

仲裁协议主观范围理论的重构

陈杭平*

内容提要：传统理论主张，仲裁协议只对明示同意的签署人有效，该主观范围理论已不合时宜。仲裁协议具有法律行为与诉讼行为的双重性质。法定“书面方式”概念极具延展性，不会对仲裁协议主观范围扩张造成实质障碍。意思表示解释二元论及程序选择理论，为仲裁协议约束非签署人奠定了理论基础。在单一合同关系下，非签署人可因添加或变更而受合同所含仲裁协议的约束。在多个合同关系下，基础合同的仲裁协议可对关联性合同的当事人有效。应基于有明示的从明示、无明示的准推断（推测、视为）之路径，重构仲裁协议主观范围理论，使之更加包容、开放以满足复杂仲裁的实践需求。

关键词：仲裁协议 主观范围 意思表示 书面方式 程序选择

引言

仲裁协议乃仲裁制度的基石。无论排除法院对纠纷的审判权还是产生妨诉抗辩权，抑或仲裁裁决具有法律效力及可执行性，均以当事人间存在有效的仲裁协议为基础。作为基本原则，无仲裁协议，则无人可被强制仲裁。仲裁协议约束哪些主体，在大陆法系称为仲裁协议的主观（主体）范围问题。〔1〕

传统上，仲裁旨在解决双方当事人之间的民商事纠纷。由此形成的仲裁协议主观范围理论，以两造对立为基本特征。具言之，仲裁协议具有相对性，只约束双方签署人，且原则上仅限明示同意仲裁的签署人。然而，随着国际国内民商事交易的蓬勃发展，因错综复杂的交易结构、多层次的权利义务而引发的纠纷，提请仲裁的主体呈多元化趋势。其中，既有一方当事人的母公司、姊妹公司等参与合同谈判、履行，也有单一合同（如利益第三人合同）或多个合同（如围绕同一建设工程的发包、转包、分包合同）牵涉多方当事人，出现非签署人参加同一仲裁程序之情形。此类主体多元的复杂仲裁，有待学理上作统一阐明，并通过修改仲裁法及仲裁规则予以规范。学理探讨的基点，正在于仲裁协议的主观范围。

* 清华大学法学院副教授。

本文系国家社科基金一般项目“民事判决效力体系性研究”（19BFX080）的阶段性成果。

〔1〕 See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law International, 2020, p. 1518.

国内理论界与实务界受国际仲裁实践及理论发展的启发,早已开始以仲裁协议的“长臂”效力、〔2〕仲裁协议对第三人的效力、〔3〕仲裁协议效力扩张〔4〕等为题展开讨论。近年来,国内各仲裁机构纷纷超越仲裁法及相关司法解释,对仲裁协议之于非签署人的效力作出规定。〔5〕2021年7月公布的《仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”)第24条规定,主合同仲裁协议对从合同当事人有效,第25条规定,公司、合伙企业签订的仲裁协议对代表其主张权利的股东、有限合伙人有效,正式拉开了仲裁协议主观范围扩张的立法序幕。然而,既有研究重在国际商事仲裁及域外仲裁立法、判例、理论的梳理,尚未立足我国实证法展开分析,探讨识别仲裁协议主观范围的原理,厘清对非签署人有效的边界。受此影响,“征求意见稿”采用列举式立法例,难免挂一漏万,无法对仲裁协议主观范围作出周延规定。

有鉴于此,本文以民商事实践中主体多元的复杂仲裁为对象,讨论仲裁协议之于非签署人的效力,尝试重构仲裁协议主观范围理论。首先,探讨仲裁协议主观范围扩张的理论基础。法定“书面方式”概念具有结果和过程两种含义,不会对仲裁协议主观范围扩张造成实质障碍。仲裁协议具有法律行为与诉讼行为的双重性质,可分别从默示同意仲裁的解释与纠纷解决程序的选择两个角度论证仲裁协议可对非签署人有效。其次,将单一合同的主体多元分为添加与变更两种类型。前者是在两造当事人不变的前提下,将非签署人添加为仲裁协议的当事人;后者主要体现在债权让与等情形中,仲裁协议随之自动转让,对受让人有效。再次,在存在密切关联的多个合同之间,基础合同的仲裁协议约束关联性合同的当事人,亦造成主体多元。债权人行使代位权,将两个本无关联的合同结合起来,也可视为多个合同下主体多元之一种。最后,在前文的基础上,构建更加包容、开放的仲裁协议主观范围理论。一言以蔽之,有明示的从明示,无明示的准推断、推测或“视为”。至于能否推断、推测或“视为”非签署人同意仲裁,应采用主观与客观相结合的二元论,注重法律规定、交易惯例、非签署人的行为性质及目的等因素。

一、仲裁协议主观范围扩张之理论基础

仲裁协议是当事人约定将已发生或未发生的纠纷交付仲裁的合意。关于仲裁协议的性质,德国、日本等以诉讼契约说(诉讼法说)为通说,主张仲裁庭的仲裁判断属司法行为,而非实体法上的形成行为;仲裁协议的主要法律效力是排除法院的审判权、产生抗辩。与之相对,实体契约说(实体法说)主张,仲裁协议系当事人在诉讼外或诉讼前订立,以发生实体

〔2〕 参见赵健:《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辑,第25页以下;乔欣:《仲裁协议的“长臂”效力:突破与扩张》,载张卫平、齐树洁主编:《司法改革论评》第9辑,厦门大学出版社2009年版,第20页以下。

〔3〕 参见余子新:《论仲裁协议约束第三人的条件》,《当代法学》2003年第11期,第36页以下;萧凯、罗骁:《仲裁第三人的法理基础与规则制定》,《法学评论》2006年第5期,第71页以下;汪蓓:《仲裁第三人程序准入制度的检视与完善》,《华东政法大学学报》2021年第3期,第134页以下。

〔4〕 参见刘晓红:《论仲裁协议效力扩张的法理基础》,《北京仲裁》2004年第1辑,第51页以下;杨秀清、韦选拾:《仲裁协议效力扩张若干问题研究》,《仲裁研究》2007年第11辑,第8页以下;桂艳:《仲裁协议效力的扩张及其认定》,《人民司法》2020年第5期,第70页以下。

〔5〕 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2015版)第5条第2项;《北京仲裁委员会仲裁规则》(2022)第4条第3项;《上海仲裁委员会仲裁规则》(2022年发布)第12条第4项;《深圳国际仲裁院仲裁规则》(2022年修正)第8条第4项。

法上义务为目的；基于意思自治原则，当事人可以自行选择仲裁的准据法，因此该说更符合国际商事仲裁的实践。除此之外，尚有主张仲裁协议兼有实体和程序要素的混合契约说，以及主张仲裁协议既非诉讼契约亦非实体契约的特别契约说。^{〔6〕}不同学说以仲裁协议的不同面向为侧重点。毋庸置疑，仲裁协议既是当事人对系争标的所涉实体利益的处分行为，又是当事人对系争标的以外程序利益（如仲裁在纠纷解决经济性、专业性、保密性、灵活性等方面的利益）的处分行为。基于双重性质的定位，宜对仲裁协议采用兼容的解释进路：一方面，将其作为当事人的法律行为，适用意思表示的法律规定及解释原则；另一方面，将其作为当事人的程序利益处分行为，适用程序选择法理。二者相互补强，共同构成复杂仲裁下仲裁协议主观范围识别的理论基础。当然，在展开解释之前，需先处理仲裁协议的法定形式问题。

（一）仲裁协议的“书面方式”

自1982年民事诉讼法起，我国法即受1958年《纽约公约》的影响，规定仲裁协议须采仲裁条款或其他书面方式订立。现行仲裁法第16条第1款及民事诉讼法第127条、第244条第2款、第278条、第281条第1款均从之。按照传统见解，书面形式是文本与签署的结合体，未签署即不满足形式要件。例如，根据德国民法典第126条第1款、第2款，法律规定合同须采书面形式的，除非有数份文本且分别保存（可以在交由对方保存的文本上单独签署），否则各方当事人必须在同一文本上共同亲笔签名。以此为据，非签署人与相对人（合同的对方当事人）并未订立符合法定形式的仲裁协议，难以将其纳入仲裁协议的主观范围。然而，这一观点难言成立。

首先，仲裁法并未使用书面形式的概念，而是选择了“书面方式”一词。从立法背景看，1981年经济合同法（第3条、第28条）、1985年涉外经济合同法（第7条、第32条）、1986年民法通则（第56条、第65条）等统一使用“书面形式”，但1994年仲裁法第16条第1款却选择了与之相异的“书面方式”。“征求意见稿”第21条第1款同样保留了“书面方式”的用语。立法者未曾明言此举是有意为之还是无意使然。但语义上，“形式”与内容相对，侧重事物静态的样子、结构；“方式”则指言行所采取的方法和样式，隐含过程、动态的意义。有学者严格区分了合同订立的形式与合同订立的方式，指出合同采用书面形式与合同订立方式采用书面形式不可同日而语。^{〔7〕}从仲裁法第16条第1款的字面看，仲裁协议须以“合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式……达成……”。该款与原合同法第10条第1款（民法典第469条第1款）相似，不仅指仲裁协议采书面形式，而且似乎更强调仲裁协议的订立方式（要约—承诺或其他充分表明合意的方式）采书面形式。在立法机关编撰的释义书中，对该款中的“仲裁条款”（典型的书面方式）作从宽解释，将当事人在往来过程中形成的属于合同组成部分的信件、电报、电传中订有仲裁协议的条款纳入其中。^{〔8〕}

其次，从比较法上看，为维护、促进合同自由，近代私法对缔约过程中的意思表示通常采形式自由原则，形式管制仅限于意思表示的合致结果即合同。^{〔9〕}若法律规定或当事人约定合

〔6〕 关于德国、日本有关学说的介绍，参见邱联恭：《仲裁契约之妨诉抗辩效力》，《台大法学论丛》第22卷第1期（1992年），第327页以下。

〔7〕 参见朱广新：《书面形式与合同的成立》，《法学研究》2019年第2期，第60页以下。

〔8〕 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社1995年版，第39页。

〔9〕 前引〔7〕，朱广新文，第64页以下。

同采书面形式，合同须以签署书面协议的方式订立，但意思表示无需受此严格限制。就同意仲裁之意思表示的书面形式来说，依据民法典第469条的规定，除了双方签署而成立的“合同书”外，还包括单方发送的信件、电报、电传、传真等文本，以及电子数据交换、电子邮件等数据电文。^{〔10〕}对于仲裁协议的非签署人而言，其可通过这些方式作出同意仲裁的意思表示。结合上揭“书面方式”的丰富含义，对于非签署人同意仲裁之意思表示的形式，还可进一步从意思表示过程的书面性加以理解。例如，非签署人基于受让成为书面合同的当事人，或者行使了该书面合同的权利，或者向仲裁机关书面请求仲裁，又或者在诉讼中基于仲裁协议提出书面抗辩，均为默示的同意仲裁之解释留下了充足的空间。

最后，仲裁多在商主体之间适用，而商事交易与民事交易有不尽相同的惯例。在仲裁协议的书面形式上，商主体的要求或期待无疑更加开放、灵活，不宜恪守民事合同的严格原则。^{〔11〕}法律行为的形式具有证明、警示、澄清和控制功能。^{〔12〕}从功能角度出发，非签署人即使未与相对人签订书面仲裁协议，但实际参与了包含仲裁协议之合同的谈判或履行，或者依据包含仲裁协议之合同主张一方当事人的合同权利，对其来说就满足了书面形式具有的警示、证明及澄清功能。^{〔13〕}在此类情形，出于商主体应有的审慎及相对人的信赖保护需要，非签署人应受合同所含仲裁协议的约束。随着从“纸张时代”到电传、电报、电子数据等“替代以纸张为基础的沟通方法”的发展，国际及各国不再拘泥于“白纸黑字”，而是注重同意仲裁之表示方法与记录的可靠性、可查验性与不可更改性。^{〔14〕}例如，2006年《国际商事仲裁示范法》修订时，联合国国际贸易法委员会提供的保守方案建议“仲裁协议的内容以任何形式记录下来的，即为书面形式，无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的”（第7条第3款）。^{〔15〕}换言之，即使口头订立仲裁协议，只要内容被以书面或相当于书面的方式记录，从而得以证明，即为书面形式。

概言之，仲裁法上的“书面方式”概念具有双重含义。就结果意义上的书面性而言，仲裁协议符合民法典第469条第2款、第3款规定的书面形式即为已足。就过程意义上的书面性而言，各方同意仲裁的表意符号在往来中被以书面或相当于书面的方式记录或证明即为已足。因此，对非签署人而言，以下情形均符合法定“书面方式”：其一，通过信件、电报、电传、

〔10〕 第469条对意思表示的文本形式要求“可以有形地表现所载内容”，而对电子形式除了规定“能够有形地表现所载内容”，还强调“可以随时调取查用”。立法机关的释义书未对电子形式的意思表示的归属机制作专门分析。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社2020年版，第899页以下。根据德国民法典第126a条，法律规定电子形式替代书面形式的，表意人必须具名，并在电子文本上附加一个符合电子签名法的较高级的电子签名；理论上认为，法律规定可以采用文本形式的，只需满足可读取、表意人具名并可在稳定的介质上存储、重现、获取即可。参见〔德〕本德·吕特斯、阿斯特丽德·斯塔德勒：《德国民法总论》，于馨淼、张姝译，法律出版社2017年版，第343页以下。对于表意人具名及根据电子签名法进行电子签名，从而使电子形式的意思表示具有归属机制，仍有探讨空间。

〔11〕 参见蓝瀛芳：《比较的仲裁法》上，元照出版有限公司2018年版，第391页以下。

〔12〕 参见前引〔10〕，吕特斯等书，第341页以下。

〔13〕 See Hong-Lin Yu, *Written Arbitration Agreements—What Written Arbitration Agreements?*, 32 (1) *Civil Justice Quarterly* 80 (2012); Nigel Blackaby, Constantine Partasides et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, 2015, p. 75.

〔14〕 参见前引〔11〕，蓝瀛芳书，第389页以下。

〔15〕 激进方案则删除了仲裁协议的书面形式要件。此方案多为英美法系国家采用，如新西兰（2006年仲裁修正法）、苏格兰（2010年仲裁法）。此与这些国家适用“优势证据”证明标准不无关系，对主张存在口头仲裁协议的一方当事人而言，证明负担比较合理。参见前引〔13〕，Hong-Lin Yu文，第69页。法国（2011年仲裁法）采用二分法，规定国际商事仲裁无需书面形式，但国内仲裁仍保留传统。

传真、数据电文等表示同意仲裁的意思；其二，在仲裁的诉答文书交换中，不否认对方主张的仲裁协议；其三，虽以口头表意，但本人或他人以书面或相当于书面的方式记录了其同意仲裁的意思表示；其四，以书面证据（书证及视听资料、电子数据〔16〕）证明了其同意仲裁的意思表示。由此，法定形式不构成推断或推测非签署人同意仲裁的实质障碍。

（二）仲裁协议作为意思表示

意思表示的本质，可谓以意思自治的方式通过有效制定法律规则创造性地形成法律关系的行为。〔17〕就仲裁协议而言，其“本质”就是以意思自治的方式创设仲裁法律关系的行为。若行为人与相对人就是否存在同意仲裁的意思表示及/或意思表示的内容存在争议，就需要对意思表示作出解释。民法典第140条第1款规定，意思表示可以明示或默示方式作出。行为人未以签署等方式明示同意仲裁，但与相对人就是否达成仲裁协议发生争议，通常表现为其参与了合同的谈判、履行，或者受让了合同权利及义务，又或者根据法律规定取得或主张了与合同有关的权利。在这些情形，解释之关键在于判断非签署人是否存在就系争标的交付仲裁的意思表示，也即对非签署人之默示同意仲裁的探究。

对非签署人是否具有同意仲裁的意思表示加以解释，需要解决可推断的意思表示、可推测的意思表示与作为意思表示的沉默三个相互交织的问题。首先，可推断的意思表示是指通过可推断行为进行的意思表示。如果非签署人在实施行为时明知仲裁法律关系将基于自己的行为而形成，其行为就构成同意仲裁的表意符号。〔18〕可推断的意思表示可产生于约定，但更常见的是产生于交易惯例。〔19〕例如，非签署人与合同一方当事人具有特殊的身份关系，且参与合同的谈判、履行，即具有推断其同意仲裁之基础。其次，可推测的意思表示是可补充的意思表示之一种，并非由双方当事人的主观意思决定，而是由裁判机关依据客观情形，在利益权衡的基础上作出判断。换言之，推测意思表示需要兼顾交易惯例、诚实信用原则等一般及衡平的内容。〔20〕在某些特殊的民商事交易及纠纷中，在非签署人未明示反对的前提下，可以推测其具有同意仲裁的意思表示。最后，沉默原则上不构成表示，但如果基于法律规定、当事人约定或交易惯例被视为表意符号，一般就构成同意的表示，即适用“沉默者视为同意”原则。〔21〕只有当行为人意识到沉默构成意思表示的符号时，“本来可以并且必须有所表示，但却没有这样做”才被视为旨在形成法律关系之意思表示的符号。〔22〕就仲裁协议的非签署人而言，当其意识到不明确反对仲裁协议，依法律规定或交易惯例自己将受仲裁协议约束，却仍未作出表示，该沉默可视为同意仲裁的意思表示。

概言之，对非签署人之默示同意仲裁作出解释，除了关注非签署人及相对人于订立合同时的主观意思，也需考虑其在订立前后的行为、交易惯例等因素。〔23〕民法典第142条第1款

〔16〕 根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第99条第2款，除法律、司法解释另有规定外，关于书证的规定适用于视听资料、电子数据，即三者证据规则上被同等对待。

〔17〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第57页。

〔18〕 同上书，第80页以下。

〔19〕 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252页。

〔20〕 当然，推测或补充意思表示由裁判机关作出，具有不稳定性，必须控制在非常有限的范围内。同上书，第257页以下。

〔21〕 参见前引〔17〕，弗卢梅书，第75页以下。

〔22〕 同上书，第74页以下。

〔23〕 See Bernard Hanotiau, *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, 27 (4) *Arbitration International* 547-552 (2011).

规定,对于有相对人意思表示的解释,“应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义”。该款指向意思表示之客观的规范意义,侧重相对人的信赖保护,采用主客观相结合的二元论。^[24]同意仲裁属于有相对人的意思表示,应按照第142条第1款的方法予以解释。

(三) 仲裁协议作为程序选择

当事人通过订立仲裁协议,选择将已发生或未发生的民商事纠纷交付仲裁,排除法院的审判权,并接受仲裁裁决的可执行性,是行使程序处分权的结果。民商事主体有权在国家供给或准许的纠纷解决方式中自由选择。此种处分或选择的目的,除了通过一定的程序运作实现系争实体利益,还在于实现实体利益之外的程序利益,如迅速(时间利益)、经济(费用利益)、自主(人格利益)。^[25]

程序选择与法律行为相似,以当事人意定为原则,但与法律行为不同的是,所作用的客体并非私人间的财产、身份法律关系,而是更具公共属性的纠纷解决方式及程序,即程序法律关系。^[26]程序法律关系受程序法(公法)规范,不仅体现为当事人的个人程序利益,而且影响社会利益、国家利益。因此,相较于法律行为以私法自治为原则、以信赖保护原则为限制与补充,程序选择自始便具有更浓厚的“他治”或“共治”色彩。这表现为,即使程序选择之结果有违行为人的主观意思,为了保护公共利益、贯彻主权者意志,行为人仍受程序选择的约束。当事人意定的受限,包括“欲有效而不得”和“欲无效而不可”。前者如当事人就不可仲裁事项订立的仲裁协议无效(仲裁法第3条),后者如仲裁协议订立后,除非仲裁协议被确认无效或被合意废止,一方当事人即使变更意思,也不得向法院起诉(仲裁法第5条)。^[27]

当事人选择仲裁作为纠纷解决方式,既是对仲裁庭的中立性、裁决的公正性及可执行性的信任,亦旨在追求系争标的之外的程序利益。仲裁较彻底地贯彻集中审理精神,不实行审级制度,较少受到审判人员、案件排期的影响,有助于迅速而经济地形成裁决。建设工程、国际贸易、海商海事、投融资等领域的仲裁,还可利用专家仲裁员的经验与专门知识,提高纠纷解决的专业性和妥当性。此外,仲裁不适用公开审理制度,更符合当事人在纠纷解决过程中保守商业秘密、技术秘密等的需求。当事人可在更大范围内自由形成程序(如可协议仲裁员的产生方式、协议不开庭、申请根据调解协议制作裁决书),且仲裁庭可根据衡平法理或商事习惯法作出裁决,满足当事人灵活、弹性解决纠纷的需要。与此同时,在法院“案多人少”压力日增的背景下,通过仲裁分流案件,在减少拥堵的意义上提高司法可接近性,符合公共利益。

在程序选择理论下,当事人的程序利益与公共利益结合,构成扩张仲裁协议主观范围的解释基础。一方当事人与相对人达成将纠纷交付仲裁的合意,若仅因为单一合同主体多元,或者因合同的关联性造成主体多元,合同所含仲裁协议就不能约束特定范围内的非签署人,不仅易

[24] 参见朱晓喆:《意思表示的解释标准——〈民法总则〉第142条评释》,《法治研究》2017年第3期,第50页以下;杨代雄:《法律行为论》,法律出版社2021年版,第208页以下。

[25] 关于程序利益的内涵,参见邱联恭:《程序利益保护论》,三民书局2005年版,第5页以下。

[26] 仲裁协议属于对纠纷解决方式的选择,诉讼契约(如不上诉契约、排除某项证据的契约)、执行和解(如替换扣押财产协议)等,则属于对纠纷解决程序的处分。

[27] 学理上认为,存在仲裁协议是特殊的消极诉讼要件,属抗辩事项,不像其他诉讼要件由法院依职权调查,而是适用辩论主义。参见[日]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;[日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第119页。因此,被告未主张存在仲裁协议即未提出抗辩,法院原则上不作审查及判断。这相当于双方当事人以起诉、应诉行为废止了仲裁协议。

致其程序利益与合理期待落空，而且不能一次性解决纠纷，无益于分流案件和节省司法资源。就此而言，即使非签署人未明示同意仲裁之意思，甚至其并非包含仲裁协议之合同的一方当事人，也应有可能受仲裁协议的约束（可对之申请仲裁）或保护（可基于仲裁协议提出抗辩），实现当事人的程序利益及公共利益。

上文基于仲裁协议的双重性质定位，既借助民法上以意思表示为内核的法律行为理论，探讨书面方式的含义与非签署人默示同意仲裁的解释原则，又通过阐明程序选择理论，进一步补强仲裁协议主观范围扩张的根据。下文结合法规范、判例及理论学说，分类讨论复杂仲裁下的仲裁协议主观范围。区分的标准，在于单一合同下的主体多元，抑或基于相互关联的多个合同出现的主体多元。

二、单一合同下的仲裁协议主观范围扩张

围绕单一合同（包含仲裁协议）的主体多元是指，一方或双方在两人以上，且至少有一人未签署合同。此又分为两种情形：添加的多元，即维持既有当事人不变的情况下，非签署人添加为仲裁申请人或被申请人；替代的多元，即一方当事人的合同地位被一位或多位非签署人替代，后者列为仲裁申请人或被申请人。这两种情形下，非签署人可否成为仲裁当事人，取决于仲裁协议主观范围的识别。

（一）添加的主体多元

在合同当事人之外出现非签署人的添加，主要包括三种情形：合同约定债务人向第三人履行债务，第三人向债务人主张债务履行或承担违约责任，即真正利益第三人合同的情形；非签署人因与一方当事人存在团体性利害关系，参与合同的谈判、履行；因债权部分转让、债务加入、公司派生分立等，出现与原合同当事人并存的权利义务人。第三种情形与替代的主体多元类似，详见后文，以下围绕前两种添加的主体多元展开讨论。

1. 真正利益第三人合同

民法典第 522 条新增第 2 款规定了真正利益第三人合同，第三人可基于合同约定直接请求债务人向其履行债务，如债务人不履行或履行不符合约定，还可请求债务人承担违约责任。此类第三人是否受合同所含仲裁协议的约束，关键在于对仲裁协议的定性。如果将接受仲裁视作对第三人施加的义务和负担，则除非第三人明示同意，否则很难有理由约束之；反之，如果将接受仲裁视作第三人获得合同利益的条件，则具有推测其同意仲裁之基础，第三人受合同所含仲裁协议的约束和保护。基于以下理由，本文认为将接受仲裁视为第三人受益的条件为宜。

首先，民法典第 522 条第 2 款后段规定：“债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”这一抗辩既包括实体法抗辩权，也包括事实抗辩、程序抗辩。若合同包含仲裁协议，第三人以起诉的方式向债务人主张履行债务或承担违约责任，债务人得援引仲裁协议进行抗辩。即使第三人主张其未参与合同订立，也不同意接受仲裁协议，仍不足以反驳债务人依法行使的抗辩。就此而言，第三人受合同所含仲裁协议约束，已被第 522 条第 2 款悄然确立。^[28]其次，民法典第 522 条第 2 款将“第三人未在合理期限内明确拒绝”作为第三人取得履约请求权的要件之一。第三人既然未及时拒绝，且向债务人请求履行债务或承担违约责任，应视为一

[28] 参见崔建远：《论为第三人利益的合同》，《吉林大学社会科学学报》2022 年第 1 期，第 156 页。

并承受合同约定之条件、期限等限制，具有对仲裁协议的默示同意。再次，根据美国的“仲裁禁反言”规则及大陆法系国家的诚实信用原则、禁止权利滥用原则，第三人不能既从合同中获益，又从合同所含仲裁协议中脱逸。^[29]在真正利益第三人合同中，第三人的履约请求权源自合同的实体条款，即从合同中直接获益，故不得排除合同所含仲裁协议的约束。最后，英国合同法（第三人权利）、新加坡合同法等，均将第三人利益当作附条件的利益。当然，为防止仲裁变成一种纯粹的负担，英国合同法（第三人权利）第8条规定，仲裁协议的客观范围仅限于“第三人与承诺人之间关于履行合同实体条款的纠纷”，包括系争条款的成立/有效、解释、存在或履行，第三人执行该条款的资格，仲裁机构的管辖权，仲裁裁决的承认与执行等，但不包括与合同无关的纠纷，例如承诺人向第三人索赔的独立的侵权纠纷。^[30]在没有明确立法的国家及地区，多数也认为利益第三人受合同仲裁协议约束。^[31]

2. 参与合同谈判、履行的非签署人

在民商事交易实践中，非签署人参与合同（包含仲裁协议）的谈判、履行并不罕见，但并非都能推断其具有同意仲裁的意思表示。从域外立法、判例及理论来看，此推断或推定至少需要满足以下三个要件：其一，非签署人的参与不能仅是附随、偶然或片段的，而应全面或实质参与合同关系的塑造、履行或/及终止。^[32]典型如秘鲁仲裁法第14条规定，如果合同包含仲裁协议或与仲裁协议相关联，非签署人以决断性的方式积极参与合同的谈判、订立、履行或终止，基于诚信，其即具有同意仲裁的意思表示，受仲裁协议约束。若非签署人受一方当事人的指示或委托而间或、片段地参与合同谈判、履行，其既不具有成为合同当事人的意思或意识，也难言其行为所释放的表意信号足以令相对人产生将其当作合同当事人的信赖。而根据程序选择理论，将此类非签署人纳入仲裁协议主观范围，同样无益于保护相对人的程序利益及公共利益。其二，非签署人须与一方当事人存在团体性利害关系，通常表现为公司法上的关联，如母子公司、姊妹公司等。^[33]否则，其履行或许是凑巧为之的事实行为，或许是受当事人的委托而从事的代理行为，不具有受仲裁协议约束的理由。其三，非签署人知道或应当知道仲裁协议的存在，否则欠缺适用主客观相结合的二元解释原则或程序选择理论的基础。

将此类非签署人纳入仲裁协议的主观范围，面临合同相对性、公司法人格独立、公司有限责任等阻碍。对此，域外采用不同进路予以克服。在法国判例中，不同公司虽然具有相互独立

[29] See Eduardo Silva Romero and Luis Miguel Velarde Saffer, *The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach?*, 5 *American University Business Law Review* 379-381, 384 (2016). 在美国判例法上，为防止仲裁禁反言规则被滥用，区分直接利益和间接利益，第三人只有获得直接利益时才不得反对仲裁。原则上，第三人根据合同条款主张权利，取得相当于合同当事人的地位，就是直接获益。例如，买受人根据制造商与经销商所签合同中的质保条款，主张违约损害赔偿，即属直接获益。See *Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen and Anlagen GmbH*, 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000). 反之，第三人借助其与一方当事人的法律关系才获得利益，就是间接获益。例如，第三人并非依据合同请求卖方交付标的物，而是基于其与买方的交易关系才取得合同标的物，即属间接获益。See *Trina Solar US, Inc. v. Jasmin Solar Pty Ltd.*, No. 17-572 (2d Cir. 2020).

[30] UK Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, Explanatory Note, § 34.

[31] 参见前引[1]，Born书，第1568页以下。

[32] 同上书，第1541页以下。

[33] 相关但应予区别的是总、分公司。根据民法典第74条第2款、公司法第14条第1款及民事诉讼法第51条、《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》（法释〔2022〕11号）第52条的规定，分公司虽以自己的名义对外签订合同及仲裁协议，依法设立并领取营业执照的还具有诉讼当事人能力，但产生的民事责任由总公司承担，总公司的该种责任宜理解为直接责任。故分公司签订的仲裁协议对总公司有效，但因分公司不是独立的民事主体，故不属于本文讨论的对象。

的法人格，但若代表了“单一经济实体”（single economic reality），就视为构成一个“公司集团”（group of companies），对合同所含仲裁协议具有合一的同意。不过，“单一经济实体”不是将非签署人纳入仲裁协议主观范围的充分条件，而只是考量因素之一。^[34]在美国判例法中，尽管公司的独立人格和有限责任应受保护，合同中的仲裁协议亦被视为双方的程序选择和风险分配，但如果非签署人利用一方当事人的法人格实施欺诈，或者完全控制一方当事人，造成法人格混同，就可以“刺破公司面纱”，将非签署人纳入仲裁协议的主观范围。^[35]不过，除非法人格完全混同，否则除控制和支配的事实外，还须非签署人利用对一方的控制权实施欺诈或其他违法行为，给相对人造成损害（如导致受控方当事人破产或资产不足）。^[36]在德国、法国等国的判例中，也存在类似的“另一个自我”（alter ego）规则，但适用不多。^[37]这两种进路虽不宜作为判断仲裁协议主观范围的独立依据，但不妨作为辅助性论据使用。

我国仲裁法及司法解释未对此类主体多元下的仲裁协议主观范围作出规定。实践中，法院大多受仲裁协议书面形式、合同相对性等规范及传统观念的束缚，对仲裁协议约束此类非签署人持否定论。^[38]然而，非签署人因与一方当事人具有团体性利害关系，全面或实质参与合同的谈判、履行，且知道或应当知道仲裁协议的存在。尽管其未签署仲裁协议，“隐藏”于一方当事人背后，但出于保护相对人的信赖及程序利益，应赋予相对人选择仲裁被申请人的自由。在一方当事人被控制或支配、属于用以对外签订合同的“工具”等情形，仲裁协议约束合同背后的非签署人尤为必要。

（二）替代的主体多元

当一方当事人因公司新设分立、合同转让、债权或债务全部转让等法律事实，合同地位被分立后公司或受让人替代，就出现替代的主体多元。对于此类主体多元，因《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（法释〔2006〕7号，2008年调整，以下简称“仲裁法解释”）第8条、第9条已有明文规定，在裁判规范层面似乎确定无疑。但在理论上，仲裁协议是否随合同、债权或债务转让而自动转让，存在较大争议。尤其自“仲裁法解释”施行以来，我国民法上关于合同转让、债权债务转让的规范及理论有长足发展，对仲裁协议自动转让的既有观点产生影响。“征求意见稿”对此付之阙如，未吸收相关司法解释。立足仲裁法的修改完善，有必要加以重新检视。根据民法典的规定，债务移转须经债权人同意（第551条），合同转让须经对方同意（第555条），相对人可对仲裁协议转让与否发表意见，程序保障程度高。与之相对，债权让与只需通知债务人而无须征得其同意（第546条第1款），债务人的合理期待及程序利益更脆弱，易遭受损害。故下文集中讨论因债权让与形成的主体多元。

债权让与是在保持债权同一性的前提下变更债权主体，对债务人而言，债权在让与前后保

[34] See Pierre Mayer, *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories under French Law*, in Permanent Court of Arbitration, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 190. 但“公司集团”理论在国际商事仲裁领域未被广泛接受，几乎只有位于法国且适用国际商会仲裁规则的仲裁庭才采用。

[35] Timothy Tyler, Lee Kovarsky and Rebecca Stewart, *Beyond Consent: Applying Alter Ego and Arbitration Doctrines to Bind Sovereign Parents*, 载上引常设仲裁庭书，第158页以下。

[36] *Freeman v. Complex Computing*, 119 F.3d 1044, 1052 (2d Cir. 1997).

[37] 参见前引〔1〕，Born书，第1545页以下。

[38] 参见山东省烟台市中级人民法院（2015）烟民涉初字第39号民事裁定书；广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民特105号民事裁定书。

持一致。有鉴于此,民法典第547条规定,从权利随债权让与而自动转让,除非该从权利专属于债权人。如果将提请仲裁或受仲裁协议约束视为从权利、从义务,且非专属于原合同当事人,则其自动发生转让。否定论主张,仲裁协议具有独立性或可分离性,与基础合同的联系并不紧密,不应随债权让与而自动转让。^[39]仲裁协议约定的是将特定纠纷提请仲裁的权利或义务,具有程序契约的性质,应适用相应的程序法。因此,不宜将其归入基于合同产生的从权利或从义务。但是,否定论的理由难以成立。

一方面,仲裁协议的独立性是保持其效力的概念工具,可使仲裁协议免受基础合同变更、解除、终止或者无效的影响(反之亦然),继续约束或保护当事人。作为民法上的基本原则,债权让与不能使受让人取得比出让人更有利的地位,也不能不经相对人同意,就克减后者的权利或加重其义务。若仅因受让人未明确接受合同的仲裁协议,其就可以不受仲裁协议的约束,则有违仲裁协议独立性的内涵与功能,也不符合民法基本原则。另一方面,在主张仲裁协议具有程序契约性质的国家,判例上也承认当程序法对仲裁协议未加明确规定时,可类推适用实体法。^[40]因此,仲裁协议定性的区别不影响民法典相关条款对其的适用。作此解释,有利于保护相对人的合理期待及程序利益,实现纠纷解决方式的安定性,也可防止一方当事人借向第三人移转债权,逃避仲裁协议约束,导致仲裁协议失去实质效力。

“仲裁法解释”第9条规定仲裁协议自动转让,值得仲裁法在修订时吸收。不妨说,由于该条的规定及一系列裁判的作出,民商事交易中形成了受让人如不表示反对即受仲裁协议约束的交易惯例。于此场合,若受让人沉默,即视为其具有同意仲裁的默示意思表示。当然,该条对例外情形的规定过于粗略,不尽合理,应在修法时予以完善。具体如下:

第一,“当事人另有约定”。合同当事人约定排除仲裁协议对受让人有效,可分为直接排除和间接排除。直接排除即合同约定所含仲裁协议对第三人无效;间接排除即禁止合同债权债务转让,作为从权利或从义务的仲裁协议也不得转让。当事人的直接排除之所以有效,理由主要有二。其一,当事人选择交易对象时往往会考虑相对人的信誉、特别技能、相互关系等因素,体现合同某种程度的对人属性。当债权无需经其同意而转让时,债务人不得不面对难以预见甚至违背其初衷的受让人,在主体多元下还不止一个受让人。为此,应当允许当事人就仲裁协议的主观范围作出限定,降低纠纷解决相对人的不确定性。其二,约定仲裁协议不适用于第三人,等于仲裁的权利或义务专属于合同当事人,符合民法典第547条的除外规定。当然,为了尽量扩大仲裁协议的主观范围,应限制直接排除约定的成立条件,仅限书面且具体的方式。例如,合同专设一款:“仲裁条款只对本合同的签署人××、××有效,对其承继人、受让人等第三人无效”。^[41]

间接排除则受禁止债权让与特约效力的影响。^[42]民法典第545条第2款规定,当事人约定非金钱债权不得转让的,不得对抗善意第三人;当事人约定金钱债权不得转让的,不得对抗第三人。从该款文义出发,当事人禁止债权让与的特约,在非金钱债权中对善意受让人无效,

[39] See Mertcan İPEK, *Assignment of Contractual Rights and Its Impact on Arbitration Agreements*, 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 526 (2016).

[40] 同上文,第525页以下。

[41] See Andrea Vincze, *Arbitration Clause - Is It Transferred to The Assignee?*, 2003 (1) Nordic Journal of Commercial Law 5 (2003).

[42] 关于禁止债权让与特约的讨论,参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第603页以下。

在金钱债权中对任何受让人均无效。若特约无效，仲裁协议的间接排除也无从有效。鉴于特约只在非金钱债权且受让人非善意的情形下才对受让人有效，事实上间接排除基本没有作用空间，仲裁协议得以约束受让人。

第二，“受让人明确反对”。仲裁协议约束受让人，建立在其同意仲裁的基础之上。只不过在仲裁协议自动转让的规定下，受让人无需就仲裁协议单独作出积极表示，而是视为其有同意仲裁的意思表示。有学者认为，仲裁协议自动转让的正当性在于受让人“接受”。具言之，类似赠与、信托，只要受赠人、受益人未表示反对，就视为接受，反之，则为不接受。就债权转让中的仲裁协议而言，若受让人反对合同所含仲裁协议，即不具有推断或推测其同意仲裁的基础，仲裁协议对其无效。^[43]同样地，为了尽量扩张仲裁协议的主观范围，受让人的反对需采书面方式，且应在债权转让之时作出，而不能在事后补充。^[44]

有疑问的是，受让人在债权让与协议中反对合同所含仲裁协议，却无需征得债务人同意，只要通知到达即对债务人生效，这可能被债权人恶意利用，以此逃避仲裁协议及仲裁地的约束，使债务人的程序选择利益落空。《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》（法释〔2015〕5号）第33条（2020年、2022年两次修正均未涉及该条）对管辖协议作出不同规定，明确合同转让协议对管辖协议另有约定的，应征得原合同相对人同意。尽管该条的字面仅涵盖合同转让，而不包括债权让与、债务移转，且规范的是管辖协议，但在相对人保护上与仲裁协议没有本质区别。实践中就有法院适用该条而非“仲裁法解释”第9条，裁定未经相对人同意，受让人对仲裁协议的反对无效。^[45]从保护相对人合理期待及程序利益的视角，这一观点值得肯定。因此，仲裁法修改时应增加相对人同意要件。换言之，尽管债权让与无需征得债务人同意，但转让协议排除基础合同所含仲裁协议的，经相对人同意才有效。

第三，“受让人不知有单独仲裁协议”。该项规定的目的无疑在于保留受让人反对仲裁协议的自由，强调知情作为推断或推测同意的前提。但问题是，在仲裁协议自动转让下，无需以受让人知情作为推断或推测其同意的前提。若受让人仅因为不知有仲裁协议就不受仲裁协议的约束，则对相对人殊为不公。结合上文的主张，假如仲裁法修改为受让人的反对须经相对人同意才有效，受让人知情与否的意义将进一步限缩。受让人在合同或债权债务转让中，应对受让标的具有同类型理性人的审慎，包括检查合同的纠纷解决条款或协议。其不知有仲裁协议，仅在出让人故意隐瞒独立仲裁协议时才可能发生。在此情形，应归责于出让人，而非相对人，不应使后者承受程序选择落空的不利益。实践中，偶有受让人主张因不知有仲裁协议而不受约束，但无一能够证明。可见该项规定的实践意义微乎其微，不妨删除。即便保留，也应改为“受让人不知道且不应当知道有单独仲裁协议”，即从主观一元论转向主客观相结合的二元论，淡化受让人知情的价值。

综上所述，对于添加的主体多元，应当在维持合同当事人地位不变的前提下，合同所含仲裁协议主观范围向利益第三人以及全面或实质参与合同谈判、履行且与一方当事人有团体性利

[43] See Ying Khai Liew, *Explaining Assignments of Arbitration Agreements*, 80 (1) Cambridge Law Journal 114-116 (2021).

[44] 有法院认为，债权转让后补充的反对协议无效。参见黑龙江省七台河市中级人民法院（2021）黑09民终272号民事裁定书。

[45] 参见山东省潍坊市中级人民法院（2019）鲁07民终4630号民事裁定书；广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2019）桂01民终2321号民事裁定书。当然，更多的法院仍适用“仲裁法解释”第9条。参见北京市高级人民法院（2019）京民辖终325号民事裁定书；浙江省高级人民法院（2020）浙民辖终141号民事裁定书；湖北省高级人民法院（2020）鄂民辖终99号民事裁定书。

害关系的非签署人扩张；对于变更的主体多元，应坚持仲裁协议自动转让之规定，并限缩例外情形，减少合同当事人特约排除仲裁协议、受让人单方反对（或与出让人约定排除）、不知有仲裁协议等的适用空间。非签署人对合同所含仲裁协议的同意，既可能是可推断的意思表示，也可能是可推测的意思表示，还可能是根据交易惯例因沉默而被视为同意。

三、多个合同下的仲裁协议主观范围扩张

多个合同下的主体多元，是指数个合同相互结合、紧密关联，其中一个合同（本文称之为“基础合同”）包含仲裁协议，与之关联的其他合同（本文称之为“关联性合同”）的当事人中至少一人未签署该仲裁协议，但在纠纷事件或生活事实的意义上，^[46]按照基础合同的仲裁协议，通过单一仲裁程序解决数个合同纠纷。此类合同一般被称为“合同集群”，指多个合同虽相互独立，但在经济原因、目的或履行上相互结合，双向依存或单向依存，一个合同的效力影响其他合同的效力。^[47]合同集群理论的出现，在消极意义上是合同自由及合同法古典理论衰落或危机的表现之一，^[48]在积极的意义上则是合同法理论发展的有机成分。^[49]

合同关联性可分为“垂直型”和“水平型”两种。^[50]垂直型有主合同与担保合同、框架合同（须为本约而非预约）与执行合同、建设工程合同与转/分包合同等，呈主从或主次的结构。水平型有针对同一标的物的连续买卖合同，针对同一标的物的买卖合同与融资租赁合同，同一框架协议下的数个执行合同，工程发包人分别与相关主体订立的勘察、设计、施工承包合同等，呈并行或连续的链状结构。另外，债权人或保险人行使代位权的，将两个本无关联的合同结合起来，不妨视作关联性合同之外的另一种主体多元结构类型，下文一并予以讨论。

（一）关联性合同的当事人

基础合同所含仲裁协议并非都能约束关联性合同的当事人。仲裁协议之所以能突破合同的相对性，关键在于合同间关联性的紧密程度。本文认为，只有合同的关联性非常紧密，以至于可以将它们视为一个结构相对复杂的合同，才具有推断或推测关联性合同的当事人同意基础合同仲裁协议之基础。就此而言，至少有三个因素需要考虑。其一，多个合同的当事人之间的关系。若几个合同的当事人相同，或者具有母子公司、姊妹公司等团体性利害关系，基础合同的仲裁协议可能对关联性合同的当事人有效。其二，关联性合同是否有不兼容的仲裁协议或管辖协议。若几个合同都包含仲裁协议，且选择了不同的仲裁机构、仲裁地甚至仲裁方式，^[51]或者关

[46] 关于纠纷事件或生活事实理论在争议标的（诉讼标的）中的应用，参见陈杭平：《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》，《法学研究》2016年第4期，第172页以下。

[47] 参见陆青：《合同联立问题研究》，《政治与法律》2014年第5期，第96页以下；前引[42]，韩世远书，第73页。

[48] See Gina Orga-Dumitriu, *Reception of Contract Group Theory in European Contract Law*, 2 (1) *International Investment Law Journal* 6 (2022). 合同自由衰落的表现之一，是选择自由和合意的衰落。参见[英]P. S. 阿蒂亚：《合同自由的兴起与衰落：一部合同思想史》，范雪飞译，中国法制出版社2022年版，第760页以下。

[49] 参见刘承魁：《契约法理论的历史嬗迭与现代发展：以英美契约法为核心的考察》，《中外法学》2011年第4期，第786页以下。

[50] See Bernard Hanotiau, *Complex - Multicontract - Multiparty - Arbitrations*, 14 (4) *Arbitration International* 371 (1998). 该文作者即该组概念提出者为国际商事仲裁领域专家，该文中“水平型”是指A分别与B、C、D等不同的相对人签订合同，这些合同之间呈水平关系；“垂直型”是指A与B签订合同，B与C签订合同，C又与D签订合同，这些合同之间呈垂直关系。本文在略有不同的意义上使用此对概念。

[51] “征求意见稿”为与国际商事仲裁中流行的临时仲裁对接，针对涉外商事纠纷，其第91-93条在仲裁机构仲裁之外增设“专设仲裁庭仲裁”。若该规定上升为立法，当事人可在涉外商事合同中约定临时仲裁或专门仲裁。

关联性合同包含管辖协议，就难以推断或推测非签署人同意基础合同的仲裁协议。^[52]其三，合同关联性属于垂直型还是水平型。若属于垂直型，主合同的仲裁协议容易对从合同或次合同当事人有效；若属于水平型，基础合同的仲裁协议一般不能约束关联性合同的当事人。^[53]当然，即使多个合同的关联性比较松散，但有其他因素（如参与基础合同的谈判、履行，关联性合同有并入条款）补强，基础合同的仲裁协议仍可能约束非签署人。

有鉴于此，下文聚焦于垂直型关联合同的当事人，从实践常见、典型情形出发，选择保证人、建设工程实际施工人作为讨论对象。

1. 保证人

实践中，保证人提供担保主要有两种方式：在合同上以保证人的名义签署；向债权人提供《担保函》或者与债权人订立单独的保证合同。对于前者，一般无需区分合同上签署人的身份，合同所含仲裁协议对保证人有效。对于后者，受保证合同独立形式及合同相对性的束缚，法院主流观点采否定论。^[54]然而，否定论值得商榷。

首先，保证合同系为保障主合同债务履行而订立，对主合同有依附性，随主合同存废。尽管保证合同单独订立，但鉴于其与主合同在存废上的紧密关联，可以在宽泛的意义上将它们视为同一个合同。保证人通常受债务人的委托或者与债务人有利害关系，代债务人履行债务后，享有对债务人的法定追偿权。就此而言，保证人和债务人构成一损俱损的利益团体。其次，民法典第701条规定，保证人可以主张债务人对债权人的抗辩；债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。根据该条规定，当债权人单独或一并起诉保证人时，后者可援引主合同的仲裁协议进行抗辩。保证人既然受主合同仲裁协议的保护，当然也应受其约束。最后，保证合同通常与主合同同时或在其成立之后订立，保证人对于保证合同条款具有相应的谈判能力和选择自由。在保证人知道或不可能不知道主合同包含仲裁协议的前提下，若保证合同未明确排除适用或者就纠纷解决方式另作约定，可以视为其默示同意主合同的仲裁协议。^[55]相应地，债权人于此情形的程序利益应受保护。当债权人同时向债务人、保证人主张权利，为保护公共利益及防止矛盾裁判，也应根据主合同仲裁协议一并解决主从合同纠纷。

“征求意见稿”第24条更进一步，除了第2句规定“从合同没有约定仲裁协议的，主合同的仲裁协议对从合同当事人有效”，第1句还规定，“纠纷涉及主从合同，主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的，以主合同的约定为准”。^[56]然而，如前所述，若从合同中约定与

[52] Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-contract and Multi-issue*, Kluwer Law International, 2020, pp. 236-237, pp. 276-277.

[53] See James Otis Rodner and Angélica Marcano, *Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in the Case of Multiple Contracts*, 24 (3) *Journal of Arbitration Studies* 8-10 (2014).

[54] 参见最高人民法院《关于玉林市中级人民法院报请对东迅投资有限公司涉外仲裁一案不予执行的请示的复函》（〔2006〕民四他字第24号）、《关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会（2011）深仲裁字第601号仲裁裁决一案的请示的复函》（〔2013〕民四他字第9号）。《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（法（民四）明传〔2021〕60号）第97条第2款也规定：“当事人在主合同中约定争议解决方式为仲裁，从合同未约定争议解决方式的，主合同中的仲裁协议不能约束从合同的当事人，但主从合同当事人相同的除外。”

[55] 有法院认为，保证人明知主合同补充协议约定有仲裁条款，仍提供担保函，主合同的仲裁协议对其有效。参见北京市第四中级人民法院（2020）京04民特130号民事裁定书。

[56] 除保证合同外，常见的从合同还有抵押合同、质押合同、定金合同等。原则上，本文关于保证合同的分析可适用于其他从合同。

主合同不能兼容的仲裁协议、管辖协议，意味着从合同当事人对纠纷解决方式作出了不同选择，缺乏推断或推测保证人同意主合同仲裁协议的基础。当然，如采客观主义进路，侧重主从合同经济目的的同一性、单向依存性及纠纷一次性解决的公共利益，债权人一并向债务人、保证人主张权利的，可以按照主合同的仲裁协议通过单一仲裁程序处理。^[57]但此种规定有剥夺从合同当事人（主要是保证人）的程序选择权之嫌，也缺乏成立默示同意仲裁的基础，该条第1句以删除为宜。

2. 实际施工人

围绕同一建设工程，在工程施工合同之外，除了存在专业工程分包合同、劳务作业分包合同等合法的派生合同，还广泛存在因转包、违法分包、挂靠等产生的合同，形成繁复、多层的法律关系结构。建设工程合同包含的仲裁协议是否对实际施工人有效，决定了发包人与实际施工人之间主张权利的方式。就此，司法实践存在分歧。^[58]2022年最高人民法院发布的指导案例198号认为：“实际施工人并非发包人与承包人签订的施工合同的当事人，亦未与发包人、承包人订立有效仲裁协议，不应受发包人与承包人的仲裁协议约束。实际施工人依据发包人与承包人的仲裁协议提请仲裁，仲裁机构作出仲裁裁决后，发包人请求撤销仲裁裁决的，人民法院应予支持。”最高人民法院在该案中旗帜鲜明地采否定论，似乎对此问题画上了句号。然而，否定论同样值得商榷。

首先，围绕同一建设工程的转包合同、违法分包合同、挂靠协议等，都为实现建设工程施工合同之目的而订立与履行，可视为后者的衍生物。从发包人的立场观之，既然其与承包人约定了仲裁协议，就产生了通过仲裁解决工程纠纷的合理预期和程序利益。若承包人转包、违法分包或者通过无资质的人完成工程施工，而实际施工人不受仲裁协议约束，可以通过诉讼向发包人主张工程价款请求权，则发包人程序选择的目的和利益均将落空。其次，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号，以下简称“建设工程施工合同解释一”）第43条第2款规定，实际施工人得向发包人直接主张工程价款请求权，基础在于后者根据工程施工合同所承担的价款给付义务。实际施工人主张该权利，应当推测或视为其有受工程施工合同中仲裁协议约束的默示同意，或者说权利主张“隐含”着同意。再次，“建设工程施工合同解释一”第15条规定，因建设工程质量发生争议的，发包人可以一并起诉总承包人、分包人和实际施工人。若建设工程施工合同包含仲裁协议，总承包人提出抗辩，实际施工人将因此连带受益，免于被诉。就此而言，实际施工人受建设工程施工合同仲裁协议的保护，当然也应受其约束。若仲裁协议对实际施工人无效，意味着发包人既不能通过诉讼、也不能通过仲裁请求实际施工人承担瑕疵担保责任，如此第15条将沦为具文。最后，根据“建设工程施工合同解释一”第43条第2款，实际施工人起诉发包人，受诉法院应当追加转包人或者违法分包人为第三人。若发包人依据仲裁协议提出抗辩，受诉法院无权审理其与承包人（兼为转包人或违法分包人）间的工程价款纠纷，而只能裁定驳回起诉或中止诉讼。^[59]除非发包人、承包人作出自认，否则很难查清发包人欠付承包人工程

[57] 参见蓝瀛芳：《多边当事人与多数契约争议的仲裁——试探讨“复杂仲裁”的相关问题》，《仲裁季刊》第96期（2012年），第9页。

[58] 肯定论参见最高人民法院（2015）民一终字第170号民事裁定书。否定论参见最高人民法院（2014）民申字第1591号民事裁定书。

[59] 参见最高人民法院（2020）最高法民申4893号民事裁定书。

价款的事实，实际施工人的诉讼请求也难以得到支持。由此既增加实际施工人主张权利的难度和负担，又容易造成程序空转，浪费司法资源。

实际施工人直接向发包人主张工程价款请求权是时代的产物，肩负着保障农民工工资债权实现的使命。该项请求权的性质、权利基础一直模糊不清，未被民法典正式确认，其功能也在相当程度上与债权人代位权重合。受此影响，近年来司法实务界主张予以限缩直至删除。^{〔60〕} 本文认为，既然“建设工程施工合同解释一”第44条明确了实际施工人可向发包人提起代位权诉讼，为减少不必要的争议，提高纠纷解决的确定性，宜删除其第43条第2款。在此之前，与债权人代位权类似（详见下文的分析），建设工程施工合同所含仲裁协议应对实际施工人有效。^{〔61〕}

（二）代位权人

代位权行使主体包括保险人与债权人。保险人代位权是基于保险补偿原则，防止被保险人获得双重赔付，抑制道德风险，并非为了保护保险人的利益。与之相对，债权人代位权与债权人撤销权一样，乃为债权保全而设，以保护债权人利益为目的。二者在功能上不可通约，也影响保险人、债权人在行使代位权时是否受他人间仲裁协议约束的分析。

1. 保险人

保险人按保险合同的约定向被保险人赔偿保险金，自赔偿之日起，根据保险法第60条第1款的规定，即在赔偿金额范围内取得代位权。大陆法系通说认为，保险人代位权属于法定债权转让。这一观点得到了我国学者的赞同。^{〔62〕} 保险人行使代位权时，相当于“穿进被保险人的鞋子”，概括、当然地受让被保险人对第三人的损害赔偿请求权及其从属权利义务。保险人并无作出意思表示的空间，可谓被强制同意仲裁。既然仲裁协议可视为合同的从权利或从义务，当然对保险人有效。^{〔63〕} 实践主流观点也持肯定说。例如，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称“九民纪要”）第98条指出，非涉外保险纠纷中，被保险人和第三人在保险事故发生前达成的仲裁协议，对保险人具有约束力。这与最高人民法院近来的裁判立场一致。^{〔64〕} 可资参考的是，指导案例25号指出，保险代位权案件应按被保险人和第三人之间的关系确定法院管辖。既然保险人受被保险人与第三人之间管辖协议的约束，则没有理由不受后者间仲裁协议的约束。^{〔65〕}

有疑问的是，“九民纪要”第98条将涉外保险纠纷排除在外，暗示保险人不受涉外仲裁协议的约束。这是司法实践中由来已久的观点。例如，在海上货物运输保险纠纷中，被保险人

〔60〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第441页以下。

〔61〕 指导案例198号的特别之处在于，并非实际施工人起诉发包人而后者提出抗辩，而是实际施工人依据发承包合同的仲裁协议提请仲裁，仲裁庭作出裁决后，发包人请求法院撤销仲裁裁决。理论上，前一种情形属于仲裁协议的消极扩张，后一种情形属于积极扩张。尽管有主张仲裁协议只能消极扩张的观点，但权利与义务、利益与负担始终应相互结合，不可失衡。在制度而非个案层面，仲裁协议对非签署人有效，是权利义务、利益负担一体上的有效。发包人与实际施工人之间同样如此。

〔62〕 参见温世扬、武亦文：《论保险代位权的法理基础及其适用范围》，《清华法学》2010年第4期，第32页以下。

〔63〕 参见宋连斌、罗星语：《仲裁协议对保险代位权人的效力》，《国际法学期刊》2021年第1期，第86页以下。

〔64〕 参见最高人民法院（2019）最高法民申236号民事裁定书。

〔65〕 参见肖建国：《民事指导性案例中的管辖规则研究——以最高人民法院指导案例25号为中心》，《环球法律评论》2018年第3期，第54页以下；孔金萍：《仲裁协议对保险代位权人的效力》，《社会科学辑刊》2019年第5期，第83页以下。

与第三人往往约定仲裁地在域外的仲裁协议。最高人民法院为了保留我国法院对保险人代位权纠纷的司法管辖,反复重申保险人(我国境内的保险公司)没有明确同意仲裁协议的,不受仲裁协议的约束。^[66]这种观点违背保险人代位权的性质,且内外有别,不利于树立我国涉外法治的国际信誉,应尽快摒弃。

2. 债权人

对于债权人行使代位权时是否受债务人与相对人所订仲裁协议的约束,实务界主要持否定论。^[67]其理由如下:首先,从民法典第535条第1款的字面看,仅规定债权人“可以向人民法院请求”的方式行使代位权,而未一并列举仲裁机关。作此规定的还有撤销婚姻(第1052条、第1053条)、婚姻存续期间分割夫妻共同财产(第1066条)等条文。这几种身份关系纠纷属于仲裁法第3条排除在外的情形,不具有可仲裁性。根据体系解释,应排除仲裁机关对代位权纠纷的管辖权。^[68]其次,债权人代位权属于债权的保全,是对债务人与相对人之间权利义务的干预。债权人行使代位权,并未取代债务人成为合同的当事人,与债权转让存在质的不同。故债权人以自己的名义代位行使债务人对相对人的合同权利,不等于其对合同所含仲裁条款有默示同意。最后,债权人通过仲裁行使代位权,将遭遇债务人在仲裁程序中无法安置的问题。在诉讼中,出于保护债务人利益及查清案件事实的需要,债权人可以将债务人列为第三人,债权人未列的,人民法院可以追加债务人为第三人,^[69]而仲裁法及司法解释均未规定第三人制度。因民事诉讼法有关第三人的规定不能直接适用于仲裁程序,可能导致债务人的程序保障不足。然而,否定论仍值商榷。

其一,民法典第535条第1款的字面为“债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利”。既然用语是“可以”,而非“只能”或“应当”,作为授权性规范,该款并未禁止债权人向仲裁机关请求行使代位权。^[70]至于债权人是否可以请求仲裁,主要从后续几点判断。其二,代位权虽有代位诉权、间接诉权之称,但属于债权人的实体权利。^[71]债权人向次债务人主张代位权,属于平等民事主体之间的财产纠纷,具有可仲裁性。债权人行使代位权,应受代位行使之债权的条件、期限等限制,包括作为从权利或从义务的仲

[66] 参见最高人民法院《关于中国人民财产保险股份有限公司深圳市分公司诉广州远洋运输公司海上货物运输合同纠纷一案仲裁条款效力问题的请示的复函》(〔2005〕民四他字第29号);《〈关于中国太平洋财产保险股份有限公司北京分公司诉北京中远物流有限公司、天津振华国际船舶代理有限公司、尼罗河航运私有有限公司海上货物运输合同纠纷代位求偿纠纷所涉仲裁条款效力问题的请示〉的复函》(〔2009〕民四他字第11号);最高人民法院(2017)最高法民辖监2号民事裁定书。

[67] 参见《关于原告交通银行股份有限公司宁波分行与被告芜湖市国土资源局、第三人芜湖金隆置地有限公司债权人代位权纠纷一案法律适用问题的请示报告的答复》(〔2013〕民二他字第19号);最高人民法院(2019)最高法民辖终73号民事裁定书;重庆市高级人民法院《关于民事诉讼管辖若干问题的解答》(渝高法〔2017〕256号)第16条;福建省高级人民法院(2019)闽民终1823号民事裁定书。

[68] 如有学者认为,尽管国外有在裁判外行使债权人代位权的立法,但根据我国原合同法第73条第1款(民法典第535条第1款同)的规定,只能由债权人以诉讼方式行使。参见前引〔42〕,韩世远书,第445页以下。

[69] 值得注意的是,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》第39条第1款将原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释〔1999〕19号)第16条第1款规定的“可以”追加改为“应当”追加。

[70] 民法典之所以未将仲裁机关与人民法院相提并论,一种可能的解释是,代位权属于债权的保全,取决于债务人的责任财产状况及债权人的单方意思表示。代位权条件成就前,债权人与次债务人不可能突破合同的相对性,约定仲裁协议;代位权条件成就后,无需债权人与次债务人达成仲裁协议。

[71] 参见前引〔10〕,黄薇主编书,第1024页。

裁协议。债权人行使代位权，亦可推测或视为其有同意仲裁的意思表示。^{〔72〕}其三，民法典第535条第3款规定，相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。次债务人可向债权人主张的抗辩包括程序抗辩。从次债务人抗辩抗辩的结果来看，代位权纠纷只能由仲裁机构受理，等于仲裁协议对债权人有效。其四，债权人行使代位权，虽未取代债务人成为合同当事人，但效果上从合同中获得直接利益。根据仲裁禁反言规则，债权人不能既从合同中直接获益，又从合同所含仲裁协议中脱逸。换个角度看，次债务人的合理预期和程序利益应受保护。其五，民法典第537条突破域外代位权行使效果的“入库规则”，规定由次债务人向债权人直接履行债务。这种独特的立法例赋予债权人以特殊的优越地位，^{〔73〕}为防止代位权纠纷双方当事人的利益失衡，应当尊重次债务人对纠纷解决方式的选择自由与合理预期。其六，虽然我国仲裁法、司法解释未规定仲裁第三人制度，但有的仲裁规则支持案外人加入仲裁程序。^{〔74〕}无论案外人主动参加还是被动追加，进入仲裁程序后即成为申请人或被申请人，享有当事人的程序权利，^{〔75〕}债务人得以在仲裁程序中获得充分的程序保障。受此影响，实践中不乏法院持肯定论。^{〔76〕}

概言之，被保险人与第三人、债务人与相对人之间在纠纷发生前订有仲裁协议的，代位权纠纷的保险人、债权人均受仲裁协议的约束。其中，保险人代位权纠纷的标准时是保险事故发生之时，债权人代位权纠纷的标准时是主张代位权之时。凡在此之前订立仲裁协议，均视为“纠纷发生前”。在此之后订立的仲裁协议，则对代位权人无效。

结 语

无论从单一程序运作的纠纷解决实效，还是从纠纷解决多元化、“去法院中心主义”的改革动向来看，狭隘的传统仲裁协议主观范围理论都已不合时宜。国际上仲裁协议约束非签署人蔚然成风，通过仲裁分流案件的需求亦日趋迫切。仲裁法修改在即，有必要重构更加包容、开放的仲裁协议主观范围理论。

首先，仲裁协议的法定“书面方式”具有结果和过程的双重含义，可对之作出极具延展性的解释，不构成仲裁协议约束非签署人的实质障碍。仲裁协议具有法律行为与诉讼行为的双重性质。一方面，根据意思表示解释的主客观相结合的二元论，可根据非签署人的行为、交易惯例、诚实信用原则等因素，推断、推测或视为其对合同仲裁协议有默示同意。另一方面，合同当事人选择以仲裁作为纠纷解决方式，既由此产生系争标的之外的程序利益及合理期待，又渗透着公共利益、国家利益。程序选择理论可以补强仲裁协议约束特定非签署人的理论基础。

其次，在单一合同的主体多元下，非签署人既可因从合同中直接获益而受仲裁协议的约束

〔72〕 参见前引〔23〕，Hanotiau文，第542页。

〔73〕 参见〔德〕朴法眼：《当事人合意的相对性原则及其突破——法国“直接诉讼”在中国合同法中的运用》，陈蔚如译，《中德法学论坛》2006年第4辑，第21页以下。另有学者主张，代位权行使的效果并非直接地归属于债权人，而是借助抵销制度间接地归属于债权人，发挥简易债权回收的功能。参见前引〔42〕，韩世远书，第449页以下；韩世远：《债权人代位权的解释论问题》，《法律适用》2021年第1期，第40页以下。但不容否认的是，债权人具有事实上的优先受偿资格。

〔74〕 参见《广州仲裁委员会仲裁规则》（2021年版）第27条。

〔75〕 参见前引〔3〕，汪蓓文，第140页。

〔76〕 参见广东省高级人民法院《关于民事审判适用代位权制度若干问题的指导意见》（粤高法〔2003〕200号）第3条；上海市高级人民法院（2017）沪民辖终29号民事裁定书；山东省高级人民法院（2019）鲁民终597号民事裁定书；北京市高级人民法院（2020）京民终94号民事裁定书。

(利益第三人),此时仲裁协议构成从合同中获益的条件;也可因全面或实质参与合同的订立、履行且与一方当事人有团体性利害关系而受仲裁协议的约束,此时非签署人相当于合同的实质当事人。在这些情形中,可径行推断或推测非签署人同意仲裁。若非签署人承继、受让一方当事人的合同权利义务,仲裁协议原则上应自动转让,承继人或受让人的沉默视为同意。

最后,在多个合同的主体多元下,一方面,对于紧密关联尤其是垂直型关联的多个合同,有必要在纠纷事件或生活事实的意义上将合同纠纷纳入同一程序解决,从而使主合同的仲裁协议对从合同、具有依附性的合同的当事人有效;另一方面,合同当事人均有选择纠纷解决方式的程序处分权,若关联性合同的当事人订立了与基础合同不兼容的仲裁协议或管辖协议,则缺乏推断或推测其同意基础合同之仲裁协议的基础。债权人或保险人行使代位权,应推测或视为其对债务人或被保险人与相对人之间仲裁协议的默示同意。

概言之,对于仲裁协议的主观范围,应按照“有明示的从明示,无明示的准推断(推测、视为)”之路径加以识别。对于两造当事人之外的非签署人,除了关注其主观意思,也需注重民商事法律规定、交易惯例以及当事人之间的利害关系、合同之间关联的紧密度、合同订立前后的行为及其背景等事实因素。相信这种仲裁协议主观范围理论可以满足复杂仲裁的实践需求,促进多元化纠纷解决制度建设,提升中国仲裁的国际竞争力。

Abstract: Traditional theory, which maintains that an arbitration agreement is only valid for the signatories who have explicitly agreed to it, is no longer appropriate today. An arbitration agreement has the dual nature of a legal act and a litigation act. The concept of “written form” as defined by Chinese Arbitration Law is highly extensible and will not pose a substantial obstacle to the expansion of the subjective scope of arbitration agreements. The dualism theory on the interpretation of the declaration of intention and the theory of procedural choice lays a theoretical foundation for an arbitration agreement to bind non-signatories. In a single contract, non-signatories may be bound by the arbitration agreement contained in the contract due to the addition or modification of the parties to the contract. In multiple contracts with interrelationship, the arbitration agreement of the underlying contract may be valid for the parties involved in the affiliated contracts. It is necessary to reconstruct the theory on the subjective scope of arbitration agreements according to the principle of deferring to express stipulation, or otherwise to the presumption from implied stipulation, so as to make it more inclusive and open and meet the practical needs of complex arbitration.

Key Words: arbitration agreement, subjective scope, declaration of intention, written form, procedural choice
