

學問之道

人文社会科学硕士博士论丛

(2006) 下册

【刘平 / 主编】

君子以成德為行，日可見之行也。積善成德，而
隱而未見行，而未成，是以君子弗用也。此言
學以聚之，問以辨之，寬以居之，仁以行之，易曰
「龍在田，利見大人，君德也。」九三，重剛而不
上，不在天下，不在田，故乾乾，闕其時而惕，危
咎矣。九四，重剛而不中，上不在天，下不在
地，小人故或之。或之者，疑之也。故元



山东大学出版社

學問之道

人文社会科学硕士博士论丛

(2006)下册

主 编：刘 平

副 主 编：陈 峰 孙 艺

朱太锐 谢贵平

执行主编：龙 伟 汪东丽



山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

学问之道:人文社会科学硕士博士论丛:2006/刘平主编.
—济南:山东大学出版社,2007.4
ISBN 978-7-5607-3352-4

I. 学...

II. 刘...

III. ①人文科学—文集 ②社会科学—文集

IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 047492 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

850×1168 毫米 1/32 11.25 印张 292 千字

2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

定价:56.00 元(上、下册)

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

本书编委会

主 编	刘 平				
副 主 编	陈 峰	孙 艺	朱太锐	谢贵平	
执行主编	龙 伟	汪东丽			
编 委	张 剑	秦 秀	徐立恩	黄 薇	
	陈海军	吕明红	王 静	王 蔚	
	李海霞				

目 录

法 律

从公共秩序保留制度的发展趋势看我国的有关立法·····	曾庆俊(3)
法律原则在法律制度构成及运作中的作用	
——以审判独立原则在司法公正制度中的作用为视角·····	梁绍钦(10)
司法审查概念之辨析·····	李 强(20)
论中国宪政体制下的司法改革·····	岐东霓(27)
中国宪法解释制度的完善·····	闫洪辉(34)
我国《宪法》人权规定之完善	
——从沉默权谈起·····	王之香(42)
我国行政行为司法审查强度之反思·····	孙 凯(48)
刍议行政垄断·····	何 珂 何 为(55)
试论电子化行政行为的生效形式·····	李志伟(64)
论行政诉讼调解机制·····	李霄鹏(72)
《国家赔偿法》中的行政赔偿诉讼制度·····	陈海民(82)
论刑法谦抑性·····	庄 伟(89)
简论犯罪学的研究方法:思辨与实证	
——以犯罪学的历史为视角·····	魏 凯(97)

经济分析方法视角下的犯罪学	王 琪(103)
中西文化差异向度下的犯罪原因	
——“效仿抑制”观点	曹廷生(108)
有组织犯罪原因的再思考	王兴龙(114)
试论刑法中的原因自由行为	崔龙斌(121)
恢复性司法:我国刑罚改革的可能路径	祝圣武 刘中明(129)
论宽严相济的刑事政策的刑事法化	
——以短期自由刑的改革为视角	路 诚(136)
略论我国刑罚改革	
——以限制和废除死刑为视角	徐公红(142)
我国的罚金刑制度浅析	曾姗姗(148)
论刑事和解制度在我国的建构	李冬华(155)
构建我国高层次、多层面反商业贿赂专业立法	张 杰(161)
论我国票据诈骗罪的成因及其对策	李海涛(167)
论涉卖淫犯罪应当公开审判	李 静(173)
试论我国监护制度的不足和缺陷	李因来(180)
以生育权为话题	张娟娟(187)
试论我国基因隐私权的立法保护	林 婷(193)
隐私权法律保护的权利冲突	王 蓉(199)
论格式合同的法律规制	张科伟(205)
论劳动者单方解除劳动合同权的预告期限问题	李会玲(211)
关于反信用证欺诈问题的若干建议	魏耀华(217)
荐证广告法律问题研究	邵烈娜(224)
解决无单放货之我见	范昌贵(230)
知假买假的行为应否得到双倍赔偿?	
——从法律解释学的角度分析	齐晓卉(237)
版权精神权利——网络中你何去何从	程 静(243)

环境公益诉讼制度之初探	张庆玲(248)
论数据电文的证据效力	李 莹(254)
试论律师在场权的理论基础	霍希芳(261)

经 济

非理性因素与工具理性共同建构的资本主义运行体系

——大卫·雷斯曼“保守资本主义”研究	张 汉 张登国(269)
中国经济增长地区差异的实证研究	张 茹(282)
可持续发展下经济法的革新	肖小菲(293)
上市公司独立董事制度研究	孙 哲(304)
新旧所得税准则理论及实务的差异分析	
——对损益表债务法和资产负债表债务法的研究	
..... 武 斌 陈卫程 武绍菊(317)	
试论国有企业内部人控制的法律防范	王 瑾(324)
如何利用城市文化打造城市品牌	蒋朝霞(335)
从市场营销学看民办高职教育更新观念的必要性	陈明新(341)
试论自驾车旅游市场开发	孙 萍(345)

法 律



从公共秩序保留制度的发展趋势看我国的有关立法

曾庆俊*

【摘要】 公共秩序保留制度是国际私法上的一项重要制度。这一制度是对国际私法上适用外国法的一项有力的限制,其目的是为维护本国的社会公共利益。本文旨在展望国际私法上公共秩序保留制度的前景,并指出该制度在我国当前一些需要完善和改进的地方。

【关键词】 国际私法;公共秩序保留;法律准入

国际私法赖以存在的基础之一就是在涉外民商事关系中承认外国法的域外效力,并根据冲突规范的指引而适用外国法。但是国际私法中有一项重要的制度,即“公共秩序保留制度”,则是为限制和排除外国法在本国的适用而制定的,其目的是为了维护本国的社会公共利益。显然这是一对矛盾,然而综观国际私法的历史,我们就可以发现,国际私法的发展正是在以适用外国法为一端,以排除或限制外国法的适用为另一端的矛盾天平上运行的。借用国际贸易术语来讲,国际私法是随着“法律准入”(适用外国法)和“法律准入壁垒”(公共秩序保留制度)这一矛盾的彼长此消而不断向前迈进的。

随着社会的发展,这一矛盾运行的总趋势将是平等地对待外国

* 曾庆俊,山东大学法学院民商法专业2004级硕士研究生。

法的适用,将随着“国际公共秩序”的导入而追求“平位协调”。而这一趋势必然会给传统的公共秩序保留的理论与制度带来不小的冲突,当然也会对我国的有关立法产生影响。

一、公共秩序保留制度概述

“公共秩序”这个词有动态、静态两种含义。从静态考察,它指一个国家或社会的重大利益或法律和道德的基本原则;从动态考察,它专指国际私法中一项可排除被指定适用的外国法的基本制度,即公共秩序保留制度。简单地说就是用静态意义上的公共秩序来排除外国法的域外效力。^①

公共秩序在各国的称谓很不相同,法语中称“*order public*”,英美法称为“*public police*”,德国法称“保留条款”或“排除条款”,在我国则称“公共秩序保留”或迳称“公共秩序”。我国学者在讨论公共秩序保留制度时,一般都认为有三种含义:(1)在依法院地国或国际私法公约中的冲突规范本应适用某外国实体法作准据法时,因其适用与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念、法律的基本原则相抵触而可排除其适用;(2)法院地国认为自己的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执行外国法院所作出的发生法律效力或外国仲裁机构作出的裁决,如其承认或执行将违反法院地国的公共秩序,则可不予承认或执行。^② 不过,在国际私法或冲突法著作中,往往着重研究一、二两种情况,对于第三种情况,大多只在讨论判决的承认与执行时附带涉及。

尽管在理论上与实践上公共秩序保留制度都得到了普遍的承认,但仍不能否认它是一个极具弹性且内涵难以确定的概念。我们没有必要也不可能要求在政治制度、社会结构和历史文化传统等方

① 参见李健男、吕国民《对公共秩序保留制度的反思与展望》,载《法学评论》1996年第4期。

② 参见李双元《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第211页。

面都不相同的各个国家对公共秩序有一个共同、统一的理解。但比较各国观点我们可以发现,各国所规定的公共秩序保留制度其实质是相同的,即在运用冲突规范这种间接手段来调整涉外民事关系而指定或可能要适用外国法时起一种控制手段的作用,以维护本国国家及人民的利益。因此人们又称公共秩序是国际私法中的“安全阀”。

二、公共秩序保留制度的发展趋势

(一)公共秩序保留制度的限制适用

公共秩序保留制度的积极性在于它作为国际私法中的“安全阀”可以消除冲突规范中的危险性。但是作为一种弹性制度,它也必然存在着消极作用,即它给予了法官以适用公共秩序条款的广泛的自由裁量权而易导致公共秩序的滥用。公共秩序保留制度的滥用将在很大程度上降低国际私法在解决法律冲突中的价值,如果严重滥用此制度,从某种程度上讲,甚至会导致对国际私法的否定。因此,对公共秩序保留的限制适用已经成为公共秩序保留制度发展的一种必然趋势。

限制适用公共秩序保留制度的趋势主要表现在以下几个方面:

1. 越来越多的国家在公共秩序运用标准上认同“客观说”,以限制公共秩序的适用。在公共秩序保留制度的运用标准上存在“主观说”和“客观说”两种。主观说认为,只要外国法本身之规定违背法院地国的公共秩序,即可排除外国法的适用,而不管适用的结果是否会对法院地国的公共秩序造成实质性损害。而客观说认为在援引公共秩序保留时,应注重外国法适用的结果是否违反法院地国的公共秩序。客观说更有利于维护法院地国的公共秩序和个案合理公正的解决。因而当今各国正逐渐摒弃“主观说”而采用“客观说”或“结果说”。

2. 用公共秩序排除本应适用的外国法后,并不一律代之以法院地国的国内法,从而间接地遏制了公共秩序的滥用。如果适用公共秩序的结果并不一定导致国内法的适用,法官便会缺乏适用公共秩

序的利益驱动,法官适用公共秩序的积极性受到抑制。目前许多学者均主张应尽可能地限制法院地法取代的做法,因为只有这样才能符合国际私法的基本精神。^①

3. 有关国内立法及国际公约的措辞反映了国际社会限制公共秩序保留制度的普遍意向。1982年土耳其《国际私法》第5条规定:“当用适用于个别案件之外国法律条款明显违背土耳其之公共秩序时,不适用之。”1986年《国际货物销售合同法律适用公约》第16条规定:“凡依本公约规定所适用的任何国家的法律,只有其明显违背法院地国的公共秩序时,方可予以拒绝适用。”二者均强调援用公共秩序排除外国法适用的严格条件——“明显违背”法院地国的公共秩序,从中我们可以感受到国际社会限制公共秩序适用的普遍意向。

(二)公共秩序保留制度的发展展望

随着“国际公共秩序”的导入,国际私法本身日益“国际法”化,公共秩序作为传统国际私法上的一项基本制度,也肯定会走向国际化。

1. 从国际上看,随着统一私法条约和国际惯例的不断出现,其调整范围日益扩展。通过条约把各国歧异的民商法统一起来,并直接适用于涉外民商事法律关系,可以缩小各国适用公共秩序的市场;这样,任何一个国家在处理这些涉外民事关系时是否可以援用公共秩序就可以根据相应的条约和习惯的标准,而不是依各自国内的标准,从而避免各国在公共秩序制度上的滥用。

2. 从国内的角度来讲,各主权国家的公共秩序保留制度将进一步得到改造,当前各国对本国的公共秩序实行自我限制的做法在21世纪会进一步深化。许多国家都已经或正在运用多种方法限制公共秩序的效力。

三、我国的公共秩序保留制度的立法

(一)我国现有的公共秩序保留的实体立法和程序立法

^① 参见李双元《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2001年版,第233页。

在实体立法方面,公共秩序保留制度首先反映在我国的《涉外经济合同法》中。该法第4条规定:“订立合同,必须遵守中华人民共和国的法律,并不得损害中华人民共和国的社会利益。”该法第5条第2款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资企业合同、中外合作企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国的法律。”上述是关于间接排除外国法适用的规定。1999年的《合同法》第7条、第52条、第120条第2款的规定与上述的《涉外经济合同法》的规定相似,也是对外国法适用起间接限制作用。此后,我国《民法通则》第一次在我国的冲突法中规定了公共秩序保留制度。此后的《海商法》和《民用航空法》都作出了与《民法通则》第150条完全一致的规定。而且,在《民法典草案》第九编第11条中规定:“依照本法规定适用外国法或者国际惯例,不得违反中华人民共和国的社会公共利益。”

在国际民商事程序立法方面,我国1991年4月9日生效的《民事诉讼法》第262条规定:“根据中华人民共和国缔结和参加的国际条约,或者按照互惠原则,人民法院和外国法院可以相互请求,代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的,人民法院不予执行。”可见,我国在司法协助上规定了公共秩序保留条款。

(二)我国公共秩序保留制度立法的不足

尽管我国已经建立起比较完善的公共秩序保留的立法,但仍然存在着一些缺陷和不足。主要表现在以下几个方面:

1. 立法用词简单模糊且内涵不一致。我国立法用“社会公共利益”来表达公共秩序保留制度。如我国《民法通则》第150条规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国社会公共利益。”与其他各国规定比较来看,这种规定过于简单和模糊。此外,我国的公共秩序保留制度在不同的立法中,常常不一致。如《民事诉讼法》第262条规定:“有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的,人民法院不予执行。”可见,该条法律规定的内涵比《民法通则》中的规定要广泛得多。这种立法势必会影

响人们对法律的理解和司法实践的运用。

2. 我国公共秩序保留排除的对象包括了国际惯例。纵观世界其他国家的国际私法和司法实践,公共秩序保留所排除的内容都不包括国际惯例。而我国的公共秩序保留制度的立法将国际惯例也纳入了公共秩序保留排除的对象。由于公共秩序保留所要排除的是实体法,因而我国公共秩序所要排除适用的国际惯例只能是任意性的国际惯例。因此,这种立法上的规定不仅与我国建立社会主义市场经济的目标和国际经济一体化的趋势不一致,而且在实践中这种规定会影响我国的国民经济发展。^①

3. 立法未对法律适用结果作出规定。我国有关公共秩序保留的立法均未对外国法被排除后法律适用作出规定。世界上许多国家都对此作出了规定,一般来说有两种解决方法:一是规定直接适用法院地法;另一种是可以知用法院地法。由于立法存在“盲点”,因而不利于司法实践的操作。

4. 立法未体现当今国际社会限制公共秩序的趋势。随着经济交往的加深,各国制定的法律得到了仿效,从而缩小了公共秩序效力的领域。当今的一些国际条约和国内的国际私法立法规定了公共秩序保留的适用范围——明显违反法院地国的公共秩序。而我国所有的公共秩序保留的立法中都没有有关限制公共秩序保留的措辞。

(三)我国公共秩序保留制度立法的完善

针对我国公共秩序保留制度立法上的缺陷,我们可以借助制订民法典的机会把它完善起来。现在提出的民法典草案就是把有关国际私法的规则专设一编,对公共秩序保留制度作出了规定。可以说从形式上做到了立法上的统一,但是其规定的内容即“依照本法规定适用外国法或者国际惯例,不得违反中华人民共和国的社会公共利益”仍然存在着缺陷。根据上面所述的我国有关立法的缺陷也可以看出,民法典草案的规定仍然存在着不足。对此,提出以下建议:

1. 在立法的用词上,建议把“社会公共利益”这一模糊的概念换

^① 参见陈渊鑫《论我国公共秩序保留制度》,载《兰州学刊》2003年第2期。

成“国际公共秩序或中华人民共和国的重大利益、法律的基本原则或道德的基本观念”。

2. 建议把“国际惯例”从公共秩序保留排除的对象中驱逐出去，原因上述已经阐明。

3. 应对排除外国法适用后的结果作出规定，为了顺应国际社会限制公共秩序适用的趋势，建议在排除外国法的适用后，应规定“可以适用中华人民共和国的相关法律；但如果该案件和当事人与其他国家或地区的法律有更密切的联系时，应当适用该国或该地区的法律”。

4. 在公共秩序保留的适用范围上应当采取严格的措辞，即规定为“明显违反”，以体现现在国际社会限制公共秩序保留适用的趋向。

综上所述，应规定为“外国法的适用，如其明显违反国际公共秩序或中华人民共和国的重大利益、法律的基本原则或道德的基本观念，则不予适用，可以适用中华人民共和国的相关法律；但如果该案件和当事人与其他国家或地区的法律有更密切联系时，应当适用该国或该地区的法律。在承认外国法院的判决和外国仲裁的裁决时，如该判决或者裁决明显违反国际公共秩序或中华人民共和国的重大利益、法律的基本原则或道德的基本观念，人民法院不予承认与执行”。

法律原则在法律制度构成及运作中的作用

——以审判独立原则在司法公正制度中的作用为视角

梁绍钦*

【摘要】 本文首先从法律原则与法律制度的本质理念入手,通过对法律原则与法律制度的概念厘定来阐明二者之间的法理关系,再以审判独立原则与司法公正制度为视角,说明二者是一种矛盾对立的关系:审判独立是司法公正的基础和前提,司法独立与司法公正是一种手段与目的的关系,司法独立隐含着司法目的,司法独立是实现司法公正的必要条件,但不是充分条件;司法独立与必要的司法制约是实现司法公正不可或缺的两个方面。而现行的审判独立原则必须重新定义才能发挥其在司法体制改革中的作用,才能保障司法公正体制的健全与完善。

【关键词】 法律原则;法律制度;审判独立原则;司法公正制度

一、法律原则与法律制度释义

(一)法律原则释义——审判独立原则的内涵

在现代汉语中,“原”同“源”,是最初的、开始的、根本的意思。因

* 梁绍钦,中国政法大学民商法专业 2005 级在职硕士研究生。