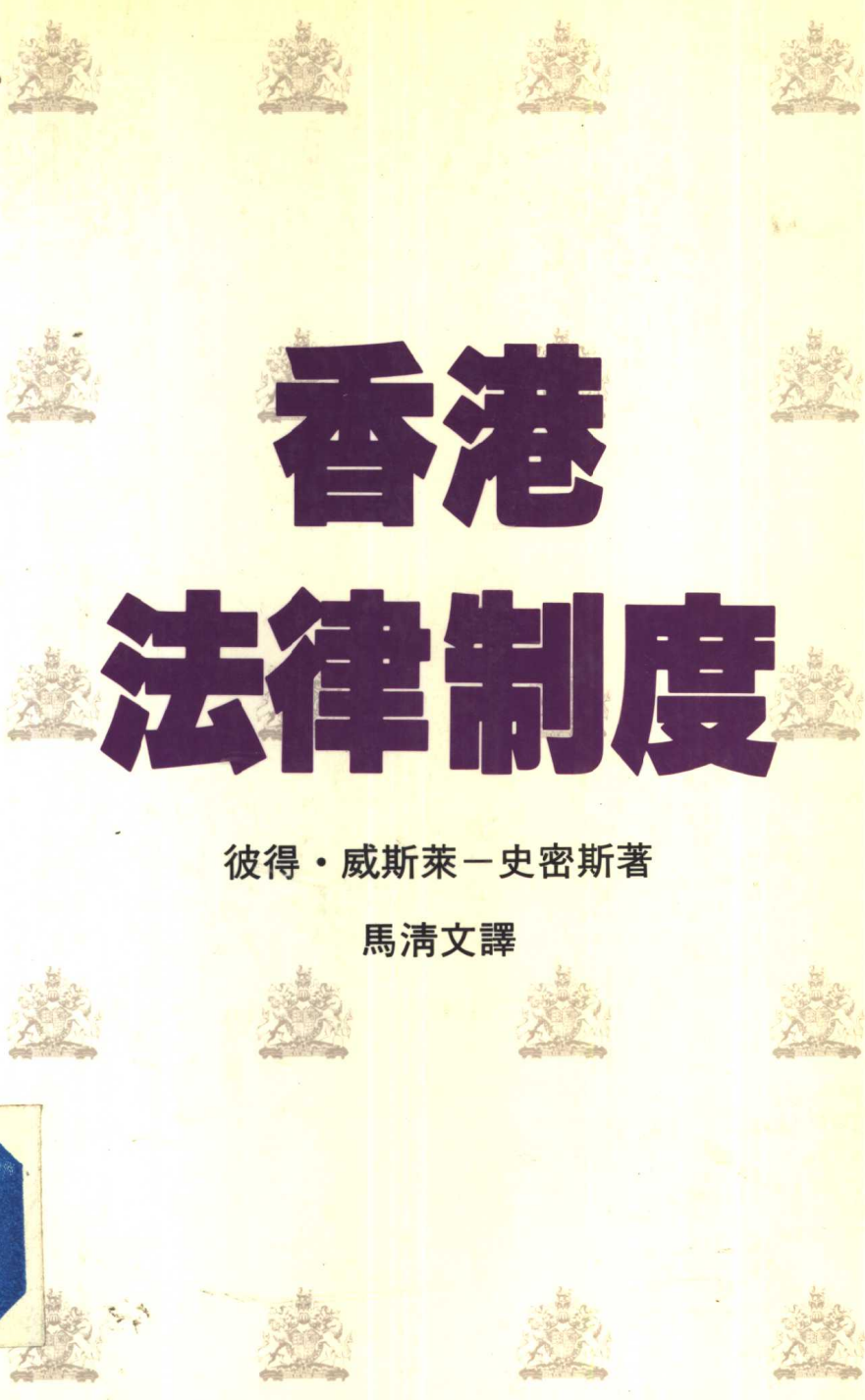




香港 法律制度

彼得·威斯萊一史密斯著

馬清文譯



香港法律制度

彼得·威斯萊—史密斯著

馬清文譯

三聯書店(香港)有限公司

H 1990.6.20

責任編輯 鄭德華

裝幀設計 葉 本

Originally published in English under the title of
An Introduction to the Hong Kong Legal System
by Oxford University Press in 1987
English edition © Oxford University Press 1987

All rights of Chinese edition reserved.

Copyright © 1990

by Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd.

書 名 香港法律制度
作 者 彼得·威斯萊—史密斯
譯 者 馬清文
出版發行 三聯書店(香港)有限公司
香港域多利皇后街九號
JOINT PUBLISHING (H.K.) CO., LTD
9 Queen Victoria Street, Hongkong
印 刷 陽光印刷製本廠
香港柴灣嘉蓮街十號12樓
版 次 1990年2月香港第一版
規 格 大32開(140×203mm)152面
國際書號 ISBN 962·04·0782·2
© 1990 Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd
Published & Printed in Hongkong
本書經牛津大學出版社同意，
由本店譯成中文出版。

前 言

本書不是寫給律師看的，它是為那些想了解香港法律制度和憲法概況的人而寫。對初學法律的學生可能會有些參考價值，不過，這點初淺的知識很快就不够他們用了。在這裏，作者將複雜問題簡化後更多的可能是提出問題而非解決問題；當然，也不應當將本書的觀點作為某些問題的定論，或者將書中的任何一部分引用在論文中或考試卷上。對於本書，讀者應當採取相當慎重的態度。本書中的一些題目在我那本《憲法在香港：課文與資料》（香港，全國法律出版有限公司，1987年）中有更為深入的論述，有興趣的讀者可以參閱它。

衷心感謝我的同事陳弘毅(Albert H.Y.Chen)幫我悉心閱讀了原稿。此書如仍有錯誤，概由作者負責。本書所引法律時間期限至1987年底為止，

謹以此書獻給菲菲。

彼得·威斯萊—史密斯

1987年5月於香港大學

Handwritten signature: 1/1/87 204/03

目 錄

前 言	1
第一章 導論	1
法律所不能包括的	1
法律的功能	3
法律與道德	5
法律與正義	6
法律的合法性	9
香港法律制度與1997年	10
第二章 法律制度：綜述	13
一種法律制度	13
規條、原則和其他令狀	13
程序	15
機構	15
人員	17
意識形態	17
法律的分類	20
法律的淵源	22
第三章 憲法	23
憲法的類型	23

	香港的成文、具體憲法	24
	香港的抽象憲法	25
	憲法的意識形態	26
	憲法的簡要特徵	28
第四章	政府	30
	總督制政府	31
	行政局	33
	公共事務科	34
	立法局	34
	市政局和區域市政局	35
	法律執行機構	37
第五章	引進的法律	39
	普通法與衡平法	39
	對英國法律的納用	40
	英國的普通法與衡平法	42
	普通法的適用性和修正	44
	英國的法例	45
	應用英國法律的其他條文	46
第六章	香港法律的制訂	48
	主要法例	48
	附屬法例	50
	普通法與衡平法	51
	中國的法律與習俗	51
第七章	法律文字上的淵源	56
	淵源	56
	法例冊	57
	判案的報導	62
	次要資料	67

第八章 法院	69
術語	69
裁判司	71
死因裁判官	72
地方法院	73
高等法院（最高法院原訟庭）	73
上訴法院（最高法院上訴庭）	74
樞密院司法委員會	75
小額錢債審裁處	76
勞資審裁處	76
土地審裁處	77
其他審裁處	77
上訴	80
第九章 判例法的運作	81
宣告法律還是制訂法律？	81
判決理由和附論	85
慣例的原則	90
第十章 法例：創制和解釋	93
立法程序	93
委任立法	96
法例解釋：一般性的	97
法例規條	97
普通法的對待	98
推定	101
其他原則	102
第十一章 法律人事	103
港督	103
立法者	104

律政官員	105
律師	106
法官和裁判司	110
太平紳士	113
學者	114
第十二章 法律制度的其他方面	115
陪審團	115
法律援助、諮詢和輔導	117
法律改革	118
法律的語言	119
本地化問題	120
行政、立法兩局非官守議員辦事處	121
法律服務的提供	121
注釋	125
中英文對照表	142
編後記	144

第一章 導 論

本書討論的是香港法律制度。法律制度中有一部分是法律，在導論這一章裏，我們考查了幾個法律問題，這些問題雖然很基本，但也是極易混淆的。在第二章裏，我們把法律制度作為一個整體對它進行了考查。在本書其他章節裏，我們介紹並說明了法律結構和憲法結構，香港現政府就是在這樣的結構之下進行工作的。（本章所使用的辭語和概念，隨後會予說明，讀者可直接閱讀第二章，然後再回來讀本章，這樣也許會更易於接受一些。）

法律所不能包括的

像本書這一類的書籍，通常都是以提出“法律是什麼？”這個問題開始的。先給我們將要討論的問題下個定義，無疑是文章的好開頭。可對“什麼是”這一問題的答案，却只能是“不知道”。因為，對這樣一個重要的問題，並沒有一個權威的看法，而且，在無數個可採用的辦法中，若把作者的選擇加以簡化，那只會引起混亂。較好的辦法是姑且不談法律是什麼，而是先講明法律不是什麼。

“定律” (law)這一詞，有多種含義和用法，各種不相同的含義和用法，必須加以明確區分。我們這裏涉及的是法律制度下的定律，或者說是“法定的定律”。乍看起來，這一說明微不足道，就跟說“一本虛構的小說”沒什麼兩樣；可是，雖然所有的小說

都是虛構的，但所有的定律，並不都被納入法律的範疇。

下列各種定律均不屬於法律範疇：

1.物理定律 有熱力學定律，有萬有引力定律（物體拋上去，必定降落下來）。這些定律來自對物理世界的觀察，並且使用實際的物體加以實驗測定。這些定律是進行**描述**，而法律意義上的定律，則是加以**規定**：後者是規範的，它告訴我們允許什麼行為和禁止什麼行為。物理學上的定律所關心的是因果關係：這種定律說明的是，當某種條件存在時，會產生怎樣的結果，它也可以說明已經發生了的結果（至少說在遜原子範圍之外）。而法律則告訴我們，為避免受到懲罰，或達成我們的某種願望，我們應該做什麼。

2.社會或歷史規律 卡爾·馬克思總結出一些規律，如在資本主義制度之下，工人階級的悲慘遭遇有增無減，社會主義必然地、不可避免地會取得勝利。帕金森第一定律(Parkinson's First Law)^①指出：工作會膨脹以填滿工作時限；帕金森第二定律：指出：收入增多，則開支亦隨之增多。按照墨菲定律(Murphy's Law)，凡可能犯錯誤的，都會犯錯。所有這些定律的形成，都是對歷史進程或社會性質或人類努力的特徵等進行研究之後得出的。同樣，這些定律告訴我們正在發生或者將要發生什麼，而不是**應該**發生什麼。

3.宗教戒律 羅馬天主教教會禁止流產和避孕。穆斯林（和猶太人）被禁吃豬肉；印度人禁食牛肉。摩西(Moses)說，汝不可覬覦汝鄰之妻。這些戒律是針對具有某種宗教信仰的人的，與物理定律和社會規律相比，宗教戒律較接近於法律；這些戒律是規範性的，其目的在於影響人的行為。但是，這些戒律來自上帝，而不是由人制定的，而且，這些戒律只適用於神職人員或那些虔誠的教徒。起碼以香港來說，各種宗教戒律，並不能與政府的法律混為一談。當然，也有些國家，如伊朗，其宗教戒律和世俗法

律秩序之間並沒有真正的差別，又如在英格蘭，宗教信仰的（基督教的）戒律，也是普通法的一部分。

4.道德規範 道德倫理的行為準則是規範性的，例如它要求人們對婚姻忠誠，其內容可能與法律近似或完全一致（在某些國家，通姦是犯法的）。但是，道德準則在某種程度上是自律的，違反道德準則，並不會受到常規的組織上的制裁，但對於非法行為，法律機構則要對之進行懲處。

5.禮儀與時尚 一位婦女進入屋內或離開桌子時，男子應不應該站起來呢？今年婦女裙邊是該在膝蓋以上還是以下？對這些問題，社會各界人士都以自己的行動做出了明確的答覆。但是，對道德準則的破壞或忽視所造成的後果，與犯罪行為所得到的懲罰，是截然不同的。

根據以上法律與上述定律、戒律和準則的區別，大抵可以總結：法律是規範性的，是由人制訂的，由社會組織來實施，並得到制訂部門有力的支持，等等。但是，所有這些都不十分精確，也並不能形成令人滿意的定義；有太多可疑之處尚未說明。你也許單憑直覺就可以十分清楚地知道，法律制度的要旨，並不是物理學、歷史學、社會學、宗教、道德、禮儀和風氣等等方面的那些定律、規律、戒律和準則。不過，這就足够了。如再進一步追究，那就會使我們墜入法學理論和法理學的深淵中去。律師和法官通常對法學理論和法理學，也知之不多，但是，他們仍可以較為自如地解釋和執行各種法律。

法律的功能

法律意義上的規律（本書以後不再使用此說法！）有所禁止、有所允准、有所認同、有所委託、有所授權、有所宣佈、有所責成：特殊的法律可以採用許多不同的形式。不應當認為，“汝

不應該……”這一法律格式是唯一的一種格式。法律所擁有的主要社會功能^②，可以區分為直接和間接兩種功能。根據一項分析說明，法律有六種社會功能（或者至少可以說有六種目的）：

1.法律禁止它不鼓勵的行為，並保護它鼓勵的行為 我們不能任意騷擾我們的鄰居，比如你不關浴室水龍頭，使鄰居廚房遭水災，這是法律不能允許的。刑法和侵權法都禁止我們如此行為，它也同時保護我們不受這種行為的侵擾。這樣，社會中個人的安全才得以保證。法律和秩序也因之得以建立，社會生活和經濟生活也就得到了發展。

2.法律的規定給私人間的契約提供便利 人們可以制訂商業契約、成立公司或工會、互相婚配，這樣，人們可以自由地結成各種合法的社會關係，從而幫助他們進一步得到自己的利益。

3.法律設置了公共服務的內容，並再分配各種商品 各種法律安排規定了各項城市服務、稅收、教育，並保護社會不受外來侵擾等等。

4.法律解決糾紛 法院和裁判庭依法定程序並按有關的法律進行工作，而且好的法律能盡量減少人們打官司的次數。

5.法律調節其自身的制訂和實施 法律要依賴其自身：一些法律規定需要其他的法律規定來確認，從而確定這些規定怎樣制訂、怎樣修改、怎樣應用、怎樣廢除以及怎樣執行，並為實現這些目的而建立起一些機構。

6.法律有助於傳播並加強一些社會價值觀念 與以上幾種不同，這是一種間接的社會功能：比如說，通過一種法律，規定清明節放一日公假，這間接地允准並鼓勵了傳統習俗的保持。法律在社會中可以起到一種象徵性的、教育的作用。

所有這些功能的實現，均依賴於各種各樣的技術來實踐^③：懲辦犯人、規定賠償並成立機構以執行這些賠償、與社會利益團體達成協議、提高稅收、使各種私人契約生效等等。現代世界上

的一個主要的技術，就是管理權：規定一些行政手段，利用這些手段，通過許可或檢察機制，使被允准的行為得到控制和監督。

法律與道德

正如我們在上文已經指明的，法律和道德^④，是兩種不同的概念。兩者的內含，可能有重疊之處，兩者的形式，也很相像，但是，兩者的區別在於各自創制和保持的方式不同。這兩者之間的關係，是人們經常探討的，然而却常常混淆不清。

有些法律從道德的角度來看，可能是很有價值的，但另一些法律從道德角度來看，就可能是有害的；有許多法律，絲毫不含有道德內容。一個社會只有一個法律體系，但却可能存在許多不同的道德規範，即使是這樣，在某些基本的道德原則方面，也可能有其基本的相同點。將法律與道德等同，從而宣稱某一不道德的法律無效，這通常是無效的。一個公民當服從一切法律，這是他不可推卸的法定義務。但是，一項從道德角度看並不好的法律，是不是應該執行，這要看一個人的道德觀了。

法律與道德之間的相互影響，是相當大的。法律把某種行為定為非法，會從道德觀上得到反映。有許多刑法是以道德觀念為基礎，並且反映了道德觀念的其他一些領域也是如此，比如傳統上有關婚姻的法律（這在英國，通常是由基督教或教會法庭來加以處理）。中國的法律和習俗，很大程度上是根據被認為是正當的行為準則來制訂的。但是，是不是一種行為被認為非法，僅僅是因為這種行為被認為是不道德的，此外再沒有什麼其他需要保護的利益呢？就像對法律的服從問題那樣，這是一個道德問題。香港的現行法律認定，男性同性戀行為是一種違法行為^⑤，這是法律只尋求禁止不道德行為的一個例證。是不是能够像香港法律改革委員會(Law Reform Commission of Hong Kong)所建議的

那樣，對這類問題應該放寬一些尺度呢？對這一問題的簡要探討，能說明法律的某些社會影響。

第一，反同性戀法律並不足以禁止同性戀，同性戀是個人很難或者根本不能控制的。因此，這種法律就沒有直接的社會作用。

第二，雖然有了第一條所述，但這種法律的直接效果傳播很廣泛，而且，一般說來影響頗糟。社會上的一小部分人僅由於性慾的傾向問題受到了迫害。如果以刑事訴訟程序來反對一個同性戀者，那麼，其所造成的痛苦，是相當不小的。要查出這樣的犯法行為，需要花費很大，況且這種犯法行為就其性質而言，通常是很難查出來的。法律必須謹慎地執行。若賦與警察官員一種任意的決定權，會導致權力濫用。如果同性戀者暴露了他們的同性戀，而受到警方的干擾，那麼控制艾滋病的一些措施，就會被壓抑下去。因此，當一項法律不能達到其本來目的時，它所帶來的社會危害是很嚴重的。

在香港的法律制度下，有一個普通的原則，那就是，我們可以隨心所欲地做自己想做的事，只要我們不干擾其他人的各種權利，而且，也沒有任何法律反對這一點。如果與其他人的各種權利無關，那麼，法律就不必介入，因為，法律對一種行為的禁止，會限制我們的自由，甚至很容易給我們造成痛苦。除非這一法律有明確的社會利益，一般說來，對這樣的法律應持否定態度。其他的一些法律——比如規定提供便利或服務的法律或者調節法律自身的法律——都不會受到這樣的批評。

法律與正義

法律與正義之間的關聯^⑥，比法律與道德之間的聯繫更要密切。但是，正義一直是一個有爭議的概念，它對不同的人含義不同。法律制度促進一種具有特殊形式的正義，這種正義繼承了法

律和組成這一法律制度的許多方面。這點很值得進行透徹的說明，因為它與更多的通俗觀念形成了對比，並且容易產生對法律多餘的不滿。在這裏，我們所指的正義是通過司法職能排解糾紛的那種正義。

茲從香港法律系統中，列出十對相對立的觀念或屬性於下，以作對比：

模式A	模式B
1.法則	肆裁權
2.法治政府	人治政府
3.理性	直覺
4.公正	連帶關係主觀投入
5.一般性的	個別性的
6.正式的	非正式的
7.抽象的	具體的
8.秩序	革命
9.程序	實質
10.法律	公道

左欄（模式A）表示普通法律的正義；右欄（模式B）則表示另一方。

這兩組詞語之間的區別是很嚴格的。就像我們香港所有的這種普通法律制度，強調的是過程，而不是結果，並且堅持的是，在一般的規章和原則（它們本身當然也必須是很公正的）以公正的、正式的方式應用的時候，才可以適用正義；最終結果是正確的和適當的，或者是公正的，或者是恰當的，是由於其態度是適當的。法律意味着對看似專橫的那些事物加以否定。法律與結果如何毫不相干；法律運用一種人爲的理由，這種理由貶低了作出決定者的個人偏見，使秩序、正規性、大公無私、超脫、中立等

等得以上升。正義更多地是立足於從一個前提到另一個前提的進展方法，而不是在其結論。

請將右側一欄所列出的術語進行對比。模式B所顯示的，是通過任意決定權的運用，以達到能滿足一種直觀的正義的特殊結果，如果有必要的話，可以採用非正式的手段。強硬而嚴厲的法規為解決好糾紛設置了障礙。應重點着眼於現在而不是過去或未來；那就是找出良好的辦法，解決當前的需要，而不是一味生硬地搬用現成的準則。

這些模式有它誇張的成份，但它們可以用來說明普通法的一種重要的傾向。香港的制度對於法律及其適當的、謹慎的執行，提供了一個突出的例證。這一例能說明法律的準則就是一個最基本的目標（參見本書第二章）；它還保證，法律要公佈的並且可以接觸到的（參見本書第七章）；在法庭審理案件程序上，它運用了由控、辯雙方互相陳辯的處理方法（參見本書第八章）；它至少部分地採用了幾經闡明的理論和具有約束力的判例的各種準則（參見本書第九章）；它在對各種法令的解釋方面，限制了司法方面的肆裁權（參見本書第十章）；它要求法官須接受訓練，熟悉、精通多方面的法律（參見本書第十一章）；它鼓勵設置法律服務（參見本書第十二章）。

正義得以伸張，是借助向報界和羣衆公開這一手段，是不偏不倚的，並且是根據程序和證據的嚴格準則而莊嚴地進行的，任何一個黨，如受到譴責，或其利益受到影響，都會受到警告。“依法定程序”，是最高的道德準則。一種能將模式B的各種特點加以列舉的制度，不會是這樣的：正義所依賴的並不是法律，而是某一特定法官的正義感。一個例證就是中國大陸在五十年代初期亦或是在文化大革命中所進行的那種革命方式：政治高於法律。

事實上，任何一個法官都不能避免“在現有案件中作到正義”這種誘惑，都不能避免從直觀正確中得出結論的誘惑。在兩個對

立模式所採用的價值之間，總是有一種壓力在等式的兩側。這樣，普通法傾向於向右側一欄滑動，而中國的制度，則傾向於採用模式A的那種正規的程序。普通法的嚴肅性，使衡平法得以產生（參見本書第五章），這種衡平法從總的方面緩和了這一制度；先例的絕對教條性仍處在壓力之下；陪審團可以完全正當地以一種看來似乎不正當的方式工作（參見本書第十二章）；總督可以赦免各級法院所判的徒刑（參見本書第四章）。這反映了一些矛盾會激化，但是，香港所採用的實現正義形式，是很清楚的：假如法律是被正當地確定的，並且是按照適當的程序運用的，那麼，正義就已經得以伸張了。糾紛的雙方可以不同意這一結果，但是，至少說，他們是得到公正對待的。

法律的合法性

為什麼說香港的法律是香港法律呢？（這問題提得似乎很怪）是誰給它權力來對我們發號施令呢？為什麼它會統治我們，為什麼我們應當服從它呢？對最後一個問題的回答，可能是這樣的：如果我們不服從的話，那麼，我們就會受到懲罰。但是，我們大多數都同意這樣一點，即，香港的法律和法律制度，在某種意義上都是合法的^⑦：一般地說，我們服從法律，不僅僅是因為違反它，我們的生活就會不那麼愉快，而是因為我們相信法律是對的，我們應該這麼做。

說香港制度是合法的，這至少包含着兩種概念：它的機構和規定都是適當的或正當的，而且，現政權運用其權力時，它不但從法律上而且還從政治上（或道德上）都可以被證明為正確的。官員們和理論家們，都在努力說服老百姓，賢明政府所作的各種安排，都是與輿論發生共鳴的，而且對於整個社會的福利，是很有幫助的。法律規定的條文，就是說服過程的一部分，而且，如