

 Read Message

  Back to: [Inbox](#)

From:

Date: 2004/01/19 Mon PM 03:16:11 CST

To: <views@cab-review.gov.hk>

Subject: views on legal issues relating to constitutional developments

    Move To:  

Dear sir/madam,

I have written some comments on a series of legal issues relating to constitutional development and is attached.

Thanks for your attention.

Benny Tai  
Associate Professor  
Faculty of Law  
University of Hong Kong

Download Attachment: [政制發展的法律問題.doc](#)

    Move To:  

   Back to: [Inbox](#)

[Help](#)

# 香港特區政制發展的法律問題

戴耀廷

香港大學法律學院副教授

## 前言

香港特區政制發展專責小組提出了《基本法》中有關政制發展的一些法律問題。在香港討論香港特區政制發展時，也有人提出其他的法律問題。

涉及香港特區政制發展的條文包括《基本法》第 45 條、第 68 條、附件一和附件二。《基本法》第 45 條第二款規定：「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。」

第 68 條第二款規定：「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。」

附件一第七節規定：「二零零七年以後各任行政長官的產生辦法如需修改，須經立法會全體議員三分之二多數通過，行政長官同意，並報全國人民代表大會常務委員會批准。」

附件二第三節規定：「二零零七年以後香港特別行政區立法會的產生辦法和法案、議案的表決程序，如需對本附件的規定進行修改，須經立法會全體議員三分之二多數通過，行政長官同意，並報全國人民代表大會常務委員會備案。」

這些法律問題涉及政制發展的立法程序、諮詢程序、政制發展的原則和其他相關的法律問題。本文擬詳細探討這些法律問題，並根據法律解釋的原則詮釋有關條文。

## 法律解釋

有關香港特區政制發展的爭議，很多人認為實在是政治的問題而非法律的問題。故此解決也是在於政治的妥協而非法律的仲裁。的確，法律的方法不可以解決政治上的爭議，但若我們是相信法治的話，法治會為法律解釋定下了基本的規則，法律至少為政治的爭議定下了界線和最起碼的標準。

因此在解釋《基本法》相關的條文時，我們不能以政治的考慮點來任意扭曲條文的意思以達到其政治目的。當然我們不得不承認法律也只能定下一個規

範，而在這規範內仍是容下超過一個法律的解釋。要選取那一個解釋，還是離不了政治。

香港特區終審法院首先在「吳喜玲案」，然後再在「莊豐源案」確認了普通法對《基本法》條文的解釋原則：「法院根據普通法解釋《基本法》時的任務是詮釋法律文本所用的字句，以確定這些字句所表達的立法原意。法院的工作並非僅是確定立法者的原意。法院的職責是要確定所用字句的含義，並使這些字句所表達的立法原意得以落實...法院不會把有關條款的字句獨立考慮，而會參照條款的背景及目的。法律釋義這項工作需要法院找出有關條款所用字句的含義，而在這過程中需要考慮該條款的背景及目的。這是一種客觀的探究過程。法院必須避免只從字面上的意義，或從技術層面，或狹義的角度，或以生搬硬套的處理方法詮釋文字的含義，也不能賦予其所不能包含的意思。」

有人認為《基本法》是中國法律，所以不應以普通法的原則來解釋。但我們若看中國法律解釋法律的原則，會發現其實相差不大。中國法律還未有對法律解釋原則有權威性表述如上述香港特區終審法院所定的原則。但在參考幾位中國法律專家的著作後，中國法律的解釋原則可以總結為以下幾點：

- (1) 任何法律條文之解釋必須從文義解釋入手。
- (2) 若採用文義解釋方法後，如沒有出現多於一個的法律解釋的可能性，那就只可以文義來解釋。
- (3) 若採用文義解釋方法後，出現多於一個的法律解釋的可能性，就要參照條文在整份法律中的地位，即依其編、章、條款、項之前後關聯位置，或相關文的意思，闡明其規範意旨來選取適當的解釋。
- (4) 也可以用立法解釋方法，探求立法者於制定法律時所作的價值判斷及其所欲實施的目的，以推知立法者的意思來選取適當的解釋。
- (5) 若還不能確認法律的解釋，可以採用目的解釋方法，找出法律規範的目的，並以此為依據來闡釋法律有疑問的地方。
- (6) 但無論如何，任何解釋不得超過法律條文文義可能的範圍。

因此，無論是普通法或是中國法律的解釋原則，我們也可以得出近似的解釋原則，那就是以法律條文的文義來定出一個最起碼的框框。在這框框內，政治的觀點可能會影響在解釋時應採用那一種解釋方法；或是給與甚麼比重予不同的解釋方法；或是在引用不同的解釋方法時有不同的結論。不過，任何的解釋都不可以超越法律條文的文義來定出的那一個框框。

## 循序漸進

第 45 條和 68 條為行政長官和立法會的產生辦法定下兩個原則：循序漸進和香港特別行政區的實際情況。涉及政制發展原則的其中一個法律問題是循序漸進包含甚麼要點。

第一、「循序」假設了一個「序」，這「序」也可以說是發展的次序或時間表。附件一和附件二正為特區首十年定下了發展的時間表。不過這時間表所規定的時期到 07/08 年就完結。正如當一個學期結束，學校就得制定新的時間表而不能用上學期的時間表上課，所以我們必須為 07/08 年後的產生辦法再定一個新的時間表。

第二、「漸進」的「漸」是相對性的，可以快一點可以慢一點。但「進」卻是有絕對性的意思，進必是向前而不能後退和停頓。這「進」也必然是朝向普選發展的。

第三、雖然「漸進」的「漸」是可以快一點也可以慢一點，但這個「漸」的發展速度也要符合《基本法》其他條文的理解。最直接的就是附件一和附件二本身。從附件二我們可以看到立法會中由普選產生的議員由 20 人(三份一)進到 24 人(五分二)再進到 30 人(二份一)。每一屆都是有進展的。依此理解「漸進」是每屆都要有進展的，而不會是進一屆停一屆的。同樣，從附件一我們看到由 400 人的推選委員會進到 800 人的選舉委員會，也是每屆皆有進展的。

因此行政長官 07 年和立法會 08 年的產生辦法必然要較之前的產生辦法更為與普選貼近。簡單來說，循序漸進這原則告訴我們 07/08 年的產生辦法必然要與之前的產生辦法不同，而另一原則香港特區的實際情況則是涉及這漸進的發展速度而言。既然如此，政制諮詢是必要在 07 年前儘早進行，以使特區有充足的時間為 07/08 年新的產生辦法立法和讓各方部署選舉。

第四、「漸進」的「漸」雖然是相對性的，可以快一點可以慢一點，但這個「漸」的發展速度也要符合《基本法》其他條文的理解。附件一和附件二提供了最直接的參照。

根據附件二立法會中由普選產生的議員由 20 人(三份一)進到 24 人(五分二)再進到 30 人(二份一)。不單每一屆都是有進展，而且每一次進展的幅度都是有所遞升的。第二屆進到第三屆的幅度是較第一屆進到第二屆的幅度為大。因此第三屆進到第四屆的幅度又當比第二屆進到第三屆的幅度為大。而進程的方向都是以朝向全面普選而發展的。以此推算，第四屆立法會至少要有 40 人(三份二)的議員是由普選產生。這是循序漸進的原則為 08 年立法會選舉定下了最起碼的進程。在 08 年我們能否在這最起碼的進展再向前走至立法會全部議員由普選產生，就視乎另一個原則香港特別行政區的實際情況而定了。

同樣根據附件一，行政長官的產生辦法由 400 人的推選委員會進到 800 人的選舉委員會，也是每屆皆有進展的。我們也看到這進展是朝向行政長官最終由普選產生的。細看這進程，不單是人數有所遞升，而更是在產生辦法上是有質的轉變的。推選委員會的成員都是由全國人大設立的香港特區籌委會挑選的，香港市民並沒有直接的參與權。但選舉委員會有部份成員是由香港市民普選產生如由普選產生的立法會議員。部份香港市民也可直接選舉他們所屬界別的代表進入選舉委員會。要繼續產生辦法需質變和變化幅度較之前的轉變更大這進程，只是擴大選舉委員會的人數是必然不符合循序漸進的原則。即使是把選舉

委員會四個界別的組成比例改變也不能符合這原則。要符合最起碼的進展的要求，選舉委員會的成員得全部是由香港市民普選產生。這由市民普選產生的選舉委員會應如何組成或可否更進一步讓行政長官由普選產生則視乎另一個原則香港特別行政區的實際情況而定了。

依此理解，政制諮詢當以三份二的立法會議員由普選產生和選舉委員會的成員全部是由香港市民普選產生為起點，再根據香港的實際情況來決定可否在 07/08 年就實行立法會全部議員由普選產生和行政長官由普選產生。

### 香港特別行政區的實際情況

另一個政制發展的原則是第 45 條和 68 條所指香港特別行政區的實際情況的實質意思是甚麼。

第一、產生辦法是要依據香港特別行政區的實際情況和循序漸進這兩個原則來規定的。這也是說有關規定是要同時符合兩個原則而不能只符合其中一個原則或是以一個原則來規限另一個原則。因此我們不能以香港特別行政區的實際情況來作為不需循序漸進的理由。若循序漸進的理解是要 07/08 年的產生辦法必然與之前的產生辦法不同，並且也已定下了最起碼朝向普選的進展幅度，那香港特區的實際情況的理解就只能用於厘定在 07/08 年可否就實行立法會全部議員由普選產生和行政長官由普選產生。

第二、《基本法》規定實際情況是香港特別行政區的實際情況而非籠統地說實際情況。因此台灣總統大選的結果，台灣民眾對一國制的想法甚至北京政府領導人對香港民主發展的看法也不應考慮因它們都不是「香港特別行政區」的實際情況。有人說香港政制發展屬中央與香港特區關係的問題，這可能是對的但中央與香港特區關係卻不能是規定行政長官和立法會的產生辦法時要考慮的因素。香港政制發展屬中央與香港特區關係是體現在附件二的修改要向全國人大常委會備案和附件一的修改要得全國人大常委會批准。

第三、要理解和引用一些法律原則，決策者必需考慮所有有關的因素，也不能考慮任何無關的因素。甚麼是這法律原則有關的因素和無關的因素，就視乎法律原則的上文下理。香港特別行政區的實際情況就是現在要引用的法律原則，而它的上文下理是關於：(1) 香港特區行政長官和立法會的產生辦法的規定；(2) 這些辦法都是朝向以最終由普選產生為目標；及(3) 這目標要循序漸進來。換句話說，有關的因素只能是那些涉及這三方面的因素，其他都一律是無關的因素。

以此推論，下列的因素在引用香港特別行政區的實際情況這法律原則時，當屬有關的因素：

(1) 香港特區的政治、社會及經濟情況是否可支持香港在 07/08 年就實行全面普選；

- (2) 香港特區的選民素質(如教育水平)是否可支持在 07/08 年就實行全面普選；
- (3) 香港特區市民是否有強烈的訴求希望在 07/08 年就實行全面普選；和
- (4) 香港特區現行的政治體制是否存在根本的問題(如政治認受性薄弱而影響到管治)而須透過全面普選來解決。

### 政制發展的立法程序

政制發展專責小組提出《基本法》附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法的修改當用甚麼立法方式處理。

小組提出了幾個立法的可能性：(1) 經《基本法》第 159 條的修改程序修改附件一及附件二；(2) 修改附件一及附件二原則性的規定，然後以香港特區本地立法配合落實新規定；(3) 修改香港特區本地的選舉法例。

就第一個選擇，原則上所有《基本法》的條文都得依據《基本法》第 159 條由全國人大才能修改。《基本法》的附件也應是《基本法》的條文，故此修改附件的程序原則上也應依據《基本法》第 159 條的規定，除非《基本法》的條文另有規定。《基本法》第 18 條就是另有規定的一個例子。第 18 條規定全國人大常委會可對列於附件三的法律作出增減。附件三的內容是可以由全國人大常委會修改而非由全國人大依據《基本法》第 159 條來修改。

現在的問題是附件一及附件二所述的修改程序是否屬另有規定。姬鵬飛主任在《關於中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）及其有關文件的說明》非常清楚指出行政長官的具體產生辦法由附件規定是要讓修改可以「比較靈活，方便在必要時作出修改。」同樣立法會的具體產生辦法由附件規定，「也是考慮到這樣比較靈活，方便必要時作出修改。」依此理解，制定《基本法》時，立法的原意應是讓附件一和附件二可以用較靈活的方法來修改。因此附件一和附件二所列的修改程序應是另有的規定，要修改附件一和附件二的內容是不用先由全國人大依據《基本法》第 159 條來修改。

再且，附件二第三節是訂明：「如需對本附件的規定進行修改」，那就得根據附件二第三節所列的程序。這明顯是指附件二的修改程序是在《基本法》第 159 條以外的規定。雖然附件一第七節只是說：「二零零七年以後各任行政長官的產生辦法如需修改」，少了附件二的「對本附件的規定」，但在上面所引述姬鵬飛主任的說明，他並沒有區分附件一和附件二。所以若附件二可以不用依據《基本法》第 159 條來修改，附件一也應可以不用依據《基本法》第 159 條來修改。它們同樣地都可以依據其本身所列的程序來修改。

即使有人不同意這說法，認為附件一有別於附件二是要由全國人大依據《基本法》第 159 條來修改，但要修改 07 年以後各任行政長官的產生辦法卻不一定涉及修改附件一。附件一第七節是說「二零零七年以後各任行政長官的產生辦法如需修改」，而不是說「附件一如需修改。」正正附件一沒有如附件二用上「對

本附件的規定」的說法，因此要修改行政長官的產生辦法甚至不用修改附件一。

就第二個選擇，有人認為附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法的修改屬憲法層面，故得先對附件一及附件二作原則性的規定，然後以香港特區本地立法配合落實新規定。不論《基本法》附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法的修改是否屬憲法層面，但在法律上要修改附件一及附件二卻不一定要先作原則性規定的安排。

《基本法》其實已有修改附件的安排，並且有修改附件的實例。《基本法》第 18 條規定全國人大常委會可對列於附件三的法律作出增減。全國人大常委會在 1997 年 7 月 1 日及 1998 年 11 月 4 日先後兩次通過關於對附件三所列全國性法律增減的決定。全國人大常委會並沒有在作出這兩個決定前先對附件三作出原則性的規定，或是先制定修改附件三的程序細則。附件三如是，那麼沒有理由要對附件一和附二的修改有不同安排。

在處理《基本法》其他涉及程序安排的條文如《基本法》第 17 條香港特區立法機關制定的法律報全國人大常委會備案；甚至一些沒有明文規定的程序安排如行政長官根據《基本法》第 43 條和第 48(2)條向國務院提交報告，再由國務院向全國人大常委會提請解釋《基本法》，我們都見不到要先作原則性的規定才依《基本法》所訂的程序來執行或實施有關的安排。

再且，這些原則性規定應由國務院、全國人大常委會或是全國人大來作出，《基本法》竟然完全沒有提到。我們很難想像制定《基本法》時起草委員會和全國人大會如此大意沒有把這麼重要的程序安排作出明確規定。

因此在修改附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法前，對附件一及附件二作原則性的規定是並不需要的。其實最簡單直接的解釋就是只需根據附件一和附件二各自所定的修改程序就應可以改變有關的產生辦法。在解釋法律時，若有簡單直接的解釋就能處理問題，我們就不用找上複雜甚至是會產生不明確理解的解釋。

雖然在憲制上可簡單直接引用附件一和附件二各自所定的修改程序，但在香港本土就不能只是修改香港特區本地的選舉法例。在此以外，香港特區立法會的議事規則也要作出相應修改。第一、有關議案的會議規則可能要修改加入通過涉及附件一和附件二的議案的程序。第二、議事規則關於立法會所通過法案交行政長官簽署和行政長官向立法會提出議案的規定也要修改以包括附件一和附件二的相關修改，這就能顧及修改建議是由行政長官向立法會提出或是立法會先通過修改議案再交行政長官同意這兩種情況。

如上所述，《基本法》現已有程序是關於立法會就所制定的法律向全國人大常委會備案（見《基本法》第 17 條）。把這擴大至向全國人大常委會報交附件二的修改議案作備案和附件一修改建議待全國人大常委會決定是否批准，應沒有什麼原則上的問題。同樣行政長官也可向全國人大常委會報交附件二的修改議案作備案和附件一修改建議待全國人大常委會決定是否批准。全國人大常委會可通過決定批准或拒絕批准由香港特區所交來的修改建議，這並不涉及香港特

區的法律，全國人大或全國人大常委會也不用額外制定新的法規。在交全國人大常委會備案或交全國人大常委會批准並取得批准後，香港特區就可制定相關的選舉法律了。

## 二零零七年以後

另一個法律問題是《基本法》附件一中「二零零七年以後各任行政長官」是否包括 07 年那一任行政長官。若「二零零七年以後各任行政長官」不包括 07 年那一任行政長官，那麼香港特區就不需在 07 年前就對行政長官產生辦法進行諮詢。

這條文的句式是以一個時間單位來指定一個時間以後的安排。時間單位可以是年、月、日，時間單位不同不會改變解釋的原則。有關的法律解釋原則主要有三個。第一個原則是看文字表面的意思，要了解文字表面的意思，我們可以日常用法為例：女兒說謊，但因她肯認錯故爸爸原諒她對她說：「爸爸原諒妳，但今日以後不要再說謊了。」假若女兒以「二零零七年以後」不包括 07 年來理解這話，她就只需由明天開始不說謊，在今日她仍可以繼續說謊。這種理解完全違反日常的法，是文字表面意思不能接納的。

第二個原則是看文字的上文下理，《基本法》在其他條文也有相類似的句式。《基本法》第 24 條第 3 (1) 款規定香港特區永久性居民包括：「在香港特區成立以前或以後在香港出生的中國公民」。全國人大通過設立香港特別行政區的決定中規定自一九九七年七月一日起設立香港特區，那也是說香港特區成立是指一九九七年七月一日。若一九九七年七月一日以前或以後並不包括九七年七月一日，那麼那一日在香港出生的中國公民將不享有香港特區永久性居民的身份。這種解釋會製造一個法律上的真空。

與附件一更有關連的上文下理就是附件二關於立法會產生辦法的條文。附件二也有相類似規定：「二零零七年以後香港特別行政區立法會……」同樣的問題是 07 年後立法會是否包括 07 年那一屆立法會。若非設立臨時立法會，第三屆立法會的任期會與第二任行政長官的任期同時在 07 年屆滿。若立法時希望「二零零七年以後」立法會不包括 07 年那一屆，附件二應包括第四屆立法會的產生和組成方法，但附件二卻只包括了第二及第三屆的產生和組成方法。附件一和附件二都是有關香港特區政制重要部份的產生辦法，理解上應一致。

第三個原則是看立法的目的，我們可從立法的背景文件看到立法的目的。《基本法》的立法背景文件必然包括基本法起草委員會主任委員姬鵬飛向由全國人大提交關於《基本法》的說明。在說明中，姬鵬飛主任說：「附件一對行政長官的產生辦法作了具體規定，在一九九七年至二零零七年的十年內由有廣泛代表性的選舉委員會選舉產生，此後如要改變選舉辦法，由立法會全體議員三分之二多數通過，行政長官同意並報全國人大常委會批准。」

姬鵬飛主任明確指出附件一只是對行政長官的產生辦法在 1997 至 2007 年的十年作了具體規定，關鍵的是他明顯有「十年」的概念，若「二零零七年以後」不包括 07 年，那他應說十五年。

從幾個法律解釋的原則來看，我們都可得出同樣的結論：「二零零七年以後各任行政長官」是包括 07 年那一任的行政長官，所以檢討行政長官產生辦法的諮詢應立即展開，不宜再拖。

## 啓動機制

有人提出解釋《基本法》附件一及附件二有關 07/08 年以後行政長官和立法會產生辦法，認為條文中「如需修改」這條件是由中央來判斷。這解釋能否成立是關於要啓動政制改革諮詢有甚麼法律條件。

第一、若解釋會帶來含糊不清的後果，這解釋不可能是立法原意。上述的解釋所指的「中央」非常含糊。在《基本法》中曾提及的中央政府機構包括了全國人大、全國人大常委會和中央人民政府即國務院。在每一處涉及中央的條文都是清楚指明是由那一個中央政府機構來行使有關權力。若《基本法》的原意是由中央的政府機構來決定「如需修改」這條件是否成立，那必會指明是由那一個中央的政機構來行使這權力而不會那麼含糊地只是指由中央來決定。

第二、法律條文尤其是涉及程序或機制的條文，在解釋時必須避免使運作出現混亂。「如需修改」這條件若是由中央的政府機構來決定，那中央的政府機構在決定有需要修改時，它也應同時提出實質的修改建議。若不是這樣，那就可能產生混亂，因在沒有明確規定下香港的政府機構如立法會或行政長官可能同時提出實質建議或是兩者都不提出。當然許的解釋可以訂明中央的政府機構在作出決定時須同時指明由香港的那一個政府機構去提出實質的建議。但若程序的安排是那麼的詳細，原先立法時沒理由會不把它明確寫出來。

假若中央的政府機構在決定有需要修改時也會提出實質的建議，上述的解釋又會違反另一個法律解釋原則。法律解釋不應產生無意義、重覆或矛盾的後果。若是由全國人大常委會來決定和建議，那就會是全国人大常委會先建議再向自己備案或得批准，解釋變得沒有意義或意思重覆。若是由全國人大來決定和建議，那就會產生矛盾的解釋，因沒有理由由一個上級的機構向下一級的機構備案或得批准。故此唯一可能的機構只是中央人民政府。但若只能是由中央人民政府決定和建議那麼具體，在原先立法時沒有理由會不把它明確寫出來。

第三、法律解釋必須符合上文下理而不能斷章取義。附件一和二中「如需修改」的「需」必須以整份《基本法》來詮釋。這明顯是指第 45 條和第 68 條所訂明「根據香港特別行政區的實際情況和循序漸進的原則」來決定是否需要。若只有中央的政府機構才可以啓動機制，這解釋並不符合「一國兩制」的原則。香港特區若連啓動機制的權力也沒有，我們很難向國際社會說香港在「一國兩

制」下是享有高度自治。香港特區有權啟動機制就等同獨立這說法是完全忽略了中央根據《基本法》在整個修改程序的最終決定權。附件二關於立法會的產生辦法雖只需向全國人大常委會備案，但要實施有關辦法必須修改香港特區的法律。全國人大常委會根據《基本法》第 17 條若認為有關法律違反《基本法》，是可是把法律發回香港特區。附件一關於行政長官的產生辦法更要得全國人大常委會批准。

此外若條件是「根據香港特別行政區的實際情況」，如果香港本身的政府機構連啟動的權力也沒有是不合常理的。法律解釋不應產生不合常理的後果。什麼政府機構能比香港特區自己的政府機構更了解香港的實際情況？

總的來說，一個更符合一般法律解釋原則的解釋是：香港特區立法會或行政長官都可以啟動附件一和二改變產生辦法的機制。在啟動時，它們必須向對方提出實質的建議。附件二的修改在得到雙方同意後就向全國人大委會備案，全國人大常委會若不同意，可把有關的法例發回。附件一的修改就必須得到全國人大常委會批准。中央仍保留兩種修改的最終決定權。

#### 如需修改

有人又提出附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法是用了「如需修改」這說法，故有可能出現「毋需修改」的情況。若是「毋需修改」，那就可以沿用 07/08 之前的產生辦法產生行政長官和立法會。他再進一步說若要改變行政長官及立法會產生辦法，就得修改附件一和附件二。這對「如需修改」的解釋是違反法律的解釋原則，故以此推斷的兩點結論都不能成立。

首先，解釋法律並不能單單依靠一個字或是一個詞語，而需以整份法律文件的上文下理來詮釋。若有關法律分為本文和附件，在解釋上本文的規定和附件的規定是不應出現衝突的。但若真的出現衝突，本文的規定也應凌駕於附件的規定。當然最理想的是以解釋來達致本文和附件的規定相協調。

以上述對「如需修改」的解釋，當中的「需」是實質的需要，故他有「毋需修改」的引伸。假設這「需」真是實質的需要，那就是說附件一及附件二中行政長官及立法會產生辦法只有在有實質需要的情況下才可以修改。但甚麼才是有實質的需要呢？

《基本法》本文對行政長官及立法會產生辦法是有明文規定的。第 45 條和第 68 條都定下了行政長官及立法會產生辦法都得「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」。要協調兩者的解釋，附件一和附件二的「需」當是指在第 45 條和第 68 條兩個原則下是有實質的需要來說的了。這也即是說這「需」必須同時符合這兩個原則。

就以循序漸進這原則來分析，如行政長官及立法會產生辦法在符合循序漸進這原則下有實質需要時，那就得修改。如上所述我們不用循抽象地解釋循序

漸進，因《基本法》附件一關於第一屆和第二屆行政長官的產生辦法和附件二關於第一、第二及第三屆立法會的產生辦法已具體說明循序漸進的意思。

細看它們的產生辦法，這裏再重申上述我們得出的幾點結論：第一、之後一屆的產生辦法與之前一屆的產生辦法都是不同的。第二、之後一屆的產生辦法較之前一屆的產生辦法是更貼近全面普選這最終目標的。第三、屆別之間的進展幅度是逐步遞升的。以此我們可以看到要符合循序漸進的原則，07/08年行政長官及立法會產生辦法必然要：(1) 與07/08年之前的產生辦法不同；(2) 較07/08年之前的產生辦法更貼近全面普選這最終目標；(3) 與07/08年前的產生辦法之間的遞升幅度應較之前屆別之間的遞升幅度為大。

但無論怎樣，要符合本文有關係文的規定，07/08年行政長官及立法會產生辦法就一定要修改。這樣，若「如需修改」的「需」是實質的需要，那「如需修改」就會失去意思了。要讓「如需修改」保留意思，那就只可把「如需修改」定為規定行政長官及立法會產生辦法在本文兩個原則以外的一個獨立原則。「需」可獨立地理解而不用理會本文的兩個原則。更甚的是把「如需修改」置於本文兩個原則之上，那麼若「毋需修改」，那連循序漸進的原則也不用跟從。但這種理解是明顯違反法律解釋原則的。

要使本文兩個原則和附件「如需修改」的規定相協調，「如需修改」的「需」不可以是實質的需要，而只能是程序上的需要。在根據本文兩個原則定了07/08年行政長官及立法會產生辦法的產生，那就在程序上「需」根據附件一和附件二的程序安排對產生辦法作出修改。

也有人提出若附件一行政長官在07年就一定要由普選產生，在起草《基本法》時就不會寫「如有需要」，當時就可以寫07年就要普選了。但這說法不符合法律解釋原則和過去香港特區政府和全國人大常委會對《基本法》的理解。

在普通法原則下：(1) 法律禁止的，所有人都不可以作；(2) 法律沒有禁止的，人民就可以作；(3) 法律沒有授權的，政府就不可以作；(4) 法律明文保障的，政府就有責任去保護。普選行政長官是香港市民的權利，也是《基本法》明文確認了的，政府是有責任去保障，這也沒有法律禁止。蕭的說法是違反了普通法的原則，因沒有規定的並不代表不可以作。

再且，過去香港特區政府和全國人大常委會也曾在《基本法》沒有明文規定下作了某些行爲，明顯與蕭的說法不符。在1999年行政長官就曾根據《基本法》第43條和第48(2)條向國務院提交報告，再由國務院向全國人大常委會提請解釋《基本法》。第43條規定行政長官對中央人民政府和香港特區負責。第48(2)條規定行政長官負責執行《基本法》和依照《基本法》適用於香港特區的其他法律。兩項條文皆沒有明文規定行政長官可向國務院提交報告，再由國務院向全國人大常委會提請解釋《基本法》。若《基本法》沒有明文規定的就不可以作，那行政長官就是違反《基本法》了。

另一個例子就是全國人大常委會在收到提請後解釋了有關的《基本法》條文。《基本法》第158(3)條只是規定香港特區法院在某些情況下得提請全國人

大常委會對涉案的《基本法》條款作出解釋。雖然《基本法》第 158(1) 條規定《基本法》的解釋權屬於全國人大常委會，但也沒有明文規定全國人大常委會可以直接或在沒有香港特區終審法院提請的情況下解釋《基本法》。若《基本法》沒有明文規定的就不可以作，那連全國人大常委會也是違反《基本法》了。反之，全國人大常委會的做法正正表示，《基本法》沒有明文規定 07 年普選行政長官並不是說 07 年不可以普選行政長官。

## 最終

有人提出《基本法》第 45 條是規定最終達至普選產生的目標，用上「最終」，是理解為 2047 或是 2037，但絕不可以是 2007。

「最終」這說法只是為普選行政長官定下了一個底線，即在 2047 年前行政長官一定要是以普選產生。除了附件一定下了首十年行政長官的產生辦法外，即第一任和第二任行政長官不可以由普選產生，在第三任起，《基本法》就沒有禁止行政長官是由普選產生。如上所述《基本法》既沒有明文禁止的，就沒有理由不可以在 07 年普選行政長官。

## 第四屆立法會的法律真空

政制發展專責小組提出倘若對是否修改二零零七年以後的立法會產生辦法不能達成共識，以致未能啟動或完成附件二第三節所規定的修改程序，是否會出現法律真空，以致第四屆立法會無法組成，或是否可以理解為第四屆立法會可繼續沿用第三屆立法會的產生辦法而組成。

香港一直尊崇法治，而《中華人民共和國憲法》第 5 條也規定「依法治國」。能否就政制發展達成共識是一個政治問題，但任何政治問題也不能超越法律所定下的界限。這是法治最起碼的要求。

附件二只規定了第一屆、第二屆和第三屆立法會的組成方法。第三節提到關於二零零七年以後的立法會的產生辦法，這也是說第四屆及以後的立法會。根據《基本法》第 68 條「循序漸進」的原則，第四屆立法會的產生辦法是不能沿用第三屆立法會的產生辦法而組成的，因那會造成政制發展的停頓，而沒有漸進。「循序漸進」的原則也不容許進一屆停一屆的。

同時，在解釋法律時，任何會產生法律真空的解釋是絕不會被採納，因那絕不會是立法的原意。我們很難想像起草委員會或是全國人大在制定《基本法》時會容許這種立法真空出現。

故此若既要「循序漸進」又不會出現法律真空，在法律上第四屆立法會的產生辦法必然要變，且要更為貼近全面普選這最終的目標。無論各方能否就第

四屆立法會全部議員由普選產生或發展的進度達成共識，這政治的考慮也不可以違反法律所定下最低的要求。各方在尋求政治的共識時也必須知道這法律上的底線。在這底線之上，各方仍可堅持己見，但法律的底線不可以超越的。不然香港一直所尊崇的法治和國家正努力建立的以法治國原則，就會因此而付諸流水了。

## 備案

有人提出即使根據附件二第三節立法會全體議員三分之二多數通過及行政長官同意，修改了 07 年以後立法會的產生辦法，報全國人大常委會備案時，全國人大常委會也可以不接受備案。

備案在法律上的意思就是存一個記錄，備案並不影響有關法律或法案本身的合法性和法律效力。附件二第三節是規定立法會全體議員三分之二多數通過及行政長官同意，就可修改附件二的規定，但在程序上還得報全國人大常委會備案。備案的程序安排也見於《基本法》第 17(2)條。第 17(2)條就規定香港特區的立法機關制定的法律須報全國人大常委會備案，但備案不影響該法律的生效。這我們可以看到備案不影響有關法律或法案本身的合法性和法律效力。

根據第 17(3)條，全國人大常委會如認為香港特區立法機關制定的法律不符合《基本法》關於中央管理的事務及中央和香港特區的關係的條款，的確可將有關法律發回，經發回的法律也會失效。但這是指備案之後的程序安排，而非備案本身。而且第 17(3)條只適用於香港特區立法機關制定的法律，但根據附件二立法會全體議員三分之二多數通過及行政長官同意修改了的，是附件二的規定，而並不是香港特區立法機關制定的法律。

當然，在修改了附件二的規定後，香港特區立法機關還是要制定相關的選舉法律報全國人大常委會備案。全國人大常委會也是可根據第 17(3)條，如認為有關選舉法律是不符合《基本法》關於中央管理的事務及中央和香港特區的關係的條款，把它發回。但修改附件二頂多就是全部立法會議員由普選產生，而這是《基本法》第 68 條已確認了的，我們很難想像執行附件二修改決議的選舉法律會與《基本法》關於中央管理的事務及中央和香港特區的關係的條款有衝突。除非有關選舉法律規定立法會議員不用效忠中華人民共和國香港特區或是容許超過百分之二十的立法會議員由非中國籍的香港特區永久性居出任等如此極端的情況，我們實很難想像全國人大常委會會根據第 17(3)條把有關的選舉法律發回。

因此，《基本法》只有發回法律，而不會有不接受備案的情況出現。

## 總結

雖然任何法律的理解必然涉及政治的取態，但法律問題之為法律問題而非政治問題是在於法律理解仍需依據一定的法律原則，而不是單靠權力或人數。一方面法律條文為法律解釋定下一個範圍，任何解釋都不能超越法律文字所可以承載的。另一方面，法律的解釋原則是建於理性的基礎，需符合一定的合理性和邏輯性。這也就是說要講道理。要講道理就不是單單把要求講出來，而更要清楚解釋這要求的理據所在，讓公眾去評論。