

# 序 一

香港繼承了英倫普通法傳統，來自該傳統的法治概念成為了港人珍惜和捍衛的核心價值之一。「法治」究竟是甚麼一回事？本書作者對「法治」的介紹的權威性、可靠性和可讀性，都無可置疑。Bingham 大法官（1933–2010）被譽為二次大戰以來英國最偉大的法官，曾任英國高等法院、上訴法院和上議院法庭（即英國的終審法院）大法官，其大量判詞中精闢的法理思維為當代英倫法的發展作出了傑出的貢獻。在本世紀初，Bingham 大法官出任英國終審法院大法官期間，對英國人權法的成長影響深遠。在本書中，Bingham 大法官由淺入深地論述「法治」概念的來龍去脈、主要元素和當代意義，我相信這些知識是現代法治社會的每一個公民都應該掌握的。本書得以翻譯成中文，在中文世界與讀者見面，可喜可賀。

陳弘毅

香港大學法學院教授

# 序 二

古往今來，不少的法律學者就法治的含義作出了不同的詮釋，一般的理解是「有法必依」才能實踐公義及保障公民權利。然而，正如本書作者所言，人們儘管把法治掛在嘴邊，但對它的實際定義和了解卻並不透徹。

從狹義的角度看，法治為大家提供了一個尋求公正的法律框架，讓不同身份、種族、階層、政見或宗教信仰的人都受到法律規管。從廣義的角度來說，人們可以在法治基礎下透過法律去保障公民權利、社會公義及其它個人權利。

本書作者引用了多個外國案例對法治的含義作出了詳盡的介紹和分析，從歷史角度回溯法治的由來，繼而闡釋法治的重要性、審視法律面前是否人人平等、權力的使用及法治如何可保障人權、解決糾紛，以及法治和政治的關係。作者行文清晰細緻、分析精闢，實為一不可多得之作，亦為當今法律執業者、學子及有意投入法律行業或從事法律研究工作的人士必讀之本。

熊運信

香港律師會前會長

---

# 目錄

序一 陳弘毅 .....	<i>i</i>
序二 熊運信 .....	<i>ii</i>
前言 .....	<i>v</i>

## 第一部分

1 法治的重要性 .....	2
2 史河回溯 .....	13

## 第二部分

3 法律的通俗性 .....	54
4 依法不依情 .....	71
5 法律面前，人人平等 .....	81
6 權力的行使 .....	89
7 人權 .....	98
8 解決糾紛 .....	125

---

目錄

9 公平審判 .....	133
10 國際法律秩序中的「法治」.....	162

第三部分

11 恐怖主義和「法治」.....	194
12 「法治」與「國會至上」.....	236
後記 .....	252
註釋 .....	257

# 前言

2006年，我有幸受邀擔任劍橋大學大衛·威廉斯爵士講座（the Sir David Williams Lecture）第六期的主講人。這個講座每年舉辦一次，旨在褒揚（幸而不只是追念）劍橋大學這位德高望重的法律學者、學界領袖和學院院長。主辦方慨允我自定主題。不過，此等好意總會讓我這類想像力匱乏的人為難。從小學到大學，我們習慣了每週的論文都由老師給出題目；法律行業亦不例外：要麼是客戶帶着某個問題上門來尋求解答；要麼是當事人站在法官面前，希望某一爭端得到裁決（有時則不希望得到裁決）。所以，在這之前，從來都是不自定主題的。

我最後選定了「法治」（the rule of law）作為主題。之所以選擇這個，是因為人們總是將其掛在嘴邊，至於這個詞的意義是甚麼，我卻並無把握。讓我同樣沒有把握的是，那些使用這個詞的人是否了解這個詞的意義，他們是否用它來表達同一個概念。總之，我覺得藉此逼自己來思考一下這個主題，還是很值得的，更何況近來「法治」一詞破天荒地寫入了一則英國國會法案（an Act of the British Parliament），被十分鄭重地描述為「一項既存的憲法原則」。

各家主流報紙的法律新聞記者大多數都沒有重視這堂講

座（只是提到了講座中相對次要的一個觀點）。這是可以理解的，因為他們認為這堂講座是老生常談，況且還缺乏對政府公開的抨擊，便更加吊不起吃新聞這行飯的人的胃口。不過，馬丁·凱特爾（Martin Kettle）在 2006 年 11 月 25 日的《衛報》（the *Guardian*）上撰文稱這一主題仍然具有一定的重要性，並認為「我們需要的政治領袖應該對『法治』有更好的理解」。

（同一天，《衛報》上的另一則標題提出了這樣的問題：「難道這位法官就是英國最富有革命精神的人嗎？」而就在幾年前，該報還將我描述為「引領英國一場新革命的激進分子」。如果給我學生時代的導師、著名歷史學家克里斯托弗·希爾（Christopher Hill）看到，他應該會很吃驚的吧。但是標題中的問題仍然沒有答案。至於那些想要在本書中尋找革命行動計劃的人們，我得事先打聲招呼，他們注定是要失望的。）

那天以後，人們對法治的興趣在我看來是持續增長的，一方面因為關注法治、人權（human rights）和公民自由（civil liberties）之間的聯繫，另一方面因為關注反恐的安全問題，於是興趣越發濃厚。這個主題值得我們更為深入地思考，遠非一堂講座所能盡述。但本書大量引用了我在這堂以及其他幾堂講座中闡述的內容。

本書雖由一名退休法官執筆，但並非專為律師所寫，也無意寫成一部大學法律專業的教科書。這本書實際上是為以下這幾類讀者而作的：（一）對法治有所耳聞；（二）傾向於認為法

治聽來是好東西，而不是壞東西；(三)對法治的重要性有所懷疑，但尚未確知其究竟為何物，並想對此做出準確判斷。

在本書第一部分第 1 章中，我簡明扼要地介紹了法治今日對於我們英國人和其他民主自由國家的意義，以及「法治」為何如此重要。第 2 章明確了「法治」概念一路發展至今的那些里程碑。我在取捨的時候，十分挑剔，亦不避嫌，逕直以英國為中心。換作學問高於在下的人來談這個問題，他們可能擇取其他歷史事件，並且撒網更廣。但即使有些選擇可能顯得離經叛道，我依然要這樣做。因為在法治這個領域，英國人完全有理由為他們這段歷史滿懷自豪，而且我認為弘揚這段歷史的力度還不夠大。那些空閒時間不多、注意力較短暫、上班車程較近的讀者，可能想跳過第 2 章，直奔第 3 章。但我希望他們不要這樣做，因為第 2 章通過闡明現狀，可以讓讀者了解我們何以能創造出今日之成就（而且，這段歷史本身也是饒有趣味的）。第二部分由第 3 章到第 10 章組成，構成了本書的核心部分。在這 8 章中，我努力將「法治」這個完整的概念分解為幾個細部。第三部分論述兩個大的主題。第 11 章中，我考察了恐怖主義對法治的影響：是否正如貝理雅 (Tony Blair) 2005 年 8 月 5 日所言，遊戲規則正在改變？第 12 章中，我討論了「國會至上」(parliamentary supremacy) 和「法治」的相互作用。這個問題一言難盡，因為通常認為「國會至上」和「法治」是我們英國憲法唯有的兩大基本原則，可它們倆或許同牀

異夢。

我萬分感謝所有以學者或法官身份對這個話題的探討貢獻過意見的人們，以及在代理眾多案件的過程中，努力闡釋、運用和維護「法治」原則的律師們。我尤其要感謝理察·莫爾斯 (Richard Moules)、馬修·史萊特 (Matthew Slater) 和尼古拉斯·吉布森 (Nicholas Gibson)。他們在 2005 年到 2008 年間，先後擔任我的司法助理，幾乎承擔了本書所有的資料搜集工作；還有戴安娜·普羅克特 (Diana Procter)，多年來承蒙她的幫助，我才得以避免犯下諸多錯誤。當然，他們不需要為我的那些觀點承擔任何責任，甚至還很可能持反對意見。我特別要感謝凱特·西蒙茲 (Kate Simmonds)，她在俯瞰威河 (the River Wye) 秀麗風景的寓所裏，把我這部書的手稿打了一遍又一遍。最後，我要感謝聯合代理 (United Agents) 經紀人公司的凱羅琳·道內 (Caroline Dawnay) 給予我的幫助和鼓勵，還有企鵝出版集團 (Penguin Books) 的史都華·普羅菲特 (Stuart Proffitt)，是他策劃了本書，並提出了很多好建議。

最後，有兩處細節，希求讀者寬宏大量。首先，因為「他或她」和「他的或她的」太過累贅，而用「他們」代替第三人稱單數又不合英文文法，我在多數情況下用了「他」和「他的」這兩種表述方式。希望各位不要把這當作男權沙文主義和性別歧視的表現。其次，我意識到尾註過量引用了自己曾經參與的案件。因為這些才是我最熟悉情況的案件。大概基於同

樣的理由——我也不太確定——伊麗莎白·施瓦茨科普夫 (Elisabeth Schwartzkopf) 在參加《荒島音樂》(*Desert Island Discs*) 節目期間，作為流放獨處的慰藉，選擇的唱片無不是她自己灌錄的吧。

湯姆·賓漢 (Tom Bingham)

# 第一部分

---

# 1 法治的重要性

英語「法治」(the rule of law) 這一說法的始創者，一般認為是牛津大學魏納英國法教授 (Vinerian Professor of English Law) A·V·戴熹 (A. V. Dicey)。他在 1885 年出版的名著《英憲精義》(*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*) 裏首先使用了這個術語。戴熹此書廣受矚目，身前死後多次再版。但平心而論，即使「法治」這個說法是戴熹創造的，其所指的概念也不是他發明的。一位學者<sup>1</sup>將這個概念追溯至亞里士多德 (Aristotle)，提出在一個現代英語譯本<sup>2</sup>裏，亞氏提到了「法治」。如果翻譯得更扣合原文，亞里士多德的原話是這樣的：「與其讓公民中的一員統治，不如讓法律統治」<sup>[1]</sup>以及「所以即使是法律的捍衛者們，也得遵守法律」<sup>[2]</sup>。另一位作者<sup>3</sup>指出，布萊克本法官 (Justice Blackburn，後被任命為首位常任上訴法官 [Lord of Appeal in Ordinary])，簡稱

---

【1】 原文為 “It is better for the law to rule than one of the citizens”。

【2】 原文為 “so even the guardians of the laws are obeying the laws”。

上院法官 [Law Lord]) 在 1866 年說道：「牽涉到自己的案件由自己充當法官，不要說在英國，就是在任何其他國家，都是有悖於法律慣例的事情……」。<sup>4</sup> 這位學者<sup>5</sup> 還指出，「法律至上」(the Supremacy of the Law) 早在 1867 年就被當成段落標題使用了。因此可以說，戴熹並不是前無古人地在一塊白布上作畫。然而他這本書確實影響深遠，令那些如今通常與「法治」相關聯的概念得到了前所未有的傳播。

戴熹給出了「法治」的三層意思。「首先，『法治』是指除非明確違背了依照常規立法程序制定的法律，並經本國常設法院裁定，否則任何人都不應受到懲罰，抑或依法遭受人身或財產損失。」<sup>6</sup> 戴熹的思路是明晰的。如果任何一個人，或你，或我，要遭受懲罰，一定不能是因為他違反了一位精明的大臣或其他官員拍腦袋想出來，以圖定我們罪的某條規定，而應是有充分證據顯示其違反了國家既定的法律。此外，判定其有罪的必須是國家的常設法院，而不應是聽命於政府的某所特別法庭，因為後者缺乏法官必需的獨立與公正。

戴熹這樣表達第二層意思：「其次，當我們說『法治』是我國特色之時，不僅意味着我們每個人都無權凌駕於法律之上，而且（以下完全是另外一層意思）意味着在這裏的每個人，無論其身處哪一階層，何種境地，都要服從國家的一般法以及常

設法庭的判決。」<sup>7</sup> 這樣一來，無人凌駕於法律之上，並且所有人都遵循相同的法院裏執行的同一部法律。第一點的概念是湯瑪斯·富勒(Thomas Fuller, 1654 – 1734) 博士於 1733 年提出的：「人永遠不能高過法律。」<sup>8</sup> 因此，如果你虐待了倫敦動物園的一隻企鵝，即使你是坎特伯雷大主教(Archbishop of Canterbury) 也將面臨控告；如果你出售榮譽席位以謀求現金利益，即使你是首相也難逃罪責。但是第二點也很重要。大主教和首相亦無權享受特設的法律或法庭：同其他任何人一樣，他們要在相同的法庭裏，遵循相同的法律。

至於第三層意思，戴熹是這樣說的：

在第三層意思裏，「法治」，或者說「法治」精神至上，應當是英國制度的一項特色。可以說，我們的憲法貫徹了「法治」精神，因為憲法的各項普遍原則（譬如個人自由，或公眾集會的權利）。在我們看來，是特定案例中，法院關於個人權利判決的結果總匯；許多國外的憲法體制恰恰相反，個人權利的安全穩固（在那些國度，確實有這個顧慮）來源於，或看似來源於憲法的普遍原則。<sup>9</sup>

戴熹對外國憲法的輕視，如今鮮獲認同。但他仍是當代的一個人物，只不過受其時代所局限，同詩人丁尼生(Lord

Alfred Tennyson) 一樣，他頌揚：

一個國度，政局穩定安泰，  
一個國度，聲譽久享正義，  
自由在此漸次播散，  
始成先例，終為先例。<sup>【3】</sup>

《你問我，為甚麼……》

因此，他並不相信那些關於原則的高調宣言（在我看來，他如在世，對 1998 年《人權法案》[the Human Rights Act 1998]<sup>10</sup> 也會有所褒貶），反而更相信普通法緩慢漸進的裁判過程，由這一位法官到那一位法官，由這一樁案子到那一樁案子，逐步改善。

戴熹的觀點在很長一段時間裏繼續影響着法官們的思考方式，<sup>11</sup> 甚至可能至今依舊。但時代變遷，他的觀點在學術上遭遇到了強烈的抨擊。他對於外國狀況的比較，後來證明是誤導了讀者；此外，在行文中，他明顯輕描淡寫了英國公民尋求政府補償時面臨的問題。<sup>12</sup> 隨着爭議展開，人們提出各式各樣的「法治」概念，直到德高望重的評論家們開始懷疑「法治」這

【3】 原文為“A land of settled government, /A land of just and old renown, /Where Freedom slowly broadens down, /From precedent to precedent.”。

個說法到底有沒有意義。約瑟·拉茲 (Joseph Raz) 教授曾評論過這樣一種風氣，即將「法治」當成涵蓋乾坤的一言堂，用來描述任何一個政治體系中各個好的方面。<sup>13</sup> 約翰·菲尼斯 (John Finnis) 教授這樣描述「法治」：「只要某個法律體系就法律意義而言狀況良好，這種狀況就可以稱為『法治』」。<sup>14</sup> 朱迪·施克萊 (Judith Shklar) 教授稱由於意識形態，也由於不分場合的濫用，這一表達或已毫無意義：「它很有可能已經成為用來美化英美政客公開言論的又一個自誇性修飾手法了。因此，不需要再為這句統治階級的閒話浪費腦細胞了。」<sup>15</sup> 湯瑪斯·卡羅瑟斯 (Thomas Carothers) 在 2003 年發現，「人們不能確定『法治』的本質是甚麼」。<sup>16</sup> 美國最高法院對小布殊起訴戈爾 (*Bush v Gore*)<sup>17</sup> 一案的判決，最終確定了誰已贏得 2000 年總統大選，雙方在庭上都引用了「法治」這一概念。傑里米·沃爾德倫 (Jeremy Waldron) 教授在評論該案時，指出民眾的一個普遍印象：說出「法治」這個充滿魔力的詞語，僅僅表示「我方必勝」而已，毫無其他意義。<sup>18</sup> 布萊恩·塔瑪納哈 (Brian Tamanaha) 教授稱，「法治」是一個「極難捉摸的概念」，因而導致了「無數迥然各異的理解」；「人人都支持『法治』，至於它究竟是甚麼，卻各執一詞」，就這點而言，「法治」和「善」(Good) 倒頗有幾分相似。<sup>19</sup>

就這類觀點而言，我們難免忍不住舉手投降，並且接受這個看法：「法治」這一表述過於無常、過於主觀，因而沒有意義。然而，也有三個理由可以駁斥這個看法。首先，在眾多案件中，法官做出判決時都援引了「法治」概念。<sup>20</sup> 譬如，有樁案子，內政大臣（the Home Secretary）希望把一名已定罪的年輕謀殺犯刑期延長，而時任上議院議員的斯泰恩（Steyn）勳爵說：「除非有最明確的法律條文做出相反的規定，否則國會立法不得違背『法治』精神。並且，不論就實際抑或程序而言，『法治』要求施行公正的最低標準。」<sup>21</sup> 還有一樁案子，類型與此完全不同，是關於城鎮與鄉村規劃問題裁決上訴的。另一名上議院議員荷夫曼（Hoffmann）勳爵稱：「無論如何，民主社會必須確立一項與之相關的原則，那就是法治。」<sup>22</sup> 諸如此類的權威言論，以及類似的其他聲明，應該得到重視，決不能輕易視為毫無意義的冗詞雜句而不予理會。

其次，當今高級別的國際性文件常常援引法治。譬如 1948 年《世界人權宣言》（the Universal Declaration of Human Rights 1948）——這是戰後一項偉大的原則聲明，同愛蓮娜·羅斯福（Eleanor Roosevelt）夫人的名字聯繫在一起——在序言中認為法治「極為重要」，「為避免人類被逼上絕路、迫不得已只能通過發動起義來反對專制和壓迫，就應該

確保人權受到法治的保護」。英國是 1950 年《歐洲人權公約》(The European Covention of Human Rights) 的第一個簽署國。該公約稱歐洲各國政府共同擁有「諸如政治傳統、理想、自由和法治的精神遺產……」。英國還是歐盟的成員國，而《歐洲聯盟條約總匯》(the Consolidated Version of the Treaty on European Union) 第 6 條規定：「本聯盟基於以下原則建立，即自由 (liberty)、民主 (democracy)、尊重人權 (respect for human rights)、各項基本自由 (fundamental freedoms) 和法治，諸成員國務須一體遵行。」所以說，現今國際上有強烈的共識，認為法治不僅有意義，而且很重要。1996 年《南非憲法》(the 1966 Constitution of South Africa) 在第 1 條款中羅列了南非共和國立國的基本價值觀，包括「憲法至上和法治 (the Supremacy of the Constitution and the rule of law)」。

雖然法治明顯是一種英語表達法，在英國以及受其法律影響的國家裏為人熟知，諸如愛爾蘭、美國、加拿大、澳洲和新西蘭。但是，在受到德國、法國、意大利、荷蘭和西班牙法學影響的其他國家，法治依然具有意義。譬如，在德國，人們使用的表達是 *Rechtstaat*，而在法國使用的是 *État de droit*，兩者的字面意義均為「法治國家」。

最後，如今英國的一項法令也援引了「法治」這一概念。

2005 年《憲政革新法案》(the Constitutional Reform Act 2005) 第 1 節規定，該法案不得有悖於「(1) 現存憲法的法治原則，或者 (2) 大法官 (the Lord Chancellor) 當前在該項原則下所發揮的憲法作用」。該法案第 17 節第 1 條規定，大法官任職伊始，必須宣誓尊重「法治」，維護所有法官的獨立性。因此我們得出結論：即使認為某些條款毫無意義，不過是有意（而且是在立法程序後期）加入國會法案 (an Act of Parliament) 的，法院也不能拒絕採納。即使有法官對前文提到的離經叛道之說深懷同感，也不能加以拒絕，雖然（我認為）很少有法官會產生同感。

立法者習慣用行業術語來撰寫定義，以免產生誤解，或產生錯謬的司法解釋。有時，他們這種習慣達到了吹毛求疵的程度，可能會顯得有點奇怪。我最喜歡舉的例子是 1979 年《(英格蘭及威爾斯) 銀行法案上訴程序規例》(the Banking Act 1979 Appeals Procedure [England and Wales] Regulations 1979)，其中規定：「本規例中所援引之任何一條條款均視為本規例中之條款。」清清楚楚，明明白白。因此，人們大概會以為，既然「法治」是個重要概念，那麼 2005 年《憲政革新法案》肯定會包含其定義。實則不然。難道法案起草人覺得戴熹的定義已毫無爭議地為大眾接受，因此沒有必要詳加闡釋了嗎？這

種可能性很低。因為國會法案的起草人都是非常專業和博學的律師，他們的老師一定質疑過戴熹教授那番分析中的某些特別之處。相比之下，我認為另一種解釋更為可信：他們意識到，要發明一個適用於法令的精練定義，是極其困難的。經過理性思考之後，他們覺得最好的辦法莫過於省略這個定義。如果裁決時，當真需要定義這個術語，就讓法官自己看着辦吧。這樣一來，「法治」的定義不是被抽象地表述出來，而是通過援引某些案例得以體現。因此，這一概念能夠與時俱進，不斷適應新觀點和新形勢。

「法治」是現行的憲法原則，一旦它被明確寫入一項法令，爭訟雙方定會加以利用，這只不過是時間問題。這種事不僅發生了，其速度之快更是有些出乎意料。英國政府反貪局局長（the Director of the Serious Fraud Office）曾下令停止調查據稱是英國宇航系統有限公司（BAE Systems Ltd.）向沙特阿拉伯官員行賄的款項，他之後便因該項決定遭到控訴。一所法院裁定他的決定違背了「法治」精神，不過國會上議院卻認為他並未違背。因此，在這種情況下也不需要判定「法治」的定義到底是甚麼。<sup>23</sup>不過這個問題終究會再次出現。至少，我們不能無限期地迴避編寫一個哪怕不那麼完整的定義。所以，我覺得必須放手一搏。

我認為，現行原則的核心應該是：本國之內的所有人和所有機構，不論公私，均應接受法律約束，並享有法律賦予的權益，而法律應公開制定，（一般而言）在未來生效，且由法院公開司理。這項主張將在本書第 3 章至第 10 章再次出現，它囊括的範圍較小，即使是最熱切的立憲主義者也不會認為它可以毫無特例，不加限制地放諸四海而皆準。有些訴訟非閉門進行無以伸張正義。例如，某家製造商為阻止競爭對手非法使用其獨家製造技術流程而發起的訴訟。但總體而言，任何行為，只要偏離了我之前所述的規則，都需要仔細地思考和清晰地論證。我的構想很大程度上歸功於戴熹，但我同時認為，這個構想把握住了英國大哲約翰·洛克（John Locke）1690 年提出的根本真理：「法律下台之際，暴政登場之時。」<sup>[4]</sup><sup>24</sup> 湯姆·潘恩（Tom Paine）於 1776 年亦提出了同樣的觀點，即「在美國，法律就是國王（THE LAW IS KING）。一如專制政府中，國王就是法律（The king is law），自由國家的法律理應為王，除此之外，沒有其他可能。」<sup>25</sup>

不過，這並非要求我們盲目崇拜法律，更不要盲目崇拜律師。很多人偶爾會同《苦海孤雛》（*Oliver Twist*）裏的本部爾

---

【4】 原文為“Wherever law ends, tyranny begins.”。

(Bumble) 先生想法一致：「如果法律這樣規定的話……，那法律就是一頭蠢驢——一個傻蛋。」更多的人會和莎士比亞戲劇《亨利六世》第 2 部 (*Henry VI, Part II*) 中的一名叛軍有相同的野心：「首先，我們要殺光律師。」如果可以避免的話，很少有人願意惹上官司，他們大概會認同一位意大利作家對法庭的描述——「外牆灰色的醫院，裏頭治療人類的墮落敗壞」。<sup>26</sup> 至於法官，公眾的觀點千差萬別，有些描述還前後不一致（法官們有時顯得老態龍鍾、高高在上，有時又開始進行詳盡深入的盤問；有時是牛飲鉢酒的大恐龍，對倒霉的惡棍厲聲惡氣；有時又變成優柔寡斷的開明分子，不忍心因任何事對任何人作出恰當的懲罰），只是法官形象通常不佳。但是，對「法治」的信仰，並不意味着對法律、對法律職業、對法庭或者法官的過度崇拜。我們仍然可以保留自己多數的偏見。不過，對「法治」的信仰，意味着我們要接受這樣一個觀點：**相比其他國家，我們更願意居住在一個遵循（或者說，至少力圖遵循）我前述原則的國家。**輕視法治的政體會有甚麼特點？唉，我們再熟悉不過了：深更半夜的敲門、毫無預兆的失蹤、走走過場的審訊、用於基因實驗的囚犯、屈打成招、古拉格勞改營以及猶太集中營、毒氣室、大屠殺、種族清洗、發動侵略戰爭。不勝枚舉。因此，我們最好還是忍受一下眼前這些暴躁的法官和貪財的律師吧。