

我国仲裁协议效力认定研究

马占军

内容提要:《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》对仲裁协议的“书面形式”、仲裁事项所包含的内容、瑕疵仲裁协议效力的认定、仲裁当事人变更或者债权债务转让时仲裁协议对权利义务继受者的效力、仲裁协议的独立性等诸多问题做出了明确解释。该司法解释限制了仲裁协议无效的情形,规范了法院审查仲裁协议效力的程序,反映了我国仲裁协议效力认定的新发展。

关键词:仲裁协议效力认定 书面形式 仲裁事项 司法解释

马占军,南方医科大学人文社科学院法学系副研究员,武汉大学法学院博士后。

仲裁协议是双方当事人保证将仲裁条款下的争议提交仲裁解决的协议。^[1] 仲裁协议是商事仲裁的基石。^[2] 仲裁协议效力如何,是关系到仲裁程序能否启动、仲裁程序能否合法、仲裁裁决能否被承认和执行的关键问题。尽管仲裁协议的本意是通过仲裁解决争议,却可能由于仲裁协议约定不明确而使当事人通过仲裁解决纠纷的最初意愿都化为乌有。2006年9月8日起实施的《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》(法释[2006]7号,以下简称《解释》)以尊重当事人意思自治和仲裁协议独立性为原则,^[3]用十余个条文对仲裁协议的“书面形式”、仲裁事项所包含的内容、瑕疵仲裁协议效力的认定、仲裁当事人变更或者债权债务转让时仲裁协议对权利义务继受者的效力问题、仲裁协议的独立性等诸多问题做出了明确解释。本文试图在全面理解《解释》的基础上,对《解释》所反映出的我国仲裁协议效力认定的最新发展做一初步探讨,以求教于学界。

一 仲裁协议的“书面形式”

有效的仲裁协议排除法院对仲裁的管辖权,因此必须以某种形式保证仲裁协议清楚地存在。^[4] 我国《仲裁法》对仲裁协议的形式要件做出了规定:“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面形式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的协议。”^[5] 由此可见,我国《仲裁法》对仲裁协议的形式要件为“书面形式”,与国际商事仲裁通行做法相符。然而,我国《仲裁法》却未对何为仲裁协议的“书面形式”做出具体而明确的规定。在相关国际公约和其他国家立法中,1958年《纽约公约》对仲裁协议“书面形式”所做的界定是,“包括当事人所签署的或者来往书信、电报中所包含的合同中的仲

[1] [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第608页。

[2] Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. 2004, Sweet and Maxwell, p. 131.

[3] 参见曹守晔:“大力支持仲裁,依法监督仲裁”,载《法制日报》2006年9月12日第10版。

[4] Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. 2004, Sweet and Maxwell, p. 131.

[5] 我国《仲裁法》第16条。

裁条款和仲裁协议”。〔6〕但是,《纽约公约》订立于 20 世纪 50 年代,当时的通信技术尚未发展到今天的水平,其条文中所称的“函电”仅包括信件、电报和电传,没有也不可能包括传真、电子数据交换等高科技通信手段。此后,联合国《国际商事仲裁示范法》与时俱进,对仲裁协议的书面形式做出了更为宽泛的规定。〔7〕晚近英国 1996 年《仲裁法》对仲裁协议的书面形式则做出了更为详尽和可操作性的规定。〔8〕可见,现代国际条约和国家立法“似乎正朝着放宽这种形式要件的方向发展”。〔9〕同样,1999 年《中华人民共和国合同法》第 11 条对合同的书面形式做出明确规定:“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。”而《仲裁法》有关仲裁协议的“其他书面形式”的规定,则为《解释》对其进行扩大解释提供了接口。由此,《解释》本着尊重当事人意思自治的原则,在吸收我国《合同法》上述规定的基础上,从宽对仲裁协议的书面形式做出了解释:“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。”

此外,对于合同的书面形式,除了合同书、信件以及数据电文等可以提供记录的形式外,通过援引的方式达成的仲裁协议也应视为“书面”仲裁协议并承认其效力。这一点已为《国际商事仲裁示范法》所确认:“在合同中提出参考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而且这种参照足以使该仲裁条款构成合同的一部分的话。”〔10〕我国最高人民法院在 1996 年 12 月 14 日的法函[1996]177 号中对此问题也做出明确规定:“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方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,应以仲裁方式解决,并规定了具体解决办法,故应认定当事人自愿选择通过仲裁方式解决其纠纷,人民法院不应受理因该类合同引起的纠纷。”进一步,《解释》在参照国际商事仲裁立法通行规定的基础上,与法函[1996]177 号相衔接,对此做出了更为明确的规定:“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,发生争议时,当事人应当按照该仲裁条款提请仲裁。涉外合同应当适用的有关国际条约中有仲裁条款规定的,发生合同争议时,当事人应当按照国际条约中的仲裁规定提请仲裁。”〔11〕

可见,《解释》对于仲裁协议形式的解释,是在秉承我国《仲裁法》关于仲裁协议必须要以书面形式达成的前提下,吸收我国《合同法》从科学技术角度对合同“书面”形式的规定,对仲裁协议的书面形式做了尽可能宽泛的解释。这一变化符合电讯科学技术的发展,与《国际商事仲裁示范法》以及联合国贸法会所推动的方向是一致的,与国际通行做法和立法趋势也是相适应的。

二 仲裁事项

“仲裁事项”是仲裁协议生效要件之一。〔12〕我国《仲裁法》第 18 条规定,仲裁协议对仲裁事项没

〔6〕 1958 年《纽约公约》第 2 条第 2 款。

〔7〕 参见《国际商事仲裁示范法》第 7 条第 2 款。

〔8〕 参见英国 1996 年《仲裁法》第 5 条。

〔9〕 Laudau, “The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement, When ‘Written’ Means Oral”, 16th ICCA Congress, May 12 - 15, 2002, London.

〔10〕 《国际商事仲裁示范法》第 7 条第 2 款。

〔11〕 《解释》第 11 条。

〔12〕 参见我国《仲裁法》第 16 条。

有约定或者约定不明确的,仲裁协议无效。也就是说,我国《仲裁法》将对仲裁事项的约定以及约定的明确性作为仲裁协议有效的一项强制性认定条件。但实践中,在仲裁协议中,当事人一般仅将仲裁事项约定为“合同争议”,而没有特别约定排除某项具体内容,此时,是否可视为其约定的事项包括了所涉合同引发的全部纠纷呢?尽管在理论上,对仲裁事项的这种约定通常会被认为是“因本合同引起的或者与本合同有关的任何争议”,但纠纷解决实践中,往往因双方当事人的理解和出发点不同,对此产生诸多争论,从而影响了当事人仲裁合法权益的实现。北京市高级人民法院对此问题做出了突破性的规定:“当事人在合同中签订仲裁条款的,应当认定当事人约定的仲裁事项是明确的。”^[13]这一大力支持仲裁的规定无疑是值得肯定的,但却明显与我国《仲裁法》将仲裁事项约定的明确性作为仲裁协议有效的一项强制性规定相悖。而《解释》对此问题做出了更具权威性的解释:“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。”^[14]换言之,《解释》从宽解释了仲裁协议中的“合同争议”,涉及合同争议的方方面面,几乎可以达到“因本合同引起的或者与本合同有关的任何争议”之类表述的效果。这样的规定,不仅包括了产生于特定交易的请求权项,而且还包括了影响当事人民事权利的所有问题,体现了司法“支持仲裁”的原则。

三 选定的仲裁委员会

“选定的仲裁委员会”也是仲裁协议的生效要件之一,我国《仲裁法》第18条规定,对仲裁委员会没有约定或者约定不明确的仲裁协议无效。很显然,这是对仲裁机构的约定以及约定的明确性作为仲裁协议有效的强制性认定条件。但由于当事人受其自身法律知识和对仲裁制度、仲裁机构了解程度的局限,往往在订立合同时不能具体而明确地表述仲裁机构名称,且发生纠纷后双方当事人对立情绪较大,很难就此达成补充协议,因而往往导致仲裁协议无效,使双方当事人通过仲裁解决纠纷的愿望落空。为此,最高法院陆续颁布了一系列司法解释,对“选定的仲裁委员会”进行从宽解释,^[15]而不是简单地以仲裁机构约定不明确来否定仲裁协议的效力。学界和仲裁实务界的普遍看法是,只要仲裁协议对仲裁机构的表述在文字和逻辑上不发生歧义,并能够从文字和逻辑上确定仲裁机构,法院就应当对仲裁协议的效力予以确认。采取“尊重当事人意思自治”的标准,^[16]《解释》在此问题上做出了积极而正面的回应:“仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确,但能够确定具体的仲裁机构的,应当认定选定了仲裁机构。”^[17]《解释》还就实践中常见的几种对仲裁机构约定不明确的仲裁协议效力的认定问题做出了以下明确规定:

1. 仅约定纠纷适用仲裁规则的仲裁协议效力问题

按照通常理解,当事人在仲裁协议中仅约定了纠纷适用的仲裁规则,并不意味着其就选定了该仲裁机构来解决他们之间的民商事纠纷。最高法院在《解释》草案中,亦持有此种看法,“仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的,视为未约定仲裁机构,但当事人达成补充协议的除外”。^[18]对此学

[13] 参见《北京市高级人民法院关于审理请求裁定仲裁协议效力、申请撤销仲裁裁决案件的若干问题的意见》第6条,载中国商事仲裁网。

[14] 《解释》第2条。

[15] 参见法函[1996]176号“最高人民法院关于同时选择两个仲裁机构的仲裁条款效力问题的函”、法经[1998]159号“最高人民法院对仲裁条款中所选仲裁机构的名称漏字,但不影响仲裁条款效力的一个案例的批复意见”和法经[1998]“中华人民共和国最高人民法院函”。

[16] 参见曹守晔:“大力支持仲裁,依法监督仲裁”,载《法制日报》2006年9月12日第10版。

[17] 《解释》第3条。

[18] 《解释》草案(2005年3月1日)第7条,载《仲裁研究》第4辑,第96页。

界和实务界有不同的看法,他们提出,不宜轻易否定此种仲裁协议的效力,而可以按照最密切联系原则来确定此种仲裁协议所指仲裁机构;或者,据其选定的仲裁规则能够确定仲裁机构的,应认定当事人选定了仲裁机构。中国国际经济贸易仲裁委员会在 2005 年 5 月开始实施的《仲裁规则》中率先对此问题做出了规定,“凡当事人约定按照本《规则》进行仲裁但未约定仲裁机构的,均视为将争议提交仲裁委员会仲裁。”^[19]《解释》则采纳了第二种意见:仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的为无效,但按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。^[20]不过,国内绝大部分仲裁机构的仲裁规则尚未做出上述类似于中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁规则》的规定,建议在修订其《仲裁规则》时,应根据《解释》对这一问题的新规定,进行适当修改,以确保仅约定纠纷适用仲裁规则的仲裁协议的效力。

2. 约定了两个以上仲裁机构的仲裁协议效力问题

当事人在仲裁协议中约定了两个以上的仲裁机构,则其效力如何?最高人民法院在给山东高级人民法院的法函[1996]176号中就此问题做出过明确解释:“本案当事人订立的合同中仲裁条款约定‘合同争议应提交中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会或者瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁’,该仲裁条款对仲裁机构的约定是明确的,亦是执行的。当事人只要选择约定的仲裁机构之一即可仲裁。”也就是说,当事人在仲裁协议中选择两个以上明确并可执行的仲裁机构,这样的仲裁协议是有效的,当事人可以选择其中任何一个仲裁机构申请仲裁。而《解释》却对此另有规定:“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。”在实际生活中,纠纷发生后当事人因利益考量以及情绪对立,很难就仲裁机构的选择达成一致,因此,《解释》这样的规定实际上是间接否定了此类仲裁协议的效力。而依据法函[1996]176号的规定,当事人无需对仲裁机构的选择达成一致,只要选择约定的仲裁机构之一仲裁即可。与法函[1996]176号的规定相比,《解释》在此问题的规定上有所倒退。事实上,如果仲裁协议中约定了两个以上明确并可执行的仲裁机构,就意味着当事人的意愿是要将纠纷提交给其中任一仲裁机构仲裁,也就是说,其通过仲裁方式解决纠纷的合意是明确的,只是在将纠纷提交给哪一个仲裁机构上需要进一步确定,对此,自可按照“行为优先”原则,当事人向仲裁协议约定的仲裁机构分别申请仲裁,先受理案件的仲裁机构就对案件具有管辖权。由此可见,法函[1996]176号的规定更有利于当事人通过仲裁解决纠纷意愿的实现。

3. 约定由某地仲裁机构仲裁的仲裁协议效力问题

如果当事人在合同中约定由某地的仲裁机构仲裁,且该地仅有一个仲裁机构,此时的仲裁协议效力如何?最高人民法院在 1998 年 7 月 6 日给河北高级人民法院的函(法经[1998]287号)中规定:“该合同虽未写明仲裁委员会的名称,仅约定仲裁机构为‘甲方所在地仲裁机构’,但鉴于在当地只有一个仲裁委员会,即石家庄仲裁委员会,故该约定应认定是明确的,该仲裁条款合法有效。”《解释》对法经[1998]287号函的这一规定予以了肯定:“仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的,该仲裁机构视为约定的仲裁机构。”^[21]在此基础上,《解释》进一步规定,如果该地有两个以上的仲裁机构,则当事人需就仲裁机构的选择达成一致,否则仲裁协议无效。^[22]正如前文所分析的那样,这样的规定实际上是间接否定了约定由某地的两个以上仲裁机构仲裁的仲裁协议的效力。而事实上,这类仲裁协议中的仲裁机构的明确完全可以按照“行为优先”的原则由当事人自己确定,而不一定非要当事人就此问题再行达成协议。

[19] 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005)第 4 条第 2 款。

[20] 《解释》第 4 条。

[21] 《解释》第 6 条。

[22] 《解释》第 6 条。

4. 既约定仲裁又约定诉讼的仲裁协议效力问题

当事人在仲裁协议中约定发生纠纷后既可诉诸法院又可申请仲裁的情况屡见不鲜。按照通常理解,由于仲裁协议未能排除法院管辖权,无法确定当事人有明确而肯定的仲裁意思表示,因此此类仲裁协议在司法实践中往往被认定无效。最高人民法院在2004年7月22日发布的《解释》(征求意见稿)认为,这种仲裁条款实质上是给予提出请求一方当事人优先选择仲裁或者诉讼的权利,即当事人首先选择了仲裁,则仲裁条款有效,反之则诉讼条款有效。如无法确定双方选择仲裁或者诉讼先后行为的,则可按照“行为优先”原则来确定案件的管辖权。^[23]而对此问题,《解释》却做出了截然相反的规定,“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效”。^[24]笔者认为,这种条款毕竟包含了当事人进行仲裁的意思表示,不宜直接认定为无效,而应具体问题具体分析。尽管当事人在仲裁条款中既约定了仲裁亦约定了诉讼,但如果其对仲裁部分的约定是具体而明确的,就不应否定仲裁条款的效力,而应给当事人一个选择仲裁或者诉讼的权利。事实上,《解释》在否定或裁或诉仲裁协议效力的同时,也以但书的形式规定了一种例外情况:“但一方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在《仲裁法》第20条第2款规定期间内提出异议的除外。”^[25]我国《仲裁法》第20条第2款规定:“当事人对仲裁协议效力有异议,应当在首次开庭前提出。”也就是说,当事人在仲裁协议中虽然约定发生纠纷后或裁或诉,但如果一方当事人选择申请仲裁,而另外一方当事人在首次开庭前对此未提出异议,则或裁或诉的仲裁条款仍然有效。这一但书规定实际上是确认了默示仲裁协议的效力,意即当事人只要具备仲裁合意,即便仲裁协议不明确,只要在《仲裁法》规定的期限内另一方当事人未对申请仲裁的行为提出异议甚至参加了仲裁庭审程序,则此类仲裁协议因当事人以默示的方式达成一致而有效。

四 仲裁协议第三人

所谓仲裁协议的第三人是指非仲裁协议签订者,因合同转让等缘故成为仲裁当事人;直接提起或者被提起仲裁。从《解释》的规定来看,仲裁协议第三人问题主要包括当事人变更时仲裁协议对继受者的效力,以及合同权利义务转让时仲裁协议对受让人的效力两个方面的问题。

首先,关于当事人变更时仲裁协议对继受者的效力。仲裁当事人变更是指在仲裁程序的进行中,由于特殊事由,仲裁当事人由程序以外的人取代参加程序的情形。作为自然人一方的当事人死亡、作为法人一方的当事人的合并、分立都会导致仲裁当事人的变更,此时,仲裁协议对继受者的效力如何?

其一,对于因自然人死亡引起的仲裁当事人变更时仲裁协议效力的认定,自然人死亡的法律后果是死亡人的权利义务由其继承人承受。虽然继承人并不是该案仲裁协议的一方当事人,但因其继承了被继承人所有的权利和义务(专属于被继承人的权利除外),而这些权利义务应包括被继承人根据仲裁协议进行仲裁的权利和义务,所以应当认定继承人已取代被继承人在仲裁程序中的地位,享有被继承人的权利,承担被继承人的义务,进而成为仲裁当事人。英国1996年《仲裁法》对此有明确规定:“除非当事人另有约定,仲裁协议不因一方当事人的死亡而解除,其仍可由或向该当事人的个人代表执行。”^[26]由于我国《仲裁法》对此未予明确,因而《解释》第8条规定,除非当事人另有约定,否则当事人订立仲裁协议后死亡的,仲裁协议对其权利义务的继承者有效。

其二,对于因法人合并、分立引起仲裁当事人变更时仲裁协议效力的认定,法人合并是指两个或者

[23] 《解释》(征求意见稿)第7条,载《仲裁研究》第1辑,第92页。

[24] 《解释》第7条。

[25] 《解释》第7条。

[26] 英国1996年《仲裁法》第8条第1款。

两个以上的独立法人经法定程序成为一个法人的情形;而法人的分立则是指一个法人经法定程序分立成两个或者两个以上独立法人的情形。合并后的法人概括性地继承法人合并时合并各方的全部权利和义务,因此一方或者双方当事人与其他非仲裁协议签字方发生合并后,合并后的法人就继承了原仲裁协议签字方的权利义务,包括仲裁的权利和义务,取代了原仲裁当事人的法律地位,成为该案的仲裁当事人。对于法人分立的情形,我国《合同法》第 90 条规定,当事人订立合同后分立的,除债权人和债务人另有约定外,由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权,承担债务。因此,法人分立后,其权利义务由分立后的法人连带继承,原仲裁协议对承受权利义务的分立后的法人具有约束力,除非当事人另有约定。我国《仲裁法》对此问题未做明确规定,而按照各国法律的一般规定:“仲裁协议和其他合同一样,对公司的全财产继承人^[27]有效。”^[28]为此,《解释》明确规定了此种情形下仲裁协议的效力问题:除非当事人在订立仲裁协议时另有约定,否则当事人订立仲裁协议后合并、分立的,仲裁协议对其权利义务的继受者有效。^[29]但《解释》却未对法人被撤销、解散或者宣告破产时,仲裁协议对继受者的效力问题做出规定。事实上,法人被撤销、解散和宣告破产而终止,亦属于仲裁当事人变更的一种情形。故法人被撤销、解散或者宣告破产后,其权利义务应由做出撤销或者解散的主管机关或者清算组织继受,则原来的仲裁协议对承受被撤销或者被解散法人的主管机关或者破产清算组织亦应有效。

其次,关于合同转让时仲裁协议对受让人的效力。合同转让是指合同有效成立后、履行完毕前,合同的一方或者双方当事人将合同的全部或者部分权利义务转让给第三人。不同国家的法律对于合同权利义务转让时,仲裁协议对受让人是否有效采取了不同的态度。比如德国法对此是予以肯定的;而法国以及美国纽约州法则认为仲裁协议主要是创设了义务而非权利,因而要求受让方明确的同意,才能对该方当事人产生效力。瑞典最高法院则采取了中间立场,即如果当事人未明确做出其他约定,则仲裁条款被推定是可以转让的,但是,一旦转让,其仅在受让人实际或者推定知悉仲裁条款的情况下,才对受让人发生作用。^[30]由于我国《仲裁法》对此问题未做明确规定,一些地方法院多以此种情形下不存在仲裁协议为由否定此类仲裁协议的效力。事实上,合同转让后,新的合同主体将取代原来的合同主体或者新的合同主体与原合同主体成为合同共同体,但无论合同主体如何变更,合同的内容并未因此发生变化,新的合同主体应受原合同中仲裁条款的约束,这一约束应当也及于仲裁条款。最高人民法院在 1998 年 5 月 12 日的法经[1998]212 号函中对此予以确认:合同的转让方与合同的另一方当事人所签订的仲裁条款对受让人和合同的另一方当事人具有约束力。最高人民法院在《解释》中对此问题则采取了与上述瑞典最高法院相似的立场,即当事人对此问题未作其他约定,则债权债务全部或者部分转让的,仲裁协议对受让人有效。但在受让债权债务时,受让人明确反对或者不知道有单独仲裁协议的,则仲裁协议对债权债务的受让人不产生拘束力。^[31]

五 仲裁协议独立性

仲裁条款的独立性,是指仲裁条款既不因主合同的无效而无效,也不因主合同的被撤销而无效。仲裁条款的独立性原则在实践中的主要优势是,对于希望拖延或撤回其仲裁合意的当事人而言,该原

[27] 所谓“全财产继承人”是指作为自愿合并或者法律规定等结果而继承公司的人。

[28] Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. 2004, Sweet and Maxwell, p. 152.

[29] 《解释》第 8 条。

[30] Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. 2004, Sweet and Maxwell, p. 151.

[31] 《解释》第 9 条。

则构成了一个重要的障碍,使其无法通过在法院质疑仲裁协议的存在或者效力来推翻仲裁协议。^[32] 仲裁条款独立性原则得到国际知名仲裁机构仲裁规则的广泛认可。^[33] 《国际商事仲裁示范法》对此明确规定:“……构成合同的一部分的仲裁条款应视为独立于其他合同条款以外的一项协议。仲裁庭做出关于合同无效的决定,不应在法律上导致仲裁条款的无效。”^[34] 法国最高法院在 Gosset 案件中对仲裁协议的独立性予以广泛承认:“在国际仲裁中,进行仲裁的约定,无论是单独达成或是包括在相关合同之中,除了特殊情况之外……在法律上完全独立,这就排除了其受主合同可能无效影响的可能性。”^[35] 同样,越来越多的国家通过将仲裁条款的独立性作为其仲裁法的一部分,明确了立场。^[36] 我国《仲裁法》也已确立了仲裁协议的独立性。^[37] 但该法采取列举的方式,将仲裁协议的独立性限定在合同的变更、解除、终止以及无效四种情形下,而未对合同未生效、被撤销、存在与否等情形下仲裁协议的独立性做出规定。^[38] 不过实践中,我国各仲裁机构仲裁规则大多对仲裁协议独立性做出了扩大规定。其中,中国国际经济贸易仲裁委员会《仲裁规则》对仲裁协议独立性所做的扩大解释最具代表性:“合同的仲裁条款应视为与合同其他条款分离的、独立存在的条款,附属于合同的仲裁协议也视为与合同其他条款分离的、独立存在的一个部分;合同的变更、解除、终止、转让、失效、无效、未生效、被撤销以及成立与否,均不影响仲裁条款或者仲裁协议的效力。”^[39] 仲裁实践中,法院因合同未成立、成立未生效、被撤销以及不存在而否定仲裁协议效力的情况较为突出。合同未成立、成立后未生效以及被撤销的,在法律后果上与合同无效是一样的,都会使合同自成立时起无效。既然合同的无效并不影响依附于合同的仲裁条款的效力,则合同未成立、成立后未生效以及被撤销三种情形下,依附于合同的仲裁条款亦具有独立性,不应影响仲裁条款的效力。《解释》对此问题做出明确规定:“合同成立后未生效或者被撤销的,仲裁协议效力的认定适用《仲裁法》第 19 条第 1 款的规定。当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的,合同未成立不影响仲裁协议的效力。”对于主合同存在与否对仲裁协议效力的影响这一问题,由于情形较为复杂,国际上尚未能形成统一的认识和看法。在法国,如果存在仲裁协议“显然无效”(比如主合同不存在)的情形,则法院不会中止法院程序。^[40] 英国虽然在 1996 年《仲裁法》中规定,“构成或旨在构成其他协议一部分的仲裁协议不得因其他协议无效、不存在或者失效而相应无效、不存在或失效。为此目的,仲裁协议应视为不同的协议。”^[41] 但其最近的案例却表明,对于某些英国的法官,仲裁协议的命运仍然与主合同最初的存在不可分割地联系在一起。制定法和案例法上的冲突使得英国法对此问题的态度显得莫衷一是。^[42] 鉴于国际商事仲裁界对此问题尚未达成普遍接受的看法,我国《仲裁法》亦未有明确予以规定,《解释》对此问题采取了审慎的态度,未作解释。

[32] Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. 2004, Sweet and Maxwell, p. 162.

[33] 参见《国际商会仲裁规则》第 6 条第 4 款;及《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第 23 条第 1 款。

[34] 《国际商事仲裁示范法》第 16 条第 1 款。

[35] Cour de Cassation, 1st Civil Chamber, May 7, 1963, Dalloz, 1963, p. 545.

[36] Marrella, “International Business Law and International Commercial Arbitration: the Italian Approach”, (1997) *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* 25.

[37] 我国《仲裁法》第 19 条。

[38] 仲裁实践中,部分法院会因仲裁协议所依附的合同被撤销、不存在、未生效等原因而认定仲裁协议不具有独立性,否定这类仲裁协议的效力。

[39] 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005)第 5 条第 4 款。

[40] Gaillard, “The Negative Effect of Competence”, *International Arbitration Report*, No. 1, January 1, 2002.

[41] 英国 1996 年《仲裁法》第 7 条。

[42] Alan Redfern And Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., 2004, Sweet and Maxwell, p. 165.

六 结 语

《解释》依照我国《仲裁法》和有关司法解释的规定,对于法院行使仲裁协议效力司法监督权过程中的许多问题做出了更明确、更具体的规定,这对于司法实践乃至中国仲裁事业的发展都将产生积极的影响。从《解释》的相关规定看,司法对仲裁协议效力的审查采取的是一种宽容和支持的态度,虽然激进者可以说《解释》做得还不够,但不得不承认,《解释》较为严格地限制了仲裁协议无效的情形,缩小了而不是扩大了司法对仲裁协议效力的审查权力,体现了司法适度监督仲裁以及鼓励仲裁发展的原则。但也应注意,受制于司法解释不能超越法律规定解释法律的局限,《解释》对有些仲裁协议的效力,诸如同时选择诉讼与仲裁或者两个仲裁机构等予以了否定,而不是赋予仲裁协议双方当事人以选择权。《解释》当然也不可能对《仲裁法》未涉及但却为仲裁理论和实务界颇为关注的仲裁协议第三人问题做出解释。《解释》的相关规定是对我国现行仲裁法中有关仲裁协议规定的明确,我们不能也不应期望由《解释》一揽子解决仲裁协议司法监督中的所有问题,诸如仲裁协议实质要件的改变、仲裁庭“自裁管辖权”制度的确立、仲裁协议效力异议期限的重新确定等事关仲裁协议效力的关键问题,仍需留待《仲裁法》在其修改中逐步妥善解决。

[Abstract] Several Explanations concerning the Application of the Arbitration Law by the Supreme People's Court have given clear interpretations on the following questions: the written form of arbitration agreement, arbitrable items, the determination of validity of defective arbitration agreement, the validity of the arbitration agreement for the successor in cases of changes in the parties to the arbitration or the transfer of rights and obligations under arbitration agreement, the independence of arbitration agreement, the judicial and procedural requirements for cases involving disputes on the validity of arbitration agreement, waiver of dissents on the validity of the arbitration agreement, etc. These judicial explanations have limited the circumstances in which arbitration agreement is invalid, regularized the procedure for validity examination on the arbitration agreement by the court, while at the same time reflected the latest development in the determination of the validity of arbitration agreement in China.

(责任编辑:冉 昊)