

图书在版编目(CIP)数据

香港基本法澳门基本法论丛·第三辑/饶戈平,
王振民主编. —北京:中国民主法制出版社,2016.5

ISBN 978-7-5162-1189-2

I. ①香… II. ①饶… ②王… III. ①特别行政区
基本法—香港—文集②特别行政区基本法—澳门—
文集 IV. ①D921.94-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 106244 号

书名/香港基本法澳门基本法论丛(第三辑)

XIANGGANGJIBENFAAOMENJIBENFALUNCONG(DISANJI)

作者/饶戈平 王振民 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010)63055259(总编室) 63056573 63058790

传真/(010)63056983 63058790

http://www.npcpub.com

E-mail:mzfz@npcpub.com

经销/新华书店

开本/16开 700毫米×1000毫米

印张/26.875 字数/372千字

版本/2016年5月第1版 2016年5月第1次印刷

印刷/三河市航远印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-1189-2

定价/62.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编者按

香港、澳门回归以来,两部基本法在特别行政区的实践不断深化和丰富,“一国两制”和基本法研究亦日益升温,成为热点。在学界同仁的共同努力下,该领域的研究成果不断推陈出新,青年才俊逐渐崭露头角。《香港基本法澳门基本法论丛》正是这一过程的记录和见证。此次推出的第三辑延续了前两辑的风格并有所创新,以“中央与特区关系”、“特区的民主发展”和“香港特区的司法权”为主题,汇聚了近年来取得的优秀研究成果,共计十三篇。这些论文或长于法理阐发,或精于实证求解,对基本法实施中遇到的问题作了深入探讨,提出了中肯的见解,希望能对全面准确地理解基本法有所启示和裨益。

基本法作为“一国两制”方针政策的法律体现,是特别行政区治理的基石。作为一项前无古人的伟大事业,“一国两制”在实践中难免会遇到这样或那样的问题,需要我们及时总结、认真研究。特别是,香港政制发展的争拗,根源在于是否准确理解、正确实施了基本法。香港基本法实施已近20年,片面理解、曲解甚至背离基本法规定的观点非但没有销声匿迹,反而甚嚣尘上、招摇过市。面对这些老问题、新情况,加强基本法的研究和推广显得更为迫切和重要,希望学界同仁继续努力,关注基本法,加强基本法的理论研究,推动基本法的全面正确实施。

《论丛》一贯秉持实事求是、学术自由之学风。在成果选辑过程中,我们尊重每位学者的学术研究,力求创新,但需指出的是,他们文章中的观点并不必然代表编者的立场。

目 录

第一编 中央与特区关系

- 3 宪法在特别行政区适用问题研究 胡锦涛 王理万
41 单一制国家高度自治行政区的概念化
——以苏格兰、加泰罗尼亚和香港为例 屠凯
63 特别行政区自治的授权原理与技术 杜承铭

第二编 特区的民主发展

- 99 2017年香港特别行政区行政长官普选时
候选人提名机制研究 邹平学
143 香港特区民主政制发展分析
王振民 徐霄飞 黎沛文 赵力葢 牟玲
175 区域普选进程中的国家统合问题:转型国家的比较
研究 刘晗
192 香港普选与保留功能组别:法律和政治视角
陈咏华 杨晓楠
230 香港立法会权力运行的争议分析
——以立法权与公益事项辩论权为例 叶海波
270 澳门政制发展中的协商民主:
理论、实践与未来展望 戴激涛

第三编 香港特区的司法权

- 305 香港基本法诉讼研究 程洁

目 录

- 320 香港特别行政区司法审查权、司法审查技术的变迁
与发展
——以香港特别行政区司法判例为线索
秦前红 付婧
- 348 香港特区终审法院在基本法案件中的司法定位
杨晓楠
- 374 香港特别行政区的特委法官和暂委法官制度
张淑钿

第一编 中央与特区关系

宪法在特别行政区适用问题研究

胡锦涛 王理万*

自基本法制定之时至今的数十年中,有关宪法在特别行政区的适用问题是一个历久而弥新的话题,形成了颇为丰富的理论积淀与驳杂的观点争鸣,并牵引着宪法与基本法的双向互动,但这些探讨基本上还停留在理论思辨层面。在基本法制定 20 余年、实施 10 余年的今天,关于宪法在特别行政区的适用问题不应再局限于“单一制”或者“联邦制”的国家结构框架内,也不应局限于“大陆法系”与“英美法系”的法系划分理论内,而是应该看到“一国两制”和特别行政区建立本身就是对于传统政体理论和法系渊源的超越——而这种超越是基于宪法授权的,也是始终受到宪法规范和引导的。所以,对宪法在特别行政区的适用问题的研究应该更新理论基础,不囿于传统理论圈定的框架范围,而是依据实践发展对理论进行完善。同时,应该将视野拓展至世界相似国家和地区的宪法实践上,比如加拿大宪法在魁北克的适用。在此基础上,提出中国宪法适用于特别行政区的一般理论框架、制度改进、技术和方式,展示未来应该如何具体处理宪法在特别行政区的适用问题,利用宪法处理香港日益激烈的分离主义情绪和“港独”言论,形成良性的中央与特区政府关系,以及在“双普选”过程中如何利用宪法实现有序的民主化安排。

一、研究缘起

内地和港澳对宪法在特别行政区的适用问题均进行了大量研究,为厘清宪法与基本法的宪制关系,解决宪法在特别行政区的适用问题,提供

* 胡锦涛,中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师;王理万,中国人民大学法学院宪法学与行政法学专业博士生。

了颇有价值的学术建议。

关于宪法与基本法关系的代表性理论主要有:1. 基本法作为“基本法律”。目前学术界的主流观点认为,基本法是全国人民代表大会制定的“基本法律”,这种观点有着颇为坚实的理论和规范依据。事实上,“基本法律”有着特定的宪法学意义上的内涵,也由此可以推导出宪法和基本法构成“母法和子法”的关系,并大致廓清全国性规范在特别行政区的适用范围。2. 基本法作为宪法“特别法”。有学者依据法学理论中的“一般法和特别法”的原则,试图解释宪法与基本法的关系。该种理论的基本观点是:基本法是宪制性法律文件,是中国宪法体系的一部分;基本法实际上就是整个中国宪法体系的一个组成部分,源自宪法第31条,二者共同适用于全国,包括香港和澳门。对基本法的适用就是对宪法第31条的适用;基本法与宪法是各司其职,规定不同的法律关系,在适用上也不该存在优先与否的考虑。^①该种理论事实上将宪法和基本法置于同等地位,认为二者规定了不同的方面(宪法规范内地、基本法规范港澳),所以是并行适用于不同地域的,由此“宪法不能(也不需要)在特别行政区适用”就是该理论自然推导的结果。

基于宪法与基本法关系的不同理论,产生了对“宪法在特别行政区适用”问题的不同解答。

1. 宪法与基本法共同构成特区宪政基础

“宪法与基本法共同构成特区宪政基础”的理论意欲解决基本法在实施中的各种争议,化解特别行政区发展中的一系列难题,厘清宪法与基本法的内在关系,以及其在特别行政区的政治地位。该理论大致包括以下主要内容:首先,香港宪制的建立与发展是以香港特别行政区基本法为基础的,但是香港的宪制并非仅仅以香港基本法为基础,探讨香港的宪制必须以《中华人民共和国宪法》为基础和基本背景。未来香港宪制的发展最终是个宪法判断的问题,并非仅仅是个基本法问题。《中华人民共和国宪法》与《香港特别行政区基本法》构成了香港宪制的共同基础。

其次,宪法在特别行政区的效力并不限于宪法第31条,甚至不限于

^① 李浩然:《宪法、基本法和宪法体系》,载《明报》2013年9月13日。

“一国条款”，“社会主义条款”在香港同样有效。例如宪法第1条规定“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”。这一条文在香港的效力意味着，即使在香港，也不可以允许破坏中国其他地区实行的社会主义制度的行为的存在。也就是说，宪法规定的许多其他制度尽管并不直接在香港实行，但香港的各种组织和公民必须尊重这些制度的存在。郝铁川先生在该点上与韩大元教授具有共识，他曾指出“中国宪法中关于社会主义制度的规定虽不适用于香港，但同时按照‘一国两制’方针和宪法、基本法的规定，香港居民负有在行动上不推翻社会主义制度的消极不作为义务”^①。这意味着在“生效”和“适用”之间存在差别，即使是“社会主义条款”暂时不在特别行政区直接适用，但是并不意味着不发生效力。

再次，除了“一国条款”外，还有一些有关国家机构和标志的条款，可以在香港直接适用。例如全国人民代表大会中有香港特别行政区选举的代表，这些代表当然要按照宪法的规定来履行代表职责；又如，香港特别行政区政府直辖于中央人民政府，那么关于中央人民政府的宪法规定当然对香港产生效力。而宪法关于国旗、国徽、国歌、首都的规定，当然也对香港产生效力。

最后，单从宪法效力的角度而言，宪法全部条款对特别行政区都是有效的，此时不应将宪法的条文割裂开来。宪法是一个整体，具有一种主权意义上的不可分割性。由于宪法本身的复杂性和价值多元性，宪法在不同领域的适用上当然是有所差异的，例如在不同的经济形态之间、在普通行政区和民族自治地方之间当然有所区别。但这种区别绝不是说宪法在某些区域有效力而在有些区域没有效力。宪法是一个整体，任何组成部分上的特殊性都不意味着对这个整体的否定，宪法作为整体的效力是及于中华人民共和国的所有领域的。^②

通过对“宪法与基本法共同构成特区宪政基础”的介绍，可以看到该

^① 郝铁川：《香港基本法不是“小宪法”》，载《明报》2013年7月31日。

^② 韩大元：《中华人民共和国宪法与香港特别行政区基本法共同构成香港宪制的基础》，香港中国通讯社，2014年3月7日。值得注意的是，张德江委员长在2014年3月6日在参加香港代表团和澳门代表团审议会议上发言，也指出：宪法和基本法共同构成特区的宪制基础。具体请参见，《张德江在港区人大小组会议发表讲话》，载《星岛日报》2014年3月7日。

理论在政治适用和法律适用方面均具有正面意义:(1)该理论坚持了宪法在特别行政区的“整全效力”,认为宪法的效力及于主权范围的全部;(2)该理论适度区分了“生效”和“适用”的涵义,从而使得某些不能直接适用的条款亦可生效;(3)该理论面向未来的香港政制发展,指出宪法与基本法共同决定了未来的政制走向,无疑具有重要的政治和法律意义。

2. “基本法”作为中国“不成文宪法”的组成部分

鉴于利用传统宪法学知识在解决宪法适用于特别行政区问题上的困境,有学者开始关注政治哲学的思想资源。强世功教授即提出了“基本法”作为中国“不成文宪法”的组成部分的观点,其认为提出宪法在特别行政区适用的问题是“多余”的,因为基本法构成了中国“不成文宪法”的组成部分。该理论提出,我们不能笼而统之地说宪法在香港有效(valid)或者无效(ineffective),更不能说宪法的哪些条款在香港有效,哪些条款在香港无效。因为仅从宪法来看香港,实际上忽略了基本法对中国宪政体制的特殊贡献,看不到“一国两制”和基本法给中国宪政体制带来的革命性变化。^①

在其另一篇论文中,强世功教授继续阐释和延续了上述思路:基本法的制定意味着香港人对《中华人民共和国宪法》的确认,即按照“一国两制”对宪法的内容加以限制、吸纳和过滤,使其既满足“一国”的要求,同时保证“两制”,从而弥补香港人与内地人之间缔结宪法这个社会契约的缺失。因此,基本法的起草过程表面上是全国人大制定法律的过程,事实上更像内地(中央)与香港之间缔结社会契约的政治协商过程。这从基本法起草委员会和基本法咨询委员会的组成方式以及基本法的起草方式就可以看出来。从形式主义的宪法观来看,基本法是全国人大制定的“法律”,但在政治运作中,它实际上是一部在香港建构国家主权的宪法性法律。它之所以被称为“小宪法”,并不是通常理解为在香港特区拥有类似宪法的最高地位,而是由于它是在香港这个局部地区建构主权的国家宪法。无论是香港的政治体制,还是行政长官和立法会普选,都关系到中央与特区的关系,关系到“爱国者治港”这个“绝对宪法”。可见,基本

^① 强世功:《中国香港:政治与文化的视野》,三联书店2010年版,第241页。

法不仅涉及我国成文宪法在香港的实施,而且关系到我国不成文宪法在香港的实施,因为基本法制定过程中关于香港政治体制以及普选模式和普选步伐的争议实际上都是围绕如何确保“爱国者治港”而展开的,这恰恰是巩固香港属于中国这个政治共同体的关键所在。因此,从形式主义角度区分宪法中的“一国”要素和“社会主义”要素本身就是不可能的,从形式主义意义上讨论中国共产党在香港是否合法、是否执政也是没有意义的。^①

上述颇具新意的理论和思路确实可以为我们提供思辨性的政治考量,但是其缺陷在于回避了目前面临的实践问题。比如,是否可以依据宪法审查香港法例的效力,香港居民是否可以主张履行宪法中的兵役义务——这些问题在这个框架内并不能得到解答,所以理论思辨缺乏足够应对现实的能力。这也是本文致力解决的问题,即为宪法在特别行政区实施提供切实可行的理论指导和对策建议。所以,该理论在政治适用上颇有正面作用,但是在法律适用上并未明晰其意义。

3. 基本法作为政治契约而非“授权法”

有香港学者针对饶戈平先生在论及香港政制前途时提出的“香港的政治制度是由基本法、中央来决定的,它的设计、制定和修改,都不是香港自身能单独决定的,政制发展的主导权和最终决定权在中央”的观点,提出了基本法作为政治契约而非“授权法”的说法,其实质在于将基本法和宪法并列起来,从而排除宪法在特别行政区的适用,排除中央政府在特别行政区政制发展等问题上的决定权。

基本法作为政治契约而非“授权法”的观点论据包括以下要点:首先,基本法是特别行政区的“成文小宪法”,其核心内容是限制政府权力,保障人民权利,其本质是人民与政府之间的政治契约,而非政府单方面“授权”的产物。这实际上就是西方“社会契约论”的重述,指出人民权利是先于政府而存在的。

其次,从基本法的制定过程来看,其认为1985年7月成立的香港基本法起草委员会,是在《中英联合声明》国际条约和中国宪法的双重框架

^① 强世功:《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》,载《开放时代》2009年第12期。

下进行基本法制定工作,由此香港进入立宪时刻。所有23名香港委员和36名内地委员,可以看成是实际的制宪代表,而随后成立香港基本法咨询委员会,由各界别推举或选举出180名港人担任委员。他们全面深入社会,进行广泛的咨询,为草委会提供了大量书面意见,履行了香港制宪代表的应尽职责。基本法的诞生,既有国际条约的规限,又有港人的参与,绝非中央单方面的恩赐。

再次,基本法并非“授权”而仅是对特别行政区原有制度和生活方式的“认可”。其指出,“授权论”最大的荒谬之处就是,香港在回归之际,所有权力被中央重新授予,那之前它是一个制度空白区吗?香港过去的自由繁荣局面从何而来?该理论引用了内地学者甘超英教授的观点,指出港澳原有制度和生活方式,“已经在港澳发展并存在了150年和450年之久,它们不是基本法的创造,而是认可”^①。据此,该理论抛出其核心观点,认为由于授权是单方意志下的行为,所以具有“可动摇性”,而人民的天赋权利是“不可动摇”的,基本法是认可权利的社会契约。

最后,该理论指出,在政制发展过程中,为了确保香港资本主义三权分立制度不变,不受到社会主义一党独大制度的侵袭,港人作为基本法契约一方和实施主体,完全有权利申述自己的主张。如果中央并不承认基本法是两厢情愿的契约,而坚持认为它只是靠中央一锤定音的授权法,企图在香港复制大陆的权力模式,那中央就必须承担这种无视港人行使“高度自治”正当权利的政治后果。^②

综上观之,该理论的险恶之处在于,其试图从根本上否认基本法作为“授权法”的性质,从而颠覆宪法与基本法的关系,将宪法和基本法等量齐观,从而排斥宪法在特别行政区的适用,排除中央对于特区政制的最终决定权。其错误之处在于:(1)混淆了两种意义上“授权”的概念,确实从政治理念上政府的权力来自人民的授权,但是此种授权与“中央政府对地方政府的授权”完全是两个层面的概念,该理论有故意混淆概念的嫌疑。(2)基本法只是中央立法机关制定的“基本法律”,其是根据宪法制定的,权力来源于中央政府通过宪法的授权。(3)特别行政区的高度自

^① 甘超英:《契约精神下的基本法及中央与港澳的关系》,载《“一国两制”研究》第6期。

^② 沈周:《基本法是契约 不是授权法》,载《苹果日报》2014年3月24日。

治地位和自治权限的范围,来源于中央的授权。基本法第20条规定的“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”,该条也可充分说明基本法作为“授权法”(严格意义上应称作“被授权法”)的性质。(4)基本法在制定过程中虽然吸收了特别行政区居民作为“起草委员”参加,“从而使基本法凝聚了两地委员的才智,完整地体现了两地广大人民群众的根本利益”^①——但这并不是“缔约”的过程,而是在中央政府主导下充分吸收特区各方面的意见,使基本法可以凝聚共识。基本法作为全国人大通过的“基本法律”,中央政府在立法过程中的主导作用自不待言。(5)在基本法制定过程中对香港原有法律的甄别处理^②,以及对香港进行的“法律适应化”(Adaptation of Laws)工作,已经对香港原有制度进行了全面检讨,这既是对不违反基本法的原有制度和生活方式的“认可”,更是中央政府对新的制度和生活方式予以再次“授权和确认”。^③(6)特别行政区未来政治前途的最终决定只能取决于中央政府。当然中央政府会充分听取特区各界人士的建议,但是决定权的归属是不可置疑的,这也是对特区“高度自治”负责任的体现。概而言之,基本法作为政治契约而非“授权法”的说法在理论、历史、现实和未来等诸方面都无法成立,其对宪法的政治适用和法律适用均有害无利。

此外,还存在宪法“整体抽象适用”于特别行政区、宪法中的“一国条款”适用于特别行政区、应当区分“宪法效力”与“宪法规范的效力”、宪法通过基本法在特别行政区实施等理论。

乔晓阳先生在2000年香港基本法颁布十周年时,对宪法与基本法关系、宪法在特别行政区的适用问题,进行了理论概括和实践总结,可以视为对基本法制定原旨的最好延伸和阐释。

^① 许崇德:《香港基本法是创造性的杰作——纪念香港基本法实施十周年》,载《新视野》2007年第5期。

^② 具体请参见,乔晓阳,对《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定(草案)》的说明,1997年2月19日在第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上。

^③ 具体请参见,黄瑶:《略论香港的法律适应化》,载《法学评论》1999年第5期。

“宪法从总体上是适用于香港特别行政区的。从贯彻落实‘一国两制’方针政策的实践上看，宪法在香港特别行政区的适用集中体现在两个方面：第一，宪法中有关确认和体现国家主权、统一和领土完整的规定，即体现‘一国’的规定，包括宪法关于中央国家机关的一系列规定，如全国人民代表大会是最高国家权力机关，全国人大常委会是它的常设机关，它们行使国家立法权和决定国家生活中的重大问题；国家主席对内对外的职权；国务院即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关；中央军事委员会领导全国武装力量等；宪法关于国防、外交的规定以及宪法关于国家标志的规定，如国旗、国徽、国都；有关公民资格，即国籍的规定，等等，宪法的这些规定在香港施行和在内地各省、自治区、直辖市施行是一样的。第二，由于国家对香港实行‘一国两制’，宪法在香港施行同在内地施行又有所不同。宪法有关社会主义制度（政治制度、经济制度、文化教育制度等）方面的规定，不在香港特别行政区施行。而这些规定不在香港施行，也正是宪法所允许的。宪法第31条规定，全国人民代表大会以法律规定特别行政区的制度。根据这一规定，全国人民代表大会制定了香港基本法。基本法第11条规定，根据宪法第31条，香港特别行政区的制度和政策，包括社会、经济制度，有关保障居民的基本权利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有关政策，均以基本法的规定为依据。基本法的这一规定，体现了‘一国两制’的基本方针，表明在‘两种制度’方面，有关香港特别行政区的制度和政策，须以香港特别行政区基本法为依据。因此，从这个角度来讲，宪法也是适用于香港的。

宪法的效力及于香港，正是‘一国两制’方针和香港基本法得以有效实施最根本的法律保障。如果认为只有香港基本法在香港实施，而作为香港基本法立法依据的宪法效力却不及于香港，是难以理解的，在逻辑上是矛盾的，在实践上是很不利于‘一国两制’方针和香港基本法实施的。宪法的效力如果不及

于香港,基本法也便成了无源之水、无本之木。很难解释,脱离了宪法,‘一国两制’方针和香港基本法能够单独获得法律效力。”^①

上述论述反映了中央政府在“宪法适用于特别行政区”问题上的鲜明立场和务实态度:首先,需要强调宪法在整体意义上的实施,从政治和宪法理论上强调特别行政区作为中国“地方政府”的宪制定位;其次,在整体适用的前提下,对宪法中的条文进行适当区分,不仅宪法第31条当然适用于特别行政区,而且宪法中体现“一国”的条款均应适用于特别行政区,还包括宪法关于中央国家机关的一系列规定,宪法关于国防、外交的规定以及宪法关于国家标志的规定;再次,强调宪法在特别行政区的适用,并不意味着减损基本法的地位和效力,反而强调了基本法来源于宪法的事实和地位,以及基本法对于“两制”部分规定的权威性,宪法是基本法的效力来源;最后,上述论述事实上主要是从“政治层面”上对该问题进行解答,这种解答毫无疑问是权威和有说服力的,但是从法律层面上的解答也必不可少。下文将从国家结构和法系两个法学概念更新出发,系统引介国外在处理相似问题时的经验,提出解决宪法在特别行政区适用问题的法律意见。

二、“复合制”理论及其实践意义

关于中国作为“单一制”国家的判断已经成为学术定论,它直接影响到对基本法性质判断的政治定性。比如有学者指出,我国国家结构形式是单一制似乎已是常识,并指出单一制的特征包括:(1)中央以法律授予地方权力,而不是以宪法授予地方权力;(2)中央对地方享有完全的监督权;(3)地方没有立宪权,即无自主组织权;(4)地方不享有联邦的州或邦的中央参政权。^②国家领导人关于基本法的讲话,也将国家结构形式明确为“单一制”,比如时任全国人大常委会委员长吴邦国在香港基本法实施

^① 乔晓阳:《全国人大常委会法制工作委员会副主任发言》,2000年4月1日“基本法颁布十周年研讨会”。

^② 王磊:《论我国单一制的法的内涵》,载《中外法学》1997年第6期。

十周年的纪念会上指出,“香港特别行政区的高度自治权来源于中央的授权,我国是单一制国家,香港特别行政区的高度自治权不是香港固有的,而是由中央授予的”^①。

在学者据以认定对中国“单一制”国家结构形式的论证,其中心意旨是确定地方政府权力最终来源于中央政府的授予,特别是特别行政区的权力同样来源并受制于中央政府的授权——这是针对“剩余权力”问题展开的争论。而事实上早在基本法起草时就已经出现了关于“剩余权力”问题的争论,彼时香港的一些学者和基本法起草委员会委员提出“剩余权力”主张,并认为“中国及香港的权力要在基本法内明确而清楚的划分,除中央所保留的权力范围如外交、国防及制定基本法等外,其他一切的剩余权力皆属香港特区政府”,但是时任基本法起草委员会委员、外交部副部长周南提出“中国实行单一制不是联邦制,故剩余权力属于中央,无讨论余地。”^②这种政治定性显然有利于建立良好的中央政府和特区政府的宪制权力框架,具有无可置疑的政治正确和政治智慧。但是从学理的角度而言,剩余权力问题与国家结构形式之间的关系颇为复杂,单一制并不意味着剩余权力归属中央,联邦制并不意味着剩余权力必然归属各州(邦)。根据学者对世界联邦制国家“剩余权力”问题的考察,除了一般意义上美国式的剩余权力归属联邦成员的模式,还有两种模式:一是并不明确列举中央和联邦成员的权力,但是“剩余权力”在二者发生冲突时,应该采取有利于联邦政府的解释,以防止地方权力扩大,典型的如印度;二是虽然同时列举了中央和联邦成员的权力,但是明确“剩余权力”归属中央,典型的如加拿大。^③所以从比较研究的角度,也可以印证以下结论:(1)无论是单一制或是联邦制下,都可能会产生剩余权力,只要宪法或其他宪法性法律中既明确了中央政府的权力,也明确了地方政府的权力时,就自然产生了“未被两者涵盖的权力”(即剩余权力)的归属问题;(2)单

^① 吴邦国:《深入实施香港特别行政区基本法,把“一国两制”伟大实践推向前进》,载《十六大以来重要文献选编(下)》,人民出版社2008年版,第1068页。

^② 何俊仁:《谦卑的奋斗》,香港大学出版社2010年版,第74页。

^③ 张定淮、孟东:《是“剩余权力”,还是“保留性的本源权力”?——中央与港、澳特区权力关系中一个值得关注的提法》,载《当代中国政治研究报告》(第7辑),社会科学文献出版社2009年版,第246—258页。

一制和联邦制与分权程度无关,与剩余权力的归属也并非严格的对应关系;(3)无论是单一制还是联邦制都要维护国家主权统一,都要尊重中央政府在重大政治决策上的决定权。^①

还有学者指出了目前利用“单一制”国家结构形式描述和定性中央和特别行政区关系可能存在的问题。(1)“单一制”理论未能准确反映中央与特别行政区的关系,目前特区拥有的立法权和终审权只要不与基本法相悖,中央政府一般不予干预。在这层意义上,基本法虽然是授权法,但是实际运作具有仅次于宪法的地位。(2)特区高度自治权的“派生性”及特区对中央政府的“直接从属性”,并且中央与特区之间的权力关系是种“授权”而非“分权”关系,香港基本法是“特别授权法”。这样的说法,在形式上是说得过去的,虽然带有对联邦制潜在“分离权”的畏惧,但在政治性上无可厚非。最初的“一国两制”设想也许就是这样,然而随着基本法的制定与拓展,特别行政区在自治权力方面享有比联邦制成员更多的权力,从而突破了传统单一制的界定,故而单一制已经未能全面、准确地反映“一国两制”之下的宪政体制变革和新型中央与地方关系的形成及其性质。^②

当然,在当下界定国家结构形式时,需要注意其与基本法制定时和香港回归之初的不同政治背景。在彼时需要用“单一制”这个颇为简单和熟识的理论框架,排除少数香港人士企图利用“剩余权力”理论混淆中央与特区的关系、无限撑大特区的自治权。但是在中央与特区关系已然成型,并且运作和调试将近20年后,继续沿用“单一制”的理论框架就无法解释和容纳现有实践了。诚如学者指出的,“在国家结构形式上宪法不作明确规定,也许是立宪者想为未来发展预留足够的空间,使中国的国家结构保有一定的弹性”^③,而目前面对这种弹性的国家结构形式,急需更新国家结构形式(中央与地方关系)理论。

复合制国家结构形式(compound state,或简称“复合国家”)是多个学

^① 具体可参见,易赛键、朱松岭:《对国家结构形式的再认识》,载《江汉论坛》2011年第4期。

^② 具体请参见,赵伟:《中国特色国家结构形式研究》,吉林大学2009年博士论文。

^③ 王振民:《中央与特别行政区关系:一种法治结构的解析》,清华大学出版社2002年版,第398—399页。

科共享的专业名词:宪法学和国家学认为,复合制是指两个以上的国家基于特定目的而形成的国家联盟,主要包括联邦和邦联,以及历史上曾经存在过的君合国和政合国^①;而在历史学中将复合制作为描述性概念,指中国在夏商周“三代”由部族向国家过渡阶段的政权形式^②;政治学者提出“复合制”是解决中国统一问题,特别是解决台湾问题的重要策略,较之于单一制具有很强的制度包容性。^③

据此,学者将“一国两制”下的“复合制”界定为具有制度包容性,涵盖统一国家主权下一般的中央与地方关系、民族区域自治和特别行政区高度自治,并为未来台湾预留政治空间的宪制安排。^④在“复合制”理论下,中国宪法在特别行政区的适用问题将被赋予新的意涵。首先是在界定宪法和基本法的关系上,长时间以来受制于“单一制”的思路,一直避免和否定基本法作为“小宪法”的地位和定性。^⑤但是无论从基本法的建制性内容,或是从香港法院依据基本法进行的司法审查来看,应给予基本法以更加重要的宪法定位——虽然不一定使用“小宪法”这样极具政治争议性的名称,但应充分认识到基本法事实上是中国宪制的基本构成。在“复合制”下宪法在其实施过程中形成了多个分支,中国宪法不仅是“一国”的宪法,也是“两制”的宪法:在“一国”宪法意义上,基本法处于低位阶的从属地位;在“两制”宪法意义上,宪法、基本法,以及未来的台湾建制性法律处于“主流一支流”的位置,都是作为构成统一主权的复合制国家宪制性法律的一部分。

其次,在宪法适用方式上,长时间以来的理论研究一直强调宪法是以“抽象和概括适用”的方式适用于特别行政区^⑥,缺乏具体的适用方式分

① 朱福惠:《宪法学原理》,中信出版社2005年版,第140页。

② 具体请参见,王震中:《从复合制国家结构看华夏民族的形成》,载《中国社会科学》2013年第10期;或王震中:《论商代复合制国家结构》,载《中国史研究》2012年第3期。

③ 严家其:《第三共和:未来中国的选择》,八方文化1992年版,第307—312页。

④ Guobin Zhu(2012), The composite state of China under “One Country, Multiple Systems”: Theoretical construction and methodological considerations, International Journal of Constitutional Law, Vol. 10, No. 1.

⑤ 例如,郝铁川指出:“如果把基本法称为‘小宪法’,那会加剧一些人对‘一国’原则重视不够的弊端,会使一些人更加不知道中国是单一制国家而非联邦制国家,只能有一部宪法。”具体请参见,郝铁川:《中国行单一制 基本法非“小宪法”》,载《大公报》2013年8月1日。

⑥ 具体可参见,庞嘉颖:《论宪法在特别行政区的最终权威性》,载《“一国两制”研究》2012年第3期;或可参见,谢维雁:《宪法效力问题研究》,载《四川法学研究》2001年第3期。

析,使得宪法在特别行政区的适用成为一种“政治正确”但缺乏实质内容的宣示。造成这种困境的部分原因是对国家结构的认识一直停留在“单一制”层面上,因此,囿于单一制国家宪法适用的成规,无法设想更多的适用方式。在“复合制”理论下,宪法和基本法共同适用于特别行政区,只是宪法中的“社会主义”规范的适用被基本法中的相关条款“占位”;更为重要的是,香港特别行政区立法会所制定的法令以及其他规范性文件不仅不能违反基本法,而且如果违背“一国原则”,就应受到合宪性审查,这是宪法在特别行政区适用的重要方式。

再次,在基本权利保障上,虽然目前基本法对于公民权利的保障标准事实上高于宪法,但是如果在特定情况下,宪法所保障的基本权利无法根据基本法进行主张时,港澳居民可以依据宪法主张“同等保护”——在这层意义上,宪法和基本法同时适用于香港并不是“双重负担”,而是“双重保障”。这也是“复合制”的重要优势,在其之下的公民享有全国性宪法和地区性建制法律的双重保护。

最后,在保证国家统一方面,“复合制”理论不但无损宪法和主权的统一,反而是为维护主权完整提供了更为灵活和务实的思路,既为反击目前香港甚嚣尘上的“城邦论”^①和“港独”言论提供理论上的武器,也可以为解决台湾问题预留足够的政治空间和回旋余地。由此,“复合制”理论可以更好落实宪法中关于“统一多民族国家”的条款,这是在特别行政区适用宪法的根本意旨所在。

三、混合法系理论及其实践意义

学者从广义和狭义两个层面对混合法系进行初步界定:从广义上讲,混合法系是指由两个或两个以上法律传统或法系的成分所构成的法律体系;从狭义上讲,则专指由民法法系和普通法法系混合构成的法律体系。此外,混合法系具有三个重要特征:(1)混合的明确性,也就是说它是建立在大陆法和普通法的双重基础上;(2)量的和心理的特征,即混合法系的二元性在一个中立的观察者看来应该是明显的;(3)结构性的特征,根

^① 具体请参见陈云:《香港城邦论》,天窗出版社2011年版。

据这一特征,在私法和公法领域,英美法和大陆法分别占主导地位。^①

香港法律渊源的多样性,已经被充分认识,诚如学者所指出的,香港法律体系的特点可以概括为:(1)它是英国普通法系的一个分支或变种,具有浓厚的殖民色彩;(2)它以效力高低的次序形成多层次而结构完整的法律体系;(3)它适应香港经济迅速成长的需要,其中的商业法律得到最充分的发展。^②香港回归后,香港的法律渊源更为多元化,有学者提出香港目前的宪法渊源包括三个:中国1982年宪法、1984年中英联合声明和1990年香港特别行政区基本法^③。但是此观点颇有可商榷之处,即1984年中英联合声明能否视为香港的宪法渊源呢?本文认为不宜将《联合声明》视为香港的宪法渊源,概因《联合声明》作为主权国家间的国际条约,香港仅是作为条约的规范对象,而不是条约的缔结主体。事实上在中英关于香港问题的谈判中,中国政府一直反对“三脚凳”(即中国、英国和香港的三方谈判格局),坚持只能由中英双方谈判,其意在说明“本来是中英谈判,英国侵占了中国领土,是两个主权国家之间的谈判”^④。而从“联合声明”本身的性质而言,作为中英双方的双边条约^⑤,其在中国的适用只能是以国内法的方式加以适用——所以在基本法的序言中确认了联合声明作为国际条约的效力,但是基本法的制定依据是中国宪法(而非联合声明)。据此,虽然基本法落实了联合声明中的一些基本原则,但不宜将联合声明视为香港的“宪法渊源”,否则有悖于中国政府的一贯政治立场。

香港作为处于“一国两制三法系四法律体系四法域”^⑥的汇合点,基本法和香港法律本身即具有高度的融贯性。(1)从基本法的制定来看,

① 张怀印、董蕊:《“混合法系”理论研究的兴起及其原因探析》,载《江西社会科学》2009年第7期。

② 冯心明:《香港法律的渊源、特点及其发展趋向》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》1993年第2期。

③ 葛勇平:《试论香港宪法的渊源与发展》,载《甘肃政法学院学报》2006年第3期。

④ 具体请参见,张春生:《周南解密港澳回归:中英及中葡谈判台前幕后》,新华出版社2013年版。

⑤ 柳华文:《论作为条约的联合声明》,载《法学杂志》1997年第6期。

⑥ “一国两制三法系四法律体系四法域”分别是指:“一国两制”指“一个国家中资本主义与社会主义并存”;“三法系”指在中国出现了属大陆法系的澳门法和台湾法,沿袭英美法系风格的香港法,混合现代西方、马克思主义和中国传统的内地法;“四法律体”指中国大陆、港、澳、台现行法律各成体系,互不隶属,形成四个独立的法律体系(法域)。具体请参见,郑永流:《中国法圈:跨文化的当代中国法及未来走向》,载《中国法学》2012年第4期。

起草委员会的委员既有来自属于大陆法系的中国内地,也有来自属于普通法系的香港^①,汇集了来自英美法系和大陆法系共同的智慧,诸如将全国人大常委会基本法解释权部分授予香港法院,即充分尊重了两大法系的法律传统,具有高度的政治智慧和务实的立法取向。^②(2)根据基本法第8条的规定,香港原有法律(普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法),除同基本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。同时,基本法也规定了香港特区法院可参考其他普通法适用地区的司法判例,香港特区终审法院和司法机关有权邀请其他普通法适用地区的法官参加审判,这些制度延续了英美法系的传统。香港在回归后也出现了更多的成文法,根据《香港法例》所记载的内容,目前已有多达1181章(个)相关法律(少数已经废除)。(3)除了英美法系和大陆法系的交融,“中国习惯法”在香港新界地区继续有效施行,并且得到香港法院的维护,比如“蒋丽莉诉律政司司长”一案中,法院即承认了《地租条例》中有关遗嘱的习惯法([2010]13 HKCFAR 208)^③。基本法第40条也确认了习惯法在香港的效力:“新界”原居民的合法传统权益受香港特别行政区的保护。

事实上关于英美法系与大陆法系的争论在香港一直存在,特别是体现在基本法的解释权运作上。“新特首任期”问题所引发的解释权争议,就鲜明体现了两大法系对法律解释理解的差异:人大常委会的基本法解释权是否必须先经过香港法院的司法程序后才能行使,以及解释须按照普通法还是大陆法。此争议具体包括了三个方面:(1)有认为根本不需要释法;(2)人大常委会应否绕过特区的法院进行释法;(3)人大常委会不是司法机构,由它来释法是否恰当。对此,香港大律师简福怡的观点是:(1)人大常委会释法是为了应对特首选举在时间上的迫切性;(2)基

^① 梁美芬:《〈基本法〉是港人福祉之根基》,载《大公报》2013年6月28日。

^② 学者相关研究指出:在起草过程中,社会各界人士发表的意见主要集中在几方面:有人从中国大陆这种兼备欧洲大陆法和社会主义法特征的法制出发,认为既然基本法是中国法律之一部分,其解释权理应归属于全国人大常委会;有人从港英时代传承下来的英国普通法制度角度观察,认为基本法解释权应自然属于特区法院;香港还有部分人纯粹从政治角度考虑,认为将基本法解释权归属到人大常委会将会影响香港的司法独立传统和港人治港的信心。具体请参见,宋国斌:《香港基本法第158条与立法解释》,载《法学研究》2008年第2期。

^③ 《蒋丽莉诉律政司司长:终院刑事杂项案件2009年第64及65号(2010年3月26日)》,载《基本法案例摘要》2011年12月。

本法第158条并没有剥夺人大常委会主动释法权;(3)按照宪法全国人民代表大会是全国最高权力机关,在大会闭会期间人大常委会可行使代表大会一切权力。^①所以,在面临所谓“两大法系”的对峙时,利用现有的基本法规定,可以很大程度上化解这些疑问——问题的实质往往在于,不能被概念所累,也不能使法律概念过度政治化,而是应该坚持对基本法的尊重和适用。

引入“混合法系”概念可以从另一个角度探讨宪法在特别行政区的适用。首先,“混合法系”概念可以破除大陆法系与英美法系的对立——而这种对立在很大程度上是由人们建构起来的,也蕴含了一种“制度特殊性”的脉络——但事实上,在诸如港澳这样的处于政治、经济、文化、法律等汇合地域,其法律制度难以保持其“法系”的纯粹性。因此以“法系隔阂”为由拒绝宪法在特别行政区适用的理由就很难成立了,而是应充分正视包括宪法在内的成文法在香港的适用,以及对香港法治发展的促进作用。

其次,“混合法系”概念可以促进宪法和基本法在香港的务实适用,在抛却了法系概念衍生的“刻板观念”之后,才可能真正理性对待宪法和基本法中的相关条款。比如“吴嘉玲案”所引发的“人大释法”争议,即反映出了“法系之争”和“宪政文化之争”:在香港和其他普通法地区,“解释”法律这个概念本身是和法院的“司法”功能紧密相连,浑成一体的,也就是说,由于法院的天职是把法律应用到具体案件之中,从而作出一个具体的裁决;但是,在中国内地和某些属大陆法系的国家,对于“法律解释”的概念有不同于普通法的理解,法律解释是指对法律条文中含义不清楚的地方予以澄清,亦即对立法的原意作出补充性的说明。^②但事实上,对相关问题的理解一旦被“法系区分”所束缚,就很难有理性的辩驳和推敲,而是应该基于宪法和基本法的条文进行解释。

再次,“混合法系”概念可以牵引宪法与基本法在思想和理念上的不断趋近,从而有利于宪法中的“一国”条款在香港的落实。目前内地和香

^① 简福飴:《分析所谓普通法与大陆法之争》,载《文汇报》2005年5月4日。

^② 陈弘毅:《回归后香港与内地法制的互动:回顾与前瞻》,载《中国内地、香港法制研究与比较》(香港法律教育信托基金编),北京大学出版社2000年版,第10—19页。

港事实上都处在两大法系的交融汇合过程之中,内地出现了“准判例法”性质的“指导性案例”,香港的成文立法数量也逐年攀升,此意味着宪法实施的制度基础逐步接近。所以确立“混合法系”概念可以为宪法在特别行政区的实施奠定良好的观念和制度基础,也可促进宪法中“一国”条款在港澳的实施。

最后,虽然宪法为普通法在香港的实施预留了足够的制度空间,但是这并不意味着香港法律体系具有封闭性。诚如学者所指出的,“现代英美法和大陆法的区别只在于英美法采特别立法方式,对特定事项立法,大陆法采一般立法方式;司法审判上,英美法法院仍习以判例为裁判依据,大陆法法院则主要以法条为依据,实质法的规范已缺乏明显的界限作为区别英美法和大陆法的标准”^①。所以,宪法在特别行政区的适用也可促进港澳法律体系的自我成长,以期建立更加完备的法律体系。

四、加拿大宪法与魁北克分离运动

1. “魁独问题”的历史根源

魁北克的分离运动有着深刻的历史渊源。早在1608年法国人尚普兰(Samuel de Champlain)发现并命名魁北克后不久,英国人也随后进入该区域,由此引发了两国殖民者在语言和宗教方面的早期冲突。1627年法国成立新法兰西(New France)公司,被法国国王授予在当地的贸易垄断权,并负责移民事务。1663年路易十四取消了新法兰西公司的特许状,将新法兰西变为皇家直辖殖民地,在当地建立与法国相仿的行省制度。^②在1756—1763年的“七年战争”中,英法两国作为对立的军事同盟领袖为争夺海上霸权和殖民地而进行了旷日持久的战争;在1759年的“亚伯拉罕之战”(Battle of Abraham)中英国攻克了魁北克市,取得了对于魁北克的军事控制权。^③在战后缔结的《巴黎和约》(The Treaty of Paris)中,法国被迫放弃了印度、加拿大、密西西比河西岸,这也标志着法国失去在新大陆的控制权。

^① 谢哲胜:《英美法和大陆法的融合》,载《国立中正大学法学集刊》第6期。

^② 具体请参见,余建华:《论加拿大魁北克问题的历史演进》,载《史林》2000年第1期。

^③ 许文廷:《美国·加拿大:自由的灯火照耀四方》,旗林文化出版公司2007年版,第224页。

英国在占领魁北克后并没有成功推行政治与文化的同化策略,“在魁北克从法国人手中落到英国的主权之下以后,罗马天主教与法语教育,当地的法律制度,这些魁北克人的文化支柱,仍继续保留下来”^①。由此在魁北克地区形成了自成体系的殖民来源、语言文化和政治法律同质性的法语民族。在政治共同体中的异质群体必然会受到各种制度与文化的限制,而这种来自主流文化和执政当局的限制措施势必会激发少数群体的反抗,也会强化少数群体对于自身文化特殊性的认同。所以,在长达数百年的时间中,魁北克独立成为加拿大面临的最严重宪制危机。

2. “分而治之”与“合而治之”

为了安抚法裔群体的政治忧虑,并防止其与正在推行独立运动的美国相结合,英国政府逐步承认了魁北克特殊的政治地位。1774年英国议会通过了《魁北克法案》(Quebec Act),规定法国民法可与英国刑法并存,保留庄园制度,允许天主教会传教和征收什一税,英语、法语同是官方语言,并扩大了魁北克的疆界。^②此项法案安抚了法裔群体的反抗意识,但是法裔群体与英裔群体的矛盾依然存在,由此英国议会在1791年制定《宪法法案》(Constitution Act),从地域上以渥太华河(Ottawa River)为界将魁北克与其他英裔殖民地区分开来,即将魁北克分为“上加拿大”(Upper Canada,现安大略省的前身)和“下加拿大”(Lower Canada,现魁北克省的前身),前者以英裔居民为主,采用英国普通法,后者以法裔居民为主,采用法国的民法传统。诚如学者所指出的,该法案虽然看似公允,但是由于英国处于宗主国的管治地位,形成一种“看似分家、实则从属的政治关系”,“法语区表面上看似有自己的议会政府,实际上却不具有政治实权”。^③

但是随着议会政治的发展,法裔群体在“下加拿大”逐步占据了议会的多数席位,并试图增加在政府中的权力,这与英国总督权力发生了冲突,成为爆发加拿大1837年起义(Rebellions of 1837)的重要原因。^④在叛

^① 黄鸿钊、吴必康:《加拿大简史》,书林出版公司1996年版,序言第2—3页。

^② 王长斌:《联邦制的神话:加拿大魁北克案例研究》,载《“一国两制”研究》第3期。

^③ 辛翠玲:《从民族主义到认同平行外交:魁北克经验》,载《政治科学论丛》第24期,2005年6月。

^④ 具体请参见,霍金渊:《加拿大历史上的1837年起义的原因》,载《中国加拿大研究会第12届年会论文集》,2006年11月。

乱被镇压后,英国派出总督和特使达勒姆勋爵(Lord Durham)考察叛乱原因,其于1839年发表了《英属北美事务报告》(Report on the Affairs of British North America),其中建议合并上下加拿大并建立向当地议会负责的责任制政府。^①英国政府采纳了该报告的建议,在1840年通过了《联合法案》(Act of Union),将上下加拿大统一为一个政府,并着手建立对民选议会负责,而不是简单服从于总督命令的政府体系。

3. 自治领创建与国家认同

1867年英国议会通过了《不列颠北美法案》(British North America Act),正式创设了加拿大自治领(The Dominion of Canada),该法案又被称为1867年加拿大宪法。根据该法案,加拿大自治领的领土不仅包括了原属“上下加拿大”的范围,还包括了新斯科舍(Nova Scotia)和新不伦瑞克(New Brunswick)。在这个长达11章147条的法案之中,以英国为摹本建立了加拿大的政府机构(a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom),确定了自治领内的权力划分等重要内容,尤为重要是,法案确定了法裔群体的地位(比如第133条确定了英语和法语共同作为官方语言)。但是,诚如学者所指出的,英裔与法裔群体对法案的理解存在较大偏差:该法案条文的模糊性使得英裔和法裔分别作出不同的解释,即前者强调联邦精神而后者则强调自治权利,结果导致双方的分歧进一步加剧。^②

宪法在多民族国家中事实上扮演了两种角色,一方面,宪法可以成为族群融合并消弭矛盾的基础性规范,通过宪制安排巩固国家统一,妥帖处理国内的族群矛盾;另一方面,宪法也可能成为少数族裔诉诸民族自治甚至是民族分离的依据,特别是由宪法中的人民主权原则派生出的“自决权理论”更是成为分离主义的理论武器。“自决主张曾经体现为从反殖民统治到反现行体制各种各样的群众运动,显示出很强的解构能量,在主观或客观上都对既定的国家秩序构成了严峻的挑战甚至潜在威胁。”^③

在1869年由于政府购买西北地区土地而引发的红河起义(Red River

^① 王曾才:《西洋近世史》,正中书局1976年版,第678—679页。

^② 于福坚:《加拿大是如何化解魁北克问题危机的》,载《中国民族报》2009年11月13日。

^③ 季卫东:《自决权与宪政理论》,载《二十一世纪》(香港)2003年2月号。

Rebellion),更是集中体现了原住民和殖民者,以及法裔居民和英裔居民的矛盾。^①“英、法裔两大民族之间的矛盾因为这事件而变得更加恶化,两大民族之间更加没有信任感,长期存在的民族纷争也因此变得越来越尖锐,法裔加拿大人变得更加敏感,他们更侧重于保护自己的语言、文化以及宗教信仰,避免被英裔加拿大人同化。”^②尤其是在第一次世界大战期间,魁北克的法裔居民反对征兵制,认为加拿大不应该牺牲自身利益协同英国加入欧洲战争,并且法裔居民在军队中的特殊性没有被充分重视,由此爆发了1918年抵抗征兵制的骚乱。^③这也说明了在族群认同高于国家认同的情况下,对外战争不仅不会激发同仇敌忾的国内团结,反而会造成国内政局的动荡。

4. 分离主义与宪法危机

“尽管凭借在第一次世界大战中表现出的实力,加拿大在国联中获得了同许多主权国家同等的席位,但是从理论上说,它仍然是隶属于英帝国的一块殖民地,英国议会通过的法令适用于整个帝国,伦敦政府有权否决自治领政府的行政措施。”^④在各自治领独立运动的推动下,1931年英国议会通过了《威斯敏斯特法案》(Statute of Westminster,又译为“西敏寺法”),正式确认英国和加拿大、新西兰、澳大利亚、南非组成英联邦,厘定了宗主国和自治领的法律适用范围,各自治领具有独立的“治外法权”,而宗主国法律只有经过自治领议会的请求或同意才能适用——从此以后,维系大英帝国的纽带仅系于对王室的忠诚,废除了在宪法上的不平等地位。

而对当前魁北克分离运动产生直接影响的是20世纪60年代的“寂静革命”(Quiet Revolution),其缘起于1960年让·勒萨热魁(Jean Lesage)领导的魁北克自由党取得该省的执政地位,由此推行的削弱天主教影响的教书世俗化改革、旨在强化法裔族群经济影响力的国有化改革,以及确立法语在魁北克省内的地位等。这些改革措施强化了法裔魁北克

^① 具体可参见,施正锋:《加拿大 Métis 原住民族的自治区——历史回顾及政治过程的观察》,载《2014年加拿大社会、政经与文化学术研讨会论文集》,2014年1月。

^② 戴维才:《浅析加拿大民族矛盾的历史发展》,河北师范大学硕士学位论文,2007年。

^③ 具体请参见,杨令侠:《加拿大魁北克省分离运动的历史渊源》,载《历史研究》1997年第2期。

^④ 张友伦主编:《加拿大通史简编》,南开大学出版社1994年版,第209—210页。

人的民族和政治认同,“改革的初衷本是振兴法裔民族经济,提高法语语言和文化的影响力,而且包括勒萨热本人在内的自由党都属于联邦派,但由于过于强调魁北克的重要性和特殊地位,致使魁北克民族主义力量滋长的势头过猛”^①。这种民族分离主义倾向,在1967年法国总统戴高乐访问魁北克时被全面激发出来。戴高乐在蒙特利尔的群众集会上忽然高呼“自由的魁北克万岁”——由于“自由”两字无异于主张魁北克独立,他的话在事实上对魁北克独立运动起到了推波助澜的作用。^②1968年魁北克人党成立,该党具有鲜明的分离主义主张,公开宣称通过民主渐进手段争取魁北克独立;与之针锋相对的是,同年具有强烈联邦主义倾向的特鲁多(Trudeau)就任加拿大总理,其强烈反对魁北克脱离联邦独立,并且在1970年因极端魁北克独立组织绑架行为引发的“十月危机”中采取了强硬的立场。有学者批评认为,特鲁多总理的强硬政策“刚性有余,柔性不足,遂使得原本存在种族隔阂的联邦与地方关系恶变出分离主义”^③。1976年魁北克人党在魁北克省的选举中获得了议会的多数席位,提出了“主权—联系”(Sovereignty-Association)方案,也就是使魁北克成为一个与加拿大保持密切联系的独立国家。^④这个方案不仅遭到联邦政府的强烈反对,而且在1980年举行的以“魁北克是否与加拿大成为主权的结合”为主题的省内公民投票中被否决,反对票占总数的59.56%,这被视为魁北克独立运动的重大挫折。

除了在反对魁北克分离主义上的强硬立场,特鲁多总理也希望能够从宗主国收回宪法的制定和修改权,从而塑造在法理上独立的主权国家。为此,其先后与除魁北克外的其他各省达成了《维多利亚宪章》、宪法修改《白皮书》等修宪建议,但是因遭到魁北克省的强烈反对而搁置。^⑤局势迫使特鲁多采取更为激进的手段,“联邦政府与九个省政府于1981年11月5日在原则上就收回并修改宪法达成协议,这次会上魁北克省投了

① 董仲瑜:《浅议加拿大魁北克的“平静革命”》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2004年第4期。

② 刘作奎:《戴高乐一句话 加拿大起动荡》,载《环球时报》2006年5月11日。

③ 王建波:《加拿大魁北克分离主义兴起之新探》,载《学术论坛》2011年第4期。

④ 王曾才:《加拿大通史》,五南出版公司2001年版,第103页。

⑤ 黄鸿钊、吴必康:《加拿大简史》,书林出版公司1996年版,第81—82页。

反对票,经加拿大最高法院裁决,魁北克不享有否决权,其反对无效”。^①1982年4月,英国女王签署了《加拿大宪法草案》,同意加拿大获得制定和修改宪法的权力,该法案取代1867年《不列颠北美法案》而成为加拿大的新宪法。这部宪法虽然经过最高法院的确认^②,但不容否认的是,未取得魁北克同意的程序瑕疵,正是其不断面临宪政危机的根本原因。为了弥补宪法的程序瑕疵,加拿大联邦政府也曾积极试图与魁北克达成政治上的妥协,在1982年试图通过宪法修正案“米奇湖协议”(The Meech Lake Constitutional Accord),通过承认魁北克为一个特殊社会(Distinct Society)、种族平等、肯定多元文化对加拿大的贡献等,换取魁北克对于宪法的承认。但是令人诧异的是,在1992年魁北克省为“米奇湖协议”进行的公民投票中,依然否认了该提议,投票结果——赞成的占43.32%,反对的占56.68%——结合1980年公民投票的结果,可以看到魁北克人面临“统独”时的矛盾心态:既不愿意立刻脱离联邦而独立,但又不满意联邦政府体制。

5. “公投独立”的宪法规制

为了规范通过公民投票的方式决定重大宪法问题,特别是为了以全国性公投的方式遏制魁北克通过地方性公投实现独立分离的企图,加拿大联邦政府在1991年通过了《公投法》(Referendum Act),规定联邦政府为公共利益,可以用公投的方式获取选民对宪法问题的意见,交付选民或指定的省进行票决。^③此外,2000年加拿大还针对公民投票制定了《清晰法》(The Clarity Act),该法案为“独立公投”制定了极为严苛的条件:(1)一个省要进行独立“公决”,首先在文字上必须清晰表明独立意图,不能用含糊的文字来降低人民对独立后果的认识;(2)在计票问题上简单多数不行,必须绝对多数才有效;(3)文字是否清晰,赞成票是否占绝对

^① 刘艺工:《试论1982年加拿大宪法》,载何勤华主编:《20世纪西方宪政的发展及其变革》,法律出版社2005年版。

^② 加拿大最高法院认定:在法律上加拿大联邦政府确实可以单方面向英国议会提出修宪要求;但是,宪法惯例是联邦需得到各省“实质上的”同意——所谓各省“实质性的”同意并不是说各省“一致”同意。具体请参见,屠凯:《论西方多民族国家的宪制安排——英国、加拿大和西班牙》,载许章润主编:《历史法学》(第五卷),法律出版社2012年版,第185—203页。

^③ 郭秋庆:《论加拿大公民投票制度与运作》,载《台湾国际研究学会》第1卷第1期,2005年春季号。

多数,只有联邦议会有权决定;(4)即使这两个条件都具备,还必须举行联邦政府和所有省份都参加的谈判,有2/3的省份同意才能独立。^①

在司法方面,联邦最高法院也采取了积极立场,通过解释宪法来限制民族分离运动。1995年魁北克再次举行“独立公投”,结果赞成人数占49.42%,反对人数占50.55%,反对独立的联邦主义者以微弱多数获胜,使加拿大暂时避免了分裂。这种日趋紧迫的分裂局势促使总理克雷蒂安(Chretien)采取司法路线,要求联邦最高法院对以下问题裁定咨询意见(advisory opinion):(1)依据加拿大宪法,魁北克国民议会、立法机关或政府,能否片面实行魁北克之脱离加拿大?(2)依据国际法,魁北克国民议会、立法机关或政府,是否有权片面实行魁北克之脱离加拿大?就这部分,国际法是否有自决权之规定,魁北克国民议会、立法机关或政府得否有权片面实行魁北克之脱离加拿大?(3)就魁北克国民议会、立法机关或政府片面实行魁北克之脱离加拿大,所涉及国内法与国际法之权利冲突,能否成为加拿大之先例?对此,联邦最高法院于1998年发布了《魁北克脱离联邦咨询意见裁定》(Reference re Secession of Quebec),对上述问题进行了解释:(1)省脱离联邦事实上构成对于宪法中领土的改变,属于修宪行为;而宪法修改的民主性原则要求各省均有讨论宪法的责任,而不仅仅是谋求脱离联邦的省,因此各省没有片面脱离联邦的权利;即使形成脱离成功的事实并获得国际社会承认,这种承认也仅是事实方面的,而不包括合法性判断;(2)承认民族自决权,但是其仅限于极端情形下才能主张对外自决权,包括受殖民统治、受外国统治、受外国占领三种情况,但是魁北克不符合上述要件;(3)基于上述两项答复,联邦内的一省并无片面脱离权,因此无所谓国际法与国内法的权利冲突。^②

6. 通过宪法反对分离

通过上述考察魁北克分离运动与加拿大宪法的互动关系,可以简单概括加拿大宪法在魁北克的适用方式,以及如何通过宪法来维护国家的统一。首先,宪法确定的国家结构形式对于国家统一问题具有直接影响,应当采用具有制度包容性,但又不至于过分削弱中央权力的国家结构。

^① 《各国立法打击分裂:于法理堵分裂,于现实护统一》,载《环球时报》2005年3月14日。

^② 陈盛:《魁北克独立问题之咨询意见》,载《问题与研究》第44卷第5期,2005年9月10日。

联邦制虽然在制度上具有包容性,但是其必须建立在国家认同的基础上,公民可以据此建立对于地方和联邦的双重依赖和归属;如果缺乏对于国家的认同,或者本土主义思潮压制了国家认同,则容易导致分离主义的兴起。由此,学者指出了加拿大的联邦制对于魁北克问题的影响:“加拿大的联邦制包容了太多的多样性,在联合初期,它缺乏联邦内部的政治、经济、文化的交流和融合,缺乏这种来自内部强大凝聚力;不同民族及其语言文化上的巨大差异又为实现统一设置了难以逾越的障碍,这些都使得地方主义盛行,以致各个地区的人们对自己所在地区的政治认同感高于对联邦政府的认同感。”^①

其次,宪法在应对分离主义时应当发挥核心作用,由于宪法规定公民的地位和权利,确定中央与地方关系,也将国家历史予以法定化。因此无论是从法理的角度,或是从政治判断的角度,宪法都应成为维护国家统一的基础性规范。通过上文关于加拿大宪法历史和魁北克分离运动发展的论述也可以简单洞察,包括宪法文本、宪法性法律、宪法惯例和宪法判例在内的“广义宪法”在各个阶段均发挥了不可替代的作用。“当年以议会和宪法斗争从英国赢得独立的加拿大人,在面对魁北克的独立请求时,并不是以意识形态或政治正确进行蛮横镇压,而是仍然将其置于宪政秩序的框架之中。这项裁决并非削弱宪法,而是用另一种方式维护加拿大宪法的权威,使得加拿大的宪政秩序在灵活弹性和至上稳定之间找到了动态平衡。”^②

再次,宪法的司法适用可以为统一和分离设定宪法界限,这是司法对于维护国家统一的重要作用。事实上,加拿大联邦最高法院在历史上两次对魁北克问题发表了“咨询意见”,成为引导政治趋向的重要指针。除了上文重点阐述的1998年《魁北克脱离联邦咨询意见裁定》,还有1982年《关于魁北克否决权的咨询意见》(Quebec Veto Reference),确定了1982年宪法的有效性并不依赖于各省的一致同意,从而肯定了宪法的有效性,否定了魁北克的分离诉求。更为重要的是,相比政治和行政判断而言,司法裁判(特别是宪法裁判)因其专业性和权威性,往往可以得

^① 封永平:《当代加拿大宪法危机探析》,河南师范大学硕士论文,2002年。

^② 林海、莫纪宏:《加拿大宪法世界宪法新标杆》,载《法治周末》2012年5月29日。

到绝大多数的认可。“独立问题传统上都被作为政治问题进行探讨和解决,加拿大联邦司法部却另辟蹊径,通过向最高法院提请咨询的方式将之转化为法律问题,请求司法机关作出裁决;在有着优良法治传统的加拿大,司法裁决一经作出,便具有至高无上正义的效力,任何人必须服从。”^①

最后,归纳加拿大宪法在魁北克的适用方式,主要是通过政治与司法方式完成的。在此过程早期,主要依赖于政治强人借助政党政治力量将宪法通过政治的方式适用于魁北克,当然,适用的过程也是协商与谈判的过程。加拿大政府在宪法政治适用过程中保持了相当的政治理性,使得魁北克虽然一直游走于独立边缘,但是未能突破宪法设定的底线。晚近以来,侧重于宪法的司法适用,特别是将相关分离问题交由最高法院进行咨询裁决,这种方式具有高度的技术性和专业性,通过宪法解释和发掘宪法惯例使得“统独”的政治问题成为宪法问题。这种宪法司法适用的方式,需要法院具有相当的权威,否则其解释也无法得到民众认可。

五、宪法如何适用于特区

(一) 宪法在特区适用的理论更新

宪法在特别行政区的适用,应该建立一套多层次、灵活度、务实性的理论体系,具体而言:多层次意味着政治、法律、执行方面需要建立不同的理论,不能用政治理论替代法律理论,也不能用法律理论替代宪法真正实施;灵活度意味着需要引进先进的宪法理论和政治理论为支撑,对“一国两制”下宪法在特区的适用问题形成具有解释力的理论体系,能够灵活应对将来发生的各种情况;务实性意味着这套理论体系应该足够实用,利用其可以为实际问题的解决提供理论框架和行动指引。

基于上述目标,我们认为新的理论体系应当包括以下基本内容:(1)在政治层面坚持“整体和抽象适用”和“整全效力”的理论,这不仅是基本法制定者的立法原意,也是处理该问题时政治正确的前提,如果偏离

^① 李元起、杜思雨:《法律是维护国家统一的有效手段——以加拿大联邦遏制魁北克省独立为例的法理分析》,载《学习与探索》2011年第6期。

了该理论就会造成理论导向的误区,将特别行政区视为“宪法的治外法权”。(2)在法律层面上应该有所突破,如果只是停留在“整体适用”的理论,显然无法解决具体问题,由此应当对宪法条文根据“一国”和“社会主义”进行适度区分,但不宜以立法形式确认这些条款的分类,而是应逐步讨论形成学界共识,在这方面笔者已经形成了初步的建议^①。(3)在宪法实施的执行层面,应该强调基本法构成了我国宪制的一部分,基本法在特别行政区的适用,亦可以视为宪法间接适用的一种方式,但是间接适用与直接适用并不排斥,而是共同规定了特区的政制发展走向。(4)在适用机关方面,全国人大常委会应成为宪法适用于特区的枢纽,一方面通过对基本法的合宪性解释,使基本法符合宪法中的“一国”原则,另一方面应该在将来对宪法进行解释,使宪法的规定更为清晰地适用于特别行政区,目前做的只是前一项工作。此外,特别行政区行政长官在宪法适用于特区的过程中,亦应发挥关键作用。(5)在理论更新方面,首先应该对“单一制”国家结构形式理论进行反思,通过借鉴“复合制”理论,将国家结构与“一国两制”整合起来,促进全国人大常委会和特区法院对特区违背“一国两制”原则的立法进行合宪性审查,不断提高特区居民基本权利保障水平,使特区居民既可以享受特区高度自治的安全和优越,也可以享受到中国宪法的保障和荣耀。(6)在理论更新方面,应对“大陆法系”和“英美法系”理论进行超越,通过引入“混合法系”理论,促进内地与香港法律制度和理念的融合,特别是促进基本法解释权运作形成稳固的宪政模式。

(二)宪法在特区适用的制度改进

1. 宪法确定的“国家结构形式”至关重要,应当采用具有制度包容性,但又不至于过分削弱中央权力的国家结构。无论作为联邦制的加拿大,还是作为单一制的英国,都采用了非常灵活的国家结构以应对“异质地区”带来的政治挑战——毫无疑问的是,这种结构应该是以维护主权统一、平衡央地权力关系、化解族群矛盾为目的,而不能造成国家的分裂。美国在波多黎各设置的“自由邦”的国家结构模式,是宗主国通过宪法安排享有对自治邦的最终控制权,并且一般负责自治邦的军事和防务,对自

^① 具体请参见拙作,胡锦涛:《论“一国两制”之“一国”的宪法体现》,载《“一国两制”研究》2013年第1期(总第15期)。

治邦的法律有最终的审查权;但是宗主国又不干预自治邦的一般内部事务,自治邦可以自由加入国际组织。因此,在宪法适用于特区过程中,应当建立更为灵活的国家结构形式,上文论及的“复合制”理论可以作为借鉴,但是这种国家结构形式的改良必须是以主权统一为前提。

2. 通过政府代议制结构,吸纳不同群体人员参与国家治理,容纳多元利益,凝聚国家共识,各族群和宗教势力均应以和平和国家统一为政治底线。比如北爱尔兰的内阁由12人组成,无论是新教徒还是天主教徒均有机会入阁;内阁的行政首长有两人,首席部长由议会的最大党领袖担任,而副首席部长必须由相对族群的最大党出任,两人共同主导内阁。这种具有平衡性的代议制结构,可以平衡各方利益,使代议机构成为统一的象征。在宪法适用于特别行政区过程中,将来随着香港实行“双普选”,香港的政治结构将更为多元开放,这可能会给香港管治带来困难,但这也是重塑香港政治的契机。在建制派掌握主导权的前提下,政权适当向反对派开放,可以有效容纳多元利益诉求。

3. 建立多层次宪法的控制,尤其是目前宪法应当对地区性的“建制法律”形成有效的合宪性控制。比如,波多黎各的宪法是由美国国会通过的,原则上美国国会有一权废除波多黎各的法律。宪法在特别行政区适用的重要制度框架可以形成宪法对特区立法的常态化合宪性控制,特区立法不得违背宪法中的“一国两制”原则,否则通过基本法确定的“备案”程序予以发回。

(三) 通过宪法适用反击分离主义

目前在香港出现了以“本土主义”对抗国家认同,以分离主义对抗国家统一,甚至出现了极端的“港独”言论和“香港城邦论”等。宪法在应对分离主义时应当发挥核心作用,宪法的适用过程也是反击分离主义、强化国家认同的过程,因此无论是从法理的角度,还是从政治判断的角度,宪法都应成为维护国家统一的基础性规范。

1. 通过适用宪法规制“公投”。2009年,香港出现了以泛民主派立法会议员通过辞职,产生空缺席位进行补选的方式,进行所谓的“五区公投、全民起义”,破坏和冲击了基本法所确定的宪制机构。宪法在特别行政区的适用可以有效遏制所谓“公投”。比如,加拿大通过立法对公投进

行了非常苛刻的限制,不仅有独立诉求表达和后果的清晰性要求,更为重要的是,是由联邦对公投作出最终确认。

2. 通过适用宪法强化“国家认同”。由于统一国家中的异质地域通常会有分离主义倾向,通过适用宪法可以强化国家认同,消弭国家分裂的危险,利用宪制安排巩固国家统一,妥帖处理国内的族群矛盾。鼓励民众建立对宪法的尊崇,从而可以在宪法预设的轨道内解决国内政治问题。在香港出现的本土主义和分离主义思潮,正是不具备基本的国家认同。在国民教育受挫的当下,通过宪法在特别行政区的适用可以强化国家认同,构建基本法适用的“民心基础”。

3. 以宪法的司法适用维护统一。宪法的司法适用可以为统一和分离设定宪法界限,这是司法对于维护国家统一的重要作用。比如加拿大联邦最高法院于1998年发布的《魁北克脱离联邦咨询意见裁定》中对魁北克的独立进行了宪法上的回应,认为省脱离联邦事实上构成对于宪法中领土的改变,属于修宪行为;而宪法修改的民主性原则要求各省均有讨论宪法的责任,而不仅仅是谋求脱离联邦的省,因此各省没有片面脱离联邦的权利;即使形成脱离成功的事实并获得国际社会承认,这种承认也仅是事实方面的,而不包括合法性判断。因此宪法在特别行政区的适用,可以探索更加多元化的方式,而宪法的司法适用也是可以讨论的范畴之一。

(四) 宪法适用于特区的技术和方式

在宪法适用于特别行政区的理论和制度更新之后,需要具体研究宪法适用于特区的技术和方式。本文认为宪法在特别行政区的适用目前可以表现为以下基本方式:(1)基本法是根据宪法制定的,宪法和基本法共同构成香港的宪制基础;(2)根据宪法解释基本法,在对基本法的条文存在多种解释时,需要优先选择合乎宪法的解释;(3)在全国人大常委会对香港立法进行审查时,应该引入宪法作为具体审查依据;(4)在处理香港具体政治和社会问题时,应该以宪法作为最终分析和判断依据,本文选取“香港公民服兵役义务”为具体例证;(5)在“双普选”过程中应该发挥宪法的作用,将“爱国爱港”的政治标准适度法律化;(6)特别行政区行政长官应当在全国人大之外,成为宪法适用于特区的枢纽。

1. 宪法和基本法共同构成香港宪制基础

长期以来对于“一国两制”的理解侧重于对“两制”的反复重申,以至于忽视了“一国”的前提要素,这是香港目前面临认同问题和管治问题的重要原因。诚如学者所指出的:“长期以来,政府没有按照‘理想模型’新政权的要求坦率向港人讲解香港所面对的政治现实及适当的应对之道,尤其是应该如何处理好与中央和内地的关系,不能只讲两制和香港的利益而罔顾一国,不能在经济上寻求与内地合作及要求中央给予政策优惠,但在政治上却逃避国家安全立法,默许反共人士和境外势力利用香港冲击中央,及支持反对力量在港挑战中央权威;新政权也没有从民族意识、国家观念和中国近代史出发对过去殖民管治作出恰如其分的批判。”^①从宪制和法律的角度而言,“一国”的前提要素之所以被轻视和忽略,很大程度上是由于宪法未能在特别行政区得到很好的实施。由此,首先需要正本清源解决香港宪制的基础问题,厘清宪法和基本法的关系。

正如上文分析,在政治适用层面上,“宪法和基本法共同构成香港宪制基础”理论可以恰切处理基本法的历史与现实,也可以很好面向宪法与基本法在特区良好运行的未来,为法律层面适用提供了政治论述的基础。基于此,应当在香港的法治运行和教育中更多强调“宪法”也是香港的宪制基础,拥护和忠诚于宪法是包括香港居民在内中国公民的基本政治伦理,由此建构基于宪法基础上的“一国”认同,防止因片面强调“两制”而带来分离主义。

更为重要的是,“宪法和基本法共同构成香港宪制基础”可以为宪法在香港特别行政区的直接适用提供政治基础。诚如本文已经反复论及的,“整体与抽象”的适用并不能满足当下香港管治和国家认同的要求,因此应该将宪法中相关条款直接适用于特别行政区,特别是宪法中关于“一国”条款应该通过对基本法的合宪性解释、对香港立法的合宪性审查、对香港具体问题和诉求的宪法处理、双普选中“爱国爱港”标准的法律化,以及强化特首在宪法适用中的作用,实现宪法在特别行政区的直接适用。

^① 刘兆佳:《回归十五年以来香港特区管治及新政权建设》,商务印书馆(香港)2012年版,第82页。

2. 香港基本法的合宪性解释

根据宪法和基本法赋予的解释权,至今全国人大常委会已经对基本法进行了五次解释,其中四次是针对香港基本法,一次是针对澳门基本法。对香港基本法的解释包括:1999年解释居留权条款、2004年解释香港政制发展规定、2005年解释特首任期问题、2011年解释国家豁免的范围。全国人大常委会在对上述条款和问题进行解释时,虽然没有明确解释方法问题,但毫无疑问的是,在面临基本法的文本呈现出多个解释结果时,全国人大常委会选择了合乎宪法的解释方案。

归结起来,全国人大常委会在解释基本法时,注重的宪法原则和规范包括:(1)致力于通过基本法合宪性解释维护国家的统一,即宪法序言所规定的“中华人民共和国是全国各族人民共同缔造的统一的多民族国家”,以及宪法第52条、第54条、第55条所规定的“中华人民共和国公民有维护国家统一和全国各民族团结的义务”、“中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为”、“保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责”。(2)致力于通过基本法的合宪性解释维护国家利益,即宪法序言所规定的“中国坚持独立自主的对外政策,坚持互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则”。(3)致力于通过基本法的合宪性解释维护特区的整体和长远利益,即宪法第3条规定的“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”,中央对香港的长期稳定和发展负有“政治领导和监护”的责任。(4)维护宪法尊严和国家法制的统一,落实依法治国的基本方略,即宪法第5条的相关规定,正如学者所指出的“让经济发达地区先‘法治’起来,从而带动其他地区实现法治,最终实现社会主义法治国家的目标,这在理论上是可行的;香港的法治先行,是落实‘港人治港’、高度自治方针的具体体现”^①。

在另外一个层面上,不仅全国人大常委会应该在解释基本法时主动运用合宪性解释的方法,使宪法的原则和规范贯彻到基本法的解释和实

^① 易赛键:《香港特区司法终审权的宪法地位》,载《江汉大学学报(社会科学版)》2013年2期。

施中,更为关键的或许是特别行政区的法院在解释基本法时应该自觉运用合宪性解释方法,使得对基本法的解释符合中国宪法的规定。然而令人遗憾的是,香港法院目前进行的所谓“违宪审查”事实上都是对香港法例是否违反基本法的审查^①,而非真正意义上的“违宪审查”,称之为“司法审查”较为准确。

此外,对于全国人大常委会而言,应当逐步建立对基本法的常规性解释机制,充分利用对基本法的合宪性解释,实现中央对特区由“政治导向”转变为“宪法导向”。目前全国人大常委会已经形成了“主动解释”和“被动解释”两种形式^②,此后应着力建立“常规解释”的方式,通过对基本法运行中可能存在的问题进行常例释法,将宪法中的相关原则和规范运用到基本法的解释过程中,从而实现宪法在特别行政区的实施。

3. 香港立法的合宪性审查

根据基本法第17条的规定:“香港特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人民代表大会常务委员会备案。备案不影响该法律的生效。全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会后,如认为香港特别行政区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款,可将有关法律发回,但不作修改。经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效。该法律的失效,除香港特别行政区的法律另有规定外,无溯及力。”截止到目前还未发生过全国人大常委会发回香港立法的事例。

对于“备案”的性质,学者们认为是作为对香港立法权的监督;香港立法会主席曾钰成也指出,基于该条款的规定“可见立法会的立法权不是绝对,但也不是由中央决定香港的立法”^③。问题在于,对于“备案”时审查标准的规定相对模糊,“基本法关于中央管理的事务及中央和香港

^① 具体请参见《根据基本法作出的宪法补救》,载《基本法简讯》第13期,2011年12月;或者参见陈弘毅:《香港特别行政区法院的违宪审查权》,载《中外法学》1998年第5期。

^② 具体请参见,上官丕亮:《论全国人大常委会解释基本法的程序》,载《山东社会科学》2008年第10期。

^③ 具体请参见《香港立法会主席曾钰成与圣公会吕明才中学的会谈》,来源于“香港立法会网站”:http://www.legco.gov.hk/chinese/education/youth_chairman_school_130416.html,访问日期:2013年4月16日。

特别行政区的关系的条款”的规定并没有清晰指明,特别是“宪法是否作为审查特别行政区立法的标准,现有法律尚未对此作出明确规定”^①。本文认为,对于香港的立法进行备案和审查时,宪法应该成为当然的审查标准,其理由如下:(1)基本法来源于宪法,对于基本法中的“中央管理的事务及中央和香港特别行政区的关系的条款”的解释和理解必然涉及宪法;(2)有关中央机关的权限和职权划分、特区的宪制地位均是由宪法确立的,因而必然涉及宪法中的国家机构和央地关系;(3)宪法中的“一国”条款是基本法中“一国”条款的直接来源和上位规范,因此香港立法需要接受宪法中“一国”条款的合宪性审查。

由此,全国人大常委会在今后对香港立法的备案和审查中,应当重视对其合宪性审查,如果香港立法违背或侵犯了宪法中有关国家机构的法定职权,背离了宪法中的“一国原则”,应当按照基本法的规定将相关立法发回。事实上在目前香港反对派利用立法会的职权,试图推行违背宪法和基本法的立法、侵蚀基本法确定的“行政主导”体制的情况下,全国人大常委会对其立法的合宪性审查,不仅可以促进宪法在特别行政区的适用,而且可以遏制香港目前愈演愈烈的极端本土主义、分离主义,引导香港政制健康发展。

4. 香港具体政治与社会问题的宪法应对

在香港事实上面临着诸多宪法问题,典型的如“特区居民的服兵役义务”、“香港国民教育问题”、“23条立法”等,这些都是真实发生的、迫切需要宪法层面上的解答。这些现实问题一般具有以下两方面的特点:一方面,这些问题关系到宪法和基本法在特别行政区的适用,是真实存在的“法律问题”;另一方面,这些问题又并非单纯的“法律问题”,其中涉及深刻的政治因素。宪法作为法律和政治的“集合体”,宪法的原则和规范可以为处理这些具体问题提供解答,这也是尊重和延续特别行政区的“法治传统”,最大程度凝聚共识的最佳选择。鉴于“国民教育”和“23条立法”已经被广泛讨论,本文以“特区居民的服兵役义务”为例证,简单说明如何将宪法具体适用于特别行政区。

^① 郭天武:《香港特区立法监督制度若干问题探析》,载《行政》(澳门)第21卷,总第18期。

从法律规范的角度,宪法第55条规定,依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务;基本法第11条规定,根据中华人民共和国宪法第31条,香港特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。所以,仅就宪法和基本法的条文而言,基本法并未规定“基本义务”的依据,此时宪法中关于公民义务的规定原则上应适用于特别行政区。事实上,履行宪法中的基本义务是建立公民对国家认同和忠诚的最基本方式,也是构成国家和公民的宪法连接的重要途径。香港驻军政委刘良凯中将也曾对此问题表示:“这种参军报国的热情应该值得赞赏,从方向上讲,以后应该是可以的。”^①

但是问题的复杂性在于:(1)在中国“服兵役”并非只是作为公民的义务,同时具有权利的色彩,只有“政治合格与忠诚”的公民才能参加到共和国的国家武装力量之中,《兵役法》规定“依照法律被剥夺政治权利的人,不得服兵役”——这说明在共和国体制下,加入国家武装力量、承担卫国职责是体现公民身份的重要标志,此时更加强调的是服兵役所具有的权利(资格)色彩。^②(2)取消香港居民服兵役的义务,在回归前后的很长时间内一直是香港居民的诉求,比如当年基本法草案在香港征求意见时,即有人提出希望在基本法中“明确规定香港人不必服兵役”^③,所以免除兵役义务事实上是对香港居民的政策优惠。(3)由于中国人民解放军坚持“党指挥枪”的原则,根据《国防法》的规定,“中华人民共和国的武装力量受中国共产党领导”,这无疑与香港的资本主义制度形成了一定的张力,即在允许香港居民参加包括驻港部队在内的人民解放军后,其是否应接受中国共产党的领导。

上文复杂的问题在宪法范围内可以得到一定程度的纾解:(1)首先明确宪法在特别行政区适用,意味着宪法中的“一国”条款应当在特区适用,并且基本法并没有排斥宪法基本义务的适用,由此香港居民应当履行

① 王新建:《港人能否参加解放军》,载《紫荆》2013年4月17日。

② 王理万:《中国宪法中的战争规范及其意涵》,载《理论界》2012年第12期。

③ 李浩然主编:《香港基本法起草过程概览》(上册),三联书店(香港)2012年版,第92页。

服兵役的义务。(2)香港居民参与保卫国家的任务,是促使其提高国家认同的重要途径,有助于实现和落实宪法中的“一国”条款。(3)中国共产党对军队的领导是由历史和现实决定的,并且宪法规定国家的“中央军事委员会”与中国共产党的“中央军事委员会”是合二为一的,所以军队的性质和领导归属是不容撼动的;同时需要注意的是,宪法规定“中华人民共和国的武装力量属于人民”,这意味着中国武装力量兼具“人民性”和“政治性”。(4)由此,香港居民应该兼具“人民性”和“政治性”的要求,才能加入中国人民解放军,前者要求服兵役的居民应当具备完整的政治权利,后者要求其应当不反对中国共产党的领导地位,二者合并起来就是需要忠诚于中国宪法、尊重中国的政治制度。(5)在满足“人民性”和“政治性”的前提下,服兵役的香港居民应当满足《兵役法》所确定的年龄、体质、学历等要求,并且特区居民所参加的军队并不限于“驻港部队”和“驻澳部队”,而是应当服从国家军事机关的统一调度和安排,这意味着其保卫的对象不限于特区,而是履行宪法规定的“保卫祖国、抵抗侵略”的神圣职责。

当然,在具体操作上不限于宪法的适用,还需要配合更多的制度建构,比如完善修改《国防法》、《兵役法》中征兵制度的规定,建立对要求服兵役的特区居民的“人民性”和“政治性”的审查标准,适时将《兵役法》增列入基本法的附件三。这些措施配合对该问题的宪法处理,可以做到原则性和灵活性的结合,法律问题和政治问题的协同处理。

5. “爱国爱港”政治标准的适度法律化

在香港“双普选”的推动过程中,中央政府采取了积极和务实的态度,按照基本法的要求,负责任地推动香港的民主化进程。2013年3月6日,全国政协主席俞正声参加港澳地区全国政协委员联组会讨论时提出了“确保爱国爱港、爱国爱澳力量在香港、澳门的长期执政;香港2017年可以普选行政长官,普选的行政长官必须爱国爱港,必须确保爱国爱港力量在香港长期执政”^①。其后,乔晓阳先生对“爱国爱港”的标准进行了细化,提出“爱国爱港是一种正面的表述,如果从反面讲,最主要的内涵就

^① 《确保爱国爱港力量长期执政》,载《文汇报》2013年3月7日。

是管理香港的人不能是与中央对抗的人,再说得直接一点,就是不能是企图推翻中国共产党领导、改变国家主体实行社会主义制度的人”。其后在特区政府发布的咨询文件中,提出落实普选时要确保“四大原则”:兼顾各阶层利益、有利资本主义经济、循序渐进及适合香港的实际情况。^①这些言论和举动足以表明中央政府和特区政府推动香港政制发展的诚意。但是即便如此,仍有反对派人士提出“爱国爱港是政治审查与镇压”^②的观点,并且鼓噪香港居民采取诸如“占领中环”的极端措施。造成这种情况的原因无疑是复杂的,其中“爱国爱港”未充分法律化应视作重要的原因。由于政治标准缺乏足够明晰的标准,容易造成特区居民的误读。事实上,政治标准和法律标准之间存在良性互动关系,政治标准是引导法律标准制定的前提条件,而法律标准的意义在于细化政治标准,使政治标准更加明晰。

就政治标准而言,早在1984年邓小平会见香港工商界访京团时,即已明确:“爱国者的标准是尊重自己民族、诚心诚意拥护祖国恢复行使对香港主权,不损害香港的繁荣和稳定。”^③时至今日,除了政治标准,还应该注重建立相对清晰的法律标准——当然,政治标准并不能完全法律化,政治有其本身的特点,政治标准需要保持适当的政策弹性和模糊性,为政治发展预留出空间。基于此,本文认为“爱国爱港”的标准应该结合宪法和基本法的规定,实现适度的法律化,这是促进香港政制发展和稳定的必要方式。

具体而言,“爱国爱港”的政治标准体现在宪法和基本法中,需要具有以下要素:(1)行政长官及其候选人应当符合宪法中关于“爱国”的规定,具体而言包括维护国家统一和全国各民族团结(第52条)、保守国家秘密(第53条)、维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为(第54条)、保卫祖国、抵抗侵略(第55条)。(2)在消极层面上,行政长官应当尊重宪法中确定的中国共产党对中华

^① 香港特别行政区政府:《有商有量实现普选:二零一七年行政长官及二零一六年立法会产生办法咨询文件》,2013年12月。

^② 《郑宇硕抹黑乔晓阳“爱国爱港”论为“政治审查”》,载《大公报》2013年3月27日。

^③ 《一个国家,两种制度》,载《邓小平文选》第二卷,人民出版社1993年版,第61页。

人民共和国的领导(宪法序言)、尊重作为国家性质的“人民民主专政的社会主义国家”(第1条)、尊重作为国家根本政治制度的“人民代表大会制度”(第2条)、认同国家的民族政策(第4条)。(3)从基本法的规定中也可以解析出“爱国爱港”的法律标准,包括了效忠国家和特别行政区,对中央和特别行政区负责;拥护基本法、遵守法律;尊重并实践“一国两制”^①。(4)基本法中的任免权条款应该作为“爱国爱港”的法律闸门,基本法第15条规定“中央人民政府依照本法第四章的规定任命香港特别行政区行政长官和行政机关的主要官员”——这意味着,在普选产生违背“爱国爱港”的法律标准的行政长官情况下,中央政府具有实质性的“不予任命权”,以避免特区出现宪制危机。

综上所述,在中央政府明确“爱国爱港”的政治标准后,应当对政治标准进行适度的法律化,在此过程中宪法和基本法的适用是法律化的主要工具。通过此过程,一方面将宪法中的“一国”条款在特别行政区适用,强化行政长官的国家认同和政治责任,完善中央与特区的关系;另一方面,通过宪法在特别行政区的实施,可以促进在“双普选”过程中的有序民主化安排,避免激进的民主化主张和分离主义势力。

6. 行政长官在宪法适用中的地位和作用

长期以来的研究和实践,往往强调全国人大常委会和香港法院在宪法适用于特区中的作用,却忽视了行政长官作为连接中央政府和特区的关键节点,其应当在宪法适用于特区过程中有更强的能力和贡献。诚如学者所指出的:特首作为中央任命并需要对中央负责的领导人,必须负起维护国家安全和利益的重责,在香港准确贯彻“一国两制”乃维护国家与香港利益的应有之义;香港不能够从事不利于国家安全和利益的事情,香港必须取信于国家及领导国家的中央人民政府。^②

首先,行政长官及其候选人应当遵守宪法,并践行宪法中的“一国”条款。在2013年11月13日香港立法会会议上,陈家洛议员就“普选产

^① 李林、莫纪宏、陈欣新:《“爱国爱港”是中国公民担任香港特别行政区行政长官的基本法律要件》,载《港澳研究》2013年第1期。

^② 刘兆佳:《回归十五年以来香港特区管治及新政权建设》,商务印书馆(香港)2012年版,第83—84页。

生行政长官时应规定任何人必须先宣誓拥护中华人民共和国宪法”问题,向特区政府政制及内地事务局局长谭志源提问。谭志源给予了明确答复:行政长官的宪制地位非常重要,既是特区行政机关的首长,更是特别行政区的首长,根据基本法向中央人民政府和香港特别行政区负责。故此,行政长官拥护中华人民共和国宪法,无论是否以法律形式规定,都是理所当然,应有之义,符合宪制秩序和政治伦理。^①

其次,行政长官在提名和任免特别行政区主要官员、法官和其他公职人员时,应当以“爱国爱港”及宪法为依据,不能使不符合标准的人员进入特区的政府体系中。事实上在世界各国,不仅是“政治官员”需要忠诚于宪法,保持“政治中立”的“事务官员”也需要遵守宪法,任何政府不能容忍对抗宪法的人士进入其内部。由于在特别行政区实行“一国两制”的体制,行政长官应当在提名和任免有关公职人员时尽到充分、审慎的甄别审查义务,保证特区的政府体系恪守宪法和基本法。

再次,行政长官在其角色定位时应当充分体现“双重负责”的规定,即基本法规定的“特别行政区行政长官对中央人民政府和特别行政区负责”。长期以来,特首耽于反对派的政治攻击,注重对“特别行政区负责”的部分,代表特区向中央政府争取利益;却忽视了将中央政府的意志准确传达给特区,而中央政府的意志很大部分是落实宪法中的“一国”条款的要求。正如国务院港澳事务办公室负责同志所指出的:“特首由中央政府任命,不但要对香港特区负责,还要代表香港特区对中央负责,他是连接中央和香港的政治桥梁。”^②由此“双负责”的题中之义就是将宪法适用于特别行政区,这是行政长官的法律责任和政治伦理。

最后,行政长官在特区适用宪法的方式是多元的,除了以上提及的行使提名和任免权时需要以“爱国爱港”及宪法作为标准,还应包括在签署立法会法律时对其中的条款进行合宪性审查,政府发布的政策和行政命令也应符合宪法,代表特别行政区政府处理中央授权的对外事务时应维护国家利益。这意味着,行政长官履行基本法赋予的职权时,应当将宪法

^① 《立法会三题:有关行政长官选举候选人宣誓的建议》,载《立法会新闻公报》2013年11月13日。

^② 《特首必须“双负责”、“双效忠”》,载《香港成报》2014年4月14日。

中的原则和规范适用于施政过程中。

伴随着“双普选”的到来，宪法在特别行政区适用问题愈来愈紧迫，宪法也将成为保证“爱国爱港人士长期执政”的根本。由此，目前最为迫切的是认识到宪法在特别行政区适用问题将在短期内成为实践问题，中央政府应该尽快建立起对基本法进行合宪性解释、对香港立法进行合宪性审查、对香港具体政治社会问题进行宪法应对的有关制度和预案，形成以全国人大常委会为核心、充分发挥行政长官作用的适用体系，尽快提出对“双普选”中政治标准的法律化标准，为保持香港长期繁荣稳定奠定宪制基础。

单一制国家高度自治行政区的概念化

——以苏格兰、加泰罗尼亚和香港为例

屠 凯*

摘要:讨论单一制国家行政区的高度自治,关键在于说明此类地区究竟与通常所谓“一级行政区”有何不同。本文将选择三个有代表性的案例,即苏格兰、加泰罗尼亚和香港,论证单一制国家高度自治行政区的权力来源、法律地位和对外事务都有自己的特征。这些地区多有历史上的事实权力孑遗,它们的自治地位据称可以得到多样法律渊源的支持,而它们的对外交往也带来新的法律挑战。但这些特征尚不足以改变这些地区所在国家的单一制宪法框架,国家仍可单方面地改变它们的状态。以权力来源、法律地位和对外事务等特征为基础,本文试图进一步精炼单一制国家高度自治行政区的概念。

关键词:单一制 高度自治 苏格兰 加泰罗尼亚 香港

单一制国家内个别行政区的高度自治状态,传统观念认为系基于各国主权,即单一制国家作为“主权者”决定将一部分国家权力授予行政区行使。在此前提下,关键的问题可能是如何理解该自治行政区与国家所设置为代理人的任一其他机构或行政区的区别。即便普通行政区自国家处所得权力远远少于自治行政区所能行使的权力,仅凭借这一“量的差异”就区分二者,未免过于简化。依此逻辑,任一行政区的权力只要明显高于本国其他行政区即可被宣布为“高度自治行政区”,这显然并不符合学者和大众的直观认识。指出行政区的权力有多寡之别,只能论证该国内部制度有此划分且某行政区的权力相对较高,并不

* 屠凯,清华大学法学院副教授,英国爱丁堡大学法学院法学博士。

能论证该行政区已经满足“高度自治行政区”的充分必要条件。可见,讨论单一制国家行政区的高度自治,应当说明此类地区在单一制宪法框架下究竟与通常所谓“一级行政区”有何不同。反之,仅仅以“量的差异”定义“高度自治行政区”终究未能脱离联邦制“分权”观念的思想束缚,而在政治实践中则难免鼓励自治行政区追求距离完全自治“只差一步”的权力最大化,也难免刺激其他行政区不断攀比高度自治行政区并造成政治乱象。

问题可能在于,“主权”概念本身即充满矛盾。众所周知,法国学者博丹最早定义了现代法学上的“主权”(sovereignty),即“一个国家永久的、绝对的、最高的统治权力”。^①但就日常语言来说,“主权”一词则经常表示不同意义。比如,在现代法语中“主权”一词至少有三种用法:“它的原始意义是国家权力的最高性;第二,它涵盖了当局的所有权力,从而成为当局的同义词;第三,它特指当局之最高机关的地位,从而等同于该机关的权力。”^②无独有偶,“主权”一词进入现代汉语后也分化出类似三种用法。20世纪初的宪法学者马质曾经分析说:

“主权一语,今日公法上用之者,实含有三种意义:一言国权之最高性;一言国权之行使;一言国家最高之地位。……欧洲人习用此一语,兼表三义,在吾国固不妨译作三语,然吾国沿用主权一语最久,更之亦觉不便。即以上述三项而言,统冠以主权二字,亦无大碍。……三者屹然有别,亦不致有混淆之嫌也。”^③

马氏所说的“主权国”等同于楚普(Michel Troper)所说的主权的原始意义;马氏所说的第二意义和第三意义与楚普有交叉。可见,“主权”一词在现代汉语中也指向国家权力的最高性、国家当局及其所有权力、当局最高机关及其权力三种对象。日常语言对“主权”一词各种意义的混用,并非马质认为的“亦无大碍”,反而经常给研究者和决策者造成困扰。本

^① Michel Troper, “Sovereignty”, in Reinhard Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 350.

^② Michel Troper, “Sovereignty”, in Reinhard Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 353.

^③ 马质:《主权论》,收上海经世文社编:《民国经世文编》,北京图书馆出版社2006年版,第1019页。

文当需要指涉上述三种对象时,将会尽可能直呼其名而避免泛用“主权”范畴。

主权理论也充满矛盾。学者之间主要存在以政治权力解释主权性质还是以法律权力解释主权性质的分歧。在当前学界,洛各林(Martin Loughlin)把前一种理论阐释得最透彻。他的核心观点是:政治权力主要表现为制宪权,法律权力主要表现为宪法所规定的权力(“宪制权”),前者可称政治主权,后者可称法律主权,政治主权是法律主权的基础。^①与他不同,第二种主权理论则从法律权力的角度定义主权,强调主权是法律规则的产物。这一理论主要以麦考密克(Neil MacCormick)为翘楚。麦考密克认为,法律规则既可以是宪法性法律,也可以是国际法或超国家实体的实在法。当局或者当局之最高机关能够行使某些权力,是因为宪法或其他实在法对此予以规定;国家权力之所以具有最高性,与其他国家平等,是因为自威斯特法利亚合约体系建立以来国际实在法尊重并维护它。主权作为当局权力之整体,或者作为当局最高机关之权力,之所以不同于非法暴力集团的强制力量,从根本上说,是因为得到法律规则的承认。^②

本文所选择的案例苏格兰、加泰罗尼亚和香港分别来自英国、西班牙和中国。三国是当代世界最重要的单一制国家。三国也都存在着本文所称“高度自治行政区”,就政治、经济、社会影响而言,苏格兰、加泰罗尼亚和香港则在各自国家的此类行政区中人口、经济规模居首。因而,这三个国家及其三个地区具有较高的国际比较意义。在三国内,苏格兰、加泰罗尼亚和香港等行政区的权力来源、法律地位和对外事务都和所在国家一般的“一级行政区”大为不同。对此,本文以下将主要分为三个部分予以说明。第一节“高度自治区的权力来源”将从政治主权观出发,分析各单一制国家高度自治行政区和通常所谓“一级行政区”所持权力究竟有何异同;第二节“高度自治区的法律地位”将从法律主权观出发,再次检验

^① Martin Loughlin, “Ten Tenets of Sovereignty”, in Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing, 2003), pp. 55-86.

^② See, Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (Oxford University Press, 1999).

二者的异同;第三节“高度自治行政区的对外事务及其法律挑战”则在之前两节的基础上,讨论高度自治行政区在对外事务方面的表现:它们获得了一些额外权力,并可能引发独特的法律问题。本文的最后是一个简短的结语。以权力来源、法律地位和对外事务为内涵特征,本文试图进一步精炼单一制国家高度自治行政区的概念,以区别于其他一级行政区。按照萨托利(Giovanni Satori)的“抽象度楼梯”经典规则,像本文这样以少数案例提炼概念的研究势必是情境化的。^①确实,本文三个案例的上述特征仍有不同。毕竟,三国建立高度自治区是发生学上趋同演化的结果,并没有谱系学上的共同根源。

一、高度自治行政区的权力来源

传统观念认为高度自治行政区的权力来源于单一制国家的配给,但这种观念不能从本质上解释高度自治行政区与国家机构或其他一级行政区的区别。观察和比较英国、西班牙和中国的高度自治行政区,特别是苏格兰、加泰罗尼亚和香港,不难发现,高度自治行政区有其历史和现实的原因,从而获得其他行政区所不具有的权力。此种权力并非联邦制国家组成部分的所谓“保留权力”,因为“保留权力”须得到所在国家宪法的正式承认,不得被国家或地方政府单方面改变。单一制国家的政治机理与之不同。一方面,单一制国家不得不赋予高度自治行政区的某些权力;另一方面,单一制国家不承认高度自治行政区原有诸多权力,当与其他单位合并成某国,或者准备加入某国时,让渡权力给该国而自己保留了部分权力。实际的历史过程往往是,高度自治行政区其进入所在国家先行宪制时,中央政府将自己原有的权力直接施加于高度自治行政区,但暂时没有用自己的某项权力取代自治行政区的同种权力,尽管这种取代仍然可能。关键在于,归根结底是国家而绝不是高度自治行政区有单方面迫使对方服从的强力。高度自治行政区历史和现实中曾经拥有的权力的大小和多少当然影响到国家赋予高度自治行政区权力的程度。

^① Peter Mair, “Concepts and Concept Formation”, in Donatella della Porta & Michael Keating (eds.), *Approaches and Methodologies in the Social Science: A Pluralist Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 177-197.

上述历史过程真实地发生于本文将要处理的三个案例之中。苏格兰虽然自 1707 年正式合并于英格兰后就完全丧失了立法权并基本上丧失了行政权,但联合王国始终没有取消苏格兰的法院系统,苏格兰的司法权遂颇为牢固地掌握在苏格兰法律界手中。^①加泰罗尼亚的自治虽然几经反复,但在西班牙民主转型之初就重建了自治机关,加泰罗尼亚本地政治力量在此大旗下顺利完成对佛朗哥时期管制体系的洗牌并参与制定了 1978 年《西班牙王国宪法》。中国 1997 年 7 月 1 日恢复对香港行使主权时比较彻底地完成了对香港本地立法、行政机关的去殖民化,“另起炉灶”建立了特别行政区政府,但却几乎全盘接纳了港英时期香港本地的法院系统,在某种意义上还因为取消了过去套在香港普通法法院头上的绳索,实质地强化了香港的司法权。以上种种,正是本文所称未经置换形态的权力。当然,这种事实权力也确有在一定条件下灭失之虞。三国单方面改变高度自治行政区状态的政治能力,保证了它们虽经变化但仍然是名副其实的单一制国家。

苏格兰

虽然自 1603 年起,苏格兰就已经和英格兰形成斯图亚特王朝的共主国家,同处于一个君主的治下,但是苏格兰当局在 1707 年与英格兰完全合并之前始终保有完整的政府体系。期间,苏格兰当局的权力主要由君主、议会和高等民事法院(Court of Session)、最高刑事法院(High Court of Justiciary)等享有。与英格兰的专制君主不同,君主在古苏格兰的权威相对较低,而古苏格兰议会的权力则相当强大。这与古苏格兰是一个自部落联盟发展而成的国家大有关系,而英格兰国家则奠基于诺曼人对盎格鲁—萨克逊人等不列颠本土居民的征服,势必使得统治集团的专制倾向得到加强。^②古苏格兰法律界受到源自欧洲大陆的罗马法影响,推动古苏格兰法院依据罗马法原则审判案件,这也不同于英格兰在诺曼征服后逐步形成的普通法法院体系。^③此外,古苏格兰在欧洲诸国中较早地接受了

^① Chris Himsworth & Christine O'Neill, *Scotland's Constitution: Law and Practice* (Edinburgh: Tottel Publishing, 2006), pp. 55-59.

^② Duncan MacNeill, *The Historical Scottish Constitution* (Edinburgh: Albyn Press, 1971), pp. 89-104.

^③ 参见[英]霍普勋爵:《普通法世界中的混合法系》,刘晗译,《清华法学》2013年第6期,第161—173页。

宗教改革成果,并自欧洲大陆引入相当激进的加尔文宗信仰。苏格兰长老教会拥有抗衡天主教君主的绝大力量,成为当局征服体系之外又一个权力中心。苏格兰和英格兰在1707年的合并就发生在这样的背景下。而由苏格兰和英格兰合并所产生的英国议会虽取代了古苏格兰议会的立法权力,但是并没有撤销以苏格兰高等民事法院和苏格兰最高刑事法院为代表的苏格兰法院系统,苏格兰保留了过去所享有的司法权力。英国当局也承认苏格兰长老教会的法律地位,宣布英格兰的安立甘宗信仰不成为苏格兰的国教。如上所说,苏格兰地区的司法权力和信仰自由可谓是其固有且未被置换的。

英国过去三个世纪对苏格兰法院系统的宽容,不意味着它不能改变后者的状态。英国加入欧洲人权公约和2009年英国最高法院的建立已然给苏格兰原有司法体系带来显著影响。自18世纪末起,苏格兰民事和刑事案件的终审机关在“层次”上出现差别。古苏格兰和古英格兰的《联合条约》第19条虽然不允许苏格兰案件被英格兰的几个古司法机关或“位于西敏寺的任何法院”审理,但英国上议院并非严格意义上位于西敏寺的“法院”而是英国议会的一部分,所以它成为苏格兰民事案件的终审机关并没有违反《联合条约》的规定。^①但有趣的是,英国上议院在面对苏格兰刑事案件时,自行宣布无权审理,所以苏格兰最高刑事法院保留了苏格兰刑事案件终审机关的地位。问题发生在苏格兰自治之后。1998年《苏格兰法》第57条第3款规定,苏格兰行政部门的一员不得为任何违反欧洲人权法或欧盟法的行为。而在苏格兰刑事案件中作为公诉方的苏格兰律政司(Lord Advocate)在苏格兰自治后恰恰是“苏格兰行政部门的一员”。由此,涉及欧洲法的苏格兰刑事案件按照《苏格兰法》的有关规定就成为“有关权力下放的问题”得交英国枢密院司法委员会处理。英国2005年《宪制改革法》颁布后,这些案件又转手到新成立的英国最高法院处理。结果,苏格兰最高刑事法院原有的“终审权”被实质地削弱了。^②苏格兰自治机关对此当然十分不满。为了解决这个难题,2012年新修正

^① Treaty of Union, art. 19.

^② Neil Walker, *Final Appellate Jurisdiction in the Scottish Legal System* (Edinburgh: The Scottish Government, 2010), pp. 21-33.

的《苏格兰法》区别了“是否符合欧洲法的问题”和“有关权力下放的问题”，并明确指出最高法院在刑事案件中就前一问题给出的审理意见不能旁及其他。苏格兰最高刑事法院还可以通过一个“请求答复”机制要求最高法院先就苏格兰律政司行为“是否符合欧洲法的问题”作出决定，而后据以自行审判案件。^①这对苏格兰自治机关而言当然是情况略有好转，但苏格兰司法权力仍可以被英国议会修改也显而易见。

加泰罗尼亚

加泰罗尼亚地区被纳入今天的西班牙王国，源于15世纪后半叶伊比利亚半岛上的卡斯蒂利亚和阿拉贡两王国形成共主国家。加泰罗尼亚作为阿拉贡王国的主要组成部分此前已有完整的政府体系。加泰罗尼亚有三级议会(Cortes)，议会还有常设机关“议会委员会”(Generalitat)负责税收。卡斯蒂利亚的伊莎贝拉和阿拉贡的斐迪南结合后，他们的女儿“疯女”胡安娜嫁给了哈布斯堡的“美男子”菲利普，开启了西班牙哈布斯堡王朝。但是西班牙哈布斯堡王朝并没有取缔加泰罗尼亚的议会委员会，保留了加泰罗尼亚地区的行政权力。而后，加泰罗尼亚地区虽然在西班牙波旁王朝时代丧失了自治，但是在第二共和国时代又恢复了自己的政府。这一政府在佛朗哥时代流亡国外，并始终保持组织机制以待时机。在佛朗哥的绝对专制统治下，加泰罗尼亚再次失去所有权力。佛朗哥死亡后，西班牙各方力量开始协商政治改革，新君卡洛斯国王和首相苏亚雷斯成为转型的领导者。为了推动改革，苏亚雷斯和加泰罗尼亚流亡政府主席特拉德拉(Josep Tarradellas)达成妥协，承认并重建了加泰罗尼亚自治政府。加泰罗尼亚自治政府在西班牙王国尚未重新制定宪法的条件下就开始行使权力，并在当时扮演了调和西班牙左右政治力量矛盾的关键角色，推动了制定西班牙宪法进程。在此过程中，加泰罗尼亚积攒了自己的事实权力，甚至可谓拥有一部分的制宪权。^②

加泰罗尼亚在西班牙民主转型时期获得的事实权力可否被中央机关取消是个现实问题。2006年加泰罗尼亚大幅修改了《加泰罗尼亚自治条

^① The Scotland Act, 2012, c. 11, arts. 34-38.

^② Stephen Tierney, "Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state", in Neil Walker (ed.), *Relocating Sovereignty* (England: Ashgate, 2006), p. 247.

例》,希望进一步明晰权限。2006年《加泰罗尼亚自治条例》在修订程序上是符合法律规定的,但仍然遭到挑战。西班牙宪法法院经过漫长审理,最终判决该条例部分违宪,并要求对许多条款限制解释。西班牙宪法法院特别明确地指出,加泰罗尼亚自治政府的权力在法理上都是西班牙宪法所赋予的,必须在西班牙宪法框架下理解和解释。《加泰罗尼亚自治条例》是西班牙宪法的下位法,必须服从西班牙宪法。^①这意味着,西班牙中央机关根据西班牙宪法所规定的程序是可以改变包括《加泰罗尼亚自治条例》在内的加泰罗尼亚法律的,甚至最终取消加泰罗尼亚的自治地位。实际上,西班牙宪法确实规定其中中央机关形成共识后可以强制加泰罗尼亚自治机关履行义务。^②就政治能力而言,加泰罗尼亚恐怕无法对抗西班牙国家,毕竟抵抗意志更加坚决的巴斯克地方民族主义力量在内外压力下也不得不放弃武装斗争。

香 港

香港地区实行高度自治的力量源泉在中央,是中国人民的政治力量抵制和克服了殖民势力才使得香港地区获得自主权力,这确与苏格兰或加泰罗尼亚不同。今天香港特别行政区的行政权力和立法权力基本上都由“爱国爱港”力量掌握,但是在中华人民共和国政府恢复对香港行使主权之前,这部分力量是无法掌控香港地区的行政、立法权力的。在殖民统治时代,香港地区的行政权力属于代表英国君主的香港总督。期间,香港地区的立法权力实质上也是属于香港总督的。香港本地的立法机关虽然接纳华人居民,但总体上讲是总督行使立法权的咨询机构。说今天香港地区的行政、立法权力是中国权力对英国权力的取代,不会引起过多争议。问题可能出在司法权力上。正如1707年以后英国保留了苏格兰的法院系统,以至于苏格兰法律界人士仍然控制苏格兰法的发展,中国也保留了香港原有的法院系统,而最热心维持香港地区原有司法权力的正是过去和普通法世界关系密切的专业人士。在分析香港回归后政治力量版

^① S. T. C., de 28 de junio de 2010, Sentencia 31/2010 (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010).

^② 参见《西班牙王国宪法》第155条的规定,即如果自治机关不履行宪法和法律所规定的义务,西班牙中央政府经参议院同意可以强制它们服从。潘灯、单艳芳译,《西班牙宪法典》,中国政法大学出版社2006年版,第59页。

图的变化时,强世功曾指出:“与行政和立法相比,惟有司法领域是一块爱国爱港阵营和中央都无法直接施加影响的独立领地。”^①这就在一个方面把香港和中国的普通一级行政区区别开。

尽管回归以来香港以终审法院为首的法院系统表现抢眼,但长远而言,香港在司法领域保留的这一事实权力本质上仍是脆弱的。围绕着马维骢案、吴嘉玲案、庄丰源案、外佣居港权、刚果(金)案而产生的一系列香港本地判决和中国全国人大常委会解释已经将此问题暴露出来。香港虽然保留了绝大多数的普通法和衡平法并基本沿用了港英时代的法院系统,但香港特别行政区终审法院本身恰恰是由香港基本法所创立,它不是英国枢密院司法委员会的简单替身,而是一个植入香港法院系统的新机关。^②正如在吴嘉玲案中香港终审法院判词所说,它解释基本法的权力来自中央的授权。^③这就为中国全国人大在极端情况下单方面重新配置香港本地权力留有余地。强世功认为,在香港回归过程中中国中央机关实际上已经多次作出政治决断。^④他还论证说,全国人大常委会解释基本法的行为明显不同于其发布立法解释的通常做法,已经不属于立法权的范畴,本质上体现了“最低限度的司法权”。^⑤依本文所说,即中央方面的权力已呈脱颖而出之势。那么,中国权力机关也许可以用某种方式强化它带有司法权特征的权力,至少也可以用立法方式对香港司法权力作出调整。许多学者已经指出调整香港权力配置的可能方式。程洁指出,香港司法权在本地缺乏权力制衡,一时无法改变,但其司法行政权能应当受到来自立法机关的一定限制。^⑥胡锦涛和朱世海也提出,可以进一步巩固香港“行政主导”的政治体制,通过强化行政长官在司法活动中的功能改变

① 强世功:《和平革命中的司法管辖权之争:从马维骢案和吴嘉玲案看香港宪政秩序的转型》,《中外法学》2007年第6期,第657页。

② 参见王振民:《论回归后香港法律解释制度的变化》,《政治与法律》2007年第3期,第2—9页。

③ Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315.

④ 强世功:《和平革命中的司法管辖权之争:从马维骢案和吴嘉玲案看香港宪政秩序的转型》,《中外法学》2007年第6期,第641—669页。

⑤ 强世功:《司法主权之争:从吴嘉玲案看“人大释法”的宪政意涵》,《清华法学》2009年第5期,第9页。

⑥ 程洁:《论双轨政治下的香港司法权:宪政维度下的再思考》,《中国法学》2006年第5期,第56—58页。

香港本地权力配置体系。^①叶海波说:“全国人大常委会应通过释法确立终审法院提请解释的基本规则”,以更加明晰的规则依法限制香港司法机关的扩权。^②实际上,香港终审法院在庄丰源案中的判决已经引发严重后果。^③随着政治力量在香港的冲突逐步转向其他领域,香港法院系统很可能在处理涉及中央与本地关系的问题时更加谨慎。

二、高度自治行政区的法律地位

与政治主权观不同,法律主权观从法律权力的角度定义主权,即权威源于法律规则。这种主权理论引导我们关注当局行使其权力是否符合法律,或者说,究竟有哪些实在法上的渊源对当局及其最高机关的权力予以承认。在传统国际法学领域,这一问题发展为根据实在法判断一个民主单元或者人们集体是否拥有自决权利;在传统宪法学领域,则是根据宪法实在法判断其是否拥有分离权利。如果这一民主单元或者人们集体拥有合法的自决权利或者分离权利,那么根据这些权利就可以创造新的规则体系,并由此赋予这一民主单元或者人们集体的代表机构合法的强制力量。根据这一思路来观察和比较英国、西班牙和中国的高度自治行政区,不难发现,这些高度自治行政区都不拥有实在法明示的自决权利或者分离权利,这是毫无疑问的。但有趣的是,在上述前提下这类行政区所行使的权力据称可能获得复杂多样的法律渊源的支撑。这种法律现象本身也许可以构成高度自治行政区的一个特征,但正如下文所述,各国宪法(惯例)的凌驾性仍然不受质疑,这也说明它们为什么仍属于单一制国家下辖行政区的范畴。

英国的地方制度(郡县)是由英国议会立法设立的,过去的殖民地制度则部分地来源于“英国君主会同枢密院”发布的命令。这都是一些为传统宪法学所熟知的法律渊源。苏格兰如果要强调其高度自治法律地位的独特性,就要说明它还有其他法律渊源的支撑。现在看来,它最可能找

^① 胡锦涛、朱世海:《香港行政长官与基本法解释》,《江汉大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第35—40页。

^② 叶海波:《香港基本法实施中的权力冲突与协调》,《当代法学》2012年第1期,第85页。

^③ 曹旭东:《博弈、挣脱与民意:从“双非”风波回望“庄丰源案”》,《政治与法律》2012年第6期,第17—25页。

到的法律渊源主要是苏格兰普通法以及古苏格兰与古英格兰签订的《联合条约》，这二者的共同对手则是英国议会和英国君主的法理权威。问题在于，《联合条约》的法律效力颇有争议。查明 300 年前的国际法几乎是不可能的任务，也没有意义。古苏格兰已经不复存在，也没有任何国家（包括英国）会承认今天的苏格兰自治政府可以继承古苏格兰的权利。苏格兰普通法的权威最终取决于苏格兰法院的权威。正如上一节所说，苏格兰法院系统虽然坚如磐石但并非永恒不变。至于西班牙，问题集中于加泰罗尼亚有无先于西班牙宪法的权利。加泰罗尼亚自治政府确实拥有一些所谓“历史权利”，但西班牙中央机关坚持只有西班牙宪法才是这些权利的本源。至于香港，中国政府历来主张香港特别行政区的高度自治权来源于中央政府依据宪法作出的授权。

苏格兰

支撑苏格兰高度自治的主要法律渊源是英国议会制定的 1998 年《苏格兰法》，该法于 2012 年被英国议会修正。在英国，因为传统上一直存在由戴雪总结的“议会主权”原则，即位于西敏寺的英国议会可以制定和修改任何法律，所以《苏格兰法》是随时可能被英国议会修改甚至废止的。^①《苏格兰法》当然不能为苏格兰提供自决权利或分离权利，英国也理所当然地保留了单一制国家的形式。但巧妙之处在于，在苏格兰有相当一部分人士主张苏格兰自治的法律基础并非《苏格兰法》。如上所述，今天的英国由古英格兰和古苏格兰两王国的《联合条约》所缔造。古英格兰和古苏格兰两议会分别通过了 1707 年《与苏格兰联合法》和 1707 年《与英格兰联合法》落实了《联合条约》的规定，合组为今天的西敏寺英国议会。虽然事实上英国议会只是古英格兰议会吸纳部分苏格兰贵族的产物，但理论上它是两古议会的平等结合。正因为如此，在 1953 年的麦考密克案（*MacCormick v. Lord Advocate*）中原告麦考密克等人主张，既然英国议会是《联合条约》的产物，英国议会的制定法当然不能违反《联合条约》的规定，否则即无效。^②该案的法官当然没有接受麦考密克等人的意见。葛思理（*Guthrie*）法官指出苏格兰法院不曾挑战英国议会立法，苏格兰各大学

^① [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版，第 116 页。

^② *MacCormick v. Lord Advocate*, [1953] SC 396.

的法学院也都接受了议会主权原则。不过库普（Cooper）法官提到，议会主权毕竟是英格兰议会的产物，没有充分理论说明新的英国议会应当完全继承英格兰议会的传统，《联合条约》中的某些规定可能确实是英国议会也不能修改的。^①果真如此，今天的部分苏格兰人士就可以基于《联合条约》主张苏格兰固有的自治权利。当1998年《苏格兰法》要建立苏格兰议会的时候，苏格兰民族党人确实表示，这一议会是古苏格兰议会的重建而非一个全新的机构。^②

但“为《联合条约》所承认的权利”只能把苏格兰和英格兰郡县区分开，并不足以真正颠覆英国的议会主权。即便这类权利存在，也没有任何一个英国机关能够保障和实施。现实中，“为《联合条约》所承认的权利”只能通过复述《联合条约》的《与英格兰联合法》或《与苏格兰联合法》进入英国司法机关的视野。但《苏格兰法》第37条明确规定，如果《苏格兰法》与上述法律不一致，应当以《苏格兰法》为准，即适用后法优于前法的原则。^③再有，主张苏格兰独立的苏格兰民族党在掌控苏格兰议会后也没有试图利用《联合条约》去对抗英国议会。苏格兰民族党曾设想在苏格兰议会通过有关公民投票的法规，然后据以举行决定是否从英国分离的公民投票。结果他们遭到英国中央政府的坚决反对。英国中央政府坚持举行公民投票属于《苏格兰法》所规定为英国中央机关保留的事项，绝非苏格兰自治机关得以自专。事实上，苏格兰民族党和苏格兰自治政府都接受了英国中央政府的说法。再有，如果《联合条约》捍卫的权利真的存在，那么在逻辑上就需要一个法律人格承担这类权利。进而，如果2014年9月18日举行的公民投票表明多数苏格兰居民希望独立，那么新的苏格兰国家在国际法理论上就会有“自联合王国分离建国”、“解体联合王国”和“恢复古苏格兰国家”等至少三个选项。但苏格兰民族党和苏格兰自治政府几乎没有考虑第二项，根本没有考虑第三项。^④可见，他们

① MacCormick v. Lord Advocate, [1953] SC 396.

② 12 May 1999, Scottish Parliament Official Report Meeting of the Parliament, The Scottish Parliament (Volume 1) (1999), p. 5.

③ The Scotland Act, 1998, c. 46, art. 31.

④ Stephen Tierney, Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland, 9 *Euro-Const L. Rev.* (2013), p. 372.

在内心还是把苏格兰视作英国的高度自治行政区,从未将什么古苏格兰的“法律主权”当回事。

加泰罗尼亚

支撑加泰罗尼亚高度自治的主要法律渊源是1978年《西班牙王国宪法》和在2006年已经修正过的《加泰罗尼亚自治条例》。1978年《西班牙王国宪法》第二条规定:“本宪法基于西班牙民族的团结、全体西班牙人共有的统一国家,承认并保障组成西班牙的各民族和各地区的自治权和团结。”^①加泰罗尼亚等西班牙自治区是没有分离权利的。但巧妙之处在于,如上文所述,加泰罗尼亚在西班牙民主转型过程中先于西班牙宪法就已经获得了高度自治的权利。实际上,西班牙宪法也承认某些地区所享有的历史权利,这些地区当然包括早就拥有自治政府的加泰罗尼亚在内。^②2006年《加泰罗尼亚自治条例》第五条也规定:“加泰罗尼亚的自治立基于加泰罗尼亚人民的历史权利、她的世俗机构和法律传统,……加泰罗尼亚自治政府的组织和它处理民法、语言、文化、教育的权力由此确立。”^③自西班牙中央政府的角度而言,当然可以主张《加泰罗尼亚自治条例》仍然是西班牙宪法的子法;但是自加泰罗尼亚自治政府的角度而言,即便是西班牙宪法也不得不承认加泰罗尼亚的“历史权利”。

这一争议被2013年1月22日加泰罗尼亚议会正式发布的《加泰罗尼亚人民主权及自决权利宣言》再次引爆。在该宣言的序言中,加泰罗尼亚议会认为西班牙宪法法院2010年第31号判决对2006年《加泰罗尼亚自治条例》的批判促使加泰罗尼亚人民走上与西班牙国家决裂的道路。在序言中,加泰罗尼亚议会再次申明加泰罗尼亚人民的自决权利源于他们的历史权利、自治机关和法律传统,他们争取自主的愿望已经被2010年7月10日和2012年9月11日的大规模群众运动所证明。西班牙宪法法院在2010年第31号判决中曾经明确指出:加泰罗尼亚所谓的

^① 潘灯、单艳芳译,《西班牙宪法典》,中国政法大学出版社2006年版,第4页。

^② 1978年《西班牙王国宪法》“过渡性条款”第2条。潘灯、单艳芳译,《西班牙宪法典》,中国政法大学出版社2006年版,第65页。

^③ The Statute of Autonomy of Catalonia, 2006, art. 5.

“自决权利”完全地来源于1978年西班牙宪法的规定,不存在先于宪法的权利;西班牙宪法的民主正当性则完全地来源于作为一个整体的西班牙全体公民。^①加泰罗尼亚议会的这一宣言实际上表明他们并不接受西班牙宪法法院的说法。如果加泰罗尼亚自治机关不理睬西班牙中央机关的反复抵制,坚决自行举办决定加泰罗尼亚是否为一个独立国家的“公民投票”,那么也许可以说西班牙宪法将不能约束这一日趋桀骜不驯的高度自治行政区。不过,最近西班牙宪法法院正式判决加泰罗尼亚议会所作的《加泰罗尼亚主权和人民自决权声明》中关于加泰罗尼亚(人民)“主权”原则的表述违宪无效,说先于宪法存在的“加泰罗尼亚”只是一个社会、历史实体,不具有法律人格和任何权利。^②西班牙中央机关显然不会为了加泰罗尼亚启动繁琐到极点的西班牙修宪程序。在此情境下,加泰罗尼亚关于自身“历史权利”的种种说法显得堪虞。

香 港

毫无疑问,香港特别行政区的宪制基础是1982年《中华人民共和国宪法》和香港基本法。中国宪法第三十一条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”^③这一条规定为全国人大后续制定香港基本法提供了根据,也奠定了香港高度自治的法律基础。上述事实本身就是区别香港与中国普通一级行政区法律地位的证据,毕竟,中国(除澳门外的)其他一级行政区并非根据宪法第三十一条设立:中国宪法第三十条、第五至七节等处分别说明了其他一级行政区的法律地位。谈到法律渊源,“中英联合声明”也曾经引起论者的兴趣。“中英联合声明”规定:“香港特别行政区直辖于中华人民共和国中央人民政府。……享有高度的自治权。”^④“中英联合声明”的第三条下还列举了香港特别行政区得享有的广泛自治权力。实际上,在马维骞案的重要判词中,香港本地法官就认定香港基

^① S. T. C. , de 28 de junio de 2010, Sentencia 31/2010 (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010).

^② S. T. C. , de 25 de marzo de 2014, Sentencia 42/2014 (BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014).

^③ 1982年《中华人民共和国宪法》第31条。

^④ 《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》第三条第(二)款。

本法是“中英联合声明”的副产品。^①由此,论者认为香港特别行政区高度自治赖以存在的法律渊源可能增加中国其他一级行政区所没有的“国际条约”并趋于复杂。^②问题是,对基本法的修改还是否以及如何考虑“中英联合声明”义务。^③至少毫无疑问的是,香港特别行政区的政制是可予修改的,而且只能依照中国宪法和香港基本法所规定的程序进行。而且,很难想象英国居然会出面试图“强制”中国履行某种所谓“联合声明”下的义务。这也让这项法律渊源的实际效果大打折扣。

另一个问题是香港普通法在香港高度自治中所扮演的角色。在吴嘉玲案判决后,引发中国内地法学家和香港法学界争论的问题是香港终审法院有无审查全国人大及其常委会立法的权力。香港终审法院法官虽然嗣后澄清他们“没有质疑全国人大及人大常委会依据基本法的条文和基本法所规定的程序行使任何权力”,而“法院执行和解释基本法的权力来自基本法并受基本法的条文……所约束”,但并没有说明何以“执行和解释基本法”必然导致审查全国人大及其常委会立法,特别是那些针对内地的立法。^④香港终审法院提出“基本法授权论”,实质上是在模仿美国联邦最高法院行使违宪审查权。但美国宪法明确规定了行政、立法、司法三权分立的结构,可以说,三者都是“最高”机关或“主权”机关;而中国全国人大是中国唯一的权力机关,它和香港终审法院不是平行的。^⑤正如同样享有终审权的最高人民法院不能依据人民法院法审查全国人大及其常委会的立法一样,即使凭借香港基本法和受限的终审权,香港终审法院及其下级各普通法法院也全然无权这样做。最终,论者只能找到香港普通法来支撑香港法院审查立法机关的制定法。^⑥最近 20 年来在普通法世界为

① HKSAR v. Ma Wai Kwan, [1997] HKLRD 761.

② 关于“中英联合声明”的国际条约性质,参见陈弘毅:“中英协议与基本法的关系”,《香港法制与基本法》,广角镜出版社有限公司 1986 年版,第 188 页。

③ 郭天武、陈雪珍说:“对于《中英联合声明》中中国政府承诺赋予香港特别行政区的权力,如香港特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,香港的现行社会、经济制度、生活方式不变,香港特别行政区将保持自由港和独立关税地区的地位等,中国政府保证对香港的基本政策 50 年不变。……此类授权不得由中央单方面收回。”郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,《当代港澳研究》2010 年第 2 期,第 12 页。

④ Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315.

⑤ 参见邹平学:《香港基本法解释机制基本特征刍议》,《法学》2009 年第 5 期,第 119—123 页。

⑥ 参见戴耀廷:《宪法性法律》,收陈弘毅等编:《香港法概论》,三联书店(香港)有限公司 1999 年版,第 117—119 页。

了抵制政府基于戴雪式“议会主权论”加诸法院头上的紧箍咒,“普通法激进主义”蔚然成风。论者认为,存在于英国的是一个两极的主权:“议会中的君主”(Crown in Parliament)和“法院中的君主”(Crown in its courts)双峰并峙。^①按此意见,过去戴雪式“议会主权”之所以能够存在,只是因为英国各普通法法院认可英国议会立法的效力,但这并非必须的。如果有一天普通法法院不再接受英国议会立法,即“法院中的君主”不再服从“议会中的君主”,戴雪式“议会主权论”也就随之完结。但香港的普通法法院想如法炮制直接运用二元主权论的“普通法激进主义”仍有不妥。香港终审法院本身不是英国君主基于王权创立的,它从来不是英国君主“四大统治柱石”(议会、法院、枢密院和全体贵族大会)的一部分。很难设想,香港终审法院竟然从它的真正主权者中国全国人大那里获得了对抗全国人大自己的权力。

三、高度自治行政区的对外事务及其法律挑战

本文的前两节分别检视了单一制国家高度自治行政区的特征,说明它们与通常所谓“一级行政区”颇有区别。在本节中,我们将继续就“对外事务”分析单一制国家高度自治行政区与其他一级行政区的不同。这与主权理论仍有关系,但此处需要使用的是“对内主权”和“对外主权”这一对概念。就“对外主权”而言,楚普认为它在传统国际法上有三层意义:第一,只有主权国家才是国际关系的主体;第二,所有主权国家都是平等的;第三,主权国家处理内部事务不受其他国家的干涉,一国公民只是该国国内法的主体而非国际法的主体。^②当代的国际法对上述观念有所修正。即便可以不考虑联合国安全理事会和国际刑事法院日趋强化的功能,欧盟法院裁定和欧洲人权法院判决对欧洲主权国家的约束显然不可忽视。凡加入《欧洲人权公约》的国家必须接受欧洲人权法院的判决,即便它们败诉也是如此;而欧盟法院对欧洲法的解释直接约束欧盟成员国

^① Colin Turpin & Adam Tomkins, *British Government and the Constitution: Text and Materials* (Cambridge University Press, 2007), p. 66.

^② Michel Troper, “Sovereignty”, in Reinhard Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 359-360.

家的国内法院,欧洲法的法律效力高于与之相冲突的成员国家国内法。在这种情况下,“对外主权”的传统意义出现摇摆。^①围绕着“对外事务”的处理,高度自治行政区形成了一系列新的法律现象,竞相争取参加国际组织。同时,它们也在一些非传统法律领域中提出新鲜问题,其他一级行政区难以望其项背。

苏格兰、加泰罗尼亚

1998年《苏格兰法》附件五第7条第1款规定:“国际关系,包括与联合王国之外任何地区的关系、与欧洲联盟及其机构的关系、与国际组织的关系,国际贸易规则,国际发展援助与合作等为保留事项”,即仍由英国中央政府负责。^②这就坚持了“对外主权”的传统观念,认为英国全部领土的对外事务应由其中央政府处理。不过,苏格兰在教育、科学和文化领域一直有一些自己负责的对外交往。苏格兰拥有与英国“皇家学会”并列的“爱丁堡皇家学会”,即苏格兰国家科学院;苏格兰有与英格兰平行的体育组织,它们分别组队参加英联邦运动会和欧洲杯足球赛等国际体育赛事。^③特别是,苏格兰与英国、爱尔兰共和国等主权国家和威尔士、北爱尔兰等地区共同组成了不列颠—爱尔兰委员会(The British-Irish Council),在这个政府间国际组织中取得了和主权国家相对平等的地位,这就使苏格兰与英国的一般行政区拉开了距离。此外,值得注意的是苏格兰自治政府的某些自主决定完全可能影响到英国的国际关系,但英国中央政府无可奈何。比如,苏格兰自治政府决定释放洛克比空难的在押罪犯,就大大地刺激到与英国一直保持“特殊关系”的美国。英国中央政府并不能干涉苏格兰的此项决定,美国政府只好对苏格兰自治政府直接展开游说,且仍然以失败告终。^④可见,苏格兰事实上已经将一部分“对外事务”揽入怀中。相比于苏格兰,加泰罗尼亚在“对外事务”方面受到西班牙中央政府的限制极多,基本上是一个依旧受到所谓“对外主权”传统观

^① Michel Troper, “Sovereignty”, in Reinhard Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 161.

^② The Scotland Act, 1998, c. 46, s5, 7(1).

^③ Michael Keating, *Plurinational Democracies: Stateless Nations in Post-sovereignty Era* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 105.

^④ Karla Adam, “Man Convicted in Lockerbie Bombing Is Released From Scottish Prison”, *Washington Post*, August 21, 2009, at World.

念约束的地区。

苏格兰和加泰罗尼亚在“对外事务”方面提出的真正问题是他们的“欧洲法”地位。苏格兰和加泰罗尼亚都是欧洲联盟地区委员会的成员地区,以自己的名义参与了欧洲联盟这个特殊的国际组织,这可谓是“欧洲法”设置的特殊安排。更为重要的是,2014年9月18日苏格兰公民投票和同年冬季加泰罗尼亚准备进行的“公民投票”给欧洲联盟带来的问题是:如果两地的投票结果是多数居民支持从所在国家分离,所在国家的中央政府也最终同意了他们的要求(英国是可能的,西班牙几乎不可能),那么他们的欧盟成员地位是否能够保留。欧盟的现行实在法对此没有规定。毕竟,从没有欧盟成员国的组成部分合法分离过。按照国际法的传统观念,这些实现分离的领土应当重新申请加入有关国际组织。但欧洲法赋予欧盟成员国公民“欧洲公民”资格,附带一系列可在欧盟国家享受的权利。如果苏格兰或加泰罗尼亚自独立之日起就突然丧失欧盟成员地位,那么会有数百万人的权利义务在一夕之间被改变,这种社会后果十分严峻。而且,西班牙中央政府在此问题上显得特别斤斤计较,曾经威胁要坚定否决这类分离领土的欧洲联盟成员资格申请。^①在这种条件下,苏格兰和加泰罗尼亚的加入申请要按照欧盟规定取得全体成员国一致同意变得几乎不可能。面对难题,很多学者和民众认为,欧洲联盟已经形成自成一体的法律,与国际法相区隔。对于欧盟来说,最佳选择是在两地独立前与英国、西班牙以及其他成员国协商出自己的解决方案,走出一条欧洲法处理分离领土的独特道路。^②

香 港

在香港如何处理对外事务的问题上,中央展现了胸怀。香港基本法第十三条规定:“中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务。中华人民共和国外交部在香港设立机构处理外交事务。中央人民政府授权香港特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。”^③在国际

^① Michael Settle, “Spain Will Not Interfere But Scots Plans for EU Are Unrealistic, Warns Minister”, *The Herald*, February 2, 2014, at 6.

^② Stephen Tierney, *Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland*, 9 *Euro-Const L. Rev* (2013), p. 372.

^③ 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第13条。

交往的问题上,中央政府、中央政府外交部驻港机构、特别行政区政府建立了分工负责、相互配合的机制。特别行政区在一定范围内参与国际交往,参加了一系列的重要国际组织,特别是亚太经济合作组织。香港基本法第一百五十一条还规定:“香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以‘中国香港’的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。”^①

香港的情况当然和欧盟境内的苏格兰、加泰罗尼亚两地不同,不涉及欧洲法。但在某种意义上,中国内地和香港签署的《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(“CEPA”协议)及其附件和一系列补充协议也可能提出略为类似的问题。所谓“欧洲法问题”的本质是,在英国和西班牙两国国内法以及国际法之外欧洲法是否形成自成一体的法律体系,为高度自治行政区提供了富有弹性的活动空间和不同以往的行为模式。有学者指出,随着全球化的发展国际经济法也逐渐表现出兼有国际法和宪法特征的趋势,甚至将要出现国际贸易“普通法”。^②至少,像世界贸易组织法这类法律框架在事实上束缚了主权国家的手脚。^③围绕着“CEPA”协议性质产生的一系列争论正是这一问题的表现。^④“CEPA”协议本身要求既遵循“一国两制”方针又符合世界贸易组织规则。^⑤站在“单一制国家”的立场上而言,“CEPA”协议本质上是本国两个行政机关之间签署的文件,充其量是行政协议。^⑥事实上,“CEPA”协议的内容都由中国内地和香港的行政机关推动在各自法域内立法落实,协议本身未经两地立法机关审议批准。协议规定的争端解决程序十分简单,即由双方成立联合指导委员会协商处理。^⑦而且,协议双方也从未启动世界贸易组织争端解决程序。但是,多数学者在讨论“CEPA”协议时都注意到世界贸易组织规则发挥的作用。钟立国明确表示“CEPA”协议的法理依据是世界贸易组

① 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第151条。

② Joseph Weiler, *The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards A Common Law of International Trade?* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

③ Stephen Tierney, “Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state”, in Neil Walker (ed.), *Relocating Sovereignty* (England: Ashgate, 2006), p. 243.

④ 刘彬:《内地与香港 CEPA 法律性质再探》,《国际经济法学刊》2007 年第 3 期,第 251—252 页。

⑤ 《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》第 2 条。

⑥ 刘彬:《内地与香港 CEPA 法律性质再探》,《国际经济法学刊》2007 年第 3 期,第 251—252 页。

⑦ 《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》第 19 条。

织法,须受其约束。^①慕亚平和卢嘉嘉认为,中国内地和香港根据“CEPA”协议进行的活动要符合世界贸易组织的规定。^②曾华群则相对保守地认为,“CEPA”协议涉及世界贸易组织规则的部分受其调整,但世界贸易组织规则之外的部分则不必,协议本身的法理依据主要仍是中国的国内法。^③无论如何,正如欧洲法只是在某些(经本国同意、得欧盟支持)情况下有可能为苏格兰、加泰罗尼亚等高度自治行政区提供自由活动的舞台,世界贸易组织法也仅仅为香港提供了向中国内地主张保障协议权益的可能性。这一法律现象的发展变化,仍有待持续观察。

四、结语

单一制国家的高度自治行政区在权力来源、法律地位和对外事务等方面都有十分不同于通常所谓“一级行政区”的表现。在权力来源方面,单一制国家的中央政府与高度自治行政区政府之间确实存在着权力授受关系,但是形成这种关系的历史过程与单一制国家建立地方制度的一般过程十分不同。建立通常所谓“一级行政区”,单一制国家基于自己的意志采取主动即可;但建立高度自治行政区,往往需要慎重对待该地区的历史和现实状况。当然,单一制国家与高度自治行政区的法律关系一旦确立,单一制国家的中央政府即可以对高度自治行政区的权力予以调整,在这个意义上说高度自治行政区并不能挑战所在国家的单一制宪法框架。在法律地位方面,单一制国家的高度自治行政区不拥有分离权利;但高度自治行政区的地位据称可以获得复杂多样法律渊源的支撑,甚至获得国际实在法或者准国际法的保护。一方面,这些国际实在法或者准国际法的时效和实效并不完全确定,所以高度自治行政区难以真正仰赖这些规则;但另一方面,这些规则实际存在,也确实引人瞩目。在对外事务方面,单一制国家高度自治行政区往往拥有大大高于一般行政区的自由,特别是能够积极地甚至单独地参与国际交往,并在非传统法律领域提出新的

^① 钟立国:《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉的法律评析》,《法学评论》2005年第4期,第91页。

^② 慕亚平、卢嘉嘉:《论CEPA的性质及其实施问题》,《广西师范大学学报(哲社版)》2005年第41卷第3期,第1—5页。

^③ 曾华群:《论内地与香港CEPA之性质》,《厦门大学学报(哲社版)》2004年第6期,第36页。

问题和挑战。总之,高度自治行政区在以上各方面都突破了单一制国家通常所谓“一级行政区”的局限,形成与所在国家的新型关系。

萨托利(Giovanni Satori)说明,研究者使用越多的案例作材料,提炼出概念的抽象度就越高;概念的抽象度越高,内涵特征可能就越少。^①如果不顾这一规则生搬硬造概念,就会出现“拉扯”概念削足适履的问题,难以和它的应有外延相匹配。今天的世界上纯粹的单一制国家已经不多,建立本文所称高度自治行政区的就更少,而建立在少数案例基础上的概念势必是情境化的。本文所使用的三个案例虽然在权力来源、法律地位和对外事务上有共同之处,但也各具特色。苏格兰和香港的法院系统独领风骚,加泰罗尼亚的立法和行政机关则更加强势。苏格兰的法律地位有带有“契约性质”的法律文本作保障,加泰罗尼亚的“历史权利”虽然也见诸西班牙宪法和若干法律文件却相对笼统。苏格兰和香港有不同的“普通法”渊源,加泰罗尼亚则谈不上。比较而言,香港处理对外事务的能力荣登榜首,加泰罗尼亚则名落孙山。苏格兰和加泰罗尼亚的对外事务涉及欧洲法的性质和发展,香港则缺乏“超国家法”的屋顶。但是总体而言,以权力来源、法律地位和对外事务为特征,已经可以把苏格兰、加泰罗尼亚和香港与所在国家的一般“一级行政区”相区别。这一精炼过的概念仍有适度的外延,可以置诸本文的理论框架深入分析。在英国内部,北爱尔兰的三个特征比较显著,可以称为高度自治行政区。威尔士的特征已经黯淡,介于高度自治行政区与一般行政区之间。^②在西班牙内部,巴斯克的三个特征十分显著,足以称为高度自治行政区。加利西亚属于第二梯队。西班牙那些尽力追逐加泰罗尼亚地位的自治区如阿拉贡、安达卢西亚等的三个特征不显著,不足以称为高度自治行政区。^③在中国,除澳门的特征非常显著外,其他行政区都不应称为高度自治行政区。放弃以“量的差异”定义高度自治行政区,在政治实践上则意味着高度自治

^① Peter Mair, “Concepts and Concept Formation”, in Donatella della Porta & Michael Keating (eds.), *Approaches and Methodologies in the Social Science: A Pluralist Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 177—197.

^② Alan J. Ward, “Devolution; Labour’s Strange Constitutional ‘Design’”, in Jeffrey Jowell & Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 111—136.

^③ Javier Tusell, *Spain, from Dictatorship to Democracy: 1939 to the Present* (Oxford: Blackwell Publishing, 2007), p. 305.

行政区与所在国家中央政府继续争执自治权“天花板”的位置所在意义有限。毕竟,只要政治环境适宜,单一制国家仍可单方面地调整对高度自治行政区的安排。同时,正如有识之士所指出,这也意味着高度自治行政区和其他一级行政区“很不相同”,没有复杂多样法律渊源的支撑,后者的“龙门一跃”终究难以完成。^①

^① 许崇德说:“特别行政区是统一祖国的一部分,是中央人民政府直接管辖下的一级地方行政区域。从这个意义上说,它同省、自治区、直辖市的地位并无区别。但另一方面,他是一级特别的地方政权,具有极大地特殊性。从这个意义上说,它又和省、自治区、直辖市很不相同。就以将在一九九七年建立香港特别行政区来看,那将是一种特殊性和灵活性很大的地方制度。”许崇德:《略论我国地方制度的特点》,载《许崇德全集》(第二卷),中国民主法制出版社2009年版,第403页。

特别行政区自治的授权原理与技术

杜承铭*

摘要:本研究从地方自治与授权性地方自治一般理论出发,分析了我国特别行政区的授权性地方自治性质和我国特别行政区授权机理与争议解决机制等问题。文章首先从地方自治的基本理论出发,认为地方自治是地方自治主体在国家主权监督之下,自行处理其地方事务的权力,地方自治的“地方性”特点决定了这种自治是主权之下的自治,“自治性”特点决定了国家必须尊重地方的自我决定。地方自治按其权力的来源分为本源性地方自治和授权性地方自治。授权性地方自治权力要经过本源性授权和过程性授权的二次授权完成,经历着权利向国家主权再向地方自治权力转化的过程,授权性自治形式有所谓的广义地方自治和狭义的地方自治两大类型。其次,从我国特别行政区自治的政治理论基础即“一国两制”理论与实践和法理基础角度,对我国特别行政区自治的授权性自治性质展开了分析。根据单一制与联邦制的基本法理与宪政逻辑,分析了特别行政区自治具有的授权性自治性质,它没有也不可能改变我国单一制的国家结构形式。最后,重点按照授权性地方自治授权的宪政逻辑和原理,结合基本法的规定和运行实践,以香港特区为例,对特别行政区高度自治权来源、授权机理以及对特别行政区自治权授权范围的协调与处理进行了梳理和分析。文章认为国家权力事务的范围有纯主权的事务、可授权地方行使的自治事务和可委托地方管理的事务。属于纯主权的事务不可能也不应授权地方或其他主体来行使,而应由国家来行使,就基本法规定而言,属于中央享有和行使的主权权力主要包括:中央负责管理有关的外交事务、中央负责管理特别行政区的防务、中央行使的其他权

* 杜承铭,广东财经大学副校长、教授、法学博士、博士生导师。

力(包括有关的任免权、监督审查权、决定权、批准权和授予权等)、基本法的解释权与修改权和在特别行政区实施全国性法律等。从基本法的规定及其运行实践来看,特别行政区实际享有的权力包括授权的地方自治事务和授权的非自治事务(包括可委托地方管理的事务)两个层次,它通过三种类型的授权来实现。文章对特别行政区自治权超越授权范围的协调与处理进行了分析。

关键词:特别行政区 授权 自治

一、地方自治与授权性地方自治

授权与自治的关系问题是中央与地方关系和地方制度理论研究中的重要问题,而授权视野之中的地方自治又是理解我国地方制度的关键。虽然在我国宪政制度的设计中建立了地方自治制度,但我国宪法学界涉及这一制度核心的地方自治的宪政理论研究并不多,对这一问题的理解往往又涉及主权与治权、授权与自治、授权与分权甚至单一制与联邦制等一系列的理论问题,学界对这些问题研究并不充分,使得我们对地方自治理论的理解存在巨大的分歧,这种分歧表现在学界对中央与地方关系讨论、特别行政区自治与授权问题的讨论存在许多大相径庭的观点。

(一)地方自治及其权力来源分析

所谓“自治”(self-government)从语义上解释是指个人或集体在不受外来影响和干预情况下自己决定自身事务,并且单独对其行为和命运负责的一种状态。^①其核心是主体意志的自主、自由与自我决定,表现为排斥外来权力的自我统治、自我决定。在人类历史上,以“自治”作为地方独立的观念源远流长,而地方自治思潮的兴起与人类宪法与宪政运动发展密不可分,它形成于18世纪,作为宪政法律制度则起源于19世纪。^②与近代欧洲天赋人权、社会契约、权力分立制衡思想兴起相适应的宪政意义上的地方自治观念随之确立,经过近一个世纪的发展,系统的地方自治理论与法律制度体系逐渐形成。但由于各国历史与国情的差异,即便同一

^① 《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1992年版,第693页。

^② 罗志渊:《地方自治的理论体系》,台湾商务印书馆民国60年版,第110页。

国家不同地域也存在着传统的不同和地方事务的复杂性,使地方自治理论、制度体系十分庞杂,要清晰梳理、简单概括这些理论本身绝非易事,这造成我们今天对地方自治认识上的差异,宪政理论视野中的地方自治究竟应当如何建构,仍然是当代宪法学理论研究中最为复杂的问题之一。

近代宪政基本原理揭示,权力源于公民权利,自治本是作为个体拥有的人权,即自己决定自己,承认人的主体地位必然承认人的自主与自治。这种个体的自主与自治权利让渡的结果形成国家意义上的自治权,自治权由此才取得宪政的意义。换句话说,个体自治权利转化成国家意义上的自治权也就是形成国家主权的独立自主,主权自治因此才获得确切的含义。因此,近代宪政国家主权理论强调的“自治”首要含义应当是主权自治,表明的是全体社会成员服从于体现国家意志的法律即主权者的意志,主权自治揭示了国家权力的来源即人民主权,这也就构成宪政意义上主权自治最本质的内涵,也是衡量宪政意义主权自治的尺度与标准。正是在这种意义上,日本宪法学家美浓布达吉指出:“现代立宪制度的根底不是国民主权说,而是国民的自治精神,统治权用君主之名行使也好,或用国民之名行使也好,无论如何总得要求他顺从国民一般的意见而决定,这是立宪制度的本质。”^①人民主权的宪政原理必然表现为主权自治,人民整体意志的自主与自决确证着人民主权的真正存在。

然而,由个体主体的自治到国家主权的自治还不是自治的全部内容,二者之间存在一个重要的环节即地方自治,地方自治既不像个体主体自我决定的自治是一种自然的、与生俱来的纯粹的个人权利,也不像国家主权自治所固有的排他性的、排除外在干预的纯粹独立的自行决定,而是一种具有独立人格的地方主体,在国家主权监督之下,自行处理其地方事务的权力。对地方自治有两个最为重要的方面。

一是“地方性”特点。地方自治的“地方性”特点决定了这种自治是主权之下的自治,无论这种自治以何种类型存在均须授受国家主权的监督(尽管国家主权的监督方式存在这样或那样的差异)。小平同志在谈

^① [日]美浓布达吉:《宪法学原理》,欧宗佑、何作霖译,中国政法大学出版社2003年版,第312页。

到我国特别行政区的自治时就深刻指出:(特别行政区的)“自治不能没有限度,既有限度就不能‘完全’。‘完全自治’就是‘两个中国’,而不是一个中国。”^①主权自治即国家主权的至上性是地方自治的必然逻辑前提,无论何种类型的地方自治都是在国家主权统一制度下的不同层级的地方之间分配政治权力,依据地域标准在确定的行政区域内的地方行使国家主权(法律)赋予的自治权,没有地域的划分当然也无所谓地方自治,没有统一的主权也无所谓主权区域之内的地域划分,当然也无所谓地方自治,地方自治的效力范围当然以地方的地域划分范围为限。任何形式的地方自治都并非是自行确定的,任何地方自治组织都不能自行确定自治范围,其自治权力必然通过主权者的意志(宪法和法律)来确定之,都要受到国家主权的监督,绝对不受干预的自治不是地方自治。

二是“自治性”特点。地方自治也具有自治所固有的特点,地方自治的“自治性”特点决定了在统一的自治主权之下的特定区域划分之内的地方必然具有一定的自主性和自我决定自身地方事务的特点,自治主权的国家权力也必须尊重地方对地方事务的自我决定与自我选择。从这种意义上说,任何主权之下的地方都应拥有一定程度的自治权力,也有学者称之为一般地方自治。^②也正是从此种意义上,该学者论及我国地方自治时并不仅仅局限于我国宪法中确定的自治即民族区域自治和特别行政区自治,而是把普通地方行政区域作为一般的地方自治之内容加以研究。我们认为此种观点是真正认识到地方自治与地方自治制度之区别,认识到现代国家地方制度中地方自治原则是国家权力配置的基本原则。^③有地方必有地方事务,有地方事务必有地方自治,这也是现代宪政国家必须具有的题中之义,地方自治原则的确应是国家权力配置的基本原则。但是,无论地方自治性程度如何,无论是普通的自治还是特殊的高度自治,均须以主权自治即国家主权存在并受其监督为前提,否则地方自治会变成主权自治,从而突破地方自治本身。

^① 《邓小平文选》第二卷,人民出版社1993年版,第30页。

^② 王圣诵:《中国自治法研究》,中国法制出版社2003年版,第189页。

^③ 青年学者王建学在其文《论现代宪法的地方自治原则》(载《宪法·行政法学》2012年,第37页)中集中论述了这一观点。

因此,就地方自治最原初的含义而言,表明的是一个主权自治的国家中部分(国家的构成部分的区域)对整体的国家的权力关系,这种权力关系表现为作为国家构成部分的地方、区域、部分对国家整体的自治,同时这种地区的自治必然接受整体、国家的监督与约束。虽然地方自治要受到自治主权的约束与监督,并且必然以承认主权自治为前提,而不能超越主权自治之上而成为“完全的、纯粹的自治”,但这并不必然意味着所有类型的地方自治一定不能具有某种程度的主权性质。这里就需要我们对地方自治权力来源的性质作具体的、深入的分析。

我们根据宪政基本原理,循着国家主权自治与地方自治的逻辑路径来思考地方自治权的来源问题,会认识到基于主权自治形成的国家主权本质上体现的是人民主权,即国家权力源于人民的授权,国家、权力是人民权利让渡的结果,这种让渡没有也不存在外来的约束与干预,因而主权是独立、自治的。在这里,主权自治的主权来源逻辑非常清晰。那么对地方自治而言是否可简单循此思路来思考之,回答是否定的。地方自治以主权自治为前提,决定了地方自治本身并不是完全的自治,这种自治权力可能的来源也就较为复杂。

地方自治权力的一种可能的来源是本地方自治区域的人民的授权,尽管这种授权与本地方自治区域人民授权给主权国家组织的授权不可相提并论。换句话说,人民在让渡权利给作为主权组织的国家的同时也保留部分权利让渡给地方,成为地方自治权力的来源,我们可把此种地方自治称为本源性地方自治。本源性地方自治组织与作为自治主权的国家组织之间显然都有同样的权力合法性来源即人民的授权,因此本源性地方自治必然在一定程度上带有主权的性质,自治权与国家主权利力的分配都依赖于反映人民意志的宪法,这种本源性地方自治的存在形成了现实的联邦制国家的国家结构形式。本源性地方自治中的自治权力既然来源于本地区人民,因此必然要制定自身的宪法,本地域人民通过宪法授予本地域的国家机构权力,联邦制国家组成单位(美国的州、印度的邦、俄罗斯的共和国、德国的州等)的宪法(如美国的州宪)的存在表明了地方自治权力源于本地区人民的授权即是人民权利让渡的结果。值得一提的是,其实“地方自治”中的“地方”并不是针对“中央”而言的,而是针对自

治主权的“国家”而言,这种“国家”可以表现为广义的联邦政府,也可表现为广义的中央政府,关键就看这种地方自治是否是本源性地地方自治。因此,实行本源性地自治的国家,联邦制是最常见的形式。联邦及组成单位各自有自己的宪法,均是基于宪法的授权而取得权力合法性本源。

地方自治权力的另一种可能的来源是主权自治的国家组织的授权,即国家就地方自治事务通过宪法授权地方组织就地方事务进行自行管理,我们把这种地方自治称为授权性地地方自治。授权性地地方自治的国家只有一部宪法,自治主权国家组织和自治地方组织的权力法律形式上均来源于宪法。本质上讲,自治主权国家组织权力源于人民授权即是人民权利让渡的结果,而地方自治权力源自国家组织通过宪法的授权。授权性地地方自治是地方自治最广泛的形式,在我国学界讨论的地方自治多属于此种类型,其最直接表现形式是单一制国家结构形式中的地方自治。关于授权性地地方自治权力来源及其结构类型是本文接下来专门讨论的问题。

(二) 授权性地地方自治的授权逻辑

授权性地地方自治的权力来源问题的确是十分复杂的。传统授权理论总是从授权与分权所表达的两种不同权力关系角度强调“授权是将原来属于自己的权力授予非权力主体行使,……在授权的概念下,被授权者应当按照授权的规定行使权力,权力主体对于是否按照授权的规定行使权力有监督权。……在授权的概念下,被授权者享有的权力以授予的权力为限,未授予的权力理所当然地保留在权力主体手里,因此没有剩余权力归谁的问题”。^①的确,对授权性地地方自治而言,权力并非直接源于人民的授权,而是源自国家主权的授权即法律的授权,无论这种自治的程度如何,都不可能形成主权意义上的自治即完全的自治,当然也不存在所谓地方有所谓的保留权力、剩余权力之说。其实,对于授权性地地方自治的权力来源应该从广义的授权去解释。在这里有二层意义上的授权,或者说授权性地地方自治权力的合法来源经历着这样两个层次。

第一个层次是,主权意义上的授权即国家主权权力是由人民权利让

^① 王叔文、吴建璠等:《澳门特别行政区基本法导论》,中国人民公安大学出版社1994年版,第136页。

渡的结果,它表现为人民权利向国家权力转化的过程,国家因此而形成,国家的主权权力直接从人民权利中衍生而成,因而国家主权获得自身固有的性质,本质上说此种意义的授权高于并先于现行的实在法包括宪法,宪法也因此获得宪政的合法性价值。简言之,人民授权(人民主权)形成国家主权利力的合法性来源,它成为授权性自治权力的最初源泉。这一层次的授权是最高意义上的本源性授权,对前已述及的本源性地方自治而言也是本源性授权,但这种地方自治的本源性授权必须以主权自治的本源性授权为前提,关于地方自治的本源性授权与主权自治的本源性授权二者关系须另专门著文讨论之。

第二个层次是,国家主权权力通过宪法法律就地方事务对地方进行的授权,它表现为国家主权权力向地方自治权力的过渡,这一过渡通过主权者的意志(人民的意志)来实现。童之伟教授在他早年研究国家结构形式的著作中对授权作过在我看来至今仍是创建性的分析,即将国家权力划分为本源性权力和过程性权力,并且认为过程性权力“是指本源性权力的主权通过宪法和法律在国家机构体系内配置的、由不同国家机关和官员掌握和运用的职权”,认为这种权力必然存在一个分配、划分的问题。^①我们借用此种思路可以把这种意义上的授权称为过程性授权。本源性授权表明的是主权权力的合法性来源于人民的授权,表现为权利向权力转化的过程。而过程性授权表明的是地方自治权力合法性来源是本源性权力主体的合法性授权,表现为国家权力向自治地方权力转化的过程。

然而,从自治地方权力范围内容上说,并非所有国家权力都可以以授权的方式转化为地方自治权,在这里地方自治事务范围的确定是地方自治权形成的关键,一般说,国家权力事务范围有纯主权的事务、可授权地方的自治事务、可委托地方管理的事务等。纯主权的事务不可能也不应授权,而应由国家主权主体直接行使,它往往是涉及国家最高主权的核心,而可委托地方管理的事务是否也是地方自治权的体现是一个见仁见智的问题,在我国对特别行政区自治事务的研究中对于可委托地方管理

^① 童之伟:《国家结构形式论》,武汉大学出版社1997年版,第234页。

的事务是否是地方自治权的体现的问题就有不同的认识与观点。可授权的地方自治事务当然是过程性授权的主要内容,也构成地方自治范围内容的主体,但是这种范围的确立应通过合法的方式来形成,所谓“合法的方式”,对授权性地方自治而言,意味着要通过主权者(人民)的意志(在宪政国家往往表现为宪法和法律)来确立,而既不能由国家权力行使主体(中央政府机关)也不能由地方自治主体(自治地方)和自治权力行使主体(地方自治机关)来确立,这也是为什么我国关于特别行政区的基本法须由全国人大制定,是全国性的基本法律的最大法理所在。

在弄清授权性地方自治中作为国家权力主体(人民自治主权)存在的国家和地方自治权存在的地方之间的授权逻辑之后,还有一个值得一提的问题。在我国许多研究地方自治的文献中似乎经常认为地方自治仅仅描述的是单一制国家中中央与地方或者联邦制中联邦成员之下的中央与地方权力分配关系,认为联邦制国家与成员不是中央与地方关系所以不能称成员单位是地方自治单位。我们认为此种理解并不全面。其实,前已述及,从广义上说,地方自治的“地方”并不必然对应的是“中央”,地方自治的“地方”强调的是相对于主权自治“国家”而言,主权自治的国家的确不一定是中央(如联邦政府不是中央政府),但成员单位事务的自治(性质上属于本源自治)必须以之为前提,否则联邦不论以何种形式存在都不构成一个主权国家。因此,自治地方之“地方”并不必然是“中央”之下的地方,但一定是主权自治“国家”之下的地方区域性的自治组织。

(三) 授权性地方自治的类型

就狭义的地方自治即授权性地方自治而言,自治地方之“地方”的确是相对“中央”而言的。然而,地方自治范围及其对应的中央国家权力的范围决定了此类地方自治的不同类型。

一种是所谓的广义自治权,即无论立法、行政、司法,凡属国家政治的均有自治,而限于行政权的自治,有所谓的立法上之自治、司法上之自治、行政上之自治,^①学界也称之为“政治上的自治”、“广义的自治”。此类型自治强调地方自治事务由本地区人民自身来办理,当然其自治也不

^① [日]吉村源太郎著,朱德权编:《地方自治》,中国政法大学出版社2004年版,第8页。

仅限于行政领域,自治领域与范围较为完整。但是,虽然此类自治强调人民自我管理 with 自治,但如前所述,自治权力的来源不能说源自本地区人民的授权,而是来自于自治主权国家的授权。因为此种类型自治无论自治程度与范围有多大,但都有共同的特点即这类自治所在的国家只有一部宪法和统一的法律,地方自治权力通过主权国家的“国会立法来确定,法律采用‘限度列举原则’对地方自主权的范围作出明确的界定”。^①因此,这种政治上的自治权力源于主权国家通过宪法和法律的授权而明确。地方自治独立于中央政府,主权国家的中央以立法监督的方式来对地方自治权力进行分配与监督,此种权限争端往往以宪法监督方式加以解决。在世界各国宪政实践中,传统的英美法国家多持此种类型的地方自治理念。在此种类型国家,宪法监督多通过司法审查的方式来实现,所以从实际形式看,这种中央与地方的争议的解决以司法方式为主,因而许多学者也归纳说此类地方自治的监督方式以司法监督方式为主,其实这只是表象,根源在于宪法监督的司法审查方式赋予了此类司法监督方式的合法性,换句话说如果这些国家的宪法监督方式不是采用司法审查方式,司法监督就不一定是此类自治的监督方式。

另一种是所谓狭义的自治权,“即除立法、司法而专指行政事务之部分”。^②一般通过独立于国家的地域团体依据自身的意志处理地方公共事务,通常地方公共团体被视为国家的下级机关,其权力来源于地方政府的授权,这种授权的范围往往“仅限行政范围以内而已”。^③学界通常称之为“法律上的自治”。由于此类自治范围多限于行政权力,因此这类授权方式可能较为复杂,既可通过宪法法律等立法方式确认自治事项而依此行使自治权,也可通过其他形式的授权方式如行政授权方式来授权。这种授权上的复杂性质,导致对这类授权的监督方式往往是主权通过行政监督方式来实现,中央有时甚至直接干预地方自治组织的活动,在这里“授权”与“收权”多是以中央政府为中心来实现。但是如果片面地因此而认

^① 潘俊强:《论香港特别行政区高度自治权的法理基础》,2011年中国社会科学院法学专业博士学位论文,第6页。

^② [日]吉村源太郎著,朱德权编:《地方自治》,中国政法大学出版社2004年版,第8页。

^③ [日]吉村源太郎著,朱德权编:《地方自治》,中国政法大学出版社2004年版,第8页。

为行政监督是此类地方自治的唯一监督方式似乎也是不全面的。因为中央政府对自治地方的主动性地位是建立在宪法和法律之上的,必须依宪依法而行,二者的冲突纠纷的最高解决方式也要纳入宪法监督的范畴内。宪政国家的权力不论是以集权的方式还是以授权的方式存在都必须依宪而行,这才是宪政权力和宪法上的地方自治。此种类型地方自治多存于欧洲大陆,晚近的改革越来越强调中央与地方争议解决的宪法监督方式。法国自上世纪80年代开始的地方自治改革中,法国宪法监督机构宪法委员会强调“自由治理”(Libre administration)不等于“自由统治”(Libre government),“地方领土单位和国家领土单位不在同一层次之上”,“自由治理的原则必须尊重国家的特权。正是基于这一考虑,国家代表才可以将地方团体的决议(定)置于司法监督之下,以‘保证法律的遵守,从广义上讲,保证维护国家利益,以及因维护国家利益而缔结的国际协议的执行’。同样,行政监督的基础也是基于对合法性的尊重。”^①

二、我国特别行政区的授权性地方自治性质

特别行政区自治的授权性自治性质决定了香港、澳门两个特别行政区自治的授权机理,在具体分析特别行政区授权机理之前有必要弄清我国两个特别行政区自治的性质。本部分分析我国特别行政区自治的政治理论基础和法理基础,以揭示我国特别行政区自治是单一制国家结构形式下的授权性自治性质。

(一)我国特别行政区自治的政治理论基础

与其他国家地方自治不同的是,我国特别行政区建立除有其法理与宪政逻辑之外,更有其政治理论基础,即“一国两制”。政治学者往往从“一国两制”理论角度论述特别行政区自治是单一制下中央授权的地方自治,对特别行政区自治性质的认识显然不能仅停留于“一国两制”,但另一方面,如果没有“一国两制”的政治理论基础,单一制下中央授权的地方自治制度就失去了现实与历史的基础,应当说正是有邓小平同志的“一国两制”伟大理论构想才会有单一制下中央授权的高度地方自治的

^① 朱国斌:《塑造地方自治的新模式》,载《宪政论丛》第2卷,法律出版1999年版,第465—466页。

特别行政区的建立，“一国两制”是特别行政区理论基石，特别行政区制度是“一国两制”的理论实现与具体表现。

邓小平同志指出“‘一个国家，两种制度’的构想，是根据世界的现实、历史的状况和中国的实际提出来的。”^①“一国两制”的构想从上世纪70年代末首次提出发展到今天经历了三十多年。在这三十多年发展中，“一国两制”经历了从构想、形成到政策、法律化和现实实践三个阶段，“一国两制”的理论本身也在不断丰富和发展。

第一阶段是70年代末到80年代初，为“一国两制”构想提出和形成时期。1979年元旦，全国人大常委会发表《告台湾同胞书》，提出“在解决统一问题时，尊重台湾现状和台湾各界人士的意见，采取合情合理的政策和办法，不使台湾人民蒙受损失。”其中可谓包含着“一国两制”的构想。同年1月，邓小平访美向美国参众两院议员解释台湾政策时表示不再使用“解放台湾”这个提法，指出“只要台湾回归祖国，我们将尊重那里的现实和现行制度。”^②这是中国领导人首次公开表示要用“一国两制”的思想和平解决台湾问题。邓小平进一步把“和平统一、一国两制”的思想运用到解决香港问题上。同年3月，邓小平同志指出“我们把香港作为一个特殊地区、特殊问题来处理，到了1997年，香港问题不管如何解决，香港的特殊地位都可以保证，就是在本世纪和下世纪初相当的时期内，香港可以搞它的资本主义。我们搞我们的社会主义。”^③1981年9月，时任全国人大常委会委员长的叶剑英同志发表了针对和平统一台湾的著名的“九条方针”，包括实行国共第三次合作完成祖国统一大业；国家统一后台湾作为特别行政区，享有高度自治权，并可保留军队，中央政府不干预台湾地方事务；台湾现行社会、经济制度、生活方式不变，同国外的经济、文化关系不变；私人财产、房屋、土地、企业所有权、合法继承权和外国投资不受侵犯。1982年元月，邓小平同志指出“九条方针是以叶副主席的名义提出来的，实际是‘一个国家，两种制度’。两种制度是可以允许的，他们不要破坏大陆的制度，我们也不破坏他那个制度。不只是台湾问题，还有香

① 《人民日报》1997年1月1日。

② 王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社1997年版，第1页。

③ 鲁平：《中国展望廿一世纪的香港》，香港《文汇报》1991年9月17日。

港问题,大体也是这几条。”^①至此,“一国两制”的概念与构想得到明确的具体表述,标志着“一国两制”的形成。在这一阶段,“‘一国两制’是以党和国家的方针政策形式体现出来,没有法律化,没有以法律的形式体现出来。”^②

第二阶段是从八二宪法起草至香港、澳门回归之前,是“一国两制”制度化法律化的阶段。为了使“一国两制”方针获得宪法上的依据,八二宪法起草时设了专条即宪法第31条规定“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”彭真同志在修宪草案报告中专门进行了解释:“实现和平统一后,台湾可以作为特别行政区,享有高度自治。这种高度自治权,包括台湾社会现行社会、经济制度不变,生活方式不变,同外国的经济、文化关系不变等等。”^③尽管宪法设立特别行政区的起因是为了和平统一台湾,但首先在解决香港问题中得到具体落实。随着中国收回香港脚步的临近,邓小平同志在多个场合与英国领导人谈到运用“一国两制”收回香港,经过中英22轮的艰苦谈判,1984年12月中英正式签署了《关于香港问题的联合声明》,系统地表述了中国对香港的十二条基本方针政策,同时明确规定“对上述基本方针政策的具体说明,中华人民共和国全国人民代表大会将以中华人民共和国香港特别行政区基本法规定之,并在五十年内不变”。1985年4月六届人大三次会议专门决定成立香港特别行政区基本法起草委员会负责基本法起草工作,标志着“一国两制”构想由宪法向具体法律的发展。从1988年7月开始,经历四年零八个月起草委员会9次全体会议,2次主任委员扩大会议,3次总体工作小组会议,73次专题小组会议等艰苦细致的起草工作制定了香港基本法,至此“一国两制”的伟大构想完成了由宪法到基本法律的法律化阶段。

第三阶段是香港、澳门回归之后的“一国两制”的现实实践阶段。“一国两制”在港澳回归后变成现实,十几年的实践经验大大丰富了“一国两制”的理论内容,传统“一国两制”理论研究中经常忽视这些实践对

① 《建设有中国特色社会主义》(增订本),人民出版社1987年版,第91页。

② 肖蔚云:《香港基本法现一国两制的伟大实践》,海天出版社1993年版,第8页。

③ 许崇德:《中国宪法参考资料选编》,中国人民大学出版社1990年版,第151页。

理论的贡献。这一阶段一方面表现为在港澳成功实践“一国两制”基础上继续坚持“和平统一、一国两制”方针对待台湾问题,从2005年3月胡锦涛同志《就新形势下发展两岸关系的四点意见》的重要谈话到2008年12月提出的六项涉台政策的观点,都反复强调坚持“一国两制”的政策主张,强调“和平统一、一国两制”是建设有中国特色社会主义理论和实践的重要组成部分,是中国政府一项长期不变的基本国策。^①另一方面,港澳十几年的实践从理论到制度的确丰富了“一国两制”的内容。与此同时,学界对所谓的“一国两制”的香港模式、澳门模式作了许多有益探索和总结。澳门杨允中教授提出了“澳门模式”的八点内容,即一个国家、两种制度、三个有利与三大管制权力、四个不变与四种意义、五大原则、六种意识、七大作用、八种关系。^②全国人大常委会香港基本法委员会委员饶戈平教授认为“一国两制”澳门模式包括制度设计上的“澳门模式”和实践中的“澳门模式”,并对两种模式表现及内容进行了归纳。^③还有学者对“澳门模式”与“香港模式”进行了比较分析,^④这些研究与分析进一步深化了“一国两制”的理论与实践。

“一国两制”理论包涵着丰富的内容。作为基本法政治理论基础的“一国两制”理论至少包括这样四层含义。

一是“一国两制”的核心是实现国家统一。“一国两制”是中国政府通过和平方式实现国家统一的基本国策,“一国两制”不是要使中国尚未统一的地区分离出去而获得独立的政治实体地位,而是要实现国家统一,“一国”就是国家主权和领土的不可分割性和中华民族的统一性,“主权”是国家独立自主处理自己对内对外事务的最高权力。“一国两制”作为特别行政区的制度基础决定了这一制度本身没有也不能改变我国单一国家结构形式。事实上,中英关于香港问题的整个谈判过程清楚地表明“一国”意味着国家领土完整性、统一性和不可分离性与治权的有机统一

① 见有关《台湾问题与中国的统一》白皮书,全文内容见国台办网站。

② 参见杨允中:《“一国两制”在澳门的成功实践》,载《澳门研究》2004年第25期。

③ 饶戈平:《基本法与“一国两制”的澳门模式》,载《“一国两制”研究》第1期,第61页。

④ 相关的研究还有庄金锋:《“一国两制”之“澳门模式”探析》,载《港澳研究》2009年第2期。齐鹏飞、张晓京:《澳门的失落与回归》,新华出版社1998年版。朱松岭、易赛健:《试论“一国两制”澳门模式》,载《特别行政区制度创新的理论与实践全国学术研讨会论文集》,2010年12月,第194—202页。

性。二是“两制”表明的是为了实现国家统一,在台湾、香港、澳门实行有别于大陆社会主义的差别化的资本主义制度,享有高度的自治权。这里有社会根本制度上的“质的差别”,但这种“质的差别”是通过高度自治权的授权得以体现与实现的,并不是通过改变国家结构形式即单一制的国家结构形式来实现的。在恢复对香港、澳门行使主权后,港澳原有的社会、经济制度不变、生活方式不变、法律基本不变,香港自由港的地位和国际贸易、金融中心的地位不变。一句话,就是要授予特别行政区高度自治权,允许社会主义制度与资本主义制度在中华人民共和国统一主权国家内并存。三是“一国”与“两制”是一个统一的整体。“‘一国两制’要讲两个方面”。^①“‘一国’和‘两制’是不可分离的两个方面,不能只重视一个方面而忽视另一个方面,只讲‘两制’,高度自治,不讲‘一国’,不讲国家主权、统一和领土完整,就形成两国两制,是不正确的。只强调‘一国’、国家主权、统一和领土完整,而不讲‘两制’,不讲高度自治,那就成了一国一制,也是不正确的。‘一国’与‘两制’的正确关系应当是在坚持‘一国’的前提下允许在它的一些特殊地区存在不同的制度。……但中央与特别行政区的关系不是平分秋色、平起平坐的‘中港关系’,而是单一制国家与其地方行政区域的关系。当然,说‘一国’是前提,只是说明‘一国’与‘两制’的依存关系,是在‘一国’的前提下两种制度并存,但不能因此否定两制的存在和必要性,如果这样认识和理解‘一国两制’那也是不对的”。^②重温这些论述对澄清目前香港社会中对中华人民共和国“一国”的许多模糊认识仍具现实意义。四是“一国两制”应是一项长期的方针,不是为了实现祖国统一的权宜之计。早在1987年,邓小平同志在会见香港特别行政区基本法起草委员会委员时就鲜明地指出:“今天我想讲变与不变的问题。就是说,香港在一九九七年回到祖国以后五十年政策不变,包括我们写的基本法,至少要管五十年。我还要说,五十年以后更没有变的必要。香港的地位不变,对香港的政策不变,对澳门的政策也不变,对台湾的政策按照‘一国两制’方针解决统一问题后五十年也

^① 《关于中华人民共和国香港特别行政区基本法重要文件》,人民出版社1990年版,第16页。

^② 肖蔚云:《香港基本法与一国两制的伟大实践》,海天出版社1993年版,第2页。

不变,我们对内开放和对外开放政策也不变。”^①1988年,邓小平同志两次指出:“实际上,五十年只是一个形象的讲法,五十年以后也不会变。前五十年是不能变,五十年之后是不需要变。”^②此后,江泽民同志、胡锦涛同志到习近平同志为总书记的新一届党中央均继续坚定不移地执行“一国两制”方针,严格按基本法办事,强调“‘一国两制’的科学构想,不仅是解决历史遗留下来的香港问题的最佳方案,也是香港回归祖国保持长期稳定的最佳制度安排……我们坚信,随着时间的推移和实践的深化,‘一国两制’的强大生命力必将进一步显现出来,必将获得越来越广泛的认同和维护”。^③在理论学术界,越来越多学者认识到特别行政区无论是理论上还是实践上都应是一种国家的基本政治制度,应当成为宪法所确认的特别行政区制度。^④只有这样才能使“一国两制”成为真正的法律意义上的长久的方针政策。

总之,“一国两制”从开始针对解决台湾问题而提出到香港、澳门回归后的实践,其理论内涵得到了不断丰富和发展,它始终是构建特别行政区自治地方的政治理论基础,也是一项长期坚持的方针政策。

(二) 特别行政区自治是单一制下的授权性地方自治

我国宪法确立的单一制国家结构形式在香港、澳门回归祖国,建立起香港、澳门两个享有高度自治权的特别行政区后,获得了极大的丰富和深化,也引起了学界对我国单一制国家结构形式的再思考,甚至有学者在比较特别行政区高度自治权与联邦制下成员单位的权力的相似之处进而认为我国目前的国家结构形式“是一个带有复合制某些特征的单一制国家形式,是具有中国特色社会主义国家结构的崭新形式”。^⑤高度自治的特别行政区是否真的改变了我国单一制国家结构形式成为了一个十分重要的现实的理论问题。

长期以来,我国学界对国家结构形式的研究与关注不够,现有研究多

① 《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第215页。

② 《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第267页。

③ 胡锦涛:《在香港特别行政区欢迎晚会上的讲话》,载《人民日报》2007年7月1日。

④ 参见邹平学:《关于特别行政区制度研究的若干思考》,载《“一国两制”与澳门特区法制建设学术研讨会论文集》,2010年。童之伟:《特别行政区制度已成为我国基本政治制度》,载《政治与法律》2011年第4期。

⑤ 赵春义主编:《一国两制概论》,吉林大学出版社1998年版,第226页。

是引述已有的论述作为认识单一制与联邦制区别的理论标准,对其本质缺乏深入思考。的确,关于单一制与联邦制问题,中外学者有许多拘于那个时代的论述,这些论述至今影响着关于国家结构形式的思考。王时杰、钱端升在所著的《比较宪法》一书中提出过颇有影响的关于单一制和联邦制的区别理论,即“联邦制与单一制根本差别之所在,我们以为应全在国家事权划分的手续。凡属联邦国家,其中央政府与各邦政府的事权,全由宪法划定,所以各邦政府的事权,有宪法为保障,其在单一国家,无论分权至如何程度,其地方团体的事权,总系经由中央政府以普通的法律或命令规定,所以地方团体的事权,初无宪法保障”^①，“……用宪法划分中央与各邦的事权,为联邦不同于单一制的特性”。^②这是对20世纪初之前的宪法所作的概括与研究。

但是,随着单一制国家地方自治运动法治化的发展,特别是中央与地方分权式单一制的发展,使战后许多单一制国家也注意在宪法中划分中央与地方的事权。如意大利1948年宪法专设关于地方行政区域的第五章,并在其中第117条列举了自治单位可颁布立法性规则管理的事项范围。世界上许多国家宪法的晚近发展的确改变着传统的单一制与联邦制国家的界线,以致二者区别越来越少,单纯地从宪法文本去归纳与研究的确十分困难。

前面已经论及,本源性地方政府自治与授权性地方自治理论告诉我们,可以从国家主权权力来源和地方(组成单位)权力来源角度比较分析单一制与联邦制下的权力来源,从而从理论上厘清二者的区别。

单一制下遵循着这样的授权逻辑,即国家主权直接源于人民的授权,国家主权自治体现的是整个国家人民的自治,二者之间没有中介,国家主权再通过法律(甚至是宪法)授予地方权力(包括地方自治权力),地方自治权力来源于主权国家的授权,在这里,人民整体直接授权形成国家主权,国家主权通过法治化的方式授予地方权力,权力流向遵循着人民→国家→地方的逻辑而进行,先有中央后有地方是单一制国家的发生学逻辑。

联邦制下地方(表现为联邦组成单位)权力直接来源于人民的授权

^① 王时杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第316—317页。

^② 王时杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社1997年版,第319页。

即所谓本源性授权,地方权力的让与形成联邦权力的来源,联邦权力通过成员单位的地方而获得人民的授权。在这里遵循着联邦国家主权←联邦组成单位地方←人民的授权逻辑,无组成单位的地方则无联邦是联邦制国家的发生学逻辑。正是因此,萨孟武曾深刻地指出:“一个国家是否联邦国,是由两个标准来决定之。凡地方团体一方有自主组织权,可以制定根本组织法,同时又有参政权,尤其是选任代表组织一个议院来参加中央行使立法权者,则这个国家便是联邦国。”^①

循着以上的理论与思路来分析特别行政区自治权的来源,会发现特别行政区的自治并没有改变我国单一制结构形式,特别行政区的建立不仅没有改变我国国家结构形式,而且使单一制国家结构形式获得了新授权性自治内容。我国特别行政区具有单一制下的授权性自治性质。

首先,从国家权力的来源上说,特别行政区的自治并没有改变我国国家权力直接来源于人民的事实。前已述及,单一制国家的授权逻辑决定了先有国家后有地方,而我国“在中央与地方关系上,先有国家权力,后有地方权力,先有中央政府,后有地方政府,是毋庸置疑的”。^② 特别行政区显然是中央政府产生之后通过基本法而建立起来的,没有改变我国单一制国家的发生学逻辑,即先有中央后有地方的单一制国家权力来源发生学逻辑。

其次,从地方是否享有制宪修宪的动议与批准权看,与联邦制国家主权源于地方让与不同,单一制国家主权是由人民整体直接授予的,主权必然为国家所独占,而不能为地方所分享,这种主权集中体现在宪法形成与修改之中。单一制下主权的独占性决定了其宪法制定与修改的主体只能是以人民整体授权形成的全国性主权单位,区域性的地方不可能享有修宪制宪动议与批准权。其实,联邦制国家与成员均有宪法还只是衡量联邦制国家的形成标准,其实质标准在于联邦组成单位的地方与联邦共享宪法制定权与修改权,或者说联邦宪法的制定修改还须成员单位参与和批准。世界上也有联邦国家如印度、加拿大联邦,其成员单位并没有类似宪法的法律文件,但必不可少的是其在联邦宪法中确立了成员单位地方

^① 萨孟武:《政治学》,转引林纪东《民国宪法释论》,大中国图书公司1981年版,第311页。

^② 夏勇:《“一国”是“两制”的前提和基础》,《人民日报》2004年2月23日。

对联邦宪法的制定修改的批准或参与权。显然,特别行政区的建立并没有改变我国立宪修宪的主体,特别行政区绝对不可能与中央共享宪法制定修改权。对特别行政区而言,既没有基于本源性授权的地方宪法,更没有对国家宪法的制定修改的批准与动议权。因此,我国的单一制国家结构形式当然没有因特别行政区的建立而改变性质。

再次,从基本法与宪法关系以及基本法的性质看,特别行政区不仅不能享有国家主权集中体现的国家宪法的批准与动议权,相反,特别行政区建立的基础,即基本法是宪法即国家主权的授权法,基本法本质上说是全国性授权法,而不是香港、澳门特别行政区的“小宪法”。在这里地方自治权力来源是主权自治的国家组织的授权,即国家就地方自治事务通过宪法授权地方组织就地方事务进行自行管理,这种地方自治就是授权性地方自治。授权性地方自治的国家只有一部宪法,自治主权国家组织和自治地方组织的权力在法律形式上均来源于宪法。特别行政区的授权性自治性质决定了基本法的授权法的性质与地位。值得一提的是,学界有一种容易引起混乱的观点,即认为基本法“是香港与澳门特别行政区的‘小宪法’”。^①众所周知,基本法是全国性法律,体现的是国家主权通过宪法及宪法性法律授权给地方的授权逻辑,这种授权性自治性质是明显的,而不是特别行政区自身拥有自主组织权的自主制定的根本组织法,当然与联邦制下组成单位地方的宪法有着本质的区别,后者体现的是本源性地方自治,因此,不能说基本法是香港与澳门特别行政区的“小宪法”,而应说是由最高权力机关制定的中央对特别行政区的授权法。从基本法与宪法的关系清楚可见特别行政区没有也不可能改变我国单一制国家结构形式。

最后,从中央政府与特别行政区之间划分管理事权的方式看,中央政府作为全国性政府与作为地方区域性政府的特别行政区政府之间划分管理事项是基于宪法授权而通过基本法来实现的,而不是直接在宪法中进行具体的划分。“单一制国家大多用法律而非宪法的形式在全国性政府与区域性政府之间具体划分管理对象。少数单一制国家用宪法在中央与

^① 杨静辉、李祥瑟:《港澳基本法比较研究》,北京大学出版社1997年版,第15页。

地方之间划分管理对象,但往往较为原则,且中央有权对地方行使宪法权力的行动进行监督和控制,甚至是否落实或在多大程度上落实宪法规定给地方的权力,也是由中央立法机关或行政机关决定的;联邦制国家全国性政府与成员单位之间的权限几乎无例外地都是由联邦宪法较明确地予以规定的。”^①虽然全国性政府与区域性地方政府事权划分以宪法还是以法律形式划分并不是区别联邦制和单一制的根本标准,但至少也是形式上的标准,它本质上体现的是在单一制下宪法是人民整体的契约,而联邦制下宪法既是人民的“契约”,也是中央与组成单位的区域性地方的“契约”,所以事权划分在单一制下不可能也无法在宪法中具体确定,而只能基于宪法而用法律的授权来进行。我国中央与特别行政区的事权的具体划分是通过基本法来确定的,基本法是全国人大制定通过的法律,属基本法律,体现的是最高权力机关通过基本法授权特别行政区以管理事务,无论特别行政区自治事务的内容及自治程度如何,都不可能改变这种管理对象(事务)授权本质。因此特别行政区的建立,当然没有改变我国单一制的国家结构形式。

以上我们从单一制与联邦制的基本法理与宪政逻辑分析了特别行政区自治具有的授权性自治性质,它没有也不可能改变我国单一制的国家结构形式,不是仅仅从基本法的内容上去分析没有改变我国单一制结构形式,恰恰是在这一点上已有的研究往往容易忽视。多数研究者往往从后者即从基本法的规定本身来论证说明特别行政区政府是我国中央政府之下的地方自治政府,而没有从法理宪政逻辑上厘清这些问题,实际上规范的深处是逻辑,法律背后是法理,法理与逻辑的分析有助于论证基本法本身及特区与中央之间的关系的应然与实然。

三、特别行政区自治权的授权机理与争议解决机制

作为单一制下的授权性自治的特别行政区自治通过什么样的方式和机制来实现这些授权,中央在授予权力之后必然要建立起这种授权自治与主权之间的协调机制,这是基本法中最为重要的内容之一,当然也是我

^① 童之伟:《国家结构形式论》,武汉大学出版社1997年版,第147页。

们研究授权与自治的重要内容。

(一) 特别行政区高度自治权来源与授权机理:以香港特区为例

前面我们从学理上论述了为什么特别行政区的建立并没有改变我国单一制的国家结构形式,当然也从理论上回答了特别行政区自治权的来源问题,说明了其授权性自治的理论逻辑。在中央与特区之间互动的实践中,各方面都承认“一国两制”、高度自治的实践指导作用,但在实践中对二者关系侧重点的理解仍有差异,特别是涉及中央对特区管治权时,有人认为在基本法确立的“一国两制”之下,高度自治意味着特区有一定程度对抗中央的权力,甚至认为基本法确立的中央与特区关系是分权关系。因此,我们还须从基本法及其实践来具体分析特别行政区自治权的来源及其授权机理。

研究特别行政区高度自治权内容的文献颇多,但基本上是从基本法列举或概括的内容出发来作罗列式归纳,并按基本法的表述把这种高度自治权区分为三大类:即无须中央政府进一步授权的权力、需得到中央政府具体授权的权力和中央政府可能授予的其他权力。^①这些列举与分类研究无疑对基本法所规定的特别行政区的自治权的认识具有确定性的意义。但是,仅有这些研究是不够的,他们并没有从法理上分析这些自治权内涵的自治事务的性质,进而认识到不同性质的自治事务授权的方式存在差异,从而深刻地理解基本法对高度自治权的设计以及授权模式的建构及其背后深刻的授权原理与机理。因此,我们的研究不是按原来已有研究重新罗列与重复,而是试图在此基础上解释其中的授权原理与技术,以此来说明特别行政区高度自治权的合法性来源。

1. 不能授予的主权事务

从地方自治原理来说,并非所有国家权力都可以以授权的方式转化为地方自治权,地方自治事务范围的确立是地方自治权得以形成的关键。正如有学者指出的“授权者不可能授出自己所有的权力,而必须保留自

^① 国内普遍按照特区高度自治权内容分为行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权等,具体可以参见焦洪昌、姚国建:《港澳基本法概论》,中国政法大学出版社2009年版;肖蔚云:《香港基本法讲座》,中国广播电视出版社1996年版。近年来也有学者按照不同授权类型的进行了分类研究,如程洁:《中央与特区高度自治——以基本法规定的授权关系为框架》,载《法学》2007年第8期;郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,载《当代港澳研究》2010年第2期。

己必要的权力”，“将自己所有的权力授予他人，就等于取消了自己的主体地位”。这是授权的基本原则之一。^①从理论上说，国家权力事务的范围有纯主权的事务、可授权地方行使的自治事务和可委托地方管理的事务。属于纯主权的事务不可能也不应授权地方或其他主体来行使，而应由国家来行使，如果把这类权力授出或委托出去，那“就等于取消了自己的主权地位”。就我国宪法与香港基本法、澳门基本法规定的相关内容而言，这类权力理应归中央行使，属“一国”的具体要求。按照两部基本法规定，“香港与澳门特别行政区是直辖于中央政府的地方行政区域，它们与中央的关系，是一个主权国家内部中央与地方的关系，是领导与被领导、监督与被监督、授权与被授权的关系，不是平行的、并列的伙伴关系”。^②就基本法规定而言，属于中央享有和行使的主权权力主要包括：中央负责管理有关的外交事务、中央负责管理特别行政区的防务、中央行使的其他权力（包括有关的任免权、监督审查权、决定权、批准权和授予权等）、基本法的解释权与修改权和在特别行政区实施全国性法律等。在这些中央享有与行使的权力中，有些核心的属纯主权性权力不能授予其他主体来行使，但其中也有些权力还是可以通过一定的授权方式授予或委托其他主体来行使，这就需要对授权事务进行仔细分析。

2. 地方自治事务与可授权的非地方自治事务授权机理

有学者在其研究著作中系统地分析了基本法中的两种授权概念与授权形式，笔者赞同这样的分析，这里我们借用这种理论框架对特别行政区自治事务与自治权力作进一步分析。从基本法的规定及其运行实践来看，特别行政区实际享有的权力包括授权的地方自治事务和授权的非自治事务（包括可委托地方管理的事务）两个层次，它通过三种类型的授权来实现。

（1）地方自治事务的授权机理：一般性授权

就授权地方自治事务而言，由于地方自治事务本身是地方自治权存

^① 参见王禹：《港澳基本法中有关授权的概念辨析》，载《政治与法律》2012年第9期，第77—89页。

^② 杨静辉、李祥琴：《港澳基本法比较研究》，北京大学出版社1997年版，第119页。

在的基础,因此主权自治的国家可以通过一般性授权将属于地方自治事务范围的权力授予地方自治主体,这种授权是“宪法与法律等规范性文件对某个主体的权力赋予,……这里的授权是指对权力的直接设定,宪法与基本法并不是授权主体,而仅是授权的形式和载体”。^①宪法第31条规定“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”。这里表明的是“中华人民共和国对其所设置的特别行政区权力的直接设置,体现了单一制国家结构形式”。^②这种授权在两部基本法中均通过第2条体现出来,即规定全国人大授权特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行使管理权、立法权、独立的司法权和终审权。这里的一般性授权就通过宪法第31条和两部基本法第2条规定的对特别行政区的设立及其自治权力的设定来实现。这种一般性授权性质属于第一次意义上的授权,即授权主体是自治主权国家,而不是其某种国家权力机构,授权的事项范围也主要限于地方自治事务。就两部基本法所规定的自治事务范围而言,亦有许多学者称之为“无须中央政府进一步授权的权力”。^③这部分权力是“特别行政区可直接行使的相关权力,无须中央政府在具体事务中作进一步授权”。^④就香港基本法而言,包括第16条规定的香港特别行政区享有行政管理权,依照本法的有关规定自行处理香港特别行政区的行政事务;第17条规定的香港特别行政区享有立法权即除了国防、外交等属于中央政府职权范围内的法律不能自行制定外,香港可以制定民事、刑事、诉讼程序等适用于本行政区域内的法律;第19条规定的香港特别行政区享有独立的司法权和终审权,特别行政区法院独立进行审判,不受任何干涉。

值得注意的是,授权地方自治事务是通过一般授权来实现的,但通过一般性授权的事项并非都属于地方自治事务。就香港特别行政区基本法而言,第13条规定中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交

① 王禹:《港澳基本法中有关授权的概念辨析》,载《政治与法律》2012年第9期,第83页。

② 王禹:《港澳基本法中有关授权的概念辨析》,载《政治与法律》2012年第9期,第83页。

③ 郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,载《当代港澳研究》2010年第2期,第6页。

④ 郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,载《当代港澳研究》2010年第2期,第6页。

事务。说明外交事务并非自治事务,属非地方自治事务,但该条同时规定中央人民政府授权香港特别行政区依照本法自行处理有关的对外事务。第 151 条规定,香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以“中国香港”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。因此,第 151 条规定的自治权虽然是通过无须中央政府进一步具体授权的一般性授权方式来实现的,但其授权事务性质本质上不是地方自治事务,而是授权的非地方自治事务,本质而言,对外事务属于国家的主权事务而非地方自治事务。在这里地方自治权的主要内容是地方性事务,但地方自治事务的自治权并非特别行政区自治权的全部内容,除此之外还有授权的非地方自治事务。也有学者从外交事务与对外事务相区别的角度分析了外交事务属国家主权事务,涉及的是国家行为,是无限的,不能授权,处理对外事务权力是有限的,可以授权,并以此来分析基本法中对外事务授权的原理与机制。^① 此种分析指出了对外事务的授权性质,但广义而言对外事务和不可授权的所谓外交事务都属于一个国家对外事务的权力,属国家外交主权范畴,而不可也不能属于自治地方的地方事务,更加不可把二者混淆。因此,第 13 条第 2 款专门列明特别行政区对外事务的权力是中央人民政府的授权,本质上属于第二次授权即这种授权是已经拥有某种权力的机构(中央人民政府)再将法律(宪法)赋予自己行使的权力授权给其他机构(特别行政区政府)来行使,它与特别行政区享有的关于地方事务的自治权即第 16 条、第 17 条、第 19 条所规定的权力有着不同的授权来源,显然后者属于第一次授权即宪法和法律等规范性文件对某个主体的权力赋予,授权主体是主权自治的国家,而不是某种国家权力机构。正是因为如此,两部基本法中没有专门关于中央人民政府授权给特别行政区享有关于自治地方的地方事务的权力(即行政管理权、立法权、独立司法权和终审权)的规定。这些权力是直接通过基本法授权赋予特别行政区,可视为主权国家的授权即第一次意义上的授权,国家通过宪法授权全国人大设立特别行政区,通过两部基本法授予特别行政区享有地方自治事务的

^① 参见杨静辉、李祥琴:《港澳基本法比较研究》,北京大学出版社 1997 年版,第 176—178 页。

自治权;而其他非地方自治事务的自治权必须有专门条款规定是由哪一个国家机关作出第二种意义上的授权,尽管这种授权形式也是一般性授权,但它与地方事务的自治权授权有着性质上的区别。

总之,单一制主权自治国家作为授权主体通过宪法和两部基本法等载体授予特别行政区的关于地方事务的自治权是授权自治的最基本内容,它采取的是通过一般性授权方式而不是具体授权方式。但一般性授权方式并不一定都是第一次意义上的授权即关于自治地方的地方事务的授权,也可以是某个中央国家机关如中央人民政府对特别行政区第二次授权,特别行政区的对外事务的授权就属于此种情况。

(2) 可授权的非地方性事务授权机理:具体授权与其他授权

就授权非地方事务而言,其授权的原理与技术及其运行十分复杂。地方自治权并非以地方自治事务的范围为边界,非地方性事务的自治权可以通过两部基本法和其他法律授权来实现。非地方事务本质上体现的是主权事务。现代国家主权事务本身也具有复杂的结构和内容,并非所有的主权事务在任何情况下均由代表主权国家的中央政府来直接行使,现代授权理论也给主权事务中的非核心内容提供了恰当的授权形式。就授权的原理与机理来说,这种授权是“指已经拥有某种权力的机构再将法律赋予自己行使的权力授权给其他机构来行使”。^①本质上体现的是第一次授权意义上的第二次授权。^②即地方自治权中的非地方事务的自治权是拥有这种权力的机构(主权事务属广义的中央政府)授权给其他机构(地方自治机构)来行使。对特别行政区拥有的这类自治权而言,主要表现为基本法规定的具体授权和其他法律文件的授权两种形式。

一是两部基本法规定的具体授权。以香港特别行政区基本法为例,主要包括:^③第96条的规定,在中央政府协助或授权下,香港特别行政区政府可与外国就司法互助关系作出安排;第125条的规定,香港特别行政区经中央政府授权继续进行船舶登记,并根据香港特别行政区的法律以

^① 参见王禹:《港澳基本法中有关授权的概念辨析》,载《政治与法律》2012年第9期,第81页。

^② 参见王禹:《港澳基本法中有关授权的概念辨析》,载《政治与法律》2012年第9期,第81页。

^③ 以下归纳及相类似的归纳参见程洁:《中央与特区高度自治——以基本法规定的授权关系为框架》,载《法学》2007年第8期;郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,载《当代港澳研究》2010年第2期。

“中国香港”的名义颁发有关证件；第 133 条的规定，香港特别行政区政府经中央人民政府具体授权可以续签或修改民用航空运输协定和协议等；第 134 条的规定，中央人民政府授权香港特区政府对在港注册并以香港为主要营业地航空公司签发执照、对外国航空公司航班签发许可证；第 154 条的规定，中央政府授权香港特别行政区政府依照法律给持有香港特别行政区永久性居民身份证的中国公民签发护照，给其他合法居留者签发旅行证件；第 155 条的规定，中央政府协助或授权香港特别行政区政府与各国或各地区缔结互免签证协议；第 158 条的规定，全国人大常委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。

首先，就这些具体授权的性质来看，这些规定的表述有的直接采用“具体授权”（如第 133 条），有的采用的是“授权”（如第 134 条），但无论是何种表述方式，均有具体的授权主体，或者是中央人民政府（第 96 条、第 125 条、第 133 条、第 134 条、第 154 条）或者是全国人大常委会（第 158 条），这些权力主体享有的这些相应权力由宪法设定即所谓第一次意义上的授权。授权主体（中央人民政府、全国人大常委会）将宪法赋予的某些特权通过香港基本法，把某些具体的权力授予被授权者即特区政府（第 96 条、第 125 条、第 133 条、第 134 条、第 154 条）或特区法院（第 158 条）。这里授权的性质显然已经是第二种意义上即二次授权。这里所谓的具体授权是针对授权主体的某些具体的权力而言的，从这种意义上说，上述六条的授权方式有别于一般性授权。

其次，就这些具体授权的权力内容来看。如果仔细分析这六条列举的具体授权的权力内容，可以发现这些权力都可以归属于国家主权事务范畴，而非地方自治的地方事务范畴。第 96 条涉及外事关系即广义的外交事务，第 125 条、第 133 条、第 134 条涉及领海、领空即广义领土事务，第 154 条、第 155 条涉及公民身份、国籍、出入境等问题；第 158 条涉及法律解释问题。这些都属于单一制国家的主权事务，但这类事务不是主权事务的核心内容，因此是可以通过二次的具体授权方式来授予特区政府或特区法院，这种二次授权的性质以及授权事务的内容均表明尽管这些被授予的权力也是特别行政区自治权的内容之一，但其性质应该而且事

实上是有别于通过一次授权的方式而取得的对地方事务的自治权。

最后,也是最重要的是,既然二次的具体授权内容总体上属国家主权事务而非自治地方的地方事务,那么国家主权事务被授予一个地方政府行使的界线在何处,这是研究特别行政区自治与授权中特别需要重视的大问题。许多学者经常说到我国特别行政区自治程度高于一些联邦制成员单位享有的自治权,这种所谓的“高于”主要体现在两部基本法通过具体授权,授予了特区政府对于那些非地方事务的部分主权事务的自治权,当我们在强调这部分自治权力时不应忘记它与特区政府地方事务的自治权之间的本质区别,即前者是一次授权,后者是中央政府或全国人大常委会的二次授权,二者有着性质上的区别。中央政府、全国人大常委会在处理这两类不同的自治权时应当采取不同的方式与方法,这是授权原理与地方自治理论所提出的基本要求。

二是两部基本法第20条都规定特别行政区可享有全国人大和全国人大常委会及中央政府授予的其他权力。这种授权从性质上说属于第二次授权,从形式上说是具体授权,即全国人大、全国人大常委会、国务院通过制定其他法律文件等方式来授予特别行政区某些具体事项的权力,这也是特别行政区自治权的重要内容,许多学者把之归为单独的一种形式,即可能授予的其他权力。其实无论从授权性质还是授权的形式而言,都可归为上述所论及之类型。

但就授权的内容而言可能比较复杂,什么是其他权力,其他权力显然指的是基本法还没有明确授予(包括一次的一般性授予和二次的具体授权)的但可能授予特别行政区的一些权力。理论上既可能包括基本法还未授予的自治地方事务,也可能包括基本法还未具体授权的非地方事务即国家主权事务。在这两个不同领域事项的授权,其授权规则、性质与形式应该有所区别。事实上,全国人大常委会、国务院通过制定其他法律文件等方式授予特别行政区某些具体事项的权力在两部基本法实施之前和之后均发生过,在两部基本法实施之后可以归为第20条所规定的“其他权力”之中。在两部基本法实施之前的比如有:1996年5月15日全国人大常委会通过的《关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》,规定全国人大常委会授权香港特别行政区政府指

定入境事务处处理有关国籍申请事宜。1997年6月国务院发布《关于授权香港特别行政区政府接收原香港政府资产的决定》，授权香港特别行政区政府自1997年7月1日起接收和负责审核原香港政府的全部资产和债务，并自主进行管理。1998年12月全国人大常委会授权澳门特别行政区政府指定其有关机构处理国籍申请事宜。1999年12月国务院授权澳门特别行政区政府自1999年12月20日起接收和负责核对原澳门政府的全部资产和债务，并自主进行管理。两部基本法实施之后，全国人大常委会授予特别行政区的其他权力有：2006年10月30日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于授权香港特别行政区对深圳湾口岸港方口岸区实施管辖的决定》，全国人大常委会授权香港特别行政区自深圳湾口岸启用之日起，对该口岸所设港方口岸区依香港特区法律实施管辖；2006年6月27日全国人大常委会通过的《关于授权澳门特别行政区对设在横琴岛的澳门大学新校区实施管辖的决定》，授权澳门特区政府自横琴岛澳门大学新校区启用之日起，依澳门特别行政区法律实施管辖。这两次授权的具体内容已经超过了特区的原有地域范围，当然不属于特别行政区的地方事务范围，两部基本法中的一般性授权是无法包含特区地域范围之外的事务，只能通过其他法律文件的方式进行具体授权。当然其授权的法理依据依然是两部基本法第20条规定的“其他权力”。因此，“其他权力”从其权力的内容来说的确很复杂，既可是两部基本法所确定特区地域范围内的而又通过一般授权方式授予特区的地方性事务，也可是两部基本法中通过具体授权方式授权特区管理的属国家主权性质的事务（如对外事务等），甚至还可以包括两部基本法确定的特区地域范围之外的部分区域的部分事务的管辖权（如澳门大学横琴岛校区）。这种“其他权力”的复杂性也决定了中央授权与特区自治权关系的复杂性，切不可简单地对待这种复杂的可授予的“其他权力”。

（二）特别行政区的自治与授权争议的协调：以香港特别行政区为例

尽管我们从授权原理与技术和基本法所确定的授权形式上比较清楚认识到中央授予特别行政区自治权的范围、性质和种类，但是，在现实的实践中，特区突破基本法的规定，行使中央授予范围以外的权力可能也现实地发生，如何处理特别行政区超越授权范围（包括基本法中确定的一

一般性授权和具体授权事项,也包括其他法律文件的具体授权事项)争议是正确处理中央授权与特区高度自治权关系问题中最为关键的问题之一。

1. 特别行政区自治权范围限度的机理

前已述及,特别行政区授权的地方自治事务和授权的非自治事务(包括可委托地方管理的事务)两个层次的自治权力通过三种类型即一般性授权、具体授权和其他法律文件的授权来实现。因此,无论何种形式的自治权均是源于中央授权,其自治权力范围和自治程度均不是无限制的,必然受到中央的限制与监督,对香港特别行政区而言,这些限制与监督表现在宪法、基本法和基本法附件三所列的全国性法律之中。总体上说从特别行政区自治权的范围限度上说至少有两个方面是值得注意的。

一是属于国家主权事务,基本法规定应由中央行使的权力,就应该也不能属于高度自治权的范围,但主权事务有其层次之分,现代授权理论也给主权事务中的非核心内容提供了恰当的授权形式,在基本法中主要通过具体授权和其他法律文件的授权完成,因此,此类非核心的主权事务的确定始终只能以授权主体即中央政府与全国人大及其常委会为中心,界线的确立自然也应由授权主体来明确。

二是属于自治事务的一般性授权是由宪法和基本法确定的。特别行政区自治事务的一般性授权是主权自治的国家通过一般性授权将属于地方自治事务范围的权力授予地方自治主体,授权主体是主权国家,而不是某种中央国家机关。因此,对于此类属特别行政区自治事务一般性授权的范围必须也只能通过基本法及其解释来明确,换句话说高度自治权必须以基本法的明确授予或明确授予权力的合法、合理之延伸为根据,特区政府也不能自行确定此类自治权的内容与范围。问题在于总有基本法尚未明确授予而又属于此类自治事务自治权存在,此类争议的自治事务自治权界线的确定与前一类自治权界线的确定不同,必须通过基本法的解释、修改来进行,全国人大及其常委会在基本法解释、修改上履行的是主权国家即最高权力机关的职责,而非作为授权主体的立法机关的职责。全国人大及其常委会的最高权力机关地位决定了其拥有对基本法解释、修改的合法性与正当性,这才合乎现代授权理论的逻辑。

2. 特别行政区自治权超越授权范围的协调与处理

我们从理论上明确了不同性质的特别行政区自治权的界线确定原理,并不能完全解决实践中特别行政区超越授权范围问题。在处理运作实践中特别行政区自治权超越授权范围问题时,把握如下几点是十分重要的。

首先,“一国两制”的精神与基本法的原则是处理争议的重要标准。“一国两制”的精神是基本法确立的理论基石,也是特别行政区高度自治权形成的政治理论基础,它首先通过基本法确立的原则与规定具体地体现出来。基本法授予特别行政区自治权的程度与范围均源于“一国两制”的精神,因此,对特别行政区是否超越授权范围行使权力首先应当从“一国两制”的精神与基本法原则的高度来加以分析与判定。香港回归后在基本法的实施中也的确存在从法律上不合基本法规定但又不违反“一国两制”与基本法的原则精神且有利于香港发展的事件,中央没有进行纠正和干预,反而是乐见其成。明显的是,基本法第5条要求保持原有的资本主义制度和生活方式50年不变,“说明基本法的时间效力是50年。由于香港特别行政区政府的权力是基本法授予的,在法理上其批出的土地不能被认为是符合基本法的。”^①指的是,特区政府在批地修建迪士尼乐园问题上,其所批土地的期限是100年,超出基本法50年的规定。还有基本法第107条规定,香港特区的财政预算以量入为出为原则,力求收支平衡,避免赤字,并与本地生产总值的增长率相适应,但特区政府在应对1997年金融危机时,使用了巨额的财政赤字预算。虽然修建迪士尼乐园的批地和应对1997年金融危机的财政预算案均不合乎甚至违反了基本法的规定,特别是迪士尼乐园批地已超越了基本法2047年的属时效力,理论上讲超出此时效的事务已经不是高度自治事务范围内的事务,而转化为属于中央和香港特区关系的问题。^②但特区政府的这些决定的确是有利于香港地区稳定、繁荣和发展且又不违反“一国两制”和基本法原则精神,在此种情况下为了有利于特区管理,中央也不会干涉。一旦违背

^① 宋小庄:《论“一国两制”下中央和香港特别行政区的关系》,中国人民大学出版社2003年版,第17—18页。

^② 宋小庄:《论“一国两制”下中央和香港特别行政区的关系》,中国人民大学出版社2003年版,第18页。

“一国两制”精神和基本法原则,突破授权范围,涉及国家主权与安全事务时,中央必须坚决地制止与纠正。这种制止与纠正必然通过授权主体来进行,属于具体授权的由授权主体的中央政府、全国人大及其常委会进行,属于一般性授权的则由代表国家主权的国家最高权力机关全国人大及其常委会进行,无论是哪种授权主体都需要依据基本法的原则精神和规定来进行。

其次,由完善基本法解释机制入手,构建基本法适用的审查机制,是处理争议越权行为的重要方式。无论何种层次何种类型的授权性自治,对其范围与程度在实际执行中总会有中央与特别行政区的不同理解。对这种不同理解的处理,中央只能以基本法解释的方式来进行。关于基本法的解释问题,基本法第158条作出了明确具体规定,即基本法解释权属于全国人大常委会,并授权香港特区法院在审理案件时对基本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释,在审理案件时对基本法其他条款也可进行解释,但特区法院在审理案件时需要对关于中央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终局判决前,应由香港特别行政区终审法院提请全国人大常委会对有关条款作出解释。基本法第158条确立的解释机制在香港回归后的十几年间经历了从“居港权案”、“庄丰源案”到“马维骢案”等案件的实践,全国人大常委会进行了4次释法,引起了从学界到实践界对基本法解释权和解释机制的广泛而深入的讨论^①,这些讨论进一步明确了第158条确定的解释模式,特别是对第158条第2、3款涉及的特区法院自行解释与全国人大常委会解释的关系问题的讨论是最广泛的。香港法律界一直有人认为“尽管全国人大常委会拥有基本法的解释权,但一经授权特区法院进行解释,自己就不应再行使解释权。只有涉及基本法中关于中央管理的事务或中央与特区关系的条款,而且经终审法院提请解释时,全国人大常委会才有权解释”。^②也有

^① 相关讨论见宋小庄:《对居港权案终审判决的分析》,载肖蔚云主编:《香港基本法成功实践》,北京大学出版社2000年版;王磊:《论人大释法与香港司法解释的关系》,载《法学家》2007年第3期;湛中乐、陈聪:《论香港的司法制度:香港“居留权”案透视》,载《比较法研究》2001年第2期。

^② 邹平学:《香港基本法解释机制研究》,载饶戈平、王振民主编:《香港基本法、澳门基本法论丛》第1辑,中国民主法制出版社2011年版,第207页。

个别内地学者认为既然已经授权特区法院解释基本法关于特区自治范围内的条款,“授权主体一旦作出授权,授权事项应当属于被授权主体,也即对授权主体产生限制作用,除非全国人大修改基本法以收回授权事项归全国人大常委会”。^①更多的学者则认为全国人大常委会即使是在授权香港法院解释基本法情况下,仍然享有对基本法的解释权^②,且这种解释权高于香港法院对基本法的解释,后者属于授权解释。还有香港学者认为“第158条设立的解释权分工体系是,自治条款由香港自行解释,中港关系条款最终由人大常委会解释,当然,第158条并没有排除、取消或者否定人大常委会就自治条款行使解释权”。^③有学者系统地研究香港基本法的解释机制后,认为“对特区自治范围内的条款的解释权行使可以分为一般性解释权行使和最终性解释权行使,前者属于香港法院,后者属于全国人大常委会。为了更好地体现‘一国两制’原则在解释实践中的指导作用,全国人大常委会与香港法院有必要达成这样的默契:在诉讼中后者承认、尊重前者解释权的权威性和最终性,而前者则不轻易主动行使对基本法中有关自治范围内的条款的解释权,以使香港法院的权威得到应有的尊重”。^④他从多个视角与维度论证了上述观点,笔者完全赞同。

基本法解释权的上述争论深刻地反映出基本法适用的监督机制问题,更广泛意义上说是全国人大常委会对基本法实施与适用的监督制度的完善问题。就解释权争论的焦点即自治范围内条款的解释权问题而言,自治范围条款通过一般性授权给香港特区行使,包括其条款的解释权授权给特区法院行使,特区法院行使的当然是授权性解释,授权性解释当然须接受授权主体的监督,授权主体的解释是其监督的一种方式。从这种意义上说,笔者完全同意“授权者始终拥有改变授权和监督被授权者的权力,包括撤销授权、修改授权、监督授权的权能”。^⑤从这种意义上说,“即使香港法院在诉讼中对基本法行使了解释权,但全国人大常委会

① 参见王磊:《论人大释法与香港司法释法的关系》,载《法学家》2007年第3期。

② 胡锦涛:《关于香港法院的司法审查权》,载《法学家》2007年第3期,第23页。

③ 陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社2003年版,第413页。

④ 邹平学:《香港基本法解释机制研究》,载饶戈平、王振民主编:《香港基本法、澳门基本法论丛》第1辑,中国民主法制出版社2011年版,第211页。

⑤ 邹平学:《香港基本法解释机制研究》,载饶戈平、王振民主编:《香港基本法、澳门基本法论丛》第1辑,中国民主法制出版社2011年版,第210页。

仍然可以通过解释推翻香港法院的解释。”^①但是,基本法适用的监督采用何种方式的确是基本法研究中需要认真讨论的问题。事实上,现代宪法发展的趋势是在越来越多的国家,对权力行为包括立法行为的合宪性审查(constitutional review)成为社会变革以及法治发展的重要机制。^②根据我国宪法体制和基本法确立的原则精神,基本法实施(包括其适用)的监督机关无疑是全国人大及其常委会,问题在于以何种机制与模式如何开展监督,全国人大常委会对基本法解释权的探讨与实践无疑是其重要的体现。当然也有学者主张“在处理中央与香港特别行政区的关系上,非常有必要赋予最高人民法院一定的司法审查权”,^③甚至提出了“如何平衡最高人民法院的审查权与香港法院的终审权”的问题。^④但是,我国宪法监督体制与模式决定了对基本法实施监督只能由最高权力机关来进行。但这并不因此排斥监督的司法化,换句话说,可以探索建立专门机关对基本法实施进行监督,将司法化的机制适用于或引入到基本法监督这个环节上,通过司法形式使基本法得到正确的、顺利的实施,当然这种监督机制与模式必须与我国宪法监督体系与监督模式的完善相一致。

最后,要构建处理中央与特别行政区关系的法治化模式。中央与特别行政区关系本质上是中央与地方关系,中央与地方关系法治化是现代宪政潮流下央地关系发展的基本趋势,基本法关于对特别行政区授权范围与程度的规定及其实施,客观上要求在处理这种关系时须以法治的方式进行。围绕基本法解释权的讨论与实践,有效地推动了中央与特别行政区的互动,对促进处理两者关系法治化是有益的。

从基本法实施来看,虽然全国人大常委会经过四次释法已初步构建释法的模式与方式,也建立了中央与香港特区之间的互动,但是由于缺乏中央与香港特区法制冲突的裁判机关与机制,全国人大常委会香港基本法委员会仅是全国人大常委会的一个工作机构,未被赋予实体权力,目前

① 胡锦涛:《关于香港法院的司法审查权》,载《法学家》2007年第3期,第24页。

② 张千帆:《从宪法到宪政——司法审查制度比较研究》,载《比较法研究》2008年第1期。

③ 郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,载《当代港澳研究》第3辑,第10页。

④ 郭天武、陈雪珍:《论中央授权与香港特别行政区高度自治》,载《当代港澳研究》第3辑,第11页。

的职能、性质定位都决定其“不能代行全国人大常委会的权力,只能就有关问题向全国人大常委会提供意见、建议”。^①这使得人大常委会的释法活动在内的监督活动缺乏司法程序规范性,从而会在一定程度上影响基本法的权威。

有学者建议,可以通过研究几次释法经验及释法机制,进一步完善释法在内的基本法实施监督程序,重新思考基本法委员会的性质定位,提升其法律地位,重构全国人大常委会与基本法委员会的关系,发挥基本法委员会专业咨询力量,适当赋予其决定性权力,逐步实现其实际的基本法实施的专门监督机构的地位。可以“在人大常委会全体会议与基本法委员会之间形成一个‘宪法惯例’,如无特殊情况,全体会议一般不否决基本法委员会的咨询意见”。^②最后,基本法委员会在提升其地位和职能的同时必须强化内部机构,特别是强化其监督职能和研究职能,增强基本法解释和实施工作的预见性,建立基本法委员会的定期会议制度,讨论研究基本法实施中的问题,提高基本法委员会工作的专业性,进一步强化基本法的权威,使基本法委员会真正成为中央与特别行政区之间的桥梁,促进中央与特别行政区二者的良性互动。

^① 邹平学:《香港基本法解释机制研究》,载饶戈平、王振民主编:《香港基本法澳门基本法论丛》第1辑,中国民主法制出版社2011年版,第226页。

^② 潘俊强:《论香港特别行政区高度自治权的法理基础》,中国社科院研究生院2011届博士论文。

第二编 特区的民主发展

2017 年香港特别行政区行政长官 普选时候选人提名机制研究

邹平学*

一、香港政制发展中的行政长官普选及其法律依据

(一) 问题缘起

香港政制发展所指的“政制”特指根据基本法第 45 条、第 68 条和基本法附件一、附件二所规定的行政长官和立法会的产生办法、修改产生办法的原则和程序等内容。第 45 条和第 68 条都在第二款中规定了行政长官和立法会要“根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则”，“最终达至”经一定程序“由普选产生的目标”，即双普选目标。但没有规定普选的时间表和普选的具体方式。基本法附件一和附件二只规定了香港回归后从 1997 年到 2007 年的第一个十年间行政长官和立法会的具体产生办法，对十年之后的两个产生办法没有具体规定，同时又规定可以对 2007 年以后行政长官和立法会的产生办法进行检讨。即基本法规定了最终实现双普选的目标，但对 2007 年之后的两个产生办法没有规定。香港社会由此产生了按照什么样的时间表和路线图实现双普选的问题。

基本法为什么不规定 2007 年之后政制发展的具体内容？应当看到，一方面，1985 年签署的《中英联合声明》没有写双普选目标，1990 年通过的基本法写明了双普选，反映出中央对香港民主发展的坚定立场及毋庸置疑的诚意，可以说“中央是香港最大的民主派”。另一方面，基本法为香港预留讨论政制问题的空间，以推进香港民主进程，显示了中央对在香港实施“一国两制”、“港人治港”和高度自治及落实基本法的

* 邹平学，深圳大学港澳基本法研究中心常务副主任，教授。

诚意和决心。

但也正因为这个双普选目标,在香港基本法实施以来,香港社会各种政治势力对政制如何发展、如何达至普选争议纷起。由于行政长官普选问题是“双普选”中的首要问题,使得行政长官普选问题成为香港回归以来一直受到高度关注的政治、社会和法律议题,也是困扰香港“一国两制”实践和基本法顺利实施的重大问题。

（二）香港基本法第45条对特首普选机制的明确规定

香港基本法第45条有三款规定,分别是:

“香港特别行政区行政长官在当地通过选举或协商产生,由中央人民政府任命。”

“行政长官的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标。”

“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。”

上述条款,就是关于香港特别行政区行政长官产生办法的规定。有必要分析这三款的法理含义。

1. 第一款是关于行政长官如何产生的一般性规定,内容包括:(1)在当地通过选举或协商产生;(2)由中央人民政府任命。需要注意的是,选举也好,协商也好,其产生的候任人选并未具有立即产生行政长官的效力,任命同样是产生行政长官的实质性程序。比如基本法附件一第5条写的是选举委员会“投票选出行政长官候任人”,1990年全国人大制定的特区第一届政府和立法会产生办法里使用的是“推举第一任行政长官人选,报中央政府任命”。所以,在中央的实质任命之前,产生的只是行政长官候任人或者人选。

2. 第二款、第三款的含义包括:(1)基本法附件一规定行政长官产生的具体办法;(2)这个办法根据特区的实际情况和循序渐进的原则制定;(3)行政长官的产生最终要达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标;(4)达至普选产生的目标时,候选人的提名是由提名委员会按民主程序提名。

综上,可以看到特首普选的法律机制包括四个环节、两项原则和法定程序。

四个环节是指组成、提名、普选、任命。首先,当地产生一个有广泛代表性的提名委员会;其次,由提名委员会按民主程序提名产生行政长官候选人;再次,候选人以普选方式竞选产生行政长官人选;最后,由中央人民政府任命。中央人民政府的任命权是实质性的。这四个环节解决普选的四问题:一是提名委员会如何组成及其规模;二是提名委员会采取什么方式提名候选人;三是提名后的选举方式,即通过普选产生候任人;四是中央运用实质任命权任命行政长官。

两项原则是指实际情况和循序渐进。乔晓阳在2010年6月7日就香港政改和未来普选发表谈话时指出,未来两个普选在体现选举的普及而平等时,要充分考虑四个因素:一是符合香港特区的法律地位;二是与香港特区的行政主导政治体制相适应;三是兼顾香港社会各阶层利益;四是有利于香港资本主义经济的发展。^①这完全可以视为实际情况和循序渐进两项原则的具体化。这四点与2007年7月政制发展绿皮书所载的四项原则:兼顾社会各阶层利益、有利于资本主义经济的发展、循序渐进、适合香港实际情况,含义是一致的。

法定程序既包括普选特首的候选人须“由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名”,这部分程序适用于普选特首的情形,不适用特首普选前的情形;也包括修改行政长官产生办法须经立法会三分之二多数通过、行政长官同意,并报全国人大常委会批准。这部分法定程序,既适用于普选前各任行政长官产生办法的修改,也适用于特首普选办法的制定。

(三)全国人大常委会对政制发展问题的有关解释与决定

香港特别行政区是直辖于中央人民政府的地方行政区域,地方行政区域政治体制的决定权在中央,这是单一制国家的应有之义。在香港政改问题上,全国人大常委会作出了多项具有法律效力的解释和决定。

2004年全国人大常委会作出的“4·6解释”和“4·26决定”解决了

^① 《乔晓阳首度解释香港普选:讨论基础是香港基本法》,中国新闻网, http://www.chinanews.com/ga/ga-gjsy/news/2010/06-08/2328925_shtml, 访问日期:2015年10月28日。

两个产生情况的修改程序和2007年特首和2008年立法会产生办法是否要修改的问题。按照“4·6解释”,实行双普选必须履行的五步曲程序。一是行政长官就是否需要修改向全国人大常委会提出报告;二是全国人大常委会对是否需要修改作出决定;三是特区政府向立法会提出修改行政长官(和立法会)产生办法的法案,并经立法会三分之二多数通过;四是行政长官同意经立法会通过的修改行政长官(和立法会)产生办法的法案;五是行政长官将有关法案报全国人大常委会批准或者备案。这既是普选办法的制定程序,也是普选前修改现行行政长官选举办法和立法会产生办法必须遵循的程序。

2007年12月29日,全国人大常委会作出了《关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》。“12·29决定”里明确了2017年香港特别行政区第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办法;在行政长官由普选产生以后,香港特别行政区立法会的选举可以实行全部议员由普选产生的办法。这意味着香港“双普选”时间表的确定。

这个决定还规定,提名委员会可参照基本法附件一有关选举委员会的现行规定组成;提名委员会须按照民主程序提名若干名行政长官候选人,由香港全体合资格的选民普选产生。从而明确了未来普选的路径程序。按照这个决定,人大明确普选时间表时所用的字眼是“可以”而非“必定”。这说明,如果社会对此无法达成共识,无法按照五步曲走下去,则双普选非必然。

2014年8月31日,全国人大常委会作出了《关于香港特别行政区行政长官普选问题和2016年立法会产生办法的决定》。“8·31决定”是在香港民主发展的关键时刻,全国人大常委会根据宪法和基本法,履行宪制责任,运用宪制权力,作出的宪制性决定。决定针对香港政改咨询中存在的重大争议问题和普选行政长官办法的核心问题从五个方面作出了明确规定。

1.“8·31决定”规定:“一、从2017年开始,香港特别行政区行政长官选举可以实行由普选产生的办法。”这一规定明确了2017年及以后各任行政长官可以实行由普选产生的办法,符合基本法第45条关于行政长

官产生办法最终要达至由普选产生的目标规定,以及全国人大常委会“12·29 决定”中有关 2017 年第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办法的规定。决定亦符合香港社会的共同意愿,因为“香港社会对行政长官普选问题已经讨论多年,形成了四点共识,即:香港社会普遍期望 2017 年落实普选行政长官;普遍认同按照香港基本法和全国人大常委会的相关解释及决定制定行政长官普选办法;普遍认同成功落实行政长官普选对保持香港的发展及长期繁荣稳定有正面作用;普遍认同行政长官人选必须爱国爱港。”^①

2.“8·31 决定”规定:“二、香港特别行政区行政长官选举实行由普选产生的办法时:(一)须组成一个有广泛代表性的提名委员会。提名委员会的人数、构成和委员产生办法按照第四任行政长官选举委员会的人数、构成和委员产生办法而规定。(二)提名委员会按民主程序提名产生二至三名行政长官候选人。每名候选人均须获得提名委员会全体委员半数以上的支持。(三)香港特别行政区合资格选民均有行政长官选举权,依法从行政长官候选人中选出一名行政长官人选。(四)行政长官人选经普选产生后,由中央人民政府任命。”这部分(一)(二)(三)之规定对政改争议中争议最大的焦点问题即未来普选时提名委员会提名制度的关键内容和核心要素予以了明确。

一是决定把全国人大常委会 2007 年有关决定中规定的提名委员会“可参照”选举委员会组成明确具体确定为“按照”。这意味着行政长官普选时的提名委员会须按照目前选举委员会组成,维持四大界别同比例组成和 1200 人的规模不变。

作出这样规定的理据有五:①“可参照”的含义包括宽严不等的选项。无论如何,其含义可以包括“按照”这个选项。鉴于 2013 年年底启动的政改咨询中香港社会对提名委员会是否扩容及如何扩容、四大界别具体组成和规模上如何适当调整存在很大分歧,短期内香港社会很难就这些问题达成共识,从最大限度避免产生无谓的争拗出发,有必要明确提

^① 引自全国人大常委会副秘书长李飞 2014 年 8 月 27 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议上所作的《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区行政长官普选问题和 2016 年立法会产生办法的决定(草案)〉的说明》。

名委员会按照目前选举委员会的人数、构成和委员产生办法来组成。

②根据基本法第45条第二款规定的有“广泛代表性”的提名委员会，其“广泛代表性”的内涵与基本法附件一规定的选举委员会的“广泛代表性”的内涵是一致的，说明提名委员会和选举委员会的组成原则具有一致性。

③考虑到有关第四任行政长官选举委员会的规定是2010年修改行政长官产生办法时作出的，并经全国人大常委会批准，委员总数已从800人增加到1200人，四个界别同比例增加，获得各方面的认同和支持，提名委员会按照这一选举委员会的人数、构成和委员产生办法作出规定比较适当。

④行政长官选举委员会的组成办法是基本法起草时经过广泛咨询和讨论所形成的共识。香港回归以来行政长官的选举实践证明，选举委员会能够涵盖香港社会各方面有代表性的人士，体现了社会各阶层、各界别的均衡参与，符合香港的实际情况。提名委员会按照目前的选举委员会组建，既是基本法有关规定的要求，也是行政长官普选时体现均衡参与、防范各种风险的客观需要。

⑤首次实行普选，制度设计应当慎之又慎，必要的路径依赖是稳妥和理性的选择。

二是关于“提名委员会按民主程序提名产生二至三名行政长官候选人”的规定，这是对候选人人数下限和上限的规定，其理据在于一方面确保行政长官选举成为真正有竞争、选民有真正的选择的民主选举，同时避免候选人人数过多带来的选举程序复杂、选举成本高昂的问题，有利于首次普选在庄严、有序的情况下顺利进行，同时也有参考以往数次行政长官选举均有2至3名候选人竞选的路径依赖考虑。^①

三是关于“每名候选人均须获得提名委员会全体委员半数以上的支持”的规定，这里的“过半数”要求，明确了提名行政长官候选人的民主程序。其理据在于：①提名委员会是一个专门的提名机构，它行使提名行政长官候选人的权力，是作为一个机构整体行使权力，必须体现机构的集体意志。基本法第45条规定的“民主程序”应当体现“少数服从多数”的原则，机构决策符合民主程序要求的最常用的办法就是多数决定（decision

^① 参见全国人大常委会副秘书长李飞2014年8月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议上所作的《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区行政长官普选问题和2016年立法会产生办法的决定（草案）〉的说明》。

of majority)。显然,按照“过半数”的要求产生特首候选人,既符合基本法的立法原意,也体现“少数服从多数”的民主程序要求。特别是在香港社会政改咨询中对民主程序的理解分歧很大,甚至有人试图扩大解释民主程序以涵盖违法的公民提名的情况下,明确有关程序,对于解决纷争很有必要。②提名委员会将由四大界别同比例组成,规定候选人必须获得提名委员会委员过半数支持,候选人就需要在提名委员会不同界别中均获得一定的支持,有利于体现均衡参与原则,兼顾香港社会各阶层利益。可以确保提名的行政长官候选人体现广泛代表性,避免对抗式政治进一步恶化,防止政党操控提名,淡化政党政治;可以确保通过普选产生的行政长官既能代表香港的整体利益又能对中央负责,避免普选政治与中央实质任命权无法协调的宪制危机;维系行政主导,避免激进民主和民粹主义对特区管治的冲击。

四是关于“香港特别行政区合资格选民均有行政长官选举权,依法从行政长官候选人中选出一名行政长官人选”的规定,针对的是行政长官选举的投票办法。这既是为了落实香港基本法第26条关于“香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权”的规定,也是为了确保500万合资格选民将人人有权直接参与选举行行政长官,体现选举权普及而平等的原则,实现香港民主发展的历史性进步。

五是关于“行政长官人选经普选产生后,由中央人民政府任命”的规定,旨在明确和重申中央人民政府的任命权是实质性的。对在香港当地选举产生的行政长官人选,中央人民政府具有任命和不任命的最终决定权。

3.“8·31决定”规定:“三、行政长官普选的具体办法依照法定程序通过修改《中华人民共和国香港特别行政区基本法》附件一《香港特别行政区行政长官的产生办法》予以规定。修改法案及其修正案应由香港特别行政区政府根据香港基本法和本决定的规定,向香港特别行政区立法会提出,经立法会全体议员三分之二多数通过,行政长官同意,报全国人民代表大会常务委员会批准。”作出这一规定的理据是根据全国人大常委会2004年“4·6解释”所阐释的有关实行双普选时需要履行的五步曲程序,明确人大作出本次决定后处理有关特首普选问题的后续程序。

4.“8·31决定”规定:“四、如行政长官普选的具体办法未能经法定

程序获得通过,行政长官的选举继续适用上一任行政长官的产生办法。”其理据在于重申2004年全国人大常委会“4·6解释”和2007年全国人大常委会“12·29决定”中的相关内容,表明如果香港社会无法在修改行政长官普选具体办法上达成共识,无法按照五步曲走下去,则行政长官普选非必然,其产生办法只能原地踏步。

5.“8·31决定”规定:“五、香港基本法附件二关于立法会产生办法和表决程序的现行规定不作修改,2016年香港特别行政区第六届立法会产生办法和表决程序,继续适用第五届立法会产生办法和法案、议案表决程序。在行政长官由普选产生以后,香港特别行政区立法会的选举可以实行全部议员由普选产生的办法。在立法会实行普选前的适当时候,由普选产生的行政长官按照香港基本法的有关规定和《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》,就立法会产生办法的修改问题向全国人民代表大会常务委员会提出报告,由全国人民代表大会常务委员会确定。”这一规定的理据在于,鉴于行政长官报告提出,香港社会普遍认同目前应集中精力处理好普选行政长官的办法;由于2012年立法会产生办法已作较大变动,普遍认同就2016年立法会产生办法无须对基本法附件二作修改。此外,根据2007年全国人大常委会决定的规定,在2017年行政长官由普选产生以后,立法会的选举可以实行全体议员普选产生的办法,故在顺利实现特首普选后完全有时间和空间来考虑立法会产生办法的修改问题。这次决定立法会产生办法和表决程序不作出修改,并不违反循序渐进的原则。

全国人大常委会通过“8·31决定”,凸显中央对政改毋庸置疑的主导权和决定权,表明中央坚定不移推进香港民主政治的坚定立场和按照基本法处理香港政制发展问题的政策主张。决定严格依照香港基本法的有关规定,明确了制定行政长官普选办法的法律框架,符合香港社会的实际情况,与全国人大常委会之前作出的决定相一致。它的重要意义在于,一方面,为香港社会进一步理性讨论、凝聚共识奠定坚实基础,具有息纷止争、立牌指路的作用。另一方面,也为特区政府下一步提出普选法案提供宪制性法律规范,为落实普选确定了正确的方向和轨道。

二、香港政改咨询中的“公民提名”主张述评

(一) 香港政改咨询中“公民提名”主张的含义及其类型

1. 提名的含义及其功能

候选人提名机制是选举制度的重要组成部分。提名(nomination),即享有提名权者在选举时依照法律规定,针对需要选举产生的国家或地方代表机关代表或其他公职人员,从登记选民中提出供选民投票的候选人名单。它包括由谁提名及如何提名的问题。^①

世界任何国家的选举制度,提名机制不可或缺。如果说民主选举是近现代民主制度的必要组成部分的话,则候选人提名使得民主选举成为可能。西方学者认为,现代民主制的大国中,“数百万人从法律上说都有资格担任公职,因此任何选民都不可能在这所有人中作出明智的选择”,“通过选拔和宣传候选人”,可以“有效地将可供选择的人数减少到很小的数目,这样,选民就能够合理地作出选择”。^②所以,选举理论和实践均公认,提名构成选举的重要环节,其功能在于“举荐”、“过滤”和“筛选”。通过提名可以从众多参选人中“筛选”出有限的正式候选人,使得选举投票简便易行,选举的成本不至于高企。

提名不仅不是反民主或阻碍民主的,恰恰是民主的一个程序,是民主制度的组成部分,具有对一人一票选举进行纠偏和补正的功能。尽管一人一票选举是今天各国民主政治的主要形式,但民主理论和实践告诉我们,纯粹的投票选举形式存在多数暴力的可能、保护少数的不足、复杂利益协调不够、民意取向与管治人才的专业能力需求的冲突以及被强势团体操纵的可能等问题,为了避免这些问题,需要设置适合国情的提名机制,以纠偏和补正。提名机制的功能在于:一是满足现代社会治理对专业管治人才的需要,避免选举带来的民意压力对候选人管治能力的冲击。二是实现均衡参与,避免候选人乃至整个选举被强势团体操持,避免多数暴政。三是协调多元利益,避免社会分裂和激化矛盾。四是验证候选人

^① 参见李步云主编:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第668—669页。

^② 戴维·米勒、韦农·波格丹诺主编:《布莱克维尔政治学百科全书》(修订版),邓正来译,中国政法大学出版社2002年版,第95页。

获得社会精英或者代表人士认可的普遍程度,同时有效控制候选人的
人数,降低选举成本。

2. 香港政改咨询中“公民提名”主张的含义、提出背景及其类型

在香港政制发展的语境中,“公民提名”中的“公民”并非国籍法意义
上的“公民”,而是指合格的香港特别行政区选民。在主张者看来,“公
民提名”的含义是指未来行政长官普选时,参选人获得香港特区登记选
民的一定数量的具名联署,即可成为正式候选人。这一主张提出伊始就
备受争议,尤以是否合法合理可行为争议焦点,成为政改咨询中备受关
注的议题。

按照香港基本法第45条的规定,在行政长官实行普选产生的办法
时,须组成一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名行政长官候
选人,然后普选产生。2007年全国人大常委会作出的“12·29决定”明
确了2017年香港特区第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办
法;在行政长官由普选产生以后,香港特区立法会的选举可以实行全部
议员由普选产生的办法。决定还规定,提名委员会可参照基本法附件一
有关选举委员会的现行规定组成;提名委员会须按照民主程序提名若干
名行政长官候选人,由香港全体合格的选民普选产生行政长官人选,报
中央人民政府任命。上述规定明确了普选时由提名委员会提名、提名
委员会的产生和组成应当参照选举委员会的现行规定、提名委员会提名
应当遵循“民主程序”这三个核心要素。围绕这三个核心要素,政改咨
询应进一步讨论解决的主要有三个问题,一是提名的民主程序的细节安
排,二是提名多少名行政长官候选人,三是提名委员会组成参照选举委
员会由四个界别组成的基本要素,在具体组成和规模上是否有调整空间
及多大的调整空间。由此可见,在此基础上推进普选,本应顺理成章,为
什么会节外生枝,出现引起高度争议的“公民提名”主张呢?

检视香港回归以来政制发展的论争轨迹,可以发现,过去几年,香港
社会围绕行政长官普选问题的讨论,主要焦点是行政长官候选人的提名
机制,其中的关键是提名委员会的角色功能。2013年以来,香港社会各
界开始集中关注、讨论未来的政改方案,出现了几件值得注意的事情。
一是1月16日港大法律学院副教授戴耀庭发表《公民抗命的最大杀伤力武

器》，呼吁以占领中环运动这一“杀伤力”更大的武器施加压力，争取所谓真普选。^①二是全国两会期间的3月6日，中共中央政治局常委俞正声在与港澳地区政协委员会面时表示，“如果出现和中央政府对抗的力量，离心离德的力量在香港执政，对香港不好，对国家也不好。”因此，“确保爱国爱港、爱国爱澳的力量在香港、澳门长期执政，是港澳人民改善生活，经济平稳发展的关键，也是中华民族复兴的一件大事。”^②这一表态引起了香港社会的热议。随后不久的3月24日，全国人大法律委员会主任委员乔晓阳在深圳发表《在香港立法会部分议员座谈会上的讲话》，讲话中明确提出“中央政府不能允许与中央对抗的人担任行政长官”。这一立场申明加剧了民主派担心普选特首时的提名委员会一定会有“筛选”、“预选”功能的疑惧。正是在这一背景之下，民主派提出公民提名（及政党提名）与之对抗。公民党主席余若薇建议候选人得到5万名市民提名后，便可自动取得提名委员会提名，认为这方案既显示候选人得到广泛市民支持，亦实现公民提名和投票权，是一个合理的、泛民可参与的提名门槛。^③公民党党魁梁家杰向传媒称，未来根据基本法第45条成立的特首提名委员会，应仅维持目前的选举委员会的功能，只要参选者取得足够的市民提名，提名委员会就要确认对方的特首普选候选人身份。余若薇在接受香港电台访问时亦表示，中央是想透过特首提名委员会的预选，筛走中央不属意的人选，是“假普选”，鼓动要提早“占领中环”。^④三是3月21日由12个香港泛民主派政党及团体联合成立“真普选联盟”，^⑤反对普选行政长官时有任何筛选或者预选机制，主张公民提名方案。该联盟成立后先后提出数个包含公民提名主张的政改方案。进入政改咨询期后，主张公民提名的呼声明显增加，当然，社会上质疑、反对公民提名的声音也相应呈现水涨船高的态势。

① 戴耀廷：《公民抗命的最大杀伤力武器》，《信报》2013年1月16日。

② 郑治祖：《俞正声：对抗者执政不利港国》，《文汇报》2013年3月11日A23版。

③ 吴美君：《普选特首拟设预选惹争议》，《香港经济日报》，2013年3月11日A08要闻版。

④ 参见郭浩文、徐海炜：《个人提名可选特首 阿谦：不符基本法规定》，《文汇报》2013年3月15日A22版。

⑤ 真普选联盟召集人为香港城市大学政治学系讲座教授郑宇硕，成员团体包括人民力量、社会民主连线、工党、公民党、民主党、香港教育专业人员协会、香港社会工作者总工会、香港民主民生协进会、街坊工友服务处、公共专业联盟、新民主同盟及民主动力等。

从类型化视角来分析,可以发现“公民提名”主张其实包含着具体内容颇多差异的不同方案。这种差异源自两个方面,一是由于基本法和全国人大常委会有关决定对于特首普选明确有由“一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名”的宪制安排,因而主张“公民提名”就面临一个如何处理与有关的宪制安排的关系这一无法回避的问题,不同方案对此的处理并不一致;二是对提名委员会如何组成、提名方式与民主程序的具体内容为何、选民如何投票计票等内容亦有不同的安排。根据上述两个方面的差异点,可以发现较有影响力、较为体系化的“公民提名”主张主要有三类。^①

第一,学民思潮的“全民提名”方案。由中学生组织的“学民思潮”持极端偏狭的诉求与理据,完全不接受基本法规定的提名委员会提名机制,认为这限制了香港市民的提名权,削弱了特首选举的民主性,是“鸟笼民主”,是假普选。强调提委会应由全港选民组成,提名门槛为10万名选民,即参选人取得10万选民即可参选。^②

第二,真普选联盟学者团提出的双轨制公民提名方案。按照内容的差异,可具体细分为两个方案。

方案A要点:1. 关于提名委员会组成。方案主张大约参照2012年选举委员会的1200人,再加上2015年选出的400多名民选区议员组成。在减去原有选举委员会的超过100名“区议会”界别分组选出的名额后,提名委员会总人数大约为1500人。2. 关于提名方式与民主程序。方案主张任何候选人只需符合基本法第44条中的基本资格,以及符合以下两项要求中任何一项,提名委员会即应通过其为行政长官候选人:(1)获得提名委员会中任何十分之一委员具名支持;(2)获得地区直选中已登记选民中的2%或以上具名支持(以现时选民人数推算,约为70000~80000

^① 这里没有列出全部的有关方案。例如,“学民思潮”主页就汇总了212份普选方案,很多包含公民提名主张。参见:<http://designdemocracy.hk/?lang=zh>。本文没有列出泛民派提出的第一个行政长官普选方案李柱铭方案,因为其没有提出公民提名,但要求全民普选产生提名委员会。参见《李柱铭倡最高票5人入闸》,《明报》2013年4月10日加西版(温哥华)“港闻”栏目。尽管李柱铭于第二天收回所提方案,但该方案被认为亮出了反对派的底牌,又被称为“底线方案”。普选联盟学者团也提出过全民普选产生提名委员会方案,具体内容可参见“真普选联盟”网站,详见:http://www.atd.hk/?page_id=180。

^② 参见《学民要泛民签“全民提名约章”》,载《新报》2013年8月21日A04版。

人)。3. 关于选民投票计票方式。采用两轮决选法。如候选人得票超过有效票数的一半,则当选行政长官。如没有候选人得票超于一半,则得票最高的两名候选人将进入第二轮决选,第二轮决选中多票者当选。^①

方案 B 要点:1. 关于提名委员会组成。由现届所有区议员(2015 年已废除委任)及立法会议员组成,共约 500 人。2. 关于提名方式与民主程序。与方案 A 主张相同。3. 关于选民投票计票方式。与方案 A 主张相同。^②

第三,真普选联盟提出的三轨制方案。1. 关于提名委员会组成。该方案未涉及提名委员会的组成方式,仅表示“愈民主愈好”。2. 关于提名方式与民主程序。任何参选人可循以下任何一个途径成为行政长官候选人:(1)公民提名:参选人获得 1% 登记选民具名联署提名,提名委员会须予以确认;(2)政党提名:于最近一次的立法会直接选举中,获得全港有效票数 5% 或以上的政党或政治团体,可以单独或联合提名一名参选人,提名委员会须予以确认;(3)提名委员会提名:由提名委员会直接提名参选人。3. 关于选民投票计票方式。与第二种方案中的方案 A 相同。^③该方案 2014 年 1 月 8 日抛出,为“真普选联盟”的最新方案。真普选联盟、公民党力推的政改方案即是这个三轨制方案。

简要比较上述三种方案,不难发现,学民思潮的方案主张十万选民联署即可提名候选人,完全无视基本法明文规定的提名委员会机制,否定提名委员会及其权力。双轨制方案中的两个方案都属于提名委员会提名和公民提名两轨并行的方案。三轨制方案主张公民提名、政党提名、提名委员会直接提名参选人,要求提名委员会“须确认”公民提名、政党提名,其实质是把提名委员会强制并轨到公民提名、政党提名的轨道上去。应当看到,“全民提名”方案明显违反基本法和全国人大常委会的有关决定,不值一驳,此不赘述。

需要指出的是,提名具有产生正式候选人的有约束力的法律后果,有严格的法定要式,即选举管理机构证明某人(或若干人)为需要选举产生

^① 参见“真普选联盟”网站,详见:http://www.atd.hk/?page_id=180。

^② 参见“真普选联盟”网站,详见:http://www.atd.hk/?page_id=180。

^③ 参见“真普选联盟”网站,详见:<http://www.atd.hk/?p=332>。

的公共职位(职务)的合格候选人并将其姓名打印在官方选票上。这和公民推荐有原则区别。据此,本文认为主张一定数量市民联署推荐“准候选人”、最后经一定数量的提名委员支持才能成为“正式候选人”的方志恒方案,^①及主张取得指定数目的市民联合推荐即可成为“特首申请人”,由提名委员会进行投票,决定最终若干名特首正式候选人的陈弘毅教授的方案,^②不属于本文讨论的“公民提名”主张的范畴,因为他们的方案均认同提名委员会提名而不是公民提名,公民推荐不产生有法律约束力的提名效果,对提名委员会没有约束力。在任何民主选举中,公民或团体组织推荐都属正常现象。

(二)支持“公民提名”主张的理据不能成立

“公民提名”主张的目的其实是“为有效抗衡通过提名委员会进行筛选”,这一点连民主派的头面人物也不掩饰。^③它出笼之始就与“占中”行动形成遥相呼应、互为犄角之势,如“公民提名”不被接受,则“占中”行动志在必行的政治意图十分明显。尽管以“占中”行动来为公民提名主张背书的政治意图受到社会的普遍斥责,但支持公民提名主张的种种理据颇具迷惑性,需要审慎地分析研判。下面对支持公民提名比较重要的六个理据进行评析。

1. 主张选举权、被选举权及提名权都要普及而平等的“三合一”范畴^④,认为公民提名符合“国际标准”^⑤。这一理据不能成立。

尽管今天的世界各国大都实行普选制度,而且在宪法和法律中普遍规定了平等选举的原则,但各国根据其历史文化与现实国情,都对本国的

^① 参见方志恒:《实现有效管治的政改方案》,详见“新力量网络”网站2013年10月4日, http://www.synergynet.org.hk/b5_m14_1.php?id=3298。

^② 分别参见《公民推荐制唯一有得倾》,《太阳报》2013年9月15日A02版。《陈弘毅提“公民推荐”谭惠珠:没这需要》,《明报》加西版(温哥华)2013年9月15日港闻版。陈弘毅教授也认为否定和绕过提名委员会的做法都不符合基本法第45条。

^③ 梁家杰:《公民提名,何惧之有?》,《星岛日报》,2013年9月12日A18版。

^④ “人权监察”罗沃启及前立法会议员吴靄仪指提名权、被选举权及选举权应“三合一”,才符合国际公约。引自《特首提名权要符基本法》,载《大公报》2013年4月3日A04“要闻”版。

^⑤ 中文大学马岳副教授认为,当提委会由小圈子选举产生,而只得提委会的委员有提名权,一定不符合国际标准中普及而平等的选举原则,故特首的提名门槛应至少包括“公民提名”,加入公民参与的部分,体现公民的提名权,亦令不同的候选人可以争取提名参与,才算是符合国际标准。分别参见《真普联方案倘落实 占中可免》,《明报》加西版(温哥华)2013年7月11日港闻版;《真普联学者顾问团炮制 特首普选三方案出炉》,《新报》2013年7月11日A09版。

选举平等原则基于形式平等和实质平等平衡的考量有所调整,针对选举权、被选举权及提名权有分别不同的制度安排。对被选举权,各国多有法律或事实的限制,这主要体现在对候选人的资格条件的规定以及候选人提名门槛方面,被选举权和提名权受到某种合理限制并不违背所谓的“国际标准”,这种限制与是否民主、是否平等无涉。^①有学者在通过对世界 107 个国家宪法的条文分析和比较研究基础上,得出结论:107 部宪法规定的议员资格有 10 余项之多,规定最多的资格是年龄、公民资格、选民资格,规定较多的是精神健全和无犯罪前科,规定较少的有居住年限,规定甚少的还有教育程度、宗教、未曾破产、道德等。^②在规定以选举方式产生国家元首的 84 部宪法中,有 72 部规定了元首的任职资格,按照规定数量的多少从高到低排列顺序,任职资格依次是国籍(出生国籍、归化国籍的年限)、年龄(绝大部分规定有最低年龄限制、少数宪法规定有最高年龄限制)、公民权、符合议员选举资格、居住年限,有少数宪法还规定有宗教、文凭、犯罪、道德、掌握国语等,有个别国家宪法规定候选人不得与现任国家元首有血亲、姻亲关系、不得与国家签有经济合同、不得是外国公司的全权代表等。^③至于总统或议员选举制度中的提名权,各国单独规定选民提名、特定个人提名、政党提名或合法登记的社团组织提名,也有允许上述数种提名并行的做法。^④在实行政党提名制度的国家中,还分为“党定制”、“法定制”或“混合制”,同属于“党定制”的还有“政党中央规定”和“地方党组织”之分,同属“法定制”的还有“国家法定制”和“地方法定制”之别。在同一个国家、同一个政党的不同时期,政党提名制度还会发生变化。^⑤这说明各国从来没有整齐划一的候选人提名制度和固定模式,在提名权问题上主张所谓“国际标准”没有依据。人权公约第 25 条所规定的条款实质上是十分原则性的表述,包括赋予缔约国在国内实

① 邹平学:《“普选”定义浅析》,载《港澳研究》(内刊)2012 年夏季号。

② 王惠玲:《成文宪法的比较研究——以 107 部成文宪法为研究对象》,对外经济贸易大学出版社 2010 年版,第 164 页。

③ 王惠玲:《成文宪法的比较研究——以 107 部成文宪法为研究对象》,对外经济贸易大学出版社 2010 年版,第 149—150 页。

④ 胡盛仪、陈小京、田穗生:《选举制度比较》,商务印书馆 2000 年版,第 173—175 页。

⑤ 参见刘红凇:《政党提名制:分类、比较与思考》,中国统一战线理论研究会政党理论北京研究基地编著:《政党制度与中国特色——21 世纪初政党发展与变革》,华文出版社 2011 年版,第 267—277 页。

施时的“合理限制”之广泛的自由裁量权等内容,都是比较原则的表述。确切地说,普选“国际标准”只是一个有关普选的国际普遍认同的原则,说它是“标准”并不确切,如果它是一个标准,则有关国家完全可以采取拿来主义,各国的选举制度应当一模一样,但事实绝非如此,没有一个国家直接根据公约来组织自己的选举事务,各国选举制度都根据自己的国情在选区划分、候选人提名程序、当选规则等方面作了有自己特色的制度安排。所以,的确存在有关普选的国际原则,但从来没有千篇一律的标准模式。

2. 认为基本法并没有禁止公民提名,公民提名主张也没有否定基本法规定的提名委员会制度。^①很明显,这一理据不能成立,因为公民提名不仅自身没有得到法律明确肯定,还冲击和否定法律明定的提名机制。

根据基本法第11条第2款的规定,香港特区的制度和政策,均以基本法的规定为依据。行政长官的提名制度,是特区普选制度的组成部分,也是香港特别行政区制度的组成部分,在提出时必须要有基本法的明文依据。基本法和全国人大常委会的有关决定对提名委员会的规定,具有权威性和正当性,符合香港实际情况。公民提名存在僭越、绕开、架空、约束提名委员会的权力这一要害,存在把公民提名的意志强加于提名委员会的问题,形式和实质均违法。^②

第一,从形式上看,公民提名没有法律依据。私权制度遵循法不禁止则自由的原则,公权力和公权制度奉行法无授权则无权的原则。毫无疑问,特区行政长官产生办法修改问题是特区政制发展的重要内容,属于典型的规范配置公权力的范畴,因而必须有法律的明文规定。或许有人会质疑:公民是私权主体,其行为为何要遵守法无授权则无权的公权原则?必须看到,选举权、提名权会产生公权上的效果,属于公法调整的行为,当然要遵守公权制度法无授权则无权的原则。故任何国家的公民选举权、罢免权,以及一些国家存在的公民创制、复决等直接民主形式,都无一例

^① 梁家杰认为,三轨制方案并没有否定提名委员会。“民主程序”正表示提委会可求诸于外,吸纳获政党或公民提名的特首参选人。参见梁家杰:《有商有量,实现筛选》,载《星岛日报》2014年2月6日A14版。

^② 参见邹平学:《为什么公民提名、政党提名主张不符合基本法》,载《大公报》2014年2月20日A14版。

外地必须有国家宪法或选举法的明文规定才可以行使。基本法和全国人大常委会的决定里面没有规定公民提名,就意味着公民提名不是法律授权的提名方法,当然就是非法的。那些在选举公职人员时允许公民提名候选人方式的国家,都在宪法或选举法等公法里面明确规定了这种方式,不存在没有法律依据的公民提名方式。

第二,从实质来看,没有法律依据的公民提名构成对法定的提名委员会完整、实质权力的非法僭越、绕开、架空和约束。根据基本法和全国人大常委会的决定,提名委员会是未来普选时唯一享有提名权的宪制机构。基本法规定特首普选时由提名委员会按照民主程序提名候选人,无论看其内涵还是外延,都是提名委员会提名,不是任何其他什么机构组织提名或者多少数量的公民提名。这既意味着提名委员会是唯一的提名主体,也意味着提名委员会的提名权力是完整、独立、实质性的权力,是提名方面唯一具有法律效力的权力。很明显,允许公民提名并强制提名委员会接受,必然损害提名委员会法定权力的唯一性,必然僭越、架空、约束甚至可以说绑架提名委员会独立自主和按照民主程序提名的完整权力,使其成为橡皮图章。

第三,有人可能会质疑,基本法没有规定公民提名,那香港本地立法能不能规定?这里就有一个下位法不能违反上位法的问题。基本法作为宪制性法律,已经对普选的核心要素作了明确规定,即提名委员会根据民主程序提名,作为对基本法第45条具体化的香港本地立法,就只能在这个框架内作进一步规定,不能允许公民提名,不能赋予其合法化。

3. 认为第45条规定提名的“民主程序”应当是“有利于实现民主的程序”,公民提名更具代表性、民主性和公平性,体现公民参与,符合第45条规定的“民主程序”之要义。^①这一理据似是而非,存在脱离具体范围和适用条件来抽象地解读民主程序的逻辑错误。

民主程序有特定的适用范围、具体内容和判断基准。不可否认,公民提名是现代民主政治的产物,体现民主精神。民主是个好东西,但民主也

^① 吴霭仪就认为,第45条给予最大民主空间,即使提委会需确认公民提名,也无否定提委会,显然符合“民主程序”产生候选人。参见《吴霭仪:参选设限是否削权?》,载《明报》加西版(温哥华)2014年1月30日港闻版。

是一个纷繁复杂的好东西。西方政治思想史对民主的概念、本质、模式、类型、深度、广度和民主的判断尺度等方面的理论观点非常丰富、歧见纷呈、难有定论。英国学者赫尔德指出一个重要的历史事实——“今天,几乎每个人都声称自己是民主人士。全世界所有的政治制度都把自己说成是民主制度,而这些制度彼此之间无论是在言论还是在行动方面都常常迥然不同。”^①如果撇开民主领域那些众多争议性问题,避繁就简的话,可以发现国际社会对民主程序有一点共识:即民主的本意就是少数服从多数,程序的本义就是方法和步骤,故民主程序就是少数服从多数的方法和步骤。这里的“少数服从多数”有一个在什么主体或范围内“少数服从多数”的问题,不同的主体在遵循少数服从多数时的适用范围、具体内容和判断基准就显然不同,既不能把不同主体遵循少数服从多数的结果在质量上进行优劣评判,也不能把甲履行民主程序的结果强加于乙,如果这样的话,民主就会变成一个“公说公有理,婆说婆有理”的纷争源头。正如公民提名、政党提名、特定个人提名、政团组织提名乃至提名委员会提名,都体现民主精神,但难以断言哪种提名方式更民主,也不能因为某种提名方式体现民主,就强迫其他提名主体必须接受,更不能以非法的提名方式强迫法定的提名主体接受。按照基本法的规定,提名委员会是一个唯一行使提名权力的机构,这里“民主程序”的确切含义显然是针对提名委员会作为整体的机构提名时遵循的少数服从多数的方法和步骤,是指这个机构提名时要遵循的如何反映集体意志的民主程序。离开这一点,以没有法律依据的公民提名体现“民主”为由来强迫提名委员会接受,并不符合第45条关于民主程序的立法原意。

4. 认为不能狭义解读基本法,要宽松解释基本法,如果把基本法第25条、第26条与第45条合在一起审视,可以发现其“隐含”了公民提名的路径,因而有必要容许公民提名,提名委员会必须确认。^②这一理据亦不能成立。

在特首普选问题上,无论怎样宽松解释基本法,也无法为公民提名打

^① [英]戴维·赫尔德:《民主的模式》,燕继荣等译,中央编译出版社2004年版,导论第1页。

^② 参见吴霭仪:《参选设限是否削权?》,载《明报》加西版(温哥华)2014年1月30日港闻版。另,余若薇亦认为不能以狭义来解释基本法,而是要灵活切合香港的情况,以广宽定义来解释基本法。参见杨坚:《政改谘询开展半月 反对派显疲态》,http://www.crnit.com,访问日期:2013年12月16日。

开合法之门。人权有应有权利、法定权利和实有权利三种存在形态。应有人权的种类取决社会经济文化的发展水平。从应有人权到法定人权的转化是人权实现的第一个阶段,该阶段有赖于立法者的人权意识、国家政治民主发展程度,而从法定人权到实有人权这一阶段,则有赖于国家的法治状况。从应有权利转化为法定权利,再从法定权利转化为实有权利,这是人权在社会生活中得到实现的基本形式。^①“隐含权利”实质就是应有权利。从宪法权利原理来看,公民的选举权和被选举权的确隐含了应有的提名权,但这个隐含的权利能否成为特定国家公民法定的提名权利,仍然取决于特定国家的立宪和立法选择。而法定权利能否真正成为实有权利,还取决于民主法治的实践状况。基本法第 25 条规定:“香港居民在法律面前一律平等。”第 26 条规定:“香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权。”结合前述的第 45 条内容,找不到“公民提名”的法定权利,更遑论实有权利。第 26 条中的“依法”二字确凿无误地告诉我们,选举权和被选举权要“依法”享有,如果法律没有明确授权,即使你认为是应当享有的,也是现实中无法享有的,因为隐含权利要成为实有权利,必须先通过立法成为法定权利才有可能。从外国法和比较法角度看,世界绝大多数国家的宪法均规定公民依法享有选举权和被选举权,但涉及具体的选举事务时,特定国家的公民是否实际享有提名权必须在该国的宪法或者选举法里有明文规定。例如,法国总统选举候选人产生采取特殊的“个人推荐”制度,只有具有特定身份的约 44000 人才有权推荐总统候选人,^②作为《人权宣言》诞生国的法国,并不允许公民享有提名总统候选人的权利。再如,白俄罗斯 1996 年修改的宪法只承认不少于 10 万选民联名推荐的做法。格鲁吉亚宪法规定,任何政治团体或倡议集团,只要征得 5 万选民签名,即可提出总统候选人。1995 年俄罗斯《总统选举法》规定:任何推举团和竞选联盟(集团)只有征集到 100 万选民签名,并在每个联邦主体超过选民总数 7%,它们所推举的候选人才能正式登记。^③所以,公民是否享有提

^① 参见李步云:《论人权的三种存在形态》,《法学研究》1991 年第 4 期。

^② 徐正戎:《法国总统权限之研究》,元照出版公司 2002 年版,第 48—49 页。

^③ 任允正、于洪君:《独联体国家宪法比较研究》,中国社会科学出版社 2001 年版,第 143—144 页。

名候选人的权利,并不取决于它是否“隐含权利”,而只能依据国家的法律明文规定。

5. 认为民调及民间电子公投的结果显示社会上对公民提名有诉求,且当年基本法咨询时并无详细探讨普选细节,现时应与时俱进设计符合社会需要的普选方案,而公民提名是一个符合现实民意的方案。^①这一理据苍白无力。

毫无疑问,港人对选举民主的追求具有正当性,部分选民对公民提名有期待,本无可厚非。但是,操纵议题、制造民意不是真正的民主。民意调查的结果是否符合客观实际,受制于众多的因素,如问卷题目设计是否合理、调查取样的规模是否足够、统计的方式是否科学等,都会影响民意调查的准确性。举例而言,一道问卷调查题目设计成“你是否同意选举时允许有公民提名”,相信很多人会选择同意的选项。但如果题目设计成“公民提名并不符合基本法,但体现民主性,你是否同意 2017 普选时引进公民提名”,选择同意选项的人就会大打折扣。这是因为,追求民主和遵守法治都是公民美德,但如果突破法律追求民主,显然不是美德,而是打着民主旗号的非法之举。香港现实民意是,公民提名提出伊始就备受社会广泛质疑,主流民意早就指出其非法性和对顺利推进普选带来的破坏性,公民提名方案立法会不会接受,中央也不会接受。此外,在单一制国家内的一个地区,搞所谓民间电子公投来制造虚假的民意,本身就违背了主权在民的真谛。政治经验显示,离开法治、抽象地主张民主并非正确的做法。在“一国两制”之下,民主需要在国家宪制架构和主权治理结构中来实践,脱离这一语境就可能导致错误。比如追求超越一国主权之上的所谓自治、公投,逻辑上、经验上是一种谬误,因为用自治、公投之类去对抗主权的完整和国家统一,去对抗中央的权力,去对抗宪制法律的权威,本身就是错误的。香港社会是一个法治社会,超越法治框架提出不合法的普选提名方案,结果必然

^① 2014 年 1 月 2 日,“和平占中”组织宣称委托港大民研及理大制作的民间全民投票,由 1 月 1 日凌晨 1 时后开始,傍晚 6 时 30 分结束,共 62169 人投票,六成五市民透过手机 App 投票。结果显示,八成八投票者支持提委会的代表性应予提升,九成一支持提名程序不应设筛选机制,九成四支持提名程序应包括公民提名。参见《仅万人上街 港大:6 万人投票 游行冷 公投热》,香港:《新报》2014 年 1 月 2 日 A01 版。真普选联盟称,有五成市民撑三轨制提名,参见《真普联:五成市民撑“三轨提名”》,《信报财经新闻》2014 年 2 月 13 日 A13 版。

破坏法治,也实现不了民主。埃德蒙·伯克告诫道:“法律所尊重的东西,在我看来就是神圣的。如果出于权宜之计的考虑,即使是为了公众的便利,突破了法律的防线,我们将不再有任何确定性的东西。”^①卢梭则指出:“只要法律不再有力量,一切合法的东西也不会再有力量。”^②

还必须看到,选举民主并非完美无缺。西方学者认为,选举民主的主要缺陷在于:“大多数公民缺乏理解与现代政府相关的社会和经济政策方面极端困难和负责问题的能力,他们有不断地被受欢迎的领导者所迷惑去支持吸引人而简单的方针路线的危险,很大部分投票者的低理解力以及他们的责任受贪婪、嫉妒和自私的影响。”^③有学者通过建立一个全球化时代西方民主国家选民的投票决策模型,运用完全和完美信息下的动态博弈分析后得出结论:利益集团和政治家通过提供经济表现信息(如人均GDP增长率、FDI和保护贸易政策等)影响选举结果,实现自身效用最大或最优。那些能够进行真实福利比较的选民难以在现有选举中实现政治目标。因此得出一个结论,西方现在的民主选举不那么“民主”了。他的研究结论试图回答20世纪后期民主国家选举出现的这样一些问题——为什么选举越来越难以吸引选民?为什么选举过程越来越有争议?为什么选举结果越来越可能造成选民的分裂?^④这一研究结论对于今天香港政改咨询不无参考意义。

6. 强烈反对行政长官应当由爱国爱港者担任,民主派的代表必须在行政长官候选人提名中出闸,因为整个民主派在立法会有六成民意支持,如不能出闸,说明制度排斥不同政见者,剥夺了港人的真正选择机会。^⑤这一理据不符合特首普选的政治逻辑。

特区的管治权必须牢牢掌握在爱国爱港者手中,不能允许与中央对

^① [英]埃德蒙·伯克:《自由与传统——柏克政治论文选》,蒋庆等译,商务印书馆2001年版,第273页。

^② [法]让·雅克·卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年修订第2版,第168页。

^③ David M. Walker:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第317页。

^④ 参见沈剑平:《为什么全球化中民主国家的选举不那么“民主”了?》,《制度经济学研究》2006年第3期(总第十三辑),第234—243页。

^⑤ 前民主党主席李柱铭指出,如果民主派于2017年特首选举不能获得提名,相对过去两届更为退步,或违反基本法之“循序渐进、最终达到普选”的原则。参见易锐民:《对普选定义南辕北辙港建制派与泛民互相“开火”》,《联合早报》,2013年3月12日。

抗的人担任行政长官,这是香港实现普选的政治底线。香港特首选举是一个地区性选举,地区性选举无论如何都不能产生一个与国家主体相对抗的异己力量。外国的地方选举不会产生推翻国家体制的人,选举的基本前提就是对国家的认同。但“一国两制”的架构下,怎么避免力图推翻国家体制的人当选行政长官是一个严肃的重大政治问题。从法律上讲,与中央对抗的人不能做特首也是基本法的常识性法理,因为特首是双重负责制,要对中央和特区负责,如果与中央对抗,怎么负责?中央又如何能够任命?基本法还规定特首必须依法宣誓拥护基本法,效忠中华人民共和国香港特别行政区。邓小平曾经说过,1997年以后香港有人会骂共产党,骂中国,我们还是允许他骂,但是如果变成行动,要把香港变成一个在民主幌子下反对大陆的基地,那就非干预不可了。所以,那些仇视内地政治制度的人,肯定不能当特首,你有部分支持者,你可以去做立法会议员,这正反映“一国两制”的包容性。那种把某些政治团体的成员当选立法会议员所显示和累加起来的部分民意支持当成普选特首必须让对抗中央的人有机会出线的理据不能成立。从维护一国的政治安全和香港长期繁荣稳定角度看,都要求特区管治权掌握在爱国爱港者手中,行政长官不能由对抗中央的人当选。中央表明“对抗中央的人不能担任特首”,是向提名委员会、向香港合资格选民,也是向对抗中央的人士表明中央的态度与立场。既然“对抗中央的人不能担任特首”是一个政治底线,那么,提名委员会不提名“对抗中央的人”是机构提名必然的政治理性。香港特区成立以来,在各届选举之中,反对派与建制派阵营都取得数十万的选票,取得10万名支持者提名并非难事,一个“与中央对抗的人”要获得10万名反对派支持者的提名易如反掌,这说明公民提名无法避免“与中央对抗的人”获得提名这一后果的出现,因而也就无法避免中央实质任命权与香港民意的直接冲突,无法避免“对抗中央的”行政长官候选人“挟民意以令中央”这种严重后果的出现。这是公民提名不可行的要害与实质。客观地分析,在香港,具有相当知名度和号召力、且有实力角逐特首普选的“与中央对抗的人”是极少数,中央表明“对抗中央的人不能担任特首”实际上是一个低门槛的“负面清单”,根本不是什么高门槛“筛选”,中央坚定不移推进普选,并不要求确保特定人士当选行政长官,并不意味

着中央意图控制香港普选的结果,就此而言,在排除“与中央对抗的人”不能作候选人的情况下,香港选民完全可以充分行使其真实、普及与平等的选举权和被选举权,普选的真实性和民主性可以得到充分的保障。

(三) 公民提名违背制度理性且不具可行性

政制发展必须遵循制度理性,存在路径依赖。推进普选是现有制度中如何细化制度,不是另造制度。说到底,这不是要不要民主的问题,而是承不承认基本法和全国人大常委会有关决定的权威的问题,是要不要依法办事的问题。公民提名不仅违法,还无端增加实现普选的成本、难度和风险,不具备制度理性与可行性。

其一,制度成本高昂。由于公民提名不符合基本法规定,要赋予其合法性,就必须修改基本法。试想一下,在今天香港动辄政治纷争的情况下,修改基本法的成本有多高?难度有多大?

其二,面临一系列操作性难题。比如如何验证联署的公民是合格的选民?有没有人重复联署?如何保障选民的个人隐私?哪些人有权核实资料?如何杜绝核实数据的人舞弊?核实数据需多长时间?如何避免选民登记时可能的出错等,这些显见的难题足见公民提名的现实“不可行”。当然,那些允许公民提名的国家已经解决了这些问题,但这都是首先有法律授权这个前提,同时也是长期实践和不断完善的结果。而香港显然还不具备这个条件,因为涉及修改基本法,而目前面临的是如何实施履行基本法,而不是如何修改基本法。

其三,无法满足特首提名程序的原则要求。提名程序可从三个维度来观察,从个人维度看,是享有提名权的提名者行使权利的一种个人行为;从提名组织(政党、团体、特定机构)维度看,是组织成员如何按照民主程序行使权利、参与提名、形成集体意志的一种组织行为;从国家维度看,是国家组织国家机关的一种制度行为。无论怎样理解提名程序的内容,它必须受提名原则所决定是毫无疑问的。香港特首普选时提名委员会提名的“民主程序”也必须由提名的原则所决定,提名原则至少应当包括民主、爱国爱港、符合香港实际和法治等原则。由此出发,这个民主程序必须确保所有提委会成员有平等的权利参与提名,所有合格的参选人都可以向提委会争取提名,选出的候选人应体现机构提名;必须确保提

名的行政长官候选人体现广泛代表性,符合均衡参与民主原则,不被立法会、其他社会组织及阶层操纵和控制;必须确保“爱国爱港者”得到提名,避免“与中央对抗的人”得到提名;必须确保通过普选产生的行政长官既能代表香港的整体利益又能对中央负责,维系行政主导,避免激进民主和民粹主义对特区管治的冲击;必须严格按照基本法和全国人大常委会的决定来进行。公民提名显然无法满足上述原则要求,因而不可能被接受。

三、普选特首时的提名委员会的提名机制具有哪些制度理性

通过前述的分析论证,不难发现公民提名不合法、不合理和不可行。客观来看,一些政团组织和人士之所以非要提出明显不合法、不合理和不可行的公民提名主张甚至全民提名主张,甚至要以占领中环来逼迫中央和特区政府接受这些主张,除了政治对抗性思维作祟外,恐怕多少与不了解、不认同提名委员会提名机制的制度理性有关系。因此很有必要来阐明提名委员会提名机制的制度理性。

检视基本法的起草过程,现在提出的包括公民提名、政党提名、甚至全面直选等很多方案,在起草基本法时都被提出过,最终确定下来的就是第45条和附件一。这说明,现行的提名委员会制度设计是目前各方最能接受的方式,是各种提名主张中最好的机制安排。为什么这么说,是因为这个提名机制具有八大制度理性:

第一,提名委员会提名机制的“筛选”功能符合常情常理。任何选举都需要有提名机制,任何提名机制都存在筛选的功能,区别只是筛选的标准、条件有差异。主张公民提名也有联署门槛的差异,不同的联署门槛当然具有筛选功能。允许政党提名的国家和地区,政党组织规模有大有小,影响力也有大有小,不少国家规定在议会里没有议席的政党没有提名权利,如何确定不同政党组织的提名条件与数量,恐怕也需要明定门槛,这实质也是筛选。观察世界任何国家的选举制度,提名机制不可或缺。提名的重要功能在于使得民主选举成为可能。试想一下,如果没有提名,不限制正式候选人的数量,没有任何筛选和过滤,任何个人都可以参选,这是极端民主和最彻底的普选,问题是世界上哪个国家和地区有这样的普选?

第二,提名委员会的提名机制不仅不是反民主或阻碍民主的,恰恰是

民主选举的一个必备程序,是民主制度的组成部分,对选举民主具有纠偏和补正的功能。尽管选举民主是今天各国民主政治的主要形式,但民主理论和实践告诉我们,单纯的选举投票存在多数暴力的可能、保护少数的不足、复杂利益协调不够、民意取向与管治人才的专业能力需求的冲突以及被强势团体操纵的可能等问题,为了避免这些问题,需要前置合适的提名机制,以纠偏和补正。提名机制的功能在于:一是满足现代社会治理对专业管治人才的需要,避免选举带来的民意压力对候选人管治能力的冲击;二是实现均衡参与,避免候选人乃至整个选举被强势团体操纵,避免多数暴政;三是协调多元利益,避免社会分裂和激化矛盾;四是验证候选人获得社会精英或者代表人士认可的普遍程度,同时有效控制候选人的数量,使得选举变得易行。

第三,香港特首普选的提名委员会作为提名特首候选人的唯一机构,采取“机构提名”模式,可以从分析法律规范的字面含义和立法原意得出这个结论。从法律规范角度看,选举委员会与提名委员会的性质与功能有明显区别。从法律文件对两个委员会的功能定位看,选举委员会兼具提名和选举功能,而提名委员会只有提名功能,没有选举功能,选举则交由特区全体合格的选民投票普选。法律文件对这两个委员会名称表述就直白显示了这种区别。同时,还必须注意到,两个委员会虽然都具有提名功能,但提名的内涵却不一样,选举委员会的提名是“个人提名”,是委员的个人行为,基本法附件一所使用的法律用语为“选举委员以个人身份投票”、“选举委员可联合提名行政长官候选人”、“每名委员只可提出一名候选人”,这里的用语都是“选举委员”或“委员”而不是“选举委员会”。个人提名是具名提名,提名人的资料可以公开让公众查阅核实。尽管法律对提名委员会没有使用“机构提名”这个说法,但从立法原意来看,提名委员会的提名只能是“机构提名”或者说是“整体提名”,这是因为,基本法规定的表述中“提名委员会提名行政长官候选人”,主语是“提名委员会”,无论怎样理解“提名委员会”,它都是指一个机构,正如理解“特区政府”、“律政司”、“终审法院”这样的机构名称,我们只能理解作为政府机构的“特区政府”和“律政司”,作为司法机构的“终审法院”,不可能理解为政府里面的官员个人或终审法院的法官个人一样。因此,提

名委员会的机构提名是提名委员按照民主程序行使权利、参与提名、形成集体意志的一种组织行为，它采取无记名投票方式来产生最终的正式候选人。这从附件一对选举委员会的提名门槛的要求与基本法第45条所规定的“民主程序”用语明显不一样就可以得到确证。至于提名委员会的机构提名是不是可以建立在个人提名基础上再通过民主程序的票决方式产生整体提名的结果，值得香港社会进一步讨论协商，这是“民主程序”在具体落实时有空间进行探讨的内容。

从立法原意角度看，提名委员会之所以是“机构提名”或“整体提名”，主要基于如下考虑：一是组成须体现广泛代表性和符合均衡参与原则，故最终没有采纳“政党提名”的建议；二是不能让某界别“独大”而有机会操控整个选举情况，故四大界别的比例应维持一致，各占25%；三是避免特首普选出现极端政见、激进偏颇的候选人，故需要反映集体意志，提名的候选人得到社会主流认同；四是提名委员会的广泛代表性和“民主程序”，有助于保障提名委员会提名时慎重考虑社会各个群体阶层的诉求、各种政治力量的意见，包括推荐、民调、媒体取向或政党取向等，提名委员会也担负着概括、综合、参考、吸收各方意见的民主功能，各方意见也只有进入提名委员会这个宪制机构和法定平台进行充分的表达、碰撞、综合、协调，在少数服从多数的原则下，最后经过委员们的投票行为这一公共选择形成集体意志，达成机构提名的最终正式候选人。这是一种具有香港特色、符合香港民主发展实际的提名制度。在提名委员会的制度框架下，任何合格的人士都可以报名参选行政长官，提名委员会根据民主程序进行票决，对于试图争取提名的竞选者的取舍结果都具有正当性和权威性，任何凭借所谓公民提名、政党提名所代表的一定民意性去指责甚至妖魔化提名委员会的权威和正当性，绝对不符合基本法，也势必破坏特首普选的正常进行。

第四，提名委员会将参照选举委员会组成方式，这一制度糅合了选举、协商、推选等多种方式产生代表，平衡性和广泛性毋庸置疑。有学者曾撰文对广泛代表性进行很有说服力的分析。他指出：选委会目前的四大界别包括三十八个小界别，大致描绘了香港不同行业的选民群体，可避免较强势的利益相关群体对代表的垄断。香港选委会制度糅合了选举、协商、推选等多种方式产生代表，第四界别的立法会直选议员、部分区议

员和实行个人票的界别,是以一人一票为基础;第三界别宗教界的六十名成员是由香港六大宗教内部协商产生;以团体票和公司票为基础的界别,则由各公司或团体经协商和推选等方式,先在内部产生代表,再由这些代表进行投票。相比单纯的票决,糅合多种方式产生代表的好处在于,平衡民粹倾向,让不同方式产生的代表,在合作主义的框架下相互制衡,积累共识,避免制度过快转变带来的巨大纷争,实现不同力量各自担当不同责任的微妙平衡。这位学者主张,香港需要的是秩序优良的“好”民主,能真正反映社会不同阶层而不是声大势壮群体的利益。香港的提名委员会制度尝试在描绘整体社会结构的基础上加入选举、协商和推举的策略,是一种带有香港特色的探索。它既能带来实质的广泛代表性和均衡参与,还能促进不同团体间的沟通,建立长久合作所需要的社会信任。^①

第五,提名委员会提名机制的公平、公开和公正性并不低于有人主张的公民提名、政党提名。比如政党提名是政党的内部提名,独立人士不可能得到政党提名。达到公民提名所需要的联署门槛,需要竞选者花很大的成本去宣传和拉票。而提名委员会由各个阶层、各个界别的人组成,从历届选举委员会组成来看,任何政党和团体都不可能在提名委员会中占多数,无法控制提名委员会。任何一个党派强烈支持或者强烈反对的人,如果没有其他界别团体的合作,这种支持或者反对在提名委员会里面都难以遂愿。没有一个政党或者政治团体可以保证自己的代表人物一定获得提名。在提名委员会制度下,其机构提名是跨党派的提名,任何一个合资格的人,无论属于什么党团还是独立人士,都可以获得平等的争取提名的机会。如果有人因持极端政治立场或者因能力不行、品行不佳、声望不够而不获得提名委员会大部分委员的认可,那不是制度与他过不去,而是他自身的原因或自身的行为不被提名委员会所认可。可以设想,挟洋自重者不会得到提名委员会提名,与中央对抗的人不会得到提名委员会提名,不考虑港人利益的人不会得到提名委员会提名,没有能力处理好中央与特区关系的人不会得到提名委员会提名,能力不行素质很差声望不佳的人不会得到提名委员会提名,难道这样的筛选不好吗?

^① 钟诚:《对“广泛代表性”的政治学思考》,载《星岛日报》2014年4月4日A18版。

第六,提名委员会最大的制度理性在于平衡、均衡、合作的共和色彩,单纯用民主的标准来看待它既不公允也不科学。它的组成基本上是香港经济社会阶层结构的缩微版,是一个平衡器和混合器,带有类似混合政体的优势。香港最大的、根本的利益是繁荣稳定,要维持繁荣稳定,就必须避免民粹或福利主义的冲击,避免和防范党争带来对抗性选举政治及社会撕裂,避免和防范两制冲突危及一国。特首普选的提名委员会机制糅合了多种价值需要和功能发挥,带有混合政制的优势。美国宪法之父麦迪逊在《联邦党人文集》第37篇中认为,费城会议所面临的设计问题是:把政府需要的稳定和能与对自由和共和政体应有的神圣的关注结合起来。这是很难做到的,是一个实现鱼与熊掌兼得的设想。麦迪逊指出,政府的能力、政府的稳定都很重要,但以适当的比例把它们混合起来是困难的。共和政体的自由性质,要求一切权力来自人民,而且通过短期的任职,使被授予全权的人始终依赖人民。而且即使在这短期内,权力也不应当委托给少数人,而应该委托给许多人。可是,稳定却要求被授权的人的掌权时间要持久。经常选举会造成经常更换人选。经常更换人选又造成政策措施的经常改变从而不稳定。而政府的强而有力不仅需要权力的某种持续,而且需要由一个人执行权力。^①这就告诉我们,政治制度设计必须满足多项设计标准,设计标准之间既不是完全兼容的,又不是完全矛盾的。整体的各个组成要素之间从来不是能够充分整合的,也不是完全独立、充分排斥的。其矛盾在于使一个价值最大化的努力会损害另一方面的价值。因此,设计操作性的政治制度,不可能是任何单一价值最大化的结果。^②更多的安全,必须以更少的自由为代价,而更多的自由则必须以更少的安全为代价。自由和共和制都是设计标准的要素,而安全、能力和稳定也是必须考虑在内的要素。理想的结果是实现综合优势的最大化,“以适当的比例把各种价值混合起来”。^③政治制度的设计如同任何复杂工程设计一样,是需要把许多因素考虑进去的,而且这些因素互相之间还

^① 《联邦党人文集》中文本,商务印书馆1980年版,第180页。

^② [美]文森特·奥斯特罗姆:《复合共和制的政治理论》,毛寿龙译,上海三联书店1999年版,第69页。

^③ [美]文森特·奥斯特罗姆:《复合共和制的政治理论》,毛寿龙译,上海三联书店1999年版,第70页。

存在牵制制约、此消彼长的关系。自由、平等、民主、法治、人权、效率、稳定、政府的能力等因素之间是复杂而互动的关系。比如“管得最少的政府就是最好的政府”，但在天灾面前，政府不管事肯定不是好政府。比如设计一台汽车，考虑安全必须考虑材料的结实和车身的重量；考虑速度，则必须尽量减轻车身重量；考虑环保，则要争取少耗油；考虑舒适，必须装配音响、影碟机；考虑外观美丽，还得顾及车身的安全、购车费用是否经济等。所以，好的政治制度都体现了混合政体的特色。英国的代议制是英式混合政体：国王是君主制的象征，由世袭贵族和委任的各界名流组成的上院是贵族制的象征，经选举产生的下院是民主制的象征，它把君主、贵族和民主三种政府形式掺杂在一起，这可以带来三者各自的长处，同时避免三者潜在的危险。英国有些政治家认为，纯粹的民主容易滋生骚乱造成无政府状态。所以要用混合制，给民主戴上轡头。美国的政制是另一种混合，它把由选举产生的众议院，由间接选举产生的参议院，由选举团小圈子推选的总统，以及不经选举产生的终身法官一锅烩。美国的国父们都不愿自称“民主派”，他们设计这种大杂烩的目的就是为了对民主加以限制。正因为有了这种对民主的限制，美国的有产精英阶层才可以凭借其资源和知识的优势，在必要时获得有利的立法，而不受国会内多数的控制。这对资本主义的美国无疑是好事。

提名委员会的界别混合、超党派特点保证了香港各界的“均衡参与”，体现了广泛代表性，十分有利于实现邓小平讲的选择好的政治人物，以爱国者为主体，又包容左中右，最好中间人士多一些的“港人治港”设想。^①

还有一点值得注意，观察民主，不仅要看支持率，也要看反对率。今天泰国、埃及等一些国家出现的政治乱象，其实就是社会结构的同质化不够充分的条件下实行民主，导致支持者与反对者无法接受对方，无法进行妥协，反正谁上台，另一派一定不接受，造成的社会撕裂、社会动荡十分严重，至今都没有走出困局。所以，不能把民主选举的提名问题，单纯视为谁有一定的支持者就必须出闸。“好”的民主选举既要看支持者的多少，也要看反对者的多少及其反对的力量强度，单纯看支持者，会陷入悖论之

^① 参见《邓小平文选》第三卷，人民出版社1993年版，第74页。

中。比如台湾陈水扁、宋楚瑜和连战的那次选战，看支持票，他们三个大概都得到 30% 多的支持率，但陈水扁略多于连战和宋楚瑜，结果他当选了。但其实支持连战和宋楚瑜的支持票加起来超过 60%，这其中很多是反对陈水扁的，反过来说，陈水扁是一个反对者最多的人，居然当选了台湾地区领导人，这样的民主是不是真的民主，是不是好的民主，值得反思。回到香港，我们可以看到，今天香港社会所谓的建制派、反对派的分野十分明显。但提名委员会的功能恰好在于，任何有某个政党、某个阶层强烈支持的候选人，必须寻求其他政党、团体以及独立提名委员的支持，如果一个只得到部分政团强烈支持的人，遇到另一些政团的强烈反对，他是难以获得提名委员会的整体提名成为正式候选人，这就使得激进立场、极端政治主张的人不可能出线。以往几次选举委员会的提名及选举，某政团的参选人几乎没有得到某些界别的支持，很能说明这一点。这种制度安排有利于香港的民主发展，可谓这个普选制度的最大优势所在。如果 2017 年的香港特首普选导致泰国、埃及那样的对抗式政治，香港的繁荣稳定还能维持吗？所以，不要只看到提名委员会有可能筛选掉与中央对抗的极少数人，其实它也会筛选掉那些主张搞社会主义的人，会筛掉那些不主张“一国两制”的人，会筛掉那些对香港社会发展缺乏责任感和担当的人，这是一个切实维系“一国两制”的绝妙的制度安排。

第七，筛掉与中央对抗的人其实是低门槛的筛选。香港有人声称，由提名委员会提名，泛民派的人都不可能出闸。这恐怕言过其实。泛民派在香港有相当的市场，可以代表相当一部分香港市民的声音。这是香港特定的历史社会结构以及“一国两制”本身所允许和保留的两制及其意识形态所造成的正常现象。与中央对抗的人不能与泛民派划等号，泛民派的政治光谱很广，其中与中央对抗的人是极少数，大部分泛民派人士秉持爱国爱港立场，不仅与特区政府关系良好，也与中央关系良好。如果他们的政治主张不偏激，个人形象、能力素养及参选表现上佳，完全有可能得到提名委员会的认可。至于少数“与中央对抗的人”，他们中间具有实力角逐特首普选更是极少数。中央表明“对抗中央的人不能担任特首”实际上是一个低门槛的“负面清单”，根本不是什么高门槛“筛选”，中央并不要求确保特定人士当选行政长官，就此而言，在排除“与中央对抗的人”不能作

候选人的情况下,香港选民完全可以充分行使其真实、普及与平等的选举权和被选举权,普选的真实性和民主性可以得到充分有力的保障。

第八,提名委员会机构提名的作用可以避免宪制危机,可以保证提名的候选人既被特区接受,也被中央认可。在实行“一国两制”的香港特区,如果特首普选时的候选人提名方式无法避免“与中央对抗的人”获得提名这一后果的出现,也就无法避免中央实质任命权与香港民意的直接冲突,无法避免“对抗中央的”行政长官候选人“挟民意以令中央”这种严重后果的出现。

上述分析了提名委员会制度理性的八点表现。当然不能断言提名委员会这个制度设计就十全十美,好得不得了,因为世界上没有十全十美的东西。但提名委员会的制度毕竟是目前各方最能接受的方式,是最大公约数。香港社会不少有识之士在谈到普选时,都认为任何国家和地区不可能一开始就做到完美无缺的普选,选举制度都存在不断进步完善的必要与可能,他们认为一旦2017年实现特首普选之后,在达成社会共识基础上,普选制度还可以进一步完善。所以,香港实现普选必须尊重提名委员会的制度共识,遵循这一制度进步的路径依赖。如果脱离制度实际,脱离国情区情,脱离政治和法律现实,甚至还要发动非法“占中”这种激进行为来要挟中央政府和特区政府,最后结果恐怕只会事与愿违。

四、如何审视“8·31决定”的若干法律问题^①

“不要认命要抗命!”这是香港资深大律师梁家杰对“8·31决定”的政治表态。^②应该看到在全国人大常委会作出这份决定之后,香港部分人士对这份决定的法律性质、内容以及对“双普选”的作用等问题都表示了质疑,提出要重新审视这份决定,避免所谓宪制灾难,甚至直接鼓动香港市民,特别是“占中”运动的参与者“不必被该决定吓倒,不必将该决定作为普选框架,(继续)投入或支持不懈的抗争”。^③毫无疑问,这些质疑

^① 本部分由主持人与其指导的硕士、现在就读于清华大学法学院博士生的孙成合作完成,并以同名文章发表于《港澳研究》2015年第2期。

^② 参见梁家杰:《认命与抗命的抉择》,《明报》,2014年9月1日。

^③ 施路:《揭开人大常委会决定的面纱》,《苹果日报》,2014年9月8日。

意见不仅在理论上曲解了“8·31 决定”所建基之宪制框架,而且在实践上亦不利于疏导政改争论、引导香港社会及凝聚社会共识,对解决香港政改困局毫无助益。鉴于此,有必要从学理上对这些质疑意见予以辨明。

(一)全国人大常委会“8·31 决定”的法律性质

概括起来,对“8·31 决定”法律性质的质疑主要分为三个方面:第一,全国人大常委会的决定不是法律,只是全国人大常委会的一种政治意见,本身不具有法律效力;第二,“8·31 决定”还需要香港立法会通过才能最终生效,这一点也说明该决定不具有法律效力;第三,全国人大常委会以“决定”的方式规定特首普选的问题,违反立法法第8条第(3)项的规定,属于违法决定。^①细究这三点质疑意见,不难发现其不仅存在对法律效力概念的误解,也存在对内地法律制度的误读。

1. “8·31 决定”是否具有法律效力

关于“8·31 决定”的法律效力,首先需要明晰三个问题:

第一,在中国内地的法律体系内,一个规范性文件的名称与其法律性质没有必然对应关系,所以不能以是否叫“某某法”来断定其法律性质。^②第二,“法律”在中国内地存在广义和狭义之分,狭义的法律特指全国人大及其常委会的立法,而广义的法律则包括具有法律规范效力的诸多文件。^③法律效力(法律规范的效力)是指法作为一种国家意志所具有的约束力,具体表现为由国家制定或认可的规范性法律文件对主体行为具有的普遍拘束作用,而非仅指“狭义法律”具有的效力,如果混淆了这一点,我们就无法解释行政法规、地方性法规等的效力问题。^④第三,全国人大常委会决定的法律性质是一个比较复杂的问题,有的是法律(狭义),有的是法律解释,有的则是效力层级低于前两者,但仍具法律效力的规范性

^① 参见施路:《揭开人大常委会决定的面纱》,《苹果日报》,2014年9月8日;施路:《人大常委会的决定不容挑战?》,《苹果日报》,2014年10月7日;李怡:《人大常委会决定违反人大常委会决定》,《苹果日报》,2014年9月13日。

^② 关于中国内地在“法的名称”上的论述,参见周旺生:《立法学》(第二版),法律出版社2009年版,第461—466页。

^③ 内地通说参见张文显:《法哲学通论》,辽宁人民出版社2009年版,第160页;对“法”概念在当代中国内地演变的一个较为完整的梳理参见,何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第41—54页。

^④ 内地通说参见朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社2008年版,第356页;专论参见张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第24页。

文件。根据公布主体与制定程序的标准判断,“8·31决定”不属于狭义的法律或法律解释,^①但这不影响其作为广义的法律具有法律规范效力,只是其效力层级低于宪法和基本法(包括对其的解释)而已。

2. 需要香港立法会通过“8·31决定”本身的法律效力是什么关系

“8·31决定”本身的法律效力与政改最终方案需要经过香港立法会等程序才能生效是两个有关联但在学理上独立的问题。政改五步曲的每一步都是一个单独的法律行为,具有独立的效力要件,只要要件具备,该行为在作出后就具有效力,并对后一步行为具有法律约束力,这与最终政改决定需要五个有效力行为相互叠加才能生效并不矛盾。正如法院的审判程序一样,对于当事人最具意义的是生效判决,但从起诉、受理立案到开庭、从一审到二审,每一个环节均必不可少,不能以最终生效的判决来质疑前面每一程序的价值和意义。具体来说,为什么行政长官提交的政改法案必须遵循“8·31决定”的框架,香港立法会为什么只能就该框架进行表决,而非自己提出框架或修改上述框架,都说明“8·31决定”具有法律效力。^②

3. 以决定形式规定特首普选是否违反立法法

立法法第8条第(3)项规定“特别行政区制度只能制定法律”,这条实际上与宪法第31条一脉相承,“在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”。显然,这两条中的法律都是狭义的概念,特指全国人大的立法。那么全国人大常委会以“决定”的形式规定政改框架是否涉嫌违法,甚至违宪呢?问题的症结就在于:区分行使专属立法权时所采纳的法律形式与行使基本法授权时所采纳的法律形式,不能因为它们都涉及特别行政区制度就混为一谈。具体来说,“特别行政

^① “全国人大常委会决定”的法律性质之所以复杂,一方面是与不同时期立法对此规定不同相关,另一方面又与不同时期宪法对全国人大常委会规定的职权不同相连。本文认为如果某规范性文件是由国家主席公布并且遵循的是立法程序,则虽名为决定,仍属于狭义法律,例如在“8·31决定”后通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》就属于狭义法律。当然,“公布主体与制定程序”这一标准也并非绝对,因为根据《立法法》和《全国人大常务委员会会议事规则》,在特殊情况下,也存在两次审议,甚至一次审议就交付表决的法律案。关于这一问题的讨论可参见,王竹:《我国到底有多少部现行有效法律——兼论“准法律决定”的合宪性完善》,《社会科学》,2011年第10期;江辉:《有关法律问题的决定与法律的区别》,《人大研究》2012年第1期。

^② 官方表述参见冯巍:《在全国人大常委会决定简介会上的讲话》,中央驻港联络办公室官网, http://www.loecg.hk/jsdt/2014-09/01/e_126944956.htm,访问日期:2014年12月27日。

区制度只能制定法律”指的是有关特别行政区制度的基本原则、基本内容和整体框架应该由人大立法予以规定,这点实际上已经为基本法这一宪制性法律所体现,而在行使基本法的授权对特别行政区的具体问题予以规范时,当然可以通过其他立法形式,只要不违反基本法内容、不超越授权即可。^①因此,全国人大常委会根据基本法附件一和附件二的授权以“决定”的形式规范香港政改问题与宪法、立法法规定的专属立法权不存在抵触。

再者,如果认为涉及特别行政区的任何制度都只能通过制定人大立法的观点可以成立的话,那么如何理解回归前后全国人大常委会作出的诸多关于香港问题的决定,例如全国人大常委会关于香港原有法律问题的决定。这些文件都不是他们理解的人大立法,照此推理也都不应具有法律效力,那岂不是香港特别行政区政府、立法会和法律体系的存在依据都有疑问了?^②

由此可见,上述对“8·31决定”的质疑意见,脱离了中国内地的法律规范体系和理论体系,存在因制度差异导致的误解与误读,依其意见进行推理会得出明显荒谬或自相矛盾的结论。

（二）全国人大常委会“8·31决定”规定特首普选框架的法理依据

香港有意见认为根据基本法和《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》(以下简称2004年“人大释法”),在政改五步曲的第二步,全国人大常委会只能根据特首提交的报告,就“是否需要修改”进行确定,而不能对“如何修改”加以具体规定。由于“8·31决定”已经涉及“如何修改”问题,所以断言全国人大常委会越权违法。^③这实际上涉及“8·31

^① 参见张春生:《对全国人大专属立法权的理论思考》,《行政法学研究》,2000年第3期。

^② 在实践中这样由非人大立法规范的具体例子还有很多,比如最高法院根据基本法第95条与香港有关机构在相互委托送达民商事司法文书、相互执行仲裁裁决等问题上安排,如果按照上述质疑意见去理解,岂不都是无效的?

^③ 参见施路:《揭开人大常委会决定的面纱》,《苹果日报》,2014年9月8日;施路:《人大常委会的决定不容挑战?》,《苹果日报》,2014年10月7日;施路:《再论“8.31决定”的效力》,《苹果日报》,2014年10月20日;刘梦熊:《应该重新审视“8.31决定”》,《明报》,2014年10月17日;刘梦熊:《维护人大权威避免宪制灾难——再论重新审视“8.31决定”》,《明报》,2014年10月25日;刘梦熊:《一国两制的历史教训:主要防“左”——三论重新审视“8.31决定”》,《明报》,2014年11月15日;2014年10月21日政府与学联代表对话中,学联代表梁丽帼的观点,参见《港府与学联代表对话实录》,南华早报中文网, <http://www.nanza.com/sc/hk/40668/gang-fu-yu-xue-lian-dai-biao-dui-hua-shi-lu>, 访问日期:2015年3月1日;黎蜗藤:《详解人大831决定的法律缺陷》, <http://www.pentoy.hk/%E6%99%82%E4%BA%8B/reader/2014/10/28/1-245/>, 访问日期:2015年3月27日。

决定”是否违反 2004 年“人大释法”的问题,核心在于阐明“8·31 决定”规定特首普选框架的法理依据。

1. 不能拘泥于字面含义来理解“确定”和“是否需要修改”

法谚云:对法律最好的解释者是法律本身。^①所以无论普通法系还是大陆法系,大都承认文义解释在法律解释方法中的首选地位。^②下文选取与此有关的六份规范性文件:2004 年“人大释法”、2004 年“人大释法”的说明、2007 年人大常委会关于政改问题的决定、2007 年人大常委会政改决定的说明、2014 年人大常委会“8·31 决定”和 2014 年人大常委会“8·31 决定”的说明,虽然这六份文件在法体系内的效力层级并不一样,但是它们都是全国人大常委会作出的涉及政改问题的规范性文件。经过整理,关于政改第二步具有以下四种表述形式:

第一种,是否需要修改,由全国人大常委会确定。(2004 年“人大释法”)

第二种,是否需要修改和如何修改,决定权在中央。(2004 年“人大释法”说明)

第三种,就行政长官产生办法、立法会产生办法以及立法会表决程序的修改问题向全国人大常委会提出报告,由全国人大常委会确定。(2007 年人大常委会关于政改的决定,“8·31 决定”,“8·31 决定”的说明)

第四种,行政长官向人大常委会提出报告,全国人大常委会对是否需要修改作出决定。(2007 年人大常委会政改决定的说明)

通过对比首先应当看到,虽然在字面上 2004 年“人大释法”说明中的“如何修改”没有写入 2004 年“人大释法”中,但是前者所附带的草案与后出台的正文完全相同,所以并不存在人大常委会审议时故意删除“如何修改”,只保留“是否修改”的立法意图。其次,虽然上述文件均涉

^① 孙笑侠编译:《西方法谚精选》,法律出版社 2005 年版,第 81 页。

^② 大陆法系对此的观点可参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 219—221 页;[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春,吴越译,法律出版社 2013 年版,第 315 页。普通法系对此的观点可参见张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 174—175、179—180 页。对于为何要优先使用文义解释方法,可参见王利明:《法律解释学》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 75—76 页。

及香港政改问题,文字适用上具有一定的贯通性,但毕竟作出的具体背景并不相同,因此简单地通过一个文件的字面含义就得出一个确定的答案不科学。最后从文义角度看,如果“确定”不“需要修改”,否定式的含义其限定意义十分清晰,但如果“确定”“需要修改”的话,其肯定式的含义必然包括接受修改的必要性以及自己对如何修改已然有大致确定的选项,因为如果仅仅只是同意修改,但对如何修改没有考虑成熟的话,从政治运作的经验角度看就不应同意修改,因为漫无边际的修改显然不属于可以同意的范围。

2. 历次人大常委会决定均涉及“如何修改”问题

在文义解释无法得出确定答案之时,需要运用体系解释的方法将特定法律规范嵌入整个规范体系来考虑其含义。^①由此出发,通过分析2004年“人大释法”后的历次政改决定,可以发现全国人大常委会在政改第二步上从来就没有局限于回答“是否修改”,而都不同程度地回答了“如何修改”的问题。

具体而言,2004年和2007年两次人大常委会关于政改问题的决定,除了否决实行“双普选”的命题外,还就行政长官和立法会选举办法的修改设定了基本原则。特别是在2007年人大常委会关于政改的决定中,提出了2017年普选的时间表,这显然不属于“是否修改”,而是“如何修改”的问题。由此可见,2014年“8·31决定”对特首普选办法的一些核心问题作出规定,与人大常委会一直以来对此权力的行使方式相符。如果接受2007年的决定可以提出普选时间表,从体系解释的角度看没有理由说“8·31决定”就违反2004年“人大释法”。^②还必须指出,作出每次政改决定面对的具体问题并不一样,需要考量的因素也不相同,因而政改决定的内容有所调整符合“决定权”的要义。

3. 决定中规定普选框架与“人大释法”的立法目的相符

在完成从法律外在体系对上述问题的分析后,我们再从目的解释的角度切入,对上述结论予以印证。从宏观角度来看,不论是2004年“人大

^① 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第61—62、74页。

^② 对此论点,强世功教授也从宪法惯例的角度得出了相同的结论。参见强世功:《政治决断:关于行政长官普选的人大决定》,《明报》2014年9月3日。

释法”规定政改五步曲,还是2014年“8·31决定”规定普选框架,都在于明确香港政改不仅关系到香港本地的繁荣稳定,也关系到国家主权、安全和发展利益,中央对香港政改拥有决定权力、负有宪制责任,两份文件显然在立法目的上是一以贯之的。从微观角度分析,2004年“人大释法”在设计政改五步曲时,就已经预设了全国人大常委会可以在政改第二步对普选办法核心问题予以规定,因为五步曲的最后一步,中央对立法会通过法案,只能作出批准与否的决定,不能再作修改。^①所以,在香港社会就普选问题存在较大争议的情况下,全国人大常委会在“8·31决定”中对普选办法核心问题予以规定,恰恰忠实地反映了上述立法意图,在实践上也有利于定分止争,促进社会凝聚共识。

由是观之,香港部分学者断言“8·31决定”违法的论述存在法理瑕疵。在文义存在模糊的情况下,综合体系解释和目的解释的结论,应该承认“8·31决定”中提出特首普选框架符合该项权力一直以来的行使方式,具有法理依据,并不违反2004年“人大释法”。香港特区政府律政司也通过对普通法世界类似问题的研究得出了相同的结论。^②

(三)全国人大常委会“8·31决定”在什么意义上是“不容置疑”的

在“8·31决定”通过后举行的新闻发布会以及高官简介会上,全国人大常委会副秘书长李飞均提出“8·31决定”是一个庄严、审慎的决定,其法律效力不容置疑。^③针对这一表述,香港有意见认为根据中国宪法第62条第(11)项的规定,全国人大有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定,所以完全可以质疑“8·31决定”。^④受此影响,学联代表在2014

^① 参见李飞:《全国人大常委会决定的政治和法律内涵——在香港特别行政区政府高级官员简介会上的讲话》,中央驻港联络办公室官网,http://www.locpg.hk/jsdt/2014-09/01/c_126942832.htm,访问日期:2014年12月27日。

^② 2014年10月21日政府与学联代表对话中,政府代表袁国强的观点,参见《港府与学联代表对话实录》,南华早报中文网,http://www.nanza.com/sc/hk/40668/gang-fu-yu-xue-lian-dai-biao-dui-hua-shi-lu,访问日期:2015年2月1日。

^③ 参见2014年8月31日李飞同志在全国人大常委会办公厅举办的新闻发布会上的发言,中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzzb30/node_9655.htm,访问日期:2014年11月27日;李飞:《全国人大常委会决定的政治和法律内涵——在香港特别行政区政府高级官员简介会上的讲话》,中央驻港联络办公室官网,http://www.locpg.hk/jsdt/2014-09/01/c_126942832.htm,访问日期:2015年2月5日。

^④ 参见尹靖廷:《解决政治桎梏,提请人大违宪审查》,《明报》2014年11月8日。

年10月21日与政府代表对话时,也将其作为支撑性论点之一。^①应该承认,单就人大宪法监督这项制度而言,他们的理解没有错误,但是忽视了上述表态的语境,李飞表述这一观点的场合不是学术研讨会,而是新闻发布会、简介会,二者最大的区别在于受众不同,后者需要在有限的时间内,用简明的语言使香港普罗大众迅速、准确掌握“8·31决定”的核心内涵,同时向那些素来质疑中央对港管治权的群体明确这一决定的权威。结合这一语境,下面从两个层面阐释“8·31决定”在什么意义上是“不容置疑”的。

1. 香港本地任何机构没有挑战该决定的权力

根据法律效力的层级结构,“8·31决定”低于宪法、基本法以及全国人大常委会对基本法的解释。^②但是审查其是否违宪、违法的权力并不属于香港本地的任何机构,特别是香港法院对此没有司法审查权。^③关于这一问题,香港法院也曾有过反复,在马维騫案中陈兆恺法官指出“我同意特区法院不能挑战全国人大设立筹委会的决定、解决办法或理由的有效性,这样的决定和解决办法是主权者的行为,他们的有效性不接受地区法院的挑战。”^④但香港终审法院在吴嘉玲案却推翻了上述判决,激进地主张香港法院“具有司法管辖权去审查全国人大及其常委会的立法行为”。^⑤面对各方质疑,香港终审法院才在随后的补充判词中纠正了自己的错误,明确表示,“我等在判词中,没有质疑全国人大及其常委会依据基本法的条文和基本法所规定的程序行使任何权力。我等亦接受这个权力是不能质疑的。”^⑥经过这一反复的过程,应该看到香港法院目前对此

^① 2014年10月21日政府与学联代表对话中,学联代表梁丽帼的观点。参见《港府与学联代表对话实录》,南华早报中文网, <http://www.nanzao.com/sc/hk/40668/gang-fu-yu-xue-lian-dai-biao-dui-hua-shi-lu>, 访问日期:2015年2月5日。

^② 全国人大常委会决定的效力低于宪法和基本法争议不大,它也低于人大常委会对法律的解释,其理由在于修改后的《立法法》第50条:“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。”(旧《立法法》第47条)

^③ 进一步说,香港法院对全国人大常委会的行为是否无任何判断的空间尚有争论。参见陈弘毅:《法理学的世界》(第二版),北京:中国政法大学出版社2013年版,第410—412页。See Bing Ling, “The Proper Law for the Conflict between the Basic Law and Other Legislative Acts of the National People’s Congress” in Chan, Fu, Ghai (eds.), *Hong Kong’s Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000, pp. 151-170.

^④ See *HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others*, CAQL 1/1997, para60.

^⑤ See *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration*, FACV14/1998, para62.

^⑥ See *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration*, FACV14/1998(补充判词), para6.

问题的态度符合中国的宪制结构,从比较法角度上看,也符合司法审查尽量回避政治问题的各国通例。^①

2. 全国人大没有撤销该决定的现实可能

全国人大常委会作为最高国家权力机关的常设机关,其制定的法律、选举或决定的国家机关领导人选、通过的各种决定具有法律效力毋庸置疑。在理论上,根据宪法,全国人大确实有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定,但不能抽象地根据这一宪法规定而任意贬损和挑战全国人大常委会行使权力的权威。那些意欲挑战“8·31决定”的人必须清醒地看到,从中国宪法实施和人大制度运作的实践来看,尚未出现全国人大改变或撤销全国人大常委会不适当决定的任何先例。从现有的法律框架和宪法惯例看,“8·31决定”被全国人大撤销的现实可能性也几乎不存在。第一,从法律程序角度分析,虽然全国人大与全国人大常委会,后者对前者负责,受其监督,但是由于全国人大主要以全体大会方式行使权力,所以全国人大常委会不可避免地在全国人大权力行使程序上扮演着重要角色。^②如临时大会是否召开,机构议案是否提出以及代表议案是否列入大会议程等问题,全国人大常委会均直接或间接(大会主席团)发挥着决定性、主导性的作用。第二,从既有权力运行的宪法惯例与政治现实分析,对于一份全国人大常委会全票通过的决定,很难想象会有1/5以上的代表同意召开临时大会,香港代表团或30名以上港区人大代表恐怕也不会同意提出撤销议案,过半数通过则更是不可及的。这并非意味着围绕特首普选框架内容不允许或不存在利益博弈,而是说,这样的博弈过程在中国政治制度运作中是放在“8·31决定”作出前的充分讨论和广泛协商过程中完成的。该决定既然以全票赞成的方式表决通过,就毋庸置疑地表明全国人大常委会已然全面、充分考虑了各方因素,也有充分的事实依据和法理依据得到全国人大绝大多数代表的

^① 美国称为“政治问题”,参见张千帆:《美国联邦宪法》,法律出版社2011年版,第53—57页;较为深入的论述参见林来梵主编:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社2009年版,第88—92页;香港法院自身的态度参见,时任香港终审法院首席法官李国能在2007年法律年度开启典礼演讲词。

^② 对于全国人大与全国人大常委会是同一机关或两个不同机关,内地学界有不同观点,本文采纳“不同机关说”。参见韩大元:《全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法》,《法学》2008年第10期。

支持。从政治实践看,这一运作体制也确有避免宪法第62条第(11)项被随意地反复使用,从而损害全国人大常委会权威的作用。第三,从实体角度看,尽管全国人大有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定,但前提是全国人大常委会作出的决定是“不适当”,从“8·31决定”作出以来,尽管一些港人提出种种质疑,但中央政府一再表态,这个决定不可动摇。当中央政府认为“8·31”决定是适当的决定时,在中国的宪政架构下,全国人大不可能改变和撤销“8·31”决定。当然,从学术探讨的角度出发,我们可以讨论是否能够借上述质疑意见来激活宪法监督制度,以最高国家权力机关之手赋予该决定更大的权威,或许是回应有关质疑的最佳方式。就像1990年4月4日全国人大在通过《香港基本法》的同时,也通过了《全国人大关于〈香港基本法〉的决定》,明确指出基本法是根据中国宪法制定的,有力回应了一些人担心基本法是否符合宪法的质疑。

总之,“‘8·31决定’的法律效力不容置疑”是在特定语境下,针对香港本地层面和全国人大层面作出的结果性判断。进一步说,这一表态也有对香港部分政治势力宣示“8·31决定”权威的意味,实质就是告诫他们,离开基本法的规定和全国人大常委会的决定来寻求另类特首普选之路注定是走不通的。

(四)全国人大常委会“8·31决定”在特首普选中发挥的作用

“8·31决定”是香港民主发展的历史性进步,但是部分香港人士对该决定的作用却始终存在着不同意见。归纳起来大致包括三点:第一,如果行政长官根据“8·31决定”提交的政改法案被香港立法会否决,全国人大常委会是在自损权威;第二,提名委员会要求的半数门槛以及2016年立法会选举办法不修改的决定都违反了基本法规定的循序渐进原则;第三,“8·31决定”是落闸,封死了本地进一步讨论的空间。^①这些观点对香港普通民众具有一定的蛊惑性,在香港部分媒体上也有一定市场,但它们是否在学理上站得住脚,值得逐一分析。

^① 前两点可参见刘梦熊:《维护人大权威避免宪制灾难——再论重新审视“8.31决定”》,《明报》,2014年10月25日;刘梦熊:《应该重新审视“8.31决定”》,《明报》2014年10月17日;香港几乎所有质疑“8.31决定”的文章都提出了“落闸”问题,数量庞大此处不再一一列举。

1. 如果立法会否决政改法案,人大常委会是否是在自损权威

应该承认行政长官根据“8·31 决定”提出的政改法案,在香港立法会确实有被反对派否决,从而实质上造成“8·31 决定”遭到抵触的可能性,但这与维护人大常委会的权威没有关系。基本法附件一将修改特首产生办法的权力授予给全国人大常委会、行政长官和立法会共同行使,并对各自的角色作出了规定,2004 年“人大释法”对这一问题的模糊之处予以澄清,这就是通常所讲的“政改五步曲”。从五步曲的权力分配关系上看,由于中国的单一制结构以及香港的行政主导体制,全国人大常委会毋庸置疑拥有决定性权力,在本地层面行政长官较之于立法会的权力更大,但这并不意味着三方中任何一方的权力是可有可无的,基本法之所以将此权力交由中央和香港两个层面三个机构共同行使,就是考虑到在“一国两制”政策下,香港特首选举既要实现中央意见和当地意见的统一,也要实现香港本地不同阶层意见的统一。该制度在最初设计时就已经预设了某一方可能由于意见不一致而出现的否决情况,并为此提供了解决方案,即援用原有制度直到新的共识达成。无论是根据“8·31 决定”所规定的制度顺利前行,还是继续执行原有的制度安排,二者都是全国人大常委会意志的体现。由此可见,将出现制度预设的结果,看成是人大常委会自损权威明显是对制度运行的一种曲解,也无视了在政改五步曲的设计上,中央政府愿意尊重香港本地不同意见的良苦用心。

2. 如果立法会否决政改法案,是否意味着“8·31 决定”的效力和权威受损

退一步讲,即使本次政改法案在立法会遭致反对派否决,政制发展原地踏步,也不能得出“8·31 决定”就因此丧失其法律效力和应有权威的结论。因为,只要未来香港重启政改,就必须回到“8·31 决定”设定的轨道,不可越雷池半步。这本身就意味着“8·31 决定”的效力和权威“风雨不动安如山”。对于香港的反对派议员而言,他们扬言要联手否决政府根据“8·31 决定”作出的政改法案,世人并不怀疑他们具备这样的政治能量,但是,他们对政府法案的否决丝毫动摇不了“8·31 决定”的法律效力和权威,只要启动政改,就绕不过“8·31 决定”。“8·31 决定”就像“紧箍咒”和“定海神针”一样,必将在香港未来普选实现的路径、方向和

框架上发挥岿然不动的宪制作用。

3. “8·31 决定”是否违反循序渐进原则

第一,严格地说,“提名门槛从 1/8 提高到半数”这一表述并不严谨,因为 1/8 门槛是选举委员会制度下的提名要求,而半数则是提名委员会制度下的提名要求,虽然选委会与提委会在制度理念、组成方式上具有承接关系,但毕竟这是两种选举方式,提名委员会是一个机构,作为机构提名要求过半数是合乎逻辑的安排,简单地从量上进行对比并不合理。^①

第二,从制度内涵上看,过半数的要求意味着,任何一个候选人如果希望获得提名并最终当选,仅靠自己政团的支持是不够的,其政纲必然要照顾到各个光谱的政团。实际上,以反对派的角度看,上述制度设计也有利于他们向特首候选人表达诉求,最终的当选者一定是能够兼顾建制派与反对派利益的人。由是观之,过半数的要求反而较之于过去的安排更为公平合理。

第三,“8·31 决定”规定 2016 年立法会选举不作修改,正是因为考虑到循序渐进原则。从词义上看,所谓序即次序,所谓渐即逐渐,循序渐进是指根据具体情况,按照一定的步骤逐渐深入和提高,条件是否具备是关键因素。^②对基本法中“循序渐进”的理解不能脱离香港政制的历史与现实,机械地要求每届选举办法都要修改。^③民主是一项复杂的政治制度,发展民主不是赛车比赛,越快越好。应该看到,在基本法明确规定提名委员会的情况下,香港社会对特首普选问题尚争议不断,甚至演化出违法“占中”的困局,试想此时再讨论立法会选举办法的修改,究竟是否有利于推进香港民主进程,答案不证自明。

4. “8·31 决定”框架下香港本地对政改是否还有讨论空间

“8·31 决定”作出后,香港媒体最喜欢用的一个词就是“落闸”。客

^① 关于提名委员会的提名门槛为什么要过半数的官方理由可参见《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区行政长官普选问题和 2016 年立法会产生办法的决定(草案)〉的说明》;李飞:《深入理解人大常委会决定,依法落实行政长官普选——在全国人大常委会决定简介会上的讲话》,中央驻港联络办公室官网, http://www.locpg.hk/jsdt/2014-09/01/c_126941633.htm, 访问日期:2015 年 3 月 27 日。

^② 关于循序渐进的词义,参见商务印书馆辞书研究中心编:《新华成语大词典》,商务印书馆 2013 年版,第 1731 页。

^③ 陈弘毅教授在 2004 年人大常委会政改决定的背景下作出了相同判断。参见陈弘毅:《一国两制下香港的法治探索》,中华书局(香港)有限公司 2010 年版,第 203 页。

观地说,在香港首次实行行政长官普选,是政治体制的重大变革,制度设计应当慎之又慎,必要的路径依赖是稳妥和理性的选择。“8·31决定”的框架符合当下的香港现实情况,香港回归虽然已过18年,但至今“23条立法”还未出台,“国民教育”频遭抵制,国家认同仍需提高。在此背景下推进特首普选,不得不防范出现政治对抗的风险、出现宪制危机的风险和陷人民粹主义的风险。因此,中央对特首普选核心框架的设计既要在技术层面保障首次普选在庄严、有序的情况下顺利进行,更要在原则层面遵循循序渐进、符合香港实际情况以及符合中央与香港的宪制关系。但这并非意味着香港本地对此次政改再无讨论空间,以“落闸”形容“8·31决定”实有夸大之嫌。实际上本地立法仍需解决大量普选过程中的实质问题^①,举例来说:

第一,在提委会提名程序方面,该程序分为几个阶段,如果分为推荐和提名两个阶段,推荐阶段需要多少名委员联名,提名阶段的民主程序又如何设计?

第二,在确定候选人方面,候选人如果多于3人怎么办,什么情况下是要到3名候选人才能进入正式选举,什么情况下2名候选人也可以开始投票选举?

第三,在选民投票方面,合资格选民采用什么模式在普选阶段投票选举行政长官,是采取简单多数制、绝对多数制还是其他办法?

熟悉选举政治的人都明白上述问题绝非细枝末节,如何设计不仅会直接决定最终特首人选,而且也会对香港政治格局造成深远影响。^② 进一步而言,在2017年实现特首普选之后,未来随着香港社情民意的变化,特首普选的框架还可以进一步调整。从功利角度看,反对派与其急于表态否决“8·31决定”,煽动社会运动,将自己放在中央的对立面上,不如就上述具体问题表达意见,发挥影响。不要因为自己短期内无法成为领

^① 参见李飞:《全国人大常委会决定的政治和法律内涵——在香港特别行政区政府高级官员简介会上的讲话》,中央驻港联络办公室官网, http://www.locpg.hk/jsdt/2014-09/01/c_126942832.htm, 访问日期:2015年4月7日。

^② 对此也有香港学者持赞同意见。See Simon N. M. Young, *Realising Universal Suffrage in Hong Kong After the Standing Committee's Decision*, 44 *Hong Kong L. J.* 689 (2014).

路人,就直接把香港民主发展之路堵死了。^①

(五) 结语

全国人大常委会“8·31决定”作出后,香港社会提出了各种质疑意见,坦率地说这很正常,这与两地在法制冲突中磨合的大环境以及香港政改争拗的小背景有关。审视这些质疑,一方面关乎法律问题,毕竟“全国人大常委会决定”本身就是内地宪法学研究的难点,加之又涉及“一国两制”原则,使得问题更为复杂,而另一方面则涉及政治分歧,关键还在于是否接受中央对香港的管治权。对于前者,还需要两地学者不断研究,回顾香港回归以来的法治实践,从临时立法会、居留权、“人大释法”到“刚果(金)案”都有一个“冲突—讨论—理解”的过程,这一过程不仅没有损害“一国两制”原则,反而使各自都加深了对“一国两制”内涵的理解,有利于以反思的态度将两制的冲突逐步纳入宪制的框架内予以消解。对于后者,中央一直坚定支持港人对民主的追求,但任何国家在发展民主的同时也要平衡国家统合的命题,这不是仅适用于中国的论断,环顾世界,任何国家的中央政府都有维持国家统合的宪制责任、政治责任和历史责任。从香港的具体情况看,“8·31决定”兼顾到了中央与香港两地以及香港内部各阶层的根本利益,只有在该决定的框架内讨论香港民主发展,方有助于香港“双普选”目标的实现。

^① 参见陈端洪:《莫让转运的机缘从指缝中溜走》,《明报》2014年9月13日。

香港特区民主政制发展分析

王振民 徐霄飞 黎沛文 赵力莹 牟玲*

引言

香港关于民主问题的争论与世界范围的“民主化”运动有着千丝万缕的联系。20世纪80年代初到1997年香港回归中国这一段时期,当时的港英当局出于策略考量,一方面为了回应世界范围内的民主化刺激,一方面为了回应中国政府关于“香港问题”的政治声明,应景应时地对香港当时的政制结构作了某些调整,在一些层面启动了一些“民主”改革的举措。^①1997年随着香港回归祖国,《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称基本法)在香港的实施,“一国两制”、“港人治港”、高度自治从政治声明落实为日常实践、从法律条文走进大众生活。在这种背景下,民主,成为政治生活中的关键词,围绕香港应该发展什么样的民主、香港如何发展民主以及建设“香港模式的民主”等问题,各方陷入激烈的争论甚至是冲突之中。

现实同理论之间总是存在缝隙。民主理论的发展不能掩饰民主制度的停滞,民主意愿的高涨不能代替民主政制的设计。民主,是香港发展的动力,同时它又成为香港发展之路上的一道难题。在香港的民主发展进程中,纠结与希望徘徊,阻力与动力互冲,成绩与问题共存。这使人们不得不反思香港回归以来,在香港民主发展议程上,究竟遇到了什么问题、问题的症结在哪里,以及如何去应对这些问题。对此,有必要回到问题本

* 王振民,法学博士,教授,清华大学法学院。徐霄飞,法学博士,讲师,中国人民公安大学警务实战训练部。黎沛文,法学博士,讲师,深圳大学港澳基本法研究中心。赵力莹,法学博士,讲师,清华大学校长办公室。牟玲,法学硕士,四川日报报业集团。

^① 参见高马可:《香港简史——从殖民地至特别行政区》,林立伟译,中华书局(香港)2015年版;周平:《香港政治发展:1980—2004》,中国社会科学出版社2006年版。

身的源头即何谓民主这一话题上来,只有界定清楚民主本身,然后才能合乎逻辑地探讨香港民主问题,回应香港的民主之普适理论维度,解决民主的香港之特定地域维度,进而构建“一国两制”框架下香港模式的“香港民主”。这里涉及“国家民主的地方化”与“地方民主的国家化”的对冲,需要顾及民主的全球性与民主的地方性之间的协调、融合与发展问题。

就民主而言,一个比较有趣甚至是吊诡的现象就是,人们常常把民主挂在嘴边,说到政治往往就会牵出民主,谈到国家就言及民主等;然而长期以来,“人们并不是十分清楚民主究竟是什么”。^①本文侧重从规范上分析讨论在“一国两制”原则下,围绕香港基本法所设定的香港政制框架,来讨论香港民主政制及其发展;以描述性方法来解读香港的民主实践及其运作方式,从现象学视角观察民主理论与民主制度是如何在香港运作的;同时文中还会贯穿语义分析,关注民主的普适价值与地方特性,尤其着重分析香港作为一个中央政府之下的地方行政区域,其“地方化的民主”与民主通常所指涉的“国家化的民主”之间的异同;还有就是界定香港民主所具有的自身特性、香港民主如何契合香港的人文经济政治环境,进而可以持续良性发展下去。接下来我们将首先从民主含义的基本理路出发,去厘清民主的基本价值与目标。

一、香港民主政制的界定

(一)民主的基本理念与实践

民主,不管是作为一种规范理念,还是作为一种政体形式,抑或是理论学说,都不是静态的、单一的、绝对的。针对香港2016年立法会选举办法和2017年如何落实普选特首,为数不少的港人要求“公民提名”,甚至不惜以非法“占领中环”这种破坏社会秩序和伤害香港经济的违法抗争去争取所谓“真普选”时,我们有必要重新检视民主的内涵、本质,厘清各种错误认识,防止因错误理解民主而带来的恶劣影响。^②

^① [加]坎安宁:《民主理论导论》,谈火生等译,吉林出版集团有限责任公司2010年版,第3页。

^② 参见何添生:《民主的再思考及对香港的启示》,《港澳研究》2014年第3期,第9—13页。

依据有文献的记载,人类对于民主的思辨大概已有 2500 多年的历史。^①一提到民主,人们往往就会追溯至古希腊雅典,并且在各种民主学说发展进程中,一度认为民主是西方文明的专属,至少是西方文明的产物。而在中文语境下讨论民主更多是近代的事情,多是沿承“五四”时期“科学与民主”的遗绪。^②民主的词汇与思想、民主的制度与经验最初是西方文明的导入,尽管中国的政治思想传统中不乏“民本”的思想,但这与我们今天要讨论的民主还是存在一定的差异。^③不过,在此我们不会分析民主与中国的民本思想,这不是本文的重点。

民主一词在现代的使用,有所混乱、各有意指。所谓民主,最基本的原意就是指人民的统治,由人民来进行国家的治理与政府的运作。^④这里面暗含的前提就是人民对于政府的治理享有平等的参与权利,至少是形式上享有平等的政治权利。然而,民主的观念史却相当复杂,并且在民主思想的流变中,不乏各种冲突的概念,有着不同的见解。所以现在一提到民主,通常有几种不同的用法,第一种意指由全体公民经多数决制定政策,这是直接民主;第二种意指选举代表制定政策,这是指代议民主;第三种意指宪法保障所有公民享有某些个人或集体权利,这是指自由或宪政民主;第四种意指缩小社会或经济差距的政治或社会体制,这是指社会或经济民主。^⑤

现代民主理论认为,如果一个社会需要按照其实际的运作来判定其是否民主,那么,社会显然不是由人民来统治的,而是由选举产生的官员以及不是由选举产生的政党和公务员来进行统治的。^⑥由此,现代社会中,民主政制就是人民选出代表人民行事的“主”,而非人民亲自“主”持的政制。所谓民主是一种政治方法,亦即达成政治——包括立法与行政——决策的一种制度安排,民主只是为了产生某种决策,民主本身不能成为目的。^⑦

① [美]罗伯特·达尔:《论民主》,李风华译,中国人民大学出版社 2012 年版。

② 张玉法:《近代中国民主政治发展史》,东大图书股份有限公司 1999 年版,“序言”。

③ 参见金耀基:《中国民本思想史》,法律出版社 2008 年版。

④ 参见[英]戴维·赫尔德:《民主的模式》,燕继荣等译,中央编译出版社 2008 年版。

⑤ 张明贵:《民主理论》,五南图书出版有限公司 2003 年版,第 4 页。

⑥ 参见[加]坎安宁:《民主理论导论》,谈火生等译,吉林出版集团有限责任公司 2010 年版。

⑦ [加]坎安宁:《民主理论导论》,谈火生等译,吉林出版集团有限责任公司 2010 年版,第 12 页。

从制度效应看,民主作为政治共同体的一种统治形式,民主更多地是指一种选择公职人员的方法,是为作出有益的政治决策而进行的制度安排,在这种安排中,一些人通过争取人民的选票而取得决策的权力,以人民的名义获取统治的正当性。^①民主作为政治共同体的一种规范需求,民主的价值意义和目的更多地是通过民主的过程来实现和保障人民根本的共同利益,在这种利益构成中,人民的幸福与尊严、个人的能力与价值得到更好的表述和实现。^②而实现这些价值和目标的基本条件包括:有优秀的政治领袖;对公共事务进行决策的专家——具有专业知识和才能;一支训练有素的官僚队伍;公众足够的宽容和理性,给政治家创造一个相对自由的环境。^③

（二）民主化浪潮中的香港民主问题

当触及近代中国历史发展的动力时,有学者指出:“中外关系以民族主义为主轴,贫富关系以社会主义为主轴,上下关系以民主主义为主轴。”^④另一方面自19世纪中叶以后,西方民主制度逐渐为中国有识之士所习知,西方民主思想亦逐渐传入中国。放眼全球,可以说整个20世纪以至当下,全世界不同地域都经历了程度不同的“民主化”运动,在国家政治共同体发展的历程中,民主、民主化、民主转型与民主巩固成为政治话语中的核心词汇。^⑤

“民主化”是指业已形成的民主政治变得“更民主”的过程,也是非民主的政治转变为民主政治的过程。对于“民主化”这一现象,塞缪尔·亨廷顿把现代的全球性民主化运动描述为三波浪潮:1828—1926年为第一次“民主化长波”,“民主在约30个国家取得了胜利”;1943—1962年为“民主化短波”,“民主国家”从二战之初的18个增加到30个以上;以1974年葡萄牙结束独裁体制为开端,兴起了民主化“第三波”。^⑥在他的

^① 参见[美]约瑟夫·熊彼特:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,商务印书馆1999年版。

^② 参见[美]乔万尼·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,上海人民出版社2009年版。

^③ [加]坎安宁:《民主理论导论》,谈火生等译,吉林出版集团有限责任公司2010年版,第13页。

^④ 张玉法:《近代中国民主政治发展史》,东大图书股份有限公司1999年版,“序言”。

^⑤ 参见李剑鸣编:《世界历史上的民主与民主化》,上海三联书店2011年版。

^⑥ [美]亨廷顿:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》,刘军宁译,上海三联书店1998年版,第11—26页。

《第三波》^①一书出版之际,他所说的“第三波”尚在进行中;对于苏联、东欧、非洲、亚洲和拉美许多国家与地区来说,进入90年代以后民主化呈现更迅猛之势。尤其是这“第三波”民主化,涉及地区之广、价值诉求之明确和意识形态化之强则是史无前例的。在这“第三波”世界性的民主浪潮中,民主化运动也波及了亚洲的广大地区,而香港自然也不例外。拉开历史的镜头看,香港岛于1842年割让予英国,在英国管治下的香港,当时的港督政府采取的一直是“殖民化”的威权主义,政治权力紧握在由英国委任的香港总督手中,而全体立法局议员除了当然官守议员外,全部由总督一人任命,没有任何所谓“民选”的基础。^②可以说,英国管治下的香港绝大部分时间几乎没有什么民主可言。

到了20世纪80年代,当“香港问题”越来越成为迫切的现实问题时,为了维护英国自身的利益以及保障英国在香港的商业利益,当时的港英政府当局从战略上考虑才抛出了一些“民主的举措”,如当时香港的立法局在1985年首次有部分议席由选举产生;尤其是到了管治后期及香港回归前的过渡时期,港英政府为配合其“光荣撤退”计划,进行了某些代议制方面的改革。^③但总体而言,英国管治下的香港,香港人尤其是香港本土的华人并没有真正意义上的自主管理香港、参政议政、表达政治诉求的权利。

随着1997年香港回归祖国,“一国两制”的成功运作,香港基本法的实施,“港人治港”的稳步推进,香港才开启了民主政治发展的新历程。换言之,香港真正意义上的民主,肇始于香港特别行政区的建立,来源于中国对香港恢复行使主权,以及在这种主权政制架构下中央政府对香港特区政府的政治授权。如有学者指出,长期以来“香港享有一定程度的宪政,但不是民主宪政”,^④而是建立在一部殖民地宪法和殖民地政府基础上的实践和惯例,直至1997年7月1日,香港回归中国,成为一个特别行政区,香港宪政的基础乃转移为全国人民代表大会制定的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》。于是,自1997年7月1日起,“香

① [美]亨廷顿:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》,刘军宁译,上海三联书店1998年版。

② 参见高马可:《香港简史——从殖民地至特别行政区》,林立伟译,中华书局(香港)2015年版。

③ 参见鲁平口述,钱亦蕉整理:《鲁平口述香港回归》,三联书店(香港)有限公司2009年版。

④ 陈弘毅:《香港特别行政区的法治轨迹》,中国民主法制出版社2010年版,第107页。

港进入到一个以《中华人民共和国香港特别行政区基本法》为根基的新宪政秩序”。在这个独特的地方性宪政秩序里，新、旧制度的元素共治一炉，新旧秩序的交替中，既有延续性，也有创新性。^①

（三）本文所界定的香港民主

民主，作为一种政治治理的手段也好，作为人民选举政治治理代理人的程序也罢，抑或民主是构建政治统治正当性的来源也好，民主是一种可求的形式与手段，民主本身并非是人们所追求的终极目的。不同社会、不同政治生态中的民主，会有这样那样的差别。在分析民主时，需要把对民主的态度和民主发展本身区别开来，不能因为民主自身潜存的某些不足而对民主抱有偏见，更不能因为对民主抱有偏见而影响甚至是危害民主实践的发展。另外需要提醒的就是要谨防“民主万能论”，对于民主后发国家或地区而言这一问题尤其重要。对于民主后发国家或地区而言，民主应当是“法治的民主”，应当在法治的基础和保障下稳步推进的民主。因为“没有宪政和法治的民主等于无民主，或者是人治的民主”，“民主政治必须与宪政、法治相结合才能成功”。^②

不过，强调法治对于民主的重要性，决不意味着要回避民主。作为香港宪制性法律文件的基本法，明确规定了要在香港发展民主。在对待香港民主发展问题上，首先是要弄清楚香港为什么要发展民主、香港需要发展什么样的民主以及如何发展香港民主，这些都是前置性的问题。同时需要谨记的是，不能简单地把香港发展过程中遇到的问题，全都一股脑儿地归于民主问题，指斥民主缺乏或者民主不足。回望香港民主政制发展历程，香港基本法在诞生之时，已经明确规定要结合香港的实际情况，循序渐进地推进民主发展，最终实现行政长官与立法会议员的“双普选”。也即香港基本法第45条第2款规定了“行政长官的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定，最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标”；同时基本法第68条2款规定“立法会的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定，最终达至全部议员由普选产生的目标”。从这

^① 陈弘毅：《香港特别行政区的法治轨迹》，中国民主法制出版社2010年版，第118页。

^② 王振民：《关于民主与宪政关系的再思考》，《中国法学》2009年第5期。

里可以看出,香港需要推行的是一种协商、渐进的平衡式民主。

所谓平衡,包含两方面的含义:纵向地看,香港民主政制在发展的进程与节奏上要保持平衡感、要循序渐进而为,这既是香港基本法所规定所要求的,同时也符合民主政治发展规律,简言之就是“发展节奏的平衡”。横向地看,平衡意指民主政制发展进程中,必须充分考虑香港独特的社会结构及其特征,一定要协调香港社会各界各阶层的利益,最终实现利益和社会的平衡,而不是让香港社会被民主的过程所分裂,简言之就是“各方利益的平衡”。那么接下来的关键问题则是香港如何循序渐进地实现民主,在“一国两制”框架下,作为一个地方特别行政区域的香港,其民主诉求如何得到表达?

二、香港如何发展民主政制

(一) 民主模式与香港情形

民主有不同的发展模式,而西方民主发展可以分为两种模式,第一种是英美模式,第二种是法国模式。英美模式是先致力于宪政和法治建设,即如何用法律限制、规范政府权力并保障基本人权,等宪政和法治确立之后,再逐渐推行民主。法国模式则相反,即先民主,后宪政和法治,法国为此走了许多弯路。这给人们重要的启示之一就是“没有宪政和法治的民主同样是人治的”。^①作为民主的基本形式要求,选举是民主的题中应有之义,然而实行普选的模式可以有不同,只要价值追求相同即可,即追寻民主的实现,进而保障民意得到表达和民众利益的实现。认为普选只有一种唯一模式是不对的,同样脱离香港自身情况的民主路径主张也是不符合民主政治发展规律的。

其次,香港民主政制发展,有两层含义,第一是历史维度,即香港民主政制的状况和已取得的成就,第二就是,在现状基础上如何推进香港民主发展的问题。需要注意的是,香港过去的经历、事故、人物、制度、政策和一些“集体回忆”都左右、限制着香港目前和将来发展或变化的方向及选项。^②一些学者的实证研究就表明,香港人对“民主”的认识在一些方面

^① 王振民:《关于民主与宪政关系的再思考》,《中国法学》2009年第5期。

^② 刘兆佳:《思考香港政治需从香港的独特性出发》,《港澳研究》2013年第1期,第10页。

亦有异于西方人。不少港人觉得政府愿意聆听和咨询民意已经是“民主”的表现,很多时候把政治自由和开放政治与民主等同起来。在超过一半的港人眼中,香港在过去几十年来已经享有不错程度的“民主”。相应地,在这种民意氛围下,“民主”并非带有迫切性的追求。^①

那么,香港回归后在发展民主的过程中,所面临的障碍或者困境是什么;同时香港发展民主的进程中要考虑的最大问题是什么?香港的民主或者民主在香港遇到了哪些挑战和问题,以及这些挑战来自何方?在香港发展民主,需要考虑的香港特质是什么,而这些特质要求用民主来解决什么问题,达到什么目标?作为普适的理论或价值,香港需要民主,但是落实到细节和实践中,则要回答香港如何根据自身情况,如何发展具有香港特色的、符合香港民众根本利益的香港民主。综上所述,在应对这些挑战、解决诸多问题时,香港民主发展必须坚持以下基本的政治原则和发展方向。

（二）一国原则与地方民主

香港发展民主首先需要解决的问题就是,如何处理作为一个“地方的民主”发展与一个国家的政治发展关系与互动问题。香港不属于国家范畴,而是国家下的一个特区,那么香港的民主发展必将与通常所讲的国家民主有所区别,应当是在“一国两制”的宪制框架下,依据基本法所设定的法治基础上进行。同时,香港的民主化必须要有中央的参与,必须以中央对香港的主权行使为前提。“若香港的民主化冲击到基本法的权威性,冲击到中央的主权权威,中央必然会运用其主权权威来遏制香港激进的民主化发展。”^②

从“中央与地方关系”互动角度考虑,香港民主不仅仅只是香港的民主,也是中国民主实践的一个地方化。香港民主解决好了,当然对香港本身及香港民众是好事情,而另一方面,香港民主的发展也为内地民主政治的发展与创新提供有益借鉴,这触及的是“地方民主国家化”议题。同时,“国家民主的地方化”,涉及民主的扩散与移植问题,例如其他国家和地区有益民主经验与模式,民主政制建构方面的典型核心特征,以及其他国家和地区移植借鉴的过程等,换言之,就是民主的普遍共识理论地方化

^① 刘兆佳:《思考香港政治需从香港的独特性出发》,《港澳研究》2013年第1期,第16页。

^② 强世功:《中国香港:政治与文化视野》,三联书店2010年版,第349页。

的过程,即“国家民主的地方化”。

(三) 利益平衡与社会稳定

民主运用得好,有利于社会群体声音的理性表达,有利于社会的团结,有利于社会的平衡;运用得不好,则会模糊社会的共识与分歧,成为少数人的游戏,可能会加剧社会的分化,进而会撕裂社会。^①民主其实是财富的再分配的方式与过程,^②而香港最大的特色在于其发达的工商业以及由工商业界人士所构成的独特群体,那么如何保障香港独特的工商界利益并平衡协调社会整体利益,成为香港民主发展必须面对的一个“利益再分配”问题。

这里面既涉及纵向的即中央层面的国家政治主权要求与地方层面的香港民主发展需求之间的平衡,还涉及横向的即香港自身的社会不同阶层的利益平衡和民主发展节奏的平衡。所谓“繁荣”就是要确保“两制”下香港的资本主义制度不变,而资本主义制度的核心就是要保证资本家的利益;而“稳定”就是要理顺香港社会内部的政治关系,理顺中央与香港的政治关系。其中香港社会内部关系的协调就是要照顾工商界的政治利益,而中央与香港的政治关系,则是要确保国家主权和爱国者治港。^③经济“繁荣”是政治稳定的前提,政治“稳定”是经济繁荣的保证。

(四) 分歧与共识的对话机制

在香港民主政制发展问题上,不容忽视的是,香港的泛民主派把中央坚持的循序渐进发展香港民主的策略步骤看作是中央的“专制”、是对香港“民主”的扼杀,这不仅仅“从根本上忽略了中央对香港长期繁荣稳定所承担的政治责任,也忽略了中央对这种政治责任的道德诚意和政治决心”。^④同样令人遗憾的是,香港的泛民主派与中央之间存在沟通上的障碍与隔阂,香港民主派有“逢中央必反”的情绪与动向。应对这些困境,需要对话协商的精神与机制平台建设。一方面要建立协调代表工商业界利益的机制,同时,还要使社会大众的利益得到表达与参与。只有通过协

① 参见[英]迈克尔·曼:《民主的阴暗面:解释种族清洗》,严春松译,中央编译出版社2015年版。

② 参见[美]卡莱斯·鲍什:《民主与再分配》,熊洁译,上海人民出版社2011年版。

③ 强世功:《中国香港:政治与文化视野》,三联书店2010年版,第343页。

④ 强世功:《中国香港:政治与文化视野》,三联书店2010年版,第347页。

商对话、沟通交流才能最大程度找到平衡点,达到各方都尽可能满意的“平衡民主”。

不管是从国家主权逻辑讲,还是从香港长期发展与利益看,如果一味主张“香港民主”仅仅只是“香港自身”的事情,都是没有法理、政治与民意上的根据的。如果像有些人士所主张的那样,即香港民主是香港自身的事务,以民主来绑架民意进而隔离中央与地方的链接,那么这无疑是通过“民主来分裂国家”、以民主来分解香港社会。因此,在香港民主政制发展问题上,各方应当本着务实协商的态度,以对香港负责的精神,积极对话,增进共识,推动香港民主政制的良性发展,而不是因民主问题把香港推向社会分裂的边缘,更不能借着民主问题把由基本法所规定的中央对香港政制事务的最终决定权规避一边。

三、香港行政主导体制面临的挑战

(一) 行政长官与行政主导体制的制度设计

香港基本法对香港特区的政制构架,即行政与立法、司法的关系采用的是“行政主导”的体制。行政主导,主要是对立法的关系而言,是指行政权力较大,决策权最终掌握在行政首长手中。^①根据基本法的制度设计,行政长官在整个特区的政治体制中占有核心地位,行政主导是政治体制的核心特征。^②这表现在许多方面,首先,行政长官的法律地位体现行政主导。其次,在行政与立法关系的法律制度安排中,行政处于主动地位。再者,行政会议协助行政长官形成了实质上的行政主导体制。第四,在行政主导体制下,行政权对司法权有一定的制约。

从法律规范层面看,基本法的配置使行政权获得了明显的优势和主导地位,^③相互制衡仅体现在特殊时刻,而非日常政治。或许有人会认为,政府需要向立法会负责,这也是一种制衡,但是这种“负责”并不是议

^① 肖蔚云、傅思明:《港澳行政主导政制模式的确立与实践》,《法学杂志》2000年第3期。

^② 参见肖蔚云、傅思明:《港澳行政主导政制模式的确立与实践》,《法学杂志》2000年第3期;另参见程洁:《香港宪制发展与行政主导体制》,《法学》2009年第1期。

^③ 关于行政权的优势学界已经颇多论述,可参见肖蔚云、许崇德、王叔文三位权威的论述,以及程洁:《香港宪制发展与行政主导制》,《法学》2009年第1期;郝建臻:《香港特别行政区行政与立法的关系》,法律出版社2011年版。

会内阁制那种“负责”，行政长官并非由立法会产生，对立法会负责仅是指执行法律、作施政报告、接受质询，并不需要承担政治责任。立法会无权罢免行政长官，只有在行政长官有严重违法或者渎职行为的时候，立法会才能启动弹劾程序，但最终的决定权在中央政府。

因此，在香港特区的政治体制安排中，行政长官相较立法会有结构性的优势地位，即使立法会有某些制衡手段，也无法与行政长官达到一种势均力敌的均衡状态。因而，在基本法中行政主导制是鲜明体现的。^①但是，这种理论与制度上的规范建构却在实践中遭遇到严重挑战。

（二）立法会对行政主导体制的现实挑战

行政主导体制很重要的一个表现就是在行政与立法的关系中，行政占有主动地位。但是，香港特区成立至今，立法会在实践中不断扩大自己的权力，正改变着行政与立法的关系，不再呈现“既相互制约又相互配合”的良性关系，而是成为对行政的一种牵制、制约，冲击着行政主导体制。立法机关对行政主导体制的冲击主要体现在以下几个方面。^②

第一，立法机关要求行政机关对其承担逾越基本法规定的“负责”义务。基本法第64条规定的特区政府对立法会“负责”具体内容是执行法律、作施政报告、答复质询、征税与公共开支须经立法会批准等四个方面。行政长官不应向立法会负责。

第二，立法会传召行政长官。2004年5月，立法会成立“非典”专责委员会，要求行政长官出席专责委员会聆讯，遭到时任行政长官董建华的拒绝。行政长官最后同意与专责委员会在礼宾府以闭门会议及不用宣誓的方式会面，提供意见。立法会的上述做法与基本法相违背。首先，行政长官法律地位高于立法会，立法会传召行政长官是矮化行政长官的行为，与行政主导政治体制不符；其次，基本法第71条第（10）项规定行政长官可以决定公务人员是否向立法会作证，可见行政长官本人是不用向立法会作证的。

第三，立法会对政府主要官员提不信任案。香港回归后，立法会辩论

^① 曹旭东：《论香港特别行政区行政主导制》，《政治与法律》2014年第1期，第13页。

^② 参见傅明思：《香港特别行政区行政主导政治体制》，中国民主法制出版社2010年版，第176—184页。

的不信任案动议有多起事例。例如针对时任律政司司长梁爱诗的不信任案。1999年,香港立法会议员吴靄仪因不满律政司司长梁爱诗对胡仙案及港人在内地子女在港定居案的处理方式,于2月间对梁爱诗提出不信任动议。立法会于3月11日经过4个多小时的辩论后,由于多数议员的反对,否决了由吴靄仪议员提出的对律政司司长不信任案。根据基本法的规定,特区政府的主要官员是由行政长官提名,由中央政府任命的。对现任官员的不信任案侵犯了中央政府对主要官员的任免权。“立法会的不信任案虽然不具有法律上的效果,但是其所形成的政治压力导致被问责的主要官员辞职,逐渐形成了一种‘内阁制’式的问责体制”。^①

第四,立法会对离职官员进行调查。立法会利用《立法会(权力及特权)条例》(第382章)第9(2)条行使该条例第9(1)条所赋予的权力,展开对离职官员的专项调查,这应当属于滥用权力,与基本法规定不符,也逾越了香港特区廉政监管体制。立法会的这种做法目的在于制约主要官员,削弱行政主导,也对公务员管理体制造成冲击。

第五,立法会立法挑战全国人大。2004年4月26日,全国人大常委会根据基本法的有关规定和解释,对香港特区2007年行政长官和2008年立法会产生办法作出决定,规定香港特区在2007年、2008年不实行普选行政长官和立法会。随后,5月5日,立法会议员冯检基提出了对全国人大常委会表示不满的动议;议员李柱铭对该动议提出修正案,对全国人大常委会表示谴责。上述动议被立法会主席范徐丽泰发回。但议员何俊仁于5月19日又提出动议,对全国人大常委会表示遗憾。该动议在表决时被否决。事实上,决定香港是否举行普选,属于全国人大常委会的权力,涉及中央的权限。这些动议是在挑战全国人大及其常委会的权威,挑战中央与地方关系。

反思这些现象,不得不说,让一位拥有强大宪制权力的特首与享有实质否决政府法案和财政预算案权力的立法会同时并存,各有自己的利益、立场、权力来源和支持者,彼此之间的摩擦难以避免。立法会内反对派议员更是经常强调他们比行政长官有更广阔的民意基础和认受性,因此不

^① 程洁:《香港宪制发展与行政主导体制》,《法学》2009年第1期。

接受香港特区政府的领导。^①同时,由于港人不能直接选举行政长官,绝大部分人又没有机会选举立法会的功能团体议席,那些通过地区直选产生的立法会议员便成为主要代表广大群众的政治人物。大部分直选产生的立法会议员属于反对派,他们结合立法会内和社会上的力量不断挑战特首、政府和建制势力。由于部分反对派同时又是反共势力的缘故,所以立法会内便不时出现挑战中央的动作。^②

随着回归 17 年以来香港民主政制的演变,行政与立法之间的紧张及冲突状态成为香港民主政制发展进程中亟待解决的最大挑战和难题。种种恶化情形日益导致基本法确立的“行政主导制”或制衡体制面临失衡压力,导致“行政主导”实际上不能有效实施,^③而政府威信和管治能力面临日益下降的高度风险。^④例如,香港回归以来,三位具有不同背景的特首治理香港,但他们均遇到了类似的困难,这也凸显了行政主导遭受挑战不只是个别政治人物的能力问题,而是体制结构性的问题。^⑤简言之,回归及基本法实施 18 年以来,香港特区的管治不畅和政局混乱与此不无关系。^⑥

(三) 司法扩权对行政主导体制的现实挑战

香港回归 18 年以来,香港特区司法实践出现诸多争议,这其中尤为明显的是,终审法院对基本法的授权采取能动主义的理解,积极采取司法行动,对特区的立法和行政权力进行合宪性审查,从而导致司法权力的扩张。^⑦值得注意的是,“纵观香港基本法全文,并没有赋予香港特别行政区法院以‘违宪审查权’的规定,‘违宪审查权’是香港特别行政区法院在有关判例中发展起来的”。^⑧

① 刘兆佳:《思考香港政治需从香港的独特性出发》,《港澳研究》2013 年第 1 期,第 15 页。

② 刘兆佳:《思考香港政治需从香港的独特性出发》,《港澳研究》2013 年第 1 期,第 15 页。

③ 余若薇:《行政主导无名无实》,《明报》2007 年 6 月 12 日。

④ 田飞龙:《基本法秩序下的预选式提名与行政主导制的演化》,《政治与法律》2015 年第 2 期,第 89 页。

⑤ 仓田彻:《香港政制改革的课题》,《当代港澳研究》2014 年第 1 辑,第 118 页。

⑥ 刘兆佳:《思考香港政治需从香港的独特性出发》,《港澳研究》2013 年第 1 期,第 15 页。

⑦ 参见程洁:《香港宪制发展与行政主导体制》,《法学》2009 年第 1 期;董立坤、张淑钿:《香港特别行政区法院的违反基本法审查权》,《法学研究》2010 年第 3 期;王书成:《司法谦抑主义与香港违宪审查权——以“一国两制”为中心》,《政治与法律》2011 年第 5 期。

⑧ 傅思明:《香港特别行政区行政主导政治体制》,中国民主法制出版社 2010 年版,第 203 页。

对此,有学者就指出,香港法院通过运用对基本法解释权和法院固有的司法复核权而引申扩张出的对香港法律违反基本法的“违宪审查权”,存在缺乏宪法和基本法依据的缺陷,尚有待国家有关机关通过必要的法律程序加以明确。^①另一方面,包括香港司法界在内的一些人时常宣称人大释法权干涉司法独立。两者虽有不同的表现形式,但均反映出“一国两制”下司法角色的错位,其实质既是对一国主权的巨大挑战,同时也是对行政主导体制的巨大挑战。^②

具体而言,香港特区司法权的扩张对行政主导既有直接影响,也有间接影响:^③第一,香港特区司法机构,特别是终审法院作为特区的“违宪审查”机关,行使监督和制约立法会和行政机构的权力,提高了司法机构的地位。香港特区司法机关行使“违宪审查权”突出了“三权分立”,对“行政主导”具有消解作用。第二,由于香港特区政府对立法的主导性作用,法院对香港特区立法的任何违宪宣告都间接否定了政府通过立法所要表达的意愿和政策。第三,香港特区法院在行使违宪审查权时,除了宣告相关法条或条例违宪,还采取了修正法条用语、增删法条内容等形式,因而实际上起到了修改法律和直接立法的作用。

出现上述问题有许多因素,首要的症结在于未能依据基本法正确看待香港法院的宪制定位。^④虽然基本法第2条规定特区享有独立的司法权和终审权,并且在第19条第1款中明确将该权力授予了特区法院,但是该种权力并非不受限制,一方面它要受到人大释法权的限制,另一方面要受到“香港司法对国家行为无管辖权”的限制。^⑤众所周知,基本法第158条明确将基本法的解释权赋予了全国人大常委会,对此,连终审法院也承认,人大的释法权是针对整部基本法的、不受限制的。并且,该条第3款还明确规定,在涉及中央管理的事务或中央和特区关系时,终审法院应提请人大释法,该解释对法院判决有约束力。

^① 许昌:《从四个维度认识“一国两制”理论和实践》,《港澳研究》2014年第1期,第7页。

^② 参见郑赤琰:《“一国两制”下的司法独立:来自特区司法的挑战》,《港澳研究》2014年第4期,第18页。

^③ 参见程洁:《香港宪制发展与行政主导体制》,《法学》2009年第1期。

^④ 参见程洁:《论双轨制下的香港司法权——宪政维度下的再思考》,《中国法学》2006年第5期。

^⑤ 参见郑赤琰:《“一国两制”下的司法独立:来自特区司法的挑战》,《港澳研究》2014年第4期,第26页。

总之,司法扩权产生的这些影响,对香港基本法确立的行政主导体制造成了极大的冲击,进而给香港民主政制发展这一议题本身也提出了挑战,需要人们进一步思考,寻求化解问题的路径,从而推动香港民主政制的发展。

四、香港政党制度对香港民主政制发展的潜在影响

(一) 香港政党的基本情形

政党制度,是制度化了的政党在国家(地区)政治架构中的参政模式,其目的是使本国(地区)政党政治得以有效实现和规范运行。政党政治是指“政党掌握或参与国家政权,并在国家政治社会生活和国家事务及其体制的运行中处于中心地位的政治现象”。^① 香港政党是由早期的一些社会团体演进而来,20世纪80年代,一些新的社会团体,如“香港观察社”、“新香港学会”、“汇点”、“大学毕业同学会”、“海外留学同学会”、“香港民主民生协进会”等相继成立,这成为了香港政党的雏形。^②

香港基本法并未明文承认政党机制及其功能,^③但是从基本法第27条、第39条所规定的居民结社自由可以导出政党自由原则。其次,本地政党的法律地位为一般法律所间接承认。第一部对政党加以明确定义的法律是《社团条例》,作为香港特区社团注册及社团管理的重要法律依据,该条例将“政治性团体”解释为“政党或宣称是政党的组织”,该项规定以法律的形式明确承认了本地政党的实际存在,并将政党列作其规范对象。^④ 此外,现行《行政长官选举条例》第31条第2款对“政党”进行了清晰的界定。^⑤ 该款条文对政党所作的界定实质上是就前一款所规定的

^① 梁琴、钟德涛,《中外政党制度比较》,商务印书馆2000年版,第7页。

^② 曾平辉:《香港政党特点、功能探析》,《学术论坛》2008年第12期。

^③ 基本法咨询委员会政制专责小组曾就政党政治问题进行多次讨论,最后因各方意见差异较大,基本法(草案)征求意见稿内就没有对政党问题进行规定。参见中华人民共和国香港特别行政区基本法咨询委员会:《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿咨询报告》(3),1988年。

^④ 香港特别行政区《社团条例》第2条。

^⑤ 香港特别行政区《行政长官选举条例》第31(2)条:政党是指:1. 宣称是政党的政治性团体或组织(不论是在香港或其他地方运作者);2. 其主要功能或宗旨是为参加选举的候选人宣传或作准备的团体或组织,而候选人所参加的选举须是选出立法会的议员或任何区议会的议员的选举。

“胜出的候选人须声明他不是政党的成员”所作的补充说明,但亦可理解为法律对政党在香港特区宪制中占有合法地位的一种承认。

目前,“香港特区主要政党及政团共有数十个”^①,立法会“有三分之二的议员有政党、政团背景”^②。经常活跃于香港特区政坛,具有明确的政治纲领、以参政议政为主要目的、有完整的组织架构以及有相对稳定数量的成员和有较大的影响力的政党主要有民建联、民主党、自由党传统三大党以及公民党、社民连等新生政党。而按照传统的划分,香港政党可以分为:以民建联为代表的建制派、以民主党为代表的泛民主派以及以自由党为代表的中间派。

(二) 香港政党制度的基本特点

第一,建基于香港特区独特的政治体制之上。政党制度的形成和发展主要受本国(地区)的政治体制和政治结构两方面因素的影响。^③香港特区是作为直辖于中央政府但享有高度自治权的地方行政区域。这种关系“既不是联邦与成员国的关系,更不是对等的所谓中港关系”,^④而是单一制下中央与地方关系的一种特别形式。因此,香港政党制度不同于一般意义上的国家政党制度,它应该是一种非典型的地方政党制度。

第二,本地政党政治处于较低发展水平。根据政治倾向,香港政党目前可以分为以下三类:亲建制派、泛民主派以及中间派。但香港政党的整体发展水平较低,规模较小,组织和纪律性除民建联略好点外,普遍不强,一些政党甚至没有明确的政治纲领,只是基于一时的需要或对某一问题的关注而成立。^⑤香港现在的局面是政党林立,在议会内,大小党派都有份参与,但没有一个或两个党派可以作为立法会的最大党派。香港党派的人数在几百人的是有,达一千人的已少,逾一万人——现在接近二万

① 参见周建华:《香港政党与选举政治(1997—2008)》,中山大学出版社2009年版。

② 香港特别行政区政制及内地事务局前局长林瑞麟:《2006年12月6日下午在立法会的会议上就「促进政党政治发展」议案的致辞全文》,香港特别行政区政府网:http://www.cpu.gov.hk/tc/documents/csd/csd_press061206.pdf,访问日期:2011年3月15日。

③ 赵晓呼主编:《政党论》,天津人民出版社2002年版。

④ 肖蔚云:《论香港基本法》,北京大学出版社2003年版,第197页。

⑤ 刘怀军:《论香港政党政治的发展及其影响》,中共中央党校硕士学位论文,2007年5月。

的,则只有一个党派。^① 如有论者指出的那样,香港政党普遍存在重大功能缺失,有主张有诉求没有政策,是香港政党的通病。^②

第三,制度设计倾向于限制政党的活动范围。一般而言,现代民主国家的政党“不仅担负起了挑选在政府体制理论中是表达国家意志的机关的成员,即立法机关的成员的责任,而且担负起了挑选执行这种意志的成员,即执行官员的责任”。^③ 有学者分析,基于香港政治社会条件不成熟等因素,“基本法宪制设计的一个潜藏议程,是不希望本港政党政治蓬勃发展,尤其是尽量减少执政党出现的机会”。^④ 例如,对特首选举政党化的限制,根据基本法及其他相关法律规定,行政长官由选举委员会产生且不得有政党背景^⑤,政党在行政长官的选举中并不起主导作用。^⑥ 根据基本法第45条的规定,行政长官普选的候选人提名权被排他性地授予了提名委员会。这也就是说,行政长官候选人只能由提名委员会按民主程序提名产生,其他包括政党在内的任何主体,均不得参与候选人提名权的行使。再如,按照现行的制度安排,香港特区立法会有半数议席由非直选的功能界别产生,但功能界别一直被批评为保护工商界利益的小圈子选择,它使政党的活动范围大为收窄。

第四,政党立法较为粗疏。政党制度要促进政治稳定,必须满足三个条件,即政党制度要符合特定社会生态的要求、具有较高的制度化水平和强大的合法化能力。香港特区政党规制立法的基本框架由基本法、《公司条例》、《社团条例》、《公安条例》及《选票上关于候选人的详情(立法会)规例》等法例的部分条文所组成。现有的立法主要集中在规管政党注册、政党财务、政党的竞选行为等方面,而针对政党内部秩序、政党违宪禁止的规管立法则基本空白。现有立法在特区的整个法律体系中只占很小的比例且略嫌粗疏,由这些立法构筑而成的政党规

^① 香港特别行政区原政制及内地事务局局长林瑞麟:《2011年3月3日在立法会在全体委员会审议阶段动议修正〈2010年行政长官选举(修订)条例草案〉发言全文》(八),http://www.cmab.gov.hk/tc/speech/speech_2656.htm,最后访问日期:2011年3月20日。

^② 薄夫林:《香港政党的功能缺失》,《香港文汇报》,2009年6月18日。

^③ [美]古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第57页。

^④ 马岳、蔡子强:《选举制度的政治效果——港式比例代表制的经验》,香港城市大学出版社2003年版,第70页。

^⑤ 香港特别行政区《行政长官选举条例》第31(1)条。

^⑥ 马进保、朱孔武:《“一国两制”下的香港政党制度》,《广州社会主义学院学报》2007年第3期。

管架构亦显得十分简陋,与本地政党蓬勃发展的现状不相对称,难以满足香港政党政治法制化的需求。在可以预见的未来,这种“规范缺失”将会越发明显。

政党制度是形成政治参与扩大的主要制度手段,强大的政党制度因为具有高水平的政治制度化和高水平的群众支持,因而有助于实现政治稳定。^①从长远来看,香港未来也许不会出现名义上的执政党,但随着行政长官和立法会的双普选的实现,极有可能出现实际掌控香港政权的某个大的政党或具有相同政治倾向的政党联盟。因此,香港有必要尽快完善本地政党立法,为政党的成立及活动提供有效的规范指引。

(三) 香港政党立法应把握的原则

政党立法一方面应明确政党的宪制地位,切实保障政党权利;而另一方面,又要构建起一个针对政党违法行为的追惩机制,以达至有效地防止政党违法行为的发生。同时,香港作为民主政治后发展地区且正处于民主发展的转型期,也应该积极借鉴民主先行国家的民主发展经验,建立起本地区的“防卫型民主”制度,并在此基础上构建起针对反宪制政党的禁止机制,以填补“23条立法”的空缺,巩固自身民主发展的成果,维护基本法所确立的重要核心价值。需要强调的是,上述针对政党的立法规制必须要保持在必要且合理的范围内。因此,香港特区政党法制化必须遵循必要的立法原则,具体包括:政党自由原则;政党平等原则;权利限制的有限原则;权利救济的保障原则。

未来香港特区政党立法的完善必须恰当地处理好以下两大关系。第一是,政党与国家的关系。要准确把握香港政党与国家之间的关系,前提是要理清特区与国家之间的关系,继而对香港政党在整个国家体制层面进行清晰的定位;要准确把握香港政党与国家之间的关系,同样需要明确的是香港政党与国家执政党之间的关系;要准确把握香港政党与国家的关系,其要点在于正确理解“一国两制”的核心内涵,将“国家安全”之维护确认为香港政党与国家关系的核心原则。第二是,政党与香港特区的关系。政党与特区关系涉及两个核心问题,一是行政长官出任者是否可

^① 吴辉:《政党制度与政治稳定——东南亚经验的研究》,世界知识出版社2005年版,第141页。

以有政党背景的问题,二是政党与香港“普选”的关系。

总之,在现代民主社会,成熟政党政治的其中一个重要特征就是与之相对应的政党立法的体系化,而完善的政党立法体系又是政党政治进一步发展的前提。当下,“完善政党立法”作为一种诉求被提出,一方面反映了香港政党政治正逐步走向成熟,另一方面也反映了香港目前的整体法律环境并没有很好地回应本地政党健康发展的规范需求。

五、行政长官政党背景问题对香港民主政制发展的挑战

(一) 香港行政长官政党背景问题的法律观点

现行的香港特区《行政长官选举条例》规定,在行政长官选举中胜出的候选人必须(1)作出声明,表明他或她不是任何政党的成员;及(2)承诺他或她如获任命为行政长官,则不会成为任何政党的成员,或不会作出具有使他或她受到任何政党党纪约束的效果的任何作为。^① 根据该规定,行政长官不得有任何政党背景。《行政长官选举条例》对行政长官政党背景的限制实质上是对本地执政党产生可能性的一种否定。

对此,有学者分析,在政党政治盛行的时代,香港却坚持行政长官非政党背景,其原因可能是:“其一,根据香港基本法,行政长官代表特别行政区并作为行政机关首长拥有所有的行政权力,此重要职位必须由爱国爱港人士担任。其二,香港特别行政区是中华人民共和国的一个地方政府,其一切权力来自中央的授予,行政长官作为特别行政区的首长,要服从中央政府的领导。其三,香港社会异质性比较强,存在政治、阶层等众多分野。植根于香港社会这片土壤上的政党,受到社会状况极大的影响”^②。甚至有学者推断,之所以有这样的政制安排是因为中英“两国主权机关都不希望香港出现一个非常受民意支持的本地政党,可以在立法机关获得很多议席,以威胁他们主导香港事务的能力,故此两个主权国家都倾向操纵选举制度,以减小民意中主导的政党的影响力”^③。

^① 香港特别行政区《行政长官选举条例》第31(1)条。

^② 朱世海:《香港政党研究》,时事出版社2011年版,第135页。

^③ 马岳、蔡子强:《选举制度的政治效果——港式比例代表制的经验》,香港城市大学出版社2003年版。

（二）关于行政长官应否有政党背景的争议

对于《行政长官选举条例》第31条关于行政长官不能有政党背景的规定，是否妥当一直存在争论，见仁见智。

第一，赞同意见。

在2001年商议行政长官选举条例草案期间，关于此项规定的合理性曾在立法会内部引起过争论。政府认为该项限制符合基本法第27条及《公民权利和政治权利国际公约》第22条有关保障结社自由的规定。^①特区政府晚近时候再一次表达了对这一规定的看法，^②根据有关民意调查，有逾半市民不希望香港的行政长官属于某个政党。香港现在是政党林立，选举制度亦用“比例代表制”，在议会内，大小党派都有份参与，但没有一个或两个党派可以作为立法会的最大党派，香港党派的人数在几百人的是有，达一千人的已少，逾一万人——现在接近二万的，则只有一个党派。在这种情况下，可以以此来掌握民情，但任何党派都不能代表绝大部分市民的利益，在现时发展的阶段和程度，香港的行政长官没有党派比有党派背景好。试想如由某党派的党魁或其头号人物作行政长官，其他党派在议会内外到底会支持还是不支持？我们现在的行政长官是没有政党背景的，在争取大家的支持时已是很困难，如果是由属于某党派的人士出任行政长官那就更加困难了。

有学者分析，“香港特别行政区的政治体制是行政主导，行政长官是特别行政区和政府的‘双重代表’，处于极重要的地位，拥有广泛的权力。如果他拥有政党身份，则容易受到本党政治势力的掣肘和他党政治势力的阻挠，他的执政就不能很好地照顾香港社会最广泛的利益群体，也不能很好地发挥行政长官的执政效率。另外，行政长官要对特别行政区和中央政府双重负责，如果他具有政党身份，则会影响到他同中央政府的协调与一致。”^③具体来说，“香港社会阶层分化明显，随着贫富分化的加剧，阶

^① 详见立法会会议过程正式记录，2001年7月11日，第5287—5300页。

^② 香港特别行政区原政制及内地事务局局长林瑞麟：《2011年3月3日在立法会在全体委员会审议阶段动议修正〈2010年行政长官选举（修订）条例草案〉发言全文》（八），http://www.emab.gov.hk/tc/speech/speech_2656.htm，访问日期：2011年3月20日。

^③ 黄绍鹏：《论香港政党法制的完善》，载“北大法律信息网”，http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=36983。

层矛盾加深。香港政党的利益表达有比较清晰的社会阶层定位,代表草根阶层利益政党较多,参政热情高涨,但缺乏理性精神,民粹主义抬头,给香港社会的繁荣稳定带来威胁。在香港如此复杂的社会状况下,行政长官不具有政党背景,最大限度地减少港民认为行政长官是香港某个阶层、界别利益代表的嫌疑,使更多港民认识到行政长官施政是以整个香港各方面利益为依归。这能够有效提高行政长官施政的认受性,有利于行政长官依法施政。”^①

第二,反对的主要意见。

回归以来的特首与建制派的关系处于相对疏离的状态,特首面临着“权票分离”的尴尬处境,即掌握执政权但缺乏政党政治基础,在立法会缺乏稳定有效的政治支持。^②反对意见认为,正是由于现行的“行政长官不得有政党背景”的制度安排,导致民意基础薄弱的行政长官因为无法获得“宪制以外的政治权力和威望”^③而变得处境艰难。“在议会政治中,只有不负执政责任的反对派才较有条件进行哗众取宠,但由于反对派也有转变为执政派的机会,因此它的哗众取宠就不能过分;只有一些永远都没有机会登上执政地位的小党派才会表现得最极端,最为哗众取宠。”^④香港目前的制度安排正是使得所有的政党都成为了在野党,大多数政党为了争取民意都有意无意地站在了政府的对立面,以反对派自居。“处于非执政地位政党的一大功能就是监察政府,如果政党与政府混在一起,民众认为政党失职,政党也失去民众的支持。于是,香港的政党,特别是反对派阵营的政党,更喜欢与政府叫板。在民生经济议题上,可以说,香港所有政党都可能成为反对党,也都曾扮演过反对党的角色。”^⑤

有学者在20世纪80年代就指出,在设计香港政制时,“由于没有政党所代表的社会和政治力量,政制模式的设计也就缺乏参考和根据,可能

① 朱世海:《香港政党与香港特别行政区政府的关系取向》,《岭南学刊》2010年第3期。

② 李晓惠:《迈向普选之路:香港政制发展进程与普选模式研究》,新民主出版社有限公司2013年版,第361—364页。

③ 刘兆佳主编:《香港21世纪蓝图》,香港中文大学出版社2000年版,第13页。

④ 雷兢旋:《香港政治与政制初探》,香港商务印书馆1987年版,第43页。

⑤ 朱世海:《香港政党与香港特别行政区政府的关系取向》,《岭南学刊》2010年第3期。

引致设计出来的模式徒有制度架构,但却没有令此架构能够运作的政治力量。”^①要行政主导成为事实,行政长官必须“得到一个强而有力的管治者同盟的可靠与稳定的支持”^②。有政党背景的行政长官在立法会有所属政党的支持,更容易建立起一个强而有力的管治者同盟。政党是现代民主政治的实际操作者、代议制民主的关键、政党政治国家的权力中心,政党政府是现代民主制国家的普遍现象。要治理良善,就很需要一个可以在立法会中取得足够支持的行政长官。政党背景实际上可能有助行政长官加强与立法会内各个政党的联系。^③

(三) 本文关于行政长官政党背景限制的看法

香港特区政府在2015年1月发布的行政长官普选选举办法咨询文件《2017 机不可失》中指出,由于香港现时未有政党法,社会各界对此议题亦未有明显共识,政府建议就2017年行政长官的选举,维持现时《行政长官选举条例》就行政长官的政党背景的相关规定。

笔者认为,《行政长官选举条例》第31(1)条作为香港过渡时期的过渡条款,在香港特区已经成功走出了过渡期、本地民主政治亦渐趋成熟的今天,已经显得不甚合理。对此,基本理由如下。

第一,行政长官有政党背景并不代表他(她)就会立场不中立。民主国家(地区)的发展经验表明,现代民主政治核心就是政党政治,仅就形式上限制行政长官的政党背景既不必要,亦无实际意义。事实上,香港自回归以来亦不乏高级政务官在履职期间保留政党身份的,但并未造成该等官员在履职过程中失去了中立性。其中,比较为人熟知的是唐英年在2002年担任工商科技局局长期间就曾保留了自由党的党籍。

第二,香港特区完全可以发展出具规模的大型政党。目前,香港之所以没有出现“一个或两个党派可以作为立法会的最大党派”的根本原因在于现行体制限制了政党的发展。立法会功能组别议席的设置、行政长官由小圈子产生且必须无政党背景的立法规定,实际上是对政党功能的

^① 雷兢旋:《香港政治与政制初探》,香港商务印书馆1987年版,第14页。

^② 刘兆佳主编:《香港21世纪蓝图》,香港中文大学出版社2000年版,第13页。

^③ 政制发展专责小组第四号报告,社会人士对二零零七年行政长官及二零零八年立法会产生办法的意见和建议,2004年12月,第3.19段。

“双重阉割”。在这种带有“阉割特质”的制度底下,利益集团可以通过政党以外的其他渠道对香港特区政治有效地施加影响,政党的重要性大为降低。这正如美国政治学者亨廷顿教授曾经指出的,“低水平的参与也会削弱政党在与其他政治机构和社会势力对比中的地位”。^①可是,当“双普选”——立法会全部议席及行政长官直选产生——落实之后,各个利益集团将不得不寻找合适的政党代表他们的利益并向政党提供大量的资助,市民亦会更为重视自己的选举权,这将大大促进香港政党的发展。到时政党规模必然会迅速壮大,香港特区政党政治亦将更为成熟。我国台湾地区解严后政党政治的发展历程便是很好的示例。

第三,现时行政长官之所以处境艰难,主要原因是民意基础过于薄弱的行政长官正当性不足,无法具备“宪制以外的政治权力和威望”^②。要行政主导成为事实,行政长官必须“得到一个强而有力的管治者同盟的可靠与稳定的支持”^③。有政党背景的行政长官在立法会有所属政党的支持,更容易建立起一个强而有力的管治者同盟。因此,要解决行政长官“孤家寡人”^④的现状,就必须破除行政长官不可有政党背景的迷思。

对于上述的执政困境,香港政治学者王家英博士在分析“香港政治生态的变化及发展趋势”时,曾经以“四弱而四输”来加以形容。他认为,香港目前的这种特殊的政治安排导致了一种“四弱”而“四输”的局面于特区政府、政党、社会人以及社会团体四个“行动者”之间得以形成:首先,在现行政制安排下,政党与政府没有办法联起手来,行政长官得不到政党的强大支持,因此政府是弱的;另一方面,由于政党无法取得政府的权力,同时也就处在一种弱的状态;而在社会人和社会团体方面,他们一般是以投票、授权的方式,经由政党实现自己影响决策的权力,但由于目前本港政党无法直接影响到政府,进而使得在政党没有权力的同时,社会人与社会团体也失去了原有权力。^⑤

① [美] 塞缪尔·亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,王冠华等译,上海世纪出版社2008年版,第336页。

② 刘兆佳主编:《香港21世纪蓝图》,香港中文大学出版社2000年版,第13页。

③ 刘兆佳主编:《香港21世纪蓝图》,香港中文大学出版社2000年版,第13页。

④ 对此,又有学者将之描述概括为“‘寡人’特首”。参见刘绍麟:《香港的殖民地幽灵:从殖民地经验看今天的香港处境》,守冲社2005年版,第167—169页。

⑤ 参见郭伟峰主编:《香港前途的冷静思考》,中国评论文化有限公司2003年版,第7—8页。

此外,根据香港中文大学香港亚太研究所于2013年7月就香港市民对本港政党的印象和评价所进行的民意调查,有六成的受访市民同意,政府若无政党支持,不少政策都难以顺利推行,不同意的只有15.4%,详见下表:^①

表1 香港政府如果没有政党支持,很多政策都无可能顺利推行 %

选 项	2013年7月	2012年11月
不同意	15.4	19.9
一半半	21.2	19.2
同意	60.0	57.2
不知道/很难说	3.5	3.7
样本数	(840)	(838)

(题目:有意见认为,“香港政府如果没有政党的支持,很多政策都无可能顺利推行”。你同不同意这个讲法呢?是不同意、同意,还是一一半半呢?)

此外,48.3%受访市民同意,由于未实行特首和立法会双普选,故香港政党难有大作为,不同意这个说法的则有22.4%,详见下表:^②

表2 由于未实行特首和立法会双普选,故香港政党很难有大作为 %

选 项	2013年7月	2012年11月
不同意	22.4	22.5
一半半	24.4	25.6
同意	48.3	47.0
不知道/很难说	4.9	5.0
样本数	(840)	(837)

(题目:有意见认为,“由于未实行特首同立法会的双普选,所以香港的政党很难有大的作为”。你同不同意这个讲法呢?是不同意、同意,还是一一半半呢?)

^① 香港中文大学香港亚太研究所:《香港亚太研究所民调:市民对政党评价仍然欠佳》,http://www.cuhk.edu.hk/hkiaps/tellab/pdf/telepress/13/Press_Release_20130731.pdf,最后访问日期:2014年12月6日。

^② 香港中文大学香港亚太研究所:《香港亚太研究所民调:市民对政党评价仍然欠佳》,http://www.cuhk.edu.hk/hkiaps/tellab/pdf/telepress/13/Press_Release_20130731.pdf,最后访问日期:2014年12月6日。

行政长官应允许具有政党背景。《行政长官选举条例》第31(1)条在实质上作为香港特区政党规制法律架构中最为严苛的限制性条款,是不利于香港政党的发展及政党政治的成熟的,应予以修改。

六、香港民主政制发展的推进路径

(一)以点带面推进香港民主政制进一步发展

在人类文明发展的历史长河中,器物可以照搬、技术可以模仿、管理可以参照;但制度文化这一熔铸于民族灵魂的精神血脉具有极强的自主性,它深深镌刻着一个民族的鲜明特征,代表了一个国家的未来方向。一个国家,上至中央层面,下至地方基层,其政治制度的选择主要受到一国基本经济状况、社会阶级、部门所掌握的政治资源的影响。同时,一个国家,不管是中央政府,还是地方政府,其民主特质或民主模式深深地彰显着这个国家——中央和地方——既有政治参与者、部门之间的“实力均衡”,而这种均衡又“取决于社会参与者之间资产和政治资源的属性与分配状况”。^①在香港民主政制发展这个问题上,不管是政治权力结构的考虑,还是法律秩序规范的要求,都必须循序渐进地发展香港民主,而绝不是采取所谓的“最彻底、最开放的民主普选”。

从香港基本法和全国人大常委会的有关决定可以清晰地看出,在很长一段时期内,香港民主政制发展的主要内容就是循序渐进地推进并最终实现香港特区行政长官和立法会的双普选。可以说,行政长官和立法会选举办法已经成为在基本法框架下推进香港民主进程或者说政制发展的关键环节和制度建构的抓手。^②事实上,香港基本法实施以来,一系列与之相关的制度和机制得以建立和完善。在行政长官产生办法和立法会产生办法的修改方面,确立了行政长官向全国人大常委会提出报告,全国人大常委会作出决定,特区政府提出议案,立法会通过、行政长官同意及全国人大常委会批准或备案的“五步曲”法律程序。根据“五步曲”的法律程序,香港特区政府分别就2007年、2008年和2012年选举制度提出过

^① [美]卡莱斯·鲍什:《民主与再分配》,熊洁译,上海人民出版社2011年版,第192页。

^② 邹平等:《香港基本法实践问题研究》,社会科学文献出版社2014年版,第454页。

改革方案。2007年12月29日,十届全国人大常委会第三十一次会议决定,2017年香港特区第五任行政长官选举及之后的立法会选举可以实行“双普选”。2014年7月,行政长官向全国人大常委会提交关于两个产生办法是否需要修改的报告。2014年8月31日,十二届全国人大常委会第十次会议表决通过《全国人大常委会关于香港特别行政区行政长官普选问题和2016年立法会产生办法的决定》。

显然,香港民主政制发展是从点到面渐进铺开的,作为制度建构抓手的普选,其相关方案与举措也不是一步到位的,伴随其中的应当是沿着基本法所设定的轨道稳步改革,循序渐进推进民主政制发展。对此,全国人大常委会香港特区基本法委员会副主任梁爱诗指出,2017年的特首普选方案不可能是完美方案,我们可以先走出第一步,“其他有些未曾那么完美的地方我们可以继续改进,不是我们到了普选,便停在那里”。^①特区政府专责政改事务的政制及内地事务局局长谭志源进一步明确指出,所有政制发展方案都必须遵守循序渐进、实际情况等原则,任何未来的行政长官候选人提名委员会组成的设计都要符合循序渐进的原则,要从现实出发。^②

总之,香港民主政制发展已经进入一个非常关键与微妙的时期。香港特别行政区实行行政长官普选,是香港回归以来最重大的政治问题,关系到“一国两制”方针的正确实施,关系到香港的长期繁荣稳定,关系到国家主权、安全和发展利益,必须审慎、稳步推进。

(二) 不能以“国家民主观”来衡量香港民主政制

香港从来都不是一个“国家”,仅仅只是中国的一个地方行政区域,是隶属于中央政府之下的一个具有特殊政制安排的“地方政治体”。作为“地方的民主”与作为主权国家的“国家民主”有着原则的不同。然而,香港回归后,部分人士对“一国两制”并没有给予正确的理解,典型表现就是轻“一国”而重“两制”、甚至是不接受“一国两制”和不尊重中央对香港的全面管治权力,刻意扭曲对“一国两制”的诠释,特别是把香港视

^① 梁爱诗:《普选已有基本法》,《文汇报》2013年4月8日。

^② 谭志源:《政制发展须遵原则》,《文汇报》2013年7月6日。

为“独立政治实体”，这样人为地直接导致香港双普选进程中出现诸多困难。至少在政治心理层面，香港回归以来围绕普选发生的政治争执及社会运动，有一种倾向越来越明显：不顾“一国两制”的政治现实和宪制安排，以一个独立的政治体为潜在或显著的意象，按照国际人权标准，幻想一种完美的并且可以一蹴而就的普选制度。^①同时，作为民主理论和选举制度知识原型的“国家意象”反过来影响、强化了部分港人的政治心理。他们以西方国家民主理论和选举制度的知识作为衡量香港民主政制的最高标准。极端势力走得更远，做起了“城邦”的梦。他们想象的普选已经剥离了任何西方国家的具体条件，有意过滤掉“国家”这一大前提。这是一种脱离香港自身现实的极端错误，错误地把一般性的知识模型等同于具体政治模式了，把以国家为原型的民主理论不加裁剪地套在一个地方的身上。^②

事实上，即使在民主化的“最后”阶段，香港也不会具有西方国家的民主程度。所以，与那些“全面”民主化的国家比较，香港的民主化始终带有一定程度的“局部性”。^③作为“地方的民主”，其核心要素就是关于香港民主政制变动、发展，中央享有最终的决定权，这是主权的体现，亦是政治责任的要求，符合“一国两制”的政治逻辑与基本法的法理正当性要求。正如李飞主任在人大常委会对香港基本法附件一第七条解释的说明中指出的，行政长官的产生办法是否需要修改和如何修改，决定权在中央。^④围绕上述核心问题，在中央主导下，中央和香港两个层面根据实践中出现的新问题，结合实际情况，立足香港基本法，推出了一系列旨在推进香港民主政制进一步向前发展的措施。

总之，香港政制发展的首要问题就是要不要尊重基本法赋予中央对

^① 陈端洪：《论香港特别行政区行政长官提名委员会的合理性与民主正当性》，《港澳研究》2014年第2期，第12—13页。

^② 陈端洪：《论香港特别行政区行政长官提名委员会的合理性与民主正当性》，《港澳研究》2014年第2期，第13页。

^③ 刘兆佳：《思考香港政治需从香港的独特性出发》，《港澳研究》2013年第1期，第14页。

^④ 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，http://news.xinhuanet.com/newscenter/2004-04/06/content_1404223.htm，最后访问日期：2014年4月11日。

香港政制发展拥有的决定权。因此,思考香港民主政制发展,要从这一问题的本质出发,香港的民主是地方性的民主,香港的民主化是中央主权下的稳定、发展的民主。具体到作为政制发展的核心议题双普选上,中央政府拥有主导权及决定权。各方应当全面准确把握“一国两制”方针,严格依照基本法办事,在香港民主发展的关键时刻认清大势,作出理智、现实的判断。唯有如此才能保障香港普选的顺利进行。^①

（三）保持均衡的实效民主

有论者认为,政治制度的选择是由该政治统治结构下公民收入分配结果决定的。“获益最少的个体会支持民主制度,因为民主制给予其重新建立一个对自己有利的再分配机制的机会。与之相反,在民主之下收入会受损的富裕公民则青睐只有富人拥有投票权的宪政结构”。^②香港民主政制发展必须扎根于香港所处的政治环境、契合到香港自身的社会状态。就香港民主政制发展而言,一定要处理好工商精英与基层大众的关系,香港民主政制发展的过程,就是工商精英界与基层大众之间政治利益分配协调的过程。这里面既涉及纵向的即中央层面的国家政治主权要求与地方层面的香港民主发展需求之间的均衡,还涉及横向的即香港自身的社会利益结构的平衡以及民主发展节奏的均衡。

对此,在推进行政长官普选方面,“8·31决定”明确规定香港特区行政长官普选的“提名委员会”必须按照第四任行政长官“选举委员会”组成。而香港回归以来行政长官的选举实践证明,“选举委员会”能够涵盖香港社会各方面有代表性的人士,体现了社会各阶层、各界别的均衡参与,符合香港的实际情况。同时,“8·31决定”还规定,“每名候选人均须获得提名委员会全体委员半数以上的支持”。香港基本法第45条第二款规定的“民主程序”应当贯彻少数服从多数的民主原则,以体现提名委员会集体行使权力的要求。提名委员会将由四大界别同比例组成,规定候选人必须获得提名委员会委员过半数支持,候选人就需要在提名委员会不同界别中均获得一定的支持,有利于体现均衡参与原则,兼顾香港社会

^① 饶戈平:《通向香港行政长官普选的必由之路》,《港澳研究》2014年第3期,第3页。

^② [美]卡莱斯·鲍什:《民主与再分配》,熊洁译,上海人民出版社2011年版,第157—158页。

各阶层利益。换言之,“8·31 决定”中这一规定的重要目的或价值之一就是,确保提名行政长官候选人的提名委员会继续保持选举委员会由四大功能界别组成的基本要素,以体现均衡参与原则,进而从制度上保证工商界在行政长官普选中的必要参与权。同样,在推进立法会普选的过程中,立法会中的功能组别是确保工商界实现均衡参与的制度保证,从全国人大常委会的有关解释和规定可以清晰地知道,在未来实行立法会普选时功能组别不能废除而只能按照普选的原则予以改造完善。这也是“均衡参与”原则的必然要求。^①

(四) 遵循法治的有序民主

香港民主政制的发展,其政治基础是中央人民政府统辖下的地方区域,其法理基础是作为香港宪制安排的基本法。从法律上看,香港回归意味着中央对香港拥有的主权从“主权权力”变成“主权行使”,意味着香港民主政制的发展必须遵守香港基本法的原则与精神。那么在推动香港民主政制发展的进程中,其关键问题就是如何依据基本法的原则与规定,本着法治的精神,在法律的秩序内循序渐进地推进香港民主,践行法治化的民主。具体来说,香港的政制发展不管是在形式上还是在实质内容上都必须严格按照基本法和全国人大常委会有关决定办。

泛民主派对全国人大常委会关于香港民主政制发展的有关问题的解释与决定不断发起的指责、挑衅乃至非法对抗,实质是混淆了规范适用标准与理想评价标准,是超出基本法秩序追求所谓“真普选”,这显然是试图摆脱既定法制框架来搞非法政制。^②这种行为及行动本身就是违反法治精神的,更是违反基本法的。

首先,从形式法治角度看,关于香港民主政制发展的法定程序,基本法附件一第七条和附件二第三条分别规定,行政长官的产生办法,立法会的产生办法和法案、议案的表决程序,如需修改,须经三个步骤: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大常委会批准或

^① 参见李晓惠:《论香港特别行政区普选的基本原则及其实践意义》,《政治学研究》2014年第6期,第61页。

^② 田飞龙:《基本法秩序下的预选式提名与行政主导制的演化》,《政治与法律》2015年第2期,第84页。

备案。由于基本法附件未能明确“如需”修改,应由谁确定和应由谁提出修改法案的问题,全国人大常委会2004年4月6日根据基本法的立法原意,明确了政改“五步曲”,即明确了行政长官和立法会两个产生办法每一次修改都需要经过五个步骤:一是行政长官向全国人大常委会提出报告,二是全国人大常委会对是否需要修改作出决定;三是特区政府向立法会提出修改行政长官和立法会产生办法的议案,并经立法会全体议员三分之二多数通过;四是行政长官同意经立法会通过的修改行政长官和立法会产生办法的议案;五是行政长官将有关议案报全国人大常委会,由全国人大常委会批准或者备案。即是说,从“程序主义”角度说,所谓香港民主政制发展要依照法定程序办事,就是要遵循“三个依照”,即要依照基本法办事(包括人大释法的有关规定)、依照人大常委会决定的规定办事、依照这五个法定程序办事。^①

再者,从实质法治角度看,从基本法起草到实际运行18年,对特首普选的制度安排都不是一种“空白支票”式的可以任意填充的空间,而是已对这一空间的结构与布局作出了既定的体制性安排。^②对此,“8·31决定”的内容有着清晰的反映,即:“香港特别行政区行政长官选举实行由普选产生的办法时:(一)须组成一个有广泛代表性的提名委员会。提名委员会的人数、构成和委员产生办法按照第四任行政长官选举委员会的人数、构成和委员产生办法而规定。(二)提名委员会按民主程序提名产生二至三名行政长官候选人。每名候选人均须获得提名委员会全体委员半数以上的支持。”这两条规定又可简单分解为三个要素:一是提名委员会按照现行的选举委员会组成;二是行政长官候选人须获过半数提委支持;三是行政长官候选人人数为二至三名。制定行政长官普选方案,必须按照上述的基本法和人大常委会决定的有关规定办事,不能另搞一套。这就是法治原则对于香港民主政制发展的最基

^① 参见李晓惠:《论香港特别行政区普选的基本原则及其实践意义》,《政治学研究》2014年第6期,第59—60页。

^② 田飞龙:《基本法秩序下的预选式提名与行政主导制的演化》,《政治与法律》2015年第2期,第85页。

本也是最严格要求。^①

按照基本法和全国人大常委会的有关决定,本着法治的精神,严肃并严格地从基本法出发来理解和追求既定法秩序下的普选目标,在法治的框架下发展出有序健康的香港民主,才是正确的路径。

六、结论

“一国两制”是国家的方针政策,“一国”和“两制”不可偏废。中央政府制定的涉及香港的一系列政策,采取的涉及香港的各项重大举措,无论是政治法律、经济民生还是社会生活方面的,出发点和落脚点都是为了维护国家主权、安全、发展利益,保持香港长期繁荣稳定。^②香港围绕双普选产生的政改问题,是香港民主政制发展的核心议题,同时又是香港当前政治生态中遭遇诸多挑战和困难的根源与表现。但不管怎样,香港民主政制的发展,要严格以中国现行宪法和基本法为依归建设法治化的民主,要契合维护国家主权、安全、发展利益这一根本宗旨。

围绕普选等问题,有的人离开基本法的文本,按照自己的想象去谈论基本法;有的人只注重高度自治,却假装没有看到基本法白纸黑字规定的中央职权。^③事实上,普选特首不是港英政府给予的,而是回归后香港基本法赋予的。围绕普选的讨论和建议必须在基本法确定的框架和规则内进行。同时,香港只是国家的一个特别行政区,特首普选也只是国家的其中一个地方选举,跟其他主权国家的选举完全是两回事。对此,中央拥有普选特首的主导权及决定权,普选特首是中央任命及香港选民普选的“双结合”。^④

国家推动香港发展民主、实现普选的态度、诚意、原则等在26年前颁布的基本法中就已清晰表达出来,释放了明确的信号。可以说,“香港民主的最大推手就是国家”。^⑤国家推进香港民主政制发展的最新举措,进

^① 参见李晓惠:《论香港特别行政区普选的基本原则及其实践意义》,《政治学研究》2014年第6期,第61页。

^② 许崇德:《香港特别行政区的法律地位》,《港澳研究》2014年第1期,第5页。

^③ 王振民:《“一国”、“两制”不可偏废》, http://news.ifeng.com/a/20150411/43532075_0.shtm,最后访问日期:2015年5月16日。

^④ 饶戈平:《普选方案不容“污名化”》,《文汇报》2015年5月16日。

^⑤ 王振民:《“一国”、“两制”不可偏废》, http://news.ifeng.com/a/20150411/43532075_0.shtm,最后访问日期:2015年5月16日。

一步明确细化在全国人大常委会“8·31决定”之中。“8·31决定”在中国法律体系中具有与法律等同的规范效力,构成香港政改的最新法律基础。^①国家支持香港民主政制发展的一贯立场、态度和诚意再次清晰可见。反过来,香港民主政制建构,如果脱离基本法的规定和全国人大常委会有关决定的轨道,势必会陷入歧途,难免会变形走样。

^① 参见强世功:《政治决断:关于行政长官普选的人大决定》,《明报》2014年9月3日。

区域普选进程中的国家统合问题： 转型国家的比较研究

刘 晗*

摘要：在当代宪法政治的实践当中，区域普选一般来说容易与身份认同问题交织在一起，并对于国家统合具有不小的影响。从历史和理论的角度来讲，民主化过程本身也容易激化身份认同问题和文化政治议题。本文通过比较研究来切入区域民主选举与国家统一之间的关系，具体剖析了20世纪下半叶当中几个典型国家中区域民主化的案例：西班牙、南斯拉夫、苏联和捷克斯洛伐克。分析结果显示，首次民主大选是全国性的国家（西班牙），其选举有利于巩固国家的统一认同；而首次民主选举在地区层面展开的国家（如南斯拉夫、苏联和捷克斯洛伐克）最终激化了族群矛盾，导致了国家分裂。在设计民主制度的过程中，选举范围、选举制度和政党制度都构成了决定性的因素。在构想普选方案时，须通过制度设计避免认同政治的激化，防止认同问题成为普选的主要议题。

关键词：区域民主化 普选 国家统一 比较宪法

一、导言：问题的提出

随着香港立法会于2015年6月18日否决普选方案，香港特别行政区的普选进程已经告一段落。在香港特别行政区政制改革的过程中，香港人的本土意识不断发展，本地身份认同（identity）逐渐强化，并且日益政治化。2014年发生的“占领中环”事件所展现的香港本土主义话语和

* 清华大学法学院讲师，耶鲁大学法学博士。本文曾发表于《环球法律评论》2015年第6期，收入本论丛时有所改动。

行动即是鲜明的体现。^①虽然“港独”并无实际的政治可能性,但其所凸显出来的认同政治的日益激化却对国家统一提出了挑战。换句话说,认同问题的政治化使得普选问题不仅是“两制”问题,而且已经触及了“一国”问题。

从体质人类学的角度而言,大部分香港居民都是“汉族”;而从广义的族群文化上来讲,大部分香港居民属于我们一般印象和言说中的“华人”或者“中国人”。然而日益明显的是,香港居民在社会政治问题和文化归属上形成了独特的香港身份认同。所谓身份认同,是某个个人或者群体确定自身文化身份及其特征的观念和价值,“是一个人或者一个群体的自我认识……是自我意识的产物:我或者我们有什么特别的素质而使得我不同于你,或者我们不同于他们”。^②身份认同问题因而是属于意识层面的,与特定人群的体质特征和种族因素并不自然等同。从世界范围来看,种族的同源性并不能保证身份认同的一致性。比如,英国人和美国主体居民在种族意义上是同源的(即都是盎格鲁—撒克逊人),但在政治发展和历史进程中已经成为了两个不同的民族,具有极强的民族性格差异。要而言之,身份认同乃是建立在著名民族主义理论家本尼迪克特·安德森(Benedict Anderson)所谓的“想象的共同体”(imagined communities)的基础上。^③文化—社会—政治想象,而非种族和体质人类学因素,是身份认同的关键。

香港人的独特政治认同是在历史中逐步形成的,具有深厚的社会、经济和文化背景,尤其受到近三十年以来中英谈判、回归安排等政治变化的影响。^④近几年来,随着“自由行”的推行,大陆居民大量涌入香港,进一步激发了香港人本土身份认同及其对于大陆的抗拒,并且日益使得身份认

^① 香港特别行政区政府《二零一五年施政报告》中指出:2014年2月,香港大学学生会的官方刊物《学苑》的封面专题是《香港民族 命运自决》。2013年,《学苑》编印一本名为《香港民族论》的书,主张香港寻找一条自立自决的出路。对《学苑》和其他学生,包括“占中”的学生领袖的错误主张,我们不能不警惕。我们并要求与学运领袖有密切关系的政界人士劝阻。

^② [美]亨廷顿:《我们是谁:美国国家特性面临的挑战》,程克雄译,新华出版社2005年版,第20页。

^③ [美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体:民族主义的起源与散布》,吴叡人译,上海人民出版社2011年版。

^④ 关于香港人身份认同和本土意识历史发展的梳理,参见郑宏泰、尹宝珊:《香港本土意识初探:身份认同的社经与政治视角》,载《港澳研究》2014年第3期,第67—69页。

同问题政治化。2014年发生的“占中”事件显示了所谓“香港人民”第一次试图作为政治力量出场。诚然,很多香港居民并不否认自己仍然是中国人,但实际上“香港人”的身份已经成为其文化认同的首选。在青年当中,甚至出现了认为自己仅仅是香港人的倾向,甚至发出了“民族自决”的呼声。种族意义上的华人并没有在文化和政治上将自己看做中国人。

香港的政制改革是一种较为独特的民主化过程,是在主权国家内部的一个行政区进行民主化——特别是在一个社会主义国家内部推行西方式选举制度——的独特现象。更为复杂的是,香港的普选进程同时发生在认同政治激化的背景之下。很大程度上,普选方案如何制定,如何通过,始终与认同政治联系在一起,密不可分。民主普选发展和认同政治激化的双重现象,促使我们思考区域民主选举与国家统一之间的关系。该问题不但对于香港政制发展的走向具有重大影响,也对“一国两制”、民主政治以及选举制度等中国的基础性宪法概念提出了理论难题。本文通过比较研究来切入问题,通过可资参考的具体国别案例分析,辅以理论层面的思考与探究,以期对于思考香港普选问题提供参考。

二、民主化与认同政治的历史与理论

从世界范围内的民主发展历史与当代实践来看,民主化易于激化认同政治、激发地方民族主义和本土意识。在前民主时代的政治实践之中,无论是传统的君主制国家(如绝对君主制时期的法国),还是精英化的共和政治(如平民政治出现之前的美国),乃至社会主义国家(如苏联),都采取了相应的制度安排,容纳多元的族群差异,进行多区域的政治整合。

在欧洲传统复合君主制国家中,国王凭借君权神授(Divine Rights of the King)的理论,成为了凝聚不同族群、民族和区域的象征。举例来说,在很长一段时间内,英国国王同时是英格兰和苏格兰的元首。中国的传统帝国也呈现类似的特征。比如,大清帝国的皇帝既是满族人的族长,也是蒙古的可汗,同时还是汉族人的皇帝,也是西藏喇嘛教的保护人。^①位

^① Evelyn Rawski, *The Last Emperors: A Social History of Qing Imperial Institutions* (California: University of California Press, 1998), pp. 7-8.

于首都的帝国统治者大体上通过与边疆地区的本土精英结盟的方式来维系整个帝国的政治融合。比如,英国殖民者在亚洲基本采取“间接统治”(“indirect rule”),即通过政治文化的优越性和相应的恩荣措施笼络当地精英,并由当地精英承担相当程度的统治工作,这在印度最为明显,在香港也是如此。^①实际上,贵族阶层较易形成统一的、跨民族身份的群体,然而平民则较为地方化,易于强调其自身的文化、习俗特性。比如,在1580年到1640年之间,西班牙和葡萄牙曾经是一个国家,都在西班牙国王的统治之下。在1640年发生的葡萄牙独立运动中,葡萄牙的平民阶层有很强的葡萄牙民族意识,因而激烈反对西班牙国王的统治;相反,葡萄牙的贵族和精英阶层则更倾向于与西班牙王室和贵族交往和融合。^②

民主易于对国家统一产生挑战的现象,可以从民主的政治哲学原理加以理解。不言而喻,现代民主的核心原则是人民主权(popular sovereignty),即一切政治权力根本上属于人民。人民是国家的统治者;人民的同意是政府正当性的源泉。^③作为一种现代的政治理念,人民主权原则首先建立在否定君主主权的基础之上。^④历史地讲,人民主权的出场时刻就是革命。法国人民可能获得统治地位是在将国王送上断头台的时候;美洲殖民地的英国臣民在独立革命中逐渐成为“我们美国人民”。然而,共和革命过程中如果没有统合性的领导,很容易导致革命的过程变成不同区域和族群各自分行的独立运动。18世纪末美国革命之后成立了十三个独立的国家就是典型的例子;19世纪初南美反抗西班牙的解放革命最终造成了列国林立的局面是另外一个例子。在此类案例中,共和革命意味着国家分裂。

人民主权国家的基本宪制结构也容易促发离心的倾向。在国家统合的问题上,民主制与君主制有着鲜明的对比。在传统的君主制国家当中,国王的身体是整个国家的象征,是连接广土众民的政治中心点。而当君

^① Karuna Mantena, *Law and "Tradition": Henry Maine and the Theoretical Origins of Indirect Rule* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

^② John H. Elliot, "The Spanish Monarchy and the Kingdom of Portugal 1580-1640", in Mark Green-grass (ed.), *Conquest and Coalescence* (London: Edward Arnold, 1991).

^③ Edmond Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (New York: W. W. Norton & Company, 1989).

^④ Paul Kahn, *The Cultural Study of Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1999), p. 62.

主的身体在现代革命中被弑杀之后,^①国家的统一却变成了问题。旧的连接点被摧毁了,而新的连接点却无法一蹴而就。在人民主权理论当中,契约或者人民构成了新的连接点。如美国开国之时,各州即通过签订契约,让渡权力,组成统一邦联或者联邦;宪法因而在某种意义上被理解成为一种社会契约。但是契约论具有潜在的严重问题:既然可以签约,就可以毁约;如果有一方认为对方背约,那么就可以解约。实际上,1860年代美国内战时期,一些南方分离主义者即是将宪法理解为一种契约,因而在北方违约的基础上退出契约。^②

统一的人民形象是另一种可能的国家统合象征。在具体的政治和法律实践中,人民主权意味着人民产生宪法,由宪法构建政府,然后由政府代表人民从事具体的治理工作。无论是遵守宪法的政府,还是创建政府的宪法,都只是人民主权的产物。因而,政府与宪法都无法决定人民本身的自然形态和地理边界。为了界定人民的形态和边界,政治哲学和法律理论需要退回到宪法和政府产生之前的“自然状态”(state of nature)中去寻找一个群体的自然特性。民族主义正因满足了在政府产生之前中界定“人民”的需要,即通过更为具体的“民族”来界定颇为抽象的“人民”。^③人民主权因而与民族主义之间有了密切的关联。

但是,民族主义既可以成为向心的力量,也可以成为离心的力量。人们通常所说的“民族”意味着族群文化的同质性。然而,在现代国家中,少有单一民族国家的例子,而更多的是多民族国家。中心族群希望通过大范围的民族主义来统合国家,而边缘族群则希望能够通过各种方式保持其独特性,甚至构建自身的民族主义。民族主义一方面可以巩固国家统合,但另一方面也可以助长地区分离的趋势。一战之后几个传统陆地帝国的解体(如奥匈帝国、俄罗斯帝国、奥斯曼土耳其帝国)是典型的例证。^④

^① Michael Walzer, *Regicide and Revolution: Speeches at the Trial of Louis XVI* (New York: Columbia University Press, 1992).

^② Stephen Neff, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War* (Cambridge: Harvard University Press, 2010), pp. 7-11.

^③ Bernard Yack, "Popular Sovereignty and Nationalism", 29(4) *Political Theory* (2001), pp. 517-536.

^④ 章永乐:《旧邦新造》,北京大学出版社2011年版,第16—48页。

以苏联为代表的社会主义国家解决统合各民族和族群的方式是用“新君主”代替旧君主,也就是用作为先锋队的共产主义政党替代以前神圣国王的肉身或者民族的想象。共产主义或社会主义成为一种可以超越民族主义的意识形态,可以整合不同的民族和族群。对于社会主义国家和社会主义政党的认同而言,阶级属性远远重要于民族属性。比如,前苏联境内如此纷繁复杂的民族分化通过阶级话语和共产主义意识形态得以整合进统一的政治共同体。苏联共产党通过组织建设融合各民族的“先进分子”,构成了前意大利共产党领袖葛兰西所谓的“新君主”(the new prince),即列宁主义先锋政党。^①

然而,一旦作为统合性力量的“新君主”在特定地区丧失了政治乃至文化上的领导权,民族主义就会凸显出来。认同问题很快转化为“我们”与“他们”的分化与指称;原先团结在共同政治信仰之下的“我们”开始分化,甚至分裂。民主化一方面导致内部贫富问题变为政治问题,另一方面导致了敌我区分和认同政治问题。两方面的线索在“冷战”末期苏联和东欧的民主转型中交织在了一起。

三、案例研究:西班牙、苏联、南斯拉夫与捷克斯洛伐克

如果说20世纪初的帝国解体现象可以概括为“走向共和即走向分裂”,那么20世纪末社会主义多元国家体系的崩溃可以概括为“走向民主即走向解体”。这种现象源于民主选举与认同政治之间的复杂关联。一方面,认同政治会加大民主化和推进普选的难度;另一方面,选举制度和选举结果会改变认同政治的格局。区域民主选举一般会导致认同政治的激化,甚至在世界很多转型地区,民主化导致了族群之间的暴力的发生。^②南斯拉夫和捷克斯洛伐克是民主化过程中没有解决好认同政治问题的典型例子。相反,如果民主转型时期推行全国性大选,则局面会好一些。下文首先介绍西班牙民主转型中处理民主选举与区域问题,之后重

^① Antonio Gramsci, *Selections from the Prison Notebook*, Quintin Hoare & Geoffrey Nowell Smith (eds.), (New York: International Publishers Co., 1995), p. 335.

^② Jack Snyder, *From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict* (New York: W. W. Norton & Company, 2000).

点比较苏联和东欧等社会主义国家实行区域普选中所出现的对于国家统一的威胁和危害。

(一) 西班牙:奠基性全国大选塑造统一意识

在民主转型的过程中,全国性的大选往往能够增强中央政府的权威,减弱认同政治的强度。西班牙即是明显的例子。其在1970年代民主化的时候是首先通过全国民主选举奠定了中央政府的权威和正当性,然后与加泰罗尼亚和巴斯克地区进行协商,在宪法层面赋予其自治权,从而缓和了民族地区的政治矛盾。

西班牙在民主化之前面临着严重的区域认同问题。之前,佛朗哥专制政权所压制的民族主义情绪在专制政权被推翻之后得以爆发。自有现代西班牙以来,加泰罗尼亚和巴斯克两个地区因为民族文化独特性一直不服中央统治,甚至经常开展争取独立的民族主义运动,乃至暴力行动。在佛朗哥独裁高压之下,民族问题并非严重的政治问题。相反等到佛朗哥政权被推翻后,情况变得日益恶化了。比如,在佛朗哥当政期间的1968年到1975年,巴斯克地区的起义从未造成任何一位军官死亡;而在佛朗哥政权被推翻后的1975年到1983年之间,因为巴斯克民族主义暴力运动而丧生的军官即有37人。^①但即便在这样严重的区域对立情况下,西班牙仍然完成了民主转型。其中,全国性的大选起到了重要的凝聚功能。一般来说,转型之后的第一次大选是所谓“奠基性大选”(founding elections)。西班牙的奠基性大选是全国性的,而非区域性的。西班牙在推翻佛朗哥政权之后的第一次投票是一次全民公投,以94.2%的多数通过了一项《政治改革法案》,正式进入民主化转型阶段。^②

西班牙的民主化伴随着区域民族主义运动的威胁。1977年6月15日的第二次关键投票是一次选举新政府和新宪法制定委员的大选。在这次大选中,四个全国性的政党在全国范围内进行竞选,获得了350个席位

^① Ricardo Garcia Damborenea, *La Encrucijada Vasca* (Barcelona: Editorial Argos Vergara, 1984), p. 52. Quoted from Juan Linz & Alfred Stephan, "Political Identities and Electoral Sequences: Spain, the Soviet Union, and Yugoslavia", 121 (2). *Daedalus: The Exit from Communism* (Stephen R. Graubard ed. 1992), p. 125.

^② Juan Linz & Alfred Stephan, "Political Identities and Electoral Sequences: Spain, the Soviet Union, and Yugoslavia", 121 (2). *Daedalus: The Exit from communism* (Stephen R. Graubard ed. 1992), p. 126.

中的319个。四个政党在加泰罗尼亚和巴斯克地区也进行了竞选,在加泰罗尼亚地区获得了三分之二的选票,在巴斯克地区获得了超过一半的选票。^①之后,选举出来的代表开始了漫长的磋商,商讨西班牙的新宪法制定事项和民族问题。最终一部新宪法获得了四个主要政党和加泰罗尼亚地区主要的民族主义政党的支持,获得了通过。在随之而来的第三次全国公投中,新宪法以87.8%的高票获得通过。在加泰罗尼亚地区,支持宪法的人数占到了投票人总数的90.4%;巴斯克地区投票人中支持该宪法的占到了68.8%,但最后的统计结果的现实是,全区只有不到一半的人参与了投票。^②

1977年,西班牙进行了后独裁时代的首次全国议会大选。随后,新上任的全国议会开始与加泰罗尼亚和巴斯克地区进行谈判,提出改变西班牙历史上的集权国家体系,开始向少数民族区域下放权力(devolution)。双方最终达成的协议《自治法案》提交给了巴斯克和加泰罗尼亚的地区议会,分别以90.3%和87.9%的高票得以通过,甚至许多本来反对新宪法的民族主义政党也转而支持《自治法案》。^③

以研究民主转型著称的耶鲁大学政治学家胡安·林茨(Juan Linz)教授认为,如果西班牙第一次大选是区域性而非全国性的,那么西班牙的统一性以及区域民族团结会更加恶化,因为全国性的政党(即“西班牙”政党)很难在少数民族地区获得支持。^④此外,民族问题会变得更加突出和极端,会危害到西班牙民主政治的稳定性。如果中央与民族地区之间的纷争加剧,那么西班牙军队的政治影响力就会增大,这反过来会危害到民主政治,而重现军人独裁的影子。与此同时,全国性的大选造就了一种复杂的多层认同,即除了巴斯克人或加泰罗尼亚人之外,民族区域地区的人民还多了一层“西班牙人”的认同感。比如,在加泰罗尼亚地区,加泰罗尼亚人一方面满足于自己控制自己的政治文化事务,比如教育和媒体等;

^① Richard Gunther, Giacomo Sani & Goldie Shabad, *Spain after Franco: The Making of a Competitive Party System* (California: University of California Press, 1988), p. 311.

^② Juan Linz & Alfred Stephan, "Political Identities and Electoral Sequences: Spain, the Soviet Union, and Yugoslavia" 121(2). *Daedalus: The Exit from Communism* (Stephen R. Graubard ed. 1992), p. 126.

^③ *Ibid.*, p. 127.

^④ *Ibid.*, p. 128.

另一方面,他们也比历史上任何一个阶段都更加认同自己是西班牙国家的一部分,为做“西班牙人”而自豪。^①在巴斯克地区,虽然暴力民族主义运动仍然存在,但巴斯克地区对于西班牙国家的认同却随着全国性的大选的推行和自治政策的推进得以改善,至少民族恐怖主义运动得到了遏制。^② 这些局面很大程度上是第一次奠基性的全国大选所造就的。

(二) 苏联与南斯拉夫:区域选举加速分裂的教训

苏联和南斯拉夫地区的民族问题本来就非常复杂。在苏联解体和东欧剧变之后,复杂的民族问题又因为改革措施的不良而变得更加复杂。首先,与西班牙不同的是,苏联和南斯拉夫的转型改革更注重自由化(liberalization),而非民主化(democratization);苏联和南斯拉夫的改革都重在开放市场经济和政治竞争,而不是推进西方式民主制度的建设。这就导致了苏联和南斯拉夫内部产生了自下而上的民主热情,而非中央政权在整个联盟区域内的民主化动力。

此外,更为重要的是普选制度和选举结果。苏联和南斯拉夫在政权发生变动之后,第一次普选都是区域性的,而非全国性的。南斯拉夫尤其如此:其普选都是在各加盟共和国层面进行,而非在全南斯拉夫层面进行;在这些选举中,民族问题都变成了焦点所在。1990年4月到12月之间,南斯拉夫各加盟共和国依照宪法规定各自进行民主选举,各政党也在各加盟国开展竞选。1990年4月到5月之间,斯洛文尼亚和克罗地亚大选率先开始举行。大选前夕,斯洛文尼亚人和大部分克罗地亚人因为地处南斯拉夫北部,都自认为是中欧人而非巴尔干人,因而独立建国进而融入欧洲,脱离南斯拉夫联盟而加入欧盟,都是选举中的热门议题。^③ 只有共产主义政党在各个加盟国选区内都获得了选票,即便他们在种族意义上都是少数;其他的政党都是地区性的。在这些选举中,民族主义取代了共产主义成为了各加盟国人民和政治家定义自身的主要认同标志;政治势力开始依照民族属性进行划分。

^① Ibid., p. 128.

^② Ibid., p. 130.

^③ Commission on Security and Cooperation in Europe(ed.), *Elections in Central and Eastern Europe: A Compendium of Reports on the Elections Held from March through June 1990* (Michigan: University of Michigan Library, 1990), pp. 57-58.

在率先进行的斯洛文尼亚 1990 年大选中,有 15 个政党和 3 个公民团体参与角逐。其中没有任何一个政党或者团体将自己称为“南斯拉夫”政党。这些政党或团体在实际上也没有全南斯拉夫联盟层面的影响力和选民基础,而都是斯洛文尼亚内部的政党。尊重人权,发展代议民主制,以及建立法治是竞选中的主要议题;而斯洛文尼亚在南斯拉夫内部的地位,是否进一步扩大自治,在何种条件下独立则是核心议题。克罗地亚大选的状况与斯洛文尼亚基本类似。

在大选之前,斯洛文尼亚议会在争取自由选举运动的压力下在 1989 年 9 月修改了宪法,随后又通过五部法律分别就议会选举、总统选举、选区划分、选举记录以及政治社团作出了规定。^① 根据新的选举制度,候选人可以通过三种方式被提名:第一,各地方议会通过秘密投票决定候选人;第二,被承认的各个政党可以提名各自的候选人;第三,超过一定数目的公民签名可以通过选民会议推举候选人。^② 最终,通过三种方式决定出了 4 名总统候选人、12 名集体总统(presidency)候选人以及 1300 百名议员候选人。每个年满 18 岁的公民以及至少 3 天之前获得永久居留权的居民可以投票。总统选举通过两轮多数决(即第一轮如果无人过半数,则从得票最多的两个候选人中再进行一次投票,获得半数以上选票的候选人胜出)产生;议会选举则采取了比例代表制(即各政党按照选票比例来分配席位)。据报道,很多斯洛文尼亚人盛装前往投票站,带着自己的家人去投票,将其看做颇为庄严的事情。最终的选举结果是:斯洛文尼亚共产主义者联盟候选人米兰·库坎(Milan Kucan)获得了总统选举的胜利,但反对党 DEMOS 赢得了议会的多数席位,进而在基督教民主党领袖佩特勒(Lojze Peterle)的领导下于 1990 年 5 月中旬组织了新的政府,正式完成了民主转型。^③ 类似地,克罗地亚基督教民主联盟获得了议会多数,组织了新的政府,正式完成了民主转型。^④

斯洛文尼亚和克罗地亚的首次区域民主选举造成了两方面的政治后

① Ibid., p. 62.

② Ibid., p. 62-63.

③ Ibid., p. 65-72.

④ Ibid., p. 50.

果:一方面,斯洛文尼亚民众和克罗地亚民众的民族认同进一步提高;另一方面,斯洛文尼亚人和克罗地亚人认为自己生活在自由选举的民主体制下,与南斯拉夫联盟内部的其他加盟国仍然处在南斯拉夫社会主义统治的境况迥然有别,因而产生了极强的政治优越感。两方面的因素导致了斯洛文尼亚和克罗地亚针对南斯拉夫的离心倾向愈来愈强。1990年5月,贝尔格莱德方面开始动用人民军队,运送弹药到斯洛文尼亚和克罗地亚,试图阻止两个地区的分离主义倾向。同时,受斯洛文尼亚和克罗地亚榜样的影响,波黑以及马其顿开始准备第二年举行民主选举,塞尔维亚则进一步被孤立。即便塞尔维亚及其支持者黑山也开始准备大选,最终呈现的景象也不是全南斯拉夫联盟的大选,而是各个加盟国的大选。最终,因为区域选举所带来的地区离心倾向加大,南斯拉夫陷入内战。内战之中和之后,各加盟国相继退出南斯拉夫,南斯拉夫社会主义共和国联盟最终解体,其后整个巴尔干地区因为南斯拉夫的解体陷入了战火之中。

苏联的情况稍有不同,但基本逻辑类似。苏联20世纪80年代政治改革之后所举行的第一次民主大选虽然是全国性的,但其提名程序却是在各加盟国层面进行的,因而从实质过程来讲仍然是区域性的民主选举。1989年3月,苏联举行全国人民代表大会选举。此次选举之中,苏联共产党控制的地方选举委员会主宰了提名程序,提名出来的候选人都是共产党的支持者。由2250名成员构成的苏联人民代表大会成为了后来最高苏维埃的选举团,因而损害了苏联最高代议机构的正当性和认受性。比如,在地区直选中以89%的高票当选的莫斯科地区人民代表叶利钦,最初就未能获得最高苏维埃的席位,直到有人退出最高苏维埃才给叶利钦腾出位置。^①换句话说,当时苏联大选中最为重要和最为直接的选举过程出现在了地区层面,而非全国层面。

各加盟共和国随后修改了选举法,使得选举规则更加有利于加盟国层面的候选人获得民主正当性,而非全苏联层面的候选人。各加盟国都废除了选举制度中对于共产党及共产党组织的席位保证,这就使得苏共这个能够跨越各加盟国、各民族之间的统合性力量在各加盟国和各地方

^① Juan Linz & Alfred Stephan, "Political Identities and Electoral Sequences: Spain, the Soviet Union, and Yugoslavia" 121(2)。 *Daedalus: The Exit from Communism* (Stephen R. Graubard ed. 1992), pp. 131-132.

的影响力逐步减弱。比如,在摩尔多瓦 1990 年 2 月的选举中,各派势力的竞争使得该加盟国内部争取独立主权的议题日益尖锐。^①参加竞选的各政党和团体为了能够获得选举的胜利,只能在争取独立主权的问题上达成共识,方能进行下一步的争夺。如果任何一个政党的候选人不认同这一选项,那么他可能在首轮就被选民抛弃,自动丧失了角逐的资格。这就使得苏联的统一状况岌岌可危。无论当时莫斯科当局与“人民阵线”(Popular Front)主宰的摩尔多瓦最高苏维埃进行磋商,还是与摩尔多瓦共产党第一书记卢欣斯基(Petru Luchinski)沟通,分裂的大势都已经不可逆转。

乌克兰和格鲁吉亚是更为鲜明的例子。在 1990 年 3 月的乌克兰区域选举中,反对派联盟“民主阵线”(Democratic Bloc)在选举中成功地将选民的注意力集中在民族、自治和语言(乌克兰语在当年 1 月 1 日被定为该加盟共和国的官方语言)等问题上,迫使共产党的候选人必须在这些议题上与之竞争。^②同样,在格鲁吉亚 1990 年 10 月的选举当中,所有的参选政党都将格鲁吉亚独立作为竞选纲领而大力鼓吹,甚至包括格鲁吉亚共产党也这么做。格鲁吉亚共产党为了能够赢得选举,不惜大打民族主义牌,比如宣称格鲁吉亚公民只对格鲁吉亚共和国负有兵役义务,而不再对苏联负有此等义务等。^③长期被苏联共产党政权通过各种政策缓和的民族矛盾和文化冲突因而显现出来,最终导致的必然是民族自决。

苏联和南斯拉夫的区域民主选举造成了一系列的后果:(1)在区域选举的第二天,中央政府的权威受到了极大的削弱,因为民族区域地方力量现在以获得民主支持为由藐视中央政府;(2)无论在苏联还是在南斯拉夫都没有出现一个新的全国性政治力量来对抗地方民族主义,最终导致了苏联的解体和南斯拉夫的崩溃;(3)民族问题成为了各区域选举的核心议题,从而激化了民族与民族之间、民族地域与中央政权之间的矛

^① Commission on Security and Cooperation, *Elections in the Baltic States and the Soviet Republics* (Washington, D. C., Dec. 1990), p. 89.

^② Ibid., pp. 115-119.

^③ Ibid., p. 165.

盾；(4) 在一些地区，如格鲁吉亚、阿塞拜疆、塞尔维亚和克罗地亚，民族主义情绪导致了民族间的战争，从而引起各国中央政府派兵镇压民族运动，进而导致了一系列的惨况出现；(5) 国家统一问题和治理危机大大损害了经济政策的推行，危害了国家繁荣与稳定。^①

比较而言，在西班牙，第一次全国性的选举使得国家统一具有坚实的基础；在苏联和南斯拉夫，区域性选举危害了国家统一的基础。

(三) 捷克斯洛伐克：全国与区域选举并行致乱

捷克斯洛伐克 1990 年代初发生的“天鹅绒分离”(the Velvet Separation) 是又一个民主转型中没有处理好国家统一问题的例子。实际上，捷克斯洛伐克分裂之前的统一态势远远好过苏联和南斯拉夫：“捷克与斯洛伐克之间既没有历史积怨，边界清晰，也没有居住地域和人口混居方面的矛盾，在文化和种族方面也比前两者更有亲缘。在分离之前，在民调中也只有 11% 的捷克人和 17% 的斯洛伐克人愿意选择分家。”^② 在 1968 年“布拉格之春”之后，捷克和斯洛伐克以“族群联邦制”的方式并存下来，斯洛伐克人曾有的自治需求得到了满足。

1989 年 11 月，捷克斯洛伐克境内的两个反对团体“公民论坛”(捷克)和“公众反暴力”组织(斯洛伐克)发动了“天鹅绒革命”，推翻了长期占据统治地位的社会主义政权。新的领导人走上了政治舞台：捷克著名反对人士哈维尔(Vaclav Havel)当选为联邦政府总统；斯洛伐克人恰尔法(Marian Calfa)当选为联邦政府总理；前共产党总书记、斯洛伐克人杜布切克(Alexander Dubcek)则当选为联邦议会议长。由于捷克和斯洛伐克面对共同的敌人，共同完成了此次革命，革命刚刚结束之时两边的关系非常融洽。双方商定保留原来捷克斯洛伐克宪法规定的国家结构形式，以两年为期修改宪法，调整中央地方关系。^③

然而，革命成功后的蜜月期随即被转型过程中的经济社会冲突所打

^① Juan Linz & Alfred Stephan, “Political Identities and Electoral Sequences: Spain, the Soviet Union, and Yugoslavia” 121 (2). *Daedalus: The Exit from Communism* (Stephen R. Graubard ed. 1992), pp. 134-135.

^② 郑非：《“天鹅绒分离”二十年》，载《开放时代》2013 年第 1 期，第 121 页。

^③ Allison Stanger, “The Price of Velvet: Constitutional Politics and the Demise of the Czechoslovak Federation”, in Michael Kraus & Allison Stanger (eds.), *Irreconcilable Difference? Explaining Czechoslovakia's Dissolution* (Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2000), pp. 139-142.

破。在应对经济转型所面临的重大社会问题时,在推动自由市场经济转型的过程中,捷克和斯洛伐克双方不断产生龃龉。其中最为重大的冲突围绕武器外贸问题而展开。由于原先计划经济下分工的差异,斯洛伐克的轻工业化程度与捷克相比较低,因而依靠对外出售武器维持经济收入。但1990年1月,捷克斯洛伐克外交部长——一名捷克人——公开对传媒表态说,捷克斯洛伐克联邦政府准备禁止对外武器贸易。武器禁运对于斯洛伐克人来说无异于切断了经济命脉。此外,在经济转型中的其他问题中,捷克所主导的自由化政策和休克疗法,对高度依赖社会主义体制遗留的斯洛伐克的打击更为巨大,使得斯洛伐克人民对于捷克怨声载道,认为捷克人在经济上压制落后的斯洛伐克人。^①

经济方面的冲突和隔阂随即转化为政治文化问题。1990年初,哈维尔向国会提议,去掉“捷克斯洛伐克社会主义共和国”中的“社会主义”。斯洛伐克随即提出,要在“捷克”和“斯洛伐克”之间加一个连字符,以显示双方地位平等。之后,双方在国名问题上不断纠缠,史称“连字符战争”(the Hyphen War)。^②“连字符战争”反映了后共产主义时代捷克斯洛伐克国族认同问题的激化:捷克斯洛伐克究竟是一个单一民族国家(nation-state),还是一个多民族国家(multinational state)?捷克和斯洛伐克在此问题上相持不下:前者认为只有一个统一的捷克斯洛伐克民族;斯洛伐克则认为捷克和斯洛伐克是两个不同的民族,因而两方面的联合是一种政治联合,而非民族融合。^③正因为此问题的激化,斯洛伐克内部开始产生争取独立的声音。

政治文化和族群意识随即影响了1990年6月捷克斯洛伐克的第一次西式普选,并且受到了该次普选的促进和激化。值得强调的是,与西班牙和苏联、南斯拉夫皆为不同的是,此次大选在联邦层面和共和国区域层面同时举行,摧毁旧有权威之后,将近一百多个政党参与了大选。“公民论坛”和“公众反暴力”分别在捷克和斯洛伐克的大选中胜出。值得注意

^① 郑非:《“天鹅绒分离”二十年》,载《开放时代》2013年第1期,第127页。

^② Petr Pithart, “The Division/Dissolution of Czechoslovakia: Old Sins and New Forms of Selfishness”, in Michael Kraus & Allison Stanger (eds.), *Irreconcilable Difference? Explaining Czechoslovakia's Dissolution*, pp. 227-234.

^③ 郑非:《“天鹅绒分离”二十年》,载《开放时代》2013年第1期,第127—128页。

的是,为了能够在共和国区域选举中赢得胜利,很多政党大打族群牌,呼吁斯洛伐克的自决独立。这就反过来促进了族群政治的进一步激烈化,斯洛伐克人民的本土意识进一步被提高。^①

为了应对不断激化的独立诉求,联邦政府提出了权力分享计划,即划分捷克和斯洛伐克与联邦政府之间的权限,构建美国式的联邦制,进而大幅度下放中央权力。捷克和斯洛伐克双方随即在当年8月举行磋商,执行联邦政府的权力下放计划。双方在11月签订协议,分享国家权力。但仅仅一个月之后,斯洛伐克总理梅恰尔到布拉格进一步向中央政府要权,并以宣布斯洛伐克法律高于联邦法律作为威胁,如同美国内战之前很多南方州议会挑战联邦政府权威时所做的那样。捷克和斯洛伐克的冲突并未因权力分享协议而缓解。但即便如此,当时的民调仍然显示,大部分斯洛伐克民众仍然不支持独立的方案,而希望在既有的政治结构当中寻求问题的解决。^②

事态因为1991年2月开始的新宪法制定活动而进一步恶化。双方就制宪权处于联邦层面还是各国层面发生了分歧。斯洛伐克方面提出,应该首先制定各自的宪法,然后两国缔结条约,订立联邦宪法。捷克则认为应该直接制定联邦宪法。双方就此问题纠缠了一年多。最终,捷克方面妥协,然而制定出来的宪法条约草案却又被斯洛伐克国民大会否决。制宪活动因为长期的争夺与扯皮而陷入僵局,即便是当时威望极高的哈维尔总统也未能推进制宪进程。

与此同时,实际掌握捷克和斯洛伐克政权的两个政党也各自发生了内部分裂。捷克的“公民论坛”于1991年分裂为两大组织:倾向保守的“公民民主党”(Civic Democratic Party),领导人是克劳斯(Vaclav Klaus);自由派的“公民运动”(Civic Movement),倾向于维持联邦政体、维护国家统一。分裂之后,后者逐渐失势。在斯洛伐克,执政党“公众反暴力”组织于1991年4月出现内部斗争,时任斯洛伐克总理梅恰尔随即退出该党,组织了一个新的政党“民主斯洛伐克运动”(Movement for a Democratic

^① John Elster, "Transition, Constitution-Making and Separation in Czechoslovakia", 36(1) *European Journal of Sociology* (1995), pp. 114-115.

^② Ibid., pp. 115-116.

Slovakia)。梅恰尔原先表态支持联邦,但成立新政党之后改弦更张,指控“公众反暴力”组织余下的人都是捷克的傀儡,无法代表斯洛伐克人的根本利益。^①梅恰尔的行动极大地促发了斯洛伐克人的民族热情和本土意识。斯洛伐克境内各政党的分离主义倾向也随之愈加猛烈,因为任何一个政党如果表现出支持布拉格的倾向,都会失去民众的支持,因而各政党必须大力斯洛伐克化,打本土牌。^②

政治族群意识的变化随即表现在了捷克斯洛伐克1992年6月的第二次议会选举中。捷克方面,克劳斯(Vaclav Klaus)领导的“公民民主党”(Civic Democratic Party)获胜;斯洛伐克方面,梅恰尔领导的“民主斯洛伐克运动”也大获全胜。克劳斯是西方自由主义的信徒,对于梅恰尔及其领导的政党很不认同;他认为对方网罗了一部分前共产党和国企官员,试图恢复共产主义政权,因而斯洛伐克已经成为了阻碍捷克进入欧洲自由经济社会的累赘和障碍。^③捷克斯洛伐克的政治精英陷入了分裂。经过些许相互试探之后,双方最终决定分道扬镳。1992年7月17日,斯洛伐克宣布独立。1993年1月1日,捷克斯洛伐克联邦议会召开最后一次会议,宣布捷克斯洛伐克解体。

回头看来,捷克斯洛伐克分裂的原因自然有经济、社会、文化以及宪法等各方面的问题,但其首次民主选举对于最终事态的影响颇大。由于采取了联邦层面和区域层面同时进行民主选举的做法,此次选举导致了区域民主选举中族群意识的扩展。民主选举与民族主义相互促进,最终瓦解了捷克斯洛伐克。

表1:各国民主转型中选举类型与国家统一结果的比较

国家	西班牙	南斯拉夫	苏联	捷克斯洛伐克
首次选举类型	全国性	地区性	地区性	全国与地区同时
国家统一形势	维持统一	国家分裂	国家分裂	国家分裂

① 郑非:《“天鹅绒分离”二十年》,载《开放时代》2013年第1期,第129页。

② 同上。

③ Nadya Nedelsky, *Defining the Sovereign Community: The Czech and Slovak Republics* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009), pp. 178-181.

四、结语：选举制度、身份认同与国家统一

现代西方式的民主普选对于实际政治的影响是多方面的。普选不仅可以产生执政官员,也可以创造政治议事日程,甚至能够创造政治话语、政党制度乃至实际的权力格局。更为重要的是,民主普选可以通过塑造和利用身份认同来确定和调整实际的权力格局。任何一个新兴民主政制中的选举制度设计都需要慎重考虑身份认同的因素,尤其是在区域民主选举推行的过程之中。上文的案例分析展示,区域民主选举完全有可能强化本土意识、激化认同政治,从而有可能涉及国家统一问题。斯洛文尼亚和克罗地亚在南斯拉夫境内率先推行民主选举最后导致国家分裂,是值得警醒的鲜明例证。在苏联解体和捷克斯洛伐克分裂的过程中,区域民主选举在全国政治中的主导性是重要的促动要素。中国需要引以为戒,以便更好地处理区域民主普选的问题。

美国宪法的奠基者詹姆斯·麦迪逊(James Madison)曾经指出,共和制在大国当中更容易实现,而相反在地理空间较为狭小的地区则容易趋向于走极端,特别是党派纷争容易摧毁政治共同体。^①香港的民主进程因为是在较小的地理空间内推行,本身有着走向极端化的危险。通过具体的制度设计来防止香港民主政治的极端化,是塑造香港成熟而稳定的民主制度的重要途径。从总体进程而言,香港民主普选的推行需要采取审慎的渐进主义路线。比较的研究展示,区域民主普选的推进过程当中存在着认同政治激化的风险,需要谨慎地进行评估和应对。推进区域普选不但不大可能弱化认同政治,反倒有可能在很大程度上使得认同政治更加强烈。在推进香港民主普选的过程中,在设计和影响具体的选举制度的过程中,需要时刻意识到民主选举与身份认同之间复杂而内在的关联。

^① [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1995年版,第45—49页。

香港普选与保留功能组别:法律和政治视角

陈咏华 杨晓楠*

摘要:实现普选与保留功能组别是香港特别行政区政治体制发展进程中面临的难题。在当前香港错综复杂的政治生态环境下,要保留功能组别,既需要解决法律层面上功能组别与普选定义的兼容性问题,也需要解决政治层面上功能组别的政治认受性及相关改良方案问题。本文认为,从法律技术来看,普选不等于直选,也不等于“一人一票”,它也可以是间接选举,因此功能组别与普选的定义可以获得兼容。同时,功能组别的设立符合基本法规定的均衡参与价值。从政治考量来看,一直以来,由于反对派不断歪曲和妖魔化功能组别,当前要说服香港社会接受完全保留功能组别面临着较大的困难,社会各界也未形成一套获得较多共识的有关普选功能组别的终极方案。

关键词:普选 功能组别 一人一票 政治认受性

普选与保留功能组别是香港特别行政区政治体制发展进程中面临的难题。由于牵涉到历史、法律、政治等多个层面问题,情况非常复杂,尤其是在当前香港错综复杂的政治生态环境下,如何保留功能组别,就不仅需要法律智慧,同时需要政治智慧。本文试图从法律技术和政治考量两个层面,深入分析当前保留功能组别所面临的问题,并探讨解决这些问题所要考虑因素及可能途径。

一、保留功能组别的法理技术:与普选的兼容性问题^①

众所周知,在香港特别行政区关于“功能选举”的讨论中,一个无法

* 陈咏华,中国法学会“一国两制”和基本法研究中心常务副主任、香港基本法澳门基本法研究会副秘书长、理事;杨晓楠,大连海事大学法学院副教授。

① 此部分主要内容已发表在《河北法学》2015年第1期。参见杨晓楠:香港立法会功能组别选举与“普选”的兼容性分析《河北法学》2015年第1期。

回避的问题就是“功能选举”与“普遍选举”(简称“普选”)在概念和法理上是否冲突?或者说,基本法中规定的选举的普遍性逐渐增加是否会直接导致功能选举的缩减甚至消亡?如何在地方性选举普遍化的趋势下发展功能选举,这可以说是香港政制改革中的一个重要问题,下文将从“功能选举”与“普选”的兼容性的角度剖析基本法的条文、法理和相关的国际法理论,从而为保留并发展“功能选举”提供可行性建议。

(一)《基本法》中“普选”与“功能选举”的内涵

1. “普选”的历史内涵和基本法中的使用

“普选”(universal suffrage, universal franchise),即普遍选举,是现代选举制度的一项重要原则,与民主制度的发展紧密联系在一起。许崇德教授和皮纯协教授在书中将普选定义为“普及选举权的制度”,这也代表了国内学者的主流理解,“它是相对于限制选举权,只让少数人享有这种权利的制度而言的。大体上说,凡是于年龄、国籍、无精神病以及不是依法被剥夺政治权利等条件外,不再另行设立其他的资格作为取得选举权的条件的,就是普及选举权制”。^①这里的普遍选举权,主要是指作为可以在公共职位选举中投票的选民的权利。在理论上说,应该被限定为选举权而非被选举权(尽管我国宪法中并未对享有选举权和被选举权的资格进行区分),而且公共职位选举主要是指议会代表(议员)的选举和国家机关中重要职位(如总统)的选举。

应该说,普遍选举是与对选举权的限制联系在一起的,并没有一个明确的定义,而是一个历史性概念,争取选举权的斗争也可以说是西方民主化进程中的重要环节之一。西方民主政治发展初期,政治权力主要保留在少数特权等级手中。议会制度在英国产生之初,议会议员的选举只是采取有限选举的形式,有学者将英国选举制度的发展阐释为一个“由公开投票到秘密投票、由复数投票制到一人一票、由男子有财产资格限制到男女普遍选举”的历史过程。^②美国沿袭了英国的传统,建国以来也对选举人的财产、宗教、居住时间、国籍、种族、性别等方面进行了一定的限制。

^① 许崇德、皮纯协编著:《选举制度问答》,群众出版社1980年版,第8页。

^② 江宗植:“英国选举改革的历史回顾”,《四川师范学院学报(哲学社会科学版)》1995年第5期,第48页。

直到1934年,美国仍有14个州将贫民(pauper,主要是指接受救济的人)或是救济院的穷人排除在选民范围之外。^①与取消对财产资格的限制相比,黑人和女性取得选举权的斗争则更为艰辛。新西兰作为世界上最早赋予女性选举权的国家之一,该国妇女在1893年获得选举权,而澳大利亚妇女在1902年获得选举权,美国则在1920年通过宪法第十九修正案才赋予妇女选举权。至于黑人的选举权,尽管美国在1865年宪法第十三修正案中废除了奴隶制度,但在1870年的第十五修正案时才赋予黑人选举权,且并非实质意义上的平等选举权。1964年美国宪法第二十四修正案禁止了以纳税财产对选民资格进行限制,直到美国国会1965年通过《选举权法案》禁止以读写能力为由限制投票权,才真正彻底实施了普遍选举制度。

总之,随着民主制度的发展,逐渐废除对选举人的身份、财产、性别等方面的限制,赋予黑人和其他少数族裔、未受教育群体、女性等群体选举权,是普遍选举权在其他国家和地区发展的历史过程,也是学界对普遍选举制度的一般性理解。普遍选举权在宪法条文中除了体现在选举权的部分,通常也会在宪法保护的平等权、禁止歧视条款中有所体现。

香港基本法也将“普选”作为香港特别行政区行政长官选举和立法会选举制度发展的基本目标,其中第45条规定:

“香港特别行政区行政长官在当地通过选举或协商产生,由中央人民政府任命。

行政长官的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标。

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。”

基本法第68条规定:

^① Robert J. Steinfeld, Property and Suffrage in the Early American Republic, Stanford Law Review, Vol. 4 No. 2 (1989), p. 335. Steinfeld 教授指出,采用 pauper 这一术语主要是用以取代以纳税方式衡量的财产资格限制。在美国建国初期,先是以财产资格限定选举权的范围,后发展以纳税资格代替财产资格,见李文丽:《早期美国人民争取普选权的斗争》,山东师范大学硕士论文,2000年,第21—26页。

“香港特别行政区立法会由选举产生。

立法会的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至全部议员由普选产生的目标。

立法会产生的具体办法和法案、议案的表决程序由附件二《香港特别行政区立法会的产生办法和表决程序》规定。”

基本法这两个条文中均使用了“普选”这一术语作为政制发展的目标,但并未特别解释“普选”在基本法中的特殊含义。按照文义解释的方法,这里的“普选”(universal suffrage)理应解释为普遍性的选举原则。此外,根据体系解释的方法,基本法第25条规定,“香港居民在法律面前一律平等。”第26条规定,“香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权。”所以,就基本法的条文来看,其中的普遍选举应该主要指香港特别行政区永久性居民均享有选举权,不得因民族、种族、财产、性别等受到限制或歧视,进而被剥夺或限制选举权。

2. “功能选举”的内涵和历史发展

功能选举(functional constituency),也称为功能界别选举、功能组别选举或功能团体选举,确切地说,是在选举中以职业或行业、身份或社会阶层等评价指标划分一定的选举团体,以期在民意表达中起到某种功能性的协商作用。功能选举制度并非由基本法创建,而是由回归前已经存在的选举组团选举发展而来的。

香港在殖民地时期的民主政治发展得较晚,成立之初的立法局(称“定例局”)议员由女王任命的官员担任,1850年才开始有由总督委任的非官守(非官员身份)议员,直到1884年非官守议员扩大至5人,并有了第一位固定任期的华人议员(伍廷芳)。^①5名非官守议员中的两位由香港总商会和非官守太平绅士选举,并由女王任命。^②应该说,香港立法局议员席位向非官方人士开放,也是因受到英国商人和华商施加的政治压力,出于种种原因,香港的民主政治发展在很长一段时期都停滞不前。1883年成立的市政局(初为洁净局)是第一个有民选代表参与的公共管

^① Albert Chen, Development of Representative Government, in Law of the Hong Kong Constitution, Johannes Chan and C. L. Lim ed., Sweet & Maxwell(2011), p. 218.

^② Ibid.

理机构,但是只处于监督地位,并不实际参与公共政策的制定与立法。殖民地政府在20世纪70、80年代(中英谈判前后)开始了一系列的政治民主化改革,包括委任市政局民选局议员进入立法局、进行区议会选举等。^①1984年7月(中英联合声明公布2个月之前)殖民地政府颁布的《代议政制绿皮书——代议政制在香港的进一步发展》(以下简称“1984绿皮书”)对香港政治体制作出了重大的改革,提出两类议员的选举方案,一部分是通过市政局、区议会、区域议局进行间接选举,一部分由功能选举产生,这是第一次对立法局中功能选举的规定。1984绿皮书和此后的白皮书按社会功能划分选民组别,例如商界、工业界、法律界、金融界、医学(及卫生界)^②、教育界、社会服务界、劳工界、工程师等,然后选举立法会议员,而不再由港督委任议员。这里的功能组别划分标准是以社会人士关心的事项不同予以划分,并认为这是立法局获得“大量专门知识和专家宝贵意见”的途径,并且主要是对当时已经普遍使用但无明文规定的遴选方法加以规范化,对于上述组别以外的其他组别如果希望选举代表的话,需满足“代表社会上某些人数相当多且重要的团体或阶层”这一标准。^③1985年选举的24位立法局议员中,12名议员通过9个功能团体的选举产生,其中商业、工业界、劳工界的议员为2人,其他各组别为1人。

有学者分析港英政府在长期地方性的民主化诉求中保持冷漠或是阻挠态度,而在80年代进行大幅度的政治改革,其目的一方面是利用“香港年青一代要求民主的善良愿望,加快推行代议制”,从而保持英国政府在1997年回归后的影响力,维护本国利益,同时也在为“光荣撤退”做出准备。^④陈弘毅教授指出,1984绿皮书表明英方借此建立香港的政改模型,并希望在回归后可以基本延续这一模式;同时,也希望通过这一单方面的改革让香港居民在回归后享有自治并抵制中央政府的干预。^⑤

① 朱世海,《香港立法机关研究》,中央编译出版社2007年版,第8—10页。

② 最初为医学界,而后在扩展为卫生界。

③ 《代议政制绿皮书——代议政制在香港的进一步发展》。

④ 朱世海,《香港立法机关研究》,中央编译出版社2001年版,第19—20页。

⑤ Albert Chen, Development of Representative Government, in Law of the Hong Kong Constitution, Johannes Chan and C. L. Lim ed., Sweet & Maxwell(2011), p. 218.

基本法对回归伊始的行政长官选举和立法会选举基本保留了功能选举的框架：

(1)《全国人民代表大会关于香港特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》中明确规定了,第一届立法会(1998~2000)议员60人中功能团体选举产生议员的人数为30人,分区直接选举产生议员20人,选举委员会选举产生议员10人。原香港最后一届立法局成员符合规定者,经筹委会确认,可成为第一届立法会议员。基本法附件二第一条(一)同时规定,第二届(2000~2004)和第三届(2004~2008)功能团体选举议员人数保持为30人不变。全国人大常委会2004年4月26日颁布的《全国人民代表大会常务委员会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》中规定,“2008年香港特别行政区第四届立法会的选举,不实行全部议员由普选产生的办法,功能团体和分区直选产生的议员各占半数的比例维持不变,立法会对法案、议案的表决程序维持不变”。因此,第四届(2008~2012)功能团体议员的数量和比例都维持不变。在前四届立法会选举中,功能界别的30个议席由28个功能团体(商界和工业界分为两个组别)选出,除劳工界有3个议席,每个功能团体具有一个组别,一个议席。自2012年第五届立法会起,功能组别的议席增至35席,其中增加的5个议席加之之前的1个区议会议席,均由民选的区议员互相选举产生,委任的区议会议员不参与互选。

(2)除了在立法会选举中保留功能选举的特点,行政长官选举中,功能团体也起到重要的作用。基本法附件一中规定了香港特区行政长官的选举由一个具有广泛代表性的委员会产生,采取间接选举的模式。根据《全国人民代表大会关于香港特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》,第一任行政长官(1997~2002)由400人的选举委员会产生,其中工商、金融界100人,专业界100人,劳工、基层、宗教等界100人,原政界人士、香港地区全国人大代表、香港地区全国政协委员的代表100人,第一任行政长官的得票率是80%。第二任行政长官(2002~2007)^①则由

^① 第二任行政长官董建华2005年3月辞职,由当时的政务司司长曾荫权担任署理行政长官。曾荫权在2005年6月的补选中成功当选,成为继任的第二任行政长官。

800 人的选举委员会产生,其中工商、金融界 200 人,专业界 200 人,劳工、社会服务、宗教等界 200 人,香港地区全国人大代表、香港地区全国政协委员的代表 200 人,每个界别的人数扩大一倍,第二任的两位行政长官均自动当选。第三任行政长官(2007~2012)选举委员会人数和组成不变,曾荫权的得票率为 81.1%。根据全国人大常委会 2010 年 8 月批准通过的《中华人民共和国香港特别行政区基本法附件一香港特别行政区行政长官的产生办法修正案》,第四任行政长官(2012~2017)选举委员会扩大为 1200 人,其中工商、金融界 300 人,专业界 300 人,劳工、社会服务、宗教等界 300 人,立法会议员^①、区议会议员的代表、乡议局的代表、香港特别行政区全国人大代表、香港特别行政区全国政协委员的代表 300 人,第四任行政长官的得票率为 57.8%。

根据 2007 年 12 月全国人大常委会通过的《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区 2012 年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》,2017 年的第五任行政长官选举“可以实行由普选产生的办法”,在行政长官由普选产生后,立法会选举可以实行全部议员由普选产生的办法。

相对行政长官选举的改革而言,功能组别选举的发展一直是香港立法会选举制度改革的重点之一,争议和讨论得更为激烈。我们在下文主要对立法会功能选举的支持和反对意见进行综述,并在此基础上探讨功能选举在未来的发展趋势。

(二)取消立法会中功能组别选举的法理观点

一些人反对功能选举,要求在未来的政改中逐步取消功能选举,而全部采取分区选举的模式,并认为这样才是“普选”的要求,主要原因如下:

1. 功能选举的代表率较低,所代表的选民数量有限。因此,可能会与普选的理念有冲突。

功能团体所代表的选民人数是非常有限的。按照惯例,香港每 10 年进行一次人口普查,根据 2011 年普查数据,2011 年香港人口为 7,071,576 人,其中以香港为永久居留地的居民为 6,489,492 人,18 岁以上的香

^① 由于 2012 年 10 月立法会选举后,立法会议员会增加至 70 人,而在行政长官选举时立法会议席仍为 60 人,所以增设了 10 个特别委员议席。

港人口为 5,911,974 人,约占人口比例的 83.6%。^①以 2011 年选民登记情况为例,^②2011 年的分区直选登记选民登记数为 3,560,535 人,约占香港永久居民的 54.9%,代表率约为 63.8%,而功能选举的登记选民为 243,142,代表率仅为 4.4%。根据中期普查的数据,2006—2011 年人口增长率为 0.4%~0.6%,而相对于 2008 年而言,2011 年的分区直选登记选民的增长率为 5.6%,功能组别登记选民的增长率为 5.8%,可以说增幅不大,因此代表率也比较接近(见表 1 选民人数一栏)。总之,从这些数字上看,功能选举的代表性相对于分区选举而言的确是较为有限的。

表 1 历届香港立法会选举选民数及投票率统计^③

选民人数	2000 年第二届选举 (投票率)	2004 年第三届选举 (投票率)	2008 年第四届选举 (投票率)
分区直接选举	3,055,378 (43.57%)	3,207,227 (55.64%)	3,372,007 (45.2%)
选举委员会选举	783 (95.53%)	0	0
功能团体选举 (仅限需投票的团体)	173,779 (56.5%)	199,539 (70.1%)	229,861 (59.76%)

2. 基本法第 25 条和“普选”要求平等普遍的选举权,而与分区选举相比,功能选举会导致出现选举权不平等的状况。

基本法第 25 条规定,“香港居民在法律面前一律平等”。第 26 条规定,“香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权”。因此,有学者认为,这两条规定联系在一起理解,可以认为基本法赋予了香港永久性居民平等的选举权和被选举权。

分区选举采取的是比例代表制原则(具体议席分配见表 2),根据

① 数字取自 2011 年香港人口普查网站 <http://www.census2011.gov.hk/te/background-information.html>,(2012 年 4 月 16 日访问)。

② 数字取自香港选民登记网站 <http://www.voterregistration.gov.hk/chi/statistic20113.html>,(2012 年 4 月 16 日访问)。

③ 数字取自 2000 年立法会选举网站 http://www.elections.gov.hk/elections/legco2000/index_c.htm,2004 年立法会选举网站 http://www.elections.gov.hk/elections/legco2004/te_chi/turnout/tt_fc_overall.html,2008 年立法会选举网站 http://www.elections.gov.hk/legco2008/sim/turnout/tt_gc_GC.html,(2012 年 4 月 16 日访问)。

《2003年立法会(修订)条例》规定,5个选区中每个选区选出的议员人数不得少于4名,也不得多于8名。(《2011年立法会(修订)条例》将议员人数增至35人,每个选区须选出人数不得少于5人,也不得多于9人)根据《选举管理委员会条例》第20条的规定,议席的分配以选区的人口数为基本的衡量单位,加之考虑选区的独特性及与地方联系的维持情况(20(3)(a))、该区域自然特征(如大小、形状及交通便利程度)(20(3)(b))和现有地方行政区的分界(20(4)(a))以及现有地方选区分界(20(4)(b))等因素。考虑的因素主要是客观因素和历史因素,对选民资格并无特殊要求,18岁以上的香港永久性居民,如没有按照《精神健康条例》被裁定为精神上无行为能力人或属于任何武装部队成员外,均可以登记为选民。以2008年第四届选举为例,每一议席代表人数最多的为254,675人,最少的为206,000人,偏离率基本可以保持在10%左右,所以可以说满足了选举平等性(“一人一票一值”)的要求。

表2 历届香港立法会分区选举的议席分配情况统计^①

选区	2000年 第二届选举	2004年第三届选举 [登记选民人数]	2008年第四届选举 (估计人口) 每议席代表人数/偏离率	备注 [2011年选民登记数]
香港岛	5	6 [618,451] (1,274,600)	6 (1,267,900) 211,317/-9.11%	[634,922]
九龙西	4	4 [420,259] (999,600)	5 (1,030,000) 206,000/-11.4%	[454,091]
九龙东	4	5 [524,896] (1,034,300)	4 (1,018,700) 254,675/+9.54%	[577,687]
新界西	6	8 [873,031] (2,004,300)	8 (2,030,300) 253,788/+9.15%	[1,010,190]
新界东	5	7 [770,590] (1,644,900)	7 (1,628,200) 232,600/+0.04%	[883,645]
合计	24	30 [3,207,227] (6,957,700)	30 (6,975,100) 232,503	[3,560,535]

^① 数字取自2000年立法会选举网站、2004年立法会选举网站、2008年立法会选举网站,选举管理委员会网站 http://www.eac.gov.hk/ch/legco/2008_boundaries_list.htm, (2012年5月16日访问)。

然而,功能选举对选民的身份资格有特殊要求,并不是所有的香港永久性居民都可以在功能选举中享有投票权,功能选举的初衷是为了起到咨议作用,所以以团体或社会阶层(团体)为单位进行划分。以2008年第四届立法会选举为例,共28个功能界别,除了劳工界产生3个议席之外,其他每个界别1个议席。其中,乡议局、渔农界、保险界及航运交通界这四个功能界别采取次序淘汰投票制(prefential elimination system)^①,其中乡议局和渔农界由于只有一个候选人,因此自动当选,其他两个界别的选民数、投票数见表3。其他的议席采取简单多数制或相对多数制(即多数票者当选,“first past the post” voting system^②),由于劳工界有3个议席,也采取简单多数的方式选出,因此称为简单全票制(plurality-at-large,全票制 Blocking voting 的一种)。根据《立法会条例》第25条规定,功能界别中的个人选民必须先登记为地方选区选民,或者有资格登记并已申请登记为地方选区选民,团体选民在选举中可以授权其代表进行投票,任何选民只能登记为一个功能团体的选民,即便他/她可能会符合其他功能团体的资格要求,但是如果一个选民或团体符合了次序淘汰投票制的四个功能界别以及其他界别的要求时,该选民或团体只能选择这四个界别中的一个。并且,一个团体的授权代表不能够代表其他的团体。尽管这样的规定可以排除在功能选举中重复投票的情况出现,但是仍然会面临两种不平等的情况出现:(1)一个选民可能既在分区直选中投票,又在功能团体中投票,这样他/她在立法会中投票的次数可能会出现两次。(2)如上所述,分区直选的比例代表制尽管有一定的偏差率,但大体上所代表的人数是差别不大的。而在功能选举中,以2008年第四届选举为例,教育界的选民数达到90,693人,而同样采取简单多数制的金融界选民数仅为140人,选民人数最多的四个组别虽然仅选出30个议席中的

^① 淘汰投票制,也称排序复选制、顺位同票制、优序投票制, instant-runoff voting, 即该功能界别的选民都有单次投票权,但是每个选民可以选择一个或以递减的次序选择多个候选人。当第一轮点票的时候,只计算第一顺序的候选人,如果有候选人获得绝对多数票,则该候选人可当选。如果在第一轮点票后,并没有第一顺序候选人取得绝对多数票的话,那么,得到最少票的一个人或多个候选人则被淘汰,如果被淘汰的票上有明确标记第二次序选举人的话,那么被淘汰的票就被转移到第二次序选举人上,从而进行第二轮点票。如果第二轮点票后能选出绝对多数票当选的候选人,则该候选人当选,如果没有的话,依此类推,进行第三轮点票。如果进入最后一轮后,余下的候选人仍获相同的票数的话,则由选举主任以抽签的方式决定选举结果。

^② 如果候选人得票相同,则由选举主任以抽签的方式决定选举结果。

4个,但是选民人数总计达选民总数的81%。从这个数字上可以看出来,即使在功能界别选举中,不同的选民票值的影响力也是不同的。(3)此外,即便规定一个有资格选举的公司或团体仅可以登记为一个功能组别的选民,并有一次投票权。但是一些大公司(垄断性公司)可能可以直接或者间接控制多间公司,因而实际增加了其在选举中投票权的分量。同时,在2008年的选举中,有11个功能组别因候选人数未形成差额,候选人自动当选。这可能是因为在一些界别中,拥有很多分会、属会的组织可以掌握较多的资源影响投票结果(如劳工界别的选民多数属于工会组织,而非一般劳工)。(4)对分区直选的候选人须是香港永久居民并且没有中华人民共和国以外国家的居留权。但是,在12个功能界别^①的选举中,允许有国外居留权的人作为候选人,因此,对候选人的资格要求上也带来了一定的不平等性。除此之外,也有人质疑资格认定的随意性和公营机构在选民中的影响力等因素。

在陈弘毅教授看来,基本法第45条和第68条规定的这一政制发展进程可以视为由不平等的投票权发展为平等的投票权^②,所以,论证功能选举的合理性在这一点上遭到质疑。

表3 2008年第四届香港立法会选举功能界别议席
分配情况和选举结果

	功能界别	议席	候选人 人数	点票模式	选举结果 / 投票数 选民数类别
1	乡议局	1	1	次序淘汰制	自动当选 157个人
2	渔农界	1	1	次序淘汰制	自动当选 159团体
3	保险界	1	3	次序淘汰制	60/112 144团体
4	航运交通界	1	2	次序淘汰制	147/156 178团体

^① 这十二个界别基本属于专业阶层,包括法律界、会计界、工程界、建筑、测量及都市规划界、地产及建造界、旅游界、商界(第一)、工业界(第一)、金融界、金融服务界、进出口界和保险界。

^② 陈弘毅,“策略发展委员会与管治及政治发展委员会2006年讨论意见”,http://www.cpu.gov.hk/tc/documents/csd/subgc/csdgcsb_chenhya080106.pdf,访问日期:2012年4月16日。

续表

	功能界别	议席	候选人 人数	点票模式	选举结果 / 投票数 选民数类别
5	教育界	1	3	简单多数制	37,876/52,894 90,693 个人
6	法律界	1	2	简单多数制	2,468/3,754 6,111 个人
7	会计界	1	5	简单多数制	5,659/13,579 22,276 个人
8	医学界	1	4	简单多数制	2,217/6,804 10,606 个人
9	卫生服务界	1	2	简单多数制	11,309/16,881 36,968 个人
10	工程界	1	3	简单多数制	2,715/5,427 8,323 个人
11	建筑、测量及都市规划界	1	5	简单多数制	1,429/3,834 6,147 个人
12	劳工界	3	3	简单全票制	自动当选 751(448 团体 + 303 个人)
13	社会福利界	1	2	简单多数制	5,334/8,077 12,519 个人
14	地产及建造界	1	1	简单多数制	自动当选 751(448 团体 + 303 个人)
15	旅游界	1	4	简单多数制	324/883 1,261 团体
16	商界(第一)	1	2	简单多数制	497/662 1,040 团体
17	商界(第二)	1	1	简单多数制	自动当选 1,882(759 团体 + 1,123 个人)
18	工业界(第一)	1	1	简单多数制	自动当选 715 团体
19	工业界(第二)	1	1	简单多数制	自动当选 790 团体

续表

	功能界别	议席	候选人 人数	点票模式	选举结果 / 投票数 选民数类别
20	金融界	1	1	简单多数制	自动当选 140 团体
21	金融服务界	1	1	简单多数制	自动当选 580 团体
22	体育、演艺、文化及出版界	1	1	简单多数制	自动当选 2,208(2,052 团体 + 156 个人)
23	进出口界	1	1	简单多数制	自动当选 1,507(868 团体 + 639 个人)
24	纺织及制衣界	1	2	简单多数制	1,255/1,966 3,710(3,581 团体 + 129 个人)
25	批发及零售界	1	2	简单多数制	1,907/2,946 6,074(1,838 团体 + 4,236 个人)
26	资讯科技界	1	2	简单多数制	2,017/3,999 5,749(357 团体 + 5,392 个人)
27	区议会	1	2	简单多数制	259/396 428 个人
28	饮食界	1	1	简单多数制	自动当选 8,149(578 团体 + 7,571 个人)
	总计	30	59		229,861

3. 如果将分区直选等同为“普选”，那么势必要求其他形式的选举要逐渐被取消，所以功能选举也应该被削减直至取消。

表 4 历届香港立法会组成介绍

	第一届 (1998 ~ 2000)	第二届 (2000 ~ 2004)	第三届 (2004 ~ 2008)	第四届 (2008 ~ 2012)
分区直接选举	20	24	30	30
选举委员会选举	10	6	0	0
功能团体选举	30	30	30	30

有学者认为,从文义解释和体系解释的原则上看,基本法中“根据……实际情况和循序渐进的原则……最终达至全部议员由普选产生”这一规定暗示了“分区直接选举”等同于“普选”,因为,从前四届立法会议员议席分布上来看(见表4)，“分区直接选举”逐渐递增符合了第68条规定的“循序渐进”的原则(从1/3到2/5到1/2)。^①选举委员会的投票权分配非常有限,不属于普遍选举的范围,因而逐渐减少,以至于在第三届选举中已经完全取消。

4. 质疑功能界别议员在实际参政中起到的作用,从而质疑建立功能界别的合理性。

有学者以1998—2004年间功能界别选举出的议员在立法会咨政中的作用为研究样本,得出三个结论:第一,认为功能选举出的议员并没有像分区直选出来议员那样热衷于社会政策商议;第二,他们更为关心与他们的界别相关的问题,而对与界别不相关的问题缺乏热情;第三,没有明显党派倾向的功能界别代表表现出一定的“角色困境”;第四,整体来说,功能议员更倾向支持政府。^②也有学者指出,因为受制于既得利益群体的影响,即便是在经济方面也并非一直起到积极作用。^③

(三) 支持功能组别选举的法理观点

尽管一些学者和团体反对功能组别选举,但也有一些学者提出支持功能组别的看法,我们这里仅对支持功能选举存在的法理依据进行综述:

1. 功能团体的专业性有助于立法会讨论的专业化。

功能团体的一些组别属于专业化团体,对一些特定的方面具有专业知识。功能选举在产生之初也是希望能够在政策制定时,咨询社会中有

^① 戴耀廷,“香港政治发展的法律问题”,<http://www.hkddn.org/reports/legalproblems2.doc> (2012年4月16日访问),文章认为按照这样的发展规律,第四届应达到40人,2/3,但是,由于人大常委会对基本法的解释,实际上第四届人数没有变化,第五届开始增加到35人,同时功能界别也增加到35人。不过,功能界别其中五个议席是通过普遍选举产生,所以也可以看作70人中的40人是普遍选举产生,只是没有达到人数的2/3。

^② Kwok Y. F. Rowena & C. T. Chow, “The Dynamics of Social Policy Making in Hong Kong: the role of functional constituencies (1998-2004)”, Civic Exchange Functional Constituency Research Project 2004, in the Legislative Council’s Website; <http://www.legco.gov.hk/yr04-05/english/panels/ca/papers/ca0219cb2-882-6e-scan.pdf>, (2012年4月16日访问)。

^③ Latter, Tony, “The Contribution of the Functional Constituencies to Economic Policy in Hong Kong, 2000-2004” in Loh, Christine & Civic Exchange ed., *Functional Constituencies: A Unique Feature of the Hong Kong Legislative Council*, pp. 265-82. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2006.

影响力的团体,从而使政策获得社会的支持。在1985年建立功能选举制度之前法英政府实际上已经在制定公共政策时经常性地咨询专业团体的意见,而功能组别的建议仅是将这种“非正式的咨询制度化”,而且这个制度在产生之时还是颇受当时社会欢迎的。^①

2. 功能团体在香港的繁荣和稳定方面起到积极作用。

增加功能性团体在选举中的地位,可以在促进本地经济发展,鼓励这些功能团体支持政府政策等方面起到重要作用。上文中提到,功能选举的反对者也提到,在不涉及本功能团体利益的情况下,大部分的功能性议员偏向支持政府决策,这样毋庸置疑可以增加行政机构的效率和政策的执行效果。在立法会的提案和决议环节,功能团体起到的重要作用也是不可忽视的。香港行政机构的首脑是特别行政区行政长官,香港特区的政治特色之一是行政主导制,和其他的代议制政治不同之处在于:(1)香港没有形成特别明显的政党选举结构,无论是在立法会中或是在选举行政长官的过程中,并没有形成像美国那样明显的两党政治,立法会中也未出现非常稳定的、可以占据多数的政党联盟,因此,这带来了政治决策的不稳定性,影响了行政决策的效率;(2)行政长官和立法会议员之间没有必然的、直接的党派隶属或是联系(像代议制下的英国议会与首相之间的关系),行政和立法机关之间的不稳定关系可能会增加行政机构的政治成本,同时不利于从整体上把握香港经济发展取向,对宏观经济政策制定较为不利。功能团体在这些方面可以起到制衡作用。

3. 功能组别有利于均衡参政。

也有人指出,功能组别结合分组点票,可以增加政治的均衡参与,防止香港受到“平均主义”影响^②,“当时(在制定基本法的时候)社会各界担心,万一整个立法机关都由地区直选产生,香港很可能会变成福利社会。因此,当时的草委、咨委想到一个办法,就是分组点票”。^③另外,一

^① Joseph Chan and Elaine Chan, Perceptions of Universal Suffrage and Functional Representation in Hong Kong: A Confused Public?, 46 Asian Survey 2006(2), 259.

^② 青浦:《功能组别平衡各界利益》,《大公报》2010年4月25日,A18。

^③ 黄宜弘:《功能组别体现均衡参与原则》,《环球视野》2010年6月。

些人认为,香港的商业属于支柱性产业,因此社会应该要顾及商业人士的利益,引入各界的代表进行咨议,可以阻止一些议员提出的有碍于香港经济发展的议案。^①

从另一角度来看,有人指出,现在香港立法会直接选举产生的议员多数集中在法律、教育、社工和传媒四个行业,但是银行、金融、物流、商贸、旅游这些香港支柱性产业的人员,因为缺乏政治活动背景,很难通过直选进入立法会。但是,这些支柱性产业人士如果在立法会无法表达足够的声音,可能会对香港政策整体方向的健康发展带来影响,所以至少要在一段时期内保留功能选举。^②

4. 功能组别并不影响平等选举和民主进程,反而可以防止绝对民主带来的弊端。

对于反对功能组别的指责,有人认为,实际上,功能组别本质上不会影响选举的平等性。相比而言,大多数国家都采取两院制的议会制度,英国有上下议院,美国有众参两院,香港由于面积小、人口少,主流观点认为不宜采用两院制。功能组别在立法会中可以防止多数人或者绝对民主带来的弊端。爱尔兰和斯洛文尼亚是仅有的两个在国家层面设立功能选举的国家,德国巴伐利亚州议会也曾经设立过功能团体的参议院,法国的咨政机构经济与社会议会也有功能代表的例子。从这些例子中可以看出,在操作中,功能选举(功能组别)并没有影响该国或者地区的民主政治发展,反而可以在国家议事中起到积极作用。

5. 功能组别的改革可以消除对传统功能组别的争议。

在第五届立法会选举改革的方案中,在传统的区议会之外,又增加了五个区议会的议席,并且所有区议会议席均由未登记为其他组别的选民选出,大家将这种新的功能组别形式称为“一人两票”制,又有人将这些区议员称为“超级区议员”,这五个议席的首次选举在2012年9月9日进行。2012年立法会选举登记的选民人数为地方选区的选民3,466,175

^① 黄宜弘:《功能组别体现均衡参与原则》,《环球视野》2010年6月;另见林贡钦:《功能组别,利大于弊》,香港观察,BBC中文网,http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/world/2010/05/100504_artical_hk.shtml&sa=U&ei=S5i4T4HBH4iuiAeOtazaCA&ved=0CBkQFjAB&usg=AFQjCNGG1_FvMfHK-mUjgqoTm0iPhVZbqKA(2012年4月16日访问)。

^② 张志刚:《功能选举与全面普选的结合》,《文汇报》2007年4月20日。

人,传统功能界别的选民人数为 240,733 人,其他没有属于传统功能界别的选民则被登记为区议会(第二)功能界别选民,有 3,219,731 人,仅有 5711 人不同意登记为区议会(第二)功能界别选民。^① 在 2012 年的立法会选举中,区议会(第二)功能界别的投票人数为 1,672,793,投票率为 51.95%,而其他的地区直选投票率为 53.05%。从数据上可以看出,区议会(第二)功能界别的登记率和投票率与一般地区直选的投票率相差无几,其民主程度并未与地区直选有明显差别。^②

在 2012 年选举之前,大多数人对功能组别的反对意见认为功能组别不符合选举的普遍性原则,影响了选举的平等性。在这个新的政改方案中,“一人两票”使得不同的选民至少保证了同等的投票权,并且在功能组别中增加了普选的成分。唐英年也曾指出,德国也有一人两票的先例,却没有受到不符合普及平等的指责。^③也就是说,在 2012 年增加了立法会区议会(第二)的功能组别以后,至少在理论上可以解决投票权形式上不平等的问题,每位选民都可以获得两次投票机会。

(四) 香港法院对功能选举的解释

1. 1997 年之前法院在李妙玲案中的解释和人权委员会的解释

香港法院在案件中也对功能选举作出过解释,在殖民统治后期,1991 年香港人权法案颁布后,将《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称“ICCPR”)中关于普遍选举的标准引入香港。因此,香港法院在解释人权法案条款时,也需要解释普遍选举与功能选举的关系问题。

ICCPR 第 2 条第 1 款规定:

“本公约每一缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利,不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。”

第 25 条规定:

“每个公民应有下列权利和机会,不受第二条所述的区分和不受不

^① 数据取自 2012 年立法会选举网站 <http://www.elections.gov.hk/legco2012/chi/facts.html#Number>(2012 年 9 月 9 日访问)。

^② 同上。

^③ 《普选原则切忌简单化,唐英年:不一定要废功能组别》,《新报》2010 年 8 月 7 日,A9。

合理的限制:(甲)直接或通过自由选择的代表参与公共事务;

(乙)在真正的定期的选举中选举和被选举,这种选举应是普遍的和平等的并以无记名投票方式进行,以保证选举人的意志的自由表达;

(丙)在一般的平等的条件下,参加本国公务。”

第 26 条规定:

“所有的人在法律前平等,并有权受法律的平等保护,无所歧视。在这方面,法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护,以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何理由的歧视。”

英国在 1976 年将 ICCPR 适用于香港的时候保留了第 25 条的部分规定:“保留第 25 条(乙)段要求在香港建立选举的立法机构和引进平等的普选(Sub-paragraph(b) in so far as it may require the establishment of an elected legislature in Hong Kong and the introduction of equal suffrage……)”,因此,香港在 ICCPR 适用时本应是无须考虑第 25 条(乙)段规定的平等选举的要求的,香港人权法案条例(Hong Kong Bill of Rights Ordinance)第 13 条也有特别说明,“人权法案第二十一条并不要求在香港设立由选举产生的行政会议或立法会”。

但是,在 1995 年的李妙玲(*Lee Miu Ling v Attorney General*)一案中,原告提出(彭定康改革)设立的功能组别等于对不同工作的人群设置了不同的投票权限制,侵犯了一人一票的原则。高等法院原诉庭的 Keith 法官认为,公约和人权法案要求每位香港永久居民有平等的投票权,并且在选举中有平等的权重,“尽管人权法案第 13 条规定了例外情况,但是人权法案在 1991 年实施以来,《英皇制诰》已经进行修改,并且建立一个选举产生的立法会……那么,在这种情况下,人权法案第 13 条的有关内容在《英皇制诰》修改后就变成了一纸废文(dead letter)。因此,也不能用以解释偏离人权法案第 21 条规定的情况”。^①上诉法院的 Bokhary 法官在上诉审中也认同 Keith 法官的观点,人权法案(和 ICCPR)所要求的选举必须是“普遍的和平等的选举”。^②

^① *Lee Miu Ling v Attorney General*, [1995] HKCFI 488.

^② *Lee Miu Ling v Attorney General*, [1995] HKCA 502.

联合国人权委员会(人权理事会的前身)在1995年的总结评论中也指出,“委员会认识到英国对第25条的保留,并不要求在香港建立选举产生的立法会或者行政长官,但是我们认为,一旦立法会由选举产生,那么它的选举就必须符合公约第25条和第2、3、26条的规定。我们特别要说明就1999年立法会而言,60个议席中只有20个议席由直接选举产生,并且功能组别给予工商界不适当的权重,这是基于财产和社会功能对选民进行的歧视。这明显违反了公约第2条第1段,第25条(乙)段和第26条”。^①

2. 回归后陈裕南和罗堪就案的判决

回归后,泛民对功能组别的反对声音还是比较强烈的,并且试图用不同的方式取消功能选举,包括在立法会中提出废除功能选举的动议,通过请辞补选等政治手段。除此之外,司法审查(香港称为司法复核)在香港政治发展中起到了重要的作用,社民联的成员也在香港法院就功能组别中的公司票问题提出了司法审查。

在陈裕南诉律政司一案中,原告并未对功能组别选举的合宪性提出质疑,而是认为公司作为投票主体违反了基本法和香港人权法案,因而立法会条例的第25条和第26条是无效的。在高等法院原诉庭一审中,原告提出的理据主要是:根据香港基本法第26条和香港人权法案第21条(b)款,只有香港永久性居民才有选举权与被选举权,这一条款是排他性的,而公司并非自然人,因此不属于香港永久性居民,则不应享有选举权。除此之外,公司票本身是带有歧视性的,因为公司票(corporate voting)带来了投票权上的不平等性,是对个人的歧视。

在2009年12月10日作出的一审判决中,原诉庭的张举能法官运用目的性解释的原则(purposive approach)和体系解释的方法(将第39条与第68条、附件二一起解释)探讨了原告提出的主要论据。张举能法官认为,基本法第26条的规定并不适用于功能组别的选举。原诉法庭同时认为,1990年基本法颁布的时候公司票已经存在,而且考虑到英国政府在1976年决定将ICCPR延伸适用到香港时做出的保留,公司票对英国政府

^① Para. 19 of the Concluding Observation, CCPR/C/79/Add. 57.

和当时的香港政府来说,都不与 ICCPR 适用于香港的情况违背。在一审判决中,张举能法官就回归前的上诉法院所作的李妙玲案判决作出分析,认为在 1995 年李妙玲案中法官所根据的是修改后的《英皇制造》,其中规定立法会成员均由选举产生。因此,英国的保留才被认为是一纸废文。而在 1990 年基本法颁布时,《英皇制造》尚未修改,而且部分立法会议员由功能选举产生,李妙玲案的判决并不适用于基本法在 1997 年后适用的情况,其中基本法第 39 条提到的 ICCPR 适用于香港也是指 1990 年适用于香港的情况。^①

在二审判决中,上诉法院的三位法官司徒敬、夏正民和霍兆刚一致支持原审法庭的一审判决,驳回了原告的上诉,并由司徒敬法官撰写了判决。判决中梳理了功能组别在香港的发展,作为基本法条文解释的背景和进行目的性解释的参考资料。和一审判决不同,司徒敬采取了不同的视角解释了基本法第 26 条的规定,他认为:

“……(基本法)第 26 条赋予或者表明了一项永久居民不可剥夺的权利,也就是说有权通过选举参与地区公共事务,这并不是说在任何情况下将这项权利授予其他人都是不能接受的,不顾平稳过渡的原则,循序渐进和所提出的投票人与香港的联系或对香港的贡献,也不顾选举的特定性质。因此,我作出如下判决:

(1) 第 26 条并没有说‘只有’永久居民才能参加香港的投票。

(2) 第 26 条属于第三章‘居民的基本权利和义务’部分。换句话说,它处理的是赋予居民的权利,这些权利不能被剥夺,在某些情况下,可能在法律中进行规定。赋予公民的权利之一就是通过选举参与公共事务的权利。这是一项不能被剥夺的权利,但这不是说立法机构不能将这项权利授予给其他人,只要这项授予是遵守基本法的即可。

(3) 第 26 条并没有放在第四章‘政治体制’一章中,这些条款(包括附件一和二)无疑说明无论第 26 条授予永久居民参与公共事务的权利怎样,它都有意允许其他人也参与一定的选举,只要这种许可也是与基本法相符的。”(第 93 段)^②

^① *Chan Yu Nam v. Secretary for Justice*, HCAL 32/2009.

^② *Chan Yu Nam v. Secretary for Justice*, CACV 2/2010.

总之,司徒敬法官对条文作出的解释并不是狭义的文义解释,而是充分考虑到了第26条的语境和目的,从而认为公司票是不违反基本法第26条的规定的。

在判决的最后部分,他指出,就平等和反歧视的诉求部分,法院也认为,原告的诉求并不能为其带来任何救济。但是,司徒敬法官在判决的最后部分的附带意见中还提出了另一问题,即原告提出的诉求就是立法会选举条例的第25条和第26条规定的公司票违宪,而不是在公司票合宪的情况下,公司资格认定的前提条件是否合法这一问题。如果提出这一问题,政府为了证明其合法性还要补充很多的证据。但是,正如他自己所说,他没有在该判决中处理这一问题。

原告以该案件有重要的公众影响力为由就上诉法院作出的判决继续提出上诉,终审法院的首席大法官马道立认为上诉法院的结论充分参考了基本法的参考资料和香港立法会的宪政发展历史以及相关的外部材料,最终未接受原告的上诉请求。^①

（五）全国人大及其常委会对普选的相关解释及政改的探讨

政制发展直接关系到香港的繁荣和稳定,是中央政府较为关心的议题之一,到目前为止,全国人大常委会作出的四次基本法解释中,有两次与香港政制发展密切相关。如上文所述,基本法颁布时香港的民主政治发展缓慢,尚没有直接选举产生的议员,当时功能选举的存续问题并不是争论的焦点。基本法起草委员会主任委员姬鹏飞1990年3月28日在第七届全国人民代表大会第三次会议上所作的报告中说明:

“（三）关于立法会的产生办法和立法会对法案和议案的表决程序。草案规定,立法会由选举产生,其产生办法要根据香港的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达到全体议员由普选产生的目标。据此,附件二对立法会的产生办法作了具体规定,第一、二届立法会由功能团体选举、选举委员会选举和分区直接选举三种方式产生的议员组成。在特别行政区成立的头十年内,逐届增加分区直选的议员席位,减少选举委员会选举的议员席位,到第三届立法会,功能团体选举和分区直选的议员各占一

^① *Chan Yu Nam v. Secretary for Justice*, FAMV 39/2011.

半。这样规定符合循序渐进地发展选举制度的原则。……政府提出的法案获出席会议的议员过半数票即为通过；议员个人提出的法案、议案和对政府法案的修正案须分别获功能团体选举的议员和分区直接选举、选举委员会选举的议员两部分出席会议的议员的各过半数票，方为通过。这样规定，有利于兼顾各阶层的利益，同时又不至于使政府的法案陷入无休止的争论，有利于政府施政的高效率。在特别行政区成立十年以后，立法会的产生办法和对法案、议案的表决程序如需改进，由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大常委会备案。立法会的具体产生办法和对法案、议案的表决程序由附件规定，也是考虑到这样比较灵活，方便必要时作出修改。”

1994年彭定康单方面提出改革，导致“直通车计划”的破产，根据1990年4月4日人大通过的《全国人民代表大会关于香港特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》建立的筹委会在1997年5月23日发布的《中华人民共和国香港特别行政区第一届立法会的具体产生办法》中明确了功能界别的议席分配方式和选举办法。

但是，基本法第45条、第68条和附件一、附件二对2007年后行政长官的选举方式并没有明确的规定，并且对2008年第四届立法会选举方法并未像第一、二、三届那样明确列出，正如姬鹏飞主任委员所说的，可以比较灵活地安排特区成立十年后的政制改革。也正是因为基本法字眼的模糊性给香港2007/2008年后的政制发展带来了不明确、不稳定的因素。2004年1月，香港特区政府成立了政制发展专责小组，并在同年3月、4月提交了第1号、第2号报告书，对2007/2008年后的政制发展和基本法的理解问题进行了总结。^①在4月4日提交的第2号报告书中指出了香港当时所处的困境，包括禽流感、非典和基本法第23条带来的争议，也说明了香港未来的政改方案对稳定香港社会的重要性。而政改方案中遇到的问题一些是由于对基本法的理解不同。因此，人大常委会在2004年4月6日通过了《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，认为附件一第七条和附件二第三条中规定的

^① <http://www.cmab.gov.hk/cd/chi/report/pdf/firstreport-c.pdf> (2012年9月19日访问)。

“二〇〇七年”包含二〇〇七年,其中提到的行政长官的产生办法、立法会的产生办法和法案、议案的表决程序“如需”修改,是指可以进行修改,也可以不进行修改。在随后2004年4月26日通过的《全国人民代表大会常务委员会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》中认为,香港回归以来,“立法会中分区直选议员的数量已有相当幅度的增加,在达至分区直选议员和功能团体选举的议员各占一半的格局后,对香港社会整体运作的影响,尤其是对行政主导体制的影响尚有待实践检验。加之目前香港社会各界对于2007年以后行政长官和立法会的产生办法如何确定仍存在较大分歧,尚未形成广泛共识。在此情况下,实现香港基本法第45条规定的行政长官由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生和香港基本法第68条规定的立法会全部议员由普选产生的条件还不具备。”因此,“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。2008年香港特别行政区第四届立法会的选举,不实行全部议员由普选产生的办法,功能团体和分区直选产生的议员各占半数的比例维持不变,立法会对法案、议案的表决程序维持不变。”2004年人大解释和决定直接否定了普选的可能性,明确保留了功能团体选举在立法会选举中的比例。

随着香港政治条件的进一步成熟和政制改革的进一步发展,全国人大常委会在2007年12月29日的《香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》中规定:

“一、2012年香港特别行政区第四任行政长官的选举,不实行由普选产生的办法。2012年香港特别行政区第五届立法会的选举,不实行全部议员由普选产生的办法,功能团体和分区直选产生的议员各占半数的比例维持不变,立法会对法案、议案的表决程序维持不变。在此前提下,2012年香港特别行政区第四任行政长官的具体产生办法和2012年香港特别行政区第五届立法会的具体产生办法,可按照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第四十五条、第六十八条的规定和附件一第七条、附件二第三条的规定作出符合循序渐进原则的适当修改。

.....

四、香港特别行政区行政长官的产生办法、立法会的产生办法和法案、议案表决程序如果未能依照法定程序作出修改,行政长官的产生办法继续适用上一任行政长官的产生办法,立法会的产生办法和法案、议案表决程序继续适用上一届立法会的产生办法和法案、议案表决程序。

.....

会议认为,经过香港特别行政区政府和香港市民共同努力,香港特别行政区的民主制度一定能够不断向前发展,并按照香港基本法和基本法规定的规定,实现行政长官和立法会全部议员由普选产生的目标。”

(六) 小结

综上所述,从基本法制定的历史文件中可以看出,功能选举并非随意将殖民统治时期的制度延续下来,而是在充分考虑后所作出的制度选择。尽管自该制度产生以来,就因为其对社会中某些团体或者阶层在政治决策中的意见较为重视而受到批评,但是,从实际政治操作中我们可以看出,无论是在回归前或是回归后,它对政治稳定的作用都是不可忽视的。

从反对其存在的法理来看,功能选举的代表率低、不同居民的投票权不平等这些问题在新的功能选举改革中基本已经解决。从理论上讲,新的改革赋予公民两次投票权,即“一人两票”;从实际操作上看,选民在区议会(二)的投票热情和民主程度不会与地区直选有明显的差异。就功能选举的代表在实际参政中的作用,以及其代表其选民的有效性问题的话,应该说,功能选举设立的初衷和目的最主要的是加强专业咨政、平衡民主、加强行政主导制下的决策效率,就这些目的而言,功能选举的作用还是非常积极的。

因此,在现有的基本法框架下,遵循循序渐进的原则,合理改革功能选举、加强民主参与还是非常积极的举措。就长远而言,直选议员和功能选举议员的比例可能会在未来的发展中有所改变,但是,在较长一段时间保留功能选举还是有益并且是必要的。

二、保留功能组别的政治考量:认受性问题和几种主要改革方案的探讨

从政治角度分析保留功能组别制度,首先要探讨的就是功能组别的

政治认受性,这是当前香港社会各界最为关注的问题^①。其次,近年来香港社会各界针对如何保留功能组别提出了几种主要改革方案,下文将对这几种方案的利弊进行探讨。

(一) 功能组别选举制度的政治问题:香港社会的认受性

功能组别选举制度能否与“普选”兼容,最根本的还是要落实到整个香港社会是否接受这样的制度安排。换言之,如果香港社会认可功能选举制度,它即可以在基本法规定的“普选”最终目标下继续存在,否则将会有非常大的难度去维持功能选举制度。因此,要说服香港社会功能选举制度与“普选”不矛盾,除了在法理上解决功能组别选举制度与基本法所规定的“普选”定义兼容外(很大程度上有关于该制度的代表性问题),另外一个非常重要的问题是要令香港公众信服:功能组别选举制度具有存在价值,是可以接受的。

1. 为功能组别选举制度进行辩护的理据所存在的问题

通常,为功能组别选举制度进行辩护的观点主要有如下两点。

首先,功能团体所代表的利益对香港的繁荣稳定至关重要。功能组别制度设立的初衷是,使维持香港在经济上的国际领先地位有重大意义的那些利益得以在立法机关中体现。为保障平稳过渡,基本法对功能组别选举制度的继承,以及全国人大常委会于2004年和2007年对立法会组成办法中保留功能选举制度的决定,也均体现了这种政治考量。例如,2007年全国人大常委会作出决定后,时任国务院港澳事务办公室副主任张晓明在香港表示,功能组别业界,对本地生产总值贡献达90%,功能组别设立了22年,对维持各阶层的均衡参与及繁荣稳定,是功不可没的。

但是,以经济贡献重要性巨大为理由为保留功能组别选举制度论证政治合法性(legitimacy,香港通常译为“认受性”),在香港学界受到不少质疑。从已有的文献的相关观点来看,主要有:是否28个界别的功能团体所贡献的本地生产总值均等,否则为什么会平均分配议席(劳

^① 笔者通过收集和整理当前香港社会有关于功能组别选举制度的多种资料,包括报刊、学术著作及政府和社会组织的相关研究报告等,发现当前香港社会各界对功能组别选举制度在政治方面所存在的主要问题的关注点即是功能组别的政治认受性。

工界或分配3个席位)?进一步,为什么那些根本不会有产出的界别如区议会和乡议局也会获分配议席?再进一步,为什么有些团体本身对经济有贡献,却不能获分配议席(如回归后一直主张单独设立界别的中医药界)?

此外,这一理由成立的一个很重要的前提是,功能团体的利益得到确保,自然而然会给香港带来繁荣稳定,并且这种联系要清晰可见。在特区立法会由功能议员和直选议员(前两届还包括选举委员会选举的议员)组成的情况下,公众很容易比较两类议员在为香港整体利益服务这一任务上的表现。而从已有相关社会组织的实证研究来看,不少人都指出并不能得出功能议员服务于香港整体利益的结论。专门研究功能组别制度且在香港具有一定影响的香港大学法律学院的杨艾文(Simon Young)副教授,以第二届特区立法会(2000~2004年)中的功能议员的表现为样本,得出以下的分析结论:

“……

3. 在公众问责上表现糟糕的功能界别是那些小的、拥有更多公司选民的、反映商业和经济利益的界别,而非是那些专业界别。这些界别拥有集中的公司利益,特别与赢利相关。因此,这些议员通过选举获得的授权就是狭窄的,即推动他们所在团体的公司选民的赢利目标。他们从事任何与其所在团体利益不相关的政治、文化、社会或法律议题的动机就是微弱的。

4. 在最终极的意义上,功能界别议员向他们的公司选民问责,而不是对普罗大众问责。这解释了他们为什么没有感受到有需要运行一个网站并时刻更新以向公众报告他们的表现和成绩。这也解释了,他们为什么没有感受到有需要加入立法会的各个委员会、竞争委员会主席职位、出席会议、深入探讨政府管治问题以及提出议案,如果这些活动无法推进他们公司选民的狭隘利益。

……

6. 在其本质上,功能选举制度与公共服务承诺矛盾。功能界别议员通常是各个专门领域、行业和经济部门的卓越领导者。期望他们在当选议员后放弃过去的职业和商业工作是不现实的。事实上,功能界别议员

在当选议员后继续从事他们的职业生涯,仅仅贡献部分时间给立法会工作。”^①

杨艾文的研究表明,在现时情况下,如果希望在香港社会中建立一种印象,即功能界别议员也是以香港整体利益为依托,服务于整个香港社会,而非各自团体的偏狭利益,难度非常大。

因此,从目前的情况来看,由于香港反对派对香港的传媒和社会氛围不断地全面灌输反对功能组别言论,这种理由容易受到攻击和质疑,在说服香港社会方面存在较大难度。

其次,为功能组别制度进行辩护的第二个理由是,功能界别议员可以将专业知识带入立法机关,增强立法机关对政策讨论的质量。不可否认,功能界别出选的议员均是在经济、金融、管理、专业等领域具有丰富经验和卓越成就的人士,这些人士加入立法机关,在一般意义上会加强立法机关议政的质量。但是,这一结论需要的前提是,这些议员会全力以赴地投入立法机关的工作。然而,从已有研究数据来看,功能界别议员在立法会中的表现普遍落后于地区直选议员。^②

由此可见,单从理据方面来考察,在当前香港的政治生态下,未来保留功能界别选举制度会面临较大的政治困难。

2. 逆向思路:完全废除功能组别选举制度理据存在的问题

值得注意的是,尽管如此,目前全面废除功能界别制度并不现实,且会对“行政主导”体制带来毁灭性的冲击。首先,根据2004年全国人大常委会对附件一和附件二的解释,对立法会组成办法的修改,需要经过的程序之一是全体立法会议员三分之二以上多数通过,以现在立法会议员70名计,需要47位议员通过法案,换言之,如果有24位议员投票反对,该法案就无法通过。现有功能界别议员共35位,多数功能议员肯定会反对废除功能界别制度的法案,因此现时全面废除该制度会有法律上的困难。

^① Simon N. M. Young, “Hong Kong’s Functional Constituencies: Legislators and Elections”, March 2005.

^② 如香港本地一家智库研究机构新力量网络长期跟踪调查立法会议员表现。该智库出了一些数据统计和报告,包括:1. 2004—2005年度特区立法会议员表现评估报告;2. 2004—2008年度特区立法会议员表现评估报告;3. 2008—2009年度香港特区立法会议决分析报告;4. 2009—2010年度香港特区立法会评估报告。单从数据上显示,功能界别议员在立法会中的表现普遍落后于地区直选议员。

其次,功能界别制度对于特区政府在财政拨款方面维持“行政主导”至关重要,对于政府通过财政拨款维持正常的运作亦是绝对重要,贸然废除,会对基本法规定的行政立法关系造成破坏。再次,换一种思路来看,虽然,反对功能界别选举制度的政治势力主张“没有证据证明功能界别的存在对香港经济繁荣社会稳定带来正面的影响”。但是从他们的这一主张,并不能自然而然地推论出,如果废除功能界别制度,全面普选的立法会就肯定比现时组成的立法会能更好地维持香港的繁荣稳定。只是在现时香港的政治生态和传媒环境下,反驳这种主张的声音已经没有了话语权,任何主张保留功能界别的声音都被认为是“政治原罪”。因此,反对功能界别势力才可以极其容易地动员香港公众游行示威,甚至冲击政府总部和中联办等单位。在这种背景下,对功能选举制度作出一定的改进,并配之相关的政治策略,目前看来可能是最有利的选择。

(二)近年来香港社会各界有关保留功能组别的方案与评析

基本法规定了立法会全体议员由普选产生的最终目标,而现时的具体的功能组别选举制度(包括2012年9月9日即将进行的特区第五届立法会选举,其实质已经是“一人两票”)并非是全体议员由普选产生的模式,因此在制度设计上,如何从现行的模式过渡到最终目标的普选模式就是改革香港政制的关键一步。近年来,香港社会各界针对如何保留功能组别选举提出了各种改革方案,这些方案在香港社会上引起了一些讨论。下文对几种主要方案的利弊进行分析。

1. “两院制”方案

“两院制”立法机关的建议并非是一个新提出的方案。早在基本法起草时期,就有香港人士提出设立一个“两院制”的立法机关,不过该项建议最终未被草委会采纳。2004年4月27日,时任全国人大常委会副秘书长乔晓阳在香港出席一个座谈会时发言指出,目前香港保证各个阶层、各个界别、各个方面均衡参与的主要途径,一是由各大界别产生的800人组成的具有广泛代表性的选举行政长官的选举委员会,一是功能团体选举制度,拿后者来说,如果在既没有两院制又没有能够代表他们界别的政党来保证均衡参与的情况下,就贸然取消功能团体选举制度,势必使均衡参与原则得不到体现,使赖以支撑资本主义的这部分人的利益、意见和要

求得不到应有反映,那原有的资本主义制度又如何来保持呢?工商界的利益如果失去宪制上的保护,最终也不利于香港经济的发展,如此,也就脱离了基本法保障香港原有的资本主义制度不变的立法原意。^①由此,开启了香港社会重新讨论两院制改革方案的大门。

“两院制”方案主要涉及两院的组成、两院的权力分配等问题,下面一一述及。

(1)关于两院的组成

第一,不同人士的建议方案普遍主张立法会由直选院(或称第一议院、地区院)和功能院(或称第二议院)组成,其中直选院由分区直选产生。

第二,关于功能院,有的建议认为功能院由目前的功能选举制度产生,^②有的建议认为,功能院可以接受部分委任议员,^③有的建议认为功能院除功能议员和委任议员外也包括普选议员。^④

(2)关于两院之间的权力分配

第一,所有“两院制”方案的建议者都认为功能院的权力要小于直选院的权力,换句话说,现行功能议员和地区直选议员权力平等的格局将会改变,分组点票机制将不再起作用。

第二,两院的权力分配重点集中在立法权上,建议者普遍认为功能院不能否决直选院通过的法案,但是可以阻延其生效,有的建议者认为可以具体细化规则,例如阻延立法的冷冻期是半年,可以阻延三次等。

值得注意的是,梁美芬等学者提出了“一会两组”的改革建议,提出用“一会两组”的概念代替“两院制”,避免修改基本法。该建议主张暂时保留功能组别和分组点票机制,由两组分享立法权,遇有矛盾则交由全体议员决定。这是该建议与“两院制”原理基本重合之处。同时,该建议并不主张功能组别固定化,而是要经不同阶段改革,逐步转变为普选模式。

^① 《求真务实发展政制 全国人大常委会副秘书长乔晓阳发言全文》,《星岛日报》2004年4月27日,A15。

^② 《工商专联倡两院制推动普选》,《明报》2005年3月5日,A06。

^③ 刘乃强:《两院制时间表和路线图》,《信报财经新闻》2005年8月16日,P10。

^④ 成名:《两院制与香港民主发展——国际经验的反思》,《信报财经新闻》2005年10月1日,P07。

具体而言,先经由扩大选民基础、取消公司董事票、扩大功能组别覆盖范围以容纳更多选民;随后实行“一人多票”,增强功能组别议员的代表性;最后逐步过渡到全面取消功能组别议席。^①

(3) 优势

两院制可令立法会自由增加普选议席,一步到位达到基本法所定的全面普选目标,而无须全面废弃功能组别,以免为发展普选增加不必要的阻力。^②

(4) 可能面对的挑战

第一,虽然表面上看功能院的阻延立法权力有分组点票的效果,但是需要注意的是,如果两院制实行,政府在立法上需要面对的不是一个功能议员和直选议员各占一半的立法会,而是一个全体议员由地区直选产生的直选院。在现在的政治生态下,政府在立法上可能需要对直选院作出重大让步,而在财政上,政府有可能会在很大程度上听命于直选院。^③这很有可能会极大地损害到“行政主导”原则。

第二,功能院的设计原意非基于普选,即使全体议员由功能选举产生,也很难符合基本法关于“选举权普及和平等”这个普选的定义。因此,在法理上,两院制还是容易受到有违反基本法的质疑。

因此,有关两院制的改革方案,需要结合香港的政治生态进行考量,并在制度方面进行更为深入和细致的设计。值得注意的是,香港特区政府在2007年的《政制发展绿皮书》中明确表示,不将“两院制”方案作为继续讨论的对象。

2. 改良的功能组别

从目前香港各界所提出的具体改良方案来看,主要有三种:“一人两

^① 请参见:梁美芬、郑赤琰、王贵国、郑国汉,“香港政改献议(之二)”,载《政制发展绿皮书》(2007年7月),附录一:公众意见,GPA209。

^② 应该注意到的是,目前学术界对上议院的存在有不少批评,比较立法学中探讨较多的也是如何改革或取消。典型的例子如英国上议院。2012年自由民主党曾推动改革方案,这个方案要求上议院减少至300人,且80%的上议院议员由选举产生。虽然这个方案在2012年8月最后关头由于得不到保守党的全面支持而搁浅,但上议院的改革已经提上议事日程,英国学术界也对此进行了不少探讨。因此,英国的上议院本身也面临着改革的紧迫性。因此,可以估计的是,以后香港如果实行两院制,可能也会受到质疑,很难做到一步到位。

^③ 例如,在民主国家的下议院成员,主要由一人一票、公平公开的选举产生,有关财政法案便通常由具备较高人民认受性的下议院单独决定。

票”、“一人多票”和“新功能界别”方案^①。

(1) “一人两票”模式

2012年香港特区第五届立法会选举已经在事实上达到了“一人两票”的效果,换句话说,即符合了“普选”定义中选举权“普及”的标准。但是,因为各个功能组别的选民基础差别巨大,现行的“一人两票”模式无法符合选举权“平等”的要求。因此,如果以“一人两票”模式作为终极普选模式的话,其显然还需要进行改革。有建议认为可以扩大选民基础,包括:一是继续扩大现有功能界别的选民基础,把“公司/团体票”改变为“董事/行政人员/属会/个人票”;二是同时新加一些功能界别,把所有未包括在原有功能组别中的合资格选民涵盖在内。在这个基础上,力争各个功能组别的选民大致平均,这样就可以符合选举权“平等”的要求。

“一人两票”模式的优势在于其可以达致普选的目标,同时也保留了功能组别选举制度。如果各个功能组别的选民基础大致平均,而又能覆盖所有合资格选民的话,公众在心理上不会抵触。

但其也面对以下几个问题:

第一,如果选择“一人两票”模式作为终极方案,可能会带来技术上规避中央决定权的后果。根据基本法附件二第1条第2款的规定:“……各个功能界别和法定团体的划分、议员名额的分配、选举办法及选举委员会选举议员的办法,由香港特别行政区政府提出并经立法会通过的选举法加以规定。”可见,单纯扩大选民基础或是改变功能界别的划分,只需要特区本地立法即可,而没有中央的参与。从过往经验来看,全国人大常委会在2004年和2007年作出的针对2008年和2012年的决定中,只是规

^① 有学者再作更为细致的区分,认为保留功能界别可能存在的模式至少有六种:1. 现有的功能界别,部分主要以界别内的公司及团体为选民,部分以界别内个人成员为选民的“传统模式”。2. 扩大现有功能界别的选民基础,把“公司/团体票”改变为“董事/行政人员/属会/个人票”的“扩大选民基础模式”。3. 保留现有功能界别,但新加一些功能界别,把所有其他合资格选民包括在其中一个新的功能界别内的“新功能界别模式”。4. 由现有功能界别的选民为其功能界别提名,再由选民直接选举产生该功能界别的立法会议员的“提名模式”,即“一人多票”。5. 以现在由区议员互选的区议会功能界别逐步扩大至取代所有其他功能界别的“区议会模式”。6. 合并上述的“扩大选民基础模式”及“新功能界别模式”,令所有选民属于一个功能界别,每一功能界别所包含的选民人数大体是差不多的“平均功能界别模式”。参见戴耀廷:《功能界别与普选的宪法解释》,《信报财经新闻》,2009年12月16日。

定了功能界别议员和地区直选议员的比例,允许在此基础上进行“循序渐进”的修改,均没有触及具体功能界别如何划分。而从特区政府于2005年和2010年提交的改革方案来看,对传统功能界别也没做任何改变(只是对选民基础进行技术性修改),只是在新增功能界别中讨论选民基础的划定。(2005年政府方案因新增的区议会功能界别选民基础仍然狭窄——只包括区议员,所以被立法会否决;2010年政府方案因新增的区议会功能界别覆盖了在传统功能界别中没有投票权的其他合格选民,因此被社会主流意见接受,在立法会也获得三分之二多数通过。)因此,在理论上,如果不改变功能组别议员和地区直选议员比例,而仅仅扩大功能界别的选民基础的话,特区可以规避中央在政制发展问题上的决定权。

第二,即使不考虑上一个问题,在如何划分功能组别和如何确保各个功能组别的选民数量大致相当上,也会产生无休止的争论。事实上,要保证每个界别选民数量大致相当,而又让所有的界别能够覆盖全体选民,是不可能的。传统上功能界别是以职业为标准进行划分,而社会上每个行业的从业者数量怎么会大致相当呢?这是不现实的。结果是,针对政制问题的纷争会继续下去,过分聚焦政改的现状仍然无法改变。

第三,即使第二个问题得到解决,每个界别选民数量大致相当。那么需要考虑的是,这样的功能界别选举还能不能起到它最初声称的保护职业团体利益的作用。一旦选民基础扩大到接近直选的在这种变相直选的情况下,“一人两票”中所谓的功能界别那一票只是概念上的,而非实质的。而功能界别在设计之初,其目的就不是起到与地区直选同样的作用,而是专门保障某些职业、某些团体的声音可以在立法机关中得到表达。因此,“一人两票”带来的最终效果与该项目所希望达到的结果是矛盾的。

(2)“一人多票”模式

“一人多票”即由功能组别提名各自界别的候选人,然后交由全港选民选出议员。届时,全港选民每人一票选出一名地区直选议员,多票(根据功能界别的数量)选出多名功能界别议员。在2007年政制发展咨询中,有不少建议者支持这种方案,现予以简要描述。需要注意的是,本文

这里描述的是当时社会上针对 2012 年政制发展咨询提出的建议,这些建议在事实上并没有被采纳,但是这些建议所包含的原则考量值得我们注意。

方案的主要内容:

第一,由功能界别各自提名自己界别的候选人,然后交由全港选民选举产生功能议员。至于提名门槛,建议者普遍认为应该设定在 30% ~ 33.3%。

第二,有的建议主张可以分阶段进行,具体的细节有差别。有的建议并未主张实现这一方案的进程,换言之,也可以一次过实行。

该方案的优势是可以达到选举权“平等”的要求。在理论上和实践上,一人多票就是普选。

但可能面对的问题:

一是会带来如何划分功能组别的争议,仍然会不断有团体要求加入功能组别。

二是选民未必对所有功能组别的选举都感兴趣,因为一个人的社会联系不会太多,一个选民对三十种职业都感兴趣,都去投票的可能性并不大。结果是不同的功能组别的投票率可能大大不同。选举的效果未必会好过现时的制度。

三是第二点的问题可以通过强制投票制度予以解决,但是这样一来,选民负担过重。即使按照 2007 年的设想,一人多票也是一人三十一票。一个人要记住三十一个界别中所有候选人是一项很辛苦的事,结果是,即使有强制投票,选民对于自己不感兴趣的界别,可能会投白票或是废票。这会变相地破坏选举效果。

四是组织选举的成本会大大提升,除了印制选票的成本大增外,因为投票数量激增,需要延长投票时间,增加票站和票站工作人员,增加点票人员等等。这样大的成本增加是否值得,需要深思。

(3)“新功能界别”方案

“新功能界别”方案由香港大学法律学系的戴耀廷于 2010 年 2、3 月间提出,戴耀廷对这一方案的详细分析与解释体现在《信报财经新闻》连载的 6 篇文章中。按照他的介绍,这一方案的具体内容如下:

第一,各选民在地区普选及功能界别选举都有一票。那是说每一选民都是一人两票,故能符合选民票数相等的要求。

第二,在现有功能界别及各政策局的政策范围的基础上,设定二十至三十个新功能界别。

第三,选民可在选民登记时自行选择所属的功能界别,选民可选择多于一个功能界别,但得显示选择的优先序(如1.2.3.4……)。选民可在下一届选举前改变登记的功能界别及优先序。

第四,若一个功能界别登记的选民达到一个基数,在立法会就可以有一个席位。以现在香港有大概三百万名选民,若有约三十个功能界别,那么约十万名选民就可以有一个立法会议席,基数可以定在约十万名选民。若登记一个功能界别的选民未达到此基数,那么这个功能界别在这一届选举中就不能产生立法会的代表。

第五,若选民选取作为第一选择的功能界别因登记选民不达基数而未能产生立法会代表,该选民的功能界别登记就会转至他的第二、第三……选择,直至他选择的功能界别有足够选民登记以产生代表,那他就会成为那一功能界别的登记选民。

第六,若一个功能界别的选民数目达基数的倍数,该功能界别的议席就会倍增。上述第三至六项的安排虽比较复杂,但目的是要达至选民的选票票值大体是一样。这虽不可做到完全一样,但相差的程度应是可以接受。

第七,任何一名功能界别的选民在取得该功能界别一定数目的选民提名后,都可在该功能界别参选。这安排就可确保公民参选的权利不会受到不合理的限制或不平等的对待。

这个方案的优势即,该方案是“一人两票”方案的变种,但是客观上避免了“一人两票”方案中不符合选举权“平等”的弊端。

但该方案面对的问题较大:

一是将“均衡参与”偷换成了“平均参与”。特区政制制度的设计是为了确保工商界的“均衡参与”,因为这对特区资本主义经济制度的发展至关重要。而“新功能界别”方案无法确保这一点。

二是某一界别的重要意义并非是“数人头”得来的,“新功能组别”方

案会形成这样的效果。事实上,按照新功能组别方案的设计,选民在选择自己属于哪一个界别之前,仍然需要政府先划定固定的界别,这与根据人口多寡按地域划分选区不同。功能界别的多寡直接影响议席数量,会带来不断的争议。

三是这一方案的设计其实是在选举前先进行一场预选,只不过不是选人而是选界别。按照戴的设计,选界别实际是按照选择次序进行淘汰,考虑到全港300多万合格选民,这一工程工作量庞大。同时需要为正式选举预留出竞选时间。根据粗略的估计,每四年一届的立法会选举将会有差不多一年的时间在进行选举准备工作。是否需要付出这样的成本值得考虑。按照这一方案,改革后的功能组别选举是全港单一选区的选举,选举开支将会激增。

三、基本结论

综上所述,有以下两点基本结论:

第一,从法律技术层面来看,功能组别与普选的定义可以获得兼容。

从政治学和法学的理论研究视角来看,功能组别与普选同属现代选举政治的范畴。将二者相对立,认为功能组别不是“一人一票”、不是“直选”,这是违背了普选的精神。这实际上是用“一人一票”、“直选”的概念替换了“普选”的概念。正如本文所分析的,普选是相对于“限制选举权”而言的,指的是“普及选举权”。凡是符合普遍而平等原则的即是普选。普遍原则是指任何人满法定年龄,均可享有选举权和被选举权,没有阶级、性别、种族、宗教的限制;平等原则是指实行每票等值的原则,不存在享有复数投票权的阶层和集团。在普遍和平等的原则下,普选的形式有很多种,并不必然是形式上的“一人一票”,尽管一人一票是最典型的形式。而且不同形式和种类的普选还有很多前置的程序(例如提名程序)以及后续程序。它是一个有机体,不能断章取义,割裂开了看;普选并不等于直选,还可以是间接选举。例如,美国总统的选举就不是一人一票直选产生的,作为当今世界的民主发展典范,其引发的思考应该是多方面的。决不能断章取义地认为“民主就是选举,选举就必须普选,普选就是一人一票”。也正是在这个意义上,功能组别和普选在选举制度中的共

融性和一致性是可以得以解释的。另外,不管从回归前后香港法院的实践来看,还是全国人大常委会有关决定的说明来看,在法律技术层面解决保留功能组别的困难应该说是没有问题的。

况且,从反对功能组别存在的法理观点来看,功能选举的代表率低、不同居民的投票权不平等这些问题在新的功能选举改革中基本已经解决。从理论上讲,新的改革赋予公民两次投票权,即“一人两票”;从实际操作上看,选民在区议会(二)的投票热情和民主程度不会与地区直选有明显的差异。就功能选举的代表在实际参政中的作用,以及其代表其选民的有效性问题,应该说,功能选举设立的初衷和目的最主要的是加强专业咨政、平衡民主、加强行政主导制下的决策效率,就这些目的而言,功能选举的作用还是非常积极的。因此,在现有的基本法框架下,遵循循序渐进的原则,合理改革功能选举、加强民主参与还是属于非常积极的举措。就长远而言,直选议员和功能选举议员的比例可能会在未来的发展中有所改变,但是,在较长一段时间保留功能选举还是有益并且是必要的。

第二,从政治层面来看,在当前的政治生态下,如何说服香港社会接受保留功能组别面临着较大的困难,同时,学界和政治界也尚未有一套获得较多共识的有关功能组别选举制度的终极方案。

首先表现在保留功能组别的理由,在目前的政治生态下,由于香港反对派对香港的传媒和社会氛围不断地全面灌输反对功能组别言论,非常容易受到攻击和质疑,在说服香港社会方面存在较大难度。但尽管如此,目前全面废除功能界别制度并不现实,且会对“行政主导”体制带来毁灭性的冲击。因此,在这种背景下,对功能组别选举制度作出一定的改进,并配之相关的政治策略,可能是目前看来最有利的选择。

如果从终极方案的角度来考虑,目前的几种主要改革方案,各有利弊。

从两院制方案来看,该方案的最大缺陷是一旦实行两院制,政府在立法上需要面对的不是一个功能议员和直选议员各占一半的立法会,而是一个全体议员由地区直选产生的直选院。在现在的政治生态下,政府在立法上可能需要对直选院作出重大让步,而在财政上,政府有可能会在很大程度上听命于直选院。这很有可能会极大地损害到“行政主导”原则。

此外,功能院的设计原意非基于普选,即使全体议员由功能选举产生,也很难符合基本法关于“选举权普及和平等”这个普选的定义。因此,在法理上,两院制还是容易受到有违反基本法的质疑。当然,有学者提出了“一会两组”的改革建议,提出用“一会两组”的概念代替“两院制”,避免修改基本法。该建议主张暂时保留功能组别和分组点票机制,由两组分享立法权,遇有矛盾则交由全体议员决定。这是该建议与“两院制”原理基本重合之处。但是,同时,该建议并不主张功能组别固定化,而是要经不同阶段改革之,逐步转变为普选模式。具体而言,先经由扩大选民基础、取消公司董事票、扩大功能组别覆盖范围以容纳更多选民;随后实行“一人多票”,增强功能组别议员的代表性;最后逐步过渡到全面取消功能组别议席。

从“一人两票”方案来看,2012年香港特区第五届立法会选举已经在事实上达到了“一人两票”的效果,换句话说,即符合了“普选”定义中选举权“普及”的标准。但是,因为各个功能组别的选民基础差别巨大,现行的“一人两票”模式无法符合选举权“平等”的要求。因此,如果以“一人两票”模式作为终极普选模式的话,其显然还需要进行改革。有建议认为可以扩大选民基础。但是,如果选择“一人两票”模式作为终极方案,可能会带来技术上规避中央决定权的后果。根据基本法附件二第一条第二款的规定:“……各个功能界别和法定团体的划分、议员名额的分配、选举办法及选举委员会选举议员的办法,由香港特别行政区政府提出并经立法会通过的选举法加以规定。”可见,单纯扩大选民基础或是改变功能界别的划分,只需要特区本地立法即可,而没有中央的参与。从过往经验来看,全国人大常委会在2004年和2007年作出的针对2008年和2012年的决定中,只是规定了功能界别议员和地区直选议员的比例,允许在此基础上进行“循序渐进”的修改,均没有触及具体功能界别如何划分。而从特区政府于2005年和2010年提交的改革方案来看,对传统功能界别也没做任何改变(只是对选民基础进行技术性修改),只是在新增功能界别中讨论选民基础的划定。^①因此,在理论上,如果不改变功能组

^① 2005年政府方案因新增的区议会功能界别选民基础仍然狭窄——只包括区议员,所以被立法会否决;2010年政府方案因新增的区议会功能界别覆盖了在传统功能界别中没有投票权的其他合资格选民,因此被社会主流意见接受,在立法会也获得三分之二多数通过。

别议员和地区直选议员比例,而仅仅扩大功能界别的选民基础的话,特区可以规避中央在政制发展问题上的决定权。即使不考虑上一个问题,在如何划分功能组别和如何确保各个功能组别的选民数量大致相当上,也会产生无休止的争论。事实上,要保证每个界别选民数量大致相当,而又让所有的界别能够覆盖全体选民,是不可能的。传统上功能界别是以职业为标准进行划分,而社会上每个行业的从业者数量怎么会大致相当呢?这是不现实的。结果是,针对政制问题的纷争会继续下去,过分聚焦政改的现状仍然无法改变。

从“一人多票”的方案来看,其最大的问题在于其操作性。比如按照2007年的有关设想,一人多票其实是一人三十一票。一个人要记住三十一个界别中所有候选人是一项很辛苦的事,结果是,即使有强制投票,选民对于自己不感兴趣的界别,可能会投白票或是废票。这会变相地减损选举效果。其次,组织选举的成本会大大提升,除了印制选票的成本大增外,因为投票数量激增,需要延长投票时间,增加票站和票站工作人员,增加点票人员,等等。这样大的成本增加是否值得,需要深思。

从“新功能界别”方案来看,这个方案最大的问题在于将“均衡参与”偷换成了“平均参与”。特区政制制度的设计是为了确保工商界的“均衡参与”,因为这对特区资本主义经济制度的发展至关重要。而“新功能界别”方案无法确保这一点。其次,某一界别的重要意义并非是“数人头”得来的。再之,如果更实质地来看,该方案实际上已经是一个完全的直选方案了。因此,有关终极方案的设计,可能需要引起更多的讨论,凝聚更多的智慧。

香港立法会权力运行的争议分析

——以立法权与公益事项辩论权为例

叶海波*

摘要:香港立法会在回归后的权力行使曾引发多起争议。香港立法会立法权限、政府法案修正案动议权及立法会监督附属立法等三方面的具体争议表明,香港基本法有关条文中的“法律”、“法”等用语含义有待明确,香港立法会与行政长官间的权力关系并不明确,行政与立法间的权限划分尚未完成。立法会议员修订《截取通讯及监察条例草案》引发的法律草案修正案动议权限之争涉及财政分权的宪政原则。香港立法会议员动议具有公帑动用效果的法案修正案,实际是行使财政预算案修正案动议权,违反了这一宪政原则。立法会废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》引发的立法会对附属立法的修订权之争,其实是授权立法之争。立法会的这种废除权实际是一种立法否决权,具有监督授权立法的意义,但违反了香港基本法和立法会《议事规则》确立的立法权限分配和立法程序规则。回归后,香港立法会对诸多有关公共利益的问题(如不信任投票、政制改革及涉及中央和内地的事项)进行了辩论。香港立法会在辩论涉及中央和内地管理事项,以及中央和香港共同管治的事项的议案时,应当遵循(1)职权范围原则——辩论议题仅限于香港立法会职权范围内的事项;(2)信赖和尊重原则——香港立法会应当信赖和尊重内地国家机关的法律行为,不得指控和谴责内地国家机关依据法律作出的决定;(3)遵守中央依据香港基本法所作决定的原则。回归后

* 叶海波,深圳大学港澳基本法研究中心、法学院教授。

香港立法会对政制改革、“1989年反革命暴乱”^①、“刘晓波事件”等议案的辩论,超越了立法会的权限,与其作为中国地方行政区立法机关的法律地位不符。总体上,香港立法会的权力扩张主要体现在公益事项动议权的行使方面,但立法会对附属立法的监督权及调查权的行使可能是今后香港政治体制运作中的引发激烈争议的重要问题。香港立法会权力界限的确定,应当在单一制的国家结构、行政主导的政治体制和基本权利保障的层面展开,并以香港基本法的规定为归依。

关键词:香港立法会 职权 界限 立法权 公益事项辩论权 调查权

一、引言

《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)第四章第三节详细规定了香港立法会的法律地位、产生方式、组成、议员特权等内容,其中第73条将立法会的职权列举为立法、审核财政预算等10项。除此之外,香港基本法第159条规定香港特别行政区基本法的修改提案权属于全国人民代表大会常务委员会、国务院和香港特别行政区。“香港特别行政区的修改议案,须经香港特别行政区的全国人民代表大会代表三分之二多数、香港特别行政区立法会全体议员三分之二多数和香港特别行政区行政长官同意后,交由香港特别行政区出席全国人民代表大会的代表团向全国人民代表大会提出”、附件一第7条规定“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”、附件二第3条规定“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”。根据这些规定,香港立法会享有部分香港基本法修改

^① 根据1990年国务院向全国人大所作的政府工作报告,“去年春夏之交,极少数人利用学潮,掀起了一场有组织、有计划、有预谋的政治动乱,进而在首都北京发展成为反革命暴乱”。本文对这次事件采用官方表述,称为“1989年反革命暴乱”。香港社会多称之为“六四事件”。文中除引用香港人士的表述时,不作修改。参见李鹏:《为我国政治经济和社会的进一步稳定发展而奋斗——1990年3月20日在第七届全国人民代表大会第三次会议上》,http://www.gov.cn/test/2006-02/16/content_200883.htm,访问日期:2012年4月5日。

议案提案权和香港基本法附件一及附件二修改权,本文统称为香港基本法修改权。依香港基本法的列举,香港立法会的权力主要包括立法权、财政权、监督权、公益事件辩论权、申诉处理权、法官任免权、调查权和基本法修改权。香港回归后,香港立法会行使了基本法授予的大部分权力,制定、修改和废除法律,审议财政预算案,听取行政长官的施政报告,质询政府,就公益事件进行辩论,批准法官任免,处理居民申诉,成立专责委员会作出调查,否决或者通过行政长官和立法会产生办法修改议案。在行使上述权力时,香港立法会被认为有扩张权力倾向,引发几次重大争议。这种争议事关香港政治体制的顺利运作。

众所周知,香港基本法的原意是“建构一个强势的、有权威和效率的、具有高度管治能力的行政机关(包括行政长官)”,是一种“‘行政主导’的体制”。^①党和国家领导人吴邦国曾明确指出,“香港特别行政区政治体制的最大特点是行政主导”,“全面准确地把握这一点,对于保证‘一国两制’方针和基本法的贯彻实施,正确处理香港特别行政区行政、立法和司法三者的关系,也是至关重要的”。^②但由于香港基本法内部包含着中央及行政机关的威权统治与立法会的民主政治间的冲突,^③香港行政主导体制实际上可能出现“最强势政府”、“中度强势政府”、“中度弱势政府”和“最弱势政府”四种情况。^④香港回归后,香港基本法的原意并未得到良好的实现。早在2000年,刘兆佳教授便预测道:“行政主导作为宪制的设想与行政主导作为政治现实之间的差距,在行政长官的政治能力没有迅速提升的情况下,必将进一步扩大。”^⑤陈弘毅教授则直截了当地指出,“特区成立以来,香港不但未能建立一个强势的政府,而且在去年(指2003年——引者注)‘七一’以后,政府的弱势可说是病入膏肓”。^⑥行政主导不力,这确是香港回归后的政治写照。这一政治状态的形成,与“基

① 陈弘毅:《行政主导概念的由来》,载《明报》2003年4月23—26日。

② 吴邦国:《深入实施香港特别行政区基本法 把“一国两制”伟大实施推向前进——在纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施十周年座谈会上的讲话》,载全国人大常委会香港基本法委员会办公室编:《纪念香港基本法实施十周年文集》,中国民主法制出版社2007年版,第7页。

③ See Yash Ghai,《Hong Kong's New Constitutional Order: the resumption of Chinese sovereignty and the Basic Law》,2nd ed., Hong Kong University Press, 1999, pp. 292-302.

④ 陈弘毅:《行政主导概念的由来》,载《明报》2003年4月23—26日。

⑤ 刘兆佳编:《香港21世纪蓝图》,中文大学出版社2000年版,第4页。

⑥ 陈弘毅:《行政主导概念的由来》,载《明报》2003年4月23—26日。

本法所采用的政制设计未能保证这个目标的实现”^①有关,亦与行政长官未能得到一个稳定可靠的管治同盟的持续支持分不开。^②与此同时,香港立法会的扩权亦弱化了行政主导。^③刘兆佳教授因此认为,“只有在行政长官能够有效驾驭立法会、在社会上有广泛支持基础和民望崇高的情况下,行政主导体制才有实现的可能”。^④总之,香港立法会的权力行使状况,直接影响行政主导制,香港行政主导的弱化亦是香港立法会扩权的过程,研究香港立法会的权力及其界限,是香港行政主导体制顺利运作的必然要求。

本文试图以香港立法会的实践运作为视角,重点探讨香港立法会权力行使中的具体争议,并在此基础上辨析香港立法会的权力界限。需要特别说明的是,香港立法会作为香港基本法设立的立法机关,其权力范围由香港基本法设定,香港基本法亦设立了诸多明确的限制机制,如第十一条规定香港基本法在香港具有最高法律效力,香港立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触。这意味着香港立法会立法权的行使受到香港基本法具体条文的限制,而这些具体条文的具体限制内容如何,则由香港基本法的解释机关确定,即第158条规定的全国人大常委会和香港法院具有决定权,其中全国人大常委会具有最终决定权。除此之外,基本法第17条规定了全国人大常委会对立法会立法的备案权等。本文在分析香港立法会的权力界限时,主要不是泛泛地罗列香港基本法设置的限制,而重在分析立法会权力运行争议涉及的焦点问题,关于权力界限的分析亦旨在评定相关争议。总体上,香港回归后,围绕立法会的权力行使产生了如下重大争议:

一是围绕立法权形成的争议。这类争议又细化为三个具体的争论焦点,即行政长官颁发《执法(秘密监察程序)命令》引发的立法权限之争、立法会议员修订《截取通讯及监察条例草案》引发的法律草案修正案动议权限之争、立法会废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》引

① 陈弘毅:《行政主导概念的由来》,载《明报》2003年4月23—26日。

② 刘兆佳编:《香港21世纪蓝图》,中文大学出版社2000年版,第13页。

③ 参见程洁:《香港宪制发展与行政主导制》,载《法学》2009年第1期。

④ 刘兆佳编:《香港21世纪蓝图》,中文大学出版社2000年版,第9页。

发的立法会的附属法例修订权之争。

二是围绕立法会公益事项辩论权的争议。香港立法会享有辩论公益事项的权力,曾动议辩论针对政府官员的不信任投票议案、涉及中央和内地管辖事项以及政制改革的议案。其中不信任投票议案辩论引发社会争论,而立法会对涉及中央和内地管辖事项、政制改革的议案的辩论,则较少有学理上的探讨。我们认为,立法会公益事项辩论权应当在中国单一制国家结构的语境下加以理解,立法会的职权范围构成其公益事项辩论权的界限。

本文拟以上述争议为主,以立法权、辩论权为主要内容,深入探讨香港立法会的权力界限。

二、立法权的运行争议及其界限

香港基本法第66条、第73(1)条规定,香港立法会“是香港特别行政区的立法机关”,“根据本法规定并依照法定程序制定、修改和废除法律”。这些规定表明,香港立法会是香港基本法确立的行使立法权的机构,立法是香港立法会的主要职权之一。回归后,香港立法会立法权的行使产生了三方面的争议,即立法权限之争、法案修正动议权之争和授权立法之争。

(一) 立法权限之争与法律保留

1. 争议焦点

香港回归后,《电讯条例》虽规定了对执法机关窃听电话行为监察限制制度,但并未涉及其他秘密截听手段。2005年8月5日,行政长官曾荫权签发《执法(秘密监察程序)命令》,规定在执行防止和侦查罪行以及履行保护公共安全和保安职责时,香港廉政公署、警务处、入境事务处及海关可进行电话监听、跟踪、录音、拍摄等秘密监察,将立法会立法未授权的截听行为合法化,以满足社会管治的需要。在该命令予《宪报》上刊登后,香港大律师公会旋即发表声明,认为行政长官事实上行使了立法会的立法权,影响了香港基本法第30条、第35条和第39条保障的居民基本权利。^①立法会议员梁国雄和其他一些市民则起诉至法院,要求政府立即取消行政命令,以保障市民的通讯自由。2006年2月9日,香港高等法院

^① 《执法(秘密监察程序)命令—香港大律师公会声明》, http://www.hkba.org/whatsnew/submission-position-papers/2005/Law_Enforcement_Order_20050808_C.doc.

原诉庭判决《电讯条例》第 33 条违反香港基本法,但判决延至同年 8 月 8 日生效,以预备时间为政府立法。^①《执法(秘密监察程序)命令》合法性争议的实质是行政与立法的权限之争,主要争议点则是这项行政命令的发布是否侵犯了立法会的立法权。

2. 基本观点

香港基本法第 30 条规定,“香港居民的通讯自由和通讯秘密受法律的保护。除因公共安全和追查刑事犯罪的需要,由有关机关依照法律程序对通讯进行检查外,任何部门或个人不得以任何理由侵犯居民的通讯自由和通讯秘密”。第 48(5)条规定行政长官可以“决定政府政策和发布行政命令”。第 66 条规定“香港特别行政区立法会是香港特别行政区的立法机关”。那么,行政长官是否可以发布行政命令,确立法律程序,规范香港市民的通讯自由?香港大律师公会认为,香港基本法第 48(5)条授权行政长官发布命令,但行政命令并非必然只是确立法律程序,由于《执法(秘密监察程序)命令》所规范的事项属于香港居民的通讯自由,故发布《执法(秘密监察程序)命令》并非仅是确立香港基本法第 30 条规定的“法律程序”,而是将一项非法的执法行为合法化,实质上是在制定法律,行使香港基本法第 73(1)条授予香港立法会的立法权。^②大公报 2006 年 8 月 12 日的社评则认为,《执法(秘密监察程序)命令》是对“除因公共安全和追查刑事犯罪的需要”的进一步规管,无损于人权;基于香港基本法第 48(5)条的授权,《执法(秘密监察程序)命令》也无损于“法权”。《执法(秘密监察程序)命令》只是特首向其下属部门发出,受规管对象是四个纪律部队而不是市民大众,是先将现行秘密监察行动进一步规范化,为日后正式立法打下基础,不可能是取代立法。^③香港高等法院原诉庭在判决中否决了《电讯条例》第 33 条的合法性——该条规定,当行政长官或其授权的官员基于公共利益的考虑,可以发布命令截取通讯。依这一规定,“行政长官有权因公众利益签发指令,让执法部门进行合法勾线”^④。高等法院法

^① See Leung Kwok Hung & Another v Chief Executive of HKSAR, CACV 73/2006.

^② 《执法(秘密监察程序)命令——香港大律师公会声明》, http://www.hkba.org/whatsnew/submission-position-papers/2005/Law_Enforcement_Order_20050808_C.doc.

^③ 《行政命令无损人权和立法权》,载《大公报》2005 年 2 月 12 日。

^④ 《香港高院判秘密监察违法 延迟半年撤销行政指令》,载《文汇报》2006 年 2 月 10 日。

官指出,香港基本法第30条规定通讯自由受法律保护,任何对通讯自由的限制必须“依据法定程序”,这里的法定程序是指实质性立法,且这项立法必须符合比例原则和确定性原则。《电讯条例》第33条对行政长官的授权过于宽泛,不符合比例原则和法确定性原则,抵触基本法的规定。《执法(秘密监察程序)命令》并未意图立法,只是对执法部门内部行为的规范,属于行政命令而非法例,根本不属于基本法第30条的“法定程序”。^①根据高等法院原诉庭的判决,《执法(秘密监察程序)命令》不是立法和法律,未侵犯立法机关的立法权。Leung Kwok Hung & Another v Chief Executive of HKSAR 一案的判决,依据法律保留的原则,将香港基本法第30条中的“法定程序”之“法”限定为立法会制定的法律,划清了立法会与行政长官在通讯自由管制方面的权限,并通过将《执法(秘密监察程序)命令》限定为行政命令而非法律,认定行政长官未越界行使立法会的权力,化解了关于立法权限的争议。^②

3. 争议评析

立法权限争议与香港基本法中行政、立法和司法三机关权限划分有关。虽然香港基本法明确规定了行政长官及其领导的政府、立法会等的职权,但香港基本法中有多处使用“法律”、“法律程序”、“依法”等表述,且含义并不清晰。在香港,立法会制定条例,行政长官可以发布行政命令,政府草拟附属立法。若“法律”、“法律程序”、“依法”等表述中的“法”仅是指立法会制定的条例,香港基本法确立的便是狭义的“国会保留制度”,^③若这里的“法”包括行政长官发布的命令,行政长官便和立法会分享对某些事项的管治权。^④ Leung Kwok Hung & Another v Chief Exec-

^① Leung Kwok Hung & Another v Chief Executive of HKSAR, [2006] HKEC 239, para. 122, 126, 150, 151.

^② 法院虽然未否定《执法(秘密监察程序)命令》的合法性,但却否决了作为其依据的《通讯条例》第33条的合宪性,无异于釜底抽薪。

^③ 关于法律保留的详细研究,请参见许宗力:《论法律保留》,载许宗力著:《法与国家权力》,月旦出版社1993年版,第117—213页。

^④ 我国《立法法》第8条列举了只能由全国人大及其常委会制定法律的事项,第9条限定全国人大及其常委会可以授权国务院制定行政法规的范围。根据这一规定,现行宪法某一条文中的“法律”的解释,便取决于该条文涉及的事项,若涉及事项为《立法法》第8条保留的范围,该条中的“法律”便指全国人大及其常委会制定的法律,若不属于第8条保留的事项,该条中的“法律”便可以包括行政法规,即国务院享有相应的职权。

utive of HKSAR 一案判决遵从基本权利严格保护的原则,将香港基本法第 30 条中的“法律程序”之“法”限定为立法会的实质性立法,限定了行政长官规范通讯自由时的权力。但香港法院认为,香港基本法不同条文中使用的“法律”一语,可作不同的解释。^①因此,行政长官与立法会的权力界分问题并未得到全面解释。从 *Leung Kwok Hung & Another v Chief Executive of HKSAR* 一案判决强化基本权利保障的取向来看,将香港基本法中确立的法律保留制度解释为“立法会保留”是一个基本趋向。

(二) 修正动议之争与财政分权

1. 争议焦点

香港基本法第 73(1) 条规定,香港立法会“根据本法规定并依照法定程序制定、修改和废除法律”,第 74 条规定,“香港特别行政区立法会议员根据本法规定并依照法定程序提出法律草案,凡不涉及公共开支或政治体制或政府运作者,可由立法会议员个别或联名提出。凡涉及政府政策者,在提出前必须得到行政长官的书面同意。”该条没有明确规定对法案草案提出修正案亦必须遵照“不涉及公共开支或政治体制或政府运作”及“涉及政府政策议案须行政长官书面同意”的规则。香港立法会《议事规则》第 57(6) 条则规定,“立法会主席或全体委员会主席如认为任何修正案的目的或效力可导致运用香港任何部分政府收入或其他公帑,或须由该等收入或公帑负担,则该修正案只可由以下人士提出:(a) 行政长官;或(b) 获委派官员;或(c) 任何议员,如行政长官书面同意该提案。”吴靄仪、涂谨申、何俊仁、李永达、张文光等议员就《截取通讯及监察条例草案》提出全体委员会审议阶段修正案议案后,立法会主席作出裁决,部分议案被认为与法案主题无关或对公帑造成负担,不被许可。^②梁国雄遂向香港高等法院提出司法复核,指控《议事规则》第 57(6) 条违反香港基本法第 74 条的规定,^③由此引发关于议员法案草案修正案

^① *Leung Kwok Hung & Another v Chief Executive of HKSAR*, CACV 73/2006, para. 146. *The Association of Expatriate Civil Servants of Hong Kong v. The Chief Executive* [1998]. 1 HKLRD. 615, 622.

^② 参见《立法会主席就吴靄仪议员、涂谨申议员、何俊仁议员、李永达议员和张文光议员就〈截取通讯及监察条例草案〉提出的全体委员会审议阶段修正案的裁决》, http://www.legco.gov.hk/general/chinese/presdet/pre_rul.htm#0708。

^③ *Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of HKSAR and The Secretary for Justice*, HCAL 87/2006.

动议权之争。

2. 基本观点

对香港基本法第74条,香港立法会与律政司有不同理解。律政司认为,香港基本法第74条中的“法律草案”包括在委员会阶段提出的法律草案修正案,否则议员便可通过提出修正案的方式规避第74条对议员动议法律草案的限制,第74条设立的制度将被瓦解。立法会则认为,第74条中的“提出法律草案”是指启动一项立法程序,即使作扩大解释,“法律草案”一语也不包括委员会阶段的法律草案修正案,委员会阶段动议法律草案修正案不属于第74条调整的对象,而应落入第75(2)条的规范范围,即由立法会自行制定的《议事规则》作规定。^①在庭审中,有意见认为动议法律草案和动议法律草案修正案是立法程序中的两个不同阶段,第74条对动议法律草案作出严格限制,但对动议法律草案修正案未置一词,故第74条不适用于限制议员动议法律草案修正案的问题,如果议员通过动议法律草案修正案的方式规避第74条的限制,政府可以随时撤回法律草案,以作回击。^②在考察大陆法系^③和普通法系国家限制议员动议可能导致动用公帑效果的法律草案及修正案的实践,并回顾香港回归前的制度安排后,香港高等法院法官指出,香港基本法遵循三权分立的原则,并建立了行政主导的政府,政府根据香港基本法的规定享有动议财政、税收等议案的权力,而立法会则有审议此类议案的权力。动议法律草案修正案是议员的一项重要权利。在程序上,动议法律草案修正案是立法程序的一个组成部分,只会发生在动议一项法律草案于立法会之后,属于第75(2)条规范的对象。香港基本法并未对议员动议法律草案修正案问题作出规定,因此,《议事规则》第57(6)条不抵触香港基本法第74条以及其他任何条文。^④

^① Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of HKSAR and The Secretary for Justice, HCAL 87/2006, para. 35-39, 59.

^② Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of HKSAR and The Secretary for Justice, HCAL 87/2006, para. 61, 63.

^③ 如法国宪法第40条规定:“国会议员所提法案及修正案,若足以减少公共财务收入或创设或增加公共财务支出者,不予接受。”

^④ Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of HKSAR and The Secretary for Justice, HCAL 87/2006, para. 59, 66, 67, 71, 72, 82.

3. 争议评析

法案草案动议权在形式上归属于立法权的范畴,法案草案动议权限制之争既涉及政府与立法机关间的财政权分配,亦涉及政府的政策决定权,但前者是重点。现代国家确立了一项财政宪政制度,其具体内容是政府动议关于财政的议案,立法机关审议关于财政的议案,动议权属于政府,决定权在立法机关。这一实践形成的规则的正当性在于,政府作为执法者,必须具有相应的执法能力,包括执法人员、经费和组织机构等方面的合理配置,而作为具体的执法者,政府更清楚执法的财政需求,理应由政府提出关于财政方面的议案。为防止政府权力扩张的倾向,保护公民的财产权,财政议案必须由人民选举的代表同意方具有法律效力。在财政预算案通过后,政府提出相应的法律草案执行政府政策,以该年度财政预算为基础,若议员可以动议导致动用公帑的法律草案修正案并经立法机关通过,实质是财政预算案的变更,而提出编制和提出财政预算案的权力为政府职权,议员动议导致动用公帑的法律草案修正案,无异于提出财政预算案修正案,乃侵犯政府的预算编制权。另外,财政预算案经立法机关通过后便具有法律效力,若一项新立法需要运用财政预算案预算计划内的公帑,政府必定无法在充实的财政基础上完成执法任务,进而只能背弃宪法关于执法的委托。香港高等法院原讼庭法官在 *Leung Kwok Hung v. The President of the Legislative Council of HKSAR and The Secretary for Justice* 一案判决中的考察显示,香港基本法将编制并提出财政预算、决算、签署、报备案财政预算的权力授予香港政府和行政长官,禁止立法会议员动议具有动用公帑效果的法律草案,亦遵循了政府动议涉及财政的议案,立法会审议该类议案的原则,延续了香港回归前的操作惯例。立法会议员不得动议涉及财政的法律草案修正案,这项动议权为政府的职权范围。

(三) 授权立法之争与立法程序

1. 争议焦点

2010年10月13日,陈淑庄议员动议,“议决废除于2010年6月9日提交立法会会议省览的《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》(即刊登于宪报的2010年第72号法律公告)”。经讨论后,立法会作出表决,功能团体选举产生的议员共29人出席,27人赞成,1人反对,1人弃权,

经分区直选的议员 30 人出席,28 人赞成,1 人反对,议案获得通过。议案通过后,香港政府认为,以议案废除《2010 年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》,欠缺法律依据。双方的分歧集中于《郊野公园条例》第 14 条的解释,即《郊野公园条例》第 14 条是否包含废除《2010 年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》的权力。

2. 基本观点

香港政府认为,《郊野公园条例》第 14 条^①授予行政长官一项强制性的发布指令的权力,行政长官无权废除《2010 年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》。《释义及通则条例》第 34(2)条不是立法会行使废除权的法律依据,即便立法会依据第 34(2)条^②作出修订,这一权力亦必须符合订立该附属法例的权力。既然行政长官无权废除《2010 年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》,立法会因此亦无此项权力。香港政府指出,早在 1999 年,立法会主席就《公共收入保障条例》和《释义及通则条例》第 34(2)条对立法会修订附属法例的权力构成的影响进行裁决时,便与政府形成这一共识。^③既然香港基本法第 73(1)条规定立法会根据法定程序来制定、修改和废除法律,便应当遵从《释义及通则条例》第 34(2)条的规定。总之,政府并不认同立法会废除《2010 年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》行为的合法性。^④

^① 《郊野公园条例》第 14 条规定,“如行政长官会同行政会议已根据第 13 条批准任何未定案地图,而该未定案地图亦已存放于土地注册处,则行政长官须藉在宪报刊登的命令,指定在该已予批准的地图上所示的范围为郊野公园。”

^② 《释义及通则条例》第 34 条(1)和(2)规定,“(1)所有附属法例在宪报刊登后均须于随后的一次立法会会议上提交该会省览。(2)凡附属法例已根据第(1)款提交立法会会议席上省览,在该次省览的会议之后 28 天内举行的会议上,立法会可藉通过决议,订定将该附属法律修订,修订方式不限,但须符合条例订立该附属法律的权力;此等决议一经通过,该附属法例须当作由宪报刊登该决议之日起修订,但已根据该附属法例而作出的任何事情,其法律效力不受影响。”《释义及通则条例》第 3 条规定,“‘修订’包括废除、更改,亦指同时进行,或以同一条例或文书进行上述全部或其中任何事项。”

^③ 《有关根据〈释义及通则条例〉(第 1 章)第 34(2)条就修订〈1999 年公共收入保障(收入)令〉所提出的决议案主席所作的裁决》, http://www.legco.gov.hk/yr98-99/chinese/pre_rul/pre0503-ref-c.pdf, 最后访问日期:2011 年 11 月 5 日。

^④ 参见《港特首下令扩建堆填区 立法会无权废除指令》, <http://gb.china-reviewnews.com/crn-webapp/doc/docDetailCreate.jsp?coluid=2&kindid=0&docid=101466376&mdate=1006095634> (最后访问日期:2011 年 9 月 16 日)。《香港立法会明天讨论 废除扩大将军澳垃圾堆填区议案》, <http://www.zaobao.com/special/china/hk/pages2/hk101012.shtml> (最后访问日期:2011 年 9 月 16 日),《废除扩建堆填区令 香港政府不提司法覆核》, <http://www.anif.hk/show.asp?id=21789>, 最后访问日期:2011 年 9 月 16 日。

与香港政府的意见相反,陈淑庄议员和立法会主席认为立法会有权废除政府指令。陈淑庄议员认为政府错误地理解了《郊野公园条例》第14条,将废除一项指令视作拒绝作出指令,是荒谬的。^①立法会主席认为,立法会是否有权以决议方式废除政府的一项指令,涉及立法会对以“先订立后审议”程序下制定的附属立法的干预和监督权力。立法会主席引用戴启思先生提出的一项宪制原则指出,立法会必须有效监察所有立法权力的行使情况,而在诠释各项规限立法权力的行使情况的相关法例(如《释义及通则条例》(第1章))时,应以体现此项原则为依归,并认为《郊野公园条例》第14条包括如下内容:决定何时作出有关指定的命令和该项命令在何时生效,以及在有充分理由的情况下,在立法会提出议案废除已作出的该项命令。如果立法会废除了行政长官根据第14条为指定郊野公园而作出的命令,行政长官会同行政会议可考虑立法会的意见后根据第15(1)条将已予批准的地图交予总监。“这情况可视为立法会有效监察行政机关行使转授立法权的例子。”^②

针对立法会主席的裁决及立法会通过陈淑庄议员的动议,有意见建议香港政府提请司法复核,香港政府认为,“行政和立法当局对簿公堂,始终对社会有负面影响,除非逼不得已,不应动辄兴讼。”“政府和立法会就《条例》和废除《指定令》的争议,主要是关于《条例》的诠释,并不涉及对立法会在基本法下所行使的职权这个宪制问题的基本分歧。”另外,政府决定不再征用清水湾郊野公园5公顷的土地作堆填区之用。但香港政府明确指出,“是次决定,不代表我们认同立法会的做法有充分的法律依据,亦不会成为日后类似个案的先例。日后如有相似情况,政府必定会因应个别情况作考虑,不排除在有需要时向法庭寻求裁决。”^③显然,香港政府与立法会就附属立法的权限

^① 参见《立法会主席就陈淑庄议员就废除〈2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令〉提出的拟议决议案的裁决》, http://www.legco.gov.hk/yr10-11/chinese/pre_rul/pre1011-ref-c.pdf, 最后访问日期:2011年10月14日。

^② 《立法会主席就陈淑庄议员就废除〈2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令〉提出的拟议决议案的裁决》, http://www.legco.gov.hk/yr10-11/chinese/pre_rul/pre1011-ref-c.pdf, 最后访问日期:2011年10月14日。

^③ 《废除扩建堆填区令 香港政府不提司法覆核》, <http://www.anif.hk/show.asp?id=21789>, 最后访问日期:2011年9月16日。

争议并未因政府放弃司法复核而得以解决,毋宁说,这一争议被暂时搁置。^①

3. 争议评析

香港立法会废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》的形式,是立法会通过具有立法效力的决议,^②实质层面则涉及学理上的授权立法问题。在日新月异的现代社会,立法会虽贵为享有立法权的机关,亦不可能单凭一己之力完成社会所需的全部立法,由立法机关授权行政机关或者其他专业组织立法遂成为各国的共同趋势,^③而行政机关则是授权立法的主要对象。作为授权机关,立法机关应明确授权的原则、内容和期限,并强化对授权立法的监管。^④香港立法会与政府就废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》产生的争议,实质是立法会如何监管政府的授权立法行为的问题。立法否决权之争在美国曾经出现,并于1983年美国联邦最高法院于“移民与归化局诉查德哈”一案判决国会立法否决权违宪后达致白热化的程度。在该案判决中,最高法院认定国会立法否决权破坏三权分立的宪政构架,属于违宪之举。^⑤香港立法会通过决议废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》,实际行使的是一种否决权。其否决对象《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》究竟是一

^① 立法会秘书处的研究显示,对于根据《东区海底隧道条例》(第215)第55条为实施新收费而作出的公告(例如第2005年第37号法律公告)及根据《大老山隧道条例》(第393章)第36条为实施新收费而作出的公告(例如2010年第67号法律公告),立法会修订的权力似乎要受到限制;除了对行政长官根据《郊野公署条例》第14条在宪报上刊登的命令,立法会是否有废除权存在争议外,立法会是否有权废除行政长官根据《海岸公园条例》第15条在宪报上刊登的命令,亦存在疑问。参见《研究与立法会修订附属法例的权力有关的事宜小组委员会报告》,香港立法会CB(2)975/11-12号文件附录I。

^② 由立法会通过具有立法效力的决议包括通过附属法例(如根据《刑事诉讼程序条例》第9A条制定附属法例)、修订条例(如根据《残疾歧视条例》第48A条修订条例)、废除附属法例(如根据《逃犯条例》第3(3)条废除附属法例)及通过、修订《议事规则》等几种形式。参见《研究与立法会修订附属法例的权力有关的事宜小组委员会报告》,香港立法会CB(2)975/11-12号文件附录I。

^③ 英国议会2007年制定的普通法令只有31项,但附属的法定文书有2847项。至今,香港687项条例共授权制定1411项附属立法。参见《研究与立法会修订附属法例的权力有关的事宜小组委员会报告》,香港立法会CB(2)975/11-12号文件附录I。

^④ 立法会在制定条例时,可以授权附属立法,授权条款一般包括获授权订立附属法例的人及其酌情权限;附属法例的形式,例如以规则、规例、附例或命令的形式订立;订立的附属法例可涵盖的事宜及订立和修订附属法例时须予遵循的程序(如有的话)。参见《研究与立法会修订附属法例的权力有关的事宜小组委员会报告》,香港立法会CB(2)975/11-12号文件附录I。

^⑤ *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U. S. 919(1983).

项行政行为还是一项授权立法行为,不无疑问。^①若属于行政行为,立法会否决一项行政行为,便是严重侵犯行政长官及政府的行政权。若是一项立法行为,立法会的废除行为便属于立法行为。香港基本法第48(3)条规定行政长官签署立法会通过的法案,公布法律。第79条规定,香港特别行政区立法会通过的法案,须经行政长官签署、公布,方能生效。香港立法会若以议案决议形式行使立法权,产生具有立法效力的议案,显然不符合香港基本法关于法律制定程序的规定,与香港基本法确立的政治体制不符。令人疑惑的是,香港政府未就此提出司法复核,以明确双方的权力界限,事实上是丧失了抵制立法会权力扩张的大好时机。

三、公益事项辩论权之争及其界限

香港基本法第73(6)条规定,立法会可“就任何有关公共利益的问题进行辩论”。立法会议员动议的辩论议案,有些议案涉及中央与特区的关系及行政与立法的关系,其中不信任投票等议案引发关于立法会权限的争议。涉及中央事项及中央与特区关系的辩论虽未引发争论,但亦有诸多值得探究之处。本部分将对立法会的公益事项辩论权界限作一初步的探讨。

(一) 公益事项辩论议案的一般情况

回归后,立法会议员经常就涉及公共利益的问题动议辩论,从1997年至2011年,香港立法会议员总共动议约795项无法律效力议案,^②议案主题分布甚广,涵盖公民基本权利保障、社会福利政策、居屋及退休等民生问题、财政税收、教育、难民港政策、产业发展、环境保护、行政立法关系、政制发展、法治、劳工权利、施政报告、医疗卫生、交通、金融、青少年、家庭及社会问题、出入境管制、文化政策、传媒资讯、香港发展,等

^① 参见《研究与立法会修订附属法例的权力有关的事宜小组委员会报告》,香港立法会CB(2)975/11-12号文件附录I。

^② 其中,1997—1998年度为49项,1998—1999年度为68项,1999—2000年度为54项,2000—2001年度为52项,2001—2002年度为51项,2002—2003年度为55项,2003—2004年度为59项,2004—2005年度为59项,2005—2006年度为52项,2006—2007年度为56项,2007—2008年度为56项,2008—2009年度为62项。参见香港立法会年报,载香港立法会网站,<http://www.legco.gov.hk/general/chinese/sec/reports/arpt.htm>,最后访问日期:2011年7月14日。

等,不一而足。其中引发或者可能引发争议,或者值得关注的辩论议案主要有:

1. 不信任投票辩论

据统计,1999年3月10日,吴靄仪议员动议的“对律政司司长投不信任票”辩论,是立法会议员首次针对政府官员的不信任动议。据统计,至今这类动议主要有:1999年3月10日吴靄仪动议的针对律政司司长的不信任议案^①、2000年6月26日李华明动议的针对房屋委员会主席及房屋署署长的不信任议案^②,以及2003年5月7日吴靄仪动议的针对财政司司长的不信任议案^③。上述议案中,除第二项外,皆被否决。除此之外,民主党前主席李永达曾多次声言要提出针对行政长官办公室主任陈德霖的不信任动议,^④议员意图动议针对曾荫权的不信任议案。^⑤

2. 涉及中央或内地的辩论议案

(1) “1989年反革命暴乱”辩论议案

时间	动议 议员	议案内容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
1999. 5. 19	司徒华	本会纪念“六四事件”十周年,哀悼 殉难同胞,并认为八九民运必须平反	27	6	9	12	27	14	13	0
2000. 5. 17	司徒华	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九 民运	21	5	7	9	26	14	12	0

① 表决结果为:功能级别选举议员总投票人数29人,赞成票6人,反对票16人,弃权票7人,分区直选与选委会选举议员总投票人数28人,赞成:13人,反对票15人,弃权票0人。

② 表决结果为:功能级别选举议员总投票人数26人,赞成票17人,反对票5人,弃权票4人,分区直选与选委会选举议员总投票人数28人,赞成票22人,反对票4人,弃权票2人。

③ 表决结果为:功能级别选举议员总投票人数27人,赞成票5人,反对票20人,弃权票2人,分区直选与选委会选举议员总投票人数28人,赞成票17人,反对票11人,弃权票0人。

④ 参见《李永达不信任动议触礁》,载《文汇报》2008年6月21日。

⑤ 参见《何秀兰说或对曾荫权提不信任动议》,“商业电台”,2012年3月5日。参见《陈淑庄议员将提曾荫权不信任议案》,载《星岛日报》2012年4月18日。

续表

时间	动议 议员	议案内容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
2001. 5. 16	司徒华	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	21	5	8	8	27	16	11	0
2002. 5. 29	司徒华	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	21	4	8	9	23	14	9	0
2003. 5. 28	司徒华	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	22	5	8	9	25	15	10	0
2004. 5. 12	司徒华	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	17	5	5	7	24	16	8	0
2005. 5. 25	何俊仁	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运,悼念赴紫阳先生	22	6	8	8	27	17	8	2
2006. 5. 3	何俊仁	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	23	7	7	9	25	16	7	2
2007. 5. 30	李柱铭	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运,支持维权运动,建立宪政民主	22	7	5	10	25	17	6	2
2008. 5. 28	张文光	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	24	6	4	14	22	13	6	2
2009. 5. 27	李卓人	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	22	4	7	11	28	19	9	0
2010. 6. 2	何俊仁	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	22	5	7	10	27	19	8	0
2011. 5. 18	李卓人	本会呼吁:毋忘六四事件,平反八九民运	19	4	9	6	28	19	9	0

(2) 针对内地刑事案件辩论议案

时间	动议 议员	议案内容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
1998. 12. 9	李柱铭	由于两名富商在香港特别行政区（“特区”）被绑架案及德福花园五尸命案均在内地法院以《中华人民共和国刑法》审理，引起港人极大关注，但特区政府却未尽全力争取将在特区境内涉嫌违法的人士，交还特区法院审理，以捍《基本法》赋予特区的司法管辖权，对此，本会深表遗憾；同时，本会促请特区政府以国际社会公认的原则为基础，尽快就中港两地移交疑犯的安排与中央人民政府进行商讨及达成协议，恢复港人对特区司法管辖权的信心	26	6	20	0	29	15	14	0
2010. 1. 13	李华明	本会对中央政府以煽动颠覆国家政权罪名将刘晓波判以重刑，感觉到极度遗憾，并要求中央政府立即释放刘晓波及其他异见人士；本会呼吁中央政府认同刘晓波等所倡议的《零八宪章》是代表文明社会所公认的普世价值，正面肯定《零八宪章》的理念和原则，而特区政府亦应依据此等理念和原则，在香港尽快实行双普选	23	4	16	3	27	18	9	0
2010. 11. 3	黄毓民	以和平、理性、非暴力方式为中国人权抗争的刘晓波，获得颁发诺贝尔和平奖，是划时代的重大事件，必将对中国民主化进程产生深远的影响，本会保证中央政府立即释放刘晓波及所有政治异见人士	23	3	19	1	28	19	9	0
2010. 11. 17 ^①	冯检基	本会现即休会待续，以就下述事项进行辩论：协助内地毒奶粉受害儿童和家長维权的“结石宝宝之家”召集人赵连海，早前被北京法院判囚两年半，事件引起国内外人士强烈关注和质疑判决有违宪法赋予人民的权利								

① 香港立法会网站上未载有表决结果。

(3) 关于政制发展议案

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
1997. 10. 15	陈财喜	本会促请香港特别行政区政府全面加强教育以提高市民的公民意识及政治知识,使能配合本港按《基本法》制定循序渐进的民主步伐,及就《基本法》所订有关 2007 年后可修改行政长官及立法会议员的产生方式作出妥善准备,以迈向全面直选产生行政长官及立法会议员的目标	赞成者 20 人,反对者 7 人,弃权者 11 人(临时立法会无分组表决规定)							
1998. 7. 15	郑家富	本会认为香港特别行政区第二届立法会应于 2000 年由全面直选产生,而第二届行政长官应于 2002 年由直选产生	25	5	20	0	30	15	14	0
2000. 1. 12	刘慧卿	本会促请行政机关尽快就行政与立法关系、部长制和透过普及而平等的选举选出行政长官和立法会等事宜进行公众咨询	25	23	12	0	29	21	6	2
2001. 7. 11	李柱铭	鉴于要促使香港发展成为如纽约、伦敦等一级的国际都会,政府不能只着重建设知识型的经济,培养高素质的人才及保育良好的自然环境,本会呼吁政府更要采取有效措施,建立国际都会不可或缺的全民普选的政制、尊重人权和法治的传统,以及维护社会公义和个人尊严的社会制度	29	5	23	1	26	14	12	0
2002. 3. 13	刘慧卿	本会认为香港特别行政区第二任行政长官的产生办法不民主,令广大市民无权参与选举过程,并促请当局尽快开展政制改革的咨询工作	25	5	20	0	22	13	9	0
2003. 5. 21	何俊仁	本会要求修改《基本法》,以尽快全面落实普选行政长官和全体立法会议员	23	5	17	1	26	15	11	0

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人数	赞成 票	反对 票	弃权 票	投票 总人数	赞成 票	反对 票	弃权 票
2003. 11. 12	涂谨申	本会促请政府于本年年底发表香港特别行政区政制改革绿皮书,以落实2007年普选行政长官及在2008年普选全体立法会议员,并尽快取消区议会委任议席及当然议席,还政于民	23	5	14	4	25	16	5	4
2004. 2. 25	郑家富	本会对政制发展专责小组北京之行缺乏透明表示遗憾,并促请政府立即就2007年行政长官及2008年立法会所有议员,是否应由普选产生咨询市民,并以公正方法接获市民的意见,以及正确无误地向中央政府反映	25	5	20	0	24	13	10	0
2004. 3. 17	涂谨申	本会促请政制发展专责小组以实事求是的态度,就政制改革的具体议案征询市民意见,避免陷入不必要的争拗,引起社会分化及不稳;以及向中央政府表明,在落实政制改革时须尊重及遵守《基本法》所订定的原则	24	10	8	6	25	15	10	0
2004. 4. 21	冯检基	本会现即休会待续,以就香港特别行政区行政长官向全国人民代表大会常务委员会提交关于香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法是否需要修改的报告,进行辩论	被否决							
2004. 5. 5	冯检基	本会不接受行政长官提交予全国人民代表大会常务委员会的报告,并对当中就政制改革提出的9项因素表示不满,认为此举等同于为本港推行全面普选设下关卡,窒碍民主发展;同时,本会促请行政长官立即咨询港人,提交一份全面反映民意的补充报告,以实现港人要求分别在2007年及2008年普选行政长官及全体立法会议员的期望	26	5	21	0	29	17	12	0

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人数	赞 成票	反 对票	弃 权票	投票 总人数	赞 成票	反 对票	弃 权票
2004. 5. 19	何俊仁	鉴于香港广大市民反对全国人民代表大会常务委员会(下称“人大常委会”)断然否决香港 2007 年普选行政长官和 2008 年普选立法会全体议员,并决定维持立法会内功能团体和分区直选议员的现有比例,与议员提出的法案和议案分组点票的程序,本会认为人大常委会的决定完全漠视了香港市民对民主的普遍诉求;本会对此表示遗憾和不满,并呼吁香港市民继续全力争取民主,永不放弃	24	4	21	0	28	17	11	0
2004. 6. 9	李卓人	本会呼吁全港市民,在今年 7 月 1 日再次展示人民力量,表达港人争取普选、捍卫香港核心价值,以及改善政府管治和民生的决心	23	6	10	7	26	16	10	0
2004. 11. 10	汤家骅	本会促请香港特区政府立刻就政制改革问题安排全体立法会议员与中央人民政府的有关官员会面,使议员可直接向中央人民政府反映全港市民对于在 2007 年及 2008 年实行全面普选的意见	26	6	20	0	26	16	10	0
2005. 1. 5	郑经翰	鉴于政府最近发表的《政制发展专责小组第四号报告》漠视民意,否决大部分香港市民提出的以普及而平等的选举产生下一届行政长官及所有立法会议员的要求,却又没有提出一个具体的方案,本会表示深切遗憾;此外,由于政府在宪制上有不可推卸的责任尽量回应市民对普选的强烈诉求,本会促请政府尽早向本会提交一个 2007 年行政长官及 2008 年立法会议员产生办法的政改议案,以便公众及本会进行讨论	27	7	20	0	25	17	8	0

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
2005. 2. 2	刘慧卿	…… 本会保证政府当局：…… 及（四）落实在 2007 年及 2008 年以普选产生行政长官及全体立法会议员，避免小圈子选举制度继续衍生“官商勾结”、“利益输送”的问题。	28	7	21	0	24	15	9	0
2005. 3. 9.	汤家骅	本会认为任何涉及增加立法会功能界别议席及选举委员会中代表功能界别委员数目的政制改革方案，皆违拗《基本法》第四十五条及第六十八条所订定，按照循序渐进及实际情况的原则以达至普选的目标；并要求政府在政制发展专责小组第五号报告中明确表明，将来提出的任何所谓的“主流方案”，都不会包括增加立法会功能界别议席及选举委员会中代表功能界别的委员数目的建议	29	7	22	0	23	17	6	0
2005. 5. 11	梁国雄	本会对香港特区政府在 1999 年及 2005 年两次要求全国人民代表大会常务委员会（下称“人大常委会”）解释《基本法》条文表示遗憾及要求人大常委会撤回上述两次释法的有关决定，并要求特区政府为此向市民道歉及承诺不会再向人大常委会提出释法要求；此外，本会亦促请人大常委会撤回于 2004 年 4 月 26 日否决香港 2007 年普选行政长官和 2008 年普选立法会全体议员的决定，该决定扼杀港人于 2007 年及 2008 年实行全面普选的权利；并要求政务司司长曾荫权先生撤销 4 份政制发展报告，以正视听	25	5	20	0	26	15	11	0
2005. 4. 6	何俊仁	本会现即休会待续，以就下述事项进行辩论：行政长官办公室将于今天稍后把《基本法》第五十三条有关新的行政长官的任期问题的报告上呈国务院，请求全国人大常委会在四月下旬会议上作出解释	被否决							

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投票 总人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
2005. 11. 9	汤家骅	本会认为,香港特别行政区(下称“特区”)政府有责任提出一个香港市民足以接受和具有实质民主进程的政制改革方案,该方案不应赋予区议会委任议员选举行政长官或立法会议员的权利;此外,特区政府亦有责任在议案中提出达到普选的路径图、时间表,以及相关的选举细节	26	11	15	0	27	25	2	0
2005. 11. 30	梁国雄	本会要求中央政府安排全体立法会议员到访北京,以便议员向中央政府真正反映香港对双普选的民意,并促请香港特区政府为2007年及2008年普选行政长官和立法会进行全面公投;此外,本会呼吁全港市民于本年12月4日站出来,反对《政制发展专责小组第五号报告》,重申争取普选的决心	26	6	20	0	24	13	11	0
2005. 12. 7	杨森	鉴于香港市民多次上街游行,争取双普选,本会保证香港特区政府认真考虑向全国人民代表大会常务委员会提交报告,反映香港市民对普选的强烈诉求,并在报告中提出香港市民可接受的普选时间表及路线图,使行政长官及立法会全体议员能尽快由普选产生	27	7	19	1	27	16	11	0
2006. 11. 11	汤家骅	本会认为2012年适合普选行政长官	27	7	5	15	26	15	0	11
2006. 11. 29	李卓人	本会认为2012年或之前适合以普选方式产生立法会所有议员	29	7	20	2	26	17	9	0
2006. 12. 20	刘慧卿	本会促请中央政府不要干预香港特区内政,包括行政长官选举,并保证政府当局尽力捍卫香港特区在“一国两制”下的高度自治及港人治港	23	4	18	1	25	15	10	0

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投 票 总 人 数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
2007. 12. 19	杨森	本会现即休会待续,以就香港特别行政区行政长官向全国人民代表大会常务委员会提交关于香港特别行政区政制发展咨询情况及2012年行政长官和立法会产生办法是否需要修改的报告,进行讨论	被否决							
2008. 1. 9	陈伟业	本会对于政府当局于2007年12月12日发表的《政制发展绿皮书》公众咨询报告,扭曲市民要求尽快落实行政长官及立法会双普选的意愿,未有就双普选订定具体和明确的时间表及路线图,以致未能早日落实行政长官及立法会的全面普选作出强烈谴责;此外,本会认为应不迟于2012年落实行政长官及立法会双普选	28	7	21	0	26	16	10	0
2009. 1. 7	吴靄仪	本会要求行政长官按施政报告中的承诺,就改革行政长官及立法会的选举办法草拟议案,以便于今年初进行公众咨询时,行政长官会清楚表明取消功能界别议席,并会确保所提出的议案达到:(一)就选举办法而言,一个公开及符合《公民权利与政治权利国际公约》第二十五条的提名程序;及(二)就立法会选举而言,取消功能界别议席,以及是普及而平等并符合《公民权利与政治权利国际公约》第二十五条的选举	27	4	23	0	26	16	10	0
2009. 2. 11	何俊仁	本会强烈谴责行政长官曾荫权先生没有实践在施政报告内许下的承诺,拖延政制发展公众咨询,失信于民	23	4	17	2	25	16	8	1

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票	投票 总人数	赞 成 票	反 对 票	弃 权 票
2009. 6. 17	梁国雄	本会促请政府订定全民公投法,就香港的政改议案进行全民公投,以实现港人高度自治原则,让香港市民决定 2012 年普选行政长官及全部立法会议员,贯彻联合国《公民权利与政治权利国际公约》有关规定,还政于民	21	3	18	0	28	19	9	0
2009. 12. 2	梁家杰	行政长官曾荫权曾于 2007 年竞选期间,向港人承诺会彻底解决普选问题,但行政长官在今年的施政报告中,没有提及完整的普选路线图,完全违背其选举承诺;因此,本会强烈要求政府把握咨询的机会,向市民交代普选路线图,并承诺不迟于 2017 年及 2020 年落实真普选议案,而议案必须具备以下原则:(一)行政长官及所有立法会议员的产生方式须符合国际公认的“普及而平等”的选举标准,市民应享有自由选举的权利;(二)行政长官选举提名委员会组成的基础,须具有广泛的民意,提名门槛不应过高,在推动开放普及的提名程序前提下,不应有限制候选人或为排斥某些政治力量参选而订出的安排;(三)立法会选举要全面取消功能组别议席,以达到公平选举为目标	21	4	16	1	28	19	9	0
2009. 12. 9	黄毓民	本会呼吁全港市民全力支持“五区总辞,全民公决,争取 2012 年双普选”运动,以直接民主的方式,把政制发展的决定权还给人民;并强烈要求特区政府藉政制改革咨询的机会,向北京政府反映港人意愿,争取 2012 年落实双普选	25	3	21	1	28	8	10	10

续表

时间	动议 议员	议 案 内 容	表决结果							
			功能组别议员				地区直选/ 选委会选举议员			
			投票 总人数	赞成 票	反对 票	弃权 票	投票 总人数	赞成 票	反对 票	弃权 票
2010. 3. 3	余若薇	本会呼吁全港选民积极参与即将举行的五区补选,透过投票和平地量化民意,以达致变相公投的社会效果,争取尽快实现真普选及废除功能组别	22	4	18	0	19	11	7	1
2010. 6. 9	汤家骅	鉴于特区政府及政务司司长一再公开表示,现行的功能界别选举未符合“普及”而“平等”的原则,而普选模式应符合这项基本原则,香港人亦期望可尽早就普选模式展开讨论,本会促请政府积极推动各界就《基本法》第四十五条所谈及的普选行政长官的提名须符合“民主程序”和如何处理功能界别的问题,作广泛及深入的讨论和研究,以便及早就普选模式凝聚共识,落实双普选	26	7	2	17	29	20	0	9
2011. 6. 29	梁国雄	在2003年7月1日,逾50万名香港市民上街示威,要求实行双普选及反对就《基本法》第二十三条立法;自此,上述民意仍然不改,并于历次立法会选举中彰显;就此,本会促请政府订定全民公投法,就香港的政改方案进行全民公投,以实现港人高度自治的原则,让香港市民决定应否就《基本法》第二十三条立法及在2012年普选行政长官及全部立法会议员贯彻联合国《公民权利和政治权利国际公约》有关规定,还政于民	16	1	15	0	22	14	8	0
2011. 10. 19	梁家杰	鉴于行政长官选举在即,惟只有1200名选举委员会委员有权投票,本会呼吁有意参选下届行政长官的人士提出具体主张,守护港人的核心价值,积极回应700万名市民的诉求;有关主张必须包括:……(二)坚持落实民主政制,并于2016年废除功能界别议席及立法会分组点票安排;……	21	4	16	1	26	16	10	0

这三类议案或者针对内地国家机关作出的法律行为,或者涉及中央政府的职权,涉及中央与香港特区、香港特区与内地的关系。香港立法会是否具有权限动议辩论此类议案,指责内地或者中央国家机关的行为,颇有疑问。

3. 主席作出书面裁决的议案

裁决时间	动议 议员	议 案 内 容	裁 决 理 由
2003. 5. 5	何俊仁	<p>本会应搁置审核《国家安全(立法条文)条例草案》。由于非典型肺炎肆虐香港,在人心不安,经济重创的时刻,不宜审议社会上极具争议的《国家安全(立法条文)条例草案》,但政府却强行要求立法会于本立法会期内匆匆完成立法程序,本会对此表示极度遗憾</p>	<p>违反《议事规则》确立的规程,剥夺法案委员会的权力,造成程序混乱</p>
2003. 12. 9	杨森	<p>本会保证政府尽快推出一系列有效的长期政策,包括尽快落实普选行政长官、立法会及区议会所有议员、履行政府对优质教育的承诺,减轻中产人士的税务负担及为负资产业主提供适当支持,以支持中产阶级市民</p>	<p>立法会主席裁定议案与会期内一项已经被否决的议案主题内容相同,不合规程,而且修正案扩大了原议案的主题范围</p>
2004. 4. 30	李柱铭	<p>本会不接受行政长官提交予全国人大常务委员会的报告,并对当中就政制改革提出的9项因素表示不满,认为此举等同于为本港推行全面普选设下更多关卡,窒碍民主发展;本会亦认为全国人民代表大会常务委员会滥用权力,断然否决香港2007年普选行政长官和2008年普选立法会,既违反《基本法》,并漠视港人对民主的诉求,更严重破坏“一国两制”及“高度自治”;本会对此决定表示强烈谴责,并呼吁港人继续争取民主,永不放弃</p>	<p>香港政府的意见是,立法会不能通过一项包含有针对其本身特征及行为的令人反感的语句,而该议案有可能贬低立法会在市民心目中的形象,而批评立法角色和职权的议案则符合规程。修正议案超出原来议案的内容范围,不合规程。香港立法会获授予的权力是有限制的。若议案构成对全国人大常委会的指控,便不合规程</p> <p>立法会主席的意见,全国人大是最高国家权力机关,立法会只是香港地区的立法机关。涉及国家机关的议案可以在立法会进行辩论,但须符合一定的规则,任何指控全国人大常委会的议案均不合规程</p>

续表

裁决时间	动议 议员	议 案 内 容	裁 决 理 由
2004. 11. 29	郑经翰	就政府当局及房屋委员会漠视立法会房屋事务委员会于本年11月22日的特别会议上通过要求在“领汇”与租户达成共识前房屋委员会应搁置“领汇基金”上市安排的议案,表达对“领汇基金”招股上市、资产估值及一切有关分拆出售公屋零售和停车场设施的意见	涉及公共利益,具有迫切重要性
2004. 5. 7	何俊仁	鉴于香港广大市民反对全国人民代表大会常务委员会(下称“人大常委会”)断然否决香港2007年普选行政长官和2008年普选立法会全体议员,并决定维持立法会内功能团体和分区直选议员的现有比例,与议员提出的法案和议案分组点票的程序,本会认为,人大常委会的决定既不符合“一国两制”和“高度自治”的基本方针,亦完全漠视了香港市民对民主的普遍诉求,本会对此表示遗憾和不满,并呼吁香港市民继续全力争取民主,永不放弃	鉴于全国人大/人大常委会与香港特区/香港特区立法会之间的宪法关系及它们的有关权力,立法会如就一项议案(包括修正案)进行辩论,而该议案中有针对人大常委会本身特性或人大常委会依法作出的行为作出指控的语句,并有可能贬低其在市民心目中的形象,是不合乎规程的
2004. 5. 14	李卓人	鉴于香港广大市民反对全国人民代表大会常务委员会(下称“人大常委会”)断然否决香港2007年普选行政长官和2008年普选立法会全体议员,并决定维持立法会内功能团体和分区直选议员的现有比例,与议员提出的法案和议案分组点票的程序,而不少市民认为,人大常委会未有充分咨询港人的意见,即就香港的政制发展问题作出决定,是违反“一国两制”的基本方针,损害香港特别行政区的“高度自治”的,本会认为,人大常委会的决定完全漠视了香港市民对民主的普遍诉求,影响港人对“一国两制”的信心,对此表示遗憾和不满;本会保证行政长官提请国务院向人大常委会提案撤回上述决定,并呼吁香港市民继续全力争取民主,永不放弃	鉴于全国人大/人大常委会与香港特区/香港特区立法会之间的宪法关系及它们的有关权力,立法会如就一项议案(包括修正案)进行辩论,而该议案中有针对人大常委会本身特性或人大常委会依法作出的行为作出指控的语句,并有可能贬低其在市民心目中的形象,是不合乎规程的
2004. 5. 29	李卓人	本会呼吁全港市民再次展示人民的力量,踊跃参加七一“全民普选大游行”(如该游行获当局发出“不反对通知书”的话)	立法会不能鼓励市民去从事可能是违法的活动,必须证明游行合法,获得政府当局的批准

续表

裁决时间	动议 议员	议 案 内 容	裁 决 理 由
2005. 3. 2	郑经翰	本会现即休会待续,让议员就下述事项进行辩论:就本港经济情况出现变化,本财政年度政府账目可能达至平衡或出现盈余,有别于多年来出现的财赤,在政府财政预算公布前,表达本会对此的期望	不具有迫切重要性,有辩论的机会
2005. 3. 9	何俊仁	香港特别行政区政府就行政长官董建华请辞传闻,以及拟议的相关补选安排及相应措施作出交代	需要具有迫切重要性且是有可证明的证据
2005. 3. 10	李永达	行政长官董建华突然在任期未届满前请辞,事件引起国际和特区整个社会高度关注,尤其是涉及《基本法》的法律和释法问题,及各界对特区未来的施政、政府领导班子,包括下任特首的任期是2年或5年,行政会议及局长须否更换、署理行政长官兼任政务司司长等一系列问题及其决定是否符合《基本法》,以及《行政长官选举条例》规定在行政长官出缺后的第120日(如当日为周日)或其后最接近的周日进行选举,是否有足够时间及能否在符合所有法例情况下进行等问题,为了即时减轻社会的不安及释除有关的疑虑,特区政府应立即向立法会作出澄清、解释及就政府以后的运作、措施及安排,向立法会和公众作出交代	立法会主席认为该议案涉及的主题不具有“迫切重要性”,不批准召开特别会议的要求
2005. 4. 30	梁国雄	本会对香港特区政府在1999年及2005年两次要求全国人民代表大会常务委员会(下称“人大常委会”)解释《基本法》条文表示遗憾,并要求特区政府为此向市民道歉及承诺不会再向人大常委会提出释法要求;同时,本会不接受人大常委会通过《基本法》第五十三条有关新的行政长官任期问题的解释草案;此外,本会促请人大常委会撤回于2004年4月26日否决香港2007年普选行政长官和2008年普选立法会全体议员的决定,该决定扼杀港人高度自治、实行全面普选的权利;并要求政务司司长曾荫权先生撤销根据“426”决定而制定的4份政制发展报告,以正视听	立法会主席认为,议案含有内容呼吁立法会抵抗并指控人大常委会的决定,不符合立法会作为地方立法机关的身份,不合规程

续表

裁决时间	动议 议员	议 案 内 容	裁 决 理 由
2007. 5. 7	梁国雄	<p>本会谴责在 1989 年血腥镇压民主运动的元凶,并要求中共政府彻查“六四屠城”,追究应负责任人,以及释放政治犯,结束一党专政,还政于民</p>	<p>法律顾问认为,议案实际是谴责特定的中央国家机关,不合规程,议案要求中央人民政府违反宪法改变宪法制度,不合规程,议案提及的政治犯,涉及香港市民,具有公共利益属性。</p> <p>立法会主席认为,议案实际是指控中央人民政府,而香港作为地方行政区,直辖于中央人民政府,指控之议案不合规程;不能要求中央人民政府从事违反宪法的行为;“中共政府”指向不明,无法要求香港政府跟进此事</p>
2008. 1. 21	梁国雄	<p>现行法例限制市民成立民间电台,政府对市民申请电台牌照有不受限制的否决权,以致成立及参与民间电台的市民被刑事检控,公众透过不同渠道发表意见的权利被剥夺,违反人权;有鉴于此,本会促请政府停止滥用司法程序、检控有关人士和申请禁制令阻止“民间电台”广播,并立即承诺将会尽快修订《电讯条例》及《广播条例》,取消行政长官目前违反《基本法》保障言论自由的发牌特权,开放公共广播服务,包括设立供公众使用的数码电视及电台频道,以及容许民间筹办电台及电视广播,以保障市民的言论自由</p>	<p>涉及尚待法庭提审的案件,不合规程</p>
2008. 1. 22	汤家骅	<p>现行法例获法庭最终裁决为合宪后,市民及团体成立民间电台前,应向政府申请电台牌照,而进行及参与非法广播的市民会被刑事检控;为了令公众清楚知悉政府发牌时所考虑的因素,以及让公众可透过不同渠道发表意见,本会促请当局在保障市民言论自由及合法通讯不受干扰的原则下检讨《电讯条例》及《广播条例》</p>	<p>议案预期司法机关会作出某种判决,有干预司法独立之嫌,不合规程</p>
2008. 5. 28	何俊仁	<p>本会现即休会待续,以就新的离岛渡轮服务的安排,进行讨论</p>	<p>涉及公共利益,具有重要性,不具有迫切性</p>
2009. 1. 6	梁国雄	<p>本会现即休会待续,以就以色列政府袭击加沙地带一事进行辩论</p>	<p>具有迫切重要性,可加快中国政府在联合国发挥影响,全球化的事件引发广泛关注,具有公共性,涉及公共利益</p>

续表

裁决时间	动议 议员	议 案 内 容	裁 决 理 由
2009. 6. 17	陈伟业	本会促请政府订立全民公投法,就香港的政改方案进行全民公投,以实现港人高度自治原则,让香港市民决定2012年普选行政长官及全部立法会议员,贯彻联合国《公民权利和政治权利国际公约》有关规定,还政于民;并呼吁香港市民踊跃参加七一大游行,表达争取2012年双普选的决心	立法会不能呼吁市民参与未确定已经符合法律规定的活动
2010. 1. 22	梁国雄	本会即休会待续,以就立法会主席曾钰成先生以下的言论“官员与投票赞成高铁拨款的议员是反映社会上大部分市民的意见。”一事作出辩论	不具迫切重要性
2010. 5. 6	何秀兰	本会现即休会待续,以就下述事项进行辩论:立法会主席维持政治中立的宪制传统	不具迫切重要性
2010. 6. 23	何秀兰	本会现即休会待续,以就下述事项进行辩论:当局就“一人两票”的选举模式处理新增的功能组别议席的公众咨询工作	具有重要性,涉及公共利益,不具有迫切性
2010. 7. 6	梁美芬	本会现即休会待续,以就本港一个多月内接连发生多宗老鼠咬伤人事件,对公众健康及卫生构成的严重威胁及当局如何跟进进行辩论	具有重要性,涉及公共利益,不具有迫切性(迫切性的判断标准是如果不在立法会上进行辩论,会造成一些无法逆转的后果;如果不进行辩论,在可预见的将来,立法会不会进行辩论此议题)
2010. 10. 15	梁国雄	本会现即休会待续,以就要求中国政府释放刘晓波一事进行辩论	不具迫切重要性
2010. 11. 16	何秀兰	本会现即休会待续,以就下述事项进行辩论:关注菜园村以及非原居民村的搬迁重置政策	不具有迫切性
2011. 3. 9 3. 16	涂谨申	本会现即休会待续,以就下述事项进行辩论:马尼拉人质事件中菲律宾官员及营救人员拒绝来港于死因裁判法庭作证	具有重要性,迫切性未证明,不合议事规则16(2)的要求,但立法会主席根据议事规则16(4)的规定免除其預告
2011. 6. 14	何俊仁	本会现即休会待续,以就下述事项进行辩论:终审法院决定就有关刚果民主共和国的债务诉讼案件引发的外交豁免权争议,提请全国人大常委会释法	不具迫切重要性

香港立法会主席在决定是否批准某一动议进行辩论程序,考虑了多项因素,确立了一些基本标准。这些标准实际上构成立法会公益事项辩论的权限。

（二）涉中央、内地事项辩论权的界限

不信任动议在香港社会有充分的讨论,本文重点讨论涉中央和内地事项辩论的动议。香港立法会曾动议多类涉及中央和内地的辩论议案,基于立法会议员的产生方式及分组点票机制,这类议案多因功能组别产生的议员的反对而被否决。但这与立法会公益事项辩论权的法律界限并无关联,立法会公益事项辩论权法律界限的核心议题是立法会可以对哪些公益事项进行辩论,不得对何类事项进行辩论。质言之,立法会应当根据一套判断标准,形成有效的过滤机制,将立法会权限范围之外的事项挡在辩论程序之外。

香港回归后,香港立法会主席对39项议案或议案修正案作出裁决,其中大部分属于无法律效力的辩论议案。立法会主席在裁决一项议案是否列入议程时,主要遵循以下几条规则:一是《议事规则》的规定。《议事规则》第31条和第32条明确规定,如有议员就某项不拟具立法效力的议案(不属由获委派官员提出的议案)作出预告,而该议案的主题与某项较早时已预告将在某次立法会会议上提出的拟具立法效力的议案或法案的主题实质相同,或者该议案的主题与常设委员会、专责委员会或获立法会授权对某事宜进行调查的委员会正在审议的事宜的主题实质相同,则不得作出预告;^①如果立法会已经对某一议题以通过的方式作出决定,则议员不得就该议题再动议议案,但可在立法会主席许可后动议撤销原有决定;凡立法会已对某一议题作出不能通过的决定,则不得在同一会期内再就该议题动议议案。二是“合法性规则”,即立法会作出的决定不得鼓动任何个体或组织从事可能违法的行为。三是“迫切重要性规则”。根据这一规则,一项议案是否进入议程,启动辩论程序,取决于该议案涉及的事项是否涉及重大的公共利益,并且如果不在立法会上进行辩论,会造成

^① 立法会主席以此为据于2003年5月5日否决了何俊仁拟在2003年5月21日立法会会议上提出辩论审议《国安安全(立法条文)条例草案》的议案, http://www.legco.gov.hk/yr02-03/chinese/pre_rul/pre0505cb3-ref-c.pdf, 最后访问时间:2011年12月9日。

一些无法逆转的后果;如果不进行辩论,在可预见的将来,立法会不会辩论此议题。^①四是“尊重其他国家机关规则”,即鉴于全国人大及其常委会及其他国家机关的法定地位和权力,立法会议员不得动议任何议案(包括修正案),对这些机关本身特性或其依法作出的行为作出指控,或者贬低其在市民心目中的形象。在这些规则中,《议事规则》第31条和第32条的规定、“迫切重要性”规则主要处理立法会享有管辖权,但无需辩论或者会引发立法会内部程序冲突的事项,“合法性”和“尊重其他国家机关”等则涉及立法会辩论权的法律界限,即不可动议辩论的事项。总体上,立法会辩论权实践中形成的上述规则十分零散,未完全体现“一国两制”方针政策及香港基本法的要求。根据“一国两制”的方针政策及香港基本法的规定,香港是“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”,香港立法会是“香港特别行政区的立法机关”,故香港立法会是中国地方行政区的立法机关。香港立法会的公益事项辩论权必须与香港立法会的这种法律地位相适应。申言之,在判断动议一项涉及中央和内地事项的辩论议案是否列入议程时,立法会主席首要考虑的因素是该事项是否属于立法会的职权范围。因此,第73(6)条中的“任何有关公共利益的问题”首要的含义是指“任何香港自治范围内或者基本法授权香港管理的自治范围外的有关公共利益的问题”,倘若某一事项完全归属中央和内地国家机关的职权范围,香港立法会不得对这类事项行使公益辩论权。根据“职权范围”的标准,不难发现,香港立法会对“1989年反革命暴乱”等事项的辩论明显是越权行为。

1. 专属中央和内地管辖事项

关于“1989年反革命暴乱”,1990年的国务院政府工作报告描述如下:“这场风波的实质,是资产阶级自由化和四项基本原则的尖锐对立,是渗透与反渗透、颠覆与反颠覆、和平演变与反和平演变的激烈斗争。国内外敌对势力制造这场风波的目的,就是要推翻中国共产党的领导,颠覆

^① 立法会主席2010年6月23日对何秀兰议员申请动议休会待续议案的裁决, http://www.legco.gov.hk/yr09-10/chinese/pre_rul/pre0623-ref-c.pdf,最后访问时间:2011年12月9日。

社会主义制度,使中国变成资产阶级共和国,变成资本主义发达国家的附庸。”^①我国现行宪法第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”这一条虽然没有确定“禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”的主体,即哪一国家机关有权禁止破坏社会主义制度的行为,但现代国家主要通过刑事立法处罚危害国家安全的行为,而现行宪法第62(3)条规定全国人大“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。因此,不难确定,关于社会主义制度的事项属于中央的权限范围。“1989年反革命暴乱”被认定是一场“颠覆社会主义制度”的运动,自然应当由中央来处理。无论中央对这一事项是否作出具体决定,香港立法会都无权对之加以辩论。在中央已就“1989年反革命暴乱”作出决定的情况下,香港立法会从1999年始,每年均就“1989年反革命暴乱”进行辩论,显然超越了立法会的职权范围,亦与立法会作为地方行政区立法机关的地位不吻合。作为单一制国家地方行政区的国家机关,香港立法会有法定义务遵守并执行中央国家机关就其管辖范围内事项作出的决定。

在2007年5月7日对梁国雄动议议案的裁决中,香港立法会主席指出,“1989年反革命暴乱”中的政治犯,涉及香港市民,亦为香港市民所关注,属于有关公共利益的问题。^②无论“1989年反革命暴乱”是否涉及香港市民,都是一件有关公共利益的问题。但这并不意味着香港立法会因此具有职权辩论这一事项。在此基础上,立法会主席应当考量的因素是这件事关公共利益的问题是否属于香港管治范围之内的事项。在上述裁决中,香港立法会法律顾问和立法会主席均强调香港是中国的一个享有高度自治权、直辖于中央的地方行政区,但却仅将这一法律地位的要求理解为香港不得指控和贬低中央国家机关,完全忽视了双方在权力层面的

^① 李鹏:《为我国政治经济和社会的进一步稳定发展而奋斗——1990年3月20日在第七届全国人民代表大会第三次会议上》,http://www.gov.cn/test/2006-02/16/content_200883.htm,最后访问日期:2011年12月17日。

^② 立法会主席就梁国雄议员拟于2007年5月16日立法会会议席上提出辩论“六四事件”议案所作的裁决,http://www.legco.gov.hk/yr06-07/chinese/pre_rul/pre0507-ref-c.pdf,最后访问时间:2012年1月7日。

划分,因而不当地将“1989年反革命暴乱”辩论议案列入立法会的议事日程。若香港市民认为中央关于“1989年反革命暴乱”的决定存在不当之处,香港立法会作为香港的民意机关,应当引导香港市民通过其他机制,如由港区人大代表、政协委员在全国人大或者政协会议上提出相关议案,促成中央国家机关就此事件作出新的决定,而非越俎代庖,超越自身权限,启动辩论程序,干涉中央管辖事务。

同理,立法会对内地刑事案件,如刘晓波案、赵连海案的辩论,亦超越其权限范围,属于越权行为。香港立法会和内地国家机关均是以现行宪法为根本法源而存在的不同行政区的国家机关,相互之间应当秉持最基本的信赖与尊重。美国宪法第4条第一款便规定,“各州对其他各州的公共法案、记录、和司法程序,应给予完全的信赖和尊重。国会得制定一般法律,用以规定这种法案、记录和司法程序如何证明以及具有何等效力”。香港与内地虽属于不同法域,法域间的司法协助需不同法域达成协议,但香港与内地其他行政区同属中华人民共和国的地方行政区,相互间必须建立最基本的信赖与尊重。香港立法会对内地法院作出的判决决议辩论,听任议员发表指控和批评之词,既超越了其法定的职权范围,亦违背了不同行政区国家机关间的信赖与尊重原则。

2. 中央与香港共辖事项

在香港立法会的公益事项辩论议案中,有多份议案涉及香港的政制改革。香港基本法第45条和第68条规定,香港将最终实现行政长官和全部立法会议员由直接选举产生。香港基本法附件一和附件二规定,2007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。2007年以后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。2004年4月6日,全国人大常委会通过《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》,明确指出两个选举办法“是否需要进行修改,香港特别行政区行政长官应向全国人民代表大会常务委员会提出报告,由全国人民代表大会常务委员会依

照《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第四十五条和第六十八条规定,根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则确定。修改行政长官产生办法和立法会产生办法及立法会法案、议案表决程序的法案及其修正案,应由香港特别行政区政府向立法会提出”。根据香港基本法和全国人大常委会的解释,香港与中央共同行使香港的政制改革权,全国人大常委会享有是否需要进行政制改革的判断权,行政长官享有程序性的政制改革动议权——包括向全国人大提出报告请求全国人大常委会决定是否需要报告,在全国人大常委会决定可以修改的前提下向立法会动议两个选举办法的修正案,行政长官和立法会共同决定两个选举办法的修正内容,全国人大常委会最终批准或者备案两个选举办法的修正案。香港立法会对有关政制改革议案的辩论权,应当符合香港基本法关于政制改革的权力安排结构。

首先,在2004年4月6日全国人大常委会通过《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》的解释后,香港立法会无权辩论香港是否需要启动政制改革的议案,但可监督行政长官是否切实行使提请全国人大决定是否进行政制改革的职权。如上所述,根据2004年4月6日全国人大常委会的解释,关于两个选举办法是否需要修改的判断权由行政长官和全国人大常委会共同行使,其中行政长官动议修改报告,全国人大常委会决定是否修改,香港立法会在这一问题上并无任何权力,因此,香港立法会对任何以政制改革必要性为主题的议案的辩论,均属越权行为。^①不过,香港立法会根据香港基本法的规定监督香港政府的工作,故可以就行政长官是否应当动议两个选举办法的修改报告进行辩论。2004年4月21日,立法会辩论冯检基议员动议的休会待续议案,以就行政长官向全国人大常委会提交关于香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法是否需要修改的报告,进行辩论。这一议案以行政长官提

^① 在2004年4月6日全国人大常委会作出《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》之前,香港基本法对两个选举办法是否需要修改的决定权未作明确规定,香港立法会动议辩论修改两个选举办法的议案,难以简单地斥之为越权。

交报告的行为为主题,乃是履行香港立法会对香港政府的监督职责,属于立法会的职权范围之内。与之相反,立法会辩论冯检基 2004 年 5 月 5 日动议的议案——“本会不接受行政长官提交予全国人民代表大会常务委员会的报告,并对当中就政制改革提出的 9 项因素表示不满,认为此举等同于为本港推行全面普选设下更多关卡,窒碍民主发展;同时,本会促请行政长官立即咨询港人,提交一份全面反映民意的补充报告,以实现港人要求分别在 2007 年及 2008 年普选行政长官及全体立法会议员的期望”,则是明显的越权行为。这项议案包括两项内容,一是批评行政长官提交的政制改革报告,窒碍香港民主发展,二是认为 2007 年及 2008 年香港需要进行双普选。根据全国人大常委会 2004 年 4 月 6 日的解释,行政长官享有向全国人大常委会提交政制改革报告的权力,全国人大常委会决定是否需要修改香港政制。行政长官提交报告的权力当然包括建议修改两个选举办法,实行普选,或者建议不实行普选,这是行政长官的自由裁量权,香港立法会辩论行政长官报告的具体内容,指控行政长官阻碍香港民主发展,显然是立法干涉行政。全国人大常委会决定香港政制是否进行改革,并作出《全国人民代表大会常务委员会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》,香港立法会辩论 2007 年及 2008 年普选议题,是越界行使全国人大常委会的权力。总之,立法会主席将这类议案列入议程,启动立法会公益事项辩论程序,明显不当,与其职权范围不符。

其次,香港各国家机关均应当遵守全国人大常委会依据香港基本法作出的法律决定。1999 年香港终审法院在吴嘉玲案判决中曾高调的宣称,“若全国人大及其常委会的立法抵触基本法,法院有权审查其合法性并宣告这些法律无效”。^①但在 1999 年 2 月 26 日作出的声明中,香港终审法院承认其管辖权和解释权来自基本法的授权并受其限制,法院并没有质疑全国人大及其常委会根据基本法所享有的权力以及全国人大常委会关于基本法的解释,并要以其解释为依归。香港终审法院的声明虽然仅表达了香港法院应当遵守全国人大常委会的法律决定,但于香港的行

^① 吴嘉玲等诉入境事务处处长,[1999]1HKLRD 315。

政机关和立法机关而言,全国人大常委会依据香港基本法作出的决定,亦应当得到全面的遵守。就香港的政制改革问题,全国人大常委会分别作出《全国人民代表大会常务委员会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》、《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》、《全国人民代表大会常务委员会关于批准〈中华人民共和国香港特别行政区基本法附件一香港特别行政区行政长官的产生办法修正案〉的决定》,并对《中华人民共和国香港特别行政区基本法附件二香港特别行政区立法会的产生办法和表决程序修正案》予以备案。香港立法会不得辩论内容与全国人大常委会决定相对立的任何议案。立法会辩论冯检基2004年5月5日动议的议案,要求在2007年和2008年实行双普选,完全与全国人大常委会的上述决定相抵触。在立法会辩论的议案中,这类议案为数不少。如2004年11月10日汤家骅动议的议案、2005年2月2日刘慧卿动议的议案、2005年5月11日梁国雄动议的议案、2005年11月30日梁国雄动议的议案、2009年6月17日梁国雄动议的议案、2009年12月9日黄毓民动议的议案。这些议案在全部或部分内容上有与全国人大常委会的决定相抵触之处,立法会主席将之列入议程,启动辩论程序,是越权行为,将会造成不必要的混乱。

如前所述,香港立法会《议事规则》第31条禁止议员动议主题与常设委员会、专责委员会或获立法会授权对某事宜进行调查的委员会正在审议的事宜的主题实质相同的议案,基本理据在于,若议案通过,授权处理同一主题事项的委员会仍有权处理相关事务,立法会却表达了对这一事项的对立性观点,必然导致立法会内部的混乱。另外,立法会若就议案提出的焦点作出辩论,会剥夺相关委员会的正当职能,并对《议事规则》列明的程序造成混乱。^①在全国人大常委会已经就政制改革作出相关决定后,立法会仍辩论与政制改革有关的议案,并且内容与全国人大常委会的决定完全对立,除了侵犯全国人大常委会的权力外,同样会造成不必要

^① 参见法会主席就何俊仁拟在2003年5月21日立法会会议就审议《国安安全(立法条文)条例草案》提出的议案作出的裁决, http://www.legco.gov.hk/yr02-03/chinese/pre_rul/pre0505cb3-ref-c.pdf, 最后访问时间:2011年12月9日。

的混乱。香港政府作为执行机关,有义务和职责执行全国人大常委会的决定,立法会亦会跟进要求行政长官执行立法会的决议,^①若香港立法会通过一项内容与全国人大常委会决定相抵触的议案,香港政府将不可避免地陷入混乱中,无法两全地执行全国人大常委会的决定和香港立法会的决议。

作为中国地方行政区的立法机关,香港立法会必须遵守中央国家机关依据香港基本法作出的法律决定。在多项议员动议辩论议案的裁决中,香港立法会主席多次提及全国人大及其常委会与香港的宪制关系,承认全国人大及其常委会的宪法权力,否决含有指控全国人大及其常委会依据宪法和法律行使职权行为的议案。^②但立法会主席对中国宪政制度及中央与特区关系的理解有失全面,更多强调立法会作为地方行政区立法机关不得贬低中央国家机关的义务,忽视了作为地方立法机关,香港立法会亦必须遵守中央国家机关根据宪法和香港基本法作出的法律决定,因而将多数有违中央与香港关系基本原则的议案列入议程之中,造成香港立法会的扩权态势。

四、结论

根据前文的研究,可以得出如下的结论:

1. 行政长官颁发《执法(秘密监察程序)命令》引发的立法权限之争与香港基本法第30条中“法律”一语的含义有关,香港法院在判决中遵循法律保留原则,认为该条中“法律”一语应指具有明确性、符合比例原则的立法,将限制第30条的通讯自由和通讯秘密的权力归于立法会,明

^① 2007年5月7日,在裁决梁国雄关于“六四事件”的动议议案时,香港立法会主席指出,由于议案措辞中的“中共政府”指向不明,香港立法会无法要求香港政府跟进此事。这表明,香港立法会认为行政长官有责任执行香港立法会的决议。参见立法会主席就梁国雄议员拟于2007年5月16日立法会议席上提出辩论“六四事件”议案所作的裁决, http://www.legco.gov.hk/yr06-07/chinese/pre_rul/pre0507-ref-c.pdf,最后访问时间:2011年12月9日。

^② 参见立法会主席就何俊仁议员拟于2004年5月19日立法会议席上提出辩论“遗憾全国人大常委会否决2007年及2008年普选”议案所作的裁决, http://www.legco.gov.hk/yr03-04/chinese/pre_rul/pre0507cb3-ref-c.pdf,最后访问时间:2011年12月9日;立法会主席就李卓人议员拟于2004年5月19日立法会议席上对何俊仁议员就“遗憾全国人大常委会否决2007年及2008年普选”所提议案作出的修正所作的裁决, http://www.legco.gov.hk/yr03-04/chinese/pre_rul/pre0514cb3-ref-c.pdf,最后访问时间:2011年12月9日;等等。

确了行政与立法的权限争议。由于香港法院认为香港基本法不同条文中的“法律”含义可能不同,故《执法(秘密监察程序)命令》一案判决确立的法律保留原则对确定香港基本法其他条文中“法律”一语只具有参考意义。这亦意味着行政与立法间的权限划分尚未完成。可以预料的是,在法律保留作为现代法制的基本原则的情境下,这种权限划分的发展方向是确认立法会在基本法保留的相关事项上的立法权。

2. 立法会议员修订《截取通讯及监察条例草案》引发的法律草案修正案动议权限之争涉及财政分权的宪政原则。在现代宪政国家,政府享有财政议案动议权,代议机构行使财政议案审议权,二者间形成分权关系。这一原则确立的依据是,政府作为执法机关,必须在充足的财政支撑下方能完成执法任务,故政府财政预算案应由政府动议,立法会议员若在制定法律时动议导致动用公帑效果的法案修正案,一旦修正案得以通过,政府将不得不在有限的财政预算下执行新增的执法任务,导致政府执法的财政困境。香港立法会议员动议导致动用公帑效果的法案修正案,实际是动议财政预算案的修正案,违反了这一宪政原则。

3. 立法会废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》引发的立法会对附属立法的修订权之争,其实质是授权立法之争。立法会在《郊野公园条例》中授权行政长官制定相关法律,但宣称立法会保留了废除行政长官立法的权力。立法会废除《2010年郊野公园(指定)(综合)(修订)令》的议案,虽不是法案,但具有立法效果。立法会的这种废除权实际是一种立法否决权,具有监督授权立法的意义,但违反了香港基本法和立法会《议事规则》确立的立法权限分配和立法程序规则。香港政府应当经由司法复核的形式抵制香港立法会的权力扩张。

4. 回归后,香港立法会对诸多有关公共利益的问题(如不信任投票、政制改革及涉及中央和内地的事项)进行了辩论,其中不信任投票辩论引发社会的争议。香港立法会在辩论涉及中央和内地管理事项以及中央和香港共同管治的事项的议案时,应当遵循(1)职权范围原则——辩论议题仅限于香港立法会职权范围内的事项;(2)信赖和尊重原则——香港立法会应当信赖和尊重内地国家机关的法律行为,不得指控和谴责内地国家机关依据法律作出的决定;(3)遵守中央依据香港基本法所作决

定的原则。回归后香港立法会对政制改革、“1989年反革命暴乱”、“刘晓波事件”等议案的辩论,超越了立法会的权限,与其作为中国地方行政区立法机关的法律地位不符。

5. 香港立法会的权力行使曾引发较多的争议,部分争议通过司法判决得以解决,但仍留下诸多需要解决的问题。这些问题包括,立法会授权立法后,是否享有对授权立法的否决权?这种否决权是否符合香港基本法关于政治体制的安排?香港立法会有权对有关公共利益的问题进行辩论,何谓“公共利益”?香港基本法规定,行政长官可以根据安全和重大公共利益的考虑,决定政府官员是否向立法会或其属下的委员会作证和提供证据,何谓“安全和重大公共利益”?香港立法会行使调查权时,能否传召中央驻港机构工作人员作证并提供证据?如何保证证人的基本权利?等等。这些都是研究香港立法会职权及其界限时需要进一步解决的问题。

澳门政制发展中的协商民主： 理论、实践与未来展望

戴激涛*

摘要：晚近兴起的协商民主理论为澳门民主政制的发展提供了丰富的理论资源。回归前，澳门政治运作中的协商议事模式蕴涵着“和而不同”优良传统，为回归后澳门成功运用协商民主促进政制发展提供了文化基础。回归后澳门政治生态发展的实践表明，澳门有实施协商民主的良好制度基础、地缘优势及和平共处的协商政治传统，协商民主是未来澳门民主政制发展的重要形式。推动澳门协商民主的发展，尊重和维护澳门基本法的绝对权威是首要前提；坚持运用法治思维和法治方式是根本保障；构建程序合理、环节完整的协商制度体系是主要路径；完善协商民主实施的配套制度和机制是重要条件，具体包括资讯公开、澳门居民权利保障、公众参与、协商程序及协商效果的反馈监督机制等内容。

关键词：协商民主 澳门特别行政区 澳门基本法 政制发展 法治思维

一、问题的缘起

澳门社会历来有协商议事的优良传统，有学者评价，“澳门是把不同事物融合起来的范例。将地球上西端的世界和远东世界的文明差异融合起来，将相遇于远东的一个细小半岛的欧洲文明的‘流浪者’和中国极为‘安定’的文明之间的差异融合起来。”^①这种相互包容和彼此体谅的社会文化，也在一定程度上决定了澳门未来的发展离不开社会多元主体间的

* 戴激涛，广东财经大学法治与经济发展研究所副教授，法学博士。

① 娄胜华等：《自治与他治：澳门的行政、司法与社团（1553—1999）》，社会科学文献出版社2013年版，第328—329页。

协商互助。

近年来随着澳门经济的快速发展,不同阶层利益诉求的多元化趋势明显。为了适应民主政制的发展,现任澳门特首崔世安在其第一任竞选政纲中特别强调构建“协商民主”理念,表示要继续加强政府与公众、与立法会的双向沟通和良性互动,提高公众参与的程度。^①从2008年修订三项选举法,到2009年出台《维护国家安全法》、2010年新城填海规划咨询,都围绕基本法有意识地运用了协商民主方法,收到了很好的效果。2011年12月4日,澳门特区政府就是否修改《出版法》及《视听广播法》举办“商议日”活动,共有277名随机抽样产生的市民代表和29名新闻工作者代表参与,采用问卷调查、小组讨论、大会提问等形式进行,整体运作畅顺,代表参与者积极发表意见和观点,就两法的修改进行了充分的讨论。^②这些都是澳门特区政府运用协商民主的成功范例,澳门由此被媒体盛赞“两岸四地中引入‘协商民主’成效最为显著”^③。

那么,什么是协商民主?协商民主对澳门政制发展有怎样独特的价值?协商民主在澳门政制发展中是如何实施的?这些是本文力图探讨的问题。

二、协商民主:澳门政制发展的重要理论资源

(一) 协商民主的基本理论

虽然西方学术界对协商民主的讨论从上世纪80年代已经开始,但对协商民主的基本内涵、构成要素、制度模式及运作方式却一直难以达成共识,各种批判和质疑不断。根据学者们的研究,协商民主至少可从如下维度进行理解:

1. 作为一种合法性理论的协商民主

马修·费斯廷斯太因认为,“协商民主表达了这样一种思想,即民主

^① 毕永光:《第3届行政长官选举临近 澳门“崔时代”即将来临》,载中国新闻网 <http://www.chinanews.com/ga/ga-sszqf/news/2009/07-12/1771293.shtml>。

^② 傅旭:“澳门首次举办商议式民调”,载《人民日报》2011年12月6日。

^③ 曾艺:“协商民主可修正代议政制危机?”,载《澳门日报》2011年8月3日。

决策是合理、公开地讨论支持和反对某些建议的各种观点的过程,目的是实现普遍接受的判断。赞同协商民主的观点关心的是建构一种作为过程的民主,它拥有民主程序——仅仅作为聚合私人利益或偏好机制——所缺乏的合法性。”^①协商民主不仅为处于民主秩序中人们之间的可能关系提供了一种令人向往的描述,而且还为民主制度的政治合法性提供了有效的论证,这种合法性通过建构有利于参与、交往和表达而促进公民自由讨论的社会和制度条件,以及通过建立确保国家权力以定期的竞争性选举、信息公开和宪法监督等机制形成的责任性机制,确保立法和公共决策的合法性。塞拉·本哈比将公民的理性协商视为集体决策的合法性来源,“在协商式的民主模式看来,合法性和合理性是一个政体集体决策过程的必要条件,政治制度的安排必须使公共利益的考虑均出自于自由而平等的公民所进行的合理而又公平的集体协商过程。”^②

2. 作为一种政治体制的协商民主

在古特曼和汤普森看来,协商民主是一种民主政治体制。在这种政治体制中,自由和平等公民及其代表能够通过广泛的公共讨论,向其他人证明其决定的正当性。^③梅维·库克将实行理性讨论作为协商民主这种政治体制或政府形式的重要特征,“如果用最简单的术语来表达的话,协商民主指的是为政治生活中的理性讨论提供基本空间的民主政府”。^④米歇尔曼认为,协商民主这种政治体制中的组织、动机、话语特征是以恰当的方式得到所有受其影响的人的同意而使其立法和公共决策生效,它与人民政治自治的最低道德要求相关联。^⑤

3. 作为一种治理形式的协商民主

乔治·瓦拉德兹将协商民主视为多元文化社会实现民主的有效治理

^① [英]马修·费斯廷斯太因:“协商、公民权与认同”,王勇兵编译,载《马克思主义与现实》2004年第3期。

^② 塞拉·本哈比:“走向协商模式的民主合法性”,载[美]塞拉·本哈比主编:《民主与差异:挑战政治的边界》,黄相怀等译,中央编译出版社2009年版,第73—74页。

^③ See Amy Gutmann and Thompson Dennis, *Deliberative Democracy Beyond Process*, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 10, No. 2, 2002, pp. 153-174.

^④ [爱尔兰]梅维·库克:“协商民主的五个观点”,王文玉译,载陈家刚选编:《协商民主》,上海三联书店2004年版,第43页。

^⑤ 弗兰克·I. 米歇尔曼:“人们如何订立法律?”,载[美]詹姆斯·博曼、威廉·雷吉主编:《协商民主:论理性与政治》,陈家刚等译,中央编译出版社2006年版,第111页。

形式。他认为,多元文化社会面临的最大危机就是公民的分裂与对立,“作为一种具有巨大潜能的民主治理形式,协商民主能够有效响应文化间对话和多元文化社会认知的某些核心问题。它尤其强调对于公共利益的责任、促进政治话语的相互理解、辨别所有政治意愿,以及支持那些重视所有人需求与利益的具有集体约束力的政策。”^①乔·埃尔斯特认为,协商民主概念包括“民主”和“协商”两个方面:一是所有受到决策影响的公民或其代表,都应该能够参与集体决策,这是协商民主的“民主”部分;二是该集体决定是秉持理性与公正品德的参与者,经由争论方式作出,这是协商民主的“协商”部分。^②

4. 作为一种决策机制的协商民主

戴维·米勒认为,“当决策是通过公开讨论过程而达成,其中所有参与者都能自由发表意见并且愿意平等地听取和考虑不同的意见,这个民主体制就是协商性质的”。^③在艾丽斯·扬看来,协商民主是采取政治行动、影响和制定公共决策的最好、最适当的决策机制。协商民主包括四个要素:一是“涵括”,所有受决策影响的公民都应当被涵括在公共协商过程中;二是“政治平等”,参与协商的公民享有平等机会和权利来表达自己的观点和利益;三是“合理性”,参与者应有包容的心态,认真倾听并愿意在深思熟虑后改变自我不合理的偏好;四是“公开”,参与者应公开说明自己的偏好及理由。^④托马斯·克里斯蒂亚诺、詹姆斯·博曼和威廉·雷吉等学者将公共协商作为协商民主形成决策机制的核心概念,“从广义上讲,协商民主是指这样一种观念:合法的立法必须源自公民的公共协商。”^⑤在他们看来,公共协商是政治共同体成员参与公共讨论和批判性审视具有集体约束力的立法或公共决策的过程。“什么是协商民主?首先且最重要的是,民主意味着某种形式的公共协商。如果决策不是强加

① [美]乔治·M. 瓦拉德兹:“协商民主”,何莉编译,载《马克思主义与现实》2004年第3期。

② [美]约·埃尔斯特主编:《协商民主:挑战与反思》,周艳辉译,中央编译出版社2009年版,第9—10页。

③ 戴维·米勒:“协商民主不利于弱势群体?”,载[南非]毛里西奥·帕瑟林·登特里维斯主编:《作为公共协商的民主:新的视角》,王英津等译,中央编译出版社2006年版,第139页。

④ See Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 18-21, 31-33.

⑤ [美]詹姆斯·博曼、威廉·雷吉主编:《协商民主:论理性与政治》(导言),陈家刚译,中央编译出版社2006年版,第1页。

给公民的话,他们之间的协商肯定是必不可少的。”^①这意味着,公共协商是一种重要的民主决策机制,也是公共决策获得合法性的制度基础。

但是,协商民主并不是简单地回归直接民主理想,它仍然强调代议制度之下政治精英与普通民众的分工,政治精英必须对其政治决策负责,用“责任性”取代选举民主的“投票”和“赞同”而成为合法正当性的核心。协商民主秉承了直接民主注重国家权力来源于民众参与的合法性的特点,同时坚持立宪国家的选举代议制度、维护公民权利、强调正当法律程序、认可多数决定的民主政治核心原则,是立足于立宪政体之上的渐进性民主改革工程。它试图解决的问题是,在任何社会、任何时间,当处在多元、复杂、不平等的情境下,我们该如何在相互尊重的基础上合作解决政治冲突、协作解决社会问题以实现真实民主。这种治理模式的核心价值在于,真实民主理想的实现,需要通过多元社会主体间的交往理性,共同构建起政治共同体的规范性合作方法,增进立法决策的合法性基础。

（二）协商民主的构成要素与基本原则

1. 协商民主的基本要素

根据学者们的研究,协商民主的基本要素包括:(1)协商参与者。参与者是协商过程的主体要素,“对于谁应该成为对话参与者这个问题的简短回答是:每个人”。^② 政府、公民个体、不同民族、社会团体机构等都可以参与协商过程,并应对达成共识、形成具有合法性的决策承担责任。(2)公共协商。公共协商是协商参与者自由平等公开参与论辩、利用公共理性批判地审视立法决策的过程。通过既定的规则和公开的、平等的、互惠的以及没有强制、欺骗和操纵的程序,公共协商以寻求体现公共利益的决策为目标,表达了一种政治平等信念。(3)公共利益。尽管协商参与者都有自己的利益偏好,但开放式辩论说理过程可以使参与者的偏好发生转变,提升决策质量,从而最大限度地实现共同体利益。(4)协商共识。共识是公共协商的结果,协商共识产生于充分辩论基础上的协商参与者利用公共理性

^① [美]詹姆斯·博曼:《公共协商:多元主义、复杂性与民主》,黄相怀译,中央编译出版社2006年版,第4页。

^② See Matha L. McCoy & Patrick L. Scully, *Deliberative Dialogue to Expand Civic Engagement: What Kind of Talk Does Democracy Need?* *National Civic Review*, Vol. 91, No. 2, 2002, p. 129.

对所讨论问题所作出的一致性判断。协商共识是合法决策的基础,还是促进立法和公共政策有效实施、参与者持续性合作与行动的共同基础。(5)协商责任。协商过程的参与者在协商过程中通过表达自己的意见、了解他人的观点,承担着一系列的特定责任:提出对其他所有参与者都有说服力的论点;对其他参与者的论点摆出论据进行论辩之责任;根据其他参与者提出的观点和理由修正自身偏好以接受协商共识之责任;遵守达成的有约束力的协商结果之责任;等等。这五个基本要素表达了协商民主试图在立宪民主政体中通过公共协商所产生的规范理性力量来影响立法和决策的愿望,反映了一种合作的、宽容的、负责任、具有创造性的民主理想。

2. 协商民主的基本原则

协商民主的基本原则有:(1)公开原则,指政府官员与公民都需要公开合理地论证其政治行为。^①人们有权利了解其同伴是如何履行公民责任的,且能够督促协商组织方公正地履行他们的职责。“为了体现公开的价值,协商的副本和信息手册应该作为公开文本。这些公开文本能够帮助法官和未来一代理解决策主体为何这样作出决定,并理解至高无上的国家利益。”^②(2)平等原则,指在公共决策的协商讨论过程中,每位公民拥有同样的机会来发表见解和采用其他任何人都可采用的表达方式,拥有同样的进行辩论和商讨相关领域问题的权利,并在决策过程中拥有平等的地位和权利。“不管内容如何,平等这个规范必须在民主协商和决策中发挥有效作用。”^③(3)非专制原则,指决策过程应避免任何公民的权利与利益被剥夺,决策应当通过广泛的协商来作出,而不是通过金钱或权力以及运用其他因素支配参与者的意识。(4)互惠原则,指公民可理性而互惠地思考,并共同认知一个道德上值得尊重的立场。^④这项原则也指在公共议题的协商过程中,各方用对方能够接受的理由,陈述自己的观

^① Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 95.

^② [美]伊森·里布:《美国民主的未来:一个设立公众部门的方案》,朱昔群等译,中央编译出版社2009年版,第100页。

^③ [美]詹姆斯·博曼:《公共协商:多元主义、复杂性与民主》,黄相怀译,中央编译出版社2006年版,第32页。

^④ Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 2-3.

点或立场。(5)责任原则,责任性主要是对提出特定议题的机构、政党和组织提出,要求其言论及主张必须向人民负责,提出充分的理据而不是以暴力、欺骗来实现偏好的转变。

(三)协商民主对澳门政制发展的启示

1. 通过法律商谈整合人民主权和人权原则

作为宪法的基本原则,人民主权是逻辑起点,人权保障是终极目的。人民主权是宪法的首要原则,人权保障是宪法的核心价值,但二者之间是存在张力的:宪法一方面在详尽规定公民基本权利清单的同时,另一方面却将公民权利的行使留给后来制定的法律来具体规范。现实的法律规范由立法者制定,由立法者所组成的代议机关在近代宪法理论中被视为人民行使主权的合法代表机构。因此,人权与实证法律之间的矛盾,可以视为人权与人民主权两大宪法原则之间的紧张。但在协商民主论者哈贝马斯看来,现代国家的法律只有根据由人民主权和人权原则共同构成的理念方能获得合法性辩护,二者之间的张力可以在商谈中获得消解。这为澳门多元社会共识的形成提供了新思维,“澳门本身就是—个多元化的资本主义社会,不仅文化多元,利益主体更是日趋多元。在这样一个多元化社会,尤其需要包容精神。……确保社会各阶层、各界别有其代表,便于他们有正式的管道来表达利益和诉求。”^①其实,澳门协商政治的发展在很大程度上取决于建立在人民主权与人权具有同源性基础之上的社团合作体制,各利益集团均是有价值的合作者,通过协商建制化可以使各利益集团制度化为理性的协商参与者,从而促使多元社会力量得以健康成长,以实现协商民主与社团合作的“选择性亲和”^②,这是未来澳门民主政制发展的重要力量源泉。

2. 通过理性协商赋予立法和决策正当合法性

“人类的本性就在于,没有一个共同的法律体系,人就不能生活。”^③在协商民主集大成者哈贝马斯看来,现代民主法治国家的根本危机在于规范人类生活的法律本身缺乏合法性,而解决的根本方法在于寻求确保

^① 冷铁勋:“澳门政制发展与经济适度多元”,载《澳门九鼎月刊》2011年第4期。

^② Carolyn Hendriks, *Institutions of Deliberative Democratic Processes and Interest Groups: Roles, Tensions and Incentives*, *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 61, No. 1, 2002, pp. 64-75.

^③ [荷兰]斯宾诺莎:《政治论》,冯炳昆译,商务印书馆1999年版,第5—6页。

合法之法的产生。在吸收自由主义的民主思想和共和主义的民主思想的基础上,哈贝马斯将以宪法为中心的程序主义协商民主范式作为化解现代法律合法性危机的制度方案,为合法之法的形成提供了正当性基础。协商民主论者所秉持的基于交往理性的商谈,赋予立法和公共决策以正当合法性的主张,可以为澳门未来立法和公共决策提供新思路。从已有的实践来看,理性协商对于公共决策确实具有独特价值。如2011年12月4日澳门特区政府就是否修改《出版法》及《视听广播法》举办“商议日”活动,采用问卷调查、小组讨论、大会提问等形式进行,代表参与者积极就两法的修改发表意见和观点,进行了充分的讨论,得到了民众的肯定、认可和好评。在商议过程中,澳门居民通过直接参与对特区政治权力的运行进行监督,既促进了权力的规范行使,又通过商谈形成共识使未来的法律更具可接受性。由是观之,协商民主对于澳门政治生态的成熟和稳健具有不可或缺的战略价值。

3. 互惠合作开启特区善治新思维

协商民主的互惠原则要求在公共议题的协商过程中,协商参与者用对方能够接受的理据,陈述自己的论点或立场。互惠原则对于促进澳门民主政制发展有如下独特价值:首先,互惠原则中的宽容至善理念为政府、社团和民众间的制度性合作提供了道德共识。互惠原则以尊重差异、彼此宽容为基本理念,促使协商参与者必须严密组织其论证,使得他人都能有所体认,同时寻求将彼此的差异降至最低程度,进而寻求彼此之间的聚合点。结合澳门特区的具体情况,政府、众多社团和广大民众,要在多元文化背景下实现善治,必须以相互宽容为前提,这是保持民主生气勃勃的前提。其次,互惠原则中的交往理性有助于协商参与者之间的互利共赢。在协商过程中,参与协商的各方主体都有其偏好和利益诉求。然而,公共协商的主要目标不是狭隘单纯地追求单个主体的利益,而是在交往理性指导下尽量满足参与各方的愿望,最大限度地实现公共利益。而获得了参与者认同和支持的立法和决策,无疑能够在实践中促进彼此利益的实现。最后,互惠原则中的相互尊重能够为多元主体的未来合作提供持续对话和协商空间。相互尊重是以寻求公平的社会合作为意旨的公民品格,相互尊重能够促使各方主体在协商过程中实现自我教育、自我形

成、自我发展、自我改善,培养健康民主所必需的公民美德,有利于维护国家稳定与社会和谐发展。尤其是澳门独特的“和而不同”文化传统更要求协商参与者相互尊重,这不仅有助于最大限度地实现各方利益、化解冲突与消除歧见,而且亦是多元协商参与者能够理性地探讨解决社会问题的各种灵活方案的客观要求。

4. 提高澳门居民的基本法认受性

“‘宪法’一词通常被认为含有冰冷的和法律的内涵;而‘爱国主义’一词则能够激起我们心中的温暖感觉。”^①借用斯腾贝尔格提出的宪法爱国主义概念,哈贝马斯认为现代民族国家公民积极地运用其民主的参与权利和交往权利而产生一种对公共政治文化的认同观念,这种认同是基于宪法这一表达多元社会共识的媒介来重构公民爱国主义情感而产生的,“在多元社会里,宪法表达的是一种形式上的共识。公民们愿意用这样一些原则来指导他们的共同生活,这些原则,因为它们符合每个人的平等利益,可以获得所有人的经过论证的同意。”^②宪法爱国主义涵括了可以整合政治共同体从而实现政治认同的政治文化,使民族国家的公民们愿意用这些原则指导其共同生活,成为公民认同的新形式、一种能把分散的现代个体团结为共同群体的精神力量。协商民主认为,通过公民理性商谈形成的凝聚力,可以化解宪法框架中普适性人权要求与“爱国主义”民族要求的特殊性之间的悖论,使现代民主法治国的全体成员在基于“宪法爱国主义”公民身份的推动下,真正基于公共利益的立场去思考和辩论,宪法因此成为“全国人民通力合作的工具,而且合作的精神与合作的工具是同样必要的”。^③在澳门政制发展过程中,只有通过反复的协商实践,才能让每一位澳门居民充分发挥自我价值,体认自己的公民责任,“将自己置身于本地区的历史与文化及地区所属的国家的总体历史与文化之中,公民才可逐渐认识到特区‘整体利益’的真谛”^④,培养起对基本

^① Justine Lacroix, For a European Constitutional Patriotism, Political Studies, 2002, Vol. 50, No. 5, p. 949.

^② [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,北京三联书店2003年版,第660页。

^③ [英]W. Ivor. 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞等译,三联书店1997年版,第56页。

^④ 庞嘉颖:《一国两制与澳门治理民主化》,社会科学文献出版社2013年版,第126页。

法的深切认同,并愿意严格遵循基本法,维护基本法的权威。有学者建议,“政府也应以行政手段作出一些必要要求,譬如在国庆节、回归纪念日,学校、机构、企业和有条件的居民均应悬挂国旗、区旗,以提升社会性的国家认同度和民族认同度。”^①

(四) 协商民主对澳门政制发展的独特价值

1. 促进新共识政治的构建

有学者认为,目前澳门社会关于澳门政制发展仍然存在各种各样的看法和观点,没能达成广泛的共识。凝聚社会共识,是现阶段澳门特区政府在政制发展方面的主要工作之一。协商民主的独特价值由此得以彰显:通过规范的协商讨论可以有效化解各方歧见,通过促进公众参与探索有利于澳门整体利益的民主发展模式,从而建立起符合澳门实际的、具澳门特色的民主政制发展道路。实践证明,“公共协商不仅是澄清技术和道德信念的过程,而且是人们表达自己愿望和利益的领域,其中,参与者共同寻找各种路径,使不同的、有时相互冲突的利益和欲望实现融合。”^②要落实澳门长远发展蓝图、促进民生持续改善,必须坚定不移地尊重和维护基本法的权威,始终秉持以人为本、科学决策、廉洁奉公的施政理念;必须以实现澳门居民的基本权利为基本价值追求,尊重广大居民安居乐业的诉求和意愿。同时也应意识到,民主本就是一个尊重差异和凝聚共识的过程。值得强调的是,由于“澳门的现行政制是外来给定的,并非由各社会势力自由、公开、有序地相互竞争和并合发展而成,自主性也是十分脆弱的”。^③因此,要建立一个强有力的政治制度,去实现社会公共利益和民众福祉,必须首先解决现行政制的权威性自主性问题,这无疑需要各利益集团之间达成共识,排除各种干扰因素,积极创造有利条件,维持和发展一个多元开放、公平正义的良好社会环境。以发展协商民主为契机,构建澳门新共识政治,将不仅有助于促进立法和公共决策过程的公开透明,而且可以提高立法和公共决策的质量及其认受程度,使澳门新共识政

^① 杨允中:“全面开创‘一国两制’文明——时代的召唤”,载杨允中:《论“一国两制”澳门实践模式》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版,第159页。

^② [英]马修·费斯廷斯太因:“协商、公民权与认同”,王勇兵编译,载《马克思主义与现实》2004年第3期。

^③ 吴志良:《澳门政治制度史》,广东人民出版社2010年版,第294页。

治的运作更为畅顺有序。

2. 加强多元主体的规范性合作

治理主体的多元化是当前澳门社会重要的生态特征。针对澳门政党缺位的政治生态现实,澳门基本法在立法会选举和行政长官选举上都引入了以功能团体为基础的间接民主选举方式,来促进澳门民主政治的可持续发展。由于澳门立法会议员,特别是直选议员基本上有赖于于社团力量的支持才能当选,因此在发挥议员的监督职能时也比较注重发挥社团的作用,议员在提出质询或监督议案时,会充分听取社团的意见,社团也会比较积极地将民众对政府的意见转达给议员,供其参考。特别是随着社会治理权威向特区政府的回归及民众权利意识的增强,澳门社团在联系议员、政府与民众之间发挥了积极作用,成为协商民主运作中的关键主体。特别是当协商遇到分歧时,各方主体如能够在基本法的框架下尊重彼此权利,耐心细致地摆事实讲道理,通过规范化的民主协商路径,有助于对分歧的观点慎思明辨,使政府决策减少可能的失误,促进公共决策的科学化与社会化,进而实现澳门政制的稳健发展,“要建立自己的民主观。在推进民主政治过程中,既要关注制度、体制的完善,又要不断调整自身的民主观,亦即建立对民主的科学理解和追求民主的正确行为方式。民主不是装饰品,不是虚伪口号,不是所谓‘民主派’专利,不是打人棍子。民主也不是别人的恩赐,而需自身依法争取。依法维护”。^①因此,协商民主对于澳门政制发展的又一独特价值在于,在基本法框架下建构的协商民主制度有利于形塑合作型的政府与公民关系模式,这一方面要求澳门居民在讨论立法和公共决策时应当理性而互惠地思考,并以互相尊重的立场去寻求彼此间的公平合作;另一方面要求特区政府应当体认协商民主的价值,勇于承担协商责任,并在各层次的协商机制构建中实现互惠互利及政府与民众的双赢,最终达至善治目标;再一方面,特区政府应当允许广泛范围内合理歧见的存在,鼓励公民为其政治见解说明原因,政府、社团和其他机构还应积极履行其致力于创造民主社会的技能和美德的义务,促进多元主体之间的持续性规范合作,采取伙伴式的合作方式

^① 杨允中:“三部选举法律的修订与政治民主化进程的加快”,载杨允中:《论“一国两制”澳门实践模式》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版,第134页。

来提高澳门社会治理水平。

三、澳门政制发展中的协商实践：经验与问题

(一) 特区政府与立法会的沟通协商

在澳门特区的行政主导体制下,行政与立法是一种相互分工配合与相互制约监督的工作关系。在澳门政制的发展过程中,各权力机关之间的协商机制具体表现在如下方面:

第一,立法会对政府施政报告的全体辩论会议。根据澳门基本法的规定,立法会有听取行政长官的施政报告并与之进行辩论及就公共利益问题进行辩论的职权,旨在发挥立法会的立法监督职能。这种制度设计既体现了特区政府向立法会负责的基本法精神,又明确了立法会与特区政府依法进行协商辩论以实现立法会对政府的民主监督,从而实现民主治理。一般说来,在行政长官发表施政报告后,翌日将列席就该报告举行的答问大会。随后,立法会将连续召开10次全体会议,就各个范畴的施政方针与各司长进行深入辩论。为了更好地体现协商民主的公开原则,自2003年起,立法会在与特区政府进行施政报告辩论时,利用立法会专用网页,通过互联网直播全部辩论过程,使澳门居民可以及时了解施政辩论的整个过程。2007年,立法会对特区政府施政辩论制度进行了改革,改变以往每司一日会议、隔日辩论的做法。经立法会与政府协商,将每一施政领域的会议日数由一日拆分成两日,每司辩论的总时间比以前多一小时。2013年底,立法会在施政报告辩论中调整了辩论方式,增加了追问和补答两个环节,促使议员与官员进行更深入的辩论,确保立法会对施政报告辩论监督功能的发挥。立法会辩论施政报告制度有利于各种不同意见在立法会内通过全体大会的形式进行公开交流,集中不同的智慧和力量以有效解决各种问题,促进了特区政府的科学决策、民主决策与依法施政。

第二,立法会就相关立法事宜及施政事务举办相关会议,要求政府代表列席参加。政府代表应各常设委员会、章程及任期委员会和各跟进委员会的要求,列席就立法程序或跟进施政的重要事务等相关会议,进行协商辩论。各常设委员会、章程及任期委员会和各跟进委员会就立法程序或跟进施政的重要事务制作了多份意见书和报告,政府代表应各委员会

的要求列席相关会议并进行讨论。尤其是对法案作细则性审议时,各常设委员会均持开放态度,与政府代表交流讨论,认真听取和吸收政府代表、其他实体及个人对审议中的法案提出的意见,以有效提升法案质量,改善法案内容。

第三,立法会就议员向政府提出的口头质询举行全体会议,特区政府官员列席并就所涉问题进行协商辩论。在第四届立法会第一会期(2009—2010),13名立法议员就政府工作提出了47项口头质询,立法会为此举行了8次全体会议;在第四届立法会第二会期(2010—2011),11位议员就政府工作提出了27项口头质询,立法会分别为其中的18项举行了4次全体会议,多位特区政府官员按其所属范畴及质询所涉及的事项列席会议;在第四届立法会第三会期(2011—2012),有15位议员就政府工作提出了49项口头质询,立法会为此举行了9次全体会议;多位特区政府官员按其所属范畴及质询所涉及的事项列席会议;在第四届立法会第四会期(2012—2013),有14位议员就政府工作提出了54项口头质询,立法会为此举行了10次全体会议;在第五届立法会第一立法会期(2013—2014)中,立法会为91项口头质询举行了12次全体会议,多位特区政府官员按其所属范畴及质询所涉及的事项列席会议并进行了讨论交流。^①

(二) 澳门发展协商民主的独特优势:行政主导的社团合作治理模式

澳门特区能够顺利推进协商民主,与其独特的行政主导的社团合作治理模式是分不开的。“澳门政制的设计,是比较符合澳门独特历史发展过程及其政治法律的特殊地位的。”^②这种治理模式是在中国传统文化注重和谐、团结、包容和集体认同等价值的基础上,通过制度移植与长期历史演变而形成的。其实,澳门早期的政治制度结构中对议事会、总督、王室法官、检察长等职位的设置,就鲜明体现了当时政治机构兼容并蓄、协商议事的特点,但“由于‘旧澳门’446年(1553~1999)‘葡人治澳’的历史没有积淀澳门市民(华人)‘政治参与’的民主传统,没有‘政党政治’和‘选举政治’,所谓‘民意吸纳’主要是通过各种形式的‘非制度性’和‘非透明’的‘咨询’和‘协商’,因此‘澳人治澳’的民主政治基本上是

^① 参见澳门特别行政区立法会网站, http://www.al.gov.mo/cn/cn_main.htm。

^② 吴志良:《澳门政治制度史》,广东人民出版社2010年版,第275页。

在‘一张白纸’的历史起点上依据基本法发展起来的”。^①当时即便有形式上的民意咨询和政治协商,但由于其政制自主性尚未真正建立,因而远未形成制度上的民主正当性,这种状况到回归后才发生了根本性转变。

回归后,我国现行宪法和澳门基本法为澳门特区实行行政主导的社团合作主义治理模式提供了最高法律依据。学者吴志良认为,基本法设计的政制模式是现代民主政制中总统制和半总统制的混合体,行政长官的地位有点类似总统制中的总统。^②

社团合作是澳门治理模式的另一大特色。这是由澳门独特政治历程造就的。社团是澳门政治生态的重要组成部分,不仅在华人社会自治方面扮演了重要角色,在澳门的民间反殖民运动中也担当了重要功能,并为建构现代澳门人的文化认同作出了重要贡献。“直到回归前,澳门社会的利益表达仍不是通过成文的正式代议制来实现,更多是在社会协商过程中达成的,这一模式能较好地运作是基于以传统社团为主体的社团体制对整体澳门社会的全面覆盖及掌控。”^③合作主义的基本理念是,分化的权力应当进行制度性整合,国家和社会团体的制度性合作是促进国家和利益团体之间形成互动合作、相互支持关系的前提和基础;国家介入社会是必要的,能够起到强制性的平衡。“一方面,社会中分散的利益按照功能分化的原则组织起来,有序地参与到政策形成的过程中去;另一方面,从这种制度化参与机制中,国家权力获得了稳定的支持来源(合法性)和控制权。”^④澳门回归后,各社团的目标更趋多元化,社团作为吸纳和反映民意的基本渠道,其利益整合功能依然举足轻重,“如今的澳门社团,已经成为弥补政府职能不足与缺位的重要组织、沟通市民收集民意的桥梁、缓解社会矛盾的重要阀门;也是澳门整合各种社会力量、传承爱国爱澳文化的重要途径;还是推进社会公众参政议政、培养和输送政治精英人才的摇篮。”^⑤

为实现行政主导下政府与社团之间的互动合作,澳门基本法为政府

① 齐鹏飞:《“澳门故事”有机融入“中国梦”——刍议澳门回归15年的发展历程及其基本经验》,载《港澳研究》2015年第1期。

② 参见吴志良:《澳门政治制度史》,广东人民出版社2010年版,第290—291页。

③ 潘冠瑾:《澳门社团体制变迁:自治、代表与参政》,社会科学文献出版社2010年版,第151页。

④ 张静:《法团主义》,中国社会科学出版社1998年版,第7页。

⑤ 萧志伟等:《“一国两制”下爱国爱澳社团的政治定位和功能拓展》,载《港澳研究》2015年第2期。

得到立法机关的支持与配合架构了必要的制度安排,保障了行政主导的实施。同时,澳门特区还增设或重组了由行政长官任主席的科技委员会、经济发展委员会和妇女事务咨询委员会。在社会政策方面,增设了长者事务委员会、禁毒委员会和复康事务委员会三个咨询组织。特别是经第303/2008号行政长官批示,正式成立北区社区服务咨询委员会、中区社区服务咨询委员会及离岛区社区服务咨询委员会,以增加政府与社区的直接联系,结合更有效率的跨部门协作,直接在社区层面解决各区的民政民生问题。咨询委员会的职责主要是收集相关区域市民就民政民生事务提出的意见,作出研究并向当局提出建议等。目前,规范澳门社团运作的法律制度已经基本形成,主要有《澳门基本法》、《公民权利和政治权利国际公约》、《结社权规范》、《澳门民法典》、《选民登记法》、《澳门特别行政区立法会选举法》有关条款以及与社团相关的行政性规章(如批示)等构成。这些法律和规章所规范的澳门社团功能主要包括前述社团的“拟政府化”功能和“拟政党化”功能,前者体现为参与政治选举,后者体现为提供公共服务和参与政府决策咨询。^①社团之间、社团与政府之间共同制定、执行公共政策以及社团之间的协商合作模式日益规范化、制度化、程序化,这不仅有利于全面吸纳和凝练民意,而且有利于政府决策准确反映民众需求,提高政府的施政能力。

(三) 澳门发展协商民主面临的困境与实施难题

随着政治制度的转变和经济的急速发展,澳门行政主导的社团合作治理模式也面临着诸多挑战。特别是回归后多元利益团体数量急剧增加,加之社会出现了分配失衡、收入分化等问题,使得以前的政策实施方式难以适应快速发展的社会变化。“回归后社会结构的分化也挑战着传统社团的‘协商政治’格局。在社会结构分化及其引发的公共参与变化情况下,原有的依托社团中介进行政治协商、进而达成精英共识的‘协商政治’文化遇到挑战。”^②这主要因为,澳门原有的合作主义治理模式既非完全的国家合作主义,又非完全的社会合作主义,而是行政主导下的社会合作模式,集中体现在澳门的政治制度、经济与社会协调制度和其他政策

^① 参见林伟:“澳门社团政治功能研究”,载《岭南学刊》2012年第4期。

^② 杨爱平:“澳门特区政府治理能力的现状与发展路向”,载《港澳研究》2014年第3期。

领域以及社会服务传输系统三个层面,且澳门传统的咨询委员会只有利益表达和沟通协调的功能,但市民们更倾向于直接与政府面对面的交流,因此政府的治理威信与传统亲政府社团的认同性及影响力均受到动摇。澳门原有的治理模式存在一定的狭隘性和封闭性,削弱了立法与决策的民主性,协商的广泛性与科学性有待提升。如何加强特区政府、社团与公民之间的对话,实现政府和民间的真诚配合、互动互补,成为澳门“一国两制”顺利推进的重要因素。有研究表明,当下的人们希望在政府决策、政府施政、政府监督、社会治理等各个环节上有更多的参与权与话语权。针对上述问题,澳门特区政府引入协商民主制度,并取得了一定成效,但仍然存在不少问题,政府与社团和市民之间,以及社团与市民之间的互动和合作关系依旧尚未得到改善。^①根据调研访谈的结果,目前澳门特区发展协商民主面临的困境和实施难题主要体现在:

第一,成本高。协商成本包括人力、物力、财力等方面的费用,其高昂费用一直是影响协商效果的重要因素。在西方,组织一场协商论坛所耗费的成本很高,如菲什金在美国的协商民意测验花费已经高达400万美元,每次民意测验都必须支付给参与者一定金额的补偿。^②这在一定程度上表明,经济条件和富裕程度在某种程度上会对协商进程产生实质影响。新兴富裕群体的经济资源有助于该群体打破掌权者的操纵与控制,但先富群体在协商过程中会为了其自身利益和权利而斗争。这样,富人有可能成为协商制度发展的阻碍因素,这与理想的协商民主相背离。在理想的协商民主情境下,交往理性应当尽可能替代权力和财富的支配地位,成为协商过程中的主体力量。如果协商是由新富起来的人资助的,那么协商就会偏向他们,就会达不到预期的协商质量。^③事实上,并非所有的公共事务都需要协商。协商需要耗时费力,物质条件对协商进程、协商效果、协商的广度和深度等方面的影响非常明显。比如,澳门保育运动中的某些项目就因协商咨询而久拖不决,那么,怎样的协商才是必要的呢?依

^① Lou Shenghua, Social Organizations and the Government: Strategic Cooperative Partners Relationship, Macau Daily News, 2007-08-22.

^② 黄东益:“审慎思辩民调——研究方法的探讨与可行性评估”,载《民意研究季刊》2000年1月号。

^③ 何包钢:“中国协商民主制度”,陈承新摘译,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2005年第3期。

据人民主权原则,在社会治理层面,是否协商应当由作为行动者的人民来决定,如果有足够多的民众认为某个问题需要关注,那么公共协商就是必要的。此外,协商还应综合考虑各种因素,因时因地而异,具体协商议题可以有多种实践形式和实施方式。

第二,精英操纵。“当公民意识未完全在澳门社会建立起来时,民众对特定团体政治认同的缺乏更容易为贿选的产生留下可利用的操作空间,这又导致难以通过选举来培养和训练民众的公民意识,从而使当地的政治社会化陷入了一种循环困境。”^①回归以后,社团依然在澳门社会治理中担负重要角色,传统社团继续获得多种资源,在整合社会资源方面发挥了积极作用。但在政治意识形态的传递、政治认同的培养、政治知识的启蒙等方面传统社团依然存在缺陷,尤其是在特定社会背景下可能导致协商过程中的精英操纵。“澳门模式也存在一些明显的问题,最大的问题是政治、经济和文化权力大多被商界精英所主导,有些政策可能会偏离普罗大众的利益。虽然基层民众通过街总和工联等可以有一定的发言权,但民意表达的管道还有待拓宽,现行立法会的间选和委任的设计可能使相当一部分立法会议员成为脱离民众的特权阶层,不利于民意的表达和聚合。”^②与理想的协商程序相比较,实际的协商过程可能既不民主,也不够充分,因为大多数决策并非基于那种被所有公民认同的理由。还有一个问题是,协商参与者是否具有广泛的代表性与正当性?参与澳门公民咨询活动的名单一般由主办单位开放报名然后进行抽签决定,或者是主办单位针对特定群体和组织发出邀请函,再从回复的有意出席人员当中挑选适当人士参与。但以这样的方式来选出参与者,有可能会引起对协商参与者是否具有广泛的代表性与正当性的质疑。而且,根据访谈调研的结果,有意参与协商的居民,似乎集中在受教育程度高、社团领袖及热心公共事务的人士。那么受教育程度较低的普通民众意愿如何体现?政府和社团可能为了影响协商结论而派出大量代表参与,并主导协商过程。如果协商进程被政治精英所把持,协商主持人不具备良好的素质和

^① 潘冠瑾:《澳门社团体制变迁:自治、代表与参政》,社会科学文献出版社2010年版,第206页。

^② 李略:“澳门模式初探”,载杨允中主编:《“一国两制”与宪政发展——庆祝澳门特别行政区成立十周年研讨会论文集》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版,第204页。

客观的立场,那么在一种集权政治结构下的协商,其内在的危险显而易见:协商的真实性和说服力值得怀疑。加之协商参与者并不具有决策权,最后决策可能仍然由政治精英和政府拍板,从而出现民众被动参与、热情不高直接导致协商走过场、形同虚设的结果。

第三,协商程序不规范。规范协商民主实践的程序和方法,应当能够排除权力结构的差异。在西方的协商民主实践中,不同的协商方法和应用路径在程序设计上是不同的:不同的参与主体,不同的议题,可能采用不同的协商程序,没有形成固定的程序规则。总的说来,执行起来非常繁琐,时间跨度比较大。虽然澳门在推动协商民主建制化过程中已经做出了一定努力,但对于如何实现规范的程序化的协商民主依然缺乏经验。当然,不同议题的协商组织机构可以结合当地情况,使协商民主的方法灵活化,以适应实际需要。因此,协商民主程序设计应当考虑不同议题,将复杂程序运用于处理最为重要的事项上,而对于平常的议题,则可以考虑选用简单便捷的程序以提高协商效率。

第四,参与者的协商能力参差不齐。“协商最终要依靠个人的行为进行。因此,协商要求有迫切的愿望、充沛的创造力以及找到正确答案的期望。”^①由于参与者的协商能力存在差异,协商常常带有感情宣泄的特点,当参与者提出问题并发表他们意见时,他们充满感情,如果他们的意见不能得到重视,有的人会很生气。当然,感情表露是参与者展现真实自我的必要要素。但在不平等和排他条件下,强调理性优先可能会使协商过程非政治化,变得对强势群体有利。^②因为协商的核心是非强制性提出或接受合理的观点,因此需要实质性的平等的政治影响力机会,这包括两个方面:协商参与者的资源平等与提出说服力观点的平等能力,其中决定资源平等的重要因素包括财富平等与教育背景,但事实上,要求每个参与者都具有平等的参与能力是不可能的。^③因此,协商实践通常难

^① 伊恩·夏皮罗:“最理想的协商?”,载[美]詹姆斯·菲什金、[英]彼得·拉斯莱特主编:《协商民主论争》,张晓敏译,中央编译出版社2009年版,第145页。

^② See Mark Warren, *Deliberative Democracy*, in *Democratic Theory Today*, edited by April Carter and Jeffrey Stripes, Cambridge: Polity Press, 2002, pp. 182-183.

^③ 个人之间的协商能力从来都不会是完全平等的,作为一种话语竞争,话语民主甚至可能需要一定程度的不平等,因为这些不平等有利于争论。参见[澳大利亚]约翰·S. 德雷泽克:《协商民主及其超越:自由与批判的视角》,丁开杰等译,中央编译出版社2006年版,第163页。

以保证有效参与的实现与预期目标的达成,沦落为一种“话语游戏”。在澳门保育运动和邻避运动的协商实践中,就出现民意代表素质参差不齐的问题。导致协商水平不高可能有多种原因:对议题不熟悉、缺乏背景知识;不习惯在公开场合发言;受自身表达能力和素质所限等。这就反映出一个问题:民主是需要培训的。因此,如何提高民意代表的议政能力和素质,使所有的协商参与者具有基本的参与能力和协商素质,转变成具有法治思维的理性公民,对提升协商水平、改善协商质量非常重要。

第五,缺乏监督问责机制。尽管大多数协商能够按照既定的规则和程序实现预期的目标,但是协商结果对于决策者和执政者究竟有多大影响,政府对于协商结论的重视程度有多高就很难确切知晓。因此,有部分澳门民众认为协商结果并无实质意义、征求民意只是走过场。比如有澳门居民认为,在大潭山豪宅建设项目中,政府就未理睬民意的反对,公然黑箱操作,让建筑发展商采取先缓后急的方法,批给发展商建起天价豪宅;而在小潭山开发建设豪宅项目中,政府土地工务运输局举行“土地批给项目旁听会”以及仅为期15天的咨询,依然是出于形势所逼,采取走过场、忽悠市民的行为,并非真正是为了保护澳门小潭山风景和山体风光建设。^①至于决策的结果能否被立法会和政府采纳,就要看具体情况。一般说来,由政府发动或主导的协商咨询,政府或多或少会做出一些响应和反馈。但最后可能会出现政府只选取符合自己意愿的结论,进而形成政策的结果,此时的协商讨论不免成为摆设。而政府对于那些不符合自己意愿的结果,则可能将其“束之高阁”,不再理会。所以,在协商后的决定和结果如何公示和公布,如何落实,真正起到为决策提供参考建议的作用,建立协商结果实施的反馈机制、监督机制和问责机制必不可少。

综上所述,要进一步提升澳门协商民主的实施成效,可以从哪些方面入手呢?借鉴法治发达国家实践协商民主的有益经验,澳门发展协商民主应充分运用法治思维和法治方式,从澳门实际情况出发,

^① 安均:“澳门政府将如何看待反对小潭山建高层楼宇的要求”,载《澳门月刊》2011年第6期。

在符合澳门基本法规定及全国人大常委会有关解释和决定的基础上,审慎稳妥地解决政制发展中出现的各种矛盾,以实现澳门的长期繁荣稳定。

四、以法治思维和法治方式推进澳门协商民主的发展

(一)首要前提:尊重和维护澳门基本法的绝对权威

“基本法绝不仅仅是一部高高在上的宪制性文件,而是与每个人生活息息相关的行为准则。过去15年里,行政长官依据基本法颁布了数百项行政法规,内容涉及经济、民生、财政、劳工等广泛事务;澳门立法会制定了208部法律,每一部法律都要经过基本法专家的审查,还要经过广泛的咨询,充分吸取市民意见。”^①作为澳门特别行政区的宪法性法律,澳门基本法规定了澳门的政治体制、主要社会政策、居民的权利和义务等重要事项,是澳门长期繁荣稳定和不断发展的法律基石和重要保障。“澳门特区活生生的稳定、繁荣、和谐现实,证明基本法的规范到位、引导到位、保障到位、防范到位,是一部构思科学、定位合理、规范全面、保障到位的好法典,是特区政府依法施政的法理依据,也是广大居民真正享有公民基本权益的可靠保障。”^②对澳门来说,其政制发展应在宪法和澳门基本法规定的框架内,按照基本法规定的原则来处理。根据宪法和基本法的规定,澳门特区是直辖于中央人民政府的地方行政区域,其享有的高度自治权来源于中央的授权。换言之,澳门特区的政制发展必须始终在基本法的框架内进行,必须遵守全国人大常委会解释的规定,必须尊重中央在处理政制发展问题上的决定权,以确保政制发展的合宪性。

澳门在发展协商民主的过程中,也应在基本法的框架内建构程序合理、环节完整的协商制度体系,坚定不移地维护基本法的最高权威。充分运用现有法律资源以推动澳门特区协商民主的规范化、制度化、程序化。

^① 邹平学:“基本法是澳门繁荣发展基石”,载《光明日报》2014年12月18日。

^② 杨允中:“‘一国两制’成功实践与中国宪政的历史性进步”,载杨允中主编:《“一国两制”与宪政发展——庆祝澳门特别行政区成立十周年研讨会论文集》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版,第7页。

可以考虑在澳门特区建构起以基本法为中心的双轨制协商体系,不仅可以促进立法决策的正当合法性与社会问题的合理解决,而且有助于特区立法会、政府、各种利益团体及民众进行持续性的规范化合作,共同为善治目标的实现出谋献策。澳门发展协商民主的现有法律资源除了澳门基本法外,还有第12/2000号法律《选民登记法》、第3/2001号法律《澳门特别行政区立法会选举制度》、第3/2004号法律《行政长官选举法》、第11/2000号法律《澳门特别行政区立法会组织法》、第1/1999号决议《澳门特别行政区立法会议事规则》、第3/2000号法律《立法会立法届及议员章程》、第2/2004号决议《对政府工作的质询程序》、第2/93/M号法律《集会权及示威权》、第5/94/M号法律《请愿权的行使》及第2/99/M号法律《结社权规范》等,如澳门基本法第79条规定:“澳门特别行政区立法会议员在立法会会议上的发言和表决,不受法律追究。”《澳门特别行政区立法会议事规则》第五十七条规定:“议员的发言旨在:a)作出表决声明;b)处理议程前事项;c)根据《议员章程》的规定,行使辩护权;d)参与辩论;e)援引《议事规则》或询问执行委员会;f)提出申请;g)提出异议、上诉或抗议;h)作出解释或说明,或要求获得解释或说明。”澳门第3/2000号法律《立法会立法届及议员章程》第7条规定:“全体议员,不论其选任或委任者,均代表澳门特别行政区及其市民的利益。”《结社权规范》第十三条规定:“主要为协助行使公民权利及政治权利以及参加政治活动的具长期性质的组织,视为政治社团。”第十四条规定:“为贯彻其宗旨,政治社团得特别致力于:a)参加选举;b)提出施政及管理上的建议、意见及大纲;c)参加管理机关的活动及市政机构的活动;d)批评公共行政的活动;e)促进公民、政治教育及认识。”这些都是推进澳门协商民主规范运作的法律依据和重要保障。在澳门民主政制的未来发展中,应遵循基本法的要求更充分地保障居民的结社自由,赋予社团组织更加明确的法律地位并将之纳入法律制度体系,使澳门社团治理的运作更为规范有序。“维护基本法的权威,是大方向、大原则,也是大发展的前提,因为它意味着维护特区祥和宽松的发展环境,意味着维护健康和谐的社会关系,意味着维护安定团结的稳定局面,意味着维护持续发展、不断进步的生存空间。一句话,维护基本法的权威就是维护我们自身的基本权益,就是维护

特区可以继续稳定发展、繁荣的大局。”^①

(二)根本保障:坚持运用法治思维和法治方式

“所谓‘法治思维’,是指公权力执掌者依其法治理念,运用法律规范、法律原则、法律精神和法律逻辑对所遇到和所要处理的问题(包括涉及改革、发展、解纷、维稳等各领域、各方面的相关问题)进行分析、综合、判断、推理和形成结论、决定的思想认识活动与过程。”^②法治方式则是运用法治思维来处理、分析和解决问题的行为方式。法治思维与法治方式是内在和外在的关系,法治思维决定着法治方式,法治方式体现着法治思维。澳门实施协商民主的经验亦表明,法治是实现“两制”内在统一的多元价值凝聚机制与矛盾冲突解决机制,也是维系澳门长期有序发展、稳定繁荣的基本要素。实现澳门协商民主的规范运行,必须坚持运用法治思维和法治方式来建立各种协商机制,规范各种协商程序,明确不同领域的不同协商主体的协商规则及协商责任,以确保协商实效的充分发挥。一方面,广泛形成澳门居民参与各层次管理和治理的协商民主机制需要运用法治思维和法治方式。澳门基本法第26条规定:“澳门特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权。”第27条规定:“澳门居民享有言论、新闻、出版的自由,结社,集会、游行、示威的自由,组织和参加工会、罢工的权利和自由。”要落实宪法和澳门基本法对澳门居民权利的规定,建立健全有利于澳门居民参与的多层次多领域的协商民主机制,有效解决实践中出现的民众在政治生活和社会治理中无法表达、难以参与的问题,必须运用法治思维和法治方式,尊重协商参与者的基本权利。这不仅是协商得以展开和继续进行的先决条件,也是确保协商能够真正反映民意、集中民智,使各协商参与者提出的意见和建议能够真正被听取、发挥实效的关键。另一方面,推进协商民主建制化,落实协商责任,确保协商实效需要运用法治思维和法治方式。“实现澳门良好治理需要中央、特区治理机关、社团以及公民在澳门治理结构和治理形态的动态变迁中不断厘定自己的角色,共同参与、协商及合作,形成一种良性的互动。澳门基本

^① 杨允中:“论维护基本法权威的重要性”,载杨允中:《论“一国两制”澳门实践模式》,澳门理工大学一国两制研究中心2009年版,第134页。

^② 姜明安:“运用法治思维和法治方式治国理政”,载《中国司法》2013年第1期。

法为各主体的治理角色提供了脚本,而扮演好自己的角色则需要各主体依循法治的原则在澳门治理实践中对之进行创新性演绎。”^①协商责任的落实离不开公开性原则,具体说来,协商议题、协商规则、协商过程及协商后果应公平公正地对每一参与主体平等开放,实现参与者的政治地位平等以保证有效参与。同时,在协商过程中还应充分贯彻责任性原则,让民众知晓什么是公共利益、决策结果如何体现公共利益等问题。实践表明,无论是落实公开原则还是责任性原则,都需要法律的明确规定,都要求全体协商参与者善于运用法治思维和法治方式来思考、分析和解决问题,“要善于运用法治思维和法治方式进行治理,要强化法治意识,特别是要完善与澳门特别行政区基本法实施相配套的制度和法律体系,夯实依法治澳的制度基础。”^②

从澳门协商民主的实践经验也可以看出,在澳门基本法框架下建立立法会与特区政府、政府与民间、立法会与民众之间常态化协商机制是澳门能够顺利推行协商民主的制度保障,而只有严格地遵循基本法的规定,坚持运用法治思维和法治方式,才能够从根本上保障澳门协商民主制度的规范化运行。“归根到底,社会矛盾的解决,必须建立在深厚的法治基础上。我们要强化社会的法治精神和公民意识,提高公众遵守法律的自觉性,只有这样,各种社会诉求,才能获得可靠的法律保障,避免受到扭曲,对社会和谐构成挑战。法治,以更公正的裁断,解决社会纷争,恢复社会和谐,确保社会和谐得到恒常的守护。”^③

(三) 主要路径:构建程序合理、环节完整的协商民主制度体系

1. 建立制度化的立法会和政府间沟通机制

从规范层面而言,建立特区立法会和政府之间的良性沟通互动机制,首先,需要特区政府在制定和推介重大政策之前主动向立法会作出通报与说明,提供政策制定和执行的必要性与可行性分析的全部信息和相关

^① 张元元:《澳门法治化治理中的角色分析》,澳门理工学院一国两制研究中心 2009 年版,第 242—243 页。

^② 习近平:“在庆祝澳门回归祖国 15 周年大会暨澳门特别行政区第四届政府就职典礼上的讲话”,载《南方日报》2014 年 12 月 21 日。

^③ 何厚铨:《行政长官施政报告汇编(2000—2009)》,澳门理工学院一国两制研究中心 2009 年版,第 196 页。

数据,以保障立法会的知情权,同时应广泛征询和认真听取立法会的意见和建议;对于政策执行过程中所遇到的问题,是否应当进行调整及政策执行后的效果评估等事项,政府也应当及时向立法会反馈政策执行的进度及实效等相关情况以保障立法会的监督权。立法会作为立法机关,应主动向政府反映其立场与态度,并及时向政府通报跟进政策执行过程中所收集的社情民意、利益诉求与观点建议。其次,在统筹规划立法事宜方面,立法规划应由立法和行政共同协商制定,合作制定一个切实可行的立法规划。考虑到政府与立法会在立法事宜上的各自权限,特别是政府在立法提案方面的主导性地位以及立法会审议通过法律的专门性地位,只有充分发挥立法和行政各自的职能与优势,并实现协调配合,才能制定出符合澳门社会实际情况并为现实急需的法律,从长远上解决法律滞后和适应化等问题。尤其是应摒弃过往特区政府不经立法会参与而单方面制定立法规划的思维和做法,在以后的立法规划方面,应由立法会和特区政府两大机关共同研究协商,就澳门现行法律中可能存在的问题,确定哪些法律应尽快制定以填补制度上的空白与漏洞,哪些法律应尽快修订以消除现行法律的滞后与不适应状态,并区分轻重缓急,根据现有的法律人力资源状况等合理安排、统筹规划,从而制定切实可行的长中短期立法规划。澳门政制发展的实践表明,只有经双方共同协商制定的合理可行的立法规划,才能有效避免过往政府单方面制定立法规划给立法会的立法工作造成的被动,克服立法工作中的盲动与草率倾向,使一些为社会所急需但立法会囿于提案权限制而无法自主提出法案的事宜尽快得以立法,同时也才能充分利用政府和立法会各自的优势和长处,使整个立法程序从早期的准备、草拟到法案的提出、审议至最终的公布整个流程顺畅运行,实现立法质量与立法效率的平衡统一。最后,在处理法律与行政法规的关系问题上,应按照立法会通过的《关于订定内部规范的法律制度》的原则和规定,对于不可预见的社会情势变更而需要调整规划内容的,应经立法会与政府的充分协商后再妥善处理。在短期规划中,政府作为提案人,应充分考虑立法会会期工作的安排与节奏,尽量在会期前半程提出已草拟好的法案,以便给立法会充分的研究、辩论、协商和审议时间,从而实现科学立法和民主立法。有学

者建议,应依据澳门基本法第75条的规定,建立议员与政府合作提案机制,以实现行政与立法的配合。^①

2. 完善立法会的辩论、听证及质询制度

首先应建立健全各种内部性的规章制度,使立法会的运作在规范、有序、高效的制度环境下进行。根据澳门基本法第71条的规定,立法会对行政长官提出的施政报告进行辩论,平时可以针对重大的公共利益事件和社会问题进行辩论,议员可以向政府工作提出意见和对政府工作提出质询,质询时召集相关人士进行听证等。此外还有关于质询、辩论、听证的规定,使议员能够依法履行监督政府的工作的职能,为立法会与政府之间的建制化协商提供规范依据和法律支持。根据学者的研究,目前立法会在辩论过程中面临的困境主要是官员对议员就施政报告的提问少有交锋、涉及公共利益的问题辩论不足且过于形式化两个方面,该学者就此提出了应赋予主持会议的立法会主席相应权限、赋予立法会有权要求相关政府官员出席立法会的辩论会议、建立立法会辩论会议直播的工作机制、将政府官员出席辩论会议的情况及表现与绩效考核挂钩等完善建议。^②总的说来,应在遵循澳门基本法的基础上,依据澳门现有法律体系提升立法会与特区政府间制度性协商的规范化水平,完善立法会与政府间的协商辩论制度。立法会应在进一步完善议事规则和议员章程的基础上,继续完善议员的质询、公共利益问题辩论、听证等事宜的专门性规章,为履行立法和监督职能提供全面的、必要的规范依据和制度保障。

3. 完善行政会制度

作为基本法规定的协助行政长官决策的机构,行政会的设置是基本法关于行政与立法相互配合指导思想的重要体现,其实质上是一个集体协商机构。行政会的职责包括:为行政长官作出重要决策提供咨询意见;对政府提交立法会审议的法案、议案提供意见;对行政长官拟制定并颁布的行政法规提供意见;对行政长官拟解散立法会的决议提供意见;等等。行政会设有发言人制度,每次会议后行政会发言人会向传媒公布会议内

^① 叶海波:“澳门宪制发展与行政主导制的完善”,载《暨南学报》2012年第8期。

^② 参见冷铁勋:“关于完善立法会辩论制度的思考”,载《“一国两制”研究》2014年第2期。

容,以便社会民众及时知晓政府要出台的新政策或新法案的内容。如果能够进一步对行政会的会议制度进行完善,更为充分地对相关议题进行商议辩论,可以更好地发挥其集思广益的作用。

从回归后的实践来看,对于兼任行政会委员的立法会议员在政府作出重大政策、向立法会提交法案等重大事项上,如何在行政会会议上反映立法会的意见,起到行政与立法之间的沟通协调作用,是一个需要解决的问题。鉴于行政会委员对行政会讨论的内容负有保密义务,身兼行政会委员的立法会议员难以发挥应有的沟通协调作用,这样,基本法关于立法会议员担任行政会委员的初衷,与行政会的具体制度与运作之间,产生了一定程度的背离与偏差。特别是由于获委任为行政会委员的立法会议员在行政会会议上对政府政策的制定和法案的提出已提前参与介入,这种双重角色很容易演化为政府在立法会推介政策或法案的保护性力量,致使兼任行政会委员的立法会议员与立法会委任议员之间的地位和作用出现了趋同的现象。对此,将来除非在例外情况下,建议公开行政会会议,此外,还应当改进委任立法会议员担任行政会委员的方式,切实发挥其应有作用。

4. 完善社会咨询制度

社会治理过程中其实存在着许多可以产生协商行为的场所,“事实上,澳门历史上大量的社会服务、社会管理,以及社会纠纷都并非通过正式体制,而是通过非政府的民间社会组织途径加以解决的。”^①澳门特区政府为促进多元主体之间的有效协商也进行了相关努力:2002年,民政总署设立“社区座谈会”;2005年,特区政府积极推动公共机构、私人企业和居民三者合作,设置了“旧区重整咨询委员会”;2007年,特区政府在黑沙环首设市民服务中心以提高行政效率及服务质量,并加强政府与小区民众之间的互动;2008年,澳门民政总署辖下的澳门离岛市民服务中心正式启用;2010年,根据修订的《行政长官及司长办公室通则》,特区行政长官办公室增设政府发言人一职,其重要职责是按照行政长官指示,就政府的政策、措施和活动等事宜,建立、组织和确保特区政府与社会传播媒

^① 娄胜华等:《自治与他治:澳门的行政、司法与社团(1953—1999)》,社会科学文献出版社2013年版,第422页。

介、公众之间的沟通。^①上述措施都是特区政府积极建立协商互动机制的体现,“回归以来,澳门既有序推进代议制民主发展,又坚持实践以扩大民众参与为特征的协商式民主,有效地维护了社会稳定,促进了社会进步。”^②

面对新时期澳门民主政治发展的新要求,推行澳门协商民主的发展,应当特别注意澳门传统社团治理模式的特点,真正发挥咨询组织吸纳民意的功能。由于澳门长期处于一个主权和治权相分离的状态,政治变迁的动力基本上来自上层的主导或者是外部力量的推动,政府权力并非由公民权利让渡而来,原有的带着强烈殖民色彩的政治体制与社会势力之间的界限非常明显,尽管近半个世纪以来澳门的民间社团非常活跃,但“民间社会也未能跟随现代民主政治的步伐公平均衡地发展,没有形成可自我调节和平衡的多元的政治力量,不同社会势力在资源的控制和使用上存在着较为严重的不平等,社会势力的代表大多数通过政府中的精英来左右决策,其过程缺乏公开性、竞争性和程序性,以致某些社会势力集团并不完全或不严格依照制度化的规则通过政治机构来行使权力,其影响力有时甚至超出政治机构,因此,政治机构虽日渐复杂和专业化,但权威性和自主性却明显不足。”^③特别是赌权开放后,政府财政收入较以前增长很多,在审批经费时对亲政府社团比较关照。但社团领袖往往由社团高层协商产生,公开选举只是形式,并不意味着社团领袖能够代表社团成员向政府反映意见。回归前公民意识较薄弱的时候,普通市民只求有社团领袖为他们出头,解决自身问题就心满意足,对参与社会事务的兴趣不大,但这种方式随着经济发展和公民素质的提高而渐渐失效。互联网的兴起让市民可以通过网络互相连结,分享资讯,参与共同关注的社会事务。^④有咨询委员会委员曾经抱怨,政府往往先有政策后作咨询(或通知),委员以及市民难以在政策讨论阶段提供意见,咨询变成走过场,委员变成橡皮图章。在公开咨询时,官员往往推销政策多于聆听市民意见,

^① 参见新华社:“加强特区政府与媒体和公众沟通 澳门设立发言人机制”,载《汕头特区晚报》2010年2月19日。

^② 娄胜华、李卓航:“协商式民主与澳门社区治理实践探索”,载《港澳研究》2015年第2期。

^③ 吴志良:《澳门政治制度史》,广东人民出版社2010年版,第294页。

^④ 在“离补法案争议”中,有专业团体领导公开支持政府,团体成员却公开澄清,指领导的意见只是个人立场,与团体无关。出于选举上的考虑,即使最亲政府的社团,有时也要顾及民意。参见岑明:“社团选举不入民主轨道,恐终成澳门之乱源”,载《澳门月刊》2014年第8期。

没有真正的辩论机制与协商程序。建议在完善咨询制度,对委任委员及议员的方式进行修正时,重点吸纳在立法会选举中得票最多、具有广泛民意基础的候选人及背后支持他们的社团。这些人士及社团出于选票的考虑,有强烈的意愿和责任感去反映市民意见,有助于督促政府在制定政策过程中真正倾听民众意见,保证决策的科学化、民主化和合理化。同时,应建立起社团之间良好的、有效的协商机制,以促使社团政治功能的有效发挥。

有学者建议,“澳门可考虑在选举期间和非选举时期分别就有关重大的或存在争议的社会议题,由政府委托相对独立的民间机构、专业组织组成委员会,展开商谈性民意调查。……正是在日常的商谈性民主程序中,公民持续性地获得了学习的场域和平台,其政治参与的意识 and 理解能力被逐步培育,理性的公民社会方才有望形成。”^①这种协商民意测验比较适合地域范围较小的澳门,特别是发动青年参与日常协商民意测验,可以持续性地进行民主训练,培养其政治参与的意识 and 能力,为澳门民主政治发展培育良好的社会环境。这样,通过法治框架下允许多元价值进入社会协商合作体系的理性讨论,鼓励民众去实现和维护公共利益和社会福祉,不仅可以促进澳门政制的权威性与自主性,提高其操作性和工作效率,而且可以使多元社会主体在自由平等的协商辩论中实现理性沟通、互助合作,创造和维系一个多元开放、宽容和谐的社会环境,从而推动澳门特区政制良好高效运转。

(四)重要条件:完善相关配套制度和机制

1. 信息公开制度

信息公开是保障各方商谈参与者就某个议题能够进行充分协商辩论的前提,也是协商民主的基本原则。“公共协商是一个经由法定制度规范、持续进行的过程,所有的协商都必须具备公开的会议形式,所有公民都应当享有充分的信息知情权和平等的参与机会,且公民所有的选择都必须受到尊重。”^②尽管现在特区行政长官发表施政报告和出席答问大

^① 庞嘉颖:《一国两制与澳门治理民主化》,社会科学文献出版社2013年版,第129页。

^② Tali Mendelberg & John Oleske, *Race and Public Deliberation*, *Political Communication*, Vol. 17, No. 2, 2000, p. 170.

会,以及特区政府各司长列席全体会议引介和讨论政府施政方针都可以通过传媒等途径进行直播,但是未来仍有必要为保障协商的有效进行,尽量及时充分地对相关资讯和信息进行公开,包括开放立法会分组委员会及咨询委员会会议,让公众旁听及传媒旁听,监督议员及委员的言论是否合乎民意。而且,现时许多政府文件都盖上“保密”字样,委员即使有心向市民咨询意见,有时也因恐怕违反保密要求而犹豫不决,因此有必要制定《信息公开法》,限制官员滥用保密权,并设立相关委员会,当市民被政府拒绝提供所需信息,可以有投诉的途径。市民掌握更多文件及数据后,便可以发表更有建设性的意见,促进决策更为完善。为此,特区政府应当将主动公开的相关信息,通过公报、网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开,或者通过公共设施如图书馆等设置政府信息查阅场所,并配备相应的场所及设备,为广大澳门居民获取政府信息提供便利。“民治和代议政府最大的需要就是全体的人民,都能了解国家就是他们自己。”^①在美国学者费什金看来,信息公开、信息对称、信息灵通是进行协商的先决条件,在他设计的“协商日”模式中,他不仅以一种教育的态度发放手册和音像材料,帮助公民了解有待协商的问题,而且认为协商日可以通过公民参与建立一种民主习惯,以逐渐形成更为广泛的信息基础。^②为此,让社会公众及时充分地了解相关信息,是进行有效协商的前提;在协商结束后应当由组织方就相关问题向公众进行理由说明,让公众清楚知晓协商的进程及结果。比如,可以考虑通过传媒及网络直播立法会的全体辩论会议及开展口头质询时的全体会议,更好地让广大市民知晓相关会议内容,并接受广大市民的监督。

2. 澳门居民权利保障制度

尊重协商参与者的各项权利,平等地给予协商参与者的自由表达机会,是协商民主得以有效运转的前提条件。在协商过程中,每位参与者都

^① [美]保罗·S. 芮恩施:《平民政治的基本原理》,罗家伦译,中国政法大学出版社2003年版,第134页。

^② 参见布鲁斯·阿克曼、詹姆斯·菲什金:“协商日”,载[美]詹姆斯·菲什金、[英]彼得·拉斯莱特主编:《协商民主论争》,张晓明译,中央编译出版社2009年版,第17—19页。

享有平等权利,拥有平等的身份,享有同等机会提出自己的建议和方案,以及对他人的方案提出赞同或反对的论据。澳门基本法通过具体详细地列明澳门居民在政治、经济、文化、人身、社会事务、法律、通讯、迁徙、旅行等方面所享有的权利和自由,为民众参与各层次的协商提供了可靠的法律保障。基本法还规定,澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件,包括澳门原有的保障居民权利和自由的相应规定,只要不抵触基本法,都可以保留。《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》和《国际劳工公约》适用于澳门的有关规定继续有效,通过澳门特别行政区法律予以实施。值得强调的是,公民的言论自由权是公民权利体系中最为重要的,公民通过言论自由不仅可以表达政治性的言论和主张,而且还可以通过参与公共事务和社会生活,表达合法的非政治性言论和观点。言论自由权对于协商民主的有效运转至关重要,“一个运作良好的民主政治必须开创一个言论自由的文化,而不只是法律保障言论自由,一个言论自由的文化不只鼓励心灵独立,也鼓励一种态度,即尊敬地聆听那些不接受世俗智慧者的意见。”^①澳门保育运动和邻避运动的实践表明,公民权利的充分实现能够将民间的活力通过社团形式得以凝聚和强化,使公众通过参与社团实现对公共事务的了解、关注和参与,并有效转化为实现特区善治的强大动力。言论自由必须得到保障,这样才能够让“参与者有机会作为不同的行动者(如个人,小团体,非营利组织,企业,学校和政府)而采取一系列行动,他们更容易地看到,解决社会公共问题可以有多种多样的方案和途径”。^②

3. 公众参与制度

现代民主制度的本质就是一种以民众参与为核心的程序机制,“人们已经不能接受这样的观念,即政府的公共政策是由那些掌握权力,声称代表公共利益,但拒绝公民参与政策过程的少数领导人制定的。新技术

^① Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p. 110.

^② Matha L. McCoy & Patrick L. Scully, *Deliberative Dialogue to Expand Civic Engagement: What Kind of Talk Does Democracy Need?* *National Civic Review*, Vol. 91, No. 2, 2002, p. 126.

发展的刺激,直接推动了信息快速的扩展和传播,越来越多的公民逐渐认识到,他们有能力影响那些关乎他们生活质量的公共政策的制定与执行。”^①正因为现代意义上的自治更多的是政府与公民对国家事务和公共事业进行的合作治理,更为强调自治地方居民对于公共事务的参与,“一项有利于双赢关系的安排,以及阻碍损害或伤害关系的安排,只能通过审慎选择、运用共同理解的行为规则、制约具有潜在多样性的人类行为而得到。”^②目前,澳门政府已经从多方面进行努力,如在“澳门法律网”增设“立法意见专栏”,鼓励广大市民从法律专业或以法规使用者的角度多提意见及建议,以确保法规与时并进且符合公共利益。为促进社会治理中的公众参与,特区政府应针对不同的议题创设各种不同的、灵活的协商机制,积极拓展公共讨论的空间和途径,让各界别、各阶层的市民都能畅所欲言、积极互动,使政府的政策措施从酝酿到出台,都能得到澳门居民的全程参与,并获得广泛的民意支持。“在协同治理中,政策设计的目标是通过自治过程实现权力下放、开启民智及公民参与。……公共协商由此成为协同治理的核心原则之一。”^③同时,特区政府还应对收集的民意及时进行归纳和反馈,增强民众继续参与的信心和愿望。特区政府的各个施政领域在制定重大政策时,可以灵活创设主题协商机制,广纳社会各界的意见和建议,特别是在咨询机构的人员构成与产生方式上,有学者建议应降低现任政府官员的比例,增加非官方的社团代表、专业人士及市民代表的比例,根据不同领域不同性质的咨询机构选择与之相对应的人员组成,^④以实现更为广泛的协同治理。

4. 协商程序机制

“遵守程序能够遏制专横权力。程序是社会的保护神。只有程序才能保护无辜,它们是使人们融洽相处的唯一手段。其他的一切都是含糊不清的:如果把一切都交给独来独往的良心和摇摆不定的舆论的话,只有

^① [美]约翰·克莱顿·托马斯:《公共决策中的公民参与:公共管理工作者的新技能与新策略》,孙柏瑛等译,中国人民大学出版社2005年版,第1页。

^② [美]文森特·奥斯特罗姆:《复合共和制的政治理论》,毛寿龙译,上海三联书店1999年版,第46页。

^③ Carmen Sirianni, *Investing in Democracy: Engaging Citizens in Collaborative Governance*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2009, pp. 39-54.

^④ 参见娄胜华:“回归后澳门社会结构的变动与治理方式调整”,载《港澳研究》2014年第2期。

程序是完全显而易见的;被压迫者所能求助的也只有程序。”^①实践表明,规则对协商的内容和程序将产生实质性影响,程序正当是有效协商的先决条件,即用一套规则和体制来规范协商以保证协商实效。协商规则能够规范和保证决策议程,让参与者获得最为广泛的信息,决定谁在何种事务上有发言权及每个问题的可能性决策,说明怎样集中和修改建议,以及保证协商过程中足够的公开性以促进偏好转变和理性说服。同时,这些程序机制可以安排必要情况下的继续讨论以及决策修正,同时还能避免时间拖延,提高效率,限制暴力威胁及金钱贿赂等。在澳门未来协商民主的建制化过程中,根据澳门现有法律体系建立协商程序制度,应注重将法律程序架构变成公共协商的途径,从而为协商主体提供协商的基本准则,用理性文明的方式解决矛盾纠纷,使整个协商过程在互惠合作的氛围中能够有序进行。

5. 协商结果的反馈监督及协商责任机制

责任性原则是协商民主理论的基本原则之一,落实协商责任,是保障协商民主有效运行的重要途径。在实践中特别是针对行使行政权的行政机关,协商民主通过建立具体责任机制,为行政自由裁量权的膨胀设置了障碍,促进并规范了现代公共行政的建构。现代国家的权力机关应遵循责任性原则,致力于通过提供有利于参与、交往和表达的条件而促进公民平等自由讨论,并且以定期的竞争性选举、信息公开和社会监督等形式确保国家权力的响应性和责任性机制,真正实现人民主权。“当一个国家和它公民之间的关系呈现出广泛的、平等的、有保护的和相互制约的协商这些特点,我们就说其政权在这个程度上是民主的。”^②从政权性质与结构看,澳门特区政府是按照“一国两制”、“澳人治澳”、高度自治的原则成立的,是由澳门本地人组成的管理自身事务的地方性公共权力与治理机构。一方面,公共管治权力与澳门本土联系性的增强要求特区政府对澳门本地经济社会及人文发展承担更多的责任;另一方面,在行政主导体制下,行政权力所受的外部制约与监督相对较弱,加之大多数行政机构由缺

^① [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2003年版,第236页。

^② [美]查尔斯·蒂利:《民主》,魏洪钟译,上海人民出版社2009年版,第12页。

乏问责文化的澳葡时代过渡而来,因此,从内、外部结构上看,就更加需要建立责任机制,以预防因监督薄弱而导致的权力骄纵或滥用。从社会主体身份看,回归后占社会绝大多数的华人居民政治身份发生了转变,主人翁意识与本土归属感不断增强,体现在行为方式上即要求政府改变传统的行政方式与管理文化,建立责任政府与服务政府。故此,澳门民众要求特区政府尽快推行协商责任机制和相关惩罚机制,其落实对于增强协商实效、提升特区政府的治理能力、促进特区政府与民间的互动交流有着重要价值。

第三编 香港特区的司法权

香港基本法诉讼研究

程 洁*

摘要:本文以香港《基本法简讯》所载案例为基础,对香港法院适用《香港特别行政区基本法》审理案件的正当性、特点及影响进行实证分析。文章认为,从样本案例库所反映的情况来看,香港法院基本法诉讼的正当性源于基本法和香港回归后的司法实践,反映出香港司法机构积极行使司法权、制约立法机构和行政机构的特点。同时,从样本库案例所反映的情况来看,虽然法院对特区立法和行政行为进行了大规模的审查,最终推翻立法的情况相对较少,并且集中于自始就存在争议的立法或行政决定,或者反映出社会观念变迁的一般趋势。

关键词:基本法诉讼 司法政治 基本法案例 司法权 香港基本法

本文研究的对象是香港法院以香港基本法为依据作出的司法裁决,文章将之通称为香港基本法诉讼。在本文之前,对香港基本法诉讼的研究已经很多。这些研究共同意识到香港司法复核^①的重要性,并且从不同侧面对其特征和发展给予了分析。这些研究多数是对个案的分析^②,即使是案例汇编^③,也是对香港基本法实施以来多个重要个案的分析,将每个案例中的相关要素提取出来进行系统分析的研究比较少。个案分析有其重要意义,是普通法案例研究的重要内容。但个案研究也有其局限性,就是有可能以偏概全,过于夸大个案的作用。鉴于以上原因,本文尝

* 程洁,清华大学法学院副教授。

① 英文 judicial review。香港通常翻译为司法复核,内地通常翻译为司法审查。

② 例如,Albert H. Y. Chen,“Constitutional Adjudication in Post-1997 Hong Kong”,*Pacific Rim Law and Policy Journal* 15(2006):627-82.

③ 例如李浩然、尹国华编:《香港基本法案例汇编(1997—2010)》,三联书店(香港)有限公司2012年版。又如,HONG KONG BASIC LAW: ANNOTATION AND COMMENTARY, Thomson Reuters Hong Kong Limited, 2010.

试引入对基本法诉讼的系统分析,在最佳的情况下,这样的系统分析有可能更客观地显示香港基本法诉讼的一般规律性和特征。最起码,对某一样本案例库的分析,也有可能为既有的个案研究所得出的结论提供补充、进一步的印证,或者引发不同的思考。

以下分五部分展开:第一部分说明分析方法与样本案例的基本情况。第二部分从六方面对样本案例基本情况进行说明,然后对基本法诉讼所体现的扩张性特点进行分析。第三部分探讨确定特区基本法诉讼合法性基础及其对中国宪制发展的意义。第四部分对香港基本法诉讼的域外影响进行分析,特别是从样本案例出发,探讨基本法诉讼对中央与特区关系的影响。第五部分对基本法诉讼的系统分析进行总结。

一、系统分析方法与基本法诉讼样本库的选择

对香港基本法的个案分析是以往研究香港基本法的主要方法。许多研究即使对多个案例甚至可能搜集到的个案都有所涉及,但是其方法依然是个案分析方法。本文希望引入的分析方法有别于传统的个案研究,而是对司法裁决的内容进行系统分析的研究。这一研究方法的主要特点是内容针对特定的案例库,根据特定的研究对象和目标,对案例的判决书进行系统阅读和分析,从而归纳其特点及意义。对司法意见的系统分析固然是对司法判决进行社会学分析的题中应有之义。不过,传统法学研究对此方法的应用相对较少,反而是政治学者和社会学者应用较多。^①究其原因,在于司法裁决的系统分析法对样本案例的处理基本上秉承“一视同仁”的态度,对所有的样本案例按照同样的尺度和标准进行度量,而传统法学研究则比较关注“里程碑案件”,对此类案件给予更加具体、细致的分析,对其他案件则未予同等程度的关注。^②

近20年来,对司法意见的系统分析逐渐成熟。特别是法学研究引入

^① 例如,Fred Kort最早于1957年对美国最高法院1932—1956年之间涉及刑事案件被告获得律师辩护权的案件进行了系统分析,以此推断特定条件下案件可能的结果。

^② Mark Hall, Ronald Wright, Systematic Content Analysis of Judicial Opinions, 96 Cal. L. Rev. 63 (2008), 64, 66.

司法意见的系统分析逐渐增多,^①从而使得这一研究方法从内容到形式都具有了独立存在的意义。具体来说,这一研究方法的内容包括如下三个方面:第一,系统的案例选择。传统的个案分析通常是在法解释学意义上进行的,作者按照个人的兴趣选择分析对象,通常不会对其选择某一个案或某些个案进行专门说明。读者只能依赖作者的判断以便了解某一个案是否具有指导性案例(leading case)的作用。与此相对,系统案例分析关注个案的可复制性(replicability),通过研究一系列案件中反复出现的特征探寻司法裁决的一般规律。

第二,系统的案例编码。对法律意见书(systemic analysis)的系统分析要求研究者按照统一的标准、指标或问题对个案进行分析。通常来说这意味着制作统一的编码系统对每个案例进行记录、检验和评估。特定的编码系统使得对个案的分析更加具有客观性,减少了一般个案分析可能带来的随机性。通过系统编码进行的量化分析对于研究某些特定要素的消极意义尤其重要,有助于说明某些个案中出现的情况或问题是偶然的(特有的)或者是规律性的。^②

第三,对案例的量化分析。对案件的内容进行编码使得量化分析成为可能。量化分析的优点是能够在计量的基础上给出大的趋势,从而为未来可能作出的裁决提供某种程度的预测。当然其缺点也毋庸讳言:在很多情况下,某些个案具有特殊的意义,这些个案发挥了关键的作用,成为法律发展的历史转折点。而通过计量方法所获得的数据,反而有可能导致对这些特殊情况的忽略。^③确实,法律的发展有时确实与某些突发性事件有关,这些事件的处理结果改变了既有的轨道或格局。在香港,1999年吴嘉玲案和刘港榕案可以视为此类案件。在中国,例如非典事件、孙志刚案、佘祥林案等都可以纳入这一类争议或案件。然而,司法机构包括其他部门处理的大量案件不具有这种突发事件的属性,多数案件的重要性

^① 例如,研究表明,2000—2006年的案例系统分析较之1956—1969年增加了5倍,第一作者为法学研究者的人数增加了约4倍。同上引第72页。

^② Ibid, 81.

^③ 有学者批评这些量化分析是“虚假的计量”(pseudo-measurement)。Wallace Mendelson, *The Neo-Behavioral Approach to the Judicial Process: A Critique*, 57 AM. POL. SCI. REV. 593, 595, 602-303 (1963).

大致相当。因此,研究这些案件的普遍特点与整体趋势,就更有可能反映法律发展的一般特点和方向。换言之,对系统量化分析的批评确实显示出系统分析的局限性,提醒我们系统分析不是唯一正确的分析方法。但用于观察司法机构处理基本法诉讼的常规做法,系统分析仍然是更具有客观性的分析工具。

就本文来说,本文的分析对象样本库来自于香港律政司编辑出版的《基本法简讯》2001—2007年第1—10期所载的基本法诉讼案例。^①《基本法简讯》作为官方出版物,至少代表了香港政府对相关案件重要性的肯定。同时,这些案例发生的时间都在吴嘉玲案^②之后,虽然也引发了一些争议,但是没有引发“香港司法机构具有司法审查权”这一类的根本性的争议,从而比较适合系统分析。所选样本库案例一共33起,对基本法40多个条款进行了解释及适用,数量不算特别多,但是多数由香港特区终审法院裁决,较之单独分析某一起或几起终审法院的典型案件相比,显然更有可能反映香港司法机构特别是终审法院处理基本法诉讼的特点。

本文对样本案例的编码设计主要包括如下六个方面:(1)案件的审理法院(高等法院原讼庭、高等法院上诉庭、终审法院、其他法庭);(2)诉讼中法院审查的对象(立法、行政、司法);(3)审查依据及援引的基本法条款;(4)法院援引基本法时对解释方法的专门说明;(5)司法意见书援引或参照的基本法之外的其他依据(中国法律、外国司法裁决、学理或原则);(6)审查对象是否被法院裁定违宪(维持、推翻或其他)。通过对个案进行上述六方面的统计,文章进一步对香港基本法诉讼对域内与域外影响及其约束条件进行了分析。

必须指出的是,受到研究时间和能力的限制,本次研究的样本库仍然是局部的,只是对香港特区政府律政司已经出版的《基本法简讯》中所载案例的分析。因此,所有的结论均是就这一样本库的观察得出的。不过,如果这一项研究有可能带来新的启发,那么基于同样的方法而将样本库进一步扩展到全部涉及基本法的案件,是完全有可能的。

^① <http://www.doj.gov.hk/mobile/chi/public/pub200030002.html>.

^② Ng Ka Ling v. Director of Immigration, FACV, 14/1998.

最后,除了研究方法上的说明,也希望在此对本文的题目进行说明。本文没有采用研究基本法一般所使用的“司法复核”或“违宪审查”概念,而是采用了“基本法诉讼”这一概念,有其特殊的考虑。首先,基本法诉讼意味着特区法院援引基本法审查立法或行政行为的司法过程。较之于“司法复核”和“司法审查”这两个香港和内地对英文“Judicial review”的中文译文,基本法诉讼更加直接明确,不容易引起歧义。第二,基本法诉讼的概念具有普适性,既可以用于描述香港的司法复核,也可以用于描述澳门的类似的司法过程。而司法复核则主要是一个普通法上的概念。第三,基本法诉讼这一概念的外延也比较清晰。除了“司法复核”和“司法审查”之外,香港的司法机构也采用“违宪审查”(constitutional review)这个概念来描述涉及基本法的司法过程。但是,“宪法”在国家范围内有其特定的含义,具有唯一性,采用违宪审查概念有可能导致误读,以为香港和澳门的司法机构也可以审查一般立法是否符合国家的宪法。虽然香港基本法也被昵称为“小宪法”,但这毕竟只是一种非正式的表达,甚至有可能导致国家宪法与基本法关系的混淆。基于上述原因,本文采用了基本法诉讼这一表述,并认为这一表述值得获得普遍的适用。

二、香港基本法诉讼的基本特点

按照上述六项编码对样本案例进行归纳,2000—2007年的基本法诉讼案件有如下特点:首先,从案件审理的法院来看,33起案件中,多数均由终审法院终审,反映基本法诉讼的重要性。其中,高等法院原讼庭终审的案件5件,高等法院上诉庭终审的案件4件,其余24件均为上诉到终审法院的案件。基本法诉讼涉及宪法性的根本问题,当事人最终上诉到终审法院应当是可以预期的。同时,有一些案件止于高等法院原讼庭或上诉庭,这也从另一个侧面表明,特区一般法院对于法院审理基本法诉讼案件是存在共识的。即使涉及基本法问题,也无须件件上交终审法院解决。换言之,特区的基本法诉讼是分散式的而非集中式的。

其次,以司法审查的对象不同反映出的案件类型来看,33起案件中21起都是针对特区立法进行的合宪性审查,9起涉及行政机构的决定、附属立法及特首专项决定,1起为法院基于普通法作出的决定,另有3起属

于法定机构作出的具有立法性质的部门规定^①。单纯从审查对象来看，明显可以反映出香港权力分立与司法机构对立法权和行政权的制约。

第三，从法院审查的基本法依据来看，33起案件涉及基本法41项条文，这些条文的分布，如果以章节论，有涉及第一章总则部分6个条文，涉及第二章中央与特区关系部分的3条，涉及第三章居民基本权利和义务的9个条文，涉及第四章政治体制的18个条文，涉及第五章经济制度的3个条文，涉及第六章基本法的解释和修改的1个条文，涉及附则部分1个条文。单纯从条文的适用来看，既可见基本法诉讼涉及的事项范围非常广泛、法院的审查范围也比较宽泛，同时也显示出基本法诉讼与许多其他地区的宪法诉讼的一个基本特点是处理不同部门之间的权力关系，而非仅仅是保障基本权利。后一点从基本法诉讼涉及政治体制部分的条文多于涉及公民权利部分的条文可见一斑。

第四，从法院对基本法的解释方法来看，虽然早在马维骥案和吴嘉玲案中，法院就一直强调其目的论解释方法，但是从案件反映出来的情况来看，法院对案件所涉及的基本法条款的解释虽然强调目的解释，实则不限于目的解释，还包括上下文解释、对维护权利条款的宽泛解释及对限制权利条款的限缩解释、归谬法解释等。特别是法院在林光伟案^②和洪灿华案^③中采用了所谓的补救解释方法，使得法院实践上对条文可以进行补充、限缩或扩张性理解。

第五，从法院在审理案件时所援引的基本法之外的依据来看，其中出现最多的是英国的判例，包括1997年香港回归前的上议院判例和枢密院判例，也包括1997年之后的英国判例。其次，欧洲人权法院的判例被援引的频率也很高，包括欧洲人权法院所适用的自主空间理论等出现了很多次，此外，加拿大、巴基斯坦等国的案件也援引过。就全国性法律而言，中英联合声明、全国人大常委会1999年对基本法第22条和第24条的解释援引较多，宪法相关条文也被援引过。目前已经收录的案件较少出现过中国的其他法律或美国的法院判决。

^① 其中古思尧及另一人诉香港特别行政区行政长官一案既涉及特区立法，也涉及特区行政规定。

^② 香港特别行政区诉林光伟及另一人，[2006] 3 HKLRD 808。

^③ 香港特别行政区诉洪灿华及另一人，[2006] 3 HKLRD 841。

香港基本法固然规定,香港法院在审理案件时,其他普通法适用地区的判例也可以作为参考(第84条)。但是,香港显然较少参考同样作为普通法地区的美国的判例,更多的是参考了英国、英联邦国家以及欧洲人权法院的判决。这可能显示出香港虽然已经回归,但是鉴于香港的普通法传统来自英国,因此法院在进行裁决的时候仍然延续了其对英联邦国家判决的依赖。此外,香港终审法院的法官除了常任法官之外,还有近20位非常任法官,这些法官基本都来自英联邦国家,因此法官在裁判时援引英联邦国家的判例较多也可能有其自身知识和经验上的限制。但是,香港法院对欧洲人权法院的多次援引又在很大程度上表明,香港司法机构对于其可以援引和参照的对象拥有很大的主动权。

第六,从33起基本法诉讼的审理结果来看,共有9个案件的终审判决认定既有的立法、行政决定或其他规定违宪(违反基本法),24个判决则维持了既有立法或决定的合宪性。在9个确认违宪的判决中,有1个是针对法定机构的自治性规定,^①2个是针对行政机关的规定或决定,有7个判决则是针对香港立法会立法(其中一起案件同时推翻了立法会的立法和特首发布的规定)。从制约立法权和行政权的角度来看,香港的司法机构显然发挥了积极的作用。

三、特区基本法诉讼对香港宪制的影响

香港特区法院通过审理大量基本法诉讼案件对特区既有的宪制格局产生了潜移默化的影响,使得香港的政治体制日渐由行政主导体制走向三权分立与制约与平衡。一些具有争议性的政治议题开始透过司法过程解决,或者潜在地成为法院审理的对象,司法机构的地位较之回归前更加显要。另一方面,对特区基本法诉讼的定量分析也显示,虽然香港法院对介入政治性争议持较为积极的态度,但是其对立法或决策的实质影响仍然是有限的。这一特点也许与司法过程自身运行的特点有关,也不排除作为本文分析对象的样本库(较小)不能完全反映特区基本法诉讼的可能性。当然,从比较宪法的角度来看,香港基本法诉讼的上述特点与其他

^① 布袋澳村选举安排,参加律政司司长及其他人诉陈华、谢群生及其他人,FACV 11/2000.

法域的违宪审查实践有相似之处。

基本法诉讼实际上改变了香港基本法所确立的权力格局,大大提高了司法机构的宪制地位,使得原来的“行政主导体制”逐步演化为立法、行政、司法三权分立与制衡的体制。基本法实施前,有一种公认的观念认为香港的政治体制是行政主导体制。该体制被视为香港回归前总督制的重要特点,虽然基本法没有“行政主导”四字,但是通篇都强调了特区行政首长和行政机构在立法和决策过程中的主导地位。但是,基本法诉讼的滥觞,使得行政权特别是特区行政首长的权力受到更多制约。加之立法会积极行权,使得立法会的权力也不断扩张,这些因素共同导致行政主导体制的式微。

基本法诉讼在提升司法机构地位的同时,也将司法机构卷入政治纷争过程。司法独立是香港基本法的一项基本原则,也是香港社会引以为傲的法治传统的重要表现。司法独立既有司法机构在人事上独立于政治机构的含义,也有司法裁决独立于个人或利益团体利益诉求的含义。但是,法院在审理涉及基本法的案件时,不可避免地介入政治议题。法官个人的政治偏好体现在基本法诉讼中。当然,有关违宪审查制度与“政治司法化”和“司法政治化”之间的关系的讨论是一个专门深入研究话题,^①这里不再赘述。

另外,对特区基本法诉讼的作用也需要客观看待,以便更加全面地认识基本法诉讼对特区宪制的影响。首先,从规范的意义,基本法诉讼存在的合理性就在于其对特区立法或行政决定的二次审查作用。中国的行政法规和其他地区立法都需要提交全国人大常委会备案审查,这是为了防止行政法规或地方立法越权或违法而设定的二次审查。基本法虽然要求特区立法会也向全国人大常委会备案,但是全国人大常委会的发回权仅限于涉及中央政府或涉及中央地方关系的立法。对于特区自治范围内的立法缺乏二次审查,对特区行政决定也缺乏二次审查。因此,从基本法的规定来看,确实存在需要对特区自治范围内的立法是否合乎基本法进行审查的空间。基本法虽然没有明确授权特区法

^① John Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, Law and Contemporary Problems, 07/2002, Volume 65, Issue 3.

院行使司法审查权,但是也没有明确禁止或专门授权其他机构行使该项审查权。而全国人大常委会对特区法院解释基本法的授权,又进一步支持了特区法院依据基本法审查立法合宪性的推定。当然,更进一步的论证还可以从人权保护,特别是防止多数人暴政的角度支持基本法诉讼存在的合理性。^①

不过,从基本法诉讼的实际效果来看,其对立法和决策的实质性约束可能是有限的。为了更好地认识基本法诉讼的实际效果,本文借鉴了美国学者罗伯特·达尔对美国最高法院违宪审查的分析方法,藉此衡量香港司法机构通过基本法诉讼对立法和决策的实际影响。达尔的分析方法如下:他对美国1789年立宪到1953年167年间美国最高法院推翻国会立法的情况进行了统计。结果发现,美国联邦最高法院在167年间(通过78起个案)共推翻了86项法律条款。这一数字看上去蔚为壮观,但是对此86项法律进行研究的发现,这些立法似乎普遍属于国会以微弱多数通过的立法。从来没有主要立法被法院推翻的经历,并且如果立法被推翻后国会坚持制定类似的立法,最终法院会作出让步。^②换言之,按照这一实证研究,美国法院虽然被视为最具有能动性的违宪审查法院,但是其对立法和决策的实际影响其实是有限的。

将达尔的方法应用到香港基本法诉讼,我们观察到了同样的现象。样本案例中共有9起案件确定立法或其他规定违宪,其中有7起案件的判决确认立法会立法违宪。以7/33计算,这个比例是比较高的。不过,如果仔细研究7起案件所推翻的立法,则情况又有不同。这7起案件推翻的立法如下:(1)一名律师诉香港律师会及律政司司长一案推翻了《法律执业者条例》第13(1)条有关律师协会终局裁决权的规定;(2)邱广文及另一人诉保安局局长推翻了《刑事诉讼程序条例》67C有关特首为某些犯罪确定刑事处罚的规定;(3)入境事务处对庄丰源案推翻了《入境条例》不承认父母双方均不属于香港永久居民而本人在香港出生的中国人获得永久居留权的相关条款;(4)Prem Singh诉入境事务处处长推翻了

^① John Hart Ely, DEMOCRACY AND DISTRUST, Harvard University Press, 2002.

^② Robert Dahl, Decision-Making in A Democracy: The Supreme Court As A National Policy-Maker, 6 J. PUB. L. 279 (1957).

《入境条例》附表1(3)c及(5)b;(5)梁威廉诉律政司司长案推翻了《刑事罪行条例》第118C针对同性恋者的歧视性条款;(6)古思尧及另一人诉香港特别行政区长官推翻了《电讯条例》第33条(同时推翻了特首作出的《执法(秘密监察程序)命令》)有关秘密监听的条款;(7)破产管理署署长及破产人陈永兴和破产人林海三的破产案受托人一案推翻了《破产条例》第30(10)(b)(i)有关破产人离境报告的特别规定。

从被确认违宪的立法来看,7起案件中有2起涉及香港特别行政区临时立法会(简称临立会)通过的《入境条例》,该条例因为由1998年成立的临立会制定,因而自始就颇具争议性。^①其余5项立法中,《电讯条例》第33条虽然在回归前就存在,但与之同时被推翻的《执法(秘密监察程序)命令》因为通过时特首没有征求行政会议的意见,也一直极具争议性。但即使如此,法院在古思尧及另一人诉香港特别行政区长官案中明确宣告《电讯条例》第33条及《执法(秘密监察程序)命令》违宪之后,同时又决定违宪宣告在6个月内暂缓有效。如此一来,实际上给予立法会和行政长官6个月的时间重新修改制定新的立法和规定。

还有4项立法涉及法律职业者条例、刑法、刑事诉讼法、破产法的有关内容,其中两项涉及程序性问题,即有关律师协会纪律处分是否具有终局性的问题,^②或者有关特首是否可以决定某一类案件的刑事处分问题。梁威廉案件所推翻的刑事罪行条例涉嫌歧视男同性恋的权利,在很大程度上与香港社会对同性恋的包容度提高有关。虽然立法会尚未修改立法,但是随着社会认知度的提高,这样的立法修订是可以预期的。Prem Sigh一案认为《入境条例》对申请永久性居民的外籍人士施加的限制违宪,但该法所施加的限制源于对基本法的不同理解,因此基本上不涉及基本权利,而是关乎基本法的解释。法院完全基于公民权利而否定的立法其实只有破产管理署署长及破产人陈永兴和破产人林海三的破产案受托

^① 参见钟士元:《香港回归历程》,香港中文大学出版社2001年版。其中第四章对回归前中央政府决定设立临时立法会后香港法律界的争议做出了回顾,并且专门提到当时的律政司司长等法律界人士曾表示回归后也会挑战临立会的合法性。

^② 古思尧案虽然裁定《电讯条例》和《执法(秘密监察程序)命令》相关条款违宪,但是并没有认定政府无权截取通讯秘密,而是认为除了政府的行政决定之外,需要通过专门的司法程序确定相关个案符合秘密监听的要求。从这个意义来看,也是程序性要求而非否定政府的实体权力。

人一案所推翻的《破产条例》第30(10)(b)(i)有关破产人离境报告的特别规定。法院认为,根据比例原则,这一规定导致永久居民的自由出入境的权利受到了不恰当和不必要的限制。

实际上,在33起案件中,确实存在一些争议性比较大并且很有可能与立法会或其他政治决策者发生重大冲突的案件。特区法院对这些案件的处理反而比较审慎,没有作出违宪宣告。例如,在杨美云及其他人诉香港特别行政区行政长官一案中,法院认为警方不一定适用《简易程序治罪条例》第4(28)条对在中联办办公场所附近静坐示威的法轮功练习者追究刑事责任;但是法院并没有进一步认定《简易程序治罪条例》第4(28)条违宪,而是裁定警方的适用不当。同样涉及《入境条例》的 Gurung Kesh Bahadur 诉入境事务处处长一案中,法院也是仅作出了适用不当的裁决,而没有推翻引起争议的《入境条例》第11(10)条赋予入境事务处拒绝入境的自由裁量权。上文提到的林光伟案和洪灿华案中,申请人质疑刑法所规定的危险药物持有者和仿真武器持有者的反向举证责任条款违反基本法。法院并不赞成对犯罪嫌疑人适用反向举证责任,但是也没有推翻相关立法,而是要求将相关规定解释为较低程度的举证责任要求。

综上所述,虽然特区法院非常积极主动地行使司法复核权,在33起案件中对40多个基本法条款进行了解读,但是从结果来看,基本法诉讼更多地赋予了特区法院二次审查立法的权力,此项权力的程序意义要远高于实质意义。

毋庸讳言,拥有二次审查权的司法机构在未来的基本法诉讼中有可能变得更加积极主动。不过,法院受理案件的“被动性”(passive virtue)决定了,基本法诉讼的主要功能是牵制立法和行政权,使得立法者和决策者在立法和决策时有所顾忌。法院的被动性既表现为受理案件时的被动,也表现为判决执行的被动。毕竟,如果立法者和决策者决意要采取行动回击时,司法机构的作用可能仍然是有限的。这一点在吴嘉玲案和庄丰源案中都有所体现。在吴嘉玲案中,终审法院不但宣告特区《入境条例》的相关条款违宪,同时宣称其有权审查全国人大的立法行为。全国人大常委会旋即作出反应,强调全国人大常委会对香港基本

法的解释权高于特区法院的解释,并且要求特区法院遵从其就同一条款所作的新的解释。这一解释既是对特区法院基本法解释的矫正,同时也无异于一项权力宣告,表明了全国人大常委会在基本法事项上的最终决定权。

在庄丰源案件中,终审法院的判决导致双方父母均为内地人士、除了在香港出生外与香港并无其他关联的人士被赋予香港永久居留权。这一判断与立法会和政府的遣返决定都不一致。此后,虽然香港立法会修订了《入境条例》相关条款,但是政府方面却开始制定各种规定,限制甚至禁止内地孕妇入境香港生育。可以说,如果基本法诉讼所反映的司法复核结果确实不当或有违社会或政治多数的期待,政治机构完全有可能作出新的决定从而扭转最终的结果。

四、香港基本法诉讼的域外影响

香港基本法诉讼不但影响了香港本地的宪制格局,也为进一步规范中央与特区关系提供了新的思路和新的问题。甚至可以预见,基本法诉讼引发的中央与地方关系的范式转换,很有可能会对未来中国的国家治理模式产生影响。

首先,基本法诉讼直接影响了中央特区关系的互动模式。中国传统的中央地方关系模式主要是政治性的,特别是基于上下级的行政管理进行互动。1982年宪法对中央和地方之间的立法关系作出了新的规定,使得中央可以通过审查立法的合规性影响地方。基本法的最初制度设计也主要是立法和行政方面的:在立法层面,全国人大常委会接受特区立法的备案并可以通过发回的方式否定特区立法的合法性;在行政层面,特区政府的主要官员由中央政府任命并向中央政府汇报工作。基本法虽然规定特区法院向全国人大常委会提请解释相关条款,但是并未规定具体程序。而相关实践无论对香港还是内地,也都相对缺乏。^①香港回归后,基本法诉讼的发展使得特区法院和全国人大常委会之间产生了多种互动模式。1999年终审法院吴嘉玲案件判决之后,未主动提请全国人大常委会解释

^① 根据《立法法》,如果法院认为相关行政法规或地方性法规违反宪法或法律,可以通过层层上报的方式,最终交由最高人民法院向全国人大常委会提出审查要求。但是实践该条款从未正式启动。

相关条款,全国人大常委会于是根据国务院的提案主动释法。此后,全国人大常委会主动解释了基本法的第45条和第53条。此后,在2011年的刚果(金)案中,特区终审法院终于主动提请全国人大常委会解释。这些实践不但激活了基本法赋予全国人大常委会的解释权,也激活了宪法赋予全国人大常委会而被长期搁置的宪法性法律解释权。此项权力的启动,不但对基本法实施至关重要,也为中国宪法的实施注入了活力和可能性。

第二,基本法诉讼提出了一个重要但是尚未清晰回答的问题:就是特区法院是否有权审查全国性立法或其他中央政府的决定这一问题。1999年吴嘉玲案引发争议之一就是针对特区司法机构是否可以针对全国人的立法行为进行司法复核。

全国人大常委会针对吴嘉玲案作出有关基本法第22条和第24条的解释之前,对终审法院吴嘉玲案判决的批评在很大程度上是针对特区法院司法复核权的质疑。全国人大常委会于1999年6月作出解释后,虽然强调了自身对基本法解释的权威性,并没有进一步就上述问题表明立场。鉴于全国人大常委会解释权的权威性以及法院后来在其他案件中对此权威性的承认,我们当然不妨认为即使特区法院试图就全国性立法进行审查,也很可能会受到全国人大常委会的狙击或否定。但毕竟这是一个悬而未决的问题。实际上,在本文所收录的庄丰源案^①中,特区法院就拒绝承认全国人大下设香港特别行政区筹备委员会的一项决议,认为该决议不构成全国人大常委会对基本法的解释。该案公开宣判后,全国人大常委会的发言人表示对案件的结果表示关注。^②这一表示虽然传达出对案件处理的不同看法,但是并没有采取后续行动,似乎默认香港法院可以对全国人大下属机构的决定之属性进行审查的司法行为。嗣后,在2011年的刚果(金)案中,外交部驻香港公署向特区法院发出三封确认函,表明中国对案件一方当事人为主权国家的案件遵循绝对豁免原则。但是,无论区法院、高等法院上诉庭还是终审法院,都没有将该信函视为香港基本

^① The Director of Immigration v Chong Fung Yuen, (2001) HKCFAR 211.

^② “全国人大常委会法工委发言人就香港特区终审法院对居港权案件的判决发表谈话”,《人民日报》2001年7月22日。

法第19条所规定的具有效力的中国外交事务的确认函,而是视之为一般性的证据。从这些个案中反映出,特区法院对国家立法机关和中央政府部门的行为,至少存在某种程度的审查权。

第三,基本法诉讼引发了对基本法进行修改的后续程序和内容的思考。基本法诉讼也反映出一些问题,这些问题源于基本法本身的规定不清晰或存在空白。这就引发了基本法是否需要修改以及如何修改的问题。例如,上文提到的基本法诉讼中司法审查的范围就有待明确。再如,基本法第158条有关特区法院提请全国人大常委会解释的具体程序和流程都未明确规定。此外,基本法第45条规定,“行政长官的产生办法根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标”。这一规定引发了香港社会要求实现特首普选乃至特首与立法会双普选的呼吁。然而,这一条款的实际内容其实并不清晰。并且,如果香港真的要实行普选,自然需要修改基本法。

固然,即使没有基本法诉讼,基本法的修改也需要提上日程。基本法于1990年4月4日通过之后于1997年7月1日开始实施,至今已经近20年。按照一般法律、包括宪法性法律实施的规律来看,一般立法通过20年之后,需要进行修改的可能性已经非常高。鉴于香港基本法通过前后中国内地、香港与国际环境的变化,香港基本法的修改尤其值得考虑。基本法起草和通过的时间为1985—1990年,当时中国刚刚开始改革开放,百废待兴,与香港社会、经济各方面差距很大。“一国两制”作为面向台湾的国家统一政策,首先在香港获得了实施,但是其最终的目标还是期望能够为未来与台湾统一提供示范。然而基本法通过后,恰逢国内市场经济大发展与国际民主化第三波,台湾也于1990年解除了党禁,引入了竞争式民主政治。其结果,基本法起草时为维护香港利益所强调的“资本主义”制度中保护私有财产与自由市场经济的内容无论对香港还是内地都成为理所当然的内容。与此相对,基本法起草时为了抵制英国所谓主权回归、治权保留而提出的“港人治港”,即基本法所规定的“高度自治”的具体形式和内容则引发诸多的讨论。

鉴于香港已经对基本法的诸多条款进行了司法适用与解释,并且获

得了社会一定程度的认可,未来即使全国人大修改基本法,也有必要考虑修改与既有基本法诉讼中司法解释之间的关系。

五、总结及展望

本文通过对香港《基本法简讯》2001—2007年所载基本法诉讼案件进行系统定量分析,从审理基本法诉讼的法院、审查对象、法院审查的基本法依据、法院对基本法条款的解释方法、法院在审理案件时所援引的基本法之外的依据,以及法院最终认定审查对象不符合基本法的情况六方面对特区法院实施基本法的情况进行了分析,并在此基础上就特区基本法诉讼对特区宪制和特区与中央关系带来的影响进行了分析。文章认为,香港基本法实施以来,香港司法机构以基本法为依据,对香港的多个立法和行政决定进行了审查,整体上呈现出司法能动主义的倾向。主要表现在:在决定立法与行政行为正当性时,法院对基本法的解释虽然以目的解释为主,但不限于目的解释,而是倾向于限制政府权力;在选择法律依据与判例时,也比较灵活,不局限于英国1997年之前的先例,也不限于普通法地区的先例,而是广泛地参考了英联邦国家和欧洲人权法院的判例。其结果,根本性地影响到了香港的宪制结构,大大提高了香港司法机构在宪制中的地位及其对立法和政治决策的影响力。由基本法诉讼所导致的法院权力的崛起在一定条件下会导致政治部门的抵制。从目前的研究来看,鉴于法院受理案件的被动性以及司法裁决需要依赖行政机构,如果法院的裁决过于偏离政治机构,可能会导致立法机构以新的立法恢复既有立法秩序,或者导致行政机构执行上的偏离。

所有的结论应该说都是基于对样本案例的观察和解读所得出的结论。囿于文章所取的案例样本库仍然比较小,因此以上结论和分析很可能会存在偏差与误读。在可能的情况下,如果有更加合适的样本库,采用同样的系统分析方法,应当有助于检验及矫正当前研究的结论。

香港特别行政区司法审查权、 司法审查技术的变迁与发展

——以香港特别行政区司法判例为线索

秦前红 付 婧*

摘要:自香港回归以来,包括终审法院在内的特区司法体系在若干重大事件上扮演着关键角色,司法权与司法机关占据了有关香港问题研究的重要位置。不论是“司法谦抑”主义抑或“司法优位”主义的评价,都说明当前各界对于司法权在特区政治架构中如何定位存在一定的分歧,也催生学界对香港司法权的不少讨论。司法权的扩张与强势地位是20世纪90年代以来宪政国家的普遍趋势,这一趋势与人权保护、宪政主义、违宪审查理论与实践的发展成熟相伴随,因此,香港特区司法权的扩张不仅仅是个案,也是全球趋势的一个缩影,需要给予客观、审慎的评价。本文将全面考查司法审查权和司法审查制度在香港特区的运行情况,梳理有关规范依据、辅助性的程序设计以及指标性案例,并将现有违宪审查实践进行类型化和适当的抽象化,并结合香港法院违宪审查权的运行效果,从特区政治体制发展以及司法权与其他公权力的相互关系的角度,来评价司法扩权的利弊及未来走向。

关键词:司法审查权 香港特别行政区基本法 基本法解释 司法能动性 司法节制

一、香港特别行政区法院司法审查权的历史沿革

(一)人权法案时代的司法审查权

1. 香港法院司法审查的规范依据

港英时代,香港本地立法机关根据《英皇制诰》的授权行使立法权,

* 秦前红,武汉大学法学院教授,法学博士;付婧,武汉大学法学院博士研究生。

其通过的条例若与《英皇制诰》相抵触,在理论上会因违宪而被认定无效,故香港法院(包括英国枢密院)有权对香港立法机关通过的法例进行司法审查,但一直以来香港法院没有被激发其发挥司法审查的权力,香港学者亦倾向于认为理论上香港法院一直享有此种意义上的司法审查权,只不过极少行使。^①与美国马布里诉麦迪逊案的“伟大篡权”不同,香港法院获得具有违宪审查意义上的司法审查权始于1991年《英皇制诰》第7条的修订和《人权法案条例》的通过。《人权法案条例》赋予香港司法机关审查其他香港条例是否与之相符的权力,《人权法案条例》第3条规定,应废止人权法案生效前与之相抵触的立法,第4条规定对条例通过后制定的法律的解释应与《公民权利与政治权利国际公约》保持一致。同时修改后的《英皇制诰》第7条规定,任何法律不得以与公约不一致的方式限制在香港享有的权利与自由,这一宪制性的发展使香港法院拥有审查本地条例合宪性的权力。也就是说,人权法案时代,香港法院司法审查的范围并不局限于审查港府的行政行为,还包括审查本地条例的合宪性,即审查条例是否符合《英皇制诰》和《人权法案条例》。法官 Silike 也在人权法案第一案香港政府诉冼友明案表态,法官不应再接受根植于法律训练中的普通法传统,而必须将目光转向公约来解释《人权法案条例》,并以此承认和执行公约。^②

2. 人权法案时代香港法院司法审查的基调

学者 Andrew Byrnes 指出,冼友明案形成了1991年6月到1993年5月之间法院审查的基调——此时法院更乐于接受新的观点并对立法进行严格审查。^③冼友明案设立的较为宽松的保障人权的解释方法,两年后遭

^① 参见 William Rich, *Hong Kong: Revolution Without Change*, (1990) HKLJ. Vol 20, No 3, p279-319, at p. 285; Peter Wesley-Smith, *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong, Hong Kong: China and Hong Kong Law Studies Ltd*, 1988, vol ii, ch 14; Michael C. Davis, *Anglo-American Constitutionalism with Chinese Characteristics*, *The American Journal of Comparative Law*, 36(1988) pp. 761-781.

^② R. v. Sin Yau Ming, CACC 289/1990 para 65. 上诉法院被请求考虑《危险药物条例》第46条(c)及(d)和第47条(1)(c)及(d)、第47条(3)是否符合《人权法案条例》第11条第(1)款,上诉法庭给予明确的答案,判决《危险药物条例》中有关的条文均应在1991年6月8日后因与《人权法案条例》的规定相抵触而被撤销。

^③ Byrnes, Andrew, and some have bills of rights hrust upon them; the experience of Hong Kong's Bill of Rights, in *Promoting Human Rights Through Bill of Rights: Comparative Perspectives* (Alston, Philip ed, New York: Oxford University Press, 1999), p. 53.

到枢密院司法委员会在律政司诉李广桔案中的反击，“香港司法必然要热忱保障人权，但《人权法案条例》的实施必须基于现实和良知，坚持适度原则，否则保护正义的人权法案则会沦为非正义，亦会造成公众质疑。为维护社会和个人利益之间的平衡，固定的缺乏弹性的标准并不适用于立法机关解决社会疑难问题，社会政策的制定乃是立法机关的主要责任”。^① 1993年5月以后，枢密院在李广桔案中的决定遂成为法院司法审查的主流做法，即强调司法审查的现实性以及立法在形成政策过程中的优越地位。在后来的冼友明案中，枢密院司法委员会运用“酌情判断余地原则”（Margin of Appreciation）取代已建立的合理性原则，以更保守更主观的方式来论证法院是否应当尊重立法机关的立法。酌情判断余地原则本是指，与国际法院相比，国内法院在评价国内需求和状况时具有优越地位，这一原则虽未正式进入香港本地法律，但枢密院将这一原则发展成法院应尊重立法机关在政策制定中的优势。

1991—1995年间，依据《人权法案条例》挑战其他法律失败的案件是挑战成功案件的2倍，不同层级的法院也显示出类似的概率，并且下级法院的法官比上诉法院的法官在适用人权法案时更为自由，上诉法院在整体上则更趋于保守。^②挑战失败的案件某种程度上是因为法院采取了较低的、宽松的审查标准，模糊一扫而过的论证取代了有力的、细致的论证。^③

3. 人权法案时代香港法院司法审查的普通法传统

人权法案时代，冼友明案开启香港法院运用国际法或比较法资源解释《人权法案条例》的风潮，在肯定国际法和比较法资源对法院解释《人权法案条例》具有裨益的前提下，法官们普遍强调对其的运用应当有所限制。^④崑岗有限公司诉城市规划委员会案中，法官 Waung 认为应根据普通法的文意解释规则来解释《人权法案条例》，而不应诉诸于大量复杂的、不确定的、兜售“司法能动”的外国判例，若采纳大量的欧洲判例来对

^① Attorney General v. Lee Kwong-Kut (1993) 3H. K. P. L. R. 72.

^② JOHANNES M M Chan, *THE HONG KONG OF RIGHTS 1991-1995: A STATISTICAL OVERVIEW*, in *HONG KONG'S BILL OF RIGHTS: Two Years Before 1997*, ed by George Edwards & Johannes Chan, pp. 18-19.

^③ Id., at 19.

^④ Byrnes, Andrew, and some have bills of rights hrust upon them: the experience of Hong Kong's Bill of Rights, in Alston, Philip (ed), *Promoting Human Rights Through Bill of Rights: Comparative Perspectives* (New York: Oxford University Press, 1999), p. 90-91, 97

《人权法案条例》作出阐释的话,“普通法就会消失”,“除非某些判例具有极强的说服力,否则香港法院便会堕入欧洲人权法浩瀚的文字之中”。^①法官 Litton 在詹兴中诉惩教署署长案中拒绝适用《人权法案条例》,“在香港已有法律体系(普通法、衡平法、制定法)尚未覆盖的领域,人权法案几乎毫无用处”。^②香港特别行政区诉艾勤贤案中,法官也拒绝通过超出普通法范围外的人权法案来保障人权,坚持认为人权法案仅是普通法保障人权的宣告,^③香港特别行政区诉张嘉辉案中,法院坚持运用以往判例所确立的普通法证据判断规则,并认为英国和加拿大两国的证据判断规则与案件无关。^④枢密院对运用国际法和比较法资源来解释《人权法案条例》也持怀疑态度,而对行政机关的政策制定、议会至上原则给予充分尊重,枢密院的态度传达出这样一层涵义:对于香港司法而言,普通法足以履行保护基本权利和自由的责任,国际法和比较法能做的并不多。^⑤但也有学者认为对司法能动的过度反对只会导致“宽泛的目的解释”流于空文,“去能动化”将香港法院从人权保障的国际标准中分离,也与其他致力于保障人权的普通法地区渐行渐远。^⑥

作为“宪制革命”的人权法案为香港司法带来的较大变化之一在于一定程度挑战了普通法中的议会至上原则,同时香港法院对《人权法案条例》的态度很大程度又受到普通法议会至上原则的影响,以至于人权法案时代香港法院司法审查的基调由能动地借助国际法、比较法资源保障人权趋向于后来的尊重行政机关、立法机关在政策制定中的优势。总体而言,《人权法案条例》的制定使得香港法院司法审查权的行使日趋频繁,香港法院(包括英国枢密院)发展了香港的释宪理论和方法,这些理

① Kwan Kong Company Ltd v. Town Planning Board HCMP No. 1675 OF 1994 para82-85.

② CHIM SHING CHUNG v. THE COMMISSIONER OF CORRECTIONAL SERVICES, CACV16/1996 para38.

③ R. v. KEVIN BARRY EGAN, HCCC280/1991 para37.

④ R. v. Cheung Ka Fai, CACC198/1992 para58.

⑤ Johannes M. M. Chan, Hong Kong's Bill of Rights: Its Reception of and Contribution to International and Comparative Jurisprudence, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47, No. 2 (Apr. , 1998), p. 312

⑥ Johannes M. M. Chan, Hong Kong's Bill of Rights: Its Reception of and Contribution to International and Comparative Jurisprudence, The International and Comparative Law Quarterly, 306, 322. Vol. 47, No. 2 (Apr. , 1998).

论和方法一直沿用到1997年后的基本法时代。

(二)基本法下香港司法审查权及其扩张趋势

基本法实施之初,特区法院有无违宪审查意义上的司法审查权就成为一个极具争议的话题,这一争议随1999年香港终审法院在吴嘉玲案中的判决达到顶峰。基本法第11条虽然构建了以基本法为最高规范的规范体系,限制了香港立法会的权力,使它不能实施那些与基本法有抵触的条例,否则全国人大常委会可根据基本法第11条及第17条宣布相抵触的条款无效,但没有授权终审法院以基本法为依据对法规进行审查的权限,可事实上香港法院在案件的审判中获得了违宪审查意义上的司法审查权,并一直在行使这一权力。学者多依司法违宪审查与宪制性法律解释之间的深度关联,根据基本法第158条全国人大常委会授权特别行政区法院解释基本法的规定,推演出终审法院具有违宪审查意义上的司法审查权,^①这一观点以基本法为依据,从理论与规范的契合之处为终审法院司法审查权寻找规范依据,但普通法传统和香港法院历史上审查法规的先例对此问题可能有着更强的说服力。^②

就代议制机关与法院的关系而言,早前香港的行政主导体制导致代议制机构的发展受到严重限制,使得香港立法会无法对法院形成强有力的制衡。近年来越来越多地涉及立法权与行政权权限争议、立法会内部事项争议的案件诉诸法院,如2005年梁国雄诉行政长官案,涉及香港政府行政命令与立法会立法权限的冲突;2006年梁国雄诉立法会主席案,涉及修正案动议权、立法会议事规则是否违宪;2008年郑家纯、梁志坚诉立法会案,涉及立法会调查权;2009年陈裕南及罗堪诉律政司司长案,涉及《立法会条例》第25条及第26条有关立法会选举团体投票是否违宪等,法院利用审理此类案件强化自身的基本法解释及宪法审查权能的趋势不容小觑。而行政对司法的制衡主要体现在人事方面,行政长官通过行使法官任命权实现对司法权的影响,但这种任命权受由当地法官和法

^① 李树忠、姚国建:《香港特区法院的违基审查权——兼与董立坤、张淑钿二位教授商榷》,载《法学研究》2012年第2期。

^② 祝捷:《香港特别行政区终审法院法规审查的技术实践及其效果》,载《政治与法律》2014年第4期。

律界及其他方面知名人士组成的独立委员会的制约,其目的在于保障司法独立。正是由于其他重要权力分支尚不能对香港司法构成强有力的制衡,加之中央对香港特别行政区自治事项的不干预,香港法院面对纷至沓来的司法复核案件,多能以积极能动的姿态保障人权;面对政治性案件或涉及经济、社会、文化政策等案件时,香港司法也没有保持足够的谦抑与节制。

二、香港特别行政区司法审查权的发展:指标性案件的分析

(一)法治实践的“宪法性危机”:马维骥案

1. 问题一:司法管辖权的依据

“马维骥案”是香港回归后第一起司法审查案件,此案也第一次确立了香港法院司法审查的权限。这一权力的边界在于,作为一个地区性法院的香港特区法院,可以审查特区立法和行政行为是否符合香港基本法,但对于代表主权者的全国人大及其常委会的立法和行为,没有权力挑战其合法性,而只能就事实问题审查是否存在全国人大及其常委会的立法或行为。^①即在本案中法官强调法院不能审查全国人大特别行政区筹备委员会决定设立临时委员会的合法性,但它却审查了全国人大香港特别行政区筹备委员会相关的行为是否存在,并以此论证了临时立法会的合法性。马维骥案中,上诉法庭对前述问题行使了管辖权,政府没有提出任何异议。黎守律法官认为管辖权来自基本法第19(2)条,^②解释权并非意味着司法审查权。但普通法的立场是,既然法院可以决定是否实施基本法或可能与之相抵触的其他立法,那么法院就应有宪法管辖权。

2. 问题二:普通法的延续性问题

该案的关键法律争议还有,包括普通法在内的香港原有法律在经历

^① HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 para60, 61. 马与其他两名被告人一起,于1995年8月15日以串谋妨碍司法公正罪被起诉至高等法院。该罪是一项普通法而非成文法罪名。案件排期在1997年6月16日开庭。庭审第5天,第二上诉人向法庭提出永久终止刑事诉讼程序的请求。6月27日,也即香港回归前的最后一个工作日,法官拒绝了第二上诉人的请求。香港回归前,该案已经开庭审理了9天,因为回归公众假日而中止。1997年7月3日,即回归后的第一个工作日,也是该案开庭审理的第10日,被告人向法庭提出了《香港回归条例》的合法性、香港“原有法律”特别是普通法的延续等法律问题。三名上诉人就针对他们的串谋妨碍司法公正指控拒绝认罪,并动议法庭推翻政府的指控。特区政府反对被告人的动议,要求法庭根据《刑事诉讼程序条例》第81条的规定,将被告人提出的有关法律问题提交上诉庭裁决。

^② HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 paras126, 131-132.

香港主权行使者变更后还是否存在。具体而言,包括普通法在内的香港原有法律是否会在香港特区于1997年7月1日成立之际自动被采用而在香港特区得以继续有效,还是有必要采取一个正式的采用这些法律的行为,否则就不能继续有效。香港特区高等法院上诉法庭认定香港原有法律在香港特区成立之际自动被采用为香港特区的法律,没有必要采取一个正式的采用这些法律的行为。^①另外,对于“香港原有法律”的截止日期问题,高等法院上诉法庭认为,该截止日期不可能是《联合声明》的日期,因为《联合声明》仅仅是一个条约和意向的宣示;亦不可能是基本法通过之日,因为基本法规定其将于未来的1997年7月1日生效施行;唯一合乎逻辑并且在司法实践中恰当可行的结论是1997年6月30日。^②高等法院上诉法庭在该案中对普通法自动采用问题以及“香港原有法律”截止日期问题的判决为香港特区法院日后行使基本法审查权埋下了伏笔。

3. 问题三:基本法的释法方法

在基本法第一案马维骢案中,高等法院首席法官陈兆恺指出了基本法规范的错综复杂性,基本法既作为全国性的法律,又是香港特别行政区的宪法,^③基本法这一特殊的宪制性文件,由于条款的概括性,很多具体规范的含义并非仅从文义的角度就能作出正确的判断,故法院不应僵化地固守普通法中的文义解释,此时目的解释就作为一项重要的释法方法,这也是普通法理论中宪法性文件解释的常用方法之一。然而用来解释宪制性文件的“目的解释”是否能够适用于基本法的所有条款这一问题在马维骢案中尚未得到解答,陈兆恺法官并没有专门阐述基本法的解释方法,只是认为应根据基本法的性质与地位来解释基本法;^④另一位法官黎守律也表达了自己疑虑,普通法的解释规则和技术是否为解释基本法的恰当方法?在论及临时立法会的合法性这一问题时,他认为完全从普通法规范来判断这一问题是有缺陷的。^⑤可见,此时法院尚未将普通法传

① HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 para26.

② HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 para35.

③ HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 para13.

④ HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 para14.

⑤ HKSAR v. MA WAI KWAN DAVID AND OTHERS, CAQLI/1997 para148.

统与基本法的解释方法联系起来。在后来的吴嘉玲案中,终审法院虽然没有直接讨论是否应当运用普通法的解释方法来解释基本法,但终审法院认定基本法的目的在于特区的高度自治和基本人权,因而主张采取宽松的目的解释方法。

(二)“一国两制”下的宪政博弈:“居留权案”系列

“居留权案”是指香港回归后围绕港人在内地所生子女到香港定居的权利所引发的系列诉讼。在法律理据上,“居留权案”的争议主要集中于临时立法会《入境(修订)(第2号)条例》(以下简称第2号条例)和《入境(修订)(第3号)条例》(以下简称第3号条例)是否符合基本法第24条、第22条,以及与此相关的基本法的解释权、特区法院的司法管辖权、解释基本法的法律方法等“一国两制”法治实践下的“宪法性”难题。

1. 吴嘉玲案

1.1 问题一:香港法院的基本法审查权

吴嘉玲案正式确立了香港特区法院对特区立法机关制定法的基本法审查权。在该案的判决中,终审法院不但宣示了香港特区法院享有对特区立法机关制定的法律和行政机关的行为是否符合基本法的审查权,而且宣布有关法律或行为因抵触基本法而无效。此案历经香港高等法院原讼法庭一审、高等法院上诉法庭二审和终审法院三审。尽管对具体的法律争议存在不同的判决结论,但在本案三个审级的判决中,没有显示出包括香港特区政府在内的本案当事人对香港特区法院依据基本法对香港特区本地立法进行审查的权力表示过异议,也丝毫没有显示审理此案的法官对此问题犹疑不决。同时,从香港特区法院的判决中,可以看出,香港特区法院法官依据基本法第39条进而依据《公民权利和政治权利国际公约》和《香港人权法案》对香港特区立法机关的立法进行审查的裁判思维,与回归前香港法院依据《英皇制诰》进而依据《公民权利和政治权利国际公约》和《香港人权法案》对香港本地立法进行审查的裁判思维如出一辙。

1.2 问题二:终审法院的基本法解释权

基本法第158条第3款规定了终审法院提请全国人大常委会释法的

情形,终审法院在吴嘉玲案中给出了提请全国人大常委会释法的条件是否满足的判断方法:^①(1)在审理案件时,唯独终审法院才可决定某条款是否符合该条件;(2)终审法院先判断某条款是否符合“类别条件”,只有符合“类别条件”后,终审法院才进入对“有需要条件”的判断,两项条件都符合后,终审法院再向全国人大常委会提出释法请求。有学者认为在终审法院的实践中,吴嘉玲案的做法更多的不是审查涉案的基本法条文是否有必要提交全国人大常委会解释,相反,更像为拒绝提交提供理由。^②当然为了避免前述“嫌疑”,吴嘉玲案中终审法院花费了大量笔墨来论证所谓的“主要条款标准”,即当案件涉及两个条款需要解释时,X条款为自治范围内的条款,而Y条款为自治范围外的条款,X条款与Y条款之间存在关联时,首先要判断X条款与Y条款谁为主要条款,如果X条款为主要条款,则不需要提请,自行解释即可;如果Y条款为主要条款,则需要提请解释。^③正如陈弘毅教授所评论的,终审法院这一空穴来风的做法在基本法第158条第3款的规定中找不到任何依据,此举无疑违反了基本法第158条的字面含义和规范目的。^④吴嘉玲案中终审法院的判断逻辑在于若将“除外条款”提交人大释法会剥夺法院对基本法中属于特区自治范围内的条款的解释权,以及可能严重削弱特区自治权。但更重要的是,终审法院适用基本法第158条的态度会导致“严重削弱”全国人大常委会根据基本法第158条享有的对除外条款的最终解释权。

1.3 问题三:基本法的释法方法——目的解释

吴嘉玲案中对是否应当就有关条款向全国人大常委会提请解释的问题采用了目的解释的方法进行处理,终审判决开篇即声明在中国主权下建立一个“高度自治”的香港特别行政区是基本法作为法律文本整体所具有的目的。而基本法第158条第3款有关终审法院在审理案件时就中

^① NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 paras89,90.

^② 祝捷:《香港特别行政区终审法院法规审查技术实践及其效果》,载《政治与法律》,2014年第4期。

^③ NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 paras102,103.

^④ 陈弘毅:《终审法院对“无证儿童”案的判决:对适用〈基本法〉第158条的质疑》,载佳日思、陈文敏、傅华伶主编:《居港权引发的宪法争论》,香港大学出版社2000年版,第127页。

中央政府管辖事项或中央与特区关系的条款提请全国人大常委会解释的这一程序旨在强调全国人大常委会对特区法院进行授权,即只要不是“非自治”类条款,香港法院均可“自行”解释基本法。^①但不难看出,特区法院在吴嘉玲案中并未对基本法的目的作出全面的理解而将其简化为“保障特区的高度自治”。在吴嘉玲案中,终审法院认为基本法第24条第2款对于香港永久性居民类别的列举是对于居留权充分、自足的保障。在探讨基本法中人权条款的解释方法时,终审法院首席法官李国能主张一种宽松的、目的性的解释方法:“法庭应当对第三章那些规定了宪法权利的条款给予宽松解释,以保证香港居民能够充分享有基本法所确认的权利与自由。”而对于采取目的解释的原因,终审法院解释到,“基本法这样的宪制性文件必然会出现法律空隙和模棱两可之处,而在填补这些空隙或澄清模糊语句的时候,法庭有责任从文本和其他相关材料中发现并确证其立法原则与目的,并且通过法律解释将其明示出来”,而特定条款的立法目的可以根据有关外部材料如《中英联合声明》来判断其目的。^②从这里可以看出,吴嘉玲案中法院在确立基本法规范的立法目的或原意时,并没有否定合理的外来资料的价值,但对于“文义的、技术性的、狭隘的或僵化的解释”采取的则是明确反对的态度。^③

2. 庄丰源案

2001年轰动一时的“庄丰源”案的核心法律争议是——父母双方均不是香港永久性居民的子女,俗称“双非婴儿”,是否能因其出生于香港境内而获得依据基本法第24条第2款第(1)项规定的永久性居民身份,

^① NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 paras12, 81, 82.

^② NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 paras74-77. 香港学者佳日思指出,在马维駮案的上诉法庭判决尤其是马天敏法官的判词中,目的方法通常是与“宽宏的方法”对等的。作为先例, Diplock 勋爵在 Jobe 案 (Attorney-General of Gambia v Jobe [1984] AC689 at 700) 的陈述以及 Wilberforce 勋爵在 Fisher 案 (Minister of Home Affairs v Fisher [1980] AC 319 at 328) 中的陈述被经常援引。从上诉法庭的判决中,并不清楚这两种方法是如何联系在一起的,并且使用“宽宏方法”的例证并不多。与目的方法不同,宽宏方法似乎较少依赖立法机关的意图而是更多考虑作为法院的宪法责任的保护权利的需要。佳日思:《〈基本法〉诉讼:管辖、解释和程序》,载佳日思、陈文敏、傅华伶主编:《居港权引发的宪法争论》,香港大学出版社2000年版,第28页。

^③ NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 para76.

庄丰源案是“一国两制”法治实践中的又一重要判例。

2.1 问题一:基本法解释方法的转向——从目的解释到文意解释

在该案中,终审法院首先强调,尽管全国人大常委会的解释在香港具有普遍约束力,但法院在解决具体诉讼争议的时候,仍然应当适用普通法的一系列原则和方法,根据普通法的原则,法庭在解释基本法时的具体任务就是理解基本法文本所使用的文字,从而获知寓于该文字中的立法意图。虽然承认“不能孤立地理解争议所涉条款的文字,而是应如吴嘉玲案那样,将文字置于其语境与目的中来考虑……尽管法院应该避免文义的、技术性的、狭隘的或僵化的解释”,“但是决不能对文字强加某种无法承受的意义”。^①认为有助于了解基本法背景或目的的外来资料,可用来协助解释基本法,这些可供考虑的外来资料包括《联合声明》,以及基本法通过前不久,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》等辅助资料,对如何接纳并评估与立法过程相关的证明材料给出了意见。^②可以看出,与吴嘉玲案中对待目的解释的态度不同,庄丰源案中法院认为,语境与目的都是服务于文本解释的辅助方法而已。

2.2 问题二:“庄丰源案规则”的确立及影响

通过吴嘉玲案,终审法院确定了香港特区法院将沿用普通法方法与原则解释基本法,庄丰源案中,终审法院又花费了很大篇幅来说明法律解释方法的问题,包括普通法传统中如何平衡立法目的与法律文本语句之关系、如何接纳并评估与立法过程相关的证明材料等方面的原则和技术。必须注意的是,终审法院在庄丰源案中以一种典型的普通法“区分规则”来处理全国人大常委会对基本法第22条第4款和第24条第2款第(3)项的解释,并且以普通法中的分权原则来论证法院对法律的“独占解释权”。宣示香港法院不会主动放弃普通法传统赋予法官的、在个案审判中运用普通法的规则、技术以及裁量权进行解释的权力。但在实践层面,庄丰源案中终审法院的做法导致人大释法中的“有关陈述”部分失去对香港特区法院的拘束力,这也成为后来香港社会面临“双非儿童案”及

^① THE DIRECTOR OF IMMIGRATION v. CHONG FUNG YUEN, FACV26/2000 para6. 1, 6. 3.

^② THE DIRECTOR OF IMMIGRATION v. CHONG FUNG YUEN, FACV26/2000 para6. 3.

“外佣居港权案”社会问题的主要原因。庄丰源案中入境事务处处长曾主张就基本法第24条第2款第(1)项提请人大释法,以避免大量在香港出生的中国公民有资格成为香港永久性居民,但终审法院指出即使处长败诉也不会导致大批内地人士立即涌入香港。^①然而此案后的十余年里,大量内地孕妇赴港生子给香港社会带来巨大的人口压力不能不说是庄丰源案的后遗症。正因如此,庄丰源案遭到了内地学者的批评。有学者指出判决区分技术虽然植根于普通法传统,但区分的不确定性以及全国人大常委会的宪法地位、解释法律的运作机制、解释法律的效力等因素决定了香港特别行政区法院不能以这一规则对人大常委会作出的法律解释进行“再解释”。^②更有学者严厉指出普通法必须适应基本法所确立的新宪制秩序的变化,融入到基本法所构建的定制法体制中,任何以普通法传统改造、适用、解释和评判基本法的行为,都是本末倒置的行为。^③

(三) 新时代的司法复核案例:孔允明诉社会福利署案

孔允明诉社会福利署案起因于社会福利署署长拒绝孔允明提出的综合社会保障援助申请(简称“综援”)。按特区政府规定,自2004年1月1日起,所有综援申请人按规定必须已居港至少七年。而2004年之前,综援申请资格在居港条件方面是居港一年,署长亦拒绝就孔允明的情况行使酌情权宽免该项居港规定。孔允明就署长拒绝批予综援向社会保障上诉委员会提出上诉。上诉被驳回后,遂提出司法复核,认为七年居港规定违背基本法,原讼法庭及上诉法庭均裁定该项规定符合基本法,上诉人继续向终审法院提请司法复核。

在孔允明案中,法院将基本法第36条和第145条放在一起合并解释。基本法第36条在此前并未被法院用来审查香港政府实施的社会福利政策或措施,主要原因在于社会福利权的内容和范围难以由法院定夺,法院通常会尊重政府就有关问题作出的判断。合并适用的结果推导出第

^① THE DIRECTOR OF IMMIGRATION v. CHONG FUNG YUEN, FACV26/2000 para7.

^② 姚国建:《论1999年人大解释对香港法院的拘束力——以“入境事务处处长诉庄丰源案”为例的考察》,载《法商研究》2013年第4期。

^③ 张淑钿:《香港基本法司法适用中的争议——从基本法与普通法的关系角度》,载《太平洋学报》2010年第7期。

36 条保障的香港居民享有的社会福利权被削减。^①同时,法院还运用“比例原则”来审查政府政策变迁造成的权利削减是否具有足够的理据。本案中,受到司法审查的政策调整是政府在 2004 年作出的决定,把移民来港定居一年后便有资格申请“综援”这项条件中的“一年”改为“七年”。^②原讼法庭认为七年的居住要件符合香港政府 2003 年提出人口政策报告,^③该报告认为七年的居住时限可反映一个居民在一段时期内对香港经济的贡献,而这个时期应也与授予香港特别行政区永久性居民身份所要求的时限一致。^④

原讼法庭认为,基本法第 36 条指出福利权并非绝对的而是应“依法限制”的权利。有效的福利体制应当是与时俱进的,受制于具体的社会经济条件,福利体制既可能变得更加“慷慨”也可能变得更加“吝啬”,若出现后一种情形,则福利权会遭到某种程度的限制甚至削减,^⑤这也是法官将基本法第 36 条与第 145 条一并解释的结果。正是基于前述理由,原讼法庭选择了谨慎干预政府决策的立场,现有福利体制是否得到了发展改进应由政府自行判断,法院不宜处理此类问题。^⑥本案上诉法院也将基本法第 36 条和第 145 条合并解释,认为社会福利权这项权利本身即包含着资格限制的要件,只要资格限制的要件是合法的而没有构成歧视即可。^⑦

但终审法院认为上诉法院的合并解释无疑留给行政机关制定社会

^① 基本法第 36 条规定:“香港居民有依法享受社会福利的权利。劳工的福利待遇和退休保障受法律保护。”第 145 条规定:“香港特别行政区政府在原有社会福利制度的基础上,根据经济条件和社会需要,自行制定其发展、改进的政策。”

^② Kong YunMing v Director of Social Welfare, HCAL 127/2008 para25, 87 香港政府对领取“综援”的资格要件即居住年限经历了从 10 年—5 年—1 年—7 年的调整,可见此要件是伴随香港社会经济政策和社会需要而不断变化的。早在 20 世纪 70 年代,居住年限的要求曾降低至 1 年,从而引发如此担忧,低准入的公共援助会导致大量内地移民涌入香港,社会服务的发展将会受到汹涌移民潮的挑战。

^③ Kong YunMing v Director of Social Welfare, HCAL 127/2008 para26, 43 该项报告提出了一个综合性的人口政策以适应香港长期的经济社会发展,同时亦要满足社会不同人群的利益诉求。

^④ 基本法第 24 条:“香港特别行政区永久性居民为:……(四)在香港特别行政区成立以前或以后持有有效旅行证件进入香港、在香港通常居住连续七年以上并以香港为永久居住地的非中国籍的人……”

^⑤ Kong YunMing v Director of Social Welfare, HCAL 127/2008 para48.

^⑥ Kong YunMing v Director of Social Welfare, HCAL 127/2008 para56, 57, 61.

^⑦ Kong YunMing v Director of Social Welfare, CACV 185/2009 para51, 72-74.

福利政策巨大的空间,使得行政机关能够自由确定获得任何福利所应具备的资格准入或限制性要件,只要行政机关确定的要件不构成歧视即可,对基本法第36条的此种解释可能导致基本法第25条所保护的平等权从社会福利权利中完全剥离出去。^①在后来的游文辉诉社会福利署案中,基本法第36条根本没有得到讨论,法院而是将审查重点转移至基本法第25条所规定的平等权。表达了前述担忧后,终审法院运用比例原则审查七年居住时限认定该限制性要件对1997年业已存在的福利权的削减“明显没有合理的基础”,而且与移民制度促进家庭团聚的目标相悖。终审法院还认为政府在本案中未能提供足够的证据证明,此项政策调整真正有助于维持香港的社会保障制度在财政方面的可持续性。

三、香港法院司法审查的内容及其限制

(一) 司法审查的路径

基本法第11条第2款规定:“香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触”,它建构了以基本法为最高规范的法规范阶层,为基本法和特别行政区法律的关系提供了宪制性依据,根据该规定,法院审查特别行政区立法机关制定的法规,应以基本法为依据,但基本法第11条第2款只是抽象地说明特别行政区的法律不得与基本法相抵触,至于一旦此种“抵触”发生后的后果,基本法第11条第2款并未作进一步规定。基本法第158条第3款规定:“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大常委会对有关条款作出解释”,这一规定与基本法第11条第2款同样具有表面简单但内涵晦涩不明的特点:在表面上,如果香港法院在审理案件

^① Kong YunMing v Director of Social Welfare, FACV NO. 2 OF 2013 para32 同样有学者认为将基本法第36条与基本法第145条合并解释这一方法将导致基本法第36条作为基本权利条款的重要性减弱。Karen Kong, Adjudicating social welfare rights in Hong Kong, Int J Constitutional Law (2012) 10(2): 591.

时,遇到不属于特别行政区高度自治范围内的事务,即应在作出终局裁判前由终审法院提交全国人大常委会解释;但这一规定隐含着特别行政区高度自治权的范围、香港司法独立与国家主权的张力等一系列复杂的政治问题,也包含着两大法系解释方法、司法规则的冲突等法律上的棘手问题。

终审法院为解决上述问题,在“吴嘉玲案”中,提出了两项条件:(1)“类别条件”,即需要提请全国人大常委会解释的基本法条款关乎中央人民政府管理的事务或关乎中央和特区的关系;(2)“有需要的条件”,即当终审法院在审理案件时,有需要解释这些条款,而这些条款的解释将会影响案件的判决。终审法院在该案中还给出了判断上述两个条件是否满足的方法:(1)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;(2)终审法院先判断某条款是否符合“类别条件”,只有符合“类别条件”后,终审法院才进入对“有需要条件”的判断;(3)两项条件都符合后,终审法院再向全国人大常委会提出释法请求;(4)全国人大常委会对于某条款的解释是特定的,而非一般性的结果,^①从上述判词可以看出,终审法院实际上在尽力避免将案件所涉的基本法问题提交全国人大常委会解释。因此,直到2011年,终审法院才在“刚果(金)案”中第一次提请全国人大常委会释法,这也是迄今为止唯一一次由终审法院主动发起的人大释法。在终审法院决定提请人大释法的初步判决书中,多数意见在“吴嘉玲案”的基础上又提出了新的观点,除重申“吴嘉玲案”提出的两项条件外,还提出在基本法某条款符合“类别条件”和“有需要条件”时,还需判断是否符合“可争辩性条件”(arguability),即有关理据又是“可争辩的”而非“明显地拙劣”。^②可见,终审法院在实践中发展形成的三项标准对第158条第3款作了相当狭义的解释,在“类别条件”、“有需要条件”和“可争辩性条件”的严格限制下,对于绝大多数被质疑违反基本法的法规是由终审法院自行决定审查的,终审法院对其到底是否符合基本法进行判断。

^① Ng Ka Ling & Others v Director of Immigration, FACV14/1998 paras89-93.

^② DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO AND OTHERS v. FG HEMISPHERE ASSOCIATES LLC, FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010 para398.

(二) 司法审查的类型化分析

1. 第一类案件:香港法院对基本权利限制的司法审查

一般而言,对基本权利的限制必须满足两个要件:第一,对基本权利的限制必须由法律规定;第二,限制基本权利必须为达至法律所述的合法目的之“必要”,该合法目的通常包括国家安全、公共秩序、维护道德以及保障他人的基本权利与自由等。对于这两个要件,香港法院运用灵活的释法方法对之加以运用使得香港人权保护处于能动的状态。

(1) 香港法院对“依法”限制的解释

任何施加于基本权利的限制必须由法律规定,基本法文本中有多处使用“法律”、“法律程序”、“依法”等表述,且含义并不清晰。该如何解释前述概念,香港法院发展出自己的见解,香港外籍公务员协会诉行政长官案中,当事人起诉行政长官推动的两项涉及公职人员任命和开除的法案《公务人员管理命令》和《公共服务条例》违反基本法第48条第(7)项和第103条,行政长官任命和开除公职人员必须经由法律程序而非行政命令。法官 Keith 认为,基本法第48条第(7)项中的“依照法定程序”与基本法其他条款中的“依法”需作出不同的解释,此处“依照法定程序”并非指“依照法律规定的法定程序”,而是结合基本法第103条指代“依照香港原有关于公务人员的招聘、雇用、考核、纪律、培训 and 管理的制度”。香港过去开除、辞退公职人员是由《英皇制诰》下英王以及殖民地条例规定,虽然香港原有的制度与如今行政长官通过行政命令来开除、任命公务人员具有宪制上的不同,但这并不意味着“维持旧有的体制”就必须要求新的体制一定得通过立法来决定。^①

在外籍公务员协会诉行政长官案中,法院结合基本法中的体制性条款对“依照法律程序”作出灵活、宽泛的解释,以维持基本法下香港新旧体制的平衡。但是后来在2005年的梁国雄诉行政长官案中,法院从人权保障的角度,将基本法第30条中的“法律”限缩解释为立法会制定的法律。该案中,当事人认为《截听条例》授权政府以行政命令的方式设立拦

^① THE ASSOCIATION OF EXPATRIATE CIVIL SERVANTS OF HONG KONG v. THE CHIEF EXECUTIVE OF HKSAR, para7, 10.

截电话的许可程序,无法满足基本法第30条规定的“依照法律程序”要件。法官Hartmann拒绝在本案中适用法官Keith在前述香港外籍公务员协会案中对基本法第48条第(7)项“依照法定程序”的解释,指出基本法第30条“依照法律程序”当基于隐私权做限缩解释,意指程序应由法律规定,以满足法律的确定性这一要件。^①

(2) 香港法院在人权保障领域引入“合比例性”原则

在基本权利保护领域,难免会出现基本权利因和其他社会价值相冲突而受到限制,在考虑一项限制是否为达致合法目的所必要时,法院须判断对受保障权利所施加的限制与所达到的目的是否相称。虽然比例原则与香港法院传统的司法审查理由有重合,但按照比例原则,法院需要评估决策者所取得的平衡,而非单纯考虑有关决定是否具有合理性。终审法院曾指出,虽然比例原则会因宪制性文件的文本表述、各司法管辖区宪法解释传统等因素而有所不同,但各地区所采用的比例原则本质上是相同的。^②1999年焚烧国旗案中,在面对将侮辱国旗、区旗的行为规定为刑事犯罪的法律是否违反基本法和《人权法案条例》保护的表达自由这一问题时,终审法院裁定将侮辱国旗、区旗的行为规定为刑事犯罪是对表达自由施加的有限度的限制,与所要达到的保护作为国家独有象征、作为特区特有象征的国旗、区旗目的相称。^③2005年梁国雄诉特别行政区案中,终审法院在考虑《公安条例》对和平集会权利的限制是否符合《人权法案条例》第17条的规定时,裁定警务处长为维护“公共秩序”对和平集会权利施加限制的法定酌情权符合比例原则。终审法院同时指出当宪制性文件中仅采用概括表述而没有指明施加限制可允许的具体目的时,法律需要额外考虑“目标是否具有足够的重要性以致有理据对基本权利施加限制”。^④在公法领域,尤其是在宪法层面,比例原则几乎已经扩展至保护包括自由和平等在内的所有个人权利,当个人的自由和平等与另一种法益发生冲突时,比例原则即得以适用。在后来涉及歧视女童的平等机会委

^① Leung Kwok Hung v HKSAR, HCAL 107/2005 para148-150.

^② Leung Kwok Hung v HKSAR, HCAL 107/2005 para34.

^③ HKSAR v. NG KUNG SIU AND ANOTHER, FACCC4/1999 para60.

^④ LEUNG KWOK HUNG AND OTHERS v. HKSAR, FACCI1/2005 para93-94.

员会诉教育署署长案中,教育平等委员会认为教育局分配二年级名额的政策违宪,这种分配将男女平分作为标准使得男生比女生进入二年级更有优势。法院运用比例原则对有损女童权利的歧视性措施进行了严格审查。^①

(3) 香港法院利用国际法、比较法资源来保障人权

97 后的香港法院以更加开放、能动的姿态在人权法领域使用国际法和比较法,诸如平等机会委员会诉教育署署长案中,基本法第 25 条、《人权法案条例》第 22 条、《公民权利与政治权利国际公约》第 26 条、《性别歧视条例》以及《消除对妇女一切形式歧视公约》得到适用;同志平权案中,当事人认为现行刑法中相关条款违宪,构成了以性取向为基础的歧视,损害了公民的平等权,基本法第 25 条、《人权法案条例》第 14 条、第 22 条、《公民权利与政治权利国际公约》第 2 条、第 3 条、第 17 条、第 26 条得到适用。此外,香港法院还大量引用国际条约监督机构的评论、香港政府提交给条约监督机构的年度报告、普通法国家如加拿大、英国、美国、澳大利亚、新西兰、南非的判例,国际裁决机构如国际法院的判例等,解释和适用《公民权利与政治权利国际公约》和《人权法案条例》。在某些领域,终审法院比海外判例走得更远,如在 2012 年的变性人结婚案中,终审法院明确拒绝英国法院在 Corbett 案中的判决,英国法院裁定繁殖性交是普通法下的婚姻构成之基础,因此只有生理因素才能成为评定某人性别的标准。但终审法院认为,随着时代变迁,此种婚姻构成论已不适合多元文化融合的香港,除了繁殖这一要素,在考虑和评定性别身份时,还应将生理、心理和有否进行过“变性手术”等因素纳入考量。^②

2. 第二类案件:涉及经济、社会、文化政策类的案件

(1) 医疗卫生体制

在霍春华诉医管局案中,当事人质疑 2003—2007 年期间公立医院增加非本港居民产科收费的若干项决定构成对内地妇女的歧视。终审法院采取了较为简单的判断方法:是否有合理的依据支持根据居留资格将妇

^① EQUAL OPPORTUNITIES COMMISSION v. DIRECTOR OF EDUCATION, HCAL1555/2000.

^② W v. THE REGISTRAR OF MARRIAGES, FACV 4/2012 para90.

女分为 A1(本港妇女)和 A2(非本港妇女)两组?最后终审法院以公共资源的有限性、香港社会福利体制的延续性、市民享有的经济、社会、文化权利需受到一定程度的限制、内地妇女的人数对香港本地居民的影响等因素为由认定作出这样的区分是合理的。^①在此案中,终审法院还详细阐述和引用了“酌情判断余地”原则,法院指出酌情判断余地原则关乎行政与立法机关不同的宪制角色,关乎国家社会经济政策的事宜主要由行政或立法机关负责,若当局面临多个可供选择的合理解决方案时,法院不宜代替行政或立法机关作决定,除非选择的方法明显不具有合理性。实际上,法院对立法和行政机关所作判断的尊重程度,因个案而异,取决于争议问题的性质。^②

(2) 社会福利体制

与霍春华诉医管局案不同,在孔允明诉社会福利署案(前文已经介绍)中,原讼法庭法官 Andrew Cheung 并未对经济社会权利的限制采取传统的司法审查,而是主张将基本法第 36 条规定的福利权结合第 145 条进行解释。^③在此基础上,法院认为根据基本法第 145 条对政府政策进行较弱形式的司法审查,尊重行政部门对社会经济政策的决定。上诉法庭在合并解释的基础上指出福利权这项权利本身即包含着资格限制的要件,但资格限制的要件必须是合法的而不应当构成歧视。^④对此,终审法院认为合并解释无疑留给行政机关制定社会福利政策巨大的空间,行政机关能自由确定获得任何福利所具备的资格或限制性要件,只要不构成歧视即可,此种解释可能导致基本法第 25 条保护的平等权从社会福利权利中剥离出去。^⑤最终,终审法院运用比例原则审查七年居住时限,认定该限

^① FOK CHUN WA AND ANOTHER v. THE HOSPITAL AUTHORITY AND ANOTHER, FACV10/2011 paras58, 89.

^② FOK CHUN WA AND ANOTHER v. THE HOSPITAL AUTHORITY AND ANOTHER, FACV10/2011 Paras63-64, 74-75.

^③ Kong YunMing v Director of Social Welfare HCAL 127/2008, paras36-51, 65, 135.

^④ Kong YunMing v Director of Social Welfare, CACV 185/2009 para51, 72-74.

^⑤ Kong YunMing v Director of Social Welfare, FACV NO. 2 OF 2013 para32 同样有学者认为将基本法第 36 条与基本法第 145 条合并解释这一方法将导致基本法第 36 条作为基本权利条款的重要性减弱。Karen Kong, Adjudicating social welfare rights in Hong Kong, Int J Constitutional Law(2012)10(2): 591. 在后来的游文辉诉社会福利署案中,基本法第 36 条根本没有得到讨论,法院而将审查重点转移至基本法第 25 条所规定的平等权。

制对 1997 年业已存在的福利权的削减“明显缺乏合理基础”，而且与移民制度促进家庭团聚等目标相悖，^①因而法院最终裁定此项政策调整违反基本法。

(3) 教育体制

天主教香港教区诉律政司司长案，起因于 2004 年香港《教育条例》经过第 40 条 BK(2)项、(3)(a)项和 BU(2)、(3)项的修订，改变了学校的管理方式，规定每间资助学校草拟规管校董会运作的章程，并提交教育局常任秘书长批准，且校董会须注册为法人团体。法团校董会需按照办学团体制定的抱负及办学使命，以及依据办学团体草拟章程管理学校。^②天主教香港教区认为前述修订条款并没有建基于“原有教育制度”，而是引入了崭新的与原有教育体制无关的“新政”，违背基本法第 136 条第 1 款，即“香港特别行政区政府在原有教育制度的基础上，自行制定有关教育的发展和改进的政策，包括教育体制和管理、教学语言、经费分配、考试制度、学位制度和承认学历等政策”；并损害了基本法第 141 条规定按照“原有办法”自主办学的权利。^③终审法院认为天主教香港教区主张的“按照原有办法办学”并非一项实际的宪法权利，否则每当政府推行教育政策时，需先向学校咨询，以确定政府制定的政策是否与其原有办法相容而不冲突，如此基本法第 136 条就成为毫无意义的一纸空文。^④第 141 条第 3 款“按原有办法”应置于第 141 条宗教自由内进行整体解释，旨在使宗教自由成为一项实际权利，故第 141 条第 3 款应解释为宗教组织在“在涉及行使宗教信仰及宗教活动自由的权利范围内，可按原有办法继续办理”。^⑤而 2004 年香港《教育条例》中的措施并不涉及任何“宗教内容”因而不构成违反基本法。

^① Kong YunMing v Director of Social Welfare, FACV NO. 2 OF 2013 para87-119.

^② 第 40 条 BK(2)：“学校的办学团体须向常任秘书长呈递建议的法团校董会的章程的草稿”；(3)(a)项：“根据第 2 款作出的呈递须（如属资助学校）在 2011 年 7 月 1 日前作出”；BU(2)项：“学校的办学团体须向常任秘书长呈递：(a) 建议的法团校董会的章程的草稿；及 (b) 根据第 11 条提出的学校注册申请”；(3)项：“根据第(2)款作出的呈递须：(a) 在不迟于预计开课日期前 6 个月作出；或 (b) 在常任秘书长以书面批准的较后日期或之前作出。”

^③ 基本法第 141 条规定，“……宗教组织可按原有办法继续兴办宗教院校、其他学校、医院和福利机构以及提供其他社会服务……”。

^④ Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, FACV No. 1 of 2011 paras66-70.

^⑤ Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, FACV No. 1 of 2011 paras76-79.

(4) 小结

前述案件多涉及香港法院对基本法的经济社会体制性条款的解释,在霍春华诉医管局案中,终审法院阐述和引用了“酌情判断余地”原则,指出关系国家社会经济政策事宜应由行政或立法机关负责。在天主教香港教区诉律政司司长案中,法院对基本法第136条所要求的“建基于原有教育制度”亦作出宽泛的解释,除非新的政策会导致重大改变或废弃原有的制度,否则不应禁止。^①但法院并非在所有体制性案件中都援引酌情判断余地原则而选择尊重立法或行政部门的决定。以个人权利为基础进行司法审查,干预立法或行政部门的政策,在孔允明诉社会福利署案中,终审法院的判决可以看出这一倾向。

3. 第三类案件:政治性案件的司法审查

本部分内容具体参见下一部分“司法扩权与香港法院的宪政地位”。

(三) 基本法第158条:基本法解释机制与人大释法

根据基本法第158条,基本法解释权属于全国人大常委会,同时人大常委会授权特区法院在审理案件时对基本法关于特区自治范围内的条款进行解释,并授权特区法院可以有条件地解释基本法其他条款。从立法含义看,全国人大常委会的解释权是固有的,而香港法院的解释权是中央授予的。^②

1. 基本法第158条下的基本法解释权配置框架

基本法第158条对基本法解释权的归属和行使作了明确规定,基本法第158条第1款规定基本法的解释权属于全国人大常委会,这符合单一制国家的立法集中和法制统一原则,也保证了基本法在全国的统一理解和实施。^③基本法第158条第2款授权特区法院在审理案件时自行解释基本法有关特区自治范围内的条款,这里体现了对香港高度自治和保留原有法律制度的尊重,但对哪些条款属于“自治条款”,案件当事人、特区法院、特区政府和全国人大常委会可能有不同的理解。基本法第158条

^① Catholic Diocese of Hong Kong v Secretary for Justice, FACV No. 1 of 2011 paras 57-63.

^② 有学者批评指出香港基本法的解释机制不宜概括为双轨制或二元制,因为基本法的解释权属于全国人大常委会,而香港法院获得的解释权只能是来自全国人大的常委会的授权。邹平学:《香港基本法解释机制基本特征刍议》,载《法学》2009年第5期。

^③ 许崇德主编:《港澳基本法教程》,中国人民大学出版社1994年版,第67页。

第3款规定特区法院有条件地全面解释基本法,结合第2款理解,特区法院对“自治条款”外的“其他条款”也可进行解释,这说明特区法院在审理案件时可对基本法的全部条款进行解释,同时对香港法院的解释权进行了条件限定:特区法院需要对基本法中关于中央人民政府管理的事务或中央与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大常委会作出解释。许崇德教授认为此项限制的目的在于,香港法院享有司法终审权,对基本法作出的解释会伴随判决的生效而具有法律约束力,为了避免特区法院在对涉及中央利益的条款的解释与全国人大常委会不一致而需对终审法院施加限制。^①根据前述,人大常委会的基本法解释权是全面和无限的,香港法院的解释权必须予以一定的限制,事实上包括香港学者 Yash Ghazi 教授也接受了人大常委会解释权“覆盖基本法全部条款,因而是全面的;这一权力在无具体案件下也可使用”。^②香港终审法院在刘港榕案中亦承认全国人大常委会对基本法的解释权并不限于在诉讼中提请解释的情况。^③全国人大常委会对于授权特区法院自行解释的特区自治范围内条款是否有权解释,一般而言,人大常委会会进行自我约制,不对基本法中纯粹涉及特别行政区内部事务的条款作解释。

2. 基本法第158条的制度性漏洞

基本法第158条第3款规定特区法院有条件地全面解释基本法,终审法院在吴嘉玲案中给出了判断前述条件是否满足的方法:^④(1)在审理案件时,唯独终审法院才可决定某条款是否符合该条件;(2)终审法院先判断某条款是否符合“类别条件”,只有符合“类别条件”后,终审法院才进入对“有需要条件”的判断,两项条件都符合后,终审法院再向全国人大常委会提出释法请求。有学者认为在终审法院的实践中,吴嘉玲案的

^① 许崇德主编:《港澳基本法教程》,中国人民大学出版社1994年版,第69页。

^② Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong university Press, 2nd ed, 1999, p. 198.

^③ LAU KONG YUNG AND OTHERS v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV10/1999 paras57-63.

^④ NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 paras89,90.

做法更多地不是审查涉案的基本法条文是否有必要提交全国人大常委会解释,相反,更像为拒绝提交提供理由。^①当然为了避免前述“嫌疑”,在吴嘉玲案中终审法院花费了大量笔墨来论证所谓的“主要条款标准”,即当案件涉及两个条款需要解释时,X条款为自治范围内的条款,而Y条款为自治范围外的条款,X条款与Y条款之间存在关联时,首先要判断X条款与Y条款谁为主要条款,如果X条款为主要条款,则不需要提请,自行解释即可;如果Y条款为主要条款,则需要提请解释。^②正如陈弘毅教授所评论的,终审法院这一空穴来风的做法在基本法第158条第3款的规定中找不到任何依据,此举无疑违反了基本法第158条的字面含义和规范目的。^③

在庄丰源案和外佣居港权案中,终审法院都借助上述判断方法,认为案件涉及的相关条款并不符合“类别条件”,因而无须提交全国人大常委会解释。因此,直到2011年,终审法院才在刚果(金)案中第一次提请全国人大常委会释法,这也是迄今为止唯一一次由终审法院发起的人大释法。在终审法院决定提请人大释法的判决书中,多数意见在吴嘉玲案的基础上,除重申吴嘉玲案提出的两项条件“类别条件”和“有需要条件”外,还提出需判断争议条款是否符合“可争辩性条件”。^④可以想象的是,在“类别条件”、“有需要条件”和“可争辩性条件”的严格限定下,绝大多数涉及基本法解释的案件均可由终审法院自行定夺,不必提请人大常委会解释。从终审法院的判决表述来看,“唯有香港终审法院有权决定是否应当提请解释”,有学者将此权力概括为“提请解释判断权”。^⑤当人大常委会认为应当提请,而香港法院认为不应当提请时,是否会出现香港法院取代人大常委会扩大其解释权的结果,这一矛盾出现后,究竟如何解决

^① 祝捷:《香港特别行政区终审法院法规审查技术实践及其效果》,载《政治与法律》2014年第4期。

^② NG KA LING AND ANOTHER v. THE DIRECTOR OF IMMIGRATION, FACV14/1998 paras102,103.

^③ 陈弘毅:《终审法院对“无证儿童”案的判决:对适用〈基本法〉第158条的质疑》,载佳日思、陈文敏、傅华伶主编:《居港权引发的宪法争论》,香港大学出版社2000年版,第127页。

^④ DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO AND OTHERS v. FG HEMISPHERE ASSOCIATES LLC, FACV5/2010 para398.

^⑤ 曹旭东:《香港基本法解释制度的漏洞及填补——居港权案的再思考与刚果(金)案的新启示》,载《云南大学学报》2012年第1期。

和补救,基本法均未作规定。此外,并非每一起案件的终局判决都由终审法院作出,下级法院在作出终局判决前是否应将需要解释的问题提交终审法院,再由终审法院提请全国人大常委会进行解释呢?对这一问题,基本法也未作出任何实体上或程序上的规定。^①

实践中,全国人大常委会四次释法行为表明,特区法院的提请并非是全国人大常委会释法权行使的唯一路径,全国人大常委会也可以应国务院或委员长会议的提请启动释法程序。^②

四、司法扩权与香港法院的宪政地位

(一) 司法权的扩张及其对基本法体制的挑战

对香港司法权的研究,除了精研判例,构筑立足于香港社会本地实践的司法审查体系外,还应当在一国两制以及基本法安排的政治体制的宏观视角下进一步审视。基本法起草时,通过并最终确立了香港特区的政治体制是实质意义上的行政主导。最终颁布的基本法虽未在文字上明确,但制度设计和立法意图清晰、完整地体现了“行政主导”这一主题。具体说,基本法确立了中央对特别行政区长官的任命权,并赋予其实质的权力;同时保留立法会作为地方立法机关,保留香港法院系统并设立终审法院作为地方司法机关;通过确立行政长官以及行政会议的法律地位、特区政府与立法会的关系、行政长官对司法的制约等确保行政的主体地位。从实践来看,香港特区行政与司法的冲突也主要集中在香港法院对行政机关行政行为的审查权上,包括香港法院对政府行为及规章的审查、香港法院对政府提出经立法会通过的法案、财政案、人事案的审查等诸多方面。由于忽略或是误读了基本法立法原意,对行政与司法的关系未能精准把握,过分强调司法至上,缺乏对行政应有的尊重,致使司法呈现出一

^① 有学者认为对这一问题的缺乏规范并非当时的立法者意图缺失,而是立法者不想直接界定香港其他法院的司法管辖权,参见朱国斌:《香港基本法第158条与立法解释》,载《法学研究》2008年第2期。

^② 全国人大常委会1999年6月24日的首次释法《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》以及全国人大常委会2005年4月27日的第三次释法《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》都是应国务院的提请进行释法。全国人大常委会2004年4月6日的第二次释法《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》是应第十届全国人民代表大会委员长会议的提请进行释法。

种“过高的积极姿态”，甚至逾越了司法审查应有的界限，将“高度自治”变成了“绝对自治”。此时，作为特区权力架构重要组成部分的特区法院，在坚守司法独立，履行司法审查权，藉以维护法治和权利保障等原则的同时，如果没有对过度政治化的危险保持清醒认识，就很有可能对行政与立法的关系产生消极的影响。

就代议制机关与法院的关系而言，近年来越来越多地涉及立法权与行政权权限争议、立法会内部事项争议的案件诉诸法院，如2005年梁国雄诉行政长官案，涉及香港政府行政命令与立法会立法权限的冲突；2006年梁国雄诉立法会主席案，涉及修正案动议权、立法会议事规则是否违宪；2008年郑家纯、梁志坚诉立法会案，涉及立法会调查权；2009年陈裕南及罗堪诉律政司司长案，涉及《立法会条例》第25条及26条有关立法会选举团体投票是否违宪等，法院利用审理此类案件强化自身的基本法解释及基本法审查权能的趋势也不容小觑。

（二）基本法下香港法院对政治性案件的司法审查

香港政治问题进入法院的渠道十分宽广，当事人可在一般的刑事案件、民事案件审理过程中就案件隐含的政治问题提出抗辩。早在人权法案时代，李妙玲诉律政司案就缘于当事人通过一般的民事诉讼程序挑战功能组别的合宪性，该案三人合议庭中，法官 Litton 认为此案应该通过司法复核程序提出。^① 公民提请司法复核的法律依据包括《高等法院条例》第21K条以及《高等法院规则》第53号命令、基本法第35条。由于特区法院对于司法复核案件的受理较为宽松，导致很多政治争议进入法院，法院成为调整各种政治关系的第三方。让·希斯彻（Ran Hirschl）教授将“政治问题司法化”定义为“依赖司法机关来解决某些困扰一个政治体的、具有重大争议性的政治问题”，这类现象又可分为但不限于以下类别：（1）选举过程的司法化；（2）通常被视为立法机关或行政机关专属事务的司法化，如宏观经济规划、外交事务、国家安全事务的司法化；（3）政权更替事项的司法化；（4）转型正义（transitional justice）的司法化，通常指在社会经过政治制度的变革后，由司法机关来解决发生于旧社会的遗

^① Lee Miu Ling v Attorney General, CACV000145/1995 paras55-57.

留问题；(5)通过司法机关来处理政治体内的族群分裂、语言分裂、宗教分裂等问题。^①根据前述分类，香港法院更多面临的是第(1)类或第(2)类案件。

1. 香港法院介入立法会内部权限争议

香港立法会是基本法明定的行使立法权的机构，然而回归后围绕香港立法会权限的争议颇多。2008年郑家纯、梁志坚诉立法会案中，立法会委任调查委员会调查梁展文任职新世界地产有限公司和其他房地产机构时从事的工作是否与其曾任房屋及规划地政局常任秘书长、房屋署署长期间参与制定或执行的重大房屋、土地政策的决定有关联。调查委员会向郑家纯和梁志坚发出传票，要求其出席调查委员会的聆讯并提交相关证据和文件。本案争议的关键在于基本法第73条是否将权力授予了立法会下属的调查委员会？否定说认为基本法第48条和第73条对立法会的职权规定已经相当清楚，并没有授予立法会调查委员会传召权，故立法会此举为滥用职权；肯定说则认为立法会有权将其职权细化，交由下属机构行使，但权力的行使须受制于第73条第(1)至(9)各项职权。^②最后法院选择对“立法会”进行灵活、宽泛的解释，认为基本法并没有明确规定立法会必须作为整体来行使传召权。^③

当事人还根据《立法会条例》第9条第(2)项规定指出，即便调查委员会获得了立法会授权也必须在立法会决议明确规定的事项范围内行使传召权，即传召必须以立法会的决议为依据，否则构成“越权”。对此，法院援引2009年梁国雄诉立法会主席案中指明法院不能挑战议会自身事务，即使出现违反议会规则的事项，也只能由议会而不是法院来解决，法院对立法会制定的程序规则是否符合基本法的司法管辖必须受到一定限制。^④早在2006年梁国雄诉行政长官案，法院判决行政长官曾荫权签发

^① See Ran Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, edited by Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira, Oxford University Press, 2008, p. 119.

^② “郑家纯、梁志坚诉香港特别行政区立法会”研讨会综述，中国法学网：<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=20837>；王锴：《从“郑家纯、梁志坚诉香港特别行政区立法会案”看香港立法会的调查权》，载中国宪政网：<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=5782>。

^③ CHENG KAR-SHUN AND ANOTHER v. HON LI FUNG-YING, BBS, JP AND OTHERS, HCAL 79/2009 paras 79-88, 98, 105.

^④ CHENG KAR-SHUN AND ANOTHER v. HON LI FUNG-YING, BBS, JP AND OTHERS, HCAL 79/2009 para 217.

的《执法（秘密监察程序）命令》违反基本法，同时要求政府重新立法，不得以行政命令代替法律。^①而后，立法会主席范徐丽泰以立法修订意见不符合立法会《议事规则》为由驳回了反对派议员提出的立法修订案，梁国雄议员遂向高等法院提请司法复核，指控范徐丽泰引用《议事规则》，以涉及公帑开支为由，否决反对派议员提出的修订案这一做法违反基本法。此案带来的直接后果即是法院对立法会《议事规则》进行是否合乎基本法的司法审查，虽然当事人挑战失败，但香港法院利用审理司法复核案件强化自身“解释基本法”及“宪法复核”权能的趋势却不容小觑。后来在2014年梁国雄诉特别行政区立法会主席及律政司司长案中，终审法院根据议会特权原则，裁定立法会主席有权为立法会辩论设限和结束辩论，且指出立法会议员把对立法会《议事规则》和立法会主席决定的不满，皆依循司法复核来寻求救济的行为可能会严重损害立法会有序、有效、和平地议事运作。^②

2. 香港法院介入政治选举过程

近年来《立法会条例》第25条及第26条有关立法会功能组别选举的团体投票是否违反基本法问题以及特首选举结果是否有效问题等都曾诉诸法院。在陈裕南及罗堪诉律政司司长案中，上诉人以功能组别的团体投票有损基本法规定的永久性居民选举权和平等权为由提请司法复核。上诉法院根据目的解释指出基本法第26条是否允许团体在立法会选举中投票这一问题应结合基本法第68条及香港政治体制发展的历史沿革来理解，立法会功能组别为香港政改循序渐进、平稳过渡到普选中的一环。至于平等权，上诉法院认为团体投票的资格并不取决于财富或能力

^① Leung Kwok Hung v HKSAR, HCAL 107/2005 para148-150. 香港回归后立法会只通过了一部规管截听法例，该法律只对窃听电话的行为做了一些监察限制，没有涉及其他秘密监察方式，极不完备。后来，香港特区行政长官曾荫权签发了《执法（秘密监察程序）命令》，赋予香港四大执法机构（即廉政公署、警务处、入境事务处及海关秘密监察）权力。梁国雄议员就此入禀高等法院申请司法复核，要求政府立即取消行政命令，并颁布回归前立法局通过的“截取通讯条例”，对截取以邮递或透过电讯系统传送的通讯提供法律监管以保障市民通讯自由。

^② 在二读《2012年立法会（修订）条例草案》期间，全体委员会用了超过33个小时辩论两名立法会议员提出的1306项修订。大部分时间都是由无疑在使用拉布策略的议员发言，立法会主席以全体委员会主席的身份认为有关辩论未能达到真正目的，应该结束。LEUNG KWOK HUNG v. PRESIDENT OF THE LEGISLATIVE COUNCIL OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION, FACV1/2014 para19.

的多寡,而是某个团体被认同为社会中某个组别的主要成员,因此基本法第25条规定的平等权在此无法得到适用。^①

香港法院介入政治选举过程除司法复核途径外,还包括《行政长官选举条例》第32条规定的“选举呈请”等程序。香港特区第四任行政长官梁振英就在选举结束后被另一位候选人何俊仁向高等法院提交选举呈请,同时申请司法复核,要求推翻选举结果。原讼法庭以“选举呈请”与“司法复核”程序不得同时进行、“选举呈请”业已丧失时效为由拒绝批准其司法复核许可申请。^②但根据有关规定,终审法院可酌情决定是否受理司法复核案件的上诉及选举呈请的上诉。尽管何俊仁案有关争议点属于理论性质,但上诉委员会仍以案件涉及重大公共利益为由就“选举呈请”与“司法复核”两项程序的关系及《行政长官选举条例》第34条规定的7日期限是否违反基本法两项争议批准上诉。终审法院根据目的解释,认为“选举呈请”是质疑选举结果最主要最便捷的方法,立法者设计7日的紧迫时限也便于尽快处理对选举的质疑。选举呈请并非质疑选举结果的唯一合法程序,不排除其他质疑选举结果的方法,如司法复核等,不同程序基于立法者不同的制度设计,拥有不同的程序时限是合理的,应给予立法者足够的酌情判断余地。^③虽然终审法院以没有合理胜诉机会为由最终不受理选举呈请,但此案预示着法院在未来会更多地卷入有关选举的政治问题中去。

① CHAN YU NAM v. THE SECRETARY FOR JUSTICE, CACV2/2010 paras111.

② RE HO CHUN YAN, ALBERT, HCAL84/2012 para3,8.

③ RE HO CHUN YAN, ALBERT, FAMV21/2012 para38.

香港特区终审法院 在基本法案件中的司法定位

杨晓楠*

摘要:从回归后的吴嘉玲案开始,香港特区法院的判决不仅引发两地学界的关注,其在政治架构中的角色也逐渐为其他机构所认知。作为香港特区最高法院的终审法院在基本法案件中逐渐认识到自身的政治角色,不断通过司法判决完善其基本法解释方法,调整在本地政治框架中的定位。研究终审法院在基本法案件中的方法论变化,可以反映出终审法院在回归后司法定位的发展。

关键词:基本法 终审法院 全国人大常委会 解释 司法定位

回归后 18 年里,香港特区法院逐渐运用司法审查的权力或积极、或消极地介入政治性争议中,其判决时常起到激化政治矛盾或是平息政治风波的效果。现今,特区法院已然不再是普通法上传统的消极裁判者,不能在政治纠纷中扮演事不关己的角色。这并非香港独有的问题,在其他普通法国家,例如美国、澳大利亚,最高法院也不再避讳扮演某种政治角色,而且在司法实践中不断调整自身的司法态度和原则方法。

本文将探讨香港特区终审法院司法权的政治定位,这往往是容易被忽略或刻意回避的问题。终审法院作为基本法下的最高法院,在本地政治制度中与其他制度参加者——全国人大常委会、行政、立法、政党和公民社会之间保持着微妙的张力和联系。梳理基本法案件中终审法院的司法态度有利于更准确地定位其政治角色,推动香港政治的发展。

* 杨晓楠,大连海事大学法学院副教授,香港大学法学博士。

一、普通法传统下的司法角色

基本法第8条规定,香港原有法律,即普通法、衡平法、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。第84条规定,香港特别行政区法院依照本法第18条所规定的适用于香港特别行政区的法律审判案件,其他普通法适用地区的司法判例可作参考。香港特区保留的不只是原有的法律文本,还保留了原有的司法传统、司法原则和理念。普通法下司法角色认知给身处于“宪政新秩序”^①下的香港特区法官打上了深深的烙印。

(一) 传统普通法中的消极裁判者

普通法传统中的司法角色是一个消极的裁判者形象。这个“消极的裁判者”具有多重含义:首先,在对抗制诉讼中,司法机关的角色是居中解决争议。因此,真实的争议是案件存在的前提,法官不能虚拟案件的争议,也不能在诉讼双方中制造争议;不能审理无争议的案件,也不应给予咨询性意见。法官的判决内容甚至会受到诉讼律师水平的严重影响,“两造”律师对案件争议进行充分的讨论,在答辩中提供充足的援引案例清单和权威资料,重新阐释和理解法院判例中某一原则或者理论,这些往往会成为法院判决的第一手资料。因此,在一份精彩而重要的判决中,法官往往会不吝笔墨地感谢律师对判决作出的贡献。其次,在整个政治制度中,司法应该是一个消极的裁判者。司法机关尽量避免政治争议,不主动参与政治。如同《联邦党人文集》所述,司法机关是对人民而言最不危险的机关。^②在《联邦党人文集》时期,对于州政府而言,联邦司法机构也是联邦机构中最不危险的机关。马伯里诉麦迪逊案今天在全球范围内引发的效应远非美国的国父们和马歇尔等早期法官们所能想象得到的。

与美国不同,英国的政治制约部分来自于政治惯例,或者说中世纪

^① 佳日思教授区别回归后的香港政制,称为宪政新秩序,见佳日思:《香港的宪政新秩序》,香港大学出版社1999年版。

^② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1995年版,第390页。

(特别是光荣革命)以来积累的政治传统和民族特性。英国法院在这一制度下深知其角色的有限性,不会僭越立法角色,避免卷入政治纠纷,甚至不愿主动参与社会变革。因为这些在他们看来是立法者和政治机构的工作,这些机构与民意走得更近,制定政策更符合民主性要求。政府的问责性更主要源自长期以来的民主政治压力,司法制约在议会主权的英国要远远弱得多。英国法院只能根据法律,而不能根据宪法惯例审理案件,宪法惯例是规定政治秩序的有效工具。英国法官的角色是显而易见的,如果说法律之治是法院之治,那么,法院更愿意给予受损的权利救济而非创造权利。如果说英国的权利保护是普通法院至上的保护,那么英国法院更愿意去弄明白“法律实际上是什么”,而不是“法律应该是什么”。英国是实证主义的发源地,法院也在践行经验主义下的司法哲学。

这样的普通法传统下孕育着司法克制主义(self-restraint)的司法态度。相对于其他政治机构而言,这样的态度可以称为司法谦顺(judicial deference)或者司法谦抑(judicial passivism),谦顺于更民主的立法机关,甚至是产生更大效能的行政机关。英国是功利主义立法伦理的发源地,詹宁斯在《法与宪法》一书中把英国法院的特征归结为三点:第一,法院从属于立法机构,因为法院的权力并不是来自于一部成文的宪法,而是由议会制定的立法赋予了法院权力。^①如果让法院挑战赋予其权力的议会,在逻辑上不能说得通。第二,司法机构独立于行政机构,但这并不适用于英国低等法院的法官。^②第三,司法以公开审理的方式行使职权。^③这些都印证了“消极仲裁者”的司法定位。

(二)司法审查中的“改进角色”

美国联邦最高法院1803年在马伯里诉麦迪逊案中建立了司法机关审查立法合宪性的先例,开始了分散式的违宪审查。法院作为审理案件(法律解释)的机关,要对在案件中适用的多个法律进行选择,如果两部或多部法律之间有冲突,必须选择适用其一。由于美国宪法的至上性,当它与其他法律冲突时,其他法律无效,宪法的效力从而得到确

① [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞译,三联书店1997年版,第166页。

② [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞译,三联书店1997年版,第170页。

③ [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞译,三联书店1997年版,第170页。

保。美国宪法是美国的“高级法”，而英国议会的立法权并无区分，当然的“高级法”在英国并不存在。美国宪法修正案规定了公民基本权利条款，法院在审理案件时，直接适用权利条款来决定立法和行政法令的有效性。

与传统的英国普通法相比，这一图景中有两点值得注意：第一，一部刚性成文宪法的存在，而且宪法中权利法案可以作为司法审查的依据。或许在其他国家或地区不存在这样的“最高法”，但至少具有相似的宪法自足性，这才能允许法院在宪法没有明确规定的情况下自身发展出审查立法的权力。实际上，美国法院在这一点上已经走得很远，即便没有立法作为明确的诉因，美国法院可以根据 1971 年 *Bivens* 案^①建立的暗示诉因制度，在审理案件的过程中适用宪法条文，在其他法律缺位的情况下直接对宪法规定的基本权利进行救济。因此，宪法基本权利可以不以一般性法律为中介，直接获得司法救济。第二，在政治制度中存在着一种权力制衡的可能。司法权在以一种更为积极的方式对立法权和行政权进行审查时一定会遇到一些无法摆脱的诟病：例如僭越立法权的合理性、反民主悖论的质疑、人们传统观念中的司法消极形象等。在议会主权的制度下，那些支持司法审查的理论可能不太容易站得住脚，因为议会在立法方面的权力是不允许被挑战的。戴雪在《英宪精义》中经典地论述了议会主权的含义：议会拥有制定或者不制定任何法律的权力，既不存在竞争的立法权，也不存在任何其他机构能质疑这一立法权，或者推翻、废止议会制定法律的有效性。^②直到今天，在英国人权法和英国最高法院建立的背景下，英国司法机关想挑战这样的立法权威，依然是件非常困难的事情。这并非只发生在英国，大陆法系国家（例如法国）践行人民主权原则，也不能容忍法院肆意挑战立法的权威。法国行政法院只负责审理行政行为的合法性，而立法性行为的合宪性则由宪法委员会负责审查。在这种制度设计下，无论是大陆法系还是普通法系国家，即便法院在方法论上没有采取足以克制的态度，也至少在表面上不得不谦顺于其他政治机构。因此，司法谦顺和司法克制未必是两个可

^① *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U. S. 388 (1971).

^② [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版，第 156 页。

以等同的概念,不过现有的文献中并没有足够关注这两个概念所代表的司法定位差异。

二、基本法框架下的司法权定位

司法权在香港特区基本法中有明确的规定,相关条款如下:

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19条规定,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。香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书。

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。

第85条规定,香港特别行政区法院独立进行审判,不受任何干涉,司法人员履行审判职责的行为不受法律追究。

这些条文表述可以看出香港特区司法权有以下主要特点:

(一)司法权是一项与行政权和立法权相对的独立权力

尽管对于香港特区政治制度的设计初衷学者们曾存有争议,^①无论是“三权分立、行政主导”还是“三权分立、立法主导”,大家争论的焦点始终在于哪个机构在香港政制中起到主导作用,对于立法、行政、司法三权的分立是没有太多争议的,而且司法在政治体制中也不起主导作用。

基本法明确规定了独立的司法权,这里的“独立”实际上有两层含义:一方面指司法权并不隶属于行政权或者立法权,而是完全由特区法院独立行使。更深层次的“独立”是普通法制度下的基本原则,意味着法院

^① 曹旭东:“论香港特别行政区行政主导制”,载《政治与法律》2014年1期。

不受立法、行政等任何政治机构和其他机构、个人的干涉和干扰,免受外界的压力(无论是经济的、政治的或是个人的),^①独立地进行审判。

另一方面是指基本法建立了独立的司法区域,特区法院对本地案件享有不受其他国家、地区干涉的权力,独立地享有案件的审判权和终审权。特区法院的判决也具有终局性,不可上诉到中华人民共和国最高人民法院或其他地区的普通法法院。由于香港保持了传统的普通法制度,结合基本法第84条的规定,独立司法区域也说明了对香港特区法院而言具有约束力的法律和判例是地区性的,其他普通法地区的判决仅可以作为参考,并不具有当然约束力。

“独立”是否意味着这样的一项权力是一个完全的地方性权力呢?答案当然是否定的,在殖民地时期,香港的司法机关并不享有终审权,香港法院的司法权是中央权力的一部分,这一点显而易见。即便在回归后,香港法院享有终审权,司法权本身依然是一项中央事权,因为主权的交接并非在英国和香港地方政府间完成,而是在英国和中国政府间完成,行使的所有主权权力也应是由中国政府享有,再通过基本法赋权于地方,例如立法权,即便中央不会直接干涉地方自治的立法事务,但立法权本身通过中央制定的基本法授权,司法权亦如是。

(二) 司法权的实质是法院审判案件的权力

从基本法第19条和第80条都可以看出,司法权的实质实际上是案件审理的权力,即审判权。司法机关不是政策制定机关,而是纠纷解决机关。如果说司法机关在一定程度上监督其他机构,那么也必然以审判案件为前提,以给予当事人法律救济为目的。香港司法机关不应是一个政治机关,从基本法第158条来看,司法机关的法律解释权也是内在于其审判权的,并非一项独立的、自在的权力。

当然,如果司法权的实质在于案件的审判,一些对审判权的先置性限制就必然会存在,例如案件和争议(cases and controversies)的存在、诉因的形成、审判制度(上诉制度、合议制度、辩护制度和陪审制度)等对司法权的影响,以及非咨询性的司法功能限制。

^① Archibald Cox, *The Independence of the Judiciary: History and Purposes*, 21 U. Dayton Law Review 566 (1996).

（三）司法权与司法审查权的关系

就司法权的具体内容而言,香港特区法院的审判权和管辖权是否包括了所谓的司法审查权呢?我们还是应该首先厘清“司法审查”一词的确切含义。司法审查(judicial review)从语义上看只是指司法机构审查其他机关的决定。当然,与司法机关相对的其他机构主要指行政机关和立法机关,那么审查的对象可以是立法机关制定的法律和行政机关的行政行为(包括抽象行政法令和具体行政行为)。但是,在议会主权下,英国议会立法权是不能受其他机构挑战的,所以英国在历史上并不存在司法审查立法行为有效性的制度。1803年美国的马伯里诉麦迪逊案判决突破了传统普通法上的司法审查,包括了司法的合宪性审查和司法的合法性审查两部分,司法的合宪性审查相对于德国的专门法院制度和法国的宪法委员会制度往往被称为司法审查。

香港基本法规定,香港法院的审判权除了受到回归前的法律制度和原则的限制以及国防、外交等国家行为为限制外,并不受到实质限制。那么就要看香港法院的司法权在回归前到底受到何种限制。回归前的香港除了保持总督制下的行政主导制外,在法律层面基本复制了英国法。回归前的香港公法中,越权原则(*ultra vires*)是从英国普通法中继承的重要原则,法院可以审查行政行为的合法性。《王室训令》和《英皇制诰》被看作是殖民地时期香港本地的宪法性文件,《英皇制诰》第7条第1款规定,“总督在立法局的咨询和同意下,为本地的和平、秩序和良好管制立法”,这一原则并无法提供实质性违宪审查的标准,^①所以,司法机关只能够审查立法程序的合宪性,并不能审查实质内容的合宪性,回归前的香港法院并没有实际执行过司法的合宪性审查权。部分香港法律界人士认为香港人权法案(*Hong Kong Bill of Rights Ordinance 1991*)在一定程度上开始了司法的合宪性审查制度,^②但应该注意的是,人权法案在法律效力上并不具有成文宪法的优越性,人权法案第3条规定,“所有已有法例如果可以符合此条例解释的,按此种方式解释;所有已有法例不能按照符合此条例

^① Peter Wesley-smith, *Legal Limitation upon the Legislative Competence of the Hong Kong Legislature*, (1981) 11 *Hong Kong Law Journal* 7.

^② *R v Sin Yau Ming* [1991] HKLY 134.

解释的,不符合的部分无效”;而且,《英皇制诰》根据这一条款进行了修改。因此,根据人权法案对其他立法的审查实质上依然属于司法的合法性审查范畴,所依据的原则是新法优于旧法、特别法优于一般法的原则,而不是司法的合宪性审查。

虽然回归前并不存在有效的合宪性审查,但原有法律也没有特别限制香港特区法院在回归后不得享有此项权力。香港法院在吴嘉玲案中建立了司法的合基本法审查制度,尽管特区法院的合宪性审查权受到学者的持续质疑,但无论是何种类型,不能否认的是,特区法院在过去16年里利用司法审查权使其政治影响力日益加大。

三、香港终审法院司法定位的特殊性

在普通法制度下,判例在法律渊源中起到举足轻重的作用,上级法院的判例对未来下级法院和本级法院的相似案件都起到约束的作用。享有终审权的法院除了在争讼案件中享有最终的话语权,判决也对未来的相似案例起到规范性作用。不同时期的最高法院可能在法院席位分配、内部政治力量对比、司法态度等方面有较大的差异,在司法行为主义者看来,这种差异会直接影响法院的判决,尤其是具有政治敏感度的案件判决。

香港的回归和“一国两制”的实施也给香港带来了不可避免的本地特色,这些特色往往是被忽视的:

第一,基本法作为司法审查的最重要依据,基本法第158条规定的解释权是由香港法院与全国人大常委会共享的。虽然下级法院可能受到的压力要少一些,但终审法院不得不面对这个现实。全国人大常委会和终审法院的正面互动只有两次,但内地深受大陆法系传统影响,又具有社会主义法系特色,在基本法解释方法上可能与香港的普通法解释有较大差异。共享的基本法解释权对本地政局的重要性不言而喻。

第二,香港作为一个都市型独立司法区,土地仅有约1100平方公里,700多万人口,而在这样的城市里却有裁判法庭、区域法庭、高等法院原诉法庭、高等法院上诉法庭、终审法院等不同审级的法院。以最容易提出基本法诉求的刑事案件为例,在案件上诉至终审法院之前,案件可能已经

经由裁判法庭、区域或原诉法庭、上诉法庭三级法院审理，尽管我们说法院应保持独立的审判，减少外界对案件上诉审理的不当干扰。但是，法官并非生活在真空中，一些重要案件在上诉至终审法院之前已经经历了充分的本地发酵，很多法官不可避免地在媒体和下级法院对案件的评价中表现出某种态度，这一情况导致在华天龙号案件中出现罕见的极端状况。因此，法官也能较好地估计自身的判决可能带来的社会效应。与一个国家的最高法院受到的影响相比，香港终审法院法官受到的压力可能更大。

第三，香港法院的法官不可以在政治上参与政党活动，或者有不当的连带关系，这在香港法官行为指引中已经明确说明。香港法官行为指引的第76条和第77条规定：“法官应避免加入任何政治组织，或与之有联系，或参与政治活动，例如，法官应避免出席与政治有关的集会或示威活动。法官当然可自由行使选举权利。”“假如法官的近亲是政界的活跃分子，法官应紧记在审理这些案件时，可能会令外间认为有欠公允，那么法官便应考虑，是否需要取消自己聆讯那些案件的资格。”根据非全职法官参与政治活动的指引，法院不会给非全职法官安排司法审查的案件，而且以“适当的标准”——“社会上一个明理、不存偏见、熟知情况的人会否认为以有关形式参与有关的政治活动会影响司法独立或司法公正来评价法官是否可以参与审理案件”。因此，香港法官的政治倾向不会像其他国家法院那么明显，除了包致金法官这样较为极端的情况外，外界很难通过政治倾向对法庭内部进行保守派或者自由派的划分，而且人事变动上受到政党的影响也少之又少。

第四，香港法官在下级法院层面本地化程度比较高，而终审法院因有非常任法官和普通法法官制度，本土化程度远低于下级法院。根据香港终审法院条例第16条，上诉案件由终审法院首席法官、三名常任法官和一名非常任法官或者海外法官共同审理、判决。由于某一因由以致出庭聆讯上诉的常任法官人数不足，则首席法官须委派一名非常任香港法官代替一名常任法官参加审判。一些外国法官国家意识薄弱、归属感较差、本土意识不明，不仅可能造成下级法院和上级法院理解上的差异，也间接造成地方和中央关系上紧张等一些问题。法院组成带来的问题很少受到关注，但实际上这也是基本法司法适用的症结之一。

香港法院司法态度的外在表现则是法院判决,而判决背后的意识形态和组织制度是影响司法态度的重要因素。

四、几个代表性案件中的司法态度

(一) 吴嘉玲案、陈锦雅案

这两个案件是居港权系列案中最重要两个,是终审法院处理的第一个案件。在吴嘉玲案件判决中终审法院详细阐述了适用基本法的原则和方法,在马维骢案件之后终审法院表明其立场和态度。纵观居港权系列案件,时间跨度较大(从1999年的吴嘉玲案到2014年的外佣案)、案件持续时间较长,且案件之间的关联性较强,均涉及对基本法第24条的解释问题,这有利于考察香港法院解释基本法的立场和方法,也有利于香港法院建立自身的方法论。这些案件所涉及的利益问题复杂,不仅关乎特区政府管治,也关系到中央和地方的关系、香港和其他国家(菲律宾)关系问题。

1. 终审法院认为特区法院可以审查本地立法的有效性,超越了传统英国普通法下的司法审查。首先,终审法院认为,司法权的内容包括了执行和解释基本法,这里的解释基本法必然是附随于案件的司法解释权,不能进行抽象性或者规范性解释。尽管基本法第158条规定了法院可以解释基本法,但可以想象即使没有第158条规定,终审法院对司法权的认知也包括了法律解释权,这是与普通法下法院的角色认知一致的。在内地法律解释体制下,1981年《全国人大常委会关于法律解释工作的决议》规定的法律解释是一种规范性解释,法院解释仅限于中华人民共和国最高人民法院,而且这种解释是抽象性的,这是香港法院对人大解释认知的分歧之一。^①其次,吴嘉玲案判决中所指出的执行和解释基本法的结果是建立了一种合宪性审查制度。这一推理与马伯里诉麦迪逊案极为相似,香港法院面临基本法没有授予违宪审查权的事实,用一种“不言自明”的方式论证了审查权的合法性。对此,董立坤教授在文章中批评这种自设性权力混淆了中央和地方权力的关系,偏离了基本法所确立的行政主导制,

^① Yang Xiaonan, Legislative Interpretation by the Standing Committee of the National People's Congress in China, (2008) Hong Kong Law Journal 38.

颠倒了基本法与普通法的关系。^①

2. 终审法院“盲动地”宣称享有对全国人大及其常委会行为的合基本法审查权。终审法院否定了上诉法院在马维騫案中所表达的观点,即香港法院无权审查中央权力机关的行为是否违反基本法,认为香港法院的审查对象既包括香港立法,也包括中央权力机关就香港事务作出的立法行为。这一声称无疑反映出其过于急切地表明司法态度,表现出终审法院在第一个案件中的不成熟。作为一个地方性法院审查全国人大及其常委会行为的合法性,这一过高的定位来源于几个错误的认识:第一,错误地认识了香港地区整体性自治权的权力来源和“一国两制”的含义,香港法院在一定程度上认为自治权来自于《联合声明》这一双边条约所带来的主权转移,所以,国际义务和实现基本法的“承诺”可以作为衡量主权者行为的一个标准。然而,《联合声明》签署的背景是我国从未承认过的以半殖民地半封建社会下不平等条约为基础的主权实际转移。而“一国两制”是在“一国”下对国内政治制度的不同安排,并不存在两个主权体间的平等交易,也不存在可以超越国内主权者的国际条约。第二,错误地认识了全国人大的性质和法律法规审查制度。在一些外国学者眼中,全国人大被等同为议会,蔡定剑教授的《中国人民代表大会制度》一书也被翻译成《中国议会》,这是对全国人大权力的一种错误的认识。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会是主权机关,在人民主权理论下,这一主权者的权力实际上并不受到任何限制。在单一制下,全国人民代表大会是中国最高权力机关,并不存在与之抗衡或者制衡的任何权力。所以,即便在内地其他机构也不能质疑主权者的权力,全国人大常委会所进行的法规审查实质上是对行政法规(含)以下的规范性文件的合法性和合宪性进行抽象审查,而对全国人大本身的权力并没有设置审查机构。第三,对香港司法自治的错误认识,如果终审法院不是这样急于推翻上诉法院在马维騫案中的立场,而是以地方宪制角度对司法权进行定位,可能就不会得出这样错误的结论。香港的行政主导、香港行政机关与中央关系、自治权的授权理论、基本法第158条的规定都说明了香港法院根本不

^① 董立坤、张淑钿:“香港特别行政区法院的违反基本法审查权”,载《法学研究》2010年第3期。

存在审查全国人大及其常委会的权力。从法理上讲,基本法第158条规定的全国人大常委会的解释权是自足的、普遍的,而且要高于终审法院的,所以,如果香港终审法院对全国人大常委会审查,那么就会产生违反基本法第158条的规定来审查较高级解释者的悖论。

无论如何,吴嘉玲案判决的这一内容是极具危害性的,判决一出随即引发了四位曾任基本法起草委员会委员的著名法学者的猛烈批评。这一判决引发了几个直接后果:第一,在1999年2月26日,终审法院应律政司的要求罕有地就它1月29日的判词作出了“澄清”,在随后的16年里,终审法院再也没有过类似的行为,而且一直对此问题保持克制的态度,这也在一定程度上反映出终审法院认识到自己的第一次定位是有问题的。第二,全国人大常委会进行了第一次基本法解释。据当时估计,如按照终审法院的解释,在十年内会有约167万在内地出生的人有权到香港定居。换言之,香港的人口会增加四分之一。面对可能会有大量移民涌入香港的问题,香港政府无法解决,遂向中央人民政府求助,并由国务院按照立法解释的程序寻求全国人大常委会解释基本法第22条及第24条的相关条文。全国人大常委会在1999年6月26日通过了《全国人大常委会关于〈香港基本法〉第二十二条第四款和第二十四条第二款第(三)项的解释》。该解释实际上否定了终审法院在陈锦雅案判决中的解释,确定基本法中的有关条文应予以狭义的解释。因此,大量移民涌入的问题得以解决。但这种解释的路径是行政机关在法院败诉后选择的曲线方式,全国人大常委会并非主动进行解释,而是受到当地行政机关影响行使了基本法解释权,这使得本地学者对香港法院在本地政制中法律问题的终局性和政治地位产生了质疑,实际上有损香港本地对司法角色的信任。

3. 终审法院坚持以普通法的传统和既有的原则来解释基本法。尽管在马维騫案中,曾有法官怀疑基本法作为一个独特的文件(它一方面是国际条约的产物,另一方面又是中华人民共和国的全国性法律和香港的宪制性文件),宽松和目的论的解释方法不一定适用于基本法的每一项条款。但从吴嘉玲案的判决来看,终审法院已经完全肯定了采用普通法的原则来解释基本法的态度。终审法院认识到基本法的特殊性,同时

强调了与一般性法律相比,基本法的广泛性、概括性和适应性。因此,在这种情况下,终审法院认为,只“从字面上的意义,或从技术层面,或狭义的角度”来作解释是不可取的。进一步,终审法院认为,在解释基本法的时候应采取目的解释的方法,而考虑到其具体的目的,在解释基本法第三章权利条款的时候,采用了宽松的解释。这种宽松解释适用的条款是有限的,至于其他的条款,终审法院认为“只应参照任何可确定的目的及背景来考虑这些条款的字句”。立法目的应该源于三个途径:条文本身的性质、其他的相关条款、其他相关的外部文件或背景。条文本身的性质与语言的使用相关,与地区的常识相关,也与一定时期的共识性意见相关。其他的相关条款提供了一种系统的解释,即上下文之间的联系,整个篇章的设置,同一个主题的条款。这两种路径都是与普通法文义主义的传统相符的,也是最常见的法律解释方法。至于外部文件,与 *Sin Yau Ming* 相比,终审法院只是明确地指出了《联合声明》,对其他的没有具体说明。终审法院与 *Sin Yau Ming* 时期的法院所处的环境不同,如果说当时的香港上诉法院还有被枢密院纠正的机会,那么,作为第一次行使终审权的香港终审法院,它无疑知道自己在方法论上并不会受到其他机构的质疑或调整,为了希望自己能在第一份判决中确立长期适用并受到下级法院和共同体尊重的法律解释原则,终审法院在此方面是不遗余力的。终审法院对第 22 条和第 24 条解释运用了不同的方法,这并非简单的宪法解释方法的论证,终审法院在认识到第 22 条对第 24 条限制的情况下仍然对第 24 条进行了宽松的解释,导致吴嘉玲案的当事人不再需要受到内地的出境管治,实际上这一决定直接导致了人大的解释,人大解释在实际上否定了终审法院的理解,但人大常委会的解释是规范性的、抽象性的,虽然推翻了解释结果,并没有对终审法院的解释方法构成威胁。

香港终审法院在吴嘉玲案件中并没有太多时间去考虑或者预见判决可能带来的后果,就急于表述其司法态度,所以大多数学者认为这是一个不成熟的开始。这一匆忙表述立场可能出于几方面原因:在回归后新建立的终审法院需要说明其地位,马维骥案中上诉法院的司法态度过于保守导致社会中一些人士对回归后普通法下司法的独立性和香港法律体系的独立性产生质疑,而且香港终审法院本身司法哲学的成熟期也需要一

定时间和判例的考验,缺乏成文宪法审判的经验,也缺乏对地区政治制度和香港特区身份合法性的充分考虑。

(二) 吴恭邵案

吴恭邵案是香港的国旗案。与之前的居港权案不同,这是一个民主地区普遍性问题,美国的德州诉约翰逊案就是代表之一,国旗案在其他国家和地区都是争议很大的案件,不同的法院处理的方式和结果都不尽相同。与居港权案相似的是,这个案件并非一个独立地区的言论自由案件,国旗案涉及了中央和地方关系等复杂问题。

终审法院在国旗案中要处理的问题是:究竟合法利益是否足以构成充分理由将侮辱国旗和区旗的行为刑事化,从而限制表达自由? 1999年12月15日,香港终审法院在判决中推翻上诉法庭的判决,认为《公民权利和政治权利国际公约》中适用的“公共秩序”一词除了用 public order 外,还附有法文 *order public*,这一词汇的法语含义包括了为大众福祉和集体利益方面考虑的合理性。在香港,为了达到保护国旗和区旗的重大象征意义而对表达自由进行某些限制,正是公共秩序所需要的。

1. 该案涉及的内容十分敏感,而且该案发生在吴嘉玲和陈锦雅两案之后。终审法院认为,表达自由是民主社会的基本自由,也是文明社会及香港的制度和生活方式的核心。因此,香港法院对表达自由宪法性的保障必须采纳宽松的解释。然而,表达自由的权利并非绝对的,《公民权利和政治权利国际公约》第19(3)条本身也承认对它的行使可以予以某种限制。这一判决在一定程度上受到了全国人大常委会第一次解释基本法的影响,和刘港榕案整体谨慎的司法态度是一致的。这样说并不是因为法院最终支持政府将焚烧国旗行为入刑,而是因为法院通过扩张解释的方法解释了“公共秩序”一词。由于此案涉及的基本法、《公民权利和政治权利国际公约》和人权法案都规定了言论自由,对于言论自由的限制应该符合合宪性标准,通常被称为“对限制的审查”或“限制上的限制”。这种限制首先要以法律的方式作出,然后目的要具有合理性——国家利益、公共利益、其他人的同等权利等(“(甲)尊重他人权利或名誉;或(乙)保障国家安全或公共秩序、或公共卫生或风化”),然后要证明限制与目的的关联性——限制是符合目的的、对于目的而言限制是必要的。

终审法院采纳了比例原则对该限制进行推定。“公共秩序”实际上是属于合法目的的一种,但对于什么样的手段表达自由是符合公共秩序的、什么样的限制是符合维持公共秩序目的的,这是一个比较模糊的概念。终审法院扩展解释了“公共秩序”的结果实际上使得合理目的的范围扩大、限制与目的必要性原则的克减,简单而言,是对政府限制审查力度的降低。

2. 法院要审查的是《国旗及国徽条例》其实并非香港本地自行立法,而是根据基本法第 18 条制定的、用以实施基本法附件三《适用于香港的全国性法律》之一的本地立法,与此相关的全国性法律《中华人民共和国国旗法》中关于侮辱国旗的规定和该香港本地立法的规定是一致的。那么,如果终审法院宣布《国旗及国徽条例》违反人权标准,那么它也要决定一项由全国人大常委会制定并命令在香港实施的法规是否有效,而这正是中央所极力反对的、香港法院本身不具有的对中央立法进行审查的权力。在不成熟的司法定位受挫后,终审法院的谨慎态度是可以理解的。

3. 两个相关的后续案件也是值得关注的。在 2005 年的梁国雄案中,^①终审法院回应了上诉人提请审查《公安条例》相关条款是否违宪的要求。终审法院认为,《公安条例》第 14(1)、14(5)和 15(2)条赋予警务处长以“公共秩序”[public order (ordre public)]为理由限制和平集会权利所行使的酌情权,不符合“由法律规定”这个宪法要求,因为“ordre public”这个概念覆盖的范围太大,而且意思含糊,未能符合法律明确性原则。因此,对于《公安条例》规定的警务处长可以公众秩序、公共安全或国家安全为理由,禁止集会游行或对其施加限制,终审法院裁定其违反基本法。与吴恭邵案中法院认为保护国旗的利益符合立法机关“公共秩序”的范围相比,同一概念为什么不能作为行政机关行使酌情权的基础呢?部分差异在于对立法机关的审查权在于法院,而行政机关的酌情权属于行政机关,法院可以允许自身有较大的范围和空间,却不希望减少对实质行政行为的审查力度,所以,也可以看出,终审法院在与本地政治机构——尤其是行政机关互动中还是采取比较积极的态度。

^① Leung Kwok Hung and others v HKSAR [2005] 3 HKLRD 164.

2014年高等法院原诉法庭再次审理了国旗案^①,上诉人提出在吴恭邵案判决15年后(“法治精神受到威胁;政府高级官员腐败;公众对落实一国两制、高度自治、政制民主化和维护人权等事,有较大幅的信心下滑”^②),下级法院有足够的空间不依循该案的判决;“此外,跟合法限制人权有关的法律,也在这期间得到更透彻的讨论,令人觉得有与该案商榷的余地”。对此,原诉法庭法官认为尊重接受吴恭邵案件判决理由,亦受其约束。故此,不认为有需要或空间详细处理上诉方在这部分的陈词。他也认为,在基本法继续有效的情况下,看不到这样界定的公共秩序如何能被可改变的时局所影响。这也可以看出终审法院的司法定位对下级法院的影响。

(三) 庄丰源案

终审法院虽然受到吴嘉玲案的影响,但并未明确自身的司法态度,在一些案件中甚至表现出司法态度上的矛盾。与刘港榕案相比,庄丰源案社会影响是非常巨大的。现今香港很多社会问题,实际上都直接或间接地是由庄丰源案判决导致的。庄丰源案也是一个典型的居留权案件,庄丰源案与吴嘉玲案事隔两年,距离回归已经有4年的时间。2001年7月20日终审法院作出庄丰源案判决,法院对新的宪政秩序(包括自身在新的宪政秩序下所处的环境)有了更为清晰的了解,也对自身采取什么样的策略在新的宪政秩序下起作用有了更清晰的认识。毕竟在这个短短的两年中,终审法院经历了第一次宪政危机,也经历了全国人大常委会解释对其判决能起到的实质影响,这些是其在吴嘉玲案判决时不能预计的情况。

1. 对普通法上的“目的解释”和外部文献引用的厘清。终审法院认为,参照第24条第2款第1项的背景及目的来考虑这项条款所用的文字后,可见其含义清楚明确,就是在1997年7月1日之前或之后在香港出生的中国公民享有永久性居民的身份。这项条款的含义没有含糊不清之处。因此,在全国人大常委会没有作出具约束力的解释的情况下,法院无法基于“有关陈述”而偏离本院认为第24条第2款第1项的清晰含义,

^① 香港特别行政区诉古思尧及另一人,[2014]4 HKLRD 565.

^② 引自本案判决中被告的理据。

而以有关字句所不能包含的意思代之。终审法院详细说明了目的解释的使用,如果说吴嘉玲案的观察是通过文义主义的传统推论出来的话,这里的立场是再清晰不过地向每个人宣称普通法的继续适用,而且是英式普通法的继续适用。近乎宣称了一种文义主义传统的继续适用。终审法院的法官以及整个香港地区的法官是法律文本的解释者,而不是立法者主观意图的解释者,这个方法在本质上是文义的,这是终审法院在挣扎后对自身司法权的认识。

吴嘉玲案判决中没有详述参考文件的使用问题,终审法院在这里进一步作出说明。在确定立法目的的时候,终审法院无须过问立法者及翻查立法记录,主要是从条文的上下文理推断其立法目的。终审法院并没有列出一个长长的单子,相反严格将外部资料限制在基本法制定之前或同期存在的数据,即1990年前的资料。这一方面,终审法院并未完全遵照全国人大常委会的意见。英国的文义主义传统是受到议会至上的原则影响的,而香港终审法院在本地并不存在这样的顾虑,它所需要考虑的是中央与地方的关系以及如何在与全国人大常委会的解释之间达成一个平衡。值得注意的是,就在该判决作出之后第二日,全国人大常委会法工委发言人指出,终审法院的判决“与全国人大常委会的有关解释不尽一致,我们对此表示关注”。但是,人大常委会后来并没有采取进一步的行动去否定终审法院的有关解释,特区政府也愿意执行终审法院的判决,所以这个问题就不了了之了。^①

2. 对全国人大常委会释法内容效力的理解。政府代表律师指出,《入境条例》的有关条文与香港特区筹委会1996年的一份文件有关规定如出一辙,而全国人大常委会在首次释法中也表明筹委会此文件乃是体现基本法第24条各项规定立法原意的。但是,终审法院没有接受此观点。终审法院在排除了要对基本法条款提请人大释法并且在人大针对某条款已有释法的情况下,坚持用普通法的原则解释第24条,其引用普通法中有关判词的判案理由和附带意见的区分,来说明全国人大常委会关于筹委会此文件体现基本法第24条各项规定的立法原意的说法为类似

^① 陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社2003年版,第393页。

附带意见的言论,因而不具有拘束力。因为全国人大常委会在释法中要解决的是港人在内地所生子女的问题,而非在香港出生人士的问题。用普通法的方法来区分全国人大常委会基本法解释的内容,这在一定程度上表现出终审法院在方法论上仍有探索空间。和刘港榕案相同,宣示原则和附随意见本身说明了司法权在立法至上的情况下受到的限制,而这一限制并不适用于立法者本身,全国人大常委会作为中国最高立法机关之一,没有理由适用普通法下的方法论决定其解释的内容和效力、追溯力,所以,终审法院的这一推理在学理上也是站不住脚的。可以看出,终审法院依然在调整自身角色,努力在建立自身方法论、维持普通法传统、解决中央和地方张力之间达成平衡。

(四)刚果(金)案

2008年5月,美国FG以刚果民主共和国(简称“刚果(金)”)、中国中铁股份有限公司等公司为被告,向香港特区高等法院原讼法庭提起诉讼,要求执行在法国和瑞士作出的两项国际仲裁裁决。在案件审理中,刚果(金)声称香港法院对此案无管辖权因为被告作为国家应享有主权豁免。

该案件在终审法院初审时距离李国能法官刚刚卸任不到一周,新上任的终审法院首席法官马道立因为其妻子、高等法院上诉法庭的袁家宁法官审理了该案的上诉审(多数意见方)故回避该案审理,所以该案最终由2位非常任法官(梅师贤^①和马天敏^②)和其他3位常任法官组成,这个法庭的组成基本上是延续了第二阶段李国能法庭的主要成员,不同的是包致金法官在首席法官缺席的情况下成为该法庭最资深法官。

刚果(金)案中,中国外交部驻香港特派员公署分别在原审和上诉两个阶段向法庭发出函件,陈述了我国在主权豁免原则问题上的立场,认为我国一贯主张对外国国家及政府行为及其相关财产实行绝对豁免原则。由于中国签署了《2004年联合国国家及其财产管辖豁免公约》,该公约承认限制豁免原则,因此原审法官并不采信该函件的观点,在上诉阶段函件

^① 梅师贤在回归后绝大多数的基本法案件中担任了非常任审理法官,并起到了重要作用,参看报告附件四。

^② 马天敏法官也是自回归后1997年起一直担任非常任法官,审理了有争议的古思尧案。

解释了该公约在中国并未批准生效,因此中国坚持绝对豁免的立场未变。在终审阶段,特派员公署发出第三封信重申此观点,并说明这一原则立场延伸适用于香港。^①

2011年6月8日,香港终审法院作出临时判决,认为1997年回归之前香港适用的是英国普通法上的限制豁免原则,而不是国际法原则,至于回归后是否应适用、如何适用豁免原则应根据基本法第158条提请全国人大常委会解释。终审法院就基本法第13条第1款和第19条第3款涉及的、与“外交事务”有关的4个问题提请全国人大常委会解释基本法。这是香港回归近18年来,终审法院第一次也是唯一一次启用基本法第158条第3款规定的程序主动向全国人大常委会提请释法。最终,全国人大常委会在基本法解释中指出,绝对豁免原则也应适用于香港,香港法院对外国国家和政府的行为均无管辖权。^②

终审法院随后跟从全国人大常委会的解释作出了正式判决。这一判决是马道立法院的第一个比较重要的案件,涉及中央和地方关系条款,而且法院在回归后第一次动用基本法第158条程序提请中央解释,案件标的、影响和重要性都是毋庸置疑的。因此,一些学者也曾对此案进行过专门的分析,如秦前红、黄明涛《对香港终审法院就“刚果(金)案”提起人大释法的看法》,董立坤、张淑钿《香港特区法院对涉及国家豁免行为的案件无管辖权》等。

本案有几点是值得特别关注的:

1. 该案判决的合议庭内部分化比较明显。这是一个以3:2获得的多数判决,少数意见法官包致金法官和马天敏法官都发表了独立的反对意见,尤其是包致金法官的反对意见长达180段。这个案件与古思尧案的法庭组成完全相同,有两位非常任法官参加审理,在古思尧案中包致金法官代表法庭作出一致判决,梅师贤法官作出了同意意见。而在这个案件中,包致金法官在判决开始非常详细地阐述了反对意见,

^① 参见 Democratic Republic of the Congo and others v. FG HEMISPHERE ASSOCIATES LLC, (2011)14 HKCFAR 95。

^② 同上。另见《全国人大常委会关于〈中华人民共和国基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》。

马天敏法官的反对意见虽然论证理据与包致金法官的不同,但也写了较长的独立反对意见支持包致金法官的立场。包致金法官以其一贯的、较激进的自由主义作风成为终审法院比较稳定的少数派,在判决正文中,包致金法官甚至将提请解释认为是关乎整体法治、特别是司法独立存亡的问题,认为应通过忠诚地适用法律作出决定。他认为,香港采取什么样的豁免原则是普通法问题,无须其他机构(包括全国人大常委会)决定或解释。从这份非常长的判决可以看出,包致金法官认为司法豁免原则应由司法机关决定,香港普通法中的豁免原则是限制豁免原则,不适用商业交易。对于这点,梅师贤法官代表法庭的多数意见在判决中也写道“关于提请条款的‘可争辩性’下级法院意见不一致(2:1),终审法院的意见也不一致(3:2)”,而多数意见认为“明显的是可争辩的”。这也说明了法官的意识形态和政治立场可能导致法庭内部在一些法律论点上的差异,而且似乎这种学理上的差异是无法融合的,例如:对于是否口径一致的问题,包致金法官认为是无须一致的、梅师贤法官认为应该一致;对可争辩性的理解差异,而且双方引证的学理资料中都没有表现出对任何一方观点的明显性倾向。在这种情况下,司法态度比司法方法更为重要。

2. 再次阐述了与全国人大常委会基本法解释权的关系。首先,我们看一下刚果(金)案对吴嘉玲案确定的提请原则的理解。应该注意的是,无论是多数意见还是少数意见,在根本上都支持吴嘉玲案确定的类别条件、必要性原则。至于是否符合类别条件,法庭也都认可吴嘉玲案和刘港榕案判决确定的“主要条款测试准则”,也就是说并非在所有情况下当事人的提请都符合类别条件,只有审理案件的实质条款属于类别条款才符合条件。多数意见和少数意见的分歧在于,终审法院判决认为,只要案件符合类别条件和必要性条件,“而有关理据又是‘可争辩的’而非‘明显地拙劣’”,法庭就有责任提请全国人大常委会解释,而这个案件中不必处理主要条款测试准则的问题,因为适用的基本法第13条和第19条明显符合类别条件和必要性条件,因此提请解释。而包致金法官在反对意见中认为本案审理案件的最主要需要解释的条款不是范围外的条款,即使可以“争辩地”解释成“非范围外的条款”,依然无须提交。就多数判决反

映出来的司法态度来看,终审法院还是非常谨慎地处理了这个问题,因为如果涉及基本法第13条和第19条但不提请解释,很有可能再次引起全国人大常委会的解释。法院没有积极地处理其他问题,而是期待未来更适当的案件来处理主要测试条款。

至于提请人大常委会解释的程序和步骤,终审法院在裁决中认为应由律政司司长通过外交部驻香港特派员公署,提请全国人大常委会。对于全国人大常委会内部程序而言,解释草案由委员长会议提请审议,常委会组成人员进行了讨论,并征询了全国人大常委会香港基本法委员会的意见,对提请的问题作出了解释,这也是第一次完整地按照基本法第158条的规定进行了解释,其程序性的意义是非常重大的。但是,对于香港法院而言,还存在一定的程序问题,法院的判决没有清楚说明未来如果提请解释是否会因案件不同提请的机关也不同,还是均由律政司司长作为中介提请等问题,虽然不影响解释的实质内容,但法院可以通过未来的解释判例一并厘清。

(五) 外佣案

涉及外国人的居港权案件共有四件,四个案件都涉及基本法第24条第2款第4项关于外国人取得居港权身份的条款。其中 *Fateh Muhammad v Commissioner of Registration* 和 *Prem Singh v Director of Immigration* 这两个案件是在李国能法院时期的案件,外佣居港权——*Vallejos Evangeline Banao* 案^①、*Gutierrez Joseph James*^② 案申请居港权的主体是在香港从事家庭帮佣工作的外籍劳工和她们的子女们。

在 *Vallejos* 案中,终审法院详细分析了外佣雇佣计划(FDH)对工作签证的限制:不可更换雇主、两年后返乡续签、不得带家属等情况,认为要理解“通常居住”没有单一的意思,其含义根据不同的事实和法律语境有所不同,“自然、通常的语义只是解释这个词的出发点,而不是决定性的因素”,应考虑当事人的事实语境,而FDH计划并非属于“通常居住”的含义。这个案件值得特别注意的一点是,入境处在案件中提出了提交全国人大常委会解释的申请,因为1999年的人大释法第二段反映出立法原

^① *Vallejos Evangeline Banao* 诉人事登记处处长及人事登记仲裁处,(2013) 16 HKCFAR 45。

^② *Gutierrez Joseph James* 诉人事登记处处长及人事登记仲裁处,[2014] 17 HKCFAR 518。

意,政府律师提出如果法院利用普通法方法解释基本法不利于政府的话,就要求法院提请全国人大常委会解释基本法第 158 条中“全国人大常委会解释”本身的含义,以及人大释法中“说明部分”的效力。这一问题实际上在庄丰源案中已有提出,不过当时政府律师同意“说明部分”不具有约束力的观点,但在此案中提出不同的观点。终审法院再次重申了吴嘉玲案确定的类别条件和必要性条件,法院也重申了“可争辩性原则”,认为不具有争辩性会导致事实上的滥用,所有的争论最终都提交全国人大常委会解释。根据普通法原则,法院不能将司法审判权转委给其他机构,在这个案件中基本法第 158 条虽然符合类别条件,但却不符合必要条件,因此不必要处理“可争辩性问题”也不需要提请人大常委会解释。在本案中,法院认为基本法第 24 条第 2 款第 4 项的条文是非常清楚的,没有必要和法律依据援引其他外部资料解释这一条款,最终决定,上诉人不符合居港权的条件。

在 Gutierrez 案中,上诉人是在香港出生、长大的外佣孩子,终审法院解决的问题是上诉人是否能确立以香港为永久居住地,是否符合“通常居住”连续七年的条件。Prem 案中建立的原则并没有区分成人和儿童,独立地确认香港为永久居住地这一原则对于成人来讲比较容易确认,但是对于一个 10 岁的儿童而言是比较困难的情况,因为大部分情况下,儿童的永久居住地会跟随或者依靠他的父母或者监护人的永久居住地。终审法院认为,本案中并没有证据表示出上诉人本人或者监护人代表他或为他的利益而曾经作出任何安排,以确立他以香港作为永久居住地,所以终审法院认为,不能确定其有居港权。

从四个外籍人士居港权案件中可以看出:

第一,这四个案件跨度较大,但法庭成员的稳定性较高,而且除了 Prem 案件外,其他案件法院都没有支持外籍人士的居港权,与其他争议较大的基本法案件不同,终审法院在这四个判决中基本是保持一致意见,只有 Prem 案件中包致金法官提出了较为激进的观点,但同时他也说明赞同其他法官的判决看法,最后一个案件更是由法庭作出的一致判决,各位法官对判决均有贡献。

第二,这四个案件的共同点都处理了基本法第 24 条第 2 项第 4 项,

均处理了“通常居住”、“永久居住地”的问题,对于“通常居住”法庭在 Fateh 案中采取了一般性理解(即监禁不能属于“通常居住”),而在 Vallejos 案中又说明“通常一般含义只是起点,不是决定性的”,对于“通常居住”要采取语境解释,以至于可能在不同法律、不同环境下“通常居住”的含义是有所不同的,因此 FDH 不属于“通常居住”。虽然没有提及语境解释和文义解释使用的限制,但实际上已经对“通常居住”进行了比较弹性、灵活和个案性的解释,以这种理解方式,抽象性解释“通常居住”很难在司法适用中奏效,实际上将“通常居住”的理解变成一种附随式的解释。

第三,如果比较庄丰源案和 Gutierrez 案,我们可能发现终审法院在 Gutierrez 案中的解释是比较苛刻的,因为案件当事人在香港出生、长大、熟悉香港的环境,单亲母亲一方在香港长期居住,而且在其他国家和地区并没有熟悉的环境、朋友、语言,很难想象这样的当事人在申请时有除香港以外其他居住地的可能,但无论如何法院认为,应结合主观和客观标准,以客观条件排除了“永久居住条件”。而如果按照基本法第 24 条第 2 款的整体解释来看,“双非儿童”很难被认为有居住在香港的意图,对于第 24 条第 2 款第 3 项和第 24 条第 2 款第 4 项差别和要求的理解在具体案件中差别过大。当然,外佣是香港社会中比较特殊的群体,她们以极强的目的性生活在香港,就一般外佣而言并不能融入本地社会或受本地社会接纳。在菲律宾人质事件之后,香港和菲律宾的关系也比较紧张,而且外佣的数量极其巨大,以判决统计数据来看,到 2010 年 12 月 31 日外佣的数量达 28 万 5 千余人。庄丰源案判决的社会效果给法院的压力也是不能忽视的,再加入外佣的因素,会严重影响香港社会的稳定和秩序,这些都会成为影响终审法院判决的因素。

综合吴嘉玲案、刘港榕案、刚果(金)案、Vallejos 案的判决来看,终审法院在提交全国人大常委会解释基本法的问题上还是相当谨慎的,而且法院对于全国人大常委会解释的内容和效力的问题也没有直接回答,表现出终审法院在司法定位上逐渐成熟的方面。

(六) 综援案

2013 年 12 月 17 日香港终审法院作出了另外一个具有重要影响的判

决——孔允明案^①。正如 Cora Chan 教授所说,司法机关审查基本法关于社会权的决定一直都是争议较大的。^②孔允明于 2005 年 11 月获单程证来香港与丈夫定居,但她丈夫在其来港后翌日逝世。2006 年 3 月,上诉人申请综合社会保障援助(简称“综援”、CSSA),社会福利署署长拒绝其申请,原因是 2004 年 1 月 1 日起,所有综援申请人按规定必须是在香港居住满 7 年,而 2004 年之前,申请综援的资格是在香港居住满 1 年。上诉人就综援计划下的 7 年居港条件提出了司法审查,原审法院和上诉法院都认为该规定符合基本法,终审法院认为该项 7 年的居港规定违反基本法第 36 条的规定,一致裁定上诉人胜诉。

从行政与司法关系上看,这个案件是对司法定位的一个很好的检验。陈弘毅教授认为,在这个判决中,终审法院表现出司法积极主义的态度,因为基本法第 145 条是一个很难司法化的原则(涉及经济制度设计政府的义务是“道德的”和“政治的”),而将其解释成可司法化的条文——基本法第 36 条,实际上是扩大了基本法条文可司法化的范围。^③而且陈弘毅教授认为,就政府的立场来看,基于违反平等权的辩护会比基于社会权的辩护更为容易,前者是下级法院采取的态度,而终审法院完全没有处理这个问题而是集中在社会权方面,这让政府的辩护难度增加。^④叶保仁教授也认为,对于社会权利进行审查的合法性并不突出,因为很难认为法院比立法或行政机关处于更好的位置作出社会决定,所以,终审法院在这个案件中有自视过高的嫌疑。^⑤

在这个案件里面,法院解释了裁量余地原则在社会经济权利问题上的适用,“明显缺乏合理理由”是个比较低的审查标准。社会援助的居住标准在 1948 年建立的时候是 10 年,在 1959 年减到 5 年,1970 年减到 1 年,一直到 2004 年采取了新标准变为 7 年。这一标准也有三个例外的情况:18 岁以下的、在新规定之前已经是香港居民的、符合社会福利署长裁

^① *Kong Yunming v the Director of social welfare*(2013) 16 HKCFAR 950.

^② Cora Chan, *Kong Yunming v Director of Social Welfare*, Introduction, Cora Chan, *Hong Kong Law Journal* 2014, 44(1):1.

^③ 前注 119, 第 16 页。

^④ 前注 119, 第 17 页。

^⑤ Po Jen Yap and Thomas Wong, *Public Welfare and the Judicial Over-Enforcement of Social-Economic Rights in Hong Kong*, *Hong Kong Law Journal* 2014, 44(1):57.

量权的,所以,行政机关制定的新标准的对象就是新移民。当然,社会福利是个非常庞大的体系,除了综援以外,还提供着非常广泛的福利措施,包括了儿童福利院、养老服务、医疗康复服务等,其中最重要的是综援、公屋、医疗保障制度。至于什么样的服务属于基本法第36条规定的“社会福利”,法院认为至少综援制度是为了满足基本的生活需要(basic safety net needs),应该属于社会福利权的范围之内,至于其他的权利有待进一步讨论。而且,法院明确指出,医院、公屋等福利制度应采取不同的标准。但就实际社会影响来看,这一案件的实际效果是极大增加了可以获得综援的人群,影响了香港公共政策和福利制度的实施,与庄丰源案和外佣案相似,对本地的福利制度会有较大的影响。结合庄丰源案,双非儿童的母亲很有可能通过这个案例来香港定居,并申请综援,这对香港社会的福利制度未来可能是非常巨大的冲击。然而,司法判决的社会效果会有一些的滞后期,所以,司法的积极定位对社会的负面影响可能在一段时间后才慢慢显现出来,可能会造成传统香港本地人口和新移民之间更深层次的社会矛盾,并在其他的社会、政治纠纷中激发出来。司法机关作为一个政策制定者的角色往往被忽视甚至否认,但实际上,众多的司法审查案件已经把司法机关从传统的仲裁者的神话中解放出来,成为更积极的政策制定者。然而,司法的机制本身并非民主的,而且受到法庭组成、法官背景、法律职业共同体的价值取向等因素影响,特别是囿于判例制度,法院修订或推翻之前的判决受到一定的限制,所以,其政治性角色是饱受争议的。

结语

香港特区基本保留了回归前的司法体制,在组织机构上唯一重大改变是组建了终审法院。尽管香港司法机构的组织基本保持不变,但机构内部的人员已经完成殖民时代时代的必要转变。如何进行深入的司法改革,调整司法的人员、审级、上诉制度,一方面减少不必要的社会成本、追求司法效率,另一方面维护司法的独立性和社会公义,保持香港法院在世界普通法地区司法机构的影响力,这些都是香港特区法院的重要发展议题。

从一个更宏大的视角来看,香港特区法院如何推动香港的政治发展,

如何保障“一国两制”的顺利实施,这在今天似乎格外有意义,因为香港正在面临回归至今前所未有的政治难题,香港特区法院也正式脱离后殖民地初期进入全新的发展时期。任何新制度产生总难免伴随着不成熟带来的阵痛,香港特区法院是作为一个旁观者,还是以较积极的态度参与本地政治发展呢?我们当然不能想象香港法官有某种政治关系或政党关系,也不能想象法官积极投身政治讨论,或是主动给出咨询性意见,这违反了普通法制度下法官的基本定位,法官也没有合理的资质从事这项工作。香港特区法院可能会面临的是关于各种制度是否符合基本法的审查,而基本法的条文对此是模糊甚至是沉默的,而且中央和地方关系条款等例外情况也会涉及其中,香港法院在政治发展的新局面下调整其定位非常重要。例如,真正建立制度化的央地互动关系,完善自身的基本法解释方法,明确其在本地政治格局中的定位,在一些充满社会争议的案件中“不卑不亢”地实现司法角色,当然,还有对公民违法和抗法行为的日常监督,建立司法审查的教义学(例如政治性问题不审查等),这些将是香港特区法院对本地政治发展的积极作用。

香港特别行政区的 特委法官和暂委法官制度

张淑钿*

摘要:香港高等法院原讼法庭特委法官、原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官制度是回归前香港司法制度的构成部分,并在回归后得以继续保留适用。特委法官和暂委法官制度在纾解香港法院案件候审时间过长和构建法律共同体内的职位流动,建立全职法官候选人队伍方面发挥了重要的作用。根据香港条例规定,法定和推定同权同责,并允许存在法定例外是规范特委法官和暂委法官与同职位全职法官关系的基本准则,但在具体运作中,特委法官和暂委法官在受案类型、司法行为和委任程序上,有着自己独特的特点。

关键词:特委法官 暂委法官 法官委任 全职法官

在香港的司法制度中,特委法官是指香港高等法院原讼法庭特委法官,暂委法官包括香港高等法院原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官。作为香港司法队伍的重要构成,特委法官和暂委法官有着重要的作用。其一,它是沟通律师及其他法律行业与法官队伍的重要途径,是律师及其他法律从业人员在全职工作之外参与司法审判工作的重要途径,为构建法律共同体的重要制度;其二,它活跃在司法审判一线,承担着多种类型的案件审判工作,为缓解案件聆讯时间过长作出自己的贡献;其三,它是全职法官的重要来源,今天香港终审法院的全部法官均有过担任特委法官和暂委法官的经历。

但是,这支活跃在香港特区法院审判一线的法官却一直披着一层非

* 张淑钿,深圳大学法学院副教授。

常“神秘”的面纱。在法律渊源上,香港基本法没有特委法官和暂委法官的表述,但香港多项本地立法对特委法官制度和暂委法官制度进行了规范。在性质上,《香港高等法院条例》和《区域法院条例》规定特委法官和暂委法官行使着与同职位全职法官同等的权力和职责,显然其应属于基本法中的法官的系列,但在香港政务司的报告中,特委法官和暂委法官却被认定为基本法中的“其他司法人员”^①。在任免制度上,由于被定性为其他司法人员,因此特委法官和暂委法官的任免,不适用基本法第88条规定的法官任命制度,而适用基本法第91条规定的回归后予以保留的回归前任免制度,即特委法官由司法人员推荐委员会推荐并经行政长官任免,暂委法官(包括原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官)由终审法院首席法官自主任命。在公开程度上,香港司法机构网站上公布的法官及司法人员名单中,2009年才首次列出了特委法官的名单,但一直到今天,仍然没有公布高等法院原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官的名单。这不得不令人好奇,活跃于香港司法机构中的特委法官和暂委法官究竟是一支什么样的法官队伍呢?

除了香港大学许方中、普丽芬教授曾在其论文《基本法下的司法独立》^②中简单介绍回归后暂委法官制度的发展,学界对香港特委法官和暂委法官制度几无关注。为此,本论文以香港特区政府、法院和立法会等机构的公开文件作为研究的主要资料来源和研究基础。具体包括:(1)香港特区政府委任宪报。^③通过香港特区政府网站,收集到从2000年1月到2014年12月31日香港特区政府发布的涉及香港特区政府高等法院原讼法庭特委法官的委任和撤销委任宪报60份^④;原讼法庭暂委法官宪报836份;区域法院暂委法官委任、撤销委任和终止委任宪报1055份。

^① 《政务司司长就马力议员提出有关法官任命的回复》,香港立法会2006年7月12日会议过程正式记录,第83—84页。

^② 许方中、普丽芬:“基本法下的司法独立”,载香港一国两制研究中心主编,《香港回归十周年——基本法回顾与前瞻研讨会论文集》2007年,第172—191页。

^③ 数据来源:登陆香港特区政府官方网站“香港政府一站通”所设立的栏目“政府咨询及刊物——宪报”一栏中,以“特委法官”“原讼法庭暂委法官”和“区域法院暂委法官”为标题搜索政府委任宪报。

^④ 此外,香港《司法人员推荐委员会报告1997—2002》第4章公布了从1997年7月1日到1999年12月31日特委法官的委任情况,此期间,共发生10次委任和撤销委任行为,其中委任行为9次,撤销委任行为1次。

(2)香港法院判词。^①通过香港司法机构网站,截止到2014年7月25日,共收集到从1996年1月1日到2013年12月31日特委法官审理并作出的判决书626份,原讼法庭暂委法官审理并作出的判决书4400份,区域法院暂委法官审理并作出的判决书1101份。^②(3)香港立法会会议记录。通过香港立法会网站,收集立法会关于特委和暂委法官问题的会议讨论记录及各类回复。(4)香港终审法院司法文件。通过香港司法机构网站,收集终审法院有关规范法官行为的司法文件。(5)香港本地条例。通过香港律政司网站,收集香港本地条例中所有涉及特委法官、暂委法官以及同职位全职法官的立法条文。通过对上述资料的整理和分析,本论文试图对香港特区特委法官和暂委法官制度作一客观察。

一、历史发展中的香港特委法官和暂委法官制度

香港特委法官和暂委法官制度源自英国。“英国现代的司法体制包括任命的暂委法官和特委法官。”^③“这些法官的任职和再任职由作为司法机关的首脑的上议院大法官作出。”^④“这些兼职法官由律师担任,他们作为首席司法官或者类似职位的法官,每年开庭几周。他们负责审理较轻的案件,而且还构成选拔全职法官的候选人队伍。”^⑤香港回归前,作为英属管治地区,香港移植了英国的法律制度和司法体制,包括特委法官和暂委法官制度。

^① 数据来源:登陆香港司法机构网站,在“搜寻”一栏中输入“Recorder”或“特委法官”,“deputy high court”或“高等法院暂委法官”,“deputy district judge”或“区域法院暂委法官”,“搜寻选项”选择“审理法官”,并选择“判决书”项目进行搜索。

^② 本论文是以2014年7月25日香港司法机构网站上传的特委法官和暂委法官受理并作出判决书数量为统计对象。受制于司法机构判决书上传网络的时间,以及案件审理的时间限制,在不同的日期搜索的判决书数量是会有变化的。因此这些数据并不能完全等同于特委法官和暂委法官参与聆讯案件的全部情形。

^③ R. Stevens:“司法机关的独立性——以上议院大法官办公室为视角”,牛津:Clarendon 出版1997年版,第164—169页。转引自许方中、普丽芬:“基本法下的司法独立”,载香港一国两制研究中心主编:《香港回归十周年——基本法回顾与前瞻研讨会论文集》,2007年,第179页。

^④ D. B. Casson and I. R. Scott:“管辖下的司法独立——英国”,载 S. Shetreet and J. Deschenes 编:《司法独立:当前的争议》,Dordrecht:Martinus Nijhoff,1985,第147—148页。转引自许方中、普丽芬:“基本法下的司法独立”,载香港一国两制研究中心主编:《香港回归十周年——基本法回顾与前瞻研讨会论文集》,2007年,第179页。

^⑤ 韩苏琳编译:《美英德法四国司法制度概况》,人民法院出版社2008年版,第256页。

(一) 英治时期的特委法官和暂委法官制度

1. 高等法院原讼法庭特委法官制度的引入

是否在香港引入特委法官制度的讨论始于1991年,当时香港大律师公会提议参照英国的做法设立正式的特委大法官制度,以让私人执业大律师可以获委任为特委大法官从事兼职法官工作,定期在当时的香港最高法院审案。该提议获得了接纳。1994年7月6日香港立法局通过了《最高法院(修订)条例》,增补第4条“高等法院的组成”和第6A条“特委大法官的委任”。^①同年,《司法人员叙用委员会条例》将特委大法官增补为条例附表1中列举的司法职位。^②据此,回归前香港特委大法官制度包括:(1)委任程序。特委大法官经由香港司法人员叙用委员会推荐后,由总督委任。(2)委任类型。特委大法官的委任包括首次委任、再次委任和继后委任。(3)获委任资格。被委任的特委大法官需具备《最高法院条例》第9(1)或(1A)条规定的有资格获委任为最高法院大法官的资格。(4)权限。特委大法官与高等法院大法官同权同责。第二年,即1995年12月,港英政府委任了首批特委大法官。根据现有资料,首批获得委任的特委大法官有三名,分别是陈景生、邓国楨和黄福鑫,他们是回归前首批委任的特委大法官,也是回归前唯一一次委任的特委大法官。

2. 暂委法官制度的确立

(1)高等法院暂委大法官制度。经过1982年、1983年和1994年三次修订后,回归前香港《最高法院条例》第10条“暂委大法官的委任”^③确定了原讼法庭暂委大法官制度。当出现任何高等法院大法官职位因任何理由而悬空或首席大法官认为出于执行司法工作的需要时,香港最高法院首席大法官可直接委任暂委大法官。被委任的暂委大法官需具备《最高法院条例》第9条规定有资格获委任为最高法院大法官的资格。对暂委大法官的委任,可以是为了某宗或某类特定案件而予以委任,或为了某段指明期间委任,但无论基于何种情况的委任,首席大法官都可随时终止

^① 1994年第80号第3条、第5条增补。

^② 香港条例第92章《司法人员推荐委员会条例》附表1,由1994年第80号第12条增补。

^③ 《最高法院条例》(第4章)第10条“暂委大法官的委任”,1997年6月30日版本。

该委任。暂委大法官与高等法院大法官同权同责。

(2) 区域法院暂委法官制度。经过 1962 年、1974 年和 1981 年三次修订后,香港《地方法院条例》第 7 条“地方法院暂委法官”规定,在出现地方法院法官的职位因该地方法院法官死亡或其他原因而悬空;或地方法院法官因暂时患病或缺席以致不能执行其职责;或首席大法官认为委任适当的人出任地方法院暂委法官是适宜时,香港最高法院首席大法官有权决定委任地方法院暂委法官,并决定被委任的地方法院暂委法官的任期及终止其任期。暂委法官任期可以根据“首席大法官认为适当的其他期间而定”且“每项委任可由首席大法官在任何时间终止”。但首席大法官对于获委任暂委法官的任期的确定必须符合法定标准,即“直至该职位按照第 4 条的条文已获填补为止”或“直至原来的法官恢复执行其职责为止”。^①

(二) 回归后香港特委法官和暂委法官制度的演进

香港回归后,根据香港基本法第 81 条,特委大法官和暂委法官制度继续保留,但称谓予以调整。原高等法院特委大法官改称为香港高等法院原讼法庭特委法官;原高等法院暂委大法官改称为高等法院原讼法庭暂委法官;原地方法院暂委法官改称为区域法院暂委法官。

在立法上,回归后香港特区的特委法官和原讼法庭暂委法官制度与回归前的特委大法官和暂委大法官制度没有差别。但区域法院暂委法官制度分别于 2000 年 1 月 9 日和 2005 年 7 月 8 日作了两次修订,在以下方面发生了变化:(1) 暂委法官委任缘由。原立法中三种委任暂委法官的缘由合并为两种情形:即“任何区域法院法官的职位因任何原因而悬空,或终审法院首席法官认为为执行司法工作起见而需要暂时委任暂委法官”。(2) 暂委法官任期。修订后的立法不区分暂委法官委任的缘由,统一授予终审法院首席法官对暂委法官任期的完全裁量权,只要求是“任期只属一段指明期间”,并同时保留了首席法官对暂委法官委任的随时终止权。(3) 增加对暂委法官权力与职责的规定。修订后的立法增加了暂委法官与区域法官全职法官同权同责的规定,即区

^① 《地方法院条例》(第 336 章)第 7 条“地方法院暂委法官”,1997 年 6 月 30 日版本。

域法院暂委法官具有并可行使法官的所有司法管辖权、权力及特权,以及具有并须执行法官的所有职责,并明确了区域法院暂委法官与区域法院全职法官之间的关系。(4)增加了终审法院首席法官对委任区域法院暂委法官的附加权力。2000年的修订规定在不限制终审法院首席法官享有的委任权的原则下,终审法院首席法官还可仅为某知名的案件或指明类别的案件,或只为某一段指明期间而委任暂委法官。(5)增加委任资格的具体标准。修订后的立法对于可获委任为区域法院暂委法官的资格确定为“根据第5条有资格获委任为区域法院法官的人”。由于第5条为“区域法院法官的专业资格”,因此出任区域法院暂委法官的人必须符合出任区域法院法官的专业资格条件,才可以获委任为暂委法官。应该说,经过这两次实质性的修订后,回归后香港区域法院暂委法官制度趋于完整。

(三) 回归后特委法官和暂委法官制度实施的实证考察

根据对香港特区政府发布的有关特委法官和暂委法官的委任宪报进行分析,可以发现,回归后香港特委法官和暂委法官的人数以及年度委任行为均呈现整体向上情况。

1. 特委法官和暂委法官人数增加

《高等法院条例》没有对特委法官的委任缘由和员额作明确的规定,因此回归后高等法院原讼法庭特委法官的年度任职人数并不固定,跨度从8人到16人。其中特委法官在职人数最少的是2004年和2005年,均只有8名特委法官在职;人数最多的是2006年,有16名特委法官在职,其次是2005年有15名特委法官在职;人数较为稳定的是1997—1999年,2011—2014年,每年均有9位特委法官在职。总体上,原讼法庭特委法官年度在职人数基本保持在10人左右。(见表1、表2)

表1 高等法院原讼法庭特委法官年度在职人数

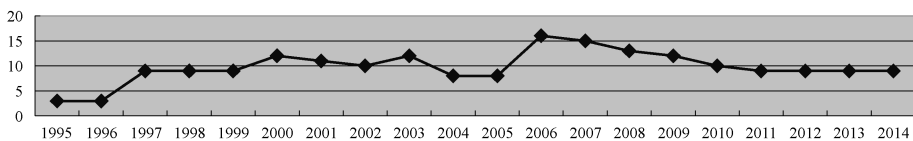


表 2 香港高等法院原讼法庭年度特委法官在任名单

年份	人数	委 任
1995	3	陈景生、邓国桢、黄福鑫
1996	3	陈景生、邓国桢、黄福鑫
1997	9	陈景生、邓国桢、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、罗正威、李义
1998	9	陈景生、邓国桢、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、罗正威、李义
1999	9	陈景生、邓国桢、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、罗正威、李义（至 99. 7. 18 止）
2000	12	陈景生、邓国桢、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、罗正威（至 00. 11. 30 止）、廖长城、李志喜、马道立、伦明高
2001	11	陈景生、邓桢、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、廖长城、李志喜、马道立（至 01. 12. 2 止）、伦明高
2002	10	陈景生、邓桢、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、廖长城、李志喜、伦明高
2003	12	陈景生、邓桢（至 04. 4. 1 止）、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、廖长城（至 03. 11. 30 止）、李志喜（至 03. 11. 30 止）、伦明高（至 03. 9. 4 止）、余若海、霍兆刚
2004	8	陈景生、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、余若海、霍兆刚
2005	8	陈景生、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、余若海、霍兆刚
2006	16	陈景生、黄福鑫、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇（至 06. 11. 30 止）、余若海、霍兆刚、冯柏栋、麦高义、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰
2007	15	陈景生（至 07. 11. 30 止）、黄福鑫（至 07. 11. 30 止）、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、余若海、霍兆刚、冯柏栋、麦高义、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰
2008	13	梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、余若海、霍兆刚、冯柏栋、麦高义（至 08. 12. 31 止）、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰
2009	12	梁冰濂（至 09. 11. 30 止）、郭庆伟（至 09. 11. 30 止）、骆应淦（至 09. 11. 30 止）、余若海、霍兆刚（至 09. 11. 30 止）、冯柏栋、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰
2010	10	余若海、冯柏栋、麦机智（至 10. 4. 11 止）、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰、黄旭伦、周家明
2011	9	余若海、冯柏栋、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰、黄旭伦、周家明
2012	9	余若海（至 12. 11. 30 止）、冯柏栋、何沛谦、翟绍唐、陈健强（至 12. 10. 31 止）、袁国强（至 12. 6. 30 止）、石永泰、黄旭伦（至 12. 12. 31 止）、周家明
2013	9	冯柏栋、何沛谦、翟绍唐、石永泰、周家明、鲍永年、黄国瑛、高浩文、何东鸣
2014	9	冯柏栋、何沛谦、翟绍唐、石永泰、周家明（至 14. 7. 31 止）、鲍永年、黄国瑛、高浩文、何东鸣

回归后原讼法庭暂委法官的年度在职人数也呈现整体上升趋势。从委任宪报看,原讼法庭暂委法官年度在职人数在 15 ~ 35 人之间。其中,原讼法庭暂委法官在职人数最多的年份是 2012 年,有 35 名暂委法官;人数最少的是 2010 年,有 12 名在职暂委法官。(见表 3、表 4)

表 3 香港高等法院原讼法庭暂委法官年度在职人数

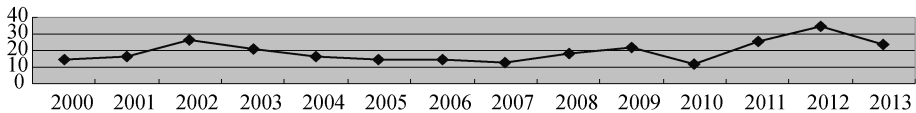


表 4 年度原讼法庭暂委法官在职名单

年份	人数	委 任
2000	15	龙礼、黄永辉、姬大维、杜滢峰、麦明康、邬礼贤、汤宝臣、朱芬龄、关淑馨、韩敬善、麦卓智、杜丽冰、韦理义、张慧玲、潘兆初
2001	16	龙礼、姬大维、杜滢峰、麦明康、邬礼贤、关淑馨、麦卓智、杜丽冰、韦理义、张慧玲、潘兆初、林文瀚、麦高义、Michael Bunting、张举能、冯骅
2002	26	龙礼、姬大维、杜滢峰、邬礼贤、麦卓智、杜丽冰、韦理义、张慧玲、潘兆初、林文瀚、麦高义、张举能、冯骅、王见秋、辛达诚、芮安牟、汤家骅、黄敏杰、彭伟昌、麦机智、韦毅志、郭霭诚、余若海、丁雅贤、赖磐德、Mr. AarifTyejee BARMA
2003	21	龙礼、姬大维、杜滢峰、麦卓智、杜丽冰、张慧玲、潘兆初、林文瀚、张举能、冯骅、彭伟昌、麦机智、韦毅志、郭霭诚、丁雅贤、赖磐德、Mr. AarifTyejee BARMA、何沛谦、潘敏琦、彭中屏、黄仁龙
2004	16	龙礼、姬大维、杜滢峰、麦卓智、杜丽冰、张慧玲、潘兆初、冯骅、辛达诚、彭伟昌、韦毅志、郭霭诚、潘敏琦、翟绍唐、陈江耀、梅贤玉
2005	15	龙礼、姬大维、杜滢峰、麦卓智、杜丽冰、张慧玲、潘兆初、冯骅、彭伟昌、韦毅志、郭霭诚、赖磐德、潘敏琦、陈江耀、梅贤玉
2006	15	龙礼、姬大维、杜滢峰、麦卓智、杜丽冰、张慧玲、潘兆初、冯骅、辛达诚、彭伟昌、韦毅志、赖磐德、潘敏琦、陈江耀、梁绍中
2007	13	龙礼、姬大维、杜滢峰、麦卓智、杜丽冰、彭伟昌、郭霭诚、赖磐德、潘敏琦、陈江耀、简士勋、夏利士、马永新
2008	18	龙礼、姬大维、杜滢峰、杜丽冰、彭伟昌、郭霭诚、赖磐德、潘敏琦、陈江耀、梅贤玉、简士勋、夏利士、马永新、黄国瑛、区庆祥、麦健涛、黄旭伦、蔡源福
2009	22	蔡源福、韦仕博、马永新、周家明、简士勋、包华礼、龙礼、麦健涛、陈江耀、杜滢峰、郭霭诚、潘敏琦、区庆祥、黄旭伦、赖磐德、彭伟昌、杜丽冰、夏利士、李瀚良、陈庆伟、梅贤玉、贝伟和
2010	12	龙礼、陈江耀、郭霭诚、梅贤玉、司徒冕、马永新、邓乐勤、杜丽冰、欧阳桂如、李瀚良、陈庆伟、高浩文

续表

年份	人数	委 任
2011	25	贝伟和、鲍永年、谭允芝、黄国瑛、郑若骅、龙礼、孙国治、杜丽冰、欧阳桂如、高浩文、梅贤玉、司徒冕、陈美兰、李瀚良、陈庆伟、邓乐勤、甄孟义、简士勋、陈江耀、韦浩德、郭霭诚、林云浩、陆启康、Mr. Anthony HOUGHTON、黄崇厚
2012	35	黄崇厚、贝伟和、黄国瑛、吴嘉辉、马永新、石仲廉、杜丽冰、谭允芝、彭宝琴、李瀚良、Mr. Antoon HOUGHTON、欧阳桂如、陈庆伟、孙国治、鲍永年、郭霭诚、陈江耀、陆启康、陈美兰、辛达诚、司徒冕、邱智立、施钧年、麦明康、郭美超、甄孟义、韦浩德、韦毅志、朱佩莹、梅贤玉、高浩文、胡国庆、郑若骅、简士勋、杨家雄
2013	24	麦明康、辛达诚、梅贤玉、马永新、黄国瑛、贝伟和、司徒冕、郑若骅、孙国治、陆启康、黄崇厚、彭宝琴、邱智立、郭美超、施钧年、朱佩莹、胡国庆、吴美玲、梁俊文、陈静芬、黄继明、李绍强、夏正民、林孟达

区域法院暂委法官的人数相对较多,年度在职人数在 17 ~ 43 人之间。其中,2006 年为在职人数最多一年,有 43 位区域法院暂委法官,次之是 2002 年有 42 位区域法院暂委法官;人数最少的是 2000 年,只有 18 位区域法院暂委法官在职。(见表 5、表 6)

表 5 香港区域法院暂委法官年度在职人数

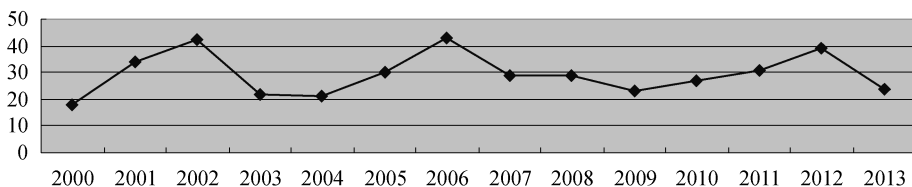


表 6 年度区域法院暂委法官在职名单

年份	人数	委 任
2000	17	祁雅年、陆啟康、唐文、何禧蓮、曾健仕、李素兰、钱礼、梁荣宗、阮伟明、简士勋、马保华、罗丽娟、鲍理贤、莊景杰、葛倩儿、练锦鸿、麦理庭
2001	34	钱礼、罗丽娟、葛倩儿、李素兰、鲍理贤、练锦鸿、唐文、曾健仕、麦理庭、马汉璋、祁士伟、郭伟健、简达仁、罗雪梅、李唯治、麦健涛、周绍和、杜大衛、叶佐文、郭啟安、罗德泉、韦达、黄一鸣、邓立泰、李慧思、麦业成、唐慕贤、陈江耀、文伟新、衛以寬、邱智立、余敏奇、莊景杰、沈小民
2002	42	陈庆伟、祁士伟、葛倩儿、周绍和、李慧思、莊景杰、余敏奇、罗雪梅、郭啟安、罗德泉、黄一鸣、邓立泰、唐慕贤、文伟新、衛以寬、沈小民、邱智立、阮伟明、李何禧蓮、曾健仕、鲍理贤、麦健涛、许肇强、黄丽君、艾家敦、施万德、周燕珠、黄笃清、林清培、朱佩莹、唐文、叶佐文、李素兰、李唯治、陈嘉信、彭中屏、胡雅文、周慧珠、麦理庭、苏绍聪、简达仁、郭天穗

续表

年份	人数	委 任
2003	22	马汉璋、吴蕙芳、黄一鸣、曾健仕、周燕珠、叶佐文、李唯治、李素兰、彭中屏、胡雅文、麦理庭、简达仁、许肇强、吴美玲、钱礼、林钜溥、黄崇厚、许家灏、练锦鸿、杜大衛、葛倩儿。唐文
2004	21	许家灏、许肇强、李素兰、黄崇厚、练锦鸿、杜大衛、葛倩儿、林伟权、劳洁仪、衛以宽、麦健涛、邓立泰、唐慕贤、李瀚良、陈振国、李唯治、陈庆伟、鲍理贤、胡周婉文、陈玲玲、文伟新
2005	30	李慧思、葛倩儿、邓立泰、黄一鸣、吴蕙芳、唐慕贤、李瀚良、鲍理贤、周婉文、陈玲玲、郭伟健、曾健仕、林钜溥、姚勋智、高劲修、劳洁仪、陈振国、马保华、吴承威、马汉璋、钱礼、胡雅文、祁士伟、黄敬华、叶佐文、麦理庭、陈仲衡、阮伟明、陈锦昌、艾家敦
2006	43	劳洁仪、杜大衛、莊景杰、郭啟安、邱智立、潘兆童、李素兰、钱礼、陈锦昌、陈家殷、黄一鸣、唐慕贤、吴蕙芳、梁俊文、黄汝荣、沈智慧、麦健涛、祁士伟、葛倩儿、陈美兰、区庆祥、叶佐文、黄永辉、黄笃清、周绍和、练锦鸿、沈小民、彭中屏、周燕珠、陈振国、严舜仪、游德康、黄崇厚、Mrs. Sharon Dawn MELLODY、罗雪梅、李唯治、邓立泰、阮伟明、陈庆伟、胡雅文、陈玲玲、张威达、马保华
2007	29	练锦鸿、陈锦昌、罗雪梅、李唯治、邓立泰、陈仲衡、阮伟明、文伟新、唐慕贤、曾健仕、陈玲玲、祁士伟、葛倩儿、钱礼、劳洁仪、潘兆童、马保华、郭啟安、黄敬华、严舜仪、沈小民、陈振国、姚勋智、周燕珠、叶佐文、林钜溥、杜大衛、林伟权、高劲修
2008	29	黄敬华、曾健仕、彭中屏、黄崇厚、陈振国、王兴伟、姚勋智、游德康、陈玲玲、葛倩儿、吴蕙芳、邓汉标、郭啟安、陈锦昌、嘉理仕、胡雅文、黄笃清、许伟强、阮伟明、马保华、沈小民、叶佐文、陈庆辉、陈仲衡、周燕珠、林伟权、彭耀鸿、郑淑仪、杜大衛
2009	23	黄敬华、郑明斌、黄崇厚、陈振国、李唯治、邓立泰、麦兆祥、姚勋智、陈玲玲、葛倩儿、徐伟南、郭啟安、林国辉、沈小民、叶佐文、陈仲衡、周燕珠、林伟权、祁士伟、胡雅文、岑炳生、陈锦昌、彭耀鸿
2010	27	林嘉欣、吴蕙芳、陈鸿兴、彭中屏、余啓肇、陈玲玲、葛倩儿、李庆年、陈宇文、雷健文、胡雅文、余敏奇、郑纪航、严舜仪、关兆明、杜淦堃、钱礼、杜大衛、欧阳浩荣、陈仲衡、梁国安、莫子应、阮伟明、徐嘉华、劳杰民、黄健棠、黄若锋
2011	31	郭啟安、余敏奇、严舜仪、陈嘉信、郭伟健、郑纪航、翁乔奇、劳洁仪、林伟权、阮伟明、周燕珠、劳杰民、黄健棠、沈小民、祁士伟、胡雅文、李庆年、李焕文、葛倩儿、苏明哲、Mr. Colin Andrew SHIPP、欧阳浩荣、钟加康、许家灏、陈玉芬、李慕洁、苏文隆、林嘉欣、余啓肇、钟伟强、彭中屏
2012	39	余敏奇、谢沈智慧、杜浩成、郑纪航、梁国安、吴蕙芳、钱礼、练锦鸿、陈鸿兴、郭啟安、翁乔奇、许家灏、陈永豪、陈玉芬、严舜仪、钟伟杰、陈仲衡、苏文隆、劳杰民、陈嘉信、林嘉欣、梁宝仪、葛倩儿、郭伟健、彭中屏、陈玲玲、许文恩、李庆年、张天任、杜大衛、沈小民、林伟权、胡雅文、Mr. Warren Patrick GANESH、黄礼荣、龙礼、郭霭诚、杜淦堃、毛乐礼
2013	24	余敏奇、陈玲玲、黎达祥、谭利祥、黄礼荣、郭霭诚、苏惠德、叶树培、严舜仪、彭家光、劳杰民、陈玉芬、葛倩儿、翁乔奇、龙礼、黄庆春、Mr. Sanjay Arjan SAKHRANI、伍兆荣、张君铭、蓝德业、何展鹏、雷健文、黎雅雯、谢沈智慧

2. 年度委任和撤销委任行为比较活跃

与特委法官和暂委法官数量上升趋势相适应,特委法官和暂委法官的年度委任和撤销委任行为比较活跃。^①从1997年7月1日到2014年12月31日约18年间,香港特区行政长官共发布特委法官宪报70份。其中委任特委法官宪报62份,撤销委任宪报8份。共委任特委法官29人,撤销特委法官委任8人。从2000年到2013年12月31日,香港特区共发布原讼法庭暂委法官委任宪报816份,撤销委任宪报3份,终止委任宪报17份;发布区域法院暂委法官委任宪报1029份,撤销委任宪报7份,终止委任宪报19份。(见表7、表8、表9)

表7 特委法官年度委任和撤销委任次数 (单位:次)

年份	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	总计
委任	6	3	0	8	3	0	6	2	0	13	0	0	8	2	0	6	5	0	62
撤销	0	0	1	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	0	2	0	1	8

表8 原讼法庭暂委法官年度委任、撤销委任和终止委任次数统计 (单位:次)

年份	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
委任	88	132	153	115	91	25	17	18	22	22	14	29	47	43	816
撤销	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1	0	0	3
终止	0	0	0	0	0	0	0	0	0	6	0	0	7	4	17

表9 区域法院法院暂委法官年度委任、撤销委任和终止委任次数统计 (单位:次)

年份	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
委任	91	148	183	131	95	38	59	46	39	29	37	44	49	40	1029
撤销委任	0	0	0	3	0	1	0	3	0	0	0	0	0	0	7
终止委任	0	0	0	0	0	0	0	0	0	6	1	1	9	2	19

可以说,香港回归后,特委法官和暂委法官制度在继续保留和适用的基础上,顺应司法体制的改变进行法律的适应化和修订,形成了立法上内容完整的特委法官和暂委法官制度。在司法实践中,回归后香港特委法官和暂委法官人数逐步增加,对特委法官和暂委法官委任行为频繁,说明

^① 由于特委法官和暂委法官的任职期间并非一年一任,可能是跨年度任职,也可能只有很短的一个月或数月任职,因此年度在职人数与年度委任行为数据并不一一对应。

了特委法官和暂委法官制度在回归后的香港得到了延续和发展。

二、特委法官和暂委法官制度的价值与功能

(一) 审判功能: 纾解法院案件候审时间过长问题

在 1994 年前,香港高等法院案多人少,各类案件在高等法院轮候审讯的时间大大增长,数据显示“1993 年,刑事案件和民事诉讼的平均轮候时间分别为 210 天和 218 天”。^①为了纾解案件轮候审讯时间过长的问题,当时的香港高等法院采取了多种办法,包括采用了委任暂委法官的措施,即希望通过委任地方法院的法官为高等法院暂委大法官以及通过委任具备经验的大律师出任高等法院暂委大法官,以改善这一现象。但是,这两种做法仍未达到预想的效果,设立特委大法官制度的想法应运而生。^②当时的估计是“特委大法官获委任后,每年需至少在高院聆讯案件 4 星期,估计约 10 名特委大法官可负担一名全职大法官的工作量”。^③同时,“司法机构按照惯常做法,在可行范围内继续聘任暂委法官及司法人员,以助维持所需的司法人手水平,从而协助将案件轮候时间维持在合理的水平,以及在某些情况下协助缩短案件的轮候时间。”^④在此背景下,1994 年香港启动了特委大法官制度的立法工作。

通过对前述收集的香港特区法院 1996 年 1 月 1 日到 2013 年 12 月 31 日的相关判决进行分析,可以发现,特委法官和暂委法官制度在纾解香港法院案件轮候时间过长问题上发挥了一定的作用。

特委法官和暂委法官承担的案件数量情况

整体情况上,从 1996 年到 2013 年 12 月 31 日,原讼法庭特委法官共作出 626 份判决,人均年审理并作出判决案件 3.4 件;原讼法庭暂委法官

^① “1994 最高法院(修订)条例草案二读辩论”,参见《立法局会议正式记录》1994 年 7 月 6 日。http://www.legco.gov.hk/yr93-94/chinese/lc_sitg/hansard/h940706.pdf。

^② 当然,设立特委大法官制度能否舒缓候审案件过长的情况,也受到了质疑。当时叶锡棠议员认为“这不是对应司法机构各种弊病的万应灵药,只不过是司法机构为改善效率和使服务更切合社会需要而必须推行的范围更广改革的一个小环节”。《香港立法局会议过程正式记录》1994 年 7 月 6 日 http://www.legco.gov.hk/yr93-94/chinese/lc_sitg/hansard/h940706.pdf。

^③ “布政司答复”,参见《香港立法局会议过程正式记录》1995 年 3 月 22 日。http://www.legco.gov.hk/yr94-95/chinese/lc_sitg/hansard/h950322.pdf。

^④ “司法机构政务长对财务委员会审核的答复”,参见《财务委员会审核 2014—2015 年度开支预算——管制人员的答复》,综合档案名称:JA-cl.doc,答复编号 JA016 第 2 节 JA——第 30 页。

共作出 4396 份判决,人均年审理并作出判决案件 16.1 件;区域法院暂委法官共作出 1101 份判决,人均年审理并作出判决案件 2.67 件。(参见表 10、表 11、表 12)

表 10 特委法官人数及案件聆讯数量

年份	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
人数	3	9	9	9	12	11	10	12	8	8	16	15	13	12	10	9	9	9	184
案件	10	10	42	35	33	49	23	17	16	24	60	60	39	48	32	46	45	37	626

表 11 原讼法庭暂委法官人数和案件聆讯数量^①

年份	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
人数	15	16	26	21	16	15	15	13	18	22	12	25	35	24	273
案件	238	394	533	395	275	405	478	255	250	208	162	198	288	317	4396

表 12 区域法院暂委法官人数和案件聆讯数量

年份	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
人数	18	34	42	22	21	30	43	29	29	23	27	31	39	24	412
案件	0	25	58	18	5	96	224	141	71	36	106	122	75	124	1101

以霍兆刚特委法官聆讯案件的情况为例来比较特委法官、暂委法官与全职法官的案件聆讯数量。霍兆刚法官于 2003 年 12 月 1 日到 2009 年 11 月 30 日,共获得两次特委法官委任。第二任特委法官任满后,于 2011 年获委任为原讼法庭法官,2011 年获任为上诉法庭法官,现为终审法院常任法官。霍兆刚任特委法官期间撰写的判词总共 25 份(2004 年 2 份,2005 年 5 份,2006 年 3 份,2007 年 6 份,2008 年 7 份,2009 年 2 份),年平均撰写 4.16 份判词。霍兆刚自 2010 年 2 月 1 日至 2011 年 1 月 31 日担任原讼法庭全职法官后,1 年间共撰写判词 44 份(其中 2010 年撰写 31 份,2011 年撰写 13 份)。^②从数量对比看,霍兆刚法官担任全职法官聆讯的案件数量远远高于其担任特委法官期间聆讯的案件数量,比例在

^① 由于 1996—1999 年原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官不详,因此这一时期的案件聆讯情况不计入统计。

^② 霍兆刚法官撰写判词数据来源:《2013 年 5 月 24 日内务委员会会议文件—自身司法任命建议小组委员会》,立法会 CB(4)673/12-13 号文件,附表 II。

10:1左右。但是如果考虑到特委法官每年工作时间为4个星期^①,那么特委法官的案件聆讯情况基本上是达到了制度设立之初“约10名特委大法官可负担一名全职大法官的工作量”的设想,在一定程度上发挥了纾解案件等候聆讯时间过长的作用。

(二)社会功能:构建法律共同体内的职位流动,建立全职法官候选人队伍

1. 构建法律共同体内的职位流动路径

设立特委法官或者暂委法官制度的另一目的是鼓励律师及其他法律从业人员通过出任特区法院兼职法官的方式,体验司法工作并考虑在未来投身全职法官行业。“我们希望这项计划可鼓励更多大律师争取司法工作经验,并希望部分大律师其后会申请为常任法官。”^②

特委法官制度构建了律师或大律师向法官职业流动的专门通道。“特委大法官制度为大律师提供直接体验司法工作的机会,而首席大法官也可以藉此试验这些大律师是否适合在日后获委任为法官。”^③根据《高等法院条例》的规定,只有在法律界全职执业并符合一定条件的律师或大律师才能获委任为原讼法庭全职法官。从1997年7月1日至2014年12月31日香港特区委任了29名特委法官,所有获得委任的特委法官均为S.C.即大律师。

暂委法官则面向更广泛的法律从业人员开放向法官职业流动的途径。暂委法官候选人可以是符合一定条件的律师或大律师,也可以是下级法院的法官,或司法机构内除法官之外的其他司法人员或司法机构之外的其他法律从业人员或政府官员。根据香港特区政府关于原讼法庭暂委法官委任宪报统计,从2000年到2013年12月,香港共委任原讼法庭

^① 许方中、普丽芬:“基本法下的司法独立”,载香港一国两制研究中心编:《香港回归十周年——基本法回顾与前瞻研讨会论文集》,2007年,第173页。

^② 特委大法官制度的推出得到了律师界的积极响应。到1995年3月22日,“共有40名大律师表示愿意获委任为高院特委大法官。司法人员叙用委员会也初步评核这些大律师是否适合,并征拟定一份核实人选的名单”,1995年香港委任了第一批的特委大法官,共3人。参见“布政司答复”,载《香港立法局会议过程正式记录》1995年3月22日。http://www.legco.gov.hk/yr94-95/chinese/lc_sitg/hansard/h950322.pdf。

^③ “律政司动议二读《一项修订最高法院条例的草案》时的致辞”,参见《香港立法局会议过程正式记录》1994年3月30日。http://www.legco.gov.hk/yr93-94/chinese/lc_sitg/hansard/h940330.pdf。

暂委法官 86 人。其中,来自资深大律师 33 人,区域法院法官 35 人,其他职务 18 人。^①

综上所述,特委法官和暂委法官制度为法律共同体中的律师和大律师向法官职位的流动,下级法院法官向上级法院法官职位的流动,司法机构其他司法人员向法官序列的流动,其他法律从业人员向法官职位的流动构建了法律路径。

2. 建立了全职法官的候选人队伍

(1) 特委法官和暂委法官是全职法官的重要候选人

有为数不少的特委法官最后走进了全职法官的队伍。从 1997 年 7 月 1 日到 2014 年 12 月 31 日获委任的 29 名特委法官,有 9 名后来被委任为原讼法庭法官,占全部特委法官人数的 31%。其中,有 7 名特委法官是在委任期内被撤销委任之后随即获委任为原讼法庭全职法官(李义、马道立、伦明高、邓楨、麦机智、陈健强、周家明),有 1 名特委法官(袁国强)在撤销委任后随即获委任为律政司司长,有 1 名特委法官是在委任期满之后被获委任为原讼法庭法官(霍兆刚)。(见表 13)

表 13 出任原讼法庭全职法官的特委法官名单

姓名	委任情况	去向
李义	1997. 12. 1—2000. 11. 30,任期内于 1999 年 7 月 18 日被撤销任职	1999 年 7 月 19 日获委任为原讼法庭法官 现为终审法院常任法官
马道立	2000. 12. 1—2003. 11. 30,任期内于 2001 年 12 月 3 日被撤销任职	2001 年 12 月获委任为高等法院原讼法庭法官 现为终审法院首席法官
伦明高	2000. 12. 1—2003. 11. 30,任期内于 2003 年 9 月 15 日被撤销任职	2003 年 9 月获委任为原讼庭法官 现为高等法院上诉法庭副庭长
邓楨	1995 年首批特委大法官,1998. 9. 25—2001. 9. 24; 2001. 9. 25—2004. 9. 24,任期内于 2004 年 4 月 2 日被撤销任职	2004 年 4 月 2 日出任原讼庭法官 现为终审法院常任法官
麦机智	2006. 1. 1—2008. 12. 31;2009. 1. 1—2011. 12. 31, 任期内于 2010 年 4 月 11 日撤销任职	2010 年 4 月 12 日任原讼庭法官 2013 年 10 月 19 日获任上诉庭法官

^① 由于区域法院暂委法官宪报中没有披露被委任的区域法院暂委法官候选人的身份,因此无法对区域法院暂委法官的来源进行分析。

续表

姓名	委 任 情 况	去 向
袁国强	2006. 1. 1—2008. 12. 31; 2009. 1. 1—2011. 12. 31; 2012. 1. 1—2014. 12. 31, 任期内于 2012 年 7 月 1 日 撤销任职	2012 年 7 月 1 日任香港律政司 司长
陈健强	2006. 1. 1—2008. 12. 31; 2009. 1. 1—2011. 12. 31; 2012. 1. 1—2014. 12. 31, 任期内于 2012 年 11 月 1 日撤销任职	2012 年 11 月 1 日任高等法院 原讼法庭法官
周家明	2010. 1. 1—2012. 12. 31; 2013. 1. 1—2015. 12. 31, 任期内于 2014 年 7 月 31 日撤销任职	2014 年 7 月 31 日任高等法院 原讼法庭法官
霍兆刚	2003. 12. 1—2006. 11. 30; 2006. 12. 1—2009. 11. 30	2010 年 2 月 1 日任高等法院原 讼法庭法官

从 2000 年到 2013 年 12 月 31 日,香港共委任了 86 位原讼法庭暂委法官。其间,有 17 名原讼法庭暂委法官在其委任期内被终止委任,其中,除 3 名原是高等法院原讼法庭或上诉法官法庭退休后担任暂委法官之外,其余 14 名全部是因为获委任为高等法院原讼法庭全职法官而被终止暂委法官之职,约占全部原讼法庭暂委法官的 16.2%。在这 14 名暂委法官中,其中 1 位原为司法常务官,1 位为大律师,其余 12 位均为原区域法院全职法官。也就是说,有 12 名原区域法院全职法官在获委任为高等法院原讼法庭全职法官之前有过在高等法院原讼法庭担任暂委法官的经历。(见表 14)

表 14 被终止委任的原讼法庭暂委法官名单及去向

终止委任 暂委法官	被委任暂委 法官次数	终止委任时间	去 向
杜焯峰	55	2009	原为区域法院法官,2009 年 9 月 28 日获委任 为原讼法庭法官
赖磐德	16	2009	原为区域法院法官,2009 年 9 月 28 日获委任 为原讼法庭法官
潘敏琦	18	2009	原为区域法院法官,2009 年 9 月 28 日获委任 为原讼法庭法官
彭伟昌	31	2009	原为区域法院法官,2009 年 9 月 28 日获委任 为原讼法庭法官

续表

终止委任 暂委法官	被委任暂委 法官次数	终止委任时间	去 向
麦健涛	2	2009	原为区域法院法官,2009年9月28日获委任为原讼法庭法官
区庆祥	2	2009	原为区域法院法官,2009年12月1日获委任为原讼法庭法官
欧阳桂如	3	2012	原为司法常务官,2012年8月16日获委任为原讼法庭法官
李瀚良	4	2012	原为首席区域法院法官,2012年8月16日获委任原讼法庭法官
杜丽冰	48	2012	原为区域法院法官,2012年8月16日获委任为原讼法庭法官
陈江耀	12	2012	原为区域法院法官,2012年8月16日获委任为原讼法庭法官
陈庆伟	4	2012	原为区域法院法官,2012年8月16日获委任为原讼法庭法官
陈美兰	3	2012	原为区域法院法官,2012年8月16日获委任为原讼法庭法官
麦明康	21	2012	原为高等法院原讼法庭法官2011年退休
黄国瑛	5	2013	2013年3月1日获委任为原讼法庭特委法官
辛达诚	24	2013	原为原讼法庭法官,2011年退休
郭美超	7	2013	原为高等法院上诉法庭法官,2011年退休
彭宝琴	3	2013	2013年11月15日获委任为高等法院原讼法庭法官

从2000年到2013年12月31日,共委任了145名区域法院暂委法官。其中有19名区域法院暂委法官在委任期间被终止委任,除了1位继后仍获委任为区域法院暂委法官,1位获委任为裁判法院裁判官外,他们中的17位随即全部出任区域法院全职法官,占全部区域法院暂委法官的12%。(见表15)

表 15 被终止委任的区域法院暂委法官名单及去向

姓名	终止委任时间	去向
郭伟健	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
杜大卫	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
叶佐文	2009年9月28日起终止委任	2009年9月28日获委任为区域法院法官
郭啟安	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
邓立泰	2009年9月28日起终止委任	2009年9月28日获委任为区域法院法官
沈小民	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
余敏奇	2013年5月28日终止委任	2013年5月23日起任区域法院法官
彭中屏	2010年9月1日起终止委任	2010年仍获委任为区域法院暂委法官
胡雅文	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
黄崇厚	2009年9月28日起终止委任	2009年9月28日获委任为区域法院法官
林伟权	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
陈振国	2009年9月28日起终止委任	2009年9月28日获委任为区域法院法官
姚勋智	2009年9月28日起终止委任	2009年9月28日获委任为区域法院法官
黄敬华	2009年9月28日起终止委任	2009年9月28日获委任为区域法院法官
陈仲衡	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
林嘉欣	2012年9月17日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官
李庆年	2012年11月13日被终止委任	2012年获委任为裁判法院裁判官
劳杰民	2014年1月2日被终止委任	2014年3月10日获委任为区域法院法官
黄健棠	2011年10月1日起终止委任	2012年9月17日获委任为区域法院法官

(2) 香港特区法院大部分全职法官曾有过特委法官或暂委法官的任职

以2015年1月1日发布的香港法院法官名单为对象,可以发现,今天香港法院的大部分全职法官有过出任香港高等法院原讼法庭特委法官或暂委法官的经历。

第一,香港终审法院首席法官和全部常任法官均出任过香港高等法院原讼法庭特委法官。首席法官马道立曾于2000年12月1日被委任为原讼法庭特委法官;常任法官李义曾于1997年12月1日获委任为特委法官;常任法官邓楨(邓国楨)曾于回归前1995年获委任为首批特委法官,回归后于1998年9月25日、2001年9月25日两度获委任为特委法官;常任法官霍兆刚曾于2003年12月1日和2006年12月1日获委任为

特委法官。（见表 16）

表 16 终审法院法官曾出任特委法官情况

终审法院法官	现任职	出任特委法官情况
马道立	终审法院首席法官	2000. 12. 1—2003. 11. 30,任期内于 2001 年 12 月 3 日被撤销任职
李义	终审法院常任法官	1997. 12. 1—2000. 11. 30,任期内于 1999 年 7 月 18 日被撤销任职
邓楨	终审法院常任法官	1995 年首批特委大法官, 1998. 9. 25—2001. 9. 24; 2001. 9. 25—2004. 9. 24 任期内于 2004 年 4 月 2 日被撤销任职
霍兆刚	终审法院常任法官	2003. 12. 1—2006. 11. 30; 2006. 12. 1—2009. 11. 30

第二, 高等法院大部分全职法官曾获委任为特委法官或暂委法官。

2015 年香港司法机构法官名单中, 高等法院共有首席法官、上诉法庭法官和原讼法庭法官 35 名, 其中有 27 名法官担任过特委法官或暂委法官, 占 77.1%。（见表 17）

表 17 高等法院法官曾出任特委法官或暂委法官情况

高等法院		现任职	出任特委法官或暂委法官情况
首席法官	张举能	高等法院首席法官	21 次被委任为原讼法庭暂委法官(2001:2/2002:12/2003:7)
上诉法庭	杨振权	上诉法庭副庭长	无
	林文瀚	上诉法庭副庭长	24 次被委任为原讼法庭暂委法官(2001:5/2002:12/2003:7)
	伦明高	上诉法庭副庭长	2000 年首次被委任为特委法官 2000. 12. 1—2003. 11. 30; 2003 年 9 月 14 日被撤销委任后出任原讼法庭法官
	张泽祐	上诉庭法官	无
	袁家宁	上诉庭法官	无
	关淑馨	上诉庭法官	11 次被委任为原讼法庭暂委法官(2000:8/2001:3)
	朱芬龄	上诉庭法官	5 次被委任为原讼法庭暂委法官(2000:5)
	鲍晏明	上诉庭法官	无
	麦机智	上诉庭法官	2006 年首次被委任为特委法官 2006. 1. 1—2008. 12. 31; 2009. 1. 1—2011. 12. 31; 2010 年 4 月 12 日撤销任职后出任原讼法庭法官; 2013 年 10 月 19 日获任上诉庭法官
麦伟德	上诉庭法官	无	

续表

高等法院	现任职	出任特委法官或暂委法官情况
原讼法庭	包钟倩薇	原讼庭法官 无
	钟安德	原讼庭法官 无
	汤宝臣	原讼庭法官 5次获委任为原讼庭暂委法官(2000:5)
	冯骅	原讼庭法官 26次委任为原讼庭暂委法官(2001:1/2002:8/2003:3/2004:11/2005:2/2006:1)
	张慧玲	原讼庭法官 38次获委任为原讼庭暂委法官(2000:4/2001:12/2002:4/2003:10/2004:5/2005:2/2006:1)
	潘兆初	原讼庭法官 52次获委任为原讼庭暂委法官(2000:1/2001:12/2002:12/2003:12/2004:12/2005:2/2006:1)
	杜滢峰	原讼庭法官 55次获委任为原讼庭暂委法官(2000:8/2001:12/2002:12/2003:12/2004:5/2005:1/2006:1/2007:2/2008:1/2009:1)
	潘敏琦	原讼庭法官 18次获委任为原讼庭暂委法官(2003:9/2004:3/2005:1/2006:1/2007:2/2008:1/2009:1)
	彭伟昌	原讼庭法官 30次获委任为原讼庭暂委法官(2002:9/2003:7/2004:8/2005:2/2006:1/2007:1/2008:1/2009:1)
	区庆祥	原讼庭法官 2次获委任为原讼庭暂委法官原为区域法院法官(2008:1/2009:1)
	夏利士	原讼庭法官 3次获委任为原讼庭暂委法官(2007:1/2008:1/2009:1)
	包华礼	原讼庭法官 1次获委任为原讼庭暂委法官(2009:1)
	欧阳桂如	原讼庭法官 3次获委任为原讼庭暂委法官(2010:1/2011:1/2012:1)
	李瀚良	原讼庭法官 4次获委任为原讼庭暂委法官(2009:1/2010:1/2011:1/2012:1)
	杜丽冰	原讼庭法官 48次获委任为原讼庭暂委法官(2000:4/2001:12/2002:7/2003:4/2004:11/2005:2/2006:1/2007:1/2008:2/2009:1/2010:1/2011:1/2012:1)
陈江耀	原讼庭法官 12次获委任为原讼庭暂委法官(2004:1/2005:2/2006:1/2007:2/2008:1/2009:1/2010:2/2011:1/2012:1)	

续表

高等法院	现任职	出任特委法官或暂委法官情况
原讼法庭	陈庆伟	原讼庭法官 4次获委任为原讼庭暂委法官(2009:1/2010:1/ 2011:1/2012:1)
	陈美兰	原讼庭法官 3次获委任为原讼庭暂委法官(2011:2/2012:1)
	陈健强	原讼庭法官 2006年首次获委任为特委法官 2006.1.1— 2008.12.31;2009.1.1—2011.12.31 2012.1.1—2014.12.31任期内于2012年11月1日 撤销特委法官
	林云浩	原讼庭法官 1次获委任为原讼庭暂委法官(2011:1)
	吴嘉辉	原讼庭法官 1次获委任为原讼庭暂委法官(2012:1)
	薛伟成	原讼庭法官 无
	彭宝琴	原讼庭法官 4次获委任为原讼庭暂委法官(2012:2/2013:2)
	周家明	原讼庭法官 2010年首次获委任为特委法官 2010.1.1— 2012.12.31;2013.1.1—2015.12.31 任期内于2014年7月31日撤销任职

第三,区域法院大部分法官曾出任过原讼法庭暂委法官或区域法院暂委法官。

2015年香港司法机构法官名单中,区域法院共有包括主任家事法庭法官在内的法官42名,其中37名法官担任过原讼法庭暂委法官或区域法院暂委法官,占88%。(见表18)

表18 区域法院法官曾出任暂委法官情况

姓名	现任职	出任情况
潘兆童	首席法官	4次获委任为区域法院暂委法官(2006:3/2007:1)
朱佩莹	主任家事法庭法官	1次获委任为区域法院(2002:1)
陈忠基	区域法院法官	无
陆启康	区域法院法官	5次获委任为原讼法庭暂委法官(2011:1/2012:1/2013:3) 8次获委任为区域法院暂委法官(2000:8)
吴美玲	区域法院法官	2次获委任为原讼法庭暂委法官(2013:2) 6次获委任为区域法院暂委法官(2003:6)
李素兰	区域法院法官	34次区域法院暂委法官(2000:8/2001:2/2002:6/2003:12/ 2004:4/2006:2)

续表

姓名	现任职	出任情况
黄一鸣	区域法院法官	28次区域法院暂委法官(2001:6/2002:12/2003:6/2005:2/2006:2)
邱智立	区域法院法官	3次原讼法庭暂委法官(2012:1/2013:2) 9次获委任为区域法院暂委法官(2001:2/2002:6/2006:1)
陈广池	区域法院法官	无
梁俊文	区域法院法官	2次获委任为原讼法庭暂委法官(2013:2) 1次获委任为区域法院暂委法官(2006:1)
麦莎朗	区域法院法官	无
邓立泰	区域法院法官	20次获委任为区域法院暂委法官(2001:5/2002:5/2004:6/2005:1/2006:1/2007:1/2009:1)
叶佐文	区域法院法官	18次获委任为区域法院暂委法官(2001:1/2002:6/2003:5/2005:1/2006:2/2007:1/2008:1/2009:1)
罗雪梅	区域法院法官	14次获委任为区域法院暂委法官(2001:10/2002:2/2006:1/2007:1)
陈振国	区域法院法官	12次获委任为原讼法庭暂委法官(2004:3/2005:2/2006:2/2007:1/2008:2/2009:2)
黄崇厚	区域法院法官	4次获委任为原讼法庭暂委法官(2011:1/2012:2/2013:1) 12次获委任为区域法院暂委法官(2003:6/2004:3/2006:1/2008:1/2009:1)
姚勋智	区域法院法官	7次获委任为区域法院暂委法官(2005:2/2007:1/2008:2/2009:2)
黄敬华	区域法院法官	6次获委任为区域法院暂委法官(2005:1/2007:1/2008:2/2009:2/)
高劲修	区域法院法官	2次获委任为区域法院暂委法官(2005:1/2007:1)
游德康	区域法院法官	2次获委任为区域法院暂委法官(2006:1/2008:1)
郭伟健	区域法院法官	9次获委任为区域法院暂委法官(2001:5/2005:1/2011:2/2012:1)
林伟权	区域法院法官	16次获委任为区域法院暂委法官(2004:10/2007:1/2008:1/2009:1/2011:2/2012:1)
郭启安	区域法院法官	23次获委任为区域法院暂委法官(2001:6/2002:5/2006:3/2007:4/2008:1/2009:1/2011:1/2012:2)

续表

姓名	现任职	出任情况
杜大卫	区域法院法官	23次获委任为区域法院暂委法官(2001:6/2003:3/2004:7/2006:3/2007:1/2008:1/2010:1/2012:1)
沈小民	区域法院法官	18次获委任为区域法院暂委法官(2001:3/2002:7/2006:2/2007:1/2008:1/2009:1/2011:2/2012:1)
胡雅文	区域法院法官	20次获委任为区域法院暂委法官(2002:4/2003:8/2005:1/2006:1/2008:1/2009:1/2010:1/2011:2/2012:1)
许家灏	区域法院法官	6次获委任为区域法院暂委法官(2003:1/2004:3/2011:1/2012:1)
黄健棠	区域法院法官	2次获委任为区域法院暂委法官(2010:1/2011:1)
劳洁仪	区域法院法官	14次获委任为区域法院暂委法官(2004:9/2005:2/2006:1/2011:2)
陈仲衡	区域法院法官	7次获委任为区域法院暂委法官(2005:1/2007:2/2008:1/2009:1/2010:1/2012:1)
林嘉欣	区域法院法官	5次获委任为区域法院暂委法官(2010:2/2011:1/2012:2)
李树旭	区域法院法官	无
欧阳浩荣	区域法院法官	2次获委任为区域法院暂委法官(2010:1/2011:1)
李运腾	区域法院法官	无
陈嘉信	区域法院法官	3次获委任为区域法院暂委法官(2002:1/2011:1/2012:1)
梁国安	区域法院法官	2次获委任为区域法院暂委法官(2010:1/2012:1)
余启肇	区域法院法官	2次获委任为区域法院暂委法官(2010:1/2011:1)
余敏奇	区域法院法官	16次获委任为区域法院暂委法官(2001:2/2002:8/2010:2/2011:1/2012:2/2013:1)
彭中屏	区域法院法官	1次获委任为原讼法庭暂委法官(2003:1) 19次获委任为区域法院暂委法官(2002:5/2003:8/2006:1/2008:2/2010:1/2011:1/2012:1)
祁士伟	区域法院法官	22次获委任为区域法院暂委法官(2001:11/2002:4/2005:1/2006:2/2007:1/2009:1/2011:2)
劳杰民	区域法院法官	7次获委任为区域法院暂委法官(2010:1/2011:2/2012:2/2013:2)
谭思乐	区域法院法官	无

三、特委法官与暂委法官的权力与职责

(一) 特委法官与暂委法官的权力与职责

香港基本法没有提及包括特委法官和暂委法官在内的非全职法官类型。特委法官和暂委法官制度出现在香港本地立法中。《高等法院条例》第6A条、第10(2)条和《区域法院条例》第7(2)条明确了特委法官和暂委法官与同职位全职法官之间的关系,即特委法官、暂委法官具有并可行使同职位全职法官所有的司法管辖权、权力及特权,以及具有并须执行同职位全职法官的所有职责。简言之,特委法官、暂委法官与同职位全职法官同权同责,但允许存在法定例外情形。

1. 法定同权同责

香港条例明确规定特委法官和暂委法官与同职位全职法官享有同等权力与职责。(1)司法管辖权。特委法官和暂委法官都是法庭组成人员,有权审理根据《家庭及同居关系暴力规则》^①、《证券及期货条例》^②、《刑事案件讼费条例》^③、《复杂商业罪行条例》^④、《打击洗钱及恐怖分子资金筹集(金融机构条例)》等提起的诉讼,有权命令修习驾驶改进课程^⑤。(2)出任相关委员会成员。包括出任城市规划上诉委员团成员^⑥、结算及交收系统上诉审裁处主席^⑦、存款保障上诉审裁处主席、强制性公积金计划上诉委员会主席^⑧、土地审裁处成员^⑨和市区重建局上诉委员团成员^⑩。(3)与审判权相关的其他权力。包括豁免出任陪审员^⑪、免费查

① 《家庭及同居关系暴力规则》(第189A章)第2条“释义”。

② 《证券及期货条例》(第571章)第215条。

③ 《刑事案件讼费条例》(第492章)第2条。

④ 《复杂商业罪行条例》第2条。

⑤ 《道路交通条例》(第374章)第72A条。

⑥ 《城市规划条例》(第131章)第17A条。

⑦ 《结算及交收系统条例》(第584章)第34条。

⑧ 《强制性公积金计划条例》(第485章)第35条。

⑨ 《土地审裁处》(第17章)第4条。

⑩ 《市区重建局条例》(第563章)第27条。

⑪ 《陪审员条例》(第3章)第5条“豁免出任陪审员”。

询相关记录及登记册^①、适用回避制度^②和享有退休权^③。

2. 推定同权同责

除了上述条例明确规定特委法官、暂委法官与全职法官同权同责外,为防遗漏,《高等法院条例》和《区域法院条例》均留下灵活的兜底条款:任何法律中凡提述此等法官(特委法官、高等法院原讼法庭暂委法官、区域法院暂委法官)之处,须据此而解释。因此,同权同责不仅是赋予特委法官和暂委法官在《高等法院条例》和《区域法院条例》适用范围内与同职位全职法官同权同责,而且,借由此兜底条款,将同权同责推定适用于所有香港本地立法中。

推定同权同责对于明确特委法官和暂委法官的权限范围非常重要。因为在大部分涉及香港高等法院原讼法庭全职法官和区域法院全职法官职权的立法中,并没有特别指出同职位的特委法官或者暂委法官是否也应该享有相同的权限。^④另一方面,虽然有些条例会特别指出原讼法庭暂委法官与原讼法庭全职法官的权力,但却没有明确特委法官是否也享有同样的权限。^⑤因此可能容易造成实践运用中的困惑或者错误理解。推定同权同责原则对上述问题的处理提供了准则:不论立法中是否明确指出特委法官和暂委法官,只要立法对特委法官和暂委法官没有作例外规定,特委法官和暂委法官就与同职位的全职法官同权同责。

根据推定同权同责原则,应推定原讼法庭特委法官和暂委法官享有以下与原讼法庭全职法官同样的权力。(1)根据申请发布新闻材料交出令或检取新闻材料的手令^⑥;(2)以上诉法庭额外法官身份进行聆讯的权

^① 《裁判官条例》第35A条,《刑事诉讼程序条例》第79条。

^② 香港终审法院《关于非全职法官及参与政治活动的指引》第3(b)条。香港终审法院《法官行为指引》第39条。

^③ 《退休金利益(司法人员)条例》第6条

^④ 比如《竞争条例》第135条“仲裁处的组成”规定“仲裁处由按照《高等法院条例》第6条委任的原讼法庭法官组成,他们凭藉获委任为原讼法庭法官而成为仲裁处成员”。该条文仅仅规定原讼法庭法官可以获委任为根据《竞争条例》设立的仲裁处成员,但没有明确指出特委法官或者暂委法官是否也有资格担任仲裁处成员。类似情况还出现在《城市规划条例》第17A条和《截取通讯及监察条例》第39条。

^⑤ 比如《陪审员条例》第5条明确指出原讼法庭暂委法官、区域法院暂委法官与全职法官均有权豁免出任陪审员,但却没有规定特委法官是否也有权豁免出任陪审员。

^⑥ 《释义及通则条例》第84条、第85条。

力,单独开庭聆讯的权力,在内庭进行聆讯的权力^①; (3) 组成合议庭、在休庭期内进行聆讯,作出对合伙人在合伙财产中的权益增加押记的命令等^②; (4) 受理对根据《调查委员会条例》成立的委员会处理的藐视罪决定提起的上诉^③; (5) 可获委任为公务员叙用委员会委员,并对公务员叙用委员会委员及主席宣誓进行监誓^④; (6) 受理对根据《税务条例》成立的委员会决定提起的上诉^⑤; (7) 受理对根据《建筑物条例》成立的委员会决定提起的上诉,对注册事务委员会决定提出的上诉,对承建商的纪律处分决定提起的上诉,对建筑事务监督决定提起的上诉^⑥; (8) 担任刑事诉讼程序委员会委员^⑦; (9) 许可被控人撤回认罪^⑧; (10) 退休的原讼法庭法官还有权担任公众集会及游行上诉委员会的主席^⑨; (11) 有权做出感化令或有条件释放令^⑩; (12) 行使区域法院法官的衡平法司法管辖权,命令司法程序移交,就藐视法官行为作出命令^⑪; (13) 发出更改扣留令或退房^⑫; (14) 获委任为终审法院首席法官、常任法官、非常任法官^⑬; (15) 现任或前任原讼法庭法官还有权担任根据《长期监禁刑罚复核条例》成立的委员会委员,原讼法庭法官可担任复核委员会主席或副主席^⑭; (16) 作出更改或推翻扣留令^⑮; (17) 担任《截取通讯及监察条例》小组法官,前任退休的原讼法庭法官还有权担任截取通讯及监察事务专员^⑯; (18) 担任审裁处成员^⑰; (19) 受理公司不公平损害呈请^⑱。

① 《高等法院条例》(第4章)第5条、第32条、第33条。

② 《高等法院规则》第1条、第64条、第73条、第81条。

③ 《调查委员会条例》第9条。

④ 《公务员叙用委员会条例》第4条、第8条。

⑤ 《税务条例》第69条。

⑥ 《建筑物条例》第7条、第9A条、第13条、第13A条。

⑦ 《刑事诉讼程序条例》第9条。

⑧ 《裁判官条例》第81B条。

⑨ 《公安条例》第43条。

⑩ 《罪犯感化条例》第6条。

⑪ 《区域法院条例》第37条、第41条、第48B条。

⑫ 《商品说明条例》第30e条。

⑬ 《香港终审法院条例》第6条、第7条、第12条。

⑭ 《长期监禁刑罚复核条例》第6条,附表1。

⑮ 《版权条例》第139条,第226条。

⑯ 《截取通讯及监察条例》第6条、第39条。

⑰ 《竞争条例》第135条。

⑱ 《公司(不公平损害呈请)法律程序规则》第4条。

根据同权同责原则,推定区域法院暂委法官也享有以下区域法院全职法官享有的权力:(1)根据申请发布新闻材料交出令或捡取新闻材料令^①;(2)获委任为高等法院法官、高院司法常务官、高级副司法常务官、副司法常务官、助理司法常务官^②;(3)作出将囚犯带上法庭以提供证据的手令或命令^③;(4)对干扰证人及伪证行为定罪^④;(5)裁定公司罪行取消资格令^⑤;(6)发出拘捕潜逃雇主的手令,启动拘捕潜逃雇主的程序^⑥;(7)担任审裁处成员^⑦;(8)担任根据《博彩税条例》成立的上诉委员会主席^⑧;(9)发出阻止离境指示^⑨;(10)出任上诉委员会成员^⑩;(11)发出羁留病人以作观察的命令;延迟将接受观察病人的羁留期;羁留实证病人,命令出售流浪的精神上无行为能力的人的动产,发出收容令,可行使裁判官的权力^⑪;(12)接受双方预期离婚或分居时达成的申请^⑫;(13)同意结婚^⑬;(14)受理律政司司长就区域法院法官准予保释的决定而提出的复核申请,等候复核时的扣押,拒绝保释或保释条件的复核,对报导保释法律程序的限制,命令移交法律程序,裁定是否适宜受审,发现其他罪行;判被告人签报的权利,不准公众进入刑事法庭的权力^⑭;(15)裁定给予法律援助^⑮;(16)享有进入感化院的权力^⑯;(17)发出囚犯死亡通知^⑰;(18)退休的区域法院法官还可受行政长官委托出任公众集会及游行上诉委员会

① 《释义及通则条例》第84条、第85条。

② 《高等法院条例》第9条,第37AA条。

③ 《证据条例》第81条。

④ 《劳资审裁处条例》第41条。

⑤ 《公司(清盘及杂项条文)条例》第168e条。

⑥ 《雇佣条例》第67条、第2条。

⑦ 《税务设施条例》第26条。

⑧ 《博彩税条例》第6zh条。

⑨ 《税务条例》第77条。

⑩ 《城市规划条例》第17A条。

⑪ 《精神健康条例》第31条、第32条、第36条、第62条、第68条、第71条。

⑫ 《婚姻诉讼规则》第6条。

⑬ 《婚姻条例》第18A条。

⑭ 《刑事诉讼程序条例》第9h条、第9j条、第9p条、第10a条、第75条、第109e条、第109j条、第122条。

⑮ 《刑事案件法律援助规则》第8条。

⑯ 《感化院条例》第15条。

⑰ 《监狱规则》第104条。

主席^①；(19)担任海事法庭裁判委员^②；(20)接受上诉^③；(21)接受领养申请^④；(22)接受提出不应作出领养令的申请^⑤；(23)管辖再行犯罪^⑥；(24)评定讼费,作出对合伙人在合伙财产中的权益增加押记的命令^⑦；(25)命令持牌人进行实验^⑧；(26)组成验船法庭^⑨；(27)担任研讯委员会委员^⑩；(28)前任区域法院法官还有权担任监管释囚委员会成员主席或副主席^⑪；(29)聆讯就此提出的上诉^⑫；(30)担任上诉委员团成员^⑬。

3. 法定例外情形

在同权同责的原则基础上,基于特委法官和暂委法官与全职法官在任期条件和任期时间等方面的差异,立法允许特委法官和暂委法官与同职位全职法官在权力与职责方面存在区别,但要求这些例外情形必须在立法或委任条款中予以明确规定。

(1) 法律明确规定例外

部分香港条例明确规定特委法官和暂委法官不享有全职法官的某些权力。包括:第一,不能受终审法院首席法官的委托以“合资格人士”的身份出任根据《法律执业者条例》的规定设立的“较高级法院出庭发言权评核委员会”主席或其他成员;^⑭第二,不得担任事务委员会主席。^⑮第三,不得担任行政长官选举委员会选举主任。^⑯

部分香港条例规定了只有暂委法官和全职法官才可行使的权力。包括:第一,担任强制性公积金计划上诉委员会主席^⑰;第二,属于《证券及

① 《公安条例》第43条。

② 《商船条例》第52条。

③ 《商船(拖网渔船检验)规则》第15条。

④ 《领养条例》第4A条。

⑤ 《领养规则》第17条。

⑥ 《罪犯感化条例》第6条。

⑦ 《区域法院条例》第62条、第81条。

⑧ 《动物(实验管制)条例》第6条。

⑨ 《商船(安全)条例》第74条。

⑩ 《香港民航(意外调查)规例》第17条。

⑪ 《监管释囚条例》第4条。

⑫ 《商船(海员)条例》第38条。

⑬ 《市区重建局条例》第27条。

⑭ 《法律执业者条例》第39E条。

⑮ 《法律执业者条例》第74条。

⑯ 《行政长官选举条例》(第569章)第41条。

⑰ 《强制性公积金计划条例》第35条。

期货条例》中提及的法官范围^①;第三,担任存款保障上诉审裁处主席^②;第四,担任结算及交收系统上诉审裁处主席^③;第五,复核根据《打击洗钱及恐怖分子资金筹集(金融机构)条例》附表4提交的申请附表^④。

此外,特委法官和暂委法官在任职宣誓程序^⑤、法院排名^⑥和退休年龄^⑦方面与全职法官相比存在法定例外。

(2) 委任条款规定例外

《高等法院条例》第10(2)条规定“委任条款另有规定”作为原讼法庭暂委法官与原讼法庭全职法官同权同责的例外。《区域法院条例》第7(3)条规定“在不限第(1)款赋予终审法院首席法官的权力的原则下,终审法院首席法官可按以下条件委任区域法院暂委法官:(a)只为某指明的案件或指明类别的案件而委任;(b)任期只属一段指明期间”。因此,在委任暂委法官时,如需要对暂委法官权力予以限制,可在委任文书中说明,以作为同权同责的合法例外。

尽管可以通过委任条款对暂委法官的权限予以限制,但从目前收集到的有关暂委法官的委任宪报看,尚没有出现对暂委法官权力予以限制的委任宪报,也尚未发现专门为某一个案件或某一类案件而委任暂委法官的情形。

(二) 特委法官与暂委法官的受案类型

1. 特委法官和暂委法官受理案件类型的法律文本分析

前已述及,除非法律或者委任条款另有规定,特委法官和暂委法官与同职位全职法官同权同责。因此香港条例中,除了少部分立法之外^⑧,大

① 《证券及期货条例》第215条。

② 《存款保障计划条例》第40条。

③ 《结算及交收系统条例》第584条。

④ 《打击洗钱及恐怖分子资金筹集(金融机构)条例》附表4。

⑤ 《宣誓及声明条例》附表3。

⑥ 《高等法院条例》第7条。

⑦ 《高等法院条例》第11A条和《退休金利益条例》第6条

⑧ 例如《家庭及同居关系暴力规则》第2条:“在本规则中,除文意另有所指外,法官:(a)就于原讼法庭展开的法律程序而言,指高等法院首席法官、上诉法庭法官、原讼法庭法官、原讼法庭暂委法官及原讼法庭特委法官……”《刑事案件讼费条例》第2条规定:“法官指上诉法庭法官、原讼法庭法官、原讼法庭特委法官及原讼法庭暂委法官。”《刑事诉讼程序条例》第67C条:“在第67c及67D条中,提述法官即提述法院的法官、特委法官或暂委法官。”《道路交通条例》,原讼法庭法官和特委法官有权命令修习驾驶改进课程。

多数条例并没有对特委法官和原讼法庭暂委法官受理的案件类型予以明确划分,或者规定原讼法庭法官有权受理的案件,特委法官无权审理。根据《高等法院条例》第6A条、第10(2)条和《区域法院条例》第7(2)条“而任何法律中凡提述此等法官之处,须据此而解释”的规定,可以说,在立法上,特委法官和暂委法官可审理的案件类型与同职位全职法官相同。

但是,基于特委法官和暂委法官的非全职法官身份,为了公平起见,在实际的案件分配中仍然会存在一些细微的差别。2006年香港终审法院发布的《关于非全职法官及参与政治活动的指引》明确地提及“司法复核案件不会编排予非全职法官处理”。^①那么在实际案件的处理中,除了司法复核案件外,特委法官和暂委法官在受案类型上是否还存在其他差别呢?我们试根据前述收集的香港司法机构判决书所涉及案件类型予以分析。

(1) 高等法院原讼法庭特委法官受理的案件类型

从特委法官作出的626份判决书所涉及案件类别看,特委法官聆讯的案件类别相对比较单一。参与聆讯的案件限于民商事和刑事审判案件及上诉案件共13类案件,包括高院民事诉讼、高院杂项案件、高院劳资审裁处上诉案件、高院裁判法院上诉案件、高院伤亡案件、高院建筑及仲裁诉讼、高院税务上诉、高院破产案件、高院小额钱债审裁处上诉、高院公司清盘案件、依据破产条例申请将法定要求偿债书作废案件、高院商业诉讼案件和遗产认证案件。其中民事案件共570件,占91%;遗产承办处案件1件,占0.1%;刑事及上诉案件56件,占8.9%。(见表19)

表19 高等法院原讼法庭特委法官受理的案件类型及数量

案件类型	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
HCA	7	4	4	20	25	40	11	13	10	14	39	31	26	34	20	28	28	23	377
HCMP	3	1	7	7	5	6	2	1	1	5	9	14	4	6	5	4	3	5	88
HCLA		1		1						1		1							4
HCMA		4	29	6		2													42
HCPI					2		6	1	1	3	4	2	6	6	5	2	4	1	43

^① 香港终审法院《关于非全职法官及参与政治活动的指引》第3(c)条。

续表

案件类型	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
HCCT					1	1	2		1		5	1	1			2	4		18
HCIA			1				1				1								3
HCB									2		1	6			1	6	4	2	22
HCSA								1		1	1				1	2		1	7
HCCW							1	1	1			5		1		2		4	15
HCSA				1															1
HCCL			1										2				2	1	6
HCAP														1					1
总数	10	10	42	35	33	49	23	17	16	24	60	60	39	48	32	46	45	37	626

(2) 高等法院原讼法庭暂委法官受理的案件类型

从原讼法庭暂委法官作出的 4400 份判决书所涉及案件类别看,从 1996 年到 2013 年,高等法院原讼法庭暂委法官受理的案件涉及民事、刑事和遗产案件共 21 类案件,包括高院民事诉讼、宪法及行政诉讼、海事诉讼、破产案件、商业诉讼、公司清盘案件、申请将法定要求偿债书作废、建筑及仲裁诉讼、婚姻诉讼、杂项案件、伤亡诉讼、释放申请、根据《精神健康条例》提出的申请、遗嘱认证诉讼、知会备忘、刑事案件、裁判法院上诉、劳资仲裁处上诉、税务上诉、小额钱债审裁处上诉、小额薪酬上诉等。其中,民事案件共 2892 件,占 65.7%;刑事及上诉案件 1476 件,占 33.5%;遗产类案件 20 件,占 0.4%,其他案件共 12 件,占 0.2%。就案件类型而言,原讼法庭暂委法官受理案件最多的是高院民事诉讼,共 1838 件。(见表 20)

表 20 高等法院原讼法庭暂委法官受理的案件类型及数量

案件类型	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
HCA				1	128	174	212	133	83	160	165	86	99	70	96	109	162	160	1838
HCMA					35	106	174	146	132	135	193	109	85	103	31	28	35	30	1342
HCPI					8	23	38	15	17	50	41	23	19	9	7	8	8	16	282
HCMP					37	49	43	35	17	36	53	22	32	18	22	32	52	77	525
HCAJ																1	1	2	4

续表

案件类型	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
HCCT				2		1	3	4	2	2	7	4	1	1		6	5	2	40
HCCL						3	2	2	5	1		1					5		19
HCLA					4	10	21	12	4	3	9	2	2	1		4	2	3	77
HCAL							5	2		1							1	5	14
HCB					10	6	10	12	7	3	1	3				2	9	5	68
HCIA						3	4	2		5	4					1			19
HCMC						1			1	1			2		1		2		8
HCCW					2	7	13	14	1	5	2	1	4			5	4	10	68
HCSA					3	4	4	4	1	2		3	4	1		1	1	3	31
HCME											1						1		2
HCAP					2	2	3	3	1		1		1	1	1	1		1	17
HC														1					1
HCMH													1						1
HCSA					7	3		9	2	1		1						1	24
HCCC					1	2			1		1								5
HCCD									1										1
HCCA							1											2	3
CACV														3	4				7
DCEO								2											2
CWU					1														1
SC	1																		1
总数	1	0	0	3	238	394	533	395	275	405	478	255	250	208	162	198	288	317	4400

(3) 特委法官和暂委法官与全职法官受案类型比较

为说明特委法官和暂委法官在聆讯案件类型上与全职法官存在区别,我们应对高等法院原讼法庭的可受案类型予以分析。(见表 21)

表 21 特委法官和暂委法官与全职法官受案类型比较

	简称	中文名称	特委法官	暂委法官
民事案件	HCA	高院民事诉讼	377	1838
	HCAL	高院宪法及行政诉讼	0	14
	HCAJ	高院海事诉讼	0	4
	HCAD	高院收养申请	0	0
	HCB	高院破产案件	22	68
	HCCL	高院商业诉讼	6	19
	HCCW	高院公司清盘案件	15	68
	HCSD	申请将法定要求偿债书作废(依据破产条例)	1	24
	HCBI	高院破产案临时命令	0	0
	HCCT	高院建筑及仲裁诉讼	18	40
	HCMC	高院婚姻诉讼	0	8
	HCMP	高院杂项案件	88	525
	HCCM	机密杂项案件	0	0
	HCPI	高院伤亡诉讼	43	282
	HCBD	高院账面债项登记	0	0
	HCBS	高院卖据登记	0	0
	HCSN	停止通知书	0	0
	HCCD	高院释放申请	0	1
	HCZZ	高院拟进行的诉讼	0	0
HCMH	根据《精神健康条例》提出的申请	0	1	
遗产 承办 处案 件	HCAP	遗嘱认证诉讼	1	17
	HCAG	申请授予书	0	0
	HCCA	知会备忘	0	3
	HCEA	单方面申请书	0	0
	HCRC	呈交案件	0	0
	HCCI	传唤书申请	0	0
	HCCV	申请授予书(系统计算机化之前)	0	0
刑事 及上 诉案 件	HCCC	高院刑事案件	0	5
	HCMA	高院裁判法院上诉	42	1342
	HCLA	高院劳资审裁处上诉	4	77

续表

	简称	中文名称	特委法官	暂委法官
遗产 承办 处案 件	HCIA	高院税务上诉	3	19
	HCSA	高院小额钱债审裁处上诉	7	31
	HCME	高院小额薪酬上诉	0	2
	HCOA	高院淫褻物品审裁处上诉	0	0
	HCUA	高院工会上诉	0	0
	HCED	高院遗产税上诉	0	0
	HCAA	高院法援上诉	0	0
			626	4400

对比香港高院法院原讼法庭的受案范围,可以看出,司法实践中,存在有多种全职法官可以受理的案件类型但从未编排给特委法官和暂委法官审理的情况,而且特委法官受理的案件类型也比暂委法官受理的案件类型要少。

从数据看,以下类型案件是特委法官尚未审理过的。民事案件方面,包括高院宪法及行政诉讼、高院海事诉讼、收养申请、高院破产案临时命令、高院婚姻诉讼、机密杂项案件、高院账面债项登记、高院卖据登记、停止申请书、高院释放申请、高院拟进行的诉讼、根据《精神健康条例》提出的申请。遗产承办处案件方面,包括申请授予书、知会备忘、单方面申请书、呈交案件、传唤书申请、申请授予书。刑事及上诉案件方面,包括高院刑事案件、高院小额薪酬上诉、高院淫秽物品审裁处上诉、高院工会上诉、高院遗产税上诉、高院法援上诉。

以下类型案件是原讼法庭暂委法官从未审理过的。民事案件方面,包括高院收养申请、高院破产案临时命令、机密杂项案件、高院账面债项登记、高院卖据登记、停止申请书、高院拟进行的诉讼。遗产承办处案件方面,包括申请授予书、单方面申请书、呈交案件、传唤书申请、申请授予书。刑事及上诉案件方面,包括高院淫褻物品审裁处上诉、高院工会上诉、高院遗产税上诉、高院法援上诉。

(4) 区域法院暂委法官受理案件类型的实证考察及与全职法官的对比

从区域法院暂委法官作出的 1101 份判决书看,区域法院暂委法官的

受案类型覆盖了区域法院的大部分受案类型,包括区院民事诉讼、区院财物扣押案件、区域税款申索案件、区院雇员补偿案件、平等机会诉讼、区院杂项案件、职业性失聪(补偿)上诉、区院伤亡诉讼、肺尘埃沉着病(补偿)上诉。与全职法官相比,在过去十几年中,只有三类区域法院案件从未编排给暂委法官受理,包括区域刑事案件、区院杂项上诉案件和印花税评税上诉案件。从案件类型分布看,区域法院暂委法官受理最多的案件类型是区院民事诉讼,共 665 件,占 60.3%。平等机会诉讼、职业性失聪(补偿)上诉和肺尘埃沉着病(补偿)上诉案件受案数量各有 1 件。可以说,区域法院暂委法官的受案类型与区域法院全职法官的受案类型大同小异。(见表 22)

表 22 区域法院暂委法官受理的案件类型及数量

案件类型	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	总计
DCCJ						21	40	15	2	63	161	71	34	18	78	59	40	63	665
FCMC										1	12	9	7	1		8	10	27	75
DCPI						1	1			10	20	24	14	11	12	17	8	10	128
DCEC						3	13	3	2	15	18	31	11	2	13	19	5	11	146
FCMP											1	2				2	3	3	11
DCMP							2		1	3	7	2	4	2	2	12	6	7	48
DCDT							2			2	1			2		1	3	2	13
DCTC													1		1	1		1	4
FCJA												2							2
FCDJ										1	2								3
DCOA											1								1
DCEO											1								1
LA/ECC										1						3			4
总数						25	58	18	5	96	224	141	71	36	106	122	75	124	1101

(三) 特委法官与暂委法官的司法行为规范

香港司法机构关于法官行为指引方面的规定主要是以司法机构规范性文件的形式出现,包括 2004 年《法官行为指引》(以下简称 2004 指引)、《如何就法官行为作出投诉》和 2006 年《关于非全职法官及参与政治活动的指引》(以下简称 2006 指引)。特委法官和暂委法官的司法行

为同样受司法机构制定的行为规范的指引和约束。

1. 特委法官和暂委法官的一般行为规范

2004 指引确立了法官包括特委法官和暂委法官行为规范的三项指导原则,即法官必须独立、大公无私、正直诚实和言行得当。在此基础上,指引明确了特委法官和暂委法官应遵守的一般行为规范,涉及法官履行司法职责、取消法官聆讯资格的事宜以及法官在法庭以外的专业活动和法官的非司法活动等问题。

2. 特委法官和暂委法官参与政治活动的特别规定

2006 指引对于非全职法官(包括特委法官和暂委法官)参与政治活动予以专门规范。根据该指引的规定:(1)规范非全职法官结社自由的基本原则是司法独立和司法公正。(2)判断非全职法官参与政治活动的适当标准是“社会上一个明理的、不存偏见、熟知情况的人会否认为有关的行为会损害司法独立或司法公正”,应用这一标准时,“将以香港当时的普遍情况作为参考的基础”。^①(3)允许非全职法官成为政党的成员但限制非全职法官较积极地参与政治活动。(4)重申案件编排制度和取消法官聆讯资格的制度,以避免非全职法官政党身份对司法独立和司法公正可能造成的影响。

从上述内容看,香港终审法院 2006 指引与 2004 指引对非全职法官和全职法官参与政治组织和政治活动的规范完全不同。2004 指引对全职法官的政党身份持严格的否定态度,要求全职法官“应避免加入任何政治组织,或与之有联系,或参与政治活动”;2006 指引对非全职法官的政党身份则持较宽松的态度,不反对非全职法官加入政党,但限制非全职法官较积极参与政治活动。

四、特委法官与暂委法官的委任程序

(一)委任资格

1. 原讼法庭特委法官的委任资格

根据《高等法院条例》第 6A 条规定,只有根据第 9(1)或(1)A 条有

^① 香港终审法院《关于非全职法官及参与政治活动的指引》第 2 条。

资格获委任为高等法院法官的人,才可以被委任为原讼法庭特委法官。^①据此高等法院特委法官的委任资格包括:(1)在香港或其他普通法适用地区的任何法院(该等法院在民事或刑事上具有无限司法管辖权)具有大律师或讼辩人的执业资格,且在该等法院作为大律师或讼辩人已经执业最少10年;(2)在香港或任何其他普通法适用地区的任何法院(该等法院在民事或刑事上具有无限司法管辖权)具有大律师或讼辩人的执业资格,且在取得该大律师或讼辩人资格之前,已经取得该法院的律师执业资格并且在该法院作为律师执业最少已有10年;(3)取得高等法院律师执业资格且已经据此执业最少10年。

从回归前后获得委任的特委法官看,1997年7月1日至2014年12月31日所委任的29名特委法官中,所有获得委任的特委法官均为S. C.即大律师,其中2名在获委任当时为太平绅士(J. P),有1名被授予银紫荆勋章(S. B. S)。

2. 原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官的委任资格

《高等法院条例》第10条规定,根据第9条有资格获委任为高等法院法官的人可以有资格获委任为原讼法庭暂委法官。根据《区域法院条例》第7条的规定,任何有资格根据《区域法院条例》第5条获委任为区域法院法官的人均有资格获委任为区域法院暂委法官。

根据对所收集的委任宪报分析,从2000年到2013年12月,香港共委任原讼法庭暂委法官86人。其中,资深大律师33人,区域法院法官35人,其他职务18人(其中有6名暂委法官被授予金紫荆勋章,2名暂委法官被授予银紫荆勋章)。以2013年的委任情况看,2013年香港共委任25名原讼法庭暂委法官,其中,大律师7人、区域法院法官7人、退休法官11人。

3. 特委法官和暂委法官委任资格的特点

(1)与同职位全职法官相比,特委法官的委任资格比较受限;暂委法官委任资格则与全职法官完全一致。

同为高等法院原讼法庭法官,特委法官和同职位的全职法官的委任

^① 虽然第9(1)和(1A)条曾在1997年和2005年有过修订,但修订仅仅是针对其中的部分用词做了改变,即以大律师或讼辩人代替之前的出庭代讼人,以高等法院律师代替之前的最高法院律师,此外,特委法官专业资格的实质性条件并没有发生变化。

资格虽有一定的重叠,但并不完全一致。《高等法院条例》第9条“法官的专业资格”规范了可获委任为高等法院法官必须符合的多种专业资格条件,但能够获委任为高等法院特委法官的人只能是符合《高等法院条例》第9(1)或9(1A)条规定资格的人,即前三种情形。暂委法官的委任资格与同职位全职法官的委任资格要求完全一致。

(2) 特委法官的来源比较单一,暂委法官的来源更为多元化

特委法官候选人要求必须属于在法律界全职执业的律师,包括律师和大律师。立法对可以获得遴选资格的律师或大律师有着较高的要求,一是在执业法院的级别上,要求必须是香港高等法院的律师,或者是香港或其他普通法地区在民事或刑事案件上具有无限管辖权法院的大律师;二是在律师执业的年限上,要求以律师或大律师资格的执业年限最少是10年。因此特委法官只能从法律界全职执业的大律师中遴选,而不能从其他类型的法律从业人员,比如下级法院法官或其他司法人员,或政府法律工作人员中遴选特委法官。特委法官来源的单一化使得特委法官职位的设置成为全职执业的律师(包括律师或大律师)跻身特委法官的专门通道。

暂委法官的来源则更为多元化。暂委法官候选人的专业资格,既可以和特委法官一样,是在法律界全职执业的律师,同时也允许虽不从事全职律师执业,但具有大律师或律师资格且在下级法院或者其他部门有过任职经历的人担任。因此,高等法院暂委法官也可以是具有大律师或律师资格后,并曾经有过至少10年经历的区域法院法官,或终审法院司法常务官,或高等法院司法常务官、高级副司法常务官、副司法常务官或助理司法常务官,或区域法院司法常务官、副司法常务官或区域法院助理司法常务官,或裁判法院常任裁判官,或死因裁判官,或小额钱债审裁处审裁官,或劳资审裁处审裁官,或律政人员,或者法律援助署署长、副署长、助理署长或法律援助主任,或破产管理署署长、助理破产管理署署长、助理首席律师、高级律师或律师,或知识产权署署长、副署长、助理署长、高级律师、律师。^①区域法院暂委法官可以是具有大律师或律师资格后,有过最少5年经历的高等法院司法常务官、高级副司法常务官、副司法常务

^① 《高等法院条例》第9(2)条。

官或高等法院助理司法常务官,或区域法院司法常务官、副司法常务官或助理司法常务官,或常任裁判官,或死因裁判官,或小额钱债审裁处审裁官,或劳资审裁处审裁官,或律政人员,或法律援助署署长、副署长、助理署长或法律援助主任,或破产管理署署长、助理破产管理署署长(法律)、助理首席律师、高级律师或律师,或知识产权署署长、副署长、助理署长、助理首席律师、高级律师或律师。

(3)特委法官全部为兼职法官,但暂委法官包括兼职法官和全职法官

特委法官的任职资格为法律界全职执业的律师,其聘任都是从法院外部聘任法律界人士担任,特委法官都属于非全职法官。

暂委法官相对比较复杂。暂委法官的聘任制度则包括内部聘任和对外聘任两种,内部聘任指由下一级法院法官或司法人员出任上一级法院的暂委法官,例如由全职的裁判官出任区域法院暂委法官,或者由全职的区域法院法官出任高等法院原讼法庭的暂委法官,此类暂委法官在被聘任为暂委法官之前,本身就已经是香港法院的全职法官,被聘任的暂委职位是上一级法院的非全职法官,这种聘任实际上是上级法院抽调下级法院法官到上级法院帮忙审理案件,属于内部聘任,在性质上,此类暂委法官实际上是全职法官。外部聘任是指从法律界全职执业人士或者其他与法律行业的从业人员中聘任暂委法官,比如从律师中聘请暂委法官,或者从知识产权署或破产管理署或律政人员中聘任的暂委法官,其担任暂委法官是兼职的。

(二)委任缘由

1. 特委法官

对于出现何种情形时才可以委任新的特委法官,香港立法并没有作明确规定。由于特委法官需经过司法人员推荐委员会推荐才能获得委任,根据《司法人员推荐委员会条例》的规定,只要特委法官司法职位出现空缺,司法人员推荐委员会就可以向行政长官就该空缺的填补提供意见或者作出推荐,行政长官根据司法人员推荐委员会的推荐进行委任。因此,特委法官司法职位何时出现空缺成为是否需要委任特委法官的关键因素。对于这一问题的考量,牵涉特委法官的员额问题。但是,到目前为止,香港高等法院特委法官的员额并没有具体的要求。从实践情况上

看,每年特委法官的任职人数也不尽相同,从1997年到2014年特委法官年度任职人数跨度在8人到16人间浮动。由于员额并没有固定,因此什么时候出现空缺其实没有具体的判断标准。但是,如果回溯特委法官制度的产生原因,引入特委法官制度是为了解决案件轮候时间过长的问題,那么当高等法院出现案件轮候时间过长时,应该就可以委任特委法官。

2. 暂委法官

暂委法官是根据终审法院首席法官的意愿任命的,对于终审法院首席法官在何种情形之下可以委任暂委法官,香港条例有明确要求。无论是高等法院暂委法官还是区域法院暂委法官,条例要求终审法院首席法官只能在出现以下情形之一时可以委任:任何原讼法庭法官的职位因任何理由而悬空;或者终审法院首席法官为了执行司法工作的利益,有需要暂时委任一名暂委法官。^①相同的规定也出现在区域法院暂委法官的委任中。^②

(三) 任期与连任

1. 任期

《高等法院条例》第6A条仅规定特委法官的“任期按藉以作出该委任的文书所指明者而定”。此外,对于任期、连任和工作时间没有其他的規定特委法官任期的长短是由行政长官在委任特委法官时在委任书中指明的。实践中,回归后香港特委法官的任命,行政长官在公布特委法官的委任宪报时,宪报会同时公布特委法官的任期。从已实施的情况看,一般情况下,被委任的特委法官的任期都为三年,但有过两次例外,即2004年再度委任陈景生和黄福鑫为特委法官时,两位特委法官的任期均为2004年9月25日到2007年11月30日,任期超过了三年。

根据《高等法院条例》,原讼法庭暂委法官的任期由终审法院首席法官指明。因此,原讼法庭暂委法官任期属于终审法院首席法官自由裁量的事项。根据2000—2013年有关委任原讼法庭暂委法官的宪报情况统计,在2000—2004年之间,除了极个别暂委法官任期少于一个月或者多

^① 《高等法院条例》第10条。

^② 《区域法院条例》第7条。

于一个月外,原讼法庭暂委法官的任期基本是以1个月为1个委任周期。由于任期非常短,因此大多数暂委法官得到了连任,且连任的次数非常多。^①但从2005年开始,原讼法庭暂委法官的任期跨度总体上加长,大多数任期都是一个月以上。同时,部分暂委法官的委任具有连续性,任期平均是8到9个月。从2000—2013年,有1位暂委法官的任期为3年,为暂委法官中的最长任期^②;有8位暂委法官的委任任期仅有1天,为暂委法官委任中的最短任期。

2. 连任

(1) 特委法官

2000年到2014年,27名特委法官,17名获得连任,连任次数长短不一,根据宪报资料统计,特委法官的连任期最长为4任,大多为3任。(见表23)

表 23 特委法官连任情况

任数	人 数	
1 (10名)	马道立:2000年(不到一任,即撤销) 伦明高:2000年(不到一任,即撤销)	(不到一任,即撤销)
	廖长城:2000年委任,2003年任期届满后未获得再度委任;李志喜:2000年委任,2003年任期届满后未获得再度委任;麦高义:2006年委任,2008年任期届满后未获得再度委任;黄旭伦:2010年首任,2013年任期届满后未获得再度委任	一任任期届满后未获得再度委任
	鲍永年:2013年首任 黄国瑛:2013年首任 高浩文:2013年首任 Mr. Anthony Kenneth HOUGHTON:2013年首任	首任任期尚未届满
2 (4名)	邓楨:2001年再度委任,2004年任期未届满被撤销	第二任委任期内被撤销
	霍兆刚:2003年首任,2006年再度委任	第二任任期届满后未获再度委任
	麦机智:2006年委任,2008年再任,任期内于2010年4月撤销任职	第二任任期内被撤销任职
	周家明:2010年首任,2013年再任	第二任任期尚未届满

① 比如龙礼法官,从2000年6月到2002年8月,每月一任,但连任了27个月。

② 辛达诚法官,任期从2006年11月1日到2009年10月31日,为期三年。

续表

任数	人 数	
3 (10名)	王正宇:2000年再任,2003年再任 陈景生:2001年再度委任,2004年再度委任 黄福鑫:2001年再度委任,2004年再度委任 余若海:2003年首任,2006年再任,2009年再任 冯柏栋:2006年首任,2008年再任,2012年再任 何沛谦:2006年首任、2008年再任,2012年再任 瞿绍唐:2006年首任、2008年再任,2012年再任,石永泰:2006年首任、2008年再任,2012年再任	第三任任期尚未届满
	陈健强:2006年首任,2008年再任,2012年再任,任期内于2012年11月1日撤销任职 袁国强:2006年首任,2008年再任,2012年再任,任期内于2012年7月1日撤销任职	第三任任期届满前被撤销任职
4(3名)	梁冰濂:2000年再任 2003年再任 2006年再任 郭庆伟:2000年再任 2003年再任 2006年再任 骆应淦:2000年再任 2003年再任 2006年再任	第四任任期届满后未获再度委任

(2) 暂委法官

86名原讼法庭暂委法官中,被委任次数变化极大,从1次到55次。有20名暂委法官仅被委任1次,66名暂委法官被委任2次乃至多次。被委任次数在2~10次及以下的法官有44名,占了大多数,被委任次数在10次以上20次及以下的法官有5名,被委任次数在20~30次的有9名,被委任次数在30~40次的有4名,40~50次的有2名,50次以上的有2名。(见表24)

表24 原讼法庭暂委法官委任次数

次数	人数	法官名单及委任时间
1	20	Michael Bunting2001 芮安牟 2002 汤家骅 2002 黄敏杰 2002 余若海 2002 何沛谦 2003 彭中屏 2003 黄仁龙 2003 翟绍唐 2004 梁邵中 2006 韦施博 2009 周家明 2009 包华礼 2009 林云浩 2011 吴嘉辉 2012 杨家雄 2012 陈静芬 2013 李绍强 2013 夏正民 2013 林孟达 2013
2	16	麦高义 2001/2002 王见秋 2002;2 麦机智 2002/2003 区庆祥 2008/2009 麦健涛 2008/2009 黄旭伦 2008/2009 蔡源福 2008/2009 邓乐勤 2010/2011 鲍永年 2011/2012 甄孟义 2011/2012 韦浩德 2011/2012 石仲廉 2012;2 朱佩莹 2012/2013 吴美玲 2013;2 梁俊文 2013;2 黄继民 2013;2

续表

次数	人数	法官名单及委任时间
3	6	夏利士 2007:1/2008:1/2009:1 欧阳桂如 2010:1/2011:1/2012:1/ 高浩文 2010:1/2011:1/2012:1 陈美兰 2011:2/2012:1 Anthony Kenneth HOUGHTON: 2011:1/2012:2 邱智立 2012:1/2013:2
4	9	AarifTybjee Barma:2002:3/2003:1 李瀚良 2009:1/2010:1/2011:1/2012:1 贝伟和 2009:1/2011:1/2012:1/2013:1 陈庆伟 2009:1/2010:1/2011:1/2012:1 谭允芝 2011:2/2012:2/ 郑若骅 2011:1/2012:2/2013:1/ 黄崇厚 2011:1/2012:2/2013:1 彭宝琴 2012:2/2013:2 胡国庆 2012:1/2013:3
5	8	黄永辉 2000:5 汤宝臣 2000:5 朱芬龄 2000:5 简士勋 2007:1/2008:1/2009:1/ 2011:1/2012:1 黄国瑛 2008:2/2011:1/2012:1/2013:1 施钧年 2012:2/2013:3 孙国治 2011:1/2012:2/2013:2 陆啟康 2011:1/2012:1/2013:3
7	4	韩敬善 2000:7 马永新 2007:1/2008:2/2009:1/2010:1/2012:1/2013:1 司徒冕 2010:1/2011:1/2012:2/2013:3 郭美超 2012:2/2013:5
9	1	丁雅贤 2003:6/2004:3
11	2	关淑馨 2000:8/2001:3 梅贤玉 2004:2/2005:1/2008:1/2009:1/2010:1/2011:3/ 2012:1/2013:1
12	1	陈江耀 2004:1/2005:2/2006:1/2007:2/2008:1/2009:1/2010:2/2011:1/2012:1
16	1	赖磐德 2002:5/2003:4/2005:2/2006:1/2007:1/2008:2/2009:1
18	1	潘敏琦 2003:9/2004:3/2005:1/2006:1/2007:2/2008:1/2009:1
21	3	麦明康 2000:8/2001:11/2012:1/2013:1 韦理义 2000:4/2001:12/2002:5 张举能 2001:2/2002:12/2003:7
23	1	韦毅志 2002:7/2003:2/2004:9/2005:1/2006:2/2012:2
24	3	林文瀚 2001:5/2002:12/2003:7 辛达诚 2002:9/2004:10/2006:1/2012:1/2013:3 郭竊诚 2002:7/2003:3/2004:3/2005:1/2006:1/2007:2/2008:1/2009:1/2010:2/ 2011:1/2012:2
26	1	冯骅 2001:1/2002:8/2003:3/2004:11/2005:2/2006:1
30	1	彭伟昌 2002:9/2003:7/2004:8/2005:2/2006:1/2007:1/2008:1/2009:1
31	1	邬礼贤 2000:8/2001:12/2002:11
38	1	张慧玲 2000:4/2001:12/2002:4/2003:10/2004:5/2005:2/2006:1
39	2	姬大维 2000:8/2001:12/2002:3/2003:10/2004:1/2005:2/2006:1/2007:1/2008:1 麦卓智 2000:5/2001:12/2002:5/2003:9/2004:3/2005:3/2006:1/2007:1
48	1	杜丽冰 2000:4/2001:12/2002:7/2003:4/2004:11/2005:2/2006:1/2007:1/2008: 2/2009:1/2010:1/2011:1/2012:1
49	1	龙礼 2000:8/2001:12/2002:7/2003:8/2004:6/2005:1/2006:1/2007:2/2008:1/ 2009:1/2010:1/2011:1
52	1	潘兆初 2000:1/2001:12/2002:12/2003:12/2004:12/2005:2/2006:1
55	1	杜滢峰 2000:8/2001:12/2002:12/2003:12/2004:5/2005:1/2006:1/2007:2/2008: 1/2009:1

(四) 委任程序

1. 特委法官

(1) 公告形式

特委法官的委任分为三种类型：首次委任、再次委任和继后委任。首次委任指第一次委任为特委法官；再次委任指在前一次委任期限届满时被再次委任为特委法官；继后委任指以前曾被委任为特委法官，期满后没有获得连续委任，但之后一段时间又被重新委任。但无论何种委任类型，其委任程序均相同。

香港《高等法院条例》第6A条规定了特委法官委任的刊宪形式。据此特委法官的首次委任，需“藉盖有公印的《英皇制诰》作出”；特委法官的再次委任或继后委任的“须藉总督认为适合的其他经由总督签署的文书作出”。从条例的规定而言，条例仅仅对首次委任的公告形式作了明确的要求，但对于再次委任和继后委任的公告形式没有明确界定，同时，条例没有对特委法官免职或者撤销委任的公告形式有明确的要求。实践中，香港特区对于特委法官的委任，不论何种委任类型均采用相同的特区政府宪报形式刊宪。对于条例中没有提及的撤销委任的形式，实践中也采用与委任相同的特区政府宪报形式刊宪。而且，特委法官委任的刊宪，采用“一委任一宪报”的方式，即一份宪报只刊发一名特委法官的委任或者撤销委任情况。如果特首需要同时委任多名特委法官，则须发布相应数量的宪报，不在一份宪报中同时发布多位特委法官的委任或撤销委任情况。

(2) 委任程序

回归前，根据《最高法院条例》第6A条和《司法人员叙用委员会条例》的规定，特委法官须经由司法人员叙用委员会推荐后，由总督委任。香港回归后，根据香港基本法第88条的规定“香港特别行政区的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会推荐，由行政长官任命”。回归前特委法官委任制度因此得以完整保留。回归后香港高等法院原讼法庭特委法官的委任程序与同职位高等法院全职法官的委任程序是一致的，都是根据司法人员推荐委员会的推荐，由行政长官委任。但是也存在细节上的不同。比如在委任程序上，原讼法庭全职法官在接受委任时，其宣誓是由行政长官监誓，但原讼法庭特委法官接受委任

时,其宣誓是由原讼法庭法官监誓的。^①

(3) 撤销委任或免职

撤销委任与免职是两种不同的程序。特委法官的免职是指特委法官出现了法定事由,根据法定程序被免除法官职位的程序。基本法对于法官的免职有着严格的要求。第89条规定:“香港特别行政区法院的法官只有在无力履行职责或行为不检的情况下,行政长官才可根据终审法院首席法官任命的不少于三名当地法官组成的审议庭的建议,予以免职。”据此,法官免职的法定事由必须是法官“无力履行职责或行为不检”;免职的程序是“由终审法院首席法官任命的不少于三名当地法官组成的审议庭”提出建议,行政法官据此予以免职。在实践中,迄今为止,香港尚没有一例特委法官被免职的情形。

与此不同,撤销委任是指在特委法官的委任期内,出现了特定事由,因此撤销先前对该特委法官委任的情形。香港基本法并没有对法官的撤销委任问题予以立法明确。从特委法官制度设立以来至2014年12月31日,香港先后有8名特委法官被撤销委任。撤销宪报的主要内容包括:第一,撤销委任的缘由,即基于何种事由特委法官将被撤销委任。立法没有明确撤销委任的缘由,从现有的8名被撤销委任的特委法官的情形看,主要是因为特委法官即将被委任为全职法官或者出任政府官员。上述8名法官中,袁国强法官被撤销委任的缘由是其被委任为律政司司长,其余7名特委法官被撤销委任的缘由是其获委任为原讼法庭全职法官。第二,撤销委任的程序。从宪报看,特委法官的撤销委任是由行政长官予以撤销的。但是行政长官是根据哪个机构的建议对特委法官予以撤销委任的,宪报中没有披露。但由于行政长官行使特委法官委任权时须根据司法人员推荐委员会的建议予以行使,因此,行政长官对特委法官行使免除委任权、暂停委任权、解除委任权或撤销委任权、重新委任权或复任权时,也应该基于司法人员推荐委员会的建议。第三,撤销委任的法律依据。基本法并没有关于撤销委任的相应规定,宪报中对于撤销委任的法律依

^① 《宣誓及声明条例》第3条“由行政长官监誓的誓言”。“原讼法庭法官(根据《高等法院条例》(第4章)第6A条委任的原讼法庭特委法官或根据该条例第10(1)条委任的原讼法庭暂委法官除外。”“由原讼法庭法官监誓的誓言。原讼法庭特委法官,原讼法庭暂委法官。”

据没有引用基本法,只引用香港本地条例《释义及通则条例》第42条“有权委任包括有权暂停、解除、重新委任等”。根据《高等法院条例》第6A条的规定,行政长官有权委任特委法官。可知,行政长官委任特委法官的权力同时包括行政长官对特委法官暂停委任、解除委任或重新委任等权力。故《释义及通则条例》第42条成为行政长官行使撤销特委法官委任权的法律依据。

(4) 特首与特委法官委任的实证研究

根据基本法和香港本地条例的规定,特委法官是由特首根据司法人员推荐委员会的推荐予以委任的。香港回归以来,已历三位特首,特首与特委法官委任的整体情况如下:

第一,三位特首委任特委法官的基本情况

从2000年1月1日到2013年12月31日,香港特区已有三位特首,其委任特委法官情况如下(见表25):

董建华前特首,任职期间为1997年7月1日到2005年3月12日。2000年至2005年3月12日期间,共发布特委法官委任宪报19份,委任特委法官13人,其中被首次委任的特委法官6名,被再次委任的特委法官7名;发布撤销委任宪报3份,撤销特委法官委任共3人。

曾荫权前特首,任职期间为2005年6月22日到2012年6月30日。任职期间,曾荫权共发布委任宪报29份,委任特委法官23人,其中10名为首次被委任,13人再次被委任;发布撤销委任宪报2份,撤销特委法官委任2人。

梁振英现特首,从2012年7月1日开始任职,从2012年7月到2014年12月31日,共发布委任宪报5份,委任5名特委法官,新委任法官4名,被再次委任法官1名;发布撤销委任宪报1份,撤销特委法官委任1人。

表 25 特首委任特委法官情况表

时间	特首	特委法官	属首次被委任的	再次被委任	撤销委任
2000—2005.3.12	董建华委任19次,共13人 撤销委任3次,共3人	梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、马道立、伦明高、廖长城、李志喜、陈景生、邓楨、黄福鑫、余若海、霍兆刚	马道立、伦明高、廖长城、李志喜、余若海、霍兆刚	梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、王正宇、陈景生、邓楨、黄福鑫	马道立、伦明高、邓楨

续表

时间	特首	特委法官	属首次被委任的	再次被委任	撤销委任
2005. 6. 22 —2007. 6. 30	曾荫权(补任)委任13次,共13人	冯柏栋、麦高义、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰、梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、余若海、霍兆刚	冯柏栋、麦高义、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰	梁冰濂、郭庆伟、骆应淦、余若海、霍兆刚	
2007. 7. 1 —2012. 6. 30	曾荫权委任16次,共10人 撤销委任2次 共2人	冯柏栋、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰、余若海、黄旭伦、周家明	黄旭伦、周家明	冯柏栋、麦机智、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰、余若海	袁国强、麦机智
2012— 2014. 12. 31	梁振英委任5次,共5人, 撤销委任1次 共1人	周家明、鲍永年、黄国瑛、高浩文、何东鸣	鲍永年、黄国瑛、高浩文、何东鸣	周家明	陈健强、周家明

第二,特首更替期间的委任情况

从2000年到2013年12月31日,经过两次特首更替。

首先,2005年为董建华特首和曾荫权特首的交替年度。这一年没有刊登任何特委法官的委任或撤销委任的政府宪报,应该说,这与董建华特首在这一任任期未届满之前辞去特首职务有关。2005年董建华特首辞职之前,原讼法庭当时在职的8位特委法官任期均未届满,没有发生对原在职的特委法官的再次委任或者撤销委任的需求。但同时这一年,也没有委任新的特委法官。

到了2006年,情况发生了较大的变化。原在2005年任职的8位特委法官中,有6位的任职即将届满,此外,这一年,新特首曾荫权发布了8份委任宪报,首次委任了8名新的特委法官,使得在职特委法官的数量达到16位。因此2006年也是香港自2000年以来在位的特委法官最多的一年。随后几年逐步下降,经过3年多的时间,特委法官队伍发生全新的人员更替。

其次,2012年为曾荫权特首和梁振英特首更替年度。虽然梁振英特首是在2012年7月1日就任的,但是在2012年发布的6份委任宪报和2

份撤销宪报中,梁振英特首只发布了1份撤销委任宪报,其余均为曾荫权特首所发布。这一方面与当年在职的特委法官任职届满有关。冯柏栋、何沛谦、翟绍唐、陈健强、袁国强、石永泰等特委法官的任职在2011年12月31日届满,在2012年获得了再次委任,任期从2012年1月1日到2014年12月31日。其中,袁国强因转任律政司司长,于2012年6月30日终止特委法官职位。周家明任期到2012年12月31日届满,当年未发生再次委任。另外,黄旭伦是在2010年1月1日委任的,任期到2012年12月31日。余若海是在2009年12月1日委任的,任期到2012年11月30日。此两位任期届满时特首已经更替为梁振英,但均没有获得再次委任。值得注意的是,黄旭伦只担任了一届特委法官。此外,梁振英特首撤销了陈健强法官的委任。

2013年情况也有了较大的变化。原由曾荫权委任的法官,除冯柏栋、何沛谦、翟绍唐、石永泰因任期要到2014年12月31日才届满继续保留为特委法官外,周家明得到再次委任(任期2013年1月1日到2015年12月31日)。此外,由于余若海、黄旭伦届满后未获得再次委任,陈健强、袁国强、周家明被撤销委任,因此空出4个特委法官职位。对此,梁振英新委任了四名特委法官,他们是鲍永年、黄国瑛、高浩文、何东鸣,均为首次委任,任期从2013年3月1日到2016年2月29日。

2. 暂委法官

与特委法官不同,暂委法官的委任程序非常简单。《高等法院条例》第10条“暂委法官的委任”和《区域法院条例》第7(1)条规定了暂委法官的委任程序,暂委法官的委任是由香港终审法院首席法官独立进行的。实践中,首席法官也已经多次行使了委任权。从2000年到2013年12月31日期间,终审法院首席法官行使《高等法院条例》第10条所赋予的权力,委任高等法院原讼法庭暂委法官共达809次,总计86人,其中被多次委任的有61人,占70.11%。从2000年到2013年12月31日期间,终审法院首席法官行使《区域法院条例》第7(3)条所赋予的权力,委任区域法院暂委法官共达1023次,共有146人,其中被多次委任的有94人,约占67.14%。其间有7名暂委法官被撤销任命,有19名暂委法官被终止委任。

暂委法官的委任程序是对回归前委任程序的保留。香港回归前,当时香港最高法院首席大法官有权委任高等法院暂委大法官和地方法院暂委法官。回归后,暂委法官作为香港司法体制中的“其他司法人员”,根据香港基本法第91条:“香港特别行政区法官以外的其他司法人员原有的任免制度继续保持。”因此,回归后,原讼法庭暂委法官和区域法院暂委法官的委任权继续由终审法院首席法官行使。

在暂委法官的委任程序中,终审法院首席法官的权限包括行使委任权;判断委任缘由是否出现或者在出现委任缘由时决定是否委任暂委法官;限制暂委法官的权限或受理案件类型;指明暂委法官的任期乃至随时终止其委任。可以说,终审法院首席法官对于暂委法官的委任有着全面的控制权。

相比于回归前,回归后终审法院首席法官委任暂委法官的权力明显扩大了,主要体现在对区域法院暂委法官的委任上。(1)委任缘由判断上,回归后,区域法院暂委法官的委任缘由调整为两种情况,即“任何区域法院法官的职位因任何原因而悬空;为执行司法工作起见而暂时需要委任区域法院暂委法官”。变化主要体现在对客观缘由的判断没有列举出具体的情形。回归前对于委任缘由的客观原因的判断,虽然也规定的是弹性条款“其他原因”,但同时列举了具体情形,比如死亡,或暂时患病或缺席以致不能执行其职责的,限制了对其他原因的理解,使得首席大法官在委任暂委法官时,不得不考虑是否出现了类似死亡,或生病或其他导致不能执行职责或职位悬空等情况;但回归后,修改为对这些情况统一归为“因任何原因而悬空”,删去了适宜与否的判断要求,增加了首席法官对委任区域法院暂委法官缘由判断的弹性。(2)任职时间上,回归前虽然也规定暂委法官的任期按首席大法官认为适合的期间而定,但在此基础上,也对每一种不同委任情况的任期加了非强制性的限制。比如对于因地方法院法官死亡或其他原因导致地方法院法官职位悬空,需要委任地方法院暂委法官的,任期可以是“直至该职位按照第4条的条文已获填补为止,或任期按首席大法官认为适合的其他期间而定”;比如对于地方法院法官因患病或缺席以致不能执行其职责的而委任暂委法官填补,该暂委法官的任期应该是“直至原来的法官恢复执行其职责为主,或任期

按首席大法官认为适合的其他期间而定”。回归后对于这些特殊情况任期的强制性规定均予以删除,无论是何种委任情况,其任期都是由终审法院首席法官来决定。(3)其他委任限制上,回归前没有规定首席大法官委任暂委法官时是否可以对暂委法官的权限进行限制,但现在首席法官委任暂委法官时可以限制其受理案件类型或任期,甚至可以直接限制原讼法庭暂委法官的权限。