

论香港特区关于提请人大释法的司法主体问题

张 明

【摘要】香港特别行政区哪些司法机关在审理案件中遇到自治范围外的条文争议时,应当提请全国人大常委会解释基本法?基本法第158条第3款规定,提请人大释法的司法主体是特别行政区法院;而根据1999年“吴嘉玲案”的终审判决,提请人大释法的司法主体只能是终审法院。通过字面解释、归谬解释和比较解释等法律解释方法,可以看出香港特区上述判例法的规定是错误的,其不但符合基本法的立法原意,在法理上和实践中也会带来一系列问题隐患。基本法第158条第3款设立的提请释法制度,参考了欧盟的预先裁决制度,但针对香港回归的实际情况、按照“一国两制”方针原则进行了创造性转化,体现了立法者的深意和远见。正确理解和全面落实基本法关于人大释法的相关规定,对于完善全国人大常委会对基本法的解释制度、严格依照宪法和基本法管治特别行政区,对于坚持和完善“一国两制”制度体系,意义重大。

【关键词】司法提请;终审法院;人大释法;吴嘉玲案;预先裁决

【作者简介】张明,紫荆学院调研员。

【原文出处】《港澳研究》(京),2020.2.47~61

一、问题的提出

香港基本法第158条就如何对基本法进行有法律效力的正式解释,作出了规定。该条第3款主要规定了香港特区法院提请全国人大常委会解释基本法(以下借用终审法院的简称,即“司法提请”)的制度机制,包括提请的范围、时限、程序、效力等。长期以来,分析全国人大常委会解释基本法(以下简称“人大释法”)的研究主要围绕释法时机、方式、性质等展开讨论,实质上都聚焦于人大释法与特区司法之间的互动和张力。然而,到目前为止,无论是在内地还是在香港,也无论是理论界还是实务界,对于司法提请的主体问题,亦即向全国人大常委会提请释法的法院范围问题,尚无研究和受到关注。

缺乏关注的原因不难理解。因为一方面,基本法第158条第3款就此已有清楚的规定,其原文如下

(下划线为笔者所加):

“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。”

另一方面,特区终审法院在香港回归后不久,便在“吴嘉玲案”的终审判决中,就如何理解和适用上面的条款作出了解释。其中关于提请释法的主体范

围,终审法院的裁断非常简明清晰。其判决内容如下(下划线为笔者所加):

“提交人大解释问题

81.《基本法》第158条已在本判决书的较前部分原文照录。第158(1)条规定《基本法》的解释权,属于全国人民代表大会常务委员会。第158(2)条规定‘人大常委会’‘授权’特区法院‘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’。显而易见,这包含了宪法上的授权,而双方大律师也接纳这论点。我等认为,‘自行’二字强调了特区的高度自治及其法院的独立性。

82.但特区法院的司法管辖权并非局限于解释这类条款。因为,第158(3)条规定特区法院在审理案件时对《基本法》的‘其他条款也可解释’。

83.然而对终审法院来说,这项司法管辖权存在一种界限。如果特区法院:

‘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。’

由于只有终审法院才能对案件作出不可上诉的终局判决,所以这条条款限制了终审法院的司法管辖权。当符合上述指定的条件时,终审法院便有责任请‘人大常委会’解释有关的条款。

……

86.……《基本法》第158条提及:(a)属特区自治范围内的条款,及(b)《基本法》的其他条款。在这些其他条款内,有两种属范围之外的类别,即涉及(i)中央人民政府管理的事务,或涉及(ii)中央和香港特别行政区关系的条款。我等将(i)或(ii)条款简称为‘范围之外的条款’。

87.根据第158条,终审法院以下的各级法院,均有权解释(a)及(b)项内的条款,包括‘范围之外的条款’。终审法院有权解释(a)项内的条款,及(b)项内的其他条款,但不包括‘范围之外的条款’。^①

88.因此,终审法院以下的各级法院,有权解释所有的《基本法》条款,不受任何限制。唯一受限制的是终审法院的司法管辖权。第158(2)条的措辞强调特区的各级法院均有权‘自行’解释在特区自治范围内的《基本法》条款。”^②

有意思的是,以上说的两个“方面”,表面上似乎彼此印证,得出了解数学题般的唯一答案,然而仔细分析便会发现,二者之间并非一致。本文即围绕基本法的明文规定与终审法院的相应解释展开论述,力求呈现基本法的原意并论证其正确性。

二、关于基本法第158条第3款的字面含义

作为思考问题的切入点,我们首先分析基本法第158条第3款的字面意思。对法律进行字面解释也叫文义解释、语法解释,是指对于法律文本的字面含义,按照正常的一般语法规则和语言结构、就其通常含义作出解释。按照字面含义去解读,可以说是人们面对文字材料时最常用的理解方式,古今如此,中外皆同,以至于有种意见认为,将字面解释称为解释的“规则”都有些牵强。^③具体到法律文本上,按照其字面含义解释法律条文,是理解和适用法律的最重要也是最起码的方法,优先于其他法律解释方式。而且,除非是过分的吹毛求疵或故意的上纲上线,否则作为理解制定法的基础方法,字面解释基本不存在法律文化体系或法律传统制度上的差别。

我们对于基本法第158条第3款关于提请释法的条文规定(以下简称“司法提请条款”),按照语法规则进行分析。经过标识,该条文的语法结构如下:“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。”经过提炼,上面这句话的语法结构在此得以浮现:香港特别行政区法院……应……请全国人大常委会对有关条款作出解释。条款词句的主语是“香港特别行政区法院”,也就是说,当在案件审理中需要解释特区

自治范围外条款时,提请人大释法的司法主体是香港特别行政区各级法院,是一个复数主体(courts),而并非像终审法院判定的那样独其一家。只不过,由于条文过于冗长,状语(司法提请的各种限制条件)内容较多,因而真正的主语(亦即司法提请的真正义务主体)反而淹没于文字中,容易被忽略。

与之相比,该条款英文版本的语法比较清晰,更有助于印证和强化上文分析的结论。英文原文如下:“However, if the courts of the Region, in adjudicating cases, need to interpret the provisions of this Law concerning affairs which are the responsibility of the Central People’s Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgments on the cases, the courts of the Region shall, before making their final judgments which are not appealable, seek an interpretation of the relevant provisions from the Standing Committee of the National People’s Congress through the Court of Final Appeal of the Region.”此处的英文表述比中文表述更易于发现该条款的主语,因为英文词句更加明确地点出了提请释法的司法主体是“the courts of the Region”而非“the Court of Final Appeal”。为避免引起歧义,主语“the courts of the Region”在英文长句中重复出现两次,从而最大限度降低了主语被混淆或者被忽视的可能性,令司法提请的主体范围得以显示得清清楚楚。

那么,司法提请条款中的“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”该如何理解呢?这个疑惑在上面的英文条款面前可谓迎刃而解。上述英文条款的主体结构为“the courts of the Region shall … seek an interpretation of the relevant provisions from the Standing Committee of the National People’s Congress **through** the Court of Final Appeal of the Region”。笔者加粗的介词“through”是“通过”和“经由”的意思,没有发起或启动(by)的意味,即基本法没有将终审法院设定为司法提请的发起者,而是作为司法提请的传导者或者

“渠道方”。换句话说,在司法提请这项涉及基本法实施的重大制度机制中,终审法院不生产什么,它基本上是释法请求的“搬运工”。当然,司法提请条款对终审法院的这一角色规定,其背后的基调是赋权性的(赋予终审法院在特区各级法院向人大常委会提请释法方面的统筹权)还是限权性的(限定终审法院在提请释法制度中只扮演“收发室”的角色),只从条文的文字而言尚难判定。但基本法的原意并没有让终审法院充当司法提请的唯一发起者,这一点在条文上是没有歧义的。^④

此外,还有一个文本分析带来的认知障碍需要克服。司法提请条款中有一个制约条件,即“在对该案件作出不可上诉的终局判决前”该如何理解,根据终审法院在“吴嘉玲案”判决中的论证,“由于只有终审法院才能对案件作出不可上诉的终局判决,所以这条条款规限了终审法院的司法管辖权”。^⑤如果认为在司法提请主体范围上,基本法的原意包含香港各级司法机构,那么如何回答终审法院的上述论断?首先,还是根据基本法的文义来分析:从这个制约条件的字面含义来看,基本法要求提请释法应是“在对该案件作出……终局判决前”而非“在对该案件作出……终局判决时”(英文条款的相应表述是“before”而不是“when”“at”“during”等其他时间介词),这显然是对提请时间的最迟要求,规定的是提请时限的底线,其自然包括了从初审到终审的各层审级。基本法没要求在对案件进行终审之时才能提释法请求,那样的话该条款的中文和英文都不会是如今这样的表达方式。与此相反,基本法的字面含义,是要求香港各级司法机构在审理案件中如需解释和适用自治范围外条款,无论案件是在裁判法院、区域法院、高等法院还是终审法院,也无论须提请释法的争议是处于初审、二审或是其他审级,在哪个审理阶段遇到此种情况,只要尚未作出终局性判决,就应当在哪个审理阶段提请人大释法。

只有依照这样的解释,面对提请释法条款中出现的两个司法机构名称(特区各级法院和特区终审法院),我们才能将二者的关系理顺说清。否则,二

者同时存在于一个条款中便显得多余甚至混乱,需利用某种司法技术,通过解释进行消释,熔掉其中一个。正如后来所见所知,终审法院在“吴嘉玲案”中,当分析应提请释法的司法主体时,仅用上面的一句话,就消融了特区法院这个作为复数的提请义务主体,而只保留终审法院一家作为单数的义务主体,似乎展示出一种“把所有问题都自己扛”的司法精神。暂且不说这一印象与终审法院此后同样是在界定其司法管辖权时流露出的气质不相一致,单就基本法第158条第3款设计的司法提请机制而言,终审法院的论断也难以成立,不仅是因为其不符合条文白纸黑字的规定,还因为如果顺其思路继续推导的话,会得出接下来提到的、一系列有悖法理甚至是有悖常理的谬论。

三、关于基本法第158条第3款的归谬分析

和字面解释一样,归谬解释也是法律解释的常见方法。面对法律条文,如果顺着某种理解再进一步推导,得出的论断出现了自相矛盾、不合常理等错误,则可以反证该解释是不对的,至少是成问题的。前面我们通过字面解释,正向证明了基本法的原意;下面利用归谬解释,来反向分析终审法院的论断。通过研究不难发现,如果按照终审法院的理解——只有终审法院才是司法提请的唯一主体——会得出一系列的错误法律推论,包括本不该出现的麻烦和隐患:

第一,司法管辖权错乱。依循以上逻辑,终审法院自然而然地得出下面的推论:“因此,终审法院以下的各级法院,有权解释所有的《基本法》条款,不受任何限制。唯一受限制的是终审法院的司法管辖权。”^⑥众所周知,不管是国家还是地区,一个相对独立完整的司法管辖区基本上是分层级的法院设置体系,并按照层级配以相应的司法管辖权限。作为一个不证自明的原理,一个司法管辖区的上级法院管辖权是大于下级法院的。这一般体现在上级法院有权审理源自下级法院的上诉案件,同时也体现在对于一些复杂重大、社会影响广泛的司法纠纷,往往由中、高级别法院甚至是最高级别法院行使初审管辖

权。也就是说,在司法制度设计上,审理大案要案的司法管辖权一般是向上收,而不是向下放。如果承认这一点,则终审法院的上述推论就暴露出其荒诞性:终审法院的基本法解释权(意味着相应的司法管辖权)比起其下级法院还要小,而且这个解释权/管辖权的对象还不是诸如小额钱债、婚姻家庭一类的平常纠纷,而是“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”这样重大的乃至带有宪制性意义的争端。换句话说,对于事关中央管理事务或中央和特区关系的重大宪制性法律诉讼,特区终审法院的基本法解释权/宪制性管辖权竟然小于其下级法院——终审法院的管辖权此时是受到限制的,它必须提请人大释法而不得自行解释,反而其下面的各级法院对此的管辖权却是无限的,可以自行解释。从基本法的提请释法条款中得出如此推论,不符合司法制度的基本原理,也违背一般的法律常识。终审法院推论的荒谬足以反向证明,关于司法提请主体唯独其一家的判断,是站不住脚的。

第二,法律逻辑瑕疵。终审法院关于只有其才应向人大常委会提请释法的证明逻辑很简单,属于典型的三段论结构:大前提是基本法的规定,即在作出终局裁决之前必须提请人大释法;小前提是终审法院的判断,即案件的终局性裁决只由终审法院作出;于是得出结论,只有终审法院才有提请释法的义务。暂且抛开此前的论证不看,上述三段论如果成立的话,其必要条件在于小前提必须全部周延,通俗点说就是必须假定香港的一切司法案件最终都能够上诉到终审法院获得终局性裁决。说得再直白些,如果某类案件依法是由下级法院(例如高等法院)作出终局性裁判的话,那就意味着在这类案件中一旦遇到自治范围外条款需要解释,只能是该下级法院提出释法请求;如此一来,则终审法院的逻辑推理就因小前提的不周延而不成立。

那么,香港现行的司法体制究竟有没有将某些案件的终局性裁判权赋予终审法院以下的哪一级法院呢?因为只要找到哪怕一个这样的规定,就可以用来证明终审法院的逻辑错误。任务很难实现,原因

在于回答这个问题不仅需搜索特区全部的成文法,还要找遍特区所有的判例法。尽管无法穷尽,笔者还是进行了尝试,结果发现香港确曾有立法条文,规定案件的终局性司法管辖权不归终审法院:一个是《立法会条例》原第67条第3款,规定涉及立法会选举的某类诉讼,高等法院原讼法庭的裁定即为终局裁定;另一个是《法律执业者条例》原第13条第1款,其中明确“上诉法庭就上述任何上诉作出的决定即为最终的决定”。值得玩味的是,这两个条文均被终审法院以不当限制终审法院的管辖权为由,裁定废除了。^⑦照此预计,今后即便发现有法律规定下级法院享有特定的终局性裁断权,也很可能被终审法院照例废止。基于以上两方面的理由,现在尚难断言终审法院三段论逻辑的小前提不成立,只能严谨地主张其有潜在纰漏。虽然一时不能断言终审法院的逻辑有误,而只能说其有瑕疵,但有一点须谨记:司法的逻辑理应严密,更何况其关乎基本法的核心机制。^⑧

逻辑瑕疵还体现在,上面三段论中关于只有终审法院才能作出终局性判决的小前提,是不成立的伪命题。无论是在基本法起草时、审议时、颁布时还是实施伊始甚至可以说实施至今,香港的司法体制都没有将终局性裁判权全部集中给某一家法院。不然的话,立法者没有必要在基本法第158条中使用“案件作出不可上诉的终局判决前”这样啰嗦拗口的词句,换成“终审法院在审理时……应当提请全国人大常委会解释”岂不更好?起草基本法所用的措辞业已显示,第158条中之所以使用“不可上诉的终局判决”而没有使用“终审法院判决”或其他类似的词语,说明立法者意识到了二者之不同。^⑨曾有法律学者敏锐捕捉到这其中的问题,但因囿于唯独终审法院才能提请释法的前设,未能探究出问题成因,而是认为如果特区下级法院作出终局判决且涉及对自治范围外条款的解释,“应当建立一个机制将问题提请终审法院,由终审法院提请全国人大常委会解释”。^⑩建议虽有解决少许麻烦的理论功效,但如同托勒密地心说的“本轮—均轮”模型一样:因为前设有误,照

此落实也不过是将错就错。

第三,在实践中带来麻烦甚至引发危机。按照基本法原本的意思,在香港不管是哪一级法院,只要在案件审理中需适用特区自治范围外的条文,就应提请释法;人大常委会作出解释后,在本案当时或今后各审理阶段照此适用。通过将涉及自治范围外的条文争议在初审阶段就给予有效解决,该机制可以确保案件司法程序的顺畅进行,还有助于节省司法资源,从而节省提请释法的制度成本。依照终审法院的理解,相关条文在案件中究竟如何解释适用,只有诉至终审法院审理才能有最终的答案,在此之前下级法院即使发现应当释法也无权提请,而只能按照终审法院在“吴嘉玲案”判决书中的说法先“自行”解释着。这意味着只要出现有关基本法解释的此类法律争议,诉讼各方甚至包括特区政府等作为第三方不得不一直上诉,而上诉目的可能仅仅聚焦于是否需要提请人大释法。

以特区2008年出现的“刚果(金)案”为例。这是一起民商事案件,但争议焦点在于香港特区是否应和国家保持一致,适用绝对国家豁免原则,案件一时成为热点并引起各界包括中央政府有关部门的关注。尽管案件争议涉及中央管理事务以及中央和香港特区的关系,一审和二审法院均自行作出审理,两家法院的审理结果并不一样。在此期间,中央政府某驻港机构先后三次向特区政府发函,明确指出我国采用的绝对豁免制度“统一实行于全国,包括香港特别行政区”,香港“如果适用与国家立场不一致的国家豁免制度,将毫无疑问对我国主权造成损害,对我国整体国家利益造成深远的影响和严重的损害”。^⑪尽管如此,案件还是诉至终审法院,毕竟终审法院规定只有其才可裁定涉案争议是否属于自治范围外的事务并因此而提请释法。

纵观该案整个审理过程,前后历时将近三年^⑫,上下历经三个审级,耗费了大量的立法、行政和司法资源。根据基本法的制度设计,司法提请的制度成本并没有也不应该这么高。如果遵照基本法第158条第3款字面含义所体现出的立法原意,本案的初审

法院即应就有关争议是否需要提请释法作出裁定：如果决定提请，则应依法通过终审法院向全国人大常委会提出释法请求，并遵循人大释法作出裁决。此时除非有其他上诉理据，否则案件不会再二审、终审的上诉“耗”下去；如果决定不提请，全国人大常委会亦有权通过释法纠错也有理有据，并且无须额外耗费其他公权力资源。两相对比就能看出，目前的提请释法制度在实际运作中成本畸高、麻烦太多、耗时过长，这一系列弊病的产生不是基本法制度设计本身的问题，而是其在特区法律实践中变形、走样造成的。

不光是麻烦或弊病的问题，一个偏离基本法明文规定的制度实践还可能招致重大危机，蕴藏深层次隐患。正如终审法院不止一次所强调的，根据基本法第158条第3款的规定，司法提请只存在于“法院在审理案件时”，法院不会在没有案件的情况下主动作为，司法提请的制度空间基于此而清楚划定。然而司法案件都是遵循“不告不理”的原则，没有当事人的上诉或者第三方的介入，案件不会到达上一级法院，更不用说最高级别的法院。于是问题便出现了：一起司法案件，如果在初审或二审期间需要对涉及特区自治范围外事务的法律争议作出裁定，而案件在该层级审理结束后当事人均不提出上诉，也没有第三方介入，在这种情况下，终审法院何以就该争议是否需要提请人大释法作出裁定呢？^⑩如果终审法院无法“接触”到该案，岂不意味着一个基本法上关于中央所管理事务或中央和特区关系的条款，在一审或二审时已经被地方法院“自行”解释完毕？这种情况，与基本法第158条第3款所体现的立法要求——对基本法中非自治范围条款的有效解释只能由全国人大常委会作出——明显是不相符的。香港实行的是“遵循先例”的判例法制度，除了终审法院的判决外，其下级法院的判决也具有先例效力，构成香港法律的一部分。宪法性危机和隐患，由此而生。

再以同样出现于2008年的“华天龙案”为例，该案中被告提出，涉案标的物属中央政府分支机构的财产因而在港享有司法豁免权。案件的主要争议在

于特区法院对中央政府在港财物是否享有司法管辖权和强制执行权，亦即香港法律中的“官方豁免”问题。就其法律性质而言，法庭有很强的理由认为，关于中央政府财产在特区的司法管辖权/司法豁免权问题，涉及中央和香港特区的关系。从一审判决书来看，原讼法庭意识到了这是一个宪制性的问题，但也按照终审法院制定的规矩“自行”宣判了。^⑪不过在二审期间，该案的双方当事人和解撤诉，致使二审法官尽管对此问题流露出很强的兴趣却也无计可施。于是，高等法院原诉法庭的一审判决就成为香港特区成立至今关于“官方豁免”的唯一判例。^⑫终审法院设定的司法提请制度的重大漏洞和悖论在此暴露无遗：在涉及中央管理事务或中央和特区关系的重大司法争议方面，遇到纠纷的法院，无权提请释法；而唯一有权提请释法的法院，却很可能遇不到纠纷。上述漏洞及其引发的风险或危机，是终审法院设计的司法提请制度本身难以弥补的。要想在法理层面解除危机，正途还应回归基本法设计的原初制度，将有责任提请释法的司法主体范围恢复成审案时遇到此类争议的特区各级法院。

以上三点，从不同角度论证了香港特区关于只有终审法院才有义务提请释法的判例法是存在问题的，而且问题还很大：不仅逻辑上比较脆弱，法理上违反司法管辖的底线常理，制度运转成本过高，还有酿成宪制性危机的风险。简言之，终审法院在司法提请主体上的限制性要求，既不符合基本法的字面含义，又造成了诸多麻烦、风险和混乱，在法律上和实践上都是不能成立的。

四、司法提请制度的历史审视与比较分析

其实以上论述足以说明，基本法第158条所要求的提请义务主体是香港各级司法机构而非终审法院一家。为使分析更加透彻，下面不妨再从历史的和比较法的视角略做探究，以便让问题的分析维度展示得更加立体而丰富。从历史的角度来看，1986年基本法草案第一稿关于解释基本法的条文内容如下：

基本法的解释权属于全国人民代表大会常务委

委员会。

香港特别行政区法院在审理案件时可以对基本法中属于香港特别行政区范围内的条款进行解释。

全国人民代表大会常务委员会如对本基本法的条款作出解释,香港特别行政区法院引用该条款时,即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。

如条文所反映,基本法解释条款涉及的两个机构是全国人大常委会和作为整体的特区法院,后者是一个复数主体。回顾相关立法资料,围绕该条款的争议都着眼于国家和地方之间在法律领域的权力划分和搭配,具体而言是如何处理全国人大常委会的法律解释权与特区法院司法解释权之间的关系。二者的关系构成了贯穿该条款起草全程的主旋律——“终审法院”在草案初期的几稿中一直都没有出现。这一点在1987年草案第四稿表现得尤为明显,其第3款规定:“……如果案件涉及基本法关于……由中央管理的事务的条款的解释,香港特别行政区法院在对案件作出终局判决前,应提请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。”之后几稿草案尽管文字有所调整,但在司法提请上依然没有提及终审法院。一直到1989年2月草案第八稿,“为了使香港法院提请全国人大常委会解释基本法不致太多太滥”,^⑧作为一项新增的限制条件,才纳入了“终审法院”的角色,相关文字表述也保留到第十稿亦即基本法正式颁布的文本。

纵观基本法司法提请条款的立法过程,立法者们所有的关注和争论都围绕中央(全国人大常委会)与特区(香港法院)之间的关系而展开,^⑨至于特区司法机构提请释法的主体问题基本没有提及。从草案稿的改版历程和相关讨论的展开过程看,其中并无蛛丝马迹可反映出立法者有将特区解释基本法的司法主体与特区提请释法的司法主体分开处理的意图;如上所述,后来加入“终审法院”也主要是为了让其把把关,以免递交给全国人大常委会的司法提请“太多太滥”。与此同时,立法者已然注意到香港当时的司法体制,终局判决不等于终审庭的判决,所以

与之有关的“终审法院在审理案件时如需要……,则该法院在作出终局判决前,须提请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释”的修改意见,在任何一稿草案中均未得到采纳。^⑩因此有理由推断,立法者对释法提请主体的从未提及,与其说是立法者的疏忽大意,不如说是立法者从来没有将提请的司法主体看成是一个“问题”。即便有人在卷帙浩繁的基本法起草文件中能够找出诸如“提请只能由终审法院提出”的只言片语,也难以据此断言其反映了立法者的真实初衷。

香港基本法作为迎接香港回归祖国的立法成果,具有鲜明的时代特征和历史意义,理解基本法条文,自然不能脱离其产生的时代背景和国际环境。基本法第158条第3款确立的司法提请制度,是“一国两制”条件下非常具有独特性的法律规定,但并非中国原创,而是中国实行改革开放之后学习借鉴国外法律、探索进行创造性法律移植的产物。特区的司法提请制度,参照的是欧洲法院的预先裁决(Preliminary Ruling)制度。^⑪该制度产生于战后欧洲启动一体化进程之初,至20世纪80年代中后期我国着手制定香港基本法之际,其在欧洲已有数十年的发展历史,制度运作已臻成熟。根据《欧洲共同体条约》第177条的规定:

法院(笔者注:此处指欧洲法院)有权就以下事项作出预先裁决:

(1)本条约的解释;

……

各成员国的任何法院或法庭在受理此类事项时,如认为对上述事项的裁决是其作出裁决所必需,则该法院可请求欧洲法院对此事项作出预先裁决。

当上述事项在各成员国国内法院或法庭所受理的案件中提出,而该国法律对其裁决再无司法救济手段,则该法院或法庭应将此事项提交欧洲法院。^⑫

就本文关注而言,从上述条款的字面意思至少可确认欧洲法院司法提请的三点要素或特征:第一,司法提请主体包括成员国的各级法院,而不仅限于该国行使终审管辖权的法院。其实根据欧洲法院的

裁决,各成员国凡工作带有一定司法裁断色彩的常设机构,几乎均可被视为司法提请的主体,不仅仅局限于法院。^④第二,从提请主体看,欧洲法院设立的是一种“双轨制”的司法提请制度:对于需要解释欧共体条约的案件,如果是判决作出后在国内还可上诉,则审理该案的成员国各下级法院可以自行决定是否提请释法,此时提请与否属于法院自由裁量的范畴;但如果判决在成员国属于终审判决,则该法院必须提请欧洲法院释法,此时提请释法是各国终审权的法院的义务和责任。第三,成员国各下级法院如果决定提请释法,其可直接向欧洲法院提出,无须经过其上级法院或者本国的最高法院。

预先裁决制度在欧洲的萌生与发展,其历史背景是战后以法、德为首的西欧诸国在推进欧洲一体化进程中,面对一时难以设立凌驾于各国之上的司法机构而创设的法律制度,旨在通过各成员国司法机构和欧洲法院的合作,确保欧共体法律的统一适用而又避免对各国司法主权造成过度侵蚀。^⑤该制度在确立之后很快就发挥出当初设计者所没有预想到的积极效果,欧共体若干具有奠基性意义的法律原则,多是欧洲法院通过预先裁决而确立的。^⑥后来的实践越发证明,欧洲法院的这一司法提请制度对于确立欧共体条约的权威性和有效性,推动欧共体法制的建立和发展完善都起着至关重要的作用,以至于有学者将其比喻为“欧洲一体化进程中的一张王牌”。

欧共体各成员国对于预先裁决制度的理解和适用尽管在早期各有不同,但经过一段时期的磨合适应,各国司法机构都不同程度地展现出越发积极的态度,特别是各国的下级法院,基本上成为提请释法的主力军。毕竟,最先遇到需释法解决司法争议的,都是各国的下级而非最高法院。以英国为例,英国对香港法治影响最为深远,以至于可以断言香港大多数法官不知道英国如何适用司法提请制度的可能性微乎其微。作为享有英国最高司法管辖权的英国枢密院,首次提请释法是在1979年,在此之前其下级法院已经提出过14次释法请求。截至1995年,枢密

院提请释法17次,而高等法院提请79次,后者显然是提请释法的主要司法机构。^⑦从某种意义上说,欧洲法院的司法提请制度能否良好运作,发挥其制度优越性和生命力,成员国终审法院的角色固然重要,但更重要的是下级法院的态度和做法。毕竟,下级法院是释法争议的最初审理者,却又不承担必须提请释法的责任。如果下级法院的普遍态度是倾向于将提请释法的工作让其上级或者是最高法院去做,那么很多重要的问题都难以提交到欧洲法院。^⑧

几十年的实践发展证明,预先裁决制度对维系欧共体(后“欧盟”)的基本法律秩序具有不可替代的关键作用,各成员国司法机构对提请预先裁决以解决手头案件的态度也越发积极。^⑨与此同时,欧洲法院逐渐不堪重负,预先裁决的审理时间不断拖长。以1993年为例,当年欧洲法院作出一份预先裁决的平均耗时居然是20.4个月。^⑩除设置若干门槛以抑制成员国法院提请释法的积极性乃至随意性之外,欧共体内部一直在讨论如何改进这一体制。其中有建议提出,将司法提请的主体缩小为只有成员国具有终审权的法院,但这个建议没有得到采纳。究其原因,有学者归纳为以下几点:一是该建议客观上迫使案件当事人不停上诉直至最高法院,如此才可获得其提请释法的机会,这不仅增加法院负担,也令诉讼旷日持久亦难结案。二是考虑到各国下级法院提请释法对于欧共体法治发展一直起着至关重要的作用,剥夺其提请裁量权,对欧共体法律进步会产生负面影响;三是过度缩小司法提请主体,会伤害到欧共体法律的统一,特别是其在各国间适用的一致性;四是鉴于欧共体法律及行为的合法有效性只能由欧洲法院进行裁定,如果剥夺下级法院的提请裁量权,则其在案件中遇到需就有关的欧共体法律和行为是否有效作出裁定,法院将陷入既不能提请、又无权裁断的两难境地。^⑪

上面的道理其实都不复杂,对于我们审视香港基本法的相应制度,具有很强的参考价值。作为一部在条文上字斟句酌、草案经反复研磨、耗时数年才制定完成的特区宪制性法律,香港基本法关于司法

提请的制度设计借鉴了欧共体的经验,但在进行法律移植时并没有照搬照抄,而是进行了创新性制度改造。笔者认为这其中蕴藏着诸多道理和深意。

首先,不同于欧共体将司法提请的对象约定为欧洲法院这个应欧洲一体化之“运”而生的全新司法机构,基本法将司法提请的对象规定为全国人大常委会。究其原因,法律上是由于国家宪法明确规定了解释法律是全国人大常委会的职权,故而解释香港、澳门基本法的职权应当由而且也只能由全国人大常委会来行使,其他国家机关不具备这一宪法性权力。从历史情况来看,至少在起草基本法的20世纪80年代,内地社会主义对司法权力的认识和定位与香港资本主义对司法权的认知,其间的差距是非常大的。^②在当时情况下,倘若要求国家最高审判机关承担起应香港法院请求而解释基本法关于中央事务和中央与特区关系的条款,即便法律上有条件“开绿灯”、即便提请释法的案件数量少之又少,实际上仍然会给内地司法机构带来其所难以承载的“生命中不可承受之轻”。

那么,由香港的司法机关向国家的立法机关提请释法,是否真的如一些学者所说,会因法系不同导致香港司法机关难以接受人大释法?用“法系”来解释问题,是内地和香港法律实务界和法学界解读“一国两制”法律问题的常见方法。用“法系”解释问题貌似合理又简便,但忘记了“法系”不是一个规定性的概念,它是法学界对历史上相对稳定、各具特色的法律运行体系的一种文化概括。“法系”是一个面向过往的归纳性概念,并不具备一些人误以为有的、面向未来的规范性或指导性,类似“因为属于某法系,所以应当/不可以……”的逻辑关系是不存在的。退一步,即使将其视为一个实质性的定义,当今世界公认的法治发展趋势也是各法系之间彼此借鉴与相互融合,而不是彼此越发隔阂或加剧对立。^③如果说法系不同就“不相为谋”,则欧洲共同体根本无法存在,也无法想象或设计:作为普通法系鼻祖的英国,怎么可能与作为大陆法系鼻祖的法、德成立共同体,更何况还有一些前社会主义法

系的国家加入其中?香港和内地法律差异再大,能大得过英国和法、德么?即便硬要坚持答案是肯定的,那其所指的“差异”,也不是法律方面的。拿“法系”说事儿,貌似容易解释问题,其实是在掩盖问题,遮盖矛盾的真相。^④

其次,基本法没有采纳欧洲法院司法提请的“双轨制”,改为要求香港各级法院在遇到自治范围外条款需要解释时,都有责任提请释法。为什么基本法的规定更为单一和严格?回答这个问题涉及以下几方面因素。一方面,欧共体的建立和维系,需要各成员国让渡部分主权给欧共体,兹事体大,必须兼顾欧共体与成员国二者之间的主权性权益配置。具体到司法领域,如何在成员国司法管辖权和欧共体司法管辖权之间求取平衡,建立一套相对稳定的司法协作机制,在推进欧共体法律一体化的同时尽可能地维护各国司法主权,这恰恰就是预先裁决制度产生的初衷之一。制度都是活在语境当中的,欧共体建立预先裁决制度的历史语境,就中国对香港恢复行使主权而言是不存在的:香港在回归前从来就没享有过司法的或其他的主权权力,中国政府为解决香港问题进行制度设计时,无须顾虑也没有考虑如何照顾香港原有的司法权,因此不存在这个问题。另一方面,是两者在提请释法的内容上有重大差异。预先裁决制度涵盖的提请事务可谓包罗万象,大到欧共体各层级法律法规的有效性,小到成员国之间贸易纠纷及劳动争议,其中相当一部分纠纷就算不提请释法,在成员国内部亦可解决,无须欧洲法院出手“定乾坤”。各成员国法院如果真要较真,将审理案件时遇到的、可提请也可不提请的法律争议全都呈交欧洲法院“讨个说法”,将远远超出后者的能力范围——其实预先裁决制度在设计时赋予各下级法院自行决定是否提请释法的裁量权,考虑因素之一正是意欲避免这种应接不暇的尴尬局面出现。^⑤相比之下,香港基本法要求提请释法的事项仅仅限于“中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系”,存在这类争议的司法案件在性质上非常重大、数量上却相当稀少。基于“质”和“量”的两个特

点,基本法不可能也没必要给予审理此类案件的特区各级法院以司法裁量权,让其自行决定是否提请,而是建立了司法提请的“前置”程序,即要求不管哪一级法院在此情况下都必须提请全国人大常委会。^③至于后者能否应付得来,无论是基本法在当初设计时的预判还是特区成立以来的发展实践都表明,在回应特区法院提请释法方面,全国人大常委会还是具有充分的信心和能力的,不会出现欧洲法院不堪重负的情况。

最后,在“一国两制”条件下,香港在成立特别行政区后实行高度自治,在这一立法精神的指导下,基本法确立的司法提请制度考虑到特区司法体制的相对独立性,在设计司法提请制度时兼顾基本法关于特区行使审判权和终审权的规定,增加了一个程序性条件,从而使得终审法院日后在其中扮演一定角色成为可能。在欧共体,预先裁决制度不要求各级法院提请释法要经过该国最高法院;我国在基本法内移植这套法律制度时,却明确要求特区各级法院提请释法应通过终审法院递交。这个程序上的约束,有助于统一司法提请的流程管理、确保提请释法的规范化和严肃性。除了这些客观功能外,更具深意的是,释法必须经由终审法院,这便为终审法院在此环节可否有所作为——包括对提请进行审查以及审查的宽严程度——预留了灵活的制度空间,以至于有熟悉欧共体法律的宪法学者在香港回归之际研究基本法第158条第3款时,对终审法院在司法提请制度中可能扮演的角色表示出了好奇和联想。^④制度运作得当的话,尽管冲突和摩擦同样难免,但整体上更有助于展示“一国两制”的原则性(关于中央事务以及中央和特区关系的问题由中央定夺)与灵活性(给特区一定裁量权来分析哪些具体问题需交中央定夺)的有机整合。从总体上看,香港基本法确立的司法提请制度虽然源于欧洲法院的预先裁决制度,但在引进时着眼于中国自身实际情况,更加注重国家主权和特区高度自治权的兼顾结合,更加体现出“一国两制”作为新生事物的时代精神和制度特点。

既有国外的成熟经验,又饱含着基本法制定者的集体智慧,司法提请在香港本可以发展为一个既好看,又好用的法律制度。令人遗憾的是,这个制度在实施不久便开始跑偏。在1999年“吴嘉玲案”终审判决中,终审法院仅用一句话的论证——正如前文所引,大意是基本法要求提请释法要在终局裁判前,而唯独终审法院有终局裁判权——就将基本法规定的提请主体从“香港特区法院”缩减为“香港终审法院”。在之后的案件中,终审法院多次强调只有其有权决定哪些争议须提请人大释法,不断巩固自身关于提请释法的垄断地位。由于“篡改”得比较生硬,时间一长难免露出马脚,例如在撰写英文判决时将基本法条文的“through the Court”改写为“by the Court”。^⑤由此,人大释法在香港走上了和欧共体预先裁决完全不同,也和基本法立法初衷不相符合的制度路向。有意思的是,终审法院前首席法官曾经撰文呼吁“人大常委会应避免透过行使释法的权力推翻香港法院的判决,尤其是终审法院的判决”,^⑥殊不知人大释法纠正特区法院的不当判例法,很大程度上不过是“将错就错”的无奈之举。如果按照基本法的初衷,特区法院在案件中一旦遇到此类争议就提请全国人大常委会解释,然后按照解释对案件作出裁定,则当事人(除非有其他诉由)几乎连上诉都不会提出,全国人大常委会又怎么可能去“推翻香港法院的判决,尤其是终审法院的判决”?问题的成因,在于终审法院在基本法实施之初就违法缩小了司法提请的主体范围,客观后果是终审法院攫取了基本法并未授予它的垄断性权力,阻断了特区各级法院向人大常委会提请释法的制度渠道,并非法授予其下级法院解释基本法一切条文的司法权。这种没有宪制性依据的截阻、垄断和授权,令“一国两制”法治实践付出了不小的代价,包括香港各下级法院(不论其愿不愿意)长期自行审理特区自治范畴外的案件、人大常委会释法推翻特区终审判决等诸多本来不应出现的冲突或麻烦,以及其他更深层次的宪制隐患。

值得认真对待的是,这不是特例。香港回归以来的司法实践表明,除“吴嘉玲案”之外,终审法院不

止一次地通过缺乏论证、少讲道理的“生猛”方式自我界定终审权,以至于有特区法律界人士就此对终审法院提出了耐人寻味的学理性批判:

“有终审权的法院都竭力保卫手中的权力。不过这种本能需要受到限制,应当限制在法院身处其中的宪法制度所许可的范围之内。香港的地位独特:它有一个具有终审权的法院,但该法院无权就自身宪法权责作出最终的权威性裁断。香港终审法院是有终审权,可其权威性不是想当然就有的,必须要通过说理方可获得。……终审法院的裁决必须让人看得出其合法性,而合法性的载体就是在其裁判中体现出的道理。唯有如此,这个自我当家做主的法院才能受人尊重。”^⑤

五、结语:本文的研究意义和局限

本文通过文义解释等方法分析基本法第158条第3款的有关内容,旨在恢复基本法关于特区法院提请人大释法的本来面目:香港特区各级法院在审理案件时,如需解释基本法关于中央政府管理事务或者中央和特区关系的条款时,在作出终局性判决之前,都应当通过终审法院,将有关争议提交全国人大常委会作出解释,并按其解释对案件进行裁判。香港回归以来,人大释法已成为基本法领域中最为活跃、最具争议,因而也最有枢纽意义的法治实践。^⑥有鉴于此,作为对基本法“正本清源”的一次尝试,本文的研究有助于为完善与基本法实施相关的制度机制,提供法理依据和思考空间;对于更加理性深入把握“一国”和“两制”的关系、完善与基本法实施相关的制度和机制,确保“一国两制”实践不变形、不走样,具有一定的理论价值和参考意义。

当然,意义再大也仅限于学理层面,这是首要的局限。以上对基本法第158条有关规定的各种解释都属于学理解释,没有法律上的效力,“批判的武器不能代替武器的批判”。此外,仅就学术研讨而言,由于写作的初心旨在揭示终审法院对基本法的曲解,加之篇幅和能力所限,笔者没有正面系统地论证司法提请制度(无论是欧共体条约中的预先裁决还是香港基本法中的提请人大释法)的双重属性或双

重功效:司法提请既是各机构之间相互制衡的体制,也是相关机构之间分工协作的体制。欧盟预先裁决制度的发展及其知识谱系的展开给“一国两制”法治实践的重要启示在于,司法提请制度的设立尽管有权力制衡的考虑,但绝非用来争权夺利的工具,其主要作用在于解决案件审理过程中遇到的困难和障碍,发挥的是类似于司法协助的重要功能。^⑦但在香港基本法领域,由于案例不多及各种非法律性因素的干扰,司法提请在实践运作层面以及在知识话语体系的建构中仅仅展示出其权力制衡的一面,忽视(也可能是有意遮蔽)了其分工协作的一面。这种偏颇状况有待法学界今后通过更具问题意识的深入研究以逐渐加以改善。

更进一步的局限则是实践层面的。本文仅点明了一个或许因为太过明显而未被留意的问题,至于如何解决,还要看实践。而实践的困难在于,对现有司法提请制度进行修正同样会遇到麻烦和风险,不能不审慎对待。体制的完善和改进是要减少原有体制的不合理的高昂成本,但是改革本身也有成本和代价,可能会因遭遇既得利益的抵触半途而废,甚至不排除出现“旧病未愈,新疾又生”的局面。^⑧更何况,改革现行的人大释法制度收益有多大,由于存在很多不确定因素——包括案件当事人对于提请释法有无角色可以扮演,特区各下级法院对于提请释法的态度如何,终审法院作为“中间方”是否会以及如何审查下级法院呈其报给全国人大常委会的释法请求等——尚难预料,需要时间去检验。欧共体的预先裁决机制发展至今已过了半个多世纪,运作平稳有序,但仍旧存在一些“老大难”问题没有定论或难以妥善处理,例如究竟哪些事务属于必须提请的范畴、各成员国法院理应提请却拒绝提请该如何处理。^⑨无论是现在还是未来,这些问题和困难也同样存在于基本法的人大释法制度里。

这意味着,实践者所关心的问题常常是没有办法靠研究解决的,或者主要不是靠研究来解决,最终只能通过实践来回答。作为“一国两制”条件下创设的新生事物,特区法院提请人大释法其实是由一系

列具体的规则、程序和惯例有机组成的,应该也只能通过不断的试错和调整才得以形成和发展。在此意义上,基本法第158条规定的人大释法制度既是基本法参与制定者集体智慧的产物,也“更是”基本法参与实施者长期磨合博弈的结果。

注释:

①终审法院将这类条款称之为“范围之外的条款”,意指特区高度自治范围以外的条款;为表述简洁,本文在论述中将其简称为“自治范围外条款”或者“非自治范围条款”。需要说明的是,本文将基本法中“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”简称为“自治范围外条款”或“非自治范围条款”仅仅是出于行文讨论的便利,从基本法第158条的语言逻辑来看,二者之间的概念外延并非一致。

②终审法院的判决书原文用英文撰写。此为香港特区司法机构网站登载的、经过法院审阅同意而发布的判决书中译本,可以视为判决书的官方版本。

③唐丽珏:《英国法律解释三大规则》,北京法院网,bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2015/05/id/1631453.shtml,最后访问时间:2020年4月15日。

④当然,案件在终审阶段出现需要解释自治范围外条款的特殊情况除外,此时应当由也只能由终审法院发起提请。笔者论证的基本法的原意,是特区终审法院并非司法提请的“唯一”发起者,而不是说终审法院不能发起司法提请。

⑤“吴嘉玲案”终审判决书第88段。

⑥“吴嘉玲案”终审判决书第88段。需说明的是,判决书关于这句话的英文原文是:“Thus, there is no limitation on the power of the lower courts to interpret all the provisions of the Basic Law”,其中的“all”带有着重号;而法院网站公布的中文译本判决书中未相应地将“所有的”三个字加着重号,笔者在此将着重号补上。

⑦两个判例分别为“Solicitor v. Law Society of Hong Kong”FACV No. 7 of 2003 和“MOK CHARLES PETER v. TAM WAI HO”FACV No. 8 of 2010。相关的案例简介,见律政司:《基本法简讯》,2011年12月,第13期,第22~25页,https://www.doj.gov.hk/chi/public/basiclaw/basic13_4.pdf,最后访问时间:2020年4月15日。

⑧关于案件到终审法院才能提请释法的逻辑瑕疵,还可举个例子:一起需要人大释法、涉及诸多当事人的案件,特区法院在一审或二审阶段“自行”判决后,有的当事人不再上诉而另一些当事人诉至终审法院;人大常委会应终审法院的提请进行释法,其内容和一审、二审的判决不一致,如何适用?如果人大释法只适用于诉至终审法院的那部分当事人,这是否违背人大释法的法律效力?如果适用于案件所有当事人,则对一审或二审后便不再上诉的当事人(其中有的可能已经执行完毕)而言,是否符合司法公义?由此可见,如果香港法院遇到需要释法的问题时不及时提请而是推到再审甚至终审阶段,是很成问题的。这个例子也反证了基本法要求特区任何一级司法机构在遇到需释法的争议时都必须提请释法的“初衷”以及其高明之处。

⑨⑩⑪⑫李浩然主编:《香港基本法起草过程概览(下册)》,香港:三联书店(香港)有限公司,2012年,第1197~1198页,第1203页,第1196页,第1202页。

⑬邹平学等:《香港基本法实践问题研究》,北京:社会科学文献出版社,2014年,第354页。

⑭罗燕明:《香港特区“刚果(金)案”与全国人大常委会第四次解释〈香港基本法〉研究》,http://www.hprc.org.cn/gsyj/yjjg/zggsyjh_1/gsnhlw_1/d12jgsxslw/201310/t20131019_244914.html,最后访问时间:2020年4月15日。

⑮案件2008年11月在高等法院原讼法庭一审开庭审理,2011年9月8日,终审法院作出终局判决。

⑯这其实从一个侧面再次证明了相比基本法第158条第3款字面含义所显示的原初设计,终审法院确立的司法提请制度不但更繁琐而且更脆弱,因为后者在实践中得以正常运作的前提之一是需要案件当事人不停上诉,直到诉至终审法院。

⑰判决书中反复提及被告所提出的辩由是“宪法性的”,涉及特区的“宪制性架构”“宪制性秩序”和“宪制性领域”,见“*Intraline Resources SDN BHD v. The Owners of the Ship or Vessel ‘Hua Tian Long’*”判决书第83、86、113、123和157段,https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=70707&QS=%28hua%20tian%20long%29&TP=JU,最后访问时间:2020年4月15日。

⑱对该案一个比较全面的介绍和分析,见杨晓楠、唐艺卿:《从“华天龙”号案看王室豁免原则在香港特别行政区的适用》,北京:《中国海商法研究》第26卷,第95~101页。

⑲王叔文:《香港特别行政区基本法导论》,北京:中国

民主法制出版社、中共中央党校出版社,2006年,第127页。关于“Preliminary Ruling”的中文翻译不尽一致,在我国内地,除了“预先裁决”之外,还有“先行裁决”“先决裁决”等其他译法。

②⑩条约中文译本引自吕国平:《论欧洲联盟的先决裁决制度》。引用时略有文字调整。为阅读便利,其中与本文论述无关的部分内容以“……”代替。北京:《中外法学》,1996年第1期,第56~62页。

⑪⑫M. Broberg and N. Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, Oxford University Press, 2014, pp. 61-74, pp. 33-34.

⑬王玉芳:《先决裁判制度:欧洲一体化进程中的一张王牌》,载赵海峰、金邦贵主编:《欧洲法通讯》第4辑,第56~58页。

⑭曾令良:《欧洲联盟法总论》,武汉:武汉大学出版社,2007年,第304~307页。

⑮⑯⑰Carl Otto Lenz & Gerhard Grill, “The Preliminary Ruling Procedure and the United Kingdom”, Fordham International Law Journal, Vol. 19, 1996, p. 859, p. 853, p. 399.

⑱相关数据,见George Tridimasa, Takis Tridimasb, “National courts and the European Court of Justice: a public choice analysis of the preliminary reference procedure”, International Review of Law and Economics, 24(2004), 特别是第129页的表格。

⑲Carl Otto Lenz, “The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure”, Fordham International Law Journal, Volume 18, Issue 2, 1994, p. 399.

⑳时任中英联合联络小组中方代表陈佐洱在回顾中英谈判的历程时曾表示:“应当说,英方对于司法在资本主义政权组合中的重视程度远甚于我们”。见陈佐洱:《我亲历的香港回归谈判》,香港:香港凤凰书品文化出版有限公司,2012年,第225~226页。

㉑何勤华主编:《外国法制史》,北京:法律出版社,2016

年,第9页。

㉒相关的批评与反思,见苏力:《批评与自恋》,北京:北京大学出版社,2018年,第56~57页。

㉓西蒙:《欧盟法律体系》,北京:北京大学出版社,2007年,第647页。

㉔其实,基本法司法提请条款的主要立法意图已经很清楚的体现在条文中,即香港特区任何司法机构都无权就特区自治范围外的事务作出决定,此类事务由全国人大常委会来决定。如果明白这个立法目的的话,终审法院所谓的除其以外的各下级法院都可以就特区自治范围外事务作出裁决的错误便一目了然。

㉕Yash Ghai, Hong Kong's new constitutional order: the resumption of Chinese sovereignty and the Basic Law, Hong Kong University Press, 1999, p. 206.

㉖详见“Vallejos Evangeline Banao v. 人事登记处处长及人事登记审查处”终审判决书第105段。案件编号FACV No. 19 of 2012。原文为“The seeking of an interpretation by the Court of Final Appeal (or, in common parlance, making a reference to the Standing Committee) is therefore a precisely defined duty under Article 158(3).”

㉗李国能:《终审法院》,香港:《明报》,2015年9月25日,观点版。

㉘P. Y. Lo, Master of One's Own Court, Hong Kong Law Journal, Vol. 34, Part 1, 2004, p. 66.

㉙强世功:《文本、结构与立法原意》,北京:《中国社会科学》,2007年第5期。

㉚黄江天:《香港基本法解释理论及判例研究(上册)》,香港:香港城市大学出版社,第77页。在内地法学研究中,也有学者指出了基本法的司法提请条款“设定了中央和香港两地在释法上的合作机制”。

㉛王东京:《论改革成本》,北京:《学习时报》,2019年5月22日,第2版。