

香港基本法框架下的法官和司法權

Peter Wesley-Smith

香港大學教授

一、引言

本文的目的在於提出問題和困難，而不試圖予以解答或解決。我所論述的主題是法官，這個主題基於以下命題：在《香港基本法》（以下簡稱《基本法》）框架下，(1) 司法權只限於法院；(2) 法院及其法官不可以行使非司法權力；(3) 法官必須享有任期保障。

兩個問題必須預先引起注意：第一，《基本法》關於法院和司法機關的闡述顯得極其模糊。它授予法院“特區司法權”（《基本法》第80條）；在列出原有司法體制下的主要“法院”之後，《基本法》提到“其他專門法院”（《基本法》第81條），但沒有告訴我們何為“其他專門法院”；然後《基本法》指出法院應該獨立行使司法權（《基本法》第85條）。也就是說，各級“法院”必須是獨立的。法院〔有點使人混淆的是，法院等價於司法機關（《基本法》第80條）〕的法官由行政法長官根據司法人員建議委員會的建議予以任命（《基本法》第88條）；並根據專門的審裁處的建議，在有限依據下，予以免職（《基本法》第89條）；但“法官以外的司法人員”原有任免制度不變（《基本法》第91條）。在這些看起來在一些方面對原有體製作出了修改之後，“原在香港實行的司法體制予保留……”（《基本法》第81條）。

那麼，“法院”是甚麼？“法官以外的司法人員”又是指哪些人？香港更為有名的審裁處（勞資審裁處、土地審裁處，小額錢債審裁處和淫褻物品審裁處）可以看作是行使司法權的法院嗎？如果是的話，那麼這些審裁處的審裁人員是否是享有任期保障的法官呢？如果不是的話，那麼《基本法》第81條中的“專門法院”又是指甚麼呢？如果這些審裁者不是法官，因而可視為除法官以外的司法人員，他們的機構也就不是

法院，那麼他們有能力行使並必須獨立行使司法權力嗎？

這些都是重要問題，至少在一個認為司法權是一種有別於立法權和行政權的一種特殊種類的權力的人看來是這樣。可能司法權本身沒有被賦予或者不應該被賦予某種專門意義¹。但是，第二個要預先討論的問題是：政府權力或職能之間的差別產生於三權分立說。我在別處談到但這兒不想重複的是²，三權分立原則已蘊含在《基本法》中³。依照《基本法》，司法權只能由法院行使；法院只行使司法權。因而，香港的這些審裁處，或者是法院，在這種情況下必須配備有任期保障的法官並限於只行使司法權；或者這些審裁處不是法院，這樣審裁處的人員不會被賦予獨立性和不被允許行使司法權力。這兩種情況，現存審裁處都不符合《基本法》的規定：它們行使司法權但其人員的免職則按照與《基本法》第89條規定大相逕庭的條例進行⁴。如果依照《基本法》第81條，審裁處是予以保留的原實行司法體制的一部分，那麼《基本法》的具體規定之間又如何協調一致呢？

也許這種協調一致可以通過擯棄三權分立說而賦予司法權更寬的含義來達到（儘管我對這種可能性持一定懷疑態度）。假設作為一項憲法性原則，三權分立的目的是在於保護社會並使其免於權力濫用，那麼這種

¹ 參見Yash Ghai, 《香港新憲法秩序：中國主權的恢復和 基本法》(Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Chinese Sovereignty and the Basic Law), 香港, 香港大學出版, 1997年, 第288頁, 註釋5。1998年9月24日出版的《香港經濟評論》裏, Martin Lee 的話被引用說鄧小平抵制三權分立體制: “鄧小平堅持認為三權分立體制是不切實際的, 它最終會導致‘三個政府’”。結果, 三權分立體製成為行政主導的體制。“行政主導”(Executive-led)是非常模糊的概念。但不管它的意思是甚麼, 可能並不和三權分立不相容, 除非它是被用來描述中華人民共和國實行的體制(這種體制是要不得的)。

² Peter Wesley-Smith, “行政秩序和《基本法》”(Executive Orders and the Basic Law)。參見Alice Lee編輯的《開業律師法律講義(1998年)》(Law Lectures for Practitioners 1998年), 香港, 香港法律評論有限公司, 1998年, 第188-91頁。

³ “我們《憲法》中的某一處‘三權分立的政治學說’, 更確切地說, 《憲法》文字背後的地方, 是博學的評論家快樂的狩獵場”: R訴Frade Practices Fribunal, Ex P Trasmanian Breweries Pty Ltd, 1969-70年, 《劍橋法學》第123卷第389節, Windeyer法官。學術文獻是浩瀚的。注意Windeyer法官認為“三權分立”學說在憲法文字背後存在著。這被認為是香港的情況, 並且這也解釋了人們為甚麼具有這種印象: 大多數律師和法官只是沒意識到三權分立是和《基本法》相關的。

⁴ 《司法人員(在職)條例》。

做法是沒有吸引力的解決方法。在這篇論文裏，我不想建議去進一步探討香港這些審裁處的地位問題。假設《基本法》包含了三權分立原則，兩個重要問題就會被提出：1) 甚麼情況下法官可以被允許任職於非司法機關；2) 非法院機構擁有司法權的後果問題。

二、人員的分離(The Separation of Persons)

三權分立的根本在於人員的分離：一個人不可以是兩個以上政府機關的成員，以及不可以接受其他機關的權力，除非這些權力附帶於這個人主要職能的行使。因其明顯的司法公正性而受人敬佩的法官們被指派到諸如調查委員會、行政申訴委員會和選舉委員會擔任職務。這樣的任職是不是違背三權分立說呢？

1. 司法權力和非司法權力(Judicial and non-judicial power)

在文獻中，沒有關於何為立法權、行政權和司法權的明確定義，這是普通常識。不同種類的權力之間能夠而且也必須劃清界限。但這些界限是可變動的，隨著法官的意志（或根據方便的原則）變動。法官們喜歡列舉能夠表明一種特定的職能劃分且可以從中挑選的各種因素。例如，這些可能表明司法權的因素可以包括：作出具有約束力的、明確的決定並予以執行的權力；機構的性質是可以作出行動還是在各方之間進行審裁；權力的歷史性處理或分配以及為何目的進行這種權力的分配；某一機構是否只是顯示現有的權力而不是創造新的權力⁵。在有限的篇幅中想要由此擴展太多是不可能的：這個論題幾乎具有無限定的擴展可能。

2. 指定人原則(The persona designata principle)

美國首席法官卡多佐(Cardozo)曾指出：

“我們的歷史初期，以下原則就已實施：總統和立法機關沒有對司法機關委以行政職能的固有權力，除非該行政職能是有理由附帶於司法職責的實行……政府的各種要求使放鬆對某一原則只是教條主義式的堅

⁵ 參見Kristen Walker, “有爭議的報告和議會的限制：高等法院的管轄權是否符合憲法？”(Disunited Returns and Parliamentary Qualifications: Is the High Court's Jurisdiction Constitutional?), 1997, 20 UNSWLJ257, 262-3。

持成為必要，這項原則是如此靈活和實際，很大程度上只是一種合理趨近，如三權分立原則。彈性並不意味著司法權力的根本可以遭受破壞⁶。

澳大利亞高等法院也類似地軟化了人員分離的原則。在澳大利亞，一位法官被委派到一個非司法機關，作為指定個人(Consenting individual)，他不是以法官的資格委任於該非司法機關，而是在接受委任時他碰巧是位法官⁷。這就是“指定人”原則⁸。這項原則首次運用於“霍姆斯訴安格溫”(Holmes v Angwin)案中⁹。在該案中，格林蘭最高法院（實際上是“有爭議結果報告法院”，因而不具司法性）的一位法官被認為不是作為或代表最高法院行事（因而無法向高等法院提出上訴）。在“希爾頓訴威爾斯”(Hilton v Wells)一案中，聯邦法院的法官被授權發佈命令中止電信業務。這種非司法權力不是授予法院而是授予作為指定人的法官。這個問題是通過分析立法動機來決定的。但是指定人原則服從於以

⁶ Richardson一案，《東北地區判例匯編》第160卷，第659頁，1928年。該案在Hilton訴Wells一案（1985年）中被引用，《劍橋法學》第157卷，第82頁。也可參見Mistretta訴United States一案，《美國聯邦判例匯編》第488卷，第404頁，1989年。“《憲法》並沒有絕對地禁止聯邦法官承擔非司法職責這一情況並不意味著任何非司法職責都將相容於或適用於繼續履行法官職能。這也不意味著國會可以要求聯邦法官承擔非司法職責，只要法官是作為個人而不是法官被委任那些職責的。最終的調查是看一個具體的非司法委任是否破壞司法機關的公正性”。這個案例以及這段話，在數項澳大利亞有關指定人原則的判決中被參照。

⁷ 立法機關“賦予一位內庭法官一項權力，這時這位法官不是作為最高法院法官的身分，而是作為一個符合條件的個人來接受這項權力。”這個觀點“在我看來只是根據沒有區別的差別……”Medical Board of Victoria訴Meyer，1937年，《劍橋法學》第58卷，第97頁，Dixon法官。這表明了該原則的虛偽性，這種虛偽性產生於通過方便的辦法來限定該原則的努力。

⁸ 這一點可以通過澳大利亞聯邦法院對關於Davies法官不能有效地任職於行政申訴審裁處的觀點所作的回應來表明：“Davies被委任為主席成員是一項個人任命。在他能有效地被委任為主席成員，他必須具備許多指定的資格中的一項資格。碰巧的是他具有的資格就是他本法院的法官。這項任命是賦予他審裁處副主席的職位，而不是賦予他所在的法院以職能或職責”（Drake訴Minister for Immigration and Ethnic Affairs，1979年，FLR，第46卷，第413頁）。比較Mason和Deane法官法“Hilton訴Wells”案的陳述（1985年，ALR，第58卷，第259-60頁）：“我們抵制有關職能可以賦予作為法官不作為其所在法院的一個成員的個人這一觀點。作為法官的角色或能力來行事的法官和他所在法院相分離，這種形而上學的觀點總的說來是不能得到法學理論支持的。”

⁹ 1906年，《劍橋法學》第4卷，第297頁。亦參見CA Mac Donald 訴 SA Railways Commissioner一案，1911年，《劍橋法學》，第12卷，第221頁。

下條件：非司法職能不“損害其獨立性”和不能“跟其司法職能的行使相衝突”¹⁰。這就是“不相容條件”(incompatibility condition)。這條件在以下的情況下產生：(1) 一位法官履行非司法職能的承諾不是那麼一貫和徹底，以致於該法官進一步履行重要的司法職能不切實際；(2) 非司法職能具有“這樣一種性質，這種性質會危及單個法官公正地行使他（她）的司法職能的能力或使這種能力遭到損害”；(3) 非司法職能具有“這樣一種性質，這種性質使公眾對司法機關的公正性或單個法官公正地行使他（她）的司法職能和信心受到削弱”¹¹。

上述第三點中的“公眾信心”(public confidence)問題在“威爾遜訴印度安人和特雷斯海峽島民事務部部長”(Wilson v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs)一案中分析較為詳細¹²。在該案中，多數法官提出3個問題：(1) 該項職能是否是組成政府立法或行政機關職能體系的一部分？如果不是，就不存在不相容性。(2) 該項職能的行使是否必須獨立於政府其他部門的指示、勸告或願望？如果不是，就存在著不相容性；(3) 一項裁定是否按政治依據而不是按法律依據執行？如果不是（這取決於該項職能是否必須按訴訟程序的公正性要求而履行），那麼就不存在不相容性。通過運用了這些測驗之後，法院認為在《國會法案》的框架下，委任一位聯邦法院的法官準備一份報告是憲法所不允許的¹³。

安東尼·梅森(Antony Mason)曾在“希爾頓訴威爾斯”一案中持有異議。他曾建議：不相容條件應取代指定人原則作為違背三權分立要求的測驗¹⁴。如果梅森先生偶然任職於香港終審法院，那麼這種方法會在香港獲得支持。但這種方法已受到批評，因為它會使三權分立原則遭到比把

¹⁰ 1985年，《劍橋法學》，第157卷，第74頁。

¹¹ Grollo訴Palmer一案，1995年，《劍橋法學》，第184卷，第365頁。這第三種類型的的不相容性（公眾信心）的適用性受到了Elizabeth Handsley的嚴厲質問，“公眾對司法機關的信心：司法權力分離的一條紅黑魚”(Public Confidence in the Judiciary: A Red Herring for the Separation of Judicial Power)，1998年，《悉尼法學評論》，第20卷，第183頁。

¹² 1996年，ALR，第138卷，第220頁，HCA。

¹³ 參見Kable訴DPP(NSW)，1996年，ALR，第138卷，第577頁。

¹⁴ “三權分立的新角度”(A New Perspective on Separation of Powers)，《重塑澳大利體制》(Reshaping Australian Institutions)，由Kisten Walker提及，“指定人、不相容性和三權分立”(Persona Designata, Incompatibility and the Separation of Powers)，1997年，《公法評論》第8卷，第153頁（我沒能看到Anthony Mason的文章）。

指定人原則服從於不相容條件“更大的損害”¹⁵。一位學術評論者曾這樣下過結論：

“這種‘三權分立’學說的目的是在於確保司法機關和其他政府機關，特別是行政機關，不存在實際的或可觀察到的聯合。要有效地做到這一點，只有堅持嚴格的權力分離和人員分離。因為有很多非司法職能，單個看起來，由法官行使時不會破壞司法獨立性，但是這些職能合起來將有可能破壞這種獨立性。因而，只是把目光注視於單個的、孤立的非司法職能，並評估其與司法角色是否相容是不夠的。為了使三權分立原則發揮其作用，我們必須嚴格堅持這項原則；諸如指定人學說這樣的人為學說，損害三權分立原則，因而必須加以擯棄”¹⁶。

然而，儘管存在著種種困難，看起來指定人原則連同不相容條件一起將在香港被採用。因此，指定人原則被運用於下面談到法官被委派到非司法機關的多種情況。有一點必須重申：如果一位法官任職的機關是司法機關，那麼這位法官必須擁有任期保障；如果法官任職的機關不是司法機關，那麼法官在該機關的任職就違背了三權分立原則，除非該法官作為指定人，其職能不會和他本身的法官身分不相容。

3. 城市設計訴訟委員會(The Town Planning Appeal Board)

《城市設計條例》規定建立城市設計委員會，該委員會負責草案的系統性準備工作。這些草案公佈後，人們可能提出反對意見，委員會將對這些意見予以考慮。受到城市設計委員的決定侵害的個人可以向城市設計訴訟委員會提出訴訟。該委員會的成員從港督任命的他認為適合的人所組成的陪審團名冊中選出，但公職人員不在其列。亨利·利頓先生(Henry Litton)曾任該陪審團主席，那時他是一名上訴法院法官。在申請司法核查中，這項任命會受到質疑。因為根據《法律釋義及通則條例》第3節所定義的，利頓先生是一位“公職人員”。1995年¹⁷，凱特(Keith)法官裁決了這個問題。凱特認為利頓先生屬於公職人員定義的範圍，但出現在《城市設計條例》中的一項相反含義的規定足夠把利頓先生排除在公職人員的定義範圍之外。〔順便說一下，在訴訟程序上，按照香港當時

¹⁵ Walker（註釋14），第167頁。

¹⁶ 同上。

¹⁷ Mutual Luck Investment Ltd訴AG，1997年，HK LRD，第1097頁。

（權力交接前）的憲法，凱特法官犯了錯誤¹⁸。）沒有任何關於任命一位上訴法院的法官違背了三權分立原則的論點提出：在殖民憲法框架下，這樣的論點是沒有任何說服力的¹⁹。當1991年創立城市設計訴訟委員會的法案提交立法會時，政府反對地方法院法官擔任委員會主席的建議，理由是該委員會是“一個行政機構而不屬於司法體系”²⁰——對選派法官任職於非司法機構的不適合性表示出的一個有趣的承認。但是政府的觀點明顯改變了，因為1996年法律進行了修改，從此，港督不被允許指派上訴法院法官在陪審團任職。但這僅僅是為了避免高等法院法官在否決一項由其上司參加作出的判決時的窘迫場面²¹。《條例》確認，儘管“公職人員”不能任職，但這不包括高等法院的法官、記錄員和代理法官以及地方法院法官。所有這些都是《基本法》生效以前的狀況，但條例並無改變。在《基本法》裏，立法本身，或任何選派法官任職於特別的陪審團是否違背了三權分立原則？

《條例》並沒有要求委任法官，儘管很明顯它允許這麼做。我懷疑這是違憲的。委任個人幾乎肯定會使（儘管這取決於不同的條件）他（她）成為指定人。這是否會產生不相容性呢？特別是，這是否會削弱公眾對司法機關的公正性或單個法官公正地行使他（她）的司法職能的信心？這必須取決於當時的情況，儘管否定的答案也是可能的。儘管這是為其他目的而作出的，凱特法官的結論還是恰當的：

“他們（法官們）完全獨立於政府控制，履行他們的職責，同時享有公務員享受不到的任期。儘管在領取薪金這個意義上，他們是公職人員，但是他們獨立於政府的控制並享有任期保障，這些使把公職人員排除在訴訟委員會陪審團之外的準則對他們不適用。所有法官特別是上訴

¹⁸ “很清楚”，他說《英皇制誥》把法官看作是公職人員，但那並不意味著按照《法律釋義及通則條例》第3節的定義上訴法院的法官是公職人員。如果《英皇制誥》把法官看作是公職人員，那麼殖民地的立法機關就不能把這些法官看作非公職人員。參見 Peter Wesley-Smith, 《香港的憲法和行政法》(Constitutional and Administrative Law in Hong Kong), 香港, 朗文(亞洲)出版社, 第2版, 1994年, 第220-1頁。

¹⁹ 參見 Delight World Ltd 訴 Town Planning Appeal Board, 1997年, HKLRD, 第1106頁, 確認了在 Mutual Luck 案中判決, 儘管是在政權交接後裁定的, 該案是有關政權交接前的事情。

²⁰ 同上, 第1109頁。

²¹ 同上, 第1110頁。

法院的法官們經常會被叫去審裁公民與政府之間的糾紛。我們不能因為他們領取薪金而說他們這樣做其獨立性會受到削弱。其實，如果一些人非常適合參加一項準司法訴訟程序，人們很難不讓他們參加”²²。

但是，利頓法官先生的任職受到了質疑，因為該任職具有明顯的偏向性。如果一位行使行政職能的法官看起來對結果感興趣²³，那麼人們就有理由相信公眾對司法機關的信心將會受到削弱。〔利頓先生現在是終審法院的永久法官。如果他再次任職於城市設計上訴委員會，其履行司法職能（這種職能可能是關於上訴委員會判決的司法檢查的上訴）的能力將肯定會受到損害；並且，“司法公正”（Judicial Integrity）這第二種不相容性也會產生〕。

4. 選舉事務委員會(The Electoral Affairs Commission)

選舉事務委員會是負責舉行和監督在港的選舉。其職能包括檢查選區的地理範圍和監督選舉委員會的形成。它由1名主席和其他2名成員組成。委員會主席“必須是高等法院的法官而且必須是和終審法院的首席法官商議之後才加以任命的（《選舉事務條例》第3節第3條）。目前的主席是K．H．胡法官先生(K H Woo)。

該委員會是一個法人團體（第3節第1條），擁有諸如取得財產權、出版和分發材料以及制定現行通令等多種權力（第5節），其配備人員是公務員（第10節）。該委員會可以發佈指引（第6節）和制定規章（第7節）。它必須在選舉的3個月內向行政長官匯報；應行政長官要求，向行政長官匯報任何有關選舉的事宜或就這些事情進行調查並匯報（第8節），它必須就選舉範圍向行政長官作出匯報或提出建議（第18節）。

因而委員會的職能既是立法性的又是行政性的。儘管第15節規定委員會“不應被視為政府的僱員或代理人”，但實際上就是這樣一個僱員或代理人。委員會向行政長官作出匯報，就這一點來說，它服從於行政長官的指導。而且，它也提出建議，這些建議受到行政局的考慮。（第21節）澳大利亞高等法院的布倫南(Brennan)法官在一篇期刊文章中寫道：“在向行政機關提供有關行政權行使諮詢時，作為通常步驟的

²² Mutual Luck一案（註釋17），第1104頁。

²³ 奇怪的是，這個問題沒有在申請司法覆核的範圍內進行探討。該項委任沒有被條例排除這一事實並不意味著如果該任命觸犯的自然公正原則時仍被允許。

裁定問題的職能並不適合法官。這種職能趨向於使司法職能或者無效或者成為輔助職能。這兩種結果都不能支撐公眾對司法機關的信心”²⁴。在“威爾遜”一案中，包括布倫南（當時是首席法官）在內的多數法官都同意這個觀點，儘管他們也注意到“這並不表現為來自憲法性限制”（Constitutional limitation）²⁵；然而在“威爾遜”一案中，法官的地位等價於部長諮詢人員，法院把委任看作是與法官的職位不相容的²⁶。戈德倫(Gaudron)法官在她贊成的判決中說“威爾遜”案中的滙報職能“表明法官不是獨立行事，而是作為一個部長的顧問或代理人行事”²⁷。《選舉事務委員會條例》精確地表明了這一點。儘管有第15節的規定，如果要堅持三權分立說，那麼法官的成員身分是不可能有效的。

5. 調查委員會(Commissions of inquiry)

《調查委員會條例》授權行政長官可以委任專員調查任何在他看來對公眾重要的事件（第2節）。沒有規定要求必須委任法官做主席，但法官經常被委任該職。（胡法官正對新機場的啓用問題進行調查）。調查委員會有權處理藐視行為（第9節），目的在於執行一項罰款的支付或使拘捕令生效等等。委員會應該擁有法官的權力（第10節），到庭人員被授權由律師代表（第6節）。“《條例》框架下進行的各項調查應該視為司法訴訟程序”（第11節第1條）²⁸。我不知道這最後的條款是否旨在說明該委員會行使司法權。如果委員會的確行使司法權，那麼它必定是一個法院且其成員必須要有任期保障²⁹；如果委員會不是行使司法權，那麼

²⁴ “法官使用的限制”（Limits on the Use of Judges），1978年，《聯邦法律評論》第9卷，第13頁。

²⁵ 1996年，ALR，第138卷，第232頁註釋47。

²⁶ 同上，第232-3節。多數法官提到了沒有在選舉事務委員會問題中出現的，諸如缺乏豁免權（參照條例第14節）和給予有關法律問題的建議等一些問題。然而，其他一些因素是和委員會的主席相關的：免職的責任（由行政長官任免。儘管條件只是離開香港連續超過6個月或者行政長官認為該委員會的主席失去資格或不能或不適合執行其職責；附表2，第1款第3項）以及決定的政治性質。

²⁷ 1996年，ALR，第138卷，第238頁。

²⁸ 在Wilson案（註釋12）中持異議的Kirby法官寫道：“委派給法官的職能的履行越是和司法職能的行使相接近，使用法官去履行那些司法機關以外的職能就越不會招致反對”（第253頁）。

²⁹ 參見Ferraro訴Woodward一案，1978年，《劍橋法學》，第143卷，第102頁。在該案

法官的任職儘管符合指定人原則，但一定不滿足不相容條件。

調查委員會通常被認為是行政工具；它們“是行政決策整體的一部分並充當行政政府諮詢者的重要角色”³⁰。澳大利亞的一個皇家委員會據說被賦予司法權力，但是富拉加爾(Fullagar)法官認為這個觀點是站不住腳的：

“委員會的職責就是調查和匯報。為了有效地履行其調查職責，委員會擁有某些正常情況下屬於司法審裁處的權力。但是司法權的重要職能——判決或決定的權力委員會是沒有的。委員會對某件事既不能作出判決，又不能作出決定；它所做的一切事情根本不會影響任何人的法律地位。委員會的權力和職能是不具有司法性的”³¹。

富拉加爾所擯棄的論點在香港同樣也是站不住腳的。問題因此變為：法官被委任為專員是否和三權分立原則相容³²。這樣的任職被傳統所神聖化。傳統因素諸如“當代需要的考慮”(a consideration of contemporary needs)³³傾向於允許這樣的任職對三權分立原則進行破壞。但是傳統在任何情況下都是有爭議的，並且就殖民地香港和聯合王國來說，傳統曾在沒有把三權分立原則作為憲法性規則的體系中被保持著。傳統在“威爾遜”案中是行不通的。沃克(Walker)這樣寫道：

中，澳大利亞高等法院認為一個即使是由一位法官擔任主席的皇家委員會，也不能從憲法意義上作為法院行事。

³⁰ Tom Sherman, “法官應該領導皇家委員會嗎？”(Should Judges Conduct Royal Commissions?), 1997年,《公法評論》,第8卷,第8頁。亦參見AJ Brown, “假發還是利劍？三權分立和澳大利亞法官的情況”(The Wig or the sword? Separation of Powers and the Plight of the Australian Judge), 1992年,《聯邦法律評論》,第21卷,第54-6頁。

³¹ Lockwood訴Commonwealth一案, 1954年,《劍橋法學》,第90卷,第181頁。亦參見Victoria訴Australian Building Construction Employees and Builders Federation, 1981-2年,《劍橋法學》,第152卷,第25頁。

³² 在Wilson一案中(註釋12),第237頁,多數法官寫道:“一位領導皇家委員會的法官可能和行政政府有著緊密的工作關係;但是,他也將被要求在尋求事實和運用法律時公正地行事,並且按照法官自己的良心而不考慮行政政府的願望或建議作出匯報,除非這些願想或建議是通過提交法官進行獨立評論的方式而給予法官的。具體某個委員會的參照條件或任何可行法律的條款都將是有意義的。”

³³ Wilson一案(註釋12),第237頁;參見Kirby法官的異議,例如第244頁,“即使是在過去的近100年裏,法規和慣例仍不能在沒有憲法性效力的地方賦予這種效力。但是,它們可以在建立一項將或可能對這些不變的活動產生懷疑的規則之前,要求法院停止運作……”。

“如果這一觀點——認為指定人原則是有問題的而應被擯棄——被接受，那麼，我們當然會在很多領域失去法官的服務，從發佈各種類型的命令狀到任職皇家委員會和服務於各種審裁處。毫無疑問，這些職能最好是由獨立於行政機關的人來履行；這樣就能對行政權力起到某種控制作用。但是，選派法官完成這些任務就會導致對法官的過分信任，因為法官們都是人，他們並不一定（或只有他們）具備正直和公正的品質。同時，選派法官完成這些任務也會低估這樣的任職對整個司法體系造成的威脅”³⁴。

謝爾曼(Sherman)注意到顧用律師不是一個吸引人的選擇，因為律師費用要貴得多；而且“每天的費用並不能激勵他們及時地完成任務”³⁵。但是退休的法官多的是，而且即使是做學術研究的律師也可能會是合適人選。不管怎樣，第一種類型的相容性——“實踐中的不相容性”——可能適用於以下的情況：諸如胡法官這樣的一位法官被委任於這麼多的調查委員會（和其他行政機構）以致於其司法職能的履行受到很大的影響。

三、行使司法權的審裁處

上一節我們討論了有法官成員的行政審裁處或委員會，討論的問題是這些法官的任職是否有悖於三權分立原則。在這一節我想考察一下那些不是法院也不配備法官但可能行使司法權的機構。

1. 內幕交易審裁處(The Insider Dealing Tribunal)

在最近結束的、為期18個月的對Paragon有限公司股票交易的調查中，戴維·任(David Yam)法官擔任內幕交易審裁處的主席。在申請司法複核過程中，西爾斯(Sesrs)法官發現在好幾個方面其訴訟程序不是公開、公正和公平地進行的。在訴訟過程中，罪行在作出最後提交意見(Closing Submissions)時就已經被決定了；證據是秘密收集的；書面提交意見是在沒有公佈的情況下交換的。特別是到庭律師參與了決策過程。西爾斯法官的結論是：審裁處忽視了“公正必須昭然”的原則。他認為訴訟過程

³⁴ 見註釋14，第163-4頁。

³⁵ 見註釋30。

在保持嚴格公正和給予充分聆聽機會這兩方面都失敗了。因此，他宣佈審裁處的裁決無效³⁶。司法機關一定已經面臨了更多的這樣的窘迫場面。

審裁處的主席必須由法官出任（《證券（內幕交易）條例》第15節第3條），這意味著法官是初審法院的法官和該法院的前任法官。（第2節第1條）。財政司可以要求審裁處對其所懷疑的關於某一上市公司的內幕交易進行研訊（第16節第1條）。第9節給出了構成內幕交易的條件。審裁處研訊的目的在於確定內幕交易是否已經發生、每一個內幕交易者的身分以及因進行該內幕交易而獲取的利潤或避免的損失的數額（第16節第3條）。審裁處的權力是相當大的，包括監誓、檢查證人、禁止材料的披露和決定自身必須依循的程序（第17節）。審裁處的報告交於財政司，然後將報告發表（第22節），但是審裁處的角色並不是提供建議，而是發佈諸如限制內幕交易者不得參加上市公司的管理、向政府交納因內幕交易而獲取的利潤或避免的損失數量的款項和交納嚴厲的罰款（第23節第1條）以及交納調查和研訊的開支費用（第27節）。審裁處的命令可在初審法院註冊；而一經註冊，該命令即產生初審法院的命令的效果（第29節）。審裁處的上訴向上訴法院提出（第31節）。

內幕交易審裁處行使的不是行政權力而是司法權力，這一觀點是很有商榷餘地的³⁷。因此，對審裁處憲法特性的考慮涉及的不是委任一位法官為該審裁處主席是否和其法官身份相容，而是是否允許賦予審裁處以司法權力。也許該審裁處是《基本法》第81條所指“專門法院”的一個例子。如果是這樣的話，它可以行使司法權。但是審裁處的全部成員

³⁶ Dato Tan Leong Min訴Insider Dealing Tribunal, 1998年, HKLRD第1卷, 第630頁。

³⁷ 參見澳大利亞公司和證券委員會在Precision Data Holding Ltd訴Wills案中的討論, 1991年, 《劍橋法學》, 第173卷, 第167頁。該委員會沒有被要求由法官任主席, 並且在許多其他方面沒有內幕交易審裁處顯得正式: 委員會可以儘量方便和減少技術性來進行聽審; 它不受證據法規則約束; 以及它可以把法律問題提交給法院。對於審裁處來說, 其條例中沒有這種的規定, 但是審裁處和上述委員會同樣缺乏懲罰藐視的權力和沒有能力實施其命令（不遵守法令是由法院進行懲罰的罪行）。奇怪的是, 審裁處的成員和委員會的成員不一樣, 他們不享有司法性質的豁免權。在Precision Data案中被認為至關重要的因素是: (1)在審裁關於過去事件的法律操作中產生的權利和義務的爭端時, 委員會作出的是沒有約束力的決定; (2)委員會質詢的目標是創造新的一套權利和義務的規則; 和 (3)在委員會的商議過程中, 政策考慮起了突出的作用。形成對照的是, 審裁處在運用法律於過去的交易後, 可以在準刑事訴訟的過程中, 作出有約束力的命令。亦參見R訴Trade Practices Tribunal, exp Transmanian Brewerie Pty Ltd (註釋3)。

（按照《條例》其中兩名成員不必是法官）必須是“法官”，這些“法官”的任免服從於《基本法》的規定。審裁處除主席以外的成員由財政司任命（第15節第3條）。如有行政法官信納的論據，顯示有主席以外的成員喪失履行職務能力、破產、疏於職守或行為失當，行政長官可將該成員免職（附表第6條）。但是根據《基本法》第88、89條的規定，香港特別行政區法院的法官由行政長官（根據沒有對內幕交易審裁處成員有管轄權的司法人員建議委員會的建議）任命並且法官只有在無力履行職責或行為不檢的情況下，行政長官才可根據首席法官任命的法官組成的審裁處的建議，予以免職。

如果審裁處不是法院，其主席是按指定人原則任命，那麼不相容條件很有可能不適用於此。公眾對司法機關信心的任何損失（如在戴維·任法官所進行的調查的情形）不會比戴維·任法官在初審法院以同樣的方式進行訴訟來得大。

2. 平等機會委員會(The Equal Opportunities Commission)

澳大利亞的人權和平等機會委員會擁有各種對不同事情作出決定的權力。該委員會起先是不能實施這些決定的，聯邦法院必須重新審理後才決定是否實施。但是，為了使這些決定具有強制力，1992年的立法規定了一項新的程序：這些決定可在聯邦法院登記，登記後有28天的複核期，在此期間被告可以向法院申請複核這些決定；但是一旦登記，該決定如同法院的判決一樣即告生效。這一法律修改是否賦予該委員會司法權力了呢？一位律師在《澳大利亞法律評論》的一篇文章中提出了這個問題，並予以肯定的回答³⁸。作為回應，聯邦律政司(Commonwealth Attorney-General's Department)的一位人士否定委員會行使司法權³⁹。在“布蘭迪訴人權和平等機會委員會”一案中⁴⁰，高等法院解決了這一分歧。高等法院認為登記使一項決定具有強制性，並且無須法院作出任何行為，因而這是司法權的行使。立法是無效的。

³⁸ Anthony J H Morris, “聯邦反歧視立法下實施程序的憲法性效力”，1994年，ALJ，第68卷，第193頁。

³⁹ Sandra Power, “聯邦反歧視立法下實施程序的憲法性效力”，1994年，ALJ，第434頁。

⁴⁰ 1995年，《劍橋法學》第183卷，第245頁。參見Elizabeth Henderson, “審判、審裁處和艱辛”(Trials, Tribunals and Tribulation), 1995年,《悉尼法律評論》,第17卷,581頁。

對香港平等機會委員會的說明及其職能中沒有任何東西可以間接表明該委員會不是一個只是行使行政權力和下放的立法權的行政機構⁴¹。它頒佈包括它認為適於消除歧視和性騷擾的實際指導守則（第69節第1條）。這些看起來具有相當的準立法性質。它被授予制定規則的權力（第88節）。它負責調查、建議和匯報工作。任何有關他人歧視和性騷擾行為的訴訟都在地方法院通過民事訴訟的程序進行（第76節；參見第82節）。然而，在“布蘭迪”一案中所分析的澳大利亞的立法裏，委員會可以作出包括多種“聲明”(declarations)的“決定”。在《性別歧視條例》中，這種權力〔很明顯是1997年從“布蘭迪”法規(The Brandy statute)中抄襲的〕授予了地方法院（第76節第3條第1款）。平等機會委員會可以發佈“實施通知書”，要求某人不做非法的歧視性行為等等（第77節），它必須建立向公眾開放的最後通知書的登記（第80節）。沒有有關通知書在法院的登記，如同在“布蘭迪”一案中，通知書是不能像司法命令一樣生效的。收到實施通知書的個人應在45天內向地方法院就通知書的要求提出訴訟（第78節第1條）。第81和82節提供了通過向地方法院尋求發佈禁止令來對經常性歧視或性騷擾、歧視性廣告以及教唆與被迫歧視來作出補救。

這樣看起來好像平等機會委員會本身不作出具有約束力的決定，它只是依賴地方法院來執法。但是，發佈實施通知書行為本身就是缺乏法院參與的一種實施形式，這一觀點是值得商榷的。一份實施通知書可以“要求”停止做某些行為和提供某些資訊。對於不遵守實施通知書要求並沒有任何懲罰，但必須遵守的義務是已經規定了的。通知書的登記本身可能就是懲罰的一種形式從而也是一種實施。委員會作出具有約束力的決定，如果這種決定不是有關權利的，那麼就是有關義務（權利和義務是相互關連的）。在“布蘭迪”一案中，其中一個判決這樣陳述道：

“一些作出決定的職能是司法權所獨有的。如同迪克森(Dixon)首席法官和麥克特南(Mc Tiernan)法官在R訴Davison案中所發現的那樣⁴²：

‘事實上，通過對事實或法律作出的司法決定來查明現有權利，是完全屬於司法權力範疇的……’。

⁴¹ 參見《性別歧視條例》，第7部分。

⁴² 1954年，《劍橋法學》，第90卷，第369頁。

在以上陳述中，“司法決定”(judicial determination)意指通過司法手段作出的具有權威性的決定。也就是說，把法律的相關原則運用到事實中去，從而作出具有強制力的決定⁴³。

這使人想起了關於司法權的經典測驗⁴⁴，而這項測驗亦適用於按第77節規定發佈的實施通知書。委員會運用法律於事實中，如果認為一個人正在實行或已經實行非法行為（參見第77節第2條），委員會就發佈實施通知書。那種觀點——認為要求某人不做這種的行為的決定沒有被“實施”——是沒有切中要害的：確定非法行為已經作出的早期決定是具有實施性質的，是通過登記實施通知書的這樣一種顯然不確定的方式來實施的。

如果這點正確的話，平等機會委員會是行使司法權的，而這種司法權只能由法院行使。如果該委員會是法院，那麼其成員必須是法官，但是他們不是。因此，發佈實施通知書是無效的。

3. 行政申訴(Administrative appeals)

澳大利亞行政申訴審裁處行使行政權力：它按實情檢查行政決定，而且，儘管它可以決定法律問題（在聯邦法院原管轄區內可修改的）和行使原來由法院行使的訴訟權力，但它不具有司法權⁴⁵。聯邦法院的法官擔任行政申訴審裁處的主席級別成員的職位這一事實並不具有特別重要的意義：“法官任職於一個不同的審裁處，擁有不相關的職位……因此，儘管聯邦法院法官在這些職位上行使的職能不具有司法權力性質，但是這些職能並沒有超過指定人例外(persona designata exception)的範圍⁴⁶。”對這個

⁴³ 1994-5年，《劍橋法學》，第183卷，第258頁。

⁴⁴ Huddart, Parker & 訴Co Moorehead, 1909年，《劍橋法學》，第8卷，第357頁：“司法權一詞……意思是指每一個最高權力機關擁有的，決定其國民之間的矛盾或國民與其本身之間的矛盾的權力”。

⁴⁵ Drake一案（註釋8），第414頁。

⁴⁶ Grollo訴Palmer一案（註釋11），第383頁，Mc Hugh法官。亦參見Wilson一案（註釋12），第231頁：“審裁處獨立於任何政府的指導，建議或願望行事”。“而且，即使在政府政策中考慮是一個重要的因素和審裁處的權力只限於核實或建議重新考慮一位部長的決定的情況下，審裁處也是獨立行事的”。Walker問，為甚麼這使是否任何酌情權必須在政治依據下行使這個問題變得不重要，註釋14，第161頁。

問題的綜合性的評論是這麼說的：

“就澳大利亞行政申訴審裁處而言，使這些職能根本上的行政性質從而其憲法性要得以保持的條件為，必須首先保證：(1) 它作出法定的權力來自且不超越審裁處主要決策者的職能；(2) 在所有的法律問題上，審裁處的決定，如同那些主要決策者的決定，要取決於司法複核；(3) 審裁處無權實施其決定⁴⁷。”

行政申訴委員會(ABB)、市政申訴委員會(USAB)和區域市政申訴委員會(RSAB)都可以用這些原則來分析⁴⁸。

這3個委員會的主席都不必由法官擔任，儘管行政長官應從像地方法院法官這樣的合格人選中任命行政申訴委員會的主席和副主席（《行政申訴委員會條例》第6節第1條）。每個委員會的職能是審理和裁定任何向其提交的申訴，可以證實或核實、改變、擱置或推遲申訴所反對的決定並可以用自己的裁決代替原有決定。如果3個委員會均認為受指責的決定在被作出時，申訴人被期望或有理由被期望意識到政府的某項政策，那麼該委員會就應該對此政策予以考慮。另外，如果市政委員會（MSBs，包括USAB和RSAB）不這樣認為，它們也應該考慮這樣的政策。市政委員會可以明確地接受律政官員的勸告，儘管對於行政申訴委員會沒有這樣的規定：涉及法律的問題是由行政申訴委員會的主席作出決定，而市政委員會須有多數成員通過才行。3個委員會都必須就每一個涉及的法律問題向上訴法院陳述情況和理由。3個委員會的成員均享有和初審法院法官一樣的特權和豁免權。任何拒絕（或沒有遵守）委員會或其主席發佈的合法命令（或指導），或者干擾和干涉訟訴程序都被視作犯罪（10,000元罰款和6個月的拘禁），但是委員會沒有強制實施這些命令的權力，假設的罪犯應被提交初審法院和法官辦理。每個委員會可以接受證據（不管民事和刑事訴訟程序允許與否）、監誓、要求出庭和在它認為合適的時候中止訴訟。行政申訴委員會能夠免除訴訟費用和向證人支付費用，這些獎勵如民事債務一樣具有強制性。有關條例並沒有提到司法權，但是根據普遍的原則，每個委員會的決策都將由初審法院複核。

⁴⁷ Allan N Hall, “司法權、職能的兩重性以及行政申訴審裁處”(Judicial Power, the Duality of Functions and the Administrative Appeals Tribunal), 1994年,《聯邦法律評論》,第22卷,第55頁。

⁴⁸ 委員會的條例（《行政申訴委員會條例》和《市政申訴委員會條例》）出奇地不一致，儘管人們想知道這些差異是否在法律上是有意義。

看起來似乎毫無疑問，每個委員會的職能是行政性的而不是司法性的，並不違背三權分立的原則。當然，如果法官被委任於這樣的委員會，問題就會有所不同。

4. 判決的複核(Review of sentences)

牙買加的槍枝法院(Gun Court)是審理有關涉及槍枝案件的。對於特定的犯罪，法律規定最高長官可以給予強制性扣押的判決，這一判決是根據由法官（或前任法官）任主席的5人複核委員會的建議作出。樞密院指出三權分立原則已蘊含在威斯敏斯特模式的憲法中，否認立法機關把酌情權轉讓給行政機關去決定處罰的輕重。這種酌情權是屬於擁有任期保障的法官的。以下是兩個愛爾蘭案子中的陳述：“處罰的選擇是司法的一部分，據此，不該落於行政部門之手”⁴⁹，“決定刑事犯罪刑期的長短從根本上說是司法職能”⁵⁰。複核委員會的存在是不符合三權分立原則的，因此有關它的立法是無效的⁵¹。

在香港，被處以不特定判決(indeterminate sentences)（即強制性或酌情拘留）或長期徒刑（10年或超過10年）的少年犯和其他罪犯的命運，最後或由行政長官（根據《基本法》第48條，行政長官可以“赦免或減輕刑事罪犯的刑罰”⁵²）或由長期徒刑判決複核委員會決定。該委員會包括8至11個成員，其中兩人必須是初審法院的法官或前任法官（其他成員必須包括精神病學家、心理學家、社會工作者、專門律師或初級律師、教育家和工業家各一名；即使行政長官傾向於委任兩個以上的法官，但是法官的人數不能佔多數）（第6節）。該委員會的“主要職能”是對各種判決進行複核（第7節），在行使其職能時，委員會必須對由《長期徒刑判決複核委員會條例》制定的四項原則給予“重視”（第8節）。委員會可以作出三項主要決定：(1) 建議赦免（由行政長官作出）全部或部分的特定判決或用特定判決代替未特定判決；(2) 指示對處以不特定判決的罪犯有監督的假釋；(3) 對不特定判決已轉換為特定判決的罪犯作出有監督的提前釋放的命令（第15節第1條）。

⁴⁹ Deaton訴A-G一案，1963年，IR，第183頁。

⁵⁰ The State訴O'Brien，1973年，IR，第60頁。

⁵¹ Hinds訴The Queen，1977年，AC，第225-8頁。

⁵² 同上，第228頁：特赦權是一項行政權力，例外而有限制的權力。

至少直觀地說，該委員會是一個採取具有約束力的、有關權利和義務決定的司法機構。為達到法定人數，至少要有一位司法人員到庭，而且由一位法官成員行使法官的權力（附表，第2條第2款和第10條）。當然，在牙買加的槍枝法院的判例中，該委員會擁有司法權，因為當它指示釋放一名罪犯時，它行使的是決定處罰輕重的酌情權。如果該委員會是司法機構，其成員資格不足以滿足《基本法》的要求。但是，如果它是一個行政機構⁵³，那麼，依照三權分立的原則，它不能行使看起來被賦予的司法權——而且，如果委員會現任法官的成員資格是指定人的話，該資格也不滿足不相容條件。關於這一點，我們應該注意到，對於這樣的罪犯——行政長官把其無期徒刑減為特定判決而此判決正由委員會複核的，行政長官可以指示委員會作出假釋令或監督令（第16節第1條第2款）。非常令人懷疑的是，法官在維護其司法職責公正性的同時，能接受行政長官這種方式的指導，特別是當該法官是委員會的主席或副主席的情況下。如果《基本法》尊重三權分立的原則，那麼長期徒刑判決複核委員會是很成問題的。

5. 法院的登記官(Registrars of the courts)

1993年一宗對拒絕法律援助的上訴提交到了登記官並介紹給了當時高等法院的劉(Liu)法官。要求告知(discovery)的命令是否下達取決於該訴訟程序是否是具有司法性質。劉法官提出了以下問題：“我是以最高法院法官身分，還是以被《法律援助條例》授予行政權力時我碰巧是位高等法院的成員的身分來審理這件案件？”其答案可以從梅森法官在“希爾頓訴威爾斯”一案作出的判決中獲得資訊，在這個案子裡法官作為指定人受託行使很多職能。在分析了《法律援助條例》之後，劉法官認為，在上訴過程中，法官或登記官的職能是非司法性的（儘管是準司法性但其實是行政性的），這些職能不是“附加或附屬於司法權力的行使”。“而且，立法機關除非用明確的語言加以表述，否則不能被推定為損害三權分立原則”（必須注意到，這些都是在《基本法》生效以前說的）。行政權不是在法官或登記官的司法權力範圍內授予的，而是把法官或登記官看作是一個符合條件而選出時碰巧是位法官（但他可以從他所屬的法院分離開去，負責一項法律援助上訴）的個體來授予的”。

⁵³ 它不進行複核、實施其決定、進行各方之間的審裁或宣佈現有權利。

這樣，(1) 因為這不是一項司法訴訟，所以法官無權發佈要求告知的命令；(2) 因為受益人只不過意外碰巧的是位法官，所以行政權的授予並不違背三權分立原則。梅森法官所依照的澳大利亞判決受到了當時在澳大利亞流行的憲法性概念的影響。該憲法性概念認為：非司法權和司法機關的特性相矛盾。我們這裏並沒有這個概念……自從1997年7月1日起，我們的確有了這樣的憲法性概念。劉法官的判決如果正確的話，將會取代任何基於《基本法》裡三權分立原則對法律援助上訴的質疑。

“這引出了登記官及其在其他情形下行使司法權的問題。《基本法》賦予法院司法權和審裁權（《基本法》第80、82、84和85條），但迴避了這樣一個問題：“法院”是甚麼？它們是否只是由法官組成，還是包括諸如登記官和書記官這樣的官員？《基本法》第80條規定法院應是司法機關，這是不是意味著，如果法院的組成超出了法官的範圍，那麼法院將是無效的？高等法院的登記官、副登記官、助理登記官是由行政長官根據司法人員建議委員會的意見任命的，並享有和法官一樣的財務保障，但是，他們的免職服從於《司法官員條例》的規定，而不是服從於《基本法》第89條的有關規定。很有可能，在《基本法》和管理法院的有關條例的框架下，他們不是法官而是司法人員。在“科特西斯訴科特西斯”(Kotsis v Kotsis)案中，澳大利亞高等法院判決認為，法院是由法官，而不是由司法官員組成；當一個法院被授予司法權力，該司法權的行使必須由法官進行，而不是通過副登記員進行。但是，“科特西斯”案被推翻了。在“哈里斯·卡拉迪恩”(Harris Caladine)案中，首席法官梅森和法官迪恩(Deane)認為只要法院仍是由法官構成並且法官通過對事實和法律的複核或上訴來加以控制，授權(delegation)是被允許的。麥克休(Mc Hugh)法官說道：

“授權給本法院或聯邦法院的司法官員並且由高等法院的法官或該法院的法官加以複核，這種授權不會剝奪這些法官們在訴訟過程中作出具有約束力和權威性決定的權力。這並不破壞體現在三權分立說和憲法第1、61和71節裏的制衡理論。這並不威脅第3章（澳大利亞憲法）所捍衛的精神——聯邦司法機關的獨立和公正性以及司法權的行使與立法權和行政權的分離。由此可以推出，這樣的授權並不違背三權分立原則的精神與實質。因憲法第71和72節的強制性條文不該被解釋，因為這些規定間接地禁止作出這種授權。”

另外，“不言而喻，國會不能要求法院下放任何權力。在我看來，

至少要通過重新審理來複核司法官員權力的行使。也就是說，上訴複核對於權力行使的授權是不夠的；當法官複核由司法官員作出的決定時，有必要進行一次對事實和法律的重新審理。否則，是司法官員而不是法院的法官在行使法院的原管轄權。”

如果是這樣的話，問題就成為：(1) 香港法院的司法官員是否擁有司法權；(2) 哪種權力可以逃脫法官的控制。第(1)點是毫無疑問的，“高等法院的登記官和書記官（副登記官和助理登記官）和英格蘭及威爾士的最高法院的同行一樣，擁有同樣的管轄權、權力和義務，以及有關法院的條例和規則所賦予他們的各種屬性。就這一點來說，登記官和書記官除服從於某些例外的情況，他們等同於內庭法官，而被賦予的權力包括司法權和行政權（後者毫無疑問是附屬於前者的）。即使登記官不被要求在法律意義上合格，情況也是這樣的。至於第(2)點，一項對書記官決定的上訴通過複審的方法提交內庭法官；或者提交上訴法院，很可能也是通過複審的方法。但是，至少在經過兩次庭審的情況下，上訴是根本不可能的。在這些情況下，看起來是行使司法權，其實法官無法控制書記官的決定，從而三權分立原則受到了破壞——除非書記官是在《最高法院規則》下作為指定人行使司法權的（這看起來是不可能堅持的）。

四、司法機構行使非司法權(Judicial Bodies Exercising Non-Judicial Powers)

關於最後一種類型，我只有舉出一個例子。在這種情況下，授予法院非司法職能使機構之間的權力分配遭到破壞。

有爭議的（選舉）結果報告(Disputed Returns)

在最新發表的兩篇文章裏，澳大利亞的學者談到了這樣一個問題：決定選舉有效性的權力是否是非司法權力，從而不能授予法院？克利斯頓·沃克(Kristen Walker)⁵⁴傾向於認為這種權力的性質是未定的（具有“兩面性”或“無名的”權力），可以分配給政府的任何部門⁵⁵。另外一

⁵⁴ Walker（註釋5）。

⁵⁵ 參見Federal Commissioner of Taxation訴Munro一案，1926年，《劍橋法學》，第38卷，第178頁，Isaacs法官（他是一位議會主義者，否認該權是司法性的）。

位學者保爾·斯科夫(Paul Schoff)⁵⁶傾向於認為對有爭議的選舉結果報告的管轄權能夠恰當地被視為司法權。關於這一點，澳大利亞高等法院有權威性的言論（沃克建議這些言論應該被推翻）⁵⁷，即使高等法院自身也出席裁決選舉請願。斯科夫從指定人原則裡借用不相容原理並把該原理運用於回答一種特定的職能是司法性還是非司法性的問題。“在格羅、威爾遜、卡布勒諾(Grollo, Wilson and Kable)案中關於不相容概念寬泛的定義足以暗示不相容概念可以作為用來測驗一項非司法職能是否該賦予法院的基本原則。在與司法職能相容這個意義上對既定的職能進行分析觸及了三權分立原則的實質部分⁵⁸”。通過運用不相容性的三種測驗（上面已提過）後，他認為：(1) 就慣例和歷史而論，對有爭議的結果報告的裁決是和立法機關緊密聯繫在一起的；(2) 國會酌情處理是否在法院的選舉管轄範圍內把問題提交法院可能恰當地折衷了司法職能的釋放；(3) 決定是否宣佈一項選舉無效會冒這樣的風險：使法院政治化和危害公眾對司法機關公正性的信心⁵⁹。

《立法會條例》把管轄權授予初審法院——應該注意，不是授予法官本人，讓初審法院去裁決選舉請願（第64節）以及在基於某立法會成員喪失資格而對其提出的訴訟過程中進行審裁（第73節）。這種權力並不是明顯的非司法權力，但它經常帶有附屬於立法職能的特點。“如果這種權力授權於非立法機關本身，其獨立性、純潔性、甚至其存在和行為都會被遭到破壞”⁶⁰——可能是誇張的說法，但是它說明了在很多地方被堅信的觀點：法院是那些跟立法機關聯繫非常緊密的權力貯藏室。當安東尼·梅森那時任澳大利亞首席法官時候，曾經評論說這個問題“有趣而重要”⁶¹；作為香港終審法院的客座法官，有一天他可能有機會解決這個問題。

⁵⁶ 《高等法院作為有爭議的結果報告法院的選舉管轄權：非司法權力和不相容的公共職能？》，1997年，《聯邦法律評論》，第25卷，第317頁。

⁵⁷ Holmes訴Angwin一案（註釋9），Webb訴Hanlon案，1939年，《劍橋法學》，第61卷，第313頁。

⁵⁸ 註釋56，第346頁。

⁵⁹ 同上，第347-8頁。

⁶⁰ Story法官，《美國憲法評論》（1883年），Schoff引用（註釋56），第317頁。

⁶¹ Re Brennan, exp Muldowney, 1993年，ALR，第116卷，第622頁。

五、結論

在香港“行政主導”(executive-led)的管理體制下，法官的特點和技能（理性以及對預先規定的準則進行獨立運用）最好是在行政政府之外使用，而不是和政府合夥使用。但是，在行政性審裁處和申訴委員會、調查委員會、選舉事務委員會和判決覆核委員會任用法官，以及授予慣常的法院系統之外的機構以司法權，這些都意味著權力和人員的融合。法官被指派進入法人公共管理體制，成為包羅萬象的政體的“一個可轉讓的部分，而這種政府體制是置身於、通過並凌駕於相對無權的公民整體來運行的⁶²。”但是，法官們中立、公正和客觀的品質有助於建立一個公平的政府，只有真正獨立以及和行政機關分開，這些品質才能夠得以保持。法官越是讓別人這樣使用自己，司法獨立就顯得越空洞——《基本法》所推廣的法治精神越會遭到破壞。這就是為甚麼《基本法》裏的三權分立原則應該予以認識和尊重的原因；這也是為甚麼這項原則不該被司法指定人和非司法機關行使司法權而沖淡的原因。

⁶² Brown（註釋30），第88頁。