

间接代理制度 对仲裁条款的适用

徐涤宇*

内容提要：正确解释合同法第 402 条和第 403 条对仲裁条款具有的规范效力，在仲裁实践中具有重大意义。但就涉及有仲裁条款的案型而言，作为归属规范的合同法第 402 条，出现违反法律计划之不圆满性，属于规整漏洞，应以目的性扩张方法填补；合同法第 403 条对间接代理中的仲裁条款无适用余地，但可运用合理利益原则创设仲裁条款自动移转规则，此非合同法第 403 条之解释和适用的结果，而是通过仲裁条款的解释对所涉当事人意思的拟制。中国民法的知识形态应转向以解释论为主导的路径，即以现行法、判例和教义学语句为对象展开法律论证，在法律的解释和适用以及法教义学的形成中促成法的成长。

关键词：合同法第 402 条 合同法第 403 条 间接代理 仲裁条款

一、问题的提出

合同法第 402 条规定：“受托人以自己名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人。”仲裁实践中，对该条的适用存在着许多问题。试举一例言之：^{〔1〕}

2002 年 10 月，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲）受理了新加坡 MT 公司（以下简称第三人）与被申请人中国 B 公司（以下简称受托人）和中国 A 公司（以下简称委托人）之间的设备买卖合同争议案。本案中，受托人以自己名义与第三人订立合同，并且订有仲裁条款。

发生合同争议后，第三人根据其受托人签订的设备买卖合同中的仲裁条款提请仲裁，声称其在订立合同时知道委托人和受托人之间的委托代理关系，因此依第 402 条，委托人应受合同和

* 湖南大学法学院教授。

本文系教育部人文社会科学 2006 年度规划项目《现代中国民法的知识转型：知识社会学的考察》（批准号：06JA820047）的阶段成果。

〔1〕 有关该案的详情，请参见文隽实：《适用〈合同法〉第 402 条的外贸合同中的仲裁条款对委托人的效力》，《仲裁与法律》第 91 辑，法律出版社 2004 年版。实务上的其他相关案例可参见康明：《外贸代理与〈合同法〉第四百零二条适用问题初探》，《仲裁与法律》第 85 辑，法律出版社 2003 年版；《买卖合同适用合同法第四百零二条仲裁案裁决书》，载中国国际经济贸易仲裁委员会编：《中国国际经济贸易仲裁裁决书选编》（1995—2002）[货物买卖争议卷]，法律出版社 2002 年版，第 528 页。

仲裁条款的约束。而委托人在收到仲裁通知后,认为其并未与申请人订立合同和仲裁条款,向贸仲提出管辖权异议。

贸仲查明:第一,A公司和B公司之间存在委托代理关系;第二,第三人在与受托人订立合同时,知道委托人和受托人之间的委托代理关系。据此,贸仲认为,本案已构成合同法第402条所述的情形,该合同和仲裁条款直接约束委托人和第三人,因而贸仲在本案中对委托人有管辖权。

贸仲的这一处理,似有如下几点不妥:

第一,贸仲在处理管辖权争议阶段,就已适用合同法第402条之规定,先行确定A公司和B公司之间存在实体代理关系,且为第三人缔约时知晓,进而认定该合同和仲裁条款亦直接约束委托人和第三人,以解决贸仲在本案中对委托人的管辖权问题。这是对仲裁程序的违反,即有违“先审后裁”原则,因为“合同是否直接约束第三人与委托人是一项实体问题”,而“是否存在代理关系只有通过仲裁程序才能确定”。〔2〕此外,在本案中,对A公司提出的管辖权异议由贸仲这一仲裁机构处理,而实体问题却由仲裁庭审理,这在实践中常常导致程序审理和实体审理的脱节。

第二,本案所涉仲裁条款(受托人以自己名义与第三人订立的仲裁条款)是合同法第402条所言之合同(受托人以自己名义与第三人订立的合同)的组成部分,还是独立于合同而存在的另一项协议?对此,若认定所论仲裁条款仅是合同的组成部分(贸仲就是如此处理的),则应该适用第402条,该仲裁条款直接约束委托人和第三人。如此,在受理仲裁申请或处理管辖权异议时,程序问题和实体问题被一并处理,这又回到前述第一个问题,即有违“先审后裁”原则。若认定仲裁条款为有别于合同的另一协议,则该仲裁条款能否直接约束委托人和第三人,便成为问题。

上述案例仅仅关涉合同法第402条之间接代理制度。而我国合同法以“第三人订立合同时是否知道受托人与委托人之间的代理关系”为标准,更将间接代理一分为二,分别设计第402条和第403条之规定。于是问题被进一步延伸,亦即,在第403条设定的情形,设若受托人以自己名义和第三人缔约,并在合同中订有仲裁条款,则在委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人主张权利时,委托人和第三人是否受仲裁条款的约束?

以上三个问题,直接指向仲裁实践中合同法第402条、第403条之适用。受托人以自己名义,除与第三人订立合同之外,尚订立了仲裁条款作为合同争议的解决方法,那么,在满足第402条、第403条设定之条件的情况下,此等仲裁条款是否直接约束委托人和第三人?此一问题及其解答,关涉的是合同法第402条和第403条对仲裁条款所具有的规范效力及其解释,在仲裁实践上具有重大意义。本文试图为此提供解释论上的方案,并欲以此为具例,引申出规范的法律论证〔3〕理论对中国民法学知识转型的实践价值。

二、合同法第402条对仲裁条款的适用余地:法解释学的视角

(一) 合同法第402条:独立于直接代理的归属规范

代理滥觞于罗马法,发展至今,有大陆法系的代理制度和英美法系的代理制度之分。在大陆

〔2〕 陈治东:《〈合同法〉第四〇二条对我国涉外商事仲裁制度的挑战》,《法学》2005年第4期。陈先生在该文中从三个方面敏锐地指出这是一个“考验我们法律逻辑的难题”。

〔3〕 法律论辩的种类多样,由此法律论证亦存在多种面向,对此可参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第262页。本文所言“法律论证”,主要指向有效法秩序框架内的法律解释之证立。参见〔荷〕伊芙琳·T·菲特丽丝:《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》,张其山等译,商务印书馆2005年版,第123页以下。

法系，代理是法律行为的一种特殊表现形式，且实在法仅规定有直接代理，学理上认间接代理之存在。这是以“名义标准”对代理作的划分，即代理人以被代理人的名义为代理行为者，为直接代理；以自己名义为代理行为者，为间接代理，在实在法上主要有行纪之规定。与之相对的英美法系，代理是一种契约关系，它更关注代理人和被代理人之间的内部关系。英美法上的代理，以代理人公开被代理人的程度为标准，区分为显名代理、隐名代理和不披露本人的代理。^{〔4〕}所以，两大法系的代理制度并非一事，差异明显。虽然从《国际货物销售代理公约》到《欧洲合同法通则》，国际社会对如何融合两大法系的代理制度进行了有益的尝试，但其视角以及融合的方法显然存在差异，因之也存在很多弊端。

在大陆法系，“民法上之代理，最早出现之模式为法定间接代理，现代民法之意定直接代理，迟至 19 世纪方被开发。然则，代理制度演进至今，最通常之模式反为意定直接代理”。^{〔5〕}我国原有的民商立法及民法学说，仅承认所谓的直接代理制度，并不认同间接代理。惟在外贸经营活动中，长期存在外贸代理制度，即作为代理人的外贸出口公司，得以自己的名义，而非被代理人的名义进行代理行为。合同法以此为实践基础，借鉴《国际货物销售代理公约》中的相关规定，正式承认了间接代理制度。^{〔6〕}至此，我国的间接代理制度由合同法第 402 条和第 403 条规范。

合同法第 402 条的规定，表面似与英美法之不披露本人的代理相类。但详究之，“字词”之相近，隐含着“文义”之巨大差异。事实上，我国已有很多学者对第 402 条与英美法之不披露本人的代理制度的区别作有论述。^{〔7〕}因而，对合同法第 402 条的规范意义的探讨，应避免拿第 402 条之规定套英美法系之不披露本人的代理制度，而是应立足于我国民事立法的传统和制度语境，在大陆法系代理制度之意义脉络中进行解释。

从法律规范之构成要素的角度看，合同法第 402 条可被分解为两个事实构成（或曰法律规范描述的事实类型）和一个法律后果。首先，“受托人以自己的名义，在委托人授权范围内与第三人订立合同”，这是典型的间接代理之事实类型。其次，“该合同直接约束委托人和第三人”，此为典型的归属规范之法律后果。也即，该条将受托人的行为所产生的法律后果直接归属于委托人，承认该效力依法当然发生，不像大陆法系传统的间接代理那样，必须通过其他行为（如债权让与、债务承担）将行为效果转移给被代理人。^{〔8〕}可见，该条前段所规定的间接代理，其法律效果转化为末段之直接代理的归属效果，条件就是该条中段所言“第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系”之事实类型。

因而，若严格地讲，合同法第 402 条只是构成间接代理制度的例外情形。受托人以自己名义与第三人订立合同，而第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，产生和直接代理相同的归属效果。而在受托人以自己名义与第三人订立合同，并且第三人在订立合同时不知道受托人和委托人之间的代理关系时，才构成大陆法上传统的间接代理：其法律效果首先约束受托人和第三人，必须通过其他行为才能将法律后果转移给委托

〔4〕 参见高富平：《代理概念及其立法的比较研究》，《比较法研究》1997 年第 2 期；徐海燕：《英美代理法研究》，法律出版社 2000 年版，第 77 页。

〔5〕 曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 243 页。

〔6〕 郭明瑞主编：《合同法学》，复旦大学出版社 2005 年版，第 422 页。

〔7〕 例如，江帆：《代理法律制度研究》，中国法制出版社 2000 年版，第 223 页；费安玲主编：《委托、赠与、行纪、居间合同案例评析》，知识产权出版社 2002 年版，第 62 页。

〔8〕 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 671 页。

人。^{〔9〕}所以,合同法第402条之规定,虽然在前段规定的是间接代理(按名义标准)之事实类型,但它侧重的是从间接代理向直接代理之归属效果的转化,是一种在法律效果上和直接代理并无不同的归属规范。

(二) 合同法第402条所言之“合同”能否涵括仲裁条款

如上所述,受托人以自己名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,经该条中段之“规范效果转化”条件的实现,直接约束委托人和第三人。然而,受托人以自己名义,在委托人授权范围内与第三人订立的仲裁条款能否直接约束委托人和第三人?换言之,第402条所言之“合同”能否涵括仲裁条款?

为解决合同争议所立的仲裁条款之于合同,是有其独立存在意义的,而不能认其与合同其他条款一样仅为合同之一部分。这也就是学理上所谓的仲裁条款的独立性,实在法上主要体现为合同法第57条和仲裁法第19条。

但是,也有学者认为,这一说法不恰当地理解了仲裁条款独立性原则的概念,并错误地扩大其适用范围。仲裁条款独立性仅针对主合同效力有瑕疵而言,即主合同效力的瑕疵不至于影响到仲裁条款的效力,除此之外,仲裁条款仍然是主合同的组成部分。若非如此,则运用该原则来诠释第402条之合同中仲裁条款的约束力,会得出不符合逻辑的结论:根据第402条,合同中的仲裁条款约束第三人与代理人,而合同直接约束第三人与委托人。^{〔10〕}

该观点的两点理由其实都难以成立。第一,主合同的瑕疵和仲裁条款的瑕疵被分别审查,本身就说明这是两种完全独立的协议;第二,仲裁条款和该条款栖身其中的合同之间并无必然的逻辑关系,该观点之所以认为存在逻辑矛盾,是因为其前见即已认定仲裁条款乃所涉合同的组成部分。以前见为前提,肯定得出“要么仲裁条款和合同都直接约束第三人和委托人,要么都约束第三人和代理人”的结论,于是,“根据第402条,合同中的仲裁条款约束第三人与代理人,而合同直接约束第三人与委托人”,当然不合逻辑。最终,其逻辑上反推的结论必然是:仲裁条款是合同的组成部分。显然,在该论证中,前提和结论互为前提,属于典型的循环论证。

事实上,仲裁条款相对于合同,不仅有其独立存在性,而且就实质而言,也非我国合同法上合同的一种。尽管仲裁条款也是当事人之间的一种协议,但是终究不能与合同划等号。这是因为,仲裁条款是对合同纠纷的程序救济条款,涉及的是纠纷解决机制之选择,^{〔11〕}而合同的内容涉及的是当事人之间的实体权利义务关系。合同法第2条将合同明确定义为“设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”,此“民事权利义务关系”,当指实体权利义务关系无疑。因此,两者的差别甚为明显。况且,合同法第57条和仲裁法第19条均使用“独立存在”,强调仲裁条款或争议解决方法之条款的法律属性。若此等条款的独立性仅指其效力的独立性,则“独立存在”之表述纯属多余。^{〔12〕}

综上,因仲裁条款独立于合同而存在,故不得认其为合同的一部分。就本文案型而言,仲裁条款约定的亦为纠纷解决机制,非合同法第402条所涉合同(受托人以自己名义与第三人订立的

〔9〕关于大陆法上间接代理的此种效果,请参见上引梅迪库斯书,第672页。在大陆法系,法律后果的转移主要通过债权让与、债务承担或免除进行,而我国合同法第403条则借鉴英美法制度,允许一定条件下通过委托人的介入或第三人的选择,将受托人行为的法律后果转移给委托人,后文对此将有论述。

〔10〕前引〔2〕,陈治东文。

〔11〕有学者将此种选择权定性为程序形成权的一种。参见陈桂明、李仕春:《论程序形成权——以民事诉讼权利的类型化为基点》,《法律科学》2006年第6期。

〔12〕当然,本文并不否认仲裁条款的从属性,否则,仲裁条款将无所指向而失其存在的意义。此从属性尤其体现在合同缔结过程中,故合同法第30条规定,对要约中解决争议方法的变更,是对要约内容的实质性变更。但合同成立后,仲裁条款的独立存在性就凸显出来。

合同)的组成部分。贸仲在处理管辖权争议阶段,未区分仲裁条款和该条款栖身其中的合同,而是通过适用合同法第402条之规定,确认仲裁条款也直接约束委托人和第三人,从仲裁条款的独立性和仲裁程序的角度看,存在法律适用上的逻辑障碍。

(三) 合同法第402条是否存在法律漏洞

仲裁条款既独立于实体权利义务之合同而存在,则受托人以自己名义与第三人订立的仲裁条款已逸出合同法第402条规定之“合同”的可能文义射程。由于法律解释有其“文义范围性”,即“法律解释必须在文义所及的范围内为之”,^[13]故受托人以自己名义与第三人订立的仲裁条款,不能径行适用第402条之规定。

然而,在法律适用中,如果实在法被期待有具体的事实类型规定,而又缺少法律的调整内容,就被认为存在实在法的缺陷——法律漏洞,此时要求并允许通过一个具有法律补充性质的法官的决定来排除该缺陷。^[14]在此种意义上,不得拒绝裁判的法官(包括仲裁庭)在法律适用时有解释法律的义务,若法律存有漏洞,亦有填补漏洞的义务。^[15]于是,本文所涉问题转化为:合同法第402条对于仲裁条款这一事实类型而言,是否存在漏洞?

就本案所涉案型而言,通过单纯的法律解释,完全可以获得如下答案:因不能径行适用合同法第402条的规定,故受托人和第三人订立之仲裁条款仅约束受托人和第三人,不能约束委托人和第三人。但是,在依法律根本的规整意向,应予规整的问题欠缺适当规则时,虽径自适用法律仍可获得答案,也无异于权利的拒绝。为作出满足权利的裁判,法官或仲裁庭必须以合于法律的规整意向及目的之方式,填补法律规整的漏洞。此所谓漏洞,被称为“规整漏洞”或“不真正”的漏洞。^[16]

本文所论案型,因不能径自适用合同法第402条,可谓欠缺适当的规则。并且,衡诸立法目的,该案型又应予规整。这是因为,合同法第402条之立法宗旨,不仅是要在委托人和第三人之间建立一种直接的实体权利义务关系,更需要在程序法上配套以权利救济简化程序。如果依第402条之规定,受托人以自己名义与第三人订立的合同,经由该条中段“规范效果转化”条件直接约束委托人和第三人,而受托人在特别授权的范围内(即授权订立仲裁条款)以自己名义与第三人订立的仲裁条款仅仅约束受托人和第三人,则其结果是排除了通过仲裁程序直接解决委托人和第三人之间纠纷的可能,徒增委托人和第三人诉讼之负累,减弱第402条的规范意义,有违立法旨趣。况且,合同法并非仅仅关涉实体权利义务关系,而是将相关程序性问题一并纳入,如该法第57条、第128条、第129条之规定。

因此,本文所论案型的存在,表明合同法第402条出现违反法律计划之不圆满性,即第402条遗漏了“受托人以自己名义与第三人订立仲裁条款”这一案型,属于法律漏洞中的规整漏洞。

(四) 合同法第402条之漏洞的补充

法律漏洞的补充方法有多种,包括类推适用、目的性扩张、目的性限缩和创造性补充。本文探讨的案型,主要关涉目的性扩张之漏洞补充方法。之所以为目的性扩张,是因为存在目的地扩张式价值判断矛盾,即系争案型与系争法条文义涵盖之案型出于同一立法目的,而系争法条却未将之纳入而出现价值判断矛盾。因此,衡诸法律目的或其基本思想,系争法条文义涵盖之案型种类显属过狭,而不足贯彻其规范意旨,遂依规范意旨将本应包括而未包括在内的案型,纳入系争

[13] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第260页。

[14] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第171页。

[15] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第250页。

[16] 同上书,第251页。

法条之适用范围。^{〔17〕}

在理论上,目的性扩张与类推适用之间的区别至为明显:前者直接诉诸已存在的规范意旨,而后者的论理依据是已规范与未规范之拟处理案型间的“类似性”。^{〔18〕}然而,目的性扩张与类推适用在漏洞补充的作用上极为相近。两者均将一项规整扩而适用于依其字义并未被包含的其他案件事实;两者均为充分实现法定规则的目的,避免无法正当化的评价矛盾。^{〔19〕}并且,两者间的区别也是相对的:即,如果一个规范依其意旨,已被评价为应被适用到原未为其所规范之案型,则人们若用较低的共同特征要求标准,它对原未为其所规范之案型的适用,便容易被评价为“类推适用”;反之,若用较高的标准,它对原未为其所规范之案型的适用,便会被评价为“目的性扩张”。^{〔20〕}

本文认为,不能过于强调目的性扩张和类推适用的区别仅是相对的。首先,若采上述“区别相对论”,则二者间的界限划分会因人而异,以致法律适用不能整齐划一。其次,“区别相对论”也容易导致降低类似性标准,将本应作目的性扩张之案型,作类推适用处理。有鉴于此,本文所论案型中所涉之“仲裁条款”与“合同”,并无法律上重要之点的类似性,故不得采类推适用,而应以目的性扩张为漏洞之补充。

实务上,对本文所论案型为漏洞补充的操作,可归纳如次。在发现合同法第402条存在明显的规整漏洞,且认定系争案型(受托人以自己名义与第三人订立的仲裁条款)与该条文义所涵盖的案型(受托人以自己名义与第三人订立的合同)并无法律上重要之点的类似性之后,对前述两种案型予以审视,决定其是否出于同一规范意旨。此处所言,关涉基于法律目的考量而修正法律,其前提是:能清楚地确定法律的目的,并且,假使不为此等修正,则法律目的在部分事件中即不能完全实现,不可避免发生严重的评价矛盾或明显的不正。^{〔21〕}就第402条所涉两案型而言,实出于同一规范意旨,已如前述。据此,第402条文义所涵盖之案型,衡诸该规定之立法意旨,显然过狭,以致不能贯彻该规范的意旨。是故,显有越过该规定之必要,以将其适用范围扩张至该文义原不包括的类型。^{〔22〕}也就是说,依目的性扩张,使受托人以自己的名义订立的仲裁条款,在满足合同法第402条描述的两个事实类型后,因被赋予归属效果而直接约束委托人和第三人。^{〔23〕}

至于系争案型是否可被涵摄到第402条描述的两个法定的事实构成之下,从而取得该条规定的归属效果,须基于仲裁条款的独立性,对其为单独考察。易言之,仲裁条款可否独立适用合同法第402条之规定,取得其归属效果,须重点审查以下两点:第一,受托人以自己名义与第三人订立仲裁条款,须有委托人订立仲裁条款之特别授权。盖代理之归属效果的发生,乃以代理权的存在为基础,而由代理人代为订立仲裁协议,须有委托人明确授权或事后追认。^{〔24〕}第二,按合同法第402条之规范意义,仲裁条款要直接约束委托人与第三人,还须该第三人在订立该条款时,知道受托人和委托人之间存在订立仲裁条款的特别委托关系。否则,仲裁条款因不符合合同

〔17〕 参见前引〔13〕,黄茂荣书,第317页;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2003年版,第279页以下。

〔18〕 参见前引〔13〕,黄茂荣书,第317页。

〔19〕 前引〔15〕,拉伦茨书,第274页。

〔20〕 前引〔13〕,黄茂荣书,第317页。

〔21〕 前引〔15〕,拉伦茨书,第275页以下。

〔22〕 前引〔13〕,黄茂荣书,第400页。

〔23〕 须特别说明的是,此种情形下,仲裁条款因被赋予归属效果而仅约束委托人和第三人,并不约束受托人和第三人,故不会出现“仲裁条款可以同时约束第三人与代理人以及第三人与委托人”之尴尬境地。关于尴尬境地的分析,参见前引〔2〕,陈治东文。

〔24〕 参见陈桂明:《仲裁法论》,中国政法大学出版社1993年版,第64页。

法第 402 条之适用要件，而不能直接约束委托人和第三人。

以上方案，也有利于解决我国目前仲裁机构进行程序审理而实体问题由仲裁庭审理所导致的程序审理和实体审理的脱节问题。细言之，通过漏洞补充的方法，仲裁条款可独立地适用合同法第 402 条的规定，无须先就实体代理关系进行认定，故仲裁机构可单就仲裁条款的效力及其约束对象进行审理，以确定其对争讼是否具有管辖权，而实体问题则在确定管辖权后由仲裁庭审理。^[25]

三、仲裁条款与合同法第 403 条：法律适用中的司法拟制

(一) 合同法第 403 条的规范内涵及性质

前已述及，合同法第 402 条乃归属规范，即在符合适用要件时，该条将受托人以自己名义实施的行为所产生的法律后果直接归属于委托人，不需要由代理人通过一项特别的行为将行为效果转移给委托人。

而合同法第 403 条却不同，该制度借自英美法，其本意是通过委托人的介入或第三人的选择，在本人和第三人之间直接建立起一个合同关系。^[26] 这种直接合同关系的建立，得益于英国法学家对契约关系的三维思想。^[27] 然而，该制度被引进后，其规范意义至少在法教义学上仍被按照大陆法上间接代理之“二项合同结构”（施米托夫语）的方法加以解释。详言之，合同法第 403 条并非归属规范，因为依文义解释，它并未将受托人的行为后果直接归属于委托人。在其法律结构中，委托人和受托人之委托合同，与受托人和第三人之合同，泾渭分明。只是在法律规定的适用要件成立时，委托人享有介入权或第三人享有选择权，前者的性质为形成权，^[28] 其行使的结果就是受托人对第三人的权利移转于委托人，而第三人在行使选择权^[29] 时若选择委托人为其相对人，则发生受托人对第三人的债务移转于委托人的效果。^[30]

由此可见，合同法第 403 条所规定的，在大陆法系的概念体系中，不过是债权让与和债务承担的特殊形态。^[31] 也正因为此种性质，合同法第 403 条第 3 款规定的抗辩之移转，与该法第 82 条、第 85 条分别就债权让与和债务承担规定的抗辩之移转，大致相同。

(二) 合同法第 403 条对间接代理中仲裁条款的适用余地

在澄清合同法第 403 条之规范属性后，再回到文初设定的问题：假设未披露本人身份的受托人以自己名义和第三人缔约，并在合同中订有仲裁条款，则在委托人行使介入权或第三人选定委

[25] 在目前的仲裁制度下，只能通过法律解释的方法解决管辖权和实体争议分别由仲裁机构和仲裁庭处理的脱节问题。在立法论上，已有学者针对这一问题提出“我国应确立仲裁庭管辖权自裁原则”的建议。参见徐智庆、戴舒：《我国应确立仲裁庭管辖权自裁原则》，《仲裁与法律》第 95 辑，法律出版社 2005 年版。

[26] [英] 施米托夫：《国际贸易代理：比较法研究》，载氏著《国际贸易法文选》，程家瑞编辑、赵秀文选译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 402 页。

[27] 同上书，第 397 页。

[28] 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2000 年版，第 508 页；陈小君主编：《合同法学》，高等教育出版社 2003 年版，第 433 页。

[29] 有学者认为其性质亦为形成权，参见上引陈小君主编书，第 434 页。事实上，和委托人的介入权一样，第三人的选择权就是旨在通过单方的行为建立一种对他人的法律关系，亦为形成权。参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 290 页。

[30] 英国亦有学说将不公开本人身份说视为合同转让说的变形，参见前引 [26]，施米托夫书，第 396 页。不过，我国学理认为委托人行使介入权导致合同权利发生移转，英国学说则认为，委托人之所以可以介入，是合同由代理人转让予委托人的结果。参见何美欢：《香港代理法》上册，北京大学出版社 1996 年版，第 258 页。

[31] 之所以称其为特殊形态，系因它们既非法定的转让或裁判上的转让，也非基于法律行为的转让，而是基于委托人或第三人行使形成权发生的转让。

托人主张权利时,委托人和第三人是否受仲裁条款的约束?

有学者认为,根据合同法第403条第1款和第2款的规定,委托人行使介入权的,即概括承受受托人的权利义务而成为合同的一方;在第三人行使选择权而选择委托人主张合同权利时,委托人也应概括承受受托人的权利义务。在此两种情形,设若该合同中存在仲裁条款,则仲裁条款作为整个合同权利义务的有机组成部分,也一并移转于委托人。易言之,该仲裁条款对委托人和第三人具有约束力。^[32]

该观点至少在两方面难以圆通:第一,在合同法第403条所定情形,委托人行使介入权对第三人主张权利,或第三人行使选择权选定委托人主张权利,导致的是债权移转或债务移转之特殊情形的发生,而非合同权利义务的概括移转,故其立论前提难以成立;第二,正如前文所述,仲裁条款具有独立性,即使它栖身于某一合同之中,亦非该合同的组成部分,因此对于合同中包含的仲裁条款,应从其独立性出发单独考察其成立和效力问题,而不是径行认定仲裁条款作为合同的有机组成部分一并移转。

前文已经指出,仲裁条款的独立性,意味着其意思表示内容有别于合同的实体内容,它只是合同当事人就争议解决方式达成的合意。在合同法第403条所述情形,即使委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人,在文义解释的范围内,也不使仲裁条款在委托人和第三人之间产生约束力。因为依该条之文义,作为形成权的介入权或选择权被行使后,移转的是受托人的权利或义务,此权利或义务当指实体的合同权利或义务,而非作为独立协议的仲裁条款所关涉的争议解决途径。因而,真正的问题在于,对于实质意义上(非文本意义上)独立存在的仲裁条款,是否可在合同法第403条的文义射程之外,经由前文所述的漏洞补充方法,单独适用该条规定?也就是说,能否通过对第403条进行漏洞补充,认为在委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人时,仲裁条款可约束委托人和第三人?

法律漏洞之判断,在于是否存在法律体系上之违反计划的不圆满状态。^[33]就合同法第403条之文义而言,委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人,不能使合同中的仲裁条款在委托人和第三人之间产生约束力。因而,该条规定对于包含仲裁条款的间接代理之情形,表面上似乎存在不圆满性。那么,接下来的问题是,此种不圆满性,是否如同合同法第402条,依法律根本的规整意向应予规整,从而构成规整漏洞?

合同法第403条并非归属规范,亦即并不发生直接代理之归属效果。法律只是结合其他设定的条件,针对第三人不知委托人和受托人之代理关系的情形,赋予委托人或第三人具有形成权性质的介入权或选择权。和所有涉及他人的形成权一样,这两种权利的相对人的法律地位因权利人单方面行使权利而被变更,它意味着形成权相对人必须接受他人作出的决定。因此,法律赋予形成权时必须具有合理性。^[34]可以认为,合同法第403条设置委托人介入权制度和第三人选择权制度,其合理性在于通过真正交易人在适当时机介入交易,由利益享有者维护自身利益,以达到降低代理成本、消除风险的目的。^[35]但如果针对仲裁条款也赋予委托人介入权和第三人选择权,显然不具有此种合理性。因为采仲裁还是诉讼解决其纠纷,对于真正交易人(即委托人和第三人)实体利益的维护,本无多大区别。况且,在合同法第402条,承认其就仲裁条款而言存在法

[32] 参见王生长:《仲裁协议及其效力确定》,《中国对外贸易·商务月刊》2002年第2期;李楠:《论仲裁协议对未签字当事人的效力》,见http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=5939,2007年12月8日访问。

[33] 前引[13],黄茂荣书,第293页。

[34] 前引[8],梅迪库斯书,第74页。

[35] 参见程信和、郭彦雄:《〈合同法〉中委托人介入权制度和第三人选择权制度的不足及完善——兼论对〈合同法〉第403条的修改》,《天津市政法管理干部学院学报》2003年第1期。

律漏洞，乃因为其前提是第三人知道委托人和受托人之代理关系中包含订立仲裁条款之特别授权而仍与受托人订立仲裁条款，此种情形下依目的性扩张填补漏洞，符合该条立法宗旨。而在第403条，既然第三人不知道委托人和受托人之代理关系，则仲裁条款若能成为具形成权性质的介入权或选择权的行使对象，无异于剥夺相对人对纠纷解决方式的选择权，对其未免苛刻。显然，此种情形非但不应属于合同法第403条的立法计划，更是违背程序法的规整意向。

综上，笔者认为，本文设定的案型，依法律根本的规整意向，不应被合同法第403条规整。进言之，在第403条设定的情形，不能通过对该条进行漏洞补充的方法，认定在委托人行使介入权并提起仲裁时，仲裁条款成为介入的内容而约束第三人，或在第三人行使选择权选定委托人并提起仲裁时，仲裁条款成为选择的对象而约束委托人。

（三）合同法第403条的适用能否导致仲裁条款的自动移转

合同转让是否影响仲裁条款的效力，各国立法和仲裁实务态度不一。在大陆法系国家，仲裁条款通常“随请求的转让而转让”，美国等国法律对此欠缺明确规定。^[36]1997年，瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院就美国 A. I. Trade Finance Inc. 与保加利亚 Foreign Trade Bank Ltd. 仲裁案作出一项管辖权决定，基于合理利益原则，认为仲裁条款应随有效的债权转让而自动移转，^[37]该规则在国际仲裁实务中产生较大影响。在我国，1997年12月，最高人民法院、北京市高级人民法院、北京市第二中级人民法院与中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会通过“仲裁业务协调会”，确认了如下规则：合同权利义务全部由承继人继承或代位求偿的，其中仲裁条款对承继人和代位人有效；合同转让时，新的合同各方也约定原合同其他规定仍然适用的，其中仲裁条款对包括受让人在内的各方均为有效。^[38]如果说该规则强调“新的合同各方约定原合同其他规定仍然适用”这一前提，乃系尊重仲裁协议之意思自治原则的话，那么，在实务中，突破该规则的典型案例则为“武汉中苑科教公司诉香港龙海（集团）有限公司确认仲裁条款效力案”（仲裁条款随合同转让而移转）和“中国有色金属进出口河南公司与鑫泉贸易（私人）有限公司仲裁管辖权案”（仲裁条款随债权转让而移转）。^[39]据此，许多学者认为，在我国仲裁实践中，已承认“在合同权利义务转让时，除非当事人作出明确的相反意思表示，仲裁条款自动转移”的规则。^[40]

学者一般认为，合同中的仲裁条款是否随合同转让而自动转让，首先应遵从当事人的意愿：如果受让人或相对方明确改变或排除了仲裁条款，该仲裁条款对转让后的双方当事人不具有拘束力；在受让人和相对方没有提及仲裁条款的情况下，可以推定当事人默示的仲裁合意，仲裁条款继续有效。这其实是对当事人的意愿进行解释的结果，并非仲裁条款的自动转移。^[41]在无法推定时，依仲裁制度的两大基本原则——当事人意思自治原则和仲裁协议独立性原则，并基于合理

[36] 参见宋连斌：《合同转让对仲裁条款效力的影响——评武汉中苑科教公司诉香港龙海（集团）有限公司确认仲裁条款效力案》，《中国对外贸易》2001年第12期。

[37] 参见赵秀文主编：《国际商事仲裁案例评析》，中国法制出版社1999年版，第55页以下。

[38] 参见杨建红：《仲裁条款能否自动转移》，《西南民族学院学报·哲学社会科学版》2001年第10期。

[39] 具体参见前引[36]，宋连斌文；前引[32]，王生长文；赵健：《长臂的仲裁协议：论仲裁协议对未签字人的效力》，《北京仲裁》2005年第4期。

[40] 参见前引[38]，杨建红文；前引[36]，宋连斌文；黄旭东、庞飞：《论我国代理制度之变更及其对仲裁条款效力的影响》，《学术论坛》2002年第5期；前引[32]，王生长文。

[41] 最高人民法院和湖北省高级人民法院在对上述两案之仲裁管辖权进行裁定时，即依此解释。参见前引[32]，王生长文。

利益原则,也应当承认仲裁条款的自动转让。^[42]

也有学者认为,合同转让分为三种情形,在合同权利义务概括承受和债务承担,上述解释是可接受的。但在债权让与,由于债权人让与债权时无需债务人同意,债务人并无机会作出改变或排除仲裁条款的意思表示,推定其默示接受仲裁条款殆无基础,故大多数国家否定仲裁条款对受让人和债务人具有效力,只是近来有国家承认之。^[43]此说视合同转让之三种情形的不同特性分别证立,颇可接受。但无论如何,我国实务上承认三种情形下仲裁条款均自动移转,却是不争之事实。

对于合同法第403条设定的未披露本人名义之间接代理,在受托人和第三人之间合同中存在仲裁条款时,尽管不能通过对第403条进行漏洞补充的方法得出委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人时仲裁条款亦约束委托人和第三人的结论,但既然我国仲裁实务中承认仲裁条款随合同转让而自动移转的规则,则似乎可以得出如下结论:在委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人时,由于受托人的权利因介入权的行使而移转于委托人(债权转移),或受托人的义务因第三人的选择移转于委托人(债务转移),因此,尽管仲裁条款具有独立性,也应按照“仲裁条款自动移转”之规则,当然地约束委托人和第三人。

问题在于,在本文所设案型,委托人的介入权或第三人的选择权实为形成权,其行使往往意味着一方当事人单方的意思表示即改变了相对人的法律地位。和前述债权让与与情形一样,于委托人行使介入权或第三人行使选择权选定委托人主张权利时,对方完全受制于其单方的意思表示,并无机会作出变更或排除仲裁条款的意思表示。此时,推定双方默示地接受仲裁条款,实违仲裁条款之当事人意思自治原则。因此,对所设案型,惟有借合理利益原则,分析仲裁条款自动移转的可能性。

合理利益原则抛开仲裁协议的形式,从各方的合理利益角度分析,认为仲裁条款自动移转在宏观上维护了当事人的合理利益,在全局上达到了相对公平,找到了平衡各方当事人利益的“支点”。^[44]在本文所涉案型,从受托人角度分析,委托人行使介入权或第三人选择委托人后,他已退出合同权利义务关系,不再存在对仲裁协议的合理利益。

至于委托人和第三人,则要视情况的不同分别分析。在委托人行使介入权时,他事实上从受托人那里受让了债权。“受让人不能取得比出让人更优的法律地位”是民法的一项基本规则,自应适用于具有合意性质的仲裁条款。第三人与受托人签订合同时,本来是希望通过仲裁解决争议的,如果第三人因委托人行使介入权而使其仲裁意愿落空,被迫通过诉讼解决纠纷,则其利益会受到损害。因此,委托人不能因介入权的行使获得选择救济途径的权利。对第三人来说,此情形下,仲裁条款自动转移符合其通过仲裁解决纠纷的初衷,至少不会使其处于更不利的境地。即使否认仲裁条款自动转让,他仍将面对不同的诉讼主体,尽管从经济、便利的角度看,他通常会在本国或住所地被诉,这对他较为有利,不过也不排除他在其财产所在地或对其不利的第三国被诉。况且,若因委托人行使介入权而使第三人获得重新选择救济方式的权利,使其有机会取得原本不能获得的利益,对委托人来说是不公平的。因此,在此情形下,承认仲裁条款的自动转移能

[42] 参见前引[36],宋连斌文;贾翌:《仲裁协议的“长臂”效力——论合同转让后仲裁协议的效力认定》(上),见 <http://www.china-arbitration.com/readArticle.do?id=8a8a8ae70df21d26010df22355820a3c>,2007年12月6日访问。

[43] 参见前引[32],李楠文。

[44] 参见贾翌:《仲裁协议的“长臂”效力——论合同转让后仲裁协议的效力认定》(下),见 <http://www.china-arbitration.com/readArticle.do?id=8a8a8ae70df21d26010df22357570a3d>,2007年12月6日访问。本文以下分析主要根据该文的思路展开。

兼顾各方当事人的利益。

在第三人选择委托人主张合同权利时，平衡委托人和第三人利益的“支点”发生了变化。在第三人，选择仲裁系其本意，仲裁条款自动转移符合其最初愿望。而且，否定仲裁条款的自动转移，通常会在经济、便利或中立性等方面对其造成不利，因为他一般应在委托人所在国家或住所地起诉，尽管不排除他可以在对其有利的第三地（如不动产所在地）起诉。从委托人的角度看，否认仲裁条款自动转移，虽然他仍将面对不同的诉讼主体，但对其较为有利的是，他通常会在本国或住所地被诉，尽管此种情形下也不排除在其财产所在地或对其不利的第三国被诉。于此，承认抑或否定仲裁条款的自动移转，必定有损一方当事人的利益。考虑到在第三人选择委托人主张权利的情形，委托人自始对仲裁和诉讼即无选择的机会，故应基于利益衡量赋予其选择的机会，以贯彻仲裁协议之当事人意思自治原则。这和委托人行使介入权的情形不同，在后者，第三人原本受仲裁条款约束，他不能因委托人行使介入权而获得再次选择的机会，以取得原本不能获得的利益，这是禁止反言、诚实信用等法律原则的要求。

总之，运用合理利益原则创设仲裁条款自动移转的规则，不是合同法第403条之解释（含漏洞补充）和适用的结果，而是对所涉当事人意思的拟制，它可以通过判例的方式成为法律者法，但在利害关系人明确排除时，应为例外。

四、问题之延伸：中国民法知识转型的向度

合同法第402条和第403条是在外贸经营权许可制下，借鉴英美法系未披露本人的代理制度引入我国的，其立法本意是保护作为代理人的外贸公司的利益。但是，立法文件一旦实现为实在法文本，立法者的原意往往就被遗忘，加之两个条文只是抽象地构造了间接代理规范，并未具体地指明仅适用于外贸代理的情形，故可适用的案型不再局限于外贸代理，而是扩及到一切原有立法所不承认的间接代理之情形。对此制度的创设，学界褒贬不一，司法实务中产生的新问题更是层出不穷，本文所论即为其中颇为棘手的问题之一。这一问题不仅出现在涉外仲裁中，在国内贸易仲裁中亦不鲜见。^[45]

对此问题，仲裁实务多基于疏散讼源之意愿，简单地通过合同法第402条和第403条之适用，于认定实体的合同权利义务关系之后裁定其仲裁管辖权。质疑者则悲观地认为，两个条文本来就是一贯遵循大陆法系传统的我国立法的一个异类，它们和我国仲裁法确立的仲裁原则已经产生直接冲突，在仲裁管辖权、仲裁条款约束的当事人等一系列问题上，存在诸多矛盾和不确定性，至少在目前难有解困方法。^[46]

前一做法的正确性在于它坚持了法律论证的特性：法律论证不讨论所有的问题，它们受现行有效法的约束。也就是说，法学和实践只能以制定法为基准，在制定法中选择出发点并找到满意的答案。^[47]但在法律判断的证成上，该做法却颇可诟病。毕竟，法律论证须以必要充分的理由构成去支持其所作成的法律判断。依阿列克西的见解，法律判断的证成包括内部证成和外部证成两个方面，前者处理的问题是判断是否从为了证立而引述的前提中逻辑地推导出来，和其相关联的是法律适用的三段论，后者的对象则是这个前提的正确性问题。^[48]就内部证成而言，仲裁实

[45] 笔者在武汉仲裁委受理的同类国内贸易仲裁案中曾独任仲裁员。

[46] 参见前引〔2〕，陈治东文；前引〔39〕，赵健文。

[47] 参见前引〔3〕，阿列克西书，第263页；〔德〕霍尔斯特·海因里希·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社2003年版，第132页。

[48] 参见前引〔3〕，阿列克西书，第274页。

务的简单处理看似并未违背逻辑的三段论，但问题在于，其内部证成所适用的前提须经外部证成而被证立。在合同法第402条和第403条，外部证成所应论证的前提是，该二条中的所谓“合同”是否包括仲裁条款。前述仲裁实务未通过外部证成的规则和形式论证该前提，即以内部证成的方式直接适用此等条文，其合理性和正确性大可质疑。相反，尽管本文结论和仲裁实务的处理一致，但在法律论证上，却是通过外部证成规则所包括的解释规准和教义学论证，达其合理性和正确性目标。

质疑者直指现行法的妥当性，显已超出法律论证的范畴，这对于法律的正确适用并无助益。相反，他们违反了立法者和法律适用者之关系的规则：不得拒绝裁判的法官（包括仲裁庭）在法律适用时有解释法律的义务，若法律存有漏洞，亦有填补漏洞的义务，反之，仅在有重大事由的情况，法官才会决定超越法律的法的续造，而不是动辄否定现行有效的法。^[49]因此，借口现行法律有瑕疵而取法鸵鸟或干脆否定现行法，就法律适用者而言，是对其不得拒绝裁判义务的违反。其实，本文的分析业已表明，在立法者形成某一实在法文本后，只要基于法律论证的正确立场，就可借法解释学、法教义学等各种规则，就所涉案型之法律适用问题得出确定性的裁判，即便遭遇法律规范因违反立法计划之不圆满性而出现漏洞，或因法律秩序内部的矛盾产生漏洞，乃至遭遇法律空白，亦可借漏洞补充的方法续造法律，甚至进行超越法律计划外的法的续造，形成所谓的法律者法或法官法。^[50]

就以上所论而言，本文写作的最终目的，毋宁是以合同法第402条、第403条对于仲裁条款之适用余地作为具体分析对象，试图发现中国民法知识转型的应然向度。改革开放以来，中国民法枯木逢春，在高歌猛进的立法建构主义思潮的引导下，已经建立起大致完备的民事法律体系，同时也铸就了中国民法知识形态的立法论之主流论证模式。然而，立法者的建构理性是有限的，而不得拒绝裁判的法院又不能以法无规定为由驳回当事人的起诉，并让当事人自己找往往是姗姗来迟的立法者解决；就司法而言，不存在法院无法判决或“不能回答”的法律问题。这些恰恰指向理性建构之立法论的软肋，于是我们只能期待法院和法教义学在诉讼中对一切法律问题寻找答案。^[51]再者，按照宪法确认的社会主义法治原则，无论在法学还是司法判决中，理性的法律论证必须受制定法的约束并尊重判例，也受制于由制度化推动的法学所阐释的教义学，在诉讼中还须受诉讼制度的限制。^[52]据此，笔者认为，中国民法的知识形态应转向以解释论为主导的路径，即以现行法、判例和教义学语句为对象展开法律论证，在法律的解释和适用以及法教义学的形成中促成法的成长。其中，法教义学阐述的是对现行法具有重要意义的证明和解决模式，它包括一切可以在法律中找到的理论规则、基本规则和原则，也包括法学和法律实践增加的理论规则、基本规则和原则。由此，法教义学在解释现行法时，应当具备理性的说服力。^[53]

Abstract: Can §§ 402 and 403 of Chinese Contract Law be applied to arbitration clause? The answer is significant in arbitration practices. According to these articles, a contract entered by an agency in his own name can bind directly the principal and the third party if other conditions are satisfied. Then can an arbitration clause entered by an agency in his own name also bind directly

[49] 前引 [15]，拉伦茨书，第246页。

[50] 参见前引 [15]，拉伦茨书，第六章；前引 [14]，恩吉施书，第七章。

[51] 参见 [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第142页。

[52] 关于法治原则对法律论证的此项要求，可参见前引 [3]，阿列克西书，第19页。

[53] 参见前引 [51]，魏德士书，第141页。该书译者将 Rechtsdogmatik（法教义学）译为法律信条学。

the principal and the third party, if other conditions are satisfied?

Arbitration clause is the selection by contract parties about how to settle disputes, and it is independent from the contract itself. That is to say, the arbitration clause itself is not a part of the “contract” mentioned by §§ 402 and 403. According to this interpretation, an arbitration clause cannot bind directly the principal and the third party. However, as to § 402, such interpretation and its conclusion violate the legislative intention, and are against the legislative plan. So there exists a regulative loophole, which should be filled by the teleological expansion of § 402. Then the arbitration clause, like the “contract” mentioned by § 402, can bind directly the principal and the third party, if other conditions are satisfied.

As to § 403, to the contrary, there exists no loophole, for it is not against the legislative plan. Actually, § 403 regulates a special type of contract right assignment and liability undertaking. The arbitration practices have established that, when the right or obligation of a contract is transferred, the arbitration clause is transferred accordingly. This is not the result of interpretation of § 403, but a fiction of the intention of the parties involved, and should follow the principle of fair and reasonable expectation.

The ultimate purpose of this paper is trying to find out the dimension of knowledge transition in civil law research in China. Under the guidance of legislative constructivism, Chinese civil law system has been approximately established, and the legislatism as the main argumentation model in research has been formed. But owing to the limits of legislative constructivism and the need to justify judicial decisions, the knowledge pattern of Chinese civil law should be changed. Legal argumentation should take the existing law, guiding cases and dogmatic statement of jurisprudence as objects. Only in the process of interpretation and application of law as well as the formation of legal dogmatic, can law grow.

Key words: § 402 of Contract Law, § 403 of Contract Law, arbitration clause, knowledge transition
