

比較法視野下第三國國際強制規範適用的 衝突法方法

董金鑫*

所謂第三國國際強制規範，是指那些既不屬於準據法又不是法院地法，但出於維護一國重大公共利益之目的而有必要適用於國際民商事案件的實體強制性規範。長久以來，第三國國際強制規範在法院地國的適用事關國際私法傳統選法方法的重要變革，能否以及如何適用存在較多爭議，構成衝突法上的一大難題，具有重要的研究價值。以歐盟 2008 年《羅馬條例I》¹為代表的晚近衝突法立法大多對此類規範的直接適用作了特別規定，但 2010 年《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 條以及最高人民法院《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²僅確立了中國強制性規定的直接適用。同樣，1999 年《澳門民法典》第 21 條³也僅設置法院地的國際強制規範的直接適用條款，沒有規定第三國國際強制規範適用制度。放眼全球，特別自 2000 年以來，在確立國際強制規範適用制度的立陶宛、俄羅斯等 18 國國際私法立法中，僅有韓國、莫爾達瓦、馬其頓和中國未對外國同類規範的適用作出規定，此種內外有別的作法值得探究。

從學理的角度來看，雖然國內已經有學者從實體法的層面對第三國國際強制規範在法院體系所能發生的私法效果進行闡述⁴，但能否通過衝突法的機制實現此類規範在法院地國的適用尚且構成一項有待解決的命題。畢竟理論上國際強制規範無須衝突規範的指引，但在司法實踐中潛在的第三國國際強制規範在法院地國的適用取決於法官運用衝突規範的結

果。本文以涉外合同領域為例，首先探討第三國國際強制規範能夠通過衝突法方法實現在法院地國適用的理論基礎，其次從當事人選法自由的限制、最密切聯繫例外的運用以及特別衝突規範的設置等方面具體分析上述衝突法方法發生的路徑，然後結合中國現有的法律框架探討衝突法方法在中國的運用，最後對此種衝突法方法進行評價並得出結論。

一、第三國國際強制規範適用的衝突法 方法的理論基礎

通過衝突法方法實現第三國國際強制規範在法院地國的適用是建立在準據法理論的基礎之上，即將國際強制規範視為支配合同有效性事項的法律的一部分。⁵ 如果國際強制規範屬於衝突規範指引的準據法體系，則在符合自身的適用意願並且不違反法院地公共政策的情況下可以適用⁶；反之，除法院地國際強制規範可借助公共秩序保留予以執行外⁷，不予考慮。此種統一指引有助於包括外國準據法在內的準據法所屬國的國際強制規範的適用。

該理論形成於上世紀 30 年代，受世界經濟大蕭條帶來的貨幣急劇貶值的影響，各國紛紛通過立法廢止具有貨幣保值功能的金約款。⁸ 取締金約款的規定反映了各國的涉外經濟政策⁹，對跨國貿易和金融支付發生極大的影響，故在國際私法層面是否要承認此類規定的域外效力值得探究。根據所謂“統一聯繫”(Einheitsanknüpfung)的原理，許多判決認為合同準據

* 中國石油大學(華東)法學系講師

法包括該法域嗣後通過的禁止金約款的規定，只有當準據法下的金約款要求適用於該國境外的支付行為時，才會運用公共政策保留予以排除。¹⁰ 此種作法較基於外國公法原理那樣完全否定外國國際強制規範在本國的適用有可取之處，畢竟它可以在某些案件中實現那些體現他國政策的法律的適用，但傳統多邊選法方法在應對本質屬於單邊的國際強制規範時有很大不足。將此種政策性法律的適用交由當事人選擇的合同準據法支配，不僅與該法自身必須適用的政策目標不符，還容易出現規避法律的情形。

國際強制規範多表現為公法性質的強制規範，其適用應由自身的政策目標決定，這是功能主義立法的必然。薩維尼式的雙邊衝突規範，即使指向國際強制規範所屬的法域，也僅出於私法上的考慮。¹¹ 出於法律選擇的便捷性，對衝突規範指引的法律體系中的國際強制規範，只要滿足自身的適用範圍且不嚴重違反法院地的公共政策，即可作為準據法而適用，無須再援引國際強制規範適用制度。將此類規範剝離於準據法，存在分類標準和運用的困難。尤其在第三國國際強制規範適用制度尚未建立的國家，通過“統一聯繫”原理，利用衝突規範的柔性選法機制和解釋恰好在必要時實現原本作為第三國法當中的國際強制規範的適用。故此經由傳統衝突規範實現準據法所屬國的國際強制規範的觀點不乏支持的聲音。¹²

當法院地希望適用第三國國際強制規範時，可通過傳統雙邊選法規則的例外和衝突法制度的運用為之保留適用的可能。首先，在當事人選擇第三國之外的某一法域為合同準據法時，為賦予第三國國際強制規範以效力，通過對當事人選法效力的否定或限制，能夠實現第三國國際強制規範作為準據法的適用；其次，在當事人沒有選擇準據法且根據客觀聯繫正常指向該第三國外的另一國時，基於第三國國際強制規範在法院地國的適用要求，通過加大該國連結點的選法權重，重新確立第三國法為合同準據法；最後，通過為隸屬於特別私法領域的保護性強制規範設置專門的衝突規範的方式能夠實現該領域的第三國國際強制規範的適用。凡此種種，構成通過衝突法方法實現第三國國際強制規範在法院地國適用的具體路徑。

二、對當事人選法自由的限制

如果當事人選擇第三國法之外的某一法域的法律，此時需要在衝突法層面否定選法條款的效力方能適用與案件存在最密切聯繫的第三國國際強制規範。並非所有當事人選法限制都可以作為第三國國際強制規範的適用的替代方式。¹³ 結合國際私法的立法和學說，可以基於所選擇的法律與案件沒有實際聯繫或合理依據、當事人選法具有逃避國際強制規範適用的意圖予以否定，進而確立國際強制規範所屬的第三國法的準據法地位。

(一) 對當事人選法範圍的限制

選法範圍的限制，是指如果當事人選擇的法律與案件沒有實際或真實聯繫，又不存在其他的合理考慮，則不予適用。國際私法曾一度主張當事人所選擇的法律體系要與合同存在某種特定或不特定的關聯。¹⁴ 此種限制不利於當事人權利的處分，尤其是雙方希望選擇某一中立的、內容良好的法律體系¹⁵，但有利於與合同存在密切聯繫的第三國國際強制規範的適用。選法聯繫要求又衍生出合理性要求，即當事人可以選擇與案件無關的法律，但需要有合理的理由，以防止那些武斷的、無意義的法律選擇的出現。

對合同當事人選法範圍進行一般限定¹⁶在現有的立法和司法實踐中不很常見。目前比較典型的有美國《第二次衝突法重述》第187條第2款a項，就當事人不能自由處分的問題而言，所選擇法律應該與當事人或交易存在重要聯繫或合理的基礎。另外，《統一商法典》第1-105條同樣要求商事交易的當事人所選擇的法律要與交易有合理聯繫。雖然該要求被2001年修正案第1-301條¹⁷刪除，但第1-301條迄今僅被美屬維爾京群島採納，故合理要求大致得以保留。但美國的司法實踐對合理聯繫或合理基礎的理解比較寬泛，故極少被運用。¹⁸

(二) 對當事人選法情形的限制

與之類似的是對法情形的限制。一般認為合同當事人只能為具有涉外因素的合同選擇準據法。不過，如果國內合同當事人在選擇外國法的同時還選擇該

國法院管轄，法院可能會認為其法律被選用是基於當事人對該國法的信任，不應該違反選法的預期。¹⁹《羅馬公約》第3條第3款、《羅馬條例I》第3條第3款都允許當事人為國內合同選擇準據法²⁰，只要這樣作不影響僅與一國存在聯繫²¹的該國法中那些不得通過協定減損的規範的適用。

《第二次衝突法重述》也有類似的規定，第187條第1款規定當事人可以就其能自由處分的事項協定選擇法律，而規範不能自由處分事項作出的法律選擇的第2款僅針對兩個或兩個以上國家擁有利益的情形，即不適用於所有聯繫都位於一國的情形。由此，除嚴重違反法院地的公共政策，為只與一國存在聯繫的合同選擇法律的當事人也無法排除該國強制規範的適用。此處不得減損的規範、不能自由處分事項所適用的法律都是指一國國內強制規範，但由於國內強制規範並非國際強制規範的對應物，故有時會觸發第三國國際強制規範適用的特別問題。

當所有案件事實均與法院地國外的一國存在聯繫，而當事人選擇法院地國法或上述法域之外的法律，惟一聯繫國的國際強制規範可以借助《羅馬公約》第3條第3款、《羅馬條例I》第3條第3款適用，而無需援引第三國國際強制規範適用制度。²²由於此類條款有着嚴格的適用限制，類似於實體併入外國法規範的情形。故即使將與案情“有關”的情形寬泛的理解²³為可以同其他法域存在一些不甚重要的聯繫²⁴，藉此實現適用第三國國際強制規範的範圍仍十分有限。

(三) 對當事人選法意圖的限制

即使對當事人選擇法律的範圍不作限制，如果合同根據當事人選擇的法律為有效而根據與案件有最密切聯繫的第三國國際強制規範無效，則可以基於選法惡意否定選法效力，從而適用包括第三國國際強制規範在內的客觀準據法。該問題在法國等大陸法系的國際私法表現為法律規避制度。從1878年法國最高法院審理鮑富萊蒙(Bauffremont)案²⁵以來，禁止法律規避一直是大陸法系國際私法的重要制度。法律規避，又稱僭竊法律(fraude a la loi)或欺詐設立連結點(fraudulent creation of points of contact)，是當事人故意

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法律規則，從而使對自己有利的法律得以適用的行為。²⁶

衝突法上的法律規避制度是指此類矯揉造作構造連結點的事實不發生法律選擇的效果。其作為合同領域第三國國際強制規範的適用依據存在兩大障礙：其一，當事人選擇法律的行為是否構成故意製造連結點。法律規避多針對硬性連結點的衝突規範，如結婚適用婚姻締結地法。為改變法律適用的結果，此種連結點事實的有意構造被視為應予規制的欺詐或逃法行為。也就是說，法律規避的應有之義是當事人不具有法律選擇的權利。²⁷而合同適用當事人選擇的法律則是國際私法的一項基本原則。如果當事人有權選擇與合同沒有聯繫的法律，那麼就應該允許其避開本應適用法律中的強制規範，不應該對此苛責，使得當事人處於矛盾的境地。如果因某些特別重要的強制規範適用的緣故而需要限制當事人選法的效力，宜通過國際強制規範適用制度而非法律規避制度²⁸；其二，所規避的法律是否包括外國法。儘管從衝突規範運行的角度，內外國的法律應該一視同仁。畢竟規避的是本國法還是外國法取決於法院地所在，如果只考慮規避本國法的行為，無異於鼓勵當事人挑選法院。但在現實中，出於自私利益或適用法困難的考慮，各國一般只關注規避本國法的情況。²⁹雖然法國法院曾在實踐中將法律規避制度適用於逃避外國公法的合同案件³⁰，這樣的實踐並不普遍。

與法國等大陸法系國家不同，除合同、婚姻、收養等少數具體情形³¹，英美國際私法不認為禁止法律規避具有衝突法制度的地位。³²不過合同當事人通過法律選擇逃避本應適用的準據法構成英國普通法下選法無效的緣由。Vita案³³確立了合同當事人所選擇的法律無須與案件存在地理上的聯繫的規則，但仍要受善意、合法且不違反公共政策的限制。通常認為此種善意要求是指選擇法律不得以逃避本應適用的強行法為目的，尤其當合同根據客觀準據法非法無效而根據當事人所選擇的法律有效。雖然此種作法無須受大陸法系法律規避概念的限制，如選法行為是否構成連結點的有意設置，但同樣面臨判斷當事人選法意圖的難題。³⁴不僅如此，為維護法則適用的目的而以惡

意為由否定整個選法行為往往超出強制規範的目的，不符合比例性要求，其他問題仍應交由合同當事人選擇的法律支配。³⁵ 在普通法系的司法實踐，以惡意逃避第三國法為由否定當事人法律選擇的情形十分罕見，惟一的實踐發生在中國香港特別行政區審理的一起涉及內地當事人的金融交易糾紛當中。³⁶

三、最密切聯繫例外的巧妙運用

為追求特定的法律適用結果，法官在根據最密切聯繫確立準據法的過程中存在“不真實”地運用，這在確立本應構成第三國國際強制規範的準據法地位時也可能發生。³⁷ 現代確定合同客觀準據法的衝突規範多表現為特徵性履行的最密切推定加例外條款(escape clause)。³⁸ 當特徵性履行一方的住所地之類的客觀連結點指向強制規範所屬的第三國之外的法域，可以運用例外條款重新確立第三國國際強制規範所屬法律體系的準據法地位，儘管依正常的法律選擇不會導致該國法的適用。此種作法的實質是在雙邊選法過程中融入單邊主義的考量。³⁹ 看似中立地採用連結點，實際上因為特定強制規範的存在而加大某些連結點的權重，從而實現該國國際強制規範所要實現的政策。

對此，傑菲認為：在決定合同是否與另一國擁有足以推翻最密切聯繫假定的更密切聯繫，應考慮合同是否滿足強制規範的適用意圖以及該規範的適用對當事人是否公平。如果滿足上述條件，則可以考慮利用更密切聯繫這一例外條款實現強制規範的適用。假設Kleinwort案⁴⁰發生在《羅馬公約》背景下，作為原告的英國一方是特徵性履行方。⁴¹ 此時除非認為合同與被告住所地所在的匈牙利國擁有更密切聯繫，否則英國法構成合同的準據法。匈牙利的外匯管制法出於保護公益的目的，而且該法意圖適用於境外的支付行為，故滿足上述第一個條件。但是該法的適用對原告不公平，畢竟合同的訂立和履行都不在匈牙利，無效的結果與當事人合理預期不符，故不發生根據更密切聯繫的規定替代英國法的可能。⁴²

此種在傳統選法機制中融入第三國國際強制規

範的適用考量的作法備受質疑。首先，最密切聯繫原則意圖選擇與當事人期待一致的法律，不應該過分地考慮國家利益。況且，個別政策不足以推翻整個合同應適用的法律。即使某些規範構成國際強制規範，也只能通過《羅馬公約》第7條等超越準據法的規定適用。⁴³ 其次，在最密切聯繫指引準據法的過程中考慮第三國國際強制規範會使得第三國法被重複考慮。首先作為與案件存在更為充分密切聯繫的法律取代本應適用的法律；如不滿足，還可以構成法院予以考慮的國際強制規範，這會進一步弱化本就寬鬆的選法規則。⁴⁴ 況且，司法實踐經常出現當需要適用法院地國際強制規範時，利用最密切聯繫的模糊性指向法院地法，從而避免援引公共秩序保留、禁止法律規避或國際強制規範適用制度改變或限制法律選擇的結果；當不希望接受合同依外國準據法下的國際強制規範發生無效後果時，則改變最密切聯繫的正常指向，使得本應作為準據法的外國國際強制規範淪為不能適用的第三國法。這足以說明此種衝突法方法具有明顯的法院地法傾向，法官往往缺乏足夠的動力解決第三國國際強制規範在法院地國的適用問題。

四、特別衝突規範的設置

各國民法紛紛針對特定交易人群制定保護性強制規範⁴⁵，此種實體政策導向也引起衝突規範的關注。那些有關法定最低工資、休假、補償等外國勞動基準法根據自身性質和目的在適用範圍內適用，不允許當事人通過法律選擇的方式排除，可以認為是國際強制規範。但此類規範的適用是否需要借助第三國國際強制規範適用制度，則取決於衝突規範能否滿足其所要發揮的功能。

保護性強制規範仍屬於私法體系的範疇。在各國保護理念以及立法規範相似時，通過合適的分類以及恰當連結點的選用可以創制特別衝突規範⁴⁶，藉此實現該領域強制規範的國際交換，而不必借助單邊的國際強制規範適用制度。就目前而言，為消費者合同和僱傭合同制定的衝突規範特別關注了保護性強制規範的適用，甚至許多立法完全以保護性強制規範的適

用為導向。故此種為特別私法制定的衝突規範同樣構成成本應作為第三國國際強制規範的適用方法。

就特別衝突規範的立法模式，目前最流行的是採取有利原則，即當事人選擇的法律不得減損與弱者一方有最密切聯繫國家的法律所能給予的保護。該作法最早源自《奧地利國際私法》，並為《羅馬公約》和《羅馬條例I》採用，產生廣泛的影響。如《羅馬公約》第5條，在滿足被動消費者的情形要求，合同雙方當事人所作的法律選擇不得剝奪消費者慣常居所地國法律的強制規範的保護。該公約第6條，僱傭合同雙方當事人作出的法律選擇不得剝奪受僱者依照沒有選擇時要適用法律中的強制規範的保護。此種沒有選擇時要適用的法律主要是慣常工作地國的法律。⁴⁷《羅馬條例I》第6條第2款和第8條第1款大致延續《羅馬公約》對消費者合同和僱傭合同法律適用的規則。除用語更加規範，只是針對實踐出現的問題對消費者合同類型的範圍⁴⁸以及勞動者合同的特別連結情形⁴⁹進行了修正。

有人認為諸如《羅馬公約》第5條和第6條之類針對特別私法領域而制定的規則尚不足以為弱勢的一方提供充分的保護。與合同存在最密切聯繫國的政府利益絕不僅僅表現為強制規範，而是要求此類合同適用該國的法律。一國為矯正社會不公平的企圖不能通過某些最重要規則的適用而得以滿足。⁵⁰合理的解決方式是，就某些偏向保護弱者一方的合同類型，應整體適用與弱者存在密切關聯法域的法律。此種作法也不乏立法實踐，如《涉外民事關係法律適用法》第42條和第43條。其缺點是先驗地否定當事人選法的效力，在所選擇法律的保護標準更高時對弱勢一方不利。⁵¹畢竟保護性強制規範在實體法上多表現為有限的或者說相對的強制規範，即只對合同強勢一方構成強制，而不禁止對弱者更為有利的約定。但無論採用何種立法模式⁵²，保護性強制規範的適用仍然是設置特別衝突規範時最重要的考慮因素，畢竟強制規範構成該類合同意思自治的限制。

五、第三國國際強制規範適用的其他的衝突法方法

(一) 反致制度的利用

反致⁵³(renvoi)會導致外國衝突規範的適用，由此為法律選擇帶來不確定因素，故現代國際私法的理論和實踐普遍拒絕或限制運用這一制度。如果將強制規範的適用範圍視為隱含的單邊衝突規範，則在適用第三國國際強制規範時難免要考慮外國的衝突規範，畢竟國際強制規範的判斷首先取決於所屬國的態度。⁵⁴目前者已經不是很大的問題。⁵⁵反之，由於接受反致理論的國家會發現這與賦予作為首要可適用外國法律體系中的構成國際私法組成部分的外國公共政策以效力的概念相一致，第三國國際強制規範可以在反致的範疇下予以考慮，即使多數情況下這等於拒絕適用法院地的實體規則⁵⁶，故可利用包括轉致在內的反致實現外國的公共政策。比如，A國的法官根據法院地的衝突規範指向B國的法律，而B國的衝突規範又指向C國或A國的法律，但C國或A國法律的適用違反B國的公共政策，A國的法官可以考慮通過不運用反致制度來拒絕適用C國甚至A國的法律。這樣做的前提是不違反A國的公共政策。⁵⁷又如，A國的法官根據法院地衝突規範指向B國的法律，而B國實體法的運用違反C國的公共政策，但並不達到嚴重違反A國公共政策而予以保留的地步。此時如果B國的衝突規範能夠指向C國的法律，而A國的法官擁有是否採用轉致的裁量權，則可以作為本應構成第三國法的C國強制規範適用的途徑。⁵⁸

反致制度構成第三國國際強制規範適用的衝突法方法之一，然而，其作用十分有限。出於尊重當事人選法意願以及維護無選擇時通過最密切聯繫選擇法律的考慮，合同法律適用的普遍趨勢是拒絕接受反致。⁵⁹而且各國普遍承認合同當事人的選法自由，故除考慮國際強制規範的適用，在法律選擇條款存在時採用反致沒有太大意義。⁶⁰即使在涉外合同領域保留反致，也僅應在當事人明確選擇包括衝突規範在內的整個法律體系時才可加以運用。⁶¹

(二) 國家行為主義

另外，也有國家借助國家行為主義⁶²實現第三國國際強制規範在涉外民事案件的適用。這主要是美國的實踐，在英國也有一定的影響。⁶³ 根據《第三次對外關係法重述》第443條“國家行為主義：美國法”第1款，在沒有條約或其他明確協議規定控制法律原則的情形下，美國法院通常限制審查外國在其境內徵收財產的有效性，也不會對該國在其境內作出並於境內實施的其他政府行為進行審判。該規則多出現於外國徵收財產案件中，少數涉及到凍結令、外匯管制對合同履行的影響。此類案件包括兩大類；其一，外國原告認為該國國家行為使之取代了原債權人的身份，從而可以對美國的債務人主張債權，這屬於一國徵收的特殊類型；其二，外國義務人宣稱外國國家行為改變了其對美國人所負的義務，由此義務人可以拒絕或延遲履行債務。這多發生在外匯金融管制領域，如禁止兌換、延期支付或廢除外債。上述主張能否成立，關鍵要判斷債之所在地是否位於該強制規範所屬國。⁶⁴

如在Chuidian v. Philippine Nat. Bank案⁶⁵中，一家菲律賓國有銀行向在美國開展經營活動的菲律賓籍商人開立一張不可撤銷的信用證，該信用證由該行洛杉磯支行兌付。1986年，菲律賓新政府發佈凍結令要求銀行不得兌付該信用證。於是，開證行未能兌現，受益人向美國地區法院提起訴訟。法院在探討該問題時考慮了國家行為原則。由於信用證將在菲律賓履行，而菲律賓政府的法令禁止銀行履行信用證下的付款義務，且給予菲律賓凍結令以效力不違反美國或加利福尼亞州的公共政策，故此銀行關於履行不法的抗辯成立，該信用證不可強制執行。該案法律適用的關鍵問題是判斷履行地的位置。對此多數法官認為，菲律賓的法令得以適用是因為該履行行為發生在菲律賓境內，故菲律賓與之有最密切的聯繫。但也有法官不以為然，認為合同的履行地位於加利福尼亞州，信用證足可以執行。

國家行為主義雖然被視為是聯邦衝突法，但更多在國際公法層面探討，作為一國在國際領域行使公權力的正當性以及國家間相互尊重主權的依據。就私法而言，主要針對合同訂立後頒佈且在該國境內生效的

外國禁止性規定，僅向後(ex nunc)發生效力⁶⁶，多數可以通過不可抗力等合同實體法規則賦予其效果，是否援用對第三國國際強制規範的適用影響不大。

六、第三國國際強制規範適用的衝突法方法在中國內地的運用

根據前文的分析，選法善意等對當事人選法自由的限制、最密切聯繫的例外、特別私法的衝突規範構成第三國國際強制規範適用的主要衝突法方法。⁶⁷ 具體到中國，此類衝突法方法能否發揮作用有待進一步分析。

(一) 限制當事人選法自由在中國內地的運用

1. 選法範圍和選法情形的限制

關於選法範圍的限制，自改革開放以來，中國國際私法立法從未對當事人選擇合同準據法的範圍作聯繫或合理性上的全面限制⁶⁸，而是賦予當事人廣泛的選法自由。⁶⁹ 另外，與《羅馬公約》和《羅馬條例I》的作法不同，當事人只能就具有涉外因素⁷⁰的合同選擇準據法。那些本質上僅與某一外國聯繫卻選擇在中國訴訟的案件雖構成中國法下的涉外案件，當事人也可以選擇準據法，但因為中國法不存在類似於《羅馬公約》第3條第3款、《羅馬條例I》第3條第3款的規定，此時無法實現該國強制規範的適用。故中國國際私法不存在如上替代第三國國際強制規範適用制度的可能。

2. 選法意圖的限制

《民通意見》第194條、原《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條曾對法律規避作了規定。雖然在司法實踐中法律規避制度主要適用於涉外合同案件，但此類規定中被逃避適用的法律僅限於中國法，不能作為第三國國際強制規範適用的依據。基於實踐中法院援引的法律規避制度主要服務於中國國際強制規範的適用，確立強制性規定直接適用的《涉外民事關係法律適用法》干脆予以取消。雖然《〈涉外民事關係法律適用法〉解釋(一)》第11條恢復了這一制度⁷¹，但該規定不僅沒有

將法律規避的對象擴展到外國法層面，反而要求製造連結點規避中國法的行為由一方當事人所為，故基本將其排除於合同的法律適用，無法作為第三國國際強制規範在中國適用的衝突法依據。

(二) 最密切聯繫例外在中國的運用

就中國而言，立法在當事人沒有選法時也主要採用特徵性履行方的住所地或經常居所地作為與合同有最密切聯繫的推定，而且規定了例外條款。⁷² 然而從司法實踐運用的情況來看，以最密切聯繫為由選擇合同準據法幾乎無一例外地指向中國法，且法院經常無視特徵性履行理論。⁷³ 即使在極個別情形下通過特徵性履行指向外國法，也多通過例外條款轉向中國法。⁷⁴ 當前《涉外民事關係法律適用法》第 41 條將特徵性履行和最密切聯繫並列可能會加劇這一問題。至少就現階段而言，此種法院地主義傾向使得第三國國際強制規範幾乎不可能通過此種衝突法方法得以適用。

(三) 設置特別衝突規範在中國的運用

以往中國國際私法並未在特別私法領域專門設置衝突規範，而是一概準用合同準據法。如理論和實踐多認為中國勞動法中的強制規範具有公法性質而能夠屬地適用⁷⁵，對外國類似法律的直接適用則付之闕如。《涉外民事關係法律適用法》為消費者合同和勞動合同專門設置了衝突規範，其指向與弱者一方存在密切聯繫的法域，不允許雙方當事人選擇法律。此種針對特別私法制定的衝突規範，不僅能夠實現中國保護性強制規範的適用，還能實現外國保護性強制規範的適用，從而使得原本作為第三國法的保護性強制規範具有適用的資格，發揮第三國國際強制規範適用制度的功能。

在特別衝突規範已經設置的情況下，理論上國際強制規範適用制度仍可發揮剩餘功能 (residual function)。但在特別衝突規範制定良好時並不多。以《涉外民事關係法律適用法》第 43 條對勞動合同法律適用的規定為例，該條確立不同於一般合同的法律適用規則，互補運用勞動者工作地⁷⁶、用人單位主營業地和勞務派出地等客觀連結點，且不允許當事人合

意選擇法律，使得保護性強制規範所屬國的法律更容易成為準據法。如合理解釋上述法律適用規則，即可實現該領域的外國保護性強制規範在中國的適用。具體而言，對一般的涉外勞動合同，勞動者工作地這一連結點完全滿足外國勞動基準法屬地適用的要求。對勞動派遣這一特殊的僱傭形式，當外籍員工派遣到中國工作，如果派遣地國的勞動基準低於中國，則適用工作地即中國的標準同樣滿足該國基準法保護勞動者的目的；如果高於中國，而案情也有必要適用該國法，則可以借助勞務派出地這一例外聯繫實現該國勞動基準法的適用。無論何種情形，都無須借助第三國國際強制規範適用制度。

七、對通過衝突法方法適用第三國國際強制規範的評價

第三國國際強制規範在法院地國適用的衝突法方法更接近於傳統國際私法的作法。對尚未確立第三國國際強制規範適用制度的中國，知悉替代性的衝突法作法，不僅可以為中國司法實踐處理第三國國際強制規範的適用問題提供參考，還有助增進對其他國家的國際私法實際運行的認識。然而根據上文的分析，不難看出衝突法方法的作用十分有限。

首先，多數國家取消了當事人選法意思自治的特別限制，即使保留的國家也極少運用。⁷⁷ 此類為合同法律選擇帶來不確定因素的規定廣受質疑，而其所服務的功能卻為國際強制規範的直接適用所彌補。畢竟僅僅那些反映一國重大公益的強制規範才有超越當事人選擇法律的必要，並非所有的強制規範都構成國際合同法律選擇的限制。傳統上對當事人選法的限制很大程度上出於修正衝突法上的意思自治。由此可以認為，較選法範圍、選法意圖等傳統選法限制，國際強制規範雖然有諸多的不足，但更有針對性。甚至可以說選法聯繫等限制被國際強制規範適用制度“替代”了。反之，正是傳統選法限制的式微使得第三國國際強制規範適用制度更有建立的必要。⁷⁸ 因為此種限制在國際私法中表現為雙邊上的要求，能夠實現作為客觀準據法的第三國國際強制規範在法院地國的

適用。目前而言，公共秩序保留、法院地國際強制規範只能實現法院地法的限制功能，不符合國際私法普遍適用的精神。

其次，為第三國國際強制規範適用而運用最密切聯繫的例外也值得商榷。例外條款能夠使得本應作為第三國法的外國國際強制規範獲得適用的可能，且這一過程既考慮規範本身的公益屬性，又強調適用結果對當事人的影響，但畢竟藏頭藏尾、遮遮掩掩，容易發生不真實的法律選擇。又何況單邊選法和多邊選法雖然共存於大陸法系的國際私法體系，但畢竟發揮不同的選法功能。方法論的多元恰恰是其與美國衝突法方法的區別，不應混同。⁷⁹

最後，就特別私法中的衝突規範，除存在制定模式的爭議之外，能否有效設置還取決兩大因素：一是各國在該領域的價值取向是否一致。如果有些國家認為某一締約群體應該特別保護而設置保護性強制規範，並為此實體取向制定特別衝突規範，此時沒有規定的法院地國很難實現第三國國際強制規範的適用。特別在交易與法院地存在密切聯繫時，實現第三國法的意圖往往意味着破壞意思自治的基本理念以及交易地的秩序；二是如何有效地選用連結因素，從而充分反映該領域保護性強制規範自身的意圖。這涉及到立法技術問題，即一國是否願意設置結構複雜的衝突規範，特別是採用結合性、互補性的連結因素。如果衝突規範較為簡單，就無法實現保護性強制規範複雜的適用意圖。總之，如果價值取向未能達成共識、連結因素的模糊或意見不一，會導致保護性強制規範無法有效地借助特別衝突規範實現其適用，從而需要第三國國際強制規範適用制度⁸⁰發揮作用。

八、結語

第三國國際強制規範在法院地國適用的衝突法方法乃是傳統雙邊選法規則的例外和衝突法制度等若干大雜燴的集合。其意義在於，如果沒有第三國國際強制規範適用制度，此類迂迴方式乃是本應作為第三國法的國際強制規範成為適用法的惟一可能。雖然它能一定程度上彌補第三國強制規範適用制度的缺失，但仍存在很大缺陷。為融入適用第三國國際強制規範的政策考量，衝突法方法修正傳統雙邊選法規範，但大多意圖模糊、效果不佳。首先，仍普遍保留當事人選法限制的立法情形十分少見；其次，運用最密切聯繫的例外適用本應作為第三國法的國際強制規範容易發生不真實的法律選擇；最後，為特別私法制定衝突規範的範圍狹窄，不足以全面實現第三國國際強制規範在法院地國的適用。追根溯源，衝突法方法建立在雙邊選法模式之上，不容易實現要求單邊適用的第三國國際強制規範的意圖，更無法在這一過程充分協調規範所屬國、法院地國以及當事人之間的利益衝突。故它們只是在第三國國際強制規範適用制度缺失時的權宜之計，不應過分推崇。特別對中國而言，受制於立法規定以及法律適用的傳統上述衝突法方法作用的範圍更小，故有必要在中國國際私法體系中確立第三國國際強制規範適用制度。

[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)、中國法學會部級法學研究課題“外國國際強制規範的適用研究”(項目編號：CLS(2015)D151)的階段性成果。]

註釋：

¹ 第9條第3款規定，可以賦予合同履行地國法中的超越一切強制規範以效力，只要此類規範能導致合同履行不法。在決定是否給予效力時，應考慮到它們的性質、目的以及適用或不適用所發生的後果。

² 該條的評述參見卜璐：《國際私法中強制性規範的界定——兼評〈關於適用涉外民事關係法律適用法若干問題的解釋

- (一) 第 10 條》，載於《現代法學》，2013 年第 3 期。
- ³ 葡語(官方語言)和英文文本對照，Código Civil of Macao (Articles 13 to 62), Yb. Priv. Int. L., Volume 2, (2000), 344.
- ⁴ 蕭永平、董金鑫：《第三國國際強制規範在中國產生效力的實體法路徑》，載於《現代法學》，2013 年第 5 期；蕭永平、龍威狄：《論中國國際私法中的強制性規範》，載於《中國社會科學》，2012 年第 10 期，第 117 頁。
- ⁵ Vischer, F. (1992). *General Course on Private International Law. Recueil des Cours*, Volume 232. 170.
- ⁶ Schäfer, Kerstin Ann-Susann (2010). *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. New York: Peter Lang. 138; Kropholler, J. (2006). *Internationales Privatrecht*. Mohr Siebeck, Auflage6, S. 481.
- ⁷ Dieter Martiny (2010). VO (EG) 593/2008 Art. 9 Eingriffsnormen, in *Münchener Kommentar zum BGB*. 5. Auflage, C.H. Beck. Rn. 37. 除公共秩序保留，法院地強制規範還存在許多間接適用的方式，如認定為程序問題、存在法律規避情形等。
- ⁸ 即在訂立合同時按簽約日的黃金價格將要支付的金額折合為一定數量的黃金，債權人在到期日有權要求支付此數量的黃金或將此特定數量的黃金按照現時的金價轉換成計價貨幣。
- ⁹ 如果不通過立法廢止，當出現貨幣急劇貶值的情況，司法實踐一般也會認為不能履行此種金約款，而以情勢變更為由予以調整。
- ¹⁰ Struycken, A. V. M. (2004). *General Course on Private International Law: Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement. Recueil des Cours*, Volume 311. 425.
- ¹¹ 故有認為當事人在法律選擇時僅僅期待那些服務於矯正正義(corrective justice)的中立型強制規範構成準據法的一部分，而那些基於分配正義(distributione justice)的公法性質的強制規範則不能通過當事人選擇而適用。Bagheri, M. (2000). *International Contracts and National Economic Regulation: Dispute Resolution through International Commercial Arbitration*. The Netherland: Kluwer Law International. 190-191。
- ¹² Lando, O. (1984). *The Conflict of Laws of Contracts: General Principles. Recueil des Cours*, Volume 189. 403；Kurt Siehr (1988). *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht. RabelsZ*, Bd. 52, H. 1-2. 96；Lando O. and P. A. Nielsen (2008). *The Rome I Regulation. Common Market Law Review*, Volume 45, No. 6. 1719(之所以不規定準據法國際強制規範的適用是因為其理所當然由準據法支配)；蕭永平、龍威狄：《論中國國際私法中的強制規範》，載於《中國社會科學》，2012 年第 10 期，第 115 頁(滿足規範自身限制和法院地公共利益的外國準據法所屬國的國際強制規範可在中國適用)。
- ¹³ 如選法時間、自願選法、只能選擇國家法的要求，與國際強制規範無直接的關聯，不能作為適用第三國國際強制規範的衝突法上的依據。
- ¹⁴ 在《第一次衝突法重述》之前，根據美國的實踐，合同當事人只能在合同訂立地和履行地之間作出選擇。見 Nygh, P. E. (1999). *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Oxford University Press. 55。原 1926 年《波蘭國際私法》第 7 條將當事人可選擇的法律限制在以下法域：1. 合同一方當事人的本國法或住所地法；2. 履行地法；3. 訂立地法；4. 物之所在地法。該條款被 1965 年《波蘭國際私法》放棄。取而代之的是，所選的法律與該法律關係有一定聯繫。
- ¹⁵ 選擇中立法的目的往往為避免一方當事人獨享法律適用的優勢。
- ¹⁶ 在消費者合同、僱傭合同等特種合同領域，仍有不少立法例對當事人可選擇法律的範圍進行限制。
- ¹⁷ 在消費者合同領域仍得以保留。UCC § 1-301 (c) (2), (e) (1) (2007)。見 Basedow, J. (2012). *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law. Recueil des Cours*, Volume 360. 173-174。
- ¹⁸ 在最近的一起案件中，第一巡迴上訴法院根據採用《第二次衝突法重述》的新罕布希爾州衝突法拒絕適用當事人選擇的科羅拉多州的法律，因為科羅拉多州與該案的聯繫僅僅在於當事人的律師在該州起草合同。見 *Contour Design, Inc. v.*

Chance Mold Steel Co., Ltd., 693 F.3d 102 (1st Cir. 2012)。

- ¹⁹ 這主要反映英國的要求。倫敦作為國際金融航運以及法律服務中心，往往會審理完全與一國有關但選擇英國法為準據法的案件。如果以案件不具有國際性為由否定選法條款的效力，則有可能使得當事人重新考慮訴訟地，從而影響倫敦的競爭力。然一概承認此種情形下的當事人選擇法律的效力，難免會發生規避法律情形，為多數成員國難以接受。《羅馬公約》第3條第3款是兩種觀點妥協的結果。見 Wojewoda, M. (2000). *Mandatory Rules in Private International Law*. *Maastricht Journal of European Comparative Law*, Volume 7, No. 2. 199。
- ²⁰ 此類立法實踐，如《俄羅斯民法典》第1210條、《韓國修訂國際私法》第25條。
- ²¹ 此處的聯繫，其一，指實體法上的聯繫，訴訟地除外；其二，僅與一國存在聯繫可以理解為不同其他國家存在任何實體聯繫，也可認為與其他國家存在某些不甚重要的聯繫。
- ²² 故如果不存在《羅馬公約》第3條第3款，可以借助第7條第1款實現該款的結果。見 Philip, A. (1982). *Mandatory Rules, Public Law (Political Rules) and Choice of Law in the E. E. C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. In North, P. M. (Eds). *The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Amsterdam: North-Holland Pub. Co. 97。
- ²³ Chong, A. (2006). *The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contract*. *Journal of Private International Law*, Volume 2, No. 1. 53.
- ²⁴ McClean, J. D. and K. Beevers (Eds) (2009). *Morris: The Conflict of Laws* (7th Edition). London: Sweet & Maxwell. 363; McClean, D. (2000). *De Conflictu Legum: Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century*. *General Course on Private International Law*, Volume 282. 214. (英國僱主僱傭英國的僱員在英國工作，僱員以前在荷蘭工作的事實能否視為相關因素)
- ²⁵ Cass. Civ. 18 mars 1878, S.1878.1.193. See Parra-Aranguren, G. (1988). *General Course of Private International Law-Selected Problems*. *Recueil des Cours*, Volume 210. 103-106.
- ²⁶ 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。
- ²⁷ 認為法律規避有效的觀點將法律規避行為視為當事人主觀能動的選法行為。見殷仁勝：《國際私法中法律規避的定性問題》，載於《三峽大學(人文社會科學版)》，2006年第6期，第100頁。
- ²⁸ Batiffol, H. and P. Lagarde (1993). *Traité de Droit International Privé*, Volume 1 (8th edition). Pichon et Durand-Auzias. 595.
- ²⁹ 在法律規避立法上實現內外國法律平等的有《葡萄牙民法典》第21條、匈牙利《關於國際私法第13號法令》第8條、《吉爾吉斯斯坦民法典》第1171條、《烏茲別克斯坦民法典》第1162條、《哈薩克斯坦民法典》第1088條、《澳門民法典》第19條、《比利時國際私法典》第18條、《烏克蘭國際私法》第10條、《白俄羅斯民法典》第1097條、《阿塞拜疆國際私法》第8條。
- ³⁰ Spitzer v. Amunategui, Tribunal de Seine, 4.1.1956.
- ³¹ Fawcett, J. J. (1990). *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law*. *Cambridge Law Journal*, Volume 49, No. 1. 44.
- ³² Tetley, W. (1993). *Évasion/Fraude à la Loi and Avoidance of the Law*. *McGill Law Journal*, Volume 39, No. 2. 310.
- ³³ *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1939] A.C.277 (P. C.).
- ³⁴ Fawcett, J. J. (1990). *Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law*. *Cambridge Law Journal*, Volume 49, No. 1. 50-57.(所謂道德歸責、不公平、國家利益都不構成否定當事人選法的理由，該問題更宜通過國際強制規範理論發揮作用)
- ³⁵ David St. L. Kelly (1977). *Reference, Choice, Restriction and Prohibition*, *International and Comparative Law Quarterly*,

Volume 26, No. 4. 869.(出於維護意思自治的需要，其發揮作用的空間應限制在強制規範甚至是那些表達國際公共政策的強制規範的範疇)

³⁶ Credit Agricole Indosuez v. Shanghai Erfangji Co Ltd, [2002] HKCU 706.

³⁷ 有學者認為，《奧地利國際私法》雖未如《羅馬公約》第 7 條規定國際強制規範，但該法第 1 條適用與案件有最密切聯繫國家的法律的規定實現達到國際強制規範適用的目的。見 Gerte Reichelt, Zur Eingriffsnorm Nach dem österreichischen IPRG. *IPRax, Jah.* 8, H. 3. 251-252 ; Hay, P. (1991). Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law. *Recueil des Cours*, Volume 226. 382。一般性地規定更密切聯繫的立法還有《斯洛文尼亞國際私法和國際程序法》第 2 條、《瑞士聯邦國際私法》第 15 條、《魁北克民法典》第 3082 條、《保加利亞國際私法典》第 2 條第 2 款、《烏克蘭國際私法》第 4 條第 3 款、《馬其頓國際私法》第 3 條第 1 款。

³⁸ 對《羅馬公約》的不同理解以及傳統實踐作法的差異，採取弱假定方法(weak presumption approach)的英國等國，在履行地不同於特徵性履行一方住所地的情形下，動用例外條款轉向履行地國法的概率要較荷蘭等採取強假定方法(strong presumption approach)的國家大得多。見 Okoli, C. and G. O. Arishe (2012). The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*, Volume 8, No. 3. 517-520。

³⁹ 此種作法是基於維護當事人選法預期的特徵性履行理論，針對合同法中的任意規範(ius dispositivum)。當發生強制規範的適用，則有可能需要援用《羅馬公約》第 4 條第 5 款的例外條款予以糾正。當出現需要同時適用任意規範和強制規範的情形，則應考慮《羅馬公約》第 4 條第 5 款的援用是否大於第 4 條第 2 款所能實現的確定性。見 Jaffey, A. J. E. (1982). Choice of Law in Relation to Ius Dispositivum with Particular Reference to the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. In North, P. M. (Eds). *The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Amsterdam: North-Holland Pub. Co. 44-45。

⁴⁰ Kleinwort Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie, [1939] 2 KB 678 (CA).

⁴¹ 認為債權人(滙票持有人)構成本案特徵性履行的一方存在疑問。不過此種推定使得債務人本國即奧地利的外匯管制法成為既非合同客觀準據法又非法院地法的第三國國際強制規範。

⁴² Jaffey, A. J. E. (1996). *Topics in Choice of Law*. London: British Institute of International & Comparative Law. 47.

⁴³ Bonomi, A. (1999). Mandatory Rules in Private International Law-The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment. *Yearbook of Private International Law*, Volume 1. 229.

⁴⁴ Hay, P. (1991). Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law. *Recueil des Cours*, Volume 226. 385.

⁴⁵ 此類強制規範特別表現為民法上的半強制規範，即如果當事人的約定比法律規定更有利於公共政策的實現，則發揮任意規範的作用，可以為約定所排除。另外也存在於國內法上的授權一方當事人的規範。見鐘瑞棟：《民法中的強制規範——公法與私法接軌的規範配置問題》，北京：法律出版社，2009 年，第 33 頁。

⁴⁶ Mayer, P. (1981). Les Lois de Police Étrangères. *Journal de Droit International*, Volume 108, No. 2. 295-296。

⁴⁷ 如果受僱者並不慣常地在任何一國工作，則適用僱主營業所在地國的法律。為強制規範適用的目的，根據該條第 4 款，上述對最密切聯繫的推定都可以在合同與另一國傢俱有更密切聯繫的情況下推翻。

⁴⁸ 擴大了消費者合同的範圍，即不再限於提供貨物或服務的範疇，由此解決了無法為諸如分時度假合同的消費者提供保護的問題。見 BGH, 19. 3. 1997 - VIII ZR 316/96。

⁴⁹ 增加慣常工作出發地作為僱傭合同客觀選法時連結點的情形，以解決如空乘人員的僱傭法律適用。

⁵⁰ Lando, O. (1984). The Conflict of Laws of Contracts: General Principles. *Recueil des Cours*, Volume 189. 299.

⁵¹ 根據《羅馬公約》、《羅馬條例 I》，只有在當事人選擇的法律給予消費者、受僱者的保護低於與之存在最密切聯繫的國

家的保護性強制規範的標準時，才予以排除。

- ⁵² 就雙方選法情形，除有利於弱者一方及不允許雙方選法之外，還存在只允許雙方選擇特別法域的法律的情形，如《瑞士聯邦國際私法》第121條第3款對僱傭合同法律適用的規定。見 Nygh, P. E. (1999). *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Oxford University Press. 156。
- ⁵³ 有關反致在當今各國立法情況的介紹，見陳衛佐：《比較國際私法——涉外民事關係法律適用法的立法、規則和原理的比較研究》，北京：法律出版社，2012年，第191-214頁。
- ⁵⁴ Mortensen, R. G. (2006). *Private International Law in Australia*. Sydney: LexisNexis Butterworth. 286(適用另一國的制定法等同於反致。因為法則本身可能包含自己的定位規則)
- ⁵⁵ Vischer, F. (1978). Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience. *Law & Contemp. Probs*, Volume 41, No. 2. 142(將強制規範對適用範圍的自動限制排除在反致之外); Mosconi, F. (1989). Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules. *Recueil des Cours*, Volume 217. 149.(自我限定規則不包含國際私法規則，由此對自我限定的考慮不構成根據反致適用外國的國際私法規則)
- ⁵⁶ Bogdan, M. (2010). Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law. *Recueil des Cours*, Volume 348. 186-187。此處“等於拒絕適用法院地的實體規則”令人困惑。合理的理解是，當法院地衝突規範指向的準據法的適用損害第三國強制規範背後的利益，如不考慮轉致，而運用法院地的公共政策維護第三國法的目的，則會通過公共政策保留的方式實現法院地法的適用。
- ⁵⁷ Gebauer, M. (2008). Ordre Public (Public Policy). In Wolfrum, R. (Ed). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press. Available at Oxford Public International Law: http://www.mpepil.com/subscriber_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e1448. 12nd July, 2013.
- ⁵⁸ 與前例相比，後者更符合第三國強制規範適用的情形。不過一旦決定接受反致，則前例中的B國法同樣淪為第三國法。此時，如出於對第三國強制規範所反映的公共政策的尊重而拒絕運用反致，可能恢復該國法的準據法資格。故基於第三國強制規範的意圖而不適用反致同樣構成反致運用的方式之一。
- ⁵⁹ 拒絕在合同領域採用反致的國際性規定，見《羅馬公約》第15條、《國際貨物買賣合同法律適用公約》第15條、《羅馬條例I》第20條(第7條第3款第2項下保險合同法律適用某些情形除外)，見 Garcimartín Alférez, F. J. (2008). The Rome I Regulation: Much Ado about Nothing? In *The European Legal Forum*. No.2 I-79。就晚近國內立法，《涉外民事關係法律適用法》第9條拒絕一切反致。台灣地區2010年《涉外民事法律適用法》第9條將反致的適用限於本國法指引的範疇，即權利主體、親屬繼承領域。英國和美國也通過判例確立當事人選擇的法律通常只包括實體法規則，見 *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co.* [1983] AC 50; *Siegelman v. Cunard White Star, Ltd.*, 221 F.2d 189 (2d Cir. 1955)，同見《美國第二次衝突法重述》第187條第3款、《意大利國際私法制度改革法》第13條第2款第1項、《民法施行法》第4條第2款。
- ⁶⁰ 那些散見於一國實體法當中的強制性衝突規範可能有所差別。如《美國商法典》第4-102條(處理銀行責任的銀行所在地法的遵守)、8-110條(發行人或證券仲介所在地法律的指引)。不過此類衝突規範多帶有一定程度的實體性質，與周圍的實體規範難以分離。
- ⁶¹ 如法院地位於採取轉致的A國，合同當事人選擇包括衝突法在內的B國法，而B國因第三國強制規範適用制度而考慮適用C國法，則不具有第三國強制規範適用制度的A國法院將第三國強制規範適用制度視為衝突規範，從而通過轉致實現C國強制規範的適用。
- ⁶² 與之類似的是外國國家強制(Foreign State Compulsion)，特別《第三次對外關係法重述》第441條第1款。原則上一國不會要求任何人在另一國實施為該國法律或為其國籍國法律所禁止實施的行為，也不會要求任何人在另一國不得為該

國法律或為其國籍國法律所要求實施的行為。

- ⁶³ Fawcett, J. J. (Eds). (2002). *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*. Oxford: Oxford University Press. 99.(英國普通法存在兩條外國公法禮讓的規則，一是不執行在外國實施不法行為的合同，二是不會判斷另一國政府根據其法律的授權所實施行為的有效性，也即國家行為原則)
- ⁶⁴ Rossman, V. R. and M. Moskin (2013). *Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating*. New York: Wolters Kluwer. Sec. 6. 34.
- ⁶⁵ *Chuidian v. Philippine Nat. Bank*, 734 F. Supp. 415, 418, affirmed 976 F.2d 561 (9th Cir.1992).
- ⁶⁶ Blessing, M. (1999). *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*. Switzerland: Helbing & Lichtenhahn. 53.
- ⁶⁷ 對於反致，中國立法一直採取拒絕的態度。除《涉外民事關係法律適用法》第 9 條，還可參見《民通意見》第 178 條第 2 款、原《關於適用〈中華人民共和國涉外經濟合同法〉若干問題的解答》第 2 條第 5 款以及原《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 1 條。
- ⁶⁸ 《民法通則》第 145 條第 1 款、《合同法》第 126 條第 1 款以及《涉外民事關係法律適用法》第 41 條。
- ⁶⁹ 不加以聯繫要求的原因是出於遵循市場經濟規律。見萬鄂湘：《〈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》，北京：中國法制出版社，2011 年，第 297 頁。
- ⁷⁰ 涉外因素有寬窄之分。傳統認為應從法律關係的主體、客體和內容中尋找，晚近的觀點認為一切與外國有實質聯繫的因素都構成涉外因素。見蕭永平：《國際私法原理》，北京：法律出版社，2007 年，第 3 頁。
- ⁷¹ 在中國國際強制規範制度確立的背景下，法律規避制度完全沒有設置的必要。見許慶坤：《國際私法中的法律規避制度：再生還是消亡》，載於《法學研究》，2013 年第 5 期。
- ⁷² 原《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 5 條。
- ⁷³ Tu Guangjian and Xu Muchi (1009). *Contractual Conflicts in the People's Republic of China: The Applicable Law in the Absence Of Choice*. *Journal of Private International Law*, Volume 7, No. 1. 198-199.
- ⁷⁴ 如 American Eel Depot Corp 等與慈溪佳康進出口有限公司買賣合同糾紛上訴案，(2009)閩民終字第 792 號、先進氧化鐵顏料有限公司與 HOP 投資有限公司居間合同糾紛上訴案，(2010)蘇商外終字第 0059 號。
- ⁷⁵ 《中華人民共和國勞動法》第 2 條規定，在中國境內的企業、個體經濟組織和與之形成勞動關係的勞動者適用本法。
- ⁷⁶ 吳光平：《即刻適用法與勞動法的直接適用》，載於《玄奘法律學報》，2005 年第 4 期，第 215 頁。(認為由於勞動合同自身的人格從屬性、經濟從屬性以及繼續性的屬地性特點導致工作地與之具有最密切聯繫)
- ⁷⁷ 直接運用第三國基本政策限制當事人法律選擇的作法，完全是美國獨特的衝突法發展演化的結果，不足以推廣。畢竟就合同準據法的確立，《第二次衝突法重述》是現代國際私法中少見的客觀主義理論的表現，即一定情況下允許客觀準據法對當事人選法的超越。見 Cheng Chia-Jui (Eds). (1988). *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*. Leiden: Martinus Nijhoff. 587.
- ⁷⁸ Voser, N. (1996). *Mandatory Rules of Law as A Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*. *American Review of International Arbitration*, Volume 7. 320.(傳統的選法聯繫要求或合理性要求已經放棄，故國際強制規範構成當事人選法限制的新手段)
- ⁷⁹ Bonomi, A. (1999). *Mandatory Rules in Private International Law: The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment*. *Yearbook of Private International Law*, Volume 1. 229.
- ⁸⁰ 關於此種制度的設置方案，見董金鑫：《論第三國強制規範適用制度在中國的確立》，載於《中國石油大學學報(社會科學版)》，2015 年第 4 期。