

摘 要

当今世界，解决国际民商事争议的途径不外乎诉讼与仲裁两种方法。国际商事仲裁（International Commercial Arbitration），是世界各国广泛采用的解决国际商事争议的有效途径之一，而国际商事仲裁协议是进行国际商事仲裁的前提条件。随着世界经济一体化进程的日益加快和我国的快速发展以及更加积极地走向世界，国际交流和经济活动日趋频繁，国际贸易纠纷也逐渐增多，正确认定国际商事仲裁协议的法律效力无疑具有重大的理论和实践意义。

仲裁协议得到司法承认和执行是仲裁制度存在和发展的重要价值所在，因此，国际商事仲裁协议的法律效力问题是仲裁制度得以存在和发展的基石。本文着重探讨了国际商事仲裁协议的法律效力问题，通过列举分析的方法，对国际商事仲裁协议的概念及表现方式、法律效力、认定进行了重点阐述，介绍了国际商事仲裁协议法律效力问题的最新发展潮流和方向，无疑会对我国的相关司法实践具有借鉴价值。

本文的最后一章“我国《仲裁法》关于仲裁协议法律效力的规定及其改革完善”是本文的主要成果。在这一章中，指出我国现行的仲裁立法业已实施 10 余年之久，其中有许多规定都已经不适当今社会和经济发展的需要，限制了对其内容的扩充和范围的拓展，也不利于对国际先进规定的采纳和吸收，阻碍了我国仲裁事业的发展。因此，有必要借鉴国际上和先进国家对仲裁协议法律效力的规定，从推进我国仲裁事业的发展角度着眼，对我国关于仲裁协议法律效力的规定作出相应的修改，以促进我国对外贸易的发展，支持我国企业进一步走向国际市场。

关键词：国际商事仲裁；协议；法律效力

Studies on the Legal Force of International Commercial Arbitration's Agreement

Abstract

The existing circumstances approaches to solve the debate of international commercial arbitration are scanty focusing on lawsuit and arbitration throughout the contemporary world. The Agreement of international commercial arbitration is the prerequisite for international commercial arbitration which is a worldwide comprehensive resort to ravel out the dispute of international commerce. Identifying the legal force of international commercial arbitration has both academic and practical significances for the gradual increment of international trade dissensions after the predicable procedure of incorporation of world economy and the tremendous development of China heading for the outside world more actively.

The acknowledgement and fulfillment of arbitration agreement is the significant value of the existence and development of arbitration institution. Therefore the legal force of international commercial arbitration is the foundation stone for the presence and evolution of arbitration institution. This disquisition emphasized the issue of legal force of international commercial arbitration by means of enumeration and analysis to accentuate the concept, expression mode, legal force, validation. This paper would doubtless be referred by corresponding Chinese legal practice by recommending the updated developmental tideway and direction of legal affect of international commercial arbitration.

The épilogue chapter of this dissertation "Regulations and Related Amendment Consummation Regarding the Modality of Arbitration of 《Law of Arbitration》 in China" is the main progeny. This chapter pointed out that maladjustment for requisites of economy and social development in China today concern many regulations of 《Law of Arbitration》 which has already been legislated for more than 10 years long. The prescription about the written format of arbitration agreement are blurry and rigid which confined the extension of range and amplification of content. And this is also a disadvantage for the absorbing and adopting of advanced international regulations and an obstacle for the development of the arbitration career. Therefore, it is necessary to

adapt correspondingly our prescripts of arbitration agreement referring to the advanced international regulations. Hereby we can expedite the development of external trade and support the domestic enterprises to head for international market.

Key Words: International Commercial Arbitration; Agreement; Legal Force

大连海事大学学位论文原创性声明和使用授权说明

原创性声明

本人郑重声明：本论文是在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果，撰写成硕士学位论文“国际商事仲裁协议效力问题研究”。除论文中已经注明引用的内容外，对论文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。本论文中不包含任何未加明确注明的其他个人或集体已经公开发表或未公开发表的成果。

本声明的法律责任由本人承担。

论文作者签名： 2006年10月8日

学位论文版权使用授权书

本学位论文作者及指导教师完全了解“大连海事大学研究生学位论文提交、版权使用管理办法”，同意大连海事大学保留并向国家有关部门或机构送交学位论文的复印件和电子版，允许论文被查阅和借阅。本人授权大连海事大学可以将本学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，也可采用影印、缩印或扫描等复制手段保存和汇编学位论文。

保密□，在____年解密后适用本授权书。

本学位论文属于： 保密□

不保密（请在以上方框内打“√”）

论文作者签名： 导师签名：

日期：2006年10月8日

引言

随着国际交流及经济活动的日趋频繁，世界经济一体化进程不断加快，跨国纠纷也逐渐增多。国际商事交往中，主观争议或纠纷是难免的，国际商法的一项重要内容和任务是如何采取适当方式，公平合理地解决国际商事争议，确保国际商事交易的顺利进行。解决国际商事关系中的各种争议，一般有三种方式：和解或调解、仲裁、司法诉讼，其中仲裁应用普遍。国际商事仲裁作为解决跨国纠纷的有效手段之一，凭借它的高度意思自治性，法律适应的随机性，裁决执行的有效性，被广泛应用。

国际商事仲裁就是指国际商事关系的双方当事人争议发生后，依据仲裁条款或仲裁协议，自愿将争议提交某一临时仲裁机构或某一国际常设仲裁机构审理，由其根据有关法律或公平合理原则作出裁决，从而解决争议。仲裁是解决国际商事争议使用较普遍的方式，与和解调解、司法诉讼相比，它具有如下特点：一是当事人自主性较大，对仲裁方式的选择、仲裁地点、仲裁机构、仲裁员、仲裁程序、仲裁所适用的法律等，当事人都可以自由作出决定；二是程序灵活、迅速及时，收费较低；三是具有必要的强制性，这体现在仲裁协议的强制性、仲裁裁决的强制性；四是有利于保持当事人间的关系，并可协调不同法律之间的冲突。

仲裁协议是双方当事人表示愿意把他们之间的争议交付仲裁解决的一种书面协议，它是仲裁机构或仲裁员受理争议案件的依据。仲裁协议的主要形式之一是仲裁条款，指双方当事人在签订有关条约或合同时，在该条约或合同中订立的约定将其可能发出的争议提交仲裁解决的条款。仲裁条款订立于争议发生之前，是一种最常见和最重要的仲裁协议；还有仲裁协议书，指由双方当事人表示同意把已经发生或可能发生的争议提交仲裁解决的协议，这是独立于主合同之外的一个单独的协议。仲裁协议最重要的作用就是排除法院对争议案件的管辖权，使得当事人只能将争议通过仲裁解决，从而使仲裁庭或仲裁员取得管辖权。

仲裁协议应尽可能明确、具体、完整，一般来讲，仲裁协议应包括如下内容：仲裁地点，这是一个关键内容，关系到仲裁程序与准据法的选择；仲裁机构；仲裁程序规则，一般来讲，在哪个仲裁机构仲裁，就适用该机构的仲裁规则，但也有国家允许当事人的任意选择；仲裁裁决的效力，指裁决是否具有终局性，对

当事人有无约束力，能否向法院上诉等，这些都须在仲裁协议中明确。

国际商事仲裁程序一般包括如下阶段：仲裁的申请和受理；仲裁庭的组成。临时仲裁机构可直接作为仲裁庭，常设仲裁机构内部则设有仲裁庭组织。仲裁庭由双方当事人合意选定或由有关仲裁机构基于当事人的授权或依职权指定的仲裁员组成；仲裁审理，分为口头审理和书面审理两种方式；仲裁裁决。仲裁庭作出裁决后，仲裁程序即告终结。

仲裁方式解决国际商事争议的历史可以追溯到 1889 年，当时英国人为了解决本国商人和欧洲国家商人在国际贸易中的纠纷，颁布实施了第一部《仲裁法》。经过近两个世纪的发展，尤其是二战之后，伴随着科技和经济的发展，建立了一套完整的国际商事仲裁体系，使国际商事仲裁成为解决跨国纠纷的有效手段之一。1958 年在联合国经社理事会主持下制定和通过了《承认及执行外国仲裁裁决公约》（通常简称为 1958 年《纽约公约》），至 1998 年 6 月 10 日，该公约 40 周年纪念日之际已有 118 个国家成为缔约国，《纽约公约》已成为仲裁领域最重要的公约并被誉为当今国际商事仲裁的基石 (corner stone)。近年来，国际商事仲裁呈现出前所未有的繁荣景象。例如，仅据国际商院仲裁院 2000 年度统计报告表明，自 1987 年至 2000 年共受理各类商事仲裁案件 11362 件，是建院以来 53 年总和的 5 倍。

第1章 国际商事仲裁协议概述

1.1 国际商事仲裁协议的概念及表现方式

国际商事仲裁又称国际经济贸易仲裁，针对一国而言可称涉外商事仲裁，它是指在国际商事活动中，当事人双方依达成的仲裁协议，将有关争议提交给某临时仲裁庭或常设仲裁机构审理，并做出具有约束力的仲裁裁决的制度。国际商事仲裁是建立在双方当事人契约自由的基础之上的。国际商事仲裁协议是国际商事仲裁的前提和基础，是双方当事人自愿接受仲裁的唯一书面证据。

1.1.1 国际商事仲裁协议的概念

国际商事仲裁协议是指国际商事关系的双方当事人表示愿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某一临时仲裁机构或某一国际常设仲裁机构审理，由其根据有关法律或公平合理原则作出裁决，从而解决争议的一种书面协议。

国际商事仲裁协议的基础是当事人意思自治，当事人之间的“一致同意”，是把争议提交仲裁的基本要求，没有当事人之间的“一致同意”，就不可能存在有效的仲裁。对于当事人之间的“一致同意”的效力，国际上大多数国家的法律都予以确认。如果当事人之间不存在仲裁协议或者仲裁协议无效，则任何一方当事人都不可能强迫对方当事人参与仲裁并作出裁决，相反，如果当事人双方已有效地同意仲裁，则任何一方当事人都不能单方面撤回已同意的意思表示。

国际商事仲裁协议主要针对的是“契约性”和“非契约性”的争议。契约性争议主要是指由于合同关系而产生的争议，如由于货物买卖合同、货物运输合同，工程承包合同、许可证合同等引起的争议。非契约性合同则是指由于合同之外的关系而产生的争议，如海上船舶碰撞、国际产品责任、国际环境污染以及侵犯专利权、著作权等知识产权的争议。上述这些非契约性的争议，依照有关国家的法律规定，当事人按照双方自愿产生的协议，就可以提交仲裁裁决。

1.1.2 国际商事仲裁协议的表现形式

国际商事仲裁协议有四种表现形式：

1. 仲裁条款。指国际商事关系的双方当事人在签定有关条约或合同时，在该

条约或合同中订立的约定将其可能发生的争议提交仲裁解决的条款。仲裁条款订立于争议发生之前，是一种最常见和最重要的仲裁协议。

2. 仲裁协议书。指由国际商事关系的双方当事人订立的，表示同意将他们之间已经发生或可能发生的争议提交仲裁解决的协议，这是独立于主合同之外的一个单独的协议。

在国际贸易实践中，仲裁协议书是在合同中无仲裁条款，或仲裁条款不太明确、无法执行的情况下，双方当事人签订达成的。它与仲裁条款的表现方式虽有不同，但在法律上的效力是相同的。

3. 其他文件中包含的仲裁协议。在国际商事交易中，当事人除了订立条约和合同外，还可能在相互之间有信函、电报、电传、传真、电子数据交换、电子邮件或其他书面材料的往来。这些往来文件中如果包含有双方当事人同意将他们之间已经发生或可能发生的争议提交仲裁的内容，那么，有关文件即是仲裁协议。这种形式的仲裁协议是国际商事交易发展的必然结果，其有别于仲裁条款和仲裁协议书，其实只相当于通过要约和承诺达成一致的协议，即一方表示通过仲裁解决纠纷的意愿，另一方通过一定的通讯方式表示接受，从而达成仲裁协议。它既可存在于争议发生之前，也可以存在于争议发生之后，还可产生于争议发生之中；它提交仲裁的意思表示不是集中表现于合同中的某一条款或单独的仲裁协议书中，而是分散在有关当事人相互多次往来的文件中。由于国际商事法律关系的跨国性，空间上的距离给当事人共同协商签署一项仲裁协议书带来交通方面的不便和经济方面的不利，而国际通信事业的发展，又把这种空间距离人为地缩小到了最低限度。因此，在国际商事仲裁实践中，这种类型的协议也是常见的。

4. 援引方式达成的仲裁协议。这是一种在仲裁实践中新近出现的仲裁类型。它是指当事人没有直接订立仲裁协议而是引用另一个合同中所订立的仲裁条款作为他们之间将纠纷提交仲裁的依据。这种仲裁协议形式在美国已经出现。

与援引方式达成的仲裁协议的另一情形是当事人只在合同或者仲裁协议中明确了仲裁意愿，其他仲裁协议内容则按照某个现行文件中的仲裁条款来认定。

1.2 国际商事仲裁协议的特征

尽管仲裁协议是当事人间在意思自治基础上所缔结的合同，但与一般民商事

合同相比，它具有如下一些重要特征：

1.2.1 仲裁协议的补充性

一般民商事合同直接规定当事人之间的实体权利义务关系，而仲裁协议却是通过确认一种解决当事人间纠纷的方式来明确当事人间的权利义务。若前者所规定的权利义务通过当事人的履行顺利实现，那么后者就会自动失效，不产生任何法律效力；只有在前者于当事人履行合同中发生纠纷时，后者作为解决纠纷的救济性协议方始发挥作用，通过仲裁使一般民商事合同中所规定的当事人的权利义务得以明确化。因此仲裁协议对一般民商事合同具有救济补充性。

1.2.2 仲裁协议的独立性

如果仲裁协议以仲裁条款的形式存在于一般民商事合同之中，那么就仲裁条款而言，它一经有效订立，即具有相对独立性，不受主合同效力的影响。即使主合同因某种原因被认定为自始无效、可撤销或具有其他瑕疵等，但包含于该合同中的仲裁条款并不因此而失效，从而具有独立性、自治性和可分割性。这一特性已为当代各国仲裁立法和有关仲裁的国际公约所确认。

1.2.3 仲裁协议的广延性

一份有效的仲裁协议，其法律约束力不仅及于各方当事人，而且还要延伸至仲裁机构、仲裁员和法院。正是存在合法有效的仲裁协议，当事人只能以仲裁方式而不能以诉讼方式解决其争议，特定仲裁机构才享有对争议案件的管辖权，并排除了法院对同一案件的管辖权。如若一方当事人违反仲裁协议向法院起诉，他方当事人有权向法院就此提出抗辩，法院应拒绝受理案件，或者中止司法诉讼程序。有管辖权的仲裁机构在一方当事人申请后，依法对争议进行审理，并作出终局性的仲裁裁决，以此确定当事人间的权利义务关系。因而，仲裁协议在法律效力上具有广延性。

1.2.4 仲裁协议的书面性

由于当事各方提交仲裁的事项对当事人而言是比较重要的，并且仲裁协议又具有上述补充性、独立性和广延性，因此，仲裁协议应以书面形式作成。在当代国际商事仲裁制度中，有鉴于仲裁协议的重要性，绝大多数国家的仲裁法和所有有关的国际公约与国际性文件，都将仲裁协议的书面形式作为其有效要件之一，

由此可将仲裁协议的书面性作为其重要特征之一。

1.3 国际商事仲裁协议有效的要件

国际商事仲裁协议订立后，并不当然地具有法律效力。只有仲裁协议具备了有效的形式要件和实质要件，才产生法律上的效力。

1.3.1 国际商事仲裁协议有效的形式要件

一项有效的仲裁协议必须有合法的形式。仲裁的发展史表明对仲裁协议的形式要求经历了一个曲折的发展过程。起先仲裁无需仲裁协议，争议发生后当事人只要愿意即可一同去找第三人仲裁。^[1]然而随着经济贸易的发展以及仲裁制度的完善，对仲裁协议的形式提出了新的要求。目前，仲裁协议必须采用书面形式，已成为国际商事仲裁协议的一项统一规则。

1. 有关立法对商事仲裁协议书面形式的要求

世界各国的仲裁立法大都规定仲裁协议必须以书面形式做成。俄罗斯 1993 年《联邦国际仲裁法》第 7 条：“仲裁协议应该以书面形式订立”。英国 1996 年《仲裁法》第 5 条：“仲裁协议应为书面形式，不管该协议是书面达成的或者是书面通讯形式达成的，或者被证明是书面的。”法国 1981 年《民事诉讼法典》第 1031 条规定：“仲裁条款应以书面规定在协议中，或主协议援引的文件中。否则无效。”美国《联邦仲裁法》第 2 条规定：“在任何海事或商事契约中，为解决可能由于契约方式引起的或者由于拒绝履行契约全部或者部分引起的争执所作的书面规定，又或者将由于接受或者由于拒绝契约引起的现有的争执提交仲裁的书面协议，都是有效的、不可撤销的和有强制性的，但是契约中所规定的撤销契约的理由者除外。”

现代有关国际条约和国际性文件为了顺应国际商事仲裁的发展要求，也规定了仲裁协议的形式必须是书面形式。《承认与执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》）第 2 条第 1 款规定：“当事人以书面协定承认彼此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，不论为契约性质如何，应提交仲裁时，各自以书面约定。”该公约第 2 条第 2 款对“书面协定”解释是“称‘书面协定’者，谓当事人所签订或在互换函电中所用条款或仲裁协定。”1985 年联合国《国际

^[1]黄进等著，《仲裁法学》（修订本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 81 页。

商事仲裁示范法》第7条第2款规定：“……仲裁协议可以采取合同或单独的协议形式。”同条第2款进一步规定：“仲裁协议应是书面的，协议如载于往来的书信、电传、电报或书面的其他电讯手段，或在申诉书或答辩书的交换中当事一方声称有协议而他方不否认即为书面协议。”

世界各国仲裁法和国际公约之所以要求仲裁协议采取书面形式，其目的之一是为了证实当事人主观上是自愿提交仲裁的，还有一个目的，“就是为仲裁协议形式上的有效性提供一个统一准则”。^[2]

2. 国际商事仲裁协议书面形式的新发展

(1) 不存在双方当事人签署的书面协议

例如，合同是通过某一经纪人缔结的，经纪人发出了表明双方已同意的内容的合同文本，虽有仲裁条款，但当事人双方并没有任何直接的书面联系；又如，载有仲裁条款的合同是在当时一方提议的基础上形成的，而另一方并未以书面形式明示接受，但该另一方在后来的通信、发票等表明接受合同；再如，在口头协议中提到一系列书面条款，这些书面条款是标准形式的，其中含有仲裁协议。按照通常的理解，“书面”常常意味着签字。现在的国际仲裁实践已不要求仲裁协议必须经各方当事人签字，许多国家的立法也明确规定此点。如英国《1996年仲裁法》第5条规定，仲裁协议以书面形式达成，并不决定于签字与否。

(2) 通过推定认定仲裁协议的成立

例如，按照《纽约公约》，仲裁协议可由当事人以互换通讯的方式达成。互换往往意味着一方发出要约，另一方承诺。也就是说，默示接受仲裁协议是不可行的。但最近的司法及仲裁实践表明一方发出包含仲裁条款的要约，另一方未作答复但履行了合同，视为接受了仲裁协议。在立法上，受到《示范法》的影响，无论是英美法系国家还是大陆法系国家，越来越多的国家规定，在诉讼或仲裁程序中，对案件的实体问题进行讨论，即可弥补程序上的任何缺陷。也有一些国家这样规定，在诉讼或仲裁程序的文件交换中，一方声称存在仲裁协议，另一方在回复中没有提出异议，仲裁协议即成立。

(3) 只要有书面证据证实，口头形式也可达成仲裁协议

^[2]韩健著，《现代国际商事仲裁法的理论与实践》（修订本），法律出版社2000年，第62页。

这一变化，使口头形式的仲裁协议与书面形式的仲裁协议之间的区别缩小了，有助于扩大《纽约公约》的适用范围。英国《1996年仲裁法》、香港《仲裁（修订）条例》（2000年）都规定，仲裁协议只要有书面证据证实，即被视为具备书面形式。

在最新的仲裁立法中，“书面形式”作了扩大化的解释。基于技术的最新发展，国际上对“书面形式”的解释也相应扩大，即“书面”不等于“书写”，刻录于有形介质或储存在电子或其它介质上，能够重新恢复的信息，都被认为具备书面形式，不但是电子邮件，甚至录音，都可能被认为具备书面形式。如英国《1996年仲裁法》、香港《仲裁（修订）条例》（2000年）及美国2000年《统一仲裁法》等。另外，包括1996年联合国《电子商务示范法》在内，一些立法虽然不是专门的仲裁立法，但都对“书面形式”作了扩大解释，电子讯息在法律上被视为与纸质文书功能等同。仲裁协议也是一种合同，如果解决了合同的形式问题，实际上也是解决了仲裁协议的形式问题。

（4）在确认仲裁协议效力时“尽量使其有效原则”得到广泛承认

采用这一原则的典型是瑞士1987年《关于国际私法的联邦法》，该法第178条规定了数种仲裁协议的法律，只要符合其中之一，仲裁协议即是有效的。司法实践中，在认定仲裁协议效力时，“尽量使其有效原则”也得到应用。正如一位仲裁法专家所言，仲裁协议的内容可以很简单，只要反映了当事人的仲裁意愿即可，重要的是出现了“仲裁”二字。

1.3.2 国际商事仲裁协议有效的实质要件

国际商事仲裁协议的内容是对国际商事仲裁协议完整性的要求，仲裁协议的内容直接关系到当事人的意愿，并决定仲裁协议是否有效。一项仲裁协议究竟应包括哪些基本内容，各国仲裁立法和有关国际条约的规定并不完全相同。但为了使仲裁程序能够顺利让当事人获得预期的效果，各国仲裁法和有关国际条约所确定的总的原则是：只要不违背法律的强制性规定，当事人商定的仲裁协议都予以承认。一般而言，仲裁协议应包括当事人请求仲裁的意思表示、提交仲裁的争议事项、仲裁地点、仲裁机构、仲裁规则和仲裁裁决的效力。

1. 当事人有请求仲裁的意思表示

请求仲裁的意思表示，是指当事人各方有请求仲裁的明确意思表示。请求仲

裁的意思表示是仲裁协议的基本要素。仲裁协议最主要的作用就是要表明和证明当事人的这种仲裁愿望。在现代国际商事仲裁制度中,请求仲裁的意思表示必须明确、肯定,符合仲裁一裁终局的本质以及排除法院管辖权力的效力,而这种意思表示在绝大多数国家和有关的国际公约中,都规定应当采取书面形式。

2. 提交仲裁的争议事项

仲裁协议必须确定提交仲裁的争议事项,这是仲裁协议必备的基本内容之一。1981年法国《民事诉讼法典》第1448条第1款规定,交付协议(即仲裁协议—引者注)应确定争议的标的,否则它是无效的。我国《仲裁法》第16条规定,仲裁协议中必须包括仲裁事项。按照国际上通行的惯例,只有在当事人将仲裁协议中约定的事项提交仲裁时,仲裁机构才能受理。如果当事人提交的仲裁事项不属于仲裁协议中约定的争议事项,另一方当事人有权对仲裁机构的管辖权提出异议,可向法院申请撤销仲裁裁决或者请求法院拒绝承认与执行该裁决。

当事人在仲裁协议中约定提交仲裁的争议事项,必须具有可仲裁性。也就是说提交仲裁的事项须是法律规定可以通过仲裁加以解决的事项,凡是法律规定不得经由仲裁解决的争议事项,不能规定在仲裁协议中。

3. 仲裁地点

仲裁地点是进行仲裁程序和作出仲裁裁决的所在地,是仲裁协议的基本内容之一。从仲裁制度的发展考虑,仲裁协议中明确仲裁地点非常重要。国际商事仲裁实践中,在当事人双方没有就仲裁适用的法律作出选择时,仲裁庭的仲裁程序适用仲裁地法;在当事人没有就有关争议应适用的实体法作出选择时一般也由仲裁庭根据仲裁地的冲突规范加以确定。仲裁地点的选择直接关系到仲裁的结果。因此,国际商事交易的当事人在订立仲裁协议时,各方都力争在本国进行仲裁。

为120多个国家所接受的1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》第1条第3款规定,缔约国在加入该公约时可以声明保留,该国只对另一缔约国领土内作成的仲裁裁决的承认和执行适用该公约。为了保证仲裁裁决能根据该公约得到承认与执行,当事人还应注意选择一个该公约的缔约国作为仲裁地。

通常仲裁地点是与仲裁机构所在地一致的。当事人选择某一仲裁机构,往往有以该仲裁机构所在地作为仲裁地点的意向。若当事人未作明示约定,仲裁庭时常将仲裁机构所在地作为仲裁地。鉴于仲裁地点的上述重要性,当事人在签订仲

裁协议时，应就仲裁地点作出明示约定，不要留待仲裁庭作出决定。

4. 仲裁机构

仲裁机构是仲裁协议的实质要件之一。在国际商事实践中，选择仲裁机构的做法有两种：一是在仲裁协议中约定一个常设机构，将争议在此常设机构的组织和管理下进行仲裁；二是双方当事人在仲裁协议中指定仲裁员，或写明指定仲裁员的程序组成临时仲裁庭进行仲裁。一些国家如法国在法律中明文规定仲裁协议必须载明仲裁员的姓名、地址、或指定仲裁员的方法，否则无效。选定仲裁员是保证以仲裁解决争议的基本前提。正如国际贸易法专家施米托夫所说：“即使是最拙劣的仲裁协议也包括两个方面：将争议提交仲裁解决和由谁来充当仲裁员。”^[1] 仲裁有机构仲裁和临时仲裁两种。仲裁机构从广义上来说，既包括仲裁委员会或仲裁院，也包括仲裁庭。两种不同的仲裁形式在仲裁过程中发挥出共同的作用。但是，相比较而言，机构仲裁更被广泛的采用。

在当代国际商事仲裁中，以常设仲裁机构进行仲裁是普遍采用的方式。一方当事人在签订仲裁协议确定仲裁机构时，主要有以下两种情形：

(1) 在当事人所属国的仲裁机构进行仲裁

双方当事人在订立仲裁协议时，都尽力将争议提交本国常设仲裁机构进行仲裁。之所以如此，除了考虑便利外，更重要的是对本国法律比较熟悉以及出于对本国常设仲裁机构的信任。

(2) 在第三国或国际性的常设仲裁机构仲裁

这往往是在双方当事人在选择仲裁机构难以达成在本国常设仲裁机构进行仲裁时，所作出的妥协性或折衷性的安排。选择一个能为双方认可的第三国或国际性仲裁机构进行仲裁，是一种可行且明智的解决问题的方案。

在实践中，为避免因仲裁机构的确定而使谈判陷入僵局，双方当事人有时也采取一种较为灵活的方式，即在仲裁条款中不明确规定将合同争议提交哪一国仲裁机构进行仲裁，只规定发生合同纠纷时应提交被诉方所在国常设仲裁机构仲裁。采用此方式，虽然在有关争议发生之前，仲裁机构处于不确定状态。然而一旦争议发生，且一方当事人提出仲裁申请时，被诉方所属国仲裁机构便被确定为解决

^[1] [英]施米托夫著，《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 6 页。

争议的仲裁机构。这一做法有助于消除双方当事人的顾虑，促使交易的成功。

5. 仲裁规则

仲裁规则是指当事人和仲裁庭在仲裁过程中应该遵守的行为规范之总和，它包括仲裁申请、反请求的方式、仲裁员的选定、仲裁庭的组成、仲裁审理、仲裁裁决的作出、裁决的效力等内容。当事人在订立仲裁协议时应明确仲裁所适用的仲裁规则，以确保仲裁程序的顺利进行。

根据各国的仲裁立法和有关仲裁的国际公约以及国际商事仲裁的惯常实践，当事人在签订仲裁协议时，可自行约定仲裁所应遵循的仲裁规则，也可援引某一常设仲裁机构或国际组织所颁布施行的仲裁规则。一般情况下，参与国际商事交往的当事人一般都在其仲裁协议中全部或部分地援引某一现有的仲裁规则，并且把选择仲裁机构和仲裁规则结合起来。

各国常设仲裁机构均制定有仲裁规则，如《中国国际经济贸易仲裁委员会规则》、《芬兰中央商会仲裁院仲裁规则》等。另外，国际上还有一些国际性和地区性仲裁规则，如《国际商会仲裁规则》。一般来说，仲裁协议规定在哪个仲裁机构仲裁，就按该机构的规则仲裁。也有一些仲裁机构允许按照双方当事人的约定，采用其他仲裁规则仲裁。

如果采用临时仲裁庭进行仲裁，当事人可以选用仲裁举行地国家的仲裁规则或授权仲裁员选择，也可以从国际性仲裁规则中任选一种，或者自行拟定仲裁规则。

6. 仲裁裁决的效力

仲裁裁决的效力主要是指裁决是否具有终局性，对双方当事人有无约束力，能否再向法院起诉等问题。世界上绝大多数国家的仲裁法和有关仲裁规则都规定，仲裁裁决具有终局性效力，对双方当事人具有法律效力。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》规定“裁决应以书面而为之，并应是终局的和对双方具约束力，一方承担立即履行裁决的义务。”^[4]《伦敦国际仲裁院仲裁规则》也规定：“所有的裁决均为终局性并对双方当事人具有约束力。当事人约定按照本规则进行仲裁者，即承诺立即地和毫不拖延地履行仲裁裁决。当事人也因此不可撤回地放弃了任何

^[4] 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第32条第2款。

^[5] 1998年《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第6条第9款。

国家法院或其他司法机关提起任何形式的上诉权。这种权利放弃是可以依法有效作出的。”^[6]

尽管仲裁的“一裁终局”已成为仲裁制度的主流，然而仍有一些国家规定仲裁裁决可以上诉。1996年《英国仲裁法》规定：除非当事人另有约定，仲裁的一方当事人可就所作的裁决的法律要点向法院提起上诉。

仲裁裁决的效力直接关系到整个仲裁程序的效力，是决定着当事人权利义务最终能否得以确定、合法权益能否得到保护的问题，是仲裁协议中一项很重要的内容，而各国立法及有关的仲裁规则的规定又存在差异。因此，当事人在签订仲裁协议时，应明确规定仲裁裁决的效力问题，特别是在当事人双方决定将其争议提交某临时仲裁机构仲裁和自行约定仲裁程序规则时，更应对裁决的效力作出明确规定。

仲裁协议除以上基本内容外，当事人还可以就其他与仲裁有关的事项作出约定，包括仲裁费用的分摊、仲裁适用的法律、仲裁使用的语言、授权仲裁员以友好解决人的资格或依照公平合理原则审理案件的权力等内容。

第2章 国际商事仲裁协议的法律效力

仲裁协议具有法律效力，最根本的来源依据就是各国通过国内立法和所缔结的国际条约赋予了仲裁协议具有法律效力。

根据相关的国际公约和大多数国家仲裁立法的规定，仲裁协议的法律效力主要体现在以下几个方面：一是双方当事人均应受仲裁协议的约束，如果发生争议，应通过仲裁方式加以解决，而不得向法院起诉；二是使仲裁机构和仲裁员取得对有关案件的管辖权；三是排除了法院对争议案件的管辖权；四是使仲裁裁决具有强制执行力。以上便是生效仲裁协议的法律效力表现，也是生效仲裁裁决的一般效力。这同我国仲裁协议的法定内容是一致的，在有些国家的仲裁和国际商事仲裁中，由于当事人可就更多事项在仲裁协议中约定，如仲裁规则、仲裁费用的负担等，仲裁协议对当事人、仲裁机构和法院有更多的约束力。如仲裁协议可约定仲裁规则的，仲裁机构即必须依约定的仲裁规则进行审理和裁决，否则则因违反仲裁规则导致其所作裁决可依当事人申请为法院撤销与不予执行^[6]。

2.1 国际商事仲裁协议对当事人的法律效力

2.1.1 国际商事仲裁协议对签署协议当事人的法律效力

国际商事仲裁协议对当事人效力的主要表现：一是仲裁协议约定的特定法律关系发生争议后，当事人就该争议的起诉权受到限制，必须将争议提交仲裁，不得单方撤销协议而向法院提起诉讼。二是必须按照仲裁协议中确定的仲裁范围、仲裁地点、仲裁机构等规定的内容进行。此外，仲裁协议还对当事人产生在上述两项效力之外的如任何一方当事人不能随意解除、变更已发生法律效力仲裁协议、当事人应履行仲裁机构依法作出的裁决等其他附加义务。

2.1.2 国际商事仲裁协议对未签署协议当事人的法律效力

国际商事仲裁必须在仲裁协议的基础上进行，一项仲裁协议在法律上有效，应该满足采用书面形式这一必备条件。因此，如果有一方当事人没有签署书面的仲裁协议，就不受该仲裁协议的制约。但是随着国际社会经济形势的不断变化，

^[6] 资料来源：李楠著，《论仲裁协议对未签字当事人的效力》，法律网站www.law-lib.com2006年7月6日。

法律实践的不断发 展，国际商事仲裁法学理论也适应形势，不断进行着法理的发展、完善乃至改良。上世纪 70、80 年代以来，西方发达国家先后进行了以仲裁立法、鼓励采用仲裁为主要内容的法律思想变革，与其相适应，许多国家在仲裁立法、司法和执法实践上，渐渐开始承认仲裁条款对未签署协议当事人具有同样的法律制约力，这一情况的出现，使得仲裁协议的效力得以向外“扩张”。在我国，仲裁协议对未签署协议当事人是否具有法律效力问题，在现有法律实践和相关司法解释中都没有明确规定，但根据目前阶段的司法实践，应该说在几种情况下，仲裁协议对未签署协议当事人还是具有法律制约力的：

1. 合同的转让

合同义务只有在经原合同当事人双方同意的前提下才能转让，这实际上构成了合同的变更。合同权利中的财产性权利原则上可以不经对方当事人同意而转让；它不仅包括实体性财产权，而且包括赔偿请求权和纯粹的诉权。但合同权利中的人身性权利非经对方当事人的同意不得转让。由此可见，广义的合同转让既包括债务主体的变更，也包括合同权利的转让。合同的权利义务除可依当事人意志而转让外，还可依法定强制程序而移转，通常称之为合同权利义务的承担。它包括当事人死亡或当事人破产两种情况。与此相适应，如果原合同中订有仲裁条款，该仲裁条款对合同的受让人和合同的其他方当事人根据上述情况，仍然具有强制力。

2. 法人的分立与合并

无论原订立仲裁协议的当事人被合并或者分立的，原仲裁协议对新成立的法人的权利义务仍具有约束力。无论是法人合并还是分立，新成立的法人或承继的法人，对原法人的权利义务的承受必须是全部的，不允许进行选择，这在我国立法中也是有明确规定的。因此，原法人如果与第三人订有仲裁条款，即使新设的法人没有在仲裁协议上签字，但该仲裁条款对新的法人或存续的法人具有法律约束力。

3. 提单的转让

一些国家规定提单在转让后，在受让人接受提单时没有对其中的仲裁条款表示反对的情况下，其中的仲裁条款仍然对受让人有效。在美国最高法院就有提单中仲裁条款对作为受让人的提单持有人仍然有效的判例。

4. 代位清偿

第三人向债权人代为清偿后，得代位行使债权人权利的情形，以合同有订定或法律有规定者为限。下列两种情形为合同上的代位清偿：（1）债权人受领第三人的清偿时，即以其权利、诉权、特权或抵押权使第三人代位对债务人行使者；于此情形，代位必须以明示并于清偿的同时为之；（2）债务人向第三人借款，以清偿其债务，并使该第三人代位行使债权人的权利者。为使此种代位有效，借贷证书及受领证书必须于公证人前为之；借贷证书中应说明借款系供清偿债务之用，而在受领证书中应说明债务的清偿系以新债权人所供给的金钱为之。此种代位的成立，无须债权人的同意。有下列情形之一者，第三人为清偿后，依法当然有代位权：（1）自己为债权人之人，对于因享有特权或抵押权而权利优先于自己的其他债权人为清偿者；（2）购买债务人的不动产之人，以价金向在不动产上享有抵押权的债权人为清偿者；（3）有义务与他人共同清偿债务之人或有义务为他人清偿债务之人，对于清偿有利害关系并已向债权人为清偿者。在保险、保证、出口信贷、连带债务中经常出现代位清偿的情况，因此，一些国家的立法思想和司法实践都承认被代位人与原债务人之间订有的仲裁条款对代位人与原债务人仍具有制约力。

5. 外贸代理

我国的外贸代理制是从1991年原国家外经贸部《关于对外贸易代理制的暂行规定》以及1994年5月12日通过的《中华人民共和国对外贸易法》后，开始走上法律规范道路的。外贸代理制中的代理，不同于《民法通则》中的代理，其真正意义是指：有外贸经营权的公司、企业，根据无外贸经营权的公司、企事业单位及个人的委托，以自己的名义办理进出口业务的一种法律制度，它的产生是以我国外贸经营权的审批制为基础的。在目前情况下，如果订立的合同中包含有仲裁条款，在发生争议时，对委托人是否有效，我国的司法实践是外贸代理中订立的仲裁协议不仅制约受托人和第三人，而且直接制约委托人。

2.1.3 仅约定一方当事人选择仲裁的协议的法律效力问题

如果当事人约定“甲方可以选择向某仲裁机构申请仲裁，乙方可以向乙方所在地法院提起诉讼”，或者“甲方可以选择向某仲裁机构申请仲裁，也可以选择向甲方所在地法院起诉，乙方可以向乙方所在地法院提起诉讼”，甚至“当事人

可以仲裁或诉讼，但一方提起仲裁时，另一方应当同意或不得诉讼”时，这种约定是否有效？

我国仲裁实践一般认为，当事人的仲裁协议是双方约定完全排除了法院的管辖权，任何一方不能再向人民法院起诉，除非合同无效。^[7]

我国《仲裁法》第十六条规定了仲裁协议应当具有的内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。因此，《仲裁法》第十六条并没有规定“应当双方都可以申请仲裁”，依此规定精神，我国法院应充分尊重当事人这种约定的权利。

2.1.4 当事人约定由临时或非常设的机构仲裁的协议的法律效力问题

《中华人民共和国仲裁法》第十八条规定，仲裁协议对仲裁委员会没有约定或者约定不明的，仲裁协议无效。据此可以认为，《中华人民共和国仲裁法》不承认临时仲裁条款的效力。但根据最高人民法院1995年10月20日发布的《关于福建省生产资料总公司与金鸽航运有限公司国际海运纠纷一案中提单仲裁条款效力问题的复函》，涉外案件当事人事先在合同中约定或争议发生后约定由国外的临时仲裁机构或非常设仲裁机构仲裁的，原则上应当承认该仲裁条款的效力^[8]。

2.1.5 约定多个仲裁机构仲裁的仲裁协议的法律效力问题

根据最高人民法院1996年12月12日《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给山东省高级人民法院的函》的有关内容“经研究，答复如下：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进行仲裁。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十一条第二项之规定，本案纠纷应由当事人提交仲裁解决，人民法院对本案没有管辖权。”据此精神，法院应当认定此类仲裁协议有效。

^[7] 资料来源：赵兰明著，《约定仅一方当事人可选择仲裁的协议是否有效》，载于中国涉外商事审判网站www.ccmt.org.cn2005年7月5日。

^[8] 资料来源：1995年10月20日，法函[1995]135号。

2.1.6 约定了仲裁地点而没有约定仲裁机构的仲裁协议的法律效力问题

根据最高人民法院法经[1998]287号文,虽然仲裁条款未写明仲裁委员会名称,但仲裁委员会可以确定的,仲裁条款将被认定为有效。

2.1.7 合同主体变化后,合同仲裁条款对新权利人或新义务人的法律效力问题

仲裁条款独立于合同的其他条款,它体现的是合同当事人关于争议解决方式的意思表示,因此,在合同的权利义务主体发生变化的情况下,除新权利人或新义务人依约定或法律规定概括地承受合同所有权利义务外,仲裁条款原则上对新权利人或新义务人没有约束力。据此可以认为:当事人在订立仲裁条款后合并或分立的,应认为合并或分立后的合同当事人依法概括地承受了包括仲裁条款在内的原合同所有权利义务,因而受仲裁条款约束;当事人转让债权或债务的,仲裁条款对债权或债务受让人没有约束力,但有充分证据证明当事人与受让人通谋规避仲裁条款的除外;依法取得代位权的人行使代位权的,不受被代位人订立的仲裁条款的约束^[9]。

2.2 国际商事仲裁协议对仲裁机构的法律效力

有效的仲裁协议是仲裁机构行使仲裁管辖权,受理案件的唯一依据。没有仲裁协议的案件,即使一方当事人提出仲裁申请,仲裁机构也无权受理。仲裁管辖权属于协议管辖权,此不同于国际民事诉讼管辖权,后者的管辖权起于国家的司法主权,具有强制性,不以当事人之间的协议作为管辖的前提条件。虽然国际民事诉讼中也允许当事人协议选择管辖法院,但必须是在特定国家法律允许的范围内,受特定国家法律规定的种种条件的限制,当事人协议的自由度是非常有限的。仲裁协议对仲裁管辖权还有限制的效力,并对仲裁裁决的效力具有保证效力。当然,仲裁机构对仲裁协议的存在、效力或范围也有裁决权。依据《国际商会仲裁规则》(1998年1月1日生效)第6条第3款的规定,如果被申请人不按照第5条的规定提交答辩,或者一方当事人对仲裁协议的存在、效力或范围提出一种或多种异议,而仲裁院初步认定可能存在按照国际商会仲裁规则进行仲裁的仲裁协

^[9] 资料来源:成明珠著,《涉外商事仲裁的司法审查》,载于中国涉外商事审判网站 www.ccmt.org.cn 2005年5月25日。

议时，仲裁庭得在不影响对这种或多种异议的可接受性和实质性下决定继续仲裁。在此情况下，有关仲裁庭的管辖权应由仲裁庭自己决定。如果仲裁院不确信存在仲裁协议，则应通知当事人仲裁不能进行。在此情况下，当事人仍有权请求有管辖权的法院对是否存在有约束力的仲裁协议做出裁定。

2.2.1 有效的仲裁协议是仲裁机构受理争议案件的依据

如果当事人间没有仲裁协议，或者仲裁协议无效，则仲裁机构无权受理该争议。任何一方当事人都可基于不存在一项有效仲裁协议的理由，对仲裁机构的管辖权提出异议。同时，一切仲裁机构在受理当事人的仲裁申请时，必须首先审查申请人所提交的仲裁文件中是否包含了有效仲裁协议，并且审查该仲裁协议至少在形式上是否有效。如果当事人未能提供存在仲裁协议的“初步证据”，任何仲裁机构将不会受理案件^[10]。因此，当事人间的有效仲裁协议是仲裁机构对特定争议事项取得管辖权的最主要依据。各国仲裁法和国际仲裁规则均规定，当事人之间的仲裁协议是仲裁机构或仲裁庭就特定争议事项取得管辖权的依据。如美国《联邦仲裁法》第3条规定：“任何争执，如果已经有提交仲裁的书面协议，而向美国法院提出诉讼，法院根据一方当事人的请求，并且查明争执可以依照仲裁协议提交仲裁后，如果请求人不违反仲裁程序，应当停止诉讼审理，到依照协议规定完成仲裁的时候为止。”我国《仲裁法》第4条规定：“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”1965年《华盛顿公约》也规定解决争议中心的管辖范围是缔约国与另一缔约国国民之间因投资而产生的经双方书面同意提交给中心仲裁的法律争端。

2.2.2 仲裁协议限定仲裁机构的审案范围

申请人向仲裁机构提出仲裁申请或被申请人提起反请求，其内容均须在仲裁协议所约定的范围之内，不得超出仲裁协议所限定的范围。与此相应的是，仲裁机构只能受理当事人按仲裁协议中的约定所提交的争议事项，对于超出仲裁协议范围的事项，仲裁机构无权过问，其所做出的仲裁裁决也必须限于仲裁协议所约定的事项。按照各国仲裁法规定，如果仲裁裁决的事项超出仲裁协议所约定的范

^[10] 黄亚英著，《国际商会仲裁机制探析》，载于《中国仲裁》，2005年第3期，第25页。

围，将不属于仲裁协议所授权解决的事项；如果依法不能以仲裁解决的事项载入仲裁裁决，法院则可依当事人的请求而全部或部分撤销裁决，或者在一方当事人申请承认及执行裁决时，法院依法拒绝承认和执行该裁决或部分裁决。1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》第5条第1款第3项规定，若被申请执行仲裁裁决的一方当事人举证证明“裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的，或不在其条款之列，或裁决载有关于交付仲裁范围之外事项的决定的”，缔约国法院可以拒绝承认及执行该裁决。我国《仲裁法》第58条将“没有仲裁协议”和“裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁”的情形列为撤销仲裁裁决的法定理由；《民事诉讼法》第217条将类似情形列为不予执行仲裁裁决的法定理由，也是仲裁协议对仲裁机构效力的体现。

2.3 国际商事仲裁协议对法院的法律效力

有效的仲裁协议排除了法院的管辖权。如选择了仲裁即排除了法院管辖。世界上大多数国家的立法都确认仲裁协议具有排除法院管辖权的效力。无论何种形式的仲裁协议，一般认为其作用之一就是排除法院对案件的管辖，甚至可能排除法院的专属管辖权^[11]。《中华人民共和国民事诉讼法》第257条第1款规定：“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。”第259条规定：“原中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的当事人不得向人民法院起诉。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第305条指出，属于中国法院专属管辖的案件，“当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖，但协议选择仲裁裁决的除外。”

各国仲裁立法都承认有效仲裁协议具有排除法院司法管辖权的效力。1998年德国《民事诉讼法典》第1032条第3款规定：“在向法院提起的诉讼中，如涉及仲裁协议项下的事项，如被申请人在就争议实体问题进行辩论之前提出异议，法院应当拒绝此项诉讼，除非法院认定仲裁协议无效、失效、不可或不能履行。”

[11] 郭树理著，《中国有关国际民商事管辖权冲突问题实践之检讨》，载于《法学》，2000年第7期，第15页。

1981 年法国《民事诉讼法典》第 1458 条规定，根据仲裁协议提交仲裁庭的争议若提交到国家的法院，该法院应拒绝管辖；如果仲裁庭仍未受理此事，法院也应拒绝管辖，除非仲裁协议是明显无效的。1987 年《瑞士联邦国际私法》第 7 条规定，如果被诉人已就实体问题提出答辩，来提出任何异议，或者仲裁协议无效、失效或不能实行，或显而易见由于被诉人的原因仲裁庭不能组成等；如果当事人已订立了关于可仲裁事项的仲裁协议，瑞士法院不得对其行使管辖权。1993 年俄罗斯《联邦国际商事仲裁法》第 8 条第 1 款规定：“如果向法院提起诉讼的争议是仲裁协议的标的，且一方当事人在不迟于就争议实体提出第一次申述时要求仲裁，法院应终止程序并让当事各方付诸仲裁，除非法院认为仲裁协议无效、失效或不能执行。”我国《仲裁法》第 4 条规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。”就连过去强调法院绝对管辖权的英国，也在其 1979 年所制定的《仲裁法》中，确认当事人可以订立就可仲裁事项排除法院管辖权的“排除协议”。英国 1996 年《仲裁法》第 9 条第 2 款规定，当仲裁协议的一方当事人正在进行诉讼程序，其所涉及的问题按照仲裁协议应是提交仲裁的事项，另一方当事人可向法院提出申请，要求法院中止已经进行的程序；并且于同法第 1 条第 3 款规定，除非另有规定，法院不得对仲裁进行干预。1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》第 2 条第 3 款规定：“当事人就诉讼事项订有本条所称的协定（即仲裁协议—引者注）的，缔约国法院受理诉讼案件，应当依一方当事人的请求，命当事人提交仲裁，但前述协定法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”根据该公约，凡当事人已就争议解决方式达成了有效的书面仲裁协议，就排除了法院的管辖权。

但是亦有少数国家规定：仲裁协议不能完全排除法院对争议案件的管辖权，或者规定当事人对仲裁裁决不服时可向法院提起上诉。仲裁协议排除法院管辖权的效力是相对的而非绝对的，在特定条件下法院仍保留了对争议进行审查和监督的管辖权，而且是最终的司法管辖权。

在我国，仲裁裁决被撤销或被拒绝执行，当事人如不能重新达成仲裁协议，只能向法院起诉。另一方面，仲裁协议对法院的制约力还表现在，对仲裁机构基于有效仲裁协议所作出的有效裁决，法院负有执行职责。这体现了法院对仲裁的支持。

2.4 国际商事仲裁协议使仲裁裁决具有强制执行的法律效力

一项有效的仲裁协议是强制执行仲裁裁决的依据。各国的仲裁立法和有关仲裁的国际公约及国际性文件都规定，如果一方当事人拒不履行仲裁裁决所规定的义务，另一方当事人有权向有管辖权的法院申请强制执行该仲裁裁决。在当事人提出申请时，除应向法院提供裁决书外，还必须提供据此作出裁决的基础的仲裁协议。1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》第4条规定：“为了使裁决能在另一缔约国得到承认和执行，申请人应该在申请时提供：①经正式认证的裁决书正本或经正式证明的副本；②仲裁协议正本或经正式证明的副本。”第5条第3款规定，若仲裁协议无效，或仲裁裁决载有关于交付仲裁范围以外事项的决定的，可以构成受理申请案的法院拒绝执行仲裁裁决的理由。由此可见，仲裁协议不但是仲裁机构取得对争议案件管辖权的依据，而且也是法院执行裁决的依据之一。法院在被请求承认与执行裁决时，要求申请人提供仲裁协议，其目的是为了审查仲裁机构或仲裁庭是否获得了当事人的书面授权，裁决内容是否超出仲裁协议所确定的范围，裁决事项是否具有可仲裁性等等，以便作出是否予以承认和执行的裁定。同时，拒不执行裁决的一方当事人也有权以不存在有效仲裁协议为由，对申请人的执行裁决申请和法院的强制执行程序提出抗辩。

可见，有效的仲裁协议是申请执行仲裁裁决时必须提供的文件。在执行外国仲裁裁决时，仲裁协议是否有效，是法院审查的重要内容之一。

2.5 国际商事仲裁协议法律效力的几个原则

2.5.1 “禁止反言”原则

禁止反言原则（Estoppel）其本质在于不允许一方当事人通过违背其先前所作的允诺行为而造成对另一方当事人权益的损害^[12]。依据其适用的不同情况，禁止反言在英美司法实践中被区分为多种不同的形式，包括：证据法上的禁止反言、衡平法上的禁止反言、契约法上的禁止反言和所有权上的禁止反言。而在仲裁领域中主要援引的是衡平法上的禁止反言，它被认为是衡平法对普通法的干涉，也是两者融合的自然结果。此外，适用于仲裁的还包括附随禁止反言

^[12] 资料来源：《仲裁协议效力扩张：是理论，还是实践？》，载于法律教育网站 www.chinalawedu.com 2004年7月20日。

(collateral estoppel, estoppel by judgment, issue preclusion) 原则, 其主要被法院适用在决定当事人对同一请求以不同理由再次提起仲裁时此争议的可仲裁性的问题上。1999 年美国第 11 巡回上诉法院的判例 Corp. v. Sharon D. Franklin 一案确立了衡平法禁止反言适用的标准。更重要的是, 在纠纷的发生是归于仲裁条款的签字方和非签字方共同的过错的情况下, 法院适用衡平禁止反言原则考虑更多的是非签字方有理由相信自己在此纠纷的解决过程中存在有宪法所保障的正当程序上的理由去参与到纠纷解决程序中, 使自己有充分的机会去对自己的权利进行维护并对针对自己的指控进行有效的抗辩。在这种情况下, 非签字方所依赖的并非是严格意义上的合同上的权利, 而是一种“准合同”(quasi-contract) 上的权利。这种准合同上的权利并非来自当事人的任何约定, 而是由于当事人之间的特殊关系(particular relation) 而被法律所暗示的。这里并不存在合意^[13]。

值得提出的是, 通过适用禁止反言原则使仲裁条款的非签字方获得仲裁权力, 只是在特殊情形下的特例, 并不能无限制地扩大适用。在美国司法实践中虽然已产生一些判例, 但对该原则的适用仍存在着争议。尽管如此, 禁止反言原则在仲裁领域中的适用已得到国际商事仲裁理论及实务界的重视和研究。

2.5.2 “揭开公司面纱”原则

关于“揭开公司面纱”理论本身及其在国际商事仲裁中的适用, 我们应对其有正确的认识: 首先, “揭开公司面纱”是对公司人格独立原则的一种补充, 它是以后者的存在为前提的, 不能倒本为末。而且, 美国普通法上的揭开公司面纱是一种司法规制而非立法规制, 是事后的救济, 而非立法的预设, 是体现平均的正义以弥补分配的正义。其次, 与“禁止反言”理论一样, 揭开公司面纱理论在仲裁领域的运用是以该理论在契约领域的运用为依托的。仲裁的价值目标是效益和公正, 而揭开公司面纱作为一种为适应日益复杂的社会经济现实而产生的例外规则, 不仅无损反而会有利于该价值目标的实现^[14]。然而, 揭开公司面纱在仲裁

^[13] 资料来源: 徐磊著, 《禁止反言原则在美国仲裁司法实践中的发展》, 载于国际法网站 www.gif.ecupl.edu.cn2003 年 4 月 24 日。

^[14] 资料来源: 《仲裁协议效力扩张: 是理论, 还是实践?》, 载于法律教育网站 www.chinalawedu.com2004 年 7 月 20 日。

领域的适用也只是例外规则，而不是对仲裁法中当事人意思自治原则的一般否认。因此，法院在揭开公司面纱时倾向于施加严格的条件。最后，将揭开公司面纱理论作为仲裁协议约束未签字方当事人（母公司）的理论基础，具有实践意义。债权人往往将母公司与受其控制的子公司共同视为共同债务人，假若债权人向子公司和母公司的追偿须分别通过仲裁和诉讼程序进行，一方面造成债权人诸多不便，而且给作为债务人的母公司和子公司更多的逃脱债务的便利，同时，也易使法院与仲裁庭作出歧异或者矛盾的判决和裁决。

2.5.3 合同相对性理论的例外

合同相对性的重要内容在于：合同是当事人之间设立、变更或终止债权债务关系的协议。作为一种民事法律关系，合同关系不同于其他民事法律关系（如物权关系）的重要特点，在于合同关系的相对性。合同关系的相对性原则是合同规则和制度赖以建立的基础和前提，按照该原则，合同仅对双方当事人具有约束力，对第三人既不创设权利，更不设立义务，第三人也不得主张合同上的权利。

按照合同相对性原则，合同关系只能发生于特定的债权人与债务人之间，债务人只应对债权人承担合同上的义务和责任，而不应对其无合同关系的第三人承担义务和责任。为了体现债的相对性原理，在合同法领域，罗马法曾确立了“（缔约行为）应该在要约人和受约人之间达到，“任何人不得为他人缔约（*Alteri stipulari nemo potest*）”等规则，因此第三人都不得介入合同关系。依罗马法学家的观点，行使诉权也必须有直接的利益，而由于第三人与债务人之间并无直接利益关系，因此不能对债务人提出请求。此种限制也使当事人不能缔结利他合同^[15]。然而，随着交易的发展，罗马法逐渐承认了一种适用债的相对性规则的例外情况，即当缔约人与第三人有利害关系时，更准确地说当向第三人给付是一种本来就应该由缔约人履行的给付时，合同当事人为第三人利益缔约是有效的。这种合同相对性理论例外原则随着交易的复杂性及审判实践的需要，有了进一步发展。主要表现为合同相对性规则并不是绝对地排斥第三人的责任。在实践中，由于合同的订立和履行可能常常要涉及到第三人，甚至经常发生第三人介入合同的履行过程的情况，这样合同责任主体的确定就更为复杂，这就需要在合

^[15] 王利明著，《论合同的相对性》，载于《中国法学》，1996年第5期，第18页。

同关系涉及第三人或有第三人介入的情况下，正确适用合同相对性规则以确定合同责任。

合同相对性原则的例外的发展，首先表现为利他契约，即第三方受益合同（Third Party Beneficiary Contract）的出现。各国立法基于事实上的需要及契约自由原则，逐渐承认合同当事人可以约定债务人向第三人直接给付，第三人对债务人亦享有直接请求给付的权利，但第三人表示不愿享受利益者除外。后来，一些国家的立法和判例学说进一步扩张契约关系对于第三人的效力，使债务人对于与债权人具有特殊关系的特定范围内的人也负有保护和照顾等义务。

基于传统的合同相对性理论，对于仲裁协议或合同中的仲裁条款而言，其效力只能及于仲裁协议或合同的双方当事人。可以认为，合同相对性理论也正是仲裁协议或仲裁条款对未签字当事人不具拘束力的最原始、最根本的理论依据。而我们今天在对仲裁协议对未签字的第三方效力问题进行讨论时，合同相对性理论的例外不能不说是可以引以为据的重要法律理论。因为，当特定的第三人依据合同或法律上的规定向有关合同当事人主张其权利时，如果不允许其适用合同中的仲裁条款，不承认仲裁条款对其与合同的当事人之间的约束力，则可能会对其实体权利的救济和保护不利，也未能使仲裁发挥出其最大限度的效力。

2.5.4 “公平合理的期待”原则

“公平合理的期待”（fair and reasonable expectation）是现代合同法上对合同作出解释时所适用的原则。该原则要求以合同当事人的合理的利益来推定当事人的意图，即法律的推定是当事人的合理的利益，如果当事人有不同于此的意图，应当作出特殊的约定，这是符合现代合同解释制度的，即当合同内容发生疑义需要解释时，法官应探究合同当事人的意思，而不应拘于文字的字面意思，从而确定一个合理的标准作为当事人真实意图的推定。否则，会成为合同法上的“合理期待”落空（frustration）。

事实上，国外的一些仲裁庭或法院常将“公平合理期待”作为依据，就像依照法律观念或法律规则那样，有时还辅之以国内法的有关原则，仔细考察当事人的期望及这种期望的公平合理性，并参考具体案件的各个方面，以确定当事人的期望是否公平合理，进而确定仲裁协议效力范围的问题。在该公平合理期待原则

的具体适用上,学者也建议仲裁庭要采用双重测试标准,即先考虑有关当事人的主观愿望,分析判断当事人的真正意思,然后运用诚实商人的谨慎和勤勉标准(the standards of care and diligence)作客观测试。国外一些仲裁庭或法院还通过考察当事人的行为,看其积极程度是否表明其虽未签署仲裁协议,但仲裁协议是真实意思的表示,从而考虑是否能够将仲裁协议扩展到未签约方当事人。

商事仲裁实践中,在当事人未对仲裁协议的效力作出明确规定或出现特殊情形需对仲裁协议对第三人的拘束力予以判定时,公平合理原则的意义及重要性便显现出来,它可以作为诸多不同情形下普遍适用的一项基本原则。公平合理期待原则在商事仲裁中对当事人是否应受仲裁协议约束的适用,最重要的是对合同及第三方当事人的公平合理利益的分析。具体来说,首先,该种利益应该是合理的(reasonable),即应为当事人自己合理的利益而不应是其追求过分的利益;其次,该种利益应为公平的(fair),在有关合同当事人均期望自己的利益得到最大化满足的情况下,考虑一方当事人的利益必须兼顾对方当事人的利益。因此,公平合理利益原则的适用,其得出的结论可能并不完全符合个案中某些当事人的意思,但它作为一项规则的适用却具有十分重要的意义。

由于仲裁协议效力的法理基础是建筑在合同法原理上,人们通常会将传统合同法中的“意思自治原则”、“合同相对性原则”等在判定仲裁协议效力时加以适用。然而,20世纪以来合同法上发生的深刻变化以及对合同法在新的经济状况下的价值的重新评价,促使人们对仲裁协议法律效力的法理基础予以重新思考。比如,20世纪以来商业发展的广泛性与复杂性使交易的相关性代替19世纪相对封闭与简单的自由经济基础上的交易的闭锁性成为合同法的新的经济基础,合同相对性原则在很大程度上已不能平衡利益的需要。因而,在各个不同的交易领域均出现了相对性的例外,合同之外的第三人经常能向合同的当事人主张权利和追究责任。在这种情况下,对相对性原则不得不重新做出思考。

可见,社会经济生活的深刻变化使新的法律制度、法律理论、法律解释技术不断的出现,直接或间接地影响着仲裁制度的演变轨迹。实现当事人仲裁意愿和给予仲裁方式解决争议以有力的支持,是当今各国仲裁法及其司法实践的发展趋势,我们在讨论仲裁协议效力扩张这样一个新的理论问题时,理应充分注意到这一趋势。

2.6 国际商事仲裁协议法律效力的独立性

在国际商事仲裁中，“仲裁条款自治论”（Theory of Autonomy of the Arbitration Clause）或“仲裁条款独立性原则”是最重要的基本理论之一。依据该理论，合同中的仲裁条款是独立于合同的其他条款而存在的，合同的无效并不必然导致仲裁条款无效。“仲裁条款自治论”已普遍地为世界上重要的国际仲裁机构的仲裁规则和许多国家的法律所采纳。

从逻辑上推论，国际商事仲裁的独立性的就是尊重当事人意思自治原则，仲裁协议效力的独立性强调的是仲裁协议独立于主合同，而不是主合同独立于仲裁协议。仲裁协议实质是独立于主合同的另外的合同，该合同同样是一个因法律行为而发生的法律关系。仲裁协议约定了对主合同争议的解决方式，它对主合同的权利义务有约束力。正是如此，在主合同发生转让和变更时，主合同的权利义务也不能摆脱仲裁协议“法锁”的约束。仲裁协议力不因主合同发生转让和变更而受影响，当事人不能因主合同发生转让和变更而否认仲裁协议的效力，只有这样才能符合当事人在订立仲裁协议时其意思表示所欲求的私法上的效果。

仲裁协议的独立性理论因符合了现代仲裁发展的潮流，从而在国际条约和各国立法和司法实践逐渐得到了体现。《联合国国际商事仲裁示范法》第16条第(1)款规定：“仲裁庭可以对它自己的管辖权包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议，作成裁定。为此目的，构成合同一部分的仲裁条款应视为独立与其他合同条款以外的一项协议。仲裁庭作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。”《纽约公约》第1条第(1)款规定：“当事人以书面形式承允彼此间所发生或可能发生的一切或任何争议，如涉及可以仲裁解决事项之确定法律关系，不论契约性质与否，应提交仲裁时，各缔约国应承认此项协定”。英国上诉法院在1942年审理的 Heyman v. Darwins Ltd. 一案中，确认了仲裁条款独立于主合同的原则^[16]。1967年，美国最高法院在 Prima Paint Co. v. Flood^[20] [& Conklin Manufacturing Co. 案的判决中，确立了仲裁条款可以独立于自始无效的欺诈合同。美国上诉法院第二巡回法庭及美国联邦最高法院均认为根据美国联邦仲裁法，仲裁条款应从其所置身的合同中“分离”（separable）出来。从其有关判决来看，

^[16] 赵秀文著，《论国际商事仲裁协议的适用法律》，《民商法论丛》，2000年第2号，第440-441页。

将合同通过欺诈取得和仲裁条款通过欺诈取得区分开来，只有在充分证明仲裁条款本身也是通过欺诈取得的情况下才能认定其无效。

我国《仲裁法》对仲裁条款独立性的理论在立法上也是予以肯定的。该法第19条规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。”但该条并未就合同自始无效或不存在的情况下仲裁条款的独立性作出明确规定。1994年的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第5条规定：“合同中的仲裁条款应视为与合同的其他条款分离地、独立地存在的条款，附属于合同的仲裁协议也应视为与合同其他条款分离、独立地存在的一个部分；合同的变更、解除、终止、失效或无效，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力。”在1995年中国国际经济贸易仲裁委员会修订的《仲裁规则》第5条中增加了对合同自始无效或不存在的情况下仲裁条款是否有效的规定。该规则第5条规定：“合同中的仲裁条款应视为与合同其他条款分离地、独立地存在的条款，附属于合同的仲裁协议也应被视为与合同其他条款分离地、独立地存在的一部分；合同的变更、解除、终止、失效或无效以及存在与否，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力。”中国海事仲裁委员会对仲裁条款的独立性原则也有相应的规定。应该说，目前我国的涉外仲裁机构的仲裁规则对仲裁独立性的规定与国际上通行的做法是较为一致的。不足之处在于我国现行的《仲裁法》未对合同自始无效或不存在的情况下的仲裁条款作出明确规定。因此，严格从法律规定上说，我国仲裁立法与国际商事仲裁立法的普遍趋势尚存在一定的差距，有待修订相关规定力争使其与国际上通行的立法保持一致。

虽然现代国际条约和各国立法基本上都确立了仲裁条款独立原则，但是从仲裁条款独立原则的发展来看，它从产生到得到普遍接受经过了漫长的过程，经历了从认为仲裁条款只是主合同的一部分，主合同之效力决定了其命运的主张到认可主合同有效的情况下仲裁条款独立于主合同，再到仲裁条款的效力不受主合同效力的影响。仲裁条款独立性原则之所以最终能在现代各国法律和国际条约确立为仲裁制度中的一项基本原则，一方面是得益于仲裁制度作为一种充分体现当事人意思自治和具有快捷特点的替代性解决纠纷的发展，但更为重要的是如上文所述，仲裁条款的独立性本身具有其坚实的法理基础，它并非是单纯为了仲裁制度的发展刻意制造的原则，而是其本质使然，只是在过去人们对它的认识不够深入

所致。仲裁制度作为一种替代性纠纷解决方式在现代国际商事领域之所以能够蓬勃发展，并得到各国立法和司法界的支持，原因就在于仲裁条款独立原则为其提供了广阔的舞台。学者常说仲裁协议是仲裁制度的基石，而实际上如果不能真正认识仲裁条款的独立性，那么仲裁协议适用的范围将极为狭小，仲裁协议将大大失去了应有的用武之地，因此，从这一点来说，仲裁条款的独立性是仲裁协议的核心要素，也是仲裁制度的精神所在。

第3章 国际商事仲裁协议法律效力的认定

仲裁协议是仲裁程序启动的基本前提,是仲裁合法性与正当性的基础,它集中体现了仲裁自愿原则和协议仲裁制度,是整个仲裁制度的基石。当事人既然合意将他们之间的争议提交仲裁,就表达了受仲裁约束的愿望,因此仲裁作为一种解决争议的方法,是独立存在的,并不是依附于法院,从属于诉讼的。在实践中一份仲裁协议订立后,是否就当然地具有了法律效力了呢?

3.1 国际商事仲裁协议有效性的认定机构

探讨了仲裁协议的生效要件后,再来看一下仲裁协议的有效性的确定问题。仲裁协议是否有效,是需要特定机构进行确定的,目前国际上没有统一的规定,国际商事立法和实践不尽相同,一般来说,仲裁程序开始前,如一方当事人认为仲裁协议无效、失效或无法执行而向法院起诉,司法程序中仲裁协议的法律效力当然只能由法院来决定;再有,裁决做出后,如当事人申请承认和执行或撤销、要求不予执行,此时仲裁程序已经过渡到司法程序,对裁决依据的仲裁协议的法律效力认定自然也只能由法院来实施。这两种情况是法院支持仲裁以及行使监督权的表现,各国的做法没有差别。存在重要差异的地方是从仲裁程序开始到仲裁裁决做出的这段时间,不同的国家把认定权赋予了不同的机构。

3.1.1 通过仲裁庭来认定仲裁协议的法律效力

管辖权-管辖权(Kompetenz-Kompetenz)原则,就是仲裁庭对当事人提出的管辖权异议有管辖权,为目前国际司法实践中被大量使用。1961年《欧洲国际商事仲裁公约》和1966年《欧洲统一仲裁法》完全采纳了管辖权-管辖权原则并有所扩充,ICSID是首个采纳这一原则的世界性公约,UNCITRAL Model Law 16条: The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement...仲裁庭可以对其自身的管辖权包括对仲裁协议的存在或法律效力的任何异议,做出决定。《伦敦国际仲裁院仲裁规则》第十四条第一款: 仲裁庭有权对其本身的管辖权做出决定,包括对有关仲裁协议的存在或有效性的异议做出决定。为此,构成合同一部分的仲裁条款应被看作是独立于合同其他条款之外的协议。仲裁庭作关于合同无效的决定依法

律不应引起仲裁条款无效的结果。这一规定推动该原则成为主要的国际商事仲裁机构及其所在国接受,使其成为现代国际商事仲裁法的一个重要发展^[17]。实际上,仲裁管辖权冲突涉及仲裁与法院两种管辖权的冲突和不同仲裁机构之间的管辖权冲突,在处理仲裁与法院两种管辖权冲突时,国际上的通行做法和我国实践均支持仲裁管辖优先的原则;在处理不同仲裁机构之间的管辖权冲突时,应按遵循当事人意愿原则,根据具体情况予以分别处理,从而避免法院过早地干预仲裁过程,有利于仲裁庭提高效率。

3.1.2 由仲裁机构认定仲裁协议的法律效力

我国在《仲裁法》颁布前,《民事诉讼法》并没有规定认定仲裁协议法律效力的诉讼。《仲裁法》第20条规定:当事人对仲裁协议有异议的,可以请求仲裁委员会做出决定或请求法院裁定;一方请求仲裁委员会决定,另一方请求法院裁定,由法院做出裁定。这就使法院和仲裁机构都具有了认定仲裁协议法律效力的权力,但是却赋予了法院的实施监督权,国际商事仲裁的显著性优势就在于其自主、自愿性,以充分尊重当事人意思自治为基础,因此当事人选定仲裁机构及仲裁员,是基于对其的信任。但是,如果让法院承担起了“运动员”和“裁判员”的双重角色,就很难保证仲裁的公正、公平性。因此,最高人民法院在1998年的批复指出:当事人对仲裁协议的法律效力有异议,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做出决定,人民法院不予受理;如果仲裁机构接受申请后尚未做出决定,人民法院应予受理,同时通知仲裁机构终止仲裁。因此,应该对我国《仲裁法》进行认真修改和完善,以使中国国际商事仲裁制度与国际规则协调一致。

3.1.3 法院的决定权和最终审查权

包括我国在内,世界各国都对法院是否具有决定权和审查权做出了明确规定,即对仲裁机构或仲裁庭对仲裁协议法律效力的认定,法院有最终的决定权。但是,一些国家规定法院在仲裁机构或仲裁庭确定仲裁协议法律效力过程中即可进行决

^[17] 资料来源:《浅析仲裁协议有效性的确定问题》,载于法律论文资料库网站 www.law-lib.com 2006年6月5日。

定和审查，而另外一些国家，则只允许法院在裁决后进行决定和审查。因此，应该说管辖权-管辖权原则是目前国际上仲裁协议法律效力认定的基本原则，具体来说就是应该由仲裁庭自己对于仲裁协议的法律效力做出认定，另外，法院的支持和监督也是必不可少的，对于法院介入的时间，不应在仲裁程序中介入，而是在仲裁程序开始前以及仲裁裁决做出后介入。仲裁作为一个自主解决争议的程序，裁判是当事人自己选择的，当事人地位平等且受到平等对待，程序是高度透明的，仲裁作为一种解决争议的方法，是独立存在的，并不是依附于法院，从属于诉讼的。在国际商务仲裁实践中，仲裁也越来越得到法院的支持。法院一般都会尽可能地给仲裁条款或协议进行合理地解释，因为只要双方当事人提起仲裁，就表示双方确有明确的意图以此来解决将来的争议。即使仲裁协议指定不存在或错误的仲裁机构的，也一般不影响仲裁协议的有效性，可行性。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。现代仲裁法主张弱化法院对仲裁的干预，除公共秩序保留这一特殊情况，把法院对仲裁的干预限制在尽可能小的范围内，作为司法的例外，仲裁是解决争议的私人过程，具有显著的民间性，而作为公正化身的法院对其形式或外部运作给予适当的监督即可，无须过分干预当事人对争议所作的自主安排，这是尊重当事人意思自治的需要。因此必须强调，特别是在中国，仲裁的契约性、强调对仲裁进行适当的监督和司法审查，对于维护仲裁的效益以及促进仲裁制度的进一步发展很重要。

3.2 仲裁地法及承认和执行仲裁裁决地国家法律对仲裁协议法律效力的影响

3.2.1 仲裁地法对仲裁协议法律效力的影响

仲裁地法作为确定仲裁协议适用的主要法律之一，对仲裁协议的法律效力必然会有有一定的影响。特别是在当事人没有选择应适用的法律时，各国国际商事仲裁立法和实践中，都有采用仲裁地法予以确定仲裁协议法律效力的做法。《纽约公约》规定，在双方当事人没有选定适用的法律情况下，根据做出裁决的国家的法律，仲裁协议是无效的，那么被请求承认和执行裁决的主管机关可以根据当事人的请求拒绝承认和执行该项裁决，仲裁地法对仲裁协议的法律约束主要表现在

以下三个方面：

1. 仲裁协议的形式

许多国家在仲裁立法中都对仲裁协议的形式作了明确规定，即必须采用书面形式。如果当事人双方之间所订立的仲裁协议的形式与仲裁地国法律对仲裁协议形式的要求不符，则可能被裁定该协议无效。

2. 仲裁协议的可仲裁事项

仲裁协议的可仲裁事项在各国仲裁立法中的规定是各不相同的。如果当事人仲裁协议中所涉及事项在仲裁地国法律中属于强制性规定，则仲裁协议就可能会违反仲裁地国法律的强制性规定，使仲裁协议变为无效协议。如果当事人双方在订立仲裁协议时，没有选定适用的法律，通常仲裁地国法院都会依照本国法对仲裁协议中的事项进行审查，如不符合仲裁地国法律的规定，该仲裁协议也就有可能被认定为无效协议。

3. 仲裁协议内容

仲裁协议的内容不能违反仲裁地国法律中的强制性规定，不应与仲裁地国家的公共秩序相抵触，否则依据仲裁协议做出的裁决将会被仲裁地国法院以违反该国法律中的公共秩序为由而撤销。

3.2.2 被请求承认和执行仲裁裁决地国家法律对仲裁协议法律效力的影响

仲裁协议的无效也有可能发生在仲裁裁决的承认和执行过程中。仲裁协议被仲裁机构受理后，除依据相关的法律审查其合法性外，作为仲裁机构还应考虑到仲裁机构所做出的裁决能否通得过被请求承认和执行地国家的法律在执行过程中的审查，以判定该仲裁协议是否有效和可被执行。作为仲裁裁决承认和执行地国家的法律对仲裁协议的有效与否的影响表现为两个方面：

1. 审查仲裁协议规定的仲裁事项是否为该国法律所允许

根据《纽约公约》第5条第2款第1项的规定，被请求承认和执行仲裁裁决的国家的主管机关如果查明争议的事项依照这个国家的法律不可以用仲裁方式解决，可以拒绝承认和执行。作为国际商事仲裁裁决最有影响力的国际公约和现行法律机制，必然会对与此相关的问题产生重大的示范和影响作用。

2. 审查仲裁协议的内容是否与被请求承认和执行裁决的国家的公共秩序相抵

触

公共秩序保留作为国际私法的一项重要制度和原则，在国际社会得到了广泛的承认和确立，一旦仲裁协议的内容与该国的公共秩序相违背，就可能以此为由被认定为无效协议。因此，仲裁协议内容的有效与一国的公共秩序有着极为密切的关系。在一国对外国仲裁裁决被请求承认和执行的国内司法审查中往往会因仲裁协议内容违反其公共秩序保留而被拒绝承认和执行，从而使仲裁协议成为无效协议^[18]。

^[18] 赵健著：《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版。

第4章 我国《仲裁法》关于仲裁协议 法律效力的规定及其改革完善

我国于1994年8月31日通过，并于1995年9月1日正式施行的《中华人民共和国仲裁法》是以《纽约公约》为蓝本，根据我国实际情况制定的，实施以来极大的促进了我国仲裁事业的发展。但是，我国现行的仲裁立法业已实施十余年之久，其中有许多规定都已经不适当今社会和经济发展的需要，限制了对其内容的扩充和范围的拓展，也不利于对国际先进规定的采纳和吸收，阻碍了我国仲裁事业的发展。

4.1 我国法律对仲裁协议法律效力的规定

我国的《仲裁法》是于1994年8月31日通过，并于1995年9月1日起施行，是参照了1987年加入的《承认和执行外国仲裁裁决的公约》（《纽约公约》）的规定而制定的，在对仲裁协议法律效力的要求与《纽约公约》相一致，即要求仲裁协议必须以书面形式达成；中国海事仲裁委员会1995年仲裁规则也明确规定了仲裁协议应以书面形式达成，“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”；《民事诉讼法》第257条规定，涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或其它仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。可见，无论国内仲裁还是涉外仲裁，我国法律都要求仲裁协议采用书面形式^[19]。否则仲裁协议就不具有法律效力。

1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》第2条第2款规定：“称‘书面协议’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”，强调书面仲裁协议必备的两点，一是签字，一是互换；《示范法》第7条第(2)款的规定：“仲裁协议应该是书面的，……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，或载申请书或者答辩书的交换中当事人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，但该合同是书面的而且这

^[19] 谭兵主编、陈彬副主编：《中国仲裁制度研究》，法律出版社，1995年版，第188页。

种足以使该仲裁条款构成该合同的一部分”，对《纽约公约》关于仲裁协议书面形式作了一定拓展。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”。很显然，我国没有将仲裁协议限定在必须“签字”或者“互换”上，对仲裁协议形式方面仅是以正式立法的方式规定其必须“书面”，但相比于《示范法》，其规定又略显模糊不明确，同国外如英国瑞典等国关于仲裁协议的规定相比，又显得过于刻板。不过，我国没有给仲裁协议的书面形式规以《示范法》似的列举式限定，以及其中的“以其他书面方式”倒是为后续立法及相关的司法解释留下了一定的解释空间。

4.2 对仲裁协议书面形式的解释

前面已讲过，仲裁协议又可以称为仲裁合同，具备合同的一般要件。因此，一般而言，书面形式通常指的是采取合同书的形式达成，包括合同中的具体条款以及单独达成的合同文本，合同的成立主要是以这种方式。仲裁协议是否除了合同书的形式以外，还包括其他的书面形式呢？这是我们需要考虑的问题，因为如果仅能以合同书的形式达成仲裁协议的话，仲裁协议的达成方式就太过于单一了。笔者认为：我国的《仲裁法》规定的“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”中的“其他书面方式”指的就是合同书以外的其他形式。

对于仲裁协议书面形式的要求则可以这样理解：首先，不能将书面形式狭义的看作是合同书，互换的函件、信件、以及电子数据交换和电子邮件均为书面形式，这样一来就极大扩张了书面形式的范围，就仲裁协议而言，除了单独签订的协议，只要在合同书、信件、数据电文（如电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等可以有形的表现其仲裁内容的形式）中有仲裁协议的存在，便符合书面形式的要求，即“书面不等同于书写”；其次，书面形式不一定要要求双方必须在同一个文件中签字，因为有一些数据电文方式达成的协议是不能要求双方同时在一个文件中签字的；第三，通过援引的方式达成的仲裁协议也视为“书面”的仲裁协议并且承认其效力，这一点已经为最高人民法院的司法解释所确认了，在1996年12月14日最高人民法院回复内蒙古自治区高级人民法院向最高人民法院

提出了《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，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”。

可见，在我国，仲裁协议要具备法律效力，必须具备书面形式。

4.3 我国《仲裁法》在仲裁协议法律效力规定方面的不足

4.3.1 默示意味着放弃仲裁

对于默示接受仲裁协议，我国没有做任何规定，但是，就对仲裁协议书面形式的严格要求看来，尤其是对仲裁协议应当具备内容的严格限定看来，我国已从立法上否定了以默示接受的方式达成仲裁协议的可能性并且没有留下任何余地，对其法律效力，则更不予认可。另外，尽管我国对承认默示接受仲裁协议没有规定，却明确规定了可以推定当事人的不作为是以默示的形式否认即便是已经存在于当事人之间的仲裁协议的法律效力。《仲裁法》第26条规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，……另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理”。该条的规定同英国新仲裁法73条的规定正好相反，即表明在法院受理了未声明有仲裁协议的一方当事人的起诉后，如果另一方当事人没有在首次开庭前对法院的受理提出异议的话，就认为双方当事人以其行为表明其放弃了他们之间业已存在的仲裁协议，即便是在法院审理的过程中先前未提出异议的一方当事人提出充足的证据证明他们之间确实存在仲裁协议而要求提交仲裁的，法院也不予支持，法院仍按照没有仲裁协议继续进行审判。应该说，制定此条的目的本来是为了督促已达成仲裁协议的当事人及时行使和维护自己的仲裁权利，防止当事人过分拖延致使纠纷总处于不确定的状态；同时也是为了保证已开始的诉讼程序顺利进行以使司法资源不被浪费。但是，司法实践中运用此条却经常是为

了逃避仲裁，以借助诉讼的冗长来达到其目的。而且，即便是不考虑仲裁协议本身即具有排除法院管辖权的作用这一点，就是从“支持仲裁”的角度出发，法院在发现当事人之间订有有效的仲裁协议时就应该主动将管辖权让与仲裁庭，而不是以法律推定的方法否定仲裁协议的法律效力，剥夺当事人选择仲裁的权利。英国新仲裁法第 73 条就是充分尊重当事人选择仲裁的意愿，规定了默示达成仲裁协议的情形。不管我国《仲裁法》规定 26 条的目的如何，都已违背了“尽量使仲裁协议有效”的基本原则，也实际反映出我国对仲裁制度的限制和不信任。

4.3.2 仲裁协议不能在仲裁程序中达成

我国尽管借鉴了《示范法》相关规定从而对仲裁协议的书面形式作了相对较为宽松的规定，也为今后对其进行扩大解释和与国际仲裁发展的接轨提供接口，但是，或许是因为我国没有仲裁的传统或者还是在我国依然奉行司法至上的原则，很显然，我国《仲裁法》对仲裁协议书面形式的规定并没有完全采纳国际上先进的规定。1985 年联合国《国际商事仲裁示范法》第 7 条第 2 款规定：“……或在申请书或者答辩书的交换中当事人一方声称有协议而当事他方不否认，即为书面协议”。说明当事人如需采取仲裁解决纠纷是可以直接向仲裁庭提交申请书的，书面仲裁协议是在法院或者仲裁庭接受申请或者审理纠纷的过程中达成的。英国的普通法就规定了在一方当事人提出仲裁申请之后，他方没有提出任何异议，并参加言辞辩论，自言辞辩论开始，可以成立默示的仲裁协议^[20]。我国则完全排除了当事人可以在仲裁程序开始后达成仲裁协议的可能。因为根据《仲裁法》第 22 条规定：“当事人申请仲裁，应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本”，仲裁庭接受当事人的仲裁申请必须要以当事人提交“仲裁协议、仲裁申请书及副本”，缺一不可，也就是如果没有当事人在发生纠纷之前达成的仲裁协议，仲裁委员会是不接受一方当事人提出的仲裁申请的，这样一来当事人想在争议产生后通过递交仲裁申请书或答辩书的过程中达成仲裁协议的可能性就被剥夺了。因此，基于这样规定，即便是双方当事人在发生纠纷以后有仲裁的意向，也只能必须在提交仲裁申请之前达成一个仲裁协议，否则，我国仲裁法是不允许当事人通过实施具体的仲裁行为达成仲裁协议从而开始仲裁程序的。而实际情况往

^[20] 张建华：《论仲裁协议及仲裁协议的效力》，载于《诉讼法论丛》第 2 卷，第 189 页。

往是，当事人在发生纠纷之后都恨不得老死不相往来，他们再协商尚且比较困难，况且还要耐下性子坐下来谈判，在达成完整的书面仲裁协议后再去仲裁了。因此，即使当事人特别想仲裁也大多只好放弃了，这不能不是对当事人仲裁意愿的极大违背，对推动仲裁事业的发展毫无益处。

4.3.3 以没有仲裁协议为由申请撤销仲裁裁决

我国《仲裁法》第58条规定：“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：(1)没有仲裁协议的；”此项规定明确赋予法院可以没有仲裁协议为由接受当事人申请撤销仲裁裁决的权利，尽管这是为了以司法的终局性来为维护当事人的诉讼权利，但同时也使得根据当事人的仲裁意愿作出的仲裁裁决处于极大的不稳定中。1999年12月3日北京市高级人民法院在“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”中针对此条作了更加详细的规定：“仲裁协议是仲裁成立的前提，依据《仲裁法》的规定，仲裁协议必须是书面、明示的。《仲裁法》第58条第1款第1项赋予当事人在仲裁庭作出裁决后以没有仲裁协议为由申请撤销仲裁裁决的权利，在法律没有规定允许当事人以默示方式接受仲裁管辖的情况下，不论当事人是否在仲裁庭首次开庭前对仲裁协议效力提出异议或者进行了实体答辩，均不影响人民法院对当事人所提事实和理由依法进行审理”。联合国《国际商事仲裁示范法》明确规定在申请书或者答辩书的交换中当事人一方声称有协议而当事他方不否认，即为达成书面仲裁协议，仲裁庭可以据此开始仲裁程序作出仲裁裁决；我国《仲裁法》58条却也同样明确规定这样情况下达成的仲裁协议可以视为没有仲裁协议，当事人可以申请撤销已经做出的仲裁裁决，这不仅不符合世界上仲裁事业发展先进的国家相关规定，也与《示范法》的规定恰好相反。

笔者认为，当事一方在事先没有仲裁协议的情况下申请仲裁，这个时候另一方当事人如果不愿意采取仲裁方式解决纠纷是可以直接拒绝接受或者予以反驳的，如果没有拒绝的表示，却实施了针对对方当事人的仲裁申请后的一系列仲裁行为，从常理上去分析，只要具备完全民事行为能力，当事人的这种行为除了是接受仲裁以外，没有其他合理的解释，毋庸置疑是接受仲裁的一种表示，因为在审理过程中的你来我往以及庭审记录都反应了双方当事人的仲裁合意，所以法国

的“仲裁法令”^[21]等和《示范法》都明确的对这种情况下达成的书面仲裁协议予以认可。我国仲裁法对这种情况下达成的仲裁协议的否认限制了当事人选择仲裁的权利。

4.3.4 对仲裁协议的内容限定过严

内容和形式是一个问题的两个方面，形式是内容的外在表现，不能绝然分开。我国《仲裁法》第16条第2款规定：“仲裁协议应当具有下列内容：(1)请求仲裁的意思表示；(2)仲裁事项；(3)选定的仲裁委员会”，一项有效的书面仲裁协议必须同时具备这三项内容。世界上绝大多数国家都没有对仲裁协议中所应包括的内容规定的如此具体详细，一般就需要当事人有提交仲裁的意思表示和想要仲裁的事项就可以了，有的国家比如英国、苏格兰等对仲裁协议的内容也没有特别的要求，只要清楚地表明提交仲裁的意愿即可使仲裁协议有效^[22]。正如一位仲裁法专家所言，仲裁协议的内容可以很简单，只要反映了当事人的仲裁意愿即可，重要的是出现了“仲裁(arbitration)”两个字^[23]。我国仲裁法对仲裁协议内容的严格规定实际是在当事人仲裁意愿之外另行附加条件，而且如果不完全符合这些条件，当事人的仲裁意愿就得不到尊重，这与仲裁的本质是根本不相符的，因为“请求仲裁的意思表示”才是世界各国公认的仲裁协议应当必备的内容，除此之外的任何限制都只是为了审核仲裁协议的方便而设，不应当成为当事人选择仲裁解决纠纷的障碍。

4.4 几点建议

《仲裁法》自颁布实施以来，为我国的仲裁事业做出了极大的贡献，堪称中国仲裁史上的里程碑，但是随着科学技术和国际商贸的迅速发展，无论是仲裁业还是法律部门及法学界都发现，已实施十余年之久的现行仲裁法的许多规定已远远不能适应今天仲裁事业的发展。为了促进仲裁事业的发展，笔者认为有必要借鉴国际上和先进国家对仲裁协议法律效力的规定，从推进我国仲裁事业的发展角度

^[21] 中国社会科学院法学研究所民法研究室编《外国仲裁法》，中国社会科学出版社，1982年，第237页。

^[22] 丁建中编著：《外国仲裁法与实践》，中国对外经济贸易出版社，1992年版，第145，171页。

^[23] 梁慧星主编：《民商法论丛》，金桥文化出版(香港)有限公司，2002年5月，第509页。

着眼，对我国关于仲裁协议法律效力的规定做出一些相应的修改：

1. 应当坚持，为保证仲裁协议具有法律效力，必须具备书面形式。我国《仲裁法》对仲裁协议形式的书面形式的规定是正确的，这是世界上大多数国家以及国际立法的要求。另外，《仲裁法》第16条第1款对仲裁协议书面形式的规定也比较有弹性，问题在于如何理解“书面形式”的含义，对其进行扩大解释。在此，笔者认为应当继续参照借鉴国际立法层面如《示范法》、贸发会的近期讨论等对仲裁协议“书面”含义的不断拓宽的解释和英国《1996年仲裁法》对仲裁协议书面形式的规定，在对仲裁协议书面形式进行解释的时候尽量与国际接轨，尽可能从当事人的真实的仲裁意愿出发，对“书面”一词作从宽理解，尽量认定存在仲裁协议和确认仲裁协议的效力，体现“支持仲裁”的政策倾向，满足当事人日益增长的仲裁需求^[24]。其中，关于仲裁协议书面形式的规定单独列为一条：“仲裁协议应当以书面形式达成，包括仲裁条款和其他形式达成的书面形式；具备以下情形之一即为书面仲裁协议：

(1) 载于各方当事人签署的文件中；

(2) 无论当事人签署与否，载于其往来的书信、电子讯息等各种可以提供记录并可读取的通讯中；

(3) 有其他书面的证据可以证实；

(4) 在仲裁或诉讼程序的文件交换中，一方当事人宣称存在仲裁协议，另一方当事人在书面的答复中没有反对的；

(5) 通过援引符合上述规定的书面仲裁协议的形式达成的。

在仲裁程序中，参加对争议实体的答辩或讨论即可弥补仲裁协议形式上的任何缺陷。

2. 对于我国《仲裁法》第26条的规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，……另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理”，笔者认为应当予以取消。因为此条的规定不仅限定了当事人选择仲裁作为纠纷解决方式的权利，同时也限定了司法解释对仲裁协议书面形式的扩大解释。我国对《示

^[24] 王生长：《仲裁协议及其效力确定》，载于《仲裁与法律》2001年合订本，第261页。

范法》第7条第2款的规定：“……或在申诉书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当时他方不否认即为书面协议……”的默示接受方式达成书面仲裁协议的规定没有吸收，而且也没有关于此方面的解释和司法判例，就是因为此条规定的限制，因为一旦突破仲裁法的规定即为违法。但是，既然可以以立法的形式宁可违背当事人的仲裁意愿来推定当事人没有及时提出法院的管辖异议就是放弃了他们之间的仲裁协议的表示，为什么就不能承认当事人之间也是可以以默示接受的方式达成仲裁协议呢？况且这也得到了国际立法的支持，英国也明确地提出默示达成仲裁协议的情况，这是符合国际仲裁立法及其解释趋向的。因此，为与国际层面接轨，达到“尽量使仲裁有效”的目的，笔者认为，不管是否在我国法律中直接应用默示仲裁协议的术语，现行《仲裁法》第26条的存在，对于促进我国仲裁事业的发展和仲裁实践没有任何积极作用，应当予以删除。

3. 对仲裁协议内容予以简化。我国现行仲裁法要求仲裁协议应当包括三方面的内容，不仅要求当事人提交仲裁的意思表示和将要仲裁的事项，还要有选定的仲裁委员会，最后一项要求是我国仲裁法独有的一项要求，这也是对书面协议扩大解释的一个非常大的限制，直接影响到仲裁协议的法律效力。因为，照此理解，双方当事人即便有了仲裁的意愿，达成了书面的协议还不能算是合格的仲裁协议，只有完整的包括这三项内容才能最终使当事人的仲裁意愿得以实现，否则就会落空。而“请求仲裁的意思表示”才是世界各国公认的仲裁协议应当必备的内容，其他的内容附加规定，附加规定越多，越不利于仲裁协议发生法律效力。不过根据我国仲裁发展的实际，也不宜一下放开对仲裁协议内容的限定，但至少应简化这项规定，将选定的仲裁委员会改为能据以确定的仲裁机构，这样就会减少当事人因为写错仲裁委员会名称等原因导致已达成的仲裁协议无效。

4. 修改仲裁法第58条第1款第1项的规定，即如果仲裁庭已经做出了仲裁裁决，如果没有法律规定的特定理由，不允许法院再根据当事人提出的以没有仲裁协议为由的申请加以撤销。同时，在当事人向仲裁庭提出仲裁申请的时候，仲裁协议书不能作为一个必备要件而只能作为一个选择要件，即如果双方当事人已有仲裁协议的，必须提供；如果没有，而申请人声称有的，则先接受申请，如果对方当事人是在申请书或答辩书的交换中没有对存在仲裁协议提出异议，就视为当事人之间存在书面仲裁协议；如果有仲裁协议但形式不完全符合仲裁法的规定，

只要对方当事人参加实体答辩或讨论的，即可弥补其不足。一般来讲，仲裁裁决只要做出，双方当事人参加了仲裁程序，就视为双方当事人之间存在仲裁协议，如果没有特殊情况，不应该纵容任何一方以他们之间没有仲裁协议为由任意要求法院撤销仲裁裁决。当然，如果一份仲裁裁决的做出有充分证据证明是在另一方当事人完全不知情的情况下做出的，他当然也没有参加仲裁程序，这种情况下的仲裁裁决当然是可以以一方当事人提出没有仲裁协议为由而撤销了，因为很显然此时没有双方当事人的合意，根本不符合仲裁协议的本质，撤销也就在情理之中了。

结 论

综上所述，目前世界各国已经建立起了一套完整的国际商事仲裁体系，使国际商事仲裁成为解决跨国纠纷的有效手段之一。近年来，国际商事仲裁呈现出了前所未有的繁荣景象。世界上主要国际商事仲裁机构，如国际商会仲裁院以往多分布在欧洲；但是随着亚太地区经济的迅速发展，亚太地区国际商事仲裁也异常活跃，世界上主要国际商事仲裁机构都在亚太地区设立办公室。亚太地区各国家先后设立自己的国际商事仲裁机构，如新西兰仲裁调解机构，澳大利亚国际商事仲裁中心，中国国际经贸仲裁委员会。自1999年以来，中国国际经贸仲裁委员会每年受理案件200件以上，已成为主要国际商事仲裁机构之一。

国际商事仲裁的发展趋势主要表现在：案件数量呈几何增长速度，仲裁立法由分散式立法向统一立法转变，国际社会制定了全球性国际公约及法律文件。国际商事仲裁发展趋势的原因主要是由于国际商事仲裁的特征所决定的，即广泛的国际性，高度意思自治性，执行的强制性和仲裁裁决的权威性决定的。

因此，正确、科学地认定国际商事仲裁协议的法律效力，是国际商事仲裁协议顺利发挥作用的前提和基础，必须引起我们的高度重视。

参 考 文 献

- [1]朱克鹏著《国际商事仲裁的法律适用》，法律出版社1999年4月第1版。
- [2] 参见韩德培主编《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年出版，第745页。
- [3] 赵威主编：《国际仲裁法理论与实务》，中国政法大学出版社，1995年版，第105页。
- [4] 邓杰著、梁慧星主编：《伦敦海事仲裁制度研究》，法律出版社，2002年版，第64、72页。
- [5] 高菲著：《中国海事仲裁的理论与实践》，中国人民大学出版社，1998年版，第85页。
- [6] 宋连斌：《仲裁协议的新发展：理论与实践》载于梁慧星主编：《民商法论丛》（总第22卷），法律出版社，2002年第1号，第507、509页。
- [7]张建华：《论仲裁协议及仲裁协议的效力》，载于《诉讼法论丛》第2卷，第189页。
- [8] 中国社会科学院法学研究所民法研究室编《外国仲裁法》，中国社会科学出版社，1982年，第237页；《法兰西共和国仲裁法令》第9条：“仲裁协议以书面确认之，可以在仲裁员与当事人签字的笔录中确认”。
- [9] 丁建中编著：《外国仲裁法与实践》，中国对外经济贸易出版社，1992年版，第145，171页。
- [10] 王生长：《仲裁协议及其效力确定》，载于《仲裁与法律》2001年合订本，第261页。
- [11] 黄进、宋连斌：《中华人民共和国仲裁法（建议修改稿）》，载于梁慧星主编：《民商法论丛》（第28卷），法律出版社，2003年11月，第349页。
- [12] 赵秀文：《论国际商事仲裁协议的适用法律》，载于《民商法论丛》2000年第2号，金桥文化出版（香港）有限公司2000年12月版，第440-441页。
- [13] 刘晓红：《仲裁协议独立原则的重新审视》，载于华东政法学院国际法网站，<http://www.chianinterlaw.org>。
- [14] 《罗马法学说汇纂》第2编，第14章，第38节。
- [15] 赵健《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社2000年版，第94页
- [16] 陈治东：《国际商事仲裁法》，法律出版社1998年版，第124页。
- [17] RENE DAVID, ARBITRATION IN INTERNATIONAL TRADE (1985).
- [18] Christian Herrera Petrus, "Spanish Perspectives on The Doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability: A Comparative Analysis of Spain's 1988 Arbitration Act.", American Review of International Arbitration 2000
- [19] 谭兵主编、陈彬副主编：《中国仲裁制度研究》，法律出版社，1995年。
- [20]张斌生主编：《仲裁法新论》，齐树洁总主编，厦门大学出版社，2004年。
- [21] 杨良宜：《国际商务仲裁》[M]。第1版。北京：中国政法大学出版社，1997；112-113
- [22]张建华主编：《仲裁新论》，中国法制出版社，2002年版，第134页。

- [23] 邓杰著、梁慧星主编：《伦敦海事仲裁制度研究》，法律出版社，2000年版，第64页。
- [24] 宋连斌：《仲裁协议的新发展：理论与实践》载于梁慧星主编：《民商法论丛》（总第22卷），法律出版社，2002年第1号，第507页。
- [25] 谭兵主编、陈彬副主编：《中国仲裁制度研究》，法律出版社，1995年版，第188页。
- [26] 赵秀文：《论国际商事仲裁协议的适用法律》，载于《民商法论丛》2000年第2号，金桥文化出版（香港）有限公司2000年12月版，第440-441页。
- [27] 刘晓红：《仲裁协议独立原则的重新审视》，载于华东政法学院国际法网站，<http://www.chianinterlaw.org>。
- [28] 黄进、宋连斌：《中华人民共和国仲裁法（建议修改稿）》，载于梁慧星主编：《民商法论丛》（第28卷），法律出版社，2003年11月，第349页。
- [29] 赵威主编：《国际仲裁法理论与实务》，中国政法大学出版社，1995年版，第105页。
- [30] 王生长：《仲裁协议及其效力确定》，载于《仲裁与法律》2001年合订本。8.张建华：《论仲裁协议及仲裁协议的效力》，载于《诉讼法论丛》第2卷。

攻读学位期间公开发表论文

[1] 姚夔,《对应对国际知识产权壁垒问题的思考》,发表于《辽宁教育学院学报》2006年第1期,第113页-114页。

[2] 姚夔,《国际人权公约与我国刑事强制措施的改革与完善》,发表于《检察纵横》2006年第9期,第46-47页。

致 谢

本文的顺利完成是与尹伟民副教授的大力支持与无私帮助分不开的。从开题报告开始，尹伟民副教授就提供了大量的文献资料以供本人选题，并在选题的范围，选题的角度以及论文的结构内容等方面提出专业、中肯的意见。通过尹伟民副教授的耐心指导，本人顺利的通过了研究生开题报告的审核。

在开题报告之后，尹伟民副教授又不断给予本人有关论文写作方面的意见，尤其在写作的方法，论点的阐述和各种文献资料的组织运用上都使本人有了长足的进步，更进一步加深了对法学基础理论和实践的理解和认识。

在此之际，本人再次衷心地对尹伟民副教授致以诚挚的谢意！

研究生履历

姓 名	姚 萁
性 别	女
出生日期	1973 年 5 月 23 日
获学士学位专业及门类	法学
获学士学位单位	中国人民大学
获硕士学位专业及门类	国际法学
获硕士学位单位	大连海事大学
通信地址	辽宁省工商局消费者权益保护处
邮政编码	110031
电子邮箱	yaoying5001@163.com