

《香港特别行政区基本法》中的 行政命令制度

渊源、流变与反思

康玉梅^{*}

摘要 《香港特别行政区基本法》第48(4)条确立的行政命令制度自香港回归以来基本上处于沉睡状态,鲜少实践应用或理论研究。从港督职权或中国内地行政权设置两个路径来追溯其渊源,只能看到些许的印迹或影子,无法探知明确的制度承继关系。从起草过程来看,行政命令制度经历的文本变迁甚少,其争议焦点主要在于范围的界定和权力的限制。从行政长官发布的关于公务员和秘密监察的两次行政命令的实践应用来看,法院通过正面肯定前案、反面否定后案而初步确立了行政命令制度的性质、适用范围与效力,即其为由行政长官发布的,形式上以《基本法》第48(4)条为制定依据,实质上适用于行政机关内部公务人员,具有行政性而非立法性效力的行政管理工具。这与制度设计初衷产生了某种程度的背离和流变,有必要反思目前司法实践对其的界定。

关键词 行政命令 公务员案 秘密监察案 法律保留原则

引言

《香港特别行政区基本法》第48(4)条确立的行政命令制度(Executive Orders)是行政

^{*} 清华大学法学院助理研究员。感谢王振民教授、陈弘毅教授对本文的指导和建议,本文曾作为会议论文提交到“2017年香港基本法澳门基本法研究会年会暨‘基本法理论与实践:20年的回归与前瞻’高端论坛”讨论,感谢各位同仁师友的批评和意见。当然,文责自负。

长官的重要职权,其规范表述为“发布行政命令”。香港回归二十年来,它基本上处于沉睡状态。实践运用甚少,行政长官仅在回归初发布过关于公务人员管理和2005年关于秘密监察的行政命令。同时,相关理论研究严重不足。除回归初期有关于行政命令的性质和溯及力初步讨论外,^[1]其后几乎无人问津,^[2]远未形成深入系统的制度研究体系。因此,对于什么是行政命令,如何界定其内涵外延,认识其渊源、性质、效力、适用范围等基本问题,仍有待我们深究。

具体而言,需要研究的基本问题至少包括:①追根溯源,行政命令制度渊源于哪里?从法律延续的内部视角来看,或者说从纵向的历史发展考察,它与港督时期的某些行政职权是否存在制度承继关系;从《基本法》制定的外部关联来看,意即从横向的比较视野分析,它是否受到了内地相关法律关于行政职权规定的影响?②还原到起草过程,行政命令制度是如何确立的?在不同的草案版本中,它是否经历了不同的形式演进,存在哪些核心问题的争议、探讨和建议,能否通过这些演化轨迹来窥得一二?③具体到法治实践,行政命令制度是如何适用的?仅有的两次适用,前后有何不同或发展动态?并且,与立法初衷或原意相比,是否经历了演化流变?我们能否从中归纳概括出它的核心要义与内涵外延?④进一步反思追问,现有实践应用的背后理论基础是什么,合理妥当么?符合香港的行政权运行现状,有利于香港政制的良性发展和社会的有效治理么?

特别是,在目前行政立法关系恶化的背景下,行政权的运行处处受阻,特区政府政策的推行和社会的治理举步维艰,很大程度上偏离了《基本法》设计的行政主导体制的初衷。^[3]因而,对行政命令制度的研究还有强烈的现实意义和紧迫需求。那么,实践中行政命令制度的运行,对于缓解当前行政权的困境,提高政府施政和执行法律的效率,是存在积极的促进意义还是负面的雪上加霜或者无关紧要?更进一步或乐观一些,它是否可能像美国总统发布的行政命令制度那样,成为政府积极主动施政的强力工具,并具有事实上的立法效力呢,尽管仍然受到国会和司法机构的事后监督?^[4]这些问题都值得我们考证和求索。

鉴于此,本文将通过追溯行政命令制度可能的渊源,还原其起草过程,剖析它的实践应用,试图回答该制度的内涵外延、效力、适用范围以及背后的理论基础等基本问题,并在此基础上进一步反思它可能存在的问题,以及与香港政制体制发展和三权运行之间的相互影响关系。

[1] Peter Wesley-Smith, “Executive Orders and the Basic Law”, in Alice Lee (ed), *Law Lectures for Practitioners* 1998, Hong Kong: Hong Kong Law Journal Limited, 1998, pp.187-209.

[2] 仅有极个别针对2005年行政监察命令案例探讨文章,如Simon N.M. Young, “The Executive Order on Covert Surveillance: Legality Undercover?” *Hong Kong Law Journal*, Vol.35, Part 2, 2005, pp. 265-276;叶海波:“香港特区立法权运行争议的法理分析”,《政法学刊》2012年第6期,第28-29页。

[3] 就行政权与立法权之间关系而言,从基本法对这两个权力主体的权力配置看,其对于行政长官的倾斜性是十分明显的。关于这一点,基本法的立法原意是“行政长官要有实权”,同时二者的关系是“相互制衡,互相配合”。参见姬鹏飞:1990年3月28日《关于中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)及其有关文件的说明》,中国人大网, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1990-03/28/content_1479211.htm, 最后访问日期:2017年10月20日。

[4] 参见王名扬:《美国行政法》(上),中国法制出版社2005年版,第47、140页。

一、行政命令制度的渊源：港督权力还是中国内地规定？

（一）渊源追溯的必要性与路径

《基本法》第 48 条列举了香港特别行政区行政长官的主要职权，其中第四项为“决定政府政策和发布行政命令”(To decide on government policies and to issue executive orders)。毋庸置疑，作为特别行政区政府首长，行政权是行政长官的当然权力，“决定政府政策”也是行政执法和社会管理过程中的应有之义，但“发布行政命令”却未必为当然和普遍通行做法。^{〔5〕}综观整个基本法及香港现行法律制度，关于行政命令再无其他相关规定或更为细致具体的运作规范，因而基本上停留于立法简单粗糙的阶段，深入认识更是无从谈起。因此，有必要追根溯源，从历史和比较的视角探求其可能的制度原貌与参照价值。

联系香港过去一百多年的殖民管治历史与回归历程，追溯行政命令制度的源流踪迹可以有两个路径。其一，从香港总督职权的视角切入。从根本上说这源于香港回归的基本目标是保持香港的繁荣与稳定，体现在法律领域就是制度的延续性与稳定性。早在 1984 年的《中英关于香港问题的联合声明》中就明确规定，“现行的法律基本不变”，^{〔6〕}1990 年颁布的香港《基本法》也在多个条文中表明“香港原有法律予以保留”。^{〔7〕}具体在政治体制方面，它设计的基本原则就是“符合《中英联合声明》的精神、保持现有制度的优点并加以改善”。^{〔8〕}无疑，现行行政长官职位与港英时期的总督最为相似，^{〔9〕}某种程度上是其延续和继承，^{〔10〕}总督的不少职权被直接转移接续至行政长官的职权设置体系中。对此，基本法起草委员会曾明确指出行政长官职权的确立参考了当时香港的实际情况，“行政长官保留了一些原来由港督行使的权力，写入了基本法(草案)征求意见稿第 48 条”。^{〔11〕}因而，从总督职权入手，分析其中是否存在与行政命令一致或相似的制度是可以尝试的路径。

其二，从中国内地行政权体系的设置入手。香港独特的历史演化逻辑不仅带有港英政府

〔5〕 发布行政命令并非政府首长当然权力，当今主要宪法地区或国家设立政府首长行政命令制度的仅有香港、澳门、美国等。

〔6〕 《中英关于香港的联合声明》第 3(3)条。

〔7〕 参见《基本法》第 8、19、91、93、94、100、103、120、124、129、136、141、142、144、145、160 条等。

〔8〕 1988 年 10 月《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿咨询报告(3)——专题报告》，第 4 页。

〔9〕 1986 年 4 月《香港各界人士对〈基本法〉结构等问题的意见汇集》在谈及行政长官地位时明确指出，“行政长官的权力凌驾于行政、立法机关之上，是香港特别行政区政府最高首长，类似现在的港督，拥有最高决策权”。参见 1986 年 4 月《香港各界人士对〈基本法〉结构等问题的意见汇集》，第 41 页。

〔10〕 See Peter Wesley-Smith, *An Introduction to the Hong Kong Legal System*, Hong Kong: Oxford University Press, 1998, p.27.

〔11〕 肖蔚云：“设计香港未来政治体制的构思”，载《参考资料八》，基本法咨询委员会秘书处提供，1988 年 8 月 19 日，第 7 页。

时期的深深烙印与构建色彩,而且作为同根同源、共享几千年中国传统历史文化的华人为主社会也离不开祖国内地的影响,特别是港英政府后期政治体制的变迁与现代中国政治法律制度的演变更是密切关联,因而不可避免地带有内地政治法律模式的痕迹,甚至很大程度上有政治法律架构的相似与契合。^[12] 并且,从具体法律依据来看,香港特别行政区是根据1982年《宪法》第31条设立,《基本法》实际上就是它的扩展和补充,共同组成了整个中国宪法体系,^[13] 因而《基本法》的某些重要职权条款的设置很可能受当时宪法体系和逻辑思维的影响。此外,更为现实和直接的情况是,基本法起草委员会的组成人员共有59人,而内地就占了36人,其中法律界人士11人。^[14] 无疑,涉及基本法政治体制的行政职权与当时起草人员的意见直接相关。^[15] 所以,尽管整个起草过程是起草委员会共同协商讨论的结果,但无论是从人员组成数量还是背景分布来看,行政长官职权的设置都必然会受到内地相关制度的影响。

(二) 总督权力检索:形式与实质

第一部规定总督职权的是1843年4月5日的《香港宪章》(Hong Kong Charter)和总督训令(the Instructions),要求首任港督朴鼎查依此组织港英政府,并授权在立法局建议下为殖民地和平、秩序和善治行使完全的立法权。^[16] 这为总督职权体系奠定了基本的框架和修改蓝本。1917年2月14日,乔治五世在此基础上发布了《英皇制诰》(Letters Patent)和《皇室训令》(Royal Instructions)。后来几经修改,一直存续到回归前夕,成为总督职权最重要的宪法来源。其中,《英皇制诰》第二条就从总体上对总督的职权与授权进行了规定,“皇室授权并指令总督兼总司令(以下简称总督)行使在他职权范围内之一切权力。总督权力来源依据本制诰及经御笔签署及盖上御玺而颁发予他之委任状,经御笔签署及盖上御玺而颁发予他之皇室训令,枢密院敕令,皇室通过一名重要国务大臣传达之指令以及本殖民地现行及日后制订之有效法律。”^[17] 更进一步对总督职权进行规范和细化的是《殖民地规例》(Colonial Regulation)第二部分的第五章。

总督可以行使“在他职权范围内之一切权力”。从形式上看,总督的职权包括三类,涵括了行政的、立法的和司法的三个类别。首先,在行政方面,总督有权召集、主持行政局会议,行使咨询、质疑、否决权;处置殖民地官地;任免、暂停、奖惩公务人员;行使一切履行其职权必要的

[12] See William Rich, “Hong Kong: Revolution without Change”, *Hong Kong Law Journal*, Vol.20, No.3, 1990, pp.281-291.

[13] 参见强世功:“基本法之谜——香江边上的思考之十”,《读书》2008年第9期,第47页。

[14] 彭冲:《关于香港特别行政区基本法起草委员会名单草案的说明——1985年6月8日在第六届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上》,中国人大网, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/26/content_5001657.htm, 最后访问日期:2017年10月20日。

[15] 参见肖蔚云,见前注[11],第7页。

[16] G. B. Endacott, *Government and People in Hong Kong 1841-1962: A Constitutional History*, Hong Kong University Press, 1964, p.22.

[17] 《英皇制诰》(Letters Patent)第2条。

推断权力等。其次,在立法方面,总督被授权制定法律,以确保和平、秩序及良好管理。^[18]但他不能单独行使这一权力,他应参照立法局的意见并得到该局同意。法案被提起到立法局通过后,呈总督审阅,由他根据其自由裁量权但受制于来自英国的训令,决定批准或拒绝批准或留待女王批准。^[19]女王保留对殖民地立法权,^[20]她可以驳回上述法律。^[21]总督和立法局必须遵守所有规则、规例和与立法相关的指示,而这些规则都包含在皇室训令中。^[22]最后,在司法方面,总督可以任命法官,^[23]但没有更进一步的权力,不得影响或决定司法程序的结果。司法独立于行政是香港宪政基础性和根本性原则,尽管总督有赦免或减轻刑罚的权力。^[24]总之,总督所有权力都来自于英国皇室的授权,但总督并不拥有一般主权权力或占有国王完整的特权,“总督并不是国王,而是国王的仆人”。^[25]他的职权难以完整准确地概括详尽,既有来自上述宪法文件的明示特权授予,也包括某些特殊情形下暗含的权力,如抵御外侵、紧急事项处分权等。但他不得违背来自皇室的意愿或做出侵犯主权的事或超出任何殖民地居民权利范围内的事,否则将受到司法覆核并承担责任。

通过上述职权检索可以发现,从严格的形式主义视角来看,总督可以发布各种命令(order),但在各项职权或已经发布的命令中,并没有专门的、直接以“行政命令”(executive order)为名的文件。从历年政府发布的《香港政府宪报》来看,总督发布各种命令文件的名称大致分为两类:关于人事关系的委任状(appointments)和土地处置、卫生、国籍、政府合约等社会管理类的告示(notices)。^[26]

从实质内容的视角来看,如果我们不局限于“行政命令”这一表面术语,而是分析带有命令性质(order)的各种文件,将其变通地理解为“总督行使行政权而颁布的命令为行政命令”,那么可能的命令有两大类。其一是关于行政机关内部人事变迁和纪律惩处的命令,其二是针对外部相对人或社会一般公众发布的命令,包括各类具体的行政决定和附属立法告示。特别是附属立法,即立法局授权给总督立法,尽管其命名并不统一,如“任何公告、规则、规例、命令、决

[18] 《英皇制诰》(Letters Patent)第7(1)条。

[19] 《英皇制诰》(Letters Patent)第10条。

[20] 《英皇制诰》(Letters Patent)第9条。

[21] 《英皇制诰》(Letters Patent)第8条。

[22] 《英皇制诰》(Letters Patent)第12条,《皇室训令》(Royal Instruction)第25条。

[23] 《英皇制诰》(Letters Patent)第14条。

[24] 《英皇制诰》(Letters Patent)第15条,《皇室训令》(Royal Instruction)第34条。

[25] Attorney-General v David Chiu, [1992] 2 HKLR 84 (CA), at 116.

[26] 例如1973年3月2日的《香港政府宪报》中主要委任令有“奉联邦事务大臣所发之委任令”“总督委任令”“太平绅士”等,主要告示有“关于已获通过并经批准之条例事”“一九四八年英国国籍法所准归化英籍之人士”“根据第十八条规定所发之布告”等。See *Hong Kong Government Gazette*, Vol.115, Mar-Apr 1973, pp.790-855.

议、通知、法院规则、附例或其他方式”，但“通知、决议、命令”比较普遍。^[27] 与前一类的内部人事管理的行政性质命令相比，附属立法中的命令“在任何条例之下制定或根据任何条例规定，并且有立法效力”。^[28] 核心问题在于，《基本法》除第 62 条提及行政长官可以提出附属法规草案外，并没有其他条款明确规定附属立法权或对行政长官的专门授权立法，更未明确附属立法与行政命令有多大的相关性或一致性。但是，根据香港“原有法律予以保留”和《回归条例》第 28 条的规定，总督的部分权力很可能转移到行政长官职权中来。^[29] 并且，普通法被《基本法》确认和继续保留，而普通法就是确认、接受和制约传统英国国王的权力，这些权力正是在特权名义下进行，也是英女王殖民地权力的来源。^[30] 所以，可能的讨论空间便是，在这一法律继承与移植的背景下，是否存在部分总督职权中的某些命令发布权转移到了现行行政长官中的行政命令制度上呢？更进一步，这些可能转移到行政命令制度中的命令发布权是对内的还是对外的，是行政性的还是立法性的，抑或二者兼有呢？

（三）中国内地渊源：《宪法》与组织法中的相关规定

《中英联合声明》于 1984 年签署之后，香港《基本法》的起草也随之提上议事日程，并最终于 1990 年完成，因而有必要检索这个时间段前后中国内地相关法律中关于行政职权的规定是否有行政命令这一项。

首先，具有根本指导意义和参照价值的是 1982 年《宪法》。尽管香港是中华人民共和国的一个特别行政区，但从国家结构来讲，它仍是中国的一个地方，既存在与中央的纵向垂直关系，也有与其他地方省市的横向平行关系，因而《宪法》中关于国务院和地方各级政府职权的相关条款值得关注。《宪法》第 89 条关于国务院职权规定的第一项就规定：“根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”；第 107 条规定地方各级人民政府职权是“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理……，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员”。由此可见：其一，“发布决定和命令”是国务院和地方各级人民政府的一项基本行政职权，属于中国宪政体系中行政权架构的重要内容；其二，从术语表述来看，“决定”和“命令”紧密关联在一起，同为政府行政管理措施的一种方式或手段；其三，尽管这里表述与《基本法》有些许差异，但这种不同更多是表面的，政府发布的命令很显然是行政命令。

其次，可以考察更为具体的下位法，即各级人民政府组织法的相关规定。《地方各级人民代表大会和人民政府组织法》于 1979 年产生，经 1982、1986、1995、2004 和 2015 年五次修改，

[27] Peter Wesley-Smith, *Constitution and Administrative Law in Hong Kong*, Longman Asia Limited, 1995, p.164.

[28] 《释义及通则条例》(Interpretation and General Clauses Ordinance) 第 3 条。

[29] 《香港回归条例》A601 第 28 条：凡归属总督或可由总督行使的权力(第 27 条提述者除外)转授予公职人员，该项转授如在紧接 1997 年 7 月 1 日之前是有效的，则在相类权力归属行政长官可由行政长官行使的范围内，该项转授在该日及之后继续有效，并当作由行政长官向特区的相应公职人员作出的。

[30] Peter Wesley-Smith, *supra* note 27, p.106.

共有六个版本。除用语表述稍有细微变化和修正外,这六个版本关于地方各级人民政府发布决定和命令职权基本上是一致的。如1979年、1982年、1986年规定均为“发布决议和命令”,^[31]但从1995年开始变为与1982年《宪法》表述完全一致的“发布决定和命令”。很显然,如此一致的规定表明“发布决定和命令”是政府职权中一项当然和重要的内容。

由此可知,从形式上看,《基本法》中关于行政长官“发布行政命令”这一规定带有明显的大陆法模式的痕迹,与内地行政管理职权体系设定联系甚紧。但从性质和效力上看,国务院和地方各级人民政府职权中的“发布决定和命令”既有关于内部人事管理文件,也有针对外部普通公民的行政文件;既有行政性的具体行政行为,也有“参照”性质、准立法类的抽象行政行为。可谓涵盖社会行政管理一切领域,适用普遍,与公民日常生活和基本权利息息相关。至于《基本法》中行政长官发布行政命令的性质、效力、范围等基本问题界定与此到底有多大程度的一致或关联,则无法仅从条文的表述得到确切的答案,尚待进一步分析考证。

二、起草过程追溯:形式演进与争议焦点

无论是从总督职权的视角还是内地行政职权规定的模式来分析,都无法为现行行政长官职权中的行政命令制度提供直接的渊源或肯定的制度依据。那么,它到底是如何制定出来的呢?在起草过程中,它是否经历了文本的变迁,有哪些争议性问题和相应的方案建议?因而,我们有必要从行政职权制定的过程,即基本法的起草历史来进一步探寻行政命令制度基本问题可能的界定。

(一)形式演进:从序位到表述

基本法的起草前后共经历了九稿。从第一稿开始,“发布行政命令”就作为行政长官职权条款中的一项的后半部分存在,并稳定无变化地存续到最后一稿,变化的是该项所处的序位和前半部分的表述。^[32]

[31] 《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法(1979年)》第35条:县级以上的地方各级人民政府行政下列职权:(一)执行本级人民代表大会和它的常务委员会的决议,以及上级国家行政机关的决议和命令,规定行政措施,发布决议和命令;第36条:人民公社管理委员会、镇人民政府行使下列职权:(一)执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决议和命令,发布决议和命令;1982年修正版的第35(1)条与1979年版完全一致;第36条因1982年《宪法》取消了“人民公社管理委员会”的设置,改为“乡、民族乡”,所以第36条首部为“乡、民族乡、镇的人民政府行使下列职权”,但第(一)项内容与1979年版本完全一致。1986年修正版相应条款和内容与1982年相比无变化。1995年、2004年、2015年三个修正版本的相应条款数目和内容规定完全相同,具体为:第59条:县级以上的地方各级人民政府行使下列职权:(一)执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议,以及上级国家行政机关的决定和命令,规定行政措施,发布决定和命令;第61条:乡、民族乡、镇的人民政府行使下列职权:(一)执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令,发布决定和命令;……

[32] 参见李浩然主编:《香港基本法起草过程概览》,三联书店(香港)有限公司2012年版,第482—503页。

从形式上看,前三稿第四章第一节第5条关于行政长官职权列举中的第(5)项表述都是“决定政策和发布行政命令”。^[33]从第四稿开始,由于每章条文数连续编排,该项就变成了第47条第5项,内容更改为“决定政府政策和发布行政命令”并一直保持到终稿。^[34]第五稿表述与上一稿完全相同,但由于删除了职权的第一项,因而序位提至第4项,同时条文数为第49条。^[35]到第六稿时,该条序位就变成了第48条的第4项,^[36]而第七、八、九稿也未作任何变动,从序位到内容表述都与现行文本完全一致。

由此可见,其一,序位变化只是被动地随着其他条文和项数变迁而调整,看似并无多大分析价值。但在整个被动调整过程中,相对稳定的静态序位可能有更多的参考意义。相较于草案第5项之后不断变化,本项内容稳定地处于基本领导权、执法权、立法相关的签署权之后,人事权、与中央政府相关事项执行、财政收支动议提出以及刑罚减免、申诉请愿等处理权之前,这表明它在整个行政长官职权设置中处于相对重要的位置,仅次于传统意义上的行政执行权和相关立法权。但从实践中看,二者却出现了极大反差,该项基本上处于沉睡状态,鲜有应用或研究;其二,表述的变化甚微,仅仅是前半部分“决定政策”中间加了范围限定“政府”二字,而“发布行政命令”恒定不变。这一方面表明“决定政府政策”和“发布行政命令”紧密相联,二者很可能存在某种前后逻辑关系,这与上文渊源追溯中的内地规定相吻合;另一方面,“发布行政命令”恒定不变地存在,似乎是起草委员会和社会相对一致的看法。当然,也有可能存在争议,但并无更多的共识和更好的修改方案,因而从初稿到终稿一直未有变动。而这,恰恰是真实写照。

(二)争议焦点:范围界定与权力限制

从该条整个起草过程来看,这一项的争议相对较少,问题集中于范围界定与权力限制。第二稿就有委员提出“决定政策”过于笼统,认为行政长官并非能决定所有政策,应当加以限定。^[37]这一建议在第四稿中得到了采纳,变成了与终稿一致的“决定政府政策和发布行政命令”。但直到第七稿讨论时,才首次出现关于“发布行政命令”内容的相关质疑和建议,而且它们主要来自于由香港各界人士组成的基本法咨询委员会对基本法的征求意见稿。其中首要问

[33] 《政治体制专题小组工作报告(一九八七年八月二十二日)》,载《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第五次全体会议文件汇编》,第40页。

[34] 《香港特别行政区基本法起草委员会各专题小组拟定的各章条文草稿汇编》,载《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第六次全体会议文件汇编》,第34页。

[35] 1988年4月《总体工作小组所作的条文修改举要》,载《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第七次全体会议文件汇编》,第16页。

[36] 《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿(一九八八年四月二十八日)》,载《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第七次全体会议文件汇编》,第45页。

[37] 1987年9月2日《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第五次全体会议委员们对基本法序言和第一、二、三、四、五、六、七、九章条文草稿的意见汇集》,第30页。

题仍是范围不明,认为“行政命令”一词的范围应当清楚界定。^[38]但随后的修改建议却并没有直接对其进行限定,而是试图通过程序进行约束。建议一改为“经立法机关批准后而决定政府政策,并发布行政命令”,其理由是“行政长官不能不经立法机关同意而决定政府政策,这等于独裁统治”;建议二改为“发布行政命令,及与行政会议共同决定行政政策”,其理由是“避免行政长官权力过大”;建议三是在该项前加上“于咨询行政会议下”;建议四认为应当设置相关制衡机制,例如由一方制定政策,一方颁布行政命令,而另一方有否决权。^[39]相对而言,该稿的各方讨论也是对该项最集中深入的一轮。从上述四方案来看:其一,尽管它们具体方案有异,但共同点是通过设置具体的程序来限制政府政策决定的作出,从而试图达到界定行政命令发布权的目的,而非直接限定行政命令。它的潜在逻辑仍是将“决定政府政策”与“发布行政命令”前后关联在一起,这与上文文本变迁和大陆法模式的相关分析是一致的;其二,问题的出发点是范围限定,但体现在建议与理由中的终结问题指向的却是背后的权力限制,即通过立法机关或行政机关的程序限制、权力主体分离制衡来防止行政权的专断或滥用;其三,从程序上看,行政命令权的行使似乎预设了与立法机关或行政会议密切相关。

到第八稿讨论时,咨询委员会的修改建议集中限缩到其中一种方案,即在该项前加上“于咨询行政会议下”,^[40]但不再提及立法机关程序介入。然而,最终的方案并没有采纳这一点。遗憾的是,无论是最后的起草意见汇集整理还是草案意见咨询稿相关报告,都没有更多建议反馈或进一步的关注讨论,而这些问题的争论正好关涉到行政命令制度的性质、效力、行使方式、内涵外延等基本界定与认识。这样,“发布行政命令”似乎成了无具体约束和明确限定的职权,仅能从文本表述来推断它与“决定政府政策”在逻辑上可能形成同一事项前后相继、一个问题两个面向的密切关联。但它事实上到底如何,以及起草中聚焦的问题在实践中可能的走向和行政命令制度的具体界定,则有待于该制度在实践中的检验与厘清,特别是普通法判例制度对其解释、丰富和完善。

三、实践中的制度流变:从公务员案到秘密监察案

到目前为止,《基本法》第48(4)条确立的行政命令制度在实践中的应用极其有限,有且仅适用过两个不同对象,且均被提起了司法覆核。尽管两次司法判决结果迥异,一正一反,但正好从两个维度为我们进一步认识其性质、效力,界定其内涵外延,提供了基本的准则和方向指引,成为丰富和完善这一制度的基石之作。

[38] 1988年10月基本法咨询委员会《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿咨询报告第五册——条文总报告》,第220页。

[39] 同上注,第224页。

[40] 1989年11月基本法咨询委员会《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)咨询报告第三册——条文总报告》,第132页。

(一) 公务员案: 正面肯定适用范围和溯及力

行政长官首次依据《基本法》第 48(4) 条的授权, 以“行政命令”的形式发布的文件是《1997 年公务人员(管理)命令》(Public Service (Administration) Order 1997) (E.O. No. 1 of 1997), 其规定了公务人员的任免、停职和奖惩制度。同时, 为调查和裁定公务人员纪律违反行为, 行政长官还发布了《公务人员(纪律)规例》(Public Service (Disciplinary) Regulation), 确立了一整套纪律程序。随后, 香港海外公务员委员会向高等法院提起了司法覆核请求, 对这两个文件的合法性基础提出了挑战, 认为: ①这两个文件的内容违反了《基本法》第 103 条“原有制度”和第 48(7) 条“依照法定程序”的规定; ②这两个文件在香港《政府宪报》上公布时间分别为 1997 年 7 月 9 日和 1997 年 7 月 11 日, 但其效力溯及到 1997 年 7 月 1 日, 而行政命令和规例除非经立法授权不得具有溯及力。

第一, 关于这两个文件的合法性问题。法院经审理肯定了其合法性, 主要理由如下: 其一, 行政长官发布公务人员管理的行政命令的权力, 源于《基本法》第 48 条行政长官职权中的第 4 项“确定政府政策和发布行政命令”和第 7 项“依照法定程序任免公职人员”; 行政长官发布公务人员纪律规例的权力则源于上述行政命令第 21(1) 条的授权, 它规定“行政长官可为以下事宜订立规例……规管本命令下的常规及程序”。其二, 回归前的香港公务员管理的“原有制度”文件包括《英皇制诰》《殖民地规例》, 以及总督发布的《纪律程序(殖民地规例)规例》、相关指引和《公务人员(纪律)规例》, 其中关于《英皇制诰》下公务人员权力如何行使和相关程序主要依赖于《殖民地规例》, 并通过总督发布的规例和指引来进一步落实。对于《殖民地规例》授权总督制定发布的《纪律程序(殖民地规例)》和《公务人员(纪律)规例》两个文件, 前者需要英国国务大臣批准, 而后者不需要。因而, “原有制度”表明总督确立的纪律规例既非由立法机关制定也无需经立法机关批准, 而是由国王运用其特权 (prerogative) 通过《英皇制诰》和《殖民地规例》对总督的授权。回归后, 为保证行政管理的连续性, 行政长官发布的上述行政命令和规例与先前殖民地文件尽可能地保持了相似性, 并无显著区别, 因而它的生效也无需立法机关批准, 被告所认为的“取代制度仅靠行政命令而无立法机关批准就意味着原有制度未保留”的说法不成立。其三, 《基本法》第 48(7) 条“依照法定程序”的理解应依赖具体的文本, 这里“法定”程序并不等于程序“由法律规定”, 而且即使理解为“由法律规定”也不必要求立法机关批准。《基本法》第 8 条关于“法律”的解释包括了普通法、衡平法、习惯法等。第 48(7) 条的理解应当根据第 103 条“香港原有关于公务人员的招聘、雇佣、考核、纪律、培训和管理制度……予以保留”来确定。行政长官发布的行政命令制度保留了香港原有公务员制度, 因此, 它符合“依照法定程序”的规定。

第二, 关于溯及力问题。行政长官发布的公务人员管理的行政命令和规例都溯及至 1997 年 7 月 1 日。香港海外公务员委员会认为它们的溯及力导致它们是不合法的, 因为《基本法》并没有许可行政长官依据第 48(4) 条发布的行政命令具有溯及力。另外, 如果这两个文件被认为是附属立法, 它们的溯及力也导致其不合法的后果, 因为附属立法除非经立法机关授权才能在实践中有溯及力。法院对此予以驳斥。首先, 无任何法律原则能阻止附属立法或行政行为的有效性, 仅因为它是溯及力的。其次, 附属立法的效力仅因为超越立法权限而无效, 即

立法的授权明示或暗示了附属立法不得有溯及力。相似地,行政行为溯及力因其违反传统公法基础而受到挑战。但是,《基本法》和《回归条例》(No.110 of 1997)并未暗示阻止行政长官的行政命令的溯及力。最后,更为现实的情况是,行政长官作出关于公务员管理的政策决定需要咨询行政会议,而回归后第一次行政会议时间是1997年7月8日。因而,这两个文件溯及至1997年7月1日是出于行政管理连续性的需要,防止因殖民地文件的失效而导致公务人员管理出现不良后果。^[41]

此外,关于这两个文件中的某些具体条款效力,法院通过援引分析《香港人权法案条例》的相关规定,分别予以否定或肯定。

从总体上看,公务员案从正面肯定了行政命令制度适用于行政机关内部事项,即公务人员管理的有效性,而这种有效性的判断主要依赖于“原有制度”下相关权力的分配和运行,以及它与现行制度的规定比对。它的溯及力也取决于具体的制定和实施环境,更多是现实的考量和理性判断。遗憾的是,该案在肯定其符合“依照法定程序”的要求,明确其不需要经立法机关的批准后,并没有进一步讨论其具体的合法性是否仅仅是行政性的,有无可能还具有类似附属立法的法律效力。特别是对于被告提及的疑似附属立法性质,法院也仅仅是作为一种可能性考虑,驳斥被告关于附属立法效力与溯及力关系的观点,是侧面回应而非明确、正面地回答行政命令到底是否为附属立法的问题。

(二)秘密监察案:反面否定适用范围

与公务员案命运迥异,2006年秘密监察案中行政长官发布的行政命令效力遭到了法院的彻底否定,排除了它适用于香港公务人员以外的普通居民和具有立法效力的可能性,进一步明确了其内涵界定。

《基本法》第30条规定了香港居民通讯自由和通讯秘密受法律保护的权利,第39条规定了隐私保护权,并透过《香港人权法案条例》的第14条进一步落实。但出于刑事侦查、预防犯罪和公共安全的需要,秘密监察非常必要,同时应受到法律的管控。1963年制定的《电讯条例》第33条赋予总督在任何时候,出于公共利益考虑授权公务人员,命令拦截电讯讯息的一般权力。^[42]1996年,法律改革委员会发布了一个规制截取通讯的隐私报告,认为《电讯条例》的第33条与《国际人权公约》第17条、《香港人权法案条例》第14条不符。^[43]1997年6月27日,香港立法局通过《截取通讯条例》,旨在“为截取以邮递或透过电讯系统传送的通讯提供法律监管,并废除《电讯条例》第33条”。考虑到当时实际情况,该条例无法立即施行,于是第1(2)条规定,“本条例自总督以宪报公告指定的日期起实施”,但回归前的港督和之后的两任行政长官都未指定相关日期,因而它事实上并未实施,《电讯条例》第33条也就得以保留。^[44]

[41] The Association of Expatriate Civil Servants of Hong Kong v the Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region, 1997 A.L.No.90.

[42] Leung Kwok Hung & Another v Chief Executive of HKSAR, HCAL 107/2005, para.24.

[43] Ibid., para.25.

[44] Supra note 42, para.31-33.

这样,香港执法机构进行的秘密监察一直受到合宪性质疑。2005年8月5日,行政长官根据《基本法》第48条颁布了一项行政命令——《执法(秘密监察程序)命令》,作为相关法律出台前的过渡性措施,保证执法机构开展的秘密监察合法性、透明性和责任性。^[45]此后不久,梁国雄先生和古思尧先生针对该行政命令向高等法院提出了司法覆核请求,认为《电讯条例》第33条、行政长官未能指定《截取通讯条例》实施日期和行政命令都违宪。^[46]

其中关于行政命令的违宪争议在于,它是否具有立法效力并构成《基本法》第30条的“法律程序”。政府方认为,该行政命令仅是行政性的命令而不是法,目的不在于立法或制造刑事违反,而是过渡性地规制秘密监察行为,但它构成了《基本法》第30条要求的一整套综合性“法律程序”。^[47]申请方认为,尽管该行政命令宣称不是立法的一种形式,然而它试图填补立法空白,因而事实上代替了立法,并通过授权和规制秘密监察而具有了立法效力。但它不构成《基本法》第30条所说的“法律”程序体系,因为它不能充分满足《基本法》第30、39条的要求,也无力提供法律要求的详尽保护措施,而这些只能通过立法实现。而且,针对行政权力的可能滥用,该行政命令没有独立的或司法的政策制定监督,也没有违反该行政命令后的民事或刑事救济。^[48]

法院最后同意了申请方的意见。其主要理由为:其一,行政长官作为政府首长,负责实施法律,但并没有被赋予立法权,而发布行政命令是宪法承认的执行手段,即意在实施法律、执行政府政策。^[49]其二,行政长官于2005年发布的行政命令旨在约束负责执法的公务人员职责。它规定未经授权不得开展秘密监察,而且由政府内部更高层人员进行监督和定期检讨,但这种监督非独立于政府。因此,该行政命令不过是由政府首长给予其雇员的一套行政指令,它并不约束香港普通居民,也不在于追求立法,因而不能代替立法、不具有立法效力。^[50]其三,针对该行政命令的一个解释性说明:“本命令是由行政长官根据《基本法》第48(4)条设置的法律程序,承担执法调查或实施的政府部门公职人员或其代表开展秘密监察时应当遵守。”^[51]因而,它意在追求一套“法律程序”。这是一种非一般的纯行政命令的描述,源于《基本法》第30条“法律程序”的内容,即授权依照“法律程序”秘密监察以保护公共安全和调查犯罪。^[52]其四,政府方认为《基本法》第30条“依照法律程序”应从广义上理解,包括依据某一法规或其他合法权力、义务、职责合法地确立,并不等于“依照法律”或“由法律规定”。政府方还进一步援引1998年公务员案中主审法官Keith J的观点:“‘依照法定程序’是一个宽泛和一般用语,在不同的语境中有不同的含义。……《基本法》第48(7)条‘依照法定程序’意思是‘依照合法

[45] Supra note 42, para.15.

[46] Supra note 42, para.39-42.

[47] Supra note 42, para.16, 18.

[48] Supra note 42, para.17, 19.

[49] Supra note 42, para.136-137.

[50] Supra note 42, para.138-141.

[51] Supra note 42, para.143.

[52] Supra note 42, para.144.

确立的程序以保持香港原有制度中的公务员招聘和纪律程序’……”对此,法院认为应当将《基本法》第30条作为一个整体进行理解,香港居民通讯自由和通讯秘密“受法律保护”,执行该条款对居民权利的任何限制应“依照法律程序”,这些法律程序应当是该权利保护的一部分,都应当由法律规定。这与第48(7)条的语境有很大差别,因为本条作为赋予所有香港居民基本权利的一个开端,因而要求有不同的理解。因此,如果说《基本法》第30条所包含的基本权利要受法律保护却只是约束公务员的一套纯行政程序而非法律,即使权力滥用也仅受内部纪律程序约束,那么这是一种形式主义产物,将实质性地减损本条权利保护的 actual 价值。它所说的“依照法律程序”应当是实证法的一部分,符合法律所要求的确定性,属于立法的范围。^[53]综上所述,本案所涉的行政命令目的不在于任何类型的立法或有立法效力。更进一步而言,行政命令作为规制执法机构内部行为的一个管理工具,完全是合法和有价值的,但不能构成第30条要求的“法律程序”。^[54]

由此可见,相较于公务员案,秘密监察案可以说是行政命令制度在适用范围和效力上的一次突破性尝试。它试图从公务员案中的约束行政机关内部公职人员扩大到秘密监察案中的外部普通居民、从规制内部事项延伸到外部居民基本权利、从行政性扩大到广义的立法性效力,但遭到了法院的完全否定。值得注意的是,公务员案作为先例判断其法律性质和效力的方法与观点得到了秘密监察案的遵循,并在此基础上进一步明晰其内涵外延的界定。尽管两案结果截然相反,但事实上遵循着同样的逻辑:①恪守《基本法》中的立法与行政分权原则和规定;②对《基本法》条文中“法律程序”“法定程序”等关于“法律”的理解需要根据其所指涉的事项并结合具体情况来认定其性质和内容。换言之,在《基本法》下,香港的立法权属于立法机关而非行政长官,行政长官负有执行权。^[55]因而,对公务员案而言,“原有制度”和相关的“法律程序”表明,公务员的任免和纪律管理本来就属于总督——回归后的行政长官的职权范围事项,而非立法权范围——无需立法机关的制定或批准,作为与原有制度相似性颇高的行政命令当然合法并有溯及力;对秘密监察案而言,香港居民通信自由和通信秘密的基本权利受法律保护、依照法律程序限制,其中的“法律”均属于立法权范围,而非行政长官职权范围事项,若通过约束内部公务员执法行为的行政命令来承担保护香港居民基本权利的“法律”职能,显然僭越了立法权,是违宪的。^[56]至此,行政命令制度的两次实践运用和司法覆核明确肯定地将其限定为:由行政长官发布的,形式上以《基本法》第48(4)条为制定依据,实质上适用于行政机关内部公务人员,具有行政性而非立法性效力的行政管理工具。

同时,这两次司法实践还表明,前述渊源中提及的总督职权的具体类别及其行使方式,就是《基本法》中“原有制度”和相关“法律程序”分析追溯的主要对象,尽管二者具体所指在形式

[53] Supra note 42, para.145-150.

[54] Supra note 42, para.151.

[55] Peter Wesley-Smith, supra note 1, pp.188-190; Simon N.M. Young, supra note 2, pp.265-276.

[56] 与行政命令相关的性质界定标准,即立法行为与行政行为的区分, Peter Wesley-Smith 教授有过详细的讨论,详见 Peter Wesley-Smith, supra note 1, pp.199-204.

上的名称不尽一致,但实质上的内涵密切关联;而可能的大陆法模式中“发布决定和命令”只是表述上的借鉴,但事实上二者在具体的内涵外延和效力上迥然不同。在起草过程中讨论的“制定政府政策”与“发布行政命令”可能的前后序位关系在这里也并不成立,二者不直接必然地相连,而且是否在咨询行政会议下发布也非制约行政权力、影响行政命令效力的重要因素。事实上,它的有效与否除依赖于形式上的法律依据和具体条文所涉事项外,还取决于《基本法》中的“原有制度”的权力接替与转移情况,以及普通法的继承与实施情况。某种程度上可以说,该制度起草过程中的明显内地行政权立法思维痕迹在行政命令实践运用中已被普通法重新塑造和界定,与起草过程中争议和关注的焦点几无关联。制度的流变已经发生但远未成熟定格。它是否可能随着普通法的进一步发展,逐步突破这种严格适用限定,或者渐次回归到制度设计之初的轨道上来,则有待于更深入的尝试。

四、制度反思:法律保留原则与适用范围和效力的检讨

香港法院判决两宗行政命令案的内在逻辑一脉相承,严格遵循《基本法》中关于行政权的规定和行使界限,将行政命令限定为适用于行政机关内部公务人员的纯行政行为。而我们应当进一步追问的是,促使法院作出这样判决和认定的理论基础何在?目前对行政命令制度的这种性质界定是否妥当,符合立法初衷或者适应当下特区政府执政的需要么?

(一)法律保留原则:行政命令制度的理论基础

法律保留原则发端于法国的《人权宣言》,^[57]但直到19世纪末才作为一个概念为德国行政法学大师奥托·迈耶首创阐述。^[58]根据奥托·迈耶的表述,法律保留的基本内涵是指在特定范围内对行政自行作用的排除。具体而言,特定领域的国家事务应保留由立法机关以法律规定,行政权依法律规定才能行为;在法律保留范围之外,行政权可以自行为之。它以议会民主、法治国家和人权保障原则为根据,^[59]是在民主政治建立过程中,作为民意代表的立法机关与以君主为首的行政专断权力不断斗争发展的产物。^[60]因而,它首先是一项宪法原则,^[61]其基本功能在于划分立法机关与行政机关的权限范围,确立立法权与行政权的宪政秩序,以避免行政权的任意专断而侵犯立法权或者防止立法权的怠于行使而放任行政权。其次,它也是一项行政法原则。^[62]对行政领域而言,它意味着凡属于法律保留事项,行政行为不能仅以不违反法律规定为准则,而应有明确的法律规定为依据,也就是我们熟悉的行政法上的

[57] 《人权宣言》第4条规定:自由就是指有权从事一切无害于他人的行为。因此,各人的自然权利的行使,只以保证社会上其他成员能享有同样的权利为限制。此等限制仅得由法律规定之。

[58] (德)奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002版,第72页。

[59] 参见(德)哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第104页;许宗力:“论法律保留原则”,载许宗力《法与国家权力》(一),台湾元照出版公司2006年版,第15—25页。

[60] 奥托·迈耶,见前注[58],第75页。

[61] 参见杨登峰:“行政法定原则及其法定范围”,《中国法学》2014年第3期,第91—92页。

[62] 同上注。

“法无明文规定不得行”的法谚,因此成为行政法治或依法行政下的核心原则。从原初意义上说,法律保留主要强调行政机关未经法律明确授权不得侵犯私人的财产和自由权利。但是,20世纪以来,特别是二战后,随着国家形态从自由资本主义时代的警察国向福利主义的法治国转变,积极行政渐次成为常态,行政立法、给付行政日益普遍,法律保留理论也相应地发展变化。这主要表现为,保留事项从德国传统的侵害行政扩大到涵盖内部行政和给付行政行为,保留之“法律”从议会立法延展到行政立法,保留密度从纯粹的行为法增容至组织法,^[63]同时与保留标准相关的各种重要性判断学说和实践也随之出现,^[64]甚至有中国学者针对这种变化在法律保留原则的基础上进一步提出了“行政法定原则”。^[65]然而,无论是已成共识的绝对保留还是内容各异、程度不一的相对保留,法律保留已成为现代行政法治的重要内容和依法行政的理论基础。

目前,除了德国,法律保留原则还在包括日本、我国台湾地区在内的众多国家和地区得到承认和应用。^[66]在英美国家,虽未明确使用法律保留这一概念,但其法治概念或分权原则已包含了该思想,而司法实践中的“越权无效”原则更是与之有异曲同工之妙。^[67]在香港,行政法治是其宪政运行的基础性原则,早在港英政府引进英国法治时就已逐步确立并严格遵守。其中,总督权力与英国皇室特权之间的关系及其日常行使都充分体现了法律保留原则。总督所有的权力都源于英国皇室的特权授权,均有明示或暗示的宪政文件权力来源,包括上文所述的《英皇制诰》《皇室训令》《殖民地规例》等,而且这些授权并非国王特权的完全授予而是具体的、有范围的界定。例如总督在《香港政府宪报》上发布的每项委任令和通告都会载明具体的、明确的效力依据。以1970年《香港政府宪报》为例,关于最高法院人事任命的载明的是总督根据《最高法院条例》第14条的授权,^[68]关于《一九六九年人民入境(管制及违例事项)(修订)条例》获得“免受驳覆之条例事”的告示载明的是总督奉英国政府的训示,^[69]关于医务卫生处《海港检疫及防疫条例》的通告载明其是根据《海港检疫及防疫条例》第18款所赋予之权力,等等。^[70]

一旦总督违反皇室授权规定,行为超越职权范围,将受到司法覆核,面临被法院否决或推翻的后果。比如在Cameron v Kyte案中,被上诉人是公开拍卖代理人,可以依据1803年的法律规定获得所有出售所得的5%的佣金。但是上诉人于1829年购买土地但只付了1.5%的佣

[63] 参见黄学贤:“行政法中的法律保留原则研究”,《中国法学》2004年第5期,第45—49页。

[64] 参见叶海波、秦前红:“法律保留功能的时代变迁——兼论中国法律保留制度的功能”,《法学评论》2008年第4期,第3—8页;胡荣:“论法律保留的价值”,《政治与法律》2010年第9期,第67—74页。

[65] 参见杨登峰,见前注[61],第91—110页。

[66] 参见(日)盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第51—56页;翁岳生编:《行政法》(上),中国法制出版社2002年版,第178页以下。

[67] See Peter Wesley-Smith, *supra* note 27, pp.113—120, 210—213, 226—311.

[68] Hong Kong Government Gazette, Vol.112, January 1970, p.6.

[69] *Ibid.*, p.9.

[70] *Supra* note 68, p.12.

金,依据1810年殖民地总督发布的一份旨在减少佣金的通知,被上诉方认为总督的通知是无效的。法院在审查了总督的委任状和训令后,发现并没有授予相关的权力,并且这种权力也无法从他的职责性质中推导出来,因为“……总督是一个官员,仅仅从国王那里获得有限的授权,对他的主权行为的推测超越了授权范围,将是完全无效的,他所主持的殖民地法院并不能给予它任何法律效力。……我们认为总督职能是后一种描述,因为在我们面前没有授权或法官的附带意见被引用显示一个总督可以被看作拥有整个皇家权力的授权,在任何殖民地,在他与臣民之间,当它没有被他的委任状明确授权时。”〔71〕

回归后的香港特区继承了原有的法律制度,不仅《基本法》明确划分了立法权与行政权的各自范围,以成文的形式确立了法律保留原则,而且在实践中通过普通法的先例制度和成文法的适用使法律保留原则得以严格遵循。这实际上巧妙地融合了大陆法通常意义的法律保留原则与香港原有普通法实践中对应的“越权无效”原则。行政命令制度的两次司法实践就彰显着法律保留原则的理论根基。无论是公务员案行政命令发布的权力继承与来源追溯、《基本法》第103条“原有制度”的解释和第48(7)条“依照法定程序”的理解,还是秘密监察案中对先例原则的遵循和第30条“依照法定程序”的具体有差别的解释,以及法官在两案判词中反复强调的行政权与立法权的范围区分与行政长官职权行使,都表明了行政权运行中“法无明文规定不得行”的严格法律保留原则和行政法治要求,以防止行政权的擅断专横侵犯公民的基本权利。更进一步,从法律保留原则的具体范围和密度来看,公务员案中的行政命令体现了扩大的“法律”保留,而秘密监察案中的行政命令则属于传统的绝对立法保留范围,总体上属于绝对保留与相对保留的结合,符合法律保留原则发展的普遍趋势。

(二)行政命令制度的适用范围和效力检讨

尽管行政命令制度的司法实践严格遵循着法律保留原则,表面上看似乎符合香港既有的法治传统并因此具有无可厚非的正当性,但法院仅凭此有限的个案就将行政命令制度限定为适用于行政机关内部行政管理的行政行为,则值得商榷和斟酌。

首先,无论法律保留原则历经时代变迁,其内涵要义如何发展演变,不可忽视的背景和现实是这些国家和地区行政权的普遍扩张和强大。香港情形正好相反,行政权实际上极为虚弱,色厉而内荏。由于这里主要涉及行政命令制度的适用范围和效力的讨论,意即它的性质是立法性行为还是纯行政性行为的判断,因此在谈到法律保留原则的发展时重点是其中“法律”范围的扩大——行政立法的出现与普遍。从纵向的历史比较来看,港英政府时期的总督尽管没有明文为发布“行政命令”的权力,但他根据英国王室的授权可以便捷地实现广泛的立法目的,其方式包括直接依据法律授权而制定的附属法规,以及通过立法局同意和英王室训令后批准的各种条例,特别是由于立法局议员由他直接任命而事实上极为方便地推动法案在立法局的通过。尽管行政长官在很大程度上继承了总督的职权,例如提案权,但由于立法会议员通过选举产生而无法获得他们的当然支持,因而没有政党背景的行政长官事实上处于孤立无援的境地,行政立法显然大不如港督时期的便捷高效。与横向的内陆比较来看,无论是行政立法中的

〔71〕 (1835) 3 Kapp332; 12 ER 678. See Peter Wesley-Smith, *supra* note 27, pp.114-115.

依职权立法还是授权立法,根据《立法法》第8—11条的规定,法律保留之“法”的范围已经扩及到法规和规章了,行政长官在这方面的权限更是望尘莫及。特别是从回归后逐步恶化的政治生态环境来看,行政立法关系对立,行政权不断受到立法的拉布拖扯和司法覆核的威慑,政府施政处处受挫,腹背受敌,处境艰难被动。^[72]如1999年提高路边泊车收费案的否决、高铁工程项目中“一地两检”方案反复撕扯艰难通过、故宫西九博物馆项目施行中的受阻,等等。因此,在香港目前行政权事实上弱势的情况下,将行政命令制度严格限定为管理内部公务员的行政手段,从根本上否决其可能的影响普通居民权利义务关系的准立法效力,无疑是进一步束缚行政长官施政权能,雪上加霜。

其次,从立法初衷和意义来看,将行政命令制度严格限定为适用于行政机关内部的行政行为完全抹杀了其可能的目的与作用。从现有的司法实践来看,它仅被限定于行政机关内部人事管理的行政工具,纯属行政性效力,而不可能有任何约束外部社会公众的普遍规则的立法性效力。联系上文关于渊源的追溯和起草过程的讨论,“发布行政命令”如果仅限于行政机关的内部人事管理,排除了其他适用范围的可能性,而与政府管理社会的政策决定毫无关联,那么随之而来的问题便是:①“决定政府政策”很显然包括了行政机关管理社会、作出影响普通居民权利义务关系的外部行政行为,而其后与之相连的“和发布行政命令”却仅仅限定为针对行政机关内部公务员的行政行为,并且排除了任何影响外部相对人的权利义务关系的可能性,这在逻辑上和事实上如何成立?②如果“发布行政命令”仅仅是管理内部公务员的行政手段而无关其他外部居民,那么本条第(6)(7)两项以及第四章第六节“公务人员”已有专门的行政管理手段和方式,从条文之间的逻辑来看,“发布行政命令”放在行政长官职权专门条款中再次重申,是否有此必要?③按照法院在秘密监察案中的判定,行政长官发布行政命令仅适用于内部行政管理,但意在“实施法律和执行政府政策”,^[73]那么如果仅将其界定为目前的纯粹内部行政管理工具而丝毫不能影响到外部相对人的权利义务,无论其结果是否有侵害的可能抑或事实上的保护,这将如何达成?很可能事实上否定了其实施法律和执行政府政策的价值与功效。

再次,从实际后果来看,法院这种严格形式主义的界定几乎架空了行政命令可能的执行权能,不利于行政权正常、独立地运作和立法、行政、司法三权的和谐发展与社会的有效治理。行政权的首要职责在于执行,而发布行政命令作为行政长官职权的重要组成部分,无疑应是协助执行法律和政府政策的主要方式和手段。糟糕的是,自从秘密监察案后,行政长官在发布行政命令方面似乎就止步了,近十多年来再也没有出现一件行政命令。法院仅凭一两个个案就将行政命令定性为纯粹的内部行政管理工具,行政长官则惮于再次被司法覆核的风险而长时期不行使发布行政命令权,二者事实上不自觉地合力造成了基本法重要条文被束之高阁甚至某种程度上效力损抑的恶果。再加之近年来立法会对行政权施政的竭力牵制,行政命令的这种严格形式主义界定就进一步压缩了行政权的权能空间,加剧了目前行政机关的积弱困势,严重

[72] 更详细的论证可进一步参考姚秀兰:《“普选”目标下香港行政主导体制的发展分析》,载《两岸及港澳法制研究论丛》(第1辑),厦门大学出版社2011年版,第155—156页。

[73] *Supra* note 42, para.137.

影响了行政权正常、独立地运作和三权关系的良性塑造,以及政府政策的推行和社会的有效治理。由此,值得我们进一步反思的是,如果行政长官主动打破这种沉默,积极大胆地运用行政命令制度于法律实施和政策执行中,是否可能在将来多次反复的实践中,在与法院不断博弈和社会大众心理逐步调整适应中,渐次摸索出行政命令新的适用范围和边界,累积而成新的惯例与制度呢?

最后,如果有可能在法院现有认定的基础上尝试将其适用范围和效力突破,并不当然违反法律保留原则或者必然侵犯居民的基本权利。对此,美国总统的行政命令制度也许可以提供一个更为开阔的视角。美国行政命令制度就是为执行宪法、法律、国际条约而发布的具有法律效力的指示,不需要国会的批准。美国宪法没有规定总统发布行政命令的权力。但宪法规定总统有保障法律忠实执行的义务。总统根据这项规定,认为为了执行法律有发布行政命令的权力。这是根据宪法具有的默示的权力,不需要国会特别的授权。实践中的案例非常多,比如二战结束后初期杜鲁门总统 1947 年发布第 9825 号行政命令,建立联邦官员的忠诚宣誓制度,防止共产党的渗透;里根总统 1981 年的 12291 号行政命令规定行政机关制定法规必须送管理和预算局审查,评价法规得到的效益是否大于付出的代价;约翰逊总统 1965 年的 11246 号行政命令,规定和联邦政府签订合同的工作必须建立一个雇佣少数民族的计划,等等。^[74]当然,美国总统发布的行政命令制度仍然受到来自国会和法院的事后监督,比如因为违宪而被撤销。同样的,香港法院的司法覆核和相关制度细化完善也能保障突破后的行政命令制度正常运转,防止其恣意任为、侵犯居民基本权利和自由。

当然,由于香港特殊的法治发展历史和《基本法》中“原有制度予以保留”的基本规定以及普通法遵循先例原则,短时间内突破实践中已确立的严格行政命令制度范围和效力,似乎很难实现。这还有待于实践的长期发展演变,特别是行政、立法与司法三权的运作与关系的进一步形塑,以及香港社会内外环境的变迁。

五、结 语

香港《基本法》是个杂糅体,它是两大法系、不同法治历史背景相互碰撞融合的产物,带有鲜明的“回归时代”烙印。它既有“原有法律制度”的移植继承,又有现实大陆法治模式的参照渗透,同时又在以普通法为主的司法实践中不断发展演化。行政命令制度就是典型的例证。

因此,尽管行政命令制度设计初衷在形式上带有明显的大陆法印迹,立法表述上也将其与涵盖行政机关内外的政策决定内容并行放置,但它在实践中仍是按照普通法思维和“原有制度”在演变和界定,与总督原有职权的实质内涵密切关联,而受大陆法的影响甚微。这样,行政命令制度在很大程度上出现了立法初衷与实践发展的背离流变,效力发挥的可能性空间大大受限。它背后遵循的仍然是自港督时代就逐步确立起来、而后又通过《基本法》进一步明确和统一的法律保留原则,具体表现为实践中的严格行政法治和越权无效原则。

[74] 更详细的内容请见王名扬,见前注[4],第 47、140 页。

然而,在《基本法》的框架下,特别是在目前行政权相对弱势和被动的情况下,行政命令制度在香港普通法司法实践下的这种解释、演绎和限定,却并非当然合理,也并未妥当地发挥制度可能的立法价值与功效。它不仅不利于缓解目前行政执行权和社会治理的困境,而且雪上加霜地限缩了行政权的可能执行空间,难以促进行政、立法、司法三权之间的动态平衡和香港政制体制的良性发展,与《基本法》设计的行政主导体制初衷更将愈离愈远。从长远来看,行政命令制度能否突破目前司法实践对其严格界定的困局,逐步扩大其适用范围和效力,则有待行政长官积极主动的实践应用,普通法的回应、解说和演化以及社会公众的心理调整、反馈和接受程度,而权力分立与权利保障仍将是其中基本准则。但是,若行政长官继续急于行使这一权力,行政命令制度的应用止步于此,则目前行政命令制度的这种严格形式主义界将难以被撼动,也无济于三权关系的良性形塑与平衡协调。

Abstract: Since the handover, the system of Executive Orders provided for in Article of 48(4) of the Basic Law of the Hong Kong Special Administration Region has been basically dormant. Trying to trace its origins from the Governor's power and Mainland China's administrative system, we can spot some resemblance yet without any definitive lineage. According to the Basic Law's drafting process, the text of the provision on Executive Orders had undergone little change during the process, and the main dispute had been the limitation of the scope of Executive Orders and the restriction of the power to issue them. Reviewing the two Executive Orders issued by the Chief Executive to regulate Public Service and Covert Surveillance Procedure respectively, the HKSAR courts have preliminarily defined the nature, scope and legal effect of Executive Orders by offering positive affirmation in the former case and negative delineation in the latter case. Thus, Executive Orders are now regarded as administrative instruments without any legislative effect, which are issued by the Chief Executive under Article 48(4) of the Basic Law and are used essentially to regulate public servants. This might be contrary to the intention of the system, and the system has evolved to some extent. The fundamental principle behind the system is the principle of legal reservation, but it is necessary for the courts to review its definition.

Key Words: Executive Orders; Public Service Case; Covert Surveillance Case; The Principle of Legal Reservation

(学术编辑:彭 鐔)

(技术编辑:马 超)