

#21(2) 850

如何监督《基本法》的实施

——探讨中央与行政区宪政关系的实践

香港特别行政区基本法是中华人民共和国最高国家权力机关——全国人民代表大会——制定的法律，不但在香港特别行政区内，有最高的法律效力，而且对中华人民共和国的国家机构，有法律的约束力。正如中国宪法第五条规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这里所多次提到的法律，当然包括将来的香港特别行政区基本法。

如何使纸上的法律，转化为社会的现实？

但是，法律的制定是一回事，法律的执行又是另一回事。如何使纸上的法律转化为社会的现实，是一个重大的、具有挑战性的问题。

到目前为止，“一国两制”只是一个伟大的理想，在十一年后是否能予以实践，一方面倚靠我们的努力，另一方面决定于一些我们无法控制或预测的政治因素。对于后者，我们不能改变，只能接受；但关于前者，我们至少可以在基本法的制定、咨询过程之中，尽量提出些有益、有建设性的意见，以供有关方面参考和研究。

我本次探讨的问题，是怎样从架构、制度的设计上，尽量保证基本法的实施——尤其是其中关于中央国家机构与特别行政区的关系（以下简称“中港关系”）的部分的实施。根据最近公布的基本法结构草案，这将会是基本法的第二章。关于基本法里的这一部分，我认为最具关键性的有两点：第一，如何界定香港特别行政区自治权的范围？第二，以文字界定了这范围之后，如何保证有关方面会遵守这些规定？

第一个问题也就是权力的分配或划分的问题。自治的主要意义，就是把管理自治地方各种事务的权力，予以分配，一部分归中央政府，一部分归地方自治政府。在进行这样的划分时可以采用的草拟技巧，基本上有以下三种：

（一）明文列出中央政府直接管辖的事务，管辖所有

其他事务的权力（即所谓“剩余权力”或“未界定权力”），授予自治政府；

（二）明文列出自治政府所管辖的事务，管辖所有其他事务的权力（剩余权力或未界定权力），归中央政府；

（三）明文列出中央政府管辖的事务，也列出自治政府管辖的事务。

以我个人的意见，在界定香港特别行政区自治权的范围时，（一）应是比较方便的方法；因为根据中英《联合声明》，香港特别区的自治权是十分高度的，自治事务的范围，非常广泛，所以如要采用（二）或（三），把自治事务逐项列出，恐怕要花费很多文字，而且有遗漏的危险。我要强调的是，这纯粹是具体起草技巧方面的实用性考虑；从法理原则来说，以上三种方法的任何一种，也是同样可行的，没有违反联合声明的条文或自治的概念。

但无论采用那种草拟方法来表达中央与特区的权力划分，都不能完全抹煞在以后的政治实践中，中央与特区政府对基本法中权力划分的规定持有不同意见的可能性。这可能性当然基于一个假设，就是特别行政区政府是名副其实的自治政府，不是中央政府的傀儡。如果这个假设不能

成立，中港关系问题便无需讨论了。但如果特别行政区政府真的能反映和代表香港居民的利益和意愿，有自己独特的见解和立场，不会绝对地、盲目地依照中央的吩咐行事，敢于在有需要时，本著基本法的条文和精神，与中央政府据理力争，维护香港特别行政区居民的利益，换句话说，如果中英联合声明所描述的高度自治能够付诸实践的话，就需要设立一套有效的制度和架构，去解决中央与特区政府对于自治权范围或权力划分问题的争议。这些争议，可能由于它们对基本法中关于权力划分的条文有不同的解释，也可能由于出现了一个在基本法中没有规定的问题，而双方对这问题有不同的见解。

中央与特区可能出现的争议

从另一个角度看，上述的争议牵涉到我上面提到的第二点，即如何保证中港双方遵守基本法的规定：如果中央政府认为特区政府的行为违反了基本法，或如果特区政府认为中央政府的行为违反了基本法，那么应怎样处理？这是一个必须面对的问题，必须在基本法中作出适当的规定。以下我将尝试对这个问题，作初步的探讨。

首先，我觉得我们应分辨以下四种情况：

(一) 特别行政区立法机关通过了一条法律，中央人民政府（即国务院）认为这法律与基本法相抵触；

(二) 特别行政区行政机关作出一个行政行为，中央人民政府认为这行为违反基本法；

(三) 中央人民政府向特别行政区行政机关发出一个指示或命令，特区行政机关认为这指示或命令违反基本法；

(四) 特别行政区法院在审理案件时，对基本法作出解释，全国人民代表大会常务委员会认为这解释有所偏差。

这四种情况的共通点，就是中央国家机构或香港特别行政区政府机关，认为对方在立法、行政或司法行为上，与基本法的规定（即另一方对基本法的规定的解释）相抵触。在这里应当指出的是，这种中央与自治政府之间关于自治权限或权力划分的争议，是一个在所有实行某种程度的自治和分权的国家都会出现的问题，每个这类国家都要为这些争议，设计出一套解决办法。关于这些在外国采用的办法，可以举两个例子来说明。

西方国家的解决办法

第一个例子是如美国、加拿大和澳洲的联邦国家。这些联邦国家由不同的州组成，宪法明文规定联邦政府的权力及州政府自治权的范围。联邦法院负责解释宪法及在具体案件中，监督宪法的实施；联邦政府与州政府对于权力划分或其他宪政问题的纠纷，由联邦法院以司法裁判途径解决：法院有权审查联邦政府及州政府的立法及行政行为，裁定有关行为是否违宪、越权及无效。在这种制度下，法院独立于联邦政府及州政府，以超然的法治的捍卫者的姿态出现。正如宪法对联邦政府及州政府均具约束力，法院对宪法的解释及在执行宪法条文时作出的判决，也对联邦政府和州政府有约束力，联邦和州的立法和行政机关，以至州的司法机关（法院），必须遵从。

第二个例子是格陵兰 (GREENLAND)，它在丹麦的主权下实行自治；丹麦是单一制国家，不是联邦国家，格陵兰的自治权并非在丹麦宪法上确认，而是由丹麦最高立法机关制定自治法所赋予的。自治法内有关于权力划分的条文，列明自治事务的范围。关于中央政府与自治政府

对自治权限所可能发生的争议，自治法规定成立一个委员会，成员包括两个由丹麦中央政府任命的委员、两个由格陵兰自治政府任命的委员及三个由丹麦总统任命的最高法院法官，对于委员会要解决的问题，如果上述四名由双方政府任命的委员达成一致意见的话，就依照这意见解决。如果他们没有一致意见，就由那三位法官进行司法裁决。

中国方面又如何？

在解决中央国家机构与香港特别行政区的争议方面，是否可以采纳上述联邦国家的司法判决方法，或格陵兰的先协商调解、后司法审裁的混合模式？司法判决就是指把解决中港矛盾和纠纷的权力，交给一个法院，由法院聆听双方的论据，以事实为依据，以法律为准绳，独立、客观、理性地作出公正的裁决。但哪个法院可以扮演中港关系的协调者和仲裁者的角色？是中国的最高人民法院、香港特别行政区的终审法院、还是由中国内地及香港的宪法和法律专家所组成的类似宪法法院的司法机关？我认为在一国两制的现实环境下，以上三种方法的可行性，都是值

得怀疑的。由于中国内地实行社会主义法律体系，香港特别行政区则保留以普通法和资本主义为基础的法制，两个法律制度有很不同的传统、惯例、假设、基本原则、概念以至解释法律的方法，所以如果由中国最高人民法院或香港终审法院来解决双方政府的争议，总难免有所偏袒——至少是不自觉的偏袒，或有偏袒的嫌疑。至于由双方法律专家组成合议庭的方法，也可能导致合议庭分化为两种倾向，分别支持中央及特区的观点，以致无法对有关问题，达到一种共识，最后的决定要取决于中方成员及港方成员的相对数目；这样的合议庭是没有能力进行真正的司法审裁的。

如果对于中港关系的争议，司法解决不是一种可行的方法，余下的途径便只有是谈判、协商或调解了。谈判或协商是指争议双方直接讨论问题，交换意见，互谅互让，找出一个双方都愿意接受的解决方案。调解的结果也是产生一个双方自愿采纳的协议，但它与协商不同的地方，就是由比较客观、独立的第三者参与谈判，进行斡旋，协助争议双方达成协议。在中国内地的民事法律纠纷中，包括涉及外商的商业合同的纠纷上，协商和调解是最常用的解

决方法。

未来出现争议、应以协商调解方式解决

以我个人的意见，未来中港关系中所可能产生的矛盾和争议，也应以协商或调解方式解决，即先进行协商，如果协商后仍未能解决问题，便进行调解。协商只牵涉争议双方的代表，调解过程却需要一些相对上独立、客观和公正的第三者，他们必须有能力去了解争议双方的情况和看法，并得到双方的信任和尊重。以这个原则为出发点，我提出以下的具体建议：

建立一个香港特区委员会

(一) 在全国人民代表大会下设立一个香港特别行政区委员会(以下简称“特区委员会”)，这委员会是一个专门委员会(请参阅全国人大《组织法》第三十五条)，委员包括一些内地的人大代表及所有香港区的人大代表；香港区的人大代表应包括由香港特别行政区立法机关、行政长官及司法机关分别任命的、但独立于这些机关的人士。这委员会可任命一些中国内地和香港的宪法和法律专

家为顾问。

(二) 如果中央人民政府(即国务院)认为香港特别行政区立法机关通过或准备通过的法律或法律草案违反了基本法的规定,中央人民政府的代表及特区立法机关的代表尽量以谈判、协商途径解决。如果未能这样解决,则由上述特区委员会进行调解。如果调解无效,则由全国人大常委会根据特区委员会的报告和建议,作出最后决定。

(请参阅中国宪法第六十七条(八))

(三) 如果中央人民政府认为香港特别行政区行政机关作出或准备作出的行政行为违反了基本法的规定,双方代表尽量以谈判、协商途径解决。如果未能解决,则正如上面(二)的建议,由特区委员会进行调解或由人大常委会作出决定。(请参阅中国宪法第八十九条(十四)及六十七条、(七))

(四) 如果特别行政区行政机关认为中央人民政府发出或准备发出违反基本法的指示或命令,也依照上述的步骤,先由双方自行协商,如有需要,则由特区委员会调解或由人大常委会决定。(请参阅中国宪法第六十七条(七))

(五) 基本法内应明文规定,香港特别行政区法院在

审判工作中具体应用基本法的条文时，可对有关条文进行解释。基本法也应列明，那些基本法条文（例如关于香港内部事务的）由香港法院全权解释，那些条文（如关于中港关系的）的最终解释权，由全国人大常委会保留。例如关于香港居民的权利和自由的条文，应由香港法院根据普通法对人权、自由和法治的概念和传统惯例及其他普通法适用地区的司法判例，全权解释，人大常委会不应行使关于这部分的解释权。另一方面，基本法也可规定，香港法院在审判工作中，如遇到基本法内某些由人大常委会保留最终解释权的条文的解释问题，可首先把问题提交人大常委会，由后者根据特区委员会的建议作出解释，然后由特区法院依照这解释审理有关案件。

能否成功，取决于人

最后，我必须强调的是，制度、架构的设计固然重要，但人的因素，也是不容忽视的。正如联邦法院在联邦制国家是否能有效地发挥它的伟大、庄严的宪政功能，很大程度上决定于法官的能力、操守、品格和信念，我们构想中的香港特别行政区委员会是否能实现它的历史使命，

协调中港关系，调解争议，成为受尊重、受信任和有威望的基本法监督机关，所有这些理想的实现，都取决于有关人士的努力。作为法律工作者，我的研究范围偏重于法理架构方面，但更宏观、更全面地看，政治文化的发展，乃至道德价值的建立，是同等重要、甚至是更加重要的。