

无涉外因素争议的域外 仲裁问题

顾维遐*

摘要 随着我国对外开放和市场经济的进一步深入,实践中衍生出无涉外因素的国内争议提交域外仲裁这类新型案件。从学理上,判断涉外因素的主流标准“法律关系三要素说”存在简单僵化的弊端;从立法上,法律规定演变的过程中新增了“兜底条款”,这意味着我国从规范上预设到了非典型涉外因素案件的出现。具体到涉外因素在仲裁中的认定,我国现有的仲裁法体系没有明确禁止无涉外因素的仲裁案件提交域外仲裁,然而此前的司法实践和裁判思路却倾向于否定此类仲裁的有效性。我国司法实践对于无涉外因素争议提交域外仲裁的态度,以2015年为重要分水岭,前后显现出较大的转变,最终在2015年底的上海黄金置地案中打破了长期以来对涉外因素认定的禁锢,对非典型涉外因素的识别实现重大突破。从法律与经济发展互动的角度观察,“一带一路”和自贸区建设的大经济环境需要中国仲裁制度的进一步开放,而其中涉外因素识别的突破对此意义重大。

关键词 涉外因素 识别 域外仲裁

一、问题的提出

自1994年《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)颁布以来,我国仲裁进入了高速

* 香港大学法律学院副教授。本文由香港特别行政区政府研究资助局资助(Hong Kong Government Research Grants Council General Research Fund:HKU 17617416)。本文初稿曾在“北大—港大学术年会”和“中伦—广仲国际仲裁前沿问题论坛”上发言,得与会理论界、实务界同仁探讨,对本文的完善多有启发。本文写作过程中,香港大学法律学院仲裁与争议解决专业的研究生唐艺,对本文研究资料的收集整理提供了大量帮助,特此谨致谢忱。

发展的快车道。来自国务院法制办的统计数据显示,我国仲裁机构的受案量已连续22年保持增长。2016年,全国251家仲裁机构共受理案件20.8万件,首次突破20万件大关,实现了历史最大增量。全国仲裁机构受理案件标的总额刷新为4695亿元人民币,约为1995年的2348倍。^{〔1〕}在《仲裁法》颁行20余年后的今天,仲裁已经日益成为除诉讼手段之外最普遍的商事争议解决方式。并且,在众多解决商事纷争的方法中,仲裁,因其自治性、私密性、灵活性、高效性、终局性等诸多优势,在解决涉外贸易和投资争端时尤其受到当事人的青睐。^{〔2〕}

近年来,随着我国改革开放程度日益加深,商事法律关系也得到了空前的发展,变得更加纷繁复杂,在实践中逐渐衍生出无涉外因素的国内纠纷约定域外仲裁这一类新型案件。而且,由于域外仲裁机构在公信力、中立性、法律适用、程序选择等多方面的优势,无涉外因素的争议约定域外仲裁的案件数量呈持续攀升的趋势。上海市浦东新区人民法院在受理了多起此类案件后,就曾急切呼吁有关方面对此类案件的裁判尺度加以明确。^{〔3〕}

由此可见,无涉外因素的争议可否约定域外仲裁这一问题,是由新的司法实践提出的。面对这一实践中的新问题,从理论规范的角度,该如何回应与解读?从司法实践的层面,我国法院在已有的案件判决中抱持何种态度?这不仅仅是亟待研究的学术课题,也是备受关注的实务热点。在这一背景下,本文将从我国对民事关系涉外因素的规范入手,进一步分析仲裁实践中对涉外因素识别的最新发展,并探讨其对中国仲裁市场开放的重大意义。

二、涉外因素的现状

(一)涉外因素的规范演变

我国对涉外民事法律关系中涉外因素的界定,主要见于立法上的相关规定。而我国立法上涉外因素相关规定的演变和发展,以2010年为界,可划分为两个阶段。

早在1988年,《最高人民法院关于〈民法通则〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)第178条就规定了判定涉外民事关系的三个标准,即民事关系的一方或者双方当事人涉外,民事关系的标的物涉外,以及民事法律关系的产生、变更或消灭涉外。这一判定标准亦可见于

〔1〕 张维:“中国仲裁事业发展进入加速期 全国仲裁受案量首次突破20万件”,法制网,2017年5月5日, http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2017-05/05/content_7137563.htm?node=79488,最后访问日期:2018年5月7日。

〔2〕 Daniel R. Fung & Wang Shengchang (gen. eds.), *Arbitration in China: A Practical Guide*, Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 2004, para. 2-03.

〔3〕 转引自董伶俐:“浅析无涉外因素纠纷的外国仲裁——由‘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’引入”,《商》2015年第15期,第236页。

1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中的第304条。^{〔4〕}而随后,在2000年由中国国际私法学会起草的《中华人民共和国国际私法示范法》的第2条,^{〔5〕}以及2002年《中华人民共和国民法(草案)第九编涉外民事关系的法律适用法》的第1条中,涉外因素的定义被规范于四个方面:第一是当事人为外国人、无国籍人、外国法人、其他外国组织、外国国家或者国际组织,第二是当事人的住所、经常居住地或营业所在地在域外,第三是标的物在域外,第四是产生、变更或者消灭民事关系的法律事实在域外。由此可见,在第一阶段的立法规定中,尽管列举的具体情形有些微差别,但其核心都是试图通过穷尽列举具体的涉外因素,将现实中民事关系涉外的所有情形纳入其列举的框架内。

自2010年以来,我国涉外民事关系对涉外性的具体规定发生了一个重要的变化,即新增了兜底式条款,在涉外性的认定上赋予法官自由裁量权。根据2010年3月《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿》第2条的规定,可以认定为涉外民事关系的情形,除了上述四种以外,新增了第五种情形,即“中华人民共和国法律、法规规定的其他涉外民事关系”。^{〔6〕}虽然在2011年4月1日起施行的正式的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》^{〔7〕}中并未涉及到建议稿中所述的对涉外因素的界定,但此后最高人民法院在颁布的相关司法解释中进一步确立了界定涉外民事关系的兜底条款。例如,2012年12月28日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《涉外民事关系法律适用法解释》)中的第1条,以及2015年1月30日发布的《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》中的第522条均明确规定了“其他情形”的兜底条款。自此,最高人民法院的司法解释最终确定了认定“其他情形”的兜底条款,在涉外因素的认定上赋予了法官自由裁量权。

这一兜底条款的出现,与我国逐渐深入的经济改革和日益开放的市场环境密不可分。实践中涌现出越来越复杂的涉外民事关系,僵化的判定标准已经不能涵盖现实中涉外民事关系的所有情形,故而需要此类兜底条款弥补法律滞后于经济发展的不足。兜底条款的确立,也意味着我国从规范上预设到了非典型涉外因素案件的出现。此外,本文中涉外因素泛指涉港澳

〔4〕 参见1992年7月14日发布的最高人民法院印发《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的通知(法发[1992]22号)第304条规定。

〔5〕 参见中国国际私法学会:《中华人民共和国国际私法示范法》(第六稿),法律出版社2000年版,第4页,第2条规定。

〔6〕 参见2010年3月《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿》第2条规定,载黄进主编:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明》,中国人民大学出版社2011年版,第11页。

〔7〕 参见2010年10月28日发布、2011年4月1日实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》。

台因素,因此下文中对无涉外因素争议约定域外仲裁案件的选定也包括涉港澳台地区的案件。〔8〕

(二)涉外因素的学理讨论

在我国,长期以来,学界对涉外因素判断的主流标准都是“法律关系三要素说”,即民事关系的主体,客体,以及产生、变更或消灭的事实三方面中有任何一方面具有涉外因素,就可以认定为涉外的民事关系。这一标准的主流地位也体现在上述涉外因素立法规范的演进中,尽管各条款之间有细微差异,其背后的核心都是以“法律关系三要素说”来界定涉外民事关系。

这种使用列举法来认定涉外因素的方法操作性很强,但却具有僵硬化和机械化的弊端,既不能揭示涉外因素的本质,也阻断了涉外民事关系界定标准自我修复与发展的空间。尤其是随着我国涉外民事关系变得越来越复杂,简单僵硬的“法律关系三要素”已经无法涵盖现实中涉外民事关系的所有情形,从而引发实践中的一系列问题。

其中一个典型案例就是在我国很多国际私法典籍和文章中提到的“世界银行贷款建设高速公路案”。〔9〕在此案中,世界银行给予中国政府一笔贷款,用于在某地建设高速公路。该地成立了高速公路指挥部,工程项目采取国际招标方式,几家中国公司中标成为了承包人。之后,一中国公司与指挥部发生了经济纠纷,双方根据合同约定,将争议提交中国某涉外仲裁机构进行仲裁。按照“法律关系三要素说”来衡量,该案中的主体是中国法人,涉案公路位于中国,投标、招标和发生经济纠纷的法律事实也发生在中国,因此不应该认定此案为涉外案件。然而,此案中虽然上述三要素没有涉外,却具有诸多其他的涉外因素,例如,该建筑工程合同文件的订立范本是《世界银行贷款项目招标采购文件范本》,工程承包人资格的审查认定、工程项目货物的货源国以及项目的中标都必须符合世界银行的相关规定、经过世界银行的批准,还有合同须以英文版本为准等等。若仅依据“法律关系三要素”标准判定此案为非涉外案件,显然是有争议的。因此,有许多学者以此案为例,来证明我国奉行的“法律关系三要素说”在界定民事关系涉外性时的不足与局限。

我国建立在“法律关系三要素说”基础之上的涉外因素认定标准是在国内涉外民事关系相对匮乏,国际私法实践较少的情况下形成的。在当时的经济环境下,这样的标准简单易行,足以应对实践中出现的问题,在当时有其存在的合理性。然而,随着我国加入世贸,经济全球化的蓬勃发展以及近来“一带一路”方针的贯彻实施,经济不断融合,涉外民事法律关系大量衍生,机械的三要素说已经无法适应经济社会高速发展带来的新变化,亟待完善与发展。

〔8〕 此处“无涉外因素约定域外仲裁”的表述使用“域外”一词而非“外国”,主要考虑到我国港澳台地区。“域外”既包括了外国,也包括了我国港澳台地区。

〔9〕 参见林欣,李琼英:《国际私法》,中国人民大学出版社1998年出版,第4—5页。

近现代以来,西方国家间的经济交往出现得较早且较为频繁,故而西方国家对涉外因素的理解和判定值得我们借鉴。英国的 Dicey, Morris 和 Collins 在普通法系最主要的国际私法著作——The Conflict of Laws 之中认为,“涉外因素(外国因素)”单纯指除英格兰法外,与某一法律体系的联系。^[10]这一观点表明,涉外因素不局限于“法律关系三要素说”中刻板的“三要素”,而是一种法域间的联系。显然,这一外国法联系说,更加宽泛、开放和灵活。相比于列举涉外因素的几种外在表现形式,这种以法域间的利益联系确定涉外因素的方法更接近涉外因素的本质,值得我们学习。

三、无涉外因素的案件可否约定域外仲裁

这一部分将进一步研究涉外因素的认定在仲裁中的具体应用,并探讨无涉外因素的争议约定域外仲裁这一类案件中仲裁协议的效力、域外仲裁机构的管辖权以及国际上的立法和实践经验。

(一)我国的法律规范和学理讨论

无涉外因素争议约定域外仲裁必然会引发关于此类仲裁协议效力问题的讨论,进而也会涉及到域外仲裁机构的管辖权问题。在这一问题上,我国的规范性文件可以大致分为两类,第一类没有明确禁止无涉外因素的争议提交域外仲裁,第二类则明确认定此类仲裁协议无效。

1. 没有明确禁止无涉外因素的争议提交域外仲裁

我国现行的仲裁立法体系主要包括 1994 年颁布的《仲裁法》、^[11] 1991 年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)^[12]以及相关的司法解释。在《仲裁法》中,第 16 条规定了仲裁协议的有效要件,^[13]第 17 条规定了仲裁协议的无效情形。^[14]仲裁协议无效的情形中没有提及无涉外因素的争议提交域外仲裁,因此,依据《仲裁法》本身,无涉外因素

[10] Jonathan Harris QC & Lord Collins of Mapesbury (gen. eds.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, London: Sweet & Maxwell, 2012, para. 1-001. “By a ‘foreign element’ is meant simply a contact with some system of law other than English law.”

[11] 《仲裁法》1994 年 8 月 31 日发布、1995 年 9 月 1 日实施。2009 年 8 月 27 日第一次修正,2017 年 9 月 1 日第二次修正。

[12] 《中华人民共和国民事诉讼法》1991 年 4 月 9 日颁行,2007 年 10 月 28 日第一次修正,2012 年 8 月 31 日第二次修正,2017 年 6 月 27 日第三次修正。

[13] 《仲裁法》第 16 条:“仲裁协议应当具有下列内容①请求仲裁的意思表示;②仲裁事项;③选定的仲裁委员会。”

[14] 《仲裁法》第 17 条:“有下列情形之一的,仲裁协议无效:①约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;②无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;③一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。”

案件约定域外仲裁并不直接导致仲裁协议无效。

考察《仲裁法》颁布时的经济背景,1994年,我国的社会主义市场经济体制、改革开放和国际化的广度和深度远远没有达到现在的程度。而且,我国早期的仲裁机构是由行政机关创设并隶属于行政机关的。根据时任全国人大法工委主任顾昂然的说明,1994年《仲裁法》起草的总的精神就是将仲裁委员会与行政机关分开,^[15]改变其行政性。由此可知,当时的《仲裁法》主要解决的是仲裁行政化的问题,无暇顾及到无涉外因素约定域外仲裁这一类随着对外开放和国际化程度加深而出现的新问题。

而在我国1999年颁行的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)和2012年修正的《民事诉讼法》中关于涉外纠纷有如下两条规定。《合同法》第128条规定:“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》(2012修正)第271条规定:“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。”根据以上两条规定,可以肯定的是具有涉外因素的争议可以提交域外仲裁。然而,有观点认为从肯定的表述中可以推断出“反之则禁止”的结论,即无涉外因素的纠纷不得申请域外仲裁。^[16]

这种“反之则禁止”的推断,笔者认为,主要问题如下《合同法》第128条中“可以”的表述表明其为授权性规范,逻辑上得不出反之即禁止的结论。仅仅根据《合同法》和《民事诉讼法》对涉外商事争议解决方式的规定就推断出法律对于国内纠纷解决的禁止性规定,未免过于牵强。在司法实践中,应当避免将“未允许”直接解释为“禁止”这样的硬性解读。因此,在立法层面没有明令禁止的情况下,通过推论扩大条文解释的做法欠妥。

2. 明确认定无涉外因素约定域外仲裁的仲裁协议无效

2003年,最高人民法院起草了《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定(征求意见稿)》。其中,第20条第7款规定:“国内当事人将无涉外因素的争议约定外国仲裁的,经一方当事人申请,人民法院应认定仲裁协议无效。”^[17]但目前该征求意见稿已失效,且

[15] 参见全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然1994年6月18日在第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议上关于《中华人民共和国仲裁法(草案)》的说明, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-01/02/content_5003212.htm, 最后访问日期:2018年5月7日。

[16] 这一观点可见于我国法院在无涉外因素纠纷约定域外仲裁的案件判决中,详见下文江苏万源案与北京朝来新生案的案例分析。参见余萌:“论国内纠纷不得境外仲裁的司法意图”,《法大研究生》2016年第2辑,第345页。

[17] 2003年12月31日,最高人民法院通过中国法院网公布《关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定(征求意见稿)》, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2003/12/id/98431.shtml>, 最后访问日期:2018年5月7日。

在最终公布的仲裁法司法解释中并未将此条纳入。2004年,在最高人民法院民四庭编著并颁布的《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》中,民四庭表明,“国内当事人将其不具有涉外因素的合同或者财产权益纠纷约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁的,人民法院应认定有关仲裁协议无效。”〔18〕

对此,江苏省高级人民法院也作出了类似的规定。2007年,江苏省高级人民法院通过了《关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》,其中第17条规定:“对没有涉外因素的民商事纠纷,当事人约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行仲裁的,仲裁协议无效。”另外,需要说明的是,上述文件在原文中均采用了“外国仲裁”的表述,但“外国”严格意义上并不包括港澳台地区,为统一本文的讨论范围,笔者认为,上述文件所提及的外国仲裁机构也包括港澳台的仲裁机构。

由此类规定可知,我国法院对无涉外因素约定域外仲裁的仲裁协议的效力持否定态度。笔者认为,之所以会出现这样的否定态度,追根究底,还是跟我国政府对仲裁的监管有关。美国纽约大学的Cohen教授曾在其文章中总结道,在中国承认外国仲裁的阻力更多的是政治因素,而非所谓的经济上的考量。实际上,中国政府仍然想通过其监管的仲裁机构和行政影响来监督仲裁的最后结果,并由此来监管经济领域的仲裁,从而间接监管国内市场、对外贸易和外国投资。〔19〕从政府的角度考虑,若允许无涉外因素的争议提交域外仲裁,必然会产生对结果的不可控性,而这种不可预测性可能会对社会经济的稳定不利,甚至对中国不成熟的市场经济体系造成损害。但是,这种考量在仲裁服务市场日益国际化的今天似乎已经有些不合时宜。

综上所述,从法律规范上的演进,我们可以得出两方面的结论。一方面,我国现有的以《仲裁法》《民事诉讼法》及其相关司法解释为主要构成的仲裁立法体系,没有明确禁止“无涉外因素的仲裁案件提交域外仲裁”。换言之,我国的仲裁立法体系为这一问题留出了解释空间。然而另一方面,虽然2003年的司法意见征求意见稿草案最终没有被采用,但是从其明确规定无涉外因素仲裁提交域外仲裁的仲裁协议无效的内容可以看出,我国此前的司法政策和审判思路倾向于否定无涉外因素的仲裁提交域外仲裁的有效性。而从学理的层面,我国的仲裁理论研究领域有学者认为应当支持当事人的意思自治,偏向于认定此类将无涉外因素的仲裁提交域外仲裁的协议的有效性,以及肯定外国仲裁机构的管辖权。〔20〕

〔18〕 2004年最高人民法院民事审判第四庭《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》第83问, <http://old.ccmf.org.cn/shownews.php?id=5034>,最后访问日期:2018年5月7日。

〔19〕 Jerome A. Cohen, “Time to Fix China’s Arbitration”, *Far Eastern Economic Review*, Vol.168, No.2, 2005, pp.31-37. 顾维遑:“我们信赖仲裁吗?——关于中国仲裁研究的英文文献综述”,《北京仲裁》2010年第2期,第14-15页。

〔20〕 余萌,见前注〔16〕,第351-353页。

(二) 国际标准及外国实践

从国际法的层面来说,于1985年颁布,2006年修订的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》,^[21]作为国际商事仲裁的支柱,在世界范围内得到了广泛应用。截至目前,已有80个国家共在111个法域通过了以《示范法》为基础的仲裁立法。^[22]

与我国“涉外仲裁”的提法不同,《示范法》中采用了“国际仲裁”(international arbitration)的概念。根据《示范法》第1条第(3)款的规定,“国际仲裁”的定义同时兼顾了客观标准与主观标准。具体而言,《示范法》第1条第(3)款列举了可以被认定为“国际仲裁”的几种情况,其中第(a)项表明,若缔结仲裁协议时当事人的营业地在不同的国家,则可认定为国际仲裁,这条规定实际上是以营业地为判定准则,属于客观标准。而第(c)项则规定,如果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,即可被认定为国际仲裁。在这一规定下,“国际仲裁”的认定标准是主观的。^[23]换言之,各方当事人可以通过协议自主、人为地认定仲裁协议与一个以上的法域有联系,即认定“国际仲裁”的存在,进而使其受到相关管辖。反观我国仲裁协议对涉外因素的认定,即使新增的兜底条款赋予了法官一定程度的自由裁量权,总体上我国的认定标准还是以要素说为主导的客观标准,当事人不能以主观意志决定仲裁的性质。

中国地处的亚洲法域更具东方色彩,其经验更易为我国吸收和借鉴。韩国于1999年接受《示范法》的规定并全面修改《韩国仲裁法》(Arbitration Act of Korea)。^[24]日本于2003年修改本国的仲裁法,并成为世界上第45个采用《示范法》的国家。^[25]中国香港于2011年6月起施行的新《仲裁条例》,以《示范法》为基础统一香港本地及国际仲裁的法定制度。^[26]从上述各地对《示范法》的吸收,及其普遍允许将国内争议提交外国的仲裁机构进行仲裁的实践经验可知,我国目前的仲裁立法与法律服务市场的开放程度均与国际标准存在差异。

下面,以同样具有华人色彩的法域新加坡为例,进一步说明在仲裁无涉外因素争议这一问题

[21] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.

[22] United Nations Commission on International Trade Law, Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html, 最后访问日期:2018年5月7日。

[23] Gu Weixia, *Arbitration in China: Regulation of Arbitration Agreements and Practical Issues*, Hong Kong: Thomson Reuters, 2012, para.2.017.

[24] 参见朴顺善:“论韩国国际商事仲裁裁决的承认及执行”,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2016年第3期,第135页。

[25] The Japan Commercial Arbitration Association, New Arbitration Law Enacted in Japan, 2004 April, <https://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/news17.pdf>, 最后访问日期:2018年5月7日。

[26] 香港《仲裁条例》(第609章)。

上,其是如何通过国内立法允许国内争议提交外国仲裁机构进行裁决的。

新加坡的仲裁立法,如同中国对国内仲裁与国际仲裁采用不同的仲裁法体系,确立了内外有别的双轨制仲裁法律制度。而这一双轨制的确立,是以新加坡于1994年颁布、1995年生效的《国际仲裁法》(International Arbitration Act)^[27]为标志的。

新加坡《国际仲裁法》生效之前,国内主要的仲裁立法是1985年修订的《仲裁法》(Arbitration Act)^[28]《国际投资争议法案》(Arbitration (International Investment Disputes) Act)^[29]和1986年颁布的《外国裁决法案》(Arbitration (Foreign Awards) Act 1986)。随着1994年《国际仲裁法》的颁布,《外国裁决法案》被彻底取代,新加坡实行国内仲裁与国际仲裁双轨制的仲裁体制,《国际仲裁法》专门适用于在新加坡进行的国际商事仲裁,对于国内仲裁,则继续适用1985年的《仲裁法》,直至2001年通过了新修订的《仲裁法》。^[30]

前已述及,《示范法》在1985年颁布之后对许多国家的仲裁立法产生了重大影响。许多国家均以《示范法》为蓝本,颁布了新的仲裁立法,新加坡也不例外,其于1994年颁布的《国际仲裁法》正是吸收了《示范法》的先进经验,从而促进了新加坡国际仲裁的发展。但与一些国家全盘采纳《示范法》的做法不同,新加坡《国际仲裁法》吸纳了《示范法》的精神、理念和主要规定,同时在一些具体事项上作出了因地制宜的修改。

例如,《国际仲裁法》第5条第2款中关于“国际仲裁”的定义与《示范法》第1条第(3)款第(a)项的定义略有不同。根据《示范法》第(a)项的规定,若缔结仲裁协议时当事人的营业地在不同的国家,则该仲裁属于国际仲裁,适用《示范法》。换言之,这一规定要求缔结仲裁协议时,当事人的营业地必须都在不同的国家。而根据新加坡《国际仲裁法》的规定,只要签订仲裁协议时至少有一方当事人的营业地在新加坡之外,该仲裁即为国际仲裁,该法即可适用。由此可知,新加坡《国际仲裁法》中的国际仲裁的范围大于《国际商事仲裁示范法》所界定的国际仲裁的范围。^[31]

至于无涉外因素的争议约定外国仲裁机构仲裁这一问题,新加坡的仲裁立法中并未限定当事人选择何种仲裁机构进行仲裁。对于不具有任何涉外因素的争议提请新加坡域外的仲裁,如果当事人选择外国仲裁机构在新加坡境内仲裁,则可以通过适用新加坡《仲裁法》得到承认与执行;如果当事人选择的外国仲裁机构仲裁地在新加坡之外,则可以通过适用新加坡《国

[27] International Arbitration Act (Cap. 143A, 2002 Rev. Ed.).

[28] Arbitration Act (Cap. 10, 1985 Rev. Ed.).

[29] Arbitration (International Investment Disputes) Act (Cap. 11, 1985 Rev. Ed.).

[30] Arbitration Act (Cap. 10, 2002 Rev. Ed.).

[31] Chan Leng Sun, “Chapter 7 Making Arbitration Work in Singapore”, *The Developing World of Arbitration: A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific*, edited by Anselmo Reyes and Gu Weixia, Oxford: Hart Publishing, 2018, pp.143-161.

际仲裁法》得到承认与执行。

并且,尽管新加坡实行双轨制的仲裁法律制度,《国际仲裁法》和《仲裁法》对各自的适用范围作出了区分,^[32]但这种区别适用并不具有强制性,当事人依然可以在仲裁协议中自由选择约定仲裁应适用的法律。^[33]根据新加坡《国际仲裁法》第5条第1款的规定,国内仲裁的当事人在签订了明示的书面协议后,也可以选择适用《国际仲裁法》和《示范法》。^[34]从这个意义上说,新加坡的仲裁立法充分尊重当事人的意愿,并给予当事人自由选择的空间。

由此可知,新加坡不以争议是否具有涉外因素来区别国内仲裁与国际仲裁,也允许国内当事人将不具有涉外因素的争议提交位于本国领域之外的国际仲裁机构进行仲裁,并可以得到国内司法机关的承认与执行。这种立法与实践的操作,为我国司法实践提供了十分有益的借鉴。

四、晚近我国的司法实践及突破

上述讨论均是从理论规范的角度研究无涉外因素的仲裁案件可否约定域外仲裁,但这个问题,归根结底是由新的司法实践提出来的,当然也应回到司法实践中去解决。下面将以晚近我国司法实践的典型案例为视角,深入分析这一问题在实践中的应用与突破。

本文设定如下范围和标准选取案例:①由于我国对国内和涉外仲裁裁决的司法审查实行“双轨制”,^[35]最高人民法院在处理涉外商事仲裁裁决司法审查上实行层报制度,^[36]本文统计的主要参照系是最高人民法院的相关案件,尤其是自2006年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法仲裁法〉若干问题的解释》颁布以来,最高人民法院民四庭在《涉外商事海事审判指

[32] 根据《国际仲裁法》第5条第4款的规定,对于适用本法的任何仲裁,即国际仲裁,《仲裁法》都不适用。《仲裁法》第3条亦规定,任何在新加坡进行的而《国际仲裁法》不适用的仲裁,都应适用《仲裁法》的规定。

[33] See Chan Leng Sun, *supra* note 42, pp.129.

[34] Art. 5(1) of International Arbitration Act (Cap. 143A): “This Part and the Model Law shall not apply to an arbitration which is not an international arbitration unless the parties agree in writing that this Part or the Model Law shall apply to that arbitration.”

[35] 我国对国内和涉外仲裁裁决的司法审查实行“双轨制”,指的是我国在仲裁司法审查方面,对国内裁决和涉外裁决的待遇内外有别,更保护涉外仲裁裁决。例如,在审查范围上,对国内裁决的司法审查包括程序问题和实体问题,实行全面审查,而对涉外裁决只实行程序审查。

[36] 最高人民法院通过1995和1998年颁布的一系列通知,在各级人民法院之间建立层报制度,即对于涉外仲裁裁决,如果下级人民法院决定不予承认和执行的,须层报至最高人民法院。参见《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》(法发[1995]18号),《最高人民法院关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限问题的规定》(法释[1998]28号),《最高人民法院关于人民法院撤销涉外仲裁裁决有关事项的通知》(法[1998]40号)。但是,这一层报制度在最近最高人民法院发布的司法解释中有了新的发展。2017年12月29日,最高人民法院发布了《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》(法释[2017]21号),该规定首次明确国内非涉外涉港澳台仲裁司法审查案件也适用预先报核制度。

导》发布的相关案例。案件的时间顺序排列也以民四庭的判决时间为准。②以本文写作的2017年为节点回溯,本文主要梳理过去十年来所有以无涉外因素案件申请域外仲裁作为争议点的代表性案例,这一个十年跨度总结的意义不仅反映我国法院在此领域最新最全面的司法实践,同时也是对相关适用法律进行的一次重要审视。

根据前述标准,自2006年至2017年,本文主要选取了5个代表性案件进行讨论,以2015年作为分水岭,前后的司法取向和司法实践显现出较大的区别。

(一)2015年前:无涉外因素争议不得提交域外仲裁

在2015年以前,我国的司法实践对于无涉外因素的争议提交域外仲裁几乎全部持否定态度,这在以下的三个代表性案件中得以佐证。

1.恒鼎实业案(2007)^[37]

2007年12月6日,洪兴煤矿与六盘水恒鼎实业有限公司签订了《采矿权转让合同》,合同中约定的纠纷处理方式是提交给有管辖权的人民法院处理。本案纠纷产生后,原告张洪兴依据合同规定将被告恒鼎实业有限公司诉至贵州省高级人民法院。然而,在法院一审审理过程中,恒鼎实业有限公司提交了一份同年签订的《采矿权转让合同补充协议》,其中约定将合同产生的争议提交香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Centre,以下简称HKIAC)。由此可知,本案焦点在于无涉外因素的国内纠纷约定香港(即境外)仲裁是否有效。

贵州省高院一审认为,根据《民事诉讼法》(2007年修正)第255条的规定,本案当事人、合同转让标的均无涉外因素,因而不属于可以去境外仲裁的情形,贵州省高院依法享有本案的管辖权,并驳回了被告的管辖权异议。恒鼎公司向最高人民法院上诉后,最高人民法院也认为非涉外案件双方当事人约定争议由境外仲裁机构裁决的协议无效,据此驳回上诉,确认了贵州省高院对本案有管辖权。

2.江苏万源案(2012)^[38]

2005年12月23日,江苏万源公司与艾尔姆天津公司签订了风力发电机叶片的贸易协议,并约定由此产生的纠纷由国际商会仲裁院(International Chamber of Commerce,以下简称ICC)仲裁。江苏万源公司申请称本案双方当事人、合同签订地、标的物制造、运输、销售及使用地均在国内,不具有涉外因素,故请求确认约定的仲裁条款无效。艾尔姆天津公司答辩

[37] 李延忱:“非涉外案件双方当事人约定争议由境外仲裁机构裁决是否有效的认定——六盘水恒鼎实业有限公司与张洪兴采矿权转让合同纠纷管辖权异议案”,载苏泽林、景汉朝主编,最高人民法院立案一庭、最高人民法院立案二庭编:《立案工作指导》(总第28辑),人民法院出版社2011年8月第1版,第94—98页。

[38] 最高人民法院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[2012]民四他字第2号,载万鄂湘主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第25辑),人民法院出版社2012年版,第126—131页。

称,本案中万源公司为中外合资企业,艾尔姆公司为外商独资企业,协议附件约定了外国法人的担保责任,且担保函载明适用丹麦法,合同以美元作为结算货币等,这些因素显示《贸易协议》为涉外合同,而涉外合同当事人选择域外仲裁机构并不违反禁止性法律规定,仲裁条款应为有效。

南通市中级人民法院将本案的审理归结为两项关键问题的认定,其一是本案合同是否具有涉外性,其二是当事人约定域外仲裁的条款是否有效。首先,根据《民通意见》第178条,本案合同法律关系的主体、客体、民事关系产生、履行的法律事实均在中国境内,不属于涉外民事关系。《贸易协议》附件所约定的担保关系具有相对独立性,不能改变本案国内纠纷的性质。其次,依据《合同法》第128条第2款,只有涉外民商事案件的当事人可以约定提请外国仲裁机构仲裁,结合《江苏省高级人民法院关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》第17条,判定本案《贸易协议》中约定ICC仲裁的条款无效。

根据涉外仲裁裁决审查的逐级上报制度,江苏省高院经审查,同意南通中院的意见,并层报最高人民法院请示。最高人民法院在复函中,首先认定涉案《贸易协议》无涉外民事关系的构成要素,其次强调我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域外仲裁,故本案当事人约定将有关争议提交ICC仲裁没有法律依据。^[39]据此同意本案仲裁协议无效。

3. 北京朝来新生案(2014)^[40]

2007年7月20日,北京朝来新生公司与所望之信公司签订《合同书》,约定若发生纠纷则向大韩商事仲裁院(Korean Commercial Arbitration Board,以下简称KCAB)提起仲裁。后双方发生争议,所望之信公司于2012年4月向KCAB提起仲裁,朝来新生公司提起反请求。KCAB依据《合同书》载明的仲裁条款受理了案件并作出裁决书。朝来新生公司向北京市第二中级人民法院(以下简称北京二中院)申请承认该裁决。本案的争议焦点同样在于无涉外因素的争议约定韩国仲裁的仲裁协议是否有效。

北京二中院作出[2013]二中民特字第10670号裁定书,驳回朝来新生公司的申请,理由如下:我国《民事诉讼法》与《仲裁法》仅允许涉外纠纷可以约定域外仲裁,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。本案中朝来新生公司和所望之信公司均为中国法人,双方签订的是在中国境内经营高尔夫球场的合同,转让的是中国法人的股权。故双方之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实和诉讼标的均发生在我国境内,不具有涉外因素,不属于我国法律规定的涉外案件,仲裁条款无效。

[39] 同上注。

[40] 最高人民法院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[2013]民四他字第64号,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第28辑),人民法院出版社2014年版,第44-54页。

经预先报告制度层报至最高人民法院后,最高人民法院同意北京二中院的立场,认为本案没有涉外民事关系的构成要素,不属于涉外合同。并且,我国法律未授权当事人将不具有涉外因素的争议交由域外仲裁,故本案当事人约定将争议提交 KCAB 仲裁的条款属无效协议。

上述江苏万源案和北京朝来新生案两案的具体案情虽各有不同,但从中我们可以大概总结出以下几个规律。第一、法院在判决中均认定涉案争议无涉外因素。但值得注意的是,《涉外民事关系法律适用法解释》已于 2013 年 1 月 7 日起施行,但是 2013 年 1 月 7 日之后发生的案件,法院在判决书中显然没有考虑到《涉外民事关系法律适用法解释》中对“涉外民事关系”认定的“其他情形”之兜底条款。第二、法院在判决中大多应用了“法无明文规定即禁止”“法未授权不可为”这样的解释思维和方法。但是,法院的这一解释思路 and 观点,强行扩大了认定仲裁协议无效理由的范围,违背了仲裁法的本意。尤其是考虑到在自贸区“法无禁止皆可为、法未授权不可为、法定职责必须为”^[41]新理念的全面实践,法院在上述案件中的解释思路似乎与我国发展的新形势有所违背,显得不合时宜。

(二)2015 年:涉外因素识别的新突破

2015 年,对我国无涉外争议提交域外仲裁的司法实践来说,是一个重要的分水岭,这主要是因为 2015 年的宁波新汇案和上海黄金置地案打破了司法实践长期以来对涉外因素认定的禁锢,在涉外因素的识别上取得了重大突破。其中上海黄金置地案的法理和实践意义尤为深远,其就涉外因素识别的开放务实的思路为 2016 年底的最高人民法院司法解释所认可。

1. 宁波新汇公司案^[42]

本案中,申请人宁波新汇公司申请撤销贸仲于 2014 年 12 月 22 日作出的仲裁裁决。合同争议双方宁波新汇公司与美康公司均为国内企业,标的物位于上海保税区。宁波新汇公司据此主张仲裁庭将无涉外因素的国内仲裁案件认定为涉外仲裁案件,错误地适用了贸仲的涉外仲裁程序,要求撤销仲裁裁决。

经审查,北京市第四中级人民法院认为,涉案合同均约定交货方式为上海保税区现货交付,合同标的物为在保税区未清关的货物,而根据海关制度,保税区内未清关货物属于未入境货物,因此宁波新汇案所涉法律关系具有涉外因素,据此适用涉外仲裁程序无误,故裁定予以执行。

[41] 2014 年 11 月 6 日,国务院法制办公室副主任袁曙宏在国新办发布会上提到,“‘法无禁止皆可为’,我们讲的三个‘为’是三句话,一个是政府法定职责必须为,第二个是政府法未授权不可为,第三个是老百姓法无禁止皆可为。”http://news.china.com.cn/2014-11/06/content_33985862.htm,最后访问日期:2018 年 5 月 7 日。

[42] 宁波新汇国际贸易有限公司与美康国际贸易发展有限公司申请撤销仲裁裁决一审民事裁定书(2015)四中民(商)特字第 00152 号。

2. 上海黄金置地案^{〔43〕}

2005年9月23日,上海黄金置地有限公司(以下简称黄金置地)作为业主与承包方西门子国际贸易(上海)有限公司(以下简称西门子)签订《货物供应合同》,约定由西门子向黄金置地提供合同设备,合同相关争议须提交新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre,以下简称SIAC)以仲裁方式解决。在该案中,西门子和黄金置地均为在我国注册设立的外商独资企业,属中国法人,双方的注册地均为上海自贸区。

后双方发生争议。黄金置地于2007年9月21日向SIAC提起仲裁,要求解除合同。西门子提出反请求,要求黄金置地支付全部货款并赔偿损失。仲裁庭最终于2011年8月16日作出裁决,驳回了黄金置地的全部仲裁请求,支持了西门子的各项反请求。此后,黄金置地按照裁决支付了部分款项,但拖欠剩余款项,西门子遂向上海市第一中级人民法院(以下简称上海一中院)申请承认并强制执行仲裁裁决。黄金置地抗辩称该案无涉外因素,故约定SIAC仲裁的仲裁协议应判为无效,不应予以承认执行。

上海一中院于2013年6月14日立案,并根据最高人民法院于2015年10月10日作出的相关回复,最终于2015年11月27日作出《民事裁定书》,^{〔44〕}在裁定书中对涉外因素的识别首次援引2012年发布的《涉外民事关系法律适用法解释》中关于涉外民事法律关系的其他情形的“其他情形”,承认SIAC最终裁决的法律效力,对裁决债务人一方(即黄金置地)予以强制执行。显然,本案的争议焦点仍在于涉外因素的识别,及其产生的仲裁协议的效力的认定。

本文认为,上海黄金置地案的重要意义至少体现在如下三个方面。第一,在非典型涉外因素认定方面,上海一中院将“主体为外商独资企业且注册地在自贸区内”“合同履行过程涉及对自贸区货物特殊流转及海关监管制度的运用”等因素综合解释为“可以认定为涉外民事关系的其他情形”,^{〔45〕}实现了对2012年《涉外民事关系法律适用法解释》中赋予的涉外因素识别上的突破,使涉外因素的判定不再拘泥于传统的“法律关系三要素”思维模式。第二,本案是我国第一起“非典型涉外因素仲裁案”,是中国法院对仲裁友好的极好佐证,对中国仲裁司法审查在外国用户的口碑方面具有示范意义。对仲裁的法理与实践、国际私法的法理与实践,均产生重大影响。同时,本案也是第一起“涉自贸区仲裁案”,并且由于其重大的影响力和案件适用的典

〔43〕 最高人民法院关于西门子国际贸易(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(2015)民四他字第5号,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第31辑),人民法院出版社2015年版,第67—73页。

〔44〕 西门子国际贸易(上海)有限公司诉上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案一审民事裁定书(2013)沪一中民认(外仲)字第2号。

〔45〕 同上注。

型性,入选了《上海市第一中级人民法院自贸区司法保障白皮书》^[46]以及《中国仲裁》2015年十大影响力仲裁案例。^[47]第三,从实务层面来说,黄金置地案以后,在合同当事人均为中国法人的情况下,可否约定域外仲裁的连结点变得更加开放,这些连结点包括当事人双方的企业类型、企业注册地址、企业资本来源、最终利益归属、公司经营决策、与境外投资者的关系密切程度、标的物的流转或运输程序、合同履行是否涉及进出口程序以及合同履行是否涉及海关监管措施等等。这些更开放、更务实的连结点可以被用以综合判断合同是否具有涉外因素,并在此基础上选择合同适用法律及解决争议的境内外仲裁机构。^[48]

五、对中国仲裁市场的启示

(一)2016年最高人民法院《自贸区意见》对于仲裁“走出去”的推进

继上海一中院在黄金置地案中对涉外因素识别的重大突破之后,2016年12月30日,最高人民法院颁布了《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》(以下简称《自贸区意见》)。^[49]该《自贸区意见》共12条,其中第9条涉及自贸区仲裁司法审查的新规定,尤其是在涉外因素的认定上对我国现有的仲裁制度进行了突破,放宽了涉外因素的认定尺度,允许自贸区企业在特定情况下将无涉外因素的争议提交域外仲裁。换言之,《自贸区意见》的第9条实质上是将西门子黄金置地案判决中的核心原则上升为法理,允许在自贸区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁,并通过禁止反言的原则进一步扩大域外仲裁适用的范围。^[50]

具体来说,《自贸区意见》第9条第1款没有具体讨论涉外因素的成立条件,而是直接规定“在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的,不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效”。这意味着无论争议是否具有涉外因素,只要

[46] 《上海市第一中级人民法院自贸区司法保障白皮书》(2016年4月27日),第28-29页,http://www.hshfy.sh.cn/css/2016/08/01/20160801154340492.pdf,最后访问日期:2018年5月7日。

[47] “十大影响力仲裁案例(2015)”,http://www.weixinu.com/tag/article/2880682824,最后访问日期:2018年5月7日。

[48] 参见林陈瑶:“法院自由裁量权在涉外因素认定上的突破”,https://www.vantageasia.com/zh-hans/china-business-law-journal/,最后访问日期:2018年5月7日。

[49] 《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》(法发[2016]34号)。

[50] 参见朱华芳:“域外仲裁与临时仲裁两大突破——最高法院涉自贸区仲裁司法审查新规观察”,http://chuansong.me/n/1600591941640,最后访问日期:2018年5月7日。

满足在自贸区内注册的外商独资企业之间的争议,皆可通过开放连结点的指引,提交域外仲裁。^[51]这既是对我国在此前的司法实践中所坚持的“无涉外因素争议不得提交域外仲裁”这一原则的重大突破,也是对上海黄金置地案法理的固化。

《自贸区意见》第9条第2款则规定“一方或者双方均为在自贸试验区内注册的外商投资企业,约定将商事争议提交域外仲裁,发生纠纷后,当事人将争议提交域外仲裁……另一方当事人在仲裁程序中未对仲裁协议效力提出异议,相关裁决作出后,又以有关争议不具有涉外因素为由主张仲裁协议无效,并以此主张拒绝承认、认可或执行的,人民法院不予支持。”这一款通过“禁止反言”的原则,实质上扩大了前款规定的可域外仲裁的争议的范围,将主体从双方均在自贸区内注册的外商独资企业,扩大到“一方或者双方”均在自贸区内注册的外商独资企业。同时,该款规定借鉴了英美法中的“禁止反言”原则,有助于尊重当事人意思自治,维护诚实信用的商业体系,避免司法资源的浪费。^[52]最高人民法院民四庭庭长张勇健也在讲话中指出,在仲裁的司法审查案件中,应贯彻诚信原则,“仲裁裁决作出后,申请仲裁的一方当事人,以仲裁协议无效为由申请撤销涉外仲裁裁决或申请拒绝承认与执行外国仲裁裁决的,不予支持。”^[53]

同时,值得肯定的是,《自贸区意见》第9条通篇采取了“域外仲裁”的表述,而之前法律规定和司法解释等相关文件的表述中,存在“涉外仲裁”“境外仲裁”“外国仲裁”和“域外仲裁”并存的情况。细究之下,“涉外仲裁”着眼于涉外因素;“境外仲裁”则关注仲裁机构所在地;而“域外仲裁”采取的是仲裁地标准,即仲裁地在中华人民共和国法域以外(同时适用于港澳台)。^[54]

《自贸区意见》通篇采用“域外仲裁”的表述,正是以“仲裁地”标准来区分“域外”和“域内”,并且,随着国内仲裁机构到境外(包括港澳台)落地、受理案件和开展仲裁业务,境外仲裁机构到内地开拓市场的趋势发展,采用国际通行的“仲裁地”标准已成为大势所趋,这也是国际上认定“仲裁国籍”的根本标准。

(二)外商独资吃重的经济环境以及中国仲裁市场的国际化

中国仲裁市场及法律服务市场的进一步开放与中国经济环境的开放紧密相联。在宽松的投资环境下,我国的经济活动和以前相比愈加复杂和成熟,如前所述,原来的对涉外性“法律关

[51] 参见牛磊:“中国仲裁制度的重大突破——评《最高人民法院关于为自贸区建设提供司法保障的意见》中仲裁问题新规定”,<http://www.zhonglun.com/Content/2017/01-11/2110354556.html>,最后访问日期:2018年5月7日。

[52] 同上注。

[53] 最高人民法院民事审判第四庭庭长张勇健:“在全国涉外商事海事审判庭长座谈会上的讲话”,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第32辑),人民法院出版社2016年版,第17页。

[54] 参见温达人:“自贸区仲裁和民商事审判展望——《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》评述”,www.tylaw.com.cn,最后访问日期:2018年5月7日。

系三要素”的判定标准已经无法满足实践中各类新型的经济活动和涉外关系,正是在这样的背景下,我国才出现了对涉外因素识别的突破,才有了对非典型涉外因素连结点和非典型涉外法域的创设,也让我们看到了我国在经济发展的新形势下进一步开放仲裁市场的希望。

我国仲裁市场的开放与 20 世纪末以来外资在华掀起的外商“独资化”的浪潮息息相关。一般而言,我国利用外商直接投资最常见的方式包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业,俗称“三资企业”。改革开放的第一个十年以来,中外合资经营方式一直是我国利用外商直接投资的主要形式。合资企业在外商对华直接投资中比例一般要占到 70%—80%,占有绝对优势。^[55]然而,自 20 世纪 90 年代以来,外商独资企业在项目数和实际投资金额所占的比重均呈上升趋势。根据 1993—2005 年的历史数据显示,1997 年,在允许跨国公司在华建立独资企业政策的激励下,外商独资企业首次在项目数所占比重上超过中外合资企业;而到了 2001 年,无论是项目数还是实际投资金额,外商独资企业所占的比重都超过了 50%;2005 年,外商独资企业的项目数和实际投资金额所占比重则进一步提高,均超过了 70%。^[56]由此可知,外商独资经营企业早已超过了中外合资经营企业,成为我国主要的外资利用方式。

一直以来,中国之所以在仲裁服务市场开放的问题上慎之又慎,一个重要的原因是为了防止对仲裁结果失去控制。一旦开放仲裁市场,允许无涉外因素的仲裁到域外仲裁,就意味着中国将丧失绝对管辖权。若域外的仲裁机构作出对中方不利的仲裁裁决,回到中国承认执行,就会牵涉到国有资产的流失。^[57]但是,目前独资化的趋势有效地减轻了国家对国有资产流失的顾虑,从而有助于促进我国仲裁市场的进一步开放。

笔者认为,中国仲裁市场的国际化体现在两方面,国际仲裁机构的“引进来”与中国仲裁机构的“走出去”。这既彰显了我国仲裁市场开放的成果,也推动了中国国际商事仲裁的快速发展。

“引进来”国际仲裁机构的重要性已经得到了国务院的高度重视。以国务院 2015 年 4 月 8 日印发的《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》(以下简称《方案》)^[58]为例,《方案》中第 11 条旗帜鲜明地将引进国际知名机构列入到“推动权益保护制度创新”中:“进一步对接国际商事争议解决规则,优化自贸试验区仲裁规则,支持国际知名商事争议解决机构

[55] 参见朱允卫:“外商对华直接投资‘独资化’趋势的成因及对策”,《世界经济研究》2002 年第 5 期,第 43 页。

[56] 参见聂明华、颜晓晖:“外商在华投资的独资化倾向及对策研究”,《社会科学》2006 年第 12 期,第 34 页。

[57] 参见顾维遐,见前注[19],第 14—15 页。

[58] 国发[2015]21 号。

入驻,提高商事纠纷仲裁国际化程度。探索建立全国性的自贸试验区仲裁法律服务联盟和亚太仲裁机构交流合作机制,加快打造面向全球的亚太仲裁中心。”在此《方案》颁发之后,域外仲裁机构纷纷在上海自贸区落户,建立了办公室或代表处。香港国际仲裁中心于2015年11月在上海自贸区设立了代表处;随后,在2016年2月和3月,国际商会仲裁院及新加坡国际仲裁中心也分别在上海自贸区设立了仲裁办公室和代表处。^[59]

为了积极建设面向全球的亚太仲裁中心,以及面对域外仲裁机构进驻自贸区所带来的新挑战,我国的仲裁机构也要积极主动地“走出去”。这不仅是促使我国涉外法律服务机构发展的重要举措,也是对中央积极发展涉外法律服务业的方针政策的具体落实。^[60]而在这样的形势下,以更加开放的态度承认和执行域外仲裁裁决也有着更重要的意义。从国际法上的互惠原则来看,如果我国法院以无涉外因素为由拒绝承认与执行域外仲裁裁决,那么日后我国仲裁机构“走出去”后在中国大陆以外作出的仲裁裁决将同样面临着被其他国家拒绝承认和执行的问题。这种仲裁裁决执行难的困境必然会对我国的仲裁市场、以及建设有影响力国际仲裁中心的我国仲裁前景造成沉重打击和负面影响。

(三)“一带一路”及自贸区建设与我国司法对仲裁市场进一步开放的支持

近年来自贸区的国家规划和“一带一路”的国家战略,更是为我国仲裁市场的发展提供了新的助力。

自贸区作为我国全方位开放的试验田,旨在推进投资贸易便利化,肩负着先行先试的职责,承载着建设法治化、国际化、市场化营商环境的使命,其中自贸区的法治建设尤为关键。^[61]以上述的上海黄金置地案为例,上海一中院在国际商事仲裁领域中跨越了固有涉外因素识别的认定限制,发挥了自贸区法治建设先行先试的精神,充分体现了上海自贸区设立的目的,同时在法律层面先行先试、进而推广成全国的在现行法律框架下可突破的法理。《自贸区意见》第9条关于仲裁问题的新规定,对现有法律规定作出了重大突破,标志着对中国仲裁走出去、仲裁市场进一步开放以及仲裁主体多元化等新尝试的肯定与鼓励。对于自贸区先行先试的司法创新,最高人民法院民四庭庭长张勇健也指出,“当前自贸区的一些仲裁机构正在比照国际仲裁机构进行创新和探索,一些做法虽没有法律依据,但在不违反我国法律和公共利益的情况下,人民法院在司法审查时应予以积极支持。”^[62]

[59] 参见李庆明:“境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究”,《环球法律评论》2016年第3期,第182页。

[60] 同上注,第190页。

[61] 最高人民法院民事审判第四庭庭长张勇健:“加强自贸区司法保障 打造法治化营商环境——在第三届中国自由贸易试验区司法论坛上的主旨发言”,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第32辑),人民法院出版社2016年版,第26—32页。

[62] 同上注,第25页。

随着中国自贸区进一步对外开放,涉自贸区的商事案件也呈现出复杂化、国际化的特征,认识到这一新形势,天津自贸区、广东自贸区也发布相关文件,积极进行前瞻性、预判性调研,支持自贸区仲裁制度改革创新。^[63]

2015年7月,最高人民法院发布《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》,其中第8条明确规定“依法加强涉沿线国家当事人的仲裁裁决司法审查工作,促进国际商事海事仲裁在‘一带一路’建设中发挥重要作用”。同月,最高人民法院院长周强也在讲话中强调,要“加强多元化纠纷解决机制研究,尊重当事人根据“一带一路”沿线各国政治、法律、文化、宗教等因素作出的自愿选择,支持中外当事人通过和解、仲裁等非诉讼方式解决纠纷”。^[64]2016年5月,上海市高级人民法院发布了《关于为“一带一路”建设提供司法服务和保障的实施意见》,其中第11条规定:“正确理解和适用《承认及执行外国仲裁裁决公约》,依法及时承认和执行‘一带一路’沿线国家的商事海事仲裁裁决;保障沿线各国双边投资保护协定、自由贸易区协定等协定义务的履行,支持涉“一带一路”相关纠纷的仲裁解决。”

上述文件均提到了司法为国际商事仲裁在“一带一路”国家战略建设中应发挥的推进作用。而国际商事仲裁本身的“国际性”,也决定了其在法律服务市场、在法理建设方面“走出去”的先锋推进作用。随着“一带一路”的进一步发展,我国的仲裁环境更加开放,相应的,我国应更好地理解 and 适用《纽约公约》,进一步减少与国际仲裁普遍实践不一致的做法,不断提升和扩大中国仲裁的国际公信力和影响力,建立更加多元化和国际化的仲裁市场。

六、结 语

本文从无涉外因素的仲裁案件约定域外仲裁这类实践中出现的新型案件入手,系统回顾了我国涉外法律关系,尤其是仲裁对涉外因素的识别与认定。从学术理论观点而言,本文的贡献在于,第一,围绕涉外因素这个核心,进行了从规范演变到学理讨论,从案例分析到法理阐释,即从个案到制度的综合分析。并且,本文重点探讨了2015年以“上海黄金置地案”为标志的

[63] 天津市滨海新区人民法院课题组:“关于为中国(天津)自贸区建设提供司法保障的调研报告”,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第30辑),人民法院出版社2015年版,第188—199页;广东省高级人民法院:“关于充分发挥审判职能为中国(广东)自由贸易试验区建设提供司法保障的意见”,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第30辑),人民法院出版社2015年版,第200—204页。

[64] 最高人民法院院长周强:“建设一流智库 提升涉外审判水平 为‘一带一路’建设提供有力司法服务和保障——在‘一带一路’司法研究中心成立仪式暨中国法学会‘深入研究党的十八届四中全会精神’重点专项课题座谈会上的讲话”,载贺荣主编,最高人民法院民事审判第四庭编:《涉外商事海事审判指导》(总第31辑),人民法院出版社2015年版,第1—4页。

对涉外因素识别的转折与突破。上海黄金置地案作为我国首例“非典型涉外因素仲裁案”，对我国仲裁的法理与实践具有重大意义，尤其是这一个案中的创新与突破在2016年底最高人民法院新颁布的《自贸区意见》以司法解释的形式被正式确立下来，正是从个案到制度的最佳佐证。第二，从比较法的层面，笔者认为，《示范法》在认定“国际仲裁”上采用兼顾主观和客观的判定标准，新加坡在实行内外有别的双轨仲裁制度的同时允许当事人自由选择适用法律，这样的法律实践，避免了“一刀切”的武断，既有管控力又有灵活性，对法律环境快速发展的中国具有极其重要的参考价值。第三，从法学与经济互动发展的角度，本文将仲裁中涉外因素识别的突破与经济环境的发展相联系，利用对经济背景的深入分析，解读涉外因素识别取得突破，仲裁市场进一步开放的深层原因。

Abstract: With the deepening of China's reform and opening up, cases where Chinese domestic disputes without foreign-related elements submitting for arbitration outside Mainland China have been emerging. On the theoretical side, the mainstream academic viewpoint in the field, i.e., the identification test on basis of three essentials of the civil legal relationship, has drawbacks of over-simplicity and rigidity. On the regulatory side, a catch-all clause (back-up provision) is recently added, indicating that the legislators have foreseen atypical types of foreign-related cases. China's current regulatory framework does not explicitly prohibit disputes without foreign-related elements from arbitrating outside Mainland China. However, past judicial interpretations and policies tend to negate the validity of such arbitration agreements. After a systematic study of recent judicial cases where arbitration agreements without foreign-related elements provided for arbitration outside Mainland China, the paper reveals the past-decade jurisprudential development in China and its critical change these years.

Key Words: Foreign-related Elements; Identification; Arbitration Outside Mainland China

(学术编辑:高 薇)

(技术编辑:刘思艺)