

九七以后大陆与香港的法律冲突与协调

肖永平 闵启武
(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

作者简介 肖永平 (1966-), 男, 湖北麻城人, 武汉大学法学院教授、博士生导师, 从事国际私法学研究;

闵启武 (1964-), 湖北浠水人, 武汉大学公安处副处长, 从事法律、内保管理研究。

关键词 大陆 香港 法律冲突 协调

内容提要 香港回归祖国以后, 如何协调大陆与香港的法律冲突成为一个迫切需要解决的现实问题。本文在分析香港法律的来源, 剖析大陆与香港之间法律冲突的特点以后, 主张采取多种方式协调大陆与香港的法律冲突, 即立法协调方式、司法协调方式、法律文化协调方式, 并对每一种协调方式的具体途径进行了论证。

中图分类号 D9972 **文献标识码** A **文章编号** 1000-5374 (1999) 03-0086-05

1997年 7月 1日, 香港回到了祖国的怀抱。根据中英《关于香港问题的联合声明》和《香港特别行政区基本法》的规定, 香港现行的法律基本不变。因此, 如何协调大陆与香港之间的法律冲突, 已经成为一个亟待解决的现实问题。

一、1997年以后香港法律的来源

香港现行法律以英国法律为本, 同时也受到了中国法律与风俗的影响。这在 1841年侵华英军代表义律发布的管辖香港的公告 (即《义律公告》) 中可见一斑: (1) 在香港居住的中国人受制于中国法律和风俗; (2) 英国商务总督按需要可以颁布管治香港的条例及细则; (3) 所有到访香港或在香港居住的英国人或外国人均按英国法律的原则和惯例受到保障, 只要他们顺以香港政府的管辖权^①。因此, 从 1841年开始, 英国法律和中国法律均适用于香港。1843年, 香港立法机构成立后, 它又根据香港实际情况制定了大量法律, 从而形成了香港独特的、具有多元法律结构的法律体系。所以, 香港现行法表现为成文法、判例法、习惯法三种形式, 具体包括: (1) 适用于香港的英国成文法, 如《英皇制诰》

《皇室训令》、枢密院令、议会法例等; (2) 香港立法局制订的条例及授权制订的附属立法; (3) 英国判例法, 即普通法与衡平法; (4) 香港被占租时的中国法律与习惯^②。

当然, 受英国的殖民统治, 香港的最终立法权属于英国政府。根据 1965年香港立法局依照英国枢密院令制定的《英国法律适用范围条例》(Application of English Law Ordinance), 英国普通法和衡平法自动适用于香港, 而英国成文法须由英国或香港立法机构通过, 才适用于香港, 即: (1) 一项议会法例或英皇指令中明确写明或暗示该法适用于香港者; (2) 由枢密院命令批准适用于香港的英国法律; (3) 香港立法机构认为应适用于香港的英国法律; (4) 1843年 4月 5日前在香港适用的英国法律, 合并入《英国法律适用范围条例》的目录表中, 该目录表最初包括近 70项法例, 现尚存 34项^③。

上述可见, 香港现行法律是在英国法基础上发展起来的, 可以说是英国法的翻版。

1997年 7月 1日以后, 香港现行法律基本不变, 但不是绝对不变, 主要变化表现在: (1) 《香港特别行政区基本法》于 1997年 7月 1日在香港生

效，它是规定香港特别行政区的大政方针的宪法性文件，已经取代“英皇制诰”和“皇室训令”。(2)与基本法相抵触的原有法律失效。(3)经香港特别行政区立法机关修改过的原有法律失效。因此，1997年以后在香港实施的法律有：(1)《香港基本法》；(2)基本不变的原有法律；(3)香港特别行政区立法机关制定的新法律^①。

二、1997年以后大陆与香港法律冲突的特点

1997年以前，香港已经形成一个独特的法律区域，1997年以后，香港仍保持相对独立的法域，其法律在本质、形式和内容上都不同于大陆的法律。随着香港的回归，大陆与香港的联系将更加密切，民商事交往亦更趋广泛和深入。两地间的法律冲突必将日渐增多。要协调这种法律冲突，首先必须认清其特殊性，也就是与其他国家的区际法律冲突相比，它有哪些特点。我们把它概括为以下几点：

(一)大陆与香港的法律冲突是不同社会制度之间的法律冲突。世界上其它多法域国家内的法律冲突都是相同社会制度的法律冲突，它们具有同样的阶级本质，甚至具有同样的基本原则，各地区法律的共同点是主要的，不同点是次要的。而大陆与香港的法律冲突是社会主义法律制度与资本主义法律制度之间的冲突。

(二)大陆与香港的法律冲突是不同法系之间的法律冲突。法系是西方法学著作中经常使用的概念，但用语并不统一。就英文来说，有 legal genealogy, legal family, legal system 等不同表达方法。至于法系的具体划分方法，更是众说纷纭。西方学者一般认为，当代世界主要法系有大陆法系、普通法系和社会主义法系。大陆法系是以罗马法为基础发展起来的法律的总称，它以法国、德国的法律制度为代表；普通法系是以英国自中世纪以来的法律，特别是它的普通法为基础而发展起来的法律的总称，它以英国法和美国法为代表；社会主义法系是以前苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义国家的法律的总称^②。因此，按照这种划分方法，大陆法属于社会主义法系，香港法属于普通法系。它们在法律的渊源、法典的编纂、法律的适用和分类以及法律概念和术语方面均存在明显差异。而现在世界上其他多法域国家的区际法律冲突，一般都是同一法系的地域之间的法律冲突^③。

(三)大陆与香港的法律冲突是特殊的单一制国家内部不同法域之间的冲突。根据中英《关于香港问题的联合声明》，香港特别行政区所享有的高度自治权甚至大大超过在联邦制国家内其成员国所享有的权利。但从行政上讲，香港仍是在中央政府领导下的地方行政区域，它同中央政府的关系实质上是中央同地方的关系，这与在联邦国家内联邦和成员国之间的关系又有所不同，至少避免了大陆与香港的法律冲突演变为国际法律冲突。另一方面，大陆与香港的法律冲突是在一定时期内处于平等地位的地方法律和中央法律之间的冲突。一般说来，当一国国内中央法律与地方法律发生冲突时，中央法律的效力要优于地方法律。但就香港与大陆的法律冲突而言，属于中央立法的大陆法律并不具有这种优越地位，特别在民商事法律领域，两者属于平等地位。这种情况至少将持续50年。

(四)大陆与香港的法律冲突没有共同的母法和终审法院予以协调。在其他多法域国家，无论其政治体制是单一制还是联邦制，都有共同的母法。作为联邦制国家成员国的州或省虽享有立法权，但其所立法律必须符合母法的要求，并不得与中央立法相冲突。联邦政府所立法律都优先于各州(省)的法律。如《美国宪法》第6条第2款规定：“本宪法与依照本宪法所制订的合众国法律，以及合众国的权力所缔结或今后缔结的条约，均为全国的最高法律。即使与任何州的宪法或法律有抵触，各州法官仍应遵守。”而香港基本法虽也以宪法为依据，但作为直接依据的只是宪法第31条。宪法的其他条款只有有关维护国家主权统一和领土完整的部分才对香港有约束力，中央的立法也只有涉及国防和外交者才适用于香港。至于香港在制订、实施有关调整经济、民事关系的法律时则享有完全的自主权。

在司法方面，香港享有独立的审判权和终审权。这无论在其他单一制国家还是联邦制国家中都是不曾有过的。在其他多法域国家中，有些国家的中央最高审判机关享有对各法域的终审权，并可通过审理上诉案件，直接协调区际法律冲突；有些国家的中央最高审判机关即便不享有对各法域的终审权，但仍可通过司法监督和发表司法意见来协调区际法律冲突，如美国各州法院对属于州性质的案件有终审权，但属于联邦性质的案件的终审权则属于美国最高法院。而且，最高法院的判例，对联邦和州法院皆有约束力。

(五)大陆与香港的法律冲突有时还表现在两地

本地法与其他地区适用的国际条约的冲突以及在两地适用的国际条约之间的冲突。根据中英《关于香港问题的联合声明》附件一第11节和《香港基本法》第7节的规定,香港特别行政区可以以“中国香港”的名义,在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等领域,单独同世界各国、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;中华人民共和国缔结的国际条约,中央人民政府可根据香港特别行政区的需要,在征询香港特别行政区的意见后,决定是否适用于香港特别行政区;中华人民共和国尚未参加但已适用于香港的国际协议仍可适用。这就意味着,某些国际条约适用于香港而不适用于大陆或者适用于大陆而不适用于香港,从而导致国际条约之间的冲突。这是中国区际法律冲突的特有现象。因为在其他多法域国家,其中央政府缔结的国际条约,通常对当事国的约束力及于全部领土,地方一级政府一般不享有像我国特别行政区所享有的那样高度的自治,更无权与外国缔结条约。

综上所述,大陆与香港的法律冲突,“除了不存在主权国家间的法律冲突这一因素外,几乎与国际法律冲突没有多大的差别^⑦。”这是我们在协调大陆与香港的法律冲突时必须考虑的。

三、1997年以后大陆与香港 法律冲突的协调方式

要协调1997年以后大陆与香港的法律冲突,我们既无这方面的经验,外国也没有完全适合我国国情的成功经验可供利用,只能依靠我们自己去探索。笔者认为,只要我们在“一国两制”方针的指导下,坚持国家统一和平等互利的原则,可以采取下列多种方式协调大陆与香港的法律冲突。

(一) 立法协调方式

法律冲突的最基本原因是立法权的分立,由于香港立法权不是由中央宪法直接赋予的,而是由有关国际条约和香港特别行政区基本法加以规定的。因此,要协调大陆与香港的法律冲突,首先必须从立法方面着手,这就涉及到香港立法机构的建立和两种具体的协调途径,即冲突法协调途径和实体法协调途径。

1. 1997年以后香港的立法机构

中国在1997年7月1日对香港恢复行使主权后,完全有权设立一个立法机构以取代港英末届立

法局,这是不言自明的道理。但是,中国政府出于中英合作有利于香港政权交接和平稳过渡的愿望,曾在全国人大的决定和基本法的有关规定中,对香港特别行政区第一届立法会的产生和组成作出了“直通车”的安排,即原香港最后一届立法局的组成如符合全国人大和基本法的有关规定,其议员符合一定的条件,经香港特别行政区筹委会确认,即可成为香港特别行政区第一届立法会议员。可是,英国政府在1989年春夏之交的政治风波之后,错误地估计了中国的形势,开始改变对香港的政策,由于英方蓄意破坏并单方面终止有关谈判,导致香港特别行政区第一届立法会的“直通车”安排无法实现^⑧。第八届全国人大常委会不得不于1994年8月31日决定,港英最后一届立法局、市政局和区域市政局于1997年6月30日终止。由香港筹委会来组建香港特别行政区第一届立法会。香港筹委会第二次会议通过广泛讨论、反复权衡,决定成立临时立法会。临时立法会由60人组成,其议员以在外国无居留权的香港永久性居民中的中国公民为主体。议员必须拥护香港基本法,愿意效忠香港特别行政区,符合香港基本法规定的有关立法会议员的其他条件。临时立法会在香港特别行政区第一任行政长官产生之后组成并开始工作,至香港特别行政区第一届立法会产生为止,时间不超过1998年6月30日。这种安排符合“港人治港、高度自治”的精神,也是确保香港平稳过渡和香港特别行政区成立后有效运作所必需的。它为我们进行立法协调奠定了基础。

2. 冲突法协调途径

通过冲突法来协调区际法律冲突,是复合法域国家的一种主要作法,理论上把这类冲突法规则称为区际冲突法。有的国家制定各法域统一的区际冲突法来解决区际法律冲突,有的国家让各法域分别制定各自的区际冲突法,用来解决自己的法律与其他法域的法律之间的冲突,有的国家类推适用国际冲突法解决区际法律冲突,也有不少国家对区际冲突法和国际冲突法不加区分,直接适用国际冲突法规则解决区际法律冲突^⑨。

从大陆与香港法律冲突的现实和特点来看,由大陆与香港分别制定区际冲突法是不可取的。因为这样制定的区际冲突法,其规定必然互不相同,区际冲突法本身的冲突将不可避免,这就使本已复杂的法律冲突更加复杂化,它不仅会引起反致、转致问题,还使识别问题变得不易解决,也容易导致“挑选法院”(Forum Shopping)的现象。因此,我

们应该把制定两地统一的区际冲突法作为努力的目标。尽管这种方法的实施难度较大,但同国际冲突法的统一相比,由于两地有共同的主权和中央政府,而适当地调整和解决两地的法律冲突符合各自的利益,因此,制定统一的区际冲突法具有现实的基础。而且,由于区际冲突法的统一不涉及存在的实体民商法领域,也比较容易取得成功,况且,制定统一的区际冲突法从根本上避免了“挑选法院”的现象,使两地的法院对同一案件的审理得出相同的结果,也避免了反致问题的产生,还为两地实体法的统一奠定了基础。当然,制定统一的区际冲突法将是一个漫长的渐进过程。在香港回归祖国的初期,两地只能参照各自现有的国际冲突法来协调其法律冲突。尽管这不是一种完善的办法,也不能从根本上消除其法律冲突,但作为一种过渡办法,它在制定出统一的区际冲突法之前是不可或缺的。在此阶段,两地立法机关在实践中经过充分的协商和协调,通过参加一些冲突法条约等方式,逐步实现两地区际冲突法的统一。

3. 实体法协调途径

从根本上讲,解决大陆与香港的法律冲突的最彻底的途径还是制定统一的实体法。尽管这将是一个渐进式的漫长过程,但在两地充分尊重各自法律制度独立的前提下,我们完全可以在某些具体的领域通过下列方式实现两地间实体法规则的统一:

(1) 少数有关国防、外交和其他按基本法规定不属于香港特别行政区自治范围的大陆法直接适用于香港或稍作修改后适用于香港。例如,《中华人民共和国国籍法》在1997年7月1日以后将在香港实施,但要作一定的变通处理,以便照顾到港人出入境方便和考虑到我国国籍法不承认双重国籍的原则。因此,香港筹委会建议:凡具有中国血统的香港居民,本人出生在中国领土者,都是中国公民;港人所持有的外国护照可作为旅行证件去其他国家或地区旅行,但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得享有外国领事保护权。它还规定,取得外国护照的回流港人对自己的国籍和香港居留权,可以自行选择是以中国公民还是以外国公民身份在港定居。若以香港身份证回港,返港后不申报外国公民,将自动保留香港永久性居民身份;若以外国护照入境并申报为外国公民,则保留外国人身份并享有领事保护权,若要成为香港永久性居民,则需连续在港住满七年。这些灵活宽松的处理,既符合中国国籍法和香港基本法的有关规定,又照顾到

港人1997年以后出入境更大的自由和便利^⑥。

(2) 大陆与香港可以通过共同参加有关的国际条约实现实体法的统一。尽管香港是一个非主权地区,但香港特别行政区可以以“中国香港”的名义,在经济、贸易、金融、航运等领域同世界各国、各地区签订和履行有关协定,这当然包括中国大陆在内。事实上,大陆与香港已经共同参加了不少国际条约,这些国际条约在1997年之后仍可适用于这两个地区,或稍作修改后即可适用。因此利用国际条约协调大陆与香港的法律冲突是一个现实的有效办法。正如香港学者廖瑶珠所言:“在国际经济方面,如在国际贸易、汇票、国际运输、注册商标和专利等等领域,由于有国际多边协议的存在,或彼此做法日趋相同,其可统一或协调的程度较高^⑦。”

(3) 大陆与香港的立法机关制定相同或相似的实体法。在现代国际社会,任何国家和地区在制定有关法律时,都会吸收或借鉴其他国家的有益经验和成功做法,考虑相关国家和地区的立法。在协调大陆与香港的法律冲突问题上,我们可以借鉴美国在统一各州法律方面的做法,即通过一些官方、半官方或民间组织提供“模范法”(Model Law)供各州立法机关采纳或借鉴,从而统一各州的实体法,如美国统一各州法委员会起草了200多个统一法草案,美国法学会则主要通过编纂“法律重述”来发挥作用^⑧。我国也可以通过大陆与香港的学术研究机构或其他民间机构起草“模范法”,供两地立法机关采纳。当然,这种“模范法”是否被采用,完全由两地自行决定。因此,这种办法比较可行,但有效性方面不如前两种。

(二) 司法协调(协助)方式

由于立法的统一是一个漫长的渐进过程,司法协调就是必不可少的了。1997年以后,香港特别行政区享有独立的司法权和终审权。在世界任何国家,终审权都是由其最高法院掌握,赋予一个地方行政区法院终审权,恐怕是绝无仅有的特例。其实,香港法院从来就没有终审权,此权掌握在英国枢密院司法委员会手中。香港最高法院的判决,当事人不服的,可以经过一定程序向英国枢密院司法委员会上诉,该司法委员会作出的决定才是最终判决。我国不将终审权收归中央,而是赋予香港特别行政区,目的在于保持其原有的司法制度和法律制度。因此,香港的最高法院和大陆的最高法院在立法冲突的情况下,可以在审判实践中积极,推动实体法的统一,并使诉讼程序法趋于一致。具体说来,香港最高法

院通过判例,大陆最高法院通过发布司法解释,使写在纸上的不同法律在实际运作中趋于一致。同时,还可通过下列途径协调诉讼程序上的法律冲突:

1. 区际协议方式,即由大陆与香港特别行政区签订司法协调(协助)协议。香港基本法第95条规定:“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协助方面的联系和相互提供协助。”这是两地进行司法协助的法律依据。目前,两地已经开展了这方面的实践,如1988年广东省高级人民法院与香港最高法院就相互委托送达民事经济纠纷案件诉讼文书所达成的七条协议,在实践中起到了一定的作用。这一作法,在1997年以后仍然可以利用^①。至于具体的协调办法,有的主张由司法部代表内地法域与香港特别行政区签订;有的主张由内地某省与香港特别行政区签订协议后,其他各省根据需要加入该协议;还有的主张由中央授权内地法域的某一个或几个省作为代表,与香港特别行政区签订协议,并在内地分片设立执行协议的中心机关^②。笔者认为,如果说在行政关系上,大陆与香港是中央与地方的关系的话,那么在司法关系上,两地的司法机关则是完全平等的。既然大陆与香港的法律冲突是由于“一国两制”的这一创举带来的问题,协调这种冲突的方法也必须具有创造性,观念也应有所更新,而不能片面强调中央司法机关的地位。因此,我主张由中央一级的司法机关代表大陆与香港最高法院签订有关的协议。

2. 借助国际条约方式。国际上存在一系列国际民事诉讼法方面的公约,如海牙送达公约、海牙取证公约等,只要大陆和香港都参加某一国际公约,完全可以凭借这些国际条约开展司法协助。例如,大陆和香港目前都已参加的海牙送达条约和1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》在1997年以后仍可用来进行司法协助。

3. 个案处理方式。在缺乏条约、协议和有关立法的明文规定的情况下,两地司法机关在处理具体案件时,可以在互惠务实,合法有效的原则下,采取灵活多样的办法,积极地给予协助。但这种方式随意性大,只是一种权宜之计。

(三) 法律文化协调方式

不管是立法协调,还是司法协调,都依赖于法律文化的交流和法律意识的协调。这是真正统一两地的法律,消除两地法律冲突的前提条件。因此,1997年以后要进一步加强大陆与香港在法学理论

界、立法界、司法界的交流,使他们加强了解,增进理解。在这方面,一个最重要的问题是要逐步实现香港法律的中文化。

香港基本法第9条规定:“香港特别行政区的行政机关、立法机关和司法机关,除使用中文外,还可使用英文,英文也是正式语文。”由此可见,英语尽管被允许,但不是理所当然的,道理很简单,在百分之九十以上的人是华人的香港社会,如果一般的市民不能用自己的母语——中文同行政官员交涉,抗辩行政官员滥用权力,向法官表达自己的论点,也听不懂法官的话,这公平吗?^③显然不公平!这样的法律也绝不是好的法律。因此,香港法律的中文化是解决大陆与香港法律冲突的必然要求,也是最终实现中华民族完全统一的必然要求。

注 释:

- ①⑤ 何美欢:《香港合同法》上册,北京大学出版社1995年版,第18-20、24-26页。
- ②③ 刘宪权主编:《香港法律概论》,华东理工大学出版社1995年版,第48-50页。
- ④ 黄进等编:《韩德培文选》,武汉大学出版社1996年版,第120页。
- ⑤ 沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第105-106页。
- ⑥ 只有两个例外,即加拿大魁北克省的民法属大陆法系,其他各省都属普通法系;美国路易斯安那州是大陆法系,其他州属普通法系。
- ⑦ 韩德培:《论我国的区际法律冲突问题》,载《中国法学》1988年第6期,第6页。
- ⑧⑩ 端木来娣:《收回香港主权的几个重要决定》,载《半月谈》1996年第8期,第17-19页。
- ⑨ 黄进:《区际冲突法研究》,学林出版社1991年版,第76-79页。
- ⑪ 廖瑶珠:《法律逐渐统一的方案》,载香港《大公报》(1986年4月11日)。
- ⑫ 格雷和安·阿尔伯:《关于美国法律统一持续两百年的报告》,载《拉贝尔外国私法和国际私法杂志》第50卷(1986年),第117-119页。
- ⑬ 黄进主编:《区际司法协助的理论与实务》,武汉大学出版社1994年版,第205-207页。
- ⑭ 徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社1996年版,第378页。

(责任编辑 车 英)