

# 公共政策在国际商事仲裁司法审查中的运用

杨宝宜

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年7月11日; 录用日期: 2022年9月14日; 发布日期: 2022年9月21日

---

## 摘要

本文以《纽约公约》第五条第二款(乙)项为起点, 结合国际实践与理论中的发展趋势, 分析公共政策在国际商事仲裁司法审查中的运用。其中在发展过程中呼声最高的两种观点, 一是质疑“公共政策”在实践层面的现实意义; 二是主张以“国际公共政策”替代“区域性公共政策”。在本文中, 笔者将逐一驳斥这两种观点, 并且主张地域性公共政策应当长期存续, 并且其与国际公共政策的差异性具有正当性, 不应当一味、盲目地主张两者趋同。

## 关键词

公共政策, 国际商事仲裁, 承认与执行

---

# Application of Public Policy in Judicial Review of International Commercial Arbitration

Baoyi Yang

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jul. 11<sup>th</sup>, 2022; accepted: Sep. 14<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 21<sup>st</sup>, 2022

---

## Abstract

Starting with Article V(2)(b) of the New York Convention, this article analyzes the application of public policy in judicial review of international commercial arbitration in light of the developing trends in international practice and theory. The two most vocal views in the process of develop-

ment are those that question the practical significance of “public policy” in practice and those that advocate replacing “regional public policy” with “international public policy”. The second is that “international public policy” should replace “regional public policy”. In this article, author will refute each of these two views and argue that regional public policy should survive in the long term and that its differences with international public policy are justified, and that there should not be a blind convergence between the two.

## Keywords

Public Policy, International Commercial Arbitration, Recognition and Enforcement

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

公共政策作为国际商事仲裁司法审查的重要考量因素，其最主要的国际法依据出自 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)中第 5 条的规定。该条规定了，仲裁裁决违反该国公共政策者可以拒绝承认与执行仲裁裁决。虽然公共政策作为裁决有效性的最后一道安全阀，但多数观点认为还应当权衡国家肩负的国际法义务，对于《纽约公约》而言，即确保仲裁裁决得到普遍的承认与执行。因此，公共政策的适用应当持审慎态度，并且应当逐渐压缩公共政策的适用空间，<sup>1</sup> 以致达到内国裁决和外国裁决趋同的目标。即使“审慎”不足以准确概括中国法院的审查态度，有学者提出也应当“考察国际社会是否存在明示或默示的共识，保证裁判结果的一致性”。<sup>2</sup> 笔者对于上述观点及“压缩公共政策空间”的主张，首先是认同国家在国际商事仲裁的司法审查中应当承担相应的国际法义务；其次笔者认为国际公共秩序和国内公共秩序之间的差异化存在合理性，不能够忽视。本文将探究国际商事仲裁司法审查中的公共政策的内涵与外延，及论证其合理的发展趋势。

## 2. 公共政策的理论梳理

关于国际商事仲裁中的公共政策的梳理文献，较为全面的是国际商事仲裁理事会于 1987 年出版的《比较仲裁实践与仲裁中的公共政策》(Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration)。此后，国际法协会在 2000 年组建专家组发布了《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的临时报告》(Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards)，在 2002 年又发布了《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的最终报告》(Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards)。

报告首先提出国际商事仲裁中的公共政策最本质的问题，体现为国家的国内法及其价值与仲裁机构仲裁裁决效力之间的抗衡[1]。有人提出公共政策的范围应当限缩，并且这种限缩后的公共政策就被称之为国际公共政策(ordre public international)。报告总结了这一观点的发展过程中的学术文献及有关判例，但值得注意的是，直至今日仍然没有任何国际公约或者示范法明确指向国际公共政策，也就是说对于国

<sup>1</sup> 参见徐春龙，李立菲：《〈纽约公约〉中“公共政策”的理解与适用——以最高人民法院批复的 8 起案件为样本》，载《中国海商法研究》2014 年第 4 期。

<sup>2</sup> 参见何其生：《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》，载《中国社会科学》2014 年第 7 期。

际商事仲裁司法审查中的公共政策应当如何界定仅反映了各国的价值取向[2] [3]。

“公共政策”(public policy)究其本意,通说认为“只有在执行会违反法院地所在国最基本的道德和正义观念的情况下”才能认为构成对其的违反。<sup>3</sup>公共政策的内涵无法也无必要准确定义,一方面是因为直接与公共秩序保留原则直接相关,<sup>4</sup>若其定义过于死板,没有灵活适用的空间,那么可能会导致公共秩序保留原则的在具体的案件适用中缺少法律依据;另一方面,最基本的道德和正义观念没有办法穷尽列举,并且处于不断变化之中。因此,笔者所说“探究公共政策的内涵与外延”只能是不断接近公共政策的边界范围。根据报告,公共政策由:1) 强制性规定;2) 法律基本原则;3) 公序良俗;4) 国家根本利益,这四个要素构成[4]。逐一简要分析这四个要件也有助于界定公共政策的范围。首先,违反强制性规定不代表必然违反一国的公共政策,强制性规定的范围比公共政策更加宽泛。其二,法律基本原则与强制性规定有一定的共通之处,因为许多国家的法律原则都明文规定在国家的成文法中,或者通过强制性规定表现出来;另一种可能是裁决所支持的救济方式是不被法院地所在国允许的,比如说许多国家不支持或仅在非常有限的领域支持惩罚性赔偿(punitive damages),在这种情形下,可以认为因违反了法律基本原则而导致违反公共政策。其三,公共道德观念是地域性非常强烈的一个概念,进而也形成了公共政策的地域性特点。最后,有关国家根本利益,应该避免由于外交关系的亲密与否决定是否承认执行仲裁裁决,这显然违背了作为《纽约公约》缔约国的承诺。一国的外交关系是否构成一国的公共政策也是非常具有争议的,著名的美国的 National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.案就代表了反对的声音。<sup>5</sup>

除了前述国内与国际公共政策的分类外,根据它的实际功能,还可以分为否定型的公共政策和肯定型的公共政策。否定型意为排除不属于公共政策的情形,而肯定型则是通过列举确定公共政策的范围。如前文所述,因公共政策无法穷尽并且具有强烈的时代性特征,故否定型公共政策比肯定型公共政策更加常见。

### 3. 我国适用公共政策的实证检验

经过总结,我国以违反公共政策为原因拒绝承认与执行仲裁机构裁决的案件只有三起(见表 1),可以说最高人民法院在国际商事仲裁司法审查中运用公共政策时秉持非常谨慎的态度。并且,如果存在包括公共政策在内的多种理由竞合得拒绝承认仲裁裁决,法院会倾向于选择其他理由。

**Table 1.** Refusal to recognize and enforce arbitral institution awards

**表 1.** 拒绝承认与执行仲裁机构裁决

编号	案件	地方法院意见摘要	最高人民法院审查意见摘要
1	美国制作公司 <sup>6</sup>	北京市高级人民法院意见:在演出活动中,美方演员违背合同协议约定,不按报经我国文化部审批的演出内容进行演出,演出了不适合我国国情的“重金属歌曲”,违背了我国的社会公共利益,造成了很坏的影响。	同意北京市高院对该仲裁裁决不予执行的意见。

<sup>3</sup>Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generate de l'Industrk du Papier RAKTA and Bank of America 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974).

<sup>4</sup>参见李浩培:《李浩培法学文集》,北京:法律出版社,2006年,第506页。

<sup>5</sup>参见杨玲:《国际商事仲裁公共政策司法界定的实践与发展》,载《政治与法律》2010年第11期。

<sup>6</sup>最高人民法院发文字号:他[1997]35号。

## Continued

2	海慕法姆制药有限公司 <sup>7</sup>	山东省高级人民法院意见：1) 该案仲裁裁决所处理的争议超出了仲裁协议约定的范围，符合《纽约公约》第五条第一款(丙)项规定的情形，应不予承认及执行；2) 仲裁庭裁决了依据我国法律不能通过仲裁解决的争议事项，依据《纽约公约》第五条第二款(甲)项，应不予承认及执行；3) 承认及执行该仲裁裁决将违反我国的公共政策，依据《纽约公约》第五条第二款(乙)项的规定，应不予承认及执行。	在中国有关法院就济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南——海慕法姆制药有限公司之间的租赁合同纠纷裁定对合资公司的财产进行保全并做出判决的情况下，国际商会仲裁院再对济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南——海慕法姆制药有限公司之间的租赁合同纠纷进行审理并裁决，侵犯了中国的司法主权和中国法院的司法管辖权。依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条第一款(丙)项和第二款(乙)项之规定，应拒绝承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决。
3	泰州浩普投资有限公司 <sup>8</sup>	江苏省高级人民法院意见：涉案仲裁条款已被我国法院认定无效，国际商会仲裁院无权受理该案并做出仲裁裁决。根据《纽约公约》第五条第一款(甲)项的规定，应拒绝承认和执行本案仲裁裁决。	涉案仲裁裁决是仲裁员在认定涉案仲裁条款有效的前提下做出的，在内地执行该仲裁裁决将与人民法院的上述生效裁定相冲突，违反内地社会公共利益，人民法院可根据《安排》第七条第三款的规定裁定不予执行涉案仲裁裁决。

其中，最高人民法院首次以公共政策为由拒绝承认仲裁裁决的美国制作公司案其实并非是境外的仲裁机构所作裁决，而是出自于中国国际经济贸易仲裁委员会。对于第二个案例的最高法说理，有观点认为“仲裁庭是根据当事人约定成立的解决争议的私人组织，这样一种民间机构不可能实施国际公法上侵犯一个国家主权的行为”，因此通过判决的既判力原则(也就是通过法律基本原则)说明该裁决违反了公共政策更加具有说服力。但是在笔者看来并没有明显的好坏之分，因为仲裁机构对侵犯国家司法主权的威胁可以体现在两方面：一是，地方法院对仲裁机构裁决的监督水准不够到位；二是，境外仲裁机构对我国法律适用和解释有失偏颇时。<sup>9</sup>笔者认为本案就明显属于仲裁机构对我国程序性法律适用存在偏差。第三个案例同第二个案例有相似之处，都是仲裁裁决和我国法院的裁决产生了冲突，导致违反公共政策。值得注意的是，两者发生冲突并不必然导致公共政策的违反，还应当检验仲裁裁决是否在法院裁判之前做出。<sup>10</sup>

虽然在这几十年来，相关司法审查的案件少之又少，但不代表公共政策止于理论层面而在实践层面不具有规范意义了。本文将进一步分析公共政策在实践层面的独立价值。

#### 4. 公共政策在实践层面的独立价值

李浩培法官曾指出：“……但世上任何国家，必有某种集体利益，依该国见解，认为特殊重要，不能因适用外国法律而被牺牲；故如外国法的适用，将妨碍此种特殊重要的内国集体利益时，法院即得谓原则上应适用的外国法，有妨内国的公共秩序，故例外的仍不适用。于是，在国际私法中我们就有了一个‘公共秩序’的概念。”<sup>11</sup>该段话很好地解释了公共秩序制度的产生及其必要性，也就是起到了我们通常所说的“安全防线”作用。然而这仅揭示了公共政策在理论方面的独立价值。

<sup>7</sup> 最高人民法院发文字号：[2008]民四他字第11号。

<sup>8</sup> 最高人民法院发文字号：[2016]最高法民他8号。

<sup>9</sup> 参见冯硕：《境外仲裁机构内地仲裁的政策动因与法治保障》，载《商事仲裁与调解》2021年第1期。

<sup>10</sup> 最高人民法院在[2013]民四他字第46号复函中指出：“涉案仲裁裁决系于2010年12月23日和2011年1月27日做出，而我国法院关于仲裁条款无效的裁定系于2011年12月20日做出，仲裁裁决的做出时间显然早于我国法院裁定的生效时间。……在本案中，外国仲裁裁决和我国法院生效裁定对同一仲裁条款效力的认定虽然存在冲突，但尚不足以构成违反我国公共政策的情形”。

<sup>11</sup> 参见李浩培：《李浩培文选》，北京：法律出版社，2000年，第90页。

为了进一步探究公共政策在实践层面的独立价值,通过回顾《纽约公约》与1985年《国际商事仲裁示范法》(下简称《示范法》)有关规定的立法历史,有助于我们寻找答案。首先,《纽约公约》和《示范法》将公共政策制度编入条文中就是将具体的制度抽象化、规范化的过程,这代表内国集体利益的保护有了法律依据。其次,《纽约公约》第五条的例外性规定本身就是“排他性”的,运用的时候必须加以严格的限制。<sup>12</sup>这与我国相关司法审查案件数量之少相吻合,因此不能通过这一点质疑其存在的必要性。最后,国际公约和示范法都没有放弃公共政策作为拒绝承认和执行国际商事仲裁裁决的理由。

## 5. 地域性公共政策与国际公共政策差异化的正当性证成

国际私法上的公共政策与国内公共政策有所区别这一点是显然的。但将国际私法上的公共政策定义为“本国法院在审理案件适用法律的过程中以及在提供国际民商事司法协助的过程中所要考虑的公共政策”是不妥当的。<sup>13</sup>笔者认为,这种因为国际商事仲裁的性质,而将国内公共政策从司法审查中的公共政策天然排除的观点,完全忽视了地域性公共政策在国际私法领域的作用和重要性,是极其不合理的。事实上,如果仔细检验《纽约公约》第五条原文规定本身,其清晰地指向一国的公共政策,只字未提国际公共政策。

### (一) 解读《纽约公约》第五条第二款(乙)项之规定

《纽约公约》第五条第二款(乙)项规定了,法院可以拒绝承认与执行仲裁裁决如果“承认与执行裁决有违该国公共政策”。<sup>14</sup>条约文本指向的是一国的公共政策。公共政策本身已经是一个边界模糊的法律概念,若想达成在国际社会上都认可的公共政策是更加困难的事情。当然,一些国际社会广泛缔结的国际条约或者认可的国际法原则等国际法渊源,根据本文第一部分对国内公共政策构成要素的分析,似乎也不难确定。然而,这些重要性不言而喻的各国都应当遵守的规则是不会被地域性公共政策排除在外的(内化为内国公共政策),但是各国法律中所重视的法律精神和价值却是极有可能不包含在国际公共政策内的,这是因为国际公共政策的范围比地域性公共政策更加狭窄。

### (二) 公共政策的新发展——“国际公共政策”

20世纪70年代以来,大陆法系及英美法系的学者和法院的司法实践表现出了维护世界公共政策的宣扬“国际公共政策”的趋势。如《关于以公共政策为由拒绝执行国际仲裁裁决的临时报告》中所述,美国有些法官认为跨州的公共政策意味着在考虑裁决执行的过程中,即使其他州法律没有相关的禁止性规定,也应当考虑承认与执行是否会影响或者损害其他州或其他国家国民的同一利益。<sup>15</sup>

放眼国际社会,国际公共政策既然是“国际”公共政策,也就反映各国普通认可的公共政策,因此同时反映了本国的公共政策。<sup>16</sup>如果是这样的逻辑关系,好像并不能体现出公共政策的新发展对公共政策起到了进一步的限制效果。然而有些学者提出的国内公共政策应当“考察国际社会是否存在明示或默示的共识,保证裁判结果的一致性”,则能看出国际公共政策即使在我国的司法层面还不曾有任何的影响,但是在立法层面动摇着一国的标准、规范、风俗。笔者认为,这样的意见也是由于考虑到以《纽约公约》作为承认和执行的法律依据时,考察本国以外的公共政策(或是外国公共政策或是国际公共政策)没有明确的指向性,那便不如直接规范我国的公共政策更加简便、明确。笔者认同公共政策的限缩确实有其意义,主要体现在消除一国政策内落后的、狭隘的民族主义和国家主义,但是这样的限制本身也应当被限制——法律的趋同并不是一蹴而就的,地域性政策的存在仍然有其合理性。

<sup>12</sup>See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States Courts*, 3<sup>rd</sup> ed., 1996, pp. 20-24.

<sup>13</sup>参见高晓力:《国际私法上公共政策的运用》,北京:中国民主法制出版社,2008年,第2页。

<sup>14</sup>该项的英文文本: The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that Country.

<sup>15</sup>See Audley Sheppard, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, *Arbitration International* Vol.19, NO.2, 2003, p. 227.

<sup>16</sup>参见高晓力:《国际私法上公共政策的运用》,北京:中国民主法制出版社,2008年,第39页。

### (三) 检验“国际公共政策”适用的理论基础

国际公共政策倘若在国际商事仲裁司法审查中得到广泛的适用,可以在一定程度上消除同一仲裁裁决在不同法域申请承认并能够强制执行的差异性,进一步维护《纽约公约》的宗旨<sup>[5]</sup>。但毕竟,如前文所述,公约并没有规范“国际公共政策”应当如何适用。我们假设,某一裁决的内容有违反法院地公共政策之嫌,但是却不违反国际公共政策(如果该国际公共政策的普遍性不存在疑问),这就产生了一个问题,即以“国际公共政策”为依据作为司法审查的依据显然与公约规定有所不同,但若这一行为本身却更容易实现公约的目的,使裁决得到承认和执行,这种情形是否仍然符合《纽约公约》。值得注意的是,这样的假设可能看起来是不合理的,因为国家都会出于国家本位保护内国的政策,但这样的实例在美国、法国等欧美国家却不鲜见。

笔者认为,这一做法首先不违反《纽约公约》,因为公约规定国家“可以”(may)拒绝承认和执行;其次,法院在论证何为国际公共政策时可能会遇到说理上的障碍,如何论证某一原则、观念、价值是为国际社会普遍认可的颇有难度。因此,“国际公共政策”适用的理论基础仍值得怀疑。

## 6. 结语

简而言之,国际公共政策的提出是为了矫正国内公共政策国家本位的弱点。为了避免国际私法上“各自为政”的窠臼的出发点是可以理解的,然而更合理的办法是通过冲突法层面解决。“主权国家割据是国际社会的基本形态,造成多元法律体系冲突的局面难以得到统一”是当今的正常状态,<sup>17</sup>因此在国际商事仲裁司法审查中引入“国际公共政策”既没有必要性,又缺少恰当的法律依据。

## 参考文献

- [1] 李双元. 国际私法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2016.
- [2] Dong, A. and Yuan, A. (2022) An Empirical Study on Recognition and Enforcement of Foreign, Hong Kong, Macau, and Taiwan Arbitral Awards in Mainland China. *Journal of International Arbitration*, **39**, 491-518. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/39.3/JOIA2022022>
- [3] 黄进. 国际私法[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [4] 万鄂湘. 国际强行法与国际公共政策[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1991.
- [5] 徐宏. 国际民事司法协助[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2006.

<sup>17</sup>参见屈广清, 李冠群, 关键: 《论多元法律体系之公共秩序政策对国际私法的规制》, 载《东南学术》2011年第4期。