

第一 部分

行政長官制度及其建構

第一章

行政長官制度立法原意、理論建構與 完善方向



朱國斌

香港城市大學法律學院教授

底高揚

深圳大學港澳基本法研究中心助理教授

章小杉

香港城市大學法律學院博士後研究員

從世界範圍來看，隨着公民參政意識的日益高漲和參政能力的不斷增強，社會組織力量的日益壯大和階層利益的不斷分化，科技（尤其是互聯網）發展的日新月異和西式民主思潮的極端變異，公眾服務需求日益多元而行政供給相對滯後，政府管治日趨困難成為一種全球性的常態化現象。比如美國奧巴馬時期的政府停擺危機、英國政府面臨的蘇格蘭獨立問題、西班牙政府遭遇的加泰羅尼亞公投事件等。不同背景下產生的形形色色的問題給各國政府管治帶來巨大的挑戰。同樣，在中國實施高度自治的地方行政區域——香港特別行政區（以下簡稱「香港」或「香港特區」），特區政府管治也面臨着來自立法會、法院、泛民派政治團體、媒體等多方面的壓力和挑戰。近幾年香港發生的「佔中」、「旺角暴亂」、「反送中」等嚴重干擾特區憲制秩序、影響香港社會穩定的重大事件就是例證。增強特區政府的管治能力、提高特區政

* 原文載於《紫荊論壇》2020年7-12月號。特別感謝全國港澳研究會研究資助。

府的管治效率、提升特區政府的管治認同，是特區政府建設亟待解決的重大課題。

改善特區政府管治現狀，不僅要注重優化特區政府管治的外在環境，處理好特區政府與中央人民政府、特區立法會、特區法院等外部關係，還要着力完善特區政府自身的組織架構、功能配置、運作機制等。就後者而言，其中一個關鍵要素就是行政長官及其管治權能。根據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（以下簡稱「《基本法》」），香港特區行政長官是重要的憲制機構，有着重要的憲制地位和憲制作用。從香港層面來看，行政長官不僅是特區政府的首長，領導特區政府，還是香港特區的首長，代表着香港特區；從國家層面來看，行政長官是中國地方行政區域的首長，是中央管治香港的直接、重要樞紐，是中央意志在香港落地貫徹的關鍵環節。有效發揮行政長官的憲制作用，對於改善特區政府管治、提高管治效能有重大意義。

進一步地分析，行政長官憲制作用的發揮效果，首要地反映在行政長官職權的實現程度上。故切實有效地落實行政長官的職權，是行政長官有效發揮憲制作用的重中之重。行政長官的憲制職權，可從文本和實踐兩個層面分而檢視之。就文本而言，《基本法》第48條集中規定了行政長官的職權。然而，存在的問題是：（1）這些職權處於一種雜亂無章的狀態，如何使這些職權清晰化、邏輯化、體系化？（2）除第48條外，《基本法》是否有其他條款規定了行政長官的職權？在其他場景是否存在類似於憲制慣例性質的行政長官職權？（3）為什麼要賦予行政長官上述職權，或者說，這些職權之間的內部結構以及設置這些職權的內在邏輯是什麼？從實踐來看，需要總結和反思的是：（1）行政長官職權的行使效果如何？（2）為什麼有些職權得不到落實？（3）影響行政長官職權落實的因素是什麼？（4）如何完善行政長官職權行使的體制和機制？等等。為回答上述問題，本文從《基本法》文本出發，並結合香港特區的實際情況，通過文本解析、歷史考察、現狀評估等方法，系統闡釋行政長官的法律地位、明確行政長官職權的類型界限、理順行政長官職權的設置邏輯、識別行政長官職權難以落實的癥結、提出進

一步落實行政長官職權的可行建議，以求推動行政長官職權配置的科學化、內容的體系化、運作的制度化、效益的最大化。

一、「雙首長」——香港特區行政長官的法律地位

研究行政長官的職權首先要明確的是行政長官在香港憲制中的法律地位，因為處於什麼樣的法律地位決定了行政長官應該擁有什麼樣的職權。《基本法》第 43 條第 1 款^[1]和第 60 條第 1 款^[2]規定了行政長官作為香港特區首長和特區政府首長的「雙首長」法律地位，而這種法律地位進一步體現在行政長官與中央政府、特區政府、特區立法會、特區法院等不同憲制單元的關係中。《基本法》對這些關係作了較為明確的規定，所以，下面我們以上述關係為視角，系統地結合《基本法》的相關規定，對行政長官的「雙首長」法律地位進行闡釋和總結。

(一) 行政長官與中央人民政府的關係

根據《基本法》第 15 條、^[3]第 43 條第 2 款^[4]和第 45 條第 1 款，^[5]兩者關係可以概括為：中央人民政府依法任命行政長官，行政長官對中央人民政府負責。因而，理解兩者的關係需要對「任命」和「負責」進行釋義。

-
1. 《基本法》第 43 條第 1 款規定：
香港特別行政區行政長官是香港特別行政區的首長，代表香港特別行政區。
 2. 《基本法》第 60 條第 1 款規定：
香港特別行政區政府的首長是香港特別行政區行政長官。
 3. 《基本法》第 15 條規定：
中央人民政府依照本法第四章的規定任命香港特別行政區行政長官和行政機關的主要官員。
 4. 《基本法》第 43 條第 2 款規定：
香港特別行政區行政長官依照本法的規定對中央人民政府和香港特別行政區負責。
 5. 第 45 條第 1 款規定：
香港特別行政區行政長官在當地通過選舉或協商產生，由中央人民政府任命。

就「任命」而言，我們須確定這種「任命」是實質性的還是名義性的。首先，香港特區的設立及其政治體制的安排最終源於中國《憲法》第 31 條，^[6]其規定了在香港實行的制度由具有主權者地位的全國人大以法律予以設置。在《基本法》屬於授權法^[7]的背景下，全國人大及其授權者（包括全國人大常委會、中央人民政府等）對香港政制的設計和安排具有決定權，因而，由中央人民政府任命香港特區行政長官實質是行使主權的體現，具有充分的合理性和正當性。其次，中央人民政府對行政長官的任命權是獨立而完整的。不管是現在的行政長官產生制度，還是未來行政長官普選制度，都包括了選舉和任命兩個主要程序，根據《行政長官選舉條例》第 11 條第 (3) 項規定^[8]可知，若選舉出來的待任命行政長官候選人未按期就任行政長官，則重新進行投票。在此，導致未按期就任的情形並未排除中央人民政府未通過對該候選人的任命，因而，可以斷定選舉程序和任命程序是兩個獨立的環節，前者並不是後者的附屬或可有可無的步驟。進一步而言，根據《行政長官選舉條例》第 11 條第 (3) 項的上述內涵，中央人民政府未任命該候選人實質上產生了否定行政長官選舉結果的法律效果。再次，根據國家主權行為的「不可司法性」（或「不可訴性」，non-judiciability），香港

6. 《憲法》第 31 條規定：

國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。

7. 許崇德先生認為香港和澳門的《基本法》是國家最高權力機關制定的特別授權法。許崇德主編：《港澳基本法教程》，北京：中國人民大學出版社，1994 年，第 54 頁。關於《基本法》作為授權法的法理依據及其體現，請參見鄒平學等：《香港基本法實踐問題研究》，北京：社會科學文獻出版社，2014 年，第 125-133 頁；朱世海：〈香港基本法中的權力結構探析——以中央與香港特別行政區關係為視角〉，《浙江社會科學》2016 年第 6 期。有關《基本法》作為分權法還是授權法的討論，亦可參見程潔：〈香港新憲制秩序的法理基礎：分權還是授權〉，《中國法學》2017 年第 4 期。

8. 《行政長官選舉條例》第 11 條第 (3) 項規定：

在某些情況下定出新投票日：

……

(3) 如在選舉中選出待任命以填補——

將會根據第 4(a) 條出現的行政長官職位空缺的候選人，未能在該空缺出現當日就任為行政長官，則倘若在任行政長官任期屆滿後的第 120 日……

法院不能對中央人民政府行使任命權行為進行司法審查。^[9]綜上所述，中央人民政府對行政長官的任命權是實質性的，具有直接決定香港特區行政長官能否最終產生的實質效力。

就「負責」而言，一方面，香港特區行政長官對中央人民政府負責制不同於英式責任內閣制，^[10]也不同於中國內地被產生機關對人民代表大會的負責制，^[11]其內涵的關鍵字眼是「依照本法（即《基本法》）的規定」。從總體來看，《基本法》第 43 條第 2 款的「負責」實質是一個二元體系，^[12]即以香港特區為基準線，特區高度自治範圍內的事務由行政長官對特區負責，高度自治範圍外的事務由行政長官對中央人民政府負責。也就是說，行政長官對中央人民政府的負責是一種有限責任制。^[13]另一方面，儘管《基本法》未直接規定中央人民政府可以提出對行政長官的不信任案，但不論從任命的基礎還是從政治憲理來看，中央人民政府保留着對行政長官的直接罷免權。當然，這種罷免權的行使應有嚴格的條件和程序，其前提至少是行政長官的言行嚴重違背了「一國兩制」基本原則和《基本法》的有關規定。綜合分析，我們可以進

9. 參見韓大元、黃明濤：〈論中央人民政府對香港特區行政長官的任命權〉，《港澳研究》2014 年第 1 期。

《基本法》第 19 條第 3 款規定：

香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。香港特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交等國家行為的事實問題，應取得行政長官就該等問題發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出證明文件前，須取得中央人民政府的證明書。

10. 英式責任內閣制是以議會為基礎而形成的，即由在議會議員選舉中佔多數的政黨或政黨聯盟的領袖擔任首相，並組織內閣，內閣政府集體向議會負責。議會可以對內閣投不信任票，迫使內閣整體辭職，由國王任命新的首腦重組內閣；首相也可以提請國王解散議會，重新選舉。

11. 「一府兩院」由本級人民代表大會選舉產生，前者對後者負責，執行或適用後者制定的法律、作出的決定並受後者監督，後者有權罷免前者。

12. 《基本法》第 43 條第 2 款規定：

香港特別行政區行政長官依照本法的規定對中央人民政府和香港特別行政區負責。

13. 這一點在國務院發展研究中心港澳研究所編寫的《香港基本法讀本》裏有所體現。行政長官對中央人民政府負責的主要內容包括執行《基本法》和香港其他法律；執行中央人民政府就《基本法》規定的有關事務發出的指令；代表特區政府處理中央授權的對外事務和其他事務；提請中央人民政府任免政府主要官員。參見《香港基本法讀本》，北京：商務出版社，2009 年，第 135-136 頁。列舉式的規定說明行政長官對中央人民政府的負責範圍是有限的。

一步將香港特區行政長官與中央人民政府的關係概括為：後者依法獨立而完整地任命前者，前者在香港特區高度自治範圍外對後者負有限責任，且後者對前者保留直接罷免權。

(二) 行政長官與特區政府的關係

在總體層面上，《基本法》第 60 條^[14]明確規定了行政長官是特區政府的首長，而第 59 條^[15]規定特區政府是香港特區的行政機關，因而，此處「首長」的性質可以判斷為行政權性質（executive power），即在行政長官與特區政府的關係架構裏，行政長官是香港特區的最高行政官員。關於此處「首長」的內涵，《基本法》其他條文進行了主要列舉，具體來說：第一，《基本法》第 48 條第（1）項^[16]規定了行政長官對特區政府的領導權。從中國憲制用語慣例來看，「領導」一詞用於描述上下級關係，行政長官領導特區政府意味着在特區政府架構中，行政長官居於最高和最終決定地位。第二，《基本法》第 48 條第（4）項^[17]規定了行政長官的政策、命令決定權。特區政府的運作必須具備起始點，這個起始點就是具體的政策、行政命令。但政策和行政命令不會憑空產生，其必須依靠行政長官來作出。如果把特區政府比作一個人的話，行政長官就是這個人的大腦或中樞，先由大腦作出決定，再由身體其他部分協調完成所決定事項。儘管特區政府設置了行政會議，但本質上它被定位為行政長官決策的協助機構，不能對行政長官決策構

14. 《基本法》第 60 條規定：

香港特別行政區政府的首長是香港特別行政區行政長官。
香港特別行政區政府設政務司、財政司、律政司和各局、處、署。

15. 第 59 條規定：

香港特別行政區政府是香港特別行政區行政機關。

16. 《基本法》第 48 條第（1）項規定：

（1）領導香港特別行政區政府……

17. 《基本法》第 48 條第（4）項規定：

（4）決定政府政策和發佈行政命令……

成制約作用。^[18]第三，《基本法》第 48 條第 (5) 項^[19]規定了行政長官對政府主要官員的提名任免權。特區政府 (Administration) 的運作，離不開各具體職能部門的配合與支持，而為了保證各職能部門的效率，一般實行部門首長負責制。將各職能部門首長的提名任免權配置給行政長官，實質上就使得行政長官抓住了特區政府的組閣權，有利於維護行政長官作為特區政府首長的最高行政地位。2002 年，為加強管治效能、減少行政長官與主要官員的人事與工作矛盾及確保行政長官施政理念順利施行，時任行政長官董建華在其第二屆任期內推行「主要官員問責制」(也稱「政治委任制」，Principal Officials Accountability System – POAS)，將所有司局長由公務員職位改為以合約方式聘任，主要官員由行政長官推薦由中央人民政府委任，並對行政長官負責。此舉加強了行政長官對特區政府的領導，令行政長官成為特區政府實質上的首長。^[20]由此可見，行政長官是特區政府的首長，也是特區政府的終極負責主體。^[21]

(三) 行政長官與立法機關的關係

兩者關係的準確定位是香港政制發展中最複雜、最具爭議、也最重要的問題。儘管兩者的關係被預設為「既相互制衡，又相互配合」，^[22]

18. 具體體現在《基本法》第 56 條第 3 款規定：

行政長官如不採納行政會議多數成員的意見，應將具體理由記錄在案。

19. 《基本法》第 48 條第 (5) 項規定：

(5) 提名並報請中央人民政府任命下列主要官員：各司司長、副司長，各局局長，廉政專員，審計署署長，警務處處長，入境事務處處長，海關關長；建議中央人民政府免除上述官員職務。

20. 鄧木佳：〈香港特區主要官員問責制研究〉，《廣東社會科學》2009 年第 2 期；何建宗：〈基本法秩序下的政治委任官員與公務員〉，《原道》2015 年第 3 期。

21. 行政長官與特區政府的關係，在政務司所扮演的角色中亦有體現：在現行政制架構之下，政務司司長的職權主要在於協助行政長官。參見林峰、王書成：〈香港政務司憲政職能之演變及其改革的必要性〉，《紫荊論壇》2012 年第 5 期；王書成：〈謙抑主義與香港憲制轉型——「一國兩制」的視角〉，三聯書店(香港)有限公司，2018 年，第 118-134 頁。

22. 姬鵬飛：〈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〉，1990 年 3 月 28 日在第七屆全國人民代表大會第三次會議上。

但是從制度的初衷及香港殖民地前的政治文化來看，行政長官在二者的關係中佔據着主導地位。

一方面，立法會制約行政長官的力度有限。根據《基本法》第 64 條，^[23] 特區政府須對立法會負責，由行政長官與特區政府的關係可知，實質上是指由行政長官領導的特區政府對立法會負責。然而，《基本法》第 64 條規定的「負責」與《基本法》第 43 條規定的「負責」非常不同，因為第 64 條以冒號的形式將「負責」的內容嚴格限定於「執行立法會通過並已生效的法律；定期向立法會作施政報告；答覆立法會議員的質詢；徵稅和公共開支須經立法會批准」。意即，冒號之後的內容是對「負責」的完全列舉。作為政府首長的行政長官，邏輯上當然會受到立法會的制約；政府管治失當時，行政長官當然負有責任。但《基本法》在設計這一制約原則時，也給行政長官安排了反制措施或制衡機制，即《基本法》第 51 條^[24] 規定的臨時短期撥款權和《基本法》第 50 條第 1 款^[25] 規定的解散立法會的權力。^[26] 同樣的情況也適用於《基本

23. 《基本法》第 64 條規定：

香港特別行政區政府必須遵守法律，對香港特別行政區立法會負責：執行立法會通過並已生效的法律；定期向立法會作施政報告；答覆立法會議員的質詢；徵稅和公共開支須經立法會批准。

24. 《基本法》第 51 條規定：

香港特別行政區立法會如拒絕批准政府提出的財政預算案，行政長官可向立法會申請臨時撥款。如果由於立法會已被解散而不能批准撥款，行政長官可在選出新的立法會前的一段時期內，按上一財政年度的開支標準，批准臨時短期撥款。

25. 《基本法》第 50 條第 1 款規定：

香港特別行政區行政長官如拒絕簽署立法會再次通過的法案或立法會拒絕通過政府提出的財政預算案或其他重要法案，經協商仍不能取得一致意見，行政長官可解散立法會。

26. 徵稅和公共開支關乎政府的錢袋子，而解散立法會直接關乎議員的切身利益，相信理性的議員不會為了堅持某種理念而冒丟掉「生計」的風險。