

仲裁合意争议司法审查研究

郇恒娟¹, 张圣翠²

(1. 华东政法大学 国际法学院, 上海 200042; 2. 上海财经大学 法学院, 上海 200433)

摘要: 以合意为前提的仲裁在我国内地应具有更为突出的应用价值, 该价值的发挥很大程度上又取决于仲裁合意争议的司法审查质量。境内外司法审查仲裁合意争议主要针对是否存在对仲裁要约的接受、是否存在都同意仲裁协议必备内容、多种解决纠纷方式约定中是否存在仲裁合意、援引或并入表示是否构成仲裁合意等情形, 有关举证义务则多贯彻“谁主张谁举证”的原则, 证明仲裁合意的标准则有强弱或适中的差异, 不过, 对仲裁合意尽量做出肯定性解释的友好仲裁态度在实践中较为普遍。我国的制定法在仲裁协议必备内容、援引或并入表示是否构成仲裁合意等方面的规范存在着较大的缺陷, 加上司法审查实践中各级人民法院时常出现的对仲裁合意认定的不友好态度, 很不利于我国内地成为有世界竞争力的仲裁地。我国应采用修订《仲裁法》相应规定和改善人民法院司法态度的双重举措来改变此种局面。

关键词: 仲裁; 合意; 司法审查; 举证责任

中图分类号: DF75 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2018)02-0139-14

一、引言

自愿仲裁已是很多国家或地区民商事争议不可或缺的解决手段之一, 对于人民法院诉讼任务越来越繁重的我国内地而言则应具有更为突出的应用价值。然而, 这种仲裁却都是以当事人同意仲裁的意思表示合意为前提的, 没有同意仲裁的意思表示合意就应视为没有仲裁协议。相反, 只有存在仲裁合意时才成立仲裁协议, 并且在其他方面都合法的前提下, 当事人才有义务将该仲裁协议涵盖的争议提交仲裁及有义务服从相应的仲裁裁决。正是由于仲裁合意的这种重要性, 为了避免可能对自己不利的仲裁, 时常有些当事人便否定自己同意过相关的仲裁协议, 即否定自己与对方当事人就争议提交仲裁的意图形成合意或意思表示一致。只要这些当事人成功地否定了合意的存在, 仲裁庭就无合法的管辖权, 整个仲裁过程和据该仲裁协议做成的仲裁裁决也是无效的。据此, 仲裁合意争议也常导致司法审查, 由此在世界上也产生了丰富的判例实践。

与客体可仲裁性、仲裁裁决等争议司法审查依据不同的是, 国内或国际仲裁协议合意争议丰富的司法审查判例并不是主要依据国际条约或专门的仲裁制定法条文, 而是对其他合同也适用的普遍性合同法规范。^①我国内地已有关于这样合同法规范的丰富研究成果, 然而, 这些

收稿日期: 2017-11-18

作者简介: 郇恒娟(1974—), 女, 山东临沂人, 华东政法大学国际法学院博士生;

张圣翠(1965—), 女, 安徽合肥人, 上海财经大学法学院教授, 博士生导师。

^①See Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014:740.

成果很少系统地直接针对仲裁合意争议的司法审查问题,特别是很少系统地结合仲裁司法审查的实践予以探讨。^①实际上,对仲裁合意争议司法审查实践的多层次和多角度梳理不仅有助于我国相应的司法审查水平的提高,而且对我国当事人在有关实践中的决策也能提供有益的参考。为此,本文着重采用实证法探讨世界上有代表性国家或地区仲裁合意争议司法审查针对的情形、举证责任和证明标准、司法审查的友好态度、我国的相应实践与完善借鉴之道。

二、仲裁合意争议司法审查针对的情形

从实践的角度来看,仲裁合意争议司法审查针对的情形主要有以下几种。

(一)是否存在对仲裁要约接受的合意

与其他协议的合意一样,仲裁协议也是必须经过有效要约和有效接受的步骤才能形成合意^②,为此是否存在接受的合意争议也可能成为司法审查针对的情形之一。如在Dodwell and Co Pty Limited诉Moss Security Limited et al案中就是如此,鉴于双方当事人只是交换含有相同仲裁条款的不同合同草案而都没有接受对方草案的行为,澳大利亚联邦法院只得宣布当事人之间无仲裁合意。^③

又如,美国纽约南区法院2011年所受理的Maritima De Ecologica SA de CV诉Sealion船运有限公司也涉及仲裁合意纠纷。在该案中,原告Maritima与被告Sealion达成了一项在墨西哥湾使用船舶的合同,附列一项在伦敦仲裁的信件。被告与Maresca达成了另一项合同以分包其在前一合同中的义务,被告与Maresca之间的这份合同也包含了在伦敦仲裁的同样条款。被告Maresca与Sealion在协商签订一份新合同期间,英国一家石油公司在墨西哥湾发生漏油事件,约定使用原被告先前商定的那艘船舶清理油污。该种紧急的新作业与原被告之间的合同根本无关,面对原告的起诉行为,被告试图依据其与Sealion合同中的仲裁条款抗辩诉讼管辖权。美国纽约南区法院的司法审查结论是原被告之间对新作业中的船舶纠纷不存在仲裁合意,被告关于双方之间存在默示仲裁合意的理由不成立。^④

(二)是否存在都同意仲裁协议必备内容的合意

学者们常常在关于仲裁协议的论著中指出,仲裁协议应当明确以下几项基本内容:提交仲裁的意思表示、提交仲裁的事项、指明机构仲裁或临时仲裁、仲裁地点、仲裁规则、仲裁员的数量和任命方法、仲裁语言、当事人实体争议适用的规则及仲裁裁决的效力等。^⑤这类观点实际上是从避免有关争议的视角出发的。现代各国家或地区的仲裁制定法对以上的一部分内容也做出了任意性的规定,即当事人没有明确约定时应适用这些规定而并不影响仲裁协议的效力。在法理上,仲裁协议所应具备的必要的内容应当限于那些决定仲裁协议效力的内容。如果缺少了这类必备内容,当事人之间的仲裁协议便没有效力或不能执行。

总体而言,当今只有很少国家或地区的仲裁指定法明确规定仲裁协议必须包含哪些最低的内容。如意大利2006年《民事程序法典》第809条第2款规定:仲裁协议必须任命仲裁员或列明

^①从知网和万方数据库的全面搜索情况来看,专门讨论仲裁合意问题的仅有1篇不足2000字的论文,即姜仁双的《如何判断仲裁协议中合意的达成》(载《新西部》2009年第5期)。

^②See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration, Volume 35, Kluwer Law International, 2010:412.

^③See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration Volume 36, Kluwer Law International, 2011:467-470.

^④See Bassiri and Draye (ed), Arbitration in Belgium, Kluwer Law International, 2016:81-84.

^⑤See Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2014:772.

其数量及任命方法。再如埃及《民事程序法典》第502条第3段要求仲裁协议中必须指定仲裁员并且不得规定由第三人指定仲裁员等。^①然而,世界主流的趋势是废弃这种限制^②,并且其他大多数国家或地区的仲裁指定法已不再明确规定仲裁协议必须具体包含哪些内容才具有法律上的效力。但是,我们不可据此得出结论:在世界上大多数国家或地区已没有规定仲裁协议具备必要内容的规则。实际上,在所有以确定的方式对仲裁协议作出法定定义的国家都存在关于仲裁协议必须具备哪些内容的规则,该规则的要旨即是仲裁协议必须具备该法定定义中所描述的内容,否则无效或不得视为仲裁协议。

联合国1985年《示范法》第7条第1款即是以确定的方式对仲裁协议作出法定定义。该款规定:“仲裁协议”是指当事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以发生的一切或某些争议提交仲裁的协议。约50个采用联合国《示范法》制定自己新仲裁法的国家和地区一般都根据该款的规定以同样确定的方式对仲裁协议作出了法定定义。一些国家的新仲裁法在采用《示范法》的该款规定时只字未改,如德国1998年《民事程序法典》第1029条第1款、中国澳门1998年《涉外商事仲裁专门制度》第7条第1款等。不少没有采用《示范法》的国家仲裁法也对仲裁协议作出了与以上《示范法》第7条第1款规定类似的法定定义,如英国仲裁法第6条第1款等。联合国2006年《示范法》第7条备选案文一的第1款和备选案文二继续保留着以上的定义。

以上确定仲裁协议法定定义的规则意味着能使一份协议被称为产生约束力或可执行性的“仲裁协议”必须具备两项内容:提交仲裁的意思表示;指定提交仲裁的对象,即所要仲裁的争议。即使在那些既无专门条文规定仲裁协议应当必备哪些内容也没有以确定的方式对仲裁协议作出法定定义的国家或地区如瑞典等,^③根据仲裁的意思自治原则,提交仲裁的意思表示和指定提交仲裁的对象也可以被推定为其默示的必备内容要求,原因是:当事人没有提交仲裁意思表示的协议根本不能视为仲裁协议;同样,没有指定提交仲裁对象的协议使仲裁的一切活动无从谈起。由此不难得出的结论是:提交仲裁的意思表示和指定提交仲裁的对象实际上是世界上众多国家或地区对仲裁协议必备内容的共同要求;绝大多数国家或地区对仲裁协议必备内容无其他的另外要求;必备内容以外事项的合意缺乏、缺陷、模糊或自相矛盾等不影响仲裁协议的效力。

毫不奇怪的是,很多国家或地区的司法审查实践长期支持以上结论,如美国第7巡回法院1987年对Schulze & Burch Biscuit公司诉Tree Top公司案的判决、印度最高法院1996年对MMTC诉Sterlite Indus (India) Ltd案的判决、香港高等法院1999年对Chung Siu Hong诉Prime-quine案的判决、巴西圣保罗上诉法院2010年对Back Serviços Especializados Ltda诉Unibanco União de Bancos Brasileiros SA案的判决、英国高等法院2010年对Chalbury Mccouat国际有限公司诉PG Foils有限公司案的判决等,都是很好的例证。^④

不过,国际条约或很多国家或地区的仲裁制定法尽管有仲裁协议的定义,却没有仲裁的定义。大多数司法审查的法院在解决该问题时都无困难,当事人之间只要存在有“仲裁”(arbitration)字样的协议,则在境外各国家或地区的司法审查中通常都认定该协议为仲裁协议。

^① See Mauro, *International arbitration law and practice*, 中信出版社2003年影印版, 2003:219-220.

^② See Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014:766.

^③ 瑞典1999年《仲裁法》第1条以允许包含内容的方式描述的仲裁协议不能视为本文中“确定的方式”界定具有最低内容标准的仲裁协议。

^④ 顾维遐:《香港与内地仲裁裁决司法审查制度的借鉴和融合》,《法学家》2009年第4期。See also Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014:772-776 & 774-788.

少量的例外也是有的,如美国第七巡回法院对Kochert诉Adagen Med.国际公司案的判决^①和印度石油公司诉Vanoil公司案的判决^②等。这些司法审查判例的共识是:当事人协议的争议解决方式为选择法院诉讼而不是交给现职法官以外的私人仲裁员解决。

此外,还有一些没有“仲裁”(arbitration)字样的协议竟然在司法审查中被认定存在仲裁合意,如美国第二巡回法院2013年对Bakoss诉Certain Underwriters at Lloyds of London案的判决、法国最高法院2010年对Société Générale Motors France和Société Champs de Mars Automobile案的判决、英国高等法院2011年对Wilky财产持股公司诉London & Surrey投资公司案^③以及瑞士、德国和澳大利亚在本世纪做出的一些判决等。这些案件的一个共同特征是:尽管协议中没有“仲裁”字样,当事人却约定将争议提交法院以外的第三人通过各方有平等陈述机会的裁判程序作出有约束力的决定。^④

我国规范仲裁协议必备内容的法律规则主要体现于《仲裁法》第16条第2款与第18条、“2006年《司法解释》”第3条至第7条及2016年12月30日公布的《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(以下简称“2016年《意见》”)等。除已设立的各自贸试验区内注册的企业相互之间放开有限的缺口^⑤以外,以上法律、法规中强行地要求仲裁协议必须注明仲裁委员会或仲裁机构的规范,实际上表明了我国不允许临时仲裁的立场。

总之,与境外成熟的仲裁法制相比,我国《仲裁法》及有关司法解释中关于仲裁协议内容的规范过于苛刻。这种情况已成为以我国为仲裁地的涉外仲裁业务萧条及纯国内纠纷的当事人选择境外的机构仲裁或临时仲裁的重要原因之一。^⑥为了扭转这种不利的局面,我国规范仲裁协议内容的法律规则显然应当尽快尽可能地与境外主流规范接轨。最好的办法是全国境内允许临时仲裁,删除现行《仲裁法》中要求仲裁协议必须包含仲裁委员会这一内容的规则。^⑦

不过,我国很多仲裁机构的负责人士基于维护机构仲裁这种防止其他类型仲裁竞争的仲裁服务供应方式之目的,一直采用各种借口反对我国内地自贸区以外的地方引进临时仲裁制度。为了避免延缓我国仲裁法制的其他改革进程,修订现行《仲裁法》的立法者也可以采用次佳的办法,暂不引进临时仲裁制度。但是,立法者应将现行《仲裁法》第16条第2款和第18条中的“仲裁委员会”换成“仲裁机构”。除了境内仲裁机构的名称均含“仲裁委员会”字样外,境外仲裁机构名称各异,“仲裁协会”、“仲裁中心”、“仲裁院”等不一而足,当事人的仲裁协议选择的境外仲裁机构名称不含“仲裁委员会”字样而否定协议效力既不合理也不合立法本意,人民法院已承认由境外仲裁机构管理且以我国为仲裁地的仲裁协议及由此产生的仲裁裁决^⑧,这种承认却尴尬地与《仲裁法》中的“仲裁委员会”字样不相符合。^⑨因此,修订现行《仲裁法》时,立法者应

①491 F.3d 674, 679 (7th Cir. 2007).

②[1991] 2 Lloyd's Rep. 634.

③[2011] EWHC 2226.

④See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014:244-246 & 255-265.

⑤参见朱华芳:《域外仲裁与临时仲裁两大突破》, <http://mt.sohu.com/20170225/n481726135.shtml>, 2017年3月22日最后访问。

⑥信息来源于对外经济贸易大学法学院等主办的国际商事仲裁新发展高峰论坛:论国际商事仲裁的新发展, <http://www.law.sdu.edu.cn/child/mss/qianyan/2011-05/2150.html>, 2011年7月27日访问。同时参见最后访问时间为2017年3月25日的张维的以下两篇报道:(1)《我国商事仲裁年受案量近8万件 涉外案件仍是短板仅有1200件》, <http://news.cntv.cn/20110530/101281.shtml>; (2)《去年全国仲裁受案量超11万件》, http://news.xinhuanet.com/legal/2015-06/13/c_127911672.htm。

⑦参见张心泉、张圣翠:《论我国临时仲裁制度的构建》,《华东政法学院学报》2010年第4期。

⑧参见赵秀文:《国际仲裁中的排除协议及其适用》,《法学》2009年第9期。同时参见雷亚兰:《“非内国裁决”对司法监督的挑战》,《仲裁研究》2010年第3期。

⑨参见王红松:《〈仲裁法〉存在的问题及修改建议》,《北京仲裁》2004年第2期。

当注意地做出如此替换。同时,为了支持有仲裁意愿的当事人进行仲裁,立法者还应当将第18条内容修改为:如果仲裁与协议对仲裁机构没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,由被申请人所在地中级人民法院指定仲裁机构。我国的最高人民法院在实践中可以采用司法解释的方式,对中级人民法院指定的仲裁机构作条件限制。

此外,对仲裁协议应当必备请求仲裁的意思表示和仲裁事项的两项内容如现行《仲裁法》这样醒目地列举在我国,不仅没有产生很大的积极效益,反而导致各地人民法院各异的理解和法律适用上的混乱。^①实际上,仲裁协议中仲裁事项及范围的问题即使在当事人之间产生了争议,也可以由仲裁庭或人民法院负责处理该问题的法官根据案情作出判断,作为基本法律的《仲裁法》并没有必要单列为一项必备内容,因而,可以在修改该法时予以删除。但是,如境外很多仲裁制定法一样,修订的《仲裁法》对仲裁协议规定一个法定定义是非常必要的,可以按境外惯例将“仲裁协议”界定为“当事人将已经发生或可能发生的争议交付仲裁的协议”。这种定义有助于仲裁使用者和有关法官准确地把握怎样的协议才是仲裁协议。

(三) 选择多种解决纠纷方式中是否存在仲裁合意

选择多种解决纠纷方式是指相关协议不是规定当事人之间的争议只能通过仲裁一种方式解决,而是规定一方或各方当事人可以选择协商、调解、仲裁或诉讼方式解决争议或者对仲裁可以提出上诉。这在实践中有时引发的一个问题是:当事人之间是否存在为有效的仲裁合意?从已有的文献资料来看,在不违反其他方面法律规定的前提下,目前英国、法国和美国等国的法院一般都将其视为有效的仲裁协议。它们将这些协议中选择诉讼或者上诉的约定解释为当事人意图约定由法院对仲裁活动承担正常的控制或协助职能。^②在1991年德国某毛毯制造商诉荷兰某经销商案中,荷兰方被告依据双方当事人将争议先提交德国—荷兰商会仲裁庭仲裁并在任一方当事人不接受仲裁裁决的情况下交法院解决合同约定,要求受理诉讼案的德国法院将争议交付仲裁。德国法院将双方当事人之间没有排除普通法院程序的上述约定认定为一项试图在法院起诉前的和解协议而不是有效的仲裁协议。但是,德国最高法院在后来的判例中却转而采取了与以上英、法、美等国法院相同的立场。^③这些现象再次表明:只要协议中出现“仲裁”一词,很多拥有现代仲裁法治国家的法院即很可能根据“尽量作有效仲裁协议解释”的原则,司法审查将之判决为有效仲裁合意。

我国实践中也遇到过当事人选择多种争议解决方式而就仲裁合意问题请求司法审查的问题,如在1995年11月给广东省高级人民法院的复函中,最高人民法院坚持认定仲裁协议无效,其理由是:仲裁协议的规定不明确,既可仲裁又可诉讼,违背了“或裁或审,一裁终局”的仲裁原则,自然应该被认定为无效。^④2006年9月8日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称“2006年《司法解释》”)第7条更是统一明确地规定这种仲裁协议无效。后来,除北京少数地区的人民法院也以当事人意图约定由法院对仲裁活动承担正常的控制或协助职能为由判定存在仲裁合意外,其他地区的人民法院大多认定不存在仲裁合意。这是非常令人遗憾的,^⑤希望后者也能与时俱进,尽早向北京的同行看齐。

^①参见马占军:《1994年中国〈仲裁法〉修改及论证》,《仲裁研究》2006年第2期。

^②参见赵健:《国际商事仲裁的司法监督》,法律出版社2000年版,第58页。See also Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration*, 中信出版社2004年影印版, 2004:268-272.

^③参见张圣翠:《国际商法》,上海财经大学出版社2006年版,第457页。See also Böckstiegel, Kröll, et al.(ed), *Arbitration in Germany*, Kluwer Law International, 2015: 84-90.

^④参见寇丽:《论中国国际商事仲裁的法律适用问题》,《北京仲裁》2006年第1期。

^⑤参见顾维遒:《香港与内地仲裁裁决司法审查制度的借鉴和融合》,《法学家》2009年第4期。

(四)一方当事人常援引的仲裁条款

一方当事人常援引(reference)或并入(incorporation)其他合同、贸易协会规则或自身标准合同或公司细则中的仲裁条款。《纽约公约》等国际条约对并入或援引是否形成有效合意问题并无明确的规定。^①联合国1985年《示范法》第7条第2款和2006年《示范法》备选案文一第7条第2款规定:在援引足以使仲裁条款成为当事人之间合同一部分的情况下仲裁合意成立。采纳了以上条款的国家或地区有数十个,非《示范法》模式的国家或地区的仲裁制定法也有明确并入或援引可能导致仲裁合意,如英国1996年《仲裁法》第7条等。但是,以上的仲裁制定法都没有具体规定如何措辞的援引才可能导致仲裁合意,从而导致相关的法院拥有开放解释的较大空间。

不过,各国家或地区法院的司法审查实践中有一点的解释是共同的,即并入或援引措辞中明确提及仲裁条款而被对方当事人接受的,该仲裁条款原先涵盖的当事人与接受该援引的当事人之间能形成有效的仲裁合意。

然而,在并入或援引措辞中没有明确提及仲裁条款的情况下,各国家或地区法院的司法审查态度却不尽相同,甚至同一国家或地区法院的立场在不同时期或不同的领域或区域都不一致。如德国联邦最高法院1992年对某买卖纠纷所作的判决。在该案中,买方在与卖方代理人谈判时援引3132号合同,卖方表示同意时却援引包含了仲裁条款的7297号合同。后来,卖方又通过其代理人表示同意用3132号合同替代7297号合同。然而,随后卖方却依据7297号合同向买方开出了收款发票。德国联邦最高法院在判定当事人之间存在仲裁合意时给出的理由是:交易惯例可用于解释商人们声明的意图并说明其他行为或疏忽、填补合同空白或更新已有的义务,皮革交易的惯例是仲裁总为约定的争议解决手段。^②美国第3巡回法院2003年对Standard Bent Glass Corp诉Glassrobots Oy案也作出类似的判决。^③

同样是在美国,一些法院却作出了相反的判决,如1954年纽约法院对Weiner诉Mercury艺术家公司案的判决、1991年南卡罗莱拉上诉法院对Traynham诉Yeargin公司案的判决、2000年华盛顿西区法院对Bothell诉Hitachi Zosen案的判决等。在这些案件中,相关美国法院宣布以下援引或并入都不能构成仲裁合意:一页合同所援引的手册达百页;未特别提及所并入文件中的仲裁条款;显然从来没有提供所援引的“一般购买条款与条件”。^④与此类似的是,在Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH诉Bristol Myers Squibb案中,鉴于卖方书面的销售条款中并未特别指明仲裁条款,意大利最高法院2000年也判决接受该销售条款的买方与卖方之间不存在仲裁合意。^⑤

早先的英国法院不承认未特别提及仲裁的援引或并入条款能导致仲裁合意,著名的丹宁法官所经手的一起案件的判决就是这种立场的典型代表。^⑥后来英国法院转而认定那些在相应市场内有经历的交易商中较普遍知悉且容易获得含仲裁条款的被援引文件的争议当事人之间存在仲裁合意,如英国高等法院在2007年Trade Maritime诉Hellenic互助战争险有限合伙(百慕大)公司的判决中就持这种态度。^⑦

从总体上看,国外不少学者赞同未特别提及仲裁的援引或并入条款能导致仲裁合意的司

①See Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014:819.

②See Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook commercial arbitration*, Kluwer Law International, 1995:666-670.

③See Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2004:978-989.

④See Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014: 824 & 1028.

⑤See Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2001:816-820.

⑥参见石小娟:《国际商事仲裁协议的司法审查》,《天津市政法管理干部学院学报》2005年第4期。

⑦[2007] 1 Lloyd's Rep. 280.

法审查实践。^①

在国家立法层面,我国《海商法》第95条中的但书规则显然是针对提单中的援引或并入条款的。^②然而,该条并未明确特别提及仲裁的援引或并入条款能否导致无直接合同关系当事人之间是否存在提单或航次租船合同纠纷的仲裁合意,这给提单或航次租船合同中无直接合同关系当事人之间纠纷的司法审查实践带来了困难,学者们为此提出了不同的主张。^③我国最高人民法院2006年《司法解释》第11条第1款规定“合同约定解决争议适用其他合同、文件中的有效仲裁条款的,发生合同争议时,当事人应当按照该仲裁条款提请仲裁”。无疑,这一司法解释适用于按该款援引的所有合同。然而,以上解释并未能解决合同中的援引或并入条款没有提及被援引或并入文件里面仲裁条款的仲裁合意问题。为此,笔者建议我国最高人民法院以后应根据世界流行的较宽松的立场出台统一的司法解释,消除此项问题。

三、司法审查仲裁合意争议的举证责任与证明标准

(一) 举证责任

在发生仲裁合意是否存在争议且一方当事人要求法院强制执行仲裁协议时,《纽约公约》等国际条约没有明确地规范这一阶段由何方当事人承担仲裁合意存在的举证责任,在仲裁裁决已作成的情况下的举证责任同样未予明确。境外有学者认为:《纽约公约》第2条第3款可以解释为在仲裁裁决做成之前,由主张仲裁合意存在的当事人承担举证责任;在执行仲裁裁决阶段正好相反,按《纽约公约》第5条由主张仲裁协议不存在的当事人承担举证责任。有学者认为,美国《联邦仲裁法》第3条涉及仲裁合意是否存在的争议举证责任问题,在作成仲裁裁决阶段之前的阶段与《纽约公约》第2条第3款推定的举证规则不同,即举证责任应在理论上理解为受理法院承担仲裁合意不存在的举证责任。尼日利亚《仲裁与调解法令》第5条第2款和爱尔兰《仲裁法》第7条第1款与美国法的上述规定类似。然而,其他多数国家或地区的仲裁制定法都没有明确地规范这一阶段由何方当事人承担仲裁合意存在的举证责任。对于作成仲裁裁决阶段之后的承认与执行阶段,不少国家或地区仲裁制定法的相关条文显示与以上《纽约公约》第5条的意旨相同。^④

鉴于制定法规则的缺乏,在作成仲裁裁决阶段之前的阶段举证责任的司法审查判例受到了较大的关注。从相关国家或地区法院的实践来看,在仲裁裁决作成之前采用“谁主张谁举证”的原则^⑤较多,即谁主张仲裁协议存在的提供证据证明支持的主张,谁主张仲裁协议不存在的提供证据反驳对方的主张。英国高等法院2012年对Lombard N. Cent公司诉GATX公司案的判决^⑥、美国第9巡回法院2010年对Bridge Fund Capital公司诉Fastbucks Franchise公司的判决^⑦、百慕大上诉法院1990年对DuPont Scandinavia AB诉Coastal (Bermuda) Ltd的判决^⑧等都是体现这些实践的

^①See Paulsson, *The 1958 New York convention in action*, Kluwer Law International, 2016:82-84.

^②该条的全文是:“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、义务关系适用提单的约定。但是,提单中载明适用航次租船合同条款的,适用该航次租船合同的条款。”

^③参见成明珠:《论租约仲裁条款并入提单之司法审查》,《法律适用》2007年第4期。同时参见石小娟:《国际商事仲裁协议的司法审查》,《天津市政法管理干部学院学报》2005年第4期。

^④See Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014:744-749 & n737.

^⑤See Girsberger and Voser, *International arbitration: Comparative and Swiss perspectives (Third Edition)*, Kluwer Law International, 2016:240.

^⑥[2012] EWHC 1067.

^⑦622 F.3d 996, 1005 (9th Cir. 2010).

^⑧See Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook commercial arbitration*, Volume 15, Kluwer Law International, 1990:382.

典型代表。

我国仲裁制定法中并无明确的相关举证责任的规范。但我国有学者认为,依照我国《纽约公约》的规定,在仲裁裁决执行阶段只要申请人遵循承认及执行地国的程序规则向有管辖权的法院提供了符合该公约第4条要求的文件材料,即取得了请求法院承认和执行仲裁裁决的初步证据,法院就应该承认和执行该项仲裁裁决,由此显然意味着在本阶段包括仲裁合意在内的仲裁协议效力瑕疵和其他裁决约束力瑕疵的举证责任由反对承认与执行的仲裁裁决的被申请执行人承担,该被申请执行人必须提供证据证明。^①笔者支持这种观点,同时建议我国人民法院在仲裁裁决作成之前的司法审查实践中对同类问题也坚持实行“谁主张谁举证”的原则。

(二)证据标准

据学者们考证,不同国家或地区法院的司法审查仲裁合意争议的证明标准是有差异的,大体上可以分为以下三类。

1. 比一般合同更高的证明标准

这种标准又称加强标准 (heightened standard of proof),它要求比其他合同更高程度的清晰性或确定性的证据证明仲裁合意的存在,包括要使用毫不含糊、非常清晰且无可争辩的语言证据等。

典型的贯彻加强证明标准理论的司法审查判例包括美国第3巡回法院1980年对Par-Knit Mills公司诉Stockbridge Fabrics公司案的判决^②、加拿大魁北克上诉法院2004年的一项判决^③、意大利最高法院2009年对Louis Dreyfus Commodities (Dreyfus)诉Cereal Mangimi s.r.l (Cereal Mangimi)案的判决、西班牙最高法院1998年的一起判决^④及瑞士联邦法院2013年所做的数项判决^⑤等。

如在上述意大利最高法院判案中,买方Cereal Mangimi与卖方Dreyfus之间的买卖法国谷物协议援引了INCOGRAIN的包含一仲裁条款的标准合同,后来前者指控后者未交部分货物并提起了诉讼,法官最后判决当事人之间不存在仲裁合意时指出:偏离法院管辖权的合意必须作出严格的解释,在有疑问的情况下应认为法院具有管辖权,主合同中背离意大利法院管辖权的仲裁合意不能扩展适用于相关合同争议;明确提及所援引文件中的仲裁条款能有效证明仲裁合意的存在,未明确提及的则连《纽约公约》第2条和意大利法中的书面要求都不符。^⑥

2. 比一般合同更低的证明标准 (reduced standard of proof)

该标准对仲裁合意的成立或范围采用比大多数合同较低清晰性或确定性的证明要求。

支持该标准作出的典型司法审查判例包括:美国联邦第9巡回法院对Simula公司诉Autoliv公司案的判决^⑦、菲律宾最高法院对Cargill Philippines公司 (Cargill)诉San Fernando Regala贸易公司 (San Fernando)案的判决及瑞士联邦法院和奥地利法院近年来的一些判决^⑧等。

比如在上述Cargill诉San Fernando案中,双方约定争议根据美国仲裁协会规则在纽约仲裁。

^①参见杜新丽:《论国际商事仲裁的司法审查与立法完善》,《现代法学》2005年第6期。

^②636 F.2d 51, 54 (3d Cir. 1980).

^③[2004] Q.J. No. 4085.

^④See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2001:855.

^⑤See Gary B. Born, International commercial arbitration, Kluwer Law International, 2014: 752-753 & 658.

^⑥See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2009: 651-655.

^⑦175 F.3d 716, 722 (9th Cir. 1999).

^⑧See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2009:405. See also Gary B. Born, International commercial arbitration, Kluwer Law International, 2014:754-755 & 666-670.

后来San Fernando以Cargill违约为由在菲律宾提起索赔诉讼, Cargill则辩称San Fernando从未书面接受其提出的协议及未开出信用证等并提请仲裁。菲律宾最高法院2011年判决认为: 主合同的合意存在与否不能决定仲裁合意的存在问题, 后者应分开考虑; San Fernando在本案中提请撤销合同和索赔的诉讼即暗示了一项合同的存在, 该合同规定由美国仲裁协会仲裁, 在此情况下就应由仲裁员而不是法院决定当事人之间的合同是否存在或是否有效。^①

3. 与一般合同相同的证明标准

这种标准又称折衷或中立(neutral standard)的证明标准, 它对仲裁合意的成立或范围等争议采取与其他大多数合同一样的证明标准。采用此种标准的著名案例包括2001年美国第2巡回法院对U. S. Titan公司诉广州Zhen Hua船运公司案的判决^②, 及其他多家法院不同时期作出的判决与西欧一些国家的法院判决等。^③

如在Agrofirma Razdoliye等诉Deutsche银行伦敦分行案中。俄罗斯第15仲裁上诉法院2015年判决宣布: 当事人之间存在将争议提交伦敦国际仲裁院仲裁或由英国法院管辖的合意; 在解释包括仲裁合意在内的所有合同条款与条件时, 法院应考虑其词语与短语的字面意义, 不清楚的文字条款应根据合同其他条款与条件和整体内容评估; 这些规则在不可行的情况下应考虑当事人真实的共同意图及合同的目的; 先前的协商与书面联系、当事人之间的惯例、传统商业习惯和当事人之间的后来行为也应同时考虑。^④

鉴于仲裁协议同样是当事人意思自治的一种类型, 笔者赞同对仲裁合意争议采纳与其他合同相同的证明标准。

四、司法审查仲裁协议合意争议的友好态度

历史上众多国家或地区的法院在包括合意争议在内的司法审查实践中常常敌视仲裁协议。^⑤然而在近代这种情况已得到改变并被越来越多国家或地区的制定法所吸收, 到了20世纪中期以《纽约公约》(第2条)为代表的国际条约统一地确定: 要先假定仲裁协议是有效的。在当代, 众多国家或地区的法院在司法审查中引用相关的这类制定法或国际条约规则解决仲裁合意争议时都较大倾向性地表现出了对仲裁协议的友好态度, 即尽量承认仲裁合意的存在而维护仲裁庭的管辖权。^⑥如针对Star Shipping a. s.与中国对外贸易运输公司纠纷案中一方当事人以“被告选择仲裁地点”的含义十分含糊、无法实施而声称没有仲裁合意的主张, 英国上诉法院驳回该主张而宣布仲裁条款有效时指出: 仲裁条款中约定的被告, 应根据其上下文联系及给人的第一印象确定为在仲裁程序和诉讼程序中第一次成为被告的人。^⑦

又如在Standard Bent Glass公司诉Glassrobots Oy案中, 被告Glassrobots Oy采用一份标准合同答复原告Standard Bent Glass的采购要约, 该答复信封引用的行业指南含有提交国际商会仲裁的条款, 然而, 被告并未提供包含了该仲裁条款的指南。原告并未签署该协议也没有明确表示

^①See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2017:1-18.

^②241 F.3d 135, 146 (2d Cir. 2001).

^③See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2005:629. See also Gary B. Born, International commercial arbitration, Kluwer Law International, 2014:756 & 675.

^④See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2017:1-9.

^⑤See Delvolvé, et al. French arbitration law and practice, Kluwer Law International, 2009:3-4. See also Gary B Born, International commercial arbitration, Kluwer Law International, 2014:33-34.

^⑥参见杜新丽:《论国际商事仲裁的司法审查与立法完善》,《现代法学》2005年第6期。

^⑦参见孙得胜:《国际商事仲裁协议的效力问题研究》,大连海事大学2012年博士论文,第61-63页。

接受该仲裁协议,而是出具了对该标准合同本身5处修改的回复并在被告没有异议的情况下履行了合同。美国第3巡回法院2003年判决指出,从缺乏对合同包括含仲裁条款的行业指南未遭异议的情况来看,当事人肯定明白地表明了其同意仲裁条款。^①

再如在Travel Automation有限公司诉Abacus国际私人有限公司等案中,被告之一的Abacus国际私人有限公司作为计算机化的旅行预定系统产品的卖方于1997年给予了原告Travel Automation有限公司的排他销售权,初始期限为3年,卖方依约定有权无理由终止合同并根据新加坡国际仲裁中心仲裁规则将争议提交在新加坡仲裁。巴基斯坦卡拉奇高等法院2006年判定以上的卖方与原告之间的仲裁协议有效,理由是:新加坡仲裁并非如原告所称的那样不方便;在双方的分销合同达成时,新加坡《国际仲裁法》已生效并能适用于仲裁程序。^②

同样,在希腊有限责任公司等诉罗马尼亚有限责任公司案,原告希腊有限责任公司与被告罗马尼亚有限责任公司1996年10月10日达成了排他分销后者生产的某品牌小汽车的合同,双方约定合同的准据法为法国实体法并进一步规定争议交由在巴黎的国际商会仲裁。原告2004年起诉称被告违约和错误地终止合同而请求违约和侵权赔偿金。希腊最高法院2014年判决原被告之间存在仲裁合意并应广义地适用于实体合同下的违约索赔和侵权索赔。^③

当然,法院不会命令将完全不存在仲裁合意的争议提交仲裁,因为具有仲裁合意是当事人共同自愿仲裁的一项基石,法院只是这一基石强有力的维护者而不是创造者,只有当事人自己才有可能按照法律达成有效的仲裁合意。不过,如同其他协议一样,有些当事人有时也未能达成在法律上有效的仲裁合意,因此,世界各地的法院作出此种司法审查的凭据或裁定也完全不足为奇。比如在2011年Maritima De Ecologica公司诉Sealion船舶有限公司案中,原告与被告签订了一份无仲裁条款的船舶服务协议,分包了原告在该协议中部分义务的另一家Maresca公司与被告签订了含有仲裁条款的合同,美国纽约南区联邦法院仍然判定原被告之间连默示的仲裁合意都不存在。^④

在仲裁界的不懈努力下,我国内地一些法院在司法审查中也显示了认定仲裁合意存在的友好态度,其中的最高人民法院对涉外仲裁合意的认定态度尤其更为友好,不仅在“齐鲁制药厂与美国安泰国际贸易公司合资合同纠纷案”^⑤、“甘肃省某第三产业公司与德国阿丝德有限公司及香港欣季实业有限公司纠纷案”^⑥、“香港裕亿集团有限公司与加拿大太子发展有限公司及江苏物资集团轻纺公司纠纷案”^⑦、“江门市华尔润玻璃有限责任公司诉斯坦因·霍特公司及上海斯坦因·霍特迈克工业炉有限公司纠纷案”^⑧、“深圳市粮食集团有限公司与来宝资源有限公

①See Paulsson, The 1958 New York convention in action, Kluwer Law International, 2016:82-83 & 71.

②See Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2007:438-447.

③Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration, Kluwer Law International, 2015:427-432.

④Paulsson, The 1958 New York convention in action, Kluwer Law International, 2016:83-84 & 73.

⑤该案详情可参见法函[1996]176号, <http://www.chinalawedu.com/falvfagui/fg23079/12942.shtml>, 2017年5月28日最后访问。

⑥在该案中,最高人民法院批复称:当事人约定提交奥地利维也纳商会的仲裁机构进行仲裁的合同争议应当是广义的理解,包括合同是否成立、合同内容的解释、合同的履行等等发生的争议,这些争议人民法院都无权管辖。参见孙得胜:《国际商事仲裁协议的效力问题研究》,大连海事大学2012年博士论文,第61-63页。

⑦该案详情可参见孙南申:《涉外仲裁司法审查的若干问题研究》,《法商研究》2007年第6期。

⑧在该案中,各方只约定:“仲裁应根据中国国际经济贸易仲裁委员会调解和仲裁规则进行。仲裁应在北京进行。仲裁结果应为终局性的,对双方均有拘束力。”最高人民法院回复称:根据当事人所约定的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第4条第3项的规定,凡当事人约定按照该规则进行仲裁但未约定仲裁机构的,均视为同意将争议提交中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。参见陈龙:《适用中国法律审查仲裁条款无效情形之一——没有约定明确的仲裁机构》, <http://www.aiweibang.com/yuedu/qita/667823.html>, 2017年3月28日最后访问。

司(新加坡)纠纷案”^①、“龙利得包装印刷有限公司与BP Agnati S.R.L纠纷案”^②等司法审查的批复当中,而且也表现在制定了否定仲裁协议的内部报告制度这一方面,即:人民法院认定涉外仲裁不存在情况的,应当事先报所在区域的高级人民法院审查,如果高级人民法院同意下级法院意见,则应将审查意见报最高人民法院审查,待最高人民法院作出答复后再按照该答复意见作出裁定。^③

此外,我国内地某些法院在司法审查中认定仲裁合意不存在的判决或裁定也是无可非议的,如在韩国新湖商社与四川欧亚经贸总公司等信用证欺诈纠纷案中,基于双方当事人将所有争议交第三国商业仲裁委员会仲裁约定中的“第三国”不明确、一方当事人以起诉方式拒绝商定“第三国”,四川省高级人民法院和最高人民法院都认定该案不存在仲裁合意而无法执行。^④

然而与境外的同行相比,我国内地的不少法院包括最高人民法院更多地显示出对仲裁合意认定不友好的态度,否定了在其他国家或地区法院会被认定为有效的仲裁合意。如在“RENT CORPORATION与中成宁波进出口有限公司及东莞市建华机械制造有限公司纠纷案”中,三方当事人约定:“仲裁由中国国际经济贸易仲裁委员会按其仲裁规则和程序在上海进行;或者提请宁波仲裁委员会仲裁。”最高人民法院却在该案请示的复函中称:“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;在当事人一方已经向人民法院提起诉讼的情况下,可以认定双方无法就选择仲裁机构问题达成补充协议,仲裁协议应当认定无效。”^⑤其他同样体现这种不友好态度的司法审查案例还包括2000年中化国际石油(巴哈马)有限公司与海南昌盛石油开发有限公司纠纷案、2004年湖州市二耐耐火材料联营厂与Minteq国际公司及香港菱电国际有限公司纠纷案、2005年杭州泰利德纺织科技有限公司与泓实业股份有限公司纠纷案、2005年阿克苏诺贝尔涂料(东莞)有限公司与香港诚信金属工程有限公司纠纷案、2006年法国DNT股份有限公司与中山市凤凰家电有限公司及数位自然人的纠纷案、2006年宁波剡界岭高速公路有限公司与奥地利阿尔皮内·麦瑞德建筑股份有限公司纠纷案、2007年宝源贸易公司与余建国纠纷案、2008年(香港)安信医用包装有限公司与东莞威泓塑五金制品有限公司等纠纷案、2011年奥地利Weingartner机械制造有限公司与优励聂夫(南京)科技有限公司纠纷案、2011年博鳌煤业有限责任公司与盛美证券私人有限公司及新永安实业有限公司纠纷案^⑥、2015年的王某与张某纠纷案^⑦等。前文已指出,这种与国际惯例相左的司法审查的根源在于我国现行《仲裁法》第16条和第18条无弹性的规定,无疑改变此种局面的根本办法在于废除这两条中关于仲裁协议必须含有明确的仲裁机构的规定,即允许我国存在合法的粮食仲裁活动。不过,我国很多仲裁机构的负责人士基于维护机构仲裁这种垄断的仲裁服务供应方式之目的,一直采用各种借口反对我国引进临时仲裁制度。为了避免延缓我国仲裁法制的其他改革进程,修订现行《仲裁法》的立法者也可以采用次佳的办法,暂不引进临时仲裁制度。但是,立法者应将现行《仲裁法》第16条第2款和第18条中的“仲裁委员会”换成“仲裁机构”。除了境内仲裁机构的名称均含

①该案情可参见〔2010〕民四他字第22号。

②参见〔2013〕民四他字第13号。See also Sun & Willems, *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015:70-75.

③参见詹婉秋:《论我国国际商事仲裁的内部报告制度》,《技术与市场》2011年第12期。

④参见孙南申:《涉外仲裁司法审查的若干问题研究》,《法商研究》2007年第6期。

⑤〔2008〕民四他字第4号, <http://cnarb.com/Item/3324.aspx>, 2017年5月22日最后访问。

⑥陈龙:《适用中国法律审查仲裁条款无效情形之——没有约定明确的仲裁机构》, <http://www.aiweibang.com/yuedu/qita/667823.html>, 2017年3月28日最后访问。

⑦<http://www.haoxinlaw.com/cn/news/jdal/43175.html>, 2017年5月22日最后访问。

“仲裁委员会”字样外,境外仲裁机构名称各异,“仲裁协会”、“仲裁中心”、“仲裁院”等不一而足。考虑到当事人协议选择的境外仲裁机构名称不含“仲裁委员会”字样而否定协议的效力不仅合理而且也有违立法本意,宁波市中级人民法院在“宁波工艺品”案中已承认由境外仲裁机构管理且以我国为仲裁地的仲裁协议及由此产生的仲裁裁决^①,这种承认却尴尬地与《仲裁法》中的“仲裁委员会”字样不相符合。^②因此,修订现行《仲裁法》时,立法者应当注意作出如此替换。同时,为了支持有仲裁意愿的当事人进行仲裁,立法者还应当将第18条内容修改为:如果仲裁与协议对仲裁机构没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,由被申请人所在地中级人民法院指定仲裁机构。我国最高人民法院在实践中可以采用司法解释的方式,对中级人民法院指定的仲裁机构作条件限制。如此一来,其他各级人民法院先前对仲裁机构约定不明时常作出不合理的严格解释情况也将会得到根本的改变。

另外,尽管以上的内部报告制度在运行中多半显示了最高人民法院对涉外仲裁协议的友好态度,但其弊端也是明显的,主要是:对非涉外仲裁协议歧视性地不实行此项制度;未规定运作的具体期限且报告过程手续繁琐而时间冗长和造成拖延裁定,浪费司法资源,带来仲裁和司法的低效^③;违反了独立审判原则,因为该原则也意味着下级法院法官不能独立于上级法院法官进行决断。^④有鉴于此,笔者建议我国应废除此项制度,代之以允许当事人对下级人民法院关于境内或涉外仲裁合意不存在等否定仲裁庭管辖权的裁定10日内向上级人民法院上诉的规则。现实中的仲裁前、仲裁开始后到仲裁裁决作出前、仲裁裁决作出后,当事人一方或己方都有可能就仲裁合意问题提请司法审查,一旦人民法院作出了无效或不能执行的有效裁定,当事人就丧失了请求仲裁权或继续仲裁权或者最终的仲裁裁决被撤销或不能执行。为防止当事人请求仲裁权的落空或已进行的仲裁活动被浪费及下级人民法院在此重要问题上的错误裁定得到纠正,^⑤允许限时10日内上诉,规则的必要性显然是无疑的。

五、结 语

发达的自愿仲裁不仅能大大缓解法院居高不下的诉讼压力,而且非常有助于培养社会的契约精神和可预见性。特别是在国际交往方面,仲裁更能较好地克服有关国家或地区的司法偏袒性,成为世界有竞争力的热门仲裁地可为有关国家或地区带来良好的国际或区际声誉及大量的外汇收入,并且由于《纽约公约》的存在,而在更广泛的地方使得仲裁裁决比司法判决得到更容易的执行。

但是,自愿仲裁必须以存在合意为基石,仲裁是否存在合意的有关争议必须能够提交司法审查。只有这样,仲裁庭不公正合理的自裁管辖权才能得到有效的约束。不过,承担司法审查任务的法院对仲裁合意的争议,既不应采用敌视仲裁的态度,也不应超越当事人共同的真实意图而一味地给予合意存在的结论。

我国关于仲裁合意事项制定法规的非妥当性不仅使境内的仲裁在分流人民法院高额案件数量方面作用甚微,而且使我国在国际仲裁市场上的竞争力长期十分低下。我国现行的《仲

^①参见赵秀文:《国际仲裁中的排除协议及其适用》,《法学》2009年第9期。同时参见雷亚兰:《“非内国裁决”对司法监督的挑战》,《仲裁研究》2010年第3期。

^②参见王红松:《〈仲裁法〉存在的问题及修改建议》,《北京仲裁》2004年第2期。

^③参见詹婉秋:《论我国国际商事仲裁的内部报告制度》,《技术与市场》2011年第12期。

^④参见王崇能:《论我国承认与执行外国仲裁裁决程序法的完善》,《福建警察学院学报》2008年第4期。

^⑤参见叶知年、陈义冠:《国内仲裁裁决司法审查制度研究》,《福建农林大学学报》2004年第7卷。

仲裁法》是20多年前制定的,当时在世界上就已非常落后,在很多国家或地区近年来立法竞争性地更新频繁的背景下更无多大吸引力。可见,修改《仲裁法》特别是其中的仲裁合意规范对我国而言已刻不容缓。

主要参考文献:

- [1] 杜新丽. 论国际商事仲裁的司法审查与立法完善[J]. 现代法学, 2005, (6).
- [2] 孙南申. 涉外仲裁司法审查的若干问题研究[J]. 法商研究, 2007, (6).
- [3] 王红松. 《仲裁法》存在的问题及修改建议[J]. 北京仲裁, 2004, (2).
- [4] 詹婉秋. 论我国国际商事仲裁的内部报告制度[J]. 技术与市场, 2011, (12).
- [5] 张圣翠. 国际商法[M]. 上海: 上海财经大学出版社, 2006.
- [6] 赵秀文. 国际仲裁中的排除协议及其适用[J]. 法学, 2009, (9).
- [7] Böckstiegel K H, Kröll S, Nacimiento P. Arbitration in Germany: The Model law in practice[M]. 2nd ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.
- [8] Born G. International commercial arbitration[M]. Hague: Kluwer Law International, 2014.
- [9] Delvolvé J L, Rouche J, Pointon G. French arbitration law and practice: A dynamic civil law approach to international arbitration[M]. 2nd ed. Hague: Kluwer Law International, 2009: 3-4.
- [10] Paulsson M. The 1958 New York convention in action[M]. Hague: Kluwer Law International, 2016: 83-84.
- [11] Sun W, Willems M. Arbitration in China[M]. Hague: Kluwer Law International, 2015: 70-75.
- [12] Van Den Berg A J. Yearbook commercial arbitration[M]. Hague: Kluwer Law International, 2008.
- [13] Van Den Berg A J. Yearbook commercial arbitration[M]. Hague: Kluwer Law International, 2015.
- [14] Van Den Berg A J. Yearbook commercial arbitration[M]. Hague: Kluwer Law International, 2017.

An Empirical Study of Judicial Review of Issues of Arbitration Consent

Huan Hengjuan¹, Zhang Shengcui²

(1. School of International Law, East China University of Political Science & Law, Shanghai 200042, China;

2. School of Law, Shanghai University of Finance & Economics, Shanghai 200433, China)

Summary: Voluntary arbitration should have played a more positive role in most regions of mainland China with heavy litigation caseloads in local people's courts. Such arbitration must be relied upon consent of the parties. The quality of legislation for disputes of arbitral consent and its application by judicial review is very important to improve arbitration. Oversea judicial review of disputes of arbitral consent mainly relies upon common contract law and involves the issues about whether there is an acceptance to the offer for arbitration, the parties have signed an arbitration agreement with minimum content, there exists arbitral intention in multiple modes of dispute settlement agreed by the parties, and so on. The burden of proof in oversea jurisdiction is substantially assumed by the party who makes claims. The standards for establishing arbitral consent vary with jurisdiction, as well as time. Much oversea jurisdiction, however, adopts a friendly position towards arbitration to solve relative issues. In the judicial review practice, the people's courts at all levels have tended to determine the establishment of arbitral consent in some cases, showing their supportive position towards arbitration.

In addition, the Supreme People's Court also assists arbitration in the manner that, once a

lower people's court finds that foreign-related arbitration agreement is invalid, it will require the latter to report to high people's courts. However, such a request for reporting is only applied against foreign-related cases, and its own procedure is very prolonged and inefficient. At the same time, in other cases including the nature of foreign-related affairs, there is a very unfriendly attitude towards the determination of arbitral consent, which is mainly manifested in the lack of agreement on arbitration agreement with the selection of two or more arbitration institutions. Such a harsh attitude of judicial review is not conducive to China's growth into a world-competitive place of arbitration. As one of the world's arbitration centers, it can bring a lot of benefits such as good reputation, foreign exchange income and a reduction in litigation rate in our country. Our country should adopt the dual measures of amending the corresponding defects of the Arbitration Law and improving the judicial attitude of the people's courts to achieve this goal, that is to abolish the legislative provisions of the prohibition of ad hoc arbitration, to allow to appeal to the higher-level people's courts for negative decisions on the issues of arbitral consent. At the same time, the people's courts in the judicial review of any case stop applying internal reporting procedures when they announce arbitral consent and so on.

Key words: arbitration; consent; judicial review; burden of proof

(责任编辑: 倪建文)

(上接第138页)

normalized practice of Article 22 of the 'criminal law', 'in order to crime' should place emphasis on the correspondence between criminal purpose and preparatory act, 'the preparation of the instruments' must be limited to direct tool preparatory behavior, and 'creation of conditions' do not have specific patterns of preparatory using behavior. Under the basic guidance of the dualism of behavioral form of information network crime, a 'website' set up should include space types under 'three-network integration'; the issued 'information' evaluation should be interpreted in terms of 'time, nature and type'. Firstly, based on the time-dimension analysis of information release, the distribution is restricted to illegal information when the behavior is restricted. Secondly, in view of the substantive interpretation of the multiple types of publication, disguised information release act also provides a punishment basis. Finally, as for the nature judgment of the published information, it is necessary to avoid confusion with information types of release preparation act. While legislation trend towards preparation act of principal offender suffers a lot of criticism by the theoretical circle, crime of illegal use of information network as a type of network tool crime shall timely reverse the determination of discourse form and fact structure concerning an expansion of its transformation from preparation act to pure perpetrating act. In order to overcome uncertain infringement of legal interests resulting from the potential factors of network risk society, the establishment of a dual qualitative standard in behavioral form of information network crime, namely 'preparation act of principal offender' and 'pure perpetrating act', has reality feasibility, norm dredging and theoretical extension.

Key words: crime of illegal use of information network; network risk society; preparation act of principal offender; pure perpetrating act

(责任编辑: 倪建文)