

# “一國兩制”下《香港基本法》解釋衝突起因及其解決

申思琦\*

## 一、《香港基本法》關於解釋制度的規定

《香港基本法》是保障和貫徹“一國兩制”的法律，它在許多方面都表現有雙重性的特徵，如，從性質上講，它既是一部全國性的基本法律，又是香港特別行政區的根本性法律；從效力範圍上講，它既在全國範圍內生效，但又主要在香港特區實施；從內容上講，它既包括香港行使高度自治權的條款，也有一些涉及中央政府管理的事務以及中央與特區關係的規定。因此，在基本法的解釋方面，就不可避免地會涉及到中央和特區雙方。如果只由中央行使解釋權，那麼香港特區的高度自治權和司法終審權便缺乏有效的保障，這不符合“兩制”的精神；但如果只由香港特區法院行使解釋權，那麼“一國”的原則又難以得到貫徹和體現，甚至在某些時候會出現中央受制於特區的尷尬。為此，基本法的起草者從“一國兩制”的基本精神出發，兼顧了兩地差異性的法律解釋體制，頗具匠心設計了一套獨具特色的“雙重”解釋體制。<sup>1</sup>

### （一）基本法的最終解釋權屬於中央

根據憲法規定，全國人大制定的任何法律包括憲法本身，其解釋權均由全國人大常委會行使。同時，基本法作為全國人大制定的一部基本法律，不僅在香港特區實施，而且在全國範圍內生效。因此，為了保證基本法在全國範圍內得到一致的理解和統一的實施，《香港基本法》第158條第1款明確規定：“本法的解釋權屬於全國人大常委會。”從該條款來看，基本法對全國人大常委會的解釋權沒有任何限定範圍，人大常委會對基本法的所有條款都可以解釋，而且理論上其有權在其認為合適的任何情況下行使解釋權。<sup>2</sup>

### （二）全國人大常委會授權香港法院在審理案件時自行解釋自治範圍內的條款

《香港基本法》第158條第2款規定：“全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。”即對於基本法規定的香港特區自治範圍內的條款，全國人大常委會雖然具有解釋權但不直接行使，而是授權香港特區法院行使。由於“自治範圍內的條款”不涉及中央政府管理事務及中央與香港特區關係，香港特區法院在審理案件時有完全的解釋權，中央不加以影響和干涉。這一規定，既符合了高度自治、“港人治港”的“一國兩制”原則，也滿足了香港特區法院自行行使終審權和法律解釋權的需要。<sup>3</sup>但需要強調的是，根據基本法，香港特區法院的解釋權是來源於全國人大常委會的授權，而非香港特區法院本身就“與生俱來”地自行擁有解釋權，人大常委會並不因“授權”而喪失其依據憲法和基本法所享有的解釋權。認清楚這一點，對於客觀分析下文所要提及的關於基本法解釋的爭議是非常重要的。

### （三）中央保留行使對非自治範圍內條款的解釋權，且其解釋作出後即對香港法院具有約束力

這是基本法解釋體制中最為複雜的一點，即，《香港基本法》第158條第3款規定：“香港特區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如香港特區法院在審理案件時需要對涉及中央政府管理的事務或中央和香港特區關係的條款進行解釋，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局判決前，應由香港特區終審法院提請全國人大常委會對有關條款作出解釋。如全國人大常委會作出解釋，香港特區法院在引用該條款時，應以全國人大常

\* 澳門大學法學院博士研究生

委會的解釋為準。但在此之前作出的判決不受影響。”這一規定，實際上也就意味着香港特區法院對基本法的所有條款都可以解釋，但同時又附加了必要的限制，即，如需對涉及中央管理事務或中央與特區關係的條款進行解釋，而該解釋又影響到案件的判決，則在作出終局判決前，必須提請全國人大常委會作出解釋。因此，這一規定是協調基本法解釋權的最重要的內容，也是實踐中最難把握和最容易引起爭議的地方之所在。<sup>4</sup>

#### (四) 全國人大常委會在作出解釋前應徵詢其所屬的香港基本法委員會的意見

《香港基本法》第158條第4款規定：“全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會的意見。”這是基本法對全國人大常委會行使解釋權所附加的程序性限制。香港基本法委員會是全國人大常委會下屬的一個諮詢性機構，由12名委員組成，其中內地與香港委員各6人，其均為香港事務方面的資深人士，其中包含有多名法律專業人士。<sup>5</sup>基本法委員會的職責是基本法通過列舉方式規定的，其有權在全國人大及其常委會行使下列四項職權之前發表意見：發回香港特區立法(第17條)；對列於基本法附件三的法律進行增減(第18條)；對基本法進行解釋(第158條)；對基本法進行修改(第159條)。不過，基本法委員會的意見僅具有參考價值，並不能強制全國人大常委會予以採納。<sup>6</sup>

從上述《香港基本法》第158條關於基本法解釋的規定來看，它從四個方面分別予以詮釋，最終構成了基本法的解釋體制，不得不說這是一個富有獨創性的設計，體現了基本法起草者力圖使兩地的法律解釋制度在基本法中實現和諧與統一的美好願望，不過美好的願望與現實終究還是存在一定差距，在具體的實踐過程中，該條規定仍然遇到了一些問題，引發了關於基本法解釋的相關爭議。

## 二、從“居港權案”看基本法解釋之衝突

### (一) “居港權案”簡介及人大釋法引發的爭議

1997年香港回歸不久後，圍繞“香港居留權”之有無，港人在內地所生子女與香港特區政府之間發生了一系列訴訟案件；但因涉及人數眾多，香港高等法院原訟法庭選擇其中的四宗案件加以審理。在經過香

港特區高等法院原訟庭的初審，上訴庭的複審之後，有關人士繼續上訴，並最終成為向香港特區終審法院上訴的1998年第13-16號案。香港特區終審法院於1999年1月29日作出終審判決，宣佈4名兒童自1997年7月1日起即根據《香港基本法》第24條第2款第(3)項成為香港特別行政區永久性居民並享有居留權。在判決中，終審法院認為，基本法第24條第2款第(3)項所指的香港居民所生子女，是包括在其父或母成為香港永久性居民之前或之後所生的子女，以及婚生或非婚生子女。

對香港特區終審法院的判決，香港特區政府顯然有不同的理解。香港特區行政長官董建華遂於1999年5月20日依照《香港基本法》第43條和第48條第2項所賦予的職權，向國務院提交了《關於提請中央人民政府協助解決實施〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉有關條款所遇問題的報告》，建議國務院提請全國人大常委會根據《中國憲法》和《香港基本法》的有關規定，對《香港基本法》的有關條款進行解釋。國務院隨之向全國人大常委會提出《關於提請解釋〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第二十二條第四款和第二十四條第二款第(三)項的議案》。第九屆全國人大常委會第十次會議審議了國務院的該項提案，認為其中的有關條款涉及中央管理的事務和中央與特區的關係，因而終審法院對其自行解釋的做法不符合基本法第158條第3款的規定，並指出終審法院的解釋不符合立法原意……在徵詢其所屬的基本法委員會的意見後，於1999年6月26日通過了《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第二十二條第四款和第二十四條第二款第(三)項的解釋》，最終解決了有關港人在內地所生子女的居港權問題之爭議。<sup>7</sup>全國人大常委會在《解釋》中明確指出，《香港基本法》第24條第2款第(3)項關於“第(一)、(二)兩項所列居民在香港以外所生的中國籍子女”的規定，是指無論本人是在香港特別行政區成立以前出生還是成立以後出生，在其出生時，其父母雙方或一方必須已經是香港特別行政區的合法永久性居民，而不可以是後來取得香港特別行政區永久居民資格的。本解釋不影響香港特區終審法院1999年1月29日對有關案件判決的有關訴訟當事人所獲得的香港特別行政區居留權。

這個解釋一經作出便立即引起了內地和香港各界人士的廣泛關注，尤其是港人的重視，同時，香港諸多人士也紛紛對此表示反對。對於全國人大常委會的法律解釋，主要的反對意見是認為其沒有遵循基本法

所規定的程序，使終審法院的終審地位不可避免地受到了侵害，甚至進一步影響了香港的“司法獨立”。<sup>8</sup>

### 1. 全國人大常委會的此次釋法行為是否遵循了法定程序？

筆者認為，對於該問題應從以下兩個方面來考慮：

首先，特區行政長官尋求國務院協助提請全國人大常委會解釋基本法的做法並沒有違反基本法的規定。因為，根據《香港基本法》第43條和第48條的規定，特區行政長官對中央政府和香港特別行政區負責，其職權之一就是負責執行基本法。因此，香港特區行政長官就基本法實施過程中遇到的問題向國務院報告，並提出處理建議，是其職責所在，完全符合基本法的有關規定。至於特區政府在《報告》中建議提請解釋基本法，也只是建議而已，國務院接受不接受這個建議，是否向全國人大常委會提案請求解釋基本法，完全由國務院自行決定。而國務院在研究特區行政長官提交的《報告》後，認為事關重大，遂向全國人大常委會提出關於提請解釋基本法有關條款的議案，也是符合全國人大常委會解釋基本法的程序的。因為根據有關法律的規定，國務院、中央軍委、最高人民法院、最高人民檢察院、全國人大常委會委員長會議、全國人民代表大會各專門委員會，均可以向全國人大常委會提出議案。但由於“關於解釋基本法的議案，是一種特殊的議案，並不是上述所有的機關和人員都可以向全國人大常委會提出關於解釋基本法的議案。考慮到香港特區的特殊情況，國家對香港特區實行‘一國兩制’的方針，香港特區實行高度自治，關於解釋香港基本法的議案，應當由國務院或全國人大常委會委員長會議向全國人大常委會提出。”<sup>9</sup>

其次，全國人大常委會作出解釋的具體程序也符合法律的規定。全國人大常委會在作出解釋前，徵詢了其所屬的基本法委員會的意見，並由委員長會議向其提出了有關條款的解釋草案，爾後由常委會會議對草案進行審議，並最終由常委會會議對解釋草案進行了表決。

因此，綜上所述，全國人大常委會的該次釋法行為符合解釋基本法的法定程序。

### 2. “人大釋法”是否干預了香港的司法獨立？

至於認為全國人大常委會的釋法行為侵犯了香港的“司法獨立”，顯然是秉承普通法系的法律思維所得出的結論。司法獨立是指“法院獨立審判案件，不受任何干涉，司法人員履行審判職責的行為不受法律追究。”<sup>10</sup> 普通法系的“司法獨立”強調負責解釋和執行法律的司法機關和人員獨立於行政機關與立法機

關，在作出結論時不受任何一方的影響。在作出結論之後，由於法院擁有對法律的最終解釋權，立法機關除非通過立法程序對有關法律進行修改或者制定新的法律，否則是不可能改變法官對法律的解釋的，更不能直接就該法律條文作出解釋。而在中國內地，“司法獨立”的最終內容並不包括法院的最終解釋權，全國人大及其常委會對法律的解釋才是終極意義上的。《香港基本法》第158條實際上已經表明為了維護“一國兩制”的原則，香港特區法院雖然享有終審權，但是與終審權有密切聯繫的法律解釋權卻不是最終的而是受限制的。<sup>11</sup> 同時，全國人大常委會對基本法進行解釋，是為了使基本法的規定在全國範圍內得到正確的理解和實施，而不是在處理具體案件，其釋法行為並不是在終審法院的法官們作出判斷之前干擾他們的思維，而是在判決作出後認為法官的解釋不符合立法原意，為了防止這個判決繼而可能引發的一系列不良後果而作，且解釋不影響既有判決的效力、不溯及既往，因而並沒有干擾香港特區的“司法獨立”。

## (二) 基本法解釋衝突之原因分析

### 1. 根本原因——法律解釋體制上的巨大差異

本文認為，基本法解釋衝突產生的根本原因是由於中國內地與香港特區在法律解釋制度上存在巨大差異。經過多年的實踐，在中國內地，已經形成了包括立法解釋、司法解釋、行政解釋在內的法定解釋體系。根據憲法第67條第1款及《立法法》第42條可以看出，憲法與法律的解釋權屬於全國人大常委會。作為最高國家權力機關與最高國家立法機關常設機構的全國人大常委會對法律所作的解釋屬於立法解釋，具有最高的法律效力，不僅一切行政機關、社會組織或團體必須遵守和執行，而且司法機關在處理具體案件時也必須依據其有關解釋來裁判。除立法解釋外，在法律的具體應用問題上，最高人民法院與最高人民檢察院以及國務院也可以分別作出司法解釋及行政解釋。而香港的法制屬於普通法系，依照普通法國家與地區的慣例，法律的解釋權專屬於法院。在這種制度下，法律制定出來後，立法機關就不再有發言權，法律的命運就掌握在法院的手裏，法院通過法律解釋可宣佈立法機關通過的法律或行政機關的行為違憲、違法或無效，它是司法機關制約立法機關和行政機關的有效手段。<sup>12</sup> 按照普通法系法律解釋模式的特點，不僅香港本地法律最終的解釋權在終審法院，基本法的解釋權也應該在終審法院。這無疑與中國內地的法律解釋體制不相符。進一步地說，兩地法律解釋體制的差異

主要表現為以下幾方面：

(1) 法律解釋主體不同

內地是在全國人大常委會主導下的多元、多層次法律解釋體制。根據《中國憲法》、《立法法》及1981年《關於加強法律解釋工作的決議》，全國人大常委會是立法解釋的作出機關，同時也是中國的法律解釋主體，其所作出的立法解釋具有最高法律效力，其他法律解釋均不得與之抵觸。同時，在內地的法律制度中，解釋法律是一種獨立的權力，其並不必然結合具體的案件審理進行。作為司法機關，只有最高人民法院和最高人民檢察院具有司法解釋權，地方各級法院和檢察院都沒有法律解釋權。而在香港特區，法律一旦制定出來，就不再與立法機關有關，立法機關不能對自己制定的法律進行解釋，法律解釋主體是香港特區各級法院，由它們在審理具體案件的過程中對相關法律規範作出解釋。

(2) 對法律解釋效力的理解不同

內地的法律解釋主體雖然是多元的，但全國人大常委會作出的立法解釋在內地法律解釋體制中是居於最高地位的，具有最高的法律效力，司法解釋、行政解釋及其他解釋均不得與之相抵觸。而香港特區作為普通法適用地區，其法律解釋體制中不存在立法解釋、司法解釋和行政解釋的區分，解釋法律一開始就被認為是法院的職能和權力。香港特區法院在對法律進行解釋時，既可遵循以往判例法中已作出的解釋，亦可作出新的、不同的或補充性的解釋，根據“新法優於舊法”的原則，新的法律解釋即取代以前的法律解釋，但終審法院的法律解釋對任何其他香港特區法院都有約束力，其他法院所作的解釋可約束較低的法院和本院。<sup>13</sup> 可以說，香港特區對內地由立法機關自己解釋自己制定的法律的做法是非常不理解的，這也是為甚麼他們堅持宣稱自己對全國人大及其常委會的立法有權進行審查的重要原因之一。<sup>14</sup> 由上可見，根據內地“立法解釋至上”的理念，全國人大常委會對《香港基本法》的解釋屬於最高解釋，香港特區法院必須遵守；而香港則受普通法“司法解釋至上”傳統的影響，認為法院對法律的解釋才是最終的。因此，兩地在基本法解釋問題上產生衝突也就在所難免了。

(3) 法律解釋目的不同

根據法律解釋基本理論，關於法律解釋的目的總體上有三種學說：一是立法者原意說，即法律解釋應該探求立法者立法時的意圖；二是文本意圖說，即認為法律一旦制定出來後，作為其表現載體的法律文本即具有了獨立性，文本的解釋就以其結構、語言、技

巧等形式作為確定文本之意圖的根據，該種學說主張法律的意義由法律文本自身體現，既與“作者”無關亦與“讀者”無關，主張法律的解釋應以法律文本為標準，與立法者的意圖無關；三是解釋者意圖說，該種學說認為，“法律文本的意思取決於解釋者的理解，實際上也即是解釋者理解的意思”。<sup>15</sup> 從前述“居港權案”及人大釋法事件來看，全國人大常委會的立法解釋規則，強調法律解釋必須符合“立法原意”，而特區法院的司法解釋則側重於探求“法律文本意圖”。可見，兩地的法律解釋體制雖然都強調法律解釋要具有客觀性而排斥解釋者的主觀任意，但在具體理解上卻有所不同：內地的法律解釋體制更側重於立法當時立法者的原意，而香港特區法院則更側重於法律條文本身所體現出來的意圖。立法者的意圖在香港特區法院的法律解釋中並不佔首要位置，因為在香港通常認為立法意圖只能是法律條款明白含義所表示出來的意圖。<sup>16</sup>

(4) 法律解釋的具體規則有所不同

內地法律解釋理論中，法律解釋主要從文義、歷史、體系、目的等方面入手；而香港特區法院受普通法系傳統的影響，會綜合採用文義規則、黃金規則、弊端規則等進行法律解釋。此外，全國人大常委會作出的解釋為抽象解釋，根據《立法法》第42條規定，全國人大常委會在兩種情況下對法律進行解釋：一是“法律規定需要進一步明確具體含義的”，二是“法律制定後出現新情況，需要明確適用法律依據的”，可見，全國人大常委會的法律解釋並不結合具體的案件審理進行，屬於“抽象解釋”，通常採用法律文件的形式公佈；而香港特區法院的法律解釋則為具體解釋，即香港特區法院對法律的解釋必須結合具體的案件審理進行，法院無權在案件審理之外對法律作抽象的解釋。它是法官針對個案所涉及的法律條款所進行的解釋，一般較為具體，以判決書的形式予以體現。

2. 直接原因——基本法有關係款自身的缺陷

本文認為，《香港基本法》所設計的基本法解釋制度本身存在不完善的地方，是中國內地與香港特區在基本法解釋問題上產生衝突的直接原因。

《香港基本法》在其解釋制度問題上僅僅作了一個框架性的規定，自身亦有不盡完善之處，這主要體現在《香港基本法》第158條第3款的規定上。具體來說，該款規定的本意是對特區法院在關於“中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區的關係的條款”的解釋權上作一限制，以確保兩地在基本法重大條款的理解上能夠取得統一，避免在此類條款上因兩

地產生不一致的理解而影響基本法在特區的順利實施，然而由於其規定自身的原則性、概括性和不周延性，在《香港基本法》的實踐中，該條規定遭遇到了如下問題：

(1) 如何確定哪些條款是“自治範圍內的條款”，哪些條款又是“範圍之外的條款”？

這個問題，初看好像很簡單，所謂“自治範圍內的條款”，似乎就是特區行使高度自治權所關涉的條款，體現在基本法中，就是居民基本權利和義務、政治體制、經濟、文化和社會事務等章節中的大部分規定；至於中央人民政府管理的事務和中央與特區的關係的條款，則即為外交事務、國防事務、基本法解釋權的歸屬問題、基本法修改權問題、全國性法律在特區的實施問題以及香港特區行政長官和主要官員的任命問題等等。然而，現實中事情的發展卻往往超越這種簡單的劃分。<sup>17</sup> 因為當具體涉及到基本法的某一特定條款，如何來判斷其所含內容到底是屬於特區自治範圍之內的事務，還是涉及中央管理的事務或中央與特區的關係，並不是一個可以簡單化的問題，“居港權”系列案件中各方對《香港基本法》第24條的不同理解並繼而引發的爭議就是一個典型的例證。可見，基本法在條款“特性”的問題上，缺少一個明確的判斷標準。

(2) 條款“特性”判斷主體不明

在確立基本法解釋體制時有一個隱含的問題沒有被考慮到，即有權最終決定某一條款的內容是否屬於“中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係”的主體是哪一個機構。之所以沒有提到這一點，可能是在法律制定時，立法者事先假設了終審法院法官們與全國人大常委會對於該問題的理解必然是一致而無分歧的。然而事實證明並非如此，在“居港權”系列案件中，終審法院認為《香港基本法》第24條是香港特區自治範圍內的事務，而全國人大常委會後來的解釋卻表明了其認為這個條文中對“永久性居民”的界定涉及中央和特區的關係。<sup>18</sup> 如此一來，由於基本法對條款“特性”判斷主體及效力規定的不明確性，再加上該類條件自身內涵的模糊性，導致了特區終審法院在是否提請人大釋法上掌握了主動權，能夠完全自主地決定是否將某一特定條款提請全國人大常委會解釋。全國人大常委會因此也就處於極度被動的位置，所作出的反應亦滯後於香港特區法院。<sup>19</sup> 因為，全國人大常委會實際上很難就香港特區法院在審理案件過程中可能解釋基本法的情況進行預見並事先介入，而往往只能在香港特區法院判

決後通過作出立法解釋來否定特區法院的司法解釋。這樣一來，雖然該做法並沒有違反法律規定，但卻觸及到了港人對高度自治、司法獨立理念敏感的神經。

(3) 未規定終審法院以外的其他法院提請人大常委會釋法

《香港基本法》第158條第3款僅僅規定了在遇有需要提請全國人大常委會對基本法進行解釋的情形時，應當由香港特區終審法院提請全國人大常委會對基本法有關條款進行解釋，而未規定特區其他法院提請全國人大常委會予以解釋，即提請全國人大常委會對非自治範圍內的條款進行解釋的主體只能是特區終審法院。筆者認為，這一規定過於狹隘，限制了終審法院以下的法院提請全國人大常委會解釋的權利和渠道，不利於人大常委會及時有效地行使解釋權。因為在實踐中，並非每個案件都由終審法院作出最終判決，更多的案件是由終審法院以外的其他法院作出終局判決。依照該規定，其他法院在作出不可上訴的終局判決前須先將需要解釋的問題提交給終審法院，再由終審法院提請全國人大常委會進行解釋。此時，如果特區終審法院也認為屬於提請解釋的情形而向全國人大常委會予以提請，則自然不會產生問題；但如果是特區其他法院認為需要提請全國人大常委會解釋，而終審法院認為不屬於提請解釋的情形而不予提請，這種情形又應如何處理？該下級法院是否可以直接提請全國人大常委會作出解釋？在該款規定中則均沒有找出肯定的答案。

此外，《香港基本法》第158條第3款規定中，關於終審法院提請全國人大常委會釋法之規定也存在不足。這表現在，其只是就提請的條件作了規定，而對終審法院具體應按照何種程序提請全國人大常委會對基本法進行解釋卻未加以規定，再加上該類條件其自身的模糊性，致使實踐中這一規定的可操作性大打折扣，難以達到預期的效果。

### 三、關於解決基本法解釋衝突的思考

(一) 加強香港基本法委員會的溝通協調作用，建立兩地間的互信

爭議和衝突總是源於相互間缺乏溝通和交流而引起的不理解和不信任。內地與香港的法律解釋體制由於受不同法系傳統的影響本來就存在較大的差異，而內地與香港相互間溝通和交流的缺乏，更使得

內地與香港在基本法解釋問題上相互間難以信任，繼而產生爭議和衝突也就在所難免。因此，加強兩地間的溝通、建立雙方間的互信，對於減少兩地間不必要的衝突顯得尤為重要。在這一過程中，除了通過組織雙方的法律工作者、專家或者學者進行定期訪問活動，以增加相互間的瞭解外，基本法委員會的溝通、協調作用還應得以充分的發揮。具體來說，應做到以下兩點：

第一，改變香港基本法委員會以往被動性的特點，使其在基本法解釋問題上發揮主動性。這主要表現為，香港基本法委員會在履行職責過程中，應當密切關注兩地的基本法解釋的動態，一旦發現特區法院有要解釋基本法的情形或可能，應當及時提請全國人大常委會予以密切注意。在此過程中，基本法委員會應積極收集特區法院在具體基本法解釋問題上的意見和傾向等信息，並及時反饋給全國人大常委會，同時可以就相關問題主動提出自己的意見、建議，不要等到全國人大常委會將相關問題交付研究時才作出反應。關於這點，筆者認為，其實並不違反其工作機構性質，因為其職能就是要對基本法解釋過程中產生的問題提供意見和建議，而建議的提出不應該是被動的，應該具有及時性，一旦發現問題即應作出反應，而不應等到這種問題演變為衝突時再提出建議，否則，難免有“馬後炮”的嫌疑。同樣的道理，香港基本法委員會也可以主動向香港特區法院反饋全國人大常委會在基本法解釋問題上的意見，並就相關問題提出自己的意見和建議。雖然香港基本法委員會與香港特區法院是性質相異的兩個機構，並不存在任何隸屬關係，但並不就是說其不能向香港特區法院提供基本法解釋方面的意見和建議。而且，在具體操作上，由香港基本法委員會主動提供意見、建議也是具有可行性的。因為從香港基本法委員會的人員組成上來看，既有內地人員又有香港特區人員，這就保證了其能夠及時有效地收集兩地在基本法解釋問題上的動態及傾向性觀點和信息，從而及時地反饋給另一方；從人員來源上看，香港基本法委員會的兩地委員都是研究香港問題的資深人士，其中包括法律界人士，這樣就能在基本法解釋問題上基於“一國兩制”，保證對相關問題的正確理解，進而提出準確而中肯的法律意見供兩地參考。<sup>20</sup>

如此一來，通過發揮基本法委員會這種事先的溝通、協調作用，有利於避免內地與香港在基本法解釋問題上的衝突發展到無可挽回的激烈程度，進而在相互理解的基礎上，更能有效地保證香港基本法的穩定

和順利實施。

第二，兩地應充分重視香港基本法委員會在基本法解釋問題上的意見。雖然作為全國人大常委會下屬的一個諮詢機構，香港基本法委員會的意見並沒有強制約束力，但是當香港基本法委員會在關於基本法某一條款的解釋問題上形成一致意見或多數意見時，依筆者之見，全國人大常委會即應對此種意見給予充分的尊重。因為，基於基本法委員會組成人員的專門性、專業性特點<sup>21</sup>，若在基本法某條款的解釋問題上形成了統一或多數意見，則說明是兩地的基本法委員會委員在“一國兩制”根本原則的指導下，並在對中央與特區複雜關係的充分理解的基礎上，經過充分討論、協商及權衡而作出的，因此具備相當程度的科學性。相比之下，全國人大常委會的委員則多數非為香港問題的專家，在基本法解釋問題上可能囿於觀念和考慮問題的角度，未必能像香港基本法委員會的委員那樣可以對所涉問題進行準確的把握(這可能也是設立香港基本法委員會的主要原因所在)。對於特區法院而言亦是如此，即雖然基本法委員會和特區法院之間也並不存在任何工作上的隸屬或監督關係，但基於上述考慮，基本法委員會的此類意見和建議也應引起香港特區法院的高度重視。

## (二) 努力創建良好的憲法性慣例——以“剛果(金)案”<sup>22</sup>為開端，積累經驗，不斷探索

陳弘毅教授在2000年曾經提出，《香港基本法》第158條的理想實施情況是：全國人大常委會實行自我約束，不就自治範圍內的條款行使解釋權；香港特區終審法院也實行自我約束，不自行解釋涉及中央事務及中央與特區關係的條款，對遇到此類情況時忠誠地履行《香港基本法》第158條第3款規定的提請義務，最終形成一個憲法性慣例。<sup>23</sup> 即，全國人大常委會和特區終審法院在充分默契下形成良好的憲法性慣例。筆者也極為贊同這一觀點，而要實現這一點，則需要全國人大常委會和特區終審法院雙方都做出努力。

就全國人大常委會而言，其解釋基本法應當做到“有所為，有所不為”。具體來說，一方面，要明確地鞏固全國人大常委會解釋基本法的權力，把機制和框架建立起來，鼓勵終審法院依法提請的行為，且在此過程中，不斷對自身解釋基本法的相關機制和程序加以探索和完善，以更好地銜接內地與香港特區之間互有差異的法律體制<sup>24</sup>；另一方面，要避免作出過於僵硬和過於具體的解釋或指示，盡量將案件的實質決定權交由香港法院來行使。因為如果在具體個案的判

決上太多地干預香港特區法院，容易對香港的司法獨立造成消極影響，也不利於香港各界對於終審法院的提請釋法行為形成正面評價<sup>25</sup>；相反，將案件的實質決定權交由香港特區法院不僅不會損害全國人大常委會在基本法解釋上的權威，恰恰顯示出全國人大常委會在處理基本法問題上的智慧和胸懷，而且對於今後終審法院主動提請人大解釋也有一定的促進作用。

對於終審法院而言，則要忠實履行提請解釋之義務。誠然，如有的學者指出，作為一個普通法制度下的司法機構，要求香港終審法院主動向立法機關請求解釋法律，這是非常艱難的一步。況且，“香港社會對終審法院在維護法治及司法獨立方面懷有很大期待，這也使得終審法院較難採取向中央‘屈服’的立場。不過，即便是再困難，情勢也期待終審法院邁出這一步。畢竟，法治的要義就在於司法人員忠實於法律。面對基本法確定的法律義務，不論願不願意、習不習慣，終審法院首先都應當忠實予以履行”。<sup>26</sup>可喜的是，在最新的美國基金公司在港追討剛果(金)欠款一案中，香港終審法院終於邁出了這一步，開創了主動提請全國人大常委會釋法的先例。可以說，本次提請人大釋法，對於貫徹“一國兩制”方針以及保障基本法的統一實施來說，有着極為重要的意義。筆者認為，香港終審法院以後應繼續拿出尋求默契的誠意和自我約束的勇氣，在需要提請人大常委會作出解釋時，就必須提請解釋，這樣做一來有利於維護基本法的統一，二來最終又不會失法院判決的權威，可謂一舉兩得，何樂而不為？

### (三) 基本法解釋制度自身的完善

圍繞基本法的解釋，中國內地和香港特區之間之所以產生諸多爭議，其中一個重要原因就在於《香港基本法》解釋制度本身存在許多不盡完善之處，以至於全國人大常委會和香港特區法院在這些不夠明確的規定上產生了不同的理解。所以，在今後的實踐中，對這些不明確的規定加以完善是防止再次發生類似衝突的一個重要措施。筆者將根據前文的分析，就如何完善基本法解釋制度的規定提出一些建議。

#### 1. 清晰界定基本法模糊條款的內涵

雖然《香港基本法》採用列舉與概括相結合的方式對中央和特區的權力分別作了規定<sup>27</sup>，但基本法並未對“自治範圍”與“非自治範圍”的內涵與界限作進一步的清晰的界定。當然，現實社會的紛繁複雜及不斷變化，決定了法律條文永遠不可能涵蓋或預見現實中的一切問題，也便不可能詳盡香港自治的範圍

會有多大，因此，採取一一列舉的方式來明確“範圍之內”與“範圍之外”是沒有必要的也是不太現實的，在立法技術上也是不可取的，但確立一個明確的界定標準則是可能的。筆者認為，對“自治範圍”及“非自治範圍”的條款，一個重要的判定標準就是有關條款所規範的內容是否涉及國家主權或中央權力的行使或者與之有必要的關聯。如果涉及到，則屬於“自治範圍之外”的條款；如果沒有涉及到，則為“自治範圍內”的條款。

#### 2. 明確特區法院提請全國人大常委會解釋基本法的程序

為避免日後再次發生不必要的爭議或衝突，筆者認為，應在《香港基本法》中對終審法院提請全國人大常委會解釋基本法的程序作出明確規定，具體可分為以下幾方面：①明確規定全國人大常委會對基本法某一條款特性的最高判斷權，當全國人大常委會與香港特區法院對某一條款的特性有不同的理解時，應以全國人大常委會的理解為準(在此過程中，香港基本法委員會的主動性應得以有效發揮)；②詳細規定終審法院提請解釋的步驟、形式、期限及提交材料內容等。如終審法院認為可能屬於“範圍之外的條款”，或者雙方就某一條款屬“範圍之外”的特性達成一致，則終審法院必須先中止案件的審理，並在一定期限之內以書面形式向全國人大常委會提請進行解釋，同時應提交相關的案件資料與解釋材料，以供全國人大常委會審查；③全國人大常委會在收到終審法院的提請後，應當對其提交的材料進行全面審查，並在一定期限內作出處理；如果認為確屬提請解釋的情形，應及時作出解釋，並充分說明其解釋的理由和根據；如果不同意終審法院的解釋請求，可予以駁回，並應當具體說明理由。

另外，對於終審法院以下的其他法院，在對不可上訴的案件進行審理的過程中，如需對“自治範圍外的條款”進行解釋，而該解釋又“影響案件的判決”，那麼，此時該法院應先報請終審法院，然後再由終審法院按上述報請程序提請全國人大常委會進行解釋；但此時如果終審法院認為不屬於提請解釋的情形而不予提請，對於該種情形，則可以考慮規定直接由該案件審理法院提請全國人大常委會作出解釋，這並不違背香港普通法傳統下的司法獨立原則，而且也有利於避免因下級法院與終審法院在是否需要提請解釋的問題上觀點不一致，而造成可能涉及中央管理事務或中央與特區關係的條款卻得不到應有的解釋的情況之發生。

註釋：

- <sup>1</sup> 王玄璋：《香港基本法解釋權的衝突與協調》，載於《雲南大學學報》，第 3 期，2007 年，第 3 頁。
- <sup>2</sup> 同上註，第 4 頁。
- <sup>3</sup> 同上註。
- <sup>4</sup> 同上註。
- <sup>5</sup> 沈樂平：《香港未來與基本法》，香港：香港出版集團有限公司，1994 年，第 23 頁。
- <sup>6</sup> 同註 2。
- <sup>7</sup> 佳日思、陳文敏、傅華伶主編：《居港權引發的憲法爭論》，香港：香港大學出版社，2000 年，第 477-479 頁。
- <sup>8</sup> 湛中樂、陳聰：《論香港的司法審查制度——香港“居留權”案件透視》，載於《比較法研究》，第 2 期，2001 年，第 43 頁。
- <sup>9</sup> 蕭蔚雲、饒戈平主編：《論香港基本法的三年實踐》，北京：法律出版社，2001 年，第 73 頁。
- <sup>10</sup> 蕭蔚雲：《論實施香港基本法的十項關係》，發表於 2000 年由北京大學港澳台研究中心與香港樹仁學院聯合舉辦的“香港基本法實施三週年的回顧與前瞻”學術研討會。
- <sup>11</sup> 同註 8。
- <sup>12</sup> 董喲：《司法解釋論》，北京：中國政法大學出版社，1999 年，第 129 頁。
- <sup>13</sup> 黃江天：《香港基本法的法律解釋研究》，香港：三聯書店(香港)有限公司，2004 年，第 46-47 頁。
- <sup>14</sup> 郭天武、鄧文彥：《香港基本法解釋權的法律思考》，載於《政法學刊》，第 4 期，2008 年，第 10 頁。
- <sup>15</sup> 張志銘：《法律解釋操作分析》，北京：中國政法大學出版社，1999 年，第 46 頁。
- <sup>16</sup> 同註 13，第 38-39 頁。
- <sup>17</sup> 同註 14，第 11 頁。
- <sup>18</sup> 同註 8。
- <sup>19</sup> 同註 17。
- <sup>20</sup> 張玉曉：《關於香港特區基本法解釋衝突解決機制的思考》，濟南，山東大學碩士學位論文，2004 年，第 44 頁。
- <sup>21</sup> 專門性即其所研究的問題專為基本法問題，專業性即其人員組成上有來自法律界的人士。
- <sup>22</sup> 該事件源於美國一家基金公司以剛果(金)欠款為由，在香港特區法院起訴剛果(金)，要求截取中國中鐵集團對當地 1.02 億美元基建投資費用作抵債。香港高等法院原訟庭採納主權國享有“絕對豁免權”原則，裁定香港法院無權審理有關糾紛。原告其後提出上訴，上訴庭採納主權國享有“有限制豁免權”原則，即主權國純商業行為受香港法院管轄，並把案件發還給原訟庭審理，以決定中國中鐵的投資是否可用作抵債。剛果及中鐵方面不服，於今年 6 月向終審法院上訴。終審法院認為，由於《香港基本法》第 13 條和第 19 條涉及的國防及外交等國家行為，字詞意思不清晰，涉及的國家豁免的意思，根據正確的解釋是否屬於《香港基本法》19 條的範圍，都具有爭辯性，因此決定提請人大釋法，待全國人大常委會解釋清楚後，才恢復排期審訊案件。8 月 26 日，全國人大常委會表決通過了關於《香港基本法》第 13 條第 1 款和第 19 條的解釋。終審法院遂於 9 月 8 日就美國基金公司在港追討剛果(金)欠款一案作出最終判決，判決遵循全國人大常委會的釋法結果，指出香港特區法院對剛果(金)並無司法管轄權。
- <sup>23</sup> 陳弘毅：《法理學的世界》，北京：中國政法大學出版社，2003 年，第 398 頁。
- <sup>24</sup> 秦前紅、黃明濤：《對香港終審法院就“剛果金案”提請人大釋法的看法》，載於《法學》，第 8 期，2011 年，第 65 頁。
- <sup>25</sup> 同上註。
- <sup>26</sup> 同註 1，第 8 頁。
- <sup>27</sup> 即第 2 條及第 20 條概括規定了中央是授權機關，第 13-15 條明確列舉了中央的權力，第 16-19 條列舉了特區的高度自治權，第 20 條概括規定特區的權力可以基於全國人大及其常委會的授權而擴大。