

# 直接適用的法及其對可仲裁性、裁決承認與執行的影響

董金鑫\*

所謂直接適用的法，即國際私法中的強制規範，即為維護一國在政治、社會、經濟與文化等領域的重大公共利益，無須多邊衝突規範的指引，直接適用於國際民商事案件的實體強制規範。<sup>1</sup> 目前《羅馬公約》《羅馬條例I》等眾多國際私法立法就直接適用的法作了規定。反映在中國法當中，2010年頒佈的《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》第4條首次確立了中國直接適用的法制度，即中華人民共和國法律對涉外民事關係有強制性規定的，直接適用該強制性規定。其範圍由最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋(一)》(簡稱《〈法律適用法〉解釋(一)》)第10條<sup>2</sup>加以界定，從而在規範層面形成了較為完備的直接適用的法制度。

作為一種特別的法律適用方法，目前中國學界對直接適用的法在國際商事仲裁實體法律適用中的地位已有一定的研究，但其於國際商事仲裁程序方面的表現尚沒有得到太多的關注。基於直接適用的法的實體法性質，學理上傾向於認為排除某些事項司法管轄權的規定不構成直接適用的法。<sup>3</sup> 然而，如果當事人選擇在域外仲裁，則直接適用的法的適用意圖會面臨落空的危險，演變成法律規避<sup>4</sup>的新方式。由此產生了如下疑問，首先，超越當事人選法的直接適用的法能否作用於選擇仲裁等爭端解決條款的效力，甚至構成一國法院新的專屬管轄情形？其次，如果直接適用的法不影響仲裁機構受理案件，則它在國際商事仲裁裁決的承認與執行階段又將發揮何種作用？凡此種種，宜結合直接適用的法在比較法上的仲裁實踐作進一步探討。本文從爭議的可仲裁性、仲裁裁決的承認與執行兩方面分析直接適用的法在國際商事仲裁中的地位，最後集中分析中國直接適用的法在該領域中的表現。

## 一、直接適用的法對爭議可仲裁性的影響

仲裁建立在當事人有效協議的基礎之上，從而對抗法院的訴訟管轄。當存在當事人真實的仲裁合意時，影響仲裁管轄權確立的關鍵在於爭議類型是否符合法律對可仲裁性(arbitrability)的規定。傳統上認為可仲裁性問題應該交由衝突規範決定，即由當事人選擇的法律或仲裁地的法律支配。然該要求反映了一國的公共政策，從而與實體法層面的直接適用的法發生必要的關聯。更何況即便直接適用的法不影響爭議的可仲裁性，其適用與否對裁決的承認與執行而言同樣關係重大。

\* 中國石油大學(華東)法學系助理教授

## (一) 直接適用的法能否影響可仲裁性的爭議

自審理三菱案<sup>5</sup>的美國法院承認涉及反壟斷的私人糾紛可以仲裁以來，直接適用的法能否影響仲裁管轄權一度引發熱議。目前，源自《謝爾曼法》、《證券交易法》、《防止詐騙及反黑法》等大多數美國監管性立法的爭議都允許進行國際私人仲裁。<sup>6</sup> 對此，理論上認為直接適用的法並不影響仲裁庭對案件的受理，而只關係到案件如何裁決，涉及以增進公益為主要目標的法律的問題具有可仲裁性。作為依據，無論《羅馬公約》還是《羅馬條例I》都將仲裁協議的效力排除於調整範圍。<sup>7</sup>

反映在一起國際商會仲裁院審理的案件中，意大利公司與比利時公司訂立了分銷合同，約定任何一方如要單方終止合同都必須提前3個月向對方發出通知。案件爭議適用意大利法，並提交國際商會仲裁院解決。意大利分銷人在履行過程中按照約定的期限提前發出解除合同的通知，比利時方以該行為違反比利時法當中必須提前3年發出解除分銷合同通知的強制規範為由提起仲裁。仲裁庭認為，應由當事人約定的意大利法決定當事人發出終止合同的通知是否合法。意大利法允許分銷合同的當事人就終止期限作出約定，故分銷人無須承擔責任，比利時的強制性規定不適用於本案。同理，比利時法賦予代理人在該國起訴供貨人的強制司法管轄權不能優於作為準據法的意大利法的適用。

的確，將某些民事領域排除於仲裁的程序法本身不構成直接適用的法，但此種做法往往出於一國公益的需要，從而構成直接適用的法存在的證明。為了維護重要的實體強制規範所要達到的法律適用結果或秩序，有必要限制當事人提交仲裁特別是域外仲裁的權利。具體而言，對可仲裁性的限制能夠作為直接適用的法在程序事項上的反映，如一些國家禁止將勞動爭議提交仲裁，而由法院專屬管轄，這多半是將勞動法當中的保護性強制規範視為直接適用的法。<sup>8</sup> 以下以位於瑞士洛桑的國際體育仲裁院(Court of Arbitration for Sport)審理的競技足球勞動合同爭議為例作集中探討。

## (二) 直接適用的法能否影響可仲裁性的比較法實踐

### 1. 作為國際體育仲裁院仲裁地的瑞士對可仲裁性的態度

就此問題，首先要提及作為國際體育仲裁院仲裁地法的瑞士法的態度。<sup>9</sup> 瑞士法沒有在仲裁管轄權確立階段進行過多干預。根據《瑞士聯邦國際私法典》第177條第1款，具有財產性質的爭議都可視為仲裁對象。雖然法律沒有作出明確界定，但瑞士聯邦最高法院認為立法試圖確立廣泛求助於國際仲裁的機會，從而需要寬泛解釋財產的概念。<sup>10</sup> 這也體現在《與體育有關的仲裁法典》第27條第2款當中，即由國際體育仲裁院解決的爭議包括任何與體育相關的一般性活動或事項。在實踐中，該院從來沒有單純以爭議與體育無關為由拒絕管轄。故區別於意大利、法國等國不承認勞動爭議的可仲裁性，基於工資在勞動合同中的重要地位，瑞士承認勞動爭議的財產性質。

《瑞士聯邦國際私法典》第177條第2款規定，除國家或國有公司和組織外，仲裁協議的當事人不得援引本國法作為可仲裁性的抗辯，即仲裁庭無須考慮那些嚴格解釋可仲裁性的外國強制規範。如果外國法規定法院對某類案件享有強制管轄權，則只有出於維護公共政策的目的才可以拒絕爭議的可仲裁性，至於仲裁裁決能否得到潛在的承認與執行地國法院的認可並非瑞士法關注的問題。<sup>11</sup>

在2011/O/2609案中，仲裁庭認為墨西哥勞動法構成該國的公法性強制規範，然而考慮當事人的選擇，可仲裁性應由瑞士法支配。這不僅須適用《瑞士聯邦國際私法典》第177條第1款，而且根據瑞士聯邦最高法院的法理，與勞動合同有關的糾紛都可以仲裁；另外，根據國際商會仲裁院第8420號裁決，勞動爭議根據意大利法不具有可仲裁性的事實不意味着其不能在瑞士仲裁。對瑞士的仲裁庭

而言，案件能否受理的惟一限制是《瑞士聯邦國際私法典》第190條的公共政策。

## 2. 考慮限制可仲裁性的“外國”直接適用的法的實踐

基於《瑞士聯邦國際私法典》第19條對外國直接適用的法適用的規定，國際體育仲裁院曾考慮限制勞動爭議可仲裁性的“外國”<sup>12</sup>直接適用的法的效力。在2011/O/2626案中，被申請人辯稱，根據《保加利亞民事程序法》第19條第1款，除爭端對象涉及不動產所有權、贍養費以及勞動關係外，財產糾紛的當事人可以合意提交仲裁，該案因涉及教練員僱傭糾紛不得仲裁。由於《瑞士聯邦國際私法典》第19條允許考慮外國直接適用的法，故該法第177條就可仲裁性的規定不構成做出決定的障礙。根據上述保加利亞法體現的公共政策，仲裁庭以案件缺乏可仲裁性為由拒絕管轄。

在2006/O/1055案中，被申請人辯稱，土耳其足協的仲裁機構根據土耳其法對該國的足球合同爭議擁有排他管轄權，當事人提交國際體育仲裁院仲裁的約定因違反該強制規範而無效。仲裁庭認為，賦予土耳其足協排他管轄權的強制規範不足以使仲裁庭援引公共政策拒絕管轄。這不僅是因為土耳其法沒有明確規定，而且被申請人宣稱此種排他管轄源於國內慣例也未能加以證實。更何況無論強制與否，此類規範與公共政策無關。它不涉及由法院專屬管轄，而只是交由土耳其足協下屬的仲裁機構，後者僅具有準仲裁的性質。即使土耳其足協所屬的理事會以及仲裁庭構成真正意義的仲裁機構，法律規定提交仲裁或類似程序的事實並不關乎土耳其公共政策，故國際體育仲裁院沒有理由拒絕管轄。

## 3. 對上述仲裁實踐的評價

從上述實踐可以看出，出於維護勞動合同領域公共政策的目的，國際體育仲裁院對限制勞動爭議可仲裁性的強制性規定予以適度關注。此種維護弱者利益的實體法政策導向引起了衝突法層面的關注，即那些勞動基準法需根據自身性質和目的必須適用，不允許當事人通過法律選擇甚至法院選擇的方式排除。不過，就採用哪一國的公共政策作為標準尚缺乏一致的意見。無論將瑞士公共政策作為惟一的判斷理由，還是只考慮“外國”公共政策的作用，都有失偏頗。值得讚許的是，國際體育仲裁院在審理2006/O/1055案時既考慮到外國法是否具有直接適用的意圖，又認為需要作為仲裁地的瑞士公共政策的檢驗，實現了二者的有機結合。

由於《與體育有關的仲裁法典》沒有涉及直接適用的法，就國際體育仲裁院的仲裁庭借助《瑞士聯邦國際私法典》第19條考慮“外國”直接適用的法的實踐而言，此種比附法院裁判的做法曾備受質疑。故有學者認為出於防止法律適用的碎片化以及有損運動員之間公平的考慮，國際體育仲裁院應該拒絕適用準據法之外的強制規範。然而上述見解不應該作為違反那些包含在各國乃至歐洲社會強行法當中最為至關重要的條款的理由。體育自治不是絕對的，其邊界仍需要國家法釐定，而這一切離不開直接適用的法發揮作用。又何況如同其他的仲裁庭那樣，國際體育仲裁院在適用直接適用的法問題上仍留有一定的自由發揮的餘地。

## 二、直接適用的法對仲裁裁決承認與執行的影響

### (一) 外國直接適用的法對仲裁裁決承認與執行的影響

關於一國法院在承認與執行外國仲裁裁決時是否要考慮外國直接適用的法的適用，傳統上的做法多以承認與執行地的公共政策僅包括該地的直接適用的法為由拒絕加以考慮。如在一家內地公司申請

香港法院承認與執行中國國際經濟貿易仲裁委員會向香港法院作出的仲裁裁決時，被申請人香港公司認為該裁決的執行將違反公共政策。依據內地的法律，作為基礎合同方的申請人不具有締結外貿合同資格，進而導致合同發生不法的情形。香港法院認為應該具體權衡不法性問題，在內地不具有締約資格的不法不同於賭博合同或需要實施不法行為的不法。而且作為拒絕承認、執行裁決依據的是執行地的公共政策，沒有證據表明此類合同構成香港法的不法。綜上，該案不滿足實施公共政策的門檻。<sup>13</sup>

然而，外國直接適用的法可以化身為執行地國拒絕承認與執行外國仲裁裁決的公共政策。在英國法院審理的Soleimany案<sup>14</sup>中，Soleimany父子曾達成從伊朗走私波斯地毯的合資協議，後來二者對如何分配銷售收益發生爭議。作為一項宗教傳統，他們向猶太法庭(Beth Din, Court of Chief Rabbi)尋求仲裁。裁決要求父親向兒子支付部分利潤，由於父親沒有自願履行，兒子在英國申請執行。儘管合同準據法是伊拉克法，由於合同的實施將損害伊朗的利益，英國上訴法院仍拒絕執行認定合同有效的仲裁裁決。根據英國上訴法院在Foster案<sup>15</sup>中確立的普通法規則，如果當事人締約的意圖在於違反某一友好國家的法律，則該合同的執行因損害英國與該國的友好關係而不得強制執行。上述規則傳統上只有在法院實質審理案件時才被援用，但基於發展國際友好關係的需要，英國法院在仲裁裁決的承認與執行階段將外國直接適用的法所要維護的利益通過本國的公共政策加以考量，從而間接實現了外國直接適用的法在私人訴訟中發揮作用的目的。

在Hilmarton案<sup>16</sup>，一家英國公司為法國公司提供諮詢服務，以便於法國公司在阿爾及利亞獲得一份建設排水系統的政府項目。如果英國公司促成交易，則能夠提取合同金額4%的佣金。就法律適用和爭端解決，當事人約定適用瑞士法，並在日內瓦由國際商會仲裁。後因法國公司未如約支付足額的諮詢費用發生爭議。在仲裁中，法國公司認為本案諮詢合同違反阿爾及利亞禁止在政府採購使用中介的強制性規定<sup>17</sup>，此類適用於所有阿爾及利亞國家合同的公序法應該予以考慮，即使當事人另行選擇法律。仲裁庭認為，在準據法為瑞士法的情形下，如果違反阿爾及利亞法的行為同時違反瑞士的公序良俗，則可以援引《瑞士債法典》第20條第1款認定合同無效。要構成瑞士公序良俗的違反，則普遍認為外國法須出於保護個人或社會的基本或公正的利益，從而優於合同自由的維護。本案阿爾及利亞的法律旨在確保建立健康公正的商業實踐並打擊腐敗行為，這與國際反腐敗的普遍道德觀念相符，故滿足上述要求。

該裁決被仲裁地的瑞士日內瓦法院撤銷。法院同意觸犯外國法的特定情形構成《瑞士債法典》第20條的公序良俗的違反，但認為本案阿爾及利亞的直接適用的法不滿足要求。由於無從證明當事人實施腐敗行為，而瑞士法又不存在禁止在政府採購中運用中介的規定，故違反阿爾及利亞法不構成瑞士公序良俗的違反。法國公司上訴至瑞士聯邦最高法院，要求撤銷日內瓦法院的裁定。聯邦法院認定本案合同構成中介合同且阿爾及利亞的法律禁止適用中介，但問題的關鍵在合同是否違反瑞士法的公序良俗。阿爾及利亞禁止使用中介的規定十分寬泛，具有保護主義色彩。其服務於國家對外貿領域壟斷的需要，嚴重違反當事人的締約自由，無法通過瑞士法予以考慮，故維持撤銷裁決的裁定。

《瑞士聯邦國際私法典》在本案合同訂立時尚未生效，根據瑞士法院的實踐，作為外國直接適用的法的阿爾及利亞法只能通過實體法方法發生效果。<sup>18</sup> 爭議的焦點在於阿爾及利亞的法律是否與國際公共政策一致，從而能否借助瑞士對合同違反公序良俗的規定發生效力。此處的關鍵是如何解釋阿爾及利亞法的意圖。國際商會仲裁庭認為阿爾及利亞法旨在打擊腐敗，反腐敗是一項國際任務，構成國際公共政策。瑞士聯邦最高法院不同意這一觀點，尤其法院認為阿爾及利亞法不是出於維護國際交

易的公正有序，而是服務於本國外貿壟斷的保護主義作法。此種個別的、甚至不良的意圖無法通過國際公共秩序實現，更不足以超越當事人的意思自治。不難看出外國直接適用的法能否借助本國公共秩序這一實體法的規定發生效力，很大程度在於兩國法律形式內容及背後政策的相似性。

## (二) 本國直接適用的法對仲裁裁決承認與執行的影響

將本國直接適用的法在國際仲裁中未能適用作為拒絕承認與執行仲裁裁決的依據得到了一些學者的支持。如梅耶認為，公序法的違反構成基於裁決內容而不予承認的依據，從而可以將該機制整合到公共政策當中。<sup>19</sup> 對此應關注發生在競技體育領域的仲裁實踐。基於體育自治的理念，國際體育仲裁院作出的仲裁裁決大多不需求助於國家法院，從而免於承認與執行地國法院的審查。為滿足本國直接適用的法適用的需要，晚近審理佩希斯坦(Pechstein)案的德國慕尼黑上訴法院(oberlandesgericht)打破了這一傳統，對國際體育仲裁院的生效裁決進行干預。

### 1. 佩希斯坦案的基本情形

佩希斯坦是一名傑出的德國女性速度滑冰運動員，曾五獲冬奧會金牌。在 2009 年參加挪威哈馬爾世界盃之後，國際滑聯紀律委員會以血液檢測不合格為由處以其兩年禁賽處罰。佩希斯坦表示不服，根據參賽報名表中的仲裁條款向國際體育仲裁院提起仲裁。在仲裁失利後，她以裁決違反公共政策及平等聽證原則為由兩度向瑞士聯邦最高法院提出申訴，並提交專家報告證明血檢結果中的紅細胞數目異常乃因遺傳球形紅細胞(貧血)症所致，但未獲得支持。該院重申《瑞士聯邦國際私法典》第 190 條第 2 款構成撤銷國際仲裁裁決的全部理由。除非裁決中的實體問題違反了瑞士公共政策，否則其無權審查國際體育仲裁院作出的事實查明。

佩希斯坦回到德國，針對國際滑聯以及德國滑冰協會提起高額的民事損害賠償之訴。在 2012 年 2 月，作為一審法院的慕尼黑地方法院以佩希斯坦在仲裁過程中未提出管轄異議為由認為裁決發生既判力(res judicata)。她對此表示不服，遂向慕尼黑上訴法院提起上訴。在 2015 年初，二審法院對因當事人之間的興奮劑禁賽處罰爭議發生的損害賠償訴訟做出部分判決。根據《德國民法施行法》第 34 條、《德國民法典》第 134 條以及《德國反限制競爭法》(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) 第 19 條第 1 款及第 4 款第 2 項，認定國際滑聯迫使運動員簽訂交由不中立的仲裁庭仲裁的協議構成市場優勢地位的濫用，進而以違反《紐約公約》第 5 條第 2 款 b 項下的公共政策為由拒絕承認維持國際滑聯處罰決定的國際體育仲裁院裁決。

### 2. 基於直接適用的法審查仲裁裁決的邏輯

就慕尼黑上訴法院的適法邏輯，首先，《德國反限制競爭法》下的經濟活動包括在市場上提供商品或服務的任何活動，與體育相關的事實不能排除競爭規則的適用。國際滑聯乃速度滑冰世界盃這一重要賽事的唯一提供者，滿足相關市場的支配地位；其次，擁有支配地位的安排為《德國反限制競爭法》第 19 條第 1 款及第 4 款第 2 項所禁止，由於國際體育仲裁院缺乏中立性，國際滑聯迫使佩希斯坦簽訂仲裁協議乃是濫用市場優勢地位的表現。結合《德國民法典》第 134 條的規定，仲裁協議違反法律禁止無效；最後，作為違反強行法發生的無效結果在國際私法層面的反映，有必要援用《德國民法施行法》第 34 條認定《德國反限制競爭法》的直接適用的法資格。

此案將一國反壟斷法規制的對象從常見的交易合同引伸到仲裁協議，推翻了競技體育自治的傳統認識。其實體法律適用的邏輯主綫在於先判斷是否違反公法性強制規範，然後得出此種違反在德國法

下發生的實體法效果，進而援用直接適用的法制度使之成為德國法院在審理案件時必須適用的法，最後基於此類規範內在的重大公益屬性上升為德國法院在仲裁裁決承認與執行階段所要考慮的《紐約公約》下的公共政策。儘管法院並未就此作過多分析，實則認同直接適用的法在承認與執行外國仲裁裁決階段只能通過化身為國家的基本公共政策的方式發揮作用。

### 3. 對上述做法的評價

早在 1980 年國際商會於《國際合同法律適用建議草案》提出的可選方案中將國際商事仲裁裁決有可能在一國執行作為合同或當事人與直接適用的法所屬國存在密切聯繫的表現，但專門考慮執行地國直接適用的法的做法不受歡迎。其一，對於複雜的多國案件，不易猜測哪一方當事人能夠執行裁決<sup>20</sup>；其二，預測執行地必須確定勝訴方，而勝訴與否往往取決於是否適用直接適用的法，會發生惡性循環。<sup>21</sup> 對於外匯管制而言，即使被告能夠證明其在管制國之外不擁有資金，從而事實上不能支付，也不改變訴訟的結果。不能調度必要的資金從來不構成無須還債的抗辯，正如不能因為債務人沒有償債能力而免於履行債務。因此考慮與案件關聯不大卻要求免除債務的資產所在地的強制規範十分荒謬。之所以考慮是為了執行，而考慮的結果是不需要償債，故無所謂執行。與此同時，國際商事仲裁裁決承認與執行的日趨便利使得各國往往表現出更大程度的忍讓，不輕易援引公共政策否定外國裁決的效力。<sup>22</sup>

然而這不表明國際商事仲裁可以一概無視承認與執行地的直接適用的法，否則將難以逃脫司法審查。在應對直接適用的法問題時，仲裁庭應適當行使自裁管轄權，力求與跨國公共政策保持一致，從而達到法律適用結果的國際協調。對那些普遍認為構成非法的合同，不宜單純因遵循當事人的意願而維持其效力。

## 三、中國直接適用的法對可仲裁性及裁決承認與執行的影響

目前，中國國際私法學界僅僅關注直接適用的法對實體法律選擇的影響，在國際商事仲裁領域也是如此。作為一項實體法律適用的解釋，《〈法律適用法〉解釋(一)》第 10 條未說明直接適用的法對管轄產生何種效果。結合比較法的觀點以及中國的司法實踐，以下分析中國直接適用的法對可仲裁性及裁決承認與執行的影響。

### (一) 中國直接適用的法對可仲裁性的影響

該問題集中於勞動爭議的可仲裁性。《中華人民共和國仲裁法》第 2、3 條從原則和例外兩方面界定仲裁的範圍，即平等主體的公民、法人和其他組織之間的合同等財產權益糾紛都可以仲裁，並未禁止將勞動爭議提交仲裁，故無論保護勞動者的強制規範是否構成直接適用的法，都不影響中國涉外仲裁機構受理此類案件。<sup>23</sup>

結合國際體育仲裁院的仲裁實踐，即便為禮讓之目的，中國仲裁機構需要考慮外國限制或禁止勞動爭議仲裁的規定，也宜服務於公共政策的需要而從嚴把握。另外，對於涉及賄賂等相關類型的合同，如合同的目的是向外國政府官員行賄，雖然存在反腐敗的公法要求，但目前學者們的觀點也多認為此類合同爭議具有可仲裁性。

## (二) 中國直接適用的法對仲裁裁決承認與執行的影響

### 1. 中國司法實踐的態度

為善意履行《紐約公約》，最高人民法院在1995年8月28日下發的《關於人民法院處理與涉外仲裁及外國仲裁事項有關問題的通知》設計了拒絕承認與執行外國仲裁裁決的報告制度，使得各級法院在運用公共政策拒絕承認外國仲裁裁決問題上表現得過於謹慎。一味將公共政策限於承認仲裁裁決的結果違反中國的基本法律制度、損害中國根本社會利益的情形，忽略了中國直接適用的法在該問題上的適用要求。

在ED&F曼氏(香港)申請承認與執行倫敦糖業協會仲裁裁決案中，最高人民法院認為，境內企業未經批准不得從事境外期貨交易。被申請人擅自從事境外期貨交易的行為依照中國法律應認定為無效。但違反法律的強制性規定不等同於違反中國的公共政策，故裁決不存在違反公共政策的情形。<sup>24</sup> 同樣在三井物產案，雖然中國企業在未經外匯管理部門批准並辦理外債登記的情況下對外承擔債務違反了外債審批及登記規定，但最高人民法院認為，對行政法規和部門規章中強制性規定的違反不必然構成對中國公共政策的違反。<sup>25</sup>

### 2. 對上述實踐作法的評價

無論根據《〈法律適用法〉解釋(一)》第10條還是中國既往的涉外審判實踐，規範證券期貨交易和承擔外債的法律法規都是直接適用的法的重要表現形式。的確不能將仲裁實體結果的公平與否作為認定承認與執行仲裁裁決是否違反中國公共政策的標準<sup>26</sup>，但不表明仲裁裁決可以無視承認與執行地的直接適用的法。此類規範乃是基於維護一國至關重要公益的目的，當事人不具有處分權，不能因為其選擇域外仲裁而被規避。國際法協會2002年發佈的《關於以公共政策為由拒絕執行國際仲裁裁決的最終報告》(*Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*)明確將違反執行地國的直接適用的法作為《紐約公約》下因公共政策的緣故而拒絕承認與執行外國仲裁裁決的情形。反之，那些一般意義上的國內強制規範，無論來自法院地法、準據法、合同履行地法還是仲裁地法，都不構成承認與執行的障礙。

需要注意的是，作為外國法適用例外的公共秩序保留和仲裁承認與執行中的公共政策考量不在同一語境之下，不能等同視之。雖然一國法院應謹慎援用仲裁承認與執行中的公共政策，從而使得於該國看來必須適用的法在國際商事仲裁中不必直接適用，但這主要針對矯正當事人之間公平正義的內設型和外接型強制規範，而不應擴及到維護一國重大公益的前置型強制規範。後者即使在判決或裁決的承認與執行階段也應該由法院主動審查，從而化身為承認與執行地國的公共政策發揮作用。

### 3. 未來的應對之道

仲裁不是逃脫國家監管的手段。儘管一國法院很少會以本國直接適用的法的未能適用為由拒絕執行外國仲裁裁決，但這是懸在仲裁庭頭上的達摩克利斯之劍，提醒其注意國家法秩序的存在，故中國法院尤其是最高人民法院的態度應當轉變。

就審查理念而言，德國法院審理的佩希斯坦案說明通過仲裁解決糾紛的方式並非法律的真空，在嚴重背離國家直接適用的法構建的強行法秩序時仍有被推翻的可能。法院在這一過程中應重視仲裁行業的特殊性，全面權衡仲裁自治與國家規制的關係，在必要時才可以借助直接適用的法進行干預。

就審查階段和範圍而言，由於中國立法上鮮有基於直接適用的法限制當事人對爭端解決方式的選擇，應關注晚近法國法院適用公序法的司法實踐，對中國直接適用的法進行事後控制。在仲裁裁決的

承認與執行階段予以審查，從而盡量維護當事人選擇域外解決爭議條款的效力，避免管轄權的衝突。另外，應借鑒審理 *Soleimany* 案的英國法院的做法，審查的範圍不限於中國直接適用的法。當外國直接適用的法的實施涉及中國的國際法義務、國際交往利益或維護與友好國家的關係時，基於司法禮讓的理念，同樣應作為外國仲裁裁決在中國承認與執行的條件，以進一步實現直接適用的法的雙邊化。

就審查方式而言，首先要結合直接適用的法判斷的實體法標準，關注轉介條款對強制規範的解釋方法，使直接適用的法在承認與執行階段遵循與中國法院審理案件時的相同判斷標準，以維護涉外司法活動的公信力。目前的實踐卻難以保持標準的一致。如 *ED&F* 曼氏(香港)案和三井物產案涉及的外匯管制措施都構成審判實踐中的直接適用的法，最高人民法院卻輕率地將其排除於公共政策審查的範圍<sup>27</sup>；其次要考慮可能需要直接適用的強制性規定的作用對象、持續時間以及有無溯及力或例外。<sup>28</sup> 廣東省高級人民法院在審查倫敦某行業協會仲裁裁決的執行時認為，儘管國家質檢總局發出暫停申請人向中國出口巴西大豆資格的公告，但公告的內容沒有直接針對該仲裁裁決項下的貨物，故適用公共秩序保留原則缺乏足夠依據，不宜認定該裁決在中國的承認與執行違反中國的社會公共利益。<sup>29</sup> 故國家質檢總局的禁令雖然在理論層面構成直接適用的法，但一旦不滿足自身的適用範圍，不得在個案中援用。

#### 四、結語

包括可仲裁性在內的管轄權的確立、實體法律適用和判決或裁決的承認與執行構成處理國際私法案件的三個連續階段。中國既往的研究在探討直接適用的法問題時，無論無須衝突規範的指引還是直接適用的表述都僅將視野投向實體法律適用階段，沒有顧及其對仲裁庭行使管轄權以及承認與執行外國仲裁裁決的影響。《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》雖然確立了中國的直接適用的法制度，使得直接適用的法在法律適用上有了明確的依據，但同樣沒有關注這一問題。根據比較法上的實踐，一方面，如果完全不考慮直接適用的法在上述階段發揮作用，則合同當事人很可能會通過約定域外仲裁的方式架空直接適用的法制度；另一方面，動輒以直接適用的法的適用為由否定當事人選擇在域外仲裁的約定有悖於意思自治原則。

比較可取的做法是，應採用事後審查的方式適當平衡此類規範基於維護公益的直接適用要求與案件司法管轄和承認與執行領域的其他價值追求。為了避免法院在管轄權確立階段對案件進行實質性審查，應區分對待法律選擇協議和選擇域外仲裁協議遭遇本國直接適用的法的情形。故在管轄權確立階段，宜對當事人選擇在域外仲裁持更加寬容的態度，不宜動輒以直接適用的法的適用為由過分擴張本國的司法管轄權；而在仲裁裁決的承認與執行階段，則應警惕過分限制公共政策審查範圍的做法。此時應着重分析對本國至關重要的強制性規範的適用意圖是否因承認與執行外國仲裁裁決而發生損害。



註釋：

- <sup>1</sup> 蕭永平、龍威狄：《論中國國際私法中的強制性規範》，載於《中國社會科學》，2012年第10期。
- <sup>2</sup> 有下列情形之一，涉及中華人民共和國社會公共利益、當事人不能通過約定排除適用、無需通過衝突規範指引而直接適用於涉外民事關係的法律、行政法規的規定，人民法院應當認定為涉外民事關係法律適用法第4條規定的強制性規定：(1)涉及勞動者權益保護的；(2)涉及食品或公共衛生安全的；(3)涉及環境安全的；(4)涉及外匯管制等金融安全的；(5)涉及反壟斷、反傾銷的；(6)應當認定為強制性規定的其他情形。
- <sup>3</sup> I. Kunda: *Defining Internationally Mandatory Rules in European Contract Conflict of Laws*. GPR, Volume 4 Number 5, 2007, p. 222.
- <sup>4</sup> 區別於通過改變連結點事實的做法，此種法律規避針對公法性強制規範。
- <sup>5</sup> 該案是最早承認直接適用法支配的領域可以進行國際商事仲裁的案件。Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985)。案情見丁穎：《美國商事仲裁制度研究——以仲裁協議和仲裁裁決為中心》，武漢：武漢大學出版社，2007年，第181-186頁。
- <sup>6</sup> P. J. McConaughay: *International Law Restraints on the Reach of National Laws Conflict of Laws*. Stanford Journal of International Law, Volume 35 Number 1, 1999, p. 598.
- <sup>7</sup> I. Kunda: *Defining Internationally Mandatory Rules in European Contract Conflict of Laws*. GPR, Volume 4 Number 5, 2007, p.213.
- <sup>8</sup> 許耀明：《法國國際私法之國際管轄權決定：以涉外勞動契約之國際管轄權決定為例》，載於《國際私法新議題與歐盟國際私法》，台北：元照出版社，2009年，第91頁以下。
- <sup>9</sup> 《與體育有關的仲裁法典》第28條認為，國際體育仲裁院的所在地以及仲裁地都位於瑞士洛桑。即便經各方當事人同意首席仲裁員決定在其他地點進行庭審時，也不例外。
- <sup>10</sup> Me William Sternheimer: *Arbitrages ordinaires pouvant êtres oumis au Tribunal Arbitral du Sport*. CAS Bulletin, Volume 3 Number 1, 2012, p. 51.
- <sup>11</sup> D. Mavromati and M. Reeb: *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*. Netherland: Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 32.
- <sup>12</sup> 仲裁不存在法院地，所有準據法體系外的直接適用法都視為“外國”的直接適用法。然而由於國際體育仲裁院習慣援用《瑞士聯邦國際私法典》第19條為依據，此處的外國是指瑞士以外的國家。
- <sup>13</sup> Shantou Zheng Ping Xu Yueli Shu Kua Trading Co. v. Wesco Polymers Ltd., HCCT 107/2000, 14 December 2001.
- <sup>14</sup> Soleimany v. Soleimany, [1998] APPL.R. 02/19.
- <sup>15</sup> Foster v. Driscoll, [1929] 1 KB 470 (CA).
- <sup>16</sup> Hilmarton v. OTV, ICC Case No. 5622, 19. 8. 1988, Yb. Comm. Arb., Vol. 19, (1994), 105.
- <sup>17</sup> Algerian Law No. 78-02, 14. 2. 1978.
- <sup>18</sup> 對國際商事仲裁而言，似不應拘泥於本地國際私法。理論上，瑞士仲裁庭在《瑞士聯邦國際私法典》生效後同樣無須考慮該法第19條對外國直接適用法適用的規定；在此之前也不妨礙其予以考慮，不過本案仲裁庭認為應該適用瑞士的國際私法。
- <sup>19</sup> B. Hanotiau and O. Caparasse: *Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York*

- Convention: Belgian and French Perspectives*. *Journal of International Arbitration*, Volume 25 Number 6, 2008, p. 731.
- <sup>20</sup> L. G. Radicati Brozolo: *Arbitrage Commercial International et Lois de Police: Considérations sur Les Conflits de Juridictions dans le Commerce International*. *Recueil des Cours*, Volume 315, 2005, p. 469.
- <sup>21</sup> Zhilsov: *Mandatory Rules and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration*. *Netherland International Law Review*, Volume 42 Number 1, 1995, p. 112.
- <sup>22</sup> 印度最高法院基於本國外匯管制法的未能適用而考慮撤銷外國商事仲裁裁決。Venture Global Engineering v. Satyam Computer Services, (2008) 4 SCC 190. See K. Takahashi: *Jurisdiction to Set Aside a Foreign Arbitral Award, in Particular an Award Based on an Illegal Contract: A Reflection on the Indian Supreme Court's Decision in Venture Global Engineering*. *American Review International Arbitration*, Volume 19 Number 1, 2009, p. 173.
- <sup>23</sup> 《中華人民共和國仲裁法》第 77 條將勞動爭議仲裁交由行政性質的《中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法》下的強制仲裁解決。當案件具有明顯的涉外情形，這不妨礙勞動爭議的當事人達成商業性的仲裁協議。
- <sup>24</sup> 《最高人民法院關於 ED&F 曼氏(香港)有限公司申請承認與執行倫敦糖業協會仲裁裁決案的復函》，[2003]民四他字第 3 號。
- <sup>25</sup> 《最高人民法院關於日本三井物產株式會社申請承認與執行斯德哥爾摩商會仲裁院仲裁裁決案的覆函》，[2001]民四他字第 12 號。
- <sup>26</sup> 《最高人民法院關於 GRD MINPROC 有限公司申請承認並執行瑞典斯德哥爾摩商會仲裁院仲裁裁決一案的請示的覆函》，[2008]民四他字第 48 號。
- <sup>27</sup> 儘管外匯管制措施的直接適用資格存疑，往往不構成效力性強制性規定，但最高人民法院的做法卻無益於改善這一現狀，陷入自相矛盾的境地。
- <sup>28</sup> 《關於以公共政策為由拒絕執行國際仲裁裁決的最終報告》指出，如果在裁決作出之後禁止裁決結果在本國實施的法院地直接適用法才頒佈，則只有立法者意圖將直接適用法適用於其頒佈之前作出的裁決時，法院才可以據此不予承認或執行。
- <sup>29</sup> 《最高人民法院關於邦基農貿新加坡私人有限公司申請承認與執行英國仲裁裁決一案的請示的覆函》，民四他字[2006]第 41 號。