

“雙普選” 視角下對香港立法備案審查權研究

葉遠濤*

一、引言

《香港基本法》第 17 條規定，“香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。”這是《香港基本法》關於香港特區立法機關制定的法律須向全國人大常委會備案的直接規定，也是全國人大常委會對香港特別行政區立法備案審查權的主要法律淵源之一。在香港，立法會和行政長官按照《香港基本法》的規定實行普選具備歷史必然性。“雙普選”後如何正確認識中央對香港特別行政區立法的備案審查權具有重要的意義。

二、全國人大常委會的備案審查權

中國實行人民代表大會制度，全國人大統一行使最高國家權力，具有最高的權威性。全國人大常委會是最高國家機關的常設機關，憲法規定由全國人大及其常委會監督憲法和法律的實施；法規備案制度就是

全國人大常委會一個重要的監督方式。備案是指立法主體在其立法文件生效後的一定期限內，依照法律規定的備案程序，將立法文件報送有關的立法監督主體存檔備案。¹這種監督方式的對象是已經發生法律效力的立法文件。

中國《立法法》第 90 條明確規定，“國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院和各省、自治區、直轄市的人民代表大會常務委員會認為行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例同憲法或者法律相抵觸的，可以向全國人民代表大會常務委員會書面提出進行審查的要求，由常務委員會工作機構分送有關的專門委員會進行審查、提出意見”。現行監督體制中，全國人大常委會有權接受下列法規的備案：國務院的行政法規、省級人大及其常委會制定的地方性法規、經省、自治區人大常委會批准的較大的市的人大及其常委會制定的地方性法規、經省、自治區人大常委會批准的自治州、自治縣人大制定的自治條例和單行條例、國務院、地方國家權力機關根據全國人大、全國人大常委會的授權規定制定的授權立法。從時間上看，最早納入監督範圍的是省、自治區、直轄市制訂的地方性法規，從 1979 年 11 月起就向全國人大常委會報送備案；自治州、自治縣制定的自治條例和單行條例，從 1983 年起開始備案；國務院制訂的行政法規，是在《中華人民共和國立法法》正式實施後即 2000 年 7 月 1 日，才開始向全國人大常委會報送備案的。²

* 中國政法大學憲法學與行政法學博士研究生

三、關於《香港基本法》第 17 條的 備案審查權

(一) 《香港基本法》第 17 條的起草過程

從歷史維度而言，《香港基本法》第 17 條的制定本身就是一個充滿爭辯的過程。該條文從討論到正式立法被通過成為《香港基本法》裏面重要的組成條款，前前後後一共經歷了十稿討論(見表 1)。³

(二) 對《香港基本法》第 17 條爭議焦點

經過多輪集中討論後，當時存在的問題在法律制定之初已經被廣泛提出並探討，有些問題歷史沒有解決，討論沒有形成共識，到現在依舊存在。總體來說，《香港基本法》在制定的時候，制定委員會討論的問題有以下幾個：

1. 誰來認定“香港立法是否符合基本法和其他相關條款”

在制定過程中，對這個問題進行過理論的深度探討。大體而言，認定香港立法是否符合《香港基本法》和其他關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款有三種可能主體。

第一種是全國人大常委員。支持的委員們認為，是否符合《香港基本法》和其他相關條款的判斷權應該屬於全國人大常委會。是否符合《香港基本法》和法定程序，由全國人大常委會最後決定。當時參加會議的大部分委員認為，香港特區立法機關制定的法律是否符合《香港基本法》和法定程序，應由全國人大常委會決定。⁴ 主要理由不明覺厲，最基本的基礎就是“一國”的概念，中國是單一制的國家，香港作為中國的行政區域一部分，不具備單獨的主權。整體而言，全國人大是國家主權的集中體現，全國人大常委會是國家最高權力機構的常設機關，具備至高無上性。香港作為中國的一部分理應堅持這個基礎，不能否認中央的權威。⁵ 按照《中華人民共和國憲法》規定，全國人大不僅是中國的權力機關，還是中國最高的立法機關，且對憲法和法律有着最終的解釋權。以此為依託，對香港立法是否符合《香港基本法》和其他相關條款的判斷權屬於法的解釋問題，理應當仁不讓的歸於全國人大常委會，這一觀點的支持者的理論

淵源就是國家主權理論。

第二種是香港特區終審法院。香港歷來都是普通法系地區，法院對法律具備最終權威解釋權，對法律的理解理應由法院說了算。“一國兩制”的政策明確要求，香港實行原有制度 50 年不變，鄧小平在 50 年後又多加了 50 年的時間，原意就是讓香港充分的在其港英時代形成的傳統中得到繼續的輝煌。這一觀點的支持者主要依據是普通法精神，關於違憲審查的問題，並不恰當，亦會動搖高度自治的基礎。在自治範圍內的香港法律，應由香港特區法院負責審查是否有違背《香港基本法》及法定程序。自治範圍內的香港法律的根據現有的條文草擬，全國人大常委會如果認為香港特別行政區的法律不符合《香港基本法》或法定程序，可將有關法律發回香港特別行政區重議或撤銷。這個籠統的安排，可能會影響高度自治的基本原則。高度自治的意義是指特別行政區在其自治權力範圍內能擁有獨立及最終的決策權。這是維持“一國兩制”的必要條件。⁶

第三種是特別委員會。如果全國人大常委會認為香港特區立法機關制定的法律有不符合《香港基本法》或者法定程序的可能，可將有關法律轉交香港特別行政區終審法庭審議。若終審法庭認為有關法律不符合《香港基本法》或者法定程序，而全國人大常委會沒有異議，則該法律立即失效，但該法律的失效無溯及力。若全國人大常委會不採納香港特區終審法庭的意見，可將該法律再交由一特別委員會審理。而該委員會直屬於全國人大之下，成員由內地和香港法律專家組成，以香港特別行政區之代表為佔多數。全國人大常委會將採納該特別委員會的決定，不作修改。凡經由特別委員會審理而被定為不符合《香港基本法》或者法定程序的法律，在刊登於香港特別行政區的憲報後，立即失效。但該法律的失效沒有溯及力。對於本條的第 3 款中“可將有關法律發回重議或撤銷”的規定，有的委員認為有發回重議就夠了，撤銷可以不要；有的委員則認為，發回重議後如果香港立法機關仍堅持原案，再予撤銷。⁷

2. “香港特別行政區基本法委員會”的地位

特別委員會即香港特別行政區基本法委員會應該屬於甚麼性質，具備怎麼樣地位？當時就此問題首先

爭論該委員會有沒有必要存在。⁸多數委員認為，本條說明的第二段與本條的內容無關，而且該說明中提到的特別委員會的職權比全國人大常委會職權還大，這顯然是不對的。另一方面，對於這個問題，反對的委員們建議將第3款改為“全國人民代表大會常務委員會，在諮詢其基本法委員會後，如果認為香港特別行政區立法機關制定的法律不符合本法或法定程序，可將該法律發回行政長官，經法定程序重議，並由行政長官頒令該法律暫停執行，該頒令無溯及力”。這實際上就是沒有必要再設置第三個特別組織來權衡問題，中央完全可以利用行政主導制下的行政長官制度來行使對立法權的制約。如果立法會罔顧國家意志擅自制定違反規定，中央最有利的措施就是動用行政長官制度來對立法會形成制衡。行政主導制下行政長官可以動用很多基本法賦予的權力對立法權形成制約；第二個爭論的問題在於如果有必要構成該組織，那麼該組織應該如何組成。有的委員指出，全國人大屬下的特別委員會應該由內地和香港的法律專家組成，而且香港委員要佔多數；第三個爭論的問題是動用該委員會的機制應該如何啟動。有的委員建議，將其改為：如果全國人大常委會認為香港特區立法機關制定的法律有不符合《香港基本法》或者法定程序的可能，須於1年內將有關法律轉交香港特區終審法庭審議。若終審法庭認為有關法律不符合《香港基本法》或法定程序，則該法律立即無效，但該法律的無效無溯及力。若具有爭論性的法律不涉及國防和外交，香港特區終審法院的決定是最後的，若具有爭論性的法律可能涉及中國的國防和外交，而全國人大常委會不採納香港特區終審法院的意見，可將該法律交由全國人大下設的一特別委員會審理。該特別委員會的決定是最終的。凡經特別委員會審理而被裁定為不符合《香港基本法》或法定程序的法律，經全國人大常委會正式通知，在刊登香港特別行政區的憲報後，立即失效。但

該法律的失效無溯及力；有的委員則表示，不同意把有關法律轉將香港特區終審法庭審議，因為現在的香港法院也沒有審查立法機關制定的法律的權力。

3. 撤銷權的存廢

在前幾次的討論稿中，對於全國人大常委會的權力不僅有備案權，而且還有撤銷權。這跟全國人大常委會的一般權力相一致。但是因為香港的獨特性，撤銷權的存在與否得到了質疑。當時有的委員認為，發回重議已經足夠取消其效力，不要再規定撤銷權；有的委員建議，先發回重議，如香港特區立法機關堅持原則，再予撤銷；如果全國人大常委會擁有撤銷權，帶來的後果是不利的。這在1988年5月香港基本法諮詢委員會秘書處《基本法(草案)徵求意見稿初步反應報告(草稿)》中得到了充分展示，但是對於香港立法權的問題：第一，由於香港特區立法機關制定的法律須報全國人大常委會備案，如其在徵詢基本法委員會後，認為香港特別行政區有任何的法律不符合《香港基本法》或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，因此該法律便失去效力，而徵求意見稿沒有對這“否決權”加以限制，因此這允許中央干預或控制特別行政區事務；第二，如香港特別行政區的法律違反《香港基本法》時，全國人大常委會在徵詢其所屬的基本法委員會後，可將有關法律發回重議或撤銷既然發回重議，已達到撤銷目的，改為取消更好，且更應加上發回予終審法院審議，以保存香港現有法制。第三，雖然說香港特別行政區享有立法權，但這權力又被納入全國人大常委會控制，即是說北京隨時可否決香港特別行政區的立法。第四，賦予全國人大常委會把香港特區立法機關通過的法律發回重議或撤銷，這實際上是侵犯香港特別行政區的立法權，同時凌駕了香港特區法院的違憲審查權力，因此在自治範圍內的香港法律的違憲審查，只應該由香港特區法院負責。⁹

表 1 《香港基本法》第 17 條起草過程

項目 過程	內容	時間	來源
一稿	第二章第 6 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關應按照本法和法定程序制定法律並須報全國人民代表大會常務委員會備案。香港特別行政區立法機關制定的法律，凡符合本法和法定程序者，均屬有效。如果全國人民代表大會常務委員會認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或者法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。 ¹⁰	1986 年 11 月 11 日	《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》
二稿	第二章第 7 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會如果認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即生效。該法律的失效無溯及力。 ¹¹	1987 年 4 月 13 日	《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》
三稿	第二章第 6 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在諮詢香港特別行政區基本法委員會後，如果認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。 ¹²	1987 年 8 月 22 日	《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》
四稿	第 16 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢香港特別行政區基本法委員會後，如果認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。 ¹³	1987 年 12 月	香港基本法起草委員會秘書處《香港特別行政區基本法(草案) (滙編稿)》
五稿	第 16 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。 ¹⁴	1988 年 3 月	香港基本法起草委員會秘書處《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)草稿》
六稿	第 16 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。 ¹⁵	1988 年 4 月	香港基本法起草委員會秘書處《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)草稿》

(續)

項目過程	內容	時間	來源
七稿	第 16 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區的任何法律不符合本法或法定程序，可將有關法律發回重議或撤銷，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回重議或撤銷的法律立即失效。該法律的失效無溯及力。 ¹⁶	1988 年 4 月	香港基本法起草委員會《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)徵求意見稿》
八稿	第 17 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。 ¹⁷	1989 年 2 月	《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)》
九稿	第 17 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。 ¹⁸	1990 年 2 月 16 日	《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)》
十稿	第 17 條：香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。 ¹⁹	1990 年 4 月	《中華人民共和國香港特別行政區基本法》

(三) 《香港基本法》第 17 條內核——備案審查權

1. 立法權的橫、縱向限制

立法會享有立法權並不意味着其不受限制。在“一國兩制”的根本設置中，立法權首先來自於行政長官的橫向限制。首先體現在行政長官有權解散立法會。這從《香港基本法》第 49 條和 50 條規定的內容可以得到佐證。其次，凡涉及到政府政策的議案須經

行政長官書面同意方能提出，而且立法會通過的法案必須經行政長官簽署始能生效。最後，政府提案表決程序優於立法會議員提案。

而全國人大常委會的備案審查權則屬於全國人大常委會的縱向監督。《香港基本法》第 17 條規定，“香港特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特

別行政區基本法委員會後，如認為香港特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。”

2. 爭議中的備案審查權

《香港基本法》關於立法權條款的制定過程經歷數十次討論與修改。當時有的委員建議本條增加一款：“香港特別行政區立法機關制定的法律在全國的法律制度內享有地方性法規的地位。”有的委員則認為，憲法規定地方性法規不能同全國性法律相抵觸，而在兩種法律制度的情況下，香港特區立法機關制定的法律不大可能同全國性法律一致。因此，不能視同為地方性法規；多數委員主張，關於向全國人大建議設立香港特別行政區基本法委員會的問題，可由中央和香港特別行政區的關係專題小組先就委員會的組成，隸屬關係及職責範圍等草擬一個具體設想，提交起草委員會全體會議研究討論後正式向全國人大常委會提出建議；有的委員提出，本條第2款“全國人民代表大會常務委員會在諮詢香港特別行政區基本法委員會後”一句的含義可以，但表達存在問題：第一這裏突然出現一個香港特別行政區基本法委員會；第二全國人大常委會諮詢屬下的委員會，這種表達不太好；有的委員建議，將諮詢改為聽取。有委員提及本條第2款全國人大常委會將有關香港特別行政區法律發回重議或撤銷的程序不清楚。有委員建議應該當香港法庭在審判過程中發覺某法例是不符合《香港基本法》的，法例才須呈報全國人大常委會，讓全國人大常委會作出發回重議或撤銷的決定。其他時間，全國人大常委會不應該主動審查香港的法例。這個程序亦適用於1997年以後制定的法例，當特區政府將新訂法例交全國人大常委會備案時，為節省時間，全國人大常委會不用每次都審閱該些法例，只有當這些法例在實際審判中出現問題，才需呈交全國人大常委會以作決定。²⁰ 有其他委員認為需要澄清香港特區立法機關制定法律的程序及該法律的生效程序。備案不影響該法律生效以及全國人大常委會可將有關法律發回重議或撤銷等規定，令人懷疑未經全國人大常委會通過之

前，該法律是否有效？

3. 缺陷中的備案審查權

全國人大常委會的監督至少存在以下缺陷：

第一，監督內容層面。全國人大常委會對立法會制定的法律審查是否符合基本法有關中央管理的事務，其審查標準是該法是否符合《香港基本法》，然而憲法是否作為審查立法的標準並未明確。從應然角度來看，一個主權國家內的憲法應當具備最高的法律效力。因此，作為一個地方行政單位的香港特別行政區，制定法律理應符合憲法的要求。另一方面，也要注意“一國兩制”的大前提下，憲法很大部分有關社會主義的內容無法也不應當適用於香港。因此，筆者建議可以通過法律解釋的方式，指明哪些憲法的具體條款在香港適用。

第二，監督方式上存在不足。如果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。但卻可能存在以下情況：一個法律生效後至失效前，如適用於有關案件，則該案件的判決法案就可能違背《香港基本法》。且這個違判決因法不溯及既往原則得不到糾正。另一方面，現行立法並未完整地規定發回後的程序。例如，立法會是否可以就原法案再提交備案？這類問題均無明確規定。²¹

4. 中央以備案審查權為基礎的監督權

全國人大常委會對各地方行政區域制定地方性法規，對民族自治區制定自治條例和單行條例有監督權。為了確保香港特別行政區在《香港基本法》規定的中央授權的範圍內行使立法權，《香港基本法》也規定全國人大常委會對香港特別行政區的立法活動有監督權。監督的出發點是：“香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法抵觸”。中央行使監督權的方式是根據《香港基本法》規定，香港特區的立法機關的法律須報全國人大常委會備案。備案不影響該法律的生效。

香港特別行政區制定的法律同樣應該報全國人大常委會備案，從而使全國人大常委會瞭解香港特別行政區立法工作的情況。經全國人大常委會發回的法律由香港特區立法會自行處理，或撤銷，或修改或重新立法。這既是中央對香港特別行政區的立法實施監

督，又充分尊重了特別行政區的高度自治權。²² 關於違憲審查的問題，根據現有的條文草稿，全國人大常委會如果任意認為香港特別行政區的法律不符合《香港基本法》或法定程序，可將有關法律發回香港特別行政區重議或撤銷。這個籠統的安排，可能會影響高度自治的基本原則。從法律規範層面來說，《香港基本法》第17條賦予的全國人大常委會的備案權與發回權其實從某種程度上講是一個權力的兩個方面。誠然，香港作為特別行政區，跟中國其他的行政區域是完全不同的，根本的不同點就在於“一國兩制”體制下的高度自治。但是高度自治是不是就意味着不管和不能管，顯然答案是否定的。因為“一國兩制”的根本在於一國，如果只談“兩制”必然會引領着香港南轅北轍走向相反的道路。而全國人大常委會對香港特區立法權的備案權就是在“一國”的框架下，中央對香港的管治手段之一。在制定《香港基本法》該條款時，通過多方激烈爭討，從之前的有“撤銷”到現在的“備案”和“發回”其實就標榜着香港作為特別行政區最大的特殊之處。不“撤銷”就意味着香港特別行政區跟其他行政區域不同，不能籠統地適用全國人大常委會總體的對法律法規的備案權力，“發回”更多的是體現着中央的對香港的尊重，尊重按照“一國兩制”的體制下實現香港的高度自治，但是保留備案和發回權力就是在法律上根本賦予了全國人大常委會的最為全國最高權力機關的常設機關的憲法地位，這一點是不矛盾的，只是在具體的實施中，全國人大常委會跟香港特別行政區之間可以產生某一種默契，香港特區立法權力確實在“一國兩制”下運作，而全國人大常委會則可以永遠讓該權力保持沉默。

四、“雙普選”推遲後的香港立法會

(一)“雙普選”的發展進程與必然性

《香港基本法》第68條規定，“香港特別行政區立法會由選舉產生。立法會的產生辦法根據香港特別行政區的實際情況和循序漸進的原則而規定，最終達至全部議員由普選產生的目標。立法會產生的具體辦法和法案、議案的表決程序由附件三《香港特別行政

區立法會的產生辦法和表決程序》規定。”《香港基本法》明確規定了立法會最終產生方式就是選舉制度，所以對於立法會是否普選產生從來不存在甚麼問題，真正的問題在於如何實施普選，甚麼時間才是最好的實施普選的時刻？

事實上，香港自1997年回歸以來，無論是歷屆特別政府、香港市民，和中央，都在努力推動香港各項政改，為的就是能夠按照《香港基本法》的規定循序漸進的實施普選方案。2004年4月15日，行政長官董建華向全國人大常委會提交了《關於香港特別行政區2007年行政長官和2008年立法會產生辦法是否需要修改的報告》，在聽取了各方意見、綜合考量後，第十屆全國人大常委會第九次會議通過了《全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區2007年行政長官和2008年立法會產生辦法有關問題的決定》，否決了2007年、2008年雙普選的方案。²³ 政改方案最終沒有得到足夠的支持而未能通過，2007年第三任行政長官選舉制度大體沿用2002年第二任行政長官選舉制度。2007年7月11日，香港特別行政區政府發表《政制發展綠皮書》，就政制發展問政香港市民，行政長官普選的模式、路綫圖及時間表即在其中。三個月諮詢期結束後，行政長官曾蔭權即向全國人大常委會提交了《關於香港特別行政區政制發展諮詢情況及2012年行政長官和立法會產生辦法是否需要修改的報告》，亦向全體市民公佈公眾諮詢的統計結果。第十屆全國人大常委會第三十一次會議審議了曾蔭權提交的報告，通過了《全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區2012年行政長官和立法會產生辦法及有關普選問題的決定》，否決了2012年普選行政長官與立法會的方案，為未來兩個普選劃定了一個大致的時間表。

2014年7月15日，行政長官梁振英向全國人大常委會提交了《關於香港特別行政區2017年行政長官及2016年立法會產生辦法是否需要修改的報告》。2014年8月31日，十二屆全國人大常委會第十次會議表決通過了關於香港特別行政區行政長官普選問題和2016年立法會產生辦法的決定，決定從2017年開始，香港特別行政區行政長官選舉可以實行由普選產生的辦法。其主要內容有：提名委員會應沿用目前選

舉委員會由 1,200 人、四大界別同等比例組成的辦法不變；提名委員會按民主程序提名產生 2 至 3 名行政長官候選人；行政長官候選人須獲得提名委員會過半數支持等。2015 年 6 月 18 日，香港政改方案遭立法會否決，政改方案未獲通過。香港政改發展進程註定了其發展並非一蹴而就，需要循序漸進。

（二）“雙普選”後備案審查權可能面臨的挑戰

雖然過程是漫長的，然而香港的普選卻一定會實現，但是實現的過程必須要按照循序漸進的原則才符合香港和整個國家的整體戰略利益。普選是必然會實現的，只是時間問題。關鍵在於，隨着香港特區立法會實行普選，香港社會和政治務必會面臨新的境遇和挑戰，中央應該如何立足“一國兩制”的基本國策和《香港基本法》的精神面對將來普選後新的一輪各種挑戰？毫無疑問，普選之後，中央對香港特區立法會的監督的正式法律淵源就是《香港基本法》，那麼，可能出現哪些挑戰？

1. 中央的管治能力下降

回歸前後香港各方勢力爭議最為激烈的就是行政長官和立法會普選的時間表和方法。這在“佔中”事件中得到最充實的體現。反對派要求馬上進行普選，而溫和保守人士則主張循序漸進。長期以來，反對派就利用行政長官和立法會非普選產生，攻擊兩者的合法性程度，從而動搖“一國兩制”的根本，造成香港社會一系列的動盪。如果普選實現了，由於香港地緣位置，各種力量會通過一切手段進入立法機構，謀得一席之地，從而左右立法會，推動一些與中央政策南轅北轍的法律。以前對於立法會的泛民主力量，中央長期依靠的是行政主導制下的行政長官對其進行牽制，但是雙普選後，由於行政長官自身也是通過普選產生，其與中央的默契會不會大打折扣這也需要考量。在行政主導體制相對弱化之後，通過民選的立法會依仗民意的認受性，在泛民主派推波助瀾下，立法會制定有違反中央意志的法律將會成為現實。²⁴

2. 管治方式的惟一性：法律

回歸以後對香港的管治上，中央不僅依靠《香港基本法》賦予其本身的權力，而且更多地利用了政治手段和經濟手段多維度的方法對香港進行某種向心力

牽制。方法連接點就是行政主導體制下的行政長官。作為橋樑，行政長官是中央連接香港整體社會的支點。但是雙普選之後，管治方式的濃縮，政治手段的削弱，行政長官在這方面的連接功能會被減弱，中央和香港之間的關係不得不重新回《香港基本法》法的法律規範上。

3. 《香港基本法》第 17 條的危機

中央與香港互動的平台限縮，回歸到《香港基本法》上，立法會和行政長官經過普選，有了民意的支持，不再依賴於中央。再加上各種勢力的波瀾起伏，中外反對勢力的滲透，立法會制定不利於國家大局發展的法律，可能性極大。雖然根據《香港基本法》第 17 條全國人大常委會有備案審查權，但是對被發回的立法如何定性根本沒有任何制度具體闡明。立法會完全可以罔顧全國人大常委會的發回對法律繼續提出備案，這時《香港基本法》第 17 條的危機就形成了。

（三）對香港立法備案審查的對策性研究

1. 全國人大常委會的違“憲”審查權

如果部分法律罔顧中央利益和破壞“一國兩制”，那麼毫無疑問全國人大常委會可以動用第 17 條的備案審查權對其進行明確審查，發回立法會不予備案。特別行政區雖然享有立法權，但是立法機關制定的法律須報全國人大常委會備案。這種備案儘管不影響特別行政區法律的生效，但是如果全國人大常委會認為特區立法機關制定的任何法律不符合《香港基本法》關於中央管理的事務及中央和特別行政區的關係的條款，可將有關法律發回特別行政區，但不作修改。在發回之前，全國人大常委會需徵求其所屬的特別行政區基本法委員會的意見。經全國人大常委會發回的法律立即失效。《香港基本法》的該項規定實際上就是賦予全國人大常委會通過備案的方式有限度地對特別行政區立法行使違憲審查權，儘管迄今為止全國人大常委會還沒有行使過這項權力。²⁵ 關於這個問題，《香港基本法》確立了一種特殊的備案制度。通常的備案沒有批准的含義。但是全國人大常委會可以將它認為不符合《香港基本法》有關條款的特別行政區立法發回特別行政區，也就是拒絕備案，那麼在發回之前，全國人大常委會必須對準備備案的法律是否符

合《香港基本法》關於中央管理的事務及中央和特別行政區的關係的條款作出一個判斷，這種特殊的判斷就是一種違憲審查，而這裏的“憲”限縮於《香港基本法》中有關於中央管理的事務及中央和特別行政區的關係的條款。²⁶

2. 《香港基本法》第18條——釜底抽薪措施

假若發回的法律最終無效後，因為《香港基本法》沒有明確規定同樣的法律被發回不能再次提交全國人大常委會申請備案，所以若失控的立法會採用積極無止境惡性循環，對同一法律屢次向全國人大常委會申請備案的時候，在萬不得已之時，全國人大常委會可以動用《香港基本法》第18條相關規定，進行釜底抽薪措施。根據《香港基本法》第18條規定，“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第8條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律。全國性法律除列本法附件三者外，不在香港特別行政區實施。凡列於本法附件三的法律作出增減，任何列入附件三的法律，限於有關國防、外交和其他按本法規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律。”假若失控下的香港立法權罔顧全國人大常委會的發回，全國人大常委會可以把該法案涉及到的問題通過單獨制定法律，直接併入全國性法律列入附件三，在香港直接得到實行。當然這也應該遵循嚴格的程序。

五、結語

“一國兩制”是一個完整的概念。“一國”是指在中華人民共和國內，香港特別行政區是國家不可分離的部分，是直轄於中央人民政府的地方行政區域。中華人民共和國是單一制國家，中央政府對包括香港特別行政區在內的所有地方行政區域擁有全面管治權。²⁷香港特別行政區的高度自治權不是固有的，其惟一來源是中央授權。香港特別行政區享有的高度自治權不是完全自治，也不是分權，而是中央授予的地方事務管理權。高度自治權的限度在於中央授予多少權力，香港特別行政區就享有多少權力，不存在“剩餘權力”。這充分體現了“一國兩制”下的香港特別行政區的權力來源直接授權於中央，從這個角度而言，全國人大常委會的備案審查權是實實在在的專有權力，是中央管治香港特區立法權的一道法律屏障，在這屏障的身後，香港在《香港基本法》授予的法律範圍內進行活動，各履其職。

[本文為中國政法大學 2015 年博士研究生創新實踐專案研究成果(項目編號為 2015BSCX07)]

註釋：

¹ 李長喜：《立法監督：概念、制度與完善》，載於《立法研究》(一)，北京：法律出版社，2000年。

² 李步雲、汪永清主編：《中國立法的基礎理論和制度》，北京：中國法制出版社，1998年。

³ 李浩然：《基本法起草過程概覽》，香港：三聯書店(香港)有限公司，2012年。

⁴ 同上註，第145頁。

⁵ 劉乃強：“中央適當干預論”，載於劉乃強：《香江話民主》，北京：法律出版社，2014年，第20頁。

⁶ 當時，部分委員認為：一些純屬於自治範圍內的事務，其處理應全由特區內現存的機制去負責，中央應該盡可能減少干預。若去建立另一套特區以外的機制把某一些自治範圍事務的處理權接收過來，違憲審查不應該由特區以外的機制去負責。在自治範圍外的香港法律交由全國人大常委會審查，這點原則上可以成立。至於某條法律是否屬於自治範圍內，這可交由全國人大屬下的基本法委員會界定。

⁷ 在此基礎上，委員們建議，在全國人大常委會下設立一個諮詢機構，暫時定名為香港特別行政區基本法委員會，由內地和香港人士參與，負責基本法的解釋和修改，香港特別行政區制定的法律是否符合基本法及法定程序，以及少數全

國性法律在香港的適用等問題，向全國人大或常委會提供意見。這個委員會的成立和隸屬關係以及其職權，組成等須待全國人大決定。

⁸ 有委員建議，全國人大通過《香港基本法》時，盡快成立基本法委員會；有的委員提出，在全國人大常委會尚未同意成立香港特別行政區基本法委員會的情況下，條文裏就這樣寫上，這在程序上不妥，有的委員提出，基本法起草委員會裏有在全國人大常委會任職的委員，請他們將這個問題先向全國人大常委會通通氣；然而積極的一方面提出，在總則中增寫第 3 條的前提下，建議去掉本條第 1 款。

⁹ 同註 3，第 106-107 頁。

¹⁰ 1986 年 11 月 11 日《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》，載於《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會第三次全體會議文件匯編》。

¹¹ 1987 年 4 月 13 日《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》，載於《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會第四次全體會議文件匯編》。

¹² 1987 年 8 月 22 日《中央與香港特別行政區的關係專題小組工作報告》，載於《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會第五次全體會議文件匯編》。

¹³ 1987 年 12 月基本法起草委員會秘書處《香港特別行政區基本法(草案)(匯編稿)》。

¹⁴ 1988 年 3 月基本法起草委員會秘書處《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)草稿》(總體工作小組第二次會議對目錄、序言、第一、二、三、五、六、七、九章的修改稿)。

¹⁵ 1988 年 4 月基本法起草委員會秘書處《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)草稿》。

¹⁶ 1988 年 4 月基本法起草委員會《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)徵求意見稿》。

¹⁷ 1989 年 2 月《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)》。

¹⁸ 1990 年 2 月 16 日《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)》。

¹⁹ 1990 年 4 月《中華人民共和國香港特別行政區基本法》。

²⁰ 就全國人大常委會發回重議的法律是部分無效還是整體無效的問題，委員有不同的意見：有的委員認為應該只是部分失效，因為很少情況是整章法例都與《香港基本法》抵觸的，通常只是其中的某些章節抵觸基本法。但是亦有的委員贊成當全國人大將某章法例發給特別行政區重議時，它便應該立刻失效。

²¹ 郭天武等：《香港基本法實施問題研究》，北京：中國社會科學出版社，2013 年，第 126 頁。

²² 孫承谷：《〈基本法〉與香港特別行政區政治體制》，香港：世界華文出版機構，2005 年，第 91 頁。

²³ 全國人大常委會在決定中全面論述了否決 2007 年、2008 年雙普選方案的決定的法理依據：有關行政長官和立法會產生辦法的任何改變，都應遵循與香港社會、經濟、政治的發展相協調，有利於社會各階層、各界別、各方面的均衡參與，有利於行政主導體制的有效運行，有利於保持香港的長期繁榮穩定等原則；香港居民已然享有的民主權利前所未有；香港實行民主選舉的歷史不長，既有的民主制度對香港社會整體運作的影響、尤其是對行政主導體制的影響尚有待實踐檢驗；香港社會各界對於 2007 年、2008 年普選存在較大分歧，尚未形成廣泛共識。在此情況下，全國人大常委會認為，實現《香港基本法》第 45 條規定的行政長官由一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名後普選產生的條件還不具備。

²⁴ 劉兆佳：《回歸後的香港政治》，香港：商務印書館，2013 年，第 147-148 頁。

²⁵ 王振民：《論全國人大常委會對特區的違憲審查權》，載於《港澳研究》，2005 年冬季號，總第 1 期。

²⁶ 同上註。

²⁷ 國務院新聞辦公室：《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書，2014 年 6 月 10 日。