中国内地与香港地区法律比较研究

魏振瀛
王贵国　主编

北京大学出版社
北　京

需要全本请访问 www.ertongbook.com

图书在版编目(CIP)数据

中国内地与香港地区法律比较研究/魏振瀛,王贵国主编. —北京:北京大学出版社,1997 年. 12

ISBN 7-301-03578-0

Ⅰ. 中… Ⅱ. ①魏… ②王… Ⅲ. 法律-对比研究-中国-香港、内地-文集 Ⅳ. D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 24112 号

书　　名:中国内地与香港地区法律比较研究

著作责任者:魏振瀛　王贵国　主编

责 任 编 辑:冯益娜

标 准 书 号:ISBN 7-301-03578-0/D·371

出　版　者:北京大学出版社

地　　址:北京市海淀区中关村北京大学校内　100871

电　　话:出版部 62752015　发行部 62559712　编辑部 62752032

排　印　者:北京大学印刷厂

发　行　者:北京大学出版社

经　销　者:新华书店

850×1168 毫米　32 开本　13.5 印张　350 千字

1998 年 1 月第一版　1998 年 1 月第一次印刷

定　　价:20.00 元

前　言

用比较的方法研究法律，是法学研究的重要途径之一。当今世界科学技术空前发展，不同国家和地区之间的经济文化交往日益频繁，对不同国家和地区的法律的比较研究显得更加重要。中国内地和香港地区的法律属于不同的法系，内地和香港之间关系密切，1997 年 7 月 1 日香港将回归中国，实行一国两制。对内地与香港法律的比较研究，既有现实意义，也有理论意义。从长远看，内地与香港法律的比较、借鉴、融合的经验，可能会对大陆法系国家与英美法系国家之间法律的比较、借鉴、融合有参考价值。有鉴于此，1996 年 9 月北京大学法律学系与香港城市大学法学院，在北京联合召开了中国内地与香港地区法律比较研讨会。研讨会的内容涉及法理、宪法、行政法学、民商法、刑法、经济法、诉讼法、仲裁法等多种法律与学科。收入本书的研讨会论文，反映了内地与香港法律的不同，在一定程度上也反映了内地的法系与英美法系的差别，更重要是从一个侧面反映了近年来内地与香港的立法、实践与理论的新发展。本书的出版是对内地与香港法律比较的初步尝试，希望能起到抛砖引玉的作用。

北京大学法律学系与香港城市大学法学院，进行了多年的学术交流与合作，形式之一是联合召开学术研讨会，并出版论文集。1994 年 10 月在北京召开了市场经济与法律研讨会，1995 年 9 月《市场经济与法律》一书在北京大学出版社出版。1995 年 10 月在香港再次召开市场经济与法律研讨会，1996 年《LEGAL DEVELOPMENTS IN CHNA——MARKET ECONOMY AND LAW》一书由香港 Sweet & Maxwell 出版社出版。这次研讨会的论文集

由北京大学出版社出版。北京大学出版社张晓秦副社长、冯益娜女士为本书的出版作出了贡献，北京大学法律学系硕士研究生张梅和博士研究生杜颖、王成为本书的译校付出了辛劳，在此表示衷心的感谢。

北京大学法律学系与香港城市大学法学院的交流与合作卓有成效。香港回归中国以后，交流与合作环境将会有较大的改善，愿我们的交流与合作继续发展。

魏振瀛
王贵国
1996 年 10 月 16 日

目　录

中国内地与香港法律制度的重要差别…… 沈宗灵(1)
1997年后内地法律与香港法律的关系 …… 肖蔚云(14)
我国内地和香港区际法律冲突的特点 …… 王磊(19)
斯里兰卡、新加坡及马来西亚经济发展中的个人权利
…… H. M. Zafrullah 著　陶榕译　白桂梅校(28)
论诚实信用原则的意义与适用 …… 凌兵(41)
中国内地代理法与香港地区代理法比较
…… 魏振瀛(72)
以官契一般条款管理土地开发——香港经验谈
…… Myrette Fok 著　刘丽红译　陈端洪校(84)
香港的皇室租约与内地的政府土地租约
——一个法律关系的比较分析 …… 曹培(99)
公司权力的限制:内地和香港公司法的比较研究
…… 何秩生著　夏松译　邵景春校(112)
中国内地法律与香港法律中的承运人的责任
…… John Shijian Mo 著　王文华译　陈端洪校 (116)
通过立法使中国保险基本概念国际化
…… D. K. Srivastava 著　刘丽红译　李红云校(130)
劳动争议法律制度初探…… 贾俊玲(147)
香港劳资争议处理中小额薪酬索偿仲裁程序的运用
…… Stephen Foo 著　张梅译　宋英校(152)
走向社会效率模式的香港环境法
…… 柏利恩著　陶榕译　宋英校(190)

需要全本请访问 www.ertongbook.com

我国内地与香港税制的介绍和比较借鉴
…… 刘隆亨　赵素苓(201)
略论中国涉外税收法律制度的改革
…… 盛杰民(212)
香港利得税的地域范围
…… Michael Littlewood 著　夏松译　李红云校(223)
计算机犯罪比较研究…… 郭自力　袁钢(245)
中国内地与香港地区关于刑事诉讼法若干
问题的比较…… 王以真(257)
修正后的中国刑事诉讼法典
——从刑事司法国际标准角度的分析…… 陈瑞华(269)
境外仲裁裁决在香港的承认及执行…… 王贵国(292)
英国 1996 年《仲裁法》、《中华人民共和国仲裁法》
和香港《仲裁条例》的比较研究
Derril Warren 、Hong Ningning 著　夏松译　白桂梅校(314)
根据《纽约公约》对中国国际经济贸易仲裁委员会
程序正当性和可执行性的拒绝——香港经验
…… Judith O'Hare 著　蔡书墨译　邵景春校(331)
香港新机场争议解决的新途径
…… David Sandborg 著　张梅译　陈端洪校(349)
附录　英文摘要…… (367)

Contents

Main Differences between the Mainland and Hong Kong Legal Systems ..... Shen Zongling(1)
The Legal Relationship between the Mainland and Hong Kong after 1997 ..... Xiao Weiyun(14)
The Characteristics of Regional Conflict of Laws between the Mainland and Hong Kong ..... Wang Lei(19)
Economic Development and Individual Rights—Lessons from Sri Lanka, Singapore and Malaysia ..... H. M. Zafrullah(28)
The Principle of Good Faith in Contract Law: Implication and Application ..... Ling Bing(41)
A Comparative Study of the Mainland and Hong Kong Agency Law ..... Wei Zhenying(72)
Controlling the Development of Land in Hong Kong through Crown Lease Conditions: Some Aspects of the Hong Kong Experience ..... Myrette Fok(84)
The Crown Lease in Hong Kong and the Government Land Lease in the Mainland: A Comparative Study of Legal Relationship ..... Cao Pei(99)
The Limitation of Corporate Power: A Comparative Study of the Mainland and Hong Kong Company Law ..... John D. Ho(112)
Carrier's Liability under the Mainland Law and Hong Kong Law ..... John Shijian Mo(116)

Internationalization of Insurance Concepts in China
..... D. K. Srivastava(130)
A View on the Legal System of Labour Dispute Resolution
..... Jia Junling(147)
The Use of Small Claims Adjudication Procedure in the Determination of Labour Disputes in Hong Kong
..... Stephen Foo(152)
Toward a Socially Efficient Model of Environmental Regulation in Hong Kong ..... Bryan Bachner(190)
The Introduction Comparison and Reference of the Taxation Systems of Hong Kong and the Mainland
..... Liu Longheng, Zhao Suling(201)
Comments on the Reform of Chinese Tax Legal System Involving Foreign Interests ..... Sheng Jiemin(212)
The Geographical Scope of Hong Kong Profits Tax
..... Michael Littlewood(223)
A Comparative Study of Computer Crime
..... Guo Zili, Yuan Gang(245)
Comparison on some Problems of the Criminal Procedure Law under the Mainland and Hong Kong
..... Wang Yizhen(257)
The Amended Criminal Procedure Law of China—The Analysis from a Perspective of the International Standards of Criminal Justice ..... Chen Ruihua(269)
The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Hong Kong ..... Wang Guiguo(292)
A Comparative Study of the English Arbitration Act 1996, the Arbitration Law of the People's Republic of China and the

Arbitration Ordinance of Hong Kong
..... Derril Warren , Hong Ningning(314)
The Denial of Due Process and the Enforceability of CIETAC Awards under the New York Convention: the Hong Kong Experience ..... Judith O'Hare(331)
Innovative Dispute Resolution for the New Hong Kong Airport
..... David Sandborg(349)
Appendix: ENGLISH ABSTRACT ..... (367)

中国内地与香港法律制度的重要差别

沈宗灵

本文所称中国内地法律是指当代中国内地现行社会主义法律制度；香港法律指1997年7月1日中国对香港恢复行使主权后，香港作为中国的一个特别行政区的法律制度。

本文是一个比较法学研究，但与通常所讲的不同国家之间法律比较不同，本文只是对一个主权国家与其一个特别行政区之间在法律制度上的比较研究。同时，比较法学研究通常指对不同法律制度比较异同，本文仅比较其差别的一面。再有本文并不是就具体法律问题（例如，对两种法律关于男女双方结婚年龄、公司登记、某种行为是犯罪还是行政违法等问题）的微观比较研究，而是对两种法律制度在技术或形式上的主要差别（例如法律分类、渊源、司法组织和诉讼制度、法律解释、法律职业等方面的差别）进行宏观比较。最后，由于篇幅限制，本文主要是对两种法律制度之间差别进行静态比较，并不对这些制度的实际运行和差别的原因进行分析或对其优缺点作出评价。

这两种法律制度的主要差别，就其根源而论，可归结为以下几个方面。其一，在社会制度和意识形态上的差别。内地是社会主义制度，是以建设有中国特色社会主义的基本理论为指导的法律；香港是资本主义制度，大体上是个人自由主义思想为指导的法律。其二，历史背景的不同。自19世纪中期起，通过不平等条约，香港沦为英国的一个殖民地。内地经历了二千年封建统治，1949年取得革命胜利，建立了人民共和国，废除了旧法律制度；自1979年党的十一

届三中全会后经过近20年的努力，法律建设已发展到“依法治国，建设社会主义法制国家”的新阶段。其三，在法律传统上的不同。香港法律属于普通法法系（即英美法系），内地的法律，在法律技术形式方面，与民法法系（即大陆法系）相类似。最后，自然条件方面的差别。中国是12亿人口、幅员辽阔的大国，近20年来正在进行大规模的改革，不同地区社会经济发展很不平衡。香港只是一个仅几百万人口的现代化大都市，二战后已成为国际经济、金融中心。以上四个方面的差别在对两个法律制度的比较时是应该注意到的。

一、法律的分类

法学家在接触某个他并不了解的法律管辖区时，往往想了解这个国家或地区有什么样的法律，这就涉及到法律的分类问题。

中国是一个单一制国家，它的法律有全国性法律和地方性法律之分，但没有联邦制国家或殖民地在法律分类上必然会产生的问题。中国在50年代曾受前苏联法律或法学的影响，它的法律分类主要是指各部门法的分类，即将本国法律划分为宪法、行政法、刑法、民法、劳动法、诉讼程序法等。这种分类模型基本上来自民法传统，但又与这一传统不同，它并不划分开公法与私法，并将婚姻—家庭法离开民法而成为独立的部门法。从1979年起，中国立法不断增多，部门法中又增加了经济法、商法、社会保障法、环境法、军事法，并将婚姻家庭法归入民法中。但中国的法律体系到底包括那些部门法，法学界存在着大同小异的划分方案。在全国人大法工委最新编辑的《法律汇编》（活页）中划分为七类，即七个大的部门：宪法、行政法、刑法、诉讼法、民商法、经济法、劳动法与社会法。每类又再分为各项，项再分为各目。对是否应划分公法与私法，迄今在法学界仍有不同看法，如果承认有公私法之分，就可能认为宪法、行政法、刑法、刑事诉讼程序法属于公法；民法、商法（或简称民商法）属于私法；经济法、劳动法与社会法以及民事诉讼法等属于公

需要全本请访问 www.ertongbook.com

私结合法。

1997年7月1日开始的香港法律的分类，相对于内地来说，是比较复杂的。这主要是由于它包括了香港原有的法律。按“一国两制”的精神，《香港特别行政区基本法》第8条规定：“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。”第160条规定：“香港特别行政区成立时，香港原有法律除由全国人民代表大会常务委员会宣布为同本法抵触者外，采用为香港特别行政区法律，如以后发现有的法律与本法抵触，可依照本法规定的程序修改或停止生效。”以上第8条所讲的“香港原有法律”有5种，就其来源而论，可分为三类：一类是来自英国的普通法(Common Law)和衡平法(Equity)；另一类是来自原香港政府制定的条例(Ordinance)和附属立法(Subsidiary Legislation)；再一类是原在香港中国居民中适用的某些习惯(主要是有关婚姻家庭和地产的习惯)经官方承认有效而称为习惯法[①]。据了解，90年代初香港约有600个条例和1000多项附属立法[②]。

因此，根据《香港特别行政区基本法》第18条规定，在香港特别行政区实行的法律有以下三类：一是特别行政区基本法；二是以上第8条规定保留的香港原有的法律；三是香港特别行政区立法机关制定的法律。这里应注意，香港特别行政区基本法是由全国人民代表大会制定的法律，在香港实行，且其法律地位高于特别行政区立法机关制定的任何法律(第11条)，但它并不属于本文标题所讲的“香港法律”。后者仅指经保留的香港原有法律以及特别行政区立法机关制定的法律。又，香港特别行政区基本法附件三所指的全国

---

① 有关这三类法律的来源可参见香港大学法学教授 Peter Wesley-Smith，*An Introduction to the Hong Kong Legal System* (1987)，pp. 34—48.

② Hongkong Standard，Nov. 22，1994.

性法律问题在本文中暂且不论。

香港法律，无论是制定法（即立法、条例和附属立法）或判例法（包括体现英国普通法、衡平法或香港司法机关作出的判例），在传统上并没有公法和私法之分，也不像民法法系和中国内地法律那样，有比较科学的部门法的划分，即主要根据法律调整的不同对象和方法而划分不同法律部门。其中每个部门法又可再划分为不同层次，例如民法中包括物权法、债权法、婚姻家庭法、继承法等；物权法中又可再包括知识产权法等。

普通法法系的普通法与衡平法的关系和差别是很复杂的，"总的来说，现在要知道普通法和衡平法各包括什么，更重要的是了解它们各自包括什么部门法而不是各用什么制裁。普通法包括除刑法外整个合同法和侵权行为法……衡平法则包括了不动产法、信托财产法、合伙法、破产法以及遗嘱解释和遗产清理"①。由于英国法的影响，香港原有制定法（条例和附属立法）的分类也是很不系统的。例如《香港法例》(Hong Kong Digest)即内地所称的《法律汇编》，每期目录约有几十项，按项目名称英语字母顺序先后排列，如1989年7月期目录中列有行政法、动物与鸟类、仲裁、银行、破产、慈善、公司法、消费者保护等项，这些项目并不是固定的，而是随立法本身发展而变的，因而项目名称也随之而变。

二、法律的渊源

法律渊源是一个多义词。在本文中仅指根据法律效力的不同而将整个法律划分为不同形式，例如制定法(enacted law)、判例法和习惯法，等等。

中国内地与1997年后香港在法律渊源上的一个主要区别是：

---

① R. David and J. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (1985, 3rd ed.), p 346.

中国内地是以宪法为核心的各种制定法为主的法律渊源，而香港则是制定法和判例法并存的法律渊源。在内地，最高人民法院所选定的少数判例（又称为案例）可以供其他法院审理案件时参考，但这些判例并不是法律渊源之一，并没有法律上的约束力，内地不存在判例法。

内地的法律渊源较接近民法法系，与普通法法系有很大差别，但内地也不完全与民法法系一样。后者一般不认为判例是有约束力的法律渊源，但在有说服力这一意义上仍是法律渊源之一。内地对判例的态度，可能来自50年代初期前苏联的影响，但也是内地近20年来积累的经验。

笔者认为内地之所以不实行判例法制度可能由于以下几方面理由：第一，判例法制度不符合中国现行的基本政治制度，即人民代表大会制，这一制度要求行政和司法机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。第二，中国内地并没有像英国那样存在长期和牢固的判例法历史传统。第三，判例法的运用是相当复杂的，例如它的区别技术。中国内地的法官缺乏这种技术的经验。再有，判例法与制定法各有优缺点。判例法的主要缺点是它由法官创立，是溯及既往的，又是以个别案件为基础的决定，等等。但笔者也认为，中国内地虽不能采用判例法，但应加强判例的作用，加强判例意味吸收判例法的优点，而缓和制定法的缺点，特别是由于中国内地制定法比较抽象从而给具体实施带来困难①。此外，内地还应注意二战后民法法系国家大大加强对判例法的使用的国际倾向②。

三、司法组织

1997年后香港的司法组织，从香港特别行政区基本法的有关

---

① 沈宗灵：《当代中国的判例》，载《中国法学》1992年第1期，第32页。

② R. Sacco, *Legal Forments, A Dynamic Approach to Comparative Law* in *American Journal of Comparative Law* (1991) Vol. 39, p. 26.

规定中可以看出，它将是一个具有普通法法系特色的组织，《香港特别行政区基本法》第81条规定："原在香港实行的司法体制，除因设立香港特别行政区终审法院而产生变化外，予以保留。"第82条中又规定："……终审法院可根据需要邀请其他普通法适用地区的法官参加审判。"第84条又规定：特别行政区法院依照该法第18条所规定的适用于特别行政区法律审判案件，"其他普通法适用地区的司法判例可作参考"。第87条规定，特别行政区的刑事诉讼和民事诉讼中保留原在香港运用的原则和当事人享有的权利。第92条规定，特别行政区的法官和其他司法人员……"可从其他普通法适用地区聘用。"

从以上可以看出，对原在香港实行的司法体制，唯一的重大变化是设立香港特别行政区终审法院，而在1997年恢复行使主权以前，香港的终审权是由英国枢密院司法委员会掌握的，这一枢密院是英国作为君主咨询者的古老机构，以后成为英帝国所有殖民地和附属国的最高上诉机关。它每年受理香港的上诉案仅5—6件。但终审权属于主权范围，对香港恢复行使主权当然否定英国枢密院司法委员会所拥有的对香港司法的终审权。

1997年后香港特别行政区司法组织是具有普通法法系特色的组织。与它不同，中国内地的司法组织是一个具有中国特色的社会主义司法组织。

中国特色的一个明显体现是中国内地所强调的人民法院独立行使审判权和人民检察院独立行使检察权，不受其他行政机关、团体和个人的干涉。这里讲的"独立"不同于西方国家的"三权分立"原则为基础的"司法独立"。再有，中国内地所讲的审判独立是指作为一个集体的人民法院的独立审判，而不是指作为个人的一个法官或几个法官的独立审判。中国有关法律规定的人民法院中的审判委员会、法院院长、上级法院，特别是最高人民法院对下级法院的监督等制度都表明了上述含义。

以上已指出，原在香港实行的司法体制，除设立特别行政区终审法院外，都予保留。因此，香港特别行政区的法院系统将由终审法院、高等法院、区域法院、裁判署法庭和其他专门法庭构成。高等法院设上诉法院和原审法庭。

中国内地的司法组织是一个很庞大的系统，它分三类法院：最高人民法院、地方人民法院和专门人民法院，地方法院又分为高级、中级与基层三级（相当于行政区划中的省、地区、县三级）。实行四级二审的审级制，即法院分为基层、中级、高级与最高四级，但两审终审，当事人或检察机关对地方各级法院判决不服，可依法分别向上一级法院提出上诉或抗诉，上一级法院判决是终审判决，不得再上诉或抗诉。最高人民法院对其第一审案件所作判决即作为终审判决。

内地司法组织既指人民法院又指人民检察院（后者在外文出版社出版的中国宪法英译本中译为 People's Procuratorates）。二者是并行的司法组织。法院是审判机关，检察院是法律监督机关。中国的检察制度在50年代借鉴了前苏联的模式，但与后者不同，中国检察机关实行"双重负责"制度，即地方各级检察院要对上级检察机关和同级权力机关（地方人民代表大会及其常设机关）负责。前苏联的地方检察机关仅对其上级检察机关负责。

中国内地的检察机关作为法律监督机关，其职权是较广泛的，作为刑事案件的公诉人是它的职权之一。香港特别行政区政府下设律政司，主管刑事检察工作，它属于行政机关之一，由行政长官领导。它的工作范围与内地检察机关有很大区别。中国国务院下设司法部，主管律师、公证、监狱、法律教育与宣传等方面工作。香港特别行政区设立廉政公署，独立工作，对行政长官负责，它的工作范围与内地的监察部有类似之处，但又有很大区别。

与中国内地相似，香港的法院没有一般法院和行政法院之分，但在中国内地的法院中，有与民事、经济、刑事法庭并列的行政诉

讼庭。

四、诉讼制度

中国内地与香港特别行政区在诉讼制度方面的一个重大差别是：前者在传统上基本上实行民法法系所推行的职权制（ex officio system），即诉讼的进行以及证人、证据的提供与调查，以法院为主，法官以积极的审判者姿态出现。香港的诉讼制度在传统上实行普通法法系的对抗制（adversary system，或称辩论制），即民事案件中原被告及其律师，刑事案件中检察官与被告及其辩护人双方主动提出对自己一方有利的证据、证人、相互询问和盘问，扮演了最为活跃的角色，陪审官不进行调查，在法庭上也不提问，只是听取双方及其证人发言，并在最后就案件事实作出裁决。法官主持开庭，并对双方动议或异议作出裁定，他们也不主动进行调查，在法庭上表现为一个较消极的仲裁者。

应该指出，中国内地最近对《刑事诉讼法》的修改，已加强了诉讼双方的辩论和主动提供证据、证人等（第155—160条）。这意味着内地借鉴了普通法法系诉讼制度的一些特点。但也应看到，普通法法系的对抗制或辩论制是与陪审制以及判例法的区别技术密切联系的，内地在陪审制方面的实践和判例法制度的缺乏会对借鉴对抗制或辩论制带来某种限制。

中国内地在1983年修改了1979年制定的《人民法院组织法》中有关陪审员制度的规定，删去了第9条中关于第一审案件实行人民陪审员制度的规定，将第10条中关于“由审判员和人民陪审员组成合议庭进行”一句改为“由审判员组成合议庭或者审判员和人民陪审员组成合议庭进行”，这一修改的含义是：人民陪审员制度在中国可以实行也可以不实行。根据当时立法部门负责人的说明，这一修改的理由是：严格实行陪审制，“在实践中有许多困难，特别是请有法律知识的陪审员困难很大，严重影响审判工作的进行”，因而

需要全本请访问 www.ertongbook.com