

解釋《基本法》的一般性原則

1. 《基本法》作為一份「憲制性文件」，和其他地方的憲法一樣，是自成一類（‘*sui generis*’）的法律，因其特別的性質有獨特、並有別於一般法例的詮釋原則。¹
2. 因此，一般來說，《基本法》，特別是其中保障基本權利和自由的那部份，釋義時必須採納寬鬆、慷慨及目的性的解釋（‘*liberal*’, ‘*generous*’ and ‘*purposive*’ construction），並須避免過分學究式、法匠式、技術性及單看字面意思的狹窄解釋（‘*pedantic*’, ‘*legalistic*’, ‘*technical*’, ‘*literal*’ and ‘*narrow*’ construction）。²

¹ 參見女皇 對 冼友明, CACC289/1990 (1991年9月30日) 第61-62段 per 肅祺上訴法院副庭長/Silke VP (香港上訴法院)，引用樞密院案例 *Minister of Home Affairs v Fisher* [1980] AC 319。另參見 *Akhil Bharatiya Soshit Karamchari Sangh (Railway) v Union of India*, 1981 SCR (2) 185, 256 per Chinnappa Reddy J (印度最高法院)； *United Mizrahi Bank Ltd v Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93 (以色列最高法院) per Barak P； *R v Lewis* [2007] CCJ 3 para 74 per Pollard JCCJ (加勒比法院)。

² 參見女皇 對 冼友明, CACC289/1990 (1991年9月30日) 第128段 per 甘士達上訴庭法官/Kempster JA (香港上訴庭)；吳嘉玲 對 入境事務處處長, FACV14/1998 (1999年1月29日) 第74, 77段 (香港終審法院)。另參見 *Attorney-General of Hong Kong Appellant v Lee Kwong-Kut* [1993] AC 951, 966 per Lord Woolf (樞密院；來自香港的上訴)。

另參見多個其他普通法地區的最高法院定下的近乎完全一致的憲法解釋原則，例如 *Edwards v Attorney General for Canada* [1930] AC 124, 136 per Lord Sankey LC (樞密院)； *Attorney General of the Gambia v Jobe* [1984] AC 689, 700 per Lord Diplock (樞密院)； *Attorney General of Trinidad and Tobago v Whiteman* [1991] 2 AC 240, 247 per Lord Keith (樞密院)； *R(Kebilene) v DPP* [2000] 2 AC 326, 375 per Lord Hope (英國上議院)； *Pepper v Hart* [1993] 1 AC 593, 638D per Lord Browne-Wilkinson (英國上議院)； *United Mizrahi Bank Ltd v Migdal Cooperative Village*, CA 6821/93 (以色列最高法院) per Barak P； *Gualberto J De La Llana v Manuel Albaper* [1982] PHSC 94 per Barredo J (菲律賓最高法院)； *Bato Bagi v Kerajaan Negeri Sarawak* [2011] MYFC 36 para 78 per Richard Malanjum CJSS (馬來西亞聯邦法院)； *S v Zuma* [1995] ZACC 1 para 14 per Kentridge AJ (南非憲法法院)； *Department of Land Affairs v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* [2007] ZACC 12 para 53 per Moseneke DCJ (南非憲法法院)； *Shri Ashok Tanwar v State Of HP* [2004] INSC 774 per Shivaraj V Patil J (印度最高法院)； *Akhil Bharatiya Soshit Karamchari Sangh (Railway) v Union of India*, 1981 SCR (2) 185, 256 per Chinnappa

3. 如果《基本法》條文有幾種可能的解釋方式，則必須先根據條文的背景 (context) 確定條文的目的 (purpose)，³然後才根據條文字面上的寫法選擇最有利達到該目的的解釋方式⁴ (即‘that construction most beneficial to the widest possible amplitude’⁵)。
4. 就此，最近兩年香港終審法院已曾多次強調，解釋法例及憲法條文時，思考的出發點應是條文的背景及目的，而非拘泥於條文字面上的一般意思。⁶

Reddy J (印度最高法院); *Capital Radio (Pvt) Ltd. v Broadcasting Authority of Zimbabwe* [2003] ZWSC 65 (津巴布韋最高法院); *ICM Agriculture Pty Ltd v The Commonwealth* [2009] HCA 51 para 185 per Heydon J (澳洲聯邦最高法院); *Bato Bagi v Kerajaan Negeri Sarawak* [2011] MYFC 36 para 78 per Richard Malanjum CJSS (馬來西亞聯邦法院); *Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura 2000* [1993] NASC 1, 20-21 per Mahomed CJ (納米比亞最高法院); *Attorney-General of Namibia v Minister of Justice* [2013] NASC 3 para 7 per Shivute CJ (納米比亞最高法院)。

³ 吳嘉玲 對 入境事務處處長, FACV14/1998 (1999年1月29日) 第74, 76, 146段(香港終審法院); 剛果民主共和國 對 *FG Hemisphere Associates LLC*, FACV5/2010 (2011年6月8日) 第310段 per 陳兆愷常任法官、李義常任法官及梅師賢爵士非常任法官 (香港終審法院)

⁴ 談雅然 對 入境事務處處長, FACV20/2000 (2001年7月20日) 第39段 per 李國能首席法官、陳兆愷常任法官、李義常任法官及梅師賢爵士非常任法官 (香港終審法院)。

⁵ *James v Commonwealth of Australia* [1936] AC 518, 614 (樞密院); *Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura 2000* [1993] NASC 1, 20-21 per Mahomed CJ (納米比亞最高法院); *Attorney-General of Namibia v Minister of Justice* [2013] NASC 3 para 7 per Shivute CJ (納米比亞最高法院)。另參見香港特別行政區 對 *Lam Kwong Wai*, FACC4/2005 (2006年8月31日) 第78段 per 梅師賢爵士非常任法官 (香港終審法院); *Department of Land Affairs and Others v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd* [2007] ZACC 12 para 53 per Moseneke DCJ (南非憲法法院)。

⁶ 參見 *Fully Profit (Asia) Limited v Secretary for Justice*, FACV17/2012 (13 May 2013) para 15 per 馬道立首席法官; *Vallejos Evangeline Banao v Commissioner of Registration*, FACV19/2012 (25 March 2013) paras 76-77 per 馬道立首席法官; *GA v Director of Immigration*, FACV7/2013 (18 February 2014) para 28 per 馬道立首席法官。

5. 《基本法》作為一份「憲制性文件」，基本上是一份「一直在說話 (always speaking)」的「活的文件 (living instrument/document)」，其語言須以今時今日的情況（尤其包括現代各個民主社會普遍接受的價值及觀念⁷）理解，所以憲法內所用的字詞的意思，理應可以與時並進，⁸甚至可能表達出立憲法者因為時代所限，而根本從來

⁷ *DPP v Best* [1999] IESC 90 per Denham J (愛爾蘭最高法院); *Sinnott v. Minister for Education* [2001] IESC 63 para 191 per Denham J; para 256 per Murray J (愛爾蘭最高法院); *A v The Governor of Arbour Hill Prison* [2006] IESC 45 (愛爾蘭最高法院)。另參見 *Tyrer v United Kingdom*, App No. 5856/72 (歐洲人權法院, Chamber, 25 April 1978) para 31; *Guzzardi v Italy*, App No. 7367/76 (歐洲人權法院, Court (Plenary), 6 November 1980) para 95; *Van der Musselle v Belgium*, App No. 8919/80 (歐洲人權法院, Court (Plenary), 23 November 1983) para 32 ; *Soering v United Kingdom*, App No. 14038/88 (歐洲人權法院, Court (Plenary), 7 July 1989) para 102; *Coëme and Others v Belgium*, App Nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96 (歐洲人權法院, 2nd Section, 22 June 2000) para 145; *Kress v France*, App No. 39594/98 (歐洲人權法院, GC, 7 June 2001) para 70; *SA Dangeville v France*, App No. 36677/97 (歐洲人權法院, 2nd Section, 16 April 2002) para 47; *Sidabras and Džiautas v Lithuania*, App Nos. 55480/00, 59330/00 (歐洲人權法院, 2nd Section, 27 July 2004) ; *Achour v France*, App No. 67335/01 (歐洲人權法院, 1st Section, 10 November 2004) para 34 ; *World Organisation against Torture (OMCT) v Belgium* [2005] ECSR 1 para 38 (歐洲社會權利委員會) ; *Zarb Adami v Malta*, App No. 17209/02 (歐洲人權法院, 4th Section, 20 June 2006) para 8 (Concurring Opinion of Judge Bratza) ; *Stummer v Austria*, App No. 37452/02 (歐洲人權法院, GC, 7 July 2011) para 118; *Bayatyan v. Armenia*, App No. 23459/03 (歐洲人權法院, GC, 7 July 2011) para 102; *Austin v United Kingdom*, App No. 39692/09 (歐洲人權法院, GC, 15 March 2012) para 53 ; *X v Austria*, App No. 19010/07 (歐洲人權法院, GC, 19 February 2013) para 139; *Vallianatos v Greece*, App No. 29381/09 (歐洲人權法院, GC, 7 November 2013) para 84 。

⁸ *Gualberto J De La Llana v Manuel Albaper* [1982] PHSC 94 per Barredo J (菲律賓最高法院) ; *Theophanous v Herald & Weekly Times Ltd* [1994] HCA 46 per Deane J (澳洲最高法院) ; 吳嘉玲 對 入境事務處處長, FACV14/1998 (1999年1月29日) 第73段 (香港終審法院) ; *DPP v Best* [1999] IESC 90 per Denham J (愛爾蘭最高法院) ; *Sinnott v. Minister for Education* [2001] IESC 63 para 191 per Denham J; para 256 per Murray J (愛爾蘭最高法院) ; *Ferguson v Attorney General of Trinidad and Tobago* [2001] UKPC 3 para 24 per Lord Steyn (樞密院) ; *R v Boyce* [2004] UKPC 32 paras 28-29 per Lord Hoffmann (樞密院) ; *State Of West Bengal v Kesoram Industries Ltd* (印度最高法院, 15 January 2004) per Lahoti J ; *Vanuatu Copra and Cocoa Exporters Ltd v Republic of Vanuatu* [2006] VUSC 74 per Lunabek CJ (瓦努阿圖最高法院) ; *Secretary, State Of Karnataka v Umadevi* (印度最高法院, 10 April 2006) para 42 per Balasubramanyan J ; *A v The Governor of Arbour Hill Prison* [2006] IESC 45 per Murray CJ (愛爾蘭最高法院) ; *R v Bowe* [2006] UKPC 10 para 28 per Lord Bingham (樞密院) ; *Coelho v State Of Tamil Nadu* (印度最高法院, 11 January 2007) per Sabharwal CJ ; *Badan Peguam Malaysia v Kerajaan Malaysia* [2007] MYFC 22 per Makinudin FCJ (馬來西亞聯邦法院) ; *R v Lewis* [2007] CCJ 3 para 74 per Pollard JCCJ (加勒比法院) ; *Hassan v Federation of Pakistan* [2009] PKSC 13 para 143 per Iftikhar Muhammad Chaudhry CJ (巴基斯坦最高法院) ; *Bato Bagi v Kerajaan Negeri Sarawak* [2011] MYFC 36 para 78 per

沒有預想過的意思。⁹其中本地法及國際法的發展，及其對個人權利不斷進化的理解，¹⁰尤其可影響憲法內所用字詞的意思。¹¹

Richard Malanjum CJSS (馬來西亞聯邦法院)；*Saraceni v Jones* [2012] WASCA 59 para 15 per Martin CJ (西澳州最高法院上訴庭)；*W v Registrar of Marriages*, FACV4/2012 (13 May 2013) para 84 per 馬道立首席法官及李義常任法官。另參見 *McCartan Turkington Breen (A Firm) v Times Newspapers Ltd* [2001] 2 AC 277, 292 per Lord Bingham；296 per Lord Steyn (英國上議院)。

另參見 *Tyrer v United Kingdom*, App No. 5856/72 (歐洲人權法院, Chamber, 25 April 1978) para 31；*Soering v United Kingdom*, App No. 14038/88 (歐洲人權法院, Court (Plenary), 7 July 1989) para 102；*Ng v Canada*, Communication No. 469/1991 (1994) UN Doc CCPR/C/49/D/469/1991 para 9.2 (聯合國人權事務委員會)；*Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)*, App No. 15318/89 (歐洲人權法院, GC, 23 March 1995) para 71；*Matthews v United Kingdom*, App No. 24833/94 (歐洲人權法院, GC, 18 February 1999) para 39；*The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, Inter-American Court of Human Rights Series A No. 16 (1 October 1999).para 114 (中美洲人權法院)；*Villagran Morales et al Case* [1999] IACHR 17 para 193 (中美洲人權法院)；*Ferrazzini v Italy*, App No. 44759/98 (歐洲人權法院, GC, 12 July 2001) para 26；*Juan Humberto Sánchez v Honduras* [2003] IACHR 5 para 56 (中美洲人權法院)；*Judge v Canada*, Communication No. 829/1998 (2003) UN Doc CCPR/C/78/D/829/1998 para 10.3 (聯合國人權事務委員會)；*International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v France* [2004] ECSR 8 para 27 (歐洲社會權利委員會)；*Mamatkulov and Askarov v Turkey*, App Nos. 46827/99, 46951/99 (歐洲人權法院, GC, 4 February 2005) para 121；*Leyla Şahin v Turkey*, App No. 44774/98 (歐洲人權法院, GC, 10 November 2005) para 136；*Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v Greece* [2006] ECSR 8 para 194 (歐洲社會權利委員會)；*EB v France*, App No. 43546/02 (歐洲人權法院, GC, 22 January 2008) paras 46, 92；*Sergey Zolotukhin v Russia*, App No. 14939/03 (歐洲人權法院, GC, 10 February 2009) para 80；*Hirsi Jamaa v Italy*, App No. 27765/09 (歐洲人權法院, GC, 23 February 2012) para 175；*X v Austria*, App No. 19010/07 (歐洲人權法院, GC, 19 February 2013) para 139；*Vallianatos v Greece*, App No. 29381/09 (歐洲人權法院, GC, 7 November 2013) para 84。另參見 *McGuire v Hastings District Council* [2001] UKPC 43 para 9 per Lord Cooke (樞密院)。

⁹ 參見 *R v Boyce* [2004] UKPC 32 paras 28-29 per Lord Hoffmann (樞密院)；*A v The Governor of Arbour Hill Prison* [2006] IESC 45 per Denham J (愛爾蘭最高法院)。另參見 *Baker v Quantum Clothing Group Ltd* [2011] UKSC 17 para 107 per Lord Dyson；paras 173-176 per Lord Kerr (英國最高法院)。

¹⁰ 參見 *Dyer v Watson* [2002] UKPC D1 para 49 per Lord Bingham (樞密院) 另參見 *Selmouni v France*, App No. 25803/94 (歐洲人權法院, GC, 28 July 1999) para 101；*Chapman v United Kingdom*, Application no. 27238/95 (歐洲人權法院, GC, 18 January 2001) para 70；*Stafford v United Kingdom*, App No. 46295/99 (歐洲人權法院, GC, 28 May 2002) para 68；*Goodwin v United Kingdom*, App No. 28957/95 (歐洲人權法院, GC, 11 July 2002) para 74；*MC v Bulgaria*, App No. 39272/98 (歐洲人權法院, 1st Section, 4 December 2003) para 155；*Öcalan v Turkey*, App No. 46221/99 (歐洲人權法院, GC, 12 May 2005) para 163；*Demir and Baykara v Turkey*, App No. 34503/97 (歐洲人權法院, GC, 12 November 2008) para 146；*KU v Finland*, App No. 2872/02 (歐洲人權法院, 4th Section, 2 December 2008) para 44；

6. 雖然有些非常古舊的法律用字只能根據歷史上的立法原意詮釋，但這類法律非常罕有；大部分法律用字都屬「一直在說話 (always speaking)」的類別，須按上述原則以現代的觀念及知識重新解讀。¹²

7. 另一方面，任何限制受憲法保障的權利的條文，都應予以狹義的詮釋。¹³

Schwizgebel v Switzerland, App No. 25762/07 (歐洲人權法院, 1st Section, 10 June 2010) para 80; *Bayatyan v. Armenia*, App No. 23459/03 (歐洲人權法院, GC, 7 July 2011) para 102; *ES v Sweden*, App No. 5786/08 (歐洲人權法院, 5th Section, 21 June 2012) para 59; *Herrmann v Germany*, App No. 9300/07 (歐洲人權法院, GC, 26 June 2012) para 78。另參見 *McCartan Turkington Breen (A Firm) v Times Newspapers Ltd* [2001] 2 AC 277, 296 per Lord Steyn (英國上議院)。

¹¹ *A v The Governor of Arbour Hill Prison* [2006] IESC 45 per Murray CJ (愛爾蘭最高法院)；*New Zealand Maori Council v Attorney-General* [2007] NZCA 269 para 62 (紐西蘭上訴法院)；*R v Lewis* [2007] CCJ 3 para 74 per Pollard JCCJ (加勒比法院)。另參見 *World Organisation against Torture (OMCT) v Belgium* [2005] ECSR 1 para 38 (歐洲社會權利委員會)。

¹² 參見 *R v Boyce* [2004] UKPC 32 paras 28-29 per Lord Hoffmann (樞密院)。另參見及比較 *R v Ireland* [1998] AC 147, 158-159 per Lord Steyn (英國上議院)；*Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd* [1999] UKHL 42 para 69 per Lord Clyde (英國上議院)；*Yemshaw v London Borough of Hounslow* [2011] UKSC 3 paras 26-28 per Baroness Hale (英國最高法院)。

¹³ 參見 *Gurung Kesh Bahadur 對 入境事務處處長*, FACV17/2001 (2002年7月30日) 第24段 per 李國能首席法官 (香港終審法院)；*梁國雄 對 香港特別行政區*, FACC1/2005 (2005年7月8日) 第16段 per 李國能首席法官、陳兆愷常任法官、李義常任法官及梅師賢爵士非常任法官 (香港終審法院)；*破產管理署署長及破產人陳永興的破產案受託人 對 破產人陳永興*, FACV8/2006 (2006年7月20日) 第36段 per 李國能首席法官 (香港終審法院)；*Ubamaka Edward Wilson v Secretary for Security*, FACV15/2011 (21 December 2012) para 116 per 李義常任法官 (香港終審法院)；*香港特別行政區 對 周諾恆*, FACC12/2012 (2013年11月18日) 第2段 per 陳兆愷署任首席法官；第32段 per 李義常任法官 (香港終審法院)。另參見 *R v Hughes* [2002] UKPC 12 para 35 per Lord Rodger (樞密院)；*Director of Public Prosecutions of Jamaica v Mollison* [2003] UKPC 6 para 19 per Lord Bingham (樞密院)。

《基本法》第 25 及 26 條

8. 如上面第 3 段所述，解釋《基本法》條文須考慮其「背景」。而《基本法》條文的「背景」，必然包括《基本法》中的其他條文。¹⁴
9. 因此，要正確解讀《基本法》第 45 及 68 條，必須同時考慮第 25 及 26 條分別保障的平等權及選舉和被選舉權。

《公民權利和政治權利國際公約》

10. 另一個《基本法》「背景」的重要組成部分為《基本法》第 39 條，及第 39 條所保證（‘entrench’）繼續於香港有效的《公民權利和政治權利國際公約》（《公約》）。¹⁵
11. 而無論如何，普通法中確立以久的詮釋原則是：解釋法律條文(包括憲法條文)時，

¹⁴ 參見入境事務處處長 對 莊豐源, FACV26/2000 (2001 年 7 月 20 日), 第 6.3 部分; 香港聯合交易所有限公司 對 新世界發展有限公司, FACV22/2005 (2006 年 4 月 6 日) 第 39 段 per 李義常任法官。

¹⁵ 參見吳嘉玲 對 入境事務處處長, FACV14/1998 (1999 年 1 月 29 日) 第 146 段; 談雅然 對 入境事務處處長, FACV20/2000 (2001 年 7 月 20 日) 第 30 段 per 李國能首席法官、陳兆愷常任法官、李義常任法官及梅師賢爵士非常任法官 (香港終審法院)。

須盡可能作出一個最能符合香港於國際法下的責任的解釋。¹⁶

12. 因此，解釋《基本法》條文，包括第 45 及 68 條，亦須同時考慮《公約》下的規定，包括《公約》第 2(反歧視)、25(參與政治及選舉相關權利)及 26(人人在法律上一律平等)條。

13. 其中《公約》第 25 條規定：

「凡屬公民，無分第二條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會

(a) 直接或經由自由選擇之代表參與政事;

(b) 在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現...」

14. 英國於 1976 年為香港對《公約》第 25(b)條作出保留條款，就第 25(b)條可能要求

¹⁶ 參見 *Xiang-Jiang Simon v Director of Immigration*, CACV218/1993 (22 June 1994) para 44 per 包致金上訴法院法官 (香港上訴法院); *Ubamaka Edward Wilson v Secretary for Security*, FACV15/2011 (21 December 2012) para 43 per 李義常任法官 (香港終審法院)。另參見如 *R v Home Secretary, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696, 747 per Lord Bridge (英國上議院); *Higgs v Minister of National Security* [2000] 2 AC 228, 241 per Lord Hoffmann (樞密院); *Matadeen v Pointu* [1999] 1 AC 98, 114 per Lord Hoffmann (樞密院); *R v Reyes* [2002] UKPC 11 para 27 per Lord Bingham (樞密院); *Matthew v Trinidad and Tobago* [2004] UKPC 33 para 12 per Lord Hoffmann (樞密院); *R v Boyce* [2004] UKPC 32 paras 25-26 per Lord Hoffmann (樞密院); *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 para 60 per Lord Millett (英國上議院); *Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v Al Khafaji* [2004] HCA 38 para 27 per Kirby J (澳洲聯邦最高法院); *Coleman v Power* [2004] HCA 39 para 240 per Kirby J (澳洲聯邦最高法院); *National Legal Services Authority v Union of India*, Writ Petition (Civil) No. 400 of 2012 (印度最高法院, 15 April 2014) paras 47-53 per KS Radhakrishnan J。

在香港設立經選舉產生的行政局或立法局，保留不實施該項條文的權利。該保留條款被一字不漏地複製到 1991 年生效的《香港人權法案條例》第 13 條中。

15. 香港政府一直稱該保留條款直到今天仍然有效，所以認為香港的選舉制度，不論是行政長官選舉辦法或立法會組成方式，都不需符合《公約》第 25(b)條的規定。
16. 然而，保留條款只有提到當時的行政局 (Executive Council) 不需經選舉產生，並無提及當時香港的總督，所以其實未必適用於憲制上承繼港督的行政長官的選舉辦法。
17. 無論如何，早於 1994 年，香港當時的高等法院 (等於現在的原訟庭) 已指出¹⁷，《香港人權法案條例》第 13 條的寫法 (換言之即第 25(b)條作的保留條款本身的寫法) 顯示，條文適用的對象為由選舉以外方式產生的立法局及行政局。換言之，只有立法局及行政局並非由選舉產生時，保留條款才會適用，所以自《英皇制誥》於 1993 年被修改，規定立法局由選舉產生後，《香港人權法案條例》第 13 條已成為「一紙虛文」 ('dead letter')，不再適用於立法會的組成方法。
18. 同樣道理，即使行政長官可以被當作行政會議的一部分而被保留條款的規定涵

¹⁷ *Lee Miu-Ling v Attorney General of Hong Kong*, HCMP1696/1994 (21 April 1995) paras 30-31 (香港高等法院)。

蓋，既然行政長官已由選舉產生，無論是國際法上中國及香港對《公約》第 25(b) 條的保留條款，還是《香港人權法案條例》第 13 條，對行政長官選舉而言，亦已成為「一紙虛文」。

19. 這個針對《人權法案》第 13 條保留條款的判決，雖然因為案中其他考慮最後並無影響案件的結果，但因它是法官經過訴訟雙方完整的辯論、並於判詞中作詳細討論後就法律原則所作出的結論，所以並非如張舉能法官在 2009 年¹⁸所認為的單單只是無法律約束力的「附帶意見」。¹⁹

20. 除了香港本地法庭的判決外，其實聯合國人權事務委員會（委員會）作為解釋《公約》（尤其是有關保留條款是否違反《公約》目的及宗旨的問題²⁰）的最高權威²¹，亦已多次在其對香港作出的《審議結論》中表示²²，香港對《公約》第 25(b)條的

¹⁸ *Chan Yu Nam v Secretary for Justice*, HCAL32/2009 (10 December 2009) para 116。

¹⁹ 參見 *Smith v Harris* [1939] 3 All ER 960, 965 per Scott LJ (英國上訴庭); *Cheater v Cater* [1918] 1 KB 247, 252 per Pickford LJ (英國上訴庭); *Cattles Plc v Welcome Financial Services Ltd* [2009] EWHC 3027 (Ch) paras 44-49 (英國高等法院); *Austin v Chief Constable of Surrey Police* [2010] EWHC 266 (Admin) para 25 per Collins J。cf. *Frozen Value Ltd v Heron Foods Ltd* [2012] EWCA Civ 473 paras 116 per Lloyd LJ (英國上訴庭); *R (Gujra) v Crown Prosecution Service* [2012] UKSC 52 para 72 per Lord Neuberger PSC; *R (Buckinghamshire CC) v Secretary of State for Transport* [2013] EWHC 481 (Admin) para 389 Ouseley J; *R (Nash) v Barnet London Borough Council* [2013] EWCA Civ 1004 para 71 per Davis LJ; *R (Miller Homes Ltd) v Leeds City Council* [2014] EWHC 82 (Admin) para 25 per Stewart J。

²⁰ 參見人權事務委員會《第 24 號一般性意見》(1994 年 4 月 11 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.6。

²¹ 參見國際法院 (International Court of Justice) 案例 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (Merits) [2010] ICJ Rep 639 paras 66-67。

²² 近年在包括香港的普通法地區中，法院已普遍接受聯合國各個公約委員會所作出的審議結論，是對國家在相關公約下的責任作出的具權威解釋：如參見 *Canadian Foundation for Children, Youth and*

保留條款 (至少有關立法會的部分) 已然失效。譬如在 1995 年時委員會表示:

「委員會瞭解聯合王國做出的如下保留：即第 25 條並不要求建立選舉產生的行政局或立法局。然而委員會採取的看法是，一旦確定選舉立法局，則其選舉過程須符合《盟約》[即《公約》]第 25 條。委員會認為，香港的選舉制度不符合《盟約》[即《公約》]第 25 條以及第 2、3 和 26 條的要求。」²³

21. 委員會在 1999 年重申以上看法，強調香港的選舉制度並未符合《公約》規定。²⁴

22. 在 2006 年時，委員會再一次重申：

the Law v. Canada (Attorney General) [2004] 1 SCR 76 paras 33-38 per McLachlin CJ, paras 186-188 per Arbour J (加拿大最高法院)；*Ye v Minister of Immigration* [2008] NZCA 291 [140] per Glazebrook J (紐西蘭上訴法院)；*PK Koul v Estate Officer*, WP(C) No.15239/2004 (印度德里高等法院, 30 November 2010) paras 32-33 per Gita Mittal J；*Odisha Rationalist Society v State Of Orissa*, WP(C) No. 17638 of 2011 (印度奧裏薩邦高等法院, 25 April 2012) paras 7-8 per SK Mishra J；孔允明 對 社會福利署署長, FACV2/2013 (2013 年 12 月 17 日) 第 177-178 段 per 包致金非常任法官 (香港終審法院)。

另參見 *Nilabati Behera v State of Orissa*, 1993 SCR (2) 581, 603-604 per Verma J (印度最高法院)；*A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 paras 62-63 per Lord Bingham (英國上議院)；*R (Williamson) v Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15 paras 82-84 per Baroness Hale (英國上議院)；*Northern Ireland Commissioner for Children and Young People, Re Application for Judicial Review* [2007] NIQB 115 paras 61-62 per Gillen J (英國北愛爾蘭高等法院)；*Sudama Singh v Government Of Delhi*, WP(C) Nos.8904/2009 (印度德里高等法院, 11 February 2010) paras 29, 36 per Ajit Prakash Shah CJ；*R (HC) v Secretary of State for the Home Department* [2013] EWHC 982 paras 46-47 Moses LJ (英國高等法院)。

²³ 人權事務委員會, '人權事務委員會的結論性意見：大不列顛及北愛爾蘭聯合王國(香港)' (1995年11月9日) UN Doc CCPR/C/79/Add.57 第19段。

²⁴ 人權事務委員會, '人權事務委員會的結論性意見：香港特別行政區' (1999年11月15日) UN Doc CCPR/C/79/Add.117 第12段。

「...委員會曾提及英國政府就公約第二十五條(丑)款作出保留條文,訂明本港無須設立經選舉產生的立法機關。委員會認為,經選舉產生的立法會一經設立,其選舉便須符合公約第二十五條的規定。委員會當時表示,本港的選舉制度不符合公約第二十五條、第二條第一段以及第二十六條的規定 ... 此外,委員會關注到當局就一些問題(例如選舉、公共事務等問題)進行解釋《基本法》的程序時,沒有作出適當安排,以確保該等解釋符合公約的規定(第二、第二十五及第二十六條)。」

25

委員會因此促請香港政府「採取一切必要措施,使立法會經普及平等的選舉產生,並確保對《基本法》作出的所有解釋(包括涉及選舉及公共事務的解釋)符合公約的規定。」

23. 在 2013 年 4 月 29 日,委員會再次促請香港政府「採取一切必要措施,作為優先事項,依照《公約》的規定,在今後的所有選舉中實行普遍的和平等的選舉制度。」

26

24. 值得一提的是,當時由袁國強資深大律師擔任主席的香港大律師公會於 2007 年 8 月 24 日就《政制發展綠皮書》提交的意見書中,亦曾就保留條文是否仍然有效的問題進行類似法律分析。大律師公會當時的結論指出,「《公約》第 25 條(丑)

²⁵人權事務委員會,‘人權事務委員會的審議結論:香港特別行政區’(2006年3月30日)UN Doc CCPR/C/HKG/CO/2 第18段。

²⁶人權事務委員會,‘關於中國香港第三次定期報告的結論性意見’(2013年4月29日)UN Doc CCPR/C/CHN-HKG/CO/3 第6段。

款的保留條文及《人權法案條例》第 13 條，兩者均不可作為在行政長官選舉安排中不施行《公約》第 25 條(丑)款的理據」。²⁷公會亦「並敦請特區政府確立及施行完全符合《基本法》及《公約》第 25 條的選舉制度」。²⁸

25. 因此，無論是根據本地法還是國際法，《公約》第 25(b)條都是香港必須符合的規定，更是解釋《基本法》有關選舉的條文時不可忽略的「背景」。

忽略憲法權利條文的後果：非法地忽略「有關」的因素

26. 既然憲法權利條文是解釋《基本法》時不可忽略的「背景」，將《基本法》抽離於其「背景」的解讀，該解讀只可能是錯誤的。

27. 同時，普通法的原則是行使公權力者在做決定前，必須已考慮所有「有關 (relevant)」的因素。²⁹ 因此，若政府沒有考慮必須考慮的憲法權利條文及香港在

²⁷ 香港大律師公會，《政制發展綠皮書》意見書 (2007 年 8 月 24 日)

<<http://hkba.org/whatsnew/submission-position-papers/2007/Green%20Paper%20on%20Constitutional%20Dev%208.07%20Chin%20Version.pdf>> 第 10 段。

²⁸ 香港大律師公會，《政制發展綠皮書》意見書 (2007 年 8 月 24 日)

<<http://hkba.org/whatsnew/submission-position-papers/2007/Green%20Paper%20on%20Constitutional%20Dev%208.07%20Chin%20Version.pdf>> 第 11 段。

²⁹ 如參見 *C 對入境處處長*, FACV19/2011 (2013 年 3 月 25 日) 第 22 段 per 鄧楨常任法官 (香港終審法院); *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, 229 per Lord Greene MR (英國上訴庭); *Regina (Alconbury Developments Ltd. and others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2003] 2 AC 295, 320 per Lord Slynn (英國上議院)。

國際人權法下的責任³⁰，就決定行使酌情權推出政改方案，那根據普通法原則這決定必然是非法的。

忽略憲法權利條文的後果：公眾諮詢亦非法

28. 誠然，行政長官就行政長官選舉辦法及立法會產生辦法「是否需要進行修改」，「向全國人民代表大會常務委員會提出報告」前³¹，並無法律責任諮詢公眾。但根據過往慣例，政府推出政改方案前都會進行公眾諮詢。而行政長官於 2013 年 10 月 17 日的行政長官答問會上，更承諾將會「展開正式諮詢」³²。
29. 值得注意的是，政府更曾明確承諾「制訂一個全面的諮詢文件」（‘preparation of ... a very comprehensive public consultation document’），並「會將最足夠的資料讓市民參考，讓市民可以提供他們自己認為他們信服那個看法」。³³ 另外，政府還承諾「往後的工作一定要在《基本法》的框架下進行」。³⁴

³⁰ 如參見 *Xiang-Jiang Simon v Director of Immigration*, CACV218/1993 (22 June 1994) para 44 per 包致金上訴法院法官（香港上訴法院）。

³¹ 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》附件一第七條和附件二第三條的解釋，第三段。

³² 立法會《會議過程正式紀錄》，2013 年 10 月 17 日，第 640 頁。

³³ 以上皆為政務司司長 2013 年 10 月 17 日會見傳媒時的原話：
<http://www.info.gov.hk/gia/general/201310/17/P201310170404.htm>;
<http://www.info.gov.hk/gia/general/201310/17/P201310170323.htm>。

³⁴ 此為律政司司長 2013 年 10 月 17 日會見傳媒時的原話：同上。

30. 因此香港市民不但有程序上政府會就政改問題諮詢公眾的合理期望 (procedural legitimate expectation)，亦同時對諮詢程序的實質內容有合理期望 (substantive legitimate expectation³⁵)，即政府會提供一份全面、資料充足的諮詢文件予公眾參考。³⁶
31. 若政府沒有充分的理由而違反這些合理期望，根據普通法原則，會令整個諮詢成為非法越權的行為。³⁷
32. 無論如何，即使政府本來沒有法律責任進行諮詢，只要政府決定開始諮詢，就有責任正當地及公平地 (properly and fairly) 進行該諮詢。³⁸
33. 根據普通法原則，一個正當及公平的諮詢中，政府必須提供準確及充足的資料予

³⁵ 參見吳小彤 對 入境事務處處長, FACV3/2001 (2002年1月10日)(香港終審法院)。

³⁶ 參見 *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 401 per Lord Fraser (英國上議院)。另參見 *R (Greenpeace Ltd) v Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 311 (Admin) para 48 per Sullivan J (英國高等法院)。

³⁷ 參見 *Attorney-General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 AC 629, 638 per Lord Fraser (樞密院，來自香港的上訴); *O'Reilly v Mackman* [1983] 2 AC 237, 275 per Lord Diplock (英國上議院)。

³⁸ 參見 *PCCW-HKT Telephone Ltd v Telecommunications Authority*, CACV60/2007 (18 September 2007) para 12 per Le Pichon JA (香港上訴庭; 引用 *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213 para 108 per Lord Woolf MR (英國上訴庭)); *R (Easyjet Airline Co Ltd) v Civil Aviation Authority* [2009] EWCA Civ 1361 para 46 per Dyson LJ, para 75 per Maurice Kay LJ (英國上訴庭)。

公眾，讓被諮詢者可以根據資料提出有意義及明智的回應。³⁹

34. 如上面所說，憲法權利條文是解釋基本法時必須參考的考慮，所以必然是一份「全面的諮詢文件」不可或缺的部分。現時的諮詢文件卻完全沒有提到任何有關憲法權利條文的考慮，因此不但違反政府會提供一份全面、資料充足的諮詢文件的合理期望，更令被諮詢者根本不可能根據文件中的資料作出有意義及明智的回應，可說是明顯及嚴重的錯誤，對整個諮詢過程造成不可彌補的程序不公平。⁴⁰

行政長官必須愛國愛港、不可與中央對抗？

35. 《基本法》本身並無任何條文提及行政長官須「愛國愛港」、「不可與中央對抗」。
36. 聯合國人權事務委員會在其《第 25 號一般性意見》中認為選舉權包括不被不合

³⁹ 參見 *Lam Yuet Mei v Permanent Secretary for Education and Manpower*, HCAL36/2004 (9 August 2004) para 50 per Chu J (香港原訟庭)，引用 *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213 para 108 per Lord Woolf MR (英國上訴庭)。另參見 *R (Wainwright) v Richmond Upon Thames London Borough Council* [2001] EWCA Civ 2062 para 10 per Clarke LJ (英國上訴庭)。

⁴⁰ 參見 *R (Greenpeace Ltd) v Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 311 (Admin) para 116 per Sullivan J (英國高等法院); *R (Royal Brompton and Harefield NHS Foundation Trust) v Joint Committee of Primary Care Trusts* [2012] EWCA Civ 472 per Arden LJ paras 12-13, 93 (英國上訴庭)。

理地限制的被選權：「對行使第二十五條保護的權利規定的任何條件應以客觀和合理標準為基礎。... 對競選權施加任何限制 ... 必須以客觀合理標準為依據。不得以無理或歧視要求如教育、居住或出身或政治派別等理由來排除本來有資格競選的人參加競選」。⁴¹ 政府尤其不得「不得以政治見解為由剝奪任何人參加競選的權利」。⁴²

37. 因此，更具體來說，雖然《公約》容許締約國在選舉制度中根據潛在候選人和該國的關係作出不同的處理，但這差別待遇必須與一項在《公約》中被視為合法的目的（*legitimate aim*）有著合理關連；而這差別待遇的原因亦必須是基於「客觀因素」（*objective elements*），例如「[該潛在候選人]是否已登記選民」、「[他在該國]居住的時間」、「[他]有沒有公民身份、或投放任何道德或物質上的利益於該國之中，及他或他的父母是否在該國出生」⁴³。

38. 採用「愛」或對「國家的忠誠」這種既不能被客觀地證明⁴⁴，亦沒有在法律中被

⁴¹ 聯合國人權事務委員會，《第 25 號一般性意見》（1996 年 7 月 12 日）UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 4, 15 段。

⁴² 聯合國人權事務委員會，《第 25 號一般性意見》（1996 年 7 月 12 日）UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 17 段。

⁴³ *Gillot v France*, Communication No. 932/2000 (聯合國人權事務委員會，15 July 2002) UN Doc CCPR/C/75/D/932/2000 第 13.5-13.8 段；另參見 *Debreczeny v The Netherlands*, Communication No. 500/1992 (聯合國人權事務委員會，4 April 1995) UN Doc CCPR/C/53/D/500/1992 第 9.2-9.3 段。

⁴⁴ 參見 *Narrain v Mauritius*, Communication No. 1744/2007 (聯合國人權事務委員會，27 July 2012) UN Doc CCPR/C/105/D/1744/2007 第 15.4-15.5 段。

明文規定⁴⁵的抽象概念作為參選特首的必要條件，明顯是專橫無理(arbitrary)的。而這基本上亦等同將「一黨專政」、不容其他政治聲音出現的概念引入香港，同樣也是明顯違反《公約》第 25(b)條所保障的被選權。⁴⁶

39. 基於上面第 10-25 段所述的法律原則，《基本法》第 45 條的須盡可能據《公約》的規定解釋。因此，加入行政長官必須愛國愛港、不可與中央對抗的條件，不但於法無據，更是可能直接違反正確解讀下的《基本法》第 45 條。

2.05(i) 根據全國人大常委會 2004 年的《解釋》，《基本法》附件一和附件二所規定有關 2007 年以後行政長官和立法會產生辦法是否需要進行修改，行政長官應向全國人大常委會提出報告，交由全國人大常委會確定。有關修改經立法會通過及行政長官同意後，最後仍須由全國人大常委會批准或備案，方可生效。

⁴⁵ 參見 *Ignatane v Latvia*, Communication No. 884/1999 (聯合國人權事務委員會，25 July 2005) UN Doc CCPR/C/72/D/884/1999 第 7.4 段。

⁴⁶ 參見 *Pietraroia v Uruguay*, Communication No. 44/1979 (聯合國人權事務委員會，27 March 1981) UN Doc CCPR/C/OP/1 第 16 段; *Bwalya v Zambia*, Communication No. 314/1988 (聯合國人權事務委員會，27 July 1993) UN Doc CCPR/C/48/D/314/1988 第 6.6 段；聯合國人權事務委員會，'Concluding observations of the Human Rights Committee: Kuwait' (27 July 2000) UN Doc CCPR/CO/69/KWT paras 42-43; 聯合國人權事務委員會，'Concluding observations of the Human Rights Committee: Democratic People's Republic of Korea' (27 August 2001) UN Doc CCPR/CO/72/PRK para 25 ; *Tănase v Moldova*, App No. 7/08 (歐洲人權法院, GC, 27 April 2010) para 166. 。另參見 *United Communist Party of Turkey v Turkey*, App No. 19392/92 (歐洲人權法院, GC, 30 January 1998) para 44 。另參見工黨立法會議員何秀蘭在 2013 年 3 月 20 日立法會大會上的發言：香港立法會，《會議過程正式紀錄》(2013 年 3 月 20 日) 第 5230 頁。

2.18 根據《基本法》及全國人大常委會 2004 年的《解釋》，修改行政長官及立法會產生辦法，必須要走「五步曲」。無論是行政長官向全國人大常委會提交報告、全國人大常委會決定是否可就產生辦法進行修改、全體立法會議員決定是否通過特區政府提出修改產生辦法的議案、行政長官是否同意立法會通過的議案，以至全國人大常委會是否批准或備案有關法案，均是必須經過的憲制程序。中央、行政長官、特區政府、立法會以至社會各界，都必須嚴格依法處理政制發展有關議題，這也是香港的核心價值。

40. 立法會如何組成既非中央負責的事務，亦無涉及香港與中央之間的關係，所以明顯屬於香港自治範圍。因此，考慮到香港享有的高度自治權，附件二中「報全國人民代表大會常務委員會備案」的規定(及全國人民代表大會常務委員會 2004 年作出的解釋)，應以目的性及寬鬆慷慨的方式解讀。⁴⁷換言之，已獲立法會三分之二及行政長官同意的修改，在香港政府報送予全國人民代表大會常務委員會的那一刻，「報全國人民代表大會常務委員會備案」的規定便應告完成。

41. 無論如何，「批准」與「備案」，即使不理兩詞本身正常的字義，於中國法中亦明

⁴⁷ 參見上文第 2-4 段及相關註腳。

顯是兩個不同的法律概念。⁴⁸中國國內的行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例都是公佈後才備案的。⁴⁹除非國務院、中央軍委、最高人民法院、最高人民檢察院、各省、自治區、直轄市的人大常委、全國人大專門委員會或全國人大法委會專門委員會向全國人大常委要求提出審查，否則報送備案都只是單單報送備案，並不會影響法規或條例的法律效力。⁵⁰

42. 香港《基本法》第 17(2)條和澳門《基本法》第 17(2)條分別規定香港及澳門的「立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案」，但都有同樣的前提 (proviso): 「備案不影響該法律的生效。」

43. 因此，所謂須確定全國人大常委會已「備案」對附件二的修改，該修改方可生效，並無法律根據。

2.05(ii) 《基本法》第四十三條規定行政長官是香港特別行政區的首長，代表特區，對中央人民政府和特區負責。《基本法》第四十五條規定，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。中央人民政府的任命是實質性而非形式性的，換

⁴⁸ 如參見《中華人民共和國憲法》第 116 條。

⁴⁹ 《中華人民共和國立法法》第 89 條。

⁵⁰ 《中華人民共和國立法法》第 90-92 條。

言之，可以任命，也可以不任命。這項安排體現了特區政治體制實際運作中中央的憲制權力，而行政長官無論怎樣產生，包括最終由普選產生，都必須經中央人民政府行使實質任命權，方可就任

3.28 行政長官通過選舉產生後，仍須由中央人民政府任命，才能成為行政長官，這是法律規定的必經程序。香港特別行政區是直轄於中央人民政府的地方行政區域，行政長官須由中央人民政府任命，這種任命決定權，具體體現了國家主權。中央人民政府依法任命行政長官並不是形式上的任命，是實質任命。中央人民政府有權任命，也有權不任命。

中央政府並無「實質任命權」

44. 基本法第 45 條並無清楚說明中央的任命權是儀式性還是實質性權力。純粹由條文的字面上看，兩種解讀都說得通。

45. 然而，第 45 條列出特首產生方式的原則，即使不考慮其他直接保障人權的條文（如第 25、26 及 39 條），亦明顯是關乎憲制方面 (involving constitutional aspects) 的條文⁵¹。因此，解讀第 45 條時，須採用寬鬆慷慨、目的性及對憲法權利損害最

⁵¹ 參見香港特別行政區對馬維騏, CAQL1/1997 (29 July 1997) para 14 per 陳兆愷高等法院首席法官 (香港上訴庭)。另參見 *Clunies-Ross v Commonwealth* [1984] HCA 65 para 6 per Gibbs CJ, Mason,

少的解釋方法。⁵²

46. 如上面第 3-4 段所述，解讀《基本法》第 45 條時首先須考慮其背景(context)。《基本法》的背景包括《中英聯合聲明》。⁵³《聯合聲明》是國際公約，用中文和英文寫成，兩種文本具有同等效力。同時，因為《基本法》可說是為落實《聯合聲明》而通過的，所以上面第 11 段所述的普通法解讀原則尤其適用於《基本法》及《聯合聲明》之間的關係。⁵⁴

47. 根據《中英聯合聲明》第 3 條第 4 段，中華人民共和國對香港的其中一項基本方針政策為「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。」值得注意的是，英文文本的同一句為“ The chief executive will be appointed by the Central People's Government on the basis of the results of elections or consultations to be held locally”，清楚表達本地選舉和中央任命之間的相互因果關係，即第 45 條提到的「任命」(或不任命)須基於本地選舉的結果作出，而不是中央可以毫無制約地自由行使的權力。

Wilson, Brennan, Deane and Dawson JJ (澳洲聯邦最高法院), 提及到“liberal construction appropriate to ... a constitutional provision”

⁵² 參見上文第 2-4 段及相關註腳。

⁵³ 入境事務處處長 對 莊豐源, FACV26/2000 (2001 年 7 月 20 日), 第 6.3 及 8.2 部分; 吳嘉玲 對 入境事務處處長, FACV14/1998 (1999 年 1 月 29 日), 第 75, 76, 115 段。

⁵⁴ 參見 *R v Boyce* [2004] UKPC 32 para 26 per Lord Hoffmann。

48. 另外，解讀第 45 條時亦須同時顧及《公約》第 25 條的規定。⁵⁵聯合國人權事務委員會在其《第 25 號一般性意見》中解釋，被選權只能被「基於法律規定並屬於客觀和合理的理由」限制。⁵⁶
49. 人權事務委員會在其案例中進一步解釋，「任何條件應以客觀和合理標準為基礎」的規定，禁止政府「專斷」(arbitrariness) 或享有不受制約的酌情權，或訂立、引用模糊不清的選舉法律 (legal ambiguity)。⁵⁷人權事務委員會更特別聲明「解除選舉產生的職位的理由應該由法律根據客觀和合理標準加以規定，並包含公正程序。」⁵⁸
50. 雖然《公約》不強迫實行任何特定選舉制度，但締約國實行的任何選舉制度必須與第 25 條保護的權利相符，並必須保證和落實選民自由表達的意願。⁵⁹

⁵⁵ 參見上文第 10-13 段及相關註腳。

⁵⁶ 聯合國人權事務委員會,《第 25 號一般性意見》(1996 年 7 月 12 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 4, 15 段。

⁵⁷ See *Narrain v Mauritius*, Communication No. 1744/2007 (2013) UN Doc CCPR/C/105/D/1744/2007 paras 15.4-5 (聯合國人權事務委員會)。

⁵⁸ 聯合國人權事務委員會,《第 25 號一般性意見》(1996 年 7 月 12 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 16 段。

⁵⁹ 聯合國人權事務委員會,《第 25 號一般性意見》(1996 年 7 月 12 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 21 段。

51. 因此，第 45 條在正確的解讀下，不可能給予中央毫無制約、任意行使的實質任命(或不任命)權。

3.12 按照《基本法》第四十五條，行政長官的普選模式，必須是由一個有「廣泛代表性的提名委員會」提名行政長官候選人，然後由市民以普選方式產生行政長官。現時，根據《基本法》附件一，行政長官由一個具有「廣泛代表性的選舉委員會」選出。這與《基本法》第四十五條的「廣泛代表性」的提名委員會須遵循的原則共同及一致。兩者的「廣泛代表性」亦應有相同的涵義。故此，提名委員會的組成必須符合「廣泛代表性」的要求，而《基本法》附件一規定「具有廣泛代表性」的選舉委員會的組成，具重要參考價值。

52. 「有廣泛代表性」明顯只是一個普通、可有多種意思的詞語 (ordinary word/phrase of flexible meaning:)，而非專門術語，基本法內亦無特意為其定義。根據由《基本法》第 25、26 及 39 條、公民及政治權利國際公約第 25 條及《基本法》第 45 條本身的條文形成的「背景」，第 45 條背後的立法目的顯然是要在香港落實普

選。而如果在解讀「有廣泛代表性」時無法根據「活的文件」的原則，同時考慮本地及國際間對民主普選的現代理解，這立法目的明顯將難以真正達到。⁶⁰

53. 無論如何，出現在不同語境及地方的同一詞語不一定須有相同涵義。⁶¹ 尤其是基本法》第 45 條的目的是落實普選，相反附件一所載的本來只屬 2007 年之前的過渡性安排，兩者的背景及目的截然不同，不能相提並論。

3.13 全國人大常委會 2007 年的《決定》進一步訂明提名委員會可參照 3 《基本法》附件一有關選舉委員會的現行規定組成。... (註腳 3 全國人大常委會副秘書長喬曉陽在 2007 年 12 月 29 日政制發展座談會上談及「參照」一詞的法律含義。在中國當時有效的 230 部法律中，共有 56 部法律的 85 處使用了「參照」這樣一個詞。在這 85 處「參照」中，最通常使用的含義，用通俗的語言來講，就是法律對一種情況作了具體規定，對另一種類似情況沒有作具體規定，在這種情況下，法律通常規定參照適用。所以這個「參照」既有約束力，又可以根據具體情況作適當調整。這次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，就是既要保持選舉委員會由四大界別組成的基本要素，又可以在提名委員會的具體組成和規模上

⁶⁰ 參見及比較 *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd* [1999] UKHL 42 para 54 per Lord Nicholls (英國上議院)；*Yemshaw v London Borough of Hounslow* [2011] UKSC 3 paras 27-28 per Baroness Hale (英國最高法院)。另參見上文第 2-7 段及相關註腳。

⁶¹ 參見 *Shri Ashok Tanwar v State Of HP* [2004] INSC 774 per Shivaraj V Patil J (印度最高法院)。

繼續進行討論，有適當的調整空間。)

54. 根據香港上訴法庭及原訟法庭在莊豐源一案中訂立的原則，⁶²人大常委文件中所載的相關字句是否有法律約束力，視乎這些字句是否在何語境下提出，包括這些字句是否和人大常委在該文件中需要處理的某些特定問題或條文有直接關係⁶³，及文件本身的用字有否表明這些字句只是作為一般性的意見提出的。⁶⁴
55. 即使人大常委未來在對《基本法》作出真正有法律約束力的解讀時，可能會跟從自己以往有關的附帶意見，但法律上香港政府及法庭在理解《基本法》時都不應僅僅因為這個原因而直接視相關附帶意見為有法律約束力的解讀，反而應忠實地應用唯一在香港適用的普通法解釋原則。⁶⁵ 尤其是因為有利害關係的各方在人大常委作出決定時從沒有機會陳述意見，更遑論進行對抗式的辯論，這些附帶意見很可能是在未經全面或適當辯論及分析的情況下提出的。⁶⁶

⁶² 張舉能高等法院首席法官在 *Vallejos Evangeline Banao v Commissioner of Registration*, CACV204/2011 (28 March 2012)一案中接受這些原則為適用及有約束力的法律原則。

⁶³ 參見莊豐源訴入境事務處處長, CACV61/2000 (2000年7月27日) 第70段 per 梁紹中法官 (香港上訴庭)。

⁶⁴ 參見莊豐源訴入境事務處處長, HCAL67/1999 (1999年12月24日) 第64段 per 司徒敬法官 (香港原訟法庭)。

⁶⁵ 參見莊豐源訴入境事務處處長, HCAL67/1999 (1999年12月24日) 第65段 per 司徒敬法官 (香港原訟法庭)。

⁶⁶ 參見莊豐源訴入境事務處處長, CACV61/2000 (2000年7月27日) 第104, 106段 per 羅傑志法官 (香港上訴庭)。

56. 更何況，人大常委 2007 年的決定是根據行政長官 2007 年 12 月 12 日提交予人大常委的《關於香港特別行政區政制發展諮詢情況及 2012 年行政長官和立法會產生辦法是否需要修改的報告》作出的，該報告的範圍，根據人大常委 2004 年的解釋第 3 段，只限於《基本法》附件一及附件二「是否需要進行修改」此一特定問題，不能延伸至其他根本並無提交人大常委作解釋或決定的問題，即兩個附件實際上應如何修改。⁶⁷ 尤其是提名委員會如何組成明顯關乎香港居民選舉及被選舉的憲法權利，但沒有任何資料顯示人大常委在作出意見時已獲告知對憲法權利可能產生的影響。⁶⁸

57. 無論如何，根據《中華人民共和國憲法》第 62 條，全國人民代表大會是國家最高權力機關，「有權改變或者撤銷全國人民代表大會常務委員會不適當的決定」。⁶⁹ 而全國人民代表大會常務委員會作為在《憲法》第 69 條下須對全國人民代表大會負責的機關，除非獲全國人民代表大會根據《憲法》第 67(21)條另外授權，否則不得以決定的方式，對全國人民代表大會制定的法律進行同該法律的基本原則相抵觸的部分補充和修改。⁷⁰

⁶⁷ 參見莊豐源 訴 入境事務處處長, CACV61/2000 (2000 年 7 月 27 日) 第 70 段 per 梁紹中法官 (香港上訴庭)。

⁶⁸ 參見莊豐源 訴 入境事務處處長, CACV61/2000 (2000 年 7 月 27 日) 第 105 段 per 羅傑志法官 (香港上訴庭)。

⁶⁹ 《中華人民共和國憲法》第 62(11)條。

⁷⁰ 《中華人民共和國憲法》第 67(3)條。

58. 在這方面，保障人權毫無疑問是《基本法》的基本原則。而附件一明顯並無賦權人大常委在行使權力時忽略《基本法》中對保障人權的條文。用李飛副主任(當時官階)自己的話說，就是「法無授權即禁止」。⁷¹
59. 由此可見，人大常委 2007 年的決定中提到所謂的「參照」其實並無李飛主任所認為擁有的法律約束力。
60. 如果政府錯誤地參照並以爲自己必須跟從並無法律約束力的材料，最後政府很可能會錯誤地理解自己的權力範圍，並設計出一個法律前設完全錯誤的政改方案。這樣的方案在普通法中肯定是非法越權的。⁷²

⁷¹ 「李飛：公法無授權 港『公投』違法」(文匯報，2010 年 3 月 11 日)

<<http://paper.wenweipo.com/2010/03/11/YO1003110002.htm>>。

⁷²參見 *In re Lau San Ching*, HCMP2302/1994 (2 September 1994) para 32 per Mayo J (香港高等法院)；*C 對入境處處長*, FACV19/2011 (2013 年 3 月 25 日) 第 22 段 per 鄧楨常任法官 (香港終審法院)。另參見 *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, 229 per Lord Greene MR (英國上訴庭)；*Anisminic v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, 174 per Lord Reid (英國上議院)；*R v Lord President of the Privy Council, Ex parte Page* [1993] AC 682, 693 per Lord Griffiths；701-702 per Lord Browne-Wilkinson (英國上議院)；*Regina (Alconbury Developments Ltd. and others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2003] 2 AC 295, 320 per Lord Slynn (英國上議院)；*Regina (Alconbury Developments Ltd. and others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2003] 2 AC 295, 320 per Lord Slynn (英國上議院)；*R (Heather Moor & Edgecomb Ltd) v Financial Ombudsman Service* [2008] EWCA Civ 642 para 36 per Stanley Burnton LJ (英國上訴庭)。

3.19 從《基本法》第四十五條清晰可見，提名行政長官候 選人的提名權只在於提名委員會，而且是實質提名權。任何繞過提名委員會的提名程序，或削弱提名委員會的實質提名權的建議，都可能被認為是不符合《基本法》第四十五條的規定。

提名委員會的「實質提名權」並非完全不受約束

61. 其實同樣從《基本法》第四十五條清晰可見的是，提名委員會的提名權並非完全不受約束；相反地，提名委員會須「按民主程序」行使其提名權。

62. 和「有廣泛代表性」一樣，「民主程序」明顯只是一個普通、可有多種意思的詞語 (ordinary word/phrase of flexible meaning:)，而非專門術語，基本法內亦無特意為這兩個詞語定義。根據由基本法第 25、26 及 39 條、公民及政治權利國際公約第 25 條及第 45 條本身的條文形成的「背景」，第 45 條背後的立法目的顯然是要在香港落實普選。而如果在解讀「民主程序」時無法根據「活的文件」的原則，同時考慮本地及國際間對民主普選的理解，這立法目的明顯將難以真正達到。⁷³

63. 就此，聯合國人權事務委員會在其《第 25 號一般性意見》中解釋，《公約》第 25

⁷³ 參見及比較 *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd* [1999] UKHL 42 para 54 per Lord Nicholls (英國上議院)；*Yemshaw v London Borough of Hounslow* [2011] UKSC 3 paras 27-28 per Baroness Hale (英國最高法院)。另參見上文第 2-7 段及相關註腳。

條所保障的被選權只能被「基於法律規定並屬於客觀和合理的理由」限制。⁷⁴

64. 人權事務委員會在其案例中進一步解釋，「任何條件應以客觀和合理標準為基礎」的規定，禁止政府「專斷」(arbitrariness) 或享有不受制約的酌情權，或訂立、引用模糊不清的選舉法律 (legal ambiguity)。⁷⁵ 另外，委員會特別強調，政府「不得以無理或歧視要求如教育、居住或出身或政治派別等理由來排除本來有資格競選的人參加競選」。⁷⁶

65. 根據國際人權法的要求，選舉制度最低限度應對被提名權有以下保障：⁷⁷

- (i) 不讓某人參選成為候選人的決定，須由一個能保證公正性的機構作出；
- (ii) 該機構所享有的酌情權不可過份地闊，並須被足夠準確的本地法律限制；
- (iii) 決定候選人不合資格的程序必須有效防止相關機構濫用權力，並確保該機構作出一個公平客觀的決定。

⁷⁴ 聯合國人權事務委員會，《第 25 號一般性意見》(1996 年 7 月 12 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 4, 15 段。

⁷⁵ See *Narrain v Mauritius*, Communication No. 1744/2007 (2013) UN Doc CCPR/C/105/D/1744/2007 paras 15.4-5 (聯合國人權事務委員會)。

⁷⁶ 聯合國人權事務委員會，《第 25 號一般性意見》(1996 年 7 月 12 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 15 段。

⁷⁷ 參見 *Podkolzina v Latvia*, App No. 46726/99 (歐洲人權法院, 4th Section, 9 April 2002) para 35; *Kovach v Ukraine*, App No. 39424/02 (歐洲人權法院, 5th Section, 7 February 2008) para 54; *Grosaru v Romania*, App No. 78039/01 (歐洲人權法院, 3rd Section, 2 March 2010) para 47。

66. 無論如何，根據《基本法》第 45 條成立的提名委員會，其權力必然不可能超出其權力來源《基本法》的明文規定。換言之，提名委員會和其他政府機構一樣，其行為必須符合《基本法》第 45 條以外的條文，包括第 25、26 及 39 條等保障人權的條文。

67. 因此，要求提名委員會遵守國際人權法，「按民主程序」行使其提名權，不但不涉及削弱提名委員會所謂的實質提名權，反而這才是真正在基本法的框架下依法落實普選。

「民主程序」的實質內容

68. 「民主程序」似乎並非《基本法》獨創的概念。事實上，其他普通法司法管轄區的法律亦有類似的概念。

69. 譬如，紐西蘭《1993 年選舉法》第 71 條的標題中有提述「民主程序 (democratic procedures)」之處。在相關的案例中，紐西蘭高等法院一方面確認「民主程序」要求一個「具參與性 (participatory)」的程序，⁷⁸但另一方面認為，「民主程序」的

⁷⁸ 參見 *Payne v Adams* [2008] 3 NZLR 233 para 49 per Panckhurst J，此判決獲紐西蘭高等法院全席庭於 *Payne v Adams*, CIV 2008-409-3089 (紐西蘭高等法院全席庭，7 May 2009) paras 79,81 確認。

要求只限於《1993年選舉法》第71條的明確定義及列出的規定。⁷⁹

70. 另一方面，愛爾蘭最高法院認為，「民主過程 (democratic process)」是每個公民在《愛爾蘭憲法》下都享有的個人權利，其中包括選舉程序不受官方機構干預的權利。⁸⁰

71. 然而如上面第62段所述，和紐西蘭的情況不同，《基本法》並無為「民主程序」作出明確定義。因此，香港的情況相對上更接近愛爾蘭；換言之，要確定「民主程序」的實質內容為何，因其涉及選舉及被選舉權的基本權利，須以目的性及寬鬆慷慨的方式，分析國際人權法的規定，同時緊記《基本法》是一份「活的文件」。

81

72. 國際人權法清晰地禁止提名制度在設計上阻礙或排除某些人士或團體參與國家的政治生活。⁸² 因此，提名制度不能為了偏袒任何特定政黨或個別參選人，而在

⁷⁹ 參見 *Payne v Adams* [2008] 3 NZLR 233 para 52 per Panckhurst J，此判決獲紐西蘭高等法院全席庭於 *Payne v Adams*, CIV 2008-409-3089 (紐西蘭高等法院全席庭，7 May 2009) paras 80-81 確認。另參見 *Payne v Adams*, CIV 2008-409-3089 (紐西蘭高等法院全席庭，7 May 2009) para 97(a)。

⁸⁰ 參見 *McKenna v An Taoiseach* (No. 2) [1995] 2 IR 10, 53-54 (愛爾蘭最高法院)。

⁸¹ 參見上文第2-13，20-25段及相關註腳。

⁸² 參見 *Aziz v Cyprus*, App No. 69949/01 (ECtHR, 2nd Section, 22 June 2004) para 28; *Yatama v Nicaragua* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C No. 127 (23 June 2005) (中美洲人權法院)；*Yumak and Sadak v Turkey*, App No. 10226/03 (ECtHR, GC, 8 July 2008) para 121。

法律及制度上犧牲其他的政黨或參選人。⁸³

73. 如果提名制度的安排明顯對反對派有不合比例和不利的影響，從而剝奪了他們有效地進入政治舞台以代表他們選民利益的機會，除非有其他制衡的保障措施減輕其實際後果，⁸⁴ 否則參選權是被限制到一個極度不相稱的程度，甚至可說是已被完全剝奪。⁸⁵

74. 真正有效的被提名權利和機會，是為確保選民能自由挑選候選人。⁸⁶ 因此，選舉及被選舉權，包括在合理、平等的條件下被提名的權利，⁸⁷ 是屬於公民個人享有的權利。⁸⁸

⁸³ 參見 *Yumak and Sadak v Turkey*, App No. 10226/03 (ECtHR, GC, 8 July 2008) para 121。

⁸⁴ 參見 *Yumak and Sadak v Turkey*, App No. 10226/03 (ECtHR, GC, 8 July 2008) paras 133-148; *Özgürlük Ve Dayanışma Partisi (ÖDP) v Turkey*, App No.7819/03 (ECtHR, 2nd Section, 10 May 2012) para 46。

⁸⁵ 參見 *Yatama v Nicaragua* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C No. 127 (23 June 2005) paras 204, 217, 223 (中美洲人權法院); *Tănase v Moldova*, App No. 7/08 (ECtHR, GC, 27 April 2010) para 179; *Ekoglasnost v Bulgaria*, App No. 30386/05 (ECtHR, 4th Section, 6 November 2012) para 68。

⁸⁶ 參見聯合國人權事務委員會，《第 25 號一般性意見》(1996 年 7 月 12 日) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 第 15 段。

⁸⁷ 參見 *Yatama v Nicaragua* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C No. 127 (23 June 2005) para 199 (中美洲人權法院)。

⁸⁸ 參見 *Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre v Tanzania*, App No. 009/2011 (非洲人權及民族權利法院, 14 June 2013) para 98。

75. 在這邏輯下，如果法律強迫提名權只能透過某一群體代為行使，而無合理地給予獨立參選人自行參選的渠道，⁸⁹令選民被迫只能從該群體支持的候選人中作出選擇，⁹⁰已構成對這些個人基本權利不合比例的侵犯。⁹¹

76. 因此，為了鼓勵民主政治多元，政黨提名及其他能令公民合理地得到提名的提名方式，必不可少。⁹²

77. 事實上，在提名制度中容許政黨提名及公民或直接自我提名雙軌並行，已是現今民主國家的慣例。早在 1990 年由包括加拿大及美國的 35 個國家簽署的《歐洲安全暨合作會議哥本哈根會議文件》已經在第 7.5 段建議，有意參選的人應可選擇透過公民提名或自我提名成為獨立參選人，或透過政黨提名代表政黨參選。

78. 雖然國際人權法允許不同地方可以因為各自特殊的歷史、文化和意識形態因素，

⁸⁹ 參見 *Castañeda Gutman v México* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C No. 184 (6 August 2008) para 202 (中美洲人權法院); *Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre v Tanzania*, App No. 009/2011 (非洲人權及民族權利法院, 14 June 2013) para 107.3。

⁹⁰ 參見 *Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre v Tanzania*, App No. 009/2011 (非洲人權及民族權利法院, 14 June 2013) para 109。

⁹¹ 參見 *Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre v Tanzania*, App No. 009/2011 (非洲人權及民族權利法院, 14 June 2013) paras 99, 107.2。

⁹² 參見 *Yatama v Nicaragua* (Judgment) Inter-American Court of Human Rights Series C No. 127 (23 June 2005) paras 207, 215, 217 (中美洲人權法院)。

在選舉制度的設計和操作上追求不同的「民主願景 (democratic vision)」⁹³，⁹⁴但由於這些考慮本質上會隨時間及國內和國際間就民主標準逐漸形成的共識⁹⁵而變化，所以隨著時間推衍，尤其是如果該地方已經經過一段長時間的民主化過程，政府將越來越難為對選舉及被選舉權的限制辯護。

79. 此外，正如歐洲人權法院指出，決定這些歷史及政治因素是否足以正當化對選舉及被選舉權的限制時，應同時考慮該國家透過簽署條約自願接受的國際法責任，及有關國際機構提出的建議和結論。⁹⁶ 就此，正如上面指出，聯合國人權事務委員會已多次在其對香港作出的《審議結論》中表示香港的選舉制度並未符合《公約》規定。⁹⁷

80. 因此，在接受提名委員會為正式提名機構的前提下，《基本法》第 45 條中提述的「民主程序」規定，按香港的憲法解釋原則，應在實行上提供其他能令公民合理地得到提名的提名方式，包括政黨提名及公民提名。

⁹³ 參見 *Hirst v United Kingdom (No. 2)*, App No. 74025/01 (歐洲人權法院, GC, 6 October 2005) para 61。

⁹⁴ 參見 *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App No. 9267/81 (歐洲人權法院, Plenary, 2 March 1987) para 54; *Podkolzina v Latvia*, App No. 46726/99 (歐洲人權法院, 4th Section, 9 April 2002) para 33; *Yumak and Sadak v Turkey*, App No. 10226/03 (歐洲人權法院, GC, 8 July 2008) para 111。

⁹⁵ 參見 *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v Greece*, App No. 42202/07 (歐洲人權法院, GC, 15 March 2012) para 66

⁹⁶ 參見 *Sejdić and Finci v Bosnia and Herzegovina*, App No. 27996/06 & 34836/06 (歐洲人權法院, GC, 22 December 2009) paras 46-50; *Tănase v Moldova*, App No. 7/08 (歐洲人權法院, GC, 27 April 2010) paras 175-176

⁹⁷ 參見上文第 20-23 段及其中的註腳。