

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2019.02.011

# 论国际私法中“优先性强制规则”的性质与适用

——以《罗马条例 I》第 9 条为视角

黄植蔚

(北京大学 法学院, 北京 100871)

**摘 要:** 根据《罗马条例 I》第 9 条的规定,主权国家在某些情况下承认优先性强制规则的优先效力已经是客观事实,然而学界对优先性强制规则的有关的问题一直争论不休。这种争论长期存在的主要原因是,学者对于这类规则适用的方式过于执着,而没有把注意力放在优先性强制规则是私法性规则的性质上。理论上,优先性强制规则具有了明显的私法色彩,这不仅决定了应该在国际私法学的范畴内讨论相关的问题,而且决定了它在国内具有天然的法律效力。而我国目前还没有关于如何适用外国优先性强制规则的立法,在制定相关法律时立法者应该特别注意到自由裁量权、适用第三国强制性规则的后果和意思自治原则的相关法律问题。

**关 键 词:** 国际私法; 优先性强制规则; 法律效力; 《罗马条例 I》

**中图分类号:** D 997

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1008-3758(2019)02-0187-08

## On the Nature and Application of Overriding Mandatory Provisions in the Private International Law

——From the Perspective of Article 9 of *Rome I Regulation*

HUANG Zhi-wei

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** According to stipulations what is stipulated in Article 9 of *Rome I Regulation*, it has already been an objective fact that sovereign states recognize the priority validity of overriding mandatory provisions under certain circumstances. The academic circles have, however, been arguing about relevant problems concerning overriding mandatory provisions all the time. The main reason for of the long-term existence of such dispute is that the scholars are too committed to the applicable methods of such kind of rules rather than instead of focusing on the nature of overriding mandatory provisions being private law rules. In theory effect, overriding mandatory provisions are obviously private law's in nature, which has not only determined that the discussion of relevant problems should be held within the scope of Private International Law, but also determined that they have natural legal effect at home. At present, there is still no legislation on how to apply foreign overriding mandatory provisions in China. , When filling relevant legislation, and legislators should pay special much attention to legal issues about discretion, the consequences of applying the mandatory rules of a third state and the principle of the autonomy of will.

**Key words:** private international law; overriding mandatory provisions; legal effect; *Rome I Regulation*

## 一、问题的提出

国际私法中的“优先性强制规则”是指一个主权国家用于调整国际合同关系的强制性法律规范,而国际私法规范包括了冲突规范和实体规范,本文所指的国际私法规范也包含了这两种类型的法律规范。优先性强制规则作为一种实体性的法律规范,必须通过冲突规范来确定其所属国。其“优先性”则体现在,与根据相关的冲突规范确定的其他法律规范相比,这类优先性强制规则的法律效力更优。通常而言,优先性强制规则的所属国是指法院地国和合同履行地国。《罗马条例 I》第9条第2款规定:“本条例的任何规定均不得限制法院地法中优先性强制规则的适用。”根据“条约必须遵守”原则,在审理相关的国际合同纠纷案件时,缔约国的法院的法官应该根据该冲突规范,审查内国的有关国际合同领域的优先性强制性规则,并且最终适用这类法律规范调整相关的国际合同。而《罗马条例 I》第9条第3款规定:“应在其境内或已在其境内履行合同之债的国家,其优先性强制规则也可被赋予效力,但该强制性规定不得使合同的履行归于非法。在决定是否赋予这些规定以强制性效力时,应考虑其性质、目的以及适用或不适用该规则产生的后果。”很显然,立法者有意对合同履行地的优先性强制规则作出一定的限制,而且这种限制的范围和力度比较大。在比利时法院审理的“分配协议纠纷案”中,比利时法院就认为,虽然合同履行地国(突尼斯)的强制性规定明确规定该分配协议在突尼斯是违法的,但是法院地国没有义务适用这一强制性规定调整相关的分配协议。当然,比利时法院的不适用突尼斯的强制性规定的理由比较罕见:禁止类似的协议强制性规范是突尼斯法独有的。言下之意就是,如果其他国家也有类似的强制性规定,那么比利时法院是有可能适用突尼斯法并认定该分配协议无效。有学者认为,在实践中,强制规则和其他的法律规范并没有清晰的界限,因此难以对两者作出明确的区分<sup>[1]</sup>。

从字面上讲,与相关的冲突规范确定的准据法相比,优先性强制规则是具有更优法律效力的强制性法律规范。笔者认为,关于优先性强制规则主要涉及以下几个问题:一是关于优先性强制规则的界定问题,即优先性强制规则的性质问题

以及它们和强制性规则、“直接适用的法”的关系;二是优先性强制规则的效力问题,在明确了优先性强制规则是私法性规范的前提下,探讨为什么这类法律规范的法律效力具有更优性;三是优先性强制规则的适用问题,也就是各国包括法院在内的司法机构在适用优先性强制规则时,是通过什么途径使得这一类法律规范得以适用的问题。我国的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)第4条仅仅规定了我国的强制性规范的适用问题,而完全没有考虑合同履行地国等国的强制性规范的适用问题,我国立法机构在立法层面的缺失有可能导致司法机构在适用法律时出现无法可依的情形,因此,笔者认为有必要更加深入地探讨优先性强制规则在我国的适用方法和途径。

## 二、国际私法中“优先性强制规则”的界定

本文所提到的优先性强制规则仅指国际私法意义上的优先性强制规则,它是国际私法的范畴。对于强制性规则界定,各国的学者存在不同的定义和分类,目前尚未对此形成一致的认识<sup>[2]</sup>。与目前国际私法学界大多数学者看法不同的是,笔者认为,虽然优先性强制规则的强制力度极大,但是这并不意味着它因此而具有了公法性规范的性质,相反,它所调整的范围决定了它是国际私法的一部分,具有完全的私法规范的性质。优先性强制规则的界定主要涉及以下三个较为复杂的问题。

第一,国际私法中的优先性强制规则与强制性规则有一定联系,但是优先性强制规则有其极其特殊的性质和适用方式。承认优先性强制规则属于强制性规则的范畴,有助于剖析这类法律规范优先适用的理论依据。实际上,强制性规则是一个外延相当大的法学概念,它存在于多个部门法之中,如刑法、诉讼法、行政法、国际仲裁法等。在国际仲裁法领域,强制性规则涉及的理论包含着一种希望:在国际商业领域促进某些种类的司法活动,如跨境监管<sup>[2]</sup>。笔者认为,优先性强制规则与强制性规则有一定联系,特别是它们都是不以当事人的意志为转移的而得到适用。但是,这并不意味着强制性规则的外延与优先性强制规则完全一致。首先,优先性强制规则是国际

私法学中特有的一个法学概念,在其他任何的部门法学中都不可能找到这一名词。因为该概念正式被提出来是在《罗马条例 I》颁布以后,而《罗马条例 I》是一部纯粹关于国际私法的国际条约。而强制性规则的概念的历史可谓源远流长,它出现的时间远远早于优先性强制规则,并且存在于多个部门法中。其次,优先性强制规则只可能是私法性规范的范畴,而强制性规则则不限于私法性规范的范畴。相反,在公法性规范领域存在大量的强制性规则。通常认为,强制性规则包括了义务性规范和禁止性规范。如《中华人民共和国进出口商品检验法》第5条第2款规定:“前款规定的进口商品未经检验的,不准销售、使用;前款规定的出口商品未经检验合格的,不准出口。”该法律规范就是非常典型的公法性的、禁止性的强制规则。最后,与一般的强制性规则相比,优先性强制规则的适用往往会受到更加多的限制,特别是适用法院地国以外的优先性强制规则时,司法人员往往需要考虑到各种各样的因素。如根据《罗马条例 I》第9条第3款的规定,认定合同履行地国的优先性强制规则具有优先效力的前提是,该优先性强制规则不得规定相关的国际合同为非法。而一般性的强制性规则的适用所受到的限制则少得多,如在合同法领域,通过列举的方式强制性规定哪些合同属于非法或者无效的合同是极为常见的现象。

第二,国际私法中的优先性强制规范是私法性规范的范畴。确定优先性强制规则是私法性规范具有十分重要的意义,因为它的私法性质将直接影响到其在内国的效力和适用。关于这一问题,笔者将在下文展开论述。与私法性规范相对应的是公法性规范,在国际法中,公法性规范主要集中在国际经济法领域。国际经济法的调整对象是主权国家之间在国际经济协调的活动中形成的横向的国际经济协调关系以及主权国家为了管理和干预国际经济交往而形成的纵向的国际经济管理关系。私法性规范以任意性规范为主,如民法、商法等,这些部门法涉及的法律规范主要是任意性规范。这是因为民商法等私法性规范发展到今天,意思自治原则已经是私法性规范的首要原则。需要明确的是,任何一个主权国家国际私法意义上的优先性强制规则都是私法性规范,而私法性规范天然地具备了域外效力。在2010年奥地利最高法院审理的“中国陶瓷模具”一案中,原告认

为国际买卖合同无效,因为违反了我国合同法方面的强制性法律规范。审理该案件的法官认为,订立该合同的时间无法查明,即无法确认该合同是在文物出口前就已经订立了买卖合同,不能认定该合同违背了我国的强制性法律规范。因此,虽然奥地利的法官最终没有适用中国的法律,但是还是承认我国的强制性规范在我国内发生了法律效力,只不过这种情况不能适用中国法而已。

第三,国际私法中的优先性强制规则不是“直接适用的法”的范畴。承认“优先性强制规则”不是“直接适用的法”的一部分,但是和“直接适用的法”有一定联系,这会直接影响到有关法律部门立法原则和司法原则的确定。国际私法上所讲的“直接适用的法”,通常是指为实现国家重大社会利益而制定的直接适用于涉外民商事关系的具有强制效力的实体法律规范<sup>[3]</sup>。笔者认为,“优先性强制规则”与“直接适用的法”有一定联系,特别是它们所保护的利益有可能都是涉及到了法院地国的公共利益,但是,这并不意味着“优先性强制规则”就是“直接适用的法”的一部分。首先,两者的适用方式不同。“优先性强制规则”的适用必须通过冲突规范的指引。这种“指引”有可能来自于法院地国家参加的国际条约,也有可能来自于法院地国家制定的国内法。其次,“优先性强制规则”不仅仅包括法院地国家的强制规范,还包括法院地以外的国家(如合同履行地国和合同缔结地国)的强制性规范。而目前学界所认同的“直接适用的法”,通常仅仅是指法院地国家的法律规范。为了确保这些至关重要的国际交易牢牢地为内国所控制,为内国的经济目的或社会目的服务,内国自然力图将作为这些至关重要的国际交易的法律表现形态的特殊种类的国际合同置于自己法律的支配之下<sup>[4]</sup>。最后,“优先性强制规则”特指国际合同关系领域的强制性规范,而“直接适用的法”的所涉及的领域是比较宽广的,它甚至有可能涉及到侵权领域和婚姻家庭领域等。如我国人民法院审理的“中国公民王伟、张莉泰国旅行结婚案”中,王伟与张莉在泰国旅行时,依据泰国的法律规范通过宗教方式缔结了婚姻关系。审理该案件的中国法官直接依据我国的《婚姻法》中的关于婚龄的规定,判定他们之间的婚姻关系违反我国的强制性规定,从而认定他们的婚姻关系无效。本案的法官就是将我国《婚姻法》中关于婚龄的法律规范视为“直接适用的法”而予以适用。



### 三、国际私法中“优先性强制规则”在内国的效力问题

#### 1. “优先性强制规则”在内国的效力原则

国际私法中优先性强制规则在内国原则上具有法律效力。根据《罗马条例 I》第 9 条的规定,优先性强制规则可以区分为法院地的优先性强制规则和第三国的优先性强制规则,而不管什么类型的法律规范,学界和实务界都已经普遍承认的事实是,法院地本身的法律规范在内国发生法律效力不仅是理所应当,而且应该具有优先的法律效力。因此,此处探讨的优先性强制规则是指第三国的优先性强制规则,即法院地国和准据法所属国以外的所有国家的优先性强制规则。

国际私法学界对于要承认外国私法性规范具有域外法律效力的原因进行了长期而艰辛的探索,其中最具有代表性的理由有两个。第一,以巴托鲁斯为代表的意大利后期注释法学派提出的法则区别说:凡是“人的法则”,即调整人身关系的法律规范(如涉及当事人的权利能力和行为能力的法律规范),可以管辖其所有的属民,不管该主权国家的属民身处内国还是身处外国。第二,萨维尼在 19 世纪中期提出的法律关系本座说:凡是国际民商事关系中都有一个“自然本座”,无论该“自然本座”处于哪一外国之中,内国都应该承认“自然本座”所在国的民商事法律规范的法律效力。萨维尼的法律关系本座说对德国的国际私法理论以及英美国家的最密切联系理论都产生了极为深远的影响<sup>[5]</sup>。

#### 2. “优先性强制规则”在内国的效力例外

正如前文所述,优先性强制规则本质上是一种私法性规范,相对它们在内国拥有法律效力而言,这种法律规范在内国不发生法律效力是私法基本理论中的例外情形。与前文相同,这里也是探讨第三国的优先性强制性规则。在目前的国际社会,在国际合同的法律适用领域出现了内国的司法机构不承认外国私法性规范的情形。但是从整个国际私法领域来看,这种情况仍然属于罕见的情形。值得一提的是,在第三国的优先性强制规则在内国的适用问题上,有一个非常关键的问题是,内国能否援引国际私法中的公共秩序保留制度来排除相关第三国的优先性强制规则?在法律冲突过程的最后阶段,公共秩序保留制度才开

始发挥作用<sup>[6]</sup>。这一关键问题主要取决于两个方面的规定,第一,相关的国际条约在规定第三国的优先性强制规则时,究竟赋予了优先性强制规则多强的优先性?以前文提到过的《罗马条例 I》第 9 条第 3 款规定为例,立法者并没有使用类似于第 9 条第 2 款的用语,这意味着在内国的司法机构完全有权力根据《罗马条例 I》中的其他法律规范,排除第三国优先性强制规则的法律效力。第二,相关的国际条约有没有规定公共秩序保留条款?如果已经规定了相关的公共秩序保留的法律规范,缔约国根据相关的法律规范排除第三国的优先性强制规则就没有任何问题。而《罗马条例 I》的 21 条规定:“凡依本条例规定所适用的任何国家的法律,仅在其适用明显地违背法院地的公共秩序时,方可予以拒绝适用。”

### 四、国际私法中“优先性强制规则”在内国的适用问题

#### 1. “优先性强制规则”在内国适用的立法依据

正如前文所述,优先性强制规则原则上在内国会发生法律效力,但是,与相关的法律规范相比,到底基于什么样的理由,促使内国承认优先性强制规则的法律效力具有更优性?目前,不同的国家的学者的不同理论在解释优先性强制规则时的法律效力特点,总体来看,德国学者克格尔的“利益论”最具有优势<sup>[7]</sup>,笔者将该学说细分为维护政治利益说、公共利益需求说和维护经济利益说。

第一,维护政治利益说。当然,这里首先应该明确什么是政治利益。政治利益是主体在政治领域中,或者在政治市场中追求的权力、权利、地位、荣誉、声誉等<sup>[8]</sup>。维护政治利益说主张内国的法院或者仲裁机构承认优先性强制规则法律效力的优先性,是为了维护主权国家的政治利益。根据这一学说,某类或者某条法律规范能否成为优先性强制规则,是由其背后所保护的政治利益决定的,特别是当某一法律规范所保护的政治利益至关重要以至于到了必须遵守的程度时,无论冲突规范原先指向的准据法是哪个国家的法律规范,内国法院都必须对优先性强制规则给予足够的关注。虽然国际民商事交往过程中,与一个国家的政治利益相关的国际合同是极少数,但是仍然不能排除这种情况。司法机构在维护政治利益时,

必须要注意其中涉及到的各国政治利益的冲突问题。在具体个案中如果涉及到一个国家的政治利益,那么这种冲突实际上是一种“虚假的冲突”,那么司法机构应该依法尽可能维护该国的政治利益,即适用它的优先性强制规则调整国际合同。如果有两个或者两个以上的国家的政治利益发生冲突,实际上这才是一种“真实的冲突”,在这种“真实的冲突”中,涉及到了法院地国的政治利益,即有政治利益的两个或者两个以上的国家中,有一个是法院地国,那么就on应该适用法院地国的优先性强制规则,而不需要判断其中涉及到的法院地国的政治利益大小。如果在这种“真实的冲突”,涉及到的政治利益都是外国的政治利益,司法人员应该主要考虑维护国际合同履行地国的政治利益,对于其他国家的政治利益无需给予太多的关心。之所以把合同履行地国的优先性强制规则给予特别的重视,这不仅仅是涉及到尊重合同履行地国的政治利益的问题,而且在请求合同履行地国承认与执行的问题上,如果相关的国际合同违反了该国的优先性强制规则,合同履行地国甚至很可能会拒绝执行相关的判决。判决的承认和执行是解决国际民商事纠纷的实质所在,如果法院的判决无法得到执行,那么有关的诉讼程序就失去了其实际意义。并且,从更加长远的角度来看,判决的无法执行一定会对国际间的民商事交往产生极为不利的影响。

第二,公共利益需求说。该学说认为,优先性强制规则之所以具有优先的法律效力,是为了维护主权国家的公共利益。在欧洲法学判决的“Arblade and Leloup”一案中,法国的两家建筑公司和员工签订了劳动合同以后,将他们派遣至比利时工作,但是他们的劳动合同违反了比利时劳动法中关于支付最低工资、缴纳社会保险和留存记录的要求。欧洲法院就认为合同履行地法中的相关劳动法的某些条款属于优先性强制规则的范畴,并且进一步认为这些法律规范对于维护比利时的政治、社会和经济秩序至关重要,在比利时国家领域内的所有人和所有法律关系都必须遵守这些法律规范。与公共利益相对应的是个人利益,具体到国际合同中,指的就是国际合同当事人各自的个人利益。公共利益与个人利益的最大区别在于其非排他性,即公共利益具有公共性,它是对不特定多数享有的而非某个特定人独享的利益<sup>[9]</sup>。而随着全球化趋势的不断加强,优先维护

公共利益的做法也在国际法领域得到加强。立法者的用意也是相当明显的,即在个人利益和公共利益发生冲突时,鼓励各国积极主动地维护外国的公共利益,以达到主权国家之间形成互惠互助的局面。结合目前具体的国际形势来看,在各个领域都存在靠一个主权国家无法解决的问题,如国际洗钱、国际走私和国际追逃追赃等。如果一国的司法机关可以从国际合同领域就积极表现出维护外国公共利益的友好姿态,一定会有利于各国在其他领域谋求合作,尤其是法院地国的司法机关在审理国际合同纠纷案件时,即使是国际合同的当事人一方甚至多方都拥有法院地国的国籍或者在法院地国进行注册,而私主体的个人利益恰好和外国的公共利益相互冲突的情况下,为了维护外国的公共利益而承认相关国家的法律规范的优先效力。这不仅使得承认公共利益的优先性具有了国际意义,更是主权国家之间积极谋求合作的国际合作精神。但是,维护公共利益说没能很好地解释另外一种情形,当内国的公共利益和外国的公共利益相冲突时,有没有必要优先维护外国的公共利益?答案是否定的。主权国家之间公共利益冲突的缓和需要一个长期磨合、探索的过程,而且只要国际舞台上各民族仍然是以主权国家的形态出现,通过各国的努力,这种利益的冲突也只可能得到一定程度的缓和,而不可能达到完全调和的状态。

第三,维护经济利益说。该学说认为,内国的司法机构之所以在一定条件下承认优先性强制规则优先的法律效力,是因为这类强制性规则在维护其相关国家的经济利益时起到了非常重要的作用,以至于内国的司法机构在调整相应的国际合同时,应该优先考虑适用相应国家的强制性规则。如我国的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第126条第2款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”根据这一条法律规范,可以认为《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国法律中外合作经营企业法》中的相关法律规范是优先性强制规则。显然,从合同履行地国的角度来看,这三类合同都有可能是涉及到中国重大的经济利益,特别是对这三类合同管理不力时,历史上在拉丁美洲就曾经出现过外国资本控制内国经济主权的历史事件,特别是

第二次世界大战后,美国趁机扩张,称霸拉美,把它作为美国的后院,在拉美国家实行“自由贸易”“自由企业”“自由投资”三原则,为美资大量涌入拉美铺平了道路<sup>[10]</sup>。维护经济利益说最大的贡献在于,它最大程度地揭示了内国承认优先性强制规则的优先法律效力的动机,并不是基于政治上的利益,而是经济上的利益,特别是主权国家基于本国经济基础方面的考虑作出的立法,国际合同涉及到的利益主要是经济利益,而且大多数情况下涉及的主要是国际合同当事人之间的经济利益。而目前的国际社会的主权国家,在经济制度层面普遍强调市场的基础性作用,即“看不见的手”对市场资源配置起支撑作用,鼓励市场主体发挥其的主观能动性,为自身创造经济利益的同时可以活跃国家的市场经济。不尊重市场在资源配置领域的决定性作用和市场经济规律,政府就会出现越位、乱作为,更好发挥作用便无从谈起<sup>[11]</sup>。但是,市场调节是具有自发性和盲目性的特点,因此就会产生不当的经济行为,它们引发的社会矛盾将不利于经济和社会的健康发展。此时,就需要主权国家的政府发挥其作用,通过颁布相关法律等方式调整国际市场主体间的经济利益关系。优先性强制规则的优先性,恰恰就体现在,法院地国可以毫不犹豫地适用本国的优先性强制规则规范国际贸易主体的不当行为,以达到维护市场秩序的目的。但是,其中的困难之处在于,主权国家之间往往只能在自身的主权辖区内管理国际经济利益,超越该辖区就显得无能为力了。优先性强制规则的另一项功能就是,要求法院地国要在一定情况下承认外国特别是合同履行地国的优先性强制规则,以达到维护外国的经济利益的目的。

## 2. “优先性强制规则”在内国适用的司法依据

纵观世界各国的立法和司法实践,优先性强制规则只可能根据其本国的法律规范——包括国内立法和其所参加的国际条约——来承认和适用优先性强制规则。所有的优先性强制规则都不可能被内国直接适用,内国的司法机构只能通过国内法或者国际法中相关的间接规范的指引,确定并且适用相关的优先性强制规则。

### (1) 国内法依据

就国内立法而言,大多数国家都会明确规定本国的优先性强制规则的适用路径,但是不同的国家会通过不同的立法方式来适用本国的优先性

强制规则。如比利时《国际私法典》规定:“本法的规定不影响比利时法律中的强制性规定或公共政策的适用。根据法律或其特殊目的,强制性规定或公共政策旨在规制国际事项而不考虑根据冲突规则指定的法律。”比利时在这方面的法律规范显然有它的本国特色,与根据该法的冲突规范指向的法律规范相比,比利时的公共政策也具有更加优先的效力。与内国适用本国的优先性强制规则相比,国际上关于适用第三国的优先性强制规则的立法显然少很多,但是随着国际化进程往纵深方向推进,这方面的立法也呈现出增加的趋势。如乌克兰的《国际私法》第14条规定:“法院可以适用与法律关系有密切联系的他国法的强制性规范,而不论与本法相关的准据法,但本条第1款规定的情形除外。同时,法院应考虑到此类规范的目的和性质,以及其适用或者不适用的后果。”

### (2) 国际法依据

在与双边条约相比,优先性强制规则在地区性(特别是在欧盟地区)的条约方面所取得的进展显然是更加令人满意的,有关条约的参与者的数量足以证明条约的吸引力。在一个理想的世界里,一套令人满意的合同法律规则的选择应该在每一种情况下都能吸引参与者,尽管这些参与者的利益和目的是不相同的<sup>[12]</sup>。除了上述提到过的《罗马条例I》中第9条中的相关规定外,早在1980年的《罗马公约》的第7条第2款:“本公约将不得限制法院地的强制性规则的适用,不管原应适用于合同的其他法律”。很显然,《罗马公约》的这条规定与《罗马条例I》第9条第2款表述基本一致,表明欧盟成员国从20世纪80年代到今天,都特别注重保护法院地有关的社会公共利益,甚至是把法院地的社会公共利益放在绝对优先保护的位置上。

与地区性的国际条约相比,优先性强制规则在普遍性的国际公约方面取得的成就则不太令人满意了。1978年《代理的法律适用公约》第16条、1983年《国际货物买卖合同法律适用公约草案》第7条第3款、1986年《关于国际货物销售合同法律适用公约》第17条,也都规定了相关的法律适用条款,但是这几个公约的缔约国数量有限,在国际上的效力范围与当今全球化的趋势并不相符。当然,上述几个条约毕竟是30多年前的国际条约,国际私法学理论经过了几十年的发展又有了很大的进步。如《代理的法律适用公约》第16



条中赋予了法官判断“与案情有重大联系的国家”的权力,这意味着法官不仅有权自由裁量什么是“重大联系”,而且有权判断哪个或者哪些国家和案情有重大联系。

## 五、关于对“优先性强制规则”立法的建议

我国立法机关在立法时仅仅考虑了法院地的公共利益,完全没有考虑法院地以外的其他国家的公共利益。而在2012年颁布的《〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第10条也对于外国的强制性规范只字未提,笔者建议相关的立法部门在修改立法或者颁布相应的司法解释时,对外国的优先性强制规则的适用也作出明确的规定,以填补我国立法上的空白。立法者在修改相关立法时,应该特别注意以下三个方面的问题。

第一,在多大程度上赋予司法人员认定外国优先性强制规则的自由裁量权问题。首先,可以明确的是,每个主权国家的优先性强制规则都不可能是完全相同的,法院地国的立法者也不可能用列举式来囊括所有相关的法律规范。当然,至少要确定优先性强制规则是私法性的法律规范,而且是用来调整国际合同关系有关的、横向的、平等主体之间的法律规范。立法者应该在立法中采取列举加兜底条款的方法,明确规定优先性强制规则包括但不限于中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、劳动合同法和消费者权益保护法。笔者之所以作出这样的立法建议,除了考虑到目前国际私法上有关优先性强制规则的趋势集中在这些领域外,也考虑到各个主权国家调整本国国际合同的法律规范的内容和差异较大,所以应该赋予司法人员一定的自由裁量权,除了上述四个领域外,也可以考虑其他领域的优先性强制规则。其次,司法人员难以通过任何固定的标准来确定与相关的国际合同有密切联系的国家,因为相关的国际合同与某一个或者多个国家存在什么程度的联系,司法人员需要考虑很多的因素。况且,很多学者对应该适用“密切联系”还是“最密切联系”国家的法律规范看法不一样。如果第三国仅被要求与合同有紧密或显著的联系,那么如何定义这种必要的联系?如果第三国限于联系最密切的国家,则存在不确定性,在许多情况

下,很难确定客观支配法律<sup>[10]</sup>。因此,笔者认为最好的立法形式是效仿《罗马条例I》第9条第3款的规定,要求司法人员仅仅对合同履行地国的优先性强制规则作出适当的考虑,而无需对其他国家的法律规范给予任何关心。

第二,我国的司法人员在适用外国的优先性强制规则时,是否应该考虑适用第三国强制性规则的后果问题。如果外国的优先性强制规则明显违反法院地国的社会公共秩序、公共政策或者法律的基本原则,除非适用该外国的优先性强制规则是一项国际条约义务,否则任何外国的优先性强制规则都不应该在内地得到适用。事实上,任何外国的优先性强制规则背后都蕴藏着该主权国家重要的公共利益,特别是在国际投资合同等领域,明显涉及到主权国家的公共利益。而法院地国的社会公共秩序和公共政策背后代表着的也是该国的社会公共利益,如果外国的优先性强制规则和法院地国的公共秩序相冲突,实际上则意味着是外国的公共利益和内国的社会利益相冲突,此时,法院地国优先保护内国的公共利益完全是符合国际法的基本理论和国际实践。在国际私法领域,不少的案例和学说都表明,无论理论还是实践都非常注重对国家利益的保护<sup>[12]</sup>。另外,根据《罗马条例I》所体现的最新的国际私法理论,法院地国的司法人员在适用优先性强制规则时,需要重点考虑的一个后果是,合同履行地国家的优先性强制规则的适用是否会导致相关的国际合同的履行归于非法?《罗马条例I》之所以这样规定,是因为立法者考虑到与保护合同履行地国的公共利益相比,保护国际合同当事人之间合同关系的稳定性应该具有优先性。如果司法人员依据合同履行地国的优先性强制规则认定相关的国际合同非法,那么将引起一系列的恶性的法律后果,比如合同无效。

第三,司法人员在适用外国优先性强制规则时,是否应该优先考虑国际合同当事人对国际合同准据法的选择问题。值得一提的是,目前,包括英国在内的许多国家也都不要求当事人所选择的法律规范必须与国际合同有一定联系<sup>[13]</sup>。如果立法者认为当事人自选法和第三国优先性强制规则相冲突时,仍然优先适用当事人选择的法律,那么这是把意思自治原则提高到了一个非常高的地位。在有的国家的立法中,就体现了意思自治原则的极为崇高地位,如2000年《阿塞拜疆共和国

国际私法》第 5 条第 2 款就规定:“若对一国法律的适用导致与案件有密切联系的第三国之强制性法律规范的适用,只要其不涉及协议选择的法律,第三国规范可优先适用。在决定准予优先适用该规范时,须考虑该规范的本质、目的以及适用的结果”。可见,阿塞拜疆的立法者认为国际合同当事人“协议选择的法律”的法律效力甚至还优先于第三国强制性规则,这是和《罗马条例 I》最大的区别。虽然意思自治原则在国际私法领域具有崇高的地位,但是自从该原则被提出之日起,包括其提出者杜摩兰在内的绝大部分学者都认为应该对其加以一定的限制。往后,国际社会的国际私法通过立法与判例,把这种限制发展到与当事人自主性、灵活性结合得十分完美的地步<sup>[14]</sup>。首先,这种限制体现在对当事人所选法律的性质上的限制。国际私法调整的国际民商事关系的法律规范都是私法性规范,显然,绝大部分的私法性规范都是任意性规范,因此可以由国际合同的当事人合意选择而得到适用。但是,在还有极小部分的私法性规范属于强制性规范的范畴,国际合同当事人的自由意志在强制性规范的范畴内并不起任何作用。从更加深层次的角度来看,国际合同当事人的自由意志和主权国家的国家意志相冲突的时候,应该首先尊重主权国家的意志,即使这个主权国家是外国。荷兰最高法院在判决中指出,在某些情况下,外国可能对适用其法律有如此强烈的兴趣,以致于尽管当事各方选择了法律,荷兰法院仍应赋该外国法法律效力<sup>[15]</sup>。其次,这种限制还体现在国际合同当事人对选择法律的地域空间范围的限制。如在前文提到过的《合同法》第 126 条第 2 款规定,在“我国境内履行”的三种类型的国际合同,由于这三类合同的合同履行地在中国,当事人之间的选择非中国法律的条款很可能不被承认。从地域空间范围(尤其是对合同履行地)的角度对意思自治原则作出限制是比较合理的,因为随着经济全球化趋势不断的加强,国际合同的履行往往不可避免地要受到合同履行地国的法律的影响。即使当事人约定了合同履行地国以外的其他国家的法律规范,这种约定也有可能被合同履行地国的执法人员和司法人员认为无效,从而对国际合同当事人之间的利益造成无可挽回的损失。谈判复杂的国际合同的当事人,经常在谈判

和起草适当的合同条款方面遇到困难,原因包括缺乏特定的专门知识、资源或参考资料等<sup>[16]</sup>。

### 参考文献:

- [1] Lorna E G. Choice-of-Law Rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation[J]. *Journal of Private International Law*, 2007, 3(1): 89-112.
- [2] Hannah L B. Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of the Doctrine Post Globalization [J]. *The American Review of International Arbitration*, 2007, 18: 21-36.
- [3] 刘仁山. “直接适用的法”在我国适用——兼评《〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)》第 10 条[J]. *法商研究*, 2013(3): 74.
- [4] 邵景春. 国际合同法律适用论[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 135.
- [5] Peter M N, James J. Fawcett: *Cheshire and North's Private International Law*[M]. London: Butterworths, 1999: 22-23.
- [6] Adeline C. The Public Policy and Mandatory Rule of Third Countries in International Contracts[J]. *Journal of Private International Law*, 2006, 2(1): 27-70.
- [7] 韩德培. 国际私法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 50.
- [8] 曹晓飞, 戎生灵. 政治利益研究引论[J]. *复旦学报(社会科学版)*, 2009(2): 105.
- [9] 高志宏. 公共利益法律关系的主体论及其功能实现[J]. *南京社会科学*, 2017(6): 100.
- [10] 姚梅镇. 国际投资法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1985: 75.
- [11] 王佳菲. 正确认识和运用“看不见的手”和“看得见的手”——学习习近平总书记关于政府和市场关系的系列论述[J]. *经济研究*, 2016(3): 47.
- [12] Erin H, Larry E R. From Politics to Efficiency in Choice of Law [J]. *The University of Chicago Law Review*, 2000, 67(4): 1151-1232.
- [13] Dicey A V. Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Law[M]. London: Sweet & Maxwell, 2006: 1567.
- [14] 李双元. 国际私法(冲突法篇)[M]. 北京: 武汉大学出版社, 2016: 413.
- [15] Michael H. Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles? [J]. *Journal of Private International Law*, 2009, 5(3): 447-470.
- [16] United Nations of Commission on International Trade Law. A Guide to Uncitral, Basic Facts About the United Nations Commission on International Trade Law[M]. Vienna: United Nation Publication, 2007: 19.