

# 1

---

## 法治反估中 基礎與限度

### 引言：後估中重建的議題聚焦

估中運動是一國兩制和基本法秩序自回歸以來遭遇的最嚴峻挑戰，但高度成熟的香港法治最終確保了香港社會秩序的有序恢復。香港法治屬普通法形式法治體系，具有高度的程序化、權利化和形式化特徵，是香港現代治理體系的核心構成，但它亦有其局限，不能正面回應和強化《基本法》下香港的國家建構和認同建構。

後估中重建初期，以特首普選為第一議題，其成敗關涉一國兩制示範意義和香港整體前途，亦成為香港形式法治之基礎深化的重點。政改闖關失敗導致基本法秩序對社會運動的吸納能力下降，以及傳統泛民主派之和平抗爭路線的式微，從而刺激青年本土派的政治崛起及港獨運動的變頻加速。正如筆者在《香港政改觀察》一書中的基本觀察結論，「香港政改未完待續」，重啟政改成為後估中時期不可迴避的重大議題。<sup>1</sup> 與此議題相關的國安立法和青年教育則更多反映中央立場與關切在後估中重建中的聚焦及試探，同時亦

---

1. 參見田飛龍：《香港政改觀察：從民主與法治的視角》，香港：商務印書館，2015年，第257–266頁。

為香港逐步改變其殖民史觀、港獨潛意識與過度權利本位之偏狹政治觀念的重要切入點。2017年並非香港民主化終點，繼續民主已成為香港內外之普遍共識。於此大格局與政治演進脈絡下，中央適宜在經濟利用與政治控制維度之外賦予香港以「治理特區」定位，在安全保障和青年教育逐步協同條件下充分放開香港治理改革之空間，使之從經驗和技術上最終反哺於內地的治理現代化與民主法治進程。<sup>2</sup>而當下聚焦於特首普選、國安立法與青年教育三大議題的香港法治基礎重建的拓展性思考，實為央港關係更新升級的必要支撐。

香港特別行政區終審法院首席大法官馬道立在佔中落幕之後的2015年法律年度開啟典禮上，這樣評價香港法院在佔中運動（Occupy Central Movement）中的表現與價值：<sup>3</sup>

對於「佔領」抗議，我當然不會評論相關的政治議題，但卻希望在此談談其與香港法治的關係。我認為，近日這些事件正正顯示大多數人均尊重法治，亦再次體現法治在我們社會中的核心地位。……在抗議活動期間出現的訴訟，有關的法律程序實為法院奉行法治的明證。原訟法庭所審理的數宗強判令申請，由負責憲法及行政訴訟審訊表的法官審理多日，法官小心翼翼、一絲不苟地審視了每項可能成立的法律論據。訴訟各方均有充分機會向法庭陳詞。向法院尋求公道之路亦未被堵塞——案中的被告人均獲得法律援助，由資深大律師及

2. 內地的全面深化改革在制度層面體現為治理現代化和依法治國，分別以十八屆三中全會和四中全會之決定為政策指南，但具體實踐進程與精神進步仍然波詭雲譎，有關分析參見田飛龍：〈法治開啟中國新三十年改革〉，《中國評論》2015年4月號；以及《政治憲法的中國之道》，香港：香港城市大學出版社，2017年，第260–276頁。
3. 「佔中運動」又稱「雨傘運動」，是發生於香港2014年9月28日至12月15日歷時79天之「普選抗命」運動的總稱，但更廣義的佔中運動實質還包括佔領行動之前的動員過程和後佔中的政治不合作運動。

其他經驗豐富的大律師代表。訴訟程序中的每一步，都是依據法律和  
法律程序進行，整個過程亦公開予公眾旁聽。<sup>4</sup>

與香港法院之堅守法治底線相協同的是，在佔中運動持續升溫的 2014  
年 10 月，香港大律師公會的兩次關於「公民抗命」合法性與破壞法治基礎  
可能性的嚴肅聲明（10 月 8 日和 10 月 28 日），<sup>5</sup> 亦嚴肅重申了法治作為香  
港社會第一核心價值的地位。而香港「反佔中」及政府整體維持秩序和控局  
的關鍵，除了透明執法和爭取民意之外，對佔中合法性具有最強抑制作用的  
還是法治。無論是中央的《白皮書》，<sup>6</sup> 還是特區政府的諮詢文件<sup>7</sup>、警察命令  
乃至於立法會法例，<sup>8</sup> 在恢復社會秩序之權威性與實效性上均不及香港高等法  
院在佔中後期頒發的數則民事臨時禁制令，而警方更是在保障法庭禁制令執  
行過程中「就勢」完成清場。過於成熟和完備的法治觀念與制度體系，使得  
香港社會能夠承受「佔中運動」的政治衝擊，亦使得香港社會之社會運動受  
到既定法治體系的有力牽制而難以發生其他轉型民主地區的失序、亂象和暴  
力場景。

儘管如此，一個樸素的道理是：政治的歸政治，法律的歸法律。香港  
法治與司法的表現可圈可點，但畢竟限於恢復最基本的秩序，卻不可能進一  
步解決佔中運動背後深層次的政治衝突，亦不能夠就此深化本地法治在更高

- 
4. 馬道立：「二〇一五年法律年度開啟典禮演辭」，香港終審法院網站：<http://sc.isd.gov.hk/gb/www.info.gov.hk/gia/general/201501/12/P201501120474.htm>（2017 年 1 月 20 日瀏覽）。
  5. 兩則聲明均可在香港大律師公會網站上瀏覽，有中英文兩個等效版本。10 月 8 日聲明為《香港大律師公會就法治及公民抗命發表的聲明》，10 月 28 日的聲明為《香港大律師公會就集體違抗法庭命令的聲明》，參見 [www.hkba.org/whatsnew/index.html](http://www.hkba.org/whatsnew/index.html)（2017 年 1 月 20 日瀏覽）。
  6. 國務院新聞辦公室：《「一國兩制」在香港特別行政區的實踐》（2014 年 6 月），北京：人民出版社，2014 年。
  7. 主要是指第一輪政改諮詢文件《2017 年行政長官及 2016 年立法會產生辦法諮詢文件》，2014 年 12 月。
  8. 主要指規制未經批准之非法集結的《公安條例》。

層次的認同基礎。比如，香港法治就無法解決政改衝突中的「愛國愛港」難題。<sup>9</sup>這是由前佔中時期作為香港法治基礎的普通法自由主義法理學決定的。《香港基本法》以終審權的地方配置和普通法的完備保留之形式延續了殖民憲制中的這種法理學及其制度裝置。這一法理學以司法至上和權利本位作為邏輯起點，以「普通法適用地區」而非國家法域作為規範邊界，在法官聘任、判例援引和背景性法律哲學上高度英國化，是基本法秩序中保留英國制度特徵最為顯著的部分。這一法治基礎成熟於殖民時代，鞏固於回歸過渡期，完整保留並深化於回歸後初期，是香港治理秩序的基石。這一法治基礎在總體上並不反對佔中運動的一系列價值追求甚至運動形式本身，但反對這一運動的曠日持久和對香港法治秩序的破壞。這裏顯示出普通法的保守性特徵與香港民主運動的激進性特徵之間的張力。大律師公會與法院的後期聲明及行動充分證明了這一張力。但是，香港法治的這一既定基礎在秩序維護上可圈可點，在國家建構上則退避三舍，無甚建樹。這是殖民地司法建制的固有缺陷。因此，經歷佔中運動，儘管香港法治頗有正面助力，我們仍然需要嚴肅反思如何拓展前佔中之法治基礎，使之更加有利於一國兩制條件下香港的國家建構進程。前後法治基礎之關係並非斷裂，而是拓展、接續和提升，賦予香港法治基礎以一種最低限度的國家觀念和國家理性。

佔中運動謝幕前後，特區政府循着「接力政改」和「改善民生」兩個主要路徑試圖，彌合運動對社會的撕裂與對管治的衝擊，而香港社會亦成立諸如「團結香港基金會」這樣的超規格智庫組織開展宏觀政策研究與設計，<sup>10</sup>香港已然進入一個「後佔中重建」時代，至今已三年有餘。這一重建過程註定是議題繁多、艱難複雜的。從反對派方面來看，這一時期泛民議員繼續杯葛政改，堅持撤回全國人大常委會的政改決定，堅持在立法會集體否決政改

9. 參見田飛龍：〈認同的憲法難題：對「愛國愛港」的基本法解釋〉，《法學評論》2015年第3期。

10. 參見〈董建華籌建「團結香港基金會」〉，載文匯網：<http://news.wenweipo.com/2014/11/09/IN1411090038.htm>（2017年1月10日瀏覽）。

方案，而青年學生組織則出現港獨論述和更自主的分離運動的傾向。<sup>11</sup>從中央和建制派立場來看，開展第二輪政改諮詢和推動政改方案的「立法會闖關」是優先議題，他們預期到政改失敗之後，香港將無法走出佔中運動帶來的「過度政治化陷阱」，央港關係將進一步朝冰點逼近，而特區政府管治亦將面臨空前嚴峻之局面。2015年6月18日投票標誌着此輪政改失敗，儘管短期內中央與特區政府省卻了應對未來普選的各種麻煩和風險，但也面臨着不斷「重啟政改」甚至修改《基本法》的實質性社運壓力，而接下來的兩級議會選舉和2017特首選舉，必然成為香港不斷政治化的漩渦性事件。這些非常規政治運動和常規政治實踐，將成為反對派之反對運動交替進行的實踐場域。<sup>12</sup>所謂政改失敗，只是未完成，而絕非終結。未終結的政改議題將長期困擾中央治港及特區政府管治，立法會拉布<sup>13</sup>和街頭抗爭<sup>14</sup>將日益常態化而無法獲得制度化解決。香港的長治久安是以某種得到主流民意（包括反對派多數）認可之普選實現為前提的，在此之前，香港管治無法走出「過度政治化陷阱」，經濟民生的聚焦和轉移效果將相對有限，香港甚至會出現一定程度的「維穩政治」特徵。當然，政改闖關失敗也充分顯示了香港反對派的政治不成熟，<sup>15</sup>其捆綁否決與內外監察導致香港普選錯失良機，忽然失去時間表和路線圖。<sup>16</sup>此外，中央與建制派在反思佔中原因過程中亦重新提出了傳統的政治議題，主要聚焦於國安立法和青年教育。這一思路的基本邏輯

- 
11. 比如港大學生會的《香港民族論》、退聯公投，以及陳雲《城邦主權論》（2015）。
  12. 筆者對此有過深入分析，參見田飛龍：〈香港政改闖關投票結果評析與前景展望〉，載中道網：[www.zhongdaonet.com/NewsInfo.aspx?id=12652](http://www.zhongdaonet.com/NewsInfo.aspx?id=12652)（2015年6月25日瀏覽）。
  13. 參見田飛龍：〈香港立法會的「惡質拉布」及其治理〉，《當代港澳研究》2014年第3輯，北京：社會科學文獻出版社，2015年。
  14. 2016年初的旺角騷亂是街頭抗爭暴力化的分水嶺和風向標，參見田飛龍：〈旺角暴亂的政策正義與拐點效應〉，香港《大公報》2016年2月16日。
  15. 曾任香港總督的衛奕信在2017年年初與黃之鋒的會面中批評泛民錯失香港普選機會，這一立場在歐美精英內部有廣泛的分享性和支持度，參見〈衛奕信批泛民令港人錯失普選〉，《東方日報》2017年2月12日。
  16. 參見田飛龍：〈政改闖關考驗香港民主品質〉，《中國評論》2015年6月號。

是：正是因為香港遲遲未能落實《基本法》第 23 條國安立法，導致香港分離傾向加重，外國勢力活動頻繁，國家安全出現漏洞；同時香港教育體系偏重人權教育和西方普適價值灌輸，未能有效落實「國民教育」，從而助長乃至於縱容了青年學生的激進反政府立場。當然，這並非意味着香港既有法例中不存在任何維護國家安全的規範性資源，比如《刑事罪行條例》、《官方機密條例》、《公安條例》等亦有相關罪名和刑責規定，但長期以來不起作用，主要原因在於：第一，既有條例中某些罪名（比如叛逆罪）長期不用，已無先例累積，普通法上的實效性存疑，而重啟相應罪名雖並非毫無可能，但與普通法邏輯和香港輿論環境之間必有衝突，法官一般會極其審慎處理；第二，香港司法高度獨立，因循普通法傳統，在價值觀和政治意識上與內地體制及國家安全利益高度隔離，其法治基礎無法或不自覺識別國家利益並加以制度性維護。當然，這正構成我們在後估中語境下反思香港法治基礎拓展深化的前提。

總體而言，後估中語境下的香港重建議題大體聚焦於兩個層次、三個主題：第一層次為核心層次，即政改與特首普選議題，這是香港重建議題的重中之重，政改失敗後不僅香港法治將遭受更嚴峻的社會運動與分離傾向的挑戰，而且香港社會的經濟競爭力與國際地位將大幅度削弱，有「二線城市化」之虞；<sup>17</sup> 第二層次為基礎層次，即國安立法與青年教育兩個主題，只有以適當形式完成國安立法才能卸載香港民主發展的「國家安全」負擔並獲取更寬鬆的普選框架，這一點在後估中語境下更為顯著，而青年教育則是更為基礎性的認同教育，<sup>18</sup> 涉及香港法治的政治與文化基礎重構。這些議題並非香港社會的新穎議題，而是回歸後一直存在並不斷發酵的典型議題，根結點

---

17. 筆者曾對此做過專門的分析，參見田飛龍：〈政改「原地踏步」恐令香港系統性倒退〉，《大公報》2015年1月7日。

18. 青年是未來政治世代，於估中運動已登上政治舞台，其政治觀念與行動邏輯將直接改變香港政治生態，參見田飛龍：〈香港青年的國民意識危機及其化解〉，《大公報》2015年6月8日。

在於「殖民主觀」和「回歸史觀」的深層次衝突及一國兩制框架內的政治信任危機與認同建構危機。<sup>19</sup> 香港社會有幸以法治兜底渡過佔中運動危機，但這裏的法治還主要是一種普通法自由主義的形式法治，<sup>20</sup> 是最低限度的地方性自治型法治，並未觸及香港法治深層次的政治與文化基礎問題，亦不能解決建構「回歸史觀」<sup>21</sup>、強化「中國公民」認同的政治憲法需求。對此深層次認同危機及香港法治的局限性，中央的《白皮書》試圖提出一種國家主義法理學解決方案，卻受到香港社會嚴重質疑和排斥，馬道立大法官亦在 2015 年典禮致辭中明確否定了白皮書的「法官愛國論」，顯示出兩種基本法法理學的規範性衝突。<sup>22</sup> 筆者曾據此提出建構一種超越普通法自由主義和國家主義二元對立格局的「共和主義共識型基本法法理學」的主張，並初步構劃了這一新法理學的原則性面向，可謂一種中道方案。<sup>23</sup>

因此，如何在馬道立法官的司法宣言與香港大律師公會的原則聲明基礎上進一步尋求深化香港法治的政治與文化基礎，適度突破「高度自治」的地方化乃至於分離主義陷阱，<sup>24</sup> 探索兩制適度融合與良性互動的體制機制，便成為一個嚴格的「法治基礎重建」命題。這裏的法治基礎重建，並非是對香港既有司法體系與法律文化的技術改造乃至顛覆，而是進行一種拓展性

- 
19. 關於史觀衝突的歷史解釋及認同危機的演化過程，參見田飛龍：〈香港普選之路：逸出法治的民主追求〉，《中國評論》2014 年 10 月號。
  20. 關於回歸以來普通法傳統對《香港基本法》實施的規範引導與塑造功能，香港大律師公會的羅沛然先生曾有較為精細和系統的研究，參見 Lo Pui Yin, *The Judicial Construction of Hong Kong's Basic Law: Courts, Politics and Society after 1997*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 2014; 亦可參見黃明濤：〈普通法傳統與香港基本法的實施〉，《法學評論》2015 年第 1 期。
  21. 參見田飛龍：〈香港急需構建回歸史觀〉，《環球時報》2015 年 5 月 30 日。
  22. 對白皮書的法理學背景分析，參見田飛龍：〈白皮書波瀾：央港關係的法治轉型與中國人史觀重建〉，《法治周末》2014 年 6 月 19 日。
  23. 參見田飛龍：〈基本法再教育重在凝聚法理學共識〉，《大公報》2014 年 12 月 17 日。
  24. 實際上，高度自治需要以高度認同為制約條件，否則很容易滑向分離主義，參見田飛龍：〈分離主義的幽靈〉，《新產經》2014 年第 10 期。

的思考，將《基本法》中儲存的「國家」價值定位與資源加以重新的理論化和實踐轉化，以深化香港既有法治體系的政治與文化基礎，使得香港法治提升至一種能夠更有效保護香港居民基本權利並增進其國家與憲法認同的合法性再生產機制的高度。本章即擬從特首普選、國安立法和青年教育三個基本層次展開討論，嘗試進行這種關於香港形式法治的拓展性思考，以進一步開闊治港思維上的國家主義和普通法自由主義之間的某種平衡思考路徑和政策場域。

## 特首普選：一場輸不起的政治博弈

特首普選是佔中運動的唯一議題，其他參與這場運動的訴求或力量均在這一議題名義下各自進行話語和策略鏈接，比如民生訴求、內地與本港矛盾、貧富與階層分化、青年就業與成長等。在特區政府按照全國人大常委會確定之政改「五步曲」程序開展政改諮詢過程中，實際上一直存在一種半游離、悖論性的反對派聲音與策略，即一方面有保留地參與政府的諮詢程序，另一方面則以超越法治的「公民抗命」<sup>25</sup>，乃至於「香港城邦論」<sup>26</sup>、「香港民族論」<sup>27</sup>加以體制外的批判和威懾。當然，特首普選所涉及的是香港政制發展的關鍵議題，本身之極端重要性不可否認，從法律上來看是《基本法》第45條規定的落實和附件一的修改，從政治上來看是現代中國框架內除台灣地區之外的民主普選個案，是華人民主發展的又一個里程碑。台灣1996年

---

25. 主要的啟動性文獻參見戴耀廷：〈公民抗命的最大殺傷力武器〉，《信報》2013年1月16日。

26. 「香港城邦論」是香港本土學者陳雲的杜撰，主張一種「極度自治論」，但還不是嚴格的港獨理論，參見陳雲：《香港城邦論》，香港：天窗出版社有限公司，2011年；《香港城邦論II：光復本土》，香港：天窗出版社有限公司，2014年。

27. 這主要是香港大學學生會《學苑》編輯委員會的主張，參見《學苑》編輯委員會：《香港民族論》，香港：香港大學學生會，2014年。該組織後來在特首點名批評後有更趨激進化的傾向。



實現普選，在港台民主對比中，香港其他的治理指標均名列前茅，唯有普選一項較為滯後，但港台在一國兩制的大框架中畢竟處於不同歷史環境和憲制地位，不可同日而語，只是普選作為香港人的集體進取目標卻已牢固確立。

佔中運動謝幕，特區政府在加快處理常規政務的同時，開始全力投入第二輪政改諮詢，正式啟動「政改五步曲」之第三步。第二輪諮詢自2015年1月7日開始，為期兩個月。在此期間，儘管有「鳩鳴」、「報佳音」等流動佔中零星對抗，甚至有反對派人士「激進化」的預測，但總體上相對平靜，政治各方已逐步走出佔中運動「原則對抗」的不妥協氛圍，開始就《基本法》與人大決定框架內的具體規則與技術安排展開商談。

這是香港政改博弈由「廣場」重新回到「議場」的良性轉機，也是香港社會法治權威與民意取向雙重作用的結果。「重回廣場」至少在短期內不再可能凝聚起足夠的議題熱度與運動能量，而少數激進勢力的「流動佔中」完全可以按照普通治安案件處理，已不能構成有分量的政治反對運動。在二次政改諮詢前後，香港大學法學院的陳文敏與陳弘毅兩位教授提出了各自的建議方案，有差異，亦有共同點，反映了香港本地法律學者對二次諮詢如何巧妙利用人大決定剩餘空間、充分引入民意、凝聚政改共識的「技術理性」。而懸隔原則對抗，聚焦技術理性，將成為二次政改諮詢的主旨與基調。但技術理性不可輕忽，其具體商談過程與結果方案對政改前途具有決定性作用。重溫政改闖關之前的這一過程，有助於我們在重啟政改議題及其未來進程中充分吸取教訓，抓住香港普選的歷史機遇。

## 從原則對抗到技術商談

政治是可能的藝術，也是妥協的藝術。香港佔中運動由「國際標準」引發，由「公民抗命」推進，<sup>28</sup> 經白皮書和 8·31 決定刺激升級，至民事禁制令執行與警方接力清場而告終。其間曾出現「光榮退場」的黃金時機：2014 年 10 月 21 日的首輪對話。然而，學聯在對話場內的「理性」最終讓步於回歸廣場之後的「感性」，在顯示學聯政治運動領導力不足、政治經驗匱乏的同時，也折射出廣場政治內在的不妥協氣質與理性轉型的精神困局。

持續了 79 天的佔中運動充分體現了一種不妥協的「原則對抗」。由於在堅持「公民提名」和撤回人大決定的原則立場上無法作出任何有意義的調整或軟化，以至於運動周期內的「第二次對話」遲遲無法開展，政府的「四點倡議」<sup>29</sup> 無法取代原則對抗而成為推動運動轉型的新基礎。實際上，隨着佔中運動參與人群的複雜化及佔領的多點展開，無論是佔中三子還是雙學，都已無法有效約束和組織真正理性化的廣場商談。整個佔中運動營造了一種誰也不敢輕易否定或觸碰的、近乎神聖化的「民主原則」，其直接而具體的內涵就是回到原初的「國際標準」和「公民提名」，其導致的直接廣場訴求也只能是撤回人大決定，無條件重啟政改。由於廣場的原則共識已然僵化，沒有任何組織或機制可予以更新，以至於雙方根本無法深入政改的「技術理性」層面探討具體的細節安排，無法實質性推進政改進程。這些廣場不妥協的局限性未必沒有被反對派所體驗和反思，運動後期如何退場亦成為反對派棘手的難題。於是，2014 年 12 月初的自首、絕食乃至於衝擊立法會的升

---

28. 內地一般稱為「公民不服從」，英文是 *civil disobedience*，這是一種古老、複雜但時有實踐表現的政治運動傳統，其基本文獻與理論主張可參考何懷宏編：《西方公民不服從的傳統》，長春：吉林人民出版社，2003 年。

29. 這是特區政府在 10 月 21 日對話中主動提出的推進政治和解與政改進步的建設性意見，其中就包括提交民情報告，筆者對此持積極評價態度，特區政府亦大體按照這一倡議框架開展後續工作，參見田飛龍：〈「四點倡議」實質開啟政改二次諮詢〉，《大公報》2014 年 10 月 25 日。