

我国国际私法中强制性规范的适用与完善

王文敏

西北政法大学国际法学院, 陕西 西安

收稿日期: 2024年2月21日; 录用日期: 2024年3月11日; 发布日期: 2024年3月20日

摘要

国际私法中的强制性规范作为国际私法重要组成部分,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》和《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》都对其作了规定,在司法实践中也有较为广泛的适用,但该制度在我国立法和司法中仍然存在着一些不足。首先,关于国际私法中强制性规范的界定不够明确;其次,涉外劳动关系强制性规范的规定存在问题;最后,国际私法中强制性规范在实践中与公共秩序保留和法律规避发生混淆。需要结合实际情况对国际私法中的强制性规范进行分析,具体规定公共利益,明确涉外劳动关系强制性规范以及明确国际私法中强制性规范与公共秩序保留、法律规避的适用顺序。

关键词

强制性规范, 公共秩序保留, 法律规避

The Application and Perfection of Compulsory Norms in China's Private International Law

Wenmin Wang

School of International Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an Shaanxi

Received: Feb. 21st, 2024; accepted: Mar. 11th, 2024; published: Mar. 20th, 2024

Abstract

As an important part of private international law, mandatory norms in private international law are stipulated in the *Law of the China on the Application of Laws in Foreign related Civil Relations* and the *Interpretation of Several Issues Concerning the Application of the Law of the China on the*

文章引用: 王文敏. 我国国际私法中强制性规范的适用与完善[J]. 争议解决, 2024, 10(3): 187-191.

DOI: 10.12677/ds.2024.103185

***Application of Laws in Foreign related Civil Relations (I)*, which are also widely applied in judicial practice, but there are still some deficiencies in the system in China's legislation and justice. First, the definition of mandatory norms in private international law is not clear enough; Secondly, there are problems in the provisions of the mandatory norms of foreign-related labor relations; Finally, mandatory norms in private international law are confused with public order reservation and evasion of law in practice. The Peremptory norm of private international law needs to be analyzed in the light of the actual situation, and the public interest needs to be specified, to clarify the Peremptory norm of foreign-related labor relations and the order in which private international law applies to Peremptory norm, public order and circumvention of law.**

Keywords

Mandatory Norms, Reservation of Public Order, Legal Evasion

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

强制性规范作为国际私法领域多边选法规则的例外，它的发展和应用越来越受到关注。我国 2010 年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第 4 条将“强制性规定”在立法上进行初次确立，但是该规定较为笼统。2012 年颁布的《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《司法解释(一)》)对强制性规范作了一般性描述并设置了兜底条款，但在适用上还存在着一些缺陷。

2. 国际私法中强制性规范概述

2.1. 国际私法中强制性规范的含义

国际私法中强制性规范的理论最早出现于 19 世纪中期。德国学者萨维尼在提出“法律关系本座说”的同时，发现了一些绝对性的强制规范，他认为这些强制规范充斥着立法国的政策诉求，是国际私法多边选法体系的例外，将其视为偶尔出现的“异常规则”[1]。在世界经济危机和两次世界大战后，随着福利国家的出现以及干预主义的盛行，国家开始加强对经济的干预，逐渐在一些经济领域适用强制性法律。1958 年，国际私法学者福勋·弗朗西斯卡基斯首次提出国际私法中的强制性规范，他指出这种规范具有强制力，能够维护国家在国际交往中的重大社会经济利益。在这之后，国际私法中的强制性规范在《罗马条约》和《罗马条例 I》中又得到了进一步的明确和完善。其中，1980 年的《关于合同义务适用法律的罗马公约》广泛使用了这一概念，至少有五个单独的条款提到了强制性规则[2]。

2.2. 国际私法中强制性规范与相关概念的辨析

公共秩序保留是指一国法院依据本国的冲突规范应该适用外国法时，如果这种适用会与本国的公共秩序相抵触，就有权进行排除[3]。公共秩序保留与国际私法中强制性规范的适用结果都是保全了法院地的重大利益，但二者的区别也很明显。首先，公共秩序保留如果要发生作用，必须先经过冲突规范的指引找到准据法，如果该准据法的适用会与法院地的重大利益相抵触时才能排除适用；国际私法中的强制性规范则是直接进行适用。其次，法律对公共秩序保留的规定是不确定的，法官对是否违背公共秩序的

判断有自由裁量权；国际私法中的强制性规范有明确规定，法官在审理案件的过程中只能对法院地明文规定的国际私法中强制性规范进行直接适用。最后，公共秩序保留并不直接否定冲突规范；而国际私法中的强制性规范则是直接对本国的冲突规范进行否定。

法律规避是指当事人为了逃避对其不利的体现某个国家公共利益保护的强制性或禁止性规范，而人为创造一些条件，使得对他们有利的另一国法律得以适用[4]。2020年最高人民法院修正的《司法解释(一)》对法律规避进行明确，由此确立了我国国际私法领域上的“禁止法律规避制度”[5]。法律规避和国际私法中强制性规范都是为了维护法院地的重大利益，而且在结果上都适用了本国法。它们的区别在于，首先，法律规避的对象是当事人本应该适用的本国强制性或禁止性规定，比强制性规范的范围要广。其次，国家对法律规避行为是被动进行干预；对国际私法中的强制性规范则是主动进行适用。最后，法律规避是一种个人行为；国际私法中的强制性规范是一种国家行为。

3. 我国国际私法中强制性规范的适用现状

3.1. 立法现状

改革开放以来，我国对外经济贸易和交流日益加深，但在当时并没有明确的法律规定来解决涉外民商事纠纷，直至2010年《法律适用法》的颁布才改变了这一情况。《法律适用法》第4条规定法院在审理某些特定的案件时，可以直接依据该条适用有关的强制性规定，也就是说，我国法院可以直接适用私法、社会法甚至是行政法领域中的强制性规范，来解决涉外民商事问题[6]。强制性规范的范围是中华人民共和国法律，即只包含法院地强制性规范。

2012年，最高人民法院发布了《司法解释(一)》，其中第8条对我国国际私法中强制性规范的类型和适用条件进一步明确，还赋予法官一定的自由裁量权。该条文对我国国际私法中强制性规范的范围进行了限定，即必须是涉及中华人民共和国社会公共利益的法律、行政法规。另外，第六条的“兜底性条款”对其他没有列举的、涉及公共利益的法律和行政法规也提供了适用的可能性。

3.2. 司法现状

在《法律适用法》和《司法解释(一)》出台之前，由于立法上没有确立强制性规范，所以在需要保护我国公共利益场合，通常只能借助公共秩序保留和法律规避来排除外国法的适用。以至于强制性规定在立法中正式确立以后，有些涉外民商事纠纷仍然是以被诉行为违反中华人民共和国公共秩序保留或者属于法律规避行为而无效为由进行审理，加之这三者在要素构成上本就有相似之处，导致了司法实践中的适用混淆。

笔者在中国裁判文书网以“涉外民事关系法律适用法第四条”为关键字进行查询，截至2024年1月14日，共有135篇裁判文书，案由包括借款合同纠纷、保证合同纠纷、劳动报酬纠纷、租赁合同纠纷、股东资格确认纠纷、股东知情权纠纷、侵权责任纠纷、抵押合同纠纷、变更公司登记纠纷、继承纠纷、公司决议效力确认纠纷、损害公司利益责任纠纷、离婚纠纷等。自《法律适用法》生效以来，国际私法中的强制性规范在司法实践中得到了较为广泛地运用，涉及国际民商事法律关系的各个方面。除了个别案例以外，绝大部分案例最后都适用了中国法，这也是我国《法律适用法》只规定了法院地强制性规范的生动体现。

4. 我国国际私法中强制性规范存在的问题

4.1. 对强制性规范的界定不明确

一国强制性规范适用于涉外关系的范围是各国所坚守的内国法属地适用的最小范围，是各国均难以

放弃的重大利益区域[7]。《司法解释(一)》对国际私法中强制性规范的界定以“涉及中华人民共和国社会公共利益”为条件,这样的规定较为模糊,在司法实践中很难把握。另外,此处的社会公共利益与公共秩序保留中的公共秩序之间没有明确的划分,这也会导致两者在司法实践中的混淆。在整个国际私法体系中,如果对强制性规范的界定不清晰,就会影响其在司法实践中的应用,也会使得国际私法的价值大打折扣。

4.2. 涉外劳动关系强制性规范不明确

根据《法律适用法》第43条和《司法解释(一)》第10条的规定可知,涉及劳动者权益保护的,当事人不能通过约定排除适用,而是要直接适用我国法律、行政法规的相关规定。这两条规定弥补了相关领域的立法空白,为涉外劳动法律问题的解决提供了可依循的根据,使得该类涉外案件能最大程度的得到一致的判决,这是涉外劳动立法的一大进步。但是,笔者认为劳动者强制性规范的规定也有一些不足。一方面,第43条和第10条都对涉外劳动合同的法律适用作出了规定,但是并没有明示二者的适用顺序;另一方面,关于涉外劳动合同的强制性规范其实是为了保护弱者的权益,但是最终适用我国的法律并不一定就能够达到既保护我国社会公共利益又保护劳动者权益的效果。

4.3. 与相关制度的混淆

一是与公共秩序混淆。《法律适用法》虽然对公共秩序保留作了规定,但并未对国际私法中的强制性规范与公共秩序保留的适用顺序进行明确说明,以至于在实践中出现了争议。例如在中国银行(香港)有限公司诉中国广澳开发集团公司、刘天茂保证合同纠纷案件中,法院认为该案件与外汇担保相关,涉及我国的外汇管制领域,根据公共秩序保留原则应该适用大陆的法律[8]。但是,公共秩序保留制度主要起着“安全阀”的作用,是为了在违反我国公共秩序的情况下可以据此不适用本应适用的外国法,以此维护我国的利益。在这一方面,强制性规范与公共秩序不同,其具有直接适用的特点,所以在我国国际私法中强制性规范对外汇管制有规定的情况下,应该优先适用强制性规定。

二是与法律规避的混淆。虽然《法律适用法》和《司法解释(一)》对国际私法中的强制性规范和法律规避作了明确规定,但在司法实践中仍然存在混用的情况。例如在中国银行(香港)有限公司与中国长城工业总公司担保合同纠纷案件和香港源峰彩印有限公司、福州源峰彩印有限公司、琳玉华、林锦荣与永亨银行有限公司的融资租赁合同纠纷案件中,法院认为当事人的行为构成了法律规避,当事人选择的准据法不能得到适用,最后判定适用本国强制性规范¹。但是仔细分析案件可以发现,当事人的行为违反了我国国际私法中的强制性规范,可以直接依据《法律适用法》第4条以及《司法解释(一)》第10条认定当事人选择法律的行为无效从而排除准据法的适用,并不需要讨论法律规避的问题。

5. 我国国际私法中强制性规范的完善

5.1. 对公共利益进行具体规定

《司法解释(一)》第10条在很大程度上填补了《法律适用法》第4条的不足,为司法实践提供了更有说服力的依据。不过也应该看到,仅用“侵犯中华人民共和国社会公共利益”作为适用强制性规范的条件太过笼统,如果不加以限制就会造成规则滥用。因此应结合当前的政策以及立法目的做进一步限定,从而增加国际私法中强制性规范在实践中的可行性和可操作性。《罗马条例I》第9条对优先强制性规则即国际私法中的强制性规范作了比较明确的定义,即“在维护诸如政治、社会或经济组织等公共利益方面至关重要而必须遵守的规则”,此处将公共利益界定为政治、社会或经济组织等的利益,减少了判断

¹最高人民法院(2001)民四终字第16号民事判决书。福建省福州市中级人民法院(2014)榕民初字第131号民事判决书。

是否属于强制性规范的盲目性，这种立法技术值得借鉴。此外，第六条作为兜底条款，规定了法官在审判案件的过程中还要以个案为导向，借助自由裁量权来判断是否属于强制性规范调整的范围。

5.2. 明确涉外劳动关系强制性规范

在《司法解释(一)》第10条和《法律适用法》第43条的关系上，笔者认为，第43条属于多边选法体系中的规范，对于劳动合同适用的法律有多种选择方式；第10条则属于多边选法体系的例外，涉及劳动者权益保护的必须适用我国法律。所以，应当优先适用保护性冲突规范保护弱者的合法权益，当涉及到我国社会公共利益时再适用强制性规范。

在强制性规范的适用结果方面，笔者认为，在劳动者权益保护的强制性规范和保护性冲突规范的法律规定和适用结果上，都应该达到保护劳动者权益和国家社会公共利益的程度。在符合国家社会公共利益的前提下，如果适用外国法律规定更能保护劳动者权益，则可以考虑适用法律适用法指引的外国法，这也可以作为劳动者权益保护强制性规范的例外条款。

5.3. 明确其与公共秩序保留、法律规避的适用顺序

公共秩序保留作为一项原则，保护的是法院地的重大利益等，涉及的范围大于国际私法中的强制性规范。公共秩序保留与强制性规范虽然保护的都是国家利益，但公共秩序保留只有在强制性规范无法排除准据法的适用，而继续适用该准据法会损害本国重大利益的时候才能发挥作用。强制性规范的强制性以及直接适用性决定了其要优先于公共秩序保留，这从《法律适用法》第4条和第5条关于二者规定的顺序也可以看出。

法律规避和国际私法中的强制性规范都属于多边选法体系的例外，都用于消除法律选择带来的不利后果，两者可以在保护公共利益的层面进行替代适用。然而国际私法中强制性规范的范围小于法律规避中的强制性规定的范围，前者必须是涉外民商事法律关系中的强制性规定，后者则只要是本国的强制性规范即可。如果当事人规避的是国际私法中的强制性规范，那么可以直接援引《法律适用法》第4条和《司法解释(一)》第10条，如果当事人规避的是国际私法中强制性规范以外的属于本国的强制性规范，则还需依据法律规避进行分析。

参考文献

- [1] 陈杰, 刘仁山. 折中主义与理想主义之辩——评西蒙尼德斯《全球冲突法立法: 国际比较研究》[J]. 国际法研究, 2019(3): 72.
- [2] Fawcett, J.J. (1990) Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law. *The Cambridge Law Journal*, 49, 44-62. <https://doi.org/10.1017/S0008197300106889>
- [3] 韩德培. 国际私法(第三版) [M]. 北京: 高等教育出版社, 2014: 136-137.
- [4] 肖芳. 我国涉外合同法律选择中法院地法的谦抑适用[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2024(1): 200.
- [5] 王一栋. 论“禁止法律规避”制度的废除——兼论我国国际私法法典相关制度的重构[J]. 政治与法律, 2023(4): 130-147.
- [6] 肖永平, 焦小丁. 从司法视角看中国法域外适用体系的构建[J]. 中国应用法学, 2020(5): 55-72.
- [7] 沈娟. 强行性规定适用制度再认识[J]. 国际法研究, 2020(6): 96-97.
- [8] 万鄂湘, 主编. 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》条文理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011: 37-38.