

# 文本、结构与立法原意<sup>\*</sup>

## ——“人大释法”的法律技艺

强世功

本文分析了香港回归以来全国人大常委会对香港基本法三次解释中所采用的法律解释方法，包括文本解释、结构解释和立法原意解释等。文章强调“人大释法”在娴熟地采用这些法律解释方法时对法理学说的运用。文章指出，在居港权案中，特区终审法院与人大释法在法律解释方法上的分歧主要在于确定体现立法原意的权威本文的过程中，究竟是采取程序主义的形式审查，还是实质主义的意图推定，这不仅是法律解释方法的不同，而且是法理学说和政治立场的不同。在此基础上，文章批评了立法者不适宜解释法律的流行偏见，呼吁将基本法纳入到国家宪政体制中来理解。

**关键词** 人大释法 香港基本法 文本解释 结构解释 原意解释

作者强世功，1967年生，北京大学法学院副教授（北京 100871）。

### 一、问题的提出

香港回归祖国后，“一国两制”从理论构想变成了活生生的政治现实，这一切都是在香港基本法这个宪法性法律文件基础之上建构起来的。“一国两制”的实施离不开基本法，由此，就产生了一种现象，即无论是涉及中央与香港特区的关系问题还是特区自治范围内的问题，最终都可能演变成基本法问题。其中，围绕基本法解释产生的分歧、对话、协商与斗争，是香港回归以来最为突出的政治议题，也是最重要的法律问题之一。

香港回归以来，全国人大常委会对基本法共进行了三次解释（下文简称“人大释法”），<sup>①</sup>每次释法都会受到部分香港人，尤其一些法律界人士的质疑。这背后的原因十分复杂，最主要的可以归结为两条。一是他们对香港在“一国两制”下实行高度自治做了简单化的理解，认为“高度自治”就是中央只负责驻军和外交，而其他事务都应属特区自治范围内的事务。因此，尽管基本法明确规定了人大解释基本法的权力，但他们不愿承认这种权力，不愿意认同中央的政治权威。二是香港法律界人士普遍接受英国的普通法教育，坚持“立法者是糟糕的法律解释者”的信条，认为法律的解释权应当属于法院，而不能由立法机关行使，因此他们对全国人大常委会解释基本法的规定存在心理上的接受障碍。

\* 本文的写作得益于与张荣顺、黄柳权和冯巍等学者的讨论，在此对他们提出的宝贵建议表示感谢。

① 三次人大释法分别是：1999年6月22日关于居港权的解释、2004年4月6日关于基本法附件的解释和2005年4月27日关于补选行政长官任期的解释。

围绕基本法解释权展开的争议,典型地反映了“一国”之内“两制”之间的不同,尤其是内地的大陆法传统与香港的普通法传统之间的不同。从制度安排的现实看,人大释法已成为香港特区法治的重要组成部分,这是不可改变的法律现实;但从制度运作或权力行使的过程看,如何从法理学上强化人大释法的合理性和正当性,如何完善人大释法的机制以增强释法的稳定性和可预见性,才是具有真正意义的问题。迄今为止,内地官员或两地法律专家对人大释法有两种法理学辩护。第一种可以称为“强硬派的政治辩护”。这种辩护基于国家主权理论,主张人大释法是国家主权的体现,全国人大常委会是最高国家权力机关,人大释法是宪法赋予的权力,否定人大释法就是在挑战中央对香港的主权权威。老一代法学家,如内地的肖蔚云、许崇德、邵天任和吴建璠以及香港的基本法草委邵维庸等,基本上是从这个理论立场进行辩护的。第二种可以称为“温和派的法理辩护”。这种辩护在主权理论的基础上,进一步借助法理学上的法系理论,强调大陆法传统中立法机关释法具有天然的正当性,香港回归之后香港的宪政秩序发生了转化,其普通法格局必须接受大陆法传统,基本法的制定本身就是大陆法传统的体现,由此香港法律界必须接受这种“新宪政秩序”。<sup>①</sup>正如全国人大常委会副秘书长乔晓阳所言:

香港实行普通法,而且是英国式的普通法;内地实行成文法,而且是中国特色社会主义的成文法,两地法律差异如此之大,在共同面对基本法这部既是全国性法律又是香港宪制性法律时,不可避免地会对其中某些条文的含义产生意见分歧……如果我们没有一种新的法治观和新的思维方式,就很难正确看待和处理好两地间的一些法律意见分歧。<sup>②</sup>

大陆年轻一代的法学家,如内地的王振民、饶戈平以及香港法律界的陈弘毅、梁爱诗和谭惠珠等基本上采取这种温和的法理学辩护。

从香港回归以来人大解释基本法的三次情况看,对人大释法的法理学辩护的理论范式经历了从政治辩护向法律辩护的转型。这种转型并不意味着主权理论不重要,而是由于主权理论并不能完全解决问题。法治国家的基本标志就是主权的行使应当受到法律的约束,因此人大释法必须有规可循,有正当的程序等。由于人大释法程序不同于司法解释程序,这自然需要两种法律传统进行对话沟通。这种对话将难以妥协的政治立场问题转化为可以沟通的法律技术问题,从而将需要长期解决的人心回归这个深层的政治认同问题悬置起来,通过法律技术层面的沟通和对话,成功减少政治对抗产生的震荡,并在法律技术的基础上达成新的政治共识。<sup>③</sup>更为重要的是,它将民主与专制、法治与人治之类的等级制政治话语,转化为普通法传统和大陆法传统两种地位平等的不同法律传统,由此在整个话语体系上强化了人大释法的正当性。<sup>④</sup>

然而需要注意的是,这种话语转化在强化人大释法正当性的同时,也在无形中强化了两种法律解释方法的对立,即所谓人大释法基于大陆法传统,强调立法原意的解释方法;而特区法院基于普通法传统,强调字面意思的解释方法。这种简单化的理解实际上掩盖了人大释法和特

① 关于香港新宪政秩序,参见 Yash P. Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 1997.

② 乔晓阳:《就法论法 以法会友》(在与香港法律界人士座谈会上的演讲),《香港文汇报》2005年4月13日,着重标识为引者所加。

③ 正如乔晓阳所言:“两地法律界都需要学会换位思考,学会如何去理解对方的想法,而不是仅从自己一方的传统和习惯去思考问题,这样,才能使各自的想法不断接近,才能逐渐达成共识。”同上。

④ 乔晓阳:“如果说人大释法有政治考虑的话,那么,这个政治就是必须严格依照基本法办事”;“尊重法治,首先要尊重基本法,包括尊重基本法规定的全国人大常委会的解释权。当基本法在实施过程中对有关条文的含义产生不同理解而又没有其他解决途径时,尊重和服从全国人大常委会的最终解释,是尊重和维护法治的应有之义,而决不存在破坏法治的问题。”同上。

区法院释法的实际情况，遮蔽了人大释法中包含的复杂、丰富的法律解释技艺。本文正是要从法律解释的具体方法入手，探讨人大释法所采用的法律解释方法及其潜在的宪政意涵。

## 二、结构索引与原意补充

在三次人大释法中，关于补选行政长官任期的“4·27”释法是最晚的一次，也是最成熟的一次。说它“成熟”，不仅是指技艺更为精巧，而且是因为在整个法律解释过程中，在程序上做了许多完善。比如，前两次释法都是在人大释法之后才公布全国人大常委会对有关解释的说明并与香港各界人士进行座谈，而在这次人大释法之前，全国人大常委会法工委就以发言人发表谈话的方式提前公布了有关法律解释的内容，而且提前就释法涉及的法律问题与香港社会各界人士进行座谈，寻求共识。为此，我们首先从分析这次人大释法的法律技艺开始。

### （一）结构解释与条款索引

2005年3月10日，香港特区行政长官董建华向中央人民政府提出辞呈，12日中央政府批准董建华辞去行政长官职务。就在当天，特区政府政务司司长曾荫权就按照基本法的规定开始署理行政长官。基本法规定“行政长官任期五年”，而董建华的任期从2002年开始，于三年后的2005年辞职。那么，新当选的行政长官的任期究竟是完整一届的五年任期，还是完成两年的剩余任期呢？这就是所谓的“二五之争”。

法律既然用文字来表达，就假定文字能够表达立法者所要表达的内容，尽管是否能够准确表达一直是可争论的。立法者选择什么样的文字，某种程度上取决于立法者希望哪些受众接受法律。拿破仑在制定法国民法典时，确立了明确的原则，即法律应当尽量简单，用浅显易懂的文字来表达，因为他期望这部法典如同圣经一样成为每个老百姓的读物。德国民法典的起草则注重于严谨的结构和严格的专业术语，从某种意义上说，这是给民法学家起草的，这样的法律必须借助专业的法律共同体的解释才能理解，这部法典也因此称为“法学家法”。两部法典的不同表述风格，意味着对这两部法典的解释方法也不同，对法国民法典也许要从大众能够理解的字面表达含义来理解，而对德国民法典就只能从专业术语角度来理解，按照所谓的“解释共同体”的理解来解释。尽管如此，按照人们都能够理解的、法律文字最表面浅显的含义进行解释，实际上对法院构成直接的约束力，减少法官进行法律解释的恣意和任性，因此，字面解释一直是法律解释的首选方法。按照这种解释方法，主张补选行政长官的任期为完整一届的五年任期是有道理的。因为基本法第46条明确规定：“香港特别行政区行政长官任期五年，可连任一次。”“行政长官任期五年”在基本法中用白纸黑字写得清清楚楚，没有什么概念歧义和含糊的地方。这也是部分香港法律界人士理直气壮地反对人大释法的法律依据所在。

但我们必须清楚，法律条款中的文字不同于字典上的文字，它是镶嵌在具体条款和章节中的文字，因此对法律文字所谓字面含义的解释，就必须放在整个法律文本中，这种法律解释的技艺就被称为文本解释（textualism）。<sup>①</sup>从文本解释的角度看，基本法不是各种条款胡乱排列的大杂烩，而是一个包含了内在统一性与完整性的文本。基本法第46条放在第四章第一节中，而没有放在其他章节或序言或附件中，就意味着对这个条款必须与这一节关于“行政长官”的规

<sup>①</sup> 对文本主义法律解释方法的阐述，参见 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton: Princeton University Press, 1997; John F. Manning, Textualism as a Nondelegation Doctrine, *Columbia Law Review*, vol. 97, no. 3 (April 1997), p. 673.

定联系在一起理解。法律文本,尤其法典,都有一个完整的结构。比如实体法有“总则”与“分则”之分,程序法中有关于程序先后顺序的排列等。对于基本法这样的宪制性法律,其结构更是表达了立法者对“一国两制”下国家宪政结构的建构。<sup>①</sup>因此,法律文本解释必然包含了结构解释,即通过基本法的内在结构,来理解某种具体条款在结构中的含义,并通过这样的理解来规定对具体文字的理解。<sup>②</sup>在这个意义上,字面解释往往容易陷入只见树木、不见森林的误区,它虽然是法律解释的首选规则,但也是最简单、朴素和初级的法律技艺。随着社会问题的复杂化,法律解释技艺也有了长足的发展,结构解释就是在法典化的基础上发展起来的法律解释的高级技艺。它不仅需要对法律文本的内在结构了如指掌,而且需要对立法者制定法律的总体精神有全面、准确的把握。如果没有丰富的法律经验,很难掌握结构解释的方法。

基本法第四章第一节“行政长官”包括如下内容:行政长官的性质(第43条);担任行政长官的资格(第44条);行政长官的产生与任期(第45、46条);行政长官的就任(第47条);行政长官的职权及其行使(第48—51条);行政长官的辞职(第52条)和行政长官的补选(第53条)。仔细分析,这七方面的内容是按照两个逻辑来排列的:(1)按照行政长官的产生到行政长官行使职权的内在时间顺序来规定相应的内容;(2)按照行政长官在正常情况和非正常状况两种不同情形来规定相应的内容。行政长官辞职(第52条)和补选(第53条)就是规定非正常状况下行政长官应遵循的规范,从而放在这一节的最后。这种内在结构逻辑意味着第46条规定的仅仅是正常情况下的行政长官任期,而对于非正常情况,也就是补选行政长官的任期,就应当首先考虑第53条关于非正常状况下补选行政长官的规定。

第53条规定“行政长官缺位时,应在六个月内依本法第四十五条的规定产生新的行政长官”,这并没有规定补选行政长官的任期。但这一条如同索引一般告诉我们:如果我们要理解补选产生新的行政长官的任期,就要参考第45条关于如何产生新的行政长官的规定。第45条规定的是行政长官的产生办法,也没有规定补选行政长官的任期。但这一条第3款明确规定:“行政长官产生的具体办法由附件一《香港特别行政区行政长官产生办法》规定。”再根据这个索引,我们来到基本法附件一。附件一也没有规定补选行政长官的任期,但它明确规定:

行政长官由一个具有广泛代表性的选举委员会根据本法选出,由中央人民政府任命。  
(第一条第一款)

行政长官选举委员会每届任期五年。(第二条第二款)

这个规定意味着一个任期五年的行政长官选委会,在正常情况下选举产生预期任期为五年的行政长官,但在任行政长官任职三年辞职后,要在非正常情况下补选产生行政长官。行政长官选委会五年任期的规定就意味着由其补选产生的新的行政长官任期只能是二年剩余任期,而不能是五年完整任期,因为任期五年的行政长官选举委员会,不能够选举连续任期为八年的行政长官。人大法工委在对释法草案所作的“说明”中指出:

设立一个任期为五年的选举委员会,其法定职责和任务就是选举行政长官,其中一个

① 关于宪法文本结构与政治共同体建构之间的关系,参见强世功《基本权利的宪法解释》(《宪法与公民》,“思想与社会”丛书第四辑,上海人民出版社,2004年)。

② 关于结构解释的论述,参见 Charles Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Baton Rouge: Louisiana State University Press 1969; Laurence Tribe and Michael Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1991; Laurence Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, *Harvard Law Review*, vol. 108 no. 6 (April 1995), pp. 1221—1303.

重要目的就是为了便于在五年中行政长官缺位时能够及时选出新的行政长官。同时，选举委员会任期五年，也表明其职责范围是负责选出五年任期的行政长官，而不能产生跨过五年任期的行政长官。这是香港基本法做出的一种独特的制度安排。因此，在行政长官五年任期届满前缺位的情况下，由该选举委员会选出的新的行政长官，只能完成原行政长官未任满的剩余任期，而不能跨过五年任期。<sup>①</sup>

经过漫长而复杂的法律结构上的索引，我们终于找到了补选行政长官任期的规定。但这个规定不是通过文字直接表达出来的，而是隐藏在法律文本的结构中。从第53条到第45条再到附件一，基本法在这些具体条文之间建立起一个具有内在逻辑的完整结构。若不能从整体上理解基本法，若不熟悉基本法结构，这样的结构解释就像武侠小说中飞檐走壁的功夫一样，看起来有点眼花缭乱。然而，这恰恰体现了人大释法中高超的法律技艺，这显然优于只看个别文字而无视基本法的文本和结构的解释方法。

## （二）“金质规则”与原意补充

主张字面意思解释者可能会说，无论这种法律结构的索引技术多么高超，但索引到的每一条款，都没有明确规定补选行政长官的任期是剩余任期，既然没有明确规定，那么就应当按照第46条的规定将补选行政长官的任期解释为完整任期。按照文字解释的立场，这样的解释也是能够成立的。但如此解释就会导致两个自相矛盾的问题：

1. “怎么解释第46条的规定与附件一规定的任期5年的选举委员会补选新的行政长官这一制度性安排的 inconsistency?”<sup>②</sup> 如果按照第46条的字面意思来理解，就意味着一个任期只有五年的行政长官选委会，可以选出连续任期为八年的行政长官，这显然违背了选民在选举行政长官选举委员会时授予的权力，导致基本法第46条与基本法附件一的规定相互矛盾。因此，按照字面意思的解释实际上“违背了现代民主原则，就会出现法律解释学上所说的按字面解释会导致荒谬结果的情况。”<sup>③</sup>

2. 如果按照这种字面解释，则意味着人大常委会关于2007年行政长官和2008年立法会产生办法修改的决定失去了意义。全国人大常委会于2004年4月26日做出决定，规定“2007年香港特别行政区第三任行政长官的选举，不实行由普选产生的办法。”但在此前提下，可以“做出符合循序渐进原则的适当修改”。<sup>④</sup> 而在人大释法时，特区政府政制发展专责小组正在就2007年第三任行政长官的产生办法如何修改进行广泛的公众咨询。如果按照字面意思的解释，那么补选的行政长官的任期就从2005年到2010年，这就意味着2007年不需要按照人大常委会的决定修改行政长官产生办法，也就意味着人大常委会的《决定》和特区政府的咨询工作丧失了意义。这种解释的结果显然与基本法第45条和附件一有关2007年行政长官产生办法可以做出循序渐进修改，最终由普选产生的规定是相矛盾的。

由此可见，单纯的字面解释很容易引起法律条文之间的矛盾，甚至出现荒谬的结论。从法律解释的角度看，无论法律文本的内容本身是否自相矛盾，解释者必须假定法律本文的内容是自洽的，是内在连贯和统一的，不包含任何分歧和矛盾，而且法律解释不能得出荒唐的结论。

① 李飞：《关于“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〉第五十三条第二款的解释（草案）”的说明》，《人民日报》2005年4月28日。

② 乔晓阳：《就法论法 以法会友》。

③ 乔晓阳：《就法论法 以法会友》。

④ “全国人大常委会对香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法的决定”（2004年4月26日），《人民日报》2004年4月27日。

这是法律解释最基本的规则，在普通法中称之为“金质规则”或“金科玉律”（the golden rule）。正是这一规则约束着法律解释者，使得法律解释能够尊重法律，认真地对待法律。结构解释作为法律解释的高级技艺，要求解释者理解基本法整体结构的内在机制，全面地、完整地、准确地把握基本法。

任何解释方法都声称要执行“立法者所希望表达的含义”，字面解释和结构解释也是如此。它们之间的不同在于，字面解释方法认为立法者意图已经清楚体现在法律条款和文字之中，而结构解释方法认为法典的结构也体现了立法者的意图。如果从立法者的意图角度看，能够体现立法者含义的不仅是法律文本，还有起草法律过程中能反映立法者意图的其他文件或资料。这意味着法律解释的关注点从法律文本转移到立法者，从而考察立法者在制定法律的时候是怎么思考的，他们如此制定法律的目的是什么，他们在起草法律的文件中留下了哪些可供参考的资料。这种探寻立法者原意的法律解释方法，就称之为原意解释或原旨解释（originalism）。<sup>①</sup>

尽管流行的看法认为人大释法注重立法原意，但在对补选行政长官任期的人大释法中，原意解释的方法仅仅是补充性的，而不是主导性的。假如没有这些体现立法者原意的权威资料，仅仅依赖上述结构解释的方法，人大释法也是完整的，而且是成立的。但为了进一步强化人大释法的合理性，这次人大释法还利用立法过程中的权威资料对法律文本结构的含义进行佐证和补充。这种原意解释的方法体现在两个方面：

首先是关于基本法第53条的起草过程。基本法第53条的内容在1988年4月公布的“草案征求意见稿”为“行政长官缺位时，应在6个月内产生新的一届行政长官”。而1989年1月公布的“草案”以及1990年4月正式通过的基本法中删去了“一届”二字，并把“新的一届行政长官”改为“新的行政长官”。这个修改过程充分说明补选的行政长官只是“新的一位”，而不是“新的一届”。而在删去“一届”二字的同时，正式通过的基本法还增加了“依本法第45条的规定产生”的内容，因此，“新的一位行政长官”的任期应参照第45条的规定。<sup>②</sup>

其次是基本法起草委员会主任委员姬鹏飞所做的关于基本法草案的说明。这无疑是体现立法原意的权威性资料。姬鹏飞指出：特区行政长官“在1997年至2007年的十年内由有广泛代表性的选举委员会选举产生”，<sup>③</sup>这就表明，在特区成立的头十年内，是按两个五年任期的行政长官来安排的，即每届行政长官的任期五年，两届行政任期不超过2007年。

### 三、法典结构与法理原则的统一

在关于基本法附件一的人大释法中，结构解释依然是人大常委会采用的重要的解释方法。

① 关于原旨解释及其争议，参见 Jack Rakove (ed.), *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston: Northeastern University Press, 1990; 亦参见赵晓力《美国宪法的原旨解释》（《宪法与公民》）；桑斯坦《偏颇的宪法》（宋华琳、毕竟悦译，北京大学出版社，2005年）第四章；惠廷顿《宪法解释：文本含义、原初意图与司法审查》（杜强强等译，中国人民大学出版社，2006年）。

② “基本法是管长远的，将‘新的一届行政长官’改为‘新的行政长官’，能够适应各种不同情况。可见，基本法第53条中的‘新的行政长官’的任期是由选举的方式决定的。在第二任行政长官是由任期5年的选举委员会选举产生这一制度安排下，第二任行政长官缺位后由该选举委员会补选的新的行政长官，其任期应为原行政长官的剩余任期。”“全国人大常委会法工委发言人就香港特别行政区第二任行政长官缺位后补选的行政长官的任期问题发表谈话”，《人民日报》2005年3月13日。

③ 姬鹏飞：《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法（草案）及其有关文件的说明〉》，《中华人民共和国基本法》，外文出版社，1991年。

所不同的是，这次释法关注的不是局部结构或者结构索引，而是突出强调整部基本法的法典结构以及结构背后的法理原则，并通过法理原则来把握立法者的意图或目的。这次人大释法可以看作是在法理原则和宪政结构上完善“一国两制”的一个里程碑。无论在法律解释技艺上，还是在现实的政治意义上，它完全可以与美国建国初年的麦卡洛克案相媲美。<sup>①</sup>

### （一）字面解释与文本解释

这次人大释法要解决的是困扰“一国两制”的核心问题，即特区政府行政长官和立法会如何产生。中央对香港的政策是“一国两制”、“港人治港”，问题的关键在于“怎样的港人”治港。尽管邓小平明确指出“港人治港必须以爱国者为主体”，但“爱国者”本身是一个政治概念，而无法成为一个法律概念。因此，当这项政治原则要转化成法律问题的时候，就变成行政长官和立法会如何产生的问题。这样一个法律技术的转化，也将这个问题转换为：如何确保产生的行政长官和立法会是以爱国者为主体。这是当年起草基本法的过程中争议最大的问题。最终基本法将原则性和灵活性结合起来，做了各方都能接受的妥协：基本法规定行政长官和立法会最终要实现普选产生，至于何时落实普选，则需要根据香港的实际来确定，但基本法以附件方式载明了1997—2007年的行政长官产生办法和1997—2008年的立法会产生办法，至于此后行政长官和立法会的产生办法，基本法的两个附件仅仅规定一个程序：

二〇〇七年以后各任行政长官的产生办法如需修改，须经立法会全体议员三分之二多数通过，行政长官同意，并报全国人民代表大会常务委员会批准。（附件一第七条）

二〇〇七年以后香港特别行政区立法会的产生办法和法案、议案的表决程序，如需对本附件的规定进行修改，须经立法会全体议员三分之二多数通过，行政长官同意，并报全国人民代表大会常务委员会备案。（附件二第三条）

对这两个条款的理解，首先一个分歧就在于：“如需”修改是否“必须修改”？

从字面意思来解释，“如需”就是“假如需要”，那就不是“必须修改”，而是可以进行修改，也可以不进行修改。为了强化这种字面解释的含义，人大释法采用了文本解释的方法，把附件规定的程序与正文中规定行政长官和立法会选举的第45条和第68条联系起来加以理解。这两条分别规定行政长官和立法会产生要“根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则”来决定修改。因此，2007年之后行政长官和立法会的产生办法是否需要修改，就需要评估当时香港社会的实际情况，再做出决定。基本法的立法意图显然是采取面向未来的开放姿态。“如需修改”的含义就不可能是“必须修改”，肯定是“可以修改，也可以不修改”的开放态度。由此产生的一个问题是：谁来决定可以修改或者不可以修改？这是这次人大释法中争议最大的部分，也是“这次释法的要害之处”。<sup>②</sup> 这关系到香港政制发展的主导权究竟在中央，还是在特区。

### （二）宪政结构与法理原则

从上述两个条款的规定看，“如需修改”缺乏一个主语，基本法并没有规定谁来决定是否需要修改。表面上看，这是基本法的一个缺陷，但这恰恰是基本法起草者在政治上高明的地方。如果我们考虑到起草基本法的背景，香港社会各阶层之间、中央与特区之间的协商妥协是至关重要的，而这个缺乏主语的含糊其辞，也是这种妥协的一部分，使得大家把最大的共识写下来，把分歧留给时间来解决，因为时间才是真正的立法者。因此，到了2004年中央政府和香港社会

① 关于马歇尔在麦卡洛克案中的采用的法律解释技术及其阐述政治原则的修辞分析，参见强世功《联邦主权与州主权的迷思》（《超越法学的视界》，北京大学出版社，2006年）。

② 《非万不得已 人大不出手：乔晓阳在国务院新闻办记者会答问》，《大公报》2004年4月7日。

都必须面对当年不好解决的政治分歧，即确定修改行政长官和立法会两个产生办法的决定权在谁手中。这对基本法确立的“一国两制”下的中央与特区的关系是一个考验。

字面上理解，基本法附件的修改程序包含了三个环节，人大常委会是其中最后的程序，属于最后的“批准”和“备案”。由此产生的问题是：人大常委会“批准”和“备案”的权力究竟是实质性权力，还是程序性权力？如果是实质性权力，就意味着人大常委会可不批准、不备案，可行使否决权，这意味着人大常委会在香港政制发展问题上拥有主导权和决定权。这样的话，就出现一个政治上的困局：按照程序，中央必须在特区的立法会和行政长官这两个环节完成之后，才能发挥作用，这在政治上无疑将中央置于不利的地位。假如特区立法会和行政长官通过了某个中央不能接受的修改方案，中央是否要“批准”和“备案”呢？这样的政治困局恰恰是当年基本法起草故意采取的含糊其辞所留下来的。而今天要解决这个困局，就要把程序上置于最后的中央权力提前，从而将程序上被动的中央权力转变成程序上主动的中央权力。而中央在香港政制发展问题上究竟是行使主动的、实质性的决定权，还是被动的、程序性的批准（备案）权，对这个问题的不同理解，决定了对“如需修改”的主语的理解。

对于这个问题，上述两个条款的规定在文字上并没有留下任何的线索，根本无法按照字面解释的方法来理解。因此，必须将这两个条款的内容放在整个基本法结构中来理解。正如乔晓阳所言：要忠实于立法原意，就必须将一部法律的有关各条规定联系起来看，有时甚至要与其他法律的有关规定联系起来看，从整体上把握法律规定的真实原意。<sup>①</sup>

从基本法的结构看，附件一和附件二从属于第45条和第68条，而这两条属于第四章“政治体制”的组成部分。整个香港特区的政治体制内容，又来源于第一章的“总则”和第二章的“中央与香港特别行政区的关系”。而无论特区的政治体制，还是中央与特区的关系，或者“总则”规定的原则，在基本法的结构上都从属于“序言”。基本法“序言”规定，国家根据宪法规定设立特别行政区，并通过制定基本法规定其实行的制度。因此，对基本法的理解又必须放在国家宪法的结构中，将其作为全国人大制定的一个“基本法律”或“宪制性法律”来理解。正是在国家的宪法结构中，我们才能理解基本法附件一和附件二规定的中央权力是实质性权力还是程序性权力，并由此决定了“如需修改”的主语（或决定权）在中央，还是在香港特区。

因此，乔晓阳在解释人大释法的合理性和正当性之前，首先讲的不是基本法附件一和附件二的具体规定，而是开宗明义阐明“基本法的宪制地位”、“特区的权力来源”、“香港的法律地位”、“香港的政治体制”、“基本法的解释权和修改权”这五个“基本概念”。在澄清这些问题之后，最后才阐述基本法附件的问题。<sup>②</sup>这几个概念从宪政的法理原则一直到基本法附件的具体规定，实际上把对基本法附件的解释一层一层地放在基本法乃至整个国家宪政制度的整体结构中来理解。正是从整个国家宪法体系的结构出发，才能引申出三个基本的法理原则：

① 乔晓阳：《从‘一国两制’的高度看待释法的必要性与合法性》（香港各界人士座谈会上的演讲），《大公报》2004年4月9日。“在不同的理解当中有一种意见：行政长官产生办法的修改，是三分之二立法会议员通过，行政长官同意，最后人大常委会批准；而立法会的产生办法的修改完全是特区的事情，三分之二议员通过，行政长官同意就行了，向中央只是备案而已。这样中央在香港政制发展上完全没有决定权。之所以做出这样的理解，一种可能因为港人是受普通法影响，只从字面上或者某一个条文上看，而不是把它与政治体制有关的规定连贯起来看。只要连贯起来看就得出这个结论，在两个产生办法的修改方面，中央是有决定权的。”（《非万不得已 人大不出手：乔晓阳在国务院新闻办记者会问答》）。

② 《非万不得已 人大不出手：乔晓阳在国务院新闻办记者会问答》。

1. 主权原则。香港的主权属于中央，中央对香港的问题拥有主导权和最终的决定权，“香港特别行政区是直辖于中央人民政府的享有高度自治权的地方行政区域。香港特别行政区的高度自治权来源于中央的授权。”<sup>①</sup> 即使在英国占领香港期间，中央政府也从来没放弃对香港主权的拥有，中央政府从来不承认香港属于英国的殖民地。<sup>②</sup> 中英两国关于香港回归协议的文件之所以称为《中英联合声明》，就是因为中国关于香港的主权问题不需要与英国人签订任何协议，而只需要发表“声明”，只不过考虑到历史原因，将单方面的声明变成双方的“联合声明”而已。而且《联合声明》在主权问题上也采取各自表述的方式，中方声明“对香港恢复行使主权”，而英方声明“将香港交还中华人民共和国”，而不提“主权”二字。一旦理解了香港主权的法理原则，那么就自然产生第二个原则。

2. 中央决定地方政治体制的单一制原则。中国是一个单一制国家，而不是联邦制国家。这两种国家结构形态的区别在于主权的起源不同，联邦制国家是各州（国）首先拥有自己的主权，并通过宪法将自己的部分主权明确授予联邦，但没有授权的部分，也就是所谓的“剩余权力”依然属于各州。而单一制国家的主权源于中央政府，地方政府的权力，即使自治或者高度自治的权力，都源于中央政府授权。中国宪法中明确地规定了国家结构的单一制原则，基本法“总则”的第1条和第2条分别明确规定：“香港特别行政区是中华人民共和国不可分割的部分。”“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照基本法的规定实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”而第二章的第20条进一步规定，“香港特别行政区可享有全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会及中央人民政府授予的其他权力。”这都表明了单一制国家的特征。由此，“高度自治既不是完全自治，也不是最大限度的自治，而是基本法授权范围内的自治，不能离开基本法授权去讲高度自治。”<sup>③</sup> 在单一制的国家结构基础上，没有明确授予香港特别行政区行使的“剩余权力”就属于中央政府，而不是香港特区。既然基本法附件一和附件二对“如需修改”的决定权没有明确授予香港特区，那必然保留在中央。中央对香港的政制发展，也就是行政长官和立法会两个产生办法的修改，拥有实质性的主导权和决定权，而不是程序性的权力。

3. 法治原则。中央与特区的关系是通过基本法规定下来的，如果发生分歧，也应当通过基本法规定的途径，在法治的渠道上解决。基本法明确规定，全国人大常委会拥有对基本法的最终解释权。中央和香港特区都必须遵守这种权力。这意味着对基本法附件的人大释法具有最高的权威，香港法律界若坚持法治，就必须遵守基本法赋予人大释法权，必须尊重中央对香港政制发展的主导权和决定权。

正是在上述法理原则的基础上，人大释法明确了中央对香港政制发展拥有主导权和决定权。所谓“主导权”就是“如需修改”的主语是全国人大常委会，即由中央决定特区行政长官和立法会的产生办法是否需要修改；所谓“决定权”就是全国人大常委会对行政长官和立法会产生办法的“修改”或“备案”的权力是实质性权力，而不是程序性权力。当然，在“一国两制”

① 李飞：《关于“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〉附件一第七条和附件二第三条的解释（草案）”的说明》，《法制日报》2004年4月7日。

② 1972年中国常驻联合国代表黄华致信联合国“非殖民地化特别委员会”主席，正式声明：“香港和澳门是被英国和葡萄牙当局占领的中国领土的一部分，解决香港、澳门问题完全是属于中国主权范围内的问题，根本不属于通常的所谓‘殖民地’范畴。”参见《我国代表团出席联合国有关会议文件集》（人民出版社，1972年）第18页。

③ 《非万不得已 人大不出手：乔晓阳在国务院新闻办记者会答问》。

前提下,作为对特区政府的尊重,人大释法将中央权力的启动权置于特区政府的手中,即对于是否需要修改的问题,由特区行政长官向全国人大常委会提出报告,由人大常委会做出决定,而不是由全国人大常委会自行做出决定。这个程序上的细节显示了中央对特区的尊重,虽然中央对香港政治发展有决定权,但在涉及中央与特区关系的事务上,中央力图在制度上建立特区与中央之间的互动机制。需要注意的是,人大释法虽然明确了人大常委会对香港政制发展的决定权,但人大释法对这种权力进行了约束,即这种决定权不是恣意的权力,而必须是依照基本法第45条和第68条的规定:“根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则确定。”<sup>①</sup>之所以做出这种限制,意味着人大常委会绝不能恣意决定行政长官和立法会是否由普选产生,而要“维护香港社会各阶层、各界别、各方面的利益,逐步发展适合香港实际情况的民主制度,保障香港的长期繁荣稳定”,“这是中央对香港特别行政区政制发展所必需承担的责任。”<sup>②</sup>

#### 四、结构关联与立法原意的建构

在三次人大释法中,争议最大、讨论最持久的是关于居港权问题的解释。如果说上述两次人大释法都是对基本法有关规定的唯一最终解释,那么这次释法的背景在于特区终审法院已经在吴嘉玲案件中就居港权问题做出了解释。<sup>③</sup>这意味着我们可以系统地比较一下特区终审法院释法与人大释法所采用的法律解释方法的不同。更为重要的是,这次人大释法提出香港终审法院是否应当就居港权问题提起人大释法的问题,这就涉及基本法第158条设立的释法机制。

##### (一) 脆弱的释法机制

在吴嘉玲案中,首要问题在于终审法院是否应当就有关条款的解释提起人大释法。基本法第158条设立了三种法律解释机制:第1款规定人大常委会对整部基本法都拥有解释权;第2款是人大常委会授权特区法院自行解释属于自治范围之内的条款。比较复杂的是第3款:

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,在对该案件做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做出解释。

相对于第2款的自治“范围之内条款”,第3款处理的是自治“范围之外条款”。对于这些条款是否提请人大释法,终审法院在吴嘉玲案中认为必须满足两个条件:一是“类别条件”,即这些条款的内容应当属于中央管理的事务或中央与特区关系条款;二是“有需要条件”,即在终审

① 《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〉附件一第七条和附件二第三条的解释》,《法制日报》2004年4月7日。

② 李飞:《关于“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〉附件一第七条和附件二第三条的解释(草案)”的说明》。

③ 吴嘉玲和吴丹丹两姊妹,是内地出生的中国公民,出生时其父亲已是香港永久性居民,他们于1997年7月1日没有通过入境管制站而偷渡进入香港。此后她们向入境处报到,声称根据基本法享有居留权。入境处以不符合入境条例的规定而将她们拘捕,其后批准领取担保书外出。姊妹俩于1998年向法院提起诉讼。1999年1月29日,特区终审法院裁定入境条例的有关内容与基本法关于香港永久性居民的有关规定相抵触而无效。其后,特区政府就基本法中关于香港居民权的规定提请人大释法,1999年6月26日人大释法否定了特区终审法院对基本法的解释,但指出解释的效力不溯及已经判决的案件。参见黄江天《香港基本法的法律解释研究》(香港三联书店,2004年)。

法院认为有需要的情况下才提请人大释法。<sup>①</sup>从字面意思理解，第158条第3款的主语是“香港特别行政区法院”，因此，案件究竟是否满足“类别条件”和“有需要条件”，决定权在终审法院，而不在人大常委会。正如终审法院在判决中指出的那样：

我等认为在审理案件时，唯独终审法院才可决定某条款是否已符合上述两项条件；也只有终审法院，而非全国人民代表大会，才可决定该条款是否已符合“类别条件”，即是否属于“范围之外的条款”。<sup>②</sup>

如果终审法院认为案件不能同时满足这两个条件，那么就不需要提请人大释法。这意味着如果人大常委会与终审法院之间就基本法的解释问题缺乏相互的信任，那么基本法第158条设计的提请人大释法机制完全可能由于终审法院消极抵制而空洞化，因为终审法院很容易认为案件不符合“有需要条件”。吴嘉玲案就体现了这个条款设计的释法机制的脆弱之处。还有一点需要指出的是，在吴嘉玲案中，终审法院自行对第158条做出上述解释，而第158条无论按照什么标准，都是属于中央与特区关系的条款，即使按照终审法院的解释，也属于终审法院需要提交人大常委会解释的条款，但终审法院并没有提请解释。在终审法院拒绝提请人大释法之后，人大常委会被迫启用基本法第158条第1款设立的解释机制，由人大常委会自行解释基本法。这对此后人大释法和特区法院的释法模式产生深远的影响。

## （二）“范围之内条款”与“范围之外条款”的关联

吴嘉玲案涉及基本法第22条第4款和第24条第2款第（三）项的关系。前者属基本法第二章规定的“中央与特区关系条款”（“范围之外条款”），具体为：“中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续，其中进入香港特别行政区定居的人数由中央人民政府主管部门征求香港特别行政区政府的意见后确定。”后者属基本法第三章规定的“居民的基本权利与义务”（“范围之内条款”），具体为：“香港特别行政区永久性居民为：（一）在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民；（二）在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续七年以上的中国公民；（三）第（一）、（二）两项所列居民在香港以外出生的中国籍子女。”

在这两个条款中，“中国其他地区的人”与“在香港以外出生的中国籍子女”是相互关联的，核心在于：第24条第2款第（三）项所说的香港永久性居民在“在香港以外出生的中国籍子女”与第22条第4款所说的“中国其他地区的人”是否重叠。如果相互重叠，则“范围之内条款”必然涉及“范围之外条款”的内容，如果互不重叠，则二者没有关系。特区政府入境处代理人马道立大律师认为，这两个条款之间存在着规范关系：

当法院在解释X条款时（以本案来说，即《基本法》第24条），而该条款属关于特区自治范围内的条款，因而并非“范围之外的条款”，但法院发觉属关于范围之外的Y条款（以本案来说，即第22（4）条）是否与解释X条款有关是一个可争论的问题，则在这情况下，法院应根据第158条，将这条款提交“人大常委会”。<sup>③</sup>

按照这种“关系论”，特区终审法院审理“范围之内条款”，如果在规范上涉及“范围之外条款”，应提请人大释法。而被上诉人代理人张建利大律师认为，“法院审理案件时最主要需要解释的是哪条条款？如果答案是一条‘范围之外的条款’，本法院必须将之提交‘人大常委会’。如果最主要需要解释的并非‘范围之外的条款’，便不须提交。在这情况下，即使一条‘范围之

① “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本），FACV 14/1998。

② “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本）。

③ “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本）。

外的条款’可以争辩地说成与‘非范围之外的条款’的解释有关，甚至规限了‘非范围之外的条款’时，法院仍毋须将问题提交‘人大常委会’。”<sup>①</sup>

终审法院采纳了张建利大律师的观点。为此，特区终审法院交替使用了文本解释、结构解释和目的解释等方法，尤其强调要避免生搬硬套地使用文字解释，而要根据立法目的和整个法律结构来确定文字的含义：

解释《基本法》这样的宪法时，法院均会采用考虑立法目的这种取向，而这方法亦已被广泛接纳。法院之所以有必要以这种取向来解释宪法，是因为宪法只陈述一般原则及表明目的，而不会流于讲究细节和界定词义，故必然有不详尽及含糊不清之处。在解决这些疑难时，法院必须根据宪法本身及宪法以外的其他有关资料确定宪法所宣示的原则及目的，并把这些原则和目的加以贯彻落实。因此，在确定文件的真正含义时，法院必须考虑文件的目的和有关条款，同时也须按文件的背景来考虑文本的字句，而文件的背景对解释宪法性文件尤为重要……在确定《基本法》某项条款的目的时，法院可考虑该条款的性质，或《基本法》的其他条款，或参照包括《联合声明》在内的其他有关外来数据。有关文本所使用的字句，法院必须避免采用只从字面上的意义，或从技术层面，或狭义的角度，或以生搬硬套的处理方法诠释文意。法院必须考虑文本的背景。《基本法》某项条款的文意可从《基本法》本身及包括《联合声明》在内的其他有关外来数据中找到。法院也可藉用语传统及文字惯用法去了解所用的文字的意思。<sup>②</sup>

根据这个法律解释原则，终审法院认为根据宪法、基本法和《联合声明》确立的宪制架构，基本法第158条的“立法目的”是赋予香港法院独立的终审权，从而体现香港的“高度自治”。由此，它赋予了香港法院对于“自治范围内”的条款“自行解释”的权力，即无须提请人大释法，对于涉及“范围之外”的条款，法院在评估认为不满足“有需要条件”时，也无须提起释法。在本案中，终审法院认为主要解释的是第24条，因此就不需要提请人大释法，否则“这样的提交，会收回了本法院对解释《基本法》中关于属特区自治范围内的条款的司法管辖权。我等认为这样做会严重削弱特区的自治，而且是不对的。”<sup>③</sup>

在这种法理背景下，终审法院进一步阐述了一个重要观点：基本法第22条第4款与第24条第2款第（三）项并不重叠；也就是说，终审法院审理本案只需要解释“范围之内条款”，而无须解释涉及中央管理的事务或中央与特区关系的条款：

我等考虑到第24条与第22（4）条的用词时，认为第22（4）条内所指的“中国其他地区的人”包括进入特区定居的人，但不包括《基本法》已赋予其在特区拥有居留权的特区永久性居民。按对言词的一般理解，根据《基本法》而拥有永久性居民身分的人士不能称之为“中国其他地区的人”。他们是中国这地区（香港）的永久性居民。将他们形容为是为了定居而进入特区的人也是不正确的。他们进入特区并非为了定居。他们本身为永久性居民，拥有进入特区及在特区随意逗留的权利。

我等认为，按照第22（4）条的正确解释，即使全面履行该条款时亦不会侵犯第24条所列的居留权。第22（4）条并不适用于特区的永久性居民，只适用于内地绝大部分没有特区居留权的人士，尽管他们居住的地方与特区同属一国，他们也不能未经批准便进入特区。

① “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本），着重标识为原文所有。

② “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本）。

③ “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本）。

“批准”应该是指内地机关的批准，这个假设是正确的。再者，这条例规定进入特区分居的人数，由中央人民政府主管部门征求特区政府的意见后确定。<sup>①</sup>

终审法院在做出这个解释时，实际上对第22条第4款中“中国其他地区的人”做了字面意思的狭义解释，即这些人不包括香港永久性居民。这意味着中央政府只能管理中国内地的其他居民进入香港定居的问题，而不能管理属于中国籍又属于香港永久性居民的人进入香港定居的问题。为了进一步说明这个问题，终审法院采用文本解释和目的解释的方法，认为“《基本法》设立特区的目的，就是在‘一国两制’的原则下实行高度自治。批准在**国内的非特区永久性居民**的人士进入特区，及决定进入特区定居者的人数都是内地机关的责任。特区政府在不同的制度下行使高度自治，并有责任去接收根据宪法拥有居留权的永久性居民。我等认为，第22（4）条并没有容许特区的自治权受到削弱。”<sup>②</sup>

终审法院的整个法律推理一方面按照目的解释的方法强调基本法的目的在于确保香港高度自治和终审法院自行解释基本法的权力；另一方面按照字面解释的方法，将第22条第4款中所说的“中国其他地区的人”解释为“在**国内的非特区永久性居民**的人士”，从而主张本案不涉及“范围之外条款”，更无须提请人大释法。然而悖谬的是，终审法院得出这一结论的前提恰恰是对第22条第4款这个“范围之外条款”自行做出了解释。按照终审法院的这个法律解释逻辑，任何案件涉及“范围之外条款”都可以被终审法院解释之后，认为案件与该条款无关，而无须要向人大常委会提请释法。这无疑将整部基本法的解释权置于特区法院之手。因此，人大常委会被迫根据基本法第158条第1款的规定，自行解释基本法。

### （三）立法原意：法律程序主义的审查

1999年6月22日的人大释法首先修正终审法院对基本法第22条第4款的解释，认为终审法院的解释“不符合立法原意”。为此，人大释法将“中国其他地区的人”解释为“各省、自治区、直辖市的人，包括香港永久性居民在内地所生的中国籍子女”，<sup>③</sup>这显然包括了第24条第2款所规定的香港永久性居民。

然而，这次人大释法不仅对属于中央与特区关系条款的第22条第4款进行了解释，而且对属于自治范围内条款的第24条第2款第（三）项作了解释，认为其中“关于第（一）、（二）两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女”的规定，是指无论本人是在香港特别行政区成立以前或以后出生，在其出生时，其父母双方或一方须属于香港永久性居民。这个解释直接限制了香港永久性居民数量，在源头上堵住内地居民涌入香港定居的问题。

人大释法能不能解释特区自治范围内的条款是有争议的。无论从宪法还是基本法的规定看，全国人大常委会对整部基本法都拥有解释权。尽管如此，人大释法依然强调这个自治范围内的条款与自治范围外的第22条第4款“密不可分”，显然希望通过对“范围之外条款”的解释来过渡到对“范围之内条款”的解释，避免对自治范围内的条款进行直接解释，这其实是人大释法自我约束和自我节制的体现。但无论对第22条第4款的解释，还是对第24条第2款的解释，人大释法唯一借助的法律解释方法就是原意解释，即直接进入对立法原意的探讨。

原意解释的关键在于立法者的原意通过什么途径转达出来，或者说什么东西才能被合理地推定为立法原意的表达。通常归结为立法者在起草法律过程中通过合法程序保留下来的、具有

① “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本）。

② “吴嘉玲及其他人诉入境事务处处长”（中文本），着重标识为引者所加。

③ 《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〉第二十二條第四款和二十四條第二款第（三）項的解釋》，《人民日報》1999年6月27日。

证明力的权威文本，比如法律起草过程中的记录文本和相关的法律文本等，立法者在起草法律过程中发表的言论等。这实际上意味着对体现立法原意的权威文件进行法律程序的审查。正如一个文件是否属于遗嘱，一纸合约能否成为有效的合同，一段口供能否作为有效证据，必须要经过相应的法律程序的检验和审查。同样，证明立法者原意的文件、资料和数据也必须要经过类似的法律程序的证明。

这种对立法者原意的确定过程实际上是一种公开展示的证明过程或合理性审查过程，它假定立法者的思想必须以一种物理科学般的客观性展现出来，全部的审查或证明过程就在于对这种客观性加以检验。为此，整个证明过程必须符合类似科学受控实验般的精确性和可重复性，法律程序的要求就是保证这种精确性和可重复性。这种探寻立法者原意的过程实际上是一种**法律程序主义的立法原意论**，它要求体现立法者旨意或意图的资料必须经过严格的、形式主义的法律程序的审查或者证明，否则即使它**确实是立法原意**，哪怕有上帝作证，也不能作为法院采纳的依据。这种严格法律程序主义的立法原意论并不关心某些内容是否在实质意义上属于立法者原意的体现，而只关心这种体现原意的方式能否通过法律程序的严格审查。

然而，人大释法在阐述第22条第4款的立法原意时强调，这“是基于内地与香港之间长期以来实行的出入境管理制度……《基本法》第二十二条第四款的立法原意，正是肯定内地与香港之间长期以来实行的出入境管理制度……这一立法原意，完全是为了保证内地居民有序赴港，是符合香港的整体利益的。”<sup>①</sup>这种对立法原意的阐明在实质上意义可能是对的，但从法律程序的审查看，这个立法原意通过哪个权威文件体现出来呢？因为特区成立之前的做法是由于基本法还没有生效，能否在基本法生效后继续有效当然要受到基本法的审查。在吴嘉玲案中，入境处的代理人能够提供的权威资料就是《中英联合声明》附件一第十四部分，其中规定“对中国其他地区的人”进入特区按照“现在实行的办法管理”。但从字面意思看，这也不能证明其中“中国其他地区的人”就包括香港永久性居民。在法律上，我们必须意识到，许多内地中国公民在1997年7月1日之前不是香港永久性居民，但是在这一天之后已经变成了香港永久性居民，他们是不是要受到此前入境管理规定的约束，需要在法律上或法理上重新加以确定。

而对第24条第2款第（三）项的解释，人大释法中提供了试图证明立法原意的权威性文件。这就是1996年8月10日全国人大香港特区筹委会通过的关于实施基本法第24条第2款的“意见”。其中规定“在香港以外出生的中国籍子女，在本人出生时，其父母双方或一方须是根据基本法第24条第2款第一项或第二项已经取得香港永久性居民身份的人。”这个“意见”被纳入到1997年3月10日筹委会主任委员钱其琛在第八届全国人大第五次会议上所作的关于筹委会的“工作报告”中。第八届全国人大第五次会议于1997年3月14日通过了《关于全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会工作报告的决议》，批准了钱其琛的报告。香港回归以后，临时立法会的入境条例就是参照筹委会的这个“意见”制定的。但是，这些文件能否通过程序性审查来证明它是体现立法原意的权威资料呢？

如果我们从严格的法律形式主义的程序审查看，这个“意见”能否成为体现基本法立法原意的权威资料，至少需要考虑四个问题：（1）“筹委会”的性质是筹建第一届特区政府而成立的“工作机构”，而不是“代议机构”，即使它制定一些规范，也是着眼于香港回归和第一届政府的成立，而不是着眼于完善基本法。（2）尽管“筹委会”中的许多成员曾是基本法草委，但“筹

① 乔晓阳：《对“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（草案）”的说明》，《人民日报》1999年6月27日。

委会”在法律性质上不同于“草委会”，况且这些基本法草委参加筹委会时，基本法起草已告结束，“基本法草委”已成为历史，他们只能被称为“基本法前草委”，他们现在的看法不能当然地看作是立法者意图的体现。(3)更重要的是，无论是中英联合联络小组的“协议”还是筹委会的“意见”，或者全国人大批准的“报告”，都是在基本法制定之后才提出来的，而不是在基本法起草过程中保留下来的。因此，从法理上推定，这些文件只能证明基本法制定之后人们对基本法的理解，而不能证明这就是基本法的立法原意。(4)如果我们把香港基本法的规定和1993年通过的澳门基本法的规定做一个比较，就会发现澳门基本法关于澳门永久性居民的规定与香港基本法不同。而两种法律文本的差异，恰恰反映了立法者的立法意图是不同的，否则澳门基本法又为何与香港基本法的规定不同呢？

在庄丰源案中，特区终审法院正是从这个角度对人大释法所提出来的体现立法原意资料进行了审查。在终审法院看来，这些有助于了解立法的背景和目的的资料称之为“外来资料”，就基本法而言：

这些可供考虑的外来数据包括《联合声明》，以及于1990年4月4日通过《基本法》之前不久，即于1990年3月28日提交全国人大审议的《关于基本法（草稿）的解释》。审议上述解释时以及签署《联合声明》时，本地法例的状况很多时也会用作解释《基本法》的辅助数据。虽然《基本法》于1997年7月1日才实施，但由于《基本法》的背景及目的是在1990年制定《基本法》时确立，故一般来说，与解释《基本法》相关的外来数据是制定前数据，即制定《基本法》之前或同时期存在的资料。<sup>①</sup>

正因为筹委会的“意见”是在基本法颁布之后提出来的，即使这个“意见”被最高国家权力机关所确认，也不能证明它是立法原意的体现，因为它不能通过原意解释所要求的对体现立法原意资料进行程序性的合理性审查。人大释法必须寻找新的正当性基础。

#### (四) 推定的立法意图：法律的政治理解

正是坚持上述法律程序主义的立法原意论，终审法院在庄丰源案中否定了把筹委会的《意见》作为体现基本法立法原意的权威资料。但这并不意味着关于居港权的人大释法是恣意的、缺乏法律根据的，也不意味着人大释法毫无法理根据。我们必须认识到，终审法院所坚持的程序主义的立法原旨论仅仅是一种法律理论，而不是唯一的法律理论。

就法律解释方法而言，探明立法者原意的途径除了上述严格的、法律论的程序证明方式，还有一种相对宽松的、目的论的实质证明方式。因为并非所有的法律都有所谓的“外在资料”保留下来，但这并不意味着制定法律过程中立法者没有自己本来的理解或意图，而只是说这些理解或意图无法通过可见的、能够经过法律程序的合理性检验的方式展现出来而已。问题在于除了这种可证明的法律程序的合理性检验，我们能否通过其他的途径来确定立法者的原意呢？这涉及法理学上的一些根本问题。

在这里，正是对探寻立法原意的形式主义途径的怀疑，使得法律解释中对立法原意的探讨进入另一条不同的路径，即在缺乏相应的客观主义的“外部资料”时，必须根据立法的主导思想和原则推定立法者的原意。法律解释者必须设身处地地推想，立法者如此规定的目的和意图是什么，或者说立法者在制定法律时，准备如何回应历史发展所带来的这种新的变化。进一步讲，假如当年的立法者面对今天出现的新情况，他们会怎么想这些新问题，他们会如何把自己的立法意图展现出来，他们会如何解释他们自己制定出来的法律？这样的法律解释方法实际上

<sup>①</sup> “入境事务处处长诉庄丰源”（中文本），FACV00026Y/2000。

将法律解释者虚拟为立法者，并根据整个法律所体现出来的完整法律意图和法律精神来推定在当前新情况下，立法者如何来解决眼前的问题。这种法律解释方法就是所谓“推定的意图理论”，这是一种**目的实质主义的立法意图论**，它采用宽松的、目的论的实质证明方式来探索立法意图，与严格的、法律论的程序证明方式相对照。在这种法律解释方法中，关键的要素在于确定立法的政治意图，只有立法的政治意图才能为整部法律提供统一的、完全的立法意图。

从这个角度看，中英协议、筹委会的“意见”、全国人大的“决定”以及澳门基本法的规定，虽然在形式主义的程序意义上不能成为证明立法原意的有效资料，但在实质意义上完全可以推定为立法者的本来意图，它无疑表达了制定基本法的意图和宗旨，即为了保障香港社会的稳定，对香港永久性居民做出严格限定，并对其进入香港定居进行有效管理，使其能够有序进入，被香港社会逐步容纳。这种对立法意图的实质主义建构的法理基础在于把基本法理解为宪制性法律，理解为一种政治理念的法律表达，其背后的政治理念就是中央对香港一贯的方针政策，即保持香港的长期繁荣稳定，这个政治理念贯穿在整个“一国两制”的实现过程中。

问题在于这个立法意图并没有准确地写在基本法之中，以至于基本法第24条第2款的规定在语言解释中存在如此巨大的漏洞。这只能说是立法者当时的疏忽，没有对相关语言进行细致的推敲，而后来的中英“协议”、筹委会的“意见”以及澳门基本法的规定其实是对基本法文字未能完整表达立法者意图的补救措施。尽管这种补救措施征求了香港社会各界的意见，并得到相应的政治支持，但人大常委会似乎没有意识到，这种符合政治理念且获得政治支持的补救措施本身无法通过原意解释所要求的严格的法律程序审查。只能说，作为法律的制定机关和解释机关，全国人大及其常委会当年在对待基本法及其解释的问题上，经验不足，对法律程序的重视不够。但必须承认，立法者不是神仙，不可能对立法意图做出没有任何漏洞的规定，否则就不需要法律解释者，而只要有法律执行者就够了。问题在于，如果发现这种漏洞，法律解释者如何弥补。事实上，人大释法应当采取实质主义的立法意图论，把筹委会的“意见”推定为立法者的意图或原意，用立法者的真实意图来弥补法律文字上的漏洞。在这个意义上，人大释法的重点也许不应当强调全国人大批准有关“决议”的权威性，而在于阐述为什么筹委会的“意见”与基本法的立法意图相一致。

可见，关于居港权的人大释法绝不是毫无法理依据的恣意解释，也不是对国家最高权力毫无节制的滥用，更不是对香港法治的“破坏”。诚如时任特区政府律政司长梁爱诗所说，部分香港法律人认为人大释法意味着香港的“法治死亡”，实际上是“自毁长城”，香港法律界人士应当以开放的心态学习内地的释法。<sup>①</sup>在我看来，学习内地释法并不是理解大陆法的立法者释法传统，而是对法律解释的方法论和法理学持一种开放的态度，不能采取主观主义和教条主义的立场，认为终审法院坚持的法律解释的法理学就是唯一的法律真理。可见，特区终审法院和香港部分法律界人士对基本法的解释与人大释法的一个重要分歧，是原意解释方法与推定的意图解释方法的分歧；是采用形式主义的立场来探寻立法本意与采用实质主义的立场来探寻立法本意的分歧；是法律形式主义的立法原意论与法律实质主义的立法意图论之间的分歧。在这种分歧的背后，是采取原则导向（保护公民权利）与采取政策导向（香港繁荣稳定）之间的分歧，是本质主义的法理学与非本质主义法理学、法律人的法理学与立法者的法理学的根本分歧。<sup>②</sup>

① 梁爱诗：《港人勿“夜郎自大”要好好熟习内地的一套》，《明报》1999年6月24日。

② 关于法律解释中的本质主义与非本质主义的分歧，参见苏力《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》（《中国社会科学》1997年第4期）；关于法律人的法理学与立法者的法理学的区别，参见强世功《迈向立法者的法理学》（《中国社会科学》2005年第1期）。

## 五、结 论

从三次人大释法的总体情况看，香港法律界反对或质疑的声音一次比一次小。这部分是由于人大释法在法律解释的技艺和法理运用上越来越娴熟，在释法前后征求意见及说明解释的沟通工作越来越规范有效。这也说明香港市民和法律解释人士逐渐接受了“全国人大常委会”是国家最高权力机构这种宪制性地位。全国人大常委会在香港特区是货真价实的国家最高权力机关。这一切不仅应归功于基本法，而且要归功于香港法律界人士，正是他们对法治的执著捍卫，使得中央认真对待基本法的问题，尤其注重严格按照法律程序办事。可以毫不夸张地说，中央对香港特区不折不扣地采取“依法治国”，把香港特区作为“一国”中最有挑战性和生命力的要素来看待。香港回归之前，香港的经济和大众文化深刻地影响了内地，目前香港的金融管理和政府管理也开始影响内地；而香港回归之后，香港成熟发达的公民社会以及中产专业人士的法治和民主诉求，使得中央认识到对港方针政策需要与时俱进，不断调整充实。在2005年中共十六届四中全会上，中央明确提出保持香港繁荣稳定是新形势下治国理政的“崭新课程”。由此，如何治理香港成为新形势下对执政党科学执政、民主执政和依法执政能力的重要检验。在这种背景下，香港问题理应纳入国家发展与民族复兴的总体框架中来看待。

然而，在特区的政治、经济、社会生活已成为“一国”的有机组成部分的时候，在知识和话语体系中，香港依然由于“两制”而被归入到“区域研究”领域，法学研究尤其如此。基本法的研究并没有成为法理学和宪法学研究的有机组成部分，而仿佛属于几个基本法专家的事情。“两制”之隔膜与其说存在于现实的生活中，不如说存在于人们的意识中，尤其存在于知识界主导的话语体系和概念体系中，其中关于法律解释的研究尤其如此。内地对法律解释方法的研究多引述西方国家的判例，并以此批评内地法院判决书说理不足，可很少有人关注特区法院的判例或人大释法的法律推理过程；而关于人大常委会解释法律的研究，关注的是立法法的规定，很少注意基本法的规定，仿佛这是两回事情。<sup>①</sup>

也许是由于这种心态上和理论研究上的隔膜，使得内地法学家忽略了人大常委会解释基本法这部宪法性法律的丰富经验和法理内涵，而普遍接受后冷战时期美英主导下的“普通法中心主义”，主张“宪法司法化”思路，无视宪法上赋予全国人大常委会的宪法解释权。<sup>②</sup>要改变这种局面，关键是采取法律社会学的研究方法，关注中国的宪政实践，而不是迷信“规范宪法”创造出来的各种理论神话或宪政神话。<sup>③</sup>而本文的研究至少从法律技术的角度反驳了一个普通法的柯克神话，即立法者缺乏技艺理性因而不能解释法律。

如果我们把基本法纳入到宪政实践中来理解，那么，整个中国法治的发展就会有更为清晰的目标。在中国的宪政框架下，无论在法理上，还是在制度发展的路径上，推动人大常委会解释基本法进而解释宪法的规范化和常规化，无疑会成为诱致性制度变迁发展的一个范例。

〔本文责任编辑：王好立〕

① 在为数不多的文献中，郑贤君认为“人大释法”行使的是宪法赋予全国人大常委会的宪法解释权。参见郑贤君《我国宪法解释技术的发展——评全国人大常委会99〈香港特别行政区基本法〉释法例》（《中国法学》2000年第4期）。

② 参见强世功《宪法司法化的悖论》（《中国社会科学》2003年第2期）。

③ 参见苏力《道路通向城市：转型的中国法治》（法律出版社，2004年）第二章。

compile the 2002 extended non-competitive input-output table both for China and the United States and estimate the effect of China's exports and US exports on their domestic value-added and employment, respectively.

**(7) Measuring China's Labor Market: A Two-fold Evaluation on the Basis of Indicators and Methodology**

*Yang Weiguo, Sun Yuanyuan* ° 104 °

Measurement indicators and measurement methodology are the two major pillars supporting the measurement of the labor market. Using the right methodology ensures that measurement is undertaken correctly, while using the right indicators ensures that measurement is correct. This paper analyzes the significance of labor market measurements at three levels. On this basis, it provides an objective description and evaluation of China's labor market measurement system in terms of indicators and methodology, in accordance with ILO standards and China's specific conditions. The paper affirms the progress made in its development and analyses gaps and weaknesses that still exist, in hopes that the system may be further improved to better reflect conditions in China's labor market and provide information that can serve as a useful frame of reference for macro-policy formulation.

**(8) Environmental Policies Based on Government Mobilization and their Local Implementation: A Sociological Analysis of Ecological Migration at S Banner in Inner Mongolia**

*Xun Lili, Bao Zhiming* ° 114 °

The ecological migration policy widely practiced in the ecologically fragile areas of western China bears the hallmarks of crisis-response and direct government control typical of China's previous environmental policies based on government mobilization. Our fieldwork at S Banner in Inner Mongolia reveals that the implementation of the ecological migration policy is a social process involving joint participation of multiple social agents including the central government, local governments, market elites, and farmers and herders. Behind these complex interactions is a network of power and interest constituted by government power, market power and the local people. Local governments function as a node joining different linkages in top-down ecological governance. Their dual role as agent-managers of political power and profit-seeking managers of political power leads to great uncertainty in the realization of environmental protection goals.

**(9) State and Market in Market-Oriented Transition: An Investigation Based on Workforce Retirement Age**

*Liang Yucheng* ° 129 °

The roles of the market and the state in market-oriented transition may be summarized respectively as "labor commodification" and "labor decommodification." In observing the way the "commodifying" and "decommodifying" roles of the market and the state respectively influence the duration of working life in the mature market economies of Europe, countries undergoing market transformation in Eastern Europe, and China, this study verifies a number of hypotheses relating to the marketization of the duration of working life, state welfare, and divergence in socio-economic status (SES). We also find a difference between compensatory and incentive extension of working life among different SES groups. During market transition, the processes of "labor commodification" and "labor decommodification" must necessarily coexist. A retreat in state power does not necessarily lead to the advance of the market. On the contrary, the strengthening of decommodified welfare provision by the state is an important force in accelerating market transition and development.

**(10) Textualism, Structuralism and Originalism: The Art of Legal Interpretations by the Standing Committee of the NPC**

*Jiang Shigong* ° 143 °

This paper offers an analysis of the approaches employed in the three interpretations of the Basic Law of the Special Administrative Region (SAR) of Hong Kong made by the Standing Committee of the National People's Congress since Hong Kong's return to China, including textualism, structuralism and originalism. The paper stresses the application of judicial theory in the skillful employment of these methods in the Standing Committee interpretations. In the case of "the right of abode," the differences between the Hong Kong Court of Final Appeal and the Standing Committee interpretation rest mainly in whether a procedural formalist test or a substantivist assumption of intent should be adopted in the process of determining an authoritative text that embodies the original intention of legislation. That is not just a difference of legal interpretation but also one of judicial theory and political stance. Based on the above

considerations, this paper criticizes the common misconception that it is not appropriate for legislators to undertake legal interpretation, and calls for an understanding of the Basic Law of the SAR of Hong Kong in the framework of Chinese constitutional system.

**(11) Cities in Traditional Chinese Fiction and Their Modern Interpretation**

*Sun Xun, Liu Fang* ° 160 °

The complex space of cities exerted a profound and far-reaching influence on traditional Chinese fiction writing. Starting from the description of city spaces, particularly urban landmarks, as the backdrop for stories and ranging through the urban political culture of political struggles, power symbols, the selection of talent, and festivals and carnivals to the daily life of city dwellers with their dreams of prosperity, legendary love stories and inner yearning for justice, the cities of traditional Chinese fiction offer us a picture that goes far beyond the merely geographic to show political and cultural indicators and the contents of daily life. Such descriptions created vivid and distinct city images that in turn became the common life experience and cultural imagination of urban dwellers and offered a common cultural identity and standpoint for those living in the same city.

**(12) The Implications and Significance for Poetics of the Move to Prose in New Poetry**

*Wang Zelong* ° 171 °

In the last century, modern Chinese poetry has moved ever further from the prosody of traditional Chinese poetry, moving closer to prose. For a long time, scholars have looked down on the poetic theory and creative practice of this kind of poetry. Some go so far as to blame it for the immaturity and even failure of modern Chinese poetry. Based on a systematic examination of the theoretical sources of cultural poetics in this move towards prose in New Poetry, this study explores trends in its evolution and analyses misconceptions about the theory of this development. It elaborates on the implications for poetics of this trend towards prose in the four areas of free verse form, vernacular vocabulary, natural pitch and modern poetic inspiration, demonstrating its rationality, value significance and inevitability.

**(13) Zhu Xi's Relationship with the Pre-Heaven Theory of the Zhou Yi**

*Zhan Shichuang, Yang Yan* ° 181 °

Zhu Xi, the epitome of Song Neo-Confucianism, was not only concerned with the pre-heaven theory of the *Zhou Yi*, but also made a contribution in this field. His work on the subject bears a marked sense of root-seeking. In tracing the origin of the pre-heaven sequence (*xian tian tu*), he not only recognized the contribution of Chen Tuan and Shao Yong to its transmission, but also traced it further back to the *Zhou Yi Can Tong Qi* (Talisman of the Three Receptacles based on *Zhou Yi*) via Shao and Chen. Moreover, rather than being confined to the pre-heaven sequence, the theory he expounded integrated other related schema that represent the natural order, such as *Hetu* (The River Map) and *Taiji Tu* (the Tai Chi Diagram), all of which were incorporated in the cultural system of his pre-heaven theory. His efforts to break down the boundaries between different schools and incorporate the schema of divination masters in his own system not only enriched the contents of the pre-heaven theory in the *Zhou Yi*, but also facilitated the development of studies on the *Zhou Yi* from the Southern Song Dynasty on, and promoted the in-depth integration of Confucianism and Taoism.

**(14) From Tian Xia to the World: Changes in Late Qing Intellectuals' Conceptions of the Human Society**

*Luo Zhitian* ° 191 °

The concept of *Tian Xia* (All Under Heaven) had both a broad and a narrow meaning in traditional China, corresponding respectively to the world and China. It was generally believed that a process of gradual retreat from *Tian Xia* to the state took place in early modern China. However, a closer examination of earlier thinking may reveal the process more as one of transformation from *Tian Xia* to the world. Kang Youwei creatively transformed Gongyang's idea of the Three Generations from a diachronic to a synchronic concept, facilitating a smooth transformation. However, China was excluded from the Western-led world system. The Chinese literati's yearning to become a part of the world, and their endeavor to earn China a better position in the world, involved a hesitant process of exploration.