

為什麼公民提名、政黨提名主張不符合基本法

鄒平學 法學博士、深圳大學教授、港澳基本法研究中心常務副主任、法學院副院長

提要

如果把基本法第25條、26條與45條合在一起審視，無論怎樣寬鬆解釋，都找不到「公民提名」的法定權利。「民主程序」的確切含義顯然是針對提名委員會組成人員而言的，是指提名委員會作為整體的機構提名時遵循的少數服從多數的方法和步驟。離開這一點，以沒有法律依據的公民提名、政黨提名體現「民主」為由來強迫提名委員會接受，並不符合第45條關於民主程序的法理含義，其後果是既破壞了法治，也戕害了民主。「三軌制方案」主張提名委員會「須確認」公民提名、政黨提名的候選人，無異於把公民提名、政黨提名的意志強加於提名委員會，存在僭越、繞開、架空、約束提名委員會的權力這一要害，形式和實質均違法。

一、公民提名、政黨提名主張引發的爭議

自去年年底香港特區政府啟動政改諮詢以來，社會各界積極參與，其中特首普選的提名委員會構成和提名機制最受關注。近期引起廣泛爭議的是「真普選聯盟」提出的三軌制提名方案，方案肯定提名委員會直接提名參選人外，還要求允許公民提名：參選人獲得1%登記選民具名聯署提名，提名委員會須予以確認；允許政黨提名：於最近一次的立法會直接選舉中，獲得全港有效票數5%或以上的政黨或政治團體，可以單獨或聯合提名一名參選人，提名委員會須予以確認。社會對三軌制方案爭議的焦點在於公民提名和政黨提名是否符合基本法，要正確回答這一問題，必須辨法理、擺事實、講道理。

按照香港基本法第45條的規定，在行政長官實行普選產生的辦法時，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。

本質、模式、類型、深度、廣度和民主的判斷尺度等方面的理論觀點非常豐富、歧見紛呈、難有定論。英國學者赫爾德指出一個重要的歷史事實——「今天，幾乎每個人都聲稱自己是民主人士。全世界所有的政治制度都把自己說成是民主制度，而這些制度彼此之間無論是在言論還是在行動方面都常常迥然不同。」所以香港社會對於民主存在很多不同的理解和爭議也毫不奇怪。如果我們撇開民主領域那些眾多爭議性問題，避繁就簡的話，可以發現國際社會對民主程序有一點共識：即民主的本意就是少數服從多數，程序的本義就是方法和步驟，故民主程序就是少數服從多數的方法和步驟。這裡的「少數服從多數」存在適用何種主體或範圍的問題，正因為如此，不同的群體、不同的機構在遵循少數服從多數時的適用主體、具體內容和判斷標準就顯然不同，既不能把不同群體、不同機構遵循少數服從多數的結果在質量上進行優劣評判，也不能把甲群體履行民主程序的結果強加於乙機構，如果這樣的話，民主勢必變成一個「公說公有理，婆說婆有理」的紛爭源頭。按照基本法的規定，提名委員會是一個唯一行使提名權力的合議性的審議表決機構，這裡「民主程序」的確切含義顯然是針對提名委員會組成人員而言的，是指提名委員會作為整體的機構提名時遵循的少數服從多數的方法和步驟。

離開這一點，以沒有法律依據的公民提名、政黨提名體現「民主」為由來強迫提名委員會接受，並不符合第45條關於民主程序的法理含義，其後果是既破壞了法治，也戕害了民主。

三、公民提名、政黨提名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，是特區普選制度的組成部分，也是香港特別行政區制度的組成部分，在提出時必須要有基本法的明文依據。基本法和全國人大常委會的有關決定對提名委員會的規定，具有權威性和正當性，符合香港本地實際情況。三軌制方案主張提名委員會「須確認」公民提名、政黨提名的候選人，無異於把公民提名、政黨提名的意志強加於提名委員會，存在僭越、繞開、架空、約束提名委員會的權力這一要害，形式和實質均違法。

第一，從形式上看，公民提名、政黨提名沒有法律依據，不能認為基本法沒有禁止公民提名和政黨提名，它們就具有合法性。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。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，屬於典型的規範配置公共權力的範疇，因而必須有法律的明文規定。或許有人會質疑：公民是私權主體，其行為為何要遵守法無授權則無權的公權原則？必須看到，選舉權、提名權會產生公權上的效果，屬於公法調整的行為，當然要遵守公權制度法無授權則無權的原則，故任何國家公民的選舉權、罷免權，以及一些國家存在的公民創製、複決等直接民主形式，都無一例外地須由國家憲法或選舉法律等公法作出明文規定才可以行使。環顧那些在選舉公職人員允許公民提名、政黨提名候選人方式的任何國家，都在憲法或選舉法律裡面明確規定了這種方式，不存在沒有法律依據的公民提名、政黨提名方式。基本法和全國人大常委會的決定裡面沒有規定公民提名、政黨提名，就意味着公民提名、政黨提名不是法律授權的提名方法，當然就是非法的。

第二，沒有法律依據的公民提名、政黨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。根據基本法和全國人大常委會的決定，提名委員會是未來普選時唯一享有提名權的一個憲制機構，基本法對這個機構的組成和權力安排符合香港實際情況、具有香港特色，能夠確保廣泛代表性、認受性、均衡性，符合主流民意。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，不是任何其它什麼機構組織提名或者多少數量的公民提名。這既意味着提名委員會是唯一的提名主體，也意味着提名委員會的提名權力是完整、獨立、實質性的權力，是提名方面唯一具有法律效力的權力。很明顯，允許公民提名、政黨提名並強制提名委員會接受，損害提名委員會法定權力的唯一性，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，使得提名委員會的提名權力成為橡皮圖章。

第三，有人可能會質疑，基本法沒有規定公民提名、政黨提名，那香港本地立法能不能規定？這裡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，即提名委員會根據民主程序提名，作為對基本法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，不能允許公民提名和政黨提名，不能賦予其合法化。

四、公民提名、政黨提名違背制度理性且不具可行性

任何政制發展、制度完善總是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。主張公民提名和政黨提名，不僅違法，還無端增加實現普選的成本、難度和風險，不具備制度理性與可行性。

其一，制度成本高昂。由於提名委員會之外的公民提名、政黨提名都不符合基本法的規定，要賦予其提名的法律效力，就必須修改基本法？試想一下，這一制度成本多高？難度有多大？

其二，面臨一系列操作性難題。先看公民提名，如何驗證簽署的公民是合資格的選民？有沒有人重複簽署？如何保障選民的個人隱私？哪些人有權核實資料？如何杜絕核實數據的人舞弊？核實數據需多長時間？如何避免選民登記時可能的出錯等等操作性難題都會紛至沓來，足見公民提名的現實「不可行」。當然，那些已經實行公民提名的國家已經解決了這些問題，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，因為涉及到修改基本法，而目前面臨的是如何實施履行基本法，而不是如何修改基本法。再看政黨提名，行政長官選舉條例不允許行政長官具有政黨背景，就是要確保行政長官體現廣泛代表性，不被立法會、其他社會組織及階層操縱和控制，能夠對中央負責和對特區整體利益負責。基本法之所以最後確定提名委員會的提名機制，就是考慮到四大界別按等比例原則組成的提名委員會具有廣泛代表性，符合均衡參與民主原則。由它行使提名權力，有利於推出一個能代表香港整體利益、平衡多元利益、防止過度照顧某一界別利益的特首候選人，避免任何界別「獨大」而有機會操控選舉；有利於確保「愛國愛港者」得到提名，避免「與中央對抗的人」得到提名；有利於確保通過普選產生的行政長官既能代表香港的整體利益又能對中央負責，維繫行政主導，避免激進民主和民粹主義對特區管治的衝擊。由於香港沒有專門規範政黨組織的法律，現有的政黨規模偏小，組織和功能均不成熟，難以起到凝聚社會共識、進行利益整合的作用，香港的各種民意調查顯示香港的政黨在香港社會的接受程度較低就證明了這一點。特別值得警惕的是，香港各政黨之間分化嚴重，其中境外勢力培植、資助某些「逢中必反」的政黨組織，安插政治代理人，不遺餘力干涉香港事務，挑戰中國的國家主權、安全和發展利益。如果允許政黨提名，就可能導致「與中央對抗的人」被



2007年全國人大常委會通過有關香港普選問題的決定，對提名委員會的組成已作出規定。



中聯辦主任張曉明日前在中聯辦新春酒會時特別強調，中央支持香港實現普選的誠意不容懷疑的，但堅決反對在《基本法》和人大常委會的有關規定外另搞一套。

政長官人選，報中央政府任命。根據上述規定，公民提名、政黨提名不符合基本法，不能邁入合法之門。需要指出的是，這裡「公民提名」中的「公民」並非國籍法意義上的「公民」，而是指合資格的香港特別行政區選民。

二、贊成公民提名、政黨提名的理據不能成立

贊成三軌制方案的人認為，如果把基本法第25條、26條與45條合在一起審視，可以發現其「隱含」了公民提名的路徑，因而要寬鬆解釋基本法，有必要容許公民提名，提名委員會必須確認。這個理據不能成立！人權有應有權利、法定權利和實有權利三種存在形態。「隱含權利」實質就是應有權利。從人權原理來看，公民依法享有的選舉權和被選舉權的確確包含了應有的提名權，但這個隱含的、應有的權利能否成為特定國家公民法定的提名權利，仍然取決於特定國家的立憲或立法選擇，而法定權利能否真正成為實有權利，還取決於民主法治的實踐狀況。基本法第25條規定「香港居民在法律面前一律平等。」第26條規定「香港特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權。」結合前述的第45條內容，無論怎樣寬鬆解釋，都找不到「公民提名」的法定權利，當然就更談不上實有權利。第26條中的「依法」二字確鑿無誤地告訴我們，選舉權和被選舉權要「依法」享有，如果沒有法律規定，儘管是應有的隱含權利，也是無法享有的。隱含權利要成為實有的現實權利，必須先通過立法成為法定權利。從外國法和比較法角度看，世界絕大多數國家的憲法均規定公民依法享有選舉權和被選舉權，但涉及到具體的選舉事務時，特定國家的公民（以及公民結社組成的政黨）是否實際享有提名權的前提是必須有憲法或者選舉法的明文規定。例如，作為《人權宣言》誕生國的法國，法律並未賦予公民享有提名總統候選人的權利，法國總統選舉候選人產生採取特殊的「個人推薦」制度，只有特定身份的44000人才有提名權利。再如，白俄羅斯1996年修改的憲法只承認不少於10萬選民聯名推薦的做法。格魯吉亞憲法規定，任何政治團體或倡議集團，只要徵得5萬選民簽名，即可提出總統候選人。1995年俄羅斯《總統選舉法》規定：任何推舉團和競選聯盟（集團）只有徵集到100萬選民簽名，並在每個聯邦主體超過選民總數7%，它們所推舉的候選人才能正式登記。所以，公民在選舉中是否享有提名候選人的權利，並不取決於是否有「隱含權利」，而只能取決於法律明文規定。

贊成三軌制方案的人還認為，因為第45條規定了「民主程序」，因而絕對可以包括公民提名，提名委員會沒有理由否決而須確認。其理據是，公民提名具有顯然的民主性，符合「民主程序」。但這一理據仍然不能成立。毫無疑問，公民提名當然體現民主性，民主也確實是個好東西，但民主也是一個紛繁複雜的好東西。檢視西方民主思想史，可以發現在民主的概念、

提名為特首候選人，將對「一國兩制」事業和基本法的順利實施帶來嚴重危害。因此，不允許政黨提名，不僅是維護基本法權威所必須，也是保證香港的管治始終掌握在愛國愛港者手中所必須。

五、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。

必須看到，香港特區行政長官的普選是單一制國家內部的地方性選舉，有關的選舉安排必須符合中央與特區關係的國情，必須符合特別行政區法律地位的區情，必須依法進行。現在提出的包括公民提名、政黨提名、甚至全面直選等很多方案，在起草基本法時都被提出過，最終確定下來的就是第45條和附件1。現行的提名委員會制度設計是目前各方最能接受的方式，來之不易的制度共識和制度進步的路徑依賴，需要各方珍惜和維護。或許，沒有人能夠斷言提名委員會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序機制。香港社會是一個法治社會，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，徒勞無益。在現代社會，守法是現代公民的一種美德。埃德蒙·伯克告誡道：「法律所尊重的東西，在我看來就是神聖的。如果出於權宜之計的考慮，即使是為了公眾的便利，突破了法律的防線，我們將不再有任何確定性的東西。」盧梭則指出：「只要法律不再有力，一切合法的東西也不會再有力量。」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行之道。

基本法和人大決定有關規定

《基本法》第四十五條：
「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。」

- 二、選舉委員會委員共800人，由下列各界人士組成：
工商、金融界 200人
專業界 200人
勞工、社會服務、宗教等界 200人
立法會議員、區域性組織代表、香港地區全國人大代表、香港地區全國政協委員的代表 200人
選舉委員會每屆任期五年。
- 三、各個界別的劃分，以及每個界別中何種組織可以產生選舉委員的名額，由香港特別行政區根據民主、開放的原則制定選舉法加以規定。
各界別法定團體根據選舉法規定的分配名額和選舉辦法自行選出選舉委員會委員。
選舉委員以個人身份投票。

中華人民共和國
香港特別行政區基本法
法律出版社

公民提名、政黨提名並不符合基本法，既破壞法治，也戕害民主。