



香港基本法解释问题研究

——以法理学为视角——

XIANGGANG JIBENFA JIESHI WENTI YANJIU
YI FALIXUE WEI SHIJIAO

白晟/著



中国政法大学出版社



香港基本法解释问题研究

——以法理学为视角——

XIANGGANG JIBENFA JIESHI WENTI YANJIU

YI FALIXUE WEI SHIJIAO



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

香港基本法解释问题研究——以法理学为视角 / 白晟著. —北京: 中国政法
大学出版社, 2011. 9

ISBN 978-7-5620-4032-3

I. 香… II. 白… III. 香港特别行政区基本法-法律解释-研究
IV. D921. 95

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第184019号

- 书 名 香港基本法解释问题研究——以法理学为视角
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 11.25 印张 270 千字
- 版 本 2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4032-3/D·3992
- 定 价 36.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序 言
Preface

白晟是我指导的比较法学专业博士生，本书以作者的博士学位论文为主体。与我指导的其他博士生选取比较民商法研究方向作为论文选题不同，作者选取了比较宪法学研究方向的香港基本法解释问题作为论文题目。作者选题直面中国乃至国际具有重大理论和实际意义的法律问题，筚路蓝缕，努力探索，应予肯定。

香港基本法是具有原创性的中国法律，是邓小平对中国和世界政治及法律制度的重大贡献。香港基本法解释问题不仅对政治学、经济学和哲学等学科有重大的理论和现实意义，而且对法学及其中的宪法学、比较法学等专业具有特殊的意义。就比较法学而言，香港基本法本身是不同法系融合的产物，对香港基本法的研究有助于我们近距离地了解和研究普通法法系的传统和文化；内地的法治正在加速现代化建设，普通法法系重视法律程序和技术的优点可以为我们提供很好的借鉴。更为重要的是，从1997年7月1日起，香港法制已经融入中国法制，即使从中国法制发展的角度，我们也应加强对香港基本法的研究。中国法学会比较法学研究会2009年年会曾对“一国两制的理论与成功实践”进行了专门讨论。但总体而言，目前内地对香港基本法的研究现状与该问题的重要性不成比例。

本书作者尝试“小题大做”，分别从解释主体、对象、

体制、方法和实践等方面对香港基本法解释问题进行了较全面的探讨。其中注重具体案例、注重不同主体的法律实践的研究方法符合比较法学研究的发展方向，尽管书中不乏可以讨论之处，但此种努力值得肯定。

值得指出的是，香港终审法院于2011年6月30日依据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第158条第3款的规定，提请全国人大常委会对香港基本法第13条第1款和第19条进行解释，这是香港回归祖国14年后的第一次。全国人大常委会于2011年8月26日通过了《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第13条第1款和第19条的解释》。这既说明了本书主题的现实意义，也反映了作为香港基本法主要解释主体的香港终审法院和全国人大常委会之间的良性互动。

本书的研究是一个良好的开始，也是作者深思熟虑的成果。香港基本法解释问题的最新发展值得中国的法学研究者高度关注，其中的许多问题值得进一步深入探讨。热切希望作者将香港基本法解释问题的研究深入下去、继续努力，做出更大的贡献。

潘汉典

于中国政法大学比较法学研究院

2011年8月28日



序 言 / I

导 言 / 1

- 一、问题缘起 1
- 二、研究的意义 8
- 三、研究现状 12
- 四、本书的研究方法和内容概要 17

第一章 香港基本法的定位——解释对象的辨析

第一节 关于法律解释对象的一般认识 /21

- 一、辨析作为法律解释对象的香港基本法的必要性 21
- 二、研究法律解释对象应予考虑的因素 22

第二节 香港基本法之谜——对传统分类理论的挑战 /25

- 一、法的一般分类理论中的“不一般”对象 26
- 二、法的特殊分类理论中的“特殊”问题 28

三、法系视角下的混合身份	29
四、历史类型中的灰色地带	30
第三节 一种新的定位介绍——政治宪法学视角 /33	
一、讨论的背景	34
二、香港回归的实质——恢复主权行使	35
三、制定香港基本法——在香港建构国家主权	36
四、“不成文宪法”的法理学基础	38
第四节 基于法学立场的思考：香港基本法的定位初识 /41	
一、香港基本法在法的渊源体系中的定位	43
二、法律体系中的香港基本法——与其他基本 法律的比较	45
三、一种新型的国家结构——复杂单一制	46
四、香港基本法可定位为“宪法性法律”	50

第二章 香港基本法解释主体的角色探讨

第一节 研究香港基本法解释主体的必要性 /54	
一、关于法律解释主体的一般认识	54
二、中国原有的法律解释主体范围的突破与丰富	59
第二节 香港法院的发展历史和架构 /61	
一、香港的政制变迁	61
二、香港法制的形成与特点	62
三、香港特别行政区法制的基本结构	65

四、香港特别行政区的法院架构	71
第三节 香港终审法院的解释角色适应 /74	
一、香港终审法院的设立是香港回归前后司法体制的最大变化	74
二、有关香港特别行政区终审法院的问题及解决	76
三、香港终审法院的功能分析与“制度真空”	77
四、香港终审法院在“吴嘉玲案”中的角色错位	80
第四节 全国人大常委会解释角色的变化 /85	
一、中国法律解释体制中立法解释的新变化	85
二、全国人大常委会的解释权激活和性质变化	87
三、立法机关行使司法解释权的实践考察——以英国为例	90
四、启示和反思	96

第三章 香港基本法解释权配置的解读：

法学方法论的视角

第一节 有关香港基本法解释条款的形成 /100	
一、起草过程中的争议	100
二、最终设计与妥协	103
第二节 香港基本法第 158 条的文本解释 /107	
一、文字释义	107
二、结构分析	111

三、合宪性解释	117
第三节 香港基本法第 158 条的系统解释 /119	
一、体系解释	119
二、法意探寻	123
第四节 香港基本法解释权配置的理论概括 / 129	
一、香港基本法解释权的性质	129
二、全国人大常委会解释香港基本法与香港司法 终审的关系	131
三、香港基本法解释的场合	132
四、解释香港基本法的根据	134
五、香港基本法解释权配置的理论概括	141

第四章 香港基本法解释技术的分析：

以解释方法为例

第一节 关于法律解释技术的一般认识 /146	
一、法律解释技术的内涵	146
二、“技艺理性”与“自然理性”的辨析.....	150
三、法律解释技术的内容	154
四、法律技术的局限	158
第二节 普通法法系应用层次的法律解释方法 /161	
一、法律解释三大规则	161

二、其他解释规则	172
三、宪法解释	174
第三节 对香港终审法院在“居港权系列案”中应用的解释方法的考察与分析 /182	
一、技术分析本身需要技术：对两位宪法学者分析的评价	182
二、香港法院的自我陈述	185
三、解释冲突源自内部分歧还是外部分歧： 一种过程的考察	192
四、终审法院是技术“错误”还是判断“失误”？	196
第四节 民法法系的解释方法 /201	
一、古罗马的法律解释	201
二、中世纪的法律解释	203
三、近现代民法法系的法律解释	205
第五节 全国人大常委会的解释方法 /209	
一、全国人大常委会释法的提起	210
二、全国人大常委会第一次释法与评价	213
三、全国人大常委会释法的发展	223

第五章 香港基本法解释实践的考察与评价

第一节 关注香港基本法解释实践——方法论的启示 /233	
一、比较法学方法发展的一个趋势	233

二、中国法律社会学的兴起和发展	239
三、宪法学研究中的实践关注——重读龚祥瑞	246
第二节 香港特区终审法院解释实践的解读与评价 /252	
一、香港特区终审法院解释香港基本法的实践考察 ...	252
二、解释冲突的原因探寻	258
三、香港法院法律解释制度的变化	272
第三节 全国人大常委会解释实践的解读与评价 /275	
一、全国人大常委会解释实践考察	275
二、全国人大常委会解释制度的成长	283
三、解释体制完善与法律观念更新	288
第四节 宪政新意与法学反思 /291	
一、香港基本法解释的实践互动	291
二、成长中的香港基本法——宪政新意	295
三、方法论的思考——波斯纳的启示	302
四、法学反思：实践法律观的呼唤	311
结 论 /322	
参考文献 /325	
后 记 /343	

9 导言 Introduction

一、问题缘起

根据意大利法学家 R. 萨科 (R. Sacco) 的观点, 从法律起源讲, 法律变化有首创性革新和模仿两大类。前者的例子有英国衡平法院法官所最先承认的信托财产制 (trust) 以及堪的纳维亚国家所首创的巡视官制 (ombudsman)。他还认为, “在所有的法律变化中, 也许只有千分之一是首创性革新”。^[1] 沈宗灵教授认为, “一国两制” 的原则可以说是当代中国所首创的一个政治和法律原则的卓越例证。^[2] 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下标题简称“香港基本法”, 正文简称《基本法》) 是根据“一国两制”原则创制的具有原创性的法律, 它于 1997 年 7 月 1 日正式生效, 迄今已实施了 14 个年头。其间, 《基本法》的解释问题屡次引起争议, 更是第一次解释冲突的导火索。笔者认为, 其中的法律问题可从如下几方面加以分析:

(一) 全国人大常委会的香港基本法解释权规定与实践

全国人大常委会对基本法的解释权在《基本法》第 158 条第 1 款中有明确规定。但如从实践角度考察全国人大常委会的特别行政区基本法解释权, 结果是耐人寻味的。笔者在《中国

[1] 有关萨科的观点见 R. Sacco, “Legal Formant: A Dynamic Approach to Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, p. 398, 转引自沈宗灵:《比较法研究》, 北京大学出版社 1998 年版, 第 513 页。

[2] 沈宗灵前引书, 第 513 页。

法律法规规章司法解释全库》上以“全国人大常委会”为“发布部门”，以“解释”作为“标题关键词”进行检索，得到如下 20 项结果：

1. 全国人大常委会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第 13 条第 1 款和第 19 条的解释（2011 年 8 月 26 日）。

2. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释（2005 年 12 月 29 日）。

3. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》有关文物的规定适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石的解释（2005 年 12 月 29 日）。

4. 全国人大常委会法制工作委员会关于申请解释《固体废物污染环境防治法》第 77 条有关规定的答复意见（2005 年 12 月 21 日）。

5. 全国人大常委会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第 53 条第 2 款的解释（2005 年 4 月 27 日）。

6. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》有关信用卡规定的解释（2004 年 12 月 29 日）。

7. 全国人大常委会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》附件一第 7 条和附件二第 3 条的解释（2004 年 4 月 6 日）。

8. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第九章渎职罪主体适用问题的解释（2002 年 12 月 28 日）。

9. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第 313 条的解释（2002 年 8 月 29 日）。

10. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第 294 条第 1 款的解释（2002 年 4 月 28 日）。

11. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第384条第1款的解释(2002年4月28日)。

12. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第228条、第342条、第410条的解释(2001年8月31日)。

13. 全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第93条第2款的解释(2000年4月29日)。

14. 全国人大常委会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第22条第4款和第24条第2款第3项的解释(1999年6月26日)。

15. 全国人大常委会关于《中华人民共和国国籍法》在澳门特别行政区实施的几个问题的解释(1998年12月29日)。

16. 全国人大常委会关于《中华人民共和国国籍法》在香港特别行政区实施的几个问题的解释(1996年5月15日)。

17. 全国人大常委会办公厅关于经济特区法规适用区域问题的解释(1995年12月27日)。

18. 全国人大常委会法制工作委员会对“特定矿种”和“国家规定实行保护性开发的特定矿种”的法律适用解释意见(1990年2月5日)。

19. 全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议(1981年6月10日)。

20. 全国人大常委会关于解释法律问题的决议[失效](1955年6月23日)。^[1]

对上述20项略作分析可以发现:①第20项已经失效,实际

[1] 《中国法律法规规章司法解释全库》,载“北大法律信息网”(http://vip.chinalawinfo.com),浏览时间:2011-09-10。

有效的解释为 19 项；②第 19 项属于全国人大常委会的授权决定；③第 4、17、18 项的主体为全国人大常委会办公厅或法制工作委员会，这些解释的实效不成问题，但法律效力并非没有争议，毕竟与全国人大常委会自身的解释有所区别；④第 2、3、6、8~13 项是关于刑法的解释；⑤其余的第 1、5、7、14~16 项都是有关特别行政区基本法的。

需要说明的是，上述结果并不等于全国人大常委会法律解释的全部。因为全国人大常委会的有些解释是以“决议”或“决定”的名义发布的。王振民教授曾就全国人大常委会解释宪法的实践进行过研究，比如全国人大常委会于 1983 年 9 月 2 日通过的“关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定”应该说是一项宪法解释。^{〔1〕}考虑到此种情况，可以将上述结果限定为以“全国人大常委会”的名义和明确冠以“解释”名称的解释，或将其称之为“正式解释”（或规范解释）。迄今为止，全国人大常委会的“正式解释”中除了授权解释和刑法解释外，都是有关特别行政区基本法的解释，由此可见特别行政区基本法在全国人大常委会解释实践中的重要地位。进一步分析会发现，如果不考虑特别行政区基本法实施前的第 15、16 项解释，剩余 4 项解释都是有关《基本法》的解释实践。

由此带来的问题是：《基本法》有关全国人大常委会解释权的原意是什么？全国人大常委会为什么会如此关注《基本法》的解释问题（占到全国人大常委会有效的正式解释的 1/5 甚至 1/4^{〔2〕}）？如何理解和认识全国人大常委会的解释实践？

〔1〕 王振民：《中国违宪审查制度》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 291~293 页。

〔2〕 第 4、17、18 项的主体为全国人大常委会办公厅或法制工作委员会，这些解释与全国人大常委会的解释有所区别。

（二）香港特区^{〔1〕}法院——特别是终审法院的香港基本法解释权规定与实践

香港特区法院——特别是终审法院的《基本法》解释权在《基本法》中也有明确规定（《基本法》第158条第2、3款）。其中第158条第3款明确规定了香港终审法院的提请解释义务。截至2005年，香港特区法院已解释了1/3的《基本法》条款，^{〔2〕}而香港终审法院从未提请过一次。时至2011年5月，香港终审法院仍未提请过一次。这种现象肯定不是《基本法》的初衷。问题出在哪里？是实践中从未发生过需要提请解释的问题还是《基本法》规定出现了明显漏洞？是提请解释的客观条件不成就还是香港终审法院主观上不愿意提请解释？如果香港终审法院故意规避《基本法》的明确规定而不提请解释，我们应如何看待《基本法》的有关规定？是坐视其被虚置还是加以修改抑或另找出路？

此外，香港特区法院、特别是终审法院在解释《基本法》实践中发展了“违宪审查权”。如何认识这种“违宪审查权”？是《基本法》中暗含着或“潜伏”着这种“违宪审查权”还是香港特区法院、特别是终审法院巧妙或隐蔽地实施了越权或“篡权”？

值得欣慰的是，2011年6月8日，香港终审法院就“刚果民主共和国案”^{〔3〕}达成3:2多数判决，决定根据《基本法》第158条第3款提请全国人大常委会就《基本法》第13条第1款

〔1〕 本书的“特区”特指“特别行政区”，澳门特区亦指“澳门特别行政区”。

〔2〕 梁爱诗：“基本法争议难预知”，载香港《文汇报》2005年5月5日。转引自王振民：“论回归后香港法律解释制度的变化”，载《政治与法律》2007年第3期。

〔3〕 香港终审法院：“‘刚果民主共和国案’判决书”（Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC），FACV 5, 6&7/2010，载“香港特区司法机构网站”（<http://www.judiciary.gov.hk>），浏览时间：2011-09-10。

和第19条进行解释,这是香港回归后终审法院首次提请解释。全国人大常委会认为,香港特别行政区终审法院提请解释的做法符合《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第158条第3款的规定。2011年8月26日,第十一届全国人大常委会第二十二次会议通过了关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第13条第1款和第19条的解释。这可视为《基本法》实施以来,香港终审法院与全国人大常委会就《基本法》解释规定的一次良性互动。如果注意观察可以发现,香港上诉法院原审法院、上诉法庭和终审法院之间以及各级法院内部各法官之间关于提请全国人大常委会解释的问题存在很大的争议,^[1]由此也说明,有关香港终审法院提起解释的问题仍具有重大的理论和现实意义。

(三) 全国人大常委会和香港终审法院在“吴嘉玲案”^[2]和“庄丰源案”^[3]中的解释冲突

在1999年1月29日的“吴嘉玲案”判决书中,香港终审法院宣称“法院有司法管辖权去审核全国人民代表大会或人大

[1] 高等法院上诉法庭:“‘刚果民主共和国案’判决书”(Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC), CACV 373/2008 & CACV 43/2009, 载“香港特区司法机构网站”(http://www.judiciary.gov.hk), 浏览时间:2011-09-10。高等法院原审法院:“‘FG半球联营公司案’判决书”(FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Others), HCMP 928/2008, 载“香港特区司法机构网站”(http://www.judiciary.gov.hk), 浏览时间:2011-09-10。

[2] 香港特区终审法院:“‘吴嘉玲案’判决书”(Ng Ka-Ling and others v. Director of Immigration), FACV14/1998, FACV15/1998, FACV16/1998, 载“香港特区司法机构网站”(http://www.judiciary.gov.hk), 浏览时间:2011-03-12。

[3] 香港终审法院:“‘庄丰源案’终审判决书”(Chong Fung-yuen v. The Director of Immigration), FACV26/2000, 载“香港特区司法机构网站”(http://www.judiciary.gov.hk); 另见前引网站,“庄丰源案”原审判决书, HCAL67/1999, “庄丰源案”上诉审判决书, CACV 61/2000, 浏览时间:2011-03-12。