

《2012年立法會(修訂)條例草案》 法案委員會

建議方案的合憲性

本文件闡述當局就《2012年立法會(修訂)條例草案》(“《條例草案》”)內的立法建議(“建議方案”)是否合乎憲法所持的法律觀點。

背景

2. 二零一二年一月三十一日政制事務委員會特別會議上，部分委員要求當局就提交立法會的建議方案是否合憲提供進一步資料，以及公開從外聘御用大律師彭力克勳爵取得的獨立法律意見。

3. 《條例草案》於二零一二年二月八日提交立法會進行首讀及二讀。概括而言，《條例草案》旨在修訂《立法會條例》(第542章)，自第五屆立法會任期開始，實施以下安排填補立法會任期中出現的空缺：

- (a) 如任何地方選區、區議會(第二)功能界別或其他功能界別根據《立法會條例》第15條或第72條或《基本法》第七十九條下的情況出現空缺，會繼續由補選填補；
- (b) 如任何地方選區、區議會(第二)功能界別或其他功能界別的議員根據《立法會條例》第13條或第14條自願辭職，辭職議員會被限制參與在辭職後六個月內在屆立法會任期內舉行的任何地方選區、區議會(第二)功能界別及其他功能界別的補選；以及
- (c) 有關限制將不適用於換屆選舉。若某辭職議員的六個月限制期跨越當屆及下屆立法會，對該辭職議員的有關限制將不適用於下屆立法會內舉行的補選。

4. 本文件載列當局基於哪些法律上的考慮因素，認為《條例草案》內的建議方案合乎憲法。

當局的法律評估

5. 我們已與律政司一同審慎研究建議方案。建議方案表面上限制辭職議員在《基本法》第二十六條及《香港人權法案》（“《人權法案》”）第二十一條(乙)款下的被選舉權¹。《基本法》第二十六條及《人權法案》第二十一條(乙)款所訂明的權利是基本權利。此外，選舉權被稱為“最重要的政治權利”²，而本地法院的判例早已確認，為了令個人能充分享有《基本法》及《人權法案》所保障的各項基本權利和自由，在解釋這些權利及自由時，必須採納寬鬆的解釋³。

6. 與此同時，我們留意到《基本法》第二十六條和《人權法案》第二十一條所訂明的權利並非絕對，只要採用關於“相稱的驗證準則”，以確定有關限制跟合法目的有合理關聯，以及所採取的措施沒有超越為達致該目的而必需採取的措施，有關權利便可受到依法規定的合理限制⁴。

7. 要考慮有關法律條文是否合憲，必須先從《基本法》及《人權法案》入手。⁵ 至於解釋《基本法》條文時所套用的原則，上訴法庭已表明“目的和背景是解釋憲法的基石”。⁶ 就選舉的權利作出規定的《基本法》第二十六條，“是拼圖的一部分；這幅拼圖還包括《基本法》第四十五及六十八條、以及

¹ 該條文內容參照《公民權利和政治權利國際公約》第二十五條(丑)款訂立。

² 見張舉能法官(當時的職銜)在陳健森 訴 律政司司長[2009] 2 HKLRD 166 一案的判詞第 164 段。

³ 如終審法院在吳嘉玲 訴 入境事務處處長(1999) 2 HKCFAR 4 及梁國雄及其他人 訴 香港特別行政區(2005) 8 HKCFAR 229 兩宗案件的判詞，以及原訟法庭在上述陳健森案的判詞。

⁴ 本地法院曾採用關於相稱的驗證準則，分析《基本法》第二十六條及／或《人權法案》第二十一條所訂明的權利，案例見陳健森 訴 律政司司長[2009] 2 HKLRD 166 一案。

⁵ 見張舉能法官在陳健森案的判詞第 49 段。

⁶ 見司徒敬副庭長在陳裕南 訴 律政司司長(民事上訴 2010 年第 2 號)一案的判詞第 28 段。

附件一及二”⁷。具體來說，關於立法會的產生方面，《基本法》第六十八條第三款訂明，“立法會產生的具體辦法和法案、議案的表決程序由附件二《香港特別行政區立法會的產生辦法和表決程序》規定。”《基本法》附件二第一條第(二)段進一步訂明，“上述分區直接選舉的選區劃分、投票辦法，各個功能界別和法定團體的劃分、議員名額的分配、選舉辦法及選舉委員會選舉議員的辦法，由香港特別行政區政府提出並經立法會通過的選舉法加以規定。”因此，《基本法》第六十八條及附件二給予立法會寬鬆的酌情權，以決定立法會產生的“具體辦法”的選舉法例的內容。

8. 況且，不同司法管轄區均有權自訂不同的選舉制度，以反映本身的歷史背景、文化和政治發展。正如歐洲人權法院指出，“有多種方式制訂和實施選舉制度，而不同國家的歷史發展、多元文化及政治思想等方面也各有不同……每個……國家可按其特性塑造其民主理念。”⁸ 在檢討選舉制度時，香港特區政府和立法會可以為處理已出現的香港特有問題尋求修改選舉程序。

9. 雖然對基本權利的限制是應該仔細地考慮和狹義地理解，而有關限制也應不超於達致合法目的所需，但參照上述原則，尤其是《基本法》給予立法會在決定立法會產生的具體辦法的法例內容方面所享有的寬鬆酌情權，當局和立法會在安排選舉事務上有相當廣闊的酌情判斷餘地。

10. 正如終審法院在涉及選舉事宜的莫乃光訴譚偉豪⁹一案指出，本港法院已確立酌情判斷餘地此概念，並已將這概念應用於立法機關的觀點上。

11. 雖然法院“負有裁定法例是否合乎憲法的最終責任”¹⁰，而且法院“不得亦不會在怎樣才算合乎或不合乎憲法的

⁷ 上訴法庭在陳裕南案的判詞第 105 段(關於香港新憲政實施初期，香港居民如何通過選舉參與香港特區的公共事務)。

⁸ 參考歐洲人權法院大法庭在Hirst 訴 聯合王國(2 號)(申請編號 74025/01)案的判詞第 61 段。歐洲人權法院重申在有關事宜上有廣闊的酌情判斷餘地。

⁹ 終院民事上訴 2010 年第 8 號，終審法院首席法官馬道立的判詞第 55 段。

¹⁰ 終審法院首席法官馬道立在上述莫乃光案的判詞第 56 段。

問題上交由他人作主”¹¹，但“法院會做的是要明白到，除涉及絕對和不可減損的權利和自由外，一般來說，必然會有多種立法選項，而法院對某選項所可能有的任何偏好是不相關的”¹²。

12. 在陳健森訴律政司司長一案中，張舉能法官(當時的職銜)在判詞第 154 段中亦考慮過“酌情判斷餘地”此概念：

“我接受酌情判斷餘地此概念，也接受要尊重立法機關所作出的判斷。我想在此表明的是，不論法院在這方面的尊重應如何稱述，就本港情況而言，評價立法辯論的質素，特別是藉此在某宗案件中降低法院對立法機關的抉擇所應持有的尊重，應格外謹慎。一般來說，這不屬法院的工作。當立法機關已經表態，法院一般應以此為出發點。此外，在適當情況下，特別是有關課題涉及社會或經濟政策時，法院應尊重立法會或行政機關的看法和抉擇。然而，如果有關權利在憲法上至為重要，或屬於特別適宜由法院評核是否需要保障的類別，則對尊重有關機關的要求會較低。另見高等法院首席法官馬道立在梁訴律政司司長 [2006] 4 HKLRD 211 一案的判詞第 52-53 段(第 239-240 頁)的觀點。”

13. 當然，正如張舉能法官(在判詞第 156 段)所指出，有酌情判斷餘地或尊重立法機關的意見並不意味着法院可免除其憲制角色及責任；法院仍須慎密審視所作出的抉擇，研究對基本權利的限制(該案涉及的是對選舉權的限制)有否充分理據支持。

14. 張舉能法官雖然在該案中裁定，全面禁止在囚人士投票是對在囚人士的選舉權作出不合憲法的限制，不過他在判詞第 165 段指出：

“話雖如此，我必須特別強調，法院並非說立法機關不可對在囚人士(及其他人)施加某種形式的投票(甚至選民登記)限制。相反，我並未遇到有這種看法的案例。法院在本案要決定的唯一和最重要的問題，是案中涉及的限制是否與在囚人士在憲法上的選舉權相符。法院不關注應該在哪裏

¹¹ 終審法院常任法官包致金在上述莫乃光案的判詞第 79 段。

¹² 同上。

劃定界線及如何劃定界線，這是立法機關的事情：見 *Hirst* 案的判詞第 83 段。雖然 Caflisch 法官在其贊同判決的判詞中，就什麼情況會構成合理限制表達了意見(第 0-17 段)，至於我，我不認為判斷什麼限制在香港會構成合理限制是法院的職能。那是立法機關而非法院的職能。”(粗體為本文所加)

15. 律政司認為，套用這些原則，建議方案是符合憲法的，因為對被選舉權所施加的限制，是為達致合法目的而採取的合理、必需要和相稱的措施，而該合法目的是指阻遏議員利用辭職引發補選，以期在補選中參選和尋求再度當選的做法：

- (a) 對於為何當局認為這行為是濫用議員辭職的權力及濫用選舉程序，並認為它會帶來負面後果，以及為何這行為是需予處理的問題，當局已作解釋，詳情請參閱政制及內地事務局在二零一一年七月發表的《填補立法會議席空缺安排諮詢文件》。當局在公眾諮詢期間收集到的意見顯示，相當多公眾人士支持當局處理有關問題，而在諮詢文件所臚列的四個方案中，方案一較其他三個方案獲得較多支持；
- (b) 根據建議方案，在立法會任期中出現的空缺，會繼續透過補選填補。市民根據《基本法》第二十六條及《人權法案》第二十一條(乙)款所享有的選舉權不受影響。這可回應部分公眾人士先前提出不應因有關問題而限制其選舉權所表達的關注；
- (c) 對在補選中被選的權利所施加的限制，只適用於根據《立法會條例》第 13 和 14 條辭去或被視為辭去席位的議員。就議員自願辭職引發補選以期在補選中參選和尋求再度當選的問題而言，這是較具針對性的應對措施；
- (d) 有關限制只適用於在辭職生效後六個月內在同屆立法會任期內舉行的補選。就這方面，可留意的是，過往經驗顯示補選一般會在議席出缺後大約四個月左右舉行；

- (e) 就建議方案可能引致一些特別困難的個案出現(即某議員因健康或其他個人理由而選擇辭職), 法庭已確認, 立法機關可套用某項有理可據的一般性規則, 儘管這樣會令特殊個案中的個別人士蒙受不利。此外:
- (i) 有關限制只適用於根據《立法會條例》第 13 和 14 條辭去或被視為辭去席位的議員, 而不適用於在其他情況下(包括《基本法》第七十九條第(一)款所指的情況)不再擔任席位的議員;
 - (ii) 有合理解釋的議員可就《基本法》第七十九條第(二)款的目的向立法會主席告假並缺席會議。作為民主社會的選民代表, 立法會議員需履行重要的公共職能。接受議員席位是嚴肅的公開承諾。人們預期議員決定辭去席位前會作出非常慎重的考慮。
- (f) 建議方案並沒有限制辭職議員參與其後舉行的換屆選舉的權利, 即使該換屆選舉是在議員辭職後六個月內舉行。建議方案亦沒有阻止辭職議員參與其後在下屆立法會任期內舉行的補選。

16. 基於以上所述, 當局認為, 無論從受建議方案影響的人士(辭職議員)、議席出缺的情況(議員自願辭職)、限制的涵蓋範圍(在補選中參選的權利)以及限制期(不超過同屆任期內六個月)等各方面來看, 建議方案為解決有關問題提供了一個具針對性且相稱的方案。建議方案一方面要解決有關問題和保障選舉制度的完整性, 另一方面要避免施加“殺傷力”可能過大的不必要限制。建議方案在兩者之間取得了恰當的平衡。建議方案就有關問題提供一個簡單、實際和合理的解決方法, 同時盡量減少對現行制度的改動。建議方案符合《基本法》和《香港人權法案》的條文, 並合乎憲法。

外聘大律師的獨立法律意見

17. 我們已取得英國御用大律師彭力克勳爵的獨立法律意見。他確定建議方案符合《基本法》和《香港人權法案》，可抵禦法律上的挑戰。現在下文撮錄他所提供的具體法律意見。

一般法律原則

18. 御用大律師彭力克勳爵就憲法／人權方面的一般法律原則提供如下意見：

- “(1) 《基本法》第二十六條和《人權法案》第二十一條所保障的權利並非絕對。被選舉權可以受到限制，現時也受到限制：例如《立法會條例》第 37 條禁止未滿 21 歲的人參選，而第 39 條則規定某些類別的人(例如破產的人、在囚人士和根據《精神健康條例》被裁斷為無行為能力的人)喪失相關資格。
- (2) 《基本法》第二十六條說明，永久性居民“依法享有選舉權和被選舉權”。正如《基本法》第十八條清楚訂明，上文所指的“法”包括《基本法》本身。見陳裕南訴律政司司長(高院憲法及行政訴訟 2009 年第 32 號，2009 年 12 月 10 日，張舉能法官)一案的判詞第 92 段。
- (3) 《基本法》第六十八條及附件二給予立法會寬鬆的酌情權，以決定立法會產生的“具體辦法”的選舉法例內容。法院在引用關於相稱的驗證準則時，會相當重視立法會對需採取何種措施以維護民主進程的尊嚴的意見，並會認同立法會在這些政策事宜上有廣闊的空間酌情作出判斷。《基本法》第六十八條訂明，立法會“由選舉產生”，而“立法會產生的具體辦法”由附件二規定。附件二訂明，“選舉議員的辦法”，由政府提出並經立法會通過的“選舉法加以規定”。張舉能法官在陳裕南訴律政司司長案的判詞第 118 段解釋，《公民權利和政治權利國際公約》第二十五條(丑)款有關保障投票權的條文，須通過《基本法》第三十九條，參考《基本法》的特定條文，即第二十六條、第六十八條及附件二，因應香港的情況加以理解。上訴法庭

在陳裕南案中駁回申請人提出的上訴(民事上訴 2010 年第 2 號，2010 年 12 月 7 日)。司徒敬副庭長在判詞第 105 段代表上訴法庭指出：

‘第二十六條是拼圖的一部分；這幅拼圖還包括《基本法》第四十五及六十八條、以及附件一及二……’。

- (4) 在陳健森 訴 律政司司長[2009] 2 HKLRD 166 這宗關於在囚人士選舉權的案件中，張舉能法官在判詞第 61-62 段裁定，如果限制是依法規定且屬相稱，《基本法》第二十六條所保障的選舉權便可受到限制。他提述《人權法案》第二十一條(該條文幾乎完全參照《公民權利和政治權利國際公約》第二十五條訂定)容許不是‘無理’的限制。張舉能法官在陳健森案判詞第 61-62 段裁定，雖然《基本法》第二十六條以看似絕對的用詞表述選舉權，但是仍要引用關於相稱的驗證準則。這個裁定必然正確，否則無論限制是多麼合理，有關法律也不能在例如年齡或精神上的行為能力方面限制被選舉權，有關法律亦不能規定候選人須證明他們獲得指定數目的支持者的提名及繳存一筆按金(如候選人所得的選票少於所有選票總數的指定比率，該筆按金便會被沒收)：見《立法會(提名所需的選舉按金及簽署人)規例》(第 542 章，附屬法例 C)。在世界各地的選舉制度中，這類規定極為普遍。此外，在劉山青 訴 廖李可期(1995) 5 HKPLR 23 一案，張舉能法官在判詞第 67 段亦引用關於相稱的驗證準則。該案的申請人根據《人權法案》第二十一條質疑區議會選舉提名所要求的 10 年居港年期是否合法。(該案其後由上訴法庭審理，但上訴法庭沒有處理相稱驗證準則的問題。)因此，限制只要是相稱，便可施加。
- (5) 終審法院在梁國雄 訴 香港特別行政區(2005) 8 HKCFAR 229 一案中，論及如何引用相稱原則(判詞第 33-38 段)：

‘(1) 有關限制必須跟一個或多個法定的合理目的有合理關聯；及

(2) 用以減損和平集會權利的手段，不得超越為達致有關的法定的合理目的而必需採取的手段’。

- (6) 然而，引用相稱原則時會涉及國家的酌情決定權。由於第二十六條是在國家就社會和政治問題作出抉擇的背景中產生，而這些問題並沒有一定的答案，所以法院認同立法機關和行政機關有空間酌情作出判斷。案例見劉昌訴香港特別行政區 (2002) 5 HKCFAR 415 一案(該案關於被告因犯謀殺罪而必須被判終身監禁)第 448-449 頁第 102-105 段。即使涉及至為重要的憲法權利，上述酌情決定權也屬恰當。在 R (Animal Defenders International) 訴 Secretary of State for Culture, Media and Sport [2008] AC 1312 一案中，Bingham 勳爵大法官(代表英國上議院上訴委員會)認許針對發表自由的限制(以防止播放關於政治議題的廣告)。他在判詞第 33 段說：

‘國會所作出的判斷須予重視的程度取決於有關情況及標的事項。就本案而言，我認為國會的判斷須予重視……有理由相信，本國由民主選舉產生的從政人士對捍衛我國民主所需要採取的措施特別敏感。我們不可假定，其他人(包括法官)將會更甚’。

我預期，在落實民主進程的細節安排上，香港法院會給予立法會相若寬鬆的酌情決定權，尤其是《基本法》第六十八條及附件二明文把這些事宜交由立法會處理。事實上，與《基本法》第三章所賦予的大部分權利不同，《基本法》第二十六條要求當局主動制定一個方案，而第三章載述的權利則大部分集中於制止國家作出干預，例如言論自由或集會自由等權利(雖然在某些情況下所有權利都可能需要當局主動採取行動)。由於《基本法》第二十六條要求當局主動採取行動，所以第六十八條及附件二確認應由立法會決定採取什麼主動行動。因此，我認為張舉能法官在陳健森案判詞第 165 段關於《人權法案》第二十一條的說法正確。他說：

‘我不認為判斷什麼限制在香港會構成合理限制是法院的職能。那是立法機關而非法院的職能’。

- (7) 這項酌情決定權，不會免除法院考慮和決定立法會所採取的方案是否符合關於相稱性的憲法標準的權力和責任。這可參閱張舉能法官在陳健森案的判詞第

154-157 段、莫乃光 訴 譚偉豪 (終審法院，2010 年 12 月 13 日)一案判詞第 55-56 段(終審法院首席法官馬道立)及第 79 段(終審法院常任法官包致金)。儘管如此，任何人不得就有關決定的優劣向法院提出上訴。法院會確認，立法會就詳細落實選舉制度(包括如何處理換屆選舉之間出現的立法會議席空缺)而作出決定時，有廣闊的空間酌情作出判斷。”

19. 御用大律師彭力克勳爵的意見是：

“國際材料確認各國就選舉制度的細節所享有的酌情決定權範圍廣泛：

- (1) 人權委員會就《公民權利和政治權利國際公約》第二十五條發表了《第 25 號一般性意見》，並在第 21 段表示，第二十五條‘不強迫實行任何一種選舉制度’，但有關選舉制度必須與該一般權利相符，保證和落實選民意志之自由表現。第 15 段指出：

‘有效落實成為擔任經選舉產生的職位的候選人的權利和機會，有助確保享有投票權的人可以自由挑選候選人。對被選權的任何限制，如最低年齡，必須有客觀合理的標準支持。不應以不合理或歧視性的要求如教育、居住地點或世系或政治派別等理由來排除本來有資格參選的人成為候選人。……’。

該《一般性意見》並沒有規定有責任舉行補選。

- (2) 《歐洲人權公約》的《第一號議定書》第 3 條訂明：

‘締約各方承諾每隔一段合理時間以無記名投票方式舉行符合下列條件的自由選舉：即能夠確保人民在選擇立法機關的過程中得以自由表達意見’。

歐洲人權法院大法庭確認，國家在決定選舉制度細節方面有寬鬆的酌情決定權。該法院在 Yumak 及 Sadak 訴 土耳其 (2008) 48 EHRR 61 一案裁定，該國規定政黨須取得全國最少 10% 選票才可獲得任何議會席位，這並沒有違反《第一號議定書》第 3 條。該

規定的效果是，參與二零零二年選舉的 18 個政黨中，只有兩個通過 10% 的最低要求並獲得席位，而在某省份贏得 45% 選票的一個政黨，也未能在議會取得席位。該法院確認，訂立最低要求的法例，可達致避免議會過度割裂而破壞穩定的合法目的，從而增加政府的穩定性，因此並沒有違反《第一號議定書》第 3 條。法院在判詞第 109-112 段裁定：

- (a) 選舉權和被選舉權‘並非絕對’，二者存在施加‘隱含限制’的空間，國家‘在這方面須予廣闊的酌情判斷餘地’。
- (b) 有關限制是否合法，須視乎兩項準則而定：‘是否無理或不相稱，以及該限制有否干預人民自由表達意見’。
- (c) 法院必須裁斷有否遵循這些原則。法院 -

‘須確認有關限制並沒有減損有關權利，以致損害該等權利的本質，並使其失去效力，以及確認施加該等限制是要達致合法目的，而所採取的手段並非不相稱，尤其是訂立的條件不得扼殺人民在選擇立法機關的過程中自由表達意見 — 換言之，這些限制必須反映(而非違背)維護選舉程序(即旨在透過普選找出人民意志而訂立的選舉程序)的完整性和效用的關注。……’。

- (d) 國家 -

‘在決定以何種投票方式達致人民在選擇立法機關的過程中得以自由表達意見方面，享有廣闊的酌情判斷餘地’。

該《議定書》 -

‘並沒有訂立任何制定某特定制度(譬如比例代表制或一人一票或兩票的多數選舉制)的義務’。

- (e) 所採納的規則 -

‘因應各國的獨特歷史及政治因素而異’。

不同制度的數目眾多，說明‘有多種可能的選擇’。法院強調 -

‘任何選舉法例均須按有關國家的政治進程評核，因此在某種制度下不可接受的元素，在另一種制度下可能有充分理由支持，至少只要所選取的制度訂有條件，確保人民在選擇立法機關的過程中得以自由表達意見即可’。

(f) 歐洲人權法院亦強調寬鬆的酌情決定權實屬必要，因為 -

‘必須緊記，各種選舉制度所旨在實現的不同目的有時幾乎不能共存：一方面要相當切實反映人民的意見，另一方面要傳達人民思想的傾向，以助呈現一個相當清晰和連貫的政治意向’。

(3) 英國最高法院在 R (Barclay) 訴 聯合王國 [2010] 1 AC 464 一案判詞第 70-71 段(第 541 頁)，引用了上述原則，裁定薩克(位於英國海峽羣島)的立法機關擁有 28 名選舉產生的人民代表及兩名非選舉產生的議員—即領主(Seigneur)(可發言但沒有投票權)及法官(Seneschal)(負責主持會議但除此之外不可發言及沒有投票權)，並沒有違反《第一號議定書》第 3 條的規定。”

立法會考慮建議方案時所採取的步驟

20. 御用大律師彭力克勳爵的意見如下：

“立法會在考慮當局的建議方案時，須遵循以下步驟：

(1) 立法會須以被選舉權是憲法上至為重要的權利作為出發點，在對這項權利施加任何限制或改動前，須慎重考慮有關限制或改動是否為達致合法目的而必需採取的手段及是否相稱。

- (2) 立法會須自行判斷，議員辭職引發補選，然後又再參與該補選這個問題，是否嚴重至需要設法補救的地步。
- (3) 立法會須自行判斷，建議的改革方案是否相稱，即所採取的手段對權利所造成的損害，不會超出處理問題所需的程度。

如立法會採取上述步驟，然後採納當局的建議方案，我預計在套用上文[本文件第 18 及 19 段]所載的原則後，法院會裁定立法會乃在其酌情決定權的範圍內行事，因為在決定需採取何種措施以維護民主一事上，立法會的意見應予重視。”

21. 御用大律師彭力克勳爵將上述一般法律原則應用在建議方案之上，並特別提出下文意見。

建議方案是否旨在達致合法目的

22. 關於議員利用辭職引發補選，以期在補選中參選和尋求再度當選的做法，是否一個需處理的問題，御用大律師彭力克勳爵的意見如下：

- “(1) 如議員為了引發補選而辭職，以期參加該次補選及於補選中尋求再度當選，則當局和立法會有權視之為濫用議員辭職的權力。當局有權視上述行為構成濫用辭職權力的做法，因為這種做法必然導致選民會有一段時間，即由議員辭職至補選的這段時間內，失去一位代表他們的議員；立法會在這段時間內也會缺少一位議員的參與；補選涉及公帑損耗，以及假如議員辭職後又參加補選的情況經常發生，便會損害選舉制度的尊嚴，特別是如果這樣做會引致補選出現低投票率(正如二零一零年出現的情況)。
- (2) 雖然其他國家的立法機關也曾出現議員利用辭職引發補選的事件(例如二零零八年英國國會議員 David Davis 辭職的事件)，但亦無礙當局把這種做法視作香港需處理的問題。”

建議的限制是否合乎相稱原則

23. 關於建議方案是否合乎相稱原則，御用大律師彭力克勳爵的意見如下：

- “(1) 議員不會被迫在任期屆滿前離職，而任何考慮用辭職來引發補選的議員均知道辭職會引致的後果。
- (2) 六個月的期限既可阻遏濫用程序的行為，又不會過長以至不合理地阻撓議員因情況有變而再度參選。過往經驗顯示，地方選區的補選一般會在議席出缺後四個月內舉行，而五名立法會議員在二零一零年一月辭職，當局隨後於二零一零年五月舉行有關補選。此外，《立法會條例》第 36(2)(a)條規定，假如現屆立法會任期結束前四個月內出現空缺，便沒有舉行補選填補該空缺的需要。
- (3) 議員辭職會引發補選。與該辭職議員屬同一政黨的另一名候選人可以參與該補選。
- (4) 六個月的限制期只適用於同屆立法會任期內舉行的補選。因此，地方選區的議員如在二零一二年五月辭職，便不得參與隨後舉行的補選及二零一二年九月換屆選舉前的任何其他補選，但可以參與二零一二年九月舉行的換屆選舉及新一屆立法會任期內舉行的任何補選。
- (5) 有人會說，可以預期在某些情況下(例如議員決定轉黨或涉及某類屬醜聞的行為)，有關議員辭職以便在補選中參選，讓選民可以自行決定是否繼續由該名議員代表他們，可能是適當的做法。然而，法庭已確認，立法機關可套用某項一般性的規則(但必須有理可據)，儘管這樣會對特殊個案中的個別人士不利。若不是這樣，法律明確性會永遠被酌情權取代。案例見 R (Pretty) 訴 DPP [2002] 1 AC 800，Bingham 勳爵大法官(代表英國上議院)的判詞第 29 段(第 823 頁)；R (Carson) 訴 Secretary of State for Work and Pensions [2006] 1 AC 173，Hoffmann 大法官(代表英國上議院)的判詞第 41 段；Evans 訴 聯合王國(2007) 46 EHRR 728，歐洲人權法院大法庭的判詞第 89 段(第 755 頁)；孔允明 訴 社會福利署署長(高院憲法及行政訴訟 2008 年第 127

號，判詞日期：2009年6月23日)，張舉能法官的判詞第125-126段；以及 Mathews 訴 Diaz 426 US 67, 83 (1976) (美國最高法院)。在 R (Animal Defenders International) 訴 Secretary of State for Culture, Media and Sport [2008] AC 1312 一案中，Bingham 勳爵大法官(代表上訴委員會)在判詞第33段，就某項獲法院極力維護的權利(即發表自由)作出以下論述：

‘訂立一般性的規則便必須劃定一條界線，至於在哪裡劃定界線，則由國會決定。劃定界線難免意味會有特殊個案的一方蒙受不利，但如果經全盤考慮之後認為整體有利，便不應裁定該規則無效’。

與名單比例代表制的一致性

24. 至於繼續在議席出缺時舉行補選，是否與地方選區和區議會(第二)功能界別換屆選舉所採用的名單比例代表制不符，御用大律師彭力克勳爵的意見如下：

“我知道當局的建議方案涉及保留在議員辭職時舉行補選，即使補選可能會帶來不可取的後果 - 即改變多議席選區採用比例代表制所得出的政治形勢。然而，現有制度已採用補選，立法會有權基於補選讓選民有機會以另一人取代辭職議員而認為補選是可取的，並有權認為以廢除或限制補選的方法應付出現空缺所產生的問題，是不相稱的做法。”

《香港人權法案條例》(第383章)第2(5)條

25. 有論者指出候選人在立法會議席出缺時參與補選的權利及選民在補選中投票的權利，是現行的法律權利，而建議方案限制在補選中被選舉的權利，會與《香港人權法案條例》(第383章)第2(5)條不符。該條例第2(5)條訂明：

“香港境內依法律、公約、條例或習俗而承認或存在之任何基本人權，不得藉口人權法案未予確認或確認之範圍較狹，而加以限制或減免義務。”

26. 御用大律師彭力克勳爵的意見如下：

“條例第 2(5)條只是指出，單是某項權利不受《人權法案》(或《公民權利和政治權利國際公約》)保障的事實本身，並不是限制權利或減免義務的理由，但這不會妨礙一個國家基於其他理由而限制某項之前一直享有的權利。見 Manfred Nowak 在 UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary (2005 年修訂本第二版)第 118 頁的評論：

‘舉例來說，假如締約國以本國法律或藉着批准《歐洲人權公約》的《第一號附加議定書》保障財產權，便不可以因為該國批准了並不包含保障財產權的條文的[《公民權利和政治權利國際公約》]而限制該項權利或減免義務。這就是“藉口”一詞(‘sous pretexte’)的真正涵義。當然，某國家即使批准了《公民權利和政治權利國際公約》，該公約第五(二)條並不阻止該締約國把財產權排除於該國的人權法案之外，或退出相關的國際公約義務’。”

建議方案是否合乎憲法的意見

27. 御用大律師彭力克勳爵的意見是，基於上述理由，建議方案符合《基本法》及《香港人權法案》的條文，可抵禦法律上的挑戰。

結論

28. 鑑於律政司的法律評估，以及考慮到外聘大律師的獨立法律意見，當局確定建議方案符合《基本法》及《香港人權法案》的條文，並合乎憲法。

政制及內地事務局
律政司

二零一二年二月