

粵港澳大灣區借鑑歐盟若干法案的初步審視

范劍虹

摘要：由於司法協助、區際國際私法還不是最終或者完全解決粵港澳大量民商法與經濟法衝突的最佳途徑，因而，為了達成一個融合的、法律成本較低的粵港澳大灣區的經濟市場目標，在“一國兩制”、三法域及兩個不同法系的大灣區的複雜狀態中，就需要在考慮立法質量、目的與適用的前提下，審視並借鑑歐盟的若干法案，並及時加以實踐。

關鍵詞：大灣區法治 歐盟法 比較法

A Preliminary Study of Learning from Specific EU Laws in the Greater Bay Area in China

FAN Jianhong

(Faculty of Law, University of Macau)

Abstract: Due to judicial assistance, interregional private international law is not the best way to finally or entirely resolve a significant number of conflicts between civil, commercial, and economic law in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area. To ensure an integrated economy and market in the Greater Bay Area with lower legal costs, reviewing, learning from specific European Union laws, and implementing them is necessary. Such learning should consider the quality, purpose, and application of legislation in the complex state of “One Country, Two Systems,” three jurisdictions, and two different legal systems.

Keywords: rule of law in the Greater Bay Area, European Union laws, comparative law

一、歷史回顧與現實挑戰

港澳與內地經濟關係的聯繫，在簽訂內地與港澳的CEPA¹之後，經濟互動明顯加強。² 同時，繼2001年最高法院發佈公告，即啟動了對民商事案件相互委託送達司法文書及調取證據的安排之後，在2006年達成關於相互認可和執行民商事判決的安排³之間，最高法院又與廣東省高院及港澳與內地的法律專家一起，多次探討了涉及兩岸三地的司法協助問題⁴，甚至當時的一位香港大律師還提出建立聯合法庭來解決爭議的建議。黃進教授也曾提出在兩部基本法中制定區際法律衝突規則來解決問題。⁵

近年來，隨着內地與港澳經濟的互動發展，逐步解決了私法領域的司法協助上的問題，包括仲裁裁決、婚姻、破產及刑事等領域的問題。⁶ 同時，為了粵港澳市場互聯互通水平進一步提升，各類資源要素流動更加便捷高效，2019年中共中央、國務院印發了《粵港澳大灣區發展規劃綱要》並發出通知，要求各地區各部門結合實際認真貫徹落實。《綱要》提出，到2022年，粵港澳大灣區綜合實力顯著增強，粵港澳合作更加深入廣泛，區域內生發展動力進一步提升，發展活力充沛、創新能力突出、產業結構優化、要素流動順暢、生態環境優美的國際一流灣區和世界級城市群框架基本形成。但是，由於缺乏適合粵港澳大灣區的示範法與三地不同的管轄權規制問題，因而司法協助，包括區際國際私法還不是最終或者完全解決粵港澳大量民商法與經濟法衝突的最佳途徑。⁷ 因而，我們在一個經濟與法律的制度層面，在距離一個融合的、法律成本很低的粵港澳大灣區的經濟市場目標層面還有不可逾越的距離。

如果設想一下歐洲的情況就會發現：歐洲各國法制健全，互相之間早已達成私法上的判決與仲裁承認與執行的各種條約，為甚麼歐洲國家還需要為統一的市場設定許多歐盟的統一指令？雖然，

¹ 以後，香港和澳門還在2015年11月展開《港澳CEPA》的磋商，經過三輪會議及其後的磋商，雙方於2017年6月29日就主體文本及承諾減讓表達成最終共識，並於2017年10月27日簽訂了《港澳CEPA》。

² CEPA按照世界貿易組織的原則和規定而制定。協定的內容包括貨物貿易、服務貿易及經濟和技術合作工作計劃等多個領域，以進一步促進雙方的經貿往來，為未來區域間的經濟融合，尤其在粵港澳大灣區的城市融合方面，締造有利的環境。也可參閱早期的文獻：范劍虹、田青、簡月清主編：《澳門與內地CEPA條款評述》，澳門：澳門大學法學院范劍虹，2005年。

³ 法釋〔2006〕2號，於2006年2月13日最高人民法院審判委員會第1378次會議通過。

⁴ 范劍虹、陳捷、邵長富：《中國內地與澳門特別行政區民商事區際司法協助的現狀與展望》，《“一國兩制”研究》2006年第1期，第92-102頁。

⁵ 黃進：《論憲法與區際法律衝突》，《內地、香港、澳門區際法律問題研討會論文集》，主辦單位：中國國際私法學會、廣東省法官協會，中國佛山，2005年5月21-22日，第70頁。

⁶ 比如《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書及調取證據的安排》（以下簡稱《安排》）的修改文本於2020年1月14日簽署；2019年9月26日，最高人民法院發佈了《關於內地與香港特別行政區法院就仲裁程序相互協助保全的安排》（以下簡稱《保全安排》）。

⁷ 2020年1月6日，首次粵港澳大灣區司法案例研討會在廣東省廣州市舉行。研討會上，內地與港澳法官、律師用類比法庭的方式，按內地、香港、澳門訴訟程序分別對一起跨境商標權保護案件進行了審理，以此對粵港澳法律制度的差異進行比較性研究，其困難顯而易見。

因為粵港澳大灣區處於“一國兩制”、三法域及屬於兩個各不同法系⁸的多重複雜狀態之中，加之港澳司法與立法獨立，可能給必要的市場經濟立法帶來現實的挑戰，但是，歐洲各國卻是處於國與國的獨立行政、立法與司法不同法域狀態下，同樣也有兩大法系的交織，那他們又是如何為了解決這些經濟與政治融合的必要立法問題，制定了歐盟主要（“原始”）⁹和次要（“派生”）¹⁰法律、違反歐盟法的責任法¹¹、貿易競爭中的補貼法¹²、歐盟國家與歐盟的關係法¹³及歐盟的司法程序法¹⁴呢？

二、粵港澳大灣區的立法質量、目的與適用

假如一個融合的、法律成本很低的粵港澳大灣區的經濟市場的必要立法已無法迴避，那麼，我們將會與立法質量、立法目的與法律適用契合三個問題不期而遇。也即在涉及以上三個問題時，就遇到了為甚麼還需要比較與借鑑域外的立法？也即為甚麼還要借助於比較法，尋找解決問題的域外途徑。在對德國的茨威格特（Konrad Zweigert）等論述的研究基礎上，日本比較法學家大木雅夫作出了較為全面的概括：“比較法是這樣一種法學部門或方法：在最一般意義上，他在各種法律秩序的精神與式樣的聯繫上（in Bezug setzen），揭示各法律秩序的形態學上的特徵以及它們相互間在類型上的親緣性；作為其特殊性，比較法主要研究各種法律秩序中可比較的各種法律制度和解決問題的方法，以認識和完善法制為課題。”¹⁵

從比較法的角度¹⁶去觀察，世界上所有法學家所面臨的問題是沒有國境線的，是相似的。假設暫時不論述法典註釋學派（École Exégétique）的觀點，那麼在涉及解決實際問題的意義與正當性時，就不能僅僅局限於國內。事實上，實際的法律問題卻有多種不同的解決方法，這些方法又有不同的

⁸ 有些比較法教科書中的法系分類是教科書式體系的分類，是作者當時在兩大法系分類之後，為了分析社會主義法系的某些特徵再作出的延伸，但這並非是中國的法律體系在法的淵源上不屬於大陸法系的理由。此外，中國內地的立法、法學教學都顯示了大陸法系的特徵，中國內地大多數比較法學家都認為中國從法的淵源上屬於大陸法系（甚至有些比較法學認為中國內地包括台灣地區屬於大陸法系中的德意志法系），新的民法典的編撰也證明了其特徵。當然，中國也具備社會主義法系的政治與法治特徵，因此在教科書分類時也可屬於社會主義法系。在西方的許多文獻裏，不但將日本、韓國、中國內地與台灣地區視為大陸法系法在東亞的衍生，甚至也將中國前期學習的蘇俄的法律淵源視為歐洲大陸法系的範圍。有經典文獻陳述：“日本、韓國、中國的現代法律體系均曾因繼承西方法律模式而形塑，儘管是在不同程度上以及不同的方式而完成的，自其形成以來，一個世紀已然過去。”參見〔德〕馬蒂亞斯·賴曼、〔德〕萊因哈德·齊默爾曼編：《牛津比較法手冊》，高鴻鈞、韓世遠、耿林、王洪亮、張芝梅、呂亞萍、魯楠譯，北京：北京大學出版社，2019年，第261頁。本文主要解決“一國兩制”的法律技術問題，不從教科書分類出發，也由於“一國兩制”已定，因而不從特定的政治形態出發，而是從實質性或者實證性的法的技術出發。

⁹ 主要涉及諸如貨物、勞工、遷移以及服務貿易自由等的規定。

¹⁰ 主要涉及諸如歐盟法的執行、指令轉換的直接效力。

¹¹ 主要涉及諸如歐盟國家責任以及依歐盟國法律的違反歐盟法的責任。

¹² 主要涉及諸如歐盟國補貼的前提、競爭保護和歐盟委員會審查的程序。

¹³ 主要涉及諸如歐盟法優先適用的規則以及在違憲訴訟中的引用歐盟法的特別規定。

¹⁴ 主要涉及諸如前置判決程序、無效之訴及違約訴訟。

¹⁵ Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.Aufl., J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996, Anmerkung. Nr.14, S. 5f. ; 〔日〕大木雅夫：《比較法》，范愉譯，北京：法律出版社，1999年，第67頁。

¹⁶ Vgl. Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., München 1987, S.10ff. ; Uwe Blaurock, *Aufgabe und Ziele der Rechtsvergleichung*, Jahrbuch der Deutsch-Chinesischen Institute für Wirtschaftsrecht der Universität Göttingen und Nanjing, Bd 2, 1991, S1 ; 進一步可參閱權威著作：Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*.

價值基礎，這些建立在不同價值基礎以及不同的立法技術上的方法，均儲存在世界各國的“法律答案庫”中。在研究本國法的同時再觀察並分析外國法，則能獲得較為全面而適當的法律答案，尤其是能對本國法所用的解決問題的方法保持一種批判的距離。這種距離感往往能擴大解決問題的精神視野與相信本國法的相對性。在涉及新的立法的準備階段（往往包括各國比較立法）¹⁷、對實際問題的解決方法的意義和它的現象形態、功能與正義成分方面不能將視線局限在一國境內。如果一種法學對其他國家的教訓與經驗置之不理，那麼它是有意或無意地放棄一個認知工具。¹⁸

那麼，哪些法律機制，從解決粵港澳大灣區存在的兩大法系、三個法域及“一國兩制”的問題角度出發可以優先參考？是粵港澳的自己的法律，還是美國的科技領先的三藩市灣區及金融著稱的紐約灣區法，還是產業聞名的日本東京灣區法，還是融合不同法系的經濟與政治著稱的歐盟法？從以上提及的既有的問題角度出發，尤其是從港澳的立法與司法獨立是基本法確定的戰略框架的角度出發，僅靠中國內部的粵港澳各地互相妥協，並不能解決兩大法系與不同法域的摩擦問題。加上中國內地法制與法治的路上還缺乏完整的基礎設施，比如，優秀的各類法典，以及在這些法典基礎上豐富而優質的各類法典評論與判例，一個合適而滿意的能解決以上既有問題的途徑並不容易確定。雖然我們應該走自己的法制與法治之路，但是如何評價本身的法制與法治的標準，應該需要借助於比較的思維。

比較法研究的第一步是研究相關的外國法，並為本民族的法治提供有價值的內容。《詩經·小雅·鹿鳴》曰：“他山之石，可以攻錯”。而法學家培根在其《崇學論》（*De Dignitate Et Augmentis Scientiarum*）明白提及了評價的標準：“判斷的對象（本國法）不能同時成為判斷的標準”。因而，在法學上完全採取自己內部解決的途徑是可質疑。此外，在美國的兩大灣區中，不存在不同法域和不同法系的法源有可能產生的問題。比如，屬於大陸法系的路易斯安那州並不在上述兩個大灣區之中，因此，從解決粵港澳大灣區存在的兩大法系、三個法域及“一國兩制”的問題角度出發，並不符合筆者優先借鑑的選擇條件。而日本的東京大灣區雖然屬於大陸法系，但是並不存在“一國兩制”下的不同法域問題，同樣不在筆者優先選擇的範圍。最後是歐盟法，它涉及到歐洲不同國家的法律以及不同的法系的交織（英國曾是歐盟成員國），因而，其所涉及的問題以及經驗與教訓，可先作為“一國兩制”三法域兩法系的粵港澳大灣區在追求經濟政治融合時一個優先借鑑的模式，歐盟法似乎是解決上述提及的在“一國兩制”、三法域、不同法系的大灣區問題的一個放大的模版。但需要提及的是：這只是解決上述問題的借鑑範本，“一個中國”的原則不可以有絲毫的動搖。由於外國借鑑的複雜性，因此必須先要對需要借鑑的若干法律的質量、目的性及法律的適用性，作一個初步的審視來為將來的粵港澳大灣區市場提供一個有意義的指引。

（一）質量

從長遠而言，質量始終是一個機會成本最小的要素。不能將不符合法律質量的某個法域法規或者一個實際上適用需求很低的國際條約，添加到粵港澳大灣區的立法建議中。如果兩岸三地本身的法律已能解決問題，尤其是民商法領域主要以意思自治為原則，那為甚麼還要疊加法規，甚至適用質量不高的法規呢？在這個意義上，要堅定地選擇高質量的規則，以避免浪費難得的機會成本。

¹⁷ 比較立法的實踐目的就是：“研究各國法律以及探求改進部門立法的實際方法”，這是1869年在法國創立的“立法比較學會”（*Société de Législation Comparée*）上提出的。

¹⁸ See Fan, J. H., “An Introduction to the Connotations of Comparative Law - A Perspective from a Chinese Scholar,” *Juridikum - Zeitschrift für Kritik, Recht, Gesellschaft*, Heft 1/2018, Österreich Verlag.

(二)目的

其實，最需要的不是已能解決幾乎所有粵港澳的市場交易問題，而是要徹底更好地打通這類邊境經濟技術貿易的通道，來減低這類邊境貿易的法律等成本。比如，以後涉及數字經濟，其中有不同的監管與保護消費者利益的規範。如這些灣區的法不能有效而低成本地解決這些問題，那就不屬於一個統一的、融合的法律成本最低、效率最高的大灣區市場的良好規則。所以，借鑑的抑或新擬定的大灣區的規則，如不能去解決這些問題，那麼就失去了立法的意義。

(三)法律適用

從法律上的適用而言，我們已有許多大灣區的司法協助的條約。而按意思自治，最密切聯繫原則等，已有許多國際私法上的方法來解決許多問題。但仍然存在局限性，這也是現代國際私法為甚麼也強調將實體法納入國際私法的研究範圍的緣故。因此，我們仍然需要學習歐盟法的相關經驗。

鑑於粵港澳大灣區的發展，需要考慮立法質量、目的與適用的要求，因而，先提出若干可能的借鑑法案，並加以初步引介。

三、立法及適用的具體建議

以下建議的借鑑法令，在歐盟法中被英國與葡萄牙接納，因此，從法的歷史淵源角度也會比較容易被港澳立法機構接納。此外，這些指令的立法質量優良、為統一市場的目的性明確，遇到的問題相似、技術上可借鑑，因而，按實際情況可以作為借鑑的對象。

(一)實體法

從實體法角度，CEPA只是政府間的協議，遇到法律難題，在CEPA的範圍中解決的空間有限。制定統一的實體法，又因“一國兩制”的司法與立法獨立而成為一個很大問題。而先推薦借鑑的法令《歐洲共同銷售法》（*Common European Sales Law*）¹⁹和《數位合約規則》（*Digital Contract Rules*）²⁰是可以接納的，並能避免以上的困惑。

該歐洲提案提供了完全統一的合同法規則，包括以《歐洲共同銷售法》形式存在的消費者保護規則，該規則應被視為跨各成員國的本國法律中的第二個合同法律制度。經雙方有效協定進行邊境交易。本協定不等於，也不能與在國際私法規則範圍內的適用法律選擇相混淆。取而代之的是，這種選擇是在根據國際私法規則適用的國家法律範圍內作出的。該解決方案的目標是建立和運行內部市場。它將消除行使基本自由的障礙，這些障礙是由於國家法律之間的差異而引起的，特別是由於交易費用高以及交易者在進行跨境交易時所經歷的法律複雜性以及消費者對自己的權利缺乏信心時所

¹⁹ 參見《歐洲共同銷售法》的英葡等語言的文本，<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX-3A52011PC0635>，retrieved on 8th June 2021.

²⁰ 參見<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=ES>，retrieved on 8th June 2021; Jacquemin, H., “Digital Content and Sales or Service Contracts under EU Law and Belgian/French Law,” *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 8, no.1, 2017.

造成的障礙。²¹

根據《歐洲聯盟運作條約》（*Treaty on the Functioning of the European Union*，TFEU）²²第114條第（3）款，《歐洲共同銷售法》將通過建立自己的一套強制性規則來保證高水平的消費者保護，以維持或提高消費者在現行歐盟消費者法中所享有的保護水平。該提案符合《歐洲聯盟條約》（*Treaty on European Union*，TEU）第5條規定的輔助性原則。該提案的目標（即通過提供一套自願統一的合同法規則來為內部市場的正常運作作出貢獻）具有明確的跨界維度，成員國無法在其框架內充分實現國家系統。只要國家合同法的差異繼續為跨境交易創造大量額外的交易成本（包括稅務、行政費用等²³），就無法完全實現通過促進貿易商的跨境貿易和消費者的跨境購買來完善內部市場的目標。通過在國家一級採取不協調的措施，成員國將無法消除由於貿易商在歐盟跨境貿易中所經歷的國家合同法差異而產生的額外交易成本和法律複雜性。按照EC593/2008第6條和羅馬I的合同適用法²⁴，企業與消費者交易時，必須遵守所在國保護消費者法律。消費者將繼續遇到選擇減少和遇到從其他會員國獲得有限產品機會的情況。通過在合同法領域採取的這種措施，比較適合解決法律分散的問題，該措施近似適用於跨境交易的規則。

此外，隨着市場趨勢的發展並促使會員國採取獨立行動，例如在規範新興的數位內容市場方面，監管差異可能導致交易成本增加和保護消費者的空白可能加劇。該提案符合第5條標準箱中規定的相稱原則（比例原則）。²⁵ 該提案的範圍僅限於在跨境交易中構成實際問題的方面，而沒有擴展到國家法律最能解決的方面。在實質範圍方面，該提案包含規範合同生命週期中當事方權利和義務的規定，但並未涉及例如不太可能引起訴訟的代表權規則。就領土範圍而言，該提案涵蓋了發生額外交易成本和法律複雜性問題的跨境情況。

最後，該提案的個人範圍僅限於主要發現內部市場問題的交易，即企業與企業之間的關係，其中至少一方是中小企業和企業與消費者之間的關係。私人之間訂立的合同和貿易商之間的合同都不是中小企業，因此不包括在內，因為對於這些類型的跨境合同沒有明顯的必要性。該法規為成員國

²¹ Turrini, A. & Van Ypersele, T., “Traders, Courts and the Border Effect Puzzle,” *Regional Science and Urban Economics*, vol. 40, 2010, p. 82: “Analysing international trade across OECD countries we show that controlling for countries specific factors, distance, the presence of common border and common language [...], similar legal systems have a significant impact on trade [...]. If two countries share common origins for their legal system, on average they exhibit trade flows 40% larger.”

²² 參見 *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>, retrieved on 8th June 2021.

²³ 參見相關的問卷：Eurobarometers 320 on European Contract Law in Business-to-Business Transactions of 2011, p. 15 and Eurobarometer 321 on European Contract Law in Consumer Transactions of 2011, p. 19.

²⁴ Article 6 of Regulation 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)。

²⁵ Verhältnismässigkeit原則的直譯意為：適合性原則，但其原則的第三部分稱為比例原則，因此，人們往往就以此稱其為比例原則。由於此原則的第三部分非常重要，因此有人將廣義的比例原則稱謂適當性原則，而狹義的適當性原則，就變成了比例原則。德國的比例原則已被歐共體（1991年經“馬約”成立歐盟）法院的116號案例所接受，成為歐共體也即歐盟的不成文法部分。參見適當性原則（比例原則）的經典著作：Ruprecht von Kraus, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg 1995, S. 18; Lerche, P., *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln-Berlin-Bonn, 1961.

提供了兩種選擇：決定將《歐洲共同銷售法》也提供給當事方，以供其在整個國內使用，並提供給雙方都不是中小型企業的貿易商之間訂立的合同。該提案，即《歐洲共同銷售法》具有選擇性和自願性質。這意味着只要共同認為對特定跨境交易有利，則其適用取決於合同雙方的協議。《歐洲共同銷售法》是僅在跨境案件中適用的一組可選規則的選項，它可以降低跨境貿易的壁壘，而不會干擾深深紮根的國家法律制度和傳統。

關於可選的第二合同法制度的提議的優點是，在不取代成員國的國家合同法的情況下，它允許當事方在整個歐盟範圍內使用一套單獨的合同法規則。這種獨立統一的規則極有可能為當事方提供解決最普遍問題的解決方案，這些問題可能在與合同法有關的跨境情況下出現。因此，對交易者來說，這種選擇將消除對不同國家法律的研究需求。同時，該提案有可能確保歐盟法律在與合同法相關的其他政策領域中的未來一致性。該提案規定，自實施之日起5年後應審查《歐洲共同銷售法》或該法規的任何其他規定的適用情況，並考慮有關數位內容的商業合同，市場和技術發展以及國際聯盟獲得的未來發展。委員會還建立了一個資料庫，以交換有關參考《歐洲共同銷售法》或《實施細則》任何其他規定的最終判決的信息，以及歐洲法院的相關判決聯盟，為法律從業人員舉辦培訓課程。隨着有關《歐洲共同銷售法》運作方式的知識的傳播，所需的成本可能會隨着時間的流逝而減少。

此外，特別需要指出的是：如指令或法規將國家法律替換為非強制性的歐洲合同法，可能會走得太遠，因為它將要求不願跨境銷售的國內貿易商承擔僅在跨境交易時才可節省的成本。此外，制定無選擇性的歐洲合同法最低標準的指令將是不合適的，因為它無法達到法律確定性的水平和降低交易成本所必需的統一程度。

除了以上的第二合同法，也可同時考慮引入《數位合約規則》（*Digital Contract Rules*）。新的歐盟規定將使消費者和企業在歐盟更容易買賣數位內容、數位服務、商品和“智慧商品”。

（二）債法的共同適用法

由於粵港澳大灣區的管轄權規則差異很大²⁶，加上在合同法與非合同法上不同的規則，有必要借鑑以下法案。以下兩項共同適用法為：

²⁶ 這種管轄權的差異與衝突表現在以下四個方面：（1）專屬管轄權衝突：內地專屬管轄主要規定於《民事訴訟法》第33條、第266條以及《海商法》第7條的規定。澳門專屬管轄規定於澳門《民事訴訟法典》第20條。香港沒有專門規定專屬管轄權，香港地域管轄權、特別管轄權和協議管轄權都沒有法定的排他性效力，香港法院可以自由裁量決定是否行使管轄權或者根據不方便法院機制拒絕行使管轄權。（2）地域管轄權衝突：內地的地域管轄權主要以住所或經常居住地為地域管轄根據，而不考慮被告國籍；香港的地域管轄係根據有效控制原則，建立在文書送達基礎之上。香港以有效控制為基礎行使的地域管轄權。澳門的地域管轄權見於澳門《民事訴訟法典》第15條和第17條的規定。（3）協議管轄（含應訴管轄）權衝突：內地關於明示協議管轄的規定見於《民事訴訟法》第34條，默示協議管轄也即應訴管轄的規定見於《民事訴訟法》第127條第2款。香港對於協議管轄的範圍規定較為寬泛，只要存在着合同關係就可以約定選擇管轄法院。（4）特別管轄權衝突：內地民事訴訟法的特別管轄權主要規定在《民事訴訟法》、《海商法》和《破產法》中。香港的特別管轄權又稱裁量管轄權，主要見諸於《高等法院規則》第11號法令。澳門的特別管轄權主要規定於澳門《民事訴訟法典》第16條。內地、香港和澳門在特別管轄權上均採用了複數管轄根據的立法形式，為當事人選擇法院提供機會的同時，自然也會造成管轄權衝突。

1. 適用於合同義務的法律(羅馬一)²⁷

《羅馬一條例》不僅是協調合同中法律選擇的規則，而且在一定的保障下，要使當事方選擇管轄其合同關係的法律的自由最大化。當然第1條列出了本規則範圍內的排除事項。這些包括：與自然人的地位或法律行為能力有關的問題：（1）與家庭關係有關的義務（包括維護養義務或婚姻財產制度）；（2）可轉讓票據，如匯票、支票和本票；（3）仲裁協議（由《紐約公約》規定）和法院選擇協議（由布魯塞爾制度規定）；（4）公司法事務，包括公司能力，清算和董事和高級職員的責任；（5）委託人和代理人事項；（6）信託法；（7）合同前義務（受《羅馬二條例》約束）；（8）人壽保險合同。

2. 合同法之外的共同適用法(羅馬二)²⁸

使用合同之外的提法，是因為有些國家沒有將締約過失列入法定規則，故用合同之外的共同適用法。《羅馬二條例》在歐盟內部制定了一套統一的規則，以管理涉及非合同義務的民商事法律選擇（受某些除外條款約束），包括關於侵權／違法（損害）的特定規則，包括因未履行職責而引起的侵權行為和特定類別的侵權、遺棄、不當得利，“negotiorum gestio”（未經允許充當代理人，類似無因管理）和違規行為（誤導合同談判，類似前合同義務，即締約過失）。此外，在某些情況下，在一定條件下，當事人可以選擇適用於非合同義務的法律。在誹謗和隱私權爭議中的適用法律中，沒有達成完全一致。

(三)管轄權

在早期討論司法協助時，香港一位大律師曾很有針對性提及過聯合法庭的設想。但是，由於管轄權的衝突的不調和性以及隨着時代的變遷，需要研究以下關於民商事中的管轄權以及判決的承認和執行的法規。²⁹ 2015年5月21日，歐洲法院就根據布魯塞爾一號條例改寫為2012年第1515號條例的管轄權問題作出了具有里程碑意義的決定。隨着歐盟起草有關AI及其人工智慧的法規，Facebook的馬克·扎克伯格（Mark Zuckerberg）和Google的Sundar Pichai等都對這個布魯塞爾條約感興趣。布魯塞爾條例包含一個管轄權制度，即歐洲聯盟成員國法院以此來確定其是否具有管轄權的規則，借助這個可以幫助解決貿易、競爭和法規問題。

(四)借鑑的問題

其實，法律的移植會與國家的任何明確決定沒有關係，同時移植也會受到法律習俗與文化的影

²⁷ Rome-I: Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) [歐洲議會和理事會2008年6月17日第593/2008號實施細則，關於適用於合同義務的法律（羅馬一）]，<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>，retrieved on 8th June 2021.

²⁸ Rome-II: Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II) [歐洲議會和理事會2007年7月11日第864/2007號實施細則，關於適用於非合同義務的法律（羅馬二）]，<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=EN>，retrieved on 8th June 2021.

²⁹ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters（關於民商事的管轄權以及判決的承認和執行的法規），retrieved on 8th June 2021.

響³⁰，因此，有不少領域，借鑑不是將外國法原封不動地變成本國法。所以，論及借鑑，其實也需要提及借鑑時的問題，因為這是一個問題的不同側面。那麼，借鑑以上的法案存在甚麼問題嗎？筆者覺得需要關注以下兩個問題。

1. 現代經典論與系統論的問題

比如，有時按照現代醫學設定的內外科治療很完美，去除了病因，使用還原論的思維，但是病人卻被治死了。如用現代經典醫學的因果關係論卻無法解釋，反而需要用系統論的藕合思維的邏輯去解釋。在政治經濟領域，同樣有這樣的例子，比如，戈巴契夫時代的西方對前蘇聯經濟的休克治療法。在這裏需要思考的是，甚麼是真問題？甚麼才是解決問題？這個因果條件與度在哪？在不同文化與歷史背景下，其潛在的解決路徑是極其珍貴的，中華文化與歷史的穩定與自愈的一個重要因果條件又是甚麼？因此，在審視借鑑的途徑與具體借鑑時，要對此作出深入評估。

2. 實事求是的問題

我們必須看到：在社會學家眼裏，這種借鑑或者移植只是一種社會過程。³¹ 在法學家眼裏，這種移植是一種立法過程，即法的“充電”，它實際是一個中外法律融合與互補的過程。既然是一種過程，就不必強求移植來的法律的一成不變，或要求移植來的法律是完全符合本國國情。因為每個國家包括被借鑑的國家本身也在不斷地按照其本國的國情對其法制作出修訂，而這種修訂本國法本身就是一種科學化與本地化結合的過程與任務。這種過程與任務在移植時存在，在移植後也會存在，它是一個客觀的過程，不可能也沒必要強求所移植的法律在移植後的相當一段時間裏還是一貫正確的。這種借鑑正是一種追求民族進步的舉措，它更多地與合理性與目的性相關，與當地化和科學化相關。隨着政治與經濟的發展需要，在需要對法制作出改革時，就需要對移植的法律作進一步的探索，這是每個國家的任務，因而不能因此而否定借鑑的功績與比較法研究的必要性。

那麼，如何去面對以上的兩個問題？筆者冒昧認為：（1）要不斷地理論聯繫實際。在借鑑的同時，把握住中華文化與歷史潛在的極其珍貴的穩定與自愈的重要因果條件；（2）長期調研粵港澳大灣區的政治經濟與社會的情況，調整立法的內容、方法與技術，關注最大多數民眾的利益；（3）克服形式主義，拋棄沽名釣譽，不斷地反省，不斷地自我批判，不斷地務實，惟有如此，也許會有前進的可能。“比較法研究告訴我們，法律秩序的存在，即源自原創性改革，也源自借用。這兩種方式的混合產生了各種獨特的法律經驗模式。”³²

四、結語

本文從粵港澳大灣區存在的兩大法系、三個法域及“一國兩制”的特點出發，尋找解決問題的合適路徑，並選擇歐盟法作為借鑑的範本，並對歐盟的《歐洲銷售合同法》（第二合同法）《數位

³⁰ 參見〔德〕馬蒂亞斯·賴曼、〔德〕萊因哈德·齊默爾曼編：《牛津比較法手冊》，第464-472頁。

³¹ Hirsch, Vgl. E., *Die Rezeption Fremden Rechts Als Sozialer Prozess*, Festschrift für Friedrich Bülow, 1960, pp. 121-137.

³² 〔德〕馬蒂亞斯·賴曼、〔德〕萊因哈德·齊默爾曼編：《牛津比較法手冊》，第475-476頁。

合約規則》《適用於合同義務的法律（羅馬一）》《合同法之外的共同適用法（羅馬二）》和《關於民商事管轄權以及判決的承認和執行的法》（布魯塞爾條約）作了引介，來為將來的粵港澳大灣區市場提供一個有意義的指引。

參考文獻 References:

- [日]大木雅夫：《比較法》，范愉譯，北京：法律出版社，1999年。Ogi Yasushi, *Comparative Law*, translated by Fan, Y., Beijing: Law Press, 1999.
- 范劍虹、陳捷、邵長富：《中國內地與澳門特別行政區民商事區際司法協助的現狀與展望》，《“一國兩制”研究》2006年第1期，第92-102頁。Fan, J., Chen, J., & Shao, C., “The Present Situation and Future Prospective of the Regional Judicial Cooperation on Civil and Commercial Legal Cases between the Mainland and The Macau SAR, China,” *Academic Journal of One Country Two Systems*, no. 1, 2006, pp. 92-102.
- [德]馬蒂亞斯·賴曼、[德]萊因哈德·齊默爾曼編：《牛津比較法手冊》，高鴻鈞、韓世遠、耿林、王洪亮、張芝梅、呂亞萍、魯楠譯，北京：北京大學出版社，2019年。Reimann, M. & Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- 黃進：《論憲法與區際法律衝突》，《內地、香港、澳門區際法律問題研討會論文集》，主辦單位：中國國際私法學會、廣東省法官協會，中國佛山，2005年5月21-22日。Huang, J., “On The Constitution and Interregional Conflict of Laws,” in *Proceedings of Interregional Legal Issues Among the Mainland, Hong Kong And Macau*, Organizer: China Society of Private International Law, Judges Association of Guangdong Province, Foshan, China, 21st -22nd May 2005.
- Blaurock, U., *Aufgabe und Ziele der Rechtsvergleichung*, Jahrbuch der Deutsch-Chinesischen Institute für Wirtschaftsrecht der Universität Göttingen und Nanjing, Bd 2, 1991.
- Fan, J. H., “An Introduction to the Connotations of Comparative Law – A Perspective from a Chinese Scholar,” *Juridikum - Zeitschrift für Kritik, Recht, Gesellschaft*, Heft 1/2018, Österreich Verlag.
- Hirsch, E., *Die Rezeption Fremden Rechts Als Sozialer Prozess*, Festschrift für Freidrich Bülow, 1960.
- Lerche, P., *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln-Berlin-Bonn, 1961.
- Rheinstein, M., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., München, 1987.
- Ruprecht von, K., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1995.
- Turrini, A., & Van Ypersele, T., “Traders, Courts and the Border Effect Puzzle,” *Regional Science and Urban Economics*, vol. 40, 2010.
- Zweigert, K. & Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996.