

The background of the cover features a photograph of a large, light-colored building with a prominent dome. Two flags are visible: the flag of the Hong Kong Special Administrative Region (a red flag with a white flower) on the left and the flag of the People's Republic of China (a red flag with five yellow stars) on the right. The building has many windows and a classical architectural style. The title and authors' names are overlaid on this image.

戴耀廷 羅敏威 著

香港特區的 法律制度

中

戴耀廷 羅敏威 著

香港特區的法律制度

中華書局

□ 裝幀設計：高林
□ 責任編輯：黎耀強

香港特區的法律制度

□

著者

戴耀廷 羅敏威

□

出版

中華書局（香港）有限公司

香港鯉魚涌英皇道 1065 號東達中心 1306 室
電話：(852) 2525 0102 傳真：(852) 2713 8202
電子郵件：info@chungwabook.com.hk
網址：http://www.chungwabook.com.hk

□

發行

香港聯合書刊物流有限公司

香港新界大埔汀麗路 36 號
中華商務印刷大廈 3 字樓
電話：(852) 2150 2100 傳真：(852) 2407 3062
電子郵件：info@suplogistics.com.hk

□

印刷

美雅印刷製本有限公司

香港觀塘榮業街 6 號海濱工業大廈 4 樓 A 室

□

版次

2011 年 7 月初版

© 2011 中華書局（香港）有限公司

□

規格

特 16 開 (223 mm × 160 mm)

□

ISBN：978-988-8104-55-0

前言

香港大學法律學院現已退休的教授彼得·威斯萊—史密斯（Peter Wesley-Smith）在 1987 年撰寫了《香港法律制度》一書的英文版。¹ 在 1990 年，出版了此書的中文版。² 之後，此書的英文版分別在 1993 年及 1998 年出版了第二次及第三次修訂版。此書所介紹的香港法律制度，只是止於 1997 年主權回歸前後，而對主權回歸一段時間後香港法制的實質轉變，並沒有太多深入的討論。彼得·威斯萊—史密斯教授退休後，並沒有再為香港特別行政區最新的法律制度發展情況撰寫新的書籍。回歸以來，成長於香港法律制度及受教於香港的法律學院的學生們，並沒有接續這項以中文介紹香港特別政區法律制度的工作。³

香港的法律制度可以說是香港社會非常重要的非物質資產，對確保香港平穩過渡、維持香港社會秩序、推動香港的經濟繁榮、保障基本人

1 Peter Wesley-Smith, *An introduction to the Hong Kong Legal System* (Hong Kong: Oxford University Press, 1987).

2 威斯萊—史密斯著，馬清文譯：《香港法律制度》（香港：三聯書店，1990）。

3 香港特別行政區政府律政司在 2008 年出版了《香港的法律制度》，內容可見律政司網頁：<http://www.doj.gov.hk/chi/legal/>。香港大學法律系學教授陳文敏曾撰寫〈法律制度〉一文，載於《香港法概論（新版）》（香港：三聯書店，2009），這篇文章對本書的編寫有很大的參考作用。

權、實踐社會公義，均起着重要作用。而一個法制的有效運作，不單有賴於法制中有良好的法律、良好的法律體制及良好的法律人員，更在於受該法制規管及保障的人都能有着相配應的知識、信念及價值，也就是要有良好的法律文化。

回歸後，在「一個國家、兩種制度」的方針政策下，香港源自英國的普通法法制，在中國法制下，大體得以維持。但主要只是關乎香港法制的法律、法律體制及法律人員的安排。不過，要讓香港的法律文化持續發展，我們相信還需要有其他方面的工作。⁴ 出版一本關於在主權回歸後香港法律制度的內容及發展的書籍，相信對延續香港的良好法律文化是有積極作用的。我們多年前都是彼得·威斯萊—史密斯教授在香港大學法律學院的學生，現都是在香港的大學機構中從事法律教育的工作。⁵ 蒙中華書局（香港）有限公司邀請撰寫這本介紹香港特別行政區法律制度的書籍，我們希望能延續前輩的工作，繼續為維持香港的良好法律及法制，以及推動法治建設，付上我們的一份努力。

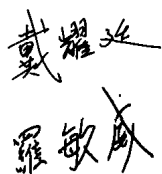
在本書所提及的現行香港法律，是指直至 2011 年 3 月 31 日為止。

在這裏，我們要為此書能夠順利出版，特別感謝中華書局（香港）

4 參 Benny Y. T. Tai, “Law and Legal Institutions in Hong Kong: Maintaining a Common Law Legal System in a Non-Western culture,” in Ann Black and Gary Bell eds. *Law and Legal Institutions of Asia* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011)。

5 戴耀廷是香港大學法律學院副教授；羅敏威是香港中文大學工商管理學院導師。羅敏威多年前是戴耀廷的學生。

有限公司仝人。另外本書作者之一羅敏威曾參與撰寫《香港法律與社會工作》（香港：進一步多媒體有限公司，1999）一書以及撰寫《香港人權法新論》（香港：香港城市大學出版社，2009），進一步多媒體有限公司及香港城市大學出版社允許他在本書中使用和改寫以上兩書中的部分資料，在此表示感謝。



2011 年 7 月

目 錄

前 言	i
-----------	---

第 一 部 法律制度的介紹

第一章 法律的性質	2
第二章 法制理論：法治	14
第三章 法律體系	25
第四章 法律的類別	35
第五章 香港法律制度的歷史發展	46

第 二 部 法律的源頭

第六章 憲法性法律：《基本法》.....	52
第七章 來自中國法制的法律.....	67
第八章 成文法	71
第九章 判例法	87
第十章 習慣法	96
第十一章 國際法	100

第 三 部 法律體制與法律程序

第十二章	立法機關與立法程序	108
第十三章	行政機關與行政程序	124
第十四章	司法機關與司法程序	144
第十五章	全國人民代表大會及常務委員會 與中央人民政府	166

第 四 部 法律人員

第十六章	法官與司法獨立	178
第十七章	律政司司長及政府律師	191
第十八章	私人執業律師	198
第十九章	法律學者、法律教育與法律研究	205

第 五 部 法律文化

第二十章	法律文化	210
------	----------------	-----

法律制度的介紹

本部分介紹法律制度的性質。在本書中，法律是理解為：「在某一個人類社群中，當中由人所組成的組織架構，得到該社群成員普遍接納是具有制定一些可加諸責任或施予權利並會得到有效執行的規則的權力，為那社群的成員所制定的規則。」在一個社群，要以法律來管治，那就得要設立一個法律制度，而一個法制是由多個部分或元素所組成的。

第一章 法律的性質

一、什麼是法律？

對大部分人來說，他們很少會問「什麼是法律」這問題。他們最有可能會問與法律相關的問題或許是：「這樣做是不是犯法？」或「我若想要這樣做（例：買賣樓宇），要經過什麼法律的手續？」法律與大部分人的關係，都是法律的相關規定會如何影響他們的日常生活；或他們在生活中碰到各種需要和問題，可以如何用法律來幫助他們處理。對律師來說，他們的工作就是要回答這些問題，或是在訴訟中說服法官在相關的法律爭議中，對上述問題應給予一個有利於他們當事人的答案。而法官就是要對這些問題（在一般情況下）提供最權威的答案。¹

不過，要明白法律如何影響人們的生活及他們能用法律來達成什麼樣的目的，我們還是先要對法律的本質有一些基本認識。² 以下是法律的

1 在香港的法律制度下，全國人民代表大會常務委員會享有對《基本法》的最終解釋權，故對有關《基本法》條文能給予最權威的答案的，並非法院，而是全國人民代表大會常務委員會。見本書第十五章。

2 Harold J. Berman and William R. Greiner, *The Nature and Functions of Law* (Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1966).

一些特性：

（一）法律必是存在於人類的社群，雖然並非所有人類社群都必定有法律。這特性使法律與大自然世界的法則分別開來，因大自然法則是普遍存在的。但在法理學中，有學說認為有一些法律是如同大自然世界的法則般，是普遍存在的。這也是意指在所有人類社群的法律都會有這些「自然法」的。並且，如一個人類社群的法律是與這些「自然法」相違背的話，這些法律也會是沒有法律效力的。換句話說，「自然法」可用以判斷一個人類社群的法律是否真是法律。但也有學說認為這些「自然法」根本不存在，或即使「自然法」是存在的，也不能用以來判斷各人類社群的法律的合法性。

（二）法律為該人類社群成員的行為定出了一些標準。在日常生活中，除了法律以外，還有其他規則都會帶有規範性的，如道德或社交禮儀的規則。但法律有着以下的其他特性，令它與其他具規範性的規則有所不同。

（三）法律有一定的準則以判斷哪些人是受其規管的。各人類社群所規管的人是不同的，自然地各個人類群體的法律也並不會是完全一樣，而是各自有其一套法律。³

（四）受法律所規管的人類社群的成員都會認同他們是受那法律所規管的。過去曾有學說認為法律之為法律，是基於法律是在一個人類社群內擁有主權的人或機構所制定，如在君主體制下的皇帝或在民主體制下由公民選出的立法議會。但這說法未能解釋為何要由這擁有主權的機構制定的規則就是法律。現在普遍接納的說法是：這些機構制定的規則

3 參本書第三章。

之為法律，是因為受其規管的人都認同這機構是具有制定具規範性的法律的權力。⁴ 換句話說，法律的定義由「從上至下」的理解，轉變為「由下而上」的理解。這一點也令法律與其他具規範性的規則分別開來，因其他規則不會被其他人認同是具有法律效力的。

（五）該人類社群成員都接納若他們不能履行法律所要求的，他們就當按法律受到某種懲處；若他們能履行法律所要求的，他們就可按法律得着某種益處。這也就是法律的法律效力。這些懲處或益處通常對個人的人身自由或產權有具體及即時的後果，如會喪失人身自由或金錢利益，或會被容許進行一些行為從而可以得到一些利益如金錢利益。⁵ 違反或遵守法律的後果，自然與違反或遵守道德或社交禮儀的規則的後果很不同。

（六）法律是基於特定原因而制定的。不同類別的法律，所要達到的目的是不同的，其所能發揮的功能因而也會是不同的。制定法律的目的，自然也與道德或社交禮儀的規則所要達到的目的不同。這在下文會有討論。

（七）每一個法律的系統通常都會設置執行的機制，透過施行履行或不履行法律的後果，以確保受其規管的人會履行法律所要求的行為標準。不同的法律體系會有不同的執行機制，以符合設立該法律體系的目的。道德和社交禮儀的規則與法律的最大分別，就是它們缺乏這樣一個有效的執行機制。

4 H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (London: Oxford University Press, 1961).

5 如法律規定要經營某行業須得政府發給相關的牌照，若某人能按法律的條件申請並取得牌照，那他就可透過牌照所容許的業務而得利。

總的來說，在本書中，法律可以被理解為：「在某一個人類社群中，當中由人所組成的組織架構，得到該社群成員普遍接納是具有制定一些可加諸責任或施予權利並會得到有效執行的規則的權力，為那社群的成員所制定的規則。」

二、法律的功能⁶

法律在不同的人類社群中，被用以達到的目的是不同的，法律在不同的社群所發揮的功能因而會是不同的，而不同類別的法律的功能也不會是一樣的。⁷ 法律可以有以下的不同功能。

（一）賦予政府和規管正當性：不論其內容是什麼，法律都能賦予管治者及規管一定程度的正當性，意指受法律規管的人會有更大可能接受管治者的管治地位及遵守法律所定出的規管內容。即使在專制極權的社會中，法律也能一定程度上發揮這樣的功能。法律能有這樣的功能，可能是源自法律的特質，⁸ 因法律的條文都是經過一定的程序而制定的，在事前已訂明行為的規範，令人們可以有所依據，故能取得人們一定程度的認同。

6 參 David A. Funk, "Major Functions of Law in Modern Society," (1972) 23 *Case W. Res. L. Rev.* 257-306; Joseph Raz, "The Functions of Law," in Simpson, A. W. B., ed., *Oxford Essays in Jurisprudence, second series* (Oxford: Clarendon Press, 1973); 及 Harold J. Berman and William R. Greiner, *The Nature and Functions of Law* (Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1966), pp. 34-35。

7 參本書第四章。

8 參 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven and London: Yale University Press, 1969)。

(二) 分配及規限政府的權力：法律會定出哪一個政府機構和政府官員可以行使法律所賦予處理某項事務的權力；法律亦會定出相關權力的範圍。各政府權力機構之間的關係，也是由法律所規定的。法律這方面的功能讓政府事務可以有序地進行。憲法及行政法都屬能發揮這功能的法律。⁹

(三) 維持社會秩序：法律在事前清楚訂明了哪一些行為是被禁止的，或哪一些行為要以什麼特定的方式進行才會被容許。人們就可以依照法律的規定來規劃自己的行為，從而避免觸犯法律而受到制裁。這樣，社會的運作就可以有秩序地進行，故法律與維持社會秩序的關係是相當緊密的。公安法¹⁰及刑法都屬能發揮這功能的法律。¹¹

(四) 壓制或操控工具：法律是帶有強制性的，即違法者會受到法律的制裁。故它一方面能賦予政府及執法者權力去維持社會秩序，防止及禁制一些損害公眾利益的行為；但另一方面法律也可以被利用來為統治階層服務，用以壓制社會內反對的聲音，或是用以操控社會的其他階層及人士，令他們甘願為統治階層所奴役。因此，法律可為善，也可作惡，全視乎當政者之心。¹²

(五) 維護社會的道德標準：之前提到法律與社會的道德標準都會對人們的行為作出規範，分別是法律的規範是強制性的，但道德的規範

9 參戴耀廷、楊曉楠：〈憲法性法律〉，載陳弘毅、陳文敏、李雪菁、陸文慧編：《香港法概論（新版）》（香港，三聯書店，2009）；羅敏威、戴耀廷：〈行政法〉，載《香港法概論（新版）》。

10 如規管公民舉行遊行或集會的法律。

11 參羅敏威：〈刑法〉，載《香港法概論（新版）》。

12 有一些社群會制定法律，禁止公民以任何行為包括了只是發表言論去挑戰執政者的管治地位。

作用則只在於人言，而不會對人們的行為有直接的強制性。但法律可以把一些社會的道德標準納入為法律的一部分，那麼這些道德規範透過法律就有了強制性。但法律應維護哪一些道德標準，卻沒有定論。如一些法制基於通姦或肛交是違背社會的道德而把這些行為定為刑事罪行，但另一些法制卻不會有如此的規定。

在上世紀六十年代，英國就曾出現一次關於法律與道德的大辯論，觸發點是肛交應否非刑事化。大法官 Lord Devlin¹³ 及法律教授 H. L. A. Hart¹⁴ 進行了一場關於法律應否用以執行道德規範的爭辯。Devlin 認為道德是維繫社會的重要元素，故法律理應可執行道德規範。Hart 則認為法律應是中立的，不應用以執行道德規範。但細閱他們的觀點，其實真正的分歧並不是法律應否用以執行道德規範，而是執行哪一套道德規範。Hart 支持的是一套尊重個人選擇的道德規範，Devlin 則支持一套來自傳統和宗教的道德規範。最後英國政府修訂了法律，把肛交非刑事化。在當代西方社會世俗化¹⁵ 及個人主義興起下，不少西方社會的法律中源自宗教的道德規範，逐漸被尊重個人選擇的道德規範所取代。

（六）提供讓公民合作的平台：不少人以為法律的功能只是在於其強制性，因刑事法律總是較容易讓人看到法律的實際操作，如媒體會大篇幅報道涉嫌殺人的嫌疑犯如何被拘捕、審訊和判刑。但在現實生活中，並不是有太多人真的會因觸犯法律而被拘押起訴，而法律與人們的

13 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford: Oxford Univ. Press, 1965).

14 H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Stanford: Stanford Univ. Press, 1963).

15 世俗化是指信奉宗教信仰的人在減少，而宗教信仰及宗教團體在社會的影響力也逐步減少，但不是說宗教人士、宗教信仰及宗教團體在社會已喪失了一切影響力。

關係更密切的方面，是它能讓人們透過法律的安排促成人與人之間的合作關係。法律因會事先訂明各方在合作關係中的權利與責任，那會使人們更清楚自己的權益，減少相互的不信任，令人們可以建立合作關係，從而讓各方得益。合約法就屬於能發揮這功能的法律。¹⁶

（七）解決紛爭：在人們的合作關係中，雖然法律已訂明各方的權益，但仍不排除合作的各方會就着各人在法律下應有的權益而出現爭議，例如合約雙方就合約條款有不同理解或對合約的承諾是否已履行而有爭議。另外，人們在其他日常生活的交往中，即使未有按法律事前訂下一些合作的關係，但他們之間的利益也可能會出現衝突，如發生交通意外造成人身或財產的損失，受損的一方要求另一方賠償損失，但另一方卻認為他不應為損失承擔責任。侵權法就屬於這類法律。¹⁷

法律為涉爭議的各方提供解決紛爭的平台，如透過訴訟、仲裁或調解等程序，就紛爭作出具規範性的裁決或讓涉及紛爭的各方達成協議，以化解爭拗。有關訴訟程序的法律¹⁸及設立各級法院的法律，與這法律的功能有關。

（八）保障公民的基本權利：如上所述，法律可為善，也可行惡；而在近代，隨着人們人權意識的提升，不少社群的法律會用以保障人們的基本權利，這些權利可包括：（1）公民權利如言論自由、集會自由等；（2）政治權利如選舉政府領袖；（3）經濟權利如房屋的權利、受教育的權利等。人權法就是這一類法律。¹⁹在不同的社群，法律所保障的基本

16 參張達明、李穎芝：〈合約法〉，載《香港法概論（新版）》。

17 參張善喻：〈民事侵權法〉，載《香港法概論（新版）》。

18 參陳文敏：〈訴訟法和證據法〉，載《香港法概論（新版）》。

19 參戴耀廷、楊曉楠：〈憲法性法律〉，載《香港法概論（新版）》。

權利會有不同。相對而言，西方社會可能會較重視公民及政治權利，亞洲社會則較重視經濟權利。

法律亦會規定不單是政府須尊重公民的各項基本權利，其他公民也有責任不會因種族、性別等原因歧視其他公民。反歧視法屬這類法律。²⁰

（九）實踐公義：法律另一個正面的功能是實踐公義，而不少人會認為法律本應就是要為了實踐公義而訂立，故法律與公義是常會放在一起的。但什麼是公義呢？²¹ 公義可以有不同的理解，最基本的說法是人們能得着他們所應得着的。但什麼是人所應得着的，卻沒有一套簡單的說法。²² 因此，公義可包括程序公義、公民權公義、社會公義及商議性公義，²³ 而對公義不同的理解，與上述人們的各項基本權利是有重疊的地方。不同的社群選取對公義的理解未必一樣，而用以實踐不同公義的理解的法律亦會是不同。

（十）進行社會改革：整合上述多項法律的功能，法律能促進社會的改革，如透過法律引入全新的社會制度，或讓現有的社會制度作出改

20 參 Carole Peterson, “Equal Opportunities: A New Field of Law for Hong Kong,” in Raymond Wacks ed. *The New Legal Order in Hong Kong* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999)。

21 參 Michael Sandel, *Justice: What's the Right Thing To Do?* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009)。

22 公義也可分為基本公義 (primary justice) 和恢復性公義 (restorative justice)。基本公義是指在起先分配資源時的公義原則，而恢復性公義是處理在基本公義受破壞後如何使公義得以回復。如某人違反了合約，合約權益受影響的一方可透過法律向違反合約的一方取得補償。參 Nicholas Wolterstorff, *Justice: Rights and Wrongs* (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008)。

23 見本書第二章。