

論立憲主義下行政長官候選人提名制度 “提名－確認制”方案

尤 樂*

一、引言

2014年8月31日，第十二屆全國人大常委會第十次會議作出《全國人大常委會關於香港行政長官普選問題和2016年立法會產生辦法的決定》(以下簡稱“8.31決定”)。根據政改方案，參選人必須在具有廣泛代表性的提名委員會中取得半數以上的支持方能在2-3名行政長官候選人(以下簡稱“候選人”)中佔有一席之地，“支持”以投票形式為表現，以下簡稱“提名－許可制”¹。對於該決定，香港各界反應不一、爭論不止並引發“佔中”運動。劉兆佳認為“8.31決定”下的2017行政長官普選是中央對民主訴求的最大誠意回應²，戴耀庭則提出由提名委員會提名候選人的方式是一種“篩選機制”³，同時亦有將“公民提名”和“政黨提名”與提名制形成“三軌提名”⁴的意見討論，被指意圖廢置或稀釋提名委員會的作用。2015年6月18日，立法會未能通過2017年香港行政長官產生辦法議案，即“由提名委員會進行候選人提名”的核心政改方案被否決，由此正如“8.31決定”之規定，2017年仍將沿用2012年《第四屆行政長官選舉辦法》，即由1,200名選舉委員會委員以無記名投票方式產生行政長官，逾350萬選民⁵仍不能直接行使選舉權利。雖然未來一段時間內“政改無機會重啟”⁶，但鑒於“時間屬於民主一邊”⁷，香港終究要以“‘雙普選’從商界和專業界聯合管治模式朝着成熟的民主制度前行。”⁸只有“竭誠接納法律與法律權利……確保一種公民之間的平等，使得公民社會因政治權利的實現而證明具有真誠和道

義”⁹的“行政長官候選人產生的具體辦法”(以下簡稱“具體辦法”)方能凝聚港人共識和取得立法會通過，以提名委員會依法行政為核心重新構造的行政長官選舉辦法才能滿足港人的民主訴求並得到順利實施。“窮則變，變通盡利”¹⁰，欲致此目標，必須在立憲主義，即“對政治權力的行使施加限制的一種政治制度”¹¹下嚴格遵循《中華人民共和國憲法》和《香港基本法》的框架，確定提名委員會作為具有獨立性的特別行政機關(性質)，是候選人產生的惟一權力主體(法律地位)，既明確和充實《公民權利和政治權利國際公約》(以下簡稱“B公約”)和《香港人權法案條例》規定的選舉權與被選舉權的涵義和內容，又結合地方自治理念釐清“具體辦法”中，中央與地方各自的權力範疇，顯現普選推進中立法會應有的憲制性地位和立法權限；在分析現行一般理解下提名委員會的權力構造“提名－許可制”的局限性之基礎上，論證“提名－確認制”方才是順應民主潮流、實現真實普選、符合提名委員會法制地位的“具體辦法”。

二、提名委員會是候選人產生的 惟一法定路徑

現代文明國家應該遵循“民主制是實現政治上的道德合理化的惟一方法，因為民主制是以法律為基礎的種種自由的一個合理組織”¹²而建立，使選舉作為政治民主主義制度的核心成為人民行使對國家的控制權的基本的和主要的手段；同時，現代法治國家

* 深圳大學港澳基本法研究中心研究員

亦要求權利不僅為法律尊重且具有法律上的實現路徑。一方面，選舉程序的開展需要某種物質載體主持和辦理選舉事務，如從參加選舉者中依法擇取因已具有足夠能力表現而可被預期勝選者作為候選人，故而專業化的並具有政治中立性的選舉組織是“一個公平的競爭性選舉”¹³制度的核心；另一方面，作為公民基本權利的選舉權具有國家權力和權力組織體的源生性特質，選舉組織是形成國家不同政治權力層級組織的過程性出發點，雖然不同國家和層級的選舉組織具有不同規模和形式，但共同具有國家機關的性質，故應依法組織或成立。其所依據者因涉及基本權利的保障和國家機關的設立和權力配置而具有國家的根本性，故在成文法國家中，其內容應具有憲法淵源並為憲法附屬性的專門性法律所規定，如提名委員會是規定於《香港基本法》第45條第2款的、惟一擁有候選人產生法定權力的選舉機關。

第一，《中華人民共和國憲法》第31條作為組織規範為提名委員會設立的根本依據。雖然提名委員會的存在並未直接顯示於憲法文本中，但作為選舉制度的表徵，它規定於《香港基本法》當中，而《香港基本法》正是全國人大根據特別行政區內的具體情況而制定的法律。其一，《中華人民共和國憲法》第31條具有開放性。該條始成於1982年，早於中英開啟就香港問題的正式談判(1983年7月)，制憲者尚不能就香港實行制度的具體方面形成清楚的認識，政治現實的不確定性與法的可能性相生相伴，故除“設立特別行政區”能夠明確顯示當時制憲者的意志外，“以法律定之”的寬泛用語表明“制憲者有意開放給立法者的空間。”¹⁴其二，《中華人民共和國憲法》第31條具有原則性。1982年首次提出的“一國兩制”構想作為鄧小平思想的重要組成部分亦係1982年憲法序言中具有的內容¹⁵，體現制憲過程中的政治權力結構和憲法體制的選擇；但是在下位的《香港基本法》的適用和立法會制定特別行政區法律的過程中，對於該條的“憲法的解釋是將憲法文本轉換為有用的具體準則，使之適合於既定的事實情形”¹⁶，從而對特別行政區解釋“一國兩制”的闡釋發揮法律上的限制意義，即特別行政區的具體之“制”必須有國家法律的依據，即提名委員會必須成為開創普選這一政治實

踐上的控制性因素。其三，《中華人民共和國憲法》第31條具有規範性。提名委員會由《香港基本法》規定，雖然立法會制定選舉法律是“被憲法授予創造規範權力的那些人的宣告才是有拘束力的規範”¹⁷，但是，立法會作為權力機關的合法存在取決於《香港基本法》，故其制定選舉法律時必須受到授權的內在和明確的限制，來自制憲者的間接授權和國家層面立法者的直接授權。因此，提名委員會條款對於立法會制定普選法律的權力行為具有拘束力，《中華人民共和國憲法》第31條是提名委員會存在的基礎規範。

第二，“8.31決定”作為組織規範為提名委員會的人數、構成和委員產生辦法及提名人數提供合法性依據，即由各個界別選舉產生的1,200名委員提名2-3候選人。其一，“8.31決定”是法律解釋。《香港基本法》第45條第2項僅為關於提名委員會的概括性規定，其組成、運作和功能以及“具體辦法”等內容均有待充實，鑒於“憲法規範通常是模糊、具有彈性的，立法者通過實施法賦予其確定的涵義”¹⁸，“8.31決定”不但描繪提名委員會的外觀——“具有廣泛代表性”和目的——“落實普選”，而且勾勒出其程序——“半數以上的支持”和任務——“產生二至三名行政長官候選人”，故而“8.31決定”應被認為具有對憲法性法律進行解釋的內核，是對提名委員會的具體描述。作為憲法性實踐，由全國人大常委會依據《中華人民共和國憲法》第67條第4項對提名委員會作出的法律解釋，是一種避免或者彌補漏洞的機制，更在於通過其本質上的法律性將憲法文本轉換為有用的具體內容，使之適合於既定的事實情形或政策目標。其二，“8.31決定”不僅因《香港基本法》第158條第1款¹⁹，而且因《中華人民共和國立法法》(以下簡稱《立法法》)第50條適用於香港。雖然《香港基本法》附件三未將《立法法》列為在“當地公佈或立法實施的法律”，但上述所列者為專門性的憲法性法律，《立法法》屬於一般性的憲法性法律。一方面，《立法法》所直接規制者包括法律，當然包括《香港基本法》和其他涉及特別行政區的法律；另一方面，特區制定的法律不等同於地方性法規，故而《立法法》對於立法會制定的法律只具備間接性的和原則性的作用，如特區立法通過“對《香港基本法》的迎合”

而間接地不得違反憲法規定的“社會主義法制的統一和尊嚴”²⁰，以及《香港基本法》中，中央對特別行政區的諸多授權均須符合《立法法》第 10 條第 1 項²¹，故而“8.31 決定”作為法律解釋應適用《立法法》第 50 條，具有法律效力；其三，“8.31 決定”的內容，就提名委員會的具體事項規定已可被視作法律。一方面，《香港基本法》第 158 條將《香港基本法》的解釋權歸屬於全國人大常委會，由於《香港基本法》係全國人大制定，故而全國人大常委會對提名委員會的決定權應被歸屬於《中華人民共和國憲法》第 67 條第 21 項的全國人大授予的其他職權²²；另一方面，在全國人大制定《香港基本法》以對提名委員會——特區的選舉制度進行宏觀性的規定後，提名委員會的組成和運作等微觀性的問題屬於政權組織的任務及目的實現，應屬於《中華人民共和國憲法》第 67 條第 2 項規定的“制定和修改應由全國人大制定的法律以外的其他法律”，其具體的操作內容屬於“‘措施法律’ (Massnahmegesetz)，又稱‘權宜法律’，是就應付、解決某種特殊狀態或問題為目的，而採行特定之權宜性、因應性的措施立法”²³，故而全國人大常委會以決定形式制定的提名委員會規則能夠起到法律規制作用。因此，“8.31 決定”具有多樣性，可以被視為具有授權性質的法律解釋和具有一般性法律效力的規則體系，從而應該具有“用以提升自治和民主參與的理念的，實踐、概念和制度性的‘法的整體性’。”²⁴

綜上所述，提名委員會由《香港基本法》規定而具有《中華人民共和國憲法》第 31 條的淵源，“8.31”決定則不僅僅是解決“一個法律的適用範圍總是一個對其解釋的問題”²⁵，更重要的是以類法律形式的具有法律效力的具體普選實施方案，為提名委員會的組織和運作形成完整的法秩序及彼此相連接的法律依據。正如王振民指出，政改不應改變提名委員會的功能，提名機制要在基本法範圍內討論，不能允許《香港基本法》沒有寫明的“公民提名”和“政黨提名”出現²⁶，一方面，“政府必須根據公認的、限制自由裁量權的一整套規則和原則辦事”²⁷，即使民主政治強調政治參與，且部分民意因為某些政治因素對現行選舉機制不抱有信任，立法會和政府亦不應因屈從而

允許凌駕《香港基本法》之上的選舉體制出現，因為憲政精神亦同樣防範“民主赤字”現象²⁸；另一方面，公民之於法治社會亦應“嚴守同政府的約束，服從國法”²⁹，否則法制不彰，立法會和政府亦可隨意因公共利益和社會控制而行不法之事，故候選人只能經由提名委員會而出，提名委員會之外的候選人產生方式，如“公民提名”與“政黨提名”等，皆與法治精神相悖，但如以立憲主義為進路進行合法和適合的具體制度設計，卻可以使後者為既有法秩序尊重和吸納。

三、提名委員會“提名—許可制”及其缺陷

民主非僅為一種觀念，而且是一種獨特的經濟、社會和政治安排的複合體。民主實踐必然為各種富有想像的訴求和行為以及由此產生的激情所充斥並在選舉過程中大加展示。一方面，歷史證明“民主僅僅在政治秩序內才是可能的”³⁰，雖然選舉制度不是民主的惟一所需，但又是其實現的必需因素；另一方面，選舉制度並不必然性地創造穩定的民主，但能創造穩定民主的選舉制度必然具有某種可以為不同的人分享的公共理性，即任何制度的構造應該符合“立憲民主主義社會應該能夠聯合和規範自由和公平兩種基本價值”³¹，逆向於法治精神的不恰當、不適宜的選舉制度對香港正在趨於成熟、尚未穩固的多元政黨體制會產生高度不穩定的影響，也會對其民主化過程具有干擾或阻滯作用。因此，通過法律對普選作出制度性的安排是建立法治化政治秩序的必要前提，而預先明確在選舉過程中處於承上啟下、建立公信的提名委員會及其提名制度的法律性質和功能以及對其是否能夠契合民主性作出評價或判斷，才能據以修正並使選舉過程和結果得到社會信任，使選舉制度具有正當性，使選舉法律受到普遍尊重和共同遵守。

(一) 提名委員會是行政機關

國家作為公法上的權力及其組織體，具有法律行為能力並被認可處於法律主體的範疇之內。當國家作為擬制法人並擁有法律上的人格時，表現為“法律主

體就是機構化的，通過其機關據以行為的真實的團體本身”³²，則不同的機關成為國家意思能力的物質載體。伴隨着國家出於統治目的而不得不將各種意思表示根據不同功能區域和建制層級進行分層整合，各種國家機關就必須在憲制體系內尋找準確的定位，即提名委員會作為選舉機關，必須在確定權力歸屬之後，方能由專門性法律賦予組織規則和特定功能並承擔法律後果。

第一，組織功能方面。一方面，《香港基本法》未賦予提名委員會以選舉爭議的處置權，既不具備行政裁決權，亦非“一個主題就是恢復正義”³³，故不具有司法機關的性質；另一方面，根據“8.31 決定”第3條，2017年香港行政長官的政改方案係由特區政府提交立法會審議，提名委員會無權使普選辦法具有法律效力，其非立法機關；則提名委員會的立法和司法性質被功能性地排除。

第二，組織結構方面。根據《行政長官選舉條例》，行政長官的選舉過程由選舉委員會和選舉管理委員會共同完成。選舉委員會由功能組別產生（《行政長官選舉條例》第8條），負責候選人的議決；選舉管理委員會由行政長官委任的1名主席和其他2名人士組成，負責具體組織選舉（提名）並由選舉管理委員會的主席對外代表提名委員會並公佈提名委員會的議決結果³⁴，則《香港基本法》規定的提名委員會被香港法律體現為選舉委員會和選舉管理委員會，二者互為表裏，應為實現“民主主要體現在權力的產生過程”中而共同完成候選人的提名，體現出管理與執行的組織結構。

第三，組織形態方面。根據“8.31 決定”第2條第2項“每名候選人均須獲得提名委員會全體委員半數以上的支持”，意味着提名會議的召開必須以選舉委員會全體委員（1,200名）出席並合議（見後文）方為合法有效，否則選舉管理委員會主席可以“應經合議未經合議、委員會之組成不合法要件、未達法定出席人數而開議、不足法定議決人數而為決議等，其所為決策即不免遭人質疑，有違‘公正作為’之義務”³⁵而不予承認結果，則提名委員會在遵循組織適法的正當程序性要求而運作，“組織適法”非首長制機關之程序性標準，故而在功能組別的背景之下，提名委員會

係典型的有利於各利益團體進行橫向協作的旨在“努力集中並利用不同的資源，建立支持基礎”³⁶的合議制的機關。

第四，組織地位方面。如前述《香港基本法》規定的提名委員會被香港法律反映為選舉委員會和選舉管理委員會，並由選舉管理委員會負責組織和安排提名之行政過程。其一，選舉委員會具有判斷上的獨立性。各個委員並非由行政長官或選舉管理委員會主席的任命，處於為其工作或者提供專業諮詢的地位，2-3名候選人的產生並非行政長官、選舉委員會主任或選舉管理委員會主席的作用發揮所致，而是各個委員獨立判斷之下的選擇，以投票形式共同作出決定的合議制亦使選舉委員會的獨立性特徵為法律制度所反映；其二，選舉管理委員會向行政長官負責。根據《選舉管理委員會條例》第3條，選舉管理委員會主席由行政長官任命的高等法院法官擔任，選舉管理委員會是法人團體。高等法院法官具有政治委任官員的身份，必須就選舉管理委員會負責組織和安排提名之行政過程的公正性向行政長官擔負政治責任；其三，為保證“行政權不能合法地假設法庭所不知的權力”³⁷，選舉管理委員會可以法人團體的名義應訴，為其宣佈的決定經受可能的司法審查。可見提名委員會是以選舉管理委員會作為公法人，從事選舉的公共事務，是由法律賦予的具有單獨法定地位的組織體。

綜上所述，作為選舉組織，《香港基本法》規定的提名委員會是由特別行政區法律規定的選舉委員會和選舉管理委員會所組成的委員會制行政機關。³⁸雖然“作為特殊情況，憲法和法律有時在國家中央範圍內創設了某些獨立機關，它們在行使其行政職責時不服從任何人”³⁹，但是提名委員會的獨立性並非絕對，因各個委員所具判斷上的獨立性，受三點限制：其一，選舉委員會應遵守組織適法的程序規則以合議制對參選人作出處理結果（候選人決定）；其二，委員的判斷因涉及“選擇的自由”（選舉）而不應趨於主觀，宜以法律（法定標準）羈束其裁量；其三，選舉管理委員會主席作為政務官員應就提名過程的組織有序和結果公正向行政長官負有政治責任，同時選舉管理委員會因其具有的法人地位作為提名委員會承擔法律後果的載體。

(二) 提名委員會以合議制作出行政許可決定

提名委員會運用行政權，執行選舉法律以為國家產生配置於各級行政建制的政治權力，並在憲法和法律賦予的權限範圍內表現為國家，為使國家成為規則對象，其意思表達必“依其性質而具有約束力”⁴⁰，即進一步考察行政機關所形成的意志的內容和程序上的典型特徵，將其歸入具體的模式化行政行為⁴¹。首先，國家禁止參選人自我實現被選舉。被選舉權作為基本權利，即擔任國家公職的權利，“只是一種被選舉的資格，而非主張被選舉的權利”⁴²，即個人的被選舉權是參選意義上的基本權利，參選人對國家有平等保護參選機會的請求權，同時得請求國家賦予被選舉的權能，使被選舉權的相應內容(具體作用或實現方式)得以取得或確定。其次，未經行政機關處分，被選舉權的權能不得賦予。參選是參與公共事務的願望表達，一方面，提名制度使參選人具有不得進入競選領域的義務，成為候選人則意味着某個特定參選人不再負擔上述義務而擁有較其他未取得提名的參選人的特權；另一方面，特權——能夠為公共利益躋身政治決斷權力的競爭，來自於提名委員會代表國家對擁有被選舉權且未被選舉法律限制的參選人作出賦予其特定能力的意思表達，該意思以“批准與許可”(leave and license)為內容。當“‘許可’……表達創設某具體特權所必須的一系列構成性事實”⁴³時，參選人才能因取得權能而完成候選人的角色轉換，如2012年2月何俊仁、唐英年和梁振英取得有效提名而成為當年行政長官選舉的候選人。再次，權能賦予的許可決定經由行政程序作成。其一，參選人必須先行向提名委員會提出申請；其二，由選舉管理委員會對參選人提出的申請資料進行形式審查和實質審查，即依據《香港基本法》第44條等對申請材料的完備和真實性進行審查；其三，選舉委員會以“愛國愛港”為標準進行裁量性審查，最終通過合議，以“多數決”作出批准賦予被選舉權能的決定，該階段的存在並不符合行政許可的條件法定的旨趣(見本文的第三部分)。經由申請—審查—決定的程序，該權能始“作為被認可即被保護之利益的衡量標準”⁴⁴，候選人不但取得專屬於自身(無可轉移性)的政治參與性權利，而且能夠使憲法上已認定的自由權(如在選舉過程中

的言論自由等)在現實中可以合法地行使，如在公共場所張貼宣稱畫冊及其他進行競選宣傳活動的權利或取得一定的競選資助。

因此，“提名”是就公法上的具體事件、針對參選人的申請，對其(參選人)作出的直接發生法律效果之單方行政行為，該行政決定符合“在特定情況下解除一般性禁止的許可”⁴⁵的特徵，其意思表示不僅使參選人經由許可而成為候選人——實現被選舉權的權能、得以參加競爭性選舉，也經由許可得到其他受到法律保護的權利。故而“8.31決定”下，“每名候選人均須獲得提名委員會全體委員半數以上的支持”只是經由委員會合議而作出的行政許可決定，即“提名—許可制”。

(三) “提名—許可制”的結構性缺陷

香港是舉世公認的國際金融中心、貿易中心和航運中心，同時也是努力追求和恪守“維護人權、法治、廉潔、自由、民主等核心價值，包容各種立場和意見，並尊重新聞自由”⁴⁶的日趨現代化的城市，一旦香港市民接觸到政黨組織、政治競爭等現代事務後，必然增加政治參與感，政治需求隨之提高，鑒於“理想的民主政治體系必須要做到政治參與的擴大和政治競爭的開放”⁴⁷，提名委員會的制度設計亦應隨之相匹配於民主化的要求。目前，“8.31決定”下的普選制度的確能夠形式上實現香港選民的一人一票，但是“提名—許可制”是否符合民主的原義，是否能夠充分實現選舉權與被選舉權，是否置提名委員會於越權之尷尬，應予以深究。

首先，“提名—許可制”不能體現人民主權原則。孫中山指出“蓋國民為一國之主，為統治權之所出；而實行其權者，則發端於選舉。”⁴⁸為組織選舉並賦予被選舉權之權能而設立的提名委員會自不得妨礙選舉本身目的之實現，一旦其成為實現民主政治的障礙，法治發展就會陷入“自由一旦確定就無法帶走，但法學理論必須讓步於政治現實”⁴⁹的窘境。

一方面，選舉應以直接為主旨。人民主權精神在於惟有人民才是國家權力之來源，也惟有來自人民授權，國家權力始具正當性，是故選舉制度中，除選舉權與被選舉權具有普遍性外，還有直接、平等、秘密

和自由原則。其中直接原則指“由選民直接選舉各該公職人員，而非選民選出‘選舉人’後，再由這些‘選舉人’選出各該公職人員。”⁵⁰ 提名委員循例職業代表制產生，功能組別為其代表提供明確的責任界限，即不會關注社會整體利益的他們只會本能地代表產生他的專業界別，其對候選人的投票不僅使其代表作用互相逾越於其他的專業界別，而且由功能組別所形成的間接選舉⁵¹，並非“間接民主”，而係“把投票權利同時賦予公司組織和非法人團體及自然個人投票者”⁵²的做法；另一方面，由功能組別產生的提名委員會非可類比於美國的選舉人團制度。雖然二者均由選舉產生，但是根據《美國憲法》第12修正案⁵³，各州之選舉人均由公民直接選舉產生以保證其公共利益的代表性，且選舉人參選時須向選民清楚表明當選後的投票意向，雖然法律不禁止其當選後更改投票方向，但絕少出現此種情況。更重要的是，選舉人團制度的設計不僅在於防止雅典式民主中屢屢出現的公眾感情或者社會輿論的膨脹，造成理性失去對決策的權威的情況，也有着“總統由人民為此目的而選出的選舉人選舉，這樣就沒有甚麼可能會有一種共同利益把這些不同部分結合起來，偏袒任何一個階級的選舉人”⁵⁴的目的。隨着民主政治的發展，選舉人團制度本身更加不完全依賴選舉人，實際上已轉變為直接選舉制。

故而“提名—許可制”下，人為劃分而成的功能組別使得職業代表制的委員只能“廣泛”代表其產生的界別，利益代表的局限性使之與民主的應有之義(廣泛性)不符，畢竟出於利益代表性的信任和個人選擇政治權威的委託並非同義。相較於美國的選舉人團制度，其一，提名委員非美國式選舉人因其直接來源於選民而具有的政治選擇的公共性；其二，提名委員非同美國選舉人預先公佈投票意向，使得選舉人與選民的選擇取向事先達成委託或者合意，從而與公共選擇產生重合作用，其所沿用的秘密投票機制，使投票因“小眾”決定而難以期望公平公開⁵⁵，有損於選民參與機會之均等。即使提名委員在功能組別選舉中已表達投票意向，他仍然不能替非產生其的功能組別群體進行準政治權威的選擇；其三，提名委員較美國選舉人而在實質審查第二階段具有不應有的裁量性判

斷權，難以阻卻推選過程中極可能發生的“黨工操縱總統候選人之弊端”⁵⁶。因此，“提名—許可制”無法發揮人民主權的作用。

其次，“提名—許可制”不能充分保障選舉權與被選舉權。達爾曾指出，“‘政治平等和人民主權的關鍵性先決條件’是投票的權利，言論自由、結社自由和出版自由。”⁵⁷ 投票的權利包括選舉權與被選舉權，如果從廣義理解，選舉權亦包括被選舉權，“被選舉人就是所為被選舉權的人們，而被選舉權通常是對待選舉權而言的。”⁵⁸

一方面，選舉權的內容(自由)被克減。當行政長官是由職業代表制進行預選，再由選民在前者劃定的已知範圍內投票，使權利主體不能直接面對行使對象時，該選舉是形式變異的間接選舉(indirect election)。其一，不同職業及其所屬階級的劃分盡由人為，分割之人基於自身認識的有限性和利益取向不能使各個專業團體的劃分、重要性及代表人數得到準確評價，由人為的主觀性而成，“不可能做到公平及令社會上不同利益團體滿意”⁵⁹，且讓某些利益集團在提名委員會內有當然代表(該集團內部如何產生代表不論)，實際上能夠使特定利益集團對未來的行政政策或決策具有前置性的影響力，會出現小眾利益借助提名權凌駕公共利益的現象；其二，鑒於社會之公共汽車現象，佔優勢的職業團體為保持其自身的利益往往趨於保守，敵視有可能侵犯其利益的參選人及其背景職業團體，成為擠佔其他職業團體利益和阻止社會進步的障礙；如若干委員互相勾連，則會壓迫其他職業團體，通過利益兼併、聯合或收買出現提名委員會內殘酷的多數專制；其三，各個專業界別代表人數不同，但工商界、金融界委員的同質性和密度最高，也最為“有份量和在社會上有重要性”⁶⁰，故此他們在提名政制內有較大的影響力，使得提名委員會與立法會都沾染“功能組別制度正是保障‘交稅的少數’的制度”⁶¹，提名委員會必將出現影響力和權力逐漸集中的現象。由此，“提名—許可制”產生的候選人只能是一個或幾個職業團體共同認可的人選，即這些委員為他們不能代表的選民群體作出決定，而部分選民將因其選擇範圍被另一些不能代表他們的人縮減而失去選擇的自由或機會，這樣的候選人在選舉中不能達

到使“每個人在政治生活中都能有所作為，如在大選中投票等等”⁶²的民主作用或願景。

另一方面，被選舉權的權能亦不完整。一方面，國家的不同層級建制均為巨大的包容不同意見和利益的共同體，參選人勝選的關鍵在於憑藉個人對公共利益的判斷，並以之制定的執政綱要或政策能否以利益照顧的寬廣和深遠爭取不特定個體的選票，促使各種利益群體接受、妥協和結合，從而取得各個階層的聯合支持，故而被選舉權的權能集中體現在選舉策略的自我決定和政治言論的自由表達；另一方面，職業代表制下的參選人必須刻意地討好在提名委員會中佔有優勢（“有份量和重要性”）的委員及其利益群體，那麼本應自選舉始就希望“討好”所有選民的他，制定執政政策時的受眾目標的自我決定權就被人為劃分的階層或群體所限制而不具普遍性，即參選人本應盡可能展現的、超越特定階層或群體範圍的執政主張因功能組別的劃分而變得特定、具體和明確，直至接受提名委員對其道德進行的主觀性的政治標準審查。鑒於“思想自由，最基本的條件是不因觀點的表達而遭受法律制裁”⁶³，參選人本應得到保障的自我決定和自由言論的動能因提名委員在實質審查第二階段的道德和政治性裁量而被限縮。

因此，“提名—許可制”使選民的選擇範圍和參選人的自我決定和言論自由（權能）陷於特定委員的意志之中，也使選舉喪失對公共利益進行公平和公正整合的功能，使提名委員超越選民和參選人，擁有“運用他的自由做任何事而不被認為是錯誤的特權。”⁶⁴

再次，“提名—許可制”不能消除間接選舉的流弊。以職業代表制產生提名委員確有與現實社會中業已存在的主要社會組織形態或結構相適應或吻合的優點，通過吸納專門人才間接起到“將特定的利益團體納入法定的決策機構之中，就有關政策範疇共同決策”⁶⁵的作用，如以之向政府發揮諮詢之事實行為功能亦無不可⁶⁶，但若以職業代表行政許可模式產生候選人，除忽視那些看起來對社會不具有“有份量和在社會上有重要性”的職業群體外，流弊有二。

第一，未經授權，提名委員僭越他人作出決定。“既含有各種職業不同的選民，則選民的目的亦自不同；不同目的選民是無法代表的。”⁶⁷其一，職業代

表制下的提名委員，對候選人的選擇未必與本職業群體內選民對候選人人選的期盼相融合，在事先不知道提名委員提名意向的情況下的籠統授權有違“禁止空白委託”的法理；其二，即使參選人得到委員的全部提名，亦非全部功能組別下選民的選擇，總有選民因為他未加以授權的其他功能組別委員的決定，使其喪失給予另外心儀之人勝選的機會；其三，參選人若只得部分提名時，未提名他的委員所屬功能組別內的選民未必不會支持他，即他因職業劃分而有可能喪失部分選票。選舉使選民個人能夠作出他人無法替代的決斷，若提名委員會可以為選民預先作出似乎於公共秩序而言更可預期的更具有確定性的選擇，那麼“權力不知不覺中就分化統治者與被統治者的利益，我們需要某種力量去阻止這種可能性成真。”⁶⁸

第二，候選人以提名委員的“醞釀和協商”而出。一方面，感情狀態是人類靈魂具有的因素之一，如“欲望、怒氣、恐懼、信心、妒忌、愉悅、愛、恨、願望、嫉妒、憐憫，總之，伴隨着快樂與痛苦的那些情感”⁶⁹，個人終會把感情通過人際交往帶入諸如立法會、提名委員會等各種人合組織中；另一方面，人天生又是政治動物，會在集會、議事和決策時將前述與生俱來的特質帶入權力行使過程中。即使只有1,200名的職數，也不可能阻斷提名委員之間的互相溝通和影響，故而提名委員會在實質性審查的第二階段（裁量審查）出現類似情形——“議會就像所有其他的主權者一樣，都有特殊的感情、特殊的偏見、特殊的喜好；而它可能違背全國人民的願望、甚至違背全國人民的福利來追求這些東西。它除了反覆無常和黨派性之外還具有自私性”⁷⁰，同質於中國內地基層人大代表選舉中所謂的“醞釀與協商”程序及其現象。對此，內地學者早就根據實際運作情況提出“不要醞釀，不要討論，不搞協商，沒有組織干預，使整個確定正式候選人的過程變得公開透明和便於監督，大大減少或避免‘黑箱操作’的現象。”⁷¹

故而“提名—許可制”下，提名委員會必然被建立成綜合各個被認可的功能組別的壟斷性社團，固然少數人的專制會達成公共秩序所需要的對不可控制的競爭的排斥和抑制，但是提名委員會也會漸趨封閉。取得國家授權的它以強制性方法統合諸多利益團

體(功能組別)的結構關係的同時,擁有安排被它認可的組織和個人進入國家公權力的獨佔性能力。當代表性不如合法性重要時,基於權力的層級性組合和集中的特點,提名委員會及其所反映的各個職業群體上層精英的意志將可以左右或者成為選民選擇的前提,那麼“公民社會的核心部分是公民權利和自由的主張”⁷²也就蕩然無存。

綜上所述,提名委員會是為普選而根據《香港基本法》和“8.31 決定”設立的具有獨立性的行政機關,現實中它所計劃採取的以委員合議作出“提名—許可制”決定的候選人產生機制不僅使其本身褪去獨立行政機關的法律定位,演變為國家控制(排他性授權)的組織化控制手段和壟斷性的社會組織,使得《香港基本法》第 26 條規定的公民基本權利——選舉權與被選舉權的範圍被 1,200 名代表性並不充分的委員限縮,更使普選徒具形式意義。由於自由選舉⁷³是選舉的基本原則,即選舉權應自主決定而非由他人預先擇取範圍,被選舉權的行使應自由選擇受眾或者票源而非刻意迎合特定的他人,避免出現“在大多數情況下,公民對獨立自主的喜愛不是抽象地不喜歡外來的干涉,而是厭惡政府認為可取的某種形式上的管制”⁷⁴的情況發生。

四、提名委員會應改進為“提名—確認制”

根據《香港基本法》第 26 條、第 44 條和第 45 條以及《行政長官選舉條例》第 13 條和第 44 條的規定,參選人必須經過兩個步驟才能成為候選人。第一,選舉管理委員會“依法”(第 26 條)羈束性地甄別參選人是否具備法定條件,包括年滿 40 周歲、通常居住連續滿 20 年和無外國居留權(第 44 條)和由《行政長官選舉條例》第 13 條和第 14 條規定的參選時擔任公共職務和刑罰的排除性的條件,該階段中選舉管理委員會不具法律上選擇的餘地(自由);第二,經過選舉委員會的“民主程序”(第 45 條第 2 款)方獲提名。在“提名—許可制”下,該階段乃提名委員(選舉委員會)憑藉內心意識對參選人進行裁度推量的過程。其一,該裁量缺乏準據和目標,有違許可條件法

定的公論。雖然《香港基本法》第 47 條規定,行政長官必須廉潔奉公、盡忠職守,但該義務成立於候選人當選之後,提名委員無法事先基於對參選人的內心推論而證明其是否有履行上述義務的主客觀之能力;其二,雖然提名委員的積極裁量應以追求正確判斷為目的,但是“這種‘正確性’不是能以客觀加以確定的,而是純以主觀斟酌的‘正確性’。”⁷⁵故而在缺乏法律準據的情況下,實不應該在該階段賦予提名委員以裁量權,以隱性方式使制度設計摻雜主觀性的政治標準,否則提名委員既擁有超越其代表性和應有的決斷空間,又毫無規範所依,容易陷行政恣意。

但是每名參選人的能力、責任心、態度、策略、方法等相有差異,獲勝的機率亦可能有天壤之別,如基於“有份量和有重要性”的職業群體代表的成熟經驗可預先判斷出某參選人缺乏能力或誠意以及社會支持,明顯不具有勝選的可能性,如任由其成為候選人,則會因較低的社會價值而造成選舉成本(選舉秩序的維護需要使用公共財政,造成納稅人的負擔加重)的無謂浪費。“提名—許可制”頗有行政恣意,雖然參選行為對社會產生的價值和作用因人而異,但參選人之間具有平等的政治參與價值,所意圖代表的選民訴求的價值不因人數多寡而產生價值差異,用一些委員的偏好對參選人的命運加以決定是不公平的制度安排。兩相矛盾之下,既然“‘合情理’的行動就是從他人的立場也能夠得到證立的行動”⁷⁶,且如果承認人是自己利益的最好判斷者,那麼合乎法治的選舉法律所構建的應該是促使參選人能夠對自身能力有着較為理性和清楚的認識的制度,是能夠使委員與參選人的判斷互相契合的制度,更是使委員從對參選人的能力、德性主觀性評價改變為對參選人的法律上的權能加以客觀性判斷的制度,即提名委員會在決定候選人的行政過程中不再進行許可式的形成性行為,即“不能設定新的法律關係,而是運用權力將既存的實施或法律關係加以確定的行為。”⁷⁷轉而根據法律所規定的準據性指標及其所反映的參選人的能力(法律事實),確認候選人之法律地位,以回應被選舉權——請求權。法定指標為法律規定的一定的選民簽名支持數量,此為“提名—確認制”。

(一) 採取“提名－確認制”屬於香港的自治範圍

候選人的產生是提名委員會作出某種具體行政決定的過程，無論採取行政許可抑或行政確認等行政行為模式，均應是一種保障選舉權與被選舉權並追尋民主浪潮的立憲主義實踐。在這一實踐中，提名制度必須符合法治精神的要求，即“要求法律的實施者要審慎忠誠於法律的制定者，或者至少是忠誠於立法者所制定的法律”⁷⁸，即只要特別行政區對於候選人產生辦法的立法權能夠恪守《香港基本法》和“8.31 決定”規定和授予的自治範圍，滿足“提名委員會產生”、“按民主程序”和“全體之半數以上支持”等“三個前提(要件)”，則對具體行政行為模式(“具體辦法”)的採取應由立法會選擇或規定。

首先，單一制國家亦承認和尊重地方自治體的固有權力。雖然《香港基本法》第 2 條認為單一制國家的典型特徵為“高度自治”皆來自於中央授權，但是“高度自治”一方面意味着國家借助作為憲法性法律的《香港基本法》承認香港作為地方自治體的存在。既為地方自治體，則《香港基本法》的正當性存在於其本身應內在地蘊含或肯定地方自治體擁有自然即有的固有事務的自我決定權；另一方面，“高度”者，國家作用之領域、條件和強度之意涵，非國家(中央)一方可獨斷，必須相較於由法律所衍生的在特定方面國家不應觸及的地方權力維度而確定。雖然自治必處於國家監督之下方可行動，但是“假使國家監督太甚，事事束縛而操縱之，……何自治觀念之足雲？因此，監督權限必當有一定之範圍”⁷⁹，如地方自治體自行決定人民參政權利的運用和保障模式，當屬地方分權制的民主功能顯現。只有在地方自治體不能符合“只有充分證明新組織也將接受憲法原則的基礎上，政治自治才能被賦予該組織”⁸⁰的原則時，即在候選人產生辦法不具有《香港基本法》第 26 條對選舉權和被選舉權應有的保障以及不符合“8.31 決定”之“三個前提”的情況下，中央人民政府當然可以依據《香港基本法》第 45 條第 1 款對勝選的候選人不予任命，以體現國家作為公民權利保護者的監督權；反之，若國家不能尊重次級自治實體的處理固有事務方面的權力，作出有礙“區域自治應服務於自

治區域內公民之民主參與”(《葡萄牙憲法》第二章第 225 條)的決策時，整個國家的憲制體系也就失去存在的正當性。

其次，對“具體辦法”的立法屬特別行政區自治權力範疇之內。其一，“只有分權國家才授予次級國家組織自治權”⁸¹，故由“高度自治”看出中國並非集權的單一制國家，分權意味着在對“普選”的具體化和政策實施過程中，特別行政區擁有就其內部因素充分考量的法律解釋權；其二，有鑒於“國即為眾多之人以維護和‘器化’若干基本權利為目的，並以構成法為主要依據的政治生活之總稱”⁸²，若欲行基本權利保障之能事，國家必然尋找履行職責的技術手段並建立相應的權力結構，故而不同級別的地方建制均須承擔權利保障的技術功能。為此，只有以最能體現民主和充分保障選舉權和被選舉權的方式，具體地構建地方自治組織權力體系，才能使該地方自治體的存在和正當性得以自我證成；其三，地方公共秩序的規制和地方人民需求的滿足只能依靠地方性立法和地方行政機關加以供給，其成本亦由地方人民共同承擔，則地方人民自然有權利以自己認為適合的“具體辦法”來選擇距離他們最近的政治權威。故而國家雖然有權決定地方行政區域的地理方位、疆域和制度，但“具體辦法”(制度建設)仍是地方自治體內部依上位法律實施的公共事務。只要不觸及《香港基本法》和“8.31 決定”中的“三個前提”等限制性規定，“具體辦法”中的行政行為模式採納為憲制性法律留給特別行政區的自治空間，香港有權決定採用何種能夠體現民主精神的“具體辦法”建立普選機制。

第三，“提名－確認制”是能夠滿足“三個前提”的“具體辦法”。其一，候選人必經由提名委員會而產生；其二，“提名－許可制”下選民只能在具有雙重特定性的候選人範圍內選擇，即 2-3 名候選人由特定職業代表制產生的委員限劃，“倘若官員只從某些特定的人選中產生，就更能體現寡頭政體的特徵”⁸³；“提名－確認制”雖仍由特定的人群作出行政決定，但是由職業代表制產生的提名委員只能且必須依據選舉法律所規定的準據對參選人的被選舉權的權能加以肯定，而非以自己的主觀意志進行選擇。若能尊重參選人的自我決定和行為動能以及選民的

判斷能力，則“提名－確認制”顯然較“提名－許可制”更符合民主的應有之義；其三，一旦參選人達到或者超過法定的選民簽名數量，則全體提名委員將毫無選擇地支持其成為候選人，候選人自然得到“全體之半數以上支持”。所謂“支持”應取“贊同或鼓勵”之意，“8.31 決定”未明確規定提名委員表達“支持”的形式，則提名委員會既可以簽字確認參選人已具有被選舉人的權能，也可以一般理解的“投票”形式表達此意。

因此，鑒於《香港基本法》中關於“高度自治”的規定，一方面，使單一制國家存在的地方自治具有法律意義；另一方面，“高度”的程度取決是地方自治制度成功的條件，為“各級政府大體上具有法治的習慣”所決定。⁸⁴ 既然“地方自治是導源於人類的自尊意識和地域觀念而繁衍出來的”⁸⁵，雖然國家和中央政府均為人民所必需，但是國家的立法和行政措施均距離地方人民甚遠，不能完全滿足地方人民的需求，地方在國家法律和監督之下實現自我管理並補強國家行政，不但有助於國家政治清明、人民幸福，更能夠培養次級地方的國家忠誠；反之，則易形成專制；同時，既然普選使地方政府事務更緊密地與可能受到的政策措施影響的人民聯繫在一起，那麼地方自治的思想基礎仍是自治和民主。目前設計的“提名－許可制”確然不能擺脫功能組別時代“特區政府非由普選產生，令特區政府‘先天不足’地缺乏選舉產生的認受性”⁸⁶的痼疾，但是“提名－確認制”可以作出彌補。它不但符合《香港基本法》和“8.31 決定”的“三個前提”，更因其為落實普選的“具體辦法”而處於二者留給特別行政區的裁量空間內。因此，基於此“留白”，特別行政區至少擁有“具體辦法”的自我決定權，摒棄基於一般理解而“8.31 決定”未明確規定的“提名－許可制”，轉而採取“提名－確認制”是未來值得思考的政改解決方案。

（二）“提名－確認制”能夠充分保障公民的基本權利

普選是實現民主轉型的社會化和系統化的巨大工程，提名過程中濃縮的對選舉權與被選舉權以及相關的平等權和言論自由的充分和完整的保障，由《香

港基本法》、《香港人權法案條例》所建立的人權保護機制的作用體現。一方面，基本權利先於國家和法律而存在，國家和法律只是賦予基本權利以法律上的意義，使之擺脫事實狀態，從而尊重和保障之；另一方面，民主主義意識形態必然要求作為行政機關的提名委員會依據立法會制定的法律提名候選人，但是如果法律內容本身突破基本權利保障的防波堤，仍將造成行政違法，即被授予許可決定權的提名委員會取得其所不應具有的主觀性裁量權，使其只着眼於公權力自身所理解的公共秩序和安全，或只為滿足構建國家政治秩序的目的或者要求，那麼法的支配將“在該限度內，曾經只是形式性的(形式上的法治國家)。”⁸⁷

首先，“提名－確認制”能夠完整保護港人的選舉權與被選舉權。由於受到多元主義的影響，民主社會中任何一種解決問題的辦法都只能無限接近於理想，為此法律所設計的制度應該適合所處社會、地域和文化的情況。為此，圍繞普選的爭議一方提出“普選要跟從國際標準的要求是混亂及似是而非”⁸⁸，另一方則提出“愛國愛港是候選人最起碼的政治標準”⁸⁹，兩方的所謂標準者，無非將自由權利保障或政治審查要求的正當性寄希望於科學方法或評價。但是科學不是人類思維的全部，且“科學知識不能提供生活的目標、價值或者方向”⁹⁰，對於後者的思考恰恰在普選中既紛繁複雜，又為社會所不可或缺，何況爭議雙方各自提出標準之本質仍是披着科學外衣的文字性的政治表述而已。其一，人文主義所揭示的人性選擇不是完全可以邏輯貫穿的、進而以推理和概念的方式取得的清楚理解，否則人將不再是科學的目的，而成其手段；其二，科學造就的技術進步既提高國家監管社會和強制個人的能力，又使個人抵禦國家的能力隨前者的進步而減弱，故科學於人類的推動作用具有局限性；其三，由於人的多樣化，各人內心設定的標準相互衝突，加之任何以政策語言表述的標準均只是“意在把我們帶向一種可能性，讓我們在語言上取得一種經驗”⁹¹，即使以“廉潔奉公、盡忠職守”（《香港基本法》第47條）作為參選人的評價標準，它仍非單義性的表述，而是抽象和不確定的概念。

故而普選的“標準”實在於立憲主義的主旨，“不單在於為國民而行的政治，而在於國民自己參與

國家的政治，國政從國民的意思而行。”⁹² 參與國家政治就應使國家的組織過程適法，所適之法當尊重、保障和實現“自由選擇”（《B公約》第 25 條乙項），即選舉權與被選舉權具有自由選擇和表現的權利內容。一方面，“提名—許可制”中，選民的職業身份未必處於作出候選人選擇的提名委員的職業代表範圍之內，該提名委員的選擇往往超越功能組別的範圍，即使某個功能組別內的選民，也未必同意該組別職業代表的選擇，故選民所面對的未必是他所預料或期待的候選人；另一方面，“提名—許可制”中，提名委員以《香港基本法》和《行政長官選舉條例》中沒有規定的條件(政治要求)對參選人的請求權進行裁量性審查。雖然這一能夠支配提名委員意志的非法律指向的政治標準可能具有整體公共利益的目標背景，但是基於“主政者較一般人民理解甚麼才是對人民最好的這個前提，很有可能將獨裁體制正當化”⁹³ 的前車之鑒，“提名—確認制”較之“提名—許可制”能夠通過數位化的科學統計結果，在選民的選舉權和參選人的被選舉權權能之間形成完整的對接關係，對候選人的能力賦予機制使兩造之自由不再被人為地限制和錯列，為選民與候選人的權利實現和對接提供跨越個人身份的選擇自由。

其次，“提名—確認制”能夠切實保障港人的政治平等權。選舉原理和《B公約》第 25 條(乙)項以及《香港人權法案條例》第 21 條均反映選舉的平等原則，要求每個人通過投票行為表達的選擇及其價值和效力平等。其一，保障選民個人地位的平等。功能組別是事實上掌握權力的人以經濟基礎為要素進行的人群組合，是建築於職業或專業團體差別的人為分類，其政治性沒有自己的實際範圍，“只標誌了人與人之間組合或解組的最終緊張度，……從……‘純粹’經濟的及其他‘純粹’的起點來看，則是充滿矛盾且‘非理性’”⁹⁴，故而功能組別本身就將選民置於被甄別的對象。“提名—確認制”將選民個體作為政治存在，使選民的意願表達無須借助職業身份或團體成員完成，避免選民以職業成員的利益視角而非公民的身份進行選擇以及由特殊專業團體身份帶來的權利優越感；其二，保障選民群體地位平等。現代市民社會提供多元環境，利益群體類型交叉和分散，一

個階層或者行業中可能出現多個競爭代表性地地位的利益群體。為控制群體競爭並進行秩序規制，國家會限定利益群體的總數，使選民在規定組別外沒有選擇餘地，出現人造的壟斷性代表組織，即國家能夠使用政治權力操控利益團體體系，特定利益群體可以通過政治交換取得國家授予的合法性，再通過由合法性帶來的社會信任去把不同的利益團體“吸納”到既有的代表結構中，不通過政治市場的較量而人為營造和維持廣泛的代表性範圍。“提名—確認制”打破“國家的授權，奠定了利益團體的優越地位，它使得利益團體的地位更多地依賴公共權威，而不是成員的自願協議”⁹⁵，使選民所處群體的政治地位趨於平等，亦使結社自由權不再受制於公權力而趨於流動和自由，更使功能組別下社會組織內部必然出現的封閉性和強制性演化為與法治精神下相符的開放性和自由性；其三，保障選民投票次數和效力的平等。“提名—許可制”下，在行政長官最終產生之前，相較一般選民只對候選人擁有的一次投票權，提名委員擁有三次投票權，功能組別中的選民擁有兩次投票權(表 1)。

表 1 “提名—許可制”下的選民投票次數

選民	過程	提名委員選舉	候選人產生	正式選舉	合計
提名委員*		1	1	1	3
功能組別選民		1	0	1	2
一般選民		0	0	1	1

註：* 可以為他人劃定選擇範圍

可見，對於參選人而言，提名委員投票效力均高於一般選民和功能組別選民，他不僅可以為他人劃定選擇範圍，而且提名委員在正式選舉時的投票對於特定候選人的當選更具有預先性的加固作用，使提名委員會在社會結構中能夠形成相對流動(小範圍內的)和可以為選民劃定選擇的範圍的特權階層。“提名—確認制”中，不僅提名委員、功能組別選民和一般選民的投票次數均為兩次(表 2)，而且提名委員對候選人不再具有實質的影像力；對功能組別選民，亦可以實現“市民社會的精髓，是個人有自由去決定自己的身份”⁹⁶，而不再基於職業考慮進行選擇；最重要的是，提名委員和功能組別選民都被還原為一般選民，使普選真實地實現“‘一人一票’這個口號已成為人人

享有同等代表權這一民主理想的代用語——每個人享有同等發言權。”⁹⁷

表2 “提名—確認制”下的選民投票次數

選民	過程	提名委員選舉	候選人產生	正式選舉	合計
提名委員*		1	0	1	2
功能組別選民		1	0	1	2
一般選民		1	0	1	2

註：* 羈束性裁量下，提名委員以投票形式的支持徒具形式意義

再次，“提名—確認制”能充分尊重港人言論自由。民主選舉是政治性的競爭過程，是向人民求得信任以完成權力委託的活動，正如熊彼特將競爭領導權比作思想的市場行銷，“表現出與經濟領域的競爭概念有同樣的困難，拿它與經濟競爭概念做比較也許是有用的。在經濟生活中，競爭從不完全停止，但很少是完全的。同樣，在政治生活中，總有某種爭取人民忠誠的競爭，雖然也許只是潛在的競爭。”⁹⁸ 參選人的競選準備過程並不止於成為候選人之後，為求政權輪替，自漫長的準備階段參選人開始發表於公權力執掌者價值觀不同的言論必然是競選中的現象，且無論何種言論主體，每一種思想都是一種煽動，每一個表達都是言論主體為各自信仰所抱持的態度的外化。

一方面，“提名—許可制”下，提名委員在以投票形式作出決定之前的“內心確認”，必然以法外之政治標準對參選人進行的思想審查過程，將使提名委員會演化成對他人言論自由作出限制的“展現他們的神聖教條的政治法庭。”⁹⁹ “提名—確認制”中，提名委員會無權對參選人設定以競選主張能否被現實公權力接受之條件，沒有以單方利益向度而決定限制參選人能否表達或者表達的界限的機會，維繫民主政治的基礎——不受限制地表達和傳播思想，保存選舉中應有的競爭性——鼓吹、爭執和辯論過程，避免對本無且不應有界限的人類思想設限和對人類智慧的侮辱；另一方面，“提名—許可制”下，參選人為取得提名必須迎合提名委員個人信仰或偏好，不僅造成參選人的自我審查，也使選民思想被禁錮，因為“言論自由的基本人權主體包括言論接收者。”¹⁰⁰ “提名—確認制”中，參選人取得簽名支持、贏得多

數或部分選票的能力來自於多元意識形態的競選觀點、綱領設計和自由表達，皆在於“文化之所以存在，是因為人民的選擇。”¹⁰¹ 故而提名委員會只有以法定數字標準而行參選人權能的確認，方可避免進行思想審查，保證參選人或候選人意志的自由展現，從而充分尊重《B公約》和《香港人權法案條例》中規定的為人所享有的言論自由。

(三) “提名—確認制”具有採納的必要性和可行性

普選作為“國家法意義上的選舉是通過自然人的意志對國家機關或任何廣義上的共同體的機關進行的任命”¹⁰²，個人具有要求國家不得作出有可能妨礙其實現法律規定的使之得以參與形成國家機關的行為的請求權。提名委員會作為國家法人下的行政機關，不僅專司實現選舉公正，而且扮演着以特定方式承認或者賦予候選人資格的角色。之所以採取“提名—確認制”，不僅僅在於其符合“三個前提”並回應“政治上的公正，也就是民主，……一直被人們所追求”¹⁰³，也基於“為使法律能夠漸次完善，法律自身的改革應該依據對法律是甚麼和它如何變化的準確描述”¹⁰⁴，亦即法律制度的有效性評價應該獨立於其政治意義和道德價值，它的測量是法律改革的前提，但應以法律制度的必要性和可行性作為前瞻性參照。

首先，必要性在於避免司法審查的法律風險。享有獨立的司法權和終審權的香港法院沿襲普通法傳統，慣於並恪守“在行政案件中，法院的角色是對行政機關的濫權、越權起到監察者的角色。”¹⁰⁵ 尤其在民主轉型時期，經過普通法長期浸染的社會文化使港人習慣於通過司法途徑解決涉及人權保護、爭論不休的政治問題，如保護海港案和吳嘉玲案等。在“提名—許可制”下，若未得提名的參選人提起選舉訴訟，且其能夠“證明他有‘足夠權益’挑戰有關事項”¹⁰⁶，法院司法覆核中，不僅會對不予許可成為候選人的行政決定進行合法性審查，而且可能會依據《香港基本法》、“8.31 決定”和《香港人權法案條例》對立法會制定的“具體辦法”中有關“提名—許可制”的條款進行是否援引的合憲性審查。

第一，對於不予候選之許可，司法覆核將在實體

方面面臨“違法”(illegality)和“非理性”(irrationality)審查不能的尷尬。“違法”者即越權，行政機關超越或濫用職權的應被糾正的違法行為。其一，“超越”職權者之不存。一方面，提名委員會議決候選人乃《香港基本法》第45條的授權，選舉管理委員會依據《香港基本法》第26條、第44條和《行政長官選舉條例》第13條和第14條進行形式審查和實質審查並無超越權限之違法存在；基於“民主程序”的規定，選舉委員會成員(提名委員)得到“內心確認”的審查裁量權限，亦非超越權限；另一方面，提名委員據“廉潔奉公、盡忠職守”以形成預測性的內心確認，為確保候選人未來能做到“盡忠職守”而盡擇達到特定政治標準的人士充任2-3名候選人，並非不良之政治目的，故難以界定“目的不正當”的濫用權力現象；其二，“非理性”運用職權者之不存提名委員審視參選人的歷來政治主張或表現並行測評，恰行“相關考慮”，並無不妥。在行政機關目的正當和綜合考量的情況下，法院對倫理或情感問題的確力有不逮。即使候選人的提名結果具有政治決定的性質，對此法院不能以客觀司法理由加以判斷。畢竟“法官不是政治家”¹⁰⁷，很難想像未來普選推進過程中，會出現迫使法院干預的提名結果極端地(超越“韋伯內斯伯原則”)不合理或違背基本的政治邏輯和道德的情況；同時，“如果政府不能表現出相應的尊重，司法獨立將很難堅持”¹⁰⁸，而取得政府的尊重的前提之一，是法官的判斷不能取代行政官員在適用法律過程必然包含的內心確認作出的決策。但是，在公法上不存在不受限制的裁量權，使用正當程序用於對抗那些剝奪個人政治權利的行政決策，不失為一種比較明智的辦法。

第二，對於不予候選之許可，司法覆核可借“程序不當”為理由進行審查。行政機關的行為出現嚴重的程序錯誤可以構成程序越權，候選人決定的程序合法要素中，由於提名委員在實質審查的第二階段中存在的裁量權具有對個人權利明顯侵害的可能性，說明決定的理由作為強制性要求，其作用至關重要，即行政正當程序要求，作出不予候選許可之行政決定時必須向相對人——參選人提供決定的理由，行政決定作出過程中的具體形式(如以投票形成合議)在所不論。

“提名—許可制”下，其一，若提名委員會不說明理由，或者僅僅以內部性的得票數額——不能直接反映“關於所有事實、法律或記錄所載的、通過自由裁量對實質問題的調查和結論”¹⁰⁹作為理由，均會成就“香港行政法中審查理由……程序不當。”¹¹⁰其二，若提名委員會說明理由，應使被淘汰的參選人知其所以然。說明內容除第一階段甄別的結論之外，絕應包括具有外部性的對參選人全部陳述與事實及證據加以斟酌後的分析及結果，必然涉及提名委員以“內心確認”對參選人進行道德和政治審查的內容。一方面，法官必然發現道德和政治審查固然為“民主程序”賦予之裁量權，但道德和政治標準已形成法外增設的許可條件；另一方面，對參選人的道德水平和政治理念(傾向)加以針砭的內容，均出自提名委員的個人主觀性的自由心證。這種摻雜於提名委員內心的強化某種單向度的道德或政治要求必然遭到法官的抵觸。首先，判斷行政長官是否具有“廉潔奉公、盡忠職守”的政治道德素質，只能自其履任之後、任期之內，即《香港基本法》沒有對候選人提出任何道德條件，而是將對參選人的政治道德水平的評判權交由社會自治下的決斷，即以選票的表達方式顯示公眾認同或支持；其次，“美德僅僅與思想意識有關；與此相反，法律儘管也觀察人的思想意識，但僅把它看作外部行為的可能根源”¹¹¹，若所構建的制度給提名委員以自己的政治的態度和情感偏好去衡量參選人的政治主張和認同取向的機會，則其造成的“雖無顯跡，意有之”¹¹²的狀況，將與普選所具有的將最後的委託決定權交由選民的精神相悖，是典型的“人治”。故而通過說明理由的程序，不僅可以發現實體性審查中難以發現的許可條件增設之違法，亦可挖掘迎合政治標準之理由既無《香港基本法》的依據支持，亦與“法不誅心”的基本法理相悖。

第三，司法覆核無需請求“釋法”。時至今日，除因不滿立法行為或行政行為而維護自身權利以外，“司法覆核……更演變成社會中不同的利益群體進行社會運動爭取權益的鬥爭工具”¹¹³，若一意孤行於“提名—許可制”，在必然興起的選舉(候選人)訴訟浪潮中，法院通過裁判過程會意識到“三個前提”之下，“具體辦法”屬於特別行政區自治權限範圍

內。既然作出候選人產生機制不涉及《香港基本法》第158條規定的“中央人民政府管理的事務或中央和香港特別行政區關係”的事務的判斷，香港法院一則無須申請“釋法”¹¹⁴，二則若發現“提名—許可制”對基本權利的侵犯和提名第二階段(裁量審查)中存在的實體性和程序性瑕疵，可以徑行將案件發回決定者(選舉管理委員會)或並附有具有強制拘束力的適當指示¹¹⁵；三則若立法會不自行治癒“具體辦法”中“提名—許可制”的弊端，即使《行政長官產生辦法》明列政治標準，但只要堅持“法院行使權力和實施法律時不應受政治的影響”¹¹⁶，該政治標準自不會在裁判中得到適用，“提名—許可制”及由其產生的候選人的合法性終不會得到司法機關的認可。

反觀“提名—確認制”，恰恰是由於緊密連接公民的自由(選舉)，提名過程得到應有的嚴格法律依據的羈束，則在正當程序方面，“根據公共機構所提供的理由，當事人和法院應能知道它考慮了哪些因素，以及就有關的事實和法律問題所形成的觀點”¹¹⁷，也正於此司法審查可使候選人的產生過程得以避免陷入因各個提名委員之間的多元思想缺乏客觀性的評價標準而難以作成理性決策(reasoned decision-making)的困境，避免跨越思想自由、良知自由和表達自由的防禦綫而超越提名委員會應有的判斷權限，避免因不說明理由或不得不說明之政治或道德評判而毀於程序不當。“所謂政治問題法律化”，若以“提名—確認制”而行立法，則提名委員會依據法定科學標準對參選人競選權能加以確認，則可尊重政治權利的充分、完整和平等，使行政機關可以進行客觀和理性的理由說明而無實體和程序瑕疵，以不引選舉爭訟而“免除事後行政救濟之花費”¹¹⁸，提高行政效能、達致依法行政。

其次，可行性在於港人(反對派)的接受、域內外立法與實踐之改進和借鑒。就港人(反對派)的接受可能性而言，一方面，法治精神雖不能允許“公民提名”和“政黨提名”與提名制並行，但二者均可在“提名—確認制”中得到吸納或者體現；另一方面，制度建立的確面臨反覆試錯的問題，若超過立法會規定的公民支持數量標準的參選人多於2-3名，則可以進一步規定取其前2名或前3名為候選人即可，如此

則既不逾越高度自治之範圍，亦能堅持“‘民主社會自身組織化’的特質”¹¹⁹。

一個能夠制約行政機關(提名委員會)、防止其權力濫用並體現“保護少數人的法治架構中，和平共存，和平競爭”¹²⁰的制度，應為具有政治理性的團體所接受，從而公眾有理由期待由再一次的政治“破冰”之旅帶動政改的重啟。

就域內立法而言，根據《全國人民代表大會和地方各級代表大會選舉法》(以下簡稱《選舉法》)第31條，中國內地的選舉制度中對於提名委員會、公民提名和政黨提名以及類似“獲得提名委員會全體委員半數以上的支持”的“醞釀與協商”(包括“討論與協商”和“醞釀和討論”)程序均有規定。其一，基層選舉(由選民直接選舉人大代表)中成立選舉委員會，並由選民小組“討論與協商”，產生正式候選人；縣級以上間接選舉時由該級人大主席團提名，由全體代表“醞釀和討論”，此時主席團兼有選舉委員會的功能，但選舉委員會和提名委員會無本質區別，均為作出候選人決定的主體；其二，根據《選舉法》第29條和第31條，一方面，在基層人大代表的直接選舉中，擁有十名以上選民聯名者或由政黨聯合或單獨推薦者為參選人，經過“討論與協商”之“提名”過程而成為候選人，此為法律規定之“公民提名”和“政黨提名”；其三，“提名—許可制”的第二階段與“醞釀與協商”同質如前述。雖然選舉的客體不同，但選舉均在於“一完全自治之縣，其國民有直接選舉官員之權”¹²¹，不受行政建制不同的影響；雖然香港諸多政黨仍以公司法人進行登記，區別僅在於不能得到社團法人登記之政黨的基本權利保護，但嚴格意義的“政黨提名”¹²²可以促使政黨轉而登記社團法人，從而代表部分人集束性地行使基本權利。兩相對比，在中國內地行之有效且符合民主特徵的公民提名和政黨提名反而因“提名—許可制”在社會文明程度極高的香港不得推行；在中國內地廣受詬病的“在直接選舉候選人的提名過程中，尊重選民意願、充分發揚民主還不夠”¹²³的“醞釀與協商”卻以“提名—許可制”下的形式意圖在香港被複製。

就域外實踐而言，以俄羅斯和韓國為例。俄羅斯《聯邦選舉法》第28條的規定，選舉聯合組織、選

舉聯盟或者 100 名以上選民組成倡議小組有權提名俄羅斯聯邦總統候選人，提名俄羅斯聯邦總統候選人的上述單位或選民，必須為總統候選人徵集到 100 萬名以上選民的簽名支持；韓國《總統選舉法》第 26 條規定總統候選人由政黨推薦者應遵循民主程序而產生（《政黨法》第 31 條）並應檢附政黨推薦書，非政黨推薦者應檢附五千人以上七千人以下的推薦書。故而域外立法和實踐承認公民提名與政黨提名存在的正當性，但不具有“醞釀與協商”的陋習，更證明“提名－確認制”不僅體現出“民治的命運，就靠每個人能從自由討論的火光裏面，去試驗他自己徹底判斷的能力”¹²⁴，而且是民主發展的潮流。

域內外的對比恰恰證明“提名－確認制”可取長於內地——“公民提名”和“政黨提名”，而迴避內地之短——“醞釀與協商”不應被移植到民主化水平超過內地的香港。公民提名或者政黨提名無非體現“社會的集體活動不一定要靠強制或限制來進行。社會越是牢固地建立在自由和自願同意的基礎上，就越是能自由地取得一切成就，在這些成就中，個人是軟弱或無能為力的，聯合行動則是強有力的。”¹²⁵為此，候選人產生辦法亦應以圍繞“保障人民選舉權，候選人公平競爭之機會，確保社會正義”¹²⁶的主旨而制定，使得公民提名和政黨提名在多元社會裏擁有一席之地。

綜上所述，未獲通過的政改方案的核心——“提名－許可制”，固然符合目前香港各界對於《香港基本法》和“8.31 決定”的一般理解，但是與參選人有“要求國家不得妨礙其實現法律規定的各人參與形成機關活動之可能性的請求權”¹²⁷相衝突。正如陳弘毅指出，“法律的存在，本身仍未能確保平等與公義的實踐。如果實踐這些價值，就要在立法工作方面，盡量制定具有公義和公平內容的法律，並把法律平等地執行”¹²⁸，“提名－確認制”不僅僅可以保護參政權和平等權，更可以加之自由權（思想自由和言論自由）而促進社會權的保障；同時，《香港基本法》和“8.31 決定”未將“提名－許可制”作為實現普選的具體措施的惟一解釋，從而將候選人產生機制的採納留給立法會；“三個前提”之下，“提名－確認制”不但可以避免候選人決定在司法覆核中被撤銷

的風險，而且可以體現立憲主義的多元質地，容納公民提名和政黨提名，從而加大政改通過的可能性；在域外多有成功實例的情況下，“提名－確認制”符合《B 公約》和《香港人權法案條例》中自由與平等精神。因此，立法會不僅有權以充分保障選舉權與被選舉權和言論自由等基本權利、促進平等為目的對“提名－確認制”進行立法，更重要的是，在“具體辦法”方面體現“高度自治”對落實“一國兩制”亦有積極意義，“正如同其他已開發民主國家之實施地方自治，旨在落實地方自主性，以展現因地制宜的地方特色，從而建立中央與地方分工合作，協力發展之政治關係。”¹²⁹

五、結語

正如亞里士多德指出，法治應包含兩重意義：已成立的法律獲得普遍的服從，而大家所服從的法律又應該本身是制訂得良好的法律。前者，普選行政長官必須遵循《香港基本法》第 45 條的規定，由提名委員會產生候選人，這是理性和規範的選舉的前提。基於法律適用必須“在某個語言範圍內——談說某特定事務領域或生活領域的特殊方式”¹³⁰，只要在提名委員會的框架內，為適應社會發展中和民主化潮流，可以尋求容納各種制度設計或政治需求的“具體辦法”（制度）及其法律解釋空間；後者，特別行政區對“具體辦法”的立法必須秉承“政府的職能不是將別的信仰和活動強加給它的國民……不是用另一種方式使他們更好或更幸福……，不是去指引他們……”¹³¹，無論現實政治權力對特別行政區的實際情況的理解為何，並指摘“公民提名”和“政黨提名”有多麼地荒謬，它都必須認識到“‘A 公約’和‘B 公約’均作為基本原則而加以承認的自我決定權，即人可以自由地決定他們的政治身份，自由地追求他們的經濟、社會和文化進步”¹³²。故而即使通過立法會的審議而被置於行政長官選舉辦法，現實政治權力寄望執行的“提名－許可制”也只是形式法治的表現而已。若求治癒它所具有的背離人民主權精神、克減選舉權與被選舉權和侵害平等的不因立法而

改變的痼疾，應該不使提名委員會在法定資格甄別和科學標準以外，擁有以內心確認對參選人的請求權進行最終的政治性審查的裁量權和決定權。故而“提名－確認制”因在提名的第二階段借助科學統計而使依法行政得以實現。

首先，“提名－確認制”是體現法治化的國家與地方關係的不二選擇。“以前中國不大習慣把中央與地方的關係法律化，往往根據長官意志而經常隨意變化……必須嚴格遵循法治的原則”¹³³，《香港基本法》和“8.31 決定”已在候選人產生方面確定對國家與地方均有拘束力的“自治高度”。一方面，未滿足“三個前提”而產生的候選人，即使勝選，也不會得到國家的任命；另一方面，在“三個前提”下，以更具民主性的“提名－確認制”“具體辦法”屬於特別行政區的立法空間之內，但是“具體辦法”若使提名委員會在“三個前提”之外擁有以道德和政治標準對參選人進行審查的裁量權，如以一般理解“提名－許可制”產生候選人，即陷國家與特別行政區以違法境地。

其次，“提名－確認制”是平衡民主與精英政治的惟一途徑。社會發展的確需要透過政治精英們的理性思考和民主主義與民粹主義之間難以界清的情緒化和隨意性，貫徹政治民主主義的目的之一是通過合理有效的方式選拔能夠充實領導崗位的社會精英分子。其一，人類歷史進入立憲主義發展階段後，作為社會真實存在，“人們有一種幻覺，似乎人民居統治階級之首。實際上，佔據這個位置的是未來新精英的一部分，這是一批依靠人民的精英”¹³⁴，精英不是由政治權力方的意願人為選擇而出，而是透過“民主的競爭方式”¹³⁵將政治精英與人民的願望和利益聯繫起來。其二，憲政應防止精英統治的反民主政治主義危險——走向專制，更何況徒具有限民主的職業代表制下，必須通過立法對提名委員會藉自身判斷壟斷人民的政治選擇的傾向或可能施以制度化的防範，避免“令到政黨的全港性政策立場，反而要向個別界別利益妥協……作成‘尾巴搖狗’(the tail wagging the dog)的現象。”¹³⁶ 故只有從提名階段落實民主政治主義和依法行政，才能賦予精英政治的正當性，則提名的第二階段不能使功能組別產生的提名委員通過

“醞釀與協商”、內心確認和政治審查將提名過程演繹為精英政治的小眾化、繼承化和封閉化，立法會應以參選人的個人能力為本位制定“具體辦法”，使提名委員會能確認而回應參選人的請求權。

再次，“提名－確認制”是功能組別下保障基本權利的獨有路徑。雖然中國內地尚不是《B公約》的簽約國，但是香港是《B公約》的簽約方(地區)；儘管“行使人民主權的權利的具體確立方式取決於有關締約國的政治制度。《B公約》並沒有要求締約國採取某種具體的民主模式”¹³⁷，但是基本權利仍然施與“具體辦法”以內在的限制。“人有恆言，皆曰，‘天下國家。’天下之本在國，國之本在家，家之本在身。”¹³⁸ 每個人作為不可被忽視的權利主體性存在，使得部分社會成員的“公民提名”和“政黨提名”的要求應得到制度性的容納或者吸納，何況中國內地法制中已有成法規定，而且域外的立法和實踐亦有可借鑒的案例。“具體辦法”只有選擇“提名－確認制”，才能夠充分保障選舉權與被選舉權以及平等權和言論自由等基本權利，能夠使《香港基本法》清楚表明它的實施不會對那些權利受到保護的人不利。

總之，“提名－許可制”即使能夠通過“具體辦法”而得立法會之批准，它也不具有正當性並能夠經得起司法覆核的考驗，因為法律秩序的存在“不意味着某個集團必須佔有永久的統治地位或者擁有天然和固有的統治權。”¹³⁹ 同時，作為獨立行政機關，提名委員會應以保持政治中立為圭臬，但功能組別存在的利益代表性痼疾和“內心確認”的許可模式使得決策者難以避免因道德和政治考慮造成的偏見(bias)，與“當任何人在所涉及的爭端中具有任何直接的經濟利益，不管是如何小，他都不具有資格對所涉及的爭端作出判決或決定”¹⁴⁰相悖。

對於“提名－確認制”，一方面，普通法雖有“許可”而無“確認”的概念，但是引入大陸法系的行政確認，有助於解決在提名的第二階段(實質審查)出現的提名委員許可裁量無法可控、公民平等權和政治權利遭受侵害的窘境，只要承認“所謂的‘基本權利’和‘基本自由’是可能的，而‘法治’則要求這些權利和自由受到保護”¹⁴¹，那麼羈束提名委員的裁量是法系之間共通的涵義；另一方面，它契合“發展

民主必須有一個科學的路徑選擇。”¹⁴² 根據香港人口和適格選民數量的統計變化，逐屆制定參選人應取得的簽名支持的數量標準，並將該數位化的標準經由立法會審議作為附件置於行政長官選舉辦法的主文之後；若“提名－確認制”得到立法會的認可，則今後提名委員只具有公證的角色或功能；同時，既然提名委員會具有的“廣泛代表性”並非普遍意義的代表性，而是特定群體的代表性，並且有限代表性是功能組別制與生俱來的特徵，則可行“瘦身”之改革，即借鑒韓國中央選舉委員會之成例¹⁴³，摒棄 1,200 人規模和“越權”之疾，轉而由法定主體(如行政長官、立法會主席和終審法院大法官等)任命少量行政官員、法官和其他具有公信力的社會人士即可，明確提名委員具有政治委任官員之身份。

對於未來的政改，國家、特區和泛民派、建制派政黨都必須認識到“繁榮取決於政治”¹⁴⁴，而政治上的進步取決於“必須使中國傳統文化注入新的元素。”¹⁴⁵ 國家，應該尊重港人對民主的理解和選擇，否則國家的意志反而會遭遇地方自治體在意識形態方面的抵抗，如“香港自主、香港優先”¹⁴⁶，絕不能重蹈中國歷史的覆轍——“法是管理、統治人民的手段，對於人民來說，施加給他們的法不過是從上面來的，並且是從別的地方來的，因而人民不把它當作是保衛自己的東西，而且統治者也視自己需要而逾越法的界限，人民對法的輕蔑自然會永久持續下去。”¹⁴⁷ 香港，應該堅持“強大的社會是普世的；弱小的社會是狹隘的”¹⁴⁸的理念，以開明的態度實現以“真普選”為起點的現代民主的同時，明晰“具體辦法”為香港自治許可權範圍之內，恰是立法會為遵守《香港基本法》和《香港人權法案條例》並維護基本權利，而應對“提名－確認制”加以立法；泛民政黨，應該知曉“第三波的教訓是明白無誤的：那些想要繼續掌權的威權領袖們不該舉行選舉；那些民主的反對派團體不該抵制威權領袖們所發起的選舉。”¹⁴⁹ 遵從法律的抵抗具有正當性，但抵抗更應以參與政治的活動加以完成。為尋求改變的渠道和取得價值觀和政治理念的共用，泛民政黨應重視“最關鍵的問題並不是這些改變是否符合西方標準，而是這些改變是不是能滿足國內的主張和需求。”¹⁵⁰

對於“具體辦法”的改革，它是推動普選、走向立憲主義的必由路徑。只要在“三個前提”下，香港大可不必自縛手腳而採用一般理解的“提名－許可制”，而在其自治範圍內採用以法定標準為核心而賦權的“提名－確認制”。如今港人已意識到“拼經濟”結合“拼民主”的重要性，在爭取“行政長官普選”方面已形成一股激情澎湃的政治運動，為中華民族的民主轉型、從而進入現代文明社會而率先實踐。香港政改必然重啟，“需要一個選舉機制，使得明顯分歧的政治傾向得以有一個相對公平的代表”¹⁵¹，故而“具體辦法”仍然是持續政改中被關注的重點，但糾結於計票方式的討論並無出路可言，如陳弘毅教授提出的“白票守尾門”方案。該方案雖然不與“三個前提”相衝突，但仍不能擺脫提名委員在第二階段的“內心確認”之痼疾；更重要的是，有拖累建制派順利“入關”、使泛民派人圍候選的可能，必然因與規則制定者的目的相衝突而“不能接受”¹⁵²。

與其如此，不如回到權利本身的視角來構造制度。普選所弘揚的人類自由不僅本身就是目的，而且也是人類進一步發展的手段，那麼“人的權利和義務不依賴於最高統治者制定的法律，法律與其……，還不如說內在於與人性本身。”¹⁵³為解決“提名－許可制”帶來的“是先‘舉’後‘選’，是‘選舉’還是‘舉選’”的問題，使普選具備“民主必須以平等的參與權為前提”¹⁵⁴，且“議會立法是政府合法化的基礎”¹⁵⁵，未來政改方案應該以“提名－確認制”取代“提名－許可制”，在提名委員會的框架內容納“政黨提名”和“公民提名”，以科學統計方式變提名委員在提名第二階段的裁量性審查為羈束性確認，則更能體現“民主程序”和彌補功能組別產生的提名委員的“廣泛代表性”不足。只有如此，“具體辦法”才能取得立法會的支持，提名委員會才能夠保持行政機關應有的政治中立性，作出的候選人決定才能夠具有合法性；摒棄專制轉而依法行政，行政確認的決定才能夠取得社會的廣泛認同，方才符合“憲法的作用不再是政治的題目，而是政治的先決條件”¹⁵⁶的理念，香港的民主化轉型才能因秉承法治而有持續進步並徹底完成之希望。

註釋：

- 1 英國法中亦有行政許可的概念。英國沒有統一的行政許可法，但存在行政許可制度，在各單行法中分別規定，如規劃、消防、娛樂場所、酒類銷售、公共運輸、電視廣播等。
- 2 劉兆佳：《普選“決定”顯中央最大誠意》，載於《文匯報》，2015年3月9日，第A05版。
- 3 戴耀庭：《回應張德江》，載於《蘋果日報》，2014年3月18日，第A19版。
- 4 《“公民提名”和“政黨提名”為甚麼不可以》，載於《大公報》，第A15版。
- 5 2014年正式選民登記冊上的選民人數為3,507,786人。見香港特別行政區政府選民登記網站：<http://www.voterregistration.gov.hk/chi/statistic20141.html>。
- 6 《泛民若“否一世”堅持公民提名，政改無機會重啟》，載於《大公報》網站：<http://news.takungpao.com/hkol/topnews/2015-07/3037937.html>，2015年7月2日。
- 7 [美]亨廷頓：《第三波：20世紀後期民主化浪潮》，劉軍寧譯，上海：上海三聯書店，1998年，第380頁。
- 8 尤樂：《日韓台港橫向權力結構的比較和借鑒——以立憲主義為視角》，載於《“一國兩制”研究》，2015年第2期。
- 9 Dowkin, R. (1987). *Law's Empire*. London: Fontana Paperbacks. 239.
- 10 見張之洞：《勸學篇·變法第七》。
- 11 [美]斯科特·戈登·應奇：《控制國家——從古代雅典到今天的憲政史》，陳麗薇等譯，南京：江蘇人民出版社，2005年，第298頁。
- 12 [法]馬里旦：《人和國家》，沈宗靈譯，北京：中國法制出版社，2011年，第51頁。
- 13 Loveland, I. (2014). *Constitutional Law and Administrative Law, and Human Rights a Critical Introduction*. London: Oxford University Press. 204.
- 14 許育典：《憲法》，台北：元照出版公司，2006年，第19頁。
- 15 《中華人民共和國憲法》序言第7自然段規定鄧小平理論為中國各族人民的重要指引，而“一國兩制”構想屬於鄧小平理論的重要組成部分。
- 16 [美]基斯·E·惠廷頓：《憲法解釋：文本含義、原初意圖與司法審查》，杜強強、劉國、柳建龍譯，北京：中國人民大學出版社，2006年，第5頁。
- 17 [奧]凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年，第131頁。
- 18 [德]格奧爾格·耶利內克：《憲法修改與憲法變遷論》，柳建龍譯，北京：法律出版社，2012年，第14頁。
- 19 本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。
- 20 “莊豐源案”後香港立法會修改《出入境條例》，使得中國內地的計劃生育法律和政策落空，事關香港與中央所轄內地的關係，如此修改已屬於破壞社會主義法制統一的違憲行為，此處不加詳述。
- 21 《立法法》規定：“授權決定應當明確授權的目的、範圍。”特別行政區的立法會和政府得到有關提名委員會的組織和運作立法及其執行的授權，其權限或內容包括，目的為“舉行香港特首普選”，事項為“提名委員會的組成和運作”。雖然該決定未明確期限，但是從第1條的“從2017年開始……普選”和第4條的“繼續適用上一任行政長官的產生辦法”可以看出，在政改方案未獲通過的情況下，特別行政區至少可以在2017年按照《第四屆行政長官產生辦法》進行行政長官選舉。香港法院亦可依據“8.31決定”進行司法覆核。故而“8.31決定”是對提名委員會的組織和運作的具體授權。
- 22 《中華人民共和國憲法》第67條明確規定的全國人大常委會的重大事項決定權只有9項，即第9、10、13、14、17、18、19、20和21項，不含對特區事務的決定權。
- 23 陳新民：《憲法學釋論》(第5版)，台北：三民書局，2006年，第548頁。

- 24 Wacks, R. (2000). *Law Morality and the Private Domain*. Hong Kong: Hong Kong University Press. 27.
- 25 Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. London: Oxford University Press. 42.
- 26 《王振民：政改不應改變提委會功能》，載於《大公報》網站：<http://news.takungpao.com.hk/hkol/politics/2014-01/2189706.html>，2014年1月18日。
- 27 [英]威廉·韋德：《行政法》，徐炳譯，北京：中國大百科全書出版社，1997年，第25頁。
- 28 此處借用美國學者 Alfred C. Aman, Jr. 在其著作《民主赤字》中的概念。見 Aman, A. C., Jr. (2004). *The Democracy Deficit: Taming Globalization through Law Reform*. New York and London: New York University Press.
- 29 [日]福澤諭吉：《勸學篇》，群力譯，北京：商務印書館，1958年，第33頁。
- 30 [匈牙利]喬治·盧卡奇：《民主化的進程》，寇鴻順譯，廣州：廣州人民出版社，2013年，第93頁。
- 31 Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples*. London: Harvard University Press. 49.
- 32 [德]齊佩利烏斯：《德國國家學》，趙宏譯，北京：法律出版社，2011年，第125頁。
- 33 Darbyshire, P. (2013). *English Legal System*. London: Sweet and Maxwell/Thomson Reuters. 29.
- 34 如2012年，由潘兆初法官擔任選舉委員會主任並宣佈梁振英勝選，見《香港特別行政區第四屆行政長官選舉結果公佈梁振英勝出》，載於人民網：<http://hm.people.com.cn/GB/17480651.html>，2012年3月25日。
- 35 [台]湯德宗：《行政程序法》(增訂二版)，台北：元照出版公司，2005年，第16頁。
- 36 [美]羅伯特·阿格拉諾夫、麥克爾·麥圭爾：《協作性公共管理：地方政府新戰略》，李玲玲等譯，北京：北京大學出版社，2007年，第74頁。
- 37 Spencer, M. and J. Spencer (2012). *Constitution and Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell. 5.
- 38 若對提名委員會作狹義理解，則其僅指選舉委員會，若對其作廣義理解，則另外包括選舉管理委員會。
- 39 [葡萄牙]Diogo Freitas do Amaral：《行政法教程》(1994年第二版第八次重印)，黃顯輝、王西安譯，澳門：澳門大學法學院，2009年，第239頁。
- 40 [德]G·平特納：《德國普通行政法》，朱林譯，北京：中國政法大學出版社，1999年，第124頁。
- 41 林明鏘：《論型式化之具體行政行為與未型式化之具體行政行為》，載於《當代公法理論》，台北：月旦出版公司，1993年，第341頁。
- 42 韓大元、林來梵、鄭賢君：《憲法學專題研究》，北京：中國人民大學出版社，2004年，第402頁。
- 43 [英]霍菲爾德：《基本法律的概念》，張書友譯，北京：中國法制史，2009年，第51頁。
- 44 [美]羅斯科·龐德：《法理學》(第三卷)，廖德宇譯，北京：法律出版社，2008年，第6頁。
- 45 [日]南博方：《行政法》(第6版)，楊建順譯，北京：中國人民大學出版社，2009年，第39頁。
- 46 《梁振英：堅定不移維護香港核心價值》，載於新華網：http://news.xinhuanet.com/gaogao/2013-01/16/c_114390919.htm，2013年1月16日。
- 47 吳文程：《政治發展與民主轉型：比較政治理論的檢視與批判》，台北：五南圖書，2007年，第59頁。
- 48 見孫中山：《建國方略之三·民權初步(社會建設)序》。
- 49 Glancey, R., E. Spain and R. Smith (2014). *Constitution and Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell. 4.
- 50 法治斌、董保城：《憲法新論》，台北：元照出版有限公司，2005年，第26頁。
- 51 由1,200人在參選人中通過提名選出2-3人，再交由人民在2-3人之間選出1人，是人為地為公民劃定選擇的範圍，雖其後為直接選舉，但仍不掩其間接選舉的本質。
- 52 陸恭蕙、思滙政策研究所主編：《功能界別：香港立法會的一個特性》，張定淮等譯，深圳大學港澳基本法研究中心內部資料，2010年，第97頁。

- 53 選舉人應在選票上寫明被選總統者的姓名，並於另一選票上寫明被選為副總統者之姓名。
- 54 [美]漢密爾頓、傑伊、麥迪森：《聯邦黨人文集》，程逢如等譯，北京：商務印書館，1980年，第305頁。
- 55 提名委員個人在投票上具有說明理由之義務豁免，其個人投票亦因秘密而不為選民所知。
- 56 廖正勝：《美國憲法導論》，台北：五南圖書出版股份有限公司，2007年，第37頁。
- 57 [美]達爾：《民主理論的前言》，顧昕、朱丹譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1999年，第80頁。
- 58 [日]森口繁治：《選舉制度論》，劉光華譯，北京：中國政法大學出版社，2005年，第107頁。
- 59 馬嶽、蔡子強：《選舉制度的政治效果——港式比例代表制的經驗》，香港：香港城市大學出版社，2004年，第48頁。
- 60 見1987年港英政府的《綠皮書》。
- 61 《吳光正：稅你照交，立法代表再無份》，載於《星島日報》，2000年2月24日，第A19頁。
- 62 同註30，第120頁。
- 63 [英]伯特蘭·羅素：《自由之路》，李國山等譯，北京：文化藝術出版社，2005年，第150頁。
- 64 [英]安德魯·比爾(Andrew Beale)：《憲法基礎(Essential Constitutional Law)》(影印版)，武漢：武漢大學出版社，2004年，第81頁。
- 65 Schmitter, P. (1974). Still the Century of Corporatism? *Review of Politics*. Volume 36, Number 1. 85-131.
- 66 現代國家為滿足行政的專業化與民主化之需求，以委員會為間接作用，發揮諮詢功能應付日趨繁複的現代行政，如攬學者、專家或社會公正人士於行政機關內部設置的各種委員會參與決策，委員會所為決定一般皆為行政機關首長所尊重，而此等諮詢功能已為《香港基本法》第54條設立的行政會議承擔。若就選舉事項的政策擬制或決定，行政長官可以聘請熟悉有關選舉事務的“社會人士”(《香港基本法》第55條)列席會議。
- 67 王世傑、錢端升：《比較憲法》，北京：商務印書館，1999年，第166頁。
- 68 [美]約翰·哈特·伊利：《民主與不信任——美國司法違憲審查理論》，劉靜怡等譯，台北：商周出版，2005年，第116頁。
- 69 [古希臘]亞里士多德：《尼各馬可倫理學》，廖申白譯，北京：商務印書館，2003年，第42頁。
- 70 [英]沃爾特·白哲特：《英國憲制》，李國慶譯，北京：北京大學出版社，2005年，第170頁。
- 71 鄒平學：《中國代表制度改革的實證研究》，重慶：重慶出版社，2005年，第100頁。
- 72 張靜：《法團主義》(修訂版)，北京：中國社會科學出版社，2005年，第15頁。
- 73 [日]蘆部信喜：《憲法》(第三版)，林來梵等譯，北京：北京大學出版社，2006年，第228頁。
- 74 [英]伯特蘭·羅素：《權力論》，吳友三譯，北京：商務印書館，2012年，第186頁。
- 75 翁岳生：《行政法與現代法治國家》，台北：三民書局，2015年，第33頁。
- 76 [美]勞倫斯·索倫：《法理詞滙》，王凌峰譯，北京：中國政法大學出版社，2010年，第14日。
- 77 [韓]金東熙：《行政法》(第9版)，趙峰譯，北京：中國人民大學出版社，2008年，第214頁。
- 78 同註16，第202頁。
- 79 [日]吉村原太郎：《地方自治》，朱德權譯，北京：中國政法大學出版社，2004年，第10頁。
- 80 [美]羅伯特·達爾：《多元主義民主的困境——自治與控制》，長春：吉林人民出版社，2006年，第80頁。
- 81 [瑞士]J·布萊澤：《地方分權——比較的視角》，蕭豔輝、袁朝暉譯，北京：中國方正出版社，2009年，第43頁。
- 82 張佛泉：《自由與權利——憲政的中國言說》，北京：清華大學出版社，2010年，第577頁。
- 83 [古希臘]亞里士多德：《政治學》，顏一、秦典華譯，北京：中國人民大學出版社，2003年，第127頁。
- 84 蕭公權：《憲政與民主》，北京：清華大學出版社，2006年，第8頁。
- 85 張明貴：《地方自治概要》，台北：五南圖書出版股份有限公司，2005年，第94頁。

- 86 馬嶽：《香港政治發展歷程與核心課題》，香港：香港中文大學香港亞太研究所，2010年，第113頁。
- 87 [日]鹽也宏：《行政法》，楊建順譯，北京：法律出版社，1999年，第50頁。
- 88 《李飛：普選須跟從國際標準似是而非》，載於《大公報》：<http://news.takungpao.com/hkol/politics/2014-08/2705589.html>，2014年8月31日。
- 89 《饒戈平：行政長官候選人愛國愛起碼政治標準》，載於中國新聞網：<http://www.chinanews.com/ga/2014/03-22/5982366.shtml>，2014年3月22日。
- 90 [德]卡爾·雅斯貝爾斯：《大學之理念》，上海：上海人民出版社，2007年，第35頁。
- 91 [德]海德格爾：《在通向語言的途中》，孫周興譯，北京：商務印書館，2004年，第146頁。
- 92 [日]美濃部達吉：《憲法學原理》，歐宗祐、何作霖譯，北京：中國政法大學出版社，2003年，第308頁。
- 93 [日]長谷部恭男：《法律是甚麼？法哲學的思辨歷程》，郭怡青譯，台北：商周出版，2012年，第193頁。
- 94 [德]卡爾·施密特：《政治性的概念》，姚朝森譯，台北：聯經出版事業股份有限公司，2005年，第37頁。
- 95 同註72，第117頁。
- 96 陳弘毅：《法理學的世界》，北京：中國政法大學出版社，2003年，第247頁。
- 97 [美]科恩：《論民主》，聶崇信、朱秀賢譯，北京：商務印書館，1988年，第90頁。
- 98 [美]熊彼特：《資本主義、社會主義與民主》，吳良健譯，北京：商務印刷館，2000年，第397頁。
- 99 Colby, J. F. (2005). *A Sketch of English Legal History*. Boston: Adamant Media Corporation. 118.
- 100 許育典：《人民、民主與法治：當人民遇到憲法》，台北：元照圖書出版公司，2009年，第81頁。
- 101 [美]羅奈爾得·德沃金等：《認真對待人權》，南寧：廣西師範大學出版社，2003年，第25頁。
- 102 [德]格奧格·耶利內克：《主觀公法權利體系》，曾濤、趙天書譯，北京：中國政法大學出版社，2012年，第142頁。
- 103 [英]伯特蘭·羅素：《權威與個人》，儲智勇譯，北京：商務印書館，2012年，第73頁。
- 104 Veitch, S., E. Christodoulidis and L. Farmer (2013). *Jurisprudence Themes and Concepts*. New York: Routledge. 33.
- 105 陳弘毅：《一國兩制下香港的法治探索》，香港：中華書局，2014年，第61頁。
- 106 見《高等法院規則》第53號命令第3(7)條規則。該規則在2005年莫泰基對香港特區政府政制事務局和選舉管理委員會及選舉署一案中被高等法院上訴法庭援引。
- 107 [美]傑佛瑞·圖賓：《九人：美國最高法院風雲》，何帆譯，上海：上海三聯書店，2010年，第299頁。
- 108 Chan, J. M. M. (2009). *Judicial Independence: A Reply to the Comments of the Mainland Legal Experts on the Constitutional Jurisdiction of the Court of Final Appeal*. In Johannes M. M. Chan, H. L. Fu and Yash Ghai (Eds.). *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press. 68.
- 109 [美]恩斯特·蓋爾霍因(Ernest Gellhorn)、[美]羅納德·M·萊文(Ronald M. Levin)：《行政法(Administrative Law and Process)》(影印版)，北京：法律出版社，2001年，第230頁。
- 110 陳弘毅：《中國傳統文化與現代民主憲政》，香港：商務印書館，2013年，第217頁。
- 111 [德]拉德布魯赫：《法學導論》，米健譯，北京：商務印書館，1997年，第121頁。
- 112 見《明史·卷一百七十一·徐有貞傳》。
- 113 戴耀庭：《司法覆核與良好管治》，香港：中華書局，2012年，第171頁。
- 114 此時，終審法院若申請“釋法”，亦違反《香港基本法》第158條第3款。
- 115 相當於中國內地行政訴訟中的撤銷決定、責令重做之判決。
- 116 [英]羅伯特·霍克特：《法律》，王凡、祖利軍譯，香港：商務印書館，2012年，第54頁。

- 117 Dykes, P. (2011). *Administrative Law*. In *Halsbury's Laws of Hong Kong*. Volume 1, Number 1. Hong Kong: LexisNexis. Paragraph 10.078.
- 118 黃俊傑：《行政程序法》，台北：元照出版公司，2010年，第5頁。
- 119 葉陽明：《德國憲政秩序》，台北：五南圖書出版股份有限公司，2006年，第49頁。
- 120 陳弘毅：《法治：啟蒙與現代法的精神》(第2版)，北京：中國政法大學，2013年，第91頁。
- 121 見孫中山：《建國大綱》第9條。
- 122 即只有進行社團法人登記的政黨可以進行“政黨提名”。
- 123 蔡定劍主編：《中國選舉狀況考察報告》，北京：法律出版社，2002年，第332頁。
- 124 [美]保羅·S·芮恩施：《平民政治的基本原理》，羅家倫譯，北京：中國政法大學出版社，2003年，第93頁。
- 125 [英]霍布豪斯：《自由主義》，朱增汶譯，北京：商務印書館，1996年，第67頁。
- 126 林秋山：《韓國憲政與總統選舉》，台北：台灣商務印書館，2009年，第159頁。
- 127 同註102，第144頁。
- 128 同註100，第23頁。
- 129 紀俊臣：《地方政府與地方制度法》，台北：時英出版社，2005年，第91頁。
- 130 [德]卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2003年，第84頁。
- 131 [英]邁克爾·歐克蕭特：《政治中的理性主義》，上海：上海譯文出版社，2004年，第144頁。
- 132 Ghai, Y. (1999). *Hong Kong's New Constitutional Order (Second Edition)*. Hong Kong: Hong Kong University Press. 406.
- 133 王振民：《中央與特別行政區關係：一種法治結構的解析》，北京：清華大學出版社，2002年，119頁。
- 134 [意]維爾弗雷多·帕累托：《精英的興衰》，劉北城譯，上海：上海人民出版社，2003年，第58頁。
- 135 [英]巴特摩爾：《平等還是精英》，尤衛軍譯，瀋陽：遼寧教育出版社，1998年，第89頁。
- 136 馬嶽：《港式法團主義功能界別25年》，香港：香港城市大學出版社，2013年，第175頁。
- 137 [奧]曼弗雷德·諾瓦克：《民權公約評註(上)》，畢小青、孫世彥等譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，2003年，第435頁。
- 138 見《孟子·離婁上》。
- 139 Lloyad (2014). *Introduction to Jurisprudence (Ninth Edition)*. London: Thomson Reuters (Legal) Limited. 731.
- 140 林峰：《香港地區行政訴訟：制度、立法與案例》，杭州：浙江大學出版社，2011年，第51頁。
- 141 [英]湯姆·賓漢：《法治：英國首席大法官如是說》，陳雅晴譯，香港：商務印書館，2013年，第83頁。
- 142 王振民：《關於民主與憲政關係的再思考》，載於《中國法學》，2009年第5期。
- 143 韓國憲法中央選舉管理委員會由總統任命的3人、國會選出的3人及大法院長指名的3人組成。委員長在委員當中進行互選。
- 144 隨紅俠：《政治制度如何決定國家成敗：一種對權力、富裕與貧窮根源的新解釋》，載於《世界與中國事務》，2014年第1期。
- 145 [英]伯特蘭·羅素：《中國問題》，秦悅譯，北京：經濟科學出版社，2013年，第164頁。
- 146 陳雲：《香港城邦論2：光復本土》，香港：天窗出版社有限公司，2014年，第131頁。
- 147 [日]仁井田陞：《中國法制史》，牟發松譯，上海：上海古籍出版社，2011年，第39頁。
- 148 [美]撒母耳·亨廷頓：《文明的衝突與世界秩序的重建》，周琪、劉菲等譯，北京：新華出版社，2002年，第110頁。
- 149 同註7，第231頁。
- 150 林若雲：《東南亞政治與發展》，台北：韋伯文化事業出版社，1999年，第167頁。

- ¹⁵¹ Arend Lijphart, Carlos H. Waisman:《新興民主國家的憲政選擇》，蔡熊山、陳俊德等譯，台北：韋伯文化事業出版社，1999年，第94期。
- ¹⁵² 《張榮順否定“白票守尾門”、“公司票改個人票”》，載於星島環球網：<http://news.stnn.cc/hongkong/2015/0521/209214.shtml>，2015年5月21日。
- ¹⁵³ 同註116，第65頁。
- ¹⁵⁴ [英]約翰·鄧恩：《民主的歷程》，林猛等譯，長春：吉林人民出版社，2003年。
- ¹⁵⁵ [英]彼得·萊蘭、戈登·安東尼：《英國行政法教科書》，楊偉東譯，北京：北京大學出版社，2007年，第258頁。
- ¹⁵⁶ [德]埃貝哈德·施密特—阿斯曼等：《德國行政法讀本》，于安等譯，北京：高等教育出版社，2006年，第58頁。