

研究在香港實施聯合國安全理事會
就制裁事宜所作決議的小組委員會

就佳日思教授提交關於

《聯合國制裁條例》(第 537 章)的意見書的回應

本文件闡述當局對上述意見書的回應，並特別討論一個基本問題：根據《基本法》，《釋義及通則條例》(第 1 章)第 34 及 35 條不適用於行政長官根據《聯合國制裁條例》所訂立規例的安排，是否符合憲法。

佳日思教授意見書的結論

2. 佳日思教授在意見書第 9 及 10 段作出結論如下：

“[第 9 段]本人從上述討論所得出的結論是：

- (a) 三權分立原則是《基本法》的基礎；
- (b) 審議及（如有需要）修訂附屬法例的權力歸屬於立法會；及
- (c) 剝奪立法會審核或修訂附屬法例的權力的條例應屬無效。

基於上述結論，本人現就小組委員會徵詢本人意見的事項作出回應。

[第 10 段]本人認為在《聯合國制裁條例》中豁除《釋義及通則條例》第 34 及 35 條的規定實屬違憲（理由如上）。

[第 11 段]即使上述豁除規定的安排不屬違憲，讓立法會作出審議似乎是可取的做法……

[第 12 段]，本人亦認為《聯合國制裁條例》在另一方面可能亦有不足之處。該條例並未給予行政長官充足的指引，說明行政長官可如何行使其根據該條例享有的權力……”

概論

3. 制定《聯合國制裁條例》，旨在就《聯合國憲章》第七章所引起而對中華人民共和國以外地方施加制裁而訂定條文，並就其附帶或與其有關連的事宜訂定條文。根據《聯合國制裁條例》第 3(1)條，行政長官獲賦予權力，並需要(“須”)就某特定目的訂立規例，即為了執行由外交部向其發出的有關指示，以實施、停止實施或修改等聯合國安全理事會(“聯合國安理會”)決議的某些強制性制裁。根據《聯合國制裁條例》第 3(5)條，該些規例無須經立法會審議，《釋義及通則條例》第 34 及 35 條有關由立法會審議附屬法規／附屬法例(“附屬法例”)的規定並不適用。

4. 基於下文詳述的理由，我們認為《聯合國制裁條例》第 3(5)條與《基本法》並無抵觸。簡而言之：

(a) 儘管在《基本法》之下香港特區各個機關有不同的職權，但《基本法》並無規定一硬性三權分立原則。

- (b) 因此，儘管立法會獲賦予制定法例的職權，但《基本法》並無禁止把制定法例的權力／職能轉授予其他機關或人士，以訂立附屬法例，而《基本法》第五十六條第(二)款、第六十二條第(五)項、第八條和第十八條已明確有此預期。
- (c) 對於行政長官為執行中央人民政府發出的有關指令和實施聯合國安理會決議的有關制裁而根據並按照《聯合國制裁條例》第 3 條訂立的附屬法例，根據《基本法》的“延續性”主旨及《釋義及通則條例》第 2(1)條的規定，立法會可以不引用《釋義及通則條例》第 34 條(先訂立後審議的程序)及第 35 條(先審議後訂立的程序)。
- (d) 我們認為，《聯合國制裁條例》已就行政長官可如何根據條例行使其權力／職能，提供充足的指引。

5. 在研究《聯合國制裁條例》第 3(5)條是否合憲時，必須考慮相關的憲制及法例背景。

《基本法》下的職權分工

6. 首先，儘管在《基本法》之下香港特區各個機關有不同的職權，但《基本法》並無規定一硬性三權分立原則。

7. 一如政府在二零零四年二月十九日向立法會《2003 年聯合國制裁(利比亞)規例》小組委員會提交的文件中闡釋，《基本法》並無包含嚴謹的三權分立原則。在 *Lau Kwok Fai Bernard v Secretary for*

Justice (HCAL Nos. 177 of 2002 及 180 of 2002)一案，夏正民法官進一步論及《基本法》內關於三權分立的原則。他在判詞第 20 段內，對 Wade 教授於其著作 *Administrative Law* (一九九四年第七版)第 860 頁中所提出的觀點表示贊同，即在明顯屬立法範疇與明顯屬行政範疇兩者之間，有無數的等級層次，而當中有極大範圍是重疊的。他認為在研究明顯屬司法機構的職能與立法機關和行政機關的職能之間的關係，上述觀點同樣適用。他在判詞第 23 段表示：

“雖然……本人同意《基本法》包含三權分立的原則(當然這受限於某些條文的涵義及目的可能對該原則作出修訂)，但《[公職人員薪酬調整]條例》是否違反《基本法》(不論就個別條文抑或是《基本法》整體而言)，顯然只能按條例的“實際情況”來判定。正如英國樞密院在……[*Liyanage v R* [1967] 1 AC 259]一案中表示，每宗案件均須根據案件的事實及情況作出判決，其中包括有關法例的真正目的，以及法例所針對的情況。”(斜體以示強調，出自原文)

8. 儘管佳日思教授認為《基本法》是以三權分立為基礎，但他有部分論點卻指出三權分立屬於“程度問題”(意見書第 8 段，第 4 頁)。

9. 《基本法》就香港特區各個機關之間的職權分工訂立條文(《基本法》第四章訂明行政長官、行政機關、立法機關、司法機關等的職權的條文)。然而，《基本法》並無依循一硬性三權分立的原則。舉例來說，立法會可以轉授制定法例的權力／職能予其他機關／人士，《基本法》已明確有此預期。《基本法》第五十六條第(二)款訂明，

行政長官制定附屬法規前須徵詢行政會議的意見。《基本法》第六十二條第(五)項委予香港特區政府各項權力／職能，包括“擬定並提出法案、議案、附屬法規”。此外，《基本法》第八條和第十八條保留附屬立法，作為香港特區的法律來源之一。

10. 《基本法》沒有規定一硬性三權分立，這與《基本法》的“延續性”主旨一致。在回歸前，不論英國或香港的制度，亦並非以三權硬性分立為基礎。引入這樣的硬性制度，會嚴重改變我們的政治和法律制度的多項既定特點，而我們見不到這是《基本法》的原意。假如《基本法》採用了一硬性三權分立制度，這即表示甚至憑藉立法會決議而修訂法例，亦屬違憲(參閱 Wesley-Smith 教授的“The Separation of Powers”，載於 Wesley-Smith (ed) *Hong Kong's Basic Law – Problems & Prospects* (1990)第 75 頁。其中論述，假設《基本法》規定一硬性三權分立，“只要有關法規訂立了確實限制，轉授立法權力予行政機關是可容許的，但賦權立法會藉決議行事的相關條例則很可能會與《基本法》有所抵觸”)。與佳日思教授的看法(意見書第 15 段)不同，《基本法》的原意絕不會這樣極端，而是着重於順利過渡和延續。上訴法庭就 *HKSAR v David Ma* [1997] HKLRD 761 一案所作的裁決，撮述如下：

“馬維騏及其他人(“被告人”)辯稱的其中一點是，回歸後普通法即告失效，因此當局在回歸前就普通法罪行對他們提出的檢控已無效，因為根據《基本法》，當局必須明確採用香港原有法律(被告人辯稱當局沒有作出此舉)，香港原有法律才能成為香港特

區的法律。他們亦質疑臨時立法會和臨時立法會為繼續檢控而通過的《香港回歸條例》的合法性。

上訴法庭裁定，普通法在回歸後繼續有效。在回歸後，延續性至為重要。《聯合聲明》及《基本法》的重點均是順利過渡。《基本法》第八條的效力，是讓香港特區沿用普通法，而根據《基本法》第八條和第十八條(而不是《基本法》第一百六十條)，普通法確是沿用。無論《基本法》第一百六十條是獨立詮釋，抑或是把《基本法》第一百六十條與第八條、第十八條、第十九條、第八十一條和第八十七條一併詮釋，第一百六十條亦沒有下述效力，即規定當局必須正式採用原有法律，藉此令原有法律在一九九七年六月三十日後仍然有效。上述各項條文所用“shall”一詞，只可視作表達強制及宣布的含意，否則會出現不合理的結果。

對被告人提出的公訴在回歸後仍然有效，未完成的法律程序繼續進行。考慮到順利過渡這重要主旨，《基本法》第一百六十條第(二)款中的“文件”、“權利”及“義務”等字詞分別涵蓋公訴、政府檢控犯罪者的權利，以及被控人須就針對他的指控作出回應的義務。藉《基本法》第八十一條第(一)款的強制含意字詞，香港特區的法院繼續設立。憑藉《基本法》第八條、第十八條、第十九條、第八十一條第(二)款和第八十七條，法律和司法制度在回歸後得以保留。”

立法權力／職能的轉授和立法會審議附屬法例

11. 鑑於上文所述，我們認為雖然立法會獲委權力和職能制定法例，但基於“延續性”主旨，《基本法》並無禁止把制定法例的權力／職能轉授予其他機關或人士，以訂立附屬法例，而《基本法》第五十六條第(二)款、第六十二條第(五)項、第八條和第十八條已明確有此預期。

12. 關於這方面，佳日思教授認為，“因此，任何條例如剝奪立法會在制定附屬法例方面的最終規管權，均屬違憲。立法會獲全國人民代表大會賦予其立法職責，它不能免除本身行使該項權力(‘*delegatus non potest delegare*’) ”(意見書第 8 段，第 5 頁頁尾至第 6 頁頁首)。把這個論點與佳日思教授在意見書第 9 段所述(見上文第 2 段)一併理解，佳日思教授似乎並非確實以“代理人不得委託他人代理”的原則為理據[根據 *Osborn’s Concise Law Dictionary* 第 129 頁(二零零一年第九版)所載，“*delegatus non potest delegare*” (a delegate cannot delegate)的意思是，獲轉授權力的人不得把權力轉授他人]。毫無疑問，在以前的制度下，一九九七年之前的立法機關(儘管本身是獲轉授權力的機關)，亦可授權他人制定附屬法例(見 Wesley-Smith 教授所著 *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong* 一書第 188 頁(一九九四年第二版)，論及英國樞密院就 *Hodge v The Queen* (1883) 9 App Cas 117 一案作出的裁決)。同樣，毫無疑問，《基本法》亦預期會制定附屬法規(見上文引述的《基本法》第五十六條第(二)款和第六十二條第(五)項)。

13. 佳日思教授的關注點，似乎是根據《釋義及通則條例》第 34 條訂定的先訂立後審議程序不適用於附屬法例的問題。然而，《釋義及通則條例》的各項條文(包括第 34 及 35 條)均為適用，除非在另一條例出現用意相反之處，則作別論(第 2(1)條)。換句話說，假如認為適合，立法會可以豁除某些附屬法例須經立法會審議，即第 34 及 35 條有關由立法會審議的規定並不適用。這項豁除權力在一九九七年七月一日之前已經存在，而在該日期之後這項權力的延續或行使，亦相當不可能與《基本法》訂明的憲制架構有抵觸，因為《基本法》的一個重要主旨正是“延續性”。舉例來說，《逃犯條例》(第 503 章)第 3(15)條的豁除條文，與第 537 章第 3(5)條所訂定的相若。有關條文在回歸前已訂定。

14. 同樣，在 *English Schools Foundation v Bird* [1997] 3 HKC 434 一案中，法庭裁定，根據《英基學校協會條例》(第 1117 章)第 10 條制定的規例均為附屬法例，儘管該條訂明有關規例無須公布或呈交立法會會議席上省覽。(立法會司法及法律事務委員會於二零零五年一月二十四日研究政府在附屬法例方面的政策時，已曾討論這問題。)

15. 另一點值得注意的是，根據英國國會制度，附屬法例完全不經國會審議是慣常的做法。見 *Griffith & Ryle on Parliament* (二零零三年第二版)第 6 至 162 段及第 3 段：

“根據《1946 年從屬法例法令》(Statutory Instruments Act 1946)，絕大部分以(這些)形式轉授權力訂立的法例，均被界定為從屬法例……主體法令會訂明可用以制定從屬法例的方法和參與

制定的機構，以及從屬法例如須受國會管制時，應受到何種性質的管制。

部分從屬法例……完全沒有提交國會省覽；部分甚至沒有付印。其他較次要的法例會提交國會省覽，但不受任何國會程序規管……”（斜體以示強調，為後來加上）

16. 佳日思教授論及立法會在審議附屬法例的權力方面所擔當的角色時(意見書第 8 段，第 6 頁頁首)，其提述無損上述立場。立法會審議附屬法例時，是執行立法會的職能之一，但這不是說立法會不可以基於《釋義及通則條例》第 2(1)條而放棄審議附屬法例的工作。

17. 佳日思教授對《基本法》第七十三條第(六)項及第(五)項所訂立法會憲制權力／職能的提述(意見書第 8 段，第 6 頁頁首)，亦無損政府當局就《聯合國制裁條例》所持的立場。即使立法會無權審議《聯合國制裁條例》下的附屬法例，該會仍可繼續就有關附屬法例提出質詢或進行辯論。

18. 佳日思教授援引的另一條文是《基本法》第六十二條第(五)項(意見書第 8 段，第 5 頁頁尾)。根據佳日思教授所述，“附屬法例的擬稿必須提交立法會省覽(《基本法》第六十二條第(五)項)”。然而，《基本法》第六十二條第(五)項並無訂明附屬法例草擬本必須提交立法會。《基本法》第六十二條是關於香港特區政府的職權，其中一項是“擬定並提出法案、議案、附屬法規”。我們沒有理由硬把這條文解作要求所有附屬法例必須提交立法會。根據《基本法》的延續性主

旨和《釋義及通則條例》第 2(1)條的規定，《基本法》第六十二條第(五)項可以及應該這樣解釋：如有需要把附屬法例提交立法會，香港特區政府可以／必須這樣做。

19. 此外，佳日思教授(意見書第 8 段，第 5 頁頁中)有以下意見：

“訂明有關公共開支或政治體制或政府運作的議員私人法案**必須獲得行政長官的批准**”(粗體以示強調，為後來加上)。應該指出，《基本法》第七十四條訂明，“香港特別行政區立法會議員根據本法規定並依照法定程序提出法律草案，凡不涉及公共開支或政治體制或政府運作者，可由立法會議員個別或聯名提出。”憲制上禁止議員提出涉及“公共開支、政治體制或政府運作”的法律草案，反映《基本法》採用了行政主導的憲法原則(請參閱李飛先生於二零零四年四月二日向全國人民代表大會常務委員會發表的“關於《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉附件一第七條和附件二第三條的解釋(草案)》的說明”：“根據香港《基本法》確立的政治體制，香港特別行政區實行行政主導，行政長官是特別行政區的首長，代表香港特別行政區，對中央人民政府和香港特別行政區負責；同時，香港《基本法》第七十四條還規定，‘香港特別行政區立法會議員根據本法規定並依照法定程序提出法律草案，凡不涉及公共開支或政治體制或政府運作者，可由立法會議員個別或聯名提出’……”)。

20. 除了行政主導的原則外，從憲制及法例背景考慮有關問題時，下列各項亦值得注意：

- (a) 《釋義及通則條例》第 28(1)(b)條訂明，附屬法例不得與任何條例的條文互相矛盾。
- (b) 立法會轉授立法權力，在憲制上並非無限制。如 Wesley-Smith 教授在 *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong* 一書(一九九四年第二版)第 204 至 205 頁指出，根據在回歸前適用於立法會的“消除原則” [doctrine of effacement]，“雖然香港的立法機關可自由轉授其立法權力，但不可以是完全或全面的轉授。立法機關不可以自我廢除、終絕或消除。這樣做等於修訂《英皇制誥》或與《英皇制誥》有所抵觸，因為《英皇制誥》授權總督根據立法局的意見進行立法。獲轉授權力的人必須一直由立法機關管制，其權力必須一直較立法機關的權力為少(司法委員會在 [*Re the Initiative and Referendum Act* [1919] AC 935,第 945 頁] 所言，也似乎強烈隱含這意思：“上述法令是馬尼托巴省 [Manitoba]立法機關存在的依據，為此，[馬尼托巴省的立法機關]不能增訂並賦予本身任何不由上述法令訂立的立法權力。法官僅只是喚起對所產生憲制問題的嚴重性的關注”。基於《基本法》的延續性主旨，加上全國人大授權香港特區行使包括立法權在內的各項權力(《基本法》第二條和第十七條)，所以根據《基本法》，“消除原則”所引發的憲制規限，很可能適用於立法會。

(c) 外交部給予的有關指示，屬於《基本法》第四十八條第(八)項所指“中央人民政府發出的指令”的範圍，行政長官在這方面有執行的職權。上述指示明顯關乎與香港特別行政區有關的外交事務。根據《基本法》第十三條第(一)款，外交事務由中央人民政府負責。如屬執行外交部有關外交事務指令的附屬法例，則由立法會授權香港特區政府制定該附屬法例，而且不規定該附屬法例須經過審議，是絕對合法和合憲的。這點反映出一項事實，即儘管立法權力來自立法會，但標的物卻不在香港特別行政區獲賦予高度自治的範疇。

指引

21. 佳日思教授(意見書第 12 段)指出，《聯合國制裁條例》或有不足之處，原因是第 3 條賦予行政長官過於廣泛的權力，讓他訂立規例以執行外交部的指示：“作為一般規則，若所作出的轉授是以非常籠統的方式作出，且沒有就如何行使有關權力作出指引，該項轉授並不合法。”

22. 就上述指稱而言，我們不同意《聯合國制裁條例》有不足之處，因為該條例已訂定充足的規限，使行政長官能根據第3(1)條行使其訂立規例的權力／職能。行使這樣的權力／職能，須受外交部指示的條款限制。外交部作出有關指示，目的在引入聯合國安理會對中華人民共和國以外地方實施制裁的決議(第2(2)條與第3(1)條一併理解)。此外，違反或觸犯該等規例可處的最高刑罰已同時訂明(見第3(3)條)。

適宜性

23. 香港特區政府贊成現行安排的論據之一，是現行安排可確保特區政府能迅速落實工作。佳日思教授在其意見書第 16 段反駁現行安排的論點，指出先訂立後審議的程序只在規例生效後才進行。教授忽視了立法會所要求的常規安排，就是附屬法例不應在先訂立後審議期限屆滿前生效。即使有建議在立法會對《聯合國制裁條例》進行先訂立後審議的程序時，不引用立法會常規安排，我們也認為，基於上文所述的理由，《聯合國制裁條例》下的現行安排應予保留。

結論

24. 根據《基本法》的延續性主旨及《釋義及通則條例》第 2(1)條，我們認為，關於行政長官為執行有關的中央人民政府指令和實施聯合國安理會制裁而根據並按照《聯合國制裁條例》第 3 條制定的附屬法例，立法會可以不引用《釋義及通則條例》第 34 條(先訂立後審議的程序)及第 35 條(先審議後訂立的程序)。簡而言之，我們認為，《聯合國制裁條例》下的現行安排符合《基本法》的規定，應予保留。

2005 年 6 月 21 日