

法系差异造成的内地与香港的法制协调问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E6_B3_95_E7_B3_BB_E5_B7_AE_E5_c36_51401.htm 香港和内地分属不同的法系，香港属于资本主义法制类型中的普通法系，而内地则属于社会主义法制类型中的大陆法系（迄今为止，社会主义国家都是具有大陆法系传统的国家，具有普通法系传统的国家尚未出现社会主义国家）。因此，所谓法系不同所造成的法制差异有相当程度与社会制度的差异直接相关。除此之外，法律传统和法律技术等法律形式上的差别也是法系差异的重要体现。（一）法律传统差异与法制协调香港和内地的法律传统差异是自英国占领香港以后，逐渐形成的。英国为了顺利实行殖民统治，于控制香港之后不久，即开始将英国的法制移植到香港。港英政府遵从普通法的惯例，在割让地保留了一部分原有法制，英国的司法体制也同样移植到香港。这就使香港在此后一百五十余年中逐渐形成了以英式法律传统为主兼有少部分“中华法系”特点的法律传统。这种法律传统与内地经过八十余年共和政体特别是五十年的社会主义制度的改造所形成的法律传统差别很大。值得注意的是，香港和内地法律传统不同所造成的差异是复杂的。一方面有英式法律传统与社会主义法律传统之间的差异。如香港实行判例法制度，而大陆地区则没有判例法制度。另一方面也有香港残余的封建法律传统与内地社会主义法律传统之间的差异。如香港回归后“原旧批约地段、乡村屋地、丁屋地和类似的农村土地在1984年6月30日的承租人或在该日以后批出的丁屋地承租人，其父系为1898年在香港的原有乡村居民，只要

该土地的承租人仍为该人或其合法父系继承人，原定租金维持不变”[01].这一制度明显带有清朝法律中“重男轻女”的烙印，与内地在继承制度上男女平等的原则有巨大差异。在香港自身的法制进步过程中，旧的封建法律传统逐渐削弱直至消亡是要经历相当长的时间。过去港英政府为了有利于其维护殖民统治，曾采取过许多务实的、稳妥的协调措施。例如港英政府在全面引入英式法制及法律观念的同时也注意到尊重中国法律传统的强大惯性作用，港督就曾在首席按察司及行政局明确反对的情况下，赦免过杀死通奸妻子及其奸夫的死刑犯。港英当局的这种作法为香港的法制改革提供了渐进发展的宽松空间，使香港的法制得以沿着符合客观实际的道路进化。但是，港英政府也同时实行了一系列对香港原有封建法制特别是其中的封建法律意识妥协退让的政策，以便使香港买办阶层和地方乡绅阶层能够支持和维护英国殖民统治。这种作法不仅使香港的资本主义法治受到了很大的牵制，而且还为香港回归后的法治进步造成了不利影响。对此香港和内地都应给予足够的重视，否则其对“一国两制”的落实及两地的进步都会产生重大危害。同样，内地的法律传统也存在进一步变革的客观需要。尽管1949年以来，新中国在肃清封建法制对中国法律进步的消极影响方面下了很大功夫，并取得了显著的成就，但“冰冻三尺非一日之寒”，几千年专制统治的影响特别是对人们的法律意识的消极影响决不是短时间内可以消除的。拨乱反正以来，内地在法律制度层面的进步幅度明显。但相比之下，法律实践中特别是行政执法和司法工作中，还存在着相当程度的“人治”现象。至于全民的法律意识的进步则更不容乐观。因此，香港回归后的

相当一段时间里，两地的法制协调会受到内地法治建设进程的决定性影响。这就要求我们必须把法制协调的工作纳入到两地法治进步和法制改革的大系统内，与之相配合、相呼应，不能片面强调法律传统的不同，更不能将法律传统机械地视为静止不变，落入教条主义泥淖。（二）法律技术差异与法制协调香港和内地各自运用的法律技术是明显不同的。内地在法律技术方面更接近大陆法系，而香港则受到英国普通法系模式的广泛影响。从某种意义上讲，香港和内地的法律技术差异就是大陆法系及英美法系的法律技术差异。香港的普通法系法律技术所感兴趣的是先例和同类案件的归纳推理，而不是通过对制定法条文的立法意图的探究或演绎推理，将这些问题按照概念在法条中“对号入座”；香港的普通法法律技术热衷于精细且现实地探究生活问题，并倾向于在具体的历史关系中处理这些问题，而不是系统或抽象地思考它们[02]。相比之下，内地的法律技术主要是体现在立法活动中。由于行政机关被赋予一定的委任立法权，最高人民法院也被允许通过司法解释（某些司法解释无论是从法律技术运用上，还是从普遍的约束力及对法律规范的“创造”上，都更接近于创制法律而非仅仅适用法律）弥补现行立法的不足，内地的法律技术更关注为法律适用提供“普适性的公式”，以便法律实践能够规范地进行。美国法学家庞德对普通法系和大陆法系发现和运用法律技术的区分的描述同样也适用于香港和内地的法律技术差异。即：香港的普通法心态是习惯于具体地而不是抽象地观察事物，相信经验而不是抽象概念；宁可在经验的基础上按照每个案件中似乎正义所要求的从一个案件到下一个案件谨慎地行进，而不是事事回头求助假

设的一般概念；不指望从被一般公式化了的命题中演绎出当前案件的判决。内地的大陆法系心态则体现为：推理自然地从原则到个案而非从个案到原则；坚信三段论法而非信奉先例；偏好体系化而非“在活动中解决”问题[03]。两地法律技术上的差异不仅使法制活动受到影响，使两地的法律文件出现明显差异；还使法的实施受到影响，特别是在法的适用方面，两地的国家专门机关及其工作人员以及法律所授权的单位受法律技术差异的影响，对相同的法律条文会作出完全不同的解释或对相同的情况作出相反的决定，导致法制冲突。需要强调的是，法律技术手段和方法本身并不具有阶级倾向性，各个社会阶级都可以使用它们。资本主义法制的法律技术中先进的部分是在继承以往人类社会智慧成果和经验的基础上总结和创新的结晶，绝非某个历史类型法制的专属物。在内地法治建设还很不完善的情况下，大胆借鉴包括香港在内的资本主义法制的符合人类发展进步趋向的先进经验和成果特别是高水平法律技术，有利于依法治国、建设社会主义法治国家的基本国策的落实。对此有正确的认识，才不会重蹈极左时代的覆辙。 注释： [01]香港基本法第一百二十二条。 [02]「德」K茨威格特，H克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，第333页，贵州人民出版社1992年。 [03]同上。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com