

论国际私法公共政策之人权内涵

刘 阳*

摘 要：传统上，国际私法公共政策的内涵和考量因素主要根植于保护国家利益，而非保护个人利益。但公共政策的内涵具有可变更性，现代国际私法逐渐在传统公共政策的基础上，将人权的保护作为公共政策的考量因素，赋予其“保护伞”的功能。当外国法的适用结果或外国判决的承认与执行明显侵犯人权时，将依据公共政策拒绝适用外国法或拒绝承认与执行外国判决。此种做法一方面有助于实现国际私法实质正义价值取向，另一方面也面临着违反禁止实质性审查、影响外国判决的自由流动、公共政策与审查程序公正的重叠、动摇公共政策的例外性质以及多元化人权保护理念下公共政策之滥用风险等诸多困境。

关键词：公共政策 人权 法律选择 判决的承认与执行

一 问题的提出

公共政策是国际私法古老的制度之一。早在 13 世纪，意大利学者巴托鲁斯（Bartolus）提出“法则区别说”认为，如果外国法的内容“令人厌恶”，则可以拒绝适用。同时，公共政策也是在国际私法中得到最牢固确立的制度之一，时至今日仍发挥着重要的作用。由于公共政策是属地主义被突破后为内国利益所设的最后防线，^① 所以公共政策的内涵和传统考量因素主要根植于保护国家利益，而非保护个人利益。^② 然而，人权保护逐渐影响和改变着公共政策的运用，使得现代国际私法公共政策被赋予人权内涵。

将人权保护作为涉外法律适用和判决的承认与执行领域公共政策的考量因素，其主要理论依据是为了实现国际私法实质正义价值取向。虽然目前对于什么是实质正义并不存在明确的判断标准，但由于国际私法以国际民商事关系为调整对象，以确定和实现当事人的民商事权利为基本功能，冲突法的本质是为了追求个人权利的实现，^③ 因此在法律选择过程中，只有将当事人的基本权利作为法律选择的考量因素之一，才不会使国际私法偏离实质正义价值取向。在判决承认与执行领域，外国判决的承认与执行不仅涉及到国家主权问题，是一个国家在特定条件下做出的主权

* 中南财经政法大学 2017 级国际私法专业博士研究生。本文系 2014 年度国家社科基金项目“涉外民商事诉讼中的法院地法优位问题研究”（14XFX013）的阶段成果。

① 沈涓：《法院地法的纵与限》，载《清华法学》2013 年第 4 期，第 161 页。

② 宣增益：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 80 页。

③ 沈涓：《冲突法及其价值导向》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 19 页。

“退让”行为,^①而且更关系到当事人合法权益的切实保护,因此,在依据公共政策拒绝承认与执行外国判决时,有必要将保护当事人的权利作为适用公共政策的考量因素。

公共政策内涵的广泛性、弹性以及可变更性,为人权保护被纳入国际私法公共政策的考量因素之中提供了有利的制度基础。^②虽然公共政策具有模糊性,但这种模糊性有时被视为灵活性和一种力量,^③有助于将人权保护作为公共政策的考量因素。博登海默(Bodenheimer)曾言,“一个有效的、富有生命力的法律制度,还必须服从时代进步所提出的正当要求。如果死死抱住上个时代的观念不放,便可能无法有效地发挥作用。”^④将人权保护作为公共政策的考量因素,体现了国际私法公共政策的内涵具有时间上的可变性。

二 涉外法律适用领域公共政策之人权内涵

(一) 涉外法律适用领域公共政策对婚姻缔结权之考量

1. 《德国基本法》第6条之适用:“西班牙人案”

“西班牙人案”(The Spaniard case)争议的焦点在于:由于西班牙法律规定西班牙人不能与已经离婚的人缔结婚姻,那么德国法院是否应适用西班牙法?^⑤对此,德国联邦宪法法院认为,德国冲突规范作为国内法应当合乎宪法的要求,而且如果冲突规范指向适用外国法,那么该外国法的适用结果也应当合乎德国宪法。根据《德国基本法》第6条的规定,不仅德国国民享有德国宪法保障的婚姻缔结权,而且应该承认外国人的此项权利。《欧洲人权公约》第12条明确规定达到结婚年龄的男女享有结婚并成立家庭的权利,德国已经加入《欧洲人权公约》,因此,本案不应将西班牙法律作为准据法,而应适用德国法,以防止西班牙法律影响德国法律秩序。

该案表明,当依据冲突规范本应适用外国法,而外国法的适用结果违反法院地国宪法所保护的基本权利时,将拒绝适用外国法。此外,在立法上,2010年《德国民法典施行法》第6条也明确地强调将宪法基本权利作为法律适用领域公共政策之重要组成部分。

2. 《德国基本法》在德国公共政策中的作用

从“西班牙人案”和2010年《德国民法典施行法》第6条可以看出,《德国基本法》中的人权条款在德国国际私法中扮演着双重作用:一方面,冲突规范不能违反人权条款;另一方面,当依据冲突规范适用的外国法违背《德国基本法》中的基本权利时,将依据《德国民法典施行法》第6条之公共政策条款排除外国法的适用。实际上,在界定基本权利的内容和范围时,除了

① 钱锋:《外国法院民事判决承认与执行研究》,中国民主法制出版社2008年版,第1页。

② James J. Fawcett, Máire Ní Shúilleabháin & Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law* (New York: Oxford University Press, 2016), p. 650, p. 866.

③ Ben Juratowitch, “The European Convention on Human Rights and English Private International Law”, (2007) 3 *Journal of Private International Law* 173, p. 196.

④ [美] E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》(修订版),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第340页。

⑤ The Spanard, German Constitutional Court, Decision of May 1971, NJW, Vol. 24, P. 1509. 转引自王葆蔚:《德国联邦最高法院典型判例研究:国际私法篇》,法律出版社2015年版,第1页。

可以关注德国宪法中规定的基本权利条款外，也可以参考国际公法中的最低人权标准，尤其是欧洲人权法院所采纳的人权标准。^①

正因为德国将宪法基本权利作为公共政策的考量因素，所以公共政策也被称为《德国基本法》在国际私法中的一个“突破口”。^②换言之，公共政策是将《德国基本法》与国际私法联结起来的纽带或桥梁。同时，该案也表明法律选择中的人权保障离不开宪法的监督。^③

（二）涉外法律适用领域公共政策对非歧视原则之考量

1. 《欧洲人权公约》第14条之适用：“法布里斯案”

“法布里斯案”（*Fabris v. France*）争议的焦点在于：对非婚生子女的继承权予以区别对待，是否违反《欧洲人权公约》第14条之非歧视权？^④

欧洲人权法院认为，本案继承关系发生在1994年，早在1983年，原告就与其母亲确认了亲子关系，本案存在着因为原告是非婚生子女就扣减其继承份额的事实。法国蒙彼利埃上诉法院排除适用新《亲子关系法》的规定，对原告的继承权予以区别对待，违反了《欧洲人权公约》第14条。保护非婚生子女免遭歧视是欧洲公共政策的一项保护标准。

2. 《欧盟基本权利宪章》第21条非歧视原则对公共政策之影响

2010年《欧盟理事会关于离婚和司法别居法律适用领域加强合作的第1259/2010号（欧盟）条例》序言第（25）条、2012年《欧洲议会和欧盟理事会关于在遗产继承领域的管辖权、准据法、判决的承认与执行、公证书的接受与执行，以及关于欧洲遗产继承证书的设立的第650/2012号（欧盟）条例》序言第（58）条均强调，根据公共政策拒绝适用外国法时，尤其应考虑《欧盟基本权利宪章》第21条规定的禁止任何形式的歧视。^⑤

总之，非歧视原则对适用公共政策条款具有重要的意义，^⑥对于冲突规范和外国实体法规则发挥着额外审查的作用。^⑦此外，挪威等国家也将非歧视原则作为法律适用领域公共政策之考量因素。^⑧

① Rainer Hofmann, “Human Rights and the Order Public Clause of German Private International Law”, (1994) 12 *Tel Aviv University Studies in Law* 145, p. 153.

② 徐国建：《德国司法实践中的“公共政策”问题：现状与趋势》，载徐国建：《全球化背景下私法的冲突、协调和统一——国际私法与比较法论集》，法律出版社2010年版，第392页。

③ 刘仁山、粟烟涛：《法律选择中的人权保障问题——基于两大法系司法实践的比较研究》，载《法商研究》2007年第2期，第123页。

④ *Fabris v. France*, Decision of 7 February 2013, Application No. 16574/08, European Court of Human Rights-Annual Report (2013), pp. 128 - 129.

⑤ 2016年《欧盟理事会关于婚姻财产制事项的管辖权、法律适用以及判决的承认与执行的第1103/2016号（欧盟）条例》第38条单独将非歧视权作为婚姻财产制判决承认与执行的条件，表明欧盟国际私法公共政策对非歧视原则的重视。

⑥ Jerzy Jakubowski, “Poland: Covenants on Human Rights and Regulation of Questions of Private International Law in the Polish Legal System”, (1980) 10 *Polish Round Table* 213, p. 216.

⑦ Rufat Babayev, *Choice of the Applicable Law and Equal Treatment in the European Union* (Durham Theses; Durham University, 2012), p. 195.

⑧ Tone Linn Waerstad, “Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation; the Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces”, (2016) 3 *Oslo Law Review* 51, p. 60.

（三）涉外法律适用领域公共政策对其他个人权利之考量

第一，法律适用领域公共政策对财产权的考量。例如，“科威特航空公司案”（*Kuwait Airways Corpn v. Iraqi Airways Co.*）中，尼科尔斯（Lord Nicholls）法官认为，伊拉克颁布的“369决议”并不是一国政府简单地在其领域内征收财产，而是旨在强行性入侵科威特吞并其财产，明显违反了人权保护这一国际法基本原则。^①如果外国法明显违反国际法基本原则，那么也违反英国的公共政策。因此，英国法院将不会承认“369决议”的效力。可见，当外国法违反人权保护等国际法原则时，被视为违反英国的公共政策。

第二，法律适用领域公共政策对公民身份权的考量。例如，在“奥本海默案”（*Oppenheimer v. Cattermole*）中，该案争议的焦点在于：英国法院是否应该承认具有惩罚性质的1941年德国法令的效力？^②因为1941年纳粹德国曾颁布一项法令规定：当该法令生效时，如果犹太人的经常居住地在国外，那么该犹太人将丧失德国公民身份。克罗斯法官（Lord Cross）认为，1941年德国法令并没有剥夺所有移居者的德国国籍，仅仅剥夺了犹太移民的市民权，而剥夺他们的市民权其实是没收他们财产的一个借口。此法具有惩罚性，严重侵犯人权，应依据公共政策拒绝承认其效力。

三 外国判决承认与执行领域公共政策之人权内涵

（一）判决承认与执行领域公共政策对儿童最大利益原则之考量

保护儿童权利的思想萌芽于早期犹太教、基督教的教义，以及近代启蒙思想、浪漫主义和博爱主义。^③国际私法不仅充分运用弱者利益保护原则对儿童给予特殊保护，而且还将儿童利益最大原则作为公共政策的考量因素。

1. 欧盟国际私法公共政策对儿童利益最大原则之考量

（1）《欧洲人权公约》第8条之适用：“曼利森案”

“曼利森案”（*Mennesson v. France*）争议的焦点在于：法国依据公共政策拒绝承认代孕儿童与其父母之间的亲子关系，是否违反《欧洲人权公约》第8条？^④欧洲人权法院认为，亲子关系是认定该双胞胎身份的重要因素，拒绝承认亲子关系将影响本案双胞胎在法国的身份，而且将影响她们获得法国国籍和继承权等。法国以违反公共政策为由拒绝承认当事人之间的亲子关系，没有充分考虑儿童利益最大化，法国的做法侵犯了双胞胎的私人生活权。

可见，欧洲人权法院在家事判决中判断成员国适用公共政策是否具有合理性时，将儿童利益最大原则作为重要的考量因素。

① *Kuwait Airways Corpn v. Iraqi Airways Co.*, [2002] UKHL 19.

② *Oppenheimer v. Cattermole*, [1972] 3 All ER 1106.

③ 何海澜：《善待儿童——儿童最大利益原则及其在教育、家庭、刑事制度中的运用》，中国法制出版社2016年版，第25—35页。

④ *Mennesson v. France*, Decision of 26 June 2014, Application No. 65192/11, European Court of Human Rights-Annual Report (2014), pp. 131 - 132.

(2) 《布鲁塞尔条例 II a》第 23 (a) 条公共政策之适用：“P 案”

关于父母责任判决的承认，《布鲁塞尔条例 II a》^① 第 23 (a) 条也明确将儿童利益最大原则作为判决承认与执行领域公共政策之重要考量因素。在 2015 年的“P 案”(*P v. Q*) 中，欧洲法院对公共政策的解释也再次强调，《布鲁塞尔条例 II a》第 23 (a) 条公共政策条款必须考虑儿童的最大利益以及是否违反被请求国的基本法律规则或基本权利，而且公共政策仅仅在例外情形下适用。因为依据公共政策拒绝承认执行外国判决，损害了判决承认与执行的相互信任原则，也阻碍了《布鲁塞尔条例 II a》之判决自由流动这一基本目标的实现。^②

(3) 对儿童利益最大原则影响判决承认与执行的质疑：“安东尼案”

“安东尼案”(*Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*) 涉及儿童返还判决的承认与执行。^③ 该案争议的焦点在于：西班牙毕尔巴鄂法院在作出判决时未听取被返还儿童的意见，那么德国法院是否应拒绝承认与执行该西班牙判决？德国法院是否拥有对成员国判决符合《欧盟基本权利宪章》进行审查的权力？

欧洲法院认为，执行国法院不能反对承认与执行成员国法院作出的儿童返还判决，理由如下。首先，从相互信任原则的角度看，根据《布鲁塞尔条例 II a》，成员国对判决的承认和执行应以相互信任原则为基础，相信各成员国的法律制度能够对《欧盟基本权利宪章》中的基本权利提供同等和有效的保护，不承认的理由应当保持最低要求。而且，《布鲁塞尔条例 II a》序言第 (17) 条规定，在不当滞留儿童的案件中，必须执行返还儿童的判决且无需任何特别程序。其次，从文义解释的角度看，《欧盟基本权利宪章》第 24 条和《布鲁塞尔条例 II a》第 42 条第 (2) 款 (a) 项不是指必须听取儿童的意见，而是指给予儿童听审的机会，听取儿童意见并不构成绝对义务。虽然上述规定并不要求判决国法院在每个案件中都听取儿童的意见，但是当判决国法院决定对儿童进行听审时，应采取适合安排儿童听审的一切措施，以确保这些规定的有效性，并为儿童表达观点提供真实有效的机会。最后，从审查主体的角度看，尽管原始成员国法院作出的判决可能违反《欧盟基本权利宪章》第 24 条和《布鲁塞尔条例 II a》第 42 条，但对是否存在此类侵权的评估完全属于原始成员国法院的管辖范围。^④

可见，将儿童利益最大原则作为判决承认与执行领域公共政策之考量因素时，面临着禁止对外国判决进行实质性审查的质疑。

2. 儿童利益最大原则对海牙公约体系中公共政策的影响

由于儿童诱拐和收养等问题与儿童人权的保护息息相关，^⑤ 因此海牙国际私法会议特别强调将儿童利益最大原则作为公共政策的考量因素。

(1) 1980 年海牙儿童诱拐公约中公共政策的规定

1980 年海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》第 20 条规定了交还儿童的例外情形：如果被请

① Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

② *P v. Q*, Case C-455/15 PPU, Court of Justice of the European Union Annual Report (2015), p. 36.

③ *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, Case C-491/10 PPU, para. 15.

④ *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, Case C-491/10 PPU, para. 46, para. 66, para. 75.

⑤ Claire Fenton-Glynn, Review Article, “Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, (2014) 10 *Journal of Private International Law* 157, p. 168.

求国关于保护人权和基本自由的原则禁止依照公约第12条规定作出交还儿童的裁定,则被请求国可以拒绝作出该裁定。该条也被视为拒绝返还儿童的“公共政策”条款。之所以第20条这一拒绝交还儿童的例外情形并不明确,可能是起草者故意为之,因为它是公约中有争议的问题。^①

(2) 1993年海牙收养公约和1996年海牙公约中公共政策的规定

1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》第24条专门将儿童利益最大原则作为公共政策的考量因素,规定当对一项收养的承认明显违反一缔约国考虑到儿童最大利益在内的公共政策时,该国可以拒绝承认。

2016年10月,预防和解决非法跨国收养工作组强调,收养问题必须将儿童最大利益置于首要的考虑。关于儿童最大利益的确定,可以通过列举一些最低标准来指导收养是否符合儿童最大利益的具体判断。而对于哪些标准应被列入最低标准,工作组强调还需进一步努力研究。^②总之,1993年海牙收养公约是注重儿童权利保护的“最大利益公约”。^③

1996年《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行及合作公约》第23条第2款第4项也强调将儿童利益最大原则作为公共政策的考量因素。

(3) 跨国代孕中公共政策的解释问题

由于盲目依据公共政策拒绝承认代孕儿童的亲子关系,将导致儿童经常处于“跛脚”的亲子关系和国籍等身份认定问题,因此2014年海牙国际私法会议《关于跨国代孕协议问题的研究报告》主张,国家在解释和适用公共政策拒绝承认代孕儿童的亲子关系时,尤其需要考虑国际人权公约和区域性人权公约的规定,^④应注重实现一国制定的公共政策条款与充分保护儿童权利和福利之间的平衡。^⑤

2015年3月,海牙国际私法会议亲子关系/代孕项目专家组指出,国家和国际人权保护义务要求适用公共政策时尤其应参考儿童最大利益,同时也需要考虑身份权、人格权和代孕母亲的健康权等权益。^⑥

可见,为了进一步巩固对儿童权利的保护,国际社会普遍主张在适用公共政策时应将儿童利益最大原则作为其中的考量因素。^⑦但是,究竟何为儿童利益最大化,其判断标准并不明确,有待于进一步完善。

① J. S. v. R. M. [2012] A. J. No. 779, para. 42.

② Conclusions and Recommendations of the Working Group on Preventing and Addressing Illicit Practices in Intercountry Adoption (2016), p. 2, <https://assets.hcch.net/docs/536b1d4d-6ed1-4d42-8511-e1676d17464a.pdf> (last visited December 21, 2018).

③ Sara Dillon, “Making Legal Regimes for Intercountry Adoption Reflect Human Rights Principles: Transforming the United Nations Convention on the Rights of the Child with the Hague Convention on Intercountry Adoption”, (2003) 21 *Boston University International Law Journal* 179, p. 208.

④ A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (2014), p. 47, <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>, (last visited December 21, 2018).

⑤ The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/ Surrogacy Project (2014), p. 23, <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>, (last visited December 21, 2018).

⑥ Background Note for the Meeting of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (2016), p. 10, <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>, (last visited December 21, 2018).

⑦ 实际上,其他国家也采取了将儿童利益最大原则作为判决承认与执行领域公共政策之重要考量因素。例如:捷克斯洛伐克《关于国际私法与国际民事诉讼规则的法律》第66条第1款第3项规定:有关儿童的安置或探望的外国判决,应当出于最有利于儿童的考虑,承认该判决如果明显违背捷克斯洛伐克公共秩序,可不予承认与执行。

(二) 判决承认与执行领域公共政策对公正审判权之考量

1. 欧盟国际私法公共政策对公正审判权之考量

公正审判权包含的权利内容具有广泛性：在对抗制诉讼程序中应听取双方的意见、平等对待双方当事人，当事人有权对所有影响法院判决的证据或对提交的答辩进行了解并作出评论。^①

“克龙巴赫案” (*Dieter Krombach v. André Bamberski*) 争议的焦点在于：对于未亲自出庭应诉的被告人，禁止其委托辩护人代其出庭应诉，能否视为违反《布鲁塞尔公约》第 27 条第 1 款之公共政策？^②

关于是否应依公共政策拒绝承认与执行法国判决，德国法院向欧洲法院进行了咨询。欧洲法院认为，辩护权是公正审判的基本要素，不能仅仅因为被告未出庭应诉就丧失此项权利。对于未出庭应诉的被告人，否认其辩护权，构成明显违反基本权利。当外国判决不足以充分保护被告的辩护权时，可以在例外情形下适用公共政策条款拒绝承认或执行外国判决。根据欧洲法院的上述解释，德国联邦最高法院最终认为，法国巴黎巡回法院禁止未亲自出庭的被告委托律师出庭辩护，在没有考虑被告辩护权的情况下就判定其有罪，承认与执行巴黎巡回法院判决将违反公正审判权这一基本权利，因此应依据《布鲁塞尔公约》第 27 条第 1 款之公共政策拒绝承认或执行法国判决。^③

总之，上述案件将公正审判权作为判决承认与执行领域公共政策之考量因素，当外国法院违反公正审判权，尤其是被告未充分行使辩护权和法定听审权时，将依据公共政策拒绝承认或执行外国判决。

2. 海牙公约中公共政策对公正审判权之考量

2005 年《选择法院协议公约》第 9 条第 (e) 款规定：当存在以下情形时，将拒绝承认或执行外国判决：承认或者执行将会与被请求国的公共政策明显相悖，包括判决的具体诉讼程序不符合被请求国程序公正的基本原则的情形。可见，第 9 条第 (e) 款规定的公共政策涉及了两个方面的内容：一是一般或传统意义上的公共政策；二是重点关注具体案件的程序瑕疵，违反程序正义的基本原则也被认为构成违反公共政策。^④

根据公约解释报告，《选择法院协议公约》第 9 条第 (e) 款将程序公正原则作为公共政策的一部分，是因为程序公正原则（例如正当程序、自然正义或公正审判）在一些国家是基于宪法的要求。如果承认或执行了违反程序公正原则的外国判决，将可能违宪。^⑤

2015 年，《海牙第五工作组判决项目草案》第 7 条第 1 款第 (c) 项和 2018 年 5 月《特别委员会关于承认与执行外国判决公约草案》第 7 条第 1 款第 (c) 项关于公共政策的规定，延续了 2005 年《选择法院协议公约》的做法，也特别强调将程序公正原则作为公共政策的一部分。

① Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6—Right to a Fair Trial (Civil Limb) (2013).

② Case C - 7/98 *Dieter Krombach v. André Bamberski* [2000] ECR I - 1935.

③ Case C - 7/98 *Dieter Krombach v. André Bamberski* [2000] ECR I - 1935, paras. 39 - 44.

④ Peter Arnt Nielsen, “The Hague Judgments Convention”, (2011) 80 *Nordic Journal of International Law* 95, p. 114.

⑤ Trevor Hartley and Masato Dogauchi, Explanatory Report of Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (2013), p. 71, <https://www.hcch.net/upload/expl37final.pdf> (last visited December 21, 2018).

(三) 判决承认与执行领域公共政策对言论自由权之考量

作为一项公民权利,言论自由权象征着从附属地位到负责任的公民的政治解放。^①言论自由权影响着判决承认与执行领域公共政策之运用。

1. 《美国宪法第一修正案》之适用:“印度海外出版公司案”

“印度海外出版公司案”(Ajitabh Bachchan v. India Abroad Publication Inc)争议的焦点在于:英国伦敦高等法院的判决是否违反《美国宪法第一修正案》中的言论自由权?美国纽约法院能否基于公共政策拒绝承认与执行该英国判决?^②该案涉及到被告印度海外出版公司在印度报纸和其他媒体上刊登有关报道时,原告认为报道的内容对自己构成诽谤。伦敦高等法院判令被告赔偿损失和律师费用。被告认为,英国判决违反了《美国宪法第一修正案》中的言论自由权和纽约的公共政策,于是请求美国纽约法院拒绝承认与执行该英国判决。

美国纽约法院认为,伦敦高等法院根据英国《诽谤法》的规定,要求被告证明案件事实并证明享有报纸出版和广播公司的资格。对于媒体而言,由他们承担证明责任不符合宪法规定。因为对责任的担心可能阻碍他们发表言论,会导致“寒蝉效应”,此种“寒蝉效应”不符合保护言论自由的规定。外国判决承认与执行领域之公共政策包含在《美国宪法第一修正案》或者《纽约州宪法》之中,拒绝承认外国判决也可被视为是宪法的强制性规定。^③

该案表明,在分析国际私法公共政策时,宪法基本权利发挥着重要作用。^④当外国判决违反言论自由权这一宪法基本权利时,将依据公共政策拒绝承认与执行外国判决。

2. 对宪法基本权利影响判决承认与执行的质疑:“大野直子案”

将宪法基本权利作为判决承认与执行领域公共政策的一部分,其前提在于肯定外国判决的承认与执行受执行国宪法的约束,但2013年“大野直子案”(Naoko Ohno v. Yuko Yasuma and Saints of Glory Church)对“外国判决是否受执行国宪法的约束”这一问题提出了质疑。^⑤

“大野直子案”涉及《美国宪法第一修正案》中的宗教信仰自由。之所以外国判决不应受执行国宪法的约束,美国联邦第九巡回上诉法院法官贝松(Berzon)在该案中提出了以下理由:第一,从判决本身看,加利福尼亚法院承认和执行日本判决并没有使外国判决转变为国内判决,因此不受宪法审查的制约;第二,从政府行为的角度看,日本法院是日本国家机关,外国政府不受

① [奥]曼弗雷德·诺瓦克:《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》,孙世彦、毕小青译,生活·读书·新知三联书店2008年版,第48页。

② Ajitabh Bachchan v. India Abroad Publication Inc, 585 N. Y. S. 2d 661 (1992).

③ Ajitabh Bachchan v. India Abroad Publication Inc, 585 N. Y. S. 2d 661 (1992), p. 2, pp. 6-8.

④ Jan L. Neels, “External Public Policy, The Incidental Question Properly So-Called and the Recognition of Foreign Divorce Orders”, (2010) 4 *Journal of South African Law* 671, p. 676. 将宪法基本权利作为国际私法公共政策的考量因素也得到了其他学者的支持。例如,学者查尔斯·W·蒙多拉(Charles W. Mondora)指出,美国各州《统一外国金钱判决承认法》之公共政策条款,在决定外国判决是否符合《美国宪法第一修正案》时扮演着重要角色。(Charles W. Mondora, “The Public Policy Exception, ‘the Freedom of Speech, or of the Press’, and the Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act”, (2007) 36 *Hofstra Law Review* 1139, p. 1176.) 学者L.琳恩·霍格(L. Lynn Hogue)指出,国际私法公共政策具有宪法基础。当依据公共政策来拒绝承认讨厌的状态时,依据的是宪法。(L. Lynn Hogue, “Examining a Strand of the Public Policy Exception with Constitutional Underpinnings: How the Foreign Marriage Recognition Exception Affects the Inter jurisdictional Recognition of Same-Sex Marriage”, (2004) 38 *Creighton Law Review* 444, p. 463.)

⑤ Naoko Ohno v. Yuko Yasuma and Saints of Glory Church, 723 F. 3d 984 (2013).

加利福尼亚宪法的约束；第三，从适用的法律看，日本判决的基础仅仅是日本法律，而不是美国联邦政府或美国各州的法律；第四，对外国判决进行广泛和过度的宪法性审查，不符合判决承认与执行领域之礼让原则和尊重主权原则；第五，一国法院执行外国禁令的行为可以被视为政府行为，但加利福尼亚法院执行日本金钱判决并不属于一国法院执行外国禁令之政府行为，因此不应受执行国宪法的约束。^①

总之，将宪法基本权利作为公共政策的考量因素时涌现出的上述问题，实际上也反映了人们对于应依何种立法来判断外国判决违反人权的争论。

（四）判决承认与执行领域公共政策对其他人权之考量

2000年《欧盟理事会关于破产程序的第1346/2000号条例》第26条规定：当任何成员国承认在另一成员国开始的破产程序或执行在该程序中所作判决的结果将明显违背公共政策，特别是基本原则或者受宪法保障的权利和个人自由时，则可以拒绝承认与执行。2012年，欧洲议会、理事会与欧洲经济社会委员会对2000年《破产条例》第26条公共政策的规定持肯定态度。^②2015年，《欧洲议会和欧盟理事会关于破产程序的第848/2015号（欧盟）条例》（重新修订）第33条关于公共政策的规定延续了2000年《破产条例》第26条的规定。

可以看出，欧盟《破产条例》规定了广泛的权利空间，意味着所有的宪法性权利和自由都有可能被作为欧盟破产领域公共政策之考量因素，进一步丰富了国际私法公共政策之人权内涵。

四 国际私法公共政策人权内涵之适用困境

（一）保护人权与禁止对判决进行实质性审查的冲突

将保护人权作为公共政策的考量因素之一，将不可避免涉及到对外国判决是否侵犯人权进行实质性审查。那么，这是否与禁止对外国判决进行实质性审查相冲突？学者简·奥斯特（Jan Oster）认为，各国都具有强制性的保护人权义务，因而主张在判决承认与执行领域，法院可以全面审查外国判决是否违反人权。^③

笔者认为，人权的附属适用模式——将保护人权作为国际私法公共政策之考量因素，可以巧妙地回避对外国判决进行了实质性审查的争论。因为就目前的立法来看，虽然禁止对外国判决进行实质性审查，但是实际上都允许对外国判决是否违反公共政策进行审查。这也体现了与将保护人权独立作为承认与执行外国判决条件相比，将人权内附于公共政策适用的优越性。

（二）保护人权公共政策与审查程序公正的重叠

关于公正审判权对国际私法公共政策的影响，主要是通过判断外国判决是否赋予被告充分行

^① *Naoko Ohno v. Yuko Yasuma and Saints of Glory Church*, 723 F. 3d 984 (2013), pp. 12 – 18.

^② Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, (2012), p. 13.

^③ Jan Oster, “Public Policy and Human Rights”, (2015) 11 *Journal of Private International Law* 542, p. 553.

使辩护权和听审权的机会。如果外国判决中被告未充分行使辩护权和法定听审权,那么也就相应地违反了判决承认与执行领域之公共政策。传统上,普遍将审查程序公正或自然正义与审查公共政策分别作为不同的拒绝承认与执行的条件。为防止公共政策适用范围的扩大,一般不允许公共政策来代替其他拒绝承认与执行的理由。因此,将公正审判权作为判决承认与执行领域公共政策之考量因素,将导致公共政策与审查程序公正的混同。

关于如何解决公共政策与审查程序正义之间的重叠,主要存在以下两种做法。第一,2005年《选择法院协议公约》解释报告采取同时适用的方法。解释报告中指出,由于第9条第(c)款、第(d)款和第(e)款都是关于拒绝承认或执行条件的规定,都关乎程序公正,因此如果因原告欺诈,导致令状未送达给被告或他未意识到诉讼程序,将可能适用第(c)、(d)、(e)款规定的拒绝条件。第二,当两者发生重叠时,优先适用判决承认与执行之程序公正条件,将公共政策作为兜底条款或补漏条款。^①此种做法是基于公共政策比判决承认与执行之自然正义抗辩的范围更广。后者仅仅处理外国缺席判决中被告没有充分时间安排辩护,这仅仅是违反公正审判权的一个方面,而公共政策可以处理瑕疵送达之外的其他违反公正审判权的情形。^②

笔者认为,由于外国判决承认与执行制度的独立的价值导向是程序性的秩序价值,即,用确定的程序正义在世界范围内最大限度地实现相对的实体正义,^③因此将公正审判权作为国际私法公共政策之考量因素有其合理性。而《选择法院协议公约》采取的同时适用的方法并不合理,因为此种方法将导致公共政策条款与其他拒绝承认与执行条件界限上的模糊性,而且导致公共政策被滥用的风险。因此,相比较而言,第二种方法更为合理。

(三) 保护人权对判决自由流动目标的阻碍

在国际范围内实现判决的自由流动,不仅是判决承认与执行领域之基本价值导向,而且也是诉讼当事人的理想和愿望。鉴于人权对判决承认与执行的影响,我国学者刘仁山教授提出担忧,如果人权法规则过度介入判决承认与执行领域,将影响判决自由流动目标的实现,因而呼吁实现二者之间的平衡。^④

但学者库伯(Jan-Jaap Kuipers)认为,虽然外国判决的承认与执行制度的本质旨在实现保护被告的辩护权和加快判决的自由流动之间的平衡,但是不能为了效率而牺牲公正审判权等基本权利。^⑤在前述“克龙巴赫案”中,欧洲法院也认为,尽管《布鲁塞尔公约》的目的是为了简化承认或执行外国法院判决的手续,但不允许为了实现这一目标而损害公正审判权。“马罗尼埃案”(Maronier v. Larmer)也提到,为了不使判决自由流动的目标落空,执行国一般强烈推定其他成员国判决的诉讼程序符合《欧洲人权公约》第6条,但这并不意味着成员国判决绝不会违反公正审判权。可见,司法实践中倾向于采取将基本人权的价值位阶置于判决自由流动的目标

① 向在胜:《欧盟国际民事诉讼法判例研究》,中国政法大学出版社2013年版,第218—219页。

② James J. Fawcett, Máire Ní Shuilleabháin & Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law* (New York: Oxford University Press, 2016), p. 239.

③ 沈涓主编:《国际私法的新发展》,中国社会科学出版社2011年版,第156页。

④ 刘仁山:《人权保护对国际商事判决承认与执行的影响——以〈欧洲人权公约〉之适用为中心》,载《法学评论》2015年第3期,第19页。

⑤ Jan-Jaap Kuipers, “The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments”, (2010) 6 *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 23, p. 47.

之上。^①

笔者认为,虽然将保护人权作为承认与执行外国判决的考量因素,在一定程度上影响判决的自由流动目标,但二者并非根本对立。理由在于:首先,相互信任原则是有条件的,信任不同于忠诚,相互信任原则的前提条件之一是判决来源国法院能够有效保护基本权利;^②其次,传统上,关于判决自由流动目标的实现,主要依赖于执行国对判决来源国的充分信任或礼让。但是,“充分信任”和“礼让”都是建立在执行国的主观意愿基础上,缺乏稳定性和可预见性。外国法院只有通过保障判决的“质量”,在判决过程中充分考虑保护人权的因素,才能为顺利实现判决的承认与执行打下更加坚实的基础。

(四) 保护人权对国际私法公共政策例外性质之动摇

传统上,各国普遍强调对公共政策进行严格解释,只有在“明显违反”公共政策的情况下,才能例外地适用此制度。“明显违反”旨在将公共政策定性为最终的补救措施。^③之所以如此,其原因主要包括:一是由于公共政策在本质上取代了其他法律选择规则,^④过度适用具有裁量性质的公共政策将危害现存的国际私法规则和违反法治原则;^⑤二是由于公共政策具有内容上的模糊性,适用此制度将无法形成统一的结果;三是为了实现相互信任和判决自由流动目标。2014年“阿克索案”(Akers v. Deputy Commissioner of Taxatio)中也提到应对公共政策进行严格解释,只有当涉及执行国的根本和重要事项时才能例外地适用公共政策。^⑥学者劳伦斯 R. 基斯特拉(Louwrens R. Kiestra)担忧将人权作为公共政策的考量因素,将导致公共政策被经常适用。^⑦

随着保护人权对国际私法公共政策的影响,学者简·奥斯特(Jan Oster)提出,为了保护人权,公共政策条款不应该被严格局限于例外情形下适用,“明显违反”的标准只适用于不涉及保护人权的一般意义上的公共政策。^⑧

笔者认为,公共政策的横向适用领域可能会随着社会的发展而拓宽,但不能改变对公共政策谨慎适用和局限于例外情形下适用的传统态度。因为过度适用公共政策将阻碍判决自由流动的实现,而且也将阻碍正常的民商事交往的顺利进行。此外,由于各国的文化传统、民族心理、生活习俗和价值观念等各不相同,不同国家对于人权的认识也会存在差异,因此在目前保护人权的标准尚未形成一致认识的情况下,不宜基于保护人权的目的就盲目改变公共政策例外适用的性质。

① Maronier v. Larmer, [2002] 3 WLR 1060, p. 2.

② Katalin Raffai, “The Principle of Mutual Trust Versus the Child’s Right to be Heard: Some Observations on the Aguirre Zarraga Case”, (2016) 1 Hungarian Journal of Legal Studies 57, p. 85.

③ Th. M. de Boer, “Unwelcome Foreign Law: Public Policy and Other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community”, in A. Malatesta (eds), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (Milan: CEDAM, 2008), p. 1.

④ Andrew Koppelman, “Same-Sex Marriage, Choice of Law, and Public Policy”, (1997) 76 *Texas Law Review* 921, p. 937.

⑤ Alex Mills, “The Dimensions of Public Policy in Private International Law”, (2008) 4 *Journal of Private International Law* 201, pp. 204–206.

⑥ Akers v. Deputy Commissioner of Taxatio, [2014] FCAFC 57, para. 40.

⑦ Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law* (Hague: T. M. C. Asser Press, 2014), p. 179.

⑧ Jan Oster, “Public Policy and Human Rights”, (2015) 11 *Journal of Private International Law* 542, p. 555.

在评估公共政策时谨慎适用人权法，不仅可以实现人权的保护，而且有助于提高国际私法公共政策的清晰性。^①

（五）各国多元化人权保护理念下公共政策之滥用风险

虽然保护人权是国际社会所普遍坚持的一项基本原则，但由于各国的文化传统、民族心理、生活习俗和价值观念等不同，因此形成了观念的差异性和多样性。^② 在现代国际私法公共政策中增加人权的价值考量，其关键就在于判断外国法或外国判决是否违反人权，因此各国人权保护理念的差异性将会影响到将人权作为国际私法公共政策考量因素之具体运用。那么，在各国人权保护理念差异性的背景下，如何防范公共政策的滥用？

首先，通过对权利本身的限制来防止公共政策的滥用。虽然保护人权原则是国际社会普遍坚持的一项基本原则，但也具有相对性。^③ 例如，虽然《欧洲人权公约》第8条原则上要求执行国法院承认外国国家事判决，但这项义务不是绝对的。在考虑限制承认和执行外国判决时，比例原则发挥着重要作用。^④

其次，将人权作为公共政策之考量因素时，通过秉持将公共政策局限于例外情形下适用的谨慎态度，以减少公共政策被滥用的风险。

最后，尝试选择那些已经获得广泛认同或已经形成通行判断标准的基本人权作为公共政策之考量因素，也有助于降低公共政策滥用的风险。

五 结语

公共政策是国际私法中一项古老的制度，一直以来都作为“维护国家利益的安全阀”而被各国广为接受。而现代国际私法公共政策逐渐被赋予了人权的内涵，即，在确定是否违反公共政策时，增加了人权价值考量。这不仅是现代国际私法公共政策的最大发展，而且也印证了国际私法公共政策具有可变性这一法律特征。公共政策也因此成为联结国际私法和人权法的纽带和桥梁。^⑤

虽然现代国际私法公共政策体现了对人权的考量，但并不意味着完全舍弃之前传统的考量因素，而是在保留公共政策传统考量因素的基础上，将人权也作为公共政策的考量因素。因此，即便现代国际私法公共政策被赋予人权的内涵，也并非根本动摇公共政策在国际私法中的“安全阀”功能。

① Tone Linn Waerstad, “Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces”, (2016) 3 *Oslo Law Review* 51, p. 71.

② Lucas Lixinski, “Comparative International Human Rights Law: an Analysis of the Right to Private and Family Life across Human Rights ‘Jurisdictions’”, (2014) 32 *Nordic Journal of Human Rights* 99, p. 101.

③ Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law* (Hague: T. M. C. Asser Press, 2014), p. 291.

④ Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the ECHR on Private International Law: an Analysis of Strasbourg and Selected National Case Law* (Amsterdam: Springer, 2014), p. 265, p. 273.

⑤ Veerle Van Den Eeckhout, “Corporate Human Rights Violations and Private International Law”, (2012) 4 *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 178, p. 193.

总之，国际私法对保护人权发挥着潜在的促进作用。^① 虽然目前相关司法实践主要是将家庭生活权、非歧视权和儿童利益最大化等实体性权利以及公正审判权等程序性权利作为国际私法公共政策的考量因素，但不排除其他人权在未来将对国际私法公共政策产生影响。

The Human Rights Connotation of Public Policy in the Private International Law

Liu Yang

Abstract: Traditionally, the consideration of public policy in private international law is mainly rooted in protecting national interests rather than personal interests. However, the connotation of public policy is changeable. On the basis of retaining the traditional factors, modern private international law gradually regards human rights as a consideration of public policy and gives it the function of “protective umbrella”. Public policy will be invoked if the result of the application of a foreign law or the recognition and enforcement of a foreign judgment manifestly infringe the human rights. On the one hand, this practice contributes to achieving the substantive justice value orientation of private international law, on the other hand, it will face numerous problems, such as violation of the prohibition of substantive review, threatening the free flow of foreign judgments, the overlapping of public policy and procedural justice, shaking the exceptional nature of public policy, and the risk of abusing public policy under the diversified concept of human rights protection in various countries, etc.

Keywords: Public Policy, Human Rights, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

(责任编辑：郝鲁怡)

^① Veerle Van Den Eeckhout, “Promoting Human Rights within the Union: The Role of European Private International Law”, (2008) 14 *European Law Journal* 105, p. 107.