

论对外资企业约定境外机构仲裁的司法监督

孔金萍

(中国社会科学院大学 法学院,北京 102488)

摘要:中国司法实务通常以授权性条款为由限制外资企业将境内争议提交境外机构仲裁,除非双方都是在自由贸易试验区内成立的外商独资企业。上述限制存在如下问题:首先,不能彻底落实,反而导致仲裁协议效力不可预见,而且,即使适用上述限制,保护的也是违反仲裁协议的当事人。其次,仲裁协议是私法协议,中国却对其错误适用“法无授权即禁止”原则。再次,外资企业约定提交境外机构仲裁的仲裁协议是否具有涉外性的认定结果与适用程序之间存在矛盾,比如个案中虽然认定不具有涉外因素,但程序上却适用当时只有涉外案件才能适用的内部申报程序。考虑到法理上仲裁协议是私法协议,且当事人对可以仲裁的事项享有处分权,而《民法典》已经确立了“法无禁止即自由”原则,以及世界范围内尽量认可仲裁协议效力的国际商事仲裁趋势,应当认可该类仲裁协议的效力。也可借鉴《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》及新加坡等国做法,明确认可约定提交境外机构仲裁的情形构成涉外因素。

关键词:仲裁协议;法无禁止即自由;外资;境外仲裁机构仲裁;涉外因素

中图分类号:D925.7 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2023)01-0092-10

A Study on the Judicial Supervision of Foreign-Funded Enterprises' Arbitration Agreement to Arbitrate by Foreign Institutions

KONG Jinping

(School of Law, University of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 102488, China)

Abstract: Judicial practice in China usually restricts foreign-funded enterprises from submitting domestic disputes to overseas institutions for arbitration on the grounds of authorization clauses, unless both parties are wholly foreign-owned enterprises established in pilot free trade zones. The above-mentioned restrictions have the following problems. Firstly, not only do they fail to be fully implemented, but on the contrary, the validity of the arbitration agreement is unpredictable. And even if the above restrictions are applied, the parties who violate the arbitration agreement are protected. Secondly, the principle of “absence of legal authorization is prohibited” is applied incorrectly, although arbitration agreements are private agreements. Thirdly, there is a contradiction between the determination of whether such an arbitration agreement is foreign-related and the applicable procedures. For example, although it is determined that there is no foreign-related factor in a case, the internal declaration procedure that is only applicable to foreign-related cases at that time was applied procedurally. In view of the legal principle that the parties have the right to dispose of the matters that can be arbitrated, and the principle of “absence of legal prohibition means freedom” has been established in the *Civil Code*, as well as the trend of international commercial arbitration in which the effectiveness of arbitration agreements is recognized as much as possible in the world, the effectiveness of such arbitration agreements should be recognized. We can also learn from the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* and Singapore etc., clearly recognize that the situation of agreeing arbitration on the extraterritorial by overseas institutions constitutes a foreign-related factor.

Key words: arbitration agreement; absence of legal prohibition means freedom; foreign investment; arbitrated by overseas arbitration institution; foreign-related factors

收稿日期:2022-11-14

基金项目:2022年度国家社科基金一般项目“平台经济反垄断规制研究”(22BFX105)

作者简介:孔金萍,女,中国社会科学院大学法学院副教授。

司法对仲裁的监督一般包括对仲裁协议的监督和对仲裁裁决的监督。中国对境内仲裁与涉外仲裁适用不同的监督制度:一是仲裁机构方面,境内争议不能选择境外仲裁机构,只能选择中国的仲裁机构;而涉外争议则可以选择境外仲裁机构。二是仲裁地方面,境内争议的仲裁地必须在境内,不能在境外;而涉外争议的仲裁地则可以在境外。三是法律适用方面,境内争议不能适用境外法律,只能适用中国法律;而涉外争议则可以选择适用境外法律。此外,涉外争议未约定仲裁协议的准据法时,根据《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第14条,应尽可能适用让仲裁协议有效的仲裁机构所在地或仲裁地的法律。仅在没有约定仲裁机构和仲裁地时,作为最后的选择才适用中国法律。而境内争议则只能适用中国仲裁法。总体而言,相较于境内争议,中国法律赋予涉外争议以更多的选择权,更倾向于认可其仲裁协议的效力;而境内争议仲裁协议的有效要件则较为严苛。

近年来,随着仲裁的不断推广以及对中国司法环境的担忧,外资企业约定境外仲裁机构仲裁的案件越来越多,其中北京市高级人民法院2014年公布的参阅案例——“北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”(简称“朝来新生案”)中,双方当事人均为在中国成立的公司,且其中一方是外商独资公司,本案中当事人约定发生纠纷时提交大韩商事仲裁院仲裁。纠纷发生后,双方如约仲裁并取得仲裁裁决,然后向中国法院申请承认和执行,最终被中国法院以仲裁协议无效为由拒绝承认和执行。^①本案引发了法律界对外资企业可否约定境外仲裁机构仲裁这一问题的热议。那么对于“朝来新生案”式的案件,即当事人一方或双方是依据中国法律在中国注册成立的外资企业,且主体之外不存在涉外因素,双方当事人约定发生纠纷时提交境外仲裁机构在中国境内或境外仲裁时,应当如何认定该类仲裁协议的效力?

实务中,判断仲裁协议的效力时,中国法院首先会审查争议是否具有涉外因素,然后再根据争议是境内争议还是涉外争议适用不同的准据法审理。对于依据中国法律在中国成立的外资企业,法院认为

外资本身不构成涉外因素,除非双方当事人都是在自由贸易区内成立的外商独资企业。根据《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(简称《自贸区司法保障意见》)第9条第1款,双方企业均是在自由贸易试验区内注册成立的外商独资企业构成涉外因素,可将其间的商事争议提交境外机构仲裁。中国对该类仲裁协议的司法监督存在的三大问题如下。

一、仲裁协议的效力不可预见

即使对于同一仲裁协议,因当事人的态度以及申请确认协议效力的阶段不同而适用不同的准据法,导致最终效力可能不同,也即该类仲裁协议的效力不可预见。

第一种情形:当事人自觉履行仲裁协议和仲裁裁决,仲裁协议最终有效。当事人签署该类仲裁协议后,本着诚实信用原则,自觉履行仲裁协议和仲裁裁决。这种情况下,法律没有机会干预,相当于该类仲裁协议有效。

第二种情形:仲裁程序启动前,一方当事人申请中国法院确认该类仲裁协议效力的,尽管《中华人民共和国仲裁法》(简称《仲裁法》)、《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)等法律及司法解释都未明确禁止将不具有涉外因素的争议提交境外仲裁机构仲裁,但中国法院却一贯认定该类仲裁协议无效。2004年4月,最高人民法院民四庭发布的《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》第83条规范的重点也是不允许将境内争议提交境外机构仲裁。在“江苏航天万源风电设备制造有限公司诉艾尔姆风能叶片制品(天津)有限公司申请确认仲裁协议效力案”(简称“江苏万源案”)中,当事人双方均为在中国成立的企业,其中一方具有外资背景。当事人约定发生纠纷时提交国际商会在北京进行仲裁,2011年当事人向法院提交申请要求确认本案仲裁协议无效,受案法院以争议不具有涉外因素、中国法律没有授权将不具有涉外因素的争议提交境外仲裁机构为由,认定本案仲裁协议无效。^②2017年原《中华人民共和国民事诉讼法总则》以及2020年《民法典》颁布以后,司法实务中的惯例仍然是以中国法律并未规定当事人可以将不具有涉外因素的争议提交境外

^① 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中民特字第10670号民事裁定书,该案为2014年北京市高级人民法院选出的第14号参阅案例。

^② 参见《最高人民法院关于江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品(天津)有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案的请示的复函》(简称《“江苏万源案”复函》)。

仲裁机构仲裁为由认定该类仲裁协议无效。^① 2021年,在“宜昌天美国际化妆品有限公司与梧钩机械(上海)有限公司承揽合同纠纷案”中,双方当事人均为在中国成立的企业,约定发生纠纷时,按照《国际商会调解与仲裁规则》在巴黎仲裁。一、二审法院均认为,根据该约定能够确定因涉案合同履行产生的争议应由位于巴黎的国际商会仲裁院进行仲裁,但一审法院认定该仲裁协议有效,二审法院则认为该仲裁协议无效,理由是“双方当事人均为中国法人,本案亦无其他涉外因素,本案所涉合同不属于涉外合同。由于仲裁管辖权系法律授予的权力,而中国法律没有规定当事人可以将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构仲裁”。^② 同年,在“天津市垃圾分类处理中心、天津大马南方环保工程有限公司申请确认仲裁协议效力案”中,被申请人天津大马南方环保有限公司系在中国成立的中外合作经营企业,双方在合同中约定“双方无法通过协商解决该争议,则任何一方均可将该争议提交香港国际仲裁中心仲裁”。本案仲裁协议也被中国法院认定无效。^③ 易言之,时至今日,中国的司法惯例依然是仲裁程序前认定该类仲裁协议无效。^④

第三种情形,同时启动仲裁程序和诉讼程序。中国法院认定仲裁协议无效后作出判决,境外仲裁机构认定仲裁协议有效并作出仲裁裁决。一方当事人到中国法院申请承认和执行外国仲裁裁决,另一方当事人到外国去申请承认和执行中国判决。虽然未能搜集到此种情形下有关该类仲裁协议的案件,但以下两个案件可资借鉴:第一个案件是“海慕法姆公司、玛格国际贸易公司、苏拉么媒体有限公司申请承认与执行国际商会仲裁院作出的仲裁裁决案”。该案中,对于仲裁协议的效力,国际商会仲裁院和中

国法院作出了完全相反的判断,并分别作出了仲裁裁决和诉讼判决。当事人申请中国法院承认和执行仲裁裁决,中国法院以仲裁范围超出仲裁协议、裁决事项不可仲裁、承认和执行该裁决违反公共政策为由拒绝承认和执行。^⑤ 第二个案例是国际海上运输案件——*The “Joanna V”*案。^⑥ 该案为国际海上运输合同纠纷,中国法院认定本案仲裁协议无效并作出判决,而巴黎国际商会仲裁委员会认定本案仲裁协议有效并作出仲裁裁决。仲裁裁决早于中国法院判决作出且结果不同,最终英国法院承认和执行仲裁裁决后以“一事不再理”为由拒绝承认和执行中国法院判决。^⑦

中国与同属《纽约公约》成员国的其他国家对同一仲裁协议效力认定结果的不同会导致仲裁协议的效力不可预见,不仅会引诱当事人启动两个程序解决同一纠纷,而且容易产生矛盾判决,因仲裁裁决一般会先于法院判决作出,最终中国法院判决很难在境外获得承认与执行。而因为经常被选为仲裁地的国家一般认可该类仲裁协议的效力,所以该仲裁裁决即使不能在中国获得承认和执行,也可以在其他国家获得承认和执行。

第四种情形:仲裁裁决在境外作出后,一方当事人到中国法院申请承认和执行时,另一方当事人以仲裁协议无效为由请求不予执行的,应当根据《纽约公约》判断仲裁协议的效力。但在2018年以前的多起案例中,中国法院却适用中国法律认定仲裁协议无效。例如,在“朝来新生案”中,大韩商事仲裁院作出仲裁裁决后,一方当事人申请中国法院承认和执行,该案经内部上报程序上报到中国最高人民法院,最终被拒绝承认和执行,理由主要为以下两点:第一,本案无论当事人是否作出明示约定,该合同以

^① 参见上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终5762号民事裁定书,天津市第一中级人民法院(2021)津01民特11号民事裁定书,江苏省苏州市中级人民法院(2020)苏05民辖终797号民事裁定书,上海市高级人民法院(2019)沪民辖终199号民事裁定书,上海市高级人民法院(2018)沪民申921号民事裁定书。这些案例均是在仲裁裁决作出前申请确认仲裁协议的效力,且其中仅有上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终5762号民事裁定书显示一审法院认定该类仲裁协议有效,但被二审法院推翻,其余案例中一、二审法院均认定该类仲裁协议无效。在北京市第三中级人民法院(2018)京03民特54号民事裁定书中,两个中国法人约定发生争议时提交给新加坡调解中心和新加坡国际仲裁中心以待调解仲裁。这个仲裁协议历经北京市石景山区人民法院、北京市第一中级人民法院和北京市第三中级人民法院审理,均被认定为有效,理由是申请人未能证明本案不具有涉外因素。

^② 参见上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终5762号民事裁定书。

^③ 参见天津市第一中级人民法院(2021)津01民特11号民事裁定书。

^④ 需要注意的是,在北京市第三中级人民法院(2020)京03民终3818号民事裁定书中,双方当事人并未就仲裁协议效力产生分歧,中国法院认为双方当事人约定将不具有涉外因素的争议提交香港国际仲裁中心的仲裁协议有效。

^⑤ 参见《最高人民法院关于不予承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决的请示的复函》。本案中,三家外国公司与一家中国公司签订合同,约定成立一家合资公司,并约定争议提交巴黎国际商会仲裁委员会仲裁解决。后来中国公司多次起诉合资公司支付租金等,三家外国公司提出管辖异议,中国法院以仲裁协议对合资公司不具有约束力为由驳回管辖异议并多次作出判决。在诉讼过程中,三家外国公司申请仲裁,请求认定中国公司违反合同义务等。仲裁庭最终支持了申请人的大部分仲裁请求。

^⑥ (2003)2 Lloyd's Rep 617.

^⑦ 参见杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法:从开庭审理到裁决书的作出与执行》,法律出版社2010年版,第654-655页。

及所包含的仲裁条款所适用的法律均为中国法律。第二,因中国法律没有授权将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构仲裁,^①且本案不具有涉外因素,因此本案仲裁协议无效。^②同样,在“西门子国际贸易(上海)有限公司与上海黄金置地有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决案”(简称“西门子案”)^③中,也是在执行阶段适用中国法律判断仲裁协议的效力。

“朝来新生案”和“西门子案”判断仲裁协议适用的准据法是错误的:因为中国是《纽约公约》成员国,且《民事诉讼法》(2021年)第267条已经明确规定国际条约高于国内法的原则,所以在申请承认和执行境外仲裁裁决阶段,判断仲裁协议的效力应当依据《纽约公约》而非中国法律。根据《纽约公约》第5条,如果当事人没有明确约定仲裁协议的准据法,则应依据裁决地所在国法律判断仲裁协议的效力。而依据韩国法,“朝来新生案”中的仲裁协议有效;依据新加坡法,“西门子案”中的仲裁协议亦有效。此外,根据《纽约公约》第5条第2款,以被申请执行地国法律规定为由拒绝承认和执行存在一个通道,即依据该国法律争议不可仲裁或者承认和执行仲裁裁决违反该国公共政策。对此,《“朝来新生案”复函》认为承认和执行该案仲裁裁决不违反公共政策。因而中国法院本应认定“朝来新生案”中的仲裁协议有效,但实际上却错误适用中国法律认定仲裁协议无效。但这一错误已经在2018年施行的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》中获得纠正,其第16条明确规定承认和执行仲裁裁决阶段应当依据《纽约公约》第5条判断仲裁协议的效力。但是实务中在仲裁程序启动前确认该类仲裁协议效力的,依然被认定为无效。

综上所述,中国限制将境内争议提交境外仲裁

机构仲裁的做法导致仲裁协议的效力不可预见,亦即,即使对于同一仲裁协议,不同阶段申请确认协议效力,结果也可能不同。造成这一问题的原因是中国法律对仲裁协议效力的监督与《纽约公约》不一致。而且,这种限制仅能在上述第二种情形下适用,适用的结果也是保护了违约方。另外,这一限制导致仲裁协议不可预见可能会引诱当事人对同一争议启动诉讼和仲裁两种程序,这样不仅浪费司法资源,而且容易导致矛盾判决。

二、对属于私法协议的仲裁协议错误适用“法无授权即禁止”原则

(一) 仲裁协议是私法协议

对于该类仲裁协议的效力,《仲裁法》没有明确规定,如何判断关系到仲裁协议的性质。有关仲裁协议的性质,有程序法契约说、实体法契约说、混合型契约说与独立型契约说四种学说。部分学者认为仲裁协议是实体法契约,理由是仲裁协议更多地受制于民商事实体法,而非程序法;契约的法律性质不应取决于契约的内容,而应取决于契约的形成条件和约束效力。^④多数学者认为仲裁协议是程序法契约,理由是其调整的不是当事人之间的实体权利义务关系,而是是否排除诉讼管辖权这一程序问题。^⑤而传统观点多认为程序法是公法,因而作为程序法协议的仲裁协议是公法协议。^⑥混合型契约说是一种折中的观点,认为仲裁协议同时兼具实体法契约和程序法契约的性质,在有些方面受实体法规范,例如,协议的成立、效力等;在另一些方面则受程序法的约束,例如,仲裁协议排除法院对仲裁事项的管辖权问题等。独立类型契约说从仲裁自治理论出发,认为仲裁协议既不同于实体法契约,也不同于程序法契约,而是在实践中发展起来的一种新型的特殊类型契约,它兼具实体法契约和程序法契约的

^① 2021年以前,司法实务认定该类仲裁协议无效的依据主要是原《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)第128条第2款和《中华人民共和国民事诉讼法》(简称《民事诉讼法》)(2012年)第271条,即《民事诉讼法》(2021年)第278条。因为原《合同法》已经被废止,且《民法典》删除了原《合同法》第128条第2款,所以下面讨论该类仲裁协议无效的法律依据时仅提及《民事诉讼法》(2021年)第278条。

^② 参见《最高人民法院关于北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认大韩商事仲裁院作出的第12113-0011号、第12112-0012号仲裁裁决案件请示的复函》(简称“朝来新生案”复函)。

^③ 参见上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号民事裁定书。本案中,双方当事人均为在中国上海自贸区内成立的外商独资企业,2005年双方签订了有关高(低)压配电系统供应工程的合同,合同中约定:合同争议须提交新加坡国际仲裁中心进行仲裁解决;实体争议应适用中国法律。后来履约过程中发生争议,黄金置地公司申请仲裁,西门子公司提出管辖异议,被驳回后提出了反请求。新加坡国际仲裁中心作出仲裁裁决,驳回了黄金置地公司的各项请求,支持了西门子公司各项反请求。在仲裁裁决作出后到中国申请承认和执行时,黄金置地公司以本案不具有涉外因素因而仲裁协议无效为由主张应当拒绝承认和执行仲裁裁决。

^④ 参见谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版,第179页。

^⑤ 参见侯登华:《仲裁协议法律制度研究——意思自治视野下当事人权利程序保障》,知识产权出版社2012年版,第69、74-75页;江伟主编:《仲裁法》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第81页。

^⑥ 参见陈桂明:《程序理念与程序规则》,中国法制出版社1999年版,第92-93页;张凌、李婵媛:《公法契约观视野下的刑事和解协议》,载《政法论坛》2008年第6期,第34页。

性质。^①

需要注意的是,实体法契约说认为判断仲裁协议的效力应当依据实体法;混合型契约说也认为仲裁协议的成立和效力应当受实体法规范。学界多主张仲裁协议是程序法契约,而传统上又习惯将某一部门法整体定性为公法或私法,比如认定程序法是公法,因而程序法协议也是公法协议。但这种认定存在逻辑上的问题,因为一个法律部门所规范的法律关系性质可能并不单一,有的既涉及公法关系,也涉及私法关系。有鉴于此,不宜将某一法律部门整体定性为公法或私法,只宜将其中的具体条文所规范的法律关系定性为公法关系或私法关系。^②

公法与私法区分学说中最具代表性的学说是主体说、服从说、强行法说和利益说。主体说认为划分的标准是是否有代表国家或某种公共权力的主体存在,如果有,则是公法关系;如果没有,则是私法关系。孟德斯鸠在《论法的精神》中即持有主体说的观点。^③ 服从说也称实质说,其认为划分的标准在于当事人之间的法律关系,如果处于对等关系则属于私法,如果处于上下服从关系则属于公法。强行法说则认为区分的标准在于法律是否允许当事人协议改变,如果不允许则是公法;如果允许,则是私法。利益说也称目的说,其认为划分的标准是法律的实质内容或目的。现代利益说则认为,旨在维护公共利益的法律属于公法,旨在维护私人利益的法律属于私法,而且这两种不同目的可以从法律规则的内容中加以识别。^④ 但需要注意的是,即使是公法契约也并非法律无明文规定就不得有效成立,^⑤ 比如,涉及国家公权力行使的行政契约,一般认为对于其合法要件、瑕疵形态、履行终止的判断,除了有行政法上的特别规定和法律原则须遵守之外,可以准用民法上关于契约行为的一般规定。^⑥ 考虑到仲裁协议的主体一般是企业,且双方当事人处于对等关系,仲裁协议的内容也是双方自由拟定的,旨在维护双方当事人通过仲裁解决纠纷的利益,根据主体说、服

从说、强行法说和利益说,仲裁协议都属于私法协议。且实体法领域的契约自由理念是仲裁制度得以产生的重要理论依据,仲裁协议和合同都是尊重当事人意思自治理论下的产物,中国也曾以合同法条款判断仲裁协议的效力,^⑦ 英国有关仲裁条款效力的判断适用的也是合同解释的规则,^⑧ 这些也都符合仲裁协议是私法协议的属性。

(二) 对于仲裁协议错误适用“法无授权即禁止”原则

司法实务中对于“朝来新生案”等适用中国法律认定该类仲裁协议无效的依据是原《合同法》第128条第2款和《民事诉讼法》(2021年)第278条。原《合同法》第128条第2款规定“涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁”;《民事诉讼法》(2021年)第278条也仅规定“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉”。依据这两个条款认定该类仲裁协议无效适用的是授权性思维,亦即“法无授权即禁止”原则。此外,司法惯例否认该类仲裁协议效力的主要理由是认为仲裁权是准司法权,认定该类仲裁协议有效会损害中国的司法主权,故应当适用“法无授权即禁止”原则。^⑨ 然而对于仲裁协议适用“法无授权即禁止”原则是错误的做法,理由如下。

首先,如上所述,仲裁协议是私法协议,适用中国法律判断仲裁协议效力时,对于《仲裁法》没有明确规定的情形,应当适用《民法典》。而《民法典》已经舍弃了授权性思维,确立了“法无禁止即自由”原则。作为判断仲裁协议无效的原《合同法》第128条第2款和《民事诉讼法》(2021年)第278条最早出现在20世纪90年代,^⑩ 那时还盛行“行使权利需要获得授权”的理念,故可以认为当时涉外争议可以

① 参见江伟主编:《仲裁法》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第81页。

② 参见王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社2019年版,第53页。

③ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,许明龙译,商务印书馆2012年版,第14页。

④ 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第125-126页。

⑤ 参见[日]田中二郎:《公法契约的可能性》,肖军译,载《行政法学研究》2002年第1期,第81页。

⑥ 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第185-186页。

⑦ 中国法院以原《合同法》第128条规定的“涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁”为由认定仲裁协议无效。

⑧ 参见杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法——从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》,法律出版社2006年版,第55-73页。

⑨ 参见张珍星:《无涉外因素纠纷约定外国仲裁协议无效的司法惯例剖析》,载《国际商务(对外经济贸易大学学报)》2018年第4期,第124页。

⑩ 原《合同法》制定于1999年,《民事诉讼法》(2021年)第278条源于《民事诉讼法》(1991年)第257条。

“提交中华人民共和国涉外仲裁机构或其他仲裁机构仲裁”本身暗含着境内争议不得提交境外仲裁机构仲裁之意。在很长一段时间内,中国的立法思维都是“权利需要授予”。比如,20世纪80年代制定的原《中华人民共和国民事诉讼法通则》(简称《民法通则》)第55条^①从积极肯定的角度规定民事行为的有效要件,而世界许多国家的民法多从消极否定的角度进行规范。^②在当时的立法背景下,上述条款可以解读为不允许将境内争议提交境外仲裁机构仲裁,但是在社会经济、法制等已经发生了重大变化的当下也应进行反思。特别是,尽管2021年开始实施的《民法典》第143条保留了民事行为的有效要件,但也仅仅是为了方便不太熟悉法律的人们了解法律并按照法律从事交易,^③而且《民法典》已在私法领域确立了如下两大原则:第一,民事行为原则上有效、例外时才无效;^④第二,法无禁止即自由。^⑤换言之,《民法典》第136条和第153条从正反两个方面强调民事行为原则上有效、只有违反强制性法律法规才无效。《民法典》第153条的意义在于,以违反法律、行政法规为由认定仲裁协议无效必须且只能依据强制性规定,在没有强制性规定或只有授权性规定的情况下,不能认定仲裁协议无效。而《民事诉讼法》(2021年)第278条是授权性条款,据此不足以认定该类仲裁协议无效。而且即使中国民事诉讼法明文禁止将境内争议提交境外仲裁机构仲裁,对于已经在境外取得的仲裁裁决,若不具备《纽约公约》所规定的拒绝承认和执行要件,中国依然应当承认和执行:因为中国是《纽约公约》成员国,且《民事诉讼法》(2021年)第267条规定了国际条约高于国内法的原则。

其次,能否以仲裁权是准司法权为由,认为判断仲裁协议的效力应适用“法无授权即禁止”原则?一方面,如上文所论证的那样,仲裁协议属于私法协议,应适用实体法判断其效力。只有涉及不确定的第三人的公权力的行使才应适用“法无授权即禁止”原则。虽然仲裁权具有准司法权属性,签订仲裁协议会涉及仲裁权的行使,但不应对仲裁协议适用

“法无授权即禁止”原则,理由如下:第一,当事人只是通过仲裁协议授予仲裁庭仲裁权,仲裁权行使的主体是仲裁庭,故对仲裁权的限制不应针对当事人。第二,仲裁权的行使与公权力的行使涉及的对象范围不同。公权力的行使可能涉及不特定的第三人,出于对不特定的第三人的保护,才需要限制公权力,因此遵循“法无授权即禁止”原则。而仲裁权必须经当事人签订的仲裁协议授权后方能行使,其能影响到的主体仅限于仲裁协议的当事人,不涉及不特定的第三人。因此,出于对第三人的保护,只需对仲裁协议的效力进行规范,防止当事人恶意串通损害第三人的利益即可,无需也不应对仲裁协议适用“法无授权即禁止”原则。学界几乎一致认为应当认可该类仲裁协议的效力,理由在于,国际商事仲裁的性质应为国际私法,是民间行为。

再次,认定该类仲裁协议有效不会损害中国的司法主权。因为仲裁协议的当事人目的是解决纠纷,当事人将无涉外因素争议提交境外机构仲裁,并不等同于将无涉外因素争议提交外国法院审判。^⑥因而认可该类仲裁协议有效并未违反国家司法主权。^⑦法理层面,是否应当禁止将境内争议提交境外仲裁机构仲裁?仲裁协议本质上是私法协议,应当遵循私法自治原则,除非违反公共利益,否则应当认可其效力。鉴于中国仲裁协议所针对的法律关系是当事人享有意思自治的财产性争议,这就决定了签订仲裁协议仅涉及私人利益,不涉及公共利益,当事人对于可以进行仲裁的纠纷有权选择纠纷解决方式。当通过自行和解或调解达成解决方案时,该调解书或和解书对当事人具有约束力。同样,一旦选择仲裁,则仲裁裁决类似于间接和解结果,对当事人也应当具有约束力。《自贸区司法保障意见》第9条第1款认可在自贸区内成立的外商独资企业可以将商事争议提交境外仲裁机构仲裁,这也说明认可该类仲裁协议有效并不存在法理上的障碍。限制当事人将不具有涉外因素的争议提交境外仲裁机构仲裁,本质上是在应由当事人意思自治的领域横加干

^① 原《民法通则》第55条规定:“民事法律行为应当具备下列条件:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律或者社会公共利益。”

^② 参见易军:《“法无禁止即自由”的私法精义》,载《中国社会科学》2014年第4期,第127页。

^③ 参见崔建远:《合同效力规则之完善》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第1期,第26页。

^④ 参见《民法典》第136条、第143条至第154条。

^⑤ 参见《民法典》第153条第1款。其实早在2009年发布的原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条中就体现出这一转变。

^⑥ 参见孙建丽:《国际商事仲裁中当事人意思自治问题研究》,对外经贸大学2020年博士学位论文,第57页。

^⑦ 参见许旭:《拒绝承认与执行外国仲裁裁决的法律与中国实践》,华东政法大学2019年博士学位论文,第139页。

涉,最终背离了当事人签订仲裁协议时的共同意愿。这种限制不仅无法彻底落实,而且即使落实了保护的也是违约方。中国司法部2021年7月30日发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第26条规定:“法律规定当事人可以向人民法院提起民事诉讼,但未明确不能仲裁的,当事人订立的符合本法规定的仲裁协议有效。”这一新增条款认可了仲裁协议的私法协议属性,也体现了“法无禁止即自由”原则。

三、是否具有涉外因素的认定结果与适用程序之间存在矛盾

关于争议是否具有涉外因素的判断标准,起初中国多部法律均规定三要素即主体、客体或法律关系的得丧变更,其中之一具有涉外因素的,即构成涉外争议。^①2013年开始多部司法解释在此基础上增加了两个要素——“经常居住地”以及“其他情形”中具有涉外因素的,也构成涉外争议。^②从这一变迁可以看出,认定是否具有涉外因素的标准日渐宽松。^③但遗憾的是,在“朝来新生案”“西门子案”之后,很多地方法院仍然仅以争议主体、争议标的、法律关系三者作为涉外因素的识别要素。^④

关于当事人是外资企业是否构成涉外因素这一问题,最高人民法院对“江苏万源案”以及“朝来新生案”^⑤等案件的复函或裁定中都明确表明外资不构成涉外因素。^⑥值得注意的是,依据《最高人民法院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》第2条,^⑦对于具有涉外因素的仲裁案件,受案法院若认为应拒绝承认和执行的,则应上报;如果所属高级人民法院也持同样意见,则应当继续上报到最高人民法院。虽然“江苏万源案”最终被

认定为不具有涉外因素,却适用了当时只有涉外仲裁和外国仲裁才应适用的内部上报制。即在认定该案是否具有涉外因素方面,法院的判断结果与对其适用的程序之间存在矛盾,这说明受案法院潜意识里也认为该类案件具有涉外因素。这种潜意识可能是因为外资,也可能是因为约定境外仲裁机构域外仲裁本身与涉外相关,比起外资,更适宜认定约定境外机构域外仲裁构成涉外因素,因为约定境外机构域外仲裁会导致法律适用意义上的涉外性更具稳定性。

笔者认为不宜认定外资构成涉外因素,如果认定外资构成涉外因素至少应当考虑外资的比例等问题,而且资本具有极强的流动性,甚至可以借贷外资认缴股份,所以根据外资认定涉外因素存在极大的不确定性。在国际仲裁领域,一般只有在法人人格被否定、需要揭开公司面纱的特殊情况下,才例外地去探讨控股股东作为主体的问题,而且该理论尚未被普遍接受。^⑧即法人主体与外资之间隔着股东,以股东为主体去判断是否构成涉外因素只有在法人人格被否定的特殊情况下才会被考虑,而且外资本身极具流动性,原则上不宜认定外资构成涉外因素。

此外,需要注意的是,“西门子案”中仲裁裁决最终被承认和执行,主要理由是双方当事人均为在上海自贸区内成立的外商独资企业,此类公司的资本来源、最终利益归属、公司的经营决策一般均与其境外投资者关联密切,为贯彻《最高人民法院关于为“一带一路”建设提供司法保障的若干意见》,可以认为构成《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(一)》第1条第5项中的可以认定为涉外民事关系

^① 参见原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条、原《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第178条。

^② 参见《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(一)》(2020年修正)第1条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022年修正)第520条。

^③ 参见顾维遐:《无涉外因素争议的域外仲裁问题》,载《中外法学》2018年第3期,第652-654页。

^④ 参见秦勇:《论选择境外仲裁机构仲裁协议效力的司法审查路径》,载《法律适用》2021年第10期,第129页。

^⑤ “朝来新生案”虽是在仲裁裁决在外国作出后到中国申请承认和执行,但是受案法院依然在认定案件不具有涉外因素的基础上认为仲裁协议无效。

^⑥ 参见“江苏万源案”复函》《“朝来新生案”复函》以及“内蒙古霍煤鸿骏铝扁锭股份有限公司与美铝渤海铝业有限公司买卖合同纠纷上诉案”,河北省高级人民法院(2015)冀立民终字第70号民事裁定书。

^⑦ 《最高人民法院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》第2条规定:“凡一方当事人向人民法院申请执行我国涉外仲裁机构裁决,或者向人民法院申请承认和执行外国仲裁机构的裁决,如果人民法院认为我国涉外仲裁机构裁决具有民事诉讼法第二百五十八条情形之一的,或者申请承认和执行的外国仲裁裁决不符合我国参加的国际公约的规定或者不符合互惠原则的,在裁定不予执行或者拒绝承认和执行之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意不予执行或者拒绝承认和执行,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行。”依据《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第2条、第3条,对于纯粹的国内案件的司法审查也适用内部报告制,由中级人民法院上报给高级人民法院的情形与涉外案件相同,只是相对于涉外案件,由高级人民法院上报给最高人民法院的情形仅限于以违背社会公共利益为由不予执行或者撤销时。

^⑧ 参见[英]艾伦·雷德芬、[英]马丁·亨特:《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158-160页。

的其他情形,因此认定本案仲裁协议有效。^① 本案裁定中法院所指出的“此类公司的资本来源、最终利益归属、公司的经营决策一般均与其境外投资者关联密切”这一理由成为最高人民法院在“朝来新生案”等案件中所明确的外资不构成涉外因素这一司法观点的例外。笔者认为这一理由不够妥当,因为依此外资也应构成涉外因素。认定本案仲裁协议具有涉外性最主要的原因是双方当事人均为在上海自贸区内成立的外商独资企业,这一点在此后颁布的《自贸区司法保障意见》第9条第1款中获得明确。自贸区担负着中国深化经济体制改革、提高行政审批效率、进一步与国际市场接轨的历史使命,就仲裁而言,允许将在自由贸易区内成立的外商独资企业之间的争议提交境外仲裁机构仲裁,意味着中国正在尝试给予企业更多的仲裁自由,这也将是未来仲裁整体改革的方向。但是,因为该文件仅是司法政策,不是司法解释,不具有法律效力,^②依此认定争议具有涉外因素时,可能会在申请确认仲裁协议阶段或者申请承认和执行仲裁裁决阶段引起新的争执。

可以说,中国司法机关否认该类仲裁协议的效力在法理和法律上缺乏根据,同时也与中国近年来力求为仲裁提供良好环境的司法政策不符。2015年6月,《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》发布,强调要贯彻实施《纽约公约》,及时承认和执行相关外国商事海事仲裁裁决;平等保护中外当事人的合法权益,增强中国裁判的国际公信力,维护公平竞争、诚实守信、和谐共赢的区域大合作环境。2016年《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》和《自贸区司法保障意见》颁布,前者强调完善仲裁等多元化纠纷解决机制,尊重商事仲裁规律和仲裁规则;后者强调正确认定仲裁协议的效力,规范仲裁案件的司法审查,对于在自贸区内注册的外商独资企业之间率先进行以下尝试:第一,打破“不具有涉外因素的争议不得提交境外机构仲裁”的司法惯例;第二,突破仲裁法不允许临时仲裁的规定,认可其约定临时仲裁的协议效力;

第三,适用禁反言原则,不允许在承认和执行阶段首次对仲裁协议的效力提出异议。这些司法政策充分正视了外资企业约定提交境外机构仲裁的需求、商事仲裁的商业服务属性,并作出了合理回应,这些回应也符合仲裁协议的私法协议属性。

四、有关仲裁司法监督的域外经验及其借鉴

全球范围内司法对仲裁的态度都经历了从敌对到友好的转变过程。在20世纪70年代,当时的《意大利民事诉讼法典》第2条明确禁止将双方均为意大利人的争议提交境外仲裁(现在该条款已被废止)。当时,在相关案件中,当事人违反上述规定约定将争议提交境外仲裁,仲裁裁决作出后当事人到意大利申请承认和执行时,虽然一审法院以当事人之间的仲裁协议违反了《意大利民事诉讼法典》为由拒绝承认和执行,但这一做法被上级法院纠正,最终该仲裁裁决获得承认和执行,理由是公约的效力高于国内法的效力,而且《纽约公约》仅要求仲裁裁决在外国作出,并不要求当事人具有不同国籍。^③意大利即使在国内法明令禁止境内当事人将争议提交境外仲裁的情况下,也遵守了作为《纽约公约》成员国的义务,树立起严守公约的国际形象。与当时的意大利相比,中国法律并未明确禁止将不具有涉外因素的争议提交外国仲裁,且当下《民法典》已经确立了“法无禁止即自由”原则,所以中国现在更应认可该类仲裁协议的效力。

此外,中国对该类仲裁协议效力的限制也有违商事仲裁中尽量让仲裁协议有效的国际趋势。自1958年《纽约公约》以来,支持仲裁的理念逐步在国际上得到确认。有些国家通过立法确立了尽量让仲裁协议有效的原则。例如,1987年《瑞士关于国际私法的联邦法》第178条第2款规定,如果仲裁协议符合(1)双方当事人选定的法律;(2)支配争议主要事项的准据法;(3)瑞士法律三者之一,仲裁协议即为有效。在国际商会仲裁中,仲裁庭曾在当事人对仲裁协议所适用的法律选择不明确的情况下,选择了瑞士法律作为仲裁协议的准据法,以保持仲裁协议的有效性。^④

在英国,如果国际商事仲裁协议中表明了通过

^① 参见《最高人民法院关于西门子国际交易(上海)有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》和上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第2号民事裁定书。

^② 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条规定:“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。”第6条规定:“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘规则’、‘批复’和‘决定’五种。”

^③ Pieter Sanders ed., *Yearbook Commercial Arbitration (Volume I-1976)*, Kluwer, 1976, p. 190.

^④ Albert Jan van den Berg ed., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards*, Kluwer Law International, 1999, p. 202.

仲裁解决争议的意思,该仲裁协议即为有效。未明确约定仲裁协议准据法时,如果约定了仲裁地,根据最密切联系原则,一般以仲裁地法律作为准据法;如果未约定仲裁地,则英国的默示规则是适用主合同的准据法。^①对于仲裁条款效力的判断适用的也是合同解释的规则。英国法下唯一会否定个别条文甚至整个合同的情况是其违反了公共政策,比如合同基于非法或者欺诈等。^②对于仲裁协议而言,即使仲裁机构约定得不明确,只要双方达成了仲裁的意愿,该仲裁协议也有效。在英国上诉法院1969年审理的 *Hobbs Padgett & Co. (Reinsurance) Ltd. v. J. C. Kirkland and Kirkland* 案中,仲裁协议中只有“适当仲裁”的字眼,法院认定该仲裁协议有效。法院的解释是:“适当仲裁”条款的含义是双方当事人已经同意本合同项下所产生的任何争议,包括对合同含义的争议,均应提交仲裁而不是由法院解决。^③因为该案涉及的是两个英国公司之间的争议,当事人只要表达了通过仲裁解决争议的意思,其他问题可以通过适用英国仲裁法得到解决。^④

中国香港地区也高度尊重当事人的仲裁意愿,只要当事人达成了仲裁意愿,仲裁协议就有效,即使当事人约定的仲裁机构并不存在。在1993年的 *Lucky-Goldstar International (HK) Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited* 案中,原告和被告均为在香港注册并在香港有营业场所的公司。仲裁条款约定“应在第三国依照该国法规并根据国际商事仲裁协会的程序规则仲裁解决”。尽管“国际商事仲裁协会”并不存在,但该仲裁条款依然有效,因为当事人通过仲裁解决争议的意图十分明确,此项约定并不能因为选定的仲裁机构及其仲裁规则不存在而无效。仲裁应当根据原告所选择的第三国的法律进行。^⑤再比如,在1993年的 *William v. Chu Kong* 案中,当事人约定争议应在中国内地法院起诉或中国内地仲裁。法院认为该条款并不因不确定而无效,

而是赋予原告以选择权,可以选择仲裁或诉讼;一旦选定,这种选择就是终局性的,另一方只能服从。^⑥

为保持仲裁协议的有效性,自20世纪80年代以来,国际商事仲裁发展起了一种全新的理论,即仲裁的“非国内化”理论。该理论主张国际商事仲裁应当排除仲裁程序地国家法律的限制,在认定仲裁协议效力方面表现为对当事人意愿的完全尊重。在国际商事仲裁的司法判例中,一些仲裁机构采用不具体适用某一国家法律,而是依据超越各国内法体系的一般法律原则来确定仲裁协议所适用的法律。如20世纪80年代著名的 *Isover Saint Gobain v. Dow Chemical* 案中,仲裁员就适用了国际贸易惯例和客观标准以及当事人公平合理的期望与当事人所表达出来的共同意愿这一主观标准,作为确定仲裁协议有效与否的准据法。此外,法国法院在 *Khoms EL Mergeb v. Dalico* 案中判定仲裁条款的效力时,认为仲裁条款受当事人的共同意愿支配,而没有必要依据某一特定国家的法律。^⑦

综上,对于仲裁协议的效力,根据英国、瑞士、新加坡以及中国香港地区等地的立法和实务,只要当事人表明了仲裁意愿,一般认定仲裁条款有效。法律在解释仲裁条款时,应对仲裁条款的内容放宽限制,尽量使其有效,以尊重当事人的仲裁意愿并帮助其实现,这已成为当今国际仲裁的一大趋势。^⑧在中国成立的外资企业约定发生纠纷时在英国、瑞士、德国、韩国、日本、新加坡以及中国香港地区等地仲裁的,不管是否具有涉外因素,也不管是否约定了境外仲裁机构,这样的仲裁协议都被认定为有效。在仲裁裁决的承认(认可)和执行阶段,适用中国法律不认可该类仲裁协议的效力,不仅违反了《纽约公约》第5条第1款(a)项,^⑨也违反了《民法典》第153条。同时,作为《纽约公约》成员国,中国司法实务所作限制也有违反《纽约公约》第2条第1款、第3款所确立的尽量执行仲裁协议这一政策之嫌,不仅

① 参见[英]莫里斯:《法律冲突法》,李东来等译,中国对外翻译出版公司1990年版,第275页。

② 涉及非法的情形,比如有关走私、贩毒、娼妓等的合同是无效的。涉及欺诈的情形,比如在商贸或航运领域,只有在租约约定倒签提单,或者装船货物已经损坏,但发货人却要求签发清洁提单、作出保函时,这类合同才因涉及欺诈银行和收货人而无效。参见杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法——从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》,法律出版社2006年版,第91页。

③ John Parris, *Casebook of Arbitration Law*, George Godwin Limited, 1976, p. 62-65.

④ 参见赵秀文:《国际商事仲裁法》(第3版),中国人民大学出版社2004年版,第66页。

⑤ Neil Kaplan, Jill Spruce & Mechael J. Moser, *Hongkong and China Arbitration: Case and Materials*, Butterworths Asia, 1994, p. 221-224.

⑥ *William Co v. Chu Kong Agency Co Ltd & Anor*, [1993]2 HKC 377, p. 13-14.

⑦ 参见[瑞士]M. Blessing:《论仲裁协议》,载中国国际商会仲裁研究所编译:《国际商事仲裁文集》,中国对外经济贸易出版社1998年版,第280-290页。

⑧ 参见赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第58页。

⑨ 世界范围内的纠纷解决趋势是统一准据法,为此《选择法院协议公约》(第5条、第6条、第9条)只允许当事人选择管辖法院,不允许当事人选择适用于管辖协议的法律,而是统一适用被选择地法院法。

伤及仲裁的公信力,也有损中国的法治形象。

最后,世界范围内的趋势是淡化国际仲裁(涉外仲裁)与境内仲裁的区别。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(简称《示范法》)中认定涉外或国际的标准是只要当事人约定的仲裁地位于当事人营业地点所在国以外的,即具有国际性。^①现在《示范法》的这一标准已经被很多国家采用。比如,根据《新加坡国际仲裁法》第5条第2款,^②只要当事人约定的仲裁地位于当事人营业地点所在国以外的,即具有国际性。可以认为新加坡也允许境内纠纷提交境外仲裁机构仲裁。^③此外,1990年4月6日之前中国香港地区区分本地仲裁和国际仲裁,而其后修订的《仲裁条例》将《示范法》适用于中国香港地区的本地仲裁和国际仲裁,从而在实质上淡化了二者的区别。^④

很多国家和地区之所以不再限制将境内争议提交境外仲裁,原因在于尊重当事人在商事仲裁中的意思自治、限缩法院司法审查权的行使可以使该国在国际商事仲裁中获得竞争优势。反之则必将导致仲裁的封闭发展,并在封闭中越来越丧失竞争优势。

结合前述分析、论证以及参照目前国际上较为通行的做法,鉴于中国是《纽约公约》成员国,且经常作为仲裁地的大部分国家都认可该类仲裁协议的效力,而中国司法实务对仲裁的限制并不能彻底落实,这导致整体上该类仲裁协议的效力不可以预见、容易引发平行诉讼、保护违约方、违反《民法典》以及法院处理该类案件时存在潜意识等一系列问题。为解决这些问题,考虑到中国对境内仲裁与涉外仲裁适用不同的监督制度,以及法院在处理该类仲裁协议时适用当时只有涉外案件才能适用的内部上报制,可以认定外资企业约定提交境外机构仲裁构成涉外因素,即构成《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(一)》第1条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第520条第5项规定的“可以认定为涉外民事案件的其他情形”。

五、结语

中国司法一直以《民事诉讼法》(2021年)第278条等授权性条款为由,限制外资企业将境内争议提交境外仲裁机构域外仲裁,除非双方都是在自由贸易试验区内成立的外商独资企业。如前文所分析,从法理的角度,对中国仲裁法上可以仲裁的事项,当事人享有处分权,故不应作此限制;鉴于仲裁协议是私法协议,且《民法典》第153条已经确立了“法无禁止即自由”原则,故即使依据中国法律也应认定该类仲裁协议有效。

考虑到中国是《纽约公约》成员国,对于已经在境外作出的仲裁裁决到中国申请承认和执行的情形,关于仲裁协议效力的判断,应当适用《纽约公约》第5条,当事人未明确约定仲裁协议准据法的,应当适用裁决地国法律。当下支持仲裁、尽量让仲裁协议有效已经成为国际商事仲裁的趋势,在中国成立的外资企业约定在英国、瑞士、新加坡、韩国、日本、德国以及中国香港地区等地仲裁时,依据仲裁地的法律,该类仲裁协议有效。这就导致:首先,中国对该类仲裁协议效力的限制不能彻底落实,因不同阶段适用不同的准据法,该类仲裁协议的效力不可预见。而且即使适用该限制,最终保护的也是违反仲裁协议的一方。其次,上述限制违反了《民法典》第153条在私法领域确立的“法无禁止即自由”原则。再次,中国对该类仲裁协议是否具有涉外性的认定结果与适用程序之间存在矛盾,不认可该类案件的涉外性也与处理该类案件时适用涉外程序的潜意识不一致。考虑到中国对于境内仲裁与涉外仲裁适用不同的监督制度,可以借鉴《示范法》以及国际上较为通行的做法和经验,认定外资企业约定提交境外仲裁机构仲裁的情形构成涉外因素。这将既符合中国法律,又令仲裁协议的效力可以预见,且执行了《纽约公约》第2条第1款、第3款规定,符合尽量认可仲裁协议效力的国际趋势,也符合中国近年来力求为仲裁提供良好环境的司法政策。

^① 《示范法》第1条第3款对“国际性”作出了明确的定义:“有下列情形之一的,仲裁为国际仲裁:(a)仲裁协议的各方当事人在缔结协议时,其营业地点位于不同的国家;或(b)下列地点之一位于各方当事人营业地点所在国以外:(i)仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点;(ii)履行商事关系的大部分义务的任何地点或与争议事项关系最密切的地点;或(c)各方当事人明确同意,仲裁协议的标的与一个以上的国家有关。”

^② 《新加坡国际仲裁法》第5条第2款规定:“无论《示范法》第1条第3款如何规定,如果(a)仲裁协议至少有一方当事人在签订协议时营业地位于新加坡之外的国家;或(b)下述地点之一位于新加坡之外且当事人在此有营业地:(i)仲裁协议规定的或根据仲裁协议确定的仲裁地,或(ii)商事关系的主要义务履行地或与争议事项有最密切联系的地点;或(c)当事人明示同意仲裁协议所涉事项与多个国家有联系,仲裁即属于国际仲裁。”

^③ 参见李莉、乔欣编著:《东盟国家商事仲裁制度研究》,中国社会科学出版社2012年版,第96-97页。

^④ 参见张斌生主编:《仲裁法新论》(第4版),厦门出版社2010年版,第387-388页。