

关于《仲裁法（修订）（征求意见稿）》的解读（一）

2021年7月30日，司法部发布《司法部关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》（下称“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。本文关注《征求意见稿》的主要修订，比较其与现行制度的主要变化。

一、制订《征求意见稿》的理论基础

《中华人民共和国仲裁法》（下称“《仲裁法》”）颁布于一九九四年，已经实施了二十六年。笔者认为，彼时《仲裁法》立法的指导思想是“司法权说”理论，即将仲裁视为一种行使审判权的行为，审判权只能由国家司法机关或公权力认可的机构行使，仲裁机构的设立必须经过司法行政部门登记。《仲裁法》禁止没有仲裁机构管理的“临时仲裁”（*ad hoc arbitration*），禁止域外仲裁机构在大陆开展仲裁，没有完善明确的“自裁管辖权”原则（*Competence-Competence*），规定仲裁员必须从仲裁机构名册中指定等，都是囿于“司法权说”理论的规定。而当今国际仲裁主流实践则强调“当事人意思自治”，强调“仲裁友好”，《仲裁法》的许多规定与国际主流仲裁实践不兼容，不利于吸引域外仲裁用户使用中国仲裁，不利于在国际上提高中国仲裁的公信力。

笔者推测，此次修法的指导思想，系考虑“司法权说”与实际需求不符，采纳“混合理论”为修法指导思想，在《仲裁法》原有框架下予以修订。“混合理论”系将仲裁视为一种混合的特殊司法制度：在仲裁提起之前，适用契约理论——即启动仲裁的基础是当事人的合意；仲裁程序启动之后，仲裁庭

（而非仲裁机构）获得“准司法权”，对当事人的争议进行裁判；仲裁庭的裁决有等同于行使审判权的法院判决的效力。该理论是当代国际主流仲裁实践的指导思想。比如《联合国贸法会示范法》和《纽约公约》都以混合理论作为指引。

二、《征求意见稿》与现行规定相比的主要变化

《征求意见稿》系由司法部组织起草。此次修订的背景、主要修订等内容，在《关于〈中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）〉的说明》¹中有全面的介绍和说明，本文不予赘述。本文作为笔者就此主题所做的第一篇解读，选取仲裁市场的开放，仲裁协议效力问题（包括自裁管辖权原则、管辖权的人属性（*ratione personae, or personal jurisdiction*）即仲裁协议的当事方）和临时仲裁制度几个问题，结合实践经验予以分析，以飨读者。关于可仲裁性问题、仲裁地概念的引入、仲裁程序规范、临时措施、仲裁裁决执行的司法审查等问题，将由续篇进行介绍。

（一）仲裁市场对境外仲裁机构开放

《征求意见稿》第十一条：仲裁机构可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。

¹ 参见 http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202107/t20210730_432965.html（最后访问：2021年8月8日）

仲裁机构由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。

其他确有需要设立仲裁机构的，由国务院司法行政部门批准后，参照前款规定组建。

第十二条 仲裁机构的设立，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。

中国国际商会设立组建的仲裁机构，由国务院司法行政部门登记。

外国仲裁机构在中华人民共和国领域内设立业务机构、办理涉外仲裁业务的，由省、自治区、直辖市的司法行政部门登记，报国务院司法行政部门备案。

仲裁机构登记管理办法由国务院制定。

本次修订除了弥补中国国际经济贸易仲裁委员会设立的行政与立法上的微小瑕疵、加大仲裁机构区域设置的灵活性外，最重要的是确立了“外国仲裁机构”在国内设立机构、办理仲裁业务的制度。

如前文所述，笔者认为，现行《仲裁法》立法的出发点是“司法权说”，需要由公权力机关认可，故在《仲裁法》第十条第三款规定“设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记”。这一规定，自然将没有登记的外国仲裁机构排除在符合《仲裁法》规定的“仲裁委员会”范围之外。实践中由此导致的直接问题是选定外国仲裁机构在内地进行仲裁的仲裁条款，会由于外国仲裁机构不是“仲裁委员会”，而不符合《仲裁法》第十六条规定的生效要件，导致仲裁协议无效。

由于立法层面的限制，即使中国法院努力采取“亲仲裁”的裁判思路，尽量维持仲裁裁决的效力或者仲裁协议的有效性，也很难找到法律规则的支撑。很多中国法院早年常见适用《纽约公约》第一条第一款第二句下的“非内国裁决”制度为依据，审查外国仲裁机构以内地为仲裁地作出的仲裁裁决的执行问题。² 这种裁判思路其实是错误理解和适

用了《纽约公约》。《纽约公约》第一条第一款中规定“非内国裁决”，确实允许公约缔约国适用《纽约公约》（而非国内法）执行境内的涉外裁决。但是我国对《纽约公约》作出了互惠保留。由于《纽约公约》起草时的疏忽——即涉及“非内国裁决”的第一条第一款第二句系在后续议定版本中加入，却忘记修改涉及保留制度的第一条第三款——作出“互惠保留”的同时，也会对执行非内国裁决作出保留。故而我国法院不能适用《纽约公约》去执行外国仲裁机构以内地为仲裁地的仲裁裁决。

类似的，由于也不能适用《民事诉讼法》的规定去执行没有经过司法行政部门登记、非“仲裁委员会”的仲裁裁决，双方当事人约定外国仲裁机构以内地为仲裁地的仲裁程序，虽然可以启动并进行仲裁，但裁决无法在内地执行。故而实践中，对于这种“混合条款”，由于没有统一的裁判标准和思路，负责任的从业者不会向客户推荐。

在晚近司法实践中，已有上海和广州的地方法院突破了《仲裁法》文义解释的桎梏，将“外国仲裁机构”视为符合《仲裁法》第十条第三款所规定的“仲裁委员会”。³此外，也有《国务院关于深化北京市新一轮服务业扩大开放综合试点建设国家服务业扩大开放综合示范区工作方案的批复》和《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案的通知》等文件从政策层面允许境外知名仲裁及争议解决机构在特定区域内开展仲裁业务。但是，“混合条款”的效力仍有不确定性，给仲裁用户增加了无谓的时间和经济成本。

此次《征求意见稿》从根本上开放了中国的仲裁市场，允许境外仲裁机构在国内开展涉外案件的仲裁业务，并对外国仲裁机构在国内管理仲裁案件时会遇到仲裁司法协助、裁决撤销、裁决的执行等方面的制度进行了补充，仲裁从业者可以安心向仲裁用户推荐“混合条款”。《征求意见稿》已经实质性的向外国仲裁机构开放了中国的仲裁市场。

号（“奈浦敦案”），《浙江省宁波市中级人民法院民事裁定书》[2008]甬仲监字第4号（“宁波工艺品公司案”）。

³ 例如《上海市第一中级人民法院民事裁定书》[2020]沪01民特83号（“普莱克斯案”），《广东省广州市中级人民法院裁定书》[2015]穗中法民四初字第62号（“布兰特伍德案”）。

² 例如《江苏省无锡市中级人民法院民事裁定书》[2004]锡民三仲字第1号（“旭普林案”），《最高人民法院关于麦考·奈浦敦有限公司申请承认和执行仲裁裁决一案请示的复函》民法二[2001]32

（二）允许“临时仲裁”

第九十一条 具有涉外因素的商事纠纷的当事人可以约定仲裁机构仲裁，也可以直接约定由专设仲裁庭仲裁。

专设仲裁庭仲裁的仲裁程序自被申请人收到仲裁申请之日开始。

当事人没有约定仲裁地或者约定不明确的，由仲裁庭根据案件情况确定仲裁地。

第九十二条 专设仲裁庭仲裁的案件，无法及时组成仲裁庭或者需要决定回避事项的，当事人可以协议委托仲裁机构协助组庭、决定回避事项。当事人达不成委托协议的，由仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地的中级人民法院指定仲裁机构协助确定。

指定仲裁机构和确定仲裁员人选时，应当考虑当事人约定的仲裁员条件，以及仲裁员国籍、仲裁地等保障仲裁独立、公正、高效进行的因素。

人民法院作出的指定裁定为终局裁定。

第九十三条 专设仲裁庭仲裁的案件，裁决书经仲裁员签名生效。

对裁决持不同意见的仲裁员，可以不在裁决书上签名；但应当出具本人签名的书面不同意见并送达当事人。不同意见不构成裁决书的一部分。

引入“专设仲裁庭”的概念，也就是常说的临时仲裁，可以说是本次《征求意见稿》最大的亮点之一。

“临时仲裁”是一种专门为解决某一争议设立仲裁庭，不需要仲裁机构管理案件的仲裁形式。临时仲裁的优点在于其灵活性更大——当事人或者仲裁庭可以选择现成的规则或者依据争议特点制定仲裁规则。在海商事争议、国家之间争端解决，临时仲裁非常常见。

由于“司法权说”的立法指导思想，《仲裁法》下并未赋予临时仲裁庭“司法权”，换句话说，《仲裁法》虽然没有禁止“临时仲裁”，不妨碍当事人将

争议提交临时仲裁庭，但临时仲裁庭作出的裁决不是生效的法律文书，无法得到中国法院的执行。体现在法条上，即为《仲裁法》第十六条规定的仲裁协议必须明确选定仲裁机构——选定临时仲裁的仲裁条款无效。故而，我国不认可在以大陆为仲裁地的临时裁决的效力，裁决无法执行。（例外情形为《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第九段之规定，认为临时仲裁协议有效，但其他地区的法院是否认可并予以执行临时裁决，暂不了解。）

此次《征求意见稿》，允许将涉外的商事纠纷提交“专设仲裁庭”，进一步尊重当事人的意思自治原则，允许当事人脱离仲裁机构，自行选定仲裁庭和仲裁的规则，对争议予以解决，并且赋予临时仲裁裁决与机构仲裁裁决相同的效力，确是一大进步。出于社会稳定的需要，目前仅允许涉外商事案件选择临时仲裁，也是符合我国国情的。但是，笔者以为，该制度在实践中会产生如下四个问题。

第一，是关于“商事”的定义其实并非完全清楚。“民商事”的概念在实务中的界限并不如学术理论方面的清楚。无论是采取主体标准，还是采取案由标准，实务中都存在民、商事同类案件交叉审理的情况。依据法律关系进行判断也没有完美的解决方案，例如租赁合同、服务合同等，可能是商事纠纷，也可能是民事纠纷。故而，此次《征求意见稿》仅在第九十一条处使用“商事纠纷”的措辞，很可能影响“专设仲裁庭”（临时仲裁）在实务中发挥预期的效果。

第二，是临时仲裁由于没有仲裁机构，一般需要有法定的指定机构在无法确定仲裁员的情况下协助当事人组庭，或决定回避申请等事项。《征求意见稿》中所规定的是仲裁地、当事人所在地或与争议有密切联系地的中级法院作为指定机构。在实践中，可能会出现多个法院可以作为指定机构，或者某地有多个中级人民法院的情形。后期可能还需要司法解释或关于指定管辖的文件进一步解决这一问题。

第三，由于临时仲裁只需要仲裁员签字，没有机构盖章或出具任何证明文件。由于专设仲裁庭的临时性，在裁决作出后即告解散。在（承认与）执

行的过程中，当事人如何证明其所提交的裁决的真实性，是实践当中需要实践指引的问题。

第四，是虚假仲裁的风险。由于专设仲裁庭没有任何监督，理论上任何人都可以组成仲裁庭，签署仲裁裁决。假设有不法之徒以此类仲裁裁决申请向海外支付仲裁裁决中的款项，可能存在规避外汇监管政策的风险。

针对以上问题，可以参考的一种解决的思路是要求特设仲裁庭组成时向仲裁地中级人民法院进行备案，仲裁员向法院签署承诺书，并在仲裁程序结束后，将仲裁裁决及所有仲裁过程中的文件向法院提交。法院不必介入案件的审理，但可以（1）判断是否属于“涉外商事”仲裁；（2）确保仲裁员符合《仲裁法》的要求，（3）审查仲裁裁决是否存在违反公共利益的情形，和/或（4）证明仲裁裁决的正本。法院无需对裁决的效力作出背书，可从源头确保仲裁员的公正公立，减少虚假仲裁的可能。如果出现撤裁的申请，法院也可以直接调取程序有关的案卷，而不需由当事人另行举证。如果（承认与）执行过程中需要确认仲裁裁决正本，当事人也可向法院申请出具仲裁裁决正本。

（三）放松对仲裁协议的形式要求

第二十一条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的具有请求仲裁的意思表示的协议。

一方当事人在仲裁中主张有仲裁协议，其他当事人不予否认的，视为当事人之间存在仲裁协议。

《征求意见稿》的另一重大“亲仲裁”的修订，体现在对于仲裁协议效力，特别是仲裁协议效力的形式要件的规定。

《仲裁法》第十六条规定的仲裁协议形式要件包括（1）书面形式；（2）仲裁合意；（3）有明确约定的仲裁事项；（4）有选定的仲裁机构。

此次《征求意见稿》取消了“仲裁事项”和“选定的仲裁机构”两个形式要件，而仅强调“仲裁合意”。这一修订，是典型的向采取“混合理论”的国际实践靠拢。《联合国贸易法委员会国际商事仲裁示

范法》提供的两种备选文案都没有要求“仲裁机构”“仲裁事项”这两个形式要求——从“混合理论”的角度出发，无需限制当事人的意思自治，当事人选择临时仲裁也好，国内仲裁机构也好，还是外国仲裁机构也好，都是当事人的意思自治。只要仲裁程序不违反仲裁地法律，仲裁裁决不与裁决执行地的公共利益相悖，无需也不应将当事人的选择范围限制在特定的“仲裁委员会”中。

《仲裁法》第十六条和《征求意见稿》都规定，仲裁协议必须是“合同中订立的仲裁条款”和“以其他书面方式”订立的仲裁协议。虽然《仲裁法》和《征求意见稿》没有进一步对“书面形式”做出规定，现行《仲裁法司法解释》第一条采纳了《合同法》对“合同形式”的定义，即指“合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式”。故对书面形式这一要求，《征求意见稿》没有进一步的调整和明确。预计新法实施后，会通过新的司法解释予以明确。这种做法也有利于维持《仲裁法》和《民法典》的衔接。

《征求意见稿》还增加了“不否认视为存在仲裁条款”的规定。一般认为，《仲裁法》是不允许“默示”的方式达成仲裁协议，而这主要体现在仲裁协议的“书面要求”以及因此衍生出的“签字要求”（参见下文）。实践当中，无论是仲裁机构还是法院，关注的都是是否存在有效的仲裁协议。如果仲裁协议缺少签字盖章这一形式要件，很可能直接视为没有仲裁协议。

但换一个角度看，《仲裁法》和《仲裁法司法解释》的框架下，其实也允许“默示”的方式达成仲裁协议。如果其他当事人在首次开庭前没有对仲裁庭的管辖权或仲裁协议效力提出异议，就视为其接受了仲裁庭的管辖权。具体而言，《仲裁法司法解释》第十三条规定，“当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。”第二十七条进一步规定，“当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩

的，人民法院不予支持。”故在现有司法实践中，当事人在仲裁过程中如果没有对仲裁协议效力提出异议，也有“默认”仲裁协议的实际效果。

尽管有《仲裁法司法解释》的规定，现行实践中的困难在于仲裁程序的启动——在没有其他当事人签署的仲裁协议（仲裁条款）的情况下，仲裁立案都是问题。如果其他当事人向法院提起诉讼，也较难通过一份未签署的仲裁协议（条款）启动仲裁协议效力的司法审查程序。故《征求意见稿》对此予以明确，对于此类案件实务应该有积极的指导意义。但如何改变现有的审判思路，可能还需要配套司法解释予以明确。

（四）确定仲裁庭有权对其管辖权做出决定

第二十三条 仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、不生效、无效、被撤销或者终止，不影响仲裁协议的效力。

第二十八条 当事人对仲裁协议是否存在、有效等效力问题或者仲裁案件的管辖权有异议的，应当在仲裁规则规定的答辩期限内提出，由仲裁庭作出决定。

仲裁庭组成前，仲裁机构可以根据表面证据决定仲裁程序是否继续进行。

当事人未经前款规定程序直接向人民法院提出异议的，人民法院不予受理。

当事人对仲裁协议效力或者管辖权决定有异议的，应当自收到决定之日起十日内，提请仲裁地的中级人民法院审查。当事人对仲裁协议无效或者仲裁案件无管辖权的裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。人民法院应当在受理复议申请之日起一个月内作出裁定。

人民法院的审查不影响仲裁程序的进行。

《征求意见稿》正式确立了仲裁庭有权对其管辖权作出决定的原则，即自裁管辖权（“*Competence-Competence*”）。

现行《仲裁法》第十九条规定仲裁庭可以决定合同效力，同时确立了仲裁条款可分性

（*Severability*）原则，即仲裁条款效力独立于合同效力。仅从文义出发，仲裁庭有权确认的范围仅限于“合同的效力”，不包括“仲裁协议”的效力。进一步结合《仲裁法》第十九条和第二十条第一款的规定，对仲裁协议效力判断的权力属于仲裁委员会（而非仲裁庭）或法院，但最终属于法院。“最终属于法院”的理解需要结合《仲裁法司法解释》第十三条解读：如果双方当事人一方向仲裁机构申请确认仲裁协议效力，另一方向法院申请确认仲裁协议效力，只要向法院申请确认仲裁协议效力的一方在仲裁庭首次开庭前对仲裁协议的效力提出了异议，且向法院申请时仲裁机构还没有作出决定，则对仲裁协议效力判断的权力属于法院。

立法层面自裁管辖权的缺失，直接导致了下述后果：首先，有权对仲裁庭管辖权作出决定的是仲裁机构和/或法院，有权对实体问题作出决定的则是仲裁庭。在实践中，实体争议和管辖权争议往往是相互伴随。尤其是在当事人指称合同无效、仲裁协议无效时，按前文所述，仲裁庭可判断合同的效力，然而仲裁庭却没有权限对仲裁协议的效力进行判断。在仲裁法刚出台的几年里，这种机械的权力分割往往会导致程序的冗杂和不确定性。后来中国国际经济贸易仲裁委员会首先将对仲裁协议效力判断的权利授权给仲裁庭，有效地解决了前述问题。该制度安排一直延续至今，将《仲裁法》对“仲裁委员会”的授权授予仲裁庭，几乎成为当下主流仲裁机构的惯例。在法院司法审查过程中，也少见因为“仲裁庭”作出管辖权决定，而非“仲裁委员会”作出管辖权决定的理由而不予执行或撤裁的实践。

进一步展开该问题，管辖权的决定可以包括仲裁协议是否存在、仲裁条款是否有效、管辖权的人属性（*ratione personae*, or *personal jurisdiction*，即仲裁协议的当事方）和物属性（*ratione materiae*, or *subject-matter jurisdiction*，即约定的仲裁事项）三个方面。在实践当中，《仲裁法》和司法解释使用“仲裁协议效力”的表述，而仲裁机构规则常用“管辖权”的表述（法院则会有“主管”和“管辖”的区别）。二〇一九年年，国际商事法庭审理的运裕有限公司与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确

认仲裁协议效力一案公布，国际商事法庭表态认为“要求确认当事人之间不存在仲裁协议也属于广义的对仲裁协议效力的异议”。这种观点，效果上肯定了法院或仲裁委员会依据《仲裁法》对“仲裁协议效力”的判断范围等同于仲裁庭对“管辖权”的判断范围，即不仅判断是否存在符合主客观要件的仲裁协议，还可判断管辖权的人属性（以及物属性）。

《征求意见稿》新的规定要求对于“是否存在”“是否有效”的问题，都交由仲裁庭审理。法院的仲裁协议效力司法审查也变为类似二审的审查，不再与仲裁庭的审查程序平行。所以，《征求意见稿》并非简单的引入自裁管辖权原则，也没有采纳司法审查事后介入的做法，仍然保留了法院在仲裁程序中对仲裁裁决效力审查的制度安排。选择了一条未完全放开的折衷路线。

实践中，由于“层报制度”的安排，仲裁条款效力的司法审查案件往往需要很长的时间，仲裁程序也随之中止，等待司法审查的结果。通过仲裁协议效力司法审查程序拖延争议解决的情况屡见不鲜。此次《征求意见稿》也明确，法院的司法审查不中止仲裁程序的进行，是能有效促进仲裁效率的规定。

但是，如果法院推翻了仲裁庭对仲裁协议效力的认定，当事人和仲裁庭因为审理案件所产生的成本将毫无意义。在确立“自裁管辖权”原则的司法管辖区，更常见的做法是“事后审查”，即司法审查不在仲裁程序中介入，可在撤销仲裁裁决，或者（承认与）执行阶段再将仲裁协议效力问题纳入法院的司法审查范围。《征求意见稿》的这一折衷思路，可能会产生一些实践中的问题，例如：

(1) 如果仲裁最终裁决先于法院司法审查作出，而之后法院司法审查的结果是仲裁协议无效，仲裁裁决是否自动无效，还是另行申请撤销仲裁裁决？

(2) 如果当事人直接向法院提起诉讼，法院发现存在仲裁协议的，一般会依据《仲裁法》第五条和《民事诉讼法》第一百二十四条的规定，

告知当事人向仲裁机构申请仲裁。但如果仲裁协议效力不明，也可以直接提起确认仲裁协议效力之诉。而仲裁机构也往往比较谨慎，对于仲裁协议效力不明确的案件，立案时也会比较保守。以往当事人还可向法院提起仲裁协议效力确认之诉。《征求意见稿》的改变，可能需要仲裁机构和法院的共同贯彻，不然实践中有可能出现法院不予受理，仲裁机构也不立案的情形。

(3) 上级法院（高级人民法院）的复议制度，是否意味着一九九五年起实施的“报核”制度不再适用？二〇一八年实施的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》中关于报核制度的安排，也需要重新制定。

（五）确定公司签订的仲裁协议效力及于股东派生诉讼

第二十五条 公司股东、合伙企业的有限合伙人依照法律规定，以自己的名义，代表公司、合伙企业向对方当事人主张权利的，该公司、合伙企业与对方当事人签订的仲裁协议对其有效。

《征求意见稿》首次在立法层面触及了仲裁协议的属人管辖（*ratione personae, or personal jurisdiction*）问题。现有《仲裁法》体系下，对于股东代表之诉是否受仲裁条款约定的问题并无明确答案。但实践中，我们一般认为《仲裁法》对“签字”要求很高——即仲裁协议只对签字方有约束力，只有三种情况可以将仲裁协议效力扩大到非签字的当事人。

第一种情形是代理人签订的仲裁协议效力及于被代理人。我国法律下关于代理人的规定，同时因袭了大陆法系的直接代理和间接代理概念，以及普通法系的显名代理和隐名代理的概念。在直接代理的情况下，被代理人对代理人的代理行为应当承担民事责任，即使在订立合同时，代理人是以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人签订合同，且第三方知道该代理行为，该合同直接约束委托人和第三方。因此，只要代理人有订立仲裁协议的授

权，且代理人为直接代理，第三方知道该代理行为，则即使委托人没有在合同上签字，仲裁协议也对其有效。

第二种情形是合同整体转让。一般而言，合同整体转让时，合同中的所有权利义务均转让给第三人。除非第三人明示不接受，合同中的争议解决条款也应当转让给第三人。依据《仲裁法司法解释》第九条的规定，若含有仲裁条款的合同一方当事人将合同权利义务转让给第三方，而且有证据证明第三方知道仲裁条款的存在，则仲裁条款对第三方有约束力。

第三种情形是当事人主体资格发生变化的情形。自然人或者法人作为仲裁协议的当事方，如果自然人死亡发生继承的，或者法人或其他组织发生合并、分立的，根据《仲裁法司法解释》第八条的规定，仲裁协议对他们权利义务的继承人或继受人有效。

而基于刺破法人面纱等理由将仲裁协议效力扩张至没有在仲裁协议上签字的当事人的做法，立法层面不予支持。实践当中一些突破“签字要求”的实践也是前述三种基本情况的衍生和细化。例如《九民纪要》中认为被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议对行使保险代位求偿权的保险人有约束力。一般认为，保险代位求偿权的本质是法定债权转移，保险人理赔之后，债权关系发生了转移。由于这种转移是法定转移，保险人有无接受的意思表示都不会影响接受的结果。故而，被保险人和第三人之间的债权以及附属的权利和义务都发生了转让，保险人承受了相关债权和附属的权利和义务。保险人和第三方之间的争议应提交仲裁的审判指导意见可以归入到《仲裁法司法解释》第九条定下的规则。

但是，《公司法》所言“公司”者，都有独立的法人财产，独立承担责任，股东以认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任。股东和公司各自独立的主体，一方与他人缔结的仲裁协议不当然的约束另外一方。股东代表诉讼中，并不存在前述三种情形，公司不是股东的代理人，也没有发生权利义务的概括转让，也没有发生当事人主体资格的

变化。若按此思路考虑，结论是显而易见的，即仲裁条款对股东没有约束力，相关争议应提交法院审理。

然而，股东代表诉讼是基于公司所拥有的法律救济请求权而产生，是公司本身的权利，在公司怠于行使权利时，股东代表公司行使，诉讼后的胜诉利益归于公司而非归于股东。⁴如此看来，公司与第三人签署的有效仲裁协议当然约束公司和第三人的争议解决方式。

早在一九九四年，最高院就曾就此问题做出过批复。在《最高人民法院关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷，控制合营企业的外方与卖方有利害关系，合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》中，最高院有如下观点：“经研究认为，长丝厂可在合营企业董事会不作起诉的情况下行使诉权，人民法院依法应当受理。但就本案而言，由于合资经营合同与对外购买设备的合同中都订有仲裁条款，因此，其纠纷应提交仲裁裁决，法院不应受理。”该份答复意见时间久远，实践中也没有广泛引用。

二〇一五年，深圳市中级人民法院审判委员会讨论通过了《广东省深圳市中级人民法院关于审理股东代表诉讼案件的裁判指引》，其中明确：“公司与他人有书面仲裁协议，股东就仲裁协议约定的仲裁事项对他人提起股东代表诉讼的，人民法院应不予受理。”⁵

深圳中院对此指引的解释是：“股东代表诉讼是解决公司内部诉讼机制的问题，即当公司受到控制怠于起诉时赋予中小股东代表公司利益启动诉讼的权利，而他人与公司之间的合同纠纷内容，并不因公司自行起诉和股东代表起诉的诉权行使不同而发生变化。如在股东代表诉讼的情形下排除仲裁协议的适用，则明显造成事实上的不公平，并可能使公

⁴ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第二十五条规定：“股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定直接提起诉讼的案件，胜诉利益归属于公司。股东请求被告直接向其承担民事责任的，人民法院不予支持。”

⁵ <https://www.szcourt.gov.cn/article/30050201>（最后访问 2021 年 8 月 10 日）。

司利用代表诉讼制度谋取程序上的不当利益。”⁶

但前述两份文件，没有在实践中起到广泛、有效的审判指导作用。当事人、代理人和裁判者都可能会忽视，导致实践中对此类案件的审理思路不一致。《征求意见稿》通过修订仲裁法的方式，对该问题予以明确，对于实务有重大影响。通过这一条也可以看出，此次《征求意见稿》的出台，充分的吸取了实务界的意见和建议。

三、小结

本次《征求意见稿》充分考虑的仲裁实践的需求，能够实现促进我国仲裁市场的国际化、提升中国仲裁公信力的目的。此次修订向外国仲裁机构开放了中国仲裁市场、允许临时仲裁等，以及其他很多修订，将深远的影响仲裁参与者。限于篇幅，关于可仲裁性问题、仲裁地概念的引入、仲裁程序规范、临时措施、仲裁裁决执行的司法审查等问题，将由续篇进行介绍。

⁶ 同上。

李 清 合 伙 人 电 话： 86 10-8519 1357 邮 箱 地 址： liq@junhe.com
胡 楠 合 伙 人 电 话： 86 10-8553 7618 邮 箱 地 址： hun@junhe.com
胡宇鹏 律 师 电 话： 86 10-8553 7717 邮 箱 地 址： huyp@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

