

ZHONGGUO NEIDI XIANGGANG
FALÜ ZHIDU YANJIU YU BIJIAO

中國內地、香港

法律制度研究與比較

香港法律教育信托基金 編



北京大學出版社

中國內地、香港

法律制度研究與比較

梁愛詩



北京大學出版社

北京

图书在版编目(CIP)数据

中国内地、香港法律制度研究与比较/香港法律教育信托基金编. —
北京:北京大学出版社,2000.8

ISBN 7-301-04630-8

I. 中… II. 香… III. ① 法律-研究-中国 ② 法律-研究-香港
IV. D920.4

书 名: 中国内地、香港法律制度研究与比较

著作责任者: 香港法律教育信托基金

责任编辑: 李 霞 杨立范

标准书号: ISBN 7-301-04630-8/D·484

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

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂印刷

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 47.375印张 728千字

2000年8月第一版 2000年8月第一次印刷

定 价: 98.00元

贺 电

陈主席小玲女士：

贵基金主办的“中国内地、香港法律制度比较研讨会”召开在即，特致电表示热烈祝贺！

长期以来，贵基金积极拥护“一国两制”方针，为香港的顺利回归并继续保持繁荣稳定做出了应有的贡献，对此我深表赞赏。贵基金坚持推广两地法律教育的宗旨，致力于两地法律界人士的交流与合作，在促进内地与香港法律制度的比较研究方面取得很大成绩。在贵基金的赞助下，百余位内地法律学者得以到港访问、学习；亦有多种形式的研讨班、培训班先后在两地成功举办。贵基金的积极努力，为内地与香港的法学交流和实务考察创造了良好的条件。

香港回归已二年有余，“一国两制”的伟大实践取得了巨大的成就，积累了丰富的经验，加强两地法律制度比较研究的重要性亦更加突出。本次研讨会来自两地众多的法律专家、学者会聚一堂，就共同感兴趣的法律话题展开研讨，必能集思广益，增进共识，为促进中国法学的繁荣发展、为加强两地的法制建设做出贡献。

最后，预祝研讨会取得圆满成功！

最高人民法院副院长

罗豪才

一九九九年十一月十九日

祝 词

陈主席、各位法律界的朋友、各位嘉宾：

我很高兴今天出席由“法律教育信托基金”筹办的“中国内地、香港法律制度比较”研讨会，并担任主礼嘉宾。这个研讨会汇集了在内地和香港法律界卓有建树的学者及专业人士，实在是一个增进两地沟通及了解的好机会。

“法律教育信托基金”创立于1988年，宗旨是推广内地与香港法律教育，培训一群精通两地法律的人才，为两地法律界交流、沟通作桥梁，加深相互了解，推动“一国两制”的实践。

在过去十年，“法律教育信托基金”资助了内地一百多位法律学者及法律工作者到港作为期三个月到一年的专题研究或进修；赞助多位内地学者在内及香港对香港法律制度进行专题研究；举办了二十多个研讨会及讲座，促进双向交流；资助举办培训内地法律工作者的培训班，向他们介绍香港的法律及社会状况，加深他们对香港制度的了解；出版了两本论文集，分别介绍内地与香港的法律制度及香港的公务员制度。

“法律教育信托基金”一直在默默耕耘，肩负着推动内地及香港的法律界加深相互认识的工作，成绩是有目共睹的。

促进内地与本港相互沟通，致力增进两地对彼此的法律制度的认识是律政司的重要工作之一，也是律政司今年的《施政报告》中的施政方针之一。我深信这种互相了解是十分重要的，因为《基本法》内有很多条款涉及内地的运作，如果不明白和认识两地的制度，根本就不能成功落实“一国两制”和《基本法》，也很容易造成误解和实施的障碍。

长久以来，律政司透过“法律学习访问团”与内法司法部安排进行互访，通过访问两地的法院、检察院、公安机关、司法及其他有关部门，加深

对彼此的法律制度及工作的认识。除互访以外，律政司亦有举办介绍内地法律的研讨会和短期的法律讲习班，例如与上海复旦大学定期合办短期“中国法律讲习班”，以介绍内地法律及主要法律，如宪法、民法及刑法等为主，辅以有关政法机关的访问。到目前为止，律政司已有一百多名政府律师参加了此项课程。

为了进一步深化两地的相互了解和认识，律政司在今年先后落实了多个计划，其中包括模拟法庭审讯演示和内地法律官员到港修业。

在今年初，律政司与北京大学和香港讼辩学会在北京举办了第一次的模拟法庭审讯演示，演示香港法院审理刑事案件的程序，并就两地刑事诉讼制度的特点作专题演讲和讨论。透过这次演示及研讨会，双方的法律界就两地的刑事诉讼制度作出了深入和广泛的交流，藉此“观摩学习、取长补短”。

律政司已得到中山大学的同意，计划在不久的将来在广州举办第二次模拟法庭审讯演示，在广州推动这一种交流的模式，就两地不同的诉讼模式交换意见。

此外为加深内地法律工作者对普通法的认识，今年9月份，律政司安排了十一位来自内地不同机关及公营机构的法律工作人员到达香港，在香港大学法律学院修读一个为期九个月的普通法文凭课程。完成课程后，律政司亦会安排他们到不同的政府法律部门或公营机构作为期约三个月的实习，从实务中了解香港法律制度的实施及运作。

我相信透过上述的交流活动，既可促进双方的交流，加深对彼此法律制度的认识，更可巩固彼此的合作关系，对内地和香港的长远发展而言是有利的。

回归以后，“一国两制”的落实和《基本法》的实施令内地与香港法律制度发生了互动式的影响，因此除了加深彼此的了解以外，两地不同的法律制度在实际上也有必要互相配合。

回归以前，内地与香港的仲裁裁决是透过在1958年签署的《纽约公约》相互执行的。回归以后，这个做法不再适用。根据《基本法》第99条的规定，香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。在这个前提下，香港特区政府在今年6月与最高人民法院签署相互执行仲裁裁决安排的备忘录。这份备忘录

是一个主权国家内两个不同法律区域间的司法安排，其中的安排充分考虑到内地与香港不同法律制度的异同和实际情况。为了反映这份备忘录的内容，我已在7月7日向立法会提交“仲裁(修订)条例草案”。该草案正在审议阶段，希望能在短期内获得通过。

在此之前内地及香港也就相互委托送达民商事司法文书的安排签署了备忘录及修订有关的规章。这些备忘录的签署以及本地立法，正显示出只有在相互配合的情况下，“一国两制”才可以顺利落实。

最后我想谈一下10月下旬在终审法院审理的违反《国旗及国徽条例》及《区旗及区徽条例》的案件。事缘于去年元旦，两名被告参与游行时展示遭玷污的国旗和区旗。警方在劝喻不果下，将二人拘捕并首次引用上述两条条例控告他们。原审裁判官裁定两人罪名成立，上诉庭则于今年初推翻原判，政府随即向终审法院提出上诉。

政府的理据是国旗及区旗两条条例的第7条并没有违反《公民权利和政治权利国际公约》。国旗是国家尊严的象征，区旗则是一国两制的表征，为了维护国家尊严，在一定程度上限制表达自由是合理和有例可援的：从澳洲和新西兰等十多个国家都有制订保护国旗的刑事法例可见一斑。而《公约》的第19条第3款亦订明基于公共秩序及其他人的权利，个人表达言论自由在必要时须受到限制。

政府的另一个理据是《国旗及国徽条例》第7条是根据《基本法》附件三中所列的《中华人民共和国国旗法》和《中华人民共和国国徽法》而在港制订和实施的，因此，特区有责任履行全国性法律的义务，这条文不可能违反《基本法》。

我提出国旗案，是希望说明《基本法》的实施为香港的宪制架构确立了一个新的蓝图，以推行“一国两制”的原则，这其中涉及内地的法律制度及运作。在这个案件，我们向终审法院提交了一份美、加法院审理宪制诉讼时普遍使用的“班狄斯论据”(Brandeis Brief)，以阐释回归及主权的意义，以及国旗区旗的象征含义等资料。案件不但说明了在国内法制下通过的《基本法》，是可以和本地的普通法衔接的，还说明了我们的法律制度不断发展，并正迈向新台阶。因此，在致力维护香港的司法独立和法治的同时，我深信加强两地的沟通和对彼此的制度的认识 and 了解，将会对落实“一国两制”和实施《基本法》带来积极的作用。

这次的研讨会将会探讨内地与香港的法律制度、司法制度以及刑、商等不同范围的法律的异同之处,我希望大家能热烈参与讨论,交换意见,增进彼此的了解,共同为国家和香港的法治建设而努力。

谢谢各位。

香港特别行政区律政司司长

梁爱诗

一九九九年十一月十九日

注：这篇祝词是梁爱诗司长在“中国内地、香港法律制度比较”研讨会上的发言。

序 一

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(下称《基本法》),是根据《中华人民共和国宪法》制定的全国性法律。自1990年4月颁布至今,已有十载。这套史无前例的法律,对“一国两制”的伟大构思及中央政府授予香港特区的高度自治权,均作出了具体的宪制性规定。

在普通法司法管辖区执行中国全国性法律,是香港特区所面对的重大挑战。自回归祖国以来,香港充分贯彻《基本法》,成功实践“一国两制”。香港特区政府恪守法治精神、捍卫司法独立,成绩显著,足证我们在健全的制度下,绝对有能力全面落实《基本法》。

按照《基本法》的规定切实执行“一国两制”、“港人治港”和“高度自治”,是长久的考验,全港市民必须锲而不舍,持之以恒。我深信,《中国内地、香港法律制度研究与比较》论文集问世后,会有助两地法律界加深了解内地与特区法制的异同,也可让社会各界充分认识《基本法》所赋予的保障,对落实“一国两制”会发挥积极作用。

香港特别行政区行政长官董建华

序 二

根据基本法的规定,香港在回归祖国以后,除了继续采用普通法制度外,还首次有自己的终审法院。香港人可以在法治的精神下真正体验和实践“一国两制”的政策。作为整个司法制度之首的终审法院,能够自行诠释普通法,并加以发展,以适应香港这个国际大都会的需要,实在是具有特别重大的意义。

中国内地与香港两地的法律制度不尽相同。在一国两制的政策下,两个不同的制度分别在国内及香港共存。两地制度虽有不同,但同样以法治精神为本,也有很多值得互相学习和借镜的地方。藉着交流和沟通,可使两地的法律制度更臻完善。

香港法律教育信托基金在去年主办“中国内地、香港法律制度比较”研讨会,汇集多名内地及本港的司法及执法部门代表、资深的法律界人士和学者,从不同范畴及角度探讨两地法制的异同及发展,做出详细分析,论据精辟。这本论文集将研讨会上发表的讲话及论文辑录成书,让更多人对两地法制有更深入的认识。本人深信这本论文集,对于法律系学生及中国内地和香港两地的法律界人士和司法人员有很大的裨益,对促进两地之间法律界的交流,有很大的帮助,诚然值得推荐。

李国能

香港特别行政区终审法院首席法官

序 三

“一国两制、港人治港、高度自治”，这是中央对香港特别行政区既定的基本方针政策。香港回归两年多来，在中央的大力支持下和以董建华先生为首的香港特别行政区政府的有力领导下，经受住了各种挑战和考验，保持了香港的繁荣和稳定，把“一国两制”这一伟大构想变成了现实。香港的成功实践证明，只有“一国两制”才是和平解决国家统一问题的惟一正确可行的途径，没有其他更好的途径可以和平解决国家的统一的问题。

“一国两制”是一个新事物，没有前人的现成经验可供借鉴，只能靠我们自己去不断探索，逐步积累经验。探索的共同基础，是宪法和香港基本法。宪法作为国家的根本大法，是香港基本法的立法依据；香港基本法作为一部全国性法律和香港特别行政区的宪制性法律，是解决“一国两制”实践中遇到的各种问题的根本法律依据。依法治国是我国的治国方略，已经郑重载入宪法。依法治港是依法治国的组成部分，是依法治国的必然要求，也是贯彻“一国两制”方针、维护香港长期繁荣稳定的基本保证。依什么法？就是依据宪法和香港基本法。由于内地与香港的法律制度不同，法律传统不同，因此，在对宪法和香港基本法的理解上，难免会产生一些差异甚至分歧意见，这是完全正常的。解决这种差异和分歧的最好办法，就是交流、沟通，只有这样，才能相互理解，缩小分歧，统一认识。有分歧意见并不可怕，可怕的是不愿交流、沟通，不愿意相互理解。只要本着良好的愿望，多交流，多沟通，相信任何分歧意见都能得到妥善的解决。

两地的交流、沟通，需要各方面共同努力，既需要政府作出必要的安排，也需要民间的促进。交流、沟通的方式可以多种多样，这本《中国内地、香港法律制度研究与比较》论文集就是其中一种方式。香港“法律教育信托基金”作为一个民间机构，自1988年3月成立至今，一直致力于内地与香港两地之间的法律交流，成为两地法律交流、沟通的一个重要

渠道,为“一国两制”的贯彻实施和保持香港的繁荣稳定,作出了重要贡献。因为工作原因,我与该基金主席陈小玲女士有过多次接触,对她历12年不改初衷,为促进两地法律交流不辞辛苦、四处奔波、默默耕耘的执著精神,印象至深,甚为钦佩,所以,当她要我为这本文集作序时,感到没有理由推辞,因此,欣然写下以上一些感想,权为序。

乔晓阳

2000年3月23日

序 四

香港法律教育信托基金这次出版的第二辑论文集,主要辑录去年11月19日及20日在香港举办“中国内地、香港法律制度比较”研讨会中宣读的论文及基金于1997~1999年赞助内地学者到港研修后之论文精选。

基金成立于1988年,过去12年致力于推广两地法律教育及相互间的沟通,原来意思运作10年至1997年香港回归止。香港现已平稳回归,两年多来,“一国两制”在香港亦已确实执行,这个史无前例的概念,在实践时难免有些新情况出现,加强两地法律界人士的沟通似乎比前更觉需要,基金运作仍需持续。这次基金举办“中国内地、香港法律制度比较”研讨会,邀请过去基金赞助留港作3~6个月研习的104位内地法律专家学者到港出席参与,这些专家们在现岗位上担当十分重要的工作,不单是内地法律专家亦是内地研究香港法律问题的专家。而且他们大多是中青年学人,思维广阔,善于交流。这次他们能再次到港与香港法律界精英共聚一堂,共同探讨一些双方关注的问题,是一件对双方都有意义的事。

研讨会得到全体信托人及顾问的支持,亦得到两地法律界人士鼎力协助,更蒙香港特区政府律政司司长梁爱诗亲临主礼,香港大学法学院院长陈弘毅和香港城市大学署理院长史达伟,担任大会学术委员会共同主席(协助学术上的分组及论文的甄别)。这次研讨会,出席有过去基金曾赞助访港的内地学者共46位(代表基金曾赞助的内地33个部门其中31个)、内地嘉宾7位,香港特区律政司、司法界、警务处、政府其他部门、大律师公会、香港律师会、学术界及金融界等代表共42位知名人士,共同协助担任大会发言嘉宾、小组讨论主席及评论等,出席总人数达400多人。我们对双方法律及学术界的支持深表感激,这亦表示双方对交流的重视。

研讨会内容以比较两地法律为主,共分16个小组分别探讨两地法律制度、司法制度、司法协助、刑法、商法、合同法、公司法、证券、婚姻法、

知识产权法及不动产等。会议中,两地嘉宾发言均具启发性,内地学者携带与会的论文均认真及有见地,小组主席及评论皆精确持平,讨论十分坦率、热烈。到会者皆对两地出席人士之高专业水平及充分准备,表示满意及感到获益良多。

财政方面获香港赛马会慈善信托基金、林汉武律师、中国法律服务(香港)有限公司及法律教育信托基金的朋友们热心赞助。在此向他们表示深深的感谢。

虽然基金只有一位全职受薪雇员,但筹备工作方面获基金的好朋友们大力帮忙,义务参与筹组及负责所有具体事务。这些热心的朋友们一直是基金的支柱,是过去举办活动的背后支持者,我们借此机会向他们一并致谢。我个人更需感谢全体家庭成员的支持及协助,两位女儿负责司仪工作等。虽然我们都不是举办会议的专家,但在大家的齐心努力合作下,研讨会得以在有限资源下顺利举行及成功完成。

惟一感到遗憾的是部分内地学者因个别问题未能全部出席。此外研讨会因以普通话为主,而我们因经费问题未能安排即场翻译,引至一部分人士因语言障碍未能参与。希望社会各界热心人士继续支持和鼓励,使我们今后工作做得更完善。

我一直抱着一个很强的信心,只要是做一件有意义的事、好事,并且全心、全力、全意地去做,社会上一定会有人支持及帮忙。

在此我谨代表基金同仁再次感谢各界的支持和鼓励。特别是北京大学法学院院长吴志攀教授及于绪刚先生的大力协助,本书顺利出版。

陈小玲
法律教育信托基金 主席
2000年3月

序 五

我认识陈小玲女士已有八年了。从那时起到现在，她一直都在担任香港法律教育信托基金主席，一直都在为内地和香港的法律教育与交流忙碌着。这个基金属于一个民间社团，有十多年的历史。十年对一个团体来说虽然不能算长，也不能算短了。但是，在这十年的时间里，陈女士和基金会对内地和香港的法学界却有着特殊的影响。这个影响从内地和香港数千人法律学人都知道她的名字和基金的工作就可以证明了。她和基金会对两地法律交流的重要意义，将更为多人所称赞。

大约在八年前，陈女士和法律教育信托基金邀请了我的同事到香港学习，刚好我有机会也到香港讲学，顺便探望同事，所以也见到了陈小玲女士。来自北方的我，总是用北方人的标准来看人，陈小玲女士如果在北方她一定属于比较消瘦的人。但是在南方的标准看就是不胖也不瘦。中国地域之大从对人的衡量尺度的差别上也可以显现出来。对一个人的胖瘦看法尚且如此，更不用说内地和香港两地的法律差别了。而基金的工作就是致力于两地法律人士的交流与理解；虽然衡量的尺度不同，虽然法律是多元的，法律是地方性的知识，但是法律的目的都是为人们的生活更加美好。

来自北方人的我还有两个固执的看法：第一，总是认为走路快的人，办事一定有效率。陈女士办事的高效率，她走路一定很快吗？去年有机会到法律教育信托基金设在香港铜锣湾的写字楼拜访陈女士时，有机会同她走路了。在铜锣湾商业区行人繁多而人行道狭窄的街上行走，她依然飘逸而行：她过去了，我落在了后面。这使我感到，香港法律人士的工作效率也是非常高的，从他们走路和办事的细小方面都可以体会得到。

我第二点固执的看法是，认为凡是在语言方面有才华的人，也一定能办事。陈小玲女士在语言方面才华过人。跟上海同乡讲吾弄细语的她，同我们讲流利的国语。她在香港长大和工作，粤语应该是“母语”，因为从事国际商务活动英文又是交流工具。香港的法律人士都具有这样的才华，这些方面也是令我要好好学习的。

语言天才不仅仅表现在她会讲多种语言或方言上，陈小玲女士面对大庭广众的演讲也是富有感染力，幽默而热情，吸引人而有特色。由于这个小序是在听完她在法律教育信托基金香港年会后写的，所以，可以将她在会上总结讲演中留给我的印象佐证本人的固执。她在香港富丽华酒店三楼大厅，面对 150 多内港两地学者，著名的大律师和政府官员以及众多媒体的掌声中走上讲台。她是以数字开始总结大会的：

“各位好朋友，忙了两年的计划准备，半年多时间的筹款募捐，以及通知与会者准备论文；三个多月时间安排内地学者来香港手续和邀请香港本地人士；终于有了今天内港两地 100 多人来参加会议，50 多人发言和评论。两天的研讨会没有想到这么快就要结束了？”

为了开好这个大会，除了基金的同事做事外，我还请了许多好朋友来帮忙，我的全家包括我的先生、儿子和两个女儿也都来帮我们的忙。我们尽了最大的力，不知道效果怎么样？你们满意不满意？”台下又响起了热烈的掌声。这是代表们发自内心感谢的掌声。

这本由北京大学出版社出版的论文集中记载的，就是陈小玲女士在演讲中所说的那些论文。这些论文的 authors 就是当时在场鼓掌的人。陈小玲女士本人并不是直接从事法律工作的，她是从事法律教育服务工作的，但是，她却为内港两地的法律人工作了这么长时间，为两地的法律交流发挥了这样大的作用。在内地，说起来有些惭愧。虽然我们从事法律工作的人有很多，不从事法律工作的人更多，但是，还没有一个真正意义上的民间组织来完成类似陈小玲女士的工作。

这本集子应该是对这么多年的法律交流工作的一个缩影，对她工作的一个评价。请看看除去本人之外为这本集子写序的政府政要，请再看除去本人之外收录到论文集中举足轻重的学者和律师们，请还看出版社在内地的学术地位，就可以知道这本集子的分量了。

我本来没有资格写这个序，因为陈小玲女士的多次邀请，从事这本集子专业文字编辑的于绪刚博士也说我最好写序。于是写了上面我对陈小玲女士的两点印象和对她和基金会举办的学术会议的一点回忆。我赞扬香港法律教育信托基金为内地和香港法律交流所作的巨大贡献，我感谢陈小玲和她的家人，以及她在香港所有的好朋友对两地法律界的理解与合作所奉献的，也是他们最宝贵的：时间和智慧，视界与关怀。

吴志攀 谨识

序 六

一个动人的故事

“80年代初，即国内刚开始其第一波的改革开放，一对夫妇周克强和陈小玲回国内第一次开厂。……在内地开厂，马上便感到两地做生意的文化很不同，国内不懂香港做生意的‘游戏规则’，……渐渐两人感到，两地需要沟通和明白彼此的法律要求，即做生意的游戏规则。1987年，陈小玲从另一家公司退掉股份，……办了一法律教育的慈善基金。当时，香港已进入过渡期，她更感到国内与香港两地，在法律上若不沟通、明白，一国两制将出大问题，行不成。当时有这种先见之明的人不少，愿出钱出力身体力行，维持了逾十载的人却不太多。”

——摘自邱诚武：“厘清法律要求，中港经贸顺利”，《香港经济日报》，1999年11月15日，页25。

香港法律教育信托基金的成立和发展与其中人物和事迹，构成了一个十分动人的故事，而我有幸成为了故事中的其中一个小角色。在一个故事中，在一个团体里，每个人所能做到的只可能是整个故事和团体的很小的一部分。但是，如果那个故事是美丽的，如果那个团体的工作是有意义的，那么，即使一份微不足道的参与也是值得骄傲和珍惜的。

基金的工作很多，贡献很大，我有缘接触、参与和体验的只是其中的一些环节，例如：在90年代以来，每年接待到访的内地学者、在1996年随基金信托人访沪、在1998年与基金邀请访港的华东政法学院学者合办研讨会、在同年与基金合作安排香港大学法律学院的学生代表与到访的内地学生一起参加法律文化交流生活营，以至在1999年参加筹办产生这本论文集的大型研讨会。在每项由基金主办的活动中，我都深深感到基金主席陈小玲女士、基金各位信托人、工作人员对于这份工作的热诚、认真的态度和全力投入、务求办得尽善尽美的精神。对于陈主席和其