

国际商事仲裁强制性规定适用问题研究

高 薇^{*}

内容提要 强制性规定的适用是国际商事仲裁中最普遍和最复杂的问题之一。这源自当事人意思自治原则、强制性规定所体现的国家公权力,以及仲裁员平衡二者以作出具有可执行性裁决义务三者间的紧张关系。在国际仲裁理论和实践中,对于仲裁庭应当如何适用强制性规定,尚缺乏统一做法和理论共识,但强制性规定普遍存在于合同准据法、仲裁地法及除二者之外的第三国法律中,并能直接威胁仲裁的效力,必须予以关注。我国法律欠缺对仲裁实体法律适用的详细规定,各仲裁机构对强制性规定的适用规则差异较大。法律适用规则上欠缺确定性和可预见性,不利于当事人选择中国仲裁,也与我国当前大力发展国际仲裁事业的总体要求脱节。建议从国际商事仲裁的特性出发,参考国际仲裁实践和理论,不直接在《仲裁法》和仲裁规则中体现强制性规定的内容,而由仲裁庭在裁量范围内斟酌决定强制性规定的适用。

关键词 国际商事仲裁 强制性规定 优先性强制条款 公共政策

目 次

- 一、问题的提出
- 二、国际商事仲裁中强制性规定适用的特殊性
- 三、国家对国际商事仲裁的两种控制
- 四、强制性规定在国际商事仲裁中的适用路径及冲突解决
- 五、结语

^{*} 北京大学法学院长聘副教授,法学博士。

一、问题的提出

自萨维尼时代起,就有众多学者探讨和论述那些“无需冲突规范援引而必须被直接适用的强制性规定”的识别和效力问题。长久以来,这种规范的称谓在国内外的学术讨论和法律规定中并不统一。《罗马条例I》第9条使用的是“优先性强制条款”(overriding mandatory provisions)。我国理论中称其为“直接适用的法”,即《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第4条规定的涉外民事关系中的“强制性规定”。

与涉外民商事诉讼不同,国际商事仲裁中的强制性规定“隐身于”法律的明文规定中,处于仲裁庭裁量权的“阴影”之下,却直接威胁仲裁的效力。联合国《国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》),瑞士、英国、新加坡这些国际商事仲裁发达国家的法律,国际商会(ICC)国际仲裁院、伦敦国际仲裁院(LCIA)、新加坡国际仲裁中心(SIAC)这些国际知名仲裁机构的仲裁规则及联合国国际贸易法委员会(以下简称“贸法会”)仲裁规则虽都明确规定了仲裁实体法律的适用,却未在法律适用部分提及强制性规定。但强制性规定普遍存在于合同准据法、仲裁地法及除二者之外的第三国法律中,并在其可能适用的场合要求得到适用。仲裁庭则必须在欠缺明文规定和理论指引的情况下,处理与之有关的问题。这使强制性规定成为国际商事仲裁中最普遍、最微妙和最棘手的问题之一。当今世界大国和主要经济体间的矛盾和摩擦呈现上升趋势,大国博弈激化,它们在涉外私法、公法或经济法领域运用强制性规定以加强国家控制,并对私人法律关系造成影响。早有不少文献分析了经济制裁作为一种强制性规定对国际商事仲裁的影响。^①而美国近期频繁使用单边经济制裁,给包括我国和我国企业在内的国家及私人主体带来了不利影响,突显我国在国际商事仲裁中解决经济制裁相关问题的必要性。近些年来,欧盟国家为贯彻欧盟经济一体化政策,防止当事人以仲裁方式规避法院地根本性市场法规,往往直接否定仲裁协议的效力。

因此,对当今所有国家而言都具有普遍意义的问题是,在作为处理国际争议最主要途径的国际商事仲裁中适用强制性规定的正当性是什么?仲裁庭应当如何处理强制性规定有关的争议?主权国家又应当如何协调适用强制性规定、维护公共秩序和促进仲裁制度发展三者之间的关系?

就我国而言,仲裁的实体法律适用是国际商事仲裁最重要的问题之一,而现行《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)以及《仲裁法(修订)(征求意见稿)》《仲

^① 主流观点及实践均将经济制裁识别为一种强制性规定,这一问题也在国际商事仲裁领域被广泛探讨。参见杜涛、叶子雯:《论经济制裁对国际商事仲裁的影响》,载《武大国际法评论》2023年第3期,第70-71页;霍政欣、陈静:《单边经济制裁对国际商事仲裁的影响及其国际解决方案》,载《国际法研究》2024年第1期,第47页;see Taejoon Ahn, *The Applicability of Economic Sanctions to the Merits in International Arbitration Proceedings: With a Focus on the Dynamics between Public International Law Principles, Private International Law Rules and International Arbitration Theories*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.18:2, p.303-304 (2018).

裁法（修订草案）》中缺乏关于仲裁中实体法律适用的明确规定。本文在梳理我国 30 个头部仲裁机构的规则^②、8 个自贸区仲裁规则和中国海事仲裁委规则共计 39 个涉外案件的仲裁规则后发现，^③ 这些规则对仲裁庭实体法律及强制性规定的适用极不统一。针对强制性规定而言，主要类型有三：一是无规定。包括与《仲裁法》第 7 条规定相同^④ 及完全未对法律适用进行规定^⑤。二是规定当事人有约定实体法律适用的，从其约定，并规定当事人的约定不得与强制性规定相抵触，但未说明是哪种强制性规定。^⑥ 三是在类型二允许当事人约定法律适用的规定之外，规定当事人的约定不得与仲裁地强制性规定相抵触。^⑦ 在后两种类型下，当约定与强制性规定相抵触时，由仲裁员处理。

由此引发的问题是：鉴于国际立法和其他主要国际仲裁机构均未直接明确强制性规定的适用，我国是否有必要在法律和仲裁规则中明确予以规定？如果规定，应当是什么法中的强制性规定，是仲裁地法、适用仲裁的法，还是其他相关法律？若当事人约定与强制性规定相抵触，需由仲裁庭决定法律适用，仲裁庭应如何决定？所有这些问题在我国当下的法律规定和仲裁规则中都无法获得答案，理论研究也属空白。同时，我国相关仲裁实践和司法实践匮乏，^⑧ 尤其缺乏处理外国强制性规定的实践，也从侧面反映出我国仲裁国际化程度不足的现状。^⑨ 法律适用规则欠缺确定性和可预见性，不利于当事人

② 2022 年度案件标的额排名全国前 30 名的仲裁机构中，年办理涉外（含港澳台）案件数量在 50 件以上的仲裁机构仅有 8 家，有 6 家没有涉外案件。参见《中国仲裁机构 30 强》，载天水仲裁委员会官网，<http://www.tszcwyh.com/Home/Content?newsId=3452&&menuId=12>，2024 年 11 月 10 日访问。

③ 8 个自贸区仲裁规则即《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（2015 年）；《中国（辽宁）自由贸易试验区仲裁规则》（2021 年）；《中国（江苏）自贸区仲裁规则》（2021 年）；《中国（湖北）自由贸易试验区示范仲裁规则》（2020 年）；《中国重庆两江国际仲裁中心仲裁规则》（2016 年）；《海南国际仲裁院协助临时仲裁工作规则（试行）》（2023 年）；《中国（福建）自由贸易试验区临时仲裁指南》（2023 年）；《中国（浙江）自由贸易试验区临时仲裁指南》（2023 年）。此外，根据 2023 年 12 月 28 日仲裁公信力评估报告评出的“涉外仲裁服务十佳机构奖”名单，除中国海事仲裁委员会外均在前 30 名的统计之列，因此本文将中国海事仲裁委员会列入分析范围。参见《第三届仲裁公信力论坛举行 仲裁公信力评估报告发布》，载中国政法大学官网，<https://news.cupl.edu.cn/info/1011/39459.htm>，2024 年 11 月 10 日访问。

④ 如《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（2015 年）第 55 条；《天水仲裁委员会仲裁规则》（2021 年）第 2 条。

⑤ 如《长春仲裁委员会仲裁规则》（2014 年）；《海南国际仲裁院协助临时仲裁工作规则（试行）》（2023 年）。

⑥ 如《中国海事仲裁委员会仲裁规则》（2021 年）第 58 条；《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2024 年）第 52 条。

⑦ 如《深圳国际仲裁院仲裁规则》（2024 年）第 51 条；《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）规则》（2024 年）第 59 条。

⑧ 梳理 Jus Mundi 数据库中由中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）、北京仲裁委员会、上海仲裁委员会和深圳国际仲裁院作出的 42 份仲裁裁决（2009 年—2023 年），以及贸仲《涉“一带一路”国家仲裁案例选编》（2019 年版）中的 18 份贸仲仲裁裁决（2013 年—2019 年）后发现：所有 60 份仲裁裁决均不存在适用他国强制性规定的情形；提到“强制性规定”的仲裁裁决共计 31 份，均仅涉及准据法为中国法的情形下案涉合同是否满足中国法关于合同生效要件的“强制性规定”的问题，例如备案登记等，不属于本文所讨论的“强制性规定”。截至 2024 年 9 月 30 日，笔者未在裁判文书网发现我国法院处理的因强制性规定拒绝执行仲裁协议和仲裁裁决的案件。

⑨ 我国仲裁机构的国际化程度较低，处理涉外案件占比远低于 ICC 国际仲裁院、LCIA、SIAC 等国际知名仲裁机构。See China International Economic and Trade Arbitration Commission ed., *Annual Report on International Commercial Arbitration in China (2022–2023)*, 2023, p.15–20, at [http://www.cietac.org/Uploads/202310/Annual%20Report%20On%20International%20Commercial%20Arbitration%20In%20China\(2022-2023\)-en.pdf](http://www.cietac.org/Uploads/202310/Annual%20Report%20On%20International%20Commercial%20Arbitration%20In%20China(2022-2023)-en.pdf) (Last visited on Sep.30, 2024). 如在 2022 年，LCIA 受理的国际案件在全部案件中的占比为 95%，SIAC 受理的国际案件占比为 88%，而贸仲受理的涉外案件占比仅为 15.7%。

选择我国仲裁,也不利于我国提升国际仲裁水平、增强我国仲裁机构整体的国际影响力。这与我国当前大力发展国际仲裁事业,加强仲裁机构建设,提高涉外案件司法裁判水平,统筹推进国内法治和涉外法治国家建设的总体要求脱节。

本文将在国内相关理论和实践都极为匮乏的背景下,梳理问题脉络,分析国际上的最新理论和实践发展,说明国际商事仲裁中强制性规定适用的必要性及路径,指出我国在立法和实践中应如何处理强制性规定的有关问题,以此拓展和加深国际法理论研究,使我国掌握国际商事仲裁领域法律博弈的主动权。

二、国际商事仲裁中强制性规定适用的特殊性

(一) 需以国际商事仲裁特性作为问题的出发点

国际私法中的强制性规定经历了从学说到正式规则的演变。究其本质和发展脉络,强制性规定乃是公共政策的一种具体表现形式,是建立在拒绝适用外国法的公共政策考量基础上而形成的具体法律规则。这类强制性规定或以达成特定的外交、军事以及经济政策为目标,或是为了文化、环境以及社会政策等目的而被设计出来,^⑩依照其本身所确定的适用范围直接得以适用。据不完全统计,至少有46个国家和地区的立法或国际公约都明确规定了法院地法强制性规定的适用,有30个国家和地区的立法或国际公约规定了外国法律中强制性规定的适用。^⑪我国最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)(2020修正)》,以不完全列举的方式对直接适用的强制性规定予以例示。该解释第8条明确了《法律适用法》第4条规定的“直接适用的法”的内涵,是指“涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定”。该条还进一步对其内容予以具体化和列举:涉及劳动者权益保护的,涉及食品安全或公共卫生安全的,涉及环境安全的,涉及外汇管制等金融安全的,涉及反垄断、反倾销的;并规定了“应当认定为强制性规定的其他情形”的兜底条款,这为我国根据实际需要确定强制性规定的范围留有余地。

强制性规定在国际商事仲裁中的适用,因其发生作用的制度环境发生变化而具有特殊性和复杂性。在国际私法中,较之法院地的强制性规定,更具争议的是外国法律中的强制性规定。^⑫法院适用外国强制性规定的主要理由是“国际礼让”或实现“国际判决

^⑩ Vgl. Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, Aufl.2002, § 10 Rn. 93, 96.

^⑪ 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190页。

^⑫ 我国《法律适用法》第4条仅规定了法院地强制性规定的适用。我国法院在司法实践中历来不会遵守外国具有公法性质或具有强行法性质的法律规范。对于涉及经济制裁的合同纠纷,我国法院仅将外国强制性规定作为影响合同的事实,在合同的不可抗力条款下去考察其效力。参见刘佳宸、刘瑛:《论经济制裁影响国际商事合同履行时不可抗力的适用》,载《国际法研究》2023年第4期,第86页。

的一致性”。^⑬而在国际商事仲裁中,没有所谓的“forum”的概念,因而所有法律中的强制性规定对仲裁庭而言都是“外国的”。

即便考虑某国法中强制性规定的适用,仲裁庭也具有与法院完全不同的立场和判断标准。国际商事仲裁中并不存在以某国利益为参照点的“国际礼让”,也不需要实现国际裁判一致性。仲裁庭首先考虑当事人法律选择的范围以及仲裁庭的决定是否偏离了当事人的授权;其次是在缺乏当事人合意的基础上,在其裁量范围内进行法律适用。换言之,国际商事仲裁的视角是超国家的、以当事人意思自治为中心的。仲裁庭面对的核心问题是,如何平衡意思自治所代表的当事人利益、强制性规定所代表的公共利益,并尽可能作出可执行的裁决。

对一个国际仲裁庭而言,作出无异议的裁决是一项艰巨的任务,特别是因为:第一,仲裁员的所有权威和权力都来自仲裁协议,因此他们必须严格遵守该协议并适用当事人选择的仲裁方式。这成为仲裁员无视其他规则的正当性理由,也成为许多问题的导火索。第二,仲裁中没有法院地概念这一事实,决定了仲裁员与法官不同,其在解决纠纷时不受成文法或判例法形成的国际私法规范的约束。他们也没有义务维护某一特定国家的公共利益,尤其不像法官那样至少被要求必须忠实于法院地的公共政策。第三,虽然仲裁员不是外国公共政策的守护人,但如果无视该国的强制性规定,裁决将面临被该国法院拒绝执行的风险,裁决也可能被仲裁地法院撤销。归根结底,仲裁员有责任确保裁决的效力。为此,仲裁员就必须考虑外国的强制性规定,并努力平衡这些与当事人所选择的法律规范之间存在的潜在冲突。

德国国际私法学者拉沛教授(Leo Raape)曾以“跃入黑暗”形容法院依照国际私法的指示适用外国法的过程。^⑭公共政策则被称为“一匹难驾驭的马”(unruly horse),“当你骑上它的时候,不知道将被带到哪里。”^⑮丹宁勋爵(Lord Denning)却说,“一个好骑手可以控制这匹难驾驭的马,跨过虚设的藩篱,站在正义的一边”^⑯。强制性规定正属于公共政策这个棘手概念的具体化规则。所以,本文将要讨论的问题是,权力源自私人授权的仲裁庭如何在适用“外国法”(跃入黑暗)时,掌握好体现公共政策的强制性规定的适用法则(做一名好骑手驾驭好马),并作出可执行的裁决(实现裁判正义)。几乎不言自明的是,仲裁庭有理由适用强制性规定,但这同时也是一个没有定论的问题。我

^⑬ See Adeline Chong, *The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts*, Journal of Private International Law, Vol.2:1, p.37-38 (2006); Andrew Dickinson, *Third Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?* Journal of Private International Law, Vol.3:1, p.76-77 (2007); Wilhelm Wengler, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 54 (1941), S. 181 ff.; Andrea Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law: The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment*, in Paul Volken & Petar Sarcevic eds., *Yearbook of Private International Law: Volume I*, Sellier de Gruyter, 1999, p.239.

^⑭ Vgl. Raape/Sturm, *Internationales Privatrecht*, Band I, Aufl.1977, S. 199.

^⑮ Richardson v. Mellish [1824] 2 Bing 229, p.252.

^⑯ Enderby Town Football Club Ltd. v. Football Assn Ltd. [1971] Ch. 591, p.606-607.

们有时可能要放弃单纯的理论探讨和类型划分,而以解决实际问题为目的,从实践中归纳和总结适用于国际商事仲裁的问题处理方法。

(二) 国际商事仲裁中适用强制性规定的理论

支持国际商事仲裁发展的学者通常会反对一切干预当事人契约和自主权的做法。人们不禁会问,仲裁员是公共政策的捍卫者吗?国际仲裁中如果没有“forum”,仲裁员怎么能够成为“某地”公共政策的捍卫者?而期待在国际仲裁领域出现一种所谓的跨国公共秩序,也只是一种乌托邦式的幻想。

从仲裁的自治性出发可以得出的结论是,仲裁庭享有适用或不适用与当事人授权无关的任何强制性规定的自由和权力。伴随这种自由而来的副产品则是,仲裁庭也缺乏明确的、关于该如何适用强制性规定的指引。由于国际商事仲裁和诉讼制度存在较大差异,冲突法领域已经积累的问题处理方法和经验无法自动延伸至仲裁领域。具体到当前问题,可以总结为:法院地国或外国的强制性规定及其法律适用理论不可以直接适用于国际商事仲裁。

另有观点认为,仲裁员适用强制性规定在某种意义上是和国家达成一种妥协。仲裁员可能为了更长远的“仲裁利益”适用这类法律,因为普遍拒绝适用强制性规定可能影响法院日后对这一领域争议可仲裁性的认可。^{①⑦}但提出这一观点的学者也承认,这显然不能保证法院地的强制性规定会得到遵守。^{①⑧}

在裁决执行问题上,人们经常提及《国际商会仲裁规则》的“一般规则”(General Rule),即“仲裁庭应尽一切努力确保裁决在法律上可执行”。^{①⑨}但有学者指出,确保裁决具有可执行性的要求,不得超越对仲裁员作出法律上正确裁决的要求。^{②⑩}仲裁员的首要义务是作出法律上正确的裁决,而不是确定可以执行的裁决。^{②⑪}应由当事方而非仲裁庭去评估裁决无法在另一国被执行的风险。^{②⑫}况且在大多数情况下,仲裁裁决是被当事人自愿遵守的,无须强制执行。^{②⑬}

个别研究提出了更务实的办法:如果所有资产位于同一国家,为确保执行,仲裁庭就不得忽视该国的优先性强制条款;如果资产位于不同的国家,就没有必要只考虑其中

^{①⑦} See Luca G. Radicati Di Brozolo, *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, *Arbitration International*, Vol.27:1, p.18-19 (2011).

^{①⑧} *Id.*, 19.

^{①⑨} See ICC Rules of Arbitration, Article 42 (2021); LCIA Arbitration Rules, Article 32 (2) (2020).

^{②⑩} See Marc Blessing, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p.60.

^{②⑪} *Id.*, 61.

^{②⑫} See *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A and Oto Melara S.p.A v. M and Arbitral Tribunal (public law appeal)*, Decision of the 1st Civil Chamber of 23 June 1992, BGE 118 II 353, S. 357.

^{②⑬} See Queen Mary University of London, School of International Arbitration & Pricewaterhouse Coopers LLP, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008*, p.8, 10, at <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf> (Last visited on Sep.30, 2024). 其中提到仅在 11% 的案件中当事人需要申请强制执行裁决。

一国的优先性强制条款。^{②④}这一想法,以及上述所有从可执行性角度考虑仲裁员适用强制性规定必要性的看法,都具有较大的不确定性。且根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》),只要裁决不在仲裁地被撤销,那么在其他任何不受交易影响且存在裁决债务人资产可能性的法域,裁决都是可能被执行的。世界范围内对仲裁的分散性管辖和监督,以及由此导致的仲裁裁决效力判断的不确定性,都使仲裁庭无法在仲裁进行过程中考虑执行问题并预测案件的结局。

还有学者主张适用合同法中的“当事人合法期待”标准来解决强制性规定的适用问题。^{②⑤}为此,首先必须根据各种合同解释原则确定当事人在特定情况下的期望;其次,考虑这些期望是否真的“合法”。问题在于,即便这两个步骤都能满足,若要求适用当事人合法期待之外的强制性规定,又当如何?

有观点指出,“为什么仲裁员就不能简单地适用合同未明确排除的、任何可适用的强制性规定?”^{②⑥}举例来说,如果有多个将强制性规定适用于当事人的行为,仲裁员应受理并裁决所有申诉。

这些讨论反映出人们认识问题的多种角度和解决问题的不同思路。实践中,仲裁员确实出于各种考量而考虑强制性规定的适用。由于国际商事仲裁的核心原则始终是当事人意思自治,因此,不仅仲裁员,法院也在一些案件中或多或少存在认可当事人意思自治优先于优先性强制条款的倾向。^{②⑦}例如在“Hilmarton 案”中,瑞士法院撤销了一项仲裁裁决,因为仲裁员适用了阿尔及利亚有关腐败的强制性规定,而当事人同意只适用瑞士法律。^{②⑧}在“Accentuate v. Asigra 案”中,仲裁员坚持适用当事人选择的法律,而英国法院要执行欧盟的强制性规定并认为仲裁条款无效且不可执行。但法官也承认,判决并不代表他对仲裁庭的行为或推理的批评。仲裁庭有责任适用双方当事人根据仲裁协议指定的,且适用于实体争议的法律。^{②⑨}可见,法官在面对强制性规定的问题时,实际上并不期望仲裁员适用这些法律。而仲裁庭则会在考虑案件和强制性规定的整体情况后,仍尊重当事人意思自治。换言之,法院和仲裁庭在这一问题上的不同立场以及由此导致的后果几乎是可以预见的,但仲裁员在作出决定的时刻,却不受特别的约束。

^{②④} See Andrew Barraclough & Jeff Waincymer, *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, Melbourne Journal of International Law, Vol.6:2, p.216 (2005).

^{②⑤} See Catherine Mitchell, *Leading a Life of its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.23:4, p.639-665 (2003).

^{②⑥} Alexander K.A. Greenawalt, *Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method?*, American Review of International Arbitration, Vol.18:1-2, p.116 (2007).

^{②⑦} See ICC Case No. 6379 (1990), Award, XVII YBCA, P.212; ICC Case No. 12193 (2004), Award, (2007) 134 Journal du Droit International, p.1276; Cour d'appel de Paris 2005, Revue de l'Arbitrage 2006, p.717.

^{②⑧} See Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation S.A., ICC Case No. 5622 (1988), Decision of the Swiss Federal Tribunal - 17 Apr.1990.

^{②⑨} See Accentuate Ltd. v. Asigra Inc. [2009] EWHC 2655 (QB), para.96.

三、国家对国际商事仲裁的两种控制

(一) 对仲裁协议的执行

仲裁庭能否处理与强制性规定有关的争议,是国际商事仲裁领域讨论强制性规定适用的先决问题。即争议的可仲裁性是开启当前讨论的“开关”。

主流观点认为,不能仅因案件涉及优先性强制条款的适用,就否认争议的可仲裁性,^{③①}即使是仲裁地之外的强制性规定^{③②}。争议涉及强制性规定可能导致合同无效,但基于仲裁协议独立性原则,这并不影响仲裁条款的有效性。^{③③}但强制性规定涉及的争议的可仲裁性并不意味着国家对这些事项失去控制,而是将其推迟到撤销或承认和执行裁决阶段。

不过,上述原则以及商事案件原则上都可以通过私人仲裁解决的趋势,并不足以涵盖实践中的复杂情况。近年来,一些欧盟国家在一系列案件中拒绝执行仲裁条款即是一例。在这些案件中,当事人无一例外地选择在欧盟之外进行仲裁,并约定由非欧盟法律管辖他们的交易。法官认为这种做法将使当事人通过仲裁方式规避法院地的基本市场法规。这些案件大多涉及1986年《欧洲商业机构指令》(Council Directive 86/653/EEC)中的强制性规定,是欧盟法院(CJEU)开创性的“Ingmar案”的衍生案件。该案确立了欧盟强制性规定必须得到适用的原则。^{③④}

在德国法院看来,涉及德国强制性规定的索赔,原则上可以通过仲裁或在外国法院解决。但如果外国仲裁庭或法院不适用德国国内法或欧盟法中的强制性规定,且适用的外国法又没有提供同等保护(equivalent protection),仲裁协议和选择法院协议就不能执行。^{③⑤}与德国法院的判断逻辑相反但结论大致相同的是,比利时法院认为,涉及法院地强制性规定的索赔不能凭借仲裁或法院选择条款而被带出法院地。但如果能够证明比利时的优先性强制条款将在国外适用,或者适用的法律可以提供同等保护,比利时法院在例外情况下将同意执行这些条款。^{③⑥}英国法院认为其必须遵守欧盟法的强制性规定。如果仲裁条款试图适用不符合欧盟法强制性规定的外国法律,仲裁协议就是无效的。^{③⑦}总

^{③①} See Tamás Szabados, *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Hart Publishing, 2019, p.174.

^{③②} See Hossein Fazilatfar, *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, Edward Elgar Publishing, 2019, p.63.

^{③③} *Id.*

^{③④} See *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, Case C-381/98, [2000] ECR 2000 1-9305, Judgement of November 2000.

^{③⑤} Vgl. BGH NJW 1987, 3193 (3193); OLG München ZIP 2000, 2108 (2108); BGH BB 2012, 3103 (3103); OGH IHR 2017, 123 (123).

^{③⑥} See Patrick Wautelet, *Arbitration of Distribution Disputes Revisited: A Comment on Sebastian International Inc. v. Common Market Cosmetics NV*, in Patrick Wautelet et al. eds., *The Practice of Arbitration: Essays in Honor of Hans van Houtte*, Bloomsbury Publishing, 2012, p.217.

^{③⑦} See *Accentuate Ltd. v. Asigra Inc.* [2009] EWHC 2655 (QB), paras. 87-88.

之,在上述所有案件中,法院都拒绝执行仲裁协议或选择法院协议。奥地利、意大利也有类似案件。^{③7}

在这些案件中,法院在判断争议的可仲裁性时均直接适用了法院地法。这样可以确保本国法中的强制性规定得到适用。如将争议交由仲裁庭,该国法律中的强制性规定就有落空的风险,特别是当该国既不是仲裁地国也不是执行地国,甚至也不是合同履行地国的时候。

但法院适用本国法来判断一个国际争议的可仲裁性是存在争议的。对于究竟应当依据什么法律去确定可仲裁性,在实践和学术讨论中一直存在诸多分歧。实践中,不少法院采取“法院地法方法”,直接适用本国法。有法院主张采取一种国际标准。学者们多主张采取冲突法的方法。因此适用于可仲裁性的法律可能是合同准据法、仲裁地法、仲裁协议的准据法以及裁决执行地法,甚至是多种法律的综合考虑。^{③8}

从国家权力视角去考察可仲裁性问题,适用法院地法的确具有合理性,因为可仲裁性本质上是管辖权的分配问题。但这样做的正当性还有赖于两方面疑虑的消除:一是法院地与案件是否具有实质或密切联系,或是存在重要的利益;二是法院地是否为仲裁地。如果法院地与案件具有必要联系,则无论仲裁地在法院地国还是在外国,都不能阻止法院有动力行使管辖权而拒绝执行仲裁条款。从法院地国强制性规定适用的必要性出发,这种做法倒不一定会招致认为其做法狭隘的批评。只不过,如果仲裁地在外国,且合同适用外国法,法院干预仲裁的嫌疑更大。但如果案件和法院地国没有实质性联系,正如有学者在评论比利时“Sebastian International 案”时指出的,如果是一个德国制造商和一个法国经销商之间的争议,约定在比利时仲裁,就很难说比利时法院适用本国法(比利时《1961年分销法》)具有正当性。^{③9}而且,必须尊重仲裁地法中关于可仲裁性限制的必要性在于,如果不这样做,裁决将因涉及仲裁地的不可仲裁事项而被法院撤销。但恰恰根据比利时法,当事人可以约定排除法院地的撤销权。^{④0}因此,在这种情况下,确实不存在适用法院地法去判断可仲裁性的必要性。当然,一国采取这样的做法也并非全盘否定事项的可仲裁性,而是强调在具体问题上,要确保法院地的某个强制性规定得以实施。比利时法院是否拒绝仲裁协议,就取决于仲裁庭拒绝适用比利时法的可能性。^{④1}

无论如何,如果将欧盟国家的做法一般化,就等同于只要是仲裁地在外国的仲裁就无法确保法院地强制性规定的适用,法院就可以宣告仲裁协议无效或不可执行。从国际商事仲裁的角度看,一个既不是仲裁地也不是执行地国的法院以维护本国强制性规定适用为目的而拒绝执行仲裁协议的做法,确实可被视为某种对国际商事仲裁的阻碍,也违

^{③7} See Austrian case, Case 50b72/16y, Oberster Gerichtshof (OGH) (1 March 2017), IHR 123 (2007); Italian case, 30 June 1999 No. 369, Corte di Cassazione (plenary session), (2000) XXXVI Rivista di diritto internazionale privato e processuale, p.741. 除注释 34 中德国 2012 年的案件是法院选择条款外,其他案件均涉及仲裁条款。

^{③8} See Patrick Wautelet, *supra* note 35, 219-225.

^{③9} See Patrick Wautelet, *supra* note 35, 219.

^{④0} 参见《比利时司法法典》(2018 年修订)第 1718 条。

^{④1} See Patrick Wautelet, *supra* note 35, 219.

背了《纽约公约》所贯彻的促进仲裁的宗旨。正如一位评论者在评论英国“Accentuate案”时指出的,这一案件与欧盟法院在“Ingmar案”判决中所表明游戏规则一样,都是欧盟法律狭隘的保护主义的表现。有学者认为,这种做法与包括中国在内的一些国家依《纽约公约》执行仲裁裁决时对公共政策的宽泛解释类似。^{④②}事实上,我国一直以来都谨慎适用公约的公共政策理由。

(二) 对仲裁裁决的监督

争议具有可仲裁性不代表仲裁庭一定会适用强制性规定。如果仲裁员适用法律不当,司法能否予以监督?在近年来国际范围内促进仲裁的潮流之下,以及在以《示范法》为代表的形式审查模式之下,仲裁地国法院原则上无权对实体问题进行审查。英国法虽然规定了针对法律问题的上诉机制,但这种救济必须符合严格的条件,同时也仅适用于英国法上的错误,且在实践中鲜有运用。^{④③}我国法律中,法律适用错误不是撤销裁决的法定理由。以瑞士为代表的一些国家甚至允许当事人协议放弃对裁决的撤销。但欧盟法院在“EcoSwiss v. Benetton案”中裁定,《欧洲联盟运行条约》(TFEU)第101条中规定的限制竞争协议构成欧盟法中的强制性规定,执行这种协议构成对公共政策的违反。^{④④}仲裁中提出的有关欧盟法的问题由成员国法院在仲裁裁决审查的各个阶段予以监督。^{④⑤}欧盟法院在该案中所传达的信息是,涉及强制性规定(至少是欧盟竞争法)的案件可以仲裁;若仲裁庭无视欧盟强制性规定,仲裁地法院必须撤销裁决。^{④⑥}但欧盟法院没有明确仲裁员是否有义务依职权适用欧盟法律。^{④⑦}

在《纽约公约》不予执行仲裁裁决的理由中,仲裁员不遵守当事人的法律约定,可构成《纽约公约》第5条第1款c项中的越权。^{④⑧}如果裁决因适用法律错误而被撤销,根据《纽约公约》第5条第1款e项,裁决也不能得到执行。此外,执行国最终可以通过《纽约公约》第5条第2款b项的公共政策条款实现其公共政策目标。如果仲裁庭未适用法院地的优先性强制条款,也可能导致裁决得不到承认与执行。^{④⑨}如,比利时最高法院曾在执行一个仲裁地为瑞士的裁决时认为,如果仲裁庭不适用比利时法,裁决将不能在比利时被承认;该案中,当事人选择德国法而不适用比利时法,法院认为裁决违反了

^{④②} See Hew R. Dundas, *EU Law versus New York Convention—Who Wins? Accentuate Ltd. v. Asigra Inc.*, in Derek Roebuck ed., *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Sweet & Maxwell, 2010, p.165.

^{④③} 参见英国《1996年仲裁法》第69条。See The Hon Mr Justice Eder, *Challenges to Arbitral Awards at the Seat*, p.2-3, at <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/10/Eder-Speech-Dec-2014.pdf> (Last visited on Sep.30, 2024).

^{④④} See *EcoSwiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, Case C-126/97, [1999] ECR I- 3055, Judgement of June 1999, para. 36.

^{④⑤} *Id.*, para. 32, relying on *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Case 102/82, [1982] ECR 1095, Judgement of March 1982, para. 14.

^{④⑥} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 69.

^{④⑦} See *EcoSwiss case*, *supra* note 44, para. 42.

^{④⑧} See Giuditta Cordero-Moss, *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law Made by the Parties?*, *Stockholm International Arbitration Review*, Vol.2005:1, p.1-21 (2005).

^{④⑨} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 190.

《纽约公约》第5条第2款b项。^{⑤①}

美国实施经济制裁的例子也可以说明仲裁庭适用（或不适用）强制性规定是否会触发《纽约公约》公共政策条款，进而导致裁决无法得到承认与执行。美国广泛使用经济制裁甚至试图迫使其伙伴遵守这些制裁。《纽约公约》的公共政策条款经常被美国公司用来阻止承认和执行针对其的外国仲裁裁决，普遍的做法是声称应适用美国实施的经济制裁。有趣的是，美国法院一般不愿接受这种基于公共政策的抗辩，在涉及经济制裁的案件中也是如此。^{⑤②}美国判例法表明，出于外交政策的理由不足以拒绝承认和执行外国仲裁裁决，《纽约公约》中的公共政策例外应作狭义解释^{⑤③}。

在“Parsons & Whittemore v. RAKTA 案”中，美国上诉法院将《纽约公约》的公共政策限定为保护法院地国“最基本的道德和正义观念”。^{⑤④}由此确立了一项原则，即公共政策不是服务于国家政治利益的狭隘手段，不包括“变幻莫测的国际政治”。^{⑤⑤}将这一立场置于经济制裁的场景下，如果公共政策被赋予这种超国家的意义，那么无视联合国安理会之外的制裁就不能成为拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由，即使这意味着将国内外外交政策利益和目标置于一边。“Parsons & Whittemore 案”确立的原则在其他案件中也沿用。例如“Antco v. Sidermar 案”^{⑤⑥}中，美国纽约南区联邦地区法院在裁定意大利船东与巴哈马租船人关于从地中海港口向加勒比或美洲港口运输原油的合同是否可执行时，沿用了《纽约公约》中狭义的公共政策概念。在该案中，租船人被指控违反了合同，船东要求仲裁。租船人向美国纽约南区联邦地区法院请求中止仲裁程序，主张包括仲裁条款在内的合同违反了美国的公共政策，因为该合同遵守了阿拉伯国家抵制以色列的规定，违反了美国禁止抵制对美国友好国家的禁令。法院驳回了以公共政策为由宣布合同不可执行的请求。法院还认为，以公共政策为由不执行仲裁裁决与其不执行仲裁协议具有可比性，两者都需要进行狭义解释，解释仅限于法院地国最基本的道德和正义观念。参照“Parsons & Whittemore 案”，法院认为执行仲裁协议并不违反美国公共政策。美国纽约南区联邦地区法院在“MGM Productions Group v. Aeroflot Russian Airlines 案”^{⑤⑦}和“Belship Navigation v. Sealift 案”^{⑤⑧}里，分别在涉及美国对伊朗的禁运规定和对古巴的禁

^{⑤①} See Audi-NSU Auto Union AG v. SA Adelin Petit & Cie, Court of cassation, June 28, 1979, 5 YEARB. COMM. ARB. 257 (1980).

^{⑤②} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 190.

^{⑤③} In the US, see Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Generale de l'Industrie du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974); Fotochrome, Inc. v. Copal Co., Ltd., 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975); Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd., 737 F.2d 150 (2d Cir. 1984); in Switzerland, see Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi, Tribunal fédéral, Judgment of 9 January 1995.

^{⑤④} *Id.*, Parsons & Whittemore case.

^{⑤⑤} *Id.*

^{⑤⑥} See Antco Shipping Co., Ltd. v. Sidermar SPA, 417 F.Supp. 207 (S.D.N.Y. 1976).

^{⑤⑦} See MGM Productions Group, Inc. (US) v. Aeroflot Russian Airlines (Russian Federation), 573 F. Supp. 2d 772 (S.D.N.Y. 2003), reproduced in Jan van den Berg ed., XXVIII Yearbook of Commercial Arbitration 2003, Kluwer Law International, 2003, p.1271.

^{⑤⑧} See Belship Navigation, Inc. v. Sealift, Inc., No. 95 CIV. 2748 (RPP), 1995 WL 447656, 1996 A.M.C. 209 (S.D.N.Y. 1995).

止交易政策的裁决执行审理中,重申了谨慎解释《纽约公约》公共政策的立场和促进执行裁决的态度。

但如果仲裁庭忽视欧盟制裁,欧盟成员国的法院未必会采取如此宽松的态度,因为欧盟制裁构成了欧盟公共政策的一部分。这可以从欧盟法院在“EcoSwiss案”的判决中推断出来。欧盟实施的联合国制裁以及欧盟单方面实施的经济制裁,均被视为其公共政策的一部分,代表了欧盟的基本政策目标和价值观。这意味着欧盟境内的仲裁庭有动力遵守欧盟实施的经济制裁,以免裁决日后被宣告无效。该案判决还被解释为,成员国的法院在裁定撤销仲裁裁决或承认和执行仲裁裁决时,也必须“依职权”主动适用欧盟法律中的优先性强制条款。^{⑤⑧}而如果申请人在欧盟之外寻求承认和执行仲裁裁决,忽视欧盟制裁就不一定构成违反公共政策。^{⑤⑨}欧盟对裁决的立场,实际上达到了适用其阻断法的效果。

四、强制性规定在国际商事仲裁中的适用路径及冲突解决

(一) 合同准据法中强制性规定的适用路径

理论上合同准据法中的强制性规定应当得到适用。在当事人约定了法律时,仲裁庭必须尊重当事人的选择。即使当事人所选择法律中的强制性规定与争议没有联系,也应适用。多数学者认为基于当事人的法律选择条款^{⑥⑩}或由仲裁员选择^{⑥⑪}而适用于合同的法律,同样包括该法中的优先性强制规定,因为指定的法律必须被全部适用。强制性规定的公法性质或其最重要的强制性特征,并不会导致其无法作为合同法的一部分被适用。^{⑥⑫}这一观点在有关出口管制的仲裁实践中得到认可。^{⑥⑬}也有学者反对一概适用合同法中的优先性强制条款。准据法中具有私法性质的强制性规定完全可以作为合同法的一部分加以适用。在德国和瑞士的文献中,许多学者声称,适用具有公法渊源的外国优先性强制条款,必须以特殊联系(Sonderanknüpfung)为基础,无论这种规定出现在合同准据法、仲裁地法还是第三国法中,^{⑥⑭}虽然合同准据法中的这种规定因密切联系因素的存在而对于第三国法中的条款更可能得到考虑。^{⑥⑮}

此外,被普遍接受的是,当事人选择的法律可以与争议没有联系。有学者指出,如果

^{⑤⑧} See Ivana Kunda, *International Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka Law Faculty, 2007, p.257-261.

^{⑤⑨} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 194-195.

^{⑥⑩} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 84.

^{⑥⑪} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 181.

^{⑥⑫} *Id.*

^{⑥⑬} See ICC Case of 1982, No. 2930 (1982), Award, reproduced in Pieter Sanders ed., IX Yearbook of Commercial Arbitration 1984, Kluwer Law International B.V., 1984, p.105, 107.

^{⑥⑭} Vgl. Anton K Schnyder, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, *RebelsZ* 59 (1995), S. 302-305; Norbert Horn, Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* (2008), S. 209, 213.

^{⑥⑮} Vgl. Norbert Horn (Fn. 64), S. 213.

当事人排除所选法律中的强制性规定,仲裁庭可以忽视这些规定,但如果这种排除具有影响到第三方利益的“负外部性”时,排除必须受到限制。^{⑥⑥}一些学者本就不认为当事人可以排除合同准据法中的强制性规定,如果当事人故意为之,应由仲裁庭去衡量遵守当事人的授权是否符合当事人的合法预期,可能需要考虑被排除的规定是否具有跨国公共政策的性质。^{⑥⑦}另一方面,合同准据法中本该得到适用的强制性规定,如果违背了国际公共秩序,也可能不被适用,例如当合同准据法中存在的单边制裁规定遭到国际社会的谴责。如《美国赫尔姆斯-伯顿法案》(US Helms-Burton Act)针对伊朗、古巴和利比亚的禁运规定。这对欧盟具有重要意义,因为这是欧盟希望通过适用其阻断法案实现的、排除美国禁运规定域外效力的结果。^{⑥⑧}无论哪种情况,都需要仲裁庭在当事人授权和因其他正当理由违背其意志进行法律适用二者之间进行抉择。仲裁是当事人合意的产物,当事人意思自治限制着仲裁庭适用法律的边界。因此,当仲裁庭在违背或超出当事人意思自治的情况下适用某种强制性规定时,总承担着一定风险。

在当事人未作出法律选择而由仲裁庭确定法律的情形下,仲裁庭通常是在不同的“规定”之间进行权衡。与上一情形不同的是,此时仲裁庭被认为得到了当事人的授权,在这种情况下,仲裁庭理论上可以行使自由裁量权,不必纠结于适用或不适用强制性规定会违背当事人的意愿。换言之,此时仲裁庭的决定主要受制于具体案件事实和适用某种强制性规定的正当性。

在国际商事仲裁中,无论当事人还是仲裁员都可以在法律规则(rules of law)中进行选择。更确切地说,国际商事仲裁中可以适用的实体规则包括法律、商人习惯法、国际公法等,仲裁庭还可以在当事人的明确授权下进行友好仲裁。

一些仲裁规则和国内法允许仲裁员选择其认为最合适的法律处理案件。^{⑥⑨}在仲裁庭决定之前,所有法律都具有同等地位。仲裁员可以结合案情考虑仲裁地法或合同履行地法中的强制性规定,也可以在应该适用的实体法之外考虑其他相关法律中的强制性规定。^{⑦⑩}

商人习惯法、商业惯例、一般法律原则及国际法也可以适用于案件。^{⑦⑪}在ICC第12111号裁决中,合同规定“本合同受国际法管辖”。仲裁员将“国际法”解释为商人习惯法和适用于国际合同义务的一般法律原则。^{⑦⑫}而案件在适用商人习惯法或商业惯

^{⑥⑥} 一些法律中含有明确禁止当事人排除某些领域中强制性规定的规定,如《罗马条例I》第6条第2款规定,不可以排除消费者惯常居所地的消费者保护法。See Andrew Barraclough & Jeff Waincymer, *supra* note 24, 220.

^{⑥⑦} See Yves Derains, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in Pieter Sanders ed., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer Law International, 1987, p.233-234.

^{⑥⑧} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 183.

^{⑥⑨} See the UNCITRAL Arbitration Rules, Article 35(1) (2021); ICC Arbitration Rules, Article 21(1) (2021); Austrian Arbitration Law, Section 603(2) (2013).

^{⑦⑩} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 86.

^{⑦⑪} See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th Edition, Oxford University Press, 2015, paras. 3.111-3.231.

^{⑦⑫} See ICC Case No. 12111 (2003), Partial Award in Case 12111 (Extract).

例时,由于这种规范是在强制性规定所允许的范围内发展出来的软法规范,因此本身并不具备超越或替代强制性规定的性质。^{⑦③}例如,当《国际商事合同通则》(UNIDROIT Principles)经当事人约定或仲裁员选择适用时,根据第1.4条规定,其不限制国内、国际或超国家法律渊源中存在的强制性规定的适用。^{⑦④}

仲裁员除直接被授权选择其认为应当适用的实体法律外,还可以适用冲突规范。贸法会《示范法》和《欧洲国际商事仲裁公约》均规定,在没有当事人约定的情况下,仲裁庭应适用其认为合适的冲突规范所确定的法律。实践中仲裁员有可能适用仲裁地或可能的裁决执行地的冲突规范,也可能直接采取最密切联系原则适用任何冲突规范,甚至是采取适用多个有关国家冲突规范的“叠加方法”(cumulative approach)。^{⑦⑤}这种方法在法律选择上制造了更多的不确定性,降低了仲裁效率。其好处是,仲裁员没有适用冲突规范的义务,理论和实践中也不存在应当适用哪一冲突规范的定论。这就使得仲裁员也可以利用这种自由去考虑适用不同的冲突规范,从而决定某一强制性规定能否被适用。由此也使仲裁成为更适宜解决国际争议的方式。^{⑦⑥}

(二) 仲裁地和第三国法律中强制性规定的适用路径

仲裁庭不是国家机关,与仲裁地的法律秩序没有实质联系。^{⑦⑦}对仲裁庭而言,所有强制性规定都是外来的。这种理论也被仲裁法文献和仲裁机构的仲裁规则所支持。那么,仲裁庭就没有适用仲裁地法中强制性规定的义务,但其可作为经当事人选择或仲裁庭认为合适的规定得到适用。

仲裁地在国际商事仲裁中的重要性在于,根据仲裁地理论,裁决最终受制于仲裁地国的司法监督。仲裁员不考虑仲裁地的强制性规定可能导致裁决被撤销。在英国“Soleimany v. Soleimany案”^{⑦⑧}中,两名犹太商人合资从伊朗出口地毯,违反了伊朗的税收法和出口管制法。二者后因利润分配产生争议,并在英国仲裁,当事人选择了犹太法来管辖协议。仲裁员认为,将地毯从伊朗出口是非法的,但案件适用的是犹太法,根据该法,任何所谓的非法行为都不会对双方的权利产生影响。英国上诉法院撤销了裁决,因为在英格兰和威尔士不能执行一项本身非法的合同。不遵守履行地的强制性规定对双方的协议或案件整体情况一般没有任何影响,因为当事人选择了犹太法来管辖他们的协议。但“尊重履行地的强制性规定”本身就构成一项仲裁地(英国)的公共政策,而仲裁员

^{⑦③} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 88.

^{⑦④} See UNIDROIT Principles, Article 1 (4) (2016); Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Article 11 (5) (2015).

^{⑦⑤} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 90-91.

^{⑦⑥} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 92.

^{⑦⑦} See Catherine Kessedjian, *Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules*, in Loukas A. Mistelis & Julian D.M. Lew eds., *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p.71, 81. See also, ICC Case No. 8113 (1995), XXVY.B. Com. Arb. 324 (2000), the Tribunal sitting in Zurich, Switzerland, stated: “The international arbitrator has no ‘lex fori’ and is the guardian of international or universal public policy. He is not the guardian of any municipal system of law, while a national judge is the guardian of his country’s legal system and local public policy.”

^{⑦⑧} See *Soleimany v. Soleimany* [1999] Q.B. 785 (C.A. 1998).

忽略了这一问题。同样的案件,如果仲裁地是英国以外的国家且该国没有这种规定,其法院恐怕就会赞同仲裁员的意见,并拒绝宣布裁决无效。^{⑦⑨}在经济制裁的问题上,有研究表明,仲裁庭不能无视仲裁地国的经济制裁。仲裁员甚至有义务使裁决不因公共政策原因在仲裁地受到质疑。^{⑧⑩}

如果强制性规定出现在除当事人约定及仲裁地以外的第三国法律中,仲裁庭一般因当事人提起或依职权(ex officio)而对其予以考虑,实践中也可能同时出于这两种动因。此时仲裁员并无义务适用外国强制性规定,适用应是例外,即具有适用的合法性和必要性,以及如果不适用可能威胁到裁决的承认与执行。

例如,在一个 ICC 案件中,合同约定在法国仲裁并适用巴西法。仲裁请求包括一项根据美国《敲诈勒索影响和腐败组织法》(Racketeering Influence and Corrupt Organization Act,以下简称 RICO)主张的三倍赔偿。仲裁员认为适用该法会与当事人约定的法律不符,因为根据巴西法,合同及当事人的意图必须被解释为希望排除类似 RICO 的主张。此外,合同的履行既未发生在美国,也对美国市场没有任何影响。仲裁员还认为 RICO 仅适用于国内案件,没有域外效力。^{⑧⑪}

在另一 ICC 案件中,当事人指定一家比利时分销商为比荷卢经济联盟国家的独家代理。^{⑧⑫}在一份受意大利法管辖的分销协议中,双方规定争议在意大利仲裁。比利时法律规定,如果提早终止分销协议并对比利时市场产生影响,当事人可以获得赔偿,且该法授权分销商将案件提交给比利时法院依照比利时法处理。在制造商提前终止合同后,分销商在比利时提起诉讼,而制造商要求仲裁。该案中,仲裁员适用了当事人选择的意大利法判断主合同及仲裁条款的效力。事后来,由于该案中比利时并非潜在的裁决执行地,因此不必考虑执行问题。如果当事人需要在比利时执行裁决或比利时为仲裁地,结果将会不同。因为根据比利时法,本案中的代理合同由法院排他性管辖,且即便存在当事人选择的法律,也必须适用比利时法解决纠纷。^{⑧⑬}

实践中仲裁员很少会用第三国强制性规定去替代本应适用的法律。这种情况往往出于当事人选择法律的授权或是由于争议和外国法律存在联系。以下三个和瑞士法有关的案例能够为说明这个问题提供一些指引。

在“Hilmarton 案”中,当事人选择了瑞士法,但在日内瓦作出的裁决中,一方当事人的诉求因一项阿尔及利亚的禁止性规定而遭到拒绝。仲裁庭适用这一规定并不是因为其具有直接适用的权力(authority),而是因为当事人所选择的瑞士法要求其尊重合同履行地的公共政策。^{⑧⑭}

^{⑦⑨} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 99.

^{⑧⑩} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 183-184.

^{⑧⑪} See ICC Case No. 6320 (1992), X Y.B. Com. Arb. 62 (1992); The case and comment see Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 102-103.

^{⑧⑫} See ICC Case No. 6379 (1990), XVII Y.B. Com. Arb. 212 (1990).

^{⑧⑬} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 104.

^{⑧⑭} See Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation S.A., ICC Case No. 5622 (1988).

第二个案件是 ICC 第 8626 号案。^{⑧5} 该案仲裁地为日内瓦,当事人约定适用纽约法,但仲裁庭适用了欧盟反垄断法。首先,仲裁庭指出,纽约法下的美国法院判例强调,一个外国裁判机构必须考虑“国际公共政策”并因此适用美国的反垄断法。本案当事人约定适用纽约法。依据前述美国法院判例,无论仲裁地在何处,本案仲裁庭都应当考虑“国际公共政策”,因此应当考虑《罗马条约》中的竞争法规则以及相关的欧盟条例。^{⑧6} 其次,仲裁庭还考虑了裁决的执行问题,即如果作出了有利于申请人的裁决,申请人极有可能在被申请人所在国德国申请执行。如果仲裁庭赋予合同效力,德国法院将依据欧盟竞争法拒绝执行裁决。仲裁庭最后认为应适用欧盟竞争法,案涉争议符合欧盟竞争法的管辖范围。依据欧盟竞争法,案涉合同最终因具有限制竞争的效果而无效,被申请人败诉。^{⑧7}

第三个案件的情况是,虽然当事人约定了适用的法律,仲裁庭还可以通过仲裁地的冲突规范去适用或不适用当事人约定之外的强制性规定。在 ICC 第 9333 号案中,仲裁地位于日内瓦,当事人选择瑞士实体法管辖案件。^{⑧8} 该案中,仲裁庭需要考虑,被申请人基于《美国反海外腐败法》(US Foreign Corrupt Practices Act)提出存在受贿行为的主张是否成立。仲裁庭首先强调,当事人选择了瑞士实体法。《瑞士债法典》(Swiss Code of Obligations)第 20 条规定,违反瑞士公共道德的合同无效。如果外国法保护的公共道德与瑞士公共道德是一致的,那么违反外国法同时意味着违反瑞士的公共道德,此时合同将因为违反瑞士的公共道德而被认定为无效。但本案中并没有足够的证据证明腐败事实成立。仲裁庭接着强调,外国法的强制性规定也可以作为法律适用,而不需要转化为瑞士的公共道德,依据是仲裁地瑞士的冲突规范。该案中,当事人仅仅选择了瑞士实体法,没有明示选择瑞士的冲突规范。仲裁庭的这种考虑仅出于其自由裁量权。根据《瑞士联邦国际私法法典》第 19 条,仲裁庭可以适用外国法的强制性规定,前提条件是,案涉交易与外国法存在“密切联系”。由于欠缺这一要件,仲裁庭的最终结论是本案无需考虑该法。

此外,第三国强制性规定还可能被当作一种阻碍交易的事实得到适用,但通常需要符合合同准据法中不可抗力条款的规定。^{⑧9} 相对上文分析的各种冲突法方法,这种方法被称作实体法方法。其利用了强制性规定的内容,而非规则本身。有学者批评这种方法忽略了外国法律的“法律”属性。^{⑨0} 实体法方法实现了冲突法方法本欲实现的实质性结果,但在法律适用过程中绕过了冲突法方法下分析和权衡不同利益的法教义学路径,可能导致案件裁决过程中的混乱性和主观任意性。而且,如果准据法的实体规则中并不包含不可抗力或类似规定,就无法采用“实体法方法”。^{⑨1}

^{⑧5} See ICC Case No. 8626, Journal du Droit International (1999).

^{⑧6} *Id.*, para. 16.

^{⑧7} *Id.*, para. 29.

^{⑧8} See ICC Case No. 9333 (1998), 10(2) The ICC International Court of Arbitration Bulletin 102 (1999).

^{⑧9} See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 106.

^{⑨0} See Hristina Tsankova Marjanovic, *Overriding Mandatory Rules in Swiss International Arbitration-the Example of Financial Overriding Mandatory Rules*, p.166-167, at <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/192388/> (Last visited on Sep.30, 2024).

^{⑨1} See Tamás Szabados, *supra* note 30, 160-169.

（三）强制性规定间的冲突及解决

以经济制裁和阻断法的关系为例,可以较好说明强制性规定之间的冲突。这种情况尤其可能出现在美国广泛实施的制裁中。假设合同各方因美国制裁伊朗产生了合同履行上的纠纷。伊朗为制裁的目标国,存在针对美国一级制裁的反制裁法。^⑩ 争议也涉及中国,中国存在针对次级制裁的阻断办法,即 2021 年通过的《反外国制裁法》,以及商务部于 2021 年 1 月 9 日发布的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(商务部令 2021 年第 1 号)。在诉讼中,一般原则是法院地的强制性规定高于任何其他强制性规定^⑪,而法院地的经济制裁和阻断法一般都构成其公共政策的一部分^⑫。理论上讲,如果法院地在伊朗或在中国,法院都可能优先适用反制裁法或阻断法;^⑬ 如果在美国起诉,美国则优先执行其经济制裁^⑭。若法院地是除上述三国之外的第四国,对法院地国而言,三国法则均为外国强制性规定。究竟赋予哪项规定优先效力,取决于一国的政治立场和具体制度。若法院地在欧盟,《欧盟阻断法案》[Council Regulation (EC) No 2271/96] 禁止承认与执行赋予美国制裁效力的判决或仲裁裁决。^⑮ 实际的情况还会更加复杂。《欧盟阻断法案》在具体适用过程中存在裁量空间,与政治利益的衡量密切相关。例如,在“Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH 案”中,欧盟法院支持适用《欧盟阻断法案》,阻断美国次级制裁的影响。^⑯ 而在“IFIC Holding v. Commission 案”中,欧盟法院并未支持。^⑰ 实践中,欧盟各国法院及欧盟法院在适用《欧盟阻断法案》时需进行比例原则测试,平衡当事人“可能遭受的经济损失的程度”与“欧盟的一般利益”。^⑱ 总之,在诉讼中,法院地的确定直接决定了其强制性规定的优先适用,在何处起诉则决定案件

^⑩ 2020 年 12 月 2 日,伊朗议会通过了《反制裁及保护伊朗国家利益战略法案》(Strategic Action Plan to Lift Sanctions and Protect Iranian Nation's Interests)(2020 年 12 月 25 日生效),针对伊朗核问题全面协议缔约方的六国,即美国、英国、法国、俄罗斯、中国和德国。

^⑪ See European Group for Private International Law, Guidelines: Overriding Mandatory Provisions, 2022, p.2, at <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Overriding-mandatory-provisions-Oslo-def-English-translation.pdf> (Last visited on Oct.10, 2024); 沈娟:《强制性规定适用制度再认识》,载《国际法研究》2020 年第 6 期,第 103 页。

^⑫ 参见丁汉韬:《论阻断法的实施机制及其中国实践》,载《环球法律评论》2022 年第 2 期,第 188 页。

^⑬ 伊朗 2018 年曾针对美国制裁措施向国际法院(ICJ)提起诉讼, ICJ 支持并认定美国针对某些伊朗资产的冻结措施不合法。See Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), I.C.J. Judgement of March 30 2023. 以伊朗在该案中的立场可推知其适用其反制裁法的可能。我国司法实践中已出现美国或美国与欧盟联合制裁伊朗,中国企业因受次级制裁的影响而无法履行与另一中国企业涉及伊朗业务的合同,而中国企业被诉至中国法院的案例。这些案例因当时还不涉及《阻断办法》的适用,法院主要依据不可抗力理由进行裁判。参见广西易德科技有限责任公司诉湖北耀星国际贸易有限公司买卖合同纠纷案,湖北省随州市中级人民法院(2015)鄂随州中民二终 00072 号民事判决书;烟台市工业炉厂诉中国重型机械有限公司买卖合同纠纷案,北京市海淀区人民法院(2019)京 0108 民初 49557 号民事判决书;杭州哲晟科技有限公司诉杭州维量科技有限公司加工合同纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 民终 5246 号民事判决书。

^⑭ 根据美国法,当然也可能存在“外国主权原则例外”,即如果外国主体因受制于其本国法而无法履行美国法下的义务,可以豁免其应承担的责任。

^⑮ See the Council Regulation (EC) No 2271/96, Article 4 (1996).

^⑯ See Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH, Case C-124/20 [2021], Judgement of December 2021.

^⑰ See IFIC Holding v. Commission, Case T-8/21 [2023], Judgement of July 2023.

^⑱ See Bank Melli Iran Case, *supra* note 98.

结果。在经济制裁和阻断法的对抗适用中,从实体法的内容层面看,法律制度的设计以及运用强烈体现着国家的政治利益博弈;从争议解决角度看,法院作为公权力机关,是实现这种利益的工具。

那么,仲裁庭是否与法院的立场一致?答案是否定的。仲裁庭的权力首先来自当事人的授权,因而仲裁庭的首要考虑是当事人约定的法律。如前所述,由于没有“forum”的概念,仲裁庭没有义务适用法院地的强制性规定,更不用说其他外国法中的强制性规定。仲裁中法律适用的灵活性是为了方便私人解决纠纷,而非实现公共利益。可以说,在仲裁中,一旦肯定强制性规定的可仲裁性,就如同打开了“潘多拉魔盒”,很难退回到可控的局面。

有学者指出,仲裁员将运用国际公共秩序的概念去衡量适用或者不适用某些措施。例如,如果经济制裁是基于联合国安理会的决议,而目标国颁布了阻断法,那么,该法体现的地方性公共秩序,因存在更高层面的国际公共秩序而应当被忽视。普遍认为,基于联合国安理会决议的制裁属于国际公共秩序的一部分,应当得到仲裁员的考虑。^⑩如果制裁不是基于联合国安理会的决议,仲裁庭就必须判断某项制裁是否构成国际或跨国公共政策。在无法判断的情况下,仲裁庭遵从哪国的公共秩序就值得讨论。普遍认为,如果经济制裁存在于合同准据法中,仲裁庭很可能适用之。在经济制裁不构成合同准据法的强制性规定且又存在强制性规定冲突的情况下,仲裁庭必须审查哪种强制性规定与案件联系最为密切,并考虑不适用某个强制性规定的后果,例如,上文提到的《欧盟阻断法案》禁止承认与执行给予某些美国制裁效力的判决和仲裁裁决。^⑪

除阻断法和经济制裁之间的对抗外,另一种可能产生冲突的情况是,当事人在多处进行交易,而各处的强制性规定相互矛盾。从确保国际交易的确定性和可预见性角度看,较为重要的是对交易统一适用一套法律,而不是多套法律。为克服冲突,可以采用冲突法中的“德帕沙治”(dépêche)原则,即对合同的不同部分适用不同法律,以使某些强制性规定能够得到适用。《美国第二次冲突法重述》将其作为法律选择的一般方法。在欧洲,“dépêche”被限制在特殊情况下,被称为“原则性的德帕沙治原则”(principled dépêche)。^⑫它需要当事人的明确约定。这种做法的预设是,当事人不愿意将其交易分割并受多部法律管辖。^⑬但欧洲方法的问题在于,当特定国家的优先性强制条款本身要求在特定情况下直接适用时,为什么还需要当事人约定?^⑭

^⑩ See Tamás Szabados, *supra* note 30, 189.

^⑪ *Id.*

^⑫ See Peter Hay, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Springer Netherlands, 1991, p.282.

^⑬ See Peter Hay, *European Conflicts Law after the American “Revolution” - Comparative Notes*, *University of Illinois Law Review*, Vol.2015:5, p.2066 (2015).

^⑭ See Hossein Fazilatfar, *supra* note 31, 175.

除各种基于法律的解决方案外,还可以通过在仲裁过程进行调解去解决法律适用问题。具体而言,仲裁中的调解首先取决于各方合作的意愿。当事人授权仲裁员充当调解人的情况可能发生在他们签署仲裁条款之初,也可能发生在仲裁程序启动之后。仲裁员可以在仲裁的任何阶段提及调解的可能性,以解决全部或部分争议。实证研究表明,29%的和解发生在仲裁庭与当事人第一次会面之前,37%的和解发生在证据听证期间或听证后阶段。^⑩

五、结 语

在当今的国际仲裁理论和实践中,对于仲裁庭如何适用强制性规定,尚缺乏统一做法和理论共识。

目前主要国家的仲裁立法一般均规定仲裁实体法律的适用,但不直接明确强制性规定的适用。作为处理强制性规定的前置问题,我国应在修订《仲裁法》时,增加明确具体的、适用于实体争议的法律适用规定,而非笼统予以规定。我国仲裁机构应注意设计有关强制性规定的仲裁规则。不过从国际商事仲裁实际出发,也为确保仲裁制度的高度自治性及其他特性,仍然可以由仲裁庭在裁量范围内斟酌决定强制性规定的适用,而不必在规则中明确规定。然而不写明强制性规定不代表强制性规定不能被适用,当然也不代表必须被适用。特别是包括强制性规定在内的仲裁地实体性规定,应区别于其程序性规定,前者在国际商事仲裁中不具备当然和必须适用的理由。

欧盟强调仲裁中必须尊重欧盟强制性规定的做法也带给我国两点启示。第一,从监督仲裁和确保我国强制性规定适用的角度出发,当外国仲裁存在影响我国强制性规定适用的情况时,我国法院也可以考虑否定仲裁条款及仲裁裁决的效力。但此时还需要妥善解决一系列具体问题,包括如何确定可仲裁性的范围、监督裁决的具体依据,如何界定强制性规定的范围,如何运用公共秩序条款,以及如何平衡支持仲裁和维护本国强制性规定之间的关系。第二,参与国际仲裁的中国当事人和仲裁机构,要注意欧盟国家维护欧盟强制性规定的实践,无论仲裁地是否在欧盟境内。特别是认识到选择欧盟之外的仲裁地并不会先验地排除欧盟强制性规定适用,只是降低其在特定案件中适用的可预测性。^⑪这进一步提示仲裁参与各方,须意识到国际仲裁中强制性规定适用的复杂情况给仲裁协议和裁决效力带来的影响,以及法律适用和仲裁地选择之间既存在联系又需予以区分的关系。这种意识也有助于各方防范其他司法辖区强制性规定给仲裁带来的影响。

中国仲裁的发展以及市场和规则的开放是中国走近国际舞台中央的必然。国际商事仲裁中法律适用规则的设计及运用体现着我国国际商事仲裁的开放程度和态度,也面

^⑩ See Fan Kun, *An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.15:3, p.782 (2013).

^⑪ See Tamás Szabados, *supra* note 30, 171.

临复杂实践的挑战。人们似乎很喜欢将国际商事仲裁比作大海上航行的船只。有学者认为,仲裁员是船长,当事人是船主。而在船长背后,总有人掌握控制权。^⑩“在波涛汹涌、海浪翻滚之际,你需在夜色中锚定一处明晰而非遥远的航标,坚持航行。面对即将来临的风暴,仲裁实践者们应全力以赴,将船驶往更为宁静的水域。至于风暴会不会来,则是另一个问题。”^⑪

Abstract: The application of mandatory rules is one of the most common and complicated issues in international commercial arbitration. This stems from the tense relationship between the principle of party autonomy, the state's public power reflected in mandatory rules, and the arbitrator's obligation to balance the two to make enforceable awards. In the theory and practice of international arbitration, there is still a lack of unified practice and theoretical consensus on how the arbitral tribunal should apply mandatory rules. However, mandatory rules generally exist in the law applicable to the contract, the law applicable at the seat of the arbitration, and the law of the third country, which can directly threaten the effectiveness of arbitration and must be paid attention to. The law in China lacks detailed rules on the application of substantive arbitration laws, and there are significant differences in the application of mandatory rules among arbitration institutions. The inadequacy of certainty and predictability in the rules of application of law is not conducive to parties in the selection of Chinese arbitration, and is also inconsistent with the China's overall requirements to develop international arbitration. It is suggested to start from the attributes of international commercial arbitration, refer to the practice and theory of international arbitration, and not directly reflect the content of mandatory rules in the *Arbitration Law* and arbitration rules. Instead, the application of mandatory rules should be determined by the arbitration tribunal within its discretion.

(责任编辑:陈贻健)

^⑩ See Nigel Blackaby et al., *supra* note 71, para. 6.03.

^⑪ Professor Van Houtte's Speech, quoted in Patrick Wautelet, *supra* note 35, 231.