

香港冲突法研究

Research on Conflict of Laws in
Hong Kong SAR

张美榕 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

获中国博士后科学基金资助

香港冲突法研究

Research on Conflict of Laws in
Hong Kong SAR

张美榕 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

香港冲突法研究 / 张美榕著. —北京: 法律出版社, 2014. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5161 - 1

I. ①香… II. ①张… III. ①冲突法—研究—香港
IV. ①D927.658.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第165112号



© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/13.75 字数/351千

版本/2014年8月第1版

印次/2014年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5161 - 1

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书
献给我亲爱的父母亲！

序一

香港冲突法是在判例法基础上,在解决香港与外法域法律冲突的过程中逐步建立和发展起来的,其在国际私法领域的独特性及重要地位,日益为各界关注和认可。

香港回归以来,其冲突法在原有基础上有了一些新的发展。但从国内外现有著述看,学界关于“香港冲突法”的研究,基本上处于初始或者空白状态。本书作者张美榕在中南财经政法大学法学院念博士学位期间,在以“香港冲突法”作为博士学位论文选题的计划得到导师组认同后,她先后赴香港大学、香港中文大学、香港律政司等进行实地调研,在考察和总结相关学术成果并对 200 多个判例进行深入分析基础上,写出了这部较为全面和系统研究香港冲突法的专著。

本书的创新点,可做如下概括:

第一,对香港冲突法的基本理论问题进行了较为系统的论述,如从宪法性法律和香港违宪审查制度的发展两个方面阐述了宪法性文件与冲突法的关系;从国际法渊源和香港本地法渊源两个方面论述了香港冲突法的

渊源;对香港冲突法的学说理论发展进行了思考;等等。

第二,对海牙国际私法条约在香港的适用问题进行了深入研究。目前,在香港适用的10个专门性的国际私法条约中,有9个国际条约是海牙国际私法会议制定的国际条约(包括了《海牙国际私法会议章程》)。本书阐释了全球范围内国际私法协调化进程中的海牙国际私法会议及其条约、海牙国际私法条约在香港的适用问题,并对香港特别行政区以海牙国际私法会议为桥梁和纽带开展多层面的司法合作进行了展望。

第三,对香港在冲突法方面的新成文立法《居籍条例》的制定、主要内容和特征进行全面阐述。2009年之前,对住所的确定,香港依据的是传统普通法规则。2009年之后,住所的确定问题,由香港成文法例《居籍条例》规范。本书将《居籍条例》的主要特点做了明确归纳:《居籍条例》将原有的普通法中的一般规定以成文法形式列明在法例中,保证了成文法例与原有普通法规则的一致性;适用最密切联系原则,增加了法律适用的灵活性和科学性。

第四,对香港所面临的国家及其财产管辖豁免问题进行了较为全面的考察和分析。本书主要采用案例分析法,对不同历史时期香港法院处理国家及其财产的管辖豁免问题所适用的规则,进行了较为系统的考察和分析,得出关于香港地区在国家及其财产豁免问题上的法律依据经历三个阶段的结论:第一个阶段是1978年之前,采取绝对豁免原则。当时的“两航公司案”是绝对豁免的例外;第二阶段是1978年《英国国家豁免法》延伸适用于香港直至回归之前,依据的是1978年《英国国家豁免法》,香港在这一阶段并没有相关判例;第三阶段是回归之后,1978年《英国国家豁免法》不再适用于香港,从2011年 *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Ors*(刚果案)这一新判例可知,香港特别行政区法院在审理案件时遇有外国国家及其财产管辖豁免和执行豁免问题,须适用和实施中央人民政府决定适用于香港特别行政区的国家豁免规则或政策,即应坚持绝对豁免原则。

第五,对香港与外法域之间的司法协助问题作了较为全面的阐述。作者在本书中提出,在司法协助方面,香港特别行政区有两个突出变化:第一,1997年之后,依据香港法例第1章《释义及通则条例》第2A(2)B条的规定,英国与英联邦国家的民商事判决不得再通过登记制度在香港获得强制执行,而只能通过普通法诉讼制度在香港获得强制执行;第二,香港在区际民商事司法协助方面表现出了积极和务实的合作态度。例如,内地与香港在1997年之后,已经就“两地间司法文书的相互送达”(1999年)、“两地间仲裁裁决的相互承认与执行”(2000年)与“部分的两地法院判决的相互承认与执行”(2006年)达成了有关安排,澳门与香港之间在“两地间仲裁裁决的相互承认与执行”(2013)方面也达成了安排,这些安排使得相关司法协助事项得以顺利进行。

尽管本书对香港冲突法的最新发展已经做了较为精炼的总结,但随着立法和判例的发展演变,作为一部以香港冲突法为对象的专著,当然也需要不断跟进和完善。

作者在念博士学位期间,我担任她的导师。因此,在本书出版之际,我很乐意写上数语,聊以向读者诸君推荐。

刘仁山*

二〇一四年五月十六日于武昌晓南湖畔

* 中南财经政法大学前法学院院长,现教务部部长,教授。

序二

张美榕大著《香港冲突法研究》，嘱余为序。

张美榕曾是我的学生，在硕士研究生期间，即开始研究中国内地与香港地区的法律冲突问题，也曾写过相关专题的文章，并在相当权威的学术刊物上发表。为了推进中国区际私法的研究，张美榕决意要研究香港的法律冲突法。时光荏苒，日月如梭，近十年来，张美榕一直不畏艰难，锲而不舍地在学术道路上攀登，由博士而博士后，由国内而国外，由台湾而香港，孜孜以求。香港法律冲突法本是一片荒芜的土地，经张美榕的开拓耕耘，已结出硕果。

研究香港冲突法并非易事，这是由香港错综复杂的法律地位和历史情愫决定的。

我们应当看到，在 1997 年以前，香港并不存在一个独立完整的法律冲突法体系。香港自古以来是中国领土，实行中国法律，是中国法律体系的一个部分。1840 年鸦片战争后，英国通过武力或武力胁迫，与中国的清朝政府订立了一系列不平等条约，香港为英国

所占领,英国部分法律适用于香港,香港也可以在一定的条件下制定法律,但是从总体上说,香港无独立的立法权和司法权,香港法律是英国法律和司法体制的一个部分,用国际私法的术语来说,香港并非是英国的一个独立的法律区域。由此,在1997年前,香港并不存在一个完整的独立的法律冲突法律体系。那时,香港法院偶尔也会处理一些与香港以外地区有关的民商事案件,但这类案件也都在英国法律和司法体制范围内进行审理与判决。

1997年后,香港的法律地位发生了重大变化。《中英联合声明》和《香港特别行政区基本法》规范了香港特别行政区法律和司法体制。根据1984年《中英联合声明》的规定,中国于1997年7月1日恢复对香港行使主权,香港成立特别行政区,制定《香港特别行政区基本法》。在香港特别行政区成立后,香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除与基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。《香港特别行政区基本法》第2条规定,全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权;第18条规定,在香港特别行政区实行的法律为本法以及本法第八条规定的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律;第151条规定,香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以“中国香港”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。由此可见,香港特别行政区根据中央授权,有独立的立法权、司法权和终审权,并在一定条件下,可单独与世界各国订立有关民商事的条约和协议,香港特别行政区已成为中国一个独立法律区域。依此,香港可建立和完善独立的处理涉外案件法律体系。张美榕同志的专著根据《香港特别行政区基本法》的规定及香港历史和现实的需要,全面探讨了香港特别行政区法律冲突法的法律体系。

应当特别说明,香港特别行政区是中国的—个地方行政区域,香港的立法权和司法权来源于中央的授权,香港特别行政区无任何主

权之特性。因此,我们在论述香港特别行政区立法权、司法权和终审权时,一定要注意香港特别行政区权力的性质。我注意到,张美榕在“选题意义”中特别强调:“香港回归后,香港政治地位发生了重大的改变,香港原有法律基本不变的前提下,其宪法性基础却发生了根本变化,香港冲突法的发展因而也具有了新的宪法性基础,这带来了香港冲突法理论基础的重大改变。”正是由于这种变化,现在的香港特别行政区的法律冲突法虽然仍保留有1997年前香港原有法律的痕迹,但从本质上讲,无论是具体法律规定,在香港适用的国际条约、国际或区际间的司法协助,或是香港的司法管辖权,都是根据《香港特别行政区基本法》而构建的香港特别行政区的法律,从本质上说,她是中华人民共和国的法律的一个部分。作者对这个问题也是有充分论述的。《香港冲突法研究》在论述“本地法渊源”时,强调了香港原有法律成为香港特别行政区法律时,必须经本地化或适应化程序。香港法律的本地化与适应化,是根据《中英联合声明》和《香港特别行政区基本法》规定,为保证香港原有法律不与基本法抵触而设定的审查原有法律的法律程序。也就是说,凡与基本法相抵触的香港原有法律不能成为香港法律冲突法的渊源。本书还特别引用了2011年香港终审法院刚果(金)案判例。1997年前,香港在有关涉及国家为被告的案件中,根据英国普通法的规定,采取国家相对豁免原则。而在刚果金案中,香港终审法院根据全国人大常委会2011年8月26日对《香港特别行政区基本法》有关条款的解释:香港原有法律,包括1997年前在香港适用的普通法,如果在香港特区继续适用,“应做出必要的变更、适应、限制和例外”。从而在刚果(金)案中,香港法院放弃了原在香港适用的英国普通法的国家相对豁免原则,而采用了中国政府长期坚持的国家绝对豁免原则,判定香港法院对刚果(金)案没有管辖权。

正因为香港特别行政区的法律冲突法涉及以上种种复杂问题,弄清楚各种复杂的关系,探索建立一个符合基本法的香港特别行政区的法律冲突法的法律体系是一个非常困难的问题。张美榕同志的

《香港冲突法研究》，根据国际私法的基本原理，《香港特别行政区基本法》及香港的法律、法规、条例和判例，条分缕析，构建了香港法律冲突法的理论体系和法律架构，开拓了香港法律冲突法的研究路径，是难能可贵的。我相信，以后一定还会有更多更好的有关研究香港法律冲突法的著作面世，但是作为第一本研究香港法律冲突法的著作，意义是重大的。

为祝贺张美榕的《香港冲突法研究》出版，我写了以上文字，是为序。

董立坤*

二〇一四年六月

* 中国国务院发展研究中心港澳研究所高级研究员、深圳大学港澳基本法研究中心主任，深圳大学法学院教授。

前 言

香港冲突法意义上的法律冲突,是指两个或两个以上法域之间的民商事法律冲突。就此而言,香港冲突法是协调香港与外法域之间民商事法律冲突的法律依据。其中包括管辖权、法律适用和民商事司法协助三部分。

对于司法管辖权问题,一般情况下,只要满足如下其中一种情形,则可以确定香港法院享有某一涉外民商事案件的诉讼管辖权:(1)被告自愿接受管辖;(2)被告在香港境内送达令状;(3)被告在香港境外送达令状。对于涉外民商事管辖权的冲突,香港法院一般通过不方便法院、禁诉令、外法域法院的管辖权条款等的适用予以协调。同时,香港地区在国家及其财产豁免问题上的法律依据经历三个阶段:第一阶段是1978年《英国国家豁免法》延伸适用于香港之前,采取绝对豁免原则。第二阶段是1978年《英国国家豁免法》延伸适用于香港直至回归之前,依据的是1978年《英国国家豁免法》。第三阶段是回归之后,香港法院适用的是成文法规则和普通法规则。其中成文法规则是指被列入

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)附件三的《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》。对于成文法规则未作规定的范围,则适用普通法规则。普通法规则,依照 2011 年 FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and Ors 判例所确立的绝对豁免原则。

法律适用问题主要涉及婚姻家庭、财产权、债权等法律关系的法律适用。婚姻家庭关系主要涉及婚姻缔结、离婚、父母子女关系等。财产权主要包括涉外物权、破产及破产令域外效力,以及破产申请管辖权等问题。债权法律关系主要包括合同之债和侵权之债的法律适用问题。对于上述问题,香港冲突法分别加以明确规定。相关民商事法律冲突将依照普通法和成文法规定加以解决。其中,较为突出的立法成果包括经海牙国际私法条约转化适用的香港法例,如《信托承认条例》、《婚姻诉讼条例》、《掳拐和管养儿童条例》和《领养条例》等。

民商事司法协助问题涉及外法域判决在香港的承认与执行、外法域仲裁裁决在香港的承认与执行问题、司法文书域外送达、域外取证和中国区际司法协助等。上述国际/区际民商事司法协助问题,由相应的普通法规则和成文法规定予以调整。在这里,有如下几个突出变化:第一,英国与英联邦国家的民商事判决只能通过普通法诉讼制度在香港获得强制执行;第二,内地与香港地区在 1997 年之后已经成功缔结了 1999 年《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》、2000 年《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》、2006 年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》,从而使相关司法协助事项得以顺利进行;第三,香港地区与澳门地区在 2013 年就“两地间仲裁裁决的相互承认与执行”事项达成了“安排”,这是港澳两地首次从“安排”方式调整港澳间区际司法协助事项。

回顾香港冲突法之晚近发展,香港冲突法在合同、侵权等法律适用问题上保持“不变”,而且,目前香港冲突法进行法典化的可能性并

不大,务实性与分散性仍会是未来香港冲突法成文立法的主要特征。这有利于维护法律的延续性和稳定性;而在某些领域,如海牙国际私法条约在香港转化适用、《居籍条例》之制定等,香港冲突法根据现实的需要而适当修法或制定了某项有关冲突法的香港法例。全书对上述问题进行了系统的分析和研究。

目 录

绪 论.....	1
一、选题背景	1
二、选题意义	3
三、文献综述	6
四、选题内容与创新点	9
五、研究方法	12
六、研究架构	15

第一篇 | 导论 |

第一章 香港冲突法概述	19
第一节 香港冲突法的概念	19
一、冲突法的调整对象	20
二、冲突法的性质	23

三、宪法性法律依据	24
第二节 冲突法渊源	32
一、国际法渊源	32
二、本地法渊源	36
第三节 香港冲突法学说理论	43
一、主要学说理论	43
二、学说理论之展望	50
第四节 香港冲突法的研究现状	52
 第二章 海牙国际私法条约在香港的适用	56
第一节 全球范围内的国际私法协调化进程	56
一、国内法层面	57
二、区域层面	58
三、国际层面	59
第二节 海牙国际私法会议与海牙国际私法条约	60
一、海牙国际私法会议概况	60
二、海牙国际私法条约的直接影响与间接影响	64
第三节 海牙国际私法条约在香港地区适用的几个问题	70
一、海牙国际私法条约在香港地区适用的法律依据	70
二、海牙国际私法条约在香港地区的转化立法	77
三、海牙国际私法条约对内地与香港地区之间区际司法 协助的推动作用	85
四、海牙国际私法条约对香港地区与欧盟之间司法合作的 推动作用	91
第四节 小结	96
 第三章 住所、国籍与居所	98
第一节 住所	99
一、住所的一般问题	100

二、2009 年之前住所的确定:普通法规则	104
三、2009 年之后住所的确定:《居籍条例》	109
四、小结	111
第二节 国籍与居所	112
一、国籍	113
二、居所	115
三、小结	123

第二篇

| 管辖权问题 |

第四章 涉外民商事诉讼管辖权	127
第一节 香港涉外民商事诉讼管辖权的理论与实践	128
一、香港关于涉外民商事诉讼管辖权的理论	128
二、确定香港涉外民商事诉讼管辖权的实践	132
三、香港关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的协调方法	146
四、小结	157
第二节 国家及其财产的管辖豁免	158
一、1978 年之前:绝对豁免原则	159
二、1978 ~ 1997 年:《英国国家豁免法》	164
三、1997 年之后:香港所采纳的原则	168
四、小结	180

第三篇

| 法律适用问题 |

第五章 法律适用中的一般性问题	185
-----------------------	-----