

【法学研究】

仲裁协议及其形式探析

贺桂华

(长安大学 人文社会科学学院, 陕西 西安 710064)

摘要:从中国理论界对仲裁协议及其形式的认知、国际上对仲裁协议及其形式的定性以及中国《仲裁法》立法关于仲裁协议及其形式规定的检讨方面进行分析,分析认为:仲裁协议的界定应当包括协议主体、时间性、契约性与非契约性、法律关系的特定性、争议的全部或局部5个要素,仲裁协议有7种不同形式。

关键词:法学;仲裁法;仲裁协议;仲裁形式;国际商务仲裁

中图分类号:D925.7 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-6248(2007)03-0065-04

Discussion on arbitration agreement and its forms

HE Gui-hua

(School of Humanities and Social Science, Chang'an University, Xi'an 710064, Shaanxi, China)

Abstract: In China, there is no clear and detailed regulation for arbitration agreement and its forms in the arbitration law. Although there are some interpretations for its implications and forms from some reseachers, it is far from complete, and the law-making practice in the international commercial arbitration also show its attitudes. This paper studies the understandings from China's theoretical circle in the arbitration agreement and its forms, and the recognition from the international researchers of them on basis of making the law of arbitration. The author comes to the conclusion that there should be a law to standardize the arbitration agreement and its forms.

Key words: legal science; arbitration law; arbitration agreement; arbitration form; international commercial arbitration

0 引言

仲裁协议是指当事人双方达成的关于特定法律关系的所有或部分争议的书面协议。有效的仲裁协议不仅约束当事人,还涉及仲裁机构、法院以及仲裁裁决的承认和执行。仲裁协议在仲裁中起着非常重要的作用,是仲裁的基石。仲裁协议只有具备一定的条件才产生法律效力,而要解决仲裁协议的效力问题,必须对仲裁协议及其形式进行科学、准确界定。关于仲裁协议及其形式问题,《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)对此作了规定,但不明

确,司法界和学术界对此也莫衷一是。目前各国仲裁立法和司法实践皆有所不同,但皆显示出现代仲裁法主张弱化法院的管辖,形成“支持仲裁”的潮流。本文借鉴国外立法实践,对仲裁协议及其形式进行分析和探讨,以期完善中国的仲裁法律制度。

1 国内对仲裁协议及其形式的认知

关于仲裁协议的内涵及其形式,中国的民事诉讼法学家认识不一致,表达方式也迥然不同。

第一种观点认为,“所谓仲裁协议是指双方当事人表示自愿将他们之间发生的争议提交仲裁解决的

一种书面意思表示”^[1]。该界定虽然反映了一定的仲裁特性,但有些简单,缺少时间性、仲裁的特定性、契约性与非契约性。该观点认为,仲裁协议有 2 种书面形式:(1)仲裁条款,即双方当事人在签订合同或条约时,表示愿意将他们之间可能发生的争议提交仲裁解决的条款;(2)仲裁协议书,即双方当事人在争议发生前或发生后单独订立的,愿意将他们之间可能发生的争议提交仲裁解决的一种书面文件。该观点虽强调了仲裁协议的 2 种主要形式,但不够宽泛。

第二种观点认为,“仲裁协议,或称仲裁契约、仲裁合同,是指当事人愿意把他们之间将来可能发生或已经发生的特定争议交付仲裁的共同意思表示”^[2]。该观点与第一种观点基本相似,但强调了仲裁的特定性,有一定进步性。该观点认为,仲裁协议有 2 种书面形式:(1)仲裁条款,即在争议之前订立的把将来可能发生的争议提交仲裁的书面协议;(2)仲裁协议书,即在争议发生前或发生后订立的把争议提交仲裁解决的专门性文件。此界定仅将仲裁协议形式归为 2 种,而忽视了其他形式。

持同一观点的其他学者认为,仲裁协议有 3 种书面形式:(1)仲裁条款,即当事人在合同中订立的约定把将来可能发生的与本合同有关的争议提交仲裁解决的条款;(2)仲裁协定书,即当事人签订的把争议提交仲裁的独立的专门性文件;(3)其他表示提交仲裁意愿的文件,如双方往来的信函、电报、电传、传真或其他可经书面证实的材料^[3]。该形式操作性很强,但还不够全面。

第三种观点认为,“仲裁协议,是指经济贸易、运输和海事活动中的各方当事人自愿将他们彼此间已经发生或可能发生的争议,提交仲裁机构裁决的协议”^[4]。该界定虽将当事人的争议领域明确化,但缺少仲裁的特定性、契约性与非契约性。该观点认为,仲裁协议分为 3 种书面形式:(1)仲裁条款,即当事人在合同中专门约定的将可能发生的争议提交仲裁解决的条款;(2)仲裁协议,即当事人在争议发生后,达成将争议交由仲裁机构裁决的协议;(3)补充仲裁协议,即当事人在争议发生前或发生后通过对另一个含有仲裁条款的书面文件的援引而达成的仲裁协议。该观点将仲裁协议形式分为 3 种,增加了援引形式,但忽视了双方往来的信函、电报、电传、传真等其他书面形式。

本文认为,虽然以上 3 种观点在一定程度上表述了仲裁协议的内涵,但都不够全面,不能准确地反

映仲裁协议的特点,往往强调一种形式又忽视了另一种形式,容易出现对认定仲裁协议存在性及其效力的不利后果,不利于仲裁案件的解决,因为“仲裁并不是天上掉下来的权利,它往往是取代原先有管辖权的法院来解决争议,所以有一个仲裁协议是仲裁的先决条件”^[5]。吴光明认为,仲裁协议是指双方当事人基于契约自由原则,自愿地将双方已经发生或将来可能发生之争议,提交仲裁解决之书面契约,该书面契约即将双方当事人之间所表达采用仲裁方式解决争议意愿之法律文书^[6]。笔者同意吴光明的观点。

国际商务活动中,双方当事人谈合约时,很少会对仲裁协议进行专门的商讨,因为争议还未发生,往往摘抄其他合同时顺便写入仲裁条款;争议发生后,也不可能对仲裁协议进行漫长而明确的谈判,除约定仲裁的专门性文件外,其他以书面形式(如信件、电传、电报、电子邮件等)表现出来的仲裁意思表示,只要符合仲裁地或裁决执行地所在国的法律规范,都应当认定有仲裁协议。因而,只要能反映当事人有仲裁的意思表示,就应认定为有仲裁协议。以上 3 种观点将仲裁协议的书面形式分别界定为 2 种或 3 种,并依此界定其他形式虽有仲裁的意思表示,也不算仲裁协议,仲裁委员会就无权受理此类争议案件,这等于否定了仲裁,也与当事人的初衷相违。

2 国外对仲裁协议及其形式的定性

关于仲裁协议的概念,1958 年《纽约公约》第 2 条第 1 款规定:“当事人以书面协议承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系,不论为契约性与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定”。该界定涵盖了以下要件:(1)书面性;(2)时间性;(3)争议的完全性;(4)法律性;(5)契约性与非契约性。

对仲裁协议的形式,《纽约公约》第 2 条第 2 款作了规定:“书面协定者,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”。由此可见,仲裁协议的形式为三大类:仲裁条款、仲裁协定和其他表示提交仲裁意愿的文件,如来往函电中的仲裁意思表示。由于《纽约公约》订立时,当时的通讯技术尚未达到今天的发达程度,其条文中所称的“函电”仅包括了信件、电报和电传。

联合国国际贸易法委员会于 1985 年《国际商事仲裁示范法》对 1958 年《纽约公约》中规定的仲裁协议概念进行了突破。该法第 7 条第 1 款规定了仲裁

协议的概念及形式:“仲裁协议是指当事人各方同意将他们之间确定的不论是契约性或非契约性的法律关系上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”。该界定比1958年《纽约公约》的相关规定更简约明了,且将仲裁协议的形式明确化并包含在概念之中。

《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形式,如载于当事人各方签字的文件中,或载于往来的书信、电传、提供协议记录的其他电讯手段中,或在申诉书和答辩书的交换中,当事人一方声明有协议而当事人他方不否认即为书面协议。在合同中提出参照载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议,如果该合同是书面的且这种参照足以使该仲裁条款构成该合同的一部分的话”^[7]。依此规定,书面的仲裁协议包括了能够“提供协议记录的其他电讯手段”订立的仲裁协议,而且双方提交仲裁文件和不对仲裁管辖提出异议的行为,可以作为双方之间存在书面仲裁协议的依据,即若一方当事人在法律文书中不否认另一方声称的仲裁协议的行为本身被认定为存在书面仲裁协议的辅助证据。这就说明《国际商事仲裁示范法》规定的仲裁协议的形式比较宽泛,有5种:(1)仲裁条款;(2)仲裁协定;(3)其他表示提交仲裁意愿的文件,如来往函电及提供协议记录的其他电讯手段中的仲裁意思表示;(4)对声明的仲裁协议不否认的文件,如对对方当事人声明的仲裁协议不否认的意思表示;(5)参照或援引仲裁协议,即当事人在争议发生前或发生后通过对另一个含有仲裁条款的书面文件的参照或援引而达成的仲裁协议。

法国《新民事诉讼法典》第1447条规定:“仲裁协议,是指已经发生争议的当事人将其争议提交一人或数人仲裁的协议”。该定义强调了仲裁协议以争议已经产生并引起了诉讼作为条件,只不过当事人宁愿仲裁而放弃传统的诉讼途径。法国学者对此定义进行了扩充,将仲裁协议表述为:仲裁协议是指两人或数人同意将他们之间的争议提交由其选择的一名或数名仲裁员仲裁,而不交由普通法院审理的合同。对于仲裁协议的形式,虽然在旧民事诉讼法典所规定的制度下,人们都承认仲裁协议要求用书面形式为见证,但这并不是仲裁协议有效性所必须具备的条件,因为仲裁协议始终是一项“诺成合同”,只要当事人意思表示一致,仅凭此合意,仲裁协议即告成立。仲裁协议可以包含在经仲裁员以及各方当

事人签字的笔录当中。通常情况下,仲裁协议往往包含在经公证的文书或私属文书中。对仲裁协议达成的认识也非常宽泛,法国《新民事诉讼法典》第1450条规定:“即使当事人已经在另一法院进行诉讼,仍可达成仲裁协议”。可见,在法国,“诉讼产生之前,或者在已经开始诉讼的情况下,都可以随时订立仲裁协议,争议案件可以在任何阶段脱离法官的管辖,即使它已经提交到上诉法院,或者已经提交到最高司法法院,同样可以脱离法官的管辖,甚至在案件已经进入评议阶段时,亦可如此”^[8]。

德国1998年《民事诉讼法典》第1029条认为:“仲裁协议是当事人达成的将他们之间业已产生或可能产生的关于特定的无论是契约性还是非契约性的法律关系的所有或某些争议提交仲裁的协议”。该界定比较科学,体现了仲裁协议的特性。对于仲裁协议的形式,德国1998年《民事诉讼法典》规定:“仲裁协议可以采取单独的协议形式(即单独仲裁协议)或合同条款的形式(即仲裁条款)约定”。对具体的仲裁协议形式,该法第1031条规定:(1)仲裁协议应包括在当事人签署的文件或交换的信件、电传、电报或其他可提供协议记录的电讯中;(2)如仲裁协议已包含在一方传递给另一方或第三方传递给双方的文件中,并且在有效期内没有被提出异议,其内容根据惯例被视为合同的一部分,则应认为已经符合第1款规定的形式要件;(3)符合第1或2款形式要件的合同中援引包含有仲裁条款的文件,如该援引是为了使所述仲裁条款成为合同的一部分,则该援引构成仲裁协议;(4)如海运提单明确援引了租船合同的仲裁条款,则提单的签发也可以达成仲裁协议;(5)消费者是一方当事人的仲裁协议应包含在当事人亲自签署的文件之中;(6)在仲裁程序中对争议实体进行讨论即可弥补任何形式要件上的不符点。这些仲裁形式不仅具有程式化和严密的逻辑性,而且体现了对消费者权益的特别保护以及注重法律程序的理念。

不少国际商事仲裁规则对仲裁协议的书面形式均有所提及。CIETAC2005年新规则增加了规定:书面形式包括合同书、信件、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。在仲裁申请书和仲裁答辩书的交换中,一方当事人声称有仲裁协议而另一方当事人不做否认表示的,视为存在书面仲裁协议。在国际商务仲裁实践中,“一般法院都会尽所有可能给一条不太妥善的仲裁条款或协议以可行的解释,重要的是有‘仲裁’

这个词出现,表示双方确有此意图来解决将来争议”。即使“仲裁协议指定不存在或错误的仲裁机构的,一般也不影响仲裁协议的有效性,法官或中止诉讼,让双方去仲裁,或不认为这种仲裁条款是无效或无法执行,或判决这种仲裁协议有效”^[9]。

从以上各国仲裁法对仲裁协议概念和形式的规定可以看出,国际上对仲裁协议的概念和形式规定的比较宽泛、具体,显示出现代仲裁法主张弱化法院的管辖,形成“支持仲裁”的潮流。

3 《仲裁法》立法关于仲裁协议及其形式规定的检讨及完善

《仲裁法》第16条规定:“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”。可见,《仲裁法》没有将仲裁协议的概念和形式进行专门区分,而将两者合二为一。但从此规定可以看出,仲裁协议的形式有2种:合同中的仲裁条款和以其他书面形式达成的仲裁协议(包括纠纷发生前的书面仲裁协议和纠纷发生后的书面仲裁协议)。可见,中国法律要求仲裁协议采用书面形式,但法律规定的“其他书面形式”的范围过于模糊^[10]。《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第3条第2款规定了仲裁协议的概念:“仲裁协议是指当事人在合同中订明的仲裁条款,或者以其他方式达成的提交仲裁的书面协议”。这虽然明确了仲裁协议的概念,将仲裁协议的形式规定为2种:仲裁条款和其他方式的书面仲裁协议;但对“其他书面形式”的表述比《仲裁法》的规定更笼统,而且仲裁协议的形式要件要求过于严格,不利于市场经济的快速发展。

对于《仲裁法》规定的“合同中订立仲裁条款”的理解,在合同中订立仲裁条款是当事人经常采用的方式,它主要适用于合同争议尚未发生,而当事人事先设置以仲裁方式解决将来可能发生纠纷的机制中。合同中的仲裁条款无疑是书面的仲裁协议,当事人在订立的合同中有1个或多个条款用来阐明双方仲裁的意思表示,该条款即为仲裁条款。在合同履行中通过补充协议、合同、契约、会谈纪要或备忘录等形式修改或补充有关仲裁的意思表示的条款,也是原合同中仲裁条款的组成部分。对此,仲裁实践中分歧不大。

对于什么是“以其他书面形式达成的仲裁协议”,《仲裁法》明确为“在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议”,并未做详细规定。当

人往往在纠纷发生之后在原合同之外共同签署的单独的仲裁协议,通常被认为是书面的仲裁协议;但通过援引或合并其他文件中的仲裁条款以及通过交换信函、数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等方式达成的请求仲裁的协议是否算仲裁协议,仲裁实践中理解不一。对通过援引或合并其他文件中的仲裁条款方式达成的请求仲裁的协议是否算仲裁协议,在内蒙古高级人民法院向最高人民法院提出的《关于涉外经济合同未直接约定仲裁条款如何认定的请示报告》中,最高人民法院答复如下:“中外双方当事人订立的外贸合同中约定合同未尽事宜适用中国和蒙古国之间的交货共同条件的,因该交货共同条件即1988年11月4日《中华人民共和国对外经济贸易部和蒙古人民共和国对外经济供应部关于双边对外贸易机构之间相互交货共同条件的议定书》规定了因合同所发生或者与合同有关的一切争议在双方达不成协商解决的协议时,应予仲裁方式解决,并规定了具体办法,应认定当事人愿意选择通过仲裁发生解决其纠纷,人民法院不应受理因该类合同引起的纠纷”。虽然最高人民法院的司法解释确认了通过援引方式达成的仲裁协议视为仲裁协议并承认其效力,但由于未上升到立法的高度,此问题在中国仲裁实践中并未真正解决。

对通过交换信函、数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等方式达成的请求仲裁的协议是否算仲裁协议,上海市高级人民法院《关于执行〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的处理意见》第1条明确规定:“《仲裁法》第16条第1款规定的‘以其他书面形式’达成的仲裁协议,结合《中华人民共和国合同法》第11条的规定,应当理解为各方当事人在纠纷发生前或发生后通过信函、数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等方式达成的请求仲裁的协议”。由于上海市高级人民法院的意见带有地方色彩,《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》虽然肯定了其他书面形式的仲裁协议问题,但还不够全面,因而中国仲裁实践中还未真正解决仲裁协议的形式问题。

基于仲裁协议的国际发展趋势和《仲裁法》的不足,在《仲裁法》修改时,应将仲裁协议予以明确规定。笔者认为,在界定仲裁协议时,应关注以下要件:(1)协议主体;(2)时间性;(3)契约性与非契约性;(4)法律关系的特定性;(5)争议的全部或局部。

(下转第77页)

5 结 语

综上所述,朱熹“以严为本”的司法思想主要体现在:适用刑罚时,反对重罪轻刑,主张罚当其罪;在诉讼活动中,应贯彻“以严为本而以宽济之”的慎刑原则,防止滥刑;在诉讼程序上,要求“明谨用刑而不留狱”,保证审判质量和效率;在法官职业道德上,追求公正司法,严防偏私。其间论述各有侧重,均渗透出一种公正的、朴素的人道主义精神。诚然,朱熹司法思想的根本目的是为了维护封建社会的三纲五常,其言公正也与现代有着很大差别,这是其所处时代所决定的,对此我们不能苛求古人。今天我们提出构建和谐社会的愿望,司法对维护社会和谐无疑起着重大保障作用。

(上接第68页)

据此,应将仲裁协议界定为:当事人双方达成的关于特定法律关系的所有或部分争议的书面协议,无论当事人之间的争议是否产生,也无论是契约性的还是非契约性的,皆可呈于仲裁机构裁决。关于仲裁协议的形式,应多样化和具体化为:(1)仲裁条款;(2)仲裁协议;(3)当事人之间的来往信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件及提供协议记录的其他电讯手段中的仲裁意向);(4)第三方传递给当事人双方文件中的仲裁协议,或其内容被视为合同的一部分;(5)通过援引而达成的仲裁协议,即若合同中援引包含有仲裁条款的文件,而该援引是为了使仲裁条款成为合同的一部分,则该援引构成仲裁协议;(6)在仲裁或诉讼程序中,一方当事人称存在非书面形式的协议,且对方当事人不作反对的,视为仲裁协议有效;(7)在仲裁程序中对争议实体进行讨论,即可弥补任何形式要件上的不足,视为仲裁协议或仲裁条款有效。

4 结 语

中国仲裁立法对仲裁协议及其形式规定的不够具体、明确,不利于仲裁纠纷案件的解决,应对《仲裁法》关于仲裁协议以及形式进行明确规定,以此完善中国的仲裁法律制度。仲裁协议形式应体现在:(1)仲裁条款;(2)仲裁协议;(3)当事人之间的来往信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件及提供协议记录的其他电讯手段中的仲裁

参考文献:

- [1] 黄宗羲.宋元学案·晦翁学案[M].北京:中华书局,1986.
- [2] 钱穆.朱子新学案·例言[M].成都:巴蜀书社,1986.
- [3] 崔永东.关于朱熹法律思想的几点探讨[J].孔子研究,1995,10(4):78-79.
- [4] 黎靖德.朱子语类[M].北京:中华书局,1994.
- [5] 朱熹.朱子大全[M].北京:中华书局,1936.
- [6] 朱熹.朱文公文集[M].上海:上海书店,1989.
- [7] 朱杰人,严佐之,刘永翔.朱子全书[M].上海:上海古籍出版社,2002.
- [8] 董仲舒.春秋繁露·五行相生[M].四部丛刊影印本.上海:上海书店,1989.
- [9] 陈寿.三国志·诸葛亮传[M].杭州:浙江古籍出版社,2003.

意向;(4)第三方传递给当事人双方文件中的仲裁协议,或其内容被视为合同的一部分;(5)通过援引而达成的仲裁协议;(6)在仲裁或诉讼程序中,一方当事人称存在非书面形式的协议,且对方当事人不作反对的,视为仲裁协议有效;(7)在仲裁程序中对争议实体进行讨论,视为仲裁协议或仲裁条款有效。

参考文献:

- [1] 杨荣新.民事诉讼法学[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [2] 邓杰.伦敦海事仲裁制度研究[M].北京:法律出版社,2002.
- [3] 宋连斌.国际商事仲裁管辖权研究[M].北京:法律出版社,2000.
- [4] 田平安.民事诉讼法[M].北京:中国人民大学出版社,2003.
- [5] 杨良宜.国际商事仲裁[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [6] 吴光明.仲裁协议之自由与限制[J].河南省政法管理干部学院学报,2006,9(5):13-18.
- [7] 宋连斌,林一飞.国际商事仲裁新资料选编[M].武汉:武汉大学出版社,2001.
- [8] 傅林涌,郑恩亮.仲裁协议的形式要件与《纽约公约》的解释[J].法制与社会,2006,33(8):100-102.
- [9] 杨良宜.国际海事仲裁[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [10] 马永双,宋晓丽.论仲裁协议效力[J].河北法学,2005,23(9):65-68.