



- 案例分析
- 论文精选
- 贸仲出版物

论文精选

合同转让对仲裁条款的影响

对外经济贸易大学法学院 李志强

引言

合同转让的三种类型:

合同权利转让时, 反对仲裁条款自动转移的理由;

合同权利转让时, 赞成仲裁条款自动转移的理由;

合同义务转移或合同权利义务概括转让若经债权人同意则合同中的仲裁条款继续有效;

仲裁条款自动转移的例外;

各国在这一问题上的理论与实践。

小结

【引言】仲裁是一种有着悠久历史的争议解决方式, 早在古希腊时期就已经被用来解决城市国家之间的争议。中世纪以来商品经济的发展促使仲裁制度的不断发展完善, 特别是十九世纪以来, 随着社会经济的迅猛发展, 国际间经济交流日益频繁, 仲裁制度在深度和广度方面都有了长足的发展。特别是在国际商事仲裁领域, 各国仲裁制度日益趋同, 仲裁作为一种最重要的诉讼外争议解决方式 (Alternative Dispute Resolution) 得到越来越广泛的采用。在实践中, 选择仲裁来解决争议最为普遍的方式就是在合同中订立仲裁条款。由于经济交往的日益频繁和深入, 合同的转让不可避免, 而载有仲裁条款的合同在转让后, 特别是合同权利转让后仲裁条款是否仍然有效, 当事人是否受仲裁条款的约束这一问题, 无论理论上还是实践中在各国都是一个存在巨大分歧和倍受争议的问题, 在我国关于这方面的探讨亦不多见。在仲裁被愈来愈广泛地使用和合同转让频繁发生的今天, 尤其我国法律对此没有任何规定的情况下, 对这一问题加以分析和研究是必要的和有益的。本文拟就此问题做初浅的探讨。

合同的转让, 是随着社会发展的需要, 逐渐形成的一种法律制度。罗马法在开始时是不承认合同权利的转让 (债权转让) 和合同义务的转移 (债务承担) 的。因为古罗马法认为, 债的关系是一种法律的锁链 (Juris Vinculum), 是特定人于特定人之间的关系, 彼此不能分割开来。所以无论是更换债权人还是更换债务人都是不允许的。但是随着商品经济的发展, 这种僵硬的原则已经越来越不能适应社会经济的发展, 于是各国都采用了一些变通的办法, 逐渐发展除了合同转让的法律制度。合同的转让更准确地讲应是合同权利、义务的转让, 是指合同当事人在不改变合同内容的前提下, 依法将合同权利、义务全部或部分转让给合同外第三人的法律行为。合同的转让也就相应的可以分为三种类型: 合同权利的转

无论在大陆法国家还是英美法国家，涉及合同权利的转让，法律和法学理论的发展都经历了从禁止、逐渐放宽，到准许的变化过程。进入现代社会依赖，所有法律发达国家对合同权利的转让都给予了认可。当合同的一方当事人将部分或全部合同权利转让给第三方时，大多数国家都认为合同权利的转让可以不经合同另一方当事人的同意。在这种情况下，如果当事人（包括债务人和受让人）没有对合同中的仲裁条款提出反对是否就意味着他们接受了仲裁条款，也就是说，在合同权利转让后，合同中的仲裁条款是否继续有效？这一问题上理论和实践上都有很大的分歧。主要有两种截然不同的观点：一种否认仲裁条款在合同权利转让后的有效性，另一种则认为，如无相反表示则合同中的仲裁条款在合同转让后继续有效。

研究仲裁条款在合同权利被全部或部分转让后是否继续有效，无非要从合同权利转让后仲裁条款对债务人的效力和仲裁条款对受让人的效力两个方面进行考量。（对于转让人来说，如果他已经转让了合同项下的所有权利，那么他就脱离了原来的合同关系，无需考虑仲裁条款对其是否有效；如果他仅转让了合同的部分权利，他当然仍应受到仲裁条款的约束。）否认仲裁条款在合同权利转让后继续有效的观点认为，在合同权利转让后，仲裁条款无论对债务人还是受让人都已经失去了效力。原因主要有以下几点。

首先，仲裁是以当事人意思自治为基础的，对于债务人而言，在其没有与受让人达成新的仲裁条款/仲裁协议前，第三人无权向债务人提起仲裁。

仲裁条款是合同的一部分，是当事人双方订立的将其在合同履行过程中产生的或与合同有关的争议提交仲裁解决的意思表示。尽管对仲裁的性质还存在争议，但毋庸置疑的一点是，仲裁具有契约的性质。英国著名的法学家施米托夫称：“从理论上讲，仲裁包括两方面的因素：合同因素和司法因素。合同因素明确地表现在各国普遍接受的各项原则中，如仲裁必须建立在当事人之间的仲裁协议的基础上；仲裁庭超出当事人授予的管辖权限做出的裁决无效等。”既然仲裁条款是合同的一部分，而且仲裁条款本身亦具有合同的性质，仲裁当然就必须遵循合同法最基本的原则：当事人意思自治（party autonomy）。

作为一种私力救济方式，当事人协商一致并同意将争议提交仲裁解决是仲裁机构获得仲裁管辖权的唯一途径和根本基础。“商事仲裁法中的首要原则是当事人意思自治原则。除非当事人同意将其争议提交仲裁而不是在法院诉讼，否则就不会有仲裁。”由于合同权利的转让不以债务人的同意为要件，在多数国家，合同权利的转让甚至无需通知债务人即可生效，这种情况下，承认仲裁条款在合同权利转让后继续有效就等于无需取得当事人（债务人）的同意仲裁即可进行。这不仅不符合当事人意思自治原则，更为重要的是，它动摇了仲裁赖以存在的基础。因此，即便债务人没有对仲裁条款提出任何异议，这种沉默也不能被认为是对于仲裁条款自动转移的认可。因为债务人仅仅同意与转让人进行仲裁，在得知合同权利被转让后债务人可能根本就没有意识到仲裁条款亦随之转移，债务人也就没有合理的机会表示他是否同意将他和受让人之间的可能发生的争议提交仲裁解决。因此，合同权利转让后，受让人无权依据转让人和债务人之间的仲裁条款向债务人提起仲裁。

同时，仲裁条款本身就是一种合同，而合同是具有人身性的，缔约对方的经济地位、履约能力等因素是当事人决定是否与之订立合同以及以何种条件订立合同的重要考虑。债务人是基于特定的当事人（转让人）而订立的仲裁条款，与转让人仲裁和与受让人仲裁有着本质的不同。因此，没有债务人的同意，受让人无权基于债务人和转让人之间的仲裁条款向债务人提起仲裁。

其次，仲裁条款本身即作为一种义务，对于受让人而言，接受合同转让仅意味着他受让了合同项下的全部或部分权利，并不意味着他也同时承担了必须通过仲裁来解决他和债务人之间的争议这种义务。受让人不应受到仲裁条款的约束，他有权向债务人提起诉讼。

为多数国家所遵循的一条原则是权利的转让一般是自由的，不以权利受让人的明示同意为要件，而义务的转让（即债务承担）则一般须征得受让人的同意。仲裁条款有着不同于合同其他条款的特性。合

同的其他条款规定的是一方当事人的权利，同时这一权利就是另一方当事人的义务，合同的权利义务具有互易性。而仲裁条款从本质上讲，既是一种权利，又是一种义务，具有权利和义务的同一性。说仲裁是一种权利，是指签订仲裁条款后，任何一方都有权将仲裁条款约定范围内的争议提交仲裁解决；说它也是一种义务，是指当事人必须遵守仲裁条款的规定，将争议提交仲裁解决，在对方提起仲裁时，另一方也必须接受，而不能试图通过诉讼来解决他们之间的争议。仲裁是一种义务就决定了转让人不能仅仅通过合同权利的转让，迫使受让人接受仲裁条款。因此，如果受让人未明确表示同意接受仲裁条款，债务人同样不能基于其与转让人之间的仲裁条款向受让人提起仲裁。

第三，仲裁条款具有不同于合同其他条款的特点“独立性”，无论对受让人还是对债务人而言，合同权利的转让并不意味着合同的仲裁条款也随之转移。

仲裁条款的独立性也被称为仲裁条款的“可分割性”(Separability)或“自治性”(Autonomy)，这是一条被现代各国仲裁法理论和实践所普遍接受和承认的原则。这一理论的基本含义是，仲裁条款/仲裁协议具有独立性，不因合同的变更、解除、无效或终止的而失去效力。它的基本精神是，尽管仲裁条款是合同的一部分，但是该条款有着与其他合同条款完全不同的性质。合同的其他条款规定的是当事人之间相互承担的义务，而仲裁条款规定的不仅仅是以双方当事人对另一方法律关系的义务，同时，它还是双方当事人协议对第三方的授权，即如果产生了有关一方当事人对另一方当事人承担义务的有关争议，这些争议应当由他们共同约定的第三方来解决。当事人约定合同中的其他条款的目的是通过履行这些条款来实现双方所期待的商业或经济利益，而双方订立仲裁条款的目的则是解决他们之间无法协商解决的争议。仲裁条款的适用以合同的履行发生困难或争议为前提，它的最主要功能就是在合同不能正常履行或不能完全履行时提供一种救济手段。合同的其他条款的正常履行和适用是当事人所期望看到的，而仲裁条款的适用却不是当事人所期待的，是当事人在其他条款无法履行时所依赖的救济方式。这就决定了它与合同的其他条款有着本质的不同——独立性，仲裁条款的有效性将不受合同其他条款效力的影响。仲裁条款的这种独立性同时决定了，即便当事人之间就合同的全部权利的转让达成协议并完成转让，仲裁条款并不随着合同权利的转让而转让，它继续存在于原合同当事人即债务人和转让人之间，而与受让人无涉，无论是受让人还是债务人，都无权依据该仲裁条款相对方提起仲裁。

以上三点构成了反对仲裁条款在合同权利转让后自动转移的主要理由，阐述了无论从债务人的角度还是从受让人的角度讲，在合同权利转让后他们都不受合同中原有的仲裁条款的约束。

三

但是，笔者认为，仲裁条款在合同权利转让后仍然能够约束债务人和受让人，那些反对仲裁条款自动转移的理由是站不住脚的、无足轻重的。

第一，承认仲裁条款在合同转让后自动转移不仅没有违背“当事人意思自治”原则，它恰恰是这一原则的必然要求和正确反映，是对这一原则的尊重和维护。

当合同的一方将合同的全部或部分权转让给第三方(受让人)时，在受让人和债务人之间已经建立了一个新的合同关系。当合同转让方将其合同项下的全部权利转让给受让人时，转让方从原有的合同关系中退出，受让人取代转让人成为合同的债权人；合同权利部分转让时，受让人和转让人共同成为合同的债权人，享有对债务人的请求权。合同权利转让生效后，受让人有权要求债务人履行合同义务，债务人也只有向受让人履行义务才能解除/部分解除其合同义务。

无可否认的一点是，仲裁条款本身就是一种契约，它的有效性依赖于当事人的协商一致和当事人的意思自治。但问题的关键在于，对于合同中的仲裁条款，什么是债务人和受让人在合同权利转让时的真实意图和合理期待。在实践中，这种情况下仲裁条款的有效性一般都是在向一方提起仲裁后，另一方才对仲裁条款的效力提出质疑的，另一方这时的意思表示是不足为凭的，因为另一方总是会对方提起的无论仲裁还是诉讼提出质疑，从而反对对方主张其实体上的要求。

与合同的变更不同，合同的转让并不改变合同的内容，债务人应履行的债务并没有变化。对于债务人而言，他已经在合同中明确表示同意将该合同关系下的有关争议提交仲裁解决，而合同的转让仅仅是合同当事人的变化，合同关系内容并未因此而改变，债务人同意将这种合同关系下的争议提交仲裁解决

是其真实的意思表示。债务人选择仲裁作为争议解决方式可能是出于仲裁的灵活高效，或是它的保密性，或是仲裁的其他优点，而仲裁的对方是谁在这种情况下是无关紧要的。因为，在合同关系内容确定的情况下，与甲仲裁和与乙仲裁并没有实质性的不同。如前所述，仲裁条款有不同于其他合同条款的独特性质，它规定的并不是一方向另一方承担的实体上的义务，而是用何种方式解决他们之间的争议的一种程序上的权利和义务。某些实体上的权利和义务，如提供服务的合同，因为涉及当事人的履约能力、资信状况，确有人身性，尽管权利义务相同，但履约人的不同可能回导致完全不同的后果。但是，仲裁条款作为一种程序上的权利义务约定，它要解决的是在合同实体权利义务确定的情况下争议的解决方式，这种情况下，当事人的身份是无关紧要的。一个值得注意的问题是：受让人的不同会否导致仲裁适用法律的不同吗？笔者认为，一般情况下是不会的。因为在合同权利转让的情况下，当事人虽然发生了变化，但是原合同的权利义务并未变更（一般的规则是合同权利的转让不应导致债务人义务的增加/或实质性变更）。如果原合同对适用法律作了规定，则合同转让后仍应适用原当事人选择的准据法；如果合同中没有这种规定，那么依据最密切联系原则或其他原则而确定的合同准据法也因合同内容未发生变化/实质性变化而在合同转让前后没有区别。

承认仲裁条款在合同转让后自动转移的另一个理由是：仲裁条款虽然具有独立性，但它仍是为了保障主合同项下权利义务实现而订立的，是从属于主合同的。如前所述，仲裁可被视为当事人的一种权利，这种没有人身性的从权利应当随着主债权的转让而转让。我国《合同法》第八十一条就规定：“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。”

对于受让人而言，他也必须受到仲裁条款的约束的原因是，他在决定是否接受合同权利的转让时，债务人的履约能力应当是其考虑的重要因素，当债务人与转让人之间的合同载有仲裁条款时，受让人有合理的机会考虑在其受让了合同权利，取得债权人的地位时，通过仲裁解决它和债务人之间的争议对它是否有利。如果他不愿接受仲裁条款，他就应当在合同转让时与转让人明确反对，否则，他就应当受仲裁条款的约束。而且，对债务人来说，大多数国家认为如果合同中没有相反的规定，他无权阻止债权人转让债权，但是，他可以向受让人主张他对转让人的抗辩。这种抗辩权不仅包括基于债权转让而产生的实体法上的抗辩，如合同部成立、无效的抗辩，履行其尚未届至或合同已消灭的抗辩，而且还包括程序法上的抗辩，如争议解决方式的抗辩，已罹诉讼时效的抗辩。既然原合同中已经规定了通过仲裁来解决可能发生的争议，那么，债务人就可以在转让人对债务人提起诉讼时以合同中的仲裁条款向转让人提出抗辩，而且在合同权利转让后债务人还有权向受让人主张这一抗辩。

第二，承认仲裁条款在合同转让后自动转移保护了受让人和债务人的正当利益和合理期待，应当为法律所认可。

对于债务人来说，在他与转让人订立的原合同中载有仲裁条款，他的正当的、合理的期待是，与该合同有关的任何争议都将通过仲裁来解决。否认仲裁条款自动转移就等于承认转让人或其权利的受让人仅仅通过权利的转让就可以摆脱仲裁条款的约束，这对债务人而言是不公平的。受让人可能提出的反驳是，他在接受转让是根本就没有意识到仲裁条款的存在。受让人对仲裁条款的不知情可能是缘于其自身的疏忽，也可能是由于转让人未尽合理的通知义务。但无论是哪一种原因都不应影响仲裁条款的效力。如果是由于其自身的疏忽，那受让人应当自己承担疏忽的后果；如果是由于转让人根本就未告知其仲裁条款的存在，那它应当向转让人主张其权利或损失（如果有的话），但与债务人无关。债务人既然无权控制合同权利的转让，他也就不应当为合同权利的转让承担任何责任或不利后果。

对于受让人来说，仲裁条款的自动转移最能保护其正当利益和合理期待。仲裁条款本身可能正是受让人决定接受合同转让的一个重要考虑因素，受让人可能由于仲裁条款的存在而认为其受让权利的实现是有保障的。这种考虑不仅是正当的，而且是重要的。因为如果不承认仲裁条款的自动转移，那么当债务人违约时，受让人将被迫在债务人所在地对其提起诉讼，他将面临的完全无法确定的后果。尤其在国际商事交易中，在被告所在国进行诉讼并赢得诉讼的几率是非常小的，这对受让人而言是不公平的。如果不承认仲裁条款的自动转移，就相当于承认债务人有权获得其本来已经放弃的权利——对可能发生的争议提起诉讼的权利——而这是不合理的。债务人可能提出的反驳是，在订立原合同的仲裁条款时，他的合理期待是与合同的另一方即转让人进行仲裁，他根本就不会预见到与第三人仲裁，承认仲裁条款随着合同转让而自动转移会强迫债务人承担与一个完全陌生的人进行仲裁的风险，这对债务人来讲是不合

理的。然而，这一理由是不能成立的。正如前文所述，当事人选择仲裁解决争议多是由于仲裁方便、快捷、保密性或专业性的特点决定的，仲裁条款与特定人身关系直接相关的情况非常罕见。而且，所谓债务人与完全陌生的第三人仲裁的风险并不是由仲裁条款引起的，而是缘于合同一方当事人对其权利的转让。无论诉讼还是仲裁，债务人都一样有可能面对“完全陌生的第三人”。

通过上述的利益分析可以合理地得出结论：仲裁条款自动转移能够保护债务人和受让人双方的正当利益和合理期待，又没有不适当的扩大他们的不合理的利益，这正是法律应当采用的正确的立场。

第三，那种认为未经债务人同意只有合同权利才能转让，而不能将某种义务强加给第三人，并因此认为仲裁条款不能随合同转让而自动转移的观点是有失偏颇的。

诚然，仲裁条款本身规定的既是一种权利，又是一种义务。而且，一般情况下，只有权利才可以自由转让，如果通过合同而使对方承担某种义务，则必须经过对方的同意。但是，合同权利的转让可以是附条件的。因此，一个载有仲裁条款的合同的转让应当被视为是附条件的合同转让，受让人对合同权利的接受也必须同时接受合同权利转让所附的条件：通过仲裁解决可能发生的争议。“作为一种常识和普遍的原则，缔约方可以在其授予第三方享有的利益上规定条件。如果第三人希望主张该利益，那么他就必须受制于那项条件，否则，他所得到的就是他本来并未期待得到的东西。”受让人如果不同意通过仲裁解决他和债务人之间可能发生的争议，则他不仅要向转让人明确表示，而且，他必须经债务人的明确同意才能排除仲裁条款的适用，因为债务人已经与转让人订立了仲裁条款，它的合理期待是通过仲裁解决因该合同而产生的任何争议，这种合理的期待应当受到法律的保护。如果债务人坚持必须通过仲裁解决争议，那么受让人就必须接受仲裁条款的约束。

第四，认为仲裁条款的独立性决定了仲裁条款不能随着合同的转让而自动转移的观点是对仲裁条款独立性的曲解。仲裁条款的独立性原理不仅不会阻止仲裁条款的自动转移，相反，它正说明了自动转移观点的合理性、正确性。

讨论仲裁条款的独立性究竟是支持还是反对仲裁条款在合同转让后自动转移，首先要搞清楚仲裁条款的独立性的原因和法律基础，以及独立性原则背后的政策考虑和价值取向，否则，就无法理解独立性原则和本文所讨论的问题之间的关系，也就无法得出正确的结论。

仲裁条款独立性原则的法律依据是契约的当事人意思自治原则和“条约必须遵守”这一古老的法律原则。正如前文所述，当事人订立仲裁条款的目的，即他们之间的合意是如果发生与合同有关的争议，应当通过提交仲裁来解决，这也就排除了法院对该争议的管辖权。这样一种约定得到适用的前提是当事人之间确实发生了他们不愿意看到的、与合同有关的争议，而且这些争议就应当包括了合同是否生效、合同终止或被撤销的法律后果等争议。仲裁条款虽然具有独立性，但它与合同主权利义务又是密切联系的，它是当事人双方为实现其合同主要权利而订立的一种保障机制和私力救济方式，它的订立对主合同权利义务有重要影响。既然当事人已经订立了仲裁条款，该约定就构成一项有约束力的法律义务，当事人必须遵守这一约定，任何一方不得单方面撤销，这种约定更不应当因为有关争议（如合同是否有效）的发生而失去效力。可以看出，仲裁条款的独立性的基本功能正是为了保障当事人通过仲裁解决他们之间的争议这一愿望的实现。独立性原则体现的正是这一愿望不应当因为合同的撤销、无效、终止等事由而落空，同样，也不应当因为合同的转让而无法实现。通过上文的分析，可以得出结论，仲裁条款在合同转让后自动转移符合债务人和受让人双方的正当利益和合理期待，因此，仲裁条款的独立性恰恰说明并支持了仲裁条款并不应当因为合同的转让而失去效力，只有这样，才能保护当事人正当期待和利益的实现。在这一问题上，两位外国学者的观点非常精辟：“法院在它们项保证仲裁条款的有效运作或充分尊重当事人的意愿时承认仲裁条款的自动转移。这里，独立性运作用以保证仲裁程序平稳地开始，仲裁条款的保留用以保证仲裁程序地平稳结束，而主合同和仲裁条款可能是用不同的准据法则用以保证当事人的期望的实现。在仲裁协议转移的问题上将其视为是由自治性的并不符合上述目的；相反，让与人与受让人都可能摆脱仲裁协议的管辖更说明仲裁协议的自治性与上述目的是背道而驰的”。

第五，由于仲裁的独特性质和其他争议解决方式无法比拟的优点，使得仲裁被越来越广泛的采用。现代各国普遍认识到仲裁制度对商人具有重要利益，因此对仲裁条款/仲裁协议采取越来越宽松的解释，不轻易否定其效力，这已经成为一种趋势。而承认仲裁条款在合同转让后自动转移是符合这一趋势

的。

在被广泛引用的英国上诉法院于1942年审理的Heyman v. Darwins Ltd.一案中，Macmillan大法官精辟地指出了仲裁条款的独特性质：“我以为，关于合同中仲裁条款的性质和作用一直没有引起足够的重视。该条款与其他各条款有着完全不同的性质，其他条款规定的都是当事人相互间承担的义务，而仲裁条款规定的不是一方当事人对另一方当事人的义务，它是双方当事人的协议，即如果产生了有关一方当事人对另一方当事人承担的义务的争议，则这些争议将由他们自己成立的法庭解决。一个实质性的区别是：合同中当事人之间相互承担的义务一般不能专门予以强制执行。违反此义务只能请求损害赔偿。仲裁条款则可以由仲裁法规定的机构专门予以强制执行。违反仲裁协议的适当补救办法不是损害赔偿，而是要求强制履行协议。另一个重要的区别是，英国法院享有是否执行仲裁条款的裁量权，但对合同的其他条款却没有此项权利。”同时，比起其他的争议解决方式来，仲裁以下具有独特的优势。第一，自主性。仲裁以当事人意思自治为基础，对于是否选择仲裁以及仲裁机构的选择、仲裁员的指定、仲裁地点、程序、适用法律、争议范围的确定，都由当事人自主决定，当事人对仲裁起着支配性的作用，这一点是诉讼无法比拟的。第二，专业性。现在，当事人之间所涉及的争议往往具有高度的专业性和复杂性，在国际商事交易中就更是这样。通过仲裁，当事人可以选择他们信任的来自各行业的专家来担任仲裁员，处理他们之间的争议。第三，保密性。这一点也是诉讼所不具备的。第四，国际商事仲裁的仲裁裁决比法院的判决更容易得到执行，有时甚至是得到实行的唯一有效途径。现在，已经有一百多个国家加入了《承认及执行外国仲裁裁决公约》，可执行的范围之广是法院的判决在可预见的未来所无法企及的。第五，在许多情况下，仲裁比诉讼费用更低，效率更高。正是因为仲裁条款的独特性质和这些优点，法官倾向于将仲裁条款和合同的其他条款区别对待。仲裁尤其是国际商事仲裁对于保障商人的正常经济交往和合法的商业利益都具有非常重要的价值，否定仲裁条款的效力有时就意味着当事人经济利益的完全丧失。正是基于这一点的考虑，许多国家通过对仲裁条款的宽松解释、当事人意思的合理解释等方法来避免轻易否定仲裁条款的效力。考察现代各国仲裁立法及相关的国际条约，一个仲裁条款/仲裁协议如果明确表示当事人的真实仲裁意愿及提交仲裁的争议事项，只要当事人有完全的行为能力并且争议事项有可仲裁性，该仲裁条款/仲裁协议就是有效的，认定仲裁条款/协议的有效条件是相当宽泛的。施米托夫在评论不够明确的仲裁条款时指出，即使是在英国1950年《仲裁法》使仲裁制度严格受制于法院的环境下，“英国法院意识到，仲裁条款与合同中的其他条款的性质不同，因而在解释该条款时，将比对合同其他条款的解释更为宽容，只要可以这样作，他们就试图赋予该仲裁条款以商业上的效力。”

四

当然，仲裁条款在合同转让后自动转移规则的适用是有例外的，这一规则受制于以下几种情况。

首先，如果受让人或合同的另一方当事人在合同转让时/得到合同转让的通知时明确反对仲裁条款继续适用，那么，仲裁条款将不能自动转移。因为，归根结底仲裁条款的效力来自当事人的意思表示，仲裁条款自动转移规则只是在当事人未在合理的时间内提出异议时应当适用的一般规则，是一种在一般情况下符合当事人各方正当利益和合理期待的法律上的推定，但是，这一规则不能剥夺当事人意思自治的权利，合同的另一方当事人应当有权排除与合同外的第三人（受让人）进行仲裁。

第二，完全基于人身性质而订立的仲裁条款应当不能在合同转让后自动转移。

需要注意的一点是，债务人或受让人对合同转让本身的效力提出质疑并不影响仲裁条款的自动转移。如债务人主张合同转让因违反了合同准据法的强制性规定而无效，受让人以欺诈、胁迫、显失公平为由主张撤销合同的转让等情形。但是，这些主张都是实体问题，与案件的管辖权无关。既然仲裁条款的独立性决定了合同无效时仲裁条款都依然有效，那么合同权利转让的有效与否也应当不影响仲裁条款的有效性。

五

各国对合同义务的转移的规定分歧较大，理论和实践中都存在不同的认识和做法。要研究合同义务的转移和合同权利义务的概括转让对仲裁条款效力的影响，就首先必须对各国合同义务的转移的不同规

定有清楚的认识。

与合同权利的转让一样，早期的罗马法是不承认合同权利的转移的。但随着经济的发展和交易的频繁，各国通过不同的方式承认了合同义务在满足一定的条件是可以转移给合同外的第三人。概括的说，各国对合同义务转移（又称合同义务的转托、合同义务的转让、债务承担）有以下三种不同的做法。

第一种是合同义务的转移必须经过债权人的同意，否则不发生效力。德国民法典第415条规定：“第三人与债务人约定承担债务者，须经债权人的追认始发生法律效力”。我国《合同法》第84条规定：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意”。日本、瑞士和我国台湾地区也采纳这一原则。

第二种做法严格说来其实并不是合同义务的转移，而只是一些国家为了承认合同义务的转移而采取的一种变通的做法，即通过合同的更新（Novation）来实现合同义务转移的目的。合同的更新是指债权人与第三人直接达成协议，由第三人代替债务人向债权人履行债务，从而免除债务人的债务的一种做法。如英国普通法认为，合同的债务非经债权人的同意使不得转移的，而债务转移只能通过合同更新的办法来实现。法国民法典第1274条第2款规定：“债权人得解除旧债务人的债务而由新债务人代替之”。

第三种做法是美国所采用的所谓“代为履行”（Delegation of Performance）。在美国，作为一般原则，合同义务无需经债权人同意即可由债务人转托给第三方。这一原则为美国《统一商法典》和《第二次合同法重述》所采纳。《意大利民法典》也没有规定合同义务的转移需经债权人同意，而仅规定“如果债务人委任了一名新的债务人，由其向债权人承担债务，原债务人并未解除债务，除非债权人明确表示解除他的债务。”

从理论上讲，前两种做法在法律上的定性是不同的：第一种做法仅仅是债务人的变更，而原有的合同内容并未变化；而第二种做法却是原有合同关系的消灭和新的合同关系的产生。但是，两者导致的结果确是一致的：原合同的债务人脱离了原合同关系，第三人（受让人）成为新的债务人而与债权人建立了新的合同关系，无论债权人还是受让人都可以直接向对方主张合同权利。由于合同义务的转移涉及到合同中规定的义务由合同外的第三人承担的问题，而第三人的履约能力、资信情况都可能不同于原合同的债务人，因此采取上述两种做法的各国普遍认为，合同义务的转移必须经过合同中债权人的同意。这样，无论对受让人还是债权人而言，他们都有合理的机会对是否接受/同意转让做出选择，它们应当对原合同中的规定，包括合同中仲裁条款的规定加以认真考虑，以决定在合同的当事人变更后原合同的规定是否仍然适用，包括是否继续通过仲裁来解决他们之间可能发生的争议。对于受让人而言，合同转让后就意味着他要承担合同中的义务，对将来的履行、可能发生的争议以及通过何种方式解决争议都是受让人在接受合同转让时应当考量的问题。如果他认为仲裁不是解决他们之间争议的适当方式，就应当对合同中的仲裁条款明确提出反对；另一方面，对合同的债权人来说，合同转让后要由第三方来履行合同的义务，除了对第三人履约能力加以考察外，他更应当考察对将来的争议通过仲裁解决对其是否有利。所以，如果第三人和原合同的非转让方未对合同的仲裁条款提出异议，那就可以合理地认为他们接受了仲裁条款，仲裁条款在合同转让后将继续有效。而对于第三种做法，即美国法所采纳的原则，虽然合同的义务可以无需征得债权人的同意即可转移给第三人，但是，原合同债务人并不能因此而解除合同义务，如果第三人（受让人）没有履行合同义务，债权人有权要求原债务人继续履约或承担违约责任；但是，债权人与第三人之间并不存在合同关系，债权人无权要求第三人履行合同义务。根据美国法，未经债权人同意的情况下债务人做出的合同义务转移虽然是有效的，但是原债务人并未从合同关系中解脱出来，他其实扮演着债务履行的担保人的角色；而第三人也并未与债权人建立合同关系，当第三人未履行转托的义务时，债权人只能向原债务人主张权利。这种情况下，即便合同义务已经转移，但是，由于债权人无权向受让人主张实体上的权利，也就谈不上与第三人通过仲裁解决争议了。但是，如果债权人同意了债务人对第三人义务的转托，那么债权人就解除了其对原债务人的债务。这时，债权人就可以向第三人主张合同的权利，并且，他和第三人都同样受到仲裁条款的约束。可以看出，虽然美国法在判断合同义务是否转移的标准上采取于其他国家不同的做法，即无需经过债权人的同意合同义务即可转移，但是，在合同义务转移后仲裁条款是否继续有效这一问题上，美国法认为也适应取决于义务的转移是否经

过了债权人的同意。

可以看出，虽然各国在合同义务转移是否须经债权人的同意这一问题上有不同的观点，但是各国一致的观点是未经债权人的同意，原合同债务人仍然须对债权人负责。在合同义务转移对合同中的仲裁条款的影响各国的认识也大致相同，即如果债权人的明确同意合同义务转移给第三人，且当事人无相反表示，则仲裁条款自动转移。

至于合同权利义务的概括转让，无非是同时包括了合同权利的转让和合同义务的转移，因此，在合同权利义务概括转让后合同中的仲裁条款的是否自动转移适用的原则与上述原则是一致的，即如果债权人的明确同意合同义务转移给第三人，且当事人无相反表示，则仲裁条款自动转移。

六

虽然多数国家并不承认仲裁条款在合同权利转让后自动转移理论，但是，已经有相当一部分国家和学者在理论上和实践上承认并接受了这一观点。

按照有些学者的著述，载有仲裁条款的合同在转让后，作为一般的规则，受让人应受该仲裁条款的约束，除非该仲裁条款与转让人是不可分割的（inseparable）。美国著名的合同法专家科宾（Arthur L. Corbin）也持相同的观点。他认为，“如果债务人与让与人订立的合同中规定，因该合同发生的争议用仲裁解决，这一条款正如同可适用于让与人一样，它可由受让人适用或者对受让人适用。”

在英国，合同权利的转让有两种不同的做法：一种是按照成文法规定进行的债权让与（Statutory Assignment），另一种是按照衡平法的原则进行的债权让与（Equitable Assignment）。这两种债权让与分别按照不同的规则进行。成文法上的债权让与必须符合1925年财产法（Law of Property Act, 1925）规定的要求：（1）必须以书面做成，并由让与人签字；（2）债权让与必须是绝对的、无条件的和全部债权的转让；（3）必须书面通知债务人。一项债权让与如果符合了以上要求，那么受让人就可以在向仲裁庭发出转让通知后继受转让人有关仲裁的权利。同时，该受让人也受到仲裁条款的约束，他在接受合同权利的同时就意味着同意了仲裁条款对其的适用。衡平法上的债权让与如果通知了债务人和仲裁员，仲裁条款也可以继续在债务人与受让人之间适用。应当注意的一点是，对合同另一方当事人和对仲裁员的通知必须在合理的时间内做出的，否则，受让人即无权提起仲裁。在英国，合同转让后仲裁条款在债务人和受让人之间继续有效是一条确定的（well-established）原则。

瑞典法律对于未征得合同的另一方同意的情况下转让合同权利是否导致合同中的仲裁条款转移的问题缺乏明确的规定，但是瑞典最高法院1997年在EMJA案中支持了仲裁条款在合同权利转让后自动转移的观点。在该案中，丹麦船厂Ferus与德国的船运公司Emja签订合同，由前者为后者造船。Ferus又与另一家丹麦船厂Bijlsma签订了分包合同。船的发动机则由芬兰的制造商Wartsila提供；在Bijlsma与Wartsila之间的发动机交货合同中，双方援引了ECE 188一般条件和TP 73 E一般条件，而该两一般条件都含有仲裁条款。船交付Emja使用后，因发动机故障，给Emja造成严重经济损失。为使Emja能够直接向发动机生产商Wartsila索赔，Ferus与Bijlsma于1993年11月和Emja签订转让协议书，将他们在发动机交货合同中对Wartsila的所有权利全部转让给Emja。Emja遂以此为依据在瑞典Trollhattan法院起诉，向Wartsila索赔。Wartsila则援引ECE 188一般条件和TP 73 E一般条件中的仲裁条款，对抗法院的管辖权。一审法院和二审法院均判定，争议应提交仲裁，法院无管辖权。

在瑞典最高法院，Wartsila提出多项理由主张仲裁条款的效力，其中最主要的依据为，在转让中，受让人不能取得比转让人更优的地位，这项原则对仲裁条款同样有效；此外，Wartsila无权反对Ferus与Bijlsma将合同项下的权利让与他人，但是，如果债权一经让与，债务人就必须到法院打官司的话，Wartsila的地位就会收到相当大的损害。Emja则争辩说，仲裁协议的订立往往是当事人之间具有很强人身信任关系的结果，在债权让与，债务人与受让人不存在这种关系，所以，不应受原仲裁条款的约束。

瑞典最高法院首先指出，在债权让与中，原合同中的仲裁条款对受让人是有效的。法院认为：如果受让人知道或者应当知道原合同中的仲裁条款，按照瑞典大多数学者的观点，他就应当受到仲裁条款的约束；合同的另外一方当事人原先与转让人签订合同时，本来是希望争议通过仲裁方式解决的，如果作为合同原来一方当事人的转让人通过自己的单方行为（转让债权）就使合同另外一方当事人的仲裁愿望

落空的话，这对合同的另外一方当事人来说是难以接受的。法院接着提出，在商业实践中，当事人之间存在人身信任关系并因此才订立仲裁条款，是极罕见的；同时，如果允许合同的另外一方当事人在仲裁与法院诉讼中进行选择，则使他有机会通过挑选仲裁或者挑选法院而捞取好处，因此，在债权让与，合同的另外一方当事人也应受原合同中仲裁条款的管辖。

在瑞典斯德哥尔摩国际商事仲裁院仲裁的美国A. I. 贸易融资公司诉保加利亚对外贸易银行一案中，仲裁庭通过分析该案适用的准据法奥地利法和仲裁地法瑞典法，认为仲裁条款应当随着合同的转让而转让。仲裁庭的主要理由是，如果认定仲裁条款不能自动转移，就会打击让与人和受让人进行交易的积极性，而且限制了受让人的权利，构成对受让人利益的损害。从保护交易安全、鼓励加以的立场出发，仲裁庭对各方当事人的合理利益进行了详细的分析，得出仲裁条款可以自动转移的结论，这是符合仲裁制度的发展趋势的。

我国现行法律对合同转让后仲裁条款是否能自动转移没有明确的规定，但我国司法实践已经对经合同另一方当事人同意的合同权利义务的概括转让时仲裁条款的效力明确予以肯定。

在武汉中苑科教公司诉香港龙海（集团）有限责任公司（以下称香港龙海公司）一案中，武汉东湖公司与香港龙海公司签订合营合同，合同订有仲裁条款。后经香港龙海公司同意，东湖公司将其在合营公司中的股权全部转让给武汉中苑科教公司，受让人武汉中苑科教公司还与香港龙海公司签订协议书，对原合营合同中的部分条款（如出资等）作了变更，在该协议书中未提及仲裁条款。武汉中苑科教公司与香港龙海公司在合资经营合营公司期间发生争议，香港龙海公司依据仲裁条款向有关仲裁机关提请仲裁，武汉中苑科教公司则向人民法院请求确认仲裁条款无效。在回复武汉中苑科教公司请求确认仲裁条款效力时，最高人民法院认定，转让人与合同的另外一方当事人所签订的仲裁条款对受让人和合同的另外一方当事人具有约束力。最高人民法院明确指出，武汉中苑科教公司与香港龙海公司签订的协议书只是对原合营合同部分条款的变更，未变更的原合营合同的其他条款仍然有效，应视为武汉中苑科教公司与香港龙海公司对原合营合同中的仲裁条款是认同的，双方因合营合同而发生的争议，应按约定提交仲裁机构解决。

【小结】综上所述，合同转让后其中的仲裁条款是否一同转让是对转让协议进行解释和对各方当事人利益进行分析的问题，归根结底，这一问题要服从当事人的意愿。在合同转让是，如果当事人任何一方明确排除仲裁条款的适用，则仲裁条款不能对受让人和原合同另一方法生效力；相反，当事人如果没有对仲裁条款的适用提出反对，则合同另一方当事人在得到转让通知时（权利转让）或同意合同转让时（义务转移）仲裁条款将对和受让人具有拘束力。这既是尊重当事人意思自治和保护当事人的正当利益的表现，也是符合仲裁制度发展趋势的正确立场。

冯大同：《国际商法》，对外经济贸易大学出版社1991年版，第161页。

王军：“评我国新合同法上合同转让的原则”，载《国际商法论丛》第二卷，法律出版社2000年版，第4页。

（英）施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第598页。

（英）施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第611页。

当然，在有些国家，如美国、意大利等，义务的转移同样可以不经债权人同意而转移，见本文第五部分的有关讨论。

肖永平：《中国仲裁法教程》，武汉大学出版社，1997年版，第110页。

如我国《合同法》第82条规定：“债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。”德国民法典第404条规定：“债务人在债权让与当时对原债权人的抗辩，均得向新债权人主张。”

诉讼时效属于程序法的规定还是实体法的规定，大陆法和英美法的规定是不同的。大陆法认为有关诉讼时效的规定是实体法方面的，而英美法则认为是程序法方面的。

Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Law Commission No. 242, published on July 31, 1996. See Clare Ambrose: “When Can a Third Party Enforce an

Arbitration Clause”, [2001] The Journal of Business Law, Sweet & Maxwell Ltd., September issue p416 Note 1.

这两位学者是Girsberger和Haumaninger。原文为：“Those instances in which courts have acknowledged an autonomous identity of the arbitration agreement are instances in which they wanted either to preserve the orderly functioning of the arbitration proceeding or respect the parties’ expectations. Thus, the concept of separability was developed to ensure a smooth initiation of arbitration proceedings, and the concept of survival of the arbitration clause was developed to ensure a smooth conclusion of arbitration proceedings. And the concept that the main contract and the arbitration agreement may be governed by different laws was developed in order to meet the parties’ expectation. Treat the arbitration agreement as autonomous for purposes of its transfer arguably does not meet either one of these objectives. On the contrary, the possibility that both assignor and assignee could escape arbitration rather suggests that an autonomous treatment of the arbitration agreement would run counter to these objectives.” 转引自《国际商事仲裁案例评析》，赵秀文主编，中国法制出版社，1999年版，第59页。

Heyman v. Darwins Ltd. [1942] A.C. 356; [1942] 1 All E.R. 337, HL

参见：《承认及执行外国仲裁裁决公约》第2条，《联合国国际商事仲裁示范法》第7条，《德国民事诉讼法典》第1027条，《瑞士国际私法典》第178条等等。

陈治东：《国际商事仲裁法》，法律出版社1998年版，第115页。

（英）施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第615页。

见《日本民法典》第474条，《瑞士债法》第176条，我国台湾地区“民法”第301条。

冯大同：《国际商法》，对外经济贸易大学出版社1991年版，第171页。

见美国《统一商法典》第2-210条，《第二次合同法重述》第318条。

见《意大利民法典》第1268条第1款。

E. Allan Farnsworth, Contracts, Aspen Law & Business, 3rd ed., 1998, p747.

（美）A. L. 科宾：《科宾论合同》，王卫国等译，中国大百科全书出版社1998年版，下卷第285页。

赵健：“关于仲裁协议的几个问题：以中国法为准据法”。本文是作者提交给由中国国际经济贸易仲裁委员会和瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院联合举办的“中—瑞仲裁研讨会”（2000年3月20日）的论文。

赵健：“关于仲裁协议的几个问题：以中国法为准据法”。见前注21。

W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana Publications, Inc. 1984, Part II p37.

（美）A. L. 科宾：《科宾论合同》，王卫国等译，中国大百科全书出版社1998年版，下卷第322页。

David Sutton, John Kendall and Judith Gill: Russell on Arbitration (21st ed.), Sweet & Maxwell Ltd., p99.

Montedipe SpA v. JTP-R0 Jugotanker, (The Jordan Nicolov) [1990] 1 Lloyd’ s Rep. 11, 15.

David Sutton, John Kendall and Judith Gill: Russell on Arbitration (21st ed.), Sweet & Maxwell Ltd., p99.

Baytur SA v. Finagro Holding SA[1991] 4 All E.R. 129

Clare Ambrose: “When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause”, [2001] The Journal of Business Law, Sweet & Maxwell Ltd., September issue p416.

See Sigvard Jarvin, Assignment of Rights Under a Contract Containing an Arbitration Clause—Assignee Bound to Arbitrate, Decision by Sweden’ s Supreme Court in the “EMJA” Case, in Swedish and International Arbitration 1997 (Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, at 65. 转引自赵健：“关于仲裁协议的几个问题”。见前注21。

《国际商事仲裁案例评析》，赵秀文主编，中国法制出版社，1999年版，第65页。

参见湖北省武汉市中级人民法院（1997）武经终字第0227号民事裁定书。



中国国际经济贸易仲裁委员会 2004-2009版权所有 电话：010-82217788 传真：010-82217766,64643500
地址：北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦6层 邮编：100035 电子信箱：info@cietac.org