

# 论仲裁条款独立原则

赵秀文\*

在现代各国有关仲裁的立法与实践,仲裁条款独立原则(The Separability Doctrine)既是一个重要的理论问题,也是一个具有实践意义的问题。本文将从各国有关仲裁的立法与实践,结合我国的具体情况,对此原则作一探讨。

## 一、仲裁条款独立原则的含义

仲裁条款是仲裁协议的书面表现形式之一。<sup>[1]</sup>其特点有两个:第一,它是当事人之间在争议发生之前订立的将可能发生的争议交由仲裁解决的协议;第二,此项协议不是一个独立的文件,而是从属于主合同的一个条款。

仲裁条款独立原则的含义是:尽管仲裁条款是合同中的一个条款,但此条款与它所从属的主合同是两个相互独立的合同。如果争议涉及主合同是否存在及其有效性问题,或者主合同无效或失效,仲裁条款作为双方当事人约定的解决合同争议的条款,仍可独立存在,并不因为主合同无效或失效而当然无效或失效。

在现代国际经济贸易仲裁实践上,承认仲裁条款的独立性,已成为国际仲裁的理论基石。<sup>[2]</sup>目前,仲裁条款独立原则已为包括我国在内的各国仲裁立法与实践普遍接受的具有法律拘束力的原则。

## 二、仲裁条款独立原则的确立与发展

仲裁条款可独立于主合同而单独存在,是随着国际商事交往的不断发展及各国立法普遍承认仲裁裁决的法律效力,以及国家确认通过仲裁解决商事争议的鼓励政策的发展而逐步地确立与发展起来的。

\* 中国人民大学法学院教授。

[1] 仲裁协议的另一种书面表现方式为仲裁协议书(Submission to Arbitration),通常为争议发生后当事人之间达成的交由仲裁解决的单独协议。

[2] Gary B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Commentary & Materials, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, P. 192.

### (一) 仲裁条款独立原则的确立

一般认为,较早确立仲裁条款可独立于主合同而存在的案例是英国法院于1942年对 *Cheyman v. Darwins Ltd.*<sup>[3]</sup>一案的审理。在该案中, Darwins 是英国一家钢铁制造商,它与营业所在纽约的 Hegman 订立了指定 Heyman 为其独家销售代理人的合同,并规定此合同于1938年执行。该合同中含有措辞广泛的仲裁条款:“由于本合同引起的任何争议应通过仲裁解决。”后来, Darwins 拒绝履行合同, Heyman 诉诸法院,指控 Darwins 违约。Darwins 请求法院中止对此案的审理,按合同中的仲裁条款将争议交由仲裁解决。上诉法院认为,仲裁条款可独立于合同存在,没有违约的一方是否可以继续履行合同的问题应由仲裁员而不是法院决定。在本案中,无论是一方当事人是否违约,还是另一方当事人是否可以继续履行合同的问题,都属于仲裁条款的管辖范围,因为这些问题都是与合同有关的争议。

Heyman 一案涉及的是在一个有效合同前提下的仲裁条款的独立存在的问题,即有效合同解除后引起的争议,并未涉及自始无效或违法合同中的仲裁条款的独立性问题。西蒙(Viscount Simon)法官在发表个人意见时指出,关于合同是否存在及合同自始无效的问题,不属于仲裁协议的管辖范围。

Heyman 一案虽然确立了仲裁条款可独立于主合同而存在的原则,但这是有条件的。按照西蒙法官的意见,如果合同自始无效,如合同通过欺诈方式订立,或者一开始就是违法的,则该无效合同中的仲裁条款应随着自始无效的欺诈或违法合同的无效而无效。在此种情况下,仲裁条款也就无独立性可言了。

### (二) 仲裁条款独立原则的发展

随着仲裁作为解决商事争议的方法的广泛采用,在本世纪六十年代,仲裁独立原则有了新的发展,这就是自始无效的合同中的仲裁条款也可以脱离主合同而独立存在。换言之,即使主合同一开始就是无效的或违法的,除特殊情况外,仲裁条款仍可被视为有效合同而独立存在。

1967年,美国最高法院对 *Prima Paint co. (简称为 Prima Paint) v. Flood & Conklin manufacturing co. (简称为 F&C)*<sup>[4]</sup>一案所作的判决,把仲裁条款的独立性提高到一个新水平。此案确立的原则是:仲裁条款可独立存在于自始无效的欺诈合同。

在此案中,马里兰州的 Prima Paint 买下了新泽西州 F&C 生产涂料的生意。双方当事人还订立了咨询协议,规定在今后6年内由 F&C 向 Prima Paint 提供有关涂料的生产、制造、销售及服务等方面的咨询。该协议中的仲裁条款规定:“由于本协议或与本协议有关的或违约引起的一切争议或索赔,在纽约按美国仲裁协会仲裁规则解决。”

协议刚刚开始执行仅一周, F&C 即申请破产。Prima Paint 拒绝向 F&C 支付协议规定的费用,理由是 F&C 在订立协议时有欺诈行为,诱使 Prima Paint 与之签订协议,所以该协议自始无效,并将此争论诉诸法院。F&C 请求按照协议规定,通过仲裁解决此争议。一审法院认为,关于对 F&C 提出的诱使含有仲裁条款的合同订立中的欺诈行为的指控,应由仲裁员而不是法院作出裁定。原告不服,上诉到第二巡回法院,法院驳回上诉,维持原审法院的判决。上诉法院的判决得到最高法院的确认。

prima Paint 一案确立的原则是:即使合同自始无效,通过仲裁解决合同争议的仲裁条款,

[3] 《上诉法院判例集》,1942年,第356页以下。

[4] 《美国最高法院判例集》,1967年,第388卷,第395页。

同样也是一项可以独立实施的协议。

对于那些由于违反国家法律而订立的自始无效的合同,其中的仲裁条款是否也可以独立实施呢?英国上诉法院 1993 年对 *Habour Assurance co. v. Kansa General International Insurance Co* <sup>[5]</sup> 一案的判决对此所作的回答是肯定的。在该案中,英国 *Habour* 保险公司与芬兰 *Kansa* 国际保险公司订立了保险与再保险协议。*kansa* 指望据此协议打入英国保险市场。*Habour* 则以 *Kansa* 未能取得英国工商局许可为由,称此协议自始就是违法无效的,并诉诸商事法院后座庭(Aueens bench Division)。*Kansa* 请求中止此项诉讼,将争议交由仲裁解决。对此,斯蒂恩(Steyn)法官作出了如下判决:<sup>[6]</sup>

(1) 仲裁条款自始无效或后来被终止并不影响合同的效力,因为仲裁条款是可分割的独立协议,这一原则已得到确认。此外,如果由于合同撤销或合同落空而终止合同或违约,仲裁员仍有权处理合同终止后产生的争议,这也是确立已久的原则。

(2) 由于不真实陈述、不当影响和胁迫致使合同无效的争议可交由仲裁解决。在所有这些情况下,措辞广泛的仲裁条款可独立于该无效合同;由于欺诈而无效的合同可作为合同由于不真实陈述而无效的问题交由仲裁解决。

(3) 在英国判例和教科书中,目前还找不到关于仲裁条款可独立于自始无效的合同的证据,除非仲裁协议本身并未受到直接指控。仲裁条款独立于无效合同而存在,这是法学理论问题。

(4) 在法学理论上,仲裁条款独立原则适用于自始无效的合同是合理的,它也是公共利益的问题,建立在当事人意思自治原则基础上的仲裁程序应该是有效的。此外,国家政策也非常支持仲裁条款可独立于自始无效的合同。

(5) 合同自始违法的问题不属于仲裁员的管辖范围,本庭驳回中止诉讼的请求。

(6) 如果仲裁独立原则适用于自始违法的案件,仲裁条款就可以包括本案争议的问题了。

后座庭的上述判决被上诉到英国上诉法院。上诉法院推翻了后座庭关于仲裁独立原则不适用于自始违法的合同的判决。上诉法院认为,仲裁条款独立原则同样也应适用于自始违法的合同。针对斯蒂恩法官的判决,上诉庭指出,普通法的先例并不禁止将仲裁条款独立原则扩大适用于自始违法的合同。上诉庭还援引了公共政策上的考虑,用以说明其判决的合法性,指出法院应实施当事人的意思。英国上诉法院这一具有历史意义的判决,表明英国法院已完全承认仲裁条款独立原则,确认了司法对仲裁的全力支持。

法国最高法院早在 1963 年 5 月 7 日对 *Societe Gosset V. Societe Carapelli* <sup>[7]</sup> 一案中,就确立了国际仲裁协议独立的原则。此案涉及法国公司(*Gosset*, 买方)与意大利公司(*Carapelli*, 卖方)订立的含有仲裁条款的粮食买卖合同。*Gosset* 在进口粮食的过程中获得了进口许可证,但未能取得办理结关手续所必须的特别授权,致使合同不能履行。*Carapelli* 在意大利提起仲裁,请求买方赔偿由此造成卖方的损失。*Carapelli* 获得对其有利的裁决,此裁决得到法国马赛民事法院的确认。*Gosset* 不服,上诉到法国最高法院,理由是执行此裁决不妥,因为主合同及

[5] 1993 年《后座法院判例集》,第 701 页。

[6] Neil Kaplan & Others: *Hong Kong and China Arbitration, Cases and Materials*, Butterworths, 1994, p. 62.

[7] 参见罗森(Janet A. Rosen): 国际私法项下的仲裁: 仲裁条款独立原则和仲裁管辖原则, 载于 *Fordham International Journal*, 1994 年, 第 17 卷, 599 页。

其所包含的仲裁条款由于不能履行而无效。最高法院则认为,在国际仲裁中,无论仲裁协议表现为单独的协议,还是主合同的一部分,除特殊情况外,都是完全独立的。按照法国最高法院的明确解释,国际合同中的仲裁条款完全独立,即便主合同无效时亦然。

通过以上对美、英、法等国司法判例的分析,我们不妨得出如下结论:在国际商事交易中,即便主合同采用欺诈方式订立,或者一开始就违反了有关国家的法律,根据合同应适用的法律为无效合同,合同中的仲裁条款仍然独立于该无效合同而存在,并不因为主合同无效而当然无效。当事人之间由于该无效合同引起的争议,仍应按该合同中的仲裁条款通过仲裁方式解决,除非该仲裁条款依照应适用的法律也是无效的。

### 三、现代国际商事仲裁立法与实践 对仲裁条款独立原则的确认及其理论依据

#### (一) 现代国际商事仲裁立法与实践对仲裁条款独立原则的确认

现代国际商事仲裁立法主要表现在有关国际商事仲裁的国际公约、国际组织制定的调整国际商事仲裁的示范法,以及各有关国家制定的调整国际商事仲裁关系的国内立法之中。

1958年纽约《承认与执行外国仲裁裁决公约》(简称为《纽约公约》),<sup>[8]</sup>虽专就仲裁条款的独立性作出专门规定,但公约第2条(1)款则明确规定了缔约国应承认当事人之间书面达成的将他们之间可能发生的争议交由仲裁解决的协议(即合同中的仲裁条款)的法律效力。

由联合国大会专门机构联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,简称UNCITRAL,联合国贸法会)制定的1985年《国际商事仲裁示范法》,截至1996年5月,已被澳大利亚、巴林、百慕大、保加利亚、加拿大(由联邦议会和各省、地区议会颁布)、塞浦路斯、埃及、芬兰、危地马拉、香港、匈牙利、印度、肯尼亚、马耳他、墨西哥、尼日利亚、秘鲁、俄罗斯、苏格兰、新加坡、斯里兰卡、突尼斯、乌克兰和美利坚合众国的加利福尼亚州、康涅狄格州、俄勒冈州和得克萨斯州等39个国家和地区采纳为各国和地区的国际商事仲裁法。<sup>[9]</sup>该《示范法》第16条1款对仲裁条款独立原则作了再清楚不过的表述:“仲裁庭可以对它自己的管辖权包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议,作出裁定。为此目的,构成合同一部分的仲裁条款应视为独立于合同其他条款以外的一项协议。仲裁庭作出的关于合同无效的裁定,不应在法律上导致仲裁条款无效。”

其他许多国家的法律,包括1986年荷兰仲裁法第1053条、1989年瑞士国际私法草案第178条3款、保加利亚1988年国际商事仲裁法第19条2款、埃及1988年国际商事仲裁法案第8条2款等,对仲裁条款独立原则都作了明确的规定。

在国际商事仲裁实践上,一些国际仲裁规则对仲裁条款的独立性,也作了明确的规定。例

[8] 截至1996年5月,批准加入和继承该公约的国家共108个,另有两个国家在公约上签了字。我国于1987年1月22日成为该公约的缔约国。参见联合国大会文件,1996年5月21日,第A/CN.9/428号,第9—13页。

[9] 参见联合国大会文件,1996年5月21日,第A/CN.9/428号,第1、9页。

如,联合国贸法会主持制定的 1976 年《仲裁规则》<sup>[10]</sup>第 21 条(2)款规定:“在适用本条时,作为合同组成部分和规定按本规则仲裁解决合同争议的仲裁条款,应视为独立于合同其他条款的一项独立的协议。仲裁庭作出的关于合同无效或已失效的裁定,并不影响仲裁条款的法律效力。”事实上,几乎所有国际仲裁机构的仲裁规则中,都含有上述类似规定。例如,国际商会仲裁院 1988 年仲裁规则第 8 条(4)款,1985 年 1 月 1 日起实施的伦敦国际仲裁院仲裁规则第 14 条(1)款,美国仲裁协会 1991 年 3 月 1 日起实施的国际仲裁规则第 15 条(2)款,俄罗斯国际商事仲裁院 1988 年仲裁规则第 1 条(3)款,新加坡国际仲裁中心 1991 年仲裁规则第 25 条 1 款,加拿大不列颠哥伦比亚国际商事仲裁中心仲裁与调解程序规则第 15 条(1)款等。

综上所述,仲裁条款独立原则已为现代国际商事仲裁立法与实践普遍接受为具有法律拘束力的原则。仲裁条款的独立存在不以合同的存在及其有效性为前提。无论主合同是自始无效,还是后来被宣布为无效或失效,都不影响仲裁条款的独立性。仲裁条款作为解决合同争议的一项协议,始终独立于主合同。

## (二) 仲裁条款独立原则的理论依据

仲裁条款独立原则的基本理论依据是当事人意思自治原则。这就是说,仲裁条款之所以能够独立于主合同而单独存在,完全归因于当事人之间在订立合同时达成的将合同履行中可能发生的争议交由仲裁解决这一共同的意思表示。正因为如此,当主合同由于欺诈方式订立而被宣布为自始无效时,按照英美等许多国家的法律,仲裁条款仍可独立于该自始无效的合同而存在。这是由于通过仲裁解决合同争议的这一约定,不可能也是通过欺诈方式诱使对方接受这一协议的。

其次,仲裁条款不同于合同中关于规定双方当事人权利与义务的其他条款,因为这些条款通常规定的是当事人之间相互承担的权利与义务,对这些条款的违反的后果是直接产生的损害赔偿问题;而仲裁条款所规定的是当事人双方共同承担的权利与义务,对此条款的违反不直接产生损害赔偿问题,而是对他们已达成的通过仲裁方式解决他们之间的争议的协议的强制执行。

再次,国家对通过仲裁解决国际商事合同争议所实行的政策,也对仲裁条款独立原则产生直接影响。从历史上看,在二战前相当长的时间内,各国对仲裁的限制相当严格。在许多情况下,尽管当事人约定将他们之间的特定争议交由仲裁解决,但法律并不允许将这些争议交由仲裁,其后果是法院可依法撤销当事人已达成的协议,由法院行使对这些特定领域争议的管辖权,例如在证券买卖、欺诈行为、反托拉斯法、知识产权等方面的争议,仲裁员均无权管辖。近年来,随着各国对仲裁的政策放宽,许多上述争议依各有关国家的法律,都可以通过仲裁方式解决,特别是在仲裁解决国际商事争议方面,各国法律对它的限制极为有限。

## 四、仲裁条款独立原则与我国仲裁立法与实践

我国仲裁立法与实践对仲裁条款独立原则予以充分的肯定,主要表现在 1994 年仲裁法第 19 条的明文规定:“仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的

[10] 该仲裁规则不仅为世界范围内的临时仲裁庭所广泛采用,而且许多国家和地区的常设仲裁机构,如美国仲裁协会、新加坡国际仲裁中心、加拿大不列颠哥伦比亚国际商事仲裁中心、香港国际仲裁中心等,都采纳了此规则。

效力。”中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则第5条对此原则作了更为明确的表述：“合同中的仲裁条款应视为与合同其他条款分离地、独立地存在的条款，附属于合同的仲裁协议也应视为与合同其他条款分离地、独立地存在的一个部分；合同的变更、解除、终止、失效或无效，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力。”

在此我们将要探讨的主要问题是：如果主合同自始无效，例如合同通过诈欺方式订立，或合同订立的本身就是违法的，该合同中的仲裁条款是否也可以独立于该自始无效的合同？对于这个问题，我们还不能从我国仲裁法和中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则的上述有关规定中找到明确的答案。

在此，我们将结合我国的司法实践，通过对我国实行改革开放以来在全国范围内影响较大的一起涉外经济诉讼案——温州钢材受骗案<sup>[1]</sup>的分析，对仲裁条款能否独立于自始无效的合同作学术上的探讨。

### （一）法院对本案的判决及其依据

温州钢材受骗案的全称为中国技术进出口总公司（简称中技公司）诉瑞士工业资源公司（Swiss Industrial Resources Company Inc. 简称为 IRC）侵权损害赔偿纠纷上诉案。<sup>[2]</sup>

#### 1. 主要案情

1985年4月1日，受浙江省温州市金属材料公司的委托，中技公司与 IRC 签订了购买 9180 吨钢材的合同。合同总价为 229.5 万美元，价格条件为 C&F 温州，IRC 收到信用证后两周内在意大利的拉斯佩扎港交货。合同签订后，中技公司即按合同规定，于 1985 年 4 月 19 日通知中国银行上海分行开出金额为 229.5 万美元、以 IRC 为受益人的信用证。信用证中载明交货期限不得迟于 1985 年 5 月 5 日，不得分批装运，运输途中不得转船。5 月 29 日，中技公司收到 IRC 通过银行转来的全套议付单据，其中包括由 IRC 开具的交货实际金额为 229.025 万美元的商业发票、提单、装箱明细单、重量和质量证书等单据。提单是 5 月 4 日签发的，托运人为 IRC，承运货物的船舶为“阿基罗拉”号。经审查，单证相符，中国银行上海分行于 6 月 1 日将发票所列 229.025 万美元实施对外付款。在正常情况下，中技公司本应在七、八月份即可收到 IRC 所托运的货物。然而，到了 10 月底，中技公司仍未收到这批货物。在此期间，中技公司通过电传多次催询和查找货物的下落，IRC 或不予答复，或以“中国港口拥挤、船舶将改变航线”，或“已调整航程”等实际上并不存在的理由与中技公司周旋。在忍无可忍的情况下，中技公司派人到交货地意大利进行现场调查后发现，IRC 提交的全套议付单据均系伪造，合同项下的货物从未在拉斯佩扎港装上“阿基罗拉”号承运。于是，中技公司于 1986 年 3 月 24 日向上海市中级人民法院对 IRC 提起侵权损害赔偿之诉，并申请对 IRC 在中国银行上海分行的另一笔托收货款 440.8 万美元实施保全措施。上海市中级人民法院经审理后于 1988 年 5 月 11 日作出判决：IRC 赔偿中技公司的钢材货款、银行利息、经营损失、法律诉讼等费用共计 5,136,668.6 美元。IRC 不服此判决，1988 年 7 月 11 日上诉到上海市高级人民法院，其上诉理由之一，就是双方当事人之间订立的钢材买卖合同中含有通过仲裁解决争议的条款（仲裁条款），原审法院对此案无管辖权。1988 年 10 月 11 日，上海市高级人民法院经公开审理后作出终审判决：驳回上诉

[1] 曹宪志：《温州钢材受骗案始末》，《国际商报》，1988 年 10 月 25 日。

[2] 《中华人民共和国最高人民法院公报》1989 年第 1 号，第 26—28 页。

人 IRC 的上诉, 维持原判。<sup>〔3〕</sup>

## 2. 法院判决的依据

针对 IRC 的上诉, 上海市高级人民法院经公开审理后认定: 上诉人利用合同形式, 进行欺诈, 已超出履行合同的范围, 不仅破坏了合同, 而且构成了侵权。双方当事人的纠纷, 已非合同权利义务的争论, 而是侵权损害赔偿纠纷。被上诉人有权向法院提起侵权上诉, 而不受双方所订立的仲裁条款的约束。<sup>〔4〕</sup>

在本案中, 上海市中级人民法院和高级人民法院对此案所作的判决, 均以侵权行为的损害赔偿为基础。中技公司对 IRC 提出的诉讼亦非违约之诉, 而是侵权行为之诉, 正如上海市中级人民法院在判决中所认定的: 被告 IRC 采取一系列欺诈手段, 利用合同形式侵吞了原告的货款, 已经构成了侵权, 而不再是合同争议, 因此, 不能适用合同中的仲裁条款。<sup>〔5〕</sup>

我们注意到, 上海两法院在判决本案的过程中, 均回避了当事双方签订的钢材买卖合同及其仲裁条款的效力问题。然而, 就上海高级人民法院在其判决中给本案所定的性质“本案是因欺诈行为引起的侵权损害赔偿纠纷”而言, 双方当事人之间订立的合同显然属于无效合同。因为 IRC 是在无钢材的情况下, 谎称“货物已在装运港备妥待运”, 诱使中技公司与其签订合同。也就是说, 在签订本合同时, IRC 就使用了欺诈手段。根据我国涉外经济合同法第 10 条, 采取欺诈或者胁迫手段订立的合同无效。既然上海市高级人民法院认定, “上诉人在签订合同修改议定书时, 就使用了欺诈手段”, 那么, 该合同依照我国法律为无效合同, 也是顺理成章的。

法院将此案定性为侵权损害赔偿纠纷, 而非合同权利义务争议, 进而不受合同中仲裁条款的约束。事实上, 法院对此案的处理, 是以双方当事人之间及合同中的仲裁条款无效为前提的。

从法院对此案的审理和判决中, 我们不妨作出如下解释: 按照我国现行司法实践, 通过欺诈方式订立的合同自始无效, 而自始无效合同中的仲裁条款也是无效的。

## (二) 学者们的看法

对于本案中自始无效的合同中的仲裁条款能否独立于主合同而独立存在, 我国学者中存在着不同的看法。

一种观点认为, 中技公司与 IRC 之间的《合同修改议定书》是 IRC 使用欺诈手段而订立的, 该合同自始无效, 因此其中包含的仲裁条款也随之无效。<sup>〔6〕</sup> 其理论依据是: 仲裁条款与主合同之间有着密切的联系, 影响主合同效力的那些因素, 往往也要影响到仲裁条款的效力。在本案中, 由于仲裁条款的签订与主合同的签订是同一过程, 我们很难设想, 在签订主合同时存在欺诈、胁迫或乘人之危的情况下, 仲裁条款的签订会是自由意思的表示。可以想象, 在本案中, 如果中技公司能得到 IRC 真实情况, 则它将立即终止与 IRC 的一切谈判活动, 根本不可能与 IRC 签订任何协议。因此, 本案中的仲裁条款纯属诈欺行为的产物。由此可见, 当主合同因意思表示不自由而无效时, 仲裁条款也应无效, 在本案中, 人民法院有充分的根据宣布仲裁条款为无效。<sup>〔7〕</sup>

〔3〕〔4〕 关于判决全文, 详见《中华人民共和国最高人民法院公报》, 1989 年第 1 号, 第 28 页。

〔5〕 马守仁编:《中国近年涉外涉港澳案件》, 中国城市经济社会出版社 1990 年版, 第 303 页。

〔6〕 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》, 法律出版社 1993 年版, 第 84 页。

〔7〕 代越:《从中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司案看仲裁条款自治权理论》, 载黄进主编:《国际私法与国际商事仲裁》, 武汉大学出版社 1994 年版, 第 223 页。

本人认为,尽管中技公司与 IRC 公司之间订立的合同是 IRC 通过诈欺方式订立的自始无效的合同,但该合同中约定的通过仲裁方式解决合同争议的条款不一定就是诈欺行为的产物。仲裁条款既然可以独立存在,即使合同订立时一方当事人有欺诈行为,但双方在谈判仲裁解决合同争议条款的问题上,应该是当事双方共同的意思表示,双方同意将合同项下的一切争议,包括合同的有效性及其双方当事人权利义务等争议,通过仲裁方式而不是通过法院解决。从这个意义上说,仲裁条款不是欺诈行为的产物。它可以脱离主合同,包括自始无效的主合同而独立存在。

笔者之所以持后一种观点,其理由如下:

第一,根据我国仲裁法第 19 条,仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。这就是说,仲裁条款与含有此条款的合同是相互独立的。在温州钢材受骗案中,尽管法院并未直接回答本案涉及的合同及合同中的仲裁条款的效力问题,代之以“双方当事人的纠纷,已非合同权利义务的争议,而是侵权损害赔偿纠纷”。法院对此案的处理,如前所述,是以双方当事人之间及合同中的仲裁条款无效为前提的。根据我国法律的上述有关规定,即使合同无效,仲裁协议亦可独立存在。可见,我国法律并不禁止自始无效的合同中的仲裁条款的独立存在。

第二,既然仲裁协议与其所依据的合同是相互独立的,对于仲裁协议是否有效,应作出专门认定。根据我国仲裁法第 17 条,凡有下列情况之一的,仲裁协议无效:

- (1) 约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;
- (2) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;
- (3) 一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。

根据我国现行法律,商事争议都可仲裁解决。法律明文规定的不允许仲裁解决的争议有两类:一类是婚姻、收养、监护、抚养、继承方面的争议,另一类是依法应当由行政机关处理的行政争议(仲裁法第 3 条)。“温州钢材受骗案”属于国际商事争议,依照我国法律可以仲裁解决。此外,中技公司和 IRC 依照对他们应适用的法律,都具有完全的行为能力,即有权订立仲裁协议。本案涉及的仲裁协议的效力,关键在于如何解释该协议是否在一方胁迫另一方的情况下订立的。所谓胁迫,是指威胁、逼迫。根据国际统一私法协会(UNIDROIT)对《国际商事合同通则》中关于胁迫条款(第 3.9 条)的解释,胁迫“必须具有急迫性和严重性,以至于受到胁迫的一方除了按对方所提出的条款签订合同外,再无其他合理的选择”。<sup>[8]</sup>

从本案披露的事实看,如果说,在合同签订上,IRC 采用了欺诈的手段,那么,并无证据表明在仲裁条款订立的问题上,IRC 也对中技公司采取胁迫手段,迫使后者与其订立只能通过仲裁解决争议的仲裁条款,而不得将争议提交法院解决。如果说,我国仲裁法第 17 条规定的关于仲裁协议无效的三种情况在本案中均不存在的话,按照仲裁条款独立的原则,该仲裁协议的效力还是应该予以承认的。

第三,在本案中,尽管法院在判决中回避了合同及其仲裁条款的效力问题,代之以将本案定性为侵权行为的损害赔偿。然而,一个不容忽视的事实是:法院判决中要求 IRC 赔偿中技公司的钢材货款,毕竟是本案合同项下的货款。笔者完全同意法院对本案事实的认定:IRC 在无钢材的情况下,谎称“货物已在装运港备妥待运”,诱使中技公司与其签订合同。合同签订后,中

[8] 参见《国际商事合同通则》,对外贸易经济合作部条约法律司编译,法律出版社,1996年,第61页。

技公司按合同规定,通过中国银行上海分行开出了以 IRC 公司为受益人,金额为 229.5 万美元的信用证,履行了合同义务。而 IRC 在未履行实际交货义务的情况下,却伪造了信用证项下的全套议付单据,致使中国银行上海分行将信用证项下的货款付给 IRC。至此,IRC 终于将中技公司的货款骗到手。由此可见,IRC 在未履行实际交货业务的情况下,通过伪造合同单据的方式,骗取了中技公司的货款,进而侵犯了中技公司履行了合同项下的付款义务后有权得到合同项下货物的权利,所以构成侵权行为。

但是,仅因将争议归入侵权纠纷而排除仲裁条款的效力,这种做法的根据是有疑问的。<sup>[9]</sup>因为按照最高人民法院 1987 年 4 月 10 日发出的关于执行我国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的通知:“二、根据我国加入该公约的所作的商事保留声明,我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。所谓‘契约性和非契约性商事法律关系’,具体的是指由于合同侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系。”<sup>[20]</sup>可见,在我国,侵权纠纷也可提交仲裁解决。本案的核心问题是该侵权纠纷是否超出了仲裁条款的适用范围。一些学者指出,上海市高级人民法院的判决虽已指出:“双方当事人的纠纷,已非合同权利义务的争议”,却未能令人信服地说明,本案中的纠纷超出了仲裁条款的范围。因此人民法院对这个问题的判决,受到了一些学者的疑问。<sup>[21]</sup>笔者认为,本案涉及的法律事实的性质无论属于诈骗也好,侵权也罢,双方当事人之间的争议,无疑都是由于他们之间订立的钢材购销合同所致。而此案购销合同中的仲裁条款所要解决的,正是由于合同而产生的争议。根据仲裁协议独立原则,无论含有仲裁条款的合同是否有效,仲裁条款都可以独立于此合同并适用于合同项下争议的解决,只要仲裁条款依照我国法律为合法有效。在本案中,IRC 侵犯的权利是中技公司履行合同项下的付款义务后而获得的收取货物的权利。如果中技公司未按合同规定付款,也就不可能获得收款合同项下货物的权利,因而也谈不上侵权问题。因此,尽管本案争议属于侵权的损害赔偿问题,但争议并未超出仲裁条款规定的仲裁事项的范围。

## 五、从某合资合同案看仲裁条款独立原则

无独有偶,1990 年,广东省高级人民法院判决的某合资合同争议案则从另一个侧面肯定了无效合同中的仲裁条款可以独立于它所依据的无效合同而单独存在的原则。此案涉及的是一家中国企业与香港的一家公司订立的在中国境内设立合资企业的合同。该合资合同规定,由本合同而产生的争议,交由中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会(即中国国际经济贸易仲裁委员会的前称)按照该会的仲裁规则仲裁解决。合同经当事双方签署后,在报请上级主管部门审批的过程中,双方发生争议。于是,中方当事人将此争议诉诸该合资企业所在地的广东省惠州地区中级人民法院。被告香港公司以原、被告之间已经签署的合同中存在着仲裁条款为由,对法院的管辖权提出抗辩。惠州地区中级人民法院经审理后认为,该合资合同中的仲裁条款无效,因为合资合同尚未经上级主管部门批准。根据我国的中外合资经营企业法实施条例第 17 条的规定,合资企业合同“经审批机构批准后生效”。既然该合资合同尚未对当事各方产生拘束力,原告有权将此争议诉诸法院。然而,被告香港公司不服该项判决,将此争议上诉到

[9][21] 前引 [17],代越文。

[20] 参见程德钧主编:《涉外仲裁与法律》第一辑,中国人民大学出版社 1992 年版,第 15 页。

广东省高级人民法院。该法院经审理后认为, 上诉人的上诉理由成立, 法院不应当仅以该合同尚未生效为由, 否认该合同中的仲裁条款的法律效力。因此, 广东省高级人民法院又推翻了惠州地区中级人民法院关于原告有权将争议提交法院解决的判决。<sup>[2]</sup>

显而易见, 广东省惠州地区中级人民法院之所以判决上述案件中的原告有权向法院起诉, 其主要依据是该合资合同依照我国的法律对合同各方当事人尚不具有法律上的拘束力。既然该合资合同尚未生效, 所以该合同中的仲裁条款也未生效。换言之, 按照惠州地区中级人民法院的判决, 在本案中, 尚未生效的合资合同中的仲裁条款无效, 即自始无效的合同中的仲裁条款也是无效的。与此相适应, 原告当然有权将此争议提交法院解决。广东省高级人民法院对此案的判决显然把合资合同与其所包括的仲裁条款区别开来: 尽管合资合同尚未生效, 但此合同已由当事双方签署, 这就意味着当事双方已经就合资合同的各项条款达成一致, 其中包括仲裁条款。如果说, 合资合同根据我国法律须经审批机构批准后才能生效, 那么, 我国法律并未规定通过仲裁方式解决争议的仲裁协议也必须经审批机构批准后才能生效。因此在本案中, 尽管经当事双方签署的合资合同由于尚未经审批机构批准而未能对此合同的当事人产生法律上的拘束力, 但该合同中的仲裁条款可以独立于它所依据的合资合同而单独存在。其理由是, 既然当事双方已经同意通过仲裁方式解决它们之间的争议, 此合资合同中的仲裁条款就可以产生拘束该合同当事双方的法律后果: 即凡与该合同有关的争议, 应当通过仲裁的方式解决, 而不应交由法院解决。这是由于仲裁协议的生效并不以审批机构的批准为其要件。

## 六、仲裁条款独立会使违法者逍遥法外吗

一种观点认为, 如果说在一般的合同无效( 比如解除或终止) 情况下可以保持仲裁条款效力的话, 那么合同的无效是由于一方当事人的欺诈或胁迫等违法手段引起的, 仲裁条款就不应有排除法院管辖的效力, 否则将无人来追究这种违法行为。如果对利用欺诈手段进行的活动仍坚持由仲裁庭来处理, 则等于赋予违法行为以合法性, 这对于整个合同制度乃至整个国际贸易是有害的, ..... 并必将导致违法者逍遥法外。<sup>[3]</sup>

坚持仲裁条款独立原则, 真的会使违法者逍遥法外吗? 对此观点, 笔者不敢苟同。理由如下。

首先, 仲裁与司法一样, 都是在执行法律。在解决争议方面, “法院与仲裁员的业务相同, 他们都在执行法律。二者之间的唯一区别是: 法院在公共领域内执行, 而仲裁员则在私营产业领域内执法”。<sup>[4]</sup> 这就是说, 法官以国家公职人员的身份执法, 依法行使对争议案件的管辖权。仲裁员则以其个人的身份执法, 其解决争议的权力, 首先来源于当事人之间同意将他们的争议交由仲裁解决的协议, 其次是法律的认可。而法院的此项权力由主权国家依法授予, 不必经过私人协议同意。在现代国际商事仲裁实践上, 即便合同无效是由于一方当事人的欺诈或胁迫等违

[2] Guo Xiaowen, "The Validity and Performance of Arbitration Agreement in China", *Journal of International Arbitration*, No. 1, 1994, at 53; 以及 Neil Kaplan, Jill Spruce and Michael J Moser, *Hong Kong and China Arbitration, Cases and Materials*, Butterworths 1994, at 314.

[3] 任永中: 就“温州钢材受骗案”谈我国国际私法实践中的几个问题, 《法学评论》1991年第3期。

[4] 参见[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667页。

法手段所致,但通过仲裁解决争议的协议仍然可以独立于该无效合同,并由仲裁庭对该合同及其仲裁协议的有效性作出裁定。因为仲裁庭对此作出裁决的过程,也是执法的过程。仲裁庭的这项权力,一方面来源于双方当事人之间的仲裁协议,另一方面,此项权力也要经国家法律认可。例如,仲裁庭能否就仲裁协议的有效性作出最终裁定,哪些争议不能通过仲裁方式解决等,各国法律对此虽有不同规定,但仲裁条款可以独立于主合同而独立存在的原则,应该说还是得到包括我国在内的各国仲裁立法与实践的普遍认可的。如果说,法院是一国的官方执法机构,那么,仲裁庭一般被视为民间执法机构。

其次,仲裁庭在执法过程中,当然要追究违法者的责任。通常的做法是在查明争议事实的基础上,分清各方面当事人应承担的责任,依法作出独立、公正的裁决。如前所述,仲裁庭的权限范围来源于当事双方的仲裁协议,如果当事双方在协议中约定了仲裁应适用的法律,仲裁庭就应严格遵守。如无约定,通常由仲裁庭决定应适用的法律。在国际商事仲裁实践上,仲裁庭还应特别考虑到对国际惯例的运用,无论双方当事人是否在协议中约定了应适用的法律。假定温州钢材受骗案交给仲裁庭处理,如果仲裁庭查明的事实与法院相同,很难想像仲裁庭将作出 IRC 胜诉的裁决,进而使 IRC 逍遥法外。

再次,即使仲裁庭作出 IRC 胜诉的裁决,根据《纽约公约》中的有关规定,裁决地法院也可根据一方当事人请求,如查明裁决根据无效仲裁协议作出,有权依法撤销此裁决。对该无效仲裁协议的认定,应按《纽约公约》第 5 条(1)款(1)项,适用当事双方共同约定的法律;如无此约定,依裁决地国的法律作出认定。执行地法院也可根据上述理由拒绝承认与执行根据无效仲裁协议作出的仲裁裁决。此外,如果裁决地法院或执行地法院认为执行此裁决有悖于当地的公共秩序,也可撤销或拒绝承认与执行此裁决。可见,违法者无论如何也逃脱不了法律对其应有的制裁。

最后还应指明的是:仲裁条款能否独立于自始无效的合同,与一国的公共政策,特别是国家对仲裁实行的政策有着极为密切的联系。这个问题我们已在本文第二部分关于仲裁条款独立原则的确立与发展中有所提及,它同样可供我国有关的立法与司法部门参考借鉴。

## 结 论

在各国有关仲裁的立法与实践上,特别是有关国际商事仲裁的立法与实践上,无论对仲裁条款的独立性作如何解释,或附之以这样或那样的限制,一个不容忽略的客观事实是:承认与适用仲裁条款独立原则,已成为现代国际商事仲裁中不可逆转的发展趋势。