

中小企“北上”發展 法律衝突待解決

由於香港和內地之間地域比鄰和文化相近等優勢，兩地的經濟一直有非常密切的關係，互相間的經貿活動也很頻繁。自香港回歸之前至今，兩地之間已經逐漸趨向經濟一體化。香港是以金融業為主導，服務業為支柱的一個多元化的開放型的小型經濟體，而內地的經濟在近年來有著飛速的發展，工業生產水平已經走在世界的前列，成為全世界爭相進入的市場。

兩地經貿合作應有更廣闊視野

香港和內地的經濟具有很強的互補性，香港作為國際化的商業、物流和資訊中心，在物流、金融等專業服務領域具備相當成熟的經驗和大量高水準的專業人才，這就給香港一大批有國際發展經驗的企業和豐富國際操作經驗的專業人才進入內地市場，為廣大內地企業提供服務，協助內地企業打入國際市場帶來了良好的契機。同樣，中國經過二十多年的發展使內地成為世界上重要的製造業基地之一，同時經濟的發展也培育和壯大了一大批優秀的企業，這些企業利用內地豐富的資源和充裕的勞動力，在生產水平上已經達到很高的水平，也培養了許多科技人才，而這些也恰恰是香港的企業所缺乏的，香港企業可以利用內地企業的優勢來進一步發展壯大，提高國際競爭力。

香港回歸、一國兩制給兩地的經濟發展帶來了契機。可惜的是，在回歸的最初幾年內，人們對“一國兩制”的理解有偏差，認為過了深圳河就和香港沒有關係了。回歸初期的特區政府都有這樣的思維，這樣的後果是導致回歸後的最初幾年內兩地實質性的交流和合作很少，即使是有也大多是走過場。其中一個例子就是港珠澳大橋，建造港珠澳大橋的構想早在 97 之前就由前珠海市市長梁廣大提出，到現在已經將近十年之久，雙方的代表以及所涉及的部門和團體經過很多次的會議和交流，磋商和籌畫，幾經波折到不久前方案才落實，可動工的時間還沒有最終確定，預計最早也要 2010 年才落成。與之相比較，國內杭州灣大橋的建造，大橋北起嘉興止於寧波，建成後將大大縮短上海和寧波之間的陸路距離，直接促進浙江省的經濟發展，並將帶動整個長江三角洲的整體發展和之間的合作與交流。整個工程從立項到動工只用了兩三年的時間，並預計近幾年內可以完工。

中小企業“北上”發展

我一直以來都持這樣的觀點，香港作為國際城市，經濟的繁榮並不僅僅是靠

少數的大企業大集團所支撐的，香港的經濟能否持續健康發展，主要要看占香港公司 98% 以上的中小企業能否不斷自我提升，發展壯大。舉目世界，中小企業在經濟發達的國家國民經濟中佔有舉足輕重的作用。在美國，中小企業被稱為技術創新的生力軍，美國政府成立中小企業管理局，並作為政府的永久性機構，還制定了一系列規範和維護中小企業權益的法律檔，為了扶持中小企業的發展，美國政府從資金、稅收等方面實施一系列的優惠經濟政策。在日本，中小企業被視之為經濟發展的源泉，中小型企業的數量占全部企業數量的比率超過 99%。日本政府設立了中小企業廳同時也非常重視中小企業的立法並對中小企業提供優惠和扶持。在歐洲，德國和法國政府都設了專門負責中小企業管理的中小企業局，為了扶持中小企業的發展制定了專門的法律並向中小企業提供貸款支援和稅收優惠政策。從以上發達國家中小企業的發展實踐和現狀我們可以得出結論：香港中小企業的發展對香港經濟的整體起著至關重要的作用。

自金融風暴之後，香港的經濟面臨轉型的挑戰，不能僅依靠房地產作為主導。政府也有意識地採取措施發展中小企業，例如政府成立中小型企業委員會，推出四項基金協助中小企業培訓、市場推廣及企業信貸等。可惜的是，始終缺乏有助於中小企業長遠發展方向的規劃和舉措，政府扶持的決心和力度也需要進一步加強。而香港的中小企業的發展都基本上依靠一己之力，這在很大程度上限制了香港中小企業的發展壯大，也嚴重影響了中小企業營商的信心。

促進中小企業的發展，除了需要本港政府的扶持之外，中小企業自身也要加強與其他地區特別是內地企業的合作，優勢互補，互惠互利，共同發展。隨著內地經濟的發展和市場潛力的增大，許多香港中小企業也已經意識到此種合作的必要性，並紛紛“北上”發展。但是，由於兩地法律體系的差異，思維方式的不同再加之內地政策法規的不時更新，兩地中小企業的合作和“北上”的發展並非都一帆風順，滿載而歸。究其原因，兩地中小企業合作應更新觀念。

兩地中小企業合作應更新觀念

觀念更新。首先，自上世紀八十年代到現在的二十多年間香港和內地都發生了很多變化。香港中小企業在上世紀八十年代主要以製造業為主，而現在主要以服務業為主。內地的經濟環境和法律制度也發生了巨大的變化，改革開放二十多年使經濟有了一定基礎，並加入了 WTO。在胡總書記和溫總理為核心的新領導下，加強法制建設，強調依法施政、依法治國。法律制度和法律體系得到了進一步的完善。在這樣的大背景下，香港中小企業在內地發展與八十年代的第一波“北上”有很大不同。另一方面，香港的優勢也較之前不同。上世紀八十年代港商在管理、資金、人才方面的優勢很明顯，內地卻十分缺乏。但是現在港商的這

些優勢已經不是那麼明顯，甚至在科技和製造方面可能還不如內地，僅存的優勢可能也只是在服務業和國際聯繫、發展經驗上。再者，在內地加入 WTO 的承諾下，內地市場將逐步向外國開放，將有越來越多的外商進入到內地市場，因此港商將要面對來自海外投資商、內地民營企業以及內地新興服務業的激烈競爭，而且這種競爭將愈演愈烈。因此，現在“北上”發展將遇到許多新的問題，新的挑戰，香港中小企業要轉變舊思維，在現今內地法律制度和地方政策的允許下，發揮港商現有的優勢，迎接新的挑戰。

法律認知更新。由於兩地法律制度的不同和內地政策法規的不時更新，給港商瞭解最新的資訊帶來了一定難度。而內地法律制度的不完善和官僚現象的盛行也一度讓港人認為在內地做生意要靠鑽法律的空子，利用在當地的人脈關係，而對法律的規定並不尊重。舉個例子，曾經有港商在內地做生意鑽法律的空子，無視內地法律的規定，不幸被當地機關逮捕並對其提起公訴，而港商非但沒有利用正當的法律途徑為自己進行抗辯，反而想利用一些有身份的人物來影響法院的判決，這樣的做法是行不通的。再有，近年來沸沸揚揚的“地下保單”事件，港商也是抱著鑽法律空子的心態，不瞭解、不尊重內地的有關保險法規定。雖然目前內地的法律制度還不是非常完善，執法能力也尚待提高，但是內地政府越來越重視法制，強調法治，因此港商的舊思維要改，才能適應內地的法律經濟環境從而更好的“北上”發展。

兩地法律制度的差異

香港的法律制度以普通法(Common Law)為依歸，並由多條本地法例作補充，已經有一百多年的發展歷史，與中國內地以成文法為主的法律制度截然不同。這給港商與內地企業合作和在內地發展都造成了一定的障礙。正因為此，香港有越來越多的人士，包括法律界人士都有意願想多瞭解中國法律，其中有很多更參加了各種形式的中國法律課程。去年根據 CEPA 的規定，香港公民首次獲准參加國家統一司法考試，通過國家司法考試獲得法律職業資格後，將能在內地申領《律師執業證》，在律師事務所從事非訴訟法律事務。去年共有四百多人參加了考試，報考的人士都下了苦功，認真準備考試。以亞太法律協會和中國政法大學合辦的國家司法考試培訓班來說，學員們每週五、六和日修讀培訓課程，為期四個月，有些學員為了備考辭去了工作，還有的學員消瘦了二十多磅。不過內地仍然存在地方保護主義心態，主要體現在：一、暫不允許“兩棲”律師，即同時在香港和內地執業。根據《律師法》的規定，律師不得在兩個律師事務所同時執業，這也就意味著如果香港律師取得內地律師資格在內地從事法律事務就要放棄在香港的執業，這打擊了在職香港律師去內地執業的積極性；二、在考試的組織上，考試在港不設考點，也不能在港報名，這給香港考生帶來了很大的不便，而

且這種做法也完全沒有必要；三、儘管通過考試可以獲得內地律師資格，卻只能從事非訴訟業務，這造成與內地通過考試獲得律師資格的律師存在著雙重標準，但是香港考生與內地的通過分數卻是一視同仁，這不公平也不合理。由此可見，在實際落實過程中，內地還是排斥的姿態，並沒有完全的開放法律服務業，這與中央制定落實 CEPA 的初衷有出入，也打擊了香港有志於瞭解中國法律和在地從事法律業務人士的積極性。我認爲這種保護主義是完全沒有必要的，內地所缺乏的是懂普通法，能熟練運用英語並且熟知國際法律的人才，而香港法律界在這方面有優勢，如果內地能開放法律服務市場，讓香港律師進入內地有助於中國律師整體水平的提高，有利於中國與國際接軌。但由於保護主義將使中國律師國際化進程緩慢。其他行業都有類似的情況，香港專業聯盟主席梁振英就曾表示 CEPA 實施的實際效果“較絕大部分專業人士期望的慢”。內地爲香港專業服務機構和個人進入市場所設的門檻很高，他舉例說“一家香港建築師事務所根據 CEPA 申請在上海開設分所，卻被當地以設立‘建築設計企業’屬跨專業行業，公司要有建築設計師、結構工程師、建築工程師的理由退回”。他還認爲“中國部分省市部門仍抱持保護主義，如果再不改進，數年後將被外資吞併”。

就法律而言，我認爲香港的法制已經有一百多年的歷史，守法和法治的整體水平都較高；內地的法制儘管在近幾十年內有了很大的發展，但是由於發展的時問還不長，法制還不完善。從近年來世界範圍內兩大法系發展的一個重要特徵就是互相融合與趨同發展，經濟發展的全球化趨勢使法律制度也表現出某種程度的一體化趨勢。最典型的例子是在歐盟範圍內，英國是普通法系國家，而其他歐洲大陸的國家以法國和德國爲藍本是大陸法系國家，那麼在歐盟議會裏面，政府裏面，法院裏面就存在兩大法系，既有矛盾但又有互相融合的地方，判例法在歐盟內越來越多的被接受和使用，這是兩大法系的融合的跡象。這是值得香港和內地的法律界借鑒的。香港的普通法發展歷史長、較完善，並不表示可以完全適用於內地；內地的法律體系與香港截然不同，但也沒有必要完全排斥香港的法制和法律人才的進入，兩地可以互相借鑒，相互融合，有助於兩地法律的發展並逐步解決由於兩地法制差異所帶來的種種問題。

解決兩地法律衝突的建議

由於香港和內地法制的巨大差異，給香港企業或個人“北上”發展和與內地企業開展經貿合作都造成了很多障礙和困難。舉例來說，港商與內地企業簽訂的商業合同發生了糾紛，如果雙方沒有事先協定管轄的法院，那麼究竟應當向哪里的法院提起訴訟？即使選擇了一地的法院進行了訴訟並獲得了判決，這個判決能否在異地得到承認和執行？以上的種種問題在法律上被稱作“區際法律衝突”。區際法律衝突是指在一個國家內部不同地區的法律制度之間的衝突，或者

說是一個法制不統一的國家內部不同法域之間的法律衝突。在“一國兩制”的框架下，香港和內地的法制不同，所以兩地之間的法律衝突屬於區際法律衝突，主要包括：兩地的司法協助、管轄權衝突、法律適用選擇和兩地仲裁裁決和判決的承認和執行等。世界範圍內存在很多區際法律衝突，例如美國各州之間的法律衝突，瑞士聯邦制國家內各州之間的法律衝突等。香港和內地之間的區際法律衝突有別於上述的其他區際法律衝突，因為中國是一個主權國家，而香港是特別行政區。正因為此，給兩地區際法律衝突的解決帶來了很大的障礙。在香港回歸之前，香港作為英國屬土，兩地間的法律衝突主要按照雙方都加入的有關國際公約的規定處理，但是香港回歸之後，作為中國的一個特別行政區，國際條約只能適用於香港與內地以外的其他國家和地區的關係，而不能直接適用於香港與內地之間的關係。因此雖然大量的國際條約中國和香港都參加了，但它們只適用於內地和香港處理國際問題，區際問題的解決除另有規定外，不能直接適用兩地都有參加的國際條約，而需要尋求國內法上的支援。香港和內地經過多次協商分別在一九九九年三月三十日和一九九九年六月二十一日發佈和簽署了《最高人民法院關於內地與香港特別行政區相互委託送達民商事司法文書的安排》和《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的安排》兩個法律檔。可是這兩個法律檔所能解決的兩地法律衝突問題只是冰山一角，大量刑事區際法律衝突包括刑事司法協助（例如兩地相互移交犯罪嫌疑人），刑事管轄權問題，區際合作打擊跨境犯罪的問題等都亟待解決；香港和內地的民商事判決的相互承認和執行的議題雙方已經在磋商，但是仍沒有實質性的措施出臺。

具體措施解決兩地區際法律衝突

就解決兩地間的區際法律衝突，我提出下列建議措施：

- 甲、兩地應設立專門的機構負責接受港商在內地因法律衝突所產生的糾紛的投訴，並對糾紛的解決作出指導性的意見，協助當事人按照當地的法律規定和程序解決糾紛，保障當事人的合法權益受到保護。並有責任通知香港的有關機構和部門，對糾紛事件進行監督和彙報。這樣一來可以確保港商在內地受到不公平待遇時投訴有路，二來可以保障港商的基本人權不受侵犯。
- 乙、鼓勵港商在與內地企業簽訂合同或進行其他商業活動時儘量使用仲裁為爭議解決的途徑，仲裁地優先選擇香港，當然不排除選擇認可的中國仲裁機構。原因是：一、港商對內地的訴訟制度和程序瞭解不多，內地有些地方的法制還不完善，打官司對港商來說會很不利；二、香港和內地之間還沒有相互承認和執行法院判決的協議，即使港商贏了官司，判

決也未必得到承認和執行；三、香港作為國際仲裁的中心之一，有值得信賴的仲裁制度和仲裁程序的保障；四、即使在內地進行仲裁，根據《內地和香港相互執行仲裁裁決的安排》仲裁裁決也得以在香港執行。這樣既有助於糾紛的解決也最大限度地保障了港商的權益。

丙、發展兩地間使用調解解決糾紛的機制。除上述的仲裁外，香港和內地間應當嘗試和發展使用調解的手段來解決非重大的商事和民事糾紛。調解作為一種糾紛解決的手段已經在香港運用於非重大的民商事糾紛，使當事人能廉宜、快捷地解決衝突或糾紛。兩地可以考慮成立專門的調解機構來解決涉及兩地法律衝突的非重大民商事糾紛，例如兩地中小企業經貿活動中產生的糾紛，簡單商業交易及家庭婚姻事務產生的糾紛等。

丁、香港和內地之間儘快磋商和制定解決區際法律衝突的辦法和協議。兩地可以參考歐盟內當歐盟法與英國法發生衝突時所適用的爭端解決辦法，即英國議會制定的 1972 年歐洲共同體法案(The European Communities Act of 1972)中接受的一項原則：直接有效的歐洲共同體法律高於英國法律。這就意味著，英國法律的任何條文衝突，都必須服從具有直接效力的歐盟法；也可以參照國際公約的內容，儘管國際公約不能適用於香港和內地的區際法律衝突，但是兩地可以參照國際公約的規定和衝突解決機制來制定兩地間解決區際法律衝突的辦法和協議。

誠然，香港和內地的法律體系和法律制度存在差異，這是歷史和制度的原因所造成的。在“一國兩制”的框架下，我們不希望兩地的法制互相排斥，各自發展，也更不希望今後強制性地改變為單一的法律體系，所亟需的是兩地的政府和法律界人士充分認識到兩地法制的差異，積極設立相關機構和制定有效的機制來解決法律差異所造成的衝突和糾紛，為兩地的經貿合作和社會發展提供法律上的保障。

作者：鄭家賢 香港中小企業國際交流協會創會會長
亞太法律協會創辦人、總幹事

張宏燁 亞太法律協會幹事