

香港基本法第 158 条与立法解释

朱国斌*

内容提要：有关香港基本法解释权的所有争议均源于基本法的混合特性。基本法第 158 条设计的制度安排不仅能够区分“一国”之下大陆法和普通法之特质，且可以保留两种法律及司法制度的基石。不过，由于基本法第 158 条“是两种法律制度妥协的产物”，它是导致基本法解释混乱和冲突的根源。总体上说，第 158 条蕴含着一种有待巩固确立的宪法秩序。

关键词：香港基本法 立法解释 宪法秩序

中华人民共和国于 1997 年 7 月 1 日对香港恢复行使主权后，新的宪制秩序随之产生。全国人民代表大会根据宪法和按照《中英联合声明》中中国政府承诺的关于香港的政策制定了香港特别行政区基本法，因此订明了香港新的宪制秩序。香港基本法是一部贯彻“一国两制”这一宪政原则的国家基本法律。^{〔1〕}在基本法统率之下，“一国两法（大陆法和普通法）”成为既成事实，香港的原有法制和法律除与香港基本法相抵触的部分之外得以保留。^{〔2〕}

由于香港特别行政区法律地位的特殊性和基本法制定的特殊环境与过程，^{〔3〕}立法机关对基本法的修改与解释机制及程序作出了与其他法律不同的安排。根据香港基本法第 158 条的规定，基本法的解释权属于全国人大常委会；同时，人大常委会“授权”香港特区法院在审理案件时对基本法的条款进行自行解释。香港回归十年以来，人大常委会一共对香港基本法作出过三次解释，分别发生在 1999 年、2004 年和 2005 年，每次旨在解决不同性质的基本法问题。常委会三次法律解释在

* 香港城市大学法律学院副教授。

作者感谢香港城市大学提供的研究资助，感谢研究助理施盛明先生的研究协助。作者本人对本文的内容负责。

〔1〕 香港基本法虽然只特别关乎香港特别行政区，但却是一部全国性法律，而并非地方（性）法律。这个说法具有两层相互关联的法律含意：第一，它是由国家最高权力兼立法机关全国人大为香港特区量身制作的最高法律（在香港，经常有人将其称之为“小宪法”）；第二，该法的适用范围是全国，其他国家机关和地方行政单位都必须遵守之。从法律制定的权威和法律位阶观之，香港基本法是国家的“基本法律”（参见宪法第 2 条第 2 款；立法法第 7 条）。从宪法学理观之，它的性质是一部宪法性法律（香港称之为“宪制法律”或俗称为“小宪法”）；在法律体系中，它类似于其他国家机关组织法。

〔2〕 香港基本法第 8 条规定：香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留。

〔3〕 宪法第 31 条：国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。肖蔚云教授曾专门撰文记载了香港基本法的起草过程。参见肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版，第 240 页以下、248 页以下。另参见李昌道、龚晓航：《基本法透视》，中华书局（香港）有限公司 1990 年版，第三章“基本法起草工作”，第 38 页以下。

香港特区引发了激烈的讨论和争议,反映出两制的不协调之处和法律条文的内部张力和冲突。同时,这已引起了学者们极大的兴趣,各种争论和正反意见纷纷见诸文字,其最主要关注点在于:人大常委会释法是否会破坏香港悠久的法治传统,常委会解释基本法的权力是否为必不可少,或者会被用来干预香港自治事务或政府政治运作,香港法院是否享有违宪审查权,等等。

本文拟专门研究讨论香港基本法第158条。文章将具体研讨基本法立法解释权的一般原理,解释制度的混合特性,解释权在人大常委会与香港法院之间的分配,以及因解释权配置引出的理论与法律问题,并提出作者自己的理解和学术意见。

一、香港基本法解释权条款的形成过程及问题的提出

香港基本法的解释权及其配置问题在基本法起草过程中一直备受关注和争议。其焦点主要涉及中央与特区之间的关系,简言之,就是在“一国两制”前提下,如何能够一方面保持国家对作为地方行政区域的特别行政区行使主权,另一方面又能够灵活地使得两种不同的法律制度共存并继续发展,且不因为对方作用而丧失原有特点和原则。除了政治性考虑外,基本法解释权问题的最终解决对香港司法制度亦产生直接而深远的影响。这种影响事关重大,它将关系到特区法院的运作、司法管辖权及终审权、司法独立和“一国两制”方针政策的落实。在起草过程中,社会各界人士发表的意见主要集中在几方面:有人从中国大陆这种兼备欧洲大陆法和社会主义法特征的法制出发,认为既然基本法是中国法律之一部分,其解释权理应归属于全国人大常委会;有人从港英时代传承下来的英国普通法制度角度观察,认为基本法解释权应自然属于特区法院;香港还有部分人纯粹从政治角度考虑,认为将基本法解释权归属到人大常委会将会影响香港的司法独立传统和港人治港的信心。^{〔4〕}

基本法解释权争议源于基本法出生时身份的混合(hybrid)特性。无论基本法解释权最终如何解决都不可否认如下事实:基本法是中国法律的一重要组成部分,也是香港法的主干,甚至是香港普通法得以长期保留和发展的保证书。^{〔5〕}为此,《基本法(草案)征求意见稿咨询报告》第二册“专题报告”之一“基本法解释权与香港特别行政区的司法制度”结语部分对立法指导原则做出了如下清晰的说明:“在‘一国两制’的前提下,要使两种原来不同的法律制度能够和谐运作,便需要从实际出发解决问题,不能单从一个角度提出解决办法,应既做到符合‘一国两制’的精神,也维持香港原有的司法制度。因此,基本法解释权的问题若能顺利解决的话,就是‘一国两制’能够真正落实的最好证明。”

(一) 从《中英联合声明》到香港基本法

1984年中英两国政府达成的《中英联合声明》就未来香港特别行政区享有的独立司法权和终审权作出如下的承诺:

〔4〕 参见香港特别行政区基本法咨询委员会编辑的《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿咨询报告》(1988年10月;以下简称“《基本法(草案)征求意见稿咨询报告》”)中的相关部分,包括第一册中的“基本法解释及修改权最后报告”、第二册中的“基本法解释权与香港特别行政区的司法制度”和第五册“条文总报告”;香港特别行政区基本法咨询委员会编辑的《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)咨询报告》(1989年11月;以下简称“《基本法(草案)咨询报告》”)第三册“条文总报告”。上述报告未正式出版,研究者可以在香港大学法学图书馆查阅到。

〔5〕 关于九七后香港普通法的延续,香港上诉法庭在回归后的第一案 HKSAR v. Ma Wai Kwan David & Ors 中正式明确宣告:普通法九七后继续有效,法庭并依此作出相关判决。参见 HKSAR v. Ma Wai Kwan David & Ors, 1997-2 HKC 315, 1997 HKC LEXIS 57 (C. A., July 22, 1997)。有论者指出,这是“朝正确方向迈出的一步”。参见 J. Kate Burkhardt, HKSAR v. Ma Wai Kwan David & Ors: A Step in the Right Direction, 6 Tul. J. Intl & Comp. L. 609。普通法的延续问题尘埃落定。此后,这一问题再未正式在法庭提出过。事实上,它也未构成法理上的议题。

附件一第一节：“香港特别行政区直辖于中华人民共和国中央人民政府，并享有高度自治权。除外交和国防事务属中央人民政府管理外，香港特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”

附件一第三节：“香港特别行政区成立后，除因香港特别行政区法院享有终审权而产生的变化外，原在香港实行的司法体制予以保留。”“香港特别行政区的审判权属于香港特别行政区法院。法院独立进行审判，不受任何干涉。”

《中英联合申明》是两国政府解决香港问题达成的共识，它构成基本法的法律渊源，并为起草基本法提出了基本框架和基准。对于联合声明之于基本法的渊源关系，香港基本法起草委员会政治体制专题小组负责人、宪法学权威肖蔚云教授做出了如下说明：“只要认真读一读基本法，就可以看到，基本法全面体现和贯彻了中英联合声明的精神。……在基本法序言中首先明确规定‘中英两国政府签署了关于香港问题的联合声明’，‘国家对香港的基本方针政策，已由中国政府在中英联合声明中予以阐明’，在短短三百多字的序言中，两次提到联合声明，说明基本法对联合声明的充分重视；在基本法的条文中写入了上述基本方针政策和联合声明附件一的全部内容，例如总则的每个条文几乎都是联合声明的内容，第七章内容全部来自联合声明，仅将其变为法律条文，基本法其他许多章节的大部分内容也来自联合声明；有些具体条文虽然在联合声明中没有规定，但这些条文都是[以]联合声明的精神为依据，与联合声明是完全一致的……。”〔6〕

在基本法有关条文起草过程中，香港各界人士还是对《中英联合声明》在法律上的具体条文化，特别是解释权归属问题的争议很大。归纳起来，主要有三种意见：〔7〕

1. 主张基本法的解释权全部授予香港特区法院

《基本法（草案）征求意见稿咨询报告》第二册“专题报告”之“基本法解释权与香港特别行政区的司法制度”第8点“对基本法解释权安排之建议”之一是，全国人大常委会不应拥有对基本法的解释权，解释权应当属于特区终审法院，或是基本法委员会下成立的法律小组，或是成立独立的宪法法庭。对于终审法院享有基本法解释权的理由是，既然在1997年后特区将享有终审权，那么所有与基本法条文有关的案件都应可以上诉至终审法院解决。终审法院在判决案件时可以解释基本法，其司法解释亦为最高的、最有法律效力的。有意见提议在基本法委员会之下成立一个法律小组，专门就与基本法有关的法律问题进行研究。法律小组由内地及香港司法界代表组成，拥有最终的基本法解释权。还有意见提议在香港特区设立宪法法庭，专门就涉及基本法的案件进行聆讯，宪法法庭须由内地及香港法官（包括英国法官）所组成，负责就具体案件以普通法原则进行审讯。在审讯案件时，宪法法庭可以对与案件有关的基本法条款进行解释，其解释为最终解释，并具法律效力。对于宪法法庭的组成，有下列意见：由香港与内地同等数目的法官组成；香港法官占多数；由香港与内地同等数目的法官组成，由普通法系国家的外籍法官出任首席法官。〔8〕

2. 主张人大常委会与香港特区共同拥有基本法的解释权

持这种意见者认为，基本法解释权限可以按中央与香港特区的职权划分来划分，其中有关国防、外交以及中央与特区关系事务的条款由人大常委会解释；有关香港特区自治范围的事务的条款

〔6〕 肖蔚云：《张伯伦否定基本法意图何在？》，《文汇报》1993年11月13日。该文后编入肖蔚云教授论文集《论香港基本法》，见前引〔3〕，肖蔚云书，第232页以下。肖教授在该著作的前言中记录了它编辑出版该书的目的：“一是为了促进基本法的更加深入研究和学习，从理论与实践结合上更好地了解基本法。我对基本法的理解不一定准确和深入，但至少可提供起草基本法的一些背景和立法原意，可作参考和研究之用。”

〔7〕 特别参见《基本法（草案）征求意见稿咨询报告》（第二册）之“主题报告”：“基本法解释权与香港特别行政区的司法制度”，第31页以下。另可参见黄江天：《香港基本法的法律解释研究》三联书店（香港）有限公司2004年版，第118页以下；前引〔3〕，李昌道等书，第72页以下；前引〔3〕，肖蔚云书，第512页以下。

〔8〕 《基本法（草案）征求意见稿咨询报告》第2册，前引〔4〕书，第41页。

由香港特区法院解释。虽然人大常委会拥有对整部基本法的解释权，但应在基本法中规定，特区法院可在审讯案件时解释基本法。此外，人大常委会可用自我约制的方法，不解释纯粹涉及特别行政区内部事务的条款，或把解释此类条款的权力授权给特区法院。人大常委会亦可在解释基本法前，咨询基本法委员会的意见，藉此建立完全接受基本法委员会所提出的意见的“惯例”。〔9〕

3. 香港特区法院审理的终审案件涉及基本法中不属于自治范围的条款，应提请人大常委会作出解释后判决

此项观点参照了欧洲共同体的法律解释做法，主张人大常委会拥有对基本法的解释权，但特区法院在审理案件时可以解释基本法。只是当案件涉及对基本法关于国防、外交及其它属于中央人民政府管理事务的条款的解释，特区法院在对案件作出终局判决前，应提请全国人大常委会对有关条款作出解释。有建议认为，人大常委会应自我约束，尽量不去解释基本法内与特区内部事务有关的条款。有意见主张把这种“自律”的指导原则在基本法里予以明文规定；有意见认为，人大常委会应正式下放权力，让特区法院拥有全权解释基本法中有关内部事务的条款，并且这种权力的下放是“没有还回性”，一经下放，人大常委会便不能再收回此权力。但亦有意见提出主权问题的考虑，认为下放的权力应该可以随时被主权者收回。〔10〕

（二）香港基本法的最终设计与妥协

对于第一种意见，从人民代表大会制度这一政治体制上讲，它行不通；因为中国不实行三权分立。基本法是由全国人大通过的全国性法律，香港回归后，作为中华人民共和国的一个特别行政区，其司法机关若对全国性法律享有完全的、排他的和垄断性的解释权，显然不符合中国宪法精神。这不仅不符合法律逻辑，在中国法理上说不通，同时也有违主权原则和“一国两制”精神。

第二种意见要把香港法院和全国人大常委会对于基本法的解释权限绝对划分为对自治范围内事务条款的解释和对涉及中央与特区关系事务条款的解释，这看上去是一种简单直接的做法，以达致解释过程中互不干预。但是，要落实它首先在起草过程中具有困难。香港司法制度继承了普通法系的传统，法官在具体案件审理过程中行使解释法律的职能时，必须研究全部法律条文（contextualism）方可得出正确结论，对于基本法也不例外。当具体案件可能会既涉及到中央管理事务又涉及自治范围的条款，或是基本法条款本身很难分清到底是属于中央与特区关系事务还是自治范围内事务，在这种情况下，这种意见在司法实践中并不可行，或者说不具有可操作性。

较之于上述两种意见，第三种意见比较可行，它不仅首先能够区分中国大陆法和香港普通法法律制度之特质，而且还能够保留两种法律/司法制度的基石，被认为是“表现了高度原则性和灵活性的结合”。〔11〕若采纳第三种意见，香港法院事实上行使对基本法的全面解释权。只在少数情况下，如在诉讼过程中，香港法院认定案件明显涉及中央管理的事务，或控辩双方或一方涉及这类条款并且经香港法院认定理由充足时，方才提请人大常委会作出最终解释。人大常委会主动行使最终解释权机会存在，但实际情况应该不会太多，除非香港法院作出的解释出现重大错误，或显然应当提请而未提请人大常委会作出解释等。〔12〕

在起草基本法过程中，起草委员会收集了大量意见，经过反复推敲琢磨，最终于1988年4月通过了《基本法（草案）征求意见稿》，其中第169条是关于基本法解释权的配置的规定。该条规定基本法的解释权属于全国人大常委会，人大常委会再授权香港法院在审理案件时解释基本法条款。但终审案件涉及到国防、外交及其他由中央管理的事务的条款的解释时，特区通过行政长官提

〔9〕 前引〔4〕书，第41页。

〔10〕 同上文，第42页。

〔11〕 前引〔3〕，肖蔚云书，第513页。

〔12〕 前引〔3〕，李昌道等书，第74页。

请人大常委会属下的基本法委员会对有关条款作出说明。^[13]对于此条款（后来得到了进一步修正），有香港学者质疑行政长官通过国务院向全国人大常委会寻求解释基本法条文的权力缺乏法理基础。在征求意见稿报告中，也有各种各样的意见，包括政治性影响的意见如主权、人权、高度自治，司法制度影响的意见如管辖权、司法独立与终审权、普通法制度运作，经济方面影响的意见如香港国际地位、投资市场等。

在充分考虑各种意见的基础上，《基本法（草案）征求意见稿》第 169 条经过修订，形成了 1989 年 2 月《基本法（草案）》第 157 条。^[14]在征询意见过程中，人们对该条文仍提出很多不同意见。例如，有人认为“征询”一词没有法律效力，因为“征询”不等于“接纳”。有反对意见仍然不支持或不认同人大常委会享有基本法解释权，认为这与《中英联合声明》相抵触，因为《中英联合声明》指出“香港享有行政管辖权、立法权、独立司法权和终审权”，若解释权单方面属于中央，从根本上说整部基本法都是空的，基本法的解释会变得面目全非，而香港人却无权异议，削减了香港法院的司法独立性，有损于“高度自治权”。也有人认为，按照普通法精神，解释基本法应属司法机构职责，而人大常委会并非一个司法机构，它没有权能来解释。^[15]

1990 年 2 月公布的《基本法（草案）》第 158 条沿用了 1989 年 2 月发布的《基本法（草案）》第 157 条的规定。之后，它于 1990 年 4 月 4 日被七届全国人大三次会议最终通过，成为现行香港基本法的第 158 条。《基本法（草案）》第 158 条与基本法最终文本之间没有文字的分别。基本法解释权归属的最终解决，尽管是两制相互妥协的结果，也是目前宪政格局下的较合理结局。它能够在“一国两制”的前提下，使两种原来不同的法律制度有秩序的运作，既肯定了基本法是中国法律系统的一部分，又维持了香港原有的法律/司法制度。“既…坚持了国家统一和主权；又…维护了香港特别行政区的高度自治。”^[16]

二、香港基本法解释权的配置及架构分析

基本法第 158 条对解释权的归属和行使作了明确的规定。该条共分四款，也就是四个层次，主要内容可以解析为：^[17]

（一）基本法解释权属于全国人大常委会

按照中国宪法的规定，法律的解释权属于全国人大常委会（第 67 条第 4 项），地方一级的国家

[13] 关于第 169 条的含义和立法指导思想，有长期跟踪报道基本法起草过程的香港《文汇报》记者详细总结如下：对第 169 条第 3 款的含义，应理解为特区法院可以对基本法的任何条款进行解释，唯一的限制是在审判程序方面，即法院审理的案件如果涉及关于国防、外交及其他由中央管理的事务的条款的解释，在对这类案件作出终局判决以前，应提请全国人大常委会对有关条款作出解释。这是考虑到香港特别行政区有终审权，终局判决对基本法条文所作的解释，将……成为判例，为了避免特区行政法院的解释同全国人大常委会的解释不一致的情况，采取了这项预防措施。香港文汇报编印：《香港特别行政区基本法（草案）征求意见稿参考资料》，1988 年 6 月，第 30 页。原著无版权页及其他印制出版资讯，现藏于哈佛大学法学院图书馆。

[14] 《基本法（草案）》第 157 条规定：“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。全国人民代表大会常务委员会在对本法进行解释前，征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。”

[15] 《基本法（草案）咨询报告》（第三册）“条文总报告”，前引 [4] 书，第 263 页以下。

[16] 前引 [3]，肖蔚云书，第 513 页。

[17] 参见前引 [7]，黄天江书，第 122 页以下；朱国斌：《谁有权解释基本法》，《大公报》2005 年 2 月 22 日。

权力机关不享受该解释权。香港基本法是全国性的基本法律,其“解释权属于全国人民代表大会常务委员会”(基本法第158条第1款),这符合了中国单一制国家的立法集中和法制统一原则,也保证基本法在全国的统一理解和实施。^[18]一直有人认为,由人大常委会来行使基本法的解释权,会妨碍和限制香港法院的有效运作、司法独立和终审权。^[19]这种推论的逻辑前提是,在香港只有法院释法才能保证司法独立,任何其他安排都会导致走向对立面。但也有人认为,人大常委会是按照1981年人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》的规定在需要明确法律条文界限和内容的时候来行使法律解释权,而毋需有具体案件牵涉有关法律才可行使此解释权,故此并不涉及司法机关如何具体处理案件的问题。^[20]

在中国,广义上的法律解释存在着两个范畴和层次:一个是以宪法性法律为解释对象的解释,即所谓的“宪法解释”;另一个则是以法律、法规为解释对象的解释,一般被称为“法律解释”。根据现行宪法第67条第2款第(1)及第(4)项的规定,宪法以及法律的解释权均归属于全国人大常委会。从解释主体的角度来看,上述的“宪法解释”和“法律解释”均可视为“立法解释”,即立法者作出的、具有法律意义的解释。其他解释主体,如最高人民法院、最高人民检察院和国务院及相关主管部门也有权作出解释,所做出的解释被称之为具体应用解释。

自1949年以来,中国宪法和法律先后多次就法律解释问题作出过规定,其中最重要的法律文件是上述1981年人大常委会通过的《决议》^[21]和2000年第九届全国人大三次会议通过的立法法第42条。上述《决议》与立法法就是人大常委会对宪法中有关全国人大常委会解释条款的法律明细化。基于此,人大常委会将自身的部分法律解释权授权给其他国家机关,从而建构了一个新的法律解释体制。这一体制的一个重要突破,就是在很大程度上也承认了“司法机关”,尤其是最高法院对法律的解释权,这与现代民法国家在法律解释体制上的发展动向是一致的。上述《决议》和立法法同时为香港基本法确立有关基本法解释体制提供了一个为现行宪制所接纳的、可行的框架。

(二) 特区法院经授权解释基本法

基本法第158条第2款确立了释法授权机制,规定:“全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。”

按照中国的法律解释制度,只有最高人民法院才能对具体法律的适用行使司法解释权,地方各级人民法院并不具有这项权力。由于其他省、自治区和直辖市与特区无隶属关系,是完全平等的关系,“同样,各省、自治区和直辖市的高级人民法院与香港特别行政区终审法院也完全是平等的关系。因此,在‘一国两制’下的完全平等的关系是香港特别行政区法院与内地各地区法院的基础关系……。”^[22]如此看来,香港法院被基本法赋予解释权的安排是在“一国两制”前提下的“特事特办”。第158条第2款这一“授权条款”表面上看是对香港司法机构的特殊待遇,它实际上是对实

[18] 许崇德主编:《港澳基本法教程》,中国人民大学出版社1994年版,第67页。

[19] 基本法起草委员会委员李柱铭的言论意见具有代表性。如他认为:“香港的法庭在现行的制度下有权解释宪制文件里的每一个字,将来若受到限制,对司法的工作就会造成很大的障碍,令香港特别行政区的法庭不能够有效地运作。”参见香港文汇报,同前引[13]书,第87页。

[20] 同上书,第29页。

[21] 该《决议》第一次较全面地确立了中国的法律解释体制。具体内容包括:(一)凡法律、法令条文本身“需要进一步明确界限或作补充规定的”由全国人大常委会“进行解释或用法令加以规定”;(二)凡属于法院审判工作和检察院检察工作中“具体应用法律、法令的问题”,分别由最高人民法院和最高人民检察院进行解释,二者解释如有“原则性的分歧”,则报请全国人大常委会解释或决定;(三)不属于审判和检察工作中的其他法律、法令的具体应用问题,由国务院及其主管部门进行解释;(四)凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作出补充规定的,由制定法规的省、自治区、直辖市人大常委会进行解释或作出规定,凡属于地方性法规如何具体应用的问题,由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。

[22] 前引[3],肖蔚云书,第518页。肖教授对特区与内地司法关系作了如下总结:“在‘一国两制’下的完全平等的关系”;“互不干预”;“适用各自的法律”;“相互联系”;“相互提供协助”。

施了一百五十多年的普通法制的尊重，接受了该制度不宜、也不应该轻易改变的事实，体现了维持香港原有制度“五十年不变”的深远考虑，还蕴藏着保证香港高度自治、港人治港这种更深层次的立法意图。

于是，香港法院对有关自治范围内的基本法条款可以自行解释，提请人大常委会作出立法解释的必要性不存在了。案件当事人同样也不能将解释争议径直提交人大常委会要求解释，这会违反基本法。上述有关香港特区“自治范围的条款”，是指香港特区按照基本法规定有权行使管理权的条款。但是对哪些条款属于范围之内，案件当事人、特区法院、特区政府和中央（主要指人大常委会和国务院）可能有不同理解，而这种不同理解将会导致法律和政治的纷争（回归以来的三次基本法立法解释都和各自对基本法所谓自治条款的理解有直接和间接的关系）。

（三）特区法院有条件地全面解释基本法

基本法第 158 条第 3 款进一步授权释法，规定：“香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释”。根据对基本法第 158 条第 2 款和第 3 款的联合理解，“其他条款”是指除基本法关于香港特区自治范围的条款之外的条款。如此一来，特区法院在审理案件时对基本法的全部条款都有权自行解释，实际上回归到了普通法法院释法的司法实践。

但唯一的限制是，“但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。”（第 3 款第 2 句）为什么要加上这一层限制呢？基本法起草委员会委员许崇德教授认为，因为香港特区法院享有终审权，它们对基本法条文所作出的解释，将随判决的生效而成为具有约束力的判例法，为了避免香港特区法院在对涉及中央利益的条款的解释同全国人大常委会不一致，故此采取了终局判决前提请全国人大常委会解释的办法。^{〔23〕}这一解释与香港文汇报记者的记载基本一致。^{〔24〕}

对基本法关于香港法院有条件地全面释法这一规定的全面认识和深入理解，一定要参考起草小组负责人肖蔚云教授的讲话。肖教授在 1987 年 4 月 13—17 日召开的基本法起草委员会第四次会议上作了如下重要发言：“我认为要作一点限制的理由是：1. 基本法是一个非常重要的法律，不是一个纯粹地方法律，…而且它规定了许多中央与香港特别行政区关系的内容，如果完全由一个地方法院在审理案件中对它进行无限制的解释，这种解释不但影响香港特别行政区，而且可能影响到全国，所以无限制的解释似乎是欠妥的。2. 如果涉及到国防、外交与中央直接管辖范围内的事务的案件，完全由香港特别行政区法院来解释，这和中英联合申明的精神似乎也不完全一致，即使法院能审理这类案件，在实际工作中也可能会遇到困难。而且……1997 年后香港特别行政区终审法院的法官又并不限于香港居民，这也是应当考虑的。3. 在 1997 年后香港特别行政区终审法院有终审权，它的判决即最终判决，不能再上诉到北京，如果涉及国防外交及中央直接管辖的事务的案件，香港特别行政区法院又审判得不正确，这种错判的案件将无法得到纠正。4. 现在香港法院并无终审权，即当事人不服香港最高法院判决的，还可以依法向伦敦枢密院司法委员会上诉。从这个意义上讲，香港法院现在并不能无限制的解释法律，伦敦的枢密院司法委员会每年都要改判由香港法院判决的几宗案件。5. 这样规定并不妨碍香港特别行政区法院的终审权。所谓终审权是指香港特别行政区终审法院的判决即为最终判决，不能再上诉。6. 如果认为全国人大常委会对法律解释不多，香港特别行政区法院就可以无限制解释法律，这可能是混淆了全国人大常委会对法律的解释权和香港特别行政区法院在审理 [案件] 中对法律的适用、解释问题，这两者并不是一回事，不能就全国

〔23〕 前引〔18〕，许崇德书，第 69 页。

〔24〕 参见香港文汇报，前引〔13〕书，第 30 页。

人大常委会解释法律少，就可以由法院解释。……如果全国人大〔常委会〕将来对基本法的解释真的不多，只能说明基本法订得比较好，比较明确，而不能说明因此应当给法院有无限解释法律的权力。”〔25〕

此外，同条第3款第3句还规定：“如全国人民代表大会常务委员会作出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。”这种规定有它的必要性，也符合普遍的立法和法治原则。同时，它直接解决了部分民众对“人大释法具有溯及力”的疑惑和担忧。如起草委员李柱铭的意见就有代表性：“……在自治范围外的问题，人大常委会可以行使其最终解释权，避免同样的判决再出现，甚至必要时动议修改基本法，但已经作出了判决的案件不能更改。如果人大常委会的解释有溯及力，可以改变在此之前作出的判决，则在香港终审法庭败诉的一方必然会上千百计的上诉至人大常委会，这样，香港终审法庭的权威将会失去，也就不再是‘终审’法庭。同时，人大常委会也要面对很大的困难。”〔26〕从普通法理学上讲，当时的这种考虑是有理据的。

从第158条设计和起草的立法意图到该条的结构，我们看出，基本法解释体制具有如下特征：（1）这是一种法律解释的双轨制，一法两释（指释法主体，即人大常委会和香港法院）；（2）人大常委会释法从理论上讲是无条件的，并且其解释结果具有凌驾性；（3）香港法院释法范围从事实上讲具有全面性，指它可以自行解释基本法全部条文；（4）人大常委会释法具有个案针对性，是一种具体解释行为；（5）香港法院释法是有条件性的，这主要表现在对法律的理解可能发生冲突时，至少从立法意图上讲，它必须启动提请程序寻求人大常委会释法；（6）人大常委会的法律解释必将是两法两制之下法律冲突的准据法。

尽管要求香港法院必要时提请人大常委会释法是一种“预防措施”，但是条文的起草仍然是百密而一疏，预防不到位（以1999年“6.28”释法为例）。可见，立法意图这种主观良好愿望还需要严密的法律逻辑和推理以及疏而不漏的条文板块来保证。

（四）基本法委员会介入解释程序〔27〕

第158条第4款最后规定：“全国人民代表大会常务委员会在对本法进行解释前，征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。”有意思的是，“征询”之前并无“得”或“应”这种字眼，这有别于一般立法习惯。这是否意味着征询意见要留待人大常委会酌情而定？条文关于“征询”意见过程是否是一个必不可少的立法解释程序的模糊规定为我们留下了质疑的空间。然而，从立法者的意图推测，“征询”意见应该是立法解释的一个必不可少的环节。

1990年4月4日，第七届全国人大第三次会议通过香港基本法时，还通过了《全国人大常委会关于批准香港特区基本法委员会的建议的决定》，基本法委员会的组成、地位及职责由全国人大常委会决定。根据该法律，基本法委员会是设立在全国人大常委会之下的一个工作委员会。它由12人组成，由内地人士及香港人士（其中包括法律界人士）各6人组成；其中香港委员须由在外国无居留权的香港特区永久性居民中的中国公民担任，并经香港特区行政长官、立法会主席和终审法院首席法官联合提名，报全国人大常委会任命。基本法委员会的任务是就有关基本法第17条、第18条、第158条及第159条实施中的问题进行研究，并向全国人大常委会提供意见。上述条款涉及的内容包括：特区立法是否符合基本法及法定程序，少数全国性法律在香港的实施，有关基本法的解释及修改问题。

〔25〕 前引〔13〕书，第62页以下。

〔26〕 同上书，第87页。

〔27〕 在《基本法（草案）征求意见稿咨询报告》第二册中，又一份专题报告研讨“基本法委员会”。该报告纪录了如下内容：基本法委员会应在基本法中规定、基本法委员会的性质、基本法委员会的组成、基本法委员会成员的产生办法和基本法委员会的结构。前引〔4〕书，第43页以下。

我们还可以有一个疑问：基本法委员会的权限只限于对上述四个条款提出“咨询意见”吗？换句话说，未来可能出现的争议性案件只会涉及到上述四个条款吗？如果案件涉及对除上述条款之外条款文字或含义的理解，香港特区终审法院是否也要提请全国人大常委会对相关条款作出解释？是否可以认为，基本法第 158 条第 3 款事实上扩大了基本法委员会的“咨询”范围，因为终审法院提请解释的案件只会涉及“本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款”。假定认为上述四条就是中央管理的事务，但是中央和香港特区关系的事务似乎不可以直接划入上述四条中的任何一条，而基本法又要求基本法委员会就该类事务的条款提出咨询意见。由此可见，基本法和关于成立基本法委员会的法律之间并不协调，可能产生内在冲突。

从立法者主观愿望来看，基本法委员会实际上被设计为中央与香港特区之间的一座桥梁。由于基本法委员会有香港人士参加，^[28]该机构的工作有助于客观全面地反映香港的实际情况和各界意见，也有利于中央指示的下达，可以在中央与地方之间发挥缓冲的作用。因此，基本法第 158 条第 4 款的规定，便于使中央立法机关在进行基本法解释时尽可能顾及到香港民意。条文设计也希望赋予人大常委会在释法时有更多的主动性、主动权，和更强的主导性。从可以见到的资料来分析，这也是所谓的立法原意。

基本法第 158 条对基本法解释权的分解和配置，从主观上讲，是希望从香港的具体情况出发，解决一国和两制的内在张力问题，为冲突的解决提供一种安全阀门。在客观上，它体现了中央政权对地方政权的主权原则，香港特区的高度自治原则；在法制建设方面看，它凸显出基本法既是中国法律体系的重要组成部分，它又在相当程度上保留了普通法系的司法传统。^[29]

三、人大常委会立法解释权的正当性、理据与特征

社会科学家通常认为正当性是一个规范性概念，它多少与决策的（道德和法律）权利有关。“权威”经常被认作是正当性的同义词。正当的制度/机构就是那些享有权威性的授权为一个政体做出判断的制度/机构。^[30]不言而喻，当我们说人大常委会有解释基本法的权力/权利时，我们事实上就断定这一制度不仅享有宪法授权，而且它还是得到了人民的同意/认可。就此而言，如果能证明人大常委会释法是正当的行为，那么任何对它的挑战本身就没有正当性，更谈不上它成立的法律的和制度的基础了。

（一）立法解释权的制度与理论来源：比较宪法的透视

从宪法学角度观之，法律的立法解释体制的确立源自人民代表大会制度及其所体现的“议会至上”原则。尽管立法解释实践逐步让位于普通法院的司法解释（在英美法传统国家）和宪法法院的抽象解释（在大陆法国家，普通法院也解释法律；这与普通法传统国家的司法实践趋同），它的存在，特别是在中国的实践有着深刻的理论基础和牢固的现实根基。从比较宪法史来看，法国大革命

[28] 在基本法起草过程中，一直有港方人士要求基本法委员会中港方委员多于内地委员，“以便有充分机会参与问题的讨论和发表意见”，实际上是为了保障香港特区利益，甚至争取更多的利益。参见香港文汇报，前引〔13〕书，第 10 页。

[29] 李昌道：《教师认识基本法》，香港浸会大学持续进修学院 1997 年版，第 138 页。

[30] James Gilson, Gregory A. Caldeira & Lester Kenyatta Spence, *The Supreme Court and the US Presidential Election of 2000: Wounds, Self-Inflicted and Otherwise?*, 33 B. J. Pol. S. 535 (2003). Wikipedia, *the Free Encyclopedia* (维基自由百科全书)是这样定义“正当性”的：“正当性”一词经常可从规范和实证意义上解读。在规范的意义，正当性作为道德哲学的一部分正获得越来越大的关注。正当性是政府行使权力的基础，政府意识到它有权统治，这一权利同时也为被统治者所认同。当人们承认/认可它时，某事就变得“正当”。在实证的意义，正当性受到政治学的极大关注。比如，但人们普遍承认并接受它的权威性它时，某一制度就被认为是正当的。根据英国社会契约论者洛克的观点，正当性与同意—包括明示的和默示的—相关联。美国政治学家 Robert A. Dahl 和 David Easton 对正当性都有经典的论述。

后实施立法与行政严格分立,旨在杜绝旧制度时期的司法干政现象,从而造就了立法(机关)至上、法院低人一等的制度格局。由此,立法解释制度在法国得以确立。^[31]这一模式和实践得到了很多国家的仿效,直至第二次世界大战之后新的格局才出现。^[32]

从理论上讲,人民代表大会制度是卢梭式的人民主权理论的充分演示。人民代表大会体现的是议会至上或立法至上原则;人民代表代表人民立法,法律是/必须是众意的体现。因而,人民的意志必须也只能由人民或人民的代表来决定和修正(如制订新的法律或修改现行法律)。推而广之,代表人民意志的法律只能由人民代表机关或曰议会解释。这应该是立法解释的直接理论解释。

在当代宪法实践与发展中,人们高度称颂以司法权为中心的分权制衡,特别是以司法权制衡立法权和行政权,而这被认为是识别宪政主义的主要标志。著名法学家德沃金(R Dworkin)曾主张,每一个欧盟成员国以及其他“成熟的民主体”(mature democracies)必须透过宪政主义和司法审查制来反对多数人的专制(the tyranny of majority)从而保护自己。^[33]鼓吹这一思想的理论家和法学家大有其人。在二战以后,随着欧洲国家(如奥地利、德国、意大利,以及后来的法国)宪法法院(在法国为宪法委员会)的前后建立和宪法判例法(constitutional common law)的确立,再加上新兴民主国家(如南非、以色列、韩国)步其后尘,宪政主义走向一个“新宪政主义”的阶段。上世纪九十年代初,前苏联中东欧共产党国家纷纷向民主国家的转型,并以建立宪法法院为其标志之一,这极大地巩固了新宪政主义的发展势头。宪法法院的普遍建立、宪法判例法制度的确立并为各国宪政体制所接纳,被认为是“新宪政主义”(new constitutionalism)的标志和胜利。^[34]

以此为特征的宪政主义的理论及实践与以多数人的统治为特征的传统民主理论及民主自治(democratic self-governance; 我以为, self-governance 即人民民主自治有别于 autonomy, 后者往往是指宪法授权下的自我管理) 实践之间存在着一种内在的张力。在论述立法机关和法院的释宪时,比较宪法学者 M. Tushnet 认为,“这种意义上的宪法剥夺了当代多数人为其所欲为的权力,因此,在这个意义上它是反民主的。由不受直接民主问责制约的法官对自治(self-governance) 施加宪法性的限制提出了同样众所周知的反多数人(countermajoritarian) 的困境。如果非司法机

[31] 参见 Louis M. Aucoin, *Judicial Review in France: Access of the Individual under French and European Law in the Aftermath of France's Rejection of Bicentennial Reform*, 15 B. C. Intl & Comp. L. Rev. 443. 大革命也革了法院(法文为 parlements, 有人译为“大理院”。该词现已不在该意义上使用了)的命, 1790年8月16-24号法令就是这一革命书, 同时也确立了立法提请的做法(référé législatif; 见第二编第12条), 从而开创了这一影响深远的立法解释制度。鉴于该条文之重要性, 特在此将它翻译如下: 第12条 法庭不得制定规章; 必要时, 法庭得提请立法机关解释一项法律或制定一项新的法律。(原文: Art. 12, Titre II, loi des 16-24 août 1790. - Ils (les tribunaux) ne pourront point faire de règlements, mais ils s' adresseont au Corps législatif toutes les fois qu' ils croiront nécessaire, soit s' interpréter une loi, soit d' en faire une nouvelle.) 关于立法提请制度, 详见 Yves-Louis Huftreau, *Le Référé Législatif et les Pouvoirs du Juge dans le Silence de la Loi*, Paris: Presses Universitaires de France, 1965 (《立法提请与法律无声时法官的权力》)。Yves-Louis Huftreau 认为, 立法解释制度的确立主要有两大原因: 一是, 革命前的法官有权解释法律并形成判例(la jurisprudence des arrêts); 二是, 法官有制订规章的权力。而这都为革命后的制宪议会所不容。同上书, 第13页以下。关于立法解释的最早论著, 作者只找到 Raoul de la Grasserie, *De l' Interprétation Judiciaire et Législative des Lois*, Paris: Chevalier-Marescq, Editeur, 1891 (《论法律的司法和立法解释》)。这一珍本现藏于哈佛大学法学院图书馆。

[32] 这一新的格局以多国建立宪法法院为标志和发展方向。即使在今日之法国, 宪法变革是由修宪、修法和宪法委员会的决定来完成的。关于法国宪法委员会转型的代表作是 Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, NY: Oxford University Press, 1992。

[33] Cf. Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, London: Chato and Windus, 1990。

[34] 新宪政主义的综合论述及代表作首先应推 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2004。还有 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003。此外, 世纪之交, 西方学术界还出版了大量的学术文章, 参见 Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Ind ed., NY: Foundation Press, 2006。这一权威教科书前面所里的书目。

构或人 (actors) 有解释宪法的动力和他们至少可以和法官做得一样好的话, 宪政主义和民主自治的张力以及反多数人的困境将会得到极大地减低。如果宪法的主要解释者是非司法机构或人员并且他们的解释工作做得相当好的话, 那么我们会同时得益于宪政主义和民主自治。”〔35〕在论述到立法机关如何解释宪法以及怎样评价立法机关释宪时, Tushnet 认为以法院为基础的释宪标准是不适当的 (inappropriate), 从而提出了以宪法为基础建立标准。〔36〕

在西方国家, 绝大多数宪法学者对立法机关解释好宪法的能力表达了深深的怀疑, 他们基本的出发点还是司法至上/凌驾性 (judicial supremacy), 政治理论基础是分权制衡。他们最基本的论据是, 立法机关往往制定违宪的法律, 而这些具有明显违宪性的法律则是由法院发现的。反对意见认为, 那些法律并不违宪, 而是立法者和法院之间就宪法的意义不能达成一致而已。因而, 上述理由不足以说明立法者无能, 只能说明他们在鼓吹司法至上/凌驾性。在西方学术界, 尽管鼓吹立法解释者属于少数派, 但反对法院过分的司法积极主义 (judicial activism) 和司法宪政主义 (judicial constitutionalism)、坚持体现人民主权的立法宪政主义 (legislative constitutionalism) 或人民宪政主义 (popular constitutionalism) 倾向者也不乏其人。〔37〕

(二) 立法解释权的制度与理论来源: 立足中国宪法制度

西方宪法发展轨迹不能与中国共享, 宪法学的语境绝然不同。一般的情况是, 西方国家立法机关现在没有或不行使解释宪法和法律的职能。

中国人大常委会的法律解释权具有充分的法理和宪法基础。从法律形式上讲, 宪法和法律解释权来自宪法。但是这一权力是全国人民代表大会这一国家机关的固有权力, 而不是被授予的权力, 更不是所谓的“剩余权力”; 权力的这种性质是由人民代表大会作为国家的最高权力机关和立法机关的性质决定的。从五四宪法到八二宪法, 宪法关于人民代表大会的表述没有性质上的变化。进而言之, 全国人大是承受人民的委托、代表民意的代议机关, 是享有充分正当性 (legitimacy) 的制宪机关 (当然, 人民也可以以全民公决的方式制宪); 制宪权、修宪权、释宪权有着一脉相承的关系, 而释法权乃是这种权力的延伸。

中国的人大制度是一种民主集权制, 人民主权原则和“民主集中制”就是统帅这一体制的政治哲学。〔38〕这种体制与卢梭的主权在民的启蒙思想、〔39〕为马克思所称道的短暂的巴黎公社实践、列宁的国家理论也有精神上的传承关系。在人大制度下, 国家权力有分工但无分权, 国家权力的源泉只有一个。其实, “议行合一”才是对这一制度的完美表达。在这里, 行政权来源于立法权, 而立法权则来自人民; 也可以说, 所有其他权力都是立法权的派生。在中国, 这种体制表现为全国人大之下的“一府两院”制。按照“议行合一”, 我们对法国大革命后宪法将司法机关置于国家机关中的从属地位、法官在所有公职人员中地位最低这种状况就见怪不怪了 (这也部分因为在大革命前法

〔35〕 Mark Tushnet, *Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design*, in Richard W. Bauman & Tsvi Kahana (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 355.

〔36〕 同上书, 第 356 页以下。

〔37〕 例如 Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press, 2004.

〔38〕 关于作为宪法原则的民主集中制, 参见朱国斌:《中国宪法与政治制度》, 法律出版社 2006 年版, 第一章第三节“宪法的基本原则”。

〔39〕 关于卢梭主权思想的总结, 参见朱国斌, 同上书。卢梭的主权思想可以说是法国大革命的指导思想。法国第一部宪法 (1791 年 9 月 3 日) 第 3 编“公权力”第 1 条宣示:“主权 (La Souveraineté) 是唯一的 (une)、不可分的 (indivisible)、不可转让的 (inaliénable) 和不受约束的 (imprescriptible)。主权属于国民 (Nation); 任何一部分人民、任何个人都不能够行使主权。”这与 1789 年颁布的《人和公民权利宣言》的理念是一致的。

官经常与代表中央权力的王权对抗这一历史事实)。^[40]必须指出,今日法国司法机关和权力的地位与但是不可同日而语了。

从议行合一制度的实际运行来看,这又是一种代议或议会民主制。议会制的根本之处在于人民选举产生代表(主权委托),代表组成国家权力机关即议会,由议会掌握权力并组织政府。议会立法,政府执行,因而,议会和政府是一体的。这就将该制度与美国式的分权制衡区别开来了。^[41]

[40] 法国第四共和国之前交替出现共和制、君主立宪制和帝制;在前两种制度时期,议会制又是根本的政治制度,立法机关代表人民主权,行政权从属于立法权。真正的分权,特别是司法权独立,要等待强人戴高乐将军开创第五共和国之时。早在1946年6月16日(此时还是第四共和国时期),戴高乐发表了著名的“贝叶演说”(Discours prononcé à Bayeux),其中提出:“包括立法权、行政权和司法权在内的公权力必须清楚地分开,和严格地平衡”。1958年6月3日宪法是戴高乐主导下通过的,它为未来的第五共和国宪法制定了原则和方向。该法只有一条,但提出了五大立宪原则,其中包括普选是权力的源泉、行政权和立法权必须有效地分立、政府向议会负责、司法机关独立、以及宪法应该提供人民参与组织政府的机会。显而易见,该法中心目的是分权(séparation des pouvoirs)。从宪制构造来讲,实现分权必须满足两大要求:权力不能来自同一的来源;权力的构成必须分开。第五共和国宪法于1958年10月4日在上述光芒照耀下通过。1962年11月6日宪法修正案规定总统由普选产生,公权力的分权过程得以完成,因为普选最终解决了总统的合法性问题。上述宪法文献引自Maurice Duverger, *Constitutions et Documents Politiques*, 13ème éd., Paris: PUF, 1992。关于分权的立宪过程,参见Pierre Avril, *La Séparation des Pouvoirs Aujourd'hui*, in Michel Troper & Lucien Jaume (eds.), *1789 et l'Invention de la Constitution*, Paris: LGDJ, 1994, pp. 295-303。

[41] 对美国政治制度的完整表达应该是分权制衡制。只讲分权或三权分立(separation of powers)是不完全的,甚至具有一定的误导性。不讲制衡(checks and balances),就不能理解为什么由司法机关解决政治问题(如布什对戈尔一案),就不能区分美国式的司法审查制(以美国和澳大利亚为代表)和欧洲式的宪法法院制(以德国和奥地利为代表)。基于同样的理据,我们也就不能理解为什么香港法院和出身于普通法的香港法律学者致力坚持法院释法,并几乎一致认为法官释法才是维护法治和司法独立的唯一途径。很有意思的是,有美国学者并不认同美国宪法的民主性,认为它是不民主或者说背离民主的宪法文件;也有学者激烈批评那具有划时代意义、至今仍为众人称颂的“马伯里诉麦迪逊”(Marbury v. Madison)。Cf. Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong*, NY: Oxford University Press, 2006; Bruce Akerman, *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2005; Sanford Levison, *Why I Do Not Teach Marbury (Except To Eastern Europeans) And Why You Shouldn't Either*, 38 Wake Forest Law Review 533 (2003)。在1999年1月29日宣判的Ng Ka-ling案—香港版本的“马伯里诉麦迪逊”案中,香港终审法院法官也是这样宣布的:“一直引起争议的问题是,特区法院是否具有司法管辖权去审核全国人民代表大会或其常务委员会的立法行为(以下简称“行为”)是否符合《基本法》,以及倘若发现其抵触《基本法》时,特区法院是否具有司法管辖权去宣布此等行为无效。依我等之见,特区法院确实有此司法管辖权,而且有责任在发现有抵触时,宣布此等行为无效。关于这点,我等应藉此机会毫不含糊地予以阐明。”根据中国宪法第57及58条,全国人民代表大会是最高国家权力机关,其常设机关是常务委员会,二者行使国家立法权,故此其行为乃属主权国行使主权的权利。特区法院审核上述二者之行为是否符合《基本法》的司法管辖权是源自主权国,因为全国人民代表大会是根据中国宪法第31条而制定《基本法》的。《基本法》既是全国性法律,又是特区的宪法。与其他宪法一样,《基本法》既分配权力,也界定权限,并且订明各项基本权利及自由。与其他宪法一样,任何抵触《基本法》的法律均属无效并须作废。根据《基本法》,特区法院在《基本法》赋予特区高度自治的原则下享有独立的司法权。当涉及是否有抵触《基本法》及法律是否有效的问题出现时,这些问题均由特区法院裁定。因此,全国人民代表大会或其常务委员会的行为是否抵触《基本法》这问题由特区法院裁定,当然特区法院所作的决定亦必须受《基本法》的条款限制。鉴于制定《基本法》是为了按照《联合声明》所宣示和具体说明的内容,落实维持香港五十年不变的中国对香港的基本方针政策,上述论点便更具说服力。《基本法》第159条订明《基本法》的任何修改均不得抵触既定的基本方针政策。为了行使司法管辖权去执行及解释《基本法》,法院必须具有上述的司法管辖权去审核全国人民代表大会及其常务委员会的行为,以确保这些行为符合《基本法》。判词全文见于:Ng Ka-ling v. Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 315, 网址: http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=34248&curpage=T。很显然,该判决的政治哲学深受分权制衡理论的影响,其中可以见到美国式司法审查制的影子。对上述关于香港法院宪法管辖权的表述,香港学者(除个别比较宪法学者外,如陈弘毅教授和Peter Wesley-Smith教授)和大律师界,几乎一边倒地、不加分析地支持。由于该判决书带出了一个并不需要法官在本案判词中予以澄清、但是的确至关重要的关于北京—香港关系这样一个重大宪制问题,并提出了不符合现行中国宪制和宪法的结论,终于在内地和香港引发了一场轩然大波。后来,应香港特区政府请求和出于法律和政治的需要,人大常委会于1999年6月29日做出了回归来的第一次释法。很有意思的是,也很可惜的是,该释法并未针对上述判词做出支持或否定的回应。人大常委会释法见于香港特区政府基本法官方网址: http://www.info.gov.hk/basic_law/fulltext/c-index.htm。

(三) 立法解释制度及其论争^[42]

宪法第 67 条规定了全国人大常委会的职权，其中第 1 项为“解释宪法”；第 4 项为“解释法律”。2000 年 7 月 1 日实施立法法是全国人大制定的基本法律，是一件宪法性法律，因为它规定了国家的立法体制、立法程序等重大宪政问题。该法第 42 条规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确法律依据的。”

中国现行的立法解释体制有三个特别之处：一是，有权制定法律的机关也有权解释法律。如全国人大常委会是立法机关，也是法律解释机关；二是，有权解释法律的机关不一定有权制定该法律。如人大常委会有权对人大制定的法律进行解释，但无权制定该等法律，对该类法律进行部分补充和修改时不得与该法律的基本原则相抵触；三是，有权制定法律的机关不一定亲自解释该法律。如宪法没有明确赋予人大解释法律的权力。而从全国人大的性质和地位来看，它有解释法律的权威，但出于内部分工的需要和从大会制度会期考虑，它又可以不亲自解释法律。事实上，全国人大架构庞大，会期稀疏（一年一次），且会期较短（约两个星期），它目前的精力主要在立法方面，根本无暇顾及法律解释。从理论上讲，人大常委会作出的法律解释在法律位阶和效力上并不低于法律。人大常委会的立法解释从制度上将人大的释法权从立法权中分离出来了。从现实需要来看，这是一种更可行和可取的选择。

宪法规定，全国人大常委会解释法律，这里的“法律”有着确定的含义，其含义就是立法法第 7 条规定的全国人大制定修改的刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律及人大常委会制定修改的其他法律。而且，立法法第 8 条一共规定了十项事项只能由法律加以规定，其中规定的第三项内容是：“民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度”，可见，关于规定特别行政区制度的基本法显然是包括在这里面。所以，从宪法和立法法的法条规定来看，全国人大常委会解释的法律当然包括香港基本法在内。

不过，在法学界，对立法机关解释法律的做法一直存在争议。在反对者的声音中，有论者认为，“常委会解释法律的制度，是常委会重复行使立法权的误称”，甚至认为“常委会解释宪法的制度有违宪政的一般性原则”，设定全国人大解释法律的权力没有必要甚至违反法治精神。^[43]还有作者认为，立法机关不应作为法律解释机关，即认为不应有立法解释制度，包括不应由人大常委会解释宪法。^[44]此外，有作者认为：“立法者未必比其他人更懂得法律，因此也未必更适合做其法律的解释者。”^[45]

一位在全国人大常委会机关工作的研究者也曾认为，立法机关没有必要承担解释法律的职责。他在主张全国人大常委会解释宪法符合制宪权和释宪权分离的原则的同时，指出立法机关解释法律存在诸多弊端，如立法解释无法解决是否具有溯及力问题，立法解释会使法律的客观性和可预测性受到质疑，立法解释将使法律的包容性、适应性受到破坏。但他也承认，在目前我国的法律解释制

[42] 最新全面论述中国的法律解释制度的论著见陈斯喜：《我国的法律解释》。该文发表在 2007 年 6 月于香港城市大学法学院召开的纪念香港回归十周年的学术研讨会之上。该文主要讨论的是“实然”状态的、而非“应然”状态的立法解释制度，因而可能与他以前的发表文章有不衔接之处。但是，因为作者的身份是全国人大常委会法制工作委员会国家法室主任和香港及澳门基本法委员会办公室主任，有理由相信他发表的的资料是权威的，观点也具有代表意义。

[43] 参见黎枫、莫舟强：《论立法解释制度——兼评〈立法法〉对法律解释制度的规定》，《天府评论》（www.028cn.com），2001 年 8 月 13 日。转引自邹平学：《全国人大常委会解释法律与解释基本法的若干问题研究》，《港澳研究》2006 年冬季号。

[44] 参见袁吉亮：《论立法解释制度主体》，《中国法学》1994 年第 4 期；张志铭：《关于中国法律解释体制的思考》，《中国社会科学》1997 年第 2 期。

[45] 李红梅：《立法者适合做解释者吗？》，《人民法院报》2003 年 9 月 9 日。此文观点并不具有普遍性。人们普遍认为，法律解释要符合立法原意，要符合法律规范的立法意图，而就立法原意或立法意图而言，没有谁比立法者更为清楚。

度还不完备的情况下,仍有必要继续保持立法解释制度。在法制建设走上完全成熟的轨道后,该制度就是多余的了。〔46〕

但赞成者李步云教授认为:“谁有权制定法律、法规,谁就有权给自己制定的法作出解释”。法的解释完全由司法机关承担,只是西方一部分国家的观念和做法,并不符合我国现行的民主集中制。〔47〕而且,检验一个制度合理性的标准主要就在于它对社会现实的适应性,从实证考察的结果来看,立法解释显然有存在的必要。众所周知,理解立法者原意和阐释过去曾是法律解释的基本目标,现在仍然是重要目标。西方大陆法系的国家在刚刚完成其基本法典时,都曾经期待通过明确的法律规则减少判例的作用,非常审慎地禁止或限制法官的释法,将法律解释权集中于立法机关之手。当然,在今天来看禁止法官释法已经成为历史,但立法机关并不绝对地放弃了法律解释权。根据邹平学教授的统计,当今世界确认立法解释的宪法大约有近30个。〔48〕

在理论上,保持立法机关的法律解释权,也可被视为维护人民主权原则的一种保障措施。全国人民代表大会在整个国家机构体制中具有至尊的宪法地位和崇高的政治与法律权威。在民主、法治建设并不成熟的阶段,立法整体上还是比较粗放,尚有不少基本的法律没有颁布。在法律真空还比较多的情况下,在遵循成文法而否定判例法的传统下,法官较大的自由裁量权及解释权容易导致法律适用的不统一和不确定性,而立法机关的法律解释权有助于在各种解释出现矛盾和分歧时作出决定性的决定(这符合1981年全国人大常委会的《决定》)。例如,2002年全国人大常委会运用立法解释权,对刑法第九章渎职罪主体适用问题作了解释,解决了此前最高人民法院和最高检察院在这一问题上的各自司法解释之间的冲突。〔49〕

人大常委会行使立法解释权还有一个显然的优势是:随着立法的规范化,立法的程序要求日益严格,而法律规定的进一步明确或适用根据的明确与法律规范的创制及修改相比,无疑是比较简单的。因此,在行使立法权外,人大常委会通过专门的法律解释权可以比较迅捷又权威地解决法律争议问题。

总之,人大常委会享有立法解释权是一个不争的事实,它在中国法律解释体制中享有主导性的地位也是不争的事实。其权威性还在于,人大常委会不仅负责解释宪法和法律,还表现在当最高人民法院和最高人民检察院在法律解释上出现原则分歧时,它必须应请求作出最后的解释或决定。〔50〕

(四) 人大常委会与香港法院基本法解释权的比较

比较人大常委会和香港法院对香港基本法的解释权,可以发现二者在解释权之性质地位、程序特点、解释范围等方面存在诸多不同之处:〔51〕

1. 性质地位上的不同

〔46〕 参见陈斯喜:《论立法解释制度的是与非及其它》,《中国法学》1998年第3期。

〔47〕 李步云:《关于起草《中华人民共和国立法法》(专家建议稿)》,《中国法学》1997年第1期。

〔48〕 根据邹平学,这些国家宪法有:1987年阿富汗宪法草案、1972年朝鲜宪法、1974年缅甸宪法、1979年伊朗宪法、1980年越南宪法、1976年阿尔巴尼亚宪法、1971年保加利亚宪法、1981年比利时王国宪法、1976年波兰宪法、1968年民主德国宪法、1975年罗马尼亚宪法、1974年南斯拉夫宪法、1977年苏联宪法、1975年希腊宪法、1991年马其顿宪法、1996年吉尔吉斯宪法修正案、1984年厄瓜多尔宪法、1949年哥斯达黎加宪法、1976年古巴宪法、1967年玻利维亚宪法、1983年萨尔瓦多宪法、1982年洪都拉斯宪法,等。而根据黄江天的统计,明确规定立法机关为法律解释主体的宪法共27部,其中绝大多数为社会主义国家(包括中国、越南、朝鲜、古巴、缅甸)和前苏联东欧社会主义国家(苏联、东德、南斯拉夫、罗马尼亚、阿尔及利亚、蒙古、保加利亚、波兰等)参见前引〔7〕,黄天江书,第477页以下。

〔49〕 参见范愉:《法律解释的理论和实践》,《金陵法律评论》2003年秋季卷。转引自,前〔43〕,邹平学文。

〔50〕 根据1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》第二点。有意思的是,后来的立法法没有类似的规定。但是这一冲突解决机制应该是继续有效的。

〔51〕 参见前引〔43〕,邹平学文。

人大常委会是最高国家权力机关的常设机关，它对香港基本法的解释权既是固有权，又是宪法权力。这是一种主权者才享有的权力，其固有性、最高性和排他性毋庸置疑。香港法院解释基本法的能力由香港基本法赋予，权力来源于全国人大常委会之授权。因而，基本法第 158 条乃是一授权条款。

然而就基本法所坚持和体现的“一国两制”的立法初衷和第 158 条的立法原意而言，具有普通法渊源的香港法院的基本法解释权也具有制度上的传承和固有性，法官释法和判例法是普通法的基石。

我们又得认识到，香港回归首先是对香港主权的回归，故国家的根本政治制度人民代表大会制具有毋庸置疑的凌驾性。根据香港基本法第 158 条第 2 款的规定，香港法院对基本法涉及中央人民政府管理的事务或中央和香港特区关系的条款进行解释时，应当以全国人大常委会的解释（具有法的性质）为准。就此而言，法院解释权及其对基本法的相关具体解释具有从属性的特点。

2. 解释权启动机制的异同

在理论上讲，人大常委会有权自行主动启动解释权，可以是抽象解释，也可以是具体解释，这是由它作为国家最高权力机关的常设机关的宪制地位所决定的。但是，基本法同时设计，人大常委会解释机制同时又应该是被动式的（即应经提请）和具体解释类型的（旨在解决案件中涉及到的基本法条款的理解问题）。事实上，香港回归以来人大常委会的三次基本法解释行为都不是根据基本法第 158 条第 3 款规定的机制经终审法院提请而启动的，其中第一次解释只解决具体问题（即对基本法第 22 条第 4 款和第 24 条第 2 款第（3）项的理解）而避开了抽象问题（香港法院是否可以挑战人大及其常委会的行为并宣布因为违宪而无效）。这就揭示了基本法起草中未能预见到的问题，即基本法缺乏对第 158 条的救济措施。

接受普通法教育的法律学者一般都会认为，法官解释法律，在香港包括基本法，是法院内生/固有的功能，因而法院在接受审理案件时就可以看是否有必要解释基本法，因而这种解释具有主动性。在承认香港继续是一个普通法域的前提下，这点不证自明。即使是在新的宪政秩序和经授权的前提下，香港法院仍然可以主动、全面解释基本法，行使“违宪（基本法）审查权”。现在争议焦点应该在于，谁的解释具有最大、最高权威性和终极性。当然，只有人大常委会的解释才具有这种特性。

香港大众舆论认为，人大常委会不能在司法机关介入前主动对基本法进行解释。这个认识当然是模棱两可的。的确，就特定的主题范围或事项，或曰诉讼标的物（subject matter）而言，在香港基本法第 158 条第 3 款规定的事项和情形下，全国人大常委会的解释似乎具有启动上的“被动性”，这里的“被动性”仅仅只能理解为该条款情况下的解释是在终审法院提请之后才被启动。“被动性”条款也是基本法的立法原意之一。问题的复杂性在于两方面：第一，从宏观上说，人大常委会依据宪法和法律行使权力具有主动性，比如它可以“主动”立法，也可以“主动”释法。但从微观上就它的工作程序而言，在一定意义上它的职权行使可能是“被动”的，即在有要求的情况下进行，这包括立法、释法和答询行为，也同样包括基本法第 158 条载明的提请解释情况。第二，对那些不属于法院管辖的事项的处理，如大陆法下的“国家行为”或“政府行为”和美国普通法下的“政治问题”或“宪法问题”，人大释法可以是主动的（如人大常委会 2004 年第二次释法），也可以是被动的（如人大常委会 2005 年经国务院提请第三次释法）。对于第二点，我们的理论和实践都欠成熟。

3. 解释主题范围上的不同

从理论上讲，人大常委会解释基本法在解释主题范围上具有全面性。根据基本法第 158 条第 1 款的规定，全国人大常委会解释基本法的所有条款。然而，从实践来看，对于香港特区自治范围内的条款，人大常委会基于审慎和严格的立场，一般不作出解释，而是授权香港法院解释。

但人大常委会授权香港法院“自行解释”，是否就意味着人大常委会放弃了解释权，就再也无权对这类条款进行解释？根据宪法和法理，显然不能如此理解。香港法院对香港基本法的解释是一种有限解释，即只能针对基本法关于特区自治范围内的条款进行自行解释。对超出自治范围内这个界限的条款，比如涉及中央政府管理的事务或者涉及中央与香港特区关系的条款，法院经授权也可以解释，但不能理解为“自行解释”。并且，如果法院需要解释相关条款，则法院必须遵循两个附加条件：第一，在对案件作出终局判决前，终审法院须提请人大常委会就有关条款进行解释；第二，人大常委会的解释具有最高法律效力，换言之，即香港法院的进一步解释和判案必须以人大常委会的是项解释为准。

这种认识似乎也不能完全说服香港的法官和学者。凌兵教授认为，人大常委会的基本法解释权应该限于自治条款以外的主题范围。他提出的主要理由有三：第一，第158条的立法史支持这一结论；第二，中国公法关于授权的理论也支持这点；第三，1997年后的解释实践也确认这点。^{〔52〕}

作者基本认同上述理据的第一点和第三点。从基本法立法史来看，尽可能多地授予香港特区以“高度自治”权是基本法的立法目的和出发点。这可以从目前能够在公共图书馆见到的资料汇编（如香港特别行政区基本法起草委员会秘书处编辑的《基本法（草案）征求意见稿咨询报告》和《基本法（草案）咨询报告》）、基本法起草委员会委员出版的著作，和相关人士的回忆录中得到证明。肖蔚云曾经写道：“为什么这里在司法权之前加上‘独立的’三字，这包括两层意思，主要是指司法独立于行政和立法，审判权不受行政和立法权或团体与个人的干涉，其次也有司法权交给了特别行政区，中央将依法不干预其司法权的意思。”^{〔53〕}香港回归以来人大常委会三次解释基本法的有限内容的确也支持凌兵关于有限解释范围的观点，我们可以将它视之为对基本法的完整解释或理解为“宪法惯例”。因为宪法惯例具有宪法与法律的约束力，因而人大常委会有理由和义务遵循之，除非有新的“惯例”（须为宪法本身所包容且被多次应用的立法或司法实践）取而代之。

然而，恰恰是目前中国公法不支持人大常委会有限解释论。中国内地出版的宪法学著作均坚持主权是不可分割的理论。如目前的权威教科书之一《中国宪法》断称，“社会主义国家是新型的国家，人民是国家的主人，人民是真正的国家主权者，代表全体人民的最高人民代表大会的权力绝对不容分割。”“全国人民代表大会是最高国家权力机关，它体现全国人民的意志，代表全国人民统一地行使国家主权。它高居于其他中央机关之上，既不和它们平列，更不受它们制约；相反的，其他中央机关都由它组织产生，都要执行它制订的法律和做出的决议，而且在执行法律和决议的过程中都要向它负责，受它监督。”^{〔54〕}关于国家结构和中央与地方关系，权威作者的观点是：“由于我国是单一制国家，它的各组成部分不具有像联邦制的成员那样所固有的权力……。而单一制国家的各组成部分的权力则是中央授予的，其权力来源中央，不是来源于地方。我国的最高国家权力机关是全国人民代表大会，它行使最高国家权力……。香港特别行政区虽然享有高度自治权，其权力也是中央授予，属中央人民政府直辖，其权力来源于中央。”^{〔55〕}该作者继续论述道：“从宪法理论讲，判定地方享有的职权究竟是联邦制下的成员国的权力还是单一制下的地方自治权，关键是看该地区是否拥有国家主权，而不能以享有权力的大小为标准。从香港特别行政区的情况来看，它并不享有国家主权，它所拥有的高度自治权是在拥护中华人民共和国主权的前提下的自治权，而不能以它享有权利的大小为标准。因此，它只能属于地方自治权的范畴。”“香港特别行政区所享有的高度自治

〔52〕 Ling Bing, *Subject Matter Limitations on the NPCSC's Power to Interpret the Basic Law*, 37 Hong Kong Law Journal 621-646 (2007).

〔53〕 前引〔3〕，肖蔚云书，第294页。

〔54〕 许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社2006年版，第40页以下，第38页。

〔55〕 前引〔3〕，肖蔚云书，第293页。

权是中央授予香港特别行政区的权力，而不是香港特别行政区本身所固有的权力。这就是说，从香港特别行政区的权力来源来看，它具有派生性和非本源性的特点。”〔56〕

上述观点是对中国现行宪法内容和宪法规范的一种表达。而宪法规范具有最高性的特点。最高性体现为法律效力的最高性，即一切与宪法规范相抵触的法律、行政法规等规范性文件不得同宪法相抵触，否则会失去效力。“在有关法律的规范体系中，违宪审查制度、宪法诉讼等制度的建立与运作的根据也源于宪法规范最高性。”〔57〕

基于上述理论基础，我们必须承认，人大常委会的基本法解释权是全面的和无限制的，这是基本法立法体现的所谓“原则性”。香港法院的解释权应该且必须予以一定的限制。〔58〕香港宪法学权威 Yash Ghai 教授实际上也接受了人大常委会解释权“覆盖基本法全部条款，因而是全面的；这一权力在无案件下也可以行使。”〔59〕而第 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”和第 3 款授权特区法院“在审理案件时”对其他非自治范围内的“其他条款”也可解释，这些规定被认为是“灵活性”的体现。这两款事实上对法院解释权作了如下限制：第一，法院只能“在审理案件时”才能有权解释基本法。正如在 *Lau Kong Yung v. Director of Immigration* 案（1999 年 12 月 3 日）中，大法官 Sir Anthony Mason NPJ 认为，“在审理案件时”在普通法法域是多余的语言，但是它“有着特殊的意义”。这种特殊意义只能在与人大常委会的解释启动机制和程序比较时才能显现出来，即人大常委会可以在无法律案件发生时主动释法（如 2004 年释法），而香港法院无此等便宜行事权。“在此意义上，法院的释法权因此是有限的，不同于常委会享有的全面的（general）和不受诉讼限制的（free-standing）权力。”〔60〕；第二，就是所谓的“司法提请”（judicial reference）问题，它反过来证明了人大常委会的解释权力的全面性。

香港法院是逐步才接受人大常委会释法权具有全面性和不受诉讼限制这一特征的。终审法院法律观点的转变发生在从 *Ng Ka Ling v. Director of Immigration* 案到 *Lau Kong Yung v. Director of Immigration* 案、*Director of Immigration v. Chong Fung Yuen* 案〔61〕和 *Ng Siu Tung v. Director of Immigration* 案〔62〕等一系列重大案件审判过程中。

4. 解释的效力及其限制

根据香港基本法第 158 条第 3 款的规定，人大常委会在终审法院提请解释的情形下的立法解释不具有溯及力。在人大常委会 1999 年 6 月 29 日对香港基本法作出的第一次解释中，常委会声明：“本解释公布之后，香港特别行政区法院在引用《中华人民共和国香港特别行政区基本法》有关条款时，应以本解释为准。本解释不影响香港特别行政区终审法院 1999 年 1 月 29 日对有关案件判决的有关诉讼当事人所获得的香港特别行政区居留权。”也就是说，解释没有溯及力。这种申明既符合基本法条文，又符合基本法的立法原意。在起草基本法过程中，仍然存在不同意见。〔63〕在实践中，是否可以以人权/公民权利作为决定解释具有溯及力的检测标准？我认为可以。凡是可能减损

〔56〕 肖蔚云主编：《一国两制与香港基本法律制度》，北京大学出版社 1990 年版，第 139 页以下。

〔57〕 徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 141 页。

〔58〕 基本法起草时的考虑很多。参见肖蔚云委员的代表性意见，前引〔13〕。

〔59〕 Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong: Hong Kong university Press, 2nd ed, 1999, p. 198.

〔60〕 [1999] 3 HKLRD 820.

〔61〕 [2001] 2 HKLRD 533.

〔62〕 [2002] 1 HKLRD 561.

〔63〕 基本法起草委员会委员廖瑶珠在第五次会议上作了如下发言：…一般认为不应溯及。但不能笼统地说完全没有溯及。举一个例子，如有一个犯人被判了十二年，作了两年监，又有另外一个犯了同样的罪，也被控告。但第二个人不服，上诉，吵得全香港都知道。那么全国人大就注意到有关的香港特别行政区法律是否抵触了基本法，并通过解释基本法，使那条法律无效。这第二个犯人不坐牢了，但第一个犯人还在监狱里呢！我希望现在坚持“没有溯及力”的个别委员，要勇敢地向群众承认，他的方案是如此不顾及人权。参见香港文汇报，前引〔13〕书，第 85 页。

和剥夺人权/公民权利的解释都不得具有溯及力,凡是可能伸张和扩大人权和公民权利的解释得有溯及力。对此,可以在实践中进一步总结并提升为理论。

5. 解释的提请与启动程序

根据立法法第43条的规定,只有国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人大各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人大常委会才有权向人大常委会提出法律解释要求。人大常委会对基本法的前三次解释分别是应国务院、委员长会议和国务院提出的请求做出的。常委会于1999年第一次解释基本法是经国务院提出请求解释的议案才正式启动的,而国务院提请行为又是应特别行政区政府的请求做出的。

全国人大常委会香港基本法委员会委员和澳门基本法委员会委员王振民教授是这样总结三次释法的启动模式的:^[64]

香港特区政府不可以直接向全国人大常委会提出释法要求。根据基本法和有关法律的规定,可以启动人大释法的主体有三个,一是全国人大常委会自己主动释法,二是国务院提请人大释法,三是香港终审法院。其中国务院提请人大释法,可以基于国务院自己的判断,也可以基于特区政府请求。过去十年人大三次释法,一次是全国人大常委会主动释法,另外两次是由行政长官请求、经由国务院向全国人大常委会提案而启动。回归至今,还没有来自特区终审法院的释法申请。

三次解释使用了三种模式,填补了基本法在这一程序问题上的空白或曰“立法真空”。鉴于三种模式的有效性和正当性,它们可以被认为是基本法解释启动模式的“宪法惯例”。奇怪的是,基本法惟一预见并且规定的“司法提请”启动程序至今未见使用过。可见,基本法法条和规范上的确存在漏洞。

四、基本法解释权规范和解释程序:潜在问题和制度性缺失

(一) 解释权配置存在的问题

作为两个法律制度相互融合的桥梁,基本法第158条的重要意义毋庸置疑。但事实上,正如有学者指出,基本法第158条仍不可避免地存在着诸多的“灰色地带”。^[65]《基本法(草案)征求意见稿咨询报告》也列举出一系列有争议的问题,它们包括:(1)“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会”是否意味着全国人大常委会会有更高的权力可干涉任何已由香港法院作出的在自治范围内自行解释的条款?(2)在什么情况下,人大常委会必须接受基本法委员会的建议;(3)全国人大常委会授权香港法院在审理案件时对自治范围内的条款自行解释。那人大常委会是否可以对基本法任何条款作出案件以外的解释?(4)人大常委会授权香港法院行使解释权,人大常委会是否还有对同一主题的解释权?若其又作出解释,是否违宪?

胡锦涛教授就曾在其著作《中国宪法问题研究》中指出了第158条存在的诸多问题。其中,值得引起重视的有:没有明确规定全国人大常委会是否可以行使对特区自治范围内的条款的解释权;没有明确规定特区法院是否拥有“违宪审查权”;没有设置解决特区法院应该提请或拒绝提请人大解释的机制;没有明确规定在终审法院以下的其他法院作出终局判决的情形下,应如何由终审法院提请人大常委会解释的程序;没有明确规定自治范围内条款与非自治范围内条款的认定标准、认定权限归属以及认定权限冲突的解决机制,等等。^[66]

[64] 参见韦洪乾:《构建“一国两制”下的法律解释制度》,《方圆法治》2007年8月2日, <http://fy.jcrb.com/shownews.aspx?newsid=753>。

[65] 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第417页。

[66] 胡锦涛:《中国宪法问题研究》,新华出版社1998年版,第315页。

针对上述诸多问题，我们选择几个具有典型性的进行详细讨论。^{〔67〕}

1. 人大常委会是否可以就特区自治范围内条款行使解释权

基本法第 158 条第 2 款规定，人大常委会授权特区法院在审理案件时对基本法关于特区自治范围内的条款自行解释。人大常委会能否就此类条款行使解释权，学者对此问题意见不一。有学者认为，全国人大既已将此类条款的解释权授权给特区法院，就不能再行使解释权。^{〔68〕}其主要根据是：首先，1981 年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》就把法律解释权分为立法解释权、司法解释权和行政解释权，分别由全国人大常委会、最高人民法院和国务院及其相关行政部门来行使。据此认为，基本法第 158 条规定人大常委会将其立法解释权授予了香港特区法院。其次，香港传承英国普通法的传统和遵循先例的原则，法官在处理具体案件时会引用和解释法律条文，并使之约束日后其他相关案件。法院的立法功能在普通法系是很常见的。香港法院基于传统和基本法的规定，是享有人大常委会授予它的立法解释权。这样，既保证了国家主权原则和一国两制的方针，又确认了香港特区的高度自治权。

这种观点值得商榷。的确，人大常委会授权香港法院解释基本法，香港法院因此有权“在审理案件时”“自行解释”基本法自治范围以内的条款。该条文的立法原意在于，法院“在审理案件时”若有需要可以直接释法，无须向人大常委会提出“司法提请”。但是，法院的释法权性质似乎不是代位行使人大常委会的立法解释权，应该是经授权继续像其他普通法法域的法院一样行使司法性质的法律解释权，尽管普通法法院的法律解释具有“造法”的特征。这犹如最高人民法院的法律解释权同样不能认定为立法解释权一样。一般来讲，普通法法院的解释权与审判权无法分开，这是司法权统一的体现。至于说有学者认为当代法院职能几经演变，造成司法造法的局面，那也不能因此认为法院行使立法权，因为在普通法法域，当立法机关制定的成文法与法院形成的判例法发生冲突时，成文法优于判例法。当法院经司法审查程序后宣布某一成文法因为违宪而无效时，法院行使的仍然是司法审查权（包括司法解释权）。这体现的是三权分立、相互制衡之机制。

结合前面的论述，虽有香港法院有授权释法权，但法院解释权仍然不能排斥立法解释权。我们可以回顾一下，1999 年人大常委会第一次释法就是依据第 158 条第 1 款作出的。该解释是这样提出法律依据的：“全国人民代表大会常务委员会决定，根据《中华人民共和国宪法》第六十七条第（四）项和《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第一百五十八条第一款的规定，对《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十二条第四款和第二十四条第二款第（三）项的规定，作如下解释。”

但是另一方面，人大常委会就自治范围内的条款应该谨慎行使、甚至完全不行使立法解释权。理由之一是，基本法的立法宗旨和意图是维持两种制度长期不变，这体现了国家利益和保障香港人民的权益。特别是，在高度自治之下，特区法院和特区政府之间实际上存在相互制衡关系；中央不应该直接或间接干预“自治范围内的条款”执行，法律冲突应由法院自行解决之。理由之二是，透过对第 158 条蕴含的法律规范的整体考察，人大常委会不能随意释法，它和法院的释法权之间具有某种相互排斥性。林来梵教授也认为，“就特区自治范围的条款来说，第 158 条对全国人大常委会的解释权具有一定的规限性。”^{〔69〕}当然，除非法院对自治范围的条款的理解影响到香港与中央、或香港与内地其他地区的关系，否则我们看不到任何理由要求人大常委会就有关条款释法。

2. 香港特区法院对非自治范围内的条款进行解释的问题

〔67〕 参见前引〔7〕，黄江天书，第 138 页以下。

〔68〕 转引自前引〔66〕，胡锦涛书，第 315 页以下。

〔69〕 前引〔65〕，林来梵书，第 421 页。“规限性毕竟不等于禁止性，我们亦不应片面地夸大这种规限性，或将之加以绝对化，并据此完全否定第 158 条第 1 款所规定的全国人大常委会在原则上对《基本法》全部条款所拥有的解释权。”

基本法第158条规定,香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在对该案件作出不可上诉的终局判决前,应由香港特别行政区终审法院请人大常委会对有关条款作出解释。基于上述条款,一些问题仍需要探讨。

首先,允许特区法院对非自治范围内的条款进行解释,并且可以根据该解释作出判决,而在作出不可上诉的终局判决前又必须经由终审法院提请人大常委会对此类条款作出解释。若常委会作出的解释与先前香港法院作出的解释/理解相一致,那么常委会的解释具有确认之意义,当然不存在改判问题。有人担心,若二者不相一致的话,香港法院先前的法律解释活动就会变得毫无意义,其所享有的对基本法自治范围外条款解释权就形同虚设。这种担心是理论假设的,也可以理解,但它是建立在将二者的解释完全对立的角度来观察的。人大常委会解释权不等于就此否定法院解释权,区别在于二者对法律条款的理解不一致。法院享有这种对非自治条款的解释权,是经授权得来的;并且,任何法院都不能保障它的解释结果百分之百正确。此时,常委会的解释具有准据法的意义。

基本法已经考虑到司法过程中人大常委会释法的负面意义,为此特别规定了释法不具有溯及力/追溯力的条款,即“在此以前作出的判决不受影响”(第158条第3款)。例如,1999年人大常委会第一次释法就明确了人大的立法解释“不影响香港特别行政区终审法院1999年1月29日对有关案件判决的有关诉讼当事人所获得的香港特别行政区居留权”,由此认定解释不具有追溯力,并且法制化了。

其次,如果终审法院排除提请(正如1999年吴嘉玲案—Ng Ka Ling v. Director of Immigration)或拒绝提请全国人大常委会进行解释,而坚持自己解释,或以自己的解释为准则来判案,全国人大常委会对这种“不作为”或“司法越权”行为将如何处理和救济呢?香港基本法对此等情况没有预测到并规定之。有学者认为,“比较恰当的做法是,由全国人大常委会作出解释,并明确宣布撤销特别行政区法院的‘越权解释’。”〔70〕

而在现实中,1999年人大常委会第一次释法确立了这样一种“先例”(precedent)或“惯例”(convention):常委会事后应邀被动释法,但是它并没有宣布撤销特区法院的所谓“越权解释”。这种先例的确立基本法没有明文规定,而是人大常委会根据对基本法的全面理解和引用其他相关条款做出的。1999年解释是这样写的:“第九届全国人民代表大会常务委员会第十次会议审议了国务院《关于提请解释〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十二条第四款和第二十四条第二款第(三)项的议案》。国务院的议案是应香港特别行政区行政长官根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第四十三条和第四十八条第(二)项的有关规定提交的报告提出的。鉴于议案中提出的问题涉及香港特别行政区终审法院1999年1月29日的判决对《中华人民共和国香港特别行政区基本法》有关条款的解释,该有关条款涉及中央管理的事务和中央与香港特别行政区的关系,终审法院在判决前没有依照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第一百五十八条第三款的规定请全国人民代表大会常务委员会作出解释,而终审法院的解释又不符合立法原意,经征询全国人民代表大会常务委员会香港特别行政区基本法委员会的意见,全国人民代表大会常务委员会决定,根据《中华人民共和国宪法》第六十七条第(四)项和《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第一百五十八条第一款的规定,对《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十二条第四款和第二十四条第二款第(三)项的规定,作如下解释。”

可以看出,这种先例的形成是由很多相关条件促成的。加上无追溯力条款,该解释已经将负面影响减到了很小(作为第一次,它对香港社会和法制的冲击力仍然非常强烈)。

第三,根据基本法规定,提请人大常委会对非自治范围内的条款进行解释的主体是香港特区的

〔70〕前引〔7〕,黄江天书,第139页。

终审法院。在实践中，并非每个案件都由终审法院作出终局判决，更多的案件是则由终审法院以下的其他法院来完成。这样一来，就有一个其他法院在作出不可上诉的终局判决前是否应首先将需要解释的问题提交给终审法院，再由终审法院提请全国人大常委会进行解释的问题。香港基本法对这个提交程序并没有作出规定。在检视相关历史资料时，我们有理由相信，当时的立法起草者和社会人士已经注意到这种情形。但是，基本法最后也没有就此明确表态。^[71]是否可以认为，与其说当时的立法者意图缺失，毋宁说在维持香港基本法律制度不变的原则下，立法者似乎不想直接界定香港其他法院的司法管辖权（jurisdiction）范围。^[72]我倾向于这种立法出发点。

第四，关于“国防、外交和中央人民政府管理的事务”的界定问题。事实上，究竟什么可被划归在“中央人民政府管理的事务”的范围内，基本法并没有厘定很清楚的标准。在实践中，就有可能出现特区法院认为某一条款属于自治范围内的条款，而人大常委会却认为其属于非自治范围内的条款的情形。或者出现终审法院和人大常委会争夺案件管辖权的问题。大家也许还记得，终审法院在审理“吴嘉玲案”时就曾以排除法（即案件确立的“必要标准”和“分类标准”）认定对基本法第 22 条内涵的界定不构成主要议题，因而毋需提交人大常委会解释。当这一矛盾出现后，究竟如何解决或补救，基本法都没有规定。

从法理上讲，特区法院的解释权来源于基本法授权的，相对于人民代表大会它具有从属性；从法律体制上看，人大常委会的权力具有固有性，享有最高和最终解释权。问题是，基本法中的很多条款既包含了自治范围的事务，又涉及到中央人民政府管理的事务，并不能绝对地区分。为此，我们应借鉴普通法国家的司法实践，适用“避免”学说，即法院应主动避免介入“政治性问题”或“宪法性问题”，以免出现对这种性质的问题非解释不可的局面。有学说认为，即使法院非解释不可，法院也应作出有利于主权者的解释。^[73]这种学说和实践建立在传统的主权者豁免（sovereign immunity）理论之上。^[74]对于香港法院而言，法院应该主动地将案件中涉及到的“关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款”，当对这些条款的解释可能会影响到判决的结果时，提交给人人大常委会处理，并接受后者的解释，最后作出判决。根据“避免学说”进行“司法提请”是解决解释权和终审权矛盾的唯一做法。^[75]对此，还有必要深入研究。

（二）“一国两法”下解释权的精神分裂症

香港宪法学教授佳日思（Yash Ghai）指出，基本法第 158 条“是在两种法律制度妥协的产

[71] 《基本法（草案）征求意见稿咨询报告》（第二册）“专题报告”中曾提出过“终局判决”的定义问题。“有意见认为，只有终审庭对案件所做出的判决才算‘终局判决’。但按照现时的制度，并非每件案件均有机会提交 [给] 终审庭处理。另有意见则认为，当一件案件上达到某一个层次的法院，而根据法例或先例，无法再上诉时（例如：由于案件所涉及的款项所限，该案件最终只可上诉至高等法院），该法院对案件的判决便算是‘终局判决’。”

[72] 香港基本法第 81 条明文规定：香港特别行政区设立终审法院、高等法院、区域法院、裁判署法庭和其他专门法庭。高等法院设上诉法庭和原讼法庭。原在香港实行的司法体制，除因设立香港特别行政区终审法院而产生变化外，予以保留。

[73] Ronald Benton Brown & Sharon Jacobs Brown, *Statutory Interpretation: The Search for Legislative Intent*, National Institute for Trial Advocacy, 2002, pp. 106-107. 代表性的美国案例有：Gomez v. United States, 490 U. S. 858, 864 (1989); Department of Legal Affairs v. Rogers, 329 So. 2d 257 (Fla. 1976); Almendarez-Torres v. United States, 523 U. S. 224, 237-38 (1998); Solid Waste Agency of Northern Cook County v. U. S. Army Corps of Engineers, 531 U. S. 159, 172-73 (2001).

[74] 同上书，第 113 页。

[75] 王振民教授是这样看待解释权和终审权关系的：基本法的最终解释权属于全国人大常委会，但最终裁判权属于特区终审法院。把最终解释权和最终裁判权分开，既符合中国的宪政和法律体制，又是“一国”和“两制”的绝妙结合。摘自前引 [64]，韦洪乾文。

物”，是导致基本法解释混乱和冲突的根源。^{〔76〕}这主要体现在：^{〔77〕}

首先，在诉讼中，香港法院通常会通过适用普通法规则来进行解释法律，包括基本法。如有必要提请全国人大常委会解释，一般要首先假定它会适用中国法规则。反过来再看基本法，理论上，基本法的设计是希望保持法律制度和司法制度的一种连续性，但基本法 158 条却打断了这种连续性。人大常委会事实上是一个政治机构和权力机构，行使立法权，其运作和香港法院不同，其成员未必具有法律资格，其程序未必与普通法的程序和规则具有共通性，并且也没有相应的律师代表制度。人大常委会享有立法解释的职能是由中国的人大制度和它的上述性质决定的，这与普通法系法院享有的解释法律的职能是有很大区别的。^{〔78〕}

其次，如果遵循第 158 条的字面含义，解释基本法会是一件很困难的事情和过程，因为基本法有关条款可能不得与其他相关条款分开来处理。如基本法第 158 条要求终审法院只解释那些所谓属于自治范围内的条款，而人大常委会则解释所有其他条款。分开解释可能会破坏对问题理解的连贯性和整体性，在适用法律上会提出上文下理之间的关系问题。在“吴嘉玲”中，终审法院在决定是否提请全国人大常委会解释第 22 条和第 24 条时，采用的“支配性条款”方法就是为了解决上述连贯性问题（当然也客观上排除了人大常委会释法的必要性）。第三，香港法院和全国人大常委会的解释规则也不同。香港法院对自治范围内的条款采用普通法解释规则，而人大常委会对另外一部分条款采用中国法解释规则。基本法第 158 条第 3 款的起草“参考 [了] 欧洲共同体法律解释的安排”。^{〔79〕}如若参考欧盟法院和成员国法院之间的“预先裁决”机制的例子，^{〔80〕}欧盟法院只有在成员国提交争议的情况下才解释法律（即有诉讼才有解释），而人大常委会则可以自行解释（即无诉讼也可解释，如可以进行事前解释和事后解释，“事”指与基本法有关且需要解释的事实），故其享有的解释权无论从内涵还是外延来讲要比欧盟法院更宽泛。

第四，解释过程与具体方法或途径的使用也不同。人大常委会 1999 年第一次解释基本法是因为“终审法院的解释又不符合立法原意”，所以它解释基本法的目的是寻求所谓“立法愿意”或“立法意图”。但是，该解释对人大常委会释法使用了什么具体途径或手段以达到上述目的则语焉未详。《法律解释：寻找立法意图》（Statutory Interpretation: The Search for Legislative Intent）一书的作者从立法背景、通用办法、语言学规则、基于立法过程的规则、基于法律的实质内容的规则、利用立法之前或之中发生的因素（包括事件、文献、说客、起草规则、否决记录等）、利用立法完成之后发生的因素（议员的作证、后续的立法活动、立法机关的默许、行政机关的动作等）等方面提出一系列的释法方法，以达到寻求立法意图的目的。^{〔81〕}尽管司法解释和立法解释的途径可能不同，但是是否有着某种共同性？我想应该是的。

更困扰我们的是，鉴于缺乏历史文献档案的支持，我们无从考证或证明解释的结果就是“立法原意”。1999 年人大常委会第一次解释称，“本解释所阐明的立法原意以及《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款其它各项的立法原意，已体现在 1996 年 8 月 10 日全国人民

〔76〕 Yash Ghai, *Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretation and Procedure*, in Johannes M M Chan, H L Fu and Yash Ghai (eds.), *Hong Kong's Constitutional Debate — Conflict over Interpretation*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000, pp. 35, 37.

〔77〕 同上文，第 35 页以下；另参考，前引〔7〕，黄江天书，第 142 页以下。

〔78〕 事实上，香港学者对人大立法解释制度有一种普遍的不理解和不信任感。说他们不理解，那是因为他们，特别是法律学者，深受普通法的教育与熏陶，实践中很难接受有立法机构解释法律，因为这有悖于“三权分立”的宪制原则。说他们不信任，那是因为担忧政治力量借此介入，或担心解释可能会受政治和政策的直接干预，因为解释的主体本身就是一个政治机构。

〔79〕 前引〔3〕，李昌道、龚晓航书，第 70 页；前引〔7〕，黄江天书，第 55 页。

〔80〕 参见前引〔7〕，黄江天书，第 76 页以下。

〔81〕 前引〔73〕，Ronald Benton Broun & Sharon Jacobs Brown 书。

代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四条第二款的意见》中”。人们不禁会问，人大常委会为什么不用基本法制定时的资料来证明 1999 年的解释就是基本法通过的当时（1990 年）的“原意”吗？它能证明二者从一开始就是一致的吗？提出这个问题是因为法律解释的权威性在于解释途径的适当性和原则的正当地性。

而香港法院，特别是终审法院，在解释时采用了所谓字面解释加“宽宏、目的方法”（generous and purposive approach）来释法，得出的结论也可能、事实上也会（如 1999 年的“吴嘉玲”案）与人大常委会解释不一致。目的性方法或目的导向的方法能够给予法院较大的解释空间，是当代法院最常用的方法，其理论的根本点在于，“由于制定一件法律的目的是排除一项特定的不法行为或损害行为，故法院的解释就应该达到这一目的。”^[82]怎样避免 1999 年那种尴尬的局面的再次发生呢？

鉴于上述制度内生的冲突或不协调之处，佳日思教授总结道，“基本法第 158 条核心所潜藏的精神分裂症（schizophrenia）使得解释制度其他方面的问题变得更加严重，并会成为混乱和冲突的根源。”^[83]对这种评论和预测，我们应客观冷静地对待，将法律的问题法律化或司法化，而不是使之政治化。

（三）解释程序方面的缺失

基本法第 158 条主观上解决了实体法上的解释权及其分配问题，尽管有上述问题存在。但它对于人大常委会解释基本法的具体程序以及香港法院解释基本法的具体程序并没有作出特别的规定或指引。

是否就可以这样认为，原则上人大常委会和香港法院都可以按照各自的法律解释程序对基本法进行解释？问题是，除了基本法 158 条的安排，人大或常委会没有在基本法颁布（1990 年 4 月 4 日）之时或之后通过任何有关人大常委会解释基本法的规定或程序性指引。而要求全国人大或常委会就基本法解释程序为香港法院量身制造一套特别程序并不符合基本法本来的立法意旨（参见基本法第 2 条和第 19 条第 2 款）。而基本法第 158 条关于有终审法院的“司法提请”解释程序缺乏相应的保障和补救机制。这一切缺陷为未来的解释冲突埋下了伏笔，或者说“地雷”。

在 2007 年年中发表的《我国的法律解释》一文中，陈斯喜指出，“立法法总结以往立法解释的实践，对法律解释规定了一个比较简易的程序”。这个程序是建立在立法法之上的，它包括五个步骤，即：提出法律解释要求；拟订法律解释草案；审议法律解释草案；表决法律解释草案；公布法律解释。^[84]此外，人大常委会解释基本法还需咨询基本法委员会；陈斯喜认为，“这是一个必经程

[82] 同上书，第 43 页。代表性的案例有 *Moskal v. U. S.*, 498 U. S. 103, 117 (1990); *Smith v. City of St. Petersburg*, 302 So., 2d 756, 757 (Fla. 1974). K

[83] 前引 [76]，Yash Ghai 文，第 37 页。

[84] 根据立法法，全国人大常委会解释法律程序包括：（1）请求法律解释的提出。国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人大常委会提出法律解释请求。（第 43 条）（2）法律解释草案的拟定。全国人大常委会工作机构即法制工作委员会研究拟定法律解释草案。（第 44 条）（3）解释草案列入全国人大常委会会议议程。法制工作委员会拟定法律解释草案后，经由委员长会议决定列入全国人大常委会会议议程。（第 44 条）（4）解释草案的审议。对于列入全国人大常委会会议议程的法律解释草案，由全国人大常委会进行审议；全国人大常委会分组审议后（委员长会议可决定是否交由相关的全国人大专门委员会审议），由全国人大法律委员会根据常委会组成人员的审议意见进行审议、修改，提出法律草案表决稿。（第 45 条；亦参见《全国人大常委会议事规则》第 2 章）（5）解释草案表决稿的表决。对于法律委员会提出的法律解释草案表决稿，由委员长会议提请全国人大常委会全体会议表决，由全国人大常委会全体成员的过半数通过。（第 46 条；亦参见《全国人大常委会议事规则》第 2 章）（6）法律解释的公布。法律解释由全国人大常委会予以公布。（第 46 条）

序”。〔85〕无论从哪个角度看，上述程序不适用于香港法院的司法解释；毋庸置疑，法院还得跟随普通法法院解释法律的程序与过程。鉴于基本法解释分别由人大常委会和香港法院行使，且二者的机构性质和运作方式不同，他们只能按照各自的程序解释基本法。目前，人大常委会有迫切的必要根据立法法和相关的议事规则正式制订出具有法律意义的《基本法解释程序与规则》并公布之。

解释过程中不同途径（approaches）的选择会达致不同的目的地。那么，人大常委会解释基本法，特别是在诉讼过程中经由“司法提请”程序释法，和终审法院解释是否有可能采用为二者共同接受的途径？客观上，是否存在这种标准？在未来的实践中，我相信二者可能会达成某种共识，或者人大常委会对法院释法的途径应有某种默许认可，因为忠实地执行基本法毕竟是它们的共同目标。但是，我又得承认，由于人大常委会释法行为具有立法性质（特别参见立法法第42条第2项规定，“法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”），故而其解释基本法的途径肯定会更灵活、更具创意，也可能更多地采用外来的/体外的材料（extrinsic aids）以辅助释法。

从操作层面来看，基本法现行规定的解释程序仍存在诸多问题需要明确和解决。陈玉田就曾提出一系列值得理论界关注的实际问题。〔86〕我也会另外作文专门讨论人大常委会释法的理论、原则和技术。我认为，尽管基本法确立的人大常委会释法制度仍然有待完善，但是它已经构成香港宪制和法制的重要组成部分了。而现在该是讨论如何能使立法解释制度更加完善和成熟的时候了。

陈洁教授提出认为我们应从换位思考的角度考察香港法院解释法律的制度。她认为，按照普通法的逻辑，法院对法律的解释在实体上是否公正并不重要，重要的是它解释的程序是否公正。这或许就是为什么法院在遵循严格程序下进行法律解释的方式具有极大公信力的奥妙所在。在香港这样一个普通法传统的地区实施大陆法系背景的基本法，是一个极具创新的事业。最后，她总结道：“就人大释法而言，即使其实体权无可置疑，也有必要加强程序规范。这不但符合法治精神，也符合两地对未来进行合理预期的共同愿望。”〔87〕我非常赞同这种观点。

通过上文的检视，我们认识到基本法立法解释制度本身并不完善。这主要表现在：释法制度的设计存在内在矛盾和冲突，法条没能够预示到一旦失控之后所应采取的救济措施，立法解释基本法的程序缺失，释法过程中的咨询程序没有明确制度化，等等。

从理论上讲，基本法设计的解释制度具有一种混合（hybrid）的特性。Hybrid，那就是指制度的混合型和妥协性，而这种妥协就是为了求生存、求共处和求发展。从这种角度理解，我们需要建构这样一种理论：它不仅能够解释两法之下各自存在的释法制度，更重要的是，它在理解两制之根本差别的基础上，能够从精神上融会贯通两制，相互吸纳可被对方接纳的内容（如立法解释可以采用普通法下的宪法和法律解释方法）和理论，从而提出适用于基本法解释的理论，即基本法解释理论。

在研究基本法解释理论，进而发展出中国立法解释理论时，不仅普通法下宪法与法律解释理论有待我们深入观察探究，而且西方大陆法国家（特别是德国、法国，甚至包括欧盟法院）的解释理论和方法也可以为我们的理论探索和实践提供有益的借镜。

〔85〕 前引〔42〕，陈斯喜文。

〔86〕 参见陈玉田：《论基本法解释的程序》，载《宪政与行政法治研究——许崇德教授执教五十周年祝贺文集》，中国人民大学出版社2003年版，第389页以下。

〔87〕 程洁：《论双轨政治下的香港司法权——宪政维度下的再思考》，《中国法学》2006年第5期。