

# 论国际秩序对限制适用公共秩序保留制度的作用

高维岳

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年11月5日; 录用日期: 2024年11月29日; 发布日期: 2024年12月11日

## 摘要

公共秩序的概念模糊, 法官适用公共秩序保留制度时的自由裁量权较大, 可能导致滥用。对公共秩序保留制度的适用进行限制是国际共识。公共秩序保留制度的适用情形包括排除适用外国法, 拒绝承认并执行外国判决、裁决。为了限制各国司法机关在适用公共秩序保留制度时的自由裁量权, 可考虑在冲突法中加入有关规定: 在承认外国判决与裁决时, 如果承认国法院和判决、裁决作出国法院都有要保护的<sup>1</sup>国际公共秩序, 则不适用公共秩序保留。在考虑排除外国法的适用时, 当需要考虑适用公共秩序保留制度的涉外民商事法律关系, 是构成另一涉外民事诉讼的先决问题, 且该诉讼又涉及保护国际公共秩序, 又且适用该外国法的结果不会严重损害法院地的本地公共秩序时, 应继续适用该外国法。

## 关键词

国际私法, 公共秩序保留, 国际秩序, 法律适用

## On the Role of International Order in Restricting the Application of the Public Order Reservation Regime

Weiyue Gao

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 5<sup>th</sup>, 2024; accepted: Nov. 29<sup>th</sup>, 2024; published: Dec. 11<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

The concept of public order is vague, and judges have great discretion in applying the public order

reservation regime, which may lead to abuse. It is an international consensus to restrict the application of the public order reservation regime. The application of the public order reservation system includes the exclusion of the application of foreign law and the recognition and enforcement of foreign judgments and awards. In order to limit to some extent the discretionary power of national jurisdictions in the application of the public order reservations regime, the following provisions could be considered for inclusion in conflict-of-laws clauses: in the case of recognizing foreign judgment and adjudication, the public order reservation shall not be applied if both the courts of the recognizing State and the courts of the State in which the judgment and adjudication were rendered have an international public order that they wish to protect. In considering the exclusion of the application of a foreign law, the foreign law shall continue to apply when the foreign civil or commercial legal relationship to be considered for the application of the public order reservation regime is a preliminary issue constituting another foreign civil proceeding, the proceeding involves the protection of international public order and the result of the application of the foreign law would not be seriously prejudicial to the local public order of the forum.

## Keywords

Private International Law, Public Order Reservation, International Order, Application of Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

公共秩序保留制度，是指法院为维护本国公共秩序的需要，保留不按照本国冲突规范的规定适用外国法，或者保留不对外国的司法请求给予协助，或者保留在某些涉外领域直接适用内国法等[1]。由此可见，公共秩序保留制度的功能有二：第一，作为法院审理涉外民商事案件时排除外国法律适用的依据；第二，作为拒绝承认外国判决或裁决在本国域内效力的依据。

从历史上看，国际私法始终具有深厚的“主权优位”思想底蕴。一国法院在审理涉外案件时，会倾向于不适用外国法，而适用法院地法。这种倾向也被称为“归乡情结”或“本地偏见”。公共秩序保留制度则体现了这种“本地偏见”。“公共秩序”没有统一、具体的定义，难以准确界定其内涵和外延，因此，在其适用过程中存在灵活性。但是，现代各国法律又无不规定了这一制度，目的是维护本国社会公共利益及法律体系稳定运行。各国法院在何时适用公共秩序保留制度，会根据时间、形势、所涉法律问题的不同而变化。法官在此问题上的自由裁量权较大。正是由于此种自由裁量权的存在，使得一国法院的法官更可能倾向于援引公共秩序保留条款，以达到适用本国法律的目的。

随着国际私法趋同化发展，以及国际社会各国之间的联系越发频繁、紧密，公共秩序保留制度的滥用问题越发引起重视。为了维护各国之间的友好交流以及国际社会的稳定运行，如何限制公共秩序保留制度的适用成为学界关注的重点。因此，有必要以国际社会利益的视角切入，考虑将国际公共秩序的概念引入到关于公共秩序保留制度的讨论中。以保护国际公共秩序的理由，限制司法者的自由裁量权，进而减轻其援引公共秩序保留制度的倾向，最终达到限制公共秩序保留制度滥用的目的。

## 2. 国际公共秩序的概念

所谓一国的公共秩序，通常指体现在一国政治制度、经济制度、法律制度和主流道德习俗中的根本利益[1]。

德国著名法学家萨维尼认为，外国法在一定情况下可以排除适用。他认为，任何国家的强行法都分为两类：第一，纯粹保护个人利益的。如根据年龄限制自然人行为能力的规定。第二，保护道德、政治或国民经济等领域的公共幸福的。法院可以依据冲突规范排除适用第一类法律。而对于第二类法律，应在其制定国内绝对予以适用[2]。可见，萨维尼观点中的第二类强行法就是所谓的有关公共秩序的法律。当适用外国法将有损于第二类的公共秩序时，应当排除外国法的适用，保留适用国内法。

瑞士法学家布鲁歇在萨维尼理论的基础上提出“国内公共秩序”和“国际私法上的公共秩序”概念。他认为，一国国内强行法应分为两类：第一，属于国内公共秩序的，其只应在纯国内民事关系的范畴中得以适用。如需适用外国法的，不得以违反国内秩序为由排除外国法适用。第二，属于国际私法上的公共秩序的，其只应在国际私法的领域中得以适用。这一类公共秩序则具有排除外国法适用的效力。布鲁歇观点的局限性在于，其仅将国内法中的强制性法律进行分割，区分出在“纯民事关系”和“涉外民事关系”两种不同场景中予以适用的规则，本质上并未脱离国内法的范畴。前苏联学者隆茨和德国学者沃尔夫的理论也将“国际公共秩序”限制在国内法的范畴[3]。

我国学者孙建认为，国际公共秩序作为一种排除外国法适用的制度，其定义是：根据一国冲突规范，应对某一涉外民商事关系适用外国实体法，但适用该外国法将违反国际强行法、该国负担的条约义务或国际社会普遍承认的正义要求的，则排除适用该外国法[3]。本文认同这一观点对国际秩序的定义。“国际公共秩序”或“国际秩序”是一个国际法上的概念，其维护国际社会和平与发展的共同利益。国际秩序范围宽广，包括国际条约(一国的负有的条约义务)、国际习惯、国际强行法、及国际社会普遍认可的正义要求等。当法院根据国内法中的冲突规范应当适用外国法，但会有损于以上国际公共秩序时，应当排除该外国法的适用。

### 3. 承认与执行外国法院判决、裁决时的国际公共秩序

随着国际社会的不断发展，各国传统的公共秩序保留的做法受到冲击，曾引起国际广泛关注的“蒙森案”是一个具有代表性的例子。“蒙森案”的简要情况如下：

法国公民蒙森夫妇于2000年前往美国加利福尼亚州实施代孕行为。后该州最高法院判决代孕协议有效，并判决夫妇二人共享监护权。法国有关机构就其行为的合法性展开审查，后法国最高法院决定不承认、不执行美国法院的判决。因此，蒙森夫妇向欧洲人权法院提起诉讼。2014年，欧洲人权法院判决法国最高法院的裁定违反了《欧洲人权公约》[4]。

本案中，法国各级法院拒绝承认与执行美国加利福尼亚州最高法院判决的依据就是公共秩序保留制度。法国法院认为，代孕协议无效的主要原因是自然人的身份权不得让与。关于身份权不得让与的规定，是民法的根本原则，当然属于法国的公共秩序。而欧洲人权法院基于维护欧盟公共秩序的考虑，判定法国最高法院的裁定违反《欧洲人权公约》，目的是保护由代孕出生的两位儿童的基本权利，同时保护两位儿童的私生活不受法国公权力的过分干涉。此外，加利福尼亚州法院认为，代孕协议可以使代孕孕母改善自身的经济条件，应当尊重其自由选择改善自身经济条件的权利，这属于加利福尼亚州本地的公共秩序。当然，保护儿童基本权利也是该州认可并保护的公共秩序。

本文认为，“蒙森案”中各法院对前法院判决的一再否定，归根结底是各法院的自由裁量问题。何以作为真正的“公共秩序”作为裁判依据，没有统一的看法。显然，自然人身份权不得让与以及保护儿童基本权利都是受到国际普遍认可的价值观念，都堪称国际公共秩序。无论是以自然人的身份权不得让与为由否定儿童基本权利的保护，还是以保护儿童基本权利为由否定自然人的身份权不得让与，都将引发争议。可见，仅将保护国际公共秩序加入到冲突法规范中，加入类似“当适用外国法律或承认与执行外国判决、裁决时会违反国际公共秩序时，则适用国内法”的规定，无助于解决实际问题。

在复杂的涉外民商事案件中，很可能出现如“蒙森案”中两种国际公共秩序相冲突的情况。如果要在两种不同的国际公共秩序中，判断何者位阶更高、普遍性更强，会出现比传统公共秩序保留制度更加复杂棘手的问题。因为，要将“位阶”“普遍性”这类抽象概念进行量化比较是不可能的。此外，进行此类价值判断的司法人员最终还是一国法院的法官，这无助于实现限制法官适用公共秩序保留制度时自由裁量权的目标。因此，在这种“硬碰硬”的情形下，更适合以一种柔和的、间接的手段来应对。

本文认为，考察不同国际公共秩序之间位阶高低的做法并不合适。因为，各类国际公共秩序作为被国际社会普遍认可的利益，没有孰高孰低、孰优孰劣的问题。因此，应从另一个视角出发来应对此类问题。本文认为，从尽快解决纠纷，提升纠纷解决效率，使私主体之间的法律关系尽快稳定，维护国际社会民事诉讼秩序的视角出发，将对此类问题的解决有所帮助。

承前所述，法院在考虑是否承认外国判决、裁决时，应将判决、裁决作出国与法院地国的公共秩序一并纳入考虑范围，结合个案情况判断各方意欲保护的公共秩序属于国内法性质还是国际法性质，并以此为基础，决定是否适用公共秩序保留制度。本文认为，国际公共秩序应优于一国国内公共秩序受到保护；而当双方所要保护的公共秩序都具有国际法上的性质，即都属于国际公共秩序时，为了有序、快速解决涉外民商事纠纷，应令实现在先的国际公共秩序获得优先效力，也即，不适用公共秩序保留制度，而承认外国法院判决、裁决的本地效力。

此时反观“蒙森案”，如上所述，加利福尼亚州法院所要保护的公共秩序是私主体自由选择改善自身经济条件的权利，以及儿童基本权利保护；法国法院所要保护的公共秩序是自然人的身份权不得让与。首先，由于代孕协议并非以劳动雇佣的形式改善私主体的经济条件，因此，加利福尼亚州认为私主体自由选择改善自身经济条件的权利在此种情况下不应当被认为是一种国际普遍认可的公共秩序，而仅是当地的公共秩序。由于国际公共秩序高于国内或本地公共秩序，这一公共秩序不应予以承认和保护。但是，当考察儿童基本权利保护与自然人的身份权不得让与这两种国际公共秩序时，还是要面临与之前相同的问题。此时，承前所述，由于加利福尼亚州法院的判决在先实现了儿童基本权利的保护，则法国法院不应适用公共秩序保留制度，而可直接承认该判决。在此种逻辑的判断下，虽然得出与欧洲人权法院作出的判决一致的结果，但却可以省去蒙森夫妇层层上诉，甚至将法国起诉至欧洲人权法院的漫长过程，起到高效解决涉外民商事纠纷、维护国际民事诉讼秩序稳定的作用。将利益保护的普遍性程度作为适用公共秩序保留制度的依据，而不是绝对地以国内或国外利益作为唯一标准，这是以全球化的方式解决全球化的问题<sup>[5]</sup>，利于全球化发展。

#### 4. 排除适用外国法律时应考虑国际公共秩序

排除外国法的适用是公共秩序保留制度的主要适用场景。从国内法的角度出发，排除外国法的适用后，可以有效保护本国的公共秩序。但从国际法的视角看来，国家的这种做法不一定能促进实现国际普遍认可并保护的利益，有时甚至会有损于公平正义。

以同性婚姻为例，虽然如今世界上有部分国家已经认可了同性婚姻的效力，但更多国家对此持否定的态度。因此，不能认为同性婚姻制度已经成为了一种国际公共秩序。但是，如果有人故意规避一国禁止同性婚姻的规定，去到认可同性婚姻的国家登记结婚，则此种关系必然不会受到其本国法院的认可和保护。然而，问题在于，允许同性婚姻的国家会赋予同性伴侣及其家庭类似夫妻关系、父母或子女关系的权利与义务，而这些权利与义务与公共秩序的内容有关，甚至也是法院地国法律所保护的内容。例如，同性婚姻的被收养子女要求继承同性养父母一方的财产等。在这种情况下，同性婚姻仅仅只是解决继承争议的先决问题<sup>[6]</sup>。不仅如此，类似子女继承或身份等重要的问题同样涉及儿童基本权利的保护，此为国际公共秩序。因此，如果一国完全将所有同性婚姻或类似问题全部依公共秩序保留而判决为无效，那

么, 那些依附于同性婚姻关系的某些权利就得不到保护。这不仅对私主体的权益造成损害, 甚至可能有损国际公共秩序, 阻碍国际私法的趋同化发展与全球化发展。

承前所述, 本文认为, 如果同性婚姻或同性关系是某一涉外民事诉讼的主要问题, 则一国可以选择适用公共秩序保留制度, 达到排除外国法律适用的效果。毕竟在这种情况下, 适用外国法的结果对本国的公共秩序造成的冲突较为直接且强烈; 但是, 当同性婚姻法律关系是作为另一主要问题的先决问题时, 出于保护其他利益甚至国际公共秩序的需要, 在适用外国法的结果不严重损害本国公共秩序时, 则不应适用公共秩序保留制度, 而继续适用该外国法。

根据以上示例, 在适用公共秩序保留制度排除外国法适用时, 同样应当加入国际公共秩序作为判断依据。但是, 与承认、执行外国判决、裁决不同, 在决定是否排除适用外国法时, 不存在实现在先的国际公共秩序或本地公共秩序。因此, 在大多数情况下, 一国法院可以依法行使自由裁量权, 适用公共秩序保留制度排除外国法的适用, 这也是公共秩序保留制度作为“安全阀”的应有之义。但是, 当需要考虑适用公共秩序保留制度的涉外民商事法律关系, 是构成另一涉外民商事诉讼的先决问题时, 仍有必要将国际公共秩序作为裁判的依据之一。因为, 如果适用公共秩序保留制度排除了外国法的适用, 导致先决问题中的涉外民商事法律关系不被承认, 可能进一步导致主要问题中应当保护的公共秩序无法实现, 如上文示例中的那些从属于同性婚姻关系的其他基本权利, 具有本末倒置的弊端。因此, 在含有类似情况的涉外民商事案件中, 如果适用冲突规范指向的外国法不会严重损害法院地的公共秩序时, 则应当继续适用该外国法, 首先解决先决问题的争议, 这样才能进一步保护主要问题中涉及的国际公共秩序。

## 5. 结语

本文意在以国际公共利益的视角, 提出以国际公共秩序概念的引入, 对法官适用公共秩序保留制度的自由裁量权进行限制。这种限制也是国际社会的一大追求。综合上文的论述, 本文建议对冲突法中关于公共秩序保留制度的优化与修改增加如下内容:

第一, 在考虑承认与执行外国判决、裁决时, 如果承认国法院和判决、裁决作出国法院都有要保护的公共秩序; 或判决、裁决作出国有要保护的公共秩序, 而承认地国法院仅有要保护的本地公共秩序时, 则不适用公共秩序保留制度, 而承认该判决、裁决。

第二, 当需要考虑适用公共秩序保留制度的涉外民商事法律关系, 是构成另一涉外民商事诉讼的先决问题, 且该涉外民商事诉讼又涉及保护某一国际公共秩序, 又且, 如果适用冲突规范指向的外国法不会严重损害法院地的公共秩序时, 应当不适用公共秩序保留制度, 而继续适用该外国法。

这样的做法可在一定程度上在保护一国国内公共秩序和保护国际公共秩序之间找到平衡, 同时, 又对法官适用公共秩序保留制度时的自由裁量权进行一定程度的限制, 既符合国际私法趋同化发展, 又顺应国际社会普遍的需求, 有利于全球化的发展。

## 参考文献

- [1] 丁伟. 国际私法学[M]. 第3版. 上海: 上海人民出版社, 2013: 122.
- [2] 黄进. 国际私法上的公共秩序问题[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 1991(6): 89-95.
- [3] 孙建. 对国际私法上公共秩序问题的探讨——兼评《中华人民共和国民法(草案)》第九编中的公共秩序问题[J]. 南开学报, 2005(2): 99-107.
- [4] 薛乔丹. 跨国代孕中的国际私法问题研究——以“蒙森案”为例[D]: [硕士学位论文]. 西安: 西北大学, 2019.
- [5] 王艺. 外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心[J]. 法商研究, 2018(1): 170-181.
- [6] 袁发强. 同性婚姻与我国区际私法中的公共秩序保留[J]. 河北法学, 2007(3): 55-59.