

# 香港特别行政区终审权的宪法学思辨

张剑平<sup>①</sup>

(湖南师范大学 法学院, 长沙 410081)

**摘要:** 香港特区终审权来自我国宪法与作为宪法特别法的香港特区基本法的规定, 该权力具有权威独立性、特别宪法程序性、终审范围有限性等宪法特性。内地与香港特区法院对这些特性及两地法系背景差异性认识的不足, 引发了特区终审权的宪法失范。对此, 可由全国人大常委会解释基本法中“中央人民政府管理的事务”及“中央和香港特别行政区关系”条款之含义, 亦可对基本法第一百五十八条进行修正。

**关键词:** 香港特别行政区; 终审权; 基本法

依据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)的制度设计, 香港特别行政区(以下简称特区)享有独立的司法权与终审权。香港回归以来多次涉及《基本法》的司法裁判和立法解释凸现了特区终审权的宪法失范; 而对该问题进行探讨, 不仅有利于“一国两制”方针的落实, 理顺特区与中央的宪法关系, 更有助于提升宪法学对特别行政区制度提供理论指导的现实效力, 推动我国国家结构形式之理论与实践的发展。

## 一 香港特别行政区终审权之宪法规范寻源

司法权是指国家司法部门对于发生在公民与公民、公民与政府或者法人、法人与法人、政府与法人或者政府机构与政府机构之间的法律纠纷所行使的裁判权, 终审权即最终裁判权。<sup>[1]188</sup>对于终审权的宪法规定, 一般采用宪法权力默认授予的方式赋予该国最高司法机关, 但也是有明文确认的, 如 1987 年制定的《大韩民国宪法》第一百零七条第(二)项规定“当某项命令、规则、处分被判决违反宪法或法律时, 大法院有最终审查权”;<sup>[2]258</sup> 1946 年公布的《日本国宪法》第七十六条第二款规定“不得设置特别法院, 行政机关不得施行作为终审的审判”,<sup>[2]387</sup> 此外第六十四条规定“国会为审判受罢免控诉的法官, 由两院之议员组织弹劾法院”;<sup>[2]386</sup> 1809 年制定的《瑞典王国政府组织法》第十一章第一条规定: “最高法院是拥有最高

管辖权的普通法院, 最高行政法院是拥有最高管辖权的行政法院”;<sup>[2]1107</sup> 1978 年制定的《斯里兰卡民主社会主义共和国宪法》第一百一十八条规定: “斯里兰卡共和国最高法院为共和国最高民刑事终审法院”;<sup>[2]438</sup> 1982 年制定的《土耳其共和国宪法》第一百四十八条第五款规定: “最高法院的裁决为终审裁决”。<sup>[2]489</sup>可见, 无论近代的瑞典, 还是当代的韩国、日本、斯里兰卡及土耳其, 终审权是由宪法明文授予司法机关的, 只是在具体细节上有所差异, 瑞典将终审权分为了普通案件的终审权与行政案件的终审权; 韩国的大法院在判决违宪和违法方面有终审权; 日本的普通法院则拥有除弹劾法官以外案件的终审权; 而斯里兰卡和土耳其均是概括规定了最高法院掌握终审权。可见, 司法权及终审权在现实授予方面, 基于各国的实际情况是有所差异的, 但司法权作为国家主权之必要构成的属性是始终如一的。可以说, 司法权及终审权在传统的宪法学角度上来说乃是一国主权完整的最为重要的标志, 如果某一国家或地区不享有独立的司法权和终审权, 我们可以认定该国或地区是另一政权的附属, 不具有独立的政府权力与国际法地位。然而, 1985 年《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》(以下简称《联合声明》)的生效和 1997 年《基本法》的施行, 则打破了学界的这一传统见解。

① 收稿日期: 2007-11-15

作者简介: 张剑平, 男, 福建南靖人, 湖南师范大学法学院硕士研究生, 主要从事从事宪法与行政法治研究。

根据《联合声明》第三条第(三)项和《基本法》第十九条的规定,特区享有独立的司法权和终审权。在统一的国家内出现了两个相互独立的司法权与终审权,其宪法规范和宪法学理支持在何处乃是颇值思索的问题。对此,笔者提出以下阐释:首先,《联合声明》实质上是双边协定,该文件自签署以后仍要经过本国法定的条约批准程序后才能正式生效。因此,条约对国内的效力倚仗于国内宪法程序的履行结果;其次,《联合声明》递交了联合国秘书长备案仅具有国际法上的国家信誉保证效力,而无强制执行的效力,因为除非涉及国际安全问题并由安理会作出决议,否则任何侵犯国家主权的行为均为国际上之非法,况且中英两国均为安理会常任理事国之一,即使有该动议亦不可能通过;其三,根据《联合声明》附件一第一节第二段之规定,特区直属于中央人民政府,并享有高度自治权。除外交和国防事务属中央人民政府管理外,特区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。可见,回归后的香港是作为一级地方区域,而非独立之地区。

因此,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)乃是特区享有独立的司法权与终审权的最高法源。而《基本法》依据《宪法》而制定,在特区实行,具有特区内最高的法律效力。然而,基于《基本法》所规定的基本经济制度——资本主义、基本政治制度——以行政为主导的三权分立制以及不实行人民代表大会制度乃是与《宪法》所坚持的四项基本原则抵触的现实,我们认为,《基本法》与《宪法》的关系乃是宪法特别法与宪法的关系,宪法特别法根据《宪法》(第三十一条规定:国家在必要时得设立特别行政区,在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定)的特别规定,可以变通《宪法》在特别地区的实施,而特别地区实施了宪法特别法就是对《宪法》的贯彻。

综上所述,特区终审权的宪法规范之源并非来自《联合声明》及其在联合国的备案,也非来自国内有权机关的批准,而是单一来源于我国《宪法》第三十一条的概括规定及据此而制定的宪法特别法——《基本法》之第十九条“香港特别行政区享有独立的司法权和终审权”的规定。

## 二 香港特别行政区终审权之特性辨析及实践透视

终审权是一国国家权力的集中体现,该权力

不仅可以保障一国法律在本国范围内得到切实实施,更可以有效保障民众合法权益的现实实现。在传统宪法学中,终审权具有以下四个特征:权威性、功能自治性、宪法授权性、效力终极性。所谓权威性是指终审权的权威来自其遵循宪法、法律而进行的中立性判断;功能自治性是指终审权不仅具有维护国家其他权力和公民权利的法律效应外,还具有维持自身体系的自我约束与实现的功能;而宪法授权性是指终审权必须由宪法授权,而且行使该权力必须以国家之名义;效力终极性则是指行使终审权的司法判断具有纠纷化解方式的最终性和解决纠纷之司法活动的终结性。

对香港恢复行使主权后,依据《基本法》授予了特区终审法院行使特区范围内司法管辖的终审权,即特区的终审法院由香港自行设立,而不是最高人民法院。而特区的这项自治权很大程度上颠覆了学界对终审权以及中央与地方关系的传统认识。对此,有学者认为,即使与联邦国家的成员国相比,除了不具有制宪权以外,在其他权力方面也不逊于甚至高于成员国的权力。可见,《基本法》确实创立了一种新型的、高度的自治形式。<sup>[3]</sup>而这种新型的、高度的自治形式的背后乃是《宪法》对特别行政区制度的概括授权,即授权全国人大以法律规定在特区内实行的制度。因此,《基本法》是我国主权行使的结果,特区终审法院的终审权是基于《基本法》而获得,故特区的终审权具备宪法授权性;同时,从《联合声明》附件一第三节第一段之规定及《基本法》第十九条之规定,特区法院除继续保持香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外,对特区所有案件均有审判权,以及第八十条、第八十五条和第八十二条之规定可看出,特区终审权仍具备权威性、功能自治性与效力终极性。

另外,特区的终审权还具有两项特别属性:第一,《基本法》第一百五十八条规定,特区法院与全国人大均享有各自范围内的解释权,但如特区法院在审理案件时需要《基本法》关于中央人民政府管理的事务或中央和特区关系的条款进行解释,而解释将影响到判决的,作出终局判决前,应请全国人大常委会对有关条款作出解释。该解释对特区法院具有约束力,但此前作出的判决不受影响。这一规定可视为《基本法》在宪法程序上对特区终审权的重要限制,即具有特别宪法程序性;第二,《基本法》第十九条第三款规定,特区

法院对国防、外交等国家行为无管辖权。而国家的下级机关是无权审查上级机关的行为及其制定的法律文件之合法性的,特区法院的终审权对中央政府和权力机关的行为便无管辖权,更谈不上终审权,此即终审范围的有限性。

然而,一直以来特区终审权的上述六项宪法特性并未引起内地与特区的政府和学界的关注。特区成立后,“香港特别行政区诉马维琨”、“港人内地所生子女居港权”、“特别行政区诉吴恭劭、利建润侮辱国旗、区旗”等判例及全国人大常委会对《基本法》的解释,更使我们认识到对特区终审权特性进行实践研究的必要性,而这些判例及全国人大常委会的释法实践之核心问题在于:如何理清特区法院与全国人大常委会的基本法解释权的实践冲突。

一方面,原香港法院根据普通法系的传统拥有对香港附属立法的解释权,但对于《英皇制诰》与《皇室训令》等香港宪法性文件并无解释权。回归以后,根据《基本法》第一百五十八条规定,全国人大常委会授权特区法院在审理案件时对《基本法》关于特区自治范围内的条款自行解释。特区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如特区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和特区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在对该案件作出不可上诉的终局判决前,应由特区终审法院请全国人大常委会对有关条款作出解释。同时,该条亦规定,如全国人大常委会作出解释,特区法院在引用该条款时,应以全国人大常委的解释为准。可见,作为终审权之必要组成的法律解释权,主要由特区法院自主行使,只有在涉及特定事项时才应当报请全国人大常委会作出;另一方面,我国内地实行人民代表大会制度,全国人大是我国的最高权力机关。《宪法》第六十七条第(一)项与第四项分别规定由其常设机关——全国人大常委会行使宪法解释权、监督权以及法律解释权,《基本法》第一百五十八条规定其解释权属于全国人大常委会。因此,人民代表大会制度决定了权力机关主导型的立法解释模式之必然;而特区由于回归前后一直适用普通法系规则,该法系中法院的角色绝不仅仅限于解释已经制定好了的成文立法,法院还有更重要的用场,即法官通过判案可以被动创造法律规范,<sup>[1]391</sup>而特区终审法院基于《基本法》第一百五十八条授

权亦享有解释权,因此进行《基本法》解释就形成了内地的立法解释主导型与特区的司法解释主导型的碰撞。

有意思的是《基本法》并没有司法审查权的规定,前香港法院也没有所谓宪法性管辖权。在英国不存在宪法性管辖权或违宪审查权,英国是实行议会至上的国家,英国法院无权审查英国议会制定的法律并宣布其无效,英国也没有成文宪法不存在违宪审查权。<sup>[4]</sup>而香港法院现实中又行使着此项权力(如1998年1月26日香港特区高等法院原讼法庭裁决临时立法会修订的《入境条例》抵触《基本法》而否定其法律效力,从而判决香港特区政府败诉),该种法律解释模式一方面导致了特区司法权力的膨胀,另一方面则凸显了《基本法》设计的漏洞——赋予独立的司法权与终审权但却缺乏具体的宪法规制程序,而当终审权绕过《基本法》实施裁判并对全国人大及常委会的权威提起挑战时(以“港人内地所生子女居港权”系列诉讼案中终审法院作出的FACV No. 13 of 1998号英文判决书最为典型),《基本法》中协调两者关系的宪法规范之阙如则成为泼在宪法学者头上最大的一瓢凉水。

### 三 香港特别行政区终审权之规制构思

面对特区终审权缺乏有效的程序性规制与现实的监督措施之窘境,以《基本法》为基点,结合特区终审权之宪法特性和两地法系的现实差异,可有以下两种方案进行改进:

方案一:根据《基本法》第一百五十八条的规定,全国人大在收到终审法院解释基本法的请求后,对“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的条款进行解释”,进而对“中央人民政府管理的事务”、“中央和香港特别行政区关系”的条款范围进行解释,因为根据该条之规定,如全国人大常委会作出解释,特区法院在引用该条款时,应以全国人大常委会的解释为准。从而可以通过解释途径解决该条文对香港特区终审法院的现实拘束力问题,同时由于香港的判例制度的存在,因此终审法院依据全国人大常委会的基本法解释所作判决生效后即具有在特区法院获得判例法的地位,其下级法院在涉及该类诉讼时应当以该判例为处理模式而予以尊重。为维护香港特区的高度自治地位,可采取列举方式将《基本法》中涉及“中央人民政府管理的事务”、“中央和香港特别行政区关系”的条款在解释基本法时

予以明确。具体而言,可采取对《基本法》的各章予以粗略划分,再寻求具体条文的例外排除和纳入的方式予以确认,而以下各章大致可认定属于“中央人民政府管理的事务”、“中央和香港特别行政区关系”的条款范围:第一章总则,第二章中央和香港特别行政区的关系,第七章对外事务,第八章本法的解释和修改,第九章附则,附件一香港特别行政区行政长官的产生办法,附件二香港特别行政区立法会的产生办法和表决程序,附件三在香港特别行政区实施的全国性法律,这些规范总共包括 34 个条文及三个附件,占整体条文数量的 20.86%,占整体篇幅的 30.18%,比例还是比较适当的。至于各章中具体的条文排除与纳入限于本文篇幅不再具体分析。而未予明确的即属特区自治范围事务,应由特区法院在审理案件时进行解释并作出终审判决,中央应当予以支持。

方案二:1999年1月29日特区终审法院作出 FACV No. 13 of 1998 号终审判决书,该判决的作出让学界不得不正视一个现实,那就是内地实施的是以人民代表大会为中心的主动审查与解释法律的模式,但在《基本法》中我们看到的是全国人大常委会对基本法的被动解释权模式,而承袭了普通法系传统的特区法院却获得《基本法》的广泛授权,具备了一定程度上终审裁判解释的主动性。无怪乎此判决作出后,在内地引起了激烈的反应。因此,应针对《基本法》缺乏对终审权的宪法程序规制的实际,并防止特区法院回避《基本法》第一百五十八条之适用的情形,可根据《基本法》第一百五十九条之规定,由全国人大常委会或国务院提出修改《基本法》的提案,并在香港特区基本法委员会研究并提出意见后列入全国人大的议程进行表决。我们认为,可提出如下修正案对第一百五十八条进行修改:第一,将第一款修改为“本法的最终解释权属于全国人民代表大会常务委员会”,从而实现《基本法》解释权最终归属的明确,消除特区法院“挟持”司法独立而将立法解释拒之门外的可能;第二,将第二款修改为“全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对特别行政区自治范围内的条款自行进行解释。对特别行政区自治范围内的条款的确认由特别行政区立法会依照本法第十七条的规定进行”。此一修改既可以实现对《基本法》框架下特区立法机制的承接,又较好的发挥了特

区立法会在“港人治港、高度自治”的方针下监督司法的重要功能;第三,将第三款修改为“香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法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的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在对该案件作出不可上诉的终局判决前,应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释,香港特别行政区法院在引用该条款时,应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准,但该解释对先前判决无追溯力。”此款之修改意在取消《基本法》对特区法院解释《基本法》的模糊授权,从而在根本上杜绝特区法院的司法权滥用与《基本法》危机的再次出现。

相比之下,方案一对于当前香港特区司法体系的稳定是有利的,同时也在最大程度上挖掘了当前《基本法》的解释空间,但其在《基本法》自身层面的问题却没有得到根本解决;方案二相对于方案一具有较大的超前性,同时香港回归以来《基本法》从未在条文上进行过修改,这一方案的实施还有待于修改时机的到来与修正案的进一步完善而逐步获得认可。

特区终审权风波在经历一系列的诉讼后,最终由特区行政长官的介入并将争议引入《基本法》规定的全国人大常委会解释程序而得以平息。然而冲突的消弭并非深层缺陷的化解,唯有积极推动《基本法》的规范研究与实践完善,才能实现“一国两制”的制度预期并从根本上解决其宪法失范问题。

#### 参考文献:

- [1] 王振民.中央与特别行政区关系[M].北京:清华大学出版社,2002
- [2] 姜士林.世界宪法全书[M].青岛:青岛出版社,1997
- [3] 陈云生.论《香港特别行政区基本法》的独创性[J].法律科学,1990(4).
- [4] 肖蔚云.略论香港终审法院的判词及全国人大常委会的释法[J].浙江社会科学,2000(5).

(责任编辑:徐蓓)