

论公共秩序保留在解决我国区际民商事法律冲突中的定位

叶 丹

[摘 要] 香港和澳门相继回归之后,我国内地、香港、澳门之间的区际民商事法律冲突形势严峻,冲突解决并不顺利。当前,公共秩序保留在区际民商事法律冲突的解决中仍然发挥着重要作用。但从长远的发展看,公共秩序保留的适用空间将越来越狭窄,甚至可以不再适用。

[关键词] 区际民商事法律冲突;公共秩序保留;国际私法

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)06-0832-04

本文研究的“区际”限于内地与香港、澳门三地。在香港和澳门特别行政区回归之前,我国内地法院处理与港澳地区之间的民商事法律冲突所依据的法律规则与处理涉外民商事纠纷所依据的法律规则是完全一致的,而公共秩序保留作为国际私法中的一项基本原则,其适用也是不加区分的。然而,港澳地区相继回归之后,在“一国两制”的框架下,内地与港澳地区之间的法律冲突在性质上发生了根本性的变化,不能再简单地将这种区际民商事法律冲突比照国际民商事法律冲突来解决。而公共秩序保留作为一项带有浓重主权意识和政治色彩的法律原则,是否应继续在区际民商事法律冲突的解决中发挥其作用,确实是一个值得我们深入探讨的问题。

一、公共秩序保留以国家主权原则为理论基础

公共秩序保留,从通用教材的定义来看,是指一国法院依其冲突规范本应适用外国法时,因该适用将与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而排除其适用^[1](第 210 页)。当然,这应是公共秩序保留最狭义的内涵,其内涵应还包括以下两方面的内容:一是可据而要求直接适用法院地国法律中那些体现了国家重大的政治、经济利益、法律与道德的基本原则的规定;二是可据而拒绝承认与执行那些与自己的公共秩序相抵触的外国判决和仲裁裁决^[1](第 210 页)。

公共秩序保留产生的理论基础是国家主权原则。国家主权原则最初是作为国际公法的基本原则提出的,而今已经成为处理国际关系的最基本准则。主权,是国家独立自主处理自己的内外事务,管理自己国家的权利。这种权利是不可分割、不可转让的,它不从属于外来的意志,故主权在国内是最高的,在国际上是平等独立的。立法权和司法权是国家主权的重要内容,如果国家的立法权和司法权不能独立或没有得到应有的尊重,就没有国际私法存在和发展的前提条件。国际私法作为调整涉外民商事关系的法律规则,将牵涉到国家与国家之间、国家与地区之间以及地区与地区之间的方方面面的利益。然而,国际私法作为一国的部门法,其本身势必还是统治阶级意志的体现,其制定和适用也是国家主权和利益的体现,即使是承认外国法在内国的效力,也是出于希望在国际民商事交往中内国法得到其他国家尊重的考虑,而非放弃国家利益。国际私法中的各种学说与理论,探其根源,无不以国家利益为出发点,都是国家当时所处的政治、经济、文化及社会条件的直接或间接的反映。公共秩序保留就是国际私法中一项重要的维护国家主权和国家利益的原则。公共秩序保留萌芽于 13、14 世纪的意大利法则区别说时期。该时期是以意大利的罗马法后期注释学派学者巴托鲁斯为学说代表人的。巴托鲁斯针对当时意大利各城邦之间的法则存在冲突的情况,提出了国际私法得以生存和发展的两个重要前提:一是一个城邦的法则对于不属于该城邦的居民的可适用性问题;二是一个城邦的法则的域外效力问题。然

而,巴托鲁斯对上述研究从一开始就感觉到有缺陷,于是又提出了“令人厌恶的法则”(statuta odiosa)没有域外效力之说^[1](第69页),在此原则的制约下,对一般冲突原则的运用不能是盲目的,而必须符合公正目的^[2](第76页)。到了荷兰的法则区别说时期,“礼让说”的创始人胡伯发展了公共秩序保留,他认为一国出于礼让承认外国法在内国也具有效力,但有一前提,就是不得有损于内国主权者和公民的权益。也就是说,有损于内国主权及公民权益的外国法足以“令人厌恶”至不被内国法院适用。从这一点可以看出,公共秩序保留是一主权国家解决涉外民商事法律冲突时尊重外国法的最后“底线”。与其他基本原则相比,公共秩序保留在维护国家主权和国家利益方面更为直接,或者说,当法院地国试图通过某个原则的适用来达到维护国家利益时,公共秩序保留是最为名正言顺的理由。

从公共秩序保留的发展历程来看,适用公共秩序保留的过程实际上是在对各种利益进行权衡和取舍,“对一般冲突原则的运用就不能是盲目的,而必须符合公正目的”^[2](第76页),而且,公共秩序保留还是各法域之间法律冲突不可调和时的最后的防卫手段,保证最终维护法院地的利益。

二、内地、香港、澳门国际私法中的公共秩序保留

由于目前解决区际民商事法律冲突的状况是,主要类推适用各法域国际私法的规定来处理区际民商事法律冲突事宜,所以,了解内地、香港、澳门国际私法中有关公共秩序保留的规定是很必要的。

我国内地的公共秩序保留可见之于实体法和程序法中的多处规定,如《民法通则》第150条、《民事诉讼法》第260条、第262条第2款以及第268条,此外,我国《技术进出口管理条例》第29条规定技术引进合同中不得含有限制性商业条款。该条属禁止性规定,所以技术引进合同中的这类限制性条款应当归于无效,因为这类条款与国家基本经济政策相抵触。而前文提及的最高人民法院《关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》明确规定:“审理涉港澳经济纠纷案件,按照民法通则第八章涉外民事关系的法律适用和涉外经济合同法第五条的规定,应适用香港、澳门地区的法律或者外国法律的,可予以适用,以不违反我国的社会公共利益为限。”

香港适用英国的普通法制度,采用的是“公共政策”的概念。对于哪些事项属于公共政策问题,均由法院来决定,所涉内容是法官认为应当能够反映社会公众利益、基本道德和自然公正信念的事项。除了普通法外,公共政策在香港的成文法中亦有规定。根据香港《外地判决(相互执行)条例》的规定,法院可以基于以下任何一个理由,拒绝执行外地判决:(1)该判决是在违反自然公正原则下取得的;(2)该判决是以欺诈手段取得的;以及(3)强制执行该判决违背香港的公共政策^[3](第74页)。

澳门《民法典》第22条对公共秩序保留进行了专门的规定:(1)如果适用冲突规范所指定的外国法之规定,导致违背澳门国际公共秩序之基本原则,则不适用此等规定。(2)在此情况下,须适用该外国法规中较合适的规定,或者补充适用澳门本地法之规定^[4](第20页)。

公共秩序保留是大陆法系国家的法律用语,在英美法系国家则通称为公共政策,而在我国立法中则称之为社会公共利益。实际上,该三种称法只是法律用语的表述不同,基本内涵是一致的,即一定要与法院地的公共利益有关,至少我国内部各法域是这样理解的,此例证是1999年6月内地与香港签署的《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》中规定:“如内地法院认定在内地执行该仲裁裁决违反内地社会公共利益,或者香港法院认定在香港执行该仲裁裁决违反香港的公共政策,则不予执行该裁决。”从该条文的表述来看,我们理解的社会公共利益与公共政策的涵义是一致的。

三、解决区际民商事法律冲突能否适用公共秩序保留

众所周知,公共秩序保留是国际私法上的一项基本原则,前文也已经对公共秩序保留产生的理论基础是国家主权原则进行了阐述。既然公共秩序保留在国际私法上的功能体现在维护国家利益,防止外国法的适用对内国的重大利益产生损害,那么,在一国主权之内所发生的各法域之间的法律冲突的解决,由于不涉及主权利益之间冲突的问题,似乎不再需要公共秩序保留了。

笔者考察了其他多法域国家的情况。对于如何解决区际民商事法律冲突,有明确宪法条文依据的国家是美国。美国宪法第4条第1款明确规定:各州必须对他州法律及司法裁判给予充分信任和尊重。从该条文的文义来看,各州承认他州法律及司法裁判应是无条件的。但是,美国宪法还规定了正当程序条款来保障基本的公平与实质的正义,即赋予了法官权衡法律选择的结果是否公平的裁量权。因此,即使“充分信任与尊重”是各州处理区际民商事法律冲突的基础,但是最低限度的公平原则仍然制约着充分信任与尊重条款。此外,利益平衡的因素也在影响着充分信任和尊重条款的实施,该条款并不能强制法院地的法官在每一个案件中采纳和适用其他州的法律,只要法院地与当事人或者交易之间存在

着一些合理的联系,使得法院地的法院在适用自己的法律方面具有合法的利益,法院地法官便可以适用法院地法。在 *Marchlik v. Coronet Insurance Co.* 一案中,伊州法院对伊州的保险法和习惯法加以考察后发现,贯穿于该州法律中的政策是,反对在审判结束之前直接对保险人起诉,该州在对这类法律关系适用方面拥有重大利益,这就决定了适用威斯康星州的法律与伊州的公共政策相抵触,从而排除其适用^[5] (第 104 页)。除美国外,其他国家处理区际法律冲突时仍然会适用公共秩序保留,只是适用条件较为严格。比如加拿大,其法院认为,如果以公共政策为据而拒绝承认外国法的任何效力的,该外国法所违背的必须是法院地的一些基本的公正准则、普遍性的道德观念或一些根深蒂固的传统。尤其是在以公共政策为由拒绝承认加拿大姊妹省的法律和判决时,或以公共政策为由驳回根据外国法所提出的请求或抗辩时,更应考虑到这一点。

从法律本身体现统治阶级意志的本质来看,即使是处于同一主权国家之内的各法域,如果各法域被赋予了独立的立法权,就意味着国家将原本完整的立法权分到各法域分别实施,各法域势必会在立法中体现其区域性的利益,特别是其所制定的强行性的法律规定。再进一步来看,如果各法域还被赋予了独立的司法权,则法院地必然有其自身利益的考虑,因为司法管辖权是法院地公共利益在司法领域的必然延伸和表现,而且还会关乎到保护法院地公民、法人的民事权益的问题^[6] (第 347 页)。这就是其他国家在处理区际民商事法律冲突中仍然保留了公共秩序保留的一席之地的重要原因所在。反观我国的实际情况,从前文对我国区际民商事法律冲突的复杂性分析可以看到,香港、澳门在回归后不仅保持了其原有的与内地完全不同的社会制度不变之外,而且还被宪法赋予了独立的立法权、司法权,甚至还有终审权,这些权力之广,是其他复合法域国家各法域所不能比及的。而且,从回归逾十年的情况来看,由于各法域的法律制度存在很大的差异,现阶段主要只能类推适用各法域的国际私法规定,冲突的协调进程相当缓慢。因此,在现阶段,维持公共秩序保留原则的一席之地是很有必要的。比如说,内地长期实行严格的外汇管制制度,而香港、澳门实行的是货币自由流通制度,其流通货币长期与美元挂钩,因此,违反内地的外汇管制制度的涉港澳商事合同行为,势必会对内地的公共利益造成强烈冲击,这将涉及到公共秩序保留的问题;又比如说,澳门是赌债合法化的地区,但内地和香港均严禁赌博,澳门债权人到内地或香港就赌债的问题起诉法院地的债务人请求支付赌债,也涉及到公共秩序保留的问题;再比如说,香港的诉讼制度与内地的诉讼制度很不相同,而诉讼制度本是属于公法性质的法律制度,若香港法院仅仅依据某项内地完全没有的诉讼制度作出一项谕令要求内地当事人支付香港当事人某种诉讼费用,而后香港当事人以该谕令为依据到内地起诉内地当事人要求其依据香港谕令的内容支付相应费用,则将涉及到公法性质的域外法冲击内地诉讼制度的问题,这可能也涉及到公共秩序保留的问题。

公共秩序保留可以是一种实体公正的理念,是法官对保护法院地利益的在内心之中的考量,并不必要要在说理中明确指出,如果公共秩序保留的说理可能会对区际民商事正常交往造成不必要的影响甚至冲击“一国”的原则,我们可以用其他理由代替,比如说借鉴前述美国司法实践所确立的最低限度公平原则,关键是在最终结果上域外法不能得到适用了。

四、公共秩序保留在我国区际民商事法律冲突解决中的前景展望

公共秩序保留在我国区际民商事法律冲突解决的前景应是:公共秩序保留的条款,仅仅是出于应对将来可能发生的不可预知的情形的考虑而被保留下来,但除非是有特殊的例外情形,否则在实践中将不被适用。这是因为:其一,我国区际民商事法律冲突始终是单一制主权国家内部的法律冲突,不同于联邦制或松散的邦联制国家的区际法律冲突,只要内部的相应机制完善了,我国的区际法律冲突解决起来比联邦制或邦联制国家要容易、顺畅;其二,公共秩序保留的适用与否,与我国区际民商事法律冲突的解决程度高低密切相关;其三,区际各法域对其他法域的法律的容忍度越高,公共秩序保留的适用可能性越低。

关于如何解决我国区际民商事法律冲突的问题,内地司法实践已经形成了以下认识^[7] (第 4 页): (1) 树立促进和维护国家整体利益观念,即以“一国”为先。国家整体利益的维护是我国解决香港、澳门的根本出发点,维护国家整体利益也是中华人民共和国宪法的根本精神。作为一个单一主权国家,国家整体利益应是各法域的共同利益,各地区均有义务加以促进和维护。(2) 确立三地平等互利的原则,即维护“两制”。在平等互利的前提下,相互尊重,共同获利,实现“双赢”。三地应该放下成见与私心,认识到眼前利益应让位于长远利益的重要战略意义,为实现长久的双赢而共同努力。对于内地这种认识,香港、澳门地区正在逐步接受和予以认同。

在上述理念的影响下,尽管当前内地与香港、澳门之间的法律制度冲突、司法管辖权冲突以及相互提供司法协助等问题还解决得不好,甚至有的领域法律依据迄今还是空白,但是,三地已经在不断努力去进行协调。从目前的状况来看,先在一些民间学术团体之间建立协调机构,再引入司法部门与行政部门的引导,通过沟通与协调,增进了解,统一认识,是可行的途径。我们对这种协调的效果始终抱有积极的态度,对于区际民商事法律冲突的解决的前景也表示乐观。从

远期发展来看,要从根本上有效解决区际民商事法律冲突的问题,首先应在《中华人民共和国宪法》中确立充分尊重和信任原则,在《基本法》中明确特别行政区在解决区际民商事法律冲突中的宪法性合作义务,其次需要通过各地区的充分协商,制订出大家能够接受的、可以统一施行于三地的区际冲突法典,对管辖权、法律适用以及司法协助等问题进行详细规定,甚至可以在某些领域制定统一实体法规则。当然,这个过程一定是漫长而艰辛的,也只有在前述沟通与协调机制建立并完善以及现阶段所达成的诸《安排》运作成熟之后,才能有进行下去的基础。

随着内地与香港、澳门之间的区际民商事法律冲突得到妥善解决,三地的法律势必会出现趋同化的状况,三地的法律概念和对法律条文的理解势必会相互融合,对法律制度存在的差异性的容忍度会越来越高,三地的利益一致于主权国家的共同利益,此时,这种和谐的趋同化对公共秩序保留的适用将产生深远的影响:公共秩序保留之所以适用是因为各法域的法律中存在相互不能容忍的内容,随着趋同化在各法域民商事法律中的渗透和作用甚至各法域的强行性法律得到相互效仿,则公共秩序保留作为一项出于保护法院地利益的目的而对实体结果进行利益权衡的原则,已经失去其加以适用的社会土壤,而到那时,各法域对于其他法域依据本法域的法律创设出来的法律结果充分信任其实体公正,区际法律事务的处理仅仅需要进行程序性的审查,公共秩序保留就可以不再适用了。回应前文所举的例子,比如说,内地对香港、澳门地区不再实行严格的外汇管制制度,甚至实现流通货币的统一,则公共秩序保留也就不存在适用的前提了;又比如说,内地和香港基于一国之下存在不同法律制度的考虑,容忍澳门的赌债合法化的制度安排,则也不存在公共秩序保留的适用可能了;再比如说,香港地区基于对等原则,不再将内地当事人视同外国当事人而要求内地当事人遵循严格的涉外民事诉讼制度,而是将内地当事人视同香港当事人对待,则内地法院也就不存在考虑适用公共秩序保留的必要了。

[参 考 文 献]

- [1] 黄 进:《国际私法》(第二版),北京:法律出版社 2005 年版。
- [2] 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉:武汉大学出版社 1987 年版。
- [3] 孙南申:《论一国两制下区际私法中的公共秩序保留》,载《华东政法学院学报》2005 年第 4 期。
- [4] 黄 进、郭华成:《再论国际私法中的公共秩序问题——兼谈澳门国际私法的有关理论与实践》,载《河北法学》1998 年第 2 期。
- [5] 李双元、蒋新苗:《国际私法学案例教程》,北京:知识产权出版社 2004 年版。
- [6] 李双元:《国际私法》,北京:北京大学出版社 2000 年版。
- [7] 孙晓光:《涉港澳民商事审判:挑战与应对——访广东省高级人民法院副院长陶凯元》,载《人民司法》2005 年第 8 期。

(责任编辑 车 英)

Role of Public Policy in Resolving China's Inter-regional Conflict of Civil Laws

Ye Dan

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: After the return of HongKong in 1997 and Macau in 1999 to the PRC, the inter-regional conflict of civil laws emerged and became more and more complicate. Now, public policy still plays an important role in resolving the inter-regional conflict of civil laws. However, in the future, public policy will be applied just as an exception.

Key words: inter-regional conflict of civil laws; public policy; private international law