

国际商事仲裁协议的法律适用

马 曦

上海政法学院法律学院，上海

摘 要 | 随着各国间经济往来的日益增多，国际商事仲裁作为解决争端的重要途径，越来越受到重视。有必要明确国际商事仲裁中的法律适用情形，主要表现为三个方面，即仲裁协议、仲裁程序问题、仲裁实体问题。其中最为重要的是国际商事仲裁协议的法律适用问题，这是研究国际商事仲裁法律适用的前提和基础性问题，只有明确此问题，才能进一步讨论实体与程序问题。本文将结合各国以及相关的国际组织的仲裁立法及适用实践和相关理论，并比较中国现行情况，完整分析国际商事仲裁协议的法律适用问题。

关键词 | 国际商事仲裁；仲裁协议；法律适用

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

随着国际间经济往来日益频繁，国际商事仲裁作为一种重要的贸易争端解决途径，更加需要明确通过仲裁途径解决争端带来的法律适用问题。问题主要表现为三个方面，即仲裁协议、仲裁程序问题、仲裁实体问题。其中，国际商事仲裁能否顺利运转的前提和基础性问题 是仲裁协议的效力认定情况，因而具有更为重要的意义。国际商事仲裁协议的法律适用即考虑以什么样的规则标准

去认定仲裁协议的效力。国际商事仲裁协议是用于解决争端的协议，但由于其往往与多个国家的法律发生联系，其本身也成为争议的焦点。本文将结合世界各国以及相关的国际组织的仲裁立法及适用实践和相关理论，完整分析国际商事仲裁协议的法律适用问题。

二、仲裁条款的独立性问题

本章节需讨论两个问题，其一是仲裁条款对于主合同的依附性，若主合同无效，仲裁条款的效力应当作何认定；其二国际商事合同主合同的法律适用原则是否适用于仲裁条款。

（一）仲裁条款自治权理论

仲裁条款的独立性主要是讨论当某一国际商事合同的主合同存在无效情形时，其效力是否及于合同中所规定的仲裁条款，仲裁条款是否因国际商事合同的无效而无效。^①

在实践中，目前有两种观点。

第一种，仲裁条款作为主合同的重要组成部分，具有依附性，按照合同主从关系说，当主合同无效时，仲裁条款必然无效。

第二种，仲裁条款具有相对独立性，它独立于整个合同，其效力并不受主合同效力的影响，有其自身效力认定的标准，即使主合同无效，其对争议解决的相关规定仍然有效，对双方当事人具有约束力。^②

第一种理论被越来越多的国家所批评，更多的国家开始接受第二种理论，即仲裁条款自治权理论。仲裁条款虽然包含在主合同中，但应将其理解为与主合同相互独立的协议，仲裁条款部分虽然为从合同，但其并不依附于主合同，两个合同具有各自的效力评判标准。主合同规定了当事人所追求的经济利益，双方当事人之间在国际商事活动中的实体权利义务，而次合同则规定了当争议

^① 寇丽. 国际商事仲裁协议法律适用若干问题探析——从仲裁条款的独立性角度出发 [J]. 仲裁研究, 2004, 8(1).

^② 杨晨阳. 仲裁条款法律适用与“仲裁条款独立性”研究 [D]. 华东政法大学, 2022.

出现时,应当通过仲裁的方式予以解决。主合同与次合同分别针对不同的法律关系,次合同一般情况下并不存在适用空间,只有当主合同履行过程中产生争议时,仲裁条款才有适用的机会,作为一种救济手段用于解决主合同的争端,保障合同目的最终得以顺利实现,应当认定其具有独立性,主合同的效力情况并不会影响从合同的效力认定,只要仲裁协议满足形式上的有效性和实质上的有效性,其即为有效。

(二) 主合同的法律适用原则是否及于仲裁条款

通过上文对仲裁条款独立性的探讨,我们可以得知,仲裁条款具有独立性,由此需要进一步研究国际商事合同的主合同的约定的准据法是否及于仲裁条款,这是基于仲裁条款独立性而必然存在的问题。^①其自治原则是国际商事活动中的重要原则,当双方当事人达成合意之后,确定了仲裁协议的准据法时,此时法律适用问题不存在任何疑问,但若双方当事人并未对应当适用的法律做出约定,此种情形下,主合同适用的准据法能否适用于仲裁协议则存在疑问。

目前有两种观点。第一种观点,整体论。将仲裁协议作为一个整体来确定应当适用的准据法。第二种观点,分割论。仲裁协议不再被作为一个整体,而是可将其所有要素予以切割,不同的要素适用不同的准据法。

从目前的实践来看,以《纽约公约》为代表的各国相关立法都选择了“分割论”的判断方法,下文也将采用“分割法”的方法判断仲裁协议的准据法是否可适用主合同的准据法。

在英国传统实践中,认为“主合同与仲裁条款是被一根绳串起来的”,“基于商业观念、交易习惯和契约推导出的双方当事人的真实意向”,当双方当事人未对法律适用做出约定时,可以适用主合同的准据法,从此观点来看,具有一定的合理性。

但是国际商事合同的主合同和仲裁协议被用于解决不同性质的法律关系,二者有着较大区别,主合同适用于实现双方当事人的合同目的,获得经济利益,

^① 马一飞. 涉外商事合同准据法对仲裁条款的适用——以仲裁条款独立性为视角[J]. 商事仲裁与调解, 2021(1): 139-147.

解决实体权利义务关系，而仲裁协议则用于解决程序问题，适用于主合同的准据法未必能妥善解决仲裁协议的法律适用问题。^①

其次，仲裁庭在选择适用准据法时，需要考虑是否违反仲裁庭所在地的强制性法律、公共秩序等问题，从而尽量选择出使仲裁协议生效的法律，而适用主合同的准据法无疑限制了仲裁庭的选择。

根据目前趋势来说，可以将适用主合同的准据法作为一种适用的例外而非原则，做出最优选择。

三、国际商事仲裁协议的法律适用规则

为解决国际商事仲裁协议的准据法的适用问题，形成下列规则。

（一）尊重意思自治原则

国际商事仲裁充分尊重意思自治原则的适用，这是由仲裁的特点决定的。由双方当事人协议确定国际商事仲裁协议应当适用的法律规则，目前这一规则也得到世界各国普遍的确认为。双方当事人事先确定好应当适用的准据法，为法院、仲裁庭提供了明确的指示，起到了确定性与可预见性的作用，加快仲裁解决争议的进程。但在实践中，常出现当事人只对实体权利义务应适用的法律做出选择，缺乏约定对仲裁协议效力认定的法律。

（二）当事人无明示选择时，仲裁庭对仲裁协议准据法的确认

在双方当事人未约定仲裁协议应当使用的准据法时，仲裁庭将有权按照下列方法对仲裁协议的效力进行认定：

1. 适用仲裁地法

仲裁地法往往是双方当事人未约定仲裁协议适用法时的第一选择。这是基于以下几个原因：

（1）仲裁地是国际商事仲裁协议的履行地。当出现争议时，按照双方当事

^① 王兰. 我国仲裁协议法律适用的理论反思与制度完善 [J]. 甘肃社会科学, 2014 (2): 148-152.

人的约定,根据协议,履行将争议提交仲裁机构的义务,以及要求对方当事人将争议提交仲裁机构的权利,权利和义务都将在仲裁地履行。

(2)同双方当事人的住所地、国籍等因素相比,仲裁地与国际商事合同的连接点更为紧密,仲裁地是仲裁庭所在地、仲裁活动也大多都在仲裁地解决。

(3)仲裁活动受制于仲裁地国的法律,不得违反当地的强制性法律、公共秩序,适用仲裁地法可有效避免相关争议、冲突。

2. 适用一般法律原则和一般贸易惯例

在实践中,出现了不再适用具体某一国家法律规定的趋势,而是根据交易的特点、结合双方当事人的合理期待,采用一般法律原则或者国际贸易惯例作为仲裁协议的准据法,但容易造成法律适用的过于不明确,在实践中,应当予以谨慎适用。

3. 适用可使仲裁协议最终有效的法律

仲裁协议作为解决实体合同冲突的重要救济途径,在当事人未对仲裁协议的适用法做出约定时,应当尽量适用使之有效的法律。当存在多种准据法可选择用于解决争端时,一般情况下,应当选用使仲裁协议具有效力的准据法,从而充分尊重当事人选择用仲裁途径解决纠纷的意愿。^①

(三) 当事人无明示选择时,法院对仲裁协议准据法的确认

仲裁协议虽然排除了法院的管辖,但这并不是绝对排除,各国法律或多或少都保留了法院的一定管辖权。因而当事人可以向人民法院申请,由法院确认仲裁协议的效力。当事人有明确约定时,按照当事人的约定予以裁判,若当事人之间未约定应当适用的法律,以及仲裁协议未规定仲裁地,此时,一方当事人向法院申请确认仲裁协议效力,由于仲裁程序并未开始,故而无法适用仲裁地法,那么法院应当适用什么法律对仲裁协议的效力进行认定。在实务中,法院通常适用由法院所在地国的法律作为准据法,或者法院参考国际商事合同的各种连接因素做出合适选择,如住所地、国籍、营业地等。这种规定出于现实

^① 陈迈,徐伟功.论我国仲裁协议法律适用制度的完善[J].商事仲裁与调解,2023(2):38-47.

的考虑，也使得法院有权力可以基于本国法律审查仲裁协议仲裁事项是否违反本国法律规定。

（四）我国现行法律规定

我国在确认仲裁协议效力时，采用了以下规则。

1. 充分尊重当事人之间的意思自治

我国在《涉外民事关系法律适用法》中，明确规定了由双方当事人选择认定仲裁协议效力应当适用的法律，且我国是《纽约公约》的成员国，应坚持意思自治原则的适用。在《合同法》中也做出，涉外合同当事人可选择合同应当适用的法律。

2. 适用仲裁地法律或者仲裁机构所在地法律

在当事人之间未作出法律选择时，则适用仲裁地法与仲裁机构所在地法，并尽量选择使仲裁协议有效的法律。

3. 法院地法

当事人在未达成法律适用合意，也无法适用仲裁地法律与仲裁机构所在地法律时，此种情况下，应适用法院地法。^①

由此形成“双方当事人意思自治——仲裁机构所在地法律或仲裁地法律——法院地法”的法律适用规则。

四、争议事项可仲裁性的法律适用

争议事项的可仲裁性指的是根据一个国家的法律，哪些事项可用于仲裁解决，哪些事项不能被仲裁解决。这对仲裁协议的效力认定有着很大的影响，若仲裁协议约定解决的争议超出法律规定的可仲裁范围，那么该仲裁协议无效；同时，出于应当尽量使仲裁协议有效的原则，也会影响仲裁协议最终适用什么准据法，哪个仲裁庭拥有管辖权。不同的国家对于争议事项可仲裁性的范围有着不同的认定。因而，需要予以明确仲裁事项可仲裁性的认定规则。

^① 高晓力. 中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践 [J]. 法律适用, 2018, 30 (3).

（一）争议事项可仲裁性的法律适用规则

（1）适用仲裁地法认定仲裁事项是否具有可仲裁性。仲裁庭能否对一个案件进行仲裁归根到底属于程序问题，而并非是实体问题，不会对双方当事人的实体权利义务产生直接影响。根据“场所支配行为”理论，对于程序性的法律问题，应当适用行为地的法律，因而适用仲裁地法。

（2）适用仲裁协议的准据法。争议事项可仲裁性的范围将直接影响到仲裁协议的效力，因而应当适用与仲裁协议同一的准据法。^①

（二）我国现行法律规定

我国的法律规定了不能仲裁的事项，明确列举了因人身权产生的纠纷，以及根据权属应当由行政机关处理的事项不得适用仲裁解决，显然后者的范围尚不明确，破产、证券等领域是否可由仲裁途径解决，尚未作出明确法律规定，需要予以确认。

但是我国法律并未规定争议事项可仲裁性的法律适用规则，目前，倾向于原则上适用仲裁地法，以此使得相关仲裁不违反我国的法律规定与公序良俗，但也不得以仲裁地法完全排斥其他国家的法律适用。为了便于我国仲裁机构作出的裁决在国外也可以得到较好的履行，在仲裁协议的准据法与仲裁协议的裁决执行国为同一国时，也可以适用仲裁协议的准据法。

五、仲裁协议当事人行为能力的法律适用

仲裁协议是由双方当事人意思自治达成的协议，因而，双方当事人必须皆具备法律上的行为能力，如果一方或双方不具备提起仲裁的行为能力，则该仲裁协议缺乏有效要件，应当认定该仲裁协议为无效。仲裁协议的当事人通常来自多个国家，应当以哪个国家的法律为依据认定当事人的行为能力，并不采用双方当事人约定的仲裁协议的准据法或仲裁地法、仲裁机构所在地法律。

目前，在国际上，逐渐形成了以属人主义为主，与行为地法相结合的原则。

^① 王国语. 国际商事仲裁协议法律适用中的适当原则 [D]. 吉林大学, 2005.

即属人法作为认定当事人是否具备行为能力的依据，若属人法下，当事人不具备行为能力，为追求民事法律关系的稳定性，若依据行为地法，可认定为具备行为能力，则视为当事人具备行为能力。

（一）自然人作为仲裁协议当事人行为能力的法律适用

大陆法系主要以本国法为属人法，而英美法系则主要以住所地法为属人法。

我国在认定仲裁协议当事人行为能力时，同样采用的是以属人法为主，结合行为地法的原则。^①在《涉外民事关系法律适用法》中规定属人法类型，使用经常居所地法律作为认定当事人行为能力的依据。

（二）法人作为仲裁协议当事人行为能力的法律适用

针对法人行为能力的认定，属人法采用法人本国法。目前，主要有以下几种形式认定方式：

- （1）登记注册地。即法人的国籍由法人申请注册地为准。
- （2）住所地。法人国籍由其法人住所地决定。通常以法人的主营业地为准。
- （3）准据法主义。即法人国籍由法人设立时所依据的法律所属国为准。

目前我国对于该问题规定为，法人的行为能力认定由登记地法律为准，如果主营业地与登记地不一致的，则以主营业地的法律为准。^②

（三）国家作为仲裁协议当事人行为能力的法律适用

随着仲裁的不断发展，国家也极有可能以民事主体身份，以仲裁方式解决争议。但目前，相关理论和实践仍然存在着一些争议。理论上，涉及国家豁免、国家财产等问题。在实践中，部分国家允许以国家为主体签订仲裁协议，未作出任何限制；另外部分国家则完全不认同国家作为仲裁协议的一方主体；有部分国家则处于二者之间，政府机关可在取得授权的情况下，成为签订仲裁协议的适格主体。

① 贺薇. 试论国际商事仲裁的法律适用 [D]. 中国政法大学, 2005.

② 张璜. 跨国公司跨境迁移的法律适用问题 [J]. 现代法学, 2016, 1 (12).

我国目前对该问题并未做出明确规定。但作为《华盛顿公约》的成员国之一，可认定，我国实际上承认国家作为缔结仲裁协议的适格主体。从实务中来说，我国的国家机关和政府部门可以在取得中央政府特别授权的情况下，与其他主体缔结仲裁协议，否则，不具备相关行为能力。^①

六、总结

随着国际间经济往来日益频繁，国际商事仲裁作为一种重要的贸易争端解决途径，更加需要明确通过仲裁途径解决争端带来的法律适用问题。国际商事仲裁能否顺利运转的前提和基础性问题为仲裁协议的效力认定情况，因而具有更为重要的意义。国际商事仲裁协议的法律适用即考虑以什么样的规则标准去认定仲裁协议的效力。本文讨论了协议的独立性问题、当事人行为能力与争议事项可仲裁性的法律适用的现行状况和存在问题。目前，我国现行仲裁体系建设仍需学习其他国家经验，以求不断完善。

^① 董蕾红. 国际商事仲裁协议效力认定的比较研究 [D]. 山东大学, 2006.

Legal Applicability of International Commercial Arbitration Agreement

Ma Xi

School of Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: With the increasing economic exchanges between countries, international commercial arbitration, as an important way to resolve disputes, receives more and more attention. It is necessary to clarify the application of law in international commercial arbitration, which is mainly manifested in three aspects, namely, arbitration agreement, arbitration procedure issue and arbitration entity issue. Among them, the most important is the application of the law of the international commercial arbitration agreement, which is the premise and foundation for the study of the application of the international commercial arbitration law. Only by making clear this issue, can the substantive and procedural issues be further discussed. This paper will combine the arbitration legislation and applicable practices and related theories of various countries and relevant international organizations, compare the current situation in China, and fully analyze the application of law in international commercial arbitration agreements.

Key words: International commercial arbitration; Arbitration agreement; Law application