

**為法律政策科基本法組
開設一個副首席政府律師常額職位
資料概要**

本資料概要是應立法會司法及法律事務委員會 1999 年 11 月 16 日會議所提出的要求，就律政司建議在法律政策科開設一個副首席政府律師(基本法)常額職位一事，提供更進一步的資料。

2. 在回應委員會提出的首三項問題前，本文件先從律政司整體運作架構來宏觀考慮副首席政府律師(基本法)的職能，然後再更仔細地闡述律政司開設上述常額職位的需要，相信這會有助議員了解律政司的建議。

律政司整體運作架構中副首席政府律師(基本法)的職能

3. 副首席政府律師(基本法)出掌由專責《基本法》和憲法方面的政府律師組成的小組，負責就各類《基本法》問題向政府提供意見。該職位訂為首長級(律政人員)薪級第 2 點，與律政司的其他安排看齊。司內法律專業人員基本上以組別為工作單位，每組由一位副首席政府律師職級的專業人員掌管。舉例說，刑事檢控科內共有 16 組，每組由一位副首席政府律師出掌。法律政策科和民事法律科也有相同的運作架構。

4. 上述每組再由一位副律政專員(首長級(律政人員)薪級第 3 點)監督。按其職責及每組的工作量而定，每位副律政專員會負責監督一組或多個組別。例如，副民事法律專員(法律意見)(首長級(律政人員)薪級第 3 點)須負責監督兩組的工作(民事法律意見第一組及民事法律意見

第二組)，而每組均由一位副首席政府律師出掌。副法律政策專員(法律意見)(首長級(律政人員)薪級第 3 點)共負責監督三個組(一般法律意見組、人權組及中國法律組)，每組均由一位副首席政府律師掌管。至於基本法組方面，由副法律政策專員(憲制事務)(首長級(律政人員)薪級第 3 點)監督，而這位專員也同時負責為選舉事宜提供意見。因應所處理的事務性質所需，各科的律政專員(首長級(律政人員)薪級第 6 點)也會監督個別組別。鑑於在香港特別行政區(香港特區)實施《基本法》非常重要，法律政策科的法律政策專員會緊密監督基本法組處理的重要和敏感問題。並不時在副首席政府律師(基本法)(經由副法律政策專員(憲制事務))予以緊密協助下，親自處理重要的基本法事宜。

5. 除了法律政策科高層人員與副首席政府律師(基本法)兩者間的督導關係外，副首席政府律師(基本法)也為司內其他組別提供《基本法》方面的支援。因此，雖然刑事檢控科和民事法律科各自設有專責小組處理與《基本法》有關的檢控和訴訟工作，在涉及重大案件(例如國旗和居留權案件)時，基本法組會直接對案情作出研究及提供意見(例如就律師的陳詞擬稿提出意見)，或透過跨科別的基本法訴訟委員會間接提供協助。基本法訴訟委員會由法律政策專員擔任主席，成員包括民事法律專員和刑事檢控專員。

6. 目前的建議，是按律政司的運作架構，將副首席政府律師(基本法)這個編外職位轉為常額職位，以便副首席政府律師(基本法)出掌的基本法組，能繼續經由該組的監督人員，即副法律政策專員(憲制事務)和法律政策專員，向政府提供實施《基本法》的意見。

有需要設立副首席政府律師(基本法)常額職位

7. 《基本法》是用以衡量香港特區立法機關通過的香港特區法例，以及香港特區政府採取的政策措施，是否符合憲法的標準。《基本法》按《中華人民共和國憲法》第三十一條通過，是香港特區的最高法律，也是實施“一國兩制”這憲制原則的基礎。事實上，“香港特區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以《基本法》的規定為依據”(《基本法》第十一條)。因此，政府能正確運用《基本法》是非常重要的。

8. 只要《基本法》繼續在香港特區生效(即至少 50 年)，香港特區便得履行憲法上的責任依照《基本法》辦事。所有新的立法建議、香港特區法例和規例的修訂、新政策或對現行政策的更改，都必須符合《基本法》。因此，就這等問題尋求有關《基本法》意見的需求，預料會長期持續。

9. 其他司法管轄區的經驗顯示，由於當地政府和立法機關所承擔的憲制職責是不斷的，有關憲制的問題將經常出現(例如加拿大、美國、澳洲、南非)。以《基本法》而言，另一項須考慮的因素是香港特區與內地雖然實行不同的法律制度，卻是相互合作。《基本法》將為兩個司法管轄區的相互合作，提供重要指引。因此，我們可以預期，就《基本法》對內地與特區關係的影響尋求法律意見的需求，將會經常出現。

10. 鑑於《基本法》的重要性，而與這憲制文件有關的法律問題又相當複雜，在上述律政司架構中運作的基本法組如能繼續為委託局/部門提供意見，並為刑事檢控科和民事法律科提供訴訟支援，至為重要。繼續開設副首席政府律師(基本法)並編入為常額職位，將有助確保《基本法》得以在香港特區有效實施。

副首席政府律師(基本法)職位適當人選所須具備的素質和資歷以切合職位的重要性

11. 正如在香港特區 訴 馬維駿〔1997〕HKLRD 761(772I-773B)一案的上訴法庭判決中，首席法官陳兆愷指出—

“《基本法》並非只是國際條約《聯合聲明》所催生的成果，同時也是中華人民共和國的一部全國性法律和香港特區的憲法。《基本法》把《聯合聲明》訂下的基本方針轉化為更務實的條文。這些方針的宗旨是要維持香港目前的社會、經濟和法律制度 50 年不變，而《基本法》的目的正是要確保這些基本方針得以落實，香港特區繼續安定繁榮。因此，主權移交後把有關制度延續下去，至為重要。

...

《基本法》是一份獨特的文件，它反映了兩國簽訂的一項條約；處理主權國與轄下奉行不同制度的自治區域的關係；訂明政府不同機關的組織及職能，以及市民的權利和義務。因此，《基本法》至少具有三個層面：國際、本地和憲法。必須緊記的是《基本法》並非由普通法律師草擬。《基本法》以中文起

草，兼備有正式英文版本，但兩者若有差異時，則以中文本為依歸。鑑於上述背景和特點，解釋《基本法》各項條文顯然會有困難。”

12. 由於《基本法》涉及國際、本地和憲法三個層面，而《基本法》的根本目的在於維持 1997 年前的香港法律制度，加上解釋《基本法》牽涉複雜問題，出任副首席政府律師(基本法)職位的人選，必須在普通法方面有紮實根基，並且對國際法(尤其是國際條約法)及比較憲法(包括內地憲制)有認識，這點實在十分重要。出任的人選還須熟悉香港法制的的基本價值理念，包括法治、司法獨立、尊重基本權利和自由，認識香港由英國殖民地轉變為中華人民共和國特別行政區的憲制歷史，以及根據《聯合聲明》和《基本法》確立的新憲制架構。

副首席政府律師(基本法)的職責，包括就敏感的《基本法》訴訟及相關的憲制事宜向政府提供意見。請問當局定立了哪些保障措施，確保副首席政府律師(基本法)履行職責過程中，尤其是在恪守政策與支持香港特區高度自治兩者間有潛在衝突時，能夠保持獨立？

13. 副首席政府律師(基本法)與香港其他律師無異，都有專業責任，藉着對有關事實的充分認識和對適用法律的充份研究，盡力為委託人(即是委託的局和部門)提供合乎專業水平的意見，所提供的意見必須是真誠及耿直的，並清楚表明對案件的法律根據的真誠看法。

14. 至於為《基本法》提供意見(包括為《基本法》訟案提供支援)，副首席政府律師(基本法)必須堅守這專業責任，確保委託的局/部門充分了解某項政策或行動方案，以至有關的立法建議所帶來的後果。

15. 在接獲提供意見的要求後，副首席政府律師(基本法)會由組內人員協助下，進行詳細研究，就委託的局/部門的某項建議草案的法律根據，提供獨立意見。在正常情況下，這些建議草案會因應《基本法》的規定而予以修訂，以確保它們不會被法院裁定為違反憲法。

16. 遇有困難和較不明確的問題，例如：對某項《基本法》條文的充份效力沒有本地司法指引時，基本法組會清楚告知委託的局/部門對這些事宜的意見、可能引起的司法挑戰，以及面對挑戰時，可否藉着比較憲法研究所得的結論來抗辯。政府可以參考副首席政府律師(基本法)及組內人員所提供的詳盡法律意見，決定是否繼續推行有關方案。以上做法完全與私人執業律師的做法看齊。

17. 基於高等法院首席法官陳兆愷在上述馬維騷案中指出的《基本法》各層面，在提供有關《基本法》的意見時，必須顧及《基本法》的根本目的、某項條文的背景內容，以及其他法律釋義的輔助工具(包括《聯合聲明》)。儘管《基本法》的一項要義在於維持高度自治，並且已清楚列明於《基本法》第二條和第十二條，這卻不是解釋《基本法》的唯一準則。其他因素，包括國際法律背景(比如：中英聯合聯絡小組的協議)、香港作為中華人民共和國特別行政區的憲法地位、內地的憲制架構，以及《基本法》維持原有制度的要義，都應該一併考慮。

18. 副首席政府律師(基本法)與其他律師一樣，需要運用本身的法律知識和技巧，就如何解釋某項條文，以及這條文對有關委託的局/部門的建議有何影響，提供專業意見。若某項事宜特別重要和敏感，那可能要轉交律政司內更高層的人員，甚至最終須交由律政司司長考慮。由副首席政府律師(基本法)提供的專業意見，以及由他與基本法組進行的背景研究，將有助高層人員，甚至必要時律政司司長就該事宜整理出部門的意見。

19. 從上文對作出專業意見的過程的簡略說明可見，當中絕對沒有由政策來決定法律意見的內容。副首席政府律師(基本法)及律政司其他高層人員所提供的意見，是獨立得出的結論，符合他們身為政府的專業法律顧問的職責要求。

副首席政府律師（基本法）最終須向律政司司長負責，而律政司司長在向行政長官及決策局提供法律意見的事宜上，負有整體責任。那麼，遇有決策局與律政司在某些問題上持不同意見時，請問律政司司長怎樣面對她在捍衛香港特區法治和高度自治方面所擔當的獨特與獨立角色？

20. 律政司司長在香港特區負有特定的憲法責任。根據《基本法》第六十三條，由律政司司長領導的律政司“主管刑事檢察工作，不受任何干涉”。因此，任何涉及刑事成分的《基本法》案件，律政司司長和她所監督的下屬，是獨立自主辦理檢控工作和辯論有關《基本法》的事宜，不受任何干涉，包括決策局。若案件涉及廣泛的政策或憲制影響，律政司會主動徵詢有關決策局的意見，但檢控與否及如何進行刑事檢控程序（包括有關《基本法》的論據），最終仍由律政司司長決定。

21. 在涉及《基本法》的民事問題方面，律政司會就有關的民事訴訟或非爭訟事宜（例如立法建議）提供獨立的專業意見。如某些涉及《基本法》的民事訴訟有重大影響，而有關影響超逾個別決策局的權責範圍，或律政司對某項涉及《基本法》的非爭訟事宜有強烈的意見，則有關事項可能需要呈交政務司司長的決策組；而如有關的決策組認為恰當，呈交行政會議決定。

22. 就所有的《基本法》法律意見，律政司會向有關的委託局/部門強調遵循律政司就《基本法》提出的意見在憲制上的重要性。這做法有助確保委託局/部門的所有建議，完全符合《基本法》的憲制條文。歸根到底，律政司司長會就決策局的建議有否牴觸《基本法》，向行政長官會同行政會議提供意見。

比較法角度及意見交流

23. 由於需要擬備有關《基本法》的詳盡意見，以及很多《基本法》條文目前還沒有本地司法指引可供參照，因此，副首席政府律師（基本法）和組內人員在擬訂意見時，需要廣泛查閱多個司法管轄區（如美國、加拿大、澳洲、南非、中國內地及部份大陸法國家）的比較憲法資料，以及國際法律原則。這做法充分顧及《基本法》第八十四條的規定，該條授權香港特區法院可參考其他普通法適用地區的司法判例。

24. 基本法組的律師曾參加多個在香港和外地召開的憲法及比較法研討會。部分律師更在海外司法管轄區（如南非憲法法庭）取得有關經驗。

25. 此外，律政司與香港大學法律學院將於 2000 年 4 月合辦一個為期一日半的憲法研討會，以紀念《基本法》頒布十周年。研討會的對象主要是法律界人士及對比較憲法學有興趣的人士，並會邀請海外、內地及本港的憲法專家擔任講者，在會上宣讀專題論文，其中包括一位加拿大最高法院法官及一位南非憲法法庭法官。

26. 進行比較憲法研究、參加研討會、與法律界和其他人士交流意見，都有助副首席政府律師（基本法）及組內人員向政府提供符合專業水平的意見，以助政府實踐在香港特區落實《基本法》的承諾。

律政司

1999 年 12 月 14 日