

## 转介条款对强制规范的 解释与直接适用法的判断

董金鑫\*

**内容摘要:**直接适用法构成公法强制规范在冲突法层面投射的反映。在寻找直接适用法的判断标准时,有必要从强制规范对合同效力的影响当中获得启示,即特别发挥解决公私法冲突的转介条款对强制规范的解释功能。就转介条款对强制规范的解释方法而言,区别于效力位阶方法的僵硬和规范分类方法的以问答问,通过赋予法官以自由裁量权,利益平衡方法能使法官妥善运用比例原则权衡因适用直接适用法带来的公共利益和私人利益之间的冲突。就转介条款对强制规范的解释范围而言,理论上完全法不必借助转介条款,但由于我国立法的预先安排往往是过度的,与转介条款的一般解释相冲突,故应谨慎对待;不完全法则应由法院地国而非外国准据法所属国的转介条款决定强制规范如何对合同发生私法效果。总之,《中华人民共和国民法典》第 153 条第 1 款之类的转介条款自身不构成直接适用法,而是被纳入到《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 4 条这一直接适用法制度当中,使之具有一并解决地域法冲突和公私法冲突的复合选法功能。

**关键词:**直接适用法 转介条款 强制规范 冲突法 实体法

在全球化时代,频繁的跨国商事交往引发诸多纠纷。根据冲突法原理,涉外合同由当事人选择的准据法支配,且一般不加以对象或联系限制。然而由于市场作用的失灵,各国纷纷加大对私人交易的监管。此类基于自身性质和目的确定适用范围的立法在涉外情形下不由当事人选择,从而推动了直接适用法理论和实践的兴起。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》指出,“加快推进我国法域外适用的法律体系建设”。毫无疑问,体现我国重大公共利益是直接适用法构成我国法域外适用的重要一环。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下称《法律适用法》)<sup>①</sup>确立

\* 中国石油大学法学系副教授。

<sup>①</sup> 《法律适用法》第 4 条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”

了直接适用法制度,结合《罗马条例I》第9条第1款<sup>①</sup>的定义,其是指为维护政治、社会、经济与文化等领域的重大公共利益,无须冲突规范的指引,直接适用于国际民商事案件的实体强制规范。<sup>②</sup>

目前学界对直接适用法的研究方兴未艾,但其中的弊病十分明显。即使《法律适用法》出台后的重心转为如何判断此类规范,也难以摆脱僵硬的做法。规范的类型化主要依赖司法解释<sup>③</sup>以及法律的适用范围条款<sup>④</sup>给出答案,由此形成甲法是而乙法不是的固化观念。与国内强制规范的判断要考虑条文是否使用不得、应当、禁止之类的用语不同,直接适用法不构成单独的规范类型,而是实体法上的强制规范在法律适用问题的投射。同时,目前多认为《法律适用法》第4条之类的直接适用法制度是用以解决我国直接适用法和外国准据法的地域法冲突,由此,虽从规范层面对直接适用法进行功能分析,但最终直接适用法制度仍只发挥选法作用。然而,该制度不仅要打通直接适用法进入准据法体系的通路,还要解决此类强制规范如何作用于合同效力,因而可以说是冲突法和实体法的有机结合。

由于直接适用法构成如何解决跨国交易背景下的强制规范发生私法效果这一合同法的重要命题,故问题的核心在于如何发挥解决公私法冲突的转介条款的作用。作为管制性强制规范介入私人生活的渠道,转介条款一直是我国民法学研究的热点。特别自《中华人民共和国合同法》(以下称《合同法》)颁布以来,最高人民法院先后出台多部司法解释对该法第52条第5项的“强制性规定”<sup>⑤</sup>进行界定。甚至在《中华人民共和国民法总则》(以下称《民法总则》)、《中华人民共和国民法典》(以下称《民法典》)制定的过程中,转介条款的设置也是各界争论的焦点之一。然国际私法学界对此类条款未予以足够重视,认为其只是冲突规范援引之准据法的一部分,并非法律选择过程中所要考虑的问题。实际上,在合同准据法为外国法的情况下,直接适用于涉外合同纠纷的我国管制性强制规范同样要援引之。为系统探讨这一问题,本文主要从转介条款对强制规范的解释功能、解释方法以及解释范围三方面进行阐述,为我国直接适用法的判断提供新的研究视角。

<sup>①</sup> 《罗马条例I》第9条第1款规定:一国保护其诸如政治、社会或经济运行之类的公共利益而被视为至关重要的条款,以至于对属于其适用范围的所有情况,无论根据本条例指引的合同准据法为何,都必须加以适用。

<sup>②</sup> 参见肖永平、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107页。

<sup>③</sup> 即2021年修订后的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第8条(修订前第10条)。

<sup>④</sup> 如《中华人民共和国反垄断法》在属地原则外规定了效果原则,2019年修订的《中华人民共和国证券法》明确该法的域外适用。

<sup>⑤</sup> 为行文便利,本文对“强制性规定”和“强制规范”不做特别区分。

## 一、转介条款对强制规范的解释功能与直接适用法的判断

所谓直接适用法无须冲突规范的援用只是单纯现象的描述,不仅是表象的,而且会引人误解。直接适用法理论的兴起,并非说明某些特殊的强制规范的适用原来由冲突规范指引,而是因其内在的公法性本身就需要被特别对待。直接适用法与冲突规范相伴生,只是在当前各国普遍干预经济生活的背景下更加显现。

### (一)直接适用法的实体法形态

在合同领域,合同法多表现为在当事人没有约定时才适用的任意规范,强制规范的设置主要为平衡合同当事人的利益以及维护社会公共秩序。当强制规范导致合同发生除无效外的效力瑕疵时,则主要考虑平衡私人利益的因素,需要当事人提出主张;如导致合同绝对无效,其适用与否由法院主动完成,即出于维护公共利益考虑。前者内设于《民法典》之中,旨在为私人交易设置框架,<sup>①</sup>如有关合同成立、对价要求以及违约责任等中立型强制规范。反映在冲突法层面,各国合同法的基础内容原则上根据萨维尼式的双边冲突规范能够实现普遍的国际交换,只有在极为例外的情况下才能运用公共利益保留排除,无直接适用的必要。

后者则表现为位于私法体系之外的公法强制规范,传统上属于强行法而非合同准据法的范畴,不能通过冲突规范进行交换。<sup>②</sup>此种实体法上的公法性质正是作为直接适用法判断依据的公共利益的生动反映。虽然直接适用法表现为前置于《民法典》的行政法、刑法等较为典型的公法,但这不代表一切公法性强制规范都能直接适用于涉外合同关系。由于国际私法着眼于公法对私法关系产生的法律效果,特别是对合同效力的影响,而不关注它的行政或刑事制裁,<sup>③</sup>其需要借助转介条款对强制规范的解释作进一步明晰。

### (二)转介条款在明确合同效力上的解释功能

作为公法与私法搭界的桥梁,转介条款即构成管制性强制规范进入私法关系的渠道,此类条款如《德国民法典》第 134 条<sup>④</sup>、《民法典》第 153 条第 1 款,皆是判断合同效力的媒介。在国内民法中,由于公法优位观念的盛行,转介条款曾被视为单纯将公法传送到私法体系的引致规范(Verweisungsnorm),不具有单独的内涵与解释功

<sup>①</sup> See Peter E. Nygh, *Autonomy in International Contracts* 203 (Oxford University Press 1999).

<sup>②</sup> See Jieying Liang, *Statutory Restrictions on Party Journal Autonomy in China's Private International Law of Contract: How Far does the 2010 Codification Go?*, 8 *Journal of Private International Law* 105 (2012).

<sup>③</sup> See Frank Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 *Recueil des Cours* 151 (1992).

<sup>④</sup> 《德国民法典》第 134 条规定:法律行为违反法律上的禁止时无效,但法律另有规定的除外。同见《法国民法典》第 1133 条、《意大利民法典》第 1354 条、《葡萄牙民法典》第 280—281 条、《荷兰民法典》第 3 编第 40 条、《瑞士债法典》第 20 条等。普通法上的司法实践亦确立了类似的判例规则。

能。<sup>①</sup>强制规范对合同效力的影响全凭规范目的而定,既不考虑维护合同机制的需要,又不关注当事人缔约时的主观意图以及违法可否归咎于当事人,违法意味着合同无效。

特别在实践中,一些能够履行的合同以违法为由被认定无效,这影响到商事交易的正常进行。从学理上讲,强调合同的合法性特征乃是压缩意思自治的空间,此种对法律行为性质的错误定位使得合法性和有效性判断被混淆。<sup>②</sup>目前来看,不能仅以强制规范自身决定合同效力,需要在规范目的之外明确国家管制和缔约自由的关系,合同并非违反任何强制规范都发生无效的后果。除法律规定违法的私法效果外,单纯公法性强制规范对合同的缔结、履行行为的规制不能用于评判合同效力。为此目的,普遍认为转介条款具有公序良俗之类的概括条款的功能,即本身不具有法律适用时的完全性规范所具备的事实构成、从而需要价值补充的一般条款(Generalklauseln)<sup>③</sup>,公私法冲突的解决需要借助转介条款对强制规范的适用效果进行解释。

从国际私法的角度,直接适用法体现公法和私法的双重价值,其不仅伴随着公法规范,还同时发生私法效果,即构成所谓“双面规范”(Doppelnormen)<sup>④</sup>。其一,直接适用法只有在涉外民事审判中才能体现其价值。如发生纯粹的公法适用争议,由于此时一国公法自成一体,并无考虑外国法也即国际私法发挥作用的空间。<sup>⑤</sup>即使出现本国公法适用受限的情形,法院一般只能驳回诉讼请求。其二,直接适用法必须构成裁判的依据,对私人关系不发生效果的不构成直接适用法。故对于因国家管理、管制目的设置的强制规范,只有那些能通过转介条款纳入私法体系当中的法律才具有直接适用法的资格。

## 二、转介条款对强制规范的解释方法与直接适用法的判断

如上,转介条款的解释功能在于发现哪些强制规范能够进入私法领域,而此种解释功能的发挥需要通过具体的解释方法。目前为止,关于转介条款下强制规范的解释存在效力位阶、规范分类以及利益平衡三种方法,分析这些实体法层面的解释方法对直接适用法的判断具有助益。

① 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第35页。

② 参见薛军:《法律行为“合法性”迷局之破解》,《法商研究》2008年第2期,第46页。

③ 参见耿林:《民法典的规范表达研究》,《清华法学》2014年第6期,第66页。

④ See Frank Fischer, “Revolutionary Ideas” and the Swiss Statute on Private International Law, in K. Boele-Woelki, *et al.* (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law* 107 (Eleven International Publishing 2010).

⑤ See Henri Batiffol, *Reflections on the Co-ordination of National Systems*, 15 *Seton Hall Law Review* 794 (1984).

## (一)效力位阶方法与直接适用法的判断

### 1.效力位阶方法在实体法中的表现

效力位阶方法是指通过限制法律的效力位阶明确能认定合同无效的强制规范的层级范围。《中华人民共和国民法通则》第 58 条第 5 项规定,违反法律的民事行为无效,这可以解释为任何位阶的法律规范。随后《合同法》第 52 条第 5 项将能导致合同无效的强制性规定限于法律和行政法规。<sup>①</sup>最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(以下称《〈合同法〉解释(一)》)第 4 条重申只有全国人大及其常委会制定的法律以及国务院颁布的行政法规构成《合同法》第 52 条第 5 项的强制性规定,而将地方性法规、行政规章及其他规范性文件排除在外。此种做法在我国改革开放初期具有重要意义,其特别针对那些地方行政机构下发的红头文件。<sup>②</sup>然而,效力位阶方法本质仍是僵化地“一刀切”。虽然高位阶法更明确地体现我国重大公共利益,但一概否认低位阶法在合同效力判断上的适用法资格,在我国法律体系与法学理论越发完善的当下似乎难以为继。

具体而言,首先,效力位阶方法在比较法上不受欢迎。<sup>③</sup>《德国民法施行法》第 2 条规定,包括第 134 条在内的《德国民法典》中的法律包括授权行政机关制定的法规、社团制定的自治规章、条约或欧共体的规定以及习惯法等各种类别的渊源,而不仅仅是民法或基本法层面的狭义法律。同样,根据美国《第二次合同法重述》第 178 条评注 a 的解释,导致合同不可强制执行的法律,包括制定法、宪法、地方法令和行政规章以及依冲突规范指引的外国法。在日本,自 20 世纪 30 年代以来,普遍认为将府县命令排除于合同效力评价的做法缺乏宪法依据。<sup>④</sup>其次,我国法院对效力位阶方法的运用缺乏一致做法。中国人民银行《贷款通则》第 61 条<sup>⑤</sup>和国家外汇管理局

<sup>①</sup> 《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解释》第 3 条曾将合同根据我国法律和行政法规应当由国家主管机关批准成立而未经批准作为合同无效的情形之一。

<sup>②</sup> 参见朱庆育:《〈合同法〉第 52 条第 5 项评注》,《法学家》2016 年第 3 期,第 55 页。

<sup>③</sup> 美国《第二次合同法重述》评注 c 同时认为,应特别注意低位阶的法律能否维护大众的福利。See Restatement (Second) Contract Laws § 178 cmt. a, c. 这说明强制规范的位阶不是决定性因素,是否适用仍需要具体分析。

<sup>④</sup> 参见孙鹏:《私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开》,《环球法律评论》2007 年第 2 期,第 66 页。

<sup>⑤</sup> 企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务,参见首都机场地产集团有限公司与三能达置业有限公司企业借贷纠纷上诉案(最高人民法院[2008]民二终字第 111 号民事判决书)。亦有法院认为,由于出借资金源于自有资金,且出借行为系偶尔,并不存在从事资金出借的长期行为,也未以资金经营为常态,因此可认可企业间借贷合同的效力。参见浙江省高级人民法院[2012]浙商终字第 77 号民事判决书。

《境内机构对外担保管理办法》第17条<sup>①</sup>等部门规章即使在《合同法》生效后仍经常被法院作为判定相关类型合同无效的依据。为了使后者能够在审理对外担保案件中适用,最高人民法院还通过《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下称《〈担保法〉解释》)将之“法律化”。这使得一些法官不屑于对强制规范进行整体判断。

此外,通过解释《合同法》第52条第4项的违反社会公共利益或《民法典》第153条第2款的违背公序良俗,效力位阶方法在理论层面可以进行优化。权威观点认为,首先,应该根据地方性法规、部门规章是否存在上位法、上位法是否得到授权解释等方面判断是否构成《合同法》第52条第5项的强制性规定;其次,对仍不满足法律、行政法规要求的部门规章等规定,如果其违反将必然损害国家和社会的公共利益,可以《合同法》第52条第4项为由确认合同无效。<sup>②</sup>对于国家质检总局颁布的禁止进口农产品的公告,<sup>③</sup>不能仅以此类规范性文件不具有法律、行政法规的资格而否定其对合同效力的影响,而应该探求此种抽象行政行为的法律依据。对此,2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》第16条第2项关于为保护人的健康和safe而采取的限制或禁止进出口才是转介条款下的强制规范。同样,行政机关关于特定事件的行政处罚只是基于法律或命令的强制规范的具体化,本身不创设强制或禁止,真正发挥作用的是其法律依据。<sup>④</sup>上述做法虽然尽可能减少了效力位阶方法带来的弊病,但从根本上看并非新的解释方法。

## 2.效力位阶方法对直接适用法判断的启示

从《法律适用法》第4条的内容看,“中华人民共和国法律”是指全国人大及其常委会制定的法律文件。但在国际私法的语境下,其重在强调我国,本身不构成对直接适用法进行位阶限制。<sup>⑤</sup>考虑到该条与《合同法》第52条第5项的联系,效力位阶方法虽有不足,对直接适用法的界定必然产生实际影响。

目前,与《民法典》第153条第1款所要求的效力位阶一致,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》(以下称《〈法律适用法〉解释(一)》)第8条将《法律适用法》第4条的强制性规定明确为法律、行政法规的规定,这表明直接适用法主要存在于此类强制规范中。严格按照效力位阶方

<sup>①</sup> 担保人未经批准擅自出具对外担保,其对外出具的担保合同无效,参见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号民事判决书)。

<sup>②</sup> 参见王利明:《论无效合同的判断标准》,《法律适用》2012年第7期,第3页。

<sup>③</sup> 如在日本福岛核泄漏发生之后,国家质检总局下发《关于禁止部分日本食品农产品进口的公告》,禁止进口原产自该地以及附近地区的农产品。

<sup>④</sup> 参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第267页。

<sup>⑤</sup> 参见肖永平、张弛:《论中国〈法律适用法〉中的“强制性规定”》,《华东政法大学学报》2015年第2期,第116页。

法,地方性法规、行政规章及其他规范性文件中的强制规范如出于维护我国重大公共利益的必要而确实需要认定涉外合同无效的,除了存在上位法授权的情况外,只能通过《法律适用法》第 5 条的公共秩序保留制度排除外国法,再援引《民法典》第 153 条第 2 款下的民事法律行为违背公序良俗无效的规定加以考量。如在中国银行(香港)有限公司诉福建省龙海市电力公司等担保合同纠纷上诉案<sup>①</sup>中,关于担保合同是否因未经审批而无效的问题,二审法院认为《境内机构对外担保管理办法》在对外担保上的管理和限制而形成的经济秩序构成社会经济秩序的一部分,部门规章保护的利益属于社会公共利益。此时,上述我国强制规范在涉外合同案件中发挥作用的途径与我国的基本道德观念相似,都需要根据外国法的适用结果间接决定其是否能发挥作用,此种做法易造成不同国际私法基本制度的功能混同。

## (二)规范分类方法与直接适用法的判断

### 1.规范分类方法在实体法中的表现

由于效力位阶方法存在不足,受比较法的影响,民法学界逐渐推崇对强制规范进行类型化的区分,<sup>②</sup>从而找出真正能影响合同效力的那一类强制规范最高人民法院《关于印发〈全国经济审判工作座谈会纪要〉的通知》即认为如合同约定仅一般违反行政管理性规定,而不违反专营、专卖及禁止性规定,合同不因此无效。而后,区别于不影响合同效力的单纯管理性规定,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下称《〈合同法〉解释(二)》)第 14 条采纳学理上的范畴,将《合同法》第 52 条第 5 项的强制性规定限缩为效力性强制规范。<sup>③</sup>

如超出公司经营范围订立的合同仍为有效,除非违反国家的特许经营规定。该方法借助公式以问答问,<sup>④</sup>往往陷入循环论证的境地。毕竟只有得出否定合同效力的结果才能说明其构成效力性规范。但这体现了私法审判对公法干预的警惕以及维护正当的交易机制的意图,其依赖于法官的经验认识做出是否合理的判断。

### 2.规范分类方法对直接适用法判断的启示

强制规范的类型化对《法律适用法》第 4 条强制性规定的判断也有启发。国际私法着眼于公法对私人关系产生的法律效果,尤其是对合同效力的影响。对公法性

<sup>①</sup> 参见中国银行(香港)有限公司与福建省龙海市电力公司等担保合同纠纷案,福建省高级人民法院[2005]闽民终字第 180 号民事判决书。

<sup>②</sup> 为克服上述二分法的弊端,还有学者从强制规范设置的目的是出发,将强制规范详细地划分为资格型、权限型、要件型、伦理型、政策型、管理型和技术型。参见钟瑞栋:《〈合同法〉第 52 条第 5 项的三个争议问题》,《私法研究》第 13 卷,法律出版社 2012 年版,第 177-178 页。

<sup>③</sup> 2015 年最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 14 条亦曾将违反法律、行政法规效力性强制规范作为认定民间借贷合同无效的依据。

<sup>④</sup> 参见苏永钦:《以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的比较与操作建议》,《人大法律评论》2010 年第 1 期,第 9 页。

强制规范而言,只有能够作用于合同效力的强制规范才有可能构成直接适用法。以往在司法实践中法院大多以我国法律存在强制规范为由援用直接适用法制度,没有明确强制规范的种类。如在栢银公司与兆恒公司期货点价交易合同纠纷上诉案<sup>①</sup>中,法院以当事人不具备在中国境内从事期货经纪,尤其是代理国内企业在境外期货经纪或交易的主体资格为由,认定诉争合同违反我国法律、行政法规的强制规范<sup>②</sup>无效。

而在朱某某与A公司等服务合同纠纷上诉案<sup>③</sup>中,针对上诉人操作美股交易的行为,上海市第一中级人民法院认为,《中华人民共和国证券法》对所涉服务合同具有效力性强制规范<sup>④</sup>,故依据《法律适用法》第4条需要直接适用。虽然将该类从业经营资质的条款视为效力性强制规范的做法为学者所质疑,<sup>⑤</sup>但这表明法院开始尝试采用规范分类方法对直接适用法进行判断。不过,《〈法律适用法〉解释(一)》第8条未将《法律适用法》第4条的强制性规定限于效力性强制规范。最高人民法院民四庭负责人强调,此强制性规定与效力性或管理性强制规范不同,似认为直接适用法属于更为例外的情形。<sup>⑥</sup>更何况效力性与管理性的区分本身存在模糊之处,故直接适用法的判断仍需要进一步分析。

### (三)利益平衡方法与直接适用法的判断

#### 1.利益平衡方法在实体法中的表现

此后,民法学界又提出比例原则和公序良俗原则作为转介条款下强制规范的解释依据,其核心思想是对所涉及的私益和公益进行平衡。以往认为,行政性取缔法令的否定评价须加以重视,有效与无效的判断应以是否违反公序良俗为标准。<sup>⑦</sup>然而单纯强调公益容易无视合同稳定性的需要,影响当事人对交易的合理信赖。考虑到规范分类方法的缺陷,最高人民法院在《印发〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉的通知》中不仅强调了效力性强制规范和管理性强制

<sup>①</sup> 参见栢银公司与兆恒公司期货点价交易合同纠纷上诉案,新疆维吾尔自治区高级人民法院〔2011〕新民三终字第31号民事判决书。

<sup>②</sup> 其仅援用了《期货交易管理条例》第2条,即从事期货交易,包括商品和金融期货合约、期权合约交易及其相关活动,应当遵守本条例。

<sup>③</sup> 参见朱某某与A公司等服务合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院〔2012〕沪一中民四(商)终字第S1217号民事判决书。

<sup>④</sup> 该法2019年修订前第122条规定,设立证券公司,必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准,任何单位和个人不得经营证券业务。

<sup>⑤</sup> 参见黄进等:《2012年中国国际私法司法实践述评》,载黄进等主编:《中国国际私法与比较法年刊》(第16卷),法律出版社2013年版,第435页。

<sup>⑥</sup> 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》,http://www.court.gov.cn/xwzx/jjtd/sjtd/201301/t20130106\_181593.htm。

<sup>⑦</sup> 参见[日]大村敦志:《从三个纬度看日本民法研究——30年、60年、120年》,渠涛等译,中国法制出版社2015年版,第71-73页。



规范的区分,还给出转介条款对强制规范的解释要考虑的诸个利益因素。<sup>①</sup>以此通过利益平衡能够实现个案正义,在我国现阶段仍是比较可行的做法。

在《民法总则》制定的过程中,虽然从专家建议稿到草案第三稿一直使用效力性强制规范的表述,但最终没有获得立法的正式认可。随着《〈合同法〉解释(二)》的失效与《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的修订,效力性强制规范在我国司法解释层面也难觅踪影。与此同时,《民法总则》第 153 条第 1 款<sup>②</sup>增加了不导致无效的但书条款,并最终被纳入到《民法典》中。这一效仿《德国民法典》第 134 条思路的做法虽然立场仍旧含糊,但能够为利益平衡方法的采用提供足够的解释空间。

## 2. 利益平衡方法对直接适用法判断的启示

### (1) 避免过分强调公共利益

以往在国际私法层面判断直接适用法时缺乏适当的平衡机制,不满足利益平衡的需要。首先,过分强调立法的内在意图会对直接适用法的判断产生不良的后果,那些对法律适用至关重要的因素,如国际协调、司法活动的简单以及结果确定、统一和可预见的需要,会被忽略。<sup>③</sup>其次,随着法律现实主义和功能主义的发展,各国的法律均以维护政治、经济、社会等领域的公共利益为目的,但公共利益在实践中存在解释差异。一般而言,具体定位于作为意思自治产物的合同,除非基于绝对必要,否则应当维护合同的效力。

当合同违反法律而整体无效,则有理由认为该强制规范反映了国家干预经济活动的强烈意愿,即体现了一国重大而根本的公共利益,但是否可以说只要涉及我国的重大公共利益即足以构成我国直接适用法?对此,在直接适用法制度确立之前,我国法院在需要适用我国的经济管制立法时,多运用公共利益保留原则排除冲突规范指引的外国法。2004 年铜川鑫光铝业有限公司与中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷上诉案<sup>④</sup>系最早认定我国管制立法具有直接适用资格的经典案例,其不仅克服了直接适用法制度的缺失,而且对于直接适用理由进行了较为充分的说明。即便如此,其只是强调规范背后存在的重大公共利益,<sup>⑤</sup>维护当事人对适用法的合理预期则完全未被考虑。《〈法律适用法〉解释(一)》第 8 条也至多限制了涉及公共利益的

<sup>①</sup> 法院应当综合法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等,综合认定强制规范的类型。

<sup>②</sup> 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

<sup>③</sup> See David St. L. Kelly, *Localising Rules in the Conflict of Laws* 88-89 (Woodley Press 1974).

<sup>④</sup> 参见铜川鑫光铝业有限公司与中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷上诉案,广东省高级人民法院[2004]粤高法民四终字第 6 号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见铜川鑫光铝业有限公司与中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷上诉案,广东省高级人民法院[2004]粤高法民四终字第 6 号民事判决书。

情形,再结合《法律适用法》第4条的措辞,可以认为法官必须适用我国的直接适用法,不存在裁量的可能性。关于该问题,最高人民法院民四庭负责人认为,此规定一定要适用于涉外民事关系。强制规范的直接适用与公共秩序保留条款,都是排除外国法适用的制度,故不能滥用。<sup>①</sup>然而这只是从维护冲突法作用机制的价值层面上考虑的,于立法和司法解释条文内容的本身不能得出这一结论,更无法说明《〈法律适用法〉解释(一)》第8条引入利益平衡方法。

## (2)自由裁量权的赋予

作为利益平衡的前提,直接适用法的判断必然伴随自由裁量权。目前以《罗马条例I》第9条第3款为代表的外国直接适用法制度都规定了自由裁量的条件,即应考虑其性质、目的以及适用或不适用所发生的后果。根据罗马法学者的观点,<sup>②</sup>当法院地的强制规范具有直接适用法的资格,即使案件在法院地没有产生实质影响,也应无条件地赋予其适用上的优先地位。而根据1966年荷兰最高法院审理的Alnati案<sup>③</sup>确立的原则,只有直接适用法的目的能够在个案中得以增进,才能做出适用的决定,<sup>④</sup>故应当给予法官一定的自由裁量权。<sup>⑤</sup>

以《法律适用法》第4条、《〈法律适用法〉解释(一)》第8条为代表的我国直接适用法制度从字面上理解为法官必须适用,但在实践中必须赋予法官裁量的权力。<sup>⑥</sup>严格依据适用制度的措辞,只要符合其列举的部门领域并满足适用范围,即必须以适用,则会给法官自由裁量增大难度。<sup>⑦</sup>当法院地存在使合同无效的规则,《罗马条例I》第9条授权法院地界定适用此类实体规则的利益,并权衡其他影响法律选择的考量因素,如支持当事人期待的基本政策、国际贸易的顺利开展、法律的确定性以及准据法所要达到的结果一致性,从而最终决定是否要给予认定合同无效的利益以优先效力。<sup>⑧</sup>由此,需要综合平衡法院地国的利益、准据法所属国的利益以及当事人

① 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》,http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sjgd/201301/t20130106\_181593.htm。

② See Th. M. De Boer, *The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts: A Methodological Perspective*, 54 *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 59 (1990).

③ See Van Nievelt, *Goudriaan & Co's Stoomvaartmij N. V. v. N. V. Hollandsche Assurantie Sociëteit and Others*, Hoge Raad, 13. 5. 1966, NJ, (1967), No.3, 16. 该案的介评,参见 J. E. J. Deelen, *Private International Law: Carriage of Goods by Sea*, 15 *Netherlands International Law Review* 82-86 (1968).

④ See Seyed Nasrollah Ebrahimi, *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations* 349 (Athena Press 2005).

⑤ See Peter Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community* 262 (Aldershot 1993).

⑥ 中国国际私法学会于2010年1月在北京拟定的《法律适用法》草案第5条第3款将规范的性质、目的和适用后果作为一切直接适用法适用所要考虑的因素。

⑦ 参见申婷婷:《国际私法中的强制性规则:源流、立法与实践》,《法学杂志》2018年第8期,第129页。

⑧ See Peter Stone, *EU Private International Law* 342 (Edward Elgar 2010).

的利益之后才能做出是否适用的决定。虽然应优先考虑法院地国的利益,但无须过于推崇,否则会导致直接适用法制度的滥用。

### (3) 比例原则的适当运用

当法院地的直接适用法与外国准据法发生冲突时,需要根据比例原则做出法律适用上的权衡。该原则为公法适用的谦抑性考虑,即公法的适用不能超过其追求的目标,多针对国家机关的自由裁量。<sup>①</sup>反映在公法作用私人交易的机制上,谨慎运用比例原则可以解决公益需要和私益维护二者之间的矛盾,合同的有效与否应根据个案的具体情形判断。<sup>②</sup>如能通过公法制裁即可实现管制目的,则没有必要施加民事责任。

在冲突法层面,是否符合比例原则是判断适用直接适用法的重要前提。首先,对意思自治的限制必须追求正当目的。这不仅要确定强制规范所保护的利益,还要运用比例原则分析强制规范的适用是否与其本身的政策目标以及所维护的公共利益成比例,<sup>③</sup>只有在必要时才可以限制准据法的作用。况且直接适用法只在自身支配的问题优先适用,除此之外的事项仍由准据法决定,否则即超出比例原则的限度<sup>④</sup>。其次,直接适用法的最终适用还需要法官运用比例原则平衡直接适用法所维护的公益、准据法所属国的利益以及当事人的利益。如交易自身并不违法,只是周边情况存在不合法的情形,为保护当事人的合理期待,不会单纯因为合同违反直接适用法而否定其效力。我国一些法院在审理涉外案件时尚缺乏此种意识,但在比较法层面已经不乏实践。在 Euro-Diam 案<sup>⑤</sup>中,为逃避德国的税收征管法,买卖双方在购买珠宝合同中约定使用虚假价值的发票。由于违法性与交易过于遥远(remote),该违法情形不影响以合理价值对该案标的物投保的保险合同的效力。与此案相反,在 Kulturgüterfall 案<sup>⑥</sup>中,投保人为一批违反尼日利亚出口管制法的文物投保,法院认为,运输途中因意外造成的损失不构成向保险人索赔的依据,认定保险合同无效符合比例原则,否则投保人能够获得不法交易带来的利益。

如上两种比例原则虽有不同,但不易区分。其一,前者更注重规范所属国的意图。如超出强制规范限定的适用范围,或其不希望否定合同的效力或可补正,则不存在直接适用的理由;其二,即使是希望适用,仍要借助比例原则综合考虑法院地国以及准据法所属国的利益,且特别强调实施手段对所达成目标的合理性。<sup>⑦</sup>总之,比例原则于直接适用法判断上最终表现为公益和私益的冲突,只是在处理国际民商

① 参见黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,《法制与社会发展》2012年第4期,第47页。

② 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期,第163页。

③ See Jan-Jaap Kuipers, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations* 82 (Martinus Nijhoff Publishers 2011).

④ 强制性规定的直接适用仅仅导致准据法中与该规定相冲突的法律的排除适用,参见广东省高级人民法院[2004]粤高法民四终字第6号民事判决书。

⑤ See *Euro-Diam Ltd v. Bathurst*, [1990] 1 QB 1.

⑥ See 59 BGHZ 83(1972) (F.R.G.), 59 BGHZ 1 (F.R.G.). BGHZ 59, 82, 85 = NJW 1972, 1575.

⑦ See R. Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, 361 *Recueil des Cours* 180 (2012).

事纠纷时所考虑的情况更为复杂。

### 三、转介条款对强制规范的解释范围与直接适用法的判断

根据制裁方式的不同,罗马法时期的民法学者将立法区分为违反时行为无效的完全法和违反时未规定无效或制裁的不完全法。<sup>①</sup>在合同违反强制规范的效力问题上,已经明确其违反将导致合同无效的完全法不需要援用转介条款发挥强制规范解释的功能。反映在冲突法层面,就转介条款在直接适用法判断问题上所能发挥作用的解释范围,关键在于区分完全法和不完全法。

#### (一)完全法与直接适用法的判断

基于实体法的视角,并非所有能导致合同无效的强制规范都需要借助转介条款实现自身的适用。基于文义解释,那些已然规定违反后果的强制规范不必借助转介条款。在比较法上也可以得出这一结论。德国《反限制竞争法》第1条“禁止限制竞争协议”规定被认为属于完全法的范畴,无须《德国民法典》第134条加以解释。该条的真正意义是针对不属于民法领域且仅规定民法之外制裁措施的法律禁止。<sup>②</sup>这说明只要强制规范是完全法,在满足法律的适用范围条款的前提下,则必然发生合同无效的后果。此外,美国《第二次合同法重述》第178条和综合两大法系做法的2010年版《国际商事合同通则》第3.3.1条都认为,只有在强制规范没有明确违反发生的私法后果时,才存在经由转介条款解释合同效力的可能。

在冲突法层面也是如此,即无论准据法如何规定,都不影响构成完全法的法院地的直接适用法在涉外案件中的适用。在我国,规定未经国家有关主管部门批准、登记的对外担保合同无效的《〈担保法〉解释》第6条是其中的代表。起初,对外担保人根据《外汇管理条例》须向外汇管理部门履行报批义务,作为配套的《境内机构对外担保管理办法》明确认为未经审批的对外担保无效。由于《〈合同法〉解释(一)》的存在,作为部门规章的《境内机构对外担保管理办法》对合同效力的规定不能证明完全法的存在。不过,《〈担保法〉解释》认可了未经审批的对外担保合同无效的做法,而司法解释在我国实际上具有法律的地位,从而可以作为此类案件的裁判依据。

法院在《法律适用法》颁布后很长时间仍坚持这一解释,并援引《法律适用法》第4条直接适用之,不存在任何裁量的可能。此种立法预先设计可能是过度的,从而与转介条款对强制规范的解释发生冲突。以外商独资企业自行提供对外担保为例,此种担保不需要审批,而只要事后登记。此种登记服务于金融统计的功能,未关系到我国的重大公共利益。最高人民法院曾在星花投资服务有限公司与杭州金马房地

<sup>①</sup> 参见孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,《法商研究》2006年第5期,第122页。

<sup>②</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第645页。

产有限公司等债务及担保合同纠纷上诉案<sup>①</sup>中突破了《〈担保法〉解释》的规定,认定此未经登记的情形仅应受到行政处罚,担保合同有效。《〈合同法〉解释(二)》第 14 条提出了效力性与管理性强制规范的区别,这本应该强化上述认识,但实际并非如此。在香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店(深圳)有限公司等借款合同纠纷上诉案<sup>②</sup>中,最高人民法院推翻了上海高院的一审判决,再次强调此类纠纷仍应严格适用《〈担保法〉解释》第 6 条,即法院应审查对外担保是否在国家外汇管理局登记,未登记即无效。

此案一审判决<sup>③</sup>援引了《〈合同法〉解释(二)》第 14 条,认定对外担保未办理担保登记的仅是影响其对外履行义务,不影响合同效力,而且未将之限于外商独资企业提供对外担保的特别情形。因此,对外担保合同以批准为生效前提,是否办理登记不涉及对外担保合同的效力判断。另外,该判决还试图将《〈合同法〉解释(二)》和《〈担保法〉解释》进行一致解释,即认为涉案抵押不属于《〈担保法〉解释》第 6 条的情形。上述两个法院认识的不一致说明《〈担保法〉解释》第 6 条的完全法地位存在疑义。虽然其仅仅针对担保合同,某种程度构成特别法,但其对公私法的认识无法满足转介条款的解释。根据新法优于旧法的原则,理应为《〈合同法〉解释(二)》第 14 条所取代。

要注意的是,在我国全面深化改革的背景下,经济管制性法律的“立改废”处于不断变化中,同时也将进一步缩小强制规范的数量与范围,<sup>④</sup>直接适用法的判断也有改变。国家外汇管理局《跨境担保外汇管理规定》全面取消了对担保事前审批要求,所保留的事后登记规定也只服务于国际收支统计的功能。反映在未经审批对外担保合同效力问题上,深圳市前海合作区人民法院早在 2017 年刘某某案<sup>⑤</sup>中即重点论述对外担保合同的登记和备案等手续是管理性强制规范。虽然担保人进行内保外贷时仍应向外汇管理局履行登记或备案等手续,但《跨境担保外汇管理规定》第 29 条<sup>⑥</sup>已明确跨境担保的登记或备案等手续不再作为效力性强制规范,违反该管理性强制规范仅受行政处罚,无须超越合同准据法而直接适用。法院最终认定当事人未履行登记或备案手续不影响合同效力,从而不再援用《〈担保法〉解释》第 6 条。虽然

① 参见星花投资服务有限公司与杭州金马房地产有限公司等债务及担保合同纠纷上诉案,最高人民法院[2004]民四终字第 21 号民事判决书。

② 参见香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店(深圳)有限公司等借款合同纠纷上诉案,最高人民法院[2010]民四终字第 12 号民事判决书。

③ 参见香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店(深圳)有限公司等借款合同纠纷案,上海市高级人民法院[2009]沪高民四(商)初字第 2 号民事判决书。

④ 参见王文利:《强制性规范类型化的价值功能》,《南海法学》2017 年第 5 期,第 13 页。

⑤ The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited 与刘某某等金融借款合同纠纷案,深圳市前海合作区人民法院[2017]粤 0391 民初 1372、1373 号民事判决书。同见汇丰银行与利邦国际品牌有限公司等金融借款合同纠纷案,山东省高级人民法院[2022]鲁民终 173 号民事判决书。

⑥ 《跨境担保外汇管理规定》第 29 条规定:外汇局对跨境担保合同的核准、登记或备案情况以及本规定明确的其他管理事项与管理要求,不构成跨境担保合同的生效要件。

《跨境担保外汇管理规定》不满足转介条款下的法律、行政法规的位阶,但是,作为其制定依据的《外汇管理条例》中存在关于对外担保的审批和登记要求,从而契合《民法典》第153条第1款下不导致该民事法律行为无效的但书条款。作为该款的违法无效例外的具体表现,当出现《民法典》第502条第2款<sup>①</sup>合同需要办理审批的情形,无故拒绝履行报批义务的一方仍要承担违约责任。<sup>②</sup>考虑到如上实体法层面的变化,《〈担保法〉解释》第6条未被纳入新的担保法司法解释<sup>③</sup>当中。

然而《民法典》的出台又给通过转介条款的解释范围判断直接适用法带来新的困惑。其第850条<sup>④</sup>关于技术合同无效的“非法”即是我国相关公法<sup>⑤</sup>中的要求。从实体法的角度看,该规定直接明确了违法交易的后果,从而无须借助总则编第153条第1款中的但书条款<sup>⑥</sup>再行判断。从国际私法的角度看,其作为一项完全法不需要再进行直接适用法层面的分析。然而此种做法架空了转介条款应该发挥的功能,尤其违反比例原则,<sup>⑦</sup>不利于公益和私益的平衡。而且《民法典》第850条此类违反公法强制规范的私法效果规定会将直接适用法的寻找范围从我国行政法、刑法等公法领域扩及至民事实体法体系自身,从而动摇《民法典》作为冲突规范指引的准据法存在的地位,给涉外司法审判实践造成不必要的选法负担。总之,出于利益平衡的需要,立法在预设完全法时应保持必要的谨慎。

## (二)不完全法与直接适用法的判断

从实体法的角度,如果强制规范构成不完全法,即本身没有规定所能发生的私法效果,必须通过转介条款加以解释的方式判断其对合同效力的影响。反映在冲突法层面,当需要直接适用法院地强制规范时,面临的问题是应交由哪一国的转介条款解释。直接适用法是指该规范对合同效力的单独支配,还是仅仅作为法律禁止合

① 《民法典》第502条第2款规定:依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。

② 当然作为利益平衡的需要,此类合同效力的最终判定还要明确其是否存在实质违法情形以及考虑当事人的主观状态。

③ 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释》不再保留这一规定。

④ 《民法典》第850条规定,非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。该条文前身为《合同法》第329条。

⑤ 即《反垄断法》第68条、《技术进出口管理条例》第29条。2022年最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条亦有列举。

⑥ 与《民法典》第850条不同的是,认为合同违反反垄断法或其他法律、行政法规的强制规范无效的最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条在2020年修订后新增了如上但书条款。

⑦ 2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》要求法院在审理合同纠纷案件时,要依据《民法总则》第153条第1款和《合同法解释(二)》第14条,在慎重考量强制性规定保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质,并在裁判文书中充分说明理由。

同事实发生的判断依据? 这反映了是将直接适用法视为裁判规范还是行为规范的分歧。<sup>①</sup>前者不仅需要考虑是否存在法律禁止,而且也应承认该禁止对合同效力的影响;后者支配合同中涉及的不法性,但此种不法能否发生无效后果仍须由外国准据法体系中的转介条款判断。

### 1. 外国准据法所属国的转介条款

如果由外国准据法所属国的转介条款决定我国法院地的直接适用法发生何种私法效果,则此时会形成我国直接适用法和外国准据法并存的状态。当我国直接适用法要求合同必须经过批准,但没有规定未经批准对合同的后果,则需要根据冲突规范指引的外国准据法判定该条款的不生效是否影响整个合同的效力。<sup>②</sup>有学者主张,应由合同准据法决定不法的后果,如是否能在其他地域履行或者予以变更、解除。<sup>③</sup>如此一来,准据法不仅产生因直接适用法造成的合同无效后的财产返还等后果,而且决定对合同有关事实禁止所产生的私法效果。<sup>④</sup>从准据法全面支配包括合同无效在内的有效性事项的角度,似乎可以得出这一结论。

然而,此种做法割裂了一国直接适用法与该国转介条款的有机联系,不应推崇。其一,从利益的角度,外国准据法所属国未必与基础交易存在实质联系,即便适用该国转介条款仍不产生利益。其二,如果当事人选择某些过分有利于维护合同效力的外国法律体系,将达到规避我国直接适用法的目的。其三,一国私法体系当中的转介条款毕竟构成公法和私法的连接纽带,其参与国际交换的程度取决于各国对于合同违反法律禁止的处理能否达成共识。就现状而言,尚不能说已经在转介条款对强制规范的解释上达成一致。更何况准据法对合同有效性的支配更宜限制在中立型强制规范的范畴,如构成各国合同法基础内容的欺诈、胁迫、乘人之危等有关意思表示不真实、不自由的规定。总之,直接适用法的适用效果不能因当事人选择法律的不同而有所差异,否则将违反国家统一管制的意图,造成法律适用的不公。

### 2. 法院地国的转介条款

如果不选用外国准据法所属国的转介条款,则只能由作为法院地国的我国转介条款决定直接适用法产生何种私法效果。一方面,此时的法院地国构成强制规范的所属国,只有结合规范的意图才能决定其所禁止的内容及发生何种后果<sup>⑤</sup>;另一方

<sup>①</sup> See Ali Mezghani, *Méthodes de Droit International Privé et Contrat Illicite*, 303 *Recueil des Cours* 300 (2003).

<sup>②</sup> See Standinger Magnus, Art. EGBGB, Rn. 82. Kerstin Ann-Susann Schäfer, *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts* 116 (Peter Lang 2010).

<sup>③</sup> See Anathan Harris, *Mandatory Rules and Policy under the Rome I Regulation*, in Franco Ferrari (ed.), *Rome I Regulation* 312 (Sellier European Law Publishers 2009).

<sup>④</sup> 高橋宏司: 外国仲裁判断の取消訴訟は積極的意義を有しうるか——内国取締法規違反による取消しを中心に, *ワールドワイドビジネスレビュー*, 2009 第 10 卷(公開セミナー特集号), 226-228.

<sup>⑤</sup> 干预的强度由直接适用法决定,故只有禁止规范才能决定所禁止的内容及发生何种后果,在绝对必要时可否定合同效力。See Dieter Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 9 Eingriffsnormen, in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, hg., *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5. Aufl., C.H. Beck, 2010, Rn.54.

面,无论是从积极运用还是从消极防御的角度看,我国法院在涉外民事法律适用时都需要维护本地的公共秩序,这在转介条款解释强制规范进而判断直接适用法的过程中同样须发挥作用。反之,如认为直接适用法制度不具有此种解释功能,那么其仅仅起到提醒注意公私法冲突问题的作用,存在与否并无太大的实质价值,甚至可以为管制立法本身的适用范围条款所取代。

故《民法典》第153条第1款之类的转介条款虽不构成直接适用法,却应被纳入到《法律适用法》第4条当中,使之具有复合的选法功能。或许有人认为属于国际私法范畴的直接适用法制度只宜解决跨国意义的地域法冲突,至于公法如何影响私人关系应由各国的转介条款处理,二者存在先后顺序。这看似合理分配冲突法和实体法的功能,实则仍停留在冲突规范指引准据法所在法律体系的范畴,并未意识到作为单边主义复兴的直接适用法制度的特殊性。作为新的选法模式,其根据法律适用效果来决定选法过程,二者不能分割。直接适用法制度必然要承担我国转介条款的功能,以实现法律适用过程中的公法和私法、公益和私益的平衡。总之,作为一项有待司法引申的空白条款,直接适用法制度赋予我国直接适用法在冲突法层面的适用资格即完成其在实体法层面的适用结果,具有解决地域法冲突和公私法冲突的复合选法功能。

#### 四、结语

在《民法典》通过前后,民法学界对公私法冲突的研究如火如荼地开展,利益分析已成为常态,然而这在国际私法学界似乎没有引起太多的关注。言直接适用法,以往多从比较法的角度予以介绍,未深究该问题发生的根源。《法律适用法》第4条虽然确立了直接适用法制度,但如何解释这一条款却构成法教义学上的一道难题。经济管制立法在各国的出现使得强制规范通过何种途径作用于合同效力从一国法的范畴扩大到多国的地域法冲突,其必然波及涉外合同的法律适用,故有必要借助转介条款对强制规范的解释作为直接适用法的判断依据。

关于转介条款下强制规范的解释,国内民法对效力性强制规范和管理性强制规范的区分较以往求助于效力位阶的做法有所进步,但实际上是用判断的结果代替判断的过程。管制性强制规范在何种程度上介入私人生活应取决于在个案中如何运用比例原则来权衡其中涉及的公益和私益。类似的是,直接适用法是从涉外民事法律适用的角度对强制规范做出的分类。只有在具体案件中进行利益平衡之后,才能决定某一强制规范是否需要超越冲突规范的指引直接适用。然而,如果说国内民法立足于对转介条款的解释进而对解决公私法关系的命题有所建树,那么反映在冲突法上如何建构中国特色的直接适用法制度仍有待探索。民法学界不仅对强制规范的属性进行深度分析以及类型化处理,还根据强制规范在个案中的适用结果考虑公私利益的比例平衡。

总之,完备的直接适用法制度不仅需要系统构建管制性立法在冲突法层面的适用依据,还要从实体法角度对其严格加以限制。关于我国直接适用法的判断,未来



要注重从两方面着手:在理论层面,不宜将重心放在设计能直接给出答案的系统公式,而应阐明该问题需要考虑的诸多因素,从而为直接适用法提供更适当的判断标准;在实践层面,从事涉外民事审判的法官应具备宽广的国际视野,充分利用自由裁量应对可能涉及的公私法冲突问题,在维护我国重大公共利益和促进国际民商事交往之间寻求平衡。特别应出于互惠的需要,关注参与跨国法律交换为我国带来的现实及长远利益,避免直接适用法制度被滥用。

## **On the Interpretation of Mandatory Rules by Switch-over Clause and Judgment of Rules of Immediate Application**

**Abstract:** Rules of immediate application are the reflection of public mandatory rules in the level of conflict of laws. So when exploring the judging standards of rules of immediate application of China, it is necessary to draw a useful lesson from the influence of mandatory rules on validity of contracts. The interpretation of mandatory rules by switch-over clauses in resolving conflicts between public and private law have to play a special role. On the interpretation methods of mandatory rules by switch-over clauses, different from the rigid standard of legal hierarchy and standard of classification of norms which is answered by introducing another question, by entrusting judges with discretionary power, standard of balance of interest could use the proportionality test properly to well weigh the conflicts between public and private interest caused by rules of immediate application. On the scope of interpretation of mandatory rules by switch-over clauses, although the complete law doesn't need the aid of switch-over clauses any more in theory, it should be carefully handled. Because the arrangement in advance of the PRC law is excessive and conflicts with the general interpretation of switch-over clauses. The incomplete law should be decided by the switch-over clauses of forum on how to have a private law impact on contracts. On the whole, Article 153 Paragraph 1 of the Civil Code of the PRC itself does not constitute a rule of immediate application. Instead, it is included in the system of rules of immediate application which defined in the Act of the PRC on Application of Law to Foreign-Related Civil Relations, so that this system could have comprehensive functions on choice of law in both conflicts among territorial laws and conflicts between public and private law.

**Key words:** rules of immediate application; switch-over clauses; mandatory rules; conflict of laws; substantive law

(责任编辑:乔雄兵 钱静)