

● 国家社科基金“九五”规划重点项目

中国内地与香港地区 法律的冲突与协调

董立坤 主编

The Conflict and Harmonization of Laws
in Mainland of China and Hong Kong



法律出版社
LAW PRESS CHINA

● 国家社科基金“九五”规划重点项目

中国内地与香港地区 法律的冲突与协调

董立坤 主编

5A244/19



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)

中国内地与香港地区法律的冲突与协调/董立坤主编.
—北京:法律出版社,2004.4
ISBN 7-5036-4816-3

I. 中… II. 董… III. 法律—区域差异—研究—中国
IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 016480 号

法律出版社·中国

责任编辑/张 波

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法学学术与综合出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/787×960 1/16
版本/2004年6月第1版

印张/39 字数/723千
印次/2004年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939656

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782
中法图上海公司/021-62071010/1636
中法图深圳公司/0755-83072995

电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图北京分公司/010-62534456
中法图苏州公司/0512-65293270
中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4816-3/D·4534

定价:48.00 元

序

一部历时7年之久,60余万字的工程终于完成了,我真有一种解放的感觉!

1996年5月17日,全国社会科学规划办公室向我下达了《国家社科规划基金资助课题立项通知书》,通知我所申报的《中国内地与香港地区法律冲突与协调》“已获批准立项”为“九五规划重点课题”。在众多的申请者中,国家社科规划办公室,通过重重竞争和评选,最终决定把这个项目交付给我,这是全国社科界,尤其是法学界的前辈和同仁对我的重托和信任。自那时以来我一直承受着这份重托:我时刻思考着这个课题,不断地搜寻着有关的信息和资料。时间不断地向前推移,我心理负担也日益沉重,因为新的成果不断涌现,新的有待研究问题也不断涌现,我的研究计划也在不断地改变,研究的重点和难点也与日俱增,而可供我研究用的时间却总是不能如愿……时不我待,我和课题组的同志破釜沉舟、奋力冲刺,今天终于可以交卷了!

本书分三编十三章。

第一编:“一国两制”与中国内地与香港地区法律的冲突与协调。中国区际法律冲突是从“一国两制”开始的,“一国两制”开创了中国区际私法的新纪元,不从法律上认识一国两制是无法说清楚中国的区际法律冲突的。过去,人们多以一国两制是一个政治构想,一种政治理论来论述它。其实,从法律角度看,一国两制是一个法律现实,一个包含着不同法律和法律制度的法律体制。中国内地法律同香港特别行政区法律的冲突与协调,从某种意义上说是“一国”与“两制”的冲突与协调,只有弄清楚“一国两制”的深刻法律涵义,才能从根本上找到协调中国内地与香港特别行政区法律冲突的

途径与方法。这是本书同其他一切相关著作不同之处,也是本项目最深刻的理论认识。本编分三章:第一章,“一国两制”从理论构想到法律现实;第二章,基本法是协调内地与香港法律冲突的基本法律;第三章,香港特别行政区行使对外事务权的法律协调。本编是全书的根本,也是全书的脊梁,其真正的意义就在于:一国两制不再仅仅是一个政治构想,一个政治现实,也是一个法律现实,一个崭新的法律体制,内地与香港的法律冲突与协调也包含于这个体制之中。

第二编:中国内地与香港地区民商事法律的冲突与协调,这是传统的法律冲突问题,过去在相关的著作中都有所论述,所不同的是,本文对所涉及的相关问题都根据内地与香港有关规定,并结合中、港两地最新的立法和司法实践,进行了较为深入的比较分析,在充分研究的基础上,提出了解决相关法律冲突的途径和方法。

第三编:内地与香港司法程序法律的冲突与协调,具体研究了内地与香港的司法管辖权、民事证据规则、文书送达、证据调查、法院判决和仲裁裁决的承认和执行等诸多涉及内地与香港地区的司法协助问题。内地与香港地区实行完全不同的司法体制,从而使上述相关问题的法律冲突十分突出,法律协调和司法互助也就十分重要。

本项目由我主持,统筹安排了相关主题的研究,我还撰写了本书第一编各章和第三编第十章的大部分。第二编各章分别由蒋筱熙(第四章),唐卫华、潘亮、蒋琳、赵粤茹、郭平、邱萌(第五章),李磊(第六章),王秋华(第七章),赵蓓(第八章),李侃(第九章)所完成。第三编的第十一章为广东省东莞市中级人民法院法官,西南政法大学在读博士生程春华同志执笔。第十章第四节、第十一章第三节为张淑钿撰写。第十二、三章分别由赵蓓、李磊完成。

本项目在完成过程中得到香港特别行政区律政司黄继儿律政专员的指导和帮助,在此特向黄继儿先生致以深深的谢意!

本项目所有参加者的刻苦钻研精神,严肃认真的治学态度令我感动,创新思维给我以启示,在此,我谨向每位参加者致以深深的谢意。由于本书由我策划构思,审核定稿,其有任何不妥之处概应由我负责。我也诚恳地希望海内外的专家以及广大的读者不吝批评赐教。

期望本书能为“一国两制”法律制度的成功,为协调平衡内地与香港特别行政区的法律冲突有所裨益。

序

谨以本书献给为实践“一国两制”做出重大贡献的香港特别行政区政府。

深圳大学法学院教授
国务院发展中心港澳
研究所高级研究员
董立坤

2004年5月1日

目 录

导论:中国恢复对香港行使主权后中国内地与香港地区的法律 冲突与协调	(1)
第一编 “一国两制”与中国内地与香港地区法律的冲突与协调	(13)
第一章 “一国两制”从理论构想到法律现实	
第一节 “一国两制”是在中国特殊条件下产生的统一国家的 特殊方式	(15)
一、香港、澳门、台湾地区与中国内地分离有其复杂的历史 与现实因素	(15)
二、“一国两制”是解决香港、澳门、台湾地区与中国内地统一 的最佳方式	(21)
第二节 “一国两制”从理论的构想到法律现实	(25)
一、“一国两制”理论构想的形成	(25)
二、“一国两制”从理论构想到法律现实	(26)
第三节 “一国两制”的法律涵义	(31)
一、一种特殊的单一制的国家形式	(32)
二、一个包含着不同法律和法律制度的独立的法律体制	(34)
三、一个具有高度自治权的地方行政管理体制	(41)
第二章 基本法是协调内地与香港法律冲突的基本法律	
第一节 基本法的性质与特点	(47)

中国内地与香港地区法律的冲突与协调

一、香港特别行政区基本法是全国性法律	(47)
二、基本法是香港特别行政区宪法性的法律	(52)
第二节 基本法与内地和香港相关法律的冲突与协调	(61)
一、香港原有法律和基本法的冲突与协调	(61)
二、香港特别行政区立法机构制定的法律与《基本法》的 冲突与协调	(70)
三、在香港适用的全国性法律与基本法的协调	(73)
第三节 基本法解释权的冲突与协调	(79)
一、中国法律解释制度	(79)
二、香港法律解释制度	(83)
三、基本法解释权的冲突与协调	(84)
四、全国人大常委会解释基本法案例评析	(87)
第三章 香港特别行政区行使对外事务权的法律协调	
第一节 香港特别行政区的对外事务权及其特点	(100)
一、香港特别行政区的对外事务权	(100)
二、香港特别行政区对外事务权的特点	(101)
第二节 对香港特别行政区参加有关国际组织的法律协调	(102)
一、非主权地区成为国际组织成员资格的条件	(102)
二、1997 年前香港参加的国际组织	(104)
三、对香港特别行政区参加有关国际组织的法律协调	(106)
第三节 对香港特别行政区缔结、适用国际双边或多边条约的 法律协调	(111)
一、香港特别行政区对外缔约权的法律协调	(111)
二、对香港适用的多边或双边条约的法律协调	(116)
第四节 对香港同其他国家和地区建立官方和非官方关系的 法律协调	(129)
一、1997 年前香港与外国建立的官方和非官方关系	(129)
二、香港特别行政区同外国的官方或非官方关系的法律协调	(131)
三、香港特别行政区同台湾地区关系的法律协调	(133)

第二编 中国内地与香港地区民商事法律的冲突与协调 (135)

第四章 内地与香港地区有关香港居民身份法律的冲突与协调

第一节 两地有关香港居民国籍的法律冲突与协调	(137)
一、国籍的基本法律问题	(137)
二、英控时期对香港地区居民的国籍规定	(138)
三、中国对香港居民国籍的规定	(141)
四、中英两国对 1997 年以后香港居民国籍冲突问题的安排	(142)
五、英国的居英权计划和中国的态度	(147)
六、《国籍法》在香港特别行政区的实施	(148)
七、香港居民的护照	(152)
八、香港居民国籍的积极冲突的解决	(153)
九、香港居民中少数民族裔的国籍消极冲突(无国籍问题)	(156)

第二节 两地有关香港居民永久居民身份法律的冲突与协调	(159)
一、香港居民的定义	(159)
二、决定香港地区居民身份的法律制度	(160)
三、决定香港永久居民身份的重要标准	(164)
四、永久居民身份与居留权的关系	(169)
五、《基本法》实施以后对香港原来拥有永久性居民身份 人士的居民身份以及居留权的法律协调	(172)

第五章 内地与香港地区有关婚姻家庭和继承法律的冲突与协调

第一节 内地与香港结婚制度的法律冲突与协调	(175)
一、两地结婚制度的法律冲突	(175)
二、两地结婚法律冲突的协调	(182)
三、内地与香港离婚法律冲突	(185)
四、内地与香港离婚法律冲突的协调	(189)
第二节 内地与香港夫妻关系的法律冲突与协调	(192)
一、夫妻人身关系	(192)
二、夫妻财产关系	(198)
第三节 内地与香港父母子女关系法律的冲突与协调	(207)

中国内地与香港地区法律的冲突与协调

一、两地有关父母子女关系法律的冲突	(208)
二、两地有关父母子女关系的法律冲突的协调	(220)
第四节 内地与香港有关继承法的冲突与协调	(228)
一、香港与内地继承法律制度上的冲突	(229)
二、香港与内地继承法律关系的协调	(235)
第六章 内地与香港地区有关物权法律的冲突与协调	
第一节 内地与香港地区有关物权法律制度的规定	(239)
一、香港财产法的主要内容	(239)
二、内地物权法的主要内容	(241)
三、内地与香港地区物权法上的特有制度	(243)
第二节 内地与香港所有权法律的冲突与协调	(245)
一、所有权取得方式上的法律冲突	(245)
二、动产所有权转移的法律冲突	(252)
三、两地所有权法律的协调	(253)
第三节 担保物权的法律冲突	(253)
一、抵押权	(254)
二、留置权	(260)
三、质权	(261)
第四节 内地与香港地产法律的冲突与协调	(262)
一、香港的地产法律	(262)
二、内地的地产法律	(267)
三、内地与香港地区地产法律的协调	(270)
第七章 内地与香港地区有关知识产权法律的冲突与协调	
第一节 两地知识产权制度的渊源与特点	(272)
一、1997 年前香港知识产权制度的渊源与特点	(272)
二、1997 年后香港的知识产权制度与特点	(274)
三、内地建立知识产权制度的背景	(277)
第二节 两地专利制度的冲突与协调	(280)

目 录

一、整体的立法形式	(282)
二、授予专利权的标准	(283)
三、不受专利法保护的发明	(285)
四、专利权的主体资格	(289)
五、撤销程序和无效宣告程序	(290)
六、间接侵权	(292)
七、实用新型专利与短期专利	(293)
 第三节 两地商标制度的冲突与协调.....	(296)
一、两地的商标立法	(296)
二、立法形式	(298)
三、立法内容	(299)
四、商标权的取得	(300)
五、商标标识的构成	(304)
六、获准商标注册的条件	(305)
七、注册条件	(307)
八、注册商标的种类	(308)
九、申请权的确认	(312)
十、商标权的主体	(313)
十一、商标局的最终确权	(314)
十二、“争议”的时效	(315)
十三、注册商标的撤销	(315)
十四、注册商标的使用	(316)
十五、商标平行进口	(317)
 第四节 两地版权制度的冲突与协调.....	(321)
一、两地的版权立法	(321)
二、受版权法保护的作品范围	(327)
三、精神权利的保护	(332)
四、版权财产权利	(335)
五、版权主体	(338)
六、“法定许可”使用作品的范畴	(339)
 第八章 内地与香港地区有关债法的冲突与协调	
第一节 两地有关合同法律的冲突与协调.....	(341)

一、两地的合同法律冲突	(341)
二、合同法律冲突之协调	(348)
第二节 两地有关票据法的冲突与协调	(353)
一、香港票据法与内地相关法律的冲突	(353)
二、两地票据法律冲突之协调	(359)
第三节 两地有关侵权行为法的冲突与协调	(366)
一、香港侵权行为法与中国内地相关法律的冲突	(366)
二、香港侵权行为法与中国内地相关法律冲突之协调	(372)
第九章 内地与香港地区有关公司法的冲突与协调	
第一节 两地公司制度的不同发展历程	(378)
一、香港公司制度的发展历程	(378)
二、内地公司制度的发展历程	(380)
三、小结	(382)
第二节 内地与香港地区有关公司概念的冲突与协调	(382)
一、公司定义的冲突	(383)
二、公司分类的冲突	(384)
三、公司国籍的冲突与协调	(388)
四、公司承认的冲突与协调	(390)
第三节 内地与香港地区有关公司设立的法律冲突与协调	(391)
一、内地有限责任公司的设立	(391)
二、内地股份有限公司的设立	(392)
三、香港公司的设立	(393)
四、公司设立中政府审批的法律冲突与协调	(395)
五、公司住所的法律冲突与协调	(396)
第四节 内地与香港地区有关公司资本制度的法律冲突与协调	(399)
一、内地公司制度的法定资本制	(400)
二、香港公司制度的授权资本制	(401)
三、公司权利能力的法律冲突与协调	(402)

目 录

第五节 内地与香港地区有关公司组织机构的冲突与协调	(404)
一、总体架构规定的冲突	(405)
二、有关股东会规定的冲突	(405)
三、有关董事会及董事规定的冲突	(407)
四、内地公司制度中有关监事及经理的规定	(411)
五、香港《公司条例》对公司秘书的规定	(412)
六、公司行为能力的冲突与协调	(413)
第六节 内地与香港地区有关公司破产制度法律的冲突与协调	(414)
一、内地与香港破产法的立法背景	(415)
二、两地关于公司解散方式规定的冲突	(416)
三、两地关于公司自愿解散(清盘)程序规定的冲突	(418)
四、香港公司法关于强制清盘的规定	(420)
五、内地公司破产案件的审理	(426)
六、有关公司破产冲突的协调	(429)
第三编 中国内地与香港地区司法程序法律的冲突与协调	(431)
第十章 内地与香港民商事司法管辖权的冲突与协调	
第一节 香港的民事诉讼程序	(433)
一、提出告诉	(433)
二、送达文件	(437)
三、交换状词	(440)
四、交换文件	(441)
五、聆讯程序	(441)
六、判决	(442)
七、复查及审裁处的特别规定	(443)
八、上诉程序	(443)
第二节 香港法院对涉外民事案件的管辖权	(444)
一、香港法院行使涉外民事诉讼管辖权的一般原则	(444)
二、向香港境外送达司法文书行使的司法管辖权	(446)
三、香港法院“对物诉讼”的管辖权	(449)
四、香港法院的协议管辖权	(451)
五、关于司法管辖权的抗辩	(452)

第三节 内地与香港司法管辖权的法律冲突与协调	(453)
一、内地与香港民商事司法管辖权法律的冲突	(453)
二、内地与香港地区民商事案件司法管辖权的法律协调	(455)
第四节 内地与香港文书送达的司法协助	(460)
一、内地与香港现行的文书送达法律制度的冲突	(460)
二、回归前内地与香港文书送达司法协助回顾	(468)
三、香港回归后,内地与香港文书送达的司法协助	(470)
第十一章 内地与香港地区民事证据法律的冲突与协调	
第一节 内地和香港有关民事证据的法律及其相关制度	(474)
一、证据的概念	(474)
二、内地与香港的民事证据立法	(475)
三、民事证据的分类	(477)
四、证据理念	(478)
五、证明责任	(481)
六、证人制度	(482)
七、书证制度	(484)
八、证据排除规则	(487)
九、免于证明的事项	(489)
第二节 两地民事证据的法律冲突	(492)
第三节 证据法律冲突的协调——内地与香港调取证据的司法协助	(497)
一、内地现行域外取证法律制度	(497)
二、香港域外取证法律制度	(500)
三、两地域外取证法律制度的冲突	(503)
四、两地之间域外取证的司法实践	(504)
五、可供借鉴的内地与澳门的调查取证的司法协助	(505)
六、内地与香港调查取证司法协助安排的主要内容	(508)

第十二章 内地与香港地区法院判决的相互承认与执行

第一节 香港地区对外国法院民商事判决的承认与执行·····	(510)
一、英国对外国判决的承认与执行·····	(510)
二、香港地区对外国民商事判决的承认与执行·····	(513)
第二节 内地对外国法院判决的承认与执行·····	(515)
第三节 内地与香港地区相互承认与执行民商事判决的模式·····	(517)
一、统一立法模式·····	(518)
二、分别立法模式·····	(519)
三、参加国际公约模式·····	(520)
四、签订协议模式·····	(521)
五、安排模式·····	(522)
第四节 内地与香港地区相互承认与执行民商事判决的条件·····	(524)
一、管辖权·····	(524)
二、案件的范围·····	(532)
三、公正程序·····	(536)
四、公共政策原则·····	(543)
五、判决的确定力·····	(548)
六、互惠原则·····	(553)
第五节 内地与香港相互承认与执行法院判决的程序·····	(557)
一、协调两地相互承认与执行法院判决程序的重要性·····	(557)
二、承认与执行外国法院判决的程序·····	(558)

第十三章 内地与香港地区仲裁裁决的承认与执行

第一节 内地与香港的仲裁裁决承认与执行制度·····	(564)
一、内地与香港的仲裁立法·····	(565)
二、两地仲裁裁决执行或承认与执行制度·····	(566)
第二节 内地与香港相互承认与执行仲裁裁决·····	(577)
一、1997年前两地仲裁裁决的相互承认与执行·····	(577)
二、1997年后两地仲裁裁决的相互承认与执行·····	(584)
三、回归后两地相互承认与执行仲裁裁决问题·····	(587)

第三节 内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排.....	(589)
一、有关可以申请执行的非内地法域仲裁裁决及管辖的规定	(590)
二、有关申请执行的具体形式要件	(591)
三、申请执行的期限	(592)
四、有关执行程序	(593)
五、不予执行的理由	(594)
六、其他安排	(604)
七、一些应继续受到关注的问题	(604)
后记	(608)

导论：中国恢复对香港行使主权后 中国内地与香港地区的法律 冲突与协调

中国恢复对香港行使主权已近6年了，近6年来，香港不仅经受了亚洲金融风暴的巨大冲击，也因应了临时立法会的设立；第一届立法会的选举；市政局的撤销及区议会的选举；“无证儿童案”的审理与判决；全国人大解释基本法以及SARS疫情等各项政治、法律风波和社会灾害的冲击，由于中国政府严格履行在中英《关于香港问题的联合声明》（以下简称“《联合声明》”）的规定，根据“一国两制”的原则，在《基本法》架构内，正确协调和处理了涉及中国内地与香港特别行政区的各种政治、经济、法律问题，香港不仅经受了金融风暴和政治、法律风波和SARS疫情的考验，保持了稳定和繁荣，同时，香港作为中华人民共和国的一个特别行政区，比以前更具有生气和活力，一个生机勃勃的新香港备受世界瞩目。

香港成功的因素是多方面的，从法律方面来说，正确地处理和协调中国内地与香港特别行政区的法律关系和法律冲突是其成功的一个重要因素。

一、中国恢复对香港行使主权，并没有改变香港仍然是一个与中国内地实行不同法律和法律制度的独立法律区域的事实

什么是法律冲突呢？简单地说，法律冲突就是指某一民事案件，其主体、客体和行为诸因素中，有一个或一个以上的因素涉及其他国家，从而使该案件与两个以上的国家的法律发生关系，由于这两个国家法律规定不同，由此产生了法律冲突。法律冲突法的根本任务是，从这互相冲突的几个法律中，选择其中一个法律适用于该民事案件。在一般情况下，法律冲突是指不同法律制度国家之间法律发生的冲突。但是，在实践中，法律冲突不仅仅发生主权国家之间，也发生在同一个国家内实行不同法律制度的区域之间。前者称国家间的法律冲突，后者