

中小企“北上”发展 法律冲突待解决

由于香港和内地之间地域比邻和文化相近等优势，两地的经济一直有非常密切的关系，互相间的经贸活动也很频繁。自香港回归之前至今，两地之间已经逐渐趋向经济一体化。香港是以金融业为主导，服务业为支柱的一个多元化的开放型的小型经济体，而内地的经济在近年来有着飞速的发展，工业生产水平已经走在世界的前列，成为全世界争相进入的市场。

两地经贸合作应有更广阔视野

香港和内地的经济具有很强的互补性，香港作为国际化的商业、物流和信息中心，在物流、金融等专业服务领域具备相当成熟的经验和大量高水平的专业人才，这就给香港一大批有国际发展经验的企业和丰富国际操作经验的专业人才进入内地市场，为广大内地企业提供服务，协助内地企业打入国际市场带来了良好的契机。同样，中国经过二十多年的发展使内地成为世界上重要的制造业基地之一，同时经济的发展也培育和壮了一大批优秀的企业，这些企业利用内地丰富的资源和充裕的劳动力，在生产水平上已经达到很高的水平，也培养了许多科技人才，而这些也恰恰是香港的企业所缺乏的，香港企业可以利用内地企业的优势来进一步发展壮大，提高国际竞争力。

香港回归、一国两制给两地的经济发展带来了契机。可惜的是，在回归的最初几年内，人们对“一国两制”的理解有偏差，认为过了深圳河就和香港没有关系了。回归初期的特区政府都有这样的思维，这样的后果是导致回归后的最初几年内两地实质性的交流和合作很少，即使是有也大多是走过场。其中一个例子就是港珠澳大桥，建造港珠澳大桥的构想早在 97 之前就由前珠海市市长梁广大提出，到现在已经将近十年之久，双方的代表以及所涉及的部门和团体经过很多次的会议和交流，磋商和筹画，几经波折到不久前方案才落实，可动工的时间还没有最终确定，预计最早也要 2010 年才落成。与之相比较，国内杭州湾大桥的建造，大桥北起嘉兴止于宁波，建成后大大缩短上海和宁波之间的陆路距离，直接促进浙江省的经济发展，并将带动整个长江三角洲的整体发展和之间的合作与交流。整个工程从立项到动工只用了两三年的时间，并预计近几年内可以完工。

中小企业“北上”发展

我一直以来都持这样的观点，香港作为国际城市，经济的繁荣并不仅仅是靠

少数的大企业大集团所支撑的，香港的经济能否持续健康发展，主要要看占香港公司 98% 以上的中小企业能否不断自我提升，发展壮大。举目世界，中小企业在经济发达的国家国民经济中占有举足轻重的作用。在美国，中小企业被称为技术创新的生力军，美国政府成立中小企业管理局，并作为政府的永久性机构，还制定了一系列规范和维护中小企业权益的法律档，为了扶持中小企业的发展，美国政府从资金、税收等方面实施一系列的优惠经济政策。在日本，中小企业被视之为经济发展的源泉，中小型企业数量占全部企业数量的比率超过 99%。日本政府设立了中小企业厅同时也非常重视中小企业的立法并对中小企业提供优惠和扶持。在欧洲，德国和法国政府都设了专门负责中小企业管理的中小企业局，为了扶持中小企业的发展制定了专门的法律并向中小企业提供贷款支持和税收优惠政策。从以上发达国家中小企业的发展实践和现状我们可以得出结论：香港中小企业的发展对香港经济的整体起着至关重要的作用。

自金融风暴之后，香港的经济面临转型的挑战，不能仅依靠房地产作为主导。政府也有意识地采取措施发展中小企业，例如政府成立中小型企业委员会，推出四项基金协助中小企业培训、市场推广及企业信贷等。可惜的是，始终缺乏有助于中小企业长远发展方向的规划和举措，政府扶持的决心和力度也需要进一步加强。而香港的中小企业的发展都基本上依靠一己之力，这在很大程度上限制了香港中小企业的发展壮大，也严重影响了中小企业营商的信心。

促进中小企业的发展，除了需要本港政府的扶持之外，中小企业自身也要加强与其它地区特别是内地企业的合作，优势互补，互惠互利，共同发展。随着内地经济的发展和市场潜力的增大，许多香港中小企业也已经意识到此种合作的必要性，并纷纷“北上”发展。但是，由于两地法律体系的差异，思维方式的不同再加之内地政策法规的不时更新，两地中小企业的合作和“北上”的发展并非都一帆风顺，满载而归。究其原因，两地中小企业合作应更新观念。

两地中小企业合作应更新观念

观念更新。首先，自上世纪八十年代到现在的二十多年间香港和内地都发生了很多变化。香港中小企业在上世纪八十年代主要以制造业为主，而现在主要以服务业为主。内地的经济环境和法律制度也发生了巨大的变化，改革开放二十多年使经济有了一定基础，并加入了 WTO。在胡总书记和温总理为核心的新领导下，加强法制建设，强调依法施政、依法治国。法律制度和法律体系得到了进一步的完善。在这样的大背景下，香港中小企业在内地发展与八十年代的第一波“北上”有很大不同。另一方面，香港的优势也较之前不同。上世纪八十年代港商在管理、资金、人才方面的优势很明显，内地却十分缺乏。但是现在港商的这些优

势已经不是那么明显，甚至在科技和制造方面可能还不如内地，仅存的优势可能也只是在服务业和国际联系、发展经验上。再者，在内地加入 WTO 的承诺下，内地市场将逐步向外国开放，将有越来越多的外商进入到内地市场，因此港商将要面对来自海外投资商、内地民营企业以及内地新兴服务业的激烈竞争，而且这种竞争将愈演愈烈。因此，现在“北上”发展将遇到许多新的问题，新的挑战，香港中小企业要转变旧思维，在现今内地法律制度和地方政策的允许下，发挥港商现有的优势，迎接新的挑战。

法律认知更新。由于两地法律制度的不同和内地政策法规的不时更新，给港商了解最新的信息带来了一定难度。而内地法律制度的不完善和官僚现象的盛行也一度让港人认为在内地做生意要靠钻法律的空子，利用在当地的人脉关系，而对法律的规定并不尊重。举个例子，曾经有港商在内地做生意钻法律的空子，无视内地法律的规定，不幸被当地机关逮捕并对其提起公诉，而港商非但没有利用正当的法律途径为自己进行抗辩，反而想利用一些有身份的人物来影响法院的判决，这样的做法是行不通的。再有，近年来沸沸扬扬的“地下保单”事件，港商也是抱着钻法律空子的心态，不了解、不尊重内地的有关保险法规定。虽然目前内地的法律制度还不是非常完善，执法能力也尚待提高，但是内地政府越来越重视法制，强调法治，因此港商的旧思维要改，才能适应内地的法律经济环境从而更好的“北上”发展。

两地法律制度的差异

香港的法律制度以普通法(Common Law)为依归，并由多条本地法例作补充，已经有一百多年的发展历史，与中国内地以成文法为主的法律制度截然不同。这给港商与内地企业合作和在内地发展都造成了一定的障碍。正因为此，香港有越来越多的人士，包括法律界人士都有意愿想多了解中国法律，其中有很多更参加了各种形式的中国法律课程。去年根据 CEPA 的规定，香港公民首次获准参加国家统一司法考试，通过国家司法考试获得法律职业资格后，将能在内地申领《律师执业证》，在律师事务所从事非诉讼法律事务。去年共有四百多人参加了考试，报考的人士都下了苦功，认真准备考试。以亚太法律协会和中国政法大学合办的国家司法考试培训班来说，学员们每周五、六和日修读培训课程，为期四个月，有些学员为了备考辞去了工作，还有的学员消瘦了二十多磅。不过内地仍然存在地方保护主义心态，主要体现在：一、暂不允许“两栖”律师，即同时在香港和内地执业。根据《律师法》的规定，律师不得在两个律师事务所同时执业，这也就意味着如果香港律师取得内地律师资格在内地从事法律事务就要放弃在香港的执业，这打击了在职香港律师去内地执业的积极性；二、在考试的组织上，考试在港不设考点，也不能在港报名，这给香港考生带来了很大的不便，而且这种

做法也完全没有必要；三、尽管通过考试可以获得内地律师资格，却只能从事非诉讼业务，这造成与内地通过考试获得律师资格的律师存在着双重标准，但是香港考生与内地的通过分数却是一视同仁，这不公平也不合理。由此可见，在实际落实过程中，内地还是排斥的姿态，并没有完全的开放法律服务业，这与中央制定落实 CEPA 的初衷有出入，也打击了香港有志于了解中国法律和在内地开展法律业务人士的积极性。我认为这种保护主义是完全没有必要的，内地所缺乏的是懂普通法，能熟练运用英语并且熟知国际法律的人才，而香港法律界在这方面有优势，如果内地能开放法律服务市场，让香港律师进入内地有助于中国律师整体水平的提高，有利于中国与国际接轨。但由于保护主义将使中国律师国际化进程缓慢。其它行业都有类似的情况，香港专业联盟主席梁振英就曾表示 CEPA 实施的实际效果“较绝大部分专业人士期望的慢”。内地为香港专业服务机构和个人进入市场所设的门槛很高，他举例说“一家香港建筑师事务所根据 CEPA 申请在上海开设分所，却被当地以设立‘建筑设计企业’属跨专业行业，公司要有建筑设计师、结构工程师、建筑工程师的理由退回”。他还认为“中国部分省市部门仍抱持保护主义，如果再不改进，数年后将被外资吞并”。

就法律而言，我认为香港的法制已经有一百多年的历史，守法和法治的整体水平都较高；内地的法制尽管在近几十年内有了很大的发展，但是由于发展的时间还不长，法制还不完善。从近年来世界范围内两大法系发展的一个重要特征就是互相融合与趋同发展，经济发展的全球化趋势使法律制度也表现出某种程度的一体化趋势。最典型的例子是在欧盟范围内，英国是普通法系国家，而其它欧洲大陆的国家以法国和德国为蓝本是大陆法系国家，那么在欧盟议会里面，政府里面，法院里面就存在两大法系，既有矛盾但又有互相融合的地方，判例法在欧盟内越来越多的被接受和使用，这是两大法系的融合的迹象。这是值得香港和内地的法律界借鉴的。香港的普通法发展历史长、较完善，并不表示可以完全适用于内地；内地的法律体系与香港截然不同，但也没有必要完全排斥香港的法制和法律人才的进入，两地可以互相借鉴，互相融合，有助于两地法律的发展并逐步解决由于两地法制差异所带来的种种问题。

解决两地法律冲突的建议

由于香港和内地法制的巨大差异，给香港企业或个人“北上”发展和与内地企业开展经贸合作都造成了很多障碍和困难。举例来说，港商与内地企业签订的商业合同发生了纠纷，如果双方没有事先协议管辖的法院，那么究竟应当向哪里的法院提起诉讼？即使选择了一地的法院进行了诉讼并获得了判决，这个判决能否在异地得到承认和执行？以上的种种问题在法律上被称作“区际法律冲突”。区际法律冲突是指在一个国家内部不同地区的法律制度之间的冲突，或者说是一

个法制不统一的国家内部不同法域之间的法律冲突。在“一国两制”的框架下，香港和内地的法制不同，所以两地之间的法律冲突属于区际法律冲突，主要包括：两地的司法协助、管辖权冲突、法律适用选择和两地仲裁裁决和判决的承认和执行等。世界范围内存在很多区际法律冲突，例如美国各州之间的法律冲突，瑞士联邦制国家内各州之间的法律冲突等。香港和内地之间的区际法律冲突有别于上述的其它区际法律冲突，因为中国是一个主权国家，而香港是特别行政区。正因为此，给两地区际法律冲突的解决带来了很大的障碍。在香港回归之前，香港作为英国属土，两地间的法律冲突主要按照双方都加入的有关国际公约的规定处理，但是香港回归之后，作为中国的一个特别行政区，国际条约只能适用于香港与内地以外的其它国家和地区的关系，而不能直接适用于香港与内地之间的关系。因此虽然大量的国际条约中国和香港都参加了，但它们只适用于内地和香港处理国际问题，区际问题的解决除另有规定外，不能直接适用两地都有参加的国际条约，而需要寻求国内法上的支持。香港和内地经过多次协商分别在一九九九年三月三十日和一九九九年六月二十一日发布和签署了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互委托送达民商事司法文书的安排》和《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》两个法律档。可是这两个法律档所能解决的两地法律冲突问题只是冰山一角，大量刑事区际法律冲突包括刑事司法协助（例如两地相互移交犯罪嫌疑人），刑事管辖权问题，区际合作打击跨境犯罪的问题等都亟待解决；香港和内地的民商事判决的相互承认和执行的议题双方已经在磋商，但是仍没有实质性的措施出台。

具体措施解决两地区际法律冲突

就解决两地间的区际法律冲突，我提出下列建议措施：

- 甲、两地应设立专门的机构负责接受港商在内地因法律冲突所产生的纠纷的投诉，并对纠纷的解决作出指导性的意见，协助当事人按照当地的法律规定和程序解决纠纷，保障当事人的合法权益受到保护。并有责任通知香港的有关机构和部门，对纠纷事件进行监督和汇报。这样一来可以确保港商在内地受到不公平待遇时投诉有路，二来可以保障港商的基本人权不受侵犯。
- 乙、鼓励港商在与内地企业签订合同或进行其它商业活动时尽量使用仲裁为争议解决的途径，仲裁地优先选择香港，当然不排除选择认可的中国仲裁机构。原因是：一、港商对内地的诉讼制度和程序了解不多，内地有些地方的法制还不完善，打官司对港商来说会很不利；二、香港和内地之间还没有相互承认和执行法院判决的协议，即使港商赢了官司，判

决也未必得到承认和执行；三、香港作为国际仲裁的中心之一，有值得信赖的仲裁制度和仲裁程序的保障；四、即使在内地进行仲裁，根据《内地和香港相互执行仲裁裁决的安排》仲裁裁决也得以在香港执行。这样既有助于纠纷的解决也最大限度地保障了港商的权益。

丙、发展两地间使用调解解决纠纷的机制。除上述的仲裁外，香港和内地间应当尝试和发展使用调解的手段来解决非重大的商事和民事纠纷。调解作为一种纠纷解决的手段已经在香港运用于非重大的民商事纠纷，使当事人能廉宜、快捷地解决冲突或纠纷。两地可以考虑成立专门的调解机构来解决涉及两地法律冲突的非重大民商事纠纷，例如两地中小企业经贸活动中产生的纠纷，简单商业交易及家庭婚姻事务产生的纠纷等。

丁、香港和内地之间尽快磋商和制定解决区际法律冲突的办法和协议。两地可以参考欧盟内当欧盟法与英国法发生冲突时所适用的争端解决办法，即英国议会制定的 1972 年欧洲共同体法案(The European Communities Act of 1972)中接受的一项原则：直接有效的欧洲共同体法律高于英国法律。这就意味着，英国法律的任何条文冲突，都必须服从具有直接效力的欧盟法；也可以参照国际公约的内容，尽管国际公约不能适用于香港和内地的区际法律冲突，但是两地可以参照国际公约的规定和冲突解决机制来制定两地间解决区际法律冲突的办法和协议。

诚然，香港和内地的法律体系和法律制度存在差异，这是历史和制度的原因所造成的。在“一国两制”的框架下，我们不希望两地的法制互相排斥，各自发展，也更不希望今后强制性地改变为单一的法律体系，所亟需的是两地的政府和法律界人士充分认识到两地法制的差异，积极设立相关机构和制定有效的机制来解决法律差异所造成的冲突和纠纷，为两地的经贸合作和社会发展提供法律上的保障。

作者：邝家贤 香港中小企业国际交流协会创会会长
亚太法律协会创办人、总干事

张宏焯 亚太法律协会干事