

上編
法律解釋制度：
理論與基本模式

《香港基本法》的解釋權問題，一直以來都備受爭議。此一問題主要涉及中央與特別行政區之間的關係，就是在「一國兩制」的前提下，如何能一方面保持國家對其他地方行政區域的主權，另一方面又能靈活地使兩種不同的制度同時運作，並保持其原有的特性。除了政治性的影響外，《基本法》解釋權的問題對香港的司法制度亦有直接而深遠的影響。將來特別行政區法院的運作、司法管轄權及終審權，以至整個司法架構的獨立性等，都會受到《基本法》解釋權的影響。^[1]因此，《基本法》解釋權在《基本法》起草過程中是各界人士極為關注的問題。

在《基本法》的起草過程中，關於《基本法》的解釋權問題，曾有三種主要觀點：

一是認為，《基本法》的解釋權應全部授予香港法院。港方的一些草委也持此看法，香港法院對《基本法》的解釋權應不受限制，否則會影響香港的司法運作。其主要理由是：

第一、依照普通法國家或地區的慣例及司法解釋理論，法律由法院解釋，立法機關制定法律而無權解釋法律。香港屬於普通法體系，1997年後的原有法律基本不變，保留原有的司法傳統，法院解釋法律的辦法當然也要保留。

第二、根據《中英聯合聲明》的規定，香港特區法院享有獨立的司法權和終審權。既然如此，特區法院對法律便應當具有最終的解釋權。

二是認為，全國人大常委會與香港特區共同擁有《基本法》的解釋權，但《基本法》的解釋權原則上應歸屬於全國人大常委會。其主要理由是：

第一、根據現行憲法第六十七條的規定，全國人大常委會行使解釋法律的職權。《香港基本法》和《澳門基本法》既然都是中華人民共和國的法律，則它們的解釋權應屬於全國人大常委會，這是毫無異議的。^[2]

1. 李昌道、龔曉航（1996）。《基本法透視》。香港：中華書局。67頁。

2. 許崇德主編（1994）。《港澳基本法教程》。北京：中國人民大學出版社。21頁。

第二、《基本法》作為一項由全國人大制定的全國性法律，只有由中央掌握其解釋權，才能保證它在全國範圍內獲得統一的理解和實施。^[3]

第三、香港特區雖然擁有終審權，但是這種終審權不應妨礙國家的統一和主權。如果香港特區法院在審理案件時，卻可能涉及到對《基本法》關於國防、外交等條款規定的解釋，而這種解釋是最終的話，那麼，國防和外交由中央人民政府管轄的規定又有什麼意義呢？再如，《基本法》中的一些條文是涉及到中央和香港特區的權力劃分，既是權力劃分，涉及兩個方面，卻只由香港特區法院單獨解釋，也是不合適的。^[4]

三是認為，香港特區法院審理的終審案件涉及《基本法》條款，應提請全國人大常委會作出解釋後判決。此項觀點參照了歐洲共同體的法律解釋的做法，認為香港法院在審理具體案件時，對特區自治範圍，以及國防、外交及其他中央管理事務的基本條款可以進行解釋，但對終審案件涉及《基本法》條款的解釋，在作出終審判決前，必須提請全國人大常委會作出指引性的解釋。^[5]

基本法草委會認為，上述第一種觀點不符合中國憲法精神，《基本法》既是全國性法律，若由地方法院對全國性法律作出解釋，在法理上說不通。第二、三種觀點各有合理之處。綜合起來，對《基本法》解釋權的確認，既要體現國家的主體原則，也要從香港的實際情況出發，在具體運用上保留普通法的司法傳統。

在討論《基本法》解釋權的問題前，此上編擬把中國內地、普通法系及歐洲共同體和《基本法》規定的解釋權作一論述比較，作為進一步研究《基本法》解釋權的基礎。

-
3. 王叔文主編（1990）。《香港特別行政區基本法導論》。北京：中共中央黨校出版社。102頁。
 4. 蕭蔚雲主編（1990）。《一國兩制與香港基本法制度》。北京：北京大學出版社。320頁。
 5. 李昌道、徐靜琳等（1998）。《創造性的傑作——解讀香港特別行政區基本法》。上海：上海人民出版社。179頁。

第一章

中國的法律解釋理論與制度



1997年7月1日以後，香港的普通法制度成為中國（一國）的兩個法律制度（兩制）之一；《基本法》是這兩個制度（兩制）的介面，對《基本法》的解釋亦須兼顧兩個制度的規定與習慣。^[1]有學者認為內地屬社會主義法系，^[2]有的主張為中華法系。^[3]但兩種主張均不否認內地的法律制度在很多主要方面與大陸法系一致。^[4]

法系是西方法學家首先使用的一個概念，它對比較法學極為重要，但其含義卻不是很確定。法系並不是一個國家的法律的總稱，而是指一些國家或地區（如美國的路易斯安那州或中國的香港等特殊地

-
1. Wang Gui-guo(1999). "The Development of Legislative Interpretation," *Hong Kong Lawyer*. p. 49.
 2. 見蕭蔚雲主編（1990）。《一國兩制與香港特別行政區基本法》。香港：香港文化教育出版社。5頁。劉升平、朱華澤指：「內地是在廢除舊中國的法律體系的基礎上，適應社會主義經濟、政治發展需要，逐漸形成了以憲法為基礎的社會主義法律體系。」
 3. 此說可參閱郝鐵川（1997）。《中華法系研究》。上海：復旦大學出版社。2頁。「世界上究竟應劃分出幾種法系，至今仍無定說，但均公認中華法系是一個客觀存在，並且自始至終獨樹一幟而不與其他法系混同，在世界上只有歷史悠久的中華法系，它的影響擴展到日本、越南、朝鮮等許多東方國家，成為它們共同的法系。」另可參閱張晉藩（1988）。〈再論中華法系的若干問題〉，載《法史鑒略》。北京：群眾出版社；及陳朝壁（1980）。〈中華法系的特點初探〉，《法學研究》，第1期。
 4. 法系是以親緣關係為標準對各種法律制度所作的一種分類。這個概念的提出，是19世紀末20世紀初的事。法系在英文中有“genealogy of law”及“family of law”兩種表達。「系譜學」（genealogy）和「家庭」（family）都是生物分類學、人類學中使用的術語。系譜學是一門古老的科學，由古希臘學者首先提出並加以研究，是研究物種如何傳種接代的科學。1909年丹麥遺傳學家在奧地利遺傳學家孟德爾（G. J. Mendel）研究的基礎上正式提出了執行遺傳功能的基本單位「基因」（gene）的概念。西方法學家正是在這種背景下借用了生物學的概念，提出了法系概念。

區)的法律總稱，是指同一類法律的總稱。^[5]有的西方比較法學家，為了避免用語上的混亂，特別避免使用「法系」(legal system)這多義詞，而使用「法律傳統」(legal tradition)來代替。準確地說，法律傳統是指關於法律的性質，法律在社會和政治組織中的作用，法律制度的相應組織和實施，法律實際上怎樣及應當怎樣制定、運用、研究、改進和教育等根深蒂固的、受歷史條件制約的一種態度。^[6]故此，在研究內地的法律制度包括法律解釋制度時，有必須了解大陸法系的立法習慣、立法機關和司法機關在解釋法律等方面的職能區別，以及中國傳統文化對當代法律制度的影響。

第一節 大陸法系（民法法系）的法律解釋制度

大陸法系通常是指以羅馬法為基礎而形成的法律總稱。英文的釋義是：「主要是在西羅馬帝國廢墟上出現，西歐國家中發展起來的法律制度的總稱。來自羅馬法的概念和原則對它有強烈影響。」^[7]有比較法學者也指：「這一法系包括了其法學是在羅馬 *jus civile* 基礎上發展起來的那些國家。」^[8]「大陸法強烈廣泛地受羅馬法的影響；但羅馬法對普通法的影響卻沒有那麼深刻，也沒有那麼普及。」^[9]大陸法系亦稱「民法法系」。^[10]

5. 沈宗靈(1998)。《比較法研究》。北京：北京大學出版社。60頁。

6. J. H. Merryman (1969). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. New York: The American Society of Comparative Law. p. 2.

7. D. M. Walker (1980). *The Oxford Companion to the Law*. Oxford: Oxford University Press. p. 222.

8. R. David and J. Brierley (1985). *Major Legal System in the World Today*. London: Stevens & Sons. p. 212.

9. A. Mehren and Gordley (1977). *The Civil Law System*. Boston: Little, Brown & Co. p. 3.

10. 有認為，民法法系首先在歐洲大陸出現和發展，它具有法典的特徵，故又稱為大陸法系 (continental family) 或法典法系 (code family)。大陸法系這名稱首先在英國法學中通用，以強調英國不屬於該法系，在中國法學著作中直到現在還沿用。但在西方法學著作中，這一名稱已很少使用，理由是屬於民法法學系的國家早已不限於歐洲大陸。參見 R. David and J. Brierley (1985). *Major Legal System in the World Today*. London: Stevens & Sons. p. 23.

有比較法學家主張大陸法系可分為法國和德國兩個支系：前者包括了拉丁語系各國，即法國、比利時、西班牙、葡萄牙、意大利等，後者包括日耳曼語系各國，即德國、奧地利、瑞士、荷蘭等。^[11]

世界上還存在着西方大陸法系和普通法系兩大法系之間或與宗教法系相互交錯並存的一些法律制度。這種制度主要是在各種不同歷史條件下形成的。這種法律制度在比較法學中通常稱為「混合法」(mixed systems / hybrid system)。^[12]

蘇格蘭雖然屬於英國，但它的法律在歷史上與英格蘭不同，受羅馬法影響較大，它的法律可謂大陸法系和普通法系的混合體。

北歐各國，如挪威、瑞典、丹麥、芬蘭和冰島的法律，通稱為「斯堪的納維亞 (Scandinavism) 法律」，既不同於大陸法系，也不同於普通法法系，但相比之下，更接近大陸法系。

在美洲，西、葡、荷、法四國的前殖民地地區，一般推行大陸法法系。有些曾是歐洲大陸國家的殖民地以後又轉歸英國和美國管轄的一些地區，如波多黎各、美國的路易斯安那州、加拿大的魁北克省的法律，都成為大陸法系和普通法系相互滲透的產物。美國的佛羅里達、加利福尼亞、新墨西哥、亞利桑那、德克薩斯等州，以前雖是法國、西班牙的殖民地，但以後的法律制度，僅在某些方面（如家庭財產法領域）仍有法國、西班牙法律的影響。總的來說，這些州的法律屬於普通法傳統。

在亞洲，大體屬於大陸法系範圍的法律，包括土耳其第一次世界大戰以來的法律，近來一些阿拉伯國家（如敘利亞、伊拉克、約旦等）的法律，可以說是大陸法系和伊斯蘭教法的混合。日本自 1868 年「明治維新」以來的法律、泰國等國的法律，全屬大陸法系，但日本自二次大戰結束後的法律，又受到美國法律的強烈影響。菲律賓由於曾先後淪為西班牙和美國的殖民地，法律也帶有西方兩大法系混合的特色。

11. 沈宗靈 (1998)。《比較法研究》。北京：北京大學出版社。74 頁。

12. 沈宗靈 (1998)。《比較法研究》。北京：北京大學出版社。76 頁。

印尼由於曾受荷蘭殖民地統治，法律深受羅馬荷蘭法的影響，又兼有伊斯蘭教法的因素。

非洲的剛果、盧旺達、布隆迪等國的法律，由於以前殖民地的歷史，屬於民法法系；南非曾先後是荷蘭和英國的殖民地，因此南非及鄰近的津巴布韋、博茨瓦納、萊索托、斯威士蘭等國的法律也是西方兩大法律的混合體。北非各國，如阿爾及利亞、摩洛哥、突尼斯等阿拉伯國家的法律，由於與法國、意大利的歷史聯繫，兼具大陸法系和伊斯蘭教法兩種因素。

實行史無前例的「一國兩制」後，中國的法律體系就其法律傳統或所屬的法系來看，將呈現多樣性的特點，即出現幾種不同法系的法系。香港特區成立，允許保留屬普通法系的原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法等。^[13]澳門特區成立，允許保留原有法律、法令、行政法規和其他規範性文件；將來台灣成立特別行政區，也允許保留原有的法律。而這些法律按其法律傳統來說，均屬於大陸法系。這樣，在「一國兩制」的中國法律體系中，便出現「一國兩制三法」的新格局，將成為當代中國法律體系的一大特色。

大陸法系源遠流長，起源可溯至公元前 450 年羅馬《十二銅表法》（*Lex Duodecim Tabularum*）頒佈時代。一般認為大陸法系是由數個不同歷史時期發展起來的支法系所組成，內容主要包括查士丁尼（Justinian）皇帝統治時期所編纂的羅馬法、教會法和商法。西方於 1776 年開始的革命奠定了大陸法系公系的基礎。革命導致了國家主權（state sovereignty）的觀念或國家主義（nationalism）處於主導地位、公法（public law）和私法（private law）有嚴明的界限，以及立法、行政和司法權的分立。國家主義的表象就是國家對外排斥其他國家的法律，對內排斥一切地方和習慣的法律。邏輯上的必然結果是每一新統治者都力圖制定新法。^[14]

13. 《香港基本法》第八條。

14. Wang Gui-guo (1999). "The Development of Legislative Interpretation," *Hong Kong Lawyer*. p. 49.

當時歐洲大陸的國家是君主統治的集權國家。羅馬法中「君主的旨趣就是法律」(*quod principi placuit, legis habet vigorem*) 的格言便成為法律源自主權的明證。^{【15】}這一發展最終導致立法權集中到立法機關，立法機關可以按權行政機關在有限的範圍內立法，從而使大陸法系國家的法律一般包括內立法，從而使大陸法系國家的法律一般包括憲法、法律、行政法規和習慣四個層次。^{【16】}

大陸法系強調立法和司法權分立，嚴格禁止法官對立法機關制定的法規中有缺陷、相互衝突或不明確之處進行解釋，法官須將此類問題提交立法機關作權威性解釋。^{【17】}在此種制度下，法官在法庭上僅是聽取爭論事實並從法律中尋覓出既定的法律後果。審判過程被框於學究式的形式邏輯之中：大前提是法律，小前提是爭訟事由，判決則是必然的結果。法官的作用僅限於找出結論。^{【18】}

但沒有任何法律是完備無遺、邏輯嚴謹以至不需要執法者作任何解釋的。凡是法律都需要解釋，羅馬法亦不例外。君士坦丁一世(Constantinus I) 雖規定只有皇帝才有解釋法律的權力，東羅馬帝國優帝一世更進一步禁止對他組織編纂的三部法律進行任何的注釋，其實是完全不切實際的。^{【19】}審判工作中的法律解釋是一項十分艱鉅和繁重的任務，是立法機關難以完全承擔的。^{【20】}法國在發佈 1790 年法律後 15 年，

15. J. H. Merryman (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. New York: The American Society of Comparative Law. p. 20.

16. J. H. Merryman (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. New York: The American Society of Comparative Law. p. 36.

17. 如 1794 年普魯士王國的《普魯士邦法》就禁止法官對該法作出任何解釋；在有疑難問題時，法官只能將它們提交專門設立的「法律委員會」加以解釋。法國制憲會議於 1790 年 8 月 16 至 24 日通過的法律中禁止法院在判決中作出一般規則，在它們認為有必要時必須請求立法機關解釋法律或制定新的法律。

18. J. H. Merryman (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. New York: The American Society of Comparative Law. p. 36.

19. 周桐（1994）。《羅馬法原理》（上冊）。北京：商務印書館。90 頁。

20. 沈宗靈（1998）。《比較法研究》。北京：北京大學出版社。171 頁。

在 1804 年《民法典》中，一方面仍禁止法官制創法律（第五條），另一方面又規定：「審判員藉口設有法律或法律不明確不完備而拒絕受理者，得依拒絕審判罪追訴之（第四條）。既然法官必須請求立法機關進行法律解釋的規定已不存在，但法官又不能因法律不明確，不完備而拒絕審判，就某種意義上說，這也就意味着允許並要求法官必須在審理具體案件時至少就這一案件作出法律解釋。」^[21]有西方法學家指：「根據一個世紀後的經驗，法國法學家已承認，遵守《法國民法典》第五條的字面是不可能的，法官事實上在創制法律，即使作為嚴格的學說問題，且決不能公開承認。」^[22]可以看出，對法律解釋在實施法律過程中的重要性及誰有權解釋法律等問題的認識，在大陸法系的歷史上也經歷了一個演變過程。

鑒於法官在審理案件時必須不時對相應法律條文作出司法解釋，一些大陸法系國家亦在立法時對法官解釋法律作出明確的規定，規定解釋法律必須根據上文下義探求立法者的意圖，不得附添其他意義。^[23]但由於立法者立法時根本無法預見到法官審理案件時可能遇到的各式各樣問題，故此所謂立法者的意圖並非指立法者立法時的設想，而是指法律條文本本身所反映的意圖、精神及目的。大陸法系國家在實踐中亦普遍承認法官有權對法律作「擴張解釋」（*evolutive interpretation*），同時確保法官在作擴張解釋過程中並沒有事實上在「立法」（*legislating*）。^[24]

從理論上或法律上說，在大陸法系國家，法官無權創制法律，也不承認「遵從前例」（*stare decisis*）的原則。以法國為例，《法國民法典》第五條是一條仍然生效的條款。法官不受判例的約束，他在理論上

21. 沈宗靈（1998）。《比較法研究》。北京：北京大學出版社。171 頁。

22. P. Crug (1993). *A Modern Approach to Comparative Law*. Leiden: Kluwer Law International. p. 61.

23. 如意大利《1942 年民法典》規定：「解釋法律必須根據上下文和立法者的意圖探求文字的真正意思，不得附添其他意義。」

24. J. H. Merryman (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. New York: The American Society of Comparative Law. p. 46.