

中央与地方关系视角下的 香港基本法解释^{*}

□ 杨晓楠

内容提要 香港基本法规定了一种二元性解释制度,由全国人大常委会与特区法院共享基本法解释权。从权力属性上看,基本法对全国人大常委会的授权是无限制的、概况性的,而对特区法院的授权是有限的,服从于全国人大常委会的解释权;从解释方法上看,特区法院在案件审理中逐渐发展出稳定完善的方法论,全国人大常委会在内地法律解释制度的基础上,发展出新的解释方法论;从具体机制上看,香港基本法设计了一种特区法院提请全国人大常委会解释的互动机制,全国人大常委会也在实践中探索出多种主动解释机制。过去二十三年里,解释主体坚持“一国”原则,尊重“两制”差异,在特别行政区对维护基本法的权威起到积极作用。

关键词 特别行政区 基本法 全国人大常委会 特区法院

作者杨晓楠,大连海事大学法学院教授。(大连 116026)

DOI:10.14167/j.zjss.2020.10.006

党的十九届四中全会总结了新中国70年取得的历史性成就,四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》(以下简称“《重大决定》”)指出,应“完善特别行政区同宪法和基本法实施相关的制度和机制”。“一国两制”概念本身是党领导人民进行的一项制度创新,香港特别行政区基本法(以下简称“香港基本法”)将这一原则转化为具体的法律制度,为维护国家统一与特区的繁荣稳定奠定了宪制性基础。因此,香港基本法的解释机制不仅与一般的全国性法律不同,也与特区其他的本地立法不同:香港基本法第158条授权全国人大常委会与香港特区法院共同解释基本法;规定了香港特区终审法院作为两种解释机制沟通的桥梁,在特定情况下提请全国人大常委会解释;全国人大常委会在作出解释前应咨询其所属的、由香港和内地委员共

同构成的香港基本法委员会。^①这种制度设计希望能够在“一国两制”原则下保持特区的高度自治权,实现中央的有效管治权,进而创建了一种新型的中央和地方法律关系框架。

香港特别行政区回归以来,基本法解释可以说是中央与特区之间最活跃的互动机制之一,在特区政治发展的重要时刻,全国人大常委会多次行使基本法解释权,依照宪法和基本法对香港特区实行管治。因此,在这一议题上,两地法学界积累了相当多的研究,但正是由于这一研究的实践导向性强、时效性过于明显,使得研究呈现出阶段性、碎片化的特点,在基础理论层面对“一国”原则和“两制”差异的认识还可以更为深刻。然而,这种基础理论的不足可能会加深制度决策者信息不对称的情况,不利于在解决问题时有的放矢。另一方面,基本法规定的中央管治权是系统、全面的,各种中央权力相互联系、相互协调、相互补足,构成

^{*} 本文系国家社科基金后期资助项目“香港终审法院的基本法解释与适用研究”(项目号 17FFX007)的阶段性研究成果。

了特区全面管治权的制度内涵。由于基本法解释实践的活跃性,使得既有研究较多将其作为一项独立机制进行研究,或许会割裂了基本法设计的完整性。因此,阶段性地总结“一国两制”的实践,系统性地剖析基本法解释的基础理论问题,即使是在香港基本法颁布30周年的今天,仍然是必要且必需的,这也构成了本文的问题意识。

一、香港基本法解释权的权力分配

从香港基本法的条文结构设计上看,第八章专门规定了基本法的解释权和修改权,与第二章“中央和香港特别行政区的关系”规定相区分,也说明了基本法解释权的重要性,特别是由于香港基本法在回归23年内并未修改,而内地和香港特区的社会环境与1990年制定香港基本法时相比已有了非常显著的变化,所以,一方面,香港基本法的与时俱进需要依赖于解释者的实践,另一方面,解释者的创造性和创新程度又受到基本法文本修改的严格性、社会普遍存在的基本法观念以及政治角力等因素的影响。

(一)全国人大常委会的解释权性质分析

香港基本法第158条第1款明确规定,基本法的解释权属于全国人大常委会。从这一规定中可以看出:

首先,香港基本法的解释主体是全国人大常委会,而不是全国人大或其他的中央机构。香港基本法解释权是一项独立权力,由全国人大常委会排他性享有。香港特区在回归初期,特区部分人士通常将全国人大常委会的解释称为“人大释法”,这种称呼在一定程度上反映出相当一部分人士对全国人大和全国人大常委会的功能区分并不熟悉。^②虽然全国人大常委会作为全国人大的常设机关,其职权与全国人大的职权具有相当大的关联性,^③但是,全国人大常委会与全国人大是宪法授权的不同宪制机构,全国人大常委会独立行使宪法第67条赋予的职权,法律解释权是第67条第4款明确规定的权力。根据香港基本法第八章的规定,全国人大常委会独立行使基本法解释权、基本法的修改提案权,全国人大独立行使基本法修改权,并不受其他国家机构或者互相之间的限制或影响。

其次,全国人大常委会是行使香港基本法解

释权的中央机关,其基本法解释权是一项中央管治权力。香港特区是根据宪法第31条设立的直辖于中央的地区,香港基本法可以看作是根据宪法制定的地方授权法,规定中央与特区具体的法律关系。因此,“中央”在香港基本法中有不同的表述,既包括概况性的中央政权与主权机构的含义,也包括了内含不同主体面向的“中央人民政府”,^④同时包括了被明确授权行使中央权力的全国人大常委会。第158条的规定本质上是香港基本法解释权作为一种中央权力,在附条件的情况下授予特区机构行使。

再者,全国人大常委会的基本法解释权是概况性的、一般性的、不受限制的中央权力。从香港基本法158条第1款的文本可以看出,对全国人大常委会的授权并无其他条件的限制。由于该项权力本质上是一项中央权力,也不应受到香港基本法第158条第2款和第3款自治权行使的限制。从法理上看,授权者的权力不应受到被授权者的限制。这种概况性授权说明全国人大常委会可以解释基本法的所有条款,包括香港特区的自治条款。在回归早期的释法争议中,香港有学者认为香港基本法“第158条的精神是有关《基本法》的诉讼始于香港法院。……只有香港的最高法院才有必要就为数不多的一些条款寻求全国人大常委会的解释。”^⑤这是对全国人大常委会基本法解释权的一种不当限制,也是一种错误的理解,受到了内地学者的批评。^⑥香港终审法院在其审理的吴嘉玲案判决中指出基本法解释权属于全国人大常委会。^⑦在全国人大常委会第一次释法之后,终审法院随即在刘港榕案中特别将宪法第67条第4款和基本法第158条第1款共同认定为全国人大常委会基本法解释权的基础,并指出作为全国性法律的基本法应该受制于宪法直接作出的权力安排。^⑧终审法院同时说明,全国人大常委会的解释权是“一般性和不受约制的权力”,并不受第158条第2款和第3款的限制。^⑨尽管香港回归23年来,全国人大常委会仅作出过五次香港基本法解释;澳门回归21年来,只作出一次澳门基本法解释,而且与第二次香港基本法解释内容相似,但实际上基本法本身并未规定限制或者规定全国人大常委会行使解释权的频率、次数或时间,从这点来看,全国人大常委会是以克制谨慎原则在自我规

制基本法解释权的行使。

此外,香港基本法解释权既与其在内地的职权相关联,又应有所区分。全国人大常委会拥有基本法解释这一制度设计并非偶然,中英联合声明谈判与现行宪法的制定有一定时间上的重合性,1985年香港基本法正式起草时,现行宪法已经实施,全国人大常委会在宪法下的法律解释权对基本法解释权的设定有决定性影响。^⑩香港终审法院判定:“常委会对《基本法》作出解释的权力是源自《中国宪法》及《基本法》。常委会对《基本法》作出解释时是在一种与香港制度迥异的制度下行使职责。在内地制度下,常委会作出的立法解释可阐明或补充法律。”对此,笔者持不同看法。宪法第67条第4款仅规定全国人大常委会拥有解释法律的职权,并没有规定这一条款具体实施的方式必须是单一的。立法法中关于法律解释的规定很明显是对这一宪法权力的具体实施;同样,香港基本法第158条也是对这一权力的另一种具体实施方式。也就是说,宪法第67条第4款的法律解释权在实施上也存在一体两面或者多面,如果结合宪法第31条的规定,可以得出香港基本法在这一问题上属于一般法的规定,立法法同样也是不具有优先适用性的一般法的规定,所以,理论上来看,并不能将内地的法律解释机制或立法法当然地适用于全国人大常委会解释基本法的情况。至少,香港基本法第158条第4款规定的咨询基本法委员会的制度在内地法律解释中并不存在。如果说内地的法律解释机制能对香港基本法解释带来一定的借鉴意义,可能主要是作为同一解释主体的方法论层面,以及全国人大常委会内部的工作机制和运行惯例方面的参考价值。^⑪

最后,香港基本法解释权是全国人大常委会拥有的职权之一,也是与香港基本法其他条款相联系的中央权力一部分。香港基本法规定的全国人大常委会权力除了解释权外还包括对香港本地立法的备案及发回权,对行政长官产生办法和立法会产生办法修改的决定权,宣布香港特区进入战争或紧急状态的决定权,对基本法附件三的全国性法律增减权,基本法修改的提案权,原有权力审查权,向特区作出新授权的权力,以及根据宪法和法律作出其他决定的权力。^⑫如果将全国人大常委会的权力进行体系性分析,可以看出,全国人大

常委会对特区法律进行监督方式也是多样的,包括在回归时对原有法律的审查,回归后对新制定法律(包括本地选举办法)的审查,以及对全国性法律的增减,而香港基本法解释权条款在这种立法安排下并非直接赋予全国人大常委会对本地立法的审查权,而是保障全国人大常委会对特区立法、行政、司法行为的合基本法性监督是具有最终效力的。这是符合“一国两制”原则的制度安排,也说明了基本法对中央权力整体分配的合理性和科学性,所以,在理解基本法解释权的时候,不应将其作为一个孤立的法律解释机制理解,而是作为一个中央管治权和地方自治权互动机制的一部分加以诠释。

(二)香港特区法院的解释权性质分析

相比较于全国人大常委会的解释权而言,特区法院作为被授权者,其权力受到的限制是非常明显的。

首先,香港基本法对特区法院的授权解释并不是概况性的,而且采取分类授权的方式。第一,香港基本法第158条第2款授权特区法院在审理案件时对自治范围内的条款“自行”解释。在吴嘉玲案判决中,终审法院指出,“‘自行’二字强调了特区的高度自治及其法律的独立性”,^⑬学界也基本认同这一看法。第二,第158条第3款规定,香港法院对基本法的其他条款也可以解释。对于这一权力还有进一步规定,即如果需要解释基本法中关于中央人民政府管理的事务或中央和特区关系的条款(以下简称“两类条款”),则在一定情况下需要由终审法院提请全国人大常委会解释。也就是说,除了自治条款的自行解释外,特区法院对其他条款也有解释权,而在其他条款中包括了两类条款和非两类条款的其他条款。在实践中,不要说后两种分类是模糊及难以确定的,就连自治条款和两类条款的界限也并非清晰无争议。^⑭姬鹏飞主任在香港基本法草案说明中指出,不仅在第二章有两类条款,第一、七、八章以及其他章节也都有规定,^⑮如第48条第8款规定行政长官有职权执行中央人民政府发出的指令,可以认为从义务角度规定了中央的指令权。特区法院也并未在判例中对自治条款和两类关系条款有列举式梳理,不过在刚果金案中,终审法院认为,对于“国家行为”这一概念并不能进行清晰阐述,只能按照普通

法的原则进行具体分析,^⑥国防、外交通常会被认为国家行为,似乎可以由此推演出,国防、外交等相关条款以及草案说明涉及的条款属于两类条款的范围。

其次,香港特区法院的基本法解释权由全国人大常委会授予,同时,授权的方式是通过香港基本法进行授权,无需全国人大常委会制定其他的规范性文件或者具体的授权决定。也就是说,在香港基本法没有修改的前提下,这种授权也是地区的宪制性权力,不应被其他决定或规范性文件收回。当然,在某些情况下,这些授权的前提是需要终审法院在特定情况下主动提请解释。不过,即使终审法院违反了地区性宪制义务的话,法律责任也不应是收回其授权,而是根据越权原则,判定其在此种情况下行使解释权的行无效。这种无效的认定会带来一种实践后果,即在有权解释的情况下,全国人大常委会的解释不会影响之前作出的判决;但在越权解释的情况下,或许可以认为,全国人大常委会的解释应不受此时间之限。^⑦

再者,香港特区法院被授权“在审理案件时”解释基本法,也就是说这种解释权并非一种抽象性解释权,而是一种具体的解释权,附随于案件争议的或案件审理必要的。根据香港基本法第19条规定,香港原有制度和原则可以对法院的管辖权作出限制,^⑧这些对法院管辖权的限制主要蕴涵在原有普通法中。与此同时,香港基本法第19条规定特区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。而且,即使案件本身不是国家行为的判定,但涉及对国家行为的认定,法院也需要取得相关的证明,作

为一个事实文件,不能自行对国防、外交政策作出判断。总而言之,法院只在有管辖权的案件中才能解释基本法。而且,在普通法传统下,法院始终有必要保持一种比大陆法系法院更为“消极”的态度,因为它不能决定诉讼的提起、不能决定争诉的议题,即使法院认为有必要,也无法在双方无实质争议或达成和解的情况下作出判决,更不能枉顾判例进行一种立法式的创造。所以,特区法院被授权在解决争议需要时才会解释基本法。^⑨根据香港基本法第84条规定,法院在审判案件的时候要适用基本法第18条规定的法律,也就是说,基本法第18条的规定构成了香港特区法院适用的法律渊源,其规定的特区法律则包括基本法本身、本地立法机关制定的成文法以及在本地公布或立法实施的附件三法律。(见图1)

最后,香港特区法院认为基本法解释权是司法权行使的必然产物,基本法效力的优先性使得法院在解释时行使审查权。在吴嘉玲案中,终审法院认为“在行使《基本法》所赋予的司法权时,特区的法院有责任执行及解释《基本法》”^⑩。刘港榕案判决再次重申:“香港特区法院行使独立司法权时的其中一项基本职能是解释法律,其中包括《基本法》。”^⑪香港基本法第158条第2和3款授权特区法院解释基本法,第84条授权特区法院依据基本法审理案件,^⑫在所有案件的审理中都有可能涉及香港基本法的解释,实践中,司法复核案件中适用基本法引起的社会反响较为突出。^⑬虽然这两种功能是重叠的,但并不必然存在规范上的因果关系,在内地的法律体系中,法律解释权作为一项独立

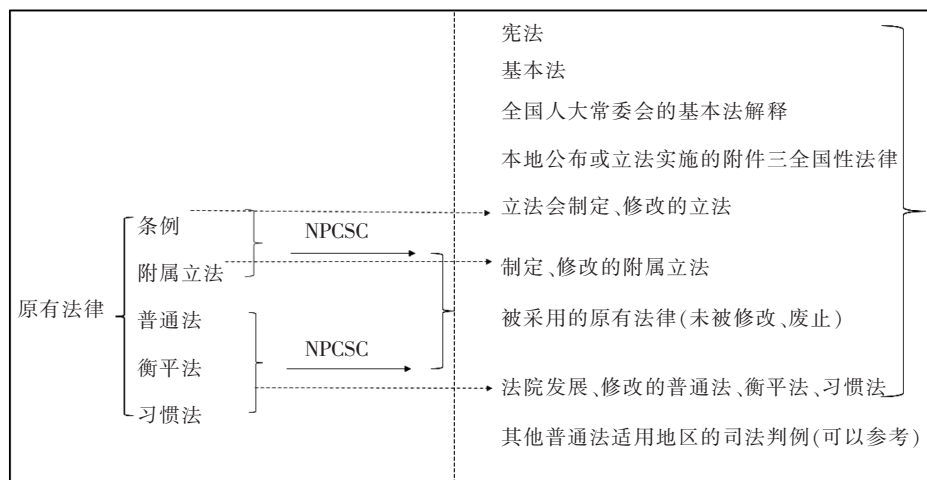


图1 香港特区法院适用的法律渊源

的权力,并不依附于司法权或其他权力而存在。所以,特区法院往往从普通法传统视角理解基本法解释权与司法权的关系,并将基本法效力的优先性认为是审查权的基础;而内地法律授权特区法院作为有权解释的主体,并且承认判例制度使得这种有权解释产生一种规范性效果。在这种视角下,全国人大常委会的抽象解释权并不蕴含或关联任何司法权,也可以在抽象意义上与特区法院解释进行协调和沟通。

二、香港基本法解释的方法论发展

香港基本法解释方法,特别是特区法院的基本法解释方法,可以说是诸多文献都曾讨论过的议题,^②笔者也在另文中有过专门论述,^③对于具体判例中解释方法在此不再展开,仅对基本法解释方法论发展进行重述。

(一)香港特区法院解释基本法的方法

1. 普通法解释论基础

在普通法经典著作中,Bennion 教授将英国普通法解释方法分为文义解释(literal meaning)与超文义解释(strained construction)。^④对文义解释又具体划分为三种:第一,“当条文意思清楚,即只有一种语法解释(grammatical meaning)时,为该种语法解释”;第二,“当条文意思模糊,即可能有两种或两种以上语法解释时,为其中任意一种语法解释”;第三,“当条文语义(semanticly)晦涩,即不能有任何直接的语法解释时,为该修正版本的语法解释,或者当修正的版本可能有两种或两种以上语法解释时,为其中任意一种语法解释”。^⑤总之,在理论层面,文义解释其实包括了单一语法解释、选择性语法解释、修正语法解释、选择性修正语法解释等情况,都是从文本字面可以获得的解释方案。

超文义解释在 Bennion 教授看来也包括三种情况:第一,“当条文有一种清楚的语法解释时”,为不同于该解释的含义;第二,“当条文意思模糊,即可能有两种或两种以上语法解释时,为不同于其中任一种语法解释的含义”;第三,“当条文语义晦涩时,为不同于该修正版本语法解释的含义,或者不同于该修正的版本任意一种语法解释的含义”。^⑥对于超文义解释的理解,Bennion 教授实际上采取了一种与文义解释二元悖反的划分方法,

借此对解释方法进行一种周延分类。这种解释方法的分类是根据解释结果与文本的背离程度对解释方法进行的分类,并不是单纯对解释路径本身的划分。

就解释路径而言,普通法解释理论中也有相关划分。文本解释(textual)是指对解释对象的文本进行解释,适用语法解释的方法。语境解释(contextual interpretation)则需要在一个语境中解读某一文本的含义。而且,语境解释有狭义与广义之分,狭义指依据解释对象的上下条款、上下章节、在法律中的位置等文本所在的最小语境(文本的上下文和相关的法律框架)对文本进行解释,即体系解释和逻辑解释的方法。较宽泛的语境解释则包括相关的其他立法,但依然是以规范为基础的语境。最宽泛的语境解释不再指文本语境,而是指社会语境,即立法所处的环境。实际上,文本解释与语境解释也是一种二元性的划分标准,是依据解释对象所进行的划分。对于语境解释而言,历史解释可以作为获得语境的一种路径,即通过查询历史文献得知文本的原意,实际已经超越最狭义的文本内涵,探求立法者借以通过法律文本表示出的原意(intention)获得法律解释的结果。然而,历史解释也可以采取一种较宽泛的语境解释方法,利用公开、可查询的规范性文本,例如,普通法中的弊端规则就是指“议会通过一项法案意图在于解决一项弊端。它因此推定议会希望法院在解释这项法案时,也会尽力以这种方法适用法律来解决弊端。”^⑦在这个情况下,所要解决的弊端可以被认为立法所依赖的社会语境,只不过普通法传统下可以使用的文本路径较为有限。

无论是按照法律解释结果、还是法律解释路径分类,探讨法律解释正当性的问题时,法院始终不能回避一个问题——到底在多大程度上可以接受法律解释与法律文本的脱离?毕竟法律解释与法律制定、修改不同,需要服从一定的界限。如果要回答这个问题,可以进一步细化为:基于文本的解释、超文本解释与反文本解释。^⑧基于本文的解释是上述的文义解释或者文本解释,甚至加之狭义语境解释;而超文本解释则是指解释者通过某种方式探知立法背后的目的,这一目的是通过文本分析无法得知的,解释者不受制于文本表示出来的僵化含义的局限,这种身份的跳脱或是可能

出于对立法机关更大的尊重,或是基于解释者身份产生的合理裁量权对法律进行的不得以续造,进而产生了一种超越文本解释的效果。不过,超文本解释虽然不能从文本得出,但与文本并不冲突;换言之,解释的结果并非文本所不能承受的。可以说,在 Bennion 教授提到的修正语法解释与续造(construction)之间进行了更详细的分类,产生了一种既不在文本之内、也不在文本之外的效果。反文本解释则走得最远,通常被认为是修改法律的情况。当然,即使依据传统的普通法解释原则,这也不是法律解释完全不能包容的情况。以黄金规则为例,它是文义解释的一种例外情况,当字面意义的适用会在案件中产生极不合理、令人难以接受和信服的结果,^③法院可以采用变通的解释,以避免荒谬结果的出现。黄金规则给法官提供了一种反文本解释的可能性。但是,反文本解释的情况应是极为罕见的,而且反文本的程度要受到控制,否则,法律文本就会丧失其作为规范的基本作用,影响法律的可预测性,不能作为人们行为的指引。总之,传统普通法解释的基石是文义主义,特别是在制定法解释中,法院如果脱离了文义主义,很难摆脱僭越立法权的嫌疑。

2. 特区法院基本法解释方法论的变革

回溯特区法院 23 年的基本法解释,可以发现特区法院经历了一场迂回的发展过程。首先,终审法院在第一个案件中确定了基本法解释的特殊性,尽管法院认为基本法解释方法的特殊性缘于其作为宪制性法律无法避免的含糊性,但实际上,这说明了终审法院在新秩序下对传统解释方法的背离。而且,在终审法院看来,议会至上下的制定法解释方法似乎与香港基本法的专门性授权并不相符。香港基本法第 158 条法院“自行”解释鼓励法院沿用一种非传统的“目的解释”方法。与文义解释、弊端原则、黄金规则相比,目的解释方法在普通法中出现得较晚,^④通过 Fisher 案的援引进入香港。^⑤目的解释并非是在文义解释、弊端原则、黄金规则之外单独发展出来的一种原则或方法,实则是弊端原则的一种发展。目的解释与文义解释、弊端原则和黄金原则相同,是一种具体的普通法解释原则,是法院直接可以适用的解释原则,而不是上述的纯理论型划分。因此,目的解释可以和文本解释、语境解释或超文义解释、反文义解释

进行一种交叉。很多时候,目的解释本身就是语境解释,在较宽泛或是最宽泛的意义上使用语境解释,以探讨作为立法目的的社会语境。不过,最狭义的语境解释通常与普通法的目的解释并不相同,因为最狭义的语境解释本质上是文义主义的,而目的解释则更多是超文义主义的。与传统原则相比较,目的解释给予解释者更大的空间,香港终审法院正是利用这种解释论的空间建立了一套更具有弹性的基本法解释理论。

其次,在一系列判例中,特区法院总结出香港基本法第三章的目的是保障居民的基本权利,因而应对权利进行一种宽松解释,同时对权利的限制进行一种严格解释,并通过解释基本法第 39 条的规定,运用联系适用和导入适用的方式建立了以比例原则为基础的基本法适用框架。^⑥尽管全国人大常委会的释法实际上推翻了吴嘉玲案的判决,不过,在后来的刘港榕案、庄丰源案中,终审法院认为全国人大常委会的解释是规范性的、抽象性的,解释并没有对终审法院的宽松原则构成威胁,宽松解释依然是解释香港基本法规定的权利和自由的最重要解释方法。回归前,香港法院就在人权法案的案件中将欧洲人权法院对权利限制的狭义解释方法引入香港,在明报诉香港律政司一案中,法院认为,“任何对组成一个民主社会核心价值表达自由所施加的限制必须被狭义地解释”。^⑦终审法院在吴恭邵案、^⑧Gurung 案^⑨继续确认了这一方法对基本法解释的适用性。

最终,当目的解释脱离文义解释走得过远时,必然会带来一种反传统的危险,这种变革的代价对于终审法院而言也是严重的。尤其是在与全国人大常委会的第一次互动之后,终审法院不得已进行一种方法论上的反思,在后来的庄丰源案中开始回归文义主义。目的解释与文义解释最大的争议在于对外部材料的引用,除了考虑被解释条文的语词、条文上下文的联系、条文所处的章节、条文与整体结构之间的关系之外,是否还可以参考被解释文本之外的资料对条文解释加以辅助。在弊端原则使用时,法院多被限制于法律条文的框架内,仅允许从序言和其他原则等找出所要解释的弊端,“考虑法律以外的其他材料以适用弊端原则是十分谨慎的”。^⑩即使就 Pepper 案确定的英国传统目的解释而言,使用其他立法材料的情况

也是少见的。^⑨在吴嘉玲案中,^⑩终审法院认为,获得基本法立法目的途径主要包括条文本身的性质、其他的相关条款、其他相关的外部文件或背景。条文本身的性质与语言的使用相关,与地区的常识相关,也与一定时期的共识性意见相关;其他的相关条款提供了一种系统的解释,即上下文之间的联系,整个篇章的设置,同一个主题的条款。(见图2)在庄丰源案中,终审法院明确给出了一个可以参考的清单,并认为“含义清晰即所用文字没有歧义,就是在合理情况下不能得出另一对立的解释。”^⑪

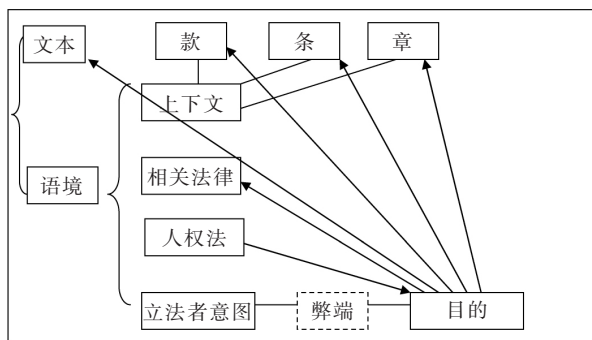


图2 “目的”与“语境”的关系

(二)全国人大常委会解释基本法方法论发展

回归以来,全国人大常委会作过五次香港基本法解释,从方法论角度来看,全国人大常委会的解释说明中将其使用的方法定义为立法原意解释,与目的解释有众多相似之处。下文从解释适用前提以及依据资料等方面与特区法院的解释进行对比。

首先,内地法律制度下全国人大常委会的法律解释并没有具体方法论的限制,也缺乏判例或惯例的约束,可以说全国人大常委会的解释方法是更为灵活的。如果按终审法院的理解,全国人大常委会的解释是可以弥补法律漏洞的,那么,客观主义或文义主义的立场就站不住,因为法律解释或许在解释一个立法者完全没有考虑过的新问题。虽然香港法院对全国人大常委会的解释权并无质疑而且无论采取何种解释方法,法院都必须受其解释的约束,但是,这种填补漏洞的方式难以与普通法解释相协调。如果要减少解释者之间的分歧,全国人大常委会可以自制性地削减这种“填补式”解释适用的可能,更多以“明确具体含义”的方式解释法律。

其次,全国人大常委会获得蕴含在香港基本

法中制定者原意的方式也是更为多样的。在第一次香港基本法解释的草案说明中,全国人大常委会指出,在解释过程中使用了1996年8月10日筹委会通过的《关于实施基本法第24条第2款的意见》,以及1997年3月对筹委会工作报告审议的情况,采用了历史解释及语境解释的方法。与终审法院的区别在于,法院认为在基本法制定后的资料对于立法原意本身并无影响,而全国人大常委会则持相反意见。在第二次释法中,全国人大常委会未对依据的外部文件作出列举,不过说明“根据我国有关法律的规定,法律用语中表示具体数字或年份时的‘以前’、‘以后’,均包括本数在内”,可以与终审法院所依据的狭义语境解释相类比。第三次释法中,对于行政长官任期问题的解释,全国人大常委会在草案说明中对比了香港基本法第53条“新的行政长官”、1987年基本法初稿中规定的“新的行政长官”、1988年征求意见稿中“新的一届”、1989年草案中“新的行政长官”这一修改历程,并结合了选委会的设计,说明了删除“一届”意味着是剩余任期。在制定解释的过程中,全国人大常委会听取了香港各界人士的意见,不过在草案说明中并未提及该意见具体是什么。^⑫在第四次释法中,全国人大常委会在草案说明中引述了中英联合声明以及吴学谦向全国人大常委会所作的《关于中英关于香港问题协议文件的报告》、香港基本法草案及其有关文件的说明对“外交和国防”事务进行了解释,至于国家豁免规则的释法实则并不是对基本法本身的解释,而是行使一种通过解释产生的授权,所以,其参考《联合国国家及其财产管辖豁免公约》不会对香港基本法解释的方法产生影响。在第五次释法中,全国人大常委会在解释草案说明中参考了邓小平关于“爱国者治港”的讲话、1996年筹委会制定的第一任行政长官人选的产生办法、《行政长官选举条例》第16条和《立法会条例》第40条,对宣誓的行为进行了较详细的阐述。其中对行政长官选举条例和立法会条例参考而言,其实可以符合终审法院提出的“制定时”立法的相关性标准。

综上,如果比较终审法院与全国人大常委会在解释时所使用的依据,并不能说两者存在主观主义与客观主义的区别,两者的差异主要是对立法原意的理解以及依据材料的正当性理解不同。

相对而言,终审法院的方法是更为文义主义和保守的,而全国人大常委会的解释方法则较为开放,受到的直接限制较少。

三、香港基本法解释的调和机制

(一)香港特区法院提请解释基本法的具体机制

香港基本法第158条第3款规定,在特区法院需要解释两类条款且该条款的解释影响到判决,在终局判决之前,由终审法院提请全国人大常委会解释,这一问题直接涉及全国人大常委会和特区法院的互动。

首先,香港所有法院普遍享有基本法解释权,这种解释权的授权方式是分散的,但这一机制的设计仅将特区终审法院作为沟通机制。理论上,也存在下级法院作出对两类条款的解释却未能上诉或提请的可能,在过去23年的实践中,并未实际出现过这种情况,原因之一在于涉及提请解释的基本法案件数量不多,而且这样的案件会有较大的社会影响,一般较多机会被终审法院审理。

其次,终审法院认为并非在所有可能的案件中均提请解释,而是要满足一定的提请条件。终审法院在吴嘉玲案中“两条件”的提请标准:一是涉及解释的基本法条款属于两类条款(类别条件),二是这些条款的解释会影响案件的判决(有需要条件)。这一解释框架表面上看起来是对第158条第3款的拆解,实则终审法院在其中加入了裁量因素。终审法院认为这两个标准是顺序决定的,不符合“类别条件”,无需谈及“有需要条件”。^③只有法院而非全国人大常委会可以决定哪些条款属于类别条件,也就是说提请解释的主动权在法院手中。另一方面,终审法院强调提交全国人大常委会解释的问题只能是案件中特定的争议问题(主要条款测试),因为终审法院所享有的解释权是附随于司法审判权,而审判权的核心在于解决争议,因此不能“随意”提请解释基本法。

最后,终审法院在吴嘉玲案和庄丰源案等案件中拒绝提请带来了很大的争议,最终在刚果金案中第一次提请全国人大常委会解释基本法。应该注意的是,无论是刚果金案的多数意见还是少数意见,根本上都支持吴嘉玲案判决所确定的类别条件、必要性原则。至于是否符合类别条件,法庭也都默认吴嘉玲案和刘港榕案判决确定的“主

要条款测试准则”,只有审理的实质条款属于类别条款才符合提请条件。法庭多数意见和少数意见的分歧在于,多数意见认为,只要案件符合类别条件和必要性条件,“而有关理据又是‘可争辩的’而非‘明显地拙劣’”,法庭就有责任提请全国人大常委会解释,而这个案件中不必处理主要条款测试准则的问题,因为适用的香港基本法第13条和第19条明显符合类别条件和必要性条件,因此应提请解释。^④就多数判决反映来看,终审法院还是非常谨慎地处理了这个问题,因为如果涉及香港基本法第13条和第19条但不提请解释,很有可能引起全国人大常委会的主动解释。不过,从上述争议也可以看出,终审法院现今的提请对案件具有强烈的依附性,依附于案件的争议,甚至依附于在这一过程中舆论的发酵和中央的反应,与惯例或机制的形成尚有距离。

(二)全国人大常委会解释基本法的现有机制

香港基本法第158条第1款授权并未规定全国人大常委会解释基本法的具体机制,全国人大常委会过去的解释实践中运用的机制主要分为几种类型。

第一,全国人大常委会主动作出解释。2004年《关于〈香港基本法〉附件一第七条和附件二第三条的解释》、2016年《关于〈香港基本法〉第一百零四条的解释》的解释采取的是主动解释的方式。根据立法法第46条的规定,国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大各专门委员会以及省、自治区、直辖市人大常委会都可以提请全国人大常委会解释法律。在过去的实践中,全国人大常委会除了五次香港基本法解释、一次澳门基本法解释外,还作出过17次法律解释及对两次法律解释的修正。在这些法律解释中,1次是对民事法律的解释,3次是对刑事诉讼法的解释,13次是对刑法条文的解释。由于主要涉及刑事立法,2002年《关于〈刑法〉第二百九十四条第一款的解释》和《关于〈刑法〉第三百八十四条第一款的解释》由最高检提请,2000年《关于〈刑法〉第九十三条第二款的解释》由最高检和最高人民法院联合提请,2014年的民事立法解释由最高人民法院提请,其他的法律解释主要是在“有关部门建议下”由全国人大常委会主动解释。可见,这一机制在内地法律解释体制中较为通常使用,与香港基本法

解释机制有所不同。

第二,由特区政府通过国务院提请或直接提请全国人大常委会进行基本法解释。1999年《关于〈香港基本法〉第二十二条第四款和第二十四条第二款第(三)项的解释》、2005年《关于〈香港基本法〉第五十三条第二款的解释》均由行政长官根据香港基本法第43条和第48条第二款向国务院提交报告,提请全国人大常委会解释。2011年《关于〈澳门基本法〉附件一第七条和附件二第三条的解释》是由澳门行政长官致函全国人大常委会委员长,提请全国人大常委会“酌定”是否需要对相关条款作出解释,委员会会议审议决定解释是“必要和适当的”。在内地法律解释机制中,虽然国务院作为有关部门之一建议全国人大常委会进行法律解释,却并非按照立法法规定提请正式的解释议案。而澳门行政长官也不属于立法法规定的提请解释主体,澳门基本法并未规定由行政长官提请解释的制度。由此可见,这种类型的提请解释并未形成一种固定机制。笔者建议,通过解释制度的规定将特区政府提请全国人大常委会解释基本法的制度规范化,对于减少特区本地的政治纠纷还是很有必要的。

第三,由特区法院提请全国人大常委会解释。2011年《关于〈香港基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》属于这一情况。关于提请人大常委会解释的程序和步骤,终审法院在裁决中认为,应由律政司司长通过外交部驻香港特派员公署提请全国人大常委会,解释草案由委员长会议提请审议,常委会组成人员进行讨论,并征询全国人大常委会香港基本法委员会的意见,对提请的问题作出解释,这也是第一次完整地按照香港基本法第158条第3款的规定进行了解释,虽然并无建立普通法上的原则,但其程序性的意义非常重大。不过,对于香港法院而言,还存在其他的程序问题,法院判决没有清楚说明未来如果提请解释是否会因案件不同提请不同的机关,还是均由律政司司长作为中介提请,虽然不影响解释的实质内容,但法院可以在未来通过判例一并厘清。

结 语

“一国两制”的伟大构想曾指引香港、澳门特区平稳地实现了管治权交接,在过去23年里,香

港基本法的解释者在全新的挑战中不断探索,努力维持香港的繁荣与稳定。一个国家、两种制度,在隔离和融合之间发展出了一种新的中央与地方关系路径,尊重两制特色、维护国家主权、安全、发展利益,这给港澳问题的研究者提供了真实、重要的议题和迫切的需求,如何在“一国两制”和香港基本法的框架下深入剖析现实问题与困境,探索“一国两制”持续健康发展的路径,是香港问题研究的起点和归宿。在新通过的香港国安法审判中,法院可能还会遇到基本法解释面临新的挑战,如何在过去的思维中找出新的解决思路,是未来基本法解释要探索的难题。

总之,香港基本法为特别行政区作为中央人民政府领导下的地方行政区域治理和运行提供制度依据与保障,香港基本法解释始终是基本法实施中重要的一环,完善基本法解释机制和方法论对于保障基本法和“一国两制”原则的顺利实施意义重大。

注释:

①澳门基本法第143条作了完全相同的制度规定,但由于澳门特区原有的法律制度与香港不同,因此,澳门特区法院作出的基本法解释并不具有普遍约束力,参见杨晓楠:《澳门基本法的司法适用研究——与香港基本法司法适用的比较》,载《港澳研究》2015年第2期,第53~55页。

②梁爱诗:《飞鸿踏雪——香港基本法实践20年》,香港城市大学出版社2017年版,第110~118页。

③秦强:《论全国人大与全国人大常委会的职权关系》,载《人大研究》2010年第12期,第12~19页;章秉光:《全国人大及其常委会立法权限关系探讨》,载《华东政法学院学报》2004年第3期,第40~46页。

④杨晓楠:《中央在特别行政区发出行政指令权:理论基础与制度建构》,载《社会科学》2018年第9期,第122页。在该文中,笔者详细说明了“中央人民政府”可能指代的具体国家机构。

⑤佳日思:《人大常委会的解释及其影响》,载佳日思、陈文敏、傅华伶编:《居港权引发的宪法争议》,香港大学出版社2000年版,第208页。

⑥吴建璠:《全国人大解释基本法依据在何处》,载《中国法律》1999年8月,第3~6页;强世功:《司法主权之争——从吴嘉玲案看“人大释法”的宪政意涵》,载《清华法学》2009年第5期,第16~20页;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》,载《浙江社会科学》2000年第5期,第57页。

⑦⑬⑭⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺ Ng Ka Ling and another v the Director of

Immigration [1999] 1 HKLRD 315, (1999) 2 HKCFAR 4.

⑧⑨⑩ *Lau Kong Yung and others v the Director of Immigration* [1999] 3 HKLRD 778.

⑪ 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》,载《浙江社会科学》2000年第5期,第57页。

⑫ Yang Xiaonan, Fu Hualing, *Revisiting Legislative Interpretation in China and the Implications for Hong Kong*, 49 *Hong Kong Law Journal* 357.

⑬ 本文在《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书基础上有所补充,例如,作出关于“一地两检”相关决定的权力,根据全国人大授权制定香港国安法的权力等。

⑭ 参见王振民教授在专著中对中央权力、特区权力的划分,白皮书也对重要的条款有一定梳理。王振民:《中央与特别行政区关系——一种法治结构的解析》,清华大学出版社2002年版。

⑮ 国务院发展研究中心港澳研究所:《香港基本法读本》,商务印书馆2009年版,第306页。

⑯⑭ *Democratic Republic of the Congo and others v. FG Hemisphere Associate LLC* (2011) 14 HKCFAR 95.

⑰ 尽管在刘港榕案件中,终审法院认为应秉持普通法的宣示原则,即“该项解释既然是关于《基本法》条款的解释,自可追溯至1997年7月1日,即《基本法》开始生效之日。它申明有关条款一直以来的涵义。”但实际上,为了保持法的安宁性,对于已经作出判决所影响到的当事人并未有再审。

⑱ 例如,普通法中的“王室豁免”原则、“不干预”原则对法院的审判权构成实质性的限制。参见杨晓楠、唐艺卿:《从“华天龙”号案看王室豁免原则在香港特别行政区的适用》,载《中国海商法研究》2015年第1期,第95~101页;杨晓楠:《从“不干预”原则的变迁审视香港特区司法与立法关系》,载《法律评论》2017年第4期,第38~47页;付婧:《议会自治的边界——香港〈基本法〉秩序下法院如何介入议会特权问题》,载《环球法律评论》2019年第4期,第149~161页。

⑲ *HKSAR v Wong Siu Ching* (2012) 15 HKCFAR 199. 参见杨晓楠:《香港基本法的类型化司法适用》,载《法学家》2018年第4期,第114页。

⑳ 澳门特区法院在适用基本法进行类型的案件审理,参见蒋朝阳:《澳门基本法的司法适用》,载《国家检察官学院学报》2015年第2期,第65~67页。

㉑ 对2000年至2016年香港司法机构年报公布的统计数据整理,终审法院审理的涉及基本法案件中民事上诉案件约有50件,约占案件总数的69.4%,主要是针对司法复核案件的上诉。

㉒ 秦前红、黄明涛:《文本、目的和语境——香港终审法院解释方法的连贯性与灵活性》,《现代法学》2011年第1期,第182~192页;强世功:《文本、结构与立法原意——

“人大释法”的法律技艺》,《中国社会科学》2007年第5期,第143~159页;姚国建、王勇:《论陆港两地基本法解释方法的冲突与调适》,《法学评论》2013年第5期,第80~91页;P. Y. Lo, *The Judicial Construction of Hong Kong's Basic Law: Courts, Politics and Society after 1997*, Hong Kong: Hong Kong University Press 2014等。

㉓ 杨晓楠:《传统与新秩序:“一国两制”下的香港普通法》,载《国家行政学院学报》2017年第4期,第52~54页。

㉔ 关于“解释”(interpretation)与“创制”(construction)之间的区别,参见范进学:《论伊利的宪法解释方法》,《当代法学》2013年第3期,第25~33页,本文均翻译为“解释”。

㉕⑳ F.A.R. Bennion, *Bennion on Statutory Interpretation: a Code*, London: LexisNexis 2008, p 393.

㉖ 在1584年Heydon's案的判决中被确立,Heydon (1584) 76 ER 637.

㉗ 这种结果评价与限缩解释和扩大解释的分类不同,后者也是对解释结果的一种分类,主要通过字面意思的比较进行的。在这个意义上,限缩和扩大可能更多属于超文本和反文本的范畴。

㉘ 陈弘毅:《当代西方法律解释学初探》,《中国法学》1997年第3期,第107页。

㉙ Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, translated by Sari Bashi, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2005, p 14.

㉚ *Minister of Home Affairs and another v Collins MacDonald Fisher and another* [1980] AC 319.

㉛ 杨晓楠:《香港基本法的类型化司法适用》,载《法学家》2018年第4期,第118~119页。

㉜ *Ming Pao Newspapers Ltd v A -G of Hong Kong* [1996] AC 907.

㉝ *HKSAR v Ng Kung Siu and another* [1999] 3 HKLRD 907, (1999) 2 HKCFAR 442.

㉞ *Gurung Kesh Bahadur v the Director of Immigration* [2002] 2 HKLRD 775; (2002) 5 HKCFAR 480.

㉟ *Black-Clawson International Ltd. v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1975] AC 591.

㊱ Daniel Greenberg ed., *Craies on Legislation: a Practitioners' Guide to the Nature, Process, Effect and Interpretation of Legislation*, 8th edition, London: Sweet & Maxwell 2004, p 681.

㊲ *The Director of Immigration v Chong Fung Yuen* [2001] 2 HKLRD 533, (2001) 4 HKCFAR 211.

㊳ Elsie Leung, *The Term of the New CE is Two Years; the LAC of the NPCSC Agree with Her*, Hong Kong Daily News, 13 March 2005, A4.

责任编辑 陈亚飞

Theory on “the Unity of People and Country” Is the Fundamental Characteristic of Our Country’s National System and the Source of National Self-Confidence (25)

Hu Chenghuai

(*Institute of Marxist Research, Zhejiang Provincial Party School of the CPC, Hangzhou 311121*)

Abstract: The article believes that the fundamental characteristic of the socialist state system with Chinese characteristics is “the unity of the people and the country”. The main factor that maintains and supports the “the unity of the people and the country” is the cultural psychology identity of “great unification” that has been passed down for nearly three thousand years (historical factors), realistic socialized individuals (realistic social foundations), and the operating mechanism of democratic centralism. This national system is of great advantageous. It is a form of high-level civilization and the source of national self-confidence, at the same time it also has its own limitations. Maintaining this national system is the most fundamental and important task of national construction.

Key words: national system; “Unity of People and Country”; national confidence

Normative Analysis of Article 22 in Hong Kong Basic Law (34)

Han Dayuan

(*Law School, Renmin University of China, Beijing 100872*)

Abstracts: The Hong Kong Basic Law is a normative system oriented to practice, full of wisdom and openness. Based on the theory of “One Country, Two Systems”, the provisions of the Basic Law take into account different legal and cultural traditions, build a platform for dialogue between civil law and common law tradition, and provide a legal basis for the prosperity and stability of Hong Kong. With social changes, the Basic Law also faces some challenges in practice. This is a normal phenomenon of legal system and should not be exaggerated, or even politicized. The Article 22 of the Basic Law faces the same problems in practice. We need to make a serious analysis from different perspectives, including history, norms and reality, and try to grasp its historical context and connotation accurately, which will provide a theoretical basis for the effective implementation of norms.

Key words: Hong Kong Basic Law; the Central People’s Government; legal interpretation; social consensus

The Interpretation of the Hong Kong Basic Law: from the Perspective of the Relationship between the Central and Local Governments (44)

Yang Xiaonan

(*Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026*)

Abstract: It is known to all that the Hong Kong Basic Law provides a dual-track mechanism of Basic Law interpretation. The NPCSC and Hong Kong courts share the power to interpret the Basic Law. The power of the former is general, unlimited and that of the latter is limited and subject to the former. Hong Kong courts developed a set of interpretative methodologies and the NPCSC also made some progress in the past few years. In practice, there is a mechanism of interaction which allows the courts to bring up the request for the interpretation. In the meantime, the NPCSC can also issue the interpretation on its own. In the past 23 years, the interpretation of the Basic Law has played a significant role in the system of One Country, Two Systems.

Key words: Hong Kong SAR; Basic Law; NPCSC; Hong Kong courts

The Principle of the Separation of Powers in Hong Kong SAR’s Common Law (54)

Luo Peiran, Chen Hongyi

(*Faculty of Law, The University of Hong Kong*)

Abstract: Hong Kong has been a Special Administrative Region(SAR) of the People’s Republic of China since 1997 with its own highly autonomous legal and judicial systems based on English common law. Applying common law principles, the Hong Kong SAR courts have conceptualized “separation of powers” as a feature of the Basic Law and the Rule of Law in Hong Kong. This article demonstrates how Hong Kong courts