



## 争议解决

### 你起草的涉外争议解决条款有效吗？

#### 跨境商事争议解决实务系列（二）：起草涉外仲裁协议的注意事项<sup>1</sup>

陈湘林 | 翟雪明

所谓涉外仲裁协议，即针对存在“涉外”因素的民商事法律关系而订立的仲裁协议。那么当我们确定法律关系具有“涉外”因素之后，是否就可以随心所欲地起草涉外仲裁协议了呢？本文就将对此问题作出分析和解答。

需要说明的是，对于涉外仲裁的司法审查程序，有可能发生在不同的国家或地区，但本文谨对有可能发生在中国大陆地区的涉仲司法审查程序展开讨论。

#### 一、起草涉外仲裁协议时需要考量的主要因素是什么

概括而言，对于涉外仲裁协议的起草，应当从仲裁协议的效力和功用两个方面加以重点考量。

首先，在准备起草涉外仲裁协议时，应当关注仲裁协议的效力。在当事人预测仲裁协议是否有效时，则应当首先关注由哪个法域的法院管辖，也就是涉仲司法审查程序将会发生在哪里。而后应当关注判断仲裁协议效力的准据法，即推论仲裁协议效力的大前提。最后需要关注仲裁协议的具体内容，也就是推论仲裁协议效力的小前提。只有在明确了大前提的基础上，对小前提的审查才有意义。而对于小前提即仲裁协议具体内容的审查，则更多的体现出不同法域的特点，只有深入具体的法律规范和判例，才能从中窥出端倪。

其次，在仲裁协议的效力得以确认后，当事人可以通过对仲裁协议内容的设计，力争通过对程序事项的约定，实现更多的程序利益。

#### 二、如何确保仲裁协议有效

对于国际仲裁而言，确保仲裁协议有效，是仲裁裁决能够得到承认与执行即最终实现仲裁

<sup>1</sup> 本文以中国大陆地区司法审查标准为例。

目的的重要前提。

## 1. 判断涉仲司法审查程序的发生地

一项仲裁协议是否有效，具有实效性的结论是要通过司法审查程序作出的。这就意味着，司法审查程序在哪里进行，是当事人预判仲裁协议是否有效时面临的第一个问题，因为司法审查程序中所适用的是法院地的冲突规范。

《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》（法释〔2017〕22号）（以下简称《涉仲司法审查规定》）第1条中，对仲裁司法审查案件的范围作出了规定，其中有关涉外仲裁协议的司法审查程序可以概括为以下几类。

### 1) 确认涉外仲裁协议效力之诉

依据《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》（法释〔2006〕7号）第12条的规定，“申请确认涉外仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。”由此可见，如果仲裁协议约定的仲裁机构在中国大陆地区，或者仲裁协议的签订地在中国大陆地区，亦或仲裁协议的任一方当事人为中华人民共和国公民或在中国大陆地区注册的法人或其他组织，则针对该仲裁协议，有可能在中国大陆地区发生确认仲裁协议效力的司法审查程序。

### 2) 撤销涉外仲裁裁决之诉

依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）的规定，申请撤销仲裁裁决的管辖法院为仲裁地法院或所适用的实体法所属地法院。因此理论上，如果该项仲裁的仲裁地为中国大陆地区（仲裁协议中约定的仲裁地在中国大陆地区，或者依据适用的仲裁规则可以确认仲裁地在中国大陆地区），或者仲裁所适用的法律为中国大陆地区的实体法，那么撤销仲裁裁决的司法审查程序将有可能在中国大陆地区发生。

但实践中，由于中国大陆地区《仲裁法》所规定的撤销仲裁裁决的管辖法院为仲裁机构所在地的中级人民法院，因此，结合上述《涉仲司法审查规定》的内容，通常情况下只有在仲裁机构为中国大陆地区的国际仲裁机构时，当事人才可以申请在中国大陆地区撤销该涉外仲裁裁决。

### 3) 承认与执行外国仲裁裁决

如果案件的被申请人为中华人民共和国公民或在中国大陆地区注册的法人或其他组织，或者被申请人有可供执行的财产在中国大陆地区，那么申请人有必要考虑在中国大陆地区发起承认与执行国际仲裁裁决的程序。

按照《纽约公约》的规定，在承认与执行国际仲裁裁决的程序中，如果法院认为作出仲裁裁决所依据的仲裁协议系无效的仲裁协议，则可以拒绝承认和执行该仲裁裁决。因此，对仲裁协议效力的审查，是极有可能发生在承认与执行国际仲裁裁决的司法审查程序中的。

如以上分析，如果当事人认为其起草的仲裁协议将有可能在中国大陆地区面临司法审查，那么就有必要进一步思考在中国大陆地区的司法审查程序中以何标准确认仲裁协议的效力。

## 2. 判断确认仲裁协议效力的准据法（以下简称“仲裁协议准据法”）

对准据法的确定是判断涉外仲裁协议效力的大前提。当法官需要判断涉外仲裁协议效力时，首先要做的就是确定其准据法。而对于仲裁协议准据法的确定，则需要法官依据法院地的相关冲突规范加以甄别。

在中国大陆地区，有关仲裁协议准据法的冲突规范集中体现在以下四段法律条文中（按生效时间顺序排列）：

\*《仲裁法解释》第 16 条规定：“对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。”

\*\*《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（2010 年）第 18 条规定：“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。”

\*\*\*《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）》（法释〔2012〕24 号）第 14 条规定：“当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。”

\*\*\*\*《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》（法释〔2017〕22 号）第 16 条规定：“人民法院适用《承认及执行外国仲裁裁决公约》审查当事人申请承认和执行外国仲裁裁决案件时，被申请人以仲裁协议无效为由提出抗辩的，人民法院应当依照该公约第五条第一款（甲）项的规定，确定确认仲裁协议效力应当适用的法律。”

从以上冲突规范中，我们可以归结出在中国大陆地区的涉仲司法审查中确定仲裁协议准据法的基本规则，即：

第一，当事人可以约定确认仲裁协议准据法，如果约定了该准据法，法院应当直接适用；

第二，如果当事人没有约定仲裁协议准据法，在 2010 年《法律适用法》生效之前，若仲裁协议中约定了仲裁地，则应当适用仲裁地法为准据法；

第三，如果当事人没有约定仲裁协议准据法，在 2010 年《法律适用法》生效之后，应当适用仲裁机构所在地或仲裁地法作为准据法；

第四，当事人既没有约定仲裁协议准据法，也没有约定仲裁机构或仲裁地，或者约定不明的，适用法院地法即中国大陆地区法律作为仲裁协议准据法。

经过以上归纳，确定准据法的过程看似明确，但在实践中仍然存在以下两个颇有争议的问题，这两个问题使得法院在决定仲裁协议准据法时仍然存在不确定性。

1) 合同约定的准据法究竟仅仅是解决实体问题的准据法还是包含确认仲裁协议效力的准据法？

商事合同条款中一般会包含“法律适用”条款，该种条款在文字表述上通常是概括性

的，并没有直接表明双方选择的适用法律究竟是仅指解决合同实体争议所适用的法律，还是也包含仲裁协议准据法。

对于当事人在订立“法律适用”条款时的真实意思表示，通常有两种不同的理解，而这两种理解也直接导致司法实践中两种不同的裁判思路。如果将有关“适用法律”的概括性规定理解为仅针对实体争议所适用的法律，则结论是当事人没有在协议中约定仲裁协议准据法；而如果结合合同上下文的内容，并对条款的文字进行适当解释，从而推论出该条款的约定包含对于仲裁协议准据法的约定，则结论是法院应当直接适用该条款约定的法律来判断案涉仲裁协议是否有效。

※2007年，最高人民法院作出(2006)民四终字第28号借款担保合同纠纷案裁定书。

争议合同中约定的仲裁协议及法律适用条款为：“四方应妥善解决履行中发生的争议，协商解决不成的，提交仲裁解决。本协议适用中华人民共和国香港特别行政区法律。”

最高院认为：“当事人对确定仲裁条款效力的准据法是在合同中约定的，但这种约定必须是明确约定，合同中约定的适用于解决合同争议的准据法，不能用来判定涉外仲裁条款的效力。”

此后《涉仲司法审查规定》第13条即对该问题做出了概括性的规定：“当事人协议选择确认涉外仲裁协议效力适用的法律，应当作出明确的意思表示，仅约定合同适用的法律，不能作为确认合同中仲裁条款效力适用的法律。”

※2017年，无锡中院作出(2015)锡商外仲审字第2号认可和执行香港特别行政区仲裁裁决民事裁定书。

对于合同中相邻的“法律适用”条款与“争议解决”条款的关系，无锡中院认为：“第十六章为法律适用，第四十三条约定‘本合同的订立、效力、解释、履行和争议的解决均受中华人民共和国法律的管辖。’第十七章为争议的解决，第四十四条约定‘凡因执行本协议所发生的或与本协议有关的一切争执，双方应协商解决。如果协商不能得到解决，应提交香港国际仲裁中心由单个仲裁员根据仲裁中心规则进行仲裁……’第四十四条仲裁条款即属于‘争议的解决’条款，根据上下文文字的逻辑关系，以及从合同文本的整体性来理解，可以认定三方对于仲裁条款适用的准据法有了明确的约定，即适用中华人民共和国内地法律。”

基于以上判例不难发现，法院的态度经历了一个变化的过程，从完全否认概括性“法律适用”条款对于仲裁协议准据法的影响，到一定程度上将概括性条款解释为包含对于仲裁协议准据法的约定。在中国大陆地区近些年的司法实践中，多数法院似乎更倾向于综合合同签订的情况以及合同上下文的约定进行综合考量，从而将未加说明的概括性的“法律适用”条款解释为包含对仲裁协议准据法的约定。

因此，对于签订涉外仲裁协议的当事人而言，如果希望以某一特定法域的法律作为协议效力准据法，就不要完全寄希望于通过对仲裁地或仲裁机构的约定进行间接选择，而应在协议中直接作出明确具体的关于仲裁协议准据法的约定，以避免司法审查中法院对“法律适用”条款进行解释所带来的不确定性。

- 2) 当事人没有直接约定仲裁协议准据法，却同时约定了仲裁机构和仲裁地，且仲裁机构所在地与仲裁地不一致，如何确定仲裁协议准据法？

按照上述《仲裁法解释》的规定，如果当事人没有约定仲裁协议准据法，应当适用仲裁地法，法律连接点只有一个，即仲裁地；而按照《法律适用法》的规定，如果当事人没有约定仲裁协议准据法，则应当适用仲裁地法或仲裁机构所在地的法律，同时存在两个或然的法律连接点，即仲裁地或仲裁机构所在地。

为了更清楚地说明由两个法律连接点引申的更多变化，可将连接点的选择归纳为以下四种情况加以讨论：

- (1) 当事人仅约定了仲裁地，但没有约定仲裁机构。

这种情况比较简单，以仲裁地法作为确认仲裁协议效力的准据法即可。

- (2) 当事人仅约定了仲裁机构，但没有约定仲裁地。

这种情况比较常见，以仲裁机构所在地的法律作为确认仲裁协议效力的准据法即可。事实上，如果约定了仲裁机构，按照各国际仲裁机构的仲裁规则，一般情况下，在当事人没有约定仲裁地的情况下，仲裁机构所在地即为仲裁地。

- (3) 当事人约定仲裁地的同时约定了仲裁机构，且仲裁地与仲裁机构所在地相同。

在这种情况下，无论选择哪一个连接点，适用的准据法都是一样的。

- (4) 当事人约定仲裁地的同时约定了仲裁机构，但仲裁地与仲裁机构所在地不同。

这种情况引起的争议较大，原因在于依据《法律适用法》的规定，两个连接点都可以确定仲裁协议准据法，而依据两个连接点所得出的结论并不相同。

《涉仲司法审查规定》第 14 条对于这个问题提出了解决办法，即：

“人民法院根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条的规定，确定确认涉外仲裁协议效力适用的法律时，当事人没有选择适用的法律，适用仲裁机构所在地的法律与适用仲裁地的法律将对仲裁协议的效力作出不同认定的，人民法院应当适用确认仲裁协议有效的法律。”

尽管上述规定能够指导审判实践工作，但并没有明确提出或暗示出法理层面的依据。而笔者认为，当出现两种连接点得出不同结论的情况时，仲裁地的法律应当优先于仲裁机构所在地的法律作为确认仲裁协议效力的准据法。

原因在于：首先，《纽约公约》中规定的确认仲裁协议效力的连接点仅有仲裁地，而公约并未强调仲裁机构所在地的概念，因此按照国际仲裁的惯例，以仲裁地为优先的连接点更易于为各法域的法律人士所接受；其次，仲裁地的概念不仅对于临时仲裁适用，对于机构仲裁同样适用，而仲裁机构所在地在临时仲裁中则没有意义。因此在逻辑上，确认临时仲裁协议的效力，只能适用仲裁地法律。

以上我们以中国大陆地区的法律规范为例，探讨了确认涉外仲裁协议效力的大前提即准据法的问题，接下来我们将结合若干典型判例，对于确认仲裁协议的小前提进行说明。

### 3. 中国大陆地区法院认定涉外仲裁协议效力的实践标准

围绕《仲裁法》中对于仲裁协议效力的规定，中国大陆地区在涉仲司法审查实践中已经出现了诸多典型判例，我们从中归纳出以下内容，以期能够为起草涉外仲裁协议的当事人提供借鉴。

- 1) 以中国大陆地区法律作为仲裁协议准据法时，仲裁协议中务必约定明确的仲裁机构（存在例外情形）

按照《仲裁法》第 16 条的规定，仲裁协议中必须包含选定的仲裁机构，这意味着中国大陆地区原则上不认可临时仲裁协议的效力。因此，在能够预测准据法为中国大陆地区法律后，当事人应当明确约定仲裁机构，以确保仲裁协议有效。

同时，鉴于《仲裁法解释》第 3 条至第 6 条的规定，在约定仲裁机构时，还应当注意以下细节：

- (1) 《仲裁法解释》第 3 条规定，“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”。

这一规定要求当事人约定的仲裁机构名称应当是准确的，或者能够通过约定的称谓确定唯一的仲裁机构。因此当事人在订立仲裁协议时，可以通过相应仲裁机构的官方网站，查证仲裁机构的准确名称。

- (2) 《仲裁法解释》第 4 条规定，“仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外”。

同时《涉仲司法审查规定》第 15 条规定：“仲裁协议未约定仲裁机构和仲裁地，但根据仲裁协议约定适用的仲裁规则可以确定仲裁机构或者仲裁地的，应当认定其为《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条中规定的仲裁机构或者仲裁地。”

上述规定要求当事人如果仅约定适用的仲裁规则，则需要确保该仲裁规则中明确规定了“选择规则即视为选择仲裁机构”，如 ICC 2012 年生效的现行仲裁规则。

※在最高人民法院（2013）民四他字第 74 号对仲裁条款效力问题请示的复函中，当事人签订的仲裁条款显示：“任何各方之间所产生的或有关的建设、意义和操作或违反本合同效力的所有争议或分歧应通过仲裁在北京解决，国际商会的仲裁规则(ICC)和依据其所作的裁决对双方当事人具有约束力。仲裁庭应依据中华人民共和国法律，并应以华语进行。”

对此最高院认为：“双方当事人在合同中约定了适用国际商会仲裁规则进行仲裁，因此应当按照订立合同时有效的国际商会仲裁规则来确定本案仲裁条款是否约定了仲裁机构。2012 年 1 月 1 日生效的国际商会仲裁规则第六条第二款规定，‘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’，故国际商会仲裁院对仅约定适用其规则但未同时约定其他仲裁机构仲裁的合同争议具有

管辖权。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。”

- (3) 《仲裁法解释》第 5 条规定，“仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效”。

这一规定要求当事人需要最终选定一个仲裁机构，由于产生争议后的双方当事人很难再达成一致，因此如果在订立仲裁协议时选择了多家仲裁机构，则很有可能最终导致仲裁协议无效。

- (4) 《仲裁法解释》第 6 条规定，“仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效”。

根据这一规定，当事人在选择仲裁机构时应尽量避免以约定仲裁机构所在地的形式约定仲裁机构。在中国大陆地区的发达城市中，往往一个城市会容纳两家以上的国际仲裁机构，特别是北京、上海、深圳等地，在这种情况下，如果仅约定仲裁机构所在地，极有可能造成仲裁协议无效。

当然，尽管原则上中国大陆地区不认可临时仲裁条款的效力，但也并非没有例外。2016 年 12 月 30 日，最高人民法院印发了《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，其中第 9 条第 3 段规定：“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的，可以认定该仲裁协议有效。”由此确立了自贸区项下临时仲裁制度，也是中国大陆地区法律中关于仲裁协议必须明确选定仲裁机构这一规则的例外。

- 2) 以中国大陆地区法律作为仲裁协议准据法时，对于约定外国仲裁机构在中国大陆地区仲裁的协议效力问题。

这种仲裁协议的典型情形是：当事人约定由外国仲裁机构进行仲裁，同时约定仲裁地在中国大陆地区。这类仲裁协议的执行，涉及到外国仲裁机构是否能够获准进入中国仲裁市场的管理性问题，同时也涉及到基于此类仲裁协议作出的仲裁裁决能否基于《纽约公约》在中国大陆地区得到承认和执行的法律技术性问题。因此，对于此类仲裁协议效力的判断，一度存在较大争议。

支持此类仲裁协议有效的观点认为：此类仲裁协议亦属于双方当事人真实意思表示。仲裁条款中具有请求仲裁的意思表示和约定的仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，符合《仲裁法》第 16 条中对于仲裁协议效力的要求，系有效的仲裁协议。

支持此类仲裁协议无效的观点认为：《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。仲裁在中国大陆地区是需要经过行政机关特许才能提供的专业服务，中国大陆政府并未向国外开放仲裁市场，故国外仲裁机构依法不

能在中国大陆地区进行仲裁。

而随着我国仲裁制度的逐步国际化，在司法实践中逐步形成了确认上述仲裁协议有效的裁判规则。

※2013年，最高院作出了（2013）民四他字第13号复函，对类似仲裁协议的效力问题给出了较为明确的答复。

案涉仲裁条款约定：“因合同而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’（PLACE OF JURISDICTION SHALL BE SHANGHAI, CHINA）。”

最高院的复函对约定外国仲裁机构在中国大陆地区仲裁的仲裁协议效力作出了简单明确的判断，即：“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，应认定有效。”

据此，在以中国大陆地区法律作为仲裁协议准据法的情况下，约定由外国仲裁机构在中国大陆地区仲裁（仲裁地在中国）是可行的，由此作出的裁决能够在中国大陆地区得到承认与执行。

### 3) 以中国大陆地区法律作为仲裁协议准据法时，对于混合仲裁条款效力的认定情况

“混合仲裁条款”是指约定由某一仲裁机构根据非该仲裁机构的规则进行仲裁的条款。在以中国大陆地区法律作为仲裁协议准据法的情况下，“混合仲裁条款”中体现了仲裁的意思表示、约定了仲裁事项、选定了仲裁机构，在原则上符合准据法对于有效仲裁协议的要求。

结合中国大陆地区法院在2013至2016年相继作出的生效判例来看，尽管原则上“混合仲裁条款”为中国大陆地区法律所接受，但当事人在起草“混合仲裁条款”时，仍然需要考量以下几个方面的问题，以避免风险。

#### (1) 约定适用的仲裁规则是否在约定的仲裁机构具有可执行性。

※2013年，杭州市中级人民法院作出了（2011）浙杭仲确字第7号申请承认和执行外国仲裁裁决案裁定书。

案涉仲裁条款约定：“任何争议由新加坡国际仲裁中心（SIAC）按照届时有效的国际商会国际仲裁院（ICC）仲裁规则在新加坡仲裁解决，仲裁庭由本条款规定的规则指定的三名仲裁员组成”。

杭州中院在裁定中认为：案涉仲裁庭的组成不符合双方当事人在仲裁协议中的约定，因为根据《国际商会仲裁规则》第8.4条规定首席仲裁员只能由国际商会仲裁院任命，但案件仲裁过程中SIAC按照《新仲裁规则》第8.1“由两位边裁选定首席仲裁员”的规定选定了首席仲裁员。由此，法院对于由SIAC做出的仲裁裁决不予承认与执行。

该判例告诉我们：约定适用的仲裁规则与约定的仲裁机构组织结构的契合程度越高，该规则在约定的仲裁机构得到有效执行的难度就越低，也就越能保证仲裁程序的顺利进行和仲裁裁决最终得到承认和执行。

因此，当事人在起草“混合仲裁条款”时，需要审查约定的仲裁规则与约定的仲裁机构之间的契合度，以免给仲裁机构管理仲裁程序造成困难，以及给仲裁裁决留下不被承认与执行的风险。

- (2) 可以选择适用临时仲裁规则，如 UNCITRAL 仲裁规则。

※2014 年，宁波市中级人民法院作出了（2012）浙甬仲确字第 4 号确认仲裁协议效力民事裁定书。

案涉仲裁条款约定：“仲裁应当在中国北京中国国际经济贸易仲裁中心进行，并适用现行有效的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》。”

最高院在给浙江省高院的复函中认为：本案所涉的仲裁条款并不违反《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，应当认定为有效。

在这个判例中，宁波中院与浙江省高院在上报最高院的报告中，都重点关注了 UNCITRAL 仲裁规则的性质问题。但最高院复函的内容已经表明，约定适用的仲裁规则并不是影响仲裁协议效力的因素。最终宁波中院在裁定书中也予以说明，尽管 UNCITRAL 仲裁规则的制定初衷是为了适用于临时仲裁，但并不排斥常设仲裁机构适用该规则。

- (3) 应注意如何应对 ICC 2012 年规则项下排除其他仲裁机构适用其规则的条款。

※2016 年，北京市第二中级人民法院作出（2015）二中民特字第 13516 号民事裁定书，驳回了当事人撤销仲裁裁决的申请。

案涉仲裁条款约定：“……如在该等有关争议的通知之日后六十日内双方未通过友好协商达成和解，任何一方可将争议事件提交中国国际经济贸易仲裁委员会（“仲裁委”），由三名仲裁员（不包括芬兰或中国公民）组成仲裁庭，根据国际商会的调解仲裁规则（“仲裁规则”）及本协议第 10.2 条的规定在北京进行终局仲裁。”

北京二中院在裁定中认为：“选择仲裁规则等于选择仲裁机构”的原则一般适用于当事人仅对仲裁规则作出约定而未约定仲裁机构的情形，而本案双方当事人明确约定贸仲为解决双方争议的仲裁机构。贸仲决定适用 1998 年《ICC 规则》审理案件，不影响贸仲作为该仲裁案件唯一的仲裁机构行使对案件的管理权。贸仲履行收取仲裁费、核阅裁决书等管理职能未违反法定程序，并无不当。”

在该判例中，仲裁程序适用的是 ICC 1998 年仲裁规则，而 ICC 在 2012 年推出了新规则，2012 年规则第 1 条第 2 款规定，“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”。该规则第 6 条第 2 款亦规定，“当事人同意按照本仲裁规则进行仲裁，即接受由仲裁院对该仲裁实施管理”。

尽管上述判例中的仲裁程序发生在 ICC 推出 2012 年新规则之前，但从北京二中院的裁判思路来看，当事人约定的仲裁机构可以履行选定的规则中关于机构管理的职能，不应受到除当事人约定内容以外的其他约束，且对于适用规则的选择应当充分尊重当事人的约定。

据此，如果沿用上述裁判逻辑，即使适用 ICC 2012 年新规则，也不应影响该种“混合仲裁协议”的效力。但为保险起见，我们建议起草涉及 ICC 2012 规则的仲裁协议时，当事人能够在仲裁协议中作出特别约定，即约定：“由 XXX 仲裁机构适用 ICC 2012 年规则管理仲裁，但排除 ICC 2012 年规则第一条第 2 款和第 6 条第 2 款的适用。”如此则可以确保该“混合仲裁条款”的效力不至于因为上述两条规则而受到影响。

### 三、 如何签订有利于己方的仲裁协议

在确认仲裁协议有效的基础上，当事人可以考虑如何通过仲裁协议中对特定程序事项的约定，最大程度维护自身的程序权利，甚至通过合理的方式在仲裁程序中占据优势。

在涉外仲裁协议中，由于涉及到跨地域仲裁的问题，有以下一些事项当事人可以给予特别关注，这些事项通常是可以在仲裁协议中或伴随着仲裁协议一并作出约定的。对于这些事项的确定，都会直接关系到仲裁程序对当事人的“友好程度”，甚至直接或间接地影响仲裁结果。

#### 1. 仲裁地的选择

除了前文已经述及的对于仲裁协议准据法的影响外，在约定仲裁地时，当事人对于以下两个因素应当予以关注。

##### 1) 仲裁地作为撤销仲裁裁决申请的管辖地。

尽管按照《纽约公约》的字面表述，被仲裁地法院撤销的仲裁裁决，仍然可以得到执行地法院的承认与执行。但是实践中如果一份仲裁裁决已经被仲裁地法院撤销，那么在执行地也存在较大可能被不予承认与执行。因此，对于很可能成为仲裁申请方的当事人，在选择仲裁地时，应当尽量选择对仲裁制度持友好和开放态度的国家或地区，以减小裁决被撤销的风险。

##### 2) 仲裁地所决定的裁决国籍对于执行地法院的影响。

尽管《纽约公约》的缔约国已经达到 157 个，但与此同时，不少国家相互之间还签订了双边司法协助协定，并将双边条约作为相互承认与执行仲裁裁决的基础依据。因此，作为很可能成为仲裁申请方的当事人，在选择仲裁地时，应当考虑该仲裁地与执行地国家之间是否存有互相执行仲裁裁决的互惠协定，如果存在，则可以大大提高仲裁裁决获得承认与执行的效率。

#### 2. 仲裁语言的选择

对于仲裁语言的约定已经越来越成为国际仲裁当事人力求在仲裁活动中体现其话语权的重要领域。

显然，如果约定的仲裁语言为一方当事人的母语，那么对于该方当事人而言，其与仲裁庭的沟通会更为顺畅，表达观点会更为充分。此外不容忽视的是，对仲裁语言的熟悉程度与仲裁成本呈现反比关系，对仲裁语言越熟悉，仲裁成本越小。这些成本包括文件的翻译成本、与专

业律师的沟通成本、与专家证人的沟通成本等等。

### 3. 对于仲裁庭组成的特别约定

按照《纽约公约》的规定，“仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人间协议不符，或当事人间没有协议时同仲裁地所在国法律不符者”，仲裁裁决不应得到承认与执行。从此规定可以看出，对于仲裁庭的组成方式和仲裁程序，当事人之间的约定是第一位应予考虑的。

而对于仲裁庭组成方式和仲裁程序的具体约定，当事人可以在订立仲裁条款时考虑以下几方面事项：

#### 1) 仲裁员的产生方式。

按照各个国际仲裁机构的仲裁规则，仲裁员的产生方式多种多样，可以由当事人自行选定，可以由仲裁机构指定，也可以由选定的仲裁员指定第三位仲裁员，或者采取推荐名单等更为复杂的方式。当事人完全可以依据自己的偏好以及对公平程序的理解在仲裁协议中对仲裁员的产生方式作出事前约定。

#### 2) 仲裁员的国籍与资质

在国际仲裁中，双方当事人的国籍往往不同，因此，仲裁员的国籍不出意料地成为敏感问题之一。对此，不妨在订立仲裁协议时即作出约定，例如约定仲裁员只能来自于第三国，或者排除具有某一利益相关方国籍的仲裁员进入仲裁程序。

另一个当事人经常约定的事项是仲裁员具备的资质。例如当事人考虑到案涉合同是基于香港法订立，应当对香港法进行解释与适用，因此仲裁员应当具有香港地区律师资格。再例如案涉交易具有某一领域的专业性，比如在建设工程案件中，当事人可以约定由具有英国皇家特许建造学会颁发的皇家特许建造师资格的专业人士作为仲裁员。

#### 3) 个别程序事项的特别安排

通常情况下，当事人选择适用某一仲裁规则，意味着适用该规则中的所有条款。而如果当事人对于某些程序事项存在特殊需求，也是可以在仲裁协议中作出特别约定的。例如为提高仲裁效率，协议放弃特定的期限权利，再例如对于证据的提交方式、交换方式、质证方式等等，都可以进行事前约定，以节约仲裁资源和时间成本。

### 4. 开庭地的选择

国际仲裁的庭审通常要持续较长的时间，跨度达到几天甚至一周的时间。参与开庭不仅涉及到当事人及代理人自身的食宿和交通问题，也需要由当事人安排相应的事实证人和专家证人赶赴开庭地点。因此，如果开庭地约定在对一方当事人相对便利的地方，该方当事人的仲裁成本会相对降低，对庭审的准备也会相对从容。

以上事项都是当事人在订立仲裁协议的过程中可以特别考量并作出具体约定的，特别是对于处在谈判优势地位的一方当事人而言，订立仲裁协议的过程也是充分利用其谈判优势地位的过程。

#### 四、 小结

对于起草涉外仲裁协议的当事人而言，所希望实现的核心目的必然是使该仲裁协议发生相应的效用，而实现这一目的所面临的阻力主要来源于涉仲司法审查程序。因此，当事人可以按照以下步骤展开评估和规划：

第一步，评估涉仲司法审查程序会发生在哪个国家或地区，因为法院首先会适用法院地法中的冲突规则。

第二步，法院地法中的冲突规则决定了仲裁协议准据法，而准据法正是判断仲裁协议效力的大前提。

第三步，关注确认仲裁协议效力的小前提，也就是关注法院如何认定仲裁协议中的具体约定内容，进而判断该内容是否与准据法相容。

第四步，在能够基本确认仲裁协议有效的前提下，作为具有谈判优势的一方当事人，还可以考虑如何通过对仲裁程序事项的事先约定，使己方以合理合约的方式在仲裁程序中占据优势。

#### 跨境商事争议解决实务系列：

（一）：如何判断合同是否“涉外”？

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤 **陈湘林** 律师（+8610-85164166; [xianglin.chen@hankunlaw.com](mailto:xianglin.chen@hankunlaw.com)）联系。