

法治的條件與主權在民：羅爾斯的憲政觀與香港經驗的對話

李敏剛

在2018年「律政司司長訴黃之鋒及其他人」一案中，因應黃之鋒（「學民思潮」領袖）和周永康、羅冠聰（「香港專上學生聯會」領袖）在2014年9月26日帶領示威者衝進被圍封的香港政府總部門外的公民廣場而被控，香港終審法院首次討論了「公民抗命」（civil disobedience，又譯「公民不服從」）這一概念在香港法律中的適用性，並引用羅爾斯（John Rawls）在《正義論》（*A Theory of Justice*）中提出的「公民抗命」的定義，即「公開、非暴力且基於良心」的違法行為，且涉事的抗爭者甘心接受刑責^①。這是一個標誌性的判決。終審法院最終輕判了三位學生領袖，但否定他們衝入公民廣場的行動為公民抗命，因為衝擊行動已經構成了暴力，不符合羅爾斯定義中的非暴力條件；而無論如何，公民抗命中干犯法例者需要承擔刑罰，法庭認為是題中之義，因此不考慮公民抗命作為他們的抗辯理由，進而肯定之前高等法院上訴法庭因應社會反抗氣氛愈來愈濃烈而加重破壞公共秩序相關罪行的量刑標準^②。這個判決的原則後來在裁定2016年初旺角騷亂、2014年「佔領中環」運動（又稱「雨傘運動」）的幾位代表人物罪成的判決中都有被援引^③。羅爾斯的名字和理論，就因為這一連串影響深遠的政治反抗運動而寫進了香港法律史的重要一頁。

無獨有偶，在約略同時，台灣法院也就2014年的「太陽花學運」相關案件作出判決，其中也提到羅爾斯的公民抗命理論，但台灣法院的結論卻和香港相反：太陽花學運中，抗爭者攻佔立法院和行政院의行動都被視為公民抗命，而公民抗命不但被法庭視為有效的抗辯理由，可以免除刑責，甚至認為憲法雖然沒有明文規定，但卻是應該加以承認的「抵抗權」，可視為防止暴政的一種形式^④。香港和台灣的法系不同，法院在各自憲政架構中的角色有頗大差別，法官對相似的案件有迥異的見解也很平常。但對比兩個法院對待公民抗命的態度，除了令人感慨，我認為也是一個具體而微的例子，去說明羅爾斯的自由主義理論中，對司法釋憲（judicial constitutional review）捍衛公民權

利的角色過於看重，卻對背後民主體制的角色過於忽略的問題。本文將指出，香港恰恰是一個好例子，說明若果民主選舉沒有足夠重要的憲政角色，即使是再成熟的司法體系，都既守不住法治，也體現不了「主權在民」這個民主社會的核心理念，更別說作為羅爾斯心目中體現「公共理性的理想」(the ideal of public reason)的「模範制度」(institutional exemplar)⑤。

接下來，我會先簡單重構羅爾斯怎樣看待法院在自由主義憲政中的角色，並指出他的理論其實是假設了法院應該擁有憲法的最終解釋權，因為所謂的「憲政要件」(constitutional essentials)，也就是對公民基本自由與權利的定義和保障形式，基本上以是否能在司法程序中得到充分釐清，或者說是否滿足所謂的「可判決性」(justiciability)來決定。然後我將指出香港的經驗為何曝露了羅爾斯對司法釋憲過份樂觀。香港是一個發展成熟的普通法(common law)司法體系，香港司法機關的架構和程序，不見得不能滿足羅爾斯對民主社會裏最高法院釋憲的想像。可是，在欠缺民主制度、尤其是民主選舉在憲政秩序中缺乏實質影響力的香港，既令法院的思路趨向保守，也令司法體系在法治受到衝擊的時候無所依傍。在像香港這樣的環境之下，法院裏的所謂「公共理性」，只會是無根的蒼白之談，甚至恰成制度的遮羞布。事實上，法治和民主有着更有機的連繫，主權在民的理念在自由主義憲政中應該有更實在的位置，但這些都是羅爾斯的理論未有清楚勾勒的。

一 自由主義與司法釋憲

羅爾斯的自由主義理論始終關注一個核心問題：如何建構一個適合民主社會的憲政秩序？民主社會需要體現公民的自由與平等，而這反映在公民平等地有充分的自由空間去反思、建構和實踐自己對美好人生的想像。這預設了公民在個人生命的領域，可以自由探索和信仰不同的宗教和價值觀。但是，即使在慎思而理性的公民之間，這些個人信仰和價值觀都不易得到共識。然而，這種價值上的多元卻是一個民主社會應該容許甚至鼓勵的，羅爾斯稱之為「合理的多元主義」(reasonable pluralism)，是民主社會的根本價值觀在社會運行後的必然事實後果⑥。因此，自由主義關鍵的問題就在於，既然人們的價值觀和信仰都多元而千差萬別，而且這個事實應該被尊重，那麼一個可以適應合理的多元主義的自由主義憲政秩序應該是怎樣的？憲政秩序是一個社會的根本架構，以法律的形式勾勒出社會中重要的公權力的運用方式、限制及分布。怎樣才能確保這些公權力既不會被濫用來將某一種信仰或價值觀強加到其他公民之上，又能體現民主社會的另一個重要價值——公權力的運用要服從公民的共同意志(will of the people)⑦？

羅爾斯認為，如果一個憲政秩序中的憲政要件，可以得到願意參與公共說理的公民都能接受的一些原則或理想來證成；或者換句話說，得以被一些

羅爾斯稱為「公共理由」(public reasons)的純然與政治領域相關——而和人們各自的人生追求不相衝突——的規範價值來支持，那麼一個體現民主社會理想的自由主義憲政秩序就是可能的。他稱這個判準為「自由主義的正當性原則」(liberal principle of legitimacy) ⑧。如果憲政秩序以及官員在其中作出的重大決策都可以得到充分的公共理由支持，就是體現了公共理性的理想——羅爾斯視之為自由主義憲政民主的最高理想 ⑨。羅爾斯認為他在《正義論》中指出，人們透過著名的「無知之幕」(veil of ignorance)，在不知道自己在未來的社會中的身份、信仰、性別、種族、膚色、社會地位的情境下，推導出的兩條正義原則(two principles of justice)，就是其中一組符合自由主義的正當性要求的公共理由 ⑩。兩條正義原則即：(1) 所有公民的各種基本自由都得到最充分的制度保障；(2a) 在所知可能的社會經濟基本架構安排中，應該選擇對社會最弱勢者最有利的那一種安排；(2b) 社會中的所有位置都開放予所有公民，公民可以有公平的平等機會去競爭這些位置；其中第一原則對第二原則有實踐上的優先性 ⑪。

與這裏的討論相關的，是羅爾斯如何設想一個能夠體現這兩條正義原則的憲政秩序。他在著作中並沒有把正義原則綁定某一種憲法和相關的制度，而是強調具體的制度安排要考慮不同社會的歷史脈絡 ⑫。但他指出一個民主的憲政秩序，應該至少區分出所謂的「更高序的法」(higher law) 以及「平常法」(ordinary law)，前者需要包括對公民基本權利和自由的保障，以及對政府日常行政立法的程序與架構的規定——也就是他心目中的憲政要件，不可隨便更動；後者的運作和更動，則需要服從前者的規定。他尤其反對所謂的「議會至上」，即一個能夠以立法機關的簡單多數決就隨便改變所有法律、沒有區分更高序的法和平常法的制度。在一個民主社會的憲政秩序中，羅爾斯認為可以接受一個獨立而不受行政和立法機關指示的最高法院，作為憲法的最權威詮釋者，即是以司法判決來裁定行政和立法機關的行動與立法是否違憲 ⑬。

值得注意的是，只有正義第一原則，也就是對公民的基本自由的保障，以及部分第二原則，才是羅爾斯視為需要在憲政要件中體現的 ⑭。可是，羅爾斯明明承認(至少他努力嘗試證明)兩條正義原則都構成公共理由，也就是符合自由主義的正當性要求，可以構成在民主社會中行使公權力的正當理由，甚至他自己也指出，正義第二原則旨在處理一些他稱為「根本的正義問題」(matters of basic justice) ⑮；那麼，為何只有第一原則和部分第二原則被視為自由主義的憲政要件的一部分？羅爾斯的答案是，這些基本正義問題涉及複雜的社會經濟因素，可以同時有很多合理但卻相左的意見並存；相比之下，基本權利的問題就比較容易有共識 ⑯。

但正如憲法學者麥可曼(Frank I. Michelman)指出，羅爾斯的這個「解釋」，其實說穿了不過是憲法學裏的所謂「可判決性」考慮 ⑰。它指憲法往往已被預設需要由法院或至少是由法官主導的司法程序去詮釋和執行。法官既沒有受過政策制訂的訓練，也沒有亦無法處理相關的社會和經濟數據及檔案；而為

了維持司法的獨立性，法官更沒有民意選舉的授權；因此，法院得迴避就政策問題作出裁決^⑩。麥可曼指出，為了使憲法「可判決」，要不就把社會經濟政策的目標通通不寫進憲法裏，要不就由法官判定相關的條文沒有「可判決性」，就如憲法前言一類文字，只是對某種社會理想的陳述，而不是硬性的法律責任。至於基本自由和權利的問題，則往往只涉及個體公民的生活是否受到不當的干涉，對錯判斷的界線相對明確，因此可以由司法程序處理^⑪。換句話說，儘管羅爾斯本人沒有直接承認，但他想像中可以體現其正義原則的自由主義憲政秩序，其實預設了司法釋憲的體制。

事實上，在《政治自由主義》(*Political Liberalism*)一書中，羅爾斯花了不少篇幅討論法院在解釋與執行符合正義第一原則和部分第二原則的憲政要件時，為何是在實踐民主社會的公共理性的模範制度。他指出法院在判決時，尤其是在判決憲法相關案件時，往往會仔細詮釋條文和歷史判例背後的正義原則，訴諸的就是即使人們有不同的信仰和價值觀卻共同抱持的公共政治的規範價值。不同於立法機關的議員和行政機關的官員，只有法官有責任為判決提出充分的公共理由去公開證成，而判決的正當性完全來自這些理由本身^⑫。羅爾斯的學生費曼(Samuel Freeman)因而指出，這樣的司法釋憲制度甚至能體現真正的主權在民：無論立法議會和政府的選舉有多民主，也不過只能體現多數人的意見，而且還受到不同的制度和歷史地理因素限制；只有體現正義原則的自由主義憲政的內容本身，才真正說得上是得到自由而平等的公民運用他們的實踐理性(譬如「無知之幕」一類哲學設計)慎思後的接受，因此才真正說得上是體現了公民的共同意志；法官基於純粹的公共理性去詮釋憲法背後的正義原則，其實正好體現了公民真正的共同意志^⑬。

因此，對羅爾斯和他的理論跟隨者來說，司法釋憲本身不但不因為法官沒有經由民主選舉選出、法院不向民意負責，而和民主社會的根本原則相衝突；反之，將憲法的解釋權交到獨立且不偏不倚、只依據法理邏輯作決定的司法程序之中，由法院的裁決來保障公民權利和自由，才真正體現了民主社會的理想；民主選舉和立法議會的具體決定為何，反而無足輕重^⑭。這甚至不是羅爾斯的一家之言，其他很多和他進路不同的自由主義學者似乎也採取相似的立場，說明司法釋憲不但不反民主，反而更好地體現了民主社會與主權在民的理想^⑮。

二 自由專制下的香港法院

我認為香港是一個難得的極端例子，去檢視羅爾斯等一眾自由主義理論家對獨立的司法體系解釋憲法、保障公民權利的寄望，是否過於樂觀。香港因為獨特的歷史與地緣政治條件，形成了所謂的「自由專制」(liberal authoritarian)政體，行政與立法機關代表至今都未曾通過普及而平等的民主選舉選出，但

卻有着相對獨立健全的司法體系保障公民的基本自由和權利²⁹。這自然遠遠未能滿足羅爾斯心目中的正義或正當性。香港在1997年主權移交成為特別行政區之後，司法機構繼續沿用過往香港作為英國殖民地時的普通法、可以引用其他普通法地區案例、擁有終審權以及司法獨立，這些都受到作為香港現時最高序的憲法性法律——《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（《基本法》）的保障³⁰。在香港法官的自我理解之中，甚至認為法庭在考慮公民的憲政權利保障與限制時，應該並且事實上也在依據民主社會的通用標準³¹。對受《基本法》諸種保障的公民權利採取原則性的解釋，而非僅僅作字面上的狹義理解，也是香港終審法院認定的方針³²。這些都彷彿令人覺得，至少在程序和體制來說，香港的司法體系和民主國家的司法體系相去不遠，因此也接近羅爾斯對他理想中的最高法院的勾勒。那麼，香港的法院是否能夠如羅爾斯所寄望於民主社會的最高法院一樣，根據公共理性，充分保障香港公民的基本自由和權利？

羅爾斯和自由主義學者的期待似乎不至於落空：至少到目前為止，香港的司法獨立和法院體系的公正性，以至對公民權利的保障，都受到國際認可³³。可是，如果我們稍為就近觀察香港法院和它身處的政治環境的互動，就不難發現，香港的司法體系和法治的最弱一環，恰恰就是主權在民在憲政中缺位。沒有實質的民主機制和環境，即使司法機關有健全的程序和深厚的傳統、有實際的釋憲權，甚至有着有利作出原則性解釋以保障基本自由和權利的憲法性法律文本，所謂的法治都不過是搖搖欲墜，既難以抵抗來自主權者的進擊，甚至不免將公民的憲政保障拱手相讓。

香港是中華人民共和國主權下的一個特別行政區，《基本法》作為香港最高序的憲法性法律，有一個頗為複雜的釋憲機制：中國全國人民代表大會常務委員會擁有對《基本法》的最終解釋權，但授權香港法院在判案時自行解釋相關條款，同時又要求如果事涉中央地方關係、國防外交等事項，香港終審法院應向全國人大常委會尋求解釋並以之為準³⁴。就在主權移交後的第一個月，香港高等法院上訴法庭就面對第一起涉及解釋《基本法》的案件，即「香港特別行政區訴馬維騏」一案，並作出了一個不無爭議的裁決：案件爭論當時香港的臨時立法會作為立法機關的合憲性，因為《中英聯合聲明》和《基本法》都從未提及臨時立法會的存在，臨時立法會是由全國人大香港特別行政區籌備委員會決定設立的；上訴法庭三位法官都裁定香港法院作為地方法院，對中國最高國家機關——全國人大——作為主權者（the Sovereign）作出的決定之合法性（validity）無權質疑，只能接受³⁵。

在1999年「吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長」一案中，這個說法一度被推翻：判決指出香港終審法院應該有權審核全國人大涉及香港而和國防外交不相關的決定是否違反《基本法》³⁶；但在這個判決引致特區政府和中央政府的批評之後，終審法院又罕有地發表了一份補充判決，承認全國人大常委會對《基本法》的解釋不容香港法院質疑³⁷。最終，這次判決還是引來了香港主

權移交後全國人大常委會的第一次釋法：全國人大常委會不待法院要求，主動就《基本法》條文作出解釋^⑳。最新近的一次釋法發生在2017年：游蕙禎、梁頌恆在當選立法會議員後，立法會主席裁定二人未能成功宣誓，不能就任議員，二人向法庭提出司法覆核，全國人大常委會在案件未審結之前就作出了釋法，終審法院亦再一次在判決中肯定了釋法權是「寬泛而不受制約」(general and unqualified)的^㉑。

嚴格而言，在上述這幾個案例中，香港法院的司法審訊過程都沒有受到中央政府的不當介入和干預。法官並沒有受到操縱，《基本法》的條文亦沒有被更動，一切都依《基本法》規定進行；或者說，是依據其中一個未至於偏離扭曲文本的對規定的解釋而進行。香港法院也為這一連串的判決背後的憲法理念作出了詳細而原則性的詮釋，都是基於一些公共理由。《基本法》有詳盡的章節保障公民權利，更有專門的條款明文規定《公民權利及政治權利國際公約》(ICCPR)能透過本地原有的相應立法，即《香港人權法案條例》，於香港具有憲法性的地位^㉒。按理說，要依據《基本法》的文本作出以基本自由和權利為本的原則性詮釋並不困難；事實上，在不少相對不直接涉及「政治」的案件，如社會保障或平等機會方面，法院也願意這樣做^㉓。但最終香港法院並沒有依賴司法釋憲權建構更完備的權利保障體系，當中央政府出手限制香港的公民自由和權利時，法院只能節節退讓^㉔。

這自然是因為中央政府實際上牢牢掌握香港的主權，法院因而必須服從其絕對權威，就如上面有關《基本法》解釋權的爭議所顯示的那樣。這正是香港的司法體系再健全、普通法傳統再強大，都繞不過的政治限制。這個政治上的限制復又從法理上限制了香港法院對《基本法》的詮釋空間，最終只能將對《基本法》「寬泛而不受制約」的釋法權拱手相讓。尤其值得注意的是，即使在全國人大常委會第一次釋法之前，就已經有資深的香港法官主動提出中央政府作為主權者的決定不容質疑；有法官視這個結論不但合理而且實際上可以接受，而無感於這個結論對香港民主與自由的衝擊，這本身就值得深思。

三 憲法文本以外：實質的主權在民的重要性

作為對比，我們不妨看看在另一個意義上，對羅爾斯的自由主義憲政理論構成參照的極端例子——實際上奉行羅爾斯所明確反對的議會至上的香港前宗主國英國的憲政秩序。英國沒有成文憲法，所有的法律都是由國會以簡單多數通過。當然，這不代表英國沒有憲法。部分法案如《權利法案》(*Bill of Rights 1689*)、《國會法》(*Parliament Act 1911, Parliament Act 1949*)、《人權法案》(*Human Rights Act 1998*)等均被視為「憲法法例」(constitutional statutes)，是所有重要的公權力持份者都同意的公共生活的最根本規範，雖然有特別的重要性，不過亦不能免於被國會簡單多數明確推翻^㉕。最新近的例子當然就是剛

於2020年完成的「脫歐」：《歐洲共同體法案》(European Communities Act 1972)是讓歐盟法律在英國生效的法案，自通過後一直被視為憲法法例，但也難逃在2016年的脫歐公投以及和歐盟漫長的談判後，於2018及2020年被議會簡單多數通過的新法案明令廢除^⑳。而在很長的一段時間裏，英國的司法體系都是從屬於上議院的一部分，最高法院遲至2009年才由上議院獨立出來，法官也不能再參與上議院的法案討論。

與香港對比，英國既沒有成文憲法，法院也一直沒有完全的體制上的獨立，但卻沒有人會質疑英國有遠比香港堅實的法治基礎和司法獨立，對公民基本自由和權利有遠為完整的保障。事實上，「法治」(rule of law)這個概念最早便是由法學家戴雪(A. V. Dicey)在十九世紀提出並作為英國的憲政根本原則之一，他甚至不無自豪地宣稱英國由法院主導的普通法體系和傳統，就是對公民自由的最佳保障^㉑。而比他早約一個世紀的法國思想家孟德斯鳩(Charles de Montesquieu)就已經視英國的憲制為以三權分立保障公民自由的典範^㉒。法治的核心理念，即公權力的行使只能依據明確的由立法機關通過的法律授權，而司法機關則有最終權威去判定公權力的行使是否合法；這亦為英國法庭數百年以來至今的判決中不斷得到確認^㉓。

這裏的一個重要原因，就是法治與民主，或者說一個體現實質的主權在民的政治體制環境，是互相支撐的；真正的最高序的法不是某一文本，而是民主憲政這個根本政治原則。迪普洛克大法官(Lord Diplock)就在一個有名的限制內閣政府繞過議會行使皇室特權的判決中指出，「三百五十年和一場內戰已經過去，現在還要為皇室擴大特權已經太遲」^㉔。布朗-威爾金森大法官(Lord Browne-Wilkinson)在另一個著名的判決中則指出，「這個國家的憲政史，就是一部民主選舉選出來的議會作為擁有至高權力的主權者，限制皇室特權的歷史」^㉕。以民選的下議院為核心的代議民主，是現代英國的根本憲政原則，不需成文規定但已有作為最高序的法的約束力，因此內閣政府的重大政策決定不能繞過下議院的辯論和授權，這在近來和脫歐相關的兩次關鍵的最高法院判決中都得到重申^㉖。

這些判決的重要性需要放在民主政治的大背景下才能更好理解。英國的內閣政府事實上是由控制下議院過半數議席的政黨產生，既控制議會又控制行政機關，大權在握。然而，在這些判決裏內閣政府都敗訴，因此實際上限制了當屆內閣政府擴充權力。法庭之所以可以這樣有效地抗衡「主權者」，依仗的當然不僅僅是民主或正義原則，而是更廣闊的民主制度環境：下一次選舉終究會到來，今天掌權的官員和政黨終會更替，而這個選舉遊戲規則是所有主要政治持份者都不願意推翻的；這正是「三百五十年和一場內戰」所底定的政治架構。這才是法院判決的權威的來源，是所有政客最終都接受判決對自身權力的約束的原因。英國即使沒有成文憲法，但只要有一個更廣闊的民主制度環境，就足以讓法庭從中建構出接近羅爾斯想像的憲政要件，並確立其權威。

羅爾斯並沒有忽略英國的憲政這個明顯反例，因此他聲明只反對「沒有權利法案的議會至上」(parliamentary supremacy with no bill of rights at all)體系，亦指出即使非成文的憲法都可以滿足他的自由主義的正當性原則^⑥。近年有關羅爾斯的憲政觀的討論，亦開始嘗試指出一些和立法機關、行政機關乃至社會公眾比較「對話式」(dialogical)、「相容式」(tolerant)的司法釋憲體制，也就是比較類似英式的國會與法院關係的釋憲體系，可以和羅爾斯的自由主義相洽^⑦。但本文關心的是一個不同的問題：保障自由主義權利體系的法治與民主的制度背景有多相關？

在羅爾斯的憲政觀裏，甚至可以說在大部分當代自由主義理論中，個人或公民的基本自由和權利的保障固然被視為重中之重，但似乎都不太重視實際上的民主制度——在代議民主制裏主要以普及而平等、公開且公平的全民選舉立法機關和行政機關的主要成員為代表——在其中的角色^⑧。在羅爾斯的《正義論》中，有關證成一人一票的討論其實只有短短幾頁篇幅，且並不算有明確的結論^⑨。另一位重要的自由主義哲學家德沃金(Ronald Dworkin)則明確反對政治權力的平等有任何規範性價值，認為一人一票如果可以被證成的話，也僅限於它有助促成經濟資源公平分配的時候；此外它最多只有象徵性的價值，而且也不過是因為我們的歷史傳統恰巧覺得一人一票很重要^⑩。我認為，本文提到的香港經驗，尤其在與英國憲政的對比之下，更突顯了實質的民主選舉制度對於維繫和建構一個對基本自由和權利有周全保障的法治體系的重要性，而這是被羅爾斯的理論所忽視的；而民主制度在體現主權在民這個理念時，則有比自由主義學者所勾勒的更重要的角色。

英文的“democracy”和“popular sovereignty”在中文一般翻譯為「民主」和「主權在民」^⑪，我認為中文的這兩個翻譯十分傳神地捕捉到本文想要指出的兩者的緊密關係：一個社會只有當主權真正實際地掌握在公民手裏，譬如說在他們手上的選票裏，才真正說得上是堅實地在制度上體現了民主的理念。這種緊密關係恰恰體現在也許是羅爾斯甚至其他自由主義者對民主最為擔憂的一個方面：把最後的決定權交到選民而非法院的所謂「公共理性」之手，有一種根本的不確定性。如前面提到羅爾斯反對議會至上，就是因為反對權利保障的法律條款可以隨便被議會的多數決更動。但其實也是這種不確定性——即使是再龐大高效的政黨機器、再周密細緻的選舉工程，都控制不了投票箱前的公民的投票行為——確保了沒有一個或一黨所謂的「主權者」可以必定長期掌握立法和行政權；或者說，投票箱前的公民才是真正的「主權者」。這正是法院得以確保其獨立性以及權威得以伸張的必要條件。

對照香港，一切恰恰相反：香港的特區首長尚未經由普選產生；立法會有地區直選議席但不過半，亦被重重設限，對政策和日常法案的影響力十分有限，亦幾近無權干預官員的任免，行政長官以降的司局級官員的任免權都在中央政府手上^⑫。在這樣的制度環境下，法院還自詡香港是民主社會，不免令人生疑。法院體系即使再獨立，亦難有迴旋空間。於是法官判決中的「公

共理性」，其實最終也只能是確認當權者（主權者）預設的立場，最多只是在當權者見容的有限空間內，重申對那些和政治爭議關係不大的自由和權利的保障。因此，當2019年的反對《逃犯條例》修訂抗爭一發不可收拾，撼動中央政府和香港特區政府的管治，管治者用盡法律手段強硬回應，對抗爭者作出大規模拘捕與提告時，法官往往願意配合從嚴判決⁶³。

政權的界限最終框定了法理邏輯的想像邊界。法官畢竟不可能是革命者，在當前的建制秩序中，有他們的既得利益和位置。無論他們有多自覺，法律始終是服務於維持既定的社會秩序，即使偶然可以有所修正補充，但法官的思考終究不可能對現存的權力架構作出根本挑戰；反過來，只有當社會的權力分布本身出現大變動，法理邏輯才有改變的可能⁶⁴。沒有建制權力架構的根本改變，希冀法理邏輯建構與守護公民自由和權利，猶如刻舟求劍，公共理性的外表甚至恰成制度的遮羞布。香港的經驗突顯了司法機構的程序和傳統再完備也好，真正的法治也需要民主體制作為背後的條件，否則一切都只是建築在浮沙之上。這卻是羅爾斯等自由主義學者寄厚望於法院和法官重視說理的特質時所忽略的。

四 羅爾斯與香港

從上述分析回頭看香港與台灣法院對公民抗命的迥異立場，我們也許可以說，台灣法院對「抵抗權」的憲法性地位的肯定、香港法院對「公民抗命」的拒斥，其實反映了兩個政治體系哪個較為體現主權在民、哪個較為趨近自由主義應該追求的民主社會。對台灣而言，就如在英國一樣，正正是法院明白現在掌握行政權和立法權的當權者不會千秋萬世，再有聲勢的執政黨都不敢輕易更動民主選舉這個根本規範，法官才可以毫不忌憚地指出公民應該享有對抗暴政的「抵抗權」，並輕判公民抗命者。而在香港，有些分析甚至指出，中央政府其實相當不滿香港法院對抗爭者過於輕判，認為香港法院仍沿用公民權利為主要法律框架，對顛覆政權問題不夠敏感⁶⁵。

隨着2019年香港的反修例事件落幕，全國人大常委會於2020年6月根據《基本法》附件三引入適用於香港的全國性法律《港區國安法》，對顛覆政權的活動作出更廣泛的定義，涉事的刑罰亦進一步加重。自此之後，也許連本文開首提到的「律政司司長訴黃之鋒及其他人案」這樣對社會抗爭的判決方針，對香港的法治而言，也已成爲明日黃花。香港的司法體系，也許已經再沒有任何空間或必要像在該案的判決中那樣，和羅爾斯的自由主義憲政觀「對話」。但我想，這裏總結的香港作為特別行政區而法院擁有司法釋憲權的一段歷史，除了對照香港的「民主」曾經和羅爾斯的理論有多遠或多近，亦的確是一個獨一無二的歷史案例，去點出羅爾斯的自由主義憲政觀對民主體制的過份忽略，而對法院的公共理性又太過樂觀。本文要指出的正是，一個運用公

共理由、因而體現公共理性的理想的法院要是真的可以保障公民權利，必須有着民主選舉的行政與立法機關這個根本規範作為依傍。這一點卻是羅爾斯的理論中欠缺清晰論證的。

這對於羅爾斯而言或許無可厚非：他本人雖然經歷過第二次世界大戰，但他的著作畢竟都是發表在基本的民主制度已經在北美和西歐落實且成為社會共識的時空。民主選舉的重要性對他的目標讀者而言，根本不證自明，也就不必多花筆墨去討論。但生活在今天的香港的我們，卻大有理由去關注、反思並補充他這個理論不足。因為在法院以外，羅爾斯的政治思想事實上對香港社運抗爭者有着不容忽視的影響^⑥。無疑，羅爾斯所論證的民主、自由、正義的落實，是香港乃至世界各地無數抗爭者前赴後繼追求的社會理想。藉此羅爾斯百年誕辰的機會，在這裏記下他和香港的法律史與抗爭史交錯的一段因緣，並立足於此來反思他的學說，也許是對他的一種恰當的紀念。

註釋

① 律政司司長訴黃之鋒及其他人 [2018] 2 HKLRD 699，判案書第 72 段，其中引用了 John Rawls, *A Theory of Justice*, rev. ed. (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1999), 320-22。

② 律政司司長訴黃之鋒及其他人，判案書第 72-74 段、117 段、123-124 段。

③ 香港特別行政區訴梁天琦、盧建民、黃家駒 [2018] HKCFI 1329，判案書第 47 段；香港特別行政區訴戴耀廷及其他人 [2019] HKDC 450，判案書第 256-260 段。

④ 台灣台北地方法院刑事判決 104 年度矚訴字第 1 號；台灣最高法院刑事判決 109 年度台上字第 3695 號。

⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱ John Rawls, *Political Liberalism*, paperback edition (New York: Columbia University Press, 1996), 231-32; 30-31; 232; 217; 213-15; 291; 240; 231-34, 238-39; 230; 229-30; 235-36; 238-39.

⑩ John Rawls, "Introduction to the Paperback Edition", in *Political Liberalism*, xliii.

⑭ John Rawls, *Political Liberalism*, 227-29; Frank I. Michelman, "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law", in *The Cambridge Companion to Rawls*, ed. Samuel Freeman (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 400-403.

⑰ Frank I. Michelman, "The Constitutional Essentials of Political Liberalism, Justice and Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment", *Fordham Law Review* 72, no. 5 (2004): 1415-16.

⑱ 有關法院基於甚麼原因應該迴避政策討論，以及這些原因是否盡是合理，一個很好的分析可以參見 Cora Chan, "Deference and the Separation of Powers: An Assessment of the Court's Constitutional and Institutional Competences", *Hong Kong Law Journal* 41, no. 1 (2011): 7-25。

⑲ Frank I. Michelman, "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law", 404-405.

⑳ 參見 Samuel Freeman, "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", *Philosophy and Public Affairs* 21, no. 1 (1992): 11-12。羅爾斯似乎也同意這個詮釋：他在《政治自由主義》中引用了費曼這篇文章。參見 John Rawls, *Political Liberalism*, 234, n. 20; 239, n. 28。

⑳ 參見 Samuel Freeman, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy* 9, no. 40 (1990): 339-48; Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 1996); János Kis, *Constitutional Democracy* (Budapest: Central European University Press, 2003)。

㉑ 馬嶽：《反抗的共同體：二〇一九香港反送中運動》（台北：左岸文化，2020），頁375-76；劉兆佳：《回歸後香港獨特的政治形態：一個自由威權政體的特殊個案》（香港：三聯書店，2017）。

㉒ 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，www.basiclaw.gov.hk/tc/basiclaw/index.html，第8、19、25、35、84、85條。以下簡稱《基本法》，引用不再另註。

㉓ 如 Leung Kwok Hung & Others v HKSAR [2005] 8 HKCFAR 229，判案書第1段。

㉔① 吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長 [1999] 1 HKLRD 315，判案書第74段；64-66段。

㉕ 譬如世界正義工程發表的《2020年法治指數》中，香港在多項指數如保障公民權利、限制政府權力、刑事民事訴訟的程序公正上，都得分甚高，也在全球眾多司法轄區中名列前茅。參見 World Justice Project, *Rule of Law Index 2020*, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf, 85。

㉖ 《基本法》，第158條。

㉗ HKSAR v Ma Wai-kwan, David [1997] HKLRD 761.

㉘ Ng Ka Ling & Others v The Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 577，判案書第6段。

㉙ 〈全國人民代表大會常務委員會關於《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〉（1999年6月26日），www.basiclaw.gov.hk/tc/basiclawtext/images/basiclawtext_doc19.pdf。

㉚ Yau Wai Ching v Chief Executive of the HKSAR [2017] 20 HKCFAR 390.

㉛ 《基本法》，第39條；Simon N. M. Young, "Restricting Basic Law Rights in Hong Kong", *Hong Kong Law Journal* 34, no. 1 (2004): 109-32。

㉜ 參見 Simon T. M. Ng, "The Legal Foundation of Hongkonger Identity", 《天主教研究學報》，第6期（2015年），頁111-47。

㉝ 參見 Johannes M. M. Chan, "A Storm of Unprecedented Ferocity: Shrinking Space for Political Rights, Public Demonstrations and Judicial Independence in Hong Kong", *International Journal of Comparative Constitutional Law* 16, no. 2 (2018): 373-88。

㉞ Thoburn v Sunderland City Council [2003] QB 151.

㉟ 參見 *European Union (Withdrawal) Act 2018*, www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted; *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/1/contents/enacted。

㊱ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. (Indianapolis, IN: Liberty Funds, 1982), chap. IV.

㊲ Charles de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, vol. 1, trans. Thomas Nugent (New York: Colonial Press, 1899), book XI, chap. 6.

㊳ Lord Bingham, "The Rule of Law", *Cambridge Law Journal* 66, no. 1 (2007): 78-79. 另可參見 Case of Proclamations [1611] 12 Co Rep 74; Entick v Carrington [1765] 19 St Tr 1030。

㊴ BBC v Johns [1965] Ch 32.

㊵ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Fire Brigades' Union [1995] 2 WLR 1.

④⑤ R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] 2 WLR 583; R (Miller) v The Prime Minister [2020] AC 373.

④⑥ John Rawls, *Political Liberalism*, 234; John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, ed. Erin Kelly (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001), 41.

④⑦ Frank I. Michelman, “Political-Liberal Legitimacy and the Question of Judicial Restraint”, *Jus Cogens* 1, no. 1 (2019): 59-75 ; 亦可參見 *KritV, CritQ, RCrit: Critical Quarterly for Legislation and Law* 98, no. 3 (2015) 一期專號的文章。

④⑧ 我在另一篇論文中對當代自由平等主義者不重視平等的投票權問題有更詳細的批評。參見 Man-kong Li, “Why Egalitarian Distributive Justice Needs Equal Suffrage”, *Romanian Journal of Society and Politics*, no. 1 (December 2017): 7-24。

④⑨ John Rawls, *A Theory of Justice*, 200-206.

④⑩ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000), 190-203 ; 類似的觀點也可見於 David Estlund, “Political Quality”, *Social Philosophy and Policy* 17, no. 1 (2000): 127-60; Steven Wall, “Democracy and Equality”, *The Philosophical Quarterly* 57, no. 228 (2007): 416-38; Jason Brennan, *Against Democracy* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2016)。

④⑪ “Popular sovereignty”在中文似乎一般譯為「主權在民」；我這裏跟從李宇森：《主權在民論：理論和挑戰》（香港：蜂鳥出版，2020）的翻譯。

④⑫ 參見《基本法》，第45、48、73、74條，以及附件一、附件二。

④⑬ 〈駁回區諾軒大聲公襲警上訴 判辭：單一聲響可構成毆打〉，《明報》，2021年2月4日，www.mingpaocanada.com/tor/htm/News/20210204/HK-ggc1_r.htm；〈帶鐳射筆、索帶就入獄？ 247宗藏有物品案數據：定罪率近半 判刑程度不一〉（2021年1月21日），《立場新聞》網，www.thestandnews.com/politics/帶鐳射筆-索帶就入獄-247-宗藏有物品案數據-定罪率近半-判刑程度不一/。

④⑭ 這其實是批判法律學 (Critical Legal Studies) 的一個核心命題。一個經典的對美國的言論自由權利如何由於工人運動的抗爭而改變和落實的分析，參見 David Kairys, “Law and Politics”, *The George Washington Law Review* 52, no. 2 (1984): 243-62。

④⑮ Hualing Fu, “China’s Imperatives for National Security Legislation”, in *China’s National Security: Endangering Hong Kong’s Rule of Law?*, ed. Cora Chan and Fiona de Londras (Oxford: Hart Publishing, 2020), 41-60.

④⑯ 例如參見 Erin Hale, “Hong Kong’s Youngest Activists Draw Inspiration from Political Liberalism”, *South China Morning Post*, 16 July 2014, www.scmp.com/news/hong-kong/article/1555279/unlike-world-peers-hong-kongs-young-activists-are-inspired-american；亦可參見〈8.31遊行 黎智英等3人認罪 楊森親自陳詞：我認罪，但不認錯，不會求情〉（2021年4月7日），《香港獨立媒體網》，www.inmediahk.net/node/1081873，其中提到，「楊森在被告欄中陳情，表示……他尊敬的政治哲學家 John Rawls 羅爾斯提倡過公平理論、平等自由、公平社會機會，他均十分認同，尤其是公民抗命主張，所以他以公民抗命抗議《公安條例》，因為《公安條例》違反《人權法》、《基本法》第27條所保障的自由」。

李敏剛 中歐大學政治科學系博士，香港伍倫貢學院社會科學院助理教授、社會科學（法律學）副學士課程主任。