

仲裁协议纠纷司法审查阶段制度的国际比较 与我国的借鉴

张圣翠

摘要：仲裁自古以来在很多国家或地区都是一种重要的争议解决制度，其作用在当代更广的范围内越来越重要。然而，仲裁是以存在有效的仲裁协议为基石的，《纽约公约》等国际条约及众多国家或地区的制定法都允许当事人就仲裁协议的效力或涵盖范围纠纷提请司法审查。由于没有国际统一法的约束，各个国家或地区关于仲裁协议纠纷司法审查阶段的制度并不一致。大体而言，以法国和瑞士等为代表的国家或地区禁止或限制法院在仲裁裁决作成之前对仲裁协议的纠纷进行司法审查，其他国家或地区则对当事人在仲裁裁决作成之前的各阶段就仲裁协议纠纷提请司法审查的行为不加禁止或限制。我国内地关于仲裁协议纠纷司法审查阶段的制度规范存在诸多缺陷，包括将当事人对仲裁协议效力的异议不合理地推迟到人民法院首次开庭前、未指明在人民法院司法审查期间仲裁程序可否推进、没有考虑到仲裁机构就仲裁协议纠纷在先作出的决定是否具有终局效力的问题等。对于这些缺陷，我国内地应当借鉴境外的良好规则，主要通过修订《仲裁法》的方式进行弥补。

关键词：仲裁协议；司法审查；自裁管辖权；借鉴

中图分类号：D997.4

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2017) 03-0053-12

一、问题的提出

自愿通过第三人审理和决断的仲裁是一种古老的制度，远在古代中国春秋战国、古希腊和古罗马时期就已出现。中世纪的欧洲各国也广泛地使用仲裁方式解决纠纷，其中在德语语言区，法院制度实际上就是从以协议为依据的临时仲裁制度发展而来的。同时期英国行会等团体成员内部仲裁非常独立和活跃，英国法院在司法审查中则通过禁止包含惩罚性条款的仲裁协议的当事人提起诉讼和积极执行裁决的方式有限度地支持仲裁。在教会法盛行的其他欧洲地区，仲裁协议也常被承认具有可执行性。20 世纪特别是二战之后，仲裁在更多国家或地区越来越受到重视和广泛的采用，许多国际条约也对仲裁加以肯定和明确规定。相对于协商和调解等方法，当今唯有仲裁是司法外和平解决争议的一种最为制度化的形式，因此它不仅在解决国家间经济贸易争端发挥着不可替代的作用，而且也可以解决境内外私人之间的商事纠纷以及国家与私人之间的经贸或投资纠纷。

作者简介：张圣翠，上海财经大学法学院教授、博士生导师，研究方向：国际经济法。

然而,仲裁是以存在有效的仲裁协议为基石的。无论是基于《纽约公约》、《欧洲国际商事仲裁公约》等国际条约,还是根据众多国家或地区的制定法,在通常情况下存在没有仲裁协议、仲裁协议未生效、仲裁协议无效或失效等可概称为效力方面的缺陷时,仲裁庭就没有管辖权且不能开始和进行进一步的仲裁程序,更不能作成仲裁裁决,否则仲裁程序就是非法的,由此产生的仲裁裁决无效或不能强制执行。仲裁庭也不可超越有效仲裁协议的范围作成仲裁裁决,否则超裁的部分无效。相反,如果有效力方面无瑕疵的仲裁协议,当事人一方就该仲裁协议所涵盖的争议提起诉讼时,其他方当事人可要求法院驳回起诉并命令将争议提交仲裁;根据有效仲裁协议作成的仲裁裁决在其他方面都合法的情况下便对各方当事人具有约束力。由于这些规则的存在,当事人之间不时地出现仲裁协议是否存在、仲裁协议是否生效、仲裁协议是否无效或失效、仲裁协议范围的大小等问题的纠纷,其目的在于支持或者反对仲裁庭的管辖权、阻止或推进某种仲裁程序、肯定或否定仲裁裁决效力的全部或部分、支持或抗辩某一诉讼程序或判决。对以上各种问题的纠纷在不能通过自愿弃权或其他途径解决时,当事人一方或几方就会提请司法审查。

中共十八大提出了要大力发展社会主义市场经济的战略方针,其落实办法显然包含了要健全能促进市场经济健康发展的仲裁解决纠纷的机制。然而,目前我国内地立法关于仲裁协议的效力或范围纠纷提请司法审查阶段的制度规范却存在着严重的缺陷,严重地影响我国仲裁活动的效率和公信力。遗憾的是,我国境内的学者对此问题未多加关注。本文在比较境外关于仲裁协议纠纷司法审查阶段制度的基础上,结合国情提出和论证完善我国相应制度的对策。

二、境外仲裁协议纠纷司法审查阶段的制度比较

大体上而言,当事人之间关于仲裁协议是否存在、有效性或可执行性等纠纷可能发生在以下一个或几个阶段:仲裁开始之前,可能的情况之一是一方当事人抢先到法院起诉而另一方认为有仲裁协议存在而要求驳回起诉;仲裁程序启动之后仲裁裁决作成之前,可能的情况包括仲裁庭不接受一方当事人关于无仲裁协议的主张而推进仲裁直至作成裁决等。由于仲裁开始之前肯定总是在仲裁裁决作成之前,下文未特别指明之处的“仲裁裁决作成之前”亦包含了仲裁开始之前这一阶段。

从国际层面上看,目前几乎没有国际条约直接约束缔约方对仲裁协议司法审查介入上述哪一或哪几阶段的统一规定,1961年《欧洲国际商事仲裁公约》只是稍有例外。该公约第6条第1款规定:在向某法院提起任何诉讼之前,如果仲裁协议的任何一方当事人已启动了仲裁程序,随后被请求处理相同当事人之间相同标的争议的缔约国法院……对仲裁员的管辖权应当暂停做出决定,除非法院有正当和实质性理由采取相反的行动。这一规定表明,除非存在正当和实质性理由,在仲裁程序已开始的情况下,该公约禁止缔约方法院对仲裁协议是否存在、或无效、或已过期等

问题进行司法审查。

正是由于在《欧洲国际商事仲裁公约》不能涵盖的诸多争议中缺乏国际条约的统一控制,很多国家或地区的国内法或域内法中关于司法审查介入阶段的法律规则才能各行其是。

从总体上说,现代各国的法律规则都不禁止法院经一方或数方当事人的请求在仲裁裁决作成之后的申请撤销、承认或执行仲裁裁决阶段介入审查仲裁协议的存在或有效性问题。本阶段中,如果一方当事人对仲裁协议的存在、有效性或范围提出异议,各国皆允许其有管辖权的法院就有关异议对仲裁协议进行彻底的审查,并且这种审查不受仲裁庭相关结论影响。各国进行这种彻底审查的司法实例数不胜数,以下仅举出一起体现该种司法审查程度的实例。Biglift Shipping BV 和 Transdata Transportes Ltda 在 2011 年 12 月 15 日至 25 日之间以电话方式达成了一项航次租船合同, Biglift Shipping BV 向 Transdata Transportes Ltda 邮寄的一份合同草案规定:在伦敦仲裁和适用英国法律。后者并没有签署该合同草案且拒绝支付船舶的滞期费,前者便在伦敦提请了后者缺席的仲裁且获得了有利的仲裁裁决。巴西高等法院在 2015 年 12 月 16 日判决不予承认该仲裁裁决时指出:巴西法律适用于该合同草案中的法律和争议解决条款是否有效的问题;巴西法律规定,只有采取书面形式时仲裁协议才约束当事人;本案却不存在此种情况;被申请执行人事实上未参加仲裁而不能说其后来追认了该仲裁条款。

此外,在仲裁裁决作出之后、一方当事人申请承认或执行仲裁裁决阶段,很多国家或地区的制定法规范不仅要求该当事人提交仲裁裁决,而且也要求提交仲裁协议的原件或经证实的副本。在仲裁协议的语言与请求承认或执行法院的官方语言不一致的情况下,有关的制定法规范可能要求当事人提供符合特定条件并经证实的仲裁协议翻译文本。如法国 2011 年《民事程序法典》第 1515 条第 2 款规定,仲裁协议的语言使用非法语语言时,申请承认或执行仲裁裁决的当事人必须提供登记于专家名册中的一名翻译者证实的翻译件。这些规范制度意味着,在另一方当事人不提出异议的情况下,受理承认或执行仲裁裁决申请的法院也必须依职权审查仲裁协议与这些规则制度表面相符,否则应当拒绝承认或执行仲裁裁决。但是,在仲裁裁决作成之前的阶段,一些国家的制定法或判例法规则却禁止或限制对仲裁协议进行司法审查。

禁止或限制法院在仲裁裁决作成之前对仲裁协议进行司法审查的代表性国家主要是历史上的德国及至今仍然实行的法国和瑞士等。历史上的德国曾通过司法审查判例给仲裁庭最终的自裁管辖权,但现已废止。法国 1981 年《新民事程序法典》第 1458 条第 1 款和第 2 款分别规定:在争议问题已提交仲裁庭的情况下,法院有义务对仲裁协议的存在或有效性问题拒绝管辖;除非仲裁协议明显无效,在争议问题尚未提交仲裁庭的情况下法院应当拒绝管辖。在国际和国内商事仲裁的司法实践中,

法国法院统一严格地适用上述第1款的规则。如在 Coprodag 诉 Dame Bohin 案中, 一方当事人启动仲裁程序之后, 法国一审法院判决仲裁协议无效和仲裁庭不应当组建。该判决虽然被上诉法院确认, 法国最高法院却于 1995 年 5 月 10 日予以推翻。法国最高法院指出: 除非考虑仲裁庭组建问题, 一审法院不可以基于仲裁协议明显无效宣告仲裁员不应当任命; 如果争议问题已提交仲裁庭, 仲裁庭有权单独对其任命的有效性或限制做出决定。法国有学者认为, 上述第2款中的“明显无效”意味着法国法院在仲裁程序启动之前可以对仲裁协议进行表面的 (prima facie) 司法审查。但是, 巴黎上诉法院 1994 年 12 月 7 日对 V 2000 诉 Renault 案的判决表明, 进行初步的司法审查是法国法院的权力而不是义务。在该案中, 巴黎上诉法院只字不提仲裁协议明显无效问题而径直宣布关于争议可仲裁性等涉及仲裁协议的效力问题必须由仲裁员裁决后再提交司法审查。法国 2011 年新修订的《民事程序法典》第 1448 条第 1 款在未作实质性修改^①的情况下合并了以上两款的规定, 并在同条第 3 款中宣布其为强行规则。法国最高法院 2016 年 2 月 24 日对 Société Weissberg et autre 诉 Société Subway international BV 案的判决则是该种规则的最新适用。在该案中, 双方当事人达成的一项合同规定争议不能调解解决或不能通过提交巴黎律师事务所主任解决时交由美国仲裁协会根据其商事仲裁规则仲裁。Société Subway international BV 终止合同的决定及拒绝进行提交巴黎律师事务所主任的程序导致了 Société Weissberg et autre 向法国法院起诉, Société Subway international BV 则辩称存在提交美国仲裁协会仲裁的条款。法国最高法院支持 Société Subway international BV 关于将争议提交美国仲裁协会仲裁的主张时指出: 评估仲裁条款对当事人现有争议的适用性需要仲裁员解释仲裁协议和研究当事人的共同意图; 本案中没有任何情况表明不可能推进美国仲裁协会的仲裁。

瑞士 1987 年《联邦国际私法》第 7 条规定, 如果当事人对一项可仲裁的争议达成仲裁协议, 瑞士法院应当拒绝行使管辖权, 除非法院发现该仲裁协议无效或不能执行。从文字上看, 该条并没有禁止法院在仲裁裁决作成之前对仲裁协议的争议问题进行全面的司法审查。瑞士法院一度也谨慎地对该字面意思做出不加限制的解释。然而, 瑞士联邦最高法院在 1995 年 1 月 16 日、1996 年 4 月 29 日和 2012 年 8 月 6 日作出的 3 项判决表明: 只有当仲裁地在瑞士时, 瑞士法院才根据当事人的请求对仲裁协议争议进行初步或表面的审查; 在仲裁地位于国外的情况下, 瑞士法院会根据《纽约公约》等规定进行全面的审查。

法国、瑞士等国对以本国为仲裁地的仲裁协议的司法审查阶段的上述禁止或限制

^① 在并入原先第 2 款时加了仲裁协议“显然不适用”这一情况。法国 2011 年《民事程序法典》第 1448 条第 1 款现行规定的英译文为: When a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court, such court shall decline jurisdiction, except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable.

的做法与遵循“自裁管辖权”或“管辖权与管辖权”（the competence-competence principle/ the “Kompetenz-Kompetenz” doctrine）原则消极效果的理念是直接相关的。就本身内容而言，“自裁管辖权”原则是赋予仲裁庭对仲裁协议纠纷这一涉及其是否有管辖权或管辖权范围的问题及仲裁庭组成合适性方面纠纷自行裁决的权力，这又被一些学者称为该原则的积极效果。“自裁管辖权”原则的消极效果则是指排除法院审理仲裁庭管辖权异议的争议。以上情况表明，法国、瑞士等不仅践行“自裁管辖权”原则，而且在不同程度上接受了该原则的消极效果。这种进一步禁止或限制法院在仲裁裁决作成之前对仲裁协议进行审查的做法充分显示了这些国家对尚未开始或正在进行中的仲裁高度不干预的友好态度。不过，即使在法国、瑞士等国，仲裁庭对仲裁协议纠纷的裁决也不是终局的，仲裁裁决作成之后的撤销裁决或承认与执行裁决阶段，法院仍有权根据一方当事人的请求对仲裁庭关于仲裁协议争议的裁决部分进行司法审查。

仲裁协议的效力问题是仲裁庭的管辖权纠纷中的一个方面，后者还包括对仲裁庭组成合适性、仲裁庭超越权限行使职权的异议等。仲裁庭有权对包括仲裁协议的效力问题在内的所有管辖权纠纷做出决定是境外仲裁制定法的一项普遍的原则，学者们将之概括为上文中所称的“自裁管辖权”原则或“管辖权与管辖权原则”。1985年版和2006年版《示范法》第16条第1款、英国1996年《仲裁法》第30条、德国1998年《民事诉讼法典》第1040条第1款、比利时1998年《司法法典》第1679条以及瑞典1999年《仲裁法》第2条第1款等境外很多仲裁制定法在宣布此原则时还进一步规定：有关仲裁协议效力等仲裁庭管辖权的问题不得在提出仲裁答辩书之后提出；在法院对仲裁协议效力等仲裁庭管辖权的问题作出最终司法审查决定之前，仲裁庭可以继续进行仲裁程序和作出裁决；对于仲裁庭认定仲裁协议有效等决定，当事人可以请求法院予以审查。法国2011年《民事程序法典》第1448条第1款虽然规定在仲裁庭尚未受理且仲裁协议明显无效或不能执行的情况下法院才能管辖有关案件，却在第1492条第1项中允许当事人以仲裁庭就包括仲裁协议效力在内的管辖权问题作出的仲裁裁决有错误为由，向法院提起撤销该裁决的司法审查请求。比较而言，采纳联合国《示范法》第8条第1款的众多国家或地区及瑞典、比利时等国在采用了“管辖权与管辖权”原则的同时，对法院在仲裁裁决作成之前审查仲裁协议的行为不加禁止或限制。如瑞典1999年《仲裁法》第2条第1款的前半部分规定：仲裁员可以决定其解决争议的管辖权；前述规定并不妨碍法院经当事人请求对此类问题作出裁定。比利时1998年《司法法典》第1679条第1款也规定，法官应当根据一方当事人的请求对仲裁协议所涵盖的争议拒绝行使管辖权，除非仲裁协议无效或已过期。荷兰2015年1月1日生效的新《民事程序法典》第1022条同样规定：除非仲裁协议无效，如果一方当事人在抗辩之前主张仲裁协议的存在，法院应当宣告没有管辖权。包括当今德国在内的仲裁制定法中吸收了联合国1985年和2006年

版《示范法》第8条第1款的国家或地区大多都采用这种类型的司法审查制度。不过,有些例外的是属于《示范法》模式的加拿大等国的部分司法判决认为,除非受理了实体争议的诉讼,法院不得在仲裁开始前审查仲裁协议纠纷之类的管辖权争议。同时还应指出的是,这类司法审查制度对当事人而言也是强行的,即当事人不可协议约定不适用此项制度。此外,为了不延误仲裁程序,包含了这类司法审查制度的制定法多在同条同款或同条另一款中宣示:在法院作出司法审查决定之前,仲裁的开始、继续进行或作成裁决的活动都不受影响。

同时,值得注意的是英国1996年《仲裁法》第32条中的规则及美国的一些司法判例。英国此前与很多其他国家或地区一样,对仲裁裁决作成之前的仲裁协议纠纷实行着强行的司法审查制度。英国1996年《仲裁法》第32条却彻底地抛弃了该传统制度,使当事人在仲裁裁决作成之前仲裁协议的司法审查请求权变成了一项任意法性质的权利。英国的这种新立场可能是美国法院长期同类司法态度影响的结果。

笔者认为,英美目前将仲裁协议的司法审查介入阶段的规则定性为非强行制度的做法是比较可取的,因为这种定性使当事人可以协议避免针对仲裁协议司法审查的平行程序,从而有助于提高争议解决的效率并有助于减少仲裁庭与法院的不一致决定。

另一方面,从仲裁实践角度来看,仲裁庭对仲裁协议纠纷既可以先行裁决,也可以与其他问题最后一并裁决。如果仲裁庭选择了先行裁决,1985年及2006年的《示范法》第16条第3款及很多境外的仲裁制定法都允许当事人在限定时间内及时提请司法审查。然而,根据《示范法》(第34条等)与很多国家或地区的制定法在撤销或拒绝执行仲裁裁决方面的赋权制度,现实中的有些当事人可能会等到综合裁决出来以后才单独或合并包含针对仲裁协议的效力提出司法审查请求,对于这种行为的合理或合法性,并非所有的学者们都予以肯定。

最后还必须予以说明的是,除法国、瑞士等国家或地区法院的上述情况以外,其他国家或地区的法院在仲裁裁决之前的仲裁协议争议司法审查程度方面的机制也不尽一致。采纳《示范法》的国家或地区尽管立法制度很相似,法院的司法审查实践运作却呈3种类型。其中第一类的国家或地区的法院与法国、瑞士等国一样认为仲裁裁决前的表面审查才是适当的,这类国家或地区包括印度和百慕大等,加拿大的一些法院也是此种态度。一些学者也赞同这种做法。第二类如德国、澳大利亚和新西兰等则允许法院在仲裁裁决之前这一阶段对仲裁协议争议进行全面的司法审查。未采纳《示范法》的英国等与这种第二类的国家或地区做法相同。也有学者支持这类司法审查实践,他们的理由是:对仲裁协议只作表面审查的情形不仅会导致一旦仲裁协议无效实际上构成拒绝(常规的)司法,而且还可能会造成整个仲裁过程都是以无效仲裁协议为依据。第三类则区分情况,如在2007年的Dell计算机公司诉Union des Consommateurs案中,加拿大最高法院判决指出:在涉及事实问题或事实与法

律问题混合的案件部分,表面的司法审查是适当的;在只涉及法律问题的案件部分,全面的司法审查是必要的。

最后应予关注的是仲裁协议司法审查阶段与举证责任的关系问题,在发生仲裁协议是否存在的争议且一方当事人要求法院强制执行时,《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协议存在的举证责任,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,由主张仲裁协议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条涉及到仲裁协议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协议不存在的举证责任。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协议存在的举证责任。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。

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多的关注。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、美国第9巡回法院2010年对 Bridge Fund Capital 公司诉 Fastbucks Franchise 公司的判决、百慕大上诉法院1990年对 DuPont Scandinavia AB 诉 Coastal (Bermuda) Ltd 的判决等都是体现这些实践的典型代表。

三、我国对境外仲裁协议纠纷司法审查阶段制度的借鉴

除了所参加的《纽约公约》等国际法规范以外,我国关于仲裁协议纠纷司法审查阶段的制度基础主要包含于《仲裁法》第20条、第26条、第58条、第63条和后3条所对应的《民事诉讼法》中的相关规定。

上述第20条和第26条的正文中并未限定其关联于仲裁的哪一阶段,然而,从这两条的上下文和所处的章目位置来看,它们应关联于仲裁前和仲裁裁决前这两个阶段。这两条的完整内容是:当事人对仲裁协议的效力有异议的可以请求仲裁机构作出决定或者请求人民法院作出裁定;一方就仲裁协议的效力异议问题请求仲裁机构作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定;当事人对仲裁协议效力有异议的应当在仲裁庭首次开庭前提出;达成仲裁协议的一方向人民法院起

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提交仲裁协议的, 人民法院应当驳回起诉, 但仲裁协议无效的除外; 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。按照该条的字面意义, 当事人无疑可在仲裁开始前及仲裁开庭前这两阶段或时间节点就仲裁协议的效力纠纷问题向人民法院提请司法审查。然而, 该两条的明显弊端是: 规定由仲裁机构而不是由仲裁庭来决定仲裁协议的效力既与承认“自裁管辖权”原则的国际惯例不符, 又非常不合理以至于影响仲裁效率和公正性的提高, 因为通常情况下对仲裁协议的效力问题作出决定需要听取当事人意见, 审阅当事人提交的有关证据和其他材料, 在仲裁协议的效力问题和实体争议纠缠在一起时需要二者一并进行处理, 这些工作理应由负责仲裁案件的具体审理和裁决的仲裁庭完成, 即使我国仅允许机构仲裁, 这样的仲裁中的仲裁机构也应与境外的仲裁机构一样只应提供诸如受托指定仲裁员、登记仲裁案件、收取并保管仲裁费等管理服务; 违背国际惯例^①将当事人对仲裁协议效力的异议不合理地推迟到仲裁庭首次开庭前或法院首次开庭前,^②且未考虑到仲裁庭或法院可能不开庭审理的情况; 虽然做出了不同的当事人分别向仲裁机构和人民法院请求的情况下由人民法院裁定的规定, 却未指明在人民法院裁定期间仲裁程序可否推进; 没有考虑到仲裁机构在先作出的决定是否具有终局力的问题。

为了解决以上第 20 条缺陷中的最后二项未定问题, 最高人民法院 1998 年 10 月 21 日发布的《关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》的第 3 条至第 4 条规定: 在仲裁机构未就仲裁协议效力问题作出决定的情况下, 人民法院都可以受理仲裁协议效力的纠纷, 人民法院一旦决定受理仲裁协议效力纠纷的就应通知仲裁机构中止仲裁, 但是, 如果仲裁机构先于人民法院接受申请并已就仲裁协议的效力问题作出决定的, 人民法院不予受理。2006 年《司法解释》第 13 条第 1 款重申了在仲裁机构先接受申请并已就仲裁协议的效力问题作出决定的情况下人民法院不予受理的规则, 并在第 1 款中规定: 当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议, 而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的, 人民法院不予受理。与境外仲裁制定法的上述相关规范相比, 我国的这些司法解释中的“中止仲裁”和仲裁机构决定在先时人民法院“不予受理”等规则显然可能导致仲裁延误或使仲裁机构的错误决定得不到纠正。

对于我国法律、法规中关于仲裁协议纠纷制度的缺陷问题可以通过修订《仲裁法》

① 国际惯例是以当事人提交首次实体答辩作为对仲裁协议效力提出异议的最后时间点, 其法律逻辑为: 当事人提交实体答辩即表明其已确认仲裁庭有权处理当事人之间的实体争议, 从而在事实上已认可了仲裁协议的效力; 以仲裁庭首次开庭这一时间点为标准实际上会造成在允许当事人在事实上已认可仲裁协议的效力后又对仲裁协议的效力提出异议的矛盾局面。参见: 于喜富, 论仲裁协议有效性的司法审查 [J]. 山东审判, 2008, (1)。

② 《仲裁法》中的这种不合理规定导致了实践中的一些当事人在收到仲裁机构送达的仲裁通知和申请人的仲裁申请及其材料后, 不进行任何书面答辩, 直至仲裁机构按照仲裁规则组庭并确定了开庭时间后, 在开庭的前一天或前一刻才向仲裁机构提出管辖权异议, 导致已经组织好的仲裁庭不得不推迟开庭时间, 一些从外地或境外来参加开庭的仲裁员或当事人连任何实体问题的审理都没能进入, 就不得不无功而返, 这既拖延了仲裁程序的正常进行, 又给仲裁员和对方当事人造成了时间和经济等其他方面的损失。参见: 汪祖兴, 效率本位与本位回归——论我国仲裁法的效率之维 [J]. 中国法学, 2005, (4)。

的方式予以解决。修订的内容当然是要借鉴国际惯例赋予仲裁庭而不是仲裁机构决定仲裁协议的效力。实际上,我国目前的多数仲裁机构都有将确定仲裁条款效力的异议问题授权仲裁庭决定的规定。鉴于仲裁协议效力纠纷属于一种仲裁庭管辖权问题,境外的主流规定是赋予仲裁庭在所有管辖权问题上的裁断权,并通常在一个条款中概括地宣布这种“自裁管辖权”的原则,我国修订的《仲裁法》也可以采用此合并规范的模式。不过,由于仲裁庭组成的合适性纠纷既涉及到管辖权又牵连到仲裁员的回避问题,境外的仲裁制定法通常将允许当事人提请司法审查质疑这类管辖权的规则与质疑仲裁协议效力及仲裁庭超越权限行使职权之类管辖权的规则分开规范,如1985年版和2006年版《示范法》关于前者的规则放在了第13条,关于后者的规范放在了第16条第2款。我国现行《仲裁法》对当事人质疑仲裁协议效力的规则与质疑仲裁庭组成合适性的仲裁员回避规则分别放在第20条和第34条。这种分开规范的方式既与国际流行模式一致也比较合理而没有修改的必要,但是,该法对仲裁裁决前的当事人提请司法审查质疑仲裁庭超越权限进行仲裁的问题未作规范。2006年《司法解释》第19条仅仅规定在裁决具有可分性的情况下这种所谓的“超裁”能导致可分的“超裁”部分裁决被撤销,根本未能弥补前者中“超裁”异议放弃规则的空缺状况。为了改变这种局面,我国修订的《仲裁法》可以借鉴以上的《示范法》第16条第2款,将仲裁协议效力和“超裁”的异议规定在一个款项之中,原则上将仲裁协议效力的异议时间限定到被申请人提交答辩书时截止,将“超裁”的异议时间限定为出现“超裁”情况的当时,只有在存在正当理由的情况下允许仲裁庭作出例外的自由裁量。

就仲裁裁决作出前这一阶段关于仲裁协议纠纷的司法审查制度的完善而言,我国修订的《仲裁法》首先要规定司法审查不影响仲裁庭自裁管辖权,在司法审查期间仲裁庭可继续审理决定仲裁协议是否有效及自身是否有管辖权,因为司法审查的结论很可能也认定仲裁协议有效和仲裁庭具有管辖权。其次,要明确当事人不服仲裁庭自裁管辖权决定的而在一定时间内(如可借鉴《示范法》第16条第3款中的30天规定)寻求司法审查的人民法院不得“不予受理”,这样仲裁庭有了自裁管辖权决定以后再请求人民法院审查该决定当然对仲裁庭自裁管辖权的决定过程无任何影响,此类原理与仲裁裁决作出之后撤销或拒绝承认与执行该裁决的司法审查对仲裁裁决作出过程没有影响的道理一样。再次,要宣示在人民法院作出不存在仲裁协议或仲裁协议无效的裁定之前仲裁庭可以继续进行仲裁活动,以防止一些当事人拖延仲裁的战术,同时还要规定在诉讼期间就仲裁协议问题提请司法审查的当事人应在首次实体问题答辩之前作出如此要求。此外,尽管在仲裁裁决前的这一阶段司法审查仲裁协议纠纷的程度国际上尚无定论性的划一规定,学者们也认为两种不同的审查程度各有利弊。我们认为我国的制定法选择表面审查的程度规则要好一些,因为没有可靠的证据表明法院在这一阶段比仲裁庭处于更好的地位审理该种纠纷。退一步说,即使仲裁庭对该种纠纷作出的决定发生了错误,我国的人民法院在前述期限内仍可

经一方当事人的请求对仲裁庭的该决定单独进行司法审查矫正，或者在仲裁裁决的撤销或承认与执行阶段与其他仲裁纠纷合并审查救济。

另一方面，我国《仲裁法》第58条、第63条、第70条、第71条和后4条所对应的《民事诉讼法》中相关规定，很明显涉及到仲裁裁决后的撤销裁决纠纷阶段或裁决是否具有可承认或执行性纠纷阶段的仲裁协议司法审查问题。单纯从“阶段”角度考量，这些制度与国际惯例是一致的且是合理的，在此不再赘述。

此外，我国仲裁制定法中也无明确的相关举证责任的规范。但我国有学者认为，依照《纽约公约》的规定，在仲裁裁决执行阶段，只要申请人依循承认及根据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。这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。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。

四、结语

有效仲裁协议的存在是自愿仲裁的必要前提和仲裁庭拥有管辖权的唯一依据，关于仲裁协议的存在或有效性纠纷的不同阶段实施不同的司法审查制度对当事人的司法准入权或仲裁救济的顺利推进具有着至关重要的影响性。总体而言，在仲裁裁决作出之前，对仲裁协议的存在或有效性准许表面的司法审查，一方面可使一看就不存在仲裁协议或仲裁协议无效的当事人免于仲裁程序之累，另一方面在表面上有仲裁协议存在或仲裁协议具有有效性的情况下也不影响仲裁庭自裁和得出结论从而将司法审查的干预降到最低限度，这对仲裁的健康发展是十分有益的。

然而，在仲裁裁决作出之后的撤销或拒绝执行仲裁裁决阶段，针对一方或几方当事人对仲裁协议的存在或效力异议问题，有管辖权的法院当然要依法彻底审查该问题以决定仲裁裁决对当事人是否有约束力或可执行性。据一些学者的考证，大部分当事人都是自愿履行仲裁裁决的，申请司法审查仲裁裁决的请求只是一小部分，在本阶段请求司法审查仲裁协议的比例则更低。为此，在本阶段对仲裁协议纠纷进行彻底审查既不会妨碍大多数仲裁，也会使极少数仲裁庭关于仲裁协议的错误裁决得到纠正并使一些当事人的合法权益得到保障。在本阶段进行彻底的司法审查还会使很多仲裁庭认真小心地对待一方或几方当事人关于仲裁协议的存在或效力异议问题，从而减少或避免在仲裁裁决作出后遭有关法院的反转判决以影响其声誉甚至受到法律追责。

我国目前关于仲裁协议纠纷司法审查阶段制度的缺陷需要立法界和司法界共同努力予以弥补。在立法方面最重要的是要确认仲裁庭的仲裁管辖权。此外，我国的

人民法院对仲裁裁决之前的仲裁协议纠纷则应效法一些仲裁强国的做法，只进行表面的审查。同时，在仲裁裁决作成后的司法审查阶段，我国的人民法院应对就仲裁协议提出异议的当事人施加较重的举证责任。

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] 李广辉, 张晓明. 国际商事仲裁与WTO仲裁之比较[J]. 汕头大学学报人文社会科学版, 2009,(2).
- [3] 马占军. 我国仲裁协议效力异议规则的修改与完善[J]. 法学评论, 2011,(2).
- [4] 裴普. 仲裁制度的法理辨析[J]. 河北法学, 2008,(11).
- [5] 张皓亮. 仲裁程序中管辖权异议的理论与实践[J]. 北京仲裁, 2010,(3).
- [6] 周江. 论国际商事仲裁庭管辖权自治原则[J]. 仲裁研究, 2009,(1).
- [7] 周清华. 国际商事仲裁自裁管辖原则消极效力研究[D]. 2010年博士论文. 大连海事大学.
- [8] Berg, Albert Jan van den. Yearbook Commercial Arbitration [M]. Kluwer Law International, 1990, 15.
- [9] Berg, Albert Jan van den. Yearbook Commercial Arbitration[M]. Kluwer Law International, 2016, 41.
- [10] Böckstiegel, Kröll, et al. Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition)[M]. Kluwer Law International, 2015.
- [11] Fouchard, Philippe, et al. On International Commercial Arbitration[M]. 北京: 中信出版社, 2004.
- [12] Born, Gary B. International Commercial Arbitration[M]. Kluwer Law International, 2009.
- [13] Born, Gary B. International Commercial Arbitration[M]. Kluwer Law International, 2014.
- [14] Girsberger, Voser. International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Third Edition)[M]. Kluwer Law International, 2016.
- [15] Klausegger, Klein, et al. Austrian Yearbook on International Arbitration [M].Kluwer Law International, 2013.
- [16] Lew, Bor, et al. Arbitration in England[M].Kluwer Law International, 2013.
- [17] Mauro, P. International Arbitration Law and Practice[M]. 北京: 中信出版社, 2003.
- [18] Paulsson, S. The 1958 New York Convention in Action[M]. Kluwer Law International, 2016.
- [19] Rau, Alan Scott. The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR[J].Texas International Law Journal, Spring 2005.

Comparison between Regulations on the Phases of Judicial Review of Arbitration Agreements and Its Reference to China

ZHANG Sheng-cui

Abstract: Arbitration has been one of the important means to settle the disputes since ancient times and plays a more valuable role in wider fields nowadays. Arbitration must basically rely upon arbitration agreements. Several treaties like the New York Convention and legislation of mass jurisdictions allow judicial review for disputes arising from the validity or scope of arbitration agreements. So far as the legal rules for the phases of judicial review concerning the above disputes, no uniform standard exists because of no binding international obligations. Generally speaking, some countries like France and Switzerland ban or restrict judicial review for the disputes involving arbitration agreements before arbitral awards have been created and other countries or regions have no similar prohibitions or restrictions. There are many flaws in Chinese legal system for the phases of judicial review concerning the disputes about arbitration agreements, including the availability of the challenge for the validity of arbitration agreements before the first hearing meeting of the courts, no clear rule for the possibility of continuance of arbitral proceedings during the period of judicial review, and no provision for the status of arbitral institutes' decisions for the disputes about arbitration agreements prior to judicial review. The Mainland China

should mainly revise its Arbitration Act to remedy those flaws mentioned above by referencing to overseas good rules.

Key words: arbitration agreements; judicial review; competence—competence; reference

(责任编辑: 金孝柏)

《国际商务研究》投稿须知

1. 编辑部一般只接受作者在线投稿, 投稿网址: <http://www.ibr-journal.com>。

2. 作者投稿时应按照投稿网页提示填写作者信息, 投稿论文的正文部分不能包含作者的任何信息。如有问题, 请与编辑部联系。

3. 来稿正文体例与格式。

(1) 来稿由中文标题、中文摘要、关键词(3~5个)、正文(含文字、图表)、注释、参考文献、英文题目、英文摘要、英文关键词等部分组成。

(2) 中文题名一般不超过20个汉字, 不使用非公众知悉的缩略词、代号等。英文题名应与中文题名含义一致。

(3) 中文摘要一般不超过300字, 英文摘要内容与中文摘要一致。

(4) 论文关键词分别列在中、英文摘要之后。中英文关键词应一一对应。

(5) 中文图、表应随文出现, 图表标题应比正文字体小一号。插图应符合制图规范。

(6) 文稿章节编号采用三级标题顺序。一级标题为一、二、三、……排序, 居中; 二级标题为(一)、(二)、(三)、……空两格排序; 三级标题为1、2、3、……空两格排序。

(7) 参考文献只选论文实际引用的主要文献, 注释中已出现的文献一般不再重复收录。参考文献按照先中文、后英文的顺序分别按照作者姓氏的字母顺序集中排列。参考文献的著录格式为:

①专著: 作者. 书名[M]. 版本. 出版地: 出版者, 出版年.

②期刊: 作者. 题名[J]. 刊名, 出版年, 卷(期).

③论文集: 作者. 题名[C]. 编者. 论文集名. 出版地: 出版者, 出版年.

④学位论文: 作者. 题名[D]. 保存地点: 保存单位, 年份.

⑤会议论文: 作者. 文题. 会议名称. 举办地, 举办年.

⑥网络资料: 作者. 文题[EB/OL]. 年份, 网络名称. 网址.[刊载日期](访问日期).

⑦文献作者2名的, 两作者用逗号隔开, 英文文献中用and连接; 3名或3名以上的, 第1名后加et al(等); 外文作者姓前名后, 姓名之间加逗号隔开。

⑧在正文中引用外文文献, 如需注明作者的, 可注明作者姓; 引用中文文献的, 注明作者全名。句首格式为: Helpman(2008)认为, ……; 句尾格式为: WTO体制管理的……法人和自然人的行为(赵维田, 2002)。

(8) 注释采用脚注, 每页独立编号(阿拉伯数字加圆圈), 后接文献信息, 格式见参考文献格式, 但著作、论文集、学位论文和会议论文需要注明页码范围。

《国际商务研究》编辑部