

《香港问题丛书》

香 港 的 法 律

〔新西兰〕 瓦莱里·安·彭林顿著

毛 华 叶美媛 等译

卢绳祖 等校

上海翻译出版公司

参加本书翻译的有：毛华、叶美媛、蒋树兴、尚殿元；
校订的有：卢绳祖、许之森、徐开墅、徐步衡。

Valerie Ann Penlington

LAW IN HONG KONG

South China Morning Post Publication Division,

Hong Kong, 1981

根据香港《南华早报》出版部1981年版译出

《香港问题丛书》

香港的法律

(新西兰)瓦莱里·安·彭林顿著

毛 华 叶美媛 等译

卢绳祖 等校

上海翻译出版公司

(上海武定西路 1251 弄20号)

本书由上海发行所发行 上海市印刷三厂印刷

开本 850×1156 1/32 印张 12.25 字数 323,400

1985年12月第1版 1985年12月第1次印刷

印数 1—20,000

统一书号: 4311·26 定价: 3.40 元

内部发行

出版说明

《香港问题丛书》共包括《香港的营业环境》、《香港的银行与货币》、《香港的劳资关系与法律》、《香港税务—法令与施行说明》、《香港的政府与政治》、《香港的法律》、《香港政务官阶层的构成》、《中国与香港的前途》等八部著述。作者均是香港一些大学、研究机构的学者、专业研究人员,其中也有一些是港英当局的政要。

《丛书》对香港社会、政治、经济等各个领域的现状作了较详细的介绍和分析,并探讨了内地与香港关系和香港前途等问题。书中提供了不少史料、数据,对开展香港问题的研究,将有所帮助。但由于作者立场上的问题,书中不少观点是错误的,特别是对香港及台湾地位的提法。此外,还有一些论点是为港英的统治政策进行辩护或者为之涂脂抹粉的,为了保持著作的原来面目,我们在出版时未加删改,尚请读者注意鉴别。

目 录

第一章 什么是法律?	1
第一节 法律的概念	1
第二节 法律的职能	4
一、私法	4
二、公法	5
三、国际法	6
四、权利与义务	6
第三节 世界的法系	7
一、苏维埃法法系	7
二、民法法系	8
三、普通法法系	9
第二章 香港法的渊源	10
第一节 法的渊源的含义	10
第二节 普通法	10
第三节 衡平法	13
第四节 立法	17
一、联合王国的立法	17
二、地方立法	19
三、附属立法	20
四、解释	21
五、法定的定义	21
六、解释的一般规则	22
七、推定	24
第五节 判例	25
第六节 习惯	27

第七节 权威著作	29
第三章 宪法	31
第一节 宪法性法律	31
第二节 宪法的原则	32
第三节 香港的宪法	37
一、总督	38
二、行政局	39
三、立法局	40
四、司法系统	41
五、市政局	43
六、乡议局	44
第四节 咨询服务与冤情补救	45
一、分区制	45
二、理民府	46
三、行政与立法两局非官守议员办事处	46
四、司法复审	47
第四章 法院	49
第一节 历史	49
第二节 案件的分类	50
一、民事诉讼	50
二、刑事案件	51
第三节 法院	53
一、裁判司署	53
二、特别裁判司	57
三、海事裁判司	57
四、少年法庭	57
五、死因裁判官	58
六、太平绅士	59
七、租务裁判所	59
八、劳工裁判所	60
九、土地裁判所	61

十、小额求偿裁判所	61
十一、地方法院	62
十二、最高司法法院	63
十三、高等法院	63
十四、上诉法院	66
第四节 上诉	67
第五节 枢密院司法委员会	68
第五章 合同法	70
第一节 什么是合同?	70
第二节 合同的形式	73
一、简单合同	73
二、特种合同	77
三、记录合同	79
第三节 有效合同的基本要素	79
无效合同, 可成为无效的合同和不能强制执行的合同	80
第四节 要约与承诺	81
一、要约	81
二、承诺	87
第五节 对价	92
第六节 衡平法上的禁止出尔反尔	99
第七节 明确的条款	101
一、条款必须肯定	101
二、条款可以变得肯定	101
三、强加的条款	102
四、无意义的条款	104
五、明示或默示的条款	104
六、条款的改正	109
第八节 行为能力	109
一、未成年人	109
二、法人团体	114
三、已婚妇女	116
四、精神病者和酒醉者	116

五、外国人	117
第九节 真实的协议	118
一、错误	118
二、虚伪的陈词	125
三、胁迫和不适当的影响	133
第十节 非法性	135
第十一节 合同的解除	138
一、协议	138
二、履行	139
三、违背合同	140
四、其后失去履行的可能性	142
五、由于法律的运用而解除合同	147
第十二节 违背合同的补偿	148
第六章 代理法	153
第一节 什么是代理?	153
第二节 代理关系的形成	153
一、明示的委任	153
二、表见的授权	154
三、默示的和推定的授权	155
四、追认的授权	155
第三节 合同三方的地位	156
一、经授权的行为	156
二、公开代理关系并指明委托人姓名的情况	157
三、公开代理关系, 但未指明委托人姓名的情况	157
四、未经公开代理关系的情况	157
五、未经授权的行为	158
六、委托人的地位	158
七、代理人的地位	159
第四节 代理关系的终止	160
第七章 侵权行为法	162
第一节 侵权行为的性质	162

	一、动机与目的	164
	二、合法的权限	165
第二节	能力	169
	一、皇家	169
	二、司法官员	171
	三、外国的元首与外交官	172
	四、社团法人	172
	五、未成年人	173
	六、精神病者	174
	七、已婚妇女	175
	八、破产	175
第三节	故意干扰	175
	非法侵犯	175
	一、对人身的非法侵犯	176
	二、对土地的非法侵犯	179
	三、对动产的非法侵犯	182
第四节	非故意干扰	184
	一、非法妨害	184
	1. 对公妨害	184
	2. 对私妨害	186
	3. 权利与责任	188
	4. 答辩理由	190
	5. 救济	191
	二、过失行为	192
	1. 注意的责任	193
	2. 失责	198
	3. 损害的后果	201
	4. 损害的隔绝	202
	5. 分担过失及自愿承担危险	205
第五节	责任	210
	一、转承责任	210
	1. 代理关系	210
	2. 主人与仆人	212

3. 对受雇人所加的损害	216
4. 独立承包人	217
5. 合伙人	219
6. 共同侵权行为人, 分摊与补偿	219
7. 死亡与破产的影响	222
二、严格的责任	223
三、各种特殊的责任	228
1. 住户的责任	228
2. 雇主的责任	232
3. 发表人的责任	235
4. 违背法定义务	241
第六节 对侵权行为中的一般答辩	243
第七节 起诉的期限	246
第八章 财产法	247
第一节 导论	247
一、财产的性质	247
二、所有权与占有	247
三、法律上的和衡平法上的财产权益	251
四、财产的分类	251
第二节 地产法	254
历史	254
第三节 新界土地	258
一、族地	259
二、祖宗的祀地	259
三、寺院的庙地	261
四、社团的会地	261
五、继承	262
第四节 限制永久持有和累积的规则	263
第五节 租业权	266
一、法律上的租业权和衡平法上的租业权	266
二、租赁关系	269
三、《起诉期限条例》	271

四、转租	272
五、业主的义务	274
六、承租人的义务	275
七、规定契约义务的明示条款	278
八、租约的终止	280
九、定着物	286
十、抵租扣押	286
十一、英王租地契约	287
第六节 抵押	289
一、法律上租业权的抵押	290
二、衡平法上的租业权的抵押	291
三、受抵押人的权利和取得补偿的方法	292
四、抵押人的权利与取得补偿的方法	295
第七节 租金负担	297
第八节 地役权	298
一、方便地役权	299
二、收益地役权	300
三、地役权的产生	301
四、地役权的消灭	304
五、限制性规约	305
第九节 共同所有制	307
一、合有租业权	308
二、共有租业权	309
三、共同所有权的产生	310
四、共同所有关系的终止	312
第十节 货品与物	313
第十一节 可实际占有的物	313
一、《售卖货品条例》	314
二、寄托	317
第十二节 以货品作担保品	321
一、留置权	321
二、动产的抵押	323

三、典质	324
四、租买合约	326
第十三节 权利上的财产	327
一、转付与转让	328
二、可转付的文据	330
三、汇票	330
四、支票	334
五、期票	335
六、信用证	336
七、包装信贷	337
八、航空运货单	337
第九章 刑法	339
第一节 刑法的渊源	340
第二节 刑事责任	341
一、犯罪意图	342
二、精神病	342
三、酗酒	343
四、未成年	344
五、法人团体	344
第三节 辩护和减刑因素	344
一、自卫	345
二、强制和胁迫	345
三、无知	346
第四节 刑事责任的程度	346
第五节 罪行种类	347
一、妨害公共秩序罪	347
1. 叛逆罪	347
2. 非法集会和暴动罪	348
3. 持有进攻性武器罪	348
4. 非法结社罪	349
5. 妨害公共利益罪	349
6. 《危险药物条例》	350

7. 《防止贿赂条例》	351
8. 《保护妇孺条例》	354
9. 《赌博条例》	355
二、侵害人身罪	356
1. 杀人罪	356
2. 谋杀罪	356
3. 误杀罪	357
4. 对人身的侵犯罪	358
5. 重婚罪	358
三、侵犯财产罪	360
1. 盗窃罪及其类似的罪行	360
2. 刑事性损坏财物罪	363
四、伪造罪	363
拉丁文法律术语	364
议会法例及香港条例目录	367

第一章 什么是法律？

第一节 法律的概念

什么是法律？一般人的简单的答复，常是：控制人们行为和活动的规则就是法律。这种说法基本上是对的。但是，如果你和法律或律师的接触一多，你就会发现，常常很难用简单的话来答复简单的问题。决不是所有一切规则都是法律。有些关于社会风尚的规则，我们所以遵守，主要是为了免遭朋友嘲笑，它们不是法律。我们遵守的社交规则，例如进餐方式，与社会上各类人物交往的方式方法，它们有的来自习惯，有的是为了尽量减少摩擦，但不是法律。至于道德规范，这是我们的良心和教养教给我们的，它们没有法律的约束力。许多以传统为基础的规则，我们是不加思索地接受了，例如结婚后的妻子和孩子自动以丈夫和父亲的姓为姓，并不是由于有任何法律的约束。许多人对宗教教规的虔诚超过遵守其他规则；但在极大多数国家，教规不是法律。

这些社会的或道德的规则与法律之间的差别在于它们强制力的强弱——我们说法律是有约束力的！法律是关系到社会的组织、安全与和平的不可少的规则，并经这一社会的主宰力量决定，迫使大家遵守的规则。

从通俗的、非法学的意义来说，law这个词（“法律”、“定律”或“规律”，在英语中为同一词。——译者）通常是用来表示我们观察到的自然界的不变的活动公式，例如牛顿的定律，万有引力定律。这是所谓科学的规律，不需人们的干预和强制执行。在法学（就是研究法律的学科）中，“一项法律”（a law）是指个别的具体

的一条条规则，例如某一个国家制定的条例中所载明的。“这法”或“该法”(the law)是指所有这些规则的总称，例如，“米提亚人和波斯人的法，永不变更”。如果这个词单独使用，不带冠词，那么law就是法则，它表示有关这一学科的原则、理论和哲学思想的概念。一项“法律的法则(a rule of law)”就是经由具体的一条条法律体现的某一种法律的基本原则；例如未经给予辩护机会，不得剥夺其自由和财产；这就是一项“法律的法则”。“法治”(the rule of law)则是民主政府的具体原则，将在宪法这一章内加以叙述。

自从原始人一开始离开洞穴，与邻人群居，以求获得较多的伴侣关系与生活安全之时起，就需要有规则来调节其社会活动。甚至在最原始的部落里，也有公认的共同实践和强制执行的行为准则。从原始公社发展到氏族、部落、种族、国家和民族，对人们行为的控制变得日益必要，并且更加复杂。

汉谟拉比法典是最早的法规汇编，汉谟拉比是公元前约1700年的巴比伦人的统治者；但是，对我们现代法的形成在基本原理上留有极大影响的则是希伯来人、希腊人和罗马人。

希伯来人认为，法是上帝通过圣灵感召的先知直接加之于人的，从而在实际上等于道德。如果这种法与统治者的法令发生矛盾时，应当无条件地服从上帝的律法。这就把法与神的启示等同起来，以致没有加以思辨或进行哲学探讨的余地。

希腊人是最早想到他们的法，并惊奇地发现了法有力量去强制人们顺从的一个民族。法的目的是建立一部人人都应遵循的、通用的和公正的正义法典。每个人都能根据自己对自然的观察，运用他的天赋的推理方法，去发现“法”。不论是自然的规律，还是道德的规律，都可加以合理化说明；它们取得强制的威力，事实上是由于人类的演绎能力必然地会产生这种确实的解决办法。苏格拉底宣称，人有服从国家法律的道义责任，但它与自然法矛盾时，人们又有义务去尽量使用一切合法的手段加以改变。柏拉图

深信，自然所规定的法的形式给人们提供了正义的理想，而正义的理想是固定的、不变的。只有哲学家能抓住这种自然的正义理想。因此，最幸运的国家是由哲学家为王，哲学家治理，这种国家的法律就是接近于这种理想的。在另一方面，亚里士多德认为，自然是现实，并不是理想；而正义既可能是传统的，随着不同国家的要求而变化，又可能是自然的，属于整个人类的，而以人类的生存目的为基础。在自然界里(包括自然的正义)，万物都是变化和发展的。

尽管希腊自然法的理论多少世纪以来无疑地一直深刻地影响着法的思想，但罗马人在法的形式方面对整个西方世界作出了最大的贡献。罗马人很注重服从命令——最早的综合性法典是公元前451年—前449年之间由罗马人所制订的《十二铜表法》——这个法典的胜利完成就是在最好地承认统治者的决定具有法律的约束力。《十二铜表法》所公布的法律仅仅适用于罗马公民。但是，后来随着罗马势力范围的扩张，就需要制订一部比较通用的法律。发展此种法律所根据的原则是：法律是善与美的实践，而法学则是阐述何为正义与何为非正义的知识。公元六世纪时(即在凯撒大帝提出计划之后五百年)，查士丁尼大帝将所有的法律编成了一整套法典，称之为《查士丁尼法典》。这个法典一直是欧洲大多数法律体系的基础。英国的法律体系虽然不以罗马法为基础，但就本书附录中的拉丁语法律词汇表来看，还是受到它很大的影响。

因为，在香港，对法律的总的看法是受到传统的中国思想框框的影响的，所以再简要地介绍一下中国古代的法律理论，可能是有益的。公元前三世纪，人们就认为，人性本恶，约束人们的唯一办法是通过严刑峻法，强使人们去尊重礼仪，实现礼仪之邦。各得其所是主要目的，必须通过尊重礼仪和顺从习俗来实现。任何破坏社会安宁的行为都应分别酌情处理。然而在理论上，从不认为，会有一个全面的立法者(不论是神还是人)可能提供一套适用于各种情况的固定的实在法法典。