

《香港基本法》立法解釋制度及其完善

姬朝遠*

2013年3月25日，香港特區終審法院對菲傭案的上訴作出了終審的裁定，至此，一段時期以來香港社會關於《香港基本法》解釋的各種爭論總算告一段落。回首回歸以來香港特區的現實，儘管《香港基本法》規定了基本法解釋制度，但《香港基本法》實施過程中依然一再出現充滿爭拗的案例。毋庸置疑，香港回歸以來的實踐時間相對於香港特區未來長期的“一國兩制”實踐看來，僅僅是一個短暫的開端。在新的實踐中，無疑會有更多新情況、新問題，不斷對基本法解釋制度提出新的訴求。因此，有必要循法理對既往基本法解釋實踐進行回顧和分析，期以為香港特區“一國兩制”實踐提供更加完善的法制保障。

一、《香港基本法》立法解釋制度的實踐及問題

《香港基本法》規定：該法的解釋權屬於全國人大常委會。但全國人大常委會授權香港特區法院在審理案件時對《香港基本法》關於香港特區自治範圍內的條款自行解釋。香港特區法院在審理案件時對《香港基本法》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本法關於中央人民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，應以全國人大常委會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。全國人大常委會在對本法進行解釋前，徵詢其所屬的香港特區基本法委員會的意見。¹ 迄今為止，全國人大常委會關於《香港基本法》的解釋出台的四

個規範性文件，其主要內容現分述如後。

第一，1999年6月26日第九屆全國人大常委會第十次會議通過的《全國人大常委會關於〈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》。該解釋是由香港法院審理偷渡來港的中國內地兒童申請香港居留權案件(簡稱“無證兒童案”)引起。該解釋的主要內容是：《香港基本法》第22條第4款關於“中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續”的規定，是指各省、自治區、直轄市的人，包括香港永久性居民在內地所生的中國籍子女，不論以何種事由要求進入香港特別行政區，均須依照國家有關法律、行政法規的規定，向其所在地區的有關機關申請辦理批准手續，並須持有有關機關發出的有效證件方能進入香港特別行政區。否則，是不合法的。《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區成立以前或以後出生，在其出生時，其父母雙方或一方須是符合《香港基本法》第24條第2款第1項或第2項規定條件的人。第1項規定，在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民；第2項規定，在香港特別行政區成立以前或以後在香港通常居住連續7年以上的中國公民。

第二，2004年4月6日第十屆全國人大常委會第八次會議通過的《全國人大常委會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉附件一第七條和附件二第三條的解釋》。該解釋是因香港社會關注2007年後的行政長官和立法會產生辦法的修改，即香港政改而產生。該解釋的主要內容是：《香港基本法》附件一、附件二中規定的“2007年以後”，含2007年。兩個附件中規定的2007年以後各任行政長官的產生辦法、立法會的產生辦法和法案、議案的表決程序“如

* 澳門理工學院一國兩制研究中心副教授級研究員

需”修改，是指可以進行修改，也可以不進行修改。兩個附件中規定的須經立法會全體議員 2/3 多數通過，行政長官同意，並報全國人大常委會批准或者備案，是指行政長官的產生辦法和立法會的產生辦法及立法會法案、議案的表決程序修改時必經的法律程序。只有經過上述程序，包括最後全國人大常委會依法批准或者備案，該修改方可生效。是否需要進行修改，香港特區行政長官應向全國人大常委會提出報告，由全國人大常委會依照《香港基本法》第 45 條和第 68 條規定，根據香港特區的實際情況和循序漸進的原則確定。修改行政長官產生辦法和立法會產生辦法及立法會法案、議案表決程序的法案及其修正案，應由香港特區政府向立法會提出。《香港基本法》第 45 條規定，行政長官的產生辦法根據香港特區的實際情況和循序漸進的原則而規定，最終達至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目標。《香港基本法》第 68 條規定，立法會的產生辦法根據香港特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。

第三，2005 年 4 月 27 日第十屆全國人大常委會第十五次會議通過的《全國人大常委會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第五十三條第二款的解釋》。該解釋由香港特區行政長官董建華辭職、新任行政長官的產生和任期的問題引起。該解釋的主要內容為：2007 年以前，在行政長官由任期 5 年的選舉委員會選出的制度安排下，如出現行政長官未任滿《香港基本法》第 46 條規定的 5 年任期導致行政長官缺位的情況，新的行政長官的任期應為原行政長官的剩餘任期；2007 年以後，如對上述行政長官產生辦法作出修改，屆時出現行政長官缺位的情況，新的行政長官的任期應根據修改後的行政長官具體產生辦法確定。

第四，2011 年 8 月 26 日第十一屆全國人大常委會第二十二次會議通過的《全國人大常委會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第十三條第一款和第十九條的解釋》。該解釋是香港特區法院審理“美國 FG 公司訴剛果(金)案”時，涉及到國家豁免原則的主張問題而引起。法院審理“美國 FG 公司訴剛果(金)案”期間，中國外交部駐香港特區特派員公署於 2008 年 11 月 20 日、2009 年 5 月 21 日、2010 年 8 月 25 日三次通過香港律政司向法院遞交了正式函件，闡明了中國對於外國國家及其財產採取“絕對豁免原則”。該解釋的主要內容為：管理與香港特別行政區有關的外交事務屬中央人民政府的權力，中央

人民政府有權決定在香港特區適用的國家豁免規則或政策。香港特別行政區，包括香港特別行政區法院，有責任適用或實施中央人民政府決定採取的國家豁免規則或政策，不得偏離上述規則或政策，也不得採取與上述規則或政策不同的規則。採用為香港特區法律的香港原有法律中有關國家豁免的規則，從 1997 年 7 月 1 日起，在適用時，須作出必要的變更、適應、限制或例外，以符合中央人民政府決定採取的國家豁免規則或政策。

回首回歸以來的《香港基本法》解釋爭拗，可以發現現行的《香港基本法》立法解釋制度確實存在着一定的變革空間。

第一，與全國人大的運作機制不同，香港特區存在着除了兩個月休會之外不間斷運作的特區立法會。在特別行政區的立法體制下，通過立法程序完全可以知悉立法原意，無需再授權一個機構對立法進行所謂的“立法解釋”。一如西方的法制傳統，香港和澳門兩個特別行政區並不存在中國內地所謂的“立法解釋”制度。毋庸置疑，這種法制傳統的差異無疑會給香港社會對基本法立法解釋制度的理解產生負面影響。

第二，香港的司法機關具有司法造法的職能。法官對於基本法的闡釋，具有普遍規範的意義。鑒於全國人大常委會的立法解釋和法院的司法解釋在香港特區具有效力的一致性，以致於有學者認為“全國人大常委會釋法屬司法行為”。² 據此，對於全國人大常委會關於基本法的解釋出現了“立法解釋”和“司法解釋”含混不清的狀態。此外，從法的效力位階看，基本法的效力在特別行政區居於最高位階，按照法理常識，對基本法立法解釋等同於原有立法的效力，那麼，香港特區法院的司法解釋的法效力位階是否能夠與全國人大常委會的立法解釋效力位階一致呢？

第三，依據法理常識，效力位階越高的法律規範，效力範圍就越大，其概括性越高。對原有立法存在的理解上的分歧、或者說模糊性的規定作出更加清晰的、具有普遍約束力的解釋，其實就是在人們無法對原文取得較為一致的理解的情勢下，對法律文本進行補充或進一步明確的立法活動。這種立法解釋，不可能不顧及規範性解釋的與時俱進問題，在多數的情勢下，很難保障不超出原來的含義範圍。《香港基本法》是香港特區效力位階最高的法律，香港特區一切規範都不能與基本法相抵觸，《香港基本法》的普遍性和概括性顯而易見，在香港“一國兩制”、“港人

治港”、高度自治實踐中，隨着時間的推移，有些問題是當年的立法者所無法準確預料的，立法解釋的正當性無疑呈日漸式微的發展態勢。

第四，《香港基本法》規定了基本法的解釋制度，分別確認了司法機關和全國人大常委會的基本法解釋權。除此之外，迄今為止尚無具體的關於基本法解釋制度的規範文件。基本法關於修改還設定了“五部曲”程序，而關於基本法所謂的“立法解釋”卻沒有嚴格的程序。例如，《香港基本法》規定了香港司法機關司法解釋和全國人大常委會立法解釋的範圍：香港特區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民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。何謂中央人民政府管理的事務？何謂中央和香港特區關係的條款？如果遇到該提請立法解釋的情形，案件沒有上訴至終審法院而發生了效力，香港特區的一般司法機關又不提請終審法院尋求司法解釋怎麼辦？如果遇到該提請立法解釋的情形，香港特區終審法院不提請立法解釋怎麼辦？特區終審法院提請全國人大常委會對有關條款作出解釋是由院長提請還是通過行政長官來提請？這些問題一直受到社會的追問，當前卻沒有具體的規範。再如，《香港基本法》確認了香港司法機關的基本法解釋權，香港具有英美法制傳統，“司法造法”功能被基本法所確認，按照一般法理，有權法律解釋的效力等同與法律本身，香港的司法機關對《香港基本法》的解釋同全國人大常委會的解釋發生不一致怎麼辦？如何處理二者的法效力位階和衝突？又如，《香港基本法》的立法解釋中，前三次由行政長官提出，第四次由終審法院提出；《香港基本法》第 43 條規定，香港特區行政長官是香港特區的首長，代表香港特區。行政長官以特區首長身份提請解釋具有《香港基本法》依據，而終審法院的院長並不具備代表特別行政區的身份，更不具有對中央政府和特別行政區負責的《香港基本法》職責，終審法院的提請解釋權值得商榷。同時，如果在司法裁判中涉及到司法權、行政權和立法權的關係問題，終審法院避過行政機關和立法機關，單獨提請解釋是否存在“正當性”？顯然，賦予多個主體基本法提請解釋權，不利於維護特別行政區的基本法秩序。

二、《香港基本法》立法解釋制度的若干法理疑問

關於法律解釋，在法學界存在着一種普遍的認識，就是習慣於將具有法律效力的解釋分為立法解釋和司法解釋。把全國人大常委會對法律的解釋稱為“立法解釋”。另一方面，面對立法解釋的適格主體應該是誰？立法過程中關於立法理由的辯論和確定是否是立法解釋？立法解釋的正當程序是甚麼？等等問題，質疑就自然產生了。

第一，立法解釋必須局限於法律文本的意思限度內，是對規範文本涵義的適度限縮或擴張，超出法律文本涵義允許範圍的法律解釋，只能是法律的創制，已經不屬法律解釋了，但在實踐中卻很難把握二者的界限，甚至會出現較大的分歧，例如，依據 2004 年 4 月 6 日《全國人大常委會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉附件一第七條和附件二第三條的解釋》，關於特別行政區行政長官產生辦法解釋由原來的“三步曲”，即“二〇〇七年以後各任行政長官的產生辦法如需修改，須經立法會全體議員三分之二多數通過，行政長官同意，並報全國人民代表大會常務委員會批准”，通過“立法解釋”改成了“五步曲”，即①行政長官就是否需要進行修改向全國人大常委會提出報告；②由全國人大常委會依照《香港基本法》第 45 條和第 68 條規定並根據香港的實際情況和循序漸進的原則予以確定；③政府向立法會提出修正案，修改方案經立法會全體議員 2/3 多數通過；④行政長官同意；⑤報經全國人大常委會批准。這種立法解釋是否超出了《香港基本法》條文的涵義呢？如果超出，還能稱之為法律解釋嗎？如果把它看作是對《香港基本法》的修改，則會遇到麻煩，因為，對《香港基本法》的任何修改，是全國人民代表大會的權力，全國人大常委會並不具備修改《香港基本法》的權力。再如，曾經轟動一時的“無證兒童案”中，對於《香港基本法》關於永久性居民條文的解釋就存在分歧，香港特區終審法院認為，在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民，無論是否具有永久性居民的身份，其在香港以外所生的中國籍子女在香港均應享有居留權。而全國人大常委會的理解則是：在香港以外出生的中國籍子女，在本人出生時，其父母雙方或一方須是根據《香港基本法》第 24 條第 2 款第 1 項或第 2 項已經取得香港永久性居民身份的人。如果按照香港特區終審法院的理解，全國人大常委會的相關解釋就超出了《香港基本法》的規定。

第二，對於一部法律的闡釋和理解，其旨在於尋求立法原意，而這個立法原意在現代國家民主的立法程序中是不難找到的。現代國家的立法過程中，平等的參與程序、民主的辯論程序、公開的記錄程序足以使一部法律在生效前詳盡展示其立法的原意。立法程序過程中，圍繞着需要許可和禁止的事項，代表不同利益群體的議員，從自己的社會責任和專業背景出發，展開辯論、討論，從而達成立法共識，而且這個過程在法治國家已經通過議會的議事記錄和官方網站公佈於眾，這個過程實質上就是立法的解釋過程。也就是說，立法解釋應該體現在法律文本正式生效前的民主立法程序中，而不是在法律文本生效後，由專門的機關對其文本進行後續的闡釋，這種做法與民主立法和人民主權的精神是違背的，因為人民選出代表，參與立法，這道程序本身就存在着民意被代表歪曲的可能性，為此，西方國家的立法機關創立了完整和科學的立法會或國會議事規則。在立法之後，授權一個機關展開對法律的所謂“立法解釋”，無疑是受委託的代表“轉授權”的行為，這種轉授權本身就是值得懷疑的。人民主權和決策效率的平衡，只能是一次授權的代議制，而不能是轉授權，這種轉授權只能看作民意代表個人的行為，而不能看作是民意代表代表選民意志的行為，崇尚人民主權的盧梭很早就給民主發出警告，必需預防“人民的權力一旦轉授，人民就變得一無所有”的民主代議制困境。事實上也是如此，部分人組成的機關，怎麼能夠全方位闡釋全體代表循代議程序創制法律時的想法和意圖呢？

第三，中國的人民代表大會制度是國家的根本政治制度，每年的會期亦就是半個月左右，不可能就一部法案展開公開、詳盡的辯論。更不用說讓公民詳細瞭解其立法原意了。而解釋法律屬《中華人民共和國憲法》(以下簡稱《憲法》)第67條規定的全國人大常委會的職權。全國人大常委會遵循怎樣的立法程序，才能確保立法解釋遵循立法原意呢？很顯然，就目前全國人大常委會的議事程序而言，尚存在容易引起爭議之處。

三、對完善《香港基本法》解釋制度的建議

針對當前《香港基本法》解釋制度中存在的問題，本文建議，謹慎使用或者逐漸廢除《香港基本法》立法解釋制度，以全國人大常委會關於《香港基本法》“審查決定”的方式，建立全國人大常委會基本法審

查機制；以全國人大常委會關於基本法“補充規定”的方式，闡釋原有文本不明確或遺漏之處；在過往《香港基本法》解釋實踐的基礎上，盡快明確《香港基本法》修改程序規範，以解決《香港基本法》與時俱進的修改問題。具體理由顯而易見：

第一，憲法保障是法治秩序的靈魂，憲法確立了法治的基本價值取向和權力的行動準則，是一個國家或地區經濟社會發展的首要基礎。這是西方法治先進國家對世界政治文明進程的重要貢獻。作為後法治國家，中國不僅將“建設社會主義法治國家”寫進《憲法》，而且要具體落實到社會主義建設中，使法治建設為中華民族的偉大復興服務。而法治建設的關鍵，就是憲法保障制度。憲法保障制度就是保障一切規範性文件，一切行為都必須符合憲法的規定，否則就失去了正當性和合法性。

《憲法》第67條規定，全國人大常委會有權解釋《憲法》，監督《憲法》的實施，也就是說，全國人大常委會是中國的護憲機關。無論是對《憲法》的解釋，還是對《香港基本法》的解釋，無疑是全國人大常委會護憲職能的主要表現。從國外護憲實踐看，無論是法國憲法委員會對憲法的保障、美國司法機關的司法審查職能的發揮、還是德國憲法法院對違憲事件的裁斷等等，形成了比較成功的經驗³，其中，最為一致的做法就是對於憲法審查程序公正性的認同。在憲法保障制度方面，西方先進法治國家都有一套具有說服力的程序，以確保其結論得到社會的廣泛認同。中國的憲法保障實踐中，除了迄今為止的《憲法》修正案，對《憲法》解釋尚處於缺位狀態。基本法解釋雖然具有一定的實踐經驗積累，但仍舊沒有一套完整的規則對解釋提出主體和解釋主體、解釋提出程序和解釋程序等等環節予以規範。

回首《香港基本法》實施過程中已經發生和正在發生的爭拗，其根本的原因，就是缺乏一套“千槌打鑼一槌定聲”的基本法保障機制。根據十餘年的《香港基本法》實施實踐，完全可以設想“一國兩制”情勢下的《憲法》和《香港基本法》和《澳門基本法》的保障機制：將全國人大常委會建設成憲法保障機關、將澳門基本法委員會變為《澳門基本法》的保障機關、將香港基本法委員會變為《香港基本法》的保障機關。在此思路下，借鑒法國憲法委員會和德國憲法法院的做法，對委員會組成人數及其資格、任期、議事程序等做進一步的規範。比如，讓退位的國家元首成為人大常委會憲法保障的當然成員、讓退位的特別行政區首長成為基本法委員會的當然成員等等。如

果存在憲法保障、基本法保障機制，關於基本法解釋的爭拗就迎刃而解。將現有的全國人大常委會基本法解釋制度變為基本法保障機制，通過基本法保障機制，通過全國人大常委會關於基本法的“審查決定”的方式，對特別行政區存在的違背基本法事件進行基本法審查，並作出裁斷，可能是解決基本法解釋過程中特別行政區法院與全國人大常委會、特別行政區與中央人民政府之間爭拗的最為有效的方法。

第二，《香港基本法》第 159 條規定，修改權屬於全國人民代表大會。也就是說，對基本法條文的任何改動必須由全國人大來完成，全國人大常委會沒有修改權，它同全國人大常委會、國務院和香港特區一樣，擁有《香港基本法》的修改提案權。而且，如果廢除現行的立法解釋制度，代之以“基本法修正案”的方式解決基本法實施中遇到的條文歧義問題，雖然符合憲法關於全國人大常委會職權的規定，但與基本法的規定相違背。那麼，如何杜絕立法解釋或司法解釋導致的超出解釋範圍，變相修改《香港基本法》的行為呢？這是一個非常嚴肅的問題，但是必須面對。正如前面分析的那樣，在基本法的解釋實踐中已經存在了這方面的傾向性或者說是分歧。

《憲法》第 67 條規定的全國人大常委會職權中有這樣的規定：在全國人大閉會期間，對全國人大制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸。既然不能修改《香港基本法》，是否可以根據此項規定，對基本法進行與時俱進的補充呢？如果全國人大常委會以“補充決定”的方式解決基本法實施中有待面對的問題，也許是解決《香港基本法》實施的一個值得思考的路徑。

第三，任何法律都具有歷史局限性，伴隨實踐的推移，都面臨與時俱進的修改問題。隨着基本法實踐的深入，當運用當前的解釋制度無法滿足實踐的需要時，修改就成為一種必然。從全國人大通過《香港基本法》文本的那一天起，恐怕就有人對一些條文存在歧義和懷疑。雖然香港社會各界廣泛參與了《香港基本法》文本形成過程，體現了民主和科學精神，但《香港基本法》的形成過程，不可否認受到了外來勢力的影響因素，行將離去的殖民管治者通過其在港代理人妄圖趁立法之機，撈取最大和最為長久的利益，這種

利益博弈看來至今未曾緩解，迫使國家不得不提高防範措施。這一點，在基本法中可能很容易找到證據。按照《香港基本法》的規定：香港特別行政區的修改議案，須經香港特別行政區的全國人民代表大會代表 2/3 多數、香港特別行政區立法會全體議員 2/3 多數和香港特別行政區行政長官同意後，交由香港特別行政區出席全國人民代表大會的代表團向全國人民代表大會提出。修改議案在列入全國人民代表大會的議程前，先由香港特別行政區基本法委員會研究並提出意見。《香港基本法》的任何修改，均不得同中華人民共和國對香港既定的基本方針政策相抵觸。僅有這些規定是不夠的，例如，前文所說的關於行政長官和立法會產生辦法的“五步曲”中，提出主體、修改參與人員的資格、表決程序等等，尚存在立法空白。亟需對基本法修正程序做出具體的專門規範。

四、結語

新中國成立已經 60 餘年了，憲法經過了四次全面的修改，1982 年《憲法》已經出台了四個修正案共 31 個條文，至今尚沒有一次關於《憲法》解釋的法治實踐。對於中國的憲法保障機制，國內學者亦提出過不少建設性的意見，但實際狀況似乎沒有任何變化。港澳“一國兩制”實踐，提出了不能迴避的基本法保障機制的問題。因為，特別行政區實施不同於內地的社會主義制度，法治社會是特別行政區社會的基本價值取向，特別行政區的法治社會形態，就是基本法秩序形態。如同西方法治先進國家的憲法保障一樣，沒有完善的基本法保障機制，特別行政區的基本法秩序遲早會出現大問題。着手基本法保障機制的建構不僅有利於基本法的全面實施、港澳的法治進程、港澳的長期繁榮穩定，在一定程度上亦為完善國家的憲法保障機制提供有益的實踐經驗。與此同時，建基於“一國兩制”實踐經驗，對基本法解釋制度乃至中國的立法解釋制度進一步從法理層面進行反思，並予以與時俱進的改革，無疑是社會主義法治建設必不可少的內容之一。

註釋：

¹ 見《香港基本法》第158條。

² 胡錦光、朱世海：《香港行政長官與基本法解釋》，載於《江漢大學學報》(社會科學版)，2012年第3期。

³ 韓大元：《外國憲法》，北京：中國人民大學出版社，2009年。