

關於《澳門特別行政區基本法》 第二十三條立法問題的憲政思考

龐嘉穎*

引言

《澳門特別行政區基本法》第二十三條立法草案經澳門特別行政區政府長久醞釀，於2008年10月22日公佈，並開始向公眾諮詢。在中華人民共和國恢復對澳門行使主權暨《澳門特別行政區基本法》實施將逾九年之際，《基本法》第二十三條立法工作呈現出此番進展，實應被給予正面評價。當年，因《基本法》第二十三條立法竟引發香港50萬人“七·一”大遊行，旋即將該立法置於鮮有人敢於動輒觸碰之境地……如今時過境遷，或不妨略作冷眼反思。若要直言不諱，則最為令人惋惜之處在於，原本單純作為憲制性法律問題的《基本法》第二十三條立法，在過往歲月中始終難逃紛繁政治博弈之羈絆。當然，這並非不可寬容，畢竟香港、澳門在“一國兩制”框架下的憲政之途尚處探索階段。不過，既然眼下澳門特區政府將此立法搬上議事日程，借此良機，將該問題重新置回憲政視域予以理性思考，確有必要。

一、《基本法》第二十三條立法缺位 或可觸及憲政危機

《澳門特別行政區基本法》第二十三條原文表述如下：“澳門特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為，禁止外國的政治性組織或團體在澳門特別行政區進行政治活動，禁止澳門特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫。”條文明確規定“澳門特別行政區應自行立法”。既使用了“應”，則表明特別行政區根據《基

* 澳門大學法學院公法學專業博士研究生

本法》第二十三條自行立法為一項剛性要求，並非無可無不可，而是非立不可。只是對於該立法之具體時機，條文未作明確規定，這也為日後《基本法》第二十三條立法之命運多舛埋下了隱患。

就具體時機問題而言，不同利益集團及個人基於不同角度之考量，其觀點自然見仁見智。但從憲政層面觀之，如特區對二十三條之自行立法遲遲不能付諸實際，則可能傷及特區憲政體制之穩健運作，甚至或可觸及特區憲政危機。對此，我們就第二十三條立法缺位可能帶來的後果作簡要分析。

後果一：特區司法審查權陷入權限困境

由於《基本法》第二十三條立法缺位，使得對於發生在澳門特別行政區境內的任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為，外國的政治性組織或團體在澳門特別行政區進行的政治活動以及澳門特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫之情形，澳門特區無相關立法予以限制及制裁。¹而一旦上述行為及情形危及國家統一或安全，並達至澳門特別行政區政府不能控制之程度，根據《澳門特別行政區基本法》第十八條規定²，全國人民代表大會常務委員會有權決定澳門特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律引入澳門特別行政區實施。

上述情形的邏輯如下：首先，因澳門特區缺乏相關立法，令到相關法律本應起到的對於發生在澳門境內的危及國家統一或安全的行為及情形之震懾作用不甚存在；進而，一旦在澳門境內發生危及國家統一或安全的行為及情形，司法機關則無相關本地法律依據得以對上述行為及情形予以制裁；再次，若要尋法律依據予以制裁，只可能在全

1. 在中華人民共和國恢復對澳門行使主權以前，澳門一直沿用葡萄牙《刑法典》中有關國家安全的法律規定。但在特區成立時，原來適用於澳門的葡萄牙相關法律不再生效，在維護國家安全方面形成法律真空。

2. 《澳門特別行政區基本法》第十八條第四款規定：在全國人民代表大會常務委員會決定宣布戰爭狀態或因澳門特別行政區內發生澳門特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定澳門特別行政區進入緊急狀態時，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在澳門特別行政區實施。

國人民代表大會常務委員會決定澳門特別行政區進入緊急狀態的情況下，適用中央人民政府發佈命令之在澳門特別行政區實施的有關全國性法律。

然而，一旦相關全國性法律在特別行政區實施，便有可能引出一個頗具爭議的憲制問題。這就不得不需要從1998年發生在香港的吳恭勳案說起。吳恭勳案的兩名被告因在1998年1月1日舉行的一場小規模遊行示威活動中公然展示遭嚴重破損和玷污的中國國旗和香港特別行政區區旗而被香港特區提起刑事訴訟。裁判法院根據《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》，以侮辱國旗及區旗的罪名判定被告有罪。而上訴法院以侮辱國旗及區旗的行為屬於公民表達自由的一部分為由，判定《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》中有關將侮辱國旗及區旗規定為犯罪的條款因違反《基本法》及《公民權利及政治權利國際公約》有關表達自由的規定而無效。儘管終審法院最終判定《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》中有關將侮辱國旗及區旗規定為犯罪的條款屬於對表達自由的合理限制，因而並未違反《基本法》及《公民權利及政治權利國際公約》³，然而該案件卻遺留下一個較為棘手的課題，即如若適用於特別行政區的全國人大或其常委會的某項立法確實與《基本法》發生抵觸，特區法院是否有權宣佈其無效？因為《基本法》第十八條第二款規定，“凡列於本法附件三的法律，由香港特別行政區在當地公佈或立法實施。”而《中華人民共和國國旗法》便是《基本法》附件三中標明在特別行政區實施的全國性法律之一。《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》是特別行政區依照《中華人民共和國國旗法》的自行立法。《國旗及國徽條例》和《區旗及區徽條例》中相關條款是否與《基本法》及《公民權利及政治權利國際公約》相抵觸的問題，實質是《中華人民共和國國旗法》的相關條款是否與《基本法》及《公民權利及政治權利國際公約》相抵觸的問題。而《中華人民共和國國旗法》實為全國人大常委會制定的法律。因此特區法院是否對適用於特區的某一由全國人大或其常委會制定的法律擁有司法審查權，則成為一個非常棘手的問題。可以想

3. 參閱HKSAR v. Ng Kung Siu & Another《香港法律彙報與摘錄》，1999年第1卷，第783頁；1999年第3卷，第907頁。

像，如若認定特區法院擁有此項權力，則特區法院勢必面臨其將自身權力凌駕於全國人大及其常委會的立法權力之上的責難；而如若認為特區法院無此項權力，那麼特區法院則有未能盡到保障《基本法》之義務之嫌。

那麼前述情況是否有可能發生在《基本法》第二十三條立法缺位的情況之下呢？理論上此種可能完全存在。因為續前所述，一旦全國人民代表大會常務委員會決定澳門特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府則可發佈命令使得相關全國性法律在澳門特別行政區實施。由於中華人民共和國內地與香港、澳門的社會、法律制度不同，各自加入之相關國際公約情況各異，對於“國家安全”及人權保護標準等問題的界定尚存分歧，適用於特別行政區的相關全國性法律的相關條款或可與《基本法》及《公民權利及政治權利國際公約》相抵觸。在進入司法程序之後，特區法院將很有可能面臨行使其司法審查權的權限困境。倘真如此，則考驗特區法院及中央權力機構智慧與化解危機之能力的時刻大抵將不期而至。

後果二：全國人大常委會因進行立法解釋而引發爭議

基於上述困境，中央及特區政府有可能未雨綢繆，盡量避免新增相關全國性法律在特區適用；或發生在澳門境內的危及國家統一或安全的行為及情形並未達至令澳門特別行政區政府不能控制之程度，因而並未進入到全國人大常委會宣佈特區進入緊急狀態之步驟，進而並不存在適用相關全國性法律之情形。此兩種狀況都使得中央及特區政府繼續將焦點置於盡快促成特區就《基本法》第二十三條的自行立法。

較為溫和且行之有效的途徑即由特區政府向中央提出由全國人大常委會對《基本法》第二十三條予以釋法之要求，甚或全國人大常委會主動對《基本法》第二十三條進行立法解釋，令第二十三條中諸如立法時間等具體問題得到更為明確、硬性的補充規定，從而起到以憲制性文件為依憑，敦促特區迅速自行立法之目的。

就《基本法》解釋問題而言，全國人大常委會至今尚未對《澳門特別行政區基本法》進行過任何解釋，但就《香港特別行政區基本法》則有過三次釋法經歷。第一次為1999年6月全國人大常委會應特區政府請求對《基本法》第二十二條第四款和第二十四條有關“居留

權”問題的立法原意做出解釋；第二次為2004年4月人大常委會就香港政治改革與發展問題對《基本法》附件一第七條和附件二第三條進行解釋；第三次則為2005年4月人大常委會就行政長官的任期問題因應時任香港特別行政區署理行政長官曾蔭權請求對《基本法》第五十三條作出相應解釋。儘管三次釋法引發的輿論反響不盡相同，並且包括香港在內的社會各界對於人大常委會釋法的態度在某種程度上呈現出逐漸達成一定共識的趨勢，但全國人大常委會的釋法行為始終是一個存在爭議的敏感問題。

爭議的根源大抵已老生常談：內地具有中國特色的政治體制令全國人大居於至高無上的地位，它既是立法機構又是國家的最高權力機關。國家的行政機關、檢察機關以及審判機關皆由人大任命並對人大負責。司法機關不享有違憲審查權。與此同時，全國人大常委會享有立法解釋權，它是指立法機關對法律規範及概念、術語所作的說明或補充規定。⁴立法解釋與案件審理之間不構成必然聯繫。

而在“一國兩制”下的特別行政區實行的是一種類似西方三權分立的憲政體制，法律解釋通常體現為司法解釋，法院在審理案件中對相關法律作出解釋的權力連同法院的司法審查權都旨在對立法機關的權力形成制衡。而那種由立法機關做出的對其過往制定的法律作出進一步說明甚至補充的行為，則被視為“法律修改”。尤其是在無訴訟情況下，全國人大常委會對《基本法》相關條款作出解釋，極為容易令特區方面將全國人大常委會的釋法行為理解為變相修改《基本法》。而《基本法》的解釋與修改所需遵循的程序又不盡相同⁵，因此導致特區方面產生其“自治”與“法治”可能遭到侵犯之憂慮。

在這種情況下，儘管深究《香港特別行政區基本法》第一百五十八條以及《澳門特別行政區基本法》第一百四十三條，全國人大常委會無論在有無訴訟的情況下，對有關中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款均具有解釋權⁶，然而在現有條件

4. 李偉民主編《法學辭源》，中國工人出版社，1994年，第310頁。

5. 參見《澳門特別行政區基本法》第一百四十三條及第一百四十四條的相關規定。

6. 具體論述見拙作“簡析‘一國兩制’情境下的憲治與政治——談全國人大常委會釋法緣由”，載於《澳門研究》第26期。

下，中央方面仍需高度克制，盡其所能對《基本法》慎用立法解釋權，避免引發此等涉及憲制層面的爭議。當然，高度克制並非中央單方面的義務，亦需特區充分配合。這種配合的最基本表現形式便是特別行政區嚴格依照《基本法》行事，堅持“一國”與“兩制”相互協調的根本原則。

反觀二十三條立法問題，既然特別行政區對《基本法》第二十三條自行立法為一憲制性剛性要求無可爭論，那麼較之於全國人大常委會對二十三條施以立法解釋，特別行政區選擇及早就《基本法》第二十三條自行立法，顯然是更有利於特區方面居於主動地位的明智之舉。

二、保障特區居民基本權利 與自由之責應訴諸司法審查權

一直以來，對《基本法》第二十三條立法持懷疑觀點的人士因有恐該項立法的某些條款可能侵犯特別行政區居民的基本權利與自由，而對第二十三條立法始終抱消極態度。從法理學角度論之，一項立法的合法性問題包含程序合法與實質合法兩個層面。就程序合法而言，需考量立法機構本身實體是否合法以及法律制訂過程是否遵循合法的程序；而實質合法則要求所制訂之法律的內容不與憲法及憲法性原則相抵觸。特別行政區對《基本法》第二十三條自行立法本身的法律依據即為特區憲法性文件之《基本法》，同時《基本法》亦明確規定了對於特區居民基本權利與自由的保障。⁷法案須經由特區政府草擬，而後向公眾諮詢，經立法會討論，最終由立法會全體議員過半數通過。除非特別行政區政府及立法會本身實體不合法，或者制定法律不符合法定程序，又或法律內容違背《基本法》規定的相關內容與原則，否則沒有理由推斷第二十三條立法將侵犯特區居民的基本權利與自由。

事實上，這還遠非問題的實質。須知，對於某項立法是否可能侵犯公民基本權利與自由的憂慮並非專屬於《基本法》第二十三條立法，亦非專屬於“一國兩制”框架下的自治地方。應該說，國家權力

7. 參見《澳門特別行政區基本法》第三章。

與公民權利之間的博弈貫穿於整個憲政史。從某種程度上講，憲政的核心即為限制國家權力，是把政府（此處提及之“政府”為大政府概念）置於能受制約的法律機制中，以防止政府對公民權利的侵犯。就是說，國家權力的本性便是具有侵犯性的。18世紀80年代的美國制憲者們清楚地認識到人性的缺點及政府的弊病，“……如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使統治人，就不需要對政府有任何外來的或內在的控制了。”⁸20世紀60年代興起的公共選擇理論同樣論證了政府的利己性，認為政府存在著一種“利維坦”傾向。⁹憲政設計即是通過兩個層面實現對於國家權力的限制：一是通過憲法規制國家權力；二是通過分權實現國家權力之間的制衡。

在國家權力的制衡機制中，司法獨立以及司法審查權則至關重要。麥基爾在考查英國憲政史的基礎上得出的結論是：憲政的實質是政府的治理權和法院的審判權的平衡問題。¹⁰漢密爾頓既強調司法獨立，又重視司法權對於行政、立法權的制約作用。他認為，在三權分立體制下，司法部門是三部門中最脆弱的一個部門，為了在三權中實現權力平衡與制約，應當使司法機構掌有司法審查權，使得法院有權宣佈一切違反憲法的法案無效。司法審查並不是使司法權優越於立法權，而只是說當議會在其通過的法案中所表現的意志與人民在憲法中所表現的意志相衝突時，並不是以議員們的意志為準。¹¹如果將憲法比作一份協定，則協定的雙方則分別是政府與人民，而法院則是協議履行的監督者和爭端發生時的裁決者。

不僅如此，伊利進而認為，司法審查可以彌補政治失靈的情形。政治失靈“通常發生在政治程序不值得信賴時”¹²，如同市場失靈不

8. [美] 麥基文著，翟小波譯《憲政古今》，貴州人民出版社，2004年，第264頁。引自翁子明“司法獨立的悖論”，載於《嶺南學刊》，2007年，第4期。

9. [美] 布倫南、布坎南著，馮克利、魏志梅譯《徵稅權：財政憲法的分析基礎》，中國社會科學出版社，2004年。引自翁子明“司法獨立的悖論”，載於《嶺南學刊》，2007年，第4期。

10. 翁子明“司法獨立的悖論”，載於《嶺南學刊》，2007年，第4期。

11. 參閱 [美] 漢密爾頓等著《聯邦黨人文集》，商務印書館，1982年，第264頁。

12. 丁煌著《西方行政學說史》，武漢大學出版社，1999年，第104頁。引自翁子明“司法獨立的悖論”，載於《嶺南學刊》，2007年，第4期。

能指望市場本身的力量加以糾正一樣，政治失靈也不能依賴政治（代議制）自身加以糾正。當政治失靈時，需要而且只能由地位獨立的局外人才能解決，這個局外人就是法官。“經任命產生的法官，是我們政治體制的局外人，他們很少需要考慮繼續任職的問題。……這將他們置於一個能客觀地接觸爭議的位置。”¹³沃爾夫也認為，政治程序存在“自我糾正”功能喪失的情況，例如，“當立法權分配制度出現濫用時，立法中的多數可能只是代表了人民中的少數人。這是這個程序實現自我糾正的最大障礙。”¹⁴因此，“當普通的政治程序在某種程度上出現腐敗時，這種糾正就只能來自這個程序的外部。”¹⁵司法獨立與司法審查的意義在此得到了充分體現。

簡言之，一套運作正常的憲政機制本身便應具備制約權力的功能以及發揮權力運作過程中的糾錯功能。具體到一項立法是否可能造成國家權力的濫用、令公民權利遭到侵犯，最終將交由司法權而非任何其他力量予以裁決，這正是司法權的憲政功能。面對《基本法》第二十三條立法問題，成熟的公民社會不應憑藉民意的猜測或推論，因憂慮公民的權利與自由可能遭到侵犯而採取回避或拖延立法的方式。因為理論上並不存在一種絕對的保障，得以確保一項立法不會出現違憲的情形，但司法審查權確實能夠糾正可能出現的違憲情形，此為公民基本權利與自由的最終保障形式。

對於當前澳門特別行政區法院是否享有司法審查權的問題，《澳門特別行政區基本法》未有明確表述。但在法律解釋方面，《基本法》第一百四十三條第二款規定：“全國人民代表大會常務委員會授權澳門特別行政區法院在審理案件時對本法關於澳門特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。”第三款規定：“澳門特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如澳門特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和澳門特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，

13. 同注12。

14. [英] 溫加斯特著，楊松譯“憲政與承諾：17世紀英國公共選擇治理制度的變遷”，載於《比較》第六輯。引自翁子明“司法獨立的悖論”，載於《嶺南學刊》，2007年，第4期。

15. 同注14。

在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由澳門特別行政區終審法院提請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，澳門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。”筆者認為，澳門特區法院是擁有部分司法審查權的。一方面，在涉及《基本法》有關特區自治範圍內的條款時，特區法院在審理案件過程中有權自行予以解釋，以判定相關法律或行政行為是否違反《基本法》；另一方面，當涉及中央人民政府管理的事務或中央和澳門特別行政區關係的條款時，首先特區初級法院及中級法院仍可以根據其對《基本法》相關條款的理解作出相應的判決，其次在作出終審判決以前，由終審法院提請全國人大常委會對相關條款作出解釋，而後裁定某一法律或行政行為是否違反該條款的權限仍屬於終審法院，只不過其判決的依據來源於全國人大常委會的解釋。

此外，在司法獨立方面，《基本法》對特區獨立司法予以了肯定，第八十三條規定：“澳門特別行政區法院獨立進行審判，祇服從法律，不受任何干涉。”第八十九條規定：“法官在任職期間，不得兼任其他公職或任何私人職務，也不得在政治性團體中擔任任何職務。”在法官的任期方面，《基本法》未確立法官終身制，但對於法官的免職作了較為嚴格的限定。第八十七條第二款規定：“法官祇有在無力履行其職責或行為與其所任職務不相稱的情況下，行政長官才可根據終審法院院長任命的不少於三名當地法官組成的審議庭的建議，予以免職。”第三款規定：“終審法院法官的免職由行政長官根據澳門特別行政區立法會議員組成的審議委員會的建議決定。”上述條款可以作這樣的理解，即當包括終審法院法官在內的澳門特區各級法院的法官具備履行其職責的能力且未作出與其所任職務不相稱的行為時，包括行政長官在內的行政機關及立法機關並無權限對法院法官予以免職。因此，理論上此等免職並不會對法官正常獨立履行職責及行使審判權構成影響。

綜合上述情形，澳門社會有理由對未來特區司法獨立以及司法審查權的行使抱有審慎的信心。因為《基本法》本身為此搭建了一個基本的框架，而日後制度的具體建構與發展則將因應社會各界對於該問

題的認知以及相應的司法實踐進展。從美國建立司法審查制度的經驗觀之，“被一些學者當作人類理性的制度設計之典範之一的美國憲法本身就沒有明文規定司法審查制度。”¹⁶1803年的“馬伯里訴麥迪遜一案中也僅僅是“發生了司法審查事件……一直到1857年，在聲名狼藉的德里德·斯考特一案中，聯邦最高法院才再一次審查並否決了國會立法……只是到此時，司法審查作為一個制度、一個原則才真正確立。”¹⁷就是說，制度的確立並非一蹴而就，並且還要與社會政治生態內部的運作與需求為前提條件。依筆者之見，“一國兩制”框架下的特別行政區恰恰是存在對於司法審查制度的需求的。因為特區以行政為主導的政治體制極易令特區居民對行政權力的強勢產生憂慮，在這種情況下，司法獨立與司法審查制度便是被特區居民視為保障其權利與自由的關鍵要素了。而只要這種司法獨立及這一司法審查權的行使能夠嚴格做到不與《基本法》及其所體現的精神相抵觸，便理應不會對“一國兩制”下的“一國”原則造成衝擊。

三、憲政與民主思辨

在質疑《基本法》第二十三條立法的聲音中，一個較為流行的觀點認為，必先要有一個民主的政府，才能充分反映特區民眾的意見，方可保證立法不侵犯特區居民的基本權利和自由。筆者認為，這一見解有待商榷。

首先，我們需要釐清何謂“對於權利與自由的侵犯”。古典自由主義的重構者哈耶克在論及“強制”概念時曾用“另一些說法來界定‘強制’，例如：‘對合法期望的干涉’、‘對權利的侵犯’或‘專斷的干涉’等等。”¹⁸我們姑且認為構成對於權利與自由的侵犯的行為（或立法）可以稱作強制行為（或立法）。進而，哈耶

16. 朱蘇力“制度是如何形成的？——關於馬伯里訴麥迪遜案的故事”，載於《比較法研究》，1998年第1期。

17. 同注16。

18. [英]哈耶克著、鄧正來譯《自有秩序原理》（上），生活讀書新知三聯書店，1997年，第172頁。

克對於兩個至關重要的詞語進行了區分，“英語為我們提供了兩個詞，可以使我們對其做出必要的界分：我們可以說我們因環境或情勢所迫而做出某些事情，但是這不是‘強制’（coerced），而是‘迫使’（compel）……”¹⁹“當一個人被迫採取行動以服務於另一個人的意志，亦即實現他人的目的而不是自己的目的時，便構成‘強制’。”²⁰我們一度面臨的情形在於簡單泛化了“強制”概念，混淆了“強制”與“迫使”的差異。“一如自由概念的情形那般，強制這一概念的外延也由於被不斷擴大，而幾乎喪失了任何價值。眾所周知，自由由於被界定得太過寬泛，而竟然成了人們不可能達至的狀態，與此同時，人們也可以通過把強制界定得極為寬泛，而使其變成一種無所不包且不可避免的現象。”²¹

進而，放寬“強制”概念又與忽視自由與責任的互制相關聯。人們認識不到責任在很大程度上便是“迫使”。“此一概念（指責任）的重要意義遠遠超出了強制的範圍，而且它所具有的最為重要的意義很可能在於它在引導人們進行自由決策時所發揮的作用。一個自由的社會很可能會比其他任何形式的社會都更要求做到下述兩點：一是人的行動應當為責任感所引導……；二是一般性輿論應當讚賞並弘揚責任觀念，亦即個人應當被視為對其努力的成敗負有責任的觀念。當人們被允許按照他們自視為合適的方式行事的時候，他們也就必須被認為對其努力的結果負有責任。”²²

很顯然，拒絕某項維護國家安全與統一的立法，實際上是個人推托責任，而過於寬泛地追求自由。其極端表現形式便是走向無政府狀態，儘管這看似危言聳聽。假使維護國家安全與統一將導致侵犯個人權利和自由，意即其實質是一種強制，那麼公民維護國家的安全與統一帶來的便是一種不利己只利他的後果。倘若如此，便等於否認了國家的安全與統一的公共利益屬性。很大程度上，為了公共利益的實現而為（或不為）某些事情，便是“因環境或情勢所迫而做出某些事

19. 同注18，第163頁。

20. 同注18，第164頁。

21. 同注18，第171頁。

22. 同注18，第89頁。

情”，即是一種“迫使”而非“強制”，是責任的履行，並不帶來對於權利和自由的侵犯。

當然，反對者的立場可能如下：維護國家安全與統一的立法本身或許並不會帶來對於公民基本權利和自由的侵犯，但前提是這一立法所限制的權利和自由與它所保護的國家安全與統一是否控制在一個符合比例原則的範圍內，而又應該由誰來判定這一比例恰如其分？持主張“先民主後立法”之觀點者顯然認為，判定之權在於民意。這似乎恰恰觸及了問題的關節，因為支撐這一觀點背後的價值標準在於：民主即代表實質的社會正義。如果進一步延伸，這一問題則轉化為：現代國家或政治共同體的合法性基礎在於憲政抑或在於民主？

憲政與民主既存在關聯，又絕非能夠混為一談。簡言之，憲政強調的是國家權力的限度；而民主則強調國家權力的來源。憲政是一套體系，包含一系列要素：法治原則、權力的分立與制衡、民主原則、司法獨立以及公民基本權利和自由的保障等。通過這套體系，最終達至限制國家權力，保障公民的權利和自由。

憲政與民主之間的關係有其一脈相承的一面，但又存在著不協調的情形。其根源在於，“憲政意味著一切權力都立基於下述認識，即必須根據為人們所共同接受的原則行使權力，被授予權力的人士須選舉產生，然而選舉他們的理由乃是人們認為他們極可能做正確的事情，而不是為了使他們的所作所為成為“應當正確”的事情。”²³然而，實踐中卻往往出現下述情況：由於“民主政府強調多數原則，國家便可以通過多數，以憲法的手段來獲取憲法原本並打算授予國家的權力。”²⁴易言之，正是受到唯理主義的影響，認為完全理性的人可以通過理性設計而實現“社會正義”，即認為民主形式本身自然能夠做出“應當正確”的選擇，從而認可了民主決策的“程序正義”，並將這種“程序正義”凌駕於憲政所追求的“實質正義”之上。

23. 同注18，第228頁。

24. 李安平“法治國家的正當性及其職能——哈耶克的古典自由主義國家觀”，載於《廊坊師範學院學報》，2007年2月。

眾所周知，民主的原初含義是指多數人統治。然而由於人民直接參與的民主只能在人少地狹的城邦制國家存在，代議制民主這一間接民主形式應運而生。不僅如此，直接民主存在顯著弊端：因其在程序上缺乏自我糾正機制而往往導致“多數暴政”。然而，代議制民主亦遠非理想中的那般可靠：“代議民主中客觀存在著委託-代理關係。由於激勵不相容、信息不對稱、權責不對等，代理人容易採取追求自身利益的行為，被代理人為代理人支付代理成本，從而產生如下弊端：一是權力變異……代議人士變成國家主人，採取少數精英統治方式……；二是腐敗滋生，效率低下，損害公共利益；三是內部人控制問題，導致‘階級立法的危險’；四是公民政治參與率低，參政熱情不高。”²⁵簡言之，儘管許多優化民主的機制被不斷發明，但迄今為止民主政治本身仍不能確保實現實質正義。除非現代國家或政治共同體的合法性基礎來源於程序正義這一觀點被給予認可，否則民主就很難成為現代國家或政治共同體的合法性基礎。

至關重要的問題在於，如何理解憲政所追求的“實質正義”？毋庸置疑，憲政的前提是依憲法而治，但立憲背後亦由某種公認的價值標準所支撐，一個社會對於這種價值標準的認同，即是這一社會所孕育的憲政的“實質正義”。對此，筆者自覺可從哈耶克的“一般規則”理論與哈特的“最終承認規則”理論中汲取啓示。此兩種理論皆有複雜論述，在此只作簡單概括。“哈耶克認為，法治中的一般規則，就是法治之法，它是一項元法律，它沒有具體的實質性內容，只具有對所有具體法律作出明確規定的抽象性特徵。在不同的時期它具有不同的內容，並且可以逐漸改變。……它都必須符合四個特徵：第一，法（即法治之法）應該是一些禁止性的或否定性的規則；第二，法必須適用於不確定的未來情勢，也就是法律面前人人平等……；第三，法為個人提供一個私人領域……；第四，法條之間能夠滿足一般化的或普遍化的標準以及相互和諧。”²⁶依照哈耶克的脈絡，自由主義該是現代國家最為重要的一般規則。而哈特的“最終承認規則”的核心思想則是，任何法律制度中都存在一個最終權威，賦予該法律制

25. 馮家亮“代議制度之憲政品格”，載於《人大研究》，2005年第6期。

26. 同注24。

度的所有規則以法律效力。例如，英國法律制度中的最終承認規則為“凡經女王與國會制定者皆為法律”。²⁷

現在，我們終於可以將話題回溯至《基本法》第二十三條立法。如果那種認為“必先要有一個民主的政府，才能充分反映特區民眾的意見，方可保證立法不侵犯特區居民的基本權利和自由”²⁸的觀點能夠成立，便意味著民主而非以《基本法》為主導的憲政成為了特別行政區的合法性基礎。這至少與上文的相關論點相矛盾。如若認可以《基本法》為主導的憲政是為特別行政區的合法性基礎的話，那麼進而又是甚麼可以成為《基本法》為主導的特別行政區憲政所追求的“實質正義”？透徹論之，因為反對《基本法》第二十三條立法的人士真正質疑的其實是《基本法》本身的“合正義性”。必須找出特區憲政所追求的“實質正義”，才能從根本上化解質疑。

筆者認為，“一國兩制”、“澳人治澳”及“五十年不變”等特殊憲法原則正是支撐《基本法》背後的價值標準，亦是特區憲政的“實質正義”。從哈耶克的“一般規則”角度論之，儘管自由主義是實施憲政的現代國家或政治共同體的最基本價值依托，但它不能涵蓋“一國兩制”下特別行政區作為地方自治區域這一特殊身份的實際情況，自由主義本身並不能成為《基本法》的立憲根據。而恰恰是“一國兩制”、“澳人治澳”及“五十年不變”等特殊憲法原則才造就了《基本法》第二十三條要求特別行政區就國家安全與統一的相關問題自行立法這特殊設計及規定。而從哈特的“最終承認規則”角度考查，結論仍然是上述幾點特殊憲法原則。²⁹

歸根結底，以民主問題為藉口推延第二十三條立法，造成法律的缺位，其實質是動搖憲政之最基本的法治基礎，其結果既損害特別行政區的憲政發展，又不能為特區民主進程帶來任何益處。

27. 參閱於興中“香港法律中的‘最終承認規則’：歷史與前景”，載於《香港社會科學學報》，第22期，2002年。

28. 事實上，此觀點還牽扯到一個大前提是否成立的問題，即當前特別行政區政府是否非民主政府，是否唯有一人一票選舉行政長官及立法會議員方才稱之為民主政府？筆者對此並不認同，但因篇幅原因，此文對此暫不做論述。

29. 詳細論述可參見拙作“現代性與後殖民語境交織下的香港憲政文化探析”，載於《碩士論文集3》，澳門大學法學院，2007年，第273-276頁。

結語

誠如本文開篇所談及的，“最為令人惋惜之處在於，原本單純作為憲制性法律問題的《基本法》第二十三條立法，在過往歲月中始終難逃紛繁政治博弈之羈絆。”如若我們的社會始終難以令法律的問題從政治的問題中解脫出來，那麼我們社會本身的前行便是有限的。從憲政領域對《基本法》第二十三條立法進行深度思考，意在為公民社會的相關認知提供某種參考。在現代國家治理理論中，如何平衡政府權力與公民權利，是一個極具現實意義的難題。此次有關國家安全方面的立法恰好觸及到了該問題。不過，面對問題即是面對考驗，只有經受考驗而不可迴避考驗。從各個角度而言，國家安全立法都是不可避免的。那種認為因尚未出現重大危害國家安全的事件因而立法不具有緊迫性的觀點，是混淆了問題的實然層面與應然層面。更何況，就國家安全問題而言，現實的威脅與潛在的威脅皆為國家所要處理的問題。正所謂“樹欲靜，而風不止”。則“人無遠慮，必有近憂”矣。

