

日韓台港橫向權力結構的比較和借鑒 ——以立憲主義為視角

尤 樂*

一、前言

第二次世界大戰後，全球人口密度最高、歷史悠久並具有共同社會文化基礎的東亞區域呈多方向、多維度的經濟與政治發展態勢，其中日韓台港作為業已形成公法秩序的組織體在經濟繁榮和政治民主方面均取得了長足的進步。所謂“業已形成公法秩序的組織體”指的是基於人類的“合作與結群具有某種本能的基礎”¹，高度組織化的社會裏必然存在公法——“關係到公共事務之狀況的法律”²並以之形成相應的法律秩序及其規範體系。雖然有學者認為可以將台灣視為“憲政實體”或“政治實體”³加以研究，但是出於維護中國國家主權的基本態度並避免引起歧義，兼顧香港作為中國國內的特殊地方(高度自治)的實際情況，本文一方面採用中國台灣和中國香港的稱謂，尤其不承認台灣具有“本身享有國際法上所確定的權利、義務或權力”的國際人格⁴；另一方面，之所以將台灣和香港與日本和韓國相列進行橫向權力結構的比較研究，僅僅是基於特定區域社會群體得以組織和開展的角度，與國家主權無涉，並試圖通過比較分析四者在經濟繁榮和政治民主方面的經歷和經驗，以資香港在未來政制發展中觀摩和借鑒。

經濟進步方面，日本借助“韓戰”和“冷戰”，憑藉在人才、技術和設備等方面的積累，經濟迅速恢復並持續發展，直至 2011 年都是亞洲第一經濟體⁵；韓國、台灣和香港在 20 世紀 60 年代至 90 年代實現經濟高速發展，被譽為“漢江奇跡”、“海島之星”和“東方之珠”，成為亞洲新興的現代化經濟力量。政治發展方面，順應世界性民主浪潮，日韓台港在不同階段以不同方式並不同程度地接受政治民主化的考驗和改造，實現或正在實現人民所追求的公正、自

由和平等的政治權利。日本首當其衝，1947 年 5 月，在麥克阿瑟草案基礎上，伴隨着清算軍國主義，號稱“不滅大典”的《大日本國憲法》(《明治憲法》)被《日本國憲法》(《昭和憲法》，1947 年 5 月 3 日施行)取代，使其君主立憲政體(當今世界最常見的君主制)具有實質上的法治主義特徵；韓國和台灣從 20 世紀 80 年代開始逐漸對威權主義下的專制政體進行改造並漸次完成；香港由“行政吸納政治”(administrative absorption of politics)和法團主義(corporatist)組成的“諮詢式民主”(consultative democracy)結構一直穩定，1984 年《中英聯合聲明》簽署後，“學習自治和民主化成為必然的政治議程”⁶。雖然香港的民主化目前還略欠成熟，但日韓台港四地都已逐漸確立立憲主義政治或追求，貫徹“政制設計的原則是權力分立和權力制衡”⁷進行橫向權力結構設計。其中，台灣為遵從中國的歷史傳統和經世之學⁸，取立法權之彈劾、割行政權之選錄，施行五權憲法並做標新立異之政治制度設計，既為量才選賢、克制行政專橫和謀求建立中立、專業、高素質的文官體制以及避免國家公器擅予私人、造成政黨分贓酬庸，也為防止“西洋三權憲法中的監察權(糾察權)是由立法院兼有的，這樣容易造成議會專制，弄得行政機關動輒得咎”⁹，雖自成體系，實與西學之程序正義觀點有異曲同工之妙，並未脫權力分立之概說。深究日韓台港分設之立法、行政和司法機關，則不僅在於認識——為立法者提供資料和為研究者提供解釋工具，更在於充分尊重基本法的憲制性法律地位，通過對既有法律秩序的觀察和分析為解決現實的具體問題，如“雙普選”背景下，立法會的院際結構、“特首”和行政長官的產生與定位、法院對提名制可能作出的判斷等等，提供路徑設計和可供評價和估量的參照體系。

* 深圳大學法學院講師

二、居於權力核心地位的立法權的結構 (組織體制)

近代以來，人民主權原則使議會牢固地行使立法權，議會“具有代表制的特徵，它期望自己能代表人民擁有主權。這一點不但體現在行使立法職能上，而且也體現在國家活動的所有領域裏。”¹⁰ 憲法奠定議會核心權力地位的同時，民主政治也要求立法權具有進行適合於社會結構的治理功能，即在短時間內需要完成民主轉型和經濟發展、提高民生任務的日韓台港四地的議會組織體制設計應具有目的性——融合地域、法律和政策的技術性考慮因素並能夠以透明和高效的決策為人民的需要服務，也正因為立法權與公共需求的有效契合，反而加強議會作為權力核心的正當性。為此，議會的正常運轉是能為人民直觀感受並使之取得廣泛支持的重要因素。院部設置為議會正常運轉的物質載體，為此，日本仿效美國作兩院制設計¹¹和命名，但採用民主的第二院型¹²，即兩院議員均由民選方式產生，均為民意代表機關，分別行使國家最高立法權，決議一致才能發生法律效力；韓國¹³、台灣¹⁴和香港¹⁵做一院制設計，指由民選的議員組成一個團體，單獨行使國家最高立法權，避免主權分割、兩院衝突和其帶來的對社會改革和進步的妨礙。鑒於不受制約的權力必然產生腐敗，兩種院部體制均會採取相應的內部和外部制約，防止議會專制的可能及帶來的腐化、減少法律案或政策的粗疏與草率、緩和立法與行政(一院制)或院際(兩院制)之間的紛爭(劇烈衝突和僵局)以及保護地方利益，其間的具體模式有“一同二異”。

(一) 立法權的憲制性地位相同

立法機關的組成、權力和功能均由憲法所創設。組成者，由其名稱顯現於文本¹⁶；權力者，清單見於規範，資以解釋而乎適用；功能者，明列於條文，如日本“國會是國家的最高權力機關，是國家惟一的立法機關”(《日本憲法》第41條)，韓國“立法權”屬於國會(《韓國憲法》第40條)，台灣“立法院為‘國家’最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權”(《中華民國憲法》第62條)，香港“立法會是香港特別行政區的立法機關”(《香港基本法》第66條)。可見，立法機關的憲制性地位在於制定“法律來把權利與義務結合在一起，並使正義能符合於它的目的。”¹⁷

(二) 代表性充分程度不同

選舉是產生代表性的唯一途徑，是代議制象徵(議會)的存在基礎，由於委託源於承諾，而“承諾意味着承諾者的義務”¹⁸，所以普選才能產生最廣泛的代表性並以平等、公正的立法使政府走向善治。目前，日韓台港的普選程度有別。

第一，全面實現普選是日本、韓國和台灣實現民主轉型的主要標誌。日本的參眾兩院均由“被選舉產生的代表全體國民的議員”組成(《日本憲法》第43條)；韓國“國會由國民依普通、平等、直接、秘密選舉選出之議員構成之”(《韓國憲法》第41條)；台灣的“立法院為‘國家’最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之”(《中華民國憲法》第62條)。

第二，香港未實現普選，正在完成民主轉型。自1997年“回歸”執行至今的功能組別選舉雖然並不違反“循序漸進”(《香港基本法》第68條)的精神，但“功能組別看起來更多地是由政治力量和有實力的功能組別所推動，而不是依據公平和理性的原則。”¹⁹ 為消除港人長期對功能組別制的詬病，經過2010年的“破冰”²⁰會談，2011年3月5日，立法會通過過渡方案——《2010年立法會(修訂)條例草案》，即所謂“一人兩票”方案(一票投給地區直選議席、一票投給功能組別議席)，立法會的普選渴望在2020年實現。²¹

(三) 權力制約模式不同

由於議會立法或決策的理性是人民接受法律主治的前提條件，為此立法權力受到內部和外部的制約乃是權力制衡理念使然。一院制下，議會的內部制約——議會黨派之間的辯論和投票為次，“元首”²²作為憲政主體象徵的機關的權力對議會的立法權會形成一種真正抗衡的力量(見後文)；兩院制下，作為國家象徵的日本天皇(《日本憲法》第1條)只有名義上的公佈權(第7條第1項)，內閣總理(行政首長)亦有一定制約作用(解散眾議院權)，主要的制約來自於參眾兩院之間(內部的)相互關係(作用)。

一方面，眾議院作用的優位。《日本憲法》將對內閣的不信任決議權、預算先議權專屬眾議院(第60、69條)，在法律與預算的議決、條約的承認以及內閣總理的提名等方面，眾議院具有優越特質(第59、60、61、67條)，故眾議院的議決權能及範圍具有法律上的優越性，並使眾議院“即以人民之代議官為之，此天下之定論”²³；另一方面，雖然“為使相互抑制的機能充分發揮，應使兩院的機能對等，但相

反的，為了使議會即使在兩院對立時亦能做成意思決定，有必要承認一院的優越於他院”²⁴，參議院具有反向克制權能。參議院具有法案審查權(眾議院制定的法案須經參議院審查權通過始成法律)，緊急狀態下的立法權(以眾議院被解散為前提)，加之其穩定性超過眾議院，如參議院得閉會(眾議院被解散時)但不得解散(第 69 條)，參議員的 6 年任期超過眾議員的 4 年任期(第 46 條)，等等。因此議會共存共享(立法權)，參議院具有的平等的法律地位和制衡性的權力抵消眾議院的權力優越，相互約束的兩個院通過法律和預算方面表決權的競爭達成相互制約，避免議會專制。

綜上，儘管日韓台港作為組織體在議會設置、權力配置和成員來源方面呈現出不同的樣態，但以國民代表機關——議會為政權單核心的政制設計不僅承載“專制主義已滅，庶民勢力，於政治上亦駸駸確定”²⁵的追求，更體現“國民至少為原始的直接機關之一。這種意義的立憲政體，在今日，差不多為世界的文明國之共同的制度”²⁶的精神。日本民選的兩院，借助計算方法的差異(小選區和比例代表制)，亦可增強不同社會(地方)利益獲得代表的可能性，即使眾議院之法律作用較為優越，參議院的鬥爭亦可起到增持決策理性的作用。對於地域狹小之香港，一般不會面臨嚴重的政治權力制衡的問題，為謀求能有迅速、有效之議會運作，採用一院制有其合理之處。

雖然有學者認為香港立法會應改為兩院制²⁷，但是，一者，在既有的憲制體系內，即在《香港基本法》框架內，中央意志可以通過全國人大的法律解釋權、中央人民政府的任命權以及全國人大常委會的備案權等體現；二者，如分設兩院就必須依據《中國憲法》第 31 條和《香港基本法》第 159 條進行基本法的修改，在現實政治未達急切的情況下應維護憲制的穩定性；三者，基於經濟現實和社會結構以及選舉原理，普選後立法會的“新政”是各方利益平衡的產物，既不會是針對中產階級市民和富有階層的稅負革命，也不會造成“民主赤字”²⁸，即使“選舉的功能現在是平民院最為重要的功能”²⁹，為對抗民主中可能存在的非理性因素，也無需以上議院的設置體現中央意志和對特定產業階層的保護。因此，《香港基本法》的權威在於其穩定性，沒有必要為行兩院制而修改《香港基本法》，但是不具普遍性的選舉將使得代議制名不副實，民主化趨勢也將促使功能組別逐漸退出歷史舞台，故而“雙普選”實現後將使立法會的運作成為集體的自我表達的體現，又通過集體的自我約束使政治的相互作用得到法律規制，建立規範的政治秩序。

三、以“依法行政”為目標的行政權結構(政府制度)

不同的組織體之間存在不同的政治體制是一個社會及其歷史自然和長期演變的現象或結果，經歷各自的重重大歷史事件，日韓台港的(中央)政府組織結構呈現為議會制、總統制(韓國)和半總統制(台灣)。其中，議會制又按有無內閣設置分為具有傳統性的日本議會(內閣)制和非典型性的香港議會(無內閣)制³⁰。從日本的戰後改造、韓國和台灣的 30 年民主化發展過程可見“假使他們建立這種新的、嘗試性政府是出於替代已被推翻的專制政府這樣的需要，那麼，人們將會等待着，使其成為合法政府——經過長時間的適應，開始時一度非常動盪的政府會成熟起來，成為守法政府”³¹，即上述組織體均已建成能夠尊重立法機關優位並依法行政的政府，尤其是《香港基本法》力圖塑造的“行政主導”下的特區政府亦是如此。

(一) 議會制中“依法行政”的制度體現

議會制的主旨在於議會至上，法律主權在議會手中並通過議會立法行使，如《日本憲法》規定“國會是國家的最高權力機關，是國家惟一的立法機關”(第 41 條)，香港立法會作為立法機關(《香港基本法》第 66 條)。但是，日本憲法的政體設計遵循較為傳統的議會(內閣)制，如其第 65 條設立執掌行政權之內閣，政府由包括首相在內的內閣組成，內閣對國會負連帶責任；香港的議會(無內閣)制則不盡然於形式，其政府由行政長官和“主要官員”(政務官)組成，受到中央任命之因素影響³²，但根據《香港基本法》第 64 條有關政府對立法會負責的規定，且雙方存在反制關係³³，仍然符合“內閣對議會負責”³⁴的議會至上的基本特徵，故不脫議會制的窠臼。兩者的議會制均通過不同的組織結構和權力結構方面的設計以不同方式不同程度地確保政府的依法行政。

首先，組織結構設計方面對依法行政的確保。

第一，議會對行政首長產生具有影響力。日本的總理(內閣首長³⁵)由議員擔任，出自議會政黨，一般由多數黨黨魁或政黨聯盟共同接受的議員出任。³⁶香港的行政長官由功能組別選舉產生，並非出自立法機關。雖然功能組別可以起到兼顧特定產業利益和不同社會群體並吸納行業(界別團體)自治等元素的作用，確具一定的民主成分，但在實現普選之前，日本的總理所取得支持的廣泛性顯然高於香港的行政長官，日本國會對行政首長產生的影響力要大於香港立法會。

第二，議會對行政官員任免具有影響力。日本首相必須從議員中任命半數以上的內閣(政府)成員(且大部分成員在議會中的佔有多數席位的政黨或政黨聯盟中產生)；香港的行政長官不得在立法會議員中任命政務官，“主要官員”由行政長官提名再由中央政府任命。與日本國會相比，香港立法會對行政官員的任免只有潛在影響力，即行政長官會為博取政策支持而考慮立法會議員對任用人選的認可程度。

第三，議會對政府決策具有影響力。由於執掌行政權、能夠作出決策的政府(《日本憲法》第65條)(內閣)的成員大多是議員，日本首相為使決策更易得到議會支持，不得不在決策過程中估計議會的態度或意見；香港立法會議員只能通過行政會議(《香港基本法》第54條)，作為“‘行政長官’的諮詢機構”³⁷。雖然亦非所有“行政機關的主要官員”³⁸可以加入行政會議，但行政長官委任議員成為行政會議成員則任憑決定。與日本總理相比，香港政府首長對行政會議的委任裁量權較日本首相的內閣任命裁量權為大，雖然這一現象與二者的法律地位(不同)相匹配，也造就與日本國會相比香港立法會的意見對行政決策更具輔助性的情況。

因此，雖然日本內閣與香港行政會議均向社會人士開放(非議員或行政官員)，如2012年6月4日野田首相任命非議員的森本敏為防衛大臣³⁹，同年梁振英行政長官亦委任14名非官守行政會議成員⁴⁰，但是香港立法會不能在行政長官推選和主要官員以及政府部門首長的任免過程中發揮作用，使得日本國會通過組織結構設計能夠發揮的對於政府依法行政的控制力遠較香港立法會為強。

其次，權力結構設計方面對依法行政的確保。雖然日本的議會(內閣)制與香港的議會(無內閣)制在平衡行政權結構方面具有以下三點共性，但香港立法會限縮性的提案權造成它對政府依法行政的控制力較日本國會為弱。

一方面，平衡結構的三點共性。其一，香港的行政長官向立法會負責與日本傳統議會內閣制相契合。由於日本內閣總理經國會議決在議員中提名(《日本憲法》第67條)，則總理對議會負責為不言而喻；雖然《香港基本法》第64條規定僅政府向立法會負責，但是特別行政區的首長(“特首”)作為行政長官和政府的首長(第60條第1款)顯然為政府的有機體並應向立法會負責；其二，香港特區政府和立法會之間具有一定的制約關係(《香港基本法》第50條和第52條第2項和第3項)與日本傳統議會內閣制相契合。

日本憲法為議會設立倒閣權，內閣也被賦予一定⁴¹的解散議會(眾議院)的權力⁴²；香港的立法會對行政長官(第73條第9項)的彈劾權雖然有限⁴³，行政長官也只能在《香港基本法》第50條的授權範圍內解散立法會，但是只要內閣或政府與議會之間的制約——反制關係，即已實現立憲主義下權力設置的平衡設計之一；其三，香港行政長官與立法會之間建立政府首長的責任制度與日本傳統議會內閣制相契合。日本內閣實行集體負責制，首相與閣員“對國會共同負責”(《日本憲法》第66條第3項)，遇有倒閣則共同進退；雖然《香港基本法》規定行政長官的個人負責制，即政府中只有行政長官可遭彈劾(第74條第9項)，且其與立法機關發生《香港基本法》第52條第2項和第3項爭鑿時，行政長官(個人)必須辭職，而其屬下問責官員(政治委任官員)則留任，以保持政府政策的穩定。

另一方面，立法權限的不同造成控制力(平衡性)的不同。相比日本國會“預算案必須先在眾議院提出”(《日本憲法》第60條第1款)，香港立法會被禁止提出凡涉及“公共開支或政治體制或政府運作”的個人草案，而且提交有關政府政策的個人草案必須先取得行政長官的書面同意(《香港基本法》第74條)；同時，日本國會的不信任案及其具有的法律效力(《日本憲法》第69條)亦為香港立法會所缺失。

因此，權力結構的形式設計未必契合於權力制衡的要求，日本國會與香港立法會的兩相比較之下，以“行政主導”進行制度設計意味着立法權的限縮，也必然意味着政制規劃中行政裁量權受到行政制約的程度減小，至少在制度層面上香港立法會通過權力結構設計能夠發揮的對於政府依法行政的控制力遠較日本國會為弱，也將刺激香港立法會議員試圖以發動傳統議會內閣制的不信任動議加以彌補。

再次，行為方式方面對依法行政的確保。《日本憲法》第69條規定的不信任案具有法律效力，是立法機關制衡內閣政策的有效方式；但是在《香港基本法》未對立法會提出不信任案的權力作出規定的情況下，香港立法會自1997年以來已經先後出現對梁錦松、梁愛詩、陳茂波、吳克儉等問責官員以及董建華、曾蔭權和梁振英等歷任行政長官發起不信任動議的情況，反映部分議員嘗試建立和發揮立法會對依法行政的外生性的輔助作用。的確，《香港基本法》沒有規定立法會具有可以提出不信任動議的權力，但是並不等於立法會議員不可以提出不信任動議，2003年梁錦松事件即為一例。

第一，不信任動議權埋藏於既有規定中。《香港基本法》第 73 條第 5 項規定立法會有“對政府的工作提出質詢”的職權。梁錦松事件中，預知車輛首次登記稅的提高政策而規避必然影響政府徵稅，立法會理應質詢財政司司長。質詢者即已暗含不信任的意思，根據質詢內容或社會反映，議員提出不信任動議只是質詢的結果或延伸，在於督促政府因重視部分民意或社會利益而調整其政策。

第二，“為保證在不懼怕任何法律後果的情況下貫徹職責並充分討論，議會成員享有自由陳述的特權”(Privilege of Freedom of Speech)⁴⁴，該意思與正確與否無關。梁錦松事件中，作為稅收政策決定的管轄部門，財政司司長不應出現可能之自利行為，但是否構成自利並影響議員對梁錦松操守的信任，只能經由討論反映；則只要議員認為其意思獨特並包含重大事項或意義(如政府成員的違法或失當)，立法會就有權對政府成員表達警示之不信任意思，至於動議結果(是否通過)也只是議員個人意思的集束性表示而已。

第三，具有法律效力的彈劾(動議)亦是懷疑意思表達的方式之一，至於兼採不信任動議則為立法機關之裁量。“議會制度向視為民主政治的歸宿”⁴⁵，具有代表人民對政府首長或成員的所有事項進行表達的功能或職責，包括政府及其成員的違法和失當。前者一般適用彈劾權，如行政長官的“嚴重違法或瀆職行為”(《香港基本法》第 73 條第 8 項)，後者則一般適用不信任權，包括政府首腦和成員的政策失當或有違背“廉潔奉公、盡忠職守”(第 47 條第 1 款)的行為。公眾對梁錦松在其主管的財政範圍內節省 19 萬車輛首次登記稅的行為有濫用職權謀取私利的廣泛質疑，更有對其任內香港經濟持續低迷和為解決不斷惡化的財政赤字而加稅等措施的不滿。立法會議員據此提出不信任動議係民主作用使然。

因此，根據《香港基本法》，立法會雖然不直接承擔選擇統治者的功能，即不選舉產生行政長官和批准問責官員的提名，但是議會政制中，議會成員仍有反映並幫助公眾形成意見的義務，是間接選擇統治者的角色；雖然《香港基本法》只賦予彈劾權以法律效力，但彈劾並不足以滿足議會全面控制行政裁量的力度或者範圍要求，何況質詢權與彈劾權本身即包含不信任的意思表達；雖然根據《香港基本法》規定，彈劾通過將帶來行政長官去職的法律後果(非政府解散)，但“不信任投票，不是解散，便是有顛覆內閣的效果。”⁴⁶即使不信任動議得以通過，行政長官及問責官員未必辭職；即使可能進一步引發彈劾，但在

立法會啟動彈劾之前，由於《香港基本法》對質詢及其中隱含的不信任動議明確賦予法律效力，不信任動議只具有事實性的影響效果，即立法會有權採取與其自身地位相適應的事實性行為；雖然立法會否決對梁錦松不信任動議，但事實性的作用所引發的社會壓力仍然促使梁錦松辭職。故而不信任動議因暗含於質詢權而非“慣例”⁴⁷，因無法律效力而絕非“無形中擴大立法會權力”⁴⁸，它只是作為必要條件作為立法會發動彈劾權的裁量性依據，可單獨作出以借助社會影響力發揮對依法行政的促進作用。

因此，雖然具有傳統性的日本議會(內閣)制與香港議會(無內閣)制在諸種具體制度方面存在區別，包括政府首長(行政首腦或者行政長官)的產生、政府首長的責任制度和負責範圍、內閣與行政會議、內閣(政府)與議會的制約關係等，也只是反映了東亞制度發展的多樣性。儘管 1997 年後《香港基本法》未對香港行內閣之設置⁴⁹，但不能以英治時期長達 157 年及其影響⁵⁰為由認為香港必然沿襲和執行英國的“模範議會”制度；儘管政府任命的官僚科層制特點明顯，但其政制也只是議會制的某種變形；儘管《香港基本法》有意作出的“削弱行政機關向立法機關的問責性”⁵¹的安排，但是只要“彈劾和辭職—解散”制約關係存在，香港政制仍然基本符合議會制的特點——相較於日本國會，同為立法機關，而且行政機關由總理或行政長官組建並領導，就政府活動向議會負責(區別於總統制下普選產生的政府首長直接向人民負責)。之所以用行政長官個人負責制替代傳統議會制中的總理與內閣集體負責制，無非是為避免立法與行政之間出現對抗性的矛盾而做的制度安排。但是，《香港基本法》使“回歸後立法會議員的立法權，要比其他普通法適用地區國會議員的立法權要小得多……也較回歸以前的立法局議員為小”⁵²，恰恰是與傳統議會制中突出立法控制行政裁量的精神相悖並在實踐中是使議會心有餘而力不足的制度性調適，但是通過具體發掘《香港基本法》中蘊含的不信任意思表達權則可施加彌補，以維護政府向議會負責的體制。

(二) 總統制中“依法行政”的制度體現

總統制是以總統為組織體的象徵(國家元首或地區象徵)，總統兼政府首長並負責實際政治責任的政權組織形式。韓國總統與國會議員分別經由人民選舉產生，各自對人民負責，其政治格局為總統係國家元首，法律地位具有憲制意義⁵³；立法權集於議會(《韓國憲法》第 40 條)，總統為政府之首(第 66 條第 1 項)，

執掌強大的執行權。韓國憲法雖設總理職位，但與半總統制相絕⁵⁴。韓國總統制中“依法行政”的保障體現在直接選舉和權力受到制約等兩個方面。

一方面，經由直接選舉產生，總統直接代表人民行使治權，是促使總統依法行政的動因。國會 1951 年 11 月通過總統直選之修憲案，李承晚因此連任(1952 年)。之後由於戰爭和軍事政變等原因，民主化運動數經挫折，直至 1987 年 6 月盧泰愚任內修憲⁵⁵，恢復總統直選至今，金大中、盧武鉉、李明博、朴槿惠等皆通過直接選舉進行權力交替。正如熊彼德指出，“在民主政體裏，選民投票的首要作用是產生政府”⁵⁶，如果決定公共政治事務的權力被違法行使，選民對總統本人和所在政黨的政治支持將喪失殆盡，因為公民保留主權、選民讓渡治權，選票是對依法行政最直接的評判。

另一方面，有限權力下的“總統中心制”使總統裁量權難以逾越依法行政的底綫。“鑒於總統權限過大，容易走上專制、獨裁之道”⁵⁷，經過 1987 年“修憲”，一者，為糾正以往不重視和尊重國會的錯誤觀念，憲法文本將國會提升到政府之前，表示國會的地位優先於政府；二者，總統的緊急措置權“限於因內患、外患、天災、地變或重大的財政、經濟危機，為國家的安全保障或維持平安的秩序而有必要採取緊急措施並且沒有多餘的時間可等待國會召開時，總統可做出最低所需的財政、經濟處分或就此發佈具有法律效力的命令。”(第 76 條)；三者，取消總統的國會解散權。

因此，韓國的總統直接選舉的目的並非使總統擺脫議會的控制。由於國會擁有對覆議的抵制權、質詢權和彈劾權，制衡中總統仍需向議會承擔一定的政治責任，恰恰增加總統依法行政的內在動力。相比之下，2017 年香港行政長官普選後可謂議會(無內閣)制中加入總統制的元素。鑒於“如果將政治視為權力及其鬥爭，那麼建立拘束性憲法的目的就在於設計遊戲的基本規則。”⁵⁸ 解決香港社會對於政治平等原則的追求和對政治領導權的需要之間的潛在衝突的同時，作為“特首”的行政長官的權力也應該得到相應的調整，以避免民選政府脫離憲政之拘束力，更法治之弦，蛻變為“民選皇帝”的政府。

(三) 半總統制中“依法行政”的制度體現

半總統制亦稱“內閣與總統混合制”(mixed parliamentary-presidential system)⁵⁹，是以經由直接選舉產生的總統為國家元首，並與其任命的總理共為政

府首腦的政權組織形式，其中總統任命總理無須國會同意，但總理須向國會負責，一旦遭遇不信任案或是否決施政綱領，總理須向總統提出政府辭職，其政治格局顯著者為“國家最高行政權分別由共和國總統和總理兩人分掌，決定了行政職權要在這兩個機關之間分配。”⁶⁰ 根據台灣“憲法”第 35 條，“總統”係該組織體的象徵(元首)，法律地位具有憲制意義。經過 1997 年“修憲”，以“憲法增修條文”形式(第 3 條)規定“總統”的一系列權力，包括單獨擁有行政院院長的任免權，被勸解散立法院權(立法院發動倒閣權時)，以及憲法本文及先前憲法增修條文賦予總統的實際權力⁶¹，“‘總統’的憲法定位已擺脫虛位元首的陰影，完全成為實質上的行政首長……亦與行政院長‘並列’為行政權的執掌機關”⁶²；“行政院”院長則為向“立法院”負責的台灣(地區)最高行政機關(第 53 條)，院長為政府首長，“相當於內閣制國家之內閣總理或首相，掌理行政部門之政務”⁶³。半總統制中“依法行政”的保障體現在直接選舉、具有議會(內閣)制因素和權力受到制約等三個方面。

首先，經由憲法增修條文改革後，“總統”直接選舉體制是促使“雙重行政首長制”貫徹依法行政的動因。由國民大會選舉或罷免“總統”(1946 年“中華民國憲法”第 27 條)的體制自國民政府遷台就飽受指責，蔣經國主政後，社會和經濟變遷以及民主化需求迫使威權政治⁶⁴出現鬆動。1994 年“修憲”確立“總統”直選，1996 年 3 月首次直接選舉中李登輝、連戰當選“總統”和“副總統”。自此“台灣走入由人民直接選舉決定執政者的新時代，民主的成就受到國際重視。”⁶⁵ 其所表現的“掌權人不應擁有對他人的、過於絕對的權力”⁶⁶的民主內核是依法行政的直接保障。

其次，“總統”、“立法院”、“行政院”的三角結構為“雙重行政首長制”創造依法行政的穩定外部環境。第一，由於“總統”係直選產生，政務方面無須對議會負責；第二，經 1997 年“修憲”後“立法院”與“行政院”開始以不信任投票(倒閣)權與解散權相對抗(增修條文第 3 條第 1 項)，微觀方面體現權力分立之精神；第三，“總統”宣告解散“立法院”係以其通過對“行政院”不信任案為實質要件(經諮詢“立法院”院長後為之)；使“總統”與“立法院”得有正面互動(溝通機制)。這一政權組織結構既能明確“總統”與“立法院”的權責分際，也使得“總統”失政之際，“行政院”院長的請辭有利於迅速恢復政局的穩定，如 2014 年 11 月台灣九合一選舉

後江宜樺的辭職⁶⁷，更可避免“總統”為不“失權”而“裁量怠惰”。

再次，“總統”與“行政院”院長之間的行政體制內的制衡機制有利於依法行政的實施，使“總統”裁量權難以逾越法律的底綫。“總統”的行政權力龐大，與“立法院”之間缺乏相應的制約機制，故常被指過大。其一，“總統”公佈法律令的權力受到“行政院”院長的副署限制；其二，實施戒嚴或緊急命令生效期間，“總統”不得解散“立法院”；其三，“立法院”的彈劾權的存在，三者並存，故而“行政院”院長雖可扮演“總統”的擋箭牌，但“總統”仍然不免“立法院”的監督，故不違反法治國家避免權力集中的基本理念。

因此，台灣的“總統”直接選舉的目的並非使“總統”擺脫議會的控制，恰恰是增加“總統”依法行政的內在動力，加諸質詢和彈劾權，“總統”仍需向議會承擔政治責任；之所以賦予“總統”強大的權限⁶⁸的同時又混合議會(內閣)制的特點，在於不打破權力平衡的前提下使“總統”受到必要的“法治”約束，避免其擅權、專權或濫權的衝動，使之審慎與理性地作出能夠促進公共利益的行為。相比之下，2017年香港行政長官普選後可謂議會(無內閣)制中加入總統制的元素。鑒於立法會是“能夠滿足的那個比較非正式的功能：它是一個各種意見得以交換、形成，並且展示在媒體與大眾目光之前的論壇；也是壓力團體、運動推手、以各行各業的其他種人士，將自己的訴求投入其中，或是博取更高關注的場域”⁶⁹，應該重新認識“行政主導”，至少承認“香港特別行政區的政制體制是一個由政府(行政機關)和立法會分享和共同行使政治權力的相當民主(雖然並非完全民主)的政體。”⁷⁰

綜上，日本的傳統議會(內閣)制在政權穩定和分權制衡方面，無疑較為成熟；對於深受東方專制主義歷史傳統影響的韓國和台灣，不同程度地樹立總統優越的權威固然可以提升施政效能，但是通過不同程度地引入內閣政制的部分因素，在其憲制體系內對總統權力作出相應的限制性和制約性規定，才能夠避免上個世紀肆虐東亞的獨裁總統制及其專制主義的復辟。

對於深受普通法傳統影響、較少受中國傳統中以國家權力為中心的公法體系桎梏的香港，行政長官的普選意味着總統制因素的融入，使之成為民主政制的“雙核心”之一。但是，即使政府首長因普選而直接向人民負責，加之《香港基本法》對行政長官的權力頗具主動性規定，但是香港政制仍非“行政主導”⁷¹

的特點。第一，未來(2020年)可能進行的立法會普選因素，將使立法會的代議制核心地位不斷加強，近年來立法會議員也借助《香港基本法》在試圖不斷擴大立法權的權限和影響，如“拉布”⁷²和不信任動議；第二，根據《立法會議事規則》第51條第(3)、(4)項，立法會主席有全權決定有關法案是否與公共開支、政治體制、政府運作或政府政策有關，政府的財政預算案和其他法律提案仍受制於立法會，事實上政府預算案和其他法案也經常被立法會抵制，如2011年1月，立法會否決申辦亞運會撥款申請⁷³；第三，《立法會(權力與特權)條例》的被引用次數較回歸前《立法局(權力與特權)條例》的被引用次數明顯增加，如1999年居屋短樁事件、2003年“非典”應對事件等，立法會都在運用質詢(聆訊)權，2008年梁展文事件中對律政司司長提出不信任動議(事實性而非法律性的行為)。以上情況不但體現立法會監督政府的意識和力度顯著提高，而且印證只要立法會的權力核心——對政府提出的任何立法建議或者財政撥款建議的否決權存在，政府就必然向議會負責，從而形成議會主權的政治格局；當然，“由於政黨發展的結果，政府實際上控制議會；這種情況並不影響法律上的議會主權，而且在組織聯合政府時，政府不一定能有效地控制議會”⁷⁴，故而行政主導的局面更會顯得一廂情願，隨着“雙普選”的來臨，議會制的民主性得以充實，則承繼普通法傳統並業已形成的行政長官與立法會的互動模式只能沿着“建立立法制約行政的機制，逐漸形成以立法為中心的政制體制”⁷⁵的趨勢走向成熟，則《香港基本法》的憲制性地位將反而得以加強，畢竟“為建立和實現憲政國家而進行的偉大鬥爭，首要目標就是建立人民代表機構並發揮它的力量。”⁷⁶

四、以踐行實質法治為己任的司法權結構 (法官制度)

司法權固為法院行使的權力。一方面，相應的法院組織體制是法律起到防止不法行為的發生和傷害、促進人類文明的互動行為等社會控制作用的物質載體，日韓台港均已建立大同小異的完備的能夠進行普遍性裁判的法院體系⁷⁷；另一方面，“只有存在權力分立的地方法治才有可能”⁷⁸，法院因“與政治部門並列為支撐‘公共性的空間’的頂樑柱”⁷⁹而成為自由的守護者。當司法獨立在日韓台港已具有憲制性意義⁸⁰時，由於“法官是法律秩序的一部分，法律

秩序是社會的一部分，在此，人類的行為由規則統治。理想而言，規則使得社會運轉順利而有效。然而，衝突不斷。法官遂成為制度性渠道之一，社會借此解決這些衝突”⁸¹，司法權力處理廣泛利益衝突的機制是法官解釋、適用法律、審判訴訟和裁判案件的作用過程，所以在訴訟過程中法官追求實質法治——追問法律背後的道義對“正確適用法律”顯得更加重要。由於三權之間存在着關聯性，法院和法官以及訴訟程序等均在立法過程中由組織法和程序法創制，法官通常也是由行政權和立法權共同安排，但“法官不是政治家”⁸²，司法制度應該能夠抵禦來自於它的母體的潛在的組織型關係——議會政治和行政政策的侵蝕。由於“制度性的獨立(Institutional Independence)，即需要靠一系列制度予以保障和落實。包括法官的終身制和退休者、固定和充足的收入、任職資格的要求，有限的司法豁免。缺乏任何一制度，司法的獨立都是難以實現的”⁸³，日韓台港通過對法官的身份保障和對法院的經濟保障實現司法獨立。

(一) 對法官的身份保障

身份保障，即“專任的法官以及按常規得以終身任職的法官，在其任期結束前，只能經由法律的判決，並且只能由於特定的法律原因，而且也只能以法律的形式，受到違背其自身一直地解職、持續性地或在一定時期內被停職、被調任他處或者被勒令退休。”⁸⁴

第一，法官不因選舉產生，其任命過程包含了提名權、同意(批准)權和宣告權，以最高法院(司法院、大法院)院長和法官為例，分四種模式。①日本模式。擔任院長的法官由內閣提名並由天皇任命(《日本憲法》第79條)，內閣擁有提名權和同意權，國家元首(虛位)的任命僅為形式意義的宣告，即雖可拒絕，但憲法慣例仍使其簽署；其餘法官由內閣任命(第79條)，此時為制衡內閣擁有的完整的任命權，雖其具有民主性(總理和一半以上閣員為議員)，憲法仍為其制定定期的國民審查制度(第79條)。②韓國模式。總統(實位之國家元首)擁有大法院院長的提名權和宣告權，國會擁有同意(批准)權；為尊重司法自治，大法官由大法院院長提名，總統同意(批准)和宣告(《韓國憲法》第104條)。③台灣模式。司法院的院長、副院長及大法官均由“總統”提名，“立法院”同意(批准)，“總統”宣告之(2001年增修條文第5條)；根據台灣1988年“修憲”第5條前二項規定，司法

院大法官任期8年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，不受任期的保障(限制)。由於“總統”擁有提名權和宣告權，則“立法院”都需要更多地考慮元首的態度，盡量避免否決提名造成政治或者權力衝突，使院長履任具有政治任命的一定屬性，然可連任在於“惟院長身兼大法官會議主席，負解釋憲法之重責，應超出黨派之外，獨立行使職權，確保司法中性地位。”⁸⁵④香港模式。對於終審法院法官和高等法院首席法官，由當地法官和法律界及其他方面知名人士組成專門委員會推薦(提名權，《香港基本法》第88條)，立法會擁有同意(批准)權(第73條)，行政長官擁有的任命權實際只是宣告權(形式意義的任命權)，此種制度設計融合法律職業的自治性、專業性和一定的民主性，具有制衡行政的意味。因此，法官的任命過程充分體現權力分立的作用，從而避免法官判斷受到立法、行政和專業階層等其他利益的糾纏。

第二，法官只因法律規定的事由而免職。日本最高法院院長由內閣罷免、天皇宣告(《日本憲法》第79條)，但作為法官，他與其他法官一樣，“除因身心故障經法院決定為不適於執行職務者外，非經正式彈劾不得罷免。法官的懲戒處分不得由行政機關行使之。”(第78條)。對於其他法官，未通過定期的國民審查⁸⁶也是罷免的要件之一。在韓國，法官在履行職務中違反憲法或法律時，國會可對彈劾的追訴進行議決(《韓國憲法》第65條第1款)；其憲法第106條規定“除被宣告為彈劾或禁錮以上的刑之外，法官不得被罷免；除被處於懲戒處分外，不得被處以停職、減薪及其他不利的處分。法官因重大的身心上的障礙，無法履行職務時，可按法律規定使其退休。”台灣“憲法”第81條規定，法官為終身制，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。香港各級法官只有在無力履行職責或行為不檢的情況下，經由司法自治和法定程序(《香港基本法》第89條)，才能由行政長官免職，但終審法院法官和高等法院首席法官的免職須得到立法會的同意(第73條)。對於去職條件的苛刻規定，在於使法官能夠妥善充分地適用裁量權，即使作出充滿爭議的判決，也不違背公平正義和訴訟本身的正當。

因此，日韓台港的法官之所以根植於民主卻與民主相隔並受到免職限制的保護，在於為法官獨立判斷創造內心的安全感。一方面，法官任命是專業性評價、民主性認可以及榮典性宣告的作用組合，任何一個機關或社會力量都無法與法官形成恩從關係；另一

方面，法官非經法定事由不受不利之待遇，也體現了對前述履任程序的尊重以及法官職位的尊崇，嚴格的程序更體現法官任免的謹慎性，奠定法官身份保障的倫理和法律基礎。相較於日本、韓國和台灣，香港終審法院的法官和高等法院首席法官的任免還須在全國人大常委會備案。⁸⁷ 雖然該備案具有法律性質，但是一方面根據《香港基本法》第 17 條第 3 款全國人大常委會可能作出的發回並不影響行政長官已發出的任命的法律效力(無溯及力)⁸⁸，另一方面法官任命亦不屬於上述條款之“中央管理的事務及中央與香港特別行政區關係”，因此，高度自治使得上述法官一經任命即可直至退休年齡(65 歲)方可離任(法定事由除外)。⁸⁹ 分析 2001 年“莊豐源案”(Chong Fung-Yuen v. The Director of Immigration)中終審法院作出的置《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〉第二十二條第四款和第二十四條第二款第(三)項的解釋》於不顧的判決，雖其觀點不能苟同於實質法治精神，但可見香港法官處理法律業務時不會被某種意思所干擾，即使中央之表達亦然，而且這種意思的違背不會使法官處於政治上或法律上的不利地位。因為即使法官服從立法權或行政權的操縱而作出合乎法律和情理的判決結果，但當司法不能保證再按照內心確認的意思理解法律並作出判決時，其自身的獨立性也處於其他權力和公眾信任的雙重威脅之中。

(二) 對法院的經濟保障

司法權恆定需要獨立和中立的法官，但立法機關和行政機關都有控制司法判斷、干擾司法公正的欲望和能力，資源掌握影響政治主導，權力的侵蝕相伴利益收買。由於“賄賂可以被視為破壞政制均衡的一種手段，一種將本應分割的權力統一起來並將政府的在理論上的同等權力部門削減為實踐上的從屬權力部門的手段”⁹⁰，必須通過對法官薪俸和法院經費的立法保障使法院預算中立和國家財政政治得以兼顧。《日本憲法》在第 79、80 條中規定最高法院和下級法院的法官定期接受相當數額之報酬。此報酬在任期中不得減額。《韓國憲法》第 106 條第 1 款規定法官“非依懲戒處分不受停職、減薪或不利之處分”；台灣“憲法”第 81 條規定“法官非依法律，不得停職、轉任或減俸。”且根據憲法增修條文第 5 條規定“行政院”不得刪減“司法院”所提出的年度司法概算，但得加注意見，編入中央政府總預算案，送立法會審議。《香港基本法》第 93 條對法官的退休金、

酬金、津貼和福利費的保障加以規定。因此，四地均已建立本組織體(國家或地區)的統一基金，用於支付法院經費和法官薪酬，一方面旨在使法院能夠不在進行司法審查時充當“立法機關的代理人”角色，即超越法律條文意思(意圖或目的)，以自身理解的法律原則去審視行政機關行為的合法性；另一方面，“去行政化”下法院作出的判斷才能防止行政機關濫用權力並對其提出公平行使權力、達致良好管治的要求。

綜上，日韓台港對法官任免權的不同配置模式體現立憲主義中權力之間的平衡和制約以及對司法權自治的尊重，相應的明確和嚴格的條件和程序以及資源保障，不但為法官提供確保公正、獨立評價的外部條件，強化法官的身份保障，而且使司法權能夠在缺乏法治傳統的東亞地區起到防範威權主義復辟和促進民主發展的作用，至少保證“沒有人能夠授權自己宣佈法律，但是他將會因為違反自己宣佈的法律而處於不利。”⁹¹

對於香港，法官在公務人員背後審視並基於合法、合理及正當程序的司法覆核是普通法傳統中行政法的主要內容和原則，篤信司法獨立的港人也已經習慣於透過司法覆核去挑戰政府決定。尤以進入 21 世紀後，隨着公民社會的成熟，由社會運動引起的司法覆核在造就法院的政治和策略性功能的同時，也在不斷地考驗它的獨立性，如在港珠澳大橋案(Chu Yee Wah v. Director of Environmental Protection)中原訟法庭沒有受困於港珠澳大橋的進度、粵港融合以及香港整體利益等因素，而是對“批准環評報告時環保署長的考慮是否達到《環境影響評估條例》中‘保護環境’的標準”進行審查。正當全國人大常委會作出《全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區行政長官普選問題和 2016 年立法會產生辦法的決定》(以下簡稱“8·31 決定”)之際，如若該決定的精神和規定落實於立法會的選舉法例中，極有可能引起對提名委員會作出的行政長官候選人的行政決定⁹²提出的選舉(候選人)爭訟。由於“特區法院是沒有辦法阻止人們把一些複雜的政治、社會或經濟爭議帶到特區法院的”⁹³，而且只要司法覆核申請達到“合理爭論的論點”⁹⁴的標準，法院就必會依據《香港基本法》並結合《香港人權法》以及法理作出解釋。其一，依據“香港特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權”(《香港基本法》第 26 條)和“選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現”(《香港人權法》第 21 條乙款)

對提名作出實質合法性判斷，畢竟法律——立法會制定的選舉辦法不能授權一些人預先對提名申請人的內心作出判斷並以之作為決定標準，因為法律規制的對象僅為人的行為及其涉及的利益；其二，提名委員會對作出的不獲提名的決定是否進行了精確的分析，以使提名申請人充分明晰該決定的理由和依據。如果提名委員會沒有給予充分的理由說明，則該行政決定具有重大的程序性瑕疵；如果理由說明中包含對“個人自由範圍的思想”⁹⁵進行鉗制的政治標準因素，那麼該決定可能對提名申請人的“意見和發表自由”（《香港人權法》第16條）構成限制，進而影響提名申請人“直接或經由自由選擇之代表參與政事”（《香港人權法》第21條甲款）的權利。因此，一方面，法院的獨立地位是其擴大司法覆核程度的基礎，也是追求實質法治所必需；另一方面，法院始終扮演着平衡者的角色，即在維護公民在選舉中“個體自主的重要性”——選舉權與被選舉權的保障、防止提名委員會濫用權力與促成提名委員會發揮良好管治作用、有效行使行政權之間的達致平衡，如此立法機關應使選舉法律本身具有民主的品格，否則法院為免作出不合法(illegality)、不合理(irrationality)和不合程序(procedural impropriety)的判斷，將以合法律性(legality)與合法性(legitimacy)的不同涵義考驗規範，當司法權落實實質法治精神的精髓時，不但人大決定的受尊崇性將經受歷練，而且立法會也將被置於是否修法的兩難境地。

五、借鑒：推進雙普選、調整橫向結構

60年來日韓台港先後沿着多種途徑向着未來以經濟為關鍵的現代世界加速前進，不斷展示立憲主義較之威權主義對人類有着更好的期待。經過《明治憲法》改造的日本嫻熟地掌握着西方的憲政文明和先進技術，至今仍為亞洲相鄰扮演着發展楷模的角色；韓國、台灣的經濟崛起曾經被歸因為“東亞社會傾向於一黨統治，這也有助於提高他的穩定性”⁹⁶，但是它們先後在經濟騰飛後完成的內發性民主進程證明“威權如果不能有好的政績，將失去合法性，如果政績好了，也將失去合法性。”⁹⁷香港正以“雙普選”從商界和專業界聯合管治模式朝着成熟的民主制度前行。因此，三權分立原則作為憲政主義理論的拱頂石已經被牢牢架構在日韓台港的民主大廈的頂層。

議會制度方面，日韓台港均置立法機關為“行憲”的核心，院際的設置在於結合人口、地域和多元利益等因素判斷能否兼容和平衡民主和高效的需求，且出於憲制的穩定性和有效性，香港立法會雖無須作兩院制改革，但在最為關鍵的議會代表性基礎方面，顯然香港立法會的認受性較為缺乏，有待於“雙普選”後的彌補。政體制度方面，日韓台港的分佈情況較為複雜，但都深受議會至上的影響。日本，一方面，立憲主義對於“天皇主權”（見《明治憲法》第4條）的改造重在法治與民主的依存關係和照顧日本社會對天皇制度的最基本認同。《昭和憲法》既改變“議會之助力”⁹⁸地位，也使君主的世襲制⁹⁹和權力受到憲法和法律規制，即君主“臨朝不理政”或“統而不治”，作為國家元首僅具有法律地位的象徵性¹⁰⁰和頒佈法律的形式性¹⁰¹，幾乎不存在對“三權”的干擾作用；另一方面，議會(內閣)制固然在行政與立法之間製造相互約束，但其核心在於“民主主義的順位優先於其他的政治目標”¹⁰²，使議會成為主張政治的主要場所，透過國家政策制定使各種集團的利益得到妥協；韓國的總統制中的種種限權措施在於反思歷史慘痛教訓並保障國會的控制地位；台灣的半總統制之所以吸納議會制中總理(行政院長)架構，在於通過總統—總理(“行政院”院長)之間的分權制衡關係防範“總統”擁權自大並走向民主下的獨裁，也避免議會制中常見的因多黨制而引起的政府危機；香港可謂議會制中加入總統制的特點。雖然《香港基本法》力圖作“行政主導”設計，但立法會的優越地位在“雙普選”前後都實際存在並加強¹⁰³；司法制度方面，法官任命權中的平衡和制約以及司法自治因素，法律為法院提供的資源保障和為法官提供的身份保障，均在於以獨立司法確保法治精神之昭昭；即使存在中央備案因素，香港法院亦是如此。香港法院可能會在行政長官選舉爭訟中依據自身對《香港基本法》和《香港人權法》的理解對提名制和政治標準進行合法性審查。綜上，日本、韓國和台灣以立憲主義為主綫所做的權力分立和制約式的制度設計是防止東條英機、朴正熙等政治強人的再度出現和防範威權主義的復辟，鞏固“現行政府是從威權主義體制脫離出來的，是民主化的政治事實。”¹⁰⁴香港雖然承繼普通法傳統，一直堅持着“維護法治、廉潔、自由、民主等香港核心價值”¹⁰⁵的信念，但是由《香港基本法》本意而“提供一個弱勢的立法機關去配合‘行政主導’政府，甚至由官僚部門管制”¹⁰⁶並不符合東亞目前的民主動向，亦未曾實現並已屢受挑戰，“雙普選”則為其提

供完成民主轉型和發展憲政的契機。相比之下，已經實現民主化的日本、韓國和台灣可以為其提供借鑒。

首先，政黨活動是民主進程的媒介和動力。“雙普選”將締造具有現代性的民主政府——“一種統治體系，這種政府體制能夠將政府權力對國民個人和群體的自然安全所造成的直接風險減到最小。”¹⁰⁷一方面，《香港基本法》雖然保障人民結社、表達意見和取得充分資訊的自由(第 27 條)，但是民主制度的建立需要進行社會(群眾)動員，如果沒有“雙普選”，就無法做到政治參與和競爭的擴大與開放，人民的選舉與被選舉權利以及公平公正且自由的選舉就無法落實，民主秩序所依賴的容納多樣性和批評意見的社會環境就無法真實地構建，而人際和階層差別的存在和無法消除是民主制度存在的重要理由；另一方面，政黨的發展是民主政治的前提，它調和了部分與政體的關係，使政治成為可預測的事業與統治工具。“雙普選”將催生經過社團法人登記並專注於理論規劃、競選策略、人才儲備、組織聯繫、政黨整合和文宣造勢的政黨，是懂得掌握政治生命、調整自我以適應政治環境並從制度中取得利益的政黨。日本、韓國和台灣的民主轉型過程中公眾參與和政黨發展相輔相成、彼此促進，共同成為真實和徹底的民主轉型的載體，故而“雙普選”的確定昭示香港民主化進程和時間表，將在香港和中國內地的政制發展史上具有里程碑的意義。為此，香港政黨應盡快進行社團法人登記，因為企業法人登記的社團無法得到基本權利的保護，如言論自由和結社權等。

其次，提名—確認制符合民主精神和實踐。“雙普選”將推動設計和建立符合法治要求、符合民主化標準的代議制度。第一，法治精神使得“提名機制要在基本法範圍內討論”¹⁰⁸，所謂“公民提名”和“政黨提名”顯然不符合《香港基本法》第 45 條第 2 款的規定，即候選人必須經由提名委員會產生；第二，即使提名委員會在四大界別之外能夠更多容納建制派和泛民主派等不同政治黨派人士，人為劃定的界別仍有可能使個別群體被排斥在外，達不到足以與自由公平選舉相匹配的廣泛代表性¹⁰⁹，候選人仍然是少數有着各自利益傾向的人的“討論和協商”的結果。現代社會人的價值日趨多元化，小範圍內的醞釀和協商所形成的較為一致的意見和判斷標準無法確定是否與公共利益相一致。對選民而言，最重要的是一種“不需要為其社會成員指明幸福的方向，不誘使、更不強制他們偏離其所熱衷的活動或事業，不把掌權者的信念強加給他們”¹¹⁰的機制；第三，公民提名或者

政黨提名無非體現“社會的集體活動不一定要靠強制或限制來進行。社會越是牢固地建立在自由和自願同意的基礎上，就越是能自由地取得一切成就，在這些成就中，個人是軟弱或無能為力的，聯合行動則是強有力的。”¹¹¹提名委員會應該有着可行的辦法去尊重和容納多樣性的民主需求。即使由提名委員會預先確定行政長官的候選人，它也應該採取某種技術性規定盡可能地將選擇權交回選民，保障《香港基本法》第 26 條規定的選舉權與被選舉權的完整性。可採韓國之例，《總統選舉法》第 26 條規定總統候選人由政黨推薦者應檢附政黨推薦書，非政黨推薦者應檢附五千人以上七千人以下之推薦書。一方面，應被定性為採取委員會制(有限民主產生)的行政機關的提名委員會，如只需對達到法定(合理)提名人數的人確認正式候選資格，則由行政決定(候選人)演變為行政確認(候選人的權能)，至於由政黨、選舉聯盟或個人發起或支持的提名活動則在所不問，則可做到依法行政、民主行政並維護競爭性選舉的平等性和真實性；另一方面，“‘合議制機關’之決策(決議)方式”¹¹²對候選人資格加以確認——對選民原初意志的尊重，則不違反《香港基本法》第 45 條第 2 款規定之“提名委員會按民主程序提名”，因為即使提名委員會委員仍進行投票，此時委員的合議將充分參考提名申請人的民意基礎及其勝選可能性，選舉程序也隨之盡可能達致公平。以權能確認替代提名委員會(特定範圍內)的舉薦，可使對提名委員會條款的解釋不與條款本身的涵義相違背，使“基本法清楚表明它不會對那些權利受到保護的人不利”¹¹³，技術上也只需立法會修改有關選舉法例即可。

再次，特別行政區首長與行政長官應作二元化設計以充分體現民主。行政長官的普選機制無疑將吸收一定的美國總統制的因素和影響，必將引起現行橫向權力結構的失衡。較之於功能組別下的行政長官選舉，普選後行政長官必然借助其直接民主性試圖建立主導地位，加之《香港基本法》中行政長官的非均衡性規定¹¹⁴，必定會加劇政府與立法會之間¹¹⁵的衝突，而且由民主產生的行政長官擁有解散立法會的權力有違程序正義原則——執行法律並同時擁有評判法律的權力。為了恢復立法與行政之間具有彈性和張力的制衡關係，如果政制向總統制轉型，借鑒《韓國憲法》第 53 條，行政長官既不能解散立法會(《香港基本法》第 50 條)，也不因《香港基本法》第 52 條第 2、3 款原因辭職；即使行政長官不加簽署，立法會再次通過的法案具有法律效力，則嚴重削弱《香港基本法》

的穩定性和存在性；如果實現特別行政區首長與行政長官二元化設置，則可在《香港基本法》所建立的議會制框架下通過權力架構的微調即可維持立法與行政之間的制衡關係。一元者為特別行政區首長，“特首”代表特區，超越政府並對行政權有實際控制力；另一元者為由特首提名和任命、立法會同意的行政長官，專設行政長官以專司行政。一方面，“特首”只因“嚴重疾病或其他原因無力履行職務”（《香港基本法》第52條第1項）而辭職，只在“嚴重違法或瀆職”而辭職或被彈劾（第73條第9項）；另一方面，行政長官與立法會之間發生立法爭端（如第53第項和第3項）或者立法會對通過對行政長官的不信任案時，“特首”可要求行政長官辭職或者應行政長官的建議而解散立法會。因此，行政權的二元化設計吸取台灣憲制中“立法院”與“行政院”的制約關係，其意在於以不過分修改《香港基本法》的情況下，充分利用現有法制資源保障依法行政，服務社會公共福祉，使普選不成為行政長官進一步擴張權力的契機，因為如果議會地位劣於政府首腦，平衡就會被打破，議會制馬上就變成個人專制。

綜上，“雙普選”將是日韓台港完成民主轉型和確立立憲主義的最後一個環節。借鑒日本、韓國和台灣的立法實踐，在司法獨立體制已被確立的情況下，尤其在2017年行政長官直選之際，只要在《香港基本法》範圍內對現行政制稍作修改即可使之發揮鞏固權力分立制度的基礎性和關鍵性作用。一者，“推薦”式的提名程序是不能達成“共識”的制度設計，不能擺脫功能組別式的“小圈政治”的詬病，而“確認”的提名程序是對《香港基本法》第26條規定的選舉權與被選舉權以“在對這些權利逐一進行闡釋中，……實質就比那種穩定性更重要，在任何案件中，最重要的穩定性是整體性的穩定性：要盡可能把權利體系解釋為表達了一種對正義前後一致的見解”¹¹⁶的態度進行的適用，並能夠兼容以競爭為基礎的自由選舉，使普通港人不僅能夠以投票者，還可以統治者的身份參與政府，使那些被港人最瞭解、信任和合格的人成為治理香港的決策者。如果立法會以此立法並不違反全國人大常委會“8·31決定”中“民

主程序”的要求；二者，必須未雨綢繆認識到普選產生行政長官後，現行的權力體系必須做相應的調整以維持制衡關係，由民選產生的行政長官所引領的特區政府不能動搖《香港基本法》所確立的議會制以及立法會“更具政治代表性和‘認受性’”¹¹⁷的地位，故仍然必須無時無刻地服膺於立法會；三者，秉持法治精神的香港法院認同“不能簡單地認為，法律僅僅只是政府下達或者國家發佈的命令”¹¹⁸，即法律不會等同於制定法，國家以制定法形式確定的法律就一定是合法的。追求實質法治的香港法院必然會在選舉爭訟中對提名委員會的決定依據選舉原理和《香港基本法》、《香港人權法》對立法會的選舉辦法作出解釋，與其冒着被香港法院對提名制和政治標準作出否定評價的危險，不如以“確認制”制定選舉辦法，使法院對於候選人訴訟的司法覆核更具理據，避免由法院為政治和社會問題的解決提供辦法。但這一切實可行的方案需要執政黨和立法者以“維新以來，悉從新法”¹¹⁹的決心實施方可。

總之，立憲主義下，作為業已形成公法秩序的組織體的日韓台港橫向權力結構已呈現法治化的景致，即以結合民主與理性的立法機關為核心，相應建立依法和高效施政的行政權力結構和獨立評判、維護社會公義的司法體制。對比並借鑒於香港，以提名—確認制產生2017年行政長官候選人，不但不違反“8·31決定”，而且有利於取得反對派的支持並通過相應的選舉辦法，也不致因正當程序或政治標準引起選舉爭訟，更有利於鋪墊2020年的立法會普選。隨着“雙普選”在香港的實施，立法程序以及行政機關與立法機關的互動將是協調各方利益和不同考慮因素的政治過程，它將產生合適和折中的規範性的衝突解決方案，司法的獨立地位及其審查（覆核）機能雖不使其扮演決策者，但使其具有憲政功能，能夠為香港的法治社會及其良好管治提供重要的基礎，從而成為法律體制中已經確立和不可或缺的一部分。不斷改造的立憲主義橫向權力結構將確保香港的持續性平穩過渡、維持香港良好的社會秩序、推動香港的經濟繁榮、保障基本權利，實現社會公義，鞏固《香港基本法》的憲制性地位。

註釋：

- ¹ [英]伯特蘭·羅素：《權威與個人》，儲智勇譯，北京：商務印書館，2012年，第14頁。
- ² 見優士丁尼：《法學階梯》1.1.14。
- ³ 見台灣學者張亞中主編的《兩岸政治定位探索》，清華大學法學院院長王振民教授認為，為有利於兩岸互信、談判和統一，應該“接受台灣的‘憲政秩序’或視台灣為一個‘憲政實體’”，至少此觀點是可以被探討的命題，內地學者聶學林也提出“將台灣地區以中國境內一個‘獨立政治實體’”的觀點，本文不採用。
- ⁴ [英]詹寧斯·瓦茨：《奧本海國際法》(第1卷第1分冊)，王鐵崖等譯，北京：中國大百科全書出版社，1995，第91頁。
- ⁵ 《中國全年GDP首次超越日本，成為世界第二大經濟體》(2011年2月15日)，載於人民網：<http://www.022net.com/2011/2-15/445425252311865-2.html>。
- ⁶ 馬嶽：《港式法團主義功能界別25年》，香港：香港城市大學出版社，2013年，第7-9頁。
- ⁷ 陳弘毅：《法治、人權與民主憲政的理想》，香港：商務印書館，2012年，第79頁。
- ⁸ “中國從前的考試和彈劾權，都是很好的制度，憲法裏頭是決不可少的。”見孫中山：《五權憲法講詞》。
- ⁹ 周世輔、周陽山：《中山思想新詮——民權主義與中華民國憲法》，台北：三民書局，1992年，第43頁。
- ¹⁰ [法]萊昂·狄驥：《憲法學教程》，王文利等譯，瀋陽：遼海出版社，1999年，第130頁。
- ¹¹ 日本的參眾兩院設置由《日本憲法》第42條自1947年開始確立。
- ¹² [日]蘆部信喜：《憲法》，林來梵等譯，北京：北京大學出版社，2006年，第262頁。
- ¹³ 韓國的議會設置曾經兩院制和多院制階段。1980年“修憲”取消“國家再建最高會議”後確立一院制，至今未作改變。
- ¹⁴ 台灣的一院制立法院具有特殊性。一者，“立法院”之上雖有國民大會，但是國民大會的憲法意義是主權在民，即國民代表大會代表全國國民行使政權(第25條)；二者，國民大會權力有限，僅僅包括修改憲法、複決立法院所提之憲法修正案，關乎國家政治和社會生活的大量立法仍然由立法院進行；三者，國民大會常設不常開，除每屆“總統”任滿前90日由“總統”召集一次(第29條)外，只有在“立法院”之修憲、“監察院”之彈劾、2/5國大代表請求召集時(第30條)才召開會議，會期的非固定也使其無法承擔行使最高立法權的角色，故而“一院制”設計言之鑿鑿。
- ¹⁵ 立法會前身立法局(諮詢機構)亦為一院制。
- ¹⁶ 與日本不同的是，韓國、台灣和香港的憲法或基本法的文本中未以字面載明一院制，凡未載明國會或議會分兩會或兩院者，皆為一院制。
- ¹⁷ [法]盧梭：《社會契約論》，何兆武譯，北京：商務印書館，2003年，第45頁。
- ¹⁸ Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3rd Edition). Oxford: Oxford University Press. 43.
- ¹⁹ 陸恭惠、思滙政策研究所編：《功能界別：香港立法會的一個特性》，深圳：深圳大學當代中國政治研究所，2010年，第119頁。
- ²⁰ 《李剛晤談民主黨、破冰溝通港政改》，載於文匯報網站：<http://paper.wenweipo.com/2010/05/25/HK1005250001.htm>，2010年5月25日。
- ²¹ 《中國宣佈香港2017年可能實現直選特首》，載於路透社網站：<http://cn.reuters.com/article/wtNews/idCNChina-398520071229>，2007年12月29日。
- ²² 在不同的政治情境下，元首應作不同的理解，就日韓兩國而言，天皇和總統為國家象徵；對於台灣而言，其“總統”應作該地區領導人的理解；香港行政長官作為特首代表香港特別行政區(《香港基本法》第43條)。
- ²³ [日]小野梓：《國憲泛論》，陳鵬譯，北京：中國政法大學出版社，2009年，第115頁。
- ²⁴ [日]阿部照哉等：《憲法》(上冊)，周宗憲譯，北京：中國政法大學出版社，2006年，第226頁。
- ²⁵ [英]比幾斯渴脫：《英國憲政史譚》，[日]鎌田節堂譯，(清)翰墨林編譯印書局編譯，北京：中國政法大學出版社，2003年，第89頁。
- ²⁶ [日]美濃部達吉：《憲法學原理》，歐宗佑、何作霖譯，北京：中國政法大學出版社，2003年，第279頁。
- ²⁷ 2008年1月，香港城市大學鄭宇碩教授和香港大學盧兆興博士撰寫《綠皮書：香港特別行政區政制改革檢討》第四章中提出建立兩院制，即由功能組別、港區全國人大代表及港區全國政協委員組成上議院，以及由直選議員組成下議院。
- ²⁸ 尤樂、周震輝：《論普選後香港政黨發展趨勢與核心理念》，載於《中國人民大學複印報刊資料(台港澳研究)》，2012年

第4期，第54頁。

²⁹ [英]沃爾特·白哲特：《英國憲制》，李國慶譯，北京：北京大學出版社，2005年，第102頁。

³⁰ 雖然香港行政長官非由立法會產生，且立法會對行政長官的彈劾權又帶有總統制的特點，但是立法會仍有以立法異議迫使行政長官辭職的可能，而且行政長官有解散議會的權力，政制設計中英治時期的影響顯著，故而將香港的政制體制定性為議會制。

³¹ [英]埃德蒙·柏克：《自由與傳統——柏克政治論文選》，蔣慶、王瑞昌、王天成譯，台北：桂冠圖書出版有限公司，2004年，第188頁。

³² 根據《香港基本法》第45條，行政長官的產生模式為地方選舉加中央人民政府(國務院)任命，根據第48條第5項，主要官員的產生模式為行政長官提名並報請，由中央人民政府(國務院)任命。

³³ 根據《香港基本法》第50條和第52條，行政長官可以解散議會，也會因立法異議而辭職。

³⁴ [英]威廉·韋德：《行政法》，徐炳譯，北京：中國大百科全書出版社，1997年，第33頁。

³⁵ 見《日本憲法》第66條，“內閣按照法律規定由其首長內閣總理大臣及其分國務大臣組織之。”

³⁶ 見《日本憲法》第67條，“內閣總理大臣由國會議員中，經國會議決提名之。”

³⁷ 張虎：《港澳“基本法”釋論》，台北：桂冠圖書股份有限公司，1996年，第139頁。

³⁸ 政務司、財政司和律政司及以下局署長官等為《香港基本法》第48條第5項規定的政治委任官員。

³⁹ 《大學教授森本敏將出任日本防衛大臣》，載於中國日報網：http://www.chinadaily.com.cn/hqzx/2012-06/04/content_15468628.htm，2012年6月4日。

⁴⁰ 《香港特區第四屆政府行政會議成員名單公佈》，載於人民網：<http://hm.people.com.cn/n/2012/0630/c42272-18414848-2.html>，2012年6月30日。

⁴¹ 根據《日本憲法》第7條第3項，經由天皇的承認解散眾議院。

⁴² 《日本憲法》第69條規定“內閣在眾議院通過不信任決議案或者信任決議案遭到否決時，如10日內不解散眾議院，必須全體辭職。”

⁴³ 彈劾案即使通過，仍需報請中央政府決定。

⁴⁴ Glancey, R. E. Spain and R. Smith. (2014). *Nutshells: Constitutional and Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell. 56.

⁴⁵ 王世傑、錢端升：《比較憲法》，北京：商務印書館，2004年，第260頁。

⁴⁶ [日]美濃部達吉：《議會制度論》，鄒敬芳譯，北京：中國政法大學出版社，2005年，第334頁。

⁴⁷ 《顧敏康：不信任動議豈能習非成是》，載於大公網：<http://news.takungpao.com/opinion/column/2013-02/1427444.html>，2013年2月5日。

⁴⁸ 《崔寧：不信任動議無法律約束力》，載於大公網：<http://news.takungpao.com/opinion/highlights/2012-12/1300776.html>，2012年12月3日。

⁴⁹ 《香港基本法》並無內閣設置的明確規定，第54條設置的由部分主要行政官員參加行政會議為諮詢性機構，固香港政制中不存在內閣。

⁵⁰ “殖民地”時期的香港政治體制具有立法機關從屬於行政機關的重要特點，但是回歸前港英政府通過擺出事事向立法局通報和申請批准的表象營造政府向立法局負責的氣氛，希望藉此對1997年後的特區管治起到創制和典範的作用。

⁵¹ 卜約翰：《政府管治能力與香港公務員》(中文增訂本)，鄺錦鈞譯，倫敦：牛津大學出版社，2010年，第17頁。

⁵² 戴耀庭、羅敏威：《香港特區的法律制度》，香港：中華書局(香港)有限公司，2011年，第113頁。

⁵³ 見《韓國憲法》第35條。

⁵⁴ 第一，總理係經國會同意而由總統任命，輔助總統統理各部(第86條)，總統發佈命令無須總理副署，類似美國國務卿，不能形成半總統半議會制中總統與總理二元行政首腦的格局；第二，總統無解散國會的專屬性權力，但具有典型的總統制下的法律的覆議權(第53條)；第三，國會只能建議總統解除總理任命權，不能以議會制下以不信任案方式迫使總理辭職，行政官員可以出席國會，但雙方互不兼任。

⁵⁵ 《韓國憲法》第67條規定：“總統由國民依普通、平等、直接、秘密選舉選出之。”

⁵⁶ [美]約瑟夫·熊彼特：《資本主義、社會主義與民主》，吳良健譯，北京：商務印書館，1999年，第400頁。

⁵⁷ 林秋山：《韓國憲政與總統選舉》，台北：台灣商務印書館，2009年，第36頁。

- ⁵⁸ [英]馬丁·洛克林：《劍與天平——法律與政治關係省察》，高秦偉譯，北京：北京大學出版社，2011年，第211頁。
- ⁵⁹ 洪葦倉編著：《中華民國憲法》，台北：揚智文化事業股份有限公司，2001年，第168頁。
- ⁶⁰ [法]讓·里維羅、讓·瓦利納：《法國行政法》，魯仁譯，北京：商務印書館，2008年，第55頁。
- ⁶¹ 命令發佈權(第37條)、提名權(第55條)和會議召集權(第44條)。
- ⁶² 許育典：《憲法》，台北：元照出版公司，2006年，第339頁。
- ⁶³ 陳志華：《中華民國憲法》(修訂八版)，台北：三民書局，2006年，第172頁。
- ⁶⁴ 新權威主義與威權政治如影隨形，具有行政集權的特點，特定條件和時間下對於經濟發展和社會穩定具有一定的促進作用，作為亞洲四小龍的台灣和韓國，它們的經濟騰飛分別在蔣經國和朴正熙主政期間。但是新權威主義總統制較法治和民主缺乏社會結構的自我調適能力，由於缺乏民主性支持而喪失統治的有效性和公平性，易生的極權主義反而阻滯經濟和社會發展，並為經濟和發展產生的民主需求而排斥，因此，在20世紀末到21世紀初，第三世紀國家(地區)普遍經歷民主化浪潮，韓國以及中國台灣的總統制開始憲政主義的轉變。
- ⁶⁵ 薛元化編著：《自由化、民主化——台灣通往民主憲政的道路》，台北：日創社文化事業有限公司，2006年，第168頁。
- ⁶⁶ 同註2，第82頁。
- ⁶⁷ 《九合一選戰慘敗，馬英九道歉，江宜樞曾永權辭職》，載於大公網：<http://news.takungpao.com/taiwan/shizheng/2014-11/2843579.html>，2014年1月30日。
- ⁶⁸ 韓國總統擁有政府的最高領導權、任命憲法法院院長和法官、大法院院長和大法官之權、憲法修正案提案權、法律案否決權、緊急命令權、戒嚴宣佈權等；台灣(地區)總統權力包括任免文武官員權、公佈法律令、人事令、緊急命令權，其中無須立法院同意的任命一般事務官、政務職人員(行政院院長等)權，以及司法、考試、監察三院院長、司法院大法官、考試院考試委員、監察院監察委員的提名權(立法院同意後任命)等。
- ⁶⁹ [英]羅伯特·羅傑斯、羅德里·瓦特斯：《英國國會》，谷意譯，台北：五南圖書出版股份有限公司，2009年，第577頁。
- ⁷⁰ 陳弘毅：《一國兩制下香港的法治探索》(增訂版)，香港：中華書局(香港)有限公司，2014年，第105頁。
- ⁷¹ 王叔文主編：《香港特別行政區基本法導論》(第3版)，北京：中國民主法治出版社、中共中央黨校出版社，2006年，第210頁。
- ⁷² 《立法會擴權傷害行政主導》，載於大公網：<http://news.takungpao.com/opinion/q/2012/0612/444141.html>。2012-6-12/2014-9-11。
- ⁷³ 《香港立法會否決申辦亞運會撥款申請》，載於鳳凰網：http://news.ifeng.com/video/detail_2011_01/14/4287725_0.shtml，2011年1月14日。
- ⁷⁴ 王明揚：《英國行政法》，北京：北京大學出版社，2007年，第11頁。
- ⁷⁵ 冷夏、吳文濤：《論香港立法會議員專職化》，香港：三聯書店有限公司，2009年，第33頁。
- ⁷⁶ [德]格奧爾格·耶利內克：《憲法修改與憲法變遷論》，柳建龍譯，北京：法律出版社，2012年，第58頁。
- ⁷⁷ 日本法院組織體系包括最高法院(《日本憲法》第79條)和下級法院。下級法院包括高等法院、地方法院、家庭法院、簡易法院四種(第4條)。為防止軍法會議(“二戰”)再次出現，司法權全部交由普通法院行使，“特別法院不得被設置”(第76條第2款)。韓國法院組織體系包括作為最高法院的大法院和各級法院(《韓國憲法》第101條)。台灣法院體系包括司法院和各級法院(“中華民國憲法”第82條)。司法院下設各級法院包括普通法院和軍事法院。普通法院採三級三審制，由地方法院、高等法院和最高法院構成。香港回歸後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。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(《香港基本法》第81條)。高等法院設上訴法庭和原訟法庭。韓國另設有憲法裁判所，本文不做論述。
- ⁷⁸ Veitch, S. (2012). *Jurisprudence: Themes and Concepts* (2nd Edition). London: Routledge. 13.
- ⁷⁹ 季衛東：《憲政新論——全球化時代的法與社會變遷》，北京：北京大學出版社，2005年，第434頁。
- ⁸⁰ 日韓台港均在憲法或基本法中明文規定司法獨立，但表述形式不同。“法官獨立”者為日本、韓國和台灣。《日本憲法》第76條第3款規定“一切法官，依其良心獨立行使職權，僅受本憲法及法律的拘束。”《韓國憲法》第103條規定，法官依據憲法和法律及其良心，獨立作出審判。台灣“憲法”第80條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。“法院獨立”者為香港，香港特別行政區法院獨立進行審判，不受任何干涉，司法人員履行審判職責

的行為不受法律追究(《香港基本法》第85條)。

81 [英]丹尼斯·勞埃德：《法理學》，許章潤譯，北京：法律出版社，2007年，第503頁。

82 [美]傑弗里·圖賓：《九人——美國最高法院風雲》，何帆譯，上海：上海三聯書店，2010年，第299頁。

83 Plank, T. E. (1996). The Essential Elements of Judicial Independence and the Experience of Pre-Soviet Russia. *William Mary Bill of Rights Journal*. Vol. 5. 10.

84 [德]康拉德·黑塞：《聯邦德國憲法概要》，李輝譯，北京：商務印書館，2007年，第427頁。

85 同註63，第274頁。

86 最高法院的法官由最高法院院長建議，內閣任命並經過公民複決，且只要選民在公民複決投票中過半數贊成罷免，則該法官被免職(每十年一次，實際並未運用)。

87 見《香港基本法》第90條，2000年第28號法令修訂的《香港終審法院條例》亦有規定。

88 即使行政長官因發回的原因而啟動對已任命法官的免職，他仍然受到《香港基本法》第89條的法定事由和程序的限制。

89 高等法院首席法官的退休見1999年第2號法令修改的1975年《高等法院條例》。

90 [英]M·J·C·維爾：《憲政與分權》，蘇力譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1997年，第67頁。

91 Maitland, F. W. and F. C. Montague (2005). *A Sketch of English Legal History*. Boston: Adamant Media Corporation. 203.

92 提名委員會雖由四大界別選舉產生，仍是在選舉法例的授權下從事選舉工作，具有行政性質，相當於委員會制的行政機關。

93 戴耀庭：《司法覆核與良好管治》，香港：中華書局(香港)有限公司，2012年，第27頁。

94 Peter Po Fun Chan v. Winnie CW Cheung and Another [2008] 1 HKLRD 319.

95 [德]卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2005年，第106頁。

96 [美]霍夫亨茲：《東亞之鋒》，黎鳴譯，南京：江蘇人民出版社，1997年，第306頁。

97 [美]亨廷頓：《第三波——20世紀後期民主化浪潮》，劉軍寧譯，上海：上海三聯書店，1998年，第64頁。

98 [日]伊藤博文：《日本帝國憲法義解》，牛仲君譯，北京：中國法制出版社，2011年，第3頁。

99 《日本憲法》第2條規定，“皇位為世襲，依國會決議之皇室典範之規定繼承之。”天皇的產生之所謂家族事務亦由議會制定的法律《皇室典範》並作為《日本憲法》第14條男女平等原則之例外加以規制。

100 《日本憲法》第1條規定，“天皇為日本國家的象徵，亦為日本國民統合的象徵。”第4條規定“天皇僅行使本憲法所規定有關國事之行為，並無干預國政之權”，具體的行為乃由第6、7條加以列舉。

101 根據《日本憲法》第7條，只有在議會通過或國民承認憲法修正案、法律、政令和條約後天皇始得公佈，這一特權徒具形式意義。

102 [日]松村岐夫等：《日本政府與政治》，吳明上等譯，台北：五南圖書出版股份有限公司，2005年，第79頁。

103 雖然行政長官除法定辭職和彈劾的限制外不受立法會的威脅，立法會也不能對政府提出不信任案，反而行政長官擁有對立法會的解散權，但是議會仍然握有的法律的批准權是它始終居於優越地位的保障。

104 [日]森山茂德：《韓國現代政治》，吳明上譯，台北：五南圖書出版股份有限公司，2005年，第89頁。

105 《梁振英：將維護香港核心價值》，載於人民網：<http://leaders.people.com.cn/n/2012/0701/c58278-18418152.html>，2012年7月1日。

106 同註51，第182頁。

107 [英]約翰·鄧恩主編：《民主的歷程》，林猛等譯，長春：吉林人民出版社，2003年，第249頁。

108 《王振民：政改不應改變提委會功能》，載於大公網：<http://news.takungpao.com.hk/hkol/politics/2014-01/2189706.html>，2014年1月18日。

109 《陳弘毅：香港普選提名委員會應有廣泛代表性》，載於鳳凰網：<http://v.ifeng.com/news/society/201309/0152a854-984c-4958-97b3-7757315e6ba3.shtml>，2013年9月21日。

110 劉軍寧：《共和、民主、憲政》，上海：上海三聯書店，1998年，第2頁。

111 [英]霍布豪斯：《自由主義》，朱增汶譯，北京：商務印書館，1996年，第67頁。

112 湯德宗：《行政程序法》，台北：元照出版公司，2003年，第16頁。

113 Ghai, Y. (1999). *Hong Kong: New Constitutional Order* (2nd Edition). Hong Kong: Hong Kong University Press. 427.

- ¹¹⁴ 除法定辭職和彈劾的限制外不受立法會的威脅，立法會也不能對政府提出不信任案，反而行政長官擁有對立法會的解散權。
- ¹¹⁵ 無論普選與否，立法會的權限較為恆定，普選後立法會的民主性同樣增長。
- ¹¹⁶ Dworkin, R. (1998). *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing Ltd. 368.
- ¹¹⁷ 劉兆佳：《回歸十五年以來香港特區管治及新政權建設》，香港：商務印書館，2013年，第201頁。
- ¹¹⁸ 湯姆·賓漢：《法治：英國首席大法官如是說》，陳雅晴譯，香港：商務印書館，2013年，第82頁。
- ¹¹⁹ 《黃遵憲·日本國志·國統志三》。