

就葡萄牙國際私法及澳門《民法典》草案第二十一條對強制適用之規定作闡述

賓萊羅博士

Luís de Lima Pinheiro

里斯本法學院教授

引言

強制性適用之規定這個課題一直得到葡萄牙國際私法學家重視，如最近發表的博士論文便可見一斑¹。該課題是 Marques dos Santos² 教授的論文內容，亦在 Moura Ramos³ 及 Helena Brito⁴ 教授的論文中對此課題曾作探討，在本人關於在國際私法中的“共同承建合同（合資企業合同）”的論文中，扼要地指出本人在這問題上的立場⁵。

¹ “過去參閱 Isabel de Magalhães Collaço” “在國際私法中的買賣，基本方面”，第 I 卷（博士論文），里斯本，1954 年，第 315 頁及隨後數頁；同上，一序言 – Manuel Cortes Rosa “民法典中的附隨問題”，里斯本，1960 年，XXII；FERRER CORREIA – “Nuevos rumbos para el derecho internacional privado”，在“法律之各種研究”（1982 年），第 223-254 頁，科英布拉，1976 年，第 240 頁及隨後數頁；同上，“對國際私法之方法的思考”，在“法律之各種研究”第 309-398 頁，1982 年，第 395 頁及隨後數頁及最新版；同上，“藝術品之國際買賣”，科英布拉，1994 年，第 49 頁及隨後數頁；MOURA RAMOS，“國際私法與憲法 – 兩者關係分析緒論”，科英布拉，1980 年第 114 頁及隨後數頁；同上，“葡萄牙國際私法之近況”（sep. BFDC-Est. AFONSO QUEIRÓ）科英布拉 1987 年，第 16 頁及隨後數頁。

² “在國際私法中直接適用之規定”，“一般理論之概述”，第二卷，科英布拉，1991 年。

³ “國際勞務合同的準據法”，科英布拉，1991 年。

⁴ “國際合同中的代理”，科英布拉，1991 年。

⁵ 里斯本，1998 年。

這種重視是合理的，因為在談論到強制適用之規定在調整國際上的“私法”關係的重要性時，這正如討論是否存在一種衝突程序之選擇性。然而，有人正如本人認為強制適用之規定起碼在葡萄牙法律秩序中是例外的，並認為是成為調整衝突的程序，因此，不容否定該課題在理論上的重要性及其實踐的利益。

從理論角度去看，該課題是研究如何把單邊主義的理論與雙邊主義之衝突體系協調，本人認為該課題對法律方法在國際私法框架上的適用方面是值得推舉的。在實踐層面上，關鍵是要知道適用法律的機關是否及在甚麼條件下可以及應該尊重規範適用性的意圖，而該等規範按照衝突法體系是不構成具權限的法律秩序。

澳門《民法典》草案就這事宜在第二十一條中載了一項革新性規定。因此，本人認為適宜在由澳門大學法學院舉辦的“民法及商法：澳門《民法典》及《商法典》研討會”中探討此課題。

1) 在國內法律秩序生效的強制適用之規定

A) 強制適用之規定的概念

傳統上，國際上的“私法”關係由衝突法體系調整。在一些法律秩序中，如在葡萄牙的法律秩序中，衝突法體系主要由一整體的雙邊衝突規範，及關於對該等衝突規範的解釋及適用的規範所組成。在葡萄牙法中，這些規範一般來說屬於法的淵源及主要載於《民法典》及統一衝突法的國際公約。

因此，一條法律規範適用於一種國際私法關係，原則上要取決於該法律規範按照衝突法體系納入準據法內。

然而，仍存在其他調整國際“私法”關係的方式。

首先，存在一些特別實體法的規範，例如，為某些國際情勢具特定目的之實體規範，由於是具特定目的之衝突規範所造成的結果，所以該實體規範之適用是不取決於衝突法的體系。

現今國際私法學理一直要求注意，一般法之規範在適用於國際私法“關係”時亦不取決於衝突法體系。就這方面事宜，大家談到自行限制規範及直接或強制適用之規定。

自行限制規範是指那些在空間適用範圍上與衝突法體系⁶之運作所產生的結果不一致的實體規範。

首先，這情況可以是由於該實體規範由一條具特定目的之衝突規範（明確或暗含的）伴隨而造成。這條衝突規範是單邊的及具有特定的目的，因為專屬地提到法院地法律秩序⁷的某一條實體規範。

自行限制亦可以是由解釋者面對個案的整體情形所作出的一種個案判斷的產物⁸。

倘一條自行限制規範要求一個比衝突法適用更廣的範圍時，那麼這就是直接或強制適用之規定⁹。

對FRANCESCAKIS來說，“直接適用之規定是指對維護國家的政治、社會或經濟組織¹⁰所必須遵守的規範”。

因此，強制適用之規定的目的重要性與國家透過規範調整私人狀況而作出的命令及介入現象是密不可分的。

然而，強制適用之規定並非經常意味著國家之介入，似乎不可能在內容及目的方面指出其特徵¹¹。如果由立法者明示指出一條規範優於一

⁶ 關於“自行限制規範”一詞的各種概念，參閱 LIMA PINHEIRO (N° 5) 第 771 頁及其有關的敘述。

⁷ 關於具有特定目的之單邊規範，參閱 LIMA PINHEIRO (N° 5) 上述作品，第 774 頁附註 119，還參閱 NEUHAUS-Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2^a ed.; Tubinga, 1976 年，第 105 頁及隨後數頁，按照 KROPHOLLER – Internationales Privatrecht, 3^a ed., Tubinga, 1997 年，第 94 頁及隨後數頁。

⁸ 參閱 WENGLER – Internationales Privatrecht, 二卷，柏林及紐約，1981 年，第 89 頁及隨後數頁，附註 93，第 781 頁及加上第 1292 頁及 LIMA PINHEIRO (N° 5) 第 774 頁。

⁹ 同一觀點，MARQUES DOS SANTOS (N° 2) 第 697 頁。

¹⁰ “Conflits de lois (principes généraux)” in Rép. dr. int., t. I, Paris; 1968 年，n° 137，對直接適用之規定之評定之實質標準，參閱 WENGLER (N° 8) 第 88 頁及隨後數頁，MARQUES DOS SANTOS (N° 2) 第 927 頁及隨後數頁、第 934 頁、第 940 頁及隨後數頁、第 1033 頁、CP. 959 及 MOURA RAMOS (N° 3) 第 667 頁及隨後數頁，CP. 第 67 頁及隨後數頁。

¹¹ 在此意義上，LOUSSOUARN – “Cours général de droit international privé”，RCADI 139 (1973) 271-385 頁、328 頁及隨後數頁；SCHWANDER – Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR – Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Zurich, 1975 年，第 283 頁；EGON LORENZ – “Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldver-

般衝突法的法律秩序，則這條規範在不需作任何考慮的情況下屬於強制適用之規範。

例如，經五月二十二日第180/99號法令修改的八月五日第275/93號法令規定“所有關於定期居住物權的合同及關於在處於葡萄牙之旅遊企業單位作旅遊住宿的權利的合同，而於每年有時間限制者不論有關合同訂立地及訂立形式，均受到本法規的規定約束”（第60條第七款）。

按照較正確的解釋¹²，這意味著，當不動產位於葡萄牙，不論規範合同的法律為何，該法規的實質規定應被適用。因此，這些規定是強制適用之規定。

然而，與特別實體法所遇到的情況相反的是，立法者為一般法的個別化規範或法律制定具特定目的之衝突規範的情況少之又少。因此，很多作者強調了透過解釋而訂出的“自行限制”，主要是採用了目的標準作出解釋，而該標準會考慮到實體規範所追求的政治法律目的。但是，這種透過解釋的“自行限制”引起一些微不足道的問題。

似乎頗令人生疑的是，對一條規範的解釋可以在空間適用的範圍這個問題上得出結論。規範的內容及目的可為此提供一些重要的指引，然而，似乎不能單單對一規範的解釋就可得出解決衝突的方案¹³。

tragsrecht”. RIW 33（1987年）第569-584頁、第578頁及隨後數頁；VISCHER – “Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz”，RabelsZ 53（1989年）第438-461頁、第446頁；SCHURIG – “Zwingendes Recht，‘Eingriffsnormen’ und neues IPR”，RabelsZ 54（1990年）第218-250頁、第226頁及隨後數頁；MAYER – Droit international privé；5^a ed.；Paris，1994年，第90頁。

¹² 按照第180/99號法令所轉載的第94/47/CE號指引第九條。

¹³ 參閱 RABEL – DROBNIG – The Conflict of Laws. A Comparative Study，vol. I，2^a ed.，1958年，第102頁及隨後數頁；WENGLER – “The General Principles of Private International Law”，RCADI 104（1961年）第271-469頁、第358頁及隨後數頁 e n. 10；Gerhard KEGEL – “The Crisis of Conflict of Laws”，RCADI 112（1964年）第91-267頁、第198頁及隨後數頁；Id.，– “Die selbstgerechte Sachnorm”，in Gedächtnisschrift für Albert EHRENZWEIG，org. por Erik JAYME e Gerhard KEGEL，第51-86頁，Karlsruhe e Heidelberg，1976年，第78頁，並指出從實體規範抽出衝突規範是很難做到的，因為衝突規範在政治法律上是一個aliud；SCHURIG – Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts，Berlin，1981年，第57頁，不會絕對排除這種可能性，然而，認為只在例外情況時出現，CAVERS – “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”，RCADI 131（1970年）第75-308頁、第122頁及隨後數

一條具特定目的之衝突規範的擬定或對規範適用性進行個案判斷必須要經過衝突推理，及對情勢與各當事國建立之連結點進行評估，這項評估體現了有關實體規範的解釋程序。

例如，葡萄牙法院的一些裁決認為在葡萄牙法律中所載關於解僱規範同樣適用於受外國法律約束的勞務合同，這是考慮到規範保護的目的及其與《憲法》所規定的基本權利的關係。然而，沒有解釋清楚哪個或哪些是彼等規範之適用所取決的連結元素。當一個裁決指出如屬葡萄牙工人，則該等規範經常適用，另外，一些關於葡萄牙領使館的葡萄牙工作人員的裁決則出現不同的理解。

因此，評價不同連結元素意義的衝突推理是必要的。

在上述例子中，在葡萄牙執行勞務合同是一個足以促進該等規範適用的連結元素。面對關於合同義務準據法的《羅馬公約》，這已是一般衝突規範的結果（第六條）。然而MOURA RAMOS主張，如果常居於葡萄牙的居民透過位於葡萄牙的一個場所獲聘用在外國提供勞務時，則該等規範亦同樣適用¹⁴。在這情況下，這些規範按照公約第七條第二款規定作為強制適用之規定運作。本人肯定，如果葡萄牙工人或常居於葡萄牙的居民被一個位於外國的場所聘用以在外國提供勞務，則該等規範不適用。

因此，強制適用之規定不是衝突程序或間接調整的一個選擇¹⁵，卻

頁；PIERRE LALIVE – “Tendances et méthodes en droit international privé”、RCADI 155 (1977年) 1-425頁，120及隨後數頁。FERRER CORREIA – “國際私法 – 一些問題” 科英布拉，1981年，第38頁及隨後數頁，第60頁及隨後數頁，maxime，n. 31；MARQUES DOS SANTOS (Nº 2) 第381頁及隨後數頁及第655頁。

¹⁴ 參閱 (Nº 2) 790及“國際合同及在葡萄牙法律體系中對較弱一方之保護”，在“合同：現況與演變”，波爾圖，1997年，第331-357頁，352頁。就此點，參閱 LIMA PINHEIRO – 國際私法 – 分則（衝突法），科英布拉，1999年，及附註321至323。

¹⁵ Cp，為了成為“衝突方法”之一種選擇性，FRANDESCAKIS (Nº 10) nº 23及隨後數頁，64及隨後數頁，89及隨後數頁，及124；BATIFFOL – “L’avenir du droit international privé”，in Choix d’articles，315-331頁，1973年，320及隨後數頁；Id. – “Actualité des intérêts du droit international privé”，in FS Konrad ZWEIGERT，23-35頁，1981年，24及隨後數頁；Id.，- “De l’usage des principes en droit international privé”，in Est. António FERRER CORREIA，103-119頁，Coimbra，1986年，116 (mas cp. Id. L’avenir...327 e “L’état du droit international privé en France et dans l’europe continentale de l’ouest”，Choix d’articles，11-31頁及24頁，1973年)；MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 37，816及隨後數頁，840及隨後數頁及963頁。Ver a crítica de PICONE – Ordinamento competente e diritto internazionale privato，Milão，1986年，11及隨後數頁。

是單邊主義的某種類型的表達¹⁶，該主義按照個別化規範而提出了準據法的問題¹⁷。這種提出問題的方式接近於在北美國際私法學者中所極力主張的思想潮流，他們偏向於考慮個別化的規範和法律制度所貫徹的目的¹⁸。

如果法院地實體規範之適用取決於一條特定目的之衝突規範或對衝突個案的判斷，則肯定該規範絕不可直接適用¹⁹，這是一個間接調整的程序。關於透過衝突法體系作調整在技術上是存在差異的：由衝突法體系代替具特定目的之衝突規範或代替對衝突個案的判斷。

基於這個理由，在“強制適用之規定”、“直接適用之規定”這兩種表達中，本人寧選前者。

¹⁶ 也參閱 GOTHOT – “Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, R. crit. 60 (1971 年) 1-243 頁及 415 頁 450 頁, 211 及隨後數頁; VITTA – “Diritto internazionale privato”, in Dig priv. civ., vol: VI, 1990 年, n° 24; MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 1040, 1048 及隨後數頁和 1061; VISCHER – “General Course on Private International Law”, RCADI 232 (1992 年) 9-256 頁, 42 及隨後數頁; 和 BATIFFOL – LAGARDE – Droit international privé, vol. I – 8^a ed., Paris, 1993 年, 425 及隨後數頁。

¹⁷ 正如本人在“利益之司法見解及國際私法(複印的碩士論文)”, 里斯本, 1986 年, 第 65 頁, “這裡沒有完全缺乏國際私法之思維, 然而, 完全是一種受到一條特別約束空間實況的規範的目的所限制的思維, 及作為實體規範之部份但不屬法律關係部份”。

¹⁸ 參閱 CAVERS – “A critique of the choice-of-law problem”, Harv. L. R. 47 (1933 年) 173-208 頁; Id. – “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, RCADI 131 (1970 年) 75-308 頁, 122 及隨後數頁; 及 137 及隨後數頁; CURRIE – Selected Essays on the Conflict of Law, Durham, 177 及隨後數頁, 186 及隨後數頁 及 383; 及, EHRENZWEIG – Private International Law, vol I, Leyden 及 Nova Iorque, 1967 年; 59 及 64 頁. Sobre este relacionamento, ver LIMA PINHEIRO (n. 17) 62 及隨後數頁; MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 332 頁; 及隨後數頁和 570 及隨後數頁 e GUEJ – “The Theory of the Law of Private International Law – A Functional Trend in Continental Private International Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories”, Am. J. Comp. L. (1991 年) 661-697 頁。

¹⁹ 參閱 TOUBIANA – Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique), Paris, 1972 年, 230 及隨後數頁; DEBY – GÉRARD – Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris, 1973 年, 37 及隨後數頁和 48 及隨後數頁; NEUHAUS (n. 7) 105 及隨後數頁; seguido por KROPHOLLER (n. 7) 94 及隨後數頁; PIERRE LALIVE (n. 11) 106 頁; 和 SCHURIG (n. 9) 233 及隨後數頁。

B) 強制適用之規定的確定

在這事宜上提出一個最根本的問題就是要知道解釋者何時應該視某條規定或法律屬於強制適用。

如果立法者作出明確指出時則沒有問題。特別衝突之規範優於一般的衝突法。

在缺乏明確的解決方案時，則由解釋者負責驗證有否出現下列其中一種前提：

- 一條不明顯的特別衝突規範的生效；
- 按照法律漏洞理論，創設特別衝突解決方案的必要性；
- 視乎具體個案的種種情況，使到實體規範之適用性產生問題之一般條款的生效；

正如過去指出，葡萄牙立法者明確為一般實體法之規範訂立特別衝突規範的個案少之又少。

一條不明顯的特別衝突規範的生效或由解釋者創設特別解決方案之必要性，兩者的驗證要遵循嚴格的方法指引。不明顯的衝突規範應從法律議案中或從帶有約束性信念的實踐中推論。

在缺乏不明顯的特別衝突規範時，由解釋者創設一種衝突的解決方案的這種做法是假定發現了一個要以此方式填補的漏洞。在大部份的情況中，起碼僅可視為一種隱藏的漏洞，因為這種情況原則上已被包括在衝突法體系的規範之內。因此，漏洞之發現是以一種限制解釋或一般衝突規範之目的限制為基礎。

這是一個公開的問題，甚至在葡萄牙國際私法內生效著一條允許解釋者對衝突個案作判斷的一般條款。而對立法者的不作為，及司法見解的不同意見，本人看不出這樣一般條款生效的依據。

由此可以得出，在缺乏特別衝突規範或沒有發現一個應透過創設一種具特定目的之衝突解決方案填補的漏洞時，解釋者不得把強制適用之規定的特性賦予實體規範。這條規範透過國際公共秩序的條款方可作為對外國法適用的限制，然而，為此情況，這條規範必須是葡萄牙法律秩序的根本規範，以及有權限的外國法所導致的具體結果明顯地與這條規範不相容。

從中可得知強制適用之規定是例外的。因此，在這裡對衝突法體

系不存在全面的選擇性，但是，僅在例外的情況下，才對該體系的運作構成限制。

在債務合同範疇上，關於合同義務的準據法的《羅馬公約》第七條第二款在葡萄牙法律秩序中生效，該條文允許法院地的強制適用之規定優於公約衝突規範所指定的法律。

同樣地，關於中介合同及代理的準據法的《海牙公約》第十六條允許適用與情勢有實效連結的國家的強制適用之規定（不論是法院地國家還是第三國）。

這些規定絕不會對確定強制適用之規定作出規定，因此，理論上不會改變在這方面所持的立場²⁰。

C) 澳門《民法典》草案第二十一條

澳門《民法典》草案關於在內部秩序生效的強制適用之規定上有一項革新性的規定，其標題為“直接適用之規定”。第二十一條規定：“澳門法律中之規定，如基於其特定標的及目的而應強制適用者，優於下節規定所指之澳門以外之法律規定”。

草案的“序言”及“理由簡述”指出 ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO 教授在國際私法規範的起草上提供了寶貴的合作，這可假定第二十一條的行文是歸功於這位傑出的國際私法學家。

此外，不打算在此對這條規定作深入詮釋，值得指出，該規定一方面援引了上述的《羅馬公約》第七條第二款，該條提及“在不取決於合同的準據法情況下強制地對具體個案作調整的法院地國家的規則”。

在兩者的規定中，衍生出國際強制性的意念：這些規定除了實質上屬強制性外，還要求在不取決於準據法情況下，按照一般衝突法適用於國際情況²¹。公約第七條第二款在這事宜上是頗明確的。草案第二十一條單單指出“基於特定標的及目的而強制適用之規範”，當中的“強

²⁰ 參閱LIMA PINHEIRO (n. 5) 776 及 relativamente à Convenção da Haia, KARSTEN – “Explanatory Report”, in Conférence de la Haye de droit international privé. Actes et documents de la treizième session, vol. IV, 1979年, 第94頁。

²¹ 參閱Max KELLER – Kurt SIEHR – Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zurich, 1986年, 第224頁及隨後數頁。

制適用”本身已含有一種不取決於衝突法體系而適用的意思。

草案第二十一條亦有一個有別於《羅馬公約》第七條第二款的範圍。後者單單允許法院地的強制適用之規定優於公約衝突規範所指定的法律。之前已指出，《羅馬公約》第七條第二款沒有對確定強制適用之規定作出規定。而草案第二十一條規定規範之國際強制性從其標的及目的推論出來。

在這方面，該規定援引一九九五年國際私法意大利體系的改革法第十七條，按照這條規定“要保留從意大利規範推斷出的規定之優越性，考慮到其標的及目的，應予以適用這些規定，儘管存在外國法的規定”²²。

從這種性質之規定可看出，本人認為解釋者將處於一種有別於之前葡萄牙國際私法所主張的立場。每當以解釋者的解釋為基礎及面對具體個案的各種情況，得出一個“要求適用”規範的結論時，解釋者便獲許可適用一條實體規範。雖然強調規範的標的及目的，但是，透過前述的理由，本人相信一種衝突推理總是必須的²³。因此，這種性質的規定體現為一般條款的模式，從而允許對衝突個案件判斷。

這不應意味著法院地強制規則的系統適用作為強制適用之規定。法院地實體規範優於具權限的外國法，按照衝突法體系，這是違反了由該體系所追求的目的。一條規範僅應透過這種途徑被定為強制適用之規定，倘有充份考慮的理由證明衝突法體系所追求的目的不能實現時。

在明顯地從規範解釋中得出的個案中，特別是按照立法意圖及與衝突法體系相容的衝突判斷²⁴，“適用性的意圖”亦是必須的。

正如 TREVES 就意大利法指出，強制適用之規定的識別標準應是嚴謹的，以便繼續對這些規範構成一種例外性²⁵。

²² “É fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che ; in considerazione del loro oggetto e del loro scopo , debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.” 參閱國際私法之瑞士法律第十八條及魁北克民法典第 3076 條（於 1991 年作修改）。

²³ Cp. Tullio TREVES – “Articolo 17” , in Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Legge 31 maggio 1995 n.218 – Commentario ; RDIPP 31(1995) 第 986-990 頁。

²⁴ 參閱 VISCHER 作出的思考，“Art. 18” in IPRG Kommentar 。

²⁵ 上述著作（n° 23）989 頁。

II) 外國強制性規範的重要性

A) 問題的識別

對強制適用之規定的討論引起一個問題：知道是否要或在甚麼條件下對外國體系的實體規範賦予重要性，而這外國體系並不是被衝突法體系要求用以調整關係的體系。

僅就第三國之強制適用之規定才經常提出該問題，申言之，一些實體規範要求有一個比衝突法的有關外國體系運作所產生的適用範圍更廣的空間適用範圍，該等規範屬於一個對法院地一般衝突法來說不具權限的外國法律秩序。

基於前述的理由，本人認為這問題應在更廣闊的層面內提出：不納入法院地一般衝突法認為是具權限的法律秩序內的、不論面對衝突法的有關外國體系是否屬強制適用的任何外國強制性規範的重要性。

透過在法律秩序中生效的一項規定賦予適用名義的效力，外國強制性規範方可在該法律秩序中適用。

就這一點，要區分準據法之強制性規範——衝突法體系所指定之法律——與第三國的強制性規範。

準據法之強制性規範原則上在一般衝突規範向該法律賦予的適用名義之框架內適用²⁶。

關於第三國的強制性規範，提出一個問題：知道本地法律秩序是否透過特別法律規定賦予該等強制性規範一個適用名義，抑或以另一種方式對之作出考慮。

一個關於第三國強制性規範重要性的規範的重要例子，是關於合同義務的準據法的《羅馬公約》第七條第一款²⁷：“當透過本公約的效力而適用某國一項法律時，倘按照該國的法律，不論規範合同的法律為何該等規定一律適用時，應對與情勢有緊密連結的其他國家的法律之強制性規定予以優越性。為了決定是否應該給予這些強制性規定重要性，

²⁶ 參閱 LIMA PINHEIRO 提及的學說 (Nº 5) 第 781 頁及隨後數頁。

²⁷ 關於這個規定，參閱 MARQUES DOS SANTOS (Nº 2) 第 1020 頁及隨後數頁。及 LIMA PINHEIRO (Nº 5) 第 778 頁及隨後數頁，與有關書目。

要考慮其性質及其標的，以及由適用與否所帶來的後果”。

要指出這條規定僅對屬強制適用的第三國之強制性規範賦予優越性（因為僅指出不論規範合同的法律為何所適用的規定）。如果第三國之強制性規範以規範合同的法之名義適用，第七條第一款不賦予彼等規範優越性，這反映出視第三國之強制性規範之重要性問題為強制適用之規定的課題其中一面。

本人認為這種態度是不合理的，為何必定要分別處理與情勢有明顯的聯繫的第三國之強制性規範，及按照外國法律秩序是否被視為強制適用之規定？這種分野尤其導致以下兩種強制性規範，按照國際私法視乎其適用是否取決於組成義務地位²⁸而受到不同方式的處理；該等規範分別是一)：在內容上及目的上相似的強制性規範；二)：被規範所源自的體系的國際私法視為適用於個案的強制性規範。因此，問題是關於那些不納入一般衝突法²⁹認為具權限的法律秩序中的任何外國強制性規範的重要性。

補充一點，《羅馬公約》第七條第一款沒有在葡萄牙法律秩序內生效，因為葡萄牙對公約第二十二條第一款 a 項作出了保留。

B) 關於外國強制性規範之重要性的主要論點

關於第三國強制性規範在合同義務上重要性，在學理上提出了兩種基本論點：義務地位說及特別連結說。

按照義務地位說之傳統理解，外國強制性規定僅當構成準據法時才適用³⁰，第三國規範僅按照下文解釋的條件下作為準據法之規範的事實前提方具重要性。

上述的特別連結說不符合單一概念。

²⁸ 參閱 LIMA PINHEIRO (Nº5) 第 780 頁及隨後數頁。

²⁹ 可認為是國際私法之瑞士法律第 19 條及魁北克民法典（1991 年作修改）第 3079 條所採納的觀點。在瑞士法方面，參閱，Frank VISCHER – “Art. 19” in IPRG Kommentar, Zurich, 1993 年，Nº 12。然而，瑞士法第 19 條意大利版明確指出“直接適用之外國規定”。

³⁰ 為此，參閱 ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO，在初次思考中 (Nº 1) 第 319 頁，及續後數頁；SCHNITZER – Handbuch des internationalen Privatrechts, 4^a ed.; vol. II, Basileia, 1958 年，第 787 頁（關於外匯的法例），MANN – “Conflict of Laws and Public Law”，RCADI 132 (1971) 第 107-196 頁，第 157 頁及隨後數頁；

在 WENGLER 對該學說中所作的闡述體現為一般條款，根據該一般條款，除了屬於義務地位的法律規範外，適用那些在其他法律秩序中準備適用之規範適用，只要在有關法律制度與合同之間存在一種足夠的密切關係，及以符合法院地公共秩序作為限度便可³¹。

這條一般條款運用了一個不確定概念——緊密關係——包括受制於有關規範適用之意願的準用。

NEUMAYER、TOUBIANA 及其他作者對這概念有不同看法³²。

BATIFFOL – An. a Cass. 17/10/72；R. crit. 62（1973 年）第 521-524 頁，第 522 頁及隨後數頁，但在自願之債中，首要考慮合同法。

儘管準據法嚴格上可由載於體系之其中一條衝突規範指定，該規範只述及部份問題（主要是能力、形式、行為之票據值及履行之方式），但在自願義務上首先考慮合同法。

³¹ 1941 年，第 181 頁及隨後數頁及第 197 頁及隨後數頁。在第二時期[(N. 8) 第 92 頁及隨後數頁及第 110 頁]，WENGLER 建議制定“本意上”國際公共秩序（積極）之一般條款，透過此效力，適用第三國的可供適用之命令性規定，只要：在法院地國角度下，該等規定作為國際法律社會的一種利益，在整體上，是關於國際關係在法律上之一致性；在法院地國存在要求例外適用領域之類似規定，儘管不可以這樣說，藉此間接地促進法院地國之國家利益。在第二種情況中，在某種意義上，這是一種相互關係之觀念：一個公布具有例外適用領域之規範之國家，承認外國具相應的權限，如果覺得作這樣之調整有需要時，這種方案是值得建議的，當在法院地國沒有等同之規定時，但法官證實法院地國已採納相應的規定。

³² NEUMAYER, “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations”, R. crit. (1957 年) 第 579-604 頁及 (1958 年) 第 53-78 頁；TOUBIANA (n. 19) 第 256 頁；LANDO – “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles”, RCADI 189 (1984 年) 第 223-447 頁、第 404 頁及隨後數頁；DROBNIG – “Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse”, in FS Karl NEUMAYER, 第 159-179 頁，1985 年，第 159 頁和第 178 頁及隨後數頁，也參閱 “Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts”, RabelsZ 52 (1988 年) 第 175 頁和 7 頁；CHRISTIAN VON BAR – Internationales Privatrecht, vol. I, Munique, 1987 年，第 235 頁；MAYER (n. 11) 第 92 頁及隨後數頁；MARTINY “Art. 34” in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. X, 3^a ed., Munique 1998 年，n.º 48 (mas cp. SONNENBERGER “Eicnl. IPR” in op. cit., 第 59 和 61 頁及隨後數頁；BATIFFOL - LAGARDE (n. 16) 第 429 及隨後數頁 Cp. KEGEL – Internationales Privatrecht – ein Studienbuch, 7^a ed., Munique, 1995 年，第 119 頁及第 850 頁；ver aind a ROZAS – LORENZO – Curso de Derecho Internacional Privado, 2^a ed; Madrid, 1993 年，第 537 頁及隨後數頁。和評論 BASEDOW – “Wirtschaftskollisionsrecht – Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates”, RabelsZ 52 (1988 年) 第 8-38 頁第 25 頁及隨後數頁。

同樣，在《羅馬公約》第七條第一款及關於中介合同及代理的準據法的《海牙公約》第十六條所規定之解決方案亦是有別於這概念。在國家體系之層面上，本人指出國際私法之瑞士法律第十九條及魁北克《民法典》第 3079 條（於一九九一年作出修改）。

在我們之中，MARQUES DOS SANTOS 主張一個近似的概念，以在法院地國承認外國直接適用之規定的適用意願的基本思想為基礎，建議採納一個“承認規則”，該規則按照法院地國訂定的條件及在訂定的範圍內在法院地國對該等規範給予名義及使其重要性具有正當性³³。

作為“承認”之限制，MARQUES DOS SANTOS 排除過渡適用的意圖及排除與法院地國利益或與法院地國利益相似之利益相衝突之規範³⁴。

該等論點意味著甚麼？

關於義務地位說，似乎在帶出了其後果後，阻礙了體系透過司法見解及法律科學的發展及改良。阻礙了具雙邊性質之特別衝突規範或一般條款之發展，甚至在法院地法律秩序中，立法者已規定了關於某些法院地實體規範之適用性之具特定目的之單邊規範或一般條款，這種情況亦受到限制。

例如，明確地排除使一條單邊規範雙邊化的可能性，按照這條單邊規範，某些關於一般合同條款的規範適用於一切與法院地國有緊密聯繫的合同，甚至適用於不受法院地法約束的合同，以便適用在外國存在的類似內容及作用的規範，當合同與外國有緊密聯繫而不與法院地國有聯繫時。

此外，這種態度是與現今承認司法見解及法律科學之具創造力的角色的趨勢相反；很難看出為何解釋者不能對具特定目的之單邊規範進行雙邊化，原則上，相對於其他單邊規範來說，雙邊化是獲承認的³⁵。

³³ (N. 2) 1046，作者之前曾提及對外國直接適用之規則“給予效力”〔上述作品 1047〕，把載於《羅馬公約》第七條第一款及國際私法之瑞士法律第十九條之規則列為承認規則。

³⁴ N. 2，1052，共同利益因此不是一個適用之條件，而是一個適用之限制。這些共同利益僅可指及一些與葡萄牙在政治、經濟、社會、文化層面上有相似之國家。〔上述作品 1056〕。當時，作者認為這種理論可以“適用”在葡萄牙法律體系中，並要求“緊密配合”《羅馬公約》，第六十五條第二款 CC 及七月六日第 13/85 號法律第三十條第二款及第 3 款（葡萄牙文化遺產法律）被視為“確保在葡萄牙透過空間連結之擬定承認某些外國直接適用之規定”。

³⁵ 參閱 LIMA PINHEIRO (Nº 5) 第 783 頁。

至於特別連結說，值得強調的是，關於第三國之強制性規範重要性之一般條款為解釋者留下廣闊的審議幅度，該幅度相應地有關於適用的法律制度之不確切性，及解決方案之不可預見性³⁶。

一種較大的確切性及結果之可預見性僅透過確定重要性連結及需求方可達到，彼等重要性連結及需求應集中在第三國之強制性規範之內容及目的上。為此，將要更堅持對為國內法自行限制規範所確定的解決方案進行雙邊化，或在不取決於雙邊化程序的情況下，堅持設立雙邊衝突規範。

C) 學術上所持的立場

從學術角度上，本人偏向於設立一些準用性規範，而這種準用性受到在與情勢有一定連結的國家所生效之強制性規範之某些等級限制³⁷。

準用將受到有關規範中“要適用之規定”的限制，不論是直接適用之規定還是其他透過有關衝突法體系的效力而“要求適用”之命令性規範。

在擬定該等規範時，將不單首要考慮個別化實體規範及制度之立法政策的目的，還考慮國際私法指導性原則和思想，尤其是關於體系完整構建及保護當事人特別利益之原則。

因此，例如在合同方面，本人主張受到合同執行地法限制之準用³⁸，這種受限制的準用不論在關於合同執行之強制性規範³⁹方面，還是在訂定合同內容及目的之有效性要件的規則上得到證明。

載於合同執行地法律之規範在合同有效性上的適用能解決大部份由第三國強制性規範中“準備適用之規定”所引起的問題。

肯定的是，不可能透過特別連結之規範，適用一切與情勢有明顯聯繫

³⁶ Cr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (Nº 1) 第 328 頁及隨後數頁。

³⁷ 在相同觀點上，參閱 SCHURIG (Nº 11) 第 229 頁及隨後數頁，第 238 頁及隨後數頁。

³⁸ 關於英國司法見解在標的或目的違反執行地法律規定之合同有效性事宜上。某程度上有關問題在此觀點上有所反映。參閱 LIMA PINHEIRO (Nº 5) 第 787 頁及隨後數頁。

³⁹ 由最高法院於 1983 年 6 月 7 日關於勞務合同所作之裁決 (BMJ 328:447)，似乎亦談及此內容。因此，在裁決中可見到“在衛生、工作時間、休息、政治或宗教活動、軍事性質或安全之工程之職業保密方面的要求，準用（在合同上訂定）地方法律及風俗，這種準用是完全與葡萄牙法律之一般性準用相符（以合同法之名義），這是由於對在該國地區工作有關的特別情況的研究有關”。關於在工作地生效之公法規範之適用性，參閱 LIMA PINHEIRO (Nº 14)，附註 331，及上述書目。

之國家的強制性規範。然而，這種結果令人嚮往是值得懷疑的，因為涉及了大量的各國強制性規範及隨後對國際私法關係的主體自主性作出限制。要補充的是，這個結果僅透過一般條款方可達至，但帶有上述的困難。

D) 現行法制上所持的立場

在葡萄牙法律秩序中沒有任何關於第三國強制性規範重要性之一般規則生效。澳門《民法典》草案出現同樣的情況。

但是葡萄牙國際私法在特殊領域內包括一些重要規則⁴⁰。

最重要的規則載於關於中介合同及代理的準據法之《海牙公約》第十六條，“在適用本法規時，得對與情勢有實效連結之任何國家的強制性規範賦予效力，倘按照該國法律，不論衝突規則所指定的法律為何一律適用該等規定”⁴¹。

關於葡萄牙文化遺產的七月六日第13/85號法律第三十一條第二款的規定得被視為與文化財產來源國建立了特別連結之法律規定。

該項規定之條文修改如下：

“倘在違反規範轉讓或出口之國內法律的情形下，在葡萄牙領土內就源自外國之文化遺產所進行的交易是無效及不產生任何效力”。

仍有一些受限制準用之規範，該等規範促使考慮外國規範之“適用意願”——第三十六條第一款（聲明之方式）、第四十五條第三款（合

⁴⁰ 也參閱 ZWEIGERT – “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistung-sverbote”, *RabelsZ* 14 (1942) 第283-307頁，第295頁；Id. – “Droit international privé e droit publique”, *R. crit* ; 54 (1965年) 第645-666頁，第649頁；TOUBIANA (N° 19) 第297及隨後數頁；SPER-DUTI – “Droit international privé et droit public étranger”, *Clunet* 104 (1977年) 第5-15頁，第13及隨後數頁 indicações neste sentido。在此意義上的指示已在TAVARES DE MEDEIROS – “在遵守民事義務上之國際相互關係”，里斯本，1892年，第29頁及續後數頁及第57頁。

關於合同之有效性，對合同訂立之時間來說，合同執行地法律所訂之要件是重要的。在有關行為完結後，執行地法律所採納之禁止性或限制性規範應僅被視為關於債務人之免除之合同法之規範事實前提。

⁴¹ 關於這規定，參閱 VON OVERBECK – “La contribution de la conférence de La Haye au développement du droit international privé”, *RCADI* 233 (1992年) 第9-98頁，第50及隨後數頁。

同外責任）、第四十七條（創設不動產的物權及處分物權之能力）、第六十五條第二款（因死亡之處分方式），上指條文均源自《民法典》及《羅馬公約》第九條第六款（合同之形成）⁴²。

在這些特別領域外，由解釋者設立特別衝突規範，該等規範給予第三國強制性規範一個適用名義，這種設立假定一個透過有關一般衝突規範之限制解釋或目的縮減之而發現之隱性漏洞⁴³。為了填補該漏洞，應遵循葡萄牙法律秩序訂立的標準。

如果立法者本身就法院地之自行限制規範方面對一般衝突之規範作出限制，尤其透過具特定目的之單邊規範，則在外國秩序中所載類似之強制性規範之適用性方面極容易發現出隱性漏洞⁴⁴。

在沒有相反的反證時，值得假設的是，與法院地自行限制規範有關之單邊規範，作為衝突判斷的結果而規定了解決方案，不論法院地規範或外國規範，該等解決方案適合於一切等同內容及功能之規範。因此，這些具特定目的之單邊規範原則上是可雙邊化的⁴⁵。

注意到，在匯兌合同問題上同樣存在一條國際淵源的雙邊規範，

⁴² 關於這些規定參閱LIMA PINHEIRO(Nº 14) § §56, 61 D)及67C)及其他參考資料。在澳門《民法典》草案中參閱第三十五條第一款、第四十四條第三款、第四十六條及第六十二條第二款。

⁴³ 參閱LIMA PINHEIRO(Nº 5) 790，關於對《羅馬公約》第七條第一款適用之保留，第783頁及隨後數頁，和其他參考資料。

⁴⁴ 關於規定一般條款之體系，有助於對法院地法律體系之個別法規範之衝突個案之判斷。參閱LIMA PINHEIRO(Nº 14) 第792頁及隨後數頁。

⁴⁵ 在有利於雙邊化的意義上NEUMAYER(n. 32) 38; ZWIEGERT(n. 40 [1965]) 656頁及隨後數頁; TOUBIANA(n. 19) 第230頁及隨後數頁，第241頁及隨後數頁和第258頁及隨後數頁; DEBY-GÉRARD(n. 19) 第48頁及隨後數頁; NEUHAUS(n. 7) 第40頁及隨後數頁和第106頁，seguido por KROPHOLLER(n. 7) 第95頁; KEGEL, (n. 13 [1976]) 第75頁; MARTINEK – Das internationale Kartellprivatrecht. Ein Beitrag zur Kollisionsrechtliches Sonder-anknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht, Heidelberg, 1987年，第45頁及隨後數頁和第94頁及隨後數頁 Sobre o ponto ver ainda WENGLER(n. 8) 92 e FERRER CORREIA(n.1[1982]) 第390頁。Cp. FRAN-CESEAKIS – “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, R. crit. 55 (1966) 第1-18頁，第9頁及隨後數頁，MARQUES DOS SANTOS(n. 2) 第822頁，第941頁及第1002頁及隨後數頁和 BATIFFOL-LAGARGE(n. 16) 第429頁。

關於對單邊規範之雙邊化限制，參閱LIMA PINHEIRO(Nº 5) 第307頁及隨後數頁，第790頁及隨後數頁。

載於關於國際貨幣基金之協議第八條b項。該條規範訂立了與有關貨幣國家之匯兌規範的特別連結。

此外，為某些問題之外國強制性規定，立法者所規定的特別衝突規範出現了類推適用之可能性。

要提出一個問題，要知道這些個別的解決方案是否並非作為一般原則之體現。

任何情況下，透過類推而使到載於關於中介合同及代理的準據法的《海牙公約》第十六條之一般條款普及化，本人認為是站不住腳的。葡萄牙立法者對《羅馬公約》第七條第一款提出保留時，清楚表示出不同意這類型解決方案之普及化。

本人看不出可以從極專門的解決方案，如第 13/85 號法律第三十一條第二款所規定的解決方案中得出任何關於第三國之其他規範重要性之一般原則。

E) 第三國之強制性規範在準據法之實體法框架內之重要性

在本國法律秩序沒有給予第三國之強制性規範一種適用之名義的情況下，該等規範在準據法之實體法框架內仍具有重要性⁴⁶。

結束前，重要的是概括地介紹對在準據法之實體法框架內的第三國之強制性規範所作的考慮⁴⁷。

這種考慮毫無疑問出現在以下情況中：一條規範被視為準據法的實體規範之適用的事實前提⁴⁸。

⁴⁶ 按照此規定，“涉及任何成員之貨幣及按照本協議該成員違反該外匯規範之外匯合同不會在任何成員地區作執行”。

⁴⁷ 關於“考慮”一詞，參閱 LIMA PINHEIRO (Nº 5) 第 794 頁及隨後數頁。

⁴⁸ 參閱 MANN – “Proper Law and Illegality in Private International Law”, Brit. YBIL 18 (1937) 第 97-113 頁，第 110 及隨後數頁；WENGLER – “Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, ZVGLRW 45 (1941) 第 168-212 頁，第 202 頁及隨後數頁和 (n. 13) 第 388 頁及隨後數頁；ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 1[1954]) 第 319 頁及隨後數頁；EHRENZWEIG (n. 18) 第 83 頁及隨後數頁；EHRENZWEIG JAYME – Private International Law, vol. III, Leyden e Nova Iorque, 1977 年，第 9 頁及隨後數頁；MOURA RAMOS (n. 3) 第 699 頁及隨後數頁；MARQUES DOS SANTOS (n. 2) 第 985 頁及隨後數頁；ZIMMER – “Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen

這一學理的假設在於合同執行國之禁止性規範的重要性，正如履行不可能性之誘因。為此，似乎要求規範之生效對給付之執行構成一個實際障礙，不論是履行之實質不可能性（主要是沒有公共當局之合作），還是在不遵守有關禁止的規定的情況時科罰之實際風險⁴⁹。

除了這種假設外，提出一個問題，就是對法律行為有效性來說，法律行為的標的或目的與第三國之強制性規範相衝突所帶來的後果。

當要用葡萄牙法律來約束法律行為時，外國強制性規範之違反僅可能因違反行為之標的或目的法律，即《民法典》第二百八十條、第二百八十一條而構成無效之依據，倘強制性規範適用時。

各國之司法見解，尤其是德國，一直避免這種結果，認為標的違反第三國強制性規範之行為的不完全有效性，是與善良風俗相衝突所致。因此，德國法院一直不斷把雙方在違反第三國強制規範情況下訂立之合同視為不道德，當這些規範與德國公共利益相符或滿足所有居民普遍所關注之利益時⁵⁰。

對於一個規定與合同執行地國法律有特別連結的體系來說，特別是關於合同標的和目的有效性之要件，很少會產生問題。然而，當實證

Zivilgerichten ; Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung Ihrer tatsächlichen Folgen” , IPRax 13 (1993) 第 65-69 頁，第 67 頁及隨後數頁。

⁴⁹ 參閱WENGLER不排除導致債務人免除之可能性，這種可能性源自在給付義務之採納，當在其他地方其執行性是可行時。不引起履行之不可能性之強制性法律之監督可以視為行為基礎之改變 – 參閱SCHURIG (N. 11) 第 240 頁及隨後數頁，VISCHER (N. 16) 第 176 頁及隨後數頁)。仍看到，外國法律之違反之察覺可以作為經違反 BGB 第 826 條規定之善良風俗而引起的損害賠償意圖的依據。參閱，MARTINY – “Internationales Vertragsrecht zwischen Rechtsgefälle und Vereinheitlichung” , ZeuP (1995) 第 67-88 頁，第 87 頁及隨後數頁 e jurisprudência aí referida。

當由請求阻止執行與公共實體訂立之合同、在合同執行地之立法修改所引起的問題。參閱 VON HOFFMENN in FISCHER – VON HOFFMANN – Staatsunternehmen im Völkerrecht und im International en Privtrecht, Heide-Iberga, 1984 年，第 43 頁及第 60 頁和及隨後數頁。BÖCKSTIEGEL – “Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts” , in HORN (org.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, 159 – 169 頁，Deventer et al., 1985 年，第 167 頁及隨後數頁。

⁵⁰ 參閱，例如，BGH 於 1972 年 6 月 22 日 [BGHZ 59 – 82] 在銅製面具案件中所作的判決，及關於涉及走私品之合同之 RG 司法見解，參閱CHRISTIAN VON BAR (Nº 32) 第 234 頁，N. 218。參閱DROBNIG (Nº 32) 第 167 頁及隨後數頁。

法沒有規定這種解決方案時，合同之標的或目的違反善良風俗，這種違反因此可稱為體系之“安全閥”⁵¹。

最後指出，當確定一條外國強制性規範之違反在準據法的實體法角度下是否構成一個違反善良風俗的行為時，適用機關擁有一定審議幅度。

⁵¹ 參閱 LIMA PINHEIRO 的闡述，（Nº 5）第 795 頁及隨後數頁。

