

法律

論港澳基本法對中國法制的拓展和啟示

郭天武* 陳焰**

《中華人民共和國香港特別行政區基本法》和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（以下簡稱香港基本法和澳門基本法），是“一國兩制”的方針在法律上的制度化體現和保障。它們的出現，對中國原有法制的影響是巨大的，使中國法律由單純的社會主義法變為“一國兩法”，由單一法域變為多法域。由此衍生了諸多立法、司法方面的複雜現象和問題。隨著兩部基本法的先後實施，這些問題也就將日益凸現。本文的目的在於對其中一些主要方面進行梳理和探討，以期有助於這些問題的解決。

一、港澳基本法對中國立法體制的拓展和啟示

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和委托或授權行使制定法規、規章的機關為主體，以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。在港澳基本法沒有施行以前，中國的立法體制為“一元多級多體式”模式，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，地方立法不得與《憲法》、法律和行政法規相抵觸。

香港和澳門的基本法第17條均規定了特別行政區享有立法權，在香港和澳門特別行政區內分別設立的立法會，是行使立法權的機構，享有立法

* 郭天武：中山大學港澳研究所講師

** 陳焰：中山大學法律系研究生

（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，香港與澳門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：澳門立法會就有權制定和修改《刑法典》、《民法典》、《商法典》、《訴訟法典》等。¹

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²。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、準自治的而又在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於市場過程的方式來利用競爭的力量。”³

由於立法體制的改變，因而產生了一些值得人們深思的問題：

香港和澳門特別行政區基本法都規定：“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。”這就產生了如何保證香港和澳門特別行政區在行使立法權時不超越中央的授權範圍並符合基本法的要求的問題，也就是中央如何對香港、澳門特別行政區的立法權實行必要的監督和限制的問題。這種監督和限制體現在兩部基本法的第17條：香港、澳門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，如認為不符基本法關於中央管理的事務及中央和香港、澳門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，這一制度在理論層面和操作層面上都存在一定的缺陷，從而可能影響監督的實際效能。

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年版。

2. 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。

3. 布坎南：《經濟自由與聯邦主義》，公共論叢第3卷，北京三聯書店1997年版。

首先，監督主體的地位從理論上難以解釋。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，才能實現強而有力的監督。法律監督司法化已成為世界性的趨勢⁴。而從基本法的規定來看，特別行政區的立法權是屬於其高度自治權範圍之內的，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。這就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。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，這種身份上的合二為一，易使人們對其公正性產生懷疑。

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。”⁵ 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。因此，有必要賦予司法機關一定的司法審查權，⁶ 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兩個特別行政區實現，將由此帶動整個法律監督機制的完善。

其次，監督的內容上存在缺陷。按照香港、澳門特別行政區基本法的規定，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、澳門特別行政區關係的規定，從字面上理解，全國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，現有法律卻尚未對此作出明確規定。

4. 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。

5. 盛洪：《法官裁決和公共選擇》，《中國社會科學季刊》1996年春季卷。

6. 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。

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 這就要求在香港和澳門法律的效力位置中，《憲法》必須處於第一效力位置的地位。以上是從《憲法》實施的應然狀態來看的，然而實際上從具體條文來看，《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和澳門加以推行和適用，有人就此提出一些變通的提法，例如《憲法》對港澳特別行政區有效，但部分條文卻不適用於港澳特別行政區。這種提法雖然勉強承認了《憲法》在特別行政區的地位，但卻違犯了邏輯上的“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。為解決這個矛盾，還是要在條件成熟的情況下，對現行《憲法》作必要的修改、補充，制訂出一部體現和確認祖國統一，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，⁸ 從而改變現行《憲法》實際上大多數條款不在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。

再者，監督的方式上存在不足。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，目前兩個基本法中唯一規定的監督手段就是“備案”，就是指香港、澳門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，而且基本法第17條進一步規定：備案不影響該法律的生效。香港、澳門特別行政區立法機構通過法案後，一經行政長官簽署、公布，就依法生效。而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，在一項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。

同時這種通過備案來監督的方式，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，最後一

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年版。

8. 同上2。

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。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覆議？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》進行解釋時提出解決辦法。

二、港澳基本法對中國司法制度的拓展和啟示

根據香港基本法第2條和澳門基本法第19條的規定，在司法制度上，兩個特別行政區都享有獨立的司法權和終審權。就香港而言，按照《中英聯合聲明》的規定，香港“現行的法律基本不變”。香港基本法第81條也規定，“原在香港實行的司法體制，除因設立香港特別行政區終審法院而產生變化外，予以保留。”而澳門基本法也保留了現行的司法體制，在融入中國的司法體制之後，對中國原有的司法體制就產生了重大改變和影響，具體體現在：

（一）在司法機構體系上，香港保留了原有的上訴法院、高等法院、地方法院和裁判署法院及各類審裁庭，且香港基本法第82條至92條規定，原有的法官任免制度大致保留；第93條規定所有現任法官制度均可留任，這就使得外籍人士擔任香港特別行政區法官成為可能，而這在中國內地是不可能的。澳門則設立初級法院、中級法院和終審法院，設立行政法院，原刑事起訴法庭的制度繼續保留。

（二）在司法機構運作程序上，香港屬英美法系，遵循普通法院的司法運作程序，採用遵循先例的原則是，同時規定了陪審制度、司法獨立原則、公正訴訟程序等，這些都與中國原有司法運作程序存在差異。而澳門雖然與中國內地同屬大陸法系，但由於社會制度分別為資本主義和社會主義，澳門現行司法制度以葡萄牙本土的司法制度為基本模式。在法院、檢察院的設置、運作等方面，均參考葡萄牙的現行作法，因此與中國內地司法制度也有很大不同。

（三）法律解釋和法的淵源方面也發生了變化。中國內地的法律解釋體制是以全國人大常委會的立法解釋為主導，最高人民法院和最高人民檢察院行使司法解釋權，國務院及其主要部門、省級人民政府與其主管行政部門行使行政解釋權。但在香港實行遵循判例原則，由司法機關即法院在審判案件的過程中行使解釋權，因此基本法將部分解釋權授予了特別行政區法院。法院可以對基本法進行解釋，只是要受到一定限制，即特別行政區法院在審理案件時如需要對基本法關於中央管理的事務或中央和特區關係進行解釋，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審判決前，應由特別行政區法院提請全國人大常委會對有關條款作出解釋，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。

就法的淵源而言，由於香港特別行政區的法律淵源不僅包括制定法，還包括判例法、習慣法，這和中國原有的單一的制定法淵源有所不同，因此，中國法律淵源在此後就轉變為多體系、多元化的了。

（四）終審權是司法權中的最高審判權，通常由國家最高法院掌握，但為了體現“一國兩制”原則，香港和澳門特別行政區法院也可行使終審權，這是由基本法第81、82條規定的，這打破了中國原有的訴訟審級制度，改變了原來只有最高人民法院為終審法院的格局。

（五）其他司法制度如香港的司法審查、檢控制度、司法行政制度、法律援助制度、律師制度等都與大陸有很大差異，而澳門的司法官團、法官委員會等組織的設立和運作也是有其自身特點的。

綜上所述，由於在香港和澳門實行“一國兩制”，因而形成了內地和香港、澳門不同的司法體制並存的狀況，這豐富了中國原有的法制，有利於各具特色的法域之間的相互比較，借鑒吸收，取長補短，並可促進中國司法改革和法制建設的發展。然而在中國司法制度增添了新內容的同時，也導致了新問題的產生。

（1）法律解釋問題

法律是一種闡釋性的概念，它的具體實施與法律解釋密不可分，因此，基本法的實施在很大程度上受基本法的解釋制度的影響。如上文所述，中國的法律解釋制度與香港、澳門的法律解釋制度都各不相同，自成

體系。在香港和澳門特別行政區，法律解釋可以分為對基本法的解釋和對基本法以外的特別行政區法律的解釋。對基本法以外的特別行政區法律的解釋，應屬特別行政區高度自治範圍內的事務，中央並不干預，因此本文不予詳述。

關於基本法的解釋權，基本法採取了分別處理的方法，即將基本法從內容上分為兩大塊：一是“特別行政區自治範圍內的條款”；二是“中央人民政府管理的事務、中央和特別行政區關係的條款”，對於第一部分，由特別行政區法院行使解釋權；對於第二部分，特別行政區法院應提請全國人大常委會來作出解釋。這樣既體現了中央對特別行政區的主權，同時又保證了港澳的高度自治權，是一種比較折衷的做法。

但是上述規定並不能消除在實踐中可能出現的對解釋權的爭議和糾紛。原因在於這個分別處理的辦法，其實現的重要前提是基本法的第一、二部分能夠清晰地、明確地加以劃分。即什麼是“自治範圍內的條款”，什麼是“自治範圍外的條款”，要能夠截然區分，並且在二者之間不能有重疊，交叉的領域。有人提出“自治權範圍內的條款”，就是指基本法中有關香港、澳門特別行政區享有高度自治權的各項規定，就是基本法中涉及居民基本權利和義務、政治體制、經濟、文化、社會事務、對外事務等章節中的大部分規定。⁹筆者認為這仍不能完全清晰地界定自治權的概念，且實際情況和法律規定之間並不存在嚴格對應的關係，而是往往錯綜複雜的。在具體個案中，若特別行政區法院認為某一問題屬自治範圍內的事務，因此沒有提請中央解釋就作出終審判決，而中央可能認為這一問題屬自治範圍之外的事務，由於基本法並沒有賦予全國人大常委會在事後將特別行政區法院的判決予以撤銷的權力，因此，特別行政區法院的判決最終還是有效的。但中央和特別行政區在有關法律解釋上的分歧、隔閡卻將由此產生，並可能進一步引發法律適用、法制統一方面的危機和其他問題。

由此可見，如何界定“自治範圍”的內涵和外延，是極為重要的，但更為關鍵的是在具體操作中協調中央和特別行政區雙方對某一問題的認識。目前已有的全國人大常委會下設的基本法委員會是一個較理想的溝通機構，但根據基本法的規定，其現有的職能，僅是在全國人大常委會對基本法進行解釋前，根據人大常委會的徵詢提出相應意見。而實際上它應當

9. 同上1，第120頁。

發揮更大範圍的作用，例如：基本法委員會的職能還應當包括對特別行政區法院協商溝通，如果委員會認為確屬特別行政區自治範圍以外的事務，就應建議人大常委會適時作出有關解釋，由於基本法委員會的委員組成，有一半是特別行政區人士，且要求有法律界人士參加，這也使基本法委員會的意見具有相當的權威性、公正性，易於為特別行政區法院接受。

（2）終審權問題

司法制度的核心是審判制度，而審判制度的核心就是終審權問題。根據兩部基本法的規定，香港和澳門特別行政區的終審權分別屬於香港和澳門的終審法院。作為地方行政區，即享有案件審查的終審權，這種情況即使在國際司法制度史上也是罕見的，這是特別行政區享有“高度自治權”在司法制度上的體現。

終審權問題可以說是在香港基本法起草過程中爭論比較多的一個問題，¹⁰正是由此衍生了許多相關問題。諸如解釋權問題，因為法院有審判權，就必須要解釋法律，審判權與法律解釋權是分不開的。¹¹還有法律的審查權問題、法律衝突問題、司法協助問題等。這幾個問題實際上集中在同一個架構內，都是由於特別行政區法院享有終審權，從而與中國最高人民法院不存在體制上的聯繫而產生的，如果可以對終審權問題提出一個合理的解決方案，其他問題便可以在一定程度上一起解決了。

有人提出，最理想的方案是設立一個適當的機構，專門負責調處、協商各法域之間的事務，但問題在於這一機構的性質難以定位。如果將其作為各法域之上的司法機構，則明顯缺乏法律依據，並有違“一國兩制”之宗旨；如果將其作為與各法域地位平等的組織，則又過於鬆散，缺乏可操作性。筆者認為相比較而言，後一種方案更為合理，因為從目前的實際情況來看，香港、澳門回歸祖國不久，多法域的格局還沒有成熟，各方面都缺乏經驗，對終審權問題也就不可能求得較高形式意義上的解決，而只能從宏觀上著手，確立若干基本原則，如：堅持一國兩制原則、各法域地位平等原則、協商互惠原則等，並在實踐中探索試驗各方都能接受的處理模式，而隨著今後各域之間相互往來，了解的加深，差異也將逐步縮小，形

10. 蕭蔚雲：《一國兩制與香港基本法律制度》，第317頁，北京大學出版社，1990年版。

11. 同上11，第318頁。

成互識的可能性將增大，在這種情況下，再來尋求一個根本性的解決方案，其障礙因素將大大減少。

三、關於港澳基本法的幾點思考

（一）應當提倡創新原則

任何一種制度都不是絕對完美的，法律制度尤其是如此，它在形成之後，應當適時地隨著歷史的發展而發展。判斷一個法律制度的優劣，標準之一就是它是否能夠根據目標的要求適時地調整自己，因此，包括憲法和基本法在內的中國法律制度也應當及時地拓展，以形成比較合理、健全的架構，對於一些具有新意義的事物，不能沿襲舊的框架去評價，只要符合新的歷史時期下的價值取向和現實狀態的需要，就應當對陳舊的觀點、標準加以適當調整。舉例而言，對憲法來說，港澳基本法的產生，已經突破了其原有的理論範疇，如果不將這一事實上的變化及時反映在憲法中，就難以從憲法理論上來解釋新階段的種種現象，也無法保持憲法的至上權威，而對基本法而言，在其付諸實施的過程中，也會暴露出若干立法上的疏漏和不足，也就有必要在條件成熟的情況下加以修補。

（二）基本法實施過程中目標模式的選擇

由於基本法是統一和聯結祖國內地和特別行政區的關係的紐帶，因此關於基本法實施的目的，往往被概括為“既有利於國家的主權和領土完整，也有利於香港、澳門的穩定、繁榮”，或者是“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”以及其他類似於此的提法，總的來說都是以兼顧雙方，力求實現一種平衡為目的，這固然是一種很好的理想，但在操作層面上，這種平衡就要求高度準確的制度設計，也要求嚴格按照制度規定運作，不能有朝著任何方向的傾斜，這顯然是一項難度極大的工作。同時這一“兼顧模式”也無法解決辯證衝突理論的挑戰，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 所以，有必要反思以往我們對目標模式的一些看法。真正重要的不是對問題進程式化的分

析，對法律條文加以簡單列舉和釋義，再將雙方利益加以調和，最後千篇一律將解決矛盾的理想狀態歸結為平衡、兼顧；重要的是根據不同時期、不同條件的不同具體問題，把握住其主要方面，進行嚴謹的分析，並提出有針對性的解決方案，這也可以概括為一種“差異模式”。需要強調的是，所謂“差異”是一定限度內的差異，一定距離間的張力，而不是走向另一個極端。

（三）關於中央和地方的權力劃分

在香港回歸之後，有人曾經提出，中國立法體制方面有兩種可能的前景，一種是香港特別行政區成為內地的效法對象，帶動地方立法權的擴大，直至促成中國聯邦制的最終出現。另一種可能是導致內地各地方間的惡性競爭，出現各自為政的局面，並使中央再次收權，¹³這其實也是關於將來中央與地方關係的預測。筆者認為，這兩種情況都不可能出現。首先，中國至少在短期內不可能實行地方分權的聯邦制，現代社會中實行和維持聯邦制的一個基本前提是：國內形成了統一的大市場，不需要政府的過多干預，特別是中央政府無須對地方政府進行太多干涉。而中國目前的市場經濟還未發育成熟，轉型時期的體制之間的磨擦、衝突，混亂和無序大量存在，亟需中央政府來緩解矛盾衝突，而如果一下子放權給地方，將產生嚴重後果：本已存在的地方保護主義，盲目的過度競爭將隨著原有秩序的瓦解而愈演愈烈，甚至可能帶來社會動蕩不安和政治衝突。其次，中國也不可能走上中央高度集權的老路，改革二十年的政府積累和社會心理積累，使自由市場的觀念獲得普遍認同，社會中也已培育了相當數量的利益集團，再退回到“強政府”的計劃控制模式中去，將招致絕大多數社會成員的反對，並對社會經濟基礎造成客觀損害。

總之，合理地發展地方分權是必然的趨勢，但關鍵在於通過創造成熟的社會條件，將中央與地方關係納入制度化的軌道，而不是非理性地放權，從而帶來權力讓與過程中的種種關係混亂，制度缺失的消極後果。只有通過制度化的分權，對權力進行合理分配與監控，才能保障中央和地方關係的規則變動，並確立起成熟、健康的中央、地方關係。

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

13. 李亞虹：《中國立法體制建設的幾個問題》，《台灣澳法學》，1998年第10期。