

《1998 年法律適應化修改（第 2 號）條例草案》委員會

當局對《基本法》第五十六條與附屬法規有關各點的回應

本文件表述政府對解釋《基本法》第五十六條的觀點以及其對法律適應化計劃的具體影響。

第 1 部：憲制性責任

《基本法》第五十六條與《皇室訓令》第 X 條

2. 《基本法》第五十六條與《皇室訓令》第 X 條頗為相似（《基本法》第五十六（二）條與《皇室訓令》第 X 條載於附件）。然而，就本文件的議題而言，《基本法》第五十六（二）條與《皇室訓令》第 X 條有一項重大分別。前者明文適用於附屬法規，而後者只適用於“總督獲《英皇制誥》賦予的權力及權限”。《英皇制誥》授權總督在參照立法局意見並得立法局同意下訂立法例（《英皇制誥》第 VII 條），但並沒有提及附屬法規，因此，總督徵詢行政局的意見的憲制性責任是否適用於根據主體法例（或條例）訂立的附屬法規這一點，是有疑問的。

3. 無論如何，在特區成立前就總督所訂立的附屬法規徵詢行政局的意見並非慣常的做法（除非有關的主體法例

或條例規定附屬法規須由“總督會同行政局”訂立）。即使《皇室訓令》按其真確的解釋確實訂立這項規定，《殖民法例有效法令》(Colonial Laws Validity Act)第 4 條（在特區成立前適用於香港）已對此作出補救：該項條文規定：“任何殖民地法例…均不得只因未有顧及任何《皇室訓令》而無效…”（參閱 Wesley-Smith, *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong* (1994) P.44）。

4. 與《英皇制誥》不同，《基本法》第五十六條以非常清晰的措詞列明行政長官在訂立附屬法規時須徵詢行政會議的意見的憲制性責任。基於這項憲制性指引，自特區成立以來慣常的做法，是在行政長官訂立的附屬法規（相對於行政長官會同行政會議訂立的附屬法規）中指明該附屬法規是在徵詢行政會議的意見後訂立的。

《基本法》第五十六條的範圍

5. 按照《基本法》第五十六條的字面解釋，只在有關的附屬法規是由行政長官親自／直接訂立時始須徵詢行政會議的意見。然而，自《基本法》於 1997 年 7 月 1 日生效以來，特區法院已多次表示，正確做法是對《基本法》的憲制性條文按目的而解釋（例如上訴法庭在 *HKSAR v David Ma [1997] HKLRD 761* 一案（即馬維騏案）中的判決）。

6. 如採用按目的而解釋的方法解釋《基本法》第五十六條，政府認為行政長官在訂立附屬法規前依據《基本法》第五十六條徵詢行政會議的意見的規定，適用於以下兩種情況：

- (a) 由行政長官根據某條例親自／直接訂立的附屬法規（例如由行政長官根據《退休金利益條例》（第 99 章）第 2(1) 條訂立的《設定職位令》）；
- (b) 並非由行政長官親自訂立，而是由另一人（例如公務員事務局局長）根據由行政長官按有關法例授權而轉授的權力訂立的附屬法規（例如由公務員事務局局長根據由行政長官按《退休金利益條例》（第 99 章）第 3A 條授權而轉授的權力訂立的《設定職位令》）。

7. 換言之，《基本法》第五十六條的規定適用於行政長官親自／直接（如第 6(a) 段所述）或間接（如第 6(b) 段所述）訂立附屬法規的情況。除在上述有限的情況下，《基本法》第五十六條下的責任並不就其他附屬法規而產生。因此，如某條例授權某人親自／直接訂立附屬法規（例如證券及期貨事務監察委員會根據《證券條例》（第 333 章）訂立的規例及規則），該人便沒有根據《基本法》第五十六條徵詢行政會議

的意見的憲制性責任。

第2部：具體做法

8. 在法律適應化計劃中，政府原本的做法是識別每項授予“總督”立法職能的條文，然後將其中對“總督”的提述改為“行政長官會同行政會議”，藉以反映《基本法》第五十六（二）條所訂的憲制性責任。這個做法的優勝之處，是在我們的法例裏就行使有關法定權力列出清晰現成的指引。然而，是否將某項文書歸類為附屬法規，可能引起頗多爭議，因為屬“附屬法規”的文書的顯著特點，即其“立法效力”，乃取決於主要藉參照其他普通法司法管轄區的法院判決而採用的一套標準，而該等準則的範疇尚待法律上的詮釋。

9. 因此，政府認為在訂立附屬法規和發出行政文書方面，將所有對“總督”的提述作適應化修改為“行政長官”，不論在法律上和實際上均有確實理由支持。這方法不會影響行政長官在訂立附屬法規時徵詢行政會議的意見的責任，當有進行徵詢時，附屬法規的案目自會反映。採用這個方法會有助避免進一步阻延法律適應化修改條例草案制定成法例，也免卻就目前眾多文書應否被歸類為附屬法規的難有定論的爭辯。因此，政府建議在法律適應化過程中採用一個較機械化的方法，不論行政長官所制定的文書屬甚麼性質，一律將“總督”一詞作適應化修改為“行政長官”。

10. 在作出這項建議時，我們亦已考慮到《基本法》第五十六條所訂定的另一事項，即行政長官無須徵詢行政會議的意見的情況。根據《基本法》第五十六條的規定，行政長官在緊急情況下採取措施時無須徵詢行政會議的意見。然而，假如特區某條法規的有關條文明言某項權力須由“行政長官會同行政會議”行使，則儘管遇到《基本法》所訂定的例外情況，仍可能出現行政長官是否即使在緊急情況下亦必須徵詢行政會議的意見的爭論，此情況並不理想。因此，經反覆思量後，我們認為應避免採用“行政長官會同行政會議”一詞。

11. 若議員同意採用新方法，政府將會建議於委員會審議階段對所有載有將“總督”修訂為“行政長官會同行政會議”的法律適應化修改條例草案作出適當的修訂。

第3部：就其他意見的回應

12. 大律師公會執委會認為：行政長官根據《基本法》第五十六條在制定附屬法規時須徵詢行政會議的意見此一憲制性責任，於特區成立前並無明文訂定，致令現在有需要辨別總督先前的個別法定權力是否屬立法職能，議員可注意到這觀點與政府是一致的。而按政府建議的新方法，辨別法定權力性質的工作，將在行使有關權力時作出，而非藉有關法律條文的字眼辨別。

13. 關於史維理教授指徵詢行政局的意見的規定在九七年七月一日前適用於附屬法規的訂立的意見，政府基於上文第 2 段的分析，對該觀點存疑。

律政司

一九九九年二月

附件《基本法》第五十六（二）條

“行政長官在作出重要決策、向立法會提交法案、制定附屬法規和解散立法會前，須徵詢行政會議的意見，但人事任免、紀律制裁和緊急情況下採取的措施除外。”

《皇室訓令》第 X 條（譯文）

“總督在行使上述《英皇制誥》所賦予的權力及權限時，須於所有情況徵詢行政局的意見，但如與公職人員的委任、紀律制裁或免任有關的情況，或有關情況的性質屬於總督認為英國政府會因徵詢行政局的意見而蒙受重大損害的，或所予決定的事項過於瑣碎以致不需要行政局的意見，或該事項過於逼切以致不容許行政局在總督需要就其採取行動前向他提供意見，則屬例外。在所有這類緊急情況中，總督須在切實可行範圍內盡早通知行政局他已如此採取的措施，並提供理由。”