



大会

Distr.: General
13 January 2014
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第四十七届会议
2014年7月7日至25日，纽约

解决商事争议

贸易法委员会关于《承认及执行外国仲裁裁决公约》
(1958年，纽约)的指南

秘书处的说明

增编

[第二条第(2)款]

C. 来往文件中所包含的仲裁条款或仲裁协议

a. 来往

47. 根据第二条第(2)款，一项协议如载于来往书信或电报中，也符合“书面”要求。如一家德国法院所指出，《纽约公约》中来往文件要求的实质因素是相互性；即相互发送文件。⁸²

48. 美国哥伦比亚管区地区法院确认，一方当事人的单方面行为不足以确立《公约》第二条第(2)款意义内的“书面协议”。⁸³在该案中，对方从未明示或默示回应载有仲裁协议的书信。

49. 在一起投资仲裁争议中，美国第二巡回上诉法院确认，载于双边投资条约中的仲裁提议及其随后由一名投资者在仲裁申请函中接受，符合《公约》第二

⁸² 德国法兰克福州高等法院，2006年6月26日，26 Sch 28/05；德国巴伐利亚州高等法院，2002年12月12日，4 Z Sch 16/02。

⁸³ *Moscow Dynamo 诉 Alexander M. Ovechkin*，美利坚合众国哥伦比亚管区地区法院，2006年1月18日，05-2245 (EGS)。



条意义内的来往文件的要求。⁸⁴

b. 文件的非详尽清单

50. 尽管第二条第(2)款仅明确提及“来往书信、电报”，但广泛认可第二条第(2)款涵盖任何来往文件，并不局限于书信和电报。多数法院承认载于来往文件或其他书面通信（不管是物理媒介还是电子媒介）的仲裁协议满足第二条第(2)款的要求。⁸⁵

51. 例如，依据第五条第(1)款第(-)项裁定一项仲裁协议有效性的加拿大法院确认，第二条第(2)款下的“书面协议”可采用多种形式，应从功能和实用角度作出解释。⁸⁶

52. 事实上，贸易法委员会在 2006 年 7 月第三十九届会议上曾明确建议适用第二条第(2)款时，“认识到其中所述情形并非详尽无遗”。⁸⁷作为进一步确认，贸易法委员会在该届会议上修正了《仲裁示范法》，澄清“电子通信（……）即满足了仲裁协议的书面形式要求”。⁸⁸按照贸易法委员会的建议，最近一项西班牙裁决认定，第二条所列文件清单并非详尽无遗，因此，以电子通信手段订立的仲裁协议满足“书面”要求。⁸⁹

53. 某些评论人员依据第二条第(2)款“包括”一词，也认为第二条第(2)款所述

⁸⁴ *Republic of Ecuador 诉 Chevron Corp. (US)*，美利坚合众国第二巡回上诉法院，2011 年 3 月 17 日，10-1020-cv (L), 10-1026 (Con)。另见 *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran 诉 Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*，美利坚合众国第九巡回上诉法院，1989 年 10 月 23 日，88-5879/88-5881，其中认为伊朗——美国索赔法庭章程符合“书面协议”的条件。

⁸⁵ 关于来往电传和传真，见：*Compagnie de Navigation et Transports SA 诉 MSC Mediterranean Shipping Company SA*，瑞士联邦法院，1995 年 1 月 16 日；*C.S.A. 诉 E. Corporation*，瑞士日内瓦法院，1983 年 4 月 14 日，187。关于来往电子邮件附加传真确认，见：*Great Offshore Ltd 诉 Iranian Offshore Engineering & Construction Co*，印度最高法院民事上诉判决书，2008 年 8 月 25 日，Arbitration Petition No.10 of 2006。

⁸⁶ *Sheldon Proctor 诉 Leon Schellenberg*，加拿大曼尼托巴上诉法院，2002 年 12 月 11 日。

⁸⁷ 关于 1958 年 6 月 10 日在纽约制定的《承认及执行外国仲裁裁决公约》第二条第(2)款和第七条第(1)款的解释的建议（2006 年），第 1 段。《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 17 号》（A/61/17），第 177-181 段和附件二，查阅网址：www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf。早在 2005 年，贸易法编拟的《联合国国际合同使用电子通信公约》即规定，本公约根据其第 20 条适用于与订立或履行属于《纽约公约》范畴内的协议有关的电子通信的使用。见大会于 2005 年 11 月 23 日通过的关于《联合国国际合同使用电子通信公约》的第 60/21 号决议，查阅网址：www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf。

⁸⁸ 《贸易法委员会仲裁示范法》第 7 条第(4)款（备选案文一）（连同 2006 年通过的修正）。

⁸⁹ 西班牙加泰罗尼亚高等法院，2012 年 3 月 15 日，RJ 2012/6120。

情形并非详尽无遗。⁹⁰

c. 签字要求是否适用于来往文件

54. 仲裁协议载于来往文件时，第二条第(2)款的案文照字面意义并不要求当事人在仲裁协议上签字。

55. 瑞士联邦法院确认，在仲裁协议载于来往文件时，签字要求并不适用。⁹¹同样，印度最高法院在就《1996 年印度仲裁法》第 7 条（对应《公约》第二条第(2)款）作出裁定时，支持双方当事人交换的未签字合同所载的仲裁协议。⁹²许多法域采取这种做法。⁹³

56. 相反，有少数裁决拒绝执行通过电传交换的未签字的仲裁协议。⁹⁴

57. 准备工作材料和第二条第(2)款的措词支持签字要求不适用于来往文件的立场。《纽约公约》的起草者们小心谨慎地采用了灵活的“书面”要求，以反映商业现实。⁹⁵为此，对“当事人所签订的”“或”“来往书信、电报中所包含的”“[……]仲裁条款或仲裁协议”作了区分。

⁹⁰ 例如，见 Toby Landau, Salim Moollan, *Article II and the Requirement of the Form*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 189, at 244-247 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions*, in LIBER AMICORUM K.-H. BOCKSTIEGEL 355 (2001), at 358-362. 公平而言，孤立地看，这种说法并非确定无疑，因为没有得到《公约》其他正式语文的支持。例如，法语用语是“On entend par ‘convention écrite’ (...)”，其中并无非详尽清单之意，而是给出了“书面协议”的定义。

⁹¹ *Compagnie de Navigation et Transports SA* 诉 *MSC Mediterranean Shipping Company SA*，瑞士联邦法院，1995 年 1 月 16 日；*Tradax Export SA* 诉 *Amoco Iran Oil Company*，瑞士联邦法院，1984 年 2 月 7 日。

⁹² *M/S Unissi (India) Pvt Ltd* 诉 *Post Graduate Institute of Medical Education and Research*，印度最高法院，2008 年 10 月 1 日，Civil Appeal No. 6039 of 2008。

⁹³ *Not Indicated* 诉 *Not Indicated*，奥地利最高法院，1978 年 2 月 21 日，X Y.B. COM. ARB. 418 (1985)，第 418-419 页；*Standard Bent Glass Corp.* 诉 *Glassrobots OY*，美利坚合众国第三巡回上诉法院，2003 年 6 月 20 日，02-2169。另见，裁决执行阶段：德国茨魏布吕肯州地区法院，1978 年 1 月 11 日，6.0 H 1/77；德国石勒苏益格州高等法院，2000 年 3 月 30 日，16 SchH 05/99。

⁹⁴ 例如，见 *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anonima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria* 诉 *Moinho Paulista Ltd*，巴西最高法院，2006 年 5 月 17 日，SEC 866，在下述判决中维持原判：*Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anonima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria* 诉 *Moinho Paulista Ltda.*，巴西最高法院，2007 年 3 月 7 日，关于 SEC 866 的澄清申请。

⁹⁵ 准备工作材料，联合国国际商事仲裁会议，各政府和组织关于承认及执行外国仲裁裁决公约草案的评论意见，E/2822/Add.4（联合王国）；准备工作材料，联合国国际商事仲裁会议第十三次会议简要记录，E/CONF.26/SR.13（海牙国际私法会议代表）；准备工作材料，执行国际仲裁裁决委员会的报告，E/AC.42/SR.7（瑞典、印度）；准备工作材料，联合国国际商事仲裁会议第九次会议简要记录，E/CONF.26/SR.9（德国代表），第 3 页。

第二条第(3)款

58. 在有第二条第(1)款和第(2)款所界定书面协议的情况下，第三条第(3)款要求各国法院依至少一方当事人的请求，令当事人诉诸仲裁，除非法院查明该项协议是无效的、未生效的或不可能实行的。

A. 一般原则

a. 令当事人把案件提交仲裁的义务

59. 第二条第(3)款规定，“如果缔约国的法院受理一个案件，而就这案件所涉及的事项，当事人已经达成本条意义内的协议时，[……]应该[……]令当事人把案件提交仲裁。”如加拿大最高法院所指出，第二条第(三)款的目的和宗旨是强化执行仲裁协议的义务。⁹⁶

60. 准备工作材料未述及法院令当事人把案件提交仲裁的义务的范围。“令当事人把案件提交仲裁”的表述源于《日内瓦议定书》，该议定书相关规定，“缔约方法庭[……]应依其中一方当事人申请，令当事人寻求仲裁员的裁决。”⁹⁷该表述由瑞典代表团在纽约会议上提议，经起草委员会进一步修订后获得通过。⁹⁸

61. 法院解释第三条第(3)款中“应该”一词表明诉诸仲裁是强制性的，不得由法院斟酌决定。⁹⁹在实践中，法院以两种不同方式履行令当事人把案件提交仲裁的义务。

62. 大陆法系法域赞同第一种做法，其中包括在有仲裁协议的情况下拒绝行使管辖权。例如，法国和瑞士法院在一些裁决中认定，根据《公约》第二条，由

⁹⁶ *GreCon Dimter Inc. 诉 J.R.Normand Inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*，加拿大最高法院，2005年7月22日，30217。

⁹⁷ 《关于仲裁条款的日内瓦议定书》，第4条。

⁹⁸ 准备工作材料，联合国国际商事仲裁会议，第二十一次会议简要记录，E/CONF.26/SR.21，第17-23页；准备工作材料，联合国国际商事仲裁会议，审议承认及执行外国仲裁裁决公约草案，E/CONF.26/L.59。

⁹⁹ 例如，见 *Renusagar Power Co Ltd 诉 General Electric Company and anor*，印度最高法院，1984年8月16日；*Shin-Etsu Chemical Co Ltd 诉 Aksh Optifibre Ltd and anor*，印度最高法院，2005年8月12日；*Ishwar D. Jain 诉 Henri Courier de Mere*，美利坚合众国第七巡回上诉法院，1995年4月3日，94-3314；*Aasma et al. 诉 American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association Inc. (USA)*，美利坚合众国第六巡回上诉法院，1996年8月29日，94-3881, 94-3883；*InterGen N.V.(Netherlands) 诉 Grina (Switzerland)*，美利坚合众国第一巡回上诉法院，2003年9月22日，03-1056；*Ingosstrakh 诉 Aabis Rederi Sovfrakht*，前苏联莫斯科市法院，1968年5月6日，1 Y.B. COM. ARB. 206 (1976)；*Louis Dreyfus Corporation of New York 诉 Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*，意大利终审法院，1970年2月27日，1 Y.B. COM. ARB. 189 (1976)；*Nile Cotton Ginning Company 诉 Cargill Limited*，埃及开罗上诉法院，2003年6月29日，92-7876。

于有仲裁协议，各国法院不具有管辖权，因而令当事人把案件提交仲裁。¹⁰⁰

63. 多数普通法系法域赞同第二种做法，其中包括中止司法程序，从而履行法院执行仲裁协议的义务。例如，澳大利亚联邦法院在参照《公约》第二条第(3)款解释《澳大利亚国际仲裁法》第7条第(2)款时，认定“应该令当事人把案件提交仲裁[……]”的表述不应视为当事人有义务进行仲裁的意思。¹⁰¹相反，法院解释说，法院应当中止司法程序，但如果当事人不愿意，不能强迫他们进行仲裁。

64. 两种做法都与《公约》缔约国法院令当事人把案件提交仲裁的义务相符。

65. 有些法域的法院走得更远，发布禁诉令以支持进行仲裁。特别是英格兰上诉法院认定，意在迫使当事人遵守仲裁协议的此类禁诉令并不违背《纽约公约》。¹⁰²

b. 必须由当事人提出请求

66. 根据第二条第(3)款，法院令当事人把案件提交仲裁的义务由“一方当事人请求”触发。

67. 法院可否依职权令当事人将案件提交仲裁在第二条第(3)款并未明确解决。不过，仲裁顾名思义以同意为前提，因此当事人始终有放弃事先的仲裁协议的自由。如果没有一方当事人声称存在仲裁协议，法院不会依职权令当事人将案件提交仲裁，而是会因此维护自身的管辖权。¹⁰³在此情形下，法院往往认为双方当事人放弃了仲裁权。

68. 例如，美国法院一般认为，当事人“实质性”参与诉讼，或者向另一国法院申请宣布仲裁协议无效，即为当事人放弃仲裁权。¹⁰⁴在评估当事人行为是否相当于放弃仲裁权时，一家巴西法院认定，必须明确确立此类放弃；即所有当

¹⁰⁰ *Société Sysmode S.A.R.L. et Société Sysmode France 诉 Société Metra HOS et Société SEMA*，巴黎上诉法院，1988年12月8日；*Les Trefileries & Ateliers de Commercys 诉 Société Philipp Brothers France et Société Derby & Co Limited*，南希上诉法院，1980年12月5日。另见：*Fondation M 诉 Banque X*，瑞士联邦法院，1996年4月29日。

¹⁰¹ *Hi-Fert Pty Ltd 诉 Kuikiang Maritime Carriers Inc.*，澳大利亚联邦法院，1998年5月26日，NG 1100 & 1101 of 1997。另见：*Westco Airconditioning Ltd 诉 Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd*，香港特别行政区高等法院一审法院，香港，1998年2月3日，A12848号。

¹⁰² *Aggeliki Charis Compania Maritima SA 诉 Pagnan SpA*，英格兰和威尔士上诉法院，1994年5月17日；*Midgulf International Ltd 诉 Groupe Chimiche Tunisien*，英格兰和威尔士上诉法院，2010年2月10日，A3/2009/1664；A3/2009/1664(a)；A3/2009/1664(b)；A3/2009/1664(c)。

¹⁰³ 例如，见 *British Telecommunications Plc 诉 SAE Group Inc.*，英格兰和威尔士高等法院，2009年2月18日，HT-08-336，[2009] EWHC 252 (TCC)。

¹⁰⁴ *Anna Dockeray 诉 Carnival Corporation*，美利坚合众国佛罗里达南部管区地区法院迈阿密分庭，2010年5月11日，10-20799；*Apple & Eve LLC 诉 Yantai North Andre Juice Co. Ltd*，美利坚合众国纽约东部管区地区法院，2009年4月27日，07-CV-745 (JFB)(WDW)。

事人的行为必须明确表明其放弃仲裁协议的意愿。¹⁰⁵

69. 准备工作材料反映了以下事实，即《纽约公约》的起草者们设想有可能双方当事人未在各法院处理的程序中提出仲裁协议的存在。事实上，起草者们特别从第二条第(3)款早期草案中删去了“主动”字样，以便给双方当事人留出更大程度的自由，并保留双方当事人放弃通过仲裁解决特定争议的权的可能性。¹⁰⁶

c. 已达成协议的事项

70. 第二条第(3)款将令当事人诉诸仲裁的义务限于已达成如第二条第(1)款和第(2)款所界定书面协议的“事项”。

71. 英格兰上诉法院指出，根据 1975 年《英格兰仲裁法》和《纽约公约》，法院均“有义务在争议涉及应交付仲裁的任何事项时将该争议送交仲裁。”¹⁰⁷在解释“事项”一词时，澳大利亚联邦法院依据《公约》支持仲裁的政策，认定该词有“广泛的含义”，为《澳大利亚仲裁法》第 7 条第(2)款(b)项（类似于《公约》第二条第(3)款）之目的，并不局限于当事人诉状所引发的问题。¹⁰⁸

72. 各国法院在一项争议或特定请求是否属于令当事人诉诸仲裁的义务的范畴时评估仲裁协议的范围。¹⁰⁹例如，一家澳大利亚法院根据《仲裁法》第 7 条第(2)款（实施《纽约公约》第二条第(3)款），通过解释仲裁协议含义宽泛的措词而中止了诉讼，该协议涵盖“与本协议或其执行有关的所有争议（……）”。该法院得出结论认为，与履行协议有关的请求属于仲裁协议的范围。¹¹⁰相反，在当事人自愿将某些问题排除在仲裁协议范围之外时，法院将在争议不属于排除范围之内时令其诉诸仲裁。¹¹¹

¹⁰⁵ *Companhia Nacional de Cimento Portland – CNCP 诉 CP Cimento e Participações S/A*，巴西里约热内卢法院，2007 年 9 月 18 日，Civil Appeal 24.798/2007。比较 *L’Aiglon S/A 诉 Têxtil União S/A*，巴西最高法院，2005 年 5 月 18 日，SEC 856（上文[A/CN.9/814/Add.1]第 22 段），巴西最高法院在该案中认定参与仲裁程序等同于同意仲裁。

¹⁰⁶ 准备工作材料，联合国国际商事仲裁会议，第二十四次会议简要记录，E/CONF.26/SR.24。

¹⁰⁷ *Kammgarn Spinnerei GmbH 诉 Nova (Jersey) Knit Ltd*，英格兰上诉法院，1976 年 4 月 2 日。

¹⁰⁸ *Casaceli 诉 Natuzzi S.p.A. (formerly known as Industrie Natuzzi S.p.A.)*，澳大利亚联邦法院，2012 年 6 月 29 日，NSD 396 of 2012。另见：*CTA International Pty Ltd 诉 Sichuan Changhong Electric Co.*，澳大利亚维多利亚州最高法院，2002 年 9 月 6 日，4278 of 2001。

¹⁰⁹ *Nicola 诉 Ideal Image Development Corporation Inc.*，澳大利亚联邦法院，10 月 16 日，NSD 1738 of 2008；*Commonwealth Development, Corp 诉 Montague*，澳大利亚昆士兰州最高法院，2000 年 6 月 27 日，Appeal No 8159 of 1999, DC No 29 of 1999。

¹¹⁰ *CTA International Pty Ltd 诉 Sichuan Changhong Electric Co.*，澳大利亚维多利亚州最高法院，2002 年 9 月 6 日，4278 of 2001。

¹¹¹ *Société Générale Assurance Méditerranéenne - G.A.M. 诉 Société FSA-RE et S.A. Garantie Assistance*，法国巴黎上诉法院，2008 年 3 月 14 日，07/16773。

73. 同样，美国第十一巡回上诉法院在根据《联邦仲裁法》和《公约》确定是否将案件诉诸仲裁时，评估争议是否涉及、产生于或关系到相关就业协议。法院认定，非法监禁、蓄意精神伤害、销毁证据、侵犯隐私以及欺诈性虚假陈述等指控并不取决于当事人的雇用关系，因此不属于仲裁条款的范畴。¹¹²

d. 临时和保全措施

74. 令当事人诉诸仲裁的义务并不延及临时和保全措施，除非仲裁协议本身提及此类措施。多数法院应一方当事人申请，行使管辖权，下令实行暂时或临时救济以支持仲裁，尽管存在着仲裁协议。¹¹³

75. 例如，一家法国法院确认仲裁协议的存在并不妨碍一方当事人获得并不要求就争议的是非曲直作出裁定的紧急临时措施。¹¹⁴同样，澳大利亚联邦法院认定，其他方面适用的仲裁条款的存在并不妨碍一方当事人寻求禁令救济或确认性救济。¹¹⁵

76. 评论人员确认各国法院下令实施临时措施的管辖权并不违背《纽约公约》，因为这样做并不影响争议的是非曲直。¹¹⁶

B. 第二条第(3)款下的执行仲裁协议

77. 第二条第(3)款要求各国法院令当事人把案件提交仲裁，除非它们认定相关协议是“无效的、未生效的或不可能实行的。”

78. 准备工作材料和《公约》案文均未就各国法院在这方面应当适用的审查标准有任何表示，也未对“无效的、未生效的或不可能实行的”等词作任何进一步解释。

¹¹² *Jane Doe 诉 Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a.Princess Cruises*, 美利坚合众国第十一巡回上诉法院，2011年9月23日，10-10809。

¹¹³ *Hi-Fert Pty Ltd 诉 Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, 澳大利亚联邦法院，1998年5月26日，NG 1100 & 1101 of 1997; *Société Fieldworks-INC 诉 Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, 法国凡尔赛上诉法院，1996年7月4日，3603/96, 3703/96, 3998/96; *Toyota Services Afrique (TSA) 诉 Société Promotion de Représentation Automobiles (PREMOTO)*, 科特迪瓦最高法院，非洲商业法统一组织，1997年12月4日，Arrêt n°317/97。

¹¹⁴ *Société Fieldworks-INC 诉 Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, 法国凡尔赛上诉法院，1996年7月4日。2011年新的法国仲裁法将法国法院下令实施临时救济的管辖权限于仲裁庭组成之前的阶段：见法国民事诉讼法典第1449条。

¹¹⁵ *Electra Air Conditioning BV 诉 Seeley International Pty Ltd*, 澳大利亚联邦法院，2008年10月8日，SAD 16 of 2008。

¹¹⁶ Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, 上文[A/CN.9/814/Add.1]注15, 第139-144页。

a. 审查标准

79. 《纽约公约》并未述及根据第二条第(3)款审查仲裁协议的标准问题。¹¹⁷
80. 看得出来判例法有两种趋势。一些法院对仲裁协议进行全面审查，以评估其是否是“无效的、未生效的或不可能实行的”，而另一些法院则限于进行有限的或初步的调查，而这种调查本身可能有各种形式和区别。
81. 由于《公约》并未禁止法院对仲裁协议进行初步审查¹¹⁸或对其是否存在和有效进行全面审查，因此这两种做法均不能认为违背《纽约公约》。
82. 某些法域赞同全面审查标准，特别是意大利和德国。
83. 意大利终审法院认定，第二条第(3)款允许各国法院评估仲裁协议的有效性和功效，指出审查仲裁协议的有效性是国内法院权力的固有组成部分。¹¹⁹
84. 德国法院虽然没有明确提到《公约》，也对仲裁协议进行全面审查，以评估是否令当事人诉诸仲裁。法院在这方面依据德国民事诉讼法典，其中明文确定，在仲裁庭组成之前，一方当事人可向法院提出申请，以确定可否进行仲裁程序。¹²⁰例如，德国联邦最高法院依据民事诉讼法典第 1032 条，对载于一份标准格式消费者合同的仲裁协议进行了全面审查。最高法院认定，尽管有自裁管辖权的原则，下级法院限制其对仲裁协议的审查是错误的，因为当事人的协议不得限制法院的权限。最高法院在确认仲裁协议符合德国法律的形式和实质要求之后，命令当事人进行仲裁。¹²¹德国评论人员确认，德国法院采取的做法与《纽约公约》规定的做法相同。¹²²
85. 其他法域将对仲裁协议的审查局限于有限分析，以初步确认协议不是“无

¹¹⁷ 从关于《贸易法委员会仲裁示范法》第 8 条的判例法中可得出同样的结论，见贸易法委员会，2012 年国际商事仲裁示范法判例法摘要集，第 16 (2012) 条，第 75-76 页，第 3 段，查阅网址：www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf。

¹¹⁸ 这种观点反映在《贸易法委员会仲裁示范法》中，其中第 8 条第(1)款总体上确切地反映了《公约》第二条第(3)款的案文：Frédéric Bachand, Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?, 22 ARB.INT'L 463 (2006)。

¹¹⁹ *Heraeus Kulzer GmbH 诉 Dellatorre Vera SpA*，意大利终审法院，2007 年 1 月 5 日，35。

¹²⁰ 见民事诉讼法典第 1032 条，查阅网址：www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3471。

¹²¹ 德国联邦最高法院，2005 年 1 月 13 日，III ZR 265/03。

¹²² Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, in RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, at 99-100 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port eds., 2010); Peter Huber, *Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court*, in ARBITRATION IN GERMANY: THE MODEL LAW IN PRACTICE 139, at 143-144, para.15 (K.-H. Böckstiegel, S. Kröll and P. Nacimiento eds., 2007)。

效的、未生效的或不可能实行的”。¹²³

86. 例如，在法国，法院适用初步审查仲裁协议标准。这样，国内法院被禁止对仲裁协议进行深入分析，必须命令当事人进行仲裁，除非仲裁协议显而易见是无效的。¹²⁴

87. 同样，印度最高法院也依据《纽约公约》的精神和支持执行的倾向确定仲裁协议审查标准。在 *Sin-Etsu* 案中，最高法院认定，尽管第二条第(3)款本身的措词并未“表明关于仲裁协议性质的结论是否必须是明显或初步结论，但只要要求初步证据更符合《纽约公约》的目的，即便在司法当局不作可以避免的干预的情况下迅速进行仲裁”。¹²⁵法院强调，裁决前阶段由法院初步审查仲裁协议将便利加快仲裁进程，同时确保有公平机会在全面审理之后对裁决提出质疑。

88. 在委内瑞拉，最高法院依据自裁管辖权原则和《公约》第二条第(3)款，得出结论认为它不能对仲裁协议进行全面分析，而应当限制自己只对仲裁协议是否是“无效的、未生效的或不可能实行的”进行初步分析。最高法院还认定，在适用初步审查标准时，委内瑞拉法院应限制自己只评估是否存在书面仲裁协议，而不应分析一方当事人是否同意进行仲裁。¹²⁶

¹²³ 关于支持初步审查标准的论述，见 R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 275, at 280-286 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence – The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 257 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage eds., 1996), at 407-408。相反的论述，见 Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'article II de la Convention de New York (Arrêt du Tribunal Fédéral du 16 janvier 1995)*, 13 ASA BULL.383 (1995), at 388-389。

¹²⁴ *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak 诉 Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio*, 法国巴黎上诉法院，2006年6月15日；*SA Groupama transports 诉 Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, 法国终审法院，2006年11月21日，05-21.818；*Ste A.B.S.American Bureau of Shipping 诉 Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, 法国巴黎上诉法院，2002年12月4日；*Société Generali France Assurances et al. 诉 Société Universal Legend et al.*, 法国终审法院，2006年7月11日，05-18.681。2011年新的法国仲裁法确认，在仲裁庭受理之后，法院即使对仲裁协议进行初步审查也失去时效（见法国民事诉讼法典第1448条）。

¹²⁵ *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd (Japan) 诉 Aksh Optifibre Ltd. & Anr.(Ind)*, 印度最高法院，2005年8月12日，Appeal (civil) 5048 of 2005；Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J.(December 2005), at 3。另见 *JS Ocean Liner LLC 诉 MV Golden Progress, Abhoul Marine LLC*, 印度孟买高等法院，2007年1月25日。

¹²⁶ *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. 诉 Oceanlink Offshore A.S.*, 委内瑞拉最高法院，2011年11月10日，Exp.No. 09-0573, XXXVI Y.B.COM.ARB.496 (2011)。

89. 菲律宾也接受初步审查标准，该国通过了关于非诉讼解决的法院特别规则（“非诉讼解决特别规则”），该规则构成最高法院发布的对下级法院有约束力的准则。非诉讼解决特别规则第 2.4 条明文规定，确定仲裁协议是否是“无效的、未生效的或不可能实行的”，采用初步标准。¹²⁷

90. 在一些法域，法院采用初步审查标准，但将其范畴限于某些情况或问题。

91. 例如，瑞士法院在仲裁协议规定瑞士为仲裁地的情况下适用初步审查标准。¹²⁸在此情形下，瑞士联邦法院认定法院审查限于初步核实仲裁条款是否存在和有效。¹²⁹另一方面，在仲裁协议规定了瑞士以外的仲裁地时，瑞士联邦法院认定它有权对仲裁协议是否存在和有效进行全面审查。¹³⁰

92. 在加拿大，法院采用初步审查仲裁协议标准，但将其范围限于事实问题。因此，如果对仲裁员管辖权的质疑涉及“法律问题”，加拿大法院有权对仲裁协议进行全面审查。这项原则由加拿大最高法院在 *Dell* 案中确立。该法院在列出关于审查标准的两种思潮之后，认定《公约》第二条第(3)款并未规定法院需要先于仲裁员裁定仲裁协议是否是无效的、未生效的或不可能实行的。法院继续裁定，作为一般规则，按照自裁管辖权原则，“对仲裁员管辖权的任何质疑必须先由仲裁员解决”。¹³¹虽然加拿大最高法院作为一般规则明确采纳初步审查标准，但随后将仲裁员裁定自身管辖权的权力限于案件的纯事实部分，从而支持法院有权在涉及法律问题对仲裁员的管辖权作出裁定，并评估对仲裁员管辖权的质疑是否是一种拖延战术。

93. 在英格兰，法院赞同应由仲裁员首先对自身管辖权作出裁定的原则，但又以若干方式对该原则作了限制。在对以后有重大影响的 *Fiona Trust* 案裁决中，¹³²英格兰上诉法院确定，“总体而言，仲裁员有权首先审议他们是否有权对争议作出裁定。”然而，法院还认定，法院的管辖权包括确定仲裁协议从根本上

¹²⁷ 非诉讼解决特别规则第 2.4 条。见 ARBITRATION IN THE PHILIPPINES UNDER THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT OF 2004 R.A.9285 155 (E. Lizares ed., 2011), at 200-212, paras.11.01-11.02。

¹²⁸ 关于这种解决办法是否应当延及所有仲裁协议的问题，见支持意见：Emmanuel Gaillard, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION – LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER 311 (G. Aksent et al eds., 2005)。反对意见：Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York*, 13 ASA BULL.383 (1995)。

¹²⁹ *Fondation M* 诉 *Banque X*，瑞士联邦法院，1996 年 4 月 29 日。

¹³⁰ *Compagnie de Navigation et Transports SA* 诉 *MSC Mediterranean Shipping Company SA*，瑞士联邦法院，1995 年 1 月 16 日；瑞士联邦法院，2010 年 10 月 25 日，4 A 279/2010。

¹³¹ *Dell Computer Corporation* 诉 *Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*，加拿大最高法院，2007 年 7 月 13 日。

¹³² *Fiona Trust & Holding Corp.* 诉 *Privalov*，英格兰和威尔士上诉法院，2007 年 1 月 24 日，2006 2353 A3 QBCMF，在下述判决中维持原判，*Fili Shipping Co Ltd and others* 诉 *Premium Nafta Products Ltd and others*，英格兰和威尔士上议院，2007 年 10 月 17 日。

讲是否存在的权利。高等法院依据 *Fiona Trust* 案裁决，在 *Albon* 中解释说，尽管按照自裁管辖权的原则，仲裁庭有权确定是否确曾订立仲裁协议，但该原则并未“不允许法院裁定该问题。”¹³³该法院认定，在中止司法程序并根据《1996 年仲裁法》第 9 条第(1)款令当事人进行仲裁之前，¹³⁴法院应当确认(一)存在着有效的仲裁协议，以及(二)争议属于该协议的范围之内。上诉法院在 *Berezovsky* 案中审查了这种两步骤程序，认定如果在权衡各种可能性的情况下，申请人证明仲裁协议存在并明显涵盖争议事项，应准予中止。¹³⁵

94. 在实践中，一旦法院确信存在仲裁协议，并且根据《1996 年仲裁法》第 9 条第(1)款争议属于该协议条款的范围之内，法院将根据《1996 年仲裁法》第 9 条第(4)款（落实《公约》第二条第(3)款）准予中止，除非法院认定仲裁协议是无效的、未生效的或不可能实行的。¹³⁶如同高等法院在 *A 诉 B* 案中所裁定，法院应进行成本分析，以确定应由仲裁庭还是由法院处理仲裁协议是否是“无效的、未生效的或不可能实行的”问题。¹³⁷该法院认定，这“在很大程度上取决于，该问题的解决在多大程度上涉及将影响已存在争议的当事人实质权利和义务的事实结论，以及总体上审理可以局限于相对有限的调查领域，还是可能广泛延及当事人所争议的实质事项。如果情况是后者，解决管辖权问题的适当场所更有可能是仲裁庭，前提是它可以自裁管辖权。”这种办法得到一贯采纳。¹³⁸

95. 在美利坚合众国，法院从法院还是仲裁庭拥有确定仲裁协议有效性的“主要权力”的角度处理审查标准问题。这方面最有名的判例由最高法院在 *First Options* 案中作出，虽然该判例并未引用《纽约公约》。¹³⁹

¹³³ *Albon (t/a NA Carriage Co) 诉 Naza Motor Trading Sdn Bhd*, 英格兰和威尔士高等法院, 2007 年 3 月 29 日, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch)。

¹³⁴ 《英格兰 1996 年仲裁法》第 9 条第(1)款落实第二条。其中规定：“仲裁协议一方当事人被提起法律诉讼（不管是通过请求还是反请求），而根据该协议，所涉事项应提交仲裁，则该当事人可（经通知诉讼的其他当事人）向收到诉讼的法院申请中止诉讼，只要诉讼与该事项有关。”

¹³⁵ *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' 诉 Berezovsky & Ors*, 英格兰和威尔士上诉法院, 2013 年 7 月 2 日, [2013] EWCA Civ 784。

¹³⁶ *Golden Ocean Group Ltd 诉 Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, 英格兰和威尔士高等法院, 2013 年 5 月 16 日, [2013] EWHC 1240; *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' 诉 Berezovsky & Ors*, 英格兰和威尔士上诉法院, 2013 年 7 月 2 日, [2013] EWCA Civ 784。

¹³⁷ *A 诉 B*, 英格兰和威尔士上诉法院高等法院, 2006 年 7 月 28 日, 2005 FOLIO 683, [2006] EWHC 2006 (Comm)。

¹³⁸ *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' 诉 Berezovsky & Ors*, 英格兰和威尔士上诉法院, 2013 年 7 月 2 日, [2013] EWCA Civ 784; *Golden Ocean Group Ltd 诉 Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, 英格兰和威尔士高等法院, 2013 年 5 月 16 日, [2013] EWHC 1240。

¹³⁹ *First Options of Chicago Inc. 诉 Kaplan*, 美利坚合众国最高法院, 1995 年 5 月 22 日, 514 U.S. 938 (1995)。另见 William Park, *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, 12 ARB.INT'L 137 (1996), reprinted 11 INT'L ARB.REP.28 (1996)。

96. 在 *First Options* 案中，最高法院认定，有一种假设支持法院决定仲裁庭是否拥有管辖权，除非当事人在仲裁协议中明确商定将该问题提交仲裁庭。然而，一旦法院确信存在有效的仲裁协议，且该协议符合《联邦仲裁法》和《公约》的要求，最高法院认定该假设发生有利于仲裁庭的反转。¹⁴⁰

97. 美国法院认定，双方当事人商定在仲裁规则明确允许的情况下，授权仲裁员确定仲裁协议是否存在和有效。例如，第二巡回上诉法院认定，提及《贸易法仲裁规则》构成“明确而不会弄错的证据，证明双方当事人的意图”是由仲裁员就自身管辖权作出决定。¹⁴¹仲裁协议规定“任何及全部”争议应通过仲裁解决，由此也可推断出这种“明确而不会弄错的证据”。¹⁴²

98. 在缺乏关于当事人意图的明确而不会弄错的证据的情况下，最高法院在 *Prima Paint* 案中认定，如果请求指向仲裁协议的“作成”，则法院拥有管辖权。¹⁴³随后适用《纽约公约》的裁决采用相同的推理。¹⁴⁴在这方面，法院确定对载有仲裁协议的合同是否存在以及对仲裁协议有效性的质疑均指向仲裁协议的“作成”，因此应由法院裁判。¹⁴⁵例如，在 *Sphere Drake* 案中，第二巡回上诉法院认定，“如果一方当事人指称合同无效并为此提供某种证据，则该当事人无需专门指称该合同的仲裁条款无效，该当事人有权要求[法院]审理[该问题]。”¹⁴⁶同样，在 *Nanosolutions* 案中，哥伦比亚地区法院依据最高法院在 *Buckeye* 案中的裁决，认定“[专门针对]仲裁协议有效性提出的质疑可由本法院裁判。”¹⁴⁷不过，在评估仲裁协议的有效性时，按照源于实施《纽约公约》的《联邦仲裁法》的“强烈倾向仲裁的联邦政策”，法院进行了“非常有限的调

¹⁴⁰ *First Options of Chicago Inc. 诉 Kaplan*，美利坚合众国最高法院，1995年5月22日，514 U.S. 938 (1995)。

¹⁴¹ *Republic of Ecuador 诉 Chevron Corp. (US)*，美利坚合众国第二巡回上诉法院，2011年3月17日，10-1020-cv (L), 10-1026 (Con)。与《美国仲裁协会仲裁规则》有关的类似推理，另见：*JSC Surgutneftegaz 诉 President and fellows of Harvard College*，美利坚合众国纽约南部管区地区法院，2005年8月3日，04 Civ. 6069 (RCC)。

¹⁴² *Oriental Republic of Uruguay, et al. 诉 Chemical Overseas Holdings, Inc. Chemical Overseas Holdings, Inc. and others 诉 Republica Oriental del Uruguay, et al.*，美利坚合众国纽约南部管区地区法院，2006年1月24日，XXXI Y.B. COM. ARB. 1406 (2006)。

¹⁴³ *Prima Paint Corporation 诉 Flood & Conklin MFG*，美利坚合众国最高法院，1967年6月12日，388 U.S. 395 (87 S.Ct.1801, 18 L.Ed.2d 1270)。

¹⁴⁴ 例如，见 *Phoenix Bulk Carriers Ltd. 诉 Oldendorff Carriers GmbH & Co., KG*，美利坚合众国纽约南部管区地区法院，2002年11月6日，XXVIII Y.B. COM. ARB. 2003, at 1091。

¹⁴⁵ *The Canada Life Assurance Company 诉 The Guardian Life Insurance Company of America*，美利坚合众国纽约南部管区地区法院，2003年1月22日；*Guang Dong Light Headgear Factory 诉 ACI International, Inc.*，美利坚合众国堪萨斯管区地区法院，2005年5月10日，03-4165-JAR；*Dedon GMBH and Dedon Inc. 诉 Janus et CIE*，美利坚合众国第二巡回上诉法院，2011年1月6日，10-4331。

¹⁴⁶ *Sphere Drake Insurance Limited 诉 Clarendon America Insurance Company*，美利坚合众国第二巡回上诉法院，2001年8月28日，00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 2002, at 707。

¹⁴⁷ *Nanosolutions, LLC et al. 诉 Rudy Prajza, et al.*，美利坚合众国哥伦比亚管区地区法院，2011年6月2日，10-1741。

查。”¹⁴⁸

99. 另一方面，美国法院在接到涉及整个合同有效性的质疑时，它们根据《纽约公约》和《联邦仲裁法》令当事人诉诸仲裁。¹⁴⁹

b. 法院对“书面协议”是否存在和是否有效的审查

100. 第二条第(3)款要求各国法院令当事人把案件提交仲裁，“除非[它们认定]所述协议是无效的、未生效的或不可能实行的。”

101. 美国法院认定，第二条第(3)款所列拒绝令当事人诉诸仲裁的理由是详尽无遗的。¹⁵⁰同样，一家印度法院认定，第二条第(3)款下只有三种理由可以拒绝执行一项仲裁协议：(一)协议是无效的；(二)协议是未生效的；和(三)协议是不可能实行的。¹⁵¹

102. 另一方面，美国第二巡回上诉法院确定，在将争议转交仲裁员之前，它有权确定仲裁协议是否存在。¹⁵²在作此裁定时，法院并未提及第二条第(3)款规定的任何除外情形。

一. “无效的”

103. 《公约》第二条第(3)款就确定一项仲裁协议是否无效的法律标准保持沉

¹⁴⁸ *Bautista 诉 Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, 美利坚合众国佛罗里达南部管区地区法院，2003 年 10 月 14 日，03-21642-CIV。另见 *Agnelo Cardoso 诉 Carnival Corporation*, 美利坚合众国佛罗里达南部管区地区法院，2010 年 3 月 15 日，09-23442-CIV-GOLD/MCALILEY；*Boston Telecommunications Group, Inc. et al. 诉 Deloitte Touche Tohmatsu, et al.*, 美利坚合众国加利福尼亚北部管区地区法院，2003 年 8 月 7 日，C 02-5971 JSW。

¹⁴⁹ *Prima Paint Corporation 诉 Flood & Conklin MFG*, 美利坚合众国最高法院，1967 年 6 月 12 日，388 U.S. 395 (87 S.Ct.1801, 18 L.Ed.2d 1270)；*Sphere Drake Insurance Limited 诉 Clarendon America Insurance Company*, 美利坚合众国第二巡回上诉法院，2001 年 8 月 28 日，00-9464, XXVII Y.B.COM.ARB.700 (2002)；*Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, 美利坚合众国哥伦比亚管区地区法院，2011 年 6 月 2 日，10-1741；*Ascension Orthopedics, Inc. 诉 Curasan AG*, 美利坚合众国德克萨斯西部管区地区法院奥斯汀分庭，2006 年 9 月 20 日，A-06-CA-424 LY。

¹⁵⁰ *Lindo (Nicaragua) 诉 NCL (Bahamas), Ltd. (Bahamas)*, 美利坚合众国第十一巡回上诉法院，2011 年 8 月 29 日，10-10367；*Aggarao (Philippines) 诉 MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*, 美利坚合众国第四巡回上诉法院，2012 年 3 月 16 日，10-2211。

¹⁵¹ *Gas Authority of India Ltd 诉 SPIE-CAPAG SA and ors*, 印度德里高等法院，1993 年 10 月 15 日，Suit No.1440；IA No. 5206。另见，加拿大的案件：*Automatic Systems Inc. 诉 Bracknell Corporation*, 加拿大安大略上诉法院，1994 年 2 月 17 日。

¹⁵² *Dedon GMBH and Dedon Inc. 诉 Janus et CIE*, 美利坚合众国第二巡回上诉法院，2011 年 1 月 6 日，10-4331。

默。一些法院认为该问题应根据适用的国内法来确定，要么是诉讼地法，¹⁵³要么是依照《公约》第五条第(一)款第(一)项所载的法律冲突规则适用的法律。¹⁵⁴

104. 美国法院随后是英格兰法院界定“无效的”用语意指“没有法律效力”。¹⁵⁵实践中，它们适用一种合同法抗辩国际标准。按照长期以来的判例法，美国法院依据“可在国际范围中立地适用的标准违约抗辩，如欺诈、错误、胁迫和放弃”对“无效”的理由作出裁定。¹⁵⁶在适用此类国际标准时，美国法院根据“仲裁协议可以执行这一总体政策”而采用狭义的解释。¹⁵⁷例如，法院拒绝采信以下说法，即仲裁协议因为违背美国公共政策而无效和不可执行，推理说该抗辩“不可在国际范围中立地适用，而且，在重要性方面并未超出倾向仲裁的政策。”¹⁵⁸

105. 此外，当事人通过声称载有仲裁协议的主合同无效，寻求使仲裁协议无效，并逃避进行仲裁的义务。绝大多数法院按照仲裁协议分离性原则——有时称作自治性原则——区别对待合同无效和仲裁协议无效。

106. 在 *Fiona Trust* 案中，英格兰上诉法院依据《1996 年仲裁法》第 9 条第(1)款（落实《纽约公约》第二条第(1)款）中止了自己处理的诉讼程序，因为虽然申

¹⁵³ Piero Bernardini, *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, in IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION, 1998 ICCA CONGRESS SERIES 197 (Albert Jan van den Berg ed., 1998).

¹⁵⁴ 瑞士联邦最高法院，1995 年 3 月 21 日，5C.215/1994/lit。

¹⁵⁵ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese* 诉 *Lauro*，美利坚合众国第三巡回上诉法院，1983 年 7 月 6 日，82-3523。另见：*Albon (t/a NA Carriage Co)* 诉 *Naza Motor Trading Sdn Bhd* 英格兰和威尔士高等法院，2007 年 3 月 29 日，HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch); *Golden Ocean Group Ltd* 诉 *Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*，英格兰和威尔士高等法院，2013 年 5 月 16 日，[2013] EWHC 1240。

¹⁵⁶ *St. Hugh Williams* 诉 *NCL (Bahamas) LTD., d.b.a.NCL.*，美利坚合众国第十一巡回上诉法院，2012 年 7 月 9 日，11-12150; *Allen* 诉 *Royal Caribbean Cruise, Ltd.*，美利坚合众国佛罗里达南部管区地区法院，2008 年 9 月 29 日，08-22014。

¹⁵⁷ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese* 诉 *Lauro*，美利坚合众国第三巡回上诉法院，1983 年 7 月 6 日，82-3523; *Anna Dockeray* 诉 *Carnival Corporation*，美利坚合众国佛罗里达南部管区地区法院迈阿密分庭，2010 年 5 月 11 日，10-20799; *Oriental Commercial and Shipping (UK)* 诉 *Rosseel, N.V.(Belgium)*，美利坚合众国纽约南部管区地区法院，1985 年 3 月 4 日，84 Civ. 7173 (PKL)。

¹⁵⁸ *Allen* 诉 *Royal Caribbean Cruise, Ltd.*，美利坚合众国佛罗里达南部管区地区法院，2008 年 9 月 29 日，08-22014。另见：*Aggarao (Philippines)* 诉 *MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*，美利坚合众国第四巡回上诉法院，2012 年 3 月 16 日，10-2211; *Ledee (Puerto Rico)* 诉 *Ceramiche Ragno (Italy)*，美利坚合众国第一巡回上诉法院，1982 年 8 月 4 日，684 F.2d 184, 82-1057。关于显失公平抗辩，见：*Rizalyn Bautista, et al.* 诉 *Star Cruises, et al.*，美利坚合众国第十一巡回上诉法院，2005 年 7 月 15 日，03-15884。

请人声称整个合同无效，但并未质疑仲裁协议本身的有效性。¹⁵⁹上诉法院在很大程度上依据分离性原则，认定就整个合同无效性但并非专门针对仲裁协议提出的质疑将由仲裁员处理。同样，一家荷兰法院认定，“仲裁协议的有效性单独确定，独立于商定仲裁所涉及的主合同，即使两者载于同一文件中。”¹⁶⁰与此类似，马德拉斯高等法院明确提到“分离性理论”，以“原告不能仅仅依据即使被告也认为基础协议是无效的，而忽略仲裁条款，援用民事法院的管辖权”为由，令当事人诉诸仲裁。¹⁶¹

107. 分离性理论得到多数国家、¹⁶²仲裁机构、¹⁶³《贸易法委员会仲裁示范法》¹⁶⁴和主要评论人员的赞同，这些评论人员认为仲裁协议构成协议内的协议。¹⁶⁵

二. “不再适用的”（译注：原译“未生效的”）

108. 法院一般根据较广泛表述“无效的、不再适用的或不可能实行的”评估“不可执行”标准，不作进一步区分。不过，相关判例法表明，“不再适用的”一词涵盖仲裁协议不再适用于当事人或其争议的情形。¹⁶⁶

109. 例如，在当事人通过启动司法诉讼而放弃仲裁权利的情况下，一家印度法院认定，依据对应于《纽约公约》第二条第(3)款的 1996 年《印度仲裁法》第 45 条，仲裁协议已不再适用。¹⁶⁷因此，该法院拒绝令已向印度法院提交多起民事和刑事诉讼的当事人诉诸仲裁。

110. 一家法国法院认定，由于指定用于组建仲裁庭的时限已经过期，法院拥有

¹⁵⁹ *Fiona Trust & Holding Corp. 诉 Privalov*, 英格兰和威尔士上诉法院, 2007 年 1 月 24 日, 2006 2353 A3 QBCMF, 在下述判决中维持原判, *Fili Shipping Co Ltd and others 诉 Premium Nafta Products Ltd and others*, 英格兰和威尔士上议院, 2007 年 10 月 17 日。

¹⁶⁰ *Claimant 诉 Ocean International Marketing B.V., et al*, 荷兰鹿特丹初审法院, 2009 年 7 月 29 日, 194816/HA ZA 03-925。

¹⁶¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan 诉 Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, 印度马德拉斯法院高等法院, 2008 年 10 月 29 日。另见: 德国策勒州高等法院, 8 Sch 3/01, 2001 年 10 月 2 日。

¹⁶² 例如, 见《瑞士国际私法》, 第 12 章, 第 178 条第(3)款;《哥伦比亚仲裁法》, 第 5 条;《法国仲裁法》, 第 1447 条;《英格兰仲裁法》, 第 7 条;《澳大利亚仲裁法》, 第六章, 第 16 条;《巴西仲裁法》, 第 8 条;《中国仲裁法》, 第 19 条。

¹⁶³ 《贸易法委员会仲裁规则》, 第 23 条第(1)款;《国际商会仲裁规则》, 第 6 条第(4)款;《伦敦仲裁院仲裁规则》, 第 23 条第(1)款。

¹⁶⁴ 《贸易法委员会仲裁示范法》第 16 条第(1)款规定,“构成合同的一部分的仲裁条款应视为独立于合同中其他条款的一项协议。仲裁庭作出合同无效的决定,不应造成仲裁条款在法律上无效。”基于《贸易法委员会仲裁示范法》颁布立法的国家的名单可在互联网上查阅,网址: www.uncitral.org。

¹⁶⁵ R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, 前注 123, 第 278 页。

¹⁶⁶ 例如, 见 *Golden Ocean Group Ltd 诉 Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, 英格兰和威尔士高等法院, 2013 年 5 月 16 日, [2013] EWHC 1240。

¹⁶⁷ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan 诉 Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, 印度马德拉斯法院高等法院, 2008 年 10 月 29 日。另见第 67 段的引文。

管辖权，因而驳回以下说法，即根据《公约》第二条，不存在仲裁协议明显不适用的情形。法院裁定仲裁协议“过期失效”，并得出结论认为法院对争议有管辖权，而无需参考《公约》。¹⁶⁸

111. 声称的仲裁协议不可执行的另一种情形可见于香港高等法院作出的 *Westco* 案裁决。一方当事人指称，在启动仲裁程序之前未遵守程序条件，因此仲裁协议已不再适用。高等法院驳回这种说法，令当事人诉诸仲裁。¹⁶⁹

三. “不可能实行的”

112. “不可能实行的”条文一般理解为涉及不能有效启动仲裁的情形。¹⁷⁰正如一家印度法院在援引 1996 年《印度仲裁法》第 45 条（对应《公约》第二条第(3)款）时所解释的，“不可能实行一语实质上意味着挫败和随后的免除义务。如果在作成合同之后，由于意外的紧急情况，承诺变得不能践行或履行，合同即告落空。”¹⁷¹

113. 从判例法中得知，在仲裁协议有严重问题时即在以下两种情况下，仲裁协议被认定不可能实行：(一)仲裁协议不清楚，并未提供允许进行仲裁的充分迹象，以及(二)仲裁协议指定一个并不存在的仲裁机构。

114. 例如，一家印度法院在就 1996 年《印度仲裁法》第 44 条（实施《公约》第一条和第二条）作出裁定时，拒绝执行其中规定“适用德班仲裁和英格兰法律”的仲裁条款。¹⁷²法院认定指称的仲裁协议“绝对模糊不清、含糊其辞并且自相矛盾”。同样，瑞士联邦法院拒绝执行一项其中规定“通过美国仲裁协会或任何其他美国法院”仲裁的仲裁条款，理由是仲裁协议不够明确，没有根据第二条第(3)款和瑞士法律清楚无疑地排除国家法院的管辖权。¹⁷³

115. 在一起案件中，仲裁协议指定了一个并不存在的仲裁机构，不过一家美国法院还是根据《公约》第二条第(3)款和《联邦仲裁法》强迫当事人进行仲裁。法院的推理是，仲裁协议中提及的《贸易法委员会仲裁规则》规定了在当事人

¹⁶⁸ *Société Gefu Kuchenboss GmbH & CO.KG et Société Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs GmbH* 诉 *Société Coréma*，法国图卢兹上诉法院，2008 年 4 月 9 日。

¹⁶⁹ *Westco Airconditioning Ltd* 诉 *Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd*，香港特别行政区高等法院一审法院，香港，1998 年 2 月 3 日，A 12848。

¹⁷⁰ Stefan Kröll, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 323, at 326 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008)。

¹⁷¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan* 诉 *Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*，印度马德拉斯法院高等法院，2008 年 10 月 29 日。另见第 67 段参引的材料。

¹⁷² *Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd* 诉 *M/V African Trader*，印度古吉拉特高等法院，2005 年 2 月 7 日，Civil Application No. 23 of 2005。

¹⁷³ 瑞士联邦法院，2010 年 10 月 25 日，4A279/2010。从该判例中不清楚联邦法院是否是依据“不可实行”理由分析仲裁协议的，因为裁决的结论是仲裁协议根据“无效的、不再适用的或不可实行的”条文是无效的。

未事先商定的情况下组建仲裁庭的办法，并驳回原告关于仲裁协议不可能实行的说法。¹⁷⁴

116. 在俄罗斯，俄罗斯联邦最高仲裁法院认定，仲裁协议必须载有明确措词，从中可以确定当事人将争议提交仲裁机构的真实意图，该协议才可以根据《公约》予以执行。¹⁷⁵ 另一家俄罗斯法院认定一项仲裁协议属于《公约》第二条第(3)款意义内的“不可能实行”，因为它并非《贸易法委员会规则》所规定的标准仲裁条款，因此不可能得出结论认为当事人就该《规则》达成一致意见。¹⁷⁶ 该法院还补充说，指定机构“国际商会主席”并不存在。

117. 其他法院采取支持仲裁的立场，解释模糊或不一致的仲裁协议时维护此类协议。例如，法国法院执行了在南斯拉夫商会仲裁法院主持下作出的仲裁裁决，尽管仲裁协议的措词规定在一个并不存在的机构“贝尔格莱德商会”主持下进行仲裁。该法院认定，当事人的意图是诉诸南斯拉夫商会仲裁法院，其总部在贝尔格莱德。¹⁷⁷ 瑞士、¹⁷⁸ 德国¹⁷⁹ 和香港¹⁸⁰ 采用类似的推理，这些地方的法院认定应以当事人通过仲裁解决其争议的意图为准。

¹⁷⁴ *Travelport Global Distribution Systems B.V. 诉 Bellview Airlines Limited*，美利坚合众国纽约南部管区地区法院，2012 年 9 月 10 日，12 Civ. 3483(DLC)。

¹⁷⁵ *Tula Ammunition Factory (Russia) 诉 Sporting Supplies International (USA)*，俄罗斯最高仲裁法院，2011 年 7 月 27 日，VAS-7301/11。

¹⁷⁶ *ZAO UralEnergoGaz (Russia) 诉 OOO ABB Electroengineering (Russia)*，俄罗斯第九仲裁上诉法院，2009 年 6 月 24 日，No. A40-27854/09-61-247。

¹⁷⁷ *Epoux Convert 诉 Société Droga*，法国巴黎上诉法院，1983 年 12 月 14 日，1994 REV. ARB. 483。

¹⁷⁸ 瑞士联邦法院，2003 年 7 月 8 日，129 III 675。

¹⁷⁹ 柏林商事法院，1999 年 10 月 15 日，XXVI Y.B. COM. ARB. 328 (2001)。

¹⁸⁰ *Lucky Goldstar International Limited 诉 Ng Moo Kee Engineering Limited*，香港最高法院高等法院，香港，1993 年 5 月 5 日，XX Y.B. COM. ARB. 280 (1995)。