

香港终审法院启动提请释法程序的要件

李蕊佚*

摘要 《香港基本法》第158条第3款仅对香港终审法院提请全国人大常委会释法的程序做了一般性规定。尽管香港终审法院后来通过四个判例确立了启动提请全国人大常委会释法程序的要件,但在司法实践中相关问题依然存在很多争议和不确定性。根据158条的立法目的,完善提请释法程序的要件必须立足于两个方面:既尊重中央的主权又尊重香港特别行政区的高度自治权,而且在两者并存的情况下尽量使得两者各自得到最大的尊重。本文将基于该立足点,围绕香港终审法院提出的“类别条件”和“有需要条件”,进一步从司法技术上探讨适用这两个要件的细节问题。

关键词 提请释法程序 类别条件 有需要条件 可争论性

引言

“一国两制”是全国人民代表大会(以下简称“全国人大”)依据《中华人民共和国宪法》制定《香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)的精神主线。《基本法》第158条第3款规定:“……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……”该条款是香港普通法系与中国大陆社会主义法系沟通与交流的主要渠道。但第158条第3款仅对香港终审法院提请全国人大常委会释法的程序做了一般性规定。

* 南开大学法学院讲师。

操作中的一些具体问题,如什么情况下香港终审法院“需要”解释那两类条款,哪些条款的规定关乎“中央人民政府管理的事务”等,均未明确。尽管香港终审法院通过判例法确立了判断是否提请全国人大常委会释法的要件,^{〔1〕}但在提请释法的过程中依然存在很多争议。回归至今,香港终审法院唯有在“刚果(金)”案中主动提请全国人大常委会释法。

本文将首先梳理香港终审法院通过判例法确立的提请释法程序的启动要件,以及司法实践中产生的争议;然后提出完善香港终审法院启动提请释法程序要件的建议;最后在结论中对提请释法过程中出现的一些相关问题加以讨论。基于《基本法》第158条的规定,本文在思考如何完善提请释法程序的要件时始终基于两点考虑:①既尊重中央的主权又尊重香港特别行政区的高度自治权;②两者并存的情况下尽量使得各自都得到最大尊重。此外,为了确保中央的主权得到尊重和香港普通法系的完整性得以保护,《基本法》的起草者特意借鉴了欧盟的立法模式。^{〔2〕}因此,本文在构思如何完善提请释法程序的启动要件时也依托了关于欧盟法初步递交程序的一些成熟理论和司法实践。

一、判例法对提请释法要件的发展

(一)“类别条件”和“有需要”条件的提出

香港终审法院在“吴嘉玲”案中首次确立了启动提请全国人大常委会释法的几个基本要件。第一,“类别条件”(classification condition),即需要解释的争议性条款是否可以归为“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”。香港终审法院将所有能归到这两个领域的条款称之为“除外条款”(excluded provisions)。第二,“有需要条件”(necessity condition),即香港终审法院在审理案件时需要解释除外条款,并且关于除外条款的解释对案件判决将产生实质性影响。在流程上,香港终审法院认为首先应该考虑“类别条件”。^{〔3〕}只有当有争议的条款同时满足“类别条件”和“有需要条件”,并且争议的理由和论据是“可争论的”“非显而易见的歪理”时,香港终审法院才有宪制责任启动提请全国人大常委会释法的程序。^{〔4〕}

虽然“类别条件”和“有需要条件”看似清楚明了,但香港终审法院在“吴嘉玲”案中却无法

〔1〕 分别为“吴嘉玲”案(*Na Ka Ling v Director of Immigration* [1999] HKCFA 72);“庄丰源”案(*Chong Fung Yuen v Director of Immigration* [2001] HKCFA 48);“刚果(金)”案(*Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC* [2011] HKCFA 42);“外佣”案(*Vallejos Evangeline Banao v Commissioner of Registration and Registration of Persons Tribunal, Domingo Daniel L v Same* [2013] HKCFA 17)。

〔2〕 参见李浩然:《香港基本法起草过程概览(全三册)》,三联书店(香港)有限公司2012年版,第1178—1209页。

〔3〕 *Na Ka Ling v Director of Immigration* [1999] HKCFA 72, at 89.

〔4〕 *Ibid.*, at 33.

依据这两个条件判断是否提请释法。香港终审法院认为,“吴嘉玲”案需要解释的条款不是除外条款,但对该条款的解释将影响理解另一条除外条款的含义。为此,香港终审法院提出了“主要条款验证标准”,即只有当实质上影响案件判决的主要条款为除外条款时,香港终审法院才需要提请全国人大常委会释法。香港终审法院指出,主要条款验证标准旨在维护香港的司法自治,确保香港终审法院解释其他条款的能力不受全国人大常委会对除外条款的解释限制。^{〔5〕}全国人大常委会没有直接否定“主要条款验证标准”。但在“吴嘉玲”案做出终审判决后,全国人大常委会指出,该案中有关条款涉及中央管理的事务和中央与香港的关系,香港终审法院未依照《基本法》第158条的规定在判决前提请全国人大常委会释法,而终审法院的解释又不符合立法原意。1999年6月26日,全国人大常委会发布了一份关于《基本法》第22条第4款和第24条第2款第3项的解释(以下简称“1999人大释法案”)。^{〔6〕}

(二)“类别条件”适用中的争议和发展

“1999人大释法案”作出不久,“类别条件”在“刘港榕”案中又引发了争议。案件当事人主张,除非香港终审法院就除外条款提请全国人大常委会释法,其他情况下全国人大常委会无权解释《基本法》。香港终审法院没有支持原告的主张,认为第158条明确了全国人大常委会享有普遍的、不受任何限制的解释权;但同时强调“类别条件”是香港终审法院判断是否提请释法的前置程序。^{〔7〕}“1999人大释法案”的序言明确指出,香港终审法院错误地将《基本法》第24条第2款第3项界定为非除外条款。^{〔8〕}对此,香港终审法院承认其在“吴嘉玲”案中采取的“类别条件”判断标准虽然合法,但存在“合理性”上的缺陷,并谈及在今后的案件中有必要重新审视“类别条件”“有需要条件”和“主要条款验证标准”的合理性。^{〔9〕}

随后,在“庄丰源”案^{〔10〕}和“谈雅然”案^{〔11〕}的判决中,“类别条件”再度引发争议。香港终审法院在判决中清楚说明,即使全国人大常委会解释了《基本法》的某一条款,也并不表明该条款当然属于除外条款。香港出入境处处长的代表律师认为,判断某个条款是否属于除外条款,应当根据该条款的实施是否对中央人民政府管理的事务或中央和特区关系产生实质影响。但在参照第158条第3款的立法背景及立法目的解释该条款后,香港终审法院认为这种以实质影响作为条款分类的验证标准是没有理据的。首先,采用这种分类标准需要对某个条款实施

〔5〕 *Supra* note 3, at 100-106.

〔6〕 全国人民代表大会常务委员会关于《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)项的解释(1999年6月26日第九届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过)。

〔7〕 *Lau Kong Yung and Others v The Director of Immigration* [1999] HKCFA5, at 50-58.

〔8〕 全国人民代表大会常务委员会关于《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)项的解释,参见序言。

〔9〕 *Lau Kong Yung and Others v The Director of Immigration* [1999] HKCFA5, at 64.

〔10〕 *The Director of Immigration v Chong Fung Yuen* [2001] HKCFA 48.

〔11〕 *Tam Nga Yin and Others v The Director of Immigration* [2001] HKCFA 53.

之后所产生的影响进行事实调查,而在判决生效前法院是无法进行事实调查的。其次,这种分类标准意味着《基本法》的大部分条款(即使不是全部条款)都有可能属于除外条款;因为探究到最后,《基本法》条款的实施都可能对中央人民政府管理的事务或中央和特区的关系产生实质影响。这种分类标准无疑会影响到香港特别行政区的高度自治。因此,香港终审法院认为,判断某项条款是否属于除外条款的正确标准是考虑该条款的特性,即该条款是否具有涉及中央人民政府管理的事务和特区关系的特性。^[12]

(三)“有需要”条件适用中的争议和发展

除了“类别条件”“有需要条件”在司法实践中也经常产生争议。香港终审法院在审理“刚果(金)”案时就涉及到“有需要条件”,即什么时候需要解释《基本法》。本案争议的焦点是,刚果是否享有绝对豁免权,进而可以阻止美国 FG 公司追债。如何裁判则取决于:香港法院是在所有案件中都认可绝对豁免权,还是仅在非商业行为上认可主权国家享有绝对豁免权。最终,香港终审法院以 3:2 的投票结果,决定提请全国人大常委会解释本案所涉及的《基本法》第 13 条、第 19 条。多数意见认为,国家豁免权属于《基本法》第 19 条第 3 款规定的“国防、外交等国家行为”;如果“国家行为”或“外交事务”的概念不明确,本案的争议就无法解决;因此,依据第 158 条第 3 款终审法院需要提请全国人大常委会解释第 13 条和第 19 条。^[13] 遗憾的是,多数意见并未借本案进一步细化“有需要条件”。香港终审法院仅做出了比较粗浅的定义,即“有需要条件”包含两个部分:A.需要解释;B.解释对判决产生实质影响。但这一定义并没有增强可操作性。因为终审法院始终未清楚界定 A 部分提及的“需要”,所以操作中依然存在这个问题——在什么情况下才视为“需要”解释?

2013 年香港终审法院在“外佣”案中再次错失发展“有需要条件”相关法理的良机。本案的争议是,外佣是否可以依据《基本法》第 24 条主张在香港享有永久居住权。香港政府认为外佣明显不符合普通法上对“通常居住”的理解,并建议香港终审法院提请全国人大常委会解释第 158 条,即明确“1999 人大释法案”的特别陈述部分对本案是否具有约束力。^[14] 香港终审法院在判决中首先肯定了采用普通法解释第 24 条的观点,认定外佣不享有永居权;^[15]接着指出,既然有争议的条款意思很清楚,也就无需提请全国人大常委会释法。^[16] 但香港终审法院给出的无需提请释法的理由却很难经得起推敲。根据《基本法》第 158 条的规定,一旦全国人大常委会做出了解释,香港法院在引用该条款时就应当以全国人大常委会的解释为准,而不

[12] *The Director of Immigration v Chong Fung Yuen* [2001] HKCFA 48, at 97-100.

[13] *Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC* [2011] HKCFA 42, at 223-373.

[14] *Vallejos Evangeline Banao v Commissioner of Registration and Registration of Persons Tribunal, Domingo Daniel L v Same* [2013] HKCFA 17, at 24-5, 97-9, 110.

[15] *Ibid.*, at 91.

[16] *Supra* note 14, at 91, 96-7, 111.

能随意采用普通法的方式解释该条款。从而逻辑上,香港终审法院采用普通法上的解释方法解释第 24 条之前,首先应该判断全国人大常委会关于《基本法》第 24 条的解释是否约束香港法院。因此,香港终审法院在本案中未提请全国人大常委会释法是存在问题的。

(四)“可争论性”适用中的争议

最后,“吴嘉玲”案中提到的“可争论性”标准在香港终审法院的司法实践中呈现出两个面向。第一,只有当提请释法的主张至少是可争论的,而不是显而易见的歪理,才能提请全国人大常委会释法。在“吴嘉玲”案中,香港终审法院认为,如果该主张是不可争论的,提请释法的问题便告一段落;如果该主张是可争论的,法院就需要进一步考虑是否满足了“类别条件”和“有需要条件”。^[17]可见,香港终审法院这时将“可争论性”与“类别条件”和“有需要条件”并列作为提请释法的判断标准。但在“外佣”案中,“可争论性”被视为考虑是否提请释法的门槛,^[18]而不是与“类别条件”和“有需要条件”并列的判断标准。^[19]第二,条款的含义是否具有可争论性。如果案件所涉及的除外条款意思明确,便无需提请释法,直接适用即可。在“刚果(金)”案中,多数意见和以包致金大法官为代表的少数意见的分歧在于是否提请释法,但他们均赞同只有当除外条款合理地承载两种以上不同含义时,才需要解释该条款;如果该条款的含义很清楚,就无需解释,直接适用即可。^[20]按照这种理解,“可争论性”就是“有需要条件”的一个前置条件。

二、完善提请释法程序的启动要件

香港终审法院发展的提请释法程序的启动要件可以归纳成三个关键词:“类别条件”“有需要条件”和“可争论性”。首先需要厘清的是,是否应该将“可争论性”与“类别条件”和“有需要条件”并列作为提请释法的三个独立判断标准。如果提请释法的主张不具有可争论性,法院就没有司法权限及司法责任提请全国人大常委会释法。但在客观上,“可争论性”暗含于“类别条件”和“有需要条件”的考量之中,而不是独立的分析步骤。例如,在考虑提请释法的主张是否具有可争论性时,法院必然会审查有争议的条款是否属于“除外条款”;如果不属于,该主张自然是“显而易见的歪理”(不符合“可争论性”的要求)。此外,如果当事人主张的含义显然不是条款可能承载的含义,或条款显然不可能承载当事人主张的多种含义,就没有解释的争议发

[17] *Na Ka Ling v Director of Immigration* [1999] HKCFA 72, at 100.

[18] *Vallejos Evangeline Banao v Commissioner of Registration and Registration of Persons Tribunal, Domingo Daniel L v Same* [2013] HKCFA 17, at 104.判决书第 104 段:“法院判断是否根据《基本法》第 158 条提请释法优先要考虑的是‘可争论性’。”

[19] *Ibid*, at 109.判决书第 109 段:“…决定是否提请释法,法院必须确定已经满足‘类别条件’和‘有需要条件’(以及‘可争论性’方面)。”

[20] *Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC* [2011] HKCFA 42, at 84-5, 239-247, 331, 352-355, 361-4, 404.

生,也就不“需要”提请释法。因此,“可争论性”客观上不能作为提请释法的独立判断标准;其用作评估是否满足“类别条件”和“有需要条件”更具合理性。换言之,香港终审法院判断是否提请全国人大常委会释法的要件仅两个:“类别条件”和“有需要条件”。“可争论性”可以作为判断是否符合这两个判断标准的辅助标准。

有学者此前对香港终审法院提出的“类别条件”和“有需要条件”进行了反思。陈弘毅教授主张,香港终审法院应该先适用“有需要条件”后适用“类别条件”进行判断,因为在没有确定哪些条款需要解释之前,就没有适用“类别条件”的对象。^[21]该主张虽然具有一定的说服力,但优先适用“有需要条件”也不能完全解决问题。如“吴嘉玲”案同时涉及多个具有关联性的条款,其中恰好一部分条款属于除外条款(《基本法》第22条),一部分条款不属于(《基本法》第24条)。这种情况下即使首先适用“有需要条件”,也难以进一步适用“类别条件”判断是否应该提请全国人大常委会释法。“有需要条件”内含的判断要素本身具有很强的主观性。从而,如何在多个条款中通过“有需要条件”筛选出供“类别条件”适用的条款必然是一项主观判断。例如在“吴嘉玲”案中,按照香港终审法院发展的“主要条款验证标准”,第24条是需要解释且影响判决的条款;而按照全国人大常委会的理解,第22条才是需要解释且影响判决的条款。不同的理解就导致了提请和不提请两种完全相背的结论。因此,我们需要进一步明确“类别条件”和“有需要条件”的内部构成要素。

(一)“类别条件”的完善

依据香港终审法院发展的法理,“类别条件”是判断是否提请全国人大常委会释法的第一个标准,即考虑相关条款是否具有涉及“中央人民政府管理的事务”或“中央和香港特别行政区关系”的特性。^[22]虽然从字面意思看这两种类别非常明确,但“依条款的特性”判断并不能终止争议。首先,哪些属于“中央人民政府管理的事务”?《中英联合声明》第2条阐明:“香港特别行政区直辖于中华人民共和国中央人民政府。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高度自治权。”有学者因此认为,香港特别行政区的自治范围包括除了外交、国防以外的所有事务。^[23]但也有学者持相反观点,指出《中英联合声明》第2条只说了外交和国防事务由中央政府管理,并不等于中央政府仅限于管理外交和国防事务;并以《基本法》第15条为例——特区政府行政长官及其主要官员均由中央政府任命,这一权力既不属于国防

[21] Albert Chen, “The Court of Final Appeal’s Ruling in the ‘Illegal Migrant’ Children Case: A Critical Commentary on the Application of Article 158 of the Basic Law”, in Johannes Chan, H L Fu and YashGhai (eds), *Hong Kong’s Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000, pp.113—141.

[22] *The Director of Immigration v Chong Fung Yuen* [2001] HKCFA 48, at 97—100.

[23] Y. Ghai, *Hong Kong’s New Constitutional Order*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2nd ed., 1999, p.143.

事务也不属于外交事务。^[24] 此外,当案件涉及《基本法》第三章“居民的基本权利和义务”时,这类条款属于香港自治范围还是中央管理的事务呢?这也是一个具有争议的问题。

其次,尽管《基本法》第二章标题是“中央与香港特别行政区的关系”,但其他章节的条款也可能涉及中央与特别行政区的关系。^[25] 正如吴建璠教授曾经撰文指出的,“基本法调整的社会关系,从大的方面说主要有两种:一种是中央和香港特别行政区的关系;一种是香港特别行政区内部的关系。香港特别行政区内部的关系在很大程度上又受制于中央和香港特别行政区的关系。”^[26] 以此逻辑,所有条款最后都可以归属为“中央与香港特别行政区的关系”。现实中,“中央人民政府管理的事务”和“中央与香港特别行政区的关系”两类条款确实存在不可分割的关联性。所以在谈及“中央与香港特别行政区的关系”时,关于中央和香港政府之间的权力划分、权力行使和权力监督等方面也存在争议。^[27] 中国是单一制国家。中央通过制定《基本法》将权力授予香港特区政府行使。^[28] 因此,中央与香港特别行政区的权力关系是授权与被授权的关系,领导与被领导的关系,监督与被监督的关系。^[29] 然而,简单地依照单一制国家传统的“授权说”区分权力归属,又不可能解决“一国两制”的制度设计。例如,《基本法》没有任何条款授权香港政府管理市民的城市生活,但天气预报、灾害预报、排污系统的管理显然不属于中央管理的事务。

当然,我们不能就此判断“类别条件”完全没有适用空间。首先需要强调,特区的高度自治是基于中央授权的高度自治,不存在所谓的分权和剩余权。^[30] 在判断某条款是否属于除外条款时,“一国两制”和高度自治是总的指导原则。一般来说,对《基本法》明确规定由中央人民

[24] Wu, Jianfan, “Several Issues Concerning the Relationship between the Centre of the People’s Republic of China and the Hong Kong Special Administration Region”, *Journal of Chinese Law*, Vol. 2, No. 1, 1988, pp.67-68.

[25] 参见吴建璠:“‘一国两制’的法律保证——谈中央与香港特别行政区的关系”,《中国法学》1990年第3期,第15-23页。

[26] 同上注,第15-16页。

[27] 参见王振民:“略论中央和特区的法律关系——国家主权和高度自治”,《中国法律》2004年第6期,第20-23页;程洁:“中央管治权与香港特区自治权——以基本法规定的授权关系为框架”,《法学》2007年第8期,第61-68页。

[28] 参见王禹:“港澳基本法中有关授权的概念辨析”,《政治与法律》2012年第9期,第77-78页。

[29] 前委员长吴邦国在纪念香港基本法实施10周年座谈会讲话中也指出:“我国是单一制国家。香港特别行政区的高度自治不是香港固有的,而是由中央授予的。……中央授予香港特别行政区多少权,特别行政区就有多少权。没有明确的,根据基本法第20条的规定,中央还可以授予,不存在所谓的‘剩余权力’问题。”参见吴邦国:“在纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话”,载于全国人大常委会香港基本法为会员办公室编:《纪念香港基本法实施十周年文集》,中国民主法制出版社2007年版,第6页。

[30] 参见王叔文主编:《香港特别行政区基本法导论(第三版)》,中共中央党校出版社,中国民主法治出版社2006年版,第40-41页。

政府管理的事务，^[31]香港法院在司法实践中不难判断。但对有一些事宜，《基本法》并未明确规定权力的归属问题。例如，有一类权力中央和特区都可以行使，但中央具有最后的决定权。^[32]在这种情况下，香港终审法院可以立足于“一国两制”的基本前提，根据辅助性原则判断权力的归属问题。辅助性原则指，权力应该尽量分配给最接近人民、直接为人民服务的基层机构行使。^[33]可见，适用辅助性原则进行判断有助于落实《基本法》体现的香港特别行政区高度自治的立法精神。

保证香港高度自治、港人治港是《基本法》的立法意图。尽管全国人大常委会有权解释《基本法》的所有条款，但香港法院更了解香港本地的情况。在适用《基本法》的过程中，香港法院能够充分听取双方当事人的意见。因此，在《基本法》没有明确规定权力归属时，只要不危及中央政府的主权，香港法院更适合解释有争议的条款。具体来说，适用辅助性原则必须以中央对香港特别行政区完整行使主权为前提，不能危害中央管治权和国家统一。^[34]适用辅助性原则并不等于全国人大常委会完全不行使权力。相反，全国人大常委会应当随时监督香港法院如何行使对《基本法》的解释权。如果全国人大常委会释法能更好地实现《基本法》的立法目的，全国人大常委会就应该在以实现立法目的的必要性程度内介入。^[35]“吴嘉玲”案判决生效后，全国人大常委会重新做出解释就是行使监督权的一个实例。此外，香港终审法院在判断权力归属时，还应当考虑香港特别行政区客观上是否有能力承担相应的责任。若香港特别行政区行使某项权力后，最终还是由国家和中央政府承担，这时根据权责相当原则，就应该认定中央未将该项权力授予香港政府。^[36]

在清楚界定是否属于除外条款后，还需要解决“吴嘉玲”案呈现的难题。当一项非除外条款的含义可能影响一项除外条款的含义时，香港终审法院创设了“主要条款验证标准”判断是否提请释法。香港终审法院认为，由于《基本法》既包含除外条款又包含非除外条款，而法院在解释任何一个条款时都将以其他条款为背景，所以法院在解释一些非除外条款时常常合理地涉及到如何理解一些除外条款的含义。如果每当这种关联存在时香港终审法院都提请全国人大常委会释法，全国人大常委会对除外条款的解释便可能影响非除外条款的含义。从而，香港

[31] 《基本法》第13条第1款、第14条第1款、第15条、第17条第3款、第18条第4款、第73条第9项、第158条第1款、第159条第1款。

[32] 如《基本法》第158条。

[33] See p. Craig and G. de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 4th ed., 2008, pp.100-105.

[34] 参见邓小平：《邓小平论“一国两制”》，三联书店（香港）2004年版，第5页。

[35] See N. Emiliou, “Subsidiarity, An Effective Barrier Against the ‘Enterprises of Ambition’?”, *European Law Review*, Vol.17, No.5, 1992, p.383.

[36] 参见程洁：“中央管治权与香港特区自治权——以基本法规定的授权关系为框架”，《法学》2007年第8期，第65页。

法院解释非除外条款的能力就可能受到全国人大常委会对除外条款的解释之限制。^[37] 虽然主要条款验证标准没有被全国人大常委会所否定,也没有被后来的判例法所推翻,但遭到了学者的质疑。^[38] 因为香港终审法院可能以需要解释的主要条款不是除外条款为由,完全排除全国人大常委会的解释权。

若要公允地评价“主要条款验证标准”,我们还得回到问题中讨论。面对“吴嘉玲”案呈现的难题,除了“主要条款验证标准”,可能还存在以下三种解决方案。第一,只要涉及的条款有一条属于除外条款,终审法院就必须将本案涉及的所有条款全部提请全国人大常委会解释。这种做法的确尊重了中央的主权。但每个案件都可能涉及多个条款,加之判断是否属于除外条款本来存在很大的主观性,这就可能完全排除香港法院对《基本法》的解释权。第二,鉴于中央与香港特别行政区权力界限划分一直存在巨大争议,有学者建议成立一个独立的联合委员会专门讨论和明确哪些条款由全国人大常委会解释,哪些条款由香港法院解释。^[39] 该联合委员会拟承担的任务实际上是重新分配权力。这不仅直接影响中央与香港特区法院的宪制权力,而且实质上行使了修改《基本法》的权力。这种方案虽然可以根除解释权的争议,但其正当性势必受到质疑。另外,如何选拔委员会的成员,使其保持绝对中立,也是操作上的难题。第三,香港终审法院将案件涉及的所有条款进行归类,然后将所有除外条款提请全国人大常委会释法;案件涉及的其他条款则由香港终审法院自行解释。

较之前两种方案,第三种方案兼顾了香港法院的司法自治权和全国人大的主治权。在香港社会,由香港终审法院决定哪些条款属于除外条款也是最权威和最受认可的方式。但这种方案也存在操作上的难题。例如,全国人大常委会可能需要经常解释《基本法》,工作量因此大大增加。不仅如此,全国人大常委会频繁释法,反而可能有损全国人大常委会释法的严肃性。此外,全国人大常委会解释除外条款时,也需要联系上下文进行解释,即需要附带考虑与本案相关的非除外条款。理论上,全国人大常委会对《基本法》所有条款均有权解释,包括香港终审法院未提请其解释的条款。^[40] 然而,如果全国人大常委会附带对非除外条款一并解释,客观上完全排除了香港法院对《基本法》的解释权。显然,这种局面与《基本法》第 158 条第 2 款的

[37] *Na Ka Ling v Director of Immigration* [1999] HKCFA 72, at 101–106.

[38] E.g. A. Chen, “The Court of Final Appeal’s Ruling in the ‘Illegal Migrant’ Children Case” in Johannes Chan, Hualing Fu and YashGhai (eds), *Hong Kong’s Constitutional Debate: Conflicts over Interpretation*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000, pp.127–129.再如,肖蔚云教授认为香港终审法院越权解释。参见肖蔚云:“略论香港终审法院的判词及全国人大常委会的释法”,《浙江社会科学》2000 年第 5 期,第 53–58 页。

[39] See Liu Yiu Chu, “Interpretation and Review of the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region”, *Journal of Chinese Law*, Vol. 2, No. 1, 1988, p.49; Daniel Fung, “The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China: Problems of Interpretation”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 3, 1988, p.701.

[40] 参见《香港基本法》第 158 条第 1 款。

立法原意相左。至此,“类别条件”的适用似乎存在无解的难题。但“类别条件”并不是提请释法的唯一判断标准。其实,只要“有需要条件”适用得当,完全可以取代“主要条款验证标准”,至少可以消弭“主要条款验证标准”对全国人大常委会解释权的潜在危害。

(二)“有需要条件”的完善

清楚界定“有需要条件”是决定是否启动提请释法程序的一个关键。香港终审法院提出“有需要条件”时已经清楚说明,只有当需要解释的条款对判决产生实质影响时才提请全国人大常委会释法。然而,香港终审法院并未明确什么时候构成“需要”解释,而且判断是否“产生实质影响”具有很大的裁量空间。例如“吴嘉玲”案的情况,有争议的条款可能并非判决的直接依据,但该条款的含义可能影响我们理解作为判决直接依据的条款。这类争议条款是否可以确定为“对判决产生实质影响”?《基本法》第158条第3款的立法目的既旨在确保中央对除外条款规定的事宜具有绝对的控制权,又要维护香港的高度自治。因此,法官在适用“有需要条件”时应当采取谨慎的态度,将“产生实质影响”的范围进一步限缩为“影响判决结果”。如果无论怎样解释该条款对判决结果都不产生任何影响,该条款就没有对判决产生实质影响,也就无需提请释法。^[41]以这种方式检验是否满足“有需要条件”,也避免了适用“主要条款验证标准”产生的缺陷。

当除外条款潜在地影响判决结果时,是否提请释法存在以下两种意见。第一种,只要争议条款的含义潜在地影响判决结果,即使法院认为该条款含义清楚,也应当提请全国人大常委会释法,除非提请释法的主张是“显而易见的歪理”。^[42]第二种,相关条款的含义潜在地影响判决结果,并且该条款合理地承载了两种及其以上不同的含义,致使解释争议出现,此时法院才需要提请释法。^[43]香港终审法院在“刚果(金)”案中采纳了后一种意见。^[44]但采用第二种意见很可能危及中央对除外条款的决定权。香港终审法院采用的解释方法与全国人大常委会不同。香港终审法院认为条款的含义清楚时,全国人大常委会可能认为该条款承载了多种不同的含义。既然该条款潜在地影响判决结果,中央政府就应该对这些除外条款享有绝对解释权。这也是《基本法》第158条设置提请释法程序的初衷。因此,第一种意见更加符合第158条的立法目的。但第一种意见也存在无需提请释法的例外情况。《基本法》第158条第3款已经明确规定,如全国人大常委会已经做出解释,香港法院引用该条款时应当以全国人大常委会

[41] 欧盟法上的初步递交程序类似于《基本法》第158条的规定。在判断成员国是否需要提请欧洲法院解释欧盟法时,欧洲法院在判例法中采用了这种判决结果是否受影响的路径。See Case 283/81 *Sri CIL-FIT v Ministry of Health* [1982] ECR 3415, p.3429, at [10].

[42] 即判断提请释法的主张是否具有“可争论性”,在后面将详细论述。

[43] Bengoetxea, MacCormick and Soriano, “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice” in G. de Burca and J. H. H. Weiler, *The European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 52—56.

[44] *Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC* [2011] HKCFA 42, at 310.

的解释为准。所以,如果全国人大常委会已经对有争议的条款做了解释,并且香港终审法院根据现有解释完全有把握解决新的问题,即使该条款潜在地影响判决结果,香港终审法院也无需提请释法。

下面我们可以将这种判断路径适用于“吴嘉玲”案和“外佣”案检验是否易于操作。在“吴嘉玲”案中,如果将第 22 条第 4 款解释为——中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续的规定包含“单程证”制度,^[45]那么“单程证”制度对原告根据《基本法》第 24 条所享有的居港权的限制就是合理的;原告在缺失“单程证”的情况下,就不能主张其居港权。反之,如果第 22 条第 4 款所指的“批准手续”不包含“单程证”制度,那么《入境(修订)(第 3 号)条例》^[46]第 2AA(1)条规定对原告的居港权就构成不符合《基本法》的限制;无论原告以何种方式进入香港,其居港权都应当得以实现。可见,关于《基本法》第 22 条第 4 款的解释就潜在地影响“吴嘉玲”案的判决结果。在“外佣”案中,情况刚好相反。全国人大常委会 1999 年做出的关于居港权解释的拘束范围就不可能以任何方式影响该案的判决结果。如果“1999 人大释法案”的特别陈述^[47]属于《基本法》第 158 条意义上的解释,具有约束力,那么依据该解释外籍劳工不享有居港权。如果特别陈述不具有约束力,那么香港终审法院则可以采用普通法路径解释《基本法》第 24 条第 2 款第 4 项。其结果正如香港终审法院在“外佣”案中所判决的,外籍劳工仍然不享有居港权。

此外,是否需要提请释法还取决于对争议条款的解释是否与案件事实相关。也即是,不能以一个假设的案件或将来可能出现的案件请求全国人大常委会解释《基本法》。^[48] 尽管全国人大常委会可以主动解释《基本法》所有条款,但其不是对一般性问题或假设问题提供咨询意见的机构。如果某一条款的解释与案件事实无关,自然也不可能影响案件的判决,进而也不可能影响中央政府对除外条款规定事宜的控制权。虽然目前还没有出现过根据一个假定的纠纷要求香港终审法院提请释法的案件,但在“有需要条件”中增设这一考量标准是具有实践意义的,例如“庄丰源”案的情况。香港终审法院在该案中否定了“1999 人大释法案”的拘束力,判

[45] 这里所说的“单程通行证”是与“双程通行证”相对而言。“双程证”一般发给因商务、旅游、探亲或其他事务去香港或澳门短暂逗留的内地居民;“单程证”则发给那些去香港或澳门定居的内地居民,在获得该证件后,该居民必须在规定时间内注销其在内地户口并持证前往香港或澳门。(《中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的暂行管理办法》第十二条)。参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社 2004 年版,第 514 页。

[46] 香港临时立法会于 1997 年 7 月 10 日制定,从 1997 年 7 月 1 日起实施。

[47] 这段陈述位于对《基本法》第 24 条第 2 款第 3 项的解释之后,即:“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他各项的立法原意,已体现在 1996 年 8 月 10 日全国人民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。”

[48] 欧盟法院的判例法对成员国法院是否需要提请其解释欧盟法也有相同意见。See e.g. Case C-458/93 *Saddik* [1995] ECR I - 511. Case C-467/04 *Criminal Proceedings against Gasparini and others* [2006] ECR I - 9199.

决“双非儿童”〔49〕依据《基本法》第24条第2款第1项享有居港权。从而,“双非儿童”可以享受香港的社会福利和社会资源。但香港公民对此抱有很大怨言。后来“外佣”案再次涉及“1999人大释法案”的拘束范围。香港政府便隐晦地想借“外佣”案提请全国人大常委会释法,一并解决“双非儿童”的问题。〔50〕这种情况下,香港终审法院就只能考虑相关条款的解释与“外佣”案的法律事实是否相关,而不能应香港政府的请求通过“外佣”案达到解决另外一个案件的目的。

(三)“可争论性”概念的廓清

虽然“可争论性”不是判断是否提请释法的一个独立标准,但明确“可争论性”将有助于终审法院判断是否满足“类别条件”和“有需要条件”。司法实践中,可能出现以下两种情况。第一种情况,有争议的条款属于除外条款,但其含义不可能对判决结果产生任何影响。由于不满足“有需要条件”,所以法院无需进一步考虑该条文的含义,也无需提请释法。第二种情况,有争议的条款属于除外条款,且对判决结果产生影响。此时同时满足了“类别条件”和“有需要条件”。但为了防止滥用释法程序、维护香港司法权之独立及普通法的完整性,香港终审法院需要在初步理解条款的基础上进一步适用“可争论性”判断是否提请释法。如果终审法院根据自己的理解,认为一项条款显然不像提请释法的主张所陈述的那样承载了多重含义,或认为当事人所主张的含义很离谱,那么提请释法的主张就是“显而易见的歪理”。香港终审法院就不应该当事人请求,提请全国人大常委会释法。然而,一旦香港终审法院确认原告的主张具有“可争论性”,即使法院从普通法角度理解认为该条款含义清楚,也不得以此为由拒绝提请全国人大常委会释法。

诚然,无论是判断当事人提请释法的主张是否为“显而易见的歪理”,还是直接判断相关条款的意思是否明确,都是基于香港终审法院对该条款的初步理解。但两种判断本质上是有区别的。法院在判断前者时主要从条款的字面意思进行理解,是做常识性的判断。其目的不是对该条款的含义做出权威定义,所以法院应当采取宽松的态度去判断提请释法主张的合理性。只要按照普通人的理解提请释法的主张存在合理性,就不是“显而易见的歪理”。而判断条款的意思是否明确则需要法院的专业知识,包括运用法律解释的方法明确条款的含义。如果香港终审法院认定条款含义清楚,进而拒绝提请释法,香港终审法院实质上是根据自己的解释,而不是全国人大常委会对除外条款的解释做出裁判。这种情形就可能危及《香港基本法》第158条的立法目的——尊重中央的主权。香港终审法院此时还有越权之嫌。

由于香港法院和全国人大常委会采取两种不同的解释路径,不可否认香港法院对条款的理解确实可能与全国人大常委会的理解大相径庭。在这种情况下,香港终审法院在判断提请

〔49〕 “双非儿童”的父母均不是香港永久居民。

〔50〕 参见袁国强2012年12月13日的讲话——《律政司司长会见传媒谈话全文》, http://www.doj.gov.hk/sc/public/pr/20121213_pr3.html, 最后访问日期:2017年7月6日。

释法的主张是否为“显而易见的歪理”时还可以借助于一些客观方法。尽管《基本法》的英文本和中文本同样适用,但英文本中的用语如果与中文本有出入以中文本为准。^[51] 因此,在认定提请释法的主张是“显而易见的歪理”之前,香港终审法院不仅要阅读争议条款的英文表述,还应当阅读该条款的中文表述;而且应当以中文表述作为判断的最终依据。此外,终审法院在判断一项条款的含义是否清楚时所依据的标准至少应该有一部分是客观的。例如,在一个案件中,香港终审法院的法官们对某个条文的含义持不同的意见。尽管我们不能因此断定该条文意思不明确(有可能少数法官理解有误造成这种局面),但法官之间出现理解分歧至少部分地显现该条文存在解释争议。^[52] 这就说明提请释法的主张存在合理性,进而香港终审法院就应当提请释法。

三、结 论

“类别条件”和“有需要条件”是香港终审法院判断是否提请释法的两个基本标准。在适用“类别条件”时,如果对是否属于中央政府管理的事务产生争议,香港终审法院在确保维护中央政府主权的情况下可以根据辅助性原则加以判断。在适用“有需要条件”时,只有当有争议的除外条款可能影响判决结果时才需要提请释法。“可争论性”是判断是否满足“类别条件”和“有需要条件”的辅助工具。如果一项除外条款可能影响判决结果,一旦终审法院认为提请释法的主张具有“可争论性”,香港终审法院就应当提请全国人大常委会释法。除非全国人大常委会对此有争议的条款之前已经做出了解释,并且香港终审法院根据已有的解释完全有把握解决新的问题,就无需再次提请释法。判断一项主张是否具有可争论性,香港终审法院必须对相关条款进行初步理解。在理解条款时,香港终审法院不仅需要阅读《基本法》的英文本和中文本,而且应当以中文本的理解为最终判断依据。此外,当香港终审法院认为无需提请释法时,其也没有理由在判决书中解释除外条款。

基于某些特殊原因,香港终审法院有可能希望在第158条第3款规定之外的情况下提请全国人大常委会释法。虽然全国人大常委会有权解释所有条款,但香港终审法院在提请释法前也需要慎重考虑以下方面。第一,全国人大常委会解释条款需要花费的时间。全国人大常委会可能需要花费数月才能做出解释。在此期间,香港终审法院就只能中止审理案件,不利于保护那些急需权利得到救济的当事人。第二,是否致使全国人大常委会工作量过大。全国人大常委会是解释中国宪法和所有其他法律的有权机关。香港终审法院在提请释法时应当尽量不增加全国人大常委会的工作负担,否则全国人大常委会可能无法高质量地完成释法工作。

[51] 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》英文本的决定,1990年6月28日第七届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过。

[52] 这里借用了欧盟法上关于条文含义是否清楚的判断标准。See M. Broberg and N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.244-246.

第三,提请全国人大常委会解释的问题必须是非常重要、非常困难的。若不是,香港终审法院更适合依据个案处理,以便节省大量的诉讼时间和诉讼费用。第四,案件双方当事人的意愿。如果双方当事人都非常希望全国人大常委会释法,香港终审法院应该适当考虑当事人的意愿。所谓适当考虑,指综合考虑诉讼时间、诉讼费用以及双方当事人的意愿。

最后,全国人大是起草和制定《基本法》的机构,而全国人大常委会是全国人大的常设机关。尽管香港特别行政区法院的法官同时精通英语和中文,但全国人大常委会更可能把握真实的立法意图。在解释基本法时,全国人大常委会善于使用的法律解释方法可能是香港法院的法官不精通的。因此,在考虑是否提请全国人大常委会释法的问题上,香港终审法院不应该单纯地考虑法律问题,还应该从如何维护“一国”这一更广阔的视角考虑。例如:中国内地的法律与香港特别行政区适用的法律之不同之处;若不提请释法,香港终审法院可能要面临处理自己完全不熟悉、不擅长的领域;如何维护《基本法》解释的统一性;以及全国人大常委会在解释《基本法》时具有的独特优势。如果香港终审法院在上述任何一个方面有迟疑之处,均应当提请全国人大常委会释法。

Abstract: Article 158(3) of Basic Law of Hong Kong stipulates a framework of the preliminary reference procedure. Although Hong Kong's Court of Final Appeal has through four judgments laid down some principles of implementing the reference procedure, the jurisprudence is unclear and pertinent aspects of the procedure remain undefined. According to the purpose of Article 158, improving the initiating factors of making preliminary reference by CFA should be established on two aspects: a. preserving China's control over the excluded matters and maintaining judicial autonomy and the integrity of the common law system in Hong Kong; b. trying to find out how to balance sovereignty and autonomy. Based on these two aspects, this paper will discuss the application of the classification condition and the necessity condition established by CFA, after which it will propose how to improve the implementation of the preliminary reference system.

Key Words: Preliminary Reference; Classification Condition; Necessity Condition; The Arguability Requirement

(责任编辑:章永乐)