

《基本法》第四十五、六十八條及附件一、二：

政制發展

(香港大律師公會的意見)

1. 行政長官成立了一個「政制發展專責小組」。專責小組的工作已在二零零四年一月十四日向立法會提交的文件中略述。該文件名為「政制發展專責小組」，並已給廣為傳閱。
2. 根據文件第三段所述，專責小組的工作有三。第一是研究《基本法》以探討「《基本法》中有關政治體制發展的原則和程序」；第二是徵詢「中央有關部門」的意見；第三是「聽取公眾就有關問題發表的意見」。
3. 專責小組主要集中處理的問題已於文件附錄列明，問題可分為兩類：立法程序及相關的法律問題。
4. 關於「立法程序」的問題包括：
  - (a) 對《基本法》附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法的修改當用甚麼方式處理
  - (b) 如採用附件一和附件二所規定的修改程序，是否無須援引《基本法》第一百五十九條的規定

(c) 有關修改行政長官及立法會產生辦法的啓動

5. 「相關的法律問題」包括:

(a) 附件二所規定的第三屆立法會產生辦法是否適用於第四屆及其後各屆的立法會

(b) 「二零零七年以後」應如何理解

6. 專責小組其後將它欲尋求公眾意見的原則及法律程序問題以提問方式表述。該等問題見於小組網站 (<http://www.info.gov.hk/cab/cab-review/>) 及報章廣告。

#### 徵詢／聽取意見

7. 香港大律師公會注意到專責小組文件列出其中兩項工作為「徵詢」中央有關部門的意見及「聽取」公眾的意見。

8. 徵詢表示認真尋求意見及認真考慮回覆的意見。這代表徵詢一方向被徵詢一方提供足夠資料並給予充裕時間供其作出有建設性的回應。只有在被徵詢一方獲得關於提出徵詢一方的建議的足夠詳實和經深思熟慮的資料和見解的情況下，其意見才會有建設性。

9. 「聽取」意味著較小的舉動，是被動的行爲。聽取意見的人不會承諾會提供資料或認真考慮所得意見。沒有相關資料，陳述便欠缺焦點，幫助亦因此不大。沒有承諾會認真考慮所得意見，則使公眾缺乏實質的誘因去參與「聽取」的過程。
10. 公會認為專責小組需說明向中央「徵詢」意見及「聽取」本地意見兩個方向是否有任何分別。
11. 如兩者有分別，應加以解釋。公會認為，專責小組沒理由視香港市民意見不夠中央有關部門的意見寶貴或重要，因為香港特別行政區政制發展對兩者都有利害關係。
12. 公會認為，在「徵詢／聽取」活動開始時訂立清晰的準則有明顯的好處。而公會亦理解到香港特區政府就「公眾諮詢」工作本身有內部指引。
13. 這些指引已在二零零三年尾向立法會政制事務委員會提交的文件(立法會文件編號: CB(2)337/03-04(02))中向立法會解釋。專責小組應明確表明指引是否適用於這次的「徵詢／聽取」。如否，小組應說明原因並解釋現正採用

的指引。

14. 如指引適用，公會認為有關指引應加以修改以符合現時之用。公會留意到去年向立法會解釋的指引並無訂立最短諮詢期的要求。公會極希望有關當局能在這方面設定時限，鼓勵公眾在充足時間下提供明確的意見。
15. 公會亦察覺到專責小組並無就一些特定的議題，發表代表專責小組看法的建議，及邀請公眾發表意見。
16. 公會明白諮詢／聽取的過程中將涉及一些因相關的憲制責任而最終不容有多過一個選擇的法律問題。公會希望當專責小組就有關問題獲得初步意見時向公眾交待，這樣才可就有關建議提供詳盡的意見，尤其是法律意見。  
這份列有各項意見的文件應是清晰、精確及易於取閱的。

#### 基本原則：《基本法》的解釋

17. 《基本法》是具有法律效力的憲制文件，因此它需像一份法律文件般解釋。

18. 《基本法》第一百五十八條賦予全國人民代表大會常務委員會（下稱「全國人大常委會」）解釋《基本法》的權力，並授權香港特別行政區法院在特定情況下可以解釋《基本法》。這是一種作出有約束力，以致影響權利和義務的解釋的權力。

19. 《基本法》並無規限在其他需要解釋《基本法》的時候的解釋權。立法會議員、公務員、執法機關及公眾人士都同樣受《基本法》約束，並必須在涉及他們本身或第三者的行為而有需要時對它加以解釋。至於對解釋權的專業意見，可由政府律師、法律學者、大律師及律師提供，但這些意見對任何人都沒有約束力，最少對所有法院如是。

### 法律問題

《基本法》第四十五條及附件一（下稱「第四十五條」及「附件一」）

**門檻問題 — 《基本法》附件一第七段中「二零零七年以後各任行政長官」應否被理解為包括二零零七年**

20. 假設第二任（即現任）行政長官的五年任期在二零零七年六月三十日完成，公會認為即使第三任行政長官的任期在二零零七年七月一日開始，附

件一第七段是容許修改第三任行政長官的產生辦法的。

21. 香港大律師公會理解到附件一第七段中英文文本間存有含糊。中文版以「二零零七年」起首，可能因此有了強調的感覺，而英文版則似是強調二零零七年「以後各任」。
22. 中文文本本身也存有含糊，可將它理解為包括由二零零七年開始的任期，或只包括二零零七年以後才開始的任期。
23. 公會相信第四十五條的解釋原則可解決這問題。行政長官的產生辦法的「最終目標」是由一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名後普選產生，當中說明產生辦法是根據「循序漸進的原則」而規定。如附件一第七段有含糊，出現兩個可能的解釋，但其中一個解釋有助向最終目標邁進，而另一解釋卻沒有，當局應選取不會對達到目標構成不必要阻礙的解釋。
24. 公會認為其所持的解釋與姬鵬飛主任於一九九零年三月廿八日代表基本法起草委員會向全國人大會議所作的說明不謀而合。

## 諮詢中央

25. 公會認為，人們雖可爭辯就附件一第七段修改行政長官的產生辦法不用諮詢中央，但這論點實不可取。

26. 公會認為這論點實不可取的原因很簡單。全國人大常委會有實質權力批准行政長官產生辦法的修改。如需要公眾就修改產生辦法一事達致共識，把已通過的修改向全國人大常委會報告，那時才知悉該修改是全國人大常委會不會批准的，實是費時失事的做法。不過，公會認為產生辦法的修改訴求及建議，必須源自香港特別行政區。

## 實施問題

27. 公會認為根據附件一第七段修改行政長官的產生辦法並不是引用《基本法》第一百五十九條對《基本法》條文的修改。這修改最多是對附件一本身作出修改。被修改的是附件一第七段所提述的行政長官產生辦法，改動是遵照第四十五條（其訂明行政長官產生的具體辦法由附件一規定）及附件一第七段（此乃附件一中的特別條文，規定了所列的產生辦法的修改）的規定，發展香港特別行政區政制。

28. 另外，公會覺得在修改的需要得到確立後，修改便經由附件一第七段所列的一連串步驟實行。第一步要得到立法會通過對行政長官產生辦法進行修改。根據附件一第七段，決議必須經立法會全體議員三分之二多數通過，故此不適用附件二第二部份所列要視乎議案是由政府或由立法會議員提出而採用不同的投票方式的條文。下一步是行政長官同意已被立法會通過的決議，再代表香港特別行政區將兩項決定向全國人大常委會報告，等候批准。然後由全國人大常委會採用其本身的程序考慮是否批准產生行政長官的新辦法。如獲批准，新辦法便有法律效力。雖然《基本法》沒有任何條文說明行政長官產生辦法的修改應如何實行，公會認為其應透過相關香港特別行政區選舉法的附帶修改實行，包括《行政長官選舉條例》（香港法例第 569 章）。這只是程序上的問題，因屆時新的產生辦法將對香港特別行政區包括立法會及行政長官有約束力。

### **處理僵局及日後發展的問題**

29. 公會認為假若有關人士就第三任行政長官的產生辦法有爭拗以致修改過程陷入僵局，附件一第二至五段所規定的產生辦法在憲法上仍然有效。

30. 公會認為附件一第七段是一項可持續運用的條文，用以決定行政長官產生辦法的修改。換言之，這並非一項一次性的條文，而是可供多次援引以發展香港特別行政區行政長官的產生辦法，這發展是根據第四十五條而行的（其訂明有關行政長官產生辦法的發展的最終目標是由一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名後普選產生）。

《基本法》第六十八條及附件二（下稱「第六十八條」及「附件二」）

**諮詢中央**

31. 大律師公會認為附件一第七段(其訂明經香港特別行政區所通過及同意對行政長官產生辦法之修改，須報全國人大常委會*批准*)及附件二第三部份（其訂明對附件二的規定所作出之修改須報全國人大常委會*備案*）應予以區別。
32. 就前者而言，修改須得全國人大常委會批准才具法律效力；於後者來說，修改經規定的立法會議員多數通過及行政長官同意即具法律效力。
33. 此外，公會注意到將對附件二之修改報告中央備案的程序並無包含全國人

大常委會發回有關決定（及使它立即失效）的機制，而《基本法》第十七條則就香港特別行政區立法機關所制定的法律特別訂明此機制。

34. 由於全國人大常委會只能以《基本法》第十七條所載「不符合本法關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關係的條款」這特定和有限的理據採取行動，因此，雖然對附件二之修改或須經香港特別行政區立法機關就某些法例制定修訂條例才得以實施，如《立法會條例》（第 542 章），而修訂條例受《基本法》第十七條的報告備案、發回及失效機制管制，但第十七條的程序並非附件二第三部份的附加程序。

35. 第六十八條規定香港特別行政區立法會由選舉產生。公會認為以上分析為有力論據，支持對附件二之修改能在香港特別行政區完成，而香港特別行政區無須，亦無責任就此議題諮詢中央。

## **實施問題**

36. 公會認為，為了制定第四屆立法會的產生辦法而對附件二的修改並不屬於《基本法》第一百五十九條所述對《基本法》條文的修改。

37. 修改只是因應香港特別行政區政制發展，根據第六十八條（其訂明立法會產生的具體辦法由附件二所規定）及附件二第三部份（其為附件二中用以規定對該附件所載之立法會產生辦法的修改程序的特定條文）對附件二第一部份所載之立法會產生辦法作出的修訂。
38. 另公會認為在修改必要得以確立後，當局可根據附件二第三部份所列之一連串步驟實施有關修改。首先由立法會通過修改第四屆立法會產生辦法的動議。根據附件二第三部份，動議須經立法會全體議員三分之二多數通過。附件二第二部份就政府或立法會議員提出的議案所分別訂明的不同表決程序並不適用。
39. 下一步是行政長官對立法會已通過的動議表示同意，並代表香港特別行政區報告全國人大常委會備案。經此程序，立法會及行政長官雙方的決定即具法律效力。立法會及行政長官必須分別通過和同意同一修改。為了就第四屆立法會制定具法律效力的產生辦法而對附件二作出之修改將透過修訂香港特別行政區相關的選舉法，包括《立法會條例》(第 542 章)，而得以實施。

#### 處理僵局及日後發展問題

40. 公會理解到，如在通過爲了制定第四屆立法會的產生辦法而對附件二作出之修改或就修改達成共識時出現政治僵局，第四屆立法會將無法產生，而導致法律真空。
41. 導致法律真空的原因是附件二第一部份只規定了第一屆、第二屆及第三屆立法會的產生辦法。假設前述的立法會的任期將要屆滿，修改附件二以制定第四屆立法會的產生辦法便明顯地變得有必要及重要。(但是，若在 2004 年 9 月透過選舉產生的第三屆立法會未能完成原定的四年任期而在 2007 年之前解散，由於接續的一屆立法會是第四屆(但附件二並無訂明其產生辦法)，而附件二第三部份規定爲制定第四屆立法會的產生辦法而對附件二之首次修改只得在 2007 年後進行，法律困局，更明確是法律鴻溝將會出現。)
42. 無論是以上哪種情況，看來也有必要引用法律上的「必要原則」，讓第三屆立法會的產生方法沿用至第四屆立法會，直至香港特別行政區通過並同意與附件二第三部份相符之修改。
43. 在此情況下，按理說，當局可以不同方式應用「必要原則」，以延長第三屆立法會的任期，或令其解散無效，要求它繼續任期及運作，爲香港特別

行政區立法，並迅速制定下一屆立法會的產生辦法。

44. 另一方面，也有三個可行方法可用以填補上述提及的法律鴻溝。三個方法也需中央干預。由於造成鴻溝的原因是附件二第三部份所載之特定條文沒有預計上述情況，第一個及最理想的方法是根據《基本法》第一百五十九條所載之程序修改附件二。第二個及沒那麼正當的方式是提請中央根據《基本法》第二十條賦予香港特別行政區外加權力以解決此問題，這看似是修改附件二的「走後門」做法。第三個、亦為最不正當的方式是根據《基本法》第一百五十八條釋法，這很可能是司法程序以外發生的情況。

#### 《基本法》所規定的任職者及候選人資格

45. 香港大律師公會注意到《基本法》第四十四條規定擔任行政長官一職的資格。根據《基本法》第四十五條，行政長官由中央任命。《基本法》第四十七及五十二條就行政長官任內立下其他要求。行政長官在就職時必須根據《基本法》第一百零四條宣誓。行政長官在《基本法》第五十二條所列出的特定情況下必須辭職。如行政長官嚴重違法或失職，立法會可根據《基本法》第七十三(九)條彈劾行政長官並報請中央人民政府決定。

46. 公會注意到《基本法》第六十七條載有立法會議員任職資格的規定。根據第六十八條，立法會由選舉產生。立法會議員在就職時必須根據《基本法》第一百零四條宣誓。立法會議員喪失其議員資格的情況詳列於《基本法》第七十九條，其中一項是行為不檢或違反誓言而經立法會出席會議的議員三分之二通過譴責。
47. 公會認為如行政長官及立法會議員候選人符合任職資格便可參選。個別候選人適合相關職務與否則由有權於相關選舉投票的選民經考慮不同的政治或個人準則及因素後作投票決定。《基本法》將決定權完全交予選民。
48. 選舉法只向候選人加諸一些限制，以確保選舉程序公平及不涉及貪污。公會從未知悉，除了用不記名投票外，還有其他憲法機制會以合適程度而非任職資格來評定行政長官及立法會議員候選人。公會亦不認為此類機制有所必要或是恰當。

香港大律師公會

二零零四年三月十一日