



# 再论中国区际私法中的公共秩序保留制度

涂广建 杨铁铮\*

**摘要：**根据中国“一国两制”的基本国策和两部基本法，中国内地、香港、澳门实行不同的法律制度。由于三地在本质上是一国之内具有不同法律制度的法域，因此不可避免地会发生区际法律冲突。一般认为，作为国际私法中的一项重要制度，公共秩序保留制度也应该在中国区际私法中予以适用。但是，三地有关适用公共秩序保留制度的规定各不相同。内地的公共秩序概念不仅包括公序良俗，还包括国家利益；香港的公共秩序则是指社会的基本道德和自然公正的信念；澳门的公共秩序是指最基本的且具有绝对强制性的法律原则。这种差异性会导致在区际民商事案件中适用公共秩序保留制度的不统一和不确定性。在司法实践中，内地法院对于如何适用公共秩序保留制度尚未形成一致立场，且存在混淆公共秩序保留制度与强制性规定制度的问题。香港法院和澳门法院在适用公共秩序保留制度时非常谨慎，且在各自内部实现了适用标准的一致。在中国区际民商事案件中，法院必须严格界定并限制适用公共秩序保留制度；同时，内地与香港、澳门应该协调公共秩序保留制度的适用标准，尽可能努力实现在区际私法中达成公共秩序保留制度适用的相对统一。

**关键词：**一国两制 区际私法 公共秩序保留 区际民商事诉讼 判决承认与执行

## 一 引言

虽然中国分别于1997年7月1日和1999年12月20日对香港和澳门恢复行使主权，但根据“一国两制”的基本国策和《中华人民共和国香港特别行政区基本法》与《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》，香港和澳门的原有法律制度基本不变。<sup>①</sup> 由于香港和澳门实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，所以香港和澳门实际上是独立于内地的法域。<sup>②</sup> 因此，在涉及三地的民商事案件中，区际法律冲突必然会发生。与其他多法域国家相比，中国区际法律冲突问题更加复杂。<sup>③</sup> 为了解决区际法律冲突问题，中国内地、香港和澳门均将区际民商事案

\* 涂广建，澳门大学法学院教授、博士生导师；杨铁铮，澳门大学法学院博士研究生。本文涉及的香港成文法可在电子版香港法例网站（<https://www.elegislation.gov.hk/>）查阅，澳门法可在澳门特别行政区政府印务局网站（<https://www.io.gov.mo>）查阅。本文所用网络文献的最后访问时间均为2024年9月1日。

① 参见《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（下称《香港基本法》）第8条、《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》（下称《澳门基本法》）第8条。

② 参见《香港基本法》第2条、《澳门基本法》第2条。

③ See Jin Huang & Andrew Xuefeng Qian, “One Country, Two Systems, Three Law Families, and Four Legal Regions: The Emerging Inter-Regional Conflicts of Law in China”, (1995) 5 (2) *Duke Journal of Comparative & International Law* 289, pp. 303–306.

件视为或者类比成涉外案件来处理，并依各自的法律规范（包括冲突规范）处置。<sup>①</sup> 在区际私法方面，由于中国台湾地区的情况与香港、澳门有很大不同，因此本文不涉及有关台湾地区的讨论。

公共秩序保留制度是国（区）际私法中的一项重要制度。它可以通过排除外国（域外）法律的适用或拒绝承认与执行外国（域外）判决来维护法院地的基本法律原则、重要理念和社会秩序。因此，公共秩序保留制度在多元化社会和全球化世界中是一项不可或缺的制度。<sup>②</sup> 对于在中国区际私法中是否应当适用公共秩序保留制度，中国学界曾有三种不同的观点：（1）在区际法律冲突中不应适用公共秩序保留制度，因为区际法律冲突与国际法律冲突有着本质区别；（2）公共秩序保留制度不但应该适用于区际法律冲突，而且该制度在区际私法中的地位与作用与其在国际私法中的地位与作用应该完全一致；（3）在区际私法中应该适用公共秩序保留制度，但应对其适用加以限制。<sup>③</sup> 由于香港和澳门曾经分别被英国和葡萄牙统治上百年之久，两地不可避免地受到西方文化的影响。长久以来，香港和澳门各自形成了自己特有的文化和社会传统。<sup>④</sup> 这种源自不同文化和社会传统的差异，势必反映到各自的法律制度上来。因此，主流观点认为，在中国区际法律冲突中，有必要保留公共秩序制度，以便在必要时维护各地区的一些特别关切的利益。<sup>⑤</sup> 但是，与主权国家之间的法律冲突不同，中国的区际法律冲突毕竟是一个主权国家内部的法律冲突。香港、澳门与内地虽然有差异，但也有着共同的文化传统、道德准则和语言基础，这就意味着三地之间公共秩序的差异应小于主权国家之间公共秩序的差异。因此，尽管在中国区际法律冲突中不能完全放弃公共秩序保留制度，但应该严格限制其适用。

正如前文所述，三地分别是独立的法域，对公共秩序保留制度作出了不同的规定，而且三地法院在公共秩序保留制度的运用上也可能不一致。<sup>⑥</sup> 这会造成在区际私法案件中公共秩序保留制度适用的不统一和不确定性。因此，有必要进一步明确如何在中国区际法律冲突中适用公共秩序保留制度。理论上讲，公共秩序保留制度在区际私法中的适用范围可以非常广泛，既可以适用于区际法律适用、区际判决承认与执行，也可以适用于区际取证、送达等司法协助领域，还可以适用于区际仲裁裁决的承认与执行。限于篇幅原因，本文只讨论区际民商事诉讼领域公共秩序保留制度的适用情况，不涉及公共秩序保留制度在区际仲裁领域的适用。此外，在区际取证和区际送达中尚未出现适用公共秩序保留制度的案例。因此，本文亦暂不讨论区际取证和区际送达中公共秩序保留制度的适用情况。严格意义上讲，区际私法案件中法律适用领域的公共秩序保留制度和

① See Guobin Zhu, “Inter-Regional Conflict of Laws under ‘One Country, Two Systems’: Revisiting Chinese Legal Theories and Chinese and Hong Kong Law, with Special Reference to Judicial Assistance”, (2002) 32 (3) *Hong Kong Law Journal* 615, pp. 644 – 645.

② See Jacob Dolinger, “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, (1982) 17 (2) *Texas International Law Journal* 167, p. 174. 本文不讨论国内法中的公共秩序，因为其历史、范围和司法职能与国际私法中的公共秩序有很大不同。此外，在国际私法的其他领域中，如送达、取证、甚至管辖权领域，当然也存在公共秩序保留问题。

③ 参见孙建：《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》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2005年第2期，第104—105页。

④ 参见陈槽：《论香港文化的特色》，载《南京理工大学学报（哲学社会科学版）》1997年第5期，第26页；徐罗卿：《澳门文化发展特色及其对中国传统文化发展的启示》，载《广西民族学院学报（哲学社会科学版）》2001年第S2期，第111—112页。

⑤ See Meirong Zhang, “Developments in Inter-Regional Conflict of Laws within China”, (2018) 48 (3) *Hong Kong Law Journal* 1097, p. 1132.

⑥ See Meirong Zhang, “Developments in Inter-Regional Conflict of Laws within China”, (2018) 48 (3) *Hong Kong Law Journal* 1097, pp. 1131 – 1132.

对非本地判决承认与执行审查领域的公共秩序保留制度也存在差异，但本文旨在以区际民商事诉讼领域为研究对象，此二者是区际民商事诉讼领域最重要的两个部分，故本文一并讨论，以展示中国区际民商事诉讼领域公共秩序保留制度的适用情况。

关于中国区际私法中公共秩序保留制度的具体运用，中国学者也曾有过一些论述。<sup>①</sup>但这些论述主要集中在立法层面，而缺乏司法实践层面的深度分析。本文不仅分析三地有关公共秩序保留制度的立法现状，还通过对判例的实证研究探讨公共秩序保留制度在三地司法实践中的运用情况。在总结立法现状与司法实践的基础上，本文分别为三地公共秩序保留制度的适用提出建议，并主张在中国区际私法中，三地应该适当统一公共秩序保留制度的适用，呼吁在日趋融合的大背景下，公共秩序保留制度的实践亦应渐趋一致。

## 二 内地、香港、澳门关于公共秩序保留制度的立法

公共秩序保留制度在内地、香港、澳门有着不同的称谓。在内地，公共秩序被称为“社会公共利益”；在香港，因受普通法影响，公共秩序被称为“公共政策”；澳门则因遵循大陆法传统而使用“公共秩序”一词。由于这三个称谓具有共同的基本内涵，<sup>②</sup>为了行文方便，本文统一使用“公共秩序”一词。目前，除了内地与香港之间、内地与澳门之间或者香港与澳门之间相互签署的若干区际安排外，中国尚未制定统一的区际私法。但是，在内地，涉港、涉澳案件参照涉外案件审理，内地的国际私法规范也基本适用于涉港、涉澳案件；<sup>③</sup>而香港和澳门则不区分区际私法案件和国际私法案件，涉内地案件均比照涉外案件来处理，香港与澳门涉彼此案件也比照涉外案件来处理。<sup>④</sup>故本文关于三地公共秩序保留制度立法现状的分析，并不局限于已有的区际私法的立法（安排），也包括三地国际私法的立法中的有关规定，因为这些内容在有专门的区际安排之前（甚至之后）都可能会在区际私法案件中直接或间接地得到适用。

### （一）两地安排中的公共秩序保留制度

香港和澳门回归后，中国区际私法取得了长足的进步，尤以民商事司法协助领域为最，具有标志性的成果是所取得的一系列区际民商事司法协助安排。<sup>⑤</sup>

在民商事判决的承认与执行方面，内地与澳门签订了1个非常宽泛的安排，即《关于内地与澳

① 例如张仲伯、王伟玲：《我国区际私法中公共秩序保留制度初探》，载《云南大学学报（法学版）》2001年第3期；冯霞：《中国区际冲突法中的公共秩序保留制度》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2005年第5期；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；曾加、吕东锋：《论港澳台地区公共秩序保留制度的适用及其对我国大陆的启示》，载《河南财经政法大学学报》2012年第6期。

② See Guobin Zhu, “Inter-Regional Conflict of Laws under ‘One Country, Two Systems’: Revisiting Chinese Legal Theories and Chinese and Hong Kong Law, with Special Reference to Judicial Assistance”, (2002) 32 (3) *Hong Kong Law Journal* 615, p. 629.

③ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2022修正）第549条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》（2020修正）第17条。

④ See Meirong Zhang, “Developments in Inter-Regional Conflict of Laws within China”, (2018) 48 (3) *Hong Kong Law Journal* 1097, p. 1102.

⑤ 这些安排包括送达、取证、判决的承认与执行及仲裁等事项，但由于本文不涉及区际仲裁，所以此处不讨论区际仲裁安排中的有关规定。此外，由于本文不讨论区际送达与取证中的公共秩序问题，此处亦不讨论区际送达与取证的相关安排。

门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》(下称《内地与澳门民商事判决安排》);而内地与香港则先后签署了3个安排,它们是《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》(下称《内地与香港协议管辖安排》)、《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》(下称《内地与香港婚姻家庭安排》)和《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》(下称《内地与香港民商事判决安排》)。<sup>①</sup>其中《内地与香港协议管辖安排》已于《内地与香港民商事判决安排》生效之日起废止。<sup>②</sup>这4个安排都规定违反公共秩序是拒绝承认和执行对方判决的理由之一。<sup>③</sup>根据这些安排的规定,凡属安排范围内的判决,原则上内地与香港/澳门应该相互承认和执行,但该判决的承认和执行违反或明显违反相关地区的公共秩序的除外。但是,4个安排在限制公共秩序保留的适用方面并不一致。例如《内地与香港婚姻家庭安排》和《内地与香港民商事判决安排》强调只有达到明显违反法院地公共秩序的程度法院才能适用公共秩序保留制度,而另外两个安排却对违反公共秩序的程度没有要求,这可能会造成公共秩序保留制度适用上的混乱。<sup>④</sup>

## (二) 内地公共秩序保留制度的立法现状

内地多部法律都规定了冲突法领域的公共秩序保留制度,这些法律条款可以分为两类。一类是有关法律选择方面的条款。例如,《中华人民共和国海商法》(下称《海商法》)第276条和《中华人民共和国民用航空法》(下称《民用航空法》)第190条均规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例,不得违背中华人民共和国的社会公共利益”;《涉外民事关系法律适用法》(下称《法律适用法》)第5条规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”值得注意的是,不同于《海商法》和《民用航空法》,《法律适用法》删除了“国际惯例”一词。另一类是有关外国判决的承认与执行方面的条款。根据2023年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》[下称《民事诉讼法》(2023修正)]第300条的规定,如果当事人申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定违反中华人民共和国法律的基本原则或者损害国家主权、安全、社会公共利益,人民法院不予承认和执行。

尽管诸多法律条款都规定了公共秩序保留制度,但这些规定在措辞上并不一致。如前所述,《海商法》和《民用航空法》允许以公共秩序为由排除国际惯例的适用,但是《法律适用法》中公共秩序的排除范围却不包括国际惯例。

## (三) 香港公共秩序保留制度的立法现状

香港关于公共秩序保留的法律包括成文法和判例。<sup>⑤</sup>成文法中,《婚姻诉讼条例》规定,当

① 《内地与澳门民商事判决安排》,2006年2月28日签署,2006年4月1日生效;《内地与香港协议管辖安排》,2006年7月14日签署,2008年8月1日生效;《内地与香港婚姻家庭安排》,2017年6月20日签署,2022年2月15日生效;《内地与香港民商事判决安排》,2019年1月18日签署,2024年1月29日生效。

② 参见《内地与香港民商事判决安排》第30条。

③ 参见《内地与香港协议管辖安排》第9条第2款、《内地与香港婚姻家庭安排》第9条第2款、《内地与香港民商事判决安排》第12条第2款和《内地与澳门民商事判决安排》第11条。

④ 在《内地与香港协议管辖安排》废止后,内地与香港的两个安排在限制公共秩序的适用上达成一致,但是与《内地与澳门民商事判决安排》在表述上仍然存在差别。

⑤ 此部分仅讨论香港成文法中的公共秩序,而香港判例中的公共秩序则在后文三(二)中讨论。



且仅当承认某项在香港以外地区获准的离婚或合法分居会明显地有违公共秩序时，该项离婚或合法分居才会被拒绝承认。<sup>①</sup> 虽然该条例已经不适用于内地，但仍适用于澳门。<sup>②</sup>

在有关内地民商事判决的承认与执行方面，为了落实内地与香港签署的3个安排，香港相继颁布了《内地判决（交互强制执行）条例》《内地婚姻家庭案件判决（相互承认及强制执行）条例》和《内地民商事判决（相互强制执行）条例》。<sup>③</sup> 3个安排中有关公共秩序保留制度的规定在对应的3个条例中都有具体的条款。<sup>④</sup> 至于3个条例范围之外的内地判决，则依据《外地判决（限制承认及强制执行）条例》处理。<sup>⑤</sup> 不过该条例并未规定公共秩序保留制度。

就香港的成文法而言，公共秩序的适用范围只针对外国法律，而不包括国际惯例。这一做法符合当前国际私法的发展趋势。<sup>⑥</sup> 但是，与内地一样，香港成文法在限制公共秩序保留的适用方面也曾存在冲突之处。例如，在《内地判决（交互强制执行）条例》中，适用公共秩序保留制度的条件是强制执行判决会违反公共秩序；而《婚姻诉讼条例》和《内地婚姻家庭案件判决（相互承认及强制执行）条例》规定的适用条件则要求必须达到明显违反公共秩序的程度。但是，在《内地民商事判决（相互强制执行）条例》取代《内地判决（交互强制执行）条例》之后，上述冲突将不复存在。

#### （四）澳门公共秩序保留制度的立法现状

澳门的法律制度源自葡萄牙，以成文法为主，其冲突规范以专章形式规定在《澳门民法典》中。<sup>⑦</sup> 关于公共秩序保留，《澳门民法典》第20条第1款规定：“如适用冲突规范所指之澳门以外之法律规定，导致明显与公共秩序相违背，则不适用该等规定。”《澳门民事诉讼法典》第1200条第1款也规定，如果外国判决明显不符合公共秩序，则不能承认该判决。

澳门关于公共秩序保留的立法有两个特点：（1）公共秩序保留的适用受到严格限制，必须以“明显违反”为条件；（2）公共秩序的排除对象不包括国际惯例。然而，《内地与澳门民商事判决安排》却没有规定在澳门拒绝承认和执行内地判决时必须以明显违反澳门的公共秩序为条件，这就可能导致该安排中的公共秩序保留的适用条件过于宽松。

综上，内地、香港、澳门均属独立的法域，在冲突法方面，三地都将对方视为或者类比为“外国”处理，适用或类比适用各自的国际私法规则来解决区际民商事案件。为了更好地解决跨地区民商事纠纷，三地相互签订了一系列司法互助协议，但公共秩序保留制度在各自的国（区）际私法规则和司法互助协议中如何适用尚不清晰，有待在司法实践中进一步明确。

① 参见《婚姻诉讼条例》第61条第2款。

② 参见《婚姻诉讼条例》第61A条。

③ 内地与香港的安排在香港必须转换成本地立法才能生效。

④ 参见《内地判决（交互强制执行）条例》第18条、《内地婚姻家庭案件判决（相互承认及强制执行）条例》第16条第1款和第33条、《内地民商事判决（相互强制执行）条例》第22条第1款。

⑤ 香港在另外两个有关域外判决承认与执行的条例中规定了公共秩序保留制度，即《判决（强制执行措施）条例》和《外地判决（交互强制执行）条例》。前者适用于来自英联邦国家的判决，后者适用于来自英联邦以及比利时、法国、德国、意大利、奥地利、荷兰、以色列等国的判决。因此，上述两个条例并不适用来自内地和澳门的判决。

⑥ 参见宋锡祥：《公共秩序保留在港澳认可与执行内地民商事判决中的运用》，载《“一国两制”研究》2018年第2期，第61页。

⑦ 有关冲突规范的条款规定在《澳门民法典》第1卷第1编第3章。《内地与澳门有关民商事判决承认与执行的安排》中亦有关于公共秩序的规定，前文已有说明，此处不再赘述。

### 三 公共秩序保留制度在内地、香港、澳门司法实践中的运用

作为一个抽象的概念，公共秩序保留制度不能仅由法律文本来规定，还应在司法实践中逐渐明确其内涵与外延。本部分考察三地法院在区际民商事案件中适用公共秩序保留制度的情况，并探讨公共秩序保留制度在三地司法实践中运用的异同。

#### （一）公共秩序保留制度在内地司法实践中的运用

在审理涉港澳民商事案件时，内地法院主要在以下几类案件中讨论是否适用公共秩序保留制度：与澳门博彩有关的案件、规避内地行政管理法律法规的区际民商事案件以及跨境担保的案件。<sup>①</sup>

##### 1. 公共秩序保留在涉澳门博彩案件中的运用

博彩业是澳门经济的基石。<sup>②</sup>在内地居民赴澳门自由行实施后，澳门赌场成了内地游客来澳光顾的主要场所之一。<sup>③</sup>随之而来，内地法院出现了多起涉及澳门赌博债务纠纷的案件。<sup>④</sup>此类案件的关键问题是，对于在澳门合法<sup>⑤</sup>但在内地非法<sup>⑥</sup>的与博彩相关的债权、债务，内地法院是否应该将其认定为合法。

笔者搜集整理了15起涉及澳门博彩纠纷的案件，在其中12起案件中，法院以公共秩序为由排除了根据冲突规范原本应该适用的澳门法，而以内地法为据法。<sup>⑦</sup>例如，在徐文、胡贵生合同效力纠纷案中，内地居民徐文与胡贵生签署合作协议，共同出资在澳门经营博彩中介业务。后来两人在经营上发生纠纷。徐文要求胡贵生返还投资款并支付违约金，而胡贵生则以博彩中介业务在内地是一种违法犯罪行为为由，请求法院解除其与徐文签订的合作协议。该案的焦点是徐文的诉请是否属于合法的民事权利。法院认为原被告之间的合同系在澳门签订，合同的主要经营活

① 此处案例仅包括香港、澳门回归后的案例。

② 参见陈章喜：《澳门经济结构演化特征与适度多元发展》，载《统一战线学研究》2020年第5期，第39页。

③ 参见王心、陈晓宇、严强：《澳门博彩业的演变、问题与创新》，载《闽江学刊》2017年第4期，第89页。

④ 参见刘晓兵：《澳门博彩债务在内地的司法追偿研究》，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2015年第3期，第60页。

⑤ 参见《澳门民法典》第1171条第1款。

⑥ 参见《中华人民共和国刑法》（2023修正）第303条第1款、《中华人民共和国治安管理处罚法》第70条。

⑦ 在1起发生于《法律适用法》施行前的案件中，法院适用的法条是《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年1月1日生效）第150条。参见冯华汉、朱广水等借款合同纠纷上诉案，山东省高级人民法院（2011）鲁民四终字第162号民事判决书。而在11起发生于《法律适用法》施行后的案件中，有10起案件，法院适用《法律适用法》第5条排除澳门法的适用，参见：徐文、胡贵生合同效力纠纷案，贵州省高级人民法院（2015）黔高民三终字第7号民事判决书；严添香、姜超华民间借贷纠纷案，广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终359号民事判决书；张杰、裘钟鸣民间借贷纠纷上诉案，浙江省绍兴市中级人民法院（2017）浙06民终3126号民事判决书；吴某、韩某辰民间借贷纠纷案，湖北省汉川市人民法院（2019）鄂0984民初1715号民事判决书；吴某、曾某丽民间借贷纠纷案，湖北省汉川市人民法院（2019）鄂0984民初1477号民事判决书；吴佳峰、陈孟宏民间借贷纠纷案，湖南省南县人民法院（2014）南法民二初字第329号民事判决书；石某某、陈某某民间借贷纠纷案，湖南省南县人民法院（2013）南法民二初字第288号民事判决书；罗某、田某民间借贷纠纷案，湖北省汉川市人民法院（2018）鄂0984民初2868号民事判决书；罗京与谷力鸣、韩旭英民间借贷纠纷案，湖北省汉川市人民法院（2019）鄂0984民初1486号民事判决书；蔡宏归、吴正雪民间借贷纠纷案，浙江省温州市中级人民法院（2020）浙03民初273号民事判决书。此外，另有1起案件，法院依据当时仍然有效的《民法通则》第150条拒绝适用澳门法，而适用内地法律，参见伍迅波、茹智军等民间借贷纠纷案，广东省广州市花都区人民法院（2013）穗花法东民初字第738号民事判决书。

动也发生在澳门，故双方当事人之间应属涉澳合同关系。根据《法律适用法》第41条的规定，该案中双方当事人对合同适用的法律并无约定，而涉案合同的签订地、合同实际履行地均在澳门，因此该案准据法应为与该合同有最密切联系的澳门法。根据澳门法，向赌客提供筹码并帮助赌客将筹码兑换成现金的博彩中介业务是合法的。<sup>①</sup>但是法院指出，根据内地法律，这种博彩中介服务属于为赌博提供直接帮助的违法行为，若法院承认其合法并对其提供保护，显然与内地的社会公共秩序和善良风俗相违背。因此，根据《法律适用法》第5条的规定，法院以公共秩序为由排除适用澳门法，认定该案应适用内地法。

在严添香、姜超华民间借贷纠纷案中，姜超华在澳门向严添香借款300万港币用于赌博。因姜超华未偿还借款，严添香诉至法院。法院认为严添香为澳门居民，且涉案借款行为发生在澳门，在没有证据证明当事人约定适用其他法律的情况下，应适用履行义务最能体现赌债特征的博彩机构所在地法，即与赌债有最密切联系的澳门法。但是，由于赌博在内地为明令禁止的违法行为，适用澳门法显然与内地的公共秩序及公共利益相违背，因此应以内地法为该案的准据法。

这些案件表明，由于内地与澳门在对待博彩方面的法律规定不同，一些内地法院可能会以公共秩序保留为由排除根据内地冲突规范原本应当适用的澳门法。但是，在另外3起案件中，内地法院却作出了截然相反的判决。<sup>②</sup>例如，在尧建影、吴飞民间借贷纠纷案中，内地居民尧建影在澳门旅游期间向内地居民吴飞借钱用于赌博。后因尧建影未能偿还借款，两人发生债务纠纷。法院认为，根据《法律适用法》第41条，该案应适用履行义务最能体现赌债特征的博彩机构经常居所地澳门的法律。因为赌博在澳门是一种合法行为，所以该债务应受澳门法保护。法院并不认为承认此债务合法并对其加以保护会违背内地的公序良俗。这些案例表明，一些内地法院可能不会仅仅因为澳门法与内地法不同，就利用公共秩序排除澳门法的适用。在这些内地法院看来，根据内地的冲突规范适用澳门法保护澳门的赌债并不会违反内地的公共秩序。

## 2. 公共秩序保留在规避内地行政管理法律法规的区际民商事案件中的运用

港澳居民在内地从事民商事活动，一般也应当遵守内地行政机关制定的法规、规章，即便这些法规、规章在效力等级上低于立法机关制定的法律。<sup>③</sup>在某些情况下，法院会在港澳居民规避内地行政管理法律法规的区际民商事案件中适用公共秩序保留制度。笔者搜集的3起案件都与内地公安机关对粤港车牌的管理有关。<sup>④</sup>此类案件的背景是：香港私家车只有获发粤港车牌（粤Z车牌），才能够在指定口岸自由往返粤港两地。由于粤港车牌申请门槛高、价钱贵，只有少数人才能获发此类车牌。<sup>⑤</sup>如果某个公司名下的车辆有粤港车牌，不符合办牌资格的人士可以通过收购该公司的方式获得其名下的粤港车牌。在此类案件中，内地法院会认为这种交易行为规避了内

① 参见《娱乐场幸运博彩经营法律制度》第23条第1款。

② 参见尧建影、吴飞民间借贷纠纷案，湖北省孝感市中级人民法院（2019）鄂09民终363号民事判决书；田野、罗京民间借贷纠纷案，湖北省孝感市中级人民法院（2019）鄂09民终1204号民事判决书；许京川、罗京民间借贷纠纷案，湖北省孝感市中级人民法院（2019）鄂09民终364号民事判决书。

③ 有关内地法律效力位阶，参见顾建亚：《法律位阶划分标准探新》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2006年第6期，第45—46页。

④ 参见梁俊齐、黄德安合同纠纷案，广东省深圳市中级人民法院（2020）粤03民终14304号民事判决书；李少峰与张鹏、张少华买卖合同纠纷案，广东省深圳前海合作区人民法院（2018）粤0391民初257号民事判决书；陈晓彬与朱小玉合同纠纷案，广东省深圳前海合作区人民法院（2020）粤391民初3333号民事判决书。

⑤ 参见郑健阳：《一块粤港牌，开价上百万》，载《深圳商报》2012年11月20日，第A03版。



地公安机关对粤港车牌的管理,因而损害了内地的公共秩序。一个典型案例是梁俊齐、黄德安合同纠纷案。<sup>①</sup>在该案中,梁俊齐名下的广州某有限公司拥有一个粤港车牌。黄德安为了获得此车牌,与梁俊齐签订了《永久转让协议书》,约定梁俊齐将广州某有限公司及其拥有的粤港车牌出让给黄德安。法院审理查明,黄德安、梁俊齐均为香港特别行政区居民,广州某有限公司在香港注册成立,该案属涉外合同纠纷案件。黄德安与梁俊齐签订的《永久转让协议书》涉及香港公司的股权变更,故该协议的效力问题本应适用香港法。但是,因粤港车牌的申请需经广东省公安厅审批,黄德安与梁俊齐试图通过收购拥有粤港车牌的公司的方式,达到转让粤港车牌的目的,规避了内地公安机关对粤港车牌的管理。法院认为,此种情况符合《法律适用法》第5条的规定,因此,对于黄德安与梁俊齐签订的《永久转让协议书》应以内地法为据法。

### 3. 公共秩序保留制度在跨境担保案件中的运用

跨境担保是指担保人在履行担保义务时可能产生资金跨境收付或资产所有权跨境转移等国际收支交易的担保行为。<sup>②</sup>由于跨境担保会影响国家的外汇收支,而中国又是实行外汇管制的国家,因此自改革开放以来,跨境担保一直受到严格的控制;但是,随着中国对外贸易融资的发展,跨境担保的管理政策经历多次调整。<sup>③</sup>而在不同时期,法院在审理跨境担保案件时是否适用公共秩序保留制度排除域外法也存在变化。这些变化分为法院适用公共秩序保留制度、是否适用公共秩序保留制度存在争议、不再适用公共秩序保留制度3个阶段。

第一阶段为法院适用公共秩序保留制度。2014年以前,为了规范内地资金的流入与流出,有关部门出台了一系列针对跨境担保的规定。<sup>④</sup>根据这些规定以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(下称《担保法解释》),未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的,对外担保合同无效。<sup>⑤</sup>内地法院认为,外汇管制体现了国家利益,违反外汇管制强制性规定就会损害国家利益。<sup>⑥</sup>因此,在涉及跨境担保的案件中,法院会依据公共秩序保留制度排除域外法的适用。<sup>⑦</sup>

① 参见梁俊齐、黄德安合同纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终14304号民事判决书。

② 参见陈逸宁:《商业银行跨境担保法律风险防控》,载《海南金融》2019年第10期,第62页。

③ 参见李玉霞、李微:《我国跨境担保外汇管理政策演变及效果分析》,载《河北金融》2016年第10期,第65页。

④ 参见许迪:《我国跨境担保合同的效力认定演进——强制性规定的缘起、笼罩与身退》,载《海南金融》2023年第9期,第75页。

⑤ 参见中国人民银行《境内机构对外担保管理办法》(中国人民银行令〔1996年3号〕,1996年10月1日起施行,2014年6月8日废止)第17条、外汇管理局《境内机构对外担保管理办法实施细则》(汇发〔1997〕10号,1998年1月1日起施行,2014年6月1日废止)第48条、《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》(2000年12月13日施行,2021年1月1日废止)第6条。

⑥ 参见赵璐:《涉外保证合同法律适用的实证分析研究》,载《西昌学院学报(哲学社会科学版)》2016年第2期,第73页。

⑦ 由于《法律适用法》施行后,《民法通则》第150条尚未失效。因此有些法院适用《法律适用法》第5条排除域外法律适用,参见大新银行有限公司、香港千帆印刷公司等融资租赁合同纠纷案,福建省厦门市中级人民法院(2014)厦民初字第110号民事判决书;大新银行有限公司、智强力辐射科技(香港)有限公司等融资租赁合同纠纷案,广东省深圳市宝安区人民法院(2012)深宝法民四初字第96号民事判决书;东亚银行有限公司、金逢源(香港)国际有限公司等融资租赁合同纠纷案,广东省东莞市第二人民法院(2014)东二法民四初字第156号民事判决书;日立金融(香港)有限公司与佳联有限公司、东莞市虹旭塑胶制品有限公司融资租赁合同纠纷案,广东省东莞市第三人民法院(2014)东三法民四初字第121号民事判决书。而有些法院则仍然依据《民法通则》第150条排除域外法律适用,参见中国银行(香港)有限公司、公主岭市人民政府等担保合同纠纷案,吉林省长春市中级人民法院(2004)长民三初字第54号民事判决书。



例如,在大新银行有限公司、香港千帆印刷公司等融资租赁合同纠纷案中,若干内地公司和居民为香港公司的融资租赁债务提供担保,并约定担保书受香港法管辖并按其解释。内地法院认为,尽管该案当事人约定了适用香港法,但当事人未经国家有关主管部门批准或者登记对外提供担保,违反内地的金融法律政策及相关的禁止性规定,如适用香港法将损害内地的社会公共利益。最终,法院以公共秩序保留为由排除了香港法的适用。但笔者认为,在该案中,法院将公共秩序保留制度与强制性规定制度混为一谈了。根据《法律适用法》第4条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(2020修正)第8条的规定,强制性规定直接适用于涉及外汇管制等金融安全的案件。因此,内地法院应直接适用强制性规定,而不是公共秩序保留制度。最高人民法院在汕头海洋(集团)公司等与中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷上诉案中也持有相同观点。<sup>①</sup>在该案中,最高人民法院认定有关外汇管理的规定为内地法律中的强制性规定,依《法律适用法》第4条直接适用了这些规定,并没有讨论公共秩序保留制度的适用问题。

第二阶段为法院对是否适用公共秩序保留制度存在争议。2014年,外汇管理局发布了《跨境担保外汇管理规定》,该文件第29条明确了关于跨境担保合同的登记或备案等手续规定不再作为合同是否有效的强制性规定,而只是管理性规定,违反该管理规定将受行政处罚,但合同效力不受影响。<sup>②</sup>但《担保法解释》在当时仍具有法律效力,因此,二者存在矛盾。一些法院仍依据《担保法解释》在有关案件中以公共秩序保留为由排除域外法的适用。<sup>③</sup>而另一些法院却认为,既然有关部门的批准或登记已不再是跨境担保的强制性规定,则违反该规定不会损害国家利益。例如,在D银行与L公司及众担保人融资租赁合同纠纷案中,深圳前海合作区人民法院认为该案中的跨境担保不适用《法律适用法》第4条。<sup>④</sup>为慎重起见,该法院专门致函国家外汇管理局深圳分局进行咨询。该局回函称外汇管理局对跨境担保合同的核准、登记或备案情况及《跨境担保外汇管理规定》明确的其他管理事项与管理要求,不构成跨境担保合同的生效要件。该回复明确了外汇管理局对跨境担保合同的核准、登记或备案情况以及其他管理事项与管理要求不属于《法律适用法》第4条规定的强制性规定。相似判决也出现在香港上海汇某银行有限公司与鸿某国际包装制品有限公司等金融借款合同纠纷案中。<sup>⑤</sup>在上述两个案件中,跨境担保都被归入强制性规定的适用范围,因此,法院只在判决书中引用了《法律适用法》第5条,并没有讨论公共秩序保留制度的适用问题。由此可见,内地法院已经意识到,此等情形下应当首先适用强制性规定制度而非公共秩序保留制度。

在恒生银行有限公司与上海天盛仓储有限公司等保证合同纠纷案中,内地法院不仅明确区分

① 参见汕头海洋(集团)公司等、中国银行(香港)有限公司担保合同纠纷上诉案,最高人民法院(2011)民四终字第17号民事判决书。

② 参见外汇管理局《跨境担保外汇管理规定》(汇发〔2014〕29号)第29条。

③ 参见东亚银行有限公司、展跃光电(香港)实业有限公司等融资租赁合同纠纷案,广东省东莞市第三中级人民法院(2016)粤1973民初5986号民事判决书;日立金融(香港)有限公司、鑫宇投资股份有限公司等融资租赁合同纠纷案,广东省东莞市第三中级人民法院(2015)东三法民四初字第136号民事判决书。

④ 参见D银行、L公司及众担保人融资租赁合同纠纷案,广东省深圳前海合作区人民法院(2016)粤0391民初713号民事判决书。

⑤ 参见香港上海汇某银行有限公司、鸿某国际包装制品有限公司等金融借款合同纠纷案,广东省深圳前海合作区人民法院(2016)粤0391民初611号民事判决书。

了公共秩序保留制度和强制性规定制度，而且分别讨论了二者的适用情况。<sup>①</sup> 该案中，原告恒生银行与被告之一的上海天盛仓储公司在《天盛仓储公司担保函》中协议选择适用香港法。由于该案发生时内地已取消跨境担保的登记生效要件，法院首先认为该案跨境担保不适用《法律适用法》第4条。在排除强制性规定的适用后，法院又认为，该案跨境担保纠纷适用香港法亦不会损害内地的社会公共利益。最终，法院适用香港法审理该保证合同纠纷。

第三阶段为法院不再适用公共秩序保留制度。《跨境担保外汇管理规定》与《担保法解释》的冲突在《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）施行后得到了解决。《民法典》于2020年通过，同年12月29日，最高人民法院公布了《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》。根据该决定，《担保法解释》于2021年1月1日废止。2020年12月31日，最高人民法院又公布了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》。该解释并未就跨境担保合同的效力认定予以规制。至此，《跨境担保外汇管理规定》第29条与《担保法解释》第6条之间的冲突已不存在。在内地法院审理的跨境担保案件中，应该再无适用公共秩序保留制度排除域外法的空间。

此外，在跨境担保案件的域外判决承认与执行领域，也无公共秩序保留制度的适用空间。例如，在时和基金申请认可和执行香港特别行政区法院民事判决案中，法院不仅讨论了此类区际案件在判决承认与执行领域适用公共秩序保留制度的条件，而且确认了违反外汇管理制度的跨境担保并不损害内地的公共秩序。<sup>②</sup> 在该案中，哲源国际有限公司是上海华信国际集团有限公司（下称华信集团）在英属维京群岛设立的间接全资子公司。时和全球投资基金SPC-时和价值投资基金（下称时和基金）购买了哲源国际有限公司发行的欧元债券，同时与华信集团签订了“维好协议”（Keepwell Deed）。<sup>③</sup> 根据该协议，华信集团向时和基金承诺，将采取措施使哲源国际有限公司维持合并净值及足够的流动性，以保障债券持有人利益，并明确该承诺并非担保，但华信集团如未能履行义务应承担相应法律责任。该协议适用英国法，相关争议由香港法院管辖。后来，因为华信集团违反维好协议，时和基金于2018年将案件诉至香港法院。同年，在华信集团未应诉的情况下，香港高等法院原讼法庭作出HCA 1712/2018号民事判决，判令华信集团向时和基金支付债券本金、利息及特定费用。因华信集团未履行该判决，时和基金向上海金融法院申请承认和执行香港高等法院的判决。

华信集团在答辩时主张，虽然涉案“维好协议”约定该承诺并非担保，但该项义务的内容和本质符合担保责任的构成要件；时和基金在香港高等法院提起诉讼，并获得直接支持其诉请的缺席判决，再要求内地法院承认与执行该判决的行为，实质上是为了规避担保法及内地金融监管体系，直接违反内地法律规定，因此，执行涉案判决违反内地社会公共利益。针对华信集团的主张，法院认为，对拒绝承认和执行判决之“社会公共利益”应作严格解释，通常仅包括承认和

① 参见恒生银行有限公司、上海天盛仓储有限公司等保证合同纠纷案，上海金融法院（2019）沪74民初127号民事判决书。

② 参见时和全球投资基金SPC-时和价值投资基金申请认可和执行香港特别行政区法院民事判决案，上海金融法院（2019）沪74认港1号民事裁定书。

③ “维好协议”通常由境内公司与境外债权人签订，主要内容约定境内公司为境外关联公司（发债人）提供支持，保证境外关联公司维持足够的流动性资金。“维好协议”的推出，主要是针对中国企业海外发行债券而又不愿意提供担保的情形。关于维好协议的性质和效力尚存争议，中国现行法律也无明确规定。参见崔婕、刘凌钊：《涉“维好协议”之我国香港特别行政区法院判决在内地申请认可和执行的认定标准——时和基金申请认可和执行我国香港特别行政区法院民事判决案》，载《证券法苑》2021年第31卷，第510—513页。

执行判决的结果直接违反内地公共利益之情形。缺席判决的承认与执行并不涉及内地不特定多数人的利益，并未违反正当程序保障，承认和执行该缺席判决本身亦不违反内地公共利益。此外，该案当事人在维好协议中约定的准据法并非内地法，不能以内地法关于维好协议性质及效力的判断作为承认和执行该香港判决是否违反内地公共利益的认定标准，而只应考量承认和执行该判决的结果是否有悖于公共利益。再者，内地有关外汇管理的规定经历了不断变化的过程，华信集团并未证明承认和执行该案所涉香港判决之结果违反了内地当前的公共利益。基于上述分析，法院认为执行涉案判决并不违反内地公共利益，并最终裁定承认和执行香港高等法院的判决。

总之，在内地的司法实践中，公共秩序是指公序良俗与国家利益。同时，内地法院对于如何适用公共秩序保留制度尚未达成一致。例如，在涉及澳门博彩的案件中，一些法院坚持认为适用澳门法违反内地的公共秩序，而另一些法院则持相反观点。此外，一些法院可能会将公共秩序保留制度与强制性规定相混淆。既然法律上明确区分了公共秩序保留制度和强制性规定，那么在司法实践中也应予以区分。最后，在适用公共秩序保留制度时，法院对违反公共秩序所需的程度作出了不同的表述。一些法院在裁判中使用了“明显”一词，但另一些法院则没有。<sup>①</sup>

## （二）公共秩序在香港司法实践中的运用

在普通法中，英国法通过判例确立了有关公共秩序适用的普通法原则。英国判例显示，公共秩序可适用于以下情形：（1）违反英国法上的有关公平、正义的基本原则；（2）侵犯英国的道德观念；（3）某项交易损害了英国利益或破坏了英国与外国的良好关系；（4）严重侵犯人权；（5）在根本上违反国际法。<sup>②</sup> 在法律选择领域，对于“恶法”，无论有关案件是否与英国有实质联系，英国法院都会基于公共秩序而拒绝适用该法。<sup>③</sup> 例如，英国法院拒绝适用伊拉克有关在战时可以扣押科威特财产的法律。<sup>④</sup> 对于其他法律，英国法院则需要依据其内容以及有关案件是否与英国有实质联系进行评估。<sup>⑤</sup> 例如，当一桩婚姻与英国无关时，英国法院不会认为适用一部允许叔叔与侄女结婚的法律会违反英国的公共秩序。<sup>⑥</sup> 在判决的承认与执行领域，只有当一份外国判决违反自然正义时，英国法院才会以公共秩序为由拒绝承认与执行该判决。<sup>⑦</sup> 由于香港承袭英国法传统，因此其也遵循英国先例确立的这些普通法原则。

香港法院在冲突法领域适用公共秩序保留制度非常谨慎，即只有在违反基本道德和自然公正的情况下，才能适用公共秩序保留制度。<sup>⑧</sup> 在法律适用领域，公共秩序保留制度主要适用于涉外合同案件和涉外身份案件。<sup>⑨</sup> 在判决承认与执行领域还需要注意以下3点：（1）外国法院认定事

① 例如，在上述徐文、胡贵生合同效力纠纷案中，一审法院明确指出该案若适用澳门法律，则明显违背了内地的社会公共利益，二审法院则没有使用“明显”一词。

② See Paul Torremans & James J. Fawcett, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law* (Oxford University Press, 15th edn, 2017), pp. 135 - 138.

③ See Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p. 210.

④ See *Kuwait Airways Corp v. Iraq Airways Co* (Nos 4 and 5) (2002) UKHL 19, (2002) 2 AC 883.

⑤ See Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p. 210.

⑥ See *Cheni v. Cheni* (1965), p. 85.

⑦ See *Armitage v. Nanchen*, (1983) 4 FLR 293.

⑧ See Weixia Gu & Xianchu Zhang, “The Keeneye Case: Rethinking the Content of Public Policy in Cross-Border Arbitration between Hong Kong and Mainland China”, (2012) 42 (3) *Hong Kong Law Journal* 1001, p. 1011.

⑨ See J. G. Collier, *Conflict of Laws* (Cambridge University Press, 3rd edn, 2004), p. 361.



实错误或适用法律错误不足以援引公共秩序保留制度；(2) 违反香港禁诉令的外国判决不会被执行；(3) 违反一事不再理原则被视为违反公共秩序。<sup>①</sup>

在区际私法层面，香港法院主要在涉澳门博彩案件和涉内地判决承认与执行案件中讨论了公共秩序保留制度的适用。<sup>②</sup>

首先，香港法院会依据澳门法审理涉澳门博彩案件，并认为这样做并不违反香港的公共秩序。例如，在郑永达诉郭伟案中，<sup>③</sup> 香港居民郑永达和郭伟一同去澳门，在此期间郭伟向郑永达借钱用于赌博，但后来并未全部归还。根据香港《赌博条例》的规定，除非另有规定，赌博在香港属违法行为；此外，提供金钱以用于非法赌博或非法奖券活动属犯罪行为。<sup>④</sup> 因此，郭伟声称，若香港法院允许郑永达追讨这笔发生在澳门的借款会违反香港的公共秩序。香港法院指出，根据拉斯维加斯希尔顿公司诉卢玉良案，香港公共秩序本身并不反对赌博，而是要求控制赌博，因为政府可以通过征收博彩税来提高社会福利。<sup>⑤</sup> 因此，香港法院认为适用承认赌债合法的澳门法并不违反香港的公共秩序，并裁定允许郑永达依据澳门法律追讨该笔借款。在威尼斯人澳门有限公司诉黎财发案中，香港法院不仅持有相同的观点，而且明确指出，适用澳门法审理涉澳门博彩案件已经成为香港法院的惯例。<sup>⑥</sup>

其次，在内地判决的承认与执行方面，香港法院审慎地适用公共秩序保留制度。一个代表性案例是马琳诉杨军案。<sup>⑦</sup> 在该案中，内地居民马琳（妻）和杨军（夫）在深圳结婚，后移居香港，并取得香港居留权。2006年5月，马琳向香港家事法庭起诉，要求与杨军离婚，同年10月，杨军在深圳市中级人民法院起诉离婚。2006年11月，香港特别行政区家事法庭颁布了离婚暂准判令。2007年11月，深圳中院作出离婚及分配部分财产的判决（下称深圳离婚判决）。之后，杨军要求香港法院承认和执行深圳离婚判决。

香港高等法院原讼法庭认为：(1) 杨军有隐匿财产的行为；(2) 杨军挑选对自己有利的管辖法院（深圳法院）进行诉讼，如在香港法院诉讼，马琳将获得较多的经济补偿；(3) 杨军为了己方利益通过一系列的诉讼行为“操纵”诉讼程序；(4) 承认深圳离婚判决将对马琳造成严重的不利后果。综上，原讼法庭认为，承认深圳离婚判决将明显违背公共秩序，因此拒绝承认深圳离婚判决。随后，杨军向香港高等法院上诉法庭提出上诉。上诉法庭认为，马琳未能证明承认深圳离婚判决会违背香港公共秩序，因此裁定推翻原讼法庭的判决。于是，马琳向香港终审法院提出上诉。终审法院指出，该案的主要争议点是承认深圳离婚判决是否会违背香港公共秩序。终审法院认为，基于礼让原则，法院有义务承认某项外地离婚判决，而以公共秩序为由拒绝承认某项外地离婚判决则属例外，只有在承认某项外地离婚判决会造成实质不公的情况下，法院才会拒

① See Graeme Johnston, *The Conflict of Laws in Hong Kong* (Sweet & Maxwell Asia/Thomson Reuters, 3rd edn, 2017), pp. 594, 636 – 637.

② 因为本文不涉及区际仲裁，所以此处没有讨论公共秩序保留制度在香港区际仲裁案件中的应用，虽然也有一些这样的案例。例如，在宋丽华诉李子瀚案中，仲裁员 Q 在仲裁过程中多次做出不当行为。香港法院在考虑了这些行为对公正和公平原则的影响之后，认为执行该内地裁决将违反香港的公共政策。因此，香港法院决定撤销对该仲裁裁决的执行令。See *Song Lihua v. Lee Chee Hon*, HCCT 111/2022.

③ See *Cheng Wing Tat v. Lokwok Wai*, DCCJ 1263/2009.

④ 参见《赌博条例》第3条第1款和第14条。

⑤ See *Las Vegas Hilton Corporation v. Lo Yuk Leung*, HCA8739/1997.

⑥ See *Venetian Macau Limited v. Lai Choi Fat*, DCCJ 2985/2019.

⑦ See *ML v. YJ* (2010) 13 HKCFAR 794.

绝承认该项外地离婚判决。例如，法院会拒绝承认某项没有为受扶养配偶和子女分配足够财产的外地离婚判决，因为承认该判决会造成不公。至于该案，终审法院认为法院不能仅仅因为马琳在香港法院能获得较多的经济补偿就认定裁判结果违反香港的公共秩序，因此，承认深圳离婚判决并未违背香港的公共秩序。最终，终审法院作出承认深圳离婚判决的裁定。

另一个拒绝适用公共秩序保留制度的案例是中国工商银行佛山南海支行诉佛山市瑞丰石化燃料有限公司等案。<sup>①</sup> 在该案中，中国工商银行佛山南海支行根据《内地判决（交互强制执行）条例》第5条于2014年9月24日向香港高等法院原讼法庭申请登记（2012）佛中法民四初字第27号民事判决书和（2012）佛中法初字第27-4号民事裁定书（下称内地判决）。根据内地判决，佛山市瑞丰石化燃料有限公司等9名被告需向中国工商银行佛山南海支行支付欠款及利息。内地判决在香港高等法院原讼法庭登记后，其中3名被告向香港高等法院原讼法庭申请撤销该登记。其中一个理由是，虽然根据内地的法律，<sup>②</sup> 中国工商银行佛山南海支行可以作为民事诉讼的当事人，但是根据香港判例，<sup>③</sup> 银行的分支机构不是独立法人，不能参与民事诉讼；而执行没有诉讼资格的一方登记的判决将违背公共秩序，因此，香港高等法院原讼法庭应该根据《内地判决（交互强制执行）条例》第18（1）（j）条以违反公共秩序为由撤销内地判决的登记。香港高等法院原讼法庭认为，尽管根据香港判例，银行的分支机构不是独立法人，但是该案中决定中国工商银行佛山南海支行是否是民事诉讼当事人的法律应该是内地法律。因此，执行一个根据香港法没有诉讼资格的当事人登记的内地判决并不违反香港公共秩序。此案中，香港高等法院原讼法庭的观点与上海金融法院在时和基金申请认可和执行香港法院民事判决案中的观点一致，即如果域外判决适用域外法，即使域内法对该案的定性与域外法不同，也不应拒绝承认与执行该域外判决，因为定性的差异并不违反域内公共秩序。

此外，违反“一事不再理”原则在香港被视为违反公共秩序。因此，如果内地判决的取得方式违反了一事不再理原则，香港法院会以违反公共秩序为由拒绝承认与执行内地判决。在香港辉煌实业有限公司诉阿拉哈巴德银行案中，香港法院就以该理由拒绝执行内地的判决。<sup>④</sup> 该案的案情如下：在一起信用证纠纷中，辉煌公司先获得了一份印度的判决，之后，在隐瞒印度判决的情况下，又基于相同事实在内地法院提起诉讼，并获得与印度判决内容相同的判决。香港法院认为执行内地判决将违反公共秩序，因为该判决的取得方式违反了“一事不再理”原则。

上述案例表明，香港法院在适用公共秩序保留制度时非常谨慎，且适用标准较为一致。

### （三）公共秩序保留制度在澳门司法实践中的运用

在澳门，公共秩序指“形成制度之基本框架的、具绝对强制性的法律原则整体，因此是个人的意志不能废止的”。<sup>⑤</sup> 在法律适用方面，目前尚未有适用公共秩序保留制度的案例；而在域

① See *Foshan Nanhai Branch of Industrial and Commercial Bank of China Limited v. Foshan Ruifeng Petroleum and Chemical Fuel Company Limited and Others*, [2019] HKCFI 708.

② 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2022修正）第52条。

③ See *Bank of Credit and Commerce International (Overseas) Limited (In Liquidation) v. Bank of Credit and Commerce International (Overseas) Limited – Macau Branch (In Liquidation)*, [1997] 1 HKLRD 304.

④ See *Hong Kong Huihuang Industrial Company Limited v. Allahabad Bank*, HCA 1062/2015.

⑤ 参见澳门特别行政区中级法院第104/2002号案件合议庭判决书，2002年11月7日。

外判决的承认和执行方面，虽在大量案例中当事人援引公共秩序，但通常得不到澳门法院的支持。<sup>①</sup>通过对这些案例的分析，可以总结出澳门在区际私法中适用公共秩序保留制度的一般规律。

首先，澳门法院通常会依据澳门法中是否有相同或相类似的制度来评估域外判决的承认与执行是否会违反本地的公共秩序。在澳门特别行政区中级法院第 1022/2021 号案件中，当事人请求澳门特别行政区中级法院（下称澳门中级法院）确认由广东省珠海横琴新区人民法院（下称横琴法院）作出的关于当事人自愿离婚的民事调解书。<sup>②</sup>澳门中级法院认为，由于《澳门民法典》也允许两愿离婚及诉讼离婚，所以横琴法院作出的民事调解书并不违反澳门法律体系之基本原则，亦不侵犯澳门特区之公共秩序，故对该民事调解书予以确认。相同的判决也出现在澳门特别行政区中级法院第 586/2021 号、第 14/2022 号和第 15/2023 等案件中。<sup>③</sup>

其次，如果澳门特别行政区法律与域外法律存在较大差异，澳门法院可能会援引公共秩序，拒绝承认和执行域外判决。在澳门特别行政区中级法院第 102/2006 号案件中，A（夫）与 B（妻）请求澳门法院确认一项香港法院批准的两人收养 B 的亲生未成年女儿 C 的司法决定。<sup>④</sup>澳门法院认为：第一，澳门的收养制度是针对符合法律要求的成年人收养非亲生子女的未成年人而制定的；第二，在澳门法上，生母和养母是两个非常清晰的基本概念；第三，B 既然已是 C 的生母，便不得在澳门法律体系下，舍弃生母身份，而求取自己亲生女儿“养母”的身份，否则便会违背自然伦理。因此，澳门法院基于维护澳门公共秩序的需要，批准 A 收养 C 和准许该女童改名为 D 的司法决定，而拒绝确认同一香港司法决定内有关 B 也获准收养 C 的部分。

澳门的司法实践表明，公共秩序旨在保护当地的经济、社会和政治价值。澳门法院对公共秩序的内涵有着较为一致的认识，并严格限制公共秩序保留的适用范围。一般来讲，只有当澳门法与域外法差异极大时，澳门法院才会以违反公共秩序为由拒绝适用域外法或者拒绝承认和执行根据该域外法作出的判决。

## 四 反思与建议

在国际私法理论中，公共秩序保留制度有两个适用标准，即“主观说”和“客观说”。<sup>⑤</sup>根据“主观说”，只要外国法的内容与法院地的公共秩序不一致，不论适用外国法的结果如何，即可排除外国准据法的适用；“客观说”则区分外国法内容违反法院地的公共秩序和适用外国法的结果违反法院地的公共秩序两种情形，只有当外国法的适用结果违反法院地的公共秩序时，才排除外国法的适用。<sup>⑥</sup>尽管内地、香港、澳门适用公共秩序保留制度的条件、方法和尺度并不完全

① 参见涂广建：《澳门国际私法》，社会科学文献出版社 2013 年版，第 155 页、第 321 页。

② 参见澳门特别行政区中级法院第 1022/2021 号案件合议庭判决书，2022 年 3 月 17 日。

③ 参见澳门特别行政区中级法院第 586/2021 号案件合议庭判决书，2022 年 3 月 31 日；澳门特别行政区中级法院第 14/2022 号案件合议庭判决书，2023 年 3 月 16 日；澳门特别行政区中级法院第 15/2023 号案件合议庭判决书，2023 年 6 月 8 日。

④ 参见澳门特别行政区中级法院第 102/2006 号案件合议庭判决书，2006 年 5 月 25 日。

⑤ 参见李双元、欧福永主编：《国际私法》，北京大学出版社 2018 年版，第 142 页。

⑥ 参见李双元、欧福永主编：《国际私法》，北京大学出版社 2018 年版，第 142 页。



相同，但三地都遵循了“客观说”。<sup>①</sup>人类社会具有多样性，不同法域的立法在很多方面可能存在不一致，因此，当法官根据冲突规范的指引适用外国法时，不应排除所有与法院地公共秩序相抵触的外国法。“客观说”区分外国法的内容及其适用的结果，并不评价外国法的内容，而是着眼于外国法的适用结果是否违反法院地的根本利益。目前，“客观说”为大多数国家所采用。<sup>②</sup>因此，三地在司法实践中应当继续坚持“客观说”。

但如上所述，公共秩序保留制度在三地的立法和司法实践中仍存在差异。首先，三地对公共秩序的理解并不一致。在内地，公共秩序的范围宽泛且灵活，不仅包括公序良俗，还包括国家利益；香港的公共秩序是指社会的基本道德和自然公正的信念；澳门的公共秩序则是指最基本的且具有绝对强制性的法律原则整体。其次，公共秩序的适用标准不统一。香港和澳门法院对待公共秩序的态度较为审慎，一般不会轻易适用公共秩序保留制度。而内地法院对待公共秩序的态度并不统一。

公共秩序曾被喻为“一匹难以驾驭的马”，<sup>③</sup>因此其适用理应受到进行限制。例如，在欧盟，根据《关于管辖权和民商事判决承认与执行的第1215/2012号条例》[Brussels I Regulation (Recast)]，欧盟成员国在相互承认与执行民商事判决时，可以援引公共秩序保留条款。<sup>④</sup>如果允许成员国自由解释和适用这一规则，必然会给判决的承认和执行带来巨大障碍。因此，欧盟法院（Court of Justice of the European Union）指出，公共秩序的范围应通过对该条例的解释来确定，而对条例的解释权在欧盟法院。<sup>⑤</sup>这就避免了成员国滥用公共秩序保留条款。

内地、香港、澳门在法律中均规定了公共秩序保留制度，但三地的规定各不相同，这会造成司法实践中的混乱。这种混乱会阻碍三地之间的民商事往来。因此，内地、香港、澳门应在实践中尽可能明确公共秩序保留制度适用的情形，并且尽可能逐步统一公共秩序的适用范围和条件。特别在三地相互签署的司法协助安排中，更应该尽可能实现公共秩序保留制度在一定程度上的统一和协调。为此，本文分别为三地提出一些建议。

### （一）对内地的建议

第一，要在实践中逐步明确公共秩序的内涵，只有明确具体案件中公共秩序的内涵，才能进一步解释排除适用外法域法律或拒绝执行外法域判决的理由。公共秩序是一个抽象的概念，因此它不能仅由法律来规定，还要法官在个案中加以认定。公共秩序的定义虽然不确定，但其所体现的基本法律原则和一般道德观念可以通过法官对案件的解释来明确。<sup>⑥</sup>此外，内地还需要与香港和澳门协商，共同确定公共秩序在区际私法层面的内涵。

第二，公共秩序保留制度不应排除国际惯例的适用。如前所述，根据一些法律的规定，内地

① 参见宋锡祥：《公共秩序保留在港澳认可与执行内地民商事判决中的运用》，载《“一国两制”研究》2018年第2期，第71页。

② 参见彭奕：《我国公共秩序保留立法的得失与展望》，载《南京大学法律评论》2012年秋季卷，第329页。

③ See *Richardson v. Mellish* [1824] 2 Bing 229, at 252.

④ See Article 45 (1) (a) of Brussels I Regulation (Recast).

⑤ See Reinhold Geimer, “The Brussels Convention-Successful Model and Old-Timer”, (2002) 4 (1) *European Journal of Law Reform* 19, p. 29.

⑥ 参见刘燕南：《对公共秩序问题的法律思考——一个如何做司法判断的问题》，载《国际商法论丛》2006年第8卷，第467页。

法院可以援引公共秩序保留制度排除国际惯例的适用。<sup>①</sup> 国际惯例是不同国家的商人在长期的国际商业交易中形成的，往往被证明是大多数国家都能接受的行之有效的行为规则。<sup>②</sup> 一般来讲，国际惯例不会与一国的公共秩序发生冲突。目前，大多数国家在立法和司法实践中都承认国际惯例。其中，美国、法国等国家规定国际惯例不需经过转化即可作为国内法的一部分予以适用，而德国、意大利等国甚至规定国际惯例的效力高于国内法。<sup>③</sup> 就中国内部的内地、香港和澳门三个法域而言香港和澳门并没有以公共秩序为由排除国际惯例的规定。因此，内地应当从《民用航空法》第 190 条和《海商法》第 276 条中删除“国际惯例”一词，并且也不应在区际民商事案件中援引公共秩序排除国际惯例的适用。

第三，严格限制公共秩序保留制度的适用。公共秩序的功能应该是防御性的，而不是进攻性的，它仅应用来处理极少数可能导致无法容忍的后果的案件。随着国际经济相互依存的加深，合理限制公共秩序保留的适用范围已成为国际私法的发展趋势。一些国际公约和区际法律文件明确规定，只有当适用外国法明显违反法院地的公共秩序时，法院才能排除外国法的适用。<sup>④</sup> 在《民用航空法》《海商法》和《法律适用法》有关公共秩序的规定中，均没有“明显”这一限制适用的措辞。在内地与香港、澳门相互签署的司法协助安排中，只有内地与香港之间的安排使用了“明显”一词来限制公共秩序的适用。如果不限公共秩序的适用，一方面可能扩大公共秩序保留的适用范围，另一方面也可能造成公共秩序保留适用上的混乱。因此，内地应当明确规定，只有在明显违反公共秩序的情况下，才能以公共秩序保留为由拒绝适用外国法律或拒绝承认和执行外国判决，区际案件亦应如此。

第四，在司法实践中应明确区分公共秩序保留制度与强制性规定制度。内地一些法官混淆了公共秩序保留制度和强制性规定制度，<sup>⑤</sup> 因此，内地应当强调司法实践中两者的区别。强制性规则是指法院在涉外案件中必须直接适用的法律规定，即使法院根据冲突规范本应适用其他外国法。<sup>⑥</sup> 公共秩序保留制度则要求法院首先根据冲突规范确定案件的准据法，如果准据法是外国法，则法院将判断适用该外国法的结果是否违反当地的公共秩序。此外，强制性规定有特定的适用范围，并在立法中予以明确，而公共秩序保留制度则适用于一切涉及适用外国法的涉外民商事案件。<sup>⑦</sup> 因此，内地法院必须准确区分公共秩序保留制度和强制性规定制度的概念、功能以及各自的适用条件。

第五，对于涉澳门博彩案件，内地法院不应以公共秩序保留为由排除澳门法的适用，也不应以同样理由拒绝承认和执行澳门法院所作的有关博彩的判决。一方面，根据国际私法的一般原

① 参见前文二（一）相应段落。

② 参见孙建：《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》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2005年第2期，第103页。

③ 参见彭奕：《我国公共秩序保留立法的得失与展望》，载《南京大学法律评论》2012年秋季卷，第329页。

④ See Article 18 of the Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, concluded at Vienna on 11 April 1980 and Article 21 of Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law applicable to Contractual Obligations (Rome I).

⑤ 参见前文三（一）相应段落。

⑥ See George A. Bermann, "Introduction: Mandatory Rules of Law in International Arbitration", (2007) 18 *American Review of International Arbitration* 1, p. 3.

⑦ 参见张春良：《直接适用的法与相关制度的体系平衡》，载《法学研究》2018年第3期，第198页。

理,承认和执行外国(域外)的涉博彩判决应该有别于本地法院作出的支持博彩的判决。<sup>①</sup>因此,即使内地法院拒绝承认博彩的合法性,但仍不妨碍承认和执行澳门法院作出的支持博彩的判决。另一方面,博彩业是澳门的支柱产业,如果澳门法院的有关博彩判决一律不能在内地得到承认和执行,这将不利于澳门的经济发展。<sup>②</sup>

此外,如上所述,虽然香港与内地一样禁止赌博,<sup>③</sup>但香港法院并不认为在涉澳门博彩的案件中适用澳门法以及承认澳门有关博彩的判决会违反香港的公共秩序。因此,为保持三地司法实践的一致性,切实支持澳门博彩业的发展,在涉澳门博彩的案件中,内地法院不应以公共秩序为由排除澳门法律的适用,也不应拒绝承认澳门有关博彩的判决。

## (二) 对香港的建议

受英国普通法的影响,公共秩序保留制度在香港的立法和司法实践中都呈现出浓厚的英国法特色,例如:公共秩序的适用受到严格控制;通过判例确定适用公共秩序的条件。然而,判例虽然有助于在司法实践中确定公共秩序的内涵,但是当出现先例中没有的情况时,是否适用公共秩序保留仍存在疑问。因此,香港可以在成文法上对公共秩序保留制度作出更有弹性的规定,以便适应现实发展的需求。再者,区际私法中的公共秩序毕竟不等同于国际私法中的公共秩序。因此,香港不能完全照搬其国际私法中公共秩序的适用标准。在一个国家主权之下,香港对公共秩序保留制度的运用要充分考虑到本地的公共秩序和国家的整体利益的关系。在对公共秩序概念的理解上,香港要与内地和澳门沟通,就区际民商事案件(尤其是有关区际司法协助的案件)而言,香港应关注内地和澳门公共秩序保留制度的适用情况,以实现区际私法中公共秩序保留制度的适当统一适用。

## (三) 对澳门的建议

与内地和香港相比,澳门的公共秩序保留制度在立法上较为突出,也更符合国际上的立法趋势。在法律选择领域公共秩序保留制度的适用标准上,澳门明确采用“客观说”,即只看外国法运用到具体的案件时,是否会与本地的公共秩序相冲突。澳门应继续坚持这个方向。在判决的承认与执行领域,澳门法院时常仅仅以澳门法与域外法是否有相同或相类似的机制作为是否适用公共秩序保留制度的判断标准,似乎不够理性化。因此,至少在区际私法领域,澳门应该参照内地和香港的有关立法和相关案例,尽量使其与内地和香港的标准一致。同时,在适用公共秩序保留制度的时候,法官要注意平衡本地公共秩序和国家整体利益之间的关系。最后,澳门法院在处理区际民商事案件(尤其是有关区际司法协助的案件)时,也应关注内地和香港有关公共秩序保留制度的适用情况,以便实现区际私法中公共秩序保留制度的适当统一适用。

① See Guangjian Tu, “Arrangement on Mutual Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters between China and Macau: Inherent Problems, Six Years’ Experience and the Way Forward”, (2002) 43 (1) *Hong Kong Law Journal* 349, p. 372.

② 参见卢颂馨:《中国内地对于澳门地区因博彩而衍生之债务的追偿问题研究》,载《法治社会》2017年第6期,第28—29页。

③ 有关香港的情况参见前文三(二)相应段落,有关内地的情况参见前文三(一)相应段落。



## 五 结语

香港和澳门回归祖国后，由于两地原有的法律制度基本保持不变，中国不可避免地面临区际法律冲突问题。与其他多法域国家相比，中国的区际法律冲突更加复杂。公共秩序保留制度在决定外国法的适用以及外国判决的承认和执行方面发挥着极其重要的作用。中国区际冲突法应保留公共秩序保留制度，但法官须谨慎适用该制度。本文重点讨论了中国区际民商事诉讼中的公共秩序保留制度，发现在公共秩序保留制度的适用上内地法院做法并不一致，而香港、澳门法院在各自内部做到了公共秩序保留制度的统一适用。三地法院对公共秩序保留制度的不同运用，会导致该制度适用的不统一和不确定性。因此，为了在一国范围内逐步实现司法相对统一，在处理区际民商事案件时应谨慎适用公共秩序保留制度，内地与香港、澳门在司法实践中应继续坚持公共秩序保留制度适用的客观标准，协调步伐，尽可能努力实现公共秩序保留制度适用方法的相对统一。

### The Doctrine of Public Policy in Chinese Inter-Regional Conflict of Laws

*Tu Guangjian and Yang Tiezheng*

**Abstract:** With the return of Hong Kong and Macau to China, the problem of inter-regional conflict of laws came to China under the policy of “One Country, Two Systems”. Compared with the problem in other multi-jurisdictional countries, it might be more serious and complex. The doctrine of public policy plays a fundamentally important role in determining the application of foreign law and the recognition and enforcement of foreign judgments. It has been generally agreed that public policy should be maintained in Chinese inter-regional conflict of laws, although it should be applied prudently. This article focuses on the doctrine of public policy in Chinese inter-regional conflict of laws and finds that the application of public policy in Chinese Mainland courts is inconsistent, whereas the courts of Hong Kong and Macau have a clearer understanding of the connotation of public policy and strictly limit the application of public policy. Different applications of public policy in the courts of different jurisdictions could lead to uncertainty. To obtain judicial uniformity within the same sovereignty, public policy should be used with caution when dealing with inter-regional conflict of laws cases. Chinese Mainland, Hong Kong, and Macau should continue to adhere to the objective criterion in a coordinated manner in judicial practices and strive to achieve the appropriate uniform application of public policy.

**Keywords:** “One Country, Two Systems”, Inter-Regional Conflict of Laws, Public Policy, Chinese Inter-Regional Civil and Commercial Litigation, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

(责任编辑: 林 强)