

論憲法在香港適用的法理分析

鄧達奇*

香港回歸以來，內地和香港特區在法律制度方面卻屢有爭議和衝突。其背後隱藏着一個十分有挑戰性的課題：中國憲法在香港特區如何適用及適用程度與方式的問題。事實上，這個問題源於兩地在法律制度上存在的諸多差異，從而導致對中國憲法條款在港適用及程度大小看法出現了分歧。由於《香港基本法》在香港特區的重要地位，對其理解上的衝突將對兩地法律的運作實踐和價值體現產生非常廣泛而持久的影響。甚至可以說，有效貫徹落實《香港基本法》是實現“一國兩制”的關鍵，而準確解釋基本法則是有效貫徹落實基本法的前提。

而事實上，把這個問題進一步推進，《香港基本法》的解釋其實牽涉的正是憲法與基本法關係的核心問題——《中華人民共和國憲法》如何適用於特別行政區，這也是“一國兩制”內在結構性張力在法律上的首要體現，更是《香港基本法》如何解釋與適用的難題。¹

一、從個案中看憲法與基本法的關係

個案研究在中國已形成了一股力量，作為一種本土化研究的方法，基於案例提出問題，把案例作為研究的素材，把案例中法官的裁判立場和論說作為一種學說加以研究，它對我們認識一件事物，並進一步分析他們之間的關係而言十分必要。² 對於《香港基本法》解釋權問題的研究，不僅要從法律解釋的理論及法律解釋制度出發，而且有必要對《香港基本法》解釋的實踐進行深入考究和反思。因此個案正是我們瞭解和審視基本法解釋的窗口。

以下列舉兩個典型案例，試圖展示基本法解釋與憲法兩者間目前的關係面孔。通過審視基本法解釋實踐的過程，可以瞭解基本法解釋過程中與憲法衝突是如何產生，又是如何很好的度過這種解釋權衝突危機，艱難地“活”過來並形成基本法解釋對接憲法的軌跡。

(一) 馬維昆案

馬維昆案³堪稱經典案例，它貫穿於香港回歸之前後，此案是香港特區法院第一次行使基本法的解釋權，並基本闡明了解釋基本法的原則和方法。該案對“一國兩制”下兩種法律制度的衝突與融合以及“一國兩制”下中央與香港特區的憲法關係，香港的司法審查制度的確立和司法管轄權，都具有開

* 西南政法大學法學院博士後

創性和歷史性的奠基石意義。

馬維昆案一個核心的爭議點即是：香港特區法院是否有權力和義務來解釋基本法，進而討論臨時立法會的合法性。特區法院認為他們能夠審查全國人大及其常委會的行為以決定全國人大常委會是否適當地成立了臨時立法會以及臨時立法會是否與基本法和全國人大的立法行為相一致。並且，他們還有權審查全國人大的決定和行為以決定其是否與中國在《中英聯合聲明》中宣佈的一些政策相符合。

概而言之，特區法院的核心觀點為：被告是否應該被審判以及是否有罪主要取決於普通法在香港回歸後是否能夠延續有效；香港回歸後普通法的延續性、有效性則取決於全國人大或特區立法機關是否採取了積極的採用行為；雖然臨時立法會在其制定的《香港回歸條例》中採取了積極的採用行為，但臨時立法會的合法性並不確定，還是存疑的，並且該條例的合法性也取決於臨時立法會本身的合法性；特區法院負有解釋基本法的權力和責任，有權審查全國人大及其常委會的行為是否符合基本法以及中國在《中英聯合聲明》中宣佈的政策。因此法院必須也有權對臨時立法會的合法性作出裁決。但這樣的觀點過度強調了香港特區的司法終審權，容易造成特區審查中央行為的不利後果。因此這裏就牽涉到是不是突破了憲法中有關司法權限條款的規定，也就是憲法能否作為此案的適用依據。

而事實上有的學者認為憲法具體條款已經在特別行政區有了適用上的實踐，其理由是在本案例中香港特區法院已將憲法作為說明事實或者作為法律條文解釋的輔助材料，因而也就間接承認了其作為案件的裁判依據。⁴ 也正是基於此，陳兆愷法官適用了《中華人民共和國憲法》第 62 條第 13 項，並據此認為全國人大當然有權作出上述決定，也即是肯定了全國人大有權成立籌委會，並授權籌委會對包括成立臨時立法會在內的諸多事宜作出決定。⁵ 進而，就香港特區法院是否可以審查全國人大的上述行為時，陳法官論證的重心主要是放在《香港基本法》第 19 條之上，即通過類比回歸前的情況，認為香港特區法院在回歸後仍應無權審查主權機關的行為。⁶

這裏其實透露出香港特區法官對中央的一個態度，在“一國兩制”法治實踐的開始，面對這樣一個充滿外交爭議和政治爭議的複雜領域，上訴庭是否應該選擇進行介入呢？如果對此的回答是肯定的，上訴庭選擇的全面介入策略本身是否存在憲法問題呢？面對這樣的嚴峻考驗，法官選擇從當然的角度解讀，從維護一國主權的角度解答。也意味着《香港基本法》當然屬於《中華人民共和國憲法》的管轄範圍，這是憲法的空間效力理論的體現。⁷ 但在實然層面，這種效力卻由於規範體系的限制無法轉化為憲法適用的完全形態，只能以有限的方式在特定的問題上出場。換言之，如何具體適用並沒有闡明，而這正是學界普遍爭議的地方。不過至少從學理上說，香港特區法院對全國人大管轄權受制於《中華人民共和國憲法》規定的憲制體制。

（二）居港權系列案件之一：吳嘉玲案

再看一個與馬維昆案呈現相反立場的典型案列：吳嘉玲案⁸。吳嘉玲案涉及的居留權條款經歷了香港特區法院的解釋和人大釋法兩個過程，最終以人大釋法明確了居留權條款的含義和香港特區法院解釋基本法與全國人大常委會的解釋相對接的原則、路徑、程序、方法以及解釋的效力。

然而，吳嘉玲案本質涉及的是“司法主權之爭”，中央在引發廣泛爭議的吳嘉玲案件運用“人大釋法”權力否定了香港終審法院對基本法有關條款的解釋，意味着基本法設置的解釋機制使全國人大常委會對基本法的解釋權在實質上構成“最低限度的司法主權”。但是，香港特區法院在實踐中行使着違憲審查權，並不斷擴大審查的範圍，由此變相地改變了香港的政制體制，影響到了中央與特區的

關係，可中央並沒有糾正終審法院的違憲審查權。⁹

如果從憲法適用的角度上看，香港特區法院適用了《中華人民共和國憲法》第31條、第57條和第58條，用以說明《香港基本法》在香港的憲制地位。以此為論證基礎，進一步指出香港特區法院司法權的管轄範圍。進而法院認為：基本法明確授權香港特區法院享有獨立的司法權、終審權和解釋基本法的權力，所以香港特區法院有權審查全國人大及其常委會的行為是否符合基本法。然而事實上，這一論斷所內含的普通法理念與內地學界對中國憲法體制的通說大相徑庭。¹⁰ 所以有學者指出：這顯然是終審法院的一次“豪賭”，無怪乎這一判決立即引起了中央政府和內地學界的嚴重關切。¹¹

然而，從吳嘉玲案所牽涉的基本法居留權條款的解釋過程中可以看出，內地和香港特區在基本法的解釋上，不僅體現着因法律體系以及歷史原因所造成的衝突因素，更反映了兩地在政治傾向上的相悖。比如，內地解釋基本法時，可能更多強調的是“一國”的根本性，在某種程度上會忽略“兩制”本身因歷史因素所造成的一種現實差異，甚至會有觀點認為香港特區法院在基本法解釋中所體現出來的問題是對全國人大常委會立法解釋權威的一種挑戰，這種放大政治問題而缺乏法律解釋本身所應該依據的法理層面的分析，明顯是片面的。同時，在香港特區方面，也有諸多所謂“捍衛香港固有法治”的人士，他們過分強調“兩制”，而忽略甚至排斥“一國”之根本，這也不利於基本法解釋衝突的解決以及兩地未來的持續繁榮。而這本質上又牽涉《中華人民共和國憲法》第31條的理解。如果過度強調香港特區法院享有的獨立司法權、終審權和解釋基本法的權力，那麼無疑忽視了第31條所蘊含的“一國”的根本性。換言之，只有在“一國”下才有特區變通的可能。

因此，吳嘉玲案的實踐再次證明，有必要進一步完善基本法以及基本法解釋機制的對接規範，進而減少因基本法解釋所帶來的與憲法不必要的爭議和衝突，使得各方都能夠自覺遵守法律、承擔責任，繼而在社會發展的實踐過程中形成基本法解釋的良性法治態勢和習慣。¹² 當然，基本法解釋背後的政治和諧也不容忽視¹³，只有內地與香港特區的政治和諧，理性看待對基本法適用過程中的一些解釋，才能夠為基本法解釋提供良好的和諧環境，進而妥善解決因為基本法解釋所帶來的一些分歧和爭議。

通過兩例典型案例我們可以感受到憲法與基本法並不是一般的“上位法與下位法”“一般法與特別法”等關係，裏面涉及的法律及政治問題如何解決並非一次機制設計就能一勞永逸，而目前學界迄今也未能形成共識。但是，如果要妥善處理這兩者的關係，首先必須返璞歸真，進一步回溯憲法與基本法在“一國兩制”下的原則關係，這是進一步論述的基礎。

二、“一國兩制”之下憲法與基本法的關係

憲法效力及於一國任何領域，是一個國家統一行使主權的根本要求。但在“一國兩制”之下，憲法的某些規定不適用於特定區域，並不影響憲法具有最高的普遍效力。分析基本法制定的法律依據、憲法適用於基本法的原則以及中央權力和高度自治權之間的關係，是認清憲法與基本法關係需要研究的主要問題。

(一) 憲法是基本法制定的根本法律依據

中國是單一制的國家，全國只有一部憲法，一個最高權力機關，憲法作為國家的根本大法，其他

一切法律的制定都必須要以憲法為根本依據。¹⁴ 在“一國兩制”方針的安排下,《香港基本法》在香港特區法律體系中具有憲法性的地位,它是香港司法實踐中的重要依據。¹⁵ 因此,必須將基本法與憲法對接起來,只有這樣,香港特區的法制體系才會具備“一國”的實質,“兩制”才會有憲法的保障。因為在“兩制”之下,憲法的有些條文不能在香港直接實施,只能通過基本法將憲法中規定的國家主權、中央和特區的關係等問題予以具體化。那麼如何將基本法與憲法對接起來呢?最主要的則是基本法的具體規定必須符合中央和特區關係的要求,既要注重維護國家統一,又要包容“兩制”的之間的差異。

(二) 憲法適用於基本法的原則

依據憲法,基本法對中央與香港特區立法管轄權劃分、全國人大常委會與香港特區法院法律解釋權劃分、香港實行資本主義制度的原則以及中央與香港隸屬關係等作了明確規定。事實上,在《香港基本法》立法過程中,關於憲法是否適用於基本法問題分歧比較嚴重,反對者的觀點是,《中華人民共和國憲法》序言規定中國堅持社會主義四項基本原則,並在第1條規定了中國的根本社會制度是社會主義制度,第5條規定了一切法律都不得與憲法相抵觸,而《香港基本法》第5條卻規定了香港保持原有的資本主義制度不變,顯然是與憲法規定相抵觸的,因此,如果憲法適用於基本法,那麼,基本法就會因為與憲法相抵觸而失去效力。

而基本法起草委員會下設的中央與特區關係專題小組卻提出:憲法可以適用於基本法。憲法作為整體,對香港特區的法律體系有效,符合“一國”要求;憲法中關於社會主義制度和地方政府的規定,對基本法和香港特區其他法律不適用,符合“兩制”要求。同時,專題小組建議,憲法中關於人民民主專政、三個代表等具有社會主義性質的內容不適用於基本法,而有關國家主權、國防、外交及最高國家權力機關等內容,在基本法中是可以適用的。¹⁶ 專題小組的理由和建議被基本法起草委員會採納。一言以蔽之,全國人大制定基本法的根本目的就是為了保持香港特區現有的社會制度、經濟制度和法律制度等,這意味着無需按憲法規定實行社會主義制度,同時又起到以有效的法律形式保證香港的資本主義制度維持不變的作用。¹⁷

在憲法適用於基本法的原則確定後,在如何適用上又產生了爭議:有觀點認為,為了體現憲法,應當在基本法中列明所適用的憲法條文;也有觀點認為,在基本法中不宜列明所適用的憲法條文,之所以這樣說是因為:一是在基本法中採用原則性的方式適用憲法,不僅符合法理邏輯,也符合憲法作為國家根本大法的特質。憲法是在國家法律體系中具有最高地位的“母法”,而基本法是依據憲法制定的“子法”,如若要求在“子法”中規定適用“母法”哪些具體條文,從邏輯上來講,是本末倒置的;二是憲法有些條文是比較抽象的,很難辨別是否適用於基本法,如果具體規定憲法中的條文是否適用,在實踐中的操作很有難度;三是憲法主要確定的是國家性質、國家結構、國家機關以及公民權利和義務等內容¹⁸,是抽象的、具有原則性的,而基本法主要規定的香港特區的具體制度,是具體的、具有靈活性,兩者位階不同、特點不同,無法實現法律文本的一一對應。

(三) 中央權力與香港特區的高度自治權

處理好中央權力和香港特區高度自治權的關係問題是實現“一國兩制”的核心,更是實施基本法必須解決的原則問題。¹⁹ 準確理解和把握高度自治權的權力來源和中央與香港特區權力關係具有十分

重大的現實意義。

高度自治權來源於憲法中關於設立特別行政區的特別規定，正是因為憲法中的“特別規定”，基本法中關於高度自治權的規定才會有了法理淵源。從權力性質看，高度自治權是授予權，而非分權。因此，中央和特區之間不存在權力分權的問題，存在的則是中央如何合理地將屬於中央的權力授予香港特區來行使。

具體而言，合理配置中央和香港特區的權力必須堅持三大基本原則：其一，堅持兼顧主權和自治權的原則，為保證國家主權的完整性，凡屬於國防、外交等集中體現國家行為的權力，由中央來行使，如《香港基本法》第13、14條就對此作了比較詳細規定；凡屬於可以由香港特區行使的權力均可以授予香港特區來行使，如《香港基本法》第16、17、19條規定香港特區享有獨立的行政權、立法權以及司法權和終審權，第151條規定香港特區可在經濟、貿易、金融、旅遊以及文化和體育等領域以“中國香港”的名義單獨同世界各國、各地區以及有關國際組織來發展關係、簽訂協議。²⁰其二，授權與監督相結合的原則，香港特區的自治權由中央授予，中央既不能隨便變更特區自治權的範圍，也不得干預地方對自治事務的管理，而香港特區行使自治權也必須接受中央的領導和監督，中央對特區的監督和制約主要通過立法會備案對香港立法進行審查、通過對特區行政長官的任免來體現香港特區必須對中央負責。²¹其三，法治原則，無論是中央行使主權還是香港特區行使高度自治權，都必須堅持法治原則，一切行為都以基本法規定為依據，只有這樣，才能真正達到法律預期效果。

總之，《香港基本法》是“一國兩制”的法律表現形式，基本法是授權法，是以憲法作為法理淵源及法律保障。²²正確認識憲法和基本法之間的關係，是保證“一國兩制”之下香港法律制度完整性及法律體系健全性的前提，也是解決基本法解釋權衝突、促進基本法解釋權融合的應有之義。

三、《香港基本法》適用憲法問題的本質

誠如上述，高度自治權的規定意味着基本法理應存在特殊安排。然而，“自治”並非不言自明的概念，這就事實上就造成了憲法在香港適用及對基本法約束的程度的大小問題。無論是前文第一部分的兩個案例還是第二部分的憲法與基本法原則探析中，我們都已隱約感受到了《香港基本法》適用上的特殊性，也即“原則下的特殊”。於是也就出現了適用基本法解釋時的一個特殊的價值理論——“剩餘權力”或“灰色地帶”和“尚未界定權力”的理論爭鳴。

儘管在2007年6月6日，全國人大常委會委員長吳邦國在“紀念香港特別行政區基本法實施十週年座談會”上明確指出：香港特別行政區的高度自治權主要是來源於中央授權，中央授予多少權力，香港特區就擁有多少權力，至於沒有明確規定的，根據《香港基本法》第20條規定再授予，不存在所謂的“剩餘權力”的問題。²³

但這種具有政治判斷的宣示話語並沒有實際滿足實踐憲法與基本法適用中出現的問題，使得兩地對“灰色地帶”和“未界定權力”只是泛泛而談。而對於憲法具體條款如何適用問題，學界其實也是走過了一條明顯的變遷之路。總體上都是延續三條進路展開，即“部分適用、部分不適用”“通過基本法適用”和“雙重適用”。因應政治形勢的變化，不同進路在不同時段受到不同程度的重視。回歸之前，“部分適用、部分不適用”是主要意見；回歸後“一國兩制”平穩運行，“通過基本法適用”

則佔據上風，並且出現了將基本法提升到憲法特別法地位的“理論自信”；近年來隨着香港政治生態的惡化，通過憲法具體條款適用，加強國家整合、防止出現地方離心成為學界的追求，在此背景下又出現了重新回歸“部分適用”進路的趨勢，以及建構新的“雙重適用”進路。²⁴可見，憲法對於基本法的適用關係十分複雜且不斷在變化，並非一次政治判斷就能一勞永逸。那麼，兩者適用間問題的本質又是甚麼呢？本質無非是對基本法的解釋差異問題。

在基本法解釋實踐中，全國人大常委會所強調的重點是，其解釋旨在還原基本法的立法原意。除了在吳嘉玲案中，其他案件全國人大常委會明確指出香港特區終審法院的判決違背了基本法的立法原意，但並未說明為何採用原意解釋。香港特區法院一直以來強調的重點則是文義解釋與普通法系傳統之間的關聯性。對解釋方法差異性的原因，有很多學者認為根源在於兩地解釋體制的差異。主要存在三點明顯差異。

首先，在立法解釋權屬和司法解釋權屬上兩者就存在差異。從內地法律解釋理論及制度來看，立法解釋權和司法解釋權是相互分離的。當需要對法律條文作出補充規定或是明確界限時，只能由全國人大常委會按照法律解釋程序對法律條文作出解釋，法院是沒有立法解釋權的。而從香港特區的法律解釋理論及制度來看，立法解釋權和司法解釋權合二為一，全部由香港特區法院行使，法院以外的任何組織和個人都沒有解釋權，也不得干涉法院行使解釋權。根據普通法法系法律解釋原理，香港特區法院對所有的法律條文均享有解釋權，不受任何限制；但是根據基本法的規定，香港特區行使解釋權要受到全國人大常委會的制約。在這種情況之下，必然會因為對基本法行使解釋權而產生衝突。²⁵

其次，在解釋方法上，內地無論是立法解釋還是司法解釋，解釋方法都是根據立法原意、法律價值、法律精神的等綜合性因素，對法律條文的現實應然含義作出闡釋和說明；在香港特區，法院採取的解釋方法呈現出三個特徵：一是以法律條文字面明顯含義為準來闡釋；二是根據被解釋的法律條文性質和適用對象的不同，採取寬嚴有別的解釋方法，如對涉及公共權力的條款，一般予以限制解釋，對涉及個人權利的條款，一般予以擴大解釋；三是不能通過解釋或是推理得出沒有被法律條文明示的結論。²⁶因此，在吳嘉玲案中內地和香港解釋就出現了分歧。特區法院將父母在享有香港居留權之後才出生的子女才享有居留權，解釋為在父母享有居留權前後出生的子女均享有居留權，這種解釋放寬了享有居留權的條件，片面強調法律條文的字面含義，沒有考慮立法原意，顯然都不符合立法原意。

最後，在解釋效力上，內地和香港的法律解釋制度在解釋效力上也呈現出一定的差異。具體而言，在中國大陸地區的法律解釋體制中，全國人大常委會的立法解釋具有同其解釋對象，即法律本身一樣的效力，並且司法解釋與行政解釋都不得同立法解釋相衝突、相抵觸。通過《立法法》的相關規定，我們也可以看出此種意涵——由於全國人民代表大會常務委員會對法律的解釋與法律具有同等的法律效力，因此在中國大陸地區，立法解釋在實質上就是帶有準立法性質的一種法律解釋，而司法解釋和行政解釋則不具有此種屬性。一方面，司法解釋和行政解釋的目的主要是解決如何在具體的司法審判和行政執法過程中適用具體法律的問題；另一方面，從解釋主體的性質上來看，“兩高”作為一種司法機關，它們所作出的司法解釋，還不具有一個立法行為所應該有的一些要素；最後，由於深受大陸法系的影響，中國一直以來都沒有判例法的傳統，因此也就不能在司法審判中通過判例這一路徑和方式來讓法律解釋具有和法律同等的法律效力。由此可見，司法解釋在性質上並沒有“準立法”的屬性，其在效力上也低於全國人大常委會所作的立法解釋。

在香港特區，終審法院的解釋具有更高的效力。解釋法律在香港司法文化中被當然的認為是法院

的一種天然職能，在其法律解釋體制中根本就不存在立法解釋、司法解釋和行政解釋的區分，因此司法解釋既是惟一的，也是具有最高效力的法律解釋。但司法解釋內部也存在一種效力等級的區分。基於香港特區法院層級結構上的制約，終審法院的司法解釋通常具有更高的法律效力，對其他香港特區法院具有很大的約束力，而其他法院所作的司法解釋可以約束較低的法院，並且本院也不得推翻上級法院的判決。另一方面根據“新法優於舊法”的原則，做出時間較近的法律解釋即取代以前的法律解釋。這種情況發生於香港特區法院做出推翻先例判決或者補充的解釋的時候。根據普通法傳統，香港特區法院包含司法解釋的判決書一經做出，即成為“先例”，也就對後來的法院案件具有一種約束力，也就對香港下級法院以及本院產生一種法律上的效力。這種解釋的目的並不限於“適用法律的問題”，而是可以根據案件的具體需要，可以說涉及到法律規定的方方面面。總而言之，在香港，各級法院都具有司法解釋權，其做出的判決都具有法律效力，只是終審法院的判決效力高於其他法院的判決效力而已。

如此，在解釋方法差異性就必然引起對基本法條款的理解上的不同。如在吳嘉玲案中就涉及到對香港居留權條款理解上的差異。因此，我們可以看出，內地和香港法律解釋理論及制度的差異，這直接導致了基本法解釋結果的爭議和衝突。這種爭議和衝突不僅會影響到基本法的權威性和一致性，更會影響到司法的公正性和有效性。而最終影響的當然是憲法在香港的適用及程度。所以，研究並探尋兩地在法律解釋理論及制度上的相融性，是完善基本法解釋權的重要前提，更是憲法能夠在香港有效適用的關鍵。而這最終指向一個問題，就是基本法有一套良好、正確的解釋機制。

四、關於基本法正確解釋的建議

(一) 基本法解釋規則的模式設計

解釋規則涉及到法律解釋各個方面的細節，具體到《香港基本法》，考慮到基本法法律性質和法律地位的特殊性，應制定統一的基本法解釋規則，即意味着需要根據兩地解釋基本法實踐，在對釋法中凸顯的問題進行反思的基礎上，以法律規範的形式，進一步明確基本法的解釋原則、解釋程序和法律後果。這個規則應當是在“一國兩制”之下，符合正義性要求並極具合理性、權威性和可行性。²⁷

而作為“一國兩制”之下的基本法，也意味着基本法的具體規定必須符合中央和特區關係的要求，既要注重維護國家統一，又要包容“兩制”之間的差異。這種差異即是“自治權”的表現，表現在基本法中就是“香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。”²⁸而這種理念如果體現在憲法對於基本法解釋的影響中則是適用《香港基本法》是在香港特別行政區適用憲法的主體方式，同時識別直接適用條款是解決憲法具體條款在特別行政區適用問題的關鍵。²⁹

那麼，為了適用這樣的制度及理念。在解釋規則中應作出如下設計：首先在解釋方法位序選用上，有統一的規定，即從語義解釋到體系解釋，再到法意解釋和目的解釋。語義要素體現了法律的穩定性和可期待性，體系要素體現了法律的整體性和和諧性，法意要素體現了立法者的立法意圖，目的要素體現了法律的正義價值，以法律價值為基礎，諸多學者認為解釋要素之間的位序大體上應該是：文義要素優先選擇適用；如果根據文義解釋可能出現不同的結論，則運用體系要素進一步確定含義；如果

文義和體系要素均不能得出解釋結果或是產生荒謬的結論，那麼就要根據法意要素尋找立法者的立法意圖；如果根據法意所得出的解釋結論有違個案正義，則依據目的要素進行解釋。³⁰ 雖然說這種排序是以法的價值為基礎，但大致符合一般的法倫理觀念，具有一定的可參考性。

其次，明確解釋越權規則及法律後果。無論是全國人大常委會抑或香港特區法院作為有權解釋主體都必須遵守解釋基本規則，即在解釋權範圍內、適用解釋程序及違反接受法律後果等規則。一旦越權，就必須承擔相應的後果。而這個後果最顯而易見的就是在解釋效力上，如果全國人大常委會越權，則其作出的解釋不得作為法院判決的依據；相應香港特區法院作出的解釋，則對當事人不產生法律效力。

最後，這樣的規則產生必須民主、具有可接受性。事實上，作為兩地法治運行都需要接受的規則當然是兩地共同協商得出的結果是最具有可接受性的。比如，基本法委員會的委員都是兩地法律界的知名專家，組成人數各佔一半，具有公平性和廣泛的代表性。³¹ 基本法委員會是搭建中央和香港特區之間溝通關係的橋樑，專門就中央和特區產生的法律問題向全國人大常委會提供意見。基本法委員會在制定基本法解釋規則方面可發揮的作用有如下幾點：一是對基本法解釋規則中兩地享有解釋權的範圍提出意見和建議；二是總結梳理兩地對基本法解釋規則制定的意見；三是就終審法院提請全國人大常委會解釋基本法條款的程序規範、具體原則等如何進一步細化提出建議；四是對違反基本法解釋程序的法律後果提出處理意見；五是就基本法解釋過程中的其他問題提出意見和建議。鑑於基本法委員會設立的角色定位，儘管這些意見和建議都帶有諮詢性質，但全國人大常委會依然應當充分考慮和借鑑。

(二) 堅持兩地解釋方法的多元與互通

在運用法解釋來解釋基本法、適用憲法時必然涉及到法律解釋方法的選擇。前文已提及兩地解釋體制的存在明顯的三點差異，背後隱含着是解釋方法選擇的不同。那麼，基本法解釋方法的協調則是化解兩地對憲法適用的不同認識的關鍵一環。

於此，為了使對基本法的解釋能最大程度的達到解釋目標，必須有科學合理的解釋方法，而任何一種解釋方法都需要兼顧與被解釋條款相關的法律邏輯、立法背景、法律語言等要素。側重點不同，解釋的方法模式也不同，大致有三種：一是從法律文本語言出發來理解法律含義的文義方法；二是從法律邏輯出發，注重內容和體系的一致性的結構主義方法；三是從立法背景出發，關注立法意圖的目的方法。³²

那麼對於這三種而言，全國人大常委會的解釋則比較注重立法意圖，而香港特區法院的解釋一般比較注重法律文本含義。於是才有基於《香港基本法》解釋不同而直接影響憲法適用的不同的差異。

然而事實上兩地在基本法解釋方法上的差異性並非不可協調，只要雙方能夠善意理解對方的解釋方法理論，堅持多元與互通理念，並互相借鑑及時調整解釋方法的適用，而不是刻意放大彼此之間的差異，必然能夠有效地化解因解釋方法差異而引發的矛盾和衝突。

對於全國人大常委會釋法而言，當然不以原意解釋為惟一方法。由於基本法是在香港回歸之前，又無實踐經驗可借鑑的情況下制定的，因此，整個法律框架是比較粗略的，為解決未來可能發生的問題預留了很大的空間，這就表明，有很多問題存在於法外空間，是沒有立法原意的。意味着從基本法條文規定來看，並非所有問題都能找到立法原意。在前文已述的兩個案例中都涉及到基本法法條無法

找到全部對應解釋的地方，也正是這一點導致中國憲法出場與適用。這顯然就超出了原意解釋的範疇，而是以新的思維、新的視角去思考、解釋基本法，以真正實現法律價值為目標，從而維護“一國兩制”的整體框架。

相比之，一向以文義解釋為中心的香港特區法院也不應該固步自封，而是應該與內地互動，堅持多元的解釋方法。作為普通法解釋的一部分，香港特區法院最大優勢就在於，法官在運用法律時可以根據時勢變化及時調整自己的法律邏輯思維，這也是普通法保持長久生命力的重要因素。在這一點上，確實有全國人大常委會借鑑學習的地方。比如為了確定文本含義，它也會借助於其他資料，如法律文本的其他條款、篇章結構等內部資料和立法背景、立法過程記錄等外部資料。在馬維昆案中，對於如何解釋臨時立法會的合法性這一點上，解釋就必須回到香港回歸之前，對此終審法院曾經強調，儘管基本法是在1997年7月1日開始實施，但其在1990年制定，其立法背景也在此時就被確立。意味着通過類比回歸前的情況，香港特區法院在回歸後仍應無權審查主權機關的行為。那麼就事實上肯定了中央在其制定的《香港回歸條例》中採取了的積極行為的合法性，進而肯定了臨時立法會的合法性。這當然有利於“一國兩制”的落實。

因此，堅持解釋方法多元是兩者互存的前提，也是兩地解釋的共同基礎。在此基礎上能增強兩地的互通性，有利於憲法的普遍適用。

(三) 提高兩地對解釋結果及憲法的認同

法解釋引發爭議的一個重要原因就是兩地釋法主體都是從自己的視角出發來理解基本法以及對方所作出的法律解釋。³³事實上，在兩種制度並存的情況下，雙方都應當有清晰的認知，即試圖以一方的解釋取代另一方的解釋是不現實的。因此必須加強雙方對各自法制狀況的瞭解，包容彼此的差異性。這就需要提高兩地對法解釋結果的認同。而進一步說，當然是涉及到對憲法的認同。

如有學者舉例，在諸多中央與香港特區互動事件中，《十一五國民經濟和社會發展規劃》即涉及到雙方對基本法的解釋與理解問題，進而應該將香港納入其中的做法從憲法角度加以考察。³⁴

按照《香港基本法》的規定，香港特別行政區政府被授予廣泛的行政權，《香港基本法》第五章專門規定了經濟制度，涉及財政、金融、貿易、工商業、土地、航運、民用航空等方面的問題。因此，按照通常的解釋認為，管理經濟是特區政府職責範圍內的事情，與中央無關。然而在“十一五”規劃綱要中，卻首次將基本法涉及到的有關經濟制度內容進行了規定。如加強和推動內地同港澳在基礎設施建設、產業發展、資源利用、環境保護等方面的合作；支持香港發展金融、航運、旅遊、信息等服務業，保持香港國際金融、貿易、航運等中心的地位等。³⁵於是這一規劃的舉動引起了香港社會的注意，引發了香港該不該被“規劃”的爭議。³⁶

從基本法的解釋上看，爭議的雙方正是從不同的立場對基本法的經濟制度作了解釋。作為反對一方而言，認為“規劃”是計劃經濟的一部分，與香港自有的市場經濟傳統存在不兼容的地方。那麼，對於基本法的解釋而言，此方就會將基本法第五章專門規定的經濟制度高度自治權一面高揚。而作為支持一方，則更傾向於解釋此舉體現的是中央統一經濟安排，依據源於《中華人民共和國憲法》第89條第5項規定，國務院負責編制和執行國民經濟和社會發展計劃和國家預算；第62條第9項規定，全國人大有權審查和批准國民經濟和社會發展計劃和計劃執行情況的報告。據此，憲法條款就為中央制定全國規劃提供了依據。

如此一來，雙方互不妥協就容易陷入自說自話的境地。這就必須加強雙方對各自法制狀況的瞭解，包容彼此的差異性，從而消融解釋的分歧，提高兩地對法解釋結果的認同。而作為中央政府，理應在解釋上獲得更大的尊重，在結果上自然應該獲得更多認同，這是消融解釋分歧的關鍵。事實上這一點在法理上也是能夠融通的。

首先，“一國兩制”的前提是“一國”，因此當出現分歧時必須上升到“一國”的高度進行考量，這是思考兩地問題的根本出發點。³⁷ 中央當然有這類安排全國事務的權能和職責。其次，作為國家機關的一種權力而言，憲法基本法理是“法無授權即禁止”。³⁸ 這意味着香港高度自治權必須在法律明確規定的範圍內，並非一種“法不禁止皆可為”的權力。那麼前述“十一五國民經濟和社會發展規劃”互動事件中，儘管《香港基本法》第五章專門規定了經濟制度方面的高度自治權，但是並未明確規劃權的歸屬。依據憲法基本法理，則應該基於未授權即保留的理由歸入中央權力範圍內，自然中央有自己的發言餘地。最後，從程序正義的角度看，將此“規劃”適用作“認同”即是“合法”解釋也是合理的。在“十一五”規劃編制過程中，中央政府主動向香港政府諮詢意見，香港政府並未反對並且提出了若干意見，意味着香港並非“被規劃”，中央對香港行使基於憲法的規劃權由香港的同意獲得合法性。³⁹

由此，兩地釋法主體固然可從自己的視角出發來理解基本法，但是解釋要以憲法為基礎並尊重中央的解釋地位，才能消弭解釋分歧形成相互認同憲法的解釋結果。

五、小結

由於中國缺乏憲法審查這一典型形態上的憲法適用，所以中國憲法如何在香港特別行政區的適用一直是基本法研究領域一個難點。事實上目前形成了一條“曲綫救國”路徑，即運用法律解釋的方法發揮全國人大常委會在香港特區法院適用憲法上的橋樑和監督作用。根據《中華人民共和國憲法》第 67 條、《香港基本法》第 17 條和第 158 條的規定，全國人大常委會不僅擁有對基本法的解釋權和香港立法的備案審查權，而且是解釋憲法和監督憲法實施的主體；基於此，全國人大常委會完全可以在行使基本法解釋權和備案審查權時，將對憲法的適用內嵌其中，香港特區法院再據此適用憲法。這種方式可有效化解由於香港特區法院的地位和憲法解釋權的限制所帶來的規範困境。⁴⁰

而本文即是抓住這一突破口進行了拋磚引玉的理論作業，分析全國人大常委會的法律解釋是如何能在香港特區法院適用憲法上起到橋樑和監督作用。先從個案入手，通過兩例典型案例，可以瞭解基本法解釋過程中與憲法衝突是如何產生，又是如何很好的度過這種解釋權衝突危機，進而可以觀察憲法適用的難點在哪裏。而要解釋解決這些難點，必須返璞歸真，進一步回溯憲法與基本法在“一國兩制”下的原則關係，這是進一步論述的基礎。在此基礎上，查明香港特區法院適用憲法難題的本質無非是基本法解釋兩地之間存在差異。那麼結論就十分自然，無非是協調兩地之間解釋的差異，包括明確基本法的解釋原則、解釋程序和法律後果；堅持兩地解釋方法的多元與互通；提高兩地對解釋結果及憲法的認同等。希冀在堅持“一國兩制”方針上完善解釋機制，消弭解釋分歧形成相互認同的解釋結果。

當然，“一國兩制”本身承認兩地之間存在差異。反過來，這種差異又為香港特區法院的能動司

法提供了制度依據，借助這一依據，香港特區法院自身的職能和管轄範圍有所擴展，甚至介入到香港的政治生活中。這亦加劇了“一國”與“兩制”的緊張關係，因此也導致香港特區法院做出的一些判決引發了較大的憲法爭議。也正是基於此，香港特區法院正確解釋基本法才顯得更為關鍵。

但是，我們也不能過度依賴基本法解釋，儘管基本法為兩地提供了司法互助互通的紐帶，但密切程度依然很低。這中間不僅有法治文化差異的原因，更是因為融合程度不夠。因此，我們更應主動出擊，加強憲法實施與監督。這也是本次憲法修改所提出的重大課題。我們期待有這樣的一天：“一國兩制”可以終結它的歷史使命，取而代之的是整個國家和民族的深度融合，我們的法制是一個共同體，我們共同擁有一個法系，這就是在憲法統籌下的中華法系。而這將是我們矢志不渝追求的目標。

[本文為 2013 年度國家社會科學基金西部項目：“政法”一個中國法概念的觀念史考察(13XFX005)階段性成果。]

註釋：

- ¹ 曹旭東：《憲法在香港特別行政區的適用：理論回顧與實踐反思》，載於《政治與法律》，2018年第1期，第79頁。
- ² 陳越峰：《判例研究六人談：判例研究及其對中國法學理論的影響》，載於《華東政法大學學報》，2015年第5期，第152頁。
- ³ 具體案情可見陳友清：《1997-2007：一國兩制法治實踐的法理學觀察——以法制衝突為視角》，北京：法律出版社，2008年，第51-69頁。
- ⁴ 王振民、孫成：《香港法院適用中國憲法問題研究》，載於《政治與法律》，2014年第4期，第6頁。
- ⁵ HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others, CAQL 1/1997, para 72.
- ⁶ 同註4。
- ⁷ 鄒平學：《1982年〈憲法〉第31條辨析——兼論現行〈憲法〉在特別行政區的適用》，載於《當代港澳研究》2013年第1期，第78頁。
- ⁸ 對於本案的著述頗多，具體案情就不再贅述，案情可參見香港《文匯報》1997年7月3-9日的報道。
- ⁹ 強世功：《司法主權之爭——從吳嘉玲案看“人大釋法”的憲政意涵》，載於《清華法學》，2009年第5期，第5、28頁。
- ¹⁰ P. Gweirtz: *Approaches to Constitutional Interpretation: Comparative Constitutionalism and Chinese Characteristics*. Hong Kong Law Journal, 2001, 31. P. 200.
- ¹¹ 同註4，第7頁。
- ¹² Leung, P. M.-F.: *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law*. Hong Kong: LexisNexis, 2007.
- ¹³ 強世功：《和平革命中的司法管轄權之爭——從馬維琨案和吳嘉玲案看香港憲政秩序的轉型》，載於《中外法

- 學》，2007年第6期，第667頁。
- ¹⁴ 許崇德、胡錦光：《憲法》，北京：中國人民大學出版社，2007年，第112-145頁。
- ¹⁵ 周毅之、施漢榮：《香港與“一國兩制”》，北京：中國社會科學出版社，1988年，第111頁。
- ¹⁶ 蕭蔚雲：《論香港基本法》，北京大學出版社，2003年，第48-50頁。
- ¹⁷ 見《中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)徵求意見諮詢報告》，1988年10月，第10-11頁。
- ¹⁸ 胡錦光、韓大元：《中國憲法》，北京：法律出版社，2004年，第51-78頁。
- ¹⁹ 蕭蔚雲：《關於香港特區基本法的幾個問題》，載於《法學雜誌》，2005年第2期。
- ²⁰ 黃志勇、柯婧鳳：《論基本法框架下中央與特別行政區的權力關係》，載於《嶺南學刊》，2011年第4期。
- ²¹ 程潔：《中央管理權與特區高度自治——以基本法規定的授權關係為框架》，載於《法學》，2007年第8期。
- ²² 武勇：《〈香港特別行政區基本法〉解釋權的“一國兩制”——對〈基本法〉第158條的解讀》，載於《內蒙古師範大學學報》，2010年第2期。
- ²³ 吳邦國：《紀念香港基本法實施十週年座談會》，載於《文匯報》，2007年6月6日。
- ²⁴ 同註1，第83頁。
- ²⁵ 陳友清：《1997-2007：“一國兩制”法治實踐的法理學觀察——以法制衝突為視角》，重慶：西南政法大學博士學位論文，2007年。
- ²⁶ 姚國建、王勇：《論陸港兩地基本法解釋方法的衝突與調適》，載於《法學評論》2013年第5期。
- ²⁷ 陶廣峰：《法律全球化與中國的角色定位》，載於劉兆興主編：《比較法在中國》，北京：社會科學文獻出版社，2006年，第34-41頁。
- ²⁸ 見《香港基本法》第11條。
- ²⁹ 同註1，第87頁。
- ³⁰ 韓大元等：《憲法學專題研究》(第二版)，北京：中國人民大學出版，2008年，第193-194頁。
- ³¹ 同註17。
- ³² 蘇力：《解釋的難題：對幾種法律文本解釋方法的追問》，載於《中國社會科學》，1997年第4期。
- ³³ Lin, Feng and P. Y. Lo: *One Term, Two Interpretations: The Justifications and the Future of Basic Law Interpretation*. In H. Fu, L. Harris and S. Young (Eds.): *Interpreting Hong Kong's Basic Law: The Struggle for Coherence*. London: Palgrave Macmillan, 2007. P. 151.
- ³⁴ 同註1，第85頁。
- ³⁵ 見《中華人民共和國國民經濟和社會發展第十一個五年規劃綱要》，載於中華人民共和國國家發展和改革委員會網站：<http://ghs.ndrc.gov.cn/zttp/ghjd/quantwen/>，2018年8月1日訪問。
- ³⁶ 有觀點認為，這是香港發展難得的機遇，香港應當抓住機會，搭上國家發展的順風車；但也有觀點認為，香港是“被規劃”，言外之意，這是香港自治範圍內的事情，不應由中央操心。轉引自註1，第86頁。
- ³⁷ 蕭蔚雲：《一國兩制與香港基本法律制度》，北京：北京大學出版社，1990年，第93-95頁。
- ³⁸ 童之偉：《憲法學研究須重溫的常識和規範》，載於《法學評論》，2018年第2期，第20頁。
- ³⁹ 同註1，第87頁。
- ⁴⁰ 同註4，第11頁。