

公共秩序保留在港澳認可與執行內地民商事判決中的運用

宋錫祥*

一、引言

公共秩序保留制度是各國國際私法中普遍適用的一種制度，由來已久，其內容精深，概念模糊、籠統、不確定，被稱之為國際私法的“安全閥”、“防火牆”。公共秩序保留在外國法適用和對外國判決和仲裁裁決的認可與執行問題上是最後一道防綫。其作為國際私法上的一項基本制度在區際私法中發揮着不可替代的作用，中國內地與香港和澳門兩個特別行政區之間也不例外。但由於一主權國家之內各法域之間比國家與國家之間有更強的凝聚力，因而內地與港澳應當慎用公共秩序條款或盡量限制其適用。公共秩序保留制度是一把雙刃劍，如果在一定條件下適用得當，它可以防止本法域不受外法域的“侵害”，有利於維護司法正義和當事人權益，促進彼此交往；如果適用不當或者被濫用，有可能導致國家整體利益在各法域利益的博弈中受到損害。

十多年來，中國內地與香港和澳門兩個特別行政區先後簽署了 7 個有關相互間司法協助的制度性“安排”，其中，6 個安排早已生效，並取得了顯著的成效。但是由於三地在社會制度、經濟制度、風俗習慣和法律制度上存在較大差異，導致區域間司法協助不均衡，並存在一定的障礙。公共秩序保留制度的應用與運行，不僅可以在上述區際司法協助中起到遮罩和調和某些不可協調的法律衝突的作用，使得各法域的根本利益得以保障，而且也有利於促進與提高內地與港澳之間民商事司法合作及效率。在現有的司法協助中，三地不同法域的立法、司法實踐和學者的學說均不同程度地接受公共秩序保留。在區際私法領域中，尤其在中國目前“一國兩制四法域”的特殊狀況下，各法域分別適用公共秩序保留制度則更能體現一個主權國家之下不同地區法律求同存異、共存共榮、和諧發展的局面。

近年來，香港和澳門兩個特別行政區在認可與執行內地民商事判決中相繼適用公共秩序保留條款尤其是馬琳訴楊軍離婚案中，香港特別行政區高等法院原訴法庭以公共政策為理由而拒絕在香港認可與執行內地的離婚判決，存在公共政策被濫用之嫌；香港特別行政區高等法院上訴法庭推翻原判後改判，進行了撥亂反正；最終香港特別行政區終審法院支持二審的意見，將案件拉回到正確的軌道上。該案在公共政策的運用問題上一波三折顯示出各不同法域對於公共秩序保留條款這一“安全閥”的慎用態度。與此同時，內地與港澳區際之間對公共秩序保留制度的運用也存在很多困惑和不同理解，這就需要去破解並在某些問題上達成共識。

* 上海對外經貿大學法學院教授

二、港澳有關公共秩序相關法律及其評析

公共秩序保留制度在內地與港澳的區際私法中均有所規定，在各自的立法與司法實踐中也都有所體現和採用。由於社會歷史的原因，各地區有關公共秩序保留制度的立法情況差異性較大。也正因為如此，中國區際私法中有關公共秩序保留制度的理論與實踐得以在比較和借鑒中日趨成熟和逐步完善。

(一) 香港有關公共秩序的立法與法院對其尺度的把握

香港特別行政區一直保留着普通法傳統。和英國一樣，香港也採用“公共政策”概念。英國法中的“公共政策”不是行政法規，和大陸法系國家的“公共秩序”內涵相類似。但相比於後者，前者範圍更加狹窄，只存在於合同法等領域。並且，英國法中的公共政策僅當援引外國法的效果違背公共政策時才適用，即也採用了“客觀說”中的“結果說”¹，它認為適用公共秩序保留的標準不能僅僅停留在適用域外法律的內容或承認與執行外法域的裁決本身與本法域的公共秩序相矛盾，而應將其適用的結果與影響是否危及本法域公共秩序，以決定公共秩序保留原則的適用。“客觀說”（尤其是“結果說”）較“主觀說”合理。因為裁決所適用的法律與承認及執行地的公共秩序相違背，並不必然意味着承認與執行裁決也與承認與執行地的公共秩序相抵觸，有時判決或仲裁裁決適用一個與承認及執行地公共秩序不一致的法律反而可以維護該法域的公共利益。²顯然，採用此說在一定程度上限制或減少了公共秩序保留的適用機會，而這種限制趨勢符合當今各國(地區)立法和司法實踐的主要發展趨勢。誠然，“客觀說”將認定域外法律的適用或執行其他法域的判決與仲裁裁決之結果是否違背法院地公共秩序的權限賦予了本法域的法院，在某種程度上擴大了法官的自由裁量權，而“主觀說”強調只要原應適用的域外法律或者仲裁所適用的法律與法院地或執行地的公共秩序相抵觸或者有悖於法院地公共秩序或善良風俗原則時，法院地的法院即可以此為理由排除域外法律的適用，而不管該法域法律適用於具體案件的結果是否對法院地的公共利益造成實質性的損害。³並且，1997年以前英國政府締結的有關衝突法的條約和協議大都延伸適用於香港，1997年後，香港割斷了與英國的法律聯繫，在回歸前香港本地法律逐步實行了本土化，但香港衝突法和英國衝突法大致上並無差異。

香港特別行政區法院在區際民商事判決認可與執行問題上，以往大多類推適用其國際私法中的相關規定。香港區際民商事判決的認可與執行中公共秩序保留的適用規則主要通過判例法確定，但香港的成文法也有關於公共政策的原則性規定。1960年頒佈的《外地判決(相互強制執行)條例》[*Foreign Judgment (Reciprocal Enforcement) Act*]中規定，法院可以以強制執行該判決違背香港的公共政策為由拒絕執行外地判決。除此之外，最主要的是，香港要在現行的認可執行域外判決法例中加入“內地判決”這樣一個專門的類別及其相關的法規，即《內地判決(交互強制執行)條例》。該條例須經香港立法會通過，完成有關立法程序後才使《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決的安排》在香港生效。而根據2008年8月1日施行的該安排第9條規定，香港特別行政區法院認為在香港特別行政區執行內地人民法院判決違反香港特別行政區公共政策的，不予認可和執行。也就是說，《安排》只是籠統地規定區際民商事判決的認可與執行不得違背法院地的公共秩序，並沒有明確規定公共秩序保留的適用標準。

1999年6月，內地與香港特別行政區《關於內地與香港特別行政區相互承認與執行仲裁裁決的

安排》達成一致意見，並簽署了備忘錄。上述安排已經最高人民法院於同年6月18日通過，並以發佈司法解釋的形式於2000年1月24日公佈，同年2月1日起付諸實施。香港特別行政區立法會也於2000年1月5日通過香港《2000年仲裁(修訂)條例》(簡稱《2000年仲裁條例》)，加入內地仲裁裁決可於香港特別行政區法院執行的條款(第 IIIA 部：內地裁決的強制執行)，自2001年2月1日起付諸實施。其中，該安排第7條第3款規定，“內地法院認定在內地執行該仲裁裁決違反內地公共利益，或者香港特區法院認定在香港特區執行該仲裁裁決違反香港特區的公共政策，則不予執行。”這些規定都給香港區際衝突法中公共政策原則的適用提供了成文法依據。

需要特別指出的是，香港特別行政區對“公共政策”一詞的涵義有嚴格的界定。在 *Hebei Import & Export Corp. v Polytek Engineering Co. Ltd.*(第2號)案中，終審法院採納了美國案例(*Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc., v Societe Generale de l'Industrie du Paper*)中表達的觀點，即1958年《紐約公約》第5(2)(b)條中關於公共政策的定義是“有悖於人類道德與正義的基本觀念”。因此，給予當事人充分陳述案情的機會以及一個公正獨立的仲裁庭作出的裁決之所以既不影響私人關係也不受私人關係左右，正是基於這種正義和道德感。在此意義上，香港特別行政區法院對於公共秩序的尺度的把握是相當精確的。⁴

香港是一個判例法地區，香港本地沒有成文的國際私法或區際私法，但內地和香港在司法文書送達、執行仲裁裁決和協議管轄的判決認可與執行方面已達成了三個制度性“安排”，屬於區際私法的範疇。在香港本地，有關公共秩序保留的規定存在於判例之中。由於英國在對待國際私法和區際私法的態度上採取了同一說，認為國際私法和區際私法沒有區別，香港的區際私法也採取了相同態度。香港衝突法(指的是《外地判決(相互強制執行)條例》)中所稱的“海外國家”(overseas country)是指香港以外的任何地方⁵，《條例》本身並沒有作出進一步的解釋和細化。全國人大常委會於1997年2月23日根據《香港基本法》第160條作出《處理香港原有法律的決定》，其中，附件三第7條明確指出：香港原有法律中任何提及“外國”等相類似名稱或詞句的條款，應解釋為中華人民共和國以外的任何國家或地區，或者根據該項法律或條款的內容解釋為“香港特別行政區以外的任何地方”。

然而，香港區際衝突法和英國區際衝突法的最大不同之處在於：英國區際衝突法中不包括公共秩序保留制度，其議會至上原則要求英國的一個法域的法律適用不得根據其內容在另一個法域被拒絕。也就是說，英格蘭法院不會以公共政策為由拒絕適用蘇格蘭或威爾士法律，反之亦然。但香港就不存在這一問題，區際衝突法制度類推適用國際衝突法制度，其中也包括公共政策原則。

(二) 澳門有關公共秩序的立法及其特色

《澳門民法典》第20條規定，“(1)如果適用衝突規範所指之澳門以外之法律規定，導致明顯與公共秩序相違背，則不適用該等規定。(2)在此情況下，須適用該外地準據法中較合適之規定，或補充適用澳門域內法之規定。”這是澳門國際私法中關於公共秩序保留條款的規定，由於澳門沒有單獨的區際私法，《澳門民法典》實際上是將國際私法和區際私法混合在一起規定。法典中使用了加之上述條文的用語“澳門以外之法律”、“外地”及“澳門域內法”的概念。其中，“澳門以外之法律”既包括了外國的法律，也包括了內地、香港、台灣地區等的法律。所以，有關澳門區際私法中的公共秩序保留問題，應當適用《澳門民法典》第20條的規定。

澳門在公共秩序保留方面的立法頗具特色，主要體現在兩個方面：第一，“明顯”二字大大減小

了公共秩序保留制度的適用機率，體現了慎用公共秩序保留制度的立法精神，符合國際立法的發展趨勢，具有進步的意義。第二，該條第 2 款中明確規定排除域外法規定之後或繼續適用該域外法中的其他條款，或適用澳門法，這一規定既解決了排除域外法後法官無所適從的問題，又沒有一概規定直接適用澳門法。儘管排除域外法後直接適用法院地法的規定為大多數國家所採取，在實踐中也比較簡便易行，但是從法理上看這樣的規定還尚有欠缺。因為即使被排除的域外法和內域的公共秩序相違背，也不能直接得出法院與該案件由最密切聯繫的結論。所以，澳門立法中有關公共秩序保留條款的規定是比較先進的，超越了狹隘的地區保護。

為了使澳門以外地方的法院所作出的判決獲得確認，《澳門民事訴訟法典》第 1200 條第 1 款具體列舉了承認與執行域外法院判決的 6 個條件：①判決是真實的，對載有有關裁判檔的真實性及對裁判之理解並無疑問；②判決已生效，按作出裁判地的法律，裁判已確定；③原判決法院具有管轄權且不違反澳門法院專屬管轄權規定；④不存在訴訟競合，不得以案件已由澳門法院審理為由提出訴訟系屬的抗辯或案件已有確定判決的抗辯，但澳門之外地方法院首先行使審判權者除外；⑤原判決法院訴訟程序正當，根據原審法院地的法律，已按規定傳喚被告，且有關的訴訟程序遵守辯論原則及當事人平等原則；⑥不違反澳門的公共秩序⁶，即在有關裁判中並無一旦獲確認將會導致產生明顯與公共秩序不相容的結果之決定。

與香港特別行政區一樣，內地與澳門特別行政區於 2006 年達成的《關於相互認可和執行民商事判決的安排》，該《安排》第 11 條規定，被請求方法院經審查核實存在下列情形之一的，裁定不予認可，其中包括第 6 項所指的，在內地認可和執行判決將違反內地法律的基本原則或者社會公共利益；在澳門特別行政區認可和執行判決將違反澳門特別行政區法律的基本原則或者公共秩序。這就意味着雙方可以此為依據援引公共秩序保留制度拒絕為對方提供司法協助的條款。

另外，關於“公共秩序”的涵義，澳門司法實踐中也主張在不同的案件中由法官作出是否援引的決定，且在適用範圍上也採用“結果說”。這都是和國際主流立法和司法實踐相吻合的。

三、港澳法院在認可與執行內地民商事判決中運用公共秩序的最新實例

在公共秩序保留問題上，香港特別行政區法院於 2010 年相繼在認可與執行內地民商事判決中援引公共秩序保留條款而對內地民事判決不予認可，但被上級法院所否定；澳門特別行政區法院在認可與執行內地民商事判決中直接對當事人提出的違反公共秩序的抗辯理由不予支持，這些最新案例揭示和進一步詮釋了公共秩序保留條款的本質特徵和真諦，值得國際私法學界的重視和密切關注。

(一) 香港兩級法院對於本案公共政策的不同理解與運用

就香港而言，最新判決案例首推馬琳訴楊軍案，該案分別經由香港區域法院、高等法院(原訴法庭和上訴法庭)和終審法院審理並作出判決(CACV89/2008)。基本案情是：1992 年，深圳人楊軍和當地女子馬琳在深圳登記結婚，並在這一年創建了潤迅移動通訊服務有限公司。該對夫妻育有兩個兒子，分別出生於 1993 年和 2000 年；長子於深圳出生，幼子於香港出生。其間，楊軍帶着妻兒移居香港，取得了香港的居住權。自 2003 年起，丈夫因工作需要主要居於深圳，而妻子與兩個兒子大部分

時間住在香港。自此夫妻雙方在深圳、香港存在兩個婚姻居所；在深圳、香港兩個司法管轄區均擁有資產。隨着分居時間的增多，夫妻感情發生了變化。2006年5月，馬琳向香港家事法院起訴，要求和楊軍離婚。同年8月楊軍向香港家事法院提交了經濟狀況陳述書。其後，楊軍於同年10月向深圳市中級人民法院提起離婚之訴。馬琳就此向深圳中院提出管轄權異議，請求撤銷其法律程序，但沒有得到法院的支持。她的理由是，一方面，她和楊軍之間的離婚問題香港法院已經受理並作出臨時判決，深圳法院因此無權再次行使管轄權；另一方面，夫妻共有財產主要是股份，而潤迅通訊國際有限公司在香港聯合交易所掛牌上市，香港特別行政區法院處理財產分割問題更為方便。深圳中院認為，香港是司法自治的特別行政區，在管轄的問題上，香港和內地相當於境外和境內的關係，只要還沒有判決結果就不存在衝突，更何況楊軍長期在深圳居住，他向深圳中院提出離婚請求，法院理應受理。2006年11月，香港特別行政區原審法院批予離婚暫准判令，將附屬濟助事宜移交高等法院。2007年11月，深圳中院作出離婚及分配部分財產的判決。馬琳對此未提出上訴。同年12月，楊軍向香港特別行政區法院申請終止香港的法律程序，被香港區域法院駁回。2008年3月香港特別行政區高等法院原訴法庭進行附屬濟助申請的聆訊，拒絕承認深圳中級人民法院的離婚判決，並判令香港批出的離婚暫准判令為最終判令，丈夫必須向妻子支付整筆款項港幣3.78億元。楊軍上訴，高等法院上訴法庭支持其上訴請求，判決認可深圳中級人民法院的離婚判決。馬琳再次上訴，2010年12月14日終審法院維持高等法院上訴法庭的意見，給這起歷時超過4年的離婚案畫上了句號。

公共政策在香港特別行政區法院和內地法院相互認可離婚判決中有其存在的合法性與必要性。在本案例中，香港特別行政區法院認可內地法院離婚判決時，公共政策是其考慮的重要因素。公共政策有被適用的情形，但是最終被否定。在CACV89/2008一案中高等法院原訴法庭和上訴法庭對於公共政策有不同理解與運用，最後得出了迥然相反的結論。原訴法庭法官及一位上訴法庭法官以公共政策為由拒絕認可深圳法院的判決，而上訴法庭則認為應當認可深圳市人民法院的判決。

1. 高等法院原訴法庭對於內地法院判決不予承認的理由

原訴法庭法官 Hon Le Pichon 認為：“綜合衡量各種因素，承認判決將明顯違背公共政策”。他們考慮的因素主要有五個方面。

第一，妻子馬琳和丈夫楊軍分別在香港和深圳法院起訴，由兩地法院處理不同的財產，夫妻雙方是否存在“共同意圖”(common intention)?由於馬琳和楊軍分別在香港特別行政區法院和深圳法院提起訴訟，而內地法院判決未能處理所有夫妻共同財產。庭審中法庭對兩人是否存在共同意圖，由兩地法院處理不同的財產，引發很大爭議。若存在共同意圖(由兩地法院處理不同的財產)，則香港不需要認可深圳的離婚判決，即深圳的判決在深圳有效，並得到執行，香港特別行政區法院對未處理的財產行使管轄權；若不存在共同意圖(由兩地法院處理不同的財產)，則由深圳法院判決即為正確，應認可深圳的離婚判決，香港特別行政區法院無權再做處理。是否存在共同意圖，是香港特別行政區法院認可深圳的離婚判決和處理深圳法院未處理財產的關鍵之所在。

初審法庭林文瀚法官認為，如果裁定認可深圳的判決，將使香港特別行政區法院無權對隱匿財產進行處理，這無法達到雙方的共同意圖。其理由為：丈夫試圖阻止妻子處理香港的財產，並積極參加香港的法律程序，其在香港發令狀抗辯妻子的行為表明其接受香港法院的管轄權。整個程序表明，丈夫有意進行平行訴訟(parallel proceedings)，由深圳法院處理部分財產、香港特別行政區法院處理剩餘部分財產。因此，至少可以說香港的法律程序符合夫妻雙方的共同意圖。妻子向法院指出，她將遵守

深圳法院就財產分割問題所作的判決，她在香港特別行政區法院起訴僅僅是針對未分割的和隱匿的財產，雙方在香港的法律程序中發現的證據大部分針對隱藏財產。因此，就隱匿財產在香港進行訴訟，是雙方的共同意圖。原訟法庭推定夫妻雙方存在不同地方的財產由不同地方的法院判決的“共同意圖”，是基於夫妻雙方在香港和內地均有財產，兩地法院很難完全掌握他們的財產狀況，而對香港特別行政區法院 HCA1088 所涉財產，深圳法院未作處理，當事人雙方也都未提及，原訟庭法官據此推定，夫妻具有“共同意圖”，HCA1088 所涉財產應當由香港特別行政區法院在附屬濟助程序範圍內進行分配。

第二，丈夫是否隱瞞財產而違背香港的公共政策？在隱匿財產問題上，初審法官援引了 **Hermain** 禁令的內容。**Hermain** 禁令的邏輯是：如果一方當事人選擇在一個法院訴訟是為了獲取在比對手更為有利的地位，這時法院應對這種不合理行為加以干涉。**Hermain** 禁令所包含的內容是法律衝突規則中公共政策原則的一個方面。**Hermain** 禁令表明如果管轄爭議被法庭策略扭曲，那麼它就違反正義的基本理念。在這種情形下，通過行使屬人管轄權糾正扭曲行為並不認為是違背國際禮讓原則。初審法官在判詞中指出，深圳中院確實做出了准予離婚和財產分割的判決，但仍有大量婚姻資產(從妻子提起的法律程序可知這些資產有的在在香港，有的在內地被丈夫隱瞞)沒有被處理，因為丈夫在起訴時沒有提出(依據不告不理原則，法院不會主動處理未請求的資產)或者妻子提出了卻沒有足夠證據來證明。如妻子提出丈夫通過贈送股份、房產等方式將財產轉移至其母親及兄弟名下。因此初審法庭認為丈夫有隱瞞財產的行為，這與香港的公共政策相違背。

第三，庭審中，在選擇管轄問題上，妻子的代理律師認為，本家中丈夫通過挑選對自己有利的管轄法院進行訴訟的策略，這一做法違背公共政策。該律師援引了英國 1984 年的一起判例⁷，法官 **Wood** 對拒絕認可的剩餘裁量權作出如下陳述，“一國法院在行使公共政策的自由裁量權時，所要考慮的情況是無限制的，我也不想界定它的界限。很多人認為這樣一個廣泛的自由裁量權會導致法律的不確定性，我想說明的是，在家庭法司法領域，法院擁有非常寬泛的自由裁量權。”該案判詞中寫到，“以下情形無疑是違背法律的公共政策的：允許居住地都在該國的婚姻雙方當事人之一在繼續擁有英國居所的情形下，僅僅憑藉其有經濟實力前往某國，並依據對其臨時有利的法律在該國提起訴訟，達到規避居住地法律並剝奪婚姻另一方當事人權利的目的”。也就是說，當事人通過選擇管轄法院，剝奪對方權利，達到規避法律的目的，這種情形明顯違背公共政策。而初審法官對此也有不同看法，他認為，本案事實有明顯不同，對丈夫而言由於內地對香港離婚判決不認可，所以他需要一份內地的判決書，且本家中選擇管轄並不是關鍵問題，因為一方面香港離婚判決在內地的效力非常值得懷疑，內地的財產即便由香港特別行政區法院判決，也無法在內地執行，另一方面是丈夫並沒有選擇與其沒有實質聯繫的管轄法院，並通過離婚判決來獲取平行訴訟優勢。婚姻在深圳締結，在香港和深圳都有婚姻居所和家庭財產，丈夫大部分時間在深圳居住，而妻子在香港的時間居多，不能簡單地認為本案與 **Chaudhary** 案相類似，並由此拒絕認可內地離婚判決。

第四，丈夫“操縱”了訴訟程序。原訟庭法官認為，丈夫為了己方利益通過一系列的訴訟行為“操縱”訴訟程序。例如，2007 年 12 月 3 日，丈夫申請永久推遲附屬程序，意使妻子的附加濟助(ancillary relief)申請得不到支持，並以即將到期的解決財務糾紛的審理(FDR hearing)為由缺席庭審。2008 年 3 月 10 日的附屬濟助聆訊中，當天上午丈夫指定代理人參與，下午即撤銷指定親自出席，並缺席其後的審判。

第五，承認內地判決對妻子是否會造成不利影響。原訟法庭法官認為，承認深圳法院判決將給妻子帶來嚴重的不利後果，未決的贍養訴訟和每月支付暫時生活費均將被取消，妻子不能就持續的贍養向法庭請求金錢，法庭無權繼續處理HCA1088 所涉事宜。“這與婚姻法規在已婚者之間體現正義公平的基本準則很難吻合”，“支持丈夫是不合理的，妻子將面對全新的障礙，過去的訴訟將付諸東流”。⁸

此外，原訟法庭認為深圳法院對測算的財產價值不夠準確，實際上，本案所涉財產的價值應當是港幣 3,200 萬元，而不是人民幣 1,468 萬元。

2. 高等法院上訴法庭承認內地法院判決的理由與考量因素

針對原訟法庭基於公共政策拒絕承認內地法院的判決，上訴審法官提出如下針對性意見和看法，歸結起來，主要有以下四方面。

第一，從動機的角度看，不能因為內地判決只處理了部分家庭財產而拒絕承認該判決。理由是即使所有財產都被處理，且假設由香港特別行政區法院處理，實際的後果是判決不會在深圳執行，因為妻子認為丈夫在內地還有大量的“隱匿財產”。不應推定存在“共同意圖”，因雙方並未協商在哪裏解決糾紛。丈夫在香港訴訟開始不到 5 個月就在深圳提起訴訟，暗示他希望在深圳尋求援助。妻子向深圳法院申請就隱匿財產進行判決，未表明由香港法院管轄的意圖，相反，她表示保留在深圳起訴的權利，且她沒有在香港申請絕對禁令以賦予香港法院作出附屬濟助最終判決的管轄權。

恰恰在這一問題上，上訴法庭過半數法官裁定雙方沒有共同意圖在不同司法管轄區就不同財產進行訴訟，否則妻子不會在深圳提出擱置申請，丈夫也不會在香港提出擱置申請。夫妻雙方參加兩地的法律程序，是無奈之舉。上訴法官認為，初審法官裁定存在共同意圖，但未表明大家對這一說法明確表示同意。初審法官所指的“共同意圖”難以出現，初審法官對共同意圖的推斷難以找到支撐理由。上訴法官分別從丈夫和妻子兩個角度加以推斷。

從丈夫的視角無法推斷共同意圖的存在。從案情的整體進程審視，雖然丈夫同意香港特別行政區法院關於中期未決訴訟的命令、中期贍養費的命令及其他命令，並按要求披露財產狀況，但在糾紛一開始其就啟動了深圳的訴訟程序，並且事實上他沒有在香港提出附屬濟助申請。這個行為表明丈夫一開始就希望從深圳法院獲得救濟，而沒有“兩地兩救濟”的意圖。

從妻子的角度也無法推斷共同意圖的存在。其一，妻子參加深圳的程序是無奈之舉，不是共同意願。丈夫在 2006 年 10 月下旬開始就啟動了深圳的訴訟程序，妻子曾試圖擱置這些法律程序，但沒有成功，她顯然是不情願的一方。因為儘管事實上香港特別行政區法院在此階段已經解決了監護權問題，但由於監護權問題的重要性，丈夫在深圳的訴訟程序中一直請求對孩子的監護權。妻子害怕失去對孩子監護權，只能應訴。其二，妻子曾要求深圳法院對隱匿財產做出判決。由此可知初審法官推斷的由香港特別行政區法院對內地隱匿的財產做出判決不符合妻子的意願。妻子最終撤回該申請不是由於雙方有意將該部分財產在香港法院進行訴訟，而是由於證據不足，只能告知深圳法院她保留此項權利。其三，妻子的代理律師告知法庭，絕對不可能存在共同意圖，因為兩地分別處理不同的財產顯然違背妻子的初衷。妻子在深圳申請反訴禁令的時候通過其律師表明，深圳的判決將使她在香港的附屬濟助申請被終止。妻子深知，其可以選擇由深圳法院對全部財產做出判決(包括內地被隱匿的財產)，或者擱置深圳的法律程序保證香港附屬濟助程序的進行，否則她的財產權益得不到全面的保障。妻子在深圳申請擱置深圳的法律程序，在香港申請擱置深圳的法律程序，都足以證明雙方沒有共同意圖。

妻子也沒有在香港及時請求絕對判令以使她的附屬濟助申請盡快得以判決，這是因為她對丈夫的隱匿財產尚且證據不足，如果此時申請絕對判令，內地的隱匿財產得不到處理，其財產權益仍不能得到全面保障。申請絕對判令還需要時間，只能在深圳法院請求反訴禁令。

第二，以公共政策為由適用自由裁量權應考慮的因素。大法官Stephen Wildblood QC在英國 2007 年的一個案例中指出，以公共政策為由適用自由裁量權應考慮的因素有：①法院拒絕認可的權力應保守適用，即公共秩序保留應有限適用，②禮讓原則是一個相關因素，③香港《婚姻訴訟條例》第 61 條(2)款(b)項公共政策的運用屬於剩餘裁量權，④導致雙方當事人離婚的行為可能是相關因素，⑤動機也是一個相關因素，⑥拒絕認可對雙方當事人造成的結果也是相關因素。

本文摘其要點做如下概括和分析：其一，法院拒絕認可的權力應保守適用，這就意味着對待公共秩序保留應持謹慎態度，並有限制地予以適用。其二，關於國際禮讓原則，馬琳訴楊軍案中原訴法庭法官指出我們不能授予反訴禁令，我們必須接受以下觀點：一方當事人在另一方當事人已經在香港特別行政區法院對其提起離婚申請的情況下，在香港之外的法院進行平行訴訟，並不違反爭議的基本概念。既然訴爭必定發生，那麼同樣不能以外地法院取得了管轄權為由判定認可外地的離婚判決違背公共政策。不同的國家有不同屬人法、不同的司法標準和實踐。如果一國過度批判另一國的標準，或者不願意認可依據住所地法為有效的判令，那麼其就不享有禮讓的利益。其三，動機因素或共同意圖問題。關於拒絕認可對雙方當事人造成的結果，原訴法庭法官認為拒絕認可內地離婚判決的惟一實際效果就是能夠阻止丈夫申請終止香港附屬濟助申請的法庭策略。而認可深圳離婚判決將直接導致妻子的經濟給養不足，妻子由此將成為社會的負擔，這違背香港的公共政策。⁹ 原訴法庭法官的邏輯即為，只有拒絕認可深圳離婚判決，香港特別行政區法院才有權繼續處理經濟給養問題。上訴法庭法官則認為，對於尚未解決的問題，妻子(找到足夠證據後)仍可以就未處理的財產請求深圳法院做出判決。丈夫應承諾說明妻子重啟深圳法律程序，要求深圳法院進一步對未處理的財產做出分割。丈夫的代理律師告知法院，丈夫的承諾已向法院提交。由此可知，深圳的後續法律程序能夠給予妻子足夠的保護。原訴法庭對此應該沒有異議。現在的問題是：如果妻子當初提出上訴，香港就認可深圳的判決；妻子沒提出上訴，香港特別行政區法院就能以公共政策為由拒絕認可？這個邏輯顯然是行不通的，原訴法庭在運用自由裁量權時出現了差錯。

第三，丈夫是否存在“操縱”或者控制訴訟的行為。本案與深圳法院具有實質性的聯繫，如婚姻在深圳締結、兩地都有婚姻住所和家庭財產、夫妻雙方在兩地均有輪流居住的事實。丈夫具有在深圳起訴的正當理由，不存在“操縱”訴訟的行為。

第四，對於妻子的利益，理想的狀況是，附屬濟助由同一個法院處理，以便法院全盤掌握雙方財力狀況和需求。妻子在內地訴訟程序中的訴訟權利得到保障，深圳法院將家庭財產平等的分配給夫妻雙方，妻子並未正式提起上訴請求以阻止判決的承認。公共政策並非一成不變的概念，該案中兩級受案法院對公共政策的闡釋均與案件事實密切相關。案件中的某些細節及承認判決的後果均是法官自由裁量時斟酌的方面。法官的某種內心信念也會左右其判斷。兩相對比，上訴法院的判決通盤考慮，說理透徹，思路清晰，環環相扣，邏輯嚴密，令人信服。香港特別行政區終審法院最終支持高等法院推翻原訴庭的判詞和意見，維持高等法院上訴庭的判決理由。

(二) 澳門法院對於公共政策在判決中的理解與具體運用

在《關於內地和澳門特別行政區相互認可和執行民商事判決的安排》生效後，澳門特別行政區法院已處理超過十個具體案件，不僅展現出《安排》付諸實施的效果，而且更以司法實踐深化了對《安排》理解與適用。¹⁰ 在終審法院 2010 年 2 月 11 日終審判決的一件上訴案件中¹¹，一方當事人對佛山市中級人民法院一審和廣東省高級人民法院終審判決提出質疑，請求澳門特別行政區法院以違反程序公正、澳門法律基本原則和公共秩序為由拒絕認可與執行內地的判決。基本案情是，甲乙雙方和其他人士在澳門成立了一家公司，後稱B公司，而甲持有該公司 45% 的股份。幾經周折後，乙說服甲向其出具一份授權書，尤其是授予上述股份有關的所有權利，便於公司經營管理。乙持有該授權書虛構甲向其借款澳門幣 5,000 萬元，並在甲毫不知情的情況下，通過公正文書把甲的股份抵押給乙，作為上述虛假借款的擔保。佛山市中級人民法院在判決中認定了這些事實，同時提出甲不可能向乙借款，因為在此期間甲正在被實行“雙規”。一審法院還認定，在內地法院審理的刑事案件中，上訴人因觸犯刑律的事實被認定構成詐騙罪的主犯，並判處 12 年有期徒刑，也作為民事訴訟的訴因之事實。在民事訴訟判決中，法院認為，針對爭議適用澳門實體法《澳門民法典》第 239 條規定(由於法律行為欠缺表意人甲的意思表示，致使債權無效)並裁定請求成立，45% 公司股份的抵押無效。在本案中，主債權(澳門幣 5,000 萬元)無效，擔保債權的質權作為從債權也相應無效。於是，佛山市中級人民法院判定，為乙所設定的把原告一家公司股份作抵押的合同無效。甲不服一審判決，遂提起上訴，廣東省高級人民法院維持原判。

針對一方當事人對內地一、二審判決提出了異議與挑戰，澳門特別行政區中級法院於 2009 年 7 月 2 日在裁定認可與執行內地判決時，依法作出了系統而全面的闡述。

第一，民事案件認定的事實是否以本案刑事訴訟認定的事實為依據？上訴人聲稱，在民事訴訟中僅將刑事案件判決所認定的事實作為基礎，視為已認定的事實。但沒有任何證據證明。在民事卷宗材料中，沒有涉及有關刑事案件是如何進行的事實。不僅上訴人沒有證明，反而相反的事實得到證實。該民事訴訟判決是雙方當事人附在訴訟的文件、證人證言及審判聽證中雙方當事人經質證認定的事實。法院還認定上訴人在刑事案件中，因屬於民事訴訟的訴因的事實，作為詐騙罪主犯被判處 12 年徒刑。上訴人認為，在民事訴訟中認定的事實，只是該事實在刑事案件中已被認定了的觀點是沒有任何根據的，上訴人在訴訟中被傳喚並給予辯論的機會，也沒有提出異議，所以，這裏並不存在所謂違反了民事訴訟中的辯論原則及當事人平等原則，也沒有違反程序公正。

第二，雙方當事人合意選擇適用的澳門法律是否得到準確適用？根據《澳門民法典》第 662 條第 1 款規定，質權為一項物權的擔保，債權人擁有質權時，有權從屬於債務人或第三人的特定動產、債權或其他權利的價值中，優先於其他債權人實現其債權。擔保的性質看，質權是一種以合同設定的擔保物權，具有從屬性，其設定、維持及撤銷往往受擔保債權的設定、維持及撤銷的影響，正如保證一樣，屬於一項從屬擔保，一旦主債權無效，依附於主債權的質權也歸於無效。在本案中，一方面，乙勸說甲出具授權書並憑藉該授權委託書虛構甲向乙借款澳門幣 5,000 萬元。另一方面，在甲不知情的情况下，乙通過公證書把 45% 公司股份抵押給自己(乙)，作為上述虛假借款的擔保。這裏作為主債權的借款澳門幣 5,000 萬元是虛構的，擔保該債權的抵押合同是乙單方面作出的，缺少該法律行為中甲的意思表示。因此，由於屬於乙的債權因無效而不存在，擔保該債權的質權同樣歸於無效。終審法院認定，不論是否正確引用了《澳門民法典》第 239 條，佛山市中級人民法院對於認定的事實已準確適

用了澳門法律。

第三，裁定認可內地法院的判決是否違反澳門法律的有關規定和公共秩序？為了使澳門以外地方的法院所作出的判決獲得確認，《澳門民事訴訟法典》第 1200 條第 1 款具體列舉了承認與執行域外法院判決的 6 個條件，其中之一是不違反澳門的公共秩序，即在有關裁判中並無一旦獲確認將會導致產生明顯與公共秩序不相容的結果之決定。根據《澳門民事訴訟法典》第 1202 條第 2 款規定，如果域外有關法院是針對澳門居民作出的判決，按照澳門的衝突規範，理應適用澳門的實體法，則爭議所依據的法律受澳門實體法支配，使有關訴訟產生對澳門居民較有利的結果。

在本案中，不存在實體方面和法律適用方面的特別情況，澳門特別行政區法院一般情況下，只是形式性的審查，因為上訴人並沒有以此依據提出爭辯，該條款確保那些純粹可以處分和放棄的利益。上訴人認為，作為本民事訴訟的被告，他不是合適的訴訟當事人，勢必會出現訴訟的非正當性問題，以及沒有將所提到的法律規定適用於事實，從而構成對澳門公共秩序的損害或違反澳門法律的基本原則。在上訴人沒有提出充分證據時，應認為認可的必要條件已經具備，雖然這並不妨礙法院通過審查卷宗或法院依職權發現欠缺某些認可要件而拒絕給予認可。另外，當事人在相關交易中選擇澳門地區的法律作為其準據法，而廣東法院在審理中正確援引和適用了澳門法律的相關條文，並不存在引用不當的問題。

據此，澳門特別行政區終審法院判定，因為上訴人對內地民事判決提出的質疑不成立，無需再進一步依照《澳門民事訴訟法典》第 1200 條第 1 款第 6 項和《安排》第 11 條第 6 項規定考慮和查證是否違反澳門公共秩序和法律基本原則的問題。¹²

四、對港澳適用公共秩序保留的基本評價及其對內地的啟示

公共秩序保留制度是一項既希望被適當使用，又需要加以嚴格限制的制度。與其他制度不同，公共秩序保留並非以“被廣泛、普遍適用”視為其成功標誌；相反，該制度的適用範圍越小，適用機會越少，反而標誌着它越來越完善。¹³ 對公共秩序保留的適用加以限制已成為國際社會較為普遍的要求。

公共秩序保留制度是為限制和排除外國法在本國的適用而制定的，其目的是為了維護本國的社會公共利益。顯然這是一對矛盾，然而縱觀國際私法發展史，國際私法的發展正是在適用外國法與限制或排除外國法適用的矛盾中前行的。有學者說：“國際私法隨着‘法律准入’和‘法律准入壁壘’這一矛盾的彼長此消而不斷向前邁進。”¹⁴

應當指出，香港作為一個判例法的地區，普通法和衡平法構成香港法的基礎，香港有“遵循先例”的傳統，上級法院作出的判決，對於同級法院和下級法院均具有法律約束力。在具體適用公共秩序保留時，既要考慮“遵循先例”的指導和限制，如上訴庭法官 Hon Cheung 特別考慮大法官 Stephen Wildblood QC 在 2007 年一個案件中提到的拒絕承認的權力不能被濫用。法官在考慮有關公共政策問題時，應遵守相應的限制，深入考慮的是承認域外離婚的後果，除非從根本上觸犯了司法公正理念。香港特別行政區法院通過對本案和引用案件的解釋，進一步細化了公共秩序保留的適用規則。

同時也有成文法的依據，《香港婚姻訴訟條例》(第 179 章)關於公共政策的內容包含在第 61 條中，

該條訂明可能拒絕承認的兩項情況。第一項為強制性的，即對於在香港以外地區獲准的離婚或合法分居，如果在批出或獲准時，按照香港法律，雙方並無婚姻關係存續，則該項離婚或合法分居的有效性在香港不得予以承認。另一項是酌情性的，分為兩種情況：一是程序違法，如該項離婚是由一方配偶在沒有給予合理通知的情況下取得的，或是另一方配偶並未獲得合理機會參與有關法律程序；二是明顯違背公共政策，即承認該項離婚或合法分居會明顯地有違公共政策。應當指出，拒絕承認的理由在香港受到嚴格限制，而“明顯地有違公共政策”的酌情決定權極少使用。¹⁵

除此之外，還要依據雙方達成的區際判決協定，如2008年8月1日生效的《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決的安排》，在其第9條規定，只要在香港執行內地判決有違香港特別行政區的公共政策，香港特別行政區法院就可以此為理由而拒絕認可與執行。這裏並沒有對適用標準作出具體規定。但《安排》本身也存在適用的局限性，沒有把婚姻關係引起的財產權利、社會保障等內容納入其中，只適用於由商業合同引起的金錢判決，而且是限於協議管轄的範圍。因此，有關公共秩序保留的條款無法適用與家事法有關的民事判決。儘管如此，香港特別行政區高等法院和終審法院對馬琳訴楊軍離婚案判決的裁定認可取得了歷史性的突破，首開認可內地法院作出涉港離婚民事判決案件在香港的有效性之先河，具有里程碑意義，為本案解除婚姻後涉及內地和香港的子女撫養權、贍養費、財產分配等判決的執行奠定了基礎，提供了判例法依據。與此同時，2010年12月15日，香港立法會“三讀”通過了《婚姻法律程序與財產條例》的修訂草案，同年12月23日經行政長官簽署後，刊憲為條例2010年第20號，2011年3月1日付諸實施，從而排除了法律上的障礙並在程序上保障涉及內地和香港的離婚案件能夠在香港得到認可與執行。

香港三審法院在審理一起認可與執行內地法院離婚判決的案件中一波三折，最終回到正確的軌道上，這恰恰說明了香港特別行政區高等法院和終審法院對公共秩序保留的慎用態度和做法，是值得稱道的。但是，香港對“公共秩序”的理解主要針對法律範疇上的“公共政策”和“公眾利益”，較少考慮政治因素，涉及範圍相對狹窄。不過，無論是香港的判例法還是成文法，對於公共政策的援引被嚴格限制在適當的限度之內，也是應當提倡的。

在“一國兩制”條件下，內地與澳門對公共秩序保留的規定也存在著一定的差異。內地的“社會公共秩序”的內涵涉及範圍相對寬泛一些，包括國家主權、國家安全、法律基本原則、社會公共利益以及國家經濟政策等內容；而澳門則在公共秩序保留的適用條件上有嚴格限制，即《澳門民法典》第20條中的“明顯與公共秩序相違背”的提法，是以“明顯違背”為適用的限制性條件。在這一點上與香港的成文法規定相類似。

內地“社會公共利益”本身是一個不確定的寬泛概念，與港澳兩地不同，由於內地在立法上缺乏相應的限定詞，往往容易被不適當地濫用。因此，有必要在修改內地《民事訴訟法》和《民法通則》時，將適用條件僅限於“明顯”違反社會公共利益。這一做法有助於減少公共秩序保留條款的使用概率，作為保護執行地法域基本道德準則和政策的最後一道防綫。

相比於國際上和港澳通用的“公共政策”和“公共秩序”、“公共秩序或善良風俗”，內地的這一表述似乎也欠妥，仍有改進餘地。因為它似乎給人這樣一種導向：內地立法涉及公共秩序保留條款中所保護的是和個人利益不重合的、抽象出來的公共的社會利益。而無論從理論上還是實踐中，這一條款所保護的應該包括和公共利益無關的個人利益，如違反內域公共利益的合同所保護的就是當事人所享有的正當利益。所以，“公共秩序”所蘊含的應當是保證一國(或地區)社會各部分正常運轉的原

則和理念，包括私法中所滲透的公序良俗內容，而不應只局限於“社會公共利益”。

如上所述，除了在公共秩序適用條件上港澳與內地有所不同之外，內地與香港和澳門三地都堅持“客觀說”中的“結果說”，在公共秩序保留的適用標準上具有趨同性。在內地，2007年7月23日最高人民法院發佈的法釋[2007]14號《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第7條規定，“適用外國法律違反中華人民共和國的社會公共利益的，該外國法不予適用，而應當適用中華人民共和國的法律。”雖然該司法解釋的措辭中沒有外國法適用的“結果”違反我國公共政策的表述，但從該條款的立意分析，內地司法實踐中是以外國法適用的結果違反我國的公共政策作為根據公共政策排除外國法適用的標準的。¹⁷ 它較“主觀說”更為合理。因為裁決所適用的法律與承認及執行地的公共秩序相違背，並不必然意味着承認與執行裁決也與承認與執行地的公共秩序相抵觸，有時判決或仲裁裁決適用一個與承認及執行地公共秩序不一致的法律反而可以維護該法域的公共利益。顯然，採用此說在一定程度上限制或減少了公共秩序保留的適用機會，而這種限制趨勢符合當今各國(地區)立法和司法實踐的主要發展趨勢。誠然，“客觀說”，特別是其中的“結果說”，將認定域外法律的適用或執行其他法域的判決與仲裁裁決之結果是否違背法院地公共秩序的權限賦予了本法域的法院，強調其結果和法律影響，在某種程度上擴大了法官的自由裁量權，而“主觀說”只強調適用域外法律或承認與執行外法域裁決的有害性，而不注重域外法律本身是否與本法域的公共秩序相違背。因此，一方面，內地與港澳三地在司法實踐中應當協調一致地繼續堅持“結果說”，力求做到公共秩序保留的適度適用，另一方面，在區際制度性安排上，兩個《安排》對於相關的公共秩序保留條款的內容都應作相應的調整和充實，以體現“結果說”的原則和精神。

註釋：

¹ See J. G. Collier: *Conflict of Laws*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, pp. 359.

² 趙健：《論公共秩序與國際商事仲裁裁決的承認與執行》，載於《中國國際私法與比較法年刊》，北京：法律出版社，1999年，第383頁。

³ 孫南申：《論一國兩制下區際私法中的公共秩序保留》，載於《華東政法學院學報》，2005年第4期。

⁴ 李劍強：《中國內地與香港特區承認與執行仲裁裁決制度之比較及實例分析》，北京：人民法院出版社，2006年，第171-172頁。

⁵ 見香港《外地判決(相互強制執行)條例》第2條。

⁶ 宋錫祥：《中國內地與澳門區際民商事司法協助的成效、問題及其完善建議》，載於《政治與法律》，2011年第8期。

⁷ 見 *Chaudhary v Chaudhary* [1984] 3 All ER 1017。

⁸ 陳小燕：《香港法院在承認內地法院離婚判決中的公共政策考慮》，載於《新西部》，2011年第6期。

⁹ 《馬琳訴楊軍案一審判決》，載於香港法律參考資料網：http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=63387，2017年12月26日訪問。

¹⁰ 張憲初：《澳門對中國民商事區際司法協助發展的貢獻及其特色》，載於《比較法研究》，2010年第3期。

- ¹¹ 澳門特別行政區終審法院第43/2009號案合議庭裁判，2010年2月11日。
- ¹² 同註10。
- ¹³ 林達、馬雪濤：《公共秩序保留在我國司法實踐中適用之考量》，載於天涯法律網：http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=5872，2017年12月26日訪問。
- ¹⁴ 李健男、呂國民：《對公共秩序保留制度的反思與展望》，載於《法學評論》，1996年第4期。
- ¹⁵ ML v YJ [2011] 1HKC 447，載於香港律師網：<http://hk-lawyer.com/zh-hant/innerpages/37/2011/3/Family%20Law/37>，2017年12月20日訪問。
- ¹⁶ 高曉力：《國際私法上公共政策的運用》，北京：中國民主法制出版社，2008年，第103頁。