



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第五集

Vol.5

本集主编 闵锐

Chief Editor Min Rui

本集责任主编 唐云峰

Chief Executive Editor Tang Yunfeng



商事仲裁

COMMERCIAL ARBITRATION

第五集

Vol.5

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事仲裁. 第5集 / 武汉仲裁委员会, 湖北省法学会仲裁研究会主办. —北京: 法律出版社, 2009. 3
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9342 - 7

I. 商… II. ①武…②湖… III. 国际商事仲裁—丛刊
IV. D997. 4 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 031352 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 薛 晗

装帧设计 / 汪奇峰

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 法律应用出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 / 陶 松

开本 / 880 × 1230 毫米 1/16

印张 / 6.75 字数 / 163 千

版本 / 2009 年 4 月第 1 版

印次 / 2009 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636 北京分公司 / 010 - 62534456 深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9342 - 7

定价: 15.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

商事仲裁

主 办

武汉仲裁委员会
湖北省法学会仲裁法研究会

编 委 会

顾 问	江 平	吴汉东	黄 进	
主 任	熊世忠			
副 主 任	刘健勤	闵 锐	李登华	
委 员	肖永平	宋连斌	刘仁山	乔新生
	吕诗超	万 飞	李章波	彭志凡
	苏 勤	唐云峰		
本集责任编辑	许 敏	母洪春	陈 迈	张 翔
	王惠卉	谭 立	王 静	

目 录

专 论

- 论提单仲裁条款的书面形式..... 任明艳 / 1
论租约仲裁条款并入提单的条件及法律效力..... 钱 程 / 7
美国提单中仲裁条款效力问题分析
——以“Sky Reefer”案为切入点 李海跃 / 13

仲裁实务

- 交通事故损害赔偿案件的仲裁调解
——仲裁机构参与解决交通事故损害赔偿争议的实证分析 熊世忠 / 20
商事仲裁中涉外因素之初探 李章波 张如利 / 27
和谐社会视野中的仲裁调解 蔡 虹 / 34

思考与争鸣

- 国外知识产权争议仲裁的最新发展及对我国的启示 唐云峰 / 42
商事仲裁第三人制度初探及构想 罗楚湘 宋 颖 / 51

仲裁员手记

- 以被取代的合同为依据索偿之后果
——宗案件两个裁决方案的比较与思考 黄雁明 / 62

英文特稿

- A Review of the Enforcement of HKSAR Award in Mainland China
after the Promulgation of “The Arrangement” James Lee / 78

域外撷英

- 拉丁美洲的仲裁 何远展 译 / 88

资料选登

- 中华人民共和国农村土地承包经营纠纷仲裁法(草案) / 94

TABLE OF CONTENTS

Monograph

- On Written Form of Arbitration Clause in the Bills of Lading Ren Mingyan / 1
- On the Condition and the Effect of Arbitration Clause to be the
Incorporation Clause of B/L Qian Cheng / 7
- An Analysis of the Validity of the Arbitration Clause in Bill of Lading in USA
—Seeing From the Case “Sky Reefer” Li Haiyue / 13

Arbitration Practices

- Mediation on Traffic Accident Damages Case in Arbitration
—The Positive Analysis on Arbitral Institution’s Involvement in Solving
Traffic Accidents Damages Disputes Xiong Shizhong / 20
- On Foreign Elements in International Arbitration Li Zhangbo & Zhang Ruli / 27
- On Arbitration-Mediation in the Perspective of Harmonious Society Cai Hong / 34

Contemplation & Contention

- On the New Developments of Intellectual-property-right Arbitration and
Some Enlightenments to China Tang Yunfeng / 42
- Research and Assumption on the Third-party System in Commercial Arbitration
..... Luo Chuxiang & Song Ying / 51

Notes in Arbitration

- Claims On Grounds of a Replaced Contact
—Comparing and Reflecting on Two Awarding Formulas to a Case
..... Huang Yanming / 62

Special Essay in English

- A Review of the Enforcement of HKSAR Award in Mainland China after
the Promulgation of “The Arrangement” James Lee / 78

Essence Under Foreign Jurisdiction

- Latin American arbitration He Yuanzhan interprete / 88

专 论

论提单仲裁条款的书面形式

任明艳*

内容提要 由于科学技术和通讯技术的飞速发展,促进了国际贸易、经济及海运业的蓬勃发展,同时也带动了作为解决争议的海事仲裁制度的发展进程。本文主要针对海事仲裁实践中争议较多的提单仲裁条款的书面形式的若干问题进行探讨,并提出一些建议。

关键词 提单 仲裁条款 书面形式 合意

随着国际海运业的发展,海事案件也层出不穷。仲裁作为处理海事纠纷的一种方式,因其简便、快捷,加上各国对仲裁制度的日益重视和支持,越来越受到海运业的欢迎。在海事仲裁实践中,当事人除了单独签订的海事仲裁协议外,还往往以提单仲裁条款的方式来表明自己的仲裁意愿。但是,对提单中的仲裁条款,尤其是并入提单中的仲裁条款的有效性问题一直存在着争议。如提单中的仲裁条款是否符合有效仲裁协议所要求的书面形式?当事人的签署有无必要?是否体现了双方当事人的合意?研究这些问题对于指导我国的海事司法和仲裁实践有着十分重要的意义。

一、提单仲裁条款概述

所谓提单仲裁条款是由承运人单方拟订并事先印制于提单背面,未经双方当事人协商及签署的仲裁条款。提单的仲裁条款,多以极小的字体密密麻麻印制于提单的背面。故与普通的仲裁协议相比,它有以下几个特点:(1)事先印于提单的背面,未经当事人之间的反复协商及双方签署;(2)主体不特定,在指示提单或空白提单的情况下,提单主体一方是签发提单的承运人,另一方可能是托运人,也可能是收货人或提单受让人;(3)租船合同项下的提单,很少有专门的仲裁条款,一般是通过并入条款援引租船合同中的仲裁条款。

提单仲裁条款因提单的形式不同,其形成过程也有所不同。一般而言,提单可分为班轮提单(liner bills of lading)和租约提单(charter party bills of lading)。传统上,班轮提单是由班轮公司签发的唯一的运输合同,通常不涉及租约。班轮提单的全部合同条款和条件包括仲裁条款都印在提单背面。而在租约提单中,往往不具备背面条款,许多与租约配套使用的提单上明确订立并入租约的条款和条件。以最流行的“金康”(GENCON)租约配合使用的“康金提单”(CONGENBILL)为例,其上除待填的货物和航次空栏外,只有首要条款、双方有责碰撞条款和新杰逊条款。^①欲使这种提单成为一个单独的、自我包容的和独立的运输合同的条款和条件,就要

* 武汉大学国际法研究所2005级博士研究生,主要学习和研究国际私法。

① 杨良宜:“论提单中的仲裁条款”,载《中国海商法年刊》,大连海运学院出版社1991年版,第2页。

通过并入条款将租约的有关规定并入提单。在班轮提单中,提单仲裁条款的形成也同样要经历一个并入的过程。尽管目前在提单不管是班轮提单还是租约提单中有仲裁条款的还不普遍,但是实践中当法官或者是仲裁员在具体案件中解决有关提单仲裁条款的案件时,不得不对提单仲裁条款的效力问题作出判断。这就不得不涉及提单仲裁条款的“书面形式”。

二、提单仲裁条款的书面形式

一项有效的仲裁协议必须符合一定的形式要件。自《纽约公约》生效以来,国际商事仲裁协议必须采用书面协议,已作为一项统一性的要求为现代国际仲裁法所接受。^②多数国家都对仲裁条款要求采用书面形式,如英国1996年《仲裁法》、美国1950年《联邦仲裁法》、德国1998年新的《仲裁法》、法国新的《民事诉讼法》都要求仲裁协议以书面形式成立(不管是否签署)。我国《仲裁法》第16条也明确规定:“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。”因此,书面形式是判断仲裁协议有效成立的基本要件,有效的书面仲裁协议也是仲裁裁决得以承认和执行的前提条件。一般而言,一份合同构成书面形式须符合以下条件:(1)须存在某种物质载体;(2)这种物质载体记录了合同的权利和义务;(3)当事人或其代理人在文字凭证上签字或盖章。

提单仲裁条款也应采用书面形式,但是,在实践中,提单仲裁条款的有效性问题的挑战,这主要源于1958年《纽约公约》和1985年联合国《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》)对仲裁协议的“书面形式”规定了更加苛刻的条件。

(一)《纽约公约》和《示范法》之规定

根据《纽约公约》第2条第1款要求“每一缔约国必须承认书面仲裁协议……”第2条第2款规定,书面仲裁协议,“谓当事人所签订或在互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。”据此,《纽约公约》规定的书面仲裁协议包括两类:一是当事人签订的仲裁条款或者仲裁协议书;二是当事人虽未直接签署,但在往来函电中书面载明的仲裁条款或仲裁协议书。^③可见,《纽约公约》明确要求仲裁协议须双方当事人的签字才能生效;即使未经过签字,也必须有双方函电的交换与确认。自《纽约公约》后,世界上大多数国家都将“书面形式”作为仲裁协议所必须具备的形式要件。虽然《纽约公约》的规定对于统一各国的分歧、防止国内法对仲裁协议的形式施以过于苛刻的要求起着积极作用,但是随着商业和通讯技术的发展,《纽约公约》上述对“书面”的规定日显狭窄,对仲裁协议必须经双方当事人签字的要求既落伍于时代的发展,又与商业社会的日常实践不相吻合。^④这也是国际社会对该公约提出批评的主要原因之一。

《示范法》在《纽约公约》的基础上,对“书面形式”做了更为详细的解释。其第7条第2款规定:仲裁协议满足下述情况之一即为书面:(1)仲裁协议载于当事人各方签字的文件中;(2)仲裁协议载于当事人往来的书信、电传、电报或提供记录的其他电讯手段中;(3)在申请书和答辩书中一方当事人声称有仲裁协议,而他方未作否认表示的;(4)当事人在合同中提出援引载有仲裁条款的一项文件,如果该合同是书面的并且这种援引足以使该仲裁条款成为该合同的一部分。由

② 韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第722页。

③ 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第120页。

④ 赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第69页。

此可见,《示范法》虽然在“书面”的记录方式上有所拓展,但与《纽约公约》的定义相差仍不是很大。

有的学者认为,《纽约公约》第2条第2款的规定允许但不强使法院接受最低限度的要件,换句话说,该规定仅是对各缔约国在书面形式上作最大限度内的要求。^⑤的确,在措辞上《纽约公约》采用“shall include”(应当包括)而不是“shall only include”(仅应包括),这意味着公约各缔约国可以对仲裁协议的书面形式作出更宽泛的解释。而《示范法》则采用封闭式定义方法,把书面形式的范围说死,缔约国没有宽泛解释的机会。因此,相比《纽约公约》,《示范法》实质上进一步局限了“书面”的范围。

由此可见,不管是《纽约公约》还是《示范法》,无论其措辞如何,两者都对仲裁协议的书面形式提出了更高的要求,即仲裁协议须有双方当事人的签字。而在提单实务中,提单通常由船长或代理人代表承运人签发,同时提单作为货物收据,也往往只有船长的签字,而无托运人、提单持有人的签字。这种未经托运人、提单持有人签字的提单仲裁条款是否符合“书面形式”的内在要求?其效力也存在很大的不确定性。从这种意义上讲,《纽约公约》和《示范法》给提单仲裁条款的“书面形式”设置了一定的障碍,给国际远洋运输带来一些困难,与海事实践的发展不相适应,也与国际社会支持仲裁的趋势背道而驰。因此,有很多学者呼吁对公约“书面形式”的规定进行修改。

(二)有关国家国内立法之宽泛解释

为了适应国际商业的迅速发展,目前各国趋向于灵活和宽泛地解释“书面”的含义,这尤其体现在20世纪90年代中后期各国的国内立法中。其中具有代表性的是英国1996年《仲裁法》,其对《纽约公约》中的“书面形式”做出了极其宽泛的解释。按照英国《仲裁法》(1996)第5条,以下任何一种协议都构成其第一部分之目的而签订的书面仲裁协议:(1)以书面形式达成的协议,无论当事人签署与否。(2)以书面通讯交换方式达成的协议。(3)有书面证明的协议,例如一项由一位当事人或经所有当事人委托授权的第三人记录下来的口头协议,甚至可以包括仲裁员记录下来的协议。(4)当事人以非书面方式约定援引某项条款,只要该条款是书面的,当事人之间的协议即是书面的。通常可以援引包含仲裁条款的书面合同,也可以援引一套书面仲裁规则(如LMAA条款)。海事领域最常见的有当事人通过约定援引劳氏救助格式(LOF)而并入伦敦仲裁条款的口头救助协议等。(5)当事人在仲裁或司法程序中进行书面文件交换时,一方当事人书面主张他们之间存在一项非书面的仲裁协议,另一方当事人在书面答复中未作否认表示的,即在他们之间构成一项书面仲裁协议。此外,该法第5条第6款还规定仲裁协议的书面形式包括借以将资料记载的任何形式。从英国《仲裁法》的规定我们可以看出:首先,无论是写在纸上的传统书面协议还是以现代的电子通讯手段(如E-mail)签订的书面仲裁协议均包括在内,都属于书面形式的范围;其次,关于书面仲裁协议无须双方当事人签字的规定。这一点的确是英国《仲裁法》一直以来区别于《纽约公约》和联合国《示范法》的重要之处,也不能不说是英国仲裁法的开明之处。这在《纽约公约》与联合国《示范法》对书面仲裁协议必须由双方当事人签字的严格要求越来越受到批评的今天更加得到了证实。因为在今天的商业活动中,任何协议,特别是仲裁协议,在双方

^⑤ 宋航、董恺:“论国际商事仲裁协议的书面形式”,载《法学评论》1997年第2期。

当事人签字后再去履行已不会太多。^⑥而且,英国《仲裁法》尤其是1996年《仲裁法》对书面仲裁协议的宽松解释本身使当事人的签字变得不再重要了,因为当事人对一项书面仲裁协议的口头承认或行为表示,都足以在当事人之间构成一项有效的书面仲裁协议。这充分体现了英国对仲裁协议效力乃至整个仲裁业的鼓励和支持,也应是英国(伦敦)之所以能成为世界最重要的国际商事仲裁中心尤其是海事仲裁中心的重要原因之一。

在英国修改其仲裁立法之后不久,1996年香港《仲裁法》修订案和1998年德国《民事诉讼法典》也随之效仿。美国《仲裁法》第2条也规定,有效的仲裁协议应是书面形式,但书面形式无需双方签字。^⑦荷兰、加拿大、挪威、新西兰也在仲裁实践中承认了提单仲裁条款的效力。^⑧

我国《仲裁法》第16条明确规定: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。同时,仲裁机构如中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则也做了类似的规定。而1999年修改后的《合同法》不仅对合同规定了多种形式,而且对书面形式作出了宽泛的解释,即书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。这是为了与科学技术和通讯发展及商业发展的实践需要相适应。而我国《仲裁法》对“书面”的规定过于简单和笼统,“其他书面方式”到底如何理解?缺乏必要的明确性和可操作性,给仲裁实践带来不必要的麻烦。杨良宜先生曾经说过:对“书面”规定过死,不满足商业需要,对本国的仲裁事业而言无疑是自掘坟墓。鉴于此,为了适应国际商业和通讯技术发展的需要,与其由法官或仲裁员在实践中对“书面”的任意性解释,还不如由我国的《仲裁法》借鉴以英国为代表的国家对“书面”的广义解释,可使提单中仲裁条款的效力在我国仲裁立法中得到进一步的确认,以适应国际海运业的发展,稳定仲裁管辖权,避免出现择地行诉(Forum Shopping)的情况。

三、提单仲裁条款的合意性

与提单仲裁条款“书面形式”相关的另一个问题是提单仲裁条款是否体现了双方当事人共同的意思表示?通常,一项仲裁协议是由双方当事人之间协商达成“一致同意”将他们之间业已发生或即将发生的争议提交仲裁,即当事人共同的仲裁意愿是形成仲裁协议的基础,也是启动仲裁程序的前提条件。因此,有学者指出,提单中的仲裁条款一般是由承运人或船方一方提供,未经双方的协商,不具备仲裁协议本身所要求的合意性,因此提单持有人不是提单仲裁条款的当事人,不能约束提单持有人,否则将有违仲裁自愿的原则。

确实,在实践中,提单持有人不可能作出仲裁的意思表示,因为签发提单时,承运人既无法知晓谁是受让人,更不可能联络受让人,受让人只能被动地接受提单条款。那么,提单中的仲裁条款是否具有当事人共同仲裁的意思表示呢?是否对提单持有人发生法律效力呢?我们认为,要解答这一问题,需要就海运业中提单交易所独有的特殊性作出分析。

首先,被动地接受提单仲裁条款的法律后果是由提单的特点及其转让特性决定的。就当事人而言,如果提单持有人是托运人,而提单是海上货物运输合同的证明。对于托运人而言,运输

⑥ 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第560页。

⑦ 冉瑞雪:“论提单仲裁条款的效力”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社1995年版,第46~47页。

⑧ 赵健:“长臂的仲裁协议:论仲裁协议对未签字人的效力”,载《中国国际私法与比较法年刊》,法律出版社2000年版,第17页。

合同在承运人签发装货单并接受订舱时即已成立,而且装货单中往往订明托运人受提单条款包括仲裁条款的约束,因此,可以确定提单仲裁条款对托运人的效力及托运人将争议提交仲裁的意思表示。如果提单持有人是收货人,收货人虽未直接与承运人协商提单条款,但是他完全可以在与托运人(卖方)订立买卖合同或开具信用证的过程中就签发何种提单或提单内容作出限制性的规定,即其可以在买卖合同或通过信用证条款明确拒绝接受附有并入条款包括仲裁条款的提单。如果提单持有人不作出这种意思表示,则使其受提单仲裁条款的约束是公平的。如果提单持有人是提单受让人,如果他认为提单条款不甚合理,他就可以完全拒绝接受作为物权凭证的提单。事实上,提单持有人至少有三次机会默示其接受提单条款。第一次是托运人交付货物后接受提单,第二次是船到目的港后,提单持有人凭提单要求取货,第三次是如果货物有毁损或灭失现象,提单持有人依据清洁提单向承运人索赔。反之,既然他接受提单,就意味着他已同时接受了提单条款(包括仲裁条款)。因此,可以得出,提单仲裁条款虽然大多未经承运人与提单持有人进行协商并只有承运人一方签字,但他完全体现了承运人与提单持有人之间的一种合意。^⑨从这个意义上讲,提单可以只由承运人单方签名,并由提单持有人“默示”接受提单仲裁条款。

与此相关的是,仲裁协议是否允许当事人“默示”的接受?意思表示一般包括明示和默示两种。从前述有关《示范法》、《纽约公约》的规定来看,两者都要求仲裁协议须双方当事人签字,这意味着其不承认默示接受协议的方式。但是,从各国的立法和实践来看,默示接受的方式为各国所认可。如英国《仲裁法》第5条第5款、《瑞士国际私法法案》第78条第1款、《荷兰仲裁法》第101条等都规定了默示接受也可构成仲裁协议的书面形式。我国相关立法对此未明确规定,但实践中倾向于承认默示接受的效力。赋予默示接受仲裁协议的效力符合国际商业交往的发展,对于这一问题,还有待于国际社会达成共识。

其次,从维护交易安全来看,有必要承认提单仲裁条款对提单持有人的效力。对于班轮运输下签发的提单,由于班轮公司签发的提单已使用多年,是公开的,事先印制的固定的格式,其中的内容其他有关方也已熟悉,提单持有人可以并且应当知道提单内容,包括其中的仲裁条款。何况,提单条款大多是国际上广泛使用的标准合同条款。从这种意义上讲,租船运输下签发的提单,提单持有人可能不知道租约中仲裁条款的内容,如果都认定该仲裁条款有效,将对提单持有人产生不公平的后果。

有的学者认为,提单持有人之所以是提单仲裁条款的当事人,不是因为其接受提单时“默示”或“明示”接受的意思表示而认定其接受了提单条款,而是因为海商法理“提单仲裁条款约束提单持有人和承运人”,受让提单的表现就表明接受了提单条款。^⑩我们认为这种观点是不符合逻辑的。首先,按照他这种观点,提单持有人接受提单仲裁条款完全是无条件的,没有选择的余地。事实上,前面已经分析过,在提单交易中,提单持有人是完全有机会通过不同的方式对提单中的仲裁条款提出异议的,如果其没有提出这种异议,则表明其默示承认了提单中的仲裁条款。其次,如果提单仲裁条款不管提单持有人的意愿如何而约束提单持有人,则仲裁的基本理念——自愿性即仲裁须双方当事人共同的意思表示在海商法中被抹杀了。当然,不可否认,各国国内立法及国际公约都承认了提单条款对收货人、提单持有人的效力。我国《海商法》第78条也规定:承

^⑨ 冉瑞雷:“论提单仲裁条款的效力”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社1995年版,第46-47页。

^⑩ 黄伟清:“并入提单的仲裁条款若干法律问题探讨”,载《中国海商法年刊》,大连海事大学出版社2000年版,第65页。

运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单的规定确定。但是不能因为法律的这些规定而抹杀了仲裁的独立性和特殊性。除了由法律明文规定某些特殊的争议如劳动争议不管当事人愿意与否,必须先经过仲裁外,其他的争议必须有双方共同意愿进行仲裁。因此,不能因为海商交易的特殊性而抹杀了仲裁应具备的基本条件。

那么,有人会说,由承运人单方面提供仲裁条款会不会过分强调自己的权利、有损提单持有人的利益而显失公平呢?我们应当看到,几乎所有的国际公约,如1924年《海牙规则》、1978年《汉堡规则》以及几乎所有的国内法,都有承运人最低限度义务和最大限度权利的强制性条款,从而间接地保障了提单持有人的权益,维护了承运人与提单持有人之间的利益均衡。因此,那种担心因为承认提单仲裁条款效力便会降低或减轻承运人义务从而损害提单持有人利益的顾虑似乎有些多余。

四、结论

毫无疑问,随着商业和通讯技术的发展和不断拓展,仲裁作为一种解决海事纠纷的方式受到越来越多的国家的支持。提单仲裁条款不论是理论上还是实践中都被认为是有效的仲裁协议,只不过在仲裁协议的形式方面由于《纽约公约》和《示范法》的有关当事人签字的规定,给提单仲裁条款的效力问题带来一些不确定的因素,更会对国际贸易的发展造成极大障碍。如果按照这两个公约的规定,则实践中许多提单中仲裁条款的效力将被否定,这非常不利于纠纷的有效解决,体现不了仲裁所追求的“效益”这一价值取向。因此,对于“书面形式”这一问题,有待于国际社会达成共识。许多国家对仲裁协议“书面形式”的宽泛解释符合商业实践的发展,有利于促进仲裁制度的发展,扩大本国的管辖权。建议中国的《仲裁法》对仲裁协议的书面形式做广义的明确规定,书面形式无须双方当事人签字,书面形式可有多种表现形式,书面形式不仅包括当事人的明示合意,还可包括默示的接受。

Abstract: The development of science technology and communications has brought a rapid development of international trade and maritime practice; it also leads to the advance of maritime arbitration. This article is mainly on the written form of arbitration clause in the bills of lading, which has many debates in the maritime and arbitration practice. The author also offers some proposal of the legislation of our country.

Key Words: bills of lading arbitration clause written form consensus

(责任编辑 陈 迈)

论租约仲裁条款并入提单的条件及法律效力

钱 程*

内容提要 本文将参考国际公约、借鉴主要贸易航运国家的立法和实践,就租约仲裁条款并入提单的有效条件、仲裁条款对提单持有人的效力等问题进行探讨。同时,结合我国的现行立法和海事司法实践进行分析,建议我国通过立法明确租约仲裁条款并入提单的条件,并肯定有效并入的仲裁条款对提单持有人的法律效力。

关键词 并入条款 提单 仲裁条款 租约

依租约签发的提单通常是简式的提单,背面条款总是很少,承运人主要是通过提单并入条款(incorporation clause)使提单的内容丰富和完善。所谓提单并入条款,就是承运人在提单上载明将租约并入提单,其目的是使租约可以约束承租人以外的提单持有人,以免其对承租人和提单持有人承担不同的义务和责任,同时可以将其根据租约产生权利对提单持有人行使。^① 提单并入条款使租约条款成为提单内容的一部分,但租约中的仲裁条款是否也包含在内呢?明确租约仲裁条款有效并入租约的条件、仲裁条款对提单持有人的效力这些问题对于海事司法、仲裁实践有着重要的意义。

一、租约仲裁条款并入提单的有效条件

承运人采用并入条款将租约条款并入提单的效力在国际上是受到普遍认可的。我国《海商法》第95条也规定:“对按照航次租船合同运输的货物签发的提单,提单持有人不是承租人的,承运人与该提单持有人之间的权利、义务关系适用提单约定。但是,提单中载明适用航次租船合同条款的,适用航次租船合同的条款。”但是,我国《海商法》未对如何确定租约条款包括仲裁条款是否已并入提单作出明确规定。在我国海事法院审理的提单纠纷中,被告往往以提单并入了租约仲裁条款为由申请管辖权异议,这是实践急需解决的问题。

对于租约中的仲裁条款有效并入提单应满足的条件,各国的立法和实践没有统一,通过参考国际公约、借鉴主要贸易航运国家的立法和实践,笔者认为主要包括以下几个条件:

(一) 并入条款应明确写明将仲裁条款并入提单

鉴于仲裁条款的特殊性,多数学者认为,一般的并入条款只能并入航次租船合同的实体权利义务条款,而仲裁条款是与主合同相独立的争议解决条款,仅在提单上写明“与租船合同合并使用”条款被认为并入的租约系权利义务条款而非仲裁条款,要将仲裁条款有效并入,应当在并入条款中明确写明。虽然提单中并入租约条款其本意都是试图将租约的全部条款都并入提单。然

* 华东政法学院法学硕士研究生,国际法方向。

① 黄伟青:“并入提单的仲裁条款若干法律问题探讨”,载《中国海商法年刊》2000年第11卷。

而问题是对于提单持有人来说,他通常无法或很难知悉租船合同的具体内容,而且仲裁条款同租约中的实体权利义务条款存在区别,具有一定的特殊性,因此仅凭一个简单的、概括的并入条款就可以将租约的全部条款包括仲裁条款并入提单进而约束提单持有人,这显然是不公平的。

世界上大多数国家均要求并入条款明确说明并入租约中的仲裁条款,才能成功地将该仲裁条款并入提单,而一个简单笼统的并入条款是不能做到这一点的。例如,英国法律对提单并入仲裁条款作了严格的要求,按照英国的实践,若满足下列条件之一,租船合同中的仲裁条款可以并入提单:(1)在提单中有特殊并入词语,仲裁条款按照使之在提单文本中有意义的方式表述,且该条款不与提单明示条款相冲突;(2)在提单中有并入的一般言词表述,租船合同中的仲裁条款,清楚地规定该条款管辖提单项下的条款。^② 例如在 *The Annefield* 案中,丹宁勋爵认为:租船合同中唯有那些与提单名下的货物运输“直接相关”的条款方可通过一般并入条款并入提单;对于与提单的标的不直接相关的仲裁条款,只能通过提单或者租约中用明确词语表达其仲裁的意图,才能并入提单。^③ 除此之外,Brandon 大法官在该案中补充说:“如仲裁条款既适用于租约合同下又适用于租约提单合同下产生的争议,一般的并入条款就可以将该仲裁条款并入租约提单,适用于租约提单下的争议。”^④

但是,也有观点认为,只要并入条款说明把租约的所有条款并入提单,仲裁条款就已并入提单。而且这一观点得到了美国司法实践的证实。根据美国法律,一个简单笼统的并入条款即仅对租约条款和条件做一般性关联,已经足以将租约仲裁条款并入提单,并约束非租约当事人。在 1991 年美国佛罗里达中区法院判决的 *Alucentro Div Dell's Alusuiss Italia SPA and others V. M. V "Hafnia" and others* 一案中,提单中有一并入条款如下,“1990 年 3 月 22 日签订的租约的全部条款、条件、义务、除外责任附加条款均并入提单中”。而仲裁条款规定:“根据本租约引起的任何索赔提交伦敦仲裁。”法院判决认为,该条款足以将租约仲裁条款并入提单中。可见,与英国相比,美国法律对提单的并入仲裁条款的方式要求较为宽松。

在国际层面,《海牙规则》及《海牙—维斯比规则》对此问题均无规定,《汉堡规则》的规定类似于英国法,第 22 条第 2 款规定:如果航次租船合同中含有一条规定该合同所发生的争议应提交仲裁,而依据该租船合同签发的提单中未含有一特别附带条款规定上述仲裁条款应拘束提单持有人,则承运人不得援引此条款对抗善意取得提单的持有人。

而在国际海运实践中,越来越多的租船提单明确写明将租约仲裁条款合并到提单中来。同“金康”(GENCON)租船合同配套使用的 1976 年版的“康金提单”(CONGENBILL)并入条款中因为没有明确包括仲裁条款,曾引起一些争议。有鉴于此,波罗的海和国际海事理事会为改变不确定的状况,在 1994 年年底修改“康金提单”时明确将仲裁条款写进了并入条款。

我国海商法学界通常认为,仲裁条款不是与提单的主旨直接相关的条款,笼统地合并条款不

② Body S. C., Burrows A. S., Foxton D. SCRURRON:《租船合同与提单》,郭国汀译,法律出版社 2001 年版,第 115 页。

③ See per Cairns L. J. in *The Annefield* [1971] p. 168. An arbitration clause, not being directly germane to the shipment, carriage and delivery of cargo, could only be incorporated in the bill of lading by specific words, either in the bill of lading or in the charterparty, showing an intention to provide for arbitration.

④ See per Cairns L. J. in *The Annefield* [1971] p. 168. Where the arbitration clause by its terms applies both to disputes under the charterparty and to disputes under the bill of lading, general words of incorporation will bring the clause into the bill of lading so as to make it applicable to disputes under that document.

能达到并入仲裁条款的目的,要将租船合同的仲裁条款并入提单,必须用明确、清楚的文字表述。这一观点主要是借鉴了英国判例法形成的,我国的司法实践也肯定了该观点。海口海事法院在审理一起提单项下货损赔偿纠纷案件中,对租约中仲裁条款的并入问题做出了判决。在该案中,收货人(原告)以短货为由向承运人(被告)提起诉讼。提单中并入条款载明“租约中的所有条款,条件,免费和例外作为背面条款都特此并入提单”。被告以租约中的仲裁条款并入提单为由提出管辖异议。海口海事法院认为,只有在提单特别提及将租约中的仲裁条款并入提单的情况下,该租约条款才能有效地并入提单并约束提单持有人。本案中提单的并入条款未能有效地将租约中的仲裁条款并入,承运人提出的管辖权异议被裁定驳回。

尽管我国学术界和法院的海事司法实践已经对仲裁条款并入条件有了较为一致的认识,但由于立法在这一领域的空白,当事人一旦对是否有效并入产生争议,司法机关在审理该争议时缺乏明确的法律依据,只能根据法理进行分析,容易导致对案件进行随意解释的情况,这对司法实践的统一是极为不利的。为了填补目前存在的立法空缺,我国有必要在适当的时候制定相关规定,可以借鉴国际上较为通行的做法,即对仲裁条款并入提单的方式作较为严格的限制,只有通过并入条款中明确清楚的语言才能将仲裁条款并入。

(二) 提单应写明租约的当事人及签订的时间

要将租约仲裁条款有效并入提单,应当写明并入租约的当事人以及签订的时间,从而使并入的租约确定化和仲裁条款特定化,提单持有人能够知悉仲裁条款的存在并了解其相关内容。现实中涉及两个或两个以上租约的情况是很多的,在各租约仲裁条款不一致的情况下,若提单仅注明租约条款并入而没有明确并入租约的当事人和签订的时间,可能会被法院认为未有效并入,因为要求提单持有人受一个不确定的租约条款的约束是不公平的。美国法院在 *Tropocal Gas Co. M/ T Mundogas Caribe* 一案中针对租船合同的当事方及合同订立时间都没有写进并入条款,法院裁定此条款不足以证明将租船合同的仲裁条款并入提单中。^⑤ 但这并不是说所有的并入条款都必须写明租约当事人和签订时间,在租约可以通过其他方式确定的情况下,仲裁条款依然可以有效并入。例如,在美国法院审理的 *Otto Wolff Handels v. Sheridan Transp. AMC 2646 [1992]* 案中,提单的并入条款既没有写明意图并入的租约日期、地点,也没有双方当事人。显然,无法提示最终的提单持有人任何有关该租约的信息。然而这样一条并入条款却被法庭判为有效,理由是:本家中只有一份租约存在,一个船东和一个租方,所以对于哪一份租约将被并入的问题根本不存在。当提单持有人拿到提单,看到并入条款意图并入一份租约时,他有义务在接受提单之前询问一下该租约的情况。在本案这种情况下,一个简单的询问便足以使提单持有人了解到仅有一份租约存在并且将被并入。据此法官判定,本案中的并入条款有效。

(三) 租约的仲裁条款不得与提单条款相冲突

在承运人和提单持有人之间,提单的效力优先于租船合同,若提单的格式条款中已经有了仲裁条款,那么,并入的租约仲裁条款就不得与之相冲突;否则,并入的仲裁条款无效。要有效并入仲裁条款,应当“在提单中有特殊并入词语,仲裁条款按照使之在提单文本中有意义的方式表述,且该条款不与提单明示条款相冲突”。^⑥ 如果租约仲裁条款只是规定“就船东和承租人之间”产

^⑤ 徐少林:“论并入提单的仲裁条款”,载《法学评论》1998年第4期。

^⑥ Body S. C., Burrows A. S., Foxton D. SCRURRON:《租船合同与提单》,郭国汀译,法律出版社2001年版,第115页。

生的争议提交仲裁,尽管提单明确并入租约仲裁条款,但这样的并入条款不足以使提单持有人受仲裁条款的约束,承运人以该仲裁条款约束提单持有人的意图无法实现。

二、并入提单的租约仲裁条款对提单持有人的约束力

将租约条款并入提单并对提单持有人产生约束力,这是海运实践习惯的做法。但租约的仲裁条款有效并入提单后能否约束提单持有人呢?我国理论和实践中对此都有不同的看法。

由于提单持有人往往不是运输合同或租约的当事人,没有参与运输合同或租约的订立,也没有签署过运输合同和租约,有观点认为提单中的仲裁条款及并入提单的仲裁条款没有体现其意思表示,不能约束提单持有人。在广州海事法院审理的一起案件中,法院否定了并入提单的租约仲裁条款对提单持有人的约束力。该案中,提单持有人上海农工商对外贸易公司以货损为由,在广州海事法院对承运人马耳他多米诺海运有限公司提起诉讼。被告提出管辖权异议,认为:原告据以提起诉讼的提单并入了租船合同的仲裁条款,争议应提交伦敦仲裁。被告的管辖权异议被法院驳回,理由是:“原告受让提单时,对被并入的仲裁条款并不知情,不能认为提单受让人与承运人就以仲裁方式解决争议达成了协议。原告不是租船合同的当事人,不应受租船合同仲裁条款的约束。”被告上诉到广东省高级人民法院也被驳回,法院认为:“租船合同的仲裁条款是租船合同双方当事人承租人和出租人之间的协议。本案提单约定将租船合同的仲裁条款并入提单,但并没有明示在提单持有人与承租人不一致的情况下该条款对提单持有人也有约束力。提单持有人在接受提单时或接受提单后,没有明示接受并入提单的仲裁条款的约束。租船合同的仲裁条款对作为提单持有人的原告不具有约束力。”笔者认为法院的裁决错误地限制了并入仲裁条款的效力范围,不符合海商法的基本法理,而且与国际通行做法相悖。

我国大多数学者都认为有效并入提单的租约仲裁条款作为提单的一个组成部分,可以约束提单持有人。原因如下:

(一) 提单仲裁条款内容具有可知性,推定提单持有人默示接受

仲裁协议是指双方当事人愿意把他们之间将来可能发生或者业已发生的争议交付仲裁的协议。当事人之间的“一致同意”,是把争议提交仲裁的基本要素。没有当事人之间的“一致同意”,便不存在有效的仲裁。^⑦ 实践中当事人往往以租约下签发的提单中的仲裁条款是船方单方面印刷于提单表面,缺乏协商和合意,从而主张提单仲裁条款不是有效的仲裁协议。这一主张是不成立的。虽然提单的仲裁条款是承运人单方面制定的,但提单条款包括仲裁条款是公开的,已经印刷在提单背面,提单持有人可以知道提单条款的内容。如果提单持有人是托运人,他可以对提单条款提出更改或与承运人协商签发何种提单,若托运人对提单条款没有提出异议,应视其为默认,原因是提单作为海上货物运输合同的证明,当然约束承运人和托运人。如果提单持有人是收货人,收货人虽未直接与承运人协商提单条款,但是,他完全可以在与托运人(卖方)订立买卖合同或开具信用证时就签发何种提单或提单内容作限制性规定。如果提单持有人是提单受让人,契约正义依然起作用,他认为提单条款不甚合理,他就完全可以拒绝接受作为物权凭证的提单。反之,既然它接受提单,就意味着他同时接受了提单条款(包括仲裁条款)。^⑧ 综上,提单的仲裁条

^⑦ 韩健:《现代国际商事仲裁法理论与实践》,法律出版社2000年版,第42页。

^⑧ 冉瑞雪:“论提单仲裁条款的效力”,载《中国海商法年刊》1995年第6卷。

款的可知性已赋予了当事人选择权,不能说提单的仲裁条款是提单签发人强加于提单受让人而缺乏合意性。有效并入提单的租约仲裁条款是提单的一个组成部分,可以约束提单持有人。

(二) 提单的流通性和转让特性也决定了提单仲裁条款可约束作为第三人的提单持有人

提单作为运输合同的证明,其转让即意味运输合同的转让,这是海商法的特殊之处。提单转让后运输合同主体由原来的托运人和承运人变更为承运人和提单持有人,因此提单持有人要受运输合同条款的约束,当然也要受作为合同组成部分的提单条款的约束。我国《海商法》第78条第1款规定:“承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系,依据提单的规定确定。”可见,提单条款约束承运人和提单持有人是有法律依据的。承运人在签发提单时无法知晓谁是受让人,更不可能联络受让人,受让人只能被动地接受提单条款。提单持有人接受提单便推定其接受了提单的全部条款,包括提单的仲裁条款或有效并入的租约仲裁条款,不可采用不同的标准。并入提单的仲裁条款和提单的其他条款都是格式条款,假如仲裁条款没有经过提单持有人的意思表示不能约束提单持有人,同理,提单的其他条款也不能约束提单持有人,显然,这有悖海商法基本法理。^⑨

(三) 提单中并入租约仲裁条款能够约束提单持有人符合国际商业惯例和立法趋势

承运人使用并入条款的目的主要就是使租约可以约束承租人以外的提单持有人,这种做法及其效力已得到各国普遍认可。越来越多的租船提单明确写明将租约仲裁条款合并到提单中来。与国际航运最常用的金康格式租船合同配套使用的金康提单在1994年底做了一处关键性的修改,即并入条款包括租船合同的法律和仲裁条款。这说明在一定条件下,租约仲裁条款并入提单已被普遍接受和承认,也充分肯定了提单并入仲裁条款的法律效力。

(四) 符合我国的法律规定

我国《海商法》第95条对提单并入条款问题做出了规定。有观点认为,该条所规定的可以并入提单约束提单持有人的租约条款仅限于实体性的权利义务条款,仲裁条款作为争议的解决方式,不是与运输的主旨相关的条款,不涉及当事人的实体权利和义务,因此不能并入提单。其实,该条规定并没有明确可以并入提单的租约条款的类型,其主旨只是为了解决以下法律问题:一是确定承运人与提单持有人权利义务的根据是提单条款;二是肯定并入提单的租约条款应当适用承运人和提单持有人。显然,把“权利、义务关系”条款仅仅理解为符合货物运输主旨的装卸、运输、交付等条款是片面的、狭隘的,在审判实践中加以运用就会限制当事人订约的自由。

总之,如果将仲裁条款并入提单,只要符合有效并入的条件,就应对提单持有人有约束力。

三、结语

我国对租约仲裁条款并入提单没有作为一个独立的问题来对待,现行立法对此规定很少,而且仅有的规定也是非常概括、模糊,导致司法实践中法院无法可依,对现有规定的理解存在分歧,做法无法统一。因此法院在审理有关仲裁条款并入提单的案件时,需要借鉴大量的商业惯例、法学理论通说加以分析解释,这不仅给法官审理案件带来了挑战,而且不利于司法实践的统一和司法权威的树立,而且这种不确定性也会损害当事人的预期利益。

2003年12月最高人民法院《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

^⑨ 黄伟青:“并入提单的仲裁条款若干法律问题探讨”,载《中国海商法年刊》2000年第11卷。