

《執法(秘密監察程序)命令》

香港大律師公會聲明

1. 香港大律師公會(下簡稱為「本公會」)對特區政府於 2005 年 8 月 5 日在憲報的特別副刊公佈的《執法(秘密監察程序)命令》(下簡稱為「該命令」), 深表關注。
2. 該命令由特區行政長官依據《基本法》第四十八(四)條賦予的權力作出。第四十八(四)條訂明行政長官「...決定政府政策和發佈行政命令」。
3. 該命令所含條文大意為要求香港執法機關人員在進行秘密監察前必須向有關機關的授權人員取得授權;列明給予授權的條件;及要求有關機關就該命令訂定的事宜發出內部指引,為其人員提供指導。
4. 本公會認為《基本法》只賦予特區行政長官行政管理權(見第十六、四十八、六十及六十二條),故特區行政長官不可藉以行政命令進行規管為理由,聲稱其擁有權力授權秘密監察,而該監察或會侵犯香港特別行政區居民的基本權利。只有法律才可確立這種權力。

5. 受政府秘密監察影響的基本權利是由下述《基本法》條文保障的權利：—
- i. 《基本法》第三十條(香港居民的通訊自由及通訊秘密受法律保護);
 - ii. 《基本法》第三十五條(香港居民有權得到秘密法律諮詢);
 - iii. 《基本法》第三十九條 (引入《公民權利和政治權利國際公約》第十七條，保證香港居民得到法律保護，避免私隱遭受任意及非法的侵擾)。
6. 特區行政長官藉著發佈該命令而聲稱自己有就秘密監察進行規管的權力時，可能已在未經准許的情況下行使了立法權。根據《基本法》第十七及六十六條，立法權屬香港特別行政區立法會獨有。
7. 本公會不同意特區行政長官作出該命令純粹是確立「法律程序」而非「立法」的論點。該命令要求進行秘密監察前須先取得授權，意圖將一項否則即屬非法的行為定為合法，分明是在訂立法律。這是一項為實施《基本法》第三十條而制訂的法律才可以規定的事項，不能以行政命令作此規定。

8. 條文是否構成《基本法》第三十條提及的「法律程序」，首先取決於該「法律程序」涉及的事項本身的合法性。如事項本身抵觸《基本法》，它不會因為它是一項根據《基本法》第四十八(四)條發佈的行政命令的內容而變成符合《基本法》。關鍵在於行政命令的內涵；這關乎有關行爲的內容實質而非它的形式。
9. 國際人權法清楚訂明政府秘密監察必須有法定依據，此乃保障私隱權的必然第一步。規管秘密監察的「法律程序」需建基於確認及保障私隱權的法律上。如果沒有法律保障私隱權以抗衡秘密監察，也不要以為利用行政命令中的所謂「法律程序」，就足以替代法律，管制對該權利的入侵。
10. 本公會不同意引用 *海外公務員協會 訴 香港特別行政區行政長官* [1998] 1 HKLRD 615 一案支持發佈該命令的論點。該原訟法庭案件只說明，在特區行政長官規管公職人員的任免這項行政管理權時，可在遵從《基本法》第一百零三條及其確認已長久確立的非法定制度的前提下，使用行政命令。
11. 該案件不曾說明，獲《基本法》保障的權利可被有法律根源（譬如《基本法》第四十八(四)條），但沒有法律效力或地位的行政措施所限制。《基本法》第十八條列明香港特別行政區實行的法律，即《基本法》，香港的原有法律（普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法）和香港特別行

政區立法機關制定的法律。行政命令不是其中之一。

12. 本會對特區行政長官在意識到秘密監察衝擊香港居民的基本權利是一個嚴重的問題時，並無透過立法尋求解決方案，深感失望。存有憲法性疑問的行政命令，雖說是臨時措施，並不可以替代符合《基本法》的法例。（在此方面，本會對特區行政長官並無為該命令訂立效力時限，以冀在該段時限內引入符合《基本法》的法例，深表遺憾。）

香港大律師公會

二零零五年八月八日