

論國際私法“強制性規定”的域外適用

郝昭亮

摘要：“強制性規定法律制度”的域外適用問題是當下各國社會經濟高速發展、全球融合加速的歷史趨勢下，各國立法及司法實踐都面臨的重要課題。對這一問題的重新審視及梳理兼具理論及實踐價值。本文通過整理和深入研究“強制性規定法律制度”域外適用的基礎與實現途徑，梳理和闡述其合理性及合法性，同時討論分析強制性規定域外適用在實踐與理論上的突破、實體法域外適用的原則，並結合中國法律適用法相關條款對中國當下強制性規定域外適用的問題進行探討與反思。結合多國國際民商事糾紛中的“強制性規定”域外適用相關立法、司法實踐，在理論層面分析與探討“強制性規定”域外適用的法律思想及方法論問題。

關鍵詞：強制性規定 域外適用 法律適用規範 單邊主義 雙邊化

A Study of Extraterritorial Application of the “Mandatory Rule” in Private International Law

HAO Zhaoliang

(School of International Law, China University of Political Science and Law)

Abstract: Due to the rapid social economic development and accelerating global integration, it is of great importance for every country to investigate the extraterritorial application of “mandatory rules.” It has both theoretical and practical value to re-exam and reorganize the issues. This paper sorts out and clarifies the rationality and legitimacy of the extraterritorial application of the “mandatory rules” by in-depth research. The theoretical and practical breakthroughs are analyzed and the principles of substantive law’s extraterritorial application are explained. With the relevant provisions of the application of law of China, the paper further study and review the problems of the extraterritorial application of the mandatory rules. Based on the legislative and judicial practice of the extraterritorial application of mandatory rules in international civil and commercial disputes in many countries, the paper analyzes and discusses the legal thought and methodology of the extraterritorial application of mandatory rules in theory.

Keywords: mandatory rules, extraterritorial application, legal application norms, unilateralism, bilateral application

“強制性規定”主要來源各國實體法中具有強制性的法律規定，具有公法性質，是公法和私法相互滲透法律現象在國際私法領域的體現。各國“強制性規定”之所以由調整國內糾紛上升為調整國際民商事糾紛，是基於國際私法為此提供的全新的法律適用思想與方法。本文整理並探討“強制性規定法律制度”域外適用的基礎與實現途徑，梳理和闡述其合理性及合法性，同時分析研究內外各國領域中的各種“強制性規定”及其司法實踐的情況，為中國在當下實現“強制性規定”適用的雙邊化提供了新的思考角度。

一、強制性規定域外適用的合理性分析

人類社會發展至今，社會經濟文化科技全方位的高速發展令各國法律應對不暇。“強制性規定法律制度”的域外適用促進並適合當下迅速發展的社會需求。

（一）國家經濟安全發展的需要

21世紀以來，大國的“全球經濟戰略”給全球發展帶來巨大衝擊和影響，特別是給發展中國家帶來了前所未有的機遇和嚴峻挑戰。“全球經濟戰略”為經濟發展提供了一定的歷史機遇。開放同時也必須維護好本國國家和社會的重大利益。發達國家與發展中國家之間的貧富差距進一步擴大，發達國家的投資以及伴隨投資而產生的層出不窮的逐利目的和“國際標準”，都嚴重影響着發展中國家的企業、行業和產業的生存。另外生態環境的日益惡化，如何避免竭澤而漁，保證各國家的後續發展的空間和續航力都迫在眉睫。“全球經濟戰略”也對發展中國家維護經濟主權、經濟安全等方面構成重大挑戰，如何防止各種體制一體西化，在獨立自主的基礎上實現國際合作共贏，都成為現今發展中國家所面臨的重大課題。另外，發展中國家在積極堅持獨立自主和實現國際合作共贏的基礎上，如何不被邊緣化、不被孤立，也成為所面臨的挑戰之一。¹

市場和市場要素的全球化導致各國對經濟的監管成為必要，與此同時經濟監管中也產生了種種困境。傳統各國通過領域疆界對信息技術、互聯網金融等跨域流動的限制收效甚微，已出現監管乏力等問題。因此，擴大本國相關領域的實體法域外效力成為各國政府應對國際社會根本性變化的重要措施之一。跨國公司作為國際市場中最活躍的主體在全球市場範圍內實施競爭戰略，對東道國經濟的安全和穩定造成了極大的影響。與此同時，這些跨國活動也帶來了諸多問題，成為各國政府所面臨的難題和監管的重點。

隨着國際社會的不斷發展，一方面，各國政府需要面對層出不窮的新問題；另一方面，各國之間發展水平不均衡，歷史文化背景不同，社會、經濟、政治等多方面認識形態、社會規則也不盡相同。面對大量不同問題、甚至相同問題時，各國所做出的應對也必然不可能一致，從而在很多領域無法實現國際統一實體法。傳統國際法中，以法律和地域連接為基礎的法域選擇方法，在客觀實踐中也無法發揮有效或既定的作用。面臨如此困境，國際私法應對當下的現實需求做出相應調整和回應。在長期各國司法實踐中，強制性法律制度以其特有的功能逐漸成為很多國家的共同選擇。

¹ 高建良：《人民幣匯率體制與金融安全》，北京：經濟管理出版社，2006年，第14-20頁。

(二) 平衡不同國家利益之間對抗的需要

經濟法域外適用最早出現在美國的反壟斷法和金融監管法中。堅持相關經濟法的域外適用最核心動機是美國的國家利益，包括對本國經濟安全的考量，也包括不同歷史時期下，不同國際環境下國家的政治利益、與其他國家的外交、經濟、政治關係等。但美國在擴張其經濟法等法律的域外適用、維護本國利益的同時，並沒有兼顧其他國家相關利益，在國際社會引發了大量的法律適用衝突。為了與美國對抗，保護本國利益免遭更多損害，其他國家不得不效仿美國，賦予本國相關經濟法等法律以域外效力。僅以競爭法為例，20世紀80年代初法國學者亞歷山大·卡爾納呂蒂、費朗西斯·德隆撰寫文章《各國如何對付美國競爭法的域外效力》，指出荷蘭、新西蘭、澳大利亞、加拿大等國為保護本國相關利益，制定或修改涉外訴訟法、證據法或競爭法等法律，以對抗美國的相關國際調查。²

(三) 維護國際公共秩序的需要

如上所述，在經濟全球化背景下，大國及其跨國公司意欲推行本國“強制性規定”的域外效力，是其實施全球競爭策略，以及由此引發的對抗或監管的必然結果。

在全球化的背景下，各國之間廣泛的民商事交往均要求國際社會建立一種共同遵守的秩序，即國際公共秩序。這種秩序的形成與維護需要從國際社會本位出發，並基於人類社會整體的安全要求、共同價值的實現，以及對發展中共同利益的保障的一致需求。其實質內容往往以國際統一實體規定或國際習慣法為載體，並不借助主權國家內國法提供的衡量標準³，反而要求各國讓渡部分權力並限制僅從本國利益出發的狹隘的單邊主義觀念，這正如一國之內秩序的形成需要個人讓渡部分權利並承擔一定的義務一樣，國際公共秩序的形成與維護需要各國限制僅從本國利益出發制定內國“強制性規定”，並在司法實踐中一意孤行的做法。

基於國際社會共同秩序和國際民商事交往與合作的考量，對國際社會各國的內國“強制性規定”予以限制、對內外國“強制性規定”予以合理適用，也是一種現實需要。

1999年Royal Boskalis NV v. Mountain一案中，合同的雙方荷蘭公司與伊拉克當局的爭議焦點在於疏通港口合資合同。雙方約定合同適用伊拉克法，前者還向後者投保戰爭險，並約定適用英國法。面對聯合國因伊拉克入侵科威特而下達的制裁決議，荷蘭予以執行，而伊拉克當局強迫荷蘭公司簽署終止協議，作為報復，不僅放棄荷蘭公司在合資合同下的所有權利，還要支付一筆款項。針對該項損失，荷蘭公司在英國提起訴訟，英國上訴法院認為：保險合同下的支付將違反實施聯合國制裁的荷蘭法，出於維護公共政策的考慮，此種支付等於與敵國發生貿易，故不得執行。⁴ 此時，相關荷蘭法構成了作為法院地國的英國對包括本國公共政策在內的國際公共政策的判斷。

(四) 對政治利益因素的考量

“強制性規定”的政治性源自當代國際私法社會基礎的變化與發展。當主權國家以其職能干預

² [法] 亞歷山大·卡爾納呂蒂、費朗西斯·德隆、[中] 劉偉民：《各國如何對付美國競爭法的域外效力》，《環球法律評論》1982年第6期，第34-41頁。

³ 馬德才：《國際私法中的公共秩序研究》，北京：法律出版社，2010年，第129-131頁。

⁴ Royal Boskalis NV v. Mountain, [1999] QB 674 CA.

私法領域，服務於重大的國家或社會利益，與此同時還需考慮平衡各種利益，如本國的私益與公益的平衡、發展中國家的本國利益與發達國家本國的利益的平衡、不同意識形態國家之間的利益平衡等，在如此環境下，國際社會各個國家及其相互之間的政治、經濟、法律各方面的關係更加複雜，一個國家經濟社會發展的穩定也受到國家大環境的多重影響。

基於上述原因，當對特定政治利益的維護成為目的時，在全球倡導法治的大趨勢下，法律或經濟的途徑遠比外交或軍事的手段更易為各國接受，也更容易協調一致。因此，有說法認為“法律是一種規則政治，它來源於不同政治力量、派別、群體之間的實力的對比，是把社會佔主導地位的經濟、政治和文化關係以規則的形式表現出來”⁵，而“憲法為核心的內國法律體系皆以維護自身利益為其存在的價值基礎”⁶，具體到涉外法律制度表現上，往往通過公法性質的規範以及私法中的禁止性和強制性條款表現出來。傳統國際私法的思想無法觸及的那些國家政治制度所關注的重大經濟及社會利益，給“強制性規定法律制度”的產生和發展提供了機會和更大的發揮其作用的空間。

二、強制性規定域外適用的合法性基礎

（一）國際法無明文禁止

目前，國際法上對各國“強制性規定”的域外適用並無明確禁止，因此賦予調控本國經濟社會各個領域的“強制性規定”以域外效力，原則上並不違反國際法。歐盟《羅馬條例I》在其第9條中制定法院地法中強制性規定條款的適用不受該條例任何規定的限制，對該條款進行考察的初衷是各成員國在尋求建立統一市場追求貿易自由與本國不能讓渡的根本利益之間的一種平衡。

國際法對各國“強制性規定制度”不能設限的主要原因在於，無論在經濟政治或其他任何領域，各國在面對涉及本國根本利益的問題上，都堅持制定並執行自己的“強制性規定”，並且在對外交往中不妥協、不讓渡。立足於“強制性規定法律制度”的角度，這正是它的價值和功能所在。然而在現今各國相互合作謀求共同發展的國際大趨勢下，也須預防各國在其各個領域的“強制性規定”成為國際交往的障礙。因此，在各國制定和執行“強制性規定”的過程中，要特別強調遵循國際法基本原則的重要性。

（二）國際法基本原則給予的支持

首先，根據國家主權原則，各國都有權根據具體國情制定調整本國各領域的“強制性規定”的立法權，以及行使相應的司法權與執法權，有權締結國際條約，並在解決國際民商事糾紛的過程中堅持獨立自主，依據屬人原則、影響原則等管轄原則，賦予本國“強制性規定”以域外效力。

其次，各國維護平等原則，在實踐中各國反對和抗議“霸權主義”行徑。“霸權主義”的本質都是缺少“合理性”的單邊主義行徑。其中法律干預主要體現在，大國或區域性國際組織推行其內國制定的、包括“強制性規定”在內的一些法律的域外效力。

第三，國際協調與合作原則。各國的國際私法是由各國自行制定，但相關的立法和司法實踐必

⁵ 朱景文：《本期視點：中國特色社會主義法律理論的形成和發展——紀念改革開放30年》，《法學家》2008年第6期，第1-15頁。

⁶ 秦瑞亭：《國際私法》，天津：南開大學出版社，2008年，第37-38頁。

須考量國際社會本位的思想，在國際民商事交往中強調國際協調與合作原則。因此，各國在處理具體的國際民商事糾紛中須基於各方利益，通過協調與合作，減少各國各領域“強制性規定”的過度限制與不當阻礙，減少國際民商事交往中的法律衝突與阻礙，實現國際民商事交往的有序與順暢。

第四項原則是保護弱方當事人合法權益原則。在各國的立法中弱者身份往往體現出多重性、法定性、可變性、獨立性、社會性、相對性等法律特徵。⁷ 私法上的弱者保護，是基於對對象所處的具體社會關係的判斷，以此來界定其是否屬弱者，來決定對其是否需要由法律給予特殊保護。然而，國際民商事案件中的弱者從其範圍、法律身份的特徵到實現保護的途徑等方面均有明顯不同。⁸ 界定“弱者”身份是為了實現對其有傾向性的保護，使處於國際民商事法律關係中的弱方當事人作為法定的“弱者”，可以得到國際私法文明主義的關懷。

(三) 國際條約的支持

條約中明文規定“內國強制性規定”的國際條約或區域性協定，一國可通過統一加入該國際條約或區域性協定實現本國相關“強制性規定”的適用。如《國際貨幣基金組織協定》第8條第2款(b)項：針對其成員國外匯管制法律關於外匯合同無效的判斷，規定其他締約國有義務予以尊重，否則即是對條約義務的違反。⁹ 再如，《比荷盧統一國際私法》第17條第1款，對“與合同有密切聯繫的法律制度中強制性規範的效力”予以支持。¹⁰

從公約規定表層來看，以上公約的相關規定是對成員國“強制性規定”給予了支持。但從另一個角度看，也可解讀為這些公約有意地繞過成員國“強制性規定”帶來的複雜性和談判難度，防止直接觸各國具體“強制性規定”所保護的特定利益，避免公約的通過受阻。因此公約對各國不肯妥協的關鍵問題，即各國“強制性規定”所要保護的本國利益或其意欲實現的特殊政策，採取了包容、妥協的態度。

(四) 內國實體法立法

在各國內國“實體法”中都包括一些以專門調整具有涉外因素民商事事項或行為為目的的法律，因此其中也必然會明確規定其域外適用的條款。例如，美國的《愛國者法案》、《對外貿易法》、《清潔空氣法》、《海外腐敗實踐法》，此外還有涉外稅收法律、進出口管制法律、貿易救濟法律等。¹¹ 因此，正確理解以“經濟行政法的域外效力”為代表的、內國具有強制適用性的民事法律、商事法律、經濟法律的“域外效力”和內國國際私法“強制性規定”的直接適用之間的關係問題至關重要。

從訴訟的性質與法律適用機制的角度看，“經濟行政法的域外效力”是由公權力機構對管理對象實施縱向的管理，屬於經濟行政法的執法行為，也可稱之為經濟法的“公法執法機制”；經濟

⁷ 屈廣清：《國際私法之弱者保護》，北京：商務印書館，2011年，第43-45頁。

⁸ 徐冬根：《國際私法趨勢論》，北京：北京大學出版社，2005年，第153-155頁。

⁹ 《國際貨幣基金組織協定》第8條第2款(b)項規定：“凡屬違反成員國外匯管制法（且本《協定》之內容與精神相符）的外匯合同，在所有成員國境內一律無效。”

¹⁰ 《比、荷、盧統一國際私法》（*Benelux Uniform Law on Private International Law*）第17條第1款規定：“當事人的意思並不能影響與合同有密切聯繫的法律制度中強制性規範的效力。”

¹¹ 張利民：《經濟行政法的域外效力》，北京：法律出版社，2008年，第26-27頁。

法領域“強制性規定”的直接適用，是對平等的私主體之間橫向的民商事糾紛解決的介入，產生的是公法性質的“強制性規定”對當事人權益的強制保護或限制。“公法執法機制”和“私人執法機制”，如同一枚硬幣的兩面，是一國調整各個領域的強制性法律規定的兩種不同的適用機制，即具有共通標準的不同實施機制。¹¹

這其中，作為經濟行政法域外效力擴張支撐依據的普遍管轄原則、影響原則、行為歸屬原則和實施原則等原則，當它們被用於推行勞工標準、環境政策、金融或食品衛生安全監管法律的域外效力時，國際私法上的“強制性規定法律制度”同樣獲得了更為寬廣的適用範圍。

（五）各國國際私法立法

在國際私法立法中設置法律適用法條款，主要是指當一國各領域的實體法沒有明確規定其本身的域外效力時，可以通過國際私法上的“強制性規定法律制度”中法律適用法層面的規定或方法，搭建起內外國“強制性規定”適用於國際民商事案件的橋樑。例如基於“強制性規定”與具體糾紛具有最密切聯繫而加以適用，1951年《比荷盧統一國際私法》第17條第3款的規定採用了此種方法，即使經歷了1969年的修訂，修訂後的版本仍延續了這一方法。¹²再如《瑞士聯邦國際私法》第19條，將最密切聯繫的要求理解成為外國“強制性規定”得以適用於跨國糾紛的事實條件，通過“最密切聯繫”而非“密切聯繫”的高標準，使得競相適用於具體案件的內外國“強制性規定”惟一化，削弱了內外國“強制性規定”適用過程中產生的積極衝突。¹³

（六）司法實踐

通過司法實踐推行的途徑分為兩種方式，第一基於傳統單邊主義思想的方式，第二種基於修正的單邊主義思想的方式。

通過傳統單邊主義思想方式予以推行，是指單方面地強調本國“強制性規定”的域外效力。當某些國家的國際私法立法沒有明確確立“強制性規定法律制度”時，並不代表這些國家在國際民商事糾紛中放棄對本國國家利益和本國當事人合法權益的有效維護。當此種保護必須進行時，沒有明確的立法支持，只能採取以司法實踐的方式實施對本國國家利益和本國當事人合法權益的保護。比較具有代表性和典型性做法如美國的勞動法、環境法等法律的域外效力的建立。這離不開美國司法機構在司法實務中的大力推行。美國“藥品管制和著作權保護法律的域外效力則是法院通過判決確立的，而證券法和反壟斷法域外效力的確立則既有來自法院的作用，也有來自國會的作用。通常是法院推動在先，而後國會再加以肯定。”¹⁴

基於修正的單邊主義思想方式實現“強制性規定”的域外效力，是指對外國“強制性規定”的適用持開放態度，考量立法目的、法律性質、適用要求、適用與不適用的後果等方面，綜合比較競相適用的內外國“強制性規定”和客觀準據法或主觀準據法，而後決定如何適用。

¹² 《比、荷、盧統一國際私法》第17條第3款規定：“當合同與某一國家有密切聯繫時，合同應該受該國法律的支配。但當事人希望合同的全部或部分受其他國家法律調整的除外。然而，如果該國的強制性規範與合同有最密切聯繫時，當事人不能以期意願排除該強制性規範對合同的支配。”

¹³ 冰青、陳立虎：《“直接適用的法”之解析》，《法商研究（中南政法學院學報）》2002年第1期，第102-106頁。

¹⁴ 張利民：《經濟行政法的域外效力》，北京：法律出版社，2008年，第38-39頁。

三、強制性規定域外效力的實現

(一) 強制性規定域外適用在實踐與理論上的突破

1. “強制性規定”的域內適用向域外適用的轉化

“強制性規定”的“直接適用”是以制定者的“域內”，即有效管轄的範圍為前提。按照現在法理學的一般觀點，主要集中於社會法、經濟法領域中的具體“強制性規定”符合公法的界定；另一方面，“強制性規定”具有公法性質，而公法的適用具有嚴格的地域性。因此虛擬的域外效力如何轉變為現實的域外效力，“強制性規定”在國際民商事糾紛中是否可以“直接適用”，解決這一問題對強制性規定域外適用的實現具有重要意義。

以相關的立法例表述分析，第一類立法如《法國民法典》第3條的規定，但該條屬於依據屬地原則確立其域內效力的情形，這類法律能排除外國法的適用，既和對域外事宜適用本國“強制性規定”的情況無關，也與本國法院適用外國“強制性規定”裁量涉外案件的情況無關。第二類立法如《瑞士聯邦國際私法》第18條和意大利1995年國際私法立法第17條的規定¹⁵，二者可歸結為作為準據法的外國法“不得排除”本國“強制性規定”適用的情形。第三類立法如《韓國2001年修正國際私法》第7條¹⁶，基於立法目的的需要，即使準據法為外國法時，本國強制性規定“也可以適用”。這三類立法例表述均沒有給內外國強制性規定，不經與準據法比較而“直接適用”的說法提供法律依據。

相較於強制性規定的域外適用，所謂“強制性規定”的“直接適用”，究其本質強調的是本國“強制性規定”經過司法的綜合考量，最終得以調整特定國際民商事案件的適用結果。這是因為即便在跨國案件中，“強制性規定”本身也具有通過個案適用而必須實現的立法目的或利益要求，這就需要改變方法論，即不宜通過傳統的衝突規範指引作為“準據法”適用，此種指引帶來的或然性無法確保前述立法目的或利益要求的實現。該主張是相對於經“衝突規範”指引準據法的間接適用而言的，“強制性規定”因其特殊的立法目的或利益要求而必須得以實現，而無需衝突規範指引，亦不考慮當事人的意思自治，多數情形下是當事人主張的私益被“強制性規定”保護的涉及“公共利益”的某種特殊利益所替代。一旦經由衝突規則指引或當事人選法，即增加了“強制性規定”被適用的“或然性”與“不確定性”，而非“強制性規定”特殊立法目的或利益要求所希望的“必然性”與“確定性”。因此，“強制性規定”的域內適用是根本，其域外適用需要符合一定的適用原則和適用條件，才能符合“正當性”的要求。如此，“強制性規定”的域外適用需要探明其“正當性”的基礎，並在此基礎上研究內外國“強制性規定”在虛擬的域外效力向現實的域外效力轉化過程，能夠採取的立法與司法路徑與方法。

2. “強制性規定法律制度”在司法與立法實踐上的突破

直接以本國“強制性規定”調整涉外案件，在各國的司法實踐中並不鮮見。然而需要強調的是

¹⁵ 意大利1995年國際私法立法第17條規定“儘管已指定外國法，但並不排斥由於其目的和宗旨而應予以適用的意大利法律的強制性規定。”

¹⁶ 《韓國2001年修正國際私法》第7條規定：“基於立法目的，無論準據法是甚麼，即使在本法指定外國法為應適用的準據法的情況下，大韓民國的強制規定也可適用於相關的法律關係。”

早期司法實踐中這種“直接”適用與當下國際私法理論和實務界對“強制性規定法律制度”在理論系統化和立法確立後的“直接適用”有根本區別。後者才屬於司法實踐對“強制性規定”適用的有意識突破，屬於各國涉外法治的進步。

表面上，二者在適用本國具有強制性的法律以及適用結果方面是一致的，但這種一致僅僅是客觀存在的、事實意義上的一致；二者本質上的區別主要在於：“範式”平台、適用本國具有強制性的法律的思想基礎和出發點有所不同。從“範式”角度而言，因為當時理論上“強制性規定”範式還未提出，法官對此類法律適用實踐往往建立在適用本國法律的“本能”基礎上，主要體現了“國家主義”思想，是履行憲法賦予的適用本國法、維護本國利益的職責的“慣性”延伸，並且不乏追求司法便利的動機以及對適用本國法律的偏好。而從“範式”角度看，後者經由“自我限定的法”、“干預法”、“直接適用的法”、“強制性規定”等一系列“名異質同”的概念，已經搭建起一個共同的範式平台，對它們的認識以及如何識別與適用，有了漸趨成熟的理論積累與司法實踐，隨後相關立法加以確立，在國際社會許多國家已經是現有法律制度的一部分，其思想是與多邊主義相對立的單邊主義，而內外國“強制性規定”適用的“雙邊化”發展趨勢，是相關國家的國際私法在涉外法治法方面取得的突破性進展。

考察國際條約、國家立法中的具體條款，也能看到該制度的演進變化，主要表現為國際私法立法實踐對公法性“強制性規定”適用態度的逐漸放開，對適用原則或條件以及適用方法加以明確的規定。例如1980年《羅馬公約》第7條規定外國強制性規定可以適用，但因沒有指明其性質而引發了很大的爭議，英國對該條作出了“保留”的決定，而僅七年後《瑞士國際私法法典》第13條明確規定公法性質的外國法律可以適用。

（二）實體法域外適用的原則和強制性規定認定與適用的關係

1. 實體法域外適用原則及其實現途徑

實體法域外適用的規定分為兩種情形：一種是明確規定其域外適用的情形，具體規定域外適用的文字表述，往往設置在該部實體法的宗旨條款或適用範圍條款中，以立法的明確規定實現自我適用；另一種是立法對其域外適用無規定的情形。但無論哪一種情形，具體判斷涉外案件是否直接落入某國實體法的適用範圍，都需要通過“司法實踐”對其立法意圖或其立法背後的驅動利益結合具體案情進行判斷，進而逐漸形成了相關實體法域外適用的原則。

以美國聯邦證券法的域外適用原則的確立為例。首先，美國聯邦證券法規定了自身得以域外適用，其域外適用的合理性體現在三個方面：第一，金融安全的重要性和資本的流動性。金融資本在世界範圍內的流動，一定程度上決定了實體經濟其他重要資本或資源的全球配置，而且資本的跨境流動對一國而言，能直接干擾其金融秩序，無疑是“國家安全”和“公共利益”的重要內容。第二，金融安全的聯動性。在經濟全球化和美國主導的金融全球化的大背景下，各國金融均是國際金融的不可分割的一部分。各國之間金融關係密切，相互間貨幣滙兌以及相互投資日趨頻繁，常會發生因一國金融監管方面存在問題，引發地區性或世界性的金融危機。第三，美國在金融安全領域的擁有特殊地位，在金融監管方面是國際金融秩序的主要制定與維護者，同時也是一些金融危機的引發者。

其次，美國聯邦證券法的具體條款表述的十分簡單抽象，其實現途徑主要通過司法實踐的推行。例如作為美國證券法基礎的1933年《證券法》和1934年《證券交易法》這兩部法律，並未明確規定其域外適用問題，美國法院系統經由司法審判推行證券法域外效力時，國會立法意圖（legislative intent）是其考察的重點，而後者立法意圖並不明確時，法院需要結合個案具體情況予以判斷，美國證券法域外效力的現狀，正是在這種靈活而務實的態度下發展起來的。司法管轄與立法管轄通過這些域外適用原則合二為一¹⁷，是其審理跨國證券案件的一大特色。

2. 實體法域外適用之判斷原則和國際私法強制性規定域外適用的要求之間的關係

實體法規範域外適用在實踐中採取的原則包括：在勞動者權益保護領域，採取屬人主義的國籍原則或普遍性原則；在食品和藥品等公共衛生安全領域，規制被管理對象的國籍、原產地或客觀控制關係等依據，均為屬人原則的具體體現；在環境安全領域，是屬地主義擴張發展出來的影響原則和屬人主義的國籍原則；在以證券監管為代表的金融安全領域，依賴的是屬人原則和影響原則；在競爭法領域，主要是影響原則。而這些在司法實踐中逐漸形成的域外適用原則，無一不基於該領域的“公共利益”。

在此基礎上，我們探究實體法域外適用之判斷原則和國際私法“強制性規定”域外適用的標準之間的關係得出：一方面，前者為後者的域外適用提供了具體的判斷原則；另一方面，後者既為前者提供了“公共利益”這一宏觀的指導精神，以及域外適用合理性的分析路徑，又為前者的“私人執法機制”增加了新的實現途徑。

（三）關於中國強制性規定域外適用的思考

1. 中國實體法中規定自身適用範圍的條款與強制性規定適用的關係

在中國，實體法中規定自身適用範圍的條款屬於法律適用規範。對實體法中沒做相應規定的情形，在《中國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條頒行後的涉外審判需要時，實體法中的強制性規定在符合國際私法設定“社會公共利益”標準、適用原則或適用條件時，就可以上升為國際私法上的“強制性規定”。

以大陸法系國家相關立法為例，強制性規定存在於民商法、經濟法、社會法等部門法中，而各國立法機關在制定調整國家或社會各領域的部門法時，除了個別法律規定了域外適用的條款之外，對所制定的法律的“適用範圍”通常僅表述為“本國境內”，但這種表述不能否定其中“強制性規定”的域外適用。那些“本法適用範圍條款”並非內國強制性規定能否適用於國際民商事案件的依據，內國實體法中的具體強制性規定當初被制定時，即是國家基於其管轄範圍內的“公益”而對“私益”進行的干預調整，當其結合國際民商事案件具體案情，得出相關“私益”重要並屬於本國的“社會公共利益”，則其立法目的必須在該案中予以實現，即被《法律適用法》第4條“賦權”適用於該案。

而強制性規定適用於國際民商事案件，主要是因其立法目的涉及“社會公共利益”而得以自我實現、自我指定，這是強制性規定法律制度的限制當事人意思自治或排除外國法適用的功能，以及

¹⁷ 參見孫南申、彭岳、周鶯：《國際投資法體系下跨國證券投資法律制度》，北京：法律出版社，2016年，第327頁。

其維護本國利益和法律秩序的價值取向決定的；不可能是由其所存在的具體實體法的適用範圍條款規定的。

2. 強制性規定的域外適用可以借助中國經濟行政法中域外效力條款

經濟行政法的域內執法，在執法機構與被執法對象之間形成的是一種縱向的管理關係，是在公權力機構依據公法進行執法過程中形成的，嚴格遵循屬地原則。這種縱向的管理關係直接體現了本國公權力對私權利的調控，其合法性主要基於現代福利國家肩負着為本國的社會發展和國民福祉提供秩序的職責。而經濟行政法領域的域外執法，是一國在履行其經濟管理職責而在必要時將行政執法擴張至域外，如果是單邊主義的做法，則突破了行政執法應遵循的嚴格屬地原則，其合法性必須有國際社會公認的國際法基本原則的支持。

相比之下，公法執法機制的執法依據均具有一定的強制性，當這些強制性條款在私主體之間用以主張自身的合法權益時，則成為調整平等的私主體之間的國際民商事糾紛的依據，因其與公法執法機制相對應，我們可以稱其為“私主體執法機制”。

簡言之，經濟行政法中的強制性條款被“私主體執法機制”適用時，就是國際私法上的“強制性規定”。如此，強制性規定的適用可以借助中國經濟行政法中域外效力條款，後者給前者提供了一條途徑，但前者的適用途徑不只限於後者這一條。

3. 關於中國強制性規定域外適用的反思

宏觀而言，當我們以公法和私法相互滲透的視角、秉持國際私法的思想和法律適用的理念或方法，重新深入到實體法領域，探討“涉外”勞動者權益保護糾紛、環境安全糾紛以及反壟斷糾紛中的內外國“強制性規定”的適用時，出現在案件中的具體“強制性規定”的公法性質並未發生改變，這就決定了司法實踐應“慎重”對待本國“強制性規定”的域外適用和外國“強制性規定”的域內適用。“強制性規定”的具體適用當以“域內效力”為根本，即便本國立法明確規定了某“強制性規定”具有域外效力，現實卻是相關司法實踐對相關其立法目的的實現，並不能有效地做到“同步”，亦即在立法單邊主義推動下的域外效力是“虛擬的域外效力”，而其“域外效力”的實現途徑極為有限。在以往的實踐中，要麼經由相關國家之間的協調，要麼依靠司法的單邊主義加以推行，這就需要探討“強制性規定”域外適用的合理性與合法性問題。其中，“強制性規定”域外適用的“合理性”基礎，需要結合具體案情與當下國內外相關的現實背景確定；而其“合法性”基礎，除了要有國際法原則的支撐之外，主要還是由國內法建構，這就需要國際私法的思想和方法提供支持。

個案而言，以公法和私法相互滲透的視角審視“強制性規定”在具體國際民商事案件中的適用，某種程度上可以將其理解為是“私人執法機制”運行的重要部分。進一步講，程序方面，必須由平等的私主體（當事人）“啟動”國際民商事法律糾紛解決機制（訴訟機制或非訴糾紛解決機制），這是與經濟行政法域外執法區別的關鍵，但無論啟動“公權力執法機制”還是啟動“私人執法機制”，判斷相關“強制性規定”能否域外適用的法律原則以及涉及當事人權利與義務判定的專業標準是一致的。實體方面，當事人的主張要“於法有據”，於原告而言是依據“強制性規定”支持自己的主張，於被告而言是依據“強制性規定”支持其抗辯，以減免其法律責任或支持其反訴請求，最終持有優勢證據方勝訴，而在這一過程中，包括“強制性規定”在內的公法對當事人權利或

義務而言，起到的是效力判定以及賦予、限制、剝奪權利或者附加、減免義務的作用。涉外案件的處理過程中，還要考慮內外國“強制性規定”的適用利益、以及與具體案件相關的國際利益，即需要“平衡”體現在具體國際民商事糾紛中的當事人的私益、相關國家的利益和國際社會整體利益。

四、小結

結合上述分析和梳理，筆者認為無論在理論層面抑或實踐角度，各國對強制性規定域外適用的立法探索及制度演進都從未停滯。演進的結果給予了公法性質的內外國“強制性規定”以平等適用的可能性，體現了在法律適用過程中國際私法如何平衡國際利益、國家利益和個人利益三種不同利益的思考和實踐。這些實踐也導致了不同類型“強制性規定”在適用條件和考量要素等方面的精細化分。“強制性規定法律制度”有了漸趨系統化的理論，並最終發生了根本性改變。

從方法論角度看，“強制性規定法律制度”調整國際社會各領域的各種“強制性規定”，如內外國“強制性規定”、地區性條約中“強制性規定”和國際條約中的“強制性規定”等，並從其本身出發，按照一套該制度自有的考量要素、認定標準和具體適用原則和適用條件，運用多元化的適用方法，實現內外國“強制性規定”適用的雙邊化。

在國際融合一體化愈加深入的今天，各國政治經濟聯繫更加密切和不可分割，強制性規定域外適用的法律實踐也更加豐富。對強制性規定域外適用的重新梳理及分析，可以從理論層面幫助各國在立法司法實踐中解決各種“強制性規定”非經衝突規則指引，得以調整國際民商事糾紛的法律思想與方法論方面的根本性問題。

參考文獻 References:

- 王立武：《國際私法的強制性規則適用制度研究》，北京：中國人民大學出版社，2015年。Wang, L., *On the Application of Mandatory Rules of Law in Private International Law*, Beijing: China Renmin University Press, 2015.
- 屈廣清等：《國際私法之弱者保護》，北京：商務印書館，2011年。Qu, G., *On the Protection of the Interests of the Weak in Private International Law*, Beijing: The Commercial Press, 2011.
- 孫南申、彭岳、周鶯：《國際投資法體系下的跨國證券投資法律制度》，北京：法律出版社，2016年。Sun, N., Peng, Y. & Zhou, Y., *Legal System on Transnational Security Investment Under International Investment Law*, Beijing: Law Press, 2016.
- 徐冬根：《國際私法趨勢論》，北京：北京大學出版社，2005年。Xu, D., *Trends in Private International Law*, Beijing: Peking University Press, 2005.
- 秦瑞亭主編：《國際私法》，天津：南開大學出版社，2008年。Qin, R. (ed.), *Private International Law*, Tianjin: Nankai University Press, 2008.
- 張利民：《經濟行政法的域外效力》，北京：法律出版社，2008年。Zhang, L., *Extraterritoriality of Economic Administrative Law*, Beijing: Law Press, 2008.

- 萬鄂湘：《〈中華人民共和國涉及民事關係法律適用法〉條文理解與適用》，北京：中國法制出版社，2011年。Wan, E., *Understanding and Application of “Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of People’s Republic of China,”* Beijing: China Legal Publishing House, 2011.
- Liang, J., “Statutory Restrictions on Party Autonomy in China’s Private International Law of Contract: How Far Does the 2010 Codification Go?” *Journal of Private International Law*, vol. 8, iss. 1, 2012, pp. 77-112.
- Mills, A., “The Dimensions of Public Policy in Private International Law,” *Journal of Private International Law*, vol. 4, iss. 2, 2008, pp. 201-236.