

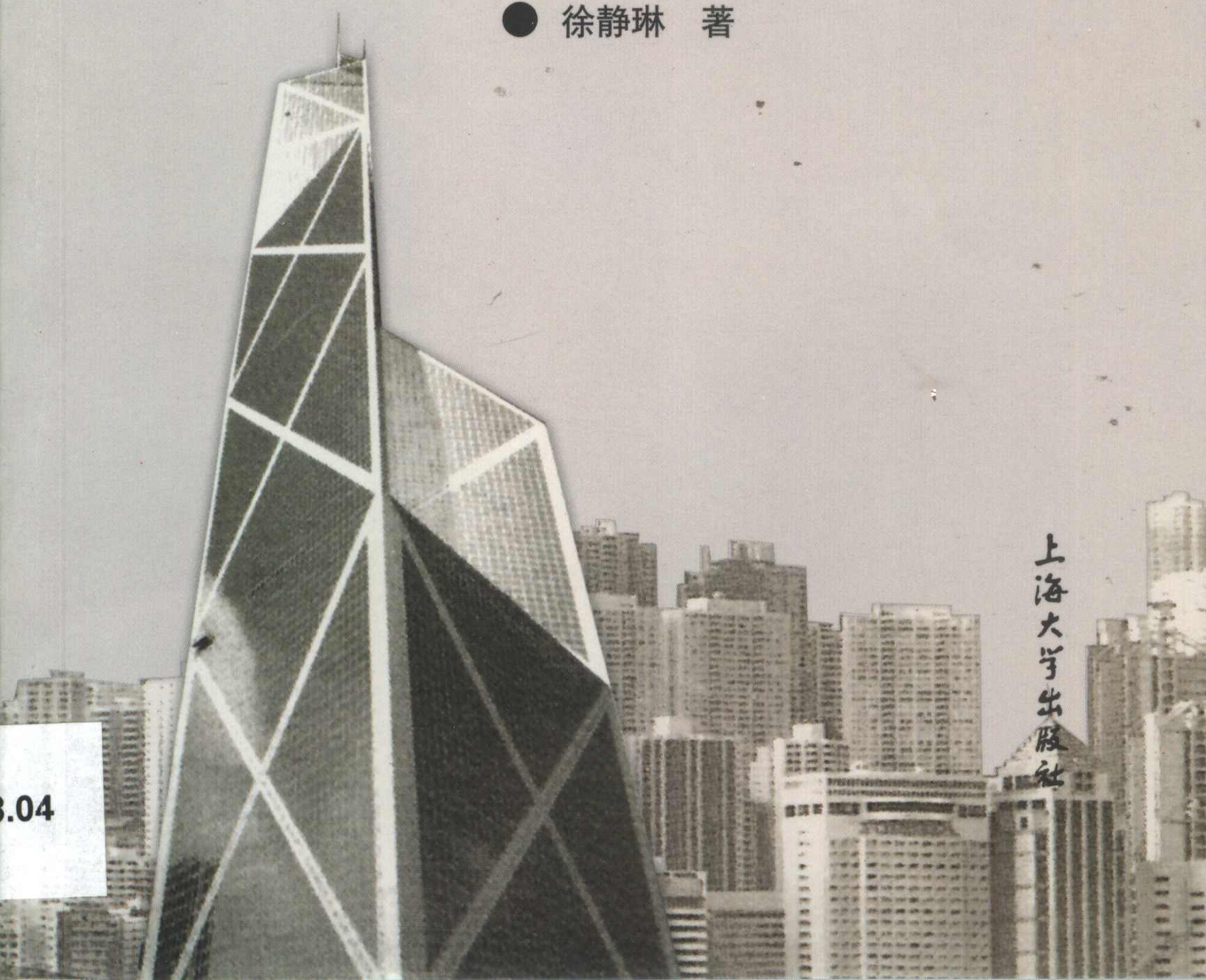
HONG KONG LAWS IN EVOLUTION

演进中的 香港法

● 徐静琳 著

上海大学出版社

3.04



711

D727.658.FX

X74

演进中的香港法

徐静琳 著

上海大学出版社

·上海·

图书在版编目(CIP)数据

演进中的香港法/徐静琳著. —上海: 上海大学出版社, 2002. 10

ISBN 7 - 81058 - 331 - X

I. 演... II. 徐... III. 法律-研究-香港特别行政区 IV. D927.658.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 080355 号

演进中的香港法

责任编辑 傅玉芳

特约编辑 曹培雷

技术编辑 冯谷兰

责任校对 张 懿

封面设计 王春杰

出版发行 上海大学出版社

上海市延长路 149 号 200072

86 - 21 - 56331806(发行部)

经 销 新华书店

印 刷 江苏句容排印厂

开 本 890×1 240 1/32

印 张 15.75

插 页 2

字 数 441 千

版 次 2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

印 数 1~1 100

定 价 36.00 元

本版图书如有印装错误,可随时向出版社调换。

序

李昌道

从中西法文化融合的视角考察香港法,以比较方法研析香港法制百年演进史,从法律文化层面梳理香港法原理和法治经验,此乃本书作者在香港法研究视角和研究理念上的创新思路。拜读全文,深感以下三个论点贯通全书。

“借来的法制”得以延续

由于历史政治因素,香港法制与英国法制颇多相近。然而,1841年英国初占领香港岛时曾宣称:“在未获女皇陛下进一步指示之前,香港岛上原居民及所有居港华人,均受中国法律及习惯约束。”1844年,香港制定最初的《最高法院条例》,其第5条规定:“1843年4月5日香港成立本地之立法机构后,现行之英国法律将在香港实施,但不适合本地情况或本地居民及由上述立法机构另行立法取代者外。”因此,是年开始,英国的成文法适用于香港。但随着时代进步,香港立法机构渐渐将英国通过的成文法,转化为香港本地通过的成文法,并酌量修改,以更适合本地环境。至于英国,甚至其他普通法地区的判例,除经香港成文法明确或默示推翻外,一直广为香港各级法院引用为判案依据。

对于英国人来说,回归前的香港,是“借来的地方,借来的时间”;对于香港市民来说,回归前的香港法律体制是“一个借来的法制”,一个不属于传统或现代中国法律的体制,而是从英

国移植到香港来的法制。

然而,历史的辩证进程,往往会有出人意料的结果。1984年签订的《中英联合声明》一方面宣布了英国对香港的统治时代在1997年彻底终结;另一方面却赋予那个“借来的法制”新的生命和新的身份——它可以在“九七”后延续下去,“基本不变”,与中华人民共和国香港特别行政区一起,至少有50年之久。

香港特别行政区的法律制度,建立于法治及司法独立的稳固基础之上。根据“一国两制”原则,香港特别行政区的法律制度是以普通法为根基,与内地的制度有很大不同。中英联合声明和香港基本法规定“原有法律基本不变”,这保证了回归前香港沿用的法律制度得以延续。1997年2月,全国人民代表大会常务委员会按照香港基本法第一百六十条规定,宣布除抵触基本法的24项条例外,沿用所有原有法律。换言之,香港原有的六百多项条例差不多全部继续适用于香港特区。香港的司法制度藉以下措施得以延续:如成立终审法院、基本保留原有法院和审裁处等。香港特区在回归当天制定的《香港回归条例》亦作出了多项规定,藉以延续和进一步巩固香港法制及司法制度。

香港法制纳入中国法制

香港回归祖国,是中国现代史上的大事。香港特别行政区的建立和香港原有法制按基本法被吸纳入中国法制,则是中国现代法制史上的大事。香港法制属普通法传统和资本主义类型法制;中国内地法制则以社会主义类型为基础,并在不少方面追随欧洲大陆法系的模式。所以,香港回归意味着中华人民共和国法制增加了多元成分,变成一个有更丰富内容的复合体,已由单一法域国家转变为多法域国家。

香港特别行政区实施的法律包括：① 香港基本法；② 列于基本法附件三或附加的全国性法律；③ 基本法第八条规定的香港原有法律；④ 香港特区立法机关制定的法律。由此，香港法制被吸纳入中国法制，至少在以下三方面宜进行法律调整。

首先，香港法制与基本法的衔接。香港基本法在香港特区法律体系中的地位具有至上性，香港特区的制度和政策必须以香港基本法的规定为依据；所有在港实行的法律无论是原来保留的还是今后所立的制定法，无论是判例法还是习惯法，都不得与香港基本法相抵触，一切与香港基本法抵触的香港法律和政策，都是无效的。因此，回归后的香港需要在立法上作适应性调整，在司法上确立香港基本法的宪制性地位，在执法上遵循香港基本法的规定，以使香港特区法制与香港基本法衔接，形成以香港基本法为根本法典的香港特区法制体系。

其次，对原有法律作适应化修改。确切地说，法律适应化是指对“香港原有法律”的部分内容或个别表述作适当修改，使之符合香港基本法的规定，符合中华人民共和国恢复主权后香港的地位。这项立法调整，实际上分两个阶段进行。第一阶段的工作，在特区成立之前已经开始，主要是依据香港基本法对香港“原有法律”进行审核，以确定能予以保留而为特区所采用。第二阶段的工作，是对香港“原有法律”在特区适用时作出必要的修改、适应或限制，以反映香港新的法律地位。

再次，两地法律冲突和协助。由于两种法系之异和两地体制之异，在法律的具体操作、法律解释、法律适用等方面会出现歧义，如何在两种制度的边界线上接轨，如何弥补可能出现的法律真空，甚为重要。因此，香港法制被吸纳入中国法制必然产生两地法律冲突和协助问题。以法律冲突而言，世界上法制不统一的国家很多，如英国、美国、加拿大、澳大利亚等，而与法

制不统一国家内部的区际法律冲突相比,中国内地与香港两地之间的法律冲突有其鲜明的特点:它是特殊的单一制国家内的区际法律冲突;它是社会制度根本不同的法域间的法律冲突;它有时表现为各法域本地法和其他法域适用的国际条约之间以及各法域适用的国际条约之间的冲突;内地法域和香港法域各有最高审级法院,即最高人民法院和香港特区终审法院等。以司法协助而言,两地协助可分为刑事协助、民事协助、商事协助等,具体如传询证人、缉拿犯罪嫌疑人、引渡案犯、送达司法文书、代为调查取证、承认和执行对方法院的判决等等。经过两地研究,现已就民事领域的文书送达和仲裁裁决的执行作出安排,两地执行效果良好。其他有关区际司法协助事宜还有待完善解决。

共同追求法治精神

香港法的百年演进乃中西法文化融合的过程。回归前,香港法属于普通法系,且带有殖民统治的色彩,此外,还残留了少许大清律例和习惯法内容,主要的法律形式是本地的条例和附属立法。回归后,在“一国两制”的基本国策下,香港法被吸纳入中国法制,必将对法的融合、移植展开新的一页,标志着在原有法律基本不变的前提下,香港法制和法治将会有较大演进。

香港特区行政长官董建华在施政报告中指出,香港司法制度一如既往,继续公正、独立地运作。香港的法律体系保持了稳定和延续,各级法院仍然以高效、廉洁运作,公正、严明的审判维护着法律,实践着法治,法治根基稳如磐石。回归近五年来,香港经历了“质疑临时立法会合法性”讼案、终审法院的居港权判决、全国人大常委会有关基本法第二十二条和第二十四条的解释等重大法律事件,在司法实践中面临诸多新的挑战,但相信实践的结果将如钱其琛先生会见终审法院首席法官

李国能所言:在香港司法人员的共同努力下,香港一定能建立起享有世界声誉的司法制度。

在“依法治国,建设社会主义法治国家”的重大决策下,中国内地的法制建设,包括立法、司法和执法等各方面取得了显著的进步。但是,内地法制建设的现状离社会主义民主、文明的法治目标还有很大差距,尚有不少亟需解决的问题,如监督机制薄弱;对司法机关的干涉,存在部门和地方保护主义;反腐败不力等等。这些问题的存在,有碍建立社会主义法治国家目标的实现,同时也会加剧内地与香港法律之间的冲突。

因此,我们在尊重不同法域法制差异的同时,要以弘扬法治精神和创造法治环境上的共同追求,去协调两者差异所可能产生的矛盾。不同文化之间不但有其相异性、对立性、冲突性,更重要和宝贵的是共通性、交融性、互补性。这也适用于法律文化。自从内地实行改革开放以来,两地的经济、文化、社会等各方面的互动关系,给双方都带来了不少良性的影响。香港回归后,两地间法律层次的接触、交往和沟通与日俱增。香港是世界经贸和金融中心,信息灵通,视野广阔,在促进两地实现民主法治上具有相当的优势和潜力。发展中的香港法,不仅在原有基础上继续向前迈进,且能为中国法制现代化事业增添光彩。

因学术研究领域相近,我与本书作者徐静琳君相识已久。徐君是内地最早涉足香港法领域的学者之一。据我所知,她早在1987年参与主编《香港法简论》(上海社会科学院出版社出版)以来,迄今硕果丰厚。现经多年积累撰写成本专著,可谓十年磨一剑。本书运用丰富的史料和判例,对香港法制作了系统的动态描述,结构严谨,内容深入,分析透彻,论点鲜明,并融法史学、比较法学和部门法学为一体全面展开,在国内同类研究中具有创意和独到见解。我自20世纪80年代中到新华社香

港分社工作后,研究香港法已达十余年,一直跟踪香港法发展。今拜读全书后,感到确实是一本不可多得的上乘之作。

香港回归后,研究香港法热潮似乎已消退。但应当认识到,香港回归后,还有更多的理论和实务问题亟待研究和解决,需要两地法律界和司法界同仁研究和沟通。“一国两制”也对中国特色社会主义法学提出了许多挑战性研究课题。两地法学界肩负共同的历史使命,让我们共同努力,为建设富强、民主、文明的法治国家贡献智慧和力量。

2002年5月于复旦园

目 录

序	李昌道	1
第一章 中西交汇:香港法的源与流		1
第一节 早期香港及适用法律		1
一、历代香港建制及司法管辖		1
二、适用清王朝法律和乡约		5
第二节 英国殖民统治与二元法制		6
一、强权下的不平等条约		6
二、港英法律地位的确立		12
三、二元法制说及有关史实		13
第三节 中西合璧——香港法雏形		18
一、推行英国制定法		18
二、适用普通法和衡平法		22
三、制定条例和附属立法		25
四、保留部分华人习惯		27
五、履行有关国际协议		30
第二章 成功移植:普通法传统的融合		32
第一节 “无所不在”的普通法		33
一、普通法渊源及内涵		33
二、应运而生的衡平法		34
三、“不成文法”——判例法		37

第二节 “衡平”——缓和法律之严峻·····	39
一、脍炙人口的法律谚语·····	40
二、灵活多样的救济途径·····	41
三、禁止出尔反尔原则·····	45
第三节 颇具特色的部门法·····	46
一、合约法·····	47
二、财产法·····	55
三、侵权行为法·····	71
四、公司法·····	83
五、雇佣法·····	94
六、知识产权法·····	108
七、税法·····	121
八、家事法·····	128
九、刑事法·····	151
第四节 “程序优于权利”·····	167
一、实行抗辩式诉讼·····	168
二、当庭盘问的证据原则·····	171
三、完善的陪审团制度·····	174
第五节 权威解释——法官“造法”·····	179
一、“法官独立”的保障·····	179
二、庭审与法的“创制”·····	185
三、司法解释的黄金规则·····	188
 第三章 本土化趋势：香港制定法的发展·····	 193
第一节 立法局百年演变·····	193
一、地位及职能的变化·····	193
二、议员构成的变化·····	199
三、产生方式的变化·····	202

四、“政改”风波与末届选举	207
第二节 本地制定法发展	212
一、“三读”立法程序	212
二、条例的地位及体系	215
三、法律本土化的进展	217
第三节 后过渡期的法律衔接	218
一、英方大幅度修改法律	218
二、有关“人权法案”的处理	220
三、对“原有法律”的审查	222
第四节 法律双语化进程	228
一、传统的法定用语	228
二、法律双语化进程	230
三、中文庭审案评析	234
 第四章 历史性变革:特区法制开新篇	245
第一节 “一国两制”下的香港法域	247
一、香港基本法实施	247
二、中央与特区的关系	253
三、特区政治体制架构	258
四、特区法域自成一体	270
第二节 独立的司法制度	288
一、法院制度	288
二、检控制度	307
三、律师制度	315
四、法律公证人制度	325
五、法律援助制度	328
第三节 部分全国性法律在港实施	333
一、全国性法律在港实施原则	334

二、特区立法实施国旗法	335
三、国籍法的变通性适用	338
四、“驻军法”的基本内容	347
第四节 香港与内地的法律冲突及协调	353
一、香港和内地冲突法概略	354
二、香港与内地法律冲突的特点	364
三、处理区际法律冲突的原则及途径	367
四、内地与香港司法协助的新模式	374
第五节 涉及基本法的争讼和挑战	386
一、基本法的解释原理和机制	386
二、“居港权”案与宪政文化冲突	393
三、“国旗、区旗”案与普通法论据	404
第五章 史鉴与思考:香港法启示录	409
第一节 外来法从移植到本土化	410
一、“种植式”的法律移植	410
二、结合本地实际的适用	412
三、从制度到精神的移植	414
四、法的融合及本土化	415
第二节 香港与内地法制的互动	418
一、互动:多层面的冲突与交融	418
二、超越法域:比较与借鉴	421
 附录一 中华人民共和国香港特别行政区基本法	 426
附录二 中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合 王国政府关于香港问题的联合声明	461
附录三 关于国籍问题中英双方交换的备忘录	480
附录四 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和	

《中华人民共和国国籍法》在香港特别行政区实施的几个问题的解 释	482
附录五 中华人民共和国香港特别行政区驻军法	484
后 记	490



第一章

中西交汇：香港法的源与流

在华夏文明的发展史上,香港的发展别具一格。仅在一个半世纪以前,香港还只是一个鲜为人知的渔村,时至今日,香港已成为繁华的国际性都市,是世界金融、贸易和航运中心。在香港的演变过程中,有政治、经济、文化的诸多因素,其中法制及法律文化的影响和推动,应是香港发展的基本保障。

在香港地区施行的法律,从孕育、形成、演变到完善,历经曲折。经过百余年演变,香港法在法理上已具有相对独立的涵义。由于近代特殊的历史背景,香港法的形成及构成比较独特。一方面,香港承袭了部分中国法的传统和习惯,并根据本地情况制定条例和附属立法;另一方面,香港在相当程度上吸收了英国法的内容,甚至直接适用部分英国法律。因此,香港法的渊源及内容无不呈现出中西融会的多元特色。

第一节 早期香港及适用法律

一、历代香港建制及司法管辖

香港的历史可以追溯到远古时期。考古发掘资料证实,早

在公元前 5000 年左右^①,这里就留下了中国先民繁衍生息的遗迹。史学家分析,香港地区的古代文化,与黄河流域的仰韶文化、龙山文化以及长江以南的青铜文化既有区别也有联系,而与中国的华南文化具有统一性。

从香港地区出土的文物,有来自于新石器时代中、晚期的遗物,也有出自青铜器时代的遗物,其遗物的形制、制作和用料与广东地区的文物有着许多相同的特征。大潭水池旁曾发掘出三代以前的遗物石斧及汉代的陶碗;在大湾地区也曾经出土诸如石斧、石环和陶器等。学者陈公哲在 1937 年用了两年时间,寻找了 16 个地点,获得文物 250 余件,著有《香港考古发掘》一书,证明香港自史前时期至汉唐,先民活动的历史从未间断^②。早年也有中原居民移居香港地区,他们与当地居民和睦相处,有文字记载的这种移民活动始于东晋。

中国政府很早就对香港地区行使有效的行政管理权。公元前 214 年,秦始皇平定百越,在岭南地区设立了闽中、南海、桂林和象郡四郡,并从中原迁移了数十万商人和罪犯到这一地区守卫和开发。南海郡统辖番禺、龙川等县,香港地区隶属番禺县。《史记·秦始皇本纪》记载,自秦始皇建立统一的中央集权制后,香港地区即已归入中国版图。之后,香港一直处于中国的郡、州、府、县等各级行政机构的管辖之下。

公元 331 年,南海郡东南部被划出增设东莞郡,管辖保安、兴宁等六县,香港地区改由保安县管辖。公元 757 年,保安县改为东莞县,香港地区归为东莞县。1573 年,新设新安县,香港地区又划归新安县管辖,直至 19 世纪英国侵占香港为止。

① 1985 年,香港考古学会在澳门黑沙湾发掘的陶片,经测定确认,港澳地区居民生活年期可追溯至公元前 5000 年。

② 庄义逊主编:《香港事典》,上海科学普及出版社 1994 年版。

历代中国王朝都对香港地区设官治理,两宋有官富司之设,元代有屯门巡检司之设,明代有富司巡检司之设,清代有九龙巡检司之设等。中国王朝在香港地区实行管辖权包括:建立各级行政官署,征收赋税,行使司法权等。中央政府对香港地区的防务管理,在唐代有军队驻守屯门及进行海上巡视;在宋代有军队驻守大奚山(今大屿山);在明代先后在东莞县和大鹏湾设置守卫千户所,并在屯门、佛堂门、大澳和东涌建立巡防前哨站,将这一地区列入广东海防基地;在清代更有正规军绿营兵驻守岛上防卫海疆。1819年(嘉庆二十四年),王崇熙修《新安县志》,记载“香港村、薄鳧林、黄泥涌”等名,附图上也有“赤柱、红香炉”等名;这些名称有的为香港的别称,有的属于香港地区的一部分。史实反映,中国对香港拥有不容置疑的主权。

香港地区的建制,自秦朝以后,先后经历了南海郡番禺县时期、东莞郡保安县时期、广州郡东莞县时期和广州府新安县时期等阶段的变迁。香港地区的地名,最初见于《新唐书》中的“屯门”。屯门山(今“新界”的青山)东面的屯门湾,地处珠江口外交通要冲,又是个天然的避风港,曾是唐朝南亚使节和商人从海上往来中国的重要港口。关于香港的称谓有多种说法,较有说服力的一种观点认为,在明末清初,东莞、新安等地因出产“沉香”闻名远近,该香料大多经香港岛西南部(今香港仔)转口远销东南亚和西方诸国,“香港”的名称由此而来。

清康熙初年,为防范沿海地带的秘密结社和郑成功等抗清力量,清政府颁布“禁海令”,规定居民“寸板不得下海”,以断绝边民的相互联系;又下“迁界令”,强迁沿海居民,封闭海境。在这两个法令的威慑下,闽、广、苏、浙沿海居民内迁50里,新安县的大部分属于内迁范围,香港岛、九龙和新界居民几乎全部