

2001年12月17日
討論事項

加強問責制度：律政司司長職位

政府打算推行主要官員(包括律政司司長)的新任命制度。這些官員的聘用條款(包括薪酬和服務條件)，將會有別於公務員。主要官員的權利和義務將於聘用合約中清楚列明，他們的任期不會超過提名他們的行政長官。

2. 有人質疑把律政司司長一職納入這些建議內是否恰當。香港大律師公會(大律師公會)建議：如果建議包括律政司司長一職，則司長的法律職責應該交由另一位法律專員履行。

3. 本文件旨在說明—

- (1) 建議的安排沒有對從公務員體系以外招聘的律政司司長的職位作出實質改變；
- (2) 建議的安排與其他多個普通法司法管轄區內相若職位的安排一致；
- (3) 律政司司長制訂並執行與法律制度和法律服務有關的政策，並就制訂和執行的政策負上政治責任是恰當的；
- (4) 就司長某些職能(尤其是作出檢控決定的職能)來說，律政司司長必須根據憲法獨立行事，而建議的安排不會在法律或實際上改變這些職能。

I. 背景

律政司司長的角色

4. 大律師公會曾經在有關這個問題的文件中，概述了律政司司長的職能。這些職能如下—

"11. 律政司司長是政府的首要法律顧問。她負責制訂與司法和法律服務有關的政策，並擔任多項其他職能，包括出任行政會議議員、法律改革委員會主席、司法人員推薦委員會成員。

12. 在另一職責範圍內，所有刑事檢控都是以律政司司長名義提出的。她需就所有檢控決定負上最終責任。所有提出檢控的決定，至少在原則上是由律政司司長作出的。她可以發出中止檢控書，中止可公訴罪行的審訊，也可以赦免或豁免起訴證人。她決定在哪級法院進行刑事審訊，而某些罪行更須取得她的同意才能提出起訴。司長在決定提出刑事檢控時不應該受政治因素干預，這顯然是重要的。

....

15. 根據現行制度，律政司司長也是公眾利益的守護者。在傳統的普通法制度中，總檢察長以君主和政府監護代表的身分代表官方的利益。這方面的司法管轄權最初應用於妨擾公眾行為、慈善和公眾信託的範疇。律政司司長作為公眾利益的守護者，可以制止妨擾公眾的行為和阻止公共機構濫權。原告人如果因沒有必要的利害關係而不能以自己的名義提出訴訟，則須取得總檢察長的同意—這就是促訟人訴訟。法院曾經裁定：公民只可以透過作為公眾利益守護者的總檢察長執行公眾權利，而總檢察長的同意是不可以規避的：Gouriet 訴 Union of Post Office Works [1978] AC 435。在這些情況下，有關的事宜對政府來說通常會是重大的事情(例如在 Gregory 訴 Camden London

Borough Council [1966] 1 WLR 899 一案中，沒有受到規劃許可直接影響的人質疑有關的規劃許可，又如在 *Gouriet 訴 Union of Post Office Workers [1978] AC 435* 一案中所涉及的工業行動)。最符合公眾利益的，往往未必對政府利益來說是最好的。總檢察長以公眾利益的守護者身分行使權力時，必須獨立行事，不偏不倚，在有需要時也得有違政府政策甚或政府利益。”

5. 律政司司長在履行制訂政策和類似司法職能時，就如同許多普通法國家的總檢察長或司法部長一職。

服務條件

6. 目前擔任律政司司長一職者是按公務員的服務條件聘用。

7. 假如律政司司長是從公務員體系之外招聘的話，便會以固定任期合約形式聘用。標準的公務員合約規定，任何一方可給予對方三個月的通知或以一個月的薪金代替通知，便可終止合約。

8. 倘若律政司司長一職是由公務員擔任，而該員已按常額及可享退休金條款受聘，則可繼續按原有條件聘用。

建議的新安排

9. 有關律政司司長一職，加強問責性的建議安排實施後，所有擔任這職位者(不論是內部委任或從外招聘)日後將以固定任期合約形式聘用，其任期不能超逾作出委任的行政長官。這安排與目前從公務員體系以外聘任此職者的安排無異。但是經由內部委任擔當這職位者則不能再以常額及可享退休金條款受聘。值得注意的一點，是回歸前委任的三位律政司中，兩人是以合約形式聘任，另一人是以常額及可享退休金條款受聘。

10. 須進一步強調的，是律政司司長一職的其他方面維持不變。

- (1) 有關律政司司長、行政長官、特區政府及立法會之間關係的憲法安排維持不變，因為《基本法》第四十三、四十八條第四款、六十及六十四條已有明確規定。
- (2) 《基本法》第四十八條第五款訂明了律政司司長的任命和免除職務的方式，這方面不會有變。
- (3) 律政司司長繼續就法治及提供法律服務等事宜，負責制訂並解釋政策；為這些政策辯護；游說並取得立法會及公眾對政策的支持；出席立法會會議，回答質詢；提交條例草案，以及參與動議辯論。
- (4) 律政司司長繼續擔任行政會議成員。
- (5) 按《基本法》第六十及九十九條的規定，律政司司長仍需就所負責的政策得失向香港特別行政區政府及政府首長行政長官負責。
- (6) 檢控工作方面，律政司司長(作為律政司的首長)會繼續按《基本法》第六十三條訂明的憲法規定行事，即“主管刑事檢察工作，不受任何干涉”。
- (7) 至於律政司司長以維護公眾利益為依歸的其他工作範圍，有關的要求維持不變。
- (8) 身為行政長官的法律顧問，律政司司長繼續履行職務，提供不偏不倚的可靠法律意見。

II. 其他普通法司法管轄區的情況

11. 律政司曾對澳大利亞、加拿大、馬來西亞、新西蘭、新加坡、英國及美國等七處普通法司法管轄區的情況進行研究。各司法管轄區總檢察長職位的主要特點，闡述於本文件的附件。簡而言之 -

- (1) 除新加坡外，大部分總檢察長或司法部長都不享有職位保障。新加坡的總檢察長享有相當於法官的職位保障；
- (2) 擔任這職者一般身兼兩重身分：一方面是執政黨在政府內的成員，另一方面是獨立的律政人員，掌管檢控事務，並按公眾利益作出法律決定；
- (3) 少數司法管轄區另設立辦公室，享有一定程度的檢控自主權，例如 -
 - (a) 澳大利亞的聯邦檢察長行使檢控權，不受總檢察長干預，後者雖然可向他發出有關政策事宜的公開指引；
 - (b) 在新西蘭，檢控職能實際上由副總檢察長負責，而憲法上是該由總檢察長負責的。
- (4) 擔任這職者一般是內閣閣員(例如新西蘭)，其他則無閣員身分(例如英格蘭及威爾斯)。

缺乏職位保障

12. 普通法司法管轄區內的總檢察長或司法部長一般是由政府元首委任，直至被元首免任。例如，英國的總檢察長(戈德史密斯勳爵)及美國的司法部長(阿什克羅夫特)分別由首相及總統委任，並可隨時被免任。由於擔任這職者須負責制定重要的政府政策，國家元首的信任十分重要，因此也該有權予以免任。

雙重身分

13. 其他普通法司法管轄區的總檢察長或司法部長通常會身兼雙重身分：一方面是執政黨在政府內的成員，另一方面是獨立的律政人員，掌管檢控事務，並按公眾利益作法律決定。

(i) 英格蘭和威爾斯

14. 英格蘭現任總檢察長曾經形容他的身分“既是律師，又是政治家，也是公眾利益的守護者”。根據《每日電訊報》於2001年11月20日刊載的一則訪問 -

“戈德史密斯勳爵說他覺得律政人員不難具備所需的雙重性格：決定是否檢控（特別是藐視法庭案件）時須獨立於政府，同時又以政府內閣律師身分向各部大臣提供法律意見。”

以下轉載自2001年11月20日《時代雜誌》的一則訪問。

“他說：‘我部分的職務與其他大臣相似。我要對部門負責也須處理預算案事宜 - 當考慮到公眾利益時，我要保證符合經濟效益和確保政府依據政策行事。’

該政策把刑事法律體系改革放在議程首位。戈德史密斯勳爵連同大法官和內政大臣，一起實施 Auld 報告。

然而，身為政治家，負責政府檢控工作只是職務之一，他是政府的首要法律顧問，可向政府提供意見外，也可向外界尋求意見。

然而，最難擔任的就是公眾利益的‘守護者’，向國會而不是向政府負責。‘聽起來似乎有少許誇大，但其實反映出提出檢控的決定 - John Prescott, Jeffrey Archer - 是不受短暫政治狀況所左右的。市民對這個制度是否有信心，取決於當局有否按照案件的是非曲直和廣大市民的利益來作出這些決定。’

這些決定不是以大臣名義而是以類似司法人員的身分作出的，並且可能會帶來相當嚴重的後果：1924年時的總檢察長因被指未有做到這一點而引致首屆工黨政府下台。”

(ii) 加拿大

15. Ian Scott 在《英聯邦法律期刊》第 13 卷第 1 號 252 第 254 至 257 頁“總檢察長的身分和《加拿大人權憲章》”一文內描述了加拿大安大略省總檢察長的多重身分。作者注意到加拿大聯邦法例和加拿大大部分省份都有相若條文。

16. 總理和內閣沒有權力指令是否檢控某一案件或處理某一上訴，這些決定由總檢察長個人作出。總檢察長就這些案件作出決定時，必須獨立行事，像法官執行職責一樣。加拿大前任總檢察長 Ron Basford 曾經指出：“作出決定時必須摒除所有狹隘歧見，也不可以考慮有關決定在政治上對本人或其他人的影響。就這樣敏感的問題作出決定時，總檢察長有權向其他人索取資料和尋求意見，但他的同僚或議會本身就不得對他作出任何指示。”

17. 《人權憲章》實施後，總檢察長就立法事宜向政府提供意見的工作大幅增加。實際上，差不多每日都出現關於現行法規或建議法例是否合乎《人權憲章》規定的問題。總檢察長就合憲問題提供意見時，首要考慮的是要確保政府的作為符合法律規定，即符合加拿大的至高法律。總檢察長就憲法提供意見時必須保持獨立和客觀，如同處理檢控政策問題一般。

18. 然而，總檢察長的檢控人員身分與就法例提供憲法方面意見的顧問身分，兩者間有明顯的分別。在檢控政策方面，總檢察長享有獨有的決定權力；而在立法政策方面，則扮演顧問的角色。政府是否推行某項法例須由整個內閣而非單由總檢察長一人決定。凡與法律和社會政策有密切關係的案件，諸如涉及《人權憲章》的案件，總檢察長必須審慎提供意見，把法律意見及政策取向區分開來。

(iii) 新西蘭

19. 新西蘭總檢察長在政府擔任兩個角色，第一個是政府部長，在政府法律部門、嚴重欺詐部門和議會律師部門都負有部長職務。傳統上，新

西蘭的總檢察長肩負與其職務沒有關連的政策部長職務。總檢察長第二個身分是政府的高級律政人員，主要負責政府的施行法律工作，與副總檢察長共同執行第二項職能。副總檢察長是一名資歷較淺的律政人員。總檢察長身分特殊，結合獨立職責與政黨事務，就是另外與其他部長大臣有關的工作。

(iv) 美國

20. 美國司法部長是總統內閣成員，掌管司法部，隸屬美國一個行政部門並負責作出檢控決定。維珍尼亞大學的 Daniel J. Meador 教授對美國司法部長的職務有以下描述 -

“雖然每個行政部門首長的工作都非常繁重，但是司法部長的職責獨特，除了要處理大量的行政工作外，還須履行律師的職責。沒有內閣成員可以擔任這個肩負律師專業責任的雙重身分角色，即擔任法院人員、律師，以及當事人代表的身分。”

檢控機關

21. 檢控決定是由政治任命的人員抑或由獨立於該人員的機構作出，普通法國家各有不同安排。

22. 在美國，聯邦案件的檢控決定由司法部長掌管的司法部作出，但不時要為檢控高層政府官員而作出特別安排。

23. 加拿大的總檢察長也負有作出檢控決定的責任(見上文第 16 段)。

24. 在英格蘭及威爾斯，總檢察長在刑事訴訟中所擔當角色在憲制上的地位尤為重要。總檢察長或副總檢察長負責在重要刑事訴訟案中提出檢控，而按慣例，涉及叛國或重要憲制問題的案件都是由總檢察長掌管檢控工作。他可以選擇循公訴程序進行審訊的地點，可以提出中止檢控以中止可公訴罪行的審訊：這是說他可讓某人免受起訴，藉以換取情報。

有些刑事訴訟如涉及違反《官方機密法令》的訴訟等，必須先取得總檢察長批准才可進行起訴。此外，總檢察長可以提起刑事法律程序，指示檢察長接管私人檢控，或對不能提出中止檢控或不宜循正式程序提出中止檢控的案件不提出證據。總檢察長履行這些職能時，有責任按常規行使獨立酌情權，而不是遵照政府同僚的指令行事，但對有政治含意的案件，他可以(有時更應該)徵求同僚的意見。

25. 總檢察長會委任和“監督”檢察長，並對檢察長的作為負上政治責任；而檢察長履行職務時必須向總檢察長負責。檢察長會指示律師就由其他部門轉介予檢察長的、情節嚴重的或重大的案件進行檢控，這類案件包括只有他才有權提出檢控的，或必須先取得他批准才可進行訴訟的案件。此外，檢察長可以接管私人提起的檢控。

26. 在澳大利亞，聯邦檢察長實際上可以自行作出檢控決定，而不受總檢察長干預。不過，總檢察長可以就政策事宜向檢察長發出公開指引。

27. 在新西蘭，副總檢察長實際上履行憲法授予總檢察長的檢控職能。

內閣成員

28. 在澳大利亞、加拿大及新西蘭，總檢察長通常是內閣成員。在美國，司法部長是總統內閣成員，但基於三權分立原則，他不是國會議員。在新西蘭，總檢察長通常是內閣成員。在英格蘭及威爾斯，總檢察長通常不會列席內閣，而只會應邀列席，但據知現任總檢察長會參與戰時內閣會議。

III. 大律師公會的意見

29. 大律師公會同意，建議的改變不會影響律政司司長作為政府首要法律顧問的角色，也不會影響她制訂司法和法律服務政策的職責，以及在

行政會議、法律改革委員會及司法人員推薦委員會的成員身分(參閱大律師公會文件第 11 段)。

30. 大律師公會文件第 13 段提述英格蘭及威爾斯的情況如下 -

“在英格蘭及威爾斯，首席大法官是內閣成員，負責處理法律政策和法律服務事宜，並有為數超過 11 000 人的大法官事務部協助他履行職務。總檢察長不是內閣成員，只會在受到傳召時出席內閣會議。”

上文所述的情況是正確的，但不該因而認為英格蘭和威爾斯的首席大法官和總檢察長各自具有明確分開的政治和類似司法人員身分。眾所周知，這個首席大法官職位正是三權不分的著名例子：同時集合行政、立法和司法機關成員三重身分。正如上文第 14 段所述，英格蘭的總檢察長同時兼具政治及類似司法人員身分。

31. 大律師公會文件第 14 段提出下列論點 -

“律政司司長說律政司在檢控方面的獨立權力不會受建議的改變影響，因為刑事檢控專員仍然是公務員。這句話只說對了一半。根據《基本法》第六十四條，作出檢控決定的人是律政司而非刑事檢控專員，而律政司司長仍然是律政司的首長。”

這番言論看來是誤解了律政司司長於 2001 年 10 月 19 日施政報告辯論演辭中的一段話。現把那段話引述如下 -

“律政司在檢控方面的獨立權力不會受建議的改變所影響。刑事檢控專員仍然是公務員。”

這段話必須與演辭較前的部分一併詮釋 -

“誠然，律政司司長在政制上的地位具有獨特之處，不能等同其他

主要官員。這個獨特地位得到《基本法》確認；《基本法》第六十三條訂明律政司司長主管刑事檢控工作，不受任何干涉。不論在法律規定或實際執行上，檢控決定均由律政司司長獨立作出，而並非由行政長官或特區政府其他組成部分作出。”

32. 把這兩段一併詮釋，可清楚看出第一段的內容並不是如指稱的“一半正確”，因為演辭從未表示應該由刑事檢控專員而非律政司司長個人負責作出檢控決定。本文詳列各項理據，說明律政司司長執掌的部門，在刑事檢控方面的獨立權力不會受建議的改變所影響。

33. 大律師公會文件第 15 段以下列的意見作結 -

“由政治任命只向行政長官負責的律政司司長在履行公眾利益守護者的職責時可能受到制肘。”

假如大律師公會所說的“政治任命”是指某人在政府首長提名後獲任命，而且沒有任期保障，則從其他普通法司法管轄區的經驗可見，循此方式獲任命的官員在履行公眾利益守護者的職責時不會受到制肘。

34. 大律師公會文件第 16 段指出 -

“因此，假如律政司司長一職真要成為政治任命，則律政司司長的法律職能必須轉交另一位律政專員履行，例如法律政策專員或刑事檢控專員，這樣律政司司長只須負責法律政策的工作。”[請一併參閱第 14 段末。]

有關檢控的決定方面，這種改變將違反憲法規定。《基本法》第六十三條賦予律政司掌管刑事檢控工作的權力，而律政司司長是該部門的首長。此外，在其他普通法司法管轄區對有關情況所作的討論顯示：高級的律政專員是有能力同時適當地履行政治及類似司法職能的。就香港來說，《基本法》規定：主管刑事檢察工作，不受任何干涉。從經驗可見：總檢察長或律政司司長如果在重要案件中作出不當的檢控決定，便須付出政治代價。此外，如果有關政府在這情況下還不正視問題，也必須付

出政治代價。

意見

35. Edwards 著述的 *The Attorney General, Politics and the Public Interest* 是論述這方面法律的權威著作。作者在該書的第 67 頁提出了下述意見 -

“根據我從 1966 年到 1968 年期間就多個英聯邦國家的執法工作進行研究的結果，我相信無論確立的憲法保障有多周全，最終也要視乎出任總檢察長人選是否性格堅強、操守廉潔，能否堅守獨立原則和公正維護公眾利益這些極為重要的素質。這些素質不單純關乎總檢察長一職是否政治任命。”

36. 假如特區政府要改變現有制度，使主要官員不再由公務員出任，並且須為他們的政策及作為負上政治責任，則把律政司司長一職納入新制度也是全然合理的做法。本文件說明了這將符合許多普通法司法管轄區的一貫做法，不會削弱律政司司長在履行某些職務時所需持有的獨立性和公正行事的準則。

律政司
法律政策科
2001 年 12 月

檔號：LP 5010/26C

#45001

部分普通法司法管轄區總檢察長職位
比較一覽表

國家	委任權力	職位保障	執行檢控職能	國會議員及內閣閣員身分
澳大利亞	總督	無保障	聯邦檢察長行使檢控權，不受總檢察長干預，後者雖然可向他發出有關政策事宜的公開指引。	國會議員，一般亦是內閣成員
加拿大	司法部長是由總督按總理的建議委任，並是當然總檢察長	無保障	聯邦司法部另外設立檢控部門，稱為聯邦檢察部，按總檢察長的政策作出檢控決定。	國會議員，一般亦是內閣成員
馬來西亞	最高元首按總理建議作出委任	無保障	根據《刑事訴訟法典》第 376 條，總檢察長會擔任檢察長的職位，負責並指示所有《法典》管轄範圍內的刑事檢控及訴訟工作。	可能任國會議員或內閣成員(倘被委任者是國會議員)
新西蘭	總督按總理的建議作出委任	無保障	憲法規定檢控職能由總檢察長負責，但實際的檢控職能是由副總檢察長執行。	國會議員，一般亦是內閣成員
新加坡	總統如同意總理的建議，行使酌情權作出委任	有保障	總檢察長可按《憲法》第 35(8)條全權酌情決定是否提出起訴，進行或中止訴訟。	並非政治任命； 向司法部長負責，後者再向國會負責

國家	委任權力	職位保障	執行檢控職能	國會議員及內閣閣員身分
英格蘭和威爾斯	政府(徵詢首相的意見)	無保障	總檢察長委任和“監督”檢察長，並對檢察長的作為負上政治責任；而檢察長履行職務時必須向總檢察長負責。檢察長會發出指示給律師，就其他部門轉介予檢察長的、情節嚴重的或重大的案件進行檢控。此外，檢察長可以接管私人提起的檢控。	國會議員，通常並非內閣成員。
美國	總統徵詢參議院的意見並徵得其同意	無保障	司法部長獲授權委任美國聯邦調查局局長(即聯邦調查局的首長)，並委任官員偵查和檢控針對美國的罪行，協助保護總統的人身安全，以及按司法部長的指示就司法部和國務院掌管的公務進行調查。	總統內閣成員，但並非美國國會議員。

2001年12月

#45002