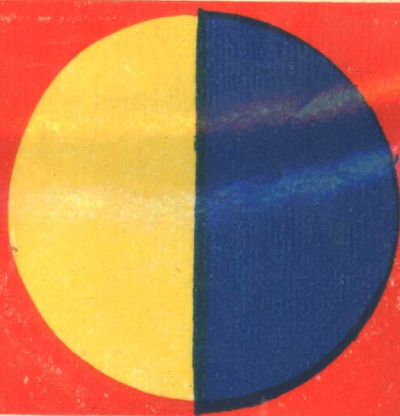




中国律师丛书

海峡两岸 律师学者对话录

中国律师杂志社 编



国政法大学出版社

海峡两岸律师学者对话录

《中国律师》杂志社编

中国政法大学出版社

中国律师丛书编委会

主 编：张思之

副主编：方 向、阎如一

编 委：（按姓氏笔划为序）

方 向	王玉璞	王良田	刘子安
李子俊	严俊超	张子耕	张永芳
张思之	胡笑梅	段 毅	段希平
侯君丽	袁 江	康守理	阎如一

海峡两岸律师学者对话录

《中国律师》杂志社编

中国政法大学出版社出版、发行

北京印刷二厂印刷

开本787×1092毫米 1/32 印张：10.875字数：210千

1989年10月1版 1989年10月北京第1次印刷

印数：3,000册

统一书号：ISBN7-5620-0288-6/D·240 定价：3.70元

目 录

论 文 部 分

中国律师制度简介.....	陈 卓 (3)
海峡两岸间法律问题之解决模式.....	王志文 (8)
台湾律师制度.....	尤英夫 (14)
涉台法律、政策概要.....	杨金国 (26)
解决海峡两岸法律冲突的理论基础与 基本途径.....	陈东豪 (31)
中国涉外经济立法.....	钟惠华 (42)
对外开放中的大陆律师涉外工作.....	沈白路 (50)
两岸律师能为两岸人民、企业提供什 么服务.....	吕崇海 (58)
大陆的知识产权法律制度.....	段瑞林 (71)
知识产权在大陆的保护.....	马连露 (87)
台湾著作权法与新闻媒体.....	尤基夫 (99)
台湾商标制度及其与大陆商标法之 比较分析.....	林秋琴 (110)
涉外技术转让的法律观.....	陈文佑 (115)
两岸贸易纠纷适用法的冲突及实体法 上差异的研究.....	邱雅文 (124)
现阶段台湾有关两岸人民诉讼之程序上问 题及解决途径的探讨.....	方锡诒 (143)

中国大陆律师的涉外民事诉讼代理·····	王钻诗 (154)
海峡两岸婚姻制度及相关民事裁判的相互	
承认问题探讨·····	范光群 (164)
谈海峡两岸婚姻、继承法律适用之实务	
附:《参考资料》·····	谭成祖 (174)
涉台婚姻关系初探·····	巫昌桢 (189)
两岸结婚与离婚要件的比较·····	刘清波 (201)
合同纠纷的仲裁·····	何凯立 (215)
海峡两岸贸易中海商事件处理上的几个问	
题·····	黄静嘉 黄幼平 (218)
涉台刑事法律问题研讨·····	赵秉志 (231)

海 峡 两 岸 有 关 法 规

大陆法规选

△司法部对台胞、台属提供法律服务工作的几项	
具体规定和要求·····	(249)
△国务院办公厅关于台胞来祖国大陆探亲旅游接	
待办法和通知·····	(250)
△海关对台湾同胞进出境行李物品的管理规定·····	(251)
△为台胞探亲旅游专设的客运航线口岸·····	(254)
△香港中旅社为回大陆探亲台胞提供各项服	
务的具体办法·····	(254)
△民政部、司法部关于去台人员与其留在大陆	
的配偶之间婚姻关系问题处理意见的通知·····	(257)
△最高人民法院官员谈去台人员婚姻·····	(258)

△民政部有关负责人答记者问有关台胞同胞与大陆同胞之间的婚姻问题·····	(260)
△最高人民法院处理涉台刑事申诉、民事案件座谈会纪要·····	(263)
△国务院关于鼓励台湾同胞投资的规定·····	(269)
△国家版权局印发《关于当前在对台文化交流中妥善处理版权问题的报告》和《关于出版台湾同胞作品版权问题的暂行规定》的通知·····	(273)
△关于清理港、澳、台作者稿酬的通知·····	(278)
△关于大陆与台、港、澳版权贸易合同审核办法的通知·····	(280)
△关于出版台港澳作品和翻印台港澳图书的规定·····	(281)
△关于征订台、港、澳作者图书应出示合同审核登记号的通知·····	(284)
△保险公司为台胞来祖国新设多种保险·····	(285)
△公安部出入境管理局发出通知简化手续方便台胞来大陆探亲旅游·····	(286)
△最高人民法院、最高人民检察院关于不再追诉去台人员在中华人民共和国成立前和犯罪行为的公告·····	(287)
△关于人民法院处理涉台民事案件的几个法律问题·····	(288)

台湾有关法规摘选

△《民法》第五编 继承·····	(295)
△律师法·····	(326)
△律师法施行细则·····	(338)

论 文 部 分

中国律师制度简介

陈 卓

我们现行的律师制度是 1949 年中华人民共和国成立以后，为适应当时形势需要而逐步建立和发展起来的。1954 年以后，北京、天津、上海、沈阳等地首先试办律师业务，建立新型的律师制度。随后，在各大、中城市及部分县市推开。大陆律师制度是基于宪法的基本原则建立的，宪法规定：人民法院审判案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行，被告人有权获得辩护。人民法院组织法则进一步明确规定：被告人除自己行使辩护权外，可以委托律师为他辩护，可以由人民团体介绍的或者经过人民法院许可的公民为他辩护，可以由被告人的近亲属、监护人为他辩护。这就为律师制度的建立提供了法律依据。到 1957 年 6 月，全国大中城市和中级人民法院所在地的县和少数农村地区都建立了律师组织，全国建立了 19 个省、市律师协会，法律顾问处 817 个，律师工作人员 2878 人，其中专职律师 2528 人，兼职律师 350 人。但是，由于当时在国家政治生活中，民主法制意识淡薄，很多人对律师制度不理解，指责非难很多，在“左”的错误影响下，使得刚刚起步不久的律师制度很快就夭折了。这是我国法制建设上的一大损失。1979 年，中国共产党的十一届三中全会以后，国家把工作重点转移到经济建设的轨道上来，大陆开始加强民主与法制建设，从而使律师制度得到新

的认识和确立，重建和恢复律师制度的工作又逐步开展起来。1980年8月26日，第五届全国人民代表大会常务委员第十五次会议通过了律师暂行条例，这是大陆关于律师制度的第一部分立法，从而使大陆的律师制度顺利发展起来。广大律师用自己的艰辛努力和崇高职业道德赢得了群众的信任和支持。回顾律师制度的发展过程，大体上经历了三个阶段，即50年代中期律师制度的初创阶段；1979年底开始律师制度重建和恢复阶段；1986年全国第一次律师代表大会的召开，律师工作进入了为商品经济服务的新的发展阶段。从大陆律师制度恢复以来，经过8年多的发展，现在律师已有27280人（其中专职律师18300人，兼职律师8980人），全国已建律师事务所3290个；大陆30个省、市、区，除西藏和海南省外，都成立了律师协会，中华全国律师协会也于1986年7月正式成立。根据律师暂行条例的规定，大陆律师制度有以下几个特点：

一、律师是国家的法律工作者，是经国家许可的用法律知识为社会提供服务的法律专业人员，由国家支付工资，收入上缴国库；这是根据当时大陆的实际情况决定的，特别是在恢复和重建律师制度的发展。近年来，随着律师业务的不断开展，以及实行经济体制和政治体制改革，各地律师事务所正在经费上实行自收自支，与国家财政脱钩，今年以来，又在一些地方试办合作制律师事务所，逐步对律师的国家法律工作者的这一性质实行改革。

二、大陆律师的主要任务是对国家机关、企事业单位、社会团体和公民提供法律帮助，以维护法律的正确实施，维护国家、集体的利益和公民的合法权益，保障和促进大陆建设事业的发展 and 顺利进行，维护民主与法制。大陆律师具体

的业务活动有以下几项：1. 为单位和公民担任法律顾问，提供法律服务；2. 接受委托担任民事案件当事人的代理人，参加诉讼，或者担任刑事自诉案件自诉人和公诉案件被害人的代理人参加诉讼；3. 为当事人办理非诉讼法律事务；4. 解答法律询问和代写法律文书。随着大陆律师为经济建设工作的深入发展，律师的业务活动也有新的发展，突出的是，非诉讼法律事务的大量增加，业务不断拓展。

三、大陆律师的工作原则是“以事实为根据，以法律为准绳”，严格遵守职业道德规范，尽职尽责，充分维护当事人的合法权益，不得从事有损于律师名誉或不利于律师职务的活动。

四、大陆律师的工作机构是律师事务所（或称法律顾问处）。每个县或市辖区一般均设有一个律师事务所，一些大中城市设有数个或数十个律师事务所，例如北京市就设有四十多个。一些大中城市还设有专业性律师事务所，如经济贸易、海事、专利、房地产等律师事务所，初步统计已建立这类律师事务所所有 200 多个。律师事务所受国家司法行政机关的组织领导和业务监督。律师事务所的主任由律师选举产生，任期二年，连选连任。

五、大陆律师在进行业务活动时，法律赋予他们享有向有关部门和公民调查、阅卷、收集和索取证据的权利。

六、律师为当事人提供法律服务，根据国家规定的收费标准，按承办的法律事务的繁简程度，争议标的数额大小和律师付出的劳动情况，合理收取费用，对于无力缴纳费用的当事人可以按照有关规定减、免收费。近八年多来，大陆律师队伍逐渐发展壮大，为经济建设和维护当事人的合法权益作了大量工作，仅据 1987 年的统计，律师应聘担任常年法律

顾问达 6.6 万多家，办理刑事辩护案件 15 万多件，代理参加民事诉讼 20 万件，办理非诉讼法律事务 5.5 万件，解答法律询问 190 万件。律师工作得到了社会的承认和称赞。律师的地位不断提高。

七、律师协会是由律师组成的群众性社会团体，其主要任务是总结、交流律师业务经验；进行思想和职业道德教育；提供资料信息，出版律师刊物；维护律师的合法权益；举办会员的福利事业；与国外律师进行交流活动。1986 年 7 月召开的全国第一次律师代表大会，成立了中华全国律师协会。全体会员代表大会选举产生了理事会，全体理事会推荐名誉会长，聘请顾问若干人。中华全国律师协会是唯一的由律师组成的全国性律师组织。全国各地的律师协会都是它的团体会员。

当前，律师工作中存在的主要问题是律师的数量不足，现有的律师人数仅占人口总数的万分之零点二七，远远满足不了客观实际的需要。尽快发展律师队伍是我们的重要任务。随着大陆经济体制和政治体制改革的逐步深入发展，律师制度也在进行改革，并已取得了显著成就。改革律师制度的基本思路是：改变国家包办律师事务的状况，尽快发展律师队伍，提高素质，增强活力，使律师工作更好地为我国民主与法制服务。为此，近几年来我们采取了以下改革措施：

（一）把律师工作机构的名称改名为“律师事务所”，使机构的名称更符合实际并与国外一致起来。

（二）改变律师机构的经费管理办法，使律师事务所逐步做到不要或少要国家的经费，完全依靠律师的收入来发展事业。目前，大陆已有近一半以上的律师事务所实行了这种“自收自支”的管理办法。

(三) 改变律师资格取得的考核办法，实行了全国统一考试，凡是具有大专以上学历的人都可以参加考试，合格者授予律师资格。同时，实行资格与职务分离的制度，取得律师资格的人，可以不从事律师业务工作；凡是要从事律师业务的，需经司法行政机关考核批准，颁发执照，方可开业。

(四) 改变律师的国家法律工作者的性质，成立了合作制律师事务所。合作制律师事务所是由脱离了国家公职的律师自愿组成，不要国家编制，不要国家划拨经费，自负盈亏，自由组合，经司法行政机关批准设立；律师个人的收入由他的工作效益决定，实行效益浮动工资制，坚持多劳多得的原则；建立事业发展基金等多项基金制度。合作制律师事务所的主任由该所的律师大会选举产生。从大陆的实际情况出发，今后大陆律师机构将以合作制律师所为主体，现行国家法律工作者和个人开业多种体制并存的格局。

大陆律师制度的改革，正在向深入发展，我们的基本做法是通过试点，取得经验，逐步推开。我们的国土辽阔，各地情况千差万别，因此一定要以实际情况出发，建立一个符合国情的律师制度。我们相信，通过改革，大陆律师必将发挥更大的作用。

(作者系中华全国律师协会常务副会长)

海峡两岸间法律问题之解决模式

王 志 文

在长达40年的政治分裂形势下，海峡两岸间若干特定的法律问题一直无法获得合理有效的解决，其中尤以两岸人民间之继承问题最具代表性。在过去一年中，由于两岸民间交流的化暗为明，种种复杂的民、刑、商事等法律问题已于一夕间趋于表面化，且其影响面正逐渐扩大。如何因应及规范此一新生的法律领域，实为海峡两岸亟待解决之问题。本文首先就两岸间法律问题之特性及其形成之主因加以分析观察，并提出若干建议性之解决方案。为淡化此一问题所可能引起之政治困扰，本文特以两个地理名词——“台湾”以及“大陆”——来分别代表海峡两岸现存的两个政治实体。

值得首先加以强调者，海峡两岸目前虽处于政治分裂状态，然而大陆目前的法律并未明文将台湾排除于其适用范围之外。大陆在其公布的“宪法”序言中，明白提及“台湾是中华人民共和国神圣领土的一部分。”而大陆的现行法律，其效力范围似并非仅以大陆地区为限。例如大陆 1979年公布的“刑法”第3条第一项规定，凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定外，均适用该法。再如大陆1987

年施行的“民法通则”第8条第一项，亦规定“在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。”而大陆1980年施行的“个人所得税法”第1条第一项，则规定“在中华人民共和国境内居住满一年的个人，从中国境内和境外取得所得时，都按照本法的规定缴纳个人所得税。”

至于台湾现行的法律，原则上亦以全中国为其适用范围，但亦有少数例外之情形。此种例外情形又可分为三类，第一类系将适用范围明文加以限制，例如台湾现行“外国人投资条例”23条即明文规定：“本条例施行区域，暂以台湾地区为限；扩增时，由立法院决议定之。”第二类例外情形则系经由立法之授权，而由行政机关指定施行区域，例如1953年1月26日公布之“实施耕者有其田条例”，虽未明文限制该条例之适用范围，然该条例35条规定：“本条例之施行区域由行政院以命令定之。”根据此一立法授权，行政院遂于同年1月29日发布命令，指定以“台湾省”为该条例之施行区域。第三类例外情形，则系在法规之名称及内涵上，明白显示仅以台湾一省作为其效力及适用之范围。例如1955年修正公布之“台湾省内烟酒专卖暂行条例”，该条例第1条即明定，“台湾省内”烟酒专卖，暂依该条例之规定。除上述三类例外之情形外，台湾现行之法律大致上均未将其适用范围局限于台湾一地。例如台湾现行“刑法”第3条规定：“本法于在中华民国领域内犯罪者，适用之。在中华民国领域外之中华民国船舰或航空机内犯罪者，以在中华民国领域内犯罪论。”而依目前台湾官方之立场，台湾的现行法令不论系大陆或台湾均适用之。

由于海峡两岸皆认定其法律之效力及于全中国，然另一

面其实际政治力所及之空间却受到不同程度之限制，因此除非台湾人民因探亲及贸易等原因进入大陆，或大陆人民因探亲奔丧等原因前往台湾（已于今年11月9日起实施），否则海峡两岸之法律规范对于“对岸人民”所可能产生之法律效力应仅属“虚效”而非“实效”。而“虚效”现象之发生，正足以反映海峡两岸之法律规范状态已与两岸间之政治现实脱节。

上述法律规范的“虚效”状态，乃海峡两岸在政治分裂形势下，基于“一个中国”的认知所形成的特殊法律现象。值得注意者，此种法律规范的“虚效”现象尚非海峡两岸间法律问题产生之主因，而两岸间最根本之法律问题，实应归结于“一国二法”之难题。析言之，由于政治之分裂，海峡两岸事实上已出现两套内容不同之法律规范体系，且其各别之适用范围及效力在理论上均及于对方政治力所及之空间及人民。例如以台湾之官方立场言，台湾人民无论以何种目的前往大陆，均仍应适用台湾现行之法律；然而事实上，台湾人民一旦置身大陆，当然又须同时接受大陆法律之规范。而大陆人民前往台湾，其情形亦复如此。在此种“一国二法”之情形下，法律行为之效力究应取决于何法，即不无困扰，且同一法律事项可能发生“双重”规范，“双重”义务甚至“双重”制裁之问题。凡此种种，均将使当事人无所适从，并对两岸人民造成不便与不公，且其权利义务关系亦可能因此陷入不确定状态。

部分学者会主张以“国际私法”之模式解决海峡两岸间之法律问题，然而由于“国际私法”之规范，原则上仅适用于涉及“外国人”或“外国地”之案件，因此海峡两岸在“一个中国”的共识下，较无可能采用此一模式。虽然在若

于例外之情形下，同一国家亦有可能发生“国际私法”或“法律冲突”之问题，然而此种法律现象仅能发生于联邦国或“多法域”国家；以国际私法之术语而言，此种同一国家之内出现复数性法域之现象，一般皆称为“一国数法”。前述海峡两岸“一国二法”之现象，与国际私法上“一国数法”之情形极易引起混淆与联想；然细究之，二者实多有不同。在“一国数法”之情形下，其国内虽同时存在复数性之法域（如美国的各州，英国的英格兰、苏格兰等），然而就特定之私法事项而言，其个别法域一面仅受“单重”法律之规范，一面又能与该国其他法域之法律发生合法之连效果；更重要的，国际私法上的“一国数法”现象并非在政治分裂之情势下形成，且其个别法域之法律均享有平等之合法性。凡此种种，均与海峡两岸因政治分裂的客观事实所造成的“一国二法”现象大异其趣，而大陆与台湾事实上亦不承认目前海峡两岸系分属两个不同之“法域”。

以“国际私法”模式解决两岸法律问题，尚有其他两项明显之缺失：第一，国际私法所欲解决者，乃涉外（或不同法域间）“民事”纠纷之准据法问题，而海峡两岸间所产生之种种法律问题，实不以“民事”为限；第二，国际私法之法例（例如台湾的涉外民事法律适用法以及大陆的民法通则第8章）乃“程序性”之规定，然则两岸间有待解决之法律问题，实同时涵盖“程序”及“实体”等多重层面。

本文以为，海峡两岸应以“制定特别法”之模式，以解决两岸间现存之部分法律问题。从若干角度观察，海峡两岸法律规范之差异性倘能逐渐减少或消除，似有助于两岸间法律问题之局部解决，然而此种期待恐无立即实现之可能。基于此一识，此种“特别法”的立法目标之一，即必须能适