

# 国际商事仲裁中强制性规范的适用研究

桑远棵<sup>\*</sup>

**摘 要：**强制性规范是指国际商事法律关系中必须适用且具有强制性特征的一国或跨国法律规范，其对仲裁裁决的终局性以及商事关系的稳定性具有根本性影响。考虑到国际商事仲裁的特殊性质和价值导向，仲裁庭应当区别适用不同类型的强制性规范，即有义务适用合同准据法中的强制性规范、仲裁地的强制性规范以及跨国公共政策，同时也可以考虑适用执行地的强制性规范与第三国的强制性规范。在强制性规范与公共政策的关系方面，公共政策都具有强制性特征，但并不是所有强制性规范都能够构成公共政策。只有在违反强制性规范所产生的后果严重损害一国的基本原则、根本利益时，才能援引公共政策撤销或拒绝承认与执行仲裁裁决。

**关键词：**国际商事仲裁 强制性规范 直接适用规则 公共政策

## 一 问题的提出与产生背景

在国际商事仲裁领域，强制性规范（mandatory rule of law）亦称为至为重要的强制性条款（overriding mandatory provision）、外国干预性规则（foreign interventionist rule）、直接适用规则（directly applicable rules）、自行适用的规则（self-application rules），是指国际商事法律关系中必须适用且具有强制性特征的一国或跨国法律规范，而不论当事人协议选择或仲裁庭根据相关规则确定的准据法。强制性规范主要见诸于经济领域的诸多方面，例如，竞争法、反垄断法、税法、破产法、进出口法、外汇控制、货币管理。从根本上说，这类规范反映出重大的国家政策与核心利益，以至于在任何相关的法律关系中必须适用，进而维护一国政治、经济、社会方面的重大利益以及国际社会普遍认可的基本价值。

在传统国际私法领域，多个国际性和区域性民商事条约中已经专门规定有强制性规范条款，尤其是涉及第三国强制性规范的可适用性。<sup>①</sup> 在多个国家的法律体系中，强制性规范的概念与适

---

<sup>\*</sup> 武汉大学国际法研究所、法学院博士研究生。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大研究课题“一带一路倡议与法律合作研究”（项目号 16JJD820009）的阶段性研究成果。

<sup>①</sup> 例如，1978 年海牙《代理法律适用公约》第 16 条、1985 年海牙《关于信托的法律适用及其承认公约》第 16.2 条、2006 年海牙《关于经由中间人持有证券的某些权利的法律适用公约》第 11 条、2015 年《国际商事合同法律选择原则》第 11 条、1994 年《美洲国家间国际合同法律适用公约》第 11 条。

用标准也已经趋于文化。<sup>①</sup> 然而, 强制性规范在国际商事仲裁领域的适用问题一直没有形成统一立场, 这一现象的产生主要有四个原因: 首先, 大多数学者主要从传统国际私法的角度, 而不是从有利于国际贸易法发展的角度分析强制性规范; 其次, 现有的国际公约更多地从司法协助, 而不是从国际商事仲裁方面制定强制性规范; 再而, 强制性规范本身过于复杂而难以准确识别, 特别是在当今跨国经贸背景下, 国际商事合同往往与多个法域的强制性规范具有关联性;<sup>②</sup> 最后, 国际商事仲裁对意思自治原则和仲裁裁决有效性的特殊要求, 使其在适用上与传统国际私法存在根本区别。

国际商事仲裁是当事人协议的产物, 其根本立足点是当事人意思自治, 主要表现为仲裁程序的灵活性与自治性, 即当事人有权协议选择仲裁程序法与合同实体法, 以及可以在很大空间内协议分配其权利与义务。不过, 当事人意思自治并非没有任何限制, 它必须受到主权国家的强制性规范与公共政策的必要限制。为此, 私人利益和国家利益两者之间此消彼长的紧张关系变得格外明显, 特别是从上个世纪以来, 随着西欧“福利国家”的兴起, 国家规制的有形之手逐渐扩张至私法领域的诸多方面。<sup>③</sup> 由于国家职能的转变, 越来越多的国家主动采取多元化措施干预社会经济生活, 出现了私法公法化现象, 国际民商事案件必然涉及到强制性规范的适用问题。而且在国际商事背景下, 强制性规范具有更加宽泛的内涵, 它可能包含所有具有强制性特征的规范以及原本属于公共政策例外的事项。<sup>④</sup>

往返于公法和私法之间的强制性规范, 一方面, 必须妥当地处理好与国际商事仲裁中当事人意思自治的内在关系, 如果国家不当地扩大对私人事务的干预范围, 势必进一步限缩当事人意思自治的空间, 国际商事仲裁可能面临丧失其程序性优势等消极影响。另一方面, 也要从根本上维护国家核心利益这一外在关系, 否则国际商事仲裁可能面临合法性缺失等问题。可见, 多重因素的交错与叠加使国际商事仲裁中强制性规范的适用具有更大的不确定性。

据统计, 1990 年到 2016 年国际商会 (ICC) 作出的 520 个仲裁裁决中, 有 13 个直接涉及强制性规范的适用。<sup>⑤</sup> 现实情形是, 国家制订了含有大量强制性规范的条款, 但并没有界定强制性规范的范围与适用标准, 直接后果是仲裁庭无法准确识别, 致使仲裁裁决的效力处于游离状态以及跨国合同当事人的权利义务关系缺少必要的可预见性。而且, 由于国际商事仲裁的特殊性, 仲裁庭的法律地位在本质上有别于主权国家的法院, 为了提高仲裁裁决的有效性, 其有必要考虑与争议实体和仲裁程序相关联的法律体系中的强制性规范。

有鉴于此, 理论上应当阐明与强制性规范相关的三个问题: 其一, 仲裁庭与强制性规范的内在关系; 其二, 仲裁庭应当如何适用合同准据法、仲裁地法、执行地法和第三国法中的强制性规范以及跨国公共政策; 其三, 仲裁庭应当如何厘清强制性规范与公共政策的外在界限。通过释明

① 例如, 1980 年欧共体《合同之债的法律适用公约》第 7.1 条、1987 年《瑞士联邦国际私法法典》第 19.1 条、2008 年欧盟《合同之债的法律适用条例》第 9 条、2011 年中国《涉外民事关系法律适用法》第 4 条。

② Pierre Mayer, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, (1986) 4 *Arbitration International* 274, p. 276.

③ 肖永平、龙威狄:《论中国国际私法中的强制性规范》, 载《中国社会科学》2012 年第 10 期, 第 108 页。

④ Catherine Kessedjian, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules”, (2007) 18 *American Review of International Arbitration* 147, p. 148.

⑤ Meng Chen, “Empirical Research on Mandatory Rules Theory in International Commercial Arbitration”, (2016) 19 *International Trade and Business Law Review* 245, p. 255.

上述问题,不仅可以有效防止强制性规范被不当地适用,还能够从根本上提高国际商事关系的稳定性与可预见性。

## 二 仲裁庭与强制性规范的内在关系

从争议解决机制的性质上看,国际商事仲裁不同于法院诉讼程序,也就使强制性规范的适用具有更多的不确定性,主要原因在于仲裁庭的法律地位不同于法院。法院是司法主权的拟制化,<sup>①</sup>在诉讼程序中,法官有无条件适用法院地法的义务,因为法官承担着公共职能,负有维护本国法律秩序和公共政策的责任以及法律上的忠诚义务。2008年欧盟颁布实施的《合同之债的法律适用条例》第9.2条规定:“本条例的任何条款不得限制法院地至为重要的强制性条款的适用”。<sup>②</sup>根据这一规定,外国强制性规范对任何法院来说都没有强制性。<sup>③</sup>换句话说,法官没有适用法院地以外国家强制性规范的义务。

一般认为,当事人意思自治是国际商事仲裁的根本出发点。在此方面,契约理论认为,仲裁完全是当事人协议的产物,不受主权国家法律体系的控制。<sup>④</sup>管辖权理论则更加强调国家主权,具体表现为在国家领域内的任何仲裁行为应受制于该国的管辖权,因此仲裁员必须像法官一样去适用国内法。<sup>⑤</sup>然而,国际上主流观点是支持混合理论,即国际商事仲裁享有一定自治性,同时也必须受到国家的必要规制,而不再支持绝对意思自治。<sup>⑥</sup>据此可以认定,仲裁庭并没有适用相关强制性规范的积极义务,其在强制性规范的适用上应当具有必要的裁量权。1987年《瑞士联邦国际私法法典》第19.1条便规定,可以考虑本法所指定的法律以外的另一法律的强制性规范。

仲裁员具有相对特殊的法律地位,主要体现在两个方面:一方面是仲裁员的选任及其权力行使根本上依赖于当事人的协议,可以视之为当事人的服务者,仲裁员必须最大程度地尊重当事人的意思表示,否则当事人和仲裁员之间的特殊信赖基础将受到不当减损。于此情形下,仲裁员的首要义务是确认当事人的自主意思,其他利益则应当居于次要地位。<sup>⑦</sup>另一方面是有别于国家法院的公共属性,仲裁机构作为自治性社会组织,不隶属于任何国家机关。<sup>⑧</sup>在ICC第6379号裁决

① Geoffrey M. Beresford Hartwell, “Arbitration and Sovereign Power”, (2000) 17 (2) *Journal of International Arbitration* 11, p. 17.

② Art. 9.2 of the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I).

③ Bernard Audit, “How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation”, (2007) 18 *American Review of International Arbitration* 37, p. 39.

④ See Andrew Barraclough and Jeff Waincymer, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 205, p. 209.

⑤ See Andrew Barraclough and Jeff Waincymer, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 205, p. 210.

⑥ Daniel Hochstrasser, “Choice of Law and ‘Foreign’ Mandatory Rules in International Arbitration”, (1994) 11 *Journal of International Arbitration* 57, p. 64.

⑦ See Okezie Chukwumerije, “Mandatory Rules of Law of International Commercial Arbitration”, (1993) 5 (3) *African Journal of International and Comparative Law* 561, p. 565.

⑧ See Piero Bernardini, “The Role of the International Arbitrator”, (2004) 20 (2) *Arbitration International* 113, p. 113.

中,仲裁庭便认为它是当事人协议而不是国家机制的产物,仲裁庭不必代表任何国家维护正义。<sup>①</sup> 依此逻辑可进一步认定,国际商事仲裁没有一个法律意义上的法院地,所有国家的法律都居于平等地位,因此所有国家的强制性规范都属于“外国的”(foreign)。

可见,仲裁庭对任何国家都不负有法律上的忠诚义务,其缺少一个必须绝对服从的法院地法。而且对仲裁员法律地位的定性,根本立足点应是对当事人意思自治的适当界定。如果支持国际商事仲裁自治性和践行有利于仲裁发展的政策,那么仲裁庭在适用相关强制性规范这一问题上应当具有必要的裁量权,以适当地维护相关国家的公共利益,原因在于:一方面,当事人协议赋予仲裁庭的裁量权并不是没有限制,其不得超越一国法律体系规定的最高限度;另一方面,如果仲裁庭持续忽视与争议相关国家的强制性规范,仲裁的合法性就会受到削弱。<sup>②</sup> 因此,在适当范围内保护特殊且具有普遍性的公共利益,仲裁庭可以越过当事人的协议而行使适当的司法职能。<sup>③</sup>

即便如此,强制性规范仍然是国际商事仲裁领域的灰色地带,尤其是如何适用强制性规范方面。不过考虑到国际商事仲裁的特殊性质和价值导向,仲裁庭应当区别适用不同类型的强制性规范,例如,合同准据法中的强制性规范、仲裁地的强制性规范、执行地的强制性规范、其他第三国的强制性规范以及跨国公共政策。

### 三 不同类型强制性规范的区别适用

根据现有的国际私法或冲突法规则,意思自治原则是法律选择领域的首要原则,这不仅体现在诸多国际条约上,如联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》,也反映于多国国际私法或冲突法中,如中国的《涉外民事关系法律适用法》。依此规定,国际商事合同当事人有权自行选择合同准据法。而且,现有趋势是准据法与合同之间存在联系的要求被逐渐废弃,<sup>④</sup> 当事人可以选择一个中立的且与合同不存在实质联系的法律体系作为准据法。然而这是否意味着,当事人选择的或仲裁庭指定的准据法是国际商事合同专属的或排他的准据法?换言之,其他相关法律体系中的强制性规范是否都不具有可适用性?对此问题,仲裁庭应当区别对待不同类型的强制性规范。

#### (一) 合同准据法中的强制性规范

如果当事人协议选择了合同准据法,那么仲裁庭是否有义务适用合同准据法中的强制性规范?事实表明,合同准据法中的强制性规范可能影响当事人的合同关系和变更当事人的义务以及使合同无效。<sup>⑤</sup> 有观点认为,适用合同准据法中的强制性规范必须满足两个前提条件:一个是当

① *Principal v Distributor*, Final Award, ICC Case No. 6379, in Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1992 – Volume XVII* (Kluwer Law International, 1992), p. 218.

② 肖永平、朱克鹏:《论强制性规则与公共政策对国际商事仲裁的影响》,载《国际贸易问题》1997年第9期,第57页。

③ Serge Lazareff, “Mandatory Extraterritorial Application of National Law”, (1995) 11 (2) *Arbitration International* 137, p. 142.

④ 2015年海牙国际私法会议制定的《国际商事合同法律选择原则》第2.4条规定:“被选择的法律和当事人或交易无需联系”。

⑤ See Alfred Siwy, “The Award and the Courts: Mandatory Rules in International Commercial Arbitration”, in Christian Klausegger and Peter Klein, et al. (eds.), (2012) *2012 Austrian Yearbook on International Arbitration*, p. 178.

事人并未协议排除；另一个是要求一方当事人在仲裁程序中主张，但唯一的限制条件是不得违反跨国公共政策。<sup>①</sup>也有观点指出，合同准据法中的强制性规范和第三国强制性规范居于同等地位，意在避免合同准据法在适用上具有不正当的有利地位，<sup>②</sup>除非这类规范自身的标准要求予以适用，因此只有在极少数情形下才能适用。<sup>③</sup>由此可见，上述观点从根本上排除了合同准据法中强制性规范的优先适用性。

不过主流观点仍然是，仲裁庭应当适用合同准据法中的强制性规范，且这类规范在适用上具有优先性。主要原因是：首先，当事人协议适用的准据法是一个整体，相应地包含了其中的强制性规范；其次，当事人没有明示排除适用该法律体系中的强制性规范。其中，唯一的限制条件是合同准据法中的强制性规范不得违反跨国公共政策或真正国际公共政策。<sup>④</sup>在英国法上，合同准据法中的强制性规范是可适用的两种强制性规范之一。在 ICC 第 6142 号裁决中，仲裁庭坚持认为必须适用合同准据法中的强制性规范。<sup>⑤</sup>

需要注意的是，当事人是否有权协议排除合同准据法中特定的强制性规范？事实上，只要属于强制性规范的调整范围，根据其性质和目的应当适用，那么就不允许当事人约定排除。在 ICC 第 8711 号和第 8161 号裁决中，当事人都协议排除适用合同准据法中的强制性规范，仲裁庭认为该规避行为是不公平的，以此为由否定了该项约定的效力。<sup>⑥</sup>同样，ICC 第 2811 号和第 4265 号裁决也清晰表明，在多数情形下，仲裁庭会主动适用合同准据法中的强制性规范。<sup>⑦</sup>以上仲裁案件间接表明，强制性规范不同于一般的任意性规范，它是公共政策在某些领域的特定化或具体化，当事人的自主意思不得违反公共政策。进一步而言，国际商事仲裁不是当事人规避法律的工具或手段，当事人无权协议排除合同准据法中的强制性规范。除此以外，如果当事人没有协议选择合同准据法，仲裁庭则有权依据相关法律或规则选择合同的准据法。根据以上分析，仲裁庭有义务适用合同准据法中的强制性规范。

## （二）仲裁地的强制性规范

国际商事仲裁中，仲裁地（seat of arbitration）是具有法律意义的概念，而有别于仲裁庭开庭

① Constantin Calavros, “The Application of Substantive Mandatory Rules in International Commercial Arbitration from the Perspective of An EU UNCITRAL Model Law Jurisdiction”, (2018) 34 *Arbitration International* 219, p. 225.

② Nathalie Voser, “Mandatory Rules of Law as A Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration”, (1996) 7 *American Review of International Arbitration* 319, p. 324.

③ Luca G. Radicati di Brozolo, “Mandatory Rules and International Arbitration”, (2012) 23 *American Review of International Arbitration* 49, p. 68.

④ 例如，仲裁员不得适用合同准据法中鼓励种族和宗教歧视的强制性规范。

⑤ ICC Case No. 6142, (1990) *Journal du Droit International*, p. 1039. See Serge Lazareff, “Mandatory Extraterritorial Application of National Law”, (1995) 11 (2) *Arbitration International* 137, pp. 138 – 139.

⑥ ICC Case No. 8711 (1998), (2001) 12 *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 120; ICC Case No. 8161 (1995), (2001) 12 *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 83. See Meng Chen, “Empirical Research on Mandatory Rules Theory in International Commercial Arbitration”, (2016) 19 *International Trade and Business Law Review* 245, p. 260.

⑦ 在 ICC 第 2811 号裁决中，仲裁庭根据《罗马条约》(Treaty of Rome) 第 85 条审查排他分销协议的有效性，判定《罗马条约》的条款构成准据法意大利法的一部分。ICC Case No. 2811, (1979) *Journal du Droit International*, pp. 341 – 344. 在 ICC 第 4265 号裁决中，仲裁员认定准据法荷兰法中的强制性规范具有效力。ICC Case No. 4265, (1984) *Journal du Droit International*, p. 499. See A. N. Zhilsov, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, (1995) 42 (1) *Netherlands International Law Review* 81, p. 110.

审理的地点，后者只是地理概念。实践之中，在大多数情形下，仲裁地和开庭审理的地点都位于同一地点。而且，任何国际商事仲裁程序都有一个仲裁地，要么是当事人协议选择的，要么是经由仲裁庭确定的。

1958年《纽约公约》第5条第1款第5项规定，<sup>①</sup> 仲裁地法院有权撤销仲裁裁决。实践之中，仲裁地法院可以依当事人申请根据其国内法撤销仲裁裁决，而且一般情形下其他缔约国应当承认仲裁地法院撤销仲裁裁决之判决的效力，也就是不再承认与执行被撤销的裁决。2017年ICC《仲裁规则》附件2第6条规定，仲裁院在审查仲裁裁决拟稿（draft award）时，在实际可行的范围内应当考虑仲裁地的强行法。从本质上看，该条款的意义在于保证仲裁裁决不被仲裁地法院撤销。

2006年联合国国际贸易法委员会修订并实施的《国际商事仲裁示范法》第20条明确规定了仲裁地的概念，不仅直接表明仲裁地在法律上的重要性，同时也间接说明国际商事仲裁无法脱离国家的控制，故将国际商事仲裁的“本座”置于仲裁地，并在两者之间建立法律联系，以强调其属地主义的性质。由此可以认为，仲裁庭有义务适用仲裁地的强制性规范。尽管也有少数观点认为，国际商事仲裁并不存在类似于法院程序中的法院地，所有国家法律体系中的强制性规范都是平等的，仲裁地强制性规范的适用仅仅应当取决于个案与具体规则的联系。<sup>②</sup> 不过该观点并没有获得广泛的认可与支持，现有的仲裁实践仍然倾向于适用仲裁地的强制性规范。

事实上，仲裁庭适用仲裁地的强制性规范符合当事人的合理期待或具有可预见性，主要在于该类规范是为保证仲裁协议的有效性，确保仲裁程序符合正当程序的基本要求，为仲裁裁决提供最根本的合法性来源。如果仲裁庭忽视仲裁地的强制性规范，在仲裁地法院撤销仲裁裁决后，一般情形下其他执行地法院将先验地服从于外国的撤销判决，即被撤销的仲裁裁决无法再获得承认与执行。<sup>③</sup> 在此情形下，仲裁庭有义务适用仲裁地的强制性规范。

### （三）执行地的强制性规范

仲裁庭是否应当适用裁决执行地的强制性规范，也是理论上很有争议的问题。一般来说，在裁决作出后阶段，如果其无法获得承认与执行，这不仅表明裁决未产生实际约束力，还意味着增加当事人使用仲裁的成本和拖延争议解决的进程，甚至还可能使国际商事仲裁失去吸引力。但问题在于，如何准确识别执行地位于哪一个国家？当执行地分布于多个国家且不同执行地的强制性规范存在冲突时，仲裁庭应当适用哪一个执行地的强制性规范？

从理论上讲，适用执行地强制性规范的理论基础在于，执行地法院在审查仲裁裁决时主要是依据本国公共政策的认定标准，如果裁决违反执行地的强制性规范，而且这类强制性规范又属于

① 《纽约公约》第5条第1款第5项规定：“裁决对各方当事人尚无约束力，或业经裁决地所在国或裁决所依据法律的国家的主管机关撤销或停止执行”。

② See A. N. Zhilsov, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, (1995) 42 (1) *Netherlands International Law Review* 81, pp. 107–108; Nathalie Voser, “Mandatory Rules of Law as A Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration”, (1996) 7 *American Journal of International Arbitration* 319, p. 339.

③ Luca G. Radicati Di Brozolo, “The Present-Commercial Arbitration as A Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman’s Architecture of International Commercial Arbitration”, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years* (Kluwer Law International, 2012), p. 87.

该国公共政策的范畴,那么根据《纽约公约》仲裁裁决可能无法获得承认与执行。<sup>①</sup> 依此理论似乎可以直接推论,仲裁员有义务作出有可执行性的仲裁裁决。

事实上,无论在法律层面还是规则层面上,仲裁员都没有作出有可执行性的裁决的义务,主要有四个原因:第一,不同国家的强制性规范可能存有冲突,尤其在高度全球化的现今时代,商事主体的财产可能遍布于多个法域,财产的价值和数量也势必存有差异,要求仲裁庭作出一个在多个法域都有可执行性的仲裁裁决存在法律障碍;第二,执行地可能与争议案件本身没有实质关联性,即执行地不是争议法律关系的构成要素,致使适用该地强制性规范缺少充分的法律依据;第三,仲裁庭在审理过程中根本无法准确预见到未来的潜在执行地,要求仲裁庭查明当事人的财产所在地也不存在现实可能性;第四,仲裁员的本质义务在于作出一个公正的裁决,仲裁裁决的可执行性仅仅是仲裁庭可以考虑的因素,而不具有决定性作用。

1980年国际商会便成立了专门的法律和商业实践委员会,其制定并发布的《国际合同准据法建议草案》第9条规定,仲裁员仅仅可以考虑适用潜在执行地的强制性规范。不仅如此,仲裁庭在法律上也没有作出有可执行性仲裁裁决的明确义务。<sup>②</sup> 因此,仲裁庭有权考虑适用执行地的强制性规范。

#### (四) 第三国的强制性规范

除合同准据法、仲裁地法和执行地法的强制性规范以外,其他第三国强制性规范的适用问题也是理论关注的焦点。有数据表明,国际仲裁中有超过50%的案件,仲裁员必须直面强制性规范。<sup>③</sup> 虽然该数据有一定的夸大成分,不过大量的跨国商事案件都或多或少地涉及强制性规则,因为这类合同必然会有多个连结点,只要其与某个国家产生联系,相应地该国的强制性规范便具有潜在的适用空间。概括说来,主要的问题是,仲裁庭是否有义务适用第三国的强制性规范?若是,适用该类规范的标准又是什么?对此,哪一类强制性规范是仲裁庭可以考虑适用的第三国强制性规范?

##### 1. 仲裁庭应当考量的关联因素

1980年欧共体《合同之债的法律适用公约》第7.1条规定:“在适用本公约时,凡是情况与任何国家有重大联系,若是如此,而且只要根据该国法律,无论合同适用何种法律,这类强制性规范都必须适用时则应当适用。在考虑是否适用这类强制性规范时,必须注意其性质和目的以及适用或不适用这类强制性规范所产生的后果”。类似的规定是,1987年《瑞士联邦国际私法法典》第19.1条:“依照瑞士法律观念值得保护且明显占优势的一方当事人利益要求考虑本法所指定的法律以外另一法律的强制性规范时,如果案件与该另一法律有密切联系,则可以考虑该另一法律的强制性规范”。该法第19.2条进一步规定:“为决定前款所指的另一法律的强制性规范是否应予以考虑,应根据其所要达到的目的及其适用对于依照瑞士法律观念为适当的判决所可能产

① A. F. M. Maniruzzaman, “International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview”, (1990) 7 (3) *Journal of International Arbitration* 53, p. 59.

② See Gunther J. Horvath, “The Duty of the Tribunal to Render An Enforceable Award”, (2001) 18 (2) *Journal of International Arbitration* 135, p. 158.

③ Marc Blessing, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, (1997) 14 (4) *Journal of International Arbitration* 23, p. 24.

生的后果来判断”。同样，美国《第二次冲突法重述》第187（2）（b）条也要求，在是否适用外国强制性规范时，应当判断其他国家强制性规范在决定特定事项上是否具有更广泛的实质利益。除此之外，其他国际性和区域性条约也就此问题作出了明示规定。<sup>①</sup>

以上规定表明，可以考虑而不是应当适用第三国的强制性规范，而且这类规范在适用上必须受制于多项限制性条件。由此可见，一个方面是仲裁庭没有适用第三国强制性规范的义务，但有权在个案的基础上考虑适用第三国强制性规范的必要性，因为仲裁庭适用合同准据法的义务不是绝对的，当事人意思自治在国际商事仲裁领域也应受到特定限制。在ICC第6320号裁决中，仲裁庭认定意思自治的优先性必须被解释为从属于强制性规范，主要在于国际商事仲裁中强制性规范在适用上具有强烈又合法的利益。<sup>②</sup>而且，当事人选择特定的法律体系作为准据法，并不会绝对排除适用其他法律体系中强制性规范的可能性。当事人的默示意思应当是保障合同的普遍有效性，合同符合相关国家的法律应当是符合当事人的根本意图。也有观点进一步突出这类规范的重要性，其认为如果仲裁庭忽视相关国家法律中的强制性规范，相应地仲裁可能会失去认可度与合法性。<sup>③</sup>

另一个方面是，仲裁庭在适用第三国强制性规范时必须考虑多个关联因素，例如，强制性规范的性质与目的、不适用强制性规范的可能影响、与案件的紧密联系、适用强制性规范的必要性、国际交易的性质与需要。如果明显不满足其中的一个因素，第三国强制性规范的适用就可能不符合前提性条件。2016年，罗马统一国际私法协会（UNIDROIT）修订的《国际商事合同通则》第3.3.1条更是详细列举了7项应予考量的因素，<sup>④</sup>这为仲裁庭适用第三国强制性规范提供了清晰的指引。

实践之中，多个仲裁庭以不满足上述条件为由拒绝适用第三国强制性规范。在1982年阿姆斯特丹谷物贸易协会的奥地利公司诉荷兰公司案件中，<sup>⑤</sup>合同的准据法是荷兰法，仲裁庭认为根据荷兰国际私法，仲裁庭可以认定其他国家的强制性条款有法律效力，如果案件与其他国家存在紧密联系，以及应当考虑这些条款的性质和程度以及适用或不适用的后果。不过仲裁庭认为，由于销售合同与奥地利的货币法没有充分联系，特别是当适用奥地利的货币法将导致销售合同无效。然而根本原因在于只有卖方位于奥地利，产品的原产地和买方的国籍都位于荷兰，货物的销售通过的是德国经纪人，货款的支付是通过德国的银行账户。因此，仲裁庭以缺乏充分联系为由

① 例如，2008年欧盟颁布实施的《合同之债的法律适用条例》第9.3条规定，可以赋予合同义务将履行或已经履行地国家法律中的至为重要的强制性条款以效力，只要那些至为重要的强制性条款认定合同的履行是非法的。在考虑是否赋予那些条款以效力时，应当考虑其性质和目的以及适用或不适用的结果；2015年海牙国际私法会议制定的《国际商事合同法律选择原则》第11.5条规定，这些原则不应当妨碍仲裁庭适用或考虑公共政策，或者适用当事人选择的法律之外至为重要的强制性条款，如果仲裁庭被请求或有权作出。

② *Owner v Contractor*, Final Award, ICC Case No. 6320, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1995 – Volume XX (Kluwer Law International, 1995), pp. 98 – 99.

③ Okezie Chukwumerije, “Mandatory Rules of Law of International Commercial Arbitration”, (1993) 5 *African Journal of International and Comparative Law* 561, p. 566.

④ 即被违反的规则的目的，规则保护的人员的类别，根据被违反的规则可以施加的惩罚，规则被违反的严重性，一方或双方当事人是否知道或应当知道违反的存在，合同的履行是否必定产生违反，当事人的合理期待。

⑤ *Austrian Company (Seller) v Dutch Company (Buyer)*, in Pieter Sanders (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration* 1983 – Volume VIII (Kluwer Law International, 1983), pp. 158 – 161.



拒绝适用奥地利的强制性规范。同样的说理也可以见诸 ICC 的仲裁案件。<sup>①</sup> 不仅如此,在 ICC 第 6294 号裁决中,<sup>②</sup> 被告以合同本身规避外国公法为由要求判定合同无效,仲裁庭认为应当根据《瑞士联邦国际私法典》第 19 条的规定,认定一方当事人不具有合法和明显的重大利益诉求,因而没有适用第三国的强制性规范。

可见,第三国强制性规范在国际商事仲裁中的适用并不是任意的,其至少需要经过一个全面的规则分析和利益衡量过程。归纳而言,主要体现在三个方面:一是与合同具有实质性联系;二是根据强制性规范的性质和目的,其在特定法律关系中具有可适用性和必要性;三是不适用强制性规范将产生严重不合理后果。在这个方面,国际商会早在 1980 年发布的《国际合同准据法建议草案》第 9 条就拟定了适用第三国强制性规范的两个方案,其中的一个方案就是要求合同或当事人必须与第三国强制性规范具有密切联系。

## 2. 合同履行地的强制性规范

实践之中,在判定可予适用的第三国强制性规范时,现有的趋势是考虑适用合同履行地的强制性规范,而不会过多考虑双方当事人本国法中的强制性规范。根据萨维尼提出的国际私法上经典的“本座说”,每一个类型的法律关系都具有法律意义上的所在地或本座,就合同或债权债务关系而言,其本座或最密切联系地是合同履行地。依此可以推得,当事人既然协议在特定国家履行合同,便默示表明其愿意受制于合同履行地法,这在很大程度上也符合当事人合理期待。进一步而言,如果要求当事人履行一份根据合同履行地法是非法性质的合同,也是明显不符合实际的要求。在 ICC 第 1859 号裁决中,<sup>③</sup> 仲裁庭认为,既然合同必须在黎巴嫩、叙利亚和约旦履行,黎巴嫩进口商有义务遵守进口国的强制性规范,任何国家的商人若要将货物销售到其他国家,则有义务遵守该国的强制性规范,而无权主张其未意识到或不尊重该国的强制性规范。

同样的情形是,OTV 诉希尔马顿案<sup>④</sup>涉及合同履行地的强制性规范,被申请人希尔马顿和申请人 OTV 签订的合同约定瑞士法是准据法。该案中,被申请人协助申请人获得阿尔及利亚的公共合同,该行为违反阿尔及利亚法中禁止中间人参与合同的规定。随后因申请人只支付了一半费用而产生争议,申请人遂将争议提交仲裁。仲裁庭的观点是,该案中不存在腐败行为,仅仅是违反保护阿尔及利亚工业免受外国竞争的规定,但并未违反瑞士的公共政策。申请人则申请拒绝执行裁决,英国法院的主要观点是,根据合同履行地法——阿尔及利亚法,涉及公共政策的合同具有非法性质。虽然根据合同准据法——瑞士法,仅仅违反阿尔及利亚法并不会涉及贿赂或腐败,申请人的行为也就不会构成违法行为。而且阿尔及利亚法具有保护主义性质,在法律效力上不应高于当事人协议的准据法,最终以此为由驳回申请人的请求。

① 例如,在 ICC 第 6320 号裁决中,涉及到美国《反有组织犯罪和腐败组织法》(Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act,简称 RICO)的可适用性。仲裁庭认为,意思自治应受制于强制性规则所包含的重要利益,而且如果制定国在适用该规则方面具有强烈的、合法的利益,以及案件和制定国具有连结因素,强制性规范就可予适用。最终仲裁庭未适用 RICO,理由是案件事实与美国的联系过于微弱,主要体现在其声称的欺诈行为发生在美国之外,而且双方当事人法律关系中心也在美国之外。See *Owner v Contractor*, Final Award, ICC Case No. 6320, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1995 - Volume XX*, pp. 98 - 99.

② ICC Case No. 6294, (1991) *Journal du Droit International*, p. 1050. See A. N. Zhilsov, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, (1995) 42 (1) *Netherlands International Law Review* 81, p. 116.

③ ICC Case No. 6294, (1991) *Journal du Droit International*, p. 1050. See A. N. Zhilsov, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, (1995) 42 (1) *Netherlands International Law Review* 81, p. 116.

④ *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v Hilmarton Ltd*, [1999] 2 All ER (Comm).

合同履行地的强制性规范是合同准据法之外当事人经常主张适用的强制性规范，当根据强制性规范的性质和目的决定是否适用该类规范时，将不可避免地适用合同的履行地法。<sup>①</sup>这在很大程度上既符合当事人的合理期待，还可以间接地提高跨国商事合同关系的合法性。因此，仲裁庭可以考虑适用合同履行地的强制性规范。

### （五）跨国公共政策

跨国公共政策又称为真正国际公共政策，是指国际社会广泛认可且具有普遍效力的行为规范和基本价值。这类规范是国际商事关系中最低限度的行为标准，当事人在任何情形下都不得通过协议来减损其效力。从性质上看，跨国公共政策具有公法性质，其并非来源于少数国家的法律层面。一般而言，跨国公共政策主要包括自然法的根本规则、普遍正义的原则、国际公法上的强行法、道德的一般原则。<sup>②</sup>在价值层面上，跨国公共政策的目标是，通过积极的尝试将司法和仲裁实践之中的现有趋势加以概念化，<sup>③</sup>主要体现在反对恐怖主义、种族灭绝、奴役、走私、毒品贩卖、腐败、贿赂等禁止性行为。由此可以认为，跨国公共政策是最低限度的强制性规范，其适用于国际社会的所有领域，其中便包括国际商事仲裁领域。

根据以上分析可以发现，跨国公共政策应当对当事人意思自治构成最低程度的限制。不仅如此，这也是仲裁庭在审理案件过程中必须维护的基本价值。在多数情形下，强制性规范表现为明示的公共政策，所发挥的是积极作用，但跨国公共政策主要是承担消极职能。1958年《纽约公约》第5条第2款第2项规定，公共政策是执行地法院可以依职权拒绝承认与执行仲裁裁决的法定事由。从文义解释的角度分析，《纽约公约》规定的公共政策主要是指法院地的公共政策，从范围上看，其应当包含跨国公共政策。实践中，即便跨国公共政策与合同不存在任何关联性，基于跨国公共政策所要保护的普遍性利益和根本性价值，仲裁庭应当否定明显违反跨国公共政策的行为的效力，而不论当事人是否向仲裁庭提出公共政策抗辩。<sup>④</sup>在ICC第1110号裁决中，<sup>⑤</sup>申请人主张部分委托金是用来帮助被申请人获得阿根廷政府的合同，仲裁庭认为该行为构成了贿赂，并以违反跨国公共政策为由判定该项合同无效。

## 四 强制性规范与公共政策的外在界限

强制性规范与公共政策<sup>⑥</sup>的外在界限是国际商事仲裁领域还未形成一致认识的事项。公共政

① See Okezie Chukwumerije, “Mandatory Rules of Law of International Commercial Arbitration”, (1993) 5 (3) *African Journal of International and Comparative Law* 561, p. 565.

② See Jeff Waincymer, “International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law”, (2009) 5 (1) *Asian International Arbitration Journal* 1, p. 35.

③ A. N. Zhilsov, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, (1995) 42 (1) *Netherland International Law Review* 81, p. 99.

④ 参见张潇剑：《强行法在国际商事仲裁中的适用》，载《现代法学》2006年第1期，第135页。

⑤ *Argentine Engineer v British Company*, Award, ICC Case No. 1110, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1996 – Volume XXI* (Kluwer Law International, 1996), p. 51.

⑥ 需要指出的是，这里所指的“公共政策”是一国的“国际公共政策”，而不是“国内公共政策”和“跨国公共政策”，主要原因是跨国公共政策主要是指国际公法上的强行性规范；对于国内公共政策而言，许多在处理国内民法关系时作为强行法或公共政策的事项，在处理国际民商事关系时就不一定具有强制性。参见肖永平：《国际私法原理》，法律出版社2007年版，第133页。

策又称为公共秩序，主要是指重大利益、基本政策、道德和正义的基本观念。<sup>①</sup> 2002年，国际法协会（ILA）发布的《公共政策作为禁止执行国际仲裁裁决的最终报告》中认为，公共政策主要包括三个事项：一是正义或道德的基本原则；二是服务于国家核心的政治、社会或经济利益；三是国家对其他国家或国际组织所承担的义务。<sup>②</sup>

事实上，强制性规范是随着国家对市场经济的持续干预而形成的一类特殊规范，这就使公共政策的职能定位变得更加模糊。主要原因在于，一方面，公共政策要发挥消极地否定外国法的作用；另一方面，又要承担积极地维护强制性规范的作用。<sup>③</sup> 随后，当强制性规范发展到一定程度时，强制性规范遂从中分离出来，成为公共政策在一些法律领域的具体化和特定化。<sup>④</sup> 从价值层面上论，现有理论主要认为公共政策应退守消极的例外作用，强制性规范则承担积极的规范价值，<sup>⑤</sup> 不过两者的根本目的都是维护国家的基本价值与重大利益。

就强制性规范与公共政策的外在界限而言，在美国律师看来，强制性规范经常被视作公共政策，公共政策的范围则涵盖了强制性规范，<sup>⑥</sup> 这表明两者的关系是相互融合的。但从性质上看，每一个公共政策都具有强制性，但并不是每一个强制性规范都具备公共政策的内涵。<sup>⑦</sup> 换言之，法律规范仅仅具有强制性特征是不充分的，只有在其保护的是非常重大的利益或者违反它产生的后果达到根本性程度时，强制性规范才能够被认为构成公共政策。因此，仲裁庭不能仅仅以漠视或违反强制性规范为由而当然地否定合同的效力，其有必要分析违反强制性规范所产生的潜在影响。

在此方面，多国法律和司法实践对强制性规范和公共政策的外在界限作出了明确划分。例如，根据荷兰法，只有当裁决违反根本性强制性规范时，才能达到撤销裁决的标准。在该国的司法实践中，荷兰最高法院秉持相同的立场，并进一步认为仅仅漠视荷兰竞争法一般是不会被定性为违反公共政策。<sup>⑧</sup> 同样，根据意大利法，并不是所有强制性规范都可以达到公共政策的标准，也不会仅仅因为仲裁庭未适用强制性规范而撤销仲裁裁决，只有在强制性规范所包含的原则达到根本性程度时，才能拒绝执行外国仲裁裁决。<sup>⑨</sup>

然而，到底何种强制性规范才能够构成公共政策，尤其在《纽约公约》只规定违反公共政

① Pascal Hollander, “Report on the Public Policy Exception in the New York Convention”, (2016) 10 *Dispute Resolution International* 35, pp. 40–42.

② Pierre Mayer, Audley Sheppard, “Final ILA Report on Public Policy as A Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, (2003) 19 (2) *Arbitration International* 249, p. 255.

③ 参见宋晓：《当代国际私法的实体取向》，武汉大学出版社2004年版，第262页。

④ 参见高晓力：《国际私法上公共政策的运用》，中国法制出版社2008年版，第88页。

⑤ 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205页。

⑥ George A. Bermann, “Introduction: Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, (2007) 18 *American Review of International Arbitration* 1, p. 4.

⑦ Luke Williers, “Breaking in the Unruly Horse: The Status of Mandatory Rules of Law as A Public Policy Basis for the Non-enforcement of Arbitral Awards”, (2011) 18 *Australian International Law Journal* 155, p. 165; Audley Sheppard, “Interim ILA Report on Public Policy as A Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, (2003) 19 (2) *Arbitration International* 217, p. 231.

⑧ Assimakis P. Komninos, “Case C – 126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court”, (2000) 37 *Common Market Law Review* 459, p. 461.

⑨ Luigi Fumagalli, “Mandatory Rules and International Arbitration: An Italian Perspective”, (1998) 16 (1) *ASA Bulletin* 43, p. 59.

策是可以拒绝承认与执行裁决的情形下,<sup>①</sup>任何公约缔约国都无法直接援引违反强制性规范来拒绝承认与执行裁决,相反地其必须借助公共政策的“外衣”才行。司法实践也表明,法院并未将违反强制性规范等同于违反公共政策。<sup>②</sup>

在中国,在涉及违反进出口配额、期货交易的控制、外汇管制、外国投资等强制性规范的案件中,法院的裁判说理基本一致,即违反这类强制性规范不构成违反中国的公共政策。例如,在ED&F案中,双方当事人通过炒作期货的方式谋取不当利益,最高人民法院在复函中指出,境内企业在没有获得批准的情形下从事境外期货的交易,根据中国法律的规定中国糖业酒类集团公司的行为是无效的,但是违反中国法律中的强制性规范并不能完全等同于违反中国的公共政策。<sup>③</sup>同样,在三井物产案中,最高人民法院亦认为,海南省纺织工业总公司在未经国家外汇管理部门批准并办理外债登记手续的情形下,对日本三井物产株式会社直接承担债务,违反了我国外债审批及登记的法律规定和国家外汇管理政策,但是违反行政法规和部门规章中的强制性规范并不当然地构成违反中国公共政策。<sup>④</sup>除此以外,类似的情形也可以见诸其他案件。<sup>⑤</sup>

通过以上分析可以认定:首先,对公共政策的内涵应当作限缩解释,即在绝大多数情形下,仅仅具有强制性特征的法律规范并不能构成公共政策;其次,对强制性规范的认定必须非常谨慎和严格,否则会直接导致法院滥用公共政策;最后,违反强制性规范并不能当然地推定违反公共政策,应当更多地从违反强制性规范在客观上造成的损害后果角度进行个案分析。有学者认为,即便无法准确划定强制性规范与公共政策的外在界限,但是可以考虑区分外部公共政策和内部公共政策,以避免不适当地扩大公共政策的内涵。<sup>⑥</sup>因此,只有在违反强制性规范严重损害一国的根本利益、基本政策或善良道德以及跨国公共政策时,才能援引公共政策撤销或拒绝承认与执行仲裁裁决。

## 五 结论

强制性规范的概念、范围、适用标准一直缺乏清晰的界定,这不仅使当事人的权利义务关系

① 1958年《纽约公约》第5条第2款第2项。

② See Meng Chen, “Empirical Research on Mandatory Rules Theory in International Commercial Arbitration”, (2016) 19 *International Trade and Business Law Review* 245, p. 265.

③ 《最高人民法院关于ED&F曼氏(香港)有限公司申请承认与执行伦敦糖业协会仲裁裁决案的复函》,〔2003〕民四他字第3号,参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》第7辑,人民法院出版社2004年版,第12页。

④ 《最高人民法院关于对海口中院不予承认和执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决请示的复函》,〔2001〕民四他字第12号,参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》第11辑,人民法院出版社2006年版,第109页。

⑤ 例如,在天瑞酒店投资公司案中,天瑞酒店投资公司和杭州易居酒店管理公司签订了一份商业特许经营合同,为了规避中国对外国公司从事特许经营业务的准入制度而故意将协议拆分成两份,被申请人易居酒店管理公司认为该行为明显违反中国引进外资的基本制度以及侵犯中国的经济主权和公共利益,要求不予执行仲裁裁决。最高人民法院却认为,备案制度属于行政法规之强制性规范中的管理性规定不构成我国的公共政策的情形。《最高人民法院关于申请人天瑞酒店投资有限公司与被申请人杭州易居酒店管理有限公司申请承认仲裁裁决一案的请示的复函》,〔2010〕民四他字第18号,参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》第22辑,人民法院出版社2012年版,第175页。

⑥ 参见何其生:《多元视野下的中国国际私法》,高等教育出版社2019年版,第244页。

处于不确定状态,还会导致仲裁庭因缺少明确指引而举棋不定。不过可以明确的是,强制性规范具有特殊的性质与特征,当事人无权越过该界限,仲裁庭也必须遵守,否则仲裁程序的合法性将会受到更多质疑。特别是在公共政策的适用条件越来越严苛,而主权国家又不愿意减少对市场经济生活进行干涉的情形下,强制性规范的适用空间也会随之越来越大。此外,在主权国家组成的平权国际社会结构中,各国在各个领域的交往日益密切,相互依赖性不断增强,也就迫切要求各国进行真诚的合作以及互相尊重对方的特定强制性规范。<sup>①</sup>

与此同时,跨国合同当事人应当在缔约时尽量考虑相关的强制性规范,避免产生合同被认定无效或合同无法履行等消极后果。在此事项上,联合国国际贸易法委员会制定的《工业工程建设的国际合同草拟的法律指引》中“公法性质的强制性法规”一节特别提到:“除了当事人选择的准据法,其他国家具有行政性或公法性质的具体规则可能会影响到建设的特定方面,这类规则具有强制性且目的是保证与该国外经济、社会、金融、外国政策相一致,当事人在起草合同时尤其应当加以注意”。<sup>②</sup>

从价值层面而言,强制性规范的存在不仅可以防止个人通过协议规避一国所维护的重大利益或国际社会的基本价值,还可以在更广泛层面上形成统一与和谐的法律秩序。不过只有在极少数情形下,违反强制性规范才能等同于违反公共政策,强制性规范的适用对案件最终结果产生严重影响的情形也是非常少的。<sup>③</sup> 即便如此,在理论上准确地厘清强制性规范的内涵与适用标准,可以提高跨国商事合同关系的可预见性,保障仲裁裁决的终局性以及增进国际商事仲裁的吸引力。

根据以上分析,本文认为可以得出以下六点结论:

第一,仲裁庭有义务适用合同准据法中的强制性规范,不论当事人是否协议排除这类规范。

第二,仲裁庭有义务适用仲裁地的强制性规范。

第三,仲裁庭可以考虑适用执行地的强制性规范。

第四,仲裁庭可以考虑适用第三国的强制性规范,但是必须考量相关联的因素。例如,与合同的关联程度、强制性规范的目的、性质和适用范围、适用或不适用的后果。在这其中,尤其是可以考虑适用合同履行地的强制性规范。

第五,跨国公共政策是最低限度的强制性规范,仲裁庭有义务遵守跨国公共政策,而且跨国公共政策与合同无须存在“联系”。

第六,任何公共政策都具有强制性特征,但是并非所有违反强制性规范的情形都能构成违反公共政策,只有在违反强制性规范严重损害了一国的基本原则、根本利益、善良道德时,才可以援引公共政策拒绝承认与执行或撤销仲裁裁决。

① 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第332页。

② *Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, by United Nations Commission on International Trade Law, 1988, p. 304.

③ Josh B. Martin, “Contractualists versus Jurisdictionalists: Who Is Winning the Mandatory Law Debate in International Commercial Arbitration”, (2016) 27 *American Review of International Arbitration* 475, p. 477.

## Study on the Application of Mandatory Rule of Law in International Commercial Arbitration

*Sang Yuanke*

**Abstract:** Mandatory rule of law refers to the national or transnational rule of law with mandatory characteristic which shall be applied in the international commercial legal relations, it will impose fundamental influence on the finality of arbitral award and the stability of commercial relation. In considering the special nature and value orientation of international commercial arbitration, arbitral tribunal should differentiate in applying distinct kinds of mandatory rule of law, namely have obligation to apply the mandatory rule of law in the law applicable to the contract and the law of place of arbitration as well as the transnational public policy, meanwhile have discretion to apply the mandatory rule of law in the law of the place of enforcement and the law of the third country. As to the relation between mandatory rule of law and public policy, public policy has the mandatory characteristic, but not all mandatory rule of law can constitute public policy. Only when the consequences arising out of breach of mandatory rule of law seriously damage one country's basic principle and fundamental interests, under this circumstance can annul or refuse recognizing and enforcing the arbitral awards by revoking public policy.

**Keywords:** International Commercial Arbitration, Mandatory Rule of Law, Directly Applicable Law, Public Policy

(责任编辑: 李庆明)