

一本带倾向的导读： 评《香港特别行政区基本法导论》

易显河* 著 朱玲玲** 译

摘要：《香港特别行政区基本法导论》确实是一本内容丰富的导读，不仅介绍了《香港特别行政区基本法》，还介绍了香港的法律制度、政治体制和香港的整体社会情况，对香港作为一个特殊实体给出了较好描述和图景。但是，作者未能做到更为深层次的探讨或提出与论述相关的相反论点，这难免给人留下一种带倾向性的甚至是偏颇的印象。这些不完美之处可能不是源于缺乏严密性，而是作者深思熟虑后的表达。如果是那样的话，作者的意图将受到质疑。

关键词：《香港特别行政区基本法》 全国人大常委会 《香港特别行政区基本法》的解释 基本法的设计

1. 《香港特别行政区基本法导论》由丹尼·吉廷斯（Danny Gittings）所著。该书由九章组成，并附有几个表格和一个索引。此书对《香港特别行政区基本法》^①（以下简称《基本法》）的介绍给人不错的印象。该书主体部分用314页的篇幅向我们展示了一个内容丰富的导读，前言部分占据了32页的篇幅。第315页至第375页为附录部分，囊括了《基本法》的全文、摘选的相关案例判决文本和全国人民代表大会及其常务委员会作出的相关解释，其中第351页是这些判决和解释的目录页。参考书目数量可观，多达11页（第377页至第387页）。较为详尽的索引部分还有25页。这些资料不仅对一般读者而言，即便对研究人员而言也足以用内容丰富来描述。

2. 第一章是导论部分，简明地阐释了这本书写作的目的、思路和内容。这一部分可看作是对整本书的一个很好的宏观摘要。在序文中，作者已经言明本书的目标是“给那些对此主题无事先了解的人提供一个关于《基本法》的简单介绍，以使《基本法》易于理解”（第vii页）。他认为，“作为在香港〔书评者注：即“香港特别行政区”，以下简称“香港特区”或“香港”〕具有实际效力的最高法，《基本法》设定了香港政治体制的框架、香港法院如何运作和香港居民享有的权利和自由”（第1页）。对于任何不仅想认识香港的法律制度，还要了解香港的生活方

* 武汉大学中国边界与海洋研究院及国际法研究所首席专家。此书评英文原文已于2014年发表在《中国国际法论刊》上，中文版略有改动。英文原文见：Sienho Yee, “Book Review: Introduction to the Hong Kong Basic Law”, (2014) 13 (1) *Chinese Journal of International Law* 233, pp. 233-238。所评的书为：Danny Gittings, *Introduction to the Hong Kong Basic Law* (Hong Kong University Press, 2013), xxxii, 413 pp。

** 烟台大学法学院讲师。

① 《香港特别行政区基本法》的英文文本参见：<http://www.basiclaw.gov.hk/text/en/basiclawtext/>，最后访问时间：2016年8月31日。

式和政治体制，甚至希望预期这些在未来的几年中如何发展的人而言，对《基本法》做一个人门性的导读至关重要。没有人会对此产生异议。

3. 第二章的标题为“《基本法》的诞生”。该章用非常简洁的语言回顾了《基本法》的起草历史与过程，包括围绕1997年最后期限、《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》（简称《中英联合声明》）、起草《基本法》本身以及草案存有的一些争论和变化、中英两国的分歧而产生的问题，以及“直通车”还是过渡性的安排的问题。这些关于《基本法》正式渊源或法律渊源以及“制造”《基本法》的讨论，交织着一种对特殊历史背景和事件的认识。

4. 第三章的标题为“什么是《基本法》”，阐述了《基本法》的性质和地位，《基本法》的国际维度、国内维度和宪法维度以及与《中华人民共和国宪法》之间的关系。用通俗易懂的语言来说，这章实际上论及了基本法律或效力更高的法律、《基本法》的哲学和政治基础。

5. 第四章的标题为“自治的程度有多高”，叙述了香港享有的各类权力，包括行政的、立法的和司法方面的权力，还有《基本法》下就中央与特区关系的争端解决路径，并用“国际标准”来衡量这些——如果这一标准存在的话。虽然说尚有模糊之处，其评价总体是乐观的。

6. 第五章的标题为“政治体制”，讲述了香港行政机构和立法机构以及相关机构的设立、运行以及相互之间的冲突。讨论的问题主要涉及行政长官职能、权力划分、小规模任命过程、香港特别行政区政府、选举产生的立法机关、功能团体和立法权的内容。

7. 第六章的标题为“法院的角色”，阐述了香港的司法权和充当香港体制或“一国两制”方针守护者的司法独立。本章议题涵盖了司法独立、司法审查、香港终审法院的组成和香港终审法院发挥的“宪法性”作用以及对各级法院的限制。

8. 第七章的标题为“解释与修改”，论及了《基本法》条文中就《基本法》进行解释和修改的规定。讨论的问题包括香港法院所起的作用，全国人民代表大会常务委员会的作用，解释的规避，司法提请解释和修改问题。本章相当详细地讨论了中国内地与香港或是普通法系主流解释方法之间存在的差别。

9. 中国至今还不是《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国，该公约不适用于中国，第八章论及了这一情况在实质上，如果名目上不是，引发的香港在人权保护方面一些有意思的问题和争论。这一章描绘了这个具有特殊历史的特殊实体通过一种特殊途径或特别安排去规定基本权利和保护基本权利的美好图景，而这些基本权利的享受现在为世界其他地区所羡慕。确实如此，作者观察到，“出乎一些人的意料，《香港人权法案条例》在1997年7月1日[香港]政权交接之时大都毫发无损地存留了下来，而且依然是香港人权保护法律框架中重要的一部分。得助于《基本法》，从那天起，含有诸多保护公民自由条款的《香港人权法案条例》，逐渐成为保护人权法律措施的最首要的渊源”（第264页）。此外，对1997年的香港政权交接可能会导致权利受限的担心很显然没有成为现实。正如作者所提到的，用来评估限制措施适当性的各种标准的综合效果，“累加成了考察任何试图限制香港基本权利合法性的一般严格的方法。这对要确保《基本法》和《公民权利和政治权利国际公约》及《香港人权法案条例》共同赋予的普遍权利作为香港生活方式的一个重要特色存续下去，已经是个较为有效的举措”（第302页）。

10. 第九章是最后一章，大致地推测了“2047年后会发生什么”，即，在承诺的50年不变后，香港的社会体制会不会发生变化。作者说：“激进的变革远不会在那个日期后立即发生，激

进的变革也不一定是最可能出现的情形……。虽然不太确定，但是很有可能的是《基本法》在很大程度上会以现有的形式存续下去，远超过2047年6月30日。”（第314页）

11. 正如之前所强调的，此书旨在提供关于《基本法》的一些日常必须的入门性基础知识。毫无疑问这一目标已经实现了，虽然如下文所讨论的，它带有特定倾向性。该书确实是一本内容丰富的导读，不仅介绍了《基本法》，还介绍了香港的法律制度、政治体制和香港的整体社会情况。这本书的读者将会看到对香港作为一个特殊实体的较好描述和图景。第六章和第七章甚至展现了司法机构极力捍卫司法独立、反对任何有损司法独立的坚强奋斗史。不管怎样，依据普遍讨论的内部自治的“国际”标准（第58页），作者在第四章中就行政权、立法权和司法权几方面给出的评价是，香港享有很高程度的自治权。

12. 或许是出于将此书设计为一种介绍性读本的缘故，这本书的很多地方都给我这样一种感觉，那就是，作者未能做到更为深层次的探讨或提出与论述相关的相反论点，这难免给人留下一一种带倾向性的甚至是偏颇的印象。例如，当谈到功能团体（通俗说就是在选举过程或立法过程中为社会中的特殊职能或职业分配代表权）时，对这些团体选区确实可能发挥资本主义堡垒作用或香港生活方式堡垒作用的讨论，可以丰富这一争论和正确看待这一话题。的确，如果书中对下面这些观点有所讨论的话可能会更好：世界上确实没有标准划一的民主，香港人可以依照现有的国际法或作为创设一个新的国际习惯法规范的部分努力，从他们对个人人格和独特生活方式的感知，去合理地实践或创造一种特殊的民主。

13. 另一个例子就是，当叙述完“香港单独享有的国际人格程度或可说是被香港终审法院就刚果民主共和国诉FG半球公司案作出的判决减损了”（第64页）之后，应该进行一项调研，以查清全球范围内，是否有单一制国家的中央政府和地方政府在国家豁免权问题上发出过不同声音的例子。对这个问题，香港终审法院给出了否定的回答：“从未听闻，在一个单一制国家中，地区或直辖市（不具有行使主权的权力）法院在国家豁免上宣布过与通行于整个国家政策相左的独有政策。”^① 在这种情况下，主张香港在这一特殊问题上有独立的人格可能是一种创法尝试，但我所强调的是，这是一种违背《基本法》的试图创设新法的尝试。

14. 此外，公约的条约机构人权事务委员会（the Human Rights Committee）认为，虽然英国对《公民权利和政治权利国际公约》的选举权作出的保留牵涉到香港，但是选举一旦举行，就应该经常举行。相反论点则认为，人权事务委员会的这一观点会阻止在这些事项上的任何创新和实验；也就是说，会促使人们不迈出第一次选举的步伐。在叙述完人权事务委员会的观点之后，对相反论点的这种提及对读者而言同样有价值。

15. 我注意到作者渴望让这本书通俗易懂，甚至是对于那些就此话题一无所知的人而言（第vii页）。但是，这种对可读性的优先考虑不能成为作者不提出一些反驳论点或观点的借口。删除了这些反驳论点或观点可能会使读者看问题时带有偏见或“色彩”。这一点特别重要，因为这本书的受众包括那些对此话题一无所知的人和那些读完此书可能永远不再就此话题读更多材料的人；或者，有些人可能会读更多有关此题材的书，但是这本是他们就此话题所读的第一本。正如作者所希望的，这本书还可以兼用作（即便主要不是）教科书，在受欢迎的香港基本法课程和宪法课程上，去满足许多学生的需要，“包括那些为了通过法学专业证书（PCLL）转制考试以及

^① 刚果民主共和国诉FG半球公司案，香港终审法院判决，FACV Nos. 5, 6 & 7 of 2010，第321段。

英语和香港法律硕士文凭（CPE）而学习香港宪法^①的学生的需要，还有那些学习香港基本法以攻读法律研究学位和法律研究文科准学士学位的学生的需要”（第 vii 页）。上述任何一类受众都是易受影响的人群，而且在认识和看待《基本法》或香港政治体制上可能较容易地沾染上“色彩”，如果那样的话将是很不幸的。

16. 有人可能推测（目前此书中还没有发现证据证实），这些不完美之处可能不是源于缺乏严密性，而是作者深思熟虑后的表达。如果是那样的话，作者的意图将受到质疑。

17. 这些不完美之处也可能不是作者故意设计的结果，而是作者的心境和其他香港居民或香港观察员们真实想法的一种下意识的反映。根据对刚果民主共和国诉 FG 半球公司案（以下简称刚果案）的评价来看，这一点可能是真实的，不论是对于豁免权判决的评价，还是关于香港终审法院第一次根据《基本法》的规定向全国人民代表大会常务委员会提请解释问题这一事实的评价。这个案子的结局和过程在某种程度上被作者视为在未来会对法院的管辖权和独立性进行限制的预兆（参见第 64 页，第 208 页，第 209 页，第 217 页）。

18. 这样一种想法是悲观的，甚至是危言耸听的，应该说是毫无根据的。如同作者本人指出的，刚果案的判决“在香港只引发了微弱的反应”（第 209 页）。我的观点是，应该为刚果案中作出的判决鼓掌，不仅是因为它的结局性，还在于它首次遵从了《基本法》设计的、通过该法授权的全国人民代表大会常务委员会获取正当的、可适用的法律解释这一事实。这一令人高兴的结果或许应该可以劝说法院进行重复的尝试。香港法院包括终审法院的英勇表现，它们在刚果案中与其他政治权力机关的较量与对话（第 256 页和第 257 页），或许应被看作是正常的事情或是正常生活的一部分，是正常处理事件过程中要面对的一些事情，而不是要去回避的东西。就这方面而言，不得不说香港的司法体系已经做得很好了，它在守卫着它认为最有利于香港的东西。在这一过程中，香港的司法机关在某些领域作出了新的突破。正如作者指出的那样，在普通法的世界里，香港终审法院是第一个允许某些合法预期通过司法审查得以执行的上诉法院（第 247 页）。而且，香港仍然一贯地被看作是世界上最自由的经济体，可以这么说，它位于图腾柱的顶部。

19. 香港作为一个独特的实体，并且《基本法》作为一部独特的“宪法”^②——暂且让我们使用这样一个词语，无疑给法官及其他类似的人提出了一些独特的问题。这些独特问题中的许多问题可能是《基本法》的起草者们从来没有预想到的，或者即使是预见到了，也不是他们那时就能决定的。确实如此，正如大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）曾评说另一著名宪法时所言：一部新的宪法的文字，“使得一个新生命诞生了，该新生命的发展变化就是最绝顶聪明的缔造者们也无法完全预见得到的”。^③ 这可以看作是表达了一种普遍适用的观点。为了中国和香港特别行政区的长远福祉，即使《基本法》的文本没有提供太多的帮助，相关的执行者也必须全然遵照《基本法》的基本方针——“一国两制”——和贯穿于《基本法》的合作而不是敌意的精神，合理地各司其职，而不是学究气地去坚持自己恰好喜欢的或认为在《基本法》中得到供奉的理论或愿景。

① 书评者注：此书用“香港宪法”一词，当然是不严格的措辞。

② 严格来说，《基本法》只是中国国内的一项重要的基本性法律，不是宪法。但是由于《基本法》处理了香港作为一个特殊实体的内部基本关系及与中央的关系，类似宪法，往往被称为“香港的宪法”。

③ *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416, 433 (1920) (Holmes, J., for the Court).

20. 《基本法》中第158条有关解释机制的规定和涉及此条款的案例很好地说明了这一点。《基本法》中含有不同于普通法主流解释方法的中国解释方法。举例来说，这种中国的解释方法在《中华人民共和国宪法》第67条的规定中可见。《基本法》第158条授予全国人民代表大会常务委员会对《基本法》的权威解释权，并指令香港法院就某些解释问题在作出判决前要提交给全国人民代表大会常务委员会。^① 这种机制显然是为了应对连绝顶聪明的起草者们都无法完全预见的情况的。对有些人来说，应该不惜一切代价避免此方法的使用。然而，这种方法并不是没有值得称赞的地方。首先，正如作者援引大法官安东尼·梅森爵士（Sir Anthony Mason）在学术著作中指出的，这种方法表明观点是“制定法律的机构是最能明白立法意图的机构”^②（第221页）。此外，这种方法还可以解决源自限制修改像《基本法》这样一部需要固化的法律和由此种限制带来的困难所伴生而来的问题。一旦出现起草者没能预见到的情况，如果修改法律存在困难，并且限制修改法律的规定开始破坏到这些限制存在的真正意图（在香港，这种限制意在保护自治），选择就是要么通过法院（普通法辖区内）或者通过立法机构（像《基本法》中的全国人民代表大会常务委员会那样）以法律解释的名目去解释法律或改变法律，如果该体制还不愿轻易地宣告失败，撒手不管了。看上去似乎后一种方法下的民主含量更高（从决定权掌握在人民代表手中这一点上讲）。我知道，承认可以或事实就是对未作安排的疑难法律问题作这种处理对学者来说是困难的；但是世界就是这样。举例来讲，我们很难承认美国联邦最高法院的九名法官就如同一个法律常务修改委员会那样开展工作，尽管事实上他们不止一次在重要的宪法案例中改弦易辙，但是其确立的案例法里程碑经常受到称赞。如果我们停下来去反思什么是里程碑，我们可能会稍微挪向承认美国联邦最高法院发挥着比我们一般认为的还要大的作用。奇怪的是，在同一问题上它可能会在不同时候确立两种截然相反的里程碑，但我们仍然认为这只是一个普通法院一直在正常运作而已。^③ 虽然我们对不同方法的利弊认识不一，但是《基本法》选择的方法并不像有的人认为的那么差。不管怎样，从各方面考虑，真的没有理由把《基本法》第158条规定的解释方法看成普通法里不存在的东西来回避。试图规避要自担苦果，吴嘉玲案及后续案件（第87页，第158页和第160页）的曲折之路就是很好的例证。

21. 不管怎样，香港司法机构或香港政治体制仍在经历的各种问题应被看作是这一体制有活

① 《香港特别行政区基本法》第158条全文如下：

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。但如果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者中央政府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提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。

② Sir Anthony Mason, “The Rule of Law in the Shadow of the Giant: The Hong Kong Experience”, (2011) 33 *Sydney Law Review* 623, p. 623, p. 629.

③ 或许我们只需认识到在普通法司法权下，最高法院对同一个苹果再咬一口甚至更多口是正常的事情，即在同一问题上改弦易辙是正常的。遵循先例原则对这些最高法院的限制力是有限的。我发现学界巨擘正为此争论不休。参见 Henry Paul Monaghan, “Our Perfect Constitution”, (1981) 56 *New York University Law Review* 353, p. 353; Henry Paul Monaghan, “Stare Decisis and Constitutional Adjudication”, (1988) 88 *Columbia Law Review* 723, p. 723.

力的标志，而不是产生悲观的原因。希望在适当的时机，这本导读在被重审修订时至少可以反映这样一种态度，或者，更好的是修订版反映这样一种现实。^①

An Introduction with Some Tendencies: A Review of Danny Gittings's Introduction to the Hong Kong Basic Law

Sienho Yee

(Translated by Zhu Lingling)

Abstract: Danny Gittings's Introduction to the Hong Kong Basic Law is a substantial introduction not only to the Hong Kong Basic Law but also to the Hong Kong legal system. The Hong Kong system of government, and the Hong Kong society as a whole, presenting a very good picture of Hong Kong as a unique entity. However, the discussions can benefit from deeper treatment of the issues or the presentation of counter arguments, in order not to leave a tilted or even biased impression. One may speculate that these imperfections might have resulted not from a lack of rigor, but from a deliberate presentation by the author. In that case, one can challenge the author on his intentions.

Keywords: Hong Kong Basic Law, The Standing Committee of the National People's Congress, Interpretation of the Hong Kong Basic Law, Designing a Basic Law

(责任编辑: 郝鲁怡)

(上接第 122 页)

The Forgotten Mechanism: The Research on the State-State Arbitration in ISDS

Zhu Mingxin

Abstract: Preferring investor-state arbitration to state-state arbitration in international investment dispute settlement is a distinct feature. Recently, the cases in the form of IIAs-based state-state arbitration induce many new issues worthy of research. After detailed analysis, it seems to me that the starting conditions and forms of state-state arbitration, the relationship between state-state arbitration and diplomatic protection, and the relationship between state-state arbitration and investor-state arbitration are the focus deserving attentions. The return of state-state arbitration represents a retransformation of investment dispute settlement system and means a quest for a benefit balance between investors, contracting parties and other actors suffering from investment disputes.

Keywords: Investment Dispute Settlement, State-State Arbitration, Diplomatic Protection, Investor-State Arbitration

(责任编辑: 李庆明)

^① 就香港条约实践的现实情况, 参见 Lung Wan Pun, "Application and Conclusion of Treaties in the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China: Sixteen Years of Practice", (2013) 12 *Chinese Journal of International Law* 589, p. 589.