

“直接適用的法”及其在中國 大陸之實踐*

劉仁山**

目	次
壹、“直接適用的法”之理論源起與爭議	“法”之完善
一、理論源起	一、“直接適用的法”應僅限於強制性規範中的效力性規範
二、理論爭議	
貳、“直接適用的法”在實踐上之發展	二、“直接適用的法”應否適用取決於相關實體法立法意向之表達
一、司法實踐方面	三、“直接適用的法”一般應優先於公共秩序與法律規避制度而適用
二、立法實踐方面	四、“直接適用的法”應謹慎地擴及於外國之強制規則
參、中國大陸關於“直接適用的法”之實踐	
一、司法實踐之梳理與評述	
二、立法實踐之梳理與評述	
肆、中國大陸關於“直接適用的	伍、結語

* 本文系作者主持的2011年度中國大陸國家社科基金重點項目《〈涉外民事關係法律適用法〉實施問題研究》(編號: 11AFX016)的階段性成果之一。

** 中南財經政法大學教務長, 法學院國際法學系教授, 前法學院院長。中國國際私法研究會副會長。加拿大約克大學奧斯古德大廈法學院(Osgoode Hall Law School, York University)訪問學者, 德國馬普協會比較法與國際私法研究所(Maxplanck Institute for Comparative and International Private Law)訪問學者。本文在寫作過程中, 中國社會科學院法學研究所博士後流動站的研究人員張美榕博士、中南財經政法大學國際法專業2012級博士研究生黃志慧收集整理資料, 特致謝意! 另要特別感謝兩位匿名評審專家惠賜高見!

投稿日期: 101年11月20日; 審查通過日期: 102年2月26日。

中文關鍵詞：直接適用的法、強制性規則、公共秩序、衝突規範

Key Words: Loi d' application immediate; Mandatory Rules; Public Policy; Conflicts Rule

中文摘要

“直接適用的法”的相關問題，一直為各國理論和實踐界高度關注。“直接適用的法”理論不斷得以豐富，“直接適用的法”制度在實踐中也不斷得以發展。中國大陸《涉外民事關係法律適用法》的相關規定表明，大陸雖已在立法上確立該制度，但仍有需要進一步完善的空間。

Abstract

Some problems of the Loi d' application immediate has been highly concerned with the community of theory and practice in different countries, since it was put forward by Francescakis. The theory of Loi d' application immediate has been enriched, and the system of Loi d' application immediate has been developed in practice. Although relevant provision in the Act of People's Republic of China on the Application of Laws over Foreign-Related Civil Relation does demonstrate that Mainland China has established the system of Loi d' application immediate in legislation, there is still room for further improvement with Mainland China's existing regulation.

國際私法中的“直接適用的法”，是指為實現國家重大社會經濟利益制定的直接適用於涉外民事法律關係的具有強制力的法律規範¹。一般認為，該理論最初是由希臘裔法國學者法蘭西斯卡基斯（Francescakis）通過對法國司法實踐的總結而提出來的。半個多世紀以來，“直接適用的法”之理論逐漸成熟，不僅在各國司法實踐中得到廣泛運用，而且也逐步為國內及國際立法所採納。中國大陸的司法實踐對該理論亦有較為廣泛運用，2010年大陸《涉外民事關係法律適用法》的相關規定表明，大陸已在立法上確立該制度。這無疑是中國大陸國際私法立法上的一大進步，但現有規定仍有進一步完善的空間，值得我們繼續探索。

壹、“直接適用的法”之理論源起與爭議

通說認為，法蘭西斯卡基斯是第一個提出“直接適用的法”（Loi d'application immediate）理論的學者。但事實上，“直接適用的法”這一現象一直存在於國際民商事交流領域內，因此，薩維尼提出“法律關係本座說”之時即已提及該問題。弗郎西斯卡基斯在對“直接適用的法”進行專門論述之後，該問題及相關

¹ “涉外民事法律關係”在本文中的含義應是廣義性的，即其既包括涉外民事法律關係，也包括涉外商事法律關係；既包括國際民商事法律關係，也包括區際民商事法律關係。當然，也有學者認為“涉外民事法律關係”與“涉外民事關係”的內涵並不相同，本文認為兩者在內涵上並無任何實質性的差異。本文所使用的術語“涉外民事法律關係”或“國際民商事法律關係”即是在這樣一種廣義的語境下使用的。關於國際私法的調整對象，中國大陸國際私法學術界的認識有所不同。一般認為國際私法的調整對象為“涉外民事法律關係”（也有學者稱之為“國際民事法律關係”，兩者只是命名者所處角度不同所造成的，並無實質差異）。關於國際私法調整對象的一般理論問題，參劉仁山，國際私法，中國法制出版社，2012年1月，頁3-6。

理論進而引起國際私法學者的廣泛關注，此後，各國關於該問題的系列研究和論述，致“直接適用的法”的內涵得以進一步豐富和發展。

一、理論源起

打開有關“直接適用的法”的歷史畫卷，我們便可看到德國歷史法學派的主要代表人物、著名法學家弗裏德里希·卡爾·馮·薩維尼（Friedrich Karl Von Savigny）的身影。薩維尼於1849年在《現代羅馬法體系》第8卷《法律衝突與法律規則的地域和時間範圍》一書中提出“法律關係本座說”，認為每一法律關係基於其自身性質，都與某一地域具有固定的聯繫，此聯繫即為該法律關係的“本座”。因此，要達到某一法律關係在法律適用上的一致性，就必須適用依據“本座”所援引的法律制度，亦即以該法律關係“本座”所在地法律為準據法。同時，薩維尼也提出適用法律關係“本座”地法的兩種例外：一是本國具有嚴格的積極性和強制性的某些法律規則，如多配偶制度與禁止猶太人獲得不動產的法律規則；二是不為法院地所認可的外國法律制度，例如民事死亡制度與奴隸制度²。他認為，對這些例外情形的界定，是“他的整個學說中最困難的任務”³。薩維尼提到的法律適用中有關

² “I will endeavour to reduce such exceptions to two classes: A. Laws of a strictly positive, imperative nature, which are consequently inconsistent with that freedom of application which pays no regard to the limits of particular states. B. Legal institutions of a foreign state, of which the existence is not at all recognised in ours, and which, therefore, have no claim to the protection of our courts.” See Friedrich Karl von Savigny, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 2d ed. W. Guthrie transi, 1880, pp.77-85. Also see Friedrich K Juenger, *General Course on Private International Law*, (1983) Rec. des Cours, 1985, IV, p.160.

³ Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Vol. VIII, Berlin, 1849, p.32. Cited from Frank Vischer, *General Course on Private International Law*, 1992 Rec. des Cours 232, p.153.

“絕對強制性法律”（*strictly positive law*）之例外情形，被認為正是我們今天所謂的“直接適用的法”學說源起之所在。

薩維尼曾經視這些“強制性規則”為“異常規則”，堅信隨著時間的推移，它們終會銷聲匿跡⁴。然而，現代福利國家的出現擊碎了薩維尼的這一期待⁵。伴隨經濟干預主義的興起，尤其是20世紀50年代之後，一些國家為了所謂共同社會經濟利益而制定大量的“絕對強制性法律”，以解決可能影響國家重大社會經濟利益的問題，並促進公共福祉。這些所謂“絕對強制性法律”，不僅適用於本國法律關係，而且擴展適用於涉外法律關係。其中所產生的一些較為棘手的法律問題，往往是因公法的域外適用而引起的。例如進出口管制法、反壟斷法和證券法的域外適用所產生的一系列問題⁶。為解決這些紛繁複雜的法律衝突問題，就迫切需要“多元主義方法”⁷。但該期間的論著大多圍繞著如何劃分單一方法和其他方法之間的界線、衝突法規則與絕對強制性法律應如何協調等問題而展開⁸。

法蘭西斯卡基斯密切關注了這一現象，並在1958年《反致理論與國際私法的體系衝突》一文中指出，在涉外司法實踐中，法國法院經常排除衝突法的適用，而直接適用法國的強行法或實體法，這種無需衝突法的援引而直接適用的強行法或實體法，即

⁴ See Friedrich K Juenger, *supra* note 2, “Savigny considered such ‘mandatory laws’ to be ‘anomalous’ and believed that they would vanish as time went on.” 亦參[美]弗裏德里希·榮格著，霍政欣、徐妮娜譯，法律選擇與涉外司法（特別版），北京大學出版社，2007年1月，頁47。

⁵ Friedrich K Juenger, *supra* note 2, p.202.

⁶ A. F. Lowenfeld, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction*, 169 *Rec. des Cours* 311, 1979, II.

⁷ Henri Batiffol, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, *Rec. des Cours* 71 (1973-11), p.139; H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2nd ed., 1976, p.40. Cited from Friedrich K Juenger, *supra* note 5.

⁸ Friedrich K Juenger, *supra* note 5.

為“直接適用的法”。他認為，隨著國家職能的改變及國家在經濟生活中作用的增強，國家對經濟生活的幹預與日俱增。為了使法律在國際經濟和國際民商事交往中更能維護國家及其社會經濟利益，國家在這些領域制定了具有強制力的法律規範（實體法），用以規範某些特殊類型的私法關係。這些特殊類型的法律關係，無論其為內國法律關係抑或涉外民事法律關係，皆應直接適用這種具有強制力的法律規範⁹。

隨後，法蘭西斯卡基斯又陸續發表了其他有關“直接適用的法”的專論，諸如1966年《直接適用的法與衝突規範關係評述》、1967年《直接適用的法與衝突規範》、1968年《衝突法（一般原理）》，以及1974年《勞動法中的直接適用的法》等論文¹⁰。法蘭西斯卡基斯自己也說明，其所提出的“直接適用的法”並非是為了標新立異，而只不過是解釋一個早已存在的現象罷了。但無論如何，不少學者都承認法蘭西斯卡基斯為“直接適用的法”這一理論的發展和系統總結所作出的重要貢獻¹¹。正是受法蘭西斯卡

⁹ P. Francescakis, *La Theorie du Renvoi et les conflits de systemes en droit international Privé*, pp.11-15.亦參韓德培，*國際私法新論*，武漢大學出版社，2003年7月，頁56；劉仁山，同前註1，頁46-47；吳光平，*重新檢視即刻適用法——源起、發展，以及從實體法到方法的轉變歷程*，*玄英法律學報*第2期，2004年12月，頁3-6。

¹⁰ P. Francescakis, *Quelques précisions sur les 'Lois d'application immédiate' et les rapports avec les règles de conflits de lois*, 55 *Revue Critique de droit international prive* 1-18 (1966). P. Francescakis, *Lois d'application immédiate et règles de conflits*, 3 *Rivista di diritto internazionale private e processuale* 691-698 (1967). P. Francescakis, *Conflits de lois (principes généraux)*, in *Répertoire de droit international*, edited by Francescakis, Phocion, Vol.I, 1968, pp.470-497. P. Francescakis, *Lois d'application immédiate et droit du travail*, 63 *Revue Critique de droit international privé*, pp. 273-296 (1974).轉引自吳光平，同前註，頁154。

¹¹ 如有學者認為法蘭西斯卡基斯對“直接適用的法”所做的研究為“警察法”概念的“創世紀”。See Thomas G Guedj, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories*, 39 *Am. J. Comp. L.* 664 (1991).

基斯研究成果的影響，大陸法系國際私法學者開始廣泛關注“直接適用的法”理論，這也正是“直接適用的法”在大陸法系國家得以發展的重要基礎。

二、理論爭議

自法蘭西斯卡基斯明確提出這個概念後，“直接適用的法”問題在備受學者們廣泛關注的同時，也產生了相當大的爭議。其表現之一就是學者們在研究過程中關於“直接適用法”之稱謂有讓人眼花繚亂之勢。諸如“強行法規則”（mandatory rules）、“國際強行法規則”（internationally mandatory rules）、“警察法”（loi de police）、“即刻適用的規則”（rules of immediate application）、“自我限定的規則”（self-limiting rules）、“特殊法律選擇條款”（Particular Choice of Law Clauses）、“必須適用的法”（loi d' application necessaire）、“立法定位法”（Legislative Localized Laws）、“空間受限制的規範”（spatially conditioned rules）、“干涉規範”（Eingriffsnormen）以及“專屬規範”（Exclusivnormen）等等¹²。但也正是因為學者們對“直接適用的法”之關注和研究，才使得其內涵得以不斷豐富和發展。

（一）“直接適用的法”之性質問題

“直接適用的法”屬於公法還是私法？對此，國內外學者有不同觀點。法國學者巴狄福（Batiffol）認為，此類規範應歸入公法範疇。巴狄福還以鮑爾（Boll）案為例，說明瑞典關於為保護兒童權益而制定的監護法規是具有公法性質的法律而必須予以

¹² Friedrich K Juenger, supra note 2, p.201.

適用¹³。

法國學者蘭多（Lando）則認為，國際法律中要求直接適用的強制性規範同時存在於公法領域和私法領域¹⁴。法蘭西斯卡基斯同樣以鮑爾案為例，指出“直接適用的法”是為維護國家的政治、經濟和社會利益而必須予以實施的法律，這些法律包括“調整國家占主導、支配地位關係的規範”以及“具有公法性質的規範或者介于公法和私法之間的灰色區域內的混合規範。”¹⁵大陸地區學者一般認為，作為“公法私法化”的一種表現形式，“直接適用的法”兼具公法和私法性質¹⁶。

事實上，偏好於邏輯思考的大陸法系所發展出的區分公法與私法體系的理論已經式微。隨著國家對經濟、社會領域的幹預，以及公法私法化與私法公法化趨勢，使得公法與私法之間的界限已經愈來愈模糊。對於“直接適用的法”而言，其已經被廣泛地認為存在於公法與私法領域¹⁷。

（二）“直接適用的法”之適用條件問題

一般而言，國際私法對國際民商事關係的調整有直接調整和間接調整兩種方法。所謂直接調整方法是指根據國內法、國際條

¹³ 參黃進、董茹嬌，〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉釋義與分析，法律出版社，2011年2月，頁23。

¹⁴ Ole Lando, *The Conflict of Laws of Contracts, General Principles*, Rec. des Cours, Vol.189, 1984, pp.394-397.

¹⁵ P. Francescakis, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol.56, 1975, p.192. 轉引自徐冬根，論“直接適用的法”與衝突規範的關係，中國法學第3期，1990年6月，頁89。

¹⁶ 參黃進、董茹嬌，同前註13；齊湘泉著，〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要，法律出版社，2011年2月，頁73。

¹⁷ 關於“直接適用的法”存在於公法領域已經不存在爭議，而對於其是否也存在於私法領域之問題，除理論上的見解外，一些國家的立法實踐已經作出了肯定的回答。如1986年德國《關於改革國際私法的立法》第29條第2款、英國1977年《不公正合同條件法》第27條第2款之規定。

約或國際慣例中直接規定當事人權利義務的實體法規範

(substantive law)¹⁸，來確定國際民商事關係當事人權利義務的方法¹⁹。由此會產生的疑問是，用直接方法調整國際民商事關係所適用的實體法，與根據“直接適用的法”規則所適用的實體法之間，在適用條件上有何不同呢？

就前者而言，實體法的適用往往基於這樣兩種情況：第一，基於國家間的條約義務。在國際民商事領域內，已經存在有大量實體法條約，這些條約在成員國的適用，顯然是基於國家所承擔的條約義務。如中國大陸是1980年《聯合國國際貨物銷售公約》的成員，該公約可以在中國大陸司法實踐中成為法院處理相關爭議的直接依據²⁰，這是中國大陸履行公約義務的表現²¹。第二，基於法律適用的補缺需要或“意思自治”的緣由。在國際民商事領

¹⁸ 需要說明的是，此處將“substantive law”譯為“實體法”，其並非是在一般意義上所謂之實體法與程序法相對應的範疇中使用這一概念。這裏的“實體法”之譯法是基于特定法律適用之語境而言的，其包括有關直接規定涉外民事關係當事人權利義務的國內法，即“國內專用實體法規範”，有關直接規定涉外民事關係當事人權利義務的國際條約和國際慣例，即“國際統一實體法規範”。參劉仁山，同前註1，頁6-7。

¹⁹ 參劉仁山，同前註，頁6-7。

²⁰ 在涉外合同領域，中國大陸已有直接適用國際條約處理合同爭議的實踐。中國大陸政府於1986年12月11日正式核准了1980年《聯合國國際貨物銷售合同公約》，在該公約對中國大陸生效之前（即1987年1月1日前），中國大陸當時的對外經濟貿易部發佈了《關於執行〈聯合國國際貨物銷售合同公約〉應注意的幾個問題》，該檔指出：「我國政府已加入了公約，也就承擔了執行公約的義務。因此，根據公約第1條（1）款規定，自1987年1月1日起，我國公司與上述國家的公司達成的貨物買賣合同如不另做法律選擇，則合同規定事項將自動適用公約的有關規定，發生糾紛或訴訟亦得依據公約處理。」為了便於在涉外經濟審判工作中正確執行該公約，中國大陸最高人民法院於1987年12月10日向各級人民法院轉發了該文。參中華人民共和國最高人民法院公報，1987年4月第4期。

²¹ 《民法通則》第142條第2款規定：「中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。」

域，也存在大量實體性的民商事國際慣例。這類國際慣例的適用，要麼是因為法院地國家的國內法或者其參加或締結的國際條約沒有規定而得以適用，要麼是因為當事人根據“意思自治原則”做出的選擇而得以適用²²。總之，國際民商事領域內實體法的適用，必須是基於一國國內法的相關規定，通常情況下，是基於一國衝突法或法律選擇法的相關規定。

就後者而言，“直接適用的法”中的法律，是指那些可直接適用於跨國或跨法域民商事關係的強制性實體法。這類法律對特定類型法律關係具有排他性管轄效力或強制性效力，亦即這類法律之所以能夠直接適用，是基於該類法律本身的效力要求。如果某類法律不屬於強制性法律，是不會產生直接適用之效力的。也正因為此，有人認為，這類規範是直接依照其自我設定的“適用範圍”來調整涉外民商事法律關係的²³。

因此，“直接適用的法”中的“直接”，顯然不同於“直接調整方法”中的“直接”。前者是指某類強制性法律的直接適用效力；後者是指依據某類民商事實體法（包括民商事實體性國際條約和國際慣例在內）直接確定國際民商事法律關係當事人之間的具體權利義務。當然，在功能上，二者在確定當事人權利義務方面，都具有直接性和明確性的特點，但二者適用的條件顯然是不同的。

（三）“直接適用的法”之範圍問題

國際私法所指“直接適用的法”，是指涉及國家極其重大社

²² 如中國大陸《民法通則》第142條第3款規定：「中華人民共和國法律或者中華人民共和國締結或參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。」

²³ 參徐冬根，論國際私法規範的柔性化與剛性化，法制與社會發展第3期，2003年6月，頁29-39。

會和經濟利益領域的法律，並非一般性強制性規定²⁴。從範圍來看，儘管在理論上尚存在爭議，但目前就立法和司法實踐的發展來看，其包括直接適用本國法、直接適用外國法兩方面的內容。

第一，直接適用本國法。法蘭西斯卡基斯將“直接適用的法”限於法院地的“直接適用的法”²⁵。維希爾（Vischer）認為，關於法院地的保護規則，只有在法院地國具有重大利益的案件中才予以適用，例如市場及經濟管制法規、關於保護國家土地財產利益的法規、保護貨幣資源的法規、保護證券市場的法規、環境保護法規、勞工保護法規、保護合同弱勢一方的法規、保護兒童的法規、關於撫養的法規、避免因種族性別宗教歧視的法規等²⁶。可以說，長期以來，相關國家的司法實踐大多認可法院地的“直接適用的法”應予優先適用²⁷。

第二，直接適用外國法。目前，從已有司法實踐和立法規定來看，有從只承認法院地國的“直接適用的法”到擴大承認第三國“直接適用的法”的趨勢。威希爾（Cheshire）和諾斯（North）認為，“直接適用的法”是指一國的特定國內法²⁸，在特定情況下也有可能是外國的“直接適用的法”，而不僅限於法院地的

²⁴ 參[法]亨利·巴蒂福爾、保羅·拉加德，陳洪武等譯，國際私法總論，中國對外翻譯出版公司，1989年8月，頁349-351；徐冬根，國際私法趨勢論，北京大學出版社，2005年1月，頁392-433；宋曉，當代國際私法的實體取向，武漢大學出版社，2004年1月，頁251-307。

²⁵ Thomas G. Guedj, *supra* note 11, 39 Am. J. Comp. L. 663 1991, p.670.

²⁶ Frank Vischer, *supra* note 3, pp.157-158.

²⁷ Boll case, Netherlands v. Sweden, Judgment, 28 November 1958, I.C.J. Reports 1958, p.55; Thomas G. Guedj, *supra* note 25. Also see K. Lipstein, General principles of Private International Law, Recueil des Cours 1972, I, p.205; A. Philip, General Course on Private International Law, Recueil des Cours 1978, II, p. 64.

²⁸ “The concept of mandatory rules is a positive one; the concern is to apply a particular domestic rule.” See North Cheshire & J.J Fawcett, Private International Law, 14th ed., Oxford University Press, 2008, p.151.

“直接適用的法”²⁹。這裏所指的外國的“直接適用的法”既包括衝突規範所指引的外國准據法所屬國的強制性規範，也包括法院地國和准據法所屬國之外的第三國的強制性規範³⁰。

四“直接適用的法”之規範內容問題

多數學者皆認為“直接適用的法”為個別的實體法規範，尚未形成獨立的、整體性的法律制度，因此，在理論上探討“直接適用的法”究竟應涵蓋哪些具體法律規範的問題尤為必要。

法蘭西斯卡基斯曾對“直接適用的法”作過如下歸納：（1）在涉外民事法律關係中，超越衝突規範的適用，故無須考慮衝突規則如何規定，僅須考量該法律關係是否受某種法律規範的支配；（2）法院根據立法者對每項具體法律規範所規定的空間適用範圍來決定法律適用問題，而此種具有特定空間適用範圍的具體法律規範則包括屬人的、屬地的兩類；（3）涉外民事法律關係適用“直接適用的法”雖屬例外情形，但是其在涉外民事法律關係中扮演著重要的角色，凡屬一國的根本利益均有必要理由適用“直接適用的法”加以保護；（4）法院地國對於“直接適用的法”的適用是有重大利益的；（5）“直接適用的法”與國家企圖幹預與控制的領域中越來越廣泛地被運用，多半與國家主管經濟的法規相結合，例如國際保險、國際金融、反不正當競爭等社會

²⁹ Discussed in *Ralli Bros v. Compania Naviera Sotay Aznar*, [1920] 2 KB 287 (CA). Cited from Audley Sheppard, *Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Law Perspective*, 18 *Am. Rev. Int'l Arb.* 121 (2007).

³⁰ 如中國大陸最高人民法院在審理廈門廈友集裝箱製造有限公司訴現代綜合商事株式會社案中，韓國賣房因合同糾紛向中國法院起訴，要求買房支付所欠貨款。買方提出的抗辯認為，系爭合同是第三方為了規避韓國政府的法律以便達到向其海外公司提供原材料的目的。由於韓國法為第三國法，審理法院所考慮的因素就涉及第三國強制性規範的效力問題。參（1999）經終字第97號。

經濟生活秩序領域³¹。法國學者蘭多（Lando）則認為“直接適用的法”包括限制性貿易慣例、價格法規、外匯管制法規、進出口管制法規、與敵對國貿易法規、禁運法規、涉及契約實質有效性的政治經濟法規等³²。戴蒙德（Diamond）認為“直接適用的法”包括契約的一般性規定、刑法、公法、侵權行為法、契約的默示條款、競爭法、海上貨物運輸法等³³。可見，國外學者對“直接適用的法”之規範內容的認識不盡一致。

相較於以上論述而言，柯澤東教授的闡述則更為明晰。柯教授認為“直接適用的法”大體包含兩類：第一類為公安、政策性的公法性法律，如經濟、財稅、社會安全性質之實質性規定，或其法律關係為屬於政策性、社會公安、國家財經安全目的者，雖不一定有法律明文依據，概得有法官決定直接適用法院地法，抑或是法律明文所指之某國實體法，不必透過衝突法則而直接適用於涉外民事法律關係³⁴；第二類亦屬政策性之考量，原屬私法衝突法則之範疇，但法律明文規定其屬特別的“直接適用的法”的範圍。此等法律關係究其性質而言，原頗難確定究應依其法律內涵或是其功能性目的加以界定準據法，但為政策考量認為應適用某國實體法為妥³⁵。

³¹ See Gonzalo Parra-Aranguren, *General Course on Private International Law: Selected Problems*, Recueil des Cours, 1985 II, p.129; Frank Vischer, *supra* note 3, pp.153-156.

³² See Ole Lando, *supra* note 14, p.394.

³³ See Aubrey L Diamond, *Harmonization of Private International Law Relating to the Contractual Obligations*, 1986 IV, p. 288.

³⁴ 舉例比較法有涉外勞動契約薪資之爭議、未成年子女教育及其財產之保護、外國企業或多國籍企業所僱傭本國人之保護及其雇主之責任、不動產租賃契約、在本國有居所之消費者權益的保護、契約中之指數條款以防止通貨膨脹為目的者應依付款地法或債務人事務所所在地法、競爭法之爭議應依公平競爭發生效果之國家市場法等。參柯澤東著，*國際私法*，作者自版，2002年8月，頁110-113。

³⁵ 如海上貨物運送之裝載港或卸載港為法院地港口者應適用法院地海上貨物

當然，上述關於“直接適用的法”之規範內容的歸納，均未能在理論上給予司法實踐以足夠明確的指導：首先，屬於“直接適用的法”範疇的特定實體法律規範究竟是出於自身術語表明了其空間適用範圍，還是因其隱含的基本政策而逕自適用於涉外私法法律關係仍不明確。因此，在實踐中某些特定的實體法規範逕自適用於涉外私法關係之緣由仍需法官作出闡釋；其次，國際私法學者一般同意將“直接適用的法”視為是法律適用中的一種例外情形，但在司法實踐中如何對“直接適用的法”加以限制，特別是將“直接適用的法”的範圍擴展到外國法時，更需審慎。對這些問題，僅憑對“直接適用的法”之規範內容的歸納，並不能得到解決；最後，國際私法發展至今仍然是以多邊主義作為其主要方法，以判決的確定性和一致性作為其追求的目標。對“直接適用的法”之規範內容的歸納，並不能完全回答被視為單邊主義方法的“直接適用的法”與當事人“意思自治原則”的關係。

（五）“直接適用的法”與“公共秩序原則”的關係問題

“直接適用的法”剛被提出來時，常常被歸為公共秩序範疇或被混同於公共秩序原則。隨著時間的推移，這種錯誤認識逐漸得以澄清，學術界已基本認同應將“直接適用的法”與公共秩序相區別³⁶。從“直接適用的法”與“公共秩序原則”這組概念的關係中³⁷，我們不難認識“直接適用的法”所涵蓋的範圍。

運送法。參柯澤東著，同前註。

³⁶ 參劉仁山、胡煒，“直接適用的法”的若干問題，當代法學第8期，2002年8月，頁94。

³⁷ 已有不少中英文論文述及“直接適用的法”與“公共秩序原則”的關係，例如Thomas G Guedj, *supra* note 25; Adeline Chong, *Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts*, *Journal of Private International Law*, Vol.2 No.1, April. 2006; 參陳隆修著，比較國際私法，五南，

國際私法上所講的公共秩序原則，是指法院依內國衝突規範本應以外國法（或外法域法）作為准據法，因外國法的適用（或其內容本身）將與法院地的重大利益、道德準則、法律原則相抵觸而排除其適用的一種保留制度³⁸。“直接適用的法”和法律選擇過程中的“公共秩序原則”是既具有緊密聯繫又有顯著區別的兩種理論和制度。

二者間的聯繫主要體現為：第一，從立法技術上講，“直接適用的法”是“公共秩序”的一種表述方式³⁹。從各國關於“公共秩序原則”的立法實踐看，主要有所謂“直接排除方式”、

“間接排除方式”和“合併排除方式”三種⁴⁰。1896年《德國民法施行法》第30條規定：「外國法的適用，如違背善良風俗和德國法的目的時，則不予適用。」以德國為代表的國家所採用的這種立法方式就是“直接排除方式”，這也是各國在“公共秩序原則”立法上廣為採用的方式，德國學者稱之為“消極的排斥條款”。而1804年《法國民法典》第3條第1款規定：「有關警察與公共治安的法律，對於居住在法國境內的居民均具有強行力。」

⁴¹以法國為代表的國家所採用的這種立法方式則為“間接排除方式”，這種立法方式的特點在於，對某些國際民商事關係適用外國法的可能性予以一般性地否定，專門保留或強制性要求以內國

1989年10月，頁122-126；許兆慶，國際私法上“即刻適用法則”簡析，軍法專刊第42期第3卷，1996年3月，頁16-23；劉仁山、胡焯，同前註，頁94等等。

³⁸ 參劉仁山，同前註1，頁140-146。（需要指出的是，這裏所論及的“公共秩序”主要是在國際私法上法律適用的語境中使用的。）

³⁹ P Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p.206. Cited from Adeline Chong, *supra* note 37, p.32.

⁴⁰ 劉仁山，同前註1，頁143。

⁴¹ 參李浩培、吳傳頤、孫鳴崗譯，拿破崙法典，商務印書館，1979年10月，頁1。

法為案件的准據法，德國學者稱之為“積極的保留條款”⁴²。因此，我們不妨可以這樣認為，從立法的表述方式及適用效果看，“直接適用的法”類似於“公共秩序原則”立法上的“間接排除方式”；第二，“直接適用的法”所追求的目的，通常具有“公共秩序”的屬性⁴³。

但同時，我們應該認識到兩者存在非常顯著的區別：第一，根據“公共秩序原則”排除外國法（或外法域法）的適用，是適用法院地衝突規範的結果，即在適用公共秩序保留制度之前，法院地的衝突規範已經得以適用，只是因其所指向的外國法的適用（或者該外國法的內容）將與法院地公共秩序相抵觸而被排除適用。而“直接適用的法”則是“直接適用”，無須國際私法中衝突規範的援引；第二，“公共秩序原則”密切關注外國法在案件中適用的結果，只有當外國法適用的結果與公共秩序相抵觸時，才以公共秩序為由排除外國法的適用⁴⁴。而“直接適用的法”只強調法律的強制適用性，並不關注外國法在案件中適用的結果；第三，“公共秩序原則”通常為一般性原則，其適用的範圍並無特定限制。從理論上而言，該原則應該適用於國際民商事交流的所有領域，而且，在特定問題上是否適用該制度，法官往往具有寬泛的自由裁量權。而“直接適用的法”則集中在涉及國家重大社會經濟利益的領域，其效力範圍大致限於貿易與經濟合作、勞工、外匯管制等領域的法律⁴⁵。因此，兩者的適用範圍顯然是不同

⁴² 參日本國際法學會編，*國際法辭典*，世界知識出版社，1985年5月，頁110。

⁴³ AN Zhilsov, *Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration*, 1995, *Netherlands International Law Review*, p.88. Cited from Adeline Chong, *supra* note 37, p.32.

⁴⁴ 當然，從各國理論及實踐看，公共秩序保留有所謂主觀標準和客觀標準之分。本文的這一觀點是基於公共秩序的客觀標準而言的。參劉仁山，同前註1，頁143。

⁴⁵ 當然，理論界對於“直接適用的法”的效力範圍問題似乎還有較大分歧。如

可以等同的。

貳、“直接適用的法”在實踐上之發展

前文已提及，“直接適用的法”概念及理論最初來源於學者們對司法實踐的思考，而各國學者對“直接適用的法”的廣泛關注和系統研究，豐富了“直接適用的法”的內涵，自然也進一步推動了“直接適用的法”在司法實踐及立法實踐上的發展。

一、司法實踐方面

（一）“直接適用的法”僅限於法院地具有強制性效力的法律

“直接適用的法”僅限於法院地的“直接適用的法”。這是早期司法實踐體現出的特點。

1958年國際法院審理的鮑爾案，就是適用法院地（該案在提交國際法院之前在瑞典法院審理）“直接適用的法”之典型案例⁴⁶。該案中，瑪麗·鮑爾是1945年出生於瑞典的具有荷蘭國籍的未成年人（父親是荷蘭人，其及家人長期住在瑞典）。瑪麗·鮑爾的母親於1953年去世，遺下大量財產。瑞典當局根據瑞典1924

日本有學者認為，日本的“介入規範”（即“直接適用的法”）包括：卡特爾法、外匯法、勞動標準法、工會法、最低勞動工資法、因工事故保險法、利息限制法、承租人保護法，以及關於消費者保護的特別法等等；而瑞士學者則認為，《瑞士關於國際私法的聯邦法》第18條所指的強制性法律規範涉及：對市場和國民經濟的調整與控制（如反壟斷、進出口限制）、對土地財產上國家利益的保護（如禁止外國人取得本國土地）對貨幣來源的保護（如外匯平衡的保障）、對證券市場的控制（如兼併和資訊披露）、對環境及勞動者的保護（如工作時間、最低工資保障）等問題。See Frank Vischer, *supra* note 3.

⁴⁶ Netherlands v. Sweden, *supra* note 27.

年《關於保護未成年人法》的規定，決定對瑪麗·鮑爾採取“保護性教育”措施，否認其父約翰·鮑爾對瑪麗·鮑爾的監護權。約翰·鮑爾向瑞典最高行政法院上訴，但被駁回。為此，荷蘭政府決定代表本國公民約翰·鮑爾將此案提交國際法院，並對瑞典政府違背 1902 年海牙《關於未成年人監護的公約》提起訴訟⁴⁷。荷蘭政府提出，根據 1902 年海牙《關於未成年人監護的公約》第 1 條「未成年人的監護適用其本國法」的規定，案件所涉兒童是具有荷蘭國籍的兒童，荷蘭法作為兒童的本國法，是調整該涉外監護關係的准據法。瑞典政府辯稱，瑞典 1924 年《關於保護未成年人法》具有公法性質，涉及到瑞典公共秩序，具有強制適用的效力，不管是否存在應予適用的其他法律，也不管該規範所涉事項是否屬於 1902 年海牙《關於未成年人監護的公約》所管轄的範圍，瑞典的強制性法律都應當優先予以適用⁴⁸。

國際法院在 1958 年的判決中接受了瑞典政府的觀點，指出瑞典 1924 年《關於保護未成年人法》具有公法性質，包括 1902 年海牙《關於未成年人監護的公約》在內的、旨在“保護個人”的法律，與諸如瑞典 1924 年《關於保護未成年人法》等旨在“保護社會”的法律是有區別的。前者主要是為避免造成未成人物質上和精神上的損害而設立的；而後者則是為了防止青少年酗酒、賣淫以及擾亂社會治安而制定的，具有強制適用的效力，必要時可以直接用於相關涉外民事法律關係。基於兩類立法的目的差異，國際法院認為，在同時存在衝突規範和“直接適用的法”的情況下，法院可以優先適用法院地（瑞典）的“直接適用的法”

⁴⁷ 1902 年海牙《未成年人監護的公約》在第三屆海牙國際私法會議上通過，因法國、德國、比利時、盧森堡、羅馬尼亞和瑞典等七國簽署接受該公約而於 1904 年生效。為完善對未成年人的國際保護，第九屆海牙國際私法會議討論並制定了《關於未成年人保護的管轄權和法律適用的公約》。

⁴⁸ A. Philip, *supra* note 27.

49。

(二) “直接適用的法” 包括法院地及外國具有強制性效力的法律

儘管早期司法實踐鮮有逕自適用外國“直接適用的法”之案件，但已有間接認可外國強制性規則的判例。在 1936 年美國法院審理的 *Central Hanover Bank & Trust Co. v. Siemens & Halske Akt.*案中，德國公司通過紐約的金融機構在紐約發行了債券，但由於德國政府權威部門頒佈了外匯管制法，德國公司沒有履行債券承諾。後債券的信託人就債券的本金和利息在紐約法院提起訴訟。雖然債券合同的准據法是美國法律，但被告德國公司卻以德國外匯管理法的規定是強制性法律規則為由提出抗辯⁵⁰。學者威利斯頓（Williston）也認為，外國法律改變了合同當事人對合同履行方式的預期，它應當成為合同法律適用的例外。雖然法院在判決中並未確認德國外匯管制法關於禁止向境外支付款項之規定的效力，但美國法院的判決顯然對債務人的本國法給予了足夠的尊重，判決以其在美國的財產償付美國債權人的損失，而不是迫使其違背本國法律的強制性規定⁵¹。由此可以認為，美國法院在該案中實際上是間接地認可了外國強制性規則的法律效力。

而 1966 年荷蘭 *Alnati* 案則是涉及直接適用外國“直接適用的法”的典型案件。荷蘭法院在審理 *Alnati* 案過程中，參考了英國 *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* 案⁵²和 *Regazoni v.*

⁴⁹ *Netherlands v. Sweden*, supra note 27.

⁵⁰ See 15 F. Supp. 927(S. D. N. Y. 1936); 299 U. S. 585 (1936).

⁵¹ See Edward C. Freutel, *Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws*, 56 Harv. L. Rev. 39-40 (1942-1943).

⁵² *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar*, (1920) 2K.B.(C.A.) 287,這是

Sethia 案⁵³，該兩個判例均沒有適用當事人合意選擇的准據法，而是直接適用外國的強制性規則⁵⁴。再如 **Regazoni v. Sethia** 案中，印度賣方和瑞士買方所簽訂的黃麻買賣合同約定英國法為合同准據法，因買方欲轉售黃麻到南非，而印度法律禁止出口貨物到南非，為此印度賣方取消合同，由此產生合同爭議。買方向英國法院提出違約賠償請求，但是英國樞密院適用印度強制性法律規定而拒絕了此項賠償請求⁵⁵。

在 1966 年 **Alnati** 案中⁵⁶，荷蘭法院對外國“直接適用的法”在法院地國適用的可能性問題，做了明確表態。該案中，荷蘭船舶在比利時簽發了一份提單，相關貨物由承運人從比利時的港口運到巴西的港口。提單中包含了法律選擇條款，約定荷蘭法律是合同准據法。因貨物在運送過程中遭受損壞，貨物所有人在荷蘭法院對船舶所有人提起訴訟。荷蘭最高法院於 1966 年 3 月在判決中認為：「對於涉及此類問題的合同，即使該合同在域外履行，外國因對其具有重大利益而制定的某些強制適用的法律應予以適用。荷蘭法院應考慮到這些因素，這些外國強制法律的適用，應優先於當事人合意選擇的適用於合同爭議的另一國家的法律。然而，（本案中）上訴法院所適用的比利時法，並不具有強制適用的特性，其適用也不涉及比利時的重大利益，因此應該優

關於外國價格控制的案件。在本案中，英國法院適用了西班牙法律，儘管英國法才是當事人合意選擇的合同准據法。Also see Thomas G Guedj, *supra* note 25, p.673.

⁵³ *Regazoni v. Sethia, (1944) Ltd., Q.B. 1956, p. 491. Also see Thomas G Guedj, id.*

⁵⁴ *Thomas G Guedj, id.*

⁵⁵ *Regazoni v. Sethia, (1944) Ltd., Q.B. 1956, pp. 491. Also see Thomas G Guedj, id.*

⁵⁶ See T.C. Hartley, *Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach*, 266 *Recueil des Cours* 1997, p.357.

先適用當事人合意選擇的荷蘭法。」⁵⁷該判決表明，儘管荷蘭法院最終以比利時法並不屬於具有強制性效力的“直接適用的法”為由，適用了當事人合意選擇的荷蘭法，但是法官在該案中首次對外國“直接適用的法”所進行的闡釋和肯定，則隱含著荷蘭法院的另一種態度：如果需要適用的是涉及重大利益的外國強制性法律，法院可以直接適用該外國法。因此，從邏輯上我們不妨可以這樣講，該判決其實已經說明荷蘭法院對外國“直接適用的法”域外效力的認可。

此外，法國最高法院於1972年10月在Royal Dutch案中，直接適用了荷蘭1944年《公司法令》⁵⁸，這是法國法院首次適用外國的“直接適用的法”。法院的理由是：1944年荷蘭《公司法令》是荷蘭政府為促使戰後經濟正常化而採取的措施，其措施在國外已經廣為公佈，並對外國股份持有者發出通知；該荷蘭法令屬於荷蘭《公司法》的一部分，是荷蘭的“直接適用的法”，應予以直接適用。

⁵⁷ “It may be the case, with respect to contracts of the type here discussed, that for a foreign state such great interests are at stake in the observance also outside its territory of particular rules of law, emanating from that state, that the Dutch courts, too, should take them into account and therefore should give priority to the application of such provisions in preference to the law of another state chosen by the parties to the contract in question; however, the provisions of Belgian law which in this case have been applied by the Court of Appeal are not of such nature that the Dutch Courts should, with a view to the Belgian interests involved in the application thereof, be obliged to give priority to them in preference to Dutch law which has been chosen by the parties.” See Alnati Case, Hoge Raad 13 may 1966, Rev. Crit. 1967-523. Also see Thomas G. Guedj, *supra* note 25, p.672. 亦可參吳光平，同前註9，頁176。

⁵⁸ Cour de Cassation, 17 October 1972, Rev. Cirt dr. int. privé, 1973,520, comment by Henri Batiffol. 轉引自吳光平，同前註，頁176。

二、立法實踐方面

從國際社會的立法實踐看，目前已有相關國際條約和國內法規定了“直接適用的法”之制度。

(一) 條約法上之發展

一些國際或區域性條約已明確規定了“直接適用的法”制度，該制度在條約法上的發展具有如下特點：

1、除允許法院地“直接適用的法”的適用之外，一般還允許外國“直接適用的法”的適用。這也體現了國際條約在平等對待法院地法和外國法方面的優勢所在。例如 1978 年海牙《代理法律適用公約》第 16 條規定，如果根據與案件有重大聯繫的任何國家的法律規定，該國強制性規範必須適用的，則無論該國國際私法規則規定應適用何國法律，該強制性規範都必須予以適用。又如 1980 年《合同之債的法律適用公約》（以下簡稱為 1980 年《羅馬公約》）第 7 條第 1 項規定「根據本公約適用某一國法律時，如依其情況，與另一國家有密切的聯繫，而且如果該國法律規定，無論合同適用什麼法律，這些強制性規則都必須予以適用，則可以適用該另一國法律的強制性規則。在考慮是否適用這些強制性規則時，應注意到其性質和目的，以及適用或不適用這些強制性規則所產生的後果。」又如 1994 年南美洲《美洲國家之間的國際合同法律適用法》第 11 條第 2 項規定「法院得決定是否適用與合同有密切聯繫的第三國的強制性規定。」此外，2007 年歐盟通過的《關於非合同義務法律適用規則》第 16 條規定，不限制法院地強行法的適用，不論其他法律是否適用於非合同義務。

2、“直接適用的法”的定義逐漸明晰。1980 年《羅馬公約》

有 5 個條文提及“強制性規則”（Mandatory rules），只是各條款中的“強制性規則”的含義各不相同。其中，公約第 3 條第 3 款、第 5 條第 2 款和第 6 條第 1 款中的“強制性規則”僅僅指的是“普通的強制性規則”⁵⁹；而公約第 7 條、第 9 條第 6 款中的“強制性規則”則是指“優先的強制性規則”（Overriding Mandatory Rules）⁶⁰。有學者認為，對於這兩類強制性規則，應根據《羅馬公約》相關條文之規定，分別審視其不同之法律效力。於有關第 3 條第 3 款、第 5 條第 2 款和第 6 條第 1 款，公約所給予的強制性規則效力應該只能超越當事人選擇準據法之自由；至於第 7 條、第 9 條第 6 款而來之強制性規則，公約事實上給予了更高的強制性效力。這種強制性規則是可以超越依公約所應適用法律所有之法規（包括當事人沒有選擇時應被適用法律之規則）⁶¹。而於實踐中，在 *Arblade* 案中，歐洲法院（ECJ）對《羅馬公約》第 7 條中的“優先的強制性規則”進行了系統闡述。法院指出，所謂的“強制性規則”，對於一個主權國家而言，對一國的政治、社會、經濟組織的安全至為重要，以致於不管適用於合同的其他法律如何，該規則都將被適用於該規則適用範圍內的任何情形⁶²。2009 年歐盟《關於合同義務法律適用規則》（以下簡稱“《羅馬條例 I》”）也有 4 個條文提及強制性規則的適用，但是 4 個條文採用了不同表述，以期達到澄清被混淆概念之目的。該規則

⁵⁹ 《羅馬公約》中所謂“普通的強制性規則”，是指當事人意思自治原則在一些合同的適用，應受到本應適用的合同準據法所在國家的強制性規則的限制，例如公約第 3 條第 3 款、第 5 條第 2 款和第 6 條第 1 款。

⁶⁰ EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980). 參王秀轉，論歐洲合同法律適用制度的統一，中國社會科學院博士後研究工作報告，2011 年 8 月，頁 58。

⁶¹ P. North & J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed., p.578. 參陳隆修，中國思想下的全球化選法規則，五南，2012 年 7 月，頁 235-236。

⁶² Cases C-369/96 and C-374/96.

第 9 條是關於“優先的強制性規則”的條款，該條第 1 款則採用了 *Arblade* 案判決中的闡述，將“優先的強制性規則”定義為：「強制性規則是指一個國家為保護諸如政治、社會、經濟組織的安全等公共利益而必須遵守的至關重要的規則。它們適用於其管轄範圍內的任何情況，無論依據本條例本應適用的法律為何。」

63

3、對外國“直接適用的法”的適用條件，往往較適用法院地“直接適用的法”更為嚴格。如 2009 年《羅馬條例 I》第 9 條第 2 款規定，本條例的任何規定都不能限制法院地的優先強制性規則的適用⁶⁴。可見，在適用法院地“直接適用的法”時，只需考慮法院地的強制性規則是否屬於第 9 條第 1 款規定的範疇。而對外國“直接適用的法”的適用，除了必須滿足第 9 條第 1 款的規定之外，還必須符合第 9 條第 3 款規定，即：如果依據合同義務的必將履行地或者已經履行地所屬國的優先強制性規則，履行行為屬於非法行為的，則該國強制性規則的效力就應當予以考慮。在考慮是否承認這些強制性規則的效力時，法院應當考慮該強制性規則的性質、目的以及適用或不適用所導致的後果⁶⁵。在

⁶³ Art.9(1) of REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the law applicable to contractual obligations (Rome I): “Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.”

⁶⁴ Art.9(2) of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I): “Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.”

⁶⁵ Art.9(3) of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I): “Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the

理論上，也有學者認為，無論國內或外國的強制性規則之適用，應當在秉持符合公平正義的法哲學理念之前提下進行。即所有強行法之適用，皆應於所牽連的實體法範圍內之實質政策，以誠信原則、合理性要求，及比例原則為基礎，依個案之具體情形作出符合正義的決定⁶⁶。

（二）國內立法上之發展

新近一些國家的國內立法不僅確立了適用法院地的“直接適用的法”制度，而且還確立了承認和適用外國的“直接適用的法”制度。

1、確立適用法院地國的“直接適用的法”制度。部分國家的相關立法所採用的表述方式是，法院地強制性規則具有直接適用的效力，但對於經衝突規範指引的外國法的效力問題，則不置可否。例如 1994 年《加拿大魁北克民法》“第十編國際私法”第 3076 條規定：「魁北克法律可以以特殊目的為由而優先適用於本編中的衝突規範。」又如 2002 年《莫爾達瓦共和國民法典》第五卷“國際私法”第 1582（1）條亦對強行規範的適用進行了專門規定，即「在莫爾達瓦共和國法律中，凡是由於其有明文規定或者由於其對保障民事法律主體的權利和利益特別重要而不論准據法為何均應調整相應關係的強制性規範，其效力不受本編規定的影響。」⁶⁷再如 2007 年《土耳其共和國關於國際私法與國際民事訴訟程序法的第 5718 號法令》第 6 條規定：「在適用外國

contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”

⁶⁶ 參陳隆修，同前註 61，頁 259。

⁶⁷ 參鄒國勇譯注，外國國際私法立法精選，中國政法大學出版社，2011 年 1 月，頁 55。

法的情況下，如果就土耳其法律中直接適用的規範的立法宗旨和適用範圍而言，案情應以這些直接適用的規範為準，則適用土耳其法律中的這些規範。」⁶⁸

另外，部分國家採用的表述方式則為，排除本應適用的外國法而適用法院地的強制性規則。例如 1988 年《瑞士關於國際私法的聯邦法》（2012 年修訂）第 18 條規定，瑞士法律中的強制性規定，基於其特殊目的，可以無須經該法中的衝突規範的指引而予以直接適用。⁶⁹又如 1995 年《義大利國際私法制度改革法》第 17 條規定：「儘管已經指定適用外國法，但不排除基於目的和宗旨而應適用的義大利法律中的強制性規定。」再如 2007 年《馬其頓共和國關於國際私法的法律》第 14 條關於“可直接適用的規範”規定：「用以確定本法第一條所指關係的准據法的各條款，並不排除馬其頓共和國強制性規範的適用，不論確定準據法的規範有何規定，這些強制性規範基於本法或者其他法律的規定均應予以適用。」⁷⁰這些立法均規定，本應適用衝突規範所指引的准據法（包括外國法），但因法院地有強制性規範，從而排除本應適用的准據法。亦即強調法院地“直接適用的法”之優先效力。

2、擴大承認外國“直接適用的法”。一般而言，允許外國“直接適用的法”之適用，是建立在允許法院地“直接適用的

⁶⁸ 參鄒國勇譯，土耳其共和國關於國際私法與國際民事訴訟程式法的第 5718 號法令，中國國際私法與比較法年刊第 12 卷，北京大學出版社，2009 年 10 月，頁 513-530。

⁶⁹ Art.18 (VI. Mandatory application of Swiss law) of Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), "This Code does not prevent the application of those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated by this Code."

⁷⁰ 參鄒國勇譯，馬其頓共和國關於國際私法的法律，中國國際私法與比較法年刊第 12 卷，北京大學出版社，2009 年 10 月，頁 538-567。

法”適用基礎之上的。如 2001 年《俄羅斯聯邦民法典》第三卷第六編“國際私法”首先規定了俄羅斯法律中的“直接適用的法”，然後再規定俄羅斯之外的另一國法律中“直接適用的法”。該法第 1192 條“強制性規範的適用”規定：「(1) 俄羅斯立法中的強制性規範由於其本身的規定或鑒於其特殊意義，包括在保障民事流轉關係參與者的權利和合法利益方面的意義，而不論應適用的法律為何而均調整相應的關係，則本編規定不影響俄羅斯聯邦立法中強制性規範的效力。(2) 法院在根據本編規定適用任何一個國家的法律時，如果依照與法律關係有密切聯繫的另一國法律，該另一國的強制性規範不論應適用的法律為何均應調整相應的法律關係，則可考慮適用該強制性規範。此時，法院必須考慮此類規範的目的和性質以及適用或不適用的後果。」⁷¹

當然，各國在進行這類立法時，往往會規定嚴格的適用條件，通常包括：其一，外國“直接適用的法”與案件有密切聯繫；其二，慮及外國“直接適用的法”本身的性質、目的及其適用結果等；其三，與法院地的法律觀念不相抵觸。瑞士、白俄羅斯、立陶宛、俄羅斯、土耳其等國的立法實踐就是如此。如 1988 年《瑞士關於國際私法的聯邦法》第 19 條規定，在衝突規則指定應適用另一國的強行法時，不得僅因其具有公法的性質而加以排除。但其適用，要受到以下幾個方面的制約：一是根據瑞士的法律觀念，這種強行法是合法且具有特別重要的利益；二是爭訟或待處理的問題與該外國強行法有著密切的聯繫；三是在適用該強行法時，還應考慮到此種外國法的目的及其適用的結果⁷²。又如

⁷¹ 參鄒國勇譯，俄羅斯聯邦民法典（節錄）（第 1186 條—第 1224 條），民商法論叢第 40 卷，法律出版社，2008 年 6 月，頁 599-612。

⁷² Art.19 (VII. Taking into account of mandatory provisions of foreign law) of Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL): "If, pursuant to Swiss legal concepts, the legitimate and manifestly preponderant interests of a

1999年《白俄羅斯共和國民法典》第1100條關於“強制性規範的適用”的規定：「依本部分規定適用白俄羅斯共和國以外國家的法律時，法院可適用該國強制性的、與決定性法律關係具有密切聯繫的規範，只要依照該國法律此類規範獨立於准據法而必須調整該法律關係。此時法院必須顧及此類規範的目的、特徵及其適用後果。」⁷³再如2001年《立陶宛共和國民法典》第二章“國際私法”第1.11條第2款規定：「與訴訟案件有最密切聯繫的立陶宛共和國及其他國家的強制性法律規範，不論合同當事人是否已協議選擇另一外國法，必須予以適用。在解決此類問題時，法院須考查法律規範的性質、目的、適用或不予適用的目的及法律後果。」⁷⁴

一些國家的立法在對“直接適用的法”制度進行概括性規定後，又在一些具體法律關係的法律適用問題上專門規定特別的“直接適用的法”制度。如對於涉外合同問題，2001年《立陶宛共和國民法典》第1.37條第3款在第1.11條第2款的基礎上進一步規定：「合同當事人已選擇外國法為合同准據法之情勢，不構成不適用立陶宛共和國或其他國家的強制性的、合同當事人的協議不能替代或者合同當事人不得放棄的法律規範之根據。」⁷⁵又如2007年《土耳其共和國關於國際私法與國際民事訴訟程序法

party so require, a mandatory provision of a law other than that designated by this Code may be taken into account if the circumstances of the case are closely connected with that law.

2 In deciding whether such a provision must be taken into account, its purpose is to be considered as well as whether its application would result in an adequate decision under Swiss concepts of law.”

⁷³ 參鄒國勇譯，白俄羅斯共和國民法典（節錄）第七編“國際私法”，中國國際私法與比較法年刊第四卷，法律出版社，2001年12月，頁707-717。

⁷⁴ 參鄒國勇譯，立陶宛共和國民法典（節錄）（2001年7月1日生效）第一卷第一編第二章為國際私法條款，中國國際私法與比較法年刊第7卷，法律出版社，2005年2月，頁617。

⁷⁵ 參鄒國勇譯，同前註，頁625。

的第 5718 號法令》第 31 條規定：「在適用支配合同關係的法律時，如果第三國法律與合同具有密切聯繫，則應考慮該第三國法律中直接適用的規範⁷⁶。在考慮這些規範以及判斷應否適用這些規範時，應考察這些規範的目的、定性、內容及後果。」⁷⁷

參、中國大陸關於“直接適用的法”之實踐

對於國際民商事的某些特別領域或特別問題，中國大陸法律和行政法規有特別或專門規定。對這些領域所產生的糾紛或特別問題的爭議，有的是必須適用大陸法律（但不一定是強制性法律）的，有的是必須適用大陸強制性法律或行政性規定的⁷⁸。尤其對於這些強制性法律及規定的適用問題，中國大陸的立法和實踐還有一個逐步完善和發展的過程。

一、司法實踐之梳理與評述

從中國大陸已有司法實踐來看，各法院為適用強制性法律往往籍由不同法律依據，其中以公共政策和法律規避理由居多⁷⁹。

⁷⁶ 與本法第 6 條規定有所不同，第 31 條指的是，不論合同由內國法還是外國法支配，均要考慮第三國法律中的強制性規範。至於如何解釋第 6 條和第 31 條彼此間的關係，或許只能由司法判例來回答。

⁷⁷ 參鄒國勇譯，同前註 68，頁 513-530。

⁷⁸ 2007 年 7 月 23 日最高人民法院發佈的《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第 6-7 條，規定了若干排除適用當事人選擇適用法律而必須適用我國相關規定的合同爭議問題。當然，對於該《規定》中涉及“合同當事人的締約能力問題以及合同形式問題”，是否屬於本文討論的範疇，是值得疑問的。

⁷⁹ 中國銀行（香港）有限公司訴中國廣澳開發集團公司、劉天茂保證合同糾紛案；中國銀行（香港）有限公司訴香港新紀元實業有限公司、佛山市東建集團有限公司等借款擔保合同糾紛案；澳門大豐銀行有限公司訴澳門桂興置業

就適用法律的範圍而言，在相關案件中，儘管法院未適用外法域法律的處理是正確的，但理由卻有值得商榷之處。相關案件之所以不能適用外法域法律，並非因為外法域法律的適用會違反中國大陸的公共政策或當事人規避了中國大陸強制性規則，而是與案件相關的中國大陸之“直接適用的法”本來就應直接適用於這些案件。

（一）違反強制性法律之規定

在大量涉外擔保合同、涉外借貸類合同案件的司法實踐中，大陸法院已經意識到中國大陸的強制性法律應予優先適用的問題，但法院在具體適用時卻有不同的做法。

第一種情形是以公共秩序為由而適用中國大陸強制性法律規定。如在中國銀行（香港）有限公司訴中國廣澳開發集團公司、劉天茂保證合同糾紛案中⁸⁰，對於該涉外擔保合同糾紛案的法律適用問題，汕頭市中級人民法院認為，本案所涉保證擔保是外匯的擔保，擔保人分別是中國大陸的公民和企業。而中國大陸屬於外匯管制的國家，只能由符合國家規定的金融機構和企業對外提供擔保，並需經中國大陸外匯管理部門批准、備案……對於外匯擔保問題，因事關國家的經濟安全，中國大陸實行嚴格外匯管制，雖然本案所涉擔保合同約定適用的是香港法律，但是根據中國大陸《民法通則》第 150 條有關公共秩序保留的規定，本案糾

有限公司、南海市桂城商業貿易物資總公司；南海市人民政府、南海市桂城區辦事處、趙煥堂、何紹泉借款擔保糾紛案；交通銀行香港分行訴香港威實登化工有限公司、廣東省化工原料公司、譚麗儀借款及擔保合同糾紛案；華比富通銀行訴廣東省水利廳擔保合同糾紛案；中國銀行（香港）有限公司與中國長城工業總公司擔保合同糾紛案。參萬鄂湘，〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉條文理解與適用，中國法制出版社，2011 年 9 月，頁 36-42。

⁸⁰ 參萬鄂湘，同前註，頁 37-38。

紛應適用中國大陸的法律。

關於汕頭市中級人民法院的判決說理，從國際私法的理論上而言，其並不能完全令人信服。從“直接適用的法”之規範內容而言，中國大陸有關外匯擔保之事項無疑屬於“直接適用的法”之範疇。一般而言，當事人違背上述強制性規範同時也涉嫌違背了中國大陸地區的公共秩序，畢竟違背上述強制性規範會與中國大陸的重大利益相抵觸。但問題的關鍵在於，公共秩序制度作為國際私法中的一項基本制度，其發揮的是“安全閥”之作用，即在沒有其他制度可加援用的情形下，公共秩序制度才發揮其排除外國法適用之功能，以維護法院地之重大利益、道德準則及法律之基本原則。在有關外匯管理的法律已被公認為屬於中國大陸“直接適用的法”的範疇之情形下，“直接適用的法”之制度無疑應當首先被法院所援用。因此，在本案中，汕頭市中級人民法院逕自以公共秩序制度排除案件當事人所選擇的准據法，無論在法理上還是在邏輯上都是存在疑問的。

第二種情形是以法律規避無效為由而適用中國大陸強制性法律規定。如在 2001 年中國銀行（香港）有限公司與中國長城工業總公司擔保合同糾紛案中，長城公司與中銀香港公司在外匯擔保書中雖明確約定“受香港法律管轄並根據香港法律闡釋”。中國大陸《擔保法》規定，國家機關不能提供擔保；中國大陸的相關行政法規規定，對外擔保需要辦理審批登記；中國大陸最高院相關司法解釋則進一步規定，沒有辦理審批登記的對外擔保行為無效。法院在判決中認為，這些規定屬於強制性和禁止性規定。法院由此進一步認為，本案中內地公司提供的外匯擔保並未履行內地法律強制規定的審批及登記手續，本案雙方當事人有關適用香港法律的約定違反內地法律法規的強制性規定⁸¹。因

⁸¹ 因為中國大陸是實行外匯管制的國家。根據國家有關規定，境內機構對外提

此，法院根據《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（試行）》第 194 關於“當事人規避中國大陸強制性或者禁止性法律規範的行為，不發生適用外國法律的效力”之規定，認定本案當事人約定適用香港法律無效⁸²。

這裏產生的問題是，儘管該第 194 條有“當事人規避”的表述，但該條在實質上所確立的到底是“法律規避”制度，還是“直接適用的法”的制度（或者關於強制性法律適用的制度）？這本身是一個值得探討的問題。而且，在中國大陸《外匯管理條例》對相關外匯擔保合同具有強制效力的情況下，若當事人在外匯擔保合同中約定適用外法域法律，很顯然已經不屬於國際私法上所講的法律規避問題⁸³。而法院若以法律規避的效力為由拒絕適用外法域法律，自然會留下法律適用上法理邏輯的困惑。

上述案件中，中國大陸法院適用中國大陸強制性規定的理由，要麼是基於國際私法中的“公共秩序保留”原則，要麼是基於相關司法解釋中“法律規避”之規定，而非“直接適用的法”之制度。這主要是由於強制性規定的存在和中國大陸國際私法立法的滯後，從而導致該時期法院在審理該類問題時法律適用的理由值得推敲。

（二）違反有關民商事法律中之相關條款

在民商事領域某些特定問題上，中國大陸的有關民商事法律

供外匯擔保應當履行審批及登記手續。但本案擔保並未獲得國家外匯管理部門的批准，亦未辦理外債登記手續。

⁸² 參(2001)民四終字第 16 號，載中國涉外商事海事審判網 <http://www.ccmt.org.cn/shownews.php?id=7327>(最後瀏覽日：2012/9/10)。

⁸³ 在司法實踐中，中國大陸法院多以當事人規避中國大陸有關外匯管理的強制性規定為由判定涉外擔保擔保合同無效，典型案例還包括“中銀香港公司訴宏業公司等擔保合同糾紛案”。參中華人民共和國最高人民法院民事判決書(2002)民四終字第 6 號。

中存在一些特別規定，儘管這些規定是否具有強制適用效力尚存疑問，但實踐中這些規定也具有排除相關衝突規範所援引法律之適用的效力。諸如排除當事人依照“意思自治原則”協議選擇之法律的適用。由此產生的問題是，這些特別規定在相關案件中具有排除當事人協議選擇法律的效力，是因為這些規定屬於“直接適用的法”？還是涉及國際私法上的其他範疇，諸如法律規避問題或公共秩序保留問題？涉及這類問題的實踐以如下案例較為典型：

一是涉及中國大陸《海商法》第四章第 44 條和第 71 條的效力問題。在 2003 年江蘇省紡織品進出口集團股份有限公司訴北京華夏企業貨運有限公司上海分公司和華夏貨運有限公司案中，當事人約定適用美國《1936 年海上貨物運輸法》及美國《提單法》。而依據上述美國法律，承運人有理由將貨物交付給托運人在記名提單上記名的收貨人，在向記名收貨人交付貨物時，承運人不負有要求收貨人出示或提交記名提單的義務。由於當事人的約定違反中國大陸《海商法》第四章第 71 條的強制性規定之情形，根據該規定，承運人必須憑提單交付貨物，並不區分記名提單和不記名提單。據此，二審法院認為，依據中國大陸《海商法》第 44 條的規定，海上貨物運輸合同和作為合同憑證的提單或者其他運輸單證中的條款不得違反《海商法》第四章規定，本案當事人在合同中約定適用美國法律的相關條款因違反了《海商法》第四章第 71 條而確認無效⁸⁴。該案表明，中國大陸《海商法》第四章第 44 條和第 71 條在該案中是否應被作為“直接適用的法律”而得以適用？這似乎是一個讓人甚為疑惑的問題。

二是涉及中國大陸《婚姻法》關於法定婚齡規定之效力問

⁸⁴ 參（2003）滬海法商初字第 299 號，載中國涉外商事海事審判網 <http://www.ccmt.org.cn/shownews.php?id=6005>（最後瀏覽日：2012/9/10）。

題。在 2000 年中國大陸公民王偉與中國大陸公民張莉泰國旅遊結婚案中，該案當事人未達到中國大陸《婚姻法》規定的法定結婚年齡未能在中國大陸完成婚姻締結程式，而通過在泰國旅遊期間以宗教方式締結婚姻，中國大陸法院判定當事人婚姻無效。該案實際上也是將中國大陸《婚姻法》關於法定婚齡的規定作為“直接適用的法”予以適用的⁸⁵。當然，也有學者認為該案可能涉及法律規避的問題。但正如英國著名國際私法學家符賽特（Fawcett）所指出的，處理婚姻案件中涉及的國家利益和不公正性問題，最好的辦法就是適用強制性規則（即“直接適用的法”）。原因在於法律規避制度並沒有一般原則來解釋為何規避一國法律可被接受而規避另一國法律則無效⁸⁶。事實上，在法律規避制度的誕生國法國，現在也有學者對該制度充滿懷疑⁸⁷。因此，很多看似涉及法律規避制度的國際私法案件，其實大多屬於“直接適用的法”所蘊涵的重大社會和經濟利益類案件。

二、立法實踐之梳理與評述

在一些特殊的涉外經濟法律關係領域，中國大陸制定了一系列強制性規則以維護重大的經濟利益，主要體現如下：

1、涉外借貸方面。中國大陸實行嚴格的外匯管制制度，例

⁸⁵ 該案具體案情參林燕萍，國際私法案例評析，北京大學出版社，2007 年 5 月，頁 49-52。

⁸⁶ See J.J. Fawcett, *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law*, 49 Cambridge. L. J.50-57 (1990).

⁸⁷ 法國著名國際私法學者奧迪特（Audit）教授就認為：第一，法律規避沒有為何時改變連結點提供指導；第二，沒有為“本應適用的法”提供任何指引；第三，沒有任何司法實用性。See Bernard Audit, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principle*, 27 Am. J. Comp. L. 599 (1979).

如中國大陸《外匯管理條例》第 22 條規定：「借用國外貸款，由國務院確定的政府部門、國務院外匯管理部門批准的金融機構和企業按照國家有關規定辦理。外商投資企業借用國外貸款，應當報外匯管理機關備案。」

2、涉外擔保方面。因為對外擔保有可能導致外債的產生並影響到中國大陸的外匯儲備和國際收支平衡，中國大陸對此也實行嚴格的審批制度。根據中國大陸最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》，未經國家有關主管部門批准或登記對外擔保的，擔保合同無效⁸⁸。

3、貨物進出口方面。中國大陸在貨物進出口方面所實行的嚴格管制制度主要體現在 2004 年修訂的《對外貿易法》中。該法第 16 條規定，國家基於特殊原因可以限制或禁止有關貨物、技術進出口。該條還規定了 11 種限制和禁止進出口的情形⁸⁹。

⁸⁸ 依據 2010 年《國家外匯管理局關於境內機構對外擔保管理問題的通知》（匯發[2010]39 號）之規定，境內銀行提供融資性對外擔保實行餘額管理，在核定的指標內此類擔保無需逐筆審批。當然，非銀行金融機構與企業提供的對外擔保仍以逐筆審批為主、餘額管理為輔。因此，有關的強制性規範仍會發生影響。

⁸⁹ 《中華人民共和國對外貿易法》 2004 年 4 月 6 日修訂，2004 年 7 月 1 日起施行）第 16 條「國家基於下列原因，可以限制或者禁止有關貨物、技術的進口或者出口：（一）為維護國家安全、社會公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止進口或者出口的；（二）為保護人的健康或者安全，保護動物、植物的生命或者健康，保護環境，需要限制或者禁止進口或者出口的；（三）為實施與黃金或者白銀進出口有關的措施，需要限制或者禁止進口或者出口的；（四）國內供應短缺或者為有效保護可能用竭的自然資源，需要限制或者禁止出口的；（五）輸往國家或者地區的市場容量有限，需要限制出口的；（六）出口經營秩序出現嚴重混亂，需要限制出口的；（七）為建立或者加快建立國內特定產業，需要限制進口的；（八）對任何形式的農業、牧業、漁業產品有必要限制進口的；（九）為保障國家國際金融地位和國際收支平衡，需要限制進口的；（十）依照法律、行政法規的規定，其他需要限制或者禁止進口或者出口的；（十一）根據我國締結或者參加的國際條約、協定的規定，其他需要限制或者禁止進口或者出口的。」另見 2001 年《中華共

4、海上貨物運輸方面。該領域的管制性立法主要有《海商法》等相關法律。1992年中國大陸《海商法》第44條規定，海上貨物運輸合同和作為合同憑證的提單或者其他運輸單證中的條款，均必須符合《海商法》第四章的規定。又如2001年大陸《國際海運條例》第2條的規定，進出中華人民共和國港口的國際海上運輸經營活動以及與國際海上運輸相關的輔助性經營活動，均必須直接適用這一條例。

5、涉外合同方面。原1985年《中華人民共和國涉外經濟合同法》（第5條第2款）和現行的1999年《中華人民共和國合同法》（第126條）都規定：在中華人民共和國境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，適用中華人民共和國法律。針對《合同法》第126條的這一規定，2007年大陸最高人民法院《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》（第8條）擴大了“直接適用”大陸法律的合同範圍。根據該規定，除上述三種合同之外，以下合同也必須適用大陸法律：中外合資經營企業、中外合作經營企業、外商獨資企業股份轉讓合同；外國自然人、法人或者其他組織承包經營在大陸領域內設立的中外合資經營企業、中外合作經營企業的合同；外國自然人、法人或者其他組織購買大陸領域內的非外商投資企業股東的股權的合同；外國自然人、法人或者其他組織認購大陸領域內的非外商投資有限責任公司或者股份有限公司增資的合同；外國自然人、法人或者其他組織購買大陸領域內的非外商投資企業資產的合同；大陸法律、行政法規規定應適用中國大陸法律的其他合同。

在大陸已有立法及司法實踐基礎上，大陸《涉外民事關係法

和國技術進出口管理條例》第29條和2007年《中華人民共和國反壟斷法》第13條。

律適用法》第4條首次明確了關於“直接適用的法”之制度。該條規定：「中華人民共和國法律對涉外民事關係有強制性規定的，直接適用該強制性規定。」從前述大陸的司法實踐看，《涉外民事關係法律適用法》第4條的規定是必要的。該制度在《涉外民事關係法律適用法》中得以明確，無疑有助於解決法院在相關涉外民商事審判中所遇到的法律適用難題⁹⁰。對於類似前述中國銀行（香港）有限公司訴中國廣澳開發集團公司及劉天茂保證合同糾紛案、中國銀行（香港）有限公司與中國長城工業總公司擔保合同糾紛案，《涉外民事關係法律適用法》無疑為法院處理類似情況提供了明確的法律依據。即依據該法第4條關於“直接適用的法”規定，可以排除適用當事人約定的准據法，而直接適用大陸《外匯管理條例》的規定，認定此類擔保無效。

但在理解和實施《涉外民事關係法律適用法》第4條時，有如下三點值得注意：

第一，該條使用的“強制性規定”的術語，在法律適用這個確定的語境下，其與“直接適用的法”的含義和外延應是相同的，其內涵有著高度的同質性，因此，大陸現行法中有關強制性規定完全可以作為“直接適用的法”予以適用⁹¹。

第二，根據該條規定，大陸法律中的強制性規定因其特殊目的而必須由處理涉外案件的人民法院和行政機關排他地予以適用，這些實體法規則有其自己的適用範圍，在特定情形下直接適用於涉外民事法律關係，且因其強制性而優先於衝突規則。這即意味著，受有關強制性法律支配的涉外民事法律關係，即使存在當事人選擇適用其他法律的協議，或者表面上與其他法律選擇規

⁹⁰ 參劉貴祥，涉外民事關係法律適用法在審判實踐中面臨的幾個問題（下），中國法律第6期，2011年11月，頁13-14。

⁹¹ 參黃進、董茹嬌，同前註13，頁24。

則有聯繫，對該類涉外民事法律關係，首先必須根據第 4 條適用相關的強制性法律。

第三，將“直接適用的法”規定於《涉外民事關係法律適用法》總則部分，可以更好地為涉外民事法律關係的當事人和處理涉外民事案件的法官提供明確的指引，既符合“直接適用的法”規則本身的目的，也符合立法技術科學性的基本要求。

為進一步明確《涉外民事關係法律適用法》第 4 條中“強制性規定”的範疇，大陸最高人民法院審判委員會於 2012 年 12 月 28 日通過了《關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋（一）》（以下簡稱“《法律適用法司法解釋（一）》”）⁹²。該司法解釋第 10 條規定：「有下列情形之一，涉及中華人民共和國社會公共利益、當事人不能通過約定排除適用、無需通過衝突規範指引而直接適用於涉外民事關係的法律、行政法規的規定，人民法院應當認定為涉外民事關係法律適用法第四條規定的強制性規定：（一）涉及勞動者權益保護的；（二）涉及食品或公共衛生安全的；（三）涉及環境安全的；（四）涉及外匯管制等金融安全的；（五）涉及反壟斷、反傾銷的；（六）應當認定為強制性規定的其他情形。」

相較大陸最高人民法院曾向社會徵求意見的《法律適用法司法解釋（一）》第三稿的相關規定而言⁹³，最終通過的司法解釋

⁹² 本文初稿於 2012 年 11 月底投寄東海大學法學研究編輯部，在論文修改期間，適逢大陸最高人民法院頒佈《關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋（一）》，其中涉及“直接適用的法”之解釋性規定。為跟進大陸關於“直接適用的法”在法律規範上之最新進展，筆者特別增加該司法解釋之研究內容。

⁹³ 該徵求意見稿第 6 條規定，有下列情形之一，涉及中華人民共和國社會公共利益或安全、當事人不能通過約定排除適用、無需通過衝突規範指引而應當直接適用的法律，可以認定為涉外民事關係法律適用法第四條規定的“強制性規定”：（一）危及外匯管制等金融安全的；（二）涉及反壟斷的；（三）

關於“直接適用的法”之規定出現了顯著的變化：其一，在對“直接適用的法”進行定義性描述時，更加注重相應的措辭。如將司法解釋第三稿中關於國家“安全”的表述刪除、強調“直接適用的法”是專門用於調整涉外民事關係、突出“直接適用的法”之認定主體為人民法院；其二，相對縮小了明確例舉的“直接適用的法”的範圍。將司法解釋第三稿第 6 條第 5 款“涉及消費者權益保護的”、第 7 款“危及網絡安全的”排除。總體而言，最終通過的《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條之規定相較於徵求意見第三稿在形式上有所改進。

然而，從“直接適用的法”之理論與實踐進行比較法的考察可以發現，《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條之規定除了仍然將“直接適用的法”之制度與“公共秩序保留”制度混淆在一起外，還存在以下令人疑惑之處：

其一，與民生的相關程度作為該司法解釋第 10 條列舉排序之依據值得商榷。據大陸最高人民法院民四庭負責人就《法律適用法司法解釋（一）》答記者問的發言，該司法解釋第 10 條除了對大陸法律中的強制性規定進行了一般性描述外，還以不完全列舉的方式解決可操作性問題，而列舉排序是根據法律與民生的相關程度進行的⁹⁴。這種解釋似乎偏離了前述“直接適用的法”在 20 世紀 50 年代被正式提出來的初衷。即“直接適用的法”出於在國際經濟和國際民商事交往中更能維護國家及其社會經濟利益的需要而產生和發展的，其與民生問題並無直接關聯。

其二，《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條之規定對“直

危及環境安全的；（四）危及食品或公共衛生安全的；（五）涉及消費者權益保護的；（六）涉及勞動者保護的；（七）危及網絡安全的；（八）其他涉及社會公共利益或安全的情形。

⁹⁴ 參關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋

（一）答記者問，<http://www.law-lib.com>（最後瀏覽日：2013/1/7）。

接適用的法”之例舉仍然存在疑問。《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條將徵求意見稿第三稿中“涉及消費者權益保護的”刪除值得商榷。雖然在理論上，多數學者皆認為“直接適用的法”為個別的實體法規範，尚未形成獨立的、整體性的法律制度。“直接適用的法”之範圍一方面是通過學者的理論總結予以闡釋，另一方面則是通過實踐予以明確的。但就目前而言，有關消費者權益的保護無論是在理論還是實踐上，均被視為可能涉及“直接適用的法”⁹⁵。因此，儘管該司法解釋第 10 第 6 款規定有「應當認定為強制性規定的其他情形」，但是鑒於“直接適用的法”之具體範圍本身存在的爭議，故對業已得到公認的相關法律規範就應在司法解釋中明確規定，以便給予法官明確指導。而對於《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條中“涉及食品或公共衛生安全的”之規定，目前無論是在理論還是實踐上，尚未見有將與之相關的法律視為“直接適用的法”之例證。鑒於目前理論與實踐皆不成熟的問題，加之該司法解釋第 10 第 6 款的規定本身有補缺功能。故《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條中“涉及食品或公共衛生安全的”之規定是否有必要作為明確例舉的內容，值得進一步推敲。

其三，《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條之規定仍然未對外國直接適用的法之問題作出回答。前述學者們普遍將“直接適用的法”限於法院地的強制規則，相關國家的司法實踐也大多認可法院地的“直接適用的法”應予優先適用⁹⁶。但從目前理

⁹⁵ 在理論上，不少學者認為消費者保護的特別法屬於“直接適用的法”之範疇。在實踐上，法國《消費法典》第 L311-17 條關於跨國信貸消費合同的規定被法院認定為是“直接適用的法”。See Frank Vischer, *supra* note 3; Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., 2006, Dalloz.

⁹⁶ *Netherlands v. Sweden*, *supra* note 27. Thomas G Guedj, *supra* note 25. Also see K. Lipstein, *supra* note 27; A. Philip, *supra* note 27.

論與實踐的發展來看，有從只承認法院地國的“直接適用的法”到擴大承認第三國“直接適用的法”的趨勢。因此，《法律適用法司法解釋（一）》第 10 條之規定於該問題上仍有待於在司法實踐進一步拓展。

肆、中國大陸關於“直接適用的法”之完善

儘管大陸《涉外民事關係法律適用法》通過第 4 條之規定首次在立法層面上規定了“直接適用的法”之制度，但有關該制度在司法實踐中的具體運作仍存在諸多疑問：首先，《涉外民事關係法律適用法》第 4 條僅僅是關於“直接適用的法”之適用規範，這條關於強制性規範效力的宣示性規範，無疑是法院適用中國大陸相關強制性規範的法律依據。但何種意義上的強制規範屬於“直接適用的法”之範疇還有待明確；其次，鑒於“直接適用的法”屬於爭議較大的單邊主義方法，其在司法實踐中的運用無疑需要法官加以克制。因此，屬於“直接適用的法”範疇的特定實體法律規範，究竟是依據於自身術語表明其空間適用範圍，還是因其隱含的基本政策而逕自適用於涉外民事法律關係，這涉及到法官對相關實體法效力的認識及解釋問題；再次，《涉外民事關係法律適用法》對“直接適用的法”之制度與公共秩序制度均作出了規定，加之在理論上學者討論較多的法律規避制度，應如何在司法實踐中處理上述制度之間的關係問題，仍待在司法實踐中明確；最後，《涉外民事關係法律適用法》所規定的“直接適用的法”是否包括了外國“直接適用的法”，也有待進一步明確。這些都表明，大陸關於“直接適用的法”制度的規定仍有進一步完善的空間。

一、“直接適用的法”應僅限於強制性規範中的效力性規範

儘管“直接適用的法”在國際私法的理論和司法實踐中得到廣泛認可，然而究竟哪些法律規範應屬“直接適用的法”仍然存在較多疑問。如前所述，在理論上薩維尼提出了“法律關係本座說”的兩種例外情形，但這兩種情形的概念和範圍都不明確，以致薩維尼自己也不得不承認，這兩種例外情形是其國際私法理論中最困難的部分⁹⁷。由於《涉外民事關係法律適用法》第4條僅僅是關於“直接適用的法”之制度的宣示性規定，從立法技術上講，《涉外民事關係法律適用法》對於“直接適用的法”的具體範圍或規範內容，也不可能在該法中作出明確規定。這也正是學者們對“直接適用的法”之模糊性多有批評的原因，因為究竟哪些法律依其政策是強制性法律而必須得到適用，並無確切答案⁹⁸。

從已有的司法實踐經驗來看，大陸有關“直接適用的法”至少應該涵蓋如下幾個領域：（1）經濟法領域中的相關規則，如反壟斷法、進出口限制法、價格管制法、利息限制法、外匯法；（2）社會法領域中的相關規則，如最低勞動工資法、工傷事故保險法、勞動標準法、工會法等；（3）民事法領域中的相關規則，如承租人保護法、消費者保護的特別法、涉及公共秩序和弱者保護的婚姻家庭法，等等。根據《涉外民事關係法律適用法》第4條，

⁹⁷ See Gonzalo Parra-Aranguren, *supra* note 31, p.121; Frank Vischer, *supra* note 31, p.153.

⁹⁸ See M. Whincop & M. Keyes, *Statutes' Domains in Private International Law: An Economic Theory of the Limits of Mandatory Rules*, 20 *Sydney L. Rev.* 442 (1998).

上述領域內的相關強制性法律應當予以直接適用，這就排除了包括當事人意思自治原則在內的衝突規範在這些領域的適用。此外，從涉外合同領域內中國大陸強制性法律來看，要求排他性地適用中國大陸強制性法律的合同範圍十分廣泛，有些並不屬於國內重大經濟領域範疇⁹⁹。因此，建議將“直接適用的法”限於與國家社會經濟有重大利益的領域，對於以“直接適用的法”為由排除當事人意思自治原則在合同領域的適用之做法，尤其應予慎重。即“直接適用的法”之制度的實施，不宜過多干涉當事人在合同中選擇適用法律的權利。換言之，在合同領域，“直接適用的法”的適用之情形，更多應是一種例外，而不能將其適用作過於廣泛的解釋。

當然，具體到涉外合同領域，如何來合理界定“直接適用的法”之範圍，涉及法解釋的問題。根據大陸《合同法》第 52 條第（五）項規定，違反法律、行政法規的強制性規定的合同無效。而對於違反法律、行政法規之強制性規定的合同效力問題，在理論和司法實踐上，也歷經了從一概認定合同無效，到僅認定違反法律或行政法規中效力性強制規定的合同無效的一個轉變過程。譬如，在常州市武進經緯紡織服裝有限公司訴廈門建發國際貨物運輸公司上海分公司案中，終審法院上海市高級人民法院即認為，《中華人民共和國國際海運條例》雖然規定經營無船承運業務應當辦理提單登記，但並未將登記作為合同生效的要件，故不具有無船承運人資格的上海建發簽發未經登記的承運人的提單，不應影響經緯服裝與上海建發之間運輸合同的成立和效力¹⁰⁰。因此，法院在判斷涉案海上貨物運輸合同是否有效的問題

⁹⁹ 參沈涓，法院地法的縱與限—兼論中國國際私法的態度，中國社會科學院論壇暨第八屆國際法論壇論文集，主辦單位：中國社會科學院，2011年11月，頁300-313。

¹⁰⁰ 參（2003）滬海法商初字第444號，載中國涉外商事海事審判網，

上，對中國大陸《合同法》第 52 條“強制性規定”採取了限制性的解釋，且認為《中華人民共和國國際海運條例》第 26 條的規定屬於禁止性規範中的取締性規範，如果當事人違反該規定，應由有關主管部門對其進行相應的行政處罰，加以制裁和取締，但並不必然導致合同無效。

大陸 2009 年《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋(二)》第 14 條之規定，已經對司法實踐中的這種轉變進行了確認¹⁰¹。該司法解釋中所謂的“效力性強制性規範”，著重強調對相關法律行為價值的評價，並以否認其法律效力為目的。而理論界所謂的“管理性規範”（也稱為“取締性規範”），則著重強調對違反該類規定的合同當事人之事實行為價值的評價，並以禁止該法律行為為目的¹⁰²。管理性規範的作用在於對合同當事人加以制裁，以禁止其行為，但不否認其行為在私法上的效力。我們因此可以認為，只有違反效力性規範的合同才會被認定為無效，而違反管理性規範的合同則並不必然無效。

如何對強制性規範中的效力性規範和管理性規範進行區分，不僅需要對相關強制性規定進行文義解釋，而且還須考量該強制性規範所保護的利益。對強制性規範中的效力性規範和管理性規範的區分標準問題，學界一般認為：第一，如果法律法規明確規定違反禁止性規定將導致合同無效或不成立的，該規定屬於效力性規範；第二，法律法規雖沒有明確規定違反禁止性規定將

<http://www.ccmt.org.cn/shownews.php?id=5692>(最後瀏覽日：2012/9/10)。

¹⁰¹ 2009 年《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋(二)》第 14 條規定，合同法第 52 條第(五)項規定的“強制性規定”，是指效力性強制性規定。

¹⁰² 對於中國大陸法律、法規中的大量的強制性規範，有的只是規定違反法律強制規定應當受到處罰，有的則明確規定違反法律的強制性規定不僅應受到處罰，還將導致合同無效。因此理論界主張將強制性規範進一步區分為效力性規範和取締性規範。

導致合同無效或不成立的，但如果規定違反該規定以後若使合同繼續有效將損害國家利益和社會公共利益，也應當認為該規範屬於效力性規範；第三，法律法規雖沒有明確規定違反禁止性規定將導致合同無效或不成立，但如果違反該規定的合同之履行並不損害國家利益和社會公共利益，而只是損害當事人利益的，那麼該規範就不應屬於效力性規範，而僅僅屬於取締性規範¹⁰³。

目前，大陸法學理論界就強制性規範應區分為效力性規範與取締性規範已經無甚異議。儘管在區分效力性規範與取締性規範的標準上，仍有少數學者持不同意見，但無論如何，對於違反強制性法律規定的合同來說，應當儘量將其解釋為有效的觀點，已被廣泛接受。具體到涉外合同而言，只要當事人選擇的法律並不違反中國大陸法律、行政法規中的效力性規範，在司法實踐中就應當尊重當事人所選擇的准據法。只有當事人選擇的法律違反了強制性規範中的效力性規範時，才會產生直接適用大陸地區相應強制性規範的可能。即所謂的“直接適用的法”僅限於大陸地區法律、行政法規規定的強制性規範中的效力性規範，而不應包括管理性規範。

二、“直接適用的法”應否適用取決於相關實體法

立法意向之表達

“直接適用的法”中蘊涵的何種政策或利益必須得到貫徹，在司法實踐中仍是一個需要加以明確的問題。一般而言，立法者會在必須予以直接適用的實體法中表達出該實體法“希

¹⁰³ 參王利明，關於無效合同確認的若干問題，法制與社會發展第5期，2002年10月，頁60-68。

望”被直接適用 (wished to be applied) 的立法意向 (legislative intend) ¹⁰⁴，這種立法意向的表達，以明示條款最為直接。如 1926 年法國《海上勞動法典》第 5 條第 1 項規定：「本法適用於任何在法國船舶上履行之勞動僱傭合同，不適用於在法國境內訂立而在外國船舶上履行之勞動僱傭合同。」該項規定所表達的意願就是：不管是否為涉外案件，也不論勞動合同締結地是否在國外以及當事人是否為外國人，只要勞動僱傭合同是在法國船舶上履行的，該《海上勞動法典》都應直接適用於該類合同。再如 1936 年美國《海上貨物運輸條例》第 13 條規定，對外貿易運送之裝載港或卸載港為美國港口者，適用本條例之規定。其直接表達出不問是否是涉外案件，也不問契約是否以外國法為準據法以及當事人是否為外國人，只要對外貿易運送之裝載港或卸載港為美國港口的，該法希望被直接適用的意願 ¹⁰⁵。

但遇有立法未有明示條款表達出該實體法希望被直接適用的“立法意向”時，法院是否可依解釋的方式認為某實體法具有希望被直接適用的立法意向，而無需衝突規範的援引直接適用該實體法？對於這一問題，學者們間有不同見解。委內瑞拉國際私法學者帕拉-阿朗古倫 (Parra-Aranguren) 等學者對此持肯定說 ¹⁰⁶。而瑞士國際私法學者維希爾 (Vischer) 則持懷疑態度，他甚至認為縱然法律有明文的規定，法官亦不必然須直接適用該實體法 ¹⁰⁷。

從國際私法中法律適用的基本思維模式來看，借助衝突規則

¹⁰⁴ See Thomas G Guedj, *supra* note 11, 39 Am. J. Comp. L. 665 (1991).

¹⁰⁵ 此外，在立法例上法國 1966 年《海商法》第 16 條、德國 1986 年《商法施行法》第 6 條等亦有類似的規定。

¹⁰⁶ See Gonzalo Parra-Aranguren, *supra* note 31, p.134; Thomas G Guedj, *supra* note 104.

¹⁰⁷ See Frank Vischer, *supra* note 3, pp.158-159.

實現涉外民事法律關係的地域化，是確定相關准據法的基本原則，而直接適用法院地實體法僅為例外情形。從當前各國立法實踐來看，也尚未見明文規定法院可以依據自己的解釋直接適用法院地實體法的實例。顯然，這也是為了避免在司法實踐中出現“法院地法至上”的傾向。否則，必將嚴重破壞現今以雙邊衝突規則作為准據法選擇方法的存在基礎。因此，法官必須在法律有明文規定的前提下，才能直接適用法院地的強制性實體法。這裏所謂法律的明文規定，既包括國際私法立法中明確規定的法院可直接適用法院地強制性實體法之“概括授權條款”¹⁰⁸，也包括相關實體法本身對其排他性效力的明確規定。這兩類規定，是法院在特定情況下適用法院地強制性規範的充分依據。大陸《涉外民事關係法律適用法》第4條的規定儘管確立了關於“直接適用的法”之適用制度，但在司法實踐中，相關具體的法律是否屬於第4條所謂的“強制性規範”，不宜輕易由法院進行解釋。為謹慎適用“直接適用的法”之制度，某一實體法規則的直接適用，必須以該實體法已經表達出其“希望”被直接適用的立法意向為前提。

三、“直接適用的法”一般應優先於公共秩序與法律規避制度而適用

大陸《涉外民事關係法律適用法》第4條和第5條分別規定了“直接適用的法”之制度與公共秩序制度。在該法的框架內，

¹⁰⁸ 如瑞士2010年修訂後的《關於國際私法的聯邦法》第18條規定：「不論本法所指定的法律為何，因其特殊目的而應予以適用的瑞士法律中的強制性規定，應予以保留。」

對於這兩種制度均具有排除外國法適用之功能的制度，如何處理兩者之間的關係，需要在司法實踐中予以明確。另外，《涉外民事關係法律適用法》雖未對法律規避制度進行規定，但《法律適用法司法解釋（一）》第 11 條對法律規避問題作出了規定¹⁰⁹。因此，在司法實踐中，如當事人規避中國大陸地區本應適用於涉外民事法律關係的法律規範時，法院應依據何種法律制度對其進行處理，也需明確。也就是說，如何處理“直接適用的法”、公共秩序及法律規避制度在適用順序上的先後問題，將是我們司法實踐中無法回避的問題。

值得注意的是，臺灣地區 2010 年《涉外民事法律適用法》在第 7 條與第 8 條分別規定了法律規避制度與公共秩序制度，但該法並未對“直接適用的法”之制度作出規定。因此，同大陸地區一樣，臺灣地區也存在如何在司法實踐中處理“直接適用的法”、公共秩序及法律規避制度在適用順序上的先後問題¹¹⁰。

如前所述，“直接適用的法”與公共秩序保留既有聯繫，亦

¹⁰⁹ 大陸 2012 年《法律適用法司法解釋（一）》第 11 條規定：「一方當事人故意製造涉外民事關係的連結點，規避中華人民共和國法律、行政法規的強制性規定的，人民法院應認定為不發生適用外國法律的效力。」

¹¹⁰ 當然，於裁判方法論上，如果法律明文規定有“直接適用法”制度的，則“直接適用法”當然處於第一適用順位。而“直接適用的法”在臺灣地區既然並無法律之明文規定，故一般而言，於實踐操作上不會與明文規定的公共秩序及法律規避制度之間發生適用順序上的先後問題。但是，在實務上發生無法以公序良俗條款或規避法律適用的規定來排除外國法適用之情形時，則有國際私法學理論上“直接適用的法”適用的餘地發生。此時，在裁判上只能將“法理”作為法源。誠然，在法源的意義上，從台灣地區法秩序的法律、習慣法與法理的法律位階而言，“直接適用的法”是後於有明文規定的公序良俗與規避法律的。但從學理上講，由於“直接適用的法”本身排斥衝突規範，一般在適用衝突規範之前法院即應考慮是否適用。而公共秩序、法律規避制度本身並不排斥衝突規範，即公共秩序、法律規避制度一般是在適用衝突規範之後而適用的。因此，從此角度而言，“直接適用的法”與公共秩序、法律規避制度之間，仍存在適用上的順序問題。

有區別。公共秩序制度在司法實踐中也難掩自身的缺點，諸如國際私法上的公共秩序之內涵並不明晰；公共秩序之適用往往依賴法官的自由裁量¹¹¹；運用公共秩序排除外國法的適用常常會遭致外國法院的抵觸，等等¹¹²。正因如此，必須審慎地適用公共秩序制度，這一直是國際私法的司法實踐需要注意的問題。事實上，公共秩序制度得以適用，是由於法院擬適用的外國法（包括當事人選擇的作為某一涉外民事法律關係准據法的外國法）之適用結果嚴重有悖於法院地的重大利益、道德準則或法律原則。而法院地“直接適用的法”之適用，則是因法院地在爭議所涉及的領域及議題在經濟、社會方面的重大公益，從而無需衝突規範的援引而直接適用於特定的涉外民事關係。因而，就制度的功能而言，“直接適用的法”與德國學者所謂之公共秩序制度中的積極排斥性立法基本上是一致的。但毫無疑問，就二者所適用的領域而言，公共秩序制度的適用是一般性的，而“直接適用的法”之適用則是特殊性的。亦即公共秩序適用於涉外民事法律關係範圍的領域無疑要廣於“直接適用的法”所涉及的領域。

但在具體的涉外民事案件中，如何確定“直接適用的法”之制度與公共秩序制度的適用順序，則是司法實踐中的一道難題。這裏有必要對具體案件中牽涉的公法性政策與私法性政策予以區分。即某一涉外民事法律關係所適用的准據法與法院地重大私法政策相悖時，不宜採用公共秩序制度加以排除，而應採用“直接適用的法”之制度排除外國法的適用。因為國際私法之所以存在並得以發展，實乃基於當今世界各國的實體私法具有平等性和

¹¹¹ 關於國際私法上公共秩序涵義的模糊性及其引發的問題，以及公共秩序容易被法官隨意適用的問題，可以參孫健，國際私法上公共秩序含義的模糊問題，中國國際私法與比較法年刊（第14卷），北京大學出版社，2012年9月，頁212-214。

¹¹² 參劉仁山，同前註1，頁122。

互換性（亦稱“等價性”），法院地國不宜單憑本國公共秩序制度干涉某一特定的涉外民事法律關係¹¹³。而遇有某一涉外民事法律關係所適用准據法之結果違背法院地的公法性規範，如違背勞工法關於工人勞動安全標準、人權法中關於人的尊嚴之保護等基本之價值觀念時，其均應絕對地予以排除。此種情形下，適用公共秩序制度以排除外國法作為准據法是適當的。但是，在一般情形下，只要涉外民事法律關係所適用准據法之結果，並不違背法院地的公法性規範所蘊涵的社會正義觀念，特別是未與人權法上價值觀相悖時，就應當先適用“直接適用的法”之制度，而無須運用公共秩序制度來排除外國法的適用。

大陸《涉外民事關係法律適用法》並未對法律規避問題加以規定。大陸學界在這一問題上的認識也不盡一致¹¹⁴。但從司法實踐的角度而言，法律規避制度的致命缺陷在於當事人規避法律的主觀意圖難以認定。法國學者奧迪特（Audit）教授對於該制度的缺陷也有深刻的論述，他甚至認為法律規避制度沒有任何司法實用性¹¹⁵。在司法實踐中，若某一特定涉外民事法律關係的當事人規避法院地本應適用的強制性規則，則法院地“直接適用的法”之制度本身就可以作為有效的工具加以運用，以保證本應適用的法律規範支配該特定的涉外民事法律關係，實無必要再援用法律規避制度來排除當事人所選擇的准據法。因此，從兩岸立法現實看，我們不妨可以有這樣的邏輯推論：大陸《涉外民事關係法律

¹¹³ See E. Rabel, *The Conflict of laws: A Comparative Study*, Vol. II, 2d ed., 1958, pp. 561-569.

¹¹⁴ 在中國大陸地區，大多數學者認為法律規避應當作為國際私法立法上的一項獨立的制度加以規定。只是對於法律規避制度具體的立法設計持不同的觀點。參金彭年、吳德昌，以強制性和禁止性規範為視角透視法律規避制度，*法學家*第3期，2006年6月，頁133-140；田曼莉，*國際私法上法律規避問題之我見*，*法學評論*第6期，2000年11月，頁87-91、112。

¹¹⁵ See Bernard Audit, *supra* note 87.

適用法》因為有了第4條關於“直接適用的法”之制度，所以未再專門就法律規避問題在立法層面作出規定。因為就特定領域或特定事項而言，該第4條基本上不會影響對涉外民事案件中當事人故意規避法律之情形進行規範。當然，就整個涉外民事關係領域而言，大陸《涉外民事關係法律適用法》未在立法層面規定法律規避制度，無疑是令人遺憾的；而臺灣地區《涉外民事法律適用法》已對法律規避和公共秩序制度作出規定，未再專門規定“直接適用的法”之制度。這正如前述，由於法律規避和公共秩序制度並不能完全替代“直接適用的法”之制度所發揮的功效，所以在司法實踐中，臺灣地區相關法院在判決說理中實際上還需要援用“直接適用的法”之制度來解決相關涉外民事爭議

¹¹⁶。

相較於公共秩序與法律規避制度，“直接適用的法”之制度在司法實踐中具有獨特之優勢。因為無論是公共秩序還是法律規避制度，其均依賴於假定某一準據法若支配特定涉外民事法律關係，將會導致與法院地公序良俗相悖之惡果或者本應適用的法律規範得不到適用之後果。而“直接適用的法”之制度則顯然是直接依據某一特定實體法規範的政策而徑直適用於涉外民事法律關係。相較而言，“直接適用的法”之制度更具適用上的積極性和目的上的明確性。因此，在涉外民事司法實踐中，需要運用相應國際私法制度來排除外國法的適用時，“直接適用的法”之制度應該居於相對優先適用之地位。

¹¹⁶ 譬如在一起由臺灣地方法院審理的勞動契約爭議中，法院認為，系爭契約有關原告休假之約定，有關勞動安全與勞動保險等事項均應依臺灣地區之法律，而不論當事人選擇之準據法。這實際上是法院在判決的說理中承認了“直接適用的法”之制度的適用。參見臺灣嘉義地方法院九十三年度嘉勞小字第七號判決。另參吳光平，即刻適用法與勞動法的直接適用，玄英法律學報第4期，2005年12月，頁221-223。

四、“直接適用的法”應謹慎地擴及於外國之強制規則

大陸《涉外民事關係法律適用法》第4條將“直接適用的法”的範圍限於法院地的關於涉外民事關係的“強制性規定”，而不包括外國的“直接適用的法”。也就是說，根據該條款所適用的法律，是大陸法律中的“直接適用的法”。儘管大陸法院可以通過衝突規範的援引而適用外國之“直接適用的法”，但不是適用該第4條的結果，亦即不能以該條的規定為由逕自適用外國之“直接適用的法”。前述已有越來越多的國際立法和國內立法對適用外國的“直接適用的法”予以肯定，大陸也可以適時承認外國“直接適用的法”之效力，但對外國“直接適用的法”之適用，應當比適用內國的“直接適用的法”具有更嚴格的條件限制，諸如考慮外國法的目的和適用結果、與案件具有密切聯繫，等等¹¹⁷。亦即大陸法院應將“直接適用的法”謹慎地擴及外國之強制規則。進一步言之，該問題在司法實踐中將有賴於法官在個案中慎重處理。畢竟從理論上而言，本國立法不能對外國哪些法律屬於“直接適用的法”作出界定，這涉及到外國的立法主權問題。但在實踐中，法官又必須對相關外國法律是否屬於強制性規範做出判斷¹¹⁸，尤其是同一案件牽涉法院地國和相關外國法律的

¹¹⁷ 關於適用外國“直接適用的法”之條件問題在本文「貳、“直接適用的法”在實踐上之發展」部分已經有詳述，此處不贅述。

¹¹⁸ 關於該問題，瑞士1987年《關於國際私法的聯邦法》（2010年修訂）第19條的規定值得參考。該條規定：“1. 依照瑞士法律觀念值得保護且明顯占優勢的一方當事人利益要求考慮本法所指定的法律以外的另一法律的強制性規定時，如果案件與該另一法律有密切的聯繫，則可考慮該另一法律的強制性規定。2. 為決定前款所指的另一法律的強制性規定是否應予以考慮，應根

適用而所涉外國法律宣稱為強制性規範時，就必須藉由法官依據案件整體情況，對相關外國法律是否屬於必須適用的外國“直接適用法”作出判斷。

總之，“直接適用的法”直接關涉國際私法中的衝突規範能否得到適用，而且，某一具體案件是否牽涉到一國“直接適用的法”，具有相當大的解釋空間。因此，大陸“直接適用的法”範圍宜限定在何種程度以內？這是一個無法回避但又需要審慎對待的問題。

伍、結語

“直接適用的法律”理論的提出，是二戰後國家幹預主義思想在國際民商事領域的反映，也是功能主義思想對歐洲大陸國際私法理論產生影響的結果。在歷經半個多世紀的實踐後，該理論雖然尚在發展中，但已對各國及相關國際立法實踐產生深遠影響。儘管如此，我們應該認識到，一國制定強制性法律規範直接用於調整某些國際民商事法律關係，其宗旨是維護民族國家的利益。而且，這種直接適用的法律可較好促成內國立法政策的實現，因而從表像上看，通過這類規範調整國際民商事關係的效果，似乎優於通過衝突規範（選擇准據法）調整國際民商事法律關係效果。但由於該學說在方法論上屬單邊主義，具有濃厚的屬地主義色彩，在國際經濟格局出現區域化、一體化趨勢的今天，

據其所要達到的目的及其適用對於做出依照瑞士法律觀念為適當的判決所可能產生的後果來判斷。”有學者指出，瑞士法院在適用原應適用之准據法以外的某外國之強制性法律時，法律賦予法官選擇適用法律之裁量權，但法官在判斷外國強制性法律之適用時，必須對該外國強制性法律之立法目的及適用的結果進行衡量評估。參見劉鐵錚等，瑞士新國際私法之研究，三民，1991年10月，頁31-32。

在越來越多的國家主張以富有彈性的、開放性的法律適用規範代替僵硬的、封閉性的法律適用制度的背景下，“直接適用的法”的理論及實踐備受爭議，就是可想而知的了。

對於一個以對外開放為基本國策的國家而言，平等對待內外國法律，是健全和保障公平和諧的國際民商事秩序的基本要求。因此，如何在健全和完善中國大陸涉外民商事實體法領域的強制性法律制度之同時，審慎實施好《涉外民事關係法律適用法》第4條之規定，對於構建和維護公平和諧的國際民商事交往秩序，意義重大且影響深遠。

參考文獻

一、中文部分

1. [法]亨利·巴蒂福爾、保羅·拉加德，陳洪武等譯，國際私法總論，中國對外翻譯出版公司，1989年8月。(Batiffol, Henri & Lagarde, Paul, Droit International Privé (Chinese Version, Vol.1), translated by Hong-wu Chen, et. al., China Transnational & Publishing Corporation, Aug. 1989.)
2. [美]弗裏德里希·榮格著，霍政欣、徐妮娜譯，法律選擇與涉外司法（特別版），北京大學出版社，2007年1月。(Juenger, Friedrich K., Choice of Law and Multistate Justice, Special Edition (Chinese Version), translated by Huo, Zhengxin & Xu, Nina, Peking University Press, Jan. 2007.)
3. 中華人民共和國最高人民法院公報，1987年4月第4期。(Gazette of the Supreme People's Court of the People's Republic of China, [4], Apr. 1987.)
4. 日本國際法學會編，國際法辭典，世界知識出版社，1985年5月。(Dictionary of International Law, Edited by Institution of International Law in Japan, World Knowledge Press, May. 1985.)
5. 王利明，關於無效合同確認的若干問題，法制與社會發展第5期，2002年10月，頁60-68。(Li-Ming Wang, Several Issues Concerning the Confirmation of Void Contract, Law and Social Development, [5], Oct. 2002, pp. 60-68.)
6. 王秀轉，論歐洲合同法律適用制度的統一，中國社會科學院博士後研究工作報告，2011年8月。(Xiu-Zhuan Wang, On the Unification of Legal System Applicable to European Contract,

- Postdoctoral Research Report in Chinese Academy of Social Sciences, Aug. 2011.)
7. 田曼莉, 國際私法上法律規避問題之我見, 法學評論第 6 期, 2000 年 11 月, 頁 87-112。(Man-Li Tian, On the Problem Concerning Evasion of Law in Private International Law, Law Review, [6], Nov. 2000, pp. 87-112.)
 8. 吳光平, 即刻適用法與勞動法的直接適用, 玄奘法律學報第 4 期, 2005 年 12 月, 頁 179-230。(Kuang-Ping Wu, Loi d' application immediate and the immediate application of labor law, Hsuan Chuang Law Journal, [4], Dec. 2005, pp. 179-230.)
 9. 吳光平, 重新檢視即刻適用法——源起、發展, 以及從實體法到方法的轉變歷程, 玄奘法律學報第 2 期, 2004 年 12 月, 頁 1-50。(Kuang-Ping Wu, Review on Loi d' application immediate: Origin, Development and the Shift from Substantive Law to Approach, Hsuan Chuang Law Journal, [2], Dec. 2004, pp.1-50.)
 10. 宋曉, 當代國際私法的實體取向, 武漢大學出版社, 2004 年 1 月。(Xiao, Song, Substantial Orientation of Contemporary Private International Law, Wuhan University press, Jan. 2004.)
 11. 李浩培、吳傳頤、孫鳴崗譯, 拿破崙法典, 商務印書館, 1979 年 10 月。(Napoleon Code, translated by Hao-Pei Li, Chuan-Yi Wu & Ming-Gang Sun, The Commercial Press, Oct. 1979.)
 12. 沈涓, 法院地法的縱與限——兼論中國國際私法的態度, 中國社會科學院論壇暨第八屆國際法論壇論文集, 中國社會科學院, 2011 年 11 月, 頁 300-313。(Juan, Shen, The Longitude and Limit of Forum Law—Also on the Attitude of Chinese Private International Law, The Proceedings of the Forum of The

- Chinese Academy of Social Sciences and the Eighth Session of the International Law forum, The Organizers: Chinese Academy of Social Sciences, Nov. 2011, pp. 300-313.)
13. 林燕萍，國際私法案例評析，北京大學出版社，2007年5月。(Yan-Ping Lin, On the Case of Private International Law, Peking University Press, May. 2007.)
 14. 金彭年、吳德昌，以強制性和禁止性規範為視角透視法律規避制度，法學家第3期，2006年6月，頁133-140。(Peng-Nian Jin & De-Chang Wu, Through the Perspective of the Mandatory and Prohibitive Rules to View the System of Evasion of Law, Jurist, [3], Jun. 2006, pp. 133-140.)
 15. 柯澤東著，國際私法，作者自版，2002年8月。(Ze-Dong Ke, Private International Law, The Author's Own Version, Aug. 2002.)
 16. 孫健，國際私法上公共秩序含義的模糊問題，中國國際私法與比較法年刊（第14卷），北京大學出版社，2012年9月，頁210-220。(Jian, Sun, The Fuzzy Meaning of Public Order in Private International Law, Chinese Journal of Private International Law and Comparative Law (Fourteenth volumes), Peking University Press, Sep. 2012, pp. 210-220.)
 17. 徐冬根，國際私法趨勢論，北京大學出版社，2005年1月。(Dong-Gen Xu, The Trend of Private International Law, Peking University Press, Jan. 2005.)
 18. 徐冬根，論“直接適用的法”與衝突規範的關係，中國法學第3期，1990年6月，頁84-91。(Dong-Gen Xu, The Relationship between Loi d' application immediate and Conflict Rules, China Legal Science, [3], Jun. 1990, pp. 84-91.)

19. 徐冬根，論國際私法規範的柔性化與剛性化，法制與社會發展第3期，2003年6月，頁29-39。(Dong-Gen Xu, Flexibility and Rigidity of Private International Law Rules, Law and Social Development, [3], Jun. 2003, pp.29-39.)
20. 許兆慶，國際私法上“即刻適用法則”簡析，軍法專刊第42期第3卷，1996年3月，頁16-23。(Zhao-Qing Xu, Loi d'application immediate, Military Law Review, [42], Vol. 3, Mar. 1996, pp.16-23.)
21. 陳隆修，中國思想下的全球化選法規則，五南，2012年7月。(Long-Sjue Chen, Globalization of Choice of Laws Rules Based on Chinese Philosophy, Wu-Nan Books Incorporation, Jul. 2012.)
22. 陳隆修，比較國際私法，五南，1989年10月。(Long-Sjue Chen, Comparative Private International Law, Wu-Nan Books Incorporation, Oct. 1989.)
23. 黃進、董茹嬌主編，〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉釋義與分析，法律出版社，2011年2月。(Jin, Huang & Ru-Jiao Jiang, China's Statue on Private International Law: Explanation and Analysis, Law Press, Feb. 2011.)
24. 萬鄂湘，〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉條文理解與適用，中國法制出版社，2011年9月。(E-Xiang Wan, The Understanding and Application of The Applicable Law for Foreign-Related Civil Relationships of the People's Republic of China, China Legal Publishing House, Sep. 2011.)
25. 鄒國勇譯，土耳其共和國關於國際私法與國際民事訴訟程式法的第5718號法令，中國國際私法與比較法年刊第12卷，北京大學出版社，2009年10月，頁513-530。(The No. 5718 Act

- on International Private Law and International Civil Procedure Law of Turkey Republic, Translated by Guo-Yong Zou, Chinese Journal of Private International Law and Comparative Law, Vol. twelfth, Peking University Press, Oct. 2009, pp. 513-530.)
26. 鄒國勇譯，白俄羅斯共和國民法典（節錄）第七編“國際私法”，中國國際私法與比較法年刊第4卷，法律出版社，2001年12月，頁707-717。(The Seventh Series of The Civil Code of the Republic of Belarus, Translated by Zou, Guoyong, Translated by Guo-Yong Zou, Chinese Journal of Private International Law and Comparative Law, Vol. fourth, Law Press, Dec. 2001, pp. 707-717.)
27. 鄒國勇譯，立陶宛共和國民法典（節錄）2001年7月1日生效）第一卷第一編第二章為國際私法條款，中國國際私法與比較法年刊第7卷，法律出版社，2005年2月，頁617-625。(The Second Chapter of the First Volume of the Civil Code of the Republic of Lithuania (effective July 1, 2001), Translated by Guo-Yong Zou, Chinese Journal of Private International Law and Comparative Law, Vol. seventh, Law Press, Feb. 2005, pp. 617-625.)
28. 鄒國勇譯，俄羅斯聯邦民法典（節錄）（第1186條—第1224條），民商法論叢第40卷，法律出版社，2008年6月，頁599-612。(The Russian Federal Civil Code (Art.1186-1224), Translated by Guo-Yong Zou, Civil and Commercial Law Review, vol. fortieth, Law Press, Jun. 2008, pp. 599-612.)
29. 鄒國勇譯，馬其頓共和國關於國際私法的法律，中國國際私法與比較法年刊第12卷，北京大學出版社，2009年10月，頁538-567。(The Private International Law of Republic of

- Macedonia, translated by Guo-Yong Zou, Chinese Journal of Private International Law and Comparative Law, Vol. twelfth, Peking University Press, Oct. 2009, pp. 538-567.)
30. 鄒國勇譯注，外國國際私法立法精選，中國政法大學出版社，2011年1月，頁55。(Guo-Yong Zou, Selected Foreign Statutes on Private International Law, China University of Political Science and Law Press, Jan. 2011.)
 31. 齊湘泉，〈涉外民事關係法律適用法〉原理與精要，法律出版社，2011年2月。(Xiang-Quan Qi, The Principles and Essentials of the Law Applicable to Foreign-Related Civil Relationships, Law Press, Feb. 2011.)
 32. 劉仁山，國際私法，中國法制出版社，2012年1月。(Ren-Shan Liu, Private International Law, China Legal Publishing House, Jan. 2012.)
 33. 劉仁山、胡煒，“直接適用的法”的若干問題，當代法學第8期，2002年8月，頁93-102。(Ren-Shan Liu & Wei, Hu, Several Issues on Loi d' application immediate, Contemporary Law Review, [8], Aug. 2002, pp.93-102.)
 34. 劉貴祥，涉外民事關係法律適用法在審判實踐中面臨的幾個問題（下），中國法律第6期，2011年11月，頁12-15。(Gui-Xiang Liu, Several Problems on Application of China's Statute on Private International Law (the 2nd half), China law, [6], Nov. 2011, pp. 12-15.)
 35. 劉鐵錚等著，瑞士新國際私法之研究，三民，1991年10月。(Tie-Zheng Liu et al., Research on Swiss New Private International Law, Sanmin, Oct. 1991.)
 36. 韓德培，國際私法新論，武漢大學出版社，2003年7月。(De-Pei

Han, New Private International Law, Wuhan University Press, Jul. 2003.)

二、外文部分

1. Audit, Bernard, A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principle, 27 Am. J. Comp. L., 1979, pp. 589-603.
2. Ancel, Bertrand et Lequette, Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd., 2006, Dalloz.
3. Batiffol, Henri, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, 139 Rec. des Cours (1973- II), pp. 75-148.
4. Chong, Adeline, Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts, Journal of Private International Law, Vol.2 No.1, Apr. 2006, pp. 27-70.
5. Cheshire, North & Fawcett, J. J., Private International Law, 14th ed. , Oxford University Press, 2008.
6. Diamond, Aubrey L., Harmonization of Private International Law Relating to the Contractual Obligations, Recueil des Cours, Vol.199, 1986, pp. 233-312.
7. Freutel, Edward C., Exchange Control, Freezing Orders and the Conflict of Laws, 56 Harv. L. Rev. (1942-1943). pp. 30-71.
8. Francescakis, P., Annuaire de l'Institut de droit international, Vol.56, 1975, pp. 192-195.
9. Francescakis, P., Conflits de lois(principes généraux), in Répertoire de droit international, edited by Francescakis, Phocion, Vol.I, 1968, pp. 470-497.

10. Francescakis, P., *La Theorie du Renvoi et les conflits de systemes en droit international Privé*, pp. 11-15.
11. Francescakis, P., *Lois d'application immédiate et droit du travail*, 63 *Revue Critique de droit international privé*, 1974, pp. 273-296.
12. Francescakis, P., *Lois d'application immédiate et règles de conflits*, 3 *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 1967, pp. 691-698.
13. Francescakis, P., *Quelques précisions sur les 'Lois d'application immédiate' et les rapports avec les règles de conjlits de lois*, 55 *Revue Critique de droit international prive*, 1966, pp. 1-18.
14. Fawcett, J. J., *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law*, 49 *Cambridge. L. J.*, 1990, pp. 44-62
15. Guedj, Thomas G. *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law-A Comparative Analysis With Modern American Theories*, 39 *Am. J. Comp.*, (1991), pp. 661-697.
16. Hartley, T. C., *Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach*, 266 *Recueil des Cours 1997*, pp. 337-426.
17. Juenger, Friedrich K., *General Course on Private International Law*, (1983) *Rec. des Cours*, 1985, IV, pp. 119-387.
18. Lando, Ole, *The Conflict of Laws of Contacts General Principles*, *Receil des Cours*, 1984 VI, pp. 225-447.
19. Lipstein, K., *General principles of Private International Law*, 135 *Recueil des Cours 1972*, I , pp. 97-230.
20. Lowenfeld, A. F., *Public Law in the International Arena: Conflict*

-
- of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction, 169 Rec. des Cours 1979, II, pp. 311-445.
21. Neuhaus, H., *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2nd ed., 1976.
 22. Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
 23. North, P. & Fawcett, J. J., *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed., 1999.
 24. Philip, A., *General Course on Private International Law*, 160 Recueil des Cours 1978, II, pp. 1-74.
 25. Parra-Aranguren, G., *General Course on Private International Law: Selected Problems*, 210 Recueil des Cours, 1985 II, pp. 9-224.
 26. *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar*, (1920) 2K.B.(C.A.) 287, pp. 222-223.
 27. Rabel, E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. II, 2d ed., 1958.
 28. Sheppard, Audley, *Mandatory Rules in International Commercial Arbitration- An English Law Perspective*, 18 Am. Rev. Int'l Arb., 2007, pp. 121-145.
 29. Savigny, Friedrich Karl von, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 2d ed. W. Guthrie transi, 1880.
 30. Savigny, Friedrich Karl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Vol. VIII, Berlin, 1849.
 31. Vischer, Frank *General Course on Private International Law*, 1992, Rec. des Cours 232, pp. 9-256.
 32. Whincop, M. & Keyes, M., *Statutes' Domains in Private*

International Law: An Economic Theory of the Limits of Mandatory Rules, 20 Sydney L. Rev. 435-456 (1998).

33. Zhitsov, AN, Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, Netherlands International Law Review, Vol. 42, 1995, pp. 81-119.