

直接適用的法制度與國際私法中的易混淆概念的辨析*

董金鑫

摘要：在中國的涉外司法實踐中，直接適用的法制度容易與公共秩序保留等概念發生混淆。直接適用法制度與公共秩序保留的差異，應特別注意從公益的實質內涵進行區別；與法律規避禁止的差異，在於是否要關注當事人的主觀狀態，以及針對的強制規範與法律衝突類型的不同；與單邊衝突規範相比，二者在結構和功能上存在類似之處，但只有前者才構成真正意義的單邊方法；與涉外合同法律適用的但書條款相比，後者是從法律關係出發，構成雙邊選法機制的例外；與統一民商事實體國際條約相比，二者都表現為無需衝突規範的指引而直接適用，但前者基於維護本國重大公益的要求，後者則是落實國際義務的結果。

關鍵詞：直接適用的法制度 公共秩序保留 法律規避禁止 單邊衝突規範 涉外合同法律適用的但書條款 統一民商事實體國際條約

On the Differentiation between the System of Rules of Immediate Application and Confusing Conceptions in Private International Law

Dong Jinxin

(School of Humanities and Law, China University of Petroleum [Huadong])

Abstract: In terms of the difference between the system of rules of immediate application and reservation of public order, our focus should no longer remains on the mechanism of functioning, but also the actual meaning of public interest. On the difference between the system of rules of immediate application and the ban of evasion of law, the attention is supposed to be paid not only on subjective states of parties, but also the different types of compulsory norms and conflict of laws that they are concerned with. The system of rules of immediate application and unilateral conflict rules share similarities in structure and function, yet, only the former can contribute to unilateral approach. Different from that rules of immediate application as an external restriction of proper law's dominant range, the notwithstanding clause on application of law of foreign-related contract contributes to the exception of the system of bilateral selection of law from the point of legal nexus. Although both the system of rules of immediate application and unified substantive international treaties on civil and commercial matters can be used directly without guidance of conflict rules, the former is supposed to meet the requirements of safeguarding fundamental public interest, while the latter is the result of implementation of international obligations.

Keywords: rules of immediate application, reservation of public order, institution of evasion of law, unilateral conflict rules, notwithstanding clause on application of law of foreign-related contract, unified substantive international treaties on civil and commercial matters

* 本文係教育部人文社會科學重點研究基地重大項目“中國國際私法中強制性規範的實證分析”（項目編號：15JJD820006）的階段性成果，同時受中央高校基本科研業務費專項資金（項目編號：19CX04018B）的資助。

收稿日期：2019年12月18日

作者簡介：董金鑫，中國石油大學（華東）文法學院法學系副教授、碩士生導師，國際法博士

所謂國際私法中的直接適用的法（*lois d'application immediate*），即國際性強制規範（*internationally mandatory rules*）¹，是指為維護一國在政治、社會、經濟與文化等領域的重大公共利益，無須多邊衝突規範的指引，直接適用於國際民商事案件的實體強制規範。²就傳統的選法體系而言，直接適用的法如不屬於衝突規範指引的準據法所在的法律體系，則沒有適用的可能。然而從現實的角度看，特別是在涉外合同領域，目前各國紛紛加強對經濟社會公共生活的管控，如反壟斷法、進出口管制以及外匯管制等，此種維護公共利益的管制性立法在涉外案件中的適用，不應由合同當事人選擇的準據法支配，而應在系統考察此類規範自身的性質、目的以及適用結果之後作出是否適用的決定。因此，有別於薩維尼式的雙邊衝突規範，直接適用的法的興起，意味着衝突法單邊主義選法模式的回歸。

對中國而言，早在2004年由廣東省高級人民法院審理的中國銀行（香港）有限公司與銅川鑫光鋁業有限公司擔保合同糾紛上訴案³，即認定對外擔保審批規定具有超越當事人選擇外域法適用的效力。2010年頒佈的《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》（以下簡稱《涉外民事關係法律適用法》）第4條正式確立了作為直接適用的法援用依據的直接適用的法制度，此類規範發生的範圍由最高人民法院於2013年發佈的《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《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋（一）》）第10條⁴加以界定，形成了較為全面的中國直接適用的法制度。

雖然目前國際私法學界對直接適用的法的研究方興未艾，但其中的問題也十分明顯。關於直接適用的法的判斷標準和發生領域，中國法院的態度並不統一，各地的作法大相逕庭。在《涉外民事關係法律適用法》頒佈以前，當對外擔保合同的當事人選擇外域法作為準據法時，中國法院往往援引公共秩序保留原則或法律規避禁止制度處理此類案件，從而排除外域法並適用中國的對外擔保審批規定。⁵在《涉外民事關係法律適用法》頒佈以後，各地法院仍相繼發生多起誤用、濫用直接適用的法制度的案件。⁶基於中國既往的司法實踐，直接適用的法制度特別容易與公共秩序保留原則、法律規避禁止制度、單邊衝突規範、涉外合同法律適用的但書條款以及統一民商事實體條約等國際私法概念的功能發生混淆。本文立足於中國現有的國際私法框架體系，結合國際私法選法方法上的差異，在理論層面分別進行辨析，希望能對直接適用的法的理論內涵予以明確，為在司法實踐中正確運用抽象的直接適用的法制度提供幫助。

¹ Hartley, T. C., "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach," *Recueil des Cours*, vol. 266, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 346.

² 關於此類規範特徵的詳細論述，可參見蕭永平、龍威狄：《論中國國際私法中的強制性規範》，《中國社會科學》2012年第10期，第107-118頁。

³ （2004）粵高法民四終字第6號。

⁴ 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。

⁵ 中國銀行（香港）有限公司訴湛江第二輕工業聯合公司、羅發、湛江市政府擔保糾紛案，（2004）粵高法民四終字第26號。

⁶ 參見董金鑫：《〈法律適用法〉中的強制性規定之界定》，《武大國際法評論》2014年第2期，第265頁。

一、直接適用的法制度和公共秩序保留原則的辨析

直接適用的法制度和公共秩序保留原則的關係，一直是國際私法中老生常談但又十分重要的話題。就二者的內在關係而言，以往的觀點多認為前者代表公共秩序保留原則的積極功能⁷，以至於法院地國的直接適用的法制度可以由該國的基本公共政策條款所涵蓋。對此，早在1861年意大利著名法學家孟西尼在提出法律適用的三原則時⁸，即將反映法院地公共政策的公法的屬地適用視為一項法律適用原則⁹，從而改變了將公共政策單純視為國際私法的一項例外的認識。另外，又如對中國大陸國際私法學界產生廣泛影響的中國台灣地區學者編寫的權威國際私法著作¹⁰認為，《法國民法典》第3條第1款¹¹基於公共利益對外國法適用的間接限制，發生公共秩序的積極效力。總之，公共政策不僅僅作為排除外國法適用的例外工具，還被賦予適用本國法的積極功能。¹²自此，那些包含重大公益而需要由自身確定適用要求的法律，長期籠罩在公共政策積極適用的光環之下，直到直接適用的法理論出現後才得以改變。由於中國的公共秩序和善良風俗在立法當中一直被表述為社會公共利益¹³，這更加劇了學者們對直接適用的法制度和公共秩序保留原則二者功能混同的擔憂¹⁴，故存在加以辨析的必要。

(一) 直接適用的法制度和公共秩序保留原則差異的表現

對此，德國當代著名國際私法學者巴斯多提出了較為系統的觀點，認為二者可以從如下方面進行區別：¹⁵

1. 發生領域不同

直接適用的法多發生在商事領域，特別是合同以及證券交易。公共秩序保留原則主要集中於人的身份領域，例如家庭、繼承領域的海牙法律適用公約，以及關於離婚和司法別居法律適用的《羅馬條例III》，確立了公共秩序保留原則，但都未對直接適用的法制度做出規定。不過多數國家在進行國際私法編纂時，都沒有將直接適用的法制度限於商事領域，而是作為法律選擇的一般原則。

⁷ Parra-Aranguren, G., “General Course of Private International Law – Selected Problems,” *Recueil des Cours*, vol. 210, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 122. 目前仍有學者認為公共政策條款涵蓋法院地直接適用法的適用。Siehr, K., “General Problems of Private International Law in Modern Codifications,” *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, 2005, p. 57.

⁸ Juenger, F. K., “General Course on Private International Law,” *Recueil des Cours*, vol. 193, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 164.

⁹ Parra-Aranguren, G., “General Course of Private International Law – Selected Problems,” p. 122-123.

¹⁰ 參見馬漢寶：《國際私法·總論分論》，台北：翰蘆圖書出版有限公司，2006年，第235-238頁；林益山：《國際私法與實例解說》，台北：台北大學法學叢書編輯委員會，2009年，第126頁。

¹¹ 有關警察與公共治安的法律，對於居住於法國境內的居民均有強行力。

¹² Ebrahimi, S. N., *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations*, London: Athena Press, 2005, p. 253. 此種積極適用從薩維尼的觀點即可得出，但孟西尼予以明確並融入國際私法體系中。

¹³ 目前，《中華人民共和國民法總則》用“公序良俗”取代“社會公共利益”作為法律行為無效的依據。

¹⁴ 參見林燕萍：《〈涉外民事關係法律適用法〉第4條及其司法解釋之規範目的》，《法學》2013年第11期，第72頁。

¹⁵ Basedow, J., “The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations,” *Recueil des Cours*, vol. 360, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 432-436.

2. 監管程度不同

公共秩序保留原則指引的多是國家、社會或某一法律領域的基本秩序，而直接適用的法的援用則往往表明具體的規則和監管優於普通衝突規範。這一論斷存在例外。如採用效果原則的《德國反限制競爭法》（*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB）整體上構成直接適用的法，而公共秩序保留原則可以演化為更為具體的情形，如確保當事人離婚的權利、對在本國舉行的婚姻必須登記的要求。

3. 適用範圍不同

直接適用的法可以包括明確的適用範圍，而公共秩序保留原則下的公共秩序具有一般性質，並沒有明確其屬地或屬人的聯繫。但直接適用的法的適用範圍更多需要對立法的目的進行解釋，從而類似於公共秩序保留原則的運用。要注意的是，無論公共秩序保留原則還是直接適用的法，最終都需要案情與法院地存在聯繫。只有維護基本人權的普遍價值才可能超越地域的限制，從而通過公共政策保留的方式在法院地國適用。

4. 表現形式不同

區別於直接適用的法，除了制定法和案例法中的成文規則之外，公共秩序還包括每個法律體系中最為重要的非成文規則。從歷史的角度看，這反映了制定法和判例法逐漸增多的趨勢。許多法律原則一開始是非成文的，直到因外國法的適用，人們才意識到它的存在。但此種情形十分少見，即使那些普遍承認的原則，目前也大多已經成文化。

（二）直接適用的法制度和公共秩序保留原則的實質區別

雖然以上觀點大致可以勾勒出二者的差異，但我們不應停留在作用機制上的比較¹⁶，而應注意從實質內涵上進行區別。就其特殊性質而言，直接適用的法與國家行政機構的公共功能密切相關。追求一國特別目標的條款，並非為確保基本的道德觀念和正義原則，而是表現為國家出於維護經濟秩序和社會福利的目的對某些私人活動的監管。¹⁷ 由此，作為直接適用的法之判斷標準的公共利益，更確切的說是國家利益，特別反映在國家對具體部門領域的監管，是立法推行的過程；而作為外國法管控機制的公共秩序保留原則，則更多表現為一國的道德觀念或法律原則，偏向於公序良俗的範疇，與一國社會環境、傳統習慣以及大眾觀念密不可分，需要法官在司法實踐中加以認定。

然而，這種區分畢竟是一種理想的狀態。從衝突法的角度看，現實中如果一國沒有直接適用的法制度，則其功能仍主要通過公共秩序保留原則來完成。從實體法的角度看，當“代孕”等不道德的協議需要在中國被認定為無效時，那麼在通過新的立法規制之前，法院只能援用公序良俗原則予以否定，這反映了國家法與民間法之間的互動。即使已經為法律明確禁止，是選擇具體法律禁止還是公序良俗作為評判依據，也往往取決於法官個人的偏好。故在合同領域，二者反映了因法律禁止

¹⁶ 除了主動和被動機制外，二者其他作用機制的細微差異如下：其一，根據有些國家的實踐，公共秩序保留的結果未必總是倒向法院地法；其二，法院地不會考慮第三國的公共秩序；其三，公共秩序的改變具有追溯效力。See Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 206.

¹⁷ See Ebrahimi, S. N., *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations*, p. 191.

而產生的不法（*malum quia prohibitum*）與違反公序良俗此種本質不法（*malum in se*）¹⁸是否要統一的爭論，即如何看待《中華人民共和國合同法》第52條第4項和第5項的關係。一旦合同違反法律和不道德的規定在實體法上二元並立¹⁹，無論是對國內案件還是對涉外案件，都應盡量尋求明確的法律禁止依據，避免對抽象原則的過分依賴。

由此，與《中華人民共和國合同法》第52條第4項和第5項相互對應，《涉外民事關係法律適用法》第5條和第4條可以在衝突法上實現選法功能的良好劃分，在各自領域內發揮限制外國法適用的效果。此時，《中華人民共和國合同法》第52條第5項與《中華人民共和國民法總則》第153條下的法律、行政法規中的強制性規定²⁰構成潛在的《涉外民事關係法律適用法》第4條下的直接適用的法，而《中華人民共和國合同法》第52條第4項能導致合同無效的社會公共利益並非直接適用的法。²¹ 後者只能在外國準據法判定合同有效的結果與中國社會公益嚴重不符時，通過《涉外民事關係法律適用法》第5條下的公共秩序保留原則排除外國法、並轉向中國法時才能適用。故就直接適用的法制度和公共秩序保留原則的關係看，應關注二者所希望援引的法院地規範在實體法的表現，盡量避免功能上的重疊。

最後，此種重疊特別容易發生於英國普通法下通過判例規則化了的公共政策情形。在Rousillon案²²中，共同住所都在法國的瑞士人與法國人在法國約定瑞士人不得在英國與法國人進行商業競爭，案件在英國法院審理。該協議依法國法有效，但違反英國的公共政策。英國法院認為不應該執行一項違反本國公共政策的合同，無論該合同在何處締結。如果一國法院僅僅因為合同在他國成立就應當執行，即使這樣做會違反本國的公共政策，那麼簡直是荒謬的。此時，禁止限制貿易的協議構成普通法下規範合同不法的確定規則，並非抽象的公序良俗。此類規則在國際私法層面的適用，到底要借助公共政策保留，還是構成直接適用的法，存在爭議。²³ 對此，作為起草歐共體《羅馬公約》工作組成員評述的《〈合同之債法律適用公約〉報告》²⁴認為，直接適用的法可以是制定法，也可以是判例法²⁵，傾向於直接適用之。

¹⁸ Van Hecke, G., "The Effect of Economic Coercion on Private Transactions," *Revue Belge de Droit International*, vol. 18, 1984-1985, p. 118; Van Hecke, G., "Foreign Public Law in the Courts," *Revue Belge de Droit International*, vol. 3, 1969, p. 67.

¹⁹ 有關違法和違反公序良俗的規定應該採用一元論還是二元論的爭議，參見謝鴻飛：《論法律行為生效的“適法規範”——公法對法律行為效力的影響及其限度》，《中國社會科學》2007年第6期，第138頁。

²⁰ 此種強制性規定主要限於“效力性強制規定”，參見2009年《〈合同法〉解釋（二）》第14條和《印發〈關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見〉的通知》第5條。

²¹ 《德國民法典》第138條被認為不構成直接適用法，否則與強制規範積極適用的性質矛盾。See Bělohávek, A. J., *Rome Convention - Rome I Regulation: Commentary: New EU Conflict-of-Laws Rules for Contractual Obligations*, New York: Juris Publishing, 2010, p. 1497.

²² Rousillon v. Rousillon, (1880) 14 Ch D 351 at 369.

²³ Collins, L. & et al., eds., *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (14th Edition)*, London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 26. But see Fawcett, J. J. & Carruthers, J. M., eds., *Cheshire, North & Fawcett Private International Laws (14th Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 736.

²⁴ Giuliano, M. & Lagarde, P. "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations," 31st October 1980, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML), retrieved on 18th July 2019.

²⁵ Giuliano, M. & Lagarde, P. "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations."

二、直接適用的法制度和法律規避禁止制度的辨析

另一個容易同直接適用的法制度混淆的，是國際私法上的法律規避禁止制度。從1878年法國最高法院審理鮑富萊蒙（Bauffremont）離婚案²⁶以來，禁止法律規避長期在歐陸國際私法²⁷佔據一席之地。²⁸ 法律規避（*evasion of law*），又稱僭竊法律（*fraude a la loi*）或欺詐性地設立連結點（*fraudulent creation of points of contact*），是指當事人故意製造某種連結點的構成要素，避開本應適用的強制性或禁止性規則，從而使得對自己有利的法律得以適用的行為。²⁹ 需要明確的是，此處以合法形式（製造或改變連結點）掩蓋非法目的（達到改變法律選擇結果從而避開對其不利的強制規範的適用）並非一項民法中的意思表示，不同於《中華人民共和國合同法》第52條第3款規制的民事法律規避行為（*Gesetzumgehung*），不存在是否有效的問題。同理，法律規避禁止制度是指當上述情況發生時，人為製造連結點的事實不發生當事人希望的法律選擇結果，即不具有法律選擇價值，從而構成衝突法上的選法矯正制度。

（一）當事人主觀狀態的關注與否

與直接適用的法制度看重法律適用對一國公益的重要影響這一後果不同，法律規避禁止制度更關注當事人在形成連結點事實時的主觀狀態，從而導致對此種人為製造或改變連結點事實的法律選擇結果的不予承認。如1999年《澳門民法典》第19條規定，對因存有欺詐意圖，以規避原應適用之準據法而造成之事實狀況或法律狀況，在適用衝突規範時，無須對該狀況予以考慮。然而這難以在當今的涉外合同法律適用領域立足。首先，合同當事人的選法行為構成特別法律行為，不屬製造連結點的情形。法律規避的應有之義是當事人不具有法律選擇的權利，這明顯與以意思自治為特徵的合同法律適用的基本原則相矛盾。故學理上認為，如果因某些特別重要的強制規範適用的緣故而需要限制合同當事人選法的效力，宜通過直接適用的法制度而非法律規避禁止制度完成。³⁰

在實踐中，自直接適用的法制度興起以後，極少有立法在確立直接適用的法制度的同時對法律規避禁止制度加以規定。³¹ 如前面提到的構成公約解釋權威依據的《〈合同之債法律適用公約〉報告》認為，《羅馬公約》第7條的直接適用制度，能夠直接挫敗當事人逃避準據法之外法律體系下的特別強制規範的意圖，故而不需要再行規定法律規避。³² 由於法律規避禁止制度在實踐中主要服務

²⁶ Cass. Civ. 18 mars 1878, S.1878.1.193. See Parra-Aranguren, G. “General Course of Private International Law – Selected Problems,” pp. 103-106.

²⁷ 在英美法系，除少數領域，法律規避禁止在國際私法上不具有重要地位。Fawcett, J. J., “Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law,” *Cambridge Law Journal*, vol. 49, no. 1, 1990, p. 44.

²⁸ 據本人不完全的統計，如下國家和地區曾在立法中明確設置法律規避禁止條款。亞洲：中國內地、中國台灣地區、中國澳門特別行政區、烏茲別克斯坦、吉爾吉斯斯坦、哈薩克斯坦、阿塞拜疆；歐洲：羅馬尼亞、比利時、匈牙利、葡萄牙、西班牙、白俄羅斯、前南斯拉夫、烏克蘭；非洲：塞內加爾、加蓬、突尼斯、阿爾及利亞；美洲：阿根廷、巴拿馬等。

²⁹ 參見蕭永平：《法理學視野下的衝突法》，北京：高等教育出版社，2008年，第154頁。

³⁰ Batiffol, H. & Lagarde, P, *Traité de Droit International Privé, I*, 8th éd., Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1993, p. 595.

³¹ 參見許慶坤：《我國衝突法中的法律規避制度：流變、適用及趨勢》，《華東政法大學學報》2014年第4期，第143頁。

³² Giuliano, M. & Lagarde, P. “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.”

於中國強行法的直接適用，在《涉外民事關係法律適用法》中已經被替代了。³³《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋（一）》第11條雖然重新加以規定，但要求只能由一方當事人作為製造連結點的方式規避中國法，故將其排除於合意選擇法律的領域。

（二）針對的強制規範類型的不同

除了是否要判斷當事人的主觀意圖之外，二者更關鍵的區別在於所面臨強制規範的類型不同，即規範是否由準據法支配。³⁴ 根據強制規範以及法律衝突的分類，直接適用的法乃是針對傳統私法之外的公法性強制規範，其發生衝突的領域主要指公私法之間的衝突，不能通過雙邊衝突規範交換；而法律規避禁止制度當中的強制規範理應由衝突規範支配，只是那些使用硬性連結點的衝突規範容易被當事人加以利用，從而改變連結點的指向。此類強制規範屬私法的範疇，本身能夠進行國際交換。中國立法一直強調法律規避的對象是法律、行政法規中的強制性規定，與直接適用的法的位階一致，進而容易發生混淆。儘管如此，隨着衝突規範的軟化處理（softing process）³⁵的興起，多層次、開放、柔性的連結點在中國國際私法立法上得以普遍採用，法律規避禁止制度能發揮作用的空間必將愈小³⁶，逐漸被拋棄。³⁷

（三）對直接適用的法的規避

既然作為一項衝突法制度的法律規避禁止制度乃是針對可以進行普遍交換的私法領域的強制規範，則不免存在如下疑問：那些要求直接適用的公法性強制規範，是否同樣存在被規避的可能？

從實體法的角度看，《中華人民共和國合同法》第52條除確立了違反法律、行政法規強制性規定的合同無效規則之外，還規定以合法形式掩蓋非法目的之合同無效，此處的非法同樣應限於《〈合同法〉解釋（二）》第14條的效力性強制性規定。³⁸《中華人民共和國合同法》第52條第3項³⁹本質上只是在重申第5項必須適用的要求，即此類強制性規定不能通過迂回的方式逃避。即便沒有此項規定，法官通過對強制性規定的目的解釋，也可以得出相同結論。

區別於上述反映掩蓋事實、改變定性等實體法上的法律逃避方式，當事人在國際私法層面可以通過衝突法上的方式，規避《中華人民共和國合同法》第52條層面的法律、行政法規強制性規定。

³³ 參見郭玉軍：《中國國際私法的立法反思及其完善——以〈涉外民事關係法律適用法〉為中心》，《清華法學》2011年第5期，第159頁（強制性規定不需要考察當事人主觀是否有法律規避的故意，只要規定本身具有強制性即可得到適用，因此可以替代法律規避制度的功能）。

³⁴ 參見徐崇利：《法律規避制度可否缺位於中國衝突法——從與強制性規則適用制度之關係的角度分析》，《清華法學》2011年第6期，第126頁。

³⁵ 參見徐冬根：《國際私法》，北京：北京大學出版社，2013年，第160頁；李雙元、張明傑：《論法律衝突規範的軟化處理》，《中國法學》1989年第2期，第112頁。

³⁶ 法定婚齡無可爭議構成中立型強制規範，從而能夠參與跨國交換。即使外國婚齡較中國更低，只要達不到援用公共秩序保留的程度，仍可得到中國法院的認可。然而，以往中國結婚的法律適用採用婚姻締結地作為惟一連結點，從而使得國籍和住所地皆為中國的當事人通過旅行婚姻的方式惡意規避婚齡的規定。在《涉外民事關係法律適用法》頒佈之後，考慮到該法第21條的複雜性，該問題不復存在。

³⁷ 《涉外民事關係法律適用法》實施後，存在由直接適用法制度取代法律規避禁止的趨勢。參見王騫宇：《直接適用的法之實踐檢視與理論反思》，《江西社會科學》2015年第5期，第172頁。

³⁸ 參見王軼：《民法總則法律行為效力制度立法建議》，《比較法研究》2016年第2期，第178頁。

³⁹ 其含義的爭議，參見朱廣新：《論“以合法形式掩蓋非法目的”的法律行為》，《比較法研究》2016年第4期。

特別當某一直接適用的法具有較為明確的屬地或屬人適用範圍，為擺脫此類規範的直接適用，當事人故意在該法域之外設置聯繫，如成立導管公司、虛擬交易地。此時，行使自由裁量權的法官必須進行探究，以期在強制規範內在的適用意圖和維護交易安全之間尋求平衡，以決定此時是否發生法律禁止的情形⁴⁰從而能否直接適用，故不需要單獨設置禁止規避直接適用的法的條款。

三、直接適用的法制度和單邊衝突規範的辨析

所謂單邊衝突規範，是指系屬直接指出國際民事關係應適用某國法、特別是內國法的衝突規範。⁴¹ 作為一國法本位主義的體現，單邊衝突規範在國際私法理論尚不發達的時期盛行。為應對實踐當中出現的糾紛，此種立法的不全面往往可以通過司法上的雙邊化進行補足。隨着國際私法立法的向前推進，目前單邊衝突規範已經不多見。

(一)理論分歧的解決

就直接適用的法制度和單邊衝突規範的關係，首先，有學者認為直接適用的法自身包含單邊衝突規範⁴²，如此一來它與其他規範都需要衝突規範的指引，其存在的必要性大打折扣⁴³；其次，二者在影響當事人的法律選擇方面具有類似的功能，即否認當事人所選擇法律的效力⁴⁴；另外，考慮到通常直接適用的法制度限於法院地法的範疇，而一國法下的單邊衝突規範也往往指向法院地法⁴⁵，更容易使人誤認為二者的結構和功能存在類似之處。

然從本體的角度看，包括單邊衝突規範在內的衝突規範都旨在解決不同國家的私法衝突，而直接適用的法則是跨國領域內公法介入私法關係的結果；從方法論的角度看，法律關係本座說採取立法演繹的方式對民事法律關係作系統分類，進而選取恰當的本座用以確定一類規則的適用，偶然出現的單邊衝突規範也是如此；作為國際私法真正意義上的單邊選法方法，直接適用的法制度則支配具體法律關係中的特殊方面，如合同因違法而發生的無效或不能履行問題。⁴⁶ 受案法官需要從單個規範的適用意圖出發，進一步歸納其是否構成直接適用的法。

⁴⁰ 如由於A國禁止向B國出口某種貨物，A國公司在無此種禁止的C國準備貨源或進行生產並出口至B國，是否違反此類禁止？或A國公司先將貨物從A國出口至C國，然後轉售B國，是否違反此類禁止？

⁴¹ 參見章尚錦、杜煥芳：《國際私法》，北京：中國人民大學出版社，2014年，第40頁。

⁴² Hartley, T. C., “Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach,” pp. 346-348.

⁴³ 中國學者也有此種看法，如謝石松：《論國際私法中的“直接適用的法”》，《中國國際法年刊》2011年卷，第441頁（所有的直接規範都需要間接規範的指引才能適用）。同見謝石松：《國際私法學》，北京：高等教育出版社，2007年，第73頁。此種觀點混淆了直接適用法和作為直接適用法判斷依據的適用範圍條款以及直接適用法制度，後者只是前者在衝突法上的反映，並非援用的充分依據，是否構成直接適用法由規範自身的性質和目的決定。

⁴⁴ 參見徐冬根：《國際私法趨勢論》，北京：北京大學出版社，2005年，第404頁。

⁴⁵ 選擇法院地法作為連結點的衝突規範與單邊衝突規範的性質類似，被稱為假性雙邊規範。參見沈涓：《法院地法的縱與限——兼論中國國際私法的態度》，《清華法學》2013年第4期，第168頁。只要訴訟在該國提起就必須適用的法院地強行法（compulsory rules）構成直接適用法的特殊形態。參見〔加〕威廉·泰特雷：《國際衝突法：普通法、大陸法及海事法》，劉興莉譯、黃進校，北京：法律出版社，2003年，第83頁。

⁴⁶ 根據《涉外民事關係法律適用法》第4條，中國外匯管理條例要求對外擔保需通過外匯管理機關的批准及登記，故判定作為國內法人的被告開平愛穎公司在為被告香港愛穎公司向境外公司即原告提供擔保的效力問題上，應直接適用中華人民共和國內地的法律規定。（2013）江開法民四初字第4號。

(二) 實踐爭議的處理

不僅在理論層面，它們在司法實踐當中的界限也有模糊之處。如規定在中華人民共和國境內履行的中外合資企業合同、中外合作企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，一律適用中國法的《中華人民共和國合同法》第126條第2款⁴⁷，形式上是單邊衝突規範，被認為反映了國家對中外合資、合營企業的管理權以及對本國自然資源的永久主權。⁴⁸ 其實，這僅針對《中華人民共和國中外合資經營企業法》《中華人民共和國中外合作經營企業法》《中華人民共和國對外合作開採陸上（海洋）石油資源條例》等單個法律文件中特殊公法性強制規範的適用，與直接適用的法制度相似。之所以出現此種問題，是因為傳統國際私法對直接適用的法的認識不足，故一國在立法時為了實現維護本國重大公益的強制規範的必須適用，只能借助單邊衝突規範的模式，對當事人法律選擇的邊界加以界定。的確，單邊衝突規範較之利用公共秩序保留原則或法律規避禁止制度排除外國法的適用更為清晰，然而為本國某些強制規範的適用而一概排斥外國法對特定法律關係支配，此種做法明顯缺乏針對性，超出了立法者的意圖，理應為直接適用的法制度所取代。

就此，作為《涉外民事關係法律適用法》第51條的補充，根據《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋（一）》第3條第1款的規定，《涉外民事關係法律適用法》與其他法律對同一涉外民事關係法律適用規定不一致的，適用《涉外民事關係法律適用法》的規定。⁴⁹ 由於《涉外民事關係法律適用法》沒有為上述合同的法律適用作特別規定，除了根據合同衝突規範的指引適用外，規範以上三類合同關係的強制性規定，只有在符合《涉外民事關係法律適用法》第4條的要求時才能直接適用。這說明《中華人民共和國合同法》第126條第2款事實上被取代。目前，中國法院處理中外合資經營企業股權轉讓糾紛時，已經習慣於援用《涉外民事關係法律適用法》第4條作為該領域的強制性規範的直接適用依據。⁵⁰

四、直接適用的法制度和涉外合同法律適用的但書條款的辨析

值得注意的是，在《涉外民事關係法律適用法》通過以前，中國內地有些法院在審理未經審批的對外擔保案件時，援用涉外合同法律適用的但書條款，作為中國的強制規範適用的依據。⁵¹ 此類條款如《中華人民共和國民法通則》第145條第1款、《中華人民共和國合同法》第126條第1款，在允許涉外合同的當事人選擇處理合同爭議的法律的同時，施加法律另有規定的例外。這是表明某些合同類型不允許當事人選擇法律，還是說明當事人選擇合同準據法的範圍應有所限制，即其是構成分割合同法律關係、還是分割合同適用法，並不清晰。

⁴⁷ 最早出現於原1985年《涉外經濟合同法》第5條第2款。

⁴⁸ 參見邵舜年、邵景春：《〈中華人民共和國涉外經濟合同法〉中的法律適用問題（中）》，《中國法學》1988年第2期，第112頁。

⁴⁹ 《票據法》《海商法》《民用航空法》等商事領域法律的特別規定以及知識產權領域法律的特別規定除外。

⁵⁰ 如（2012）滬一中民四（商）終字第S950號。在《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》未被《關於廢止1997年7月1日至2011年12月31日期間發佈的部分司法解釋和司法解釋性質文件（第十批）的決定》廢止前，法院往往同時援用了該規定第8條第4項。參見鄭振欣等訴恆發世紀有限公司合同糾紛案，（2013）民四終字第30號。

⁵¹ 法院一般同時援用公共秩序保留或法律規避禁止制度，（2012）民四終字第27號。

作為上述例外條款的細化，2007年原《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條第9款規定，中國法律、行政法規規定應適用中國法律的其他合同適用中國法。⁵² 此處法律、行政法規與《涉外民事關係法律適用法》第4條下強制性規定的位階一致。然而與其說法律、行政法規規定了某類合同必須適用中國法，不如基於自身的適用要求直接適用於特定的合同關係。此類規定只是直接適用的法制度不足時的權宜之計，不能說明其具有援引直接適用的法的一般功能。

在比較法上也曾有類似的實踐。在1939年發生的維他食品案⁵³中，承運人在英國紐芬蘭自治領的港口簽發將鮭魚從該地運往美國紐約的提單。實施《海牙規則》的1932年紐芬蘭《海上貨物運輸法》規定，任何在紐芬蘭簽發的提單都必須約定適用《海牙規則》。運輸責任的糾紛首先在同為英國領地的加拿大新斯科舍法院審理，後上訴到英國的樞密院（Privy Council）。該院認為，在滿足善意、合法且不違反公共政策的前提下，當事人選擇英國法的行為有效，從而在普通法上確立了當事人選擇合同自體法必須符合成文法的原則。

上述做法雖然有力推動了直接適用的法制度的發展，但在法理上卻混淆了法律適用邏輯的起點與終點。畢竟作為雙邊選法例外的但書條款從法律關係而非具體規範出發，仍不同於單邊選法方法，其更適合作為消費者保護法、勞動者保護法等特別私法（*sonderprivatrecht, parteischutzvorschriften*）⁵⁴ 中的保護性強制規範適用的依據。相反，作為準據法支配範圍外部限制的直接適用的法則突破了從法律關係的分類到連結點的選擇這一傳統雙邊選法模式，並非選法過程中的內在矯正，不能認為能導致合同無效的法律、行政法規中的強制性規定同樣要受制於以當事人選法為特徵的合同自體法。由此，《涉外民事關係法律適用法》第41條沒有包含此種含義模糊的但書條款。⁵⁵

五、直接適用的法制度和統一民商事實體國際條約的辨析

作為現代商人法的體現，統一民商事實體國際條約大多以統一各國民商法當中的任意性規範（*default rules, optional rules*）為目的，為當事人提供一套可供選擇的中立規則，如合同的訂立、權利和義務乃至履行中包括的不允許當事人選擇的規範多半為解決當事人之間的爭議，並非維護一國重大公益的直接適用的法。即便認為條約存在便利國際交易開展的公益，也與直接適用的法下的公益類型大相徑庭。⁵⁶

⁵² 為更多種類的合同必須適用中國法留下餘地，似有濫用強制性法律之嫌。參見沈涓：《法院地法的縱與限——兼論中國國際私法的態度》，第160頁。

⁵³ *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1939] A.C.277 (P.C.).

⁵⁴ Bonomi, A., “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations,” *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, p. 291.

⁵⁵ 雖然從邏輯和體系安排上，關於勞動者和消費者合同法律適用的《涉外民事關係法律適用法》第42、43條構成41條的例外。

⁵⁶ 有學者將《瑞士聯邦國際私法法規》第49、93、118、134、194條分別規定可直接適用1973年《關於扶養義務法律適用公約》、1961年《關於遺囑處分方式法律適用公約》等統一衝突法條約的情形視作直接適用的法的範疇。參見張仲伯：《國際私法學》，北京：中國政法大學出版社，2012年，第6頁。類似的是，此類瑞士參與的衝突法公約的直接適用仍然是該締約國履行國際法義務的緣故，真正發揮作用的還是衝突規範，並非國際私法層面的直接適用的法問題。

(一) 直接適用的法制度和對一國生效的統一民商事實體國際條約的辨析

就那些對一國生效的統一民商事實體國際條約而言，此類能納入國內法律體系、進而調整涉外民商事關係的國際條約，與直接適用的法的適用方式類似。首先，二者都無需衝突規範的指引，故容易發生混淆。在上海伽姆普實業與Moraglis S. A.承攬合同糾紛上訴案⁵⁷中，為適用《聯合國國際貨物銷售合同公約》的規定，上海高級人民法院即援引了《涉外民事關係法律適用法》第4條作為適用依據。如果說基於該公約的實質條款的任意性而容易與直接適用的法相區別，那麼，那些包含最低責任限制規定的海上貨物運輸領域的國際條約與直接適用的法的關係更加微妙。單從字面的角度理解，統一民商事實體條約乃是真正意義的“國際私法”，則其中的強制規範構成調整涉外民商事關係的“國際強制規範”。但此類條約的直接適用非基於衝突法上的特殊考慮⁵⁸，締約國法院無須考慮統一民商事實體條約中的強制規範是否構成直接適用的法，而只需援用一國關於國際條約和國內法關係的法律適用條款即可。如《民法通則》第8章“涉外民事關係的法律適用”第142條第2款“國際條約優先適用”的規定。⁵⁹ 該條款為《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋（一）》第4條所肯定，在《涉外民事關係法律適用法》的背景下會繼續發揮效力。

其次，雖然根據適用法的一般邏輯，作為承擔國際法義務的結果，已經生效的國際條約應當優於一切的國內選法機制，但在直接適用的法支配的正是統一民商事實體國際條約所力有未逮之處。以《聯合國國際貨物銷售合同公約》為例，該公約第6條強調其不關注合同以及任何條款以及慣例的效力，而後者恰恰是具有公法性質的直接適用的法經常發揮作用的領域。所以應澄清的是，由於統一民商事實體國際條約在其適用範圍內與衝突規範發生私法上的替代效應，認為直接適用的法無須衝突規範指引是不全面的，它的適用同樣不受統一民商事實體條約的影響⁶⁰，無論在法院地國是否生效。總之，由統一民商事實體條約支配的合同，同樣存在監管立法的適用問題，故直接適用的法發揮作用的範圍較合同自體法更加寬泛。

(二) 直接適用的法制度和未對一國生效的統一民商事實體國際條約的辨析

就那些未對一國生效的統一民商事實體國際條約，理論上法院應根據規範自身的目的、意圖，來認定此類條約當中的強制規範是否構成非本國法下的直接適用的法，然實際的情形更為複雜。以中國為例，《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋（一）》第9條首次介入未對中國生效條約的適用問題。⁶¹ 此規定是將未生效的條約內容併入到合同準據法當中，還是認為其具有準據法的資格，眾說紛紜。⁶² 的確，關於未對中國生效的統一民商事實體條約當中的任意規範，從適用的最終效果看，

⁵⁷ (2012)滬高民二(商)終字第4號判決書。

⁵⁸ 參見林燕萍：《〈涉外民事關係法律適用法〉第4條及其司法解釋之規範目的》，第71頁。

⁵⁹ 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的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。

⁶⁰ 又如能夠起到補缺作用的《國際貿易術語解釋通則》等國際商事慣例。

⁶¹ 當事人在合同中援引尚未對中華人民共和國生效的國際條約的，人民法院可以根據該國際條約的內容確定當事人之間的權利義務，但違反中華人民共和國社會公共利益或中華人民共和國法律、行政法規強制性規定的除外。

⁶² 參見王慧：《論我國涉外民事關係法律選擇方法的構建基礎與體系展開》，《法學評論》2015年第5期，第56頁。

是併入（incorporated）合同準據法當中、還是本身具有準據法資格，二者差別不大，最終都構成當事人約定的一部分，並無實質的差異。但就不容當事人選擇的強制規範而言，如視為併入，則作為當事人的合意不得違反合同準據法下的任何強制規範；而一旦認為自身具有準據法的資格，則此類條約當中的強制規範原則上仍將得到適用，即使與中國法下的強制規範的內容不同。

從現實的角度看，援用對中國未生效條約的情形更適合作為當事人選擇的合同準據法，從而在中國直接適用的法支配範圍外、且不違反公共利益的情況下發生效力。以海上貨物運輸合同為例，中國雖然未加入《海牙規則》《維斯比規則》《漢堡規則》等任一海事提單領域的統一實體條約，但司法實踐對當事人在提單中自願選擇此類條約為合同準據法的做法多持積極肯定態度⁶³，即便其關於海事責任賠償限制的規定與《中華人民共和國海商法》⁶⁴中的強制性規範不同。另外，《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋（一）》第9條下的“法律、行政法規的強制性規定”究竟指哪類強制規範？根據《中華人民共和國合同法》第52條第5項，違反法律、行政法規的強制性規定的合同無效。⁶⁵ 合同當事人選擇的法律，包括選擇未生效的民商事實體條約的情形，可以支配一般性的強制規範的適用，但並不影響那些《中華人民共和國合同法》第52條第5項下的法律、行政法規的強制性規定的適用。

六、結語

綜上所述，無論在直接適用的法制度的理論構建上，還是在司法適用的實踐中，區分其與公共秩序保留原則、法律規避禁止制度、單邊衝突規範、涉外合同法律適用的但書條款以及統一民商事實體條約的關係，都具有極其重要的價值，事關對其功能定位的正確認識。對它們之間的差異，不能只見樹木、不見森林。作為跨國交易背景下經濟管制立法大量出現所引發的公私法衝突的結果，《涉外民事關係法律適用法》第4條的條文表述看似十分簡單，卻代表着一種完全不同以往的國際私法選法方法。故上述概念與直接適用的法制度雖然在具體運用當中有類似之處，但在法學方法論上存在本質區別，其與直接適用的法制度的關係，可以通過以下表1顯示：

表1 不同制度的比較

| 比較範疇 | 作用領域 | 選法方法 | |
|-----------|-------|-------|--------|
| 直接適用的法制度 | 公私法衝突 | 衝突法方法 | 單邊選法方法 |
| 傳統衝突規範 | 私法衝突 | | 雙邊選法方法 |
| 統一民商事實體條約 | 私法衝突 | 實體法方法 | |

公共秩序保留原則、法律規避禁止制度、單邊衝突規範以及涉外合同法律適用的但書條款，雖然表現為國際私法雙邊選法模式的例外，但所針對的仍然是各國私法間的適用衝突，不僅無法充分實現要求單邊適用的直接適用的法的意圖，更無法在適用過程中充分權衡所屬國家之間、當事人之

⁶³ 美國總統輪船公司與菲達電器廠、菲利公司、長城公司無單放貨糾紛再審案，（1998）交提字第3號。2012年《涉外商事海事審判實務問題解答（一）》第39條。

⁶⁴ 又見《最高人民法院關於審理海事賠償責任限制相關糾紛案件的若干規定》。

⁶⁵ 又如《中華人民共和國民法總則》第153條規定，違反法律、行政法規的強制性規定的民事法律行為無效，但是該強制性規定不導致該民事法律行為無效的除外。

間以及國家和私人之間的利益。⁶⁶ 具體而言，就直接適用的法制度與公共秩序保留原則的差異，不應停留在作用機制上的不同，而應特別注意從公益的實質內涵進行區別；就直接適用的法制度與法律規避禁止制度的差異，不僅在於是否要關注當事人的主觀狀態，更在於二者所針對的強制規範以及法律衝突類型的不同；直接適用的法制度與單邊衝突規範在結構和功能上存在類似之處，但只有前者才構成真正意義的單邊方法；與直接適用的法作為準據法支配範圍的外部限制不同，涉外合同法律適用的但書條款從涉外民事法律關係的自身出發，構成薩維尼式的雙邊選法機制的例外。而統一民商事實體國際條約作為一種直接解決各國私法衝突的實體法方法，在對一國生效的情況下，雖然也表現為無需衝突規範的指引而直接適用，但這是落實國際法義務的結果，並非基於維護本國重大公益的要求。更何況無論統一民商事實體條約是否對一國正式生效，都無法發揮該國直接適用的法制度的功能，故二者宜在各自的領域內發揮作用。

參考文獻 References：

- 王軼：《民法總則法律行為效力制度立法建議》，《比較法研究》2016年第2期，第171-181頁。Wang, Y., "Legislative Proposals for Validity System of Juristic Acts in General Provisions of Civil Law," *Journal of Comparative Law*, no. 2, 2016, pp. 171-181.
- 王慧：《論我國涉外民事關係法律選擇方法的構建基礎與體系展開》，《法學評論》2015年第5期，第50-59頁。Wang, H., "Foundation and System of the Choice-of-Law Approaches for Foreign-related Civil Relations in China," *Law Review*, no. 5, 2015, pp. 50-59.
- 王騫宇：《直接適用的法之實踐檢視與理論反思》，《江西社會科學》2015年第5期，第169-173頁。Wang, Q., "The Practical Review and Theoretical Reflection of Directly Applicable Law," *Jiangxi Social Sciences*, no. 5, 2015, pp. 169-173.
- 朱廣新：《論“以合法形式掩蓋非法目的”的法律行為》，《比較法研究》2016年第4期，第162-178頁。Zhu, G., "On Juristic Act Whose Illegitimate Purpose Concealed under the Guise of Legitimate Acts," *Journal of Comparative Law*, no. 4, 2016, pp. 162-178.
- 李雙元、張明傑：《論法律衝突規範的軟化處理》，《中國法學》1989年第2期，第112-188頁。Li, S. & Zhang M., "On the Softening of Law Conflict Norms," *China Legal Science*, no. 2, 1989, pp. 112-118.
- 沈涓：《法院地法的縱與限——兼論中國國際私法的態度》，《清華法學》2013年第4期，第156-175頁。Shen, J., "Vertical and Limitation of the Court's Local Law—Also on the Attitude of China's Private International Law," *Tsinghua Law Journal*, No.4, 2013, pp. 156-175.
- 林益山：《國際私法與實例解說》，台北：台北大學法學叢書編輯委員會，2009年。Lin, Y., *Private International Law and Case Studies*, Taipei: Taipei University Law Books Editorial Board, 2009.
- 林燕萍：《〈涉外民事關係法律適用法〉第4條及其司法解釋之規範目的》，《法學》2013年第11

⁶⁶ 對法院地直接適用法制度而言，其擴展了排除外國準據法的可能，從效果上發生替代公共秩序保留和法律規避禁止的效應，構成法院地國法律適用領域的“新安全閥”。

- 期，第66-73頁。Lin, Y., “Article 4 of the Law on the ‘Applicable Law of Civil Relations Concerning Foreign Countries’ and the Normative Purpose of its Judicial Interpretation,” *Law Science*, no. 11, 2013, pp. 66-73.
- 邵舜年、邵景春：《〈中華人民共和國涉外經濟合同法〉中的法律適用問題（中）》，《中國法學》1988年第2期，第112-116頁。Shao, S. & Shang, J., “The Application of the Law of Economic Contracts Concerning Foreign Elements of china (II),” *China Legal Science*, no. 2, 1988, pp. 112-116.
- 徐冬根：《國際私法》，北京：北京大學出版社，2013年。Xu, D., *Private International Law*, Beijing: Peking University Press, 2013.
- 徐冬根：《國際私法趨勢論》，北京：北京大學出版社，2005年。Xu, D., *Trends in Private International Law*, Beijing: Peking University Press, 2005.
- 徐崇利：《法律規避制度可否缺位於中國衝突法——從與強制性規則適用制度之關係的角度分析》，《清華法學》2011年第6期，第122-131頁。Xu, C., “Is the Legal Evasion System Missing in China’s Conflict Law: Analysis from the Perspective of the Relationship with the Applicable System of Mandatory Rules,” *Tsinghua Law Journal*, no. 6, 2011, pp. 122-131.
- 馬漢寶：《國際私法·總論分論》，台北：翰蘆圖書出版有限公司，2006年。Ma, H., *Private International Law General Discussion*, Taipei: Hanlu Book Publishing Co. Ltd., 2006.
- 張仲伯：《國際私法學》，北京：中國政法大學出版社，2012年。Zhang, Z., *Private International Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2012.
- 章尚錦、杜煥芳：《國際私法》，北京：中國人民大學出版社，2014年。Zhang, S. & Du, H., *Private International Law*, Beijing: China Renmin University Press, 2014.
- 許慶坤：《我國衝突法中的法律規避制度：流變、適用及趨勢》，《華東政法大學學報》2014年第4期，第137-144頁。Xu, Q., “Legal Avoidance System in China’s Conflict Law: its Changes, Application and Trends,” *Journal of the East China University of Political Science and Law*, no. 4, 2014, pp. 137-144.
- 郭玉軍：《中國國際私法的立法反思及其完善——以〈涉外民事關係法律適用法〉為中心》，《清華法學》2011年第5期，第155-167頁。Guo, Y., “The Legislative Reflection and Perfection of China’s Private International Law: Taking the ‘Applicable Law of Foreign-Related Civil Relations’ as the Center,” *Tsinghua Law Journal*, no. 5, 2011, pp. 155-167.
- 董金鑫：《〈法律適用法〉中的強制性規定之界定——析〈解釋（一）〉第10條》，《武大國際法評論》2014年第2期，第264-277頁。Dong, J., “On the Definition of Mandatory Provisions in the Law on Choice of Law: Commenting on Article 10 of Interpretation No. 1,” *Wuhan University International Law Review*, no. 2, 2014, pp. 264-277.
- 蕭永平、龍威狄：《論中國國際私法中的強制性規範》，《中國社會科學》2012年第10期，第107-122頁。Xiao, Y. & Long, W., “On the Internationally Mandatory Rules in the Private International Law of China,” *Social Sciences in China*, no. 10, 2012, pp. 107-122.

- 蕭永平：《法理學視野下的衝突法》，北京：高等教育出版社，2008年。Xiao, Y., *Conflict Law from the Perspective of Jurisprudence*, Beijing: Higher Education Press, 2008.
- 謝石松：《國際私法學》，北京：高等教育出版社，2007年。Xie, S., *Private International Law*, Beijing: Higher Education Press, 2007.
- 謝石松：《論國際私法中的“直接適用的法”》，《中國國際法年刊》2011年卷，第441-454頁。Xie, S., “‘Directly Applicable Law’ in Private International Law,” *Chinese Yearbook of International Law*, 2011, pp. 441-454.
- 謝鴻飛：《論法律行為生效的“適法規範”——公法對法律行為效力的影響及其限度》，《中國社會科學》2007年第6期，第124-142、207頁。Xie, H., “Legality of Legal Acts (Rechtsgeschäft): The Influence of Public Law on the Validity of Legal Acts and its Limitations,” *Social Sciences in China*, no. 6, 2007, pp. 124-142, 207.
- Basedow, J., “The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations,” *Recueil des Cours*, vol. 360, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Batiffol, H. & Lagarde, P., *Traité de Droit International Privé, I, 8th éd.*, Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1993.
- Bělohlávek, A. J., *Rome Convention - Rome I Regulation: Commentary: New EU Conflict-of-Laws Rules for Contractual Obligations*, New York: Juris Publishing, 2010.
- Bonomi, A., “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations,” *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, p. 291.
- Collins, L. & et al., eds., *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (14th Edition)*, London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Ebrahimi, S. N., *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations*, London: Athena Press, 2005.
- Fawcett, J. J. & Carruthers, J. M., eds., *Cheshire, North & Fawcett Private International Laws (14th Edition)*, Oxford: Oxford University Press.
- Fawcett, J. J., “Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law,” *Cambridge Law Journal*, vol. 49, no. 1, 1990, p. 44-62.
- Giuliano, M. & Lagarde, P. “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,” 31st October 1980, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML), retrieved on 18th July 2019.
- Hartley, T. C., “Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach,” *Recueil des Cours*, vol. 266, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- Juenger, F. K., “General Course on Private International Law,” *Recueil des Cours*, vol. 193, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Parra-Aranguren, G., “General Course of Private International Law-Selected Problems,” *Recueil des Cours*,

vol. 210, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Siehr, K., “General Problems of Private International Law in Modern Codifications,” *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, 2005.

Tetley, W. & Wilkins, R. C., *International Conflict of Laws: Common, Civil, and Maritime*. London: International Chamber of Shipping Publication, 1994.

Van Hecke, G., “Foreign Public Law in the Courts,” *Revue Belge de Droit International*, vol. 3, 1969.

Van Hecke, G., “The Effect of Economic Coercion on Private Transactions,” *Revue Belge de Droit International*, vol. 18, 1984-1985.