

公共秩序保留

在我国涉外民商事司法实务中 之适用

On the Public Policy
in Chinese Foreign Judicial Practice Relating to
Civil and Commercial Matters

叶丹·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公共秩序保留

在我国涉外民商事司法实务中
之适用

On the Public Policy
in Chinese Foreign Judicial Practice Relating to
Civil and Commercial Matters

叶丹·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公共秩序保留在我国涉外民商事司法实务中之适用 /
叶丹著. —北京:法律出版社, 2012. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3524 - 6

I. ①公… II. ①叶… III. ①公共秩序管理—涉外民
事法—法律适用—研究—中国②公共秩序管理—涉外经济
法—法律适用—研究—中国 IV. ①
D923. 04②D923. 990. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 117297 号

公共秩序保留在我国涉外民商事 司法实务中之适用 叶丹 著	编辑统筹 法律应用出版分社 责任编辑 聂颖 装帧设计 李瞻
------------------------------------	-------------------------------------

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 A5
总发行 中国法律图书有限公司	印张 9
经销 新华书店	字数 202 千
印刷 北京中科印刷有限公司	版本 2012 年 7 月第 1 版
责任印制 陶松	印次 2012 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3524 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

理论联系实际,是法学界用得最多的警句之一。但凡遇到空头理论家,最打击他的评价非“脱离实践”莫属;而对缺乏法理功底法官,指其“不懂理论”,恐怕也如当头一棒。然而怎样才能做到理论联系实际呢?在目前看来,未必有好的方法。经验,不是到法院挂职或实习几天,或者看几个案例就能拥有的;而理论,不在适当的年龄接受必要的学术训练,不广泛阅读文献,也是不可能精进的。窃以为,有一定工作经历的法律实务部门的青年才俊愿意进入法学院深造,不失为有效的途径之一;反之亦然。

作为广东省高级人民法院一位长期亲历涉外民商事审判的法官,本书的作者在这方面作了一些有益的探索。广东省各级法院审理的涉外民商事案件的数量,占了全国的同类案件总数的“半壁江山”,这里的法官遇到的国际私法问题不仅数量多难度大,而且具有前沿性。作者在日常工作中,有机会将国际私法的理论与实践充分结合起来。在攻读博士学位期间,作者基于其经过

涉外司法实践熏陶的问题感及理论敏感性,选择了公共秩序保留这一最富争议的难题,并进行了系统化的研究,完成了学位论文。答辩之后,作者再接再厉,得以写成本书。与其他同类著作相比,本书立足于我国的涉外民商事审判司法实务,主要的创新点有:

第一,对我国有关的司法实践进行了较为系统而全面的梳理,研究了大量的典型案例,所涉范围以涉外民商事法律适用为主,涵盖了涉外民商事审判的各大领域。

第二,本书综合运用了规范研究和实证研究的方法,将涉外民商事案例与国际私法基础理论相结合,力求为实际问题提出有价值的见解,并力求对公共秩序保留理论作出新的阐释:一国的涉外民商事审判是否适用公共秩序保留,取决于法官在维护国际民商事交往的正常秩序与保障法院地国公共利益之间进行理念权衡和价值取舍;公共秩序保留的适用标准应以客观说中的结果说为主,联系说为辅;国际私法上的公共秩序仍然属于国内的公共秩序范畴;“直接适用的法”属于公共秩序保留的一种立法模式;公共秩序保留的适用范围和适用条件应尽量与国际接轨;公共秩序保留应是一项贯穿于冲突法各个领域的法律原则;建立适用公共秩序保留的逐级上报制度,并建立判例制度或案例指导机制。具体到公共秩序保留的适用范围或条件,则应在借鉴国外的有益经验的前提下具体案情具体分析,即属于法官裁量范畴。其中,违反国家主权、损害国家统一和国家经济基础的,违反我国外汇管制和外资管制制度等强行性法律的,违反重大道德原则的,必然构成对我国公共秩序的违背。至于区际(涉港澳台)民商事审判中是否适用公共秩序保留的问题,则应区分涉港澳和涉台两种情况来处理。本书还特别指出,提高法官的司法能力有助于公共秩序保留制度的合理运用。

本书是作者在繁重的工作压力及家务负担之下,利用点点滴滴的业余时间创作的。这洋洋洒洒的二十多万字,会聚了丰富的案例,记录了作者的工作心得,也贡献了作者对相关国际私法问题的理论思考,无论是涉外法律实务界人士,还是从事国际私法研究的学界中人,相信读完本书都会获益良多。本书作者在武汉大学国际法研究所攻读博士学位期间,本人有幸担任其指导老师,在其人生第一本专著付梓之际,乐于不揣简陋赘述数句,一则祝贺,二则以向大家推荐。

宋连斌

谨序于武昌珞珈山

2011 年仲秋

目 录

导论 1

第一章 我国适用公共秩序保留概述 4

第一节 公共秩序保留在我国的立法及理论研究综述 7

一、立法状况 7

二、理论研究状况 11

三、小结 18

第二节 涉外民事案件的法律适用与公共秩序保留 18

第三节 涉外商事案件的法律适用与公共秩序保留 20

第四节 承认和执行外国民商事判决与公共秩序保留 26

第五节 承认和执行外国仲裁裁决及执行、撤销中国 涉外仲裁裁决与公共秩序保留 28

第六节 协助域外文书的送达与公共秩序保留 32

第七节 协助调查取证与公共秩序保留 35

第八节 最高人民法院的司法指导与公共秩序保留 36

一、法律适用方面的指导 37

二、司法协助方面的指导 38

三、小结 41

第二章 公共秩序保留的基础理论 44

第一节 概述 44

- 一、公共秩序保留学说及立法的缘起 44
- 二、公共秩序保留的法律价值 47
- 三、公共秩序保留的概念辨析 52
- 四、公共秩序保留的适用标准 68
- 五、公共秩序保留的特点 73
- 六、国际私法的发展趋势对公共秩序保留的影响 75

第二节 两大法系的公共秩序保留 79

- 一、英美法系 80
- 二、大陆法系 82
- 三、小结 85

第三章 适用公共秩序保留在我国司法实务中存在的问题分析 86

第一节 我国法院对公共秩序保留的适用持回避态度 86

第二节 适用公共秩序保留在我国涉外民商事法律适用中存在的问题 92

- 一、我国涉外民事纠纷中适用公共秩序保留的条件不明确 92
- 二、我国涉外保证合同纠纷中适用公共秩序保留的条件不明确 95

第三节 适用公共秩序保留在我国承认与执行外国判决中存在的问题 119

第四节 适用公共秩序保留在我国承认与执行外国仲裁裁决及执行或撤销中国涉外仲裁裁决中存在的问题 122

- 一、地方法院不当适用公共秩序保留的案例 122
- 二、违反强制性规定是否构成公共秩序保留 128
- 三、最高人民法院适用公共秩序保留拒绝执行中国涉外仲裁裁决、

拒绝承认和执行外国仲裁裁决案件的案例 133

四、广东法院承认和执行外国仲裁裁决、执行或撤销中国涉外仲裁
裁决的情况 139

第五节 我国关于涉外民商事案件管辖权的确定与公共秩序保留 145

第六节 我国区际法律冲突中公共秩序保留的特殊问题 147

一、内地与香港之间相互认可和执行民商事判决 149

二、澳门赌债与公共秩序保留 165

三、内地与港澳地区仲裁裁决的相互认可与执行 168

四、祖国大陆与台湾地区的区际法律冲突 170

第四章 公共秩序保留在我国司法实务中的适用思路再梳理 178

第一节 公共秩序保留的法律价值 178

第二节 适用公共秩序保留的总的思路 179

一、以国家主权原则和国家利益为理论根基 180

二、立足国情并与利益分析紧密结合 184

三、公共秩序保留的适用范围和适用条件应尽量与国际接轨 189

四、公共秩序保留应是一种贯穿于冲突法各个领域的法律理念 189

第三节 借鉴国外司法实践适用公共秩序保留的经验 190

一、国外涉外民商事审判法律适用中的经验 190

二、国外承认与执行外国判决中的经验 199

三、国外承认与执行外国仲裁裁决中的经验 208

第四节 公共秩序保留在我国司法实践中的适用范围探讨 217

一、法律适用中的公共秩序保留 217

二、承认与执行外国民商事判决与公共秩序保留 229

三、承认与执行外国仲裁裁决、执行或撤销中国涉外仲裁裁决与公共
秩序保留 229

四、其他司法协助与公共秩序保留 230

五、公共秩序保留与区际民商事法律冲突的解决 230

第五节 适用公共秩序保留的程序设置 247

一、建立逐级上报的报告制度 247

二、建立案例指导机制 248

第五章 法官素质的提升与公共秩序保留的司法运用 251

第一节 公共秩序保留与司法裁量权的合理运用 251

一、国际私法的弹性发展与司法裁量权的合理作为 251

二、公共秩序保留与司法裁量权的关系 253

第二节 法官的司法能力与公共秩序保留的适用 255

一、法官的政治智慧与公共秩序保留的适用 255

二、提高法官的专业素养与公共秩序保留的适用 257

结语 260

参考文献 264

后记 277

导 论

公共秩序保留属于调整涉外民商事法律关系的弹性立法条款,是国际私法法律适用中的一项重要制度。一国或地区的法院适用公共秩序保留的目的是维护法院地的基本制度和公共利益,因此,公共秩序保留素有“防护盾”或“安全阀”之称。综观公共秩序保留在世界各国或地区的国际私法立法及司法实践的现状,其已被各国或地区的立法所广泛确立,其适用多是成熟和合理的。由此可见,对于公共秩序保留,我国法官应该合理地加以适用,掌握其适用的“合理度”,既要充分发挥其维护法院地公共利益的“防线”作用,又要避免因滥用而对正常的国际民商事交往造成消极的影响。

在我国目前的涉外民商事〔1〕审判实践中,

〔1〕 根据我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第178条的规定,“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”我国法院在审判实践中,即以此为标准确定受理的案件是否为“涉外”民商事案件。此外,审判实践中将涉港澳台民商事案件归入广义的涉外民商事案件范畴。

经常会遇到这样的情形:在当事人约定有解决争议的准据法时,一方当事人以约定适用的外国法违反我国公共秩序为由向人民法院主张不予适用该外国法;在一方当事人向人民法院申请承认和执行外国民商事判决或仲裁裁决^[1]时,另一方当事人以该判决或仲裁裁决违反我国公共秩序为由主张人民法院拒绝承认和执行。面对上述情形,进行涉外民商事审判的法官必须考虑是否适用公共秩序保留的问题。对于法官而言,如何解释“公共秩序”或“公共秩序保留”的内涵和外延,如何确定其适用范围,并非易事。首先,各国成文法中对公共秩序保留的规定多为原则性的规范,并未详尽规定其具体内涵和外延;其次,在不同的国家或在不同的历史时期,人们对公共秩序的理解都是不同的。虽然我国司法实践一直以来都致力于对弹性的法律条款作出统一的界定,规范具体的适用标准,以统一司法裁量的尺度。但就公共秩序保留的适用问题,最高人民法院作为最高审判机关,没有给下级法院一个清晰的适用指引;而我国国际私法理论界对其的研究也只是停留于基础理论层面,对最为关键、最具实际意义的适用范围的问题未能进行深入探讨,也没有将公共秩序保留的理论与实践运用作为一个整体来进行系统梳理,以至于未能为司法实务中如何适用公共秩序保留提供更多的帮助。从实践调查的结果来看,在涉外民商事案件的法律适用中,因该原则的模糊性,干脆回避它,不加适用的案件占了绝大多数;在对外国或涉外民商事仲裁裁决的司法审查上,亦存在随意适用该原则以拒绝承认和执行的情形。

[1] 严格来说,外国仲裁机构作出的民商事仲裁裁决和我国仲裁机构对有涉外因素的民商事案件作出的涉外仲裁裁决均属于国际民商事仲裁裁决。对于“外国民商事仲裁裁决”,应适用“承认和执行”的概念;而对于“涉外民商事仲裁裁决”,则应适用“执行”或“撤销”的概念。本书中,“仲裁裁决”一律指民商事仲裁裁决。

在这样的现实背景下,立足于对我国基本制度和公共利益的合理维护,对公共秩序保留在我国涉外民商事审判实务中的适用问题进行研究很有必要。

第一章

我国适用公共秩序保留概述

《广州日报》曾经刊登过一篇文章,题目是《离开中国制造,世界将会怎样?》。该文叙述的是在圣诞节来临的时候,许多美国人发现,“中国制造”的产品充斥着美国大街小巷的各个角落。面对此情此景,一位名叫萨拉的美国人突发奇想,决定用一年的时间,让全家人拒绝购买或使用任何有关“中国制造”的产品,去体验远离“中国制造”的生活到底会发生怎样的变化。结果发现,全家人在这一年里遭遇到了各种各样的麻烦与不便,终于等到一年的期限过去,全家人很高兴地与“中国制造”重修旧好了。萨拉将全家人的这次亲身经历写成了一本书,书名就叫《离开中国制造的一年:一个美国家庭的生活历险》。^[1] 这篇文章以一个全新的角度,阐述了中国在当今全球化日益加剧的世界经济交往中所

[1] 参见《广州日报》2008年2月26日C28版。

具有的重要地位与发挥的重要作用。其实,随着全球化时代的到来以及在我国加入世界贸易组织之后,我国的对外经济贸易关系全面铺开与深入发展,国际民商事交往已经变得日益频繁,一方面,我国在国际上的经济地位和政治地位日渐提升;另一方面,涉外民商事纠纷也随之增多,日益纷繁复杂。

在2011年4月1日开始施行《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》)之前,我国法院审理涉外民商事纠纷依据的是以1986年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民法通则》)及最高人民法院1988年出台的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中“涉外民事关系的法律适用”为主体的国际私法法律规范。二十多年来,我国法院审理了大量的涉外民商事纠纷案件,极为有效地解决了众多纷繁复杂的涉外民商事纠纷,协调了国际民商事法律关系,很好地维护了国际民商事秩序的稳定和发展,得到了国内外当事人的广泛好评。然而,有一宗案例长期以来受到理论界及实务界的批判,那就是经常被学者们引用的广州海事法院在1989年《民法通则》实施初期所审理的海南省木材公司诉新加坡泰坦船务公司以及达斌私人有限公司案。该案的基本案情如下:

海南省木材公司与新加坡达斌私人有限公司签订了一份买卖合同,合同约定采用跟单信用证方式付款。后来,达斌私人有限公司利用泰坦船务公司签发的提单及其他单证到新加坡结汇银行结汇。新加坡结汇银行要求开证行中国银行海口分行支付货款183万元。中国银行海口分行经审查,全部单证符合信用证要求,于是通知海南省木材公司付款赎单。而海南省木材公司通过调查了解到,卖方根本没有装货上船,所提供的提单及其他单证全系伪造,便拒不付款赎单,同时向广州海事法院提起诉讼,并申请冻结信用

证项下的款项。广州海事法院经过审理,援用了《民法通则》第150条有关公共秩序保留的规定,排除了国际商会《跟单信用证统一惯例》的适用。^{〔1〕}

该案件的处理结果一经公开,立即遭到了学界的广泛批驳。对于广州海事法院对该案的处理方式,笔者认为应该一分为二地看待:当时《民法通则》刚施行不久,法院正处于对审理涉外民商事案件的摸索阶段,对公共秩序保留的把握存在偏差在所难免,而广州海事法院处理本案的初衷是基于对受害者中方公司利益的保护,该初衷应得到肯定,而该案件的处理结果也是符合实体公正要求的。本案受到批评的关键问题在于,首先,现行立法将国际惯例纳入可以利用公共秩序保留为由予以排除适用的范围,已属颇具争议的问题。其次,广州海事法院错误理解了《跟单信用证统一惯例》的调整范围,《跟单信用证统一惯例》仅仅调整正常的信用证交易所涉的权利义务问题,而并不调整信用证欺诈的问题。最后,该案并不需要以公共秩序保留来处理,完全可以通过认定外方构成信用证欺诈的方式来达到保护中方公司的目的;此外,中方公司还可以以侵权为由通过向法院起诉的方式要求欺诈方返还货款并赔偿经济损失来进行救济。

笔者援引上述案例的目的是引出“公共秩序保留在我国司法实务中应如何适用”的主题。公共秩序保留是国际私法的一项重要原则。传统上讲,公共秩序保留的适用对于维护法院地国的道德传统、社会秩序和根本利益起着十分重要的作用,故素有“防护盾”或“安全阀”之称。综观公共秩序保留在全球范围内的适用,可以发现公共秩序保留是如此的特别,因为它体现了两种利益取向

〔1〕 参见胡振杰、李双元:“从我国法院的几个案例谈国际私法上公共秩序保留制度的正确运用”,载《政法论坛》1992年第5期。

的冲突与协调。一方面,国际私法的产生是由于国际民商事交往的出现与繁荣,一系列冲突规则的产生是由于内国认为有适用外国法之必需。公共秩序保留制定于国际私法之中,与其他国际私法规范的共性在于体现了“国际化”的价值取向。而另一方面,公共秩序保留是国际私法所设定的一道“最后的防线”,目的是维护内国的利益,保证外国的法律规定或因外国法而取得的既得权不至于损害内国的根本利益和重大秩序。作为特性,公共秩序保留在这方面体现的是“民族化”的价值取向。由此可见,公共秩序保留是国际私法“国际化”与“民族化”相互交融、相互作用的代表。作为审理涉外民商事案件的法官,一方面需要通过审判案件维护国际民商事交往的正常秩序;另一方面,又必须履行维护国家根本利益的职责。故需要掌握好公共秩序保留适用之“度”,既要合理地发挥其“防线”的作用,又要避免其对正常的国际民商事交往造成消极的影响乃至动摇了国际私法存在之根基,这对于处在涉外民商事审判前线的法官而言,是一项十分重要的任务。

第一节 公共秩序保留在我国的立法及理论研究综述

一、立法状况

根据历史资料的记载,早在古代的唐朝,我国已经有了冲突规范的雏形,不过是适用于涉外刑事纠纷的解决的。^{〔1〕}原因在于我国几千年的封建时期一直充斥着重刑轻民的思想,法律规范素以刑事规则为主。直到20世纪初,北洋政府于1918年颁布了《法律适用条例》,对人的能力、婚姻、家庭、继承、财产、法律行为的方式等方面的法律适用问题作出了规定,真正意义上的解决涉外民商

〔1〕 唐代《永徽律》第1篇中规定:“诸外化人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论”。