

香港法

概論

陳弘毅

陳文敏

李雪菁

鍾建華

李亞虹

合編

香 港 法 概 論

鍾建華
李亞虹

合編

三 聯 書 店 (香 港) 有 限 公 司

責任編輯 關秀琼
裝幀設計 洪清淇

書 名 香港法概論
編 者 陳弘毅 陳文敏 李雪菁 鍾建華 李亞虹
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, Hong Kong
印 刷 陽光印刷製本廠
香港柴灣安業街三號七樓
版 次 1999年3月香港第一版第一次印刷
2000年1月香港第一版第三次印刷
規 格 特16開 (152 × 228mm) 484面
國際書號 ISBN 962.04.1645.7
©1999 Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd.
Published & Printed in Hong Kong

序一

根據基本法的規定，香港在回歸祖國以後，除了繼續採用普通法制度外，還首次有自己的終審法院。香港人可以在法治的精神下真正體驗和實踐“一國兩制”的政策。作為整個司法制度之首的終審法院，能夠自行詮釋普通法，並加以發展，以適應香港這個國際大都市的需要，實在是具有特別重大的意義。

普通法着重法院的判例。不過要從成千上萬的判例找尋當中的法律概念和原則，領悟其中的特色和精髓，着實不易；加上普通法中的公法和私法、民事和刑事等案件種類繁多，箇中困難可想而知。因此，能夠有系統地將判例中的法律原則收集、並加以分析的法律典籍，不單對普通法的詮釋和發展有莫大的幫助，還能有助於提高市民對法律的認識，推廣法律的普及化，從而對加深整個社會的法治精神，發揮着重大的作用。

中國大陸與香港兩地的法律制度雖有不同，不過也有很多值得互相學習和借鏡的地方。藉着交流和溝通，可使兩地的法律制度更臻完善。兩地的法學典籍的撰寫便是交流的最好工具之一。

在香港，有權威性的中文法學典籍不多。《香港法概論》一書，由香港本地精通普通法的資深學者，經歷三載編寫而成，談論有關香港法律中最重要的一些課題。每一章都就所討論的課題，向讀者作出介紹並加以詳細分析，論據精闢，深入淺出，將法律的精要所在清晰地表達出來，不單對廣大市民，而且對法律系學生及中國內地和香港兩地的法律界人士和司法人員都有很大的裨益。本人深信《香港法概論》一書，對於增進市民的法律知識，強化社會的法治精神，幫助普通法的詮釋和發展及促進內地和

11/11/2016

香港之間法律界的交流，必會有很大的貢獻，誠然是一本值得推薦的好書。

李國能

香港特別行政區終審法院 首席法官

一九九八年九月一日

序二

本書的構思在1995年春天形成，三年後的這個春天，書稿終於撰寫和編輯完成了，我們深感快慰和喜悅。本書是第一本由香港本地法學教師編寫、全面地介紹整個香港法律體系的中文書；也是在香港成文法的雙語化完成後，根據這些成文法的正式中文文本所採用的中文法律詞彙而編寫的第一本中文法學著作。在香港法制進一步邁向雙語化的過程中，我們希望本書不但會對香港的律師、法官和法學院校的同學具有參考價值，而且能有助於香港、中國內地和其他華語區域的讀者了解“一國兩制”之下的中華人民共和國香港特別行政區的法律制度。

“一國兩制”的成功運作，既決定於“一國”觀念下的國家民族、歷史文化的凝聚力，也有賴於“兩制”之間的互相尊重、溝通、了解、學習、合作和互補。我深深地相信，“兩制”中的兩個法制的互動，對於整個中國的法制、法治、人權和民主的建設是有深遠意義的。近八十年前的“五四”運動中，我們開始認識到“民主”（“德先生”）和“科學”（“賽先生”）對於我國的富強、現代化以至文化更新的關鍵性，這可以說是近代中國一場最重大的啟蒙運動。八十年後的今天，啟蒙事業仍方興未艾，但必須承認的是，雖然好幾代的志士仁人曾前仆後繼地為此而努力、付出和作出犧牲，但這個事業仍未完全成功，同胞仍須繼續努力。

可喜的是，在這八十年內，尤其是最近的二十年裏，國人汲取了歷史的教訓，更從世界各國的現代經歷中得到啟示，法制建設的水平比以前大大提高。作為法學工作者，我非常高興看到國人對法制、法治、人權、民主，以至法律和市場經濟的關係等問題的認識，正與日俱增，某些方面的進展，更是一日千里。最值得欣慰的是，大家明白到在現代西方出現的法治、憲政、人權和代議

民主等制度和實踐經驗，並不只是適用於資本主義社會，而是人類文明在現代史階段的成就，是整個人類都能分享的共同文化資源和遺產，因而具有跨國的、跨民族和跨文化的普遍意義。

香港的法制屬於普通法系，普通法源於英倫法院在中世紀以來累積的判例。回想二十年前我在香港大學唸法律的時候，不時受到這樣的一個問題困擾：我唸的大部分都是英倫法院在無數涉及英國人的糾紛裏的判例，而香港法院的判例和香港立法機關制定的成文法，也追隨英國法的有關原則，這一切都與香港作為殖民地的地位不可分割，而香港的殖民地地位又是帝國主義侵略我們祖國的表現；那麼，作為中國人，唸這些東西有何意義？如果我唸的是自然科學，這是放諸四海皆準的，其價值和真理無可置疑，但我唸的是法律，它會不會不外是為殖民地統治服務的東西，而沒有甚麼客觀的、普遍的意義呢？

現在，我已經把這些問題想通了。雖說科技無分國界，而不同國家卻實施不同的法律，但在法學的世界裏，一如科學的領域，是存在着一些客觀和有普遍意義的原則和標準的；正是因為這些原則和標準的存在，我們才可以評價和判斷不同國家關於同類問題的不同法律孰優孰劣，我們才可以借鑑和參考其他國家的法律以改良和發展我們自己國家的法律，我們才可以努力使我們的法制更加進步，更臻完美。如果說科學是對“真”的追求，藝術是對“美”的追求，那麼法律——連同道德和政治——便是對“善”的追求，而這些對於真善美的追求都是無分國界的、屬於全人類的。

因此，研讀英倫普通法的意義便是，找出這個制度和傳統的優點，予以學習、吸收、借鑑，從而令國人受益。作為不少現代先進國家採用的法系，普通法確有不少長處和特色，以下只是隨便舉一些例子：

(1) 普通法制度崇尚法治精神，任何人除非觸犯法律，否則政府不能干預其自由，任何政府機關或其人員均不可作出法律授權範圍之外的事，而且在法律之下，人人平等。

(2) 普通法制度重視司法獨立，法官必須很有學識，在社會中享有崇高的地位和權威，不得輕易被罷免，行使職權時不受其他政府機關以至社會輿論的影響。

(3) 普通法制度提供人權的保障，尤其重視個人的人身自由、言論、思想

信仰、集會結社遊行等自由；在刑事訴訟程序中特別保障被告人的權利，以確保其得到公平和公開的審訊，並以寧縱毋枉為其一般取向。

(4) 普通法制度重視財產權利的保障，它不但對各種與合同和財產有關的權益作出非常深入的分析和細緻的界定，而且對於如何執行和實施這些權益，提供包羅萬有的程序和補救方法。

(5) 在普通法制度的成長過程中，其社會和經濟基礎由中世紀的封建制度轉化為工業革命後的市場經濟，其政治基礎又由君主專制改革為民主憲政，所以現代普通法制度中有不少內容，是特別適合市場經濟和民主憲政的需要的。

(6) 普通法制度可透過司法判例的累積而形成新的法律概念、原則和規範，所以普通法是一個在演化中的有機體，有其自我發展和完善的內在生命力。由於判例法源於個別案件的訴訟，所以它是以實際經驗為基礎的、務實的，不是只來自抽象而一般性的概念思維。

(7) 普通法制度不單提供關於各種實質權利的理論和定義，它更為關注的是這些權利在具體實施中的實際問題，尤其是程序上的設計。普通法制度對於程序法和訴訟法的重視是它的特色之一，對於普通法來說，實體公義和程序公義同等重要。

(8) 普通法制度裏的律師扮演十分重要的角色，當事人在法律上和訴訟上的權利是否得到保障，往往取決於其律師是否充分發揮其功能。律師的天職是竭盡全力去維護其委託人的法定權益，即使當事人被社會人士認為是罪大惡極的，他仍有權獲得律師的專業服務，而律師亦有責任提供此服務。

(9) 普通法制度十分關注在個別案件中的個人權益，個人的生命、財產、自由、尊嚴和價值是最可貴的，普通法制度的一般取向，是不願意為了所謂社會整體的利益或政策而犧牲個人的重要權益。

(10) 在法官書寫的判詞和立法工作者起草的成文法中，普通法制度體現了一種認真的、嚴謹的、一絲不苟的理性精神。在普通法制度中，成文法的內容是非常細緻精密的，有條不紊，務求不會在字眼上有任何遺漏；而如果法律真有漏洞的話，法院是會容許當事人因此而獲益的，即使他的這樣得益與政策或道義上的要求不符。在普通法判例的文體和風格中，普通法的理性精神更透徹地表露無遺。閱讀這些判詞時，我們可以看到法官如何詳盡地敘述案情事

實，如何全面地分析有關法例和以往的相關判例，如何仔細地說明適用於此案的法律原則和把它應用至有關案情事實中。判詞中不容任何的馬虎苟且，不容任何思維上的混亂或推理上的疏忽。普通法史上有不少傳誦千古的判詞，把人類的理性精神和良知發揮得淋漓盡致，這是任何研究人類文明與成就的人都不容忽視的。

由於篇幅所限，我們在本書裏未能摘錄判詞和予以分析；本書的目的，在於以淺白的中文和在香港政府出版的《英漢法律詞彙》(香港：律政署1996年第2版)的基礎上，向讀者介紹香港現行法律體制的基本概念和原則，從而為此法制勾劃出其輪廓。全書的結構可簡介如下：第一、二章首先介紹香港法制的的基本架構，第一章描述香港的立法、司法、律師等制度，第二章介紹民事和刑事訴訟程序。餘下的十二章則介紹香港的實體法中的一些主要部門，前三章屬於“公法”領域，後九章屬於“私法”(主要是“民商法”)領域。

公法所規範的是政府的架構和政府與人民的關係，本書所討論的公法部門包括第三章所談的憲法性法律(在香港主要是《中華人民共和國香港特別行政區基本法》)、第四章的行政法(尤其是關於法院如何審查政府行政機關的違法行為的法律)和第五章的刑法。刑法一章主要介紹刑事罪行的界定和懲罰的法律，是人們最熟悉的。由於刑事罪行一般是由政府對涉嫌犯罪者提出檢控，所以也歸入公法範疇。

在普通法的歷史中，私法比公法更加源遠流長，不少私法的概念和原則塑造着整個普通法的精神面貌。私法規範的是民間私人之間的權利義務關係，尤其是涉及財產問題的關係。普通法中的私法，核心內容是合約法(本書第六章)、侵權法(第七章)、房地產法(第八、九章)、信託法(即衡平法的主要部分)、繼承法和家事法(第十、十一章)，這些領域中的大部分法律規範，都是由法院在審理私人之間的訴訟案件的過程中創設的。本書最後三章介紹的，則是在普通法傳統中較新興的、但在現代工商業社會中至為重要的法律部門，即知識產權法(第十二章)、公司法與合夥法(第十三章)和僱傭法(第十四章)。和上述較傳統的私法部門不一樣，此三章討論的部門都是以立法機關所制定的成文法為基礎的。

本書的作者和編者絕大部分都是現時任教於香港大學法律學院的教師，他

們包括法律系的陳文敏、戴耀廷、廖雅慈、譚奕雯、何錦璇、李雪菁、張善喻、李亞虹和我本人，及法律專業教育系的張達明和周偉信，另外兩位作者（其中一人也是編者之一）則是任教於香港城市大學法律系的羅敏威（他也是在港大取得法學學士學位的）和山東煙台大學副教授鍾建華（現時在港大攻讀法學博士學位）。本書得以與讀者見面，全賴他們各人的辛勤努力和悉心支持，作為本書的組織策劃和最後審訂者，我謹此向他們每人致以最深的謝意和最高的敬意。我還要感謝港大法律學院諸位同事在本書文稿的打字和校對上的大力支持，特別是吳思螢、吳雷華和姚茂萍諸小姐。最後還得向香港三聯書店的策劃編輯關秀瓊小姐致以最誠摯的感謝，沒有她在精神上和實務上的支持，本書也是不可能面世的。

陳弘毅

香港大學法律學院

一九九八年六月八日

目錄

I.....	序一	李國能
III.....	序二	陳弘毅
1.....	第一章：法律制度	陳文敏
41.....	第二章：訴訟法和證據法	陳文敏
93.....	第三章：憲法性法律	戴耀廷
133.....	第四章：行政法	羅敏威、戴耀廷
153.....	第五章：刑法	羅敏威
183.....	第六章：合約法	張達明
211.....	第七章：民事侵權法	張善喻
241.....	第八章：房地產法	李雪菁
267.....	第九章：房地產轉讓及租務法	周偉信
291.....	第十章：信託法與繼承法	何錦璇
323.....	第十一章：家事法	廖雅慈
355.....	第十二章：知識產權法	鍾建華、李雪菁
377.....	第十三章：公司法與合夥法	譚奕雯
399.....	第十四章：僱傭法	陳弘毅

附錄

431	一、關鍵詞索引
453	二、索引關鍵詞英中對照表
465	作者及編者簡介

第一章 法律制度

陳文敏*

香港大學法律系教授

今天，香港是一個國際金融中心和安定繁榮的國際大都會，它的成功的其中一個重要因素是香港擁有一個相當健全的法律制度。《中英聯合聲明》規定，香港特別行政區在1997年成立後，香港原有的法律基本不變，《香港特別行政區基本法》第8條亦明確指出，香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除與《基本法》相抵觸者外，均予保留。《基本法》並同時對香港特別行政區法律制度的不同範疇作出具體的規定，總的原則是在“一國兩制”的大前提下，香港在1997年之前的法律制度，在特區成立以後予以保留，中華人民共和國的全國性法律和法律原則，除《基本法》另有規定外，將不會在特區實施。

所謂法律制度，除了包括法律的淵源和組成部分外，亦同時包括制度內不同架構和人士的角色與任命、運作和程序，司法推理方法與基本價值體系等。本章將就這各方面作簡單的介紹。

一、不同法系與普通法法系

不同國家因應不同的歷史發展、社會需要以及政治、經濟、文化等各方面的差異而發展出不同的法律制度，而這些不同的法律制度可根據一些共通的特徵和架構而歸納為不同的“法系”(families of legal systems)。在同一法系內的法律制度有共同的特徵，有類似的架構，還有一些共通的價值觀念。目前世界上主要的法系包括普通法法系、歐陸法系（大陸法

*就張達明先生對本章初稿所提出的寶貴意見，筆者謹此致謝。

系)、社會主義法系,以及一些以回教或印度教為基礎的宗教式法系。香港特別行政區屬於普通法法系,而中國內地則屬於社會主義法系,但當中又吸收了不少歐陸法系的元素⁽¹⁾。

1. 普通法系

普通法 (common law) 源自英國。在 1066 年,諾曼底公爵威廉(即英王威廉一世)征服英格蘭後,鑑於當時的英格蘭在不同地方有不同的風俗和習慣法,但卻沒有一套統一和適用於全國的法律,於是他和他以後的幾位王位繼承者便着手建立一套以國王的政權為中心的全國性法律制度。他們建立了一些皇室法院,這些皇室法院最初主要處理一些和皇室利益有關的事項,例如涉及土地,稅項,以及破壞公共安寧 (breach of the peace) 的刑事罪行等方面的案件。經過二百多年的發展,這些皇室法院逐漸取代了各地方自己設立的法院的職權,並通過判例逐漸形成了一套統一的法律制度。從這裏可明白到“普通法”這個用語的其中一個涵義,即普通法是指適用於全國的普遍性的法律,有別於不同地方因應不同風俗而形成的地方性法律。這個歷史發展過程亦產生了普通法的另一個特點,即普通法是由法院的判例累積而成的,時至今日,不少部門的法律,例如合同法、侵權法、信託法等,仍然是以普通法判例為骨幹的。故此,普通法的另一涵義是指由判例衍生出來的法律。

早期,普通法又發展出一套複雜的令狀制度 (writ system),根據這套令狀制度,不同的訴訟需要採用不同的令狀,而不同的令狀又會相應有不同的司法程序,甚至不同的司法補救方式(即法院判決勝訴一方可得的賠償或其他補救)。在十五世紀,這個令狀制度變得相當僵硬和臃腫,甚至出現矯枉過正的情況,不少人往往因為程序方面的失誤而被拒諸於法院門外,於是這些人紛紛向英皇提出申訴,英皇遂將這些申訴轉交首席大臣(即大法官) (Chancellor) 處理,隨着這些申訴日漸增加,大法官便設立了一個衡平法法院 (Court of

註

(1) 就不同法系的進一步介紹,請參看 René David and John Briertley, *Major Legal Systems in the World Today* (London: Stevens & Sons, 3rd ed. 1985)。

Chancery)，專門處理這些申訴。在處理這些申訴時，大法官避免過份重視令狀和程序方面的技術性問題，而集中考慮案情的理據得失，漸漸地，這個法院便發展出另外一套的法律規範，亦即所謂衡平法(Equity)。於是，“普通法”的一個較狹義的解釋，是指由皇室法院的判例所衍生出來的法律，而不包括由衡平法法院所衍生出來的另一套法律原則。一般而言，衡平法是較為有彈性及注重案情的合理性，程序方面或技術性的失誤相對上是較次要的考慮。然而，隨着時間流逝和判例制度的發展，衡平法亦逐漸失去其原有的靈活性，加上衡平法和普通法兩套法律規範並存，也引來不少的衝突和不便。於是，在1873-75年間，英國國會通過立法對司法制度進行大幅改革，將涉及衡平法和普通法的案件的管轄權共冶一爐。時至今日，衡平法和普通法的分別已經不再像以前那麼重要了，但由於衡平法規範和普通法規範在具體應用時仍有若干不同的考慮，而衡平法衍生了多套重要的法律原則，例如信託法、強制履行令、禁制令(強制令)等，故此，我們仍須了解衡平法與普通法的區別。

在十七世紀以後，英國國力日漸強大，在海外建立殖民地時，英國人同時引進了這套普通法制度，(這裏的“普通法”是指其廣義的涵義，即包括衡平法)。在今天，美國、幾乎所有英聯邦國家及一些前英國殖民地，都是採用這套普通法制度的。這套制度有幾個特點：(1) 它是以判例為骨幹，有些重要法律部門(如合同法、侵權法、財產法、行政法等)的基本概念和原則都來自判例法而非成文法(即由立法機關制定的法例)，普通法的一個特點，就是法院每一宗判案的理據所蘊涵的原則都可能是法律，而這些案件便構成所謂判例。一般而言，上級法院的判例對下級法院是有約束力的。(2) 普通法信奉三權分立的原則，司法機關獨立於行政和立法機關，並在一定程度上發揮着監察與制衡行政機關的功能。(3) 承襲西方民主自由思潮的傳統，普通法亦極為重視個人自由與財產的權利，例如在未判罪之前假定無罪(“無罪推定”的其中一方面)，或任何人的財產都不得在沒有合理補償的情況下予以剝奪等原則，都是由普通法衍生而來的。此外，普通法亦極為注重公平審判的原則，從而發展出很多在程序方面對人身自由的保障，這些保障，在刑事訴訟制度中尤為重要。(4) 普通法的審訊程序比較傾向於辯論式或對抗式(adversarial system)。普通法認為，若果控辯雙方能竭盡所能，各自提出對己方最有利的

證供和論據，然後由一個公正的第三者進行裁決，這將是一個最公平的制度。於是在對抗式或辯論式的審訊程序中，法官扮演的主要是一個公正的中間人的角色，而決定審訊中所用的策略的主動權，以至提出甚麼法律論據或傳召哪些證人的決定權，均屬於訴訟雙方或他們的律師代表；故此，在普通法的審訊制度中，律師扮演着一個舉足輕重的角色。

2. 歐陸法系

歐陸法系又稱民法法系（Civil Law family），源於歐洲大陸，其內容及發展都受到古羅馬法的深遠影響。羅馬帝國在全盛時期已經發展出一套相當完整的法律體系，但隨着西羅馬帝國在公元五世紀滅亡以後，它所建立的法律制度亦隨之在西歐湮滅。中世紀的西歐起初是無法無天的黑暗年代，直至十一世紀的商業復興、古羅馬法研究的復興以至十四世紀的文藝復興，才將這個局面轉變過來。文藝復興是指在文學、藝術、哲學、建築等各方面重新發現古代希臘和羅馬文明的成就並加以推展的一個時期，法學亦沒有例外。在這段時期，不少學者都在思索如何建立一個更公義的法律制度，與此同時，市場經濟的發展逐漸形成了一些重要的商業城市，如佛羅倫斯、威尼斯等，城市裏新興的商人階級意識到如果商業貿易要繼續發展的話，便必須依賴一個公平和理性的法律制度，而古羅馬法正好提供了一個很好的基礎，去發展這樣一種理性的法律制度。故此，如果說英倫普通法乃建基於一個統一的王朝的法律制度，歐陸法系則建基於一個共通的歷史遺產和文化源流。英倫普通法的發展是由法院作主導，而歐陸法系的發展則是以大學裏的學者為主導的。

歐陸法系一個最大的特色便是以法典為基礎，法典（code）不同於普通法系中的一般成文法，普通法法制中的成文法通常只會就個別的問題訂出規範，而歐陸法系的法典則將某一個法律部門中所有的有關原則和概念，很有系統和很有條理的寫出來，這和它的歷史發展在於尋找一個合理、公平和理性的社會有着密切的關係。其次，歐陸法系國家雖然亦接受三權分立的原則，但它們的司法機關（主要是指法院）所享有的權力和地位卻遠遜於普通法制度下的司法機關，這也和它們的歷史發展息息相關，因為在一些歐陸國家（如法國），法

院曾經一度淪為統治者壓迫異己的工具，故此，三權分立的意思便變成法院只能扮演忠實演繹法律的角色，而不能有類似普通法法院那種透過判例而建立法律規範的權力，這也是在歐陸法系中沒有一套嚴謹的約束性判例制度的原因，法院的判案一般都不會對其他法院具有約束力。最後，歐陸法系的審訊程序是傾向於調查式 (inquisitorial system) 的。在調查式的審訊制度裏，法官不再是普通法制度中的被動的公正人，而是積極和主動的參與整個審訊，法官會在審訊中主動地調查事件的真相，盤問有關的證人，甚至傳召一些雙方律師可能都不願傳召的證人。審訊再不是像普通法制度中的一場由控、辯雙方作主導的辯論，而是由法院主動地對事件真相進行調查的過程。

歐陸法系可分作兩個支派，一個是法國法系，另外一個是德國法系。法國法系最基本的法律文獻是法國在 1804 年頒佈的法國民法典 (French Civil Code)，亦稱為拿破崙法典 (Napoleonic Code)，這個法典對所有屬於法國法系的國家都有深遠的影響。德國法系則主要是受到 1896 年的德國民法典所影響，台灣、日本，甚至現在的中華人民共和國，它們的法律制度都比較接近德國法系；日本在明治維新之後，主要是模仿德國的法律制度，中華民國南京國民黨政府時代亦是主要參考德國、瑞士和日本的民法來制訂自己的民法典。

3. 社會主義法系

雖然普通法系和歐陸法系在制度上有很多不同的地方，但它們都有一些共通的價值觀念，例如尊崇個人自由和重視對私有財產的保障等，故此，在這些問題上它們往往會有相類似的法律條文或判例。社會主義法系則建基於另一套完全不同的思想價值體系之上，它源於馬克思及列寧主義，認為法律乃上層建築，在資本主義社會，法律是資本家統治人民的工具，為了消除剝削及解放工人，便必須進行社會主義革命，打破對資產階級生產工具的壟斷及階級的剝削，從而建立一個無分階級的共產主義社會。在這個過程中，法律的作用是建立和鞏固社會主義的一種手段，換言之，法律只是一種途徑去達致一個政治目的。因此，社會主義法系的法律都是以公法為主，私法難以有足夠的發展空間。這一點在中國開始實行經濟改革的時候便曾帶來不少理論上的阻力，例如