

外國國際強制規範在德國國際私法中適用的理論與實踐*

董金鑫 楊雨瀟

摘要：德國國際私法在適用外國國際強制規範問題上具有較為豐厚的理論和實踐積澱。為了破解此類規範在傳統雙邊選法體系的適用難題，德國國際私法相繼出現了一系列的理論。早在薩維尼在利用法律關係本座說構建傳統選法理論時就關注到某些特殊的強制性規範不宜由衝突規範支配，只是並未考慮外國同類規範域外適用的可能；其後，準據法理論、公法衝突法理論和實體法考量理論都試圖將外國國際強制規範的適用融合到傳統選法理論當中，然在方法論和實際運用上都存在缺陷；為了解決這一困境，特別聯繫理論以及干預規範理論要求直接適用外國國際強制規範，從而與傳統選法理論分庭抗禮。此種理論碰撞及於實踐層面，表現為外國國際強制規範直接適用制度在德國的確立過程一波三折。在《羅馬條例I》第9條第3款生效之後，德國法院仍試圖依本國傳統理解外國國際強制規範適用的意圖，故未來需要發揮歐盟法院在這一問題上的解釋作用。我國可從德國國際私法的理論和實踐中尋求借鑑，及早設置外國國際強制規範直接適用制度。

關鍵詞：外國國際強制規範 干預規範 德國國際私法 《羅馬條例I》

On the Theory and Practice of Applying Foreign Internationally Mandatory Rules in German Private International Law

DONG Jinxin, YANG Yuxiao

(School of Humanities and Law, China University of Petroleum [Huadong])

Abstract: The application of foreign internationally mandatory rules in German private international law is rich in theory and practice. In order to resolve the problem of the application of such rules in the traditional bilateral law selection system, a series of theories have appeared successively in German international private law. Among them, “Schuldstatutstheorie,” “öffentlichen Kollisionsrechts theorie” and “Materiellrechtliche Berücksichtigung theorie” try to integrate the application of foreign internationally mandatory rules into the traditional law selection theory, which have defects in methodology and practical application; “Sonderanknüpfungstheorie” and “Eingriffsnormen theorie” require applying foreign internationally mandatory rules directly, and thus parallels it with the traditional law selection theory rival. When such theoretical clashes are reflected in practice, the process of establishing a system of application of foreign internationally mandatory rules in Germany twists and turns, and ultimately reflects in Paragraph 3, Article 9 of the *Rome I Regulation*. China should get a lesson from the German theory and practice, and establish the system of application of foreign internationally mandatory rules as soon as possible.

Keywords: foreign internationally mandatory rules, intervention rules, private international law, *Rome I Regulation*

* 本文係教育部人文社會科學重點研究基地重大項目“中國國際私法中強制性規範的實證分析”（15JJD820006）的階段性成果之一。

收稿日期：2023年10月25日

作者簡介：董金鑫，中國石油大學（華東）文法學院副教授，自貿區法治研究中心主任，法學博士；楊雨瀟，中國石油大學（華東）法學在讀碩士研究生

在經濟全球化的時代，由於市場調節作用的失靈，各國紛紛加大了對商事交易的監管，基於自身的性質和目的確定適用範圍的公益性立法不宜經由包括當事人選法在內的衝突規範的指引，以此推動了國際強制規範¹直接適用理念的興起。從現實的角度看，習近平總書記在中央全面依法治國委員會第二次會議的重要講話中首次指出要加快推進我國法域外適用的法律體系建設。此後，作為完善我國立法體制機制的重要方面，2019年10月中共十九屆四中全會通過的《中共中央關於堅持和完善中國特色社會主義制度 推進國家治理體系和治理能力現代化若干重大問題的決定》再次強調要加快中國法域外適用的法律體系建設。從國際私法層面看，毫無疑問的是，體現我國重大公益的國際強制規範的域外適用構成該主題的重要一環。

然而，與直接適用法院地的國際強制規範成為各國的共識不同，如何對待其他國家的國際強制規範在理論與實踐中仍充滿困惑，在國際私法領域最具爭議。² 基於此種顧慮，無論1999年《澳門民法典》第21條，還是2010年頒佈的《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》（以下簡稱“《法律適用法》”）第4條，都僅規定了我國國際強制規範的直接適用，相應的外國國際強制規範直接適用制度則付之闕如。就此，如果對外國國際強制規範一概不予承認，不僅影響個案的公正審理、跨國判決的一致³，亦不符合構建人類命運共同體理念下的國際法律合作的要求。從比較法的角度出發，作為現代國際私法學說的發源地，德國⁴在外國國際強制規範適用問題上具有較為豐富的理論和實踐經驗，值得探究並從中獲得啟發，以此有助於完善《法律適用法》的法律適用條款，最終確立我國的外國國際強制規範直接適用制度。

一、外國國際強制規範在德國傳統國際私法理論中的地位

德國著名法學家薩維尼被譽為現代國際私法的始祖。基於源自羅馬法的歐陸各國民法組成的國際法律共同體，他為每個法律關係確定唯一的本座，以此實現內外國法律平等的中立選法。與此同時，也察覺到各國法律體系中存在嚴格積極適用的強制性規則⁵，此類規範具有政治、治安或國家經濟性質（*einen politischen, einen polizeilichen oder einen volkswirtschaftlichen Charakter*）而不適用於衝突規範的指引。原因在於薩維尼的選法學說建立在各國法律平等的基礎之上，而上述性質特殊的規則集中體現了一國的公共政策，不能參與跨國法律交換。

並非所有的強制規範都構成雙邊選法的例外，如一國規定成年年齡的法律雖然是強制性的，但依然能夠發生域外效力，故是否構成此種例外的關鍵在於立法者的意圖。此類性質特殊的規則並未

¹ “國際強制規範”是指那些為維護一國在政治、社會、經濟與文化等領域的重大公共利益，而無須多邊衝突規範的指引，直接適用於國際民商事案件的實體強制性規範。參見肖永平、龍威狄：《論中國國際私法中的強制性規範》，《中國社會科學》2012年第10期，第107頁。

² Vischer, F., “General Course on Private International Law,” *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992, p. 166.

³ Fawcett, J., “Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law,” *Cambridge Law Journal*, vol. 49, no. 1, 1990, pp. 53-55.

⁴ 本文的德國如在兩德時期特指聯邦德國。

⁵ “Gesetze von streng positiver, zwingender Natur, die wegen ihrer Natur zu jener freien Behandlung nicht geeignet sind.” See Friedrich Karl von Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts (Vol. VIII)*, Berlin: Veit & Comp, 1849, p. 33 ff.

隨着時代的發展逐漸減少，反而在現代社會需要單邊適用的強制規範大量增加。畢竟，法律關係本座說建立在近代的私法體系之上，私法的公法化不在考慮之內。那些當時常見的嚴格積極強制性的規則，如禁止猶太人在本國取得土地的規定，現在的確不復存在。⁶ 總之，法律關係本座說為國際強制規範在雙邊選法體系之外的適用預留了空間，但由於此類強制規範只能由制定國的法院適用，外國國際強制規範據此在域外沒有直接適用的可能。

二、反對外國國際強制規範直接適用的德國國際私法理論

法律關係本座說的出現不亞於一次革命，但其在處理日益增多的管制性規範時卻力不從心。故此，基於德國國際交往實踐對外國國際強制規範適用的需要，理論上就如何適用發展出一系列學說。傳統上反對直接適用外國國際強制規範的理論包括準據法理論、公法衝突法理論以及實體法考量理論，此類理論排斥專門設置外國國際強制規範直接適用制度，甚至完全不加以考慮。

（一）準據法理論——外國國際強制規範通過衝突規範的援引適用

準據法理論（Schuldstatutstheorie）認為，國際強制規範同樣構成支配合同有效性事項的法律。⁷ 如果其屬於衝突規範指引的準據法體系，則在滿足適用意願且不違反法院地公共政策的情況下可以適用⁸；反之，除法院地的國際強制規範可借助公共秩序保留予以執行外，不予考慮。一方面，準據法理論構成不適用準據法之外的外國國際強制規範的理論基礎；另一方面，當法院地希望適用時，可通過雙邊選法規則為之預留適用空間。

德國法院曾一度認可外國國際強制規範的合同準據法資格，只是一旦損害本國的利益即排除此類規範的適用，於是那些僅僅服務於外國自身利益的稅法或直接針對外國人的貿易禁止被排除在外。⁹ 此種觀點形成於20世紀30年代，作為世界經濟大蕭條帶來的貨幣急劇貶值的結果，一些國家通過立法廢止具有貨幣保值功能的金約款。取締金約款的規定反映了各國的涉外經濟政策，對跨國貿易金融支付產生極大影響，故是否要承認此類規定的域外效力值得探究。根據統一聯繫（Einheitsanknüpfung）原理，當合同適用美國法，德國法院認可美國1933年頒佈的廢止在美元交易中使用金約款的強制性法令的效力。¹⁰ 然而，將政策性的法律交由當事人選擇的合同準據法支配的實用主義做法欠缺法律適用上的邏輯，不僅與該法必須適用的政策目標不符，還容易出現惡意規避強行法的情形。畢竟，準據法所支配的範圍不會因為當事人具體選擇哪一國家法律而有所改變，因此需要為外國國際強制規範的適用尋找新的理論依據。

（二）公法衝突法理論——外國國際強制規範的禁止適用

在20世紀中後期，用以取代準據法理論的公法衝突法（*öffentlichen Kollisionsrechts*）理論在德

⁶ 作為薩維尼雙邊選法體系例外的另一類外國特別法律制度，如奴隸制，傳統上多通過公共秩序保留完成。

⁷ See Vischer, F., "General Course on Private International Law," p. 170.

⁸ Kropholler, J., *Internationales Privatrecht (6 Auflage)*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 481.

⁹ Drobnig, U & Domke, M., *American-German Private International Law*, Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1972, p. 250.

¹⁰ Struycken, A. V. M. "General Course on Private International Law: Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement," *Recueil des Cours*, vol. 311, 2004, p. 425.

國興起。作為屬地原則（Territorialitätsprinzip）消極運用的結果，一切外國公法不得在本國適用，與多具有公法性質的外國國際強制規範關係重大。其認為私法衝突法僅僅解決各國私法的適用問題，而一國公法在本國域外沒有效力，即所謂國際公法的內向單邊主義（introvertierte Unilateralität des Internationalen öffentlichen Rechts）。¹¹ 凱格爾等支持傳統國際私法的德國學者又進一步加以提煉，認為涉及政治或經濟政策的規定乃是出於國家利益，不關乎當事人間的正義，宜由另一套衝突法體系解決，故屬於國際行政法而非國際私法的範疇。¹² 受其影響，德國聯邦最高法院在1959年確立了一項外國公法不適用原則。¹³ 在該案中，兩位德國被蘇聯佔領地區的居民於1948年以馬克的形式簽訂了一份貸款協議。債務人後來去了德國，債權人將債權轉讓給在德國的原告。由於債務人未能履行義務，原告在德國提起訴訟。被告辯稱，轉讓協議未經東德當局事先批准是無效的，但德國聯邦最高法院對此不予支持。法院沒有像過去那樣確定轉讓協議應適用的法律，而是認為東德外匯管制法是一部不能適用的外國公法。根據公法的法律衝突原則，此類法律受屬地性原則的限制。

這一作法並非絕對。當外國有能力實施本國公法時，法院地可以適用。¹⁴ 如債權人或債務人必然遭受本國的外匯管制的限制¹⁵，即外國當局事實上能夠針對該國居民實施外匯管制，特別是當債務人在境外沒有資產時。此種作法在聯邦最高法院1965年審理的一起涉及東德外匯管制法的案件¹⁶中確立。在該案中，原被告在締約時同為東德居民，後原告定居德國。基於外國公法不適用，儘管合同準據法為東德法，德國聯邦最高法院拒絕適用東德的外匯管制以及徵收的法律。但法院同時認為，如果外國有能力實施本國的法律，則作為例外應考慮該外國公法所發生的私法效力。就東德的外匯管制法，本案的原告位於德國且債務人在德國擁有資產，不存在東德有能力執行本國法令的情形；就徵收性質的法律，雖然東德已經執行，但因違反德國的公序良俗而不予適用。

（三）實體法考量理論——外國國際強制規範作為予以考慮的事實

實體法考量（materiellrechtliche Berücksichtigung）理論¹⁷，即實體法方法（materiellrechtlicher Ansatz），是指將外國國際強制規範置於合同準據法之下評判其所能發生的違反善良風俗、免責以及有違誠信等私法效果。此種通過實體法方法實現外國國際強制規範在本國發揮法律效果的做法，既不涉及對傳統選法理論的突破，又不必過多探究外國國際強制規範背後的政策意圖以及是否與法院地法發生衝突，故此能夠長期得到理論和實務界的青睞。

首先，通過對《德國民法典》第138條第1款違反善良風俗（gute sitten, bonos mores）的法律行為

¹¹ Siehr, K., “Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht,” *RebelsZ*, Bd. 52, H. 1-2, 1988, p. 74.

¹² See F. Klein, et al. (eds.), “Basle Symposium on the Rôle of Public Law in Private International Law,” *Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und Internationale Beziehungen*, Vol. 49, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 132.

¹³ BGH 17.12.1959, BGHZ, 31, 367. Kuckein, M., *Die “Berücksichtigung” von Eingriffsnormen im Deutschen und Englischen Internationalen Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 99 ff.

¹⁴ Soergel, *Kommentar zum BGB (10th edition)*, 1970, vol. 7, note 283-284. Cited in F. A. Mann, “Conflict of Laws and Public Law,” *Recueil des Cours*, vol. 132, 1971, p. 120.

¹⁵ Drobniig, U & Domke, M., *American-German Private International Law*, p. 262.

¹⁶ BGH 28. 1. 1965, IZRespr 1964/65 Nr 68.

¹⁷ Kropholler, J., *Internationales Privatrecht (6 Auflage)*, p. 482.

無效這一規則的擴大解釋，德國法院試圖賦予締約時即已經存在的外國國際強制規範以效力。¹⁸ 例如，在Borax案¹⁹中，根據美國法作為武器製造原料的硼砂不得出口至社會主義國家，雙方當事人試圖通過偽造銷售地證明的方式從美國當局獲得出口許可證，並最終運往東德。由於買方拒絕根據美國當局的要求簽署銷售保證書，賣方無法履行，在德國發生訴訟。儘管合同不違反德國法，但德國聯邦最高法院認為，美國的禁運措施不僅維護美國的利益，而且出於維護包括德國在內的整個西方自由社會秩序（*freiheitliche Ordnung des Westens*），雙方當事人的惡意欺詐使得其合同有違公序良俗而無效。在Kulturgüterfall案²⁰中，被告德國的保險人承保一批從尼日利亞哈科特港運輸至德國漢堡港的文物，因文物在運輸途中丟失而與貨主發生糾紛。由於尼日利亞此前頒佈禁止此類文物出口的法令，被告主張該保險合同缺乏可保的利益。由於合同約定適用德國法，根據準據法理論不具有準據法資格的尼日利亞禁令不能決定合同的有效性。德國聯邦最高法院將本案中逃避尼日利亞禁令的行為視為違反德國的公序良俗。上述案件都涉及如何看待外國國際強制規範在私法層面上的域外效力。德國法院沒有直接適用之，而是通過擴大解釋公序良俗的方式賦予其效力，即運用外國國際強制規範背後的價值填充本國基本條款（*Generalklauseln*）。在這一過程中，法院重視法律適用的結果對德國的影響，利益等同（*Grundsatz der Interessengleichheit*）構成將外國立法中的法律禁止通過德國公序良俗條款予以保護的基礎。²¹

其次，德國法院也會將合同訂立後才頒佈的外國國際強制規範實施的狀態視為民法下履行不能或艱難的事實。根據舊《德國民法典》第275條的一般給付障礙、第306條的自始客觀給付不能等規定，有德國法院利用履行不能（*Leistungsstörung*）制度賦予外國國際強制規範以私法效力。在“一戰”期間德意志帝國最高法院（*Reichsgericht*）審理的一起外貿案²²中，被告辯稱，由於英國和德國處於戰爭狀態，根據英國1914年《與敵貿易法令》的規定本案合同無法在英國履行。法院認為，《與敵貿易法令》即使具有適用法的資格，也會因違反德國公共秩序而被排除，然而合同因上述法令及處罰在英國的實施將發生實際履行不能的後果。對合同因為外國國際強制規範發生履行艱難的情勢，交易基礎喪失理論（*den Wegfalls der Geschäftsgrundlage*）構成處理的依據。在Bierexport案²³中，伊朗商人從一家德國公司進口一批啤酒，未及履約，由於1979年德黑蘭革命爆發，伊朗頒佈嚴格的禁酒令。雖然在德國港口完成裝運的該合同根據履行地法不發生履行不能的後果，但德國聯邦最高法院認為，當事人締約時不會預見伊朗頒佈禁令，由此造成的無法順利履行說明合同成立的基礎發生根本變化。根據《德國民法典》第242條²⁴關於誠信給付的規定，法院判決當事人分攤因交易基礎喪失而發生的經

¹⁸ Klaus Schurig, *Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR*, *RabelZ*, Bd. 54, H. 2, 1990, p. 240.

¹⁹ BGH 21. 12. 1960, 34 BGHZ 169 (1960) (F.R.G.).

²⁰ 59 BGHZ 83(1972) (F.R.G.), 59 BGHZ 1 (F.R.G.). BGHZ 59, 82, 85 = NJW 1972, 1575.

²¹ Kegel, G., *Internationales Privatrecht: Ein Studienbuch (6 Auflage)*, München: C. H. Beck, 1987, p. 717.

²² RG 28. 6. 1918, RGZ 93, 182, 184.

²³ BGH 8. 2. 1984, BGH NJW, (1984), 1746-1747. Mülberr, P. O., “Ausländische Eingriffsnormen als Datum,” *IPRax*, Jah. 6, H. 2, 1986, p. 140.

²⁴ 經過2001年《債法現代化法》的改革，交易基礎喪失理論被正式確立為交易基礎障礙（*Störung der Geschäftsgrundlage*），即現行《德國民法典》第313條，無須再以第242條為依據。

濟損失。²⁵

方法論的內在缺陷以及運用的困難使得實體法考量理論發揮的作用有限。首先，那些締約時已經存在的外國國際強制規範更希望作為應適用的法律，而非合同準據法下發生履行障礙的事實。不能將法律禁止的不法（*malum quia prohibitum*）與本質上的不法（*malum in se*）混為一談²⁶，前者是強行法的範疇，後者出於基本道德的考慮。就Kulturgüterfall案而言，德國將尼日利亞禁令排除於不法性的法律淵源而僅視為事實的做法陷入循環論證²⁷，正是該外國國際強制規範的存在才導致合同效力的否定，認定違反公序良俗與外國禁止的內容和目的密不可分。由於合同根據作為準據法的德國法有效，如果尼日利亞的文物出口禁令不存在或本案涉及的文物不在禁止之列，那麼所有交易道德與否的評判都不會發生。²⁸ 簡言之，德國法院實施的是外國的立法政策，不過掛着德國法的幌子，難怪會被視為不誠實地適用法律。²⁹ 其次，此種方法限於德國法作為準據法的情形。³⁰ 除非援用《德國民法典施行法》第6條之類的公共秩序條款（*Ordre-public-klausel*）改變選法結果，否則作為外國國際強制規範價值考量依據的《德國民法典》第138條、242條僅僅構成國內意義的強制規範，其適用由衝突規範決定，不能直接適用。³¹

三、支援外國國際強制規範直接適用的德國國際私法理論

與上述理論不同，德國的特別聯繫理論和干預規範理論支援直接適用外國國際強制規範，構成不同於以往的國際私法的法律適用方法，為外國國際強制規範直接適用制度在德國的最終確立提供了契機。

（一）特別聯繫理論——外國國際強制規範直接適用的緣起

特別聯繫理論（*Sonderanknüpfungslehre*）起源於20世紀初期的德國，其服務於德國的外匯管制法令為域外法院所適用。1929年爆發世界性的經濟危機使德國的外資大量出逃、黃金儲備銳減，於是德國政府出臺了嚴格的外匯管制法，由此由德國公司在美國紐約發行的債券多未能被如期兌付。當事人多約定適用紐約的法律且款項將在該地支付，此類德國的法令無法通過衝突規範得到美國法

²⁵ 該案例可參見肖永平、董金鑫：《第三國強制規範在中國產生效力的實體法路徑》，《現代法學》2013年第5期，第147頁。

²⁶ Van Hecke, G., “The Effect of Economic Coercion on Private Transactions,” *Revue Belge de Droit International*, vol. 18, 1984-1985, p. 118.

²⁷ Basedow, J., “Private Law Effects of Foreign Export Controls,” *German Yearbook of International Law*, vol. 17, 1984, p. 122.

²⁸ Kuckein, M., *Die “Berücksichtigung” von Eingriffsnormen im Deutschen und Englischen Internationalen Vertragsrecht*, p. 117.

²⁹ Chong, A., “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contract,” *Journal of Private International Law*, vol. 2, no. 1, 2006, pp. 35-40.

³⁰ Vischer, F., “General Course on Private International Law,” p. 177.

³¹ 在司法實踐中，與《德國民法典》138條第1款類似的有關高利貸等暴利行為無效的第2款被認為不構成《德國民法典施行法》第34條下的干預規範。參見BGH, 19. 3. 1997.

院的認同，那些在美國涉訴的德國公司大多敗訴。³² 對此，德國著名法學家溫格提認為，與一般的合同法通過衝突規範的指引不同，強制性規範適用的唯一聯繫是規範背後的立法目的。³³ 將所有的合同法問題都交由準據法解決的薩維尼式的選法體系已經無法應對目前的國際貿易情形，應當為每個源自合同強行法支配的效力問題進行更為具體的法律選擇，那些合同當事人不能自由處分的規則將在發揮效力的範圍以及自身意圖的範圍內適用。³⁴

緊隨其後，德國學者茨威格特同樣採用特別聯繫理論分析能導致履行不法的外國禁止性監管措施對合同的影響。傳統的實踐表明，只有屬於合同準據法的外國禁令才能被法院適用。當合同適用德國法，外國禁令的直接適用從未被考慮，至多視為債務人履約的障礙，從而根據德國法對履行禁止的規定發生效果。但此種做法不利於國際判決的一致。在主張直接適用的同時，他認為判決一致並非唯一的目標，適用外國禁令不應以損害法院地的利益為代價，故應根據密切聯繫標準考慮反映國際典型利益（*international-typische Interessen*）的外國禁令。具體而言，如果履行所需的資產移動全部或部分發生在禁令實施國境內，則那些不損害國際典型利益且能導致履行不法的禁令可以通過特別聯繫理論加以適用。³⁵

（二）干預規範理論——外國國際強制規範直接適用的契機

特別聯繫理論很長時間並未引起德國立法和司法機關的關注，其成為外國國際強制規範直接適用制度的理論支援得益於干預規範（*Eingriffsnormen*）理論的出現。在20世紀60年代以來，干預規範理論逐漸興旺，成為國際強制規範的直接適用在德國的代名詞。干預規範不區分規則的國際和國內適用意願，可以解讀為干預私人意思自治（*Eingriff in die Privatautonomie*）或干擾國際私法的基本機制（*Eingriff in das allgemeine Gefüge des IPR*）。³⁶

該理論由德國學者諾伊豪斯提出。他將功能選法引入國際私法領域，用干預規範來規範不可接受的實質性結果。在他看來，干預規範是為了私人法律關係中的公共利益而行動，即它們在很大程度上限制了當事人的自主權，其中一個重要的例子就是合同履行禁止。³⁷ 雖然自薩維尼的法律方法盛行以來在歐洲理論中很難找到此類規範的依據，但它們會大量出現，並構成了對傳統選法方法的必要偏離。³⁸

³² Wojewoda, M., "Mandatory Rules in Private International Law," *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, no. 2, 2000, p. 186.

³³ Wengler, W., *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, ZVglRWiss, Bd. 54, (1941), 168, cited in N. Nord, *Ordre Public et Lois de Police en Droit International Privé*, Strasbourg: Université Robert Schuman, 2003, p. 330.

³⁴ Wengler, W., *Stidienzum internationalen Obligationenrecht in Simmitaka Streit 535, 568(1963)*, cited in H. W. Baade, *Operation of Foreign Public Law*, *Texas International Law Journal*, vol. 30, no. 3, 1995, p. 469.

³⁵ Zweigert, K., "Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote," *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Bd. 14, H. 1-2, 1942, p. 287-295.

³⁶ Coester, M., "Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut: Rechtsmethodische undpolitische Überlegungen zu Art. 7 Abs. 1 des Europäischen Vertragsübereinkommens vom 19. 6. 1980," *ZVglRWiss*, Bd. 82, 1983, p. 3.

³⁷ Neuhaus, M. H., *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1976, p. 33.

³⁸ Glenn, H. P., "Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts by Paul Heinrich Neuhaus," *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, no. 1, 1979, p. 123.

探討干預規範必須提及禁止規範（*Verbotnormen*）。分佈在公法領域的禁止規範會因交易內容的緣故予以禁止而發生私法效果，反映在《德國民法典》第134條違反法律禁止（*gesetzliches Verbot/Verbotsgesetz*）的法律行為無效當中。在實踐³⁹中，該條針對交易的成立有別於要求當事人履行義務的一般性強制規範。由於規範內容的公益性和法律適用的優先性，使其構成對意思自治的超越和限制，甚至需要延伸至涉外領域，可以說干預規範是禁止規範在國際私法上的表現，故普遍認為只有公法才有成為干預規範的可能。首先，進出口監管、價格和外匯管制、反壟斷法以及對固定建築師和工程師費用限制的規定構成干預規範；其次，保護租戶、購房者、僱員和孕婦利益的規則也被認為構成干預規範。相反，消費者信貸法、不公平解僱等法律皆以主要平衡私人利益為由不被視為干預規範。⁴⁰

關於干預規範的判斷，學理上認為應當遵循以下步驟：首先，當國際適用要求可以從文字中得出，如德國《反限制競爭法》（*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*）第130條第2款規定該法適用於所有在調整範圍內產生限制競爭效果的行為，即構成干預規範；其次，如果強制規範隱含要求單邊適用的特別衝突規範，則同樣構成干預規範，如《德國民法典》第244條關於外幣債務支付的規定。⁴¹ 不過，根據聯邦最高法院的判決，雖然《德國商法典》第84至92條（尤其是第89b條）關於保護商事代理人的規定根據第92c條第1款對適用範圍的描述可認為適用於所有商事代理人在歐盟開展活動的情形，但該規定只有在準據法為德國法時才能適用。⁴² 故此，維護公益仍作為干預規範最終的判斷標準。

就干預規範在德國法下分佈的討論表明其構成德國調控本國經濟生活的必然產物，外國同類規範能否以及如何在德國適用仍有爭議。作為特別聯繫理論的反映，有德國學者認為其適用需要滿足如下條件：首先，外國干預規範應存在適當合理的利益；其次，案件與外國存在必要的聯繫。⁴³ 另外，雖然干預規範和實體法的禁止規範關係密切，二者是否等同也有待證明。總之，干預規範理論構成衝突規範選法的例外，打破傳統選法理論大一統的局面，為外國國際強制規範在德國的直接適用提供了契機。

四、外國國際強制規範在德國國際私法立法實踐中的確立

儘管特別聯繫理論以及干預規範理論的影響日益顯現，使德國的立法機構在修訂國際私法立法以及加入國際私法公約時不得不正視這一問題，但外國國際強制規範直接適用制度在德國的確立並非一帆風順，直至規範合同之債法律適用的《羅馬條例I》的生效才最終被接受，從而使得德國的實

³⁹ BGH NJW, (1993), 2873.

⁴⁰ Plender, R. & Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligation (3rd edition)*, London: Sweet & Maxwell UK, 2009, pp. 340-341.

⁴¹ Rauscher, T. (hrsg), *Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht: Rom I-VO, Rom II-VO*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, p. 427.

⁴² BGH, 30. 1. 1961, IPRspr, (1960/61), No. 39 b.

⁴³ Sonnenberger, H. J., “Le Droit International Privé Allemand a la fin du Vingtième Siècle: Progrès ou Recul,” cited in S. C. Symeonides, “Private International law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?” *Kluwer Law International*, 2000, pp. 226-227.

踐做法發生了根本性的變革。

(一)《德國民法典施行法》修訂對外國國際強制規範直接適用制度的排斥

20世紀80年代修訂《德國民法典施行法》的過程，清晰反映了這一時期德國對外國國際強制規範適用的敵對態度。最初政府向議會提交的立法草案包含外國國際強制規範直接適用制度，其第34條第1款允許外國國際強制規範的直接適用。⁴⁴ 解釋報告認為，不必考慮此類規範的公法或私法的性質，無論是直接監管商事交易的進出口管制，還是出於公眾目的保護個人的規定，都具有潛在的適用資格。

議會最終未接受這一條款。首先，該款不可避免地發生司法不安，從而導致法院權力過大的後果；其次，法院必須調查外國法律體系中希望適用的規則，這使得國際私法問題的判斷更加困難；最後，該款包含保護外國的公共秩序的內涵，該問題富有爭議。⁴⁵ 1986年《德國民法典施行法》第34條最終只包含德國國際強制規範在合同領域的直接適用。根據《羅馬公約》第22條第1款第1項的許可，德國在批准《羅馬公約》時對公約第7條第1款⁴⁶的外國國際強制規範直接適用制度提出了保留。⁴⁷

(二)德國馬普所對外國國際強制規範直接適用制度設置的支援

為行使國際私法層面的立法權⁴⁸，歐盟亟需將建立在政府合作基礎上的《羅馬公約》轉化為能在成員國直接生效的條例。⁴⁹ 由於條例不允許成員國保留，故外國國際強制規範制度的設置成為爭議的焦點。在這一過程中，德國馬普國際私法與比較法研究所（以下簡稱馬普所）對歐共體委員會2003年向社會各界徵求意見的《綠皮書》⁵⁰進行全面的回應，標誌着德國理論界對外國國際強制規範直接適用制度態度的轉變，有力地推動了《羅馬條例I》下的外國國際強制規範直接適用制度的立法進程。

馬普所認為第7條第1款是《羅馬公約》中最具爭議的條款，應當從規則的必要性及合理限制探討外國國際強制規範條款制定的動因。一方面，應在歐共體條例的框架下設置規範該問題的條款。

⁴⁴ Dieter Martiny, “EGBGB Art. 34 Zwingende Vorschriften,” in *Münchener Kommentar zum BGB (3 Auflage)*, München: C. H. Beck, 1998, p. 5.

⁴⁵ See Parra-Aranguren, G., “General Course of Private International Law-Selected Problems,” *Recueil des Cours*, Vol. 210, 1988, pp. 137-138.

⁴⁶ 當根據公約適用一國法律時，可以給予與案情有密切聯繫的另一國的強制規範以效力，只要此類規範根據該國法必須適用而無論合同準據法為何。在決定是否給予效力時，應考慮它們的性質、目的以及適用或不適用的後果。

⁴⁷ 此外，英國、愛爾蘭、盧森堡、葡萄牙、拉脫維亞和斯洛文尼亞等締約國也先後聲明保留。

⁴⁸ 隨着《阿姆斯特丹條約》生效，理事會獲得在民事司法領域立法的權力，理事會和委員會為《羅馬公約》的轉化做了大量的工作。參見Rauscher, T. (hrsg), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: Rom I-VO, Rom II-VO*, p. 23.

⁴⁹ 條例的優勢在於無須批准而統一生效、自動賦予歐盟法院以解釋的管轄權，參見Bonomi, A, “The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations,” *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, p. 167.

⁵⁰ European Commission, *Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into A Community Instrument and Its Modernisation*, Brussels: Commission of the European Communities, 2003, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d60386fe-69d4-4846-bf01-b1d23b20e134>, retrieved on 10th March 2016.

由於外匯管制、進出口限制、禁運等外國規範阻止履行或導致履行根據履行地法為不法，外國國際強制規範會使得當事人處於無法履約的境地。為實現當事人之間的公平正義，法院地不得不注意此類規範。另一方面，為追求本國的政策目標，某些國家會過分延伸其法律的地域適用範圍。為限制此種趨勢，外國國際強制規範適用條款的用語應足夠靈活，使法院地對過分的適用要求能夠施加以合理的限制。如上所言，雖然德國對《羅馬公約》第7條第1款作出保留，但它的國際私法實踐曾考慮外國國際強制規範，與該款的適用發生相同或類似的效果，故該保留沒有實質意義，不構成《羅馬公約》向《羅馬條例I》轉化的障礙。⁵¹

(三) 德國對《羅馬條例I》第9條第3款的接受

經過各方的博弈，外國國際強制規範的直接適用最終反映在《羅馬條例I》第9條第3款當中，即可以給予合同債務將要或已經履行地國法中的干預規範⁵²以效力，只要此類規範能夠導致合同履行不法。在決定是否給予效力時，應考慮它們的性質、目的以及適用或不適用的後果。該款延續了《羅馬公約》的基本結構，內容上較《羅馬公約》發生較大幅度的變動。⁵³ 由於該款不允許保留，適用於除丹麥外的所有歐盟成員國，這對德國適用外國國際強制規範的理論和實踐產生重大影響。

由於特別聯繫理論的影響，德國國際私法學界對設置外國國際強制規範直接適用制度的必要性產生廣泛認同，但上述條款的內容仍引發爭議。關於外國國際強制規範適用所需要的聯繫，無論概括的密切聯繫還是具體的履行地聯繫都有不足。較好的做法是根據外國國際強制規範所屬的具體法律關係和作用對象採用個別類型化的標準。⁵⁴ 就類型化的具體情形，可考慮借鑑馬蒂尼的看法，為不同種類的國際強制規範分別確立屬人、屬地或功能性的聯繫標準。⁵⁵ 關於履行不法效果的規定，雖然契合前面提到的《德國民法典》第134條的法律禁止，但為了避免絕對化，有主張對禁止規範的用語作寬泛理解，即包括那些修改合同條款而不僅是完全禁止交易的強制規範，特別是那些最低或最高的支付要求。⁵⁶

五、外國國際強制規範在德國晚近國際私法司法實踐中的適用

由於《羅馬條例I》生效時間短且案件發生滯後的緣故，目前援引第9條第3款的案件不多，但反映了德國法院試圖依照本國的司法傳統理解外國國際強制規範適用的意圖，從而需要發揮歐盟法院在這一條款解釋上的作用。

⁵¹ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into A Community Instrument and Its Modernization,” *RabelsZ*, Bd. 68, H. 1, 2004, p. 70.

⁵² 英文本使用的是超越型強制條款（overriding mandatory provisions）。

⁵³ 就適用範圍，條例以合同債務將要或已經履行地國取代與案情有密切聯繫的國家；就適用效果，其強調外國國際強制規範能夠導致合同履行不法。

⁵⁴ Schäfer, K. A.-S., *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissen, 2010, p. 153.

⁵⁵ Dieter Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 9 Eingriffsnormen, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Rn. 123-136.

⁵⁶ Hauser, P., *Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 74.

在希臘工資案⁵⁷中，原告某希臘國民受僱於政府前往該國在德國漢堡舉辦的希臘小學工作。由於國家面臨嚴重的信貸危機，希臘政府根據《2010年第3833、3845號工資法》單方面降低包括原告在內的政府僱員的薪水，從而在他們之間引發了勞動報酬爭議。就實體法律適用，由於該案在德國審理，合同準據法是德國法，上述希臘的強制規範在德國法院看來只能構成第三國⁵⁸的國際強制規範。當案件上訴至德國聯邦勞動法院（*Bundesarbeitsgericht*）時，該院於2015年2月25日就《羅馬條例I》第9條第3款的解釋請求歐盟法院作出先行裁決（*preliminary ruling*）。首先，該款僅僅是排除非合同債務履行地的外國干預規範的直接適用，還是同樣禁止成員國的法律通過合同準據法的方式對此類規範加以間接考慮。如在本案中，德國法院能否援用《德國民法典》第241條第2款⁵⁹適當考慮希臘法令的規定？其次，《歐洲聯盟公約》第4條第3款下的真誠合作原則是否影響成員國法院以直接或間接的方式適用其他成員國的干預規範作出判決？

該案系歐盟法院首次面臨成員國提請解釋《羅馬條例I》第9條第3款的適用問題，具有重大里程碑的意義。

一方面，這有助於澄清作為外國國際強制規範直接適用依據的特別聯繫理論和事實考量理論之間的關係。由於希臘法明顯不滿足第9條第3款的履行地要求，事實考量這一德國傳統司法實踐推崇的間接做法在《羅馬條例I》背景下能否繼續發揮作用值得探究。結合理論（*Kumulationstheorie*）曾試圖將二者融合，從而為外國國際強制規範提供廣闊的適用機會。⁶⁰ 為了滿足作為典型公法的履行地國之外的出口限制、競爭限制或外匯管制適用的需要⁶¹，似乎表明該款僅僅構成成員國就外國國際強制規範適用達成最低限度的共識，不能阻止他們自願承擔更多的適用義務。⁶² 但嚴格解釋第9條第3款會發生絕對的阻卻效力（*absoluter Sperrwirkung*），任何不滿足條件的適用都不被允許。⁶³

另一方面，雖然《羅馬條例I》原則上不區別歐盟成員國和非成員國法律的適用地位，但歐盟基礎條約畢竟確立了成員國之間的合作義務。如《歐洲聯盟公約》第4條第3款要求成員國應在相互尊重的基礎上互相幫助，共同履行源自條約的義務，此種合作能否延伸至國際私法層面，特別是外國國際強制規範所涉及的公私法交叉問題值得分析。對此，在《羅馬公約》背景下即有觀點認為，基於歐共體公共秩序的意圖，對《羅馬公約》第7條第1款提出保留的成員國也有義務適用其他成員國為實施共同體指令頒佈的國際強制規範。⁶⁴

該案的希臘工資法雖然並非轉化歐盟指令的結果，但其反映了應對希臘債務危機的重大公益，

⁵⁷ EuGH-Vorlage vom 25.2.2015, 5 AZR 962/13 (A).

⁵⁸ 所謂第三國是指準據法（*lex causae*）所屬國和法院地國之外的國家。

⁵⁹ 即債務關係根據其內容可以使任何一方負有顧及對方的權利、法益及其他利益的義務。該款為2002年1月1日實施的《德國債法現代化法》新增，在以往運用實體法考量理論的德國司法實踐中並未出現。

⁶⁰ Hauser, P., *Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung*, p. 104.

⁶¹ Pauknerová, M., "Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law," *ERA Forum*, vol. 11, no. 1, 2011, p. 40.

⁶² Schimansky, Bunte & Lwowski, *Bankrechts-Handbuch (4 Auflage)*, München: C. H. Beck, 2011, p. 179.

⁶³ Calliess, G.-P. (ed.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules on the Conflict of Laws*, Kluwer Law International, 2011, p. 209.

⁶⁴ See Struycken, A. V. M., "Les Conséquences de L'intégration Européenne sur le Développement du Droit International Privé," *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992, pp. 370-371.

更是落實《歐洲聯盟運行條約》第126條的結果，並且得到2010年5月10日第320號歐盟理事會決議的支持。此種歐盟成員關係對適用外國國際強制規範究竟產生何種影響，同樣需要歐盟法院予以明確解答。

就上述諸問題，歐盟法院的護法顧問（Advocate General）什普納爾一併作出了回應。⁶⁵ 首先，由於《羅馬條例I》的作用在於確立合同準據法所在的法律體系，不能干預準據法的適用，故其第9條第3款並不妨礙成員國根據準據法的規定在實體層面間接考慮第三國的國際強制規範；其次，根據《歐洲聯盟公約》第4條第3款下的真誠合作原則，歐盟成員國的法院在決定是否給予外國國際強制規範以效力時，應顧及其他的成員國為了履行源自歐盟成員方義務的事實。然而這並非作為外國國際強制規範適用的一項獨立的依據，而是《羅馬條例I》第9條第3款要求考慮它們的性質、目的以及適用後果的應有之義。

不難看出，歐盟法院意見的態度較為溫和，並未突破現有的理論認識，但希望盡可能地增加外國國際強制規範被考慮的情形，以減少《羅馬條例I》第9條第3款過分限制此類規範的適用範圍所帶來的消極影響。雖然自茨威格特以來外國國際強制規範造成的履行不法在特別聯繫理論中佔據重要的位置，但關於履行地國的判斷一直存在爭議，未來可以在規則不變的前提下擴大解釋該款下的履行地國的範圍。即其不限於合同特徵性履行行為的發生地，從而使得在特定合同關係下可以存在多個履行地，以充分賦予外國國際強制規範以適用的資格。⁶⁶ 總之，該案於《羅馬條例I》下的外國國際強制規範的解釋，對德國乃至整個歐盟的司法實踐將會產生較為深遠的影響。

六、結語

從外國國際強制規範在德國國際私法適用的理論和實踐可以看出，外國國際強制規範直接適用制度的確立並非一日之功，而是歷經了漫長而艱辛的發展過程。特別是就理論變遷而言，雖然薩維尼的傳統選法理論已經關注到某些嚴格積極的強制性規則不能通過法律選擇的方式進行跨國交換，但尚未考慮外國國際強制規範的適用。基於統一聯繫原理，準據法理論認為國際強制規範構成支配合同有效性事項的法律。雖然這一做法對待外國國際強制規範的態度較為和緩，但與規範必須適用的目標不符，公法衝突法理論禁止外國公法在本國適用。除了滿足權力支配要求，一切外國國際強制規範不能為法院地所適用，這混淆了公法訴訟與私人訴訟之間的區別。與公法衝突法理論不同，實體法考量理論將外國國際強制規範置於合同準據法之下評判其所能發生的私法效果，但發揮的作用有限。特別聯繫理論尤其重視管制立法背後的單邊適用意圖，允許直接適用外國國際強制規範，在干預規範理論興起之後成為設置外國國際強制規範直接適用制度的最為重要的理論支撐。

對我國而言，外國國際強制規範直接適用在立法中的缺位不得不說令人遺憾。作為跨國交易背景下的經濟管制立法大量出現的結果，國際強制規範直接適用制度區別於解決公法衝突中的屬地性的單邊主義方法。外國國際強制規範僅突破傳統的公法禁忌，而且能證成國際私法單邊方法的普遍主義立場，故能夠直接適用的不僅僅是本國的國際強制規範，否則將不利於跨國判決結果的一致。

⁶⁵ Opinion of Advocate General Szpunar, 20 April 2016, *Case C* 135/15.

⁶⁶ 如在希臘工資案，如果考慮到希臘政府支付勞動報酬的義務，則希臘同樣有可能構成合同的履行地。

就此，無論是我國的涉外司法實踐習慣地將國際強制規範的適用交由衝突規範所指引的準據法支配⁶⁷，還是學理上認為可以借助實體法考量這一間接適用方法替代外國國際強制規範直接適用制度的作用⁶⁸，都是當前理論積澱尚有不足的表現。未來學界應加強對德國特別聯繫與干預規範理論的研究，在直接適用外國國際強制規範的過程中充分權衡國家之間、當事人之間以及國家和當事人之間的利益衝突，最終實現中國國際強制規範直接適用制度的“雙邊化”。

〔編輯 何志輝〕

⁶⁷ 參見中國銀行（香港）訴湛江第二輕工公司、羅發、湛江市政府擔保糾紛案，（2004）粵高法民四終字第26號判決書。

⁶⁸ 參見卜璐：《第三國強制性規範在國際私法中的適用》，《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2013年第6期，第92頁。