

■ 董金鑫 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

第三国强制规范在 法院地国的适用研究

■ 董金鑫 著



法学理念·实践·创新丛书

第三国强制规范在 法院地国的适用研究

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

第三国强制规范在法院地国的适用研究/董金鑫著. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 4
(法学理念·实践·创新丛书)
ISBN 978-7-300-22676-7

I. ①第… II. ①董… III. ①合同法—研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 053363 号

法学理念·实践·创新丛书

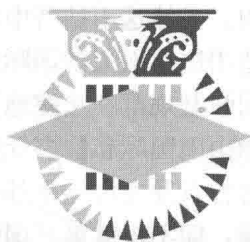
第三国强制规范在法院地国的适用研究

董金鑫 著

Disanguo Qiangzhi Guifan zai Fayuandiguo de Shiyong Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www. crup. com. cn		
	http://www. ttrnet. com(人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京易丰印捷科技股份有限公司		
规 格	170mm×228mm 16 开本	版 次	2016 年 4 月第 1 版
印 张	14 插页 1	印 次	2016 年 4 月第 1 次印刷
字 数	237 000	定 价	39.80 元

2015 年中国法学会部级法学研究课题 [CLS (2015) D151]
2015 年度青岛市社会科学规划研究项目 (QDSKL150419)
中央高校基本科研业务费专项资金后期资助项目 (15CX05025B)



第三国强制规范在法院地国的适用研究

序

董金鑫系我指导的国际私法方向的博士研究生，在攻博期间，公开发表了多篇学术论文，承担数项科研项目，并获得研究生国家奖学金等奖励，取得了较优异的成绩。就毕业论文的选题，结合个人的研究兴趣以及填补我国国际私法研究空白的需要，其以合同领域的第三国强制规范的适用为题，克服了时间紧迫、资料匮乏等种种困难，并取得外审评阅专家的一致好评，顺利通过了论文答辩，被学校推荐参加省级优秀博士论文的评选。毕业后他来到中国石油大学，在日常教学工作之余，又在此基础上不断完善，结合欧盟领域的晚近司法实践增加新的内容。本拟纳入武汉大学国际私法博士文库，因所在学校的资助，现准备在中国人民大学出版社出版。身为他的指导老师，欣然为之作序。

作为国际私法上的单边选法方法，国际强制规范无须冲突规范的指引，而根据自身维护公益所需的意图直接适用。就该问题，近年来学界发表了许多论文，本人在《中国社会科学》等刊物上也有著述，应该说对于国际强制规范的直接适用已有了不少共识。虽然第三国强制规范的适用得到包括《罗马公约》第7条第1款、《罗马条例I》第9条第3款等众多立法的肯定，但在我国却一直没有很好

地进行研究,反映在2010年《中华人民共和国法律适用法》上,其第4条仅规定了我国强制性规定的直接适用。虽然这不妨碍中国法院在实体法框架下考虑外国此类规范的效力,但此种对适用法层面上的国际交往利益的漠视,亟待改变。

作为我国第一本论述第三国强制规范在法院地国适用的专著,该书的出版能够起到抛砖引玉的作用,为构建中国国际私法多元的选法体系尽绵薄之力。除系统分析第三国强制规范的基本内容以及发展历程外,该书还为第三国强制规范在法院地国的适用提供了多种选择,即不仅就第三国强制规范适用制度的设计提供可行的方案,而且考虑通过实体法和冲突法方式等变通方式加以适用,从中分析各自的优劣以及适合支配的情形。在论述第三国强制规范适用制度时,作者创造性地提出该制度不仅能打通第三国法进入合同准据法体系的道路,还能解决干预性规范作用于合同效力带来的问题,实现冲突法和实体法的有机结合。这对于明确民法和国际私法在公私法理论上的关系,亦有帮助。

在开题时,我也曾疑虑如此小的选题能否顺利完成一本博士论文。令人欣慰的是,作者能够潜心于国际私法基础理论的研究,搜集、消化包括德文、法文在内的大量外文文献,并结合民法理论知识展开研究,完成了一篇高质量的博士论文。这说明只要经过坚持不懈的努力,国际私法的许多基本问题仍有深挖、扩展的空间,这构成未来中国国际私法学努力的方向之一。

当然,文中也有不完善、不充分之处,有待作者进一步探索。未来应朝着更加部门化、实证化的方向迈进,以期能够解决该领域中更为具体的问题。相信在不久的将来,第三国强制规范在我国的适用能够获得立法的认可,以完善我国的国际私法体系。

是为序。

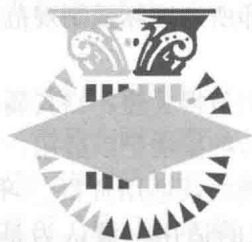
武汉大学法学院 肖永平

目 录

引 言	1
一、选题的背景和意义	1
二、国内外研究综述	5
三、研究范围和思路	9
四、研究方法	10
第一章 第三国强制规范在法院地国适用的基本内涵	13
第一节 第三国强制规范在法院地国适用的界定	13
一、国际强制规范的界定	14
二、第三国的界定	27
三、适用的界定	30
第二节 第三国强制规范在法院地国适用的理论学说	31
一、传统选法理论	32
二、反对直接适用的理论	34
三、支持直接适用的理论	39
第二章 第三国强制规范在法院地国适用的发展历程	45
第一节 法院地国对待第三国强制规范的传统做法	45
一、不适用外国公法的实践	46
二、作为准据法适用的实践	47
三、纳入准据法考虑的实践	50
四、直接适用的实践	51
第二节 法院地国确立第三国强制规范适用制度的阶段	54
一、萌芽阶段	55
二、《罗马公约》阶段	57

	三、《罗马条例 I》阶段	68
第三章	第三国强制规范在法院地国适用的一般方式	80
	第一节 第三国强制规范适用制度的实质	80
	一、一国强制规范进入私法的渠道	81
	二、第三国强制规范进入私法的渠道	83
	第二节 第三国强制规范适用制度的内容	85
	一、适用联系要求	85
	二、适用效果要求	96
	三、适用的裁量和方式	102
	四、适用的考虑要素	105
	五、国际法的作用	119
第四章	第三国强制规范在法院地国适用的替代方式	122
	第一节 实体法方法	122
	一、合同有效性规则	123
	二、合同履行规则	131
	三、评价	137
	第二节 冲突法方法	140
	一、当事人选法自由的限制	141
	二、定性和分割的巧妙运用	147
	三、最密切联系的例外	155
	四、特别私法的冲突规范	156
	五、其他替代方式	158
	六、评价	161
第五章	作为第三国强制规范的中国法的域外适用	163
	第一节 英国的适用情况	164
	一、《罗马公约》背景下的法律适用	164
	二、《罗马条例 I》背景下的法律适用	167
	三、中国法院审理该案的法律适用	169
	第二节 美国纽约的适用情况	170
	一、冲突法方法	171
	二、实体法方法	174

	第三节 我国香港地区的适用情况	178
	一、基于选法善意要求的适用	179
	二、导致履行非法的履行地法的适用	181
	三、基于维护与内地友好关系的公共政策的适用	184
第六章	第三国强制规范在中国适用的可行途径	187
	第一节 第三国强制规范适用制度在中国的建立	187
	一、中国的立法实践	188
	二、阻碍立法的原因	190
	三、未来的发展方向	192
	四、条文的设计方案	192
	第二节 第三国强制规范在中国适用的替代方式	195
	一、可行的实体法方法	195
	二、可行的冲突法方法	199
结束语		204
	一、第三国强制规范在法院地国适用问题的复杂性	204
	二、第三国强制规范在法院地国适用方式的优劣	205
	三、未来的研究之路	206
主要参考文献		207
后 记		212



第三国强制规范在法院地国的适用研究

引 言

一、选题的背景和意义

(一) 选题背景

目前,跨国商事交易以前所未有的速度增长,它在为各国带来机遇的同时,也产生大量的涉外纠纷。根据国际私法,涉外合同由以当事人选法为主要特征的自体法支配。此种选法自由已逐渐不加以对象及联系限制,呈现出绝对化的趋势。然而,由于市场失灵等缘故^①,各国纷纷加大对私人商事交易的监管,不仅表现为反垄断、进出口管制等管制立法,还导致排斥意思自治的消费者保护、劳

^① 外交安全战略的考虑构成美国频繁采取禁运等域外经济制裁的重要原因。此种制裁并不仅存在于直接限制商事交易,没收或冻结财产、停止或剥夺一国及国民权利资格以及拒绝承认和执行行政司法措施与判决等制裁方式多与合同有关。See Linos-Alexandre Sicilianos, *Les Sanctions Économiques en Droit International*, Brill Academic Publishers, 2004, p. 718.

动者保护等政策性法规的大量出现。^① 从国际私法的角度, 基于自身性质和目的确定适用范围的公益性立法, 即所谓国际强制规范, 不宜由当事人选择适用, 构成自体法理论的例外。

此类国际强制规范如何适用值得关注。当其属于准据法所属国时, 只要不违背法院地国公共秩序, 即可视为准据法予以适用; 当其属于法院地国时, 如法院认为有适用之必要, 同样可以确立其适用资格。^② 既不属于法院地国又不属于准据法所属国的第三国强制规范的适用, 被认为是国际私法领域最具争议的话题。^③ 一方面, 如果法院地国一概不予承认, 不仅影响个案的公正处理, 还有违国际礼让要求^④, 不利于国家间的合作, 甚至会出现因挑选法院地而造成跨国判决不一致的局面; 另一方面, 如果不加限制地认可, 则会严重冲击合同机制, 损害法院地国的利益, 破坏国际交往的基础。

除相互尊重主权等少数要求之外, 传统国际法不存在系统分配国家立法管辖权的明确规定。属人、属地甚至效果原则只是对各国立法范围的大致描述, 在没有当事国约定时, 正当与否并无明确的标准。^⑤ 同时, 当代国际法已经从主权国家间的共存阶段发展到追求共同目标的合作阶段, 在贸易、环境和人权等领域出现广泛适用的国际条约。^⑥ 此种格局有助于统一各国的监管立法, 减少公法层面的法律冲突, 降低国际经贸的交易成本, 但对各国相互承认管制措施的域外私法效力没有直接的帮助。如此一来, 单纯依靠国际法无法解决第三国强制规范在法院地国的适用问题; 与此同时, 国际法不反对一国为追求普遍利益而适用第三国强制规范。国家间关系的密切越发要求尊重彼此的重要政策, 由此国际强制规范

① See Henry Mather, "Choice of Law for International Sales Issues not Resolved by the CISG", *J. L. & Com.*, Vol. 20, (2001) 203.

② 甚至有学者认为规定法院地强制规范是多余的, 因为任何法院都必须遵从本国的立法意图适用那些规范涉外合同的法律。See A. L. Diamond, "Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations", *Recueil des Cours*, Vol. 199, (1986) 291-292.

③ See Frank Vischer, "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 232, (1992) 166.

④ See James J. Fawcett, "Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law", *Cambridge Law Journal*, Vol. 49, No. 1, (1990) 53-55.

⑤ 如常设国际法院对管辖权的效果原则作出不违反国际法的判断。France v. Turkey, PCIJ Rep Series A, No 10. 另外, 对于域外经济制裁是否违反《联合国宪章》以及国际强行法也莫衷一是。不过, 对国家管辖权加以合理限制的主张于第三国强制规范适用制度的设计有启发意义。

⑥ See Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 17.

不仅是准据法适用的例外机制,还构成地球村时代增强国际合作的方式。^①于是乎,适用第三国强制规范的互惠有助于国际协议的缔结,甚至会逐渐形成适用法层面的习惯国际法规则。

从实体法的角度,伴随着公法的大量增加以及私法公法化的趋势,如何处理公法性规定对合同效力的影响一直是合同法理论上的重大问题,学者们也热衷于从比较法角度探讨。以往为凸显国家利益的绝对至上,实践中大量本可履行的合同被认定无效,从而引发信任危机。从目前来看,合同并非违反任何强制规范都发生无效的后果,特别是《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)》[以下简称《〈合同法〉解释(二)》]第14条将《合同法》第52条第5项中的强制性规定限于效力性强制规定。^②第三国强制规范适用理论的出现,使得该问题不再局限于一国民法或比较法的层面,而是导致发生多国、多领域的法律冲突,突出表现为如何处理使合同效力产生瑕疵的第三国法与维护交易关系的准据法和法院地国法之间的矛盾^③;另外,从合同履行的角度,因第三国强制规范发生的履行障碍可以作为合同准据法下的事实予以考虑,这在国际民商事诉讼及仲裁的实践中层出不穷。

从冲突法的角度,1929年审理塞尔维亚债务案^④的常设国际法院认为,可能发生如下情形,法院认定适用于本案债务的法律在特定的国家根据该国国内法不起作用。也就是说,此类实施公共政策的法律的适用无可避免,即使合同的订立获得外国法的支持。作为当代合同领域国际私法代表的1980年《罗马公约》和2008年《罗马条例I》不仅在欧盟层面统一了第三国强制规范适用制度,还对欧盟外国家和地区的立法产生重要的影响。从规则演进的角度,取代《罗马公约》的《罗马条例I》对第三国强制规范有了新规定。它的出台基于何种考虑、如何解释以及对中国国际强制规范在欧盟的适用产生何种影响,值得探究。在第三国强制规范适用制度得以确立并不断发展的同时,运用实体法、冲突法方法等替代方式适用或考虑第三国强制规范的做法一直存在。此种替代方式有哪些情形、是

① Michal Wojewoda, "Mandatory Rules in Private International Law", *Maa. J. Eur. & Comp. L.*, Vol. 7, No. 2 (2000), 211.

② 此前主要从法律位阶限制导致合同无效的强制性规定的范围,如《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)》[以下简称《〈合同法〉解释(一)》]第4条。

③ 更具体的问题是,如《合同法》第52条第5项之类的转介条款基于准据法的地位而适用,还是本身就系可直接适用的第三国强制规范的组成,抑或如何运用遵从法院地国法的做法。

④ P. C. I. J., 12. 6. 1929.

否可行、如何处理与第三国强制规范适用制度的关系,也需要在考察欧美国际私法理论和实践的基础上作进一步分析。

我国《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第4条确立了我国国际强制规范的直接适用,其范围由《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》[以下简称《〈法律适用法〉解释(一)》]第10条加以规定,形成全面的法院地强制规范适用制度。这将改变司法实践中利用公共秩序保留或法律规避制度适用中国国际强制规范的做法。^①虽然立法未就第三国强制规范的适用作出规定,但为涉外民事关系的法律选择在冲突规范之外开辟了新路,有助于第三国强制规范适用制度在中国的建立。

(二) 选题价值

就理论价值而言,首先,国际强制规范由自身意图决定适用与否,此种单边选法方法与美国利益分析学说存在暗合。^②然与法院地强制规范不同,一方面,第三国强制规范的适用需要考虑更多因素,理论上存在更大的争议,有研究的必要;另一方面,这仍属一国法院如何对待外国法的范畴。它从单边主义出发,却弥补法院地强制规范直接适用的缺陷,实现双边选法的功能,无疑突破了传统选法理论。^③其次,从实体法的角度,第三国强制规范的适用不仅构成第三国公法性规范发生私法效果这一合同法上的重要命题,还表现为如何看待因第三国强制规范的适用造成的履行障碍。总之,此类争议的澄清,能够丰富当代国际私法的基本理论,也为比较合同法学的开展提供契机。

就现实价值而言,首先,中国是否要效仿欧盟等的立法实践在国际私法体系下正式建立第三国强制规范适用制度值得关注。考察其他国家通过第三国强制规范适用制度适用本国的国际强制规范,将有助于合理限定中国国际强制规范的适用范围。其次,于国际私法的审判实践,对于已经确立该制度的国家,如何正确理解、解释这一抽象规则仍是摆在法官和当事人面前的实际难题;对于其他国

① See Yongping Xiao & Weidi Long, "Contractual Party Autonomy in Chinese Private International Law", *Yb. Priv. Int. L.*, Vol. 11 (2009); Jieying Liang, "Statutory Restrictions on Party Autonomy in China's Private International Law of Contract", *J. Priv. Int'l L.*, Vol. 8, No. 1 (2012), 89-92.

② See Peter E. Nygh, "The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", *Recueil des Cours*, Vol. 251 (1995), 378.

③ See Jürgen Basedow, "The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations", *Recueil des Cours*, Vol. 360 (2012), 330.

家,能否运用实体法和冲突法方法实现第三国强制规范适用制度的合理替代,也值得思考。总之,第三国强制规范在法院地国的适用研究,有助于实现国家间的司法礼让,促进国际判决的一致,保护中国国民在对外交往中的利益,进而服务于对外开放的大局,便利跨国商事交易的顺利开展。

二、国内外研究综述

(一) 国外研究状况

国外的研究成果比较丰富,其中德语文献最多。自 Schulte 出版《国际合同法中的干预规范的联系》以来^①,已有数本专著就外国或第三国强制规范在法院地国的适用进行研究。目前的重点不在于是否适用,而在于如何适用。^② 具体而言,关于第三国强制规范在法院地国的适用争议如下:

1. 支持和反对适用第三国强制规范的理由

就支持的观点, Guedj (1991) 认为,虽然承认适用第三国强制规范会偏离萨维尼建立的冲突规范范式,但现代国家间政治、社会、经济的相互依赖要求最低限度的合作,进而使得法官在某些情况下适用第三国强制规范。区分适用的约束规则和合作的需要并不矛盾,可以通过赋予法官自由裁量权加以调和^③;就反对的观点, Mann (1978) 认为,包括第三国强制规范的外国公法应通过准据法予以考虑。如《罗马公约》第 7 条第 1 款会造成法律适用结果的不确定。^④ 此外, Ebrahimi (2005) 认为该款存在以下备受批评的原因: (1) 难以发现和判定外国强制规范; (2) 与法院地强制规范发生利益冲突; (3) 制度的模糊和不确定性; (4) 过大的自由裁量导致结果不一致; (5) 对当事人不公正; (6) 法官任务的

^① Dieter Schulte, *Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht*, Ernst und Werner Gieseking, 1975.

^② See Kerstin Ann-Susann Schäfer, "Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts", Peter Lang, 2010, p. 162. 我国学者也同意这种看法。参见徐冬根:《论法律直接适用理论及其对当代国际私法的影响》,载《中国国际法年刊》,78 页,1994。

^③ Thomas G. Guedj, "The Theory of the *Lois de Police*, a Function Trend in Continental Private International Law", *Am. J. Comp. L.*, Vol. 39, No. 4, (1991) 671.

^④ "F. A. Mann, *Contracts: Effect of Mandatory Rules*", in Kurt Lipstein, eds., *Harmonization of Private International Law by the EEC*, University of London, 1978, pp. 30-35.

繁重。^①

Dickinson (2007) 对《罗马条例 I》制定过程中支持和反对两方面的理由进行了总结。支持的理由有：(1) 第三国强制规范能推动政府利益；(2) 有助于礼让；(3) 诚实选法，不必运用间接适用第三国法的机制；(4) 能实现公正的结果；(5) 避免挑选法院现象的发生；(6) 有助于判决的承认和执行。反对的理由包括：(1) 第三国强制规范构成合同债务的回溯调整，即类似于浮动性的准据法条款；(2) 引入政府利益分析存在弊端；(3) 构成对意思自治的不当限制；(4) 造成法律选择结果的不确定。^②

2. 第三国强制规范在法院地国的适用情形

关于适用方式，Chong (2006) 认为一国可通过直接或间接方式赋予第三国强制规范以效力，分别对应特别联系和合同准据法理论。^③ 关于适用类别，Kuckein (2008) 将第三国强制规范的适用分为事实适用和规范适用。前者注重外国干预法对合同所能产生的事实结果，后者则将之同化为《德国民法典》第 138 条下的公序良俗而发生规范效力。^④ Zimmer (1993) 观察了德国法院对待外国经济法的实践，认为其可以根据《德国民法典》第 138 条作为规范予以考虑，也可以通过《德国民法典》第 242、281 条仅关注其事实后果。根据审判实践，对外国强制规范的冲突法考虑和实体法考虑的区别被高估了。^⑤

3. 第三国强制规范在国际商事仲裁的适用

自 Mayer (1986)^⑥ 最早论述国际强制规范在国际仲裁的适用以来，从仲裁出发的文献较多，《美国国际仲裁评论》曾作专题研究。^⑦ 国际商事仲裁不存在

① Seyed Nasrollah Ebrahimi, "Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations", Athena Press London, 2005, pp. 336-342.

② See Andrew Dickinson, "Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?", *J. Priv. Int'l L.*, Vol. 3, No. 1 (2007), 88.

③ See Adeline Chong, The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contract, *J. Priv. Int'l L.*, Vol. 2, No. 1 (2006), 40-47.

④ Mathias Kuckein, Die 'Berücksichtigung' von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht, Mohr Siebeck, 2008, SS. 72-98.

⑤ See Daniel Zimmer, "Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten", *IPRax*, Jah. 13, H. 1 (1993), 65-69.

⑥ See Pierre Mayer, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arb. Int'l*, Vol. 2, No. 4 (1986), 275.

⑦ *Am. Rev. Int'l Arb.*, Vol. 18, No. 1~2 (2007). 该卷后来编纂出版, see George A. Bermann & Loukas Mistelis, eds., *Mandatory Rules in International Arbitration*, JurisNet, LLC, 2011.

法院地国,故多认为一切准据法外的国际强制规范都应视为“外国”强制规范^①;也有将准据法之外的国际强制规范一律称为“第三国”强制规范^②;还有学者将仲裁地的强制规范予以排除,专门研究准据法和仲裁地所属国法之外的第三国强制规范。^③

4. 第三国强制规范与欧盟法的关系

一方面,《罗马公约》和《罗马条例 I》对第三国强制规范适用进行制度安排。特别在《罗马条例 I》颁布后,许多学者对其第 9 条第 3 款进行介评。Harris (2009) 将该款分解为可以给予效力、合同义务、履行地、只要、不合法、应考虑、性质和目的以及适用或不适用的后果,分别予以解释。^④ Hellner (2009) 则从规范的范围、给予效力的方式、连结因素以及任意适用性等方面对比《罗马条例 I》第 9 条第 3 款与《罗马公约》第 7 条第 1 款的内容,探究条例带来的变化。^⑤

另一方面,如何理解国际私法和欧盟法的关系,即欧盟成员国根据包括基础条约在内的欧盟法是否有义务适用作为第三国法的其他成员国的强制规范。Fetsch (2002) 系统探讨了货物、服务、人员以及资本流动四个基本自由对成员国适用本国强制规范的限制以及对适用作为来源地国的其他成员国的强制规范的影响。^⑥ Peruzzetto (2004) 则认为欧盟成员国在国际私法中适用的外国强制规范应区分为其他成员国的国际强制规范和欧盟之外的国际强制规范。^⑦

① Daniel Hochstrasser, “Choice of Law and ‘Foreign’ Mandatory Rules in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, Vol. 11, No. 1 (1994).

② See Mag. Alfred Siwy, *The Impact of Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, Wien, (2011).

③ See Laurence Shore, “Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, Vol. 18, No. 1~2 (2007), 91-93.

④ See Janathan Harris, “Mandatory Rules and Policy under the Rome I Regulation”, in Franco Ferrari, *Rome I Regulation*, Sellier, 2009, p. 291.

⑤ See Michael Hellner, “Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?”, *J. Priv. Int’l L.*, Vol. 5, No. 3 (2009), 455-468.

⑥ Johannes Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag. Die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Mohr Siebeck, 2002.

⑦ See Johan Meeusen, et al., eds., *Enforcement of International Contracts in the European Union*, Intersentia nv., 2004, p. 348.

(二) 国内研究状况

1. 中国内地（大陆）

内地（大陆）专门针对第三国强制规范适用的文献不多^①，多在论述国际强制规范时附带介绍，缺乏系统性。关于能否适用，徐冬根教授（2005年）归纳为否定说和肯定说，后者又包括有限适用说、平等适用说、比拟说以及最密切联系说^②；就适用途径，肖永平教授、龙威狄博士（2012年）认为，此类规范可以通过冲突法和实体法途径来实现，前者包括第三国强制规范适用的专门规定、规避外国法律以及公共政策，后者则关乎合同法律关系的效力或履行。^③

至于适用所要考虑的因素，徐崇利教授（1993年）认为考虑因素有二：一是立法所属国在空间上与合同联系的紧密程度，二是立法强制适用效力的大小。^④肖永平教授（2008年）认为，不仅要探讨第三国强制规范体现的政策及该国是否有重大利益，还要考察与案件或当事人的联系。^⑤王立武教授（2012年）认为，应综合考虑第三国、法院地国乃至准据法所属国政策的实现、利益的维护和国际秩序的促进、当事人的正当利益、个案的公正和实质正义等因素，并在相互比较、衡量的基础上作出权衡。^⑥另外，外国公法在国际私法的地位这一适用第三国强制规范的前提，近年来也引起学界的关注，为第三国强制规范在中国的适用扫清理论障碍。^⑦

2. 中国台湾和香港地区

台湾地区对国际强制规范适用的研究起步稍晚，但也有一批高质量的成果。单从方法论的提炼上，台湾地区的研究达到前所未有的高度。^⑧只是2010年修订

① 据笔者所知，只有如下3篇公开发表的论文，卜璐：《第三国强制性规范在国际私法中的适用》，载《苏州大学学报》，2013（6）；肖永平、董金鑫：《第三国强制规范在中国产生效力的实体法路径》，载《现代法学》，2013（5）；谷馨：《第三国家的强制性规则简论》，载《深圳职业技术学院学报》，2010（4）。

② 参见徐冬根：《国际私法趋势论》，414～418页，北京，北京大学出版社，2005。

③ 参见肖永平、龙威狄：《论中国国际私法中的强制性规范》，载《中国社会科学》，2012（10）。

④ 参见徐崇利：《试论涉外经济合同管制立法的适用问题》，载《比较法研究》，1993（4）。

⑤ 参见肖永平：《法理学视野下的冲突法》，332页，北京，高等教育出版社，2008。

⑥ 参见王立武：《国际私法强制性规则适用制度的发展趋势》，载《政法论丛》，2012（1）。

⑦ 虽然在探讨这一问题时，往往伴随着纯公法诉讼中的法律冲突以及公法作为准据法在涉外私人诉讼中适用等第三国强制性规范适用外的其他问题。参见许军珂：《论公私法的划分对冲突法的影响》，载《现代法学》，2007（3）。

⑧ 此类规范经历从实体法到法则，再到方法的发展过程，构成与冲突法方法相并列的法律适用方法。参见吴光平：《重新检视即刻适用法》，载《玄奘法律学报》，2004（2）。