

基本法推廣督導委員會
回歸基本法
普選行政長官研討會

莫樹聯資深大律師發言

有一個人很想找一位很聰明的律師，並終於如願以償。他向那位聰明的律師問道：「律師，我知道你的收費很昂貴。我現在有五千元，你可否回答我兩個問題？」那位律師立即回答說：「當然沒有問題！」律師拿了那個人的五千元後說：「那你的第二個問題是什麼？」

我今天希望集中說明一個問題。這並非因為我已回答了大家第一個問題，而是因為我的發言時間只有十分鐘，所以需較集中一點。今天，我希望探討的問題是：「公民或政黨提名是否合乎憲法？」

回想起我在香港大學法律系就讀的第一年，印象最深的其中一個案例，是關於「香港狩獵協會」的一宗行政訴訟。在1980年以前，當時的漁護署署長可按照《野生動物保護條例》（香港法例第170章），每年為持有狩獵牌照的人士續發牌照，但在1979年12月，當時的香港總督決定取消所有的狩獵牌照。其後當狩獵牌照持有人向當局提出續牌申請時，當時的漁護署署長根據港督會同行政局的一個決定，一律拒絕所有的續牌申請。漁護署署長甚至通知當時所有的持牌人，表示當他們的狩獵牌照屆滿時，將不會獲得續牌，而他們所持有的牌照亦會即將失效。

當時，有一位狩獵牌照持有人不滿有關決定，於是聘請當時已很有名氣的李柱銘御用大律師，協助他就漁護署署長的有關決定提出訴訟。李大律師當時的論據是，《野生動物保護條例》已將續牌決定的權力授予漁護署署長，因此，漁護署署長應親自考慮每個續牌的申請。但漁農署署長當時只是跟

隨行政局的指示，拒絕所有許可證的續牌申請，等同於放棄行使他獲授予決定是否續牌的酌情權，同時亦違反了法律對他的要求。

當時，兩位高等法院的大法官完全同意李大狀的論點，並在他們的判詞中說明：「我們的意見是，雖然漁護署署長的動機值得讚賞，而且基於公眾安全的理由，有需要修改法例。但我們不能支持他的決定，所以我們判決，漁護署署長並沒有行使《野生動物保護條例》賦予他的酌情權，因而違反了有關法例條文的要求。」這個故事給我們的教訓是：假如法例規定由某人決定一件事（決定者），即使是決定者的上司，也不能指使決定者絕對聽從他的指示。決定者亦不能只是順從上司的指示，而是需要親身去作出決定。這是普通法的原則，也是歷史悠久的原則，是一個法庭認定的一般性原則。

如要用另一個案例的判詞去解釋這個普通法的原則，就是：一個在法律之下有責任去決定一件事的人，（一）他不可依賴一個沒有彈性、沒有例外的政策來作出決定；（二）他不可受別人操控；（三）他不可讓他的酌情權受到束縛；（四）他不可以不行使他的酌情權；（五）除法律情況許可外，他也不能把有關權力下放予其他人士。

《基本法》第四十五條清楚規定，「提名委員會按民主程序提名」。這短短幾字，有幾個很重要的意思。第一，提名的責任在提名委員會身上。第二，提名的酌情權也是在提名委員會身上。第三，這個責任和酌情權須由提名委員會親自承擔及親自行使。第四，根據剛才所提及的普通法原則，提名委員會不可避開它提名的責任，也不可讓它提名的酌情權受到束縛。

到底甚麼是「酌情權受到束縛」？舉例而言：「如參選人獲得某個百分比的登記選民聯署提名，提名委員會須予以確認」；或許：「符合某標準的政黨或政治團體可以單獨或聯名

提名某候選人，提名委員會須予以確認」。這都是酌情權受到束縛的例子。值得注意的是，上述的例子提出「提名委員會須予以確認」，而非「需予以考慮」。「提名委員會須予以確認」的意思是要束縛提名委員會，將提名委員會的酌情權完全或部分奪去，這樣肯定是違背了剛才所討論的幾個原則。

大家可以試想，如委員會真的這樣做，它有否依賴一個沒有彈性、沒例外的政策來作出決定？第二，委員會有否受到其他人或機構的控制？第三，委員會是否有讓它的酌情權受到束縛？第四，委員會是否沒有行使它完全或一部分的酌情權？第五，委員會有否在沒有法律容許的情況下，把它的權力下放給其他人或機構？

你可能會問，假如在法律容許的情況下，提名委員會是否能把它的權力下放給其他人或機構？即是假如立法會修改《行政長官選舉條例》，強制提名委員會對某些候選人予以確認，結果會是怎樣？

在烏干達的刑法中，有幾種罪行的強制性刑罰是死刑(包括謀殺、嚴重搶劫等)；法庭是毫無酌情權判處其他刑罰的。在2009年有410名罪犯因為謀殺或嚴重搶劫被強制性判處死刑。他們在刑事上訴的過程中已經被多此駁回，最後他們集體地把案件提交到當時的最高憲法庭作出審判。他們的論據是：根據《烏干達憲法》第22條，除非經法庭公平審訊後被定罪和判刑，「並得到最高法院確認」，任何人都不可被蓄意了結生命。他們爭論，那些要求法院判處強制性死刑的法例，效果是會令到法院不能就罪犯的判刑行使酌情權，包括對判刑予以確認或不確認，因此這些法例都違反了憲法第22條的相關規定。

最高法院最後接受了這論點，判決所有申請人勝訴。這項判決並不是提出申請人應該要獲得免刑，而是要指出沒有賦予

執法者酌情權的法例是有問題的。最高法院在判詞中解釋：「憲法實行行政、立法及司法三權分立，任何議院通過的法律，如果會束縛司法機構的手，讓他們不能發揮施行公義的作用，就是違背了憲法。憲法第 22 條賦予法院權力去確認或不確認一個判刑的決定，就是肯定了法院在此事上有酌情權。任何對酌情權造成束縛的法律，都會違背這條憲法的條款。」

《基本法》是香港特別行政區的憲法，大家都知道憲法是有凌駕性的。《基本法》第 11 條訂明，「香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸」。所以，任何立法會通過的法例都不可以與《基本法》有所抵觸。剛才我提到的《基本法》第 45 條，是把提名或不提名一個候選人的酌情權交給了提名委員會。這樣，其他的機構，包括立法會，都不能訂立一條法例，將提名委員提名的酌情權全部或部分奪去，讓提名委員會名存實亡。

香港有一個很好的傳統，就是任何市民如果對一條法例或政府的一個決定不滿，都可以嘗試提出司法覆核，甚至利用公帑挑戰立法會或政府的決定。大家可以試想，如果立法會真的在《行政長官選舉條例》中加入一條條文，訂明「由公民提名或政黨提名的候選人，提名委員會須予以確認」。這樣，任何一個不滿這條法例的市民，都可以向法庭申請司法覆核。而司法覆核的理由就是，這條法例違反了酌情權不受束縛的普通法原則，亦違反了《基本法》第 45 條。假如法庭最終同意這個論點，便一定會宣告這條法例無效，甚至宣告提名的結果是無效的。

有句大家知道的說話：“Be careful what you wish for”，意思是「你要小心你想要的東西」。因為現在你想得到的東西，或許正是你將來不想見到的。謝謝大家。

-完-