

# 国际商事仲裁协议制度为“一带一路”护航

张贤达



【摘要】随着“一带一路”战略的全面推进落实，国际商事仲裁将在解决沿线各国的国际商事纠纷中起到至关重要的作用。健全的仲裁协议制度，不仅为完善我国的国际商事仲裁制度提供了重要保障，更有助于为“一带一路”保驾护航。

【关键词】“一带一路”战略 国际商事仲裁协议制度 制度完善

【中图分类号】DF974 【文献标识码】A

2015年起，我国“一带一路”战略步入全面推进阶段。“一带一路”建设不仅仅是经济沟通的问题，更是重要的法律议题。“一带一路”途经亚洲、欧洲超过70个国家和地区，由于这些国家分属英美法系、大陆法系和伊斯兰法系，各国法律制度不同，且政治经济发展水平不一，这为经济贸易投资纠纷的解决增加了很大的难度。在国际贸易中，国际商事仲裁作为主要的跨国法律纠纷解决机制，得到了国际社会的广泛

认可。由于“一带一路”沿线各国几乎全部加入了《纽约公约》，毋庸置疑的是，一旦发生贸易纠纷，仲裁将成为最主要的纠纷解决方式。有鉴于此，国际商事仲裁制度将成为我国“一带一路”战略实施的重要司法保障。

仲裁协议是仲裁制度的基石，有效的仲裁协议是排除法院管辖权、将争议提请仲裁的前提。我国的国际商事仲裁协议制度虽发展迅猛且日臻完善，但与其他国家成熟的国际商事仲裁协议制度

相比，仍存在一定的缺陷，如对仲裁协议书形式相对严格的规定，缺乏默示仲裁协议效力的规定，临时仲裁制度的缺位等。因此，笔者建议，在新的形势下，有必要健全我国国际商事仲裁协议制度，使之与国际规则相接轨，为完善我国国际商事仲裁制度提供保障，以利于其在帮助“走出去”的企业有效地解决商事纠纷的同时，为我国“一带一路”战略保驾护航。



### 仲裁协议书面形式的规定相对严格

我国《仲裁法》第16条规定了仲裁协议形式要件，将“书面”和“签署”作为仲裁协议生效要件。仲裁是通过当事人的合意解决其纠纷的，这一书面形式的要求有利于举证证明当事人之间存在合意的产物，此外，对签署的要求也可以表明这一合意的产物系属当事人之间的真实意思表示。

《仲裁法》对书面形式的要求与当时世界各国仲裁立法的相关规定较为统一。但不论是对“书面”还是“签署”的要求，其主要的目的无非在于证明当事人合意的存在。也就是说，“书面”和“签署”除了作为证明合意存在的手段之外，没有任何法律意义。随着国际贸易的不断发展，特别是电子数据交换、网上交易等高科技手段的不断出现，书面形式的要求显得过于严格，限制了当事人意思表示的手段。因此，国际社会也逐步放宽了对仲裁协议书面形式的要求，如《国际商事仲裁示范法》、英国《1996年仲裁法》等已从最大限度上将足以证明仲裁协议存在的、符合现代贸易需求的各种形式，纳入到书面形式的范畴。因此，可以说现代仲裁协议的趋势已对“书面形式”进行了扩大解释，从某种意义上只要能够证明当事人存在仲裁合意，即可认为仲裁协议满足了“书面形式”的要求。由此可见，我国对书面形式的严格规定，显然已与书面形式扩大解释的国际潮流不相适应。

### 缺乏关于默示仲裁协议有效性的规定

随着仲裁协议书面形式的扩大化趋势，已有许多国家在一定程度上认可默示仲裁协议的效力：在立法方面，英国

《1996年仲裁法》虽未直接规定默示仲裁协议，但第5条对非书面仲裁协议的认可，以及第73条对异议权丧失的规定，可认为其已间接地承认了默示仲裁协议的效力。而德国1998年《民事诉讼法典》第1031条规定的“在仲裁协议中对实体进行讨论即可弥补任何形式要件上的缺陷”，可视作对默示仲裁协议有效性的极大认可。此外，希腊、韩国等国家和中国香港、澳门等地区的立法也在一定程度上体现出对默示仲裁协议的认可；在司法实践方面，荷兰、意大利法院曾在案例中，通过对仲裁协议书面形式的扩大解释，承认了默示仲裁协议的效力。

我国仲裁立法中没有关于默示仲裁协议的规定，在仲裁实践中，认可默示仲裁协议的裁决非常少。而即使仲裁庭认可默示仲裁协议的效力，仍需面临裁决被法院不予承认或执行的风险。最高人民法院就曾明确否认了默示仲裁协议的效力。由于立法上对仲裁协议书面形式的严格规定，以及实践中对于书面形式的严格解释，我国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，对其效力，则更不予认可。

但是，在国际商事贸易实践中，只有大投资、大工程才会采取严格的书面形式。随着科学技术进步带来的通讯手段的变更，使得在绝大多数的国际合同中，往往是当事人已经履行了合约，但仍未签字，而在这种情况下仍然要求当事人以书面往来的形式来协商仲裁协议是不现实的。因此，笔者认为，只有通过仲裁方式解决争议符合当事人的期待，法律就当尽量满足当事人的需求。此外，为了尊重当事人的意思自治，尊重当事人程序选择权，并充分体现我国支持仲裁发展的理念，有必要顺应仲裁协议书面形式扩大解释的趋势，有条件地承认

默示仲裁协议的效力。

### 临时仲裁制度的缺位

临时仲裁与机构仲裁是目前国际商事纠纷中的主要解决机制。在诸多场合，特别是海事仲裁领域，当事人更倾向于选择临时仲裁而非机构仲裁来解决争议，因与机构仲裁相比，临时仲裁更为经济高效且不失公平。时至今日，临时仲裁得到了来自全世界的尊重以及《纽约公约》和绝大多数国家法律的认可。但我国在加入《纽约公约》后，并未建立起临时仲裁制度，《仲裁法》规定仲裁协议中必须具有“选定的仲裁委员会”等内容，使临时仲裁被排除在外。

《仲裁法》的这一规定，不仅与国际通行做法不相吻合，也会产生许多不公平不对等的问题。例如，具体时间在中国南通市港闸造船厂诉荷兰埃伯造船服务公司、荷兰船用设备与维修公司、中国化工建设总公司船舶建造合同纠纷主管异议案，与达利特商务技术有限责任公司与沧州东鸿包装材料有限公司买卖合同纠纷上诉案中，两案仅因仲裁协议规定的仲裁地不同而得到了截然不同的仲裁结果（前者仲裁地为荷兰，荷兰承认临时仲裁的有效性，因我国与荷兰均为《纽约公约》成员国，故在荷兰作出的临时仲裁裁决可以得到我国的承认和执行，后者仲裁地为北京，因我国不承认临时仲裁的效力，故法院拒绝执行该临时仲裁裁决）。

对于同样的临时仲裁协议，仅因仲裁地的不同，却得到截然不同的结果，这显然忽视了仲裁协议在仲裁中的重要性，且这样不公平不对等的情况既不利于保护当事人的权益，也有悖于《纽约公约》的规定。除此之外，这一自相矛

盾的局面不但不利于涉外经济贸易纠纷的及时有效解决,也不利于改善我国的外商投资环境,不利于我国法律制度的统一以及仲裁事业的长远发展。临时仲裁制度引入我国有其重要的现实意义,立法者应考虑适时引入。

### 我国国际商事仲裁协议制度的突破

首先,对仲裁协议的书面形式作扩大解释。基于现代社会的发展现状,也基于书面形式在证明当事人合意所发挥的巨大作用,笔者认为,对仲裁协议采取书面的要求仍然是形式上的最佳选择。况且,尚难以找出更为合适的形式可以替代书面形式。但毋庸置疑的是,科学技术的发展已经对传统的书面形式要求提出了严峻的挑战,仍然固守“书面”和“签署”的传统书面形式要求,则现行的法律将可能因为对当事人设置的种种限制而成为社会发展的绊脚石。但法律的修改非朝夕之事,笔者认为,权宜之计是对仲裁协议的书面形式作扩大解释,暂时将科技的发展所带来的挑战,在传统法律框架之内予以消化,待时机成熟之时再行修改相关法律,对书面形式予以重新界定。

有鉴于此,笔者建议,对于书面形式要求仅以证明“仲裁合意”的存在为必要。如果能够证明当事人之间存在仲裁合意,达成了仲裁协议,那么任何形式都应予以认可。此外,由于人类理性的局限和法律本身存在僵化的可能,对于仲裁协议的形式,法律不应做具体性要求,而应作一般性规定。


其次,有条件地承认默示仲裁协议的效力。如前所述,仲裁协议已突破了传统书面形式的限制,默示仲裁协议在形式要件上的缺陷即可得以弥补。但并

非所有默示仲裁协议均为有效,笔者认为应以当事人的行为为基础,并以一定的书面证据为依据综合予以考量,如下两种情形应认定默示仲裁协议有效:第一种是一方当事人向另一方当事人发出书面合同(含有仲裁条款)邀约,另一方当事人虽未签署合同,但其以实际行动履行了合同。当事人的实际履约行为已构成对整个合同的接受,那么合同中的仲裁条款也当然地包含在其中。在这种情形下,一方当事人发出的合同,以及另一方当事人的实际履约行为构成了当事人之间对仲裁的合意,使仲裁协议有据可查。

另一种是当事人之间存在专门的默示仲裁协议的情形。在这种情况下,如果一方当事人提起仲裁,另一方当事人并没有明确地对该默示仲裁协议提出异议,且实际参与了仲裁程序。可以认为,该另一方当事人以其实际行为认可了当事人之间存有默示仲裁协议的事实,且仲裁审理时的书面记录可以成为当事人之间存在仲裁协议的证据。如果该另一方当事人从不参加任何仲裁程序,或者虽然参加了,但提出明确的管辖权异议,则参与程序本身并不能认为其在仲裁协议问题上放弃了异议,同意接受仲裁管辖。

最后,在自贸区试行临时仲裁制度。自贸区战略是我国为适应新形势下全球经济合作、贸易投资格局以及国际规则标准体系的深刻变化,进一步扩大改革开放,通过开放促进改革,以改革促进发展的产物。我国自贸区的主要任务之一,在于完善我国的法律制度,为我国经济的腾飞提供坚实的制度保障。可见,我国自贸区建设为临时仲裁制度的引入提供了时机和条件。临时仲裁灵活、高效等特点,也使得其与自贸区相得益彰。因此,笔者建议,可先行在自贸区试行

临时仲裁制度,充分发挥自贸区先行先试的示范效应,努力形成在全国范围内可复制、可推广的经验,最终推动我国相关法律法规的修订。

在自贸区构建临时仲裁制度,可以通过以下几方面来进行:第一,在立法上,在自贸区内鼓励和支持临时仲裁依托仲裁机构进行构建。仲裁机构可为临时仲裁提供必要的协助,以利于临时仲裁的顺利进行。第二,关于仲裁协议效力的确定权力方面,建议采用世界上许多国家所实行的“自裁管辖权原则”,即将仲裁协议效力的确定权力交给仲裁庭。第三,规定仲裁庭的组成时限。这样的规定有利于防止一方当事人不配合,故意拖延时间,致使双方争议无法进入仲裁,甚至形成僵局。这一时限的规定不宜过长,以利于临时仲裁充分发挥其快速高效的优势。第四,规定司法任命仲裁员规则。可以借鉴《美国统一仲裁法》的规定,即仲裁协议有规定时从其规定,没有规定或有规定但无法执行时,法院根据一方的申请选任仲裁员。第五,在司法监督方面,建议现阶段临时仲裁裁决的司法监督权归属于仲裁地中级人民法院,如此有利于法院有效地监督临时仲裁,执行临时仲裁裁决。而在司法监督的实施过程中,应注意体现对纠纷当事人意思自治的尊重,并注重程序审查而非实体审查。 (作者单位:大连海事大学)

#### 【参考文献】

- ①杨良宜:《国际商务仲裁》,北京:中国政法大学出版社,1997年。
- ②张斌生主编:《仲裁法新论》,厦门:厦门大学出版社,2011年。

责编/高骊温祖俊(见习)  
美编/王梦雅(见习)