

香港特區法院與“一國兩制”憲制秩序的維護

朱國斌*

一、導言

1997年7月1日，中國政府恢復對香港行使主權，香港特別行政區(簡稱“特區”或“香港特區”)成立，新的憲政秩序也隨之在香港建立起來。《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》)於1997年7月1日起正式在香港實施，而新成立的終審法院亦取代了英國樞密院，成為香港的最高司法裁判機關。特區法院開始審查特區立法會制定的法律或政府行為是否符合《香港基本法》，這一權力又被稱為“香港法院的違憲審查權”(也有大陸學者稱之為“違反《香港基本法》審查權”，簡稱“違基審查”；本文在此採用通行的說法“違憲審查權”)¹。作為特區新憲制體制中的重要制度，法院通過違憲審查履行自己的憲制責任，促成了《香港基本法》判例法體系的全面與精細發展。在此過程中，法院也無可避免涉足各種衝突，引發社會對法院憲制角色與功能的爭議。本文以香港特區法院的違憲審查實踐為綫索，分析法院是如何探索及踐行自己在“一國兩制”憲制秩序維護中的地位、功能。

二、特區法院在“一國兩制”憲制秩序維護中的憲制性功能

《香港基本法》並沒有明確規定特區法院違憲審查的職權，但特區法院經由回歸初期的“馬維騷案”及“吳嘉玲案”確認了這一司法功能。學者多依司法違憲審查與憲制性法律解釋之間的深度關聯，根據《香港基本法》第158條全國人大常委會授權特區法院解釋《香港基本法》的規定，推演出終審法院具有違憲審查意義上的司法審查權。這一觀點以《香港基本法》為依據，從理論與規範的契合之處為終審法院司法審查權找到規範依據，但普通法傳統和香港法院歷史上審查法規的先例對此問題有着更強的說服力。²

特區法院通過積極介入各種《香港基本法》糾紛，通過判例發揮自己維護“一國兩制”新憲制秩序的功能。這些功能具體包括以下方面：

(一) 保障《香港基本法》在特區法律體系的憲制性權威地位

《香港基本法》是“一國兩制”法律化和制度化的表達，凝聚了北京與香港之間最廣泛的共識。

* 香港城市大學法律學院教授

“一國兩制”能否行穩致遠，取決於《香港基本法》是否被踐行。不論在任何時候，《香港基本法》的權威都不應被藐視或侵犯，因為：(1)《香港基本法》是香港管治之正當性與合法性的基礎。香港特別行政區係依《香港基本法》而設，香港的法治立基於《香港基本法》之上，香港居民的權利與自由也得到《香港基本法》保護；(2)《香港基本法》是中央與香港之間的“最大公約數”。《香港基本法》由內地和香港專家共同草擬，凝聚了中央與香港之間的共識和智慧，也得到中央與香港共同尊重。沒有《香港基本法》，“港人治港”和高度自治乃無源之水、無本之木；(3)《香港基本法》是各利益攸關方就未來發展不斷達成共識的平台。《香港基本法》將“一國”與“兩制”統合於同一憲制秩序之下與之內，對中央的管治權和香港的自治權都作出了妥善的安排；(4)回歸《香港基本法》，要求尊重《香港基本法》的權威，不輕言重寫或推翻《香港基本法》。回歸《香港基本法》，要求落實《香港基本法》的要求和精神，中央方面依法行使權力，特區政府依法履行職責，香港社會尊重中央的管治權威；回歸《香港基本法》，要求加強《香港基本法》教育，全面準確理解《香港基本法》的條款和原意。

《香港基本法》的實施因法院的司法適用而日趨精緻化，違憲審查的依據、對象、裁判標準和後果等司法技術性的內容也在《香港基本法》的文本之外逐漸建立完善起來，使《香港基本法》的規範體系不斷豐富。在 1997 年至 2002 年期間，終審法院初步確立了其違憲審查管轄權的範圍和其解釋《香港基本法》的方法。香港司法自回歸初始即面臨着雙重挑戰：如何界定香港與中央政府之間的憲制關係，以及如何在捍衛公民權利時界定對權利的限制。在“吳嘉玲案”與“陳錦雅案”等回歸之初的涉基本法系列案件中，香港法院試圖發揮《香港基本法》、香港的自治權和公民基本權利的憲制守護者角色，來確立其最高的司法權威；在終審法院對“劉港榕案”及“莊豐源案”作出裁決之後，香港憲制架構中產生的最主要的問題——即中央政府和香港特區法院之間的憲制關係，以及人大常委會對《香港基本法》作出的解釋和香港法院的解釋之間的關係，在實質上已經得到解決。³

在解決了前述首批最重要的憲制問題後，香港法院開始對除居留權之外的其他涉及基本權利的案件作出裁決，闡明了一個有效的公民權利保障機制所包括的必要條件。同時，法院也積極嘗試實踐“司法尊重”(judicial deference)的原則⁴，即法院在某些情況下應對立法機關的判斷予以尊重。而最近十多年，香港法院在界定和行使其處理《香港基本法》案件的司法權時取得了諸多創新性的進展，並開始處理公民權利保障條款範圍之外的《香港基本法》解釋問題。較之基本權利類案件採取的寬泛的、目的解釋(generous and purposive approach)，這些案件中應用的憲法解釋方法較少涉及國際和比較人權法方面的判例法資源，而是更多地涉及《香港基本法》的起草背景和相關制度的歷史。可以預見的是，在面對越來越多牽涉到《香港基本法》中的分權體制、社會和經濟政策條款的案件時，法院需要更好地運用司法智慧來處理這些未來的挑戰。因此，香港法院違憲審查的實踐使《香港基本法》所規定的各項制度在特區得到落實，也使《香港基本法》第 11 條所要求的“香港特別行政區的制度和政策，……均以本法的規定為依據”的規定得以遵循，使其真正成為特區的憲制性法律。

(二) 保障香港居民的基本權利與自由

《香港基本法》和《香港人權法案條例》構成了新的權利保障體系，特區法院據此作出了系列權利保障判決。此後，新的基本法法理學得以發展，這套法理學保留了普通法的精神，又具備某些大陸法的特質，體現了香港法治相容並蓄的精神。《香港基本法》第三章詳細地列舉了香港居民所享有的各種權利和自由，它們包括但不限於：平等權、選舉權和被選舉權、言論和出版自由、人身自由、通

訊自由、遷徙自由、信仰自由、擇業自由、婚姻自由等。香港居民的權利和自由不止是寫在紙上，更加體現在法院的判決之中。但這些權利的具體內涵、受保障的程度以及與國家權力及公共秩序之間的具體邊界在《香港基本法》文本當中並沒有明確的界定，它必須以立法或行政的方法予以明確，並以司法的方式予以檢驗其界限的合理性。通過違憲審查，特區法院釐清了各項基本權利的內涵與保障邊界，為公民、立法及行政機關提供了指引。如“吳恭劭案”釐定了公共秩序的內涵和言論自由的界限，“律政司訴陳華案”保障了香港新界居民的選舉權，“平機會訴教育署案”維護了香港居民的平等權，“梁國雄案”保障了居民的和平集會權，“W訴婚姻登記官”保護了變性人的婚姻自由權，“孔允明案”明確了香港居民的社會福利權……這些判例極大地豐富了香港特區的人權保障體制和實踐，令回歸後香港居民的權利和自由名副其實。

違憲審查對基本權利和自由保障的基本方式是通過審查立法或政府行為是否合法來防止公權力侵犯公民權利。特區法院的司法覆核權可以分為兩個層次：第一個層次是裁斷香港特區立法會所通過的法律是否有抵觸《香港基本法》或《香港人權法案條例》，即違憲審查權。第二層次是裁斷政府、其下屬的行政部門、其他公營機構及行使公權力的機構所做的行政決定，是否有違反授予其權力的成文法律或普通法中有關行政決定的原則。⁵ 可見在《香港基本法》下，特區法院違憲審查的對象十分廣泛，立法及體系龐雜的行政部門的政策都有可能受到法院的審查。總體上，法律被宣佈抵觸《香港基本法》的情形並不多見，雖然數量不多，但對立法和行政部門卻產生了有效的威懾和阻止作用，使其在立法和決策時必須考慮立法或行政行為的合法性和正當性，從而防止權力被濫用。

(三) 詮釋中央與地方關係

《香港基本法》的一個重要功能是規範中央與特區關係，《香港基本法》合理地界定中央與特區各自的權力界限和許可範圍。在違憲審查實踐中，《香港基本法》規定全國人大常委會有權解釋《香港基本法》，但亦授權香港特區法院享有解釋權。實踐中，特區法院在行使審判權時只要案件涉及《香港基本法》就可對其進行解釋，其解釋是日常性的；而全國人大常委會的解釋不多(迄今為止僅為五次)。雖然全國人大常委會的解釋權高於特區法院，但實質上《香港基本法》解釋權在相當大程度上為特區法院行使，對《香港基本法》幾乎所有條款享有事實上的解釋權。就香港法院對中央與地方關係的詮釋這一功能上，香港法院主要面臨着以下幾個問題：

1. 法院能否審查中央立法即全國性法律的問題

在“吳嘉玲案”中，香港終審法院就試圖確立這一偽命題，但這一立場遭到官方和主流學界的明確反對。在“吳嘉玲案”中，終審法院在肯定了臨時立法會合法性的同時，亦明白無誤地推翻了上訴庭於1997年在“馬維騏案”⁶中表達的意見。在“馬維騏案”中，上訴庭認為，香港法院沒有權力挑戰主權者即全國人民代表大會或其常務委員會的“決定或決議”的有效性(validity)，即對主權者行為沒有司法管轄權，但可以依照查證其存在(existence)。在“吳嘉玲案”中，終審法院認為香港法院不僅有權審查全國人大及其常委會的立法行為是否符合《香港基本法》，而且一旦發現這些行為與《香港基本法》規定不一致，法院可以宣佈其無效。⁷ 香港終審法院最終作出澄清，表示其不會質疑全國人大及其常委會的權威。後來的特區法院也不再對中央立法或政策進行質疑，但特區法院仍然可對全國性法律在特區的轉換立法進行審查，具體可參見“吳恭劭案”(又稱“焚燒國旗案”)。⁸

2. 法院是否能掌握提請釋法的主動權

《香港基本法》第 158 條第(2)款規定全國人大常委會授權特區法院在審理案件時自行解釋《香港基本法》有關特區自治範圍內的條款，所以香港法院對有關自治範圍內的《香港基本法》條款可以自行解釋而沒有必要提請人大常委會釋法，這體現了對香港高度自治和保留原有法律制度的尊重，但對哪些條款屬於“自治條款”，案件當事人、特區法院、特區政府和全國人大常委會可能均有不同的理解。《香港基本法》第 158 條第(3)款規定特區法院對除“自治條款”外的“其他條款”也可進行解釋，但對此款施加了限制性條件：特區法院需要對《香港基本法》中關於中央人民政府管理的事務或中央與香港特別行政區關係的條款進行解釋(類別條件)，而該條款的解釋又影響到案件的判決(需要條件)，在對案件作出不可上訴的終局判決前，應由特區終審法院提請全國人大常委會作出解釋(前置程序)。許崇德認為此項限制的目的在於，香港法院享有司法終審權，對《香港基本法》作出的解釋會伴隨判決的生效而具有法律約束力，為了避免特區法院在對涉及中央利益的條款的解釋與全國人大常委會不一致而需對終審法院施加限制。⁹

特區終審法院在“吳嘉玲案”中提出了判斷某一條款應否提請全國人大常委會解釋的兩個標準：一是是否屬於中央與特區條款，二是是否是主要條款。因而有學者認為在終審法院的實踐中，“吳嘉玲案”的做法更多地不是審查涉案的《香港基本法》條文是否有必要提交全國人大常委會解釋，相反，更像為拒絕提交提供理由。¹⁰ 當然為了避免前述“嫌疑”，“吳嘉玲案”中終審法院花費了大量筆墨來論證所謂的“主要條款標準”，即當案件涉及兩個條款需要解釋時，X 條款為自治範圍內的條款，而 Y 條款為自治範圍外的條款，X 條款與 Y 條款之間存在關聯時，首先要判斷 X 條款與 Y 條款誰為主要條款：如果 X 條款為主要條款，則不需要提請，自行解釋即可；如果 Y 條款為主要條款，則需要提請解釋。¹¹ 正如陳弘毅所評論的，終審法院這一空穴來風的做法在《香港基本法》第 158 條第(3)款的規定中找不到任何依據，此舉無疑違反了《香港基本法》第 158 條的字面含義和規範目的。¹²

這一標準使特區法院在決定是否提請全國人大常委會解釋《香港基本法》時獲得了一個可參照的技術性標準，但也使特區法院掌握了是否提請全國人大常委會解釋《香港基本法》的主動權。在某些案件中，可能出現的情形是：中央政府認為該案件應適用《香港基本法》有關中央與特區關係條款，但特區法院認為並不需要適用；或是針對特區法院適用的某一條款，中央政府認為是中央與特區關係條款，但特區法院認為其屬於自治範圍內的條款。無論是上述兩種情形的哪一種，當中央政府認為某一案件中出現了應提請全國人大常委會解釋《香港基本法》的情況，但特區法院完全可以以“主要條款”標準為由拒絕提請。可以想像的是，在“類別條件”、“有需要條件”和“可爭辯性條件”的嚴格限定下，絕大多數涉及《香港基本法》解釋的案件均可由終審法院自行定奪是否提請全國人大常委會解釋。¹³

由於全國人大常委會在 1999 年“6·26”釋法的序言中暗示，釋法應當由終審法院向全國人大常委會提出，故在隨後的“劉港榕案”中，終審法院亦承認，日後在決定何時應向全國人大常委會提請釋法時，終審法院或有必要重新檢視作出此等決定時所適用的測試標準。但在後來的“莊豐源案”，此案涉及《香港基本法》第 24 條第 2 款第 1 項，特區政府認為該項的執行將會對“中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係”有“實質影響”，所以應提請全國人大常委會解釋。但香港終審法院認為，決定是否提請法院應當考慮的是該條款的性質而非計算執行該條款的影響；而且除非案件牽涉一條以上《香港基本法》條款(如“吳嘉玲案”)，否則法院就沒有必要檢視“主要條款”的

判斷標準，而本案只涉及《香港基本法》第24條第2款第1項，所以無需提請全國人大常委會解釋。直到2011年，香港終審法院才在“剛果(金)案”中第一次主動提請全國人大常委會釋法，也是迄今為止惟一一次由香港終審法院提請的人大釋法。

3. 法院可否通過“再解釋”人大釋法來影響其拘束力

雖然終審法院表示全國人大常委會無論是經特區法院提請還是主動釋法，其解釋都對特區法院有約束力，但何謂全國人大常委會的“解釋”，似乎仍落入特區法院解釋權的框架內，從而可能影響全國人大常委會釋法的效力。1999年“吳嘉玲案”後，全國人大常委會第一次對《香港基本法》作出解釋。在闡明與“吳嘉玲案”直接相關的第22條第4款和第24條第2款第3項兩個條文的立法原意後，提到：“本解釋所闡明的立法原意以及《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十四條第二款其他各項的立法原意，已體現在1996年8月10日全國人民代表大會香港特別行政區籌備委員會第四次全體會議通過的《關於實施〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第二十四條第二款的意見》中。本解釋公佈之後，香港特別行政區法院在引用《中華人民共和國香港特別行政區基本法》有關條款時，應以本解釋為準。”顯然，這份文件未兩綢繆地對第24條第2款其他各項可能引發的爭議做一先行立法原意澄清。按照全國人大常委會的設想，它已經對第24條第2款其他各項作了解釋，以後特區法院審理涉及這些款項的案件自應以此為準。但在“莊豐源案”中，終審法院並沒有依據全國人大常委會的解釋來判案，而是採用所謂普通法解釋方法來規避適用1999年全國人大常委會解釋。該案涉及《香港基本法》第24條第2款第1項。香港特區成立之前或之後在香港出生的中國公民均具有香港特區永久性居民身份。這一規定可能會導致的一種情況是“雙非”兒童也有權獲得特區永久居民身份。而根據全國人大常委會解釋中提到的1996年特區籌委會的決定，在香港出生的中國公民必須在其出生時父母至少有一方是特區永久居民才可以獲得永久性居民身份。雖然全國人大常委會認為其1999年的解釋已將這一意思包括於其中，構成了“解釋”的一部分，但終審法院並沒有遵從這一解釋。法院的理由是，“有關陳述”對特區法院並不構成具有拘束力的解釋，只是這個解釋文件的附論。特區法院實際上是運用普通法下的“判決理由”和“附帶意見”區分規則來對全國人大常委會的解釋進行了區分，即對這一解釋進行了再解釋，限制了全國人大常委會解釋對特區法院的拘束力。此外，終審法院還特別發展出關於“外來材料”(extrinsic materials)的理據，認為只有在《香港基本法》通過之前(pre-enactment)形成的相關文件才可以被法院在判案時參考，如《中英聯合聲明》和《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉(草案)及其有關文件的說明》，其他的形成於之後的文件(post-enactment)不應該被法院採用。作為上訴一方的特區政府也沒有能夠提出正當的反對理由。這一判決形成的先例在日後特區法院的審判中也沒有被推翻或改變，並且在後來的“外傭居港權案”初審和上訴中以及“剛果(金)案”中被法官遵循。

(四) 特區法院違憲審查對特區政治體制型塑的影響

香港回歸後，內部權力關係始終沒有理順，特區政府的管治權威無法樹立，董建華政府推出高問責制改革也未能解決命令—執行效率問題。特別是，行政與立法的關係運轉不暢，甚至日趨緊張，這在很大程度上源於特區的政治體制設計。對於香港實行何種政治體制，北京和香港各執一詞：中聯辦主任張曉明認為，香港回歸前後均不實行三權分立的政治體制，香港特區的政治體制是“以行政長官為核心的行政主導體制”。然而，香港的學術界和司法界又是另一種看法：終審法院在“莊豐源案”

判詞中明確香港實行三權分立制¹⁴，前終審法院首席法官李國能亦表示，“在香港的制度下，行政、立法和司法機關互相制衡”。香港究竟實行何種政治體制，本來應從《香港基本法》中找答案。但是《香港基本法》有關政治體制的設計，既有權力分立的基調，也有行政主導的安排，綜合起來可以表述為：“中央授權之下和三權分立之上的行政主導制”。¹⁵ 陳弘毅也指出：“《香港基本法》起草者的原意，大概是構建一個強勢的、有權威和效率的、具備高度管治能力和行政機關(包括行政長官)，但是《香港基本法》所採用的政制設計未能保證這個目標的實現。”¹⁶ 行政主導的前提是特區政府得到立法會的支持，但是在行政長官沒有政黨聯繫、民意認受性不足以及個人威望有限的情況下，這個目標很難實現。既然立法有權監察行政，若行政與立法的關係不暢，特區政府自然就淪為“跛腳鴨”。雖然新任行政長官林鄭月娥在上任後積極改善與立法會的關係，但是要令行政—立法關係足以支撐行政主導型政府，仍有很長的路要走。

1. 法院違憲審查對立法部門的影響

法院對法律進行審查，其結果有兩種可能性：符合《香港基本法》或抵觸《香港基本法》。如果是後者，法律會被確認為無效而不能適用。當然，為防止立法真空或盡量減少對既有規範體系的衝擊，法院也可能會採用限定性解釋或給予立法指令的方式。如“古思堯案”，終審法院開始在案件的司法救濟方面作出創新和突破。法院在裁定相關法律違憲後，決定在 6 個月內暫緩宣告法律無效，以留出時間讓政府和立法會制訂新的法律來監管執法部門的截取通訊和秘密監察行動。這一典型案例揭示了《香港基本法》中的司法權力蘊藏着極大的潛力，亦模糊了解釋和立法這兩個概念之間的界限；同樣，就前者而言，法院為避免直接宣告違憲推翻法例，在個別案件中，也會對爭議條文採取補救性解釋以維繫法例的合憲性。此種補救性解釋被梅師賢法官(Sir Anthony Mason)在“林光偉案”中描述為：“……補救性解釋包含了一些著名的司法技術，包括限縮解釋、擴張解釋和甚至剔出法律條款中有問題的部分。許多域外的法院均在採取這些司法技術，旨在將因違背制定法人權和基本自由而遭受挑戰的法律解釋或宣告為合法的、協調的。”¹⁷ 對具有違憲嫌疑的法律採取補救性解釋可以避免法院過度介入立法權的核心領域，此種法律解釋方法與美國憲法上迴避憲法判斷的“布蘭代斯規則”之七異曲同工——“對國會制定的法律的效力有爭議時，即使該法律的合憲性已經有重大疑問，法院也必須首先確定是否可以適用迴避憲法問題的法律解釋”¹⁸，其本質為迴避違憲判斷的法律解釋方法，從法技術上既包括限縮解釋也包括擴大解釋。此種法解釋方法類也似於德國憲法學中的“合憲解釋”，意指“法律的規定必須解釋為與憲法的原則相一致，如果某一特定的法律存在複數解釋的可能，則必須選擇與憲法相符合的解釋”。¹⁹ 然而此種法解釋方法也並非沒有爭議，對具有違憲嫌疑的法例作出補救性的法律解釋往往是為了避免違憲宣告，但常常需要轉換文本的原意，其用意雖是尊重國民意志的代議機關，但實質可能扭曲立法者原意，反而招致法院對立法權的變相“擠佔”。因此，同時香港法院也指出法院作出補救性法律解釋時必須恪守相應的界限，具體為：(1)補救性解釋不得與原立法目的產生嚴重分歧以至於需要重新進行民主審議討論；(2)補救性解釋不得徹底改變法律條文之本質，防止法院借“法律解釋”之名行“法律修改”之實。²⁰

無論哪種方式，違憲審查的一個直接後果就是法律進入實施程序後並非絕對有效，當事人可以在訴訟中提出質疑，法院也可以予以裁判直至宣佈其無效，這無疑對法律秩序的穩定性造成影響，也會反過來影響立法機關的行為。從香港特區成立以來，特區法院共審理了逾 100 起涉及《香港基本法》的案件，對大約逾 100 個《香港基本法》條款進行了解釋，僅在極少案件中宣佈立法違反《香港基本

法》。從直接後果來看，雖然特區法院積極行使違憲審查權，但並沒有對立法會的決策產生實質性影響，立法會仍然在特區法律體系的建構中起到核心作用。這一情況也與其他違憲審查體制下的情況相差不遠。²¹ 但是，違憲判斷的多少不能成為法院違憲審查效果的惟一評價因素，更不能因其違憲判斷數量較低否認這一制度的價值及影響。法院的違憲判斷將對立法和行政部門產生威懾作用，使其在立法和決策時必須考慮立法或行政行為的合憲性和合法性，從而有助於防止權力濫用。

當然，法院的違憲審查與立法自主²²之間存在不可避免的張力，但特區法院在涉及議會內部運作問題方面也表現了高度的審慎和自制，以免司法權侵蝕議會自主權，比如在2009年“鄭家純案”和2012年“梁國雄案”(“剪布案”)中，香港法院均表明法院依據基本法享有對議會事務的管轄權，但是應採取靈活的方法解釋基本法，盡量避免對議會內部事務(internal workings)或特權(privileges)的干涉。2016年香港高等法院對“宣誓風波”司法覆核案件(“梁游宣誓案”)進行了公開聆訊。代表立法會主席梁君彥的律師翟紹唐在聆訊過程中提出，立法會主席有權依據香港立法會的“議事規則”獨立處理“宣誓風波”，該事件屬於立法會內部事宜，強調完全沒有需要交由法庭進行司法覆核。兩位被告的代理律師亦強調分權原則的重要性，基於普通法上的“不干預原則”(non-intervention)認為《香港基本法》已經賦予了立法會主席取消議員資格的權力，法庭無需介入該案。²³ “梁游宣誓案”中一個因三級法院(原訴法庭、上訴法庭、終審法院)判決所湧現的爭議點就是，究竟“不干預原則”在香港的實際運作應該是怎樣的?“梁游宣誓案”各級法院均強調了《香港基本法》第104條作為一項憲制要求賦予法院介入立法會內部事務的管轄權，從而在個案中排除適用“不干預原則”。²⁴ 可以看出，法院在主張自己有權對立法進行審查的同時，仍然強調違憲審查介入的時間、範圍及程度，所以它並未侵蝕立法會作為民意代表機關的根本，因而總體上仍能夠被立法會、社會大眾所接受。

2. 法院違憲審查對行政主導體制的影響

行政主導的核心是行政長官在政治體制中起主導作用，成為權力結構與運作的核心。但特區法院過於積極的違憲審查對這一體制產生了一定的制肘作用甚至消極影響。但自香港特別行政區成立以來，《香港基本法》希望凸顯的行政主導原則並沒有得到很好的貫徹落實，立法會對政府施政的配合不足、制約有餘。儘管《香港基本法》第70條和分組計票機制等對立法會制衡政府的權力施加了諸多限制，但立法會仍能通過一些制度化甚至非制度化的方式來擴權，例如加緊對政府開支的控制、通過不斷提出修正案的方式增加政府法案通過的難度(極端表現為“拉布”)、通過不具有約束力的動議辯論和“不信任案”向政府施壓，等。同時，由於立法會與政府之間缺乏政黨或委員會作為直接的政治紐帶，政府官員因此無法像西方民主政體般，透過執政政黨在議會建立穩定的支持，結果造成行政與立法持續性割裂、甚至背道而馳的管治困局。反過來，行政主導主要是針對立法機關而言的，行政長官對司法的制衡手段相當有限。行政對司法的制衡主要體現在人事方面，行政長官通過行使法官任命權影響司法權，且這種任命權受由當地法官和法律界及其他方面知名人士組成的獨立委員會的制度制約，其目的在於保障司法獨立。雖然特區法院法官由行政長官提名，理論上行政長官可以借此影響司法權，但行政長官應根據獨立委員會的推薦人選來任命法官，而行政長官一般會尊重委員會的提名權和提名結果，也沒有發生過委員會推薦的人選被行政長官拒絕的情況。可以看出，指望通過法官的任命權來牽制違憲審查對行政主導的作用和影響很不現實，而基於司法終審原則行政長官也無法依賴中央政府對特區司法權的制約來鞏固行政主導。

三、影響特區法院在型塑“一國兩制”憲制秩序功能的因素

特區法院違憲審查功能使《香港基本法》從規範變為實踐，在居民權利保障、政治結構的型塑乃至於中央與地方關係的建構中都起到十分重要的作用。在此過程中，香港法院所秉持的司法哲學，域外普通法法域和國際人權法資源的裁判法理，中央或地方的利益平衡的考量等因素，均是法院需要面對和作出抉擇的。

(一) 積極能動或司法謙抑：特區法院司法審查背後的司法哲學

具有違憲審查權的法院大致有兩種基本的立場選擇：一是積極的司法能動主義(judicial activism)，二是消極的司法被動主義(judicial self-restrain, or judicial deference)。法院如何抉擇將表明其是積極主動介入社會爭議、參與政策形成，還是消極被動謹守自己的司法功能。香港直至 20 世紀 80 年代，民主建設才開始起步，特區成立後這一進程仍在持續，但整體上仍處於發展之中。《香港基本法》也承認特區成立之初民主的不充分，因而為未來民主政治的發展預留了制度空間，但應遵循“根據特別行政區的實際情況和循序漸進”的雙普選原則(見《香港基本法》第 45、68 條)。在民主體制尚未完善、民主機制功能尚未充分發揮之際，一些社會爭議無法通過民主方式(即政治過程，political process)解決，轉而訴諸法院；而且民主發展本身帶出的問題也希望借助法院的介入得以解決，所以香港法院才會面臨諸多政治性爭議和相應案件壓力。²⁵ 香港政體的“民主缺陷”亦導致政治上的少數派除了街頭政治此種非常規化的利益訴求表達方式外，別無其他與政府討價還價的機制²⁶，其在立法會中的邊緣地位促使他們不得不通過司法覆核來表達其利益訴求。²⁷ 香港政治問題進入法院的渠道十分寬廣，當事人可在一般的刑事案件、民事案件審理過程中就案件隱含的政治問題提出抗辯，而法院則不得不通過法律解釋或者憲法解釋來回答抑或迴避隨附的政治問題。如今大多數國家和地區司職違憲審查的法院都在一定程度上鬆弛了曾謹守的案件性和爭議性原則，在啟動要件階段逐步放寬訴訟資格的限制。²⁸ 由於特區法院對於司法覆核案件的受理較為寬鬆²⁹，這就導致很多政治爭議進入法院(如“領滙案”、“皇后碼頭拆遷案”、“港珠澳大橋案”等)在特區成立初期，法院也樂於介入這些爭議以提升自身權威和其在憲制體制中的地位。在這一過程中，法院展示了自己積極的司法能動的一面。但特區法院積極的司法能動主義必然會影響其與立法機關及行政機關的關係。特區成立後，立法與行政的關係一直處於緊張狀態，而法院在回歸初期亦過分地陷入了立法與行政機關的杯葛之中。當然，從個別案件裁判結果認定特區法院違憲審查在破壞特區行政主導體制的結論未免魯莽。但是，法院過度介入政治性的爭議實際上是逾越了自己在憲制體制中的應有角色。經過回歸初期的震盪，學術界和司法實務界都在反思這一現象。有香港學者認為，法院過分的“司法積極主義”使其演變成為了“政治糾紛的裁決者”，不符合法院自身憲政角色，因而提出法院應遵循司法謙抑主義。法院自身也在司法案件的累積中不斷調整和修正自己的憲制功能和角色。³⁰

(二) 域外普通法和國際人權法：特區法院裁判法理的開放性和多樣化

回歸後，《香港基本法》成為特區的憲制性法律，法院審查特區立法應以《香港基本法》為依據。但《香港基本法》第 84 條同時規定，其他普通法適用地區的司法判例可作特區法院審理案件的參考。儘管香港已是一個相對獨立性的法域，但終審法院仍大量引用海外判例來進行司法審查，海外判例法

在充當司法審查的依據時，並無直接的規範效力(binding force)，其作用是通過輔助解釋《香港基本法》或《香港人權法案條例》來實現的。《香港基本法》第39條通常被解釋為《公民權利與政治權利國際公約》、《香港人權法案條例》與《香港基本法》一樣具有憲法性地位，因而被推翻的法條也是與前述憲法性法律不一致的。國際公約被《香港基本法》通過第39條併入國內法，以及透過回歸前後的一系列判例而成為保障人權最強有力的工具。³¹

針對法院如此廣泛地引用其他司法區的判例，也有法官表達不同意見。早在港英殖民統治時期，樞密院對運用國際法和比較法資源來解釋《香港人權法案條例》也秉持懷疑態度，樞密院的態度傳達出這樣一層涵義：對於香港司法而言，普通法足以履行保護基本權利和自由的責任，國際法和比較法能做的並不多。因此，正確解釋《香港人權法案條例》應當依附於普通法的解釋方法專注於法律文本而非複雜的、不確定的、大量的外國判例，外國概念可能與香港語境下的概念完全相反。³² 香港法院參考外國普通法的過程中，可能會有幾種情形：一是香港法官可能僅僅是提到了外國判例，顯示與案件具有細微的、然而並不關鍵的相關性；二是香港法官實際上“遵從”了外國判例的判決，即認為外國判例具有某種權威性；三是法官將爭議的案件與外國判例相區別(distinguish)，即認為外國判例和當前爭議案件在重大事實上有不同而選擇不適用。³³

域外法的影響不僅在於特區法院大量援引域外法的判例，還在於特區法院的外籍法官參與特區司法權的行使。香港大學教授佳日思、楊艾文以“香港終審法院”為主題進行過專門研究，其通過大量的經驗數據揭示了終審法院的司法裁決過程及“本地法官”和“外籍法官”各自的不同影響力。外籍法官制度保障了香港司法文化舉世罕見的開放性和高質量的人員素質。³⁴ 嶺南大學教授譚偉強通過分析香港社會近三十年(1980-2010)的法律動員狀況，指出回歸後的終審法院和高等法院面臨着人權訴訟、司法覆核爆炸式增長，而擁有外籍法官坐審的司法系統已成為香港民眾公認的最具公信力的政府機構。³⁵ 《香港基本法》只要求終審法院和高等法院的兩個首席法官必須由特區中的中國公民擔任，其他法官並不強制要求中國公民；而且可以從其他普通法地區聘請法官(《香港基本法》第82條)。這一規定的直接後果就是法官隊伍中不僅有非中國籍的公民，甚至還有香港地區以外的其他普通法地域如英國、澳大利亞、新西蘭等地的法官每年都會在特定時間來到香港審理案件。這些外籍法官來自於世界上法治發達的普通法國家，在審判實踐中通過援引其他普通法法域的判例，使特區法治能夠與發達普通法國家的實踐保持同步，豐富了特區的法治內涵；而香港法院的一些判例也借此被其他普通法國家的法院引用，這也是香港法律界引以為豪之處。然而，鑒於《香港基本法》承擔着調整特區自身與中央關係的功能，有些案件如何裁判不僅涉及特區社會，還關涉國家主權與中央權威。由對中國法治、憲法制度及中國國情不瞭解的外籍法官來裁判《香港基本法》案件難免引發爭議。從長遠看，外籍人士擔任特區法院法官的制度可能有改革的必要，但仍會長期存在。比較普遍的一種看法是外籍法官對香港法治的作用及重要性已從殖民地早期的實質貢獻逐漸演變為主要具有象徵功能。³⁶ 在不損害特區司法主權的前提下，繼續使用“外籍法官”能夠保持普通法系統的開放性和進步，也有保證對普遍法律原則的吸收，維持裁判的理性化的要求。

(三) “一國”還是“兩制”：特區法院裁判的利益平衡立場

“一國兩制”將“兩種制度”統合於“一個國家”之下，自然免不了要處理各種顯性和隱性的制度衝突：不僅有“一國”與“兩制”的衝突，也有“兩制”之間的衝突。“一國兩制”並非嚴格的法

律用語，其實施和界定都有很大的彈性空間。當京港關係良好，“兩制”的空間可以被擴張；而當京港關係惡化，“兩制”的空間就會被壓縮。在當前京港互信基礎薄弱的情況下，“一國”與“兩制”之間的衝突就體現為“全面管治權”與“高度自治權”之間的角力。《香港基本法》第 43 條規定，行政長官向中央和香港負責，這種雙重負責制就蘊含了衝突的基因。除此之外，“兩制”之間也會有衝突，這種性質的衝突更多外化為兩種法律制度的衝突。《香港基本法》第 158 條確立了“雙軌制”的基本法解釋模式，即全國人大常委會和香港法院均有權解釋《香港基本法》，香港法院的解釋權來源於全國人大常委會的授予。眾所周知，內地屬於大陸法系，而香港屬於普通法系，兩種法系在諸多制度方面均迥然相異。全國人大常委會對《香港基本法》的解釋為立法解釋，這種解釋模式很難為普通法系地區的人們所認可接受。全國人大常委會採用的解釋方法為立法原意解釋，這與普通法系通常採用的文義解釋和目的性解釋也有所區別。1999 年“吳嘉玲案”首次凸顯了兩種法律制度的強烈衝突，之後的“人大釋法”被指推翻終審法院的判決、損害香港的司法獨立。2016 年“宣誓風波”再次體現了兩種法律制度的衝突，“人大釋法”被質疑“替港立法”和破壞了香港法治。五次“人大釋法”之後，兩種法律制度仍未渡過“磨合期”，現在看來這種磨合將持續下去。

《香港基本法》不僅是特區的憲制性法律，還是規範中央與特區關係的一個重要全國性法律。《香港基本法》下的香港特區是中央政府直轄的一個特殊地方單位，中央授予特區高度自治權，但保留了國防、外交、任命主要官員、解釋和修改基本法等重要權力，這些權力的行使必定會與特區政府的高度自治權產生交集，也有可能對特區居民權利產生影響。另一方面，國家主權、統一和領土完整是中央政府必須維護的根本性利益，香港特區亦不得損害，且有憲法義務予以維護。特區法院在行使違憲審查權的過程中無可避免地要面對中央與地方權力或利益衝突的問題。同時，法院作為特區政府機構中最為強調獨立性的機構，亦警惕任何來自於中央可能對其獨立性的影響。在此過程中，特區法院需要在自身權力與中央主權、居民權利與國家主權之間的關係之間尋找合理的、恰當的平衡，其自身也需要在“一國兩制”憲制架構中找到自己恰當的位置。

香港成立初期出現的居港權系列案件折射了中央政府利益(基本法的解釋權、對邊境管制所反映的主權性權力)與特區居民權利(居留權)之間的衝突。在最初的居港權案件即“吳嘉玲案”和“陳錦雅案”中，特區終審法院試圖將自己定位為單純的特區高度自治權及居民權利維護者，並以此來確立自己在特區憲制體制中的最高司法權威地位，在忽視了全國人大常委會的主權者角色及其掌控的釋法權的情況下逕自作出自以為有利於居民權利的終局裁判。但這一角色及功能定位與《香港基本法》允許並賦予其的職能並不完全相符，故其裁判也遭致特區政府和中央政府的質疑，終審法院也不得不作出澄清。針對全國人大常委會的第一次釋法(1999 年)，終審法院在隨後的“劉港榕案”中明確表示，儘管這一解釋不是應終審法院的提請作出的，但其仍對香港法院有拘束力。終審法院指出，全國人大常委會對《香港基本法》的解釋權是常設性的，即使終審法院沒有提請，全國人大常委會仍然有權在其認為適當的時候作出解釋；而且，全國人大常委會的解釋並不限於《香港基本法》中“自治範圍外的條款”，而是可以針對所有其他條款。這表明終審法院認識到《香港基本法》所承載的維護國家主權功能以及全國人大常委會的主權者地位，《香港基本法》也不單純是保障特區居民權利。相應地，全國人大常委會的解釋只是強調其在闡明《香港基本法》相關條款的立法原意，無意推翻終審法院在“吳嘉玲案”中的判決，也沒有否定法院主張的目的性解釋方法(雖然全國人大常委會自己以立法原意解釋方法解釋《香港基本法》)。

雖然回歸初期的居留權系列案件中香港法院都試圖維護特區法院審判權的獨立性，在具體個案中涉及到的中央政府利益時，特區法院亦在實質上偏向於香港居民權利的保障。但在“吳恭紹案”即焚燒國旗案中，終審法院則強調其有權對《國旗法》在特區的實施性立法《國旗區旗條例》進行審查，但同時強調“全國性法律必須作適應化修改以便在香港特區實施”，實質是欲表明其在對特區立法而不是中央立法進行審查，以避免“吳嘉玲案”式的謬誤。並且，終審法院最終維持了《國旗區旗條例》的合法性，使國旗所代表的國家主權得到尊重。³⁷ 可見，回歸初期全國人大常委會與香港終審法院在不斷的互動過程中顯示了中央與特區建立合理關係的嘗試，雙方既堅持各自珍視的價值或重要利益，但同時又不觸碰對方的底綫。這一理性思維有助於中央和特區合理、正常關係的形成和維繫。

四、進一步思考及結語

回歸以來，香港特區法院在香港法制以及政制建設中的功能有增無減。特區法院通過積極的違憲審查介入各種爭議，使《香港基本法》所要求的在特區實行的一切制度與法律“均以本法的規定為依據”的規定(第11條)得以遵循，使其真正成為特區的憲制性法律。在此過程中，違憲審查制度自身也在曲折中逐漸完善，成為一個具有地方特色的憲法監督意義上的制度體系。

應該看到，香港特區法院在型塑特區“一國兩制”憲制秩序的過程中，也面臨着路徑選擇，甚至挑戰。法院是時候選擇一種平衡之道(balanced approach, or balancing)，即：一方面勇於堅持獨立司法行使其法定的管轄權，藉此維護法治和人權；另一方面，不宜採取過高和過分進取的姿態，以避免法院角色的政治化。具體而言，特區法院要思考如何走出一條符合特區特殊身份的“平衡之道”。特區法院既需要認識到司法自身的局限性，從而在能動的司法和自制的司法之間做出審慎的判斷和抉擇，不斷地調整自己的定位，特別是在回應社會變遷過程中各類訴求的同時，更需要保持自身獨特的社會角色。從憲政與良治的意義上要求，法院不要自定義為政治糾紛的裁判者，否則將有可能使自己自覺不自覺地染上濃厚的政治化色彩，這反而不利於維護司法機關那不偏不倚、獨立、公正的形象。這就需要法院更加尊重立法機關作為民意代表機關在民意表達、規則創制及社會共識凝聚方面的主導作用，也要尊重香港憲制下行政長官的獨特地位、行政主導的憲制安排，使自己與政治機構、行政機關、大眾民意等保留一定的距離，確保自己的獨立性。

在此特別需要看到，特區法院將繼續處理涉及香港和中央政府之間的憲制關係的諸多複雜和敏感問題，包括香港作為國家特區的法律地位、憲法和基本法的效力、中央和特區的關係，等等。同時，它也必須處理諸如人權和基本自由的保障與界限等常見的憲法性問題，並須在個人權利和社會整體利益之間作出適當的平衡。這就要求特區法院忠實恪守《香港基本法》，謹言慎行，穩步邁進。《香港基本法》不僅是特區的憲制性法律，還承擔着規範特區與中央關係的使命。《香港基本法》雖然授予特區法院終審權，但這改變不了特區法院作為中國地方法院的特性，包括終審法院在內的特區法院行使的司法權當然受制於全國人大常委會的釋法權。特區法院還需深刻認識到，對於那些影響香港社會發展的重大案件，法院固然應以保障人權為己任，但亦負有維護公共利益、國家安全等重任，因而不能僅是簡單地就案論案而忽略權利保障背後的複雜的政治、經濟、社會制度與政策問題以及利益較量。總之，法院在諸多關鍵利益紛爭之間須尋求到恰當的平衡點；法院不僅僅是案件的裁判者，更是“一國

兩制”下香港特區法治秩序的維護者。

香港特別行政區成立逾 20 年了，特區法院必須在“一國兩制”這一憲制秩序下正確定位，並帶領整個司法系統繼續積極參與特區的法律及憲制發展，發揮司法制度在特區憲制架構下的憲制作用。回顧過去，展望未來，特區法院需要在能動和謙抑、理想與現實、繼承和創新之間做出理性的判斷和抉擇，以司法者的智慧和理性來推動和維護“一國兩制”憲制實踐在香港特區的持續推進。

註釋：

- ¹ 如有學者認為，由於《香港基本法》在香港被理解是特區的“憲法”或“小憲法”，法院的這一權力被香港學者稱為“違憲審查權”，但中國是單一制國家，全國只有一部憲法，《香港基本法》不能被稱為特區的“憲法”，所以將特區法院的這一權力稱為“違憲審查”容易引發歧義。見李樹忠、姚國建：《香港特區法院的違憲審查權——兼與董立坤、張淑鈿二位教授商榷》，載於《法學研究》，2012 年第 2 期。
- ² 港英時代，香港本地立法機關根據《英皇制誥》的授權行使立法權，其通過的條例若與《英皇制誥》相抵觸，在理論上會因違憲而被認定無效，故香港法院(包括英國樞密院)有權對香港立法機關通過的法例進行司法審查，但一直以來香港法院沒有被激發其發揮司法審查的權力，香港學者亦傾向於認為理論上香港法院一直享有此種意義上的司法審查權，只不過極少行使。與美國馬布里訴麥迪遜案的“偉大篡權”不同，香港法院獲得具有違憲審查意義上的司法審查權始於 1991 年《英皇制誥》第 7 條的修訂和《香港人權法案條例》的通過。見陳弘毅：《香港特別行政區的法治軌跡》，北京：民主法制出版社，2010 年。
- ³ 有關“一國兩制”的判例法的基本原則可作出以下的概括和總結：全國人大常委會擁有對《香港基本法》所有條款的最終解釋權，當中既包括關於中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係的條款，也包括那些屬於香港特別行政區內部事務的條款。全國人大常委會是以立法程序來通過相關的釋法決定的，而非通過審理案件的司法程序來對《香港基本法》進行解釋。因此，全國人大常委會是否需要釋法、何時以及如何釋法並不是由法律決定的，而是全國人大常委會因應不同的情況、在實踐中逐漸積累經驗而作出的選擇，這些選擇最終亦會演變成慣例，從而對《香港基本法》的文本作出補充。見 P. Y. Lo: *Rethinking Judicial Reference: Barricades at the Gateway*. In Hualing Fu, Lison Harris and Simon Young (Eds.): *Interpreting Hong Kong's Basic Law: The Struggle for Coherence*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, pp.157-181.
- ⁴ “司法尊讓”原則是指法院在司法推理論證的過程中對政府的判斷給予適當的尊重，這一原則在不同的憲制語境下各有淵源，但歸根結底體現了法院基於權力分立(separation of powers)、制度能力、制度正當性而對其他權力分支的決定保持司法謙抑的姿態。香港法院亦經常通過司法尊讓這一工具來保障自身在現有憲制分權秩序下的正當角色。見 Cora Chan: *Judicial Deference at Work: Some Reflections on Chan Kim Sum and Kong Yun Ming*. Hong Kong Law Journal, Vol. 40, 2010, P. 5 ; Cora Chan: *Deference, Expertise and Information-gathering Powers*. Hong Kong Legal Studies, 2012, pp. 1-28 ; Cora Chan: *Deference and the Separation of Powers: an Assessment of the Court's Constitutional and Institutional Competences*. Hong Kong Law Journal, Vol. 41, 2011, pp. 7-25。
- ⁵ 戴耀庭：《司法覆核與良好管治》，香港：中華書局，2012 年，第 12 頁。

- ⁶ HKSAR v. Ma Wai Kwan David and Others, CAQL1/1997, para. 60, 61: “In the context of the present case, I would accept that the HKSAR courts cannot challenge the validity of the NPC Decisions or Resolutions or the reasons behind them which set up the Preparatory Committee. Such decisions and resolutions are the acts of the Sovereign and their validity is not open to challenge by the regional courts... However, I take the view that the HKSAR courts do have the jurisdiction to examine the existence (as opposed to the validity) of the acts of the Sovereign or its delegate.”
- ⁷ 吳嘉玲對入境事務處處長，FACV14/1998，中文判詞，第28-29頁。判詞原文：“62. 一直引起爭議的問題是，特區法院是否具有司法管轄權去審核全國人民代表大會或其常務委員會的立法行為(以下簡稱為“行為”)是否符合《基本法》，以及倘若發現其抵觸《基本法》時，特區法院是否具有司法管轄權去宣佈此等行為無效。依我等之見，特區法院確實有此司法管轄權，而且有責任在發現有抵觸時，宣佈此等行為無效。關於這點，我等應藉此機會毫不含糊地予以闡明。63. 根據《中國憲法》(第57及58條)，全國人民代表大會是最高國家權力機關，其常設機關是常務委員會，二者行使國家立法權，故此其行為乃屬主權國行使主權的行為。特區法院審核上述二者之行為是否符合《基本法》的司法管轄權是源自主權國，因為全國人民代表大會是根據《中國憲法》第31條而制定特區的《基本法》的。《基本法》既是全國性法律，又是特區的憲法。”
- ⁸ 也有學者針對“香港法院是否有權對在香港適用的全國性法律進行司法審查”這一問題指出，香港法院對《國旗及國徽條例》的審查，間接上構成了對《國旗法》和內地《刑法》的司法審查，並會對《國旗法》在香港的適用造成實質性影響。其實，香港法院有權對《國旗及國徽條例》進行審查，但擅自擴大了審查範圍，從而侵犯了中央的立法權。此處有兩個層次的問題需要明確：第一，對侮辱國旗行為是否應當追究刑事責任，即犯罪化問題；第二，如何對侮辱國旗行為追究刑事責任，即定罪和量刑問題。對於第一個問題，《國旗法》第19條已作出明確規定，其屬於中央立法權應當處理的內容。而且，香港對《國旗及國徽條例》的立法權來源於並從屬於中央立法權。因此，香港通過本地立法落實《國旗法》時，只能對上述第二個問題酌情予以適應化處理，而無權對第一個問題作出有別於《國旗法》的規定。香港法院若對侮辱國旗行為犯罪化問題進行司法審查，就意味着將司法審查的範圍擴展到中央立法權的固有領域。但香港司法權的這一擴張並無法律依據。見馬正楠：《論全國性法律在香港適用的權力衝突——以香港“侮辱國旗案”為例》，載於《法律適用》，2012年第11期。
- ⁹ 許崇德主編：《港澳基本法教程》，北京：中國人民大學出版社，1994年，第69頁。
- ¹⁰ 祝捷：《香港特別行政區終審法院法規審查技術實踐及其效果》，載於《政治與法律》，2014年第4期。
- ¹¹ Ng Ka Ling and Another v. the Director of Immigration, FACV14/1998, paras. 102, 103.
- ¹² 陳弘毅：《終審法院對“無證兒童”案的判決：對適用〈基本法〉第158條的質疑》，載於佳日思、陳文敏、傅華伶主編：《居港權引發的憲法爭論》，香港：香港大學出版社，2000年，第127頁。
- ¹³ 有學者將此權力概括為“提請解釋判斷權”。見曹旭東：《香港基本法解釋制度的漏洞及填補——居港權案的再思考與剛果金案的新啟示》，載於《雲南大學學報》，2012年第1期。
- ¹⁴ 法院的違憲審查從個案角度看是針對某一立法或政策；但客觀上是在詮釋或重構特區法院與立法會及政府之間的權力關係。不僅如此，法院作為《香港基本法》的權威解釋者之一，從而潛移默化地改變《香港基本法》既定的權力結構。但整體上，香港司法界對香港政府體制的看法的表述並不多，極其難得的是夏正民法官(M. J. Hartmann)在 Yau Kwong Man v. Secretary for Security 案中評論行政長官的職權時說，“基本法作為憲制性文件，追隨的是‘威斯敏斯特模式’(Westminster model)”，見 Yau Kwong Man v. Secretary for Security

[2002] 3 HKC 457, CFI。後在“梁國雄訴立法會主席”案中，夏正民法官指出，“香港實行的是行政主導 (executive-led government) 體制，由行政長官領導政府，決定政府政策以及批准立法會提出的財政收支動議”，他還強調“《基本法》從本質上看是在效仿‘威斯敏斯特模式’”，見 *Leung Kwok Hung v President of the Legislative Council* [2007] 1 HKLRD 387, CFI。然而夏正民法官並沒有詳細闡述他所謂的“威斯敏斯特模式”，僅理所當然地認定其是眾所周知的一種政治體制而已。然而，夏正民法官的評論不能被視為法官對香港體制的通常理解，況且香港的政府體制與通行的“威斯敏斯特模式”相去甚遠。重要的是，“行政主導”的說法在夏正民法官的判詞中也僅是“貼標籤”式的術語，並不為其他法官或判例所延引，可以說，這只是一個孤例。

- ¹⁵ 朱國斌：《行政主導還是三權分立——香港特區政治體制的立法原意辨析》，載於朱國斌主編：《香港特區政治體制研究》，香港：香港城市大學出版社，2017年，第27頁。
- ¹⁶ 陳弘毅：《行政主導概念的由來》，載於朱國斌主編：《香港特區政治體制研究》，香港：香港城市大學出版社，2017年，第31頁。
- ¹⁷ *HKSAR v. Lam Kwong Wai and Another*, FACC4/2005, para. 57.
- ¹⁸ *Ashwander et al. v. Tennessee Valley Authority et al.*, 297 U.S. 288(1936).
- ¹⁹ Erhard Denninger: *Judicial Review Revisited: The German Experience*. *Tulane Law Review*, Vol. 59, 1985, p. 1013.
- ²⁰ Ho Chun Yan, *Albert v. Leung Chun Ying*, HCAL 85/2012, paras. 117-118.
- ²¹ 即使在美國聯邦最高法院的歷史實踐中也可得出一個大致可靠的結論，即聯邦立法遭到挑戰，最高法院多會採取消極主義的立場，判決國會立法合憲法，從1789年開始截至2008年，聯邦最高法院判決國會立法違憲的案件總數為174件，而判決州立法違憲的案件總數則高達973件，明顯地反映出聯邦最高法院傾向於聯邦權力至上的理念、州法應當服從於聯邦法律的思想。相對而言，美國總統對國會兩院通過的法律有“否決權”，被總統否決的法律除非得到國會兩院三分之二多數議員的批准，否則就歸於無效。總統的否決權經常讓學者將總統比作立法的第三院。據統計，美國總統歷史上共計否決過2,550件法案(而國會的否決之否決僅出現過106次)，這一數據遠遠超出法院宣告立法違憲的1,263件(或許更準確的比較項是其中174件國會立法，因為總統否決的均是國會法案)。因此，有學者認為如果繼續把司法審查理解為對立法多數派的一種否向制約，那麼只可能是繼續貶低司法審查的真實意義。見田雷：《論美國的縱向司法審查與憲政政制——文本與學說為中心的考察》，載於《中外法學》，2011年第5期。
- ²² 議會的自主性主要是用於衡量政治組織及其程序獨立於其他社會組織及其行為方式的程度。議會的自主性，從外在維度來說，主要指立法機關是否獨立於其他機關，尤其是行政和司法機關；它是否擁有一定的憲法權力，能否參與制訂有關憲政架構的規則；它是否能設定公共政策的目標；以及它是否能代表社會各階層，見 Richard Sisson: *Comparative Legislative Institutionalization: A Theoretical Exploration*. In Allan Kornberg (Ed.): *Legislatures in Comparative Perspective*. New York: David McKay Co., Inc., 1973.
- ²³ *Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region and Another v. The President of the Legislative Council*, HCAL 185/2016.
- ²⁴ *Ibid.*
- ²⁵ 如香港大學教授陳文敏即指出，民主的赤字造成了抑或成就了香港法院在法律改革、政治改革中的能動作用，見 Johannes Chan: *Administrative Law, Politics and Governance: The Hong Kong Experience*. In Tom Ginsburg & Albert H. Y. Chen (Eds.): *Administrative Law and Governance in Asia: Comparative Perspectives*. Oxford:

Routledge, 2008, p. 143。香港終審法院非常任法官 Anthony Mason 也曾指出，由於缺乏一個完整的民主普選機制，導致香港社會和媒體對法院人權保障和正當程序給予厚望，見 Anthony Mason: *The Role of the Common Law in Hong Kong*. In *The Common Law Lecture Series 2005*, edited by Faculty of Law, The University of Hong Kong, 2005。同為非常任法官的 Kemal Bokhary 更進一步認為，與完整的民主地區相比，司法獨立受到損害在香港可能更具有危害性……民主的缺陷加重了法院的負擔，但法院必須承受此種負擔，見 Kemal Bokhary: *An Independent Judiciary*. In Christopher Forsyth et al. (Eds.): *Effective Judicial Review: a Cornerstone of Good Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 180。Eric C. Ip 認為香港法院的司法審查較之傳統司法審查地區，“反民主”的色彩較淡薄，相反還能起到整合公共政策、促進民主之作用，見 Eric C. Ip: *The Democratic Foundations of Judicial Review under Authoritarianism: Theory and Evidence from Hong Kong*. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12, No. 2, 2014, pp. 330-353。

- ²⁶ Anthony Cheung & Max Wong: *Judicial Review and Policy Making in Hong Kong: Changing Interface between the Legal and the Political*. *Asia Pacific Journal of Public Administration*, Vol. 28, 2006, p. 118.
- ²⁷ Waikung Tam: *Political Transition and the Rise of Cause Lawyering: The Case of Hong Kong*. *Law and Social Inquiry*, Vol. 35, 2010, pp. 663, 678.
- ²⁸ Mauro Cappelletti: *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., Inc., 1971, pp. 12-13.
- ²⁹ 與一般的刑事、民事案件的程序相比，司法覆核程序有另外一套標準。申請人在正式向法院申請覆核前，必須先在高等法院取得申請司法覆核的許可(leave)。既然為“申請”，那麼就勢必關涉到法院裁量是否准予許可、受理的一系列標準。確立起司法覆核的訴訟資格標準因而在該領域極具指導性的案件是“歐某訴署理港督”，法庭認為訴訟資格的判斷應當結合司法覆核申請的法律和事實背景來確定，見 Alick Au Shui Yuen v. Sir David Ford, Deputy of Governor and Others, HCMP No.2827 of 1990。上訴庭在“何某訴入境事務處處長”中確立了司法覆核申請中的“潛在的可爭辯性標準(the potential arguability test)”，這一標準在香港沿用多年，見 Ho Ming Sai and Others v. The Director of Immigration, 1992, No 162 (Civil)。2007年，香港終審法院在審理“陳博士訴張女士等”中推翻了前述標準而建立起了“可爭辯性標準(the arguability test)”，李國能首席法官最終認為，“批准司法覆核的許可申請時法院在司法程序中享有自由裁量權。所適用的標準應為可爭辯性標準……合理可爭辯的案件是指那種具有真實的勝訴前景的案件”，見“陳博士訴張女士等”判詞中文本第12段。林峰：《香港地區行政訴訟：制度、立法與案例》，杭州：浙江大學出版社，2011年，第122頁。
- ³⁰ 李國能在2006年法律年開啟典禮上發表了被視為“弦外之音”的致辭，指出法庭並非擔任“決策者”的職能，不能就任何政治、經濟及社會問題提供萬應良方，必須由政府及立法機關透過政治過程解決。2008年，李國能在一個關於司法審查的國際學術討論會上也發表了類似觀點：“Having regard to their proper role on judicial review, the courts cannot provide a solution to any of the various political, economic and social problems which have to be dealt with by society in modern times. Within the limits of legality as determined by the courts, the appropriate solution to any political, economic or social problem can only be found through the political process.”現任首席法官馬道立在2011法律年度開啟典禮致辭中再次表示：法庭服務市民，並不是替他們解決政治、社會或經濟問題。這表明，特區法院已開始意識到法院有必要在介入極具爭議的政治性議題方面須更為謹慎(The courts do not serve the people by solving political, social or economic issues. They are neither qualified nor

constitutionally able to do so.)。

- ³¹ 有學者指出，香港憲法性法律的國際化主要有兩種整合模式：立法模式和解釋模式，前者指通過基本法條款或立法條款將國際人權法規範併入香港本地法，後者指法院直接適用國際人權法規範。此兩種憲法國際化的整合模式在香港地區主要表現為以下四種途徑：(1)《香港基本法》第39條明確了通過《公民權利和政治權利國際公約》和《經濟、社會、文化權利國際公約》來保障人權；(2)香港人權法案將《公民權利和政治權利國際公約》吸納為本地立法；(3)《香港基本法》生效後，香港法院通過法律解釋的方法賦予《人權法案》和《公民權利和政治權利國際公約》憲法性地位；(4)香港法院通過法律解釋保障香港法律和政策與國際人權法規範一致。Albert H. Y. Chen: *International Human Rights Law and Domestic Constitutional Law: Internationalization of Constitutional Law in Hong Kong*. *New York University Law Review*, Vol. 4, 2009, pp. 237, 240.
- ³² 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, 1998, pp. 312，陳文敏同時也指出，對援引域外普通法的過度反對也可能會導致普通法“寬泛的目的解釋”流於空文，能動化將香港從人權保障的國際標準中分離，也與其他致力於保障人權的普通法地區漸行漸遠。
- ³³ 例如在2017年的立法會宣誓案以及過往香港法院確立本土“不干預原則”的系列案件中，作為法理上的路徑，法院總體上對無節制援引外國普通法或國際法、比較法資源的“世界司法主義”秉持基本的排斥態度，而且越是針對不具有普世性的、基於憲政體制分疏的憲法問題，香港法院越是應當保持司法謙抑的態度，應當優先尋求本國法律解釋資源的支持。同樣，“梁遊宣誓案”也表現為香港法院不同於以往在人權類案件中積極參考、援引域外普通法的做法，而是專注於對本地法律進行靈活的制定法解釋，並充分尊重和適用作為香港法制一部分的全國人大常委會對《香港基本法》第104條的解釋。“世界司法主義”這一概念見波斯納法官在《波斯納法官司法反思錄》一書第12章中的精彩論述與批判，見理查·波斯納：《波斯納法官司法反思錄》，蘇力譯，北京：北京大學出版社，2014年。
- ³⁴ Cf. Simon N. M. Young & Yash Ghai: *Hong Kong's Court of Final Appeal: The Development of the Law in China's Hong Kong*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.
- ³⁵ Cf. Waikung Tam: *Legal Mobilization under Authoritarianism: The Case of Post-Colonial Hong Kong*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- ³⁶ 林峰：《“一國兩制”下香港“外籍法官”的角色演變》，載於《中外法學》，2016年第5期。
- ³⁷ 見“香港特別行政區訴吳恭劭、利建潤案”終審法院中文判詞，FACC4/1999。