

香港特别行政区终审法院首席法官马道立

于 2016 年 6 月 29 日（星期三）

在北京国家法官学院所作之演辞

（中文译本）

香港的普通法制度：

一名香港法官的个人意见¹

A. 引言

1. 每年一月份的第二个星期一，我们在香港均会举办法律年度开启典礼。这项传统由来已久，早于 1997 年 7 月 1 日² 前多年已确立。各位或许曾在电视上看过典礼的情况，见到法官和资深大律师均穿戴礼袍及假发，而各

¹ 终审法院司法助理李承谦大律师与叶子健大律师曾协助我准备此演辞，谨此致谢。

² 国家恢复对香港行使主权之日。

位也可能会（如香港很多人一样）对这个仪式为何还保留至今感到奇怪，并对它在现今香港有何意义存有问号。我的答案很简单：这个仪式正正是香港普通法制度的象征。

2. 就法律历史而言，普通法源自英国的普通法，香港则是中华人民共和国的一个特别行政区，拥有约七百五十万人口，当中大部分是华人。究竟普通法这个传统法制如何能在香港继续存在呢？在历史上，普通法在香港的出现易于追寻，因它正是随着英国人于 1841 年到来香港而引入。当时，香港的人口约有 4,000 人，散居于若干村落之内，当中的渔民人数约为居于陆地者的一半。今天，香港是一个拥有多元文化的社会，与国际社会紧密联系，同时为中华人民共和国的一部分。

3. 当初，英国在香港以至远东地区扎根的主要原因之一是为了贸易。不过，贸易是复杂的活动，须依赖多项因素的配合，包括天然资源、地理优势、人与人的互动及

妥善的管治等。这些构成「贸易」的因素的畅顺配合，实建基于一套规则和执行制度，而这套规则和执行制度正是我们称为法律制度的其中一个部分。而在 1841 年引入香港的法律制度，正正是普通法。当然，引入普通法，也同时引入了普通法的排场和礼仪特色，当中包括大律师和法官在法庭上采用的一些有点古旧过时的用语、假发及长袍等法庭服饰，以及前述的传统法律年度开启仪式等。以上种种经引入香港后，至今仍继续沿用。

4. 不过，今天的演辞集中讨论的是普通法的精髓，以及在这背景下，有关香港的关键问题，即：普通法何以仍然适用于香港？

5. 在今天的演辞中，我希望向各位介绍香港的普通法制度，并指出这制度中最能彰显普通法精要的特征。但

在开始之前，让我们先行探讨普通法如何融入香港在国家的宪制地位。我所指的正是《基本法》³。

B. 《基本法》与普通法

6. 在「一国两制」的原则下，根据《中华人民共和国宪法》第三十一条的规定，香港特别行政区得以设立。

《基本法》的序言中述明了有关主题和国家对香港的基本方针政策，当中包括在考虑到香港的历史和现实情况下，保持香港的繁荣和稳定。此外，序言也述明香港自古以来就是中国的一部分，而恢复对香港行使主权是实现了长期以来中国人民的共同愿望。

7. 为要保持香港的繁荣和稳定，继续维持那些多年来令香港得以繁荣稳定的制度实至为重要。「延续不变」

³ 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》由国家主席杨尚昆于 1990 年 4 月 4 日公布。

是贯彻整套《基本法》的主题所在，其中的一个层面就是香港的法律制度亦即普通法的延续不变。《基本法》的下述条文值得我们留意：

(1) 《基本法》中有不少于三项条文提及司法机关的独立性：第二、十九及八十五条。

(2) 《基本法》第八条提及普通法及衡平法的延续。

第九条则述明行政机关、立法机关和司法机关可使用中文和英文为正式语文，从而确定了普通法所使用的语文（英文）的使用地位。第十八条述明，在香港实行的法律为《基本法》、第八条规定的原有法律以及立法机关制定的法律。

(3) 香港法院必须依照第十八条所述明的适用的法律审判案件，而其他普通法适用地区的司法判例可

作参考（第八十四条）。我在下文将更详尽地讲述判例（或「案例」）这个普通法的原则。

- (4) 《基本法》第八十一条述明，原在香港实行的司法体制（即在 1997 年 7 月 1 日前实行者），除因设立终审法院而产生变化外，予以保留。终审法院现为香港最高的上诉法院（过去香港最高的上诉法院是位于伦敦的枢密院司法委员会）。除终审法院外，1997 年 7 月 1 日后的法院制度与之前并无分别：裁判法院、区域法院和高等法院（后者包含原讼法庭与上诉法庭）。和从前一样，上诉分两重：先至上诉法庭，然后至终审法院；若是裁判法院的案件上诉，则先会上诉至原讼法庭，接着再可能上诉至终审法院。此外，《基本法》第八十六条也明文规定，陪审团制度予以保留。

(5) 除两个例外情况外，香港的法官并无国籍规定。

《基本法》第九十二条订明，法官应根据其本人的司法和专业才能选用，并可从其他普通法适用地区聘用。⁴ 再者，终审法院亦可根据需要邀请其他普通法适用地区的法官以临时方式参加审判（第八十二条）。⁵ 上述两个有关国籍的例外情况是终审法院首席法官及高等法院首席法官⁶，因按照第九十条的规定，两者均须由在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民担任。我和高等法院张举能首席法官都是这样的身份。

(6) 可在香港执业的大律师及律师包括本地以及外来的大律师和律师：第九十四条。

⁴ 除本地的法官外，香港现时的法官也有来自澳大利亚、新西兰和英国的人士。

⁵ 这些普通法适用地区包括澳大利亚、新西兰和英国。

⁶ 现时，高等法院首席法官是张举能法官。

8. 从上述事项可见，在香港保存普通法有其实际意义。虽然普通法在历史上源自英国，但它对香港极为重要，被视为维持香港繁荣和稳定的关键之一。让我们现在以此实际情况出发，探讨香港的普通法制度。

9. 首先，我要指出普通法制度最重要的特征及目标如下：

- (1) 公平 — 法官在处理法律纠纷时，必须公平考虑诉讼各方的观点。为了达致公平，庭上各方的论据均应获得充分和适当的考虑。有人说，所有诉讼人均应能「在庭上畅所欲言」，但更准确的说法，是诉讼各方，就其庭上的陈词，均有「被聆听」的权利。这是公平聆讯的精要所在。法庭审理的纠纷往往甚为复杂，必须细心分析不同观点，然后才能作出公正的裁决。有时，聆讯的过

程漫长，这从法庭的判案书的内容可见一斑，但个中原因每每显示涉案纠纷的复杂程度，并反映了更重要的一点，即法庭必须细心和公平地考虑在庭上提出的各项论点。这正好让公众人士明白，法庭是经过深思熟虑才达致其看法，并且行事公平。败诉的一方有权知道败诉的理由。公众人士也有权获得保证，法庭进行的聆讯必定是公平的聆讯。

- (2) 一致性 — 法官在执行司法的工作时，当然必须公平而妥当地根据每宗案件的情况来处理。然而，以更宏观的角度去了解法官的责任，亦是十分重要的。法律要行之有效，其应用必须前后一致，这亦是彰显公平的一方面。这不单是说法庭在判决相类似案件时须保持前后一致性，而且当中具有更深层次的涵义：为了令公众人士知道如何依法行事，他们必须了解法律会如何应用、应

如何应用，以及过去曾如何应用。要达到这目标，法律的应用必须前后一致，这亦可被称为法律的可预测性。否则，法律将变得变幻无常，甚或沦落至任意应用的地步。如此则不单商人或投资者，社会上每一个人也会受影响。

(3) 透明度 — 法律制度是否有效，有时可以从法庭使用者对它的信赖程度看到。换句话说，法庭和法官的工作必须让与其有关或受其影响的人士能清楚看到。这些人士，可能是政府，也可能是一般市民。香港有司法公开的概念，我将于稍后详谈这个课题。

(4) 向法院提出诉讼的权利 — 《基本法》第三十五条述明，任何人士均有权向法院提起诉讼，这是一项明显的权利。法律制度赖以行之有效之处，可以说是在于具备健全的法律、良好的法院架

构，以及胜任的法官团队；换句话说，就是完备的法律基建。然而，向需要使用法庭服务的人士提供有效途径，以向法院提出诉讼，也是不可或缺的；而其中一环，就是具有效率的诉讼程序。

香港法院和内地法院的情况一样，有大量案件需要处理，但法官的人数有限。因此，具备一套有效的诉讼程序，尤为重要。就处理民事案件方面，香港于 2009 年展开了民事司法制度改革，当中有两个基本主题。第一，案件管理。于民事司法制度改革推行之前，由于缺乏由法官积极主动参与案件管理的机制，因此，当时的诉讼制度效率不足；处理案件的时间安排和步骤进度，大多由诉讼各方或者代表律师所主导。这造成了不少延误；个别诉讼方甚至利用诉讼程序拖延案件、耍手段以取得诉讼优势。优化案件管理的目的，正正是因应旧有制度的这些问题对症下药，让法官能够更积极主动地处理案件，免却一些不

必要的诉讼程序。民事司法制度改革的第二个主题，是提倡调解。如果案件的与讼方可以在展开法律诉讼之后及早尝试商讨，就案中的纷争达成和解，毫无疑问，这对与讼各方都大有裨益，因为他们可以避免耗费时间金钱，甚至免却虚耗心力应付案件，同时能够就法律分歧取得满意的结果。

- (5) 忠于法律 — 法官的角色，是就法律争议作出裁决。此说略嫌显浅，也正因为这个原因，要在各位面前说这句话，我也有所犹豫。然而，在香港，有时一些人士会对法官的角色有所误解，并会出现一种想法，就是法庭和法官应该能够解决经济上、社会上，甚至政治上的争议，即使当中根本没有法律上的争论点需要由法庭作出裁决。当然，如果当中确实涉及法律争论点，则尽管这些案件的起源背景是政治、经济或者社会事宜，

法庭也有责任处理有关的法律争论点。不过，如果案件不涉及任何法律问题的话，则法庭同样具有责任，不予处理。这些例子，充分说明了忠于法律的原则。法官的角色只限于处理法律事宜，其他因素不在考虑之列，除非这些因素在法律应用时有关，则作别论。这正正就是依据法律作出裁决的意思，而法官有责任只依据法律作出裁决。这种处理方式，是达致法律平等适用的基本要素；因为我们都清楚了解，法律面前人人平等，是秉行法治极为重要的一环。

(6) 适应性和弹性 — 世界各地有很多地区也奉行普通法。正如我刚才所说，普通法源自英国；不过，这并不代表香港仅仅自动依循英国的判例行事。普通法所关乎的，是将基本的法律原则（诸如合约法的原则、侵权法的原则，或者刑事法的原则）按不同的环境情况，予以调较应用。这些

环境情况，可能与地理地域有关，而当然每一个环境情况本身也并非永不改变。普通法能够因应环境情况而调节改变，具有弹性，是它运作模式的重要特点。正因如此，在过去多年以来，香港的普通法制度须适应并融合中国的习惯法，例如顾及新界原居民的权利⁷等事宜。当然，香港的普通法制度，亦因应香港是国家的一部分⁸这个事实而作出调节。

10. 公平、一致性、透明度、向法院提出诉讼的权利、忠于法律、适应性和弹性等特征，可以借香港普通法制度的几个特点具体展现说明。在今天的演说当中，我想重点论述以下几个课题：—

⁷ 有关情况于《基本法》第四十条已予述明，其条文如下：—

「‘新界’原居民的合法传统权益受香港特别行政区的保护。」

参阅《基本法》第八条及其所述与「习惯法」有关的条文。

⁸ 《基本法》第一条：—「香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。」

(1) 判例原则

(2) 司法公开在香港的情况

(3) 法官和司法誓言

C. 判例原则

C.1 何谓判例原则?

11. 刚才我已经提及《基本法》第八十四条⁹。这项条文实时带出一个问题：判例原则有什么重要性？毕竟，不少历史悠久的司法管辖区（尤其是奉行大陆法体系的司法管辖区）都并非以此作为其法律制度的主要特点。首先，我们需要界定什么是判例原则。

⁹ 《基本法》第八十四条：—

「香港特别行政区法院依照本法第十八条所规定的适用于香港特别行政区的法律审判案件，其他普通法适用地区的司法判例可作参考。」

12. 我在香港终审法院的办公室(称为一号办公室)里面,书架上摆满了记载着香港判案书和英国判案书的法律汇报,全都可追溯至十九世纪。最新近的为香港终审法院汇报,收录自1997年以来的案例(至今已出版至第17册)。终审法院图书馆里的判案书,年份更可追溯至十二世纪。当年在攻读法律时,我们须研读这些法律汇报;现时担任法官,就案件作出判决时,我们也需要参考依据这些判例。

13. 最简单来说,判例原则就是指:判例是法庭详列理由的判决,通常是由高级法院¹⁰所作出;其他法庭在处理相同或者类似的法律问题时,必须遵循有关判例。这项规则有一些例外情况,例如判决书当中就某个题目的法律分析论点,若然只是法官判案过程中的一个*附带意见*¹¹,

¹⁰ 在香港,高级法院指终审法院、上诉法庭和原讼法庭。

¹¹ 意指有关法律分析论点,并不是就案件的纷争作出裁定所必须处理的。

就仅对下级法院具参考价值，没有约束力；另外，此项原则的适用范围，只限于下级法院须遵循较其高级别的高级法院的判决，反过来就不适用。就上诉法庭而言，则必须遵循本身的先前裁决；除了在一种特定的情况下，则属例外，我会容后再述。我强调「必须」一词，原因是判例原则涉及强制引用：不论有关法官是否同意有关判例的法律分析论点，都必须予以遵循。在许多其他的法律制度下，法官在判案时可以依据由先前案件所确立的法律原则而作出裁决；相比之下，在普通法制度下，法官必须遵循判例行事。在香港，这项原则甚至适用于属同等级别审理上诉的法院，除了在两方面不受此限：—

- (1) 终审法院的一贯做法是遵循本身的先前裁决行事；然而，若情况合适，也会不依循之前的裁决。

(2) 至于高等法院上诉法庭方面，规定较为严格。除非有关先前裁决经证实为「显然错误」¹²，否则，上诉法庭必须遵循。这涉及严格的门坎要求¹³：—

「假如指先前裁决有错的论点与相反论点不相伯仲，则上诉法庭偏向认为该先前裁决有错的看法本身显然不足以支持不遵循该先前裁决。即使上诉法庭信纳各项反对其先前裁决的论点比支持该裁决的论点更为强而有力，这仍是不足够。唯有各项反对上诉法庭先前裁决的论据是令人信服至一个地步，能成功说服上诉法庭先前的裁决是显然错误，方能通过上述验证标准〔门坎要求〕。」

¹² 这项原则由终审法院于*某律师对香港律师会*一案确立，判案书收录于(2008) 11 HKCFAR 117。

¹³ *香港律师会*一案 第 141-2 页（第 46-47 段）：终审法院首席法官李国能。

若先前的裁决是在违反了有关的法定条文规定或具约束力的判例下而作出的，该裁决当然通过“显然错误”这个验证标准。此外，能通过上诉法庭以往采用的“明显的疏漏或错误”这个验证标准的裁决，亦等如通过现在所说“显然错误”这个验证标准。然而，并非只有这两类裁决才属于“显然错误”类别的裁决。假如达致一项裁决的推理过程出现严重不妥之处，则该裁决亦属“显然错误”。」

C.2 判例原则的理念

14. 公平是一切的起点，也是刚才我所提及，普通法的首个特征。要公平和公正，法律就不应任随一己之意而定，亦不应任意随心的应用。应用法律时，应当贯彻一致。类似的案情和法律争论，应该得出类似的判决结果。然而，在识别案情事实或法律情况当中的类似之处时，有

时会有不同处理方式。举例说，有关疏忽的原则，是侵权法的一项基础原则；不过，在交通意外案件应用这项原则，可能会与涉及律师或会计师等专业人士疏忽的案件有所不同。至于这些原则该如何应用，则需由法官按他们的技巧和智慧，判断处理。

15. 要达致公平和秉行公义，其中重要的一环是刚才提到普通法的第二个特征，也就是一致性。终审法院首席法官李国能在 *香港律师会一案*¹⁴ 中，不但解释了判例原则的理念，也指出我们需要弹性：

「本港法制乃建基于普通法，以判例原则为其基本特征。藉此原则，法律得以达致必要程度的确定性，并可以合理地预见且应用方面前后一致。这种确定性、可预见性和一致性奠定了基础，促进各类活动的进行和各项商贸交易的达

¹⁴ 第 134 页（第 19 至 20 段）。

成。但与此同时，假如本院一成不变、欠缺弹性地依循先前的判例——即枢密院对于来自香港的上诉案的裁决以及本院本身的裁决，则这可能不适当地抑制法律的正常发展，亦可能在个别案件中导致不公。普通法的优势，在于其有能力因时制宜地发展，以适应其所属社会上不断变化的需要和情况。

本院认同上述各项考虑因素的重要性；对于行使权力不依循枢密院对于来自香港的上诉案的判例或本院本身先前的裁决，本院将非常慎重地进行。就此而言，本院须谨记不依循判例对于扰现有权利所可能带来的风险。本院只会在极少数的情况下才行使上述权力。」

有些人可能说判例原则过于严格死板，但我们须平衡判例原则所带来法律的确定性和可预测性的好处。简单来说，

判例原则使所有人进行事务时都有信心，因为他们知道事情会依法而行。我认为这个原则也减少了司法失误的可能性。

16. 判例原则的另一方面也值得我们留意。综观历史，在每个司法管辖区中都出现过出色的法官。这些法官的智能和法律知识确实应该给记录下来用来指导下一代。这一点也带出我要论述的下一个要点：就是一个完善的法律汇报制度的必要性。

17. 为了令判例原则发挥作用，人们必须能轻易取得法院的判案书。这实际上代表我们要有一个适当的法律汇报制度。我提过在终审法院我的房间里有很多册法律汇报。现在很多法律网站¹⁵ 上载了许多不同司法管辖区的法律汇报，要取用法律汇报比以前容易得多了。

¹⁵ 例如：Westlaw (<http://login.westlaw.com/hk/maf/wlhk/app/authentication/formLogin>), Lexis Nexis (<http://www.lexisnexis.com/en-us/gateway.page>), World LII

18. 除了落实判例原则，使其行之有效外，容易取得法律汇报也支持了司法公开这个概念。在香港，大部分的法律除了载于《基本法》和成文法外，也可以在案例中找到。¹⁶ 公众人士能取得法院判案书是司法公开的重要一环。

19. 我现在探讨一下司法公开的课题。

D. 司法公开在香港的情况

20. 要审视一个司法管辖区的法律制度——甚至法治是否有效，其中一个客观的指标是看看百姓对该制度的信

(<http://www.worldlii.org/>) 及香港司法机构本身的网站 (http://www.judiciary.gov.hk/tc/legal_ref/judgments.htm)。

¹⁶ 《基本法》第八条说明：

「香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留。」

该条所提述的「普通法」包括案例法。

心有多大。就让我从这个角度去讨论司法公开这个题目。

我会集中说两方面：

(1) 第一，法律制度的透明度。在香港，大部分的法庭程序都是公开给市民旁听的。¹⁷ 这是司法公开一个明显的例子。由于任何公众人士都能旁听法庭程序，所以对整个司法过程起了有效的监察作用。与此紧密相连的是新闻界能够就案件作出报导（特殊和认可的情况除外）。这点体现了《公民权利和政治权利国际公约》第 14.1 条所述明的权利（《香港人权法案》第十条）。¹⁸

(2) 第二，详列理由的判案书。我认为这是普通法的一个关键特征。详列理由的决定不但向有关案件

¹⁷ 非常敏感的案件除外，例如：某些婚姻法律程序（特别是关乎儿童）或资产冻结强制令（当一方的资产在审讯前被冻结）或容许查察令（当重要的文件在法律程序初期就给检取）。

¹⁸ 即公开审问和判决须公开宣示的要求。《公民权利和政治权利国际公约》根据《基本法》第三十九条适用于香港。

的各方，也向全世界显示法庭达致任何决定的确切思考过程。它阐述了一个决定背后的理据，以供详细分析和细阅。当这些理据并不能令人信服时，败诉的一方可针对判案书考虑上诉。在有陪审团参与的审讯中，陪审团当然无需提供决定的理由，但在陪审团作出裁决前，主审法官总会作出详细的总结。从这个详细的总结中，我们常常可找出陪审团作出该裁决的理据。一份详列理由的判案书可显示法庭已履行其严格遵照法律和原则断案的责任，并可显示法庭已独立行事。一份详列理由的判案书也会清楚表明法庭如何运用法律，从中我们可以得知及检视相关的法律原则和运用。在香港，终审法院更进一步地公开每宗案件中大律师为诉讼各方拟备的法律论据的内容供公众人士查阅。¹⁹

¹⁹ 这些资料可在终审法院的网站内找到（www.hkcfa.hk）。

21. 香港上诉法庭最近讨论过司法公开这个概念，高等法院首席法官张举能的一席话值得我们留意：²⁰

「然而，我们提醒一下自己基本的原则是有用的。首先要紧记的是『不但应秉行公义，在秉行公义时还要让人清楚和无庸质疑地目睹』……司法公开是普通法的一个基本原则……从司法的角度来说，基于几个理由它十分重要。司法公开帮助防止法庭作出不当的行为。它亦维持公众人士对司法的信心。法律程序若是闭门进行，又或一名或多名当事人或证人的身分若是被隐瞒的话，有可能令一些证据不被发掘出来。司法公开亦能减低人们对法律程序提出无知和失实意见的可能性……」。

²⁰ 在亚洲电视对通讯事务管理局一案 (2013) 2 HKLRD 354 判词第 19 段。

22. 最后关于司法公开，我想提一下仲裁。在所有普通法司法管辖区内（当然奉行大陆法体系的司法管辖区和内地的法律制度亦然），仲裁是司法的一个重要部分。仲裁程序其中一个主要特点是其程序保障了私隐也须保密。仲裁程序私下进行，仲裁裁决也不会对外公开，这跟司法公开的概念背道而驰。²¹ 然而，在香港的仲裁程序严谨公正，这令它成为在法院以外另一种真实可行的排解纠纷方式。尽管仲裁程序较为欠缺司法公开，我们或许应将它视为普通法制度富弹性和适应性强的一个例子。

E. 法官及司法誓言

23. 《基本法》第八十五条授权香港法院独立进行审判，不受任何干涉，这意味着裁断法律纠纷的宪制责任须由法院和法官承担。香港的法官是「根据其本人的司法和

²¹ 在香港，根据（香港法例第 609 章）《仲裁条例》第 18 条，除非各方另有协议，否则参与仲裁的任何一方不得披露或传达任何关乎仲裁程序或裁决的数据。

专业才能」获委任的。²² 这有力地支持以下的概念：也就是在行使「司法权力」时，法官必须引用法律和法律原则断案，不得受任何其他外来因素影响。这也可说是司法独立此概念的精要所在，也肯定是忠于法律这项普通法特征的要素。

24. 当我宣誓成为终审法院首席法官时，我曾用以下誓言宣誓：²³

「我谨此宣誓：本人就任中华人民共和国香港特别行政区终审法院首席法官，定当拥护《中华人民共和国香港特别行政区基本法》，效忠中华人民共和国香港特别行政区，尽忠职守，奉公守法，公正廉洁，以无惧、无偏、无私、无欺之精

²² 《基本法》第九十二条。1995 年的《中华人民共和国法官法》（在 2001 年经修订）第二条指法官是「依法行使国家审判权的审判人员」。

²³ 此誓言与（香港法例第 11 章）《宣誓及声明条例》要求所有法官作出的司法誓言字眼相同。

神，维护法制，主持正义，为香港特别行政区服务。」

F. 结语

25. 香港的普通法制度还有其他方面可以用来进一步说明我刚才指出构成普通法要素的那六个特征。但判例的原则、司法公开和法官及司法誓言这三个课题也许已给各位提供了最现成的例子。

26. 普通法在香港一直行之有效，多年来为香港和市民的繁荣安定作出贡献。我相信普通法在未来的日子也会一如既往地发挥作用。如果这个法律体系为香港带来了繁荣安定，同时也给这个社会落实了一个受人尊重、依法行事的司法制度，那么我认为这是一个值得保留沿用的法律体系。

27. 最后，我想再次感谢国家法官学院邀请我今天来讲话，我和我的同事都深感荣幸。对我来说，这真是莫大的光荣和荣誉。