

仲裁协议效力扩张：是理论，还是实践? PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BB_B2_E8_A3_81_E5_8D_8F_E8_c122_484111.htm 文#8226.刘晓红 华东政法学院 从目前存在的解释仲裁协议效力扩张的理论来看，大多并非学者新创设的理论。相反，学者们从仲裁协议的契约性这一基本特征出发，在原有的传统合同法律制度或相关的其他法律制度中寻找相关理论用以解决国际商事仲裁中所出现的这一新的法律问题。以下便是在国际商事仲裁理论界用于解释仲裁协议效力扩张的几种重要理论。一、“禁止反言”原则 禁止反言原则(Estoppel)其本质在于不允许一方当事人通过违背其先前所作的允诺行为而造成对另一方当事人权益的损害。依据其适用的不同情况，禁止反言在英美司法实践中被区分为多种不同的形式，包括：证据法上的禁止反言、衡平法上的禁止反言、契约法上的禁止反言和所有权上的禁止反言。而在仲裁领域中主要援引的是衡平法上的禁止反言，它被认为是衡平法对普通法的干涉，也是两者融合的自然结果。此外，适用于仲裁的还包括附随禁止反言

(collateral estoppel, estoppel by judgment, issue preclusion) 原则，其主要被法院适用在决定当事人对同一请求以不同理由再次提起仲裁时此争议的可仲裁性的问题上。1999年美国第十一巡回上诉法院的判例Ms Dealer Service Corp. v. Sharon D. Franklin一案确立了衡平法禁止反言适用的标准。审理该案的法官认为已有的案例表明，禁止反言原则在两种情况下支持仲裁协议的未签字方要求仲裁的请求：第一种情形是指当仲裁条款的签字方利用合同中的实体条款来主张自己对非签字

方的权利时，其主张事实上确认了双方之间合同的存在，并且签字方的主张完全来源于合同或者与合同的内容相关。此时如果他否认非签字方的仲裁权利，是不被允许的。该种情形中所适用的衡平法禁止反言原则其实早在1981年第七巡回上诉法院在其审判的Hughes Masonry Co. v. Greater Clark County School Bldg. Corp.案中已首次得以确立。可见，在该第一种情形适用的禁止反言原则背后所体现的的衡平理念在于：签字方依合同的的实体条款主张其对非签字方的权利，使其认为此合同是在两方之间生效的（假定），而在非签字方援引同为合同一部分的仲裁条款时，签字方又以形式问题否定此条款对其效力。此时，衡平禁止反言原则将会阻止签字方享有其严格权利而限制其提起诉讼权利，使其只能与非签字方进行仲裁。适用衡平禁止反言原则的第二种情形是仲裁条款的签字方主张的权利必须针对其他签字方和被签字方在本质上相互依存、不可分割（substantially concerted and interdependent）的不当行为（misconduct）而提出的，此时非签字方可以援引仲裁条款。在该第二种情形下，法院在适用此禁止反言原则的目的不仅是为了防止经过仲裁裁决的纠纷被再次一诉讼的形式提起而“合并争议（consolidate the issue）”以便保证仲裁裁决的稳定性，权威性和终局性并使纠纷能够迅速解决。更重要的是，在纠纷的发生是归于仲裁条款的签字方和非签字方共同的过错的（contributory fault）情况下，法院适用衡平禁止反言原则考虑更多的是非签字方有理由相信自己在此纠纷的解决过程中存在有宪法所保障的正当程序（served by due process）上的理由去参与到纠纷解决程序中，使自己有充分的机会去对自己的权利进行维护并对针对

自己的指控进行有效的抗辩。在这种情况下，非签字方所依赖的并非是严格意义上的合同上的权利，而是一种“准合同”（quasi - contract）上的权利。这种准合同上的权利并非来自当事人的任何约定，而是由于当事人之间的特殊关系（particular relation）而被法律所暗示的。这里并不存在合意。值得提出的是，通过适用禁止反言原则使仲裁条款的非签字方获得仲裁权力，只是在特殊情形下的特例，并不能无限制地扩大适用。在美国司法实践中虽然已产生一些判例，但对该原则的适用仍存在着争议。尽管如此，禁止反言原则在仲裁领域中的适用已得到国际商事仲裁理论及实务界的重视和研究。

二、“揭开公司面纱”原则 “揭开公司面纱”理论（lifting the veil of corporation），或称“刺破公司面纱”理论（Piering the Corporate Veil），又称公司法人人格否定（disregard of corporate personality）等，在大陆法中称为“直索（Durchgriff）责任”，是指当公司的独立人格和股东有限责任被公司背后的股东滥用时，就具体法律关系中的特定事实，否定公司的独立法人机能，将公司与其背后的股东视为一体并追究其共同的连带法律责任，以保护公司债权人或其他相关利害关系群体的利益及社会共同利益，实现公平、正义的一种法律措施。揭开公司面纱理论是美国法院在审理公司纠纷案件中首创的一个判例法原则，最初由鲍威尔（F. Powell）于1931年提出的，随后为Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad案所采用，并逐渐成为在美国法院获得广泛适用的学说。上述案件为揭开公司面纱的标准确立了三项测试因素：

（1）控制，是指包括财务、有关交易政策及商业运作的全部控股和全面支配，以至于该法人实体此时已没有独立的意志

、意思或其自身不再存在；（2）这种控制必须已被用来进行欺诈或不当行为、违反法定的或其他确定的法律义务或侵害原告法律权利的不诚实或不公正的行为；（3）上述控制和违反义务造成所指控的损害或不公正的损失。因此，只要有证据表明，母公司对子公司存在着足够的控制，并将子公司作为傀儡、工具，从事欺诈行为，且对债权人造成不公正的损失，就可以揭开公司面纱以实现公正。关于“揭开公司面纱”理论本身及其在国际商事仲裁中的适用，我们应对其有正确的认识：首先，“揭开公司面纱”是对公司人格独立原则的一种补充，它是以后者的存在为前提的，不能倒本为末。而且，美国普通法上的揭开公司面纱是一种司法规制而非立法规制，是事后的救济，而非立法的预设，是体现平均的正义以弥补分配的正义。其次，与“禁止食言”理论一样，揭开公司面纱理论在仲裁领域的运用是以该理论在契约领域的运用为依托的。仲裁的价值目标是效益和公正，而揭开公司面纱作为一种为适应日益复杂的社会经济现实而产生的例外规则，不仅无损反而会有利于该价值目标的实现。然而，揭开公司面纱在仲裁领域的适用也只是例外规则，而不是对仲裁法中当事人意思自治原则的一般否认。因此，法院在揭开公司面纱时倾向于施加严格的条件。最后，将揭开公司面纱理论作为仲裁协议约束未签字方当事人（母公司）的理论基础，具有实践意义。债权人往往将母公司与受其控制的子公司共同视为共同债务人，假若债权人向子公司和母公司的追偿须分别通过仲裁和诉讼程序进行，一方面造成债权人诸多不便，而且给作为债务人的母公司和子公司更多的逃脱债务的便利，同时，也易使法院与仲裁庭作出歧异或者矛盾

的判决和裁决。三、合同相对性理论的例外（一）传统合同法基本理论合同相对性原则 合同相对性或债的相对性原则，自罗马法以来，一直为两大法系所确认，尽管两大法系关于合同相对性规则的内容有所区别，但基本上都认为，合同相对性是指合同主要在特定的合同当事人之间发生法律拘束力，只有合同当事人一方能基于合同向对方提出请求或提起诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务，合同债权也主要受合同法的保护。合同的相对性，是合同规则和制度的奠基石，在债法或合同法中具有十分重要的地位。具体探究合同相对性原则的内容，在大陆法系和英美法系中有所不同。尽管大陆法系与英美法系在“合同相对性”原则具体规定上略有差别，但“合同相对性”原则的基本内容是相同的，主要包括：1、主体的相对性。是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向合同的另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼。与合同关系当事人没有发生合同上的权利义务关系的第三人，不能依据合同向合同当事人提出请求或者提起诉讼。2、内容的相对性。是指除法律、合同另有规定以外，只有合同当事人才能享有某个合同所规定的权利义务，并承担该合同规定的义务，除合同当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利。具体而言，合同规定由当事人享有的权利，原则上并不及于第三人。合同规定由当事人承担的义务，一般也不能对第三人产生拘束力；合同当事人无权为他人设定合同上的义务；3、责任的相对性。是指违约责任只能在特定的当事人之间即合同关系的当事人之间发生，合同关系以外的人不负违约责任，合同当事人

也不对其承担违约责任。根据责任相对性，在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任。债务人在承担违约责任以后，有权向第三人追偿。债务人只能向债权人承担违约责任，而不应向第三人承担违约责任，因为只有债权人与债务人才是合同当事人。可见，合同相对性的重要内容在于：合同是当事人之间设立、变更或终止债权债务关系的协议。作为一种民事法律关系，合同关系不同于其他民事法律关系（如物权关系）的重要特点，在于合同关系的相对性。合同关系的相对性原则是合同规则和制度赖以建立的基础和前提，按照该原则，合同仅对双方当事人具有约束力，对第三人既不创设权利，更不设立义务，第三人也不得主张合同上的权利。（二）合同相对性原则的例外及其在商事仲裁中的适用 按照合同相对性原则，合同关系只能发生于特定的债权人与债务人之间，债务人只应对债权人承担合同上的义务和责任，而不应对与其无合同关系的第三人承担义务和责任。为了体现债的相对性原理，在合同法领域，罗马法曾确立了“（缔约行为）应该在要约人和受约人之间达到（inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur）”，“任何人不得为他人缔约（Alteri stipulari nemo potest）”等规则，因此第三人都不得介入合同关系。依罗马法学家的观点，行使诉权也必须有直接的利益，而由于第三人与债务人之间并无直接利益关系，因此不能对债务人提出请求。此种限制也使当事人不能缔结利他合同。然而，随着交易的发展，罗马法逐渐承认了一种适用债的相对性规则的例外情况，即当缔约人与第三人有利害关系时，更准确地说应当向第三人给付是一种本来就应该由缔约人履行的给

付时，合同当事人为第三人利益缔约是有效的。这种合同相对性理论例外原则随着交易的复杂性及审判实践的需要，有了进一步发展。主要表现为合同相对性规则并不是绝对地排斥第三人的责任。在实践中，由于合同的订立和履行可能常常要涉及到第三人，甚至经常发生第三人介入合同的履行过程的情况，这样合同责任主体的确定就更为复杂，这就需要在合同关系涉及第三人或有第三人介入的情况下，正确适用合同相对性规则以确定合同责任。合同相对性原则的例外的发展，首先表现为利他契约，即第三方受益合同（Third Party Beneficiary Contract）的出现。各国立法基于事实上的需要及契约自由原则，逐渐承认合同当事人可以约定债务人向第三人直接给付，第三人对债务人亦享有直接请求给付的权利，但第三人表示不愿享受利益者除外。后来，一些国家的立法和判例学说进一步扩张契约关系对于第三人的效力，使债务人对于与债权人具有特殊关系的特定范围内的人也负有保护和照顾等义务。基于传统的合同相对性理论，对于仲裁协议或合同中的仲裁条款而言，其效力只能及于仲裁协议或合同的双方当事人。可以认为，合同相对性理论也正是仲裁协议或仲裁条款对未签字当事人不具拘束力的最原始、最根本的理论依据。而我们今天在对仲裁协议对未签字的第三方效力问题进行讨论时，合同相对性理论的例外不能不说是可以引以为据的重要法律理论。因为，当特定的第三人依据合同或法律上的规定向有关合同当事人主张其权利时，如果不允许其适用合同中的仲裁条款，不承认仲裁条款对其与合同的当事人之间的约束力，则可能会对其实体权利的救济和保护不利，也未能使仲裁发挥出其最大限度的效力。四、“公平合

理的期待”原则“公平合理的期待”（fair and reasonable expectation）是现代合同法上对合同作出解释时所适用的原则。该原则要求以合同当事人的合理的利益来推定当事人的意图，即法律的推定是当事人的合理的利益，如果当事人有不同于此的意图，应当作出特殊的约定，这是符合现代合同解释制度的，即当合同内容发生疑义需要解释时，法官应探究合同当事人的意思，而不应拘于文字的字面意思，从而确定一个合理的标准作为当事人真实意图的推定。否则，会成为合同法上的“合理期待”落空（frustration）。事实上，国外的一些仲裁庭或法院常将“公平合理期待”作为依据，就像依照法律观念或法律规则那样，有时还辅之以国内法的有关原则，仔细考察当事人的期望及这种期望的公平合理性，并参考具体案件的各个方面，以确定当事人的期望是否公平合理，进而确定仲裁协议效力范围的问题。在该公平合理期待原则的具体适用上，学者也建议仲裁庭要采用双重测试标准，即先考虑有关当事人的主观愿望，分析判断当事人的真正意思，然后运用诚实商人的谨慎和勤勉标准（the standards of care and diligence）作客观测试。国外一些仲裁庭或法院还通过考察当事人的行为，看其积极程度是否表明其虽未签署仲裁协议，但仲裁协议是真实意思的表示，从而考虑是否能够将仲裁协议扩展到未签约方当事人。商事仲裁实践中，在当事人未对仲裁协议的效力作出明确规定或出现特殊情形需对仲裁协议对第三人的拘束力予以判定时，公平合理原则的意义及重要性便显现出来，它可以作为诸多不同情形下普遍适用的一项基本原则。公平合理期待原则在商事仲裁中对当事人是否应受仲裁协议约束的适用，最重要的是对合同及第三

方当事人的公平合理利益的分析。具体来说，首先，该种利益应该是合理的（reasonable），即应为当事人自己合理的利益而不应是其追求过分的利益；其次，该种利益应为公平的（fair），在有关合同当事人均期望自己的利益得到最大化满足的情况下，考虑一方当事人的利益必须兼顾对方当事人的利益。因此，公平合理利益原则的适用，其得出的结论可能并不完全符合个案中某些当事人的意思，但它作为一项规则的适用却具有十分重要的意义。

结束语 由于仲裁协议效力的法理基础是建筑在合同法原理上，人们通常会将传统合同法中的“意思自治原则”、“合同相对性原则”等在判定仲裁协议效力时加以适用。然而，20世纪以来契约法上发生的深刻变化以及对契约法在新的经济状况下的价值的重新评价，促使人们应对仲裁协议效力的法理基础予以重新思考。比如，20世纪以来的商业发展的广泛性与复杂性使交易的闭锁性、相关性代替19世纪相对封闭与简单的自由经济基础上的交易的闭锁性与独立性成为契约法的新的经济基础，合同相对性原则在很大程度上已不能平衡利益的需要。因而，在各个不同的交易领域均出现了相对性的例外，合同之外的第三人经常能向合同的当事人主张权利和追究责任。在这种情况下，对相对性原则不得不重新做出思考。可见，社会经济生活的深刻变化使新的法律制度、法律理论、法律解释技术不断的出现，直接或间接地影响着仲裁制度的演变轨迹。实现当事人仲裁意愿和给予仲裁方式解决争议以有力的支持，是当今各国仲裁法及其司法实践的发展趋势，我们在讨论仲裁协议效力扩张这样一个新的理论问题时，理应充分注意到这一趋势。（中国律师2004、4）

100Test 下载频道开通，各类考

试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com