

# 香港司法文化的过去、现在与未来

## ——兼与内地司法文化比较<sup>\*</sup>

顾敏康 徐永康 林来梵<sup>\*\*</sup>

**【内容提要】** 在英国统治香港的 150 多年里,香港在法律渊源、司法机关、司法制度等方面,都形成了有别于祖国内地的一套司法文化。回归以后,香港的司法文化适应“一国两制”的需要,发生了较大变化,同时也对内地的司法格局产生了一定影响。随着两地来往的进一步密切,司法方面的冲突和问题也会发生,司法文化的互动和交流不可避免地需要加强。因此,研究香港司法文化的演变过程及其特征,研究两地司法文化的互动、交流及其发展趋势,就有着重要的理论和现实意义。

**【关键词】** 香港法 司法文化 比较研究

考古发掘的文物以及现存的文献资料表明,香港自古就是中国领土,中国历代政府均对其进行管辖,建制设防,施行中国法律。而在中国封建社会末期,即在鸦片战争前,香港仍属于清政府管辖,施行的是清律。因而,这一时期香港的法律文化仍在中华法系的控制和影响之内。直到鸦片战争以后,香港接受英国的管治,法律文化才发生了根本性的变化。

今天的香港无疑是一个现代法治社会。但相对于英、法等西方国家,香港法治社会的形成过程迅速而短暂。当然,其中原因是多方面的,毋庸讳言,最主要的原因恐怕是殖民地因素。正是在英国及其殖民政府的主导下,香港法律文化逐步摆脱中华法系的控制和影响,直至最后完全演变为普通法系的成员——特别是司法文化方面。但香港在建设自己司法文化的时候并没有完全按照英国的司法制度依葫芦画瓢,而是非常谨慎且有步骤地设计和发展,且形成了自己的鲜明特色。香港回归后,司法文化已经发生了若干变化,今后的发展路向及其与内地司法格局的互动态势,更是值得关注和研究的问题。

<sup>\*</sup> 本文为香港城市大学科研资助项目《过渡时期的法律制度:趋同、冲突抑或是混合?——对 97 回归后香港和内地法律制度的理论与实证研究》成果。

<sup>\*\*</sup> 本文作者顾敏康为香港城市大学法学院助理教授,徐永康为华东政法学院教授,林来梵为香港城市大学法学院中国法与比较法研究中心研究员。

国内已经有学者考察过这个问题,具体内容参见赵秉志主编:《香港法律制度》,中国人民公安大学出版社 1997 年版,第 3-4 页。

香港殖民政府的完全建立是在 1899 年,当时的英殖民者不顾清政府抗议,迫使清朝官员离开九龙城,并将其纳入殖民地版图。1946 年日本侵略者被赶出香港后,英殖民者重建香港殖民政府,且与抗战前的殖民政府没什么两样。直到 50 年代才开始酝酿成立代表香港民众的政治机构。参见 Hong Kong: Human Rights, Law and Autonomy: the Risks of Transition. 资料来源: <http://www.amnesty.org> (上网时间:2001 年 9 月)。又有学者认为,从第二次世界大战末到 20 世纪 80 年代早期,大多数香港人对参与政治活动无兴趣。Norman Miners, The Government and Politics of Hong Kong, Oxford University Press, 5th ed. 1995), p. 32.

## 一. 法律渊源及其演变过程研究

香港的法律渊源有一个发展演变的过程。这一过程既是香港殖民政府积极推导的结果,也是香港法律文化自身发展的必然。由于当时政治形势的复杂性以及香港固有传统的坚韧性,香港的法律渊源具有复合性特征,其形式也非常多样化。

### (一) 中国的法律及习俗

在英占初期,香港还近乎一个荒岛,居民很少,且都是渔民和农民。毫无疑问,这些居民生活在清帝国律例和本地习俗之下。因此,1841年当英军统帅布伦默将军率兵登陆香港并宣布香港为英国属地时,也曾为如何在香港适用法律而烦恼不已。因为一方面,自己所熟悉的英国法律显然并不完全适合这片神秘陌生的东方土地;另一方面,完全适用清帝国法律也不符合自己想要改造这块殖民地的理想模式。但是“不管怎样,新的统治者意图建立起一种为他们所熟悉、并将比原有的制度远为‘高明’的一种法律制度。”最后,善于妥协并且务实的英国人采取了折中的办法:首先是把英国法引进香港,同时也保留香港居民观念中那些根深蒂固且又符合人道主义精神的行为规则。当然,新的统治者对于香港原有的男人可以纳妾等陋习并未完全摒弃,这项政策的标志便是1841年2月2日,由英国皇家海军舰长、英国在华贸易总监以及英国在华利益全权代表义律向香港居民颁布的命令——《义律公告》。

《义律公告》宣称香港已割让于英国,其政府职权,现时由在华英商总监行使;香港政府的必要法例、规条,现时由英商总监发布;香港岛所有英籍人和外国人均受英国法律保护 and 管辖等。同时,《义律公告》又宣称,“在未获女王陛下进一步指示之前,香港岛上原有居民及所有居港华人,均受中国法律及习惯之约束,但所有拷打刑罚则除外。”

所谓“中国的法律及习惯”中的“法律”主要是指《大清律例》。适用于香港地区的清朝法律主要包括:有关婚姻家庭方面的法律,例如,《大清律例》规定,男子可以纳妾,因此香港华人纳妾被视为合法,这一规定直到1971年香港颁布《婚姻改革条例》之后才被废除;有关继承方面的法律,按照《大清律例》,只有男子才有继承权,这一规定在1971年10月7日之前法院一直严格遵守着;有关土地方面的法律;有关抵押方面的法律,如中国古代法律规定的特有的“典权”制度。而“习惯”主要是指当时香港固有的地方风俗和习惯。这种习惯的内容必须符合被香港法院认可并赋予法律效力的条件:一是这种习惯必须是1843年就已存在,香港法院1969年的一个判决指出:“我们采用某些法律是在1843年时已实际存在的中国法律习惯,如对无遗嘱死亡的财产要求。”再如1904年在一个关于土地使用权纠纷的案件中亦指出,被告不能在属于他的海滩一部分土地上建筑,因为当地渔民要求保持他们在这块土地上晾晒鱼网的习惯权利,这个习惯已被证明至少在70年或更早前已经存在;二是必须被当地的居民普遍承认和接受;三是必须既不悖于现行法律,又不违背正义和公平。

正是根据《义律公告》,一个半世纪以来,香港法院的法官在审理案件时,形成了这样一个规则:在审理香港华人之间的纠纷时,如果英国的成文法和判例法对香港的情况或其居民不适用,而立法局又没有制定可适用的成文法,香港当地亦未形成相应判例法时,对这个司法空缺就应适用中国清代的法律和习惯来填补。据此,也有学者认为,《义律公告》的目标是在香港建立起一种二元化的法律体系:香港华人继续依从中国法律及习惯,英国人及其他各国人则接受英国法的统治。虽然这并不一定是香港统治者后来所追求的法制理想,但是,就其初始适用法律治理香港地区时的实践,我们应该承认这是客观存在的事实。

据统计,在1841年,香港岛只有人口7,500人,靠耕作、捕鱼和贸易为生。参见 Hong Kong: Human Rights, Law and Autonomy: the Risks of Transition. 资料来源: <http://www.anmesty.org> (上网时间:2001年9月)。

彼得·威莱斯-史密斯:《香港法律制度》,马清文译,香港三联书店1990年版,第40页。

参见[新西兰]瓦莱里·安·彭林顿:《香港的法律》,毛华等译,上海翻译出版公司1985年版,第28页。

赵秉志主编:《香港法律制度》,中国人民公安大学出版社1997年版,第45页。

参见苏亦工:《义律公告与一岛两制——香港二元法制的确立》,载香港法律教育信托基金编:《中国内地、香港法律制度研究与比较》,北京大学出版社2000年版,第38页。

保留并适用“中国的法律及习惯”，不过是英国人在香港地区的一种统治策略而已。因为，英人在香港的首要措施之一，就是把英国法律引进香港。这种策略表现为他们对涉及“公法”领域的问题如宪法、行政法等，大多按照英国法律文化的模式处理，并不向中国固有的法律文化让步。这主要表现在法律渊源方面，直到1966年为止，都将1843年4月5日以前存在的英国法律应用于香港。但是，引进英国法律有一限制性条款：英国法律凡不适合于香港环境和香港居民者，都排除在外。这一限制性条款其实也为香港司法文化提供了一个法律机制：法官在审判案件、适用法律时拥有较大的自由裁量权，但同时其创造性的司法权之运用，必须符合英国人的正义观念和传统。

### (二) 英国在香港适用的成文法

当然必须承认，英国殖民者引进英国法律文化特别是司法文化的过程是相当漫长且又有步骤的。就在《义律公告》颁布不久，即1843年4月，英国统治者又公布了两个具有宪法性的法律文件《英皇制诰》和《皇室训令》，其中就有司法官员的任免以及司法官员须向总督负责的规定。1844年，香港制定了最早的《最高法院条例》，其中第五条规定：“当1843年4月5日香港成立本地的立法机构后，既有之英国法律将在香港执行，但不包括不适合本地情况或本地居民的英国法律，亦不包括已由上述立法机构另立新法取代之英国法律。”上述一般性规定已为后来制定的《英国法律适用范围条例》所采纳。依其规定，仍然适用于香港的1843年以前的英国会法令只有34个，条例一一列出了其名称。而对1843年后的法令，法院可通过如下方式适用于香港地区：(一)枢密院命令；或(二)法规中包含有明确的规定或这样的含义；或(三)香港立法机构的条例。除上述皇室特权文件以及国会法令等成文法之外，英国外交及联邦事务大臣的指令、各种法规与规则也是香港法院审判案件时的法律依据。

### (三) 香港制定的成文法

香港本地殖民政府也制定了数量众多的成文法规范。1843年，香港成立了立法局，陆续制定了500多章的法例，全部被收入《香港法律汇编》。立法局还可以授权一些组织和团体立法，这种法律规范被称为“附属规则”。但香港法院在审判案件的过程中，可以基于一定理由宣布某项“附属规则”没有法律效力。

### (四) 英国以及香港的判例法

如同其他曾受英国殖民统治的国家和地区一样，香港地区也采用移植英国的判例法。判例法包括普通法和衡平法。香港在《英国法律适用范围条例》中强调声明：“普通法和衡平法的原则均在香港有效。”它们是“适合香港环境及其居民的”。1976年修正的香港《最高法院条例》指出：“在一切民事案件中，普通法和衡平法应由高等法院执行，如同其在英国由高等法院和上诉法院执行一样。”香港《英国法律适用范围条例》还规定：“普通法在环境需要时可以修改，但任何修改只能由枢密院命令、英国议会通过法律或当地议会的决议去决定。”

英国法是香港法的基础和核心，判例法当然也是决定香港法本质属性的重要法律渊源。但是，香港适用的判例法也有其明显特征。首先，虽然香港是英国殖民地，但只有英国上议院和枢密院司法委员会的判例，才能成为香港法院的具有约束力的判例法。其次，由于香港的终审权在英国枢密院，所以英国的判例

1844年的《最高法院条例》(Supreme Court Ordinance)第3条规定，英国的普通法和衡平法如果适合殖民地和居民的环境都应在香港有效。而1966年的《英国法的使用条例》(Application of English Law Ordinance)第3条规定也有类似的规定，但该条例去掉了将1843年4月日号作为分界线。Anne Carver, *Hong Kong Business Law*, Longman Hong Kong, 1995, p. 2.

李泽沛主编：《香港法律概述》，香港三联书店、法律出版社联合出版1993年版，第28页。

英国在殖民地附属国推行本国法律有不同的情况，一种是确定一个日期，从这个日期起，英国的普通法、衡平法及在英国普遍适用的法律，即不是只适用于特定领域的法律，适用于某殖民地，但不符合当地情况者除外；另一种是确定一个日期，在这个日期以后主要参照在英国统治下形成的印度法律来建立该殖民地的法律制度，而英国本国的法律反而只具有辅助性质。在以上两种情况所确定的日期以后，英国根据需要进行为殖民地附属国制定法律，同时，殖民地附属国立法机关成立后，根据总督的意志，也为本国立法或者修改不适合本地情况的英国法律。（参见由嵯、胡大展主编：《外国法制史》，北京大学出版社1989年版，第396页）香港的情况有其特殊性，因此，法律制度形成的过程也不完全一样。

法不论何时生效,都对英国法院有约束力。再次,英联邦其他成员国的判例也有可能对香港法院有约束力。最后,香港法院在审判实践中也发展出了自己的判例法。

香港的法律渊源还有习惯与权威著作、香港参加的国际条约等。当然,这些并不是主要的法律渊源,但在审判的过程中,香港法院无疑必须遵守。

综上所述,香港法律基本框架大致可以归纳为:国际条约(含协议)约340部;英国制定法约300余部;英国以及英联邦成员国的普通法和衡平法;中国清朝法律和习惯;香港本身的法律,即条例、附属立法、普通法、衡平法和习惯法,其中条例和附属立法500余部,判例100多册。

香港回归后,其法律渊源的形式又发生了很大变化。根据1984年12月19日签署的《中英关于香港问题的联合声明》以及1990年4月4日七届全国人大三次会议通过的《香港特别行政区基本法》的规定,香港法院适用的法律渊源主要有:国际条约(含协议);中国法律(仅限于基本法,列于基本法附件三的全局性法律以及在战争状态或紧急状态下由全国人大常委会命令在香港特别行政区实施的有关全局性法律);予以保留的香港原有的法律;香港特别行政区立法机关制定的法律。其中最为显著者是《基本法》的制定、颁布和实施。《基本法》确立了香港的新的宪制结构,也改变了香港的司法制度。香港法院在审理案件时,必须遵守和实施《基本法》的有关规定。

从上述内容可以看出,香港法官在审判案件时所依据的法律渊源具有如下特征:

首先,是法律渊源的多元性。香港的法律渊源不仅有英国制定法和判例法,有香港自己的制定法和判例法以及香港参加的国际条约,还有中国的法律和习惯。因此,“可以说,香港是一个多元结构,世界上少有的特别法制区域。”在香港回归后,又有了全国人大制定的基本法等。而在内地,法官在审理案件的过程中,所依据的主要法律渊源是制定法以及有权的法律解释,至于判例法尚未作为一种法律渊源,内地也不存在香港法律渊源中的那种二元体制。

其次,判例法在香港法律渊源中具有优越性地位。尽管香港自19世纪末、特别是20世纪后半期以来,不断加强成文立法,但与其他普通法系国家、地区一样,判例法在香港法律体系中仍占主导地位并起着决定性作用。因为香港的法律原则依旧存在于判例法之中;在司法实践中,成文法主要还是通过判例法的检核发挥作用。内地不存在判例法这种法律形式,成文法几乎是唯一的法律渊源的表现形式。

## 二. 香港司法机关及其权限的演变过程研究

### (一) 香港各司法机关的形成过程

香港司法机关之建立及发展有一个漫长的过程。其实,早在1833年12月,英国人为了保护英国在华贸易和英国商人利益,就在广州设立了一个执行英国法律的法院。当时该法院的正裁判司也即首席法官是由军人担任,主要审理在中国犯罪的英国臣民。但其管辖权于1841年扩大到香港,而这正是香港法院的前身。1841年,义律率军占领香港后,委任陆军军官威廉坚为裁判司,明确规定其拥有维护治安、拘捕和判决犯人的权力;又委任海军军官威廉毕达为海事裁判司,职权与前者相似。两年后刑事和海事等法庭由广州迁至香港,正式宣布香港法院成立。并任命威廉坚为裁判司,有权审理在香港或在中国大陆,或在中国沿海一百英里内公海上犯法的英国人。

1844年3月,香港的民事案件是由一个军方人员组成的裁判司署审理。后来,香港殖民政府又任命了刑事诉讼的正按察司和律政司、民事诉讼的助理裁判司。这样,裁判司署便负责审理一般的刑事案件和民事案件。

参见李泽沛主编:《香港法律概述》,香港三联书店、法律出版社联合出版,1993年版,第32-33页。

参见张学仁主编:《香港法概论》,武汉大学出版社1999年版,第51-52页。

参见董立坤著:《香港法的理论与实践》,人民出版社1999年版,第77-85页。

吴雪元:《香港回归祖国前后适用的法律之比较研究》,载《经济与法律》(香港)第4期。

吴雪元:《香港回归祖国前后适用的法律之比较研究》,载《经济与法律》(香港)第4期。

参见李泽沛主编:《香港法律大全》,法律出版社1992年版,第49页。

1844年10月,香港立法局颁布《香港高等法院条例》,正式成立了高等法院。

1862年,香港又设立简易裁判法院,以处理小额债务诉讼案件。但到1872年,这些案件又被收归高等法院管辖。这种情形持续了约80年,直到1953年香港地方法院成立后,民事案件和简易裁判权才移于地方法院管辖。并规定,如果当事人对香港高等法院的判决不服,可向伦敦枢密院上诉。这也说明,伦敦枢密院才是香港的终审法院。

1912年,香港又颁布了《合议庭条例》,规定以合议庭代替上诉法庭。但在1975年,香港又成立上诉法院取代了合议庭。直到此时,香港的司法体系才最终宣告形成,司法机构才最后确立。

从上述香港法院纵向的历史发展过程可以看出,香港司法体制是随着司法实践的需要,以英国司法模式为蓝本逐步形成的。当然,香港的司法体制也有其鲜明特征:司法系统的最高领导者首席按察司,即最高法院首席法官由英国女王任命;整个法院系统分为五级,按审级依次为专责法庭和审裁处、裁判署、地方法院、最高法院原讼法庭(即高等法院)和最高法院上诉法庭(即高院上诉庭)。但实际上,英国枢密院司法委员会才是香港法院的最高司法审级。

1997年7月香港回归后,司法体制又一次发生变化。最主要的变化是《基本法》第19条第一款规定:“香港特别行政区享有独立的司法权和终审权。”这意味着香港以自己的终审法院——最高法院上诉庭取代了英国枢密院司法委员会。而“原在香港实行的司法体制,除因设立香港特别行政区终审法院而产生变化外,予以保留。”

### (二) 香港各司法机关的管辖权

从横向的内容来看,香港司法体制较复杂,不仅法院审级比较多,不同审级的法院数量也很多。香港法院有审裁处、死因裁判法庭、少年法庭、裁判司署、地方法院、最高法院原讼庭和最高法院上诉庭等。

香港的审裁处是一种仿照英国行政裁判庭形式设立的准司法性质的审裁机构,旨意在分类解决一些常见简易案件,以减轻法院讼累。这些不同种类的审裁处各自拥有自己专门的审判管辖权,回归前审判人员由总督委任。目前,香港主要有四种审裁处:一是1973年依据《劳资审裁庭条例》设立的劳资审裁处,一般设于地方法院内;二是1974年设立的租务法庭(后改称土地审裁处);三是1975年依据《小额钱债审裁庭条例》设立的小额钱债审裁处;四是1987年设立的色情物品审裁处。这些审裁处的诉讼程序简易,诉讼费用较低,并经常促成当事人和解,所以极有效率。当然,对于裁决不服的,当事人有权上诉到相关法院。

裁判司署又称裁判官法院或裁判司法庭,是香港的初级刑事法院,主要审理较轻微的刑事案件。香港现有10所裁判所,其审判人员称为“裁判司”。裁判司署的刑事审判管辖权较大,包括审理各种可检控的罪行和可按简易程序治罪的违法行为,但权力有限,通常对一项罪名最高只能判处监禁2年或罚款1万港元。裁判司署内还附设少年法庭和死因裁判庭。前者与英国治安法院内附设的少年法院相似,目前铜锣湾等四个裁判司署内设有少年法庭;后者是依据《死因裁判官条例》设立的,与英国的验尸法庭相似。

香港共有维多利亚等六个地方法院,主要审理原属高等法院管辖的标的不大的民事案件(如诉讼标的金额在12万港元以下的索赔案件)和有限的刑事案件(可判的最高刑期是监禁7年)。

最高法院原讼庭又称为高等法院,对民事和刑事案件拥有“无限管辖权”。那就意味着最高法院原讼庭在处理案件的种类上不受诉讼标的大小和最高刑罚方面的限制,因而审理的案件极为广泛。

最高法院上诉庭又称上诉法院,是香港最高审级的上诉法庭,主要审理最高法院原讼庭和地方法院提出的上诉案件以及土地审裁处提出的上诉案件。同时,最高法院上诉庭还有权对其他任何法院提交的法

赵秉志主编:《香港法律制度》,中国人民公安大学出版社1997年版,第22页。沈宗灵先生在分析内地与香港法制的差别时,也指出:“对在原香港实行的司法体制,唯一的重大变化是设立香港特别行政区终审法院,而在1997年恢复行使主权以前,香港的终审权是由英国枢密院司法委员会掌握的,这一枢密院是英国作为君主咨询者的古老机构,以后成为英帝国所有殖民地和附属国的最高上诉机关。终审权属于主权范围,对香港恢复行使主权当然否定英国枢密院司法委员会所拥有的对香港司法的终审权。”见《中国内地与香港法律制度的重要差别》,载魏振瀛、王贵国主编:《中国内地与香港地区法律比较研究》,北京大学出版社1998年1月版,第6页。

香港法院的设置情况可详见<http://www.info.gov.hk/organisation/cindex.htm>。(上网时间,2001年9月10日)具体内容可参见赵秉志主编:《香港法律制度》,中国人民公安大学出版社1997年版,第643-644页。

律问题作出裁决。

### (三) 香港司法机关与内地司法机关的比较

与中国内地的司法机关相比较,香港的司法机关有如下特点:

第一,香港司法机关具有浓厚的英国司法机构的色彩,司法机关专门性的法院(庭)数量也较多,且具有较大的灵活性。尽管内地也有专门性的法院,但是这类法院是以行业性质为划分标准的,如军事法院、森林法院、海事法院和铁路法院,并且除最高人民法院以外,这些专门法院均有自己一套垂直的监督体制。

第二,香港司法机关法官的来源多样化,为香港司法保持普通法的特色提供了扎实基础。例如,香港的终审法院有常任法官4名(包括首席法官),非常任法官12名,其他普通法适用地区法官9名,其中大多数具有海外法学教育背景和外国国籍;他们在任职前已有10年以上的执业经验。相对而言,内地司法机关法官的来源较单一,选拔和考核的方法也相对简单,尤其缺乏一支高素质的涉外专业审判队伍。

第三,香港的司法机关是随着香港司法实践的发展而逐渐完善的。而内地的司法机关是在政权建立之后,很快就形成了自己完整的体系。因而,从这种意义来说,香港的司法机关之完善更像是经验性的产物,而内地司法机关更似唯理主义的产物。

第四,香港法院(庭)是唯一的司法机关,负责提起公诉的检察官属于行政官员;而在内地,法院和人民检察院都是专门的司法机关。

第五,香港的司法机关一旦建立,就具有相当大的稳定性,很少有大的改变。而内地的司法机关命运多舛,坎坷多变,受其他权力的干扰较严重,例如在十年内乱中,作为司法机关的法院和检察院竟然被废置。

当然,香港与内地的司法机关之不同还表现在其他许多方面,例如内地一度将司法机关作为实行人民民主专政的工具,而香港的司法机关则一直自诩为超脱于当事人双方利益之上的维护社会正义和公平的工具。

### 三. 香港的司法制度及其特点研究

司法制度主要是指司法机关及其工作人员如法官执行或解释法律,把法律应用到具体案件的审理和判决中的制度。香港的司法机关负责审讯一切检控案件,裁定市民之间或市民与政府间的民事纠纷。为公平解决纠纷、处断案件,香港的法律也规定了许多具体的司法制度,如无罪推定、法无明文规定不为罪、法不溯及既往等原则以及法律援助等司法制度。但与内地的司法制度相比,笔者以为香港较有特色的是司法独立制度、司法审查制度以及陪审团制度。

#### (一) 香港的司法独立制度及其特点

尽管在西方人例如英国人或法国人眼里,普通法系和大陆法系会有很大差别,这种感觉在敏锐的东方人中也会存在。但在大多数的东方人眼里,西方国家具体的法律形式和制度可能会有差别,可其法治的法律本质却相同。如就司法独立而言,英国的规定肯定与法国有不同,但就其司法独立的精神——法官在审理案件时不受任何方面的干涉、管束,特别是不受任何行政部门或个人的干涉,即使是上级法院也不能任意过问下级法院的审判,而只能根据诉讼程序,当案件上诉到上级法院的时候,才有权对该案发表意见,作出新的判决——而言,却是大同小异。香港几乎完全移植了英国司法制度,非常强调司法独立精神。从形

资料来源: <http://www.info.gov.hk/jud/guide2cs/html/cfa/judgst.htm>。(上网时间,2001年9月10日)。又《基本法》第90条规定终审法院的首席法官必须是在国外无居留权的香港永久居民中的中国公民担任。这种制度的明显不足是法官在进行司法审查时容易忽视对中国法律的适用,并过分强调香港法院按普通法对《基本法》的司法解释权。1999年在审理吴嘉玲一案就是典型的例子(Ng Ka Ling & Others v. Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD)。

参见徐克恩著:《香港:独特的政治架构》,中国人民大学出版社1994年版,第118-119页。  
万鄂湘:《加入WTO与我国的司法改革》,2001年5月18日在上海“中国入世的前奏国际专家圆桌会议”上的发言。

式上及其司法实践来看,香港确实相当严格地遵循着司法独立原则。

当然,所谓司法独立并非绝对,实际上香港的司法独立也有限制,其中表现最明显的是在英国管治期间,总督尽管一般并不干预法院审判,但仍或多或少操纵了司法权。这种影响表现在:总督有权任免法官,使法官在审理案件时,不得不考虑总督和政府的立场和意见;总督有权根据《英皇制诰》的规定,改变法院的一些重要判决,如赦免共犯等;总督还拥有很大的立法权,可通过立法来影响法官和法院的司法权。

内地主张法院独立审判,但没有实行严格意义上的司法独立制度,法官在审理案件时也并不能真正独立。这主要表现在三个方面:一是法官必须服从党的领导,服从党的组织纪律;二是法官一般情况下不能独立审理案件,而必须组成合议庭共同审案;三是合议庭在一定的情况下必须服从法院内部的审判委员会的领导和决定。尽管法律规定审判人员在审理案件的过程中不受其他组织、人员和团体的“非法”干扰,但是他们却很难排除“合法”的干扰。

### (二) 香港的司法审查制度及其特点

司法审查制度也称违宪审查制度,是通过司法程序审查或裁决立法或行政是否违宪的一种制度,它最先产生于美国。但是英国不存在司法机关审查立法是否合宪的问题,也不存在这样一种制度,因而司法机关无权审查和宣布某项法律违宪。

不过,英国的司法审查有着自己特殊的涵义,一般是指:第一,英国枢密院对殖民地立法机关颁布的法律进行审查,如发现其有违英国法律和政策,就有权宣布该法律无效并予以撤销;第二,英国高等法院(王座法院)审查行政行为、法令或下级法院的判决,如果有错误,或发布禁止令,禁止某项行为或某项法令的执行;或下谕令,将其材料调出重新审查;或下执行令,命令某行政部门或下级法院强制执行某项裁决或决定。

香港的司法制度类似于英国,因而其司法审查制度也与英国相似。香港的司法审查权由香港高等法院行使。但这种司法审查主要针对下级法院,具体包括:第一,移交高等法院复审的命令。高等法院有权复审下级法院审判的案件,如果发现判决有明显错误,有权予以更正。第二,在一定条件下,高等法院还可对香港行政部门的行政行为进行司法审查,如果认为某行政行为显失公正而引起市民的投诉时,可向该行政部门发出更正命令。当然对于此种命令,高等法院并不能强制执行,而只起到一种督促作用。第三,香港法院有权监督各行政部门和独立的管理机构制定的附属立法的执行,并审查其内容是否违法。法院有权命令行政部门或独立的管理机构停止执行某项附属立法,甚至在一定情况下可宣布附属立法无效。

较之香港的司法审查制度,内地的司法审查制度有自己的特色,表现为三方面:

首先,内地的法院没有权力审查某项法律或法规违宪,即使在审判过程中发现某项行政规范性文件与效力层级更高的法律或法规相抵触,也只能不予适用,而不能宣布其无效。内地的违宪审查权由全国人大常委会行使。

其次,在审理行政诉讼案件的过程中,如果法院发现行政主体的行政行为违法或显失公正,可以判决行政行为无效或撤销行政行为或要求行政主体重新作出行政行为,从这一点而言,内地法院对行政机关的监督权似乎更大。

最后,对于人民法院的判决,如果行政机关不予执行,人民法院有权强制执行,并有权建议有关机构给予相关的行政领导应有的行政处罚。

### (三) 香港的陪审团制度及其特点

陪审团制度最初产生于英国,后来传播到世界各地的普通法系国家。陪审团制度也有着自己漫长的发展过程,其间也不乏兴盛和衰微。在18世纪初叶,大部分英国法院审理的案件都有陪审团参与。但18世纪中期之后,民事案件渐少采用陪审团。当今英国法院在审理案件时,只有诸如诽谤等少数民事案件仍

参见董立坤:《香港法的理论与实践》,人民出版社1999年版,第312页。

采用陪审团,不过,较重大的刑事案件大都采用陪审团。相反,目前陪审团制度在美国更受重视。现在,西方国家特别是普通法系国家在审理比较重要的案件时一般都会组成陪审团参与审判。香港也采用了陪审团制度,而且甚至较之于英国,都很有自己的特色。

香港陪审团的组成方式与美国不同。美国的陪审团一般由案件的双方当事人或其代理人(或辩护人)选出;而香港的陪审团是从一群有资格的公民中随机抽选(即抽签式)选出。每个陪审团由7位市民组成,他们必须符合年龄介于21岁-65岁之间、懂英语等条件。凡符合条件的市民都有义务被抽选至陪审团参与案件的审判,这是其法律责任。如果有市民拒绝履行这种责任,可被判处有期徒刑甚至入狱。参与陪审团的市民在案件结束后,仍回到其原有的工作和生活中去。

根据香港现行法律,刑事案件的被告是否有权申请陪审团参与审判,取决于该被检控案件的性质。如果是性质较轻的案件,便在裁判署或地方法院审理,这样不会有陪审团出席参与,而由法官单独审判;如果犯罪性质比较严重,通常由律政司选择在地方法院还是在高等法院审理,这时是否采用陪审团要视情况而定。但是所有在高等法院审理的案件都必须采用陪审团。

陪审团在审讯过程中起着十分重要的作用。一般而言,在陪审团聆听案件的审理之后,就退庭商议。商议时任何人包括法官都不能与陪审团联系。陪审团有权自己作出裁定,宣布被告有罪或无罪,即进行事实审。然后由法官进行法律审,即根据陪审团宣布被告有罪的决定,依法裁定其应受怎样的刑事处罚。

中国内地没有采用陪审团制度,但是采用了人民陪审员制度。早在20世纪50年代颁布的《宪法》、《人民法院暂行组织条例》以及《人民法院组织法》中,就都规定了陪审员制度。1979年通过的《法院组织法》和《刑事诉讼法》再次重申:“人民法院审判第一审案件,除简单的民事案件和轻微的刑事案件外,都由审判员和陪审员组成合议庭进行。1983年,全国人大常委会又作了调整:“人民法院审判第一审案件,由审判员组成合议庭或由审判员和人民陪审员组成合议庭进行;简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件,可以由审判员一人独任审判。”《民事诉讼法》和1996年重新修订的《刑事诉讼法》也作了相似的规定。

中国内地的陪审员在执行职务期间,拥有与审判员同等的权力,有权参与所办案件的全部活动,并且按照少数服从多数的原则作出判决和裁定。除被剥夺政治权利的人以外,所有年满23岁的公民都有权被选为人民陪审员。通常陪审员是由地方各级人大选出,定期轮流到人民法院参与审理案件,也有少数陪审员是在法院邀请的情况下,由被邀请的单位临时推荐而充任的。

可见,香港的陪审团制度和内地的人民陪审员制度尽管有些相似之处,如其目的都是为了监督和制约法官的专断,简单案件一般不采用陪审,陪审团成员或陪审员都是经挑选充任的且都有一些条件等等,但二者之间的区别却更为明显和重要。这种不同首先表现在人员的资格要求方面,除了年龄限制外,香港法院还有懂英语等条件,而内地仅要求未被剥夺政治权利;其次,选任方式也有差别,香港的陪审团成员一般由诉讼当事人方在有资格充任的市民中选定,而内地的选任方式非常严格,大多由各级人大选出;再次是二者的权力和所起的作用也有区别,香港的陪审团一般行使事实审的权力,而内地的陪审员拥有与法官同等的权力,即既有事实审、又有法律审的权力。当然,这种权力的行使必须按照少数服从多数的原则进行;最后,两地法院在审案过程中采用陪审团的条件也不同,香港第一审一般不采用陪审团,但最高法院的所有案件都必须采用陪审团,而内地一般只要求第一审由审判员和人民陪审员共同组成合议庭,这样除法律已规定除外的情形外,只要是第一审,不管法院的级别,都可以采用陪审员,但不是要求一审案件一定要有陪审员参加。

尽管香港法院与内地法院采用的是不同的陪审制度,但是很难简单地说这二者之间孰优孰劣。只有那些能真正做到使案件得到公平、公正的审理的制度,才是适合自己情况的好制度。

#### 四. 香港司法文化的特征研究

从上述内容中可以看出,香港司法文化经过150年的发展,已形成了自己鲜明的特色:



### (一) 明显地带有普通法系的特征

必须肯定的是,香港司法文化明显地带有普通法系的特征,这与香港属于英国殖民地有着直接关系。英国在统治香港的150多年间,不遗余力地推行英国法。从这层意义而言,甚至可以说香港司法文化曾经是英国司法文化的一部分。这又主要表现在五个方面:一是法官适用的法律渊源具有英国式的多元化特征。二是司法机构很相似,类型和数量众多,法院体系复杂,司法权较分散,甚至某些立法机构和行政机关也同时与法院享有司法权。三是很多司法制度也几乎是完全从英国移植而成,如法官任命制度,律师制度等,从而保证香港律师和法官具有较高的素质。四是完全采用英国式的对抗制诉讼程序,当事人双方通过法庭辩论和询问证人澄清事实,法官不主动询问证人和搜集证据,而是处于中立地位,充当冲突双方的公断人,这与内地法官在诉讼中处于非常积极的地位、法院与检察院在刑事诉讼中分工合作的职权主义诉讼程序大相径庭。最后是法官在法律的发展过程中起着突出的作用,可以说,像英国法一样,香港法主要也是法官司法活动的产物,尽管今天香港也有了許多制定法。

### (二) 香港司法文化具有多元化特征

许多研究香港法律文化和历史的权威学者认为,香港存在着一种二元化的法律体系和法律文化。在香港回归前,其法律文化中的一元是在引进英国法基础上建立起来的普通法系;另一元是英国统治香港时保留下来并一直适用的中国清代的法律和习惯。当然,在香港法律文化的二元结构中,不同的时期,二元所起的作用和所处的地位也有所不同。香港回归后,法律文化实际上出现了三元结构。这第三元就是全国人大及其常委会制定的适用于香港的法律,如《香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国宪法》中相关的规定等。再如,适用于香港的国际条约来源也在向多元化发展,在香港回归前,适用于香港的国际条约都是英国缔结或加入的;但是根据《基本法》的规定,回归后香港适用的国际条约则有香港原适用的大部分国际条约、中国中央政府缔结并决定适用于香港的国际条约以及香港特别行政区以“中国香港”的名义加入的国际条约等三类国际条约。

与上述事实相应的情况是,香港的司法文化也呈多元化的特征。早在英国占领香港之初的1841年,英国便确立了二元化的司法体制。其中最有力的证据就是《义律公告》所宣称的内容:“……是以香港等处居民,现系归属大英国王之子民,故自应恭顺乐服国王派来之官,其官亦必保护尔等安堵,不致一人致害。至尔居民向来所有田亩房舍产业家私,概必如旧,断不轻动。凡有礼仪所关乡约律例,率准仍旧,亦无丝毫更改之宜。且为奉国王另降谕旨之先,拟应照《大清律例》规矩主治居民,除不得拷讯研鞠外,其余稍无所改。凡有长老治理乡里者,仍听如旧,惟须禀明英官治理可也。倘有英民及外国人等至害居民,准尔即赴附近官前禀明,定即为尔查办。……倘嗣后有应示之事,即由派来官宪随时晓谕,责成乡里长老转辖小民,使其从顺毋违,特示。”次日,义律又发布了内容大致相同的一份公告,重申了前言。不管学者们怎样争议,在事实上,香港还是建立了二元化的司法体制:对华人依旧适用中国的法律及习惯;对英国人以及其他外国人适用英国法。例如,在1915年判决的 *Ho Tsz Tsun v. Ho Au Shi and others* 案中,首席法官 Rees - Davies 判定:将英国法适用于以前由习惯法调整的中国家庭制度有违于《义律公告》的有关规定。该法官明确指出,《义律公告》为香港建立了一种二元的司法体制。但随着英国文化、思想和政治观念等对香港的影响日益加深以及香港本地政治、经济和文化的发展,传统中国文化包括司法文化对香港的影响日渐式微。这正如著名学者欧德礼所言,香港殖民地法制史可以简单地描述为英国法的逐渐扩张和中国法律及

也有学者提出中国的刑事诉讼构造其实是“流水作业式”的,以区别大陆法系的纠问式刑事构造。参见陈瑞华著:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第231-242页。

参见 Berry Su: *The Common Law in Chinese Context*, Hong Kong University Press, 1992.

参见董立坤:《香港法的理论与实践》,人民出版社1999年版,第67-74页。

转引自苏亦工:《义律公告与一岛两制——香港二元法制的确立》,载香港法律教育信托基金编:《中国内地、香港法律制度研究与比较》,北京大学出版社2000年版,第37-38页。

参见 10H. K.L., R. 69[1915].

习惯日益萎缩的过程。19世纪70年代陆续生效的一系列法例,如《婚姻改革条例》以及《无遗嘱遗产继承条例》等,实际上已经敲响了香港“中国法律及习惯”的丧钟。以后“中国法律及习惯”的内容不断被新制定的法律吸收或改良,因此,尽管其在香港社会的影响犹存,但最终消亡的命运似乎已不可避免。香港回归后,司法文化中又多了内地司法文化这一元。其中最明显的表现:一是香港法院在审理案件时必须遵循全国人大及其常委会制定的适用于香港的相关法律;二是全国人大常委会可以行使《基本法》解释权以推翻香港终审法院在判案时对《基本法》作出的解释。三是香港与内地的法律冲突和司法协助不再是原先类似两个国家之间的关系,而是一国内部不同区域间的法律冲突和司法协助的关系了。但是这一切都是发生在一国内部,在这个国家内部有着几乎完全不同的两种司法制度,因而在许多案件的审判中,必然会产生诸多的司法争议问题。从深一层次看,这种司法争议的存在,表明了香港法律制度在回归后呈现出一种无法自我克服的不足,香港应该检讨如何在实施《基本法》的过程中既要发挥普通法的传统,又要融入中国法的相关制度,从而实现比较客观的司法独立制度。

### (三) 香港司法文化的形成过程具有典型的唯理性和建构主义特征

这里所谓的“唯理性”和“建构主义”是指香港的司法文化在很大程度上是统治者推行和移植英国司法文化而形成的。从这层意义而言,香港的司法文化是“人之设计”而非“人之行动”的产物。也就是说,香港法治社会的形成以及司法文化的成功并非如哈耶克所言是“自生自发的”、“内部秩序的”产物。

香港本是荒芜小岛,人迹罕见,经过150多年的殖民统治后,已成为世界著名繁华都市和金融及商业中心,近现代的司法机构和司法制度也从无到有逐步发展和完善起来了。但这并不主要是香港的立法机构或司法机构根据香港本地的经验和传统逐渐积累而成的,相反,香港殖民统治者一开始就引进了英国的司法文化。例如,根据1844年香港《最高法院条例》,英国法适用于香港,这样,香港引进了英国司法机构的设置及其权限的划分、法官制度、律师制度等等。即使对香港本地的司法文化有所保留,也是坚决剔除其非人道的部分(如刑讯)和陋习。

最令人印象深刻的是,英国的判例法可以适用于香港。众所周知,判例法是最具地域色彩和民族特征的法律形式,但事实就是这样,内容适合的英国判例法竟然可以直接适用于地处遥远东方的香港。法国思想家孟德斯鸠说过这么一句意味深长的话:“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合该国的人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那是非常凑巧的事。”想想英国在海外的殖民地,好像从未有过如同香港这样取得巨大成功的例子,其中的原因很值得我们探讨。

从英国法的对外输出的历史来看,它是随着欧洲经济发达地区实行资本原始积累,向外占领和掠夺殖民地开始的。在殖民统治时期,宗主国为了保护本国商人、厂主的利益,为了掠夺殖民地附属国人民而强制推行本国法律。但殖民地附属国原有的法律和习惯并没有完全被取代,因为从宗主国的实际需要来看,为了达到自己的目的,需要采用西方的行政管理体制以及契约法、公司法、票据法、海商法等一系列法律,而就殖民地附属国人民的社会生活和处理内部关系来说,西方法律则是格格不入的,在广大农村地区更是如此。殖民主义者为了维持殖民地附属国社会的稳定,在某些领域保留了原有法律和习惯。而且,利用当地的上层分子和统治势力是殖民主义者惯用的方法,保留某些原有的法律和习惯则有助于这种利用。所以,总起来说,在殖民主义入侵以后,亚非拉国家的法律在公法、民商法和民事诉讼法等领域推行西方法

Peter Wesley - Smith: *The Source of Hong Kong Law*, Hong Kong University Press, 1994, p207.

参见 Evans: *Common Law in Chinese Setting*, HKLJ (1971), P3, Note 5.

但在我们研究的司法文化这一层面,“中国法律及习惯”未必会消失无踪,因为在实行判例法的法域,法官本身就可以凭借自己对法理的认识灵活地判案,有学者从香港高等法院法官杨振权对一件信托纠纷案的处理,就看到了在法理判断的同时,不忘道德规劝的做法,并感叹:“在香港这样一个法制社会,体察人情,关注伦理到如此地步,可敬可叹。”详见霍存福:《英国法理与中国人情的璧合》,载《中国内地、香港法律制度研究与比较》,香港法理教育信托基金1997年编,第261页以下。

陈弘毅:《回归后香港与内地法制的互动:回顾与前瞻》,载香港法理教育信托基金编:《中国内地、香港法律制度研究与比较》,北京大学出版社2000年版,第11-29页。

参见哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第52-77页。

孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。

律,而在身份、婚姻家庭与继承方面则保留原有法律和习惯。比如,英国东印度公司17世纪初叶在印度经营贸易以后,逐渐在政治上控制了印度大部分地区,直到1858年由王室充任英属印度的统治者之前,公司都作为英国王室的受托人管理着印度。在相当长一段时期里,东印度公司控制下的地区均单独适用英国法,但后来规定:所有涉及继承、婚姻、社会等级和其他宗教惯例及制度的诉讼,伊斯兰教徒适用古兰经(Koran)教规,印度教徒适用圣典(Shashtra)规范。在上述事宜方面,受英国法管辖的聚居区有加尔各答、孟买等所属的市镇,而其他地区则受它们各自的习惯法管辖。如果没有习惯法,仍可适用英国法。至于其他一切问题则继续适用英国法。这样,就产生了双重体制的法律,一种是按地域范围的属地法;另一种是因入而异的属人法。而香港的法律传统是以英国法为主,本土化的东西只有硕果仅存的“新界习惯法”。

法律移植应该是一种唯理建构主义的策略。毫无疑问,就香港的司法文化与英国的司法文化的联系之紧密程度而言,香港法几乎可以称为是英国法的翻版。如果说日本曾经是移植大陆法系法律文化最为成功的国家的话,那么可以说,香港是移植普通法系法律文化最为成功的地区。相对而言,移植判例法国家的司法文化具有更大的困难,因而也需要更高的智慧和技术。这方面,香港在殖民者进入前,原本人口稀少,没有健全的司法机构,也未形成固定成熟的司法制度,可能是便于普通法全方位输入的最重要的原因,因为唯有这才是其他地区都不具备的条件。而香港经济迅速发展的历史也使其法律制度构建的特点更为引人注目,因为这一法律制度中的许多内容无疑对香港经济的成功起着保障和促进作用。

### 五. 香港司法文化与内地司法文化的交流与互动趋势

香港在回归前,其法律文化包括司法文化非常具有开放性,与世界各国的交流相当频繁且富有成效。例如,香港终审法院依法有权根据自己的需要邀请其他普通法适用地区的法官参加香港法院对案件的审判。如此开放的司法文化,可以说是举世罕见。但是,“以前,香港是英国统治下的殖民地,对于当时的香港法制来说,中国法制犹如任何一个‘外国’的法制,并不与香港法制发生有机的、互动的关系”,两地司法文化之交流和互动的情形很少。其中的原因很复杂,如香港是普通法系的成员,而内地则属社会主义类型的法,当然从形式上来看,内地更具大陆法系的特征;但是,更重要的原因是政治上的因素。这样,香港与内地的司法文化的交流大都停留在司法业务层面上,而无实质上的互动关系。

#### (一) 两地司法文化交流与互动的需求

香港回归祖国后,两地之间的司法文化的交流与互动也有了可能和必要。首先,是一国两制为两地的司法文化的交流与互动提供了政治基础。也就是说,以前人为的政治方面的障碍已经不复存在。其次,香港与内地的司法文化差异巨大,这种差异不只是表现在形式上,更重要的是表现在本质上。这样,在一国两制下,“两套截然不同的法律理念在产生相互作用的初期,在一些重要概念有待厘清,正确的理解有待形成、宪制性成例有待建立的阶段,出现诉讼是不可避免的。”因而,两地之间的交流与互动也是大势所趋。再次,不同法系之间的融合,已经是世界法律发展的大趋势。20世纪以来,世界上主要的法系已经开始抛弃固守传统壁垒的做法,不断地铲除法系偏见,取长补短,从而使自身的内涵日益丰富和完善,使一切合理的元素得以共存并发展。例如,大陆法系国家已开始改变往日那种刻板的闭门造车的立法方式,修正法官是法律的奴隶、法官在审判的过程中只起自动售货机的作用的习惯做法,开始注重经验,吸收判例法的优点;而普通法系国家也一改过去那种只注重案例和经验以及过分信任法官的传统做法,开始提倡法典

参见由嵘、胡大展主编:《外国法制史》,北京大学出版社1989年版,第395页。

上海社会科学院法学研究所编译室编译:《各国宪政制度和民商法要览》(亚洲分册),法律出版社1987年版,第319—320页。

陈弘毅:《回归后香港与内地法制的互动:回顾与前瞻》,载香港法律教育信托基金编:《中国内地、香港法律制度研究与比较》,北京大学出版社2000年版,第10页。

这种交流,大多局限于两地律师在商业方面,并且双方主要是配合客户生意上的需要,彼此交换专业资料。后来也只是香港律师把律师行开到内地而已,官方之间的交流非常少见。参见周永健:《积极交流、加强沟通》,载《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,北京大学出版社2000年版,第75—76页。

梁爱诗:《新宪制建设的里程碑》,1999年12月在九龙东区扶轮社餐舞会上的致辞。

法运动。香港与内地之间的法律文化,虽然并不具有纯粹的法系差别,而更多的是法律制度及其性质的不同,但在一国两制的政治基础上,两种不同的法律文化之间一样存在着交流与互动的必要性。只有这样,两地司法文化之间才能取长补短,发展和完善自身。最后,随着两地经济和文化的开放与交流,各种交往急剧增多,不可避免的是纠纷也会增多,因此,如何在一国两制的前提下解决两地之间有可能因不同的司法文化而带来的司法方面的冲突与困难,已成为司法文化交流与互动的直接动因。

## (二) 两地司法文化交流和互动的形式

香港与内地的司法文化之间交流和互动的形式多样,但具体而言,大致有这么两种情形:

一是从宏观的方面来看,香港与内地之间的司法文化之间可以互相学习,取长补短,从而使自己的司法文化更加完善。

香港与内地两地之间的司法文化方面的交流和互动是以一国两制为政治基础的,而法律上的基本前提则是《基本法》的制定和实施。《基本法》是在广泛听取意见和建议的基础上由全国人大制定的宪法性法律,它是中国法律的一部分,是全国性的法律;同时,《基本法》又是香港的宪法性文件,高于香港的其他法律,这就意味着香港法院在适用普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法时,都必须以不与《基本法》相违背为前提。毫无疑问,在司法实践的过程中,两地本属于不同法系的法律文化在一国两制的新宪制下得到了充分交流甚至融合。这正如律政司梁爱诗女士所言:“虽然两种法律制度在各自管辖范围中独立运作,但也不是完全不相干的,《基本法》正如是两种法律制度的交汇点。”香港高等法院首席法官陈兆恺先生也指出:“世界上没有一个制度是十全十美的,每一个法律制度和传统都各自有它的优点和弱点。有学者认为成文法和普通法两个法律制度和传统应该补充不足。过去中港两地的法律制度和传统已开始朝这方向发展。……我深信这是一个正确和必须的方向。这也是国际的大方向。”笔者以为,即使把这种观点放在两地司法文化的交流与互动方面,也非常具有远见。陈兆恺先生作为香港高等法院的首席法官,说出这样意味深长的话,表明香港司法界确实已经把两地法律交流与互动作为一种发展的方向。

内地最近20多年来已开始重视法律,着手推行社会主义法治,且取得了令人瞩目的成就。内地所实施的司法制度完全不同于普通法系的司法制度,因而也就有异于香港的司法制度。但是,内地根据自己的实际情况,也吸收了包括普通法系司法制度在内的西方司法制度的长处。因此,内地与香港的司法文化有了一些趋同的因素。如内地1996年修订的刑事诉讼法,进行了许多程序上的改革,引进了普通法系的一些制度和原则:参考了无罪推定原则,规定只有法院才有权定罪;改变了辩护制度,使被告的律师能够提前介入诉讼,等等。再如,中国内地疆域辽阔,民族众多,且各地各民族的经济、文化、风俗以及传统差异极大,法官素质也参差不齐,针对这一情况,最高人民法院已日益重视通过公布典型案例来指导各地司法工作。实际上,尽管判例法不是内地法院的法律渊源,但是典型案例对于各地法院还是有着相当的约束力,故最高法院公布的典型案例也起着类似于香港判例法的作用。

二是从微观的方面来看,回归以后的香港与内地必然会有数量众多的司法往来,需要互助与合作,但是在合作过程中,必然会遭遇许多司法文化方面的冲突,因为两地的交流与互动其实也是不同司法文化传统之间的博弈与协调的过程。

香港回归之前,即使与内地发生司法方面的联系,也是按照国际惯例和国际条约的规定解决问题。但是,香港回归后,与内地已不再是原来类似国与国之间的关系,而是一国内部不同地区或地方与中央之间的关系。很明显,有些以前适用于香港与内地的有关司法的国际惯例和国际条约已不能再继续采用;但同时香港与内地的地方司法机关以及中央司法机关之间也不是单纯的地方与地方或地方与中央的关系,而是特别行政区与其他地方或特别行政区与中央的关系。“这样,在一个统一的国家内形成了两个截然不同

徐复雄:《论基本法确立的香港新宪制架构》,载肖蔚云、饶戈平主编:《论香港基本法的三年实践》,法律出版社2001年版,第11-12页。

梁爱诗:《基本法建立的新宪制架构》,1999年11月2日在香港大学圣约翰学院晚宴上的致辞。

陈兆恺:《中港法律制度发展的前景》,载香港法律教育信托基金编:《中国内地、香港法律制度研究与比较》,北京大学出版社2000年版,第35-36页。

的法律区域:我国内地实行社会主义法律制度,在香港实行现行的以英国普通法为主的法律制度,各自都有独立的立法权、司法权和终审权,由此而发生的涉及我国内地与香港的法律关系将不可避免地因不同的法律规定发生冲突。这种冲突不是主权国家之间的法律冲突,而是在统一主权国家之内不同法域间的法律冲突。”不言而喻,在这种情况下,香港与内地的司法文化的交流、冲突与互动也极为特别和复杂:一方面,香港与内地之间的司法机关不但会发生法律适用方面的冲突,而且会发生管辖权方面的冲突;另一方面,基于一国两制的政治前提,香港与内地之间的司法机关更多地会强调互相协调与合作,以现实地面对共同的司法问题,如两地之间的司法协助以及判决的承认和执行等。下面分别述之:

首先是司法管辖权之冲突及其协调。香港与内地的司法管辖原则很不相同,这样在一个案件同时涉及香港与内地时,根据香港的司法管辖原则和我国有关的管辖规定,香港与内地对该案件都享有管辖权,从而引起了香港与内地的管辖权的冲突。如“张子强案”和“李育辉案”所引起的刑事案件管辖权的冲突。对此两案,根据中国《刑法》和《刑事诉讼法》的有关规定,内地司法机关拥有司法管辖权;但同时根据香港法律其司法机关也有司法管辖权,结果虽然两案最终由内地法院审判,但却引起了争议。这两个案件之所以会发生管辖权方面的争议,是因为《基本法》和相关的法律对上述情况未加明确规定。可以预见,以后这种情况还会发生,因为法律无法规定将来可能发生的一切情况。在这层意义上,或许上述案件的处理及其处理的方式会为将来类似的案件提供“先例”,因为一国两制境域下的司法问题不仅是一个理论或法律的问题,更是一个实践的问题。

其次是法律适用之冲突及其解决。如果一个案件既涉及到香港又涉及到内地,那么势必涉及到香港与内地的法律,发生两地的法律冲突;在这种情况下,两地法院应怎样处理是一个非常现实和复杂的问题。如果是刑事案件,那么根据刑法原理,一国法院对刑法的适用与其法院的刑事管辖权是一致的。也就是说,一旦该国法院对该案件行使了刑事管辖权,那么该法院就应该适用本国的刑法。这与民事案件的法律冲突的情况不同。在民事案件中,当法院决定它对某件有跨境性质的案件享有民事司法管辖权后,还可以依据冲突法原理,选择是适用本国法律还是他国法律来处理该案。香港与内地解决这种涉外民事纠纷的法律规定和原则尽管有不少相似的地方,但是更多的是不同——即使是采用相似的法律冲突规则,在实际的运用和理解上也大有不同。例如,对于当事人双方对适用法律未作选择的经济合同,香港和内地的冲突法都主张适用与合同有最密切联系的国家或地区的法律。但是,对于何谓“最密切联系”,香港与内地的法院的理解和规定也可能极不相同。因此,香港与内地的法院在面对具体案件时,不仅会有实体法的冲突,还有冲突法的冲突。在目前,短期内,香港与内地之间不大可能制定一部像西方联邦制国家那样适用于联邦内部的区际冲突法,这有传统习惯方面的因素,也有心理意识方面的差异。所以,如果要顺利解决香港与内地的法律冲突,在相当长一段时期内,两地还必须各自依据自己的冲突法规则,选择适用香港或内地的相关法律。这既要求香港的司法人员和机关熟悉内地的法律以及相关的法律适用的规则,也要求内地的法律工作者和司法机关熟悉香港的法律以及有关的法律适用规则,只有这样,才能协调香港与内地诸多的法律冲突。

最后是司法协助与合作。香港与内地之间的司法协助主要包括诉讼文书的送达、证据的调查以及判决的承认和执行等内容。其中最为复杂和困难的是对两地法院判决的承认和执行问题,因为现在香港与内地之间不存在任何关于相互承认和执行各自法院判决的具体规定。目前,香港法院的判决要在内地得到承认和执行,必须按照《民事诉讼法》第204条规定的程序和条件进行审查通过方可执行;而内地法院的判决要在香港执行,必须依据香港《外地判决(相互执行)条例》规定的程序和条件进行登记才能得以实施。但是,这种规定既繁琐又不大符合香港是中华人民共和国一个特别行政区的法律事实,因此有学者提出,可由内地各省、自治区和直辖市的高级法院与香港高等法院达成相互帮助执行对方判决的司法委托协定,在对对方法院的判决经过简单的形式审查程序之后,对香港的判决依据《民事诉讼法》规定的程序予以执

董立坤:《香港法的理论与实践》,人民出版社1999年版,第366页。

董立坤:《香港法的理论与实践》,人民出版社1999年版,第379-380页。

行,香港法院对执行内地法院的判决予以同样的协助。

### (三) 香港与内地之间司法文化交流与互动的趋势

从上述分析可以看出,香港与内地之间的司法交流、冲突、协调和互动的主要趋势有:一是两地司法文化在交流、冲突、协调和互动的过程中,会出现趋同化的发展方向。尽管内地目前的法治程度不高,司法文化更是负着传统的重累,但是随着内地经济、政治和文化的逐步开放和发展,在“全球化”的今天,内地的司法文化也会逐步与世界接轨。当然,司法文化也是一种地方性知识,香港与内地的司法文化永远都不大可能完全一样,但是两地的司法文化中对于正义、公平和平等等价值观念和美好理想的追求应该是相同的。因为司法文化的形式有可能是地方性的,但其价值内核却是普适的。还可以预见的是,在香港与内地司法文化趋同化的过程中,内地会表现得更为积极和主动,因为这是国际潮流,也是大势所趋。对此,原香港首席大法官杨铁樑先生早在10年前就指出:“在1997之后的五十年内,香港法律和司法制度应该是没有本质上的变动。一点不变是不可能的,只是基本上变化不大。在这五十年内香港将继续是一个保持资本主义制度的社会,继续是拥有现在法理的、现在本质的、现在原则的法律和司法制度,也就是说,香港人在1997年后将继续拥有他们一百多年来比较习惯的一套法律。在这段时间内,内地也在变化,而且在香港人看来,这种变化的幅度还很大。到了2047年,整个中国的面貌将又是另外一个样子。一般地说,香港人都认为内地现在政策的大方向是对的。在2047年之前,内地和香港的距离有些是应该能够缩短的,尤其是那些接近香港的开放城市的繁荣可能与香港是同水平的了,那时内地的法律和司法演变到什么程度不好说,但从现在来看,大原则——法治确定下来了。在今后的几十年内,香港和内地双方都是要互相学习、互相交流的。当然双方隔阂很久,彼此都很陌生,要达到思想上的融洽交流并不是很容易的。这是一个长期的任务,法律上的交流尤其如此。”

香港与内地的司法文化交流与互动过程中的第二个趋势是,在相当长一段时期内,两者之间会冲突与协调共存,争议与对话同在,同时在两种司法制度中间,会保持一个缓冲区,以便双方互相适应,逐渐磨合。在这一过程中,模糊和宽容是非常重要的价值尺度和理想目标。由于两地司法文化的价值取向、程序观念、法治意识、传统偏见和民众心理等方面的巨大差异以及相关法律的缺席,香港与内地之间在具体案件的操作上肯定还会出现不同的处理方式,因而冲突不可避免。但是,理性终究会占上风,两地最后还是会在一国两制的原则下现实地解决相关的问题。这样,两地有望制定一些只适用香港与内地的区际性的协议和条例,并且这些处理争议的手段和方式可能会为处理内地与澳门以及将来的一国两制下的台湾相似的问题提供模式。

(责任编辑:殷啸虎)

参见董立坤:《香港法的理论与实践》,人民出版社1999年版,第392-393页。

《一九九七年后香港法律展望》,载黄炳坤主编:《“一国两制”法律问题面面观》,三联书店(香港)有限公司1989年7月版,第76页。