

2017年香港特首普選的法律依據 ——對基本法有關規定及全國人大 常委會有關決定的法理解讀

邹平学

深圳大学法学院
深圳大学港澳基本法研究中心

2013年10月26日



主要内容

- 围绕特首普選的法律依據，对基本法有關規定及全國人大常委會有關決定作出法理解讀。
- 重點回答公民提名為什麼不合法不可行的問題。



五个方面

- **1.**香港基本法第**45**條的法理含義及其對特首普選機制的明確規定性
- **2.**全國人大常委會對政制發展問題的有關解釋與決定
- **3.**實現**2017**年行政長官普選的法律依據只能是基本法的有關規定和全國人大常委會的有關決定
- **4.**為什麼公民提名主張不合法亦不可行
- **5.**實現普選，需要全社會建立信任、凝聚共識、消弭分歧、擴大共識



1.香港基本法第45條的法理含義及其對特首普選機制的明確規定性

- 香港基本法第四十五條有三款規定，分別是：
- “香港特別行政區行政長官在當地通過選舉或協商產生，由中央人民政府任命。”
- “行政長官的產生辦法根據香港特別行政區的實際情況和循序漸進的原則而規定，最終達至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的目標。”
- “行政長官產生的具體辦法由附件一《香港特別行政區行政長官的產生辦法》規定。”



1.1.香港基本法第45條的法理含義

- 第一款的含義是關於行政長官如何產生的一般性規定。
- 內容包括：（1）在當地通過選舉或協商產生；（2）由中央人民政府任命。
- 需要注意的是，選舉也好，協商也好，其產生的候任人選並未具有立即產生行政長官的效力，而任命才是產生行政長官的實質性程式。



1.1.香港基本法第45條的法理含義

- 第二款、第三款的含義，有五点：
- （1）基本法附件一，規定了行政長官產生的具體辦法；
- （2）這個辦法根據特區的實際情況和循序漸進的原則制定；
- （3）行政長官的產生最終要達至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的目標；



1.1.香港基本法第45條的法理含義

- （4）達至普選產生的目標時，候選人的提名是由提名委員會按民主程序提名。
- （5）由於附件一隻規定了香港回歸後從**1997**年到**2007**年的第一個十年間行政長官的具體產生辦法，對十年之後的產生辦法沒有具體規定，只規定了修改產生辦法的程式。這就留下了**2007**年後政制發展直至普選目標實現的時間與空間。



1.2.第45條及附件一對特首普選機制的規定性

- 包括四個環節、兩項原則和法定程式。
- 四個環節——組成、提名、普選、任命。首先，當地產生一個有廣泛代表性的提名委員會；其次，由提名委員會按民主程序提名產生行政長官候選人；再次，候選人以普選方式競選產生行政長官候任人選；最後，由中央人民政府任命。中央人民政府的任命權是實質性的。
- 這四個環節解決普選的四個問題：一是提名委員會如何組成及其規模；二是提名委員會採取什麼方式提名候選人；三是提名後的選舉方式，即通過普選產生候任人；四是中央運用實質任命權任命行政長官。



1.2.第45條及附件一對特首普選機制的規定性

- 兩項原則——實際情況和循序漸進。
- 如果結合基本法的全部條文，還可以總結出更多的幾項原則。
- 喬曉陽在2010年6月7日就香港政改和未來普選發表談話時指出，未來兩個普選在體現選舉的普及而平等時，要充分考慮四個因素：一是符合香港特區的法律地位；二是與香港特區的行政主導政治體制相適應；三是兼顧香港社會各階層利益；四是有利於香港資本主義經濟的發展。這可以視為實際情況和循序漸進兩項原則的具體化。



1.2.第45條及附件一對特首普選機制的規定性

- 2007年7月政制發展綠皮書所載的四項原則
- 兼顧社會各階層利益；
- 有利於資本主義經濟的發展；
- 循序漸進；及
- 適合香港實際情況。



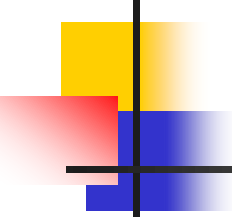
1.2.第45條及附件一對特首普選機制的規定性

- 法定程式——
- 既包括普選特首的候選人須“由一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名”，這部分程式適用於普選特首的情形，不適用特首普選前的修改情形；
- 也包括修改行政長官產生辦法須經立法會三分之二多數通過、行政長官同意，並報全國人大常委會批准。這部分法定程式，既適用於普選前各任行政長官產生辦法的修改，也適用於特首普選辦法的制定。



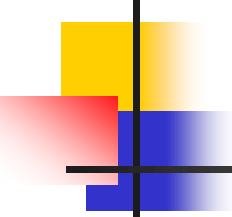
2.全國人大常委會對政制發展問題的 有關解釋與決定

- 中央在特區政制發展問題上的角色与权力。香港特別行政區是直轄於中央人民政府的地方行政區域，地方行政區域政治體制的決定權在中央，這是中央的憲制權力，是單一制國家的應有之義。
- 全國人大常委會的**2004年4•6**解釋和**4•26**決定解決了**2007**年特首和**2008**年立法會產生辦法是否要修改的問題。



2.全國人大常委會對政制發展問題的 有關解釋與決定

- 4・6解釋明確了實行雙普選時須履行的五步曲程式。
- 一是行政長官就是否需要修改向全國人大常委會提出報告；
- 二是全國人大常委會對是否需要修改作出決定；
- 三是特區政府向立法會提出修改行政長官（和立法會）產生辦法的法案，並經立法會三分之二多數通過；
- 四是行政長官同意經立法會通過的修改行政長官（和立法會）產生辦法的法案；
- 五是行政長官將有關法案報全國人大常委會批准或者備案。



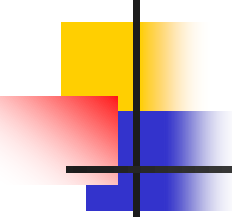
2.全國人大常委會對政制發展問題的 有關解釋與決定

- 這五步曲程式既是普選辦法的制定程式，也是普選前修改現行行政長官選舉辦法和立法會產生辦法必須遵循的程式。



2.全國人大常委會對政制發展問題的有關解釋與決定

- 2007年12月29日，第十屆全國人大常委會第三十一次會議作出了《關於香港特別行政區2012年行政長官和立法會產生辦法及有關普選問題的決定》。決定明確了2017年香港特別行政區第五任行政長官的選舉可以實行由普選產生的辦法；在行政長官由普選產生以後，香港特別行政區立法會的選舉可以實行全部議員由普選產生的辦法。這意味著香港“雙普選”時間表的確定。



2.全國人大常委會對政制發展問題的有關解釋與決定

- 12・29決定還規定，提名委員會可參照基本法附件一有關選舉委員會的現行規定組成；提名委員會須按照民主程序提名若干名行政長官候選人，由香港全體合資格的選民普選產生。從而明確了未來普選的路徑程式。
- 按照這個決定，人大明確普選時間表時所用的字眼是“可以”而非“必定”。這就說明，如果社會對此無法達成共識，無法按照五步曲走下去，則雙普選非必然。



3.實現2017年行政長官普選的法律依據只能是基本法的有關規定和全國人大常委會的有關決定

- 基本法是香港的憲制性法律，也是全國性法律，其權威性和尊嚴必須得到維護。在中國的憲制體制中，全國人大常委會是全國人民代表大會的常設機關，是最高國家權力機關的組成部分，是全國人大閉會期間經常行使最高國家權力的機關，也是行使國家立法權的機關。全國人大常委會做出的涉港事務的決定，是具有法律效力的決定，也必須得到遵從和維護。
- 基本法的有關規定和全國人大常委會的有關決定，是行政長官普選辦法最基本的依據，是討論未來特首普選辦法的基礎和前提。



3.實現2017年行政長官普選的法律依據只能是基本法的有關規定和全國人大常委會的有關決定

- 基本法和全國人大常委會的決定已經為特首普選確定了基本的制度框架，預設了前進軌道。
- 按照香港基本法第45條的規定，在行政長官實行的普選產生的辦法時，須組成一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名行政長官候選人，然後普選產生。2007年12月全國人大常委會有關決定進一步規定，提名委員會可參照基本法附件一有關選舉委員會的現行規定組成；提名委員會須按照民主程序提名若干名行政長官候選人，由香港全體合資格的選民普選產生。



3.實現2017年行政長官普選的法律依據只能是基本法的有關規定和全國人大常委會的有關決定

- 按照上述基本法的規定和人大的決定，將來行政長官普選時，由誰提名的問題已經解決了，就是提名委員會提名；選舉權普及而平等的問題已經解決了，就是由全港選民一人一票選舉產生行政長官人選，報中央人民政府任命；根據基本法有關規定，被選舉權平等問題也解決了；提名委員會如何組成問題已經基本解決，就是提名委員會可參照基本法附件一規定的選舉委員會組成。
- 全國人大常委會決定中明確提名委員會可參照選舉委員會組成，參照什麼，主要就是參照選舉委員會由四個界別組成的基本要素，而在具體組成和規模上可以有適當的調整空間。這個方面香港社會完全可以公開和理性地探討。



4. 為什麼公民提名主張不合法亦不可行

- **4.1. 公民提名主張始終備受合法性質疑**
- 香港社會近期有一種意見主張以公民連署提名的方式來提名候選人頗受關注，而這種主張提出伊始就備受合法性質疑。
- 認同這一意見的中間，有主張六萬人連署門檻的，也有主張二萬或者三萬人連署門檻的。撇開門檻上的差別，還存在三種不同的具體訴求和理據：



4.1.公民提名主張始終備受合法性質疑

- 一是不接受基本法規定特首普選必須經過“一個有廣泛代表性的提名委員會按民主程序提名”，認為這限制了香港市民的提名權，大大削弱了特首選舉的民主性，是“鳥籠民主”，是假普選。強調要用公民提名方式取代提名委員會機制，甚至提出最前衛的“全民提名”方案提名（以全港**300**多萬選民組成提名委員會）。這種訴求及理據因其明顯違反基本法而沒有多少市場，亦不值一駁。



4.1.公民提名主張始終備受合法性質疑

- 二是雙軌制提名訴求。其同意接受基本法規定的提名委員會制度，但同時主張亦要接納“公民提名”選出的候選人，認為公民提名更體現廣泛代表性、民主性和公平性，這樣既符合基本法規定又可解決特首認受性不足的問題。這就是所謂多開一扇門或雙軌制的提名主張。但實際上基本法規定的提名機制就是提名委員會提名這一單軌制，雙軌制主張中的公民提名這個軌道並不合法，實質還是不合法。



4.1.公民提名主張始終備受合法性質疑

- 三是主張提名程式的前置階段引進公民提名機制，其提名獲得提名委員會的認可和接受成為正式的候選人。這種主張可稱為並軌的單軌制，即認同提名委員會的提名機制，但強調公民提名的結果应当被提名委員會接受和吸收。這個方案形式和實質上仍然不合法亦不可行。



4.2. 公民提名主張衝擊和否定法律 明定的提名機制

- 根據基本法第**12**條第**1**款的規定，香港特區的制度和政策，均以本法的規定為依據。行政長官的提名制度，是香港特區普選制度的一個組成部分，也是香港特別行政區制度的一個組成部分，在提出時必須要有基本法的明文依據。



4.2. 公民提名主張衝擊和否定法律明定的提名機制

- 基本法對提名委員會的規定，具有法理權威性、合理性和正當性。這些規定都是在香港經過廣泛諮詢、討論後作出的，是香港社會所達成的共識，亦符合普及與平等的普選國際原則。公民提名主張無論怎樣改良、包裝，都存在僭越、繞開、架空、約束提名委員會的權力這一要害，所以其形式和實質仍然違法，破壞了法治。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律 明定的提名機制

- 第一，從形式上看，公民提名沒有法律依據。公權力和公權制度奉行法無授權則無權，私權制度則遵循法不禁止則自由。兩者的分野十分清晰。毫無疑問，特區行政長官產生辦法修改問題是特區政制發展的重要內容，屬於純粹、典型的規範公共權力的範疇，因而必須有法律的明文規定，有法律的明確授權。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律明定的提名機制

- 基本法和全國人大常委會的決定裏面沒有規定公民連署提名的制度，這就意味著公民提名不符合法律，沒有得到法律授權，當然就是非法的，不能產生公權上的法律效果。
- 環顧和檢視那些在選舉公職人員允許公民提名候選人方式的任何國家，都在憲法或選舉法律裏面明確規定了這種方式，不存在沒有法律依據的公民提名方式。



4.2. 公民提名主張衝擊和否定法律明定的提名機制

- 第二，沒有法律依據的公民提名構成對法定的提名委員會完整、實質權力的非法僭越、架空和約束。根据基本法和全国人大常委会的决定，提名委员会是未来普选时唯一享有提名权的一个宪制机构，基本法对这个机构的组成和权力安排符合香港实际情况、具有香港特色。它能够确保广泛代表性、认受性、均衡性，符合主流民意。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律明定的提名機制

- 基本法規定特首普選時由提名委員會按照民主程序提名候選人，無論看其內涵還是外延，都是提名委員會提名，不是任何其他的機構或者什麼組織、什麼數量的公民連署提名。這既意味著提名委員會是唯一的提名主體，也意味著提名委員會的提名權力是完整的、獨立的、實質性權力，是提名方面唯一的具有法律效力的權力。如果允許公民提名，首先就損害提名委員會法定權力的唯一性。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律明定的提名機制

- 其次，提名委員會的提名權力的完整性、獨立性的、實質性還體現在不允許任何外在的某個機構、某個組織、某些群體來分享和爭奪提名權力，基本法之所以沒有接受起草時曾經出現的公民提名、政黨提名、全民提名等主張，而採取提名委員會的提名機制，就是為了避免允許外在的某個機構、某個組織、某些群體享有提名權力時，會出現架空、綁架提名委員會的政治風險。所以，允許公民提名，這種法外權力必然導致對法定權力的非法僭越、架空和約束，使得提名委員會的提名權力成為橡皮圖章。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律 明定的提名機制

- 因為如果允許公民提名，如何協調這兩個提名主體的關係就面臨種種無法解決的法律障礙及政治難題。例如，是不是提名委員會必須接受公民提名的候選人？如果公民提名可以強迫、強制提名委員會接受，那麼，提名委員會的完整、獨立和實質性的提名權力體現在哪里？提名委員會按照民主程序提名還有什麼實質性和完整性？很明顯，允許公民提名的結果就否定了法定的提名委員會提名，因為提名委員會的權力已經被僭越、被架空、被約束甚至可以說被綁架，失去了自己獨立自主和按照民主程序提名的完整權力。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律 明定的提名機制

- 如果主張公民提名的人同意提名委員會可以不理睬公民提名的任何人選，那允許公民提名有何存在價值和必要性？
- 我們還可以設想一下一個極端的情況，如果一個候選人得到了**600**個提名委員的支持，但他又沒有爭取到幾萬選民的提名支持，他能不能成為正式候選人都是一個兩難。如果確定他是正式候選人，顯示了兩個提名主體代表性的對抗和撕裂，形成巨大的社會爭議；不能成為正式候選人，提名委員會就是一個橡皮圖章。很顯然，這種結果會帶來很嚴重的政治風險後果。



4.2.公民提名主張衝擊和否定法律 明定的提名機制

- 第三，有人可能會質疑，基本法沒有規定公民提名，那香港本地立法能不能規定？這裏就有一個下位法不能違反上位法的問題。基本法作為憲制性法律，已經對普選的核心要素做了明確規定，那就是提名委員會根據民主程序提名，那麼，作為下位法或者對基本法**45**條具體化的香港本地立法，就只能在這個框架內作進一步規定，所以，下位法也不能允許公民提名，不能賦予其合法化。退一萬步說，即使出現這種情形，在走五步曲程式時，全國人大常委會不會批准這樣的修改本地立法的報告。



4.2. 公民提名主張衝擊和否定法律 明定的提名機制

- 香港社會是一個法治社會。只要是違法的，無論怎樣包裝，都還是違法的。繞過法治框架提出不合法的普選提名方案，或者想盡辦法，把違法的東西硬塞進合法之門，千方百計借船出海、借殼上市，這種做法都將破壞法治，而且事與願違，徒勞無益。



4.3.公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 主張公民提名主張的人聲稱是為了追求真普選。但是，判斷真普選還是假普選，可能有很多標準，首要的標準是法治，違反法律的普選無論如何都不可能是真普選。在現代國家和現代社會，每一個公民都負有必須遵守全部法律的道德義務，守法是現代公民的一種美德。



4.3. 公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 在普選尚未實現之前，判斷真假普選其實是一個偽命題，只有選舉塵埃落定時，才是判斷是否真假普選的最佳時機。在這之前，真正為推進普選擴大共識而不是製造麻煩、做真正有利於實現普選的建設性的事情比爭議什麼是真假普選更為重要、更為關鍵。



4.3. 公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 必須看到，在提名委員會之外主張其他的提名機制，什麼雙軌制、多軌制，其實質就是不相信基本法、不遵守基本法，其客觀效果就是對真正依法普選的背離和破壞，因為它無端地增加實現普選的難度和成本，使普選目標的推進變得更為複雜化。



4.3. 公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 任何政制發展、制度完善總是要在現有制度基礎上往前走，都必須遵循制度理性，存在路徑依賴。因此，推進普選是現有制度中如何細化制度，不是另造制度。說到底，這不是要不要民主的問題，而是承不承認基本法和全國人大常委會的有關決定的權威的問題，是要不要依法辦事的問題。主張公民提名，不僅對基本法和全國人大常委會既有規定形成破壞和衝擊，明顯違法，還無端增加實現普選的成本和難度，絲毫不具備任何制度理性與可行性。



4.3.公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 其一，法律上的障礙無法逾越。由於提名委員會之外的任何機構、組織或者公民連署提名都不符合基本法的規定，要賦予其提名的法律效力，就必須得到法律的明確授權，這樣一來，就必須修改基本法？試想一下，這一制度成本多高？難度有多大？



4.3. 公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 其二，如果允許法律之外的公民提名，還面臨一系列操作性難題。如多少數量的公民連署可以提名？如何驗證連署的公民是合資格的選民？有沒有人重複連署？如何保障選民的個人隱私？哪些人有權核實資料？如何杜絕核實資料的人舞弊？核實資料需多長時間？如何避免選民登記時可能的出錯等等這些難題，都顯見公民提名的現實“不可行”。



4.3. 公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 當然，那些已經實行公民提名的國家能夠順暢地解決這些問題，但這都是首先有法律授權這個前提，同時也是長期實踐和不斷完善的結果。而香港顯然不具備這個條件，因為這涉及到修改基本法，而目前大家面臨的是考慮如何實施履行基本法，而不是如何修改基本法。



4.3. 公民提名主張違背制度理性 且不具任何可行性

- 其三，如果允許公民提名，將在香港引致更多的、不必要的、巨大的爭議，對達成普選共識構成超出想像的困難。比如，如果公民提名可以強制提名委員會接受，那麼主張政黨提名、主張其他提名方式為什麼不可以被接受？普選還能夠在這樣的情形下依法和如期實現嗎？



4.4.回歸基本法軌道乃推進普選的 不二法門

- 不二法門是佛教用語，指稱的是修佛成就本來有八萬四千法門，不二法門是最高境界。入得此門，便進入了佛教的聖境，可以直見聖道，也就是達到了超越生死的境界。
- 通向普選正確與成功的道路和方法只有獨一無二的一條途徑，即嚴格遵守基本法和全國人大常委會有關決定。



4.4. 回歸基本法軌道乃推進普選的不二法門

- 必須看到，基本法的有關規定和全國人大常委會有關決定所規定的提名委員會的制度設計是目前各方最能接受的方式。或許，沒有人能夠斷言這個制度設計就十全十美，好得不得了，因為世界上沒有十全十美的東西，但不能為追求一種被認為是最理想、最民主的普選方案而背棄現有的法定制度管道和程式機制。



4.4.回歸基本法軌道乃推進普選的 不二法門

- 任何理性和負責任的人必須看到，既然法律規定了提名委員會的提名制度，就應當相信法律，相信提名委員會，按照這個制度來執行。現代法治的精髓在於，你可以自由地批判法律，但在法律沒有修改和廢除之前，你必須嚴格遵守法律！因此，回到基本法的規定和全國人大常委會有關決定上來，是實現特首普選的唯一可取之道。



5. 推進特首普選，需要全社會建立信任、凝聚共識、消弭分歧、擴大共識

- 在基本法和人大決定的法律基礎上，已經解決好的問題很明確，很清楚；尚待進一步討論解決的問題也很清楚，也很明確，完全可以圍繞這些未決問題認真討論，求同存異，積累共識，追求最大公約數，以實現普選。



5.1. 現有哪些共識？

- 一是有實現普選的目標共識。實現普選，是中央政府、特區政府和香港市民的共同願望。用喬曉陽主任的話講——**2017年**實現行政長官普選是我們共同的奮鬥目標，這個立場中央是堅定不移的。
- 二是有實現普選的法律依據共識。離開基本法和人大有關決定，就缺乏推進普選的基本前提和法律基礎。



5.2. 尚需達成共識的地方有哪些？

- 在行政長官普選問題上尚未解決、尚待香港社會討論解決的主要有兩個問題，一個是提名行政長官的民主程序，一個是提名多少名行政長官候選人。當然，附帶地對提名委員會的組成也需要進一步協商。儘管常委會的決定規定提名委員會可參照基本法附件一有關選舉委員會的現行規定組成，但如何參照、在具體組成和規模上如何有適當的調整空間等還是存在各種不同意見的。



5.3.必要和可行的解決爭議的路徑——建立對基本法的信心和信任，展開理性對話和協商

- 大家公認，實現普選必須建立基本的政治互信或者信任文化。這其中，建立對基本法的信心和信任尤為重要。
- 建立對基本法的信心和信任，就是要相信由廣泛代表性的提名委員會會把深孚眾望、能力強、形象好和愛國愛港者的候選人提名出來，只要按照法定程式報名參選的人員，都會得到提名委員會成員認真、負責的判斷並經過民主程序決定最終的正式候選人。在提名委員會最終提出的正式人選後，也要相信廣大選民會以理性、責任的眼光選出最終的、最合適的行政長官候任人選。

5.3.必要和可行的解決爭議的路徑——建立對基本法的信心和信任，展開理性對話和協商

- 當然，也要相信中央，中央賦予香港高度自治權，港人治港，就是相信香港居民能夠治理好香港。
- 大家對中央政府要有信心。鄧小平同志曾說過：“對中央政府沒有信任感，其他一切都談不上了”（《鄧小平論一國兩制》，三聯書店香港有限公司，2004年，第14頁）。



歡迎各位提問

谢谢