

# 香港法院適用內地經濟管制法的路徑分析

董金鑫\*

根據“一國兩制”的基本國策，作為中國內地重要對外開放窗口的香港特別行政區在回歸之後仍保留自身獨特的法律制度。隨着《內地與香港關於建立更緊密經貿關係的安排》的實施，兩地的經貿往來得到進一步的加強，並產生眾多的經貿糾紛。在比較法層面，以社會主義市場經濟為導向的內地目前仍實施嚴格的管制<sup>1</sup>，違反此類監管不僅會發生公法上的制裁，而且會導致涉外合同的無效，即使此時當事人已經選擇域外法。<sup>2</sup> 而奉行自由資本主義經濟政策的香港較少對交易施加限制，原則上會支持當事人自由訂立的合同的效力。故兩地在合同是否合法有效問題上存在真實的法律衝突。如不在實體法或衝突法層面上進一步加以協調，必然會發生相同法律糾紛的審理結果大相逕庭的局面。而涉港合同多約定香港法<sup>3</sup>並在香港法院訴訟，此時香港法院是否以及如何適用內地經濟管制法值得理論和實務部門的特別關注。

## 一、在實體法層面賦予內地經濟管制法以事實效力

關於內地經濟管制法在當事人選擇的準據法之外的適用問題，首先可以從實體法的層面予以分析。如果雙方當事人締約時沒有逃避法律適用的惡意，而是基於對該法認識錯誤的緣故訂立合同，此時可以根據合同準據法的規定賦予此種認識錯誤一定的法律後果。根據香港法院的實踐，如果對內地經濟管制法的錯誤認識足以達到影響合同訂立基本假定的程度，則當事人可以借助普通法上的共同錯誤(common mistake)撤銷(rescind)合同，從而使合同歸於無效。<sup>4</sup>

### (一) Albert 案

Albert案<sup>5</sup>涉及一起內地向聯邦德國出口服裝的合同。該合同得以訂立的基本假定是內地出口至德國的服裝屬於1986年《中國和歐洲經濟共同體紡織品配額協定》(以下簡稱《中歐協定》)分類4下的貨物。在合同履行時，內地海關將貨物歸入分類83，因此被告無法取得履行義務所需的出口配額，從而發生爭議。本案的當事人都是香港法人，對合同適用香港法沒有異議，故《中歐協定》關於貨物分類的規定不是法院地法或合同自體法的一部分。被告認為，內地依據《中歐協定》對分類的裁決超出當事人控制範疇，是締約時當事人不能預見的。即使這種分類不正確，香港法院對內地海關的行為也無權審查，合同因當事人的共同錯誤而沒有效力。原告則認為，任何關涉《中歐協定》的認識錯誤都是法律問題，法律錯誤不能使合同無效。一審法官認為，法院只宜考慮相關國家分類發生的法律後果，不應在分類上作出自己的判斷。被告的分類認識錯誤抗辯須滿足以下條件：第一，錯誤的對象必須是事實而非法律。由於外國法在香港法院被視為事實，故符合這一要求；第二，發生共同錯誤，事實錯誤的類型必須為法律所承認並能夠導致合同無效。本案的錯誤屬於共同錯誤，雙方當事人基於關乎合同基本要素的錯誤假定簽訂協議，沒有證據證明被告在締約時意識到這種錯誤的存在；第三，錯誤必須嚴重。合同的履行取決於內地根據《中歐協定》的貨物分類授予出口配額。當事人訂立合同時認為貨物屬於分類4的範疇，可以合法地從內地出口至德國，這種錯誤假定足以導致合同的不能履行。

簡而言之，Albert案將內地經濟管制法的實施視為因共同錯誤而發生自始不能的事實建立在三項條件之上<sup>6</sup>：①內地經濟管制法屬於外國法範疇，具有事實性，可作為影響合同有效性的認識錯誤的對象<sup>7</sup>；②當事人

\* 中國石油大學(華東)文學院法學系講師

在締約時對內地經濟管制法發生共同錯誤，即任一方在締約時都不知道該錯誤的存在；<sup>③</sup>此種錯誤關乎合同關鍵事實且在程度上十分嚴重，能導致合同無效。

## (二) Full Wisdom Holdings 案

關於內地經濟管制法的認識錯誤問題，重要的是當事人能否在合同中預先作出安排，從而避免一方日後藉此提出抗辯。在香港法院審理的Full Wisdom Holdings案<sup>8</sup>，被告作為登記地在英屬維爾京群島的某公司的全資附屬公司，通過與內地企業簽訂合資協議的方式從事高速公路的運營和建設。為獲取開展上述活動的資金，母公司及附屬公司同本案原告簽訂適用紐約法的股權抵押融資合同，約定原告在到期日不能獲償時即有權處置上述附屬公司擁有的股權。由於被告違約，原告向香港法院提起訴訟。被告援引2002年9月10日國務院通知<sup>9</sup>提出錯誤和非法性的抗辯。<sup>10</sup>

初審法院作出簡易判決，認為被告關於錯誤和非法性的抗辯沒有價值，相關證據材料不可信且與原告的訴請無關。上訴爭議集中於是否發生共同錯誤。被告認為，合資合同因國務院的通知而自始無效，故本案雙方對合資合同的合法性發生共同的認識錯誤。法院認為，被告提出上述抗辯意圖說明雙方當事人簽訂的融資合同以及股權抵押合同建立在對合資協議合法性認識的基礎上，但融資合同中約定的違約情形包括合資協議變成全部或部分無效、非法或不可執行，這說明雙方已經預見到該情勢有發生的可能，不存在認識錯誤的問題。<sup>11</sup>故至少就香港法院而言，當事人的如上合同安排應該予以尊重。

## 二、利用選法善意要求否定選擇香港法的效力

香港法一貫主張當事人有選法的自由，但並非不施加任何限制。在著名的1939年英國法院審理的維他食品案<sup>12</sup>中，承運人在紐芬蘭自治領的港口簽發一張旨在將鮭魚從紐芬蘭運往美國紐約州的提單。實施《海牙規則》的1932年紐芬蘭《海上貨物運輸法》規定，任何在紐芬蘭簽發的提單都必須約定適用《海牙規則》。運輸責任的糾紛首先在同為英國領地的加拿大新斯科舍法院審理，後上訴到英國樞密院(Privy Council)。<sup>13</sup>樞密院認為提單約定適用英國法的效力構成本案爭議的焦點。具體而言，在滿足善意、合法且不違反公共政策的前提下，當事人選擇英國法的行

為有效，從而確立了當事人選擇合同自體法必須出於善意原則。由此，如果合同當事人選擇香港法的目的旨在惡意逃避內地經濟管制法的適用，則法律選擇無效，轉而根據最密切聯繫原則確立內地法的適用。

## (一) 東方滙理銀行案

在東方滙理銀行案<sup>14</sup>，原告——法國東方滙理銀行上海分行與被告——上海二紡機械公司簽訂外滙交易合同，約定適用香港法，並在紐約履行。後由於被告未能履行還款義務，原告入稟香港法院要求作出簡易判決。被告以合同非法為由提出抗辯，即內地法規定被告只能在其簽訂的進出口合同所需貨幣範圍內參與對沖交易，原告明知這一點仍為本案下的對沖交易提供融資以及通過外滙合同解決的由外滙交易產生的負債構成內地法下的不法，且外滙交易未經國家外滙管理局的批准和登記，根據內地法和香港法的規定不可強制執行。當事人為合同選擇香港法與原被告的營業地沒有聯繫，旨在逃避內地的經濟管制法。原告則認為選擇香港法的行為是善意的，原告母公司在香港設立了管理東亞業務的總部，香港是國際商業中心，可提供為銀行業熟悉的一流法律服務。

對此，法院援引維他食品案中的規則，認為聯繫不是判斷法律選擇有效與否的主要因素，只要選擇法律的行為善意、合法且不違反公共政策，當事人明確的選擇法律意圖應該得到維護。就本案，香港法能否確立為合同自體法的關鍵是選擇法律時是否存在惡意，而選擇的法律與交易事實沒有聯繫通常可作為缺乏善意的證明。<sup>15</sup>由於本案合同當事人和履行與香港沒有實質聯繫，而協議根據內地法不可強制執行，可以認定原告為保護從外滙交易協議下獲得的收益免於因不法的緣故而遭受損失而在擬定合同自體法時存在惡意。簡易判決階段無須作出法律選擇無效的後果，但考慮到香港衝突法的實踐和本案事實，可以認為香港法院會依據最密切及最真實聯繫標準<sup>16</sup>選擇適用包括經濟管制法在內的內地法。

## (二) 對選法善意要求運用的評價

從法院分析看，以法律選擇存在惡意為由否定當事人選擇的法律存在兩個較明顯的條件：①當事人選擇的法律與案件沒有任何的實際聯繫。僅僅原告母公司在香港設立總部的事實與當事人間的交易無關緊要，不足以使案件和香港發生實質聯繫；②合同根據當事人選擇法律之外的某一法域的管制法規定無效而不可執行。外滙合同未經外滙管理局審批構成了內

地法中合同無效的情形，這足以推測出當事人尤其能從中得利的原告具有規避內地法的惡意。另外要件二還隱含了一個前提，即意圖規避的經濟管制法所屬之法域應該與合同有最密切及最真實的聯繫，即本案當事人沒有選擇或選擇無效時合同自體法為內地法。本案中當事人的營業地及合同簽訂地和履行地都位於內地，這說明案件與內地有最密切聯繫，也足以認定當事人選擇與案件沒有聯繫的法域存在惡意。

香港法的以當事人惡意排除法律選擇條款的效力雖然未明確冠以禁止法律規避之名，但與內地的法律規避制度十分相似。法律規避又稱僭竊法律(*fraude a la loi*)或欺詐設立連結點(*fraudulent creation of points of contact*)，是當事人故意製造某種連結點的構成要素，避開本應適用的強制性或禁止性法律規則，從而使對自己有利的法律得以適用的行為。<sup>17</sup> 從 1878 年法國最高法院審理鮑富萊蒙(*Bauffremont*)案<sup>18</sup>以來，法律規避一直是大陸法系國際私法的重要制度。

對此，《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)》第 194 條規定，當事人規避內地強制性或禁止性法律規範的行為，不發生適用外國法律的效力。當事人選擇法律是否構成故意製造連結點的行為一直存在爭議，但法院在審理外匯交易和對外擔保案件的實踐中往往運用該條否定當事人選擇外域法的效力，從而導致內地法的適用。僅就經濟管制法適用的情形，對該條較合理的解釋是，內地與外匯擔保合同本身具有最密切的聯繫<sup>19</sup>，內地法構成當事人沒有選擇時應適用的準據法，但當事人為逃避外匯監管而選擇另一法域的法律，此種違反內地外匯強制規定的行為無效。只是案件與當事人選擇的外域法的聯繫是否構成法律規避的條件。如認為只有當事人選擇的外域法與外匯交易或對外擔保案件沒有實際聯繫時，方可發生法律規避的可能，則內地的法律規避制度類似於香港法院對選法惡意的判斷標準。如果不管所選擇的外域法與案件有多大的聯繫，只要內地與案件有最密切的聯繫而且經濟管制法要求適用，則二者存在一定的區別。但無論如何，內地的法律規避制度僅用以排除外國法的適用，不能作為外國經濟管制法適用的依據。

### 三、作為自體法外能導致履行不法的履行地法

如當事人選擇內地法之外某法域的法律與案件有實際聯繫，或者內地法本身與案件聯繫較少不構成本應適用的準據法，香港法院原則上會肯定當事人選擇法律的效力。此時作為合同自體法之外的內地經濟管制法如果構成能導致合同的履行為不法的履行地法律的一部分，則香港法院同樣不會承認根據香港法本應有效的合同的效力。

#### (一) 深圳發展銀行案

在深圳發展銀行案<sup>20</sup>，原告——內地深圳發展銀行與被告——香港新世紀國際(控股)公司和中國光大集團分別簽訂了借貸協議和擔保協議，貸款的目的是償還先前對原告欠下的舊債。由於被告未能按期履行協議下的義務，原告向香港法院申請簡易判決。被告提出如下不法性抗辯：①內地是合同履行地因而內地法可以適用於本案，以新貸還舊債構成內地法下的不法行為；②原告未經內地有關部門批准擅自發放貸款同樣導致協議無效且不可執行。由於當事人協議選擇香港法，而案件與有香港實際聯繫，滿足善意選法的要求，故而合同不法性爭議的關鍵在於內地經濟管制法能否在當事人法律選擇之外得以適用。

法院首先探討了確立履行地法規定履行不法的合同不得強制執行規則的賴利兄弟案<sup>21</sup>能否作為內地法適用的依據。該案的原告——西班牙船東和被告——英國租船方訂立了將黃麻從印度的加爾各答運至西班牙的巴塞羅那港的租約，合同的準據法為英國法。在運輸途中，西班牙當局頒佈價格管制令，要求任何運至西班牙的黃麻運費每噸不得超過合 10 英鎊的 875 比塞塔，否則構成違法而處以刑罰。原告就運費差價提起訴訟，主張約定運費構成被告應絕對履行的義務。被告認為，儘管合同整體構成英國合同，但實質履行發生在西班牙，由此支付義務應受隱含條件的限制，即履行根據履行地法為合法。英國法院認為，本案存在關乎當事人權利的困難問題，即租約的履行為履行地法所阻止。除非常特殊的情況，當合同要求在國外履行時，此類要求在國外履行的合同條款繼續有效的默示約定是在外國履行的行為不應該構成該國法下的不法。<sup>22</sup> 深圳發展銀行案的原告不否認賴利兄弟案確立了上述規則，但認為規則僅僅適用於合同必須在某個特定地方履行而根據該地的法律履行為非法，並援引 1979 年土耳其小麥案<sup>23</sup>來證實自

己的觀點。在該案，土耳其國家機構同紐約公司在瑞士的附屬公司簽訂運輸目的地在土耳其港口的英國小麥買賣合同。後來土耳其國家機構不能從該國財政部處獲得開立信用證的批准而未履行合同，瑞士公司在英國提起損害賠償之訴，土耳其國家機構依據賴利兄弟案辯稱，該合同根據土耳其的法為不法而不能履行。英國上訴法院支持了該案原告的請求，認為合同的履行地不在土耳其。合同要求的開立經一流的西歐或美國銀行保兌的信用證，原告並不關心被告請求開立信用證的機構位於何處，因而土耳其的管制措施與訴訟無關。

就此，本案原告指出，貸款協議沒有要求貸款一定要在內地償還，相反合同約定原告具有選擇支付方式的權利。而被告則認為原告在內地之外沒有營業地，則在缺乏明確的還款方式的合意時，被告應該在原告的營業地即內地歸還。基於合同條款的理解，該案法院認為本案的還款行為不必在中國內地履行，何況原告的確曾主張被告在香港履行該義務。

## (二) 住友銀行案

在住友銀行案<sup>24</sup>，被告廣東發展銀行向原告日本住友銀行開立不可撤銷備用信用證。為逃避付款責任，主張其開立備用信用證的行為沒有得到國家外匯總局的批准或登記，故信用證交易根據中國的相關法律為不法並且無效。而作為香港法的一項基本原則，法院不會執行一項當事人意圖在友邦國家履行不法行為的協議，由此被告開立的備用信用證根據香港法是不可以執行的。而原告則認為，備用信用證應適用當事人約定的香港法。被告作為根據香港《公司條例》登記的內地法人，理應受香港法院管轄。同時，支付義務的履行地無疑應該在香港而非中國內地，至於資金來源於何處是無關緊要的。只要被告有履行信用證義務的意願，他完全可以利用中國內地之外的資金。最後，原告不存在違反中國法律的意圖。

在簡易判決階段，法院認為，被告的住所地在中國內地，其在香港僅僅設立一個辦事處，履行如此巨大數額的支付義務難免要牽扯到在中國內地的活動，故此認為履行地問題上存在爭議點，而不作出簡易判決。但上訴法官顯然採納了原告的觀點而改變了先前的看法，沒有理會雙方當事人關於被告依據中國內地法是否具有開展離岸金融業務所發生的爭執，而是認為由於本案的備用信用證的履行地在中國內地之外，故而不存在根據履行地的法律違法的問題，是否構成內地法的不法行為不在討論之列。

## (三) 對不執行違反履行地法的合同的評價

從上述案件可以看出，香港法院不會執行一項其履行根據履行地法為違法的合同，即使根據自體法有效。該規則雖然以實體法的形式表述，但其本質構成衝突法上的一項制度，即合同的合法有效問題除了適用自體法之外，也要滿足第三國強制規範的要求。而對第三國強制規範的範圍，香港法與歐盟《合同之債法律適用條例》(《羅馬條例I》)第9條第3款<sup>25</sup>如出一轍，都是將合同自體法之外仍要適用的強制規範施加地域聯繫(履行地)和實施效果(合同履行為不法)的雙重限定，以避免出現第三國強制規範的氾濫而破壞自體法選法機制正常運行以及當事人適用法律的預期。而對於履行地的解釋，則遵從當事人的意思自治，以合同約定的履行地為準，至於履行事實上可能涉及的其他地域，在所不問。<sup>26</sup>如住友銀行案顯然不顧被告營業地和通常營業活動發生在內地的事實，以合同約定支付義務履行地在香港為由排除任何合同存在違反內地經濟管制法的可能。

## 四、基於維護與內地友好關係的香港公共政策的要求

如果無法證明當事人選擇香港法的行為出於逃避內地經濟管制法的惡意，同時內地經濟管制法又不構成能導致合同的履行為非法的履行地法的一部分，但能證明當事人在締約時具有違反內地經濟管制法的意圖，則香港法院基於維護與內地友好關係的公共政策也不會執行該合同。

### (一) 特殊公共政策與履行地不法規則的區別

為適用內地的經濟管制法，深圳發展銀行案中的被告又援引福斯特案。<sup>27</sup>為了向當時全面禁酒的美國走私威士忌之目的，一群英國人訂立了適用英國法的合夥協議。貨物將以合法的方式自英國清關，並交給英國境外的走私者。當事人為此籌集資金，但協議下的行為最終未實施，並就上述款項的返還發生爭議。該案的法院認為，如果協議雙方的真實意圖是使他們必須在友好外國共同實施某種依當地法為不法的行為，即使此時存在替代的履行方式或履行地使合同能合法地履行，則適用英國法的合同也應被認定為非法。<sup>28</sup>土耳其小麥案認為福斯特案確立的規則與賴利兄弟案不完全等同。福斯特案關注的是當事人的共同意圖，一旦認定當事人具有違反外國法的共同意

圖，即使根據合同文件存在替代的合法履行的地域，該案的原則也適用。那麼本案是否存在實施違反內地法行為的共同意圖呢？如果將問題僅限於支付，法院認為被告不能證明當事人存在於內地歸還的共同意圖。該交易為以港幣計價的離岸貸款，且被告是註冊機構在香港的香港公司，法律文件也在香港準備，僅僅原告在內地開展業務的事實至多表明雙方可能就支付地進行過磋商，不等於共同違法意圖。然而如果更廣泛地思考本案中的問題，不能否認存在貸款在內地發放用以償還在內地發生舊債的共同意圖。如果以新貸還舊債構成內地法下的不法，則可以適用福斯特案的規則。

可以看出，基於維護與他國友好關係這一公共政策而不予執行違反友好國家法律的合同與因為履行構成履行地法下的不法而拒絕履行的緣由不同。前者更關注當事人締約時的違法意圖，後者則重視履行違反履行地法的客觀結果。當合同的履行根據履行地法為合法或履行地沒有約定且無法推定，此時仍違反自體法外的某一國家的法律，有必要探究當事人的意圖，是否能基於公共政策的考量賦予外國合同管制法律一定的效果。這一規則是實體法還是衝突法規則，是衝突法上公共政策的反向運用還是第三國強制規範？其實，這一規則更偏向於第三國強制規範直接適用的特殊形態，即其中的公共政策既不是國內實體法適用所要考慮的公共政策，也不是作為排除外國法適用的衝突法上的公共政策，而是在特定情況下是否要賦予第三國強制規範一定法律效果所要考慮的公共政策。當既非自體法又非法院地法而能導致合同無效的第三國強制規範不構成履行地的法律時，如果能證明當事人締約時有違反該國法律的意圖，基於國際公共政策的需要，仍有必要適用該國的強制規範。

合同領域的第三國強制規範存在如上兩種形態的原因。第三國強制規範的判定是保證強制規範直接適用的公益和維護當事人選法自由的私益平衡的過程。將第三國強制規範作地域上的限定，其主要目的是維護當事人的選法自由，不過分超出當事人適用法律預期。作為此限定的例外，以當事人具有違反第三國強制規範為由賦予該規則以效果，更關注違反外國法的意圖。由於通謀違反法律的表意行為構成意思自治的濫用，本身就不應受到法律保護，因而此時適用履行地之外的第三國強制規範不損害當事人適用法律的正當期待，同時能彌補前者限定過於狹隘的缺陷，也減少了履行地解釋上的爭議<sup>29</sup>，故構成第三國強制規範的類型。

## (二) 對內地與香港關係的合理定位

基於特殊公共政策的考慮而賦予外國強制規範以效力的重要前提是該強制規範屬於友好外國的法律，深圳發展銀行案雖然詳細引述該規則在英國法院實踐中的運用，但沒有解釋包括經濟法在內的內地法是否能視作友好國家的法律，對此，著名的任運良案<sup>30</sup>予以了解答。

原告任運良是香港中安置業有限公司的股東，該公司曾與被告——內地招商銀行簽訂了股權擔保融資協議，資金用於大連金石高爾夫公司的項目運營。由於未能按期還貸，被告依約處置中安置業在大連金石高爾夫公司中的股份並更換董事，這一行為已獲得內地判決的認可。原告在香港法院提出了包括融資協議未取得國家外匯管理總局批准、商業銀行不得成為非銀行機構的登記股東在內的協議根據內地法無效的主張。被告則認為，合同約定適用香港法，除非涉訴的內地法構成履行地關於履行無效的規則，否則沒有適用的可能。<sup>31</sup> 而原告的訴訟請求中沒有任何關於合同將要在內地履行並違反內地法的主張。法院認為，被告以原告未提出履行地事項的訴請為由否定內地法適用資格的主張過於狹隘。作為普通法的原則，如果合同損害了本國與其他保持和平國家的友好關係，那麼它因為違反公共政策而無效。<sup>32</sup> 由於根據衝突法的原則內地法也被視為外國法，公共政策也可以用來處理和祖國的關係。

任運良案的解釋比較明確。中國香港的地位為《中華人民共和國憲法》以及《香港基本法》所肯定，且包括普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法等香港原有法律在回歸後原則上繼續有效。由此在私法層面上內地和香港構成不同的法域，內地法可以視為外國法，內地在私人案件中構成“外國”的一部分。至於該“外國”是否滿足“友好國家”的要求，如丹寧法官在瑞嘉諾尼案中將英國和英聯邦國家和地區的關係視為友好國家關係的具體情形<sup>33</sup>，內地與香港的關係是單一制國家內中央與高度自治地方的關係，自然較英聯邦成員國之間的關係更為密切，當然應滿足上述要求。

## 五、結束語

在經濟全球化的背景下，特別在 1998 年亞洲金融危機乃至 2008 年美國次貸危機之後，無論秉承自由經濟政策的資本主義國家和地區還是盛行國家管

制經濟的社會主義國家，都需要對經濟生活進行必要的監管，表現為大量經濟管制立法的存在。而由於“一國兩制”的長期存在，港、澳、台施行與中國內地不同的社會與法律制度，從而在經濟交往中頻繁出現經濟管制衝突。為了便利雙邊經貿關係的發展，從而維護國家的統一與穩定，此種衝突亟待解決。

從香港法院處理涉外合同法律適用的實踐看，出於司法禮讓以及公正審理的需要，當合同約定適用香港法時，內地經濟管制法如滿足一定的要求仍可考慮它的效力，具體而言存在以下路徑：①在香港法為準據法的情況下，於實體法層面賦予內地經濟管制法以事實效力；②以當事人選擇香港法旨在逃避內地經濟管制法的適用為由否定選法的效力，轉而根據最密切聯繫原則確立內地法的適用；③如果內地經濟管制法構成能導致合同的履行為非法的履行地法，則於合同的非法性事項由內地的經濟法支配；④當事人在締約

時有違反內地經濟管制法的意圖，即使合同不須要在內地履行，合同因違反維護與內地的友好關係的公共政策不得強制執行。路徑一從實體法層面考慮內地經濟管制法的效力，更多的是合同法發生作用的結果，從而滿足私法上的公正；路徑二類似於內地法律規避制度實施的效果，即不僅當事人所規避的內地經濟管制法應該適用，合同爭議的其他事項也適用內地法；路徑三、四類似第三國強制規範直接適用的情形，即只有合同不法性問題由內地經濟管制法決定，其他事項仍由合同自體法支配。總之，從事涉港交易的內地當事人有必要熟悉香港法院適用選法條款之外的內地經濟管制法的路徑，以維護自身的正當權益，爭取更有利的法律適用結果。而香港法院的如上普通法作法也宜為內地所借鑒，從而在立法不足的情況下通過法院解釋法律的方式妥善解決兩岸四地的經濟管制立法的衝突。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 根據加入《國際貨幣基金協定》的承諾，內地仍可對資本項目採取外匯管制措施。
- <sup>2</sup> 以往內地法院在此情況下通常會以“法律規避”或“違反公共利益”為由否定選擇外域法的適用。目前多認為此類強制性規定構成國際私法上的直接適用的法。見2010年頒佈的《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》第4條(中華人民共和國法律對涉外民事關係有強制性規定的，直接適用該強制性規定)的規定。另外，2013年最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋(一)》第10條對上述強制性規定進行解釋，有下列情形之一，涉及中華人民共和國社會公共利益、當事人不能通過約定排除適用、無需通過衝突規範指引而直接適用於涉外民事關係的法律、行政法規的規定，人民法院應當認定為涉外民事關係法律適用法第四條規定的強制性規定：①涉及勞動者權益保護的；②涉及食品或公共衛生安全的；③涉及環境安全的；④涉及外匯管制等金融安全的；⑤涉及反壟斷、反傾銷的；⑥應當認定為強制性規定的其他情形。
- <sup>3</sup> 根據“統一聯繫”(Unitary Connection)原理，當經濟管制立法與合同準據法屬於同一法律體系，只要滿足規範自身的目的和範圍，且法律適用結果又不嚴重違反法院地的公共政策，包括香港在內的普通法系國家或地區通常不會因其具有公法性而拒絕適用。
- <sup>4</sup> 在英國合同法上存在 void 和 voidable 的區別，即前者指的是自始無效，後者則是合同方有權撤銷，但當知悉此種無效事由後仍肯定合同則有效。
- <sup>5</sup> Jan Albert (H. K.) v. Shu Kong Garment Factory, HCA 004434/1986, 4 November 1988.
- <sup>6</sup> 蕭永平、董金鑫：《第三國強制規範在中國產生效力的實體法路徑》，載於《現代法學》，2013年第5期，第145頁。
- <sup>7</sup> 2010《國際商事合同通則》第3.2.1條認為錯誤的對象既包括事實，又包括法律。該條評註認為，基於現代法律體系的複雜性，有必要同等對待法律認識錯誤。特別就跨境交易，法律體系的複雜性導致的困難會因個體交易遭受不熟悉的外國法律體系而加劇。另見《歐洲合同法原則》第4.103條。
- <sup>8</sup> Full Wisdom Holdings & Ors v. Traffic Stream Infrastructure Co Ltd & Ors, FAMV 15/2004, 4 October 2004.
- <sup>9</sup> 《國務院辦公廳關於妥善處理現有保證外方投資固定回報項目有關問題的通知》，國辦發(2002)43號。該通知的行政色彩濃厚，一方面強調保證外方投資固定回報不符合中外投資者利益共享、風險共擔的原則，違反中外合資、合作經營法律和法規的規定，另一方面又採取“改”、“購”、“轉”、“撤”等方式處理，其實變相維護了此類合同的效力。

- <sup>10</sup> 在香港訴訟之前，原告還在美國提起訴訟，被告同樣基於國務院的通知提出抗辯，只是以不具有可履行性為理由，即被告的合資相對方由於上述通知不能支付合資企業的收益，故導致被告無法按期履行融資合同。這一主張未得到美國法院的支持。
- <sup>11</sup> 此外就被告認為合資協議因國務院的通知而自始無效，終審法院認為，被告關於國務院通知使合資協議自始無效的論斷沒有充分證實。況且合資協議在國務院通知發佈前締結，之後只可能歸於無效，不可能自始無效。無論合資協議是否因為該通知而歸於無效，在其生效之前是有效的，即使之後歸於無效也不影響融資合同關於違約的規定。
- <sup>12</sup> *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1939] A.C.277 (P.C.).
- <sup>13</sup> 由於一審法院位於加拿大的新斯科舍，而當時紐芬蘭自治領尚未加入加拿大，故對本案而言，紐芬蘭並非法院地。
- <sup>14</sup> *Credit Agricole Indosuez v. Shanghai Erfangji Co Ltd*, [2002] HKCU 706, at para 30, Court of First Instance.
- <sup>15</sup> Dicey, A. V., J. H. C. Morris and L. A. Collins (1987). *Dicey and Morris on the Conflict of laws*. London: Stevens. 1176.
- <sup>16</sup> *Macmillan Inc v. Bishopsgate Trust Investment Plc & ors* (No. 3), [1996]1 WLR 387.
- <sup>17</sup> 蕭永平：《法理學視野下的衝突法》，北京：高等教育出版社，2008年，第154頁。
- <sup>18</sup> Cass. Civ. 18 mars 1878, S.1878.1.193, See G. Parra-Aranguren (1988). *General Course of Private International Law-Selected Problems, Recueil des Cours*, Volume 210. 103-106.
- <sup>19</sup> 2007年出台的《最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第6條明確要求不發生適用外國法效力的結果是合同爭議應適用中國法。該規定為2013年最高人民法院《關於廢止1997年7月1日至2011年12月31日期間發佈的部分司法解釋和司法解釋性質文件(第十批)的決定》所廢止。
- <sup>20</sup> *Shenzhen Development Bank Co Ltd v. New Century Int'l (Holdings) Ltd & ors*, [2002] HKEC 1087, Court of First Instance.
- <sup>21</sup> *Ralli Brothers v. Compa Ia Naviera Sota Y Aznar*, [1920] 2 KB 287 (CA).
- <sup>22</sup> *Ralli Brothers v. Compa Ia Naviera Sota Y Aznar*, [1920] 2 KB 304(CA).
- <sup>23</sup> *Toprak v. Finagrain*, [1979] 2 Ll Rep 98.
- <sup>24</sup> *The Sumitomo Bank v. Xin Hua Estate Limited & ors*, HCCL1998/256.
- <sup>25</sup> 該款規定，可以賦予那些合同債務將要或已經履行地所在國法中的超越一切強制規範以效力，只要此類強制規範能夠導致合同履行不法。在決定是否給予此類規範以效力，應考慮到它們的性質和目的以及適用或不適用所發生的後果。
- <sup>26</sup> *Kleinwort Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie*, [1939]2 KB 678 (CA). 在滙票自體法為英國法且將在英國支付情況下，匈牙利籍被告以該案的境外支付行為未獲得匈牙利外滙管制法所要求的其國家銀行的同意而導致合同不能履行的抗辯沒有得到支持。英國法院認為，當一國干預該國人在境外的行為，其他國家不會以犧牲本國法來執行該國的法律。
- <sup>27</sup> *Foster v. Driscoll*, [1929] 1 KB 470 (CA).
- <sup>28</sup> *Foster v. Driscoll*, [1929] 1 KB 521 (CA).
- <sup>29</sup> <sup>29</sup> Monika Pauknerová (2011). *Mandatory Rules And Public Policy in International Contract Law, ERA Forum*, Volume 11. 40.
- <sup>30</sup> *Ren Yun Liang & Ors. v. China Merchants Bank Company Limited & Ors*, HCA2005/1456, Court of First Instance. 之前進行的內地關聯訴訟，見《招商銀行訴中安置業有限公司、大連金石高爾夫俱樂部有限公司、劉淑蘭、任運良借款擔保糾紛案》，(2000)粵法經二初字第3號。
- <sup>31</sup> *Mobil Oil Hong Kong Ltd v. Or Wing Ching* [2005] HKEC 367 at para. 200
- <sup>32</sup> Collins, L., C. G. J. Morse and et al. (2006). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (14<sup>th</sup> Edition). London: Sweet & Maxwell. 32-239.
- <sup>33</sup> *Regazzoni v. K.C. Sethia* (1944) Ltd, [1956] 2 QB 490 (CA).