

商事仲裁评论

【第3辑】

Commercial Arbitration Review

主办/中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会
主编/韩健 执行主编/林一飞



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

商事仲裁评论

第3辑

主 办：中国国际经济贸易仲裁委员会
华南分会

主 编：韩 健

执行主编：林一飞

对外经济贸易大学出版社

中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商事仲裁评论. 第3辑 / 韩健主编. —北京: 对外
经济贸易大学出版社, 2010

ISBN 978-7-81134-907-8

I. ①商… II. ①韩… III. ①国际商事仲裁 - 研究
IV. ①D997.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 211214 号

© 2010 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

商事仲裁评论 第3辑

韩 健 主编

责任编辑: 王 涛 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 170mm × 230mm 20.75 印张 384 千字

2010 年 11 月北京第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-907-8

印数: 0 001 - 2 000 册 定价: 33.00 元

学术顾问：唐厚志 费宗祯 梁慧星 万鄂湘

黄 进 郭晓文 赵承璧

编 委（按姓氏拼音先后为序）：

韩 健 黄亚英 黎晓光 林一飞

刘晓春 欧阳振远 钱明强 宋连斌

王素丽 谢卫民 曾银燕 周成新

编 辑（按姓氏拼音先后为序）：

安 欣 陈 彤 关 莉 蒋青雯

李 治 林一飞 钱明强 谢卫民

杨 涛 杨 羽 周 娟 周 毅

出版说明

仲裁是解决商事争议的一种有效方式。随着市场经济的发展，商业交易形式和方式的日趋多样化、复杂化以及中国改革深化过程中新旧体制和各种观念的碰撞，商事仲裁领域中亟须研究和解决的各种理论和实务问题不断出现。中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）华南分会自1984年2月成立二十多年来，一直关注这些问题，并通过多种形式参与这些问题的研究和解决。华南分会于2008年推出本系列丛书《商事仲裁评论》，目的也是在于为积极研究和妥当处理商事仲裁中出现的各种新问题提供一个沟通交流的平台，为关注仲裁的理论界和实务界人士提供一个交流和互动的渠道。

《商事仲裁评论》丛书中设立有实务论坛、理论探讨、热点聚焦、程序专论、司法审查、域外研究、动态评述、案例研究、资料荟萃、仲裁制度、特载等栏目。丛书的编撰将坚持理论联系实际的原则和学术自律、自主和自尊的方针，立足于前沿、专业、务实、客观的理念。丛书中所刊载的文章，文责由作者自负，编者仅对其中某些字句、标点符号和注释作统一性的技术处理。

我们期盼着《商事仲裁评论》的出版，能够为中国仲裁的立法和司法实践提供有价值的借鉴和参考，能够让审理商事纠纷的仲裁员、处理与仲裁有关案件的法官、从事仲裁教学和科研的人员以及其他与仲裁有关或关注以仲裁方式解决争议的专业人士和企业界人士从中有所受益。

同时，我们还期盼着各界人士对《商事仲裁评论》丛书给予宝贵的支持，希望能有更多感兴趣的人士加入到作者行列，为《商事仲裁评论》提供稿件。

特载

- 3 ◎ 林一飞
 仲裁协议的效力：2009 年中国商事仲裁司法审查实践

理论探讨

- 55 ◎ 韩 健
 海峡两岸仲裁下的和解与调解制度之比较
- 63 ◎ 顾维遐
 香港调解制度的发展——对 2009 年香港民事司法改革的初评
- 74 ◎ 周青山
 中国体育仲裁机构的建立路径
- 83 ◎ 高成栋
 我国法院承认与执行非内国裁决的争论及解决途径
- 96 ◎ 梁巧贤
 试论国际私法实体条约在我国的适用
- 108 ◎ 张 戈
 倾向性适用法院地法的原因探讨——以法律选择方法为视角
- 123 ◎ 宁 娟
 “规则”还是“方法”——浅议美国冲突法革命对国际私法法律选择方法的影响

仲裁制度

- 135 ◎ 宋连斌
 国际商事仲裁协议及其效力的认定（一）

- 171 ◎ 钟 澄
《纽约公约》与仲裁协议当事人行为能力的法律适用
- 180 ◎ 陈福勇
行政化权力架构下的仲裁机构运作与转型分析
- 207 ◎ 张 翀 许 为
国内商事习惯法律化的社团基础
- 222 ◎ 周 婷
也论中国《仲裁法》的修改——与西班牙新《仲裁法》相比较

实务论坛

- 237 ◎ SUNDRA RAJOO
THE PAM 2006 STANDARD FORM OF BUILDING CONTRACT — A
CHANGE IN RISK ALLOCATION
- 252 ◎ 时春蕾 黎康养
执行依据的执行力
- 257 ◎ 张 亚
关于在公司章程中引入仲裁条款的思考

资料荟萃

- 265 ◎ 邹国勇 (译)
哈萨克斯坦共和国关于国际商事仲裁的第23号法律
- 278 ◎ 邹国勇 (译)
吉尔吉斯共和国仲裁法
- 293 ◎ 2008-2009年有关中国商事仲裁的部分司法解释

Contents

商事仲裁评论·第3辑

Special Report

- 3 ◎ *Lin Yifei*
Validity of Arbitration Agreement: Judicial Review of Commercial Arbitration in China 2009

Monograph

- 55 ◎ *Han Jian*
Comparative Study of Main Land and Taiwan Conciliation and Mediation Systems In Arbitration
- 63 ◎ *Wei Xiagu*
Civil Justice Reform in Hong Kong: Challenges and Opportunities to the Development of Alternative Dispute Resolution
- 74 ◎ *Zhou Qingshan*
Approach to the Chinese Sports Arbitration Body
- 83 ◎ *Gao Chengdong*
On the Controversy and Solution of Recognition and Enforcement of the Arbitral Awards not Considered as Domestic Awards in Chinese court
- 96 ◎ *Liang Qiaoxian*
The Application of Private International Substantial Treaties in China
- 108 ◎ *Zhang Ge*
Discussion on the Causes of the Tendency to Apply the Lex Fori: In the Perspective of the Approaches to Choice of Law
- 123 ◎ *Ning Juan*
“Rules” Or “Approaches”: On the Impacts of the USA Conflicts of Law Revolution

Arbitration System

- 135 ◎ *Song Lianbin*
International Commercial Arbitration Agreement and Validity Determination (I)
- 171 ◎ *Zhong Cheng*
New York Convention and Application of Law of behavior ability of the Parties to Arbitration Agreement
- 180 ◎ *Chen Fuyong*
An Analysis of the Operation and Transformation Possibility of the Arbitration Institutions under Governmental Power Structure
- 207 ◎ *Zhang Chong Xu Wei*
On the Fundament of Codification of the Domestin Commercial Customs
- 222 ◎ *Zhou Ting*
On the Revision of China Arbitration Act; Comparative Study with Spanish Arbitration Act

Practice Forum

- 237 ◎ *SUNDRA RAJOO*
The PAM 2006 Standard Form of Building Contract — A Change in Risk Allocation
- 252 ◎ *Shi Chunlei Li Kangyang*
Enforceability of Enforcement Documents
- 257 ◎ *Zhang Ya*
On the Incorporation of Arbitration Agreement into Company Articles of Association

Materials

- 265 ◎ Law NO. 23 on International Commercial Arbitration of the Republic of Kazakhstan
- 278 ◎ The Kyrgyz Republic Arbitration Law
- 293 ◎ Judicial Interpretations Concerning China Commercial Arbitration 2008 - 2009

商事仲裁评论·第3辑

特 载

仲裁协议的效力：2009 年中国 商事仲裁司法审查实践

林一飞*

摘 要

在法院对仲裁进行的司法审查中，非常重要的一点就是审查仲裁协议的效力。仲裁协议无效导致仲裁程序不能开始或不能持续，或者使已经作出的仲裁裁决失去效力。本文主要探讨 2009 年中国法院涉及仲裁协议的司法审查，基于各级法院的实际案例，从可仲裁性、仲裁协议的独立性、仲裁协议的法律适用、仲裁协议的妨诉效力、放弃仲裁协议、仲裁协议前置约定、真实意思表示、两份合同的情况、合同转让、仲裁机构问题、格式合同中仲裁条款效力的认定标准、仲裁事项等各方面，结合有关理论和观点进行了阐述。

关键词

仲裁协议 司法审查 中国法院

存在有效的仲裁协议是仲裁庭行使管辖权的基础，也是排除法院管辖的依据。在实践中，有关仲裁协议效力的争议通常也是法院审查仲裁案件或者相关管辖之争的重点。法院需要确认，仲裁庭据以作出裁决的前提——仲裁协议——是否存在；如果仲裁协议不存在，则仲裁程序不能开始或不能持续，或仲裁裁决失去效力。法院也可能需要确认，一方当事人正在法院进行的诉讼程序是否因为仲裁协议的存在而必须终止。仲裁协议效力的认定可能在仲裁程序中由仲裁机构或仲裁庭作出，也可能由法院在确认仲裁协议效力以及撤销或不予执行仲裁裁决程序中作出。本文主要探讨 2009 年中国商事仲裁协议效力的司法审查实践，并在 2009 年全国各级法院的部分相关司法审查案例的基础上，对法院的有关仲裁协

* 法学研究员、博士，中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）仲裁员，现任职于 CIETAC 华南分会。

议司法审查实践作一简单归纳分析。至于其他涉及商事仲裁的司法实践,例如仲裁程序问题、外国仲裁裁决的执行问题,将另文评述。下文第一部分将简要介绍仲裁协议有效性的要件和司法审查程序,之后将就与仲裁协议相关的司法审查实践中涉及或可能涉及的各项问题,逐一进行简要阐释,并介绍有关实践和分析相关的问题。

一、仲裁协议有效性的要件及司法审查程序

(一) 仲裁协议有效性的形式要件

《纽约公约》承认的仲裁协议应为具有书面形式的协议。联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)《国际商事仲裁示范法》第7条第2款规定:仲裁协议应是书面的。协议如载于当事各方签字的文件中,或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中,或在申请书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认,即为书面协议。在合同中援引载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议,但该合同须是书面的而且这种援引足以使该仲裁条款构成该合同的一部分。我国《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。其他各国或地区的仲裁法均对书面协议作了某种程度的界定。在司法和仲裁实践中,对于书面仲裁协议的认定趋向于宽松。

仲裁协议须记载于某书面文件上,无论该协议是否为双方签署、是书面证据、双方的通讯往来或是存在于其他书面文件中的仲裁条款。书面不等于双方达成合意。但如不存在书面形式,则不存在《纽约公约》承认(外国仲裁裁决)或我国《仲裁法》规定的前提。一份仲裁条款可以未经签署,或者包括在合同草案中,其效力应由法院通过各种方式予以确认或否认。

原则上,有效的、可执行的仲裁协议需要双方签名。签名是合意的表示,表明仲裁条款是双方自愿达成的。从这个目的出发,凡能表明仲裁条款是由当事人自愿达成的,则对签名的方式应作灵活处理、广义理解。正如 *Compagnie de Navigation et Transports SA (France) v. MSC-Mediterranean Shipping Company SA (Switzerland)* 案^①中瑞士法院所认为的,由于现代通讯方式的发展,签署和未签署文件的区别不应以过于严格的方式处理。

《纽约公约》签订之后,随着仲裁理论研究和实践的发展,对于仲裁协议有关节面形式的要求已经得到显著的发展。例如,UNCITRAL 示范法秘书处的说明

^① ICCA Yearbook, Vol. XXI, 1996, 690-698.

中指出,虽然口头仲裁协议在某些国家实践中出现并为某些国家的国内法所承认,但是示范法第7条第2款仍依据1958年《纽约公约》作出了要求书面要件的规定:扩大并澄清了《纽约公约》第2条第2款书面形式的定义,增加了“电报或提供协议记录的其他电讯手段”,包括“在申请书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认,即为书面协议”,并规定“在合同中援引载有仲裁条款的一项文件”(如一般条款)“即构成仲裁协议,但该合同须是书面的而且这种援引足以使该仲裁条款构成该合同的一部分”。^①2006年7月6日,UNCITRAL第39届年会于美国纽约联合国总部通过了UNCITRAL示范法第7条“仲裁协议的定义和形式”。^②在示范法提供的两种备选方案中,无论哪种方案,在书面形式要件上均有进一步的发展。例如,虽然方案一再一次强调仲裁协议应为书面形式,但与原规定相比,将可以记录下来仲裁协议内容的任何形式,均视为具有书面形式,而无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的。方案二则不再对形式要件作出规定。

各国在国内法中的规定也可以看出书面形式要件的扩大化适用。随着新技术的应用,尤其是信息技术的发展,仲裁协议的形式要件产生了新的问题。例如,以电子方式达成的仲裁协议是否符合书面形式要件,电子签名是否属于符合仲裁协议要求的签名?从下文可以看出,以电子方式签订的合同应当被认为是书面

① 第19段。

② A/CN.9/XXXIX/CRP.1/Add.10. 示范法提供了两种备选案文,其一下:

第七条 仲裁协议的定义和形式

(1)“仲裁协议”是指当事人同意将他们之间一项确定的契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。仲裁协议可以采取合同中的仲裁条款形式或单独协议的形式。

(2)仲裁协议应为书面形式。

(3)若仲裁协议的内容以任何形式记录下来,则为书面形式,无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的。

(4)电子通讯所含信息可以调取以备日后查用的,即满足了仲裁协议的书面形式要求。“电子通讯”系指当事人以数据电文方式发出的任何通讯;“数据电文”系指经由电子手段、电磁手段、光学手段或类似手段生成、发送、接收或储存的信息,这些手段包括但不限于电子数据交换、电子邮件、电报、电传或传真。

(5)另外,如在申请书和答辩书的交换中,一方当事人声称有仲裁协议而另一方当事人不予否认的,则仲裁协议即为书面协议。

(6)在合同中援引载有仲裁条款的任何文件的,只要该援引可使该仲裁条款成为合同的一部分,即构成书面形式的仲裁协议。

备选案文二如下:

第七条 仲裁协议的定义

“仲裁协议”是指当事人同意将他们之间一项契约性或非契约性的法律关系中已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。

的,在仲裁协议的执行上该方式也应认为是有效的。

《UNCITRAL 电子商务示范法实施指南》指出:“……2. ……以无纸化信息形式进行的法律上重要信息的通讯,可能受使用此类信息的法律上的障碍或者法律效力的不确定性所阻碍……; 3. ……在许多国家,现存的适用于信息通讯或储存的立法,由于没有考虑到电子商务,因此是不充分的或过时的。在某些情况下,现存的立法对使用现代方式强加或隐含着限制,比如说,规定使用‘书面’、‘签署’或‘原件’文件。”这种情况在仲裁中也同样存在。电子文件不算书面文件?如果仲裁条款包括在电子文件中,是否符合书面形式要件?一般认为,“以能提供协议的持久记录的电子方式而进行的任何通讯,亦应被视为书面形式”。^①《UNCITRAL 电子商务示范法》第6条第1款规定:“如法律要求信息须采用书面形式,则假若一项数据电文所含信息可以调取以备日后查用,即满足了该项要求。”据此,仲裁协议只要可以调取以备日后查用,即满足了法律对仲裁协议的书面要求。

中国《合同法》也将传统的书面合同形式扩大到数据电文形式。该法第11条规定:“书面形式是指合同书、信件以及数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”司法实践也采取相同作法。例如,四川省高级人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的意见》^②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达成的请求仲裁的协议。其他书面方式是指纠纷发生前后当事人相互往来的、明确含有符合《仲裁法》第16条第2款规定内容的合同书、信件以及数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形表达仲裁意愿的形式。此处,电子形式的仲裁协议也包括在书面方式的协议之中。

《UNCITRAL 电子商务示范法》第7条规定:“如法律要求要有一个人签字,则对于一项数据电文而言,倘若情况如下,即满足了该项要求:(1)使用了一种方法,鉴定了该人的身份,并且表明该人认可了数据电文内含的信息;和(2)从所有各种情况看来,包括根据任何相关协议,所用方法是可靠的,对生成或传递数据电文的目的来说也是适当的。”2001年《联合国电子签名示范法》第2条对电子签名作的定义如下:“电子签字”系指在数据电文中,以电子形式

① 戴恩·罗兰德,伊丽莎白·麦克唐纳,信息技术法。宋连斌,林一飞,吕国民,译。武汉:武汉大学出版社,2004:166。

② 2002年2月28日四川省高级人民法院审判委员会第十三次会议通过。

所含、所附或在逻辑上与数据电文有联系的数据，它可用于鉴别与数据电文相关的签字人和表明签字人认可数据电文所含信息。第6条第1款规定，凡法律规定要求有一人的签字时，如果根据各种情况，包括根据任何有关协议，使用电子签字既适合生成或传送数据电文所要达到的目的，而且也同样可靠，则对于该数据电文而言，即满足了该项签字要求。^①中国的电子签名法业已生效。^②该法也确认了电子签名的效力。有效的电子签名应当与纸质文件的签名具有同样的效力。^③

在中国，2006年8月23日，最高人民法院公布了2005年12月26日由最高人民法院审判委员会第1375次会议通过的《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（下称“2006年司法解释”）。2006年司法解释自2006年9月8日起施行。2006年司法解释第一条规定：“仲裁法第十六条规定的‘其他书面形式’的仲裁协议，包括以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议。”中国《仲裁法》第16条对书面要件的规定是：“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。”仲裁法2006年司法解释第一条是对“其他书面形式”的细化，与中国合同法第十一条规定相一致。《合同法》第11条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形表现所载内容的形式。”此前最高人民法院在对个案的批复中，曾重申仲裁法第十六条的规定^④，但并未对书面形式要件的具体内容作解释。不过，就2006年司法解释该条规定而言，仍然坚持的是较为严格的书面形式要件的概念。只有合同中的仲裁条款或以合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等形式达成的请求仲裁的协议，才是符合仲裁法规定的书面的仲裁协议。而仲裁协议或合同以口头方式、行为方式订立的且

① 联合国电子签名示范法第6条第3款规定了可靠电子签字需要满足的条件：就满足第1款所述要求而言，符合下列条件的电子签字视作可靠的电子签字：（1）签字制作数据在其使用的范围内与签字人而不是还与其他任何人相关联；（2）签字制作数据在签字时处于签字人而不是还处于其他任何人的控制之中；（3）凡在签字后对电子签字的任何篡改均可被觉察；以及（4）如签字的法律要求目的是对签字涉及的信息的完整性提供保证，凡在签字后对该信息的任何篡改均可被觉察。

② 2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过。

③ 该法第14条规定，可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。

④ 例如，最高人民法院经济审判庭给四川省高级人民法院经济庭的复函（1998年9月2日，法经[1998]2号函）。

仲裁协议的内容以任何形式记录下来的,或者在法律程序中当事人以服从程序的形式表明其意思表示的,是否能被视为双方达成了有效的仲裁协议,则要依不同法院对仲裁协议的理解而定。

(二) 仲裁协议有效性的实质要件

按照中国《仲裁法》的规定,仲裁协议通常应具备三个要素:请求仲裁的意思表示、仲裁事项和明确的仲裁机构。^①当事人如果并无仲裁的意思表示,则即使协议标题为“仲裁”两字,也不能认定当事人约定以仲裁的方式解决争议。例如,最高人民法院在给辽宁省高级人民法院的一份批复中,指出:“该案当事人签订的合约第16条虽为仲裁条款,但并未约定进行仲裁,而是协议法院管辖。因该协议管辖违反民事诉讼法第244条之规定,应确认无效。此案可由你省有管辖权的人民法院管辖。”^②仲裁事项是仲裁的对象,也是仲裁协议应当具备的要素。2006年司法解释第二条规定:当事人概括约定仲裁事项为合同争议的,基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。由于中国实行的是机构仲裁,而中国的仲裁机构众多,没有明确的仲裁机构约定,则在管辖权上势必产生各种不必要的争议,从而影响仲裁的效率。除这些要素外,其他一些因素也影响仲裁的有效性及其认定。

归纳起来,有效的仲裁协议一般应具备的实质要件有:仲裁协议的缔约人应具备完全民事行为能力、争议事项具有可仲裁性、当事人具有提交仲裁的真实意思表示和仲裁机构明确。

(三) 司法审查的程序

对于仲裁协议效力认定的程序问题适用法院地的程序法。各国对于程序问题通过不同形式作了不同的规定。关于主管机构,中国最高人民法院《关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》第3条规定,当事人对仲裁协议的效力有异议,一方当事人申请仲裁机构确认仲裁协议效力,另一方当事人请求人民法院确认仲裁协议无效,如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已作出决定,人民法院不予受理;如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定,人民法院应予受理,同时通知仲裁机构中止仲裁。第4条规定,一方当事人就合同纠纷或者其他财产权益纠纷申请仲裁,另一方当事人对仲裁协议的效力有异议,请求人民法院确认仲裁协议无效并就合同纠纷或者其他财产权益纠纷起诉的,人民法院受理后应当通知仲裁机

^① 中国《仲裁法》第16条第2款。

^② 1996年10月9日,法函[1996]158号。