

論中國的地方性公民投票

——兼談對香港“五區補選”風波的回應

王東青*

一、香港“五區公投”風波的背景

香港泛民主派議員(包括社會民主連線和公民黨)於2010年1月22日向立法會請辭。5名請辭的立法會議員在香港五選區中各佔一名議席，泛民主派希望借由請辭後的補選發起全香港選民的投票參與，並把議題與議員的補選捆綁在一起，聯合變相發起“五區公投”運動。2010年5月16日，補選活動如期進行。香港特別行政區政府17日公佈的數字顯示，這次補選的投票人數有57.9萬人，公民黨和社民連兩黨勝出的5人，合共取得超過46萬票，得票率佔八成，兩黨請辭議員順利重返立法會。¹ 此次的“請辭—補選”事件被泛民主派的激進人士描述成“五區公投，全民起義”，其政治目的實為司馬昭之心。儘管此次鬧劇已告一段落，但其中不乏尚待從理論上解決的法學問題。本文主要論述以下問題，香港此次風波能否成為“公民投票”？地方性公民投票在香港地區能否適用？

二、公民投票的理論

(一) 公民投票的概念

最為直接且易於理解之定義，即所謂“公民投票”，是指由人民直接對“事”，而非對“人”，以投票方式表達是否接受的意見。² 然而，易於理解並不意味着絕對地精確。以“事”、“人”之不同來區分“選舉”與“公投”不一定完全符合實際運作，實際上很多“投票行為”均包含人、事的結合，出現選舉“議題化”或公投“人格化”的可能。³ 因此，把公民投票構建為一項建制下的常態制度更需要一個具備精準度、適法性、合憲性的定義。

作為本文探討之對象，公民投票係指在憲法秩序下的，由官方舉辦的，人民對法律案、議案或個別政策等具體議題，以投票表達其是否接受與否的意見。⁴ 這與英語中的referendum非常類似。公民投票之主體自然是限定在一國的公民範圍內，以持有國籍享有憲法保障的參政權為限。公民投票之標的，既包括法律、議案或個別政策議題。所有以法律案為形式對象的創制、複決，以及只針對個別政策議題為形式對象的所謂政策票決(policy vote)，都包括在本文所理解之公民投票的概念範圍內。⁵ 如前所述，所謂憲法秩序下之公民投票，自然也把憲政體制外之關於一國國家定位、國家前途、政體變更之投票排除在外，也即把公民投票作為一國憲法體制內的一項常態的制度看待。由官方舉辦者，亦即把公民投票限定在，公民對針對法律體系或政府管理中之意見表達，而與一般民間機構舉行之投票行為相區別。

(二) 公民投票的類型

現代公民投票作為實現直接民主的制度，各國的在其制度設計上均有不同。國內有學者把“公民投票”分為自決性公民投票與民主性公民投票，前者用以描述plebiscite，作為自決權的實現方式，即在不存在既定的法律意義上的領土疆界或領土歸屬為前提，實現的超越國家的，以締造新國家為目的的人民自決投票；後者用referendum來描述，指公民在實現獨立建國後，依照憲法和法律就特定公共政策議題而進行的投票。⁶ 這種類型的劃分有其理論意義，把國際上各種行為意義上的“公投”現象作法律上的分類，對於是從國際法抑或憲法的角度研究公投的對象與理論基礎的運用具有指引作用，本文欲將之加以細化，以歸納出憲法秩序下公民投票的要件。國外學者所作分類亦各有其角度，此處筆者擬摘幾種對本文有實際意

* 北京航空航天大學法學院碩士研究生

義的劃分予以介紹，並重點介紹以標的作為公投類型的劃分標準。

1. 依法理層次的分類⁷

(1) 人民投票。指以現地住民的投票決定領土歸屬或國家屬性在一定事項的制度。⁸

(2) 國民投票。指憲政體制內的一種正常制度，其投票的標的包括憲法、法律和政策，範圍通常以全國為單位，亦即全國性公民投票。

(3) 住民投票。住民投票係屬於地方自治團體直接民主制的實現。一般為憲法保障地方公共團體住民的權利，其投票主體僅為該地方團體住民，亦即地方性公民投票。

2. 依議題屬性的分類⁹

(1) 憲法的議題。國家針對新政權在制度安排和政治規則上的運作，需要公民投票賦予其需要的必要性。另外，推動一項既定規範的重大變革，如選舉制度的改革、中央與地方政府之權力重新劃分等，中央政府與執政者需訴諸公民投票以尋求選民的同意。

(2) 領土的議題。以領土問題作為公民投票的主要議題，乃始於1918年以後威爾遜(Woodrow Wilson)所提出的自決原則(principle of self-determination)。這類的公民投票在1945年以後殖民地、託管地等獨立的歷史事件上。近年來，伴隨著歐共體的成立，歐洲各國的權利轉移方面以及歐洲各國的分裂等問題，均訴諸公民投票決定或確認該國領土的位置或疆界和國家權力的讓渡問題。

(3) 道德的議題。這類議題往往跨越政黨界限，在社會中容易造成支持和反對陣營壁壘分明的現象。例如，禁止酒類售賣、離婚及墮胎議題。議題也易於引發社會上的廣泛的激烈的討論，許多國家會透過公民投票尋求解決之道。

(4) 其他議題。例如規定道路的靠左行駛或實行日光節約時間等，這類議題與道德議題的共同點是其非政治性。

3. 依發動主體的分類¹⁰

(1) 由政府主動發動的公民投票。當憲法或法律無相關規定，而由執政者主動對懸而未決或不能貿然推動的政策或法案，以此發難訴諸民意的支持，作為其施政的依據。

(2) 憲法規定的公民投票。由憲法明文規定的某些事項，最終需要以公投方式來決定是否採行的公民投票。

(3) 人民得以自主發動的公民投票。有些國家明文規定，人民可以依一定人數的連署，來申請對法律

或政策進行公民投票。

4. 依公投結果效力的分類

(1) 拘束性的公民投票。拘束性的公民投票係指，投票結果對立法機關具有拘束力。此拘束力係由憲法的明確規定的。

(2) 諮詢性的公民投票。諮詢性公民投票係指投票結果不具有法拘束力，僅為一種單純的民意表達的公民投票。

5. 公民投票類型化的構建

如前所述，“具有憲法規定”和“常態”的是本文所論之公民投票的前提。又，從上述分類來看，符合這兩個前提的公民投票可能之類型(此處難免有各種重疊之嫌)如下：①議題分類中的修憲議題或道德或其他議題(包括法律案、政府的政策票決等)；②包括法理層次下的國民投票和住民投票；③發動主體上為政府或公民連署發動；④公投的結果效力應為具有拘束性。

上述諸類型之確定乃根據中國可能之政治環境以及憲法秩序下所提出的公投若干要件。第①項之確定自無疑義，公民投票作為修憲的另一方式，係公民作為國家主權的擁有者所應包含之應有之義。雖然《中華人民共和國憲法》第62條把憲法的修改權交由全國人大執行，但這並不必然排除公民得為親自行使憲法的修憲權。第②項之標準其實質乃基於人民主權與地方自治之原理，全國公民自然可以對影響全國的公投案進行票決，地方住民基於地方自治直接參與自治事項內之公投。第③項標準，公投案可分為“創制”與“複決”，而各國對人民是否有權自行發動公投案的規定各有不同，瑞士與意大利等北歐國家的法律中均規定公民有權通過連署自行發動公投案，而部分國家則只允許公投由政府發動。筆者認為，人民參與政事之議程不能盡由官方掌控，通過連署等一系列創制公投的準備行為，不但能讓民眾關心的議題進入議會日程，激發人民運用此一制度¹¹，也能借此讓民眾對議題的認知度大幅上升，無可否認也是參與式民主重要的一環。第④項標準在於排除諮詢性公民投票，因為其實質是花費大量的財政支出以達成之公民投票，倘若不能使“以一人一票的票決形式以達致具最大正當性的民意產生法定拘束力”，而只能達成一項使執政黨可正視可無視之“政治壓力”，勢必造成民眾對參與政治的熱情消滅，這個尤其在一黨制的國家發生的可能性更大。

(三) 香港“五區公投”的性質

反觀香港的泛民主派發動的“五區公投”，跟上述法制化的公民投票制度可謂大相逕庭。首先，《中華人民共和國憲法》並無規定這一直接民主的制度，即使在地方層級(此處為高度自治的特別行政區)，地方自治團體(此處為香港政府以及立法會等)也未在地方立法中明確這一制度，民主激進派將其政治把戲套以“公投”之名，實質借“公投”的正當性嘩眾取寵，是其政治把戲所為。其次，即使持憲法或地方立法對公投制度的開放性態度來講，“五區公投”的發動甚至不能說是嚴格意義上的人民主動發動或是政府發動，因為其不存在“人民連署提出議案”這一過程，在程序上無法體現公投的程序化要求，與實體上也無法表現香港公民有將該項議題用票決以達成公意的意願(實際上投票結果以及投票前的調查也顯示，香港居民對這次鬧劇持冷淡甚至反對的態度)。第三，更為明顯的是，“五區公投”實質是泛民主派通過區議員的補選活動以促成“投票”程序的發生，而投票的“標的”(官方堅持是對議員的補選，而泛民主派卻在選舉宣傳中強調這次的補選體現了特別行政區居民對“普選”的意向)是將選舉議題化，而非對“事”而作成的公民投票，甚至在實質上可謂非嚴格意義上的“選舉”。¹² 第四，既然“五區公投”並非對“事”的公投，而僅為一場“補選”，其附屬“議題”是否可以理解為諮詢性公民投票？答案是否定的，雖然泛民主派發話此次的選票捆綁了對補選議員的信任，可謂一場“信任投票”所折射出的民意，自然對執政者產生了一定程度的政治壓力。但既非係對“事”之公投，即使其拋棄了某些發起的官方要素，也不能稱之為嚴格意義上的公民投票，當然不可能成為諮詢性公投。¹³ 綜上所述，“五區公投”只是泛民主派套以“公投”之名用以對特別行政區政府施壓的政治把戲。

三、地方性公民投票在中國的適用

按照公民投票的範圍來劃分，把公民投票分為全國性公民投票(又稱國政投票)和地方性公民投票(又稱住民投票)。在此再明確一下劃分兩者的標準。此處對“全國”與“地方”的劃分，乃基於公投的主體、實施範圍及議題範圍。地方性公民投票的主體僅限於團體自治的成員，公投的實施範圍自然隨公投主體的確定以及區域的劃分而確定，至於公投的標的範圍，下文再詳細分析。

地方性公民投票，又稱住民投票、地方公投，按照其公投的標的有廣義與狹義之分。廣義的地方性公民投票係指地方自治團體區域範圍內之地方住民，以直接投票的方式，針對地方權限範圍內、外的公共事務進行決定。狹義的地方性公民投票，是指地方自治團體區域範圍內的地方住民，以直接投票的方式，針對地方權限範圍內的公共事務進行決定。¹⁴ 本文討論範圍僅限於狹義的地方公投。

中國的“代表制”其實質是一種間接民主，公民投票作為一種直接民主制度在中國的憲法秩序下並非絕對地沒有生存空間，而且從各國經驗來看，似有其發展的必要性。而地方性公民投票，作為一種直接民主制的最為可行的方案，在沒有法律明文規定的中國是否可以實行？其法制結構又是如何？

(一) 地方性公民投票的理論基礎

地方性公民投票的理論也區別於全國性公民投票，本文從三個方面論述地方性公民投票的理論基礎。地方住民以投票行為達到公民意志實現地方公共事務的自我決定，可謂是直接民主制實現的理想狀況，以人民主權理論闡述之當無不可；地方住民通過直接投票行為參與立法事項以及公共決策，是實現住民參政權的手段之一；由於住民投票是地方層級的公民投票，投票的內容是地方事務，自然也牽涉到地方自治的理論。

1. 盧梭的人民主權理論

盧梭在法國大革命期間所提出的人民主權理論，以及西耶斯所提出的制憲權理論，皆為用以對抗當時君主主權而生。在理解盧梭的思想中，必須考慮到他所提到的公共意志(*general will*)。社會契約可以表述為“我們每個人都把自身以及所有的力量一起至於公意的最高指導之下，而且作為一個整體，我們把每個成員接納為全體不可分割的一部分。”¹⁵ 在考慮人民結合的權利讓渡過程中，盧梭認為人民可以把自身的權利讓渡給公意，公意代表了所有人的權利的集合並代表了所有人的利益，然而在構成公共意志的同時也接受了公共意志對其的義務要求。此時，“統治者與被統治者”的統一獲得了正當性與可能性。

盧梭同樣論述了人民主權的本質及其形成必須是直接的表達而非通過其中的某些人的代表：“主權是不能被轉的，基於同樣的原因，它也是不能被代表的；主權的本質就是公意，而意志是不能代表的。……因此人民議員就不是而且也不能使人民的代表，他們僅僅是人民的代理人，而且他們不能最終決定任何事

情。任何一條不是由人民親自批准的法律都是無效的，它根本就不是法律。英國人認為他們是自由的，這是一個嚴重的錯誤；他們只有在選舉國會議員的時候才是自由的，一旦國會議員選舉出來之後，他們就被奴役了，他們就甚麼都不是了。在自由的短瞬時間中，英國人對自由的使用方式，使他們註定要失去自由。”¹⁶

盧梭認為，就理想狀態來說，個人應該參與直接制定法律，通過這種法律管理其生活。他肯定了積極地參與的公民觀念：全體公民應該結合在一起，決定甚麼對於共同體來說是最好的，並且制定合適的法律。被統治者應該是統治者。自我管理的思想本身就是目的；為參與安排公共事務提供機會的政治秩序，不應該僅僅是國家的產物，而更應該是將國家事務與普通公民義務整合一體的一種社會構成方式。¹⁷

盧梭的人民主權理論論述了人民須達成公意，並應致力於使政府管理公共事務按照公意以謀求公共的最大利益。儘管整體而言，現代的民主體制的主流當然還是間接民主或稱代議民主(除了瑞士，其是直接民主制實現的典範)，但無疑直接民主在盧梭的筆下作為一種達成公意的直接表達，已經顯現出了極大的正當性。

但另一方面，盧梭的主權在民理論中所謂之“主權”乃不可分割的，儘管有學者認為地方並非不享有主權，而是與中央“分享”國家主權¹⁸，但這在解釋地方公投中始終存在一定的不合適性。本文從以下角度繼續分析，探求更為適合的地方公投理論。

2. 參政權的實現

19世紀末德國公法學家Gorg Jellinek將人民與國家的關係，區分為四種不同的關係，繼而產生四種不同的身份(地位)：第一是被動的身份，人民須服從國家的統治從而發生人民的義務；第二是消極的身份，人民享有不受國家干預的自由權利，從而產生基本權利的防禦作用；第三是積極的身份，即人民有權要求國家保障其基本權利的實現；第四是主動的身份，以現代國民主權的觀點而言，國家統治權行使的正當性既然來自於國民的統一與參與，自應保障具有公民身份的參政權。¹⁹ 在人民的四種身份中，主動的身份是保障消極的身份及積極的身份必不可少的，主動的身份同時也是保障人權的重要手段。

尤其在第二次世界大戰之後，參政權逐漸上升為一種基本權利，其本質——促進民主原則及保障國民主權逐漸得到重視。例如《世界人權宣言》第21條第一款即規定：人人有直接或通過自由選擇的代表參與

治理本國的權利。《公民權利和政治權利國際公約》第21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受不合理的限制：直接或通過自由選擇的代表參與公共事務。兩個公約不僅保障人民的選舉權，亦保障創制和複決兩種直接參與的投票權。

作為保障民主的權利，參政權的另一面向乃作為人民主權的行使，其要求國家形成制度，保障人民參與國家統治權的行使。但凡涉及人民參與國家統治權的渠道，不論是間接的表達自由(如言論、集會、結社等)，抑或直接的參與國家政治生活的制度(如選舉、公民投票)，皆係人民與國家間關係的主動身份的體現。此處應指出，基於國家權力來自於人民的讓與，參政權作為一項人民參與國家政治的運作手段，實乃人民的“權力”而非“權利”，人民實質影響國家運作(不論其途徑，但仍需受到如自由民主法治的憲法原則的限制)，是參政權的應有之義。

3. 地方自治理論

所謂地方自治，指的是以一定區域為基礎之團體，其居民獨立於國家意志之外，而以其本身之意思及責任，處理該團體事務之機制。²⁰ 一般而言，地方自治包含着兩個面向，即團體自治與住民自治，前者為承認在國家之內仍有某種程度獨立於國家意思之外的地域團體，團體具有對外自主性，不受國家或其他權利的侵害、干涉，而得以自行處理自身事務，在性質上屬於“法律意義的自治”；後者為自治團體必須以民主的方式組織團體並加以營運、管理，以免團體自治失去其意義，此為“政治意義的自治”。²¹

地方自治的兩個面向，其實質乃是中央分權與住民自治。團體自治與法律上的意義，並非是在單一制的國家內另建一個擁有“主權”的團體，其最終目的是劃分出中央與地方之間在事務上的劃分，要求憲法或者法律予以明確。住民自治的目的是要求自治團體內部的成員，在地小民寡的便利條件下，以民主的方式達到成員間的合意，以使地方團體的利益得到保障。

地方自治的本質即為人民主權。²² 人民主權說從人權入手，認為無論是國家還是地方的存在都是以保障人權為終極目標，從人權保障的觀點來看，地方所處理的均為與人民切近相關的實務，又因為組織上與居民最為接近，因此在人權保障上越是狹域的地方自治團體重要性越突出。按照人民主權說的理解，在住民自治的層次，居民參與甚至直接民主制度的導入也是理所當然；在團體自治的層次，地方自治權在人權保障上不能或缺，地方能自行處理的事務應由地方人民自行處理，中央不得任意干涉，亦即在權限分配上

採“地方優先”的原則。²³ 中國於憲法第2條第1款明示其“人民主權”的價值取向，也正好符合了住民自治的目的。住民自治的作用實質上體現了作為與中央“分享”人民主權的地方權力運行的目標，同時也是地方住民作為一國公民參政權的制度保障。而住民投票作為住民參與地方事務的直接手段，事實上也作為在中央與地方分權之下住民自治目標的實現。

（二）地方性公民投票的範圍與界限

既然地方享有中央授予的自治權，則其界限自然仍須從憲法和法律文本來分析。中國的行政區劃劃分：全國分為省、自治區、直轄市、特別行政區；自治州、縣、自治縣、市；鄉、民族鄉、鎮。本文僅從省、自治區、直轄市、特別行政區與中央間的權限劃分分析，下一級的行政區劃與中央的權限劃分類推之。又從中國的法律體系來看，地方公投議案的主要形式體現在地方立法案、地方行政政策的議案。²⁴

1. 地方公投的議案範圍

按照憲法第100條的規定，省、直轄市的人大及其常委會，在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，可以制定地方性法規。《立法法》第四章第1節即將地方性法規、自治條例和單行條例的事項做了具體化規定。《立法法》第64條規定了地方性法規規定的事項為：（1）執行法律、行政法規的規定；（2）屬於地方性事務需要制定地方性法規的事項。第73條則規定了省、自治區、直轄市和較大的市的人民政府可以制定地方政府規章，其事項為：（1）執行法律、行政法規、地方性法規的規章；（2）屬於本行政區域的具體行政管理事項。

由此可見，中國地方公投的地方立法案從性質上看可以分為兩大類：一是執行中央法律、行政法規的實施細則的法案；二是與地方性事務的法案。從地方自治的角度來看，前者是中央委辦事項，後者是地方自治事項。²⁵ 兩者均屬地方立法權的內容，卻在本質上存在重要的區別。所謂委辦事項是指，本質上不屬於該地方團體的事務，經由立法者決定而劃歸地方自治團體本身，地方議會的依據地方制度有關的法律，而享有一定的參與決定權。²⁶ 就自治事項而言，基於主權在民原理地方有完全的法律制定權，僅受中央的合法性審查，只要不違反憲法、法律即可。但就委辦事項而言，是受中央或上級自治團體委託，不僅要受到合法性的監督還要受到合目的性的監督，以保證中央或上級自治團體的立法目的有效實現。

就中國的情況來看，自治事項只能從地方人大及

其常委會以及地方政府的職權中探求。²⁷ 將中國地方立法權細分之，則有①地方專屬立法權的具體內容，全國人大通過《地方各級人大和地方各級人民政府組織法》給予了明確的列舉，如第8條第2-6、8-15項，第9條第4-13項，第42條第2-12、14項，第59條第1-3、5-9項，第61條第1-6項；②立法權由中央專屬，但不妨礙授權地方享有部分立法權，則如《地方各級人大和地方各級人民政府組織法》第8條1-7項，第9條第1項、第44條第1、13項，第59條第1、10項，第61條第1、7項；③立法權由地方專屬，但中央可以只作原則性立法或框架性立法，至於細節部分，則容許地方自治團體進行某些程度的補充立法，如《地方各級人大和地方各級人民政府組織法》第9條第3項，第59條第4項。④地方立法填補中央立法空白的地方立法，具體規定在《立法法》第64條第2款，即除中央專屬的立法事項外（《立法法》第8條），其他事項國家尚未制定法律或者行政法規的，地方根據具體情況和實際需要，可以現制定地方性法規。在國家制定的法律或者行政法規生效後，地方性法規同法律或者行政法規相抵觸的規定無效，制定機關應當及時予以修改或者廢止。亦即當中央立法空白被中央立法所填補時，則需進合法性的審查，再判斷其是否有效。

另外，地方政府實質上即是本級人大的執行機關，又是上級行政機關的下屬機關，就上級機關所委辦的事項，地方居民自然不能以公投行為干預之；就地方政府為本級人大決議所為之行政行為，本文認為地方住民能以公投的形式決定之。

2. 地方公投的界限

地方公投雖是地方住民表達其意志最為直接的方式，但在單一制下由於中央立法機構高密度的立法與地方公投議案的複雜性存在先天的緊張關係，以及公投制度於現代社會存在一定的局限性，地方公投在其運行過程中必須有其界限。正如本文無法一一羅列紛繁複雜的地方事項一樣，筆者也只能對公投的界限就實定法的架構下提供一定原則予以劃分。

（1）不逾越地方權限原則

地方公投作為地方住民實現基層民主的實現，乃基於地方住民與地方事務利益最為貼近，並且對地方事務最為瞭解之原理。但中央與地方之間的公投界限必須以不能逾越地方權限為準。地方公投的對於立法的適用，自然不能與上位法抵觸。然而如果對“不抵觸”的界定過於嚴格，必定導致地方立法權過於局限，地方住民的利益容易因此受到中央以及地方國家機關的侵害。到底在甚麼範圍內不構成對中央權限的

抵觸，在此必須考慮保持全國的同一性與地方的自主性、積極性兩個層面。有學者認為應該參考日本的做法，筆者認為值得借鑒。日本將地方立法與中央立法之間的關係分為違反和不違反兩種，本文認為地方公投須不違反中央立法，具體應該遵循以下準則：第一，恪守地方專屬立法事項。第二至於中央立法的空白事項，按照《立法法》第64條第3款的規定，當中央已就空白事項立法並且與地方先行立法有所衝突，地方立法機關應當及時予以修改或者廢止。第三，對於中央專屬事項中的空白事項，須獲得特別法令的委任立法。第四，地方立法雖與中央立法具有相同的規範目的，但地方立法對中央立法規範範圍外的事項加以規定時，並不違反中央立法。例如法律與地方立法雖然均基於預防狂犬病的目的而規定，但一方就家狗為規定，另一方就野狗為規定，不生抵觸的問題。第五，地方立法雖與中央立法規範的事項一致，但地方可因不同目的立法。例如法律基於預防狂犬病的目的而制定野狗的處置與地方立法基於公共衛生的目的而規定處置野狗者，規範對象雖為同一，但不發生抵觸的問題。²⁸

(2) 補充性原則

公民投票的功能主要是補充代議民主的不足，而不是取代代議民主的地位(對於中國而言也是不可能的)。地方公投作為一項“常態性”的公投制度，並不是說政府動輒就把議案丟給民眾票決，而是得在某特定議案或法律案涉及地方重大利益，或者當地方人大制度失靈時方能發動之，否則公投將弱化甚至取代人大制度。

(3) 技術或專業決定原則

當一項議題或者法律案需要一定的專業知識時，這些議題就不宜將其交給民眾予以票決。因為某些議題，如核電站的興建、藥物管制的具體施行、鐵路的通車等都舉要專業、科學上的判斷，而非一般民眾可以判斷其準確效益。故當某項議題涉及較高的專業知識時，一般是不宜交付公投表決的。但如當年廈門PX項目一樣，即使某一政策的制定具備一定的專業知識，也無法忽視其對地方民眾將造成可以預見的負面影響可能。故本文認為，技術或專業決定原則，僅能成為公投的一環，其解決手段並非完全交由政府負責，而是政府有責任視其實際的利益影響範圍而慎重決定是否交由公民投票達成協議。

(4) 自利防堵原則

當其可以自行對具體的事進行票決時，選民往往較易受其自利心態的影響，而導致作出不理性的結

果，其最典型的例子就是體現在預算案、租稅法案等涉及財政的決定。因此一般認為，公投的標的應排除這些跟財政有關的議題。

(5) 少數人權益尊重原則

公民投票其正當性正是來源於以多數決機制的決定效果。然而當代民主的另一目標是在多數決的基礎上如何保護少數人的利益，以防止“多數人的暴政”。皆因地方公投係屬地方住民對地方公共利益的決定，其制度的設定原理係以“地方上各該最直接的利害關係人的意見予以最大尊重”為基礎。²⁹ 因此同理，不能以事不關己的多數人來決定少數人切身利益的事項。少數人權益尊重原則具體體現在不能公投範圍內以少數人的權益作為公投的標的，比如在房屋拆遷中就不能以公民投票來決定“釘子戶”的去留。

(三) 香港特別行政區地方性公民投票的憲法容許性

香港與澳門兩個特別行政區有其特殊的法律背景。1997年、1999年香港與澳門正式回歸中國，於法律上表現為《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》分別在香港特別行政區、澳門特別行政區正式生效，且兩部基本法中均賦予兩特別行政區“高度自治權”，這表明香港與澳門兩個行政區享有的地方權限比普遍意義上的地方自治權限要大。特別行政區另一方面，根據憲法規定，中國大陸地區的法律效力並不及於港澳地區(兩部基本法附件三中所規定的部分法律除外)，港澳地區僅在憲法、各自的基本法以及特別行政區內部的特有法律制度規範下。

1. 特別行政區地方公投的容許性

憲法中對特別行政區的政治體制並無條文明確予以規定，只有第31條將特別行政區內實行的制度立法交予全國人民代表大會。兩部基本法是全國人大在憲法的授權下所通過的法律，是特別行政區內的憲法性法律。

不像與省、直轄市、自治區一般，憲法對特別行政區有預為代議民主的價值決定，而是給予其彈性極大的立法空間，以適應特別行政區內部的民主運作。憲法對於特別行政區內是採用代議民主抑或直接民主，並無提出任何保留的事項，而是將其交由決策者(即全國人大)做政策抉擇。決策者可以決定特別行政區內的政治體制是僅限於間接民主的代議制，抑或兼採直接民主。

那麼，按照基本法的規定，是否必然排除直接民主的適用？通覽基本法全文，仍然未能找到其排斥直

接民主之條文規定。反而《香港特別行政區基本法》第4條更規定，香港特別行政區依法保障其居民和其他人的權利和自由。那麼，“權利”和“自由”包括哪些內容？基本法中雖然對兩者皆採取了列舉的方式（第26-38條），第39條更規定了對國際人權公約的適用，從上文關於地方公投的理論部分可見，公民投票實屬政治權利公約所保障之人民參政權的實現方式。

因此，根據《香港特別行政區基本法》的規定，筆者認為其不僅不排斥直接民主制，反而從其對普選行政長官、立法會議員目標的明文規定³⁰以及對參政權的明文承認看來，基本法的價值取向實以爭取達成最大化的民主³¹，並且其手段將是公民的參政權的實現。由此處看來，公民投票這一直接民主制當然也能成為達成這一目標的工具選項之一。

2. 香港特別行政區地方性公民投票的適用界限

既然於特別行政區內公民投票的建制有其法律依據，那麼特別行政區內的公投其使用的界限如何？其問題的實質依然是縱向的中央與香港權限劃分的問題。

憲法就中央與香港特別行政區的權限劃分，悉數體現在《香港特別行政區基本法》中全國人大對特別行政區的授權範圍而定，而剩餘權自然歸中央所有。³²全國人大在制定基本法時將中央專屬事項清楚羅列在第二章“中央和香港特別行政區的關係”中，這些權力完全由中央直接行使。第二章清楚列明了在香港特別行政區中中央的權力為外交事務（第13條）、特別行政區防務（第14條第1款）、特別行政區主要官員的任命（第15條）、決定宣佈戰爭狀態和進入緊急狀態（第18條第4款），以及在基本法附件三中的所規定的關於國都、紀年、國歌、國旗、國慶日、國徽、領海、國籍、外交特權與豁免。另外，基本法還規定了其附件三中可於未來添加適用的大陸地區的法律，對於這些中央專屬事項，香港特別行政區當然無權進行與之相抵觸的立法。

另外，中央授予香港特別行政區“高度自治權”，此類權力雖然並非全部屬於特別行政區，但特別行政區在行使上卻有着高度的自主權。細分之有如下幾類：①權力歸中央，但中央將其授予特別行政區行使，如中央授權特別行政區以法定的名義、方式自主處理對外經貿關係，中央對此僅實施監督；②權力歸由特別行政區專享，中央僅發揮監督作用，如特別行政區立法權，中央只用備案的方式起形式上的監督作用；③權力完全歸特別行政區行使，如司法權和終審權，管理金融貿易的權力等。這些權力均在基本法

中得到充分體現，此處不再一一羅列。

香港特別行政區的自治權主要體現在其立法權上。特別行政區享有的立法權是中央授予的，因而授權機關即有監督立法權行使的權力。儘管《香港特別行政區基本法》第17條第2款規定了特別行政區立法會制定的法律，必須上報全國人大常委會備案。而此處備案的含義是指將制定的法律聯同有關立法的資料報送全國人大使其知曉並登記在冊，並不包含要全國人大批准的意思，這在其緊接着的條文“備案不影響該法律的生效”中得到體現。但是，從第17條第3款來看，全國人大常委對香港立法中涉及中央管理的事務及中央和香港特別行政區關係的條款，可以發回但不作修改，經人大常委發回的法律立即失效。可見，除了上述中央專屬立法權的限制外，特別行政區立法權的另一個限制則係關於中央管理的事務及中央和香港特別行政區關係的事項。至於如何理解“中央管理的事務”和“中央和香港特別行政區”呢？基本法並沒有將其明示。筆者認為，“中央管理的事務”一方面體現在上文中中央專屬的立法權限，其法律效力波及全國範圍；至於“中央和香港特別行政區的關係”，本文傾向於結合基本法的前言部分予以理解，即有關於“維護國家的統一和領土完整”、“保持香港的繁榮和穩定”、“按照‘一個國家，兩種制度’的方針”（《香港特別行政區基本法》前言），其中又以“維護國家的統一和領土完整”為首要目的。

綜上，香港公投適用的可能性應限制在其自治範圍內，具體言之為上述香港被授予的權力所產生的法案，以及特別行政區政府所施行的、其利益範圍僅限於香港特別行政區的重大決策案。而香港地區內實施公投的界限與普遍的地方有其不同之處，從法律文本上看，即不涉及中央管理的事務以及中央和特別行政區的關係。當然，上述普遍意義上地方公投中的補充性原則、技術或專業決定原則、自利防堵原則、少數人權益尊重原則，也應適用於香港公投制度。

四、結論

儘管代議制仍被近現代民主國家所採納，但無可否認的是世界各國逐漸傾向於將公民投票制度作為代議制的補充形式，並且公民投票制度呈普遍化、法制化的趨勢。間接民主制以及直接民主制之間先天存在的緊張關係，始終是一國對後者採納與否的疑惑所在。香港“五區補選”事件恰好為我們提供了一個重

新認識公民投票制度的契機。

本文認為，從憲法文本上看，中國並不排斥公民投票的適用。從憲法第2條，憲法雖對國家政治體制有以人民代表大會制度形式國家權力的設定，但對其他可以實現人民民主的方式實採開放的態度。直接投票作為參政權的手段之一，體現了參政權乃作為人民主權的行使，要求國家形成制度，保障公民參與國家統治權的行使。

一般認為，公民投票更適用於小國寡民的地區。本文試圖尋找支撐中國地方公投的理論，得出不論從人民主權、參政權的實現以及地方自治層面，均能找出其適用的依據。然而，地方公投除了涉及人民主權等民主理論之外，實際層面的難題則體現在中央與地方之間的權限劃分上。作為一個多元化的單一制國家，中央集權是中國的主要特徵，但這並不代表地方完全不享有得以自行決定之權限。

香港特別行政區其地位的獨特，決定了其享有的自治權比普遍意義上的地方更為寬廣。本文認為，《香港特別行政區基本法》第4條既然保護香港居民及其他人的參政權，那麼，除了基本法所明示之中央專屬以及涉及中央與地方關係的事項外，均得以公投決定之，但也必須遵循普遍地方上的若干界限原則。至於泛民主派的“五區公投”，本文認為其只能算是一出政治鬧劇，而並非嚴格意義上的地方公投。

任何一種法律制度的產生均需經過嚴格且漫長的論證。由於中國政治環境的特殊性，公民投票適用的道路依然漫長。最後筆者必須明確的一點是，公民投票只能作為代議民主的補強，或者更為弱化其地位為當人大制度失靈時方能適用的一種補充制度。但不管其地位如何，也不管其功能是否在中國得到充分體現，其前提也是將其蘊含的民主價值實踐化，將其透過實定法作出確立和完善的程序設計。

註釋：

- ¹ 《受建制派杯葛 港“五區補選”不足二成選民投票》，載於聯合早報網：<http://www.zaobao.com/special/china/hk/pages2/hk100517.shtml>，2010年6月27日。
- ² 陳隆志編：《公民投票與台灣前途》，台北：前衛出版社，1994年，第3頁。
- ³ 法國1802年公投的議題為“波那巴·拿破崙是否將為終身執政？”即為一例。見陳淳文：《法國公民投票制度簡述》，載於《憲政時代》，第21卷，第4期，1996年。
- ⁴ 陳淳文教授認為，公民投票制度可定義為：在已建構的法秩序中，有政治權人(公民)依法對自己，或者使對其他機關所提出的法案或議題，進行投票表決的制度。筆者認為以構建制度的角度來說此定義有參考意義。見陳淳文：《法國公民投票制度簡述》，載於《憲政時代》，第21卷，第4期，1996年。
- ⁵ 許宗力：《憲法與公民投票——公投的合憲性分析與公投法的建制》，載於註2，第95頁。
- ⁶ 王英津：《公民投票類型研究的局限及解決思路》，載於《理論探討》，第3期(總第142期)，2008年。
- ⁷ 李明峻：《國際法上的公民投票問題》，載於註2，第60-66頁。
- ⁸ 二次大戰後，交戰國間歸屬不明的領土和託管領土等，均在相關各國和聯合國託管理事會的監督下，以人民投票或設立自治政府方式獨立或確立國家歸屬。
- ⁹ [美]David Butler、Austin Ranney 編著，吳宜容譯：《公民投票的實踐與理論》，台北：韋伯文化事業出版社，2002年，第3-4頁。
- ¹⁰ 同註7。
- ¹¹ 學者通過比較各國投票類型證明，一旦人民擁有發動公民投票之主動權時，人民運用此一制度的意願遠比其他中央權威發動公民投票的意願為高。見李俊增：《論公民投票之類型及對代議民主政體之影響》，載於《憲政時代》，第22卷，第4期，1997年。
- ¹² 同註6。
- ¹³ 儘管於5月16日舉行的五區補選投票顯示，參與補選的選民僅為二成多，民意的冷淡可謂替執政者的“挽救”。
- ¹⁴ 陳俊榮：《論地方性公民投票法制問題》，台灣大學社會科學院政治學系2008年碩士學位論文，台北：台灣大學，第22頁。

- 15 [法]盧梭著，何兆武譯：《社會契約論》，北京：商務印書館，1980年，第39頁
- 16 同上註，第237頁
- 17 [英]戴維·赫爾德著，燕繼榮等譯：《民主的模式》，北京：中央編譯出版社，1998年，第55-56頁
- 18 張千帆：《主權與分權——中央與地方關係的基本理論》，載於《中研院法學期刊》，第3期，2008年。
- 19 吳志光：《公民投票與權力分立原則——由公民投票的事項限制談起》，載於《憲政時代》，第30卷，第4期，2005年。
- 20 蔡茂寅：《地方自治之理論與地方制度法》，台北：學林文化事業有限公司，2003年，第14頁。
- 21 同上註，第16頁。
- 22 關於地方自治的本質，向來有固有權說、承認說、制度保障說、人民主權說等理論主張，筆者在此採人民主權說。其原因有二：①人民主權與地方住民自行管理地方事務在其本質上實屬無二；②人民主權更為符合《中華人民共和國憲法》第2條的精神。
- 23 同註20，第31頁
- 24 至於道德議題，本文認為就中國的實際情況來看，“道德”涉及五千年的中國傳統文化，不宜以地方公投來決定這一關乎中華民族的核心內容。
- 25 雖然通說認為，因為中國並不存在公法人制度這一前提，因此中國並普遍意義上的地方自治。但是，筆者認為此處可以借地方自治中的某類劃分，以更好地描述不同類型地方事項的本質。
- 26 同註20，第14頁。
- 27 《中華人民共和國憲法》第107條規定，縣級以上地方各級人民政府依照法律規定的權限，管理本行政區域內的經濟、教育、科學、文化、衛生、體育事項、城鄉建設事業和財政、民政、公安、民族事務、司法行政、檢察、計劃生育等行政工作，發佈決定和命令，任免、培訓、考核和獎懲行政工作人員。
- 28 王鐸：《論地方立法權》，載於王鐸：《公法釋義學與比較方法》，北京：光明日報出版社，2010年，第16頁。
- 29 同註5。
- 30 《香港特別行政區基本法》第45條第2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2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二規定，最終達至全部議員由普選產生的目標。
- 31 而作為“五區公投”風波所繫之核心，也即香港政治制度改革方案，由於中央積極磋商與讓步日前正式獲得立法會的通過，這更表明了基本法中的普選目標並非一紙空文。《政治制度出現重大突破 港立法會通過選特首議案》，載於聯合早報網：<http://www.zaobao.com/special/china/hk/pages2/hk100625.shtml>，2010年6月25日。
- 32 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，第173頁。