

# 论欧盟区域内的强制性规则

杨永红

(西南政法大学 经贸法学院, 重庆 400031)

[摘要] 由于欧盟尚无统一的欧洲合同法, 各成员国合同法中的强制性条款的差异成为欧洲共同市场一体化进程的阻碍之一, 因此研究欧盟区域内冲突法意义上的强制性规则十分必要。基于现在欧盟无冲突法意义上关于强制性规则的立法, 笔者试图依据欧盟成员国缔结并适用的罗马公约从冲突法的角度解释不同类型的强制性规则, 分析它们的不同之处, 并比较具代表性的欧盟成员国的强制性规则, 同时讨论欧盟这一层面的现行规定及发展。

[关键词] 普通强制性规则; 国际强制性规则; 任意性条款; 公共秩序; 欧洲共同体公共政策

[中图分类号] DF971 [文献标识码] A [文章编号] 1003-4781(2006)04-0042-9

[收稿日期] 2006-01-09

[作者简介] 杨永红(1967-), 女, 重庆人, 西南政法大学经贸法学院教师。

意思自治原则一直是国际法和文明国家在关于合同争议上所承认和奉行的普遍原则, 现已被广泛接受而成为国际商业事务的日常实践中的基石。[1] (P44) 意思自治原则当然不意味着国际冲突法对意思自治原则毫无约束, 强制性规则正体现了国家对意思自治原则的干预。随着自由贸易的解放和国家市场相互联系的增长, 当事人意思自治原则日益重要, 同时各国为了保护重要的政治、经济、文化的利益以及保护弱势方免受不公正的待遇而采纳强制性规则, 强制性规则日趋频繁的发挥着保障措施的功能。

由于每个国家根据自己的国民利益、社会利益和司法公平的要求把法律中的某些条款赋予强制性的特性, 因而毫不奇怪这些强制性条款因各国的国情各有差异。[1] (P23-25) 不仅合同法中的强制性规则在欧盟各国存在了较大的差别, 而且对冲突法意义上的强制性规则各成员国也有不同的理解。欧盟现行的“单项立法”方法并不能解决因各成员国的合同法中的强制性条款的差异对共同市场的一体化造成的阻碍, 但却在一定程度上形成了欧盟一级的强制性规则。针对欧盟与各成员国之间及各成员国之间处理强制性条款的冲突, 欧盟成员国1980年缔结的关于合同义务准据法的罗马公约(以下简称罗马公约), 迄今为止, 仍然是欧盟区域内冲突法上的强制性规则的主要依据。

在我国强制性规则尚无一个较清晰的机制, 而仅仅通过法律规避和公共秩序保留的制度来保护我国重要利益以及弱者利益, 即使在讨论中的《中华人民共和国民法典(草案)》第九篇涉外民事关系的法律适用亦没有触及强制性规则。在跨国商业交往相当繁荣的今天, 缺少强制性规则这一保障措施不利于对我国国家利益和国民利益的有效保护。无疑研究欧盟以及其成员国的强制性规则的体制不仅对于我国企业及公民对外的商业活动具有实践意义, 同时对于我国的国际私法理论和我国草拟中的民法典亦有借鉴作用。

## 一、强制性规则的种类

冲突法意义上的强制性规则不同于国内法中的强制性条款。在国内法意义上，强制性规则即是不能被合同更改或违反的条款。[2] (P56) 合同法包括强制性条款和任意性条款，而后者是合同法的主要部分。一方面，合同法作为市场的调节中心提供任意性条款，以通过降低谈判所消耗的能量和时间而减少交易成本提高效率；另一方面，强制性条款则限制合同方履行源于合同双方的真实意愿的承诺。虽然强制性规则本身包含多种形式，但就冲突法上的强制性规则而言，它必须具备在其国内法中的不可抵触的这一基本特性。广义上来说，强制性规则是指实体法中的一些非常重要的条款以致必须确保它们不被合同双方借合同逃避其应用或甚至无论准据法是否是他国法。[3] (P43) 通常说来强制性规则被划分为普通强制性规则和国际强制性规则。前者包括内部强制性规则和保护性强制性规则，特点是不能被合同改变；而后者包括法院地强制性规则，第三国强制性规则和形式强制性规则，均不能被任何冲突法规则逃避。

### (一) 内部强制性规则

罗马公约的第3条第3款将内部强制性规则定义为如果除了法律的选择和最终司法管辖的选择其他所有的因素只和一个国家相关时那些不能被合同更改或违反的条款。正如 Giuliano-Lagarde 报告所指出的，在整个合同和一个国家的法律之间必须存在紧密的联系而不是因合同的提交产生的联系，这种联系并非与合同产生而是与这个事情发生的。[4]

事实上，普通法没有这类防止规避法律的原则。因此来自英国的专家主张背离当事人自治原则的强制性规则必须在极其特殊的情况下才能被许可。[5] (P132) 在罗马公约的起草时，英国学者认为如果当事人选择的法律是完全正当合法的，那么即使明显的没有陷入其它的外国的因素，内部强制性规则的适用也会导致对当事人自治不必要的限制。[4] 假设合同双方系英国人且合同的订立和履行均在英国，但双方一致同意选择德国法为准据法，由英国的法院管辖。根据罗马公约的第3条第3款，英国法院可以适用英国法的强制性条款。尽管如此，在英国的法律制度下如果法律的选择并不违反良好意愿的准则也未与公共政策不符法院可能会适用德国法而不是英国法。<sup>①</sup>

在荷兰的法律体制下，如果合同双方选择国际法作为准据法，内部强制性规则并不应用。例如，合同是发生在荷兰的境内运输，但当事人双方选择 International Carriage of Goods by Road (CMR) 作为准据法，荷兰最高法院判定由于法律的选择形成了一个更普遍的和更国际化的合同的一部分，当事人对 CMR 的选择是有效的而不能适用荷兰的强制性条款。[6] (P117-129) 虽然罗马公约未明确指出法律的选择是否包括国际法，但是该结论与国际趋势是一致的。值得一提的是，这个论断与 Unidroit Principles of International Commercial Contracts (以下简称 Unidroit Principles) 和 the Principles of European Contract Law (以下简称 Lando Principles) 的相关条款系一致的。<sup>②</sup> 当然以上两个国际合同法的适用特别是强制性条款的适用有赖于法院地的冲突法是否允许选择它们为准据法。欧盟委员会希望通过修订罗马公约第3条第3款将欧盟确认为在强制性规则概念上的单一体。“在合同签订时当所有的其他因素与一个或更多的成员国相关联，当事人选择非成员国的法律制度并不排斥适用欧共体法律的强制性条款。”<sup>③</sup> 显然，该修订将欧盟视

<sup>①</sup> Vita Food Products Inc v Unus shipping Co Ltd [1939] AC 277, Boissevain v Weil [1949] 1 KB 482.

<sup>②</sup> Article 1. 4, Unidroit Principles (2004); Art. 1; 103 (2), Lando Principles; Art. 1; 103 (1), Lando Principles; Preamble of Unidroit Principles.

<sup>③</sup> Green Paper, para. 3. 1. 2, COM (2002) 654 final, Brussels, 14. 1. 2003.

为一个整体，把罗马公约的第3条第3款的内部强制性规则扩至欧共体法。

## (二) 国际强制性规则

与内部强制性规则被限制在仅与一国相联系的合同不同，罗马公约第7条所规定的国际强制性规则的适用范围较前者宽广了许多，特别是第7条第2款有最广泛的影响力。这里借用罗马公约的修改意见稿的例子来区别这两类强制性规则：法国关于裁员补贴的法律是每个法国雇主与雇员在签订雇佣合同时无法通过合同更改或逃避的，即使雇员放弃他获得裁员补贴的权利或同意无赔偿的缩短通知时间，雇员的上述放弃或同意均是无效的。然而，法国法院判定有关裁员补贴的条款不具备国际强制性条款的“推翻效力”。因此，法国关于裁员的法律只是普通意义上的强制性规则而非合格的国际强制性条款。在罗马公约第7条所规定的强制性条款涉及国际法的内容，指的是那些被国家赋予了相当的重要性以至于无论哪国法律是准据法，国家均要求这些条款被适用于合同。<sup>①</sup> 罗马公约第7条将国际强制性规则划分为两类：第7条第1款规定有关第三国的强制性规则；第7条第2款则涉及法院地的强制性规则。另外，《罗马公约》的第9条第6款涉及的针对不动产的形式强制性规则也具有国际强制性规则的性质。

### 1. 第三国的强制性规则

罗马公约第7条第1款可以称得上是很有创新的条款，它表述了成员国对包括非成员国在内的其它国家的法律制度的尊重。无疑该款却是最有争议的。根据该款的规定，当第三国与合同有紧密的联系时，无论哪国的法律被选择适用于合同，第三国的强制性规则可以被适用。它允许在特定的条件下运用第三国的强制性规则而非由合同确定的法律或法院地的法律，因此法官在考虑第三国的相关的法律和政策时拥有相当程度的自由裁量权。<sup>②</sup> 在罗马公约第7条第1款所指的特定的条件即是所谓的“紧密的联系”必须存在于作为一个整体的合同和第三国的法律而不是与合同争议所递交的国家之间。因此，在法官决定是否适用第三国的强制性规则时，必须检查那些第三国的强制性条款的本质和目的以及适用与不适用第三国强制性规则的后果。“紧密联系”一词不是指最紧密的联系，而意味着涉及司法评估中的重要因素。该款暗示法院承担着“极其复杂的任务将强制性规则与通常适用于特殊状况下的合同的法律相结合”。[4] 同时它亦暗示“紧密联系”的衡量所造成的不确定可能会导致各成员国在执法时更大的差异以及对商业行为的障碍。

坦率的说，第三国的强制性规则在很大的范围内受到了指责。反对者称此规则会导致法律的割裂适用：为了针对同一事实应用不同的法律而将事情分离，这会形成一个对传统的欧洲的理论和实践的极端背离。[7] (P73) 而且法院通常欠缺足够的配备和能力去分析外国法的目的和特征也无力去判断外国强制性规则的适用与不适用的后果。无疑陌生也会成为法律工作者的真正难题。以上问题很可能会影响法院对第三国的强制性规则评估的准确性。由于预料到该条款的新奇和会产生的不确定，罗马公约第22条允许签约国对第7条第1款予以保留，英国、卢森堡和德国对该款予以了保留。<sup>③</sup>

意义深远的荷兰的 *Alnati* 一案可以说是颇有争议的第三国强制性规则的一个非常重要的先例。在该案中，荷兰最高法院指出，虽然适用于国际合同的准据法原则上说仅能由合同方来选择决定，“然而也可能对他国来说甚至在它的领土之外遵守它的某些规则是非常重要的以致于法院必须考虑它们而因此优先适用它们而不是适用合同方所选择的另一国的法律”。<sup>④</sup> 荷兰最高法院明确主张当他国的利益保护要求某些它的规则在其域外被遵守的情况是可能发生的，而且荷兰法

<sup>①</sup>Green Paper, para. 3. 2. 8. 1, COM (2002) 654 final, Brussels, 14. 1. 2003.

<sup>②</sup>Article 7 (1) of the European Contracts Convention; Codifying The Practice of Applying Foreign Mandatory Rules, *Haward Law Review*, Vol. 114, 2001, p. 2462

<sup>③</sup>Green Paper, para. 3. 2. 11, COM (2002) 654 final, Brussels, 14. 1. 2003.

<sup>④</sup>Judgment of *Alnati* case, 13 May 1966, the Hoge Raad, the Netherlands.

院是有义务考虑这些规则。[6] (P117-129) 虽然 *Alnati* 一案推动罗马公约第 7 条第 1 款的产生, 但由于此类案件的罕有荷兰法院是否会继续发展第三国强制性规则的应用仍然是未知数。

[6] (P74-75)

就普通法来说, 尽管存在一些指示表明了合同地法 (*lex loci contractus*) 的强制性规则无论合同方选择哪一国法都能被适用, 但是却并无清楚一致的结论拥护合同地的强制性条款的推翻效力。事实上, 英国更乐于适用公共政策这一规则, 又称“基于友好的公共政策的自由裁量”。[8] (P353) 有趣的是, 英国否认其他友好国家的强制性条款的推翻效力转而根据自己的公共政策给予这些条款以效力。在 *foster v. Driscoll* 一案中, 英国法院宣称一个关于把酒出口到依法禁酒的美国的销售合同由于英国的国际友好义务和公共道德不能履行。<sup>①</sup>

在德国, 第三国强制性规则因其仅在极其罕见和例外的情况下才可能发生被认为缺乏实际和经济的意义, 因而德国学者建议欧盟委员会在修订罗马公约时删除该款。[9] (P180) 欧盟委员会在修订罗马公约的准备中也注意到有关第三国强制性规则案例法的缺乏。因而, 缺乏实践可能威胁第三国强制性规则的继续存在。迄今为止, 这个争议广泛的规则仍然保持着相当浓厚的理论色彩。

## 2. 法院地强制性规则

通过罗马公约第 7 条第 2 款使用的清楚而不含糊的语言法院地适用自己的强制性规则的权力非常地不同于罗马公约第 7 条第 1 款赋予给法院地的法官的自由裁量权。“当法院地法系强制性条款不管合同的可能的适用法律, 本公约不约束法院地法律的适用。”尽管罗马公约表达了对法院地法官在适用法院地法的具推翻效力的强制性规则时不加限制的权力, 但是某个法律系统的有效条款是否符合法院地的国际强制性规则的要求由国内的法律体系自己决定。[10] (P262) 结果, 由于差异多多的国家法律规定了各种不同的标准, 法律的不确定就难以避免。因此欧盟委员会计划援引欧洲法院在 *Arblade* 一案中所概括的概念 给法院地的强制性规则一个统一的定义。<sup>②</sup> 欧洲法院在该案中指出国际强制性规则必须是为保护成员国的非常重要的政治、社会、经济的秩序, 但是必须被认为是至关重要并要求所有的人在成员国的国土内必须遵守。<sup>③</sup>

该定义集中强调公共法律而没有提及私法。事实上, 定义体现了各国法院的司法实践的主流观点。因此, 德国的专家基于德国的相关制度与此定义相一致而建议将来的欧盟相关法规采纳这一定义。[9] (P182) 同样地, 荷兰的法律体系亦采用了和该概念相符的定义。在荷兰体制下的国际强制性规则通常具有“公法”的特征, 无论法院地或者第三国的公法。应该说在荷兰国际强制性规则主要是在相关社会经济的法律领域, 诸如货币规则, 竞争法, 劳工法, 和进出口的规定。关于劳工关系的非常法令第 6 条便是这样一则国际强制性规则。值得注意的是, 荷兰的相关著作把国际强制性规则描述为可以自动适用的荷兰公法的某些条款而不管何种法律适用于合同。在实践中, 荷兰法院通过案例法发展和完善国际强制性规则的必要条件。[6] (P237) 另一方面, 在丹麦法律中, 虽然国际强制性规则多属于公法而且公法与私法相比拥有更多的强制性条款, 但它们既存在于公法也存在于私法中。重要的是, 欧洲法院在 *Ingmar* 一案中确认了具有纯私法性质的国际强制性条款存在于欧共同体法律中。<sup>④</sup> 因此, 强制性规则可以既是公法又可以是私法或者在两者之间的混合物。在实践中, 将国际强制性规则局限在公法范围是不现实的, 对于强

<sup>①</sup> Article 7 (1) of the European Contracts Convention; *Codifying The Practice of Applying Foreign Mandatory Rules*, *Haward Law Review*, Vol. 114, 2001, p. 2461.

<sup>②</sup> Green Paper, para. 3. 2. 8. 3, COM (2002) 654 final, Brussels, 14. 1. 2003.

<sup>③</sup> Joined cases C-369/96 *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL & C-376/96 Bernard Leloup Serge Leloup and Sofrage SARL* [1999] ECR I-8453, para. 30.

<sup>④</sup> Judgment of *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc (C-381/98)*

制性规则，并没有任何差异存在于公法和私法之间，而且对公法与私法的划分各国均有不同的标准，也无统一的各国普遍接受的划分条件。[2] (P64) 另外，Arblade 的定义似乎更接近“公共政策”的概念，使两者的界限更加模糊不清。

实际上，欧盟委员会并没有表现出任何热情试图规定法院地的强制性规则的条件。<sup>①</sup> 这暗示着各国的国内法及其实践继续在这一问题上起着决定性的作用。有专家提出由于国际强制性规则适用于涉外或国际的合同争议因此“国际适用的意图”应该成为法院地强制性规则的条件之一。[10] (P257) 问题是，有些时候意图并不是足够明显，所以其它的因素就会被考虑，而法院的司法实践则担当着一个很重要的角色。

普通法通常给予合同方很大程度的自由以决定合同的内容。英国法尽量避免严格僵硬寻求灵活机动，因此，法官在包括强制性规则在内的冲突法上也享有较广泛的自由裁量权。而且，整个英国对待逃避强制性规则的行为采用了特殊处理的方法，没有普遍应用的机制。当然，在某些情况下特别的成文法亦规定有国际强制性条款。例如，1996 雇佣权利法案的第 204 部分 (1) 项，1977 不公平合同条款法案的第 27 部分第 (1)，(2) 项均被承认有推翻效力。[11] (P144-145) 另外，在英国的普通法体系下，规则也可被确认为是强制性的以应对规避行为。[12] (P48-50) 英国上议院在 *Hollandia* 一案中判定 1971 海洋运输货物法案所执行的“Hague-Visby”规则不能通过法律的选择来规避。<sup>②</sup>

在国际法应否包括国际强制性规则的问题上，Unidroit Principles 的第 1.4 条和 Lando Principle 的第 1:103 条给予了肯定的回答，它们采纳了“国内法，超国家的法和国际法的强制性规则”取代了“他国的强制性规则”或“法院地的强制性规则”。欧盟法院的判例法给予了欧共体法的强制性条款推翻效力。在著名的 *Ingmar* 一案中，欧盟法院宣布了欧共体的条例中的相关条款是强制性的，合同双方不能通过法律的选择逃避这些条款。<sup>③</sup>

### (三) 保护性强制性规则

各成员国均设置保护性立法针对某类合同以弥补这类合同双方的不平等的谈判力量，比如消费者与卖主，雇员与雇主等。而且，在雇佣关系或消费者买卖关系有国际色彩时，准据法的选择必须与国家的保护性的政策和所保护的利益相调和，使弱势群体的利益不受侵害，确保司法公正。因此，罗马公约第 5 和 6 条通过让消费者合同与雇佣合同成为普通的法律选择原则的例外以寻求保护消费者和个体雇员的利益免受不利法律的影响。[2] (P65)

罗马公约的第 5 和 6 条旨在保护弱势一方针对消费者的合同和雇佣合同建立了一个特殊的冲突规则。而这个目标亦符合欧盟条约第 5 条规定的宗旨。强制性规则在这个意义上必须属于实际适用的法律，也就是说，准据法不能由合同方选择。消费者放弃他们选择准据法的权利是无效的。一方面，合同方的选择不能对消费者通常所居住的国家的强制性条款有相反的影响；另一方面，涉及这类合同，购买者作为弱势或缺乏信息的一方，他所在地的法律依法应当优先于出售者的法律。这个规则保证了对消费者最低的保护，即消费者不能被法律选择剥夺了适用有利于他的法律的权利。罗马公约第 5 条第 (2) 项规定了相应的条件，只有满足了这些条件，消费者才能获益于保护性强制性规则。<sup>④</sup> 尽管罗马公约没有定义消费者，但是，该条款并不保护那些作为购买设备或为交易或职业获取服务的贸易人员，制造商，或从事职业工作的人的合同购买者。[4]

与第 5 条不同，罗马公约第 6 条第 (2) 项试图将合同的最密切联系地的法律定为准据法。

<sup>①</sup>Green Paper, para. 3. 2. 2. 1, COM (2002) 654 final, Brussels, 14. 1. 2003

<sup>②</sup>The *Morviken* [1981] 2 Lloyd's Rep. 61; [1982] Q. B. 872, CA; [1983] 1 Lloyd's Rep. 1, HL; [1983] 1 A. C. 565.

<sup>③</sup>Judgment of *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc* (C-381/98), Para. 22-25.

<sup>④</sup>Article 5 (2) of Rome Convention.

它以工人是否通常在同一国家执行合同内的工作来判定。该条要求，无论雇佣合同选择何种法律，均应适用与雇佣合同联系最密切的国家的法律。如果工人通常执行合同内的工作在同一国家，那么该国家的法律即被适用；如果不是，那么准据法是他所从事的工作所处的地方的法律。”然而，在第6条第(2)项的末尾的“逃逸句子”许可较紧密联系地的法律的取代削弱了该条款的保护效果。<sup>①</sup>

## 二、公共秩序

### (一) 最后的救助

不同于强制性规则的公共秩序是《罗马公约》规定的对通常法律选择的另一种干预。罗马公约第16条规定了当法律的选择违背公共利益时公共政策的优越地位。由于社会的或经济的公共政策所追求的公共利益可能会产生将某些规则从通常的法律的选择分离出来的需要。对于英国这个没有普遍意义上的强制性规则的体系，公共秩序规则是被广泛承认或接受的中断正常冲突法规则的机制，尽管合同的有效性应取决于该国的法律，但可依据法院地的公共规则推定为无效。<sup>②</sup>《罗马公约》采用了 *loucks v. Standard Oil. Co* 一案中确立的公共秩序的适用条件——“与法院地的公共政策明显的不一致”。然而，“公共政策”的概念常常是模糊不清使法院地法院可以毫不费力依据该规则拒绝外国法的适用。因此，有必要把该规则与强制性规则区别应用并限制它的适用范围。实际上，公共秩序这一概念表示着对所选择的法律的完全的排斥。它也是法院地法院否定通常意义的冲突法规则的最后手段。换句话说，公共秩序规则成为了法院地法院拒绝适用当事人选择的法律的一个补充工具。

在荷兰公共秩序规则与法院地强制性规则并无清楚的界限。公共秩序规则或法院地强制性规则都可在外国法的适用会导致侵害法院地的基本价值系统而阻止适用外国法转而采用荷兰的有关法律或政策。这些规则主要涉及荷兰的社会经济法规，诸如劳工法，货币兑换管理制度等。在英国为了保护社会利益，公共秩序规则成为极其重要的方式干预准据法的选择。在著名的玉马案中，由于印度的法律禁止直接或间接向南非出口玉马，该案的合同双方（一方是瑞士国籍，一方是德国人）将印度的玉马出口到南非，为规避印度法一致同意选择英国法为准据法。英国的法院依据公共秩序规则裁决该合同违反英国友国的法律，它的执行会伤害英国和友国的关系，违背了国际友好准则，因此在英国的法院不能执行。[8] (P359) 有趣的是，该案在英国学者的眼中属于公共秩序规则的案例，但在美国学者看来，该案则是第三国强制性规则的绝好范例。<sup>③</sup>

### (二) 与法院地强制性规则的区别

因为法院地强制性规则的适用与准据法无关，因此当法院地强制性规则应用时，罗马公约的其它关于决定准据法的条款不在考虑之列。法院不检查冲突法以确认准据法也不管准据法的内容是否与法院地体系的价值不一致而是自动适用自己的强制性规则。而罗马公约第16条的适用是发生在罗马公约的另一冲突条款应用及确定准据法后，在已选择的法律由于它的适用会导致与法院地的公共政策不相符可能被搁置的情况下，第16条在过程的第2步启动。换句话说，强制性规则是选择准据法过程的一部分，而公共秩序规则是一个拒绝的过程。更重要的是与第7条第

<sup>①</sup>Green Paper, para. 3. 2. 9, COM (2002) 654 final, Brussels 14. 1. 2003; Article 6 (2) of Rome Convention.

<sup>②</sup>*Grell v. Levy* (1864) 9 L. T. 721, 722/3 (champertry); *Ertel Bieber & Co. v. Rio Tinto Co. Ltd.* *Dynamit AG v. Same*, *Verreinigte K? nigs und Laurahütte AG für Bergbau und Hüttenbetrieb v. same* [1918] A. C. 260 at 290, 298 (trade with the enemy).

<sup>③</sup>Article 7 (1) of the European Contracts Convention; *Codifying The Practice of Applying Foreign Mandatory Rules*, *Haward Law Review*, Vol. 114, 2001, p. 2474.

(2) 项不加限制的文字不同, 第 16 条用“明显的不符”暗示了该机制应保持相当的“例外”的性质。[ 1] (P63)

### (三) 两种模式

值得注意的是罗马公约的修改意见稿似乎并没有意图把公共秩序规则与强制性规则区别对待。首先, 该原则并未出现在意见稿上; 第二, 意见稿中法院地强制性规则的定义暗示法院地强制性规则已涵盖了公共秩序规则。显然意见稿没有区分上述两者。在实践中, 欧盟的成员国利用强制性规则或公共秩序规则在类似的情况下否认通常的法律选择。另外, “Lando Principles”没有区别这两个概念, 而是扩大了强制性规则的范围涵盖公共秩序规则。[ 15] (P100—103) 似乎有两个选择, 一个是拒绝将公共秩序规则从强制性规则中分离出来, 而另一个则是罗马公约所采纳的区别对待这两个机制。在实践中, 后者由于给予成员国以较大的空间来保护各自的利益, 因此占主导地位。

### (四) 欧共体公共政策

然而, 罗马公约的第 16 条并未涉及共同体的公共政策。但现在共同体公共政策已经成为成员国的公共政策的一分子。因此, 公共秩序规则的范围应延至共同体公共政策。当适用第三国法律会与共同体公共政策相违背, 成员国的法院应被允许利用公共秩序规则拒绝适用第三国法律。

## 三、共同体法包含强制性规则

在欧共体层面上, 欧共体在诸如消费者合同, 雇佣合同, 电子贸易等特殊部门发布了不少二级立法。其中有关消费者合同的立法最为繁荣。众所周知, 强制性条款组成了有关消费者保护的律的核心, 这种对合同自由的干预保证了对弱势方的最低保护。<sup>①</sup>无疑, 此类立法中的强制性规则的主体应是普通强制性条款。但是, 欧共体法是否包括国际强制性条款, ECJ 在 Ingmar 一案中作了肯定的答复。<sup>②</sup>因此共同体法包含有普通强制性条款和国际强制性条款。

同时我们应当认识到成员国的“国际强制性条款”的应用受到了共同体法的限制。在意义深远的 Arblade 一案中, ECJ 认为如果成员国的国际强制性规则成为共同体法应用的例外会破坏共同体法的统一适用, 因此它们亦不能违反共同体法。事实上, ECJ 判定成员国的国际强制性条款不能因为其推翻效力优于共同体法, 但成员国压倒一切的公共利益只能在必要和适当的条件下成为违背共同体法的例外。<sup>③</sup>由此可见, 成员国的国际强制性条款的效力受限于共同体法, 它们不能违背共同体法, 除非该条款代表着重大的公共利益且以非常方式运作。

## 四、欧盟对强制性规则的一体化

众所周知, 欧盟以一个共同市场经济的创立与发展为基础。其运行要求消除对货物, 人员, 服务和资本的越境流动存在的障碍。这当然也要求合同法能有助于减少在合同签订, 履行和合同风险的计算上的困难。事实上, 各成员国的合同法的差异形成了非关税的贸易壁垒。[ 15] (P61) 由于成员国合同法所包含的任意性条款的差异可以通过合同本身来协调, 但是强制性条款的不可更改的特点使各国合同法中的此类条款的差异成为主要问题。欧盟委员会力图通过一系列的有

<sup>①</sup> European Consumer Law Group, Response to the Communication on European Contract law, ECLG/ 343/ 2001, 15/10/2001, [http://europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_prac/cont\\_law/comments/3\\_3.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_prac/cont_law/comments/3_3.pdf)

<sup>②</sup> Judgment of Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc (C-381/98), para. 15—26.

<sup>③</sup> Joined cases C-369/96 Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL & C-376/96 Bernard Leloup Serge Leloup and Sofrage SARL [1999] ECR I-8453. para. 31.

消费者合同, 支付系统, 商业代理, 雇佣合同, 产品责任, 电子交易, 金融服务, 版权及相关的权利, 公共采购, 和个人数据的保护等等的立法尽可能的消除各国合同法的差异。但是上述立法在解决部分问题的同时却不能真正的消除障碍。一是因为这些立法均采用最低标准的同化, 而且它们的某些条款存在矛盾而又造成了新的问题。另外一些立法也包含了冲突法规则, 这些规则也存在着与《罗马公约》的有关条款的不一致。因而一致的冲突法意义上的强制性规则具有非常重要的意义。但由于《罗马公约》并未列入共同体法, 因此它的效力低于共同体法, 更加剧了问题的严重性。欧盟现有的手段可能会更大地分裂各国的合同法而非同化各国法律的差异。 [ 16] (P25—30) 因此, 欧盟委员希望寻求新的途径来解决强制性条款的差异所带来的困难。统一的欧洲合同法虽能真正解决问题, 但由于成员国分歧较大至少在短期内难以成为现实, [ 16] (Annex. para. 4. 4. 1) 而 Lando Principles 事实还停留在学术界, 尚未能成为欧洲版的“restatement”。 [ 17] (P364) 修改现存的欧共体的有关合同法的立法, 尽可能的减少缺陷、消除不一致, 同时将罗马公约进行适当的调整后纳入共同体法, 能解决欧盟特殊立法有关冲突法规定与罗马公约不一致所引起的麻烦, 也可理顺共同体法中所包含的强制性条款和公共政策与成员国的类似条款或第三国的类似条款的关系。这样, 共同体作为在强制性规则意义上的单一领域从案例法成为成文法, 有助于欧洲的一体化。

## 五、结论

欧盟的各成员国各自利用不同种类的强制性规则在促进跨国商业活动的同时保护自己的有价值的利益和弱者的利益, 欧盟则希望通过协调合同法中的强制性条款来加速欧洲一体化的进程, 并明确共同体法包括国际强制性条款和普通强制性条款, 以保护共同体的重要共同利益, 在成员国的强制性规则不能提供保护时排斥第三国法律的适用, 欧盟将《罗马公约》修订后纳入共同体法的计划会使强制性规则更加一致, 并可更好地利用强制性规则保护欧盟的共同利益以及区域内弱势群体的利益。正值我国的统一民法典草案的讨论之际, 强制性规则机制虽未在草案中体现, 但借鉴欧盟区域内的强制性规则机制对我国相关机制的建立与完善以更好地保护我国的国家利益和我国国民的利益具有一定意义。

参考文献:

- [ 1 ] Bernard Dutoit, European conflict of law, in Private International Law (edited by Bernd von Hoffmann), Ars Aequin Libri (1998) .
- [ 2 ] David Jackson, Mandatory Rules and Rules of “Ordre Public”, in “Contract Conflicts, the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations; a comparative study” (edited by P. . M. North), North Holland, 1982.
- [ 3 ] Ali R Sinai, the Inclusion of Mandatory Rules in an Optional EC Contract Law Instrument, European Business Law Review, 2004.
- [ 4 ] Giuliano/ Lagarde Report, [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_en.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm).
- [ 5 ] P M North, JJ Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, 13th edition, 1999, Butter Worth
- [ 6 ] Rene van Rooij; Maurice V. polka, Private International Law in the Netherlands, Kluwer, 1987
- [ 7 ] Willis L. M. Reese, Depeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law, Columbia Law Review, v. 58 (1973).
- [ 8 ] John O'Brien, Smith's Conflict of Laws, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- [ 9 ] Von Ulrich Magnus, Peter Mankowski, The Green Paper on a Future Rome I Regulation on the Road to a Renewed European Private International Law of the Contracts, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, May 2004

- [ 10] Susanne Knofel, Mandatory Rules and Choice of law—a comparative approach to Article 7 (2) of the Rome Convention, *Journal of Business Law*, May 1999.
- [ 11] C. G. J. Morse, Contract of Employment and the EEC Contractual Obligations Convention, in *Contract Conflicts* (edited by P. M. North), 1982.
- [ 12] J. J. Fawcett, Evasion of law and Mandatory rules in private international law, *the Cambridge Law Journal* v. 1, 1990.
- [ 13] Tapio Puurunen, choice of law in European Business-TO -Consumer Electronic Commerce A Trail of a Political Impasse, *Zeitschrift fur europaisches privat recht*, v. 11, No. 4, 2003.
- [ 14] Wojewoda, Mandatory Rules in Private International Law, N. 7, 2000, *Maastricht journal of European and Comparative Law*.
- [ 15] O Lando and H Beale (eds), *Principles of European Contract Law*, Kluwer law International, 2000, Article 1: 103. [ 16] An Action Plan (Q. J. 2003/c 63/01).
- [ 17] M. W. Hesselink, “Principles of European Contract Law”, Kluwer, 2001.

责任编辑：何志鹏

## Mandatory Rules in European Union

YANG Yong-hong

(School of Economic and Trade Law, SWUPL, Chongqing 400031)

**Abstract:** Mandatory rules are employed as interventions to freedom of contract. Since there is no uniform European Contract Law, it is necessary to study mandatory rules in the sense of conflict law. The author attempts to demonstrate different types of mandatory in the sense of conflict law according to Rome Convention that was concluded and applied by member states of EU, elaborate disparity between them, and introduce the practices of member states and new development of European law on mandatory rules.

**Key words:** mandatory rule; default rule; international mandatory rules; public order; common policy of the EC