

境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究

李庆明

内容提要:自 2013 年起,最高人民法院逐渐改变了不认可约定境外仲裁机构在中国内地仲裁的仲裁协议效力的立场,开始承认其合法性和有效性。境外仲裁机构在中国内地作出的裁决并非“非内国裁决”。如何支持和监督境外仲裁机构在中国内地仲裁,以及依据何种标准来认定是否承认与执行其作出的裁决,是允许境外仲裁机构在中国内地仲裁方面尚待解决的问题。中国内地当事人日益广泛参与境外仲裁的现实,以及发展涉外法律服务业和提升中国仲裁国际性和公信力的需要,都要求允许境外仲裁机构在中国内地仲裁。有必要及时修改《仲裁法》,明确将仲裁地作为认定裁决国籍的标准,并同等对待境外仲裁机构与我国涉外仲裁机构在中国内地进行的仲裁。

关键词:境外仲裁机构 国际商会仲裁院 《纽约公约》 仲裁地

李庆明,中国社会科学院国际法研究所副研究员。

一 问题的提出

境外仲裁机构在中国内地仲裁,^[1]是构建开放型经济新体制、服务我国外交工作大局和国家重大发展战略的背景下,自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)建设、“一带一路”建设和涉外法律服务业发展均有所涉及的重要问题。在法律上,其涉及《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)、《中华人民共和国民事诉讼法》(2012 年修正,以下简称《民事诉讼法》)等的解释、适用和进一步修改;在政策上,其涉及仲裁市场开放问题,还

[1] 仲裁地(seat of arbitration)在我国法律上并没有得到明确界定,一般认为指的是将仲裁和特定法律制度联系起来的地点。仲裁地决定仲裁程序法以及裁决的国籍。参见谢新胜著:《国际商事仲裁程序法的适用》,中国检察出版社 2009 年版,第 147 页。本文所讨论的是境外仲裁机构在仲裁程序和仲裁裁决中将“仲裁地”认定为中国内地的情形,不讨论仅仅在中国内地开庭、而将仲裁地认定为境外的情形。因我国特殊的国情,我国大陆地区与我国香港、澳门、台湾地区实际上构成四个法域,除统一适用的涉及国防、外交等领域的法律制度,每个法域在民法等许多领域都实行不同的法律制度。如无特别说明,本文中“境外仲裁机构”包括外国仲裁机构和我国港澳台地区的仲裁机构;“中国内地”和“我国”则仅指中国大陆地区,不包括我国港澳台地区。

涉及中央全面深化改革领导小组第二十四次会议通过的《关于发展涉外法律服务业的意见》的执行问题。有鉴于此,本文拟结合我国的立法、案例、政策和学者学说,对境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题加以探讨。

目前,支持国际知名商事争议解决机构入驻中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸区”)已经被国务院上升到“推动权益保护制度创新”的层面。2015年4月8日,国务院批准《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》),《方案》第11点“推动权益保护制度创新”明确指出:“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。”《方案》出台后,境外仲裁机构不断在上海自贸区设立代表处或办公室。2015年11月19日,香港国际仲裁中心在上海自贸区设立代表处;2016年2月24日,国际商会仲裁院在上海自贸区设立仲裁办公室;2016年3月3日,新加坡国际仲裁中心在上海自贸区设立代表处。

最高人民法院近年来开始转变立场,支持当事人约定由国际商会仲裁院在中国内地仲裁的仲裁协议的效力,^[2]并且在探讨是否需要在时机成熟时进一步确认境外仲裁机构在自贸区仲裁的效力。同时,最高人民法院还可能要面临这样一个问题,即是否承认将“在中国仲裁”的仲裁协议下的“仲裁地”认定为香港的国际商会仲裁院裁决。

境外仲裁机构在中国内地仲裁主要有两种形式:第一,境外仲裁机构在中国内地设立分支机构,以商业存在的形式提供仲裁服务;第二,境外仲裁机构未在中国内地设立分支机构,但将仲裁地设定为中国内地。对于是否允许以及在多大程度上允许境外仲裁机构在中国内地仲裁,学术界和媒体从2004年起开始了激烈的讨论。^[3]目前,境外仲裁机构在中国内地设立分支机构,也希望将来能管理在中国内地的仲裁案件和仲裁程序,将仲裁地设定为中国内地。因此,本文不区分境外仲裁机构是否在中国内地设立分支机构,而是统一论述其能否将中国内地作为仲裁地来管理仲裁案件和仲裁程序,在仲裁程序中能否得到我国法院的支持或受到监督,以及作出的裁决能否得到我国法院的承认与执行。

[2] 参见《最高人民法院关于宁波市北仑利成润滑油有限公司与法莫万驰公司买卖合同纠纷一案仲裁条款效力问题请示的复函》,(2013)民四他字第74号。《仲裁法》第16条第1款规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。”本文不作区分,除所引案例、文件原文中使用“仲裁条款”外,其他地方统一使用“仲裁协议”。

[3] 例如,王生长、赵秀文等人支持放开中国的仲裁服务市场,允许国际商会等境外仲裁机构在我国仲裁。参见王生长:《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(总第89期),法律出版社2004年版,第29—35页;赵秀文:《中国仲裁市场对外开放研究》,《政法论坛》2009年第11期,第69—78页。康明则持反对态度。参见康明:《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》,《仲裁与法律》2003年第6期(总第89期),法律出版社2004年版,第36—70页。宋连斌等则从我国加入《纽约公约》时的保留等论述现在允许境外仲裁机构在我国仲裁的法律困境,参见宋连斌、王珺:《国际商会在中国内地仲裁:准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》,《西北大学学报》2011年第5期,第154—161页。在海外发表的一些英文论文也注意到境外仲裁机构在中国仲裁的困境。例如,参见Fan Kun, Prospects of Foreign Arbitration Institutions Administering Arbitration in China, 28 *Journal of International Arbitration* 343, 343—353(2011)。

二 近 20 年来境外仲裁机构在中国内地仲裁的典型案列

境外仲裁机构在中国内地仲裁的问题,首先涉及的是相关仲裁协议的效力问题,而其中涉及国际商会仲裁院的案件最具代表性。从 1996 年开始到 2016 年的 20 年间,围绕境外仲裁机构在中国内地仲裁的仲裁协议的效力和裁决的执行,产生了很多有争议的案列。在这 20 年间,最高人民法院的立场也在不断转变,从最早承认境外仲裁机构在中国内地仲裁,到后来否认境外仲裁机构在中国内地仲裁,近年来又开始趋向于承认境外仲裁机构在中国内地仲裁。而在此期间,以厦门市中级人民法院、宁波市中级人民法院为代表的地方人民法院又不受最高人民法院立场的影响,承认过约定适用《国际商会仲裁规则》在中国内地仲裁的仲裁协议的效力。总体而言,虽然有过混乱,但承认境外仲裁机构在中国内地仲裁是目前的趋势所在。

(一) 最高人民法院不认可境外仲裁机构在中国内地仲裁的案列

1996 年 12 月,在“诺和诺德案”中,最高人民法院认定,当事人约定适用《国际商会仲裁规则》在英国仲裁的仲裁协议因无明确的仲裁机构而无法执行。^[4]此案之后,在国内外影响最大的是 2004 年“旭普林案”,国内外学术界和实务界就境外仲裁机构能否在中国内地仲裁展开了激烈的讨论。在“旭普林案”中,最高人民法院认为适用《国际商会仲裁规则》在上海进行仲裁的仲裁协议无效。^[5]据此,无锡高新技术产业开发区人民法院裁定涉案仲裁协议无效。^[6]旭普林公司一直在国际商会仲裁院推进仲裁,并在获得胜诉裁决后向江苏省无锡市中级人民法院申请强制执行该裁决。无锡市中级人民法院则以裁决所依据的仲裁协议已被我国法院认定无效为由拒绝承认该裁决。^[7]

在此之后,2006 年“达利特案”延续了“旭普林案”的逻辑,认定仅约定适用《国际商会仲裁规则》、仲裁地点在北京的仲裁协议无效。^[8]2009 年“夏新电子案”也同样认定仅约定适用《国际商会仲裁规则》、仲裁地点包括厦门的仲裁协议无效。^[9]2011 年的“江苏外贸公司案”中,^[10]合同中文本约定由设在中国北京的国际商会仲裁委员会仲裁,英文本约定依据《国际商会仲裁规则》在北京仲裁,最高人民法院最终以双方当事人不能就仲裁

[4] 《最高人民法院关于海南省高级人民法院审理诺和诺德股份有限公司与海南际中医药科技开发公司经销协议纠纷案的报告的复函》,法经[1996]449 号。

[5] 《最高人民法院关于德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》,[2003]民四他字第 23 号。

[6] 德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力案,无锡高新技术产业开发区人民法院(2004)新民二初字第 154 号裁定书。

[7] 德国旭普林国际有限责任公司申请承认和执行国外仲裁裁决案,江苏省无锡市中级人民法院(2004)锡民三仲字第 1 号裁定书。

[8] 《最高人民法院关于仲裁条款效力请示的复函》,[2006]民四他字第 6 号。河北省高级人民法院(2006)冀民三初字第 2-1 号裁定书;最高人民法院(2007)民四终字第 15 号裁定书。

[9] 《最高人民法院关于夏新电子股份有限公司与比利时产品有限公司确认经销协议仲裁条款效力的请示的复函》,[2009]民四他字第 5 号。

[10] 《最高人民法院关于 Salzgitter Mannesmann International GmbH 与江苏省对外经贸股份有限公司之间仲裁协议效力的复函》,[2011]民四他字第 32 号。

机构达成一致为由认定所涉仲裁协议无效。

在2012年的“泰州浩普投资公司案”中,^[11]当事人约定:“仲裁应按国际商会的调解和仲裁规则进行。如果一方提出仲裁,仲裁地由另一方选择”。最高人民法院认为,当事人并未申请仲裁,不存在另一方选择仲裁地问题;该仲裁协议并未约定仲裁机构,且依据《国际商会仲裁规则》也不能确定仲裁机构,当事人事后亦未能达成补充协议,故认定该仲裁协议无效。

(二) 最高人民法院认可境外仲裁机构在中国内地仲裁的案例

1996年5月,最高人民法院认可了厦门维哥木制品有限公司与台湾富源企业有限公司购销合同中的约定适用《国际商会仲裁规则》的仲裁协议的效力。^[12]“旭普林案”后,国际商会于2012年修改了其1998年仲裁规则,修改后的第1条第2款规定国际商会仲裁院是唯一经授权对《国际商会仲裁规则》项下仲裁活动实施管理的机构,并在第6条第2款规定“当事人同意按照仲裁规则进行仲裁,即接受由仲裁院对该仲裁进行管理”。2013年2月发布的“龙利得案”认可了国际商会仲裁院在上海仲裁的仲裁协议的效力。^[13]最高人民法院认为,本案当事人约定适用《国际商会仲裁规则》但未同时约定其他仲裁机构进行仲裁,应当认为当事人的约定属于“按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构”的情形,国际商会仲裁院对当事人之间的合同争议具有管辖权。2013年12月发布的“北仑利成案”认可了“在北京适用《国际商会仲裁规则》进行仲裁”的仲裁协议的效力。^[14]最高人民法院认为,根据2012年生效的《国际商会仲裁规则》,当事人同意按照该规则进行仲裁,即接受由仲裁院对该仲裁进行管理。

(三) 地方人民法院认可境外仲裁机构在中国内地仲裁的案例

2004年12月,在厦门象屿集团有限公司与米歇尔贸易公司确认仲裁条款效力案中,厦门市中级人民法院认可了约定适用《国际商会仲裁规则》、仲裁地点为中国北京的仲裁条款的效力。^[15]2009年4月,在DUFERCOS. A(德高钢铁公司)申请承认与执行ICC第14006/MS/JB/JEM号仲裁裁决案(以下简称“德高钢铁公司案”)中,宁波市中级人民法院裁定执行国际商会仲裁院在北京作出的仲裁裁决,理由是该裁决构成《纽约公约》第1条第1款的非内国裁决。

三 境外仲裁机构在中国内地仲裁的障碍

“旭普林案”和“德高钢铁公司案”都曾引发业界对于境外仲裁机构在中国内地仲裁

[11] 《最高人民法院关于泰州浩普投资公司与WICOR HOLDING AG(瑞士魏克公司)申请确认仲裁协议一案的请示的复函》,[2012]民四他字第6号。

[12] 《最高人民法院关于厦门维哥木制品有限公司与台湾富源企业有限公司购销合同纠纷管辖权异议案的复函》,法函[1996]78号。

[13] 《最高人民法院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请示的复函》,(2013)民四他字第13号。

[14] 《最高人民法院关于宁波市北仑利成润滑油有限公司与法莫万驰公司买卖合同纠纷一案仲裁条款效力问题请示的复函》,(2013)民四他字第74号。

[15] 福建省厦门市中级人民法院(2004)厦民认字第81号裁定书。

所涉及的一系列问题的思考。这些问题主要包括:境外仲裁机构是否能在中国内地仲裁?如果能,其所作裁决的性质如何?此种裁决应否得到承认与执行?2013年的“龙利得案”和“北仑利成案”让很多人看到了曙光,认为境外仲裁机构进入中国内地仲裁市场的时机已经成熟。^[16]2015年和2016年,香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心和国际商会仲裁院在上海自贸区设立代表处或办公室,进一步引发了理论界和实务界对境外仲裁机构进入中国内地仲裁市场以及中国仲裁国际化的激烈讨论。

(一) 境外仲裁机构的市场准入问题

有学者认为境外仲裁机构不能在中国内地进行仲裁,主要理由是国际商事仲裁是商事性的法律服务而非公共服务,因此境外仲裁机构在中国内地进行仲裁属于国际服务贸易活动,在国际法层面应当受到《服务贸易总协定》等的调整,而我国并未承诺开放境外仲裁机构在中国内地从事商事仲裁服务贸易。^[17]曾任中国国际经济贸易仲裁委员会副秘书长的康明也认为,中国加入世界贸易组织议定书附件9中的法律服务内容列明了外国律师事务所进入中国提供相关法律服务的内容,其中并未提及商事仲裁服务事项,故境外仲裁机构不得在中国仲裁。^[18]但笔者认为,上述观点有待商榷。正如有学者所指出的,国际性仲裁机构服务未被列入我国加入世界贸易组织承诺表的根源在于,它并不属于跨国服务贸易的范畴;秉持开放的态度,国际商会仲裁院在中国内地仲裁既可以节省我国当事人出境的时间和费用,也可使更多中国籍仲裁员参与知名国际仲裁机构的仲裁活动。^[19]

《涉外民事关系法律适用法》第14条规定:“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。法人的经常居所地,为其主营业地。”境外仲裁机构能否在中国内地提供仲裁服务,首先应适用境外仲裁机构成立地的法律来判断其权利能力和行为能力。既然境外仲裁机构已经在境外注册,按其属人法具有权利能力和行为能力,仲裁服务又不属于受限制的特殊行业,那么就不应限制境外仲裁机构在中国内地提供仲裁服务。

(二) 境外仲裁机构与《仲裁法》上的仲裁委员会

有学者认为,在国内法层面,正因为《仲裁法》对仲裁委员会有诸多要求,因此境外仲

[16] 原来有观点认为,《仲裁法》中缺乏临时仲裁的规定,成了国际商会真正实现中国仲裁的“死穴”。参见王婧:《外国仲裁机构或将撕开中国仲裁市场一角?》,《法制日报》2009年6月25日第6版。陶景洲等人也认为,《仲裁法》第10条、第16条和第18条等条款关于仲裁委员会的规定阻碍了外国仲裁机构在中国内地仲裁,参见 Tao Jingzhou & Clarisse von Wunsenheim, Article 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions, 23 *Arbitration International* 309, 311 (2007)。“龙利得案”之后,有人认为最高人民法院的复函为国际仲裁机构进入中国提供了新的机会,但还有很多问题有待解决。参见 Wei Sun, SPC Instruction Provides New Opportunities for International Arbitral Institutions to Expand into China, 31 *Journal of International Arbitration* 683, 683-700 (2014)。

[17] 参见李健:《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》,《法学》2008年第12期,第134页。

[18] 参见康明:《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》,《仲裁与法律》2003年第6期(总第89期),法律出版社2004年版,第49页。

[19] 参见宋连斌、王珏:《国际商会在中国内地仲裁:准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期,第158页。

裁机构不是“仲裁委员会”，从而根据《仲裁法》第16条，将争议提交境外仲裁机构仲裁的仲裁协议无效。因此，根据我国《仲裁法》和《民事诉讼法》的规定，境外仲裁机构不得在我国内地进行国际商事仲裁。^[20]

“龙利得案”明确了境外仲裁机构属于《仲裁法》第16条规定的“仲裁委员会”，解决了境外仲裁机构在中国内地仲裁的仲裁协议的合法性争议。最高人民法院认为，本案中的仲裁协议约定因合同发生的纠纷由国际商会仲裁院进行仲裁，同时还约定“管辖地应为中国上海”；根据《仲裁法》第16条，涉案仲裁协议有请求仲裁的意思表示，约定了仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，应认定为有效。

不过，就境外仲裁机构与《仲裁法》上的仲裁委员会的关系问题，最高人民法院有时又作出令人困惑的其他解释。例如，在“神华公司案”中，^[21]最高人民法院没有指明境外仲裁机构是否属于《仲裁法》第16条上的仲裁委员会，但认为《仲裁法》第20条所指的仲裁委员会系依据《仲裁法》第10条和第66条设立的仲裁委员会，并不包括外国仲裁机构。因此，针对《仲裁法》第20条作出解释的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第13条并不适用于外国仲裁机构对仲裁协议效力作出认定的情形。

事实上，《仲裁法》于1994年通过时，我国社会主义市场经济体制刚刚起步，对外开放和国际化的广度和深度远未达到现在的程度。而且，根据时任全国人大法工委主任顾昂然的说明，《仲裁法》总的精神是将仲裁委员会与行政机关分开，^[22]解决的是部分仲裁委员会不独立而附属于行政机关的问题。虽然当时已经提出“发展社会主义市场经济和开展国际经济贸易往来”和“借鉴国外仲裁制度的有益经验和国际通行做法”，并制定了统一的《仲裁法》，但因各种因素所限，对“仲裁委员会”的规定的确没有考虑到境外仲裁机构开展仲裁的问题。时至今日，如果仍然狭隘地解释“仲裁委员会”，认定境外仲裁机构不属于《仲裁法》上的“仲裁委员会”，不承认境外仲裁机构在中国内地的仲裁，最终损害的将是我国当事人乃至国家的长远利益。

（三）境外仲裁机构中的外国仲裁机构在中国内地作出的裁决是否构成“非内国裁决”

1. 裁决的分类及其意义

我国并未如《纽约公约》一样根据裁决作出地（仲裁地）来认定仲裁裁决的国籍，而是采用“仲裁机构所在地”的标准，将裁决分为《纽约公约》裁决、国内仲裁裁决、涉外仲裁裁决以及港澳台地区的仲裁裁决。在此基础上，对不同种类仲裁裁决的承认与执行作出不同的安排，采取不同的审查标准和执行依据。

《纽约公约》规定了外国仲裁裁决和非内国仲裁裁决的承认与执行，但我国在加入

[20] 参见李健：《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》，《法学》2008年第12期，第135页。

[21] 《最高人民法院关于神华煤炭运销公司与马瑞尼克船务公司确认之诉仲裁条款问题的请示的复函》，[2013]民四他字第4号。

[22] 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28日在第八届全国人民代表大会常务委员第八次会议上关于《中华人民共和国仲裁法（草案）》的说明，网址：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-01/02/content_5003212.htm。本文网络资料的最后访问时间均为2016年5月20日。

《纽约公约》时对非内国裁决进行了保留。根据我国相关法律规定,如果认定一项裁决构成外国仲裁裁决,且该国为《纽约公约》成员国,则适用《纽约公约》来承认与执行;如果认定一项裁决是内国仲裁裁决,则还需要区分是没有涉外因素的国内仲裁裁决还是具有涉外因素的涉外仲裁裁决。对于国内仲裁裁决,应适用《民事诉讼法》第237条确定的审查标准,即人民法院不仅可以对裁决根据的仲裁协议、涉及的程序事项进行审查,还可以对裁决的实体进行审查,例如裁决所根据的证据系伪造的,对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据,仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为等。对于涉外仲裁裁决,则应适用《民事诉讼法》第274条的标准,即被申请人只能就仲裁协议的效力瑕疵、仲裁程序瑕疵等理由而申请不予执行,人民法院不得审查裁决的实体问题。

总之,对于《纽约公约》下的外国仲裁裁决和我国的涉外仲裁裁决,我国法院在承认与执行程序中只能进行程序审查,不得进行实体审查。相反,对于国内仲裁裁决,《民事诉讼法》第237条授权法院对仲裁裁决的程序和实体都进行审查。由此,认定外国仲裁机构在中国所作裁决的性质就成为首要的问题。时任最高人民法院副院长的万鄂湘曾经指出:“国外的仲裁机构在中国内地裁决的案件,是属于国外裁决还是国内裁决,目前还没有明确规定,这将必然导致裁决执行时的麻烦。”^[23]

2. “非内国裁决”的界定及其承认与执行

在“德高钢铁公司案”中,宁波市中级人民法院将国际商会仲裁院在北京作出的裁决视为《纽约公约》上的“非内国裁决”,并最终依据《纽约公约》予以承认和执行。自此,理论界和实务界就对外国仲裁机构在中国内地作出的裁决是否构成“非内国裁决”展开了争论。实际上,在“旭普林案”中,无锡市中级人民法院首次提出“非内国裁决”问题,^[24]只是当初理论界和实务界都只重视国际商会在中国上海仲裁的仲裁协议的效力问题,而忽略了法院所提及的“非内国裁决”问题,直至“德高钢铁公司案”才误以为该案是第一次提出“非内国裁决”的问题。^[25]

关于外国仲裁机构在中国内地作出的裁决的性质,有学者主张其既不是本国裁决,也不是外国裁决或者无国籍裁决,而是“非内国裁决”。^[26]有人认为,按照《纽约公约》的精

[23] 万鄂湘:《〈纽约公约〉在中国的司法实践》,《法律适用》2009年第3期,第6页。

[24] 无锡市中级人民法院(2004)锡民三仲字第1号裁定书指出:“本案系承认和执行国外仲裁裁决案。……本案被申请承认和执行的仲裁裁决系国际商会仲裁院作出,通过其总部秘书处盖章确认,应被视为非内国裁决。且双方当事人对适用《1958年纽约公约》均无异议,因此本案应当适用《1958年纽约公约》。”当然,该裁定书一方面认定本案系承认和执行外国仲裁裁决,另一方面却又认为所涉裁决为“非内国裁决”,在逻辑上存在不一致之处。

[25] 最高人民法院民四庭杨弘磊法官相对较早地注意到了“旭普林案”中的“非内国裁决”问题。参见杨弘磊:《中国内地法院〈纽约公约〉项下外国仲裁裁决司法审查之新近实践述评》,《武大国际法评论》第15卷第2期,武汉大学出版社2012年版,第334页。

[26] 参见赵秀文:《从相关案例看ICC仲裁院裁决在我国的承认与执行》,《法学》2010年第3期,第77页;刘晓红:《非内国仲裁裁决的理论与实证分析》,《法学杂志》2013年第5期,第84页;吕炳斌:《论外国仲裁机构到我国境内仲裁的问题——兼析我国加入〈纽约公约〉时的保留》,《法治研究》2010年第10期,第71-74页。与赵秀文主张我国法院应承认和执行“非内国裁决”不同,吕炳斌虽然也认为国际商会仲裁院在中国内地的裁决为“非内国裁决”,但认为我国法院没有义务予以承认和执行。

神以及我国加入公约时对公约适用范围所作的保留,该仲裁裁决属于我国仲裁裁决;但按照我国《民事诉讼法》(1991年)第269条确立的以仲裁机构所在地决定国际商事仲裁裁决的国籍的规定,以及最高人民法院2004年对“天利公司案”的复函^[27]及其他司法机构的实践,^[28]显然应被视为外国仲裁裁决。^[29]

2009年《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》首次明确以仲裁地来确认仲裁裁决的国籍,规定当事人向人民法院申请执行在香港特别行政区作出的临时仲裁裁决、国际商会仲裁院等国外仲裁机构在香港特别行政区作出的仲裁裁决的,人民法院应当按照《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》的规定进行审查。但该通知只是涉及在香港所作裁决之性质的一个通知,最高人民法院并未明确声明将仲裁地作为认定裁决的性质的标准,也未明确指出只要是在中国内地作出的仲裁裁决均属中国仲裁裁决,在外国作出的仲裁裁决则均属外国仲裁裁决(无论是由境内仲裁机构还是由境外仲裁机构作出)。《民事诉讼法》第283条^[30]也仍然保留了《民事诉讼法》(1991年)第269条的内容,继续以仲裁机构所在地决定仲裁裁决的国籍。

从仲裁协议的法律适用来看,仲裁地越来越受到重视。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第16条规定了在当事人没有选择时,仲裁地法律可以作为涉外仲裁协议的效力审查的准据法。《涉外民事关系法律适用法》第18条将仲裁机构所在地法和仲裁地法作为仲裁协议适用的法律的并列选择,规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”在司法实践中,《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》发布之后,最高人民法院事实上将仲裁地作为认定外国仲裁裁决的标准。例如,2010年10月12日发布的《最高人民法院关于申请人DMT有限公司(法国)与被申请人潮州市华业包装材料有限公司、被申请人潮安县华业包装材料有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》就将国际商会仲裁院在新加坡作出的仲裁裁决视为新加坡裁决,而不再视为法国裁决。

笔者认为,从我国立法机关在加入《纽约公约》时所作的互惠保留以及最高人民法院的意见来看,认定国际商会仲裁院在中国作出的仲裁裁决构成“非内国裁决”缺乏法律依据。1986年12月2日发布的《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入〈承认及执行

[27] 《最高人民法院关于不予执行国际商会仲裁院10334/AMW/BWD/TE最终裁决一案的请示的复函》,[2004]民四他字第6号)。最高人民法院认为国际商会仲裁院是在法国设立的仲裁机构,其在香港作出的裁决是法国裁决。

[28] 例如,在TH&T国际公司与成都华龙汽车配件有限公司申请承认和执行国际商会国际仲裁院裁决案中,四川省成都市中级人民法院(2002)成民初字第531号裁定书就认定国际商会仲裁院在美国洛杉矶作出的裁决是法国裁决,并基于中法两国都是《纽约公约》缔约国而承认了该裁决。

[29] 参见王天红:《论国际商事仲裁裁决国籍的确定》,《人民司法》2006年第9期,第34-37页。康明也认为应当以仲裁机构所在地来判决仲裁裁决的国籍,而不论仲裁机构在何地作出裁决。参见康明:《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》,《仲裁与法律》2003年第6期(总第89期),法律出版社2004年版,第57页。

[30] 该条规定:“国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。”

外国仲裁裁决公约》的决定》声明：“中华人民共和国只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约。”1987年4月10日发布的《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第1条再次明确指出：“根据我国加入该公约时所作的互惠保留声明，我国对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约。”在“德高钢铁公司案”中，宁波市中级人民法院虽然认定国际商会仲裁院的裁决为“非内国裁决”而予以承认与执行，但并未在裁定书中详细说理，也未逐级通过浙江省高级人民法院转至最高人民法院请示，最高人民法院亦未就此作出批复，故此案不能代表最高人民法院的意见。“龙利得案”虽然认可国际商会仲裁院在中国仲裁的仲裁协议的效力，但最高人民法院并未就合肥市中级人民法院提出的该案裁决构成国内裁决这一观点表态。

有人认为，《纽约公约》关于互惠保留的规定与《纽约公约》规定的外国仲裁裁决界定标准是两个不同的概念：互惠保留是对缔约国义务的免除，是针对《纽约公约》的非缔约国而言的，而对“非内国裁决”标准的认定应属于申请承认及执行地所在国的一项权利。^[31]这种观点完全是对条约保留之效果的误解。正确的理解是，我国在加入《纽约公约》时声明作出互惠保留，即意味着排除了对“非内国裁决”的执行。

总之，我国《民事诉讼法》（2012年修正）、《仲裁法》均未就“非内国裁决”作出规定，我国全国人大常委会在加入《纽约公约》时已经声明对《纽约公约》上的“非内国裁决”的规定作出了保留，最高人民法院在1987年4月10日发布的《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》也作出了同样的声明。依据条约保留的效果，《纽约公约》上的“非内国裁决”的规定对我国不发生法律效力，国际商会仲裁院在中国作出的仲裁裁决不属于《纽约公约》上的“非内国裁决”，我国法院不得依据《纽约公约》来承认和执行所谓“非内国裁决”。故“德高钢铁公司案”的裁定明显违反我国法律法规和我国在加入《纽约公约》时作出的保留声明，不能作为先例援引。

（四）境外仲裁机构在中国内地作出的裁决的承认与执行

境外仲裁机构在中国内地作出的裁决，能否在中国内地得到承认与执行，关键在于对其性质的认定，即该裁决是构成《纽约公约》上的外国裁决或非内国裁决，还是构成我国的涉外裁决。

目前，理论界和实务界越来越倾向于以仲裁地而非仲裁机构所在地来作为裁决国籍的判断标准。换言之，将境外仲裁机构在中国内地作出的裁决，视为我国的涉外裁决，并按照我国《民事诉讼法》第274条的规定来审查是否应当承认与执行。

在华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）主办的华南企业法律论坛2015年年会暨“中国金融机构资产管理业务的发展与法律问题”研讨会上，最高人民法院法官高晓力在演讲中指出：“至于外界所说的是不是中国法院认可ICC可以到中国来进行仲裁，我个人认为这涉及仲裁服务市场准入问题，并非中国法院可以决定的事情，目前我们

[31] 参见李迅：《中国承认与执行外国仲裁裁决的发展展望——从第一例承认与执行在中国做出的外国仲裁裁决谈起》，《仲裁研究》2010年第2期，第99-100页。

走到这一步仅仅是认定仲裁条款有效还是无效,但是在此之后,仲裁裁决作出之后是否能够在我国法院得到承认和执行,是需要继续讨论的。……个人观点是倾向于把它认为是中国涉外的裁决,即根据中国法律规定进行相应的司法审查。”^[32]目前“龙利得案”的裁决尚未作出,待该裁决作出后,我国法院是依据《纽约公约》将其作为外国裁决或者非内国裁决,还是依据《民事诉讼法》将其作为涉外裁决予以承认与执行,我们拭目以待。当然,如果在此之前我国修订了《民事诉讼法》或《仲裁法》,对境外仲裁机构在中国内地所作裁决的性质予以明确,那就更加理想。

四 关于放开境外仲裁机构在中国内地仲裁限制的思考

(一) 中国内地当事人日益广泛参与境外仲裁要求允许境外仲裁机构在中国内地仲裁

中国目前已经成为贸易大国、对外承包工程大国、吸引外资大国,而且正在成为海外投资大国,中国内地当事人越来越多地主动或被动参与境外仲裁机构的仲裁。随着中国对外开放和国际化程度越来越高,国际经济、贸易、投资纠纷也日益增长。仲裁因其独特的优势而成为越来越多当事人的选择。在中国内地当事人不断参与境外仲裁的背景下,不允许境外仲裁机构在中国内地仲裁,对于境外仲裁机构并不造成多大的损害,最终损害的是参与仲裁的中国内地当事人的利益:他们为此不得不远赴境外参与仲裁,增加许多无谓的成本和风险。相反,允许境外仲裁机构在中国内地仲裁,将大大减少我国当事人的各种成本和支出。

(二) 发展涉外法律服务业要求允许境外仲裁机构在中国内地仲裁

在构建开放型经济新体制、服务我国外交工作大局和国家重大发展战略的背景下,大力发展涉外法律服务业已经受到中央高度关注。允许境外仲裁机构在中国内地仲裁,有助于我国涉外法律服务业的发展,也是对中央全面深化改革领导小组第二十四次会议通过的《关于发展涉外法律服务业的意见》的具体落实。涉外仲裁机构在中国内地仲裁,本身就是我国服务业开放的证明,将促使我国涉外法律服务机构在良性竞争中稳步提高。我国的各种专业性人才通过代理案件、被指定为仲裁员等各种方式参与境外仲裁机构在中国内地的仲裁实践,有助于发展壮大涉外法律服务队伍人才。

(三) 打消境外法院、机构和当事人对我国的偏见要求允许境外仲裁机构在中国内地仲裁

由于我国法院对境外仲裁机构在中国内地仲裁的实践并不总是一致,境外法院和当事人对我国仲裁业以及人民法院的裁判水准都形成了偏见。在争议发生之前,境外当事人要求选择境外仲裁机构在境外仲裁;即使经过中国内地当事人及其代理律师的努力,合同中最终约定境外仲裁机构在中国内地仲裁,在争议发生后,境外当事人也往往寻找各种

[32] 最高人民法院第一巡回法庭主审法官高晓力:“中国国际商事仲裁司法审查的最新发展”,华南国际经济贸易仲裁委员会微信公众号 2016年4月20日公布。

理由拒绝在中国内地仲裁,转而在境外开始仲裁或诉讼程序。这种作法还每每得到境外仲裁机构和法院的支持,主要理由正是中国不允许境外仲裁机构在中国内地仲裁。因此,允许境外仲裁机构在中国内地仲裁,有助于改变境外法院、机构和当事人对我国的偏见,减少歪曲我国司法形象以及恶意解释与适用我国法律法规的情形。

(四) 提升中国仲裁的国际性和公信力要求允许境外仲裁机构在中国内地仲裁

目前,我国正在积极建设面向全球的亚太仲裁中心和国际海事司法中心,而这离不开商事海事纠纷仲裁国际化的推进。伦敦、巴黎等国际知名仲裁中心都是允许全球仲裁机构提供仲裁服务,甚至允许临时仲裁。不断提升和扩大中国仲裁品牌的公信力和影响力,不仅需要仲裁机构吸纳优秀人才、完善仲裁规则、创新服务能力,还需要人民法院依法履行支持和监督仲裁的司法职能,继续完善仲裁司法审查制度,保障和促进中国仲裁业的发展,共同为纠纷的多元解决营造良好法治环境。^[33]为了更好地促进中国仲裁的国际化、提升中国仲裁的公信力,必须尽量减少与国际仲裁普遍实践不一致的、限制我国仲裁事业发展的机制,进一步开放我国仲裁市场,允许境外仲裁机构在中国内地提供仲裁服务,允许全球各种仲裁规则在中国适用。

进而言之,基于境外仲裁机构已经在中国内地仲裁的历史和现实,只要其裁决不向我国法院申请承认与执行,而是向境外法院申请承认与执行,我国实际上无法干预境外仲裁机构在中国内地进行仲裁。换言之,我国法院相当于主动放弃了对境外仲裁机构在中国内地仲裁的监督。而境外法院会认为此类裁决是中国裁决,并据此拒绝受理败诉当事人撤销裁决的申请。如此一来,败诉当事人既不能在我国法院也不能在境外法院申请撤销该裁决,既对败诉当事人一方不公平,也有损于我国支持仲裁的形象和国家长远利益。

五 结 语

外国仲裁机构在中国内地仲裁不但是一个理论问题,而且是当前一个重要的实践问题,关涉自贸区、亚太仲裁中心和国际海事司法中心建设,也影响到我国法律服务业的进一步发展。新的时代背景呼吁放开对境外仲裁机构在中国内地仲裁的限制,解决境外仲裁机构在中国内地仲裁面临的一些实际障碍,如仲裁地的认定、裁决国籍的判断标准、裁决的承认与执行等。鉴于《涉外民事关系法律适用法》已经将仲裁地作为认定仲裁协议的准据法,最高人民法院和各级人民法院也已在司法实践中将仲裁地作为认定外国仲裁裁决和我国香港地区裁决的标准,有必要及时修改《仲裁法》,明确将仲裁地作为认定裁决国籍的标准。

若将仲裁地作为认定裁决国籍的标准,则无论是境内还是境外仲裁机构在中国内地对涉外案件提供仲裁服务、作出裁决,均应视为中国涉外仲裁裁决,按照涉外仲裁裁决的标准,依据《仲裁法》第70条和《民事诉讼法》第274条予以支持、监督、承认和执行。相

[33] 参见沈红雨:《贺荣在2015年“中国仲裁高峰论坛”上强调继续完善仲裁司法审查制度 促进仲裁公信力提升》,《人民法院报》2015年9月26日,第1版。

应地,无论是境内还是境外仲裁机构在中国内地之外提供仲裁服务、作出裁决,均应视为境外仲裁裁决,具体又可分为外国仲裁裁决和区际仲裁裁决。对于外国仲裁裁决,按照《纽约公约》和互惠原则以及《民事诉讼法》第283条予以承认与执行;对于区际仲裁裁决,则按照最高人民法院就港澳台地区作出的区际安排^[34]予以认可和执行。

[Abstract] Since 2013, the Supreme People's Court of China has gradually changed the position of non-recognition of the validity of the arbitration agreement that provides for arbitration seated in the Mainland of China but administered by overseas arbitration institutions, thereby beginning to recognize its validity. An award made by an overseas arbitration institution that administers the arbitration in the Mainland of China is not a "non-domestic award". The problems of how to support and supervise such arbitration and by what criteria the recognition and enforcement of the award can be determined are still to be solved. The fact that parties from the Mainland of China are increasingly participating in overseas arbitration, coupled with the need to develop the foreign-related legal service industry and to promote the international and public credibility of China's arbitration, necessitates the permission of overseas arbitration institutions to administer arbitration in the Mainland of China. It is thus imperative that the "Arbitration Law of the People's Republic of China" be revised, so as to stipulate that the nationality of the arbitration award is to be determined by the seat of arbitration, and treat any arbitration seated in the mainland of China equally-be it under the administration of overseas arbitration institutions or arbitration commissions established under the Arbitration Law of the People's Republic of China.

(责任编辑:廖凡)

[34] 这些安排主要包括《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(法释[2000]3号)、《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》(法[2009]415号)、《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》(法释[2007]17号)和《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》(法释[2015]14号)。