

政治正當性視角下的香港特別行政區司法實踐

陳雪玉、張健一*

一、影響香港特別行政區司法實踐的 五個基本問題

香港回歸後，《香港基本法》實踐取得了有目共睹的成績，但是也存在許多不可忽略甚至意義非常重大的問題。這些問題，都是圍繞如何理解特區高度自治而產生的。在特區享有的行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權之中，引發更多爭議的是特區獨立的司法權和終審權。香港回歸後，居留權系列案件典型地說明了這一點，主要有以下五個基本問題。

第一，香港特區法院是否有權對全國人大及其常委會的主權行為是否違反《香港基本法》進行司法審查？本來在“馬維昆案”中香港特區高等法院已經迴避了這個問題，但是在“吳嘉玲案”中香港特區終審法院卻主動提上議程：“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。”¹ 接着，香港特區終審法院毫不隱諱地批評高等法院的保守立場：“香港特別行政區訴馬維昆一案是涉及普通法在新制度下的繼續存在以及臨時立法會的合法性問題。上訴法庭接納政府的陳詞，裁定由於全國人民代表大會的行為是主權行為，因此特區法院並不擁有司法管轄權去質疑這些行為的合法性。上訴法庭並裁定特區法院的司法管轄權只局限於審核是否存在主權國或其代表的行為(而非行為的合法性)。我等認為上訴法庭就特區法院的司法管轄權所作出的這項結論是錯誤的。”² 正是因為香港特區終審法院在這個問題上持極為堅決的肯定態度，引起了內地法學界的強烈質疑和批評。³

第二，全國人大常委會是否有權通過解釋《香港基本法》條款間接地推翻香港特區法院的終審判決？《香港基本法》第 158 條規定：“本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。全國人民代表大會常務委員會授權香港特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。……如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，香港特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。”這一規定表明，《香港基本法》已經為解決全國人大常委會與特區法院在《香港基本法》解釋上可能出現的衝突給出了辦法，那就是特區司法在時間上優先、中央立法在效力上優先，從而既維護了特區司法自治，又保障了中央立法權威。但是“吳嘉玲案”發生後，全國人大常委會對《香港基本法》第 22 條第 4 款和第 24 條第 2 款第(3)項的解釋與香港特區法院並不一致，仍然令一些特區法律人感到難以接受：如何理解和保障特區司法自治？全國人大常委會的釋法可能造成特區法院判例未來不能被遵循，這與特區司法自治是否矛盾？

第三，香港特區法院解釋《香港基本法》的權力正當性建基於普通法傳統還是《香港基本法》第 158 條規定？按照內地法律人的觀點，既然對法律的最高解釋權屬於全國人大常委會，而基本法是一部法律，那麼只有經全國人大常委會授權，特區法院才能在案件審理中解釋基本法條款。但是，香港特區法院不認可這種觀點，反而認為：“香港特區享有獨立的司法權和終審權(基本法第 19 條第 1 款)，而特區各級法院是特區的司法機關，行使特區的審判權(基本法第 80 條)。在行使基本法所賦予的司法權時，特區法院有責任執行及解釋基本法。”⁴ 可見，香港特區法院強調其解釋《香港基本法》的權力附屬於其審判權，因此

* 前者為汕頭職業技術學院講師；後者為法學博士

行使依據並不是《香港基本法》第158條。若是如此，那麼香港特區法院又怎麼看待《香港基本法》第158條對其解釋權的制約呢？特區法院繼續回答了這個問題：“香港法院根據基本法行使獨立司法權。見第2條及第80條。香港特區法院行使獨立司法權時的其中一項基本職能是解釋法律，其中包括基本法，但此項職能受制於第158條第3款對本院就‘範圍之外的條款’行使管轄權的規限，以及受常委會根據第158條而作出的解釋的約束。除受上述事宜規限外，解釋法律便屬於法院的事務，此乃特區法院獲授予獨立司法權的必然結果。這項由三權分立論產生出來的原則乃普通法的基本原則，並藉基本法在香港繼續保存下來。”⁵顯然，在香港特區法院何以能夠解釋《香港基本法》的問題上，內地與香港特區的法律人意見截然不同。

第四，香港特區法院是否可以運用類比法律推理，突破《香港基本法》對特區和央地權力關係的安排？毫無疑問，《香港基本法》沒有規定特區法院可以對全國人大及其常委會的行為進行違憲（《香港基本法》）審查，也沒有規定特區法院可以有選擇性地適用全國人大常委會對《香港基本法》的解釋。同樣毫無疑問的是，如果香港特區法院在《香港基本法》的明確授權之外，發揮普通法的經驗主義特質，作出了上述審查，那麼意味着香港特區法院已經改變了《香港基本法》所設定的央地和特區權力結構。香港特區終審法院不僅在“吳嘉玲案”中宣稱對全國人大及其常委會的主權行為擁有司法審查權——全國人大常委會至今沒有對此表示異議——而且在“莊豐源案”中，特區法院干脆認定全國人大常委會對《香港基本法》的解釋中部分內容不具有法律效力，理由是這部分內容不是立法原意而只是立法者原意：“香港法院在行使其獲授予的解釋權時，必須引用普通法，這是符合《基本法》中有關普通法可在香港特區延續的規定。……法院根據普通法解釋《基本法》時的任務是詮釋法律文本所用的字句，以確定這些字句所表達的立法原意。法院的工作並非僅是確定立法者的原意。法院的職責是要確定所用字句的含義，並使這些字句所表達的立法原意得以落實。”⁶而全國人大常委會所認為的立法原意⁷呢？香港特區法院認為僅僅是立法者原意而已。普通法的經驗主義傳統是否允許特區法院這麼靈活、能動地進行司法裁判和違憲審查，實在值得商榷。

第五，如何推動香港特區法院在《香港基本法》解釋問題上與全國人大常委會保持合作？⁸上述四個

問題已經表明，在全國人大常委會與香港特區法院之間存在的衝突，是兩種不同的法律傳統所引起的。基於歷史傳統和思維慣性的社會衝突是最難以稀釋和解決的。如果香港特區法院充分利用《香港基本法》的制度漏洞，那麼全國人大常委會可能會陷入曠日持久的應對之中。例如，香港特區法院可能堅持以終審法院的提請為全國人大常委會解釋《香港基本法》的前置程序；可能消極放棄提請權力，從而全國人大常委會的解釋只能起到事後糾正作用；可能堅持自己在是否必須提請全國人大常委會解釋《香港基本法》上的決定權，以“特區自治”制約人大釋法；可能導致香港特區法院再解釋與人大釋法不相一致等等。總之，香港特區法院能夠借助多種司法程序，從實質上影響全國人大常委會對《香港基本法》的解釋權，最終可能完全架空它並使之形同虛設。⁹如何避免這種不合作狀態發生呢？這是一個值得研究的問題。

二、特區司法實踐基本問題的起因： 普通法及其三重含義

上述五個問題的焦點儘管看起來並不一樣，但下文進一步的分析將揭示，這些問題的出現，歸根結底都是選擇性地理解和運用“普通法”概念造成的。例如，如果把普通法與政治制度包括司法審查等同起來，即將其作為一種政治權力分配機制進行理解，那麼在普通法律人看來，香港特區法院就有權審查並宣告全國人大常委會的主權行為是否違反《香港基本法》。又如，倘若將普通法理解為與制定法、成文法相對的一套規範體系，那麼普通法便不必以制定法、成文法的限制，創設新的政治權力運行機制，包括否認立法機關有關決定的法律效力或架空立法機關的解釋權。再如，假使普通法就是與大陸法法律推理相區別的法律推理方式，那麼在普通法語境下法官對法律的解釋權是不言而喻的，這種解釋權具有來自歷史傳統而非制定法的政治正當性，那麼其法官必然懷疑全國人大常委會另行解釋並推翻法院判決的做法。

雖然這個解釋非常合理，但是仍然脫不了學術想像和推斷的嫌疑。然而，只要回到香港特區法院有關案件的判決書，可以發現，法官一直在根據他們的審理需要，不斷變換“普通法”概念的語境含義。通過檢索居留權系列案件的判決書可以得知，在“吳嘉玲案”、“劉港榕案”和“莊豐源案”中，“普通法”

(“common law”)出現的次數分別是 5 次、14 次和 25 次，共 44 次。在這些判決書中，香港特區終審法院分別在政治制度(6 次)、規範體系(16 次)和推理方式(19 次)的意義上運用“普通法”概念，還有 3 次不能確定屬於哪一種含義或者可能包含兩種以上含義。¹⁰

一是政治制度意義上的普通法。如“吳嘉玲案”判決書指出：“上訴法庭基於基本法第 19(2)條作出其結論。第 19(2)條規定：‘香港特別行政區法院除繼續保持香港原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對香港特別行政區所有的案件均有審判權。’政府在該案所陳述的論據為 1997 年 7 月 1 日前，香港法院也不能質疑英國國會通過的法例是否違憲，即是否違反英國的不成文憲法或香港作為殖民地的憲法文件《英皇制誥》。因此，這是基本法第 19(2)條所設想的‘原有法律制度和原則’對香港法院審判權所作的一種限制。所以政府辯稱在 1997 年 7 月 1 日後，這限制同樣適用於全國人民代表大會的行為。上訴法庭接納了政府的論據。把舊制度與此相提並論是對問題有所誤解。1997 年 7 月 1 日前，香港是英國殖民地。根據**普通法**，英國國會擁有最高權力為香港立法而香港法院不能質疑這項權力。”¹¹ “莊豐源案”判決書也載明：“香港法院根據《基本法》行使獨立司法權。見第 2 條及第 80 條。香港特區法院行使獨立司法權時的其中一項基本職能是解釋法律，其中包括《基本法》，但此項職能受制於第 158 條第 3 款對本院就‘範圍之外的條款’行使管轄權的規限，以及受常委會根據第 158 條而作出的解釋的約束。除受上述事宜規限外，解釋法律便屬法院的事務，此乃特區法院獲授予獨立司法權的必然結果。這項由三權分立論產生出來的原則乃**普通法**的基本原則，並藉基本法在香港繼續保存下來。”¹²

二是規範體系意義上的普通法。如“吳嘉玲案”判決書指出：“基本法第 24(3)條規定：永久性居民在特區‘享有居留權’。《入境條例》(2A 條)界定了永久性居民享有的權利，即有權入境，不會被施加任何逗留條件，不受任何遞解離境令或遣送離境令的約束。法例界定的居留權，類似**普通法**的居留權概念。**普通法**內的居留權曾被描述為‘……進入(該司法管轄區)的權利，不受任何障礙或阻礙，任由(居留權擁有人)喜歡何時入境及(隨己意)在境內逗留多久’(見 1972 年英國上訴案例：Director of Public Prosecutions v. Bhagwan [1972]《AC》60，見第 74 頁 B 行。)因此，進入司法管轄區的權利，或根據法例所界定的入境權利，正是居留權的要素。”¹³

三是推理方式意義上的普通法。如“莊豐源案”

判決書所指：“根據**普通法**的處理方法，本院的任務是要參照第 24 條第 2 款第(1)項的背景及目的對其所用字句作出詮釋，以確定這些字句所表達的立法原意。如前文斷定，第 24 條第 2 款第(1)項的含義清晰，沒有任何歧義。其意思是指在 1997 年 7 月 1 日之前或之後在香港出生的中國公民。依循**普通法**的原則，本院無法基於‘有關陳述’而偏離本院認為是第 24 條第 2 款第(1)項的清晰含義，而以有關字句所不能包含的意思代之。”¹⁴

由此可見，香港特區終審法院從來沒有在同個意義上使用“普通法”概念。不僅這一點體現在不同案件的判決書之間，而且在同一份判決書、甚至同一段落中，法官都可以根據論證和表述的需要，不斷變換“普通法”的語境含義。正是香港特區法院對“普通法”分層次、多側面、立體化的理解和運用，與大陸法律人的認識和體會截然不同，才造成出現了上述五個基本問題：一方面是特區法律人對“普通法”概念進行靈活、隨機的理解和運用，另一方面是大陸法律人對由此帶來的法律後果難以認同。

三、規範文本和立法背景中的普通法： 來自基本法的政治正當性

那麼，香港特區法院對普通法的三種理解和運用是否都具有政治正當性？考慮到香港特區法律人在法律思維上經驗主義式的開放性，那麼在此不妨從廣義上理解政治正當性，將其來源訴諸於規範文本、立法背景和政治理論。但是，即若如此，就能得出特區法律人對“普通法”上述三種解讀都正確的結論嗎？

一看規範文本。這是任何事物謀取政治正當性的最強途徑。按照香港特區法院的說法，規範文本是解釋法律的內在資料，其法律效力強於外在資料即立法背景。¹⁵ 筆者認同這種說法。的確，任何法律言說的政治正當性依據，應當盡可能以規範文本為準，立法背景次之，政治理論最後。按照《香港基本法》的規定，在香港回歸後，得以延續的“普通法”，應當指一種規範體系或推理方法。這一點，從《香港基本法》的下列條款可以看出。

第 8 條規定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。”這裏的“法律”，應指規範體系無疑，況且在此處，“普通法”與“條例、附屬立法和習慣法”並

列，因此第8條中的“普通法”所指必是一種規範體系。第18條補強說明了這一點：“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第八條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律。”《全國人民代表大會常務委員會關於根據〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第160條處理香港原有法律的決定》¹⁶重申了第8條規定。雖然第11條規定：“根據中華人民共和國憲法第31條，香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。”但是，沒有進一步、更充分的證據表明，這裏的“司法方面的制度”指的就是“普通法”，反而在第81條有如下規定：“香港特別行政區設立終審法院、高等法院、區域法院、裁判署法庭和其他專門法庭。高等法院設上訴法庭和原訟法庭。原在香港實行的司法體制，除因設立香港特別行政區終審法院而產生變化外，予以保留。香港特別行政區法院除繼續保持香港原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對香港特別行政區所有的案件均有審判權。”由此可見，香港原有的司法方面的制度，至少還包括司法機構體制和案件管轄制度，當然不是專指普通法。然而，《香港基本法》條文還可能把推理方式意義上的“普通法”也考慮了進去。第84條規定：“香港特別行政區法院依照本法第18條所規定的適用於香港特別行政區的法律審判案件，其他普通法適用地區的司法判例可作參考。”如果把這裏的“普通法”理解為一種規範體系，那麼它指的是香港特區範圍內已經適用的普通法規範，還是其他普通法系國家和地區已經適用的普通法規範？抑或是整個普通法系的普通法規範呢？考慮到“普通法”前面還有一個“其他”作為限制性定語，那麼只能理解為整個普通法系的普通法規範。既然普通法系的普通法規範可以普適性地適用，為何還要強調香港特區本地的普通法規範，並且只能參考其他普通法適用地區的司法判例而不是直接適用判例蘊含的普通法規範？顯然不能自圓其說。但是，假如將第84條的“普通法”理解為一種推理方式，那麼就可以解釋為何香港特區法院審理案件時，其他普通法適用地區的司法判例只能起到參考作用，而不是作為先例必須被遵循。這就是因為，在推理方式上，普通法適用地區都以類比推理作為法律思維的核心，從而對所有普通法判例都持開放態度，可以拿來參考但並非必須以其為先例。這樣，既保證了普通法法律思維的經驗主義特質，又不致於使外域的普通法規範

直接適用於特區司法實踐，影響特區享有獨立的司法權和終審權。

二看立法背景。既然在內在資料——規範文本層面，普通法作為規範體系或推理方式存在，那麼回到外在資料——立法背景後，又該怎樣理解“普通法”呢？《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》¹⁷並沒有提到“普通法”，但是對香港特區法院的司法管轄範圍予以進一步明確：“草案規定特別行政區法院享有獨立的司法權和終審權，作為一個地方行政區域的法院而享有終審權，這無疑是一種很特殊的例外，考慮到香港實行與內地不同的社會制度和法律體系，這樣規定是必需的。香港現行的司法制度和原則一向對有關國防、外交等國家行為無管轄權，草案保留了這一原則，而且規定特別行政區法院在審理案件中遇到涉及國防、外交等國家行為的事實問題，應取得行政長官就此發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出證明文件前，須取得中央人民政府的證明書。這就妥善解決了有關國家行為的司法管轄問題，也保證了特別行政區法院正常行使其職能。”這對《香港基本法》第19條規定作了必要說明，明確了該條規定的意義指向。可見，全國人大在制定《香港基本法》時，就已經高度關注香港特區司法與政治制度的關係。可以看出，全國人大的態度是保持原有的香港司法不介入國家政治權力運作過程的做法不變，即使在需要對國家行為進行司法管轄時，也只限於對是否存在某種國家行為作出事實性判斷，而不能對其進行規範性評價。簡言之，香港特區司法與國家政治絕緣。儘管沒有更明確、更清楚的相關表達，但是完全可以推理出，全國人大並不打算在《香港基本法》中，讓作為政治制度的普通法在香港適用，能在特區延續的普通法只能作為一種規範體系或推理方式存在。

四、正確理解和運用特區普通法： 基於政治正當性

儘管從法律論證的角度看，假如在規範文本和立法背景兩個層面上都無法證成某個司法判斷，那麼就沒有必要訴諸於更多的學術論證和政治學想像。但是，政治理論對普通法法律人及其法律心靈的影響歷來都是巨大的¹⁸，他們可能通過普通法法律推理來實現他們的政治抱負和意圖。¹⁹因此，如果不從政治理論的角度去理解和反思，那麼就不可能徹底地、本源

地認識和批判普通法法律人對普通法的理解和運用。

第一，試圖援引其他普通法適用地區的司法判例或者乾脆否定先例以達到司法審查國家行為的目的，表面上看是符合普通法類比推理和其經驗主義特質的，但實質上是普通法政治學推斷的結果，因此在司法語境下不可取也不具有正當性，並且推斷本身在理論上也存在很大爭議。普通法法律人是否在政治制度的意義上理解和運用過“普通法”這個概念？答案是肯定的。在著名的邦漢姆醫生案中，柯克(Sir Edward Coke)就提出：“從我們的歷史文獻可以看出：在很多情況下，普通法得審查議會的法案，有時可以裁決其為完全無效；因為，當議會的一項法案違背普遍的權利和理性，或者令人反感，或者不可能實施的時候，普通法得審查它，並宣佈該法案無效。”²⁰ 該判例被許多學者認為是現代司法審查制度的先例，長期以來被廣泛引用，就連“馬布里訴麥迪遜案”(Marbury v. Madison)的判決也深受其影響。²¹ 應當承認，在該案判決中，柯克的觀點顯然不能與現代司法審查制度完全等同起來，因為他當時所要解決的問題雖然不僅僅是解釋制定法規範的含義，但是也不至於大到審查並宣告制定法是否違反憲法的程度。更確切地說，柯克思考的問題是：甚麼是法律？而不是：誰在統治？這一點，在“馬布里訴麥迪遜案”的判決書中，馬歇爾(John Marshall)大法官也深為認同：“應該強調的是，確定法律是甚麼是司法部門的權限和職責。那些把規則適用於具體案件的人們，必定有必要對規則進行闡釋和解釋。假如兩個法律相互衝突，法院必須決定哪一個適用。所以，假如法律與憲法相抵觸，假如法律和憲法都適用某一具體案件，法院必須確定，要麼該案件適用法律，而不顧憲法；要麼適用憲法，而不管法律。法院必須決定這些相互衝突的規則中哪一個管轄該案。這就是司法職責的本質。”²² 可見，雖然馬歇爾大法官的觀點強調了法院對“法律是甚麼”獨一無二的判斷權，但是毫無疑問，馬歇爾和柯克一樣，都基於必須整體性地理解和運用法律這一前提，要求在具體個案中適用該案件的法律規範應當是內在融洽、自成邏輯的。²³ 雖然柯克時代的制定法數量只佔所有法規範的很小一部分，但是在現代國家，立法已經成為法律的主要淵源和行政機關履行日常職責的最重要依據，作為一種制度存在的司法審查必然深刻觸及立法機關、行政機關的職能活動。這意味着，法院更頻繁地在個案中整體性地理解和運用法律，促使普通法越來越作為一種政治制度在國家生活和社會治理中發揮作用。

根據《香港基本法》的相關規定，香港特區法院有權參考其他普通法適用地區的司法判例；按照普通法——作為一種推理方式——原理，特區法院也可以否定先例以創設新的判例。結合這兩點，特區法院似乎有充足的理由，在香港回歸前法院不曾對英國國會和政府的行為進行司法審查的情況下，對全國人大常委會的行為進行司法審查。這一推論，表面上看是符合普通法類比推理及其經驗主義特質的，但實質上只是普通法政治學推斷的結果。

從歷史傳統來看，普通法的政治正當性不來自制定法的明文規定，也不來自憲政和民主理論的邏輯證成，反而來自普通法法律人所宣稱的普通法與普遍的權利和理性的緊密聯繫。不僅在普通法系國家，普通法的政治正當性更多被看成是不言自明、內在融貫的，甚至來自普通法法律人越來越強烈的自信心，而且普通法——尤其作為一種政治制度——與憲政和民主理論本身就是相違背的，即使與最低限度的自由主義政治學也格格不入。²⁴ 在霍布斯(Thomas Hobbes)看來，普通法法律人無論如何理解和運用普通法，都只是從習慣法出發甚至就是建基於習慣²⁵，再加上普通法法律人毋寧說對法官的理性和獨立性的過分自信，就可以用先例的名義或者從先例中挖掘有用的成分予以佐證。²⁶ 因此，與其說是對普通法的自信，還不如說是普通法法律人對他們的角色定位和政治功能的自信，而這種強烈的自信，也只有普通法政治學中才體現得如此淋漓盡致。這一點，使得普通法法律人具有強烈的貴族色彩和精英氣質，也不可避免地帶來一些傲慢與偏見。²⁷ 大陸法系國家法院沒有完全掌握對法律的解釋權，很多國家的憲政主義未必是司法憲政主義²⁸，都會讓他們感到難以相信和接受。但是，實際上普通法系國家的法官並非民選而來，卻對普選民主產生的立法機關和行政機關進行司法審查，從而造成大眾民主不得受制於精英民主，這本身連西方自由主義政治學的最低前提都不可能滿足。至今仍然找不出關於普通法的政治正當性的系統理論，現有的僅是從人們對普通法的長久遵從所引伸出來的結論：普通法代表着人間秩序和理性要求。簡言之，普通法的政治正當性連學術意義上的規範論證都沒有做到，只是從“存在即合理”、“事實即規範”的推斷出發，才獲得了普通法法律人的認可。

第二，在香港回歸後，普通法的政治正當性基礎在根本上發生了改變，必須以《香港基本法》的明文規定重新定義特區普通法的效力和功能，同時在這個問題上摒棄普通法政治學推斷的做法。既然普通法

律人對普通法的政治正當性的認識，帶有強烈的自我論證色彩，那麼就不能任由普通法法律人在封閉的話語系統中進行言說並無條件服從其實踐體系，更不能放任普通法法律人為了發揮不同的政治功能，而對普通法作隨意的理解和運用。在大陸法系國家中，法官遠沒有這種自信，那是因為即便從最低限度的自由主義政治學出發，霍布斯所宣稱的主權者也是不可分割的，制定法律的權力與解釋法律、適用法律的權力是合為一體的，即使可以分割，也是從主權者的命令中拿出一部分進行授予，而不是自生於主權者的命令之外。²⁹ 普通法法律人遠沒有認識到也不願意接受這一點。

事實上，1997年7月1日中華人民共和國恢復對香港行使主權之後，香港特區之所以適用普通法，並不是法律人自治地延續香港回歸前的司法傳統，而是《香港基本法》宣稱可以這麼做。因此，雖然表面上看起來在香港回歸前後適用普通法的實踐是沒有中斷的，但是實際上是“兩張皮”，原因就在於前者的政治正當性基礎來自英國適用普通法不言自明的歷史慣性，而後者的政治正當性基礎則是《香港基本法》對香港特區高度自治特別是獨立司法權的明確規定。這個結論乍聽起來很吊詭，但是準確地揭示了《香港基本法》對特區司法權的基石作用。特區普通法的本質屬性發生了變化，那種關於普通法的政治正當性的自圓其說已不再適用，這就要從規範文本和立法背景去探討特區普通法的確切含義的原因。因此，普通法應當怎麼被理解和運用，必須取決於《香港基本法》對特區普通法的明確規定而不是那種不言自明的默許。換言之，只要《香港基本法》沒有相應規定，普通法就不得自我拓展意義空間，尋求模稜兩可的政治抱負。³⁰

顯然，無論在規範文本還是在立法背景中，《香港基本法》並未規定可以建立司法審查機制，尤其是承擔對全國人大及其常委會的主權行為進行違憲審查的政治功能。即使是將普通法作為一種推理方式，也不能基於普通法法律推理的經驗主義特質，在未來某個判例中宣稱普通法可以作為一種政治制度發揮功能。對這一點，《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》已經再次強調過，個中意思非常明確。

綜上，通過普通法政治學推斷去論證普通法可以作為一種政治制度存在，實際上反映了法律人對普通法歷史傳統的過分自信。況且即使在最弱意義——政治理論意義上，借助普通法政治學推斷、從純粹政治

理論的層面探討普通法作為一種政治制度的正當性，其支持論據也是頗成問題的，也無法完全保證將普通法作為一種政治制度進行理解和運用。更不用說香港回歸後《香港基本法》對特區普通法政治正當性的重新建基，把原先可資利用的那點支持論據也排除在外了。

把上述五個問題歸結為內地與香港特區的政治爭論或者法治思維上的巨大鴻溝，從而認為不可能從法律渠道獲得技術性解決的觀點，是籠統而論、大而化之的，沒有深究和探求這些問題的具體細節。通過上述分析，可以知道，應當區別對待上述五個問題，在《香港基本法》框架內深化相關討論，對於的確屬於《香港基本法》允許範圍的，要切實保障特區司法自治；對於確實不屬於《香港基本法》允許範圍的，要堅決與香港特區司法自治區分開來，避免法律人不當地行使其話語權。基於上述討論，可以得出五點結論：①香港特區法院無權對全國人大及其常委會的主權行為是否違反《香港基本法》進行司法審查。②全國人大常委會出台的《香港基本法》解釋，香港特區法院在此後判決中應當以此為準。③香港特區法院解釋《香港基本法》的權力正當性建基於《香港基本法》第158條的規定。④香港特區法院不得運用類比法律推理，突破《香港基本法》對香港特區和央地權力關係的安排。⑤在《香港基本法》依然存在制度漏洞的情況下，要減少全國人大常委會與香港特區法院的憲政衝突，必須進一步提高法律合作和政治互信水平。

《香港基本法》為特區普通法的政治正當性提供了新的基礎，在規範文本和立法背景的意義上，普通法並不作為一種政治制度而存在，而是作為規範體系或法律推理被理解和運用着。即使借助政治理論宣揚普通法可以作為一種政治制度發揮功能，也並不完全站得住腳。但是，在多個案件判決書中，香港特區法院卻一再強調普通法的政治功能，這實際上反映了在香港特區司法實踐中，法院基於普通法的歷史傳統的強大自信心，但是它卻沒有充分重視和切實具化《香港基本法》對特區法統的重構。尊重和保障香港特區司法自治，並不是一句空話，更不是空中樓閣，也不等於把一切話語權交給法律人就完成任務，其落實最終要回到《香港基本法》的框架中。脫離這個框架的言說和行動，都是沒有法律依據的，必然也不可能被認可和支持。香港特區司法實踐諸多爭議首先在於其法律癥結，但是歸根結底，正是對政治正當性基礎的忽視和背離，才致使找不到這些爭議的有效解法。如果任憑法律人在司法語境中繼續堅守普通法長久以來

那種不言自明、歷史形成的正當性傳統，就可能違背了“一國兩制”的政治正當性邏輯序列和權力配置規範化依據。顯然，只在普通法語境下談論特區普通法，是不可能得出正解的；回到政治正當性層面，才能刺

穿纏繞在普通法歷史傳統和心理慣性表面的層層絲網，明辨虛實，認清真偽，使嚴密的法律邏輯與堅實的政治正當性緊密融合，具有更充足、強大的說服力和執行力。

註釋：

¹ Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration [1999] HKCFA 72; [1999] 1 HKLRD 315; (1999) 2 HKCFAR 4; [1999] 1 HKC 291 ; FACV14/1998 (29 January 1999), 載於香港法律資訊中心網站：<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/1999/72.html>，2014年11月10日。

² 同註1。

³ 批評者中的知名學者包括參與起草《香港基本法》的吳建璠教授、邵天任教授、蕭蔚雲教授和許崇德教授。

⁴ 同註1。

⁵ The Director of Immigration v. Chong Fung Yuen [2001] HKCFA 48; [2001] 2 HKLRD 533; (2001) 4 HKCFAR 211; FACV26/2000 (20 July 2001), 載於香港法律資訊中心：<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/2001/48.html>，2014年11月10日。

⁶ 同上註。

⁷ “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24條第2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4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24條第2款的意見》中”。見《全國人大常委會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第22條第4款和第24條第2款第(3)項的解釋》，1999年6月26日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議通過。

⁸ 香港特區法院對於是否提請全國人大常委會解釋《香港基本法》，一方面可能濫用其決定權，另一方面則可能過於強調由其提請人大釋法的前置程序必要性。前者體現在香港特區終審法院對“吳嘉玲案”的判詞中：“我等認為在審理案件時，惟獨終審法院才可決定某條款是否已符合上述兩項條件；也只有終審法院，而非全國人民代表大會，才可決定該條款是否已符合‘類別條件’，即是否屬於‘範圍之外的條款’。……實質上，法院審理案件時最主要需要解釋的是哪條條款？如果答案是一條‘範圍之外的條款’，本法院必須將之提交‘人大常委會’。如果最主要需要解釋的並非‘範圍之外的條款’，便不須提交。在這情況下，即使一條‘範圍之外的條款’可以爭辯地說成與‘非範圍之外的條款’的解釋有關，甚至規限了‘非範圍之外的條款’時，法院仍毋須將問題提交‘人大常委會’。……我等覺得相當重要的是：《基本法》第158條規定只在解釋‘範圍之外的條款’時，才須提交‘人大常委會’。當多條條款(包括‘範圍之外的條款’)與解決案中涉及的一般性解釋問題有關時，第158條並沒有規定法院須請‘人大常委會’作一般性的解釋。”見註1。後者則體現在特區終審法院對“吳嘉玲案”的“補充判詞”中：“我等在1999年1月29日的判詞中，並沒有質疑人大常委會根據第158條所具有解釋《基本法》的權力，及如果人大常委會對《基本法》作出解釋時，特區法院必須要以此為依歸。我等接受這個解釋權是不能質疑的。我等在判詞中，也沒有質疑全國人大及人大常委會依據《基本法》的條文和《基本法》所規定的程序行使任何權力。我等亦接受這個權力是不能質疑的。”見《全國人大常委會法工委發言人2月27日的談話》，載於《瞭望》，第11期，1999年。

⁹ 張健一等：《全國人大常委會與特區法院之間的憲政衝突：法律解釋權問題而非司法管轄權問題》，載於中國法學會、澳門基本法推廣協會、香港基本法澳門基本法研究會：《2014年兩岸四地法治發展青年論壇論文集》，2014年9月，第13-15頁。

¹⁰ 如香港特別行政區訴馬維昆一案是涉及普通法在新制度下的繼續存在以及臨時立法會的合法性問題。見註1。

¹¹ 同註1。

¹² 同註5。

¹³ 同註 1。

¹⁴ 同註 5。

¹⁵ 在“莊豐源案”中，香港特區終審法院指出：“為協助解釋有關條款，法院會考慮《基本法》的內容，包括《基本法》內除有關條款外的其他條款及其序言。這些均屬有助於解釋的內在資料。有助於瞭解《基本法》或《基本法》某些條款的背景或目的的外來資料，一般均可用來協助解釋《基本法》。這些可供考慮的外來資料包括《聯合聲明》，以及於1990年4月4日通過《基本法》之前不久，即於1990年3月28日提交全國人大審議的《關於基本法(草稿)的解釋》。審議上述解釋時以及簽署《聯合聲明》時，本地法例的狀況很多時也會用作解釋《基本法》的輔助資料。雖然《基本法》於1997年7月1日才實施，但由於《基本法》的背景及目的是在1990年制定《基本法》時確立，故一般來說，與解釋《基本法》相關的外來資料是制定前資料，即制定《基本法》之前或同時期存在的資料。就本案而言，除了與背景及目的有關的制定前資料外，本院無須在此探究其他外來資料會有甚麼幫助(即使有的話)；特別是制定後資料能否給予協助的問題。就本案而言，本院只須說明：在常委會沒有作出具約束力的解釋，而法院必須按照普通法處理法律釋義的情況下，若法院在借助內在資料及適當的外來資料去確定有關條款的背景及目的，並參照該背景及目的後作出詮釋，斷定文字的含義清晰，則外來資料，不論其性質，也不論其屬制定前或制定後資料，均不能對解釋產生影響。含義清晰即所用文字沒有歧義，就是在合理情況下不能得出另一對立的解釋。法院參照了有關條款的背景及目的來詮釋文本字句，一旦斷定文本字句確是含義清晰後，便須落實這些字句的清晰含義。法院不會基於任何外來資料而偏離這些字句的清晰含義，賦予其所不能包含的意思。”見註 5。

¹⁶ 《全國人民代表大會常務委員會關於根據〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第 160 條處理香港原有法律的決定》，1997 年 2 月 23 日第八屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過。

¹⁷ 《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》，1990 年 3 月 28 日在第七屆全國人民代表大會第三次會議通過。

¹⁸ “普通法的精神包括某種思考政治自由的方式，而不僅僅是在法庭上解決案件。”載於[美]小詹姆斯·R·斯托納：《普通法與自由主義理論：柯克、霍布斯及美國憲政主義之諸源頭》，姚中秋譯，北京：北京大學出版社，2005 年，第 15 頁。

¹⁹ “(柯克)預感到國王與國會的衝突迫在眉睫，他感到必須遏制雙方日益增長的自大，於是便回到本國的法律史中……提煉出了一種政治理論，而這種理論注定了將成為一個遙遠的國家的精神食糧，儘管他根本不會預想到會有這麼一個國家(美國)。柯克所找到的解決方案，就是不加區別地同時約束國王和國會這一根本法的法律觀念。”載於 Plucknett, T. F. T. (2004). *Bonham's Case and Judicial Review*. In A. D. Boyer. *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*. Indianapolis: Liberty Fund.

²⁰ Gray, C. (1972). *Bonham's Case Reviewed*. *Proceedings of the American Philosophical Society*. 116. 35.

²¹ Clinton, R. L. (1991). *Marbury v. Madison and Judicial Review* (New Edition). Lawrence: University Press of Kansas.

²² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

²³ 這一點在德沃金(Ronald Dworkin)那裏激起了現代法律理論的強烈迴響。他提出了法律的整體性 (law as integrity) 或者整體性法律觀。這也可以用來為法院發揮司法審查功能提供辯護，但是前提是必須證明只能由法院承擔這一功能。載於[美]羅納德·德沃金：《法律帝國》，李常青譯，北京：中國大百科全書出版社，1996 年。

²⁴ 布萊克斯通(Sir William Blackstone)強調要嚴格限制司法機關的自由裁量權，不應讓司法機關宣告立法機關的法案無效：“沒有一家法院有權使立法機構的意圖無效，只要這種意圖以非常明顯而清晰的語言表述，對於它是否屬於立法機構之意圖沒有留下任何疑問。……立法機構才是真正的主權權力，且始終擁有同樣絕對的權威；它不承認地球上有任何比它更高級的權威。”載於[美]小詹姆斯·R·斯托納：《普通法與自由主義理論：柯克、霍布斯及美國憲政主義之諸源頭》，姚中秋譯，北京：北京大學出版社，2005 年，第 268 頁。

²⁵ “對權利、公平、法律與正義的成因和其初始構成的無知，會使人把習慣和成例當作其行為的準則；以至於以為，習俗所懲罰的事就是非正義的，而將習俗不加懲罰或加以稱譽的事，則認為是正義的。”載於[英]霍布斯：《利維坦》，黎思復、黎廷弼譯，北京：商務印書館，1995 年，第 76 頁。

²⁶ “他們據此製造出一個成例或先例。他們變得固執而倔強，一會兒訴諸習慣一會兒訴諸理性，又會從理性轉向習慣，完全隨自己的喜好；當他們的利益需要時，就會放棄習慣，而一遇到理性對自己不利時，他們又反對理性。”載於[英]

霍布斯：《利維坦》，黎思復、黎廷弼譯，北京：商務印書館，1995年，第76頁。

- ²⁷ 布萊克斯通早就打算，“不僅僅要改造普通法的內容和細節，而且要首先改變普通法本身之含義，緩和普通法對其正義和源遠流長之傲慢，擴大它的視野，從而能夠設想進行真正的改進。……使它與先進的自由主義學說保持一致。”載於[美]小詹姆斯·R·斯托納：《普通法與自由主義理論：柯克、霍布斯及美國憲政主義之諸源頭》，姚中秋譯，北京：北京大學出版社，2005年，第269頁。
- ²⁸ 到2000年，世界上有72個國家確立了具體形式不一的憲法審查制度。見 Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press. 6-8.
- ²⁹ [美]小詹姆斯·R·斯托納：《普通法與自由主義理論：柯克、霍布斯及美國憲政主義之諸源頭》，姚中秋譯，北京：北京大學出版社，2005年，第116-118頁。
- ³⁰ 這就仿佛回到了美國建國初期“憲法之父”麥迪遜建議以制度明確各類機構等級關係的那種主張。在普通法系國家，並非普通法都可以不言自明地作為政治制度存在。麥迪遜就建議“建立恰當的機構，確定他們中間的等級關係來劃定權力的界限。……制度化路徑與司法化路徑之間的對立，或者說政治理論與普通法間的對立，也出現在第一屆(美國)國會有關權利法案的辯論中。”載於[美]小詹姆斯·R·斯托納：《普通法與自由主義理論：柯克、霍布斯及美國憲政主義之諸源頭》，姚中秋譯，北京：北京大學出版社，2005年，第333頁。