

论法国国际私法视阈下的公序法

董金鑫

内容提要:公序法的概念最早出现于1804年《法国民法典》第3条第1款,但系统理论由弗朗西斯卡基斯在20世纪中期完成。其以“公序法”取代“直接适用法”的表述,旨在强调此类规范为维护一国政治、社会或经济运行所必需,进而需要在冲突规范之外予以适用。公序法理论改变了法国国际私法的传统做法,极大推动了相关制度在欧盟层面的建立,并逐步受到统一法的约束。晚近法国司法实践不仅在理论上对本国公序法的适用有所发展,还创始性地考虑第三国公序法的适用。法国公序法的理论和实践,对于解释和完善《涉外民事关系法律适用法》第4条和《〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)》第10条确立的强制规范直接适用制度也有所裨益。

关键词:公序法 强制规范的直接适用 直接适用法 《涉外民事关系法律适用法》

董金鑫,中国石油大学(华东)法学系讲师。

作为中国国际私法立法的一项创举,2010年《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条确立了我国的强制规范直接适用制度。此后,2012年《最高人民法院关于适用〈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《〈法律适用法〉解释(一)》)第10条对此类规范的范围加以界定,形成了较为全面的强制规范直接适用制度。但迄今为止,已经出现多起误用、滥用该规定的案例,^[1]亟待理论上作进一步的澄清。

从比较法的角度看,虽然法国传统国际私法主要由其最高法院的判例构成,但其强制规范直接适用理论走在世界前列。以弗朗西斯卡基斯(Francescakis,以下简称“弗氏”)为代表的法国公序法(lois de police)^[2]理论被包括中国在内的国际私法学界公认为强制

[1] 参见董金鑫:《〈法律适用法〉中的强制性规定之界定》,《武大国际法评论》第16卷第2期(2014年),第265页。

[2] 即“维护公共秩序的法律”。法语中的police源自希腊语中的politeia,指国家的运行。李浩培先生曾译为“警察法”。参见法学卷编委会:《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第332页。

规范直接适用的肇始。^[3]但仔细审视其历程不难发现,最初的法律渊源与强制规范直接适用制度大相径庭,只是在理论和实践中加以改造才逐步成为超越冲突规范的选法机制。此后,公序法理论推动了强制规范直接适用制度的欧盟化,并在这一进程中继续发展。对此理论及其实践进行系统研究,明确法国公序法的地位与内涵,有助于我国强制规范在涉外民商事领域的直接适用。

一 法国公序法的立法渊源与理论构建

1804 年《法国民法典》(Code civil des Français)第 3 条第 1 款规定,有关公共秩序和安全的法律(lois de police et de sûreté),对法国境内居民均有约束力。此处“公共秩序和安全的法律”是现代公序法最初的立法渊源。该款为比利时等国所效仿,但被同样拥有法国法传统的《魁北克民法典》拒绝,理由是此类法律与民法并无直接关系。^[4]

在形式上,第 3 条第 1 款与强制规范直接适用制度差别甚大,更接近于公法属地适用的范畴。从制定背景看,《法国民法典》处于法则区别说盛行的时代,萨维尼式的双边冲突规范尚未出现,第 3 条类似于仅指向法国法的规则。其第 2 款和第 3 款分别规定法国人的身份和能力以及在法国的不动产适用法国法,对应人法和物法的范畴。第 1 款则主要指向那些既关涉人又关涉物的混合法则,按照法则区别说的观点仍要属地适用。^[5]此外,沿用《法学阶梯》编排体系的《法国民法典》分为人、物、行为三编,不难看出第 3 条第 1 款系针对法国居民在法国所为之行为,包括侵权行为与合同行为。由此,这里的公共秩序和安全的法律乃是法国法调整在本国发生的民事关系的一般依据,而非法律适用的例外规定。总之,与其说该款构成超越成熟的双边选法机制的制度,毋宁说是较为原始、有待完善的冲突规范。

该款逐渐与公共秩序保留这一冲突法机制产生联系。随着孟西尼的观点在法国的传播,上述条款构成反映积极公共秩序的本国法的适用依据。与强制规范直接适用不同,积极公共秩序包含的范围较广,一切要求属地适用的法律均可纳入其中。由此第 3 条第 1 款的适用对象不断扩大,最初主要关乎刑法等传统公法,适用于侵权领域,而后则用以宣告违反外汇管制、价格控制、竞争法等公法的合同无效。从中可以看出,公序法具有不同机能,从规定强制规范的积极公共秩序规则到仅导致行为无效(l'annulation des actes)的规则,不一而足。^[6]

此种混乱状况直到弗氏系统观点形成之后才彻底改变。通过对法国国际私法实践的长期观察,弗氏在 1958 年出版的《反致理论与国际私法体系的冲突》一书中首次提出“直接适用法”(lois d'application immédiate)的概念,认为萨维尼式的双边冲突规范产生于法

[3] 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社 2003 年版,第 56 页。

[4] Germain Brière, Les Conflits de lois quant aux biens et aux personnes, *Les cahiers de droit*, vol. 3, n°6, (1958), 135.

[5] Kurt Lipstein, General Principles of Private International Law, *Recueil des Cours*, Vol. 135, (1974), 120.

[6] Stanislas De Peuter, L'application du droit public étranger en droit international privé, *International Business Law Journal*, n° 1, (1990), 93.

律冲突仍十分有限且各国法律体系基本相称的西欧社会背景下,而这种状况已时过境迁。尽管通说认为作为辅助性工具的公共秩序能够修正法律选择的结果,但司法实践并非如此。那些具有公共秩序性质的法国法往往直接适用于所有本国法考虑的情况,而排除冲突规范的指引。^[7]

之后,弗氏援引《法国民法典》第3条第1款中的“公序法”,取代“直接适用法”的表述,形成较为系统的理论体系。他认为,公序法是指为维护一国政治、社会或经济运行所必须遵守的法律。^[8] 此类规范处于公私法的灰色区域,具有如下特征:(1)干预不是冲突规范运行的结果;(2)适用范围由立法者单边决定;(3)可属地也可属人;(4)干预构成私人活动的例外,但对维护一国公益发挥重要作用。强调此类立法对一国公益的重要性,是弗氏选用公序法并相应放弃直接适用法表述的原因所在。在援引第3条第1款作为出于重要公益考虑而无需冲突规范指引的公序法之存在依据的同时,弗氏适时对该款进行扬弃,淡化其属地性质。由此,公序法并非仅指基于属地联系而适用的法律,那些借助属人或其他联系而适用的强制规范也有可能因自身功能所需而构成公序法。

该理论在法国反响巨大,但也备受争议。一种观点认为,该定义不甚精确,现代国家的立法无不维护经济社会利益,公序法和其他法律的区别不过程度而已。另一种观点则认为,这一定义太过狭窄,不够周延。例如,保护特定人群的立法即因不满足维护社会运行这一要求而被排除在外。^[9] 还有学者单从法律选择的角度界定公序法,即那些可直接适用的法律,无论默示还是明示,根据自身的空间适用标准确定适用范围,无需双边冲突规范的指引。^[10]

二 法国公序法的具体表现

(一) 公序法的判断标准

公序法采用功能主义的路径,其适用范围由立法政策目标控制,在选法过程中无需冲突规范指引。就判断步骤而言,除通过法律明确规定适用范围来确立公序法资格——如《法国消费者法典》第L. 135 - 1条^[11]《有关租船和海上运输的法律》第16条第1款^[12]——以外,通常需要根据定义,在个案中加以判定。判断的关键在于明确立法意图,

[7] Phocion Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, (1958). Cited in Nathalie Voser, *Die Theorie der Lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 7 - 8.

[8] Phocion Francescakis, *Conflit de lois (principes généraux)*, in *Encyclopedie Dalloz, Répertoire de droit international privé*, Jurisprudence Generale Dalloz, Paris, 1976, p. 480.

[9] Marie-Christine & Meyzeaud-Garaud, *Droit international privé*, 2^{éd.}, Bréal, 2008, p. 45.

[10] Dominique Bureau & Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Presses Universitaires de France, 2007, p. 560.

[11] 该条规定,如果消费者或非专业人士在欧盟成员国境内拥有住所并且所提议的合同在此订立或执行,L. 132 - 1条适用于合同准据法为非欧盟成员国法律的情形,即使该法有不同规定。

[12] 该款适用于装运港或目的港为法国港口的运输合同,被认为是法国公序法的重要表现。Khalidoun Said Qtaishat, *Le rôle de l'ordre public et des lois de police dans les relations internationales privées*, *European Journal of Social Sciences*, Vol. 41, No. 2, (2010), 11.

以及相关条款所涉公益的重要性。

就具体标准而言,代表性观点认为应兼采形式标准、技术标准 and 最终标准。^[13] 首先应从形式上判断强制规范是否通过单边规则确定空间适用范围;其次可借助已有的法律概念,即判断某一法律是否构成属地适用法;如仍不能判断,则最后求助于维护公共秩序的属性。其特点在于采用技术标准,即归结于已有的法律分类。但所谓属地适用法概念模糊,与公序法一样充满争议。

(二) 公序法的存在类别

根据所保护公益的不同性质,公序法可以分为指导性公序法(*lois de police de direction*)和保护性公序法(*lois de police de protection*)。^[14] 指导性公序法多出于保护国民经济的需要,体现强烈的国家干预意图,如外汇管制法和竞争法,具有明显的公法性质,构成第一代公序法。

保护性公序法则以 20 世纪 70 年代后出现的消费者权益保护法为代表。此类第二代公序法传统上属于私法领域,更具有保护本国人的特性。但其与属地性联系密切,不仅作为当事人意思自治的矫正,还构成积极公共秩序的特别条款。与公共秩序的联系表明公序法同时指向价值与政策,范围十分广泛,以至于大多数法国劳动法规范都被视为公序法。^[15] 虽然保护消费者、劳动者等弱势群体的强制规范能否构成公序法在国际上一直存在争议,^[16] 但法国法院曾在支付海员解雇金、^[17] 工会组织、^[18] 保护劳工代表^[19] 等众多领域确立了保护性公序法的适用。

(三) 对待外国公序法的态度

1. 理论上的争议

弗氏关注法院地公序法(*lois de police du for*),对包括第三国公序法(*lois de police d'un pays tiers*)在内的外国公序法(*lois de police étrangères*)则未作太多考虑。在他看来,外国公序法的适用只能经由双边冲突规范的指引。^[20] 然而,经弗氏提炼后的公序法已经摆脱了《法国民法典》第 3 条第 1 款绝对属地适用的束缚,反映一国积极公共秩序的法律未必不能在其他国家适用,毕竟公序法是无须运用一般选法方法的特殊规定,普遍存在于各国法律体系当中。巴蒂福尔和拉加德认为,当外国法属于冲突规范指引的准据法所在的法域时,不考虑其公序法会忽略法律体系的统一性;另外,当案情与该国有足够联系时,现

[13] Yvon Loussouarn, *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours*, Vol. 139, (1973), 321.

[14] J. D. González Campos, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Recueil des Cours*, Vol. 287, (2000), 371 - 377.

[15] Jan-Jaap Kuipers, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 128.

[16] Jürgen Basedow, *Wirtschaftskollisionsrecht: Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Bd. 52, H. 1 - 2, (1988), 17 - 38.

[17] Cass., 5 mars 1969.

[18] CE, 29 juin 1973.

[19] Cass. soc., 3 mars 1988.

[20] Pierre Mayer, *Les lois de police étrangères, Journal du Droit International*, Vol. 108, n° 2, (1981), 31.

实主义理念也要求考虑适用准据法以外的外国公序法。^[21] 总之,公序法理论为外国公序法在法国的适用预留了空间。

2. 实践中的做法

关于外国公序法,法国法院主要将之视为影响履约的事实,从而在准据法的框架下考虑其对合同所能产生的效果,如援引《法国民法典》第6条公序良俗条款认定违反外国进口管制的走私交易无效。^[22] 但此种处理方式没有抓住问题的实质,毕竟法院要解决的是外国公序法在个案中是否具有直接适用的资格,而非违反外国公序法是否有违道德。^[23] 在《罗马公约》颁布前的这一时期,已发生若干将外国公序法作为法律适用的案件。

(1) 外国准据法所属国公序法

法国最高法院在“皇家荷兰案”中表明了对外国准据法所属国公序法的态度。^[24] 为追回二战期间被纳粹德国掠夺的犹太持股人的股权,荷兰政府对境内外所有皇家荷兰公司持股人发布法令,要求于一定期限内向政府申报所有权。如届时未申报,公司须将红利上缴政府。其后,未按期登记的持股人在法国起诉皇家荷兰公司。

案件的焦点在于,荷兰发布的法令能否为法国法院所适用。原告认为,虽然案件适用荷兰法,但准据法并不包括上述法令。这是因为,此类法律是公法性的,不适用于荷兰境外的持股人。法国最高法院认为,荷兰法令不是无偿征收,而是整治经济的正常措施,因此不违反法国公共秩序。换言之,本案中荷兰法具有准据法的资格,上述法令实质上构成干预经济生活的公序法。^[25] 由此可见,法国最高法院对外国准据法所属国公序法的适用持开明的态度。

(2) 第三国公序法

虽然法国最高法院在《罗马公约》生效前没有直接适用第三国公序法的实践,但巴黎上诉法院曾在审理不动产租赁和房屋买卖纠纷时考虑了这一问题。在 *Prohuza* 案^[26] 中,双方当事人都是法国人,承租人以签发在法国兑付的支票的方式支付租金,且法国法规定租金在债务人一方住所地支付,故巴黎上诉法院认定租赁位于阿尔及利亚的不动产合同适用法国法。然而在决定阿尔及利亚的外汇管制能否适用时,法院却认为此种有关公共秩序的法律不应由合同准据法决定,只是因为本案中外汇管制要求适用于域外支付行为,违反属地性要求,才未予采纳。在 *Roux* 案^[27] 中,根据南越法令,向外国人转移不动产需经政府事先批准。法国政府于1956年从法国人手中购买了位于南越的土地,买卖合同中约定适用法国法。其后,因为法国政府没有支付价款,原告提起诉讼;被则以合同未向南

[21] [法]巴迪福、拉加德著:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第351页。

[22] Andrea Bonomi, Note-Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 8, (2001), 2475.

[23] Ali Mezghani, Méthodes de droit international privé et contrat illicite, *Recueil des Cours*, Vol. 303, (2003), 249.

[24] Cour de Cassation, 17 octobre 1972.

[25] Henri Batiffol, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, *Recueil des cours*, Vol. 139, (1973), p. 143.

[26] Cour d'Appel de Paris, 10 juin 1967.

[27] Cour d'Appel de Paris, 15 mar 1975.

越政府报批为由提出抗辩。巴黎上诉法院在审理中认为,南越的法令适用于所有位于该国的不动产,此类合同公序法(*loi de police du contrat*)属于维护公共秩序的法律,必须适用,而不能由当事人自由处置。

上述案件都涉及对第三国属地性公序法的承认,可以视为直接适用第三国强制规范的实践,但声名不显。原因可能在于,首先,法院可借助物权适用物之所在地法的概念实现第三国公序法的适用,使之不具有典型意义;其次,其并非最高法院审理的案件,甚至在巴黎上诉法院眼中也未视作先例。^[28]因此,其对《罗马公约》确立此类规范直接适用的影响不及同一时期荷兰最高法院审理的 *Alnati* 案。^[29]

另外,法国法院不承认适用要求过分的第三国公序法。在 1965 年的 *Fruehauf* 案^[30]中,一家由美国公司控制的法国子公司对外出售组装拖车的零部件,该批拖车将销往中国。由于美国对华采取严格的贸易封锁政策,美国财政部根据《与敌贸易法》下的规章要求美国公司禁止子公司参与销售。如不履行该合同,法国子公司将面临巨额索赔,进而导致企业破产、工人下岗。为防止损害结果的发生,应公司少数法国董事的申请,当地商事法院及巴黎上诉法院另行指定了管理人员,以对抗上述美国财政部命令这一第三国公序法的效力。

三 法国公序法的欧盟化

在《罗马公约》和《罗马条例 I》的制定过程中,法国公序法理论面临机遇与挑战。其极大地推动了强制规范直接适用制度在欧盟层面的建立,并逐步受到统一法的约束。

(一)《罗马公约》阶段

欧共同体成员国签订的 1980 年《罗马公约》第 7 条第 1 款^[31]和第 2 款分别确立了第三国和法院地强制规范的直接适用。与公约英文本仅使用“强制规范”(mandatory rules)的表述不同,法文本专门以“公序法”进行表述,强调其不同于第 3 条一般意义的强制规范(*dispositions impératives*)。^[32]虽然公约第 22 条允许缔约国对第 7 条第 1 款进行保留,但出于礼让的考虑,法国接受了这一条款。

需要注意的是,《罗马公约》第 5 条规定,消费者合同双方当事人所作的法律选择不得剥夺消费者惯常居所地国法律的强制规范的保护;第 6 条规定,雇佣合同双方当事人作出的法律选择不得剥夺受雇者依照未作选择时所应适用之法律中的强制规范的保护。此

[28] Nicolas Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, 2003, p. 341.

[29] Van Nievelt, *Goudriaan & Co's Stoomvaartmij N. V. v. N. V. Hollandsche Assurantie Sociëteit Hoge Raad*, 13.5.1966, *Nederlandse Jurisprudentie*, (1967), No. 3, 166.

[30] *Fruehauf Corp. v. Massardy*, Ct. App. Paris, (1965).

[31] 该款规定:“当根据公约适用一国法律时,可以给予与案情有密切联系的另一国法律中强制规范以效力,当且仅当此类规则根据该国法必须予以适用而无论合同准据法为何。在决定是否给予此类强制规范以效力时,应考虑到其性质、目的以及适用或不适用所产生的后果。”

[32] José Antonio Perez-Bevia, *Dispositions impératives et lois de police dans la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 35 - 36, (1982 - 1983), 17.

种未作选择时所应适用之法律主要是指惯常工作地国的法律。这减少了法国公序法在上述领域被援引的情形。^[33]

此外,法国还加入了1978年《海牙代理法律适用公约》。其第16条规定,在适用本公约时,可以赋予与案情有重要联系的任何国家的强制规范以效力,如果根据该国法的规定,该类规则无论冲突规范指引的法律如何都必须适用。与《罗马公约》不同,该公约没有区别强制规范所属的法域,且未设置保留条款,^[34]故认为法国接受该领域第三国公序法的适用。

在审议修订1955年《国际货物买卖法律适用公约》的1985年海牙外交会议中,各国代表就第三国强制规范的直接适用产生分歧。草案第15条第2款最初规定,如果另一国与案件有充分密切联系,可以赋予该国与第1款^[35]特征相同的条款以相应法律效力。为反映中方代表的意见,法国代表贝罗多提议在原文后增加“尤其是买卖双方当事人营业地国法律”的限制。修改后的该款虽然得到法方认可,但经过多轮投票仍未获得包括中国在内的多数与会国的同意,因此最终被删除。^[36]

(二)《罗马条例 I》阶段

为加强内部市场一体化,行使国际私法层面的立法权限,欧盟亟需将建立在成员国政府合作基础上的《罗马公约》转化为可以直接在成员国国内适用的条例。在《罗马条例 I》制定过程中,法国公序法理论再次发挥了重要作用,特别是促成条例第9条第1款的形成。该款规定,优先性强制条款(overriding mandatory provisions)是指,为保护诸如政治、社会或经济运行之类的公共利益而被一国视为至关重要的条款,对属于其适用范围的所有情况都必须适用,而不论根据条例指引的合同准据法如何规定。

欧盟法院的审判实践推动了上述定义的出台。^[37]在1999年的Arblade案^[38]中,欧盟法院对公序法的含义提出看法。涉案的比利时法要求雇佣者为所有在该国工作的雇员支付社保费用并作记录。在比利时开展经营活动的法国公司因违反这一规定而被提出刑事指控。其辩称,比利时法与原1957年《欧共体条约》第59条和第60条关于联盟内服务自由流动的规定不符。该自由只受体现成员国至关重要公共利益规则的限制,而上述比利时法的规定不属于此种情形。故在满足设业地国社保要求的前提下,临时派遣建筑工人到比利时工作的法国公司是否要服从比利时社会保障法这一《比利时民法典》第3条下的公序法存在疑问。比利时法院向欧盟法院提请先决裁定。

在探讨成员国国内法与欧盟法的关系时,欧盟法院将公序法解释为其遵循对于保护相关成员国的政治、社会或经济秩序如此重要,以至于需要该国领土内的所有人和所有法

[33] Cour de cassation (1re Ch. civ.), 19 octobre 1999.

[34] H. L. E. Verhagen, *Agency in Private International Law*, Martinus Nijhoff, 1995, p. 229.

[35] 该款规定:“公约不妨碍法院地法当中不顾冲突规范而必须适用于国际销售合同的条款的适用。”

[36] Antonio Boggiano, *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America*, *Recueil des Cours*, Vol. 233, (1992), 159.

[37] Eva Lein, *A Short Commentary on the 'Rome I' Proposal*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 7, (2005), 407.

[38] ECJ, 23 November 1999, Joint cases C-369, 376/96 (Arblade and Leloup).

律关系都予以遵守的国内法条款。成员国的公序法同样需要遵循欧盟法的最高性和普遍适用要求,但在公约明确规定其作为联盟自由的例外并满足一国至关重要基本利益的情况下,此类国内立法背后的动机应予以考虑。

欧盟法院对公序法的解释深受弗氏影响。Arblade 案的解释处于国内民法典对公序法的规定向《罗马条例 I》过渡的阶段。在适用范围上采用前者的要求,且与对满足适用范围要求的所有情况均应适用的《罗马条例 I》第 9 条第 1 款遥相呼应,^[39]而实质内容则吸纳法国公序法理论,即对于保护一国政治、社会或经济秩序而言必须至关重要。此案虽然处理的是国内法是否与欧盟基本自由相称的公法问题,却创造性地采用了法国国际私法对公序法的解释。这说明公序法是公私法交叉的内容,发生法律适用上的双重效果。在一国重大公益需要维护时,其不仅能在公法层面超越区域法乃至国际条约的适用,还能在私法层面排除冲突规范的指引。

此外,《罗马条例 I》第 6 条第 2 款和第 8 条第 1 款大致延续了《罗马公约》对消费者合同和雇佣合同法律适用的规定,但扩大了消费者合同类型的范围,即不再限于提供货物或服务的范畴,从而解决了无法为分时度假合同的消费者提供保护这一问题。这使得该领域需要援引公序法的可能性进一步减小。

四 法国公序法的晚近运用

虽然法国公序法在欧盟化的进程中逐步演变为欧盟层面的统一规则,但规则本身的抽象性以及欧盟法院怠于行使解释职权,使得该规则在适用时仍具有国别特色。晚近法国司法实践中涌现出多起涉及公序法适用的经典案例,进一步丰富了包括公序法在内的强制规范的直接适用理论。

(一) 本国公序法在晚近司法实践中的运用

晚近法国司法实践对本国公序法理论的发展主要表现在两个方面:一是限定公序法的适用范围,二是明确公序法对司法管辖权的影响。

1. 对适用范围的限定

公序法根据自身因素或单独的适用范围条款决定是否适用,但并非在任何案件中都必须适用。^[40]不满足自我限定,就不存在直接适用的可能。对此,《罗马条例 I》一改《罗马公约》的模糊做法,明确规定公序法只有在满足适用范围的前提下方可直接适用。而在此之前,法国的司法实践已经确立了该项要求。

2007 年,法国最高法院认定 1975 年 12 月 31 日有关分包的法律中保护分包人的强制规范构成《法国民法典》第 3 条和《罗马公约》第 7 条下的公序法。该法第 12 条规定,当建筑工程坐落于法国时,在法国的外国分包人可以直接对项目所有人就工程款提起诉讼,

[39] Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations*, *Recueil des Cours*, Vol. 360, (2012), 432.

[40] Kerstin Ann-Susann Schäfer, *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*, Peter Lang, 2010, p. 114.

而不管主合同或分包合同的法律选择条款是如何规定的。^[41]法国最高法院在 2011 年 4 月 27 日作出的判决中进一步探讨了该法的适用范围。^[42]意大利通讯公司向法国通讯公司购买一批工业设备。法国通讯公司将付款请求权让渡给他人,并将该批设备的制造分包给另一家意大利公司。其后,法国通讯公司因不能偿债而被托管,分包人遂根据上述规定直接向意大利通讯公司主张债权,并以该法第 13 条为据,主张承包人未经分包人事先书面许可无权转让主合同的付款请求权。法国最高法院认为,考虑到该法保护分包人这一目的,在具体案情与法国缺乏充分联系时其不构成公序法;与该法通常适用于建筑合同纠纷不同,本案涉及工业设备的制造,更接近于针对未来物的买卖;标的物未在法国制造,因此不像位于法国的建筑工程那样与法国存在密切的属地联系,从而无法达到援引公序法的程度。

2. 对司法管辖权的影响

法国公序法理论作为法律适用方法,没有放在司法管辖权层面加以探讨。由于各国未就相互承认问题达成共识,如果当事人选择外国诉讼或仲裁,则一国公序法的直接适用意图会有落空之虞。由此,超越当事人选法适用的公序法能否进一步限制当事人选择裁判地的效力,从而构成新的专属管辖情形,值得思考。

法国最高法院在 2008 年^[43]和 2010 年^[44]审理的两起突然中止分销协议的管辖权纠纷案件中表明了看法。前一案件中,美国供货人和法国分销人在签订分销协议时约定合同纠纷由美国旧金山法院管辖,后一案件中,瑞典供货人和法国分销人则约定在法国境外仲裁。虽然规范分销协议的《法国商法典》L. 442 - 6, I, 5 条^[45]是否构成无须冲突规范指引的公序法存在疑义,但法国最高法院认为,当仲裁协议或法院选择协议有效时,不会仅因存在强制规范而排除选择外国诉讼或仲裁的协议效力,即使该规范构成必须适用于本案的法国公序法。不过一旦行使管辖权的外国法院或仲裁庭不适用上述法国公序法,则法国法院会基于国际公共秩序拒绝承认该外国的判决或裁决。^[46]

可以看出,法院最高法院没有直接基于本国公序法的存在而扩大司法管辖权,而是采取事后控制模式,在判决的承认与执行阶段加以审查。这较好地解决了本国公序法的直接适用与合同当事人自由选择裁判地之间的紧张关系,既维护了公序法背后的重大公益,又不使当事人的意图在争端解决中遭受过多限制。

(二) 第三国公序法在晚近司法实践中的运用

就第三国公序法而言,法国最高法院商事庭在 2010 年审理的国际海上货物运输纠纷

[41] Cass Ch mixte, 30 novembre 2007, noted by Marie-Elodie Ancel, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 98, N° 4, (2009), 728.

[42] Cass com, 27 avril 2011, noted by Marie-Elodie Ancel, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 100, N° 3, (2011), 624.

[43] Civ. 1ère, 22 octobre 2008, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 98, N° 1, (2009), 69.

[44] Civ. 1ère, 8 juillet 2010, noted by Dominique Bureau & Horatia Muir Watt, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 99, N° 4, (2010), 743.

[45] 为保护分销协议中的分销人的利益,《法国商法典》L. 442 - 6, I, 5 条规定,在没有提前书面通知的情况下,突然终止分销协议的合同方需要承担赔偿责任。

[46] Elisabeth Flaicher-Maneval, *Les litiges internationaux*, *Journal des sociétés*, N° 85, (2011), 33.

中予以考虑。该案承运人须将一批牛肉从法国运至加纳。由于加纳禁止进口原产自法国的牛肉,承运人无法在目的港交付,故运回法国的起运港。托运人不得以低价处理,故提起违约之诉。承运人认为该运输合同系在加纳发布禁令之后签订,故试图援引《法国民法典》第 1131 和 1133 条“原因不法的合同无效”之规定,认定准据法为法国法的海上运输合同无效。托运人则认为合同并非不法,且承运人明知上述禁令的存在,故不构成《有关租船和海上运输的法律》第 27 条下的免责事由。昂热上诉法院认定,加纳对法国牛肉的单边禁运对准据法为法国法的合同没有拘束力,不满足第 1131 条的适用条件,故支持了托运人的请求。承运人提出上诉,最高法院以原审法院未依据《罗马公约》第 7 条第 1 款决定本案涉及的加纳法是否构成第三国公序法的适用为由,撤销原判,发回重审。^[47]

该案适用《罗马公约》第 7 条第 1 款,即在目的正当性之外,还需要第三国公序法与案情存在密切联系,但在《罗马条例 I》背景下也宜作相同解释。加纳禁令构成运输合同履行地的公法强制规范,对禁令的任何违反都会导致公法处罚,因此满足《罗马条例 I》第 9 条第 3 款^[48]中“履行地法下的不合法”要求。由于《罗马公约》下的第三国强制规范本身只在极其例外的情形下才得以考虑,且英国、德国等缔约国作出保留,故而这一时期适用该款的案件极为罕见。^[49]法国法院的上述实践推动了《罗马条例 I》第 9 条第 3 款在成员国的适用。

五 法国公序法对我国强制规范直接适用制度的启示

《法律适用法》第 4 条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”从中不难看出该条旨在确立我国强制规范的直接适用制度,但其表述令人费解。其既未像法国公序法那样强调立法的公益属性,又没有明确指出无需冲突规范的指引,可以理解为所有中国法下调整涉外民事关系的强制性规定都需要直接适用。为澄清误会,《〈法律适用法〉解释(一)》第 10 条专门作出解释。^[50]这表明强制规范直接适用已经成为我国国际私法中的热点问题。目前研究的重点虽已转向如何确定此类规范,却难以摆脱机械的做法。强制规范直接适用的类型化依赖于司法解释给出答案,由此形成“甲法是而乙法不是”的僵化观念,而忽视个案情形不同对判断所带来的影响。比较法国公序法的理论和实践,不难发现我国法对强制规范直接适用的理解还存在不足,需要加以改进。

[47] Arrêt n°330 du 16 mars 2010 (08 - 21.511) (Cour de cassation).

[48] 该款规定:“可以赋予合同债务将要或已经履行地国法中超越型强制规范以效力,只要此类规范能够导致合同履行不合法。在决定是否给予此类规范以效力,应考虑它们的性质和目的以及适用或不适用所发生的后果。”

[49] Ole Lando & Peter Arnt Nielsen, *The Rome I Regulation*, *Common Market Law Review*, Vol. 45, No. 6, (2008), 1722.

[50] 该款规定:“有下列情形之一,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:(1)涉及劳动者权益保护的;(2)涉及食品或公共安全的;(3)涉及环境安全的;(4)涉及外汇管制等金融安全的;(5)涉及反垄断、反倾销的;(6)应当认定为强制性规定的其他情形。”

(一) 强制规范的判定

首先,就公益标准和类别而言,《〈法律适用法〉解释(一)》虽然强调强制规范实质上的公益属性,但没有对社会公共利益施加程度限制。对涉及社会公共利益的正常理解是关乎任何种类和程度的公益,因此容易被滥用。从公序法的内容看,其不仅表明此类规范在功能上对国家组织的重要性,还特别强调规范的合理性,即为达成目的所必需,以满足比例原则的要求。故《〈法律适用法〉解释(一)》下的强制性规定宜理解成为维护我国的重大公共利益所必需。而就公益存在的类别,我国目前没有对类型进行划分。《罗马条例 I》第 9 条第 1 款认为公益包括但不限于政治、社会或经济的运行,这一点是对公序法理论的继承和发展。欧盟委员会提议的《罗马条例 I》草案第 8 条第 1 款曾将“维护一国政治、社会或经济运行”视为公益的全部情形,但成员国对此种狭隘理解表示反对,该意见得到作为立法机关的理事会和欧洲议会的采纳。^[51]故成员国完全可以自由决定文化、宗教或其他价值是否构成该国至关重要的公益,而无需声明其对政治、社会或经济秩序的重要性。同样,作为现代社会公益多元化的反映,《〈法律适用法〉解释(一)》下的至关重要的公益应理解为包括但不限于政治、经济或社会运行领域。

其次,就发生领域而言,最大的争议在于是否要将保护弱者的强制规范纳入其中。单从公益的判断看,此类规范的实施虽然客观上影响社会经济的运行,但本质上是国家出于平衡私人利益的需要。就此问题,传统上法国法院将保护弱者的强制规范视为公序法存在的重要情形,但仍有不明之处。如上所言,为保护分包人而赋予分包人向项目所有人直接主张债权的权利的法律被视为公序法,而性质类似的《法国商法典》第 132-8 条关于承运人向收货人直接主张运费的法律则被认为不属于公序法。^[52]另外,法国法院曾将 1991 年 6 月 25 日《商事代理人法》第 12 条(即《法国商法典》第 L. 134-1 条)关于在终止商事代理合同时给予代理人补偿的规定视为维护国内公共秩序的法律,而非国际领域的公序法。^[53]无论如何,为了适用保护性强制规范,《罗马条约》和《罗马条例 I》已经就劳动者和消费者合同的法律适用加以规定,这将减少公序法被援引的情形。由此,在《法律适用法》第 43 条已经就此专门制定冲突规范的前提下,《〈法律适用法〉解释(一)》将劳动者保护列为强制规范的直接适用情形,会造成法律适用上的困惑。

最后,就自我限定要求而言,与《罗马条例 I》第 9 条第 1 款不同,《〈法律适用法〉解释(一)》第 10 条未就此类强制规范的适用范围作出限定,因此不应僵化地认为某一强制规范在任何情况下都构成直接适用法,而必须满足案件公正审理的需要。对此应特别注意法国公序法的实践,即强调在满足自身限定的适用范围时才可直接适用。

(二) 对承认和执行的影 响

限于议题范围,《罗马条例 I》第 9 条没有规定强制规范的直接适用对承认和执行的

[51] Michael Hellner, Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?, *Journal of Private International Law*, Vol. 5, No. 3, (2009), 458.

[52] Cour de cassation (Ch. com.), 13 juillet 2010, reported by M. Le Conseiller André Poocki, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 99, N° 4, (2010), 720.

[53] 参见肖永平、张弛:《论中国的强制性规定》,《华东政法大学学报》2015 年第 2 期,第 117 页。

影响。作为法律适用解释,《〈法律适用法〉解释(一)》第 10 条对此未予说明也无可厚非。但该问题在中国法下应有所关注。考虑到我国极少承认和执行具有给付性质的外国法院判决,故仅讨论外国仲裁裁决的承认和执行。就既往实践看,^[54]我国法院表现得十分谨慎。在涉及非法境外期货投机交易的 ED&F 案中,最高人民法院认为,境内企业未经批准不得从事境外期货交易。被申请人擅自从事境外期货交易的行为依照中国法律应认定为无效;但违反法律的强制性规定不等同于违反我国的公共政策,故裁决该案中不存在违反公共政策的情形。^[55]在“三井物产案”中,虽然我国国有企业在未经外汇管理部门批准并办理外债登记的情况下对外承担债务违反了外债审批及登记的行政规定,但最高人民法院认为,对于行政法规和部门规章中强制性规定的违反,并不必然构成对我国公共政策的违反。^[56]

规范证券期货交易和对外承担债务的法律事关国家的金融外汇审批制度,无论根据《〈法律适用法〉解释(一)》第 10 条的规定还是司法实践的做法,都构成强制规范直接适用的表现形式。的确,不能单纯将仲裁实体结果的公平合理与否作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国公共政策的标准。为了国际商事仲裁的良好运行,一国往往表现出较大程度的忍让,不轻易援引公共政策否定外国裁决的效力。但这并不表明仲裁可以无视承认和执行地可直接适用的强制规范。毕竟此类规范出于维护一国至关重要公益的目的,当事人不具有处分权,不能通过选择域外仲裁的方式规避。对此,2002 年国际法协会发布的《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》明确将违反执行地国的公序法作为《纽约公约》下的公共政策情形之一。

在《法律适用法》颁布前,最高人民法院将公共政策限于承认仲裁裁决的结果违反我国基本法律制度、损害我国根本社会利益的情形,而忽略了我国强制规范在此事项上的直接适用要求。仲裁从来不是逃脱国家监管的手段。尽管一国法院很少会以本国强制规范未能适用为由拒绝执行,^[57]但这是悬在仲裁庭头上的达摩克利斯之剑,提醒其注意国家强行法秩序的存在。具体而言,由于我国法院鲜有基于强制规范的直接适用限制当事人对争端解决方式的选择,^[58]且自美国法院审理“三菱案”^[59]以来国际上普遍认为此类强制规范支配的领域仍不丧失可仲裁性,因此我国法院应特别关注晚近法国公序法适用的司法实践,对强制规范的直接适用进行事后控制,在裁决的承认和执行阶段重点审查。

[54] 其他案例可参见何其生:《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》,《中国社会科学》2014 年第 7 期,第 146-149 页。

[55] 《最高人民法院关于 ED&F 曼氏(香港)有限公司申请承认和执行伦敦糖业协会仲裁裁决案的复函》,[2003]民四他字第 3 号。

[56] 《最高人民法院关于日本三井物产株式会社申请承认和执行斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案的复函》,[2001]民四他字第 12 号。

[57] Horatia Muir Watt & Luca G. Radicati di Brozolo, Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World, *International Law Forum du Droit International*, Vol. 6, No. 2, (2004), 90.

[58] 仅对在我国境内履行的中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同和中外合作勘探开发自然资源合同的争议要求由中国法院专属管辖,但并未阻止当事人就此提请外国仲裁。参见《民事诉讼法》第 266 条和《合同法》第 126 条第 2 款。

[59] *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U. S. 614 (1985).

(三) 第三国强制规范的直接适用

除了参与 1985 年海牙外交会议时审议了第三国强制规范适用条款,第三国强制规范在我国直接适用仅在中国国际私法学会 2010 年 1 月拟定的《〈法律适用法〉建议稿》草案中有所体现。草案第 5 条第 2 款规定:“根据本法确定涉外民事关系的法律适用时,可以适用与案件有密切联系的一国法律中的强制规范。”出于贸然引入会增加法官理解及外国法查证困难的担忧,该款最终没有体现在中国国际私法学会正式提交的《〈法律适用法〉建议稿》当中,以后的立法草案也没有加以关注,造成该适用制度尚未在我国确立的局面。

从公序法的发展历程看,一开始弗氏同样没有关注外国此类规范在本国的直接适用。然而为了实现司法礼让,促进国际判决的一致,公序法理论的发展必然导致强制规范直接适用的多边化。虽然对第三国公序法的承认偏离了萨维尼建立的冲突法范式,但现代国家间政治、社会、经济的相互依赖要求最低限度的合作,使得法官在某些情况下需要对其加以适用。^[60]在冲突法欧盟化的前后,法国司法实践没有因为第三国强制规范的公法性质而不予承认,^[61]取得了较好的审判效果。

就我国而言,首先,在全球化的背景下,由于各国在反垄断、反贿赂、环境治理等领域上的价值共识与法律合意逐渐浮现,承认这些领域外国公法的效力是我国参与全球治理的题中应有之义;^[62]其次,虽然在第三国强制规范直接适用制度缺失时,以中国法为准据法时,我国法院可以通过实体法方法加以考虑,^[63]但此种视为准据法下事实的做法与之希望发生规范效力的目的不符。因此,应适时规定第三国强制规范在我国的直接适用。

六 结 语

作为强制规范直接适用的代表,法国公序法的发展并非一蹴而就,而是经历了漫长复杂的过程。虽然其法律渊源可以追溯至 1804 年《法国民法典》第 3 条第 1 款,但后者最初充当的是法律适用的一般依据。弗氏的系统理论改变了这一状况,其将公序法定义为维护一国政治、社会或经济运行所必须遵守的法律,以说明为需要直接适用。就存在的类型而言,法国公序法不仅包括体现国家强烈干预经济社会生活的指导性公序法,还包括某些维护弱者利益的保护性公序法。法国法院对外国公序法的态度较为友好,但在《罗马公约》生效前未见最高法院适用第三国公序法的判决。随着时代的发展,公序法理论极大地推动了相应制度在欧盟层面的建立,并逐步受到《罗马公约》和《罗马条例 I》构建的统

[60] Thomas G. Guedj, *The Theory of the Lois de Police, A Function Trend in Continental Private International Law*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 4, (1991), 671.

[61] 有的案件虽然没有明确援引公序法的理论,但有认为在满足国际一致 (*solidarité internationale*) 和利益重合 (*convergence des intérêts*) 的前提下,基于外国公法提出的请求存在被接受的可能。Civ. 1ère, 2 mai 1990.

[62] 参见肖永平、龙威狄:《论中国国际私法中的强制规范》,《中国社会科学》2012 年第 10 期,第 115 页。

[63] 参见肖永平、董金鑫:《第三国强制规范在中国产生效力的实体法路径》,《现代法学》2013 年第 5 期,第 142 页以下。

一法的约束。晚近法国最高法院的司法实践进一步拓宽了公序法的理论基础,并开创性地考虑第三国公序法的适用。根据我国立法现状,宜在借鉴上述法国公序法理论以及欧盟立法的基础上,从规范的判定、对管辖权的影响以及第三国强制规范的直接适用等三个方面,对《法律适用法》第 4 条和《〈法律适用法〉解释(一)》第 10 条所确立的强制规范直接适用制度加以完善。

[本文系国家自然科学基金青年项目“外国公法在国际私法中的运用研究”(12CFX107)、教育部人文社科研究青年项目“我国国际经贸领域的直接适用法研究”(15YJC820009)的阶段性成果。]

[**Abstract**] The term *lois de police* first appeared in Art. 3 paragraph 1 of French Civil Code (1804), but the systematic theory was completed only in the mid-20th century by Francescakis. He replaced the expression “*lois d’application immediate*” with “*lois de police*” to emphasize the importance of such norms in safeguarding a country’s political, social and economic operations and the need for their application outside the scope of conflict rules. The theory of *lois de police* has changed the traditional practice of French private international law, greatly promoted the establishment of relevant institutions at the EU level, and gradually been incorporated into unified legislations. The recent French judicial practice has not only developed the theory of application of *lois de police*, but also taken into consideration *lois de police d’un pays tiers* for the first time. Such theory and practice of French *lois de police* are also beneficial to the interpretation and perfection of the institution of direct application of mandatory rules defined by Art. 4 of the Act on the Application of Law and Art. 10 of the Interpretation I of the Act on the Application of Law.

(责任编辑:廖 凡)