



法官学术论丛

国际私法上公共 政策的运用

高晓力 / 著

GUOJISIFASHANG
GONGGONGZHENGCEDEYUNYONG

 中国民主法制出版社

国际私法上公共政策的运用
GUOJISIFASHANGGONGGONGZHENGCEDEYUYONG

特邀编辑：吕娜
责任编辑：苏东
封面设计：聂强

ISBN 978-7-80219-381-9



9 787802 193819 >

定价：22.00元



法官学术论丛

国际私法上公共政策的运用

高晓力 / 著



中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际私法上公共政策的运用/高晓力著. —北京:
中国民主法制出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 80219 - 381 - 9

I. 国… II. 高… III. ①国际法:民法—司法协助—
公共政策—研究②国际商法—司法协助—公共政策—研究
IV. D997. 1 D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 002999 号

书名/国际私法上公共政策的运用

GUOJI SIFA SHANG GONGGONG ZHENGCE DE YUNYONG

作者/高晓力 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号(100069)

电话/63055022(编辑部) 63057714(发行部)

传真/63056975 63056983

http://www. npc. gov. cn

E-mail:/MZfz@263. net

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/11. 25 字数/300 千字

版本/2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

印刷/霸州市福利胶印厂

书号/ISBN 978 - 7 - 80219 - 381 - 9/D · 1235

定价/22. 00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

我长期从事法学教育工作,特别重视教学、科研与实践这三者之间的内在联系。在从事教学、科研工作的同时,也接触了大量的社会实践,尤其是在国内外参与了较多的国际商事仲裁。在国际商事仲裁裁决寻求承认和执行的过程中,经常会遇到公共政策的考问,即本国法院的法官一定会考虑承认和执行该国际商事仲裁裁决是否会违反本国的公共政策这一问题。然而,到底什么是公共政策?哪些情形才可以构成一国公共政策的内容?似乎很难说清楚。我在讲课的过程中就向我的博士生们提出了该问题,高晓力同学正好对这一问题也有着浓厚的兴趣。因为她在最高人民法院长期从事涉外民商事审判工作,其中包括对国际商事仲裁进行司法监督,我知道她不仅这方面实践丰富,而且理论上也很强,又富有钻研精神,因此我很希望她能研究这方面的问题,填补我国在这方面的研究空白。高晓力同学在学期间曾告诉过我她在办案过程中,先后遇到了好几个较典型的来自地方高级人民法院的请示案件,其中的焦点问题就是承认和执行所涉外国仲裁裁决是否会违反我国的公共政策,例如,ED&F 曼氏(香港)有限公司向北京市第一中级人民法院申请承认和执行伦敦糖业协会作出的第 158 号仲裁裁决案和日本三井物产株式会社向海南省海口市中级人民法院申请承认和执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院作出的第 060/1999 号仲裁裁决案。为正确答复上述请示案件,最高人民法院对公共政策在涉外民商事司法实践中的适用情况进行了专题调研,还就上述案件是否可以以违反我国的公共政策为由拒绝承认和执行所涉仲裁裁决的问题召开了研讨会和专家论证会,经

过最高人民法院审判委员会讨论,最终拿出了意见。司法实践中遇到的这些问题促动了高晓力同学研究国际私法上的公共政策如何在实践中具体运用这一问题的浓厚兴趣。她以国际私法上的公共政策的具体运用作为她博士论文的研究对象,高质量地完成了博士论文并顺利通过了答辩。现在,她又在博士论文的基础上完成了《国际私法上公共政策的运用》一书的著述,内容更为翔实。

法学中公共政策的概念与管理学、政治学中公共政策的概念是不完全相同的,国际私法上的公共政策与国内公共政策也是有所区别的,它是指本国法院在审理涉外案件适用法律的过程中以及在提供国际民商事司法协助的过程中所要考虑的公共政策。就是在国际私法上,在不同的情形下运用公共政策,对其内涵和外延的理解也是有差别的。公共政策这一概念过于抽象,但也正是它的抽象性和模糊性巩固了公共政策制度在国际私法上的地位,体现了该制度在国际私法上存在的价值。本书的作者分章节全面论述了公共政策在国际私法各个方面如何具体运用,包括本国法官在审理涉外民商事案件决定适用法律的过程中如何适用公共政策制度、在提供国际民商事司法协助(又具体包括承认和执行外国法院民商事判决、承认和执行国际商事仲裁裁决、协助送达文书、协助调查取证)的过程中如何适用公共政策制度;在每个章节中,又对各国司法实践中运用公共政策的具体情况进行了深入考察,通过比较分析以及大量的案例分析,将公共政策这一概念从各个角度逐渐丰富、形象起来;在对公共政策概念正确理解的基础上,作者重点针对当前我国司法实践中运用公共政策存在哪些方面的问题进行了分析,并相应地提出了自己解决问题的思路。我相信,本书一定会对当前我国涉外民商事司法实践中如何恰当运用公共政策制度提供有益的参考。在法学领域进行学术研究一定要针对司法实践中存在的问题,才能使研究具有实际价值,只有理论联系实际,才能使法学研究和司法实践相得益彰。

我注意到,研究公共政策的文章很多,特别是近一段时期以来,我看到了大量这方面的学术文章,然而,以专著的形式对国际私法上

的公共政策进行如此有效理论联系实际的研究,本书还属首例。特别是本书的作者,长期工作在我国涉外民商事审判实践的第一线,对司法理论和实践中的前沿问题非常敏感;她平时非常注意积累第一手资料,而且为人谦虚,积极求教专家、学者;她本人法学功底扎实,治学态度严谨,求真务实,这些都直接影响着本书的内在质量和实用价值。

作为高晓力的博士生导师,我为她顺利完成本书的著述并付诸出版感到欣慰,也向她表示祝贺。我相信,高晓力法官的这本书的出版将进一步推动对国际私法上公共政策的深入研究。

对外经济贸易大学法学院院长、博士生导师

沈四宝

2008年1月

前 言

国际民商事司法协助是国际私法^①的重要内容。国际民商事司法协助^②是指各国在民商事领域的司法程序中相互提供协助的行为。根据协助内容的不同,实践中,国际民商事司法协助具体可以包括相互协助送达文书、相互协助调查取证、外国法院判决的相互承认和执行、国际商事仲裁裁决的承认和执行等方面的内容。^③ 学者们又把前两者称为狭义上的司法协助;而在包括判决的相互承认和执

① 大陆法系习惯称“国际私法(international private law)”,而英美法系习惯称“冲突法(conflict of laws)”。我国法律并没有明确规定这一概念,本书援用“国际私法”的称谓。并且,该“国际私法”并不仅仅是指冲突规范,而是包括法律适用以及国际民商事司法协助在内的广义的国际私法。

② 也可以称为“国际民事司法协助”。“民事”与“民商事”,完全是人们根据各国法律部门划分的状况的不同而赋予的不同称谓,在“民商合一”的国家称为“民法”,在“民商分立”的国家即称为“民商法”。从目前我国立法实践以及法律传统看,学者们大多认为我国是民商合一的国家。司法实践中,也越来越倾向于“大民事”格局。例如,2000年起在我国法院系统开始的自上而下的改革,将原来的“民事审判庭”、“经济审判庭”、“知识产权审判庭”、“交通运输审判庭”等重新组合,并变更名称为民事审判第一、二、三、四庭。但为了便于区别属于传统的婚姻家庭继承类的民事法律关系和属于经济流通领域的民事法律关系,本书采用了“民商事”的提法,意在强调本书的分析既包含传统的“民事”,也包含所谓的“商事”这两个领域的内容,尽管没有直接的法律依据。

③ 例如:肖永平教授在《国际私法原理》一书中称:国际民事司法协助是指在民事案件中,一国法院或其他主管机关,根据另一国法院或其他主管机关的请求,代为或协助进行送达文书、调查取证等诉讼行为,或为外国法院进行民事诉讼提供其他协助,或根据另一国法院或其他主管机关或有关当事人的请求,承认与执行外国法院的民事判决或仲裁裁决。参见肖永平著,《国际私法原理》,法律出版社出版,2003年12月,第1版,第386页。

行以及仲裁裁决的承认和执行内容的情况下,则称之为广义上的司法协助。是否违反本国的公共政策这一问题,是在国际民商事司法协助的过程中常常被提出的问题,而“公共政策”这一概念本身所具有的弹性使各国难以或者不情愿对其作出进一步具体的规定,从而给司法实践带来了许多困惑。本书是在广义的国际民商事司法协助的范畴下,研究“公共政策”这一制度在承认和执行外国法院判决、承认和执行国际商事仲裁裁决、协助送达文书、协助调查取证等各个方面如何合理运用。

公共政策的运用最早源于本国法院以本应当得到适用的外国法的适用将违反本国的公共政策为由拒绝适用该外国法。涉外民商事案件^①中的法律适用问题,是国际私法上的首要问题,对于公共政策的研究,是不可或缺的部分,因此,本书对公共政策在法律适用中的具体运用重点进行分析,同时,也反映国际私法上的公共政策在不同的情况下,即在法律适用中和在国际民商事司法协助中适用所体现的含义和适用的范围是不同的。

分析问题是为了解决问题。根据我国的立法以及我国缔结或者参加的国际条约的规定,公共政策(有时被称为社会公共利益或其他)同样是我国司法机关审理涉外民商事案件以及进行国际民商事司法协助实践的过程中所要审查的内容。我国法官遇到了同样的问

① 我国法律并没有明确规定何为“涉外”民商事案件。司法实践中,主要根据最高人民法院制定的司法解释的规定进行判定。最高人民法院1988年4月2日发布的法(办)发[1988]6号《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条规定:“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。”最高人民法院1992年7月14日发布的法发[1992]22号《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》第304条规定:“当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外,或者诉讼标的物在外国的民事案件,为涉外民事案件。”根据上述司法解释的规定,只要在当事人、标的物、法律事实三个方面中有一个方面具备涉外因素,该案件即应被认为是涉外民商事案件。

题,即:在根据冲突规范的指引应当适用外国法的情况下,在一方当事人直接或者通过有关机关向我国法院申请承认和执行外国法院判决,或者一方当事人向我国法院申请承认和执行国际商事仲裁裁决^①,或者外国法院向我国法院寻求协助调查取证、送达文书的情况下,适用该外国法、承认和执行上述外国法院判决、国际商事仲裁裁决以及协助调查取证、送达文书是否将违反我国的公共政策?

为了解全国各级人民法院在司法实践中适用公共政策的情况,最高人民法院于2004年7月19日向各省、自治区、直辖市高级人民法院发出法(民四)明传(2004)26号明传,要求各高级人民法院报送多年来所辖区域内各级人民法院曾经作出的以违反我国“公共政策”或者“社会公共利益”为由不予适用外国法、拒绝承认和执行外国法院判决、拒绝承认和执行外国仲裁裁决、拒绝提供送达文书、调查取证等方面司法协助的案例。经统计,广东省高级人民法院报送了5宗以违反我国的公共政策为由不予适用外法域法(主要是香港法、澳门法)^②的案件;北京市高级人民法院报送了1宗本欲以违反我国公共政策为由拒绝承认和执行所涉外国仲裁裁决的案件,但该案经请示最高人民法院,最终被认为不构成违反我国公共政策的情形;海南省高级人民法院报送了1宗本欲以违反我国公共政策为由拒绝承认和执行所涉外国仲裁裁决的案件,但该案经请示最高人民法院,最终亦被认为不构成违反我国公共政策的情形;其他各高级人民法院均没有报送以违反我国公共政策或者社会公共利益为由不予

① 目前在我国,一般认为,“国际商事仲裁裁决”包括“外国仲裁裁决”和我国仲裁机构就具有涉外因素的案件作出的“涉外仲裁裁决”。根据我国法律的规定,对于“外国仲裁裁决”,涉及“承认和执行”,且“承认”和“执行”是两个步骤,有需要“执行”的内容的情况下,才会涉及“执行”程序;而对于“涉外仲裁裁决”,不存在“承认”的问题,但会涉及到“执行”的问题,有时还会涉及“撤销”问题。本书中,在国际商事仲裁部分将包括对外国仲裁和涉外仲裁这两方面内容的分析。

② 我国内地与香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区适用不同的法律制度,学者称这种状况为多法域。这里的“外法域法”是相对于内地的法律制度而言的,是指我国港、澳、台地区的法律。

适用外国法、拒绝承认和执行外国法院判决、拒绝承认和执行外国仲裁裁决、拒绝提供送达文书、调查取证等方面司法协助的有效案例。^①从上述调查的情况看,我国绝大多数法院对公共政策的运用持谨慎态度,至今都没有适用公共政策的案例产生。但在很多案件中,是否应当适用公共政策,却是案件的焦点问题;有些案件中对公共政策的适用并不恰当,让人感觉似乎是把公共政策作为了在找不到合适的理由又要拒绝适用外国法或者拒绝承认和执行国际商事仲裁裁决的工具。

对公共政策运用的“度”的把握非常重要:这一制度不能滥用,如果动辄以违反本国公共政策为由拒绝适用外国法或提供国际商事司法协助,就会使其他国家对本国的司法制度失去信心;如果不用,就会使公共政策这一制度形同虚设,起不到其应有的、必要的保护本国利益的作用。这两种极端的做法都是不可取的。这个“度”如何把握?“公共政策”应当在什么情况下援用?怎么援用?本书将针对我国涉外民商事审判以及国际民商事司法协助的实践中运用公共政策的状况以及存在的问题进行分析,同时研究解决问题的思路,以期我国的司法实践提供有益的参考。

公共政策的本质特性决定了我们不可能给它一个明确的定义或者限定一个范围,公共政策的灵活性及其因时因地的变化性使我们难以这样做,如果一定要这样做,我们必然会在不同程度上折损它的功效。因此,本人写作本书并不是试图去给公共政策下定义或者圈定其适用的范围或者提供解释的范本,而是通过各国在不同情况下适用公共政策的案例的比较分析以及通过对与公共政策有关的一系列概念的澄清,帮助我们正确认识这个朦胧的概念,感知它的大致轮廓,避免司法实践中不恰当运用的风险。

本书从写作的体例上,首先通过“总论”一章,将“国际私法上的

^① 这种统计由于种种原因,如时间跨度较大、各法院业务庭分工不同、统计人员的认识和态度等等,可能并不全面,但在一定程度上可以说明一些问题。

公共政策”制度一些抽象的内容进行阐述,包括国际私法上的公共政策的概念、作用、特点、制度沿革、范畴等等。其次,从国际私法上的公共政策在法律适用中的运用、在承认和执行外国法院民商事判决中的运用、在承认和执行国际商事仲裁裁决中的运用、在协助送达文书、调查取证中的运用等几个方面,分四个章节,主要依靠比较法、案例分析法等写作方法展开研究,一方面了解其他国家在不同场合运用公共政策的情况,另一方面,也是在每章最后一节,结合我国相应的司法实践进行分析,指出存在的问题,并提出解决问题的思路。此外,由于国际私法上的公共政策在某些国家对管辖权也会产生影响,由于管辖权往往会与外国法院判决的承认和执行相联系,本书即将此部分内容放入了“公共政策在承认和执行外国法院民商事判决中的运用”一章中;在某些国家,公共政策对仲裁协议效力也会产生影响,本书则把这部分内容放入了“公共政策在承认和执行国际商事仲裁裁决中的运用”一章中。最后,本书还针对我国内地与港、澳、台地区之间在开展区际民商事司法协助的过程中如何适用公共政策的问题进行了研究,尽管这并不属于国际民商事司法协助的内容。对涉港、澳、台案件中运用公共政策一并进行分析,主要是由于目前我国司法实践中涉港、澳、台案件较多,如何适用公共政策、与涉外案件中适用公共政策是否有区别等,都是现实存在的问题。

目 录

序	(1)
前言	(1)
第一章 总论	(1)
第一节 公共政策的概念	(1)
一、国际私法上的公共政策	(1)
1. 广义的公共政策	(1)
2. 给公共政策下定义?	(5)
二、公共政策与相关概念	(6)
1. 公共政策	(6)
2. 公共秩序、社会公共利益及其他	(8)
3. 公共政策与公共秩序等概念的区别与联系	(11)
小结	(14)
第二节 公共政策的作用	(14)
一、公共政策的作用及本质	(14)
1. 公共政策在国际私法上的直接作用	(14)
2. 公共政策的本质	(16)
二、公共政策制度存在的合理性和必然性分析	(17)
小结	(18)
第三节 公共政策制度的历史沿革及法律渊源	(18)

一、公共政策制度的历史沿革	(18)
1. 理论发展	(18)
2. 立法实践	(25)
二、公共政策的法律渊源	(26)
1. 国内立法	(26)
2. 判例	(26)
3. 国际条约	(27)
小结	(27)
第四节 公共政策制度的特点和发展趋势	(27)
一、公共政策制度的特点及其利弊分析	(27)
1. 公共政策制度的特点	(27)
2. 公共政策制度的利弊分析	(30)
二、公共政策适用的发展趋势	(31)
1. 适用方向发生了转变	(32)
2. 适用范围和适用阶段扩大化	(32)
3. 慎用	(33)
4. 长期存在	(33)
小结	(34)
第五节 国际私法上的公共政策的界定	(34)
一、国际私法上的公共政策与国内公共政策	(35)
二、国际私法上的公共政策与国际公共政策	(37)
三、国际私法上的公共政策与外国公共政策	(43)
小结	(46)
第二章 公共政策在法律适用中的运用	(48)
第一节 各国在法律适用中运用公共政策透视及比较	(48)

一、英美法系国家	(48)
1. 英国	(48)
2. 澳大利亚	(53)
3. 加拿大	(59)
4. 美国	(60)
二、大陆法系国家	(63)
1. 德国	(63)
2. 法国	(70)
3. 日本	(72)
4. 埃及	(76)
小结	(80)
第二节 公共政策与排除外国法适用的其他制度	(82)
一、公共政策与强制性法律	(84)
1. 强制性法律的概念	(84)
2. 公共政策与强制性法律的区别和联系	(87)
3. 公共政策与外国强制性法律的关系	(90)
二、公共政策与法律规避	(95)
小结	(98)
第三节 根据公共政策排除外国法适用的相关问题	(98)
一、公共政策与国际公约中的统一冲突规范	(98)
二、公共政策排除外国法适用的限度	(101)
1. 主观说	(101)
2. 客观说	(101)
三、公共政策排除外国法适用后的法律适用问题	(103)
1. 适用法院地法	(103)
2. 适用外国法中其他合适的法律规范	(104)
3. 适用有较密切联系的另一外国法	(105)

4. 拒绝审判	(106)
小结	(106)
第四节 我国法院在法律适用中运用公共政策分析	(107)
一、立法实践	(107)
二、司法实践	(108)
1. 根据公共政策排除外国法的适用	(108)
2. 根据公共政策排除外法域法的适用	(108)
3. 根据公共政策排除国际惯例的适用?	(123)
三、我国根据公共政策排除外国法适用存在的问题	(126)
1. 立法上存在的问题	(126)
2. 司法上存在的问题	(126)
四、我国在法律适用上运用公共政策应具有的思路	(127)
1. 是否需要对我国国际私法上的公共政策的运用问题进一 步立法?	(127)
2. 司法实践中运用公共政策应把握的主要思路	(130)
小结	(132)

第三章 公共政策在承认和执行外国法院民商事判决中的 运用

(133)

第一节 各国在承认和执行外国法院民商事判决中运用 公共政策透视与比较	(135)
一、英美法系国家	(135)
1. 英国	(135)
2. 美国	(138)
3. 澳大利亚	(146)
4. 加拿大	(147)
二、大陆法系国家	(149)

1. 德国	(149)
2. 法国	(150)
3. 意大利	(151)
4. 日本	(153)
小结	(156)
第二节 承认和执行外国民商事判决国际公约中公共政策条款分析	(157)
一、1968 年《布鲁塞尔公约》	(159)
1. 欧盟法院认为不能根据公共政策拒绝承认和执行外国法院判决的情形	(162)
2. 欧盟法院认为应当适用公共政策拒绝承认和执行外国法院判决的情形	(164)
3. 欧盟的公共政策	(166)
二、海牙国际私法会议《选择法院协议公约》	(169)
小结	(177)
第三节 公共政策对美国法院行使管辖权的影响	(178)
一、公共政策对非方便法院原则适用的影响	(178)
二、公共政策对选择法院协议效力的影响	(181)
小结	(183)
第四节 我国法院在承认和执行外国法院民商事判决中运用公共政策分析	(185)
一、我国法院承认和执行外国法院民商事判决过程中运用公共政策的法律依据	(185)
二、我国法院承认和执行外国法院民商事判决的司法实践	(186)
1. 向我国法院申请承认和执行外国法院判决的途径	(187)
2. 向我国法院申请承认和执行外国法院判决的程序和条件	