

违基审查 20 年:香港法院宪制 功能的检视、省思与前瞻

姚国建

(中国政法大学法学院,北京 100088)

摘要:香港《基本法》实施的 20 年也是特区法院行使违基审查权的 20 年。特区法院通过违基审查塑造自己在香港新宪制体制中的角色,确保《基本法》在特区的宪制性法律地位,保障特区居民基本权利,对中央与特区的关系进行诠释,也参与了特区新政治体制的构造。在此过程中,能动或谦抑的司法哲学、自由优先或秩序优先的裁判立场、域内或域外的裁判法理、中央或特区的利益衡量,这些因素或立场的择取不仅影响了法院裁判结果,也彰显了法院对自身宪制功能塑造的考量。法院在某些时候过于积极的司法能动、对自由的优先选择、对域外法理的过份依赖,以及以所谓的特区利益为中心的裁判立场,使得特区法院的裁判对《基本法》的实施并非全部是正面作用。保持适度的司法谨慎、发展特区自己的裁判法理、在自由与秩序及中央利益与特区利益之间谨守平衡,是特区法院未来违基审查的理性选择。

关键词:特区法院;违基审查;宪制功能;司法能动;司法谦抑

中图分类号:D 676.58;D 909

文献标识码:A

文章编号:1000-260X(2017)01-0044-09

1997 年 7 月 1 日,中国政府恢复对香港行使主权,香港特别行政区(简称“特区”)成立,迄今已近 20 年。香港回归后,特区法院开始审查特区立法会制定的法律或政府行为是否符合《基本法》,这一权力被称为“违反《基本法》审查权”(简称“违基审查”)^①。

特区成立的 20 年是香港社会转型与发展的重要时期。《基本法》的实施使香港宪制基础发生了重大变化,宪制秩序得以重建。特区社会在新宪制体制下经历了经济、民生、政改和社会转型等诸多挑战,可谓风风雨雨。作为特区新宪制体制中的重要成员,法院通过违基审查履行自己的宪制责任,成为公众眼中公平正义的化身;在此过程中,法院也无可避免涉足各种冲突,在少数案件中甚至被卷入其中,引发社会对法院宪制角色与功能的争议。法院宪制功能的合理界定及成功践行是关乎特区法治发展方向的重大问题。本文以 20 年间法院的违基审查实践为线

索,分析特区法院是如何探索及践行自己的宪制功能,以及有哪些因素影响法院对宪制功能的定位,在此基础上反思特区法院宪制地位的恰当定位。

一、特区法院违基审查的宪制功能

《基本法》并没有明确规定特区法院违基审查的职权,但特区法院经由回归初期的马维昆案及吴嘉玲案确立了这一职权。虽然学者们对于特区法院有无违基审查权存有争议,但法院并没有受到学理争议的影响,积极介入各种《基本法》纠纷,通过判例发挥自己在新宪制体制中的功能,具体包括以下方面。

(一)保障《基本法》在特区宪制性法律的地位

《基本法》是全国人民代表大会按照大陆法思维制定的法律,核心是落实“一国两制”,是特区宪制性

收稿日期:2016-12-08

作者简介:姚国建,法学博士,中国政法大学法学院教授,博士生导师,主要从事基本法、司法改革、社会权保障研究。

法律。宪制性法律具有原则性和概括性的特点。《基本法》实施以后,通过特区法院的违基审查实践,《基本法》因法院的司法适用而日趋精致化,违基审查的依据、对象、裁判标准和后果等司法技术性的内容也在《基本法》的文本之外逐渐建立完善起来,使《基本法》的规范体系完善不断丰富。所以,特区法院的违基审查不仅意味着《基本法》的抽象文本得以具体化,能够运用于特别行政区的政治社会实践,而且违基审查制度自身在曲折中逐渐完善,变为一个具有特色的宪法监督意义上的制度体系。违基审查的实践使《基本法》所规定的各项制度在特区得到落实,也使《基本法》所要求的“在特区实行的一切制度以本法为准”的规定得以遵循,使其真正成为特区的宪制性法律。

(二)保障居民基本权利免受公权力机关的侵害

《基本法》第三章详细规定了居民的基本权利,但这些权利的具体内涵、受保障的程度以及与国家权力及公共秩序之间的具体边界在《基本法》文本当中并没有明确的界定,它必须以立法或行政的方法予以明确,并以司法的方式予以检验其界限的合理性。通过违基审查,特区法院厘清了各项基本权利的内涵与保障边界,为公民、立法及行政机关提供了指引。

违基审查对基本权利保障的基本方式是通过审查立法或政府行为是否合法来防止其侵犯公民权利。在《基本法》下,特区法院违基审查的对象十分广泛,立法及体系庞杂的行政部门的政策都有可能受到法院的审查。当然,能够进入法院尤其是终审法院裁判的案件往往具有一定社会影响力,可能涉及立法价值判断。总体上,法律被宣布抵触《基本法》的并不多见。据统计,特区终审法院仅对9起案件所涉及的法律做出了抵触判决。虽然数量不多,但对立法和行政部门却产生了有效的威慑作用,使其在立法和决策时必须考虑立法或行政行为的正当性,从而防止权力滥用。

特区法院还通过承认《人权法案》的裁判依据地位来扩张其人权保障的范围。《人权法案》是英国政府为在香港本地落实《公民权利和政治权利国际公约》而于1991年制定的。除将公约列举的各项人权转化为本地居民的權利外,还规定本地立法应作出与其一致的解釋。《基本法》第三十九条规定《公民权利和政治权利国际公约》继续适用于香港,而《人权法案》内容出自公约。所以,不仅《人权法案》所列举的各项权利仍然能够被特区居民所享有,更重要的

是,《人权法案》借助于《基本法》在特区成立后仍然获得了至上性地位,法官经常引用《人权法案》作为判断立法或行为有效性的依据。曾有前任特区政府官员于2011年在立法会上接受质询时答复称,自1997年特区成立以来,有相当多的立法条文或政府措施被法院以违反《人权法案》而宣布为无效^[1]。值得关注的是,对于法官以抵触《人权法案》为由宣布某项立法或政策无效的做法,特区政府亦从未提出反对^[2]。

(三)违基审查对中央与地方关系的诠释

《基本法》的一个重要职能是规范中央与特区关系。《中央和香港特别行政区的关系》被置于《基本法》的第二章,仅次于《总则》,可见其重要性。《基本法》合理地界定中央与特区各自的权限范围。在违基审查实践中,《基本法》规定全国人大常委会有权解释《基本法》,但亦授权香港特区法院享有解释权。实践中,特区法院在行使审判权时只要案件涉及《基本法》就可对其进行解释,其解释是日常性的;而全国人大常委会的解释不多(迄今为止仅为五次)。这样造成的结果是虽然中央(全国人大常委会)的解释权高于地方(特区法院),但实质上《基本法》解释权在相当大程度上为特区法院行使,对《基本法》的几乎所有条款享有事实上的解释权。

特区法院违基审查涉及中央与特区关系的第一个内容是特区法院能否审查中央立法的问题。吴嘉玲案中,香港终审法院就有法官试图确立这一伪命题,但这一立场遭到官方和有识之士的明确反对。香港终审法院最终作出澄清,表示其不会质疑全国人大及其常委会的权威。后来特区法院也不再对中央立法或政策进行质疑,但特区法院仍然对全国性法律在特区的转换立法进行审查。

特区法院违基审查涉及中央与特区关系的第二个内容是特区法院掌握着决定是否提请全国人大常委会释法的主动权。根据《基本法》第一百五十八条,特区法院在审理案件时如需对《基本法》中关于“中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系”条款进行解释,而解释又影响到案件的判决,在对案件作出不可上诉的终局判决前,特区终审法院应提请全国人大常委会进行解释。特区终审法院在吴嘉玲案中提出了判断某一条款应否提请全国人大常委会解释的两个标准:一是是否属于中央与特区条款,二是是否是主要条款。这一标准使特区法院在决定是否提请全国人大常委会解释《基本法》时获得了一个可参照的技术性标准,但也使特区法院掌握

了是否提请全国人大常委会解释《基本法》的主动权。在某些案件中,可能出现的情形是:中央政府认为该案件应适用《基本法》有关中央与特区关系条款,但特区法院认为并不需要适用;或是针对特区法院适用的某一条款,中央政府认为是中央与特区关系条款,但特区法院认为其属于自治范围内的条款。无论是上述两种情形的哪一种,当中央政府认为某一案件中出现了应提请全国人大常委会解释《基本法》的情况,但特区法院完全可以以“主要条款”标准为由拒绝提请。问题是,全国人大常委会在这种情况下似乎无能为力。庄丰源案即是如此。此案涉及《基本法》第二十四条第二款第一项,特区政府认为该条款的执行将会对“中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系”有“实质影响”,所以应提请全国人大常委会解释。但香港终审法院认为,决定是否提请法院应当考虑的是该条款的性质而非计算执行该条款的影响;而且除非案件牵涉一条以上《基本法》条款(如吴嘉玲案),否则法院就没有必要检视“主要条款”的判断标准,而本案只涉及《基本法》第二十四条第二款第一项,所以无需提请全国人大常委会解释。针对终审法院的这一决定,全国人大常委会虽表示关注,但似乎并无有效的应对措施。直到2014年,香港终审法院才在“刚果(金)”案中第一次提请全国人大常委会释法,也是迄今为止唯一一次由香港终审法院提请的人大释法。当然,吴嘉玲案的后续发展给了我们另一个可能的思路,那就是全国人大常委会不经终审法院提请而主动释法,而终审法院亦在刘港榕一案中明确其亦对法院有约束力。

特区法院违基审查涉及中央与特区关系的第三个内容是特区法院通过对全国人大常委会解释的“再解释”从而影响其约束力。虽然终审法院表示全国人大常委会无论是经特区法院提请还是主动释法,其解释都对特区法院有约束力,但何谓全国人大常委会的“解释”,似乎仍落入特区法院解释权的框架内,从而可能消解全国人大常委会释法的效力。1999年吴嘉玲案后,全国人大常委会第一次对《基本法》作出解释。在阐明与吴嘉玲案直接相关的第二十二条第四款和第二十四条第二款第三项两个条文的立法原意后,还提到:“本解释所阐明的立法原意以及《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款其他各项的立法原意,已体现在1996年8月10日全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四条第二

款的意见》中。本解释公布之后,香港特别行政区法院在引用《中华人民共和国香港特别行政区基本法》有关条款时,应以本解释为准。”(以下简称“有关陈述”)易言之,这份文件不仅意在避免“吴嘉玲案”式终审判决的重演,还未雨绸缪地对第二十四条第二款其他各项可能引发的争议做一先行立法原意澄清。按照全国人大常委会的设想,它已经对第二十四条第二款其他各项作了解释,以后特区法院审理涉及这些款项的案件自应以此为准,这样一举而毕全功。但在庄丰源案中,终审法院并没有遵循全国人大常委会的解释。本案涉及《基本法》第二十四条第二款第一项。根据该项,香港特区成立之前或之后在香港出生的中国公民均具有香港特区永久性居民身份。这一规定可能会导致的一种情况是“双非儿童”也有权获得特区永久居民身份。而根据全国人大常委会解释中提到的1996年特区筹委会的决定,在香港出生的中国公民必须在其出生时父母至少有一方是特区永久居民才可以获得永久性居民身份。虽然全国人大常委会认为其1999年的解释已将这一意思包括于其中,构成了“解释”的一部分,但终审法院并没有遵从这一解释。法院的理由是,“有关陈述”对特区法院并不构成具有拘束力的解释,“它(‘有关陈述’)只是这个解释文件的附论^[3]。特区法院实际上是运用普通法下的“判决理由”和“附随意见”区分规则来对全国人大常委会的解释进行了区分,即对这一解释进行了再解释,消解了全国人大常委会解释对特区法院的约束力^[4]。这一判决形成的先例在日后特区法院的审判中没有被推翻,并且在后来的“外佣居港权”案初审和上诉中被法官遵循。

(四)违基审查对特区政治体制的影响

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”^[5]。法院的违基审查从个案角度看是针对某一立法或政策;但客观上是在诠释或重构特区法院与立法会及政府之间的权力关系。不仅如此,法院行使这一《基本法》文本并无规定的权力,使自己成为《基本法》的权威解释者,从而潜移默化地改变《基本法》既定的权力结构。

特区法院违基审查首先对立法权产生影响。法院对法律进行审查其结果有两种可能性:符合《基本法》或抵触《基本法》。如是前者,自然不影响法律的效力和实施;如果是后者,法律会被确认为无效而不能适用。当然,为防止立法真空或尽量减少对既有规

范体系的冲击,法院也可能会采用限定性解释或给予立法指令的方式。无论哪种方式,违基审查的一个直接后果就是法律进入实施程序后并非绝对有效,当事人可以在诉讼中进行质疑,法院也可以进行裁判直至宣布其无效,这无疑对法律秩序的稳定性造成影响,也会反过来影响立法机关的行为。从香港特区成立以来,特区法院共审理了100多起涉及《基本法》的案件,对大约100多个《基本法》条款进行了解释,仅在极少案件中宣布立法违反《基本法》。从直接后果来看,虽然特区法院积极行使违基审查权,但并没有对立法会的决策产生实质性影响,立法会仍然在特区法律体系的建构中起到核心作用。这一情况也与其他违宪审查体制下的情况类似^②。但是,违宪判断的多少不能成为法院违基审查效果的唯一评价因素,更不能因其违宪判断数量少否认这一制度的价值及影响。在法院作出违宪判决的案件中涉及的都是居民重要的基本权利;而且,法院的违宪判断并不仅涉及一个案件的当事人,而是使法律效力不再延续,也就不再有新的当事人受到不利影响。同时,法院的违宪判断将对立法和行政部门产生威慑作用,使其在立法和决策时必须考虑立法或行政行为的合宪性,从而有助于防止权力滥用。当然,法院的违基审查与立法自主之间存在不可避免的张力:居民因为权利遭立法会违法剥夺而寻求司法救济无可厚非,但法院审查的权力愈广泛行使,立法自主便愈艰难维持^③。面对法院行使的《基本法》并无赋予的这一权力,立法会如何面对呢?从实践来看,立法会在绝大多数情况下表示了尊重和遵从,不仅对于法院宣称的一般意义上的违基审查权,也包括在个案中对法院宣称法律违反《基本法》的裁判不表示反对。在另一方面,特区法院在涉及议会内部运作问题方面也表现了高度的审慎,以免司法权侵蚀议会自主权,比如在梁国雄诉立法会主席案中,高等法院认为其并无充分的理由在前立法阶段介入,而应等法律通过后再对其审查^④。可以看出,法院在主张自己有权对立法进行审查的同时,仍然强调违基审查介入的时间、范围及程度,所以它并未侵蚀立法会作为民意代表机关的根本,因而总体上仍能够被立法会、社会大众所接受。

其次,特区法院违基审查对行政长官的主导地位造成影响。行政主导的核心是行政长官在政治体制中起主导作用,成为权力结构的核心。但特区法院过于积极的违基审查对这一体制产生了消极影响。香港回归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,立法会几乎成为政治活动的中心,时时挑战政府的权威,政府施政处处受掣肘^⑤。1999年开始的立法会对行政主要官员的不信任动议和2002年的高官问责制都使得立法机关的优势地位越来越明显。在立法与行政对峙的过程中,有些议员通过向法院提起诉讼的方式利用司法阻碍行政机关施政。如“公务员减薪案”、“公屋租金案”、“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^⑥。法院在某些案件中过分强调司法至上,因缺乏对行政长官应有的尊重而使司法呈现出“过高的积极姿态”,逾越司法的应有界限。反过来,行政“主导”主要是针对立法机关而言的,行政长官对司法的制衡手段相当有限。虽然特区法院法官由行政长官提名,理论上行政长官可以借此影响司法权,但行政长官应根据独立委员会的推荐人选来任命法官,而行政长官一般会尊重委员会的提名权,也没有发生过委员会推荐的人选被行政长官拒绝的情况。可以看出,指望通过法官的任命权来牵制违基审查对行政主导的影响不太现实,而基于司法终审原则行政长官也无法依赖中央对特区司法权的制约来维护行政主导。

二、影响特区法院宪制功能的因素

特区法院的违基审查使《基本法》由规范成为实践,在居民权利保障、政治结构的型塑乃至中央与地方关系的建构中都起到重要的作用。但是,作为一种全新宪制体制下的法院,法院面临的争议甚至质疑也在所难免,而法院亦在争议或质疑中不断调适自己,以寻求自己在特区宪制体制中的恰当定位。在此过程中,能动或是谦抑的司法哲学,自由抑或秩序的裁判立场,域内还是域外的裁判法理,中央或地方的利益考量,这些不同因素是法院需要面对和选择的,其中的分寸拿捏反映了法院是如何理解自己的宪制功能。下文将通过法院对这些因素的抉择来分析其宪制地位的自我定位。

(一)积极能动或司法谦抑:特区法院司法哲学的争拗

具有违宪审查权的法院大致有两种基本的立场选择:一是积极的司法能动主义,二是消极的司法被动主义。法院如何抉择表明其是积极主动介入社会争议、参与政策形成还是消极被动谨守自己的司法功能。

香港在回归之前就存在“幼稚的民主与发达的法治相映成趣”的奇特景象,英国殖民者基于对自身利益的维护和本地民主的忌惮,不愿发展民主制度,但为维护居民对殖民的信心,将本土发达的法治移植过来,以补强其自身统治的正当性^[9]。直至20世纪80年代,香港民主建设才开始起步,特区成立后这一进程仍在继续,但整体上仍处于发展之中。《基本法》也承认特区成立之初民主的不充分,因而为未来民主政治的发展预留了制度空间,但应遵循“根据特区的实际情况按照循序渐进”的原则。在民主体制尚未完善、民主机制功能尚未充分发挥之际,一些社会争议无法通过民主方式解决,转而诉诸法院;而且民主发展本身出现的问题也希望法院的介入,所以香港法院面临诸多政治性争议。在特区成立初期,法院也乐于介入这些争议以提升自身的存在感,希望通过更多案件积累司法经验,提升法院权威和其在宪制体制中的地位。在这一过程中,法院展示了自己积极的司法能动主义。

特区法院积极的司法能动主义必然会影响其与立法机关及行政机关的关系。特区成立后,立法与行政的关系一直处于紧张之中,而法院在回归初期过分地陷入到了立法与行政机关的杯葛之中。在立法机关与行政机关的长期对峙中,有些议员确实在利用法院的违基审查权去对付行政机关。当然,从这些案件中认定法院违基审查在破坏特区行政主导体制并不客观。但是,法院过度介入政治性的争议实际上是逾越了自己在宪制体制中的应有角色。经过回归初期的震荡,学术界和实务界都在反思这一现象。有香港学者认为,法院过分的“司法积极主义”使其演变成为了“政治纠纷的裁决者”,不符合法院自身宪政角色,因而提出法院应遵循司法谦抑主义^[10]。法院自身也在反思自己的宪制功能定位。时任终审法院首席法官李国能在2006年法律年开启典礼上发表了被视为“弦外之音”的致辞,指出法庭并非担任“决策者”的职能,不能就任何政治、经济及社会问题提供万应良方,必须由政府及立法机关透过政治过程解决^[11]。现任首席法官马道立在2011法律年度开启典礼致辞中再次表示:法庭服务市民,并不是替他们解决政治、社会或经济问题^[12]。这表明,特区法院已开始意识到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。

(二)自由抑或秩序:特区法院裁判立场的倾向

自由与秩序之间的张力是任何一个法院必须面

对的问题。在法理上,基于公共秩序的维护可以对公民权利施以合理限制,但如何具体确定这一界限取决于法院的判断。从特区法院违基审查的实践来看,法官强调《基本法》对权利的保障功能,将个人权利和自由置于首要地位,主张采用宽松的解释方法来对待权利或自由条款。在1991年的律政司诉邱达昌一案中,香港上诉法院援引了一系列英国枢密院的判例以强调应以宽松的、目的性方法解释宪法权利。在R v. Sin Yau-Ming中,上诉法院援引枢密院在Minister of Home Affairs v. Fisher一案的判决,强调在解释宪法时要采用宽松解释方法以尽量保障宪法上的权利和自由。这些采用宽松目的解释方法的案例形成了判例,影响到回归后特区法院对《基本法》权利规范的解读。在马维昆案中,Mortimer法官主运用Fisher案的宽松目的解释方法来解释《基本法》:“近年来发展的普通法解释方法有足够的宽度和灵活性,可用以目的论地解释这份类似宪法的文件的清晰的文字。”在张丽华案中,高等法院陈兆恺和Mortimer两位法官都引用了Fisher案,强调应对《基本法》中权利和自由条文给予“宽松目的论的解释”;在梁国雄诉特区案中,终审法院解释了为什么应采用宽松解释方法:“对基本权利的解释必须秉持宽松的、目的解释。相应的,对任何限制公民基本权利的法案都必须坚持严格解释。也就是,政府必须承担证明限制正当性的责任。任何一个法治社会中,法院必须在保障基本权利方面保持足够的警惕,而对任何施加于权利之上的限制予以严格的审查。”

当然,为了保障居民的基本权利,终审法院并不是一味地坚持宽松的、目的解释。当法院认为其他方法更有利保障居民权利时,也会毫不犹豫地采用其他方法。

(三)域内或域外:特区法院裁判法理的择取

回归后,《基本法》成为特区的宪制性法律,法院审查特区立法应以《基本法》为依据。但《基本法》同时规定,其他普通法适用地区的司法判例可作特区法院审理案件的参考。实践中,特区法院的依据远不止《基本法》,而是扩充到广泛的域外法;而域外法中也不限于其他普通法地区的判例,还包括国际人权公约、国际惯例,甚至大陆法^[13]。有香港法官将这种广泛援引域外法的原因概括为两方面:一是彰显香港作为发达经济体具备与之相适应的法治水平,二是在与中央的关系中维系自己法治的高水平与独特性^[14]。

针对法院如此广泛地引用其他司法区的判例,也有法官表达不同意见。在如在特别行政区诉张嘉辉案中,法院坚持运用以往判例所确立的普通法证据判断规则,并认为英国或加拿大两国的证据判断规则与本案无关^[15]。对欧洲人权法院的判例,有些法官认为由于法治理念的区别,它对特区法院的参考价值是值得怀疑的。如在崑岗有限公司诉城市规划委员会案中,法官 Waung 认为应以普通法的文义解释规则来解释《人权法案》,而不应诉诸大量复杂的、不确定的、兜售“司法自主”的外国判例,外国法的概念可能与香港法语境下有着完全不同的内涵,“除非某些判例具有极强的说服力,否则香港法院便会堕入欧洲人权法浩瀚的文字之中”^[16]。在谭心怡诉胡大为案中,法官 Derek Cons 也认为法院没有必要用欧洲人权法院判例中的“压倒性的社会利益”取代已有的必要性原则^[17]。

域外法的影响不仅在于特区法院大量援引域外法的判例,还在于特区法院的外籍法官参与特区司法权的行使。司法权作为国家公权力的组成部分,一般应掌握在本国公民手中,这是人民主权原则的要求,世界各国包括中国内地莫不如此。但是,这一原则在香港并不适用。《基本法》只要求终审法院和高等法院的两个首席法官必须由特区中的中国公民担任,其他法官并不强制要求中国公民;而且可以从其他普通法地区聘请法官。这一规定的直接后果就是法官队伍中不仅有非中国籍的公民,而且比例很高;甚至还有香港地区以外的其他普通法地位如英国、澳大利亚、新西兰等地的法官每年都会在特定时间来到香港审理案件。

这些外籍法官来自于世界上法治发达的普通法国家,在审判实践中通过援引其他普通法法域的判例,使特区法治能够与发达普通法国家的实践保持同步,丰富了特区的法治内涵;而香港法院的一些判例也借此被其他普通法国家的法院引用,这也是香港法律界引以为豪之处。但是,非中国籍人士担任特区法官的弊端也是明显的。这些法官与特区没有任何关系,对香港社会并不完全了解,其对《基本法》的处理有时难免与特区情况脱节,致使一些案件的裁判表现出明显的盲目性。更重要的是,《基本法》承担着调整特区自身与中央关系的功能,有些案件如何裁判不仅涉及特区社会,还关涉国家主权与中央权威。由对中国法治及中国国情不了解的外籍法官来裁判《基本法》案件难免引发争议。从长远看,外籍人士担任特区法院法官的制度实有改革的必要,这既

有利于维护特区司法主权,也是裁判更科学的要求。

(四)“一国”还是“两制”:特区法院裁判利益的衡量

《基本法》不仅是特区的宪制性法律,还是规范中央与特区关系的一个重要法律。《基本法》下的香港特区是中央政府直辖的一个特殊地方单位,中央授予特区高度自治权,但保留了国防、外交、任命主要官员、解释和修改基本法等重要权力,这些权力的行使可能会与特区政府的高度自治权产生交集,也有可能对特区居民权利产生影响。另一方面,国家主权、统一和领土完整是中央政府必须维护的利益,香港特区亦不得损害。特区法院在行使违基审查权的过程中无可避免地要面对中央与地方权力或利益冲突的问题。同时,法院作为特区政府机构中最为强调独立性的机构,亦警惕于任何来自于中央可能对其独立性的影响。在此过程中,特区法院需要在自身权力与中央主权、居民权利与国家主权之间的关系之间寻找合理的平衡,其自身也需要在“一国两制”中寻找自己恰当的地位。

在香港成立初期出现的居港权系列案件折射了中央政府利益(基本法的解释权、对边境管制所反映的主权性权力)与特区居民权利(居留权)之间的冲突。在最初的居港权案件即吴嘉玲案和陈锦雅案中,特区终审法院试图将自己定位为单纯的特区高度自治权及居民权利维护者的角色,并以此来确立自己在特区宪制体制中的最高司法权威地位,因而在忽视全国人大常委会的释法权与国家主权利益的情况下迳自作出自以为有利于居民权利的裁判。但这一角色及功能定位与《基本法》赋予其的职能并不完全相符,其裁判也遭致特区政府和中央政府的质疑,终审法院也不得不作出澄清。在澄清中,终审法院明确表示并没有质疑全国人大常委会的《基本法》解释权。重要的是,特区法院自此以后不再质疑中央的立法行为。事实上,绝大多数全国性法律并不适用于特别行政区,因而终审法院事实上没有审查这些法律的必要性和可能性^[18]。而且,针对全国人大常委会的第一次释法,终审法院在随后的刘港榕案中明确表示,尽管这一解释不是应终审法院的提请作出的,但其仍对香港法院有拘束力。终审法院指出,全国人大常委会对《基本法》的解释权是常设性的,即使终审法院没有提请,全国人大常委会仍然有权在其认为适当的时候作出解释;而且,全国人大常委会的解释并不限于《基本法》中“自治范围外的条款”,而是可

以针对所有条款。这表明终审法院认识到《基本法》所承载的维护国家主权功能以及全国人大常委会的主权者地位,《基本法》也不单纯是保障特区居民权利。相应的,全国人大常委会的解释只是强调其在阐明《基本法》相关条款的立法原意,无意推翻终审法院在吴嘉玲案中的判决,也没有否定法院主张的目的性解释方法(虽然全国人大常委会自己以原意解释方法解释《基本法》)。

回归初期全国人大常委会与香港终审法院的互动显示了中央与特区建立合理关系的尝试,双方既坚持各自珍视的价值或重要利益,但同时又不触碰对方的底线。这一理性思维有助于中央和特区合理关系的形成和维系,并在随后的20年中基本得到了延续。在国旗案中,终审法院强调其有权对《国旗法》在特区的实施性立法《国旗区旗条例》进行审查,但同时强调“全国性法律必须作适应化修改以便在香港特区实施”,实质是欲表明其在对特区立法而不是中央立法进行审查,以避免吴嘉玲案式的争端。并且,终审法院最终维持了条例的合法性,使国旗所代表的国家主权得到尊重。另外,在梁国雄一案中,法官也强调警察有权基于国家安全等利益对公民的集会自由进行限制,其中“国家安全”是指“保卫中华人民共和国的领土完整及独立自主。”^[19]

但是,特区法院念兹在兹的仍然是其对居民权利保障的宪制功能以及其作为《基本法》争议最终裁判者的角色。终审法院虽然承认全国人大常委会的解释权,但其通过在吴嘉玲案中所设置的提请条件即“类别条件”和“必要条件”,使自己成功地掌握了提请释法的主动性。在庄丰源案中,终审法院亦以此作为理论依据拒绝提请全国人大常委会对《基本法》进行解释;并且,针对全国人大常委会的解释,终审法院以“判决理由”和“附随意见”的普通法理论对其予以区分,实际上是对全国人大常委会的解释进行“再解释”,从而实质性地限缩了全国人大常委会解释的效力^[4]。这些理论和实践实质都是试图维护特区法院审判权的独立性。而在具体个案中涉及到的中央政府利益时,特区法院亦在实质上偏向于所谓的居民权利的保障。如在有关“占中”案件中,法院对于明显构成违法犯罪的人士仅处社区监禁的处罚,在一定程度上纵容和鼓励了这些激进人士通过极端手段对社会秩序构成破坏以及对抗中央政府根据《基本法》正当行使的职权。

三、特区法院宪制功能的省思与前瞻

香港回归20年来,特区发展历经风雨,其所遭遇的种种难题往往转变为司法案件。特区法院如何处理这些案件,香港社会各界投射来高度期待的目光,法院敏感地感受到社会各界对于社会变革的呼吁,知道自身并不能置身事外。在社会瞩目与期待的背后,是法院如何在新的宪制环境下寻找自己的恰当定位。在对过往实践省思的基础上展望未来,特区法院需要在能动和自制、理想与现实、传承与发展之间做出理性的判断和选择,以司法者的法律智慧来推动“一国两制”实践在特区丰富而生动地展开。

(一)尊重立法及行政职能,谨守法院的法律角色以防过度政治化

早在香港回归之初,就有香港学者意识到,如何在新的宪政体制下防止法院的政治化对于法院自身是一个挑战:“在97年过渡后,香港法院在香港法制以至政制中的功能将有增无减……1997年后的香港法院将有宽阔的空间发展香港的法律……但法院面临的挑战是如何采取一种中庸之道,一方面勇于坚持独立司法行使其法定的管辖权,藉此维护法治和人权;另一方面,不采取过高的姿态,以避免法院角色的政治化。”^[20]特区通过积极的违基审查介入各种争议,使《基本法》所要求的“在特区实行的一切制度以本法为准”的规定得以遵循,使其真正成为特区的宪制性法律。在此过程中,违基审查制度自身也在曲折中逐渐完善,成为一个具有地方特色的宪法监督意义上的制度体系。

但是,这种积极介入的姿态给自己带来了诸多争议,这些争议可能对法院维系自己在特区宪制体制中的地位并不利。特区法院需要认识到司法自身的局限性,既要看到法治发达国家曾经的司法能动经验,也要看到这些国家从司法能动向司法自制的理性回归,从而在能动的司法和自制的司法之间做出审慎的判断和抉择,不断地调整自己的定位,特别是在回应社会变迁过程中各类诉求的同时,更需要保持自身独特的社会角色。法院不是政治纠纷的裁决者,否则将有可能使自己染上过多的政治化色彩,不利于维护自身独立、公正的司法形象。这就需要法院更加尊重立法机关作为民意代表机关在民意表达、规制创制及社会共识凝聚方面的主导作用,也要尊重行政主导的宪制决策,通过违基审查保障行政

长官在法律实施中的首要角色,使自己与政治、民意等保留一定的距离,从而确保自己的独立性。正如终审法院首席法官马道立在2016年法律年度开启典礼上发表的演讲中指出的:“只有当法律纠纷须要裁决时,法院才会担任积极角色……《基本法》清楚界定了法院的宪制角色:香港法院享有‘审判权’,而法院亦会独立地司法。司法独立的原则列载于《基本法》的三项条文之内。历来已有不少关于司法独立的言论,但永远值得再三重复的一点是:司法独立是法治的关键。”

(二)处理好中央与地方、自由与秩序的关系

特区法院不仅需要司法能动或谦抑之间寻求恰当的平衡,在特区社会结构日益多元、政治歧见和分化日趋强烈的背景下,法院肩负着通过审理案件维护《基本法》权威、促进香港特区社会各界在《基本法》框架内达成基本共识的重要责任。这就需要法院在个案审判中要对事关《基本法》一些重大和基本的问题做出明确的回应。这些问题包括香港作为国家特区的法律地位、宪法和基本法的效力、中央和特区的关系、居民权利的合理界限。

《基本法》不仅是特区的宪制性法律,还承担着规范特区自身与中央关系的使命。特区是中央直辖下的一个特殊的地方单位,中央政府在特区享有国家安全、主权和领土完整等重大利益,而这些利益也应得到《基本法》和法院的保障,法院不可偏废。同时,《基本法》虽然授予特区法院终审权,但这改变不了特区法院作为我国地方法院的本质,包括终审法院在内的特区法院行使的司法权并具有主权性质,因而特区终审法院无法将其定位于一个主权意义上的最终司法权,而只能是在诉讼意义上的终审权,必须受制于全国人大常委会的释法权。当出现应提请释法的情形时不可自行解释,亦不可以普通法规则对全国人大常委会解释“再解释”,更不可直接无视全国人大常委会的释法。

特区法院还需认识到,对于那些影响香港社会发展的重大案件,法院如何判决不仅影响涉案的当事人,而且还会涉及政府部门或其他公共机构,案件的影响力也往往要溢出案件本身而牵涉到其他居民的权利和自由,也会直接或间接地影响整个社会的公共利益。因此,法院固然应以保障人权为己任,但亦负有维护公共利益的重任,因而不能仅是抽象化地理解权利而忽略权利保障背后复杂情势,更不可不加区分地简单、直接套用域外法的法理来裁判本

地纠纷,法院应立足于自己的特区法院、我国地方法院的宪制地位,在个人利益与公共利益之间寻找到恰当的平衡点。

注:

- ① 由于《基本法》在香港被理解是特区的“宪法”或“小宪法”,法院的这一权力被香港学者称为“违宪审查权”,但我国是单一制国家,全国只有一部宪法,《基本法》不能被称为特区的“宪法”,所以将特区法院的这一权力称为“违宪审查”容易引发歧义,故本文称为“违基审查权”。
- ② 最早实行违宪审查的美国,法院直接判决联邦法律违宪的案例也是有限的。1803年美国联邦最高法院通过马伯里案确立自己的违基审查权并第一次宣布联邦法律违宪,而第二次宣布联邦法律违宪则是半个世纪后的1856年;在1803年到1953年的167年间,联邦最高法院通过78个案件推翻了86项法律条款。而在日本,自二战后建立起来的违宪审查制度在实践中到目前为止最高法院也仅作出9件违宪判决。

参考文献:

- [1] 立法会六题:《香港人权法案条例》[DB/OL].香港特区政府政制及内地事务局网站.<http://www.cmab.gov.hk/gb/legco/questions20110518.htm>.
- [2] 陈弘毅.公法与国际人权法的互动:香港特别行政区的个案[J].中外法学,2011,(1).
- [3] Chong Fung Yuen v. the Director of Immigration[M].HCAL 67/1999, para.65.
- [4] 姚国建.论1999年“人解释”对香港法院的拘束力[J].法商研究,2013,(4).
- [5] 许崇德.略论香港特别行政区的政治制度[J].中国人民大学学报,1997,(11);肖蔚云.论以行政为主导的特别行政区政治体制[A].载氏.论香港“基本法”[M].北京:北京大学出版社,2003.829.
- [6] 吴靄仪.法庭对立法会的司法管辖权[N].明报,2014-07-29.
- [7] Swati Jhaveri and Anne Scully-Hill. Executive and Legislative Reactions to Judicial Declarations of Constitutional Invalidity in Hong Kong: Engagement, Acceptance or Avoidance? [J].International Journal of Constitutional Law, Vol. 13, No. 2 (Apr. 2015), 507-529.
- [8] 郝建臻.论香港特别行政区行政与立法的关系[D].中国政法大学博士学位论文,2008.64.
- [9] 王宜.司法复核成反对派争拗利器[J].紫荆,2006,(10):56.
- [10] Yash Ghai. The Intersection of Chinese Law and the Common Law in the Hong Kong Special Administration Region: Question of Technique or Politics? [M].37 Hong Kong L. J. 363.

- [11] 王书成.司法谦抑主义[J].政治与法律,2012,(01).
- [12] 马道立提三大法治要素.强调法庭无权解决政经问题[DB/OL].<http://news.cntv.cn/20110111/111634.shtml>.2016-12-23 访问。
- [13] 王振民,孙成.香港法院适用中国宪法问题研究[J].政治与法律,2014,(4).
- [14] Anthony Mason.The Place of Comparative Law in Developing the Jurisprudence on the Rule of Law and Human Rights in Hong Kong [M].(2007) 37 HKLJ 299,p302-303.
- [15] R. v. Cheung Ka Fai[M]. CACC198/1992 para58.
- [16] Kwan Kong Company Ltd v. [M].Town Planning Board HCMP No.1675 OF 1994 para82-85
- [17] Tam Ming Yee v [M].Wu TAI Tai Wai, CACV118/1991 para19.
- [18] 李树忠,姚国建.香港特区法院的违基审查权[J].法学研究,2012,(2).
- [19] P Y Lo, The Hong Kong Basic Law[M].LexisNexis,2011, 195.
- [20] Albert H. Y. Chen, Constitutional Adjudication in Post-1997 Hong Kong [J].Pacific Rim Law and Policy Journal, 2006,(15):627-682.

【责任编辑:林莎】

Twenty-year Review of the Violation of *Hong Kong's Basic Law*: Examination, Reflection and Prospect of the Constitutional Functions of Hong Kong's Courts

YAO Guo-jian

(Law School, China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

Abstract: *Hong Kong's Basic Law* in the past two decades has been implemented in parallel with the review of the violation of the law by the courts of HKSAR (Hong Kong Special Administrative Region). Through the review, the courts of HKSAR have established their roles in Hong Kong's new constitutional system, ensured the constitutional legal position of *Hong Kong's Basic Law* in HKSAR, safeguarded the basic rights of Hong Kong people, interpreted the relationship between the central government and HKSAR, and engaged in the establishment of the new political system in HKSAR. In this process, the choices of the elements or positions such as the judicial philosophy of activity or humility, discretion priority or order priority in judgment, jurisprudences within and outside HKSAR, and the interest between the central government and HKSAR not only affect the court judgment and decision, but also demonstrate the court's consideration of its constitutional functions. Sometimes, the aggressive judicial activity, choice of discretion priority, excessive dependence upon the jurisprudence outside HKSAR, and HKSAR-oriented judgment position of Hong Kong's courts make their judgments not entirely positive to the implementation of *Hong Kong's Basic Law*. It is a reasonable choice for the courts of HKSAR in reviewing the violation of Hong Kong's Basic Law to maintain proper prudence, develop a separate jurisprudence of HKSAR, and maintain balance between discretion and order, between the interest of the central government and HKSAR.

Key words: the courts of HKSAR; review of the violation of *Hong Kong's Basic Law*; constitutional functions; judicial activity; judicial humility