

论国际商事仲裁协议效力之司法认定

张梦姣

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年10月12日; 录用日期: 2023年10月20日; 发布日期: 2024年1月9日

摘要

国际商事仲裁协议作为国际商事仲裁活动的开端, 其效力直接关系到整个仲裁程序能否顺利进行, 关系到仲裁裁决是否能被承认与执行以及纠纷能否得到顺利解决。司法实践中, 法院通常从对仲裁协议效力要件审查入手, 审查内容包括协议的书面性、仲裁事项、仲裁机构和当事人的意思表示等要件。除此之外, 仲裁协议的准据法也是法院在审查过程中关注的对象。当前实践中仍存在一些问题亟待解决, 在促进仲裁工作不断发展的前提下, 通过尊重当事人意思自治、弱化仲裁机构选定的强制性规定、完善“使其有效”原则, 来争取使更多的仲裁协议能够得到认可。

关键词

国际商事仲裁协议, 有效性, 司法认定

Judicial Determination of the Validity of International Commercial Arbitration Agreement

Mengjiao Zhang

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Oct. 12th, 2023; accepted: Oct. 20th, 2023; published: Jan. 9th, 2024

Abstract

As the beginning of international commercial arbitration, the effectiveness of the international commercial arbitration agreement is directly related to whether the whole arbitration procedure can proceed smoothly, whether the arbitration award can be recognized and enforced, and whether the dispute can be successfully resolved. In judicial practice, the court usually starts with the examination of the validity elements of the arbitration agreement, including the written nature of

the agreement, the arbitration matters, the expression of the intention of the arbitration institution and the parties. In addition, the applicable law of the arbitration agreement is also the object of attention of the court in the process of review. At present, there are still some problems to be solved in practice. On the premise of promoting the continuous development of arbitration work, we should respect the autonomy of the parties' will, weaken the mandatory provisions on the selection of arbitration institutions, and improve the principle of "making it effective", so that more arbitration agreements can be recognized.

Keywords

International Commercial Arbitration Agreement, Effectiveness, Judicial Determination

Copyright © 2024 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

国际商事仲裁已经成为国际商事交往纠纷解决的重要途径之一。而有效的仲裁协议是开启仲裁程序的前提，考察我国有关仲裁协议认定的司法实践，仍然存在认定标准模糊、不统一的问题，且现有相关立法无法满足当下国际商事仲裁实践的需求。本文通过检索裁判文书网上的大量实践案例，对其中国际商事仲裁协议效力的认定情况做归纳总结，分析其中的一般性规律，以及在效力认定上的不足，并探究我国国际商事仲裁协议效力的司法认定规则与完善路径。

2. 国际商事仲裁协议效力认定的司法现状

目前，我国有关国际商事仲裁协议效力认定的规定主要集中于现行《仲裁法》以及 2006 年施行的《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》(以下简称《仲裁法解释》)。2011 年施行的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)对涉外仲裁协议效力的认定做了进一步的完善。而后 2017 年最高院又颁布了《关于仲裁司法审查案件归口办理问题的通知》、《关于仲裁司法审查报核问题的有关规定》、《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》以及《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》四部文件，进一步细化了相关规定。虽然立法已经有较为详尽、细致的规定，但实践中尚存在争议。

本文以“涉外仲裁协议效力”为关键词，在裁判文书网上检索，能够检索到 2013 年至 2022 年 5 月期间 130 篇相关裁判文书，其中国际商事仲裁案例 91 例，75 余例案件中仲裁协议被认定为有效，余下 16 例案件则被认定为无效。在这部分无效案例中，当事人对仲裁协议提出异议的理由主要围绕协议的形式要件和实质要件展开。法院审理此类案件，首先会对案件的管辖权与仲裁协议(条款)适用的法律进行判断，进而认定仲裁协议的效力。

2.1. 对仲裁协议形式要件的异议认定

在本文所检索到的 91 个相关案例中，有 20 例案件对仲裁协议效力的形式要件存在争议，其中主要包括对仲裁协议的行使是否“书面”、默示行为是否足以导致仲裁协议生效、仲裁协议并入三方面的异议内容(见表 1)。

Table 1. Table of form elements of arbitration agreement objection
表 1. 仲裁协议形式要件异议表

序号	案号	异议类型	仲裁协议效力认定结果
1	(2020)粤 03 民特 1012 号	默示行为所达成的仲裁协议	有效
2	(2019)粤 01 民特 449 号	仲裁协议的书面性	有效
3	(2019)粤 01 民特 450 号	仲裁协议的书面性	有效
4	(2018)粤 03 民特 507 号	默示行为所达成的仲裁协议	无效
5	(2018)粤 03 民特 508 号	默示行为所达成的仲裁协议	无效
6	(2018)沪 02 民特 442 号	仲裁协议的书面性	有效
7	(2018)沪 02 民特 395 号	并入仲裁协议	有效
8	(2017)津 72 协外认 1 号	并入仲裁协议	无效
9	(2017)粤民辖终 857 号	并入仲裁协议	无效
10	(2016)京 04 特 22 号	仲裁协议的书面性	有效
11	(2016)沪 01 协外认 1 号	并入仲裁协议	有效
12	(2016)沪 01 协外认 2 号	仲裁协议的书面性	有效
13	(2015)深中法涉外终字第 57 号	仲裁协议的书面性	有效
14	(2015)深中法涉外终字第 91 号	仲裁协议的书面性	有效
15	(2015)烟民涉初字第 39 号	仲裁协议的书面性	无效
16	(2015)长中民五仲字第 01749 号	仲裁协议的书面性	有效
17	(2014)常商外仲审字第 1 号	仲裁协议的书面性；并入仲裁协议	无效
18	(2014)聊民五初字第 4 号	仲裁协议的书面性	有效
19	(2013)穗中法仲异字第 50 号	仲裁协议的书面性	有效
20	(2013)石民五初字第 00525 号	仲裁协议的书面性	有效

从上表所统计的数据来看，司法实践中法院对仲裁协议效力有关形式要件的认定持较宽松的态度，其中只有 6 例是认定为无效，其余皆为有效。且其中较为明显的是法院对仲裁协议的“书面性”持扩大化的解释，不要求严格的纸质“书面”形式，总体而言认定标准宽松。因此很少会出现法院根据未达到“书面”要求而认定仲裁协议无效的情形，但应当注意，“书面性”的标准尚未得到统一；而司法实践对默示行为所达成的仲裁协议效力几乎不予认可，这与《示范法》中的相关规定不统一；另外，各法院对并入仲裁协议的效力认定则在具体案例中做法有所不同，有关认定标准也不尽相同。

2.2. 对仲裁协议实质要件的异议认定

与上述仲裁协议的形式要件相比，当事人就实质要件在司法实践中更容易产生异议与分歧。查阅此类裁判文书可以发现，对实质要件的分歧集中表现为当事人对仲裁的意思表示、仲裁机构的选择以及当事人约定的仲裁事项。在上述 91 例中，84 案当事人都对仲裁协议的实质要件提出了异议(部分案件中法院或当事人对形式要件和实质要件都存在异议)。其中 68 例的仲裁协议被认定为有效，其余 16 例被认定为无效(见表 2)。

Table 2. Statistical table of the number of cases of substantive requirements for the validity of arbitration agreements**表 2.** 仲裁协议效力实质要件案件数量统计表

实质异议类型	仲裁意思表示	仲裁机构的选择	仲裁事项
案件数量(例)	38	40	6
仲裁协议有效认定(例)	30	35	3
仲裁协议无效认定(例)	8	5	3

双方对仲裁有明确的意思表示是仲裁程序展开的重要前提,在 91 例国际商事仲裁案例中,与仲裁意思表示相关的案件数量高达 38 件。这类案件多发生于非合同主体之间,当事人往往对合同签章的真实性、自愿性等提出异议,在实践中非常常见。

对仲裁机构选择的异议在实践中也相对常见。从所本文所搜集的案例来看,法院对仲裁机构的认定并不严格,且相关法律并不要求必须采用书面形式约定仲裁机构,若可以根据双方当事人的意思表示推断出明确、唯一的仲裁机构,则认为当事人约定的仲裁机构具有可明确性,不能据此否认仲裁协议的效力。

相对而言,因仲裁事项引起的争议较少。在搜集的 91 中,仅 6 例与之相关。这一现象的主要原因有两个:一是我国法律所规定的仲裁事项范围广泛。在民商事活动中,因履行合同所发生争议,只要事先或事后达成的仲裁协议,均可以仲裁;二是我国法律用排除法明确了仲裁范围,对有关人身纠纷或行政争议不能仲裁。

2.3. 仲裁协议效力认定的法律适用

仲裁协议的法律适用是指支配与仲裁协议有关的实体争议应当适用的法律,包括仲裁的解释、仲裁协议的效力等问题^[1]。在国际商事仲裁实践中,国家间的仲裁立法各有不同,选择准据法的不同会直接影响该仲裁协议的效力认定结果。但从各国立法和实践来看,各国适用法律的基本顺位为:当事人约定的法;仲裁地法;法院地法。我国《仲裁法》以及相关司法解释与国际普遍做法大致相同,采用当事人协议优先,其次是仲裁地或者仲裁机构所在地法。为避免产生无法可依的尴尬局面,《最高人民法院关于中华人民共和国涉外民事关系法律适用法解释一》(以下简称《法律适用法解释一》)第十四条在上述基础上,将我国法律作为最后选择。

在本文所搜集的案例中,大部分案例仲裁协议认定的准据法都是中国法(不含港澳台地区),仅有少数几例的准据法采用其他国家(或地区)的法律。在国际商事交往中,当事人有时会忽略对仲裁协议准据法的约定,而仅约定主合同适用的法律。由于仲裁协议本身具有一定的独立性,必须明确其适用的准据法才可认定其效力。而不难发现,实践中法院对于外国法的查明积极性并不高,对当事人而言难度更大,其查明途径少、资源消耗大。

3. 我国国际商事仲裁协议效力的延伸

从实践来看,我国国际商事仲裁协议被认定为有效的情形占据绝大多数,可见我国法院倾向于尽可能使仲裁协议归于有效。但在某些特殊情况下,仲裁协议的效力会在形式要件和实质要件的基础上进一步扩张。

3.1. 仲裁协议书面形式的突破

书面形式固然是最普遍的国际商事仲裁协议有效的形式要件,然而随着国际社会往来方式以及交易

方式发生的巨大变革，对仲裁协议书面形式的要求已经无法最真实体现当事人之间的仲裁意思合意。

考察域外国家的经验，早在 1996 年的《英国仲裁法》中就已经在坚持仲裁协议书面形式的前提下，对“书面”的解释给予了极大的宽松度。其未对仲裁协议的“书面”做签署的要求，一定程度上扩大了“书面”的范围。甚至在此之前的《国际商事仲裁示范法》条文中也对仲裁协议的书面形式作出了更为详尽和可操作性的规定。可见，现代国际条约和国家立法似乎正朝着放宽这种形式要件的方向发展[2]。

3.2. 仲裁协议独立性原则的突破

仲裁协议独立性原则的突破，表现为合同权利义务继承人可以受到仲裁协议的约束，相当于合同当事人的地位。在实践中，对仲裁协议有效性的形式要件以及实质要件的认定中常常会提到仲裁协议的独立性原则。仲裁协议独立性的基础是当事人意思自治原则的最大化体现：在主合同订立一方权利义务既受后，即使产生了新的合同主体，也不应当影响仲裁协议对所争议事项的仲裁约定。

虽然我国《仲裁法》已经认可仲裁协议的独立性，但是对主合同权利义务主体承继的情形下，仲裁协议能否基于仲裁协议独立性实现合同相对性的突破尚未明确。本文认为，在满足其他条件的前提下，应当承认此类情况下仲裁协议的效力。

3.3. 仲裁协议效力延伸的本质——尽可能有效

国际商事仲裁协议效力的延伸本质上是为了使得仲裁协议尽可能的有效。仲裁协议效力的突破在我国依然具有一定难度，原则上仅存在瑕疵或缺陷的仲裁协议的有效性制度还有待调整，真正要突破现有仲裁协议效力的制度目前只能更多的停留在理论上，在实践中也仅存在个例。

本文认为，对该制度的探索应当与形式要件、实质要件等相关的效力制度相联系，辨析出当事人的意思表示、仲裁协议的继承人，即该制度的关键在于主体的认定。认定主体基于查明仲裁协议签订的背景、当事人、签订过程以及可能导致仲裁协议效力延伸的事由进行分析，进一步通过基础法律关系的规定以及相关法律关系的分析，对于突破一般仲裁协议明示合意的情形、独立性原则以及合同相对性原则等进行判断。

4. 仲裁协议效力司法认定的实践审视

从实践中趋势可以看出，目前我国处理国际商事仲裁协议效力问题上偏向于使仲裁协议尽量有效。但我国在该问题上更局限于国内法，这也造成了我国法院、仲裁机构对于仲裁协议有效性的认定相对于他国较为严格，因此存在认定仲裁协议无效的情形。本文围绕司法实践，对当前我国国际商事仲裁协议的司法认定现状做出审视与分析。

4.1. 形式要件审查

在形式要件的审查上，我国总体而言趋向于宽松。值得思考的问题是：已默示行为以及并入仲裁协议方式所达成的仲裁协议，是否可认为是书面形式扩张的表现形式？《国际商事示范法》对口头、默示、援引等方式达成的仲裁协议持肯定态度，突破传统书面形式的限制与苛求，对仲裁协议的书面性认定极为宽泛。当下各缔约国对《纽约公约》中仲裁协议双方当事人签署的必要性出现争议，包括是否确实需要协议双方签署、书信电报往来等具有延时性的文件出现一方或双方未签署的情况如何认定、通过网络数字签字是否符合公约的要求[3]。随着信息时代的发展，应当重新审视传统仲裁制度，并根据时代发展的需要，对其进行新的解释。

至于默示行为所达成的仲裁协议效力，在我国尚未被完全认可。默示仲裁协议的效力欲获得我国法院的支持，必须满足两个条件：其一，必须存在《仲裁法》第 4 条所规定的仲裁协议；其二，在一方当

事人提起仲裁时，另一方未表示反对且参与了仲裁程序。只有这两点均满足之后，方可构成有效的默示仲裁协议^[4]。本文认为，默示行为或许可以认为是书面形式的进一步扩张，用行为表明愿意接受仲裁的制约，即表明其明确的仲裁意思表示，在其他条件成就之时应当认定仲裁协议有效。

对并入仲裁协议效力的认定关键在于合同是否有效并入以及合同是部分并入还是全部并入，我国相关司法解释对援引和并入仲裁协议表示了肯定。基于仲裁协议的独立性，合同的并入，其中的仲裁协议或条款是否需要单独提出，或是随着合同直接并入，在实践中的做法并不相同。可以看出，法院在认定并入的仲裁协议是否有效时，主要是通过被并入的合同是否具体、明确，是否能够体现双方当事人的意思表示来确定的。但总体来说，对被并入合同特别是该合同为格式合同的情况下，法院在认定其有效性的标准非常之苛刻；而在格式合同之外双方订立的合同中对仲裁协议的并入，法院对此审查非常之宽松。

4.2. 实质要件审查

仲裁的意思表示是仲裁协议的核心要件，是否具备真实的意思表示是认定仲裁协议效力的关键。在上述案例中，有关意思表示的异议主要包括当事人一方非合同主体、仲裁协议系伪造、无权代理等问题。其中较为典型的案例，中国平煤神马集团开封炭素有限公司的申请确认仲裁协议效力案¹，该案的焦点为自然人娄某所签订合同是否为职务行为，其所在公司是否会受该合同的约束。法院审理后认为，在娄某签订合同后，在履行合同的过程中其所在公司其他员工包括管理层工作人员均有参与，可以判定娄某签订合同的行为系职务行为，其所在公司受合同的约束。实践中的仲裁协议意思表示争议，多数发生在代理及职务行为中。从代理行为或者职务行为中探究被代理人的意思表示。法院在此类案件的审查中，着重审查仲裁协议对原告、被告是否具有约束力，即诉讼主体的地位是否适格等。

对仲裁机构的确定，我国采取的是仲裁协议的明确和法律的推定。在实践中，仲裁机构再确认国际商事仲裁协议效力案件中仲裁机构的选择常常作为案件争议焦点出现，其主要包括当事人之间是否约定了仲裁机构、约定多个仲裁机构且不能确定唯一性、约定的仲裁机构名称模糊或者直接约定域外机构。前三种情形并不会导致仲裁协议直接无效，而给予双方当事人补救的机会，明确仲裁机构后仲裁协议仍可有效。

关于仲裁事项的审查，因各国在立法中相关规定较为笼统，实践中法院具有较大的自由裁量权。仲裁事项应当具有可仲裁性。我国《仲裁法》采用排除法规定非仲裁范围，明确具有人身性质的民事争议和行政争议不能仲裁；后在司法解释中确定了仲裁事项的广泛性，即有关合同争议均可以认定为仲裁事项。这就导致在涉外商事仲裁中忽视对仲裁事项的审查，或者即使对仲裁事项审查标准极为宽松。除此之外，涉外商事仲裁协议中仲裁事项可分性问题，及仲裁事项可分的情形下准据法选择的问题都有待探究。

4.3. 法律适用审查

在仲裁协议适用的法律上，我国司法实践在2017年颁布的《仲裁司法审查规定》中解释了当事人没有选择适用的法律时应当适用的法律，即仲裁机构所在法与仲裁地法中认定仲裁协议有效的法律。此规定在事实上确立了我国实践对仲裁协议效力认定的“使其有效”原则，然而这种适用原则在实践中仍存在障碍。

4.3.1. 适用仲裁机构所在地法可能不符合当事人的预期

首先，对仲裁机构的选择并不意味着选择仲裁机构所在地作为仲裁地，或愿意适用仲裁机构所在地法。其次，当事人选择某仲裁机构或仲裁规则并不意味着仲裁庭会将仲裁机构所在地作为仲裁地。故在使仲裁协议尽可能有效的原则下任意增添“仲裁机构所在地”这一连结因素，则可能导致法院直接适用仲

¹ 参见河南省郑州市中级人民法院(2019)豫01民特76号民事裁定书。

裁机构所在地法律判断仲裁协议有效。

4.3.2. 适用仲裁机构所在地法在法院实践操作上存在障碍

首先,我国立法中“仲裁机构”这一概念的含义范围随着时间的推移产生了明显的变化。其次,“仲裁机构所在地法”本身的含义模糊不清:其究竟是指仲裁机构的注册地的法律还是实际办公地点的法律?若是外国临时仲裁,又该如何确定其仲裁机构所在地?这些仍然是悬而未决的问题。

5. 我国国际商事仲裁协议司法认定之完善建议

通过考察司法实践中仲裁协议的认定情况,已经能够总结出我国相关制度在司法上的总体趋势。但如上所述,我国这项制度在实践中仍然存在问题,因此有必要逐步完善相关司法审查制度。

5.1. 遵循当事人意思自治原则

国际商事仲裁的生命力在于充分尊重当事人意思自治,这是国际商事仲裁的核心要义[5]。对仲裁制度而言,当事人之间的自主约定,即满足当事人意思自治这一基础原则十分重要,有效的仲裁协议可以排除法院的管辖。但我国的仲裁立法并没有完全遵循这项原则,《仲裁法》要求一份有效的仲裁协议中必须明确对仲裁机构选择。该项规定对当事人愿意将争议提交仲裁的意愿没有进行充分保障,反而在仲裁机构的规定上过于严格。

本文建议,我国的仲裁法可进行相应的修改,并且可采纳《纽约公约》第2条第3款规定的仲裁协议可执行性标准。这样既能体现当事人意思自治原则,又能在法律上给仲裁事业的发展提供支持。

5.2. 弱化仲裁机构选定的强制性要求

仲裁机构的明确选定作为仲裁协议必备的实质要件,是我国在《仲裁法》中明文规定的内容。我国对仲裁协议效力审查的司法实践中,由于当事人在仲裁协议中对仲裁机构选择不明,存在被认定为无效的情形。

本文认为,可以考虑设立临时机构。临时仲裁与机构仲裁相比,更具有灵活性,能够更快的解决纠纷,并且仲裁庭被当事人的授权后会比仲裁机构拥有更多自主权利。在国际上,通过仲裁机构来解决争议的较少,许多争议的解决都是以临时仲裁的方式来解决,这说明在实际中,临时仲裁的作用还是很大的[6]。且纵观国际商事仲裁的实践和各学者的理论研究,可以得出,一个真正能解决问题的完整仲裁制度,应当包括临时仲裁和机构仲裁两部分。

5.3. 完善“使其有效”原则

在当事人约定了仲裁地或仲裁机构的前提下,“使其有效”原则才得以适用。而该原则在实际适用中又会产生诸多问题,因此有必要完善该原则,使其与我国实践相衔接。

5.3.1. 扩张“使其有效”原则的适用

学界有观点认为,可以在删去“仲裁机构所在地”这一连结点的前提下,适当扩展“使其有效”原则的适用范围,将法院地法与其他可能与仲裁协议有着最密切联系的法律也纳入“使其有效”原则的框架。总体而言,此修改方式能够充分发挥“使其有效”原则的作用,更好地保护当事人诉诸仲裁的意志,并进一步体现对仲裁的支持态度[7]。

5.3.2. 单独适用仲裁地法

扩张适用“使其有效”原则可能并非相关规则修改的最佳途径。本文认为,可以单独删去“仲裁机构所在地”这一连结点,仅保留“仲裁地”这一国际社会普遍承认的连结点。据此,在当事人未约定准

据法时，法院应当单独适用仲裁地法以判断仲裁协议的效力。此修改方式能够在不突破现行法律的框架下，体现我国的司法主权，并与国际社会通行做法及《纽约公约》的规定保持一致。

6. 结语

我国国际商事仲裁协议认定的司法实践中，有效认定占多数，但部分无效认定仍存在解释的空间。本文建议，我国法院在对仲裁协议效力认定的司法审查过程中，应本着宽严相济的精神，尊重当事人仲裁意思的选择，尽量使仲裁协议有效。这样不仅利于我国仲裁机构在国际上立足，也有利于我国仲裁事业的发展。

参考文献

- [1] 刘晓红. 国际商事仲裁协议的法理与实证研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法学院, 2005.
- [2] 马占军. 我国仲裁协议效力认定研究[J]. 环球法律评论, 2008(5): 49-56.
- [3] 杜新丽. 国际商事仲裁理论与实践专题研究[M]. 上海: 中国政法大学出版社, 2009: 72.
- [4] 杨文升, 张虎. 论《纽约公约》下仲裁协议效力的确定——以“默示仲裁协议”为视角[J]. 法学杂志, 2015, 36(4): 91-97.
- [5] 杜焕芳, 李贤森. 国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡[J]. 法学评论, 2020, 38(2): 167-174.
- [6] 韩健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践(修订本)[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 33.
- [7] 文稳, 陈卫佐. 仲裁协议实质有效性准据法的确定: 新方法的视角[J]. 青海社会科学, 2018(3): 134-140.