# 最高人民法院
# 关于 Concordia Trading B. V. 申请承认和执行英国油、油籽和油脂协会（FOSFA）第 3948 号仲裁裁决一案的请示的复函

2009 年 8 月 3 日　　〔2009〕民四他字第 22 号

江苏省高级人民法院：

你院〔2009〕苏民三仲审字第 1 号《关于 Concordia Trading B. V. 申请承认和执行国际油、油籽和油脂协会（FOSFA）第 3948 号仲裁裁决一案的请示》收悉。经研究，答复如下：

本案为申请承认及执行外国仲裁裁决案件，由于本案仲裁裁决系英国仲裁机构 FOSFA 在英国境内作出，而我国和英国均为《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）的成员国，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条以及《纽约公约》第一条的规定，对本案仲裁裁决承认及执行的审查，应适用《纽约公约》的相关规定。

根据你院请示报告认定的事实，Concordia Trading B. V.（以下简称和谐公司）印制的三份合同均含有提交 FOSFA 仲裁的争议解决条款，但该三份合同通过经纪人 Sorpley S. A. 的代理人 Agri Commodities International Ltd 驻上海代表处转交给南通港德油脂有限公司后，南通港德油脂有限公司并未签字或者盖章予以确认，也没有将上述三份合同回传，故不能认定和谐公司与南通港德油脂有限公司就仲裁条款达成了书面协议。在其后发生的双方函件往来中，南通港德油脂有限公司出具的保证函虽然涉及了和谐公司三份合同文本的编号，但该保证函载明的货物数量、价格以及期货保证金条款与和谐公司三份合同文本的内容并不相同，不足以推定双方对和谐公司的三份合同文本中含有的仲裁条款形成了一致的意思表示。

《纽约公约》第二条第一款规定仲裁条款必须以书面协定达成。第二条第二款规定“书面协定”是指当事人所签订或在互换函电中所载明的契约仲裁条款或仲裁协定。可见，《纽约公约》并不接受默示的仲裁协议。本案没有充分证据证明和谐公司和南通港德油脂有限公司之间有仲裁合意并以签署

或者函件互换的方式达成了书面形式的仲裁条款，不符合《纽约公约》第二条第一款、第二款关于仲裁协议书面形式要件的规定，人民法院应不予承认和执行该仲裁裁决。

同意你院处理意见。

此复

**附：**

## 江苏省高级人民法院
## 关于 Concordia Trading B. V. 申请承认和执行英国油、油籽和油脂协会（FOSFA）第 3948 号仲裁裁决一案的请示

2009 年 3 月 30 日　　〔2009〕苏民三仲审字第 0001 号

最高人民法院：

申请人 Concordia Trading B. V. 申请承认和执行英国油料、种子和脂肪学会联合会有限公司（FOSFA）第 3948 号仲裁裁决（以下简称仲裁裁决）一案，南通市中级人民法院经审查，认为应拒绝承认和执行该仲裁裁决，并就此报送我院审查。我院拟同意南通市中级人民法院的意见。根据《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》的规定，现将该案有关情况向你院报告如下：

### 一、当事人的基本情况

申请人：Concordia Trading B. V.，住所地：Willems plein492，3016 DRRotterdam，荷兰。

法定代表人：Jean Julien Salzer Levi、Evert Schimmel，该公司执行董事。

委托代理人：梁琪、蔡磊，北京市天元律师事务所上海分所律师。

被申请人：南通港德油脂有限公司，住所地：中华人民共和国江苏省通州市兴仁镇路口村。

法定代表人：陈明，该公司董事长。

委托代理人：陈刚，该公司副总经理。

委托代理人：张坚刚，江苏维世德律师事务所南通分所律师。

## 二、案件的基本情况

申请人 Concordia Trading B. V.（以下简称和谐公司）因与被申请人南通港德油脂有限公司（以下简称港德公司）之间的买卖合同纠纷，向英国油料、种子和脂肪学会联合会有限公司（以下简称 FOSFA）提起仲裁。

在仲裁程序中，和谐公司诉称：买方港德公司与其签订了三份购买毛豆油的合同，但是港德公司拒绝支付合同货款和运费。港德公司辩称：其与和谐公司对合同中的条款并未达成明确的共识，特别是根据 FOSFA 规则进行仲裁，双方当事人并未达成一致意见。

### （一）合同的签订情况

和谐公司委托 Agri Commodities International Ltd（以下简称 ACI 公司）上海代表处代表杨嘉伟向港德公司提出了三份毛豆油合同文本，三份合同文本的合同号码分别为 0446082、0446543、0446618，合同文本载明的日期分别为 2004 年 1 月 13 日、2 月 24 日和 3 月 1 日，交易数量分别为 10000 公吨、5000 公吨和 15000 公吨，共计 30000 公吨；价格未确定，分别为每磅低于美国芝加哥期货市场（以下简称 CBOT）2004 年 7 月豆油价格 0.004 美元、0.016 美元和 0.025 美元；三份合同文本提出的付款方式均为：使用由买方国家的一流信誉银行所开具的不可撤销、可议付的有效信用证，并且该信用证要获得欧洲一流信誉银行保兑，受益人为卖方；信用证必须由一家西欧银行在指定船舶开始装货的七天之前或者最晚在 2004 年 7 月 1 日（二者取其早）以书面形式通知卖方；价格固定条款均为："交易所期货定价/卖方选择。价格将按照 ANEC（巴西全国谷物出口商协会）第 81 号合同第 6.2B 条的规定确定。"三份合同文本还载明了仲裁条款：按照《FOSFA 仲裁规则》在伦敦进行；FOSFA（各方承认对其已有所了解和注意）第 54 号合同现行版本中所包含的所有的条款和规则，除了到目前为止以上同样内容可能已经过修改或变更的以外，一律被视为与本合同合并并且成为本合同的一部分。合同文本同时还注明：本合同的有效性不因经由买方适当签署的确认回执未返还而受影响。卖方和谐公司在三份合同文本上签了字，将 ACI 公司作为此次交易的受托人，代理人为 ACI 公司上海代表处总经理杨嘉伟。

和谐公司还向 FOSFA 仲裁庭补充提供了作为中介的经纪人 Sorpley 公司出具的并声称已向双方当事人发出的包含 FOSFA 仲裁条款的交易确认

书，Sorpley 公司表示和谐公司的三份合同文本均是在他们的中介下缔结的。

关于和谐公司提交的三份合同文本，港德公司确认其收到了，但是其实际上并没有在合同上签字盖章。同时，港德公司亦否认见过或收到过经纪人出具的交易确认书，交易确认书上也没有港德公司的签字或盖章。经办人杨嘉伟对该经纪人出具的交易确认书在何时、何地、向何人发出均不能作出明确回答。

### （二）双方当事人之间的实际交易情况

港德公司委托杨嘉伟为其从 CBOT 寻找供货商购买期货毛豆油，其中包括 7 月份装船的期货毛豆油，以及 8 月份装船的期货毛豆油；由港德公司先确定毛豆油相应月份的升贴水和期货市场价格后，再通知杨嘉伟下单（即购买期货）；双方约定了定价机制：由买方港德公司提供总货值（人民币）的一定比例作为杨嘉伟在 CBOT 下单的保证金，如果所买期货下跌，则港德公司必须加满所需保证金。

此后，杨嘉伟寻找到了相应装船月份的供货商和谐公司和案外人 Gardner Smith（加德纳·史密斯）公司，由和谐公司提供 7 月份的 2 万吨毛豆油，加德纳·史密斯公司提供 8 月份的 1 万吨毛豆油。

2004 年 5 月，港德公司根据期货市场行情通知杨嘉伟下单购买 3 万吨期货毛豆油，其中包括和谐公司 7 月份装船的 2 万吨和加德纳·史密斯公司 8 月份装船的 1 万吨。港德公司于 5 月 18 日向杨嘉伟发送一份传真："关于 3 万吨进口毛豆油（5%）期货保证金合计人民币 790 万元整已汇入贵司账户，根据双方商定，其中：2 万吨装船期 7 月，1 万吨船期为 8 月。特此，请贵公司予以确认。传真件有效。"ACI 公司上海代表处对该份传真件盖章确认后传回了港德公司。5 月 19 日，港德公司即开出期货保证金 790 万元的银行汇票。ACI 公司上海代表处于 5 月 20 日收到汇票，后在 5 月 24 日将其中的 494.4964 万元支付给加德纳·史密斯公司，其余 290 余万元作为和谐公司的期货保证金留在 ACI 公司上海代表处账上。

2004 年 5 月 21 日，ACI 公司上海代表处电传港德公司，请求确认 300 手毛豆油期货价格。电传内容为："李总，南通港德与 Concordia（即和谐公司）确认的 7 月份船期的豆油现价格如下：100 手 2880、100 手 2870、100 手 2855，平均价格 2868.33。请确认以上报价"。杨嘉伟同时又称期货价格下跌要求港德公司追加保证金。

2004 年 5 月 26 日，ACI 公司上海代表处再次电传港德公司，请求确认总计 437 手豆油期货价格。传真内容如下："李总，请确认如下 437 手 7 月

份船期豆油 CBOT 盘昨天价格：200 手 2890、200 手 2885、37 手 2873，平均价格：2886.27”。连同 5 月 21 日的 300 手，港德公司共确认了 ACI 公司上海代表处提供的 7 月份装船 737 手期货毛豆油价格，737 手总数量即为约 2 万吨。

2004 年 5 月 24 日，杨嘉伟前往港德公司签收了港德公司追加的期货保证金 240 万元。同时，杨嘉伟拿出了其事先已经制作打印好的，落款日期为 2004 年 5 月 20 日，以港德公司名义分别出具给加德纳·史密斯公司和和谐公司的两份保函，要求港德公司法定代表人陈明签字确认。其中，出具给和谐公司的保函内容如下：“致 Concordia 贸易公司：关于 Concordia 贸易公司与南通港德油脂有限公司之间 3 万吨毛豆油的贸易，合同号码 0446082、0446543、0446618。平均 CNF 价格购得为在 7 月期价基础上减掉 165。使用昨天的收盘价 28.60，这 3 万吨的平均价格为 CNF 每吨 594 美元。出于 CBOT 期货定价的目的，我们已经将人民币 290 万元作为保证金打给 ACI 上海代表处。如果我们在定价后 CBOT 期货继续下跌，我们将相应加满所需的保证金。”陈明当即提出保函内容中数量及价格与此前口头约定不符，杨嘉伟随即以手写体将打印的毛豆油“3 万”吨改为“2 万”吨、7 月期货价基础上减少“165”改为“175”，陈明遂签字确认，并加盖港德公司印章。

与此同时，港德公司为明确双方的关系也向杨嘉伟提出了对应于保函以及和谐公司原先提交的三份合同文本的新的合同文本，出于一致性的需要，港德公司提出的三份合同文本也使用了与和谐公司相同的合同文本编号，落款日期也对应于保函日期为 2004 年 5 月 20 日。保函及港德公司提出的合同文本与和谐公司提出的合同文本不同之处在于：（1）和谐公司提交的三份合同文本中的标的为 3 万吨毛豆油，而保函及港德公司合同文本为 2 万吨；（2）港德公司合同文本与保函内容一致，将和谐公司合同文本中货物的三种不同价格均修改为“平均 CNF 南通价格为芝加哥商品交易所（CBOT）2004 年 7 月的豆油期货价格减去 175”；（3）和谐公司的三份合同均没有保证金条款，而港德公司提出的合同与保函内容一致均相应增加了期货保证金条款，确定按合同总价的 5%作为 CBOT 期货保证金；（4）港德公司合同文本将和谐公司合同文本中仲裁地由“FOSFA”改为“在上海由中国国际经济贸易仲裁委员会进行”，保函未涉及仲裁条款。

但是对于港德公司提出的上述合同文本，和谐公司及其代理人 ACI 公司上海代表处代表杨嘉伟否认收取。

2004 年 6 月 24 日，港德公司根据期货市场行情，通知扬嘉伟当晚卖出上述 737 手期货毛豆油，但杨嘉伟未执行这一指令，并于次日中午回复港德

公司董事长陈明手机短信："昨晚真的不好意思，希望今晚高价把贵司的期货卖掉。"但随后杨嘉伟却又告知港德公司，无法执行港德公司的指令。港德公司遂于6月26日以杨嘉伟欺诈为由向上海警方报案。在上海警方的询问笔录中，杨嘉伟认为没有执行港德公司卖出737手期货毛豆油指令的原因是"供货商不同意这样做"，同时称已将加德纳·史密斯公司8月份1万吨期货毛豆油按港德公司的指令卖掉了。在上海警方认为双方存在期货交易合同非属诈骗而不作刑事案处理后，港德公司于同年7月19日以期货纠纷为由，对ACI公司向江苏省南京市中级人民法院提起诉讼，请求返还期货保证金并赔偿损失。

在港德公司将杨嘉伟诉诸警方期间，杨嘉伟及ACI公司向港德公司发出了关于3万吨7月份豆油将装船出运的函。为此，港德公司于7月2日作出明确回复："致ACI上海办事处，YangJiaWei先生：1. 你所提及的大豆油买卖合同我们并不清楚。如果这些货物被装载并运输，将由你方承担一切后果。2. 关于进行期货交易的保证金，我们已经向法院申请了禁止令。"

7月3日，ACI公司上海代表处向港德公司发出传真转达了和谐公司的信息，其中称港德公司于7月2日的信息已经构成了对合同拒绝支付，和谐公司将给予港德公司三天的时间（至2004年7月6日），通过ACI公司上海代表处确认他们的意图与措施。但是港德公司并没有给出任何回复，因此，和谐公司于2004年7月6日正式确认港德公司拒绝支付的违约行为，并且宣布合同终止。

### （三）当事人参加仲裁的有关情况

2004年10月15日，和谐公司依据其自己提出的三份仅有其单方签章的卖方合同文本，正式向FOSFA递交仲裁申请书，请求裁决港德公司支付1562310美元及自2004年7月6日起的利息及复利。

港德公司向FOSFA提出抗辩称：双方并不存在有效的仲裁协定来将争议提交FOSFA进行仲裁。港德公司不否认收到了三份卖方合同，这些合同是通过代表经纪人Sorpley公司的ACI公司上海代表处转发过来的。但买方港德公司未在卖方和谐公司的任何合同上签过字，也没有表示过对其合同条款认可，双方并没有缔结任何书面的合同，且和谐公司也未呈递双方之间任何其他形式的书面文件，以证明双方存在和谐公司合同中提及的协定关系。相反，针对上述要约，港德公司已提出了反要约，并将三份反要约于同年5月24日交给了ACI公司上海代表处的首席代表杨嘉伟，同时杨嘉伟也于当日一并收下了240万元人民币的支票作为CBOT期货的保证金，这些事实

可以证明双方是在履行港德公司提出的买方合同而非和谐公司的卖方合同。由于和谐公司收下了港德公司的保证金却未依据港德公司合同上的要求执行买方指令卖掉期货，港德公司已对 ACI 公司和 ACI 公司上海代表处向南京市中级人民法院提起诉讼。FOSFA 对本案争议没有裁判权，争议应当提交有裁判权的法院而非通过仲裁解决。

仲裁裁决认为，在每笔交易达成之后，作为中介的经纪人 Sorpley 公司向双方发出了交易确认书，其中包括仲裁条款。和谐公司出具的正式合同，其中也包含相同的仲裁条款，并通过经纪人转交给了港德公司。港德公司并没有否认收到过和谐公司出具的正式合同，只是他们从来没有在这些文件上签字或者回传。但是，买方此时并没有作出明显的努力来驳斥或否定交易的具体条款。而且，需要注意的是，在卖方的合同条款中明确写明："本合同的有效性不因经由买方适当签署的确认回执未返还而受影响"，而在经纪人的交易确认书中也标明："双方若出现任何矛盾之处应立即提出"。相反，港德公司选择了沉默，因而造成了一种他们并不反对合同及其条款的现象。由于港德公司并没有在交易的相应阶段（及随后）提出任何反对意见，故而可以认定经纪人的交易确认书和和谐公司的合同确切地表述了合同双方达成一致的具体内容，交易确认书和和谐公司合同中的仲裁条款具有有效性，对双方当事人均具有约束力。

对于港德公司提交的用于支持其关于和谐公司已从行为上接受了合同修改的证据，主要围绕其已经付给 ACI 公司上海代表处 535 万元期货保证金的款项。关于该笔 535 万元期货保证金，和谐公司及杨嘉伟确认已经收取。不过，FOSFA 仲裁庭认为这一事实比较模糊，且事实上，这正是港德公司在中国起诉 ACI 公司及其上海办事处的案由。根据港德公司关于这些款项是用于 CBOT 期货交易的主张，同时考虑到和谐公司并未牵涉到南京市中级人民法院的诉讼中，FOSFA 仲裁庭认为可以从逻辑的角度推断出港德公司汇至 ACI 公司上海代表处的款项是用于 CBOT 期货合约的交易与结算的，而非用于本案争端下的实体货物交易。另一方面，和谐公司也坚持认为其从港德公司处接受的 535 万元人民币是明确用来作为合同中的保证金，而非用于期货交易。所以 FOSFA 仲裁庭认为，尽管这些声明从某种程度上说明在初始的交易达成之后，双方又进行了进一步的修改或是达成协议，但并不足以说明这种情况就构成实际履行经港德公司修改过的合同的证明。

最终，FOSFA 仲裁庭于 2006 年 3 月 24 日作出了仲裁裁决：经纪人的交易确认书和和谐公司的合同中均确切地表述了 FOSFA 具有管辖权的内容，和谐公司与港德公司之间已经达成了仲裁协议，其有权仲裁；和谐公司

与港德公司之间订立了买卖合同，但是港德公司却违反合同约定，因此港德公应付给和谐公司1562310美元，加上根据年利率5%加上3个月的复利，即从2004年7月6日至本裁决项下款项的支付日期；本次裁决的费用5795英镑应由港德公司支付；港德公司付给和谐公司由于代表港德公司正式指定仲裁员而花费的100英镑费用。

## 三、当事人的诉辩主张

仲裁裁决生效后，港德公司未履行仲裁裁决所规定的义务。因此，和谐公司依据《承认及执行外国仲裁裁决的公约》（以下简称《纽约公约》）的有关规定向南通市中级人民法院申请承认和执行该仲裁裁决。

审理期间，港德公司提出异议称：双方未达成书面仲裁协议或条款。其理由是：（1）港德公司的确见过和谐公司含有FOSFA仲裁条款的要约合同文本，但港德公司并没有签字或盖章确认；裁决书中所述港德公司对和谐公司的要约选择了“沉默”，而事实上港德公司以交付“保函”、支付期货保证金、交付买方合同等行为积极修改和谐公司的合同，并没有“沉默”；但即使如此，根据《纽约公约》、《英国仲裁法》（1996），这种“沉默”也不构成对该公司要约的“书面形式”的确认；（2）港德公司在合同履行过程中从未收到过经纪人Sorpley公司的交易确认书，和谐公司及经纪人Sorpley公司也无证据证明这一点；（3）和谐公司接受“保函”及期货保证金、其代理人杨嘉伟的期货成交价格确认传真及经公证的“同意卖掉期货”的短信、杨嘉伟在上海市公安局的笔录等事实足以证明和谐公司的卖方合同未得到港德公司的承诺，双方履行的是港德公司提出的买方合同。

## 四、南通市中级人民法院的处理意见

本案系承认与执行外国仲裁裁决的案件。根据《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》（以下简称《通知》）规定，南通市中级人民法院（以下简称南通中院）经审查研究认为：

1. 英国与中国均系《纽约公约》的缔约国，按照《纽约公约》的规定，在缔约国作出的仲裁裁决的一方当事人可以向我国法院提出承认及执行缔约国仲裁裁决的申请。因此，和谐公司向南通中院提出承认及执行缔约国英国FOSFA仲裁裁决的申请合法有据。

2. 港德公司住所地在南通中院辖区，南通中院受理此案符合《通知》第三条之规定。

3. 根据《通知》第五条规定，申请承认及执行的期限为6个月，该期

限应从法律文书规定的履行期限的最后一日起计算。本案 FOSFA 仲裁裁决未明确履行期限，而该仲裁裁决作出日为 2006 年 3 月 24 日，和谐公司申请承认及执行的日期是 2006 年 8 月 4 日，未超过申请承认及执行的期限。

4. 南通中院认为应当拒绝承认和执行仲裁裁决。理由如下：

《纽约公约》第二条第一款规定："当事人以书面协议约定将当事人间基于特定的法律关系产生或可能产生的、可以通过仲裁解决的一切或者任何，无论契约性或非契约性争议提交仲裁时，各缔约国应承认该协议。"第二款规定："'书面协议'包括当事人所签订或在互换函电中所载明的合同中的仲裁条款或仲裁协议。"第四条第一款（乙）项规定："申请承认和执行裁决的当事人，应当在申请时提供第二条规定的协议的正本或经正式认证的副本。"

经审查，和谐公司并没有按《纽约公约》第四条第一款（乙）项的规定提供书面仲裁协议的正本或经正式证明的副本。

首先，本案中和谐公司与港德公司之间并未达成书面仲裁协议或仲裁条款。

仲裁裁决管辖的依据是本案中和谐公司所提供的含有仲裁条款的三份由其单方签章的卖方合同，以及中介经纪人 Sorpley 公司出具给双方的所谓交易确认书。但无论是合同文本还是所谓的交易确认书均无港德公司的签名或盖章。港德公司收到了和谐公司提供的含有仲裁约定条款的三份卖方合同文本，但依照《联合国国际货物销售合同公约》第 14 条第 1 款之规定，该合同文本属于和谐公司对港德公司提出的要约，在港德公司没有作出相应承诺或实际允诺的意思表示情形下，该仲裁协议不能视为成立。而本案仲裁管辖的另一书面依据，即为中介经纪人 Sorpley 公司出具给双方的交易确认书，该交易确认书首先在事实上是否成立就难以认定，港德公司否认所谓交易确认书的存在，作为 Sorpley 公司委托代理人的 ACI 公司上海代表处及经办人杨嘉伟在本案审查过程中也不能就以何种方式转交了交易确认书、接收人是谁等情况作出具体说明。而且该交易确认书上也同样没有港德公司的签章。因此，和谐公司提供的仅有其单方签章的合同文本，以及不能被确定为事实也没有双方签章的交易确认书，不足以构成《纽约公约》规定的书面仲裁协议。

本案仲裁裁决作出管辖依据的另一方面理由，是根据和谐公司提供的合同文本所注明的："本合同的有效性不因经由买方适当签署的确认回执未返还而受影响"，以及经纪人 Sorplsy 公司的交易确认书中也注明："双方若出现任何矛盾之处应立即提出"。FOSFA 仲裁庭认为由于港德公司选择了沉默，因而造成了一种他们并不反对合同及其条款的现象，没有在交易的相应

阶段（及随后）提出任何反对意见，故而可以认定经纪人的交易确认书和和谐公司的合同确切地表述了合同双方达成一致的具体内容。FOSFA 仲裁裁决的这一理由，违背了《纽约公约》要求的仲裁协议应是“书面形式”的规定，“沉默”不构成书面仲裁条款或仲裁协议的达成，也不符合仲裁所在地法——《英国仲裁法》（1996）的相关规定，该法第 5 条关于书面协议的定义如下：“……（2）一个书面协议：（a）如果该协议是书面达成的；（b）如果该协议是通过书面通讯交换的形式达成的；（c）如果该协议被证明是书面的；（3）如果当事人约定，只要有关条款是书面的，他们之间的协议即为书面协议；（4）如果一项协议被当事人中一方或者第三方以及当事人授权人所记录下来，该协议即被证实为书面协议；（5）当事人之间虽无书面协议，但在他们之间的书面文件交换过程中，或在仲裁或司法程序中，一方当事人声称他们之间存在一个协议，而另一方当事人在其答复中做否认表示，关于书面协议的声称即为有效；（6）其他有关参考文件，即以任何方式被记载的或以任何方式被记录的。”在本案的仲裁程序中，港德公司从一开始即提出了双方不存在任何书面仲裁协议或条款，明确否认了和谐公司提出的仅有单方签章合同文本中的仲裁条款。所以，FOSFA 仲裁庭仍以默认协议存在为由行使管辖权，显然不符合仲裁地法的相关规定。

其次，交易双方在实际交易往来的互换函件中也不存在达成了 FOSFA 仲裁协议的证据。

本案中确认的港德公司和 ACI 公司上海代表处互换的书面函件包括：（1）5 月 18 日港德公司支付 790 万元期货保证金的 ACI 公司上海代表处确认回执；（2）落款时间是 5 月 20 日，由 ACI 公司上海代表处杨嘉伟事先制作后又更改的“保函”；（3）5 月 24 日杨嘉伟签收的港德公司追加的期货保证金 240 万元支票；（4）5 月 21 日和 5 月 26 日 ACI 公司上海代表处给港德公司的 737 手毛豆油期货价格确认传真；（5）经公证的杨嘉伟发给港德公司董事长陈明的关于同意“卖掉期货”的手机短信；（6）7 月 2 日港德公司给 ACI 公司上海代表处的复函；（7）杨嘉伟向警方所作的关于没有执行港德公司卖出 737 手期货毛豆油指令的原因是“供货商不同意这样做”，并已将加德纳·史密斯公司 8 月份 1 万吨期货毛豆油按港德公司的指令卖掉了的陈述。在上述双方的往来书面证据中，不存在任何涉及仲裁约定的内容，只有“保函”涉及到了和谐公司要约合同文本的编号。但该保函清楚地表明是对追加期货保证金的保证承诺，而且保函的数量、升贴水价格、保证金条款等事项都不是和谐公司提出的合同文本内容，所以从“保函”文件中不能得出港德公司对和谐公司提出的由 FOSFA 仲裁管辖的要约进行了承诺的结论。

再次，双方的实际交易行为与和谐公司合同文本内容并不一致。

双方实际交易行为表达了一个明确的事实，即港德公司与 ACI 公司上海代表处所代理的和谐公司进行的是 7 月份 737 手的毛豆油期货委托交易，和谐公司也已收取了港德公司交付的期货保证金，这在和谐公司提出的合同文本中根本不存在，而和谐公司最后又不同意按港德公司指令卖出该 737 手毛豆油，双方现实的交易行为不是和谐公司提出合同文本中的现货交易。对此，仲裁裁决也予以确认。所以，从双方的实际交易行为也不能得出港德公司与和谐公司达成了仲裁协议。

综上所述，因本案中和谐公司不能提供双方当事人之间书面仲裁协议的正本或经正式证明的副本，也不能提供由港德公司确认这一仲裁条款的互换函件，因此，和谐公司与港德公司之间没有达成有效的仲裁协议，FOSFA 仲裁庭对本案无管辖权，依据《纽约公约》的规定应不予承认和执行该仲裁裁决。

## 五、我院的审查意见

本案系申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案，由于涉案仲裁裁决系在英国领土内由 FOSFA 作出，而我国与英国都是《纽约公约》的参加国，该仲裁裁决也是在《纽约公约》对我国生效后作出的，因此，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条以及《通知》的规定，本案的仲裁裁决是否可以得到承认和执行，应当依照《纽约公约》的规定进行审查。

本院认为，和谐公司与港德公司并没有就通过仲裁解决双方之间的纠纷达成合意，符合《纽约公约》第五条第一款（甲）项的规定精神，应当拒绝承认和执行该仲裁裁决。

本案中，港德公司确认收到了和谐公司单方签章的包含仲裁协议的要约，但是港德公司并没有在该要约上签章确认；仲裁裁决中确认的经纪人的交易确认书，港德公司也明确表示没有收到，其也没有在该交易确认书上签章确认。本院认为，由于港德公司没有在和谐公司提供的合同文本上签字确认，因此，和谐公司与港德公司之间并没有就通过仲裁解决纠纷达成一致的意见，双方之间并没有形成书面的仲裁协议。

仲裁裁决认为，由于和谐公司的要约中明确表示“本合同的有效性不因经由买方适当签署的确认回执未返还而受影响”，而港德公司选择了沉默，没有作出明显的努力来驳斥或否定交易的具体条款，从而造成了一种港德公司并不反对合同及其条款的现象，因此，仲裁裁决认为和谐公司的要约确切地表述了双方当事人达成一致的具体内容，该内容对双方当事人均具有约束

力，双方当事人之间已经形成仲裁协议。

但是，根据合同法确定的当事人自愿原则，设定义务必须征得当事人的同意，默示只有在法律有明确规定、当事人之间有约定或有交易惯例时才能发生法律效力，如果要约人在要约中表明“本合同的有效性不因经由买方适当签署的确认回执未返还而受影响”，而被要约人并没有作出任何表示，该要约对被要约人不产生法律效力。

本案中，和谐公司与港德公司在本次“交易”之前并没有其他的交易往来；双方实际的交易行为包括委托期货交易、收取期货保证金等也与和谐公司提交的要约不一致，因此，港德公司虽然没有对和谐公司的要约作出任何表示，但是这种沉默本身不能认为是对和谐公司提出的要约作出了承诺的表示；况且，在仲裁程序中，港德公司亦明确提出其与和谐公司之间并没有书面的仲裁协议，否认仲裁条款的存在。因此，和谐公司并没有能够提供证据证明港德公司对和谐公司提出的要约作出了合同法要求的承诺，和谐公司与港德公司并没有就和谐公司提出的通过仲裁解决纠纷的要约达成一致的意思表示。

综上所述，和谐公司与港德公司之间并未达成仲裁协议，根据《纽约公约》第五条第一款（甲）项的规定。涉案仲裁裁决应拒绝承认和执行。

依据《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》第二条的规定，特向你院请示，请予批复。