

论基本法一般条款的功能和适用

周叶中 叶正国

(武汉大学 法学院 武汉 430072)

[摘要] 一般条款是基本法的立法技术之一,可以分为法律原则性的一般条款和具体领域的一般条款,维护基本法的安定性和特别行政区问题的复合性是其生成的内在逻辑。一般条款具有保持基本法安定性的自在功能、接续基本法与价值的内在功能、对接基本法和政策的外在功能,但其适用应遵循特定的方式和界限,同时为确保其可预见性需要进行程序性商谈和类型化归纳。

[关键词] 一般条款;程序性商谈;类型化;法安定性;普适性

[中图分类号] D921

[文献标志码] A

[文章编号] 1672-4917(2014)01-0084-08

港澳问题往往具有政治和法律的双重属性,依靠既定的方针政策处理,在一定程度上是以经验验证和权力决断的外部性立场解决问题,而没有进入基本法的体系内进行规范阐释和理性证立。这与港澳特别行政区浓厚的法治传统不相符合,往往达不成共识,还可能被认为中央政府干预港澳特别行政区内部事务。因此,在处理港澳问题时重视港澳两部基本法(本文简称基本法)的适用,将特定的政策纳入基本法的规范体系内,在法治轨道内处理相关问题,以理顺中央与特别行政区的关系,增强港澳居民的国家认同感,促进国家能力的提升和国家权威的提高。然而,由于香港和澳门特别行政区的政治和社会情势不断变化,加之基本法作为成文法自身的局限性,基本法的制度供给与港澳特别行政区社会发展的制度需求之间的矛盾长期存在,很多问题基本法并没有明确的条款进行规定,以形式法治的思维处理相关问题存在一定的瓶颈。基于这种考虑,本文欲以一般条款为对象,对其在基本法体系中的地位、功能和适用进行初步的阐述,以拓宽基本法研究和适用的视野,纾解基本法的制度供给与港澳特别行政区的制度需求之间的张力,提升通过基本法对港澳特别行政区问题的处理能力。

一、基本法上的一般条款及其生成逻辑

一般条款的概念最初来自德国民法,又称为概

括条款,是《德国民法典》能够长期适应社会形势变迁的关键因素之一。一般条款后来逐渐被其他成文法国家所继受,也逐渐扩展至其他法律领域,尤其是竞争法领域和知识产权法领域,在一定程度上成为各国和各个部门法普遍运用的立法技术。所谓一般条款,是指在成文法中具有基础性地位的、能够概括法律关系共通属性的、具有普遍指导意义的条款,具有规范性、抽象性、开放性、包容性、价值性、普适性和补充性等特点。^[1]香港和澳门基本法中的一般条款比较多,以《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《香港基本法》)为例,第2条规定“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照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。”第5条规定“香港特别行政区不实行社会主义制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变。”第80条规定“香港特别行政区各级法院是香港特别行政区的司法机关,行使香港特别行政区的审判权。”在基本法中,一般条款大多是国家既定的方针政策的法律化,在特别行政区的制度体系中属于“原则性的特别行政区制度”,主要规定中央与特别行政区的关系、特别行政区内部的政制等宏观制度,其实施的状况形塑着国家的管理体制的运行。^[2]

一般条款与法律原则、不确定法律概念和空白

[收稿日期] 2013-09-15

[基金项目] 教育部重大攻关项目“特别行政区制度在我国国家管理体制中的地位与作用研究”(项目编号:10ZD034-I)。

[作者简介] 周叶中(1963-),男,湖南武冈人,武汉大学法学院教授、博士生导师,武汉大学两岸及港澳法制研究中心主任。叶正国(1985-),男,河南洛阳人,武汉大学法学院博士研究生。

条款等虽然存在一定的交叉,但并不是一种包含与被包含的关系。^① 具体来说,其一,有的一般条款可以成为法律原则,如《香港基本法》第1条“香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。”也有的一般条款只是对某个领域的统摄性条款,并不是“法律原则”,如第12条规定“香港特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。”其只是处理中央与特别行政区关系的一般条款。其二,一般条款往往与“列举的”具体条款形成对立概念,统摄于某个法律领域,引导着相关问题的处置,而不确定概念虽然也有抽象性、开放性和包容性,但可存在于任何条款中,缺少普适性和补充性等,如《香港基本法》中第19条中的“国家行为”等,当然一般条款中往往会有不确定法律概念,如《香港基本法》第2条中的“高度自治”,第5条的“社会主义制度”、“资本主义制度”,等等。^[3] 其三,一般条款也不同于空白条款,一般条款的规范要件是完整的,不需要利用其他规定的直接补充,而空白条款则是部分规范要件需要通过其他规定来补充,如第45条第3款规定“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的产生办法》规定。”

基本法中一般条款的规定作为一种立法技术,与其他法律一样具有法安定性的考量,但内在基础是港澳问题的复合性,具有政治性和法律性、内部性和外部性、价值性和现实性、原发性与衍生性、自治性与中央性等特性,对这些问题的处理涉及面广,需要基本法自身具有一定的弹性机制,因此基于基本法的安定性和港澳问题的复合性,一般条款在基本法中生成是必然的。详言之,基本法是一种成文法,虽然具有明确性、一致性和预期性等法安定性功能,但任何立法具有一定的局限性,无论立法者如何有远见卓识,成文法的稳定性要求和现实社会生活复杂性的张力永远存在,成文法为获得稳定性必须保持一定的开放性,正如卡尔·拉伦茨所说“没有一种体系可以演绎式地支配全部问题;体系必须维持其开放性。它只是暂时概括总结。”^[4] 因此,基本法应当保持适度的抽象性,这可以在立法技术上完善,一般条款正是弥补这一缺陷的立法技术,和具体条款构成了概括加具体的立法形式,通过示例方法在法的明确性和稳定性之间均

衡,以维护法的安定性。^[5] 基本法规范的有限性与社会环境之间保持着一种适应性的冲突,一般条款一方面在立法技术上保证了基本法的简洁,另一方面在调整范围和具体内容上确保了法律的开放性,以适应社会的发展变化,解决新问题。更为重要的是,特别行政区制度是前所未有的制度创新,是中央和特别行政区以及英国政府之间妥协的产物,特别行政区与内地之间的社会融合仍然有很长的路要走,中央和特别行政区之间的关系需要理顺,而且香港和澳门因其特殊的历史和地理位置,成为国际政治的角逐地。香港和澳门地区的法治发展相对比较高,法律是其他任何措施都难以替代的,然而基本法是在缺少任何经验借鉴的基础上创制的,以一般条款作为辅助手段,可以赋予中央和特别行政区在其具有基础性内涵上发挥能动性和创造性,对法律没有明确规定的特殊情形进行价值、政策和结果等各方面的考量,克服形式法治的缺陷。例如,在设立临时立法会是否违反基本法的问题上可以采用多种解释方法,得出不同结论,但为维护基本法秩序和中央的权威,可以对其基于一般条款进行合基本法的推定。具体来说,对香港特别行政区临时立法会的法律依据是《香港基本法》中第2条、第17条和第66条,其规定全国人民代表大会授权香港特别行政区高度自治权,香港特别行政区享有立法权,但在基本法中并没有规定第一届立法会成立的时间和对立法权的主体限定为立法会,而设立临时立法会作为国家的主权行为,临时立法会只是由于情势变迁作为特殊时期的过渡性机构,并不是第一届立法会,且第17条和第66条规定的立法机关在逻辑上并不是仅仅指立法会,“立法会”作为主项并不周延。^② 当然,基本法所框范的权力秩序需要对权力的归属、界限和行使方式进行明确的规定,一般条款存在诸多模糊空间和弹性机制,可能会带来法律明确性的问题,甚至会导致权力的行使偏离基本法原意,致使中央与特别行政区以及特别行政区内部权力关系更加复杂化,因此一般条款不能代替具体条款的设置,只是起到一种补强作用。

二、基本法一般条款的功能

一般条款的功能主要源于在基本法中的地位

① 有些文章将一般条款和法律原则相提并论,如谢怀栻《外国民商法精要》,北京:法律出版社2002年版,第96页;李文辉《民法一般条款的适用问题研究》,浙江大学2011年硕士论文。

② 在“马维昆案”中,上诉庭也对临时立法会的合法性进行了证明,参见《判决书》[1997]2HKC315。

及其目的,作为法律原则的一般条款统摄整个基本法,是基本法的理念表达和制度边界,而作为某领域统摄条款的一般条款,则技术性更多,二者的目的都是为调和基本法的稳定性和现实生活复杂性之间的矛盾。

(一) 保持基本法的安定性

成文法通过构建绝对清晰性和确定性的规范来引导和规约行为已经被证明是不可能的,其所代表的形式理性也有自身的局限性。以香港为例:由于《香港基本法》规定的模糊性和滞后性,随着国内外形势的发展,《香港基本法》在实施过程中遇到诸多问题,如在“居港权案”和“国旗案”等案件中有很多问题的处理并没有明确的法律依据。针对这些问题,有些学者认为应该修改《香港基本法》,使其条款更加明确和具体化,但这样只会使《香港基本法》陷入固步自封的境地,不能适应特别行政区政治社会的发展变化。^[6]因为法治的核心在于为社会提供明确性、一致性和预期性等功能,出于某种价值判断或利益考量而轻言修法,并非正确的法治思维,在基本法实施过程中能够通过法律解释解决问题时必须对具体规则进行解释,只有当法律解释不能解决问题或极度不正义时,法的漏洞补充和法的续造也是法治的实践方式,修改法律则是最后不得已的办法。一般条款确立了基本法的立法理念、制度框架和权力配置,弥补了基本法的缺陷,填入了润滑剂,使基本法更富有适用性,作为立法技术,一般条款在基本法中的运用,避免了基本法的频繁修改,保持了基本法的稳定性,也是基本法明确性的要求,因此,基本法的一般条款具有法具体化功能、法衡平功能、法律漏洞补充功能和法创设等内在功能,确立基本法适用的界限,调和一国和两制之间矛盾冲突,调整特别行政区内部的权力秩序。例如,在实践中出现了香港特别行政区政府向中央提出基本法的惯例,虽然《香港基本法》第158条只规定了由终审法院向全国人大常委会提出解释基本法的条件和程序,并没有规定行政长官在什么条件下或依照何种程序可以向中央政府或全国人大常委会提出解释请求,可以依据《香港基本法》第43条规定“香港特别行政区行政长官是香港特别行政区的首长,代表着香港特别行政区。香港特别行政区行政长官依照本法的规定对中央人民政府和香港特别行政区负责。”第48条规定“行政

长官有负责执行基本法和依照基本法适用于香港特别行政区的其他法律。”这两条规定是对香港特别行政区行政长官的地位和在实施基本法过程中的责任的一般条款,在法律并没有禁止或者授予其他主体时可以由行政长官提出解释基本法的请求,这说明一般条款对特别行政区政制形成的容纳力。

(二) 体现基本法的内在价值

价值是客观事物是否能够满足主观需要的判断,任何法律具有一定的价值涉性,是形式理性和价值理性的统一,立法目的往往是整个法律文本的价值目标,其他部分都是为实现立法目的而设置的。^[7]然而,价值在一般情况下不能直接规定在法律文本中,必须通过法律所设置的渠道进入,具体条款的技术性相对较强,代表着法律的形式理性,而一般条款是立法目的和理念的再具体化,是具有开放性的指导性规定,表达立法者的价值倾向,规范内涵需要在具体个案中依据价值判断予以具体化。基本法在序言中对其目的进行了概括,即保障国家对香港和澳门的基本方针政策的实施,而其和法律原则性的一般条款具有同质性,这说明有些一般条款也具有一定的价值性,其中法律概念的内容和范围关涉着特殊的法律价值。因此,一般条款并不纯粹是技术中立的,而是法律与价值间衔接的管道之一,在实施过程中必须考量实质的政治价值和具体的社会语境。香港和澳门在中国的版图上具有重要的政治、经济、社会和文化意义,是具有纷繁复杂的政治光谱的国际都市,是西方观察中国和中国观察世界的前沿,也是各种西方文化和中国传统文化的交汇点,因此香港和澳门的价值观比较多元,基本法必须能够在整体上容纳这些价值,并引导和推进某些价值的实现。基本法中的一般条款因其包容性、普适性等特征,是基本法和价值融合的桥梁之一,实现基本法与价值接续等功能。具体来说,基本法作为法律,一般条款也具有公平正义、自由民主和人权法治等普遍性法律价值,例如一般条款是对形式正义的法治观的纠偏,对一些具体情况进行判断,追求实质正义;一般条款对“港人治港”、“澳人治澳”以及中央与特别行政区的权能分配的概括性规定,拓宽了民主的形式,也是人权实现的新发展,等等。此外,在基本法上,一般条款的非具体的技术特征非常明显,如《香港基本法》第1条、第2条和第5条,其中“一国两制”、“高度自治”

等本身也是一种客观价值,其维护国家的统一和领土的完整,保持了香港和澳门的繁荣和稳定,为香港和澳门特别行政区的发展提供了新空间。^①

(三) 保证基本法与政策的联结性

马丁·洛克林认为不能把公法看成一种与政制完全不同的东西,而是应将其视为一种作为政制机器一部分的工具。^[8]因此,公法一般是为了具体的目的,以意志的行为特意创设的,大多是构成性规范,区别于私法上的调整性规范,因此对于公法来说将政策适度延伸至法体系内部,是公法自身的属性决定的,但也不能将二者混合在一起,仍然保持一定的区隔,以保持法律的逻辑自治性。^[9]基本法将《中英联合声明》《中葡联合声明》及其相关政策方针成文化和法律化,有诸多政策进入法律规范的技术装置和制度设计,如明文的政策依据和空白规范,一般条款也是管道之一,可以在处理特别行政区问题时将政策话语转入法治话语中,通过政策适用的客观化为特别行政区问题的处理提供合法性基础。有的一般条款兼具法律和政策的双重性质,政策的变化也可能会影响到基本法规范内涵的变动,这主要是基于基本法制定时对香港治理经验的未定型性和一国两制等的开创性。

具体来说,一般条款对于法律和政策的联结功能,主要体现在以下两个方面:一是政策法定化内设功能,一般条款在一定程度上是基本方针政策法律化和客观化,通过实行高度自治、本地人治理和一国两制可以更好地实现国家主权的统一、领土的完整和港澳的繁荣稳定,这是《中英联合声明》《中葡联合声明》等文件中具体的制度规定,其既是制定基本法的指导原则,也是基本法中的一部分。二是政策变迁的回应功能,一般条款因其抽象性、开放性和包容性,可以将政策纳入基本法体系中,保持基本法与政策之间对接的弹性,这是因为中央政府对香港和澳门的基本政策在目的和框架上与基本法的目的和一般条款基本一致,1984年《中英联合声明》和1987年《中葡联合声明》确定了我国对香港和澳门的基本方针和政策,但是近30年来全球化和区域化日益普遍,内地在转型过程中经济、社会与文化不断发展,对香港和澳门的政治、经济和社会产生了深远影响,政治生态也逐渐复杂化,中央对香港和澳门的政策在保持一致性的同时

会进行微调,如中央政府在2003年以后对香港的适度干预政策的调整,再如与党的十五大、十六大和十七大报告相比,十八大报告突出强调了政策方针的目的在于维护国家的主权、安全、发展利益,保持香港、澳门的繁荣稳定,把坚持一国原则和尊重两制差异、维护中央权力和保障特别行政区高度自治权、发挥祖国内地坚强后盾作用和提高港澳自身竞争力有机结合起来,这是新时期中央对香港的基本政策,也符合《香港基本法》第1条、第2条、第5条等的规定,纳入基本法的体系中,可以通过基本法认同实现制度认同。同样,在《全国人民代表大会常务委员会关于澳门特别行政区2013年立法会产生办法和2014年行政长官产生办法有关问题的决定》中规定的“适当修改”,澳门特别行政区就应该在《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》(以下简称《澳门基本法》)第1条、第2条和第5条等一般条款的框架下确定“适当修改”的原则、方向和前提等。^[10]因此,一般条款可以保持对既定政策方针在认识上的一致性和实践中的持续性,也是基本法上吸纳和转化政策方针的法技术装置和制度保障。

三、基本法中一般条款的适用

一般条款近似一个白纸型规定,在立法层面上没有提供一个可操作的标准,而法治要求基本法的明确性、一致性与可预期性,因此一般条款的适用具有一定的局限性,只是一种补强性规范。一般条款的可预测性的适用必须厘清其背后复合的价值构成,其中分量最重的是尊重国家主权完整与领土统一和维持港澳特别行政区的稳定繁荣,并运用适当的法技术工具,在价值指引下结合个案情境确定。

(一) 一般条款适用的方式与界限

一般条款中的法律概念更为抽象,所负荷之价值更为根本,在基本法体系中具有普适性和根本性,但并不是说一般条款就优先于具体条款适用。法律要解决什么问题 and 达到什么目的是适用法律的前提,法律的适用是一种相互涵摄的过程,具体条款是立法者的意图最为明显的体现,因此在具体法律能够为其提供明确性时一定要按照具体条款的规则进行。一般条款具有补充性,在一定程度上

^① 参见骆伟建《“一国两制”与澳门特别行政区基本法的实施》,广州:广东人民出版社2009年版,第29-35页;骆伟建《澳门特别行政区基本法新论》,北京:社会科学文献出版社2012年版,第41-43页。

是补充规则,存在规则冲突、规则悖反和规则模糊等需要法律解释时,或者存在明显的漏洞,或通过具体条款已经不能解决问题,且存在具体事例事实的情况下才能够适用。

具而言之,一般条款遵循以下三种适用方式:第一,作为法律解释之基准,明确和补充具体条款的内涵,只能是通过文义、历史等解释不能明确时才能够运用,而不能动辄引用,致使法律的稳定性和尊严受到损害。这是因为一般条款在基本法中大多属于原则性规范,只是一种初显性理由,区别于作为一种确定性理由的具体条款,因此在个案中的适用需要互观和权衡。法律适用的前提是法律发现,一般条款仅是规范性陈述,在规范形成过程中需要对事实和规范进行等置,通过客观目的探究、法律修正、法律补偿以及解释、论证和诠释等方式建构大小前提,使事实一般化,使规范具体化,来回审视,往返流盼,最终形成法律判断。^①例如,在香港政制改革上,为加快普选进程,有些组织或个人以为港人拥有独立地决定自己政治地位的权利,即国际人权公约中的自决权,《香港基本法》第1条即明确规定特别行政区是中国的一部分,可以推出不适用这些自决权。又如2004年全国人大颁布《关于香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法有关问题的决定》,有人认为该决定直接处理了政改的方向问题和否决了某些方案,这与《香港基本法》第45条、第68条及附件一、附件二中相关规定不符合,这虽然有一定的道理,但也并非唯一正解,乔晓阳的回应是根据第45条和第48条中“实际情况”和“循序渐进”的原则做出的,是关于政改的一般条款。除此之外,《香港基本法》第2条规定的高度自治权并不包括单方面改变宪制框架的权力,其涉及中央和特别行政区的关系和国家主权的行使,全国人大常委会理所当然享有该权力。第二,存在法律漏洞时,也必须先行通过类推适用、目的性限缩或目的性扩张等方法,不能解决问题时才适用一般条款。例如,有关香港立法会的“行政调查权”,在香港机场启用事件和“非典”时期成立调查委员会调查,据此对相关官员问责,有人认为其存在的依据是第73条第8项“接受香港居民申诉并处理。”第9项“在行使上述职权时,如有需要,可传召有关人士出席作证和提供证据。”

这两项中的“申诉”、“处理”、“出席作证”和“提供证据”通过目的扩张或类推适用,也无法导出立法具有调查权,因此《香港基本法》并没有关于立法会调查权的具体规定,但依据第59条和第66条规定香港特别行政区政府和立法会分别是行政机关和立法机关,可以逆向推出立法会不应享有行政调查权。第三,当法律解释和法律漏洞填补都不能解决问题或者有失基本法的目的和精神,并会产生严重的后果时,可以径自适用一般条款,但需要满足以下几个构成要件:一是具体法律问题的存在,即需要法律处理个案的存在;二是基本法的规定处理该事例严重不符合基本法的精神和目的,并通过法律解释和法律漏洞填补方法不能满足最低的要求,其或来自法律生活中不可反驳的需求,或基于事物的本质及作为整体基本法秩序的法伦理的要求;^[4]²⁹⁸三是涉及中央和特别行政区之间或特别行政区内部的重大法益,可能引发严重的后果;四是符合既定的方针和政策;五是必须经过严谨的说理和论证,结论具有可接受性。以上三种适用方式之间也分先后,依此进行,不能逾越,第三种方式在实践中还没有适用过,但并不排除以后适用的可能性,但仅局限于特殊情况和个案中。

(二) 一般条款适用的程序性商谈

即使是法律问题也需要国家机关的权威和公信对其进行了断,规范主义对此并不反对,但认为需要强有力的论证,遵循“理由优先于结论”的原则,这是因为给出理由是法治的程序性主张的主要部分,法治要求国家无论做什么都是以一种可预期的、持续一致的方式作出,并通过理由加以证成。^[11]因此,在基本法上一般条款的适用过程中应以程序性商谈为基础进行规范性法律论证,为各种主张的辩驳与妥协提供一种和平的、平等的、自由的、理性的沟通、辩论与决策的程序,即一般条款的适用不是非此即彼的选择逻辑,而是既此且彼的复合逻辑,除了需要在香港和澳门社会内部寻求共识外,香港和澳门也必须加强与中央的沟通、对话和协商,凝聚共识。例如,《香港基本法》第5条中的“社会主义制度”与“资本主义制度”的内涵仁者见仁智者见智,只有以法律规则的方式表达出来才真正具有制度规范的功能,这就需要强调公民各方主体的参与、论辩和协商,最终取得共识。^[12]在某种

^① 参见郑永流《法律判断大小前提的建构及其方法》,载《法学研究》2006年第4期;郑永流《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期。

程度上可以说,基本法实施的过程就是对“一国两制”、“高度自治”等协商取得共识的过程。一般条款适用的程序性商谈具有一定的宪法基础,也贯穿于基本法的文本和实施过程中,1982年宪法第3条规定“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性原则。”这是我国民主集中制在国家机关层面的体现,实质上是一种程序性商谈在中央与特别行政区政府之间的宪法基础,在实践中全国人大常委会解释基本法或作出重要决定时都会派高级官员前去香港或深圳与香港各界进行座谈,听取意见,表达立场。同时,基本法有一些条款规定中央在处理相关涉港澳事务时要求在解释前征询香港和澳门特别行政区的意见,如《香港基本法》第22条第4款就规定其他地区进入香港特别行政区定居的人数由中央政府主管部门征求特别行政区政府的意见后确定,如在“吴嘉玲案”和“刘港榕案”中涉及的有关居留权问题不仅仅是香港特别行政区自治范围内的事务,具体事务需要同香港特别行政区进行协商。在全国人大常委会对香港的四次释法和澳门的一次释法中,也遵循了程序性协商的做法。此外,一般条款的程序性商谈需要以下几个方面的考量:其一,遵循主体间性的论证规则,理性的商谈产生于一个自由的论证共同体,各种观点都可以提出,通过主体间在一定的程序下产生合意,这种合意并不是唯一的和终极有效的,只是具有可接受性。其二,中央权威和高度自治是目前特别行政区发展存在的主要问题,基本法的制度设计也是围绕着二者进行均衡,中央权威是一种合法化、制度化和实践性的权威,高度自治需要中央权威的支持和保障,同时高度自治也对中央权威产生影响,在一定程度上可以说,权威和自治是一种制度内的共生关系,公共理性可以补强中央权威的道德基础,也可以增强特别行政区自治的社会基础,促进中央权威与高度自治的良性互动。^[13]其三,基本法作为宪制性法律是基于一定的政策目的而设,是一种行为法和政策法,适用方式的适当性必须依赖于它的合目的性,在手段没有通过目的本身被明确预先确定时,目的论的规律继续支配着手段的选择。^[14]基本法上一般条款的适用负有实现法秩序的总原则、落实立法目的的任务,作为基本法规范内的目的,

基本法在序言中对基本法目的进行了概括,即保障国家对香港和澳门的基本方针政策的实施,而基本方针政策在中英和中葡联合声明中已经予以阐明。除了立法目的之外,基本法序言也明确表示设立特别行政区的目的是为维护国家的统一和领土完整,保持香港的繁荣和稳定,有利于澳门的社会稳定 and 经济发展。其四,一般条款是必须在宪法和基本法框架内和体系内适用,以我国宪法体制为制度背景和依据,一般条款的适用有时就是宪法在特别行政区的实施。^[15]其五,基于法益保护的均衡,一般条款本身具有重点保护的法益,对其进行程序性商谈时必须重视以重点保护的法益为基准,如果同时保护几个法益时,必须根据不同情况进行均衡。

(三) 一般条款适用的类型化归纳

一般条款的规范内涵高度抽象,为确保其适用的确定性、一致性和预期性,可以对实践中已经出现的事例进行适度抽象和归纳,化为具体的、可预见性高的权衡规则,在法益和价值均衡一致性的基础上去探索贯穿规则之间的体系。类型化乃是弥补抽象概念的不足,找出对象的共通因素,可透过案例比较,使之同类相聚,组成类型,将具有同一特征的事务归纳为同一类别,并进而建立体系的过程,类型无法被定义,只能被描述。^①具体的方法可以采用“归入-比较”和类型谱建构法。详言之,前者通过与基准案例类型进行比较后,在“整体性视野”下判断具体个案是否属于某个类型,基本要素相同就纳入,不同就从基准案例中排除,使之成为例外事实构成或限制性构成要素,或成为新类型,使事例类型具有一定开放性和进一步发展的可能;^[16]后者则是指在类型体系的建构上,有垂直的上下位阶类型关系,有水平位阶的类型关系,水平位阶类型所含基本规范意义之交集与差异,交集类型为下位类型之上位类型所具有的特征,属于同一类型之下位类型通常可构成一个类型谱。^[17]香港和澳门回归至今,中央与香港和澳门的关系发展经过诸多重大事件,虽然基本上都可以通过基本法的具体条款以及相关法律进行处理,但在实践中有很多案例游走在具体条款和一般条款的边沿,应从这些案例中总结出基本的处理规则,将其上升到一定的高度,指导以后的实践。例如,2005年澳门汇业银行洗钱案和近期“棱镜门”事件的处理中就有一

① 参见舒国滢《法学方法论问题研究》,北京:中国政法大学出版社2007年版,第449页;许中缘《论体系化的民法和法学方法》,北京:法律出版社2007年版,第106页。

定的相同性,可以对其进行总结。在2005年澳门汇业银行洗钱案中美国财政部指称澳门汇业银行同朝鲜的洗钱等有关,澳门政府迫于美国的压力,将相关资金冻结,该事件由于与六方会谈联系在一起而演变成外交事件,中央政府和澳门特区政府密切合作,一方面向美国财政部施加压力,迫使其解冻资金,另一方面强调澳门的高度自治权,促使美国政府与澳门接触,避免了直接对抗,最后在各方努力下,取得了相对圆满的结果。^①同样,在“棱镜门事件”中由香港特区政府按照相关的法律进行了处理,避免了直接对抗,中央政府并没有将其先行定位为政治行为,为香港特区政府处理问题提供了自主权,事后中央政府回应这是香港自治范围内的事项。^②与此相对,津布巴韦总统夫人格蕾丝·穆加贝案件和美国基金公司诉刚果民主共和国一案则是中央和香港司法部门合作的典范,虽然并没有直接适用一般条款,但体现了《香港基本法》第1条和第2条的精神,有利于前述两个案例中一般条款适用的类型化归纳。此外,香港法院的司法审查权的确立也是其中一例,《香港基本法》上并没有明确规定香港法院是否享有司法审查权,只是规定特别行政区的任何法律不得抵触基本法,法院可以在审理案件时对自治范围内的条款进行解释,经过“吴嘉玲案”、“刘港榕案”和“庄丰源案”等案件的总结,在实践中已经发展出来对涉及中央事务或中央与特别行政区关系的事务,应该是全国人大常委会和中央政府的专属权力,并不属于《香港基本法》第2条所规定的“高度自治”的范围内,而对港澳特别行政区自治的事项,包括作为地方的法院可以审查特区立法和行政行为,这可以从涉及法院的一般条款中寻找法律依据,如《香港基本法》中第19条:“香港特别行政区享有独立的司法权和终审权。香港特别行政区法院除继续保持香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外,对香港特别行

政区所有的案件均有审判权。”司法审查权在普通法系国家作为司法权的一部分,因此本条可以作为法院司法审查权的依据。

四、结语

通过在价值认知上认识一般条款,在实践中适用一般条款,从而发现基本法的弹性机制,以弥合基本法的稳定性和发展性的区隔,形成持久而稳定的基本法秩序,促进特别行政区制度的良性发展,推动中央与特别行政区之间关系的法治化,在保障基本法和其他社会规范之间的融通的同时保持自身的逻辑自治与体系自足。我们不能否认特定政治情势对基本法实施的影响,以及民主、人权和法治等价值判断的宣示的重要性,但这些不能直接导出中央和港澳政府等主体行为的合法性,无法解决有效性问题,而一般条款则是为其提供了一条“规范主义的通道”,通过一定技术和方法纳入基本法体系,这需要理性的商谈程序,在众多主体的参与下,以基本法形成的法秩序为基础和界限,探讨相关解决方案的可接受性。当然,在处理中央与港澳特别行政区之间的关系时,从基本法中所能摄取的资源,在很大程度上取决于为基本法运行提供的制度环境与社会环境,需要中央与特别行政区政府之间建立互信,加快港澳与内地之间的融合。最后,尼尔·K·考萨默曾说过“法律的本质不在于空洞的原理或抽象的价值。法律是什么、能够是什么,以及应该是什么,取决于制定、解释和实施法律的过程的特性。这些过程中的互动决定了法律的供给与需求。”^[18]因此,基本法的一般条款在实施过程中需要各种制度和主体之间互动、交流乃至涵化,在这一过程中不断在基本法的语言和逻辑框架下为港澳问题寻求解决办法,不断地总结,以维护国家主权的统一和领土的完整以及港澳的繁荣发展。

【参考文献】

- [1] 张新宝《侵权责任法的一般条款》,《法学研究》2001年第4期。
- [2] 周叶中、刘文戈《论特别行政区制度的二元结构》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期。
- [3] [德]恩吉施《法律思维导论》,北京:法律出版社2004年版,第149页。
- [4] [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆2003年版,第49页。

① 《美对澳门汇业银行挥制裁大棒》<http://news.sohu.com/20070316/n248762096.shtml> 2007年3月16日,2013年6月26日访问。

② 《大公报“化险为夷”梁振英展示政治强项》<http://www.chinareviewnews.com> 2013年6月25日,2013年6月27日访问。

- [5] [法]勒内·达维德《当代主要法律体系》,北京:译文出版社1984年版,第141页。
- [6] 李太莲《〈香港特区基本法〉解释法制对接》,北京:清华大学出版社2011年版,第93页。
- [7] 刘风景《立法目的条款之法理基础及表述技术》,《法商研究》2013年第3期。
- [8] [英]马丁·洛克林《公法与政治理论》,郑戈译,北京:商务印书馆2002年版,第188页。
- [9] [英]弗里德里希·冯·哈耶克《经济、科学与政治》,冯克利译,南京:江苏人民出版社2003年版,第367页。
- [10] 骆伟建《解读全国人大常委会决定中“适当修改”的内涵》,《行政》2012年第2期。
- [11] [美]玛蒂尔德·柯恩《作为理由之治的法治》,《中外法学》2010年第3期。
- [12] 李燕萍《一国两制的宪政价值及其发展》,胡建森译,《公法研究(第7辑)》,杭州:浙江大学出版社2009年版,第286-299页。
- [13] 王旭《国家权威、自治与公共理性》,《求索》2010年第5期。
- [14] [英]J. S. 密尔《代议制政府》,汪瑄译,北京:商务印书馆1982年版,第17页。
- [15] 伍华军《论“一国两制”下特别行政区的宪法实施》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期。
- [16] [德]齐佩乌利斯《法学方法论》,北京:法律出版社2009年版,第103-114页。
- [17] 黄茂荣《法学方法与现代民法》,北京:法律出版社2007年版,第130页。
- [18] [美]尼尔·K·考萨默《法律的限度——法治、权利的供给与需求》,北京:商务印书馆2007年版。

On the Function and Application of the General Terms of the Basic Law

ZHOU Ye-zhong, YE Zheng-guo

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The general terms of the Basic Law is one of legislative technique. It can be divided into the general terms of legal principles and those of specific areas. Maintaining the stability of the Basic Law and complex nature of the Special Administrative Region is the inherent logic that it generates. The general terms have the function of maintaining the stability of the Basic Law. They also have the internal function of linking the Basic Law and its value and the external function of docking the Basic Law and the policy. However, their application should follow a specific way and boundaries. In the meantime in order to ensure their predictability, procedural talks and types should be inducted.

Key words: general terms; procedural talks; type; law stability; universality

(Tr. Zhang Jing; Cui Xianquan)

(责任编辑 张阳)