

立法會 *Legislative Council*

立法會LS55/03-04號文件

研究綜合社會保障援助及 公共福利金計劃事宜小組委員會

法律事務部就“依法”一詞的涵義 擬備的文件

在2004年2月2日舉行的會議席上，小組委員會討論到《基本法》第三十六條中“依法”一詞的涵義，並要求法律事務部就此課題提供文件。

《基本法》第三十六條的措辭

2. 《基本法》第三十六條訂明 ——

“香港居民有依法享受社會福利的權利。勞工的福利待遇和退休保障受法律保護。”

3. 第三十六條訂明概括性的原則，保證香港居民有享受社會福利的權利，以及香港勞工享有福利待遇的權利。《基本法》亦透過採用“依法”一詞的同一撰寫方式，以保證若干其他權利及若干作為的延續性，舉例如下 ——

第二十六條

香港特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權。

第四十一條

.....香港居民以外的其他人，依法享有.....香港居民的權利和自由。

第一百三十六條

.....社會團體和私人可依法.....興辦各種教育事業.....

第一百三十八條

.....社會團體和私人可依法提供各種醫療衛生服務。

第一百四十一條

.....宗教組織依法享有財產的取得、使用、處置、繼承.....的權利.....

第一百四十三條

.....民間體育團體可依法繼續存在和發展。

4. 《基本法》亦載有涵義相若的片語，例如“由法律規定”、“依法規定”、“依照香港特別行政區法律”、“根據香港特別行政區法律”及“依照適用於香港特別行政區的法律”。

“依法”一詞是否意指必須立法

5. 在小組委員會上次會議席上，委員討論到，“依法享受社會福利的權利”是否意指必須就此立法。原訟法庭在*香港外籍公務員協會訴香港特別行政區行政長官*[1998] 1 HKLRD 615一案中所作的判決，或會有助研究此問題。《基本法》第四十八(七)條訂明，行政長官有權“依照法定程序任免公職人員”。香港外籍公務員協會辯稱，第四十八(七)條中的“法定”程序，指有關程序必須經過立法程序通過。當時的大法官祈彥輝在判決中指出——

“[大律師]向本席闡述了《基本法》中多項出現“依照法定程序”這片語的條文(第三十條、第四十八(六)條、第七十三(一)條及第七十四條)，以及《基本法》中載有涵義相若的片語(“依法”、“依照香港特別行政區法律”、“根據香港特別行政區法律”及“依照適用於香港特別行政區的法律”)的其他條文。整體而言，這些條文對本席並無幫助。無論是在條例或在例如《基本法》這類憲法性文件之內，某一特定條文的涵義在很大程度上都須按文件的背景理解，但本席並不能識別《基本法》中用某一片語而不用另一片語的原因背後有清晰的模式可尋。

然而，由於香港外籍公務員協會辯稱，《基本法》第四十八(七)條中的“法定”一詞意指“由法律規定”，因此，有一點必須留意，就是“由法律規定”(或“依法規定”)這片語本身，用於《基本法》多項條文(第三十九條、第八十三條、第九十八條、第九十九條、第一百一十條及第一百一十一條)之中。據此，當《基本法》預期某一行動過程必須由法律規定時，《基本法》便會如此明訂。第四十八(七)條提及“法定”程序，而不訂明有關程序須“由法律規定”，在若干程度上已經顯示出與“由法律規定”這片語不一樣的用意。

本席應在此補充一點，即使某一行動過程必須由法律規定，亦不一定表示該行動過程必須經由法例認許。舉例而言，第三十九條規定，香港居民享有的權利和自由，“除依法規定外不得限制”。發表自由的權利當然受到法例以外的法律所限制，例如受到普通法中的誹謗所限制。此外，第八條規定，香港法律亦包括普通法、衡平法和習慣法。”

6. 倘若將同樣的邏輯應用於對第三十六條中“依法”這片語的詮釋之上，得出的結果為：該片語並非意指必須就此訂立法例，因為假如《基本法》的用意為社會福利須“由法律規定”，《基本法》會如此明訂。

何謂香港“法律”

7. 《基本法》第十八條訂明 ——

“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第八條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律。”

《基本法》第八條訂明 ——

“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。”

將上述兩項條文一併理解，可見在香港實行的法律為《基本法》、普通法、衡平法、條例、附屬立法、習慣法，以及香港立法機關制定的法律。有別於若干其他普通法司法管轄區，香港的社會福利或社會保障事宜並非由法例規管。

何謂“社會福利”

8. 終審法院在吳嘉玲及其他人士 訴 入境事務處處長[1999] 2 HKCFAR 4一案中就解釋《基本法》所闡述的一般原則，屬具權威性的指引 ——

解釋《基本法》這樣的憲法時，法院均會採用考慮立法目的這種取向，而這方法亦已被廣泛接納。法院之所以有必要以這種取向來解釋憲法，是因為憲法只陳述一般原則及表明目的，而不會流於講究細節和界定詞義，故必然有不詳盡及含糊不清之處。在解決這些疑難時，法院必須根據憲法本身及憲法以外的其他有關資料確定憲法所宣示的原則及目的，並把這些原則和目的加以貫徹落實。因此，在確定憲法性文件的真正含義時，法院必須考慮文件的目的是和有關條款，同時也須按文件的背景來考慮文本的字句，而文件的背景對解釋憲法性文件尤為重要。

第三十六條並沒有具體訂明“社會福利”所指為何。根據上述取向，在理解時有必要參照《基本法》其他部分及《基本法》以外的其他有關資料，以確定社會福利的涵義。

9. 《基本法》另外兩項與社會福利相關的條文為 ——

第三十九條

《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於香港的有關規定繼續有效，通過香港特別行政區的法律予以實施。

香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與本條第一款規定抵觸。

第一百四十五條

香港特別行政區政府在原有社會福利制度的基礎上，根據經濟條件和社會需要，自行制定其發展、改進的政策。

10. 此外，法院考慮《基本法》中相若措辭的取向，亦可成為有用的參考依據。在陳華及另一人 對 坑口鄉事委員會及其他人士[2000] 1 HKLRD 411一案中，上訴法庭曾考慮《基本法》第二十六條所提述的選舉所指為何。第二十六條訂明“依法享有選舉權和被選舉權”。法庭裁定，在考慮該權利時，須一併考慮《基本法》其他條文及與公共選舉相關的法例條文。

11. 採用同一取向，在考慮“社會福利”時，須一併考慮《基本法》其他條文及與社會福利相關的法例條文。由此而達致的合理結論為：“社會福利”包括根據原有社會福利制度提供予香港居民的福利待遇，以及適用於香港並通過法律予以實施的各項國際公約所載關乎社會福利的條文所列載的福利待遇。

12. 在上次會議席上，委員提述《經濟、社會及文化權利國際公約》(下稱“《經社文國際公約》”)第九條有關享有社會保障的權利。雖然《經社文國際公約》並沒有透過香港的法律在香港實施，但從理解《經社文國際公約》的背景而獲普遍接納的“社會保障”項目卻是有用的參考。這些項目包括 ——

1. 醫療照顧；
2. 疾病福利；
3. 失業福利；
4. 老年福利；
5. 工傷福利；
6. 家庭福利；
7. 懷孕福利；
8. 殘疾福利；及
9. 尚存者福利。¹

13. 委員可從上述項目清單中瞭解到，在國際公約中，“社會保障”的涵蓋範圍遠較香港普遍理解的範圍廣泛。同一道理，社會福利的涵蓋範圍亦廣泛得多，並非單指綜合社會保障援助及公共福利金計劃。

不同待遇

14. 在上次會議席上，委員質疑根據居港期長短而給予不同待遇會否違反《公民權利和政治權利國際公約》第二十六條。該條與《香港人權法案條例》(第383章)所載《香港人權法案》第二十二條的條文完全相同。上訴法院在香港外籍公務員協會 訴 公務員事務司(1996) HKPLR 333一案中曾經考慮這個問題。在該案中，法院須決定，因有

¹ Janusz Symonides, “Human Rights: Concepts and Standards”, UNESCO Publishing, p.146

《人權法案》第二十一及第二十二條的規定，予以不同待遇是否合法。當時的上訴法院大法官包致金在判決中提出的原則現節錄如下，供委員參閱 ——

本案的關鍵之處在於：有一類人士，即申請由海外條款轉至本地條款的公務員所受到的待遇，會視乎他們能否以中文與別人溝通而有所不同。換言之，當局依據語言作出區別。究竟這是公平還是具歧視成分？

以語言作區別可能構成歧視，即使決策者採取此行動，完全出於真誠；毫無疑問，本席認為[公務員事務司]的行動是出於真誠。

每當作出區別，隨人權法案第二十一條而來的問題是：究竟該項區別是公平而因此屬合法，抑或是歧視而因此屬不合法？簡言之，該項區別有否理據支持？

要證明該項區別有理據必須證明：第一，明白事理及思想公正的人會看出有真正需要作某些區別；第二，為切合該需要而作出的區別本身是理性的；第三，該項區別與該需要在比例上必須相稱。

驗證該區別是否有理的準則就是：該區別公平與否、有否真正需要、是否理性及在比例上是否相稱。這種驗證旨在回答下述問題：究竟該項區別是公平而因此屬合法，抑或是歧視而因此屬不合法。

在任何特定個案中進行這項驗證，必須周詳地評估個案的情況。如有人提出論點，斷言區別實有需要，因為不作區別便會出現問題，則必須詳細研究該論點。除非清楚可見確會出現嚴重問題，而該等問題即使並非不可能克服，也是極難解決，否則此論點不會獲得接納。事關人權。法院及審裁處必須維護此等權利，時刻保持警覺，以防被說服，過分側重為區別提供理據而提出的問題。

15. 將上述準則應用於綜合社會保障援助及公共福利金計劃的申領規定之上，可得出以下結論：假如明白事理及思想公正的人會看出有真正需要給予不同待遇；假如為切合該需要而給予的不同待遇本身是理性的；假如不同待遇與這項需要在比例上是相稱的話，則不同待遇會是合法的。除非清楚可見確會出現嚴重問題，而該等問題即使並非不可能克服，也是極難解決，否則不同待遇會被視為歧視因而屬不合法。有關決定最終會視乎證據而定。²

立法會秘書處
高級助理法律顧問
李裕生
2004年3月5日

² 在香港外籍公務員協會的案件中，上訴法院認為沒有證據支持下述觀點：只因為部分公務員不能或只能有限度地接替部分相同職級的同事履行職務，公務員隊伍便會無法有效率地運作。因此，上訴法院裁定此區別不合法。