋，香港特區法院在引用相關條款時就應以全國人大常委會的解釋為準，但在此以前作出的判決不受影響。

對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由終審法院提請全國人大常委會對有關條款作出解釋。一旦全國人大常委會對《基本法》作出解釋，香港特區法院在引用相關條款時就應以全國人大常委會的解釋為準，但在此以前作出的判決不受影響。對此，終審法院的「澄清」和人大常委會的釋法都分別予以重申過。

若將《基本法》放到中國憲法維度上考察，「請求制度」有其合理性和必然性^④。但是，人大常委會於1999年的第一次釋法是不幸的事件。正如胡錦光所說^⑤：

全國人大常委會雖可以通過重新解釋基本法的方式否定香港法院對基本法的解釋，但在行使基本法解釋權時，也必須慎重行事：(1) 首先必須承認香港法院實際存在的司法審查權。(2) 必須尊重香港法院對基本法的解釋。……(3) 香港社會屬於法治社會，同時，香港又屬於英美法系的傳統，在英美法系，由法院解釋法律是其傳統，因此傳統而形成了固有的思維模式，即只有司法機關才能解釋法律，並依據居於最高地位的法律進行司法審查。基於此，全國人大常委會對基本法的解釋只能在迫不得已的情況下而為之，特別是改變香港終審法院裁判的解釋應當慎之又慎。

筆者理解，維護香港特區的司法獨立，保證特區法院享有「獨立的司法權和終審權」也是《基本法》的立法原意，應該得到尊重。「請求制度」不適用於特區法院在審理案件時對自治事務條款的自行解釋；在審理案件時，終審法院既無須請示人大常委會，人大常委會也無權進行干涉。

四 結論

《基本法》明確規定，香港特區享有「獨立的司法權和終審權」。透過本文，我們看到，上述條文的落實不是一個一帆風順的旅程，問題出在《基本法》創設的制度本身。既然制度性的衝突已經存在，那麼國家政策制訂者和立法者就須尋求一個能平衡兩制利益的衝突解決機制。這種機制可以從憲法和《基本法》中尋找，也可以基於現行法律提出新的制度，比如成立一個利益中立於各成員方的衝突法院，以解決「一國兩制」甚至「一國多制」（假如台灣與中國統一）架構下的憲法性法律衝突。不論採用哪種制度或方法，香港回歸十三年來積累的豐富經驗肯定會是有利用價值的。

《基本法》明確規定，香港特區享有「獨立的司法權和終審權」。上述條文的落實不是一個一帆風順的旅程，問題出在《基本法》創設的制度本身。既然制度性的衝突已經存在，那麼國家政策制訂者和立法者就須尋求一個能平衡兩制利益的衝突解決機制。

註釋

① 參見 www.basiclaw.gov.hk/tc/basiclawtext/index.html。下引不再另註。

② 吳嘉玲、吳丹丹訴入境事務處處長案（經法官審閱之中譯本，案件編號FACV14/1998），http://legalref.judiciary.gov.hk/doc/judg/word/vetted/other/ch/1998/FACV0000_14Y_1998.doc，頁5、29；亦可參見Ng Ka Ling (an infant) and Another v. the Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315, [1999] 2 HKCFAR 4。

③ 肖蔚雲：〈九七後香港與中央及內地的司法關係〉，《中外法學》，1996年第2期，頁55。

④②③④ 湛中樂、陳聰：〈論香港的司法審查制度——香港「居留權」案件透視〉，《比較法研究》，2001年第2期，頁39；36；41；38-39。

⑤ 程潔：〈論雙軌政治下的香港司法權——憲政維度下的再思考〉，《中國法學》，2006年第5期，頁48。

⑥ 參見包萬超：〈憲政轉型與中國司法審查制度〉，《中外法學》，2008年第6期，頁805，註2。

⑦ Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (St. Paul, MN: Thomson/West, 2004), 864.

⑧ R v. Sin Yau-ming, [1991] 1 HKPLR 88.

⑨⑩⑪ HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others, [1997] 2 HKC 315; 335; 335.

⑫ Ng Ka Ling (an infant) and Another v. the Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315, [1999] 2 HKCFAR 4.

⑬ Yash Ghai, "Dark Day for Our Rights", *South China Morning Post*, 30 July 1997.

⑭⑮⑯⑰⑱ 吳嘉玲、吳丹丹訴入境事務處處長案，頁28；28：30；32；28：30-31。

⑲⑳ 〈就香港特別行政區終審法院的有關判決內地法律界人士發表意見〉，《人民日報》，1999年2月8日，第4版。

㉑ "China Challenges Hong Kong Court", BBC World Service, 8 February 1999.

㉒ 〈對香港特區終審法院就港人在內地所生子女居留權案件所作判決內地法律界人士發表意見〉，《人民日報》(海外版)，1999年2月8日，第1版；<http://web.peopledaily.com.cn/zdxw/6/19990208/99020861.html>。

㉓㉔ 陳弘毅：〈香港特別行政區法院的違憲審查權〉，載南京師範大學法制現代化研究中心編：《法制現代化研究》，第四卷(江蘇：南京師範大學法制現代化研究中心，1998)，頁428；425-26。

㉕㉖㉗ 胡錦光：〈關於香港法院的司法審查權〉，《法學家》，2007年第3期，頁22；24；24。

㉘ 杜強強：〈憲法修改與司法審查——以美國的憲政實踐為中心〉，《中外法學》，2007年第4期，頁400。

㉙ 李鴻禧：《違憲審查論》(台北：元照出版公司，1999)，頁54。

㉚ 戴耀廷：〈司法覆核與香港政府的行政權力〉，香港新聞工作者聯會主辦：「香港、內地、美國司法制度比較研究」講座，2006年10月21日。戴耀廷的另一篇相關文章論述全

面，值得一讀，參見戴耀廷、楊曉楠：〈香港的違憲審查制度〉，載湯德宗、王鵬翔主編：《兩岸四地法律發展》，上冊(台北：中央研究院法律學研究所籌備處，2007)，頁143-86。

㉛ 潘熙大律師：〈香港司法覆核制度〉，www.hkba.org/whatsnew/chairman-corner/speeches/2007/judicial_review_hectarpun.pdf。

㉜㉝ 陳弘毅：〈一國兩制的法治實踐：十年的回顧與反思〉(2009年6月14日)，憲政中國，www.ccwhu.com/html/lilunqianyan/zhongguoxianfa/20090614/428.html。

㉞㉟ 程潔：〈香港憲制發展與行政主導體制〉，《法學》，2009年第1期，頁49；52-53。

㊱ 吳嘉玲、吳丹丹訴入境事務處處長案判詞「澄清」(法庭中譯本)，http://legalref.judiciary.gov.hk/doc/judg/word/vetted/other/ch/1998/FACV000014AY_1998.doc，頁4。

㊲㊳㊴ 胡錦光、劉飛宇：〈論國家行為的判斷標準及範圍〉，《中國人民大學學報》，2000年第1期，頁86-87；87；87。

㊵ 陳弘毅：《法治、啟蒙與現代化的精神》(北京：中國政法大學出版社，1998)，頁276。

㊶ 美國聯邦最高法院在「政治問題排除原則」上作出決定性的判決是「貝克爾訴卡爾案」(Baker v. Carr, 1962)。相關討論參見齊光裕：《違憲審查與政治問題》(台北：揚智文化事業股份有限公司，2003)；李曉兵：〈論違憲審查實踐中的「政治問題排除原則」〉，《河南省政法管理幹部學院學報》，2007年第3期，頁167-72；李毅：〈美國聯邦最高法院的司法審查權〉，《法學雜誌》，1999年第1期，頁47-48。由於篇幅限制，在此不闡專節討論。

㊷ 參見朱國斌：〈香港基本法第158條與立法解釋〉，《法學研究》，2008年第2期，頁10、13-14、20。

朱國斌 香港城市大學法律學院副教授，法學博士。