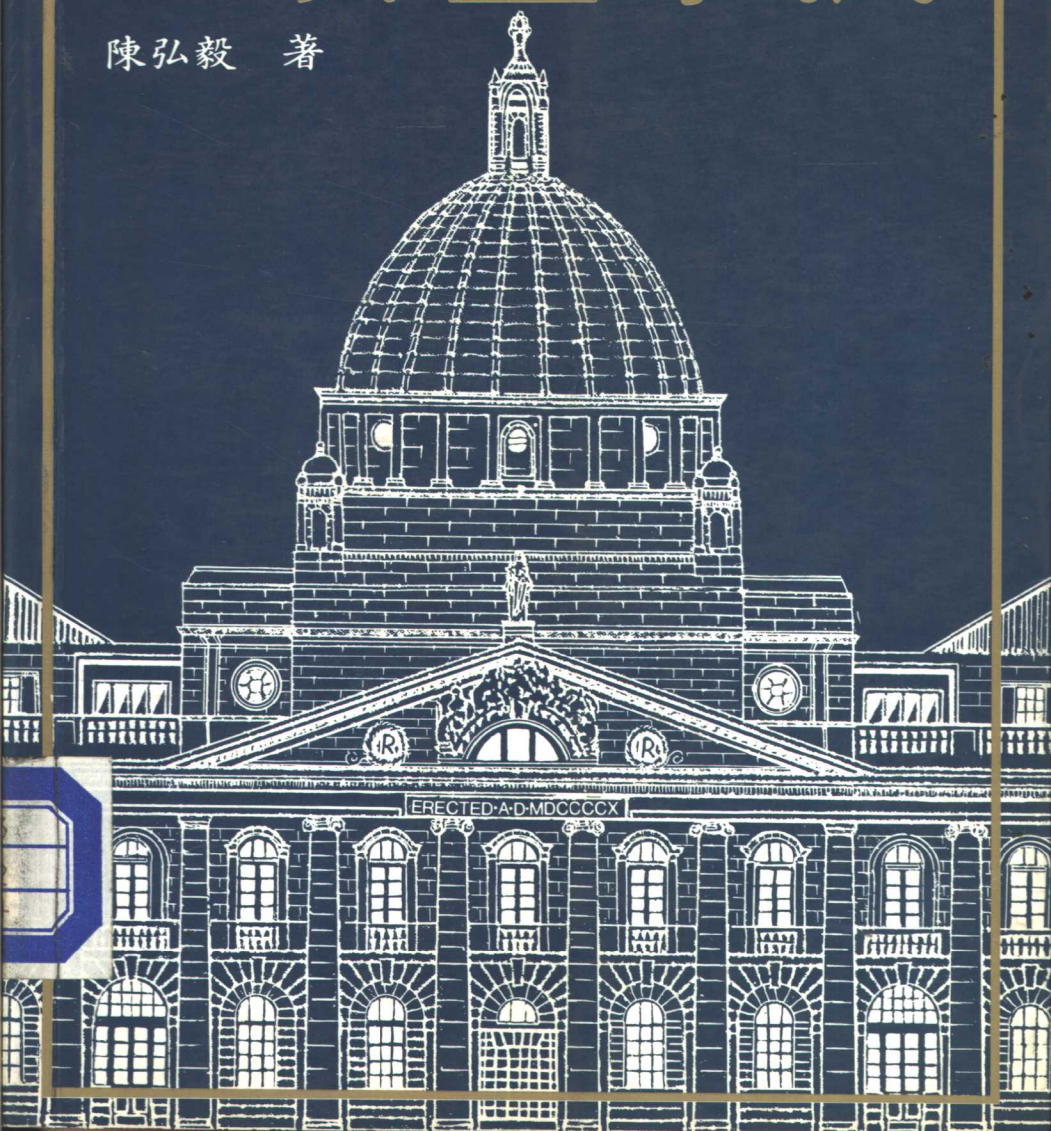


香港法制 與基本法

陳弘毅 著



香港法制與基本法

陳弘毅 著

廣角鏡出版社有限公司

一九八六年・香港

書名：香港法制與基本法 (Hong Kong's Legal System and the Basic Law)

作者：陳弘毅 (Albert H. Y. Chen)

出版：廣角鏡出版社有限公司 (Wide Angle Press Ltd.)

香港灣仔莊士敦道195-7號八樓 電話：5-753877

發行：羊風書局有限公司

香港灣仔莊士敦道195-7號八樓 電話：5-749495

承印：友利印刷有限公司

版次：1986年3月初版

定價：港幣45元

書號：ISBN 962-226-099-3

獻給
我的祖母
和
湘文

1944/30/11

自序

最近兩年來的香港時事中，牽涉到的法律問題，似乎越來越多。例如在不同階段佔據報章頭條新聞的中英《聯合聲明》、《基本法》、《立法局（權力與特權）條例》、《商業罪案審訊條例草案》、《香港法》、《香港（英國國籍）令草案》等等，都是法律性文件；代議政制、高度自治、基本法的解釋權以至公民的權利和自由，都是法律性或憲法性的概念。

香港的這個獨特的歷史階段，為法律工作者帶來了新的挑戰。一方面，基本法問題、過渡期的政制與法制和中英《聯合聲明》的實施，產生了絡繹不絕的研究課題。由於這些問題是與香港社會的現在和將來息息相關的，這種研究工作的客觀意義和實用價值，愈趨明顯。另一方面，香港前途問題的出現，使更多市民關心到香港的政治與法律，對於法律知識的需求增加了。所以基本法律常識的傳播及普及化，正如公民教育的推廣，也成了較為迫切的使命。

我對這本書的期望，是希望讀者能在本書提供的資料和論據的基礎上，對香港現行的法律制度有初步的認識，對香港最近兩年來的法制概況有進一步的了解，及對香港當前的政法問題，有較清楚的概念。需要承認的是，由於我是學法律的，所以本書中的文章主要是從法律觀點出發，而不是從政治學、經濟學、社會學或歷史學的觀點出發。但法律的角度始終是較為局部的，不是那麼全面性、宏觀性。自己的學識有限，我並沒有嘗試用跨越不同人文和社會科學領域的方法或態度，來討論有關問題，這可能是本書的主要限制。

雖然本書基本上是一個集子，收輯了我這兩年來在雜誌和報章發表的文章，但通過個別文章後面增補的「後記」，本書對所

論及的問題提供的資料，是直至一九八五年十二月的。我採用了添寫後記的方法，一來是避免完全重寫有關文章而延遲本書的出版，二來是相信保留原稿可帶出一種歷史感。事物是不斷發展、演化的，歷史的步伐，已急急超越了本書中部份文章（有關文章的后記除外）最初寫成時的狀況。一向留意香港時事動向的讀者，可能可以通過本書的一些部份，重溫香港在八四、八五年這段難忘的日子裏的一些經歷。

有些朋友看了我的文章，認為我偏於樂觀。其實我覺得自己既不樂觀，也不悲觀。但是，我相信人應積極地生活，努力體現人的尊嚴、價值與潛質，在自己的小小崗位上，盡一點責任，使這個社會、這個世界，更合乎人道主義的精神，真、善、美的理想，以至宗教信仰中的博愛訊息。容許我在這裏重申本書最後部份的「中國與香港法制的前途」一文的一些觀點：接受現實的方式，可分為兩種。一種是消極地、被動地接受現實，一種是積極地、主動地接受現實，從而改變現實。至於用積極還是消極的態度去接受現實，是每個人自己的抉擇。用存在主義哲學家的一個詞語來說，這個抉擇是一步黑暗中的跳躍。只有超越理性的信心，才能肯定我們的掙扎和奮鬥，使我們覺得我們的努力是有意義、有價值的。而我更希望，歷史最後也會證明，我們今天的努力並不是徒勞無功的。

最後，我要向《廣角鏡月刊》、《信報財經月刊》、《明報》、《財經日報》、《文匯報》、《經濟導報》及《交流》（港大校訊）的朋友們，表示謝意，本書中很多篇文章，是在他們的邀請和鼓勵下寫成的，並得到他們的同意，輯錄在這裏。也要感謝這兩年來邀請我以講者身份出席研討會或講座的團體，包括港大學生會、樹仁書院學生會、專上學生聯會、基督教協進會、聖公會港澳教區等，本書的一些文章，起源於我為這些活動而準備的講稿。在思想、意見和資料的交流方面，我要感謝「太平山

學會」及「滙點」的朋友，及由廖瑤珠律師發起的研究香港前途法律問題的小組。在本書的出版過程中，廣角鏡出版社的吳明瑜小姐安排製作的工作，許思華小姐設計了封面，我在這裏向她們致謝。最後特別需要感謝的是廣角鏡出版社的李國強先生，多寫中文文章在雜誌發表並在稍後彙集成冊的意念，最早是他向我提出的。

陳弘毅

香港大學法律學院

一九八五年十二月二十三日

封面設計 許思華

定價：港幣45元正
ISBN 962-226-099-3

作者簡介

陳弘毅，一九八〇年畢業於香港大學法律學院，一九八二年獲美國哈佛大學碩士學位。曾在香港的律師事務所工作，並取得香港律師執業資格。現任香港大學法律學院講師，負責講授的科目包括法學方法、香港法制、憲法及行政法、中國法制等。中文文章見於香港的雜誌（如《廣角鏡》、《信報財經月刊》、《百姓》）、報章（如《明報》、《財經日報》、《文匯報》）和文集（如《基本法面面觀》，金陵出版社，1984年、《過渡時期的香港政制與法制》，百姓半月刊出版，1985年），英文文章見於《香港法律期刊》（Hong Kong Law Journal）。



30/11

目 錄

自序	vii
第一部份：香港法制的基本結構	1
1. 淺談法治的概念	2
2. 普通法與香港法制	8
3. 香港的立法制度	13
4. 香港的司法體制	20
5. 法學教育與法律專業	30
6. 法律與市民權益的保障	40
7. 結社自由與表達自由	45
第二部份：近年來立法發展	51
1. 《商業罪案審訊法案》探討	52
2. 論《立法局（權力與特權）條例草案》	63
3. 過渡期第一年的立法發展	68
第三部份：香港法制的未來	73
1. 從法律觀點看中英協議的形式和簽署程序	74
2. 論中英《聯合聲明》——以法律方式來規劃香港的未來	81
3. 談《香港法法案》	91
4. 過渡期及九七年後的香港法制	101
第四部份：政制改革問題	117
1. 代議政制綠皮書與香港式的民主	118
2. 香港政制往何處去——中英政府及港人的角色	123
3. 代議政制與基本法的「銜接」問題	129
4. 正確地辨認目標是前面的最大挑戰	140
5. 《論代議制政府》——一部代議政制理論的經典著作	143
6. 立憲民主制度的精神和實踐	149
7. 特別行政區政制模式初探	155

第五部份：基本法問題	171
1. 中國的憲法、香港的小憲法與宗教自由	172
2. 基本法的概念與香港前途	183
3. 中英協議與基本法的關係	188
4. 基本法如何保障市民的權利和自由	191
5. 論基本法的解釋權	196
6. 基本法中的中港關係	207
7. 基本法「諮詢委員會」與「搜集意見委員會」	233
8. 論基本法的草擬和諮詢程序	236
9. 論基本法諮詢委員會的內部運作	256
10. 基本法諮委會及諮委會執委會的責任問題	260
第六部份：中國法制的發展	265
1. 中國與香港法制的前途	266
2. 中國法制現代化的道路	272

第一部份

香港法制的的基本結構

「本港的制度是以一套完備的法則維繫，以英國法例為依據，但亦作出修訂以適應本港的需求。立法的精神在乎給予最高程度的自由，但維持起碼的限制，使人人受到保障，得享自由。獨立的司法制度是支持的力量。……本港的經濟發展屢創奇蹟，全繫於外界人士對本港的信任和信心，毫無疑問，外界人士信任香港並且滿有信心，主要是由於香港是個推行法治的社會。假如本港沒有法治，當不會有今天的成就。」

摘錄自前任律政司祁理士 (John Griffiths) 的文章「香港政制：繁榮之所繫」，於《香港一九八三年》(香港政府印務局，1983 年)，頁 4，7。

淺談法治的概念

在目前熱心參加討論香港前途問題的各界人士之中，似乎絕大多數都希望香港能在一九九七年之後，仍然是個自由和法治的社會。但甚麼才是一個法治的社會呢？本文的目的，就是嘗試探討這個問題的答案。

去澄清「法治」這個概念的涵義，在這階段是有它的必要性的。空泛和抽象的口號，並不能代替仔細和理性的思量。運用「法治」這個詞語而不小心清楚界定它的定義，是一件危險的事。如果我和你都積極提倡「法治」，而我心目中的「法治」是指「甲」，而你心目中的卻是「乙」，那麼我們的目標和立場雖然似是一致，其實並不一致。

法學家們都指出，「法治」沒有一個明確的、四海皆準的定義，它是個開放的概念，可以有很多不同的解釋。本文將嘗試綜合西方法學主流對於「法治」的理解，分析這個觀念所包涵的不同元素。每一個元素都可看作是法治概念的一個階層，而整個概念就包括很多有不同高度或深度的階層。我們將從最低的、最簡單或原始的階層出發，然後逐漸攀上更高的層次，即更複雜、更豐富的思想。

社會秩序和治安

第一層是社會的秩序或治安。法治的最簡單的意義，是指人民的生命和財產得到保障，不受傷害、侵犯和破壞。這種保障主要是由警察所提供，他們負責執法的工作。雖然這只是法治概念最低或原始的

層次，但它是法治的重要元素之一。例如如果社會發生騷亂或暴動，法治便受到破壞。如果警方成功地控制暴亂的羣衆，法治便得以保存。在這個層次來看，一個法律和秩序的狀況，相對於一個「自然的狀況」。正如霍布斯（ Thomas Hobbes ）所說，在自然的狀況裏，每個人都是每個人的敵人。人們生活在持續性的恐懼中，冒著暴力帶來的死亡的危險。這是文明和文化的相反。一切人類文明的成就都是建基於法律和秩序的存在的。「自然的狀況是個殘酷和恐怖的世界，在那裏，人淪為禽獸。」

政府活動的法律依據

法治概念的第二個層次是關於國家或政府的活動的法律依據，這可以用幾種不同的方法加以說明。最簡單的方法是說，不僅人民受到法律的管治，連統治者本身也受到法律的管治，人民與政府同樣被法律所約束，要依法守法。換句話說，法治不單指用法律來統治，也指被法律所統治。從另一個角度看，這即是說，任何公民、政治領袖或政府官員所做的任何事，都必須有法律上的依據。例如，如果政府機關或政府工作人員做了一件事，但法律並沒有授權他們這樣做，或他們所做的超出了他們所有的法定權力的範圍，那麼受到這事影響的公民便可以到法院提出訴訟，請求法院對那個政府機關或政府工作人員加以制裁，或下令政府要賠償公民因政府的非法行為所受到的損失。這就是說，對於政府的非法活動，人民是有有效的申訴途徑的；而任何政府活動，如果沒有法律的依據，就屬非法，即使這是高級官員的指示或符合國家利益，也屬非法——除非法律確實有授權政府進行這個活動。

行使權力的限制

上述法治概念的第二層，並不足以防止政府濫用權力及保障人民的權益，因此需要有第三層。要了解這個層次，先要明白「可以隨意運用的權力」（ Arbitrary Power ）這個概念。一種可以隨意運用的

權力，是指某一類權力，可以以任何方法行使，以達至任何目的。它的行使不受到明確的原則和規例所規範；沒有一些清晰和詳細的法律條文去規定這權力應該怎樣運用。

法治觀念的第二層，即政府的權力必須有法律上的依據，並不能防止政府享有及行使「可以隨意運用的權力」。舉一個較為極端的例子：假設立法局通過一條法例，授權港督對任何市民做任何事，包括可以隨時隨意根據任何他認為是足夠的理由，下令拘留任何在香港的人，拘留時期沒有限制，任由港督決定。假如立法局真的通過了這樣的法律，那麼港督做的任何事，都可以以這套法律為依據，他可以任意逮捕任何市民。所以這套法律其實授予行政機關一種可以隨意運用的權力。但這種情況並不違反上述的法治觀念的第二層，因為港督根據這套法律所做的一切都是合法的。

但這卻會違反法治概念第三層的涵義。第三層就是說，可以隨意運用的權力必須受到限制，應該有明確的規則去管制權力的行使；法律要有足夠的內容，去防止法定權力的濫用。在這裏我們會遇到一個矛盾。在一個有效率的行政架構裏，政府官員需要有些在一定範圍內可以隨意運用的權力；如果要他們遵守太多規則條例，行政程序將變得十分緩慢，無法對迫切的問題作出適當的反應。所以出現兩種相對的要求：一方面，可以隨意運用的權力有助於行政效率；另一方面，如要保障人民的自由和權利，防止政府濫用權力，就需要以具體的法律原則去規範權力的行使。行使權力的限制始終是程度的問題，決定於這兩種不同的要求的平衡和妥協。

司法獨立

法治概念的第四個層次，就是大家都熟悉的司法獨立的原則。這其實與上面提到的第二、三層有密切的關係。第二層說政府的所作所為必須有法律的依據，第三層說法律應有具體內容來規範權力的行使，兩方面都是用法律的規定來限制政府的權力。但由誰來決定政府的行為是否合法呢？答案當然是法院和法官。法院負責解釋法律，把

抽象的條例應用於實際的案情裏。

所以徒有一套完美的法律是不足夠的。如果負責解釋和執行這套法律的司法機關和人員並不獨立於行政機關，偏袒政府或某一種勢力或依照他們的指示判案、貪污或在其他方面不遵守司法工作的專業道德標準，那麼法治概念的第二、三層所代表的理想便無法實現。所以司法獨立是法治的不可缺少的必要條件。至於保障司法獨立的方法，通常包括給予法官較優厚的待遇，並保證他們不會隨便被解僱。

行政機關服從司法機關

第五個層次也是與上面提到的幾層息息相關的。這第五層很簡單，但也很重要，它是說政府行政機關必須尊重和服從法律及法院在解釋和執行法律時的判決。例如如果市民與政府打官司，市民勝訴，法院作出了不利於政府的裁決，但政府卻不肯依照法院的命令去做，那麼法治便可算是崩潰了。

法律之下人人平等

第六個階層就是在法律下的平等。它包涵「公平」這個概念的基本原則：相同的情形，應以相同的方法處理。除非法律另有規定，否則不應在司法過程裏，因為種族、膚色、宗教、信仰、語言、財富、地位或勢力等原因，而歧視或偏袒任何人。這個平等的原則可以進一步推展下去，要求所有公民都同樣享有獲得律師的服務的權利，使他們在法律上的權益，得以充分的保障。這表示較低下階層的社會人士應得到照顧，根據他們的需要提供法律援助。

基本的公義標準

法治概念的第七個層次，是指法律應達到一些基本的公義標準，包括實質的和程序上的公義。程序上的保障是重要的，它使有關部門和人士的辦事方法，更加合乎公義的要求，這也是法治的概念的一個重要因素。例如，一個重要的程序原則，便是說政府部門不應作出一

個不利於一個公民的決定，去奪去他的人身自由或其他權益，除非那部門預先通知這個公民，告訴他政府準備作出這個決定，並給他機會去替自己辯護，提出反對這個決定的理由。

合乎人權的刑法

法治概念的第八個層面是指一些關於刑法的基本原則。刑法關乎個人自由甚至生命的剝奪，以滿足社會大眾的利益或道德的要求。因為受到影響的東西——自由和生命——是這樣寶貴，所以法治的理想要求刑法必須符合一些基本原則，以防止刑法的濫用。

這至少包括以下四個原則。第一，各種刑事罪行的定義和構成因素，應明文清楚明確地規定，有關條例必須具穩定性，它們的應用結果必須易於推測。第二，除非一個人犯了一種法律上清楚訂明的罪，並通過公平的審判被法院判處有罪，否則不會受到刑罰。第三，關於刑事罪行的法律，法院應盡量給予較狹隘的解釋：除非法律清楚明確規定某一種行為是刑事罪行，否則它不是刑事罪行。第四，如果某種行為在某一時間不是刑事罪行，就不應在事後通過法律，把這件在較早的時間所做的事當作刑事罪行。

人權和自由

本文要談到的法治概念的最後兩個層次，是法治理想最高和最廣的發展階段，它們超出了純法律的範疇，進入了政治、經濟和哲學的領域。這種思想受到很多現代法律工作者的接受，一九五九年國際法學家協會所發表的「新德里宣言」，就是一個很好的例子。

法治概念的第九層，是說人民應有權選出自己的政府，政府應向人民負責，為人民服務；同時應保障人權和基本自由，如言論、宗教、集會、結社等自由，及其他在一九四八年國際人權宣言或一九七六年的兩個國際人權憲章所提到的人權。