

《2012 年立法會(修訂)條例草案》

意見書

1. 《2012 年立法會(修訂)條例草案》(“該條例草案”)委員會邀請有興趣的人士就該條例草案發表意見，以下為本人就該條例草案的意見。

該條例草案的合憲性

2. 《基本法》第 26 條列出：

“香港特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權。”
(Permanent residents of the Hong Kong Special Administrative Region shall have the right to vote and the right to stand for election in accordance with law.)

3. 該條法例中，“依法”(in accordance with law)為關鍵詞。在 *Chan Kin Sum v Secretary for Justice and another*, [2009] 2 HKLRD 166 一案中，時任高等法院原訟庭法官的張舉能法官有以下分析：

“61. The same approach is applicable here. The right to vote, couched in apparently absolute terms, under art 26 of the Basic Law, may be restricted if (1) the restriction is ‘prescribed by law’ (which is not in issue) and (2) such restriction does not contravene art 21 of the Bill of Rights, in accordance with art 39(2) of the Basic Law.

62. And since art 21 of the Bill of Rights allows restrictions that are not ‘unreasonable’, the right to vote guaranteed under art 26 of the Basic Law is subject to such restrictions. There is therefore no difference between the two rights to vote guaranteed under the respective instruments.”
4. 誠然，張法官當時判定的是有關“選舉權”(right to vote)的問題，但同樣的分析應可應用在“被選舉權”(right to stand for election)的問題上。
5. 根據張法官的分析，選舉權(被選舉權亦如是)並不是絕對的，而是可以在(1)法律有所規定(prescribed by law)；及(2)根據《基本法》第 39(2)條、不抵觸《香港人權法案》(“《人權法案》”)(香港法例第 383 章)第 21 條的情況下，而有所限制。而因為《人權法案》第 21 條容許非“無理”的限制，因此《基本法》第 26 條的選舉權也是受到“合理”這個因素的限制的。
6. 張法官其後更指出：

“72. Pausing here, it is quite plain that in interpreting ‘without unreasonable restrictions’, there is no place for applying the Wednesbury unreasonableness test.

73. Secondly, in determining whether a restriction is an unreasonable one or not, it is appropriate to apply the proportionality test or something similar (for the sake of convenience, I will simply refer to such a test as the ‘proportionality test’ in the rest of this judgment). Both Lau San Ching and Nowak are authorities for

that proposition. Furthermore, for a right as fundamental as the right to vote, a restriction that is not proportionate to the achievement of the (legitimate) aim that it seeks to achieve and that goes beyond what is necessary to achieve that aim can hardly be said to be a ‘reasonable’ one. And what is more, even in the context of Wednesbury unreasonableness, there is overlap between proportionality and unreasonableness. Proportionality in the sense of achieving a ‘fair balance’ has always been an aspect of unreasonableness: de Smith at paras 11-010 and 11-084.

74. Yet a further reason to say that the proportionality test or something similar is the right test to apply in the art 21 context is that where the restriction involves drawing a distinction of status, and therefore inequality of treatment, it must be justified – in which case the proportionality test or ‘justification test’ would be the right test to apply. It must be remembered that art 21 says that the permanent residents’ rights and opportunities to vote must be ‘without any of the distinctions mentioned in art 1(1)’, namely, race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth ‘or other status’. If the restriction involves drawing a distinction in terms of any such status, then it would infringe art 21 unless such inequality in treatment can be justified. And in this regard, the justification test, rather than any test of Wednesbury unreasonableness, must be the test to apply. ”

7. 由此可見，在看待“合理性”這件事時，一個按比例的/相稱測試

(proportionality test)是適當的。張法官在 *Chan Kin Sum* 一案中認為選舉權是非常基本的權利(“right as fundamental as the right to vote”)，而為達到合法目的(legitimate aim)所必需以外的限制很難說是合理的。

8. 而問題是，在這層面上選舉權和被選舉權所該用的相稱測試是不是一樣的？
9. 表面看來，選舉權和被選舉權好像是一樣的。《人權法案》第 21 條指出：

“參與公眾生活的權利
凡屬永久性居民，無分人權法案第一(一)條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會—
(甲) 直接或經由自由選擇之代表參與政事；
(乙) 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；
(丙) 以一般平等之條件，服香港公職。”
10. “乙”項中提及“投票”與“被選”。然而緊接著的是“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”這一句，在此提到的都是“選舉權”、“選民意志之自由表現”等，而並無提及“被選舉權”、“被選人之意志”等，則可看見，在《人權法案》中，兩種權利並不一定是對等的。
11. 更有甚者，若參照《世界人權宣言》第 21 條：

- “1. (一) 人人有直接或通過自由選擇的代表參與治理本國的權利。
2. (二) 人人有平等機會參加本國公務的權利。
3. (三) 人民的意志是政府權力的基礎；這一意志應以定期的和真正的選舉予以表現，而選舉應依據普遍和平等的投票權，並以不記名投票或相當的自由投票程序進行。 ”
12. 在(三)段可以清楚的看到，“選舉應依據普遍和平等的投票權”而非‘被投票權’。《世界人權宣言》對於兩種權利的重視程度的分別可謂清楚不過。
13. 即使退一步說，選舉權和被選舉權是同等的權利，則兩者適用的相稱測試仍是值得斟酌的。
14. 《立法會條例》(香港法例第 542 章)第 39(1)條列明一系列的情況下人們會失去在選舉中獲提名為候選人及當選為議員的資格。顯然地，法例對投票人並無這樣的限制(參考《立法會條例》第 27 至 29 條)，而就本人所知，香港尚無案例挑戰《立法會條例》第 39(1)條的限制為抵觸《基本法》。由此可見，選舉權和被選舉權所應用的相稱測試必然是不同的。
15. 該條例草案提出的限制是禁止已辭去立法會議席的人或被視為已辭去該議席的人在其辭職後 6 個月內在立法會同一屆任期中舉行的補選中參選。政制及內地事務局於 2012 年 2 月 1 日的立法會參考資料摘要中指出，建議方案是一個簡單直接地堵塞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這個漏洞的方案(第 10 段)。這本身可以視作為一個合法目的(legitimate aim)。因此我們的問題是，禁止已辭職的立法會議員在 6 個月內參加補選是否為達到這個合法目的的必需手段？

16. 本人認為，以上問題的答案是必然的。第一、禁止已辭職的立法會議員在 6 個月內參加補選，只針對辭職一事，並不適用於因重病或其他因非自願(按：該條例草案宜加上“自願辭職”的字眼)情況出現的空缺情況，在範圍上已縮小了許多；第二、6 個月這個時段的設定，理論上只影響到辭職議員在緊接著的補選中的參選權¹，如果在同一屆立法會之中還有其他議席空缺，理論上同一位議員還是有機會重返立法會，辭職議員的參選權的失去可謂極之短暫的。
17. 以“五區總辭”這種模式為例，姑且不論是否發生在現屆任期結束前的 4 個月內(這樣的話補選並不適用)，甲議員辭職，三個月後乙議員辭職，一個月後(甲辭職後 4 個月，也就是正常會補選的時間)甲議員的空缺由和甲、乙同一陣線的參選人丙參選，丙勝出，三個月後(其時已為甲辭職 7 個月)乙議員的空缺由甲議員參選，甲勝出，三個月後丙辭職(其時已為乙辭職 7 個月)，乙議員亦可參選丙議員空缺的補選，勝出的話便回復原狀。
18. 由此可見，限制辭職議員參加補選的這種草案並非是以**杜絕**議員辭職後重新參選的這種可能性，更正確的說法應該是這草案的目的是**阻嚇**議員以辭職後引發的補選作為某種政治策略：因為使用以上的方法，雖然到最終甲、乙二人都能重返議會，然而中間的政治風險卻非常大：因為在這麼長的時間中，任何政治氣候的轉變都有可能令尋求補選的議員損失議席。
19. 就**阻嚇**性而言，禁止已辭職的立法會議員在 6 個月內參加補選差不多已是最少的手段，少於 6 個月的話辭職議員大有機會參加緊接著的補選(假設補選不一定像正常的在大約四個月內舉行)，根本起不了任何**阻嚇**作用。因此，

¹ 根據資料，2007 年 8 月 8 日馬力去世，12 月 2 日進行補選；2010 年 1 月 26 日有“五區總辭”，5 月 16 日進行補選；因此議席由空缺至補選中間大致有四個月。

該條例草案可謂為達到合法目的的必需手段，因此，就合憲性而言，答案是肯定的。

大律師公會的聲明

20. 大律師公會在 2012 年 2 月 17 日的聲明中指：

“3) 我們必須強調，根據《香港特別行政區基本法》第二十六條，保障永久居民享有：(i) 選舉權，及(ii) 被選舉權。該兩項權利相輔相成。大律師公會認為對辭職議員參加補選加諸限制，不單是限制該議員參選之權利，還剝奪了選民選出他們支持的候選人的選擇權。繼而，也削弱選民的投票權利。

4) ... 一名議員可能因為種種健康或個人問題辭職，而此等問題可能會隨時間，健康狀況和環境消失或改變(例如在刑事審訊後，法庭裁定控罪不能成立)。該名辭職議員事後或希望參加補選，選民可決定是否再對他投以信任的一票。無論如何，政府不應立法限制選民的投票選擇權。...”

21. 雖然對大律師公會萬分尊重，不過如前所言，不論選舉權還是被選舉權，也不是絕對的，而且兩者也談不上有什麼“相輔相成”，兩者根本是獨立的權利(簡單的例子是，《立法會條例》第 39(1)條規定干犯舞弊等條例的人沒有參選權，我們不會覺得我們的“選擇權”受到了侵犯，反而會覺得法例會保障了我們不會選了犯下這樣罪行的人來當議員)。大律師公會把兩者混為一談，又在下一段把“投票權”和“投票選擇權”混為一談，而且對張法官在 *Chan Kin Sum* 的分析略去不談，實屬遺憾。

22. 又、在大律師公會所舉的例子中，《立法會條例》根本沒有要求議員在面臨單純生病(而非 39(2)條裡的精神上無行為能力)、刑事審訊時辭職，而且香港的一般重大刑事案件，甚少能在 6 個月內審理完成，議員因為重大案件的指控(注意：而不是定罪)而認為自己有需要辭職(通常是由於極度的尷尬)，而突然在 6 個月內完全被裁定無罪的情況實屬罕見。同樣道理，議員在患病到認為自己無法履行議員職務、而要辭職的情況下，會在 6 個月內突然完全康復的情況也是罕見。議員在認為自身清白、或是得知自己的病情的情況下，應該有足夠的能力判斷自己應否辭職。大律師公會所舉的這兩個例子可謂過慮。

該條例草案的必要性及可行性

23. 大律師公會在其聲明中亦指：

“7) 無論如何，建議中的修訂不可能完全堵塞所謂的『漏洞』。因為，若有議員希望再次上演 2010 年的事件，他/她仍可辭職，然後指另一名人士(或來自同一政黨的人士)參加補選。從壞處著想，建議中的修訂毫無疑問地限制了選民的投票選擇權。...”

24. 如前所述，“完全堵塞”漏洞既不可能、亦無需要，試問世上有哪一條法例是毫無“漏洞”？我們要問的問題根本不是該條例草案是否能“完全堵塞漏洞”，而是該條例草案是否能“有效地堵塞漏洞”。如大律師公會所述，如果議員辭職後要由另一名人士參加補選，該名人士不論能力、知名度都不可能和辭職的議員完全相同(即使是和辭職議員是同一政黨)，能否成功當選的機會亦大大不同，從而影響了該政黨在議會中的代表性。政黨有此考量下

勢必會更需要反思是否應該採用這種戰略，阻嚇性便由此而產生。大律師公會所舉此例，正正是證明了該條例草案的必要性。

25. 大律師公會的聲明又指，“香港市民可以運用智慧及判斷力，行使現有的選舉權和被選舉權去回應因請辭而出現的情況”(第六段)，這點更是大謬 – 權利的行使是不可以被迫的，就正如你誣告我，我當然有權行使我的權利把你的控訴推翻，但不代表你可以不斷的誣告我，而要我不斷行使我的權利 – 這便正正是“濫用程序”的由來。大律師公會這個論點，又一次證明該條例草案的必要性。
26. 在可行性方面，大律師公會很明顯認為現有的制度已經足夠(聲明第 6、第 9、第 10 段)。大律師公會認為問題應該由法庭解決(聲明第 9 段)。然而不可否認的是，法庭對“濫用程序”的處理方案非常有限，假如有人在某議員辭職、然後再參選(這中間必然有一段時間)的時候向法庭提出該辭職議員“濫用程序”的指控，法庭是否有足夠的時間去審理(雙方都要入紙、採證、然後出庭)？會否對法庭造成不必要的壓力？如果不能在一般的補選窗口(如前述，一般為 4 個月)期間解決，補選又是否會如期進行？如果一旦裁定有“濫用程序”的情形，補選的結果會如何處理？又會不會有資源的進一步浪費？選民在明知選舉結果可能作廢的情況下仍要投票，又會是什麼心態？在這種情形下大律師公會認為現有制度在可行性上更勝一籌，實在令人難以苟同。

結論

27. 縱觀以上各點，該條例草案其實已經是平衡多方面的利弊，對選舉權和被選舉權影響最少而又能有效堵塞漏洞的方法，同時具有合憲性、必要性和

可行性，因此本人認為該條例草案應予以通過。即使政府願意在禁止參選的期間上讓步，建議禁止參選的期間也不應少於 4 個月。

2012 年 3 月 8 日。

朱偉基

執業大律師

附件一覽：

1. *Chan Kin Sum v Secretary for Justice and another*, [2009] 2 HKLRD 166
(http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=63582&QS=%28chan%2Bkin%2Bsum%29&TP=JU)
2. 《基本法》第 26 條、第 39(2)條
(http://www.basiclaw.gov.hk/tc/basiclawtext/chapter_3.html)
3. 《香港人權法案條例》(香港法例第 383 章)第 8 條
(<http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm>)
4. 《世界人權宣言》
(http://www.hkhrm.org.hk/chinese/booklets/chi_bk1.html)
5. 《立法會條例》(香港法例第 542 章)第 27-29 條、第 39 條
(<http://www.legislation.gov.hk/eng/home.htm>)
6. 政制及內地事務局 - 立法會參考資料摘要，2012 年 2 月 1 日
(http://www.cmab.gov.hk/upload/LegCoPaper/CMAB_C1305_c.pdf)
7. 大律師公會就《2012 年立法會(修訂)條例草案》的聲明，2012 年 2 月 17 日
(<http://www.hkba.org/whatsnew/press-release/20120218c.pdf>)