

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.09.005

欢迎按以下格式引用:林洋.论仲裁协议的调查方式[J].重庆大学学报(社会科学版),2019(2):145-154.

Citation Format:LIN Yang. The investigation method of arbitration agreement[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition),2019(2):145-154.

论仲裁协议的调查方式

林 洋

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

摘要:大陆法系国家和地区一般将仲裁协议、诉讼费用担保和不起诉契约等情况作诉讼障碍,由被告主张妨诉抗辩开启调查程序,采辩论主义的调查方式。《仲裁法》本将仲裁协议作诉讼障碍而由当事人主张,但《民事诉讼法》及《民事诉讼法解释》却将“仲裁协议的不存在”作诉讼要件而采取职权调查方式。中国立法和理论缺乏对诉讼障碍的规定和研究,导致《民事诉讼法》及《民事诉讼法解释》将诉讼要件和诉讼障碍混淆。《民事诉讼法解释》对仲裁协议调查方式的规定,不当侵害当事人的纠纷解决方式选择权,更不恰当扩大法官诉讼要件中调查权。建构诉讼障碍制度,将仲裁协议作诉讼障碍而由当事人主张妨诉抗辩开启调查程序,采辩论主义调查方式,方是仲裁协议调查方式的完善方向。

关键词:仲裁协议调查方式;诉讼障碍;妨诉抗辩;辩论主义

中图分类号:D925.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2019)02-0145-10

仲裁协议合法有效,就会产生排除法院对相关纠纷管辖的效果,但该效果需要一定程序提出,即仲裁协议的调查方式。大陆法系国家和地区一般将仲裁协议作为诉讼障碍而非诉讼要件,诉讼障碍采取辩论主义,诉讼要件采取职权探知主义^[1]。其中,诉讼障碍和诉讼要件依据“当事人之可处分(支配)性,可区分为强制诉讼要件、任意诉讼要件与诉讼障碍。其区分实益,乃强制性诉讼要件系法院应依职权审酌者,且非当事人所能处分,如诉讼能力或同一事件别无系属等要件均属之。诉讼要件中关于管辖权,虽于部分情形仍有当事人处分之空间(如管辖权之协议),但此一要件仍系由法官不待抗辩即应职权审酌之事项;而与待当事人抗辩始予审酌之事项(即诉讼障碍要件),例如仲裁协议者,有所不同”^[2]。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)将仲裁协议作诉讼障碍,由当事人主张妨诉抗辩的方式提出,采用辩论主义的调查方式。但《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法解释》)中缺乏诉讼障碍的规定,《民事诉讼法解释》将仲裁协议作职权调查事项而采取

修回日期:2018-09-07

基金项目:教育部人文社会科学研究一般项目“民事争点简化协议效力作用机制研究——以实现庭审优质化为视角”(17YJC820003);安徽省高校省级人文社会科学研究重点项目“民事诉讼立案登记制实证研究”(SK2016A0686)

作者简介:林洋(1991—),男,山东梁山人,西南政法大学法学院博士研究生,主要从事民事诉讼法学研究,Email:1039108150@qq.com。

权探知主义的调查方式,与诉讼要件调查方式等同而引发种种问题。正本清源,比照大陆法系国家和地区仲裁协议调查方式的规定,分析中国相关问题成因,并就问题解决提出可行建议。

一、问题提出:仲裁协议调查方式规定的相悖和实践混乱

(一) 仲裁协议之调查方式立法规定的相悖

《仲裁法》将仲裁协议作诉讼障碍,由当事人主张妨诉抗辩提出,采用辩论主义方式调查仲裁协议。《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》将“仲裁协议不存在”作诉讼要件,属法官职权调查事项,采取权探知主义方式调查仲裁协议。

1. 《仲裁法》规定仲裁协议采诉讼障碍的调查方式

《仲裁法》第5条明确规定“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”。从条文表述上只能明确仲裁协议的妨诉效果,未能明确其调查方式。但《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”。第26条明确规定,仲裁协议必须通过当事人主张的方式提出,当双方当事人均未主张仲裁协议存在时,相关法院自动通过应诉管辖取得管辖权。

从条文内容分析看,《仲裁法》将仲裁协议的存在作为诉讼障碍,而非诉讼要件。从仲裁协议的调查方式看,只有当事人主张仲裁协议的妨诉抗辩之后,法院才能对仲裁协议的存在进行必要审酌,而非依职权直接调查仲裁协议存在与否。况且,在仲裁协议的具体调查之中,仲裁协议存否的证明由主张的当事人提供必要的证据,而非法官采取职权探知主义方式收集证据以调查仲裁协议是否合法有效。换言之,在一方当事人未按照仲裁协议申请仲裁而是提出诉讼之时,另一方当事人只能在相关诉讼开始之时,以妨诉抗辩的方式提出仲裁协议的存在,否则相应仲裁协议就视为自始不存在。

2. 《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》采诉讼要件的调查方式

中国《民事诉讼法》第124条第2项之规定,双方当事人达成仲裁协议后,任何一方当事人都不得向法院起诉。从文意解释角度,“(法院)告知原告向仲裁机构申请仲裁”之表述,仅能看出法官在当事人均为主张仲裁协议而主动发现仲裁协议时,应该对当事人进行释明而提示当事人向仲裁机构申请仲裁。结合《民事诉讼法解释》第215条的规定可知,如果仲裁协议一方当事人不听取法官释明而坚持向法院起诉的,人民法院直接裁定不予受理。在案件已经受理之后发现仲裁协议存在的,结合《民事诉讼法解释》第208条第3款的内容可知,法官在立案后发现存有仲裁协议的,应该裁定驳回起诉。对《民事诉讼法》第124条第2项、《民事诉讼法解释》第215条和第208条第3款的内容进行体系解释可知,《民事诉讼法》及其解释将仲裁协议作诉讼要件处理,以法官职权启动仲裁协议调查程序,采取权探知主义方式调查仲裁协议是否合法有效?

(1)理由一:裁定不予受理或驳回起诉皆由法官职权决定。在立案时,立案庭法官发现存有仲裁协议时应该告知当事人申请仲裁,直接依职权裁定不予受理。该种操作蕴含“仲裁协议不存在”属于案件受理要件之一,即《民事诉讼法解释》215条明显将“仲裁协议的不存在”作为诉讼要件之职权调查事项。若将仲裁协议作诉讼障碍事项,则不能将诉讼障碍不存在作为案件的受理条件,而应该受理案件后由被告主张妨诉抗辩而驳回起诉。在立案之后,裁定驳回起诉并不以被告提出管辖权

异议为前提,只要法院发现存在合法有效的仲裁协议就应裁定驳回起诉。从这个逻辑分析看,法官对仲裁协议存在的情况采用职权调查方式。因为在该协议一方当事人起诉时,起诉行为本身就代表该方当事人并没有主张该仲裁协议的妨诉效果。而法院在发现仲裁协议合法有效时,并没有顾及被告是否在主张该仲裁协议的妨诉效果,而径行认定越过当事人直接认定仲裁协议的妨诉效果。

从《民事诉讼法》第124条和《民事诉讼法解释》第215条、208条内容的相关分析看,中国法院对仲裁协议采诉讼要件的职权调查方式,并不采诉讼障碍之当事人抗辩提出的辩论主义调查方式。法官职权调查方式也适用于中国《民事诉讼法》第119条规定的一般起诉和受理要件。因《民事诉讼法》119条所规定的案件受理条件都是采取职权调查主义,即法院必须依职权审查原告的起诉行为是否具有119条规定的四个起诉条件。且不论中国现在民事案件是否属于真正立案登记制度^[3],中国民事案件受理的条件采用的职权调查方式与大陆法系将诉讼要件作职权调查事项之法理相同^[4]。职权调查事项区别于职权探知主义,“是否具备诉讼要件不用等待当事人的申请”^{[4]155},法院必须职权收集资料和职权判断相关要件是否存在及合法。但职权调查事项并不禁止当事人提出相关资料,职权调查亦存有职权调查资料收集不全面的情况^{[1]5-35}。

(2)理由之二:双方当事人均未主张妨诉效果时无法适用应诉管辖。从《民事诉讼法解释》第216条的内容历史沿革,也可看出《民事诉讼法解释》规定仲裁协议采诉讼要件之职权调查方式。最高人民法院在1992年针对1991年《民事诉讼法》颁布《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》(以下简称《民诉适用意见》),很多规定都在《民事诉讼法解释》之中继承或变更。《民事诉讼法解释》第216条由《民诉适用意见》第146、147和148条演变而来。从《民诉适用意见》第148条规定的内容看,在仲裁协议合法有效的情况下,双方当事人均未主张的情况是法院可以取得管辖权。《民诉适用意见》第148条与《仲裁法》第26条内容一样,即仲裁协议的妨诉效果采用当事人主张妨诉抗辩开启仲裁协议调查程序,具体采取辩论主义的方式调查仲裁协议。

但《民诉适用意见》148条与《民事诉讼法解释》第215条的前身之《民诉适用意见》第145条完全相悖。为解决这一问题,《民事诉讼法解释》第216条完全废除《民诉适用意见》146、147和148条。其修改合理解决了《民诉适用意见》第145与148条之间的冲突,即《民事诉讼法解释》第216条也是在215条规定的职权调查方式下发挥作用,作为职权调查的补充。这种条文的规范性解读,与《民事诉讼法解释》起草者的立法本意一致^[5],尽管后者并没有指明《民诉适用意见》第145和148条的冲突。据此分析,中国《民事诉讼法》第127条和《民事诉讼法解释》第223条规定的应诉管辖也无法适用于仲裁协议。换言之,法院只要发现当事人存有仲裁协议,在确认协议合法有效前提下就应由法官职权援引仲裁协议的妨诉效果,不能通过应诉管辖而消灭妨诉效果。

(二) 仲裁协议之调查方式实践的混乱

2015年《民事诉讼法解释》颁布之后,改变了《仲裁法》的相关规定。仲裁协议的调查方式由采诉讼障碍的辩论主义方式,变为采诉讼要件的职权探知主义调查方式。虽然《仲裁法》作为特别法且属于“法律”,层级高于《民事诉讼法解释》的层级。但最高人民法院颁布的《民事诉讼法解释》毕竟是各级法院和法官处理民事纠纷首先需要遵循的法律。因此,在管辖协议的调查方式问题上很容易造成仅适用《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》的规定。以“《中华人民共和国民事诉讼法》第124条第2项”检索“北大法宝”案例库,其中就有1个案例并未引用《仲裁法》第26条的相关规定,仅是引用《民事诉讼法》和

《民诉法解释》的规定^①。以“《中华人民共和国民事诉讼法》第124条第2项”检索“北大法宝”案例库,共检索到6个案例^②。从检索的6个案例裁定的内容分析可发现,5个案例中的被告皆以申请管辖异议方式开启仲裁协议调查程序,且提供证据证明仲裁协议合法有效^③。其中,被告申请管辖异议既是主张仲裁协议的妨诉效果,即提出妨诉抗辩而提供必要证据予以证明,相应提供证据即辩论主义调查方式的体现。只有1个案例将仲裁协议作诉讼要件而采取职权探知主义的调查方式^④,即法官在未考虑被告意见的情况下逕行裁定驳回原告起诉。

这些案例主要反映出法官在运用《民诉法》和《民诉法解释》相关规定时产生的错误包括两类:第一,通过上文体系解释可知,《民诉法》和《民诉法解释》实质规定仲裁协议采诉讼要件调查模式,而前述5个案件之中也引用了《民诉法》和《民诉法解释》,同时引用了《仲裁法》的规定。尽管引用的《民诉法》和《民诉法解释》的具体条文不大相同,但皆未发现其与《仲裁法》规定的相悖问题。第二,实践中有法官仅引用《民诉法》和《民诉法解释》的规定^④,虽然裁判结果符合《民诉法》和《民诉法解释》的相关规定,但未引用《仲裁法》第26条,这不得不说是个瑕疵。总言之,实践中对相悖立法规定的适用表现出一定混乱状态。

二、问题分析:仲裁协议之调查方式的比较视野

中国属于成文法国家,民事诉讼立法和理论与大陆法系同宗。相关规范的追根溯源亦应以大陆法系通行的立法和理论为本,诉讼障碍亦不例外。对比分析可知,中国缺少诉讼障碍的立法规定和理论研究,导致前述立法相悖和实践混乱。

(一)大陆法系国家和地区仲裁协议调查方式分析

1. 德国仲裁协议的调查方式

虽然德国在1976年《简化修订法》之中,直接将《德国民事诉讼法》第274条规定的诉讼障碍之规定取消^[6],但关于诉讼障碍的内容并没有发生任何实质变化。换言之,根据《德国民事诉讼法》的相关规定,德国立法将仲裁协议、调解协议、缺乏诉讼费用担保和缺乏费用偿付这4种情况作为诉讼障碍^{[6]679}。以仲裁协议为例分析,诉讼障碍经过合法辩论程序确认之后,可使诉讼的实体裁判不合法而不能进行本案裁判^{[6]682}。仲裁协议抗辩以当事人主张为妨诉效果的作用方式^{[6]680},“不过这种抗辩可以通过协议对一方或双方排除”^{[6]679}。换言之,所有的诉讼障碍都可通过当事人舍弃责问的方式排除其妨诉效果^{[6]680}。其中因为德国存在诉讼费用担保、约定调解前置等制度,所以德国的诉讼障碍之中亦包括调解协议抗辩和诉讼费用担保抗辩。总体分析,德国以仲裁协议为代表的诉讼障碍,相对独立于诉讼要件。该种诉讼障碍的法律效果,具体表现为妨碍诉讼要件的合法性,使得本案判决不能进行。这种诉讼障碍的调查程序虽然与诉讼要件的调查都是相对优先于本案判断,但都可通过单独辩论程序处理,进行适当中间裁判,即诉讼判决。在调查方式之上,诉讼障碍采

①参见苏州市吴中区人民法院(2017)苏0506民初1033号民事裁定书。

②6个案例分别是福建省南平市中级人民法院(2017)闽07民初79号民事裁定书、苏州市吴中区人民法院(2017)苏0506民初1033号民事裁定书、吉林省辽源市中级人民法院(2016)吉04民终780号民事裁定书、甘肃省兰州市中级人民法院(2016)甘01民终2301号民事裁定书、广东省恩平市人民法院(2017)粤0785民初174号民事裁定书及广东省江门市新会区人民法院(2016)粤0705民初3882号民事裁定书。

③相关内容分别参见福建省南平市中级人民法院(2017)闽07民初79号民事裁定书、吉林省辽源市中级人民法院(2016)吉04民终780号民事裁定书、甘肃省兰州市中级人民法院(2016)甘01民终2301号民事裁定书、广东省恩平市人民法院(2017)粤0785民初174号民事裁定书及广东省江门市新会区人民法院(2016)粤0705民初3882号民事裁定书。

④参见苏州市吴中区人民法院(2017)苏0506民初1033号民事裁定书。

取被告责问的方式,即被告提出程序异议的方式。被告在放弃责问或责问失权时,该种妨诉效果就因责问权丧失而不再发生作用。

2. 日本仲裁协议的调查方式

日本通说学理将仲裁协议、不起诉之特别约定诉讼费用担保等情况作抗辩事项处理,以被告主张作为发生妨诉效果的前提^[7]。此抗辩事项又称为妨碍抗辩,以被告具有程序处分权而区别于需要进行职权调查和考虑的诉讼要件^{[7]171}。当然有学者指出诉讼费用担保适用中,被告并不享有该种处分权,因此将事项称为抗辩多有并不妥当之处^{[7]171}。亦由日本学者在借鉴德国诉讼障碍法理基础上,主张仲裁协议、不起诉契约、诉讼费用担保都作诉讼上的障碍处理^{[4]156}。分析来看,日本虽然在具体诉讼障碍事项的范围上存有一定程度争议,且相较于德国的诉讼障碍事项,多出一个不起诉契约。换言之,日本法明确在诉讼法上承认不起诉契约的妨诉效果。但日本通行学理亦将仲裁协议作诉讼障碍而采抗辩方式开启调查程序,在调查上采辩论主义方式而区分与诉讼要件的职权探知主义的调查方式^{[1]5-36}。

3. 中国台湾地区仲裁协议的调查方式

中国台湾地区学理将仲裁协议、不起诉之特别约定诉讼费用担保等情况作抗辩事项处理,以被告主张作为发生妨诉效果的前提^[8]。此抗辩事项又称妨碍抗辩,以被告具有程序处分权而区别于需要进行职权调查和考虑的诉讼要件^{[8]85}。在借鉴日本学理中抗辩事项与消极诉讼要件一同归类理论的基础上^{[8]85},中国台湾地区与日本学理一样,并未针对诉讼障碍事项进入深入分析,大部分探讨与德国或日本学理相同,并不具有创新性的观点。

通过上述分析可知,德国诉讼障碍学理研究最为完善。虽然具体诉讼障碍的类型有差异,但大陆法系国家和地区学理均将仲裁协议作诉讼障碍事项。在诉讼障碍调查程序结构上,一般均将诉讼障碍与诉讼要件区分处理,采辩论主义调查方式。基于相对独立的程序结构,法官针对诉讼障碍的调查程序可以作出中间判决,可对诉讼障碍的妨诉效果进行最终确认。其中,诉讼障碍的调查方式,以被告责问方式提出,当事人对于诉讼障碍的提出和妨诉效果具有最终决定权。具言之,仲裁协议在合法有效的情况下,仲裁协议的妨诉效果只能通过原告向仲裁机构申请仲裁或被告在原告起诉时提出妨诉抗辩的方式,方可达到仲裁协议订立的目标。

(二) 仲裁协议采诉讼障碍调查方式的正当性分析

分析大陆法系国家和地区的通行立法惯例和实践操作,将仲裁协议作为诉讼障碍纳入抗辩事项,有其内在合理性。将诉讼障碍置于辩论主义范畴之下,通过当事人主张、举证,由法院被动和消极地确认障碍事项是否成立,与该类事项本质相符。

1. 仲裁协议本质为私益事项

诉讼要件作为诉讼成立和合法的重要条件,其涉及诉讼的各个方面。其中“诉讼要件大多是针对诉讼制度设计之运用指挥者即法院的立场而为要求(不过诉讼负担最终的负担者,不是法院,而是国家,也可以说是全体国民,因为法院是为全体国民而存在)”^{[1]5-35}。据此,多数诉讼要件是否具备,需法院依据职权调查。理论以“公益事项”概括说明,特别是法院主管范围、管辖权、当事人适格等事项皆具有该种公益性而应作职权调查事项^{[1]5-35}。当然这种职权调查事项只不过强调法院在诉讼要件的审理和决定上具有最终确定权,并不代表所有诉讼要件都需法院去职权收集证据,针对诉讼要件事项是否存在进行判断。特别是在某些否定性诉讼要件之中,法院的职权作用空间非常狭窄,如重复诉讼的判断。除了否定性事项本身属难以证明事项外,该种法院职权调查能力也非常有

限。据此,职权调查事项并不禁止当事人提出相关资料,职权调查亦存有职权调查资料收集不全面的情况^{[1]5-35}。

因此,在日本诉讼要件的通行理论之中进行了职权探知事项和辩论主义事项的划分。划分基准是涉及公益性较强的诉讼要件都作职权调查事项,由法院职权取证和判断;而以任意管辖、诉之利益和当事人适格等公益性较弱且涉及当事人实体利益较强的事项,调查方式采辩论主义。适用辩论主义的诉讼要件调查之中,需要针对当事人针对诉讼要件是否合法进行主张和举证,由法院进行消极被动判断。在这种划分模式之下,诉讼障碍事项并非每个诉讼合法成立必备的条件,而是因为个案性的存在。换言之,诉讼障碍事项相较于诉之利益等公益性诉讼要件,其无任何公益性可言。将诉讼障碍事项作职权调查事项,则无任何法理基础。反而因为诉讼障碍和仲裁协议的私益性,将仲裁协议作辩论主义的调查事项,方能实现法理上的圆融。

2. 妨诉效果属于当事人程序选择权范畴

诉讼障碍事项并非诉讼成立和合法的必备要件,因完全涉及当事人利益则可由当事人自由处分。以仲裁协议为例来看,仲裁协议只发生在财产类案件之中,当事人通过合意的方式实现排除法院主管的程序法效果。这种程序法效果表现出公法特征,但该种程序法效果并非强制性适用。换言之,当事人针对这种妨诉效果的适用具有完全的选择权。在订有合法有效仲裁协议的情况中,原告就涉及仲裁协议的纠纷坚持向法院起诉,在被告不提出责问的情况下,法官并不适宜采用职权调查方式,超过当事人的主张范围而逕行援引仲裁协议的妨诉效果。若直接超过当事人的主张,而逕行认定该种诉讼障碍的妨诉效果,属于不正当侵害当事人的程序选择权,更是不恰当地扩大了法院的职权范围。这种扩张,在法理上站不住脚。

(三)《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》之相关规定的危害

中国《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》对仲裁协议的妨诉效果,采用职权探知主义的方式调查,与一般诉讼要件作为职权调查事项而采取职权探知主义方式调查等同。这种职权探知主义的调查方式,与大陆法系国家和地区将仲裁协议作诉讼障碍而采取被告主张妨诉抗辩的方式进行调查相异^{[1]5-36}。大陆法系国家和地区的仲裁协议通过被告妨诉抗辩的方式来达到被告主张仲裁协议的妨诉效果,与一般诉讼要件作诉讼合法要件而需要法院进行职权调查相区分。从比较角度分析,中国的立法模式从立法上直接忽视诉讼障碍的存在。此种立法规定不仅将诉讼障碍与诉讼要件混同,更是混同了两者的调查方式,甚至侵害当事人的程序选择权和不当扩大法院对诉讼要件的调查职权。

1. 诉讼障碍与诉讼要件混淆

大陆法系国家和地区采取诉讼要件和诉讼障碍事项区分模式:诉讼要件采取法官职权调查方式,不受当事人主张和申请的限制。诉讼障碍采用辩论主义的调查方式,受到当事人主张和申请的限制^{[1]5-35}。而中国《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》对当事人起诉行为的合法性评价之中,立案审查并未进行此种区分,而笼统地将仲裁协议等诉讼障碍事项的不存在作为案件受理的条件。这种操作不仅严重背离中国《民事诉讼法》第119条所设置的起诉条件,更是混同诉讼要件和诉讼障碍。这种混同不仅表现为诉讼障碍立法的缺失,更是从理论研究上表现出重大欠缺。仲裁协议作为最典型的诉讼障碍,在中国《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》作为诉讼要件而采取法官职权探知主义的调查方式,将大陆法系国家和地区之诉讼障碍的妨诉效果与诉讼要件不合法的效果直接等同视之,造成了法理和法规上的混乱。

2. 侵害当事人的程序选择权

仲裁协议采诉讼要件之职权探知主义的调查方式实现其妨诉效果,即便仲裁协议双方当事人均未主张仲裁协议的妨诉效果,法院只要发现存在合法有效的仲裁协议,就应职权援引其妨诉效果。在实践中,仲裁协议多以仲裁条款方式表现在合同之中的纠纷解决方式上。在涉合同案件中,合同一般都会以证据资料方式呈现,仲裁条款必然会被法院所发现。此种情况下,当事人即便不主张仲裁协议的妨诉效果,法官也会职权援引仲裁协议的妨诉效果。妨诉效果不依据仲裁协议当事人主张,使得当事人在订立仲裁协议之后只能通过诉讼方式解决纠纷。换言之,《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》规定中仲裁协议的调查方式,不恰当侵害了当事人对于纠纷解决方式的选择权。

3. 不恰当扩大法院职权

仲裁协议采用职权调查方式实现其妨诉效果,即便仲裁协议双方当事人均未主张仲裁协议的妨诉效果,法院只要发现存在合法有效的仲裁协议就应职权援引该妨诉效果。一般来讲,职权援引的法理是因为职权调查事项具有较强的公益性^{[1]5-36}。反观仲裁协议,并不具有这种公益性。从诉讼要件构造的整体观察,仲裁协议并不如其他诉讼要件一样要求所有诉讼案件都必须具备。因此,中国《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》规定中,仲裁协议妨诉效果采职权调查,属于不恰当扩大法官在案件受理之中的权力配置。该种职权的扩张,直接侵害了当事人的诉权行使。

4. 不恰当限制应诉管辖适用的范围

从大陆法系国家和地区应诉管辖适用范围看,在原被告均未主张仲裁协议的妨诉效果时,仲裁协议的妨诉效果无从发生而相应法院自动取得案件管辖权。换言之,当双方当事人不主张仲裁协议妨诉效果时,仲裁协议妨诉效果无法发挥,法院在案件管辖权上的瑕疵因为当事人不行使责问权而自动愈合。从逻辑上分析,原告起诉的法院当然取得管辖权,与应诉管辖的效果一样。以此看,仲裁协议在双方当事人都不主张时,当然属于应诉管辖的适用范围。然而,中国《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》规定仲裁协议采用法官职权探知主义的调查方式,其直接后果就是限制应诉管辖适用范围。

三、问题解决:仲裁协议之诉讼障碍调查方式的本土建构

从比较角度观察,大陆法系国家和地区将仲裁协议作为最典型诉讼障碍事项,并且在调查方式上采辩论主义。相较于诉讼要件采职权探知主义的调查方式,诉讼障碍中的仲裁协议采被告主张妨诉抗辩而启动调查程序,以辩论主义发挥其妨诉效果。这种调查方式,符合诉讼障碍和仲裁协议的本质。因此,当《仲裁法》与《民事诉讼法》及《民事诉讼法解释》规定相悖时,应该选择《仲裁法》的相关规定。但因《仲裁法》仅以第26条一个条文规定仲裁协议的调查方式,内容过于简单。笔者从仲裁协议调查方式的开始、调查阶段、调查模式,以及仲裁协议在当事人起诉时法官如何操作等几个方面进行相关探讨,以期益于立法完善和实践问题的解决。

(一) 调查开始:被告提出妨诉抗辩

据上文,《仲裁法》第26条明确规定仲裁协议采取当事人主张的方式调查,即一方当事人未按照仲裁协议申请仲裁而提出诉讼时,由被告提出妨诉抗辩的方式开启法院调查仲裁协议妨诉效果的程序。但是,中国《民事诉讼法》第124条之规定隐含着仲裁协议的调查方式为职权调查方式,《民事诉讼法解释》第215条更是进一步明确仲裁协议的妨诉效果采用职权调查方式。而《民事诉讼法解释》第216条规定中,被告以合法有效的仲裁协议为由提出程序异议而要求排除法院主管的主张,仅作为法院

职权调查仲裁协议妨诉效果的一种补充方式。在分析该种职权调查的各种弊端之后,笔者认为借鉴大陆法系国家和地区的通行做法,将其作典型诉讼障碍事项而采用辩论主义的调查方式实现仲裁协议的妨诉效果。换言之,《民事诉讼法解释》第208条第3款和第215条的内容都应该直接废除,只需保留《民事诉讼法解释》第216条的规定。因为该条内容不仅包括仲裁协议的妨诉效果由被告通过主张妨诉抗辩的方式提出,更是在第2款第2项规定中明确了在仲裁协议效力不确定之前,双方当事人可通过默示协议的方式实现仲裁协议效力瑕疵的补正和自愈。这种默示行为的自愈和补正,更是体现仲裁协议作为当事人可处分的程序性事项,与仲裁协议的本质相符。因此,仲裁协议在诉讼存在与否的调查开始于被告提出妨诉抗辩之后。

(二) 调查阶段:诉讼要件审理阶段

在原告未按照仲裁协议申请仲裁而提出诉讼时,被告提出妨诉抗辩开启法院对仲裁协议存否的调查程序。但该种调查程序并非贯穿整个诉讼程序,而是和诉讼要件的调查阶段一样,大多处于诉讼的审前程序阶段。虽然大陆法系现行诉讼要件的调查阶段(审理顺序)与诉讼标的审理采取复式平行审理模式,并不严格区分诉讼要件审理和诉讼标的审理的阶段^⑤。但近年来在大陆法系国家和地区出现一种观点,即承认诉讼障碍和一些可形式化审查的诉讼要件的审理优先于涉及实体事项的诉讼要件的审理^{[6]682}。因为诉讼障碍和一些诉讼要件可在审前阶段进行形式化审查,可放置在审前阶段进行审理即可。而一些涉及实体事项判断的诉讼要件则无法进行形式化审理,只能等到诉讼标的审理阶段时判断。前者如管辖协议、事务管辖等管辖事项,非严格关系到诉讼标的之实体事项在诉讼审理阶段(诉讼要件审理阶段)即可判断。但权利保护资格、当事人适格、诉之利益等诉讼要件因严格关系到诉讼标的之实体事项,只能在本案审理阶段(诉讼标的审理阶段)进行判断。诉讼要件的审理方式与诉讼程序构造关系严密。笔者不去深究诉讼要件的形式和实质审理模式之差异,仅就诉讼障碍的审理阶段问题进行探讨。当原告未按照仲裁协议申请仲裁而提出诉讼时,被告提出妨诉抗辩开启法院对仲裁协议存否的调查程序。因诉讼障碍事项完全适用辩论主义而由当事人提供相应的诉讼资料,即被告主张妨诉抗辩应该主张仲裁协议存在并提供证据证明。因仲裁协议非严格关系诉讼标的之实体事项审理,因此其在诉讼审理阶段(诉讼要件审理阶段)即可审理完成。因此,不应该在案件受理阶段去调查仲裁协议的情况,即应废除《民事诉讼法解释》215条中裁定不予受理的相关内容。

(三) 调查模式:辩论主义

依托诉讼要件和诉讼障碍的整体分类可知,具有完全公益性的诉讼要件应采取职权探知,非完全公益性的应采限制性的职权探知,部分诉讼资料应该由当事人提供,而诉讼障碍完全采辩论主义^{[2]457-458}。笔者主张中国将仲裁协议作诉讼障碍而采辩论主义调查方式,即通过被告妨诉抗辩的方式提出方可启动调查程序。在调查程序中因辩论主义要求,相关诉讼资料采当事人主张,仲裁协议存否的事项存在证明责任的分配,亦适用辩论主义的三个基本命题。换言之,原告亦可直接对于被告仲裁协议存在的主张进行自认而免除被告的证明责任。这就需要在未来《民事诉讼法》完善时,明确规定仲裁协议等诉讼障碍事项采取辩论主义之调查方式。

^⑤德国的介绍参见罗森贝克等《德国民事诉讼法》(李大雪译,中国法制出版社2007年版,第679到683页),日本的介绍参见新堂幸司《新民事诉讼法》(林剑锋译,法律出版社2008年版,第171页)或高桥宏志《重点讲义民事诉讼法》(张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第9-12页)。中国台湾地区的介绍请参见姜世明《民事诉讼法(上册)》(新学林出版股份有限公司2013年版,第459-460页)。

(四) 原告起诉时的法官释明

《民事诉讼法》第124条明确规定当事人未按照仲裁协议申请仲裁时,法官应该尽到告知义务,即释明仲裁协议的妨诉效果。根据一般民诉法理,法官释明权时弥补辩论主义不足而设置,但并不可以对所有适用辩论主义的事项进行释明,特别是对于抗辩释明的问题历来就存有很大争议。现在通行理论皆认为法官对事实抗辩可以释明,而对权利抗辩则不能进行适用法官释明权^⑥,但对程序抗辩的释明问题则少有学者探讨。笔者认为基于权利抗辩禁止释明规则的原理分析可知,凡属对于权利效果的阻碍,若直接释明会造成双方当事人的不公平而侵害法官的独立性和公平性。

大陆法系体系下的程序性抗辩包括妨诉抗辩和证据抗辩^[9],妨诉抗辩目的在于阻止诉讼合法进行,并不会对当事人的权利产生实质性的阻却,申请仲裁同样可以保护权利。因为判断一个抗辩权是否可以释明的核心在于是否实质侵害民事诉讼的平衡^[10]。妨诉抗辩即便进行相应释明,也不会影响双方当事人的平等状态。因此,笔者主张妨诉抗辩这一程序抗辩事项,适用法官释明规则。具体到仲裁协议这一诉讼障碍事项之中,当仲裁协议之当事人未按照仲裁协议申请仲裁时,法官若在立案之时发现存有仲裁协议时应该进行必要释明。具言之,应该保留《民事诉讼法》第124条第2项的规定,同时废除《民事诉讼法解释》第208条第3款规定。

(五) 被告未申请管辖异议时的应诉管辖

《民诉适用意见》第146、147和148条直接被《民事诉讼法解释》第216条所继承。从《民诉适用意见》第148条规定分析,在存有合法有效的仲裁协议情况下,双方当事人都为主张情况下,法院可以取得管辖权。换言之,从第148条分析看,仲裁协议的妨诉效果采用当事人主张原则,而非职权调查原则。但第148条与《民事诉讼法解释》第215条的前身之《民诉适用意见》第145条完全相悖。为解决这一问题,《民事诉讼法解释》第216条完全废除《民诉适用意见》第146、147和148条。此修改合理解决了《民诉适用意见》第145与148条之间的冲突,即《民事诉讼法解释》第216条也是在215条的规定的职权调查方式下发挥作用,作为职权调查的补充。这种条文的规范性解读与《民事诉讼法解释》起草者的立法本意一致,尽管后者并没有指明《民诉适用意见》第145和148条的冲突。据此分析,《民事诉讼法》第127条和《民事诉讼法解释》第223条规定的应诉管辖也无法适用于仲裁协议。换言之,法院只要发现当事人存有仲裁协议,在确认该协议合法有效前提下就应职权适用协议的妨诉效果,不能通过应诉管辖而消除该妨诉效果。在仲裁协议作诉讼障碍基础上采被告人妨诉抗辩的方式开启调查程序,调查模式采取辩论主义,亦不可适用释明规则。当原告和被告皆未主张仲裁协议存在时,法院并不能职权调查仲裁协议存在。相关诉讼中存在的管辖权方面的瑕疵,也因当事人未主张仲裁协议而自动取得。该种管辖权的取得便是程序责问权不行使即失权的效力,程序瑕疵自动愈合。因此,仲裁协议在任何一方当事人均为主张时应该可作为应诉管辖的客体。是故,笔者主张在《仲裁法》第26条内容基础上,恢复《民诉适用意见》第148条之相关规定。只不过因《民事诉讼法》第127条和《民事诉讼法解释》第223条分别就应诉管辖的适用条件作出规定,笔者认为即便恢复《民诉适用意见》第148条,将仲裁协议在双方均为主张时适用应诉管辖,在应诉判断上也应该遵循《民事诉讼法》第127条和《民事诉讼法解释》第223条的规定。

^⑥实体抗辩的释明问题已经研究成熟,参见尹腊梅《抗辩权的法官释明问题》(《比较法研究》2006年第5期)或者张海燕《论法官对民事实体抗辩的释明》(《法律科学》2017年第3期)。

四、结论

将仲裁协议的存否问题作为妨诉抗辩事项,采用辩论主义的方式进行调查,而非法院职权调查。此种诉讼障碍的调查方式之下,法官不再针对仲裁协议的存否进行主动职权调查。当双方当事人都不主张仲裁协议的妨诉效果之时,其妨诉抗辩功能无法发挥。基于此,受理案件的法院自然取得主管案件和管辖权,仲裁机构再无管辖权。将仲裁协议不主张作为应诉管辖的适用范围属必然之举。因此,恢复《民诉适用意见》之中第148条之规定的内容,将《仲裁法》第26条之内容规定在《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》之中。同时,保留《民事诉讼法》第124条第2项之内容,废除《民事诉讼法解释》第208条第3款和第215条。

参考文献:

- [1] 李木贵.民事诉讼法(上)[M].台北:元照出版有限公司,2007.
- [2] 姜世明.民事诉讼法(上册)[M].台北:新学林出版股份有限公司,2013:458.
- [3] 段文波.起诉程序的理论基础与制度前景[J].中外法学,2015(4):882-884.
- [4] 中村英郎.新民事诉讼法讲义[M].北京:法律出版社,2001:155.
- [5] 沈德咏.最高人民法院<民事诉讼法司法解释>理解与适用(上)[M].北京:人民法院出版社,2015:568.
- [6] 罗森贝克.德国民事诉讼法[M].李大雪,译.北京:中国法制出版社,2007:679.
- [7] 新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋,译.北京:法律出版社,2008:171.
- [8] 邱联恭.口述民事诉讼法讲义(二)[M].台北:元照出版有限公司,2015:85.
- [9] 陈刚.论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设[J].中国法学,2014(5):205-208.
- [10] 尹腊梅.抗辩权的法官释明问题[J].比较法研究,2006(5):126-127.

The investigation method of arbitration agreement

LIN Yang

(Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: Civil law countries and regions generally regard arbitration agreements, guarantees of litigation costs and non-litigation contracts as obstacles to litigation, the investigation procedure is initiated by the defendant's plea in abatement, and the investigation methods under the debate doctrine are taken. The Arbitration Law originally proposed that arbitration agreements should be advocated by litigants as obstacles to litigation. However, the Civil Procedure Law and its interpretation made the non-existence of arbitration agreements a litigation element. The lack of regulation and research on litigation obstacles in China's legislation and theoretical research leads to the confusion between litigation elements and litigation obstacles. The provisions of the Interpretation of Civil Procedure Law on the investigation methods of arbitration agreements improperly infringe upon the parties' right to choose the way of dispute resolution, and even inappropriately expand the investigation power of the judges in litigation elements. To construct a system of litigation obstacles and to take arbitration agreements as litigation obstacles, to initiate the investigation procedure by the defendant's plea in abatement, and to take the investigation method under the debate doctrine are the perfection direction of investigation method of arbitration agreement.

Key words: investigation method of arbitration agreement; obstacles to litigation; plea in abatement; the debate doctrine