



國際私法中公共秩序保留的綜合要素及適用趨勢

任 際

摘 要：實踐表明，運用公共秩序保留制度需要綜合性判斷而非單一概念要素即可。儘管公共秩序保留在國際私法中已有既定意義，但理論上對於公共秩序保留的適用尚缺乏判斷要素的研究與分析。國際私法的進一步發展表明，公共秩序的適用範圍並沒有減小，而是進一步擴展了，即使對公共秩序保留制度的限制適用也並不是否認該項制度，在某種程度上是為了發揮其作用。實際上，近年來，公共秩序保留對外國法的“排除”有了更多的發揮和變化趨勢，應當引起中國立法與理論界的關注。

關鍵詞：公共秩序保留；綜合要素；外國法；中國涉外民事關係法律適用法

一、公共秩序保留綜合要素的判斷

公共秩序的具体概括是有分歧的。因为公共秩序本身是一个含糊的概念，其辞意抽象，关于限制外国法适用之标准，难免分歧（苏远成，1988：109）。而且，公共秩序不仅仅是一个法律概念，还是一个政治概念，公共秩序保留的目的和实质在于贯彻和执行内国的现实政策（姚壮、任继圣，1981：30-37）。所以，公共秩序制度是一个具有弹性的制度。在国际私法上，公共秩序是一国在特定时间内、特定条件下和特定问题上的重大或根本利益所在（黄进，1998：128）。而公共秩序保留“是指一国法院依本国冲突规则本应适用外国法时，因该外国法的适用会危及法院地国的重大社会或公共利益、基本政策、法律和道德的基本理念或基本原则而排除其适用的一种保留制度”（韩德培，2004：141）。

公共秩序保留制度现在更多的也出现在国际双边或多边条约中。总的看，理论上多从公共利益的角度称其为公共秩序，制度上称之为公共秩序保留制度。在中国《涉外民事关系法律适用法》中，使用了“社会公共利益”的概念。

在国外，对公共秩序保留有多样见解，形成不同的表述。在这些不同的观点中，主要有以下几个归结点：1. 保障当事人利益；2. 保护弱者利益；3. 促进国际民商事关系正常发展；4. 实质正义；5. 解决国际民商事争端，等等。如公共秩序保留在英美法中被强调的是公共政策（public policy），在大陆法中的法国法，更多地确认为公共秩序（order public），而德国法直接将其运用为保留条款（vorbehaltsklaudel）或排除条款（ausschließungsklausel）。尽管有这样一些不同的提法，但是，“英国法及美国法上之 public policy（公共政策）作为排除外国法之适用功能，在国际私法上无异于大陆法之 order public（公序）。此二相异之用语，在国际私法范畴乃属相通，同等，此一认同共识，不论于个别案例或普遍引用，于国际私法之学术论著或法院实践，乃属共通。”（柯泽东，2003：106）

在笔者看来，首先，公共秩序是主权下的内容，所以公共秩序在各国就具有多种涵义，

如在法律形态上,公共秩序和公共政策这两个概念称谓,在内国法上的含义有些差别,但在国际私法的涵义与实施上,其意义是基本相同的。甚至“有时指一种法律状态,有时指一种法律制度”。由于不同国家的立法和司法在有关公共秩序的定义中使用了不同的措辞,公共秩序领域难有统一定义。其次,各国法中均有公共秩序保留的法律规定;同理,尽管“公共秩序保留”在语言、方式和内容上的表述有一些不同,它们在排除外国法适用的基本目标上是一致的。事实是,它有利于一国法院或法官根据本国利益的需要,决定是否适用根据冲突规则指引所应予适用外国法,从而有效保护本国利益、保护当事人合法权益。

不过,根据公共秩序保留的制度适用过程,一国法院或仲裁机构在处理某一涉外民事案件时,依本国冲突规范指引适用外国法,但如果法院认为该冲突规范指引适用的外国法,违反本国的公共利益或公共秩序,可不予适用,代之以相应的其他法律或直接适用本国法。这就形成一种通常看法,即认为公共秩序产生于本国法院或仲裁机构处理涉外案件的过程中,仅是避免适用对本国不利的外国法需求。对公共秩序保留的研究基本也是围绕该内容进行。

笔者对此的认识与其他见解是不同的,即认为公共秩序保留的发生并非单一的“不适用外国法”之因素,应以公共秩序保留的综合要素判断公共秩序保留适用问题,具体分析如下:

其一,从公共秩序保留的制度起源看,公共秩序保留源于法律“歧视”^①,并有自身演变线索,即经历了从适用外国法—排除外国法—选择外国法的特有法律历程。

公共秩序保留可以上溯到国际私法的源头。在万民法时代,罗马人适用罗马法而对于外邦人是允许适用外邦法的,这在某种程度上也是对适用外国法的规定。极为有意思的是,这种做法在当时并不是对外国法善意的法律适用或权利承认,其实是一种法律“歧视”。罗马市民的存在等级是高于外邦人的,这导致外邦人不具备享受罗马法的资格。

公共秩序的法律内容在1804年的《法国民法典》第6条有具体规定,“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律”,在该部法典中提供了排除外国法的经典法律条文,实际上也是对“个人”约定外国法的法律“歧视”,只不过这种歧视在于对个人约定的限制和对外国法适用的限制。

可以看出,法律在这时开始明确地排除外国法,当然,它针对的是“违反有关公共秩序和善良风俗”的情况。事实是后来在法国的审判实践中,涉外案件中援用的外国法如果违反法国的公共秩序,则不予适用。之后,这类法律规范被不同的国家纷纷效仿。

现当代的国际私法中,公共秩序保留被作为选择了外国法的制度,而不仅仅是单纯的排除外国法的制度,如1928年的《布斯塔曼特法典》第8条规定了依法典权利与公共秩序相抵触的缔约国的公共秩序保留要求,表现出法典权利与公共秩序的选择关系。英美法国家多从适用法律的角度阐述、确定公共秩序保留,如认为存在可排斥外国法的情况可以适用公共秩序保留,这些情况通常有道德、禁止性规定或重要政策、程序法、一些人的身份规定,等等。

大陆法国家多从法的分类确定对不适用外国法的保留制度,最有代表意义的是强行法之说。如早期德国学者萨维尼在法律关系本座说中即认为,可以有例外而排除外国法适用,认为任何国家的法律都包括两类不同的强制性规范:一类是为享有权利者的个人利益而制定的,这类规定在冲突规范指引须适用外国法时应适用外国法;另一类是为公共利益而制定的,这类规范具有绝对性、强制性,当冲突规范指引适用外国法时,则不应予以适用。瑞士学者布鲁歇将公共秩序分为两大类:一类是对本国境内的本国人具有强制力的规范,称为国内公共秩序;另一类是对本国境内的内外国人均有强制力的规范,称为国际公共秩序。在公共秩序保留制度上形成明确的选择标准。

其二,从公共秩序保留的特征和目的来看,笔者观点与其他见解也是有不同的。即认为,公共秩序存在、发展并不仅仅在于处理涉外案件的过程中为避免适用对本国不利的外国法的目的,或某项单一目的,而是由综合要素所决定的。

^①公共秩序保留源于某种内国法律歧视是笔者经研究史料而形成的观点。至今无相同研究和观点、结论。摘抄者请注明引用自本文。

因为仅仅具有某一单项因素,一般情形下不足以在外国法的适用问题上建立公共秩序保留制度,故公共秩序保留制度主要基于国家主权以及国家主权的行使。所有有关公共秩序保留的定义是有近似或是相同之处的,即所有国家或地区均要求在法律适用上,不得从根本上违反或损害其基本的利益,这其实是公共秩序保留的根本特征与目的。

由此,决定公共秩序保留的综合要素,主要可归结为以下重要方面:

其一,涉外民事关系或国际民商事关系的变化促使国际私法的作用范围不断扩大,包括“涉外”范围扩大,根据本国国际私法确立的确定准据法或应该适用的法的一般规则,外国法的适用成为一种可能。

其二,若适用该外国法极为可能或将会损害本国的利益,在国家主权范围内,为了保护本国的这些利益,该国通过确立某项制度达到可以排除适用该外国法的目的。

其三,在国家主权范围内,的确存在着本国的公共秩序或公共秩序要求,这样即会产生维护“公共秩序”的问题,一般而言,公共秩序是既有的、或者至少是应然的。

公共秩序保留可以排除适用外国法只是其最基本的一种法律效果,公共秩序保留的特性与目标并不是针对某一个外国法的适用问题本身的。在某种意义上,它是在于该种制度是一国主权范围的问题,这才是公共秩序保留的根本制度特性。一旦主权存在,即会产生所谓的“公共秩序保留”或类似的管辖权、法律适用的运用方法问题。而通常被强调的适用该外国法极可能或将会损害本国的利益而导致不适用外国法只是其中的存在要素之一。

正是由于法国民法典中“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律”这样的公共秩序保留制度内容被用于涉外案件,本来是在国内案件中由当事人选择适用的法,即外国法,在发生争议后在法国的审判实践中,“应当”援用的外国法如果违反法国的公共秩序,予以公共秩序保留制度。

这样才发生对于公共秩序保留,具体说可以是:(1)在依法院国或国际私法公约中的冲突规范应适用某外国实体法作准据法时,因其适用与法院国的重大利益、基本政策、基本首先观念或法律基本原则相抵触而可排除其适用;(2)法院国认为某些法律具有直接适用于涉外民事关系的效力,排除外国法的适用;(3)法院被申请或请求承认或执行外国法院所作出的发生法律效力或外国仲裁机构裁决,如其承认或执行将违反法院国的公共秩序,则可不予承认或执行(李双元,1998:150-151)。

二、公共秩序保留的适用趋势

随着国际私法的发展,公共秩序保留的适用并未减少,而是扩展了。为上各国实现保护本国利益的需要。现在,在贸易保护形势下,出现了法律适用的“保护”倾向,不同国家根据不同利益需要,不断使用着公共秩序的所谓“合理的”、“必然的”保留制度。公共秩序保留仍然是主权国家普遍确立或运用的一项法律制度。

现在,公共秩序保留的表现趋势,主要在以下几个方面:

一是公共秩序保留的适用范围扩大。

早期的国际交往更多地体现在“人”的流动方面,作为国际私法上的许多重要制度也都以此成为因人而存在的制度,公共秩序保留制度也主要是体现在与法律关系主体因素有关的婚姻法、家庭法、继承法等传统的民事领域^①。随着社会的发展、国际间交往更多地出现在商事领域,商事领域的国际私法问题已经成为国际私法的主要研究领域。因此,公共秩序保留也更多地适用于商事领域,如在贸易保护形势下,法律适用中的贸易“保护”往往可以通过公共秩序保留这样的具体法律制度加以实现,公共秩序保留成为国家或地区保护不同利益的制度需要,因此更具有使用上选择的“必然的”合理性。

甚至,公共秩序保留也不再是仅仅适用于法律适用方面,现在也适用于外国法院判决和国际商事仲裁裁决的合同承认和执行等司法协助事项。因为实际上,“公共政策在方案与选择方法上已经有了彻底变化,包括国家和社会的作用范围扩大了”(Luis, E. Z DE. Alba, 2012:785)。

^①在有的国家的相关法律上,即使是涉及到诸如婚姻、家庭、继承等事项,也会被视为是有关人身的合同的内容。

二是公共秩序保留的适用更加灵活。

法院或法官决定采用公共秩序保留,其适用的传统做法为:先进行识别,再选择连接点;之后才是外国法的查明与适用,以判断是否适用外国法。

此时,即可能发生对于一些“涉外案件”应当适用外国法、但运用了公共秩序保留而排除了不适当的外国法的问题。这样,其运用的表现在于:它仅具“事后排除”的消极功能。

目前,适用公共秩序保留更重视其灵活功能与积极作用,公共秩序保留的法律适用出现了法官将其提前到法律选择过程直接加以考虑的情况,从而使之成为确定准据法的考虑因素。如合同法律适用中,密切联系原则、利益分析或政策定向方法、保护弱者原则等,都包涵与具体个案中涉及公共秩序内容的或明显、或潜在的相互影响。这些表明当下公共秩序保留方法逐渐呈现更多灵活应用的趋势,也有了兼具“事后排除”与“事前选择”同时存在、或更注意法律选择中直接应用公共秩序保留。

三是公共秩序保留的运用具有长期性。

公共秩序保留制度是在各国的国际私法上被普遍肯定的一项制度,可以实现排除一些极为可能或将会损害本国的利益、保护本国根本利益的目的。事实上,由于法律差异化、尤其是各国社会经济背景的差异问题,从公共秩序保留的根本特性而言,公共秩序保留可以为了适应国家自身要求而随着国家主权的存在而长期存在。所以,可以更普遍地运用公共秩序保留,并且从“法官知法”而法官仅知本国法的角度,选择适用本国法或内国法,至少目前如此。

四是公共秩序保留的使用是较为谨慎的。

范围扩大不意味着使用不谨慎,“应当充分考虑公共秩序所具有的例外的、消极的作用,必须慎重地适用这种规定”(北齐敏一,1989:64-66)。在多数国家,对“公共秩序”等概念很少有明确、统一的定义,公共秩序涵义的表述基于不同社会与法律背景大多不确定的,这实际上使得公共秩序存在着弹性。

由于公共秩序保留制度具有弹性的这一特点,法官因此可以行使广泛的“自由裁量权”,可在法律适用上排除外国法的适用。但是,同时公共秩序保留也易遭滥用。所以,即便是公共秩序保留具有法律适用上的一些“便利”,各个国家也在注意防止在解决法律冲突中滥用公共秩序保留的问题,这样也有利于迅速解决国际民商事争议、有利于法律的稳定性与判决的承认与执行,有利于国际私法制度的稳定。

公共秩序保留制度在总体上是谨慎适用的。但需要说明的是,这种谨慎适用没有影响其制度的事实存在,公共秩序保留制度的特点也决定了其自身的存在价值。

实际上,所谓谨慎,是强调谨慎判断公共秩序的“综合要素”,并不是禁止一国设定公共秩序和运用公共秩序保留。因为,这种谨慎适用实际上是限制扩大公共秩序保留制度本身的缺陷,也正因为是限制扩大其缺陷,公共秩序保留才能较完善地长期存在下去;而且,当前对公共秩序保留的运用也根据个案的不同采取灵活的适用模式,如对于网上商事合同管辖权确定问题^①,就既需要灵活的适用规则,又可以在法律不明确的情况下使用公共秩序保留制度。

实践中,公共秩序保留也被用以判断管辖权及是否适用外国法,或直接根据主权排除外国法。如法院或法官在处理涉外案件过程中,避免适用对本国不利的外国法之外,还通过公共秩序保留排除一些极能或将损害本国利益的外国法、实现维护本国的“公共秩序”,或以此为基础确定管辖权。为此,在发生或出现国际私法上的适用外国法之时,该国才会通过某项制度达到排除适用该外国法的目的。

笔者将谨慎使用归纳为两个基本过程:(1)在对某一具体情况下是否应当适用公共秩序保留时,应当采取客观的、理性的、克制性的态度,必须在“紧迫到必须援引”的情况下适用公共秩序保留制度^②,这样可防止对公共秩序保留的滥用,达到实现防止滥用此制度的原则目标。(2)在国内法的制度设计阶段,不仅必须考虑国内的实际情况,而且要注意其他国家、包括国际条约的相关情况预设各种措施,在立法上将公共秩序保留限定在一定的范围内,为公共秩序保留的适用限制做出选择性规定,并尽可能地缩

^①有关网上商事合同管辖权的新问题与管辖权原则的研究,可参看本人拙作“B2B 争议管辖权冲突与解决原则—兼谈我国涉外民事关系法律适用法相关规定”,载于《辽宁大学学报(社会科学版)》2012 年第 3 期。

^②转引自肖永平《肖永平论冲突法》,武汉大学出版社 2002 年版,(英)韦斯特莱克:《国际私法》,1925 年英文版第 51 页。

小法院对该制度的自由解释。

但要指出,“给公共秩序保留规定范围的企图从未取得成功……只能由每一个国家的法律,不论是通过立法机关还是通过法院,去决定哪一些政策是紧迫到必须援引”。而且,对公共秩序保留限制适用在某种程度上是为发挥其作用,在立法不完整时,公共秩序具有的“灵活性”比其他制度更能排除外国法。

三、对中国法的相关分析

中国不仅应完善公共秩序保留制度,而且,在立法与司法实践中,需要注意公共秩序保留综合要素及适用趋势,从而在保留适用方面,从整体利益出发,保障国家主权和公共利益,促进国际民商事关系。

首先,在立法上,对该制度的措辞、内容,具体地说对“社会公共利益”内容应有基本一致表达。

《涉外民事关系法律适用法》使用了“社会公共利益”的概念,虽然与理论研究中的“公共秩序”的称谓不同,但其基本特征与目的是有一致意义的。该法对“社会公共利益”内容范围没有明示。由于当前对公共秩序保留适用在法律上趋向谨慎,《涉外民事关系法律适用法》应对“社会公共利益”的基本要求加以规定,这可以为公共秩序保留提供综合判断标准。

笔者认为,在判断要素上,宪法、基本法等法律法规都可成为公共秩序的内容,如一些行政法规中有以下规定,“反对宪法所确定的基本原则;危害国家安全,泄露国家秘密,颠覆国家政权,破坏国家统一;损害国家荣誉和利益;破坏民族团结;破坏国家宗教政策;破坏社会稳定;含有法律、行政法规禁止的其他内容”,等等。很明显,上述内容与国家制度与社会公共重大利益、法律基本原则有兼顾性,社会根本利益、社会道德规范也往往成为公共秩序的重要内容,这些可以成为社会公共利益判断的基本法律要素。

其次,从立法技术的角度,解决公共秩序保留的法律表述问题。

早在1950年,中央人民政府法制委员会在一个批复中就指出,对于中国人与外侨、外侨与外侨在中国结婚或离婚的问题,中国的婚姻登记机关应不仅适用中国婚姻法,而且可在适当的限度内照顾到当事人本国的婚姻法,以免当事人结婚或离婚被其本国认为无效,但适用当事人本国法时,以无损于中国的公共秩序为限度。至1986年颁布《民法通则》,该法第8章第150条规定,“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例,不得违背中华人民共和国的社会公共利益”,当时即被理解为其所规定的就是公共秩序保留制度,形成了相关的国内法规定。

以后的一些法律法规纷纷加以制定,如《海商法》、《民用航空法》、《民事诉讼法》中也有相关规定。一些行政法规也有此规定。2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第5条规定的内容是,“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律”,这即是对公共秩序保留作出的规定。但目前多数观点认为,上述法律之间的表述内涵是不一致的。

这些法律在表述“社会公共利益”的本质问题上,与传统公共秩序基本相同,只是在概念的某些表述上不一致,内涵是基本兼顾的。如《民法通则》第150条规定“社会公共利益”的概念,《合同法》第7条规定“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益”,其中也有“社会公共利益”的表达,同样的还有《海商法》第276条规定。从法律适用性而言,一项法律内容尽管反映于不同法律,是应当具备法律上的基本一致性的。

同时,《涉外民事关系法律适用法》规定了“损害社会公共利益”的表述,这在某种程度上是从结果上判断问题,它没有使用国际上比较通行的“违背”或“明显违背”的表述,而是以损害作为判断要素。这在一定阶段内是客观的,表现出该法对公共秩序保留的谨慎态度。不过,“明显违背”法院地国的公共秩序成为适用公共秩序保留的某种基本条件,尽管它也是一个弹性的、模糊的概念,但较能反映公共秩序保留的限制适用。实际上也方便法官适用。

与此相关的问题是,该法也确定了法院地法的适用,在法院地能够获得比其他方法更合理、更方便的结果。但目前,国际上,对于以公共秩序保留为由而排除外国法适用后,一概适用法院地法的作法,赞

同国家并不多,排除外国法适用之后,一概或完全适用法院地法观点与作法有减少的趋势。主要是试图防止滥用公共秩序保留制度。甚至有许多观点认为这样容易造成公共秩序保留滥用。同时,也存在一些其他的观点,如适用有密切联系的另一外国法、或在排除外国法适用之后,法院可以终止诉讼程序。

参考文献:

- [1] [日]北齐敏一,姚梅镇译(1989). 国际私法—国际关系法Ⅱ. 北京:法律出版社.
- [2] 韩德培(2004). 国际私法. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社.
- [3] 黄 进(1998). 中国国际私法. 北京:法律出版社.
- [4] 柯泽东(2003). 国际私法. 北京:中国政法大学出版社.
- [5] 李双元(1998). 中国与国际私法统一化进程(修订版). 武汉:武汉大学出版社.
- [6] 苏远成(1988). 国际私法. 台北:五南图书出版公司.
- [7] 姚 壮、任继圣(1981). 国际私法基础. 北京:中国社会科学出版社.
- [8] Luis, E. Z DE. Alba(2012). Toward an International Implementation of Public Policies in Human Rights: A Necessary Step in Every Democratization Process for Advancements in Economic and Social Rights, *Politics & Policy*, Volume 40, No. 5.

The Comprehensive Elements and the Applied Tendence of Public Order Reservation in the Private International Law

Ren Ji (Professor, Liaoning University)

Abstract: Although there has been applicable meaning for the reservation of public order in the private international law, the analysis in the interpretable elements which about the fitness of the public order remaining in the practice is still lack. With the further development of private international law, the range of the public order fitness was not reduce but expanded, which provides the convenience to meet the need of countries' own interests protecting at many aspects. Nowadays, with the trend of trade protecting, the "protecting" suitable in the law accrued to us. Various countries are used to adopting to the so-called "reasonable" "inevitable" reserved system by the public order. The reservation is still a law which was general recognized or used in various sovereignty. While, the fact is that the use of reserved system by the public order needs to be judged from comprehensive factor but single one. It is not to deny the reservation of public order although the system is limited in the application. Actually, on condition that the legislation is not completed, the system works to some extent. The "flexibility" of public order has the advantage of "exclusion" to the foreign law. In recent years, the reservation of public order had more developed and various tendencies in "ex-cluding" the foreign law, which should be attached more attention in Chinese legislation and sounding theory.

Key words: reservation of public order; composite elements; foreign law; law of the application of law for foreign-related civil relations of P. R. C

■ 作者简介:任 际,辽宁大学法学院教授,博士生导师;辽宁 沈阳 110136。Email:prefren@126.com

■ 基金项目:全国教育科学“十二五”规划课题(FFB110011)

■ 责任编辑:车 英

