

强行性规定适用制度再认识

沈 涓 *

摘要：强行性规定适用是国际私法重要制度，但研究成果对此项制度多有不准确的认识，以致影响立法和司法。强行性规定无需法律选择规则援引便可直接适用于涉外关系是一种误解，将影响援引强行性规定的单边法律选择规则的完善。单边法律选择规则是强行性规定得以适用于涉外关系的法律依据，不可或缺；国内强行性规定在涉外关系中的适用是普遍主义下的特殊需求，故强行性规定的适用范围不应被不适当当地扩大，而应加以限制；应区分外国强行性规定的适用与规避外国强行性规定效力的认定和违反内国公共秩序，故间接适用外国强行性规定不应属于外国强行性规定适用制度的内容，只有直接适用外国强行性规定才是外国强行性规定的适用。

关键词：强行性规定 适用依据 适用范围 公共秩序保留 法律规避

导 言

强行性规定的适用是国际私法中选择适用国内法的一种特殊形式，是指处理涉外民商纠纷的法院排他性地适用某国（绝大多数时候是内国）具有强制适用效力的规定。之所以说“特殊”，是相对于法律选择的普遍主义而言，强行性规定适用的单向性与普遍主义的法律选择双向性背道而驰，体现了法律选择的特殊目标追求，即国内法律规定的强行效力。这种特殊性使强行法适用成为各国际私法规中一项重要的制度，这项制度也因此成为国际私法学科重要的论题。

虽然关于强行性规定适用的研究成果很多，涉及理论、立法和司法各层面，但其中仍有许多问题没有得到正确或准确的解释，如强行性规定适用的范围、效力和依据，强行性规定适用制度与其他相关制度之间的关系，以及法院地国以外国家的强行性规定的适用。进一步讨论强行性规定适用问题的意义不仅仅在于理论上的厘清，更关及立法理念和司法方式。

一 强行性规定适用制度概念

对一国内那些具有强制性适用效力的规定，常见的表述有：直接适用的法、强制性规定、强制性规范、强制性规则、强行法等等。直接适用的法概念的不足下文将详述，此处暂不多论。强

* 中国社会科学院国际法研究所研究员。

制性规定、强制性规范和强制性规则几无差异，但仅强调了强制性，未包含适用和施行之义。强行法一词指代内容不明或不准，具有强行性的不一定都是整部法规，很多是一部法规中的某条或某几条规定。故，本文选用“强行性规定”一词。

(一) 强行性规定适用制度构成

除了一般法律选择规则，国际私法中还有若干影响法律选择和法律适用的制度，如公共秩序保留、外国法查明、法律规避效力等，但强行性规定适用能否被称为一项制度，在现有研究成果中少见明确结论。^①

各国国际私法法规中，有关适用国内强行性规定的内容通常包括解决涉外民商纠纷时是否适用国内强行性规定、强行性规定适用的依据、强行性规定适用的范围和条件、强行性规定适用的效力和效果、是否适用第三国强行性规定等等，这些是各国对国内强行性规定适用于涉外民商关系所表明的态度，也是适用国内强行性规定所需遵守的规程、规范和准则。这些存在于国际私法立法中的有关强行性规定适用的内容无疑已构成国际私法的一项制度，便如是否可以违反内国公共秩序为理由排除外国法适用、公共秩序的范围、排除外国法适用的条件、滥用公共秩序保留制度的限制等等内容是有关为维护内国公共秩序而排除外国法适用的规程和准则，它们共同构成公共秩序保留制度。

至今，国内国际私法学界有关强行性规定适用的研究成果数不胜数，甚至有关于第三国强行性规定适用的专著，^② 对强行性规定的适用的研究已具有一定广泛性和前沿性。立法方面，通过国际私法法规和司法解释，已确立国内法律中的强行性规定可排他地适用于涉外民事关系的态度，也确定了适用国内强行性规定的条件和范围，初步形成了强行性规定适用制度体系。

(二) 强行性规定适用制度与相关制度的关系

同样是影响法律选择的制度，也同样是涉及外国法适用的制度，强行性规定适用制度常常被人与公共秩序保留制度和法律规避效力制度相提并论、又混为一谈。这三项制度之所以瓜葛相缠，是因为都涉及强行性规定的适用效力。强行性规定适用制度正面肯定了强行性规定的直接适用效力，自不必说，公共秩序保留制度的适用中，强行性规定也会被认为构成一国公共秩序规则的一部分，违反内国强行性规定可被视为违反内国公共秩序，而考虑法律规避的效果时，是否内国强行性规定被规避，也是最重要的因素。^③ 这三项制度就这样因为都与强行性规定有关联而被认为是类似制度，造成这三项制度理解上的困扰，甚至引起有关它们之间是否可以相互取代或覆

^① 少有的几篇以“制度”相称的论文可见徐崇利：《法律规避制度可否缺位于中国冲突法？——从与强制性规则适用制度之关系的角度分析》，载《清华法学》2011年第6期，第122—131页；刘仁山：《“直接适用的法”在我国的适用——兼评〈《涉外民事关系法律适用法》解释（一）〉第10条》，载《法商研究》2013年第3期，第74—83页；王红庆：《论我国“直接适用的法”制度的演进及实践——以我国的相关实践为主要视角》，载《大庆社会科学》2014年第4期，第96—102页；张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第189—207页。

^② 见董金鑫：《第三国强制规范在法院地国的适用研究》，中国人民大学出版社2016年版。

^③ 参见徐崇利：《法律规避制度可否缺位于中国冲突法？——从与强制性规则适用制度之关系的角度分析》，载《清华法学》2011年第6期，第122—131页；张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第189—207页。

盖的讨论。^①

学术研究中不清不楚的认识和结论，使强行性规定适用制度与公共秩序保留制度和法律规避效力制度之间内涵和效果上原本十分清晰的差异变得模糊，终致立法和司法层面的混乱。

在国内，1986年的《民法通则》和1988年最高人民法院对《民法通则》所作司法解释曾分别确立了公共秩序保留制度和否认规避我国强制性规范的行为效力的制度，^②但没有确立强行性规定适用制度。立法上的缺漏，使司法实践中出现一种现象，即以否定法律规避效力和以违反内国公共秩序为理由排除外国法适用的方式，来成就我国强行性规定在涉外民事关系中的适用，这种现象又使学术界误以为法律规避效力制度和公共秩序保留制度可以取代强行性规定适用制度，或公共秩序保留制度和强行性规定适用制度可以取代法律规避效力制度。^③但显然，这三项制度在价值追求、理念设定、适用方法、适用效果等方面都存在差异，不应相互取代，或者说谈不上相互取代。

1. 强行性规定适用制度与公共秩序保留制度之间的区别

强行性规定适用制度与公共秩序保留制度之间最大的区别在于外国法是否有适用空间。强行性规定的适用是排他性的，一旦确定某项涉外民事关系属于内国强行性规定适用的范围，法院便会径直适用内国强行性规定，外国法不会有适用于该项涉外民事关系的空间。而公共秩序保留制度的适用是发现本应适用的外国法的适用结果违反内国公共秩序即不再适用该外国法，这表明，公共秩序保留制度适用的前提必是某外国法被确定为涉外民事关系准据法。

如此明显的差异常常被学术界的研究有意无意地忽视，司法实践中也多是对为什么以公共秩序保留之名、行适用强行性规定之实避而不言，因为如果要明说外国法的适用违反了内国强行性规定，必将陷入逻辑上的矛盾：既然确定应该适用外国法，该外国法就不可能违反内国强行性规定；既然某项涉外民事关系属于内国强行性规定适用范围，就应该适用内国强行性规定，不可能确定适用外国法。由此也可看到，认为强行性规定属于公共秩序规则的一部分，就已经在思路上陷入了矛盾，留下了立法和司法上的隐患。

这种矛盾对司法的影响是重大的。面对矛盾的认知，在说明法律选择的理由时便无法避过说辞上的矛盾。首先必须说明选择外国法作为准据法的理由，这样的理由无非是当事人对准据法的选择或双边法律选择规则对外国法的援引，这种理由已经暗示了所审理的涉外民事关系不属于内国强行性规定适用的范围，那接下来又如何说清该外国法的适用会违反内国强行性规定，故不应得到适用，而应适用内国强行性规定。如此情形下，我国法院在法律选择方面的说理便常常理由矛盾、语焉不详或直接缺失，以致成为学术界一直诟病的重大缺点。^④

强行性规定适用制度与公共秩序保留制度第二个重要区别是和当事人意思自治的关系不同。

^① 参见徐崇利：《法律规避制度可否缺位于中国冲突法？——从与强制性规则适用制度之关系的角度分析》，载《清华法学》2011年第6期，第122—131页；张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第189—207页。

^② 《中华人民共和国民法通则》第150条规定：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第194条规定：“当事人规避我国强制或者禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。”

^③ 参见张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第189—207页。

^④ 参见中国国际私法学会主编的历年（1998—2018）《中国国际私法与比较法年刊》中的“中国国际私法司法实践述评”。

强行性规定制度具有排除当事人意思自治的效力，强行性规定调整范围内的民事关系通常不允许当事人选择法律，即使当事人选择了法律，也不能得到适用。而公共秩序保留制度一般情况下并不排除当事人选择的法律，只是在当事人所选择的外国法适用后将违反内国公共秩序时才排除该外国法的适用，也就是说，公共秩序保留制度适用的目的不在于否定当事人意思自治的效力，而在于防范外国法的适用对内国公共秩序造成破坏。

强行性规定适用制度与公共秩序保留制度第三个重要区别是和双边法律选择规则的关系不同。强行性规定适用制度除了排除当事人选择的法律的适用之外，也拒绝适用双边法律选择规则平等选择内国法和外国法，这表明，内国强行性规定的适用无须借助双边法律选择规则的效力，也无须顾及这种效力的实现。而公共秩序保留制度的适用是在当事人意思自治和双边法律选择规则效力实现之后，即只有在当事人选择了外国法或双边法律选择规则援引了外国法时，才有排除外国法适用的可能。

由此可见，强行性规定适用制度与公共秩序保留制度有着不同的价值追求。强行性规定适用制度的目的不是排除外国法的适用，而是运用内国法的属地效力的优势，将国内某些重要法律规定作为第一选择，以保护内国特殊利益。公共秩序保留制度的目的也不是排除外国法的适用，而是在表达了愿意适用外国法的诚意的同时还能确保内国重要的公共秩序不致被破坏。前者坚守了法律选择的单边主义或特殊主义，后者为法律选择的双边主义或普遍主义留下了空间。

2. 强行性规定适用制度与法律规避效力制度之间的区别

强行性规定适用制度与法律规避效力制度之间的差异更为明显。事实上，国际私法中的法律规避问题涉及的主要不是法律选择问题，而是如何认定规避法律的行为的效力，至于否定了规避法律的行为所产生的效果之后，再应该如何选择法律来处理所涉民事关系，便已经不属于法律规避效力制度这一范畴内的问题了，即使被规避的法律属于内国强行性规定，也与内国强行性规定适用制度没多大关系，如果最终被规避的内国强行性规定得到适用，与之前的法律规避问题也没多大关系，其中也不存在排除外国法适用的情形。因为在当事人规避了内国相关法律规定，而使某外国法得以适用的过程中，内国并未参与其中，该外国法的适用并非内国法律选择规则的援引，内国否认外国法确定的权利和行为效果，只是否认规避法律的行为的效力，并不涉及是否适用外国法的问题，也就谈不上排除外国法的适用。

将强行性规定适用制度与法律规避效力制度混为一谈完全是由司法实践中的错误判断造成。在中国内地法院的审判中，存在涉及这两种制度的案例，如：当事人双方约定适用外域法，但中国内地法院认定当事人选择法律的约定规避了内域强行性规定，故判定不适用当事人所选择的外域法，而适用内域强行性规定。^① 这分明是法律选择过程中判断当事人选择效力的情形，并非国际私法中所谓法律规避效力问题，因为当事人的法律选择即使对抗了内域强行性规定的适用，但终究只是一种试图规避内域强行性规定的意图，并未演成已然适用外域法的事实，法院也并非面对需要认定外域法得到适用后的结果的问题，因此，类似案例中其实并不存在国际私法中的法律规避效力确定问题。之所以法院以法律规避的理由否定当事人所作法律选择，是因为案件发生当时立法上尚未确立强行性规定适用制度，提出这样的理由与其说是法院判断错误，不如说是法院的无奈之举，但对国际私法的初学者甚至硕士生和博士生却是影响深远，有的博士学位论文在论

^① 参见张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第194页。

及强行性规定适用制度与法律规避效力制度的关系时，仍然认为，法律规避是指当事人规避了原本应该适用的法律，使对其有利的法律得以适用，故法院排除该法律的适用。^①如前所述，这样的理解并不正确，是将强行性规定适用制度与法律规避效力制度混为一谈，因为在法律规避效力制度中不涉及外国法的适用，也不涉及外国法适用的排除，这项制度运用的意义主要是如何确认外国法得到适用后的效果，或者说是如何认定当事人通过规避相关法律而获得的结果，只有强行性规定适用制度才具有排除外国法适用的功效。可以看到，硕士生和博士生们的学位论文中这样不准确的理解明显是从上述法院以当事人规避法律的理由排除域外法的适用的作法中得出。

二 强行性规定适用制度的性质

在现有研究成果中，强行性规定适用制度这一话题下混杂了诸多概念，也存在诸多对强行性规定性质以及强行性规定适用制度性质的不同理解。

关于强行性规定及其适用制度的性质现有成果中的说法较为混乱，很多相关问题并没有被解释清楚，如：强行性规定是实体规则还是法律选择规则；强行性规定存在于国内实体法中还是存在于国际私法中；强行性规定与强行性规定适用制度是否同一涵义；是否应将强行性规定区分为国内强行性规定和国际强行性规定；国际私法中的强行性规定这一表述是否准确。

在这些问题中，打歪了基础、以致影响了其他问题的观点是：强行性规定等同于强行性规定适用制度，从这一认识出发，一路带乱了对其他相关问题的理解和判断。

（一）国际强行性规定之误

各种研究成果在一国强行性规定是国内实体规范这一点上有较高共识度，即大多认为强行性规定是具有强制适用效力的一类实体规范，仅停留于国内法层面认识强行性规定，不难得出这样的理解，但在讨论一国强行性规定适用于涉外关系时，问题就变得不那么简单了。

在国际私法中，讨论国内强行性规定在涉外关系中的适用问题，须涉及国内强行性实体规定和援引这类强行性规定以适用于涉外关系的规则。由于有了国际私法中的援引实体法的规则介入，很多成果认为，适用于涉外关系的国内强行性规定已不再是单纯的国内法，它们似乎具有了国际性，或者被纳入国际私法体系，被援引适用于涉外关系的强行性规定被称为国际强制性规范或国际私法中的强制性规范。^②此外，这些成果还认为，强行性实体规范和援引强行性规定的规则一起构成了直接适用的法，或者认为直接适用的法是一种制度。^③不难看出，这些认识和上述认为一国强行性规定是国内实体规范的认识并不一致。这种不一致的根源便在于混同了国内法中的强行性实体规定和国际私法中的强行性规定适用制度。

^① 参见杨华：《直接适用法的理论与实践》，湖南师范大学博士学位论文，2016年，第69页。

^② 参见卜璐：《国际私法中强制性规范的界定——兼评〈关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）〉第10条》，载《现代法学》2013年第3期，第149—158页；董金鑫：《论中国直接适用法理论体系之构建》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第7期，第55—66页。

^③ 参见田曼莉：《再论国际私法中“直接适用的法”》，载《同济大学学报（社会科学版）》2003年第6期，第72—75页、第80页；张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第194页。

从国内法层面论，一国强行性规定性质上都是国内法，主要功用是调整国内关系，只是其中一些强行性规定被国际私法中的单边法律选择规则援引得以适用于涉外或国际关系，但这些强行性规定并不会因此变为国际法，也不会从此只适用于涉外或国际关系，正如每个国家国内合同法、物权法、侵权法、婚姻家庭法、继承法等都有可能被法律选择规则援引适用于涉外民事关系，但这样的被选择适用不改变它们主要适用于国内民事关系的基本性质和功用，只有现已废止的《涉外经济合同法》是例外，该法以涉外关系为适用对象，其性质和一国国内国际私法法规一样，是一国制定的专门针对涉外或国际关系的涉外法或“国际法”。因此，将一国强行性规定区分为国内强行性规定和国际强行性规定并不准确。

再从国际私法层面论，狭义上，国际私法以法律选择和法律适用为主要任务，其规则的核心类型是法律选择规则，不包含实体规则，故作为实体规范的强行性规定不存在于国际私法体系中，即使被国际私法中的法律选择规则援引而适用于涉外关系，强行性规定仍独立于国际私法，不属于国际私法规则的组成部分。如果说国际私法中的强制性规则是指那些援引国内强行性实体规定的法律选择规则，同样难以使人信服，因为这些法律选择规则只是赋予强行性规定优先适用的排他效力，其本身不会因此也具有了强行力。

现在可以看出，认为国内法中存在国际强行性规定是令人难以理解的，同样，认为强行性规定存在于国际私法中也同样令人难以理解。

厘清这一问题，才能看清强行性规定是否等同于强行性规定适用制度。

（二）强行性规定与强行性规定适用制度

强行性规定适用制度中，除了有援引国内强行性规定的单边规则之外，还有确定可以适用于涉外关系的国内强行性规定范围的规则，如2012年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国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）》）第10条确定国内强行性规定应该适用的六种情形的规则，这些规则虽不是法律选择规则，但承担了设定国内哪些强行性规定应该适用于涉外关系的任务，或者，反过来说，确定了哪些涉外关系应该适用国内强行性规定，这样的内容仍然体现的是确定法律选择和法律适用的功效。正如国际私法中的外国法查明制度，其中包括查明外国法的主体、查明外国法的渠道以及外国法无法查明时的处置等等，虽然不是为某项涉外关系援引准据法的规则，但广义上论，这些规则仍然是确定准据法内容以完成法律选择和法律适用任务的规则。立法上，这样的规则都存在于国际私法规中。

而存在于国内实体法中的强行性规定是实体规则，能够直接确定法律关系主体的权利义务，是强行性规定适用制度中的法律选择规则援引的对象，如前所述，它们独立于国际私法，不是国际私法规则的组成部分。

两相比较，很显然，强行性规定和强行性规定适用制度是两种性质和功效完全不同的规则，且分属于两个不同的法的部门。故，强行性规定不等同于强行性规定适用制度，这两个术语互相换用是不正确的。

造成强行性规定等同于强行性规定适用制度这一误解的原因或许不完全在中文体系，而在外文体系，因为从外文相关资料上，可以看到以强制性规定指代强制性规定适用制度的表述，这种表述被纳入中文，便造成强制性规定和强制性规定适用制度之间的混淆。

每一种语言都有自身固有的表意习惯，外文的表意和应有的释义或许与中文不同。比如，英文中的“conflict of laws”既表法律冲突之意，也表调整法律冲突的冲突法之意。同样，在英文专著和论文中，“mandatory provisions”既表强行性规定之意，也表强行性规定适用之意。^①但是，在中文中提到这些英文术语时，不应只拘于其一义，而应该根据所论话题作不同理解。对“mandatory provisions”一词，在国内实体法层面应表述为强行性规定，在国际私法层面则应表述为强行性规定适用制度，不应仍表述为强行性规定。因此，对“mandatory provisions in private international law”这一表述的解读应该是国际私法中的强行性规定适用制度，而不应该是国际私法中的强行性规定。

如果有人认为，在强行性规定适用制度的语境下，所谓强行性规定就是强行性规定适用制度的简略说法，那只能说，从专业性论，把一种概念简略为另一种涵义完全不同的概念并不是严谨的态度。若简略表述使认识发生性质变化且导致歧义，就说明这种简略不适当。

综上所述，强行性规定适用制度本质上是选择和适用强行性规定的制度，其内容主要是援引强行性规定的单边法律选择规则和确定强行性规定在涉外关系中的适用范围的规则，存在于国际私法法规中，这项制度不包括实体规则，故不是实体法制度。

三 强行性规定适用的依据

从国际私法角度看，国内法适用于涉外民事关系的依据是法律选择规则，因为有了法律选择规则的援引或赋权，国内民事实体法才获得适用于涉外民事关系的效力，这本是所有研习国际私法的人都清楚知晓的国际私法常识，但这一常识却在讨论国内强行性规定适用于涉外民事关系的依据时出现了异变。

（一）无需法律选择规则援引之误

几乎所有论及强行性规定适用制度的成果都表示，国内强行性规定可以不经过国际私法中的法律选择规则（冲突规范）的援引而直接适用于涉外民事关系，即国内强行性规定适用于涉外民事关系的依据并非来自法律选择规则，而是来自这类规定自身的强制性的适用效力。由此，强

^① See Horatia Muir Watt and Luca G. Radicati di Brozolo, “Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”, (2004) 6 (2) *International Law Forum de droit international* 90, pp. 90 – 96; Yuko Nishitani, “New Private International Law of Japan: Protection of Weaker Parties and Mandatory Rules”, (2007) 50 *The Japanese Annual of International Law* 40, pp. 40 – 59; J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law* (Oxford University Press, Fourteenth Edition, 2008), pp. 150 – 151; Luke Villiers, “Breaking in the ‘Unruly Horse’: The Status of Mandatory Rules of Law as a Public Policy Basis for the Non-Enforcement of Arbitral Awards”, (2011) 18 *Australian International Law Journal* 155, pp. 155 – 180; Lord Collins of Mapesbury, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell, Fifteenth Edition, Volume 1, 2012), pp. 99 – 130; Christopher Bisping, “The Common European Sales Law, Consumer Protection and Overriding Mandatory Provisions in Private International Law”, (2013) 62 *International and Comparative Law Quarterly* 463, pp. 463 – 483; Pippa Rogerson, “Collier’s Conflict of Laws” (Cambridge University Press, Fourth Edition, 2013), p. 434; Laura Maria van Bochove, “Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law”, (2014) 3 *Erasmus Law Review* 147, pp. 147 – 156; Kurt Siehr, “International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules”, (2014) 67 *Revue Hellénique de Droit International* 801, pp. 801 – 828.

行性规定也有了使用频率更高的另一表述——直接适用的法。^①令人费解的是，在几乎所有使用直接适用的法一词的成果中这个词语都被打上了引号，不知道是否表示这些成果的作者们对这一类法是否真的具有直接适用的效力并不能十分确定，因而使用这一词语时并不那么理直气壮。若果真如此，说明这种感觉是对的，因为关于一国之内某些实体法律规则具有无须法律选择规则的援引便可直接适用于涉外民事关系的说法确实不能令人信服。

就一国国内民商实体法的适用效力而言，没有哪个国家的民商实体法具有直接适用于涉外民商关系的效力，一国公法就更不可能直接适用于涉外关系，这是由法的适用的地域效力决定的，不可能因为某类法在国内具有强行效力而改变，也就是说，对国内关系具有强行性效力的规则并不当然同样对涉外关系或国际关系具有强行性效力，和非强行性规定一样，一国国内强行性规定也只具有属地的效力。一国制定强行性规定的目的仅在于赋予它们较之非强行性规定更强的效力，并非赋予它们可以直接适用于涉外关系的效力。因此，在国内法仅有域内效力这一点上，强行性规定和非强行性规定并无分别。由此，在面对涉外关系时，一国国内的强行性规定和非强行性规定在适用效力上的差别不是前者具有不经法律选择规则的援引而可以直接适用于涉外关系、后者则必须经过法律选择规则援引才能适用于涉外关系，而是前者具有被国内法院优先及排他地选择适用的效力、后者则须与外国法分享被选择适用的效力。这一点不难理解，因为国际私法并不承担如何确定权利义务的功用，他要实现的功效始终是选择法律，在国内法中强行性规定和非强行性规定适用效力上的强弱在国际私法中呈现的便是法律选择排他性的强弱。

就国际私法而言，法律选择规则最主要的功能就是选择准据法，其中国内法是主要选择对象。如果说国内强行性规定不需要法律选择规则的援引便可直接适用于涉外民事关系，那一方面否定了国内法只具有属地的适用效力、并不当然具有直接调整涉外民事关系的基本法理，另一方面也否定了法律选择规则援引国内法的基本功用以及法律选择规则的适用效力。法律选择规则存在的意义正在于为一国国内实体法适用于涉外关系提供依据，没有法律选择规则的援引或赋权，一国国内实体法就没有适用于涉外关系的依据。

（二）司法实践对强行性规定适用依据的需求

事实上，所谓一国强行性规定可以不经过法律选择规则的援引而直接适用于涉外民事关系，只是研究成果中的一种说法，经过人云亦云、甚至以讹传讹流传下来，国际私法规中分明存在援引内国强行性规定的法律选择规则，法院也因为有了这样的规则才能据以适用内国强行性规定。

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》，自2011年4月1日起施行）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

^① 例如，参见徐冬根：《论“直接适用的法”与冲突规范的关系》，载《中国法学》1990年第3期，第84—91页；肖永平、胡永庆：《论“直接适用的法”》，载《法制与社会发展》1997年第5期，第46—57页、第64页；冰青、陈立虎：《“直接适用的法”之解析》，载《法商研究》2002年第1期，第102—106页；刘仁山、胡炜：《“直接适用的法”的若干问题》，载《当代法学》2002年第8期，第93—94页、第102页；田曼莉：《再论国际私法中“直接适用的法”》，载《同济大学学报（社会科学版）》2003年第6期，第72—75页、第80页；王葆蔚：《德国国际私法中关于“强制性规范”的理论和司法实践研究》，载《武大国际法评论》2013年第2期，第244—263页；林燕萍：《〈涉外民事关系法律适用法〉第4条及其司法解释之规范目的》，载《法学》2013年第11期，第66—73页；李双元、杨华：《论国际私法上直接适用法的重新界定》，载《河北法学》2016年第5期，第33—46页；董金鑫：《国际经贸领域的直接适用法研究》，中国社会科学出版社2018年版。数量庞大，不一一列举。

用该强制性规定。”这条规定确定了中国国内强制性规定可以适用于涉外关系的效力。

如前所述，2010年以前，中国国际私法立法中没有这样明确的确立强行性规定适用制度的条款，司法实践中须通过否定法律规避效力或实行公共秩序保留来达到适用国内强行性规定的目。《法律适用法》开始实施以后，中国法院审理涉外案件时再不必如此迂回地适用国内强行性规定，可以依据该法第4条的援引或赋权，优先考虑国内相关强行性规定的适用，无须顾及当事人的选择和外国法的适用。此种情形正好说明了一国强行性规定适用于涉外关系必须经过法律选择规则的援引。

如果似前述海量成果中所说，一国强行性规定无须经过法律选择规则援引便可适用于涉外关系，那么，即使在2010年以前没有《法律适用法》第4条时，我国国内强行性规定也应该可以优先适用于涉外关系，法院就不用辗转通过否定法律规避效力和实行公共秩序保留最终适用强行性规定。但法院并没有这样做。也就是说，虽然研究成果认为一国强行性规定适用于涉外关系不需要法律选择规则的援引，但司法实践中并不存在没有《法律适用法》第4条的援引而径直适用国内强行性规定的情形，而是在《法律适用法》实施后，法院的判决书中才出现根据《法律适用法》第4条适用我国强行性规定的判词。

在司法审判中，上述情况甚至以一种为学术研究提供经典佐证的形式呈现出来：对同一个案件的审理中，因为审理时间不同，一审和二审法院分别采用了否定法律规避效力和强行性规定适用这两种不同的法律选择和法律适用理由，对案件适用了我国强行性规定。在汕头海洋（集团）公司、李国俊、中国银行（香港）有限公司保证合同纠纷一案中，一审（2006年）时，法院以公共秩序保留和当事人规避我国内地相关强行性规定为理由，否定了当事人选择法律的效力，最终适用了我国相关强行性规定。当事人上诉后，二审（2012年）时，法院在法律选择和法律适用时依据了《法律适用法》第4条，认定该案属于我国内地相关强制性规定适用的范围，故没有考虑当事人选择法律的效力，径直适用了内地强制性规定。^①

对这样的转变，最高人民法院相关负责人作出了解释：以前法院往往以当事人选择法律的约定违反我国公共秩序或规避了我国强制性规定为由否定法律选择效力，而适用我国强制性规定，此理由受到许多学者批评。在《法律适用法》实施后，该法为法院处理类似情况提供了直接的法律依据，法院可以根据该法第4条的规定，排除当事人关于准据法的约定，适用我国相关强制性规定。^②

由此可见，《法律适用法》第4条是援引国内强行性规定的法律选择规则，没有这样的规则，国内强行性规定无法优先适用于涉外关系，有了这样的规则，法院就获得了将国内强行性规定以最迅捷的路径和最正当的理由适用于涉外关系的法律依据。司法审判中呈现的这种情况又一次证明，关于一国强行性规定无须经过法律选择规则的援引便可直接适用于涉外关系的认识是一种误解，而且，在后文论及第三国强行性规定适用时将再一次证明这样的认识是通向了一条死胡同。

研究成果中存在的不正确认识的弊害不仅误人子弟，也殃及立法。学术研究中的那些说法为

^① 参见最高人民法院（2011）民四终字第17号民事判决书。

^② 参见刘贵祥（时任最高人民法院民事审判第四庭庭长）在“全国涉外商事审判工作庭长座谈会”上的总结讲话（2011年8月），<https://haishang.lawtime.cn/hslw/2011111935461.html>，最后访问时间：2020年10月18日。

规则设置时的措词提供了模板，而那些说法被置于法规或司法解释中时甚至会产生有些诡异的效果。

2012年最高人民法院发布的《司法解释（一）》第10条规定：“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：（一）涉及劳动者权益保护的；（二）涉及食品或公共卫生安全的；（三）涉及环境安全的；（四）涉及外汇管制等金融安全的；（五）涉及反垄断、反倾销的；（六）应当认定为强制性规定的其他情形。”

很显然，该条中的“无需通过冲突规范指引”是深受研究成果中观点的影响而作的表述，但令人感到无奈的是，姑且不论该司法解释条文的语句和表述是否顺畅和准确，只看这一句表述，就觉得拟制者在选择“无需”这一否定词时似乎忘记了一点，那就是：该司法解释条文本身以及该条文中提及的“涉外民事关系法律适用法第四条”恰恰正是冲突规范，且内容正是指引我国强制性规定。这样的表述即使不能说有些荒唐，至少也是不够准确和不够严谨，表明此规则的拟制者并没有清楚认识这条规则的性质和功用，才采用了这种自我否定因而也自相矛盾的表述。如果强制性规定不需要冲突规范的指引，那《法律适用法》第4条和《司法解释（一）》第10条的功效和价值是什么？难道只是为了自我否定？

综上所述，一国强行性规定与国内其他实体规定一样，必须经过国际私法中的法律选择规则的援引，才能适用于涉外关系，只不过这种法律选择规则在类型上属于单边法律选择规则，而且，除了第三国强行性规定的适用（这是一种更复杂、更特殊的情况，后文再论），这样的法律选择规则是仅指向内国法的单边规则。

（三）特殊的单边法律选择规则

单边法律选择规则是对法律的指向单一、明确的规则，它们对国内法的援引从规则的表述中即已明示，方向要么指向内国法，要么指向外国法，不具有可能是内国法、也可能是外国法的双边性，援引内国强行性规定的法律选择规则即属于这类单边规则，但这类单边规则与其他单边规则并不完全相同。

法律选择规则产生之初，因为脱胎于法律适用的属地主义，各法域的法律选择规则几乎都是指向内域法的单边规则，其主要功效是确定内域法在涉外关系中的适用效力，极少考虑外域法在内域的适用。直到法律选择的普遍主义带来大量双边法律选择规则，单边规则的适用才被尽量缩至极小范围，但并未在国际私法法规中绝迹。^①

正因为法律选择的理念始终无法摒弃属地主义，故大多数单边规则是指向内国法的规则，但并非所有被单边规则援引的内国法的规定都是强行性规定。单边规则援引内国法时，该内国法规定不一定是强行性规定，只有排除双边规则对外国法的指引（包括当事人对外国法的选择，因为当事人的选择同样具有选择内国法和选择外国法的双重可能性）时，被援引的内国法规定才是强行性规定。

1988年最高人民法院发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见

^① 参见沈涓：《法院地法的纵与限——兼论中国国际私法的态度》，载《清华法学》2013年第4期，第156—175页。

(试行)》第179条规定：“定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用其定居国法律。”这条规定可被拆分成两条单边的法律选择规则，虽然都针对的是定居国外的我国公民的民事行为能力，但因为区分了行为地在我国和在定居的外国两种情况，这条规则可被拆分为分别指向内国法和外国法的两条单边规则，但此时单边规则援引的并非我国内强行性规定，而只是确定公民民事行为能力的一般实体规则。

清楚地认识一国强行性规定由指向内国的单边法律选择规则援引，是为了进一步理解所谓直接适用的法之“直接”一词的意思。既然国内强行性规定仍须由法律选择规则援引，那么“直接”一词的意思就不应该是指法院可以绕开任何法律选择规则的援引适用强行性规定，而应该是指法院可以不适用有可能援引外国法的双边法律选择规则，也可以不考虑有可能以外国法为对象的当事人的选择，仅仅或只选择适用内国强行性规定。可见，“直接”一词不是针对是否需要法律选择规则的援引而言，而是针对是否需要双边法律选择规则的援引或当事人的选择而言。所以，直接一词的言下之意显然不应该是无需法律选择规则的援引，而应该是无需双边法律选择规则的援引。

可惜的是，这样的认识在成果中极少，^①而且，从有此认识的一些成果的上下文看，提出强行性规定无须双边法律选择规则的援引或援引强行性规定的规则属于单边法律选择规则的观点多属偶然为之，并非对此有清楚认识，因为在同一篇论文中，还出现了强制性规范无须冲突规范援引便可直接适用于涉外关系的矛盾说法，甚至一方面认为“单边冲突规范是国际强制性规范得以强制适用的法律依据”，而另一方面又认为“有必要强调单边冲突规范和国际强制性规范之间的显著差异”，作者在认识到强行性规定需要单边法律选择规则作为适用的依据的同时，又不准确地提出国际强制性规范的概念，以及呈现出将单边规则与概念和性质不明确的国际强制性规范进行比较的混乱。还有在一部专著中同时存在强行性规定“无须多边冲突规范的指引”和“无须冲突规范援引”两种不同说法的情况。^②可见，在现有成果中一直存在对强行性规定适用依据和强行性规定性质的不准确认识，积弊已久，难在短时间厘正。

综上所述，和其他国内实体法一样，一国强行性规定须经过单边法律选择规则的援引，才能适用于涉外关系，强行性规定适用的依据是国际私法法规中专门援引国内强行性规定的单边法律选择规则。缺失这一法律依据，一国强行性规定适用于涉外关系就缺失正当理由。

四 强行性规定适用的范围

一国强行性规定适用于涉外关系的范围是各国坚守内国法属地适用的最小范围，是各国难以

^① 参见谢石松：《论国际私法中的“直接适用的法”》，载《中国国际法年刊》（2011），世界知识出版社2012年版，第441—451页；卜璐：《国际私法中强制性规范的界定——兼评〈关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）〉第10条》，载《现代法学》2013年第3期，第149—158页；林燕萍：《〈涉外民事关系法律适用法〉第4条及其司法解释之规范目的》，载《法学》2013年第11期，第66—73页；杨倩、丁明粉：《“直接适用的法”中强制性规范的三维界定》，载《河北青年管理干部学院学报》2015年第5期，第68—71页；董金鑫：《论中国直接适用法理论体系之构建》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第7期，第55—66页。

^② 参见卜璐：《国际私法中强制性规范的界定——兼评〈关于适用《涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）〉第10条》，载《现代法学》2013年第3期，第149—158页；董金鑫：《国际经贸领域的直接适用法研究》，中国社会科学出版社2018年版，第15—18页。

放弃的利益区域，如何设定这样的范围，反映的是各国所追求的内国利益排他性保护的态度。中国和其他国家反映的态度存在差异。

(一) 大多数国家设定的范围

强行性规定的适用范围是国际私法中公共秩序保留制度的适用范围之外另一个难以确定的问题，实体法中，各国确定的强行性规定范围不一致，国际私法中，各国援引强行性规定适用于涉外关系的范围也不一致。但有一点可以肯定，并非所有国内强行性规定都应该适用于涉外关系，这就意味着，应该适用于涉外关系的强行性规定的范围小于一国强行性规定的全部范围。各国大多认为，适用于涉外关系的强行性规定主要是一国法律中兼具私法和公法性质的那部分内容，涉及一国极其重大的社会和经济利益，并非一般性强行性规定。^①

在瑞士国际私法中，确定可以排他地适用于涉外案件的强行性规定主要涉及外国人取得不动产、社会保障、保护房屋承租人、公共劳动保护、竞争、进出口管制、外汇、人权等。^②其他国家大多也主张这些方面的规定属于强行性规定。^③

除了上述范围，还有两个强行性规定适用范围日益得到各国共识，那就是消费合同和劳动合同。但不同的是，上文讨论的主要是内国强行性规定的适用，消费合同和劳动合同中强行性规定的适用却常常不能确定究竟是适用内国强行性规定还是外国强行性规定，因为在这两类合同中，法律选择规则援引的通常是消费者惯常居所地法和劳动提供地法中保护消费者和劳动者的强行性规定。这样的范围设定体现的并非内国强行性规定的属地强行力和内国利益的排他保护，而是消费者和劳动者利益的排他保护，是少有的运用强行性规定保护个人利益而非国家利益的范围，可见，这两个强行性规定适用范围很快获得各国共识不是没有道理的。

(二) 中国设定的范围

中国以前立法中缺失强行性规定适用于涉外关系的规定，更没有涉及强行性规定在涉外关系中适用的范围，即使常常用于替换适用的公共秩序保留制度体系中也没有明确规定公共秩序的内容，而是以“社会公共利益”含糊指代。2012年最高人民法院的《司法解释（一）》虽然是首次对强行性规定适用于涉外关系作出确定，但在设定强行性规定适用的范围时也采用了“涉及中华人民共和国社会公共利益”这样的表述，显示了中国国际私法中公共秩序保留制度和强行

^① 参见〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德：《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349—351页；徐冬根：《国际私法趋势论》，北京大学出版社2005年版，第392—433页；宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社2004年版，第251—307页。

^② 参见Pierre A. Karrer, Karl W. Arnold and Paolo Michele Patocchi, *Switzerland's Private International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer · Boston, Schulthess Polygraphischer Verlag AG · Zurich, 1994, pp. 46–47, 转引自陈卫佐：《瑞士国际私法典研究》，法律出版社1998年版，第52—53页；宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社2004年版，第267—268页；陈卫佐：《比较国际私法》，清华大学出版社2008年版，第197页。

^③ 参见J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law* (Oxford University Press, Fourteenth Edition, 2008), pp. 150 – 151; Lord Collins of Mapesbury, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, (Sweet & Maxwell, Fifteenth Edition, Volume 1, 2012), pp. 99 – 130; 袁泉：《荷兰国际私法研究》，法律出版社2000年版，第174—178页；陈卫佐：《比较国际私法》，清华大学出版社2008年版，第197页；李凤琴：《欧盟〈合同之债法律适用条例〉评析——兼论对中国的启示》，载《中国国际私法与比较法年刊2010》（第13卷），北京大学出版社2011年版，第200—217页。

性规定适用制度同根同源的近密关系，且该司法解释在促进这两种制度的发展方面作出了重要贡献，那就是具体列举了六项应适用强行性规定的涉外关系的范围：劳动者权益保护、食品或公共卫生安全、环境安全、外汇管制等金融安全、反垄断和反倾销的、应当认定为强制性规定的其他情形。虽然第六项兜底条款可能会使强行性规定的适用范围依旧边界不清、底线模糊，从而导致强行性规定的滥用，但总算划出了几个较为具体的范围，使法院适用强行性规定时有了可依循的标准。

《司法解释（一）》第10条设定的范围和上述各国设定的范围已十分接近，表明中国在强行性规定适用范围方面逐渐理智地走向规范化，力图改善此前的偏颇，但第六项的兜底条款又透露出缺乏安全感的心理。此外，中国首次设置了消费合同和劳动合同的准据法选择规则，将这两种合同分别纳入消费者惯常居所地法和劳动者工作地法中的强行性规定适用范围。^①

在《法律适用法》和《司法解释（一）》施行之前，中国在合同领域有重要的指向国内法的单边法律选择规则，即：在中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，适用中国法律。^②此外，2007年最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（已废止）第8条更将这种必须适用中国法律的合同范围作了扩大，除了上述3种合同之外，还有下列合同也要适用中国法律：中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；外国自然人、法人或者其他组织购买中国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同；外国自然人、法人或者其他组织认购中国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；外国自然人、法人或者其他组织购买中国领域内的非外商投资企业资产的合同；中国法律、行政法规规定应适用中国法律的其他合同。关于这些合同适用中国法是否属于适用中国强行性规定存在争议。^③

如前所述，强行性规定适用于涉外关系的效力表现为排除当事人意思自治和双边法律选择规则的效力，因此，判断国内调整这些合同关系的法是否强行性规定，主要是看援引这些国内法的单边法律选择规则是否具有排除当事人选择和双边法律选择规则的效力。如果确定这几类合同准据法时允许当事人优先选择合同准据法，只有在当事人没有选择或选择无效时，才采用单边法律选择规则援引国内相关规定，这种单边法律选择规则就不是援引国内强行性规定的规则，所援引的国内法也不是强行性规定。在上述中国立法中，对那几类合同没有优先允许当事人选择准据法，而是直接规定应适用中国相关法律，表明调整这几类合同的法律规定属于强行性规定，也表明合同领域是我国强行性规定的重要适用范围。

对比上述其他国家所确认的应该适用强行性规定的范围可以看出，中国国际私法立法所指定的必须适用于八种或更多涉外合同的强行性规定在范围上与其他国家规定差别较大。虽然这些涉外合同对中国经济具有一定重要性，但并不具有极其重大的经济和社会利益。中国国际私法为国内强行性规定的适用设置了如此大的空间，甚至还以“中国法律、行政法规规定应适用中国法律的其他合同”这样的不确定指向，设置了一个开放性范围，给更多种类的合同必须适用中国

^① 见2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第42条和第43条。

^② 见1985年《中华人民共和国涉外经济合同法》（已废止）第5条第2款；1987年最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（已废止）第2条第3款；1999年《中华人民共和国合同法》第126条第2款。

^③ 参见林燕萍：《〈涉外民事关系法律适用法〉第4条及其司法解释之规范目的》，载《法学》2013年第11期，第66—73页。

强制性法律留下了更大余地，似有滥用强行性规定之嫌。涉外合同是当事人意思自治原则适用的重要范围，而中国强行性规定在合同领域有着广泛的适用范围，由此可见中国强行性规定适用制度的主要效力在于排除当事人对准据法的选择。

目前，上述确定八类甚至更多涉外合同要适用中国法的法规和司法解释已废止，合同法虽还未废止，但将于2021年1月1日起施行的《中华人民共和国民法典》的“合同编”已不再有《合同法》第126条第2款那样的规定，但有学者认为，这些已废止的法规和司法解释仍将对司法产生持续影响，^① 对相关法院的调研也了解到，在新的法规和司法解释产生之前，那些废止的法规和司法解释仍是法院处理涉外合同纠纷的参照。如要确切地将这几类涉外合同排除在强行性规定适用范围，必须有明确的法律规定或司法解释的指示。

强行性规定适用制度的基础是法律适用的属地性，适用于涉外关系的强行性规定绝大多数是法院地法，适用的目的是维护法院地国特殊利益。各国在建构强行性规定适用制度时都赋予了内国强行性规定排除当事人意思自治和双边法律选择规则的适用效力，强调的是内国某些规定的绝对优先适用的地位，这与现代国际私法主张的平等选择内国法和外国法的普遍主义相悖，因此，强行性规定适用制度的采行应谨慎，不应不适当扩大强行性规定在涉外关系中的适用范围。一国强行性规定优先适用于涉外关系应属个别和特殊现象，不应被演成法律选择和法律适用的常态。

五 第三国强行性规定的适用

强行性规定适用制度是一项不断发展的制度，发展的结果不仅仅表现在某些方面的完善，如强行性规定适用范围的确定和限制，还表现在对法院地国以外国家强行性规定的关注。这是一个耐人寻味的现象，因为其中充满矛盾和复杂。强行性规定适用制度本是为维护内国特殊和重大利益而设置，其实现以排除外国法的适用为手段，强调内国法的绝对优势效力，而外国强行性规定的适用是对外国重大利益的关照，可见，外国强行性规定的适用必会呈现与内国强行性规定适用不一样的理念和方法。

目前，许多国家国内国际私法法规和一些国际私法公约在确定内国强行性规定适用制度时，也设定了外国强行性规定适用的规则。^② 中国国际私法研究成果中也有关于是否应该适用外国强行性规定的讨论，其中有赞同的主张。^③ 但这些讨论并不深入、也并不成熟，诸如适用外国强行性规定的必要性和合理性、如何确定内国和外国强行性规定的适用效力、依哪国标准认定强行性规定的性质、适用外国强行性规定的依据是什么、司法实践中适用外国强行性规定的可行性如何等问题，甚至有时适用外国强行性规定是否属于适用“第三国”强行性规定的问题，都没有系统和可信的结论。这些问题没有得出具有共识的答案，中国在立法和司法中确立外国强行性规定适用制度只能是盲目跟风，更会加重司法负担。

^① 参见丁伟：《论三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展》，载《国际商务研究》2017年第2期，第22—33页。

^② 参见沈涓：《法院地法的纵与限——兼论中国国际私法的态度》，载《清华法学》2013年第4期，第156—175页。

^③ 参见卜璐：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第6期，第87—93页；董金鑫：《论第三国强制规范适用制度在中国的确立》，载《中国石油大学学报（社会科学版）》2015年第4期，第59—64页。

(一) 第三国的界定

在现有的研究成果中常常只提到第三国，很少提到第一国和第二国，但既有第三国，当然就应有第一国和第二国。通常认为，法院地国和准据法所属国之外相关国家皆为第三国，即法院地国是第一国，准据法所属国是第二国，和案件相关的其他国家是第三国。当法院地国和准据法所属国是同一国时，有人认为此时的第三国为假第三国，实为第二国。^① 但对三类国家的称呼具有特定意义，不能转换。

第一，第一国即法院地所在国是具有审理纠纷的管辖权的国家，掌握着决定法律选择和法律适用的主动权，第三国强行性规定能否得到适用，唯看法院地国是否重视第三国强行性规定的适用效力；第二国是准据法所属国，其法律能否最终作为准据法被适用，也要看法院地国对第三国强行性规定适用的态度以及第三国强行性规定的内容，如果法院地国国际私法中确立了第三国强行性规定适用制度，且第三国强行性规定与准据法并不冲突，准据法可与第三国强行性规定同时适用于案件，如果第三国强行性规定与准据法对同一事项规定不一致，很可能准据法最终会被排除适用；第三国是这两类国家之外与案件相关的国家，其强行性规定可能会成为最后应该被适用的准据法。

由此可见，第一国、第二国和第三国三者位置和三者之间相互关系不可转换。即使法院地国和准据法所属国是同一个国家，也不应将这个国家称为第一国，而将除此以外的相关其他国家称为第二国，只能认为，这个国家既是第一国、也是第二国，此外的相关国家仍是第三国。因为，所谓第一国、第二国和第三国除了是对案件中三类国家的称呼，更表明了这三类国家与案件相关联的不同程度、以及这三类国家的法律适用于案件的合理性的不同程度，也显明了这三类国家相互之间的关系。如果，当准据法所属国与法院地国不是同一国时它被称为第二国，当它与法院地国是同一国时它却被称为第一国，那么，准据法所属国与法院地国之间的关系就显得混乱不清，它们与案件之间的关联性也变得不确定。同样，当法院地国和准据法所属国分属两个国家时，其他相关国家被称为第三国，而当法院地国和准据法所属国是同一国时，其他相关国家就被称为第二国，这也使各国之间关系以及各国与案件之间关联性变化不定，也使适用法律的判断标准变化不定。

第二，如果认为法院地国和准据法所属国以外的国家有时是第二国，有时又是第三国，这样的界定可能会引起混乱，除了会导致理解和定位方面的困扰，更重要的是，当落实“适用第三国强行性规定”的规则时有可能会因为定位中缺失第三国而落空。因此，上述定位仍应坚守。

第三，第三国或许并不是法院地国和准据法以外与案件相关的所有国家或任一国家，而应该是与案件有较密切联系的国家，甚至较之准据法与案件的联系更密切，因为准据法很可能是由当事人选择的法律，而当事人可以选择与案件联系不那么密切的国家的法律。对此，2010年修订瑞士《关于国际私法的联邦法》第19条第1款规定：“依照瑞士法律观念值得保护且明显占优势的一方当事人利益要求考虑本法所指定的法律以外的另一法律的强制性规定时，如果案件与该另一法律有密切联系，则可考虑该另一法律的强制性规定。”^② 2008年欧盟《关于合同之债法律适用的第593/2008号条例》（罗马I）第3条第3款也规定：“选择法律时，如果与当时情

^① 参见董金鑫：《第三国强制规范在法院地国的适用研究》，中国人民大学出版社2016年版，第29页。

^② 见邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社2017年版，第380页。

况有关的所有其他因素均位于所选择的法律所属国以外的其他国家，则当事人的法律选择不得影响该其他国家的那些不得通过协议减损的法律条款的适用。”^①与瑞士和欧盟国际私法相似，其他愿意适用第三国强行性规定的国家也要求第三国须与案件有密切联系。

(二) 第三国强行性规定的适用

1. 第三国强行性规定适用与法律规避和公共秩序保留

与内国强行性规定的适用一样，第三国强行性规定的适用仍然与法律规避效力和公共秩序保留纠缠不清，显示了第三国强行性规定的适用和内国强行性规定适用相同，都脱胎于法律规避和公共秩序保留。但如果至今仍然不能清楚区分三者之间差别，将会对立法和司法产生不良影响。

研究成果中多有提及第三国强行性规定的适用分为间接适用和直接适用。^② 所谓间接适用是指在当事人对合同内容的约定或对法律选择的约定违反第三国强行性规定时，法院可以当事人规避了第三国强行性规定或违反内国公共秩序为理由，否定当事人约定，适用第三国强行性规定。直接适用是指如上述瑞士和欧盟国际私法中的规定一样，无须借助法律规避效力否定和公共秩序保留，直接确认第三国强行性规定的适用效力。这样的认识涉及较多复杂问题。

法律规避效力制度通常关注的是规避内国法的效力，对此各国几无例外地采取否定态度，极少涉及规避外国法的效力问题，现在可以看到，关于规避外国法的效力认定被置于外国强行性规定适用制度中，即在当事人约定规避了外国强行性规定情形下，如果法院地国主张适用外国强行性规定，就应该否定当事人规避外国强行性规定的约定的效力。

实际上，如前所述，类似情形并非国际私法中的法律规避问题，因为当事人此时只是作出了规避某国强行性规定的约定，尚未产生规避强行性规定之后的效果，如果法院此时否定了当事人约定的效力，就无须面对当事人规避一国强行性规定而使另一国法律得以适用之后的结果，所以，此处讨论的只是第三国强行性规定适用的问题，无涉法律规避问题，至多与公共秩序保留有关。

但是，适用第三国强行性规定中的公共秩序保留情形与一般公共秩序保留情形有本质差异。一般的公共秩序保留制度针对的是外国法的规定，须排除适用的是外国法，而第三国强行性规定间接适用情形下的公共秩序保留却是针对当事人约定，成全的是外国法的适用。此处需要清楚分析的两个问题是：第一，在公共秩序保留制度约定俗成的概念中，被排除的是外国法，最终得到适用的通常是内国法；在适用外国强行性规定时采用公共秩序保留排除的是当事人的约定和当事人选择的准据法，最终得以适用的是第三国强行性规定，这与国际私法中已有固定内涵的公共秩序保留不相符，是否还应借用公共秩序保留制度之名需进一步探讨；第二，一般公共秩序保留制度的适用以保护内国国家和内国个人利益为目的，外国强行性规定适用中的公共秩序保留以保护外国国家利益为目的，是法院地国和第三国两国联手对抗当事人约定，在如此强弱悬殊的背景下适用公共秩序保留制度应该慎之再慎，特别是在以保护个人利益为合理理念的私法领域。

综上所述，所谓间接适用第三国强行性规定的说法不够严谨，其中借用的法律规避和公共秩序保留都不是国际私法中真正的法律规避和公共秩序保留，这一方法不过是借法律规避和公共秩序保

^① 见邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社2017年版，第458页。

^② 参见卜璐：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第6期，第87—93页。

留之名，行适用第三国强行性规定之实，也就难以释明适用第三国强行性规定的必要性和合理性。

事实上，如果讨论这一问题时能够转换思路，或许可以更容易看清问题的本质。

当事人的选择不能避开相关国家强行性规定，这本就是意思自治原则体系中对当事人约定合同内容和选择法律的自由意志的重要限制，只不过多数时候限制的是当事人避开内国强行性规定的选择，此处再用于限制当事人的选择避开相关外国的强行性规定。同一种情形，在意思自治原则体系中是对意思自治的限制，在强行性规定适用制度体系中是强行性规定排除当事人选择的优势效力，当事人的约定因为违反强行性规定被排除适用，内国或外国强行性规定得以适用，于是，两种制度殊途同归。此种情形下，外国强行性规定与其说是间接适用，不如说是直接适用，需要的只是确定当事人约定同样不能避开外国强行性规定。

2. 第三国强行性规定的适用范围

第三国强行性规定适用问题源于合同领域，针对的是当事人选择法律的意思自治。这一点不难理解。第三国法律既不是准据法，却又与案件有密切联系，可以想见的情形是，法律选择规则在指定准据法时通常都已预先考虑了法律关系与所指定的法律之间的密切联系，法律选择规则所援引的法律不太可能与案件联系不密切，有与案件联系更密切的法律没有被援引，只能是出现偏差的情况。而当事人选择准据法则不然，当事人选择法律的考量多为法律规定是否对自己有利或是否为自己所熟知，并不一定在乎所选法律与案件联系的密切程度。因此，当事人选择法律时仅考虑对自己有利、多不考虑所选法律与案件联系的密切程度、甚至也不考虑与案件相关的其他国家强行性规定，便使相关国家强行性规定排除当事人选择而得到适用成为可能。虽然现在一些国家国际私法规已将第三国强行性规定的适用范围扩展到合同领域之外，如在国际私法规的总则部分设置第三国强行性规定的适用规则，^①但实际案例表明，第三国强行性规定现在仍然主要适用于合同领域。^②

既然第三国强行性规定适用的主要范围是合同领域，并具有排除当事人选择的效力，那就意味着当事人意思自治原则是其最首要的影响对象。当事人对合同内容和准据法的约定代表着个人意志，强行性规定体现着国家特殊利益，私法是尊重契约自由的领域，强行性规定、特别是具有公法性质的强行性规定对私法自由进行“干预”^③时应在范围和程度上设置自我约束机制，否则可能引致强行性规定滥用，给当事人意思自治带来不适当的损害，这样的损害甚至被形容为当事人在两国法律体系的挤压下被撕裂。^④特别是，法院适用外国强行性规定并非为了维护内国重大利益，而是成全外国强行性规定的效力和实现外国重大利益，其合理性、必要性和可行性都可能

^① 这些国家主要有瑞士、吉尔吉斯斯坦、哈萨克斯坦、阿塞拜疆、乌兹别克斯坦、立陶宛、白俄罗斯、俄罗斯、波兰、摩尔多瓦、保加利亚、黑山等。见邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社2017年版。

^② 参见卜璐：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第6期，第87—93页；董金鑫：《第三国强制规范在法院地国的适用研究》，中国人民大学出版社2016年版，第122—131页；Adeline Chone，“The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International contracts”，(2006) 2 *Journal of Private International Law* 27, pp. 27 – 70; Andrew Dickinson, “Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?”, (2007) 3 *Journal of Private International Law* 53, pp. 53 – 88; Michael Hellner, “Third Country Overriding Mandatory Rules in The Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?”, (2009) 5 *Journal of Private International Law* 447, pp. 447 – 470。

^③ 2005年保加利亚共和国《关于国际私法的法典》第46条规定内国和外国强行性规定适用的条文标题是“干预规范”。见邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社2017年版，第223页。

^④ See Henry Smith, “Enforcement of Foreign Mandatory Rules”, (2000) 1 *Hibernian Law Journal* 305, pp. 305 – 313.

受到质疑。因此，确定第三国强行性规定适用的国家都表现了内外有别的态度，要求内国法院在决定是否适用第三国强行性规定时须考虑第三国强行性规定的性质、目的、适用对象及适用和不适用将产生的结果，却没有要求法院适用内国强行性规定时考虑这些因素。

20 多年前还有不顾第三国强行性规定仍然适用当事人约定的法律选择的例子，^① 但今天国外发展趋势已呈现立法和司法越来越多接受第三国强行性规定对当事人约定的排除。

3. 第三国强行性规定适用与法院地国公共秩序和第二国准据法

第三国强行性规定的适用还需要解决一个问题，那就是：如果第三国强行性规定适用的结果违反法院地国公共秩序，法院地国是否还应适用第三国强行性规定。给出这个问题的答案有些困难。

从公共秩序保留制度的适用可以看出，内国公共秩序的效力高于外国非强行性规定，即如果外国法的适用将违反内国公共秩序，内国可以不适用该外国法。如果内国也能以公共秩序保留的理由不适用外国强行性规定，表明在内国眼中，外国强行性规定的适用效力并不高于外国非强行性规定的适用效力，这似乎无视了外国强行性规定的优势效力。但如果外国法规定的适用结果将违反内国公共秩序，却因为这些规定属于该外国法中的强行性规定而不能被内国排除适用，这样又无法保护内国利益不受损害。两相权衡，各国的态度十分一致，都认为对内国利益的维护是国际关系中最重要的原则，因此，各国在设置公共秩序保留制度时都没有将外国强行性规定作为例外，即各国都没有明确表示，外国强行性规定可以不受内国公共秩序的限制。

第三国强行性规定的适用还可能面临一种情况，即第三国强行性规定与第二国即准据法所属国规定不一致，那么，法律选择和法律适用的状况又该如何。

从上述内容可知，第三国强行性规定主要对抗当事人约定，如果准据法为当事人所选，当准据法规定与第三国强行性规定不一致时，排除准据法的适用正是第三国强行性规定重要适用效力。如果准据法是由法院地国法律选择规则确定，尽管不适用准据法会影响法院地国法律选择规则的适用效力，但许多国家仍然认为应该适用第三国强行性规定，甚至有如荷兰那样大度的国家，在当事人选择了荷兰法为准据法时，荷兰法院依然适用了案件中另一国家比利时的强行性规定，而没有适用荷兰法。^②

（三）第三国强行性规定适用的依据

如前所述，国际私法存在关于强行性规定适用依据的不正确认识，即强行性规定可不经法律选择规则援引直接适用，对此，前文已提出观点，一国强行性规定须经由指向内国的单边法律选择规则援引方能适用于涉外关系，这一观点在第二国和第三国强行性规定适用中能得到更好印证。

^① 在雅佳私人有限公司诉人民保险股份有限公司（Akai Pty Ltd v People's Insurance Co Ltd）案中，澳大利亚新南威尔士州的原告和新加坡的被告双方先是选择了英国法院和英国法，原告也首先在英国高等法院提起诉讼，后来发现英国法院不适用新南威尔士关于消费者保护的强行性规定，又在澳大利亚提起诉讼，澳大利亚高等法院认定当事人意思自治不能排除澳新南威尔士州的强制性规定，且认定选择英国法院的法院选择条款无效，理由是如认定法院选择条款有效则将导致新南威尔士州的强制性规定不能适用。See *Akai Pty Ltd v People's Insurance Co Ltd*, (1996) 71 ALJR 156. 被告在英国法院提起反诉，英国法院认为，新南威尔士法既不是法院地法，也不是准据法，故决定不适用新南威尔士强行性规定，最终适用英国法。*Akai Pty Ltd v People's Insurance Co Ltd*, [1998] 1 Lloyds Rep 90, quoted in Henry Smith, “Enforcement of Foreign Mandatory Rules”, pp. 308 – 310.

^② 参见卜璐：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第6期，第87—93页。

无论准据法由当事人选择适用还是由法院地国确定适用，包括强行性规定在内的准据法当然是经过法院地国的双边法律选择规则指引才被适用的，当事人可以选择准据法也是以双边法律选择规则为依据，第三国强行性规定更不可能不经法院地国法律选择规则援引就可以在法院地国得到适用，因为它不具有法院地国强行性规定在法院地国的先天优势，可见，强行性规定可以不经法律选择规则援引而适用的说法显然在第二国和第三国强行性规定的适用上不能成立。如果说法院地国强行性规定的适用可不经法律选择规则援引，只有第二国和第三国强行性规定才需要经过法院地国法律选择规则援引才能在法院地国适用，也无法自圆其说。因为相同的概念应该具有相同的涵义，同样是强行性规定，在是否需经法律选择规则援引的问题上应该有相同的答案，不应因为内国法和外国法的不同而得出不同的结论。因此，合理的结论是，无论内国还是外国的强行性规定的适用都需要法律选择规则的援引。

纵观各国国际私法法规中存在的援引第三国强行性规定的规则，它们同样属于单边法律选择规则，只不过这种单边规则不是指向内国强行性规定，而是指向外国强行性规定，没有适用内国强行性规定可能性，但同时又呈现另一种双边性，即法律选择的结果有可能是这一外国强行性规定，也有可能是那一外国强行性规定。

中国国际私法立法目前尚无确定第三国强行性规定适用的单边规则，导致司法实践中也没有真正适用第三国强行性规定的实例，这一方面是因为缺乏确定第三国强行性规定适用的法律选择规则作为依据，另一方面或许因为立法和司法都无意适用第三国强行性规定。

Re-understanding of the Applicable System of Mandatory Provisions

Shen Juan

Abstract: The application of mandatory provisions is an important system of private international law, but it is misunderstood a lot in the literatures, which adversely affects legislation and judicial practice. It is a misunderstanding that mandatory provisions can be directly applied to foreign relations without reference to the choice of law rules, which will affect the perfection of unilateral choice of law rules that invoke mandatory provisions. Unilateral choice of law rules is the legal basis on which mandatory provisions could be applied to foreign-related relations, and it is indispensable. The application of domestic mandatory provisions in foreign-related relations is a special requirement under universalism, so the scope of application of mandatory provisions should not be unduly expanded but should be restricted. The application of foreign mandatory provisions should be distinguished from evading the determination of the validity of foreign mandatory provisions and violations of domestic public policy. Therefore, indirect application of foreign mandatory provisions should not belong to the content of the application system of the foreign mandatory provisions, and only direct application of foreign mandatory provisions is the application of foreign mandatory provisions.

Keywords: Mandatory Provisions, Basis of Application, Scope of Application, Public Policy, Evasion of Law

(责任编辑：李庆明)