

国际私法上的公共秩序研究

金彭年*

“公共秩序”一词具有多种涵义,有时指一种法律状态,^[1]有时则指一种法律制度。作为一种法律制度,公共秩序除了在国际私法中存在外,还存在于其他部门法,如民法。^[2]本文研究的仅限于国际私法上的公共秩序。

一、公共秩序概说

国际私法上公共秩序,主要是指法院在依自己的冲突规范本应适用某一外国实体法作涉外民事关系的准据法时,因其适用与法院国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而可以排除其适用的一种保留制度。^[3]尽管公共秩序作为国际私法上的一项基本制度,已为国际社会普遍承认和采用,但各国对这一制度却是见智见仁,莫衷一是。

(一)公共秩序的名称和立法称谓

在各国国际私法学中对公共秩序的称谓颇不一致。英美学者称之为“公共政策”。法语国家学者称“公共秩序”,德国学者多称之为“保留条款”或“排除条款”,在我国国际私法学界,通常称“公共秩序”或“公共秩序保留”^[4],我国台湾学者则称“公序良俗”。

在国际私法立法中,各国对公共秩序的立法用语更是五花八门,各不相同。粗略统计,主

* 浙江大学法学院教授。

[1] 例如《中华人民共和国宪法》第53条规定:“中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律,保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德。”此处所谓“公共秩序”即指一种法律状态。

[2] 例如《日本民法》第20条规定:“以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的之法律行为,为无效。”我国民法通则第58条也有类似规定,只是未用“公共秩序”一词,而用了“社会公共利益”一词。应注意的是,国际私法上的公共秩序跟国内民法上的公共秩序是不完全相同的。一般说来,国际私法上的公共秩序的概念比国内民法上的公共秩序的概念范围较窄。依布洛歇的观点,国内民法上的公共秩序,在涉外民事关系中,只有在冲突规范指定适用内国法时,方是必须予以适用的;而国际私法上的公共秩序,甚至在冲突规范指向外国法时,也是必须予以适用的。例如,内国法有关婚龄的规定,就本国公民而言,都是有强行性的,属于国内民法上的公共秩序,是必须无条件适用的,但在涉外婚姻中,这种婚龄规定就不一定有排除婚姻举行地法或当事人住所地法有关婚龄规定的效力。反之,诸如禁止奴隶制、禁止直系亲属间结婚等规定,即属于国际私法上的公共秩序,指定为准据法的外国法不得违背,否则即排除该外国法的适用。

[3] 这是公共秩序原始的、基本的概念。从公共秩序的功能或作用的角度讲,当今国际私法上的公共秩序既有积极的功能(概念),也有消极的功能(概念);而消极的概念又有广义和狭义之分。因此这里所用概念仅指消极的、狭义的公共秩序。具体可参考本文有关公共秩序的功能部分。

[4] 参见金彭年:《论国际私法上的公共秩序》,《杭州大学学报》(哲社版),1989年第1期。

要有以下几种: 1. 并称“公共秩序和善良风俗”。例如 1898 年《日本法例》第 30 条规定:“应依外国法时如其规定违反公共秩序和善良风俗的, 不予适用。”采此种立法例的还有希腊、埃及、阿尔及利亚、约旦、泰国等。2. 单用“公共秩序”。例如 1941 年《乌拉圭民法典》第 2404 条规定:“在我国, 绝不允许适用与公共秩序相抵触的外国法律”。采此种表述方式的还有加蓬、塞内加尔、土耳其等。3. 称作“国际公共秩序”。例如 1966 年《葡萄牙民法典》第 22 条第 1 款规定:“冲突规范所指向的外国法, 如果与葡萄牙国际公共秩序规范的基本原则相抵触, 拒绝适用。”1984 年《秘鲁民法典》第 2049 条也采用了类似用语。世界上第一部单行国际私法——1896 年的《德国民法施行法》第 30 条则把“公共秩序”表达为“善良风俗或德国法之目的”。1986 年生效的新《德国民法施行法》第 6 条则规定:“如果外国法律规定之适用, 其结果明显地不符合德国法律的基本原则, 则该外国法律不予适用; 特别是外国法的规定, 如果其适用不符合基本法规定的基本权利, 则不得适用。”还有些国家采用其他的称谓, 例如韩国称之为“善良风俗或其他社会秩序”, 捷克称之为“社会制度、政治制度及法律原则”, 巴拉圭称之为“公共秩序、道德和善良风俗”。也还有称“法律原则”、或“法律基本原则”、或“法律秩序的根本原则”的^[5]。《阿拉伯也门共和国民法典》第 35 条则规定:“根据上述规定, 应予适用的外国法律, 如果违背穆斯林法律规范, 以及共和国的善良风俗, 则排除其适用。”^[6]

(二) 公共秩序的起源与发展

公共秩序这一制度的起源, 一直可以上溯到国际私法的源头。14 世纪意大利的巴托鲁斯首创“法则区别说”而被后世誉为“国际私法学之父”。^[7]他把法则分为人法和物法两大类, 认为物法只具有域内效力, 人法还具有域外效力。但是, 人法中那些“令人厌恶的法则”(如长子继承财产)并不具有域外效力, 可把该外国法(如长子继承财产)认定为“令人厌恶的法则”而排除其在域内的适用。这是公共秩序保留观念的最早形态。^[8]在 17 世纪, 诞生了建立在国家主权观念之上的荷兰法则区别说——国际礼让说作为国际礼让说的集大成者, 胡伯提出了国际私法上著名的“胡伯三原则”。在第三项原则中, 胡伯认为, 每一国家的法律已在其本国领域内实施, 根据礼让, 其他国家可以让它在自己国家境内保持效力, 只要这样做不至损害自己国家的主权权力及臣民的利益。^[9]如果说意大利巴托鲁斯提出“令人厌恶的法则”这一概念, 仅仅使公共秩序处于萌芽状态和只适用于意大利城邦国家之间的区际法律冲突, 那么胡伯的礼让说就已经明确树立了国际私法上的公共秩序概念, 并且用于国际法律冲突之中。在近代, 各国一些著名的国际私法学者, 如美国的斯托雷、英国的戴西、德国的萨维尼、意大利的孟西尼等均对公共秩序作了进一步的阐述, 使得国际私法上的公共秩序理论异彩纷呈。

从立法实践而言, 最早用法律形式明确规定公共秩序制度的首推 1804 年的《法国民法典》, 该法典第 6 条规定: 个人“不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”这项规定, 原本仅适用于国内契约关系, 后来在审判实践中“公共秩序”成为对涉外民事案件是否适用外国法的一个标准。^[10]此外, 《法国民法典》第 3 条第 1 款和第 3 款, 则是从公共秩序的积极

[5] 例如 1974 年《阿根廷国际私法草案》第 6 条、1978 年《奥地利国际私法》第 6 条、1966 年《波兰国际私法》第 6 条。

[6] 参见韩德培、李双元主编:《国际私法教学参考资料选编》(上), 武汉大学出版社 1991 年版, 第 220 页。

[7] 参见马汉宝:《国际私法总论》, 台湾汉林出版社 1982 年版, 第 248 页。

[8] 参见李双元:《国际私法(冲突法篇)》, 武汉大学出版社 1987 年版, 第 76 页。

[9] 参见李双元、金彭年:《中国国际私法》, 海洋出版社 1991 年版, 第 61 页。

[10] 参见孟宪伟:《略论公共秩序保留》, 西北政法学院学报, 1985 年第 2 期。

功能出发作了规定,凡属于该法第3条第1款和第3款规定情形的,即为“直接适用的法”,具有排除相关外国法适用的效力。随后,1856年《意大利民法典》更是明确规定,对外国法可援用公共秩序制度而排除其适用。1896年《德国民法施行法》是世界上第一部单行国际私法,其第30条明文规定:“外国法之适用,如违背善良风俗或德国法之目的时,则不予适用。”此后,凡是制定国际私法的国家,普遍采用了公共秩序这一制度。

(三)公共秩序的本质与功能

纵观各国的国际私法立法,大多在立法上明文规定经冲突规范指引的外国法的适用,不得违背内国的公共秩序。而在实际上,各国法律中均还包括某些体现自己国家重大利益、基本政策、道德与法律的基本观念和基本原则的立法规定,只是因为它们自身的重要性而必须在有关涉外民事关系中不必经过冲突规范的指引就可直接适用,^[11]因而无须借助公共秩序制度而当然地具有排除外国法适用的效力。因此,从本质上讲,公共秩序是从两个方面来实现其排除外国法适用的功能的:第一,国际私法上的公共秩序起着一种对外国法的防范的、否定的作用,即安全阀的作用。因为在原则上,依照法院国的冲突规范指引,有关涉外民事关系是本应适用某一外国法作为准据法的,但现在由于该外国法的适用会与法院国的公共秩序相抵触而不予适用。这可谓国际私法上公共秩序的消极功能。^[12]第二,国际私法上的公共秩序还起着一种对内国法的积极的或肯定的作用,即对于某些涉外民事关系,法院在援用公共秩序时,并不首先表明根据冲突规范本应适用外国法,而是直接认定由于该案件跟法院国有着某种重要的联系,因而法院国的某些体现公共秩序的法律是必须直接适用的。在这种情况下,法院便可对内国的冲突规范完全弃置不顾、视而不见。^[13]这可谓国际私法上公共秩序的积极功能。^[14]在有的国家的国际私法学中,对公共秩序的上述双重功能,干脆一分为二,分别称之为“消极公共秩序保留”和“公共秩序的积极保留”。^[15]

从功能上讲,国际私法上的公共秩序具有消极和积极双重功能;而从适用范围讲,国际私法上的公共秩序也有狭义和广义之别,只是此种区分只存在于公共秩序的消极功能之中。国际私法学著作中的公共秩序概念一般是狭义的,^[16]仅是针对外国法的。而广义的公共秩序概念,则还应包括内国可以拒绝承认与执行违背内国公共秩序的外国法院判决或外国仲裁机构作出的裁决。^[17]

[11] 国内有学者撰文称此类规范为“直接适用的法”。参见徐冬根:《论“直接适用的法”与冲突规范的关系》,《中国法学》1990年第3期;也有不同观点的,参见肖永平等:《论“直接适用的法”》,《法制与社会发展》,1997年第5期。

[12] 我国有学者把公共秩序的消极功能称为否定功能,把积极功能称为肯定功能。参见黄进、郭华成:《再论国际私法中的公共秩序问题——兼谈澳门国际私法的有关理论与实践》,《河北法学》1998年第2期。

[13] 参见李双元、金彭年等:《中国国际私法通论》,法律出版社1996年版,第153页。

[14] 国外有学者认为公共秩序实际上表现为三种形式(功能),除本文所提二个功能外,尚有第三个功能,即当适用外国法律与国际法的强制规范,本国承担的国际义务或国际法律社会公认的正义要求相抵触时,不适用外国法律。参见[匈]史查斯齐:《阻碍适用外国法律的原因》,费宗祥译,《国外法学》1982年第2期。依笔者拙见,该文所述的第三种形式(功能)跟第一种在本质上是同一的,均属于公共秩序的消极功能。

[15] 参见陈卫佐:《瑞士国际私法典研究》,法律出版社1998年版,第50页、第53页。

[16] 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年修订版,第72页以下;李双元主编:《国际私法》,北京大学出版社1991年版,第135页。

[17] 承认与执行外国判决或裁决,不得违反内国的公共秩序,已为国际社会所普遍认可。参见李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社1990年版,第502页、第599页;金彭年:《国际民商事程序法》,杭州大学出版社1996年版,第146页、第294页。

(四)公共秩序的立法模式

正是基于国际私法上的公共秩序具有消极或积极双重功能,因此,各国国际私法对于借助公共秩序条款以排除外国法适用的立法模式也就有以下三种:

1. 间接限制外国法适用的立法模式,即只采用公共秩序的积极功能。在采此种立法例时,在有关法律中明确规定有关国内法是强制地直接地适用于有关涉外民事关系的,从而表明它具有排除外国法适用的效力。1804年的《法国民法典》率先采用此种作法。^[18]此外,中非、布隆迪等国也作了类似规定。

2. 直接限制外国法适用立法模式,即只采用公共秩序的消极功能。在采此种立法例时,在本国的冲突规范中明确规定,凡外国法的适用如与内国的公共秩序相抵触,则不予采用。例如1896年《德国民法施行法》第30条就规定:“外国法之适用,如违背善良风俗或德国法之目的,则不予适用。”1986年新的《德国民法施行法》第6条也有类似规定。此种立法例为国际社会所普遍采用,如巴拉圭、葡萄牙、希腊、捷克、波兰、日本、韩国、奥地利、匈牙利、秘鲁、土耳其、泰国、约旦、塞内加尔、加蓬、埃及、阿尔及利亚等。

3. 合并限制外国法适用的立法模式,即同时采用公共秩序的积极功能和消极功能。在国内法中,采此种立法例时,既有关于某些法律具有直接适用的强制性规定,又有赋予法院在出现立法不能预见的情形下援用公共秩序条款来排除外国法适用的自由裁量的弹性立法规定。这方面典型的立法例是1856年的《意大利民法典》,该法典除了在第11条中规定“关于刑法、警察法及公共秩序之法律,凡居住于王国领土内之人,皆应适用”外,并于第12条中规定“外国法之适用,不得违反王国法律之强行规定,或违背关于公共秩序、善良风俗之法律”。^[19]此外,布隆迪^[20]、瑞士也采用此种立法例。^[21]

从上文可知,各国大多是采用直接限制外国法适用的立法模式,而在国内法中明文规定公共秩序的积极功能(即间接限制外国法适用)的国家不是很多,但这并不是意味着那些未作规定的国家之公共秩序制度只有消极功能而无积极功能。公共秩序的积极功能,在大多数国家是以“直接适用的法”的形式出现的。“直接适用的法”不是一个抽象的法律制度,而是一些具体的法或法律规范。此种法或法律规范对自身的适用范围通常都有明确规定。^[22]

二、公共秩序的适用标准

公共秩序是国际私法上的一项基本制度,但是各国立法通常只是概括地规定适用外国法

[18] 参见《法国民法典》第3条第1款、第3款和第6条。

[19] 1942年和1978年修正的两部《意大利民法典》第28条、第31条作了类似规定,1995年颁布的《意大利国际私法制度改革法案》也规定“违反公共秩序的外国法不应予以适用”(第16条第1款)、“尽管已指定外国法,但并不排斥由于其目的和宗旨而应予以适用的意大利法律的强制性规定”(第17条)。

[20] 参见该法第8、9、10条。

[21] 参见该法第17条、第18条。

[22] 例如依照我国涉外经济合同法第5条第2款的规定,我国的中外合资经营企业法即属于此类“直接适用的法”。本来,按照涉外经济合同法第5条第1款的规定,涉外经济合同的当事人可以选择包括外国法在内的某国法作为合同准据法,但由于中外合资经营企业法是“直接适用的法”,尽管中外合资经营企业合同属于涉外经济合同的范畴却必须适用中外合资经营企业法,从而间接地排除了适用外国法。

不得违背内国的公共秩序，^[23]因而，如何适用公共秩序制度以及适用标准如何，是必须解决的难题。综观各国学者的论述，主要有以下两组对立的学说。^[24]

(一)例外说与原则说

19世纪中叶，被誉为“近代国际私法之父”的德国杰出法学家、历史法学派泰斗萨维尼在他的巨著《现代罗马法体系》一书中创立了国际私法上著名的“法律关系本座说”。^[25]同时，萨维尼认为，任何一个国家的法律均是由两部分组成的，一部分是具有强行性效力的，它们是建立在社会道德或公共利益基础之上的，跟国家的政治、经济有关，因而是绝对排除外国法适用的；另一部分则是非强行性的，它们只是为权利的个人占有者而制定的，尽管这一部分法规也不能因个人的约定而放弃，但在有关情况依内国冲突法应受外国法支配时，它们就得让位于外国法。萨维尼指出，除了内国强行性规范具有排除外国法适用的效力外，凡是属于内国不承认其存在的外国法制度如奴隶制度，也是不得在内国适用的。萨维尼的理论之所以称之为外国法适用限制“例外说”，是因为萨维尼根据他自己创立的法律关系本座说，认为应适用的法律，只应是各该涉外民事关系依其本身性质所固有的“本座”所在地方的法律，而不问这个“本座”法是内国法还是外国法；而排除适用违背内国公共秩序的外国法，仅仅是上述原则的一种例外情况。萨维尼的上述观点不仅对德国法系的国家影响很大，还影响到英美法系国家。英美法系国家通常也认为借助公共秩序限制外国法的适用是国际私法诸原则的一种例外。^[26]

原苏联学者隆茨等也因袭萨维尼的“例外说”，他们认为，“苏联的冲突规范，以承认两种所有制体系共存和不同社会制度国家之间进行和平的事务上的合作的必要性出发，把民法纲要第128条所引用的保留作为一个原则规定下来，它的适用被认为是一种例外情况，每一次都需要加以严肃的论证。在对外贸易仲裁委员会的实践上，迄今为止，还从来没有一起在外贸合同方面适用民法纲要第128条的情况。”^[27]

依日本学者的看法，“今天有力的通说，则认为公共秩序是国际私法的例外规定”，“国际私法上的公共秩序问题，是对于原则上应适用的准据法，基于维护内国法律秩序的必要，例外地排除其适用的一种消极的作用”，“应当充分考虑公共秩序所具有的例外的、消极的作用，必须慎重地适用这种规定”。^[28]

较萨维尼稍后，19世纪另一杰出的国际私法学家、意大利的大政治家孟西尼在确立本国

[23] 如1898年《日本法例》第30条等，参见本文第一部分。

[24] 参见金彭年，《国际私法上公共秩序制度比较研究》，载台湾《智慧财产权与国际私法》，1997年版，第168页以下。

[25] 李永烈《论萨维尼对国际私法的影响》，载马汉宝主编，《国际私法论文选辑》上册，台湾1984年，第73页以下。

[26] 英美国对藉公共秩序以排除外国法适用通常持慎重态度，但却另有途径排除外国法的适用。如英国法院广泛地适用识别制度，扩大解释“刑法”、“程序法”的范围，从而根据公法无域外效力达到排除有关外国法适用的目的，或根据程序问题适用法院地法这一被普遍承认的冲突原则，适用英国法。参见李双元，《国际私法（冲突法编）》，武汉大学出版社1987年版，第223页。另参见沃尔夫：《国际私法》，李浩培和汤宗舜译，法律出版社1988年版，第263页以下。

[27] 隆茨等：《国际私法》，吴云琪等译，法律出版社1986年版，第68页。原《苏联民事立法纲要》（1961年）第128条规定：“如果适用外国法律会违反苏维埃制度的根本原则，则不得适用这种法律”。原苏联《民事立法纲要》（1991年）第158条第1款规定：“如果适用外国法律违反苏维埃法律秩序的基本原则（公共秩序），则不得适用外国法律。在这些场合适用苏维埃法律”；进而在其第2款又强调规定：“拒绝适用外国法律不能仅仅根据相应的外国的政治或经济制度同苏联的政治或者经济制度之间的区别”。参见浦伟良等：《俄罗斯民商法与冲突法》，世界图书出版社公司1995年版，第230页以下。

[28] [日]北齐敏一：《国际私法——国际关系法II》，姚梅镇译，法律出版社1989年版，第64页以下。

法主义的同时提出了外国法适用限制“原则说”。孟西尼所处的时代还是意大利被分割成若干领土单元的时代。他在意大利民族统一运动中,于1851年在都灵大学发表了题为“国籍乃国际法的基础”的著名演说。作为19世纪中期意大利资产阶级的代言人,为了促进意大利的统一,他认为,构成法律选择基础的应该是国籍、当事人和主权三种因素在起作用,而其中尤以国籍起决定作用。不论何种法律关系,原则上都应适用当事人的国籍国法;但是为了保护内国的利益,他又主张借助公共秩序来限制或排除外国人的国籍国法(即外国法)的域外效力。这样,孟西尼就把公共秩序制度提到了国际私法三大基本原则之一的高度。^[29]

孟西尼此种把借助公共秩序排除外国法适用作为国际私法一项原则的主张,对法国、比利时、瑞士等国颇有影响。^[30]

在实践中,英美法系国家一般以住所地法作为属人法,指定适用外国法的场合较少,加之运用识别等制度对程序法乃至刑法作扩大解释,因而自然不必多运用公共秩序制度以排除外国法的运用。比如在英国,公共秩序制度理论远不如大陆法系国家那样看重,而在诸如侵权行为这类案件中更是不会发生借助公共秩序排除外国法的现象。因为一个在外国发生的侵权行为,只有被认为如发生在英国也可作为侵权之诉因时,英国法院才会受理,而一旦受理便只适用英国国内法。^[31]而大陆法系诸国普遍把国籍国法作为属人法,指定适用外国法的机会就多了,因而需要较多地借助公共秩序制度以排除外国法的适用。但不管怎么说,我认为用公共秩序制度以排除损害内国利益的外国法,在当今国际社会应被认作是一项例外。

(二)主观说与客观说

主观说认为,法院国依内国的冲突规范本应适用某一外国法作为涉外民事关系的准据法时,如果该外国法本身的规定跟法院国的公共秩序相抵触,即可排除该外国法的适用,而不问具体案件适用该外国法的结果如何。^[32]主观说强调的是外国法本身的可厌性、有害性、邪恶性,而不注重法院国的公共秩序是否因适用该外国法而受到什么损害。依照主观说的理论,在规定一夫一妻制的法院国内,对于外国一夫多妻及由此而产生的法律关系一概不予承认,即使法院受理的案件仅仅涉及其中的一妻之子对其父的财产继承问题。

与主观说相左的是联系说和结果说,此二说可归入客观说。

联系说主张,外国法是否应排除适用,除了该外国法与内国公共秩序相抵触外,还须看个案跟法院国的联系如何。如果个案跟法院国有实质的联系,则应排除该外国法的适用;如果个案跟法院国无实质联系,则可不排除。而所谓个案跟法院国有实质联系,乃指合同履行地、或公司所在地、或当事人住所、或财产所在地等在法院国。

结果说则认为,在运用公共秩序制度时应区别是外国法规定的内容违背法院国的公共秩序,还是外国法适用的结果违背法院国的公共秩序。如果仅仅是内容上的相抵触,并不一定妨碍该外国法的适用;只有其适用结果危及法院国公共秩序的外国法才可援用公共秩序予以排除。依照结果说,如果某外国法承认一夫多妻制,但现在法院受理的案件只涉及其第二个妻子

[29] 后人把孟西尼学说概括为三大原则:国籍原则——本国法原则,主权原则——公共秩序原则,自由原则——契约当事人意思自治原则。

[30] 前引[7]马汉宝书,第209页。

[31] 参见戴西和莫里斯:《冲突法》,1980年英文第10版,第84页。

[32] 关于主观说和客观说,可参见赵晋枚:《国际私法上外国法适用限制之实际标准》,载马汉宝主编:《国际私法论文选辑》(上册),台湾1984年版,第332页以下。

所生孩子对其父的财产继承权问题,尽管从法律内容上看,该外国法跟法院国遵循的一夫一妻制是相抵触的;但在此案中,重婚只是有关的事实,而非诉讼的系争问题,并且假如承认该外国法有关一夫多妻制的规定,可使孩子取得婚生子女的地位,反而是有利于保护孩子的正当权益,而该外国法的适用结果并没有跟法院国的公共秩序相抵触。因此,在上述情形中,法院国便可仍然适用外国法。

主观说尽管在运用上有简便之利,但有时会失之合理,加之因外国法本身内容违背法院国公共秩序的比较少见,^[33]因此主观说在目前仅于少数场合法院国方加以采用。客观说,尤其是其中的结果说,重视个案的实际情况,区别是外国法的内容还是外国法的适用结果违反法院国的公共秩序,既能切实维护法院国的公共秩序,又有利于个案公正合理的解决,故各国在实践上多采此说,有的国家更是明确规定采用结果说。^[34]1987年的《瑞士联邦国际私法法规》也采用结果说,其第17条规定:“如果外国法的适用将导致瑞士公共秩序不相符的结果则排除其适用。”学者也强调,瑞士法上的此种保留,首先针对的不是外国法本身的内容,而是其适用的效果。^[35]

依隆茨等的解释,原苏联国际私法上关于公共秩序的规定,不是指外国法本身跟苏维埃制度基础的抵触,而是指适用外国法律的结果与苏维埃制度的基础相抵触。例如,允许一夫多妻制的外国法规范,违反家庭关系方面的苏维埃制度的基础。但是,由此不应得出结论,在承认一夫多妻制的国家缔结的一夫多妻制婚姻,根本不能产生在苏联会得到承认的某些法律后果;尤其不能反对我们承认一夫多妻制家庭的某个成员提出抚养费请求的权利。^[36]应指出的是,隆茨的上述评析对今天的俄罗斯国际私法仍有重要意义。^[37]

依日本学者的解释,《日本法例》第30条规定的公共秩序,其运用时也是采结果说。例如某国承认一夫多妻制,日本则予否定;但关于其第二、第三妻所生子女的继承权,如果其父的财产在日本,则承认其子女对该财产的继承权,对日本公共秩序及善良风俗并无任何违反之处。^[38]1989年修正的《日本法例》已经明确规定采用结果说,其第33条明文规定,应当适用外国法时,适用其规定违反公共秩序或善良风俗者,不适用该外国法。

(三)运用公共秩序应注意的若干问题

1. 公共秩序是个弹性条款。公共秩序,明确地说是指只具有消极功能的公共秩序,尽管各国已普遍作了规定,但要明晰地界定它的内涵和外延,规定其适用的标准和范围,却是十分困难的。也就是说,要给公共秩序(公共政策)下一个明确的定义是不可能的。^[39]公共秩序不但在地域上具有差异性,而且在时间上也具有可变性。由于法本身固有的阶级性,每个国家都可

[33] 因外国法本身不妥诸如允许奴隶制或卖淫契约等而被排除适用的,在当今各国已很少见。参见载西和莫里斯:《冲突法》,1980年英文版第10版,第84页注13。

[34] 1964年原《捷克国际私法与国际民事诉讼法》第36条规定:“适用外国法的结果,同捷克斯洛伐克社会主义共和国的社会制度、政治制度及法律原则相抵触时,不予适用。”1986年《德国民法施行法》第6条规定:“如果外国法律规定之适用,其结果明显地不符合德国法律的基本原则,则该外国法不予适用。特别是外国法的规定,如果其适用不符合基本法规定的基本权利,则不得适用。”

[35] 参见陈卫佐:《瑞士国际私法典研究》,法律出版社1998年版,第51页。

[36] 前引[27]隆茨等书:《国际私法》,第68页。又见M·M·波古斯拉夫斯基:《国际私法》,王明毅等译,法律出版社1987年版,第95页。

[37] 参见浦伟良等:《俄罗斯民法与冲突法》,世界图书出版公司1995年版,第330页。

[38] 参见北胁敏一:《国际私法——国际关系法II》,姚梅镇译,法律出版社1989年版,第68页。

[39] 参见韩德培、韩健:《美国国际私法(冲突法)导论》,法律出版社1994年版,第232页。

以根据本国的国情规定公共秩序制度,因此每一个国家制定的公共秩序制度是各不相同的;另一方面,每一个国家的基本国情并不是长期不变的,在不同时期,一个国家的政治、经济制度、社会风俗习惯等可能会有所不同,因此即使是同一个国家对公共秩序的态度在不同历史时期也不可能是墨守成规,肯定会随着国际国内大环境的变化而变化。这就是说,公共秩序的涵义是因时因地而异的,“昔日为违反公安者,今则未必然。又甲地有背公序良俗者,乙地亦不一定以为然。因之,公序良俗之涵意常随各国之风俗习惯,伦理道德观念之不同的而异”。^[40]比如说英国,为了支持美国南部叛乱各州的奴隶主,英国法院于1860年审理伊利基诉山托斯案时,就没有援用公共秩序;而在1929年英国法院对一个贩卖威士忌酒案的审理中,^[41]却为了赢得美国的支持而适用了公共秩序制度。可见,国际私法上的公共秩序具有不确定性,是个自由裁量的弹性条款,它的适用是会因事、因地、因时而不同的。

2. 适用公共秩序排除外国法后的法律适用。依冲突规范某一涉外民事关系应适用外国法作准据法,但该外国法因其适用会违背法院国的公共秩序而被排除后,在往昔通常是由法院地法的相应规定取而代之。许多国家的国际私法也是这样规定的。^[42]但目前许多学者主张以法院地法取代被公共秩序排除适用的外国法的做法,应尽可能加以限制。因为从法院国冲突法的精神来看,既然有关的民事关系应适用外国法作准据法,就表明该案件跟有关的外国有更密切的联系,用外国法解决更为合适。因此,应根据个案的具体情况,妥善加以处理,切不可认为在外国法被内国公共秩序排除后概由法院地法取代都是合理的。^[43]比如说,原苏联学者隆茨就认为,经苏联冲突规范援引的外国法被排除适用后,在该关系的调整中形成的空白,显然应通过适用苏联法的适当规范来加以填补。但是,在个别情况下,也可能有其他的解决办法。例如,如果发生了禁止白人和黑人结婚的国家的公民之间的婚姻是否有效的问题,在苏联,当然不会承认这种限制。不过,如果该两个种族人员之间的婚姻,是在没有此种种族歧视的法国缔结的,那么,不能适用当事人的本国法,在该种情形下就应转而适用婚姻举行地的法律,即作为婚姻举行地法国的法律。得出这种结论的根据是,既然苏联民法纲要第128条没有为这一问题作出规定,它就应当根据苏联法的一般原则和精神依法类推加以解决。^[44]

依沃尔夫的观点,在外国法被排除适用后,大半由法院地法代替。但是,这种代替应该尽可能加以限制。比如说,应适用的外国法如果包含有一个无可反对的法律规则甲,而这个规则附有一个违反英格兰公共政策的例外乙的时候,不适用例外乙的结果并不是就必须适用英格

[40] 参见曾陈明汝:《国际私法原理》,台湾1991年版,第188页。

[41] 伊利斯诉山托斯案:美国南北战争前夕,不列颠帝国的一个臣民山抵斯在巴西买了几个奴隶,按照英国法,英国臣民购买和占有奴隶是被禁止的,初审法院认为此种奴隶买卖契约行为不合法。该案后来上诉到英国高等法院,该院法官却认为依照贸易法案中关于所有权转移的规定,应当适用巴西当地的法律,而不适用购买人本国法,而此种情况下依当时巴西法买卖奴隶是有效的。在该案中,英国法院之所以没有借助公共秩序以排除巴西法,是顾忌到受英国支持的美国南部判乱诸州的奴隶主。贩酒案:1929年的美国正实行“禁酒令”,几个人签了一个契约,规定将一船威士忌酒从苏格兰运往美国,后来发生争议诉诸英国法院。法院认为如果承认向美国贩卖威士忌酒契约的效力,美国政府就将有正当的理由来控告英国政府,何况这种承认是与国际礼让义务不相容的,因此从英国法观点看,这个契约违背公共秩序,因而是非法的。在该案中,英国法院又之所以适用了公共秩序,是因为在当时英国正在向美国寻找支持,因此英国法院不能允许自己去保护那些反对美国政策和美国法律的人。参见乌·姆·柯列茨基:《英美国际私法的理论和实践概论》,刘文宗等译,中国人民大学出版社1956年版,第47页以下。

[42] 如1984年《秘鲁民法典》第2049条、1975年原《民主德国法律适用条例》第4条、1979年《匈牙利国际私法》第7条、1972年《塞内加尔家庭法》第851条等。

[43] 参见李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社,1987年版,第232页以下。

[44] 前引[27]隆茨等书,第69页以下。

兰法,而是必须要适用该外国的主要的法律规则甲。德国在司法实践上也有判例持上述相似的做法。^[45]

在立法上,也有的国家作了更为合乎情理的规定。如 1966 年《葡萄牙法典》第 22 条规定,外国法因违背葡萄牙国际公共秩序规范的基本原则而被拒绝适用后,仍“可适用该外国法中其他最为合适的法律规范,也可以适用葡萄牙的国内立法”。土耳其和奥地利的立法也规定,外国法因违反公共秩序被排除适用后,只有在“必要时”才适用相应的法院地法。^[46]

三、中国关于公共秩序的理论与实践

公共秩序作为一种在非常情形下排除外国法适用的法律制度,在我国,为了维护国家和人民的根本利益,对公共秩序制度也是持肯定态度的。早在 1950 年 11 月原中央人民政府法律委员会在《关于中国人与外侨、外侨与外侨婚姻问题的意见》中指出,中国人与外侨、外侨与外侨在中国结婚或离婚,不仅适用中国的婚姻法,且宜于适当限度内照顾当事人本国的婚姻法,但“适用当事人的本国的婚姻法以不违背我国的公共秩序、公共利益和目前的基本政策为限度”。上述行文中明确使用了“公共秩序”、“公共利益”、“基本政策”的措词,应认为是关于公共秩序保留条款的规定。1985 年颁布的《中华人民共和国涉外经济合同法》第 4 条规定:“订立合同,必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益”。该法第 9 条第 1 款又进而强调:“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效”。我国有学者指出,上述行文中的“法律”应该理解为我国的强制性和禁止性法律规范,^[47]笔者认为此种解释是对的,如果不作如此解释,则上述两条规定跟该法第 5 条第 1 款的立法精神是矛盾的,并且使该法第 5 条第 1 款的规定形同虚设。^[48]该法第 5 条第 2 款还规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律”。涉外经济合同法的上述三个条款,是间接限制外国法适用的立法规定,是积极(功能)的公共秩序保留条款。将于 1999 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国合同法》,是我国根据社会主义市场经济的要求制定的一部统一的合同法。依照冲突规范的规定,如果某一涉外合同的准据法是中国法,则该合同将适用中华人民共和国合同法。合同法第 7 条、第 52 条、第 126 条第 2 款的有关规定跟上述涉外经济合同法第 4 条、第 9 条第 1 款和第 5 条第 2 款的相关规定是近似的,也是积极功能的公共秩序保留条款,对外国法也起到间接限制的作用。1982 年制定的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第 204 条在对外国判决承认与执行方面作了关于公共秩序的规定,1991 年新的民事诉讼法仍然保留了公共秩序制度并作了修改和完善,其第 268 条规定:“人民法院对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,依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令,依照本法的有关规定执行。违反中华人

[45] 参见沃尔夫:《国际私法》李浩培和汤宗舜译,法律出版社 1988 年版,第 269 页以下。

[46] 参见 1982 年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》第 5 条、1978 年《奥地利国际私法法规》第 6 条。

[47] 参见黄进:《国际法上的公共秩序问题》,《武汉大学学报(社会科学版)》,1991 年第 6 期。

[48] 该法第 5 条第 1 款规定:“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律……”最高人民法院对该法解答中又进一步指出,“当事人选择的法律,可以是中国法,也可以是港澳地区的法律或者是外国法”。

民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。”

特别应一提的是，1987年1月1日生效的《中华人民共和国民法通则》第一次在我国冲突法中规定了公共秩序制度。民法通则第8章第150条作为一条原则性的条款，它规定：“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的社会公共利益。”就该条规定，结合我国的有关学说和实践，笔者认为：

1. 我国民法通则第150条把公共秩序表述为“社会公共利益”。这里的“社会公共利益”，首先也是一个弹性条款，是一个抽象的概念，这跟国际上大多数国家的普遍做法是一致的。^[49] 长期以来，许多学者就试图清楚地界定公共秩序的范围(内涵和外延)，但是界定公共秩序范围的尝试却从未成功过。^[50] 这是因为，首先，公共秩序具有模糊性。公共秩序是一个主权国家为了捍卫其根本利益而对适用外国法设置的最后一道“安全阀”，公共秩序的性质决定了它必须具有相当大的不确定性。其次，公共秩序具有地域性。国际私法从根本上讲是国内法，每个主权国家都可以从本国国情出发规定其公共秩序。到目前为止，还不存在普遍的为所有国家认同的“国际公共秩序”。最后，公共秩序还具有时间性。一国的公共秩序正是从其本国国情出发制定的，因此，随着时间的推移，国内外形势的变化，一国的公共秩序也会作出相应的调整 and 变化。因此，一国的公共秩序不可能是固定不变的。国际私法上的公共秩序制度从某种意义上讲，其生命力正在于它的弹性、抽象性和不确定性。如果规定得很细、很具体、很明确，既可能挂一漏万，又可能失之呆板而不便灵活运用。要知道，公共秩序制度的实质在于排除违背一国对内对外基本政策的外国法，而一国的对内对外基本政策是不可能一成不变的，而是会因事、因地、因时而有所变化的。然而，尽管如此，国际私法上的公共秩序还是应该有一个相对明确的范围的。我国有学者认为，如果适用外国法违反我国宪法的基本精神，违背四项基本原则，不利于建设社会主义物质文明和精神文明，不利于发扬社会主义民主和健全社会主义法制，有损于国家统一和民族团结，就不应适用；如果适用外国法，有损于我国的主权和安全，就不应适用；如果适用外国法违反我国各方面主要法律的基本准则(例如我国婚姻法规定的男女平等，一夫一妻)就不应适用；如果适用外国法违背我国缔结或参加的国际条约所承担的义务，就不应适用；除此之外，如果外国法院对同我有关的案件，无理拒绝承认我国法的效力，则根据对等原则，我国亦得援用公共秩序保留，对该外国法的适用予以限制，以作为报复措施。^[51] 笔者基本赞同上述看法，认为我国民法通则第150条中的“社会公共利益”，应该解释为包括我国法律的基本原则、道德的基本观念和国家的 sovereignty 与安全。一般说来，如果出现下列情形之一的，即可认定违背了我国的社会公共利益(公共秩序)：第一，外国法中有种族歧视或民族歧视或性别歧视的规定；第二，外国法中有多配偶制或允许直系血亲间结婚或三代以内旁系血亲结婚的规定；第三，外国法中有跟我国法律中的其他强制性或禁止性规定相抵触的相关规定；第四，外国法中有其他违背我国法律的基本原则、道德的基本观念和国家的 sovereignty 与安全的规定。

[49] 各国立法一般只是很概括地规定适用外国法不得违背内国的公共秩序，参见本文第一、二部分所引用的有关条文。只有极少数国家的规定稍具体些，如《阿拉伯民事关系法典》第3条规定：“有关人的身份方面的规范，如婚姻、继承、父子关系，以及关于权力组织、贸易自由、财富转移、私有财产，以及其他作为社会之基础的规范与基准，都应视为公共秩序规范，只要它们不违背穆斯林法的绝对规范和基本原则。”该法第27条则又省略规定：“根据上述条款应予适用的外国法律，如果违背穆斯林法律、公共秩序或善良风俗，则不予适用。”

[50] 《戴西和莫里斯论冲突法》，李双元等译，中国大百科全书出版社1998年版，第118页。

[51] 前引[10]，孟宪伟文；武汉大学出版社1997年出版的韩德培主编《国际私法新论》一书的观点跟孟文相近，见该书第222页。

2. 就立法模式而言,我国民法通则第 150 条的规定是采用直接限制外国法适用的立法方式。此种直接限制外国法适用的立法方式,决定了我国民法通则第 150 条规定的公共秩序只具有消极的功能,是一个消极的公共秩序条款,它只起到对某些外国法的防范的或否定的作用,也即一种安全阀的作用。应该说,我国民法通则第 150 条的立法模式,跟国际社会在公共秩序的立法模式上的多数做法是相吻合的。但这并不说,我国只有直接限制外国法适用的消极功能的公共秩序制度,而无积极功能的公共秩序条款。实际上,对外国法起到间接限制作用的积极功能的公共秩序条款也是存在的,例如上文提及的涉外经济合同法和合同法中的三个条款即是。此外还应一提的是,涉外经济合同法第 7 条关于涉外经济合同必须采用书面形式的规定,也是积极功能的公共秩序条款,它要求直接适用于一方为中国当事人的所有的涉外经济合同,而不管合同准据法或者合同缔约地法关于合同形式的规定如何。统一适用于国内合同和涉外合同的新合同法第 10 条已承认合同亦可采用非书面形式,但其第 2 款规定:“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。”这也是属于间接限制外国法的积极功能的公共秩序条款。因此,就目前而言,涉外合同中的投资类合同和国际货物买卖合同仍然必须采用书面形式。^[52]

3. 依我国民法通则第 150 条的规定,被排除适用的不只是违背我国社会公共利益的外国法,还有违背我国社会公共利益的国际惯例。上述规定是我国公共秩序条款的特别之处,其他国家鲜有如此规定的。世界各国的国际私法一般只是规定适用外国法不得违背内国的公共秩序。中国国际私法学会主持起草的《中华人民共和国国际私法(示范法)》也认为不能借公共秩序排除国际惯例的适用,该示范法第 15 条仅规定“依照本法规定应适用外国法律时,如果适用结果明显违背中华人民共和国的公共秩序或者法律基本原则的,则不予适用”。所谓国际惯例,又称国际习惯,是各国重复类似的行为并被认为具有法律拘束力的结果。惯例有广义和狭义之分。外交文件上所用的“惯例”一词是广义的,既包括有法律拘束力的习惯,也包括尚未具有法律拘束力的“常例”,而狭义的惯例则仅指尚未具有法律拘束力的常例。具有法律拘束力的国际习惯是国际法的主要渊源之一,它跟国际条约一样具有优先于国内法的效力,是不宜借助公共秩序条款而排除其效力的。因此,上述条款中的“国际惯例”究竟是指什么,是仅指具有法律拘束力的国际习惯,还是指尚未具有法律拘束力的常例,或者是两者兼指?从现有规定看是不明确的,尚有待作进一步的规定或解释。依笔者拙见,似应跟国际社会的普遍做法相一致,只规定适用外国法不得违背我国的公共秩序;退一步说,如果硬要规定,则应明确仅限于国际商事惯例。

1989 年 1 月广州海事法院在受理海南省木材公司诉新加坡泰垣船务公司和达斌私人有限公司一案中,援用民法通则第 150 条关于公共秩序的规定,排除了国际商会拟定的《跟单信用证统一惯例》的适用。该案是我国法院以公共秩序为由排除国际惯例适用的一次重要司法实践,也是迄今为止我国法院唯一的一次援用民法通则第 150 条规定的公共秩序保留条款的司法实践。对此案,我国学者见智见仁,其中有许多学者认为在该案中法院以公共秩序为由排

[52] 例如依照 1990 年修改的《中外合资经营企业法》第 3 条的规定,合营各方应签订合营协议、合同、章程。我国对 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》第 11 条作了保留,因此,在该公约调整范围内的有我方当事人参加的国际货物买卖合同仍然必须采用书面形式。

国际惯例的适用是不恰当的。^[53] 笔者也认为国际商会是个政府间国际组织, 它所拟定的《跟单信用证统一惯例》在国际社会长期广泛适用, 我国在实践中也参照采用, 因此具有普遍的约束力, 实际上已经具有国际习惯的性质, 是不宜借公共秩序条款排除其适用的。更何况, 借公共秩序以排除外国法律或国际惯例的适用必须同时具备两个条件: 其一是该外国法律或国际惯例本身的内容违背法院地国的公共秩序; 其二, 以多数国家的实践和学者的普遍的观点, 该外国法律或国际惯例本身的内容具有可厌性、有害性或邪恶性, 这是适用公共秩序的前提条件。如果不存在这一前提条件, 根本谈不上适用公共秩序条款以排除外国法或国际惯例的适用。在此案中, 国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》本身内容不存在违背民法通则第 150 条所规定的我国社会公共利益, 因此, 是根本不能适用公共秩序条款来排除《跟单信用证统一惯例》适用的。而法院之所以这样做, 是因为被告恶意串通, 利用伪造提单及其他单证的手段企图骗取货款, 如果适用《跟单信用证统一惯例》, 因为符合“单单一致、单证一致”的规定, 开证行中国银行海口分行就得付款, 将使被告达到骗取货款的目的。

实际上, 大约比此案早一年, 上海市高级人民法院就受理了与此案相近的一个案例, 即中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案。^[54] 该案也是外方以欺诈手段伪造全套单据, 通过信用证付款方式从开证行中国银行上海分行骗取了中方公司的货款。上海法院把该案定性为侵权损害赔偿案, 做出了正确的裁判。当然, 这两案案情有所不同, 上海中技公司案, 因外方在中国银行另有托收货款, 不怕外方不执行判决。而海南木材公司案, 外方在中国并无其他可供扣押的财产, 因此如果外方通过信用证付款方式骗取货款后, 广州海事法院再以侵权案受理, 事后其判决可能是难以执行了。在这种万分紧急的情况下, 广州海事法院可能“急中生智”, 借助民法通则第 150 条规定的公共秩序排除《跟单信用证统一惯例》的适用, 并依照我国民事诉讼法有关规定冻结了该信用证项下的货款, 使我方公司免受巨大损失。笔者认为, 广州海事法院在该案中, 以公共秩序为由排除国际惯例的适用是不恰当的, 因为《跟单信用证统一惯例》本身内容并无任何违背我国公共秩序的地方。至于适用《跟单信用证统一惯例》的结果会使外方达到骗取中方货款的目的, 但这并不构成可以适用公共秩序条款的理由。中方完全可以侵权为由向法院起诉, 要求外方返还货款并赔偿损失, 正如上述上海中技公司一案那样。当然外方在中国并无财产, 可能会使判决难以执行, 这又是另一回事了。

4. 援用我国民法通则第 150 条规定的公共秩序以排除经我国冲突规范指引的外国法的适用, 应认为是一种例外情况。因为国际私法上的冲突规范是适用外国法的法律根据, 如果我国冲突规范指引某涉外民事关系应适用外国法作为准据法, 便应遵守此种指引而适用外国法, 而不问该外国法在具体问题上的规定跟我国法律有何不同。不能仅仅因为外国法的规定跟我国法律规定不同、或外国法的规定是我国法律未规定的、或外国法的规定不利于我方当事人利益的, 就运用公共秩序保留制度去排除外国法的适用; 如果这样, 那么, 所有的涉外民事关系一概适用本国法处理, 国际私法也就无用武之地, 毫无存在之必要, 因为国际私法产生与存在的基础正是在一定条件下对某些范围的涉外民事关系可以或应该适用外国法。因此, 在处理涉外民事关系时, 我国法院适用经我国冲突法指引的外国法, 应认为是一种正常现象, 是一个原则。

[53] 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》,《政法论坛》,1992 年第 5 期。上述“木材”一案,可详见金正佳、郭生平:《涉外海事审判中的法律适用》,《法学评论》,1991 年第 4 期。

[54] 参见《最高人民法院公报》1989 年第 1 期。

只存在例外情况下,方能援用公共秩序条款来限制我国冲突规范的效力,从而排除有关外国法的适用。

5. 此种例外情况就是指外国法的适用结果会违背我国的公共秩序。笔者在前文已指出,在公共秩序适用标准问题上采用“结果说”已是多数国家国际私法的理论与实践,因此我国民法通则第 150 条的适用标准当然应该而且只能采用“结果说”。唯如此,既跟国际社会潮流相顺应,又合情合理,可以切实维护有关当事人的正当权益。这是因为,如果仅仅是外国法本身的规定不符合我国的道德的基本观念或法律的基本原则(如外国法中关于一夫多妻制的规定),就不分青红皂白,也不考虑个案的具体情况,一律排除有关外国法的适用,一则公共秩序的适用会太广太滥,二则有时也是不利于保护弱方当事人正当权益的(如第二个妻子在中国申请继承其夫在中国的遗产)。反之,如果适用该外国法,不但可以保护相关当事人的正当权益,而且在事实上也是无损于我国的公共秩序的。一般说来,如果根据外国法设立、变更或消灭一项民事关系(如结婚),则有违于我国民法通则第 150 条的外国法是要被排除适用的,从而依该外国法产生的民事关系(如一夫二妻婚姻关系)我国也是拒绝承认或执行的。而对于依外国法(即使违背内国公共秩序的外国法)成立的民事关系所附带产生的另一民事关系(如第二妻对夫的继承权),我国倒是可以承认与执行的。总之,只有在外国法的适用结果(而非外国法内容本身)会违背我国的公共秩序,方可援用民法通则第 150 条以排除外国法的适用,也即应该采用结果说。我国民法通则实施以来,尚未援用该法第 150 条排除外国法适用的实践。但在民法通则实施之前,即 1957 年和 1984 年曾就外国离婚判决和外国别居协议的承认问题上,对于适用公共秩序保留的标准是倾向于采取主观说,并且不是从是否与我国婚姻法的基本原则相违背来理解与运用公共秩序,更未考虑具体案件适用外国法的实际结果。对此,我国有学者认为这是应当加以改进的。笔者也持相同看法。并且认为,更不能以外国法的规定跟我国法律规定不同,或者外国法内容本身并无不妥,但其适用的结果会损害我方当事人,从而借公共秩序条款排除外国法的适用。比方说,在法定继承中,我国法律规定父母是第一顺序继承人,而有些国家如德国、法国、日本等却规定父母是第二顺序继承人。假设某甲死亡时的住所在德国,甲的父母在中国,依我国民法通则第 149 条规定,遗产的法定继承,动产适用死者死亡时的住所地法即德国法,而依德国法,在中国的甲的父母并不能继承甲的遗产,如果甲的父母有工薪收入并且不属于继承法第 14 条规定的情况,那么我国法院便不能适用公共秩序条款排除该德国法的适用,尽管适用德国法不利于我方当事人。因为国际私法存在的基础是在一定条件下对有关涉外民事关系也可以适用外国法。如果仅仅因为外国法的规定跟法院地国规定不同,或者适用外国法不利于法院地国的当事人就借助公共秩序条款排除外国法的适用,等于从根本上否定了国际私法,国际社会也只能回复到绝对适用属地法的封建时代中去了。

6. 外国法因其适用结果,会违背我国公共秩序而被排除适用后,尽管在一般情况下可以适用我国相应的国内法来代替,这也是国际社会的通常做法,但并不能认为必须适用我国法来代替被我国民法通则第 150 条排除适用的外国法,而是应该根据个案的具体情况作各别处理。在必要时,仍然可适用被排除的外国法中的其他规定,或者选择适用最有利于案件公正合理解决的其他合适的外国法。