



联合国国际贸易法委员会

第二工作组（仲裁）

第四十四届会议

2006年1月23日至27日，纽约

商业纠纷的解决

拟订仲裁协议书面形式的统一条文

《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958年，纽约）第二(2)条

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言.....	1-10	3
一. 各国法院对《纽约公约》第二(2)条的解释.....	11-23	6
A. 对“签名”、“文件往来”二词的解释.....	11-15	6
概论.....	11	6
严格要求签名或文件往来.....	12	6
备选形式要求的并用.....	13	7
对签名要求的各种解释.....	14	8
对文件往来要求的不同解释.....	15	9

* 本文件迟交是因为需要顾及完成磋商。



B.	形式要求未满足时其他法律原则的适用.....	16-21	10
	依据当事人的行为(“不容否认”).....	16-17	10
	因仅仅在文中参引或因通常的商业关系而并入仲裁条款或协议.....	18-21	10
C.	新通信手段.....	22-23	12
二.	《纽约公约》第二(2)条和第七(1)条之间的相互作用.....	24-34	13
A.	统一的形式要求还是最大限度的形式要求.....	26-30	14
B.	自成一体的制度.....	31-33	17
C.	第七(1)条和提及仲裁协议.....	34	17
三.	结束语.....	35-37	17
A.	概论.....	35-36	17
B.	关于《纽约公约》第七(1)条的解释的声明草案.....	37	18

导言

1. 贸易法委员会在其第三十二届会议（1999 年 5 月 17 日至 6 月 4 日，维也纳）上，收到了一份题为“国际商事仲裁未来可进行的工作”的说明（A/CN.9/460；该文件与以下列出的贸易法委员会所有其他文件都可在贸易法委员会网站 www.uncitral.org 上获得）。提出供审议的主题之一是在仲裁协议的订立方面需要使《承认及执行外国仲裁裁决公约》（1958 年，纽约）（以下称“《纽约公约》”）实现什么程度的现代化。¹贸易法委员会决定，未来关于《纽约公约》第二(2)条²（以下称为“第二(2)条”）的工作需要实现现代化。第二(2)条要求仲裁协议为书面形式，载于“当事人所签订的合同或仲裁协议中，或载于函电往来中”。³贸易法委员会认为，可能需要就秘书处的说明中所涉两个普遍问题（A/CN.9/460，第 22 至 31 段）进行工作，即书面形式要求及其对现代通信手段和电子商务的影响问题，以及在函电往来中不含仲裁协议情况下仲裁协议当事方表示同意的的问题。⁴贸易法委员会还指出，可能有必要特别关注使《纽约公约》引起严重问题的具体现实情况，其中包括：默认或口头接受书面订单或书面售货确认书；提及书面一般条件的口头合同，或某种经纪人通知书以及向非签约第三方转移权利或义务的其他文书或合同。⁵
2. 对可通过何种方式力求实现《纽约公约》的现代化提出了各种不同看法，⁶其中包括：以附加议定书的方式；⁷间接修订第二(2)条，依靠《纽约公约》第七

(1)条⁸（以下称为“第七(1)条”）更加有利的法律规定通过示范立法取代第二(2)条；⁹除了这类示范立法外，还可以通过拟订指导方针或其他不具约束力的材料

¹ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 17 号》，A/54/17，第 344 段。

² 《纽约公约》第二条内容如下：

“1. “当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能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，不论为契约性质与否，应提交仲裁时，各缔约国应承认此项协定。

“2. 称“书面协定”者，为当事人所签订或在函电往来中所载明之契约仲裁条款或仲裁协议。

“3. 当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者，缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求，命当事人提交仲裁，但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”

³ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 17 号》，A/54/17，第 344 段。

⁴ 同上，第 345 段。

⁵ 同上，第 346 段。

⁶ 同上，第 347-349 段。

⁷ 同上，第 347 段；有与会者对这种议定书的地位表示关切，并担心如果试图修订《纽约公约》，可能会影响迄今为止《纽约公约》所取得的成果。针对上述关切，有与会者指出，正由于《纽约公约》极为成功，（……）应当可以由贸易法委员会对文本进行有限的改动，如果有必要进行这种工作使其规定适应不断变化的商务现实的话。

来指导各国法院使用《纽约公约》；¹⁰或在《纽约公约》之外拟订一项新的公约，以处理不属《纽约公约》适用范围的那些情形，包括（但不一定局限于）仲裁协议未能满足第二(2)条所规定的形式要求的情形。¹¹

3. 贸易法委员会将这些问题委托给仲裁工作组，¹²该工作组在其第三十二届会议（2000年3月20日至31日，维也纳）上对问题作了研究。

4. 工作组在其第三十二届会议上讨论了更广义地解释第二(2)条的可选办法，正如贸易法委员会所概括，这些办法是以下其中之一：(a)通过一项宣言、决议或说明，解决对《纽约公约》的解释问题，并规定为避免疑问，第二(2)条意在涵盖某些情形或具有某种效力；(b)鼓励仿效某些国家法院按照《贸易法委员会国际商业仲裁示范法》¹³（以下称为《贸易法委员会仲裁示范法》）解释第二(2)条的办法，从宽解释《纽约公约》；(c)如 A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 号文件第 33 和 34 段讨论的那样，拟定实践指导原则或说明，规定将《贸易法委员会仲裁示范法》第 7 条用作一种解释工具，以澄清第二(2)条的适用范围。

5. 在工作组第三十二届会议上占主导地位的观点是，既然正式修正《纽约公约》或订立公约议定书很可能加重目前解释不一的状况，而且一些国家通过这种议定书或修正案需要好几年时间，在此期间会产生更多不确定性，那么这种方法基本上是不可行的。工作组认为，对第二(2)条的解释指南应有助于实现确保达成适应国际贸易需要的统一解释这一目标，因此工作组决定，关于《纽约

⁸ 《纽约公约》第七条内容如下：

“1. 本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行仲裁裁决之多边或双边协定之效力，亦不剥夺任何利害关系人可依援引裁决地所在国之法律或条约所认许之方式，在其许可范围内，援用仲裁裁决之任何权利。

“2. 一九二三年日内瓦仲裁条款议定书及一九二七年日内瓦执行外国仲裁裁决公约在缔约国间，于其受本公约拘束后，在其受拘束之范围内不再生效。”

⁹ 同上，第 348 段；有与会者指出，只有在第二(2)条不再被解释为确立最低限度书面要求的统一规则，而是被理解为确立最大限度形式要求时才能采用这种解决方法。另据建议，可能就拟定仲裁协议所编拟的任何示范立法可包括大意类似《联合国国际货物销售合同公约》(1980年，维也纳)第 7 条的一项规定，以便通过提及国际公认的原则来促进对该条的解释。

¹⁰ 同上

¹¹ 同上，第 349 段；对这一建议有些与会者表示支持，但还有一种意见认为，经验表明，通过一项新公约并使其获得广泛批准往往会需要很多年的时间，而在此之前则是一种缺乏统一的不利局面。有的与会者指出，所建议的这种方式可能特别适用于处理对《纽约公约》引起严重问题的一些具体现实情况（见本文件第 1 段）。但是，关于其中某些情况（例如，向非签约第三方转让权利或义务），与会者普遍感到，这里的关键问题涉及到关于基础交易的实质和有效性的一般性问题。因此，有与会者怀疑试图通过以拟订仲裁协议为主要目的的一套规定来解决这些问题是否可取、可行。

¹² 同上，第 344-350 段和第 380 段。

¹³ A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1，第 36 段及其脚注 9。

公约》解释问题的宣言、决议或声明将反映对形式要求的广义理解，对此应该作进一步研究，以便确定最佳办法。¹⁴

6. 工作组在其第三十三届（2000 年 11 月 20 日至 12 月 1 日，维也纳）和第三十四届（2001 年 5 月 21 日至 6 月 1 日，纽约）会议上讨论了有关第二(2)条的解释性声明的初步草案。¹⁵

7. 工作组在其第三十六届会议（2002 年 3 月 4 日至 8 日，纽约）上收到了在第三十四届会议上通过的声明草案案文¹⁶并在审议该解释性声明的修订草案之前，重新审查了处理第二(2)条实际使用时产生的困难可采取的各种选择。

8. 工作组详细审议了支持修订《纽约公约》的各种论点和支持通过解释性声明的各种论点。¹⁷工作组承认，其在目前阶段不能就究竟是拟定《纽约公约》的一项修正议定书还是解释性声明达成共识，对这两种选择均应不作决定，由工作组或委员会在以后的阶段进行审议。同时，工作组一致认为，应就《纽约公约》书面要求的解释和适用提供指导，以便实现更大程度上的统一。《贸易法委员会仲裁示范法》第 7 条修改草案的颁行指南可为此目的作出有价值的贡献，该指南是秘书处根据要求编制的，供工作组今后进行审议，在工作组就如何最好地处理与公约第二(2)条适用有关的问题做出最后决定之前，指南在该条款中提出的创新内容和《纽约公约》之间建立了一座“友好的桥梁”。¹⁸

9. 虽然对该行动方针没有提出异议，但是仍然有人认为，仅仅试图在《贸易法委员会仲裁示范法》新的第 7 条草案颁行指南中来处理这一问题这件事本身就会影响到审议《纽约公约》可能的修正议定书。在一项颁行指南中提出有关《纽约公约》的问题，据说效果会适得其反，因为该指南仅是附属于《贸易法委员会仲裁示范法》一项新条款的辅助案文，法律价值值得怀疑，而示范法本身也不是一项强制性文书。代表们指出，最好不要试图以任何方法来处理对《纽约公约》书面要求进行解释所引起的问题。工作组注意到这些评论意见。¹⁹

10. 研究各法院如何界定什么是《纽约公约》中规定的书面协议，可以帮助鉴别法院对仲裁协议形式的各种解释。本说明审议各国法院如何解释第二(2)条的形式要求，并研究《纽约公约》第七(1)条可以在何种程度上帮助实现仲裁协议形式要求的现代化。

¹⁴ A/CN.9/468，第 88-99 段。

¹⁵ 分别为 A/CN.9/485，第 60-77 段和 A/CN.9/487，第 42-63 段；由工作组审议的声明最新草案可见 A/CN.9/508，第 41 段。

¹⁶ A/CN.9/508，第 41 段。

¹⁷ 同上，第 42-48 段。

¹⁸ 同上，第 49 段。

¹⁹ 同上，第 50 段。

一. 各国法院对《纽约公约》第二(2)条的解释

A. 对“签名”和“文件往来”二词的解释

概论

11. 《纽约公约》第二(2)条为第二(1)条中所包含的一个名词下了定义，第二(1)条要求缔约国承认“书面协定”。第二(2)条规定了满足“书面”要求即“形式要求”的两个可能的方式。第一种是当事人签订的合同中所含的仲裁条款或一项单独的仲裁协议。第二种是函电往来中所载明的合同仲裁条款或一项单独的仲裁协议。形式要求通过要求签名或文件往来而确保明确记录当事人同意仲裁。

严格要求签名或文件往来

12. 在一些案例中，各国法院严格应用在第二(2)条下界定的要求，而且只有当事人签订了载有仲裁条款的合同或一项单独的仲裁协议时，²⁰或函电往来中载明了合同仲裁条款或一项单独的仲裁协议时，²¹才准予执行仲裁裁决。在一系列案例中，各国法院严格要求必须由双方当事人以签名或文件往来的方式明确表示

²⁰ 挪威 Halogaland 上诉法院，1999 年 8 月 16 日，（斯德哥尔摩仲裁报告，（1999），第 2 卷，121）：法院认为通过彼此往来电子邮件提及金康租船合同而缔结的合同不构成《纽约公约》第二(2)条所规定的书面仲裁协议。法院断定，彼此往来的电子邮件和金康合同副本没有签名，不能满足“该公约设立的法律保护基本要求”；荷兰多德雷赫特一审法院，North American Soccer League Marketing, Inc.（美国）诉 Admiral International Marketing and Trading BV（荷兰）和 Frisol Eurosport BV（荷兰），1982 年 8 月 18 日，（商事仲裁年鉴十（1985 年），第 490 页）；德国勃兰登堡上诉法院，2002 年 6 月 13 日，（No.8, Sch2/01）；西班牙最高法院，Delta Cereales España SL（西班牙）诉 Barredo Hermanos SA，1998 年 10 月 6 日，（商事仲裁年鉴二十六（2001 年），第 854 页）；未准予执行仲裁裁决，因为当事人提供的载有仲裁条款的文件没有签名。

²¹ 荷兰上诉法院，Hertogenbosh, Sneek Hardhout Import BV（荷兰）诉 Karl Schlueter KG（GmbH & Co）（德国），1995 年 7 月 14 日，（商事仲裁年鉴二十一（1996 年），第 643 页）：载于合同一般条款中的仲裁协议，由一方签名后传真给另一方，另一方签名后再传真回去，被视为有效；奥地利最高法院，1991 年 5 月 22 日，（OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61）：关于第五(1)条，一家法院认为，如果未满足“第二(2)条专文详尽规定”的形式要求，（反对执行的一方提出申请后）可以否决执行；美国，纽约南区地区法院，Sen Mar, Inc.诉 Tiger Petroleum Corporation（1991 年）（774 F 补编 879）：法院判决只有当仲裁条款载于经签署的书面文件或函件往来时，才是可依照《纽约公约》执行的；在该案例中没有可执行的协议，因为仲裁协议仅载于一份对方完全反对的电传中。

接受。²²但是，该原则似乎没有要求当事人单独以书面形式同意仲裁条款²³或当事人具体讨论仲裁条款。²⁴至少有一个法院裁定，即使裁决认定仲裁协议不符合第二(2)条的形式要求有违善意原则，也决不可违背形式要求。²⁵这些要求优先于国内法更为苛刻或不太苛刻的要求（见下文第 32 段）。²⁶

备选形式要求的并用

13. 除了双方当事人签署了同一文件的情况之外，²⁷各国法院还裁定，若备选形式要求结合并用，必须有一个是签名，因而承认若双方当事人满足了签名或通信往来的要求，则仲裁协议有效，但若只有一方符合书面形式要求，则未满足要求。²⁸根据必须有以签名或文件往来缔结的公认仲裁协议这一观念，法院一般

²² 美国华盛顿西区地区法院，Richard Bothell and Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies and Atlas Bimetals Labs Inc.诉 Hitachi Zosen Corp 等，2000 年 5 月 19 日（97 F Supp 2d 1048）：法院认为，在订购单或当事双方彼此往来的任何其他文件表面都没有仲裁协议的标示。

²³ 意大利最高法院，Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH（德国）诉 Bristol Myers Squibb（意大利），2000 年 3 月 10 日，（商事仲裁年鉴二十六（2001 年），第 816 页）：法院宣布，没有必要单独以书面形式同意仲裁条款，这类条款若是载于订约双方签署的文件中，就是有效的：“当事人必须签署仲裁条款，而且双方将纠纷诉诸仲裁的明确意图必须清楚地表现出来，一旦这一点是清楚的，如果仲裁条款载于（……）外国卖方（……）签署的文件中，而未出现在买方接受卖方报价（……）的文件中，则该仲裁条款无效。”

²⁴ 韩国最高法院，Kukje Sangsa Co Ltd（韩国）诉 GKN International Trading（伦敦）Ltd（联合王国），1990 年 4 月 10 日，（商事仲裁年鉴十七（1992 年），第 568 页）：法院认为，如果根据合同中包括仲裁条款在内的条件接受订购单，从而缔结了合同，就是满足了第二(2)条的形式要求；被告方提出，没有接受仲裁条款，因为该条款不是以比其他条款和条件小的字体印出的，而且当事双方没有对此进行讨论。法院驳回了被告方的理由。

²⁵ 意大利最高法院，Robobar Limited（联合王国）诉 Finncold sas（意大利）1993 年 10 月 28 日，（商事仲裁年鉴二十（1995 年），第 739 页）：以有违善意为由对仲裁条款的有效性提出的质疑被驳回，理由是无可违背形式要求。

²⁶ 奥地利最高法院，1991 年 5 月 22 日，（OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61）：关于第二(2)条，一家法院裁定，如果未满足“第二(2)条专文详尽规定”的书面要求，（如果反对执行的一方提出申请）可以否决执行；德国石勒苏益格州高级法院，2000 年 3 月 30 日，（16 SchH 05/99）：法院称，第二(2)条在形式要求方面取代任何国家法律，自主解释原则意为仲裁协议的解释和范围不可适用国家法律；瑞士最高法院，保险公司（瑞典）诉分保公司（瑞士），1995 年 3 月 21 日（商事仲裁年鉴二十二（1997 年）第 800 页）：法院称，应由第二(2)条单独确定形式要求，应不依赖国家法律的协助，对该条做出独立解释；德国科隆州高级法院，1999 年 6 月 22 日（9 Sch 08/99）：法院认为，若双方当事人签订了包含仲裁条款的合同，即满足了第二(2)条的形式要求。

²⁷ 奥地利最高法院（OGH），1978 年 2 月 21 日，3 Ob 120/77, SZ 51/18（商事仲裁年鉴十（1985 年），第 418 页）。

²⁸ 奥地利最高法院，1979 年 11 月 7 日，（OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160）；意大利最高法院，Universal Peace Shipping Enterprises SA（巴拿马）诉 Montedipe SpA（意大利），1991 年 3 月 28 日（商事仲裁年鉴十七（1992 年），第 562 页）：法院认为，口头销售合同和一方发出的包含仲裁条款的未署名提单不能满足《纽约公约》第二(2)条的形式要求。

不接受口头仲裁协议，²⁹即使对方以书面形式确认，或后来双方当事人都出席仲裁，³⁰默示接受合同³¹或默示履行合同。³²此外，也不考虑因为以前经常使用一般贸易条件而承认仲裁协议。³³

对签名要求的各种解释

14. 各国法院对第二(2)条下的签名要求所作解释各不相同。这方面的不同解释可在美国法院的判决中见到，在某些案例中，法院认为第二(2)条所含的签名或通信往来要求只适用于独立于合同之外的仲裁协议，而不适用于合同中的仲裁条款。³⁴根据上述解释，第二(2)条含有两项独立的规则，一是“合同载明的仲

²⁹ 意大利最高法院，Marc Rich & Co AG 诉 Societa Italiana Impianti SpA，1991 年 1 月 25 日，（商事仲裁年鉴十七（1992 年），第 554 页及欧洲共同体法院 1991 年 7 月 25 日的裁决，第 233 页）：合同是通过电报往来缔结的；Marc Rich 稍后发出一封电报，说明了进一步的条件，其中包括仲裁条款，而 Impianti 没有回复，也没有接受，既然如此，法院裁决，没有共同的书面仲裁协议的证据，因此意大利法院有权审理此案；法院认为“就规定外国仲裁的仲裁条款来说，依照《纽约公约》始终要求有书面形式。”

³⁰ 德国杜塞尔多夫州高级法院（1971 年）（商事仲裁年鉴二（1977 年），第 237 页）。

³¹ 德国罗斯托克州高级法院，2001 年 11 月 22 日，（1 Sch 03/2000）；意大利最高法院，Marc Rich & Co AG 诉 Societa Italiana Impianti SpA，1991 年 1 月 25 日，（商事仲裁年鉴十七（1992 年），第 554 页）。

³² 意大利最高法院，Robobar Limited（联合王国）诉 Finncold sas（意大利）1993 年 10 月 28 日，（商事仲裁年鉴二十（1995 年），第 739 页）。

³³ 荷兰海牙上诉法院，James Allen（爱尔兰）Ltd 诉 Marea Producten B.V.（荷兰），1984 年 2 月 17 日，（商事仲裁年鉴十（1985 年），第 485 页）：当事双方此前按照含有仲裁条约的标准条件进行了至少 25 次交易；出现纠纷的最后一次交易没有提及上述标准条件，因此法院判定以前经常使用（含有仲裁条款的）一般贸易条件在没有具体提及这些一般条件的案例中不能构成可执行的仲裁协议；法院称，《纽约公约》中提及的“书面协定”要求排除了继续援用这些条件的可能性。

³⁴ 美国第五巡回上诉法院，Sphere Drake Insurance plc 诉 Marine Towing, Inc.，1994 年 3 月 23 日，（16 F 3d 666，商事仲裁年鉴二十（1995 年），第 937 页）：该案涉及未经受保方签署的保险合同。受保人辩称，因为己方未签署合同，就没有《纽约公约》效力内的“书面协定”；要在《纽约公约》下执行，双方当事人要么必须签署含有仲裁条款的合同，要么必须以往来信函证明他们同意仲裁。法院驳回了这种解释，裁决《纽约公约》对“书面协定”的界定包括(1)合同中的仲裁条款或(2)(a)双方当事人签署的或(b)往来函电中载明的仲裁协议。法院作出裁决时，援引了美国纽约南区地区法院对 Sen Mar, Inc 诉 Tiger Petroleum Corporation 一案的裁决(1991 年)(774 F Supp. 879)，但不愿沿用这项判决，因其对第二(2)条的解释完全相反。Stony Brook Marine Transportation Corporation 诉 Leslie Wilton, Compagnie d'Assurances Maritimes Aeriennes et Terrestres 和 Lev A. Osman（1996 年）94 CV 5880 (JS)一案沿用了 Sphere Drake 一案（1994 年）的解释。该案涉及在损失发生后发出、受保人未签名的保险证明所载的仲裁条款，不过在受保人的代理人拟订、承保人签署的一份书面订货通知单中提及了该仲裁条款。显然 Sphere Drake 一案（1994 年）的解释也影响了美国明尼苏达地区法院对 Polytec Engineering 诉 Jacobson Companies 和 Jacobson Inc.（1997 年）984 F Supp 1238 一案的审理（法院虽然没有明确提到该案例，但作出的裁决是，未经签署的购货单两次提到所附的包含仲裁条款的合同，而试图避免仲裁的一方已经部分履行了合同，这满足书面要求）。

裁条款”，二是(a)双方当事人签署的或(b)函电往来中载明的仲裁协议”。后来一项一审判决沿用了上述推论，法院认为未经签署的购货单代表“合同载明的仲裁条款”，因此不受签名或通信往来要求的限制。³⁵不过，应该注意的是，这种解释在上诉时被推翻，³⁶而且在美国和其他国家的法院并未得到广泛采用。在其他案例中，各国法院确认，“书面协定”的定义要求，无论是仲裁协议还是合同中的仲裁条款，这一协定都应由双方当事人签名或在双方一系列函电往来中载明。³⁷

对文件往来要求的不同解释

15. 各国法院对双方当事人之间文件往来的要求解释不一。某些国家法院将“往来”一词严格解释为载明仲裁条款或协定的文件应由收件方返还最初的发件方。³⁸根据判例法的这一趋势，要求发生“往来”，因而要求有内含仲裁条款的合同书面要约，或仲裁协议书面要约，并要求有书面承诺函，排除了大量的事实情形。³⁹在其他案例中，只要仲裁条款或协议的接收方随后发出的信函中提及仲裁条款或协定，就被视为充分满足第二(2)条的要求。⁴⁰

³⁵ 美国地区法院，Kahn Lucas Lancaster, Inc.诉 Lark International Ltd (1997 年 8 月 11 日) (No.95 CIV 10506)：法院效法了 Sphere Drake Insurance plc 诉 Marine Towing, Inc.一案，而非 Sen Mar Inc.诉 Tiger Petroleum Corp.一案：该案涉及被告履行但未签署的购货单；法院认为“合同中载明的仲裁条款足以关涉《纽约公约》；既然法院能够在合同中找到仲裁条款，就不必由双方当事人签署或在函电往来中载明‘书面协定’。”此案进行上诉时（见下文脚注 36），对第二(2)条的上述解释受到否定。

³⁶ 美国第二巡回上诉法院，Kahn Lucas Lancaster, Inc.诉 Lark International Ltd, 1999 年 7 月 29 日 (186 F 3d 210)：法院称，“书面协定”的定义要求，一份协定，无论是仲裁协议还是合同中的仲裁条款，都应由双方当事人签名或在双方的一系列函电往来中载明。

³⁷ 美国康涅狄克地区法院判决 Coutinho Caro & Co USA Inc 诉 Marcus Trading Inc.一案 (2000 年 3 月 14 日) 和 Judy Tien Lo 诉 Aetna International 一案 (2000 年) WL 565465 时，美国加利福尼亚南区地区法院判决 Chloe Z Fishing Co., Inc 诉 Odyssey Re (London) Ltd 一案 (2000 年 4 月 29 日) 109 F Supp 2d 1236 时，都沿用了 Kahn Lucas 上诉案例的推论。加利福尼亚南区地区法院注意到不同的解释，表示倾向于 Kahn Lucas (1999 年) 一案的解释（与 Sphere Drake (1994 年) 相反），但强调 Kahn Lucas 一案中的事实不能搬入本案。其他若干案件明确沿用了 Kahn Lucas 一案的解释：美国华盛顿西区地区法院，Bothell and Bothell 诉 Hitachi Rosen Corporation, 2000 年 5 月 19 日，(97 F Supp 2d 1048)，法院否决了根据对“往来”限制性很强的解释而延缓法律诉讼的动议；联合王国商事法院王座庭，在 XL Insurance Ltd 诉 Owens Corning 一案 (2000 年 7 月 28 日，2 Lloyd's Rep 500) 中也提到了 Kahn Lucas 上诉案的论证（商事仲裁年鉴二十六 (2001 年) 第 869 页）。

³⁸ 意大利那不勒斯上诉法院 (1974 年) (商事仲裁年鉴一，(1976 年) 第 11 号案件，第 193 页)

³⁹ A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1，第 12 段。

⁴⁰ 意大利佛罗伦萨上诉法院 (1977 年)，(商事仲裁年鉴四 (1979 年) 第 29 号案件，第 289 页)。

B. 形式要求未满足时其他法律原则的适用

依据当事人的行为(“不容否认”)

16. 出现的一个问题是，如果一方毫无异议地对于仲裁协议作出了明确的行动，之后是否会以善意为由禁止该方提出仲裁协议不符合第二(2)条规定的书面要求。

17. 在若干判决中，各国法院根据当事人的行为，参照国内合同法原则，⁴¹或考虑到第五(1)条的宽容用词“可拒”为法院在判定仲裁协议的缔结是否有效时提供了某些灵活性，⁴²从而承认了无书面形式的仲裁协议。此外，有一法院裁定，毫无异议地出席仲裁可解决缺乏书面形式的问题。⁴³不过，一些法院的判决适用该原则时界限较为模糊，这些判决提出，履约行为必须直接针对仲裁协议或使法院可以推断当事人希望接受仲裁协议。⁴⁴

因仅仅在文中参引或因通常的商业关系而并入仲裁条款或协议

18. 有的仲裁条款或协议虽未满足形式要求，但据发现因仅仅在合同或函电往来中参引而并入成为其中的一部分。《纽约公约》没有处理是否承认这类仲裁条款或协议的问题。

⁴¹ 美国，第七巡回上诉法院，Mary D. Slaney (美国) 诉 International Amateur Athletic Federation (摩纳哥)，2001 年 3 月 27 日，(商事仲裁年鉴二十六(2001 年)，第 1091 页)：法院称，仲裁协议的非签约方也可按照一般合同与代理原则，包括不容否认原则，受仲裁协议约束。

⁴² 香港高等法院，中国南海石油联合服务总公司深圳分公司 (中国) 诉吉泰集团有限公司，1994 年 7 月 13 日，(商事仲裁年鉴二十(1995 年)，第 671 页)：最高法院分析了不容否认的原则，认为该原则是《纽约公约》所固有的。

⁴³ 希腊雅典上诉法院，希腊公司诉联邦德国公司，判决第 4458 号，(1984 年) (商事仲裁年鉴十四(1989 年)，第 638 页)：毫无异议地出席仲裁可解决缺乏书面形式的问题；为了达成该判决，法院适用了国内仲裁诉讼法 (未提及《纽约公约》第七(1)条)。

⁴⁴ 西班牙最高法院，Delta Cereales Espana SL (西班牙) 诉 Barredo Hermanos SA (西班牙)，1998 年 10 月 6 日，(商事仲裁年鉴二十六(2001 年)，第 854 页)：“法院的解释旨在从双方当事人的通讯内容和行为上查明他们是否希望将仲裁条款加入合同中，或基本上希望将纠纷诉诸仲裁”；不过，在该案中，Delta 和 Barredo 提供的文件都不含满足第二(2)条要求的仲裁条款，因为都没有另一方的签名；瑞士日内瓦上诉法院，C 进出口公司 (中国) 诉 G SA (瑞士)，1997 年 12 月 11 日，(商事仲裁年鉴二十三(1998 年)，第 764 页)：法院称，除了经签名的书面文件外，《纽约公约》也允许双方当事人习惯贸易做法所接受的形式较不严格的文件。

19. 对于因在文中参引而并入的情况，各国法院裁定，第二(2)条要求仲裁协议必须在主合同中提及，⁴⁵除非双方当事人有持续的业务关系。⁴⁶如果有持续的业务关系，即使另一方未收到实际条款，也认为仲裁条款是通过文中的参引而并入在内的，理由是推定该方了解仲裁条款。⁴⁷

20. 若干案例采取了更为宽容的办法，认为即使主合同中没有仲裁条款，但若在某种书面形式中参引了载有该条款的文件，而该条款援引的被告方在缔结合同时了解该文件的内容，并接受将该文件并入合同，则可以判定为通过文中参引方式并入。⁴⁸在另一案例中，法院注意到《纽约公约》增强了倾向于仲裁而非

⁴⁵ 意大利最高法院，Molini Lo Presti SpA（意大利）诉 Continentale Italiana SpA（意大利），1996年3月2日，（商事仲裁年鉴二十二（1997年），第734页）：若合同中提及标准协定所载的仲裁条款，则认为其足以因关联而并入仲裁条款。

⁴⁶ 法国最高法院，Bomar Oil N.V.（荷属安第列斯群岛）诉 Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières ETAP（突尼斯），1993年11月9日（商事仲裁年鉴二十（1995年），第660页）：电传往来中提及“标准行业做法”、“标准合同”和“国际贸易惯例”，因而构成同意仲裁的证据；德国巴伐利亚邦高等法院，1998年9月17日（4 Z Sch 01/98）：双方当事人签署的销售合同明确包含“背面所印的条款和条件”，其中包括仲裁条款，这满足第二(2)条的形式要求，因为不是提及另一份文件。

⁴⁷ 德国石勒苏益格，2000年3月30日，16 SchH 05/99：双方当事人使用若干年的、提及标准合同表格背面的条款和条件的合同，虽然另一方从未收到过背面，也裁定为满足书面形式要求；瑞士联邦最高法院，Tradax Export S.A.（巴拿马）诉 Amoco Iran Oil Company（美国），1984年2月7日，（商事仲裁年鉴十一（1986年），第532页）：法院称，第二(2)条未提到参引并入的问题，对此问题的解决办法不一致；租船合同载有有效的仲裁条款，问题是，若提单上提及租船合同，是否因而并入该仲裁条款；在该案中涉及到有名望的商业公司，这些公司对租船合同标准条款的使用都很熟悉；因此，法院判定，既然提单提及了租船合同的所有条款和条件，而仲裁条款属于租船合同的一部分，鉴于所涉各方的经验，可认为被告（属 Amoco group）了解或应当了解运输合同的各个方面；因而法院认为仲裁条款有效。

⁴⁸ 法国最高法院，Bomar Oil N.V.（荷属安第列斯群岛）诉 Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières ETAP（突尼斯），1989年10月11日（商事仲裁年鉴十五（1990年），第447页）：法院称，虽然《纽约公约》没有排除承认参引并入的仲裁条款，但第二(2)条要求“在主合同中提及存在该条款，除非当事人之间有长期的业务关系，可确保双方都适当了解通常约束其商业关系的书面条件。”法国最高法院，Bomar Oil N.V.（荷属安第列斯群岛）诉 Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières ETAP（突尼斯），1993年11月9日（商事仲裁年鉴二十（1995年），第660页）：法院未提及《纽约公约》，称：“在国际仲裁领域，若未在主合同中提及仲裁条款，如果援引该条款所诉的一方在缔结合同时了解该文件的内容，而且即使是默示接受将该文件并入合同，则以书面形式提及载有该条款的文件，如一般条件或标准合同，也可作为有效约定”；澳大利亚昆士兰最高法院上诉审判庭，2000年6月27日，Austin John Montague 诉 Commonwealth Development Corporation（联合王国），上诉第8159号，（商事仲裁年鉴二十六（2001年），第744页）：昆士兰最高法院判定，签署职权范围若为国际商会仲裁程序的一部分，即等同于书面协定；美国纽约东区地区法院，美国 Stony Brook Marine Transportation Corp 诉 Leslie Wilton 等（1996年）：由一方代理人草拟、另一方代理人签署的订货单提及仲裁条款，结合习惯和海事承保人的惯例，认为该订货单参引并入了仲裁条款；西班牙最高法院，Consmaremma（意大利）诉 Hermanos Madrid SA（西班牙），2001年2月20日，（商事仲裁年鉴二十六（2001年），第858页）：销售确认文件载有国际商会仲裁条款，还提及一份也载有国际商会仲裁条款的表格，但只有一方签名。最高法院裁定，可适用《纽约公约》，满足了第二(2)条的要求，因为据称载有仲裁条款的最初合同和后来的一份合同都表明，双方当事人意图将其在合同下出现的纠纷提交仲裁。瑞士最高法院，G S.A.（瑞士）诉 T Ltd（联合王国）；1989年，（商事仲裁年鉴十五（1990年），第509页）：由书面文件往来而缔结的协定不需要提及仲裁条款，若一般性地提及载有仲裁条款的合同，即认为充分满足第二(2)条的形式要求。

诉讼的坚定政策，而该政策适用于国际商事领域且有特殊效力，因而称，尽管事实是双方当事人没有签署仲裁协议，但双方的函件往来中通过参引足以并入仲裁条款。⁴⁹

21. 在其他案例中，各国法院认为，只要双方当事人有可能研究一般条款，即，一般条款印于背面或由于双方经常有业务联系而了解这些条款，或由于商业惯例双方事先应对该文件有所了解，则文中的参引无须明确涉及仲裁条款，只需涉及整个合同。⁵⁰在某些案例中，参引并入未获认可，原因是参引不明确，或按通常的贸易惯例是模棱两可的。据其他案例看，如果仲裁协议并入在一份文件中，并有证据证明双方当事人受一份合同约束，且合同中包含该文件的条款，则不要求更多的仲裁协议证明。⁵¹

C. 新通信手段

22. 第二(2)条中明确提及“函电”，这就引发了一个问题，即(除函电之外)新的生成和记录通信的手段是否将被认为满足第二(2)条的形式要求。对于电传⁵²

⁴⁹ 美国第三巡回上诉法院，2003年6月20日，第02-2169号，(商事仲裁年鉴二十九(2004年)，第978页)。

⁵⁰ 瑞士上诉法院，巴塞尔兰州，Dietf Ltd 诉 RF AG，1994年7月5日，(商事仲裁年鉴二十一(1996年)第685页)：卖方寄给买方的订单确认书中提及背面的一般业务规则，其中包括仲裁条款；买方的传真答复中提及该订单确认书，并就货物包装等提出了某些请求；法院称书面认可不必特别提及仲裁条款，涉及整个合同即可，因而裁定满足第二(2)条的形式要求。

⁵¹ 联合王国上诉法院，Zambia Steel&Building Supplies Ltd.诉 James Clark&Eaton Ltd，1986年5月16日((1986年)2 Lloyd's Rep.225)：法院提及1975年英国《仲裁法》，称：“书面条款表示同意不要求包含在书面协定中，而可以用其他证据证明，一旦清楚了，则(……)一份或多份文件中若有证明当事方同意受[仲裁]协定约束的任何证据，该文件即足以充当书面[仲裁]协定(……)。”商事法院王座庭在 Abdullah M Fahem and Co (也门)诉 Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (英国) Ltd (1997年)一案中的判决沿用了 Zambia Steel 一案(1986年)的推论(商事仲裁年鉴二十三(1998年)第789页)，在法庭上提出有一份仲裁协议，请求暂停法院程序；法院引用英国《仲裁法》，认为该法律对“书面”一词词意的规定非常广泛，甚至比《贸易法委员会仲裁示范法》第七(2)条还广泛，不过据说仍与第二(2)条一致；法院认为，如果仲裁协议包含在一份文件中，又经证明双方当事人都受一份合同约束，且合同中包括该文件的条款，则不要求更多的仲裁协议证明。

⁵² 美国纽约南区地区法院，Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (沙特阿拉伯)和 Oriental Commercial and Shipping Co (UK) Ltd (联合王国)诉 Rosseel N.V. (比利时)，1985年3月4日，(609F Supp 75)；法国上诉法院，巴黎，Bomar Oil NV 诉 ETAP，1987年1月20日，(1987年，rev. Arb. 482)；瑞士联邦法院，G.S.A 诉 T. Ltd，1989年1月12日，(商事仲裁年鉴十五(1990年))；意大利萨沃纳法院，Dimitros Varverakis 诉 Comanis de Navigacion Artic SA，1981年3月26日，(商事仲裁年鉴十(1985年))；奥地利最高法院，1972年5月2日，(商事仲裁年鉴十(1985年))；瑞士联邦最高法院，Tracom SA 诉 Sudan Oil Seeds Co，1987年，(商事仲裁年鉴十二(1987年))。

和传真⁵³，各国法院对这个问题的回答是肯定的。一法院称，第二(2)条的意图不可能是排除经营商务常用的所有其他形式的书面通信。⁵⁴在某些案例中，各国法院裁定，即使形式要求的意思是仲裁协议必须以书面形式存在，但若可作为书面证据证明和确认双方当事人共同意愿的文件中载有该协议，也即满足要求。⁵⁵

23. 在另一案例中，一国法院裁定，第二(2)条应根据《贸易法委员会仲裁示范法》第 7(2)条和《瑞士国际私法法》第 178 条较为宽松的要求来解释和应用。⁵⁶该法院称，鉴于现代通信手段，无签名的文件所起的作用越来越重要，签名要求正在变得不那么重要，而且在特定的案例中，由于善意规则，具体行为可能会代替形式要求。不过，这种解释没有得到广泛认可，至少有一个法院认为，电子邮件往来不能满足第二(2)条的形式要求。⁵⁷

二. 《纽约公约》第二(2)条和第七(1)条之间的相互作用

24. 《纽约公约》被称为有“支持执行”的倾向，因为它试图鼓励尽量在更多的案例中执行裁决。这一目的通过第七(1)条达成，即取消国家法律中比《纽约公约》更为严格的承认和执行条件，同时允许继续执行对寻求执行裁决的一方给予特殊权利或更为优惠权利的任何国内条款（A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1，第 21 段）。

25. 许多国内法律也规定了仲裁协议的形式有效性，对此，各国法院必须确定这类国家法规与第二(2)条的形式要求是何种关系。各国法院可否根据第七(1)条适用本国较为宽松的法律，而非《纽约公约》中较为严格的要求，此问题引发若干问题。

⁵³ 美国第二巡回上诉法院，Titan Inc 诉 Guangzhou Zhen Hua Shipping Co Ltd，2001 年 2 月 15 日 (241 F 3d 135)；德国汉堡州高级法院，1998 年 7 月 30 日(商事仲裁年鉴二十五(2000 年)，第 714 页)：法院裁定，鉴于科技发展，电传和传真像电报一样，应当作第二(2)条含义中的信函来处理；瑞士联邦最高法院，Tracom S.A. (瑞士) 诉 Sudan Oil Seeds Co Ltd (联合王国)。1985 年 11 月 5 日(商事仲裁年鉴十二(1987 年)，第 511 页)：最高法院裁定，通过仲裁解决纠纷的电传和信函以及在电传中指定仲裁人都满足了第二(2)条的形式要求。

⁵⁴ 美国加利福尼亚南区地区法院，Chloe Z Fishing Co Inc 等诉 Odyssey Re (london) Ltd (2000 年) (109 F Supp 2d 1236)。

⁵⁵ 瑞士巴塞尔上诉法院，DIETF Ltd 诉 RF AG (1994 年)。

⁵⁶ 瑞士联邦法院，Compagnie de Navigation de Transports SA 诉 MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995 年) BGE 121 III 38，《瑞士仲裁联合会通讯》3/1995 503：联邦国际私法法第 178 条规定如下：“对于形式问题，通过电报、电传、传真或其他任何可用文本证明的通讯手段以书面形式形成的仲裁协议应为有效。(……)”

⁵⁷ 挪威 Halogaland 上诉法院，1999 年 8 月 16 日，《(斯德哥尔摩仲裁报告》，(1999 年)，第二卷，121)：法院认为，依据《纽约公约》第二(2)条，以彼此往来电子邮件提及金康租船合同而缔结的合同不能构成的书面仲裁协议。法院裁决，彼此往来的电子邮件与金康租船合同副本未经签署，不能满足“公约所设之法律保护的基本要求”。

A. 统一的形式要求还是最大限度的形式要求

26. 第一个问题是,《纽约公约》是否应解释为规定了一个统一的形式要求,仲裁协议在《纽约公约》下都必须遵守,⁵⁸或《纽约公约》第二(2)条是否设立了对形式的最大限度要求(因而各国可自由采用较为宽松的要求)⁵⁹(见A/CN.9/WG.II/WP.139第121-22段)。

27. 许多国内法律对于第二(2)条的要求都采取了较为宽松的方法。另外,有些国家法院适用国内法律而非《纽约公约》,以便支持一个仲裁条款,这种情况也确实存在。⁶⁰若干法院判决还依据第七(1)条,对《纽约公约》视为无效的仲裁协议,依照国内法律承认其有效性。⁶¹在一个案例中,法院认定“若当事人受没有

⁵⁸ 瑞士联邦最高法院, Tradax Export S.A. (巴拿马) 诉 Amoco Iran Oil Company (美国), 1984 年 2 月 7 日 (商事仲裁年鉴十一 (1986 年), 第 532 页) 和瑞士联邦最高法院, Tracom S.A. (瑞士) 诉 Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (联合王国), 1985 年 11 月 5 日, (商事仲裁年鉴十二 (1987 年), 第 511 页): 在这些案例中, 法院强调了第二条的统一规定性, 称“第二条包含统一适用的规定, 在适用公约的案例中替代国家法律”; 石勒苏益格州高级法院, 2000 年 3 月 30 日, 16 SchH 05/99: 第二(2)条在形式要求方面取代任何国家法律, 自主解释的原则意为仲裁协议的解释和范围不可适用国家法律, 无论国家法律在形式要求上比第二条严格还是宽松。

⁵⁹ 德国科隆上诉法院, 丹麦买方诉德国卖方, 1992 年 12 月 16 日, (商事仲裁年鉴二十一 (1996 年), 第 535 页): 法院称“可从公约第七(1)条推论, 公约第二(2)条没有规定统一的规则(……)。”(另见本文件脚注 8。)

⁶⁰ 荷兰一审法院, 鹿特丹, 1995 年 9 月 28 日, Petrasol BV (荷兰) 诉 Stolt Spur Inc. (利比里亚) (商事仲裁年鉴, 二十二, 第 762-765 页): 法院认定“《纽约公约》(特别是第二条)的规定不排除以类推法适用民法第 1074 条, 因为公约第七(1)条规定可适用更有利的法律”; 印度德里高等法院, 1993 年 10 月 15 日 (1990 年第 1440 号诉讼和 1990 年 I.A 第 5206 号, D-15-10-1993), Gas Authority of India, Ltd 诉 SPIE-CAPAG, SA (法国), Nippon Kokan Corporation (日本), Toyo Engineering Corporation (日本), 国际商会 (商事仲裁年鉴二十三, 第 688-712 页): 法院承认“国际商事仲裁协议的当事人可依据国内法而非公约寻求执行仲裁裁决, 尽管实际上他们可能已经商定在公约第二条下执行仲裁协议。若仲裁协议没有产生可在公约下执行的仲裁裁决, 仍可依据印度相应的国内法《印度仲裁法》来执行”; 法国最高法院, Bomar Oil NV (荷属安第列斯群岛) 诉 Entreprises Tunisiennes d'Activités Pétrolières, 1993 年 11 月 9 日 (商事仲裁年鉴二十 (1995 年) 第 660 页); 法国凡尔赛上诉法院 Bomar Oil NV (荷属安第列斯群岛) 诉 Entreprises Tunisiennes d'Activités Pétrolières, 1991 年 1 月 23 日 (商事仲裁年鉴十七 (1992 年), 第 488-490 页): 巴黎上诉法院 1987 年在 Bomar Oil 一案的裁决中处理了该问题, 法院认为, 《纽约公约》第二(2)条阐述了一项“必须适用于所有案件的实体规则”。法国最高法院推翻了该判决, 但未直接处理该问题。

⁶¹ 最高法院 (德国), 1970 年 5 月 25 日, (商事仲裁年鉴 1977 年, 第 237 页); 荷兰上诉法院, 海牙, Owerri commercial Inc. (巴拿马) 诉 Dielle Srl. (意大利), 1993 年 8 月 4 日, (商事仲裁年鉴十九, 第 703 页)。

签名的书面仲裁条款约束，则按一般合同原则处理。”⁶²在另一案例中，由于未满足第二(2)条的形式要求，法院依据《纽约公约》第七(1)条执行了仲裁裁决。⁶³

28. 在若干涉及国际仲裁的案例中，一些国家的法院援引了《纽约公约》，但对于仲裁协议是否有效和可否执行的问题，却适用了国内法律原则。⁶⁴

29. 各国法院并非一直将《纽约公约》视作可替代国内法律，某些法院适用国内法而不参引《纽约公约》第七(1)条⁶⁵，裁定虽然仲裁协议必须是书面形式，但没有要求签名，而在没有签名的情况下，当事人是否受仲裁协议约束依一般合同原则决定。⁶⁶在这一基础上，若干国家的法院认为，以参引仲裁条款的方式

⁶² 美国，纽约南区地区法院，Beromun Aktiengesellschaft 诉 Societa Industriale Agricola “Tresse” di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 1979 年 4 月 3 日，(41 F Supp 1163)。

⁶³ 德国科隆州高级法院 (1992 年) (商事仲裁年鉴二十一 (1996 年)，第 535 页)。

⁶⁴ 美国纽约南区地区法院，Beromun Aktiengesellschaft 诉 Societa Industriale Agricola : “tresse” di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 1979 年 4 月 3 日，(41 F Supp 1163)；美国第二巡回上诉法院，Genesco Inc 诉 Kakiuchi & Co, 1987 年 4 月 1 日，(815 F 2d 840)：法院采取了相似的适用国内法的方式：Jamaica Commodity Trading Company Limited 诉 Connell Rice & Sugar Co, Inc.一案，美国纽约南区地区法院，1985 年 5 月 24 日，(85 Civ 1210)，在该案中，法院判决，虽然仲裁协议必须是书面形式才能执行，但没有签名要求；在 Astor Chocolate Corporation 诉 Mikroverk Ltd, 1989 年 1 月 20 日，(704 F Supp 30 (EDNY)) 一案中，美国纽约东区地区法院认为，虽然联邦法律对仲裁条款的范围问题作了规定，但州法律规定了该条款是否属于合同一部分的问题。在 Progressive Casualty Insurance Co.诉 C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela (1993 年) (991 F Supp 2d 42)：第二巡回上诉法院未提及《纽约公约》，仅援引国内案例，裁定依据纽约法仲裁协议具约束力，因为它是参引并入；在 Overseas Cosmos Inc 诉 NR Vessel Corp (1997 年) (97 Civ 5898) 一案中，美国加利福尼亚南区地区法院援引 Genesco 一案 (1987 年)，认为当事人即使没有签署仲裁协议，也可受仲裁协议约束，这是公认的做法。在没有签名的情况下，当事人是否受协定约束由一般合同原则决定；联合王国王座庭 XL Insurance Ltd 诉 Owens Corning, 2000 年 7 月 28 日 (2 Lloyd’s Rep 500, 商事仲裁年鉴，二十六 (2001 年) 第 869 页)；联合王国上诉法院，Zambia Steel & Building supplies Ltd.诉 James Clark & Eaton Ltd, 1986 年 5 月 16 日 ((1986) 2 Lloyd’s Rep. 225)：法院援引 1975 年英国仲裁法，称“书面条款表示不要求将同意包含在书面协定中，而可以用其他证据证明，一旦清楚了这一点，则 (……) 一份或多份文件中若有证明当事方同意受[仲裁]协定约束的任何证据，该文件即足以充当书面[仲裁]协定 (……)。”商事法院王座庭对 Abdullah M Fahem and Co (也门) 诉 Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (UK) Ltd (1997 年) 一案的判决沿用了 Zambia Steel 一案 (1986 年) 的推论 (商事仲裁年鉴二十三 (1998 年) 第 789 页)，当时以仲裁协议为由请求延缓法律程序；法院援引了英国仲裁法，认为该法律所规定的“书面”一词的意义非常广泛，甚至广于《贸易法委员会仲裁示范法》第七(2)条的规定，不过据说仍符合第二(2)条；法院认为，如果仲裁条款载于一份文件中，而且经证实对当事人有约束力的协定中包含该文件的条款，则不要求再提供仲裁协议的证据。

⁶⁵ 法国最高法院，Societe Britannia 诉 Societe Jezequel et Maury, 1987 年 7 月 15 日，(Rev arb.1990, 第 627 页)；法国上诉法院，法国巴黎，Societe Abilio Rodriguez 诉 Societe Vigelor (1990 年) (Rev. Arb. 1990, 第 691 页)；法院适用国内法，认为经纪人发出的销售确认函参引并入了仲裁条款。

⁶⁶ 美国纽约东区地区法院，Astor Chocolate Corporation 诉 Mikroverk Ltd (1989 年) (704 F Supp 30 (EDNY))；美国加利福尼亚南区地区法院，Overseas Cosmos Inc.诉 NR Vessel Corp (1997 年) 97 Civ 5898 援引 Genesco 一案 (1987 年)；法国最高法院，Bomar Oil NV (荷属安第列斯群岛) 诉 Entreprises Tunisienne d’Activitiés Petrolières ETAP (突尼斯)，1993 年 11 月 9 日 (商事仲裁年鉴二十 (1995 年) 第 660 页)。

而形成的具体并入即可满足形式要求，依据是《国际货物销售合同公约》(1980年，维也纳)⁶⁷或国内法律原则⁶⁸或国际《贸易法委员会仲裁示范法》。⁶⁹至少有一个法院认为，虽然事实上当事人都未签订书面合同，仲裁协议仍然存在，“这是该行业的普遍惯例。”⁷⁰

30. 一些国家的法院在判定仲裁协议的有效性时适用国内法律而不是《纽约公约》，在此情况下，另一个不确定的领域是确定对该问题适用哪种法律。对于这一点，法院提出的解决办法也不一而足。判定仲裁协议的形式有效性可适用第二(2)条的统一规则，而根据《纽约公约》第五(1)(a)条，仲裁协议的实质有效性可以按照国内法律确定。在某些案例中，各国法院没有区分《纽约公约》对仲裁协议有效性规定的形式要求(书面形式)和国内法律所规定的实质要求，而对上述两种要求都适用了国内法律。⁷¹其他一些国家的法院则认为，在无当事人协议的情况下，必须依照作出裁决的所在国的法律判定仲裁协议的有效性。⁷²

⁶⁷ 美国纽约南区地区法院，Filanto SpA 诉 Chilewich International Corp.，1992 年 4 月 14 日，(789 F Supp 1229，商事仲裁年鉴十八(1993 年)，第 530 页)：法院称，任何在《纽约公约》管辖范围内的纠纷，无论诉至州法院还是联邦法院，都必须参照该文书来解决；不过，它又称，法院在解释形式要求时一般从《纽约公约》简单的文字着手，然后根据联邦法律适用，联邦法律包含被广泛接受的合同法原则；不过，法院拒绝适用《统一商法典》，而适用《联合国国际货物销售合同公约》(1980 年，维也纳)。

⁶⁸ 美国第七巡回上诉法院，Mary D Slaney (美国) 诉 International Amateur Athletic Federation (摩纳哥)，2001 年 3 月 27 日，(商事仲裁年鉴二十六(2001 年)，第 1091 页)；美国第二巡回上诉法院，Square 诉 Bombay，1999 年 8 月 23 日。

⁶⁹ 香港高等法院，江西省五金矿产进出口公司诉 Sulanser Company Ltd，1995 年 4 月 6 日，(商事仲裁年鉴二十一(1996 年)，第 546 页)：法院认为，第二(2)条中书面的定义不是唯一的，不妨碍适用国际《贸易法委员会仲裁示范法》第七(2)条。

⁷⁰ 法国上诉法院，巴黎 SARL Centro Stoccaggio Grani 诉 SA Granit，1995 年 6 月 8 日，(Rev. Arb. 89)。

⁷¹ 瑞士，瑞士联邦法院，Compagnie de Navigation de Transports SA 诉 MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995 年) BGE 121 III 38，(《瑞士仲裁联合会通讯》3/1995 503)：法院判定，第二(2)条应依据国际《贸易法委员会仲裁示范法》第七(2)条和《瑞士国际私法法》第 178 条较为宽松的要求来解释和适用。法院称，鉴于现代通讯手段，未签名的文件发挥着重要作用，签名要求变得越来越不重要。在特殊的案例中，按照善意规则，特定的行为可以代替书面要求；意大利最高法院，Lanificio Walter Banci SaS (意大利) 诉 Bobbie Brooks Inc (美国) (1980 年) (商事仲裁年鉴六(1981 年)第 233 页)；法院讨论了第二条和第五条在执行程序中的关系，结论是，在执行时，适用第五条而非第二条；因此，法院认为，仲裁条款的书面形式符合适用的国内法律，称依据第五(1)(a)条，若在当事人没有协议的情况下进行了裁决，则必须依照裁决所在国的法律判定仲裁协议的有效性；法院没有确定仲裁协议是否符合第二条；意大利最高法院在对 Conceria G De Maio & F snc (意大利) 诉 EMAG AG (瑞士) (1995 年) (商事仲裁年鉴二十一(1996 年)第 602 页)的判决中从某种角度上肯定了这种观点；法院认为，在执行程序中，适用第五条而非第二条，仲裁条款的有效性应依据适用法律确定。

⁷² 意大利最高法院，Lanificio Walter Banci SaS (意大利) 诉 Bobbie Brooks Inc. (美国)，1980 年 4 月 15 日，(商事仲裁年鉴六(1981 年)第 233 页)；意大利最高法院，Conceria G De Maio & F snc (意大利) 诉 EMAG AG (瑞士)，1995 年 1 月 20 日 (商事仲裁年鉴二十一(1996 年)第 602 页)；Universal Peace Shipping Enterprises SA (巴拿马) 诉 Montipe SpA (意大利) (1991 年)，(商事仲裁年鉴十七(1992 年)第 562 页)。

B. 自成一体制度

31. 《纽约公约》的规定可否与国内法律的规定结合起来的问题，主要是针对《纽约公约》第二(2)条的适用问题而提出的。

32. 某些国家的法院认为《纽约公约》是一种自成一体制度，这些法院裁定，若根据不符合《纽约公约》要求的协议作出裁决，又利用该制度从中受益，这违背《纽约公约》制订者的初衷。用这一观点看，第七(1)条不会允许当事人将《纽约公约》的规定与国内法关于执行外国裁决的规定结合起来。据称，依据《纽约公约》还是依据国内法律，二者只能选择其一。⁷³

33. 不过，某些国家的法院裁定，《纽约公约》不含任何妨碍将其某些规定与国内法中更为宽松的规定结合应用的内容。⁷⁴

C. 第七(1)条和提及仲裁协议

34. 另一个问题是，适用于执行仲裁裁决的第七(1)条是否还可适用于仲裁协议。某些国家的法院在确定仲裁协议可否执行的问题时适用国内法律，因此认为，由于第七(1)条在行文中提及执行仲裁裁决的问题，所以应当解释为也适用于仲裁协议。⁷⁵

三. 结束语

A. 概论

35. 对于第二(2)条界定的形式要求，各国法院的解释大相径庭。特别是，“签名”一词意味着什么，签名要求是否既适用于合同中的仲裁条款也适用于仲裁协议，还有“函电往来”的要求是什么，对这些问题的解释各异，有时互相冲突。对形式要求的不同司法解释和以其他法律原则来规避形式要求这一趋势可能会破坏《纽约公约》的原则和关于承认与执行仲裁协议的法律的统一性。

36. 在许多国家中，对于为承认不符合第二(2)条所列的形式要求的仲裁协议可适用第七(1)条的情况，法院已经确立了明确的立场，不过不同国家的立场各

⁷³ 德国科隆上诉法院，丹麦买方诉德国卖方，1992年12月16日，（商事仲裁年鉴二十一（1996年），第535页）。

⁷⁴ 德国汉姆州高级法院，1983年11月2日，（商事仲裁年鉴十四（1989年），第629页）：法院同时适用了德国新《民事诉讼法》和《纽约公约》来执行国外裁决；荷兰一审法院，鹿特丹，Isaac Glecer（以色列）诉 Moses Asrael Glecer and Estera Glecer-Nottman（比利时），1994年11月24日（商事仲裁年鉴二十一（1996年），第635页）：法院准予执行，裁定，除其他外，依据《纽约公约》第七(1)条，执行适用荷兰民事诉讼法第1076条。

⁷⁵ 美国第二巡回上诉法院，Genesco, Inc 诉 Kakiuchi & Co., 1987年4月1日，（815 F 2d 840）；联合王国商事法院王座庭，XL Insurance Ltd 诉 Owens Corning, 2000年7月28日，2 Lloyd's Rep 500,（商事仲裁年鉴二十六（2001年）第869页）。

异。适用第七(1)条的长处是避免适用第二(2)条，因为国家颁布的关于仲裁协议形式要求的规定更为有利，允许制定在更为多样的情况下支持仲裁协议有效性的规则。工作组目前正在修改《贸易法委员会仲裁示范法》第七(2)条，鼓励各国广泛采用该条规定，这将提供一种有效的手段，使得在形式要求问题上取得更大程度的统一，这更为符合现代仲裁的需要。

B. 关于解释公约第七(1)条的声明草案

37. 如上所述（第 24 至 34 段），在第七(1)条的适用问题上存在着不确定的领域。鉴于工作组目前针对第二(1)条的工作，以及《贸易法委员会仲裁示范法》第七(2)条的修订示范条款草案，工作组似宜考虑，拟定关于《纽约公约》第七(1)条的指导原则是否也有助于在适用上达到更大程度的统一。关于对示范法第七(1)条的解释声明可行文如下：

关于对 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》第七(1)条的解释声明

“联合国国际贸易法委员会，

“[1] 回顾大会 1966 年 12 月 17 日第 2205(XXI)号决议，该决议设立了以促进国际贸易法之逐渐协调与统一为宗旨的联合国国际贸易法委员会，

“[2] 意识到委员会的组成包括世界上不同法律、社会和经济制度及不同发展水平不同的国家，

“[3] 回顾大会先后多项决议重申委员会作为联合国系统在国际贸易法领域的核心法律机构协调本领域法律活动的任务，

“[4] 意识到其任务是促进国际贸易法之逐渐协调与统一，除其他外，所采取的方式可以是推广适当的方式方法，确保对国际贸易法领域的各项国际公约和统一法作出统一的解释和适用，

“[5] 深信《承认及执行外国仲裁裁决公约》获得广泛通过尤其在国际贸易领域是促进法治工作的一项重要成就，

“[6] 回顾拟定公约并开放公约供签署的那次全权代表会议通过的一项决议，其中指出，除其他外，会议‘认为各国国内仲裁法律的进一步统一可增进仲裁在解决私法纠纷方面的效力’，

“[7] 铭记其中部分原因是公约五种同等效力文本在表达上的差别造成对公约的形式要求存在不同的解释，

“[8] 考虑到公约第七(1)条的一个目的是使外国仲裁裁决在最大程度上得以执行，特别是通过承认任何利害关系方有权援用所寻求依据裁决执行的另一所在国当地的法律或条约，包括其中规定的制度较公约更为有利的法律或条约，

“[9] 考虑到电子商务的广泛应用，

“[10] 考虑到各项国际法律文书，如经后来修订的 1985 年《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》、《贸易法委员会电子商务示范法》、《贸易法委员会电子签名示范法》和《联合国国际合同使用电子通信公约》，

“[11] 还考虑到颁布的一些国内立法，包括判例法在内，在对仲裁协议的形式要求、仲裁程序和执行仲裁裁决方面较公约更为有利，

“[12] 考虑到在解释公约时，必须重视需要促进承认与执行仲裁裁决的问题。

“[13] 建议适用公约第七(1)条，以便允许任何利害关系方根据所寻求依据仲裁协议执行的另一所在国当地法律或条约的规定运用其可能享有的权利，寻求该仲裁协议的有效性获得承认。”
