

“民商法律师实务”丛书 18

合 同 法 律 师 实 务

(第4辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 不安抗辩权
- 诚实信用原则
- 违约责任
- 无效合同
- 合同解除制度
- 公司章程的法律性质
- 合同效力性强制规定
- 格式化免责条款
- 电子商务合同
- 企业间借贷合同

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

“民商法律师实务”丛书 ⑮

合 同 法

律 师 实 务

(第4辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法律师实务 (第4辑) / 中华全国律师协会民事专业委员会编. — 北京: 中国法制出版社, 2010. 6

(民商法律师实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1981 - 9

I. ①合… II. ①中… III. ①合同法 - 中国 - 文集
IV. ①D923. 6 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 097836 号

策划编辑 张 岩

责任编辑 周琼妮

封面设计 蒋 怡

合同法律师实务 (第4辑)

HETONGFA LUSHI SHIWU

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2010 年 6 月第 1 版

印张/12 字数/268 千

2010 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1981 - 9

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

民法体系的新突破 法律服务的新进展

今年，中华全国律师协会民事专业委员会（下称民委会）的民事专业业务的研究面临着一个重要的大课题。2009年12月26日，十一届全国人大常委会第十二次会议表决通过了《中华人民共和国侵权责任法》（下称《侵权责任法》），并规定于2010年7月1日起施行。作为我国法律民法体系中一部重要的支架性法律，《侵权责任法》的颁布对保护公民、法人等民事主体的人身和财产的合法权益、明确侵权责任、促进社会公平正义具有极其重要的意义。《侵权责任法》的施行是我国传统民法的立法新突破、新进展，也进一步纵深拓展了我国民商事专业律师法律服务的领域。面对这一民法领域的重大课题，民委会集中全体委员的精力共同努力，展开了对这一个课题的深入研究和探索，并于《侵权责任法》施行前形成了专题实务研究成果，也使得民委会有条件在新法施行前举办今年的第十二届《中国民商法律师实务论坛》，也使得我们的《民商法律师实务丛书》有了第16、17、18册。

民委会民事侵权论坛的委员们应对上述重大的立法课题更是极端敏感，并积极投入。早在《侵权责任法》的制定、起草阶段，民事侵权论坛副主任庞标等委员就积极参与该法的制定研讨。2009年8月，在和第八届中国律师论坛同步举行的民委会的第十一届《中国民商法实务论坛》上，民委会就单独设立了“侵权责任法论坛”，论坛邀请全国人大立法部门有关专家到会听取了律师代表对《侵权责任法》制

定、修改的意见和建议。在《侵权责任法》通过以后，参与立法的民委会庞标委员在全国律协举办的专题讲座上多次发表演讲，并多次主动到全国各地有关律协举办的培训班作《侵权责任法》巡回演讲，向全国各地的律师们讲解《侵权责任法》的立法背景、热点难点以及律师实务，获得律师的一致好评。

民委会选择在《侵权责任法》实施之前召开第十二届中国民商法实务论坛，并把侵权责任法的重点解读和实务操作研讨确定为本次论坛的研讨重心，是符合国家立法形势及律师实务需求的。以往，每年民委会年会和每届民商法实务论坛一般都在下半年举行，律师们有较充裕的时间研究并撰写论文。由于今年的论坛决定在《侵权责任法》施行前举办，这就要求民委会委员和广大律师必须抓紧时间，强化研究。现通过全体委员和广大民商事律师的共同努力，今年论坛共收到论文197篇，计115万字，其中涉及《侵权责任法》的论文77篇，43万字，是自民委会成立以来，一届论坛收集到这方面专题论文最多的一次。论文的内容涉及侵权责任、侵权责任形态、归责原则、责任承担方式以及机动车交通事故损害、环境污染损害、高度危险行为损害、医疗损害、物件损害等有关侵权责任法的各个方面。据此，民委会决定将经过筛选后的70篇侵权责任论文单独成书，编为《民商法律师实务丛书》第16册。

与此同时，民委会的《建设工程》、《婚姻家庭》论坛，也针对侵权责任法与本专业领域的关系以及对本专业法律事务的影响组织了专题研究，结合本领域的具体法律问题撰写了论文，例如《侵权责任法在建筑施工领域的运用》、《〈侵权责任法〉对婚姻家庭侵权行为的规制》以及《工程合同违约与侵权责任的竞合以及律师作选择时应注意的法律问题》等等。民委会的建设工程和不动产论坛进行合作，2009年12月和2010年4月分别在湖南省长沙市和山东省聊城市举办了

《建筑房地产律师论坛》，论坛分别收到 53 篇和 65 篇论文，经筛选有 53 篇优秀论文收入今年的《建筑房地产法律师实务》，编为《民商法律师实务丛书》的第 17 册。民委会的合同法论坛今年 4 月在浙江省杭州市举办，收到相关论文 58 篇，有 44 篇优秀论文也收入今年的《合同法律师实务》，编为《民商法律师实务丛书》的第 18 册。今年的《民商法律师实务丛书》共三册，是一套紧跟立法、观点新颖、内容齐全的优秀论文汇集。

民委会能够在今年上半年《侵权责任法》施行前举办第十二届民商法实务论坛以及取得上述研究成效，再次证明：民委会对于传统民法的实务研究已经具备了相当的能力，一大批专业律师形成了实务研究的相当规模，民委会已经能够带领全国民商事专业律师组织卓有成效的专业探讨并形成成果，民委会的传统民法的研究能力已经基本适应了律师基础业务创新和发展的需要。

民委会 2006 年起编辑、正式出版《民商法律师实务丛书》，五年来已出版了 18 册，累计已达约 600 万字。丛书的正式编辑、出版反映了民委会的民商事法律实务研究的丰硕成果，凝聚了全体民委会委员的辛勤劳作。秘书处为此承担了大量的具体组织工作，尤其是负责编辑工作的庞标副秘书长，更是倾注了大量的时间精力和无偿努力。谨代表广大律师对民委会秘书处以及出版社工作人员的辛勤劳作表示诚挚的敬意和衷心的感谢。

古人云：“业精于勤，荒于嬉；行成于思，毁于随。”民商事法律实务研究博大精深，全体民委会委员仍需不懈努力。

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

2010 年 5 月 28 日

目 录

总 则

担保人是否受债权人与债务人仲裁协议约束问题研究	葛黄斌	3
小议不安抗辩权	程 祺	22
一件保险代位追偿纠纷的成功抗辩	龚伟宁	30
合同解除制度的完善	梁兰芝	36
——《合同法解释(二)》第26条情势变更原则的确立		
试论格式化免责条款及其在司法实践中应注意的		
问题	刘立军 李东来	41
论违约责任	刘 萍 王 巍	54
律师审查、修改合同的十大法律风险	楼 韬	66
中国合同冲突法的理论与实践	庞理鹏	74
案例实证《公司设立协议》的合伙属性及公司设		
立失败后设立中行为的合伙要件	钱 智 赵红宇	87
论合同法中的诚实信用原则	汪广玉	93
浅论无效合同的几个问题	王静波 宋国华	103
浅谈《合同法》中诚实信用原则的适用前提以及		
有关条款的修改建议	杨培国	116

关于合同效力性强制规定的识别	张庆华	122
“合同相对性”原则在违法转包、分包纠纷中的 例外适用及利弊分析	张庆华	130
无效合同按有效处理的法理缺陷及适用注意问题	张庆华	137
债权人代位权制度研究	朱应明	146

分 则

公司章程的法律性质	贺宝健	叶乃涛	157
商业银行分支机构民事法律地位研究	陈福录		162
商业银行应关注的新保险法内容及其对策	陈福录		171
融资租赁合同在个人消费领域的发展探析	程杰才	李东来	179
预约合同的实践应用与常见问题	何 强		184
电子商务合同相关法律问题探讨	胡勇军		194
公共利益与商业利益辨析	华 洋		202
房地产合作开发合同中可得利益损失赔偿认定 的粗浅看法	李 滨		211
FIDIC 最新《设计 - 建造和运营合同》 (2008 年第一版) 介绍	李继忠	李菡君	218
FIDIC 裁决员资格要求及选任程序介绍	李继忠	李菡君	232
标准文件中合同争议条款解读	李继忠	李菡君	239
——以 FIDIC 合同条件 1999 年第 1 版为角度			
从政府采购法所规定的合同撤销权谈起	李天恒		260

论非强制性招标的工程实施招投标后黑白合同的

认定问题	鲁 宏	268
企业股权收购中的合同设计与重点问题研究	陆 容	278
债务转移合同的效力判断标准	马栋梁	285
显名股东转让股权问题研究	马新波 梁海峰 李 飞	291
——以贾某诉周某撤销股权转让协议纠纷为例		
浅析“假按揭”中的合同效力	史琪敏 周 胜	296
企业间借贷合同的法律效力	田鹤飞 张太盛	304
商品房买卖合同中违约金调整	王文立 宋 华	310
签订合作开发房地产合同应注意的几个方面	魏红旗	316
承揽合同当事人的责任分析	谢尔强	324
多产权商业物业管理中信托合同的运用	徐 建 陈喻伟	331
施工单位建设工程施工合同履行风险防范	张菊香	338
被吊销营业执照的企业所签订合同之效力问题		
研究	张丽娜 周 胜	343
特许经营合同的特点	周 庆	351
论作为劳动合同“法定终止要件”的退休年龄	朱卫红	357
股权回购协议的效力问题研究	朱智慧 黄 亮	365



合属法律师实务

总 则

担保人是否受债权人与债务人仲裁 协议约束问题研究

葛黄斌*

【内容摘要】对于担保人是否受债权人与债务人仲裁协议约束的问题，中国现行法律与司法解释并无明确规定，因此导致了司法实践中的无所适从。学理上支持与反对将主合同仲裁条款扩张适用至担保人的观点针锋相对，各有其理论支撑。笔者认为在主合同仲裁条款能否约束担保人问题上，应当区分不同的层次和不同的情况分别予以分析，但是必须严格尊重当事人意思自治，如果缺少明确或可推知的仲裁合意或者其他一些可能存在的情况，则不宜将主合同仲裁条款直接扩张至担保人。

【关键词】仲裁协议 担保 仲裁协议效力的扩张

一、问题的提出

仲裁协议是指当事人之间达成的将已经发生或可能发生的争议提交仲裁的意思表示。“仲裁协议在整个仲裁制度中占有极其重要的地位，是仲裁程序得以进行的基础和前提，可以说是整个仲裁制度的基石。”^① 一般情况下，只有当当事人存在共同的意思表示，表明将他们

* 新加坡国际仲裁中心中国区主任。本文得到同事的帮助。实习生王秋雯同学整理成文，王俊先生提出宝贵意见。笔者在此特表示感谢。

① 常英、吕豪：“论仲裁协议效力的确定与扩张”，《仲裁研究》第三辑，第16页。

之间的争议提交仲裁进行裁决的情况下，仲裁协议才具有约束力。在仲裁协议的问题上贯彻当事人意思自治，其理念乃是基于仲裁员裁决权限不像法官那样来自于国家强制力，而是完全来自于当事人的授权，因此若缺少当事人自愿将争议提交仲裁之合意，仲裁员则无权对争议问题进行裁断。^①由此可见，仲裁协议对于当事人的约束力建立在当事人合意的基础之上。对于当事人意思自治的要求也是基于《纽约公约》的要求，如果欠缺了当事人将争议提交仲裁的合意，就会因为不符合《纽约公约》对于仲裁协议的要求，从而导致仲裁裁决无法获得承认和执行。

但是这种对于意思自治的要求却会造成担保法律关系中仲裁条款约束力的不确定性，这是因为在担保法律关系中，实际上往往存在主从两个合同关系，三个不同的合同主体，因而就会产生仲裁条款效力扩张与否的问题。债务人与债权人主合同中的仲裁条款能否扩张适用于担保人？囿于上述仲裁当事人意思自治原则，主合同中的仲裁条款是债务人与债权人之间意思自治的产物，但是却并不涉及担保人同意仲裁的意思表示。除非担保人在主合同上签署确认或者明确表明接受适用主合同中的仲裁条款，否则按照仲裁条款意思自治的道理，主合同中的仲裁条款无法约束担保人。但是如果主合同中的仲裁条款因为不具有担保人对于仲裁的认同而无法约束担保人的话，带来的后果可能就是明明是一个债务，但是债权人对于债务人和担保人却要分别通过仲裁和诉讼两种途径要求清偿，这无疑会增加不必要的诉讼成本。因此本文将要讨论的就是被担保人与债权人主合同中的仲裁条款能否

^① 一般来说，仲裁协议的效力主要表现在三个方面：第一，仲裁协议是当事人双方同意将争议提交仲裁的意思表示；第二，仲裁协议确立了仲裁庭对于案件的管辖权，从而排除了法院管辖；第三，仲裁协议是仲裁员裁量权限的来源。在上述意义上，可以说仲裁协议同时兼具合同（contractual character）和管辖权限（jurisdictional character）的双重性质。See Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 100.

扩张适用于担保人的问题，亦即仲裁协议效力扩张理论能否被用来解决担保人是否受主合同仲裁条款约束的问题。虽然对于仲裁协议效力问题的研究成果不在少数，但是对于主合同仲裁协议能否约束担保人问题的研究却并不多见，因此笔者希望通过该文起到抛砖引玉的作用。下文拟结合中国现行法律规定、法学理论和国内外司法实践的观点加以分析，并最终给出笔者对于担保人是否受被担保人与他人仲裁协议约束问题的看法。

二、中国现行法律对于主合同仲裁协议约束担保人规定的缺失

对于担保人是否受被担保人与他人仲裁协议约束的问题，中国现行法律制度并无规定。

首先，在仲裁法领域，《仲裁法》第4条规定：“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”同时仲裁法规定要求仲裁协议必须采用书面形式。所以在存在担保合同情况下，如果主合同中有仲裁条款，担保合同中没有仲裁条款，从仲裁协议书面形式要求的严格解释来看，虽然担保合同为债务主合同的从合同，但是由于合同主体的不同，如果担保人没有在主合同上签署确认，在担保合同中也没有明确接受适用主合同中的仲裁条款，则主合同中的仲裁条款不能约束担保人。^①由此可见，根据仲裁法对于仲裁协议及其书面形式的要求，很难将被担保人与债权人主合同中的仲裁条款扩张适用于担保人。

其次，在司法解释领域，最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第一稿中第1条第3款规定：“第三人行使订立仲裁协议的一方在仲裁事项中的权利的，仲裁协议对第三人有效。”2004年2月的修改稿中第1条第3款改为：“仲裁协议当事人之外的第三人行使订立仲裁协议的一方在仲裁事项中的权利或者承

^① 刘顺章：“主合同的仲裁条款能否约束担保人”，《人民法院报》2005年7月11日，第B03版。

担仲裁事项中的义务的，仲裁协议对第三人有效。”^① 根据这一修改，显然承担债务担保义务的担保人可以被视为是承担仲裁事项中的义务的第三人，因此根据该条款受到主合同仲裁协议的约束。在 2004 年 7 月的征求意见稿中，最高法院又对仲裁协议的效力是否可以向连带保证责任人扩张的问题进行了尝试和探讨。其中第 7 条第 2 款规定：“人民法院或者仲裁委员会受理主合同纠纷，当事人同时向连带责任保证人主张权利的，人民法院或者仲裁委员会可以一并审理。主合同和连带责任保证约定有不同的仲裁委员会的，债权人向债务人和保证人主张权利的，先受理的仲裁委员会依当事人申请可以一并仲裁。”第 15 条第 3 款规定：“与仲裁事项有密切联系，且另行诉讼会给法院管辖与审理以及当事人诉讼造成严重不方便的，仲裁机关可以一并仲裁。”这样的规定实际上体现了在连带责任担保中扩张主合同仲裁条款效力的倾向。但是后来《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（征求意见稿）》却删除了这一内容，规定：“行使订立仲裁协议的一方在仲裁事项中的权利的，仲裁协议对第三人有效。”2006 年最后出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》具体规定了当事人订立仲裁协议后合并、分立的情况下，^② 当事人订立仲裁协议后死亡的情况下，^③ 以及债权债务全部或者部分转让的情况下，^④ 原有仲裁协议对继受人、继承人、受让人有效。但是现有司法解释却并未提及将被担保人与债权人主合同中的仲裁条款能否扩张适用于担保人的问题。

① 在笔者看来，对于仲裁协议的三人，在严格意义上应当被称为是“仲裁协议非签字方”，从而区别于仲裁程序中参与仲裁过程的“第三人”。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 8 条第 1 款。

③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 8 条第 2 款。

④ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 9 条。

再次，在担保法解释中，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法担保法〉若干问题的解释》的第129条第1款规定：“主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的，应当根据主合同确定合同管辖。”第2款规定：“主合同与担保合同的选择的管辖法院不一致的，应当根据主合同确定管辖。”这实际上是在担保合同纠纷诉讼管辖问题上将主从合同统一起来。但是鉴于诉讼和仲裁的不同性质，能否将这一有关诉讼的规定扩大化地类推于仲裁领域，乃是值得商榷的。因为仲裁是争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议，自愿将争议交给第三者作出裁决，双方有义务执行的一种解决争议的方法。也就是说，在仲裁中，仲裁庭对争议作出裁断的权利来自于当事人授权。而诉讼中法院之所以可以对争议问题做出裁断，而且当事人必须遵守，实际上来自于国家强制力的保障、法律授权或者当事人对于法院管辖的选择。^①因此，从本质上来看，仲裁和诉讼在解决争议的理念上有着根本的不同，因此不宜将由强制力保障的诉讼之规定直接类推适用于仲裁中的问题。

三、主合同仲裁协议约束担保人问题的学理争论与司法实践

（一）主合同仲裁协议约束担保人问题的学理争论

囿于法律规定中规则的缺失，对于主合同仲裁协议能否约束担保人的问题，法学理论界争议颇多，反对将主合同仲裁协议扩张适用于担保人的观点和赞成将主合同仲裁协议扩张适用于担保人的观点各有支持者及其理论依据。

1. 观点一：除非担保人明确表示同意，主合同仲裁条款不能约束担保人

认为除非担保人明确表示同意，否则主合同仲裁条款不能约束担保人的观点首先建立在仲裁当事人意思自治理念的基础之上。意思自治原则是仲裁制度的基本理论根基，对此著名国际贸易法学家施米托

^① Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 99 - 100.

夫 (Clive M. Schmitthoff) 曾指出: “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。”^① 如果从当事人意思自治的视角来分析仲裁条款能否约束担保人的问题, 则如前所述, 主合同中的仲裁条款是被担保人与债权人之间意思自治的产物, 但是却并不涉及担保人同意仲裁的意思表示。除非担保人在主合同上签署确认或者明确表明接受适用主合同中的仲裁条款, 否则按照仲裁条款意思自治的原则, 主合同中的仲裁条款无法约束担保人。如果将主合同仲裁条款扩大适用于担保人, 则等同于剥夺了担保人选择争议解决方式的自由; 如果仲裁已经开始, 担保人也剥夺了自由选择仲裁员的权利, 这对于担保人来说显失公平。这是因为根据《纽约公约》之规定, 如果存在担保人没有接到组庭通知, 被剥夺了提名仲裁员的权利等程序问题, 则最终可能导致仲裁裁决成为一纸空文而无法获得承认和执行。^②

反对主合同仲裁条款在没有担保人明示同意的情况下约束担保人的第二个法理基础在于合同相对性原则 (Privity of Contract)。按照合同相对性理论, 只有合同原始当事方可以获得合同权利与承担合同义务, 也只有合同当事方才拥有诉权或者能够被起诉。^③ 合同相对效力原则承袭自罗马法 “任何人不得为他人缔约” (Alteri stipulari nemo potest) 之传统,^④ 认为合同所设定的权利义务, 只能对订立合同的双方产生约束力。基于契约特别关系之性质, 仅债权人得向债务人请求履行给付义务或附随义务, 其他第三人在契约上既不享有权利, 亦不负

① [英] 施米托夫:《国际贸易法文选》书, 赵秀文译, 中国大百科全书出版社 1993 年版, 第 611 页。

② 《纽约公约》第 5 条第 1 款第 2 项。

③ Christopher Hill, *Maritime Law*, 6th ed., London: LLP, 2003, p. 260.

④ [意] 彼德罗·彭梵得著, 黄风译:《罗马法教科书》, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 313 页。