

致研究聯合國制裁事宜的小組委員會的文件

《聯合國制裁條例》：立法程序

背景

1. 立法會的小組委員會(下稱“小組委員會”)已進行研究多時，探討當局採取何種方法，藉以實施按聯合國安全理事會(下稱“安理會”)所通過決議必須採取的制裁措施。根據《聯合國憲章》第七章(聯合國可藉以施加制裁)訂立的安理會決議，對聯合國所有成員均具有約束力。各成員國必須在其本土法律中實施該等決議所規定的事項。在殖民地時代，此類制裁措施藉根據《1946年聯合國法令》發出的樞密院頒令而施行。前律政司辦公室曾於1997年6月之前就此項程序進行檢討，作為法律適應化工作的一部分。當時，英國及中國並未就制定條例以取代上述英國政府安排一事達成協議。在主權移交後，香港特別行政區(下稱“香港特區”)政府當局及立法會立即處理此事，因而於1997年7月16日制定《聯合國制裁條例》(第537章)(下稱“《制裁條例》”。

2. 根據《基本法》，中央人民政府負責管理香港特區的外交事務(《基本法》第十三條)。然而，此職責並非由中央人民政府直接在香港特區履行，而是由行政長官主要負責履行與外交事務有關的職責。在此方面，行政長官須按照中央人民政府的指示行事(《基本法》第四十八(八)及(九)條)。

3. 一如大部分自治或聯邦制度，在香港實施外交事務所需的法律，並非以作為全國性法律一部分的方式直接在香港應用。適用於香港特區的全國性法律不多(《基本法》附件三)，但即使是該等法律也需要在本地制定或頒布。根據《基本法》所採用的一般制度，需要立法實施的內地法律或中央人民政府所作出的有效指示，必須納入香港的法律及法律制度中(如此一來，例如因違反有關法例而施加的任何罰則，均由香港特區法院作出裁定，並由香港特區政府當局施行)(《基本法》第十八條)。因此，《基本法》就管理外交事務一事訂立了頗為複雜的制度。該制度既確認了由中央人民政府最終負責處理外交事務，亦肯定了有關事宜須由香港特區施行。因此，出現和權限及管轄範圍有關的混淆，並不為怪。為澄清有關的混淆，必須仔細研究《基本法》及其背後的原則。本文首先列述小組委員會所發現的問題，然後嘗試澄清有關疑竇。

《制裁條例》

4. 《制裁條例》篇幅短小，其目的是“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”。聯合國決議及國際制裁是和外交事務有關的事宜，根據《基本法》屬中央人民

政府權力範圍以內的事務(《基本法》第十三條第一款)。《制裁條例》所訂制度確認了中國就外交事務承擔的職責，有關內容列述於後：當安理會訂立有關制裁事宜的決議，並要求中國實施該等制裁措施，中國外交部會向行政長官發出指示，請其實施該項指示(下稱“有關指示”)所指明的制裁措施。行政長官一經接獲該等指示，便須訂立規例以執行有關指示(《制裁條例》第3(1)條)。所訂規例可訂明觸犯有關規例的罰則，但有關罰則須符合《制裁條例》所指明的最高刑罰(《制裁條例》第3(3)條)。行政長官有權就豁除於該等規例適用範圍之外的事宜作出規定。《制裁條例》訂明，《釋義及通則條例》(第1章)第34及35條不適用於根據《制裁條例》訂立的規例。

5. 《釋義及通則條例》第34及35條與立法會在訂立附屬法例方面所擔當的角色有關(附屬法例包括根據任何條例訂立的規例)。此方面的一般規則載於《釋義及通則條例》第34條，該條文規定，所有附屬法例須在有關規例訂立後的第一次立法會會議席上提交立法會省覽。立法會有權藉決議在28天內修訂有關的附屬法例(但對於已根據該規例作出的任何事情，其法律效力將不受影響)。《釋義及通則條例》第35條處理條例訂明附屬法例須經立法會批准的情況，以便有關的附屬法例在未經立法會批准下不能生效。

小組委員會的關注

6. 小組委員會於2004年5月提交內務委員會的文件中，表達了對《制裁條例》的意見。委員關注到“此等根據《制裁條例》作出的安排，可能會引起若干法律及憲制問題”。引起委員關注的其中一部分事項，是關於當局引用《制裁條例》的方法(撮述於下文A部)；而另一部分關注事項則關乎外交部所發出指示的狀況(載於B部)。

A部

- (a) 小組委員會關注到由於規定第1章第34條並不適用，立法會沒有機會審議有關規例，就其法律效力、明確程度及合理程度等進行研究。使立法會沒有機會審議有關的附屬法例，可被視為侵佔立法會為香港特區訂立法例的主要職責，以及違反有關分權而立的原則。
- (b) 第二項問題與撤銷制裁措施有關。根據《制裁條例》，只有在(按外交部的指示)制定另一項規例時，才可撤銷有關的制裁措施。在部分國家，當安理會撤銷制裁時，有關的措施將自動終止。
- (c) 有關規例在減損權利方面，已超乎若干條例所容許的程度(例如《聯合國(反恐怖主義措施)條例》，該條例規定在行使有關搜查及扣留的權力時必須取得法庭發出的命令，但《制裁條例》卻未有作出此項規定)。
- (d) 有關規例據稱可以達到嚴重的刑罰效果。

- (e) 有關規例賦予未經指明的“獲授權人員”極大調查權力，使其可截停、搜查、檢取、扣留物品、船舶、飛機和車輛，以及強令個別人士提供資料和物料，此舉已超越警務人員及海關人員的一般權力。
- (f) 政府當局最少曾有一次繞過《制裁條例》行事。當局曾先後透過《制裁條例》、其他主體法例及行政措施實施制裁，故在此方面的做法並不一致。
- (g) 在安理會通過決議及制定規例之間，往往會拖延一段很長的時間。
- (h) 部分規例有超越權限之嫌(處理個人及團體而非“地方”的規例，該等規例似乎界定了《制裁條例》的範圍)。

B部

關於外交部所發出指示的狀況的關注事項，在於立法會不獲提供和外交部向行政長官發出的指示有關的文件(立法會因而未能核實有關規例是否符合所接獲的指示，或外交部實際上是否真有發出該等指示)。使立法會沒有機會掌握此項重要溝通資料，實削弱了立法會根據《基本法》監察政府當局的能力。

香港特區政府當局的回應

7. 香港特區政府當局就上述關注事項作出的回應如下：

A部所列事項

- (i) 此事與外交事務有關，屬中央人民政府的職責，似乎不宜由立法會進行討論。
- (ii) 行政長官須執行中央人民政府發出的指令(《基本法》第四十八(八)條)。
- (iii) 第1章第28(1)(b)條訂明，任何附屬法例不得與任何條例的條文互相矛盾(因此，任何受條文互相矛盾影響的人士均可就此種條文不一致的情況提出質疑)。
- (iv) 第1章第2(1)條訂明，除非有關條例出現用意相反之處，否則該條例的條文應可適用。因此，在《制裁條例》中規定豁免遵守第34條的規定是有效的。
- (v) 有關延續性的論據——政府當局表示，《逃犯條例》(第503章)亦訂有類似的豁免條文(第3(15)條)。該條文是在回歸前訂定的，因此，在《制裁條例》中訂定此一條文並無問題，因為《基本法》的目的是維持延續性。
- (vi) 當局必須迅速實施安理會決議(因為有關的制裁措施定有時限)。

(vii) 針對個人及團體的規例並無超越權限，因為有關“地方”的概念同時涵蓋在該處居住的人士。

(viii) 分權而立原則的效果，必須按個別個案的情況作出研究。有關此事的情況顯示，當局有充分理據不讓立法會審議有關規例。

B部所列事項

- (i) 外交部發出的指示只限內部參閱[此話何解?]。“我們認為不宜向當局以外的其他人士披露內部通訊。這是規管有關特區政府處理與中央政府及其他政府的通訊的慣常做法。”(政府當局2004年2月19日致小組委員會秘書的函件)。
- (ii) 普通法中基於公眾利益獲得豁免的原則，已就拒絕披露文件作出保障。此外，《基本法》第四十八(十一)條賦權行政長官可基於特定原因而不交出公職人員提供的證據。政府當局表示(按小組委員會提交內務委員會的文件所載)，“按普通法理解，《基本法》第四十八(十一)條的範圍，足以涵蓋該等可根據普通法中基於公眾利益獲得豁免的原則拒絕予以披露的文件”。
- (iii) 政府當局同意發出證明書，證明當局已接獲有關某項規例的指示。
- (iv) 政府當局表示，當局已把外交部的指示內容如實告知小組委員會(曾蔭權先生於2003年11月13日致內務委員會主席劉健儀議員的函件)。

《基本法》的原則

8. 本人認為下述《基本法》原則，對於解決立法會與政府當局之間出現的意見分歧至為重要，而政府當局並未對該等原則給予充分的注意。

A 三權分立原則：

所謂三權分立原則，是指國家的主要權力(立法、行政及司法)應分開處理並分別歸屬不同機關管轄。在某程度上，三權分立原則屬程度問題(舉例而言，一些歐洲民事法律制度較英格蘭更重視三權分立原則，其憲法賦予行政機關有限的立法權力)。有些憲法亦訂有相互監管的機制——此等規定稱為制衡措施，它並不影響有關三權分立的一般原則(例如美國)。三權分立的程度及其效果，只可透過對憲法條文作出研究才可確定。對《基本法》進行研究後，可以發現《基本法》是以三權分立作為基礎。

《基本法》第二條確認香港特區存在3項特定的權力(行政管理權、立法權及“獨立的”司法權)。在有關政治體制的章節中，對行政長官、立法機關及司法機構已作出清楚的區分。第十六條、第十七條及第十九條將香港特區的行政、立法及司法權賦予不同的有關當局。雖然一如大部分憲法制度，行政及立法機關之間可作互動，但兩者各自享有本身的體制自主。

立法權

《基本法》給予立法會訂立法例的權力。第十七條將立法權給予香港特區的立法機關，但卻未有就該立法機關作出界定。第六十六條則訂明立法會是香港特區的立法機關，而《基本法》第七十三(一)條更把立法會的立法職能界定為“根據本法規定並依照法定程序制定、修改和廢除法律”。此條文可視為使立法職能“歸屬”於立法會。行政長官並非立法會成員。行政會議成員既非來自立法會，亦不會參與立法會的事務，儘管其個別成員可能具有上述身份及參與立法會事務。

《基本法》未有賦予行政長官訂立法例的權力，但卻規定行政長官在立法程序中擔當重要的角色(例如簽署、否決法案；“擬定並提出法案、議案、附屬法規”(《基本法》第六十二(五)條)；立法會主席須將政府提出的議案優先列入議程(《基本法》第七十二(二)條))；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；而且須由行政長官簽署法案(《基本法》第四十八(三)條、第四十九至五十條及第七十六條)。

在香港特區應用全國性法律的方法

適用於香港特區的全國性法律載列於附件三(《基本法》第十八條)，該等法律以香港法律一部分的方式在香港應用(“由香港特別行政區在當地公佈或立法實施”)(唯一例外的情況是當香港特區進入其不能控制的緊急狀態，便可由內地直接實施全國性法律(《基本法》第十八條第四款))。香港法院可就此等法律進行覆核。此方法與全國性法律直接應用於自治區／聯邦政府的情況截然不同。就香港特區選用此有所不同的方法的原因，在於使建基於普通法的香港法律制度保持完整一致。所達致的效果是所有和訂立法律有關的例常程序均須予以遵循，包括和附屬法例有關的立法程序(在《基本法》中為“法律”一詞所涵蓋)。本人擬提出的論點是，將外交部的指示納入香港法律及法律制度中的工作尤其重要，因為有關指示(一如據以發出有關指示的安理會決議)假定是以一般用詞制訂以說明其目的，但卻少有提及其實施方法，而實施事宜往往涉及基本權利。

立法會審議附屬法例

按照以上分析，《基本法》賦予立法會(作為香港特區立法機關)對附屬法例作出規管的權力及責任。立法會可全權立法(《基本法》第七十三(一)條)，附屬法例的擬稿必須提交立法會省覽(《基本法》第六十二(五)條)。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(受權者不能授權予人)。

經研究立法會審議附屬法例的職能，以及《基本法》的特定條文後，上述結論更加強而有力。就前者而言，立法會須負責確保附屬法例與主體條例一致，且並無抵觸《基本法》任何條文(《基本法》第十一條)(特別是有關於中央管理的事務，或中央和香港特區的關係的條文(《基本法》第十七條第二款))，亦無違反普通法的基本原則，兼且明確而合理。政府當局似乎承認所訂規例可能超越權限(並可就此點在司法覆核程序中受到質疑)。當局預期可純粹以其本身之力監察有關法例是否符合規定，但提交小組委員會的文件卻似乎顯示此方面的工作未必十分成功。因此，由立法會作出審議實有其必要。

立法會可就任何有關公共利益的問題進行辯論(《基本法》第七十三(六)條)——對附屬法例(特別是處理和人權有關的基本問題及貿易事宜的附屬法例)進行審議，是履行該項職能的方法之一。立法會有責任對政府的工作提出質詢(《基本法》第七十三(五)條)——附屬法例在很大程度上是“政府的工作”。

結論

9. 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。

10. 本人認為在《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)。

11. 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。在正常情況下，該等規例可被形容為“惡法”(只因為有關規例旨在實施安理會的決議才在使用該用語時有所躊躇)。作為處事合理的機關，立法會理解到推翻制裁措施的目標並非恰當之舉，但為了向香港市民負責，立法會須確保所訂立的法例不致過於不合理或壓迫性過大，以及可否以較溫和方式達致有關目標。

12. 本人亦認為《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。一旦符合支持訂立規例的條件(即外交部繼安理會通過有關制裁的決議後發出指示)，便擁有進行立法的絕對許可。唯一的限制在於可就違反規例施加的最高刑罰。有不少案例(特別是在有別於英

國的情況而訂有憲法的司法管轄區)涉及轉授立法權的程度。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。不同法院在此方面的容忍程度各有不同。鑑於小組委員會就《制裁條例》及所涉規例提出多項質疑(有關超越權限的事宜、缺乏法律保障、刑罰的懲罰性質，以及缺乏有關實施制裁事宜的法律政策)，明智的做法是由政府當局在諮詢小組委員會的情況下，因應有關要求檢討《制裁條例》，以期向政府當局提供更多指引。本人不擬就有關修改提出任何建議，因為小組委員會成員及政府人員較本人更有資格擔任此項工作。

13. 鑑於法院可能裁定有關規例的某些範疇違憲，檢討《制裁條例》及所涉規例的需要更為強烈(本人沒有時間由此角度研究有關規例)。在訂有可強制執行的《人權法案》的國家，法院傾向以非常嚴謹的態度檢視有關規例以保障人權。如就該等規例進行司法覆核，將令香港特區法院看似挑戰中央人民政府的權力，此情況誠屬不幸。

14. 在此應提述中央人民政府與香港特區有關當局(特別是立法會)，各自在實施聯合國制裁事宜方面所擔當的角色。《基本法》本身已就此等角色作出描述。根據國際法律，中央人民政府(透過外交部)負責實施聯合國的決議。實際的實施工作由香港特區有關機構按照外交部向行政長官作出的指示進行。《制裁條例》似乎亦確認此點，因該條例曾提及該等指示是為“實施制裁”(第2(2)條)(斜體部分為作者附加以作強調)。政府當局亦確認此項彈性處理方法，並曾表示部分制裁事宜純粹以行政方式實施(例如透過向入境事務處作出指令而對安哥拉人的入境作出管制)，而部分措施則透過特定主體法例施行。《國際組織(特權及豁免權)條例草案》所訂一項豁免遵守第1章第34條規定的條文，在法案委員會反對下被刪除。此外，實施聯合國決議的《聯合國(反恐怖主義措施)條例》(第575章)亦無訂定類似的豁除條文。(既然如此，為何有必要在《制裁條例》訂定此條文？)。

當局並未公布有關指示以供公眾查驗，因此本人即將提出的論點未能獲得核實。所作出的指示極有可能屬一般性質的指示，只列明施加制裁的目的，而且極有可能使用有關決議的措辭。經審閱安理會的決議後，當可發現該類決議是以一般方式列述制裁措施的目的及範圍，至於實施模式則由國家有關當局負責。這是合理的處理方法，因為不同國家在實施制裁事宜方面各有不同的憲制及法律架構。因此，在實施方法、可就權利合法施加的限制、罰則的尺度及調查權力等各方面，香港特區有關當局可獲給予極大的酌情權。根據《基本法》，此等事宜不可完全交由政府當局處理，而且在一旦受到質疑時須由法院進行溯及既往的覆核。讓立法會參與作出此等決定的工作，顯然對政府當局有利。立法會的參與亦完全不會削弱中央人民政府的角色或權力。

15. 政府當局提出的論點是，由於在回歸前曾有最少一項條例(《逃犯條例》)作出豁免遵守第1章第34條的規定，就《制裁條例》作出相同的處理實屬合法，因為《基本法》的用意是確保延續性。以一般用詞描述《基本法》的用意，殊不可能。在某些方面，其用意肯定是維持延續性，但在其他方面則和作出改變有關(例如在政治架構、關於普選

的承諾，以及香港與“主權國”之間關係有變方面)。政府當局的立論方式有欠穩妥，並可引致嚴重錯誤。解決此等事宜的最佳方法是仔細研究《基本法》的條文。

16. 政府當局辯稱，豁免遵守第1章第34條規定的目的是確保迅速實施安理會決議，此說法亦欠缺說服力。若所涉及的條文是第35條，此論點可能會有一定說服力，因該條規定附屬法例須經立法會事先批准。對於在有關規例生效後才會生效的程序，該條文實屬完全無關。

17. 本人現將討論不披露外交部所作指示的問題。本人認為政府當局未有就不作披露提供任何具說服力的論據。聲稱不披露此類通訊是長久以來的政策，並非足夠理據。《基本法》第四十八(十一)條所訂的廣義條文(該條文賦權行政長官“根據安全和重大公共利益的考慮，決定政府官員或其他負責政府公務的人員是否向立法會或其屬下的委員會作證和提供證據”)，能否通過普通法中有關基於公共利益而獲豁免披露的驗證標準，令人極表懷疑。政府當局明白有關超越權限的原則適用於該等規例，因此可對之進行司法覆核。如在此等法律程序中，出現有關所作指示性質或其正確實施的問題，上述論據可否獲得接納，將由普通法中有關基於公共利益而豁免的規則所決定。

政府可聲稱基於公共利益而獲豁免的原則而不披露機密文件，所持理由是作出披露會“有損公共利益”。重要的是必須清楚明白政府當局就此事聲稱須獲豁免的是甚麼。政府當局表示，中央人民政府與香港特區行政長官之間的所有通訊均須根據此規則獲得豁免披露。換言之，當局要求就某類文件作出概括性的豁免。普通法並不容許就某類文件作出豁免(除非屬例外情況)。是否有充分理據支持就某宗個案豁免作出披露，須由法庭作出決定。*(Conway v. Rimmer [1968] AC 910; Burmah Oil Company v. Bank of England [1980] AC 1090)*。在未經檢視通訊內容的情況下，實難以斷言中央人民政府與行政長官之間的通訊應否基於作出披露會損害公共利益的理由，而獲豁免作出披露。然而，從表面看來，傳達聯合國決議的隨文便箋，應不大可能會損害公共利益。當涉及人權時，法院往往會偏向要求作出披露(*R. v. Davis [1993] 2 All ER 643*)。委員或有興趣得知，在本港最近一宗個案中，法院跟隨英國的做法，在各方同意下委任“特別代訟人”查閱要求獲豁免披露的文件(*PV v. Director of Immigration HCAL 45/2004*)。法院查閱要求獲豁免披露的文件，並非罕見的情況。

18. 除了上述法律問題之外，公開中央人民政府與行政長官之間的通訊是可取的做法。此等通訊並非外交文件，因而極有可能不屬性質敏感的文件。該等通訊關乎香港公法中的重要事宜，對港人生活具有重大影響。讓公眾得悉通訊內容，將可加強《基本法》所強調的問責原則，促進公眾對中國與香港特區之間關係的複雜事宜的瞭解，以及提高公眾的參與程度和有助作出更積極的討論。

19. 基於此文件所列述的種種理由，本人認為由行政長官發出證明書，表明他已接獲外交部的指示及有關規例是用以實施該等指示，實不足以取代由立法會對有關規例作出的審議工作。

香港大學包玉剛公法學講座教授

佳日思

2005年5月12日