

# 目錄

---



序言 / ix

## 上篇 “一國兩制” 與謙抑主義理論

### 第一章 謙抑主義：關於香港基本法的一種理論 / 002

- 一、作為中國特別行政區的香港 / 002
- 二、“一國兩制” 下的謙抑主義 / 004
- 三、香港政制下的謙抑主義 / 016
- 四、小結 / 020

### 第二章 謙抑主義與香港特區法院的憲制角色 / 023

- 一、三種司法方法：折衷主義、積極主義與謙抑主義 / 024
- 二、香港司法審查是基於“一國”抑或“兩制”？ / 035
- 三、“一國”和“兩制”之間的調適 / 039
- 四、香港特區法院和全國人大常委會之間的相互謙抑 / 042
- 五、小結 / 049

### 第三章 合憲性推定與權力謙抑主義 / 052

- 一、超越文本主義 / 053
- 二、合憲性推定的運用 / 059
- 三、權力謙抑主義——必然抑或偶然？ / 063
- 四、小結 / 068

## 下篇 “一國兩制” 與香港憲制轉型

### 第四章 香港特區立法會調查權的界限 / 074

- 一、“鄭家純案” 對立法會調查權的挑戰 / 074
- 二、授權性與香港基本法第 73 條 / 076
- 三、輔助性與香港基本法第 64 條 / 084
- 四、謙抑主義與香港基本法第 48 條 / 090
- 五、對立法會調查權的司法審查 / 095
- 六、小結 / 097

### 第五章 香港特區立法會對附屬立法的審查 / 099

- 一、附屬立法的適用 / 102
- 二、議會監督與謙抑主義方法 / 105
- 三、附屬立法中立法與行政的相互制衡 / 108
- 四、立法機關的謙抑傳統 / 110
- 五、“行政主導制” 下對“修訂” 的理解 / 113
- 六、小結 / 115



### 第六章 政務司的職能演變與行政長官的憲制定位 / 118

- 一、殖民地管治下的總督、行政局與布政司 / 119
- 二、布政司的權力強化及過渡 / 124
- 三、問責制與政務司的輔助性 / 128
- 四、“一國兩制” 下行政長官的定位 / 131
- 五、小結 / 133

### 第七章 香港基本法永久居民權爭議及方法 / 135

- 一、香港基本法第 24 條的法理錯位 / 137
- 二、居留權案件癥結的解開 / 144
- 三、居留權主體法律回位的一種反證 / 158
- 四、小結 / 164

### 第八章 公民不服從與香港法治 / 167

- 一、“佔中” 與公民不服從 / 170
- 二、“佔中” 在香港的正當性之探討 / 173
- 三、公民不服從和香港法治的調和 / 182
- 四、小結 / 190

### 參考文獻 / 195

# 序言

---



人們常說，香港是一本難讀的書。香港回歸二十餘載，這個命題似乎仍然成立。從自己在中國內地、美國、英國及香港的求學、工作及生活經歷，並結合自己一直以來在香港基本法及相關領域的思考來看，要讀懂香港，似乎離不開至少三個維度，即國家、特區及國際。缺乏任何一者，都容易落入“盲人摸象”的境地。

香港回歸之後，已屬中國不可分離的一部分，因此，對香港諸多問題的把握需要站在國家戰略的高度。一旦偏離此道，很容易淪為一種一廂情願乃至異想天開的政治浪漫主義。回歸後的香港與國家在政治、經濟乃至文化等各個方面已經是同呼吸、共命運。用流行的話語來說，也許就是“一國乃是根”。雖然香港與內地實行截然不同的制度，但如果能夠充分認識“國家”這一維度，也許可以避免目前社會中出現的一些極端情形，比如“立法會議員宣誓案”中的反華言論便屬較為典型的個案。在國家維度上，回歸後的香港無法迴避以下兩個現實：一是作為主權國的中國仍然實行社會主義制度，堅持中國共產黨領導；二是改革開放後的中國已經成為世界第

二大經濟體。

特區自身的維度也至關重要。回歸後的香港仍然實行資本主義制度，且是享譽海內外的法治地區。從自己多年在香港工作及生活的經驗來看，香港社會確實具有比較獨特的社會及文化結構。就此而言，書齋裏的“紙上談兵”很難體悟此中之道。朋友常說，即使在香港生活三五年，你在生活中仍然會有新發現。因此，如果忽略了特區這個獨特的維度，基本上等同於忽略了香港市民在獨特的歷史中所形成的一種獨特的身份認同。這種對香港獨特性的認同可以說區別於任何一個國家和地區。

最後是香港問題的國際維度。雖然香港是中國的一個特區，但從香港市民的多國籍身份，便可窺見香港問題的國際性。同時，這種國際性也體現在香港作為特區在亞洲乃至全球的經貿活動中均扮演獨特的國際角色。目前，在中國大力推動“一帶一路”建設的背景下，香港在亞洲所要扮演的國際角色更顯得舉足輕重。顯然，要在整體上同時駕馭這三個維度，並非易事！

誠然，回歸後的香港依舊魅力四射。放眼全球，“一國兩制”實乃偉大創舉。這也使得傳統的理论知識難以對“一國兩制”下的香港在現實中所出現的諸多新問題及新挑戰提供有力的學理解釋，在整體上難以勾畫出一幅全新的知識圖景。隨著“一國兩制”實踐的不斷推進，知識界對香港基本法及相關問題所進行的討論可謂熱火朝天。其中不乏諸多時常迸發出思想火花的重要論及洞見。然後，人們也逐漸認識到，鋪天蓋地的政治話語或修辭並不能掩飾，香港基

本法在理論上所受的關注仍顯不足，由此也需要學術界能夠竭力擺脫政治話語的束縛，在香港這一塊相對自由的土地上進行更多嚴肅而認真的學術探討。

回想自己的學術經歷，由於我之前在中國內地和國外學習和思考的主要是比較法視野下立法權和司法權之間的關係，因此，一開始對香港基本法領域的關注也與這方面有關。之後，我有機會來香港繼續從事學術研究工作，也就自然具備了親身體驗、觀察、思考並研究香港基本法的得天獨厚的條件。尤其是在我給香港城市大學法律學院本科、碩士及博士等項目學生講授輔導香港基本法、法理學、中國法律制度等課程的過程中，學生們時常提出的諸多極具挑戰性的問題極大地豐富了自己對香港基本法的學術想像及深刻體認。雖然香港是普通法地區，但香港基本法作為法科學生的必修課則頗為獨特，可以說這門課兼具了普通法和中國法的特質。雖然香港基本法適用於香港這一普通法地區，但是，如果單單從普通法的視角來看香港基本法，有時難以在學術上深刻理解其中所涉及的中國法上的一些概念，甚至會覺得一些與中國相關的問題和實踐匪夷所思。當然，如果僅僅從中國法的視角來認識基本法，也有可能出現思想上的偏激和固化，而陷入另一個極端。可以說，偏執於任何一端，都會出現帶著自身立場自說自話的情形，並有可能讓學術問題“泛政治化”。

從香港基本法的學術圖景來看，目前的討論似乎大體上包括以下兩大板塊。一是與中央密切相關的香港基本法問題，比如香港終



審法院與全國人大常委會的基本法解釋權問題，等等；另一個是特區層面的香港基本法問題，比如立法會與法院的關係，一些人權救濟案例中的司法方法，等等。整體而言，目前知識界（尤其中國內地）對香港基本法的關注主要集中在第一個方面。對於第二個方面，香港法學界則有些許比較法視角的探討。

當然，目前學術界對這兩個方面的聚焦力度迥然不同，這也許與目前所處的政治生態環境有一定的關聯。對於第一個方面所出現的問題，相對而言具有較強的政治性，也會被媒體輿論廣為關注，由此容易在社會上帶來激烈的爭辯和討論。對此，學術界當然也是當仁不讓，參與其中乃情理之中的事。而對第二個方面的問題，似乎並不是與香港乃至“一國兩制”的前景攸關的熱點話題。雖然香港作為普通法地區在知識層面與其他普通法國家具有較強的可比性，並且在實踐中也時常以其他普通法國家為參照系，但是不可否認的是，回歸後的香港已經在特區層面形成了自己獨特的憲制結構，因此其中的許多憲法問題需要予以重新審視與定位，比如本書所探討的立法會調查權界限的問題，等等。當然，也不排除很多特區層面的憲法問題其實已經或多或少在政治層面含攝了“國家因素”，比如可能已涉及中國共產黨的統戰政治等等，這樣的話，學理上的探討往往會變得更為複雜。

可以說，這本書在很大程度上是自己這些年在基本法理論方面進行探索的一個階段性小結。其中相關研究成果曾以中文或英文發表於一些學術期刊，其中包括：本書第二章內容發表於墨爾本大學

的《公法評論》（*Public Law Review*）（2016年第3期，第27卷，第218—231頁），第三章主要內容發表於《法學家》（2012年第1期，第42—51頁），第四、五章內容發表於英國的《成文法評論》（*Statute Law Review*）（2017年第2期，第38卷，第182—195頁；2015年第1期，第36卷，第111—122頁），第六章（合作）發表於《紫荊論壇》（2012年第5期，第12—21頁），第七章（合作）發表於《法學評論》（2013年第5期，第68—79頁），等等。以這些前期研究為基礎並予以適當地修改相關內容，本書——尤其是本書上篇——試圖展現自己一直以來對謙抑主義理論的斷想，嘗試對“一國兩制”下香港的法治及政制發展的定位進行一種新的思考，而下篇主要對其他相關的香港基本法問題進行分析。

本書之所以能順利面世，在此要特別感謝三聯書店（香港）有限公司給我提供了整理以往拙作並予以出版的機會，並感謝顧瑜博士對我拖延交稿的耐心與寬心。

雖然當前關於“一國兩制”及香港問題的討論似乎已日趨“政治化”乃至“意識形態化”，仍願本書能有拋磚引玉之效，引發大家更多的爭鳴與思考！

王書成

2018年2月24日於香港九龍





# 上篇

「一國兩制」與謙抑主義理論

## 第一章

### 謙抑主義：關於香港基本法的一種理論

#### 一、作為中國特別行政區的香港

香港回歸已滿二十載，特區的政治生態及憲制結構與回歸前相比已截然不同。回歸前，政制發展的最終決定權在英國倫敦，而回歸後則轉至中國北京。自回歸前的八十年代開始，香港政制在一定程度上經歷了西方民主化及法治化道路。回歸之後，在中國主權之下，香港民主與法治的發展無疑已是另一番景象。在“一國兩制”這一特別的憲制安排下，雖然“一國”與“兩制”之間出現了些許發展中所形成的張力，但無可否認，香港作為中國領土的一部分時至今日依然享有高度自治權，而且其前景在很大程度上已經離不開“中國發展”這一主旋律。可以說，香港的未來是在中國未來發展的語境之下討論的。假想一下，如果中國經濟和政治等各方面繼續穩



定向前發展，抑或出現經濟停滯、政治變革等另一相對情形，這兩種完全不同的假設無疑將會導致香港走向完全不同的格局。就此而言，對香港政治、經濟、社會等諸多問題的關注，如果離開了“中國”這一視域，會很容易淪為“盲人摸象”或“只見樹木，不見森林”的境地。如今，世界格局可謂風起雲湧、變幻莫測。中國經過短短幾十年的發展，超出世人的想像一躍成為世界第二大經濟體，在國際秩序中逐漸扮演了越來越重要的角色。在全球經濟一體化的大背景下，即使伴隨著民族主義的升溫，各國經濟在諸多方面依然是相互依存，難以割離。隨著中國經濟的發展，諸多國家在經濟發展上也越來越依賴中國的規模經濟。由此，亞洲乃至世界秩序也必然會發生相應的變化，雖然此中有所時難免會出現一些摩擦乃至衝突。無疑，香港作為中國的一部分，更是與此休戚相關。

就地處亞洲的香港而言，在“一國兩制”之下，根據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（以下簡稱香港基本法）的規定，香港可以保留原有的、不同於中國內地的普通法制度及法治傳統。在中國主權之下，香港的法治歷經變遷，逐漸從一個英國殖民管治地區向作為中國特區的新法治體進行相應地調試及轉型。在此背景之下，回歸後的香港須探尋一條與“一國兩制”原則相契合的法治道路。

回歸之後，香港出現的各種爭議性話題一般都是圍繞“一國兩制”這一大的脈絡，比如“吳嘉玲案”、“剛果（金）案”、“佔中運動”、“立法會議員宣誓案”等等。“一國兩制”作為一種特殊的憲制安排，一方面，香港所屬的主權國——中國——實行一種

然區別於西方民主國家的社會主義制度；另一方面，香港基本法所設計的憲制架構下的立法、行政以及司法機關在理論和實踐中與中央主權或其代表機構都具有一定的聯繫。由此可見，傳統的三權分立及司法獨立等理論難以完全解釋目前香港法治在“一國兩制”之下所具有的特質。由此，香港法治在“一國兩制”下該如何定位及發展便是一項在學理上無法迴避的知識任務。

可以說，每當香港出現一些前所未有的新情況或新案例，都會在社會上激起可謂鋪天蓋地的爭辯甚至“罵戰”。由於政治生態等諸多方面的差異，中國內地和香港發出的聲音往往迥異甚至時而“針鋒相對”。整體上而言，公共媒體或政治話語中的爭辯隨處可見，但學理上的探究甚微。本書在解決這一問題上，試圖提出一種糅合了“一國”與“兩制”的謙抑主義理論（A Theory of Mutual Deference），這是對“一國兩制”下香港法治形態予以闡釋及定位的一種新嘗試。在“一國兩制”之下，謙抑主義主要從兩個維度展開：一是“一國兩制”的維度，即“一國”與“兩制”之間的謙抑關係；二是特區自身的維度，即香港法治下各權力機關之間的謙抑關係。



## 二、“一國兩制”下的謙抑主義

從理論發展來看，謙抑主義（Deference）作為一種學說，最初主要出現在司法審查領域並被廣泛討論。在現代民主法治社會的

權力分立理論下，獨立的司法機關應如何處理與立法機關的關係，一直是學術界綿延不斷的討論話題。在英國議會主權原則下，傳統上，司法權毫無疑問應該內在或內生於議會，而曾經作為最高司法機關的上議院上訴委員會（the Appellate Committee of the House of Lords）正是英國議會的重要組成部分，在2009年最高法院（the Supreme Court）建立之前享有最終司法裁判權。然而，當憲法首次以成文法的形式在美國出現之後，美國聯邦最高法院於1803年在“馬伯里訴麥迪遜案”中，依循法律實證主義的邏輯，裁定該案所援引的《1789年司法法》第13款因違反了憲法而無效，由此開啟了普通法院可以依據作為最高法的憲法來對下位法進行合憲性審查的制度先河。雖然該命題在規範邏輯上可以成立，但其實這已經偏離了英國傳統議會主權下的權力分立原則，因為一個沒有民主正當性的法院已經可以在制度層面依據憲法來推翻具有民主正當性的議會所作出的立法決議。這也就是亞歷山大·比克爾（Alexander Bickel）所述的司法審查的“反民主悖論”（Anti-Majoritarian Dilemma）。其實，早在1893年，著名法學家詹姆斯·塞耶（James Bradley Thayer）對此就已有高論，<sup>1</sup>可以說，司法謙抑主義學說的提出在很大程度上已經疏解了民主社會中出現的司法“反民主悖論”。當然，後來隨著人權的發展以及國家形態的演變，司法謙抑主義學說又有了進一步的發展，且在行政法領域也有了相關的獨特

<sup>1</sup> See James B. “Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1893(7), pp. 129-156; 對塞耶謙抑學說的闡釋，可參見王書成：《合憲性推定與塞耶謙抑主義》，《政法論壇》2011年第5期。