

法学论坛

中国商事仲裁的国际化挑战  
——以最高人民法院的裁判观点为视角

张 建

(中国政法大学, 北京 100088)

摘 要: 国际仲裁在我国的演进呈现出与西方相反的发展态势, 即我国只承认机构仲裁。而现代仲裁法的发展特征之一即在于对国内仲裁与国际仲裁进行区分。在近3年的中国仲裁实践中, 最高人民法院的裁判折射出明显的国际化与包容化立场, 尤其是在针对境外仲裁机构在中国内地仲裁的开放、中国仲裁机构适用境外仲裁机构仲裁规则的自由等例证。但在无涉外因素纠纷能否约定境外仲裁的问题上, 最高人民法院的立场却相对保守, 且其裁判理由难以自洽。

关键词: 国际仲裁; 非内国裁决; UNCITRAL仲裁规则; 涉外因素

中图分类号: DF974 文献标识码: A 文章编号: 1674-9502(2016)01-064-08

一、中国仲裁国际化的背景

仲裁, 就其通常涵义而言, 是作为一种纠纷解决机制而存在, 特指两方或更多有利益关系的当事人, 通过私人协议授权一个或多个主体在协议所约定的事项范围内推进程序进展并裁判案件、解决纠纷。就其本质而言, 仲裁中裁判者的仲裁权来源于当事人的授权而非国家权威。但传统的仲裁在法治文明的进程中已然被注入了新的“血液”, 自1889年英国率先制定仲裁法以来, 纯粹民间性的仲裁开始被立法所认许, 并赋予了仲裁裁决以法律上的强制执行力。而从国际商事仲裁的角度分析, 作为商人之间在市民社会背景下因从事国际贸易而衍生出来的自治制度, 因其与诉讼相比所具有的天然优势而被各国广泛运用。各国之间为合作解决仲裁裁决跨国执行问题而达成的1958年联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)曾一度被视为商事领域最为成功的国际条约, 缔约国近160个, 这意味着在正当程序基础上所作出的仲裁裁决, 无论其在哪一缔约国作出, 都可以在另一缔约国得到执行, 国际仲裁天然的国际性优势愈发得以彰显。而现代仲裁法的显著特征之

作者单位: 中国政法大学 收稿日期: 2015-10-21

[法] 菲利普·福盖德、伊曼纽尔·盖拉德、贝托尔德·戈德曼: 《国际商事仲裁》(影印版), 中信出版社2004年版, 第9页。

一，即对国际仲裁和国内仲裁作出区分。

值得注意的是，早期的仲裁雏形是以临时仲裁(ad hoc arbitration)作为蓝本的，机构仲裁(institutional arbitration)是在专业化的常设性仲裁管理组织基础上发展起来的，但仲裁机构本身实则并不审理案件，负责裁判纠纷的仍然是为特定案件临时组建的仲裁庭，其在仲裁程序审后即宣告解散。就我国而言，与西方国家有所区别，以仲裁方式解决纠纷的制度形态起步较晚，早期的仲裁机构由行政机关创设并隶属于行政机关，其所展开的行政仲裁似乎与西方的商事仲裁大异其趣。1994年《中华人民共和国仲裁法》(简称《仲裁法》)起草的目标之一即在于改变我国国际经济贸易仲裁的行政性，代之以民间性、独立性，但仲裁机构的行政色彩并未因立法的出台而完全消除，仲裁机构转型问题仍然颇受关注。相反，临时仲裁则被我国拒之门外，《仲裁法》第16条明确规定：仲裁协议有效成立的必备要件之一即为明确选定了仲裁委员会，言外之意，非由常设仲裁机构管理运作的临时仲裁在我国并未得到立法的认可。简言之，中西方仲裁不仅在历史演进方面相迥异，在制度建构与程序运作等诸多细节方面也存在微妙的差异，似乎不可同日而语。但是在经济全球化的趋势下，国际商事仲裁的格局也呈现日新月异的态势，各国的仲裁理念与法律文化显露出冲突与弥合并存的面貌。在实践当中，这种弥合尤其体现在国际商事仲裁裁决的跨国承认与执行案件中。

## 二、仲裁裁决的分类及其差异

就我国《仲裁法》而言，实际上将仲裁裁决区分为涉外仲裁裁决与不具有涉外因素的国内仲裁裁决，关键在于是否存在涉外因素，通常依据“法律关系三要素标准”加以区分。区分涉外仲裁与国内仲裁的程序意义主要有如下几点：其一，对于完全不具备涉外因素的仲裁案件，我国原则上并不允许当事人约定境外仲裁，也不能约定境外的仲裁机构；其二，在裁判纠纷的法律适用过程中，涉外纠纷需依据冲突规范的指引来寻求准据法，因而存在适用外国法的可能，而国内仲裁则适用仲裁地法；其三，在不予执行的法定事由方面，国内裁决的不予执行需遵行《仲裁法》第63条，涉外仲裁裁决的不予执行则遵行《仲裁法》第71条。

但在承认与执行问题的语境下，国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决都属于在我国领土内作出的“内国仲裁裁决”，其在我国的执行问题依据我国国内法，除此之外，还存在所谓的“外国仲裁裁决”。但何种裁决属于外国裁决，属于哪一国家的裁决，这涉及到仲裁裁决的国籍判定问题。从《纽约公约》的文本来看，在外国仲裁裁决的判定过程中奉行两项标准：其一为地域标准，即在一缔约国领土内作出的仲裁裁决，将被其他缔约国视为《纽约公约》框架下的“外国仲裁裁决”而予以执行；其二为非内国标准，即尽管仲裁裁决的执行地与作成地位于同一国家境内，但执行地国依本国法律却并不认为该裁决属于本国仲裁裁决，此类“非内国裁决”也可被视为《纽约公约》框架下的外国仲裁裁决而得以执行。但由于

Clive M. Schmitthoff, *Selected Essays on International Trade Law*. Berlin: Springer, 1988: 628.

黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社2008年版，第3页。

陈福勇：《未竟的转型：中国仲裁机构现状与发展趋势实证研究》，法律出版社2010年版，第3-4页。

韩德培：《国际私法新论》，武汉大学出版社2003年版，第3页。

宋连斌：《国际商事仲裁管辖权研究》，法律出版社2000年版，第217页。

我国在加入《纽约公约》时作出了“互惠保留”，因而只对在一缔约国领土内作出的仲裁裁决视为“公约裁决”而予以执行，对非公约框架下的裁决则需要依据《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)第283条予以执行。

### 三、以我国最高人民法院的司法裁判为切入

#### (一) 问题一：涉外案件约定境外仲裁机构，但仲裁地约在中国，是否合法

2013年最高人民法院发布《关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人BP Agnati S.R.L.申请确认仲裁协议效力案的复函》([2013]民四他字第13号)，首度认可选择国际商会仲裁院仲裁、管辖地为上海的仲裁协议有效。这对中国内地向境外仲裁机构开放其仲裁业务市场具有里程碑意义，并引发国内外仲裁界热议。

在本案中，申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司(简称“龙利得公司”)与被申请人BP Agnati S.R.L.(简称Agnati公司)以及江苏苏美达国际技术贸易有限公司(简称“苏美达公司”)于2010年签订了编号为BPAC049/10的《销售合同》，合同第10.1条约定：“任何因本合同所引起的或与其有关的争议应被提交国际商会仲裁院(简称ICC仲裁院)，并根据国际商会仲裁院规则按照该等规则所指定的一位或多位仲裁员予以最终仲裁，管辖地应为中国上海，仲裁应以英语进行。”纠纷发生后，龙利得公司向合肥市中级人民法院申请确认仲裁协议无效，并主张：其一，国际商会仲裁院不是我国仲裁法项下的仲裁委员会，依据中国法该仲裁条款无效；其二，国际商会仲裁院在中国仲裁侵犯了我国的公共利益与司法主权；其三，国际商会仲裁院在我国作出的裁决属于我国仲裁法规定的“内国裁决”，不适用《纽约公约》进行执行。

合肥市中级人民法院经审查后，认为：根据2006年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(简称《仲裁法司法解释》)第16条，本案仲裁协议的当事人未约定仲裁协议的准据法，但约定了仲裁地，因而应适用仲裁地法即中国法判断仲裁协议的效力。但是我国立法并未规定ICC能否在中国境内开展仲裁活动，我国《仲裁法》第10条规定：设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。合肥市中院据此推断，在我国开展仲裁业务的仲裁机构必须经行政机关特许、登记，而我国并未向国外开放仲裁市场，据此ICC仲裁院不能在我国境内仲裁，仲裁条款当属无效。

经过层报，安徽省高级人民法院讨论形成了不同意见：首先，本案仲裁协议效力认定所适用的准据法为中国法这一点，基本没有异议；其次，对于在中国《仲裁法》框架下仲裁条款的效力形成了两派意见。多数意见认为，本案仲裁条款符合《仲裁法》第16条所规定的仲裁协议要件，应属有效；少数意见听取了合肥市中院的立场，主张因我国并未对境外开放仲裁市场，据此不应当认可ICC仲裁院在我国仲裁的仲裁条款效力。经过上报，最高人民法院所发布的上述《复函》同意了安徽省高院的多数意见，明确指出该条款既有请求仲裁的意思表示、又约定了仲裁事项、也选定了明确具体的仲裁机构，符合《仲裁法》第16条，最终确认本案仲裁协议为有效。

值得思考的是，在本案之前，对于境外仲裁机构能否在我国仲裁的问题，学界已有过激烈争执，并形成了如安徽省高院类似的两派意见。部分专家指出，从《仲裁法》第10条

江必新：《涉外商事海事审判指导(第26辑)》，人民法院出版社2014年版，第125页。

的立法主旨出发，仲裁法下的“仲裁委员会”并不包括境外仲裁机构，且仲裁是需要经过行政机关特许才能提供的专业服务，而中国政府亦未向境外开放仲裁服务市场，因此境外仲裁机构依法不能在中国境内进行仲裁；也有学者提出，对“仲裁委员会”的涵义应作灵活的扩大解释，外国仲裁机构在内地仲裁并不存在实质的法律障碍。简言之，对“仲裁委员会”概念的法律解释对立场的形成起到了至关重要的作用，如果从体系解释的角度考虑，第16条中的“仲裁委员会”应限定为与第10条的外延保持一致；如果从扩大解释的角度考虑，则可能将“仲裁委员会”理解为国际上更为通行的“仲裁机构”的概念。

从我国以往司法判例的角度来审视，本案中最高人民法院的态度与在之前的“旭普林案”（[2003]锡立民终字第074号民事裁定）、“德高钢铁公司案”（[2008]角仲监字第4号）所展现的立场截然不同。在“旭普林案”中，当事人所签订的合同采用的是FIDIC（国际咨询工程师联合会）示范合同文本，合同附件中规定通过仲裁解决争议的条款所使用的语言是：“Arbitration: 15.3 ICC Rules, Shanghai shall apply”。最高人民法院[2003]民四他字第23号批复认为，该条款并未约定中国《仲裁法》第16条中规定的“选定的仲裁委员会”而认定仲裁协议无效。在“德高钢铁公司案”中，ICC仲裁院依据合同中仲裁条款的约定在中国北京作出了仲裁裁决后，在执行过程中，宁波市中级人民法院提出ICC仲裁院在中国境内作出的仲裁裁决为“非内国裁决”，被执行人也并未提出仲裁协议或仲裁裁决的异议，最终依据《纽约公约》第1条第1款裁定予以承认和执行。但笔者对宁波市中院关于“非内国裁决”的理解颇为质疑：前已提及，我国在加入《纽约公约》时提出了“互惠保留”，即我国仅对另一缔约国领土内作出的仲裁裁决予以执行，言外之意，裁决作出地与执行地必须分属于不同的国家，而“非内国裁决”则是裁决作出地与执行地位于同一国境内，只是因执行地不认为该裁决是内国裁决才视为外国裁决，这意味着我国在提出“互惠保留”的同时，间接对“非内国裁决”也提出了保留，所以宁波市中院的判断存在一定程度的偏差，似乎值得进一步深入研判。

本案的复函，不仅明确了选择境外机构在中国境内仲裁的仲裁协议有效，宣告了中国内地仲裁服务市场的进一步开放，而且从长远来看，为国际商会仲裁院等境外机构在中国内地仲裁扫清了主要的法律障碍。但是，相应的外国仲裁机构在中国境内开展仲裁业务的配套法律制度，如证据及财产保全措施的采取、仲裁裁决的执行等问题，我国《仲裁法》规定由仲裁委员会所在地的中级人民法院提供司法监督与协助，而ICC国际仲裁院的总部所在地选在巴黎，怎么可能存在中国的中级人民法院，法律条文如何接洽将成为下一步接踵而来的难题。

（二）问题二：涉外案件约定国内仲裁机构，但约定境外仲裁机构的仲裁规则或UNCITRAL规则，是否合法

这一问题在浙江逸盛石化有限公司与英威达技术有限公司(INVISTA Technologies S.a.r.l.)申请确认仲裁协议效力纠纷案中（[2012]浙甬仲字确字第4号），最高人民法院给出了明确答复。本案中，申请人浙江逸盛石化有限公司（简称“逸盛公司”）与被申请人英威达技术有

李健：《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》，《法学》2008年第12期，第130-136页。

王生长：《国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁》，《仲裁与法律》2003年第6期。

赵秀文：《从旭普林公司案看我国法院对国际商事仲裁的监督》，《时代法学》2007年第6期，第3-17页。

赵秀文：《中国仲裁市场对外开放》，《政法论坛》2009年第6期，第69-78页。

限公司(简称“英威达公司”)于2003年签订的《技术许可协议》第11章约定:11.1因履行本协议或与本协议有关的所有争议、纠纷或诉求(包括但不限于本协议的违反、终止或无效)应当由双方通过友好协商解决。如果通过协商无法达成一致的,有关争议、纠纷或诉求应当提交仲裁解决;11.2仲裁应在中国北京中国国际经济贸易仲裁中心(CIETAC)进行,并适用现行有效的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(简称《UNCITRAL规则》)。每一方有权指定一名仲裁员,第三名仲裁员将由CIETAC依据本协议签署之日有效的CIETAC仲裁程序指定,并且不能是任何一方的成立地或注册地国家的国民;11.3本协议适用中国香港法律,仲裁语言为英文……”。2012年7月,英威达公司以逸盛公司违约为由,向中国国际经济贸易仲裁委员会(简称CIETAC)提起了仲裁;同年10月底,逸盛公司向宁波市中级人民法院申请确认仲裁条款无效,理由称:本案中《技术许可协议》中的仲裁条款英文原文为“The arbitration shall take place at CIETAC Beijing, P. R. China”,即仲裁应在中国北京的CIETAC进行,该条款系关于仲裁地点的约定,并非中国《仲裁法》中关于“选定的仲裁委员会”的约定,且双方选定的仲裁规则也不是CIETAC的仲裁规则,而是适用于临时仲裁的UNCITRAL仲裁规则,显然该仲裁条款属典型的临时仲裁,而中国立法并不认可在中国境内开展临时仲裁,该仲裁条款不符合《仲裁法》第16条关于“选定的仲裁委员会”的要求而应当认定为无效。

宁波市中级人民法院、浙江省高级人民法院均认为根据仲裁条款的约定以及CIETAC在案件程序中所扮演的角色,本案仲裁条款应认定为临时仲裁条款,并拟认定为无效。根据《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》,宁波中院层报至最高人民法院,最高人民法院的复函则迥然有别,其答复如下:“本案所涉仲裁条款的约定:仲裁应在中国北京中国国际经济贸易仲裁中心(CIETAC)进行,并适用现行有效的《UNCITRAL仲裁规则》。当事人没有明确约定该仲裁条款效力的准据法,但明确约定了仲裁地点中国北京,根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第18条,本案应适用中国内地法律确定所涉仲裁条款的效力。当事人在仲裁条款中虽然使用了‘take place at’表述,此后的词组一般被理解为地点,然而按照有利于实现当事人仲裁意愿目的的解释方法,可以理解为包括了对仲裁机构的约定。虽然当事人约定的仲裁机构中文名称不准确,但从英文CIETAC可以推定当事人选定的仲裁机构是在北京的中国国际经济贸易仲裁委员会。根据《仲裁法司法解释》第3条,“仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确,但能够确定具体的仲裁机构的,应当认定选定了仲裁机构。”因此,本案所涉仲裁条款并不违反仲裁法的规定,应当认为有效,宁波市中院最终依据最高人民法院的复函裁定驳回了确认仲裁协议无效的申请。

从本案来看,最高院的裁判意义在于确认了国内仲裁机构也可适用其他仲裁机构(包括境外仲裁机构甚至国际性仲裁机构)的仲裁规则来审理仲裁案件。这里有必要特别提及联合国国际贸易法委员会于1976年颁布的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》,其初衷本在于为保证非机构的临时仲裁顺利展开及推进仲裁程序,而允许当事人在约定临时仲裁的同时供当事人选用的仲裁规则。经过近40年的使用,这些规则广泛用于临时仲裁和常设机构仲裁,其不仅涵盖仲裁过程的所有方面,提供了示范仲裁条款,对任命仲裁员和进行仲裁程序规定了程序规则,还对裁决的形式、效力和解释等问题确立了规则,为商事交易的当

胡曙炜、赵江涛:《常设仲裁机构亦可适用UNCITRAL仲裁规则》,《人民司法·案例》,2014年第18期。

事人提供了明确的指引。2012年12月,针对2010年修订版《UNCITRAL 规则》,贸法会发布了《关于协助仲裁机构和其他有关机构根据UNCITRAL 规则2010年修订本进行仲裁的建议》,该文件第6条将《UNCITRAL 规则》的适用方式细化为三类情形:其一,作为仲裁机构或其他有关机构的机构规则,即将《UNCITRAL 规则》作为各机构起草本机构仲裁规则的范本;其二,仲裁机构和其他有关机构根据《规则》管理仲裁或者提供一些行政服务;其三,仲裁机构或个人担任指定机构。从第二类情形可以发现,2010年修订本《UNCITRAL 规则》不复局限于适用于临时仲裁,也完全可以适用于机构仲裁。受此裁判的启发,2015年修订后的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第4条第3款、2015年《北京仲裁委员会仲裁规则》第2条第1款都作出了允许约定本机构仲裁的同时可以选用其他机构的仲裁规则。

如上所述,当事人在选定某一仲裁机构仲裁的同时,约定适用其他仲裁机构的仲裁规则在国内外实践之中已经初见端倪,但该问题在涉及ICC 仲裁规则时却出现了障碍,该难题突出显现在2011年杭州市中级人民法院审理的阿尔斯通公司申请承认与执行新加坡国际商会仲裁院仲裁裁决的案件中([2011]浙杭仲确字第7号民事裁定)。该案中,仲裁条款约定:“任何和所有该等争议应由新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Center,简称SIAC)根据届时有效的ICC 规则进行最终裁决,仲裁地点为新加坡,所用语种为英语。”后SIAC 在混合适用ICC 仲裁规则和SIAC 仲裁规则的基础上作出了仲裁裁决。阿尔斯通公司向杭州市中院申请承认并执行该裁决,但杭州市中院、浙江省高院、最高人民法院一概认为SIAC 并未完全遵守ICC 仲裁规则的规定,而是依据SIAC 仲裁规则的规定组成仲裁庭,因此违反了当事人关于仲裁程序的特别约定,符合《纽约公约》第5条第1款拒绝执行的法定事由,最终于2013年作出了拒绝执行的裁定。事实上,2012年新版《国际商会国际仲裁院仲裁规则》(简称《ICC 新规则》)生效后,替代了原1998年版本的ICC 仲裁规则。《ICC 新规则》第1条第2款规定:国际商会仲裁院是唯一经授权对仲裁规则项下仲裁活动实施管理的机构,包括对按照仲裁规则所作出的裁决进行核阅、批准。该款明确了国际仲裁院作为唯一管理国际商会仲裁机构的地位。这一新的变化与国际商会对浙大网新案的答复延续了一致的立场,但同时ICC 的这种立场也促使各大主要的国际商事机构争先恐后地修订自身的仲裁机构,以争取当事人在仲裁条款中选用。从最高人民法院的角度分析,该案所折射出的趋势在于:随着国际经贸的深入,国际商事仲裁条款的约定呈现多元化,混合仲裁条款的出现是各方利益妥协的结果,实质性地增加了仲裁协议和仲裁方式合法性的风险,最高人民法院在最大程度上尊重当事人仲裁意愿和维护仲裁程序合法中寻找一种平衡。

Uncitral Arbitration Rules.[http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral\\_texts/arbitration/2010Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html).

第4条第3款规定:当事人约定将争议提交仲裁委员会仲裁但对本规则有关内容进行变更或约定适用其他仲裁规则的,从其约定,但其约定无法实施或与仲裁程序适用法强制性规定相抵触者除外。当事人约定适用其他仲裁规则的,由仲裁委员会履行相应的管理职责。

第2条第1款规定:当事人协议将争议提交本会仲裁的,适用本规则。当事人就仲裁程序事项或者仲裁适用的规则另有约定的,从其约定,但该约定无法执行或者与仲裁地强制性法律规定相抵触的除外。当事人约定适用其他仲裁规则的,由本会履行相应的管理职责。

赵秀文:《从浙大网新公司案看ICC 仲裁规则在其他仲裁机构的适用》,《法治研究》2014年第10期,第38页。

袁斌:《国际商事仲裁中混合仲裁条款效力研究——以两起典型仲裁案件为实例》<http://www.goingconcern.cn/article/2375>,计兮网,2015年5月18日访问。

另外，浙江逸盛公司案引发了广泛探讨的另一个要点即在于，如果根据仲裁协议中对仲裁机构角色的约定来判断当事人旨在进行的是机构仲裁抑或临时仲裁？一方面，2010年《UNCITRAL 规则》不仅仅适用于临时仲裁，而且可以适用于机构仲裁；另一方面，即便1976年《UNCITRAL 仲裁规则》的框架下适用于临时仲裁，但也允许仲裁机构的介入，那么，约定的仲裁机构在适用《UNCITRAL 仲裁规则》的过程中究竟发挥何种功能或角色？如何根据仲裁机构所充当的角色来解释仲裁协议的含义？在论证与分析这一问题时，必须对“临时仲裁”的概念本身进行重构，现代化的临时仲裁并不意味着完全排除任何机构的介入，仲裁机构在UNCITRAL 仲裁中可以发挥三种角色：

第一类，指定机构(Appointing Authority)。2010年《UNCITRAL 仲裁规则》第6条所规定的“指定机构”是指争议当事人约定的或者由常设仲裁法院秘书长指派的机构，其主要职责是指定独任仲裁员或首席仲裁员，行使这一职责的前提是当事人无法就独任仲裁员的约定达成一致或者经当事人指定的两名仲裁员无法就首席仲裁员人选达成一致。第二类，管理机构(Administered Authority)。1996年《联合国国际贸易法委员会关于组织仲裁程序之备注》第24条所规定的：为行使其职能，仲裁庭可能需要各种管理服务(例如开庭室或秘书服务)。当仲裁由仲裁机构管理时，该机构通常会提供仲裁庭所需的全部或大部分管理支持。据此，管理机构主要是为仲裁庭提供管理上或者行政上的服务，具体的服务内容大体包括：通讯联络、文件转递、预订开庭室、速记、口译、仲裁费用托管以及仲裁庭提出的其他服务要求等。第三类，仲裁机构(Arbitral Institution)。即使当事人约定适用UNCITRAL 仲裁规则，但如果同时约定“提交某仲裁机构仲裁”时，则该机构的身份视为机构仲裁语境下的仲裁机构，与仲裁机构自身平常受理仲裁案件唯一的不同是，所适用的仲裁规则不同。在仲裁日益灵活性及开放性的趋势下，各个机构仲裁规则的差异性日渐缩小，众多仲裁机构都允许当事人选择本仲裁机构的同时，适用其他机构的仲裁规则。

### (三) 问题三：无涉外因素的商事纠纷约定境外仲裁，是否合法

2007年7月20日，北京朝来新生体育休闲有限公司(简称“朝来新生公司”)与北京所望之信投资咨询有限公司(韩国人持有的外商独资企业，简称“所望之信公司”)签订《合同书》，合作经营朝来新生公司位于北京的高尔夫球场，并确定了股权比例、投资金额事宜，《合同书》中载明的仲裁条款约定：发生纠纷时双方应先协商，协商不成则向大韩商事仲裁院提出诉讼进行仲裁。后双方因土地补偿款发生争议，所望之信公司于2012年向大韩商事仲裁院提起仲裁，大韩商事仲裁院依据《合同书》载明的仲裁条款受理了案件，并于2013年5月作出裁决书。朝来新生公司向北京市第二中级人民法院申请承认该裁决，法院于2014年1月20日作出[2013]二中民特字第10670号裁定书，驳回朝来新生公司的承认申请。

法院在裁判理由中阐明：首先，本案仲裁裁决由大韩商事仲裁院作出，属于大韩民国仲裁裁决，而我国与该均加入1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)，因而应重点考察涉案裁决是否存在《公约》第5条所规定的拒绝承认及执行的法定情形；其次，我国《民事诉讼法》与《仲裁法》仅允许涉外经贸、海事、运输纠纷约定境外仲裁，而并未允许国内当事人将其不具有涉外因素的争议提请外国仲裁，本案合同当事人所望之信

刘净、刘美邦：《UNCITRAL 仲裁规则在CIETAC的适用》，[http://www.huazhonglaw.com/templates/consulting\\_009\\_1/second.aspx?nodeid=72&tohtml=false&page=ContentPage&contentid=330](http://www.huazhonglaw.com/templates/consulting_009_1/second.aspx?nodeid=72&tohtml=false&page=ContentPage&contentid=330) 北京市环中律师事务所网，2015年5月18日访问。

公司是韩国自然人控股在中国成立的外商独资企业，属于中国法人，且合同也并无其他涉外因素，因此合同并无涉外性，进一步讲本案合同约定韩国仲裁的条款因不符合中国立法而无效；最后，法院依据《公约》第5条第1款（甲）项、第5条第2款（乙）项判定不予承认该裁决，并驳回了当事人的申请。

总体概观，本案中我国法院明确无涉外因素纠纷提交外国仲裁时，该外国裁决将因仲裁协议的无效而被拒绝承认及执行。但就裁判书的论证而言，有几点似乎有待澄清。

其一，法院裁判适用《纽约公约》固然不存在障碍，但就具体理由方面却没有足够充分的解释：裁判所援引的第5条第1款（甲）项是关于仲裁协议当事人无行为能力或仲裁协议无效，所援引的第5条第2款（乙）项是公共政策保留。对前者，法院阐明韩国仲裁中所适用的准据法为中国法，依中国法《合同书》中的仲裁条款为无效条款，因而本案仲裁条款无效，但仲裁案件中主合同的准据法是否当然是仲裁协议的准据法？我国既有判例对此向来持审慎态度并倾向于认为二者的准据法应分别判断，如番禺珠江钢管有限公司与深圳泛邦国际货运代理公司仲裁协议效力案，而本案裁定中却一笔带过、轻描淡写，实在令人匪夷所思。而对于本案仲裁裁决如何违背第5条第2款（乙）项的公共政策，裁定书中竟未有论证，留给仲裁实务界讨论空间的同时似乎暗示出公共政策作为“安全阀”条款的宽泛，而这究竟是司法的积极适用抑或仲裁的被动谦抑？殊难判断。

其二，本案引发的另一法律思考在于，认定仲裁协议是否具有涉外性，是否当然适用仲裁裁决执行地（法院地）国家的法律？进一步追问，法院应当适用何国法律来认定仲裁协议是否具有涉外性？由于涉外仲裁协议的效力认定涉及国际私法中的法律选择问题，而各国立法不仅对仲裁协议有效要件的规定差异悬殊，对商事仲裁“国际性”的认定标准也宽严有别，因此该问题的处理具备较强的实践意义。与案例二发生在仲裁程序启动前的仲裁管辖权确定阶段不同的是，本案系在仲裁程序结束后的跨国承认阶段再次提出类似问题，这使得涉外性的判定问题复杂化。必须明确的是，在仲裁程序启动前，法院在受理仲裁协议效力认定案件时，通常须依据法院地法来认定案件是否具有涉外性；而在外国仲裁裁决承认阶段，显然外国裁决的涉外性与仲裁协议的涉外性并不当然等量齐观：以《纽约公约》为例，仲裁裁决是否属于外国裁决，主要采用“仲裁地标准”并辅之以“非内国标准”；而仲裁协议是否具有涉外性，《纽约公约》并无具体规定，除了通常的法律关系三要素标准，是否仍有更为灵活的判断因素须依成员国国内法；对仲裁协议的法律适用，《纽约公约》明确应遵循当事人选择的法律，当事人没有选择时则适用裁决作出地的法律。据此，本案直接适用我国法来认定仲裁协议的效力，受到部分学者的指摘。另外，即便适用我国法来认定仲裁协议的效力，本案发生时，《解释一》已生效，但裁定书中显然并未考虑到其中对“涉外民事关系”认定的兜底性条款，换言之，“可以认定为涉外民事关系的其他情形”似乎被架空了。

（责任编辑：王建民）

董箫：《中国最高法院进一步澄清涉外仲裁条款效力的判断标准》，《商法》2015年第3期。

宋连斌：《涉外仲裁协议效力认定的裁判方法》，《政治与法律》2010年第11期。

[英]艾伦·雷德芬：《国际商事仲裁法律与实践》，林一飞、宋连斌译，北京大学出版社2005年版，第15页。

李鹏：《试论无涉外因素争议的外国仲裁裁决》，《行政与法》2013年第10期，第121页。