



填補立法會議席空缺安排公眾諮詢 律師會意見書

1. 引言

政府當局於 2011 年 7 月 22 日發表《填補立法會議席空缺安排公眾諮詢文件》，就處理現行制度的「漏洞」而取消補選的政策，諮詢公眾意見。諮詢文件討論應否維持現行制度，並歡迎公眾就本文所討論的四個方案發表意見。

律師會在回應此諮詢文件時，針對的是方案是否符合憲制上的要求及其法律根據，而不會就個別方案本身表示支持或反對。律師會已鼓勵會員就四個方案的好壞優劣發表個人意見，或提出其他方案。

律師會重申香港市民參選的基本權利，並認為現時的補選制度在香港社會一直行之有效，所以律師會堅信必須有強而有力的原因方可引入任何改變。

2. 憲制條文

律師會已審閱諮詢文件中的四個方案，並考慮不同的憲制條文，包括《基本法》第二十六條及六十八條¹，及《公民權利和政治權利國際公約》第二十五條²。

3. 基本投票權

Chan Kin Sum v. Secretary for Justice [2009] 2 HKLRD 166 一案涉及囚犯的投票權，法庭在此案中確定投票權是香港市民的一項基本權利，並且是無可置疑地最重要的一項政治權利。³

4. 若干指導性的考慮要點

當考慮立法會出現議席空缺的安排時，應考慮以下各點：

- a. 《基本法》第六十八條第二款「循序漸進」邁向普選的要求，應是指更多而非更少的投票權。
- b. 關鍵的問題是填補空缺機制可不可以公平和合理地反映選民的意願。⁴

- c. 當有議席出現空缺時進行補選，是香港回歸前後一直的做法。在議席空缺時容許選民在補選中投票，(而非透過之前的投票結果所假設的選民意願選出當選人); 最能反映選民的意願。⁵
- d. 任何填補議席空缺的機制，都不應削弱香港永久居民的投票權和參選權。
- e. 律師會較早前曾根據憲制和法律分析原則，就政制發展發表意見書⁶，指出《基本法》第六十八條規定立法會議員只可以藉選舉產生，即使選舉的方法可因應不同的議席而有所不同。

律師會對政府當局於諮詢文件第 5.06 段的回應

“(a) 是否有漏洞需要堵塞？”

5. 律師會對於立法會議員任意辭職的現象是否有漏洞，或從政策的立場出發，應否堵塞該漏洞（我們將在下文討論有關的法律觀點上的考慮），不表示任何意見。這最終都是一個政治問題，無疑回應諮詢文件的人士及立法會都會考慮這些問題。律師會認為其角色應只是就諮詢文件的不同方案作出法律分析。

6. 在此方面，律師會指出，任何表面上有可能廢除憲制或其他基本人權的立法措施（正如諮詢文件概述的情況），必須與實施該措施的目標合理地成正比，才可視為符合憲法規定。所以，在考慮諮詢文件提出的方案是否在憲制上相稱時，應該考慮以下各點：

- a. 基本上，當局所指的漏洞的關注點，是立法會議員辭職而引發補選，再在補選中參選的做法，在政治上有違誠實的原則，並且浪費公帑。律師會強調不會就此做法是否在政策或政治上值得關注，發表意見，但從憲制上是否相稱的角度來看，若接受上述關注是須要以廢除投票權和參選權的方式處理，必然會帶來一些可預料的後果。
- b. 政府當局沒有提供足夠理據，把立法會議員選擇以辭職、補選、再參選去傳達政治訊息的行為歸納為「濫用程序」。在民主國家中，主動辭職以啟動補選，從而提供機會讓選民藉選票顯示對辭職議員的政治立場表達支持或反對，並不罕見⁷。若大部分選民不支持這個做法，辭職的議員便將承受在補選中喪失議席的風險。
- c. 政府當局指出在 2010 年的補選耗費 1 億 2600 萬元，嚴重損耗公帑，但事實上，一共有 580,000 選民在該補選中投票，亦即每名投票選民的平均開支約為 200 元（或每名合資格選民的開支約為 40 元）。基於憲法賦予市民的投

票權十分重要，有關的支出可謂微不足道。無論如何，選舉或補選牽涉的開支，應被視為民主過程中必然的承擔。

“(b) 四個方案”

若公眾諮詢的結果，顯示有「漏洞」需要堵塞，律師會的立場是任何改變只應針對更正所謂的「漏洞」，而不應製造更多的問題。

方案一：限制辭職議員參加同屆任期內任何補選

8. 律師會察悉張澤祐法官在 *Chan Kin Sum v. Secretary for Justice* 一案第 168 段的意見⁸。法官對限制公民憲制上的選舉權清楚列出嚴格要求。不過，相對選舉權，亦有不同類別的選民基於不同的原因沒有資格參選。

現時《立法會條例》第 39 條列出令人喪失獲提名為候選人或當選為議員的資格的情況，這些都是基於合理的原因，例如利益衝突（或確立三權分立原則的需要），或其他廣為接納的原因——例如犯罪、破產或喪失行為能力。

若諮詢的結果顯示實在有「漏洞」需要堵塞，而此結果亦獲得公眾廣泛支持，則加上一個取消資格的理由（即辭職的立法會議員不得在餘下任期參加補選）可能值得研究。律師會認為，方案一可以具體地處理所謂的「漏洞」，但正如政府當局指出，這方案本身有可能受到法律挑戰。律師會認為，若採納方案一，政府當局應就此作出更多的研究。

方案二：先用同一候選人名單，後再用遞補順位名單的替補機制（當局的修訂建議）

9. 在採用名單比例代表制的司法管轄區中，的確有一些是採用由同一名單的候選人替補議席空缺，但此安排必須建基於一個成熟的政黨政治制度。不過，正如政府當局向立法會提供的文件（立法會 CB(2)1787/10-11(01)號文件）第 13 段指出：「香港的政黨制度尚在演變中。事實上，香港的政黨政治還未發展至在換屆選舉中，選民投選兩個或三個主要政黨的情況。」政府當局在文件中進而指出：「香港的選民會將選票投予他們支持的政黨或團體。不過，他們同時亦會將選票投予擁有高知名度候選人的名單。因此，候選人名單所得的選票數目很大程度視乎個別候選名單是否有有知名度的候選人在當中。當一名候選人辭職後，我們可以合理地估計，如沒有該候選人，其所屬的名單不會取得相同程度的支持。我們不能假設辭任議員已動用的得票可以再用作為他所屬名單的得票。」

10. 根據方案二，在任的立法會議員可以合法及穩妥地把議席傳給同一名單中同一個政黨的候選人，這將全面改變香港現時的選舉制度，但政府當局並沒有在諮詢文件中分析這方案會帶來的影響及作出此重大改變的好處。

11. 此外，根據諮詢文件附件 V 第 1(a)段，政府當局認為《基本法》及《香港人權法案》均沒有要求立法機關的空缺議席必須由補選填補。這在《香港人權法案》來說可能正確（就方案二而言，讓上一次選舉的選民選出同一名單的候選人，是某程度上反映了他們的意願），但此說是否同樣適用於《基本法》則成疑問。《基本法》第六十八條清楚指出立法會由選舉產生。由於沒有清晰的憲制條文容許透過選舉以外的辦法產生立法會議席，而考慮到憲制及法律闡釋的原則要求我們對基本人權（投票權是其中一項基本人權）作出廣義闡釋⁹，我們認為方案二的合憲性存有疑問。

12. 律師會亦採納大律師公會 2011 年 8 月 31 日的意見書中有關方案二的意見。

方案三：替補機制不適用於因去世、重病或其他非自願情況出現的空缺

13. 政府當局已在諮詢文件中闡述對此方案的反對理由（參照 4.17 及 4.18 段）。

方案四：利用同一候選人名單的替補機制，並在名單用盡後讓議席懸空

14. 政府當局已在諮詢文件中闡述其反對理由，並承認此方案的法律問題需要「進一步研究」（參照 4.20 段）。

(c)至(e)段：維持現狀或是需要改變？

15. 根據政府當局提供的資料和理由，律師會認為政府當局並未對四個方案提出令人信服的理據。在當局未有提出任何其他理據或方案的情況下，並基於本意見書中所提出的理由，律師會認為現時永久居民在補選中投票和參選的權利，已廣為接納，不應被廢除或作出更改。

香港律師會
2011 年 9 月 21 日
560727

¹ 《基本法》

第二十六條

香港特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權。

第六十八條

香港特別行政區立法會由選舉產生。

立法會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，最終達至全部議員由普選產生的目標。

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。

² 《公民權利和政治權利國際公約》

第二十五條

每個公民應有下列權利和機會，不受第二條所述的區分和不合理的限制：

- (甲) 直接或通過自由選擇的代表參與公共事務；
- (乙) 在真正的定期的選擇中選舉和被選舉，這種選舉應是普遍的和平等的並以無記名投票方式進行，以保證選舉人的意志的自由表達；
- (丙) 在一般的平等的條件下，參加本國公務。

³ 張澤祐法官進一步指出：「既然立法會地區直選議席已容許以普選選出，我們可以假設背後的原則是盡量擴闊選舉權，而目的是藉普選確定選民的意向。**我們甚至可以指出，由於立法會一半的議席由普選產生，投票權顯得更加重要和珍貴。**」（判詞第 106 及 164 段；以粗體顯示以作強調）

⁴ 《公民權利和政治權利國際公約》第二十五（乙）條

⁵ 《公民權利和政治權利國際公約》第二十五（乙）條

⁶ 參律師會於 2005 年 11 月 25 日、2007 年 10 月 10 日、2010 年 10 月 2 日及 2010 年 12 月 9 日的意見書

⁷ 例如英國國會議員 David Davis 在 2008 年辭去國會議員職務的例子

⁸ 「投票權無疑是最重要的政治權利；參上述 Nowak 第 574 頁（第 18 段）。經審慎考慮後，本席認為對選舉權和登記成為選民的權利作出的概括、自動及不作區分的限制，難以通過相稱的標準。這些都是不合理的限制……」

⁹ 參吳嘉玲訴入境事務處處長(1999) 2 HKCFAR 4 第 77 段；*R (Morgan Grenfell Ltd) v. Special Commissioner of Income Tax* [2003] 1 AC 563 第 8 段