

直接适用的法与相关制度的体系平衡

张春良^{*}

内容提要：直接适用的法是我国冲突法中的新制度，但其针对的却是在入法前就较为普遍存在的旧问题。我国司法实践通过法律规避禁止、公共秩序保留及法律选择的除外条款等替代措施，对其入法前的制度空缺予以补救，形成制度间的体系性平衡。由于存在共同的公共关切，它的入法挤压了替代制度的功能边界，造成竞合适用的制度干扰。各制度在适用位序上的落差及功能侧重的差异，本应避免制度干扰，但因直接适用的法在界定及适用上的结果导向以及各制度功能特征的弱化乃至丧失，使被隔离开来的各制度再生适用干扰之乱。应通过法律规避禁止制度的功能转向，使其从仅保护法院地法中的强制性规范转为多边保护相关法律体系，以此错开直接适用的法的关注点；通过公共秩序保留制度的功能减负，由直接适用的法肩负其积极功能，公共秩序保留制度仅退守其消极功能。如此可勘定三种制度的适用边界与位序，重建三制度间的体系性再平衡。

关键词：涉外民事关系法律适用法 直接适用的法 法律规避禁止 公共秩序保留

2010年涉外民事关系法律适用法的通过，标志着中国特色社会主义法律体系的完善。直接适用的法作为新设制度，它的入法意味着我国涉外民事关系法律适用法制度体系的日趋完备。就其效应言，直接适用的法作为一项新的制度，挤压和干扰了既有的冲突法适用制度及其建构的平衡秩序。要避免各制度之间的冲突，就必须因应直接适用的法制度的介入，厘定新旧制度各自的边界，厘清新旧制度彼此之间的关系，重建各制度间的体系性再平衡。

一、直接适用的法的中国入法

直接适用的法是指一种强制性规范，因该规范的性质而具有对涉外民事关系直接适用的效力。^{〔1〕}中国国际私法的立法变迁可大致分为两个阶段：第一阶段是以民法通则第八章

* 西南政法大学教授。

〔1〕 在实践中对其有泛化界定的倾向。有案例将国际条约的优先适用作为强制性规范的直接适用。参见上海伽姆普实业有限公司与 MoraglisS 承揽合同纠纷案，上海市高级人民法院（2012）沪高民二（商）终字第4号。也有案例将冲突规范的适用视为是强制性规范的直接适用。参见陈妹与林伟东离婚纠纷案，佛山市中级人民法院（2014）佛中法民一终字第1221号。

为基础规范所建构起来的规范体系，第二阶段则是以涉外民事关系法律适用法为中心所继承而来的规范体系。直接适用的法在中国的入法是第二阶段的事情，但其绪端却体现在入法前的国际思潮和立法准备之中。

（一）域外思潮、立法与实践

直接适用的法在世界范围内的兴起表现为三个层面：首先是理论演变，其次是立法进程，再次则是司法实践。

理论演变可从形式和实质两个层面加以考察。就形式层面看，学界一般肯认希腊裔的法籍学者弗朗西斯卡基斯（Phocion Francescakis）首次正式提出了“直接适用的法”的概念，但就其实质源头看，则可追溯至近代国际私法的奠基者萨维尼。萨维尼有关国际私法的学术主张可分为两类：一类是一般规则，形成所谓的“法律关系本座说”。这个学说体系将法律适用的基本原理在操作上简化也是转化^{〔2〕}为根据空间性或可空间化的连接点^{〔3〕}建立的全球定位系统。另一类是例外规则，萨维尼认为这是“最困难”的部分，它又具体包括两个例外，其中一个即是“强行性的实在法”，“它们与法律的自由适用是不一致的”。^{〔4〕}这就在理论源头上较为成形地塑造了作为直接适用的法的强制性规范。直到20世纪下半叶，得力于弗氏的学术著述，这些规则才被广泛认知。他发现，在处理特定类型的涉外案件时，法国法院短路（bypass）了相关冲突规范，转而直接适用法国实体法中的特定规则。这些规则在法国民法典中被称为“警察与安全法”（lois de police et de surete）或“公共秩序法”（lois d'ordre public），他将其重新命名为“直接适用的法”。这种命名将其与地域观念及公共秩序概念分离开来。直接适用的法体现了在当代社会中国家日益增长的干预，它不仅在传统公法领域中被发现，而且在涉及重要的社会政策的劳动法和体现特定道德信仰的家庭法中也有发现。这些规则由于保存了国家的身份（identity），这种身份是国际法不能否定而必须作为前提和假设的，因此具有国内和国际的优先地位。^{〔5〕}

直接适用的法从学说形态到正式规则的转变，体现在1969年的《比荷卢统一国际私法》第13条，但该规则的适用仅局限于当事人可以自治的范围。1972年《欧共体关于合同和非合同之债的法律适用公约草案》第7条扩大了其适用范围，允许直接适用的法不仅超越合同性（contractual）的，而且超越立法（legislative）或司法性（judicial）的法律选择。经过小幅修改，该条转化为欧共体1980年《关于合同之债的罗马公约》第7条。1987年，瑞士联邦最早以国内法的形式规定了直接适用的强制性规范。据不完全统计，迄今至少有46个国家（包括中国）和地区的立法或国际公约都明确和一般地规定了法院地法强制性规则的适用，有30个国家和地区的立法或国际公约规定了外国法律中的强制性规则的适

〔2〕 之所以谓之“简化”，是因为萨维尼的学术主张将复杂的选法问题简化为客观化的空间选择问题；之所以谓之“转化”，是因为萨维尼的学术主张将“法律选择”隐秘地修改为“法域选择”。

〔3〕 诸如住所、行为地、物之所在地等连接点即为空间性连接点；诸如意思自治、有利于等连接点最终必须转换为空间上可以识别并判断的连接点，因此称为可空间化的连接点。

〔4〕 [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李二元等译，法律出版社1999年版，第18页。

〔5〕 Symeon. C. Symeonides, *Codifying Choice of Law around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014, pp. 300 - 301.

用。〔6〕

在实践中如何识别直接适用的强制性规范是一个难题。在欧洲被认为最适当的识别方式是表面证据推定法，即当一个法院地规则明示声称，不论准据法为何国法律，该规则必须得到适用时，则该明示宣言将作为强势的表面证据证明，尊重并适用该规则是保护法院地国公共利益至关重要的，除非有明确的反证显示如此认定在总体上不合理。〔7〕在国别司法实践中，德国法院和法国法院分别成为从严和从宽认定直接适用的法的两种模式的代表。根据德国法院的若干案例，有关进出口条例、价格和交易条例、反托拉斯法的规则、建筑师和工程师报酬确定的规则，有关承租人保护的规则、保护购买商家家庭的条例等社会规则，以及雇佣领域保护残疾雇员的规则，均被认定为强制性规则。〔8〕法国法院采取的则是更宽松的认定实践。与德国法院不同的是，它将保护弱方当事人的规则确认为国际性的强制性规则。根据其案例，有关雇员的规则，将特定消费者合同的管辖权赋予法国法院的消费者保护法，有关作品披露的著作权法规则，以及建筑领域中允许分包商直接起诉的法律，均被认定为强制性规则。〔9〕

由上可见，直接适用的法生长并实践于异域，但因中国国际私法理论“舶来”于西方，而且在中国的政治经济实践中也仍然强调对市场经济的有计划、有原则的干预，因此，直接适用的法理论具备了在中国得以顺利移植的学术和实践基础，最终成形为涉外民事关系法律适用法第4条。

（二）入法前的酝酿

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（下称“民通意见”）第194条中，强制性规范作为法律规避的对象第一次出现。对于该条所指的强制性规范是否就是直接适用的法中的强制性规范，不无争议。笔者的基本判断是，该条所指的强制性规范与直接适用的法是同质异表的关系。

说二者是同质关系，是立足于这样一条判断准则，即直接适用的法所指的强制性规范是就其足以对抗法律选择的效力而言的。第194条所指强制性规范就具有这样的效力。分析该规则的功能定位无外乎二：遏制当事人的规避意图以及捍卫我国的强制性规范。如果其功能仅为遏制当事人的规避意图，似无必要强调所规避的规范的性质，因为“欺诈毁灭一切”就是充足的理据。如是，则第194条的主要功能还在于捍卫法院地法中的强制性规范。这种规范的强制性不同于国内法上的强制性，因为国内法上的强制性规范没有通过国际私法的适用制度加以特别保护的特权和必要。有文指出：“某一规避行为是否构成法律规避，对法院而言是一个价值判断问题，而实践中判断当事人是否存在规避‘过错’的标准，实际上是被规避的法律规范的重要程度。法律规避的方法论缺陷是以主观归责的方式掩盖了问题的本质，即被规避法律规范的客观适用需要。”〔10〕这也佐证了第194条所指强制性规

〔6〕 前引〔5〕，Symeonides书，第302页以下。

〔7〕 Richard Plender & Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Thomson Reuters (Legal) Limited, 2009, p. 337.

〔8〕 同上书，第340页。

〔9〕 同上书，第341页。关于“作品披露的规则”，经核查原书所引法国判决，涉及的是“保护文学艺术作品上的精神权利的规则”。

〔10〕 肖永平、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，《中国社会科学》2012年第10期，第121页。

范的特殊重要性，它具有无论如何必须被适用的性质。这正是直接适用的法的根本特征。

说二者具有不同表达形式，则是因为第194条只是以迂回形式确认了强制性规范的效力，它并未赋予所指的规范以直接适用地位。在适用方式上，直接适用的法具有“超越”或优先于冲突规范的力量，它预先排除了冲突规范的选法调整过程，是前冲突规范的事情。第194条所指强制性规范则是在冲突规范的适用过程中，进入法律选择阶段才予以考虑和适用，是冲突规范适用中的事情。

中国国际私法学会草拟的《中华人民共和国国际私法示范法》第100条第1款也包含了强制性规范的内容，是继“民通意见”之后对强制性规范进行确认的第二次尝试。该条款首先确认涉外合同当事人可以选择准据法，但规定了两类限制：一是我国法律和缔结或参加的条约另有规定；二是不得违反当事人本国的强制性或者禁止性法律规定。条文说明部分对该条所指强制性规定作了明确：它是“当事人在任何情况下都必须遵守的，不能因为选择法律或改变行为地而违反”。^{〔11〕}这表明，此类强制性或禁止性规定具有直接适用的法的两个特征：第一，无论如何必须被适用；第二，具有对抗法律选择的力量。但此次尝试从三方面来看是存在瑕疵的：一是它偏离了当代国际立法的趋势。当代立法趋势是保护在当事人没有选法时合同应当适用的法律体系中的强制性规范，而非当事人本国的强制性规范。^{〔12〕}二是它并未为我国正式立法及司法解释所采纳。依我国现行规则，涉外合同当事人可以自由选择法律，不受当事人本国法中强制性规范的限制。三是它仍与法律规避禁止制度所指的强制性规范难以区分。

（三）入法及其解释

涉外民事关系法律适用法第4条以制定法的形式规定了直接适用的法。对比而言，2010年1月在北京讨论的由中国国际私法学会提交的《涉外民事关系法律适用法（草案）》中的相关表述要完整得多。其第5条第1款明确了强制性规定的适用，第3款则对其适用应考虑的因素作了明确，即“应考虑强制性规则的性质、目的以及后果”。据称，由于立法技术等原因，正式立法文本采用了极简要的措辞。^{〔13〕}由于直接适用的法所指的强制性规范存在界定上的抽象性，不便理解和司法运用，特别是其不当适用将“大大折损国际私法的积极作用，甚至带来消极后果”，^{〔14〕}最高人民法院随后发布《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（下称“涉外民事关系法律适用法解释一”），以不完全列举的方式对直接适用的强制性规范予以例示。该解释第10条明确了直接适用的法的内涵，是指“涉及我国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定”。该条还进一步予以类型化：涉及劳动者权益保护的；涉及食品安全或公共卫生安全的；涉及环境安全的；涉及外汇管制等金融安全的；涉及反垄断、反倾销的。这些列举是非穷尽性的，以防挂一漏

〔11〕 中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社2000年版，第137页。

〔12〕 Symeonides教授指出，有三类法律可能对涉外合同当事人的意思自治进行限制：法院地法、准据法以及所选之法。准据法是指当事人没有选法时合同应适用的法律。参见前引〔5〕，Symeonides书，第147页。

〔13〕 参见前引〔10〕，肖永平等文，第114页。

〔14〕 参见“最高人民法院民四庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》答记者问”，载万鄂湘主编：《涉外商事海事审判指导》2012年第2辑，人民法院出版社2013年版，第54页以下。

万，避免减损直接适用的法的制度保护社会公共利益的功效。

至此，直接适用的法制度完成了从外域到内国、从学说到立法的转变，成为中国国际私法的重要制度。应予明确的是，尽管直接适用的强制性规范作为制度晚至 2011 年始正式入法，但它的存在及其适用却先于其入法。在其入法前，制度替代成为我国司法实践的应急方案。

二、入法前的制度替代

制度替代体现了体系优势，其原理是整合国际私法中各单一制度的力量，形成一个彼此支持的体系，并以体系的力量弥补单一制度缺位时出现的功能缺漏。制度替代的依据是，相互替代的制度之间存在功能重合。法律规避禁止、公共秩序保留制度均因肩承捍卫强制性规范适用的使命，从而成为主要的替代制度。观诸我国司法实践，最能凸显制度替代的问题是涉外借款或融资租赁中的对外担保问题。此类问题的一般法律关系结构是，境内主体（甚至包括国家行政机关）为境内、外其他主体与境外主体签署的借（贷）款或融资租赁提供担保，从而因担保主体资格、外汇管制、审批管理等引发担保合同法律效力的争议。^[15] 从当前司法实践的主流倾向看，此类问题应由直接适用的法这一制度予以调整，但在该制度入法前，据笔者不完全统计，^[16] 我国司法实践涉及对外担保的 13 则案例中，除 2 例因当事人在庭审中通过意思自治选择了中国内地法律，^[17] 从而避免了任何制度替代以外，有 5 例适用了法律规避禁止制度，^[18] 有 3 例适用了公共秩序保留制度，^[19] 有 2 例并用

[15] 在绝大多数案件中，有关对外担保的审批、登记等规定被法院认为是可直接适用的强制性规范。但有两例判决存在值得关注的调整。一是星花投资服务有限公司与杭州金马房地产有限公司、杭州未来世界游乐有限公司债务及担保合同纠纷案（最高人民法院（2004）民四终字第 21 号）。该案所涉问题是外商独资企业能否不经批准和登记就提供对外担保。终审法院的基本观点是，当事人约定适用域外法属法律规避，但此类强制性规定并不使案涉担保合同无效，表现出区分效力性与管理性强制性规范的意识。二是香港上海汇×银行有限公司与鸿×国际包装制品有限公司、高新鸿×塑胶制造（深圳）有限公司金融借款合同纠纷案（深圳前海合作区人民法院（2016）粤 0391 民初 611 号）。该案明确自 2016 年 6 月 1 日起，跨境担保的登记和备案手续不再是效力性规定，而是管理性规定，也不再是直接适用的法调整的范畴。深圳前海合作区人民法院的判决具有开风气之先的探索精神，其能否代表我国法院系统的立场，有待观察。

[16] 本文所作的相关案例统计，除另有说明外，均根据对北大法宝、中国裁判文书网、无讼案例网进行综合检索之后经整理得出。

[17] 此两例是：中国银行股份有限公司澳门分行、大丰银行有限公司与珠海华电洪湾柴油机发电有限公司、力合股份有限公司借款、抵押担保纠纷案，最高人民法院（2005）民四终字第 00018 号；中国银行股份有限公司澳门分行、大丰银行有限公司与珠海华电洪湾柴油机发电有限公司、力合股份有限公司、珠海华电洪湾柴油机发电有限公司借款、抵押担保纠纷案，最高人民法院（2005）民四终字第 00019 号。

[18] 5 则案例包括：中国江苏国际经济技术合作公司与中国银行（香港）有限公司保证合同纠纷上诉案，江苏省高级人民法院（2003）苏民三终字第 023 号；中国银行（香港）有限公司与中国长城工业总公司担保合同纠纷案，最高人民法院（2001）民四终字第 16 号；大新银行有限公司与联博智能图文技术（香港）有限公司保证合同纠纷案，上海市第一中级人民法院（2007）沪一中民三（商）初字第 135 号，上海市高级人民法院（2009）沪高民四（商）终字第 3 号；前引 [15]，“星花投资服务有限公司案”；中成财务有限公司与鸿润（集团）有限公司、广东省江门市财政局担保合同纠纷案，载李双元、欧福永主编：《国际私法教学案例》，北京大学出版社 2007 年版，第 96 页。

[19] 3 则案例包括：谭丽仪与交通银行香港分行借款合同纠纷上诉案，广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第 46 号；华比富通银行与广东省水利厅担保合同纠纷案；中国银行（香港）有限公司诉中国广澳开发集团公司、刘天茂保证合同纠纷案。后两则案例载万鄂湘主编：《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 40 页，第 37 页以下。

法律规避禁止制度与公共秩序保留制度,^[20] 还有1例则适用了法律选择例外条款。^[21] 以下结合部分案例分别介绍我国司法实践中出现的三种替代方案。

(一) 适用法律规避禁止制度

这是我国司法实践中最主要的替代方式。案例之一是“中国银行(香港)有限公司与中国长城工业总公司担保合同纠纷案”。该案当事人在外汇担保书中约定担保“受香港法律管辖并根据香港法律阐释”。最高人民法院经审理后认为,本案担保并未获得国家外汇管理部门的批准,亦未办理外债登记手续。双方当事人外汇担保书中虽明确约定受香港法律管辖并依其阐释,但内地公司提供外汇担保应当履行批准及登记手续是内地法律法规的强制性要求。在未履行规定的审批及登记手续的情况下,双方当事人有关适用香港法律的约定违反了内地法律法规的强制性规定。^[22] 据此,最高院认定当事人规避了内地法律法规的强制性规定,故不适用香港法律,而应适用内地法律。以当前的术语审视之,案涉法律规避的强制性规范问题即是,涉外担保审批登记的规定是否属于须直接适用的强制性规范?对此,时任最高法民四庭庭长针对审判实践指出:“过去我们在裁判中往往以当事人的约定违反我国公共政策或系法律规避为由而适用中国法律,并认定担保无效,对此裁判理由受到许多学者的批评。在涉外民事关系法律适用法实施后,给我们处理类似情况提供了直接的法律依据”。^[23] 可见,对未经审批及登记的对外担保合同的法律适用,本应依直接适用的法的制度进行干预,但在过去的司法实践中由于缺乏该制度依据,不得不通过法律规避禁止等制度予以替代补救。

针对相同的问题,“汕头海洋(集团)公司、李国俊与中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷案”的两审期间恰逢涉外民事关系法律适用法于2011年生效实施,因此也就展示了规范该问题的制度在直接适用的法入法前后的适用变迁。此案中,案涉对外担保未经审批、登记,一审法院并用了公共秩序保留和法律规避禁止条款,认定该担保在我国内地法域内不具有法律约束力。^[24] 当事人不服上诉。二审法院认为,我国有关对外担保的规定属于强制性规定,在本案中可参照适用涉外民事关系法律适用法第4条,人民法院应当直接适用强制性规定。^[25] 该案表明:第一,对外担保的相关问题在本质上属于直接适用的法调整的范畴;第二,在直接适用的法的制度未入法前,主要通过法律规避禁止、公共秩序保留两制度替代调整。

(二) 适用公共秩序保留制度

同样是针对涉外担保问题,在“华比富通银行与广东省水利厅担保合同纠纷案”中,所涉强制性规范由受案法院通过公共秩序保留制度予以适用。该案主要情节如下:华比富

[20] 参见中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案,最高人民法院(2002)民四终字第6号;汕头海洋(集团)公司、李国俊与中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷案(一审),广东省高级人民法院(2006)粤高法民四初字第7号。

[21] 参见中国银行(香港)有限公司与广东省农垦集团公司、广东省农垦总局担保合同纠纷案,广东省高级人民法院(2005)粤高法民四终字第255号。

[22] 参见最高人民法院(2001)民四终字第16号民事判决书。另参见前引〔19〕,万鄂湘主编书,第40页以下。

[23] 参见刘贵祥:《在全国涉外商事审判庭长座谈会上的总结讲话》,载万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》第22辑,人民法院出版社2012年版,第19页以下。

[24] 参见前引〔20〕,(2006)粤高法民四初字第7号民事判决书。

[25] 参见最高人民法院(2011)民四终字第17号民事判决书。

通银行（下称“华比银行”）与广东水利水电工程发展有限公司（下称“水利公司”）签订融资合同，由华比银行向水利公司提供短期贷款。广东省水利厅为水利公司提供不可撤销和无条件的担保，担保书约定适用香港法律。尽管在提供担保时取得了国家外汇管理局广东分局的批文，但在合同履行过程中，双方对原贷款合同进行变更，未经水利厅同意，也未取得外汇管理部门批准同意。后生争议，华比银行向广州中院诉请判决广东省水利厅履行还款担保责任。受案法院的裁判立场是，对外担保合同在主合同变更的情况下，应当再次履行审批登记手续，此规定属于强制性规范，不论当事人选择的准据法是何国法律。为贯彻该强制性规范，受案法院适用了公共秩序保留制度。^[26]

以公共秩序保留来替代直接适用的法解决对外担保的问题，在“中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案”、^[27]“谭丽仪与交通银行香港分行借款合同纠纷上诉案”^[28]中也有体现。特别是在“中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案”中，针对对外担保未经审批的问题，一审法院还并用了公共秩序保留与法律规避禁止作为裁判依据。此类案件处理是否妥当姑且不论，它们均揭示了这样一个值得关注的普遍现象，即针对对外担保这个在直接适用的法入法前就存在的普遍性的问题，法官的实践理性会发展出替代的解决制度。

（三）适用法律选择除外条款

在个别案件中，受案法院变换了直接适用的法的替代方式，以法律选择的除外条款确保了强制性规范的适用。“中国银行（香港）有限公司与广东省农垦集团公司、广东省农垦局担保合同纠纷案”即是如此。该案历经广州中院^[29]和广东高院^[30]两级审判，案情扼述如下：广东省银行香港分行（下称香港分行）与粤垦国际有限公司（下称粤垦国际）签订贷款协议，广东省农垦集团公司向香港分行出具的担保书约定适用香港法律。后因履约发生争议，诉至广州中院。广州中院在直接适用的法尚未入法之前，开创性地适用了该制度。审案法官在对该案卷宗进行整理的“要点提示”中明确指出：“在我国对对外担保有强制性或禁止性规定的情况下，涉外审判中对外担保的法律适用应适用‘直接适用的法’——中国法，而不是通过公共秩序保留或法律规避排除当事人选择的法律”。^[31]但二审法院改变了这一裁判依据，转而援引合同法第126条第1款即“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外”。可见，案涉中国法律中的强制性规范被适用的依据是对当事人意思自治的除外规定。应予指出，选法除外条款仅是对当事人意思自治的限制，它指涉的情形应当是那些不允许通过意思自治选法的合同，^[32]以及必须附条件地选法的合同。^[33]这样一来，广东高院就根本改变了案涉强制性规范的适用依据：一审法院依直接适用的法的制度原理，而二审法院则改依意思自治除外条款。

[26] 参见前引[19]，万鄂湘主编书，第37页。

[27] 前引[20]，（2002）民四终字第6号民事判决书。

[28] 参见前引[19]，（2004）粤高法民四终字第46号民事判决书。

[29] 参见广东省广州市中级人民法院（2004）穗中法民三初字第103号民事判决书。

[30] 前引[21]，（2005）粤高法民四终字第255号民事判决书。

[31] 《对外担保的法律适用及类似担保函件的性质认定》，载“中国涉外商事海事审判网”：<http://www.ccmt.org.cn/shownews.php?id=7327>，2017年5月30日最后访问。

[32] 如合同法第126条第2款规定的必须适用我国法律的三资企业合同。此类规范具有冲突规范的结构，被认为是单边冲突规范，而非直接适用的法。

[33] 如涉外民事关系法律适用法第42条、第43条有关涉外消费者合同和劳动合同的规定。

上引诸案例,争点均聚焦于中国大陆有关对外担保的强制性规范的适用问题上,为我们横向比较各法院给出的适用依据或制度提供了平台。不同法院在不同案例中杂用法律规避禁止制度、公共秩序保留制度及法律选择的除外条款来解决相同的问题,这揭示了司法实践中存在较为普遍的制度替代。由于若干替代制度都旨在维护法院地法中的强制性规范,此种关注对象的共同性与功能上的共通性使直接适用的法制度即便在缺位的情况下,仍然可通过体系中的其他替代制度补缺救济,形成相对稳定的体系内平衡。但也正是因为这种功能上的重合,促致了这些制度次生出新的冲突。

三、入法后的制度干扰

法律规避禁止制度、公共秩序保留制度与直接适用的法制度均指向对法院地法中的强制性规范的保护,存在功能设定上的重叠。在新法引入直接适用的法制度后,就会造成彼此之间的制度干扰问题。由于三者的适用位序及功能侧重在理论上是不同的,彼此之间的制度干扰本可因此消解,但在司法实践中,理论上的区分被弱化或消除,致三者的适用再次从理论上的边界明晰转变为彼此干扰。以下具述之。

(一) 功能层面的制度干扰

基于本文主旨,此处以直接适用的法制度为中心,分别论证它与法律规避禁止、公共秩序保留两制度之间的干扰现象。

1. 与法律规避禁止制度的干扰

“涉外民事关系法律适用法解释一”第11条再次规定了法律规避禁止制度,这自然地与涉外民事关系法律适用法第4条规定的直接适用的法制度相纠结。厘定两条所指“强制性规定”的关系,是正确理解两种制度彼此替代与干扰的基础。现行主流立场一般承认两类强制性规定具有关联,就二者的关联程度又主要分为两种观点:

一种观点认为,法律规避禁止制度所指强制性规定包含了直接适用的法所指的强制性规定。有观点指出,从比较法经验看,在法院援引法律规避的三种情形之中,“理论上法律规避旨在维护的规范外延涵盖了涉外民事关系法律适用法第4条下的强制性规范”,并因此引发了“法律规避与强制性规范的适用条件都具备,应适用何者”的问题。^[34]

另一种观点则认为,法律规避禁止制度本质上为公共秩序保留制度的特殊形态,鉴于司法实践异常罕见且功效不佳,我国应抛弃该制度,借助先进的直接适用的法制度和传统公共秩序保留制度,编织维护国家利益和个案公平的安全网。^[35]这种观点实质上是将法律规避禁止制度所指的强制性规定进行分解,分别纳入直接适用的法与公共秩序保留制度的保护范围,从而消隐自身。此种立场隐含的前提是,直接适用的法制度与法律规避禁止制度之间存在制度干扰。

只要法律规避禁止与直接适用的法所指的强制性规定有意义上的重合,两种制度就必生干扰。至于二者重合关系为何,从上述两种观点来看,只具有程度上的差异,不能否认

[34] 参见前引〔10〕,肖永平等文,第121页。

[35] 参见许庆坤:《国际私法中的法律规避制度:再生还是消亡》,《法学研究》2013年第5期,第195页。

干扰的可能。两类强制性规定无疑都含有公益色彩,^[36]这种共同的公益因素,不仅将直接适用的法与法律规避禁止制度关联起来并促致干扰的发生,而且它还不可避免地将两者最终与公共秩序保留制度关联起来,这就导致了三者之间的制度冲突。

2. 与公共秩序保留制度的干扰

直接适用的法制度与公共秩序保留制度之间的干扰更为明显,因为两者所指的强制性规范更具亲缘性。

其一,因直接适用的法所指强制性规范源于公共秩序保留制度所指公共利益,二者被认为是“混为一体(lumped with together)”的。^[37]最高院在“涉外民事关系法律适用法解释一”第10条中指出,其所指强制性规范是涉及我国“社会公共利益”的规范;并且在就该司法解释的《答记者问》中,时任最高院民四庭负责人指出:强制性法律一定包含了本国社会公共利益的考量;强制性规定的直接适用,与公共秩序保留条款一样,都是能够达到排除外国法适用目的的一项制度。这些表述和立场以及前引司法实践都凸显出直接适用的法与公共秩序保留制度所指强制性规范之间的内在关联。

其二,在直接适用的法的思潮尚未兴起之前,其捍卫公共利益的功能就一直是由公共秩序保留制度予以担当的,并在所谓的公共秩序的积极运用过程中或径直以积极的公共秩序形式表现出来。在国际私法中,公共秩序保留制度的运用方式分为消极运用和积极运用两类。积极运用是通过肯定内国法律中的某些规范具有强烈公益性,因而具有对抗作为准据法的外国法得以适用的强制性。此种运用方式被认为是直接适用的法的前身。在直接适用的法思潮兴起并入法之后,它与公共秩序保留制度之间的分工就必须得到澄清,否则,直接适用的法就仍然可能被当作为是公共秩序保留制度的积极运用,无独立存在的必要。

直接适用的法、法律规避禁止以及公共秩序保留制度三者彼此分别或交互发生制度上的干扰,主因是它们均以维护法院地法中强制性规范的适用为己任。强制性规范虽有类型上的差别,但由于三种制度所指强制性规范都具有国际性的即对抗法律选择的能力,三者因共同关切而走向相互干扰就成为可能。

(二) 制度干扰的理论消解

超越具体适用情形,仅将目光聚焦在三种制度的保护对象,并在功能上着力揭示其共同性,这是制度干扰得以发生的原由。然而,此种立场无疑是一种抽象,或者更准确地说是一种无视,无视这些制度具体运用上的特征性差异。简言之,即便这些制度立足共同的关切即强制性规范的适用,但只要它们在运用方式特别是关切的侧重点上有所错位,三者之间的制度干扰就可避免,并彼此协同或互补。

1. 具体适用的位序差别

适用位序上的差别将三种制度隔离在不同的时空中从而避免干扰的发生。就其适用位序看,直接适用的法、法律规避禁止以及公共秩序保留分别属于前冲突规范、冲突规范中和后冲突规范的情事,各制度均有不同的有效时空域。

[36] 时任最高院民四庭负责人就“涉外民事关系法律适用法司法解释一”答记者问时指出,在新的司法解释中再次规定法律规避禁止制度的必要性在于,“为法官在处理涉外民事案件过程中维护我国的社会公共秩序增加一道屏障”。参见前引[14],万鄂湘主编书,第40页以下。

[37] F. K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 81.

直接适用的法作为在前冲突规范阶段发挥作用的制度,在某种意义上不能算是冲突法的适用制度,毋宁说是冲突法适用的前提制度。它从涉外民事关系中分流出的部分由其调整,余下部分才交由冲突规范调整。进入冲突规范后,司法者才会接触到、也才可能适用法律规避禁止制度。反言之,在考虑是否适用法律规避禁止制度的时刻,直接适用的法制度的适用问题业已考虑并完成,无需再行考虑适用与否。两者作用的时间和阶段不同,干扰也就无从真实发生。在经过法律规避禁止制度的检验后,如果某一案件中当事人的行为构成法律规避,那么该制度将被启动以确保法院地法中强制性规范的适用。如果并不涉及法律规避,则在完成对外国准据法的选定和查明后,司法者才会触及并考虑是否适用公共秩序保留制度。因此,司法者在运用公共秩序保留制度时,直接适用的法制度和法律规避禁止制度均不再予以考虑。

三种制度因适用位序上的自然落差,使它们被置于不同的时空之中。而将三者关联起来认为它们之间存在制度干扰的观点,就是立足于一种超越不同时空的形而上的基础。如果复原三种制度各自作用的不同时空,它们之间的干扰就会自然消散。

2. 功能侧重的特征差异

即便三种制度在功能上均旨在落实对法院地法中强制性规定的保护,它们的功能侧重点亦存在差异。此类差异被表达为三种制度各自得以适用的构成要件上的、客观的特征性差异,从而有效地错开三种制度适用上的干扰。

第一,直接适用的法的特征性条件。直接适用的法所指的强制性规范最突出的特征性条件是它的“直接性”,这种直接性也被称为优先性或超越性(overriding),它是相对于冲突规范的选择而言的。它对涉外民事关系的调整先于冲突规范发生作用,并与冲突规范的作用形成否定性相继关系,即当它发生作用时,冲突规范被排除适用;当它不发生作用时,冲突规范介入调整。直接适用的法的这一条件特征在对比公共秩序保留的适用条件时,尤为明显。

第二,公共秩序保留的特征性条件。该制度之适用条件的特征主要表现为普遍性和防御性。普遍性是指,该制度一般性地适用于所有需要适用外国法的涉外民事关系领域和每个具体案件。由于该制度是法院地国法律适用中的安全阀,因此该制度应当在所有适用外国法的民事关系及每个具体个案之中进行检查性运用。只有当被择定的外国法的适用确保不会有损内国公共秩序时,该外国法才通过公共秩序保留的安全检查,而被司法者在具体个案中准入、准用。反之,直接适用的法制度并不一般性地适用于所有关系和个案,而是只适用于那些存在应直接适用的强制性规范的关系领域中,如涉外劳动关系中劳动者权益的保护等。

防御性是指,公共秩序保留制度虽然必须在每一类法律关系和每一个案件之中主动适用,但它排除外国法适用的力量却是内敛的。它不是首先将外国法排除在外,而是先行承认外国法一般地具有被适用的资格,仅在适用外国法之后会发生内国不可接受的适用后果的情形下,才排除该外国法的适用。公共秩序保留制度的防御性还特别突出地表现在这样

的观点、判例甚至立法中，即外国法被排除后并不当然地适用法院地法。^[38]这就有力地回击了那些将公共秩序保留制度视作法院地法变相回归、粉饰法院地法适用的“基本规则”的立场。^[39]对照而言，直接适用的法制度就是一种富有攻击性的强势安排，排除外国法的适用不是它的条件和目标，确保内国法律中的强制性规范被适用，才是它的唯一、最高和最终的目标。

第三，法律规避禁止的特征性条件。该制度与前两种制度之间的条件差异更明显，其“软”、“硬”特征也相对容易把握。“硬”特征是指，在客观方面，当事人有制造或改变连接点事实因素的行为。这一特征使它与其他两个制度在适用条件上的区分简单、明了，并无需主观方面的裁量或考虑。“软”特征是指，在主观方面，当事人有规避法律的意图。无主观意图，即无规避可言。在决定是否适用法律规避禁止制度时，需要究明当事人的主观意图。在这一点上，直接适用的法和公共秩序保留两种制度则表现出“客观性”，即它们只是分别关注规范本身的性质、目的和外国法适用后的客观效果。

综上，三种制度彼此之间的干扰可通过具体适用的位序和条件予以消散。具体适用的位序落差可理顺并隔离三者的适用时空域，避免冲突；功能设定的特征性条件则使三种制度分别发挥各自的作用。

（三）制度干扰的实践发生

适用位序上的隔离以及功能侧重的特征性差异，本可使三种制度之间的干扰被消解。然而，司法实践中一再发生的制度替代案例提示出，制度干扰并非只具有形式上的可能性。事实上，在直接适用的法入法后，由于实践操作现实地破坏了隔离三种制度以免彼此干扰的上述条件，从而导致被隔离开来的三种制度在实践中再次发生制度干扰的现实风险。

1. 适用位序的重合

适用位序的时空重合，使直接适用的法跌落入冲突规范的适用之中、之后，“越位”地与法律规避禁止、公共秩序保留制度相冲突。这种情况的出现，是因为该制度所指强制性规范界定上的悖论。直接适用的法事实上预设了一个不言而喻的前提，即存在事先就明确、现成的直接适用的强制性规范，当某一案件发生后，即可判断案涉规范是否属于应直接适用的强制性规范。然而，真实的处境是，如何识别直接适用的强制性规范是运用该制度的关键前提和难点所在。比较法上的辨别标准是要求考虑强制性规范的适用结果，即“应考虑规范的性质、目的以及适用或不适用的结果”。^[40]悖论由此产生：为了适用和界定强制性规定，就不得不考虑其适用后果；但这种结果导向式的辨别方式，就使直接适用的法制度不可避免地跌入后冲突规范的时序中，从而与公共秩序保留制度的适用相重叠，因为后者的适用也必须权衡外国法适用对内国公益的损害程度。

[38] 参见 [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版，第 269 页以下。立法例如 1982 年奥地利联邦国际私法第 6 条。

[39] Albert A. Ehrenzweig, *Private International Law: A Comparative Treatises on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Oceana Publications, 1967, p. 156.

[40] See Article 9.1, *Rome I Regulation*. 2010 年 1 月在北京讨论的由中国国际私法学会提交的《涉外民事关系法律适用法（草案）》第 5 条第 3 款也明显借鉴了域外立法的识别标准。该款规定：“适用强制性规则时，应该考虑强制性规则的性质、目的以及后果。”瑞士联邦国际私法第 19 条的规定也是如此。该条第 2 款要求，应根据其所要达到的目的及其适用对于作出依照瑞士法律观念为适当的判决所可能产生的后果来判断。

同样地,法律规避禁止制度也需要权衡被规避的内国法中的强制性规定在适用和不适用情况下导致的不同效果,并因此与直接适用的法制度相竞合干扰。典型例子如“中国公民王伟与中国公民张莉泰国旅游结婚案”。〔41〕该案当事人未达法定婚龄,在泰国旅游期间以宗教方式结婚,我国法院判定婚姻无效。按传统观点,本案是法律规避问题。但有学者认为,法院事实上是将该案的法定婚龄作为直接适用的法予以适用。该学者也不赞成将案件作为法律规避问题来处理,认为“将一些实质上属于蕴涵重大社会和经济利益类的涉及‘直接适用的法’适用之案件作为法律规避问题的案件处理是值得商榷的”。〔42〕暂且不论本案究竟涉及法律规避禁止还是直接适用的法制度,应予关注的焦点是,本案是如何将两个适用位序不同的制度现实地关联在一起并发生两者竞合适用即制度干扰的争论的。究竟起来,一个重要的缘由是,对婚龄规定是否属于直接适用的强制性规定存疑。如果该规定是明显的、事先即可判断的直接适用的法,则根本不会发生法律规避禁止的适用,也就不存在二者的冲突;正因为其性质不明,需辅助以适用后的结果判断,才使其进入冲突规范之中与法律规避禁止制度发生适用竞合的干扰。可见,三种制度所指强制性规定在界定、区分上采取结果考虑,抹平了三种制度本来拉开了的适用上的时空位序差异,最终使三种制度重新被置于一个共同的平台之中,现实地激活了被消解的制度干扰问题。

2. 功能特征的弱化或消除

理论上,三种制度功能的特征差异越大,彼此适用的边界就越清晰,干扰就越不可能发生。单就法律规避禁止而言,它就具有明显不同于直接适用的法和公共秩序保留的“软”、“硬”两特征。因此,即便后两者存在制度干扰的可能,但它们与法律规避禁止制度之间则不应会出现此种干扰情形。然而,基于法律规避禁止制度在运用上的如下两方面发展趋势,它的功能特征正在或已经被弱化或丧失。

一方面,法律规避禁止制度运用上的客观化吁求,要求限制揣度规避者的内心,从而有使该制度弱化乃至不再探究当事人主观意图的倾向。这一变化剥夺了该制度独有的“软”特征。法律规避的客观化不仅使其变质,而且也拉近甚至消除了其与直接适用的法、公共秩序保留制度之间的距离。如此,适用法律规避禁止制度将会更多地考虑冲突规范指向的外国法与内国法中的强制性规定之间的关系,这使它非常接近公共秩序保留制度的适用模式。并且,在判断法律规避是否成立时对法院地法中强制性规范的特别考虑,也使该制度的适用更接近直接适用的法制度的思维模式。

另一方面,法律规避的“硬”特征也在弱化甚至丧失。在一般情形下,法律规避行为在涉外民事关系产生、变更或终止前、后,有明显的改变连接点事实因素的客观表现,并因此与直接适用的法、公共秩序保留制度的适用情境有明显区别。但在如下两类情况,这种行为特征将会消失。

一是当事人通过挑选或制造,而不是通过改变连接点事实因素实施规避行为,这个规避行为就很隐蔽,在该法律关系发生争议之后也就很难被发现。如果案件涉及法院地法中的强制性规定,则得到援引适用的很可能是直接适用的法而非法律规避禁止制度。然而,

〔41〕 参见林燕萍:《国际私法案例评析》,北京大学出版社2007年版,第49页以下。

〔42〕 刘仁山:《“直接适用的法”在我国的适用——兼评〈涉外民事关系法律适用法解释(一)〉第10条》,《法商研究》2013年第3期,第76页。

不能否认的是，此类案例也同时符合法律规避禁止制度的适用情形。

二是在涉外合同领域的法律规避行为更为隐蔽，行为特征更不明显，并引发合同领域是否存在法律规避以及应否废除法律规避禁止制度这两个有意义的争论。^[43] 争论的发生在很大程度上与涉外合同的首要选法规则即意思自治的性质和选法范围相关联。由于意思自治就是当事人决定，我国立法甚至允许当事人无关联地选法，有观点就认为，法律规避及其禁止制度在合同领域中不存在，^[44] 自然也就谈不上法律规避禁止与直接适用的法制度之间的冲突与干扰。但本文认为，合同领域仍然属于法律规避禁止制度的作用范围。理由如下：（1）从理论或应然的角度看，立法允许当事人选择法律，甚至选择与合同没有关联的法律，但并不能就此推论，立法允许当事人以法律规避的形式选择法律，这是两个概念。（2）从现实或实践的角度看，在司法实践中，前文所援引的大多数案例都是在涉外合同领域中发生，法律规避禁止制度被法院用作断案的依据之一。依现在看来，这些案例中的法律规避禁止制度是对直接适用的法制度的替代，但不能忽视的是，这些案例中存在两种制度适用竞合的情境，这也是法律规避禁止制度能够替代发挥作用的原因。（3）从逻辑或体系的角度看，由于法律规避禁止制度在“民通意见”及“涉外民事关系法律适用法解释一”中均是作为法律适用的一般性规范出现，所以除非另有规定，该一般性规范在合同领域中的适用不应被排除或限制。（4）从规范的历史角度看，最高院曾经在2007年专门就涉外民事合同的审理出台过一部司法解释，该司法解释第6条明确规定了合同领域中的法律规避禁止制度。^[45]

必须承认的是，合同领域中的法律规避的行为特征非常不明显，甚至就直接以合法的形式出现，因为规避行为表现在当事人的选法或变更选法的过程中，而选法的自由性和变更选法的合法性，使隐匿其中的规避行为极难被识别。这样的法律规避，其可被识别的客观特征几乎消失，其可被识别的主观特征又极难断定，从而易于躲避法律规避禁止制度的遏制。在实践中一个典型但隐匿存在的法律规避就极可能由直接适用的法或公共秩序保留制度予以替代遏制。

3. 制度干扰的实践考察

直接适用的法入法以来在我国司法实践中的适用，凸显了三者之间的现实干扰。

（1）与法律规避禁止制度的现实干扰

据笔者不完全统计，自直接适用的法入法至今，约有72则案例涉及其适用，^[46] 至少在

[43] 关于法律规避禁止制度的存废之争，参见赵生祥：《禁止法律规避制度在中国国际私法中的地位》，《现代法学》2004年第5期，第154页以下；周江：《国际私法中法律规避问题的再思考》，《法律科学》2007年第4期，第152页以下；卢鹏：《法律规避与法律选择》，《同济大学学报（社会科学版）》2002年第4期，第84页以下。

[44] Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999, p. 264.

[45] 参见《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2007〕14号）。该司法解释自2007年8月8日起施行，因涉外民事关系法律适用法及其新司法解释的颁布实施而被法释〔2013〕7号废止，自2013年4月8日起不再适用。

[46] 截至2017年10月19日，72则援引直接适用的法的案例，按其适用方式可分为六种情形：（1）涉及三资企业（中外合资、中外合作、外商独资）合同及相关纠纷（董事会决议、股权转让、盈余分配、知情权、解散等），共有26例；（2）涉及外汇管制等金融安全的（涉外借款、外汇交易、对外担保等），共有29例；（3）涉及劳动合同的，共有4例；（4）涉及将冲突规范作为直接适用的法的，共有6例；（5）其他个案认定的直接适用的强制性规范（涉及股票交易、期货交易、公司诉高管侵害公司利益），共有3例；（6）其他虽涉及直接适用的法条款，但并无关系的，共有6例（包括1例行政诉讼）。其中，有2例同时牵涉第（1）和（2）两类依据。

6 则案例中法院模糊了法律规避与直接适用的法之间的关系。按照这 6 则案例中两种制度之间的干扰或重合方式,又可分为三类:

一是制度模糊。指法院在判决文书中虽然只援引直接适用的法作为裁决依据,但同时又指出当事人的选法行为“规避”了国内的强制性或禁止性规定。^[47]“规避”一词揭示了裁判者对直接适用的法与法律规避之间的关联性思考。

二是制度置换。指法院在本应适用直接适用的法的情形下,仍然援引法律规避禁止制度排除外国法的适用,从而延续了直接适用的法入法前的做法,如“佛山市顺德区东骏投资有限公司与中国银行股份有限公司佛山高明支行借款担保合同纠纷案”。^[48]对外担保问题在直接适用的法之前主要是由法律规避禁止制度予以规范的,但直接适用的法入法之后,至今至少有 23 则案例不再援引法律规避禁止,而是援引直接适用的法条款。^[49]本案作为直接适用的法入法后的案例,仍然援引法律规避禁止制度,也直接彰显了两种制度在直接适用的法入法后仍然彼此替代的现象。

三是制度并用。指法院在判决中并用直接适用的法和法律规避禁止两种法律依据。在针对对外担保的问题上,至少有 2 则案例法院同时援引了两种法律依据。^[50]以最高人民法院终审的“中国银行(香港)有限公司与广西壮族自治区商务厅、刘经纶等一般担保合同纠纷案”为例,案涉问题是,广西壮族自治区商务厅作为担保人为某涉外贷款合同向境外金融机构提供担保,现境外金融机构向广西省高级人民法院起诉,要求该商务厅承担担保责任。受案一审法院援引的法律依据有二:一是涉外民事关系法律适用法第 4 条,即直接适用的法规则;二是最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 6 条,即涉外合同中的法律规避禁止制度。上诉后,最高人民法院对一审法院的法律适用进行了确认。^[51]应当说,同时援引两种不同的制度作为依据,本身就说明了两种制度的重叠,并且也正是由于对直接适用的法在适用上的后移,才会导致与法律规避禁止制度适用的重合。

(2) 与公共秩序保留制度的现实干扰

自直接适用的法入法至今,据笔者不完全统计,我国法院适用公共秩序保留制度排除外国法适用的案例共有 15 例。其中有 6 则案例表现出了直接适用的法与公共秩序保留制度

[47] 参见大新银行有限公司与青岛丰彩纸制品有限公司、广州丰彩彩印有限公司等融资租赁合同纠纷案,山东省高级人民法院(2016)鲁民终685号;东亚银行有限公司与威锦国际有限公司、珠海祥锦五金电器有限公司租赁合同纠纷案,珠海市横琴人民法院(2015)珠横法民初字第307号;东亚银行有限公司与德力特精密机床(香港)有限公司、惠州市佳力德机械制辊科技有限公司融资租赁合同纠纷案,博罗县人民法院(2015)惠博法民三初字第37号。

[48] 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民四终字第53号民事判决书。

[49] 如大新银行有限公司与香港三兴实业发展有限公司、九江市三兴纺织实业有限公司融资租赁合同纠纷案,九江市中级人民法院(2016)赣04民初123号;前引[25],“汕头海洋(集团)公司等案”(二审)。

[50] 参见中国银行(香港)有限公司诉广西壮族自治区商务厅、刘经纶、广西壮族自治区工业和信息化委员会、广西壮族自治区药品监督管理局担保纠纷案,广西壮族自治区高级人民法院(2006)桂民四初字第1号,最高人民法院(2013)民四终字第23号;某公司与兆恒公司期货点价价交易合同纠纷案,新疆维吾尔自治区高级人民法院(2011)新民三终字第31号。

[51] 参见上引(2013)民四终字第23号民事判决书。

之间的适用干扰。^[52] 鉴于此类案例在法律关系及法律适用的推理上基本一致, 此处仅举“东亚银行有限公司与金逢源(香港)国际有限公司、东莞市金逢源铝制品有限公司、东莞市冠华铝材有限公司、凌瑞云、龙国祥、吴淑琳等融资租赁合同纠纷案”说明。该案涉及主从合同关系。主合同关系为原告与被告香港金逢源公司形成的融资租赁合同关系, 从合同关系为原告与被告东莞金逢源公司等形成的保证合同关系。受案法院认为, 对外担保直接关系我国社会公共利益, 而原告与被告关于保证合同适用香港特区法律的约定违反了我国社会公共利益, 故参照公共秩序保留规则, 案涉从合同争议应适用中国内地的法律。^[53] 可见, 对外担保中的审批和登记等规定作为“强制性规范”, 在直接适用的法入法前曾引起法律规避禁止与公共秩序保留制度之间的适用干扰, 在直接适用的法入法后, 这种干扰并没有在实践中完全消失。相反, 司法实践凸显了问题的复杂性, 这就是使直接适用的法制度加入到了与前述两种制度的冲突、替代与并用之中。

应予指出的是, 尽管理论和司法实践中对于对外担保的审批、登记等强制性规定是否属于直接适用的法存在不同的理解和分歧, 但该问题凸显的三种制度之间的适用干扰则是客观存在的。即便明确了对外担保相关规范的定性及应予适用的制度, 从而在该特定问题上不会再生三种制度适用干扰的情形, 未决的问题依然是, 只要不厘清三种制度的适用边界, 不明确特定规则的法律属性, 三者的适用干扰就会不断地迁延到其他问题的法律适用之中。

四、制度干扰的体系再平衡

直接适用的法在冲突法制度体系中的确立, 需要与和它具有共同关切的法律规避禁止制度以及和它具有亲缘关系的公共秩序保留制度之间在体系之内进行再平衡, 如此方能确保涉外民事关系法律适用法的制度体系能协同建构有序的涉外民商事交往秩序。再平衡的策略有二: 一是硬性再平衡, 即硬性切除制度重叠部分, 乃至整体废除某一制度。二是柔性再平衡, 即在保留三种制度的前提下, 通过适当方式协调它们之间的分工。鉴于三种制度在应然层面具有不同的功能定位, 即便冲突也只是部分功能重叠所致, 因此更适合的方式不是简单的切除, 而是在适用上强化时序落差, 在功能定位上进行错位和部分切割, 这就是柔性再平衡方案。

(一) 强化时序差异

前已述及, 直接适用的法、法律规避禁止与公共秩序保留三制度分别在冲突规范适用前、中、后三个阶段发挥作用。因此, 让三者适用位序上严格地各就其位, 冲突也就自

[52] 此6则案例是: 前引[20], “汕头海洋(集团)公司等案”(一审); 大新银行有限公司与丰明有限公司、东莞市卓尔毛织制衣有限公司融资租赁合同纠纷案, 东莞市中级人民法院(2015)东中法民四初字第25号; 东亚银行有限公司与金逢源(香港)国际有限公司、东莞市金逢源铝制品有限公司、东莞市冠华铝材有限公司、凌瑞云、龙国祥、吴淑琳等融资租赁合同纠纷案, 东莞市第二人民法院(2014)东二法民四初字第157号; 日立金融(香港)有限公司与佳联有限公司、东莞市虹旭塑胶制品有限公司融资租赁合同纠纷案, 东莞市第三人民法院(2014)东三法民四初字第121号; 大新银行有限公司与香港千帆印刷公司、厦门千帆印刷有限公司等融资租赁合同纠纷案, 厦门市中级人民法院(2014)厦民初字第110号; 大新银行有限公司与智强力镭射科技(香港)有限公司、深圳市智强力镭射科技有限公司等融资租赁合同纠纷案, 深圳市宝安区人民法院(2012)深宝法民四初字第96号。

[53] 参见前引[52], (2014)东二法民四初字第157号民事判决书。

然消散。明确并拉开适用位序的落差，最关键和紧要之处是如何认定相关规范是否为应直接适用的强制性规范。

如何识别应直接适用的“强制性规范”，是最艰难的问题。上文曾提及，欧洲国家的主要做法是看规则是否作了明确或明显的宣示。但就我国现有的应直接适用的强制性规则看，这些规则虽然可能带有“必须”、“禁止”等强硬表态，但并无明显的无论准据法为何都必须适用的类似宣示。为此，可通过两种方式进行实践上的判别：一是借助司法认定途径，即对于审案前业已被明确定性为强制性规范的，法官应依直接适用的法律制度确定法律适用，而没有法律规避禁止和公共秩序保留制度发生作用的前提。对于此类强制性规范的事先确认，应以两种途径明示：一种途径是静态和滞后的，这就是立法和司法解释等规则的例示，如“涉外民事关系法律适用法解释一”第10条；另一种途径是动态和发展的，这就是司法案例或指导案例的例示，从而明确某些案涉规范属于应直接适用的强制性规范。二是通过比较法上的考察，提炼出大多数立法界定直接适用的法的标准，作为辅助参考，再立足中国语境探究特定规则的目的，以此判定其是否属于直接适用的法。此外，识别直接适用的强制性规范的标准具有较强的时空性，不仅受特定国家或法域情势的影响，而且也受不同时代风尚的限制。因此，其识别标准在更多时候是一个实践抉择的问题。在案涉规范是否属于直接适用的法所指的强制性规范事先存疑的情况下，还可结合功能差异进行体系性的制度间再平衡。

（二）强化功能差异

1. 法律规避禁止制度的功能转向

所谓法律规避禁止制度的功能转向，也就是调整其功能，赋予其新的使命。这个新的功能或使命不再是强调和捍卫强制性规范尤其是法院地法中的强制性规范的适用，而是转向为遏制规避、恢复法律选择的秩序。^[54] 直接适用的法与法律规避禁止制度所具有的共同关切包括两点：其一，都关注强制性规范；其二，都关注法院地法中的强制性规范。因此，最简单、也是最有效的治本策略是错开二者的关注焦点：首先是错开二者关注的方向，其次是错开二者关注的对象，再次是错开二者关注的层面。

错开二者关注的方向，是要补全法律规避禁止制度的功能方向，从单边禁止走向对称的双边或多边禁止。这种补全意味着，法律规避禁止制度不仅是遏制对法院地法的规避，同时也应是遏制对外国法的规避。由于作用方向上的超出，使法律规避禁止制度表现出不完全等同于直接适用的法制度的功能：后者只针对法院地法，前者则针对法院地和外国法律规范。功能方向的不等同，降低了二者发生制度干扰的概率。

错开二者关注的对象，也就是要革新法律规避禁止制度的功能指向，即不应将其定位为捍卫强制性规范特别是法院地法中的强制性规范之适用的制度，而应变革地调整为捍卫内、外国法律体系彼此间在冲突法上的被指引（本应适用）的秩序，即捍卫此法与彼法的选择适用秩序的制度。如此，法律规避禁止就能彻底摆脱与直接适用的法之间的干扰，因为后者保护法院地法中的强制性规范与前者所保护的适用法律的选择秩序之目标业已相去甚远。

错开二者关注的层面，是指将法律规避禁止针对的对象从法律规范提升并转向至法律

[54] 参见张春良：《国际私法中反法律规避制度的功能评析》，《法制与社会发展》2010年第6期，第42页以下。

体系，而将直接适用的法的关注对象保留在法律规范。直接适用的法关注的是特定法律体系中的特定法律规范，而法律规避禁止是在准据法指定过程中的适用制度，鉴于准据法首先是指一种“法律体系”（system of law），^[55]而非法律规范，这就再次将直接适用的法与法律规避禁止两种制度在应用层级上进行了区分：法律规避禁止是在法律体系的选择过程中被适用，而直接适用的法是下沉至特定法律体系中的具体法律规范之适用。简言之，当考虑的是整个法律体系层面的法律适用问题时，只有法律规避禁止制度的适用；而在考虑特定法律体系的具体规范的适用问题时，则只有直接适用的法制度的适用。

2. 公共秩序保留制度的功能减负

对直接适用的法与公共秩序保留的关系而言，因两者均涉及公共利益而发生干扰。特别是在公共秩序保留以积极肯定的方式发挥作用时，更会与直接适用的法制度的适用发生重叠。^[56]解决问题的方案是，切除公共秩序保留的积极功能，一方面为公共秩序保留制度实施功能减负；另一方面则将其积极功能交由直接适用的法制度予以承担，从而让二者一前一后分别从不同角度保护公共利益，同时也据此实现二者的和谐共处。

我国主流教材通常认为公共秩序的功能具有两面性，不但具有消极的否定功能，还具有积极的肯定功能。^[57]对公共秩序的此种功能定位容易造成两方面的难题：一方面，积极的公共秩序占据了本属于直接适用的法的应用空间，从而在直接适用的法入法后出现制度干扰；另一方面，积极的公共秩序也很难与当前公共秩序保留的主流趋势和主要适用方式即结果说相协调。因为结果说是以适用外国法为前提，然后再行排除，而直接适用的法根本就排除外国法的适用，也就谈不上外国法适用的结果考虑。为此，宜收敛公共秩序的扩张性（offensively），将其保留给直接适用的法，公共秩序则回到防御性（defensively）的立场。^[58]这就要求公共秩序保留制度让渡出一部分功能。公共秩序保留制度的功能减负后，直接适用的法与公共秩序保留的功能关系可概括为对称的两面：前与后、白与黑、显与隐、攻与守的关系。为突出公共秩序保留的守势功能，强化其与直接适用的法的功能分工，在以公共秩序排除外国法的适用之后，并不当然适用内国法律，仅在穷尽各种法律适用救济后仍然无法可依的，才兜底适用法院地法。应予明确的是，此时适用法院地法，在性质和理由上具有截然不同的意蕴，它不再是公共秩序保留，而是对准据法被排除之后的无法可依状态之最终救济，类似于在外国法无法查明或查无规定的情形下法院地法的适用。这就将“公共秩序保留”制度改造成了“公共秩序排除”制度，前者是否定（外国法）之中有肯定（内国法），这可能使司法者颠倒性地为了肯定而否定，从而质变为隐秘的直接适用的法制度；后者只是单纯消极的否定（外国法），彰显其消极退守性。

[55] J. J. Fawcett and J. M. Carruthers (eds.), *Cheshire, North & Fawcett on Private International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 8-9. 戴西等人也用“law”而非“rule”来指称准据法。See Lawrence Collins (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell Limited, 2006, p. 33.

[56] 直接适用的强制性规范被认为在过去一般包括在公共秩序保留制度中。参见王胜明：《涉外民事关系法律适用法若干争议问题》，《法学研究》2012年第2期，第189页。

[57] 参见韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社2001年版，第142页；肖永平：《肖永平论冲突法》，武汉大学出版社2002年版，第92页。

[58] 有观点认为，公共政策保留应针对国外令人厌恶的法律如同盾牌一样防御性地运用；相反，强制性规则为尊重相关国家的公共利益如同帝国主义之剑（imperialistic sword）扩张性地适用。参见前引[5]，Symeonides书，第311页以下。

对于公共秩序保留与公共秩序排除之间的差别,在立法表述上可以涉外民事关系法律适用法第5条和民法通则第150条为例进行比较。前者是公共秩序保留,即排除外国法后,法律适用的空间被保留给内国公共秩序。在法律适用的态势上,有攻有守,公共秩序保留与直接适用的法容易被隐秘地互换。后者是公共秩序排除,即仅限于消极否定外国法的适用,并没有将法律适用空间立即、无条件地保留给法院地公共秩序,在法律适用态势上有守无攻。显然,公共秩序保留是攻守平衡的规则,但它在攻击性方面无从与直接适用的法制度明显地区分开来,干扰从而发生;公共秩序排除则是纯粹的守势规则,能与直接适用的法的攻势形成互补,而非冲突。

在判例中,公共秩序保留与排除在应用上也有重大的实践差异,并因此分别与直接适用的法制度发生和不发生适用上的干扰。以“华比富通银行与广东省水利厅担保合同纠纷案”为例,该案一审广州中院运用公共秩序保留制度就清晰地表现出了攻守兼备的特征:首先以当事人选择香港法违背内地有关对外担保的强制性规范为由,否定了所选香港法的适用(守),然后再适用法院地法中的强制性规范(攻)。以今评古言,该案本应是典型的直接适用的法制度的适用,但一方面该制度尚未入法,另一方面即便在入法的情形下,在该规范是否属于直接适用的强制性规范的性质不明时,也可能导致直接适用的法制度与作为攻势的公共秩序保留制度之间的竞合、干扰。反过来,如果对公共秩序保留制度予以减负,将其担负的制度攻势分解给直接适用的法制度,仅保留守势功能,则可有效回避两种制度的干扰。这正是二审即广东高院的裁判思路。^[59]该判决展现了公共秩序排除制度的极佳运用:首先是以公共秩序排除了当事人所选香港法的适用(公共秩序保留制度的守势),此后并不立即适用法院地公共秩序(公共秩序保留制度的攻势),而是通过适用第二顺位的选法系属即最密切联系确定了应予适用的准据法。在公共秩序保留的此种纯守势运用下,就尽可能地避免了直接适用的法与公共秩序保留之间的制度干扰。

综上,在适用方式上强化三种制度的位序差异,并在实质层面对三者的功能进行重新定位与分配,能够让三者各得其所:直接适用的法制度肩承的是在冲突规范适用前的法院地强制性规范的保护功能;法律规避禁止制度肩承的是在冲突规范指引中的遏制规避功能,通过功能转向,为直接适用的法制度“挪地盘”;公共秩序保留制度肩承的是在冲突规范指引后的避免伤害功能,通过功能减负,为直接适用的法制度“腾空间”。以此两方式对直接适用的法制度实现边界硬化,明晰三者各自的适用界限。

结 语

直接适用的法制度在中国的入法被司法界解读为“一大亮点”,^[60]被赋以在冲突规范之前对涉及公共利益的事项先行前瞻性保护的功能。由于其操作上的直接性,回避了冲突规范间接调整过程中冗长、复杂、不定的风险和低效率。新制度的引入是解决问题的新希望,冲突法的运用自此多了一个值得肯定的新制度。但是,如果不考虑直接适用的法自身

[59] 参见前引〔19〕,万鄂湘主编书,第37页。

[60] 参见高晓力:《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国涉外民事关系法律适用法若干问题的解释(一)〉解读》,《法律适用》2013年第3期,第41页。

在界定和识别上的困难，并且，如果不考虑直接适用的法在新法中的确立对冲突法既有制度业已建构起来的体系性平衡的冲击，就会引发更为复杂的新旧制度之间的适用冲突，导致司法实践中相同问题依据不一的失序。因此，必须要在直接适用的法制度的入法与既有制度之间进行多边互动，在宏观格局上统筹考虑并合理安排直接适用的法、法律规避禁止、公共秩序保留三者的功能布局，让三种制度在功能定位上各得其所，在功能发挥上各就其位，才能对内合立法和司法之力重构各制度间的体系再平衡，对外合三制度协同的体系之力驭役冲突规范实现精准选法。

Abstract: Although the overriding mandatory rule is a new system established by the Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations, it deals with a common issue that has existed long before the law was adopted. Before the adoption of this rule, China had resorted to such alternative mechanisms as anti-evasion of law, public order reservation and escape clause, which together have maintained a systematic balance in judicial practice to remedy this institutional deficiency. Due to the existence of common public concerns, after the overriding mandatory rule is written into the law, it has compressed the functional boundaries of alternative mechanisms, resulting in conflicts of applications. Theoretically, differences among different mechanisms in the applicable hierarchy and functional preference should have enabled them to avoid the conflicts of application among different rules. However, because of the result-oriented feature of the overriding mandatory rule in definition and application and the weakening or even the total loss of the functional emphasis of alternative mechanisms, various distinct rules re-intertwine with each other and once again produce conflicts of application. Systematic rebalance should be achieved through the determination of application boundaries and hierarchies of respective mechanisms. Accordingly, functional shift of the rule of anti-evasion of law can be made from protecting the mandatory rule of forum law to protecting related systems of law and the function of the rule of public order reservation can be divided into positive one afforded by overriding mandatory rule and the negative one afforded by public order reservation.

Key Words: the Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations, overriding mandatory rule, anti-evasion of law, public order reservation
