



指导性案例研究

仲裁协议的效力基础及其要件重构

——从最高人民法院指导性案例 196 号切入

武振国*

摘要：根据“法无禁止即自由”的私法精义，当事人的意思自治是仲裁协议效力的积极来源，国家法律是仲裁协议效力的消极来源，二者均为仲裁协议的效力基础。尽管仲裁协议是否成立受当事人意思自治的影响，但长期以来，中国部分法院在仲裁司法审查实践中未用“仲裁协议成立”作为仲裁协议效力的判断标准。此种做法的本质，源于部分法院仅将国家法律作为仲裁协议的效力来源，忽视意思自治在仲裁协议效力来源中的基础性地位。为了解决由此造成的仲裁司法审查不周延的问题，应该根据法律行为基础理论将意思自治和国家法律均作为仲裁协议的效力来源。在此基础上，“仲裁协议成立”系对当事人意思自治的固定，而“仲裁协议有效”系对当事人意思自治的限制，二者的内涵均围绕当事人意思自治展开，在效力基础上具有统一性，这也是二者均属于“仲裁协议效力”文义范围的根本原因。此外，为了贯彻法律行为以有效为常态、以无效为例外的理念，还可以将仲裁协议的有效要件进一步区分为生效要件和效力阻却事由。在此基础上，仲裁协议效力“成立要件+有效要件”二分的方法，可以被更精细地重构为“成立要件+生效要件+效力阻却事由”三分的方法。

关键词：仲裁协议效力 意思自治 成立要件 生效要件 效力阻却事由

最高人民法院指导性案例 196 号（下文简称第 196 号案例），旨在将仲裁协议定性为合同，并在此基础上明确 1994 年《中华人民共和国仲裁法》（下文简称《仲裁法》）第 20 条规定的“仲裁协议效力”在广义上包括“仲裁协议成立”。然而，有观点认为“仲裁协议成立”不属于“仲裁协议效力”的文义范围，也就是要约承诺阶段发生的当事人意思自治不属于仲裁协议的效力基础。^①究其原因，除了认知上的差异之外，更可能是法院在“案多人少”状态下所作出的选择。毕竟，法院在仲裁庭首次开庭前不对要约承诺是否合致的问题投入过多精力，而是留待裁决

* 武振国，北京科技大学文法学院讲师。本文受上海仲裁委员会开放基金项目“亚太仲裁中心建设对仲裁员制度的挑战及其回应”、北京市社会科学基金规划项目“北京自动驾驶示范应用中的人工智能关键技术法律规制问题及对策研究”（项目编号：20FXC028）、中国社会科学院青年科研启动项目“国际商事仲裁裁决既判力问题研究”（项目编号：2021YQNQD0045）的资助。

① 参见宋连斌、武振国、陈凡凯、陈希佳：《中国商事仲裁年度报告（2021年）》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第30卷），法律出版社2023年版，第79页。

作出后对仲裁庭的认定过程进行程序审查，看似法院的受案量没有变化，但工作量却可得到实质性减少。此种做法虽然能够在一定程度上节省法院的劳动时间，却可能导致根据缺陷仲裁协议启动的仲裁程序无法得到及时阻断，反而不利于充分尊重当事人的仲裁意愿。^①由此可见，第196号案例将“仲裁协议成立”背后的意思自治作为仲裁协议的效力基础，并据此解释“仲裁协议效力”的文义范围，对于支持仲裁、提高仲裁司法审查范围的确定性，具有极为重要的基础性意义。

一 仲裁协议效力基础的实践争议

第196号案例的当事人为运裕有限公司（下文简称运裕公司）与深圳市中苑城商业投资控股有限公司（下文简称中苑城公司）。2017年，运裕公司公开挂牌转让股权，中苑城公司是符合条件的唯一意向受让人。运裕公司在发出的《债权清偿协议》（草签版）和《产权交易合同》（草签版）中，将争议解决条款特地注明为“因本协议发生的争议，任何一方均有权向深圳国际仲裁院提起仲裁”。中苑城公司及时在两份合同的草签版上盖章，并将签署成功的文本送交运裕公司。但运裕公司却拒绝签署，并根据《仲裁法》第20条请求法院确认仲裁协议不成立。

本案的争议焦点是《仲裁法》第20条中的“仲裁协议效力”能否延及“仲裁协议成立”。最高人民法院认为，仲裁协议是一种合同，其成立虽与有效有所区别，但同样直接影响到纠纷解决方式，同样属于需要解决的先决问题。可以说，针对仲裁协议成立所提出的异议属于广义的仲裁协议效力异议。因此，请求确认仲裁协议不成立的案件，属于《仲裁法》第20条所规定的仲裁司法审查范围。至于判断仲裁协议是否成立，应该考察当事人的意思表示是否符合“要约—承诺”缔约流程。运裕公司在两份草签版合同中特地注明仲裁协议的行为属于要约，中苑城公司盖章的行为则属于承诺，故双方就仲裁已经达成合意。

值得注意的是，最高人民法院之所以将第196号案例上升为指导性案例，是为了纠正实务中的错误理解。在2009—2017年可供检索到的27个相关案例中，全国各地法院认定“仲裁协议成立”不属于“仲裁协议效力”的案例高达19个，占比70.4%。^②在2018—2019年间，北京、广东、重庆、江苏、浙江、河南、安徽、海南等地的法院仍在至少20多起案例中延续上述理解，其中最常见理由便是：仲裁协议成立属于事实判断问题，仲裁协议效力属于法律判断问题，二者具有对立性且无法相容。^③为了明确“仲裁协议成立”和“仲裁协议效力”之间的逻辑关系，最高人民法院在2019年受理的“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案”（下文

① 参见武振国：《论“仲裁协议存在”问题的可审查性》，载中国国际经济贸易仲裁委员会主编：《仲裁与法律》（第144辑），法律出版社2020年版，第122—150页。

② 参见朱华芳、石佳筠：《27个案例告诉你全国各地法院确认仲裁协议效力案件的审理范围》，微信公众号“天同诉讼圈”，https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1683341671&ver=4511&signature=NGP5jFmNhrJBrNupJdieP2FpToSsygCKuo7I3q0VrAqX*yeq7zDwYjDxoEoCrliRPBXMcNkKrJ4ZWNxK0ejuTzRzp0iq0VOKTEissXpiltuYAZ3z5DceiAkKyt4YyO&new=1，最后访问时间：2023年5月6日。

③ “法院认为仲裁协议是否成立不属于确认仲裁协议效力案件的审查范围，其中最为常见的两项理由为：（1）仲裁协议是否成立属事实判断问题，是否有效属法律判断问题，《仲裁法》第20条规定的‘对仲裁协议的效力有异议’，仅指对仲裁协议有效还是无效这一法律判断问题存在异议；（2）对于仲裁协议是否成立这一事实问题应由仲裁机构审查，而非向法院提出，否则法院可能不当干预仲裁机构对案件的实体审理。”参见朱华芳、郭佑宁：《确认仲裁协议效力案件的实践观察与规则完善》，载北京仲裁委员会主编：《北京仲裁》（第115辑），中国法制出版社2021年版，第89页。

简称“运裕案”)中认为,“仲裁协议成立”涉及当事人意思表示的合致,是“仲裁协议有效”的前提,二者同属于仲裁协议的效力判断。^① 尽管最高人民法院已经给出了明确的观点,但吊诡的是,全国各地法院此后的做法仍然存在较大差异。还有部分学者的研究表明,在“运裕案”颁布后的第一个年头——2020年,全国各地法院公布了19起相关案件,其中法院认为“仲裁协议成立”不属于“仲裁协议效力”的案件仍然高达10起,占比52.63%。^② 为了切实保护商事主体的利益,统一裁判尺度,最高人民法院于2022年12月将“运裕案”确定为第196号案例,再次强调应根据民法一般理论理解仲裁协议的成立过程,且“仲裁协议效力”在广义上包括“仲裁协议成立”。

上述观点的核心分歧在于对“仲裁协议效力”构成要件的认识存在差异。根据最高人民法院在第196号案例中所采用的民法一般理论,本文认为,分歧的背后是关于仲裁协议效力基础的理论争议。作为一种特殊的法律行为,仲裁协议在几乎所有司法管辖区的成立要件都是对“要约—承诺”缔约流程的提炼,也就是当事人之间能否形成商业习惯上的意思自治。^③ 而“仲裁协议有效”主要是指意思自治如何被特定法律体系评价或干预,这在各个司法管辖区则有所区别。^④ 从全球视野上看,符合“要约—承诺”缔约流程的仲裁协议,即使特定法律体系对其进行否定评价,也很难阻止仲裁协议在其他司法管辖区成为据以启动仲裁程序的依据。^⑤ 在此基础上,部分法院认为当事人意思自治在商业习惯上的成立问题只涉及事实判断,并推断“仲裁协议成立”不属于效力判断,底层逻辑是仲裁协议的效力并非来源于当事人意思自治,而是来源于国家法律对当事人意思自治的承认。此种做法,接近于法律行为理论中的“法律承认说”,也就是将法律对当事人意思自治的承认作为合同效力的主要来源,未经法律承认的意思自治不产生任何效力。相反,如果认为“仲裁协议成立”属于仲裁协议的效力判断,实则是认为当事人意思自治是仲裁协议效力主要的积极来源,而当事人对意思自治的内部限制和法律对意思自治的外部限制属于仲裁协议效力的消极来源,此种做法接近于法律行为理论中的“意志论”。也就是说,当事人意志决定着合同的有无和内容,是合同效力的主要来源,法律对当事人意志所作的限制是合同效力的次要来源。^⑥ 将“法律承认说”和“意志论”应用于仲裁协议效力要件的分析过程,便可在理论层面投射出中国司法实践对于《仲裁法》第20条的适用分歧,并可得到如下图1和图2所示的差异性理解:

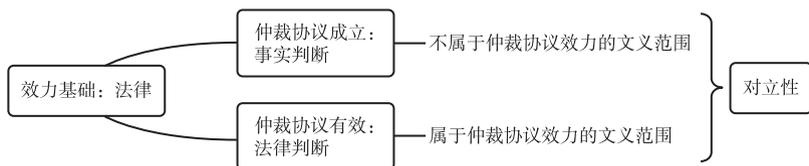


图1 “法律承认说”项下仲裁协议构成要件之间的关系

- ① 参见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案,最高人民法院(2019)最高法民特1号民事裁定书。
- ② 参见宋连斌、武振国、陈希佳:《中国商事仲裁年度报告(2020年)》,载黄进、肖永平、刘仁山主编:《中国国际私法与比较法年刊》(第29卷),法律出版社2022年版,第45—91页。
- ③ See Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 3rd edn, 2021), pp. 713 - 730.
- ④ 参见宋连斌主编:《仲裁法》,武汉大学出版社2010年版,第116页。
- ⑤ 参见《最高人民法院关于申请人Castel Electronics Pty Ltd. 申请承认和执行外国仲裁裁决一案请示的复函》,最高人民法院[2013]民四他字第46号。
- ⑥ 参见王俐智、孙学致:《法律行为的效力根源——基于评价立场、效力层次与规范模式的论证》,载《甘肃社会科学》2020年第2期,第29—36页。

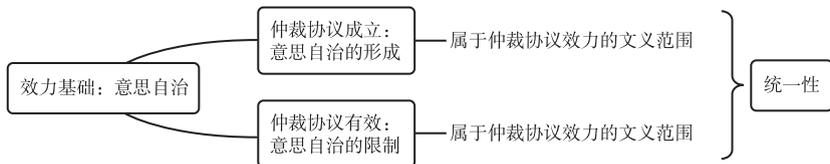


图2 “意志论”项下仲裁协议构成要件之间的关系

在仲裁国际化的背景下，第196号案例将仲裁协议视为法律行为并将当事人意思自治作为仲裁协议效力主要的积极来源，符合仲裁的契约性本质。毕竟，在国际商事仲裁中，只要当事人就争议提交仲裁达成合意，法院和仲裁庭就应该根据“有利于仲裁协议有效原则”，尽量避免选择否定仲裁协议效力之法律。^①也就是说，从国际化的视角来看，当事人意思自治是仲裁协议主要的积极来源，法律主要扮演着消极角色，且法律的否定性功能尽量不对当事人意思自治形成干扰。这种观点，显然与“意志论”如出一辙。当然，欲推广第196号案例所确立的裁判规则，还需对“法律承认说”和“意志论”进行充分比较，并在此基础上重构仲裁协议的效力要件。

二 仲裁协议效力基础的理论转向

发现问题并找出问题背后的逻辑，是进行理论创新的前提。在第196号案例及其类似案件中，法院之所以对“仲裁协议效力”的文义范围理解不一，是因为对仲裁协议的效力基础存在不同理解。此源头问题若置之不理，自然无法对仲裁协议的效力要件进行深入分析。

（一）意志论及其解释力

“意志论”认为，当事人的意志是仲裁协议的效力基础，亦即认为私人能够借助意思自治对仲裁协议的效力产生影响。如果在民法和仲裁法的意义上，当事人的意思自治不仅可以积极控制仲裁协议效力的有无或内容，还可以在没有任何法律协助的情况下确保仲裁协议的可执行性，便足以证明当事人的意志可以独立成为仲裁协议的效力基础。

从民法的角度看，作为一项民事法律行为，当事人能够通过意思自治控制仲裁协议效力的有无。一方面，仲裁协议的订立与否，完全由当事人自由选择，既不必被他人干涉，原则上也不必获得公权力者的指令。如果当事双方均拒绝签署仲裁协议，仲裁协议显然无法具备效力。另一方面，仲裁协议的订立，不必向公权力者证明其正当性。行为人不必向公权力者说明，为何选择仲裁，而不选择诉讼。道理很简单，效果由本人承担的民事法律行为，在本质上属于自治范畴，其正当性主要来源于当事人的自由意志。^②除此之外，当事人还能通过意思自治控制仲裁协议的具体效果。一方面，仲裁协议本身即具有规范效力。作为约束当事人的个别规范，仲裁协议只要不违反制定法中的禁止性规范，其效力便可得到公权力的尊重。另一方面，仲裁协议所产生的法律效果，也为当事

① 参见陈卫佐：《国际性仲裁协议的准据法确定——以仲裁协议的有效性为中心》，载《比较法研究》2016年第2期，第156—170页。

② 参见李贤森：《国际商事仲裁意思自治的保障与限制问题——兼评〈仲裁法〉的修改》，载《法学》2022年第4期，第179—192页。

人的意思表示所控制。根据民法的一般理论,在完整的意思表示中,要素之一便是法效意思,即当事人在知悉仲裁协议法律意义的基础上,通过自身的意思表示对仲裁协议的法律效果进行安排。例如,当事人可以通过意思自治控制仲裁协议的生效条件和生效期限,还可以选择仲裁协议应适用的法律。^①

从仲裁起源的角度看,当事人意思自治确系仲裁协议的效力基础。例如,罗马帝国时代的观点认为:“仲裁协议的效力源于契约必须遵守的自然法原则,即使没有制定法层面的惩罚机制,仲裁协议仅凭当事人意思自治即可获得执行。”^②而现代仲裁制度起源于中世纪商人法,其本质是市民社会自治的结果。在当时城邦林立的背景下,为了更加稳定地进行国际贸易,防止地方豪强和强盗对商队的劫掠,商人们自发组成商会和自由市同盟。在互利需求的驱动下,同盟成员之间放弃设置贸易壁垒,也拒绝通过具有歧视性的地方性法律化解矛盾,而是通过协商的方式平等解决争议。与许多现代法律不同的是,商人法的效力基础不是国家权威,而是基于意思自治和商业声誉所形成的互惠网络。仲裁协议的执行无需诉诸国家强制力,如果一方拒绝进入仲裁程序并执行裁决结果,他便可能声名狼藉而被商人共同体排斥,再也无法享受到作为商会成员的贸易便利。^③

将当事人意思自治作为仲裁协议的效力来源,也契合国际仲裁目前的实践状况。在经济全球化的趋势下,两大法系都认识到了国内法院处理国际争端的局限性,也发现了通过自治型的国际争端解决机制化解矛盾的重要意义。例如,在英美法系司法管辖区,英国法院认为:“仲裁是一种经过双方同意的争端解决机制,仲裁协议的效力离不开当事人的意思自治。”^④美国法院也指出:“仲裁协议是合同事项,即使存在支持仲裁的政策,也不能强迫没有仲裁意愿的当事人签订仲裁协议,或者要求一方当事人将其未同意的任何争议提交仲裁。”^⑤与之相比,大陆法系国家也持类似立场。法国最高法院认为:“国际仲裁协议不再受任何法律管辖,其效力来源于当事人意思自治,并在原则上被推定为有效。”^⑥

(二) 法律承认说及其局限性

“法律承认说”认为,私人自治的正当性主要由公权力赋予,仲裁协议的效力主要源于国家法律对当事人的意思自治的承认。早在19世纪德国“学说汇纂”时期,以萨维尼为代表的法学家们就认为,法律行为虽然属于能够创设、消灭或变动法律关系的意思表示,但其效力根源仍然是法律,特殊之处仅在于法律在施加法律效果时需要尊重意思自治。^⑦受此影响,民国时期曾有观点认为:“法律行为之效力完全来源于法律,当事人的意思表示虽然重要,但终究无法产生法律效果。”^⑧在中华人民共和国成立初期,“法律承认说”因契合时代背景得以迅速传播。彼时合同签订的正

① 参见刘晓红、冯硕:《改革开放40年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向》,载《国际法研究》2019年第6期,第103—126页。

② Ziegler, “Geschichtliche und Dogmatische Aspekte des Schiedsvertrages”, in R. Zimmermann (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (C. F. Müller GmbH, 1999), S. 671.

③ 参见徐浩:《中世纪西欧商人法及商事法庭新探》,载《史学月刊》2018年第10期,第54—64页。

④ *Baytur SA v. Finagro Holding, SA* [1991] 4 All ER 129, 134 (English Ct. App.).

⑤ *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U. S. 643, 648 (U. S. S. Ct. 1986).

⑥ *Société d'Études et Représentations Navales et Industrielles (SOERNI) et Autres v. Société Air Sea Broker Limited (ASB)*, Cour de Cassation, Paris, 8 July 2009, Case no. 08 - 16025.

⑦ 参见舒国滢:《19世纪德国“学说汇纂”体系的形成与发展——基于欧陆近代法学知识谱系的考察》,载《中外法学》2016年第1期,第5—36页。

⑧ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第303—306页。

当性主要来源于国家审批，同时代的主流观点也认为：“法律行为之所以能够产生行为人所预期的效力，是因为当事人的意思自治得到了法律所赋予的约束力。”^①按照此种逻辑，仲裁协议的效力完全来源于公权力的赋予，与当事人的意思自治没有实质性关系，故只有“仲裁协议有效”属于“仲裁协议效力”的文义范围。而仲裁协议成立这一环节，仅涉及当事人意思自治的形成，与仲裁协议是否得到法律许可关系不大，不能发生法律效力。

在商事仲裁的制度史上，与“法律承认说”类似的观点，曾短暂形成并存在于18世纪至20世纪初，特别是国家法治对当事人意思自治不信任的时期。在英美法系国家，仲裁在整个中世纪曾被商人广泛使用，但自从司法机关担心仲裁制度对其形成竞争之后，一些法院便放弃了开明的理念，转而对仲裁重重设限。英国王座法庭（English Court of King's Bench）在1746年认为，仲裁协议之所以能够排除法院管辖权，是因为其效力来源于司法权的让渡。^②受此影响，美国在奉行孤立主义（isolationism）政策时，也部分接受了英国普通法先例中的保守理论。例如，卡多佐大法官在1914年认为：“当事人原则上可以就他们喜欢的事项自由订立合同，但就仲裁协议的效力而言，法律早已作出了相反规定。特别是，完全排除法院管辖权的仲裁协议既不被支持，也不被接受。毕竟，我们法院的管辖权是由法律规定的，不会因为当事人的约定而减少，也不会因为当事人的约定而增加。”^③而在大陆法系国家，法国大革命时期的1793年宪法和1795年宪法都将当事人提交仲裁的权利列为一项不得被公权力侵犯的基本人权，^④但其后的拿破仑政府将仲裁视为法治的威胁，只允许当事人在法律规定的个别情况下达成仲裁协议。^⑤

值得注意的是，与“法律承认说”类似的观点多是商贸往来异常时代的特殊产物，无法代表仲裁制度未来的发展方向。在第二次世界大战之后，和平与发展成为了各方的共识。随着国际贸易的繁荣，通过特定国家的法律体系解决纠纷常常会使境外当事人感到不公正，甚至可能意味着争端解决的政治化风险。此时，国际争议解决制度的用户希望改变国家法治对当事人意思自治不信任的情况，通过公私合作重构仲裁协议的效力框架。在这一过程中，仲裁制度蕴含的政治国家与市民社会分离的理念，促使主权国家逐渐承认当事人意思自治的相对独立性，并在此基础上形成了威斯特伐利亚理论。该理论认为仲裁协议的效力并非来源于法律的预先授权，而是意思自治和裁决执行地是否愿意事后阻止意思自治生效的共同结果。^⑥也就是说，每个国家都享有平等的正当权力，可以就同一份仲裁协议的有效性自主作出决定。在此理论的指导下，如图3所示，1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下文简称《纽约公约》）要求缔约国承认当事人意思自治的推定有效性^⑦，仲裁协议仅在违反特定司法管辖区强制性规定的例外情况下方才无效，但

① 谢怀栻：《民法总则讲义》，北京大学出版社2007年版，第128—130页。

② See *Kill v. Hollister*, [1746] 95 ER 532, 532 (English K. B.).

③ *Meacham v. Jamestown*, Franklin & Clearfield R. R., 211 N. Y. 346, 354 (N. Y. 1914).

④ “The right to choose arbitrators in any dispute shall not be violated in any way whatsoever”. See French Constitution of Year I, 1793, Art. 86; French Constitution of Year III, 1795, Art. 210.

⑤ French Code of Civil Procedure, 1806, Art. 1006.

⑥ 参见顾维遯、唐艺：《中国的“一带一路”发展和亚洲的国际商事仲裁融合》，载《国际法研究》2020年第1期，第105—128页。

⑦ Article II (1) requires each Contracting State to recognize an “agreement in writing” under which the parties undertake to submit their disputes to arbitration. This provision has been interpreted as establishing a presumption that arbitration agreements are valid. See “New York Convention Guide”, United Nations UNCITRAL official website, https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=618&opac_view=-1 (last visited 25 May 2024).

仍有可能在其他法域继续保持效力。例如,《纽约公约》并没有禁止英国法院执行一份已经被法国法院撤销的仲裁协议,也不禁止比利时允许当事人协议排除仲裁司法监督的做法。^①这意味着,仲裁协议并不完全是国家法治的附属品,而是取得了一定的独立性,成为了一种游走于国家主权缝隙中的跨国法律产品。

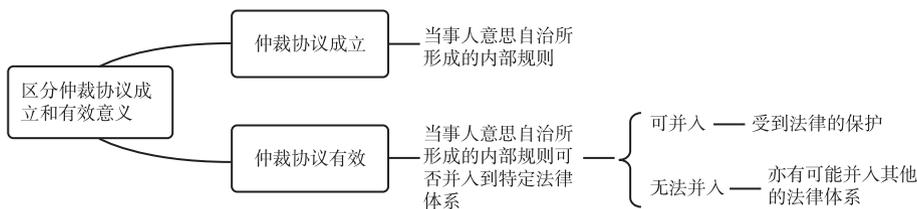


图3 《纽约公约》项下区分仲裁协议成立和有效的意义

从当下中国支持仲裁的角度看,“法律承认说”拒绝将“仲裁协议成立”列入“仲裁协议效力”的文义范围,将导致法院无法根据《仲裁法》第20条审查仲裁协议的成立问题。此举虽然能够缩减仲裁司法审查范围,却不能达到支持仲裁的实际效果。一方面,支持仲裁的理念转变为规则,理应逻辑自洽。在这里,法院无法在仲裁庭首次开庭前审查仲裁协议的成立问题,却可以根据《仲裁法》第58条在仲裁裁决作出后进行审查,这在逻辑上并不周延。另一方面,拒绝在仲裁庭首次开庭前审查仲裁协议成立问题,可能造成仲裁效率和当事人利益双重减损的窘境。试想,如果真的不存在仲裁协议,仲裁庭不顾一方的抗辩受理案件,直至裁决作出后才允许当事人申请司法救济,似造成了更大的浪费。因此,更好的做法,还是如第196号案例一样,将“仲裁协议成立”列入“仲裁协议效力”的文义范围,并依据《仲裁法》第20条进行司法审查。^②

(三) 二者的关系

回归到当事人意思自治和国家法治的原初状态,倘若当事人都能信守承诺、主动履约,法律实际上无须为仲裁协议之效力劳神费力。因此,制定法所提供的强制力,只是为仲裁协议的履行提供事后保障,这种强制力是仲裁协议的“维修队”而非“生产者”的角色,无论如何也不能成为仲裁协议效力的主要来源。^③当然,在特殊情况下,法律可以对仲裁协议中的不当行为预先进行控制,但根据“法无禁止即自由”的理念,“控制不当行为”只是一种例外,当事人的行为自由和效果自主依旧是法律行为的主旋律。这意味着,只要意思自治在仲裁协议效力的来源中具备了根本地位,在仲裁协议成立之后,仲裁协议便可以具备一定的法律效力。此时除非存在阻止仲裁协议发生效力或继续保持效力的因素,否则公权力无须过多介入意思自治的生效过程。这也可以解释,为何在事关法律行为效力和仲裁协议效力的法律规定中,禁止性规则和任意性规则占

① See Emmanuel Gaillard, “The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice; International Arbitration as a Transnational System of Justice”, in A. van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years* (ICCA Congress Series, 2011), pp. 66–73.

② 参见宋连斌:《申请人运裕有限公司诉被申请人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案——仲裁条款可以独立于合同而成立》,载中华人民共和国最高人民法院、新加坡共和国最高法院合作主编:《中国—新加坡“一带一路”国际商事审判案例选》(第1卷),法律出版社2020年版,第65—72页。

③ 参见易军:《“法不禁止皆自由”的私法精义》,载《中国社会科学》2014年第4期,第121—142页。

据了主体地位。由此观之，法律对仲裁协议是否有效的判断，与其说是公权力的主动担当，不如说是保障当事人意思自治的防火墙。^①

由此可见，当事人意思自治和国家法律均可影响仲裁协议效力，只是两者的重要性有所不同。当事人的意思自治是仲裁协议效力主要的积极来源，国家法律是仲裁协议效力主要的消极来源。积极来源决定了仲裁协议效力的有无，消极来源只能决定仲裁协议是否违法，故将当事人的仲裁合意作为仲裁协议的效力根源更为合适。除此之外，肯定当事人意思自治在仲裁协议生效过程中的核心地位，而将制定法作为服务当事人意思自治的角色，符合私法领域“法无禁止即自由”的理念，有利于巩固私人在实施法律行为过程中的主体地位。相反，如果将国家法律作为仲裁协议的效力根源，这无疑是对当事人法律地位的矮化，也不利于说服当事人承担法律行为的不利后果。而更明智的做法，还是将国家法律的禁止性规定作为仲裁协议的消极来源和辅助来源，以求得在最大限度内排除公权力对于正常商业行为的不当干扰，鼓励交易的进行，激发当事人的能动性。显然，与“法律承认说”相比，“意志论”更能解释仲裁协议的效力根源，契合实际情况。^②

三 “二分法”项下仲裁协议成立和仲裁协议有效的统一性

根据民法传统理论，仲裁协议可被区分为“仲裁协议成立”和“仲裁协议有效”两种状态。从当事人意思自治这一效力基础观察，“仲裁协议成立”关乎当事人意思自治的形成，也就是仲裁协议效力的形成；“仲裁协议有效”关乎当事人意思自治的内部限制和外部限制，也就是仲裁协议效力的限制。由于“仲裁协议成立”和“仲裁协议有效”的内涵均围绕当事人意思自治展开，便可以证明二者在构成基础上具有统一性，这也是二者均属于“仲裁协议效力”的文义范围的根本原因。

（一）仲裁协议成立对意思自治的固定

在第196号案例中，最高人民法院认为，“仲裁协议成立”的构成要件事关“仲裁合意”是否形成，应该通过“要约—承诺”缔约流程进行判断。作为仲裁协议成立要件（conditions for the formation）的核心，“要约—承诺”缔约流程的本质，无疑决定着“仲裁协议成立”的性质。

民法中“要约—承诺”缔约流程的本质，需要结合其具体内容进行分析。一方面，“要约—承诺”只是对商事缔约习惯中一般流程的形式化总结，即行为人的意思表示须到达相对人并得到相应的反馈。至于意思表示的实质性内容，仍然由当事人控制。^③当事人可以通过口头或书面交换的形式发出意思表示，第196号案例表明要约承诺的合致在于当事人的意思表示符合“要约—承诺”的缔约流程，而不必然与签字、盖章有关。另一方面，要约和承诺的作出，需要当事人在意思自治的范围内积极作为。在缔结仲裁协议的过程中，欲发生仲裁协议成立的效果，势必要通过某些可为人所感知的行为，达到行为人发出要约、相对人作出承诺的效果。如果双方都保持

^① 参见傅攀峰：《商事仲裁：一种“去剧场化”的司法方式》，载《重庆理工大学学报（社会科学版）》2020年第10期，第92—104页。

^② 参见王绍喜：《合同效力“法律承认说”之检讨》，载《时代法学》2021年第5期，第50—58页。

^③ 参见唐晓晴：《要约与承诺理论的发展脉络》，载《中外法学》2016年第5期，第1367—1380页。

消极不作为的状态，仲裁协议显然不可能成立。可以说，在仲裁协议成立的过程中，当事人意思自治始终扮演着积极的角色，仲裁协议的成立要件无疑体现了当事人意思自治的积极方面。由此可见，仲裁协议的成立要件实际上是商事主体固定当事人意思自治所采用的习惯标准。^①

（二）仲裁协议有效对意思自治的限制

按照从一般法到特别法的体系化思维方式，“仲裁协议有效”的构成要件可分为3个层次。第一层是一般民事法律行为的有效性要件，即仲裁协议的当事人意思表示真实、具备相应的民事行为能力、不违反法律的强制性规定和公序良俗。第二层是合同有效性要件的特别规定，例如，当事人为仲裁协议生效所设置的条件和期限，以及当事人对于合同效力的法律选择。第三层是《仲裁法》的特殊规定，如可仲裁性等。^②上述内容看似复杂，但均是针对意思自治进行的限制，并可被区分为当事人对意思自治的内部限制和法律对意思自治的外部限制。若能证明两类限制措施的主要目的是更好地保障意思自治，便足以说明仲裁协议有效要件（conditions for the effectiveness）的基础依然是当事人意思自治。

一方面，当事人可以通过设立仲裁协议生效条件，对仲裁协议的效力进行内部限制。然而，当事人设立生效条件本身，也需要以合同条款的方式呈现。也就是说，欲发生内部限制的效果，当事人势必要做出积极行为，通过要约承诺达成限制仲裁协议生效的合意。如果双方都保持沉默，显然无法对仲裁协议施加内部限制。由此可见，当事人设立仲裁协议生效条件本身，就是意思自治的过程。此种行为与其说是当事人的自我限制，不如说是当事人更精准地表达仲裁意愿。^③

另一方面，国家法律可以设计仲裁协议的生效和效力阻却事由（facts and causes preventing effectiveness），对当事人意思自治进行外部限制。其中，占据少量内容的是法定生效要件（conditions for the requirements of validity），即对仲裁协议有效要件的积极规定。此类规定属于许可规范，与民事法律行为的私行为属性在原则上格格不入，应随着仲裁国际化程度的提高而逐渐消减。而占据大量篇幅的，则是以负面清单形式存在的效力阻却事由，即对主体（当事人的权利能力和行为能力）、客体（意思表示的真实自由确定）以及内容（仲裁事项合法）方面进行的一系列禁止性规定。从立法模式上看，只要不违反法律的禁止性规定，当事人的民事法律行为都是推定有效的，其实际意图是在最大限度内保障当事人的意思自治。从具体内容上看，主体层面对当事人权利能力和行为能力的要求，是为防止心智不成熟的当事人作出非理性选择，实为保障当事人意思自治的稳定性；客体层面对意思表示的要求，是为了防止意思自治不自由、不合致以及不确定的情况出现，解决意思表示内容不明、多重歧义、无法认定等问题；至于内容方面的合法性，则是为了防止当事人的私人利益与属地层面的国家利益不一致的情况出现。可以说，效力阻却事由的绝大部分内容，也体现了对当事人意思自治的保障。^④

① 参见宋连斌、武振国、陈希佳：《中国商事仲裁年度报告（2020年）》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第29卷），法律出版社2022年版，第45—91页。

② 参见宋连斌主编：《仲裁法》，武汉大学出版社2010年版，第116页。

③ 参见宋连斌、黄保持：《违反一裁终局原则对仲裁协议效力的影响：基于中国实践的实证分析》，载《国际法研究》2017年第1期，第111—128页。

④ 参见黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社2007年版，第90—95页。

四 “二分法”项下成立要件和有效要件的法律效果

仲裁协议成立和仲裁协议有效都围绕当事人意思自治展开，二者具有统一性，均属于仲裁协议效力的文义范围。在此情况下，进一步揭示成立要件和有效要件的法律效果，可使得上述观点更具有说服力。

（一）成立要件的法律效果

成立要件是指仲裁协议成立过程中必须具备的事实条件，属于仲裁协议的积极要件。在司法审查实践中，当事人往往会请求法院对“仲裁协议是否成立”进行认定。如果仲裁协议不成立和仲裁协议成立均有法律效果，便能更为充分说明“仲裁协议成立”属于“仲裁协议效力”的文义范围。

仲裁协议缺乏成立要件，即为意思自治在事实上没有成形。此种法律效果，与无效并无实质性差异。毕竟，无效为不能在法律上发生效力，不成立亦为不能在法律上发生效力。在中国的法律文本中，立法者也没有对“仲裁协议不成立”和“仲裁协议无效”进行区分。例如，2008年《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》（下文简称《仲裁法解释》）第18条规定，“没有仲裁协议”原指仲裁协议不成立，但仲裁协议被撤销或自始无效的，亦属于此类情况。从字面上理解，这里的“没有仲裁协议”就是“仲裁协议不成立”，但司法解释又认为“仲裁协议不成立”包括“仲裁协议无效”，实际上是认为“仲裁协议不成立”和“仲裁协议无效”的法律效果相同。

仲裁协议符合成立要件，即为意思自治在事实上成形。^①此种行为能够产生法律效果，关键在于如何理解此处的“法律”。如果将“法律”理解为特定司法管辖权的实在法规范，显然又会落入“法律承认说”的窠臼。如果从更为宽泛的角度理解这里的“法律”，其内涵便可被法律秩序替代，进而囊括习惯法。^②例如，法谚中所说的“合同在当事人之间能够产生法律效力”，此种法律效力自然包括习惯法层面的效力。也就是说，在仲裁协议成立之后，其在当事人之间至少能够产生类似于自然之债的法律效果，当事人承担着将仲裁协议范围内的争议提交仲裁的义务，并初步丧失了就此争议提起诉讼的权利。对于这种初步的妨诉效力，《纽约公约》和《仲裁法》均予以认可。《纽约公约》第2条第3款规定：“当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者，缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造之请求，命当事人提交仲裁，但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”也就是说，一旦仲裁协议成立，仲裁协议便初步具备了妨诉效力。当然，在仲裁协议无效、失效或无法执行时，此种妨诉效力将趋于消亡。《仲裁法》第26条也规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外。”当然，即使特定司法管辖权不承认仲裁协议的效力，也不意味着仲裁协议的效力完全消失。如果当事人主动履行仲裁协议，其他司法管辖区仍有可能承认该仲裁协议的效力。^③

① 参见陈杭平：《仲裁协议主观范围理论的重构》，载《法学研究》2023年第2期，第189—206页。

② 参见宋连斌、孙舒：《中国国际法研究方法转向实证的必要性与路径》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2022年第4期，第128—136页。

③ 参见龙威狄：《国际商事仲裁协议的妨诉效力——以我国立法司法实践为中心》，载《政治与法律》2010年第11期，第33—40页。

（二）有效要件的法律效果

仲裁协议如满足有效要件，当然能够产生法律效果。按照功能定位和时间顺序的不同，仲裁协议的有效要件可以划分为积极要件和消极要件。积极要件是仲裁协议能够发生效力的最低要求，主要表现为许可规范，涉及符不符合当事人意思自治和法律规定的問題。消极要件阻碍仲裁协议发生效力的理由，主要表现为效力性的禁止性规范，涉及是否违反法律的問題。在实践中，当事人请求法院确认仲裁协议是否生效和是否无效，便是要求法院审查仲裁协议的积极要件和消极要件。结合这两种情况，可以对仲裁协议有效的法律效果进行区分处理。

仲裁协议生效属于仲裁协议有效的积极要件，也就是仲裁协议有效需要满足的最低要求，主要内容包括当事人关于仲裁协议生效条件的约定和法律关于仲裁协议生效的特别要求。上述内容，又可被表述为意定生效要件和法定生效要件。所谓意定生效要件，往往是指当事人对于仲裁协议生效所约定的条件或期限限制。而法定生效要件，则见于《仲裁法》第16条所规定的积极要件。值得注意的是，《仲裁法》第16条^①规定，仲裁协议需要包含“书面形式”“仲裁意思表示”“选定的仲裁机构”和“仲裁事项”。该条似乎表明，“仲裁协议生效”的积极要件有四。但《仲裁法》第17条^②、第18条^③规定，“仲裁事项”“仲裁委员会”约定不明、“仲裁合意”存在缺陷均可导致仲裁协议无效，应属于仲裁协议的效力阻却事由。这意味着，只有“书面形式”是法律针对仲裁协议生效所设立的特别要求。^④在上述概念框架下，如果意定生效要件和法定生效要件均未满足或未完全满足，则仲裁协议不生效。在仲裁协议业已成立的情况下，如果意定生效要件和法定生效要件全部满足，也就是仲裁合意能够以书面形式载明，此时仲裁协议便处于最低限度的生效状态。根据大陆法系分配举证责任的主流学说——“法律要件分类说”，可以对此种生效状态进行更清晰的描述。该说认为，主张仲裁协议有效的当事人应对仲裁协议效力形成的积极要件承担举证责任，否认仲裁协议效力的当事人应对阻却仲裁协议生效的消极要件承担举证责任。也就是说，在事关仲裁协议效力的全部积极要件都已满足的情况下，主张仲裁协议有效的一方应负的初步举证责任已经完成，仲裁协议应被推定为有效。当然，此种生效状态并非是终局性的，还可能被效力阻却事由加以变更。^⑤

效力阻却事由是仲裁协议有效的消极要件，一旦出现此类事由，法律行为将陷于效力瑕疵或效力缺陷。根据“法律要件分类说”，效力阻却事由属于对仲裁协议效力存在异议的一方应该承担的举证责任。如果效力阻却事由不成立，仲裁协议将在本次程序中获得终局性效力。如果效力

① 《仲裁法》第16条：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁协议和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。”

② 《仲裁法》第17条：“有下列情形之一的，仲裁协议无效：（一）约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；（二）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；（三）一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。”

③ 《仲裁法》第18条：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”

④ 参见杨玲：《仲裁法专题研究》，上海三联书店2013年版，第35—52页。

⑤ 参见王雷：《我国民法典中证据规范的配置——以证明责任规范为中心》，载《法商研究》2015年第5期，第148—156页。

阻却事由成立，仲裁协议的效力将处于效力待定或者无效的状态。对于效力瑕疵的仲裁协议，如果其效力不能得到及时补正，可能会终局性地归于无效。^①

（三）依法律效果对成立要件和有效要件作进一步分割

成立要件和有效要件在得到满足之后，都能产生一定的法律效果，这是“仲裁协议成立”和“仲裁协议有效”属于“仲裁协议效力”文义范围的重要依据。只是，成立要件和有效要件的法律效果存在相同点和不同点，这意味着仲裁协议效力的构成要件可作进一步分割。

如上所述，仲裁协议的成立要件是积极要件，在证据法上属于主张仲裁协议有效的一方必须举证证明的事项，能够产生初步的妨诉效力。而在仲裁协议的有效要件内部，生效要件属于仲裁协议有效的最低标准和积极要件，应由主张仲裁协议有效的一方举证，一旦成立便意味着仲裁协议能够具备一定的妨诉效力；效力阻却事由是仲裁协议有效的消极要件，应由对仲裁协议效力提出异议的一方主张，一旦成立意味着仲裁协议的妨诉效力消失。显然，仲裁协议的成立要件和仲裁协议的生效要件同属积极要件，具有一定的相似性。而效力阻却事由属于消极要件，与仲裁协议的成立要件性质完全相反，也与仲裁协议的生效要件截然不同。

由此可见，依照构成要件的不同属性，积极要件的范围包括成立要件和生效要件，消极要件的范围则包括效力阻却事由。在此基础上，原来的“成立要件+有效要件”二分的作法，可以被“成立要件+生效要件+效力阻却事由”三分的方式替换。

五 仲裁协议效力要件的“三分法”重构

从意志论的角度理解仲裁协议的构成要件，成立要件系对当事人意思自治的固定，有效要件系对当事人意思自治的限制，两者具有统一性，均属于仲裁协议效力的文义范围。只是，此种划分方法略显粗糙，无法更为精准地揭示仲裁协议效力的积极要件和消极要件之间的关系。因此，晚近的民法学者通过“三分法”对民事法律行为的效力要件进行改造。所谓“三分法”，就是将民事法律行为的有效要件区分为生效要件和效力阻却事由，将“成立要件+有效要件”转变为“成立要件+生效要件+效力阻却事由”。此种处理方式有2项优势。第一，能够实现仲裁协议所涉的程序法和实体法的有机统一。由“成立要件”和“生效要件”融合成民事法律行为效力的积极要件，系主张民事法律行为有效的一方需承担的举证责任；“效力阻却事由”系民事法律行为效力的消极要件，系否定民事法律行为效力的一方需承担的举证责任。二者泾渭分明，逻辑清晰，可以使得民事法律行为效力的构成要件之划分更为科学合理。第二，能够在“支持仲裁”的语境下强调达成仲裁合意的根本意义。在民事法律行为效力的积极要件满足之后，即赋予民事法律行为以初步的有效性，反映了私法自治领域内契约成立即有效的常态。^② 如果将“三分法”直观地表示出来，便可得到如下图所示的结果。

显然，“三分法”较之传统的“两分法”更能揭示民事法律行为的本质，也能更恰当地反

① 参见章程：《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件——一个跨法域释义学的尝试》，载《法学研究》2019年的2期，第23—41页。

② 参见易军：《法律行为生效要件体系的重构》，载《中国法学》2012年第3期，第79—94页。

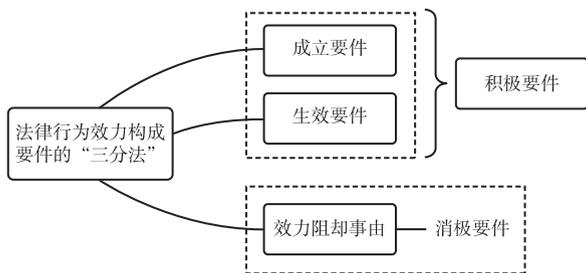


图4 民事法律行为效力构成要件的“三分法”

映民事法律行为各构成要件之间的关系。至于此种做法能否适用于仲裁，可从比较法的视角进行观察。法国、美国等司法管辖区当下的做法表明，“三分法”恰好与国际主流实践不谋而合。在法国仲裁实践中，存在一种空白仲裁条款，即仲裁协议中仅约定了将争议提交仲裁的抽象合意，却没有对仲裁机构等具体的操作内容进行约定。此类条款满足仲裁协议的成立条件（存在仲裁合意）和法定最低生效要件（书面形式），可具备初步的有效性，但因缺乏可执行性仍可能面临效力被阻却之风险。在《法国仲裁法（2011）》生效前，法国国内仲裁中的空白仲裁条款因缺乏可执行性而面临无效风险。但在国际仲裁中，如果不存在相应的效力阻却事由，空白仲裁条款并无失效之虞。2011年法国修订仲裁法后，与仲裁协议可执行性有关的效力阻却事由被彻底废除。若当事人未对空白仲裁条款达成补充协议的，法国法院应当协助当事人解决仲裁协议的可执行性问题，最大限度地保护当事人提交仲裁的意愿。可以说，法国仲裁法的发展历程，体现了当事人意思自治的效力根源地位，仲裁协议的效力趋向于成立即有效的常态。^①法国的上述做法，也在美国得到了共鸣。如果当事人约定适用某一不存在的机构仲裁规则进行仲裁，美国纽约州法院首先会确定该瑕疵仲裁协议是否满足仲裁协议的成立条件（当事人的主要目的是否是通过仲裁解决纠纷）和法定最低生效要件（书面形式），至于当事人约定的仲裁规则不存在能否阻却仲裁协议效力则是次要问题。例如，在格罗斯曼实验室诉福雷斯特实验室案（*Laboratories Grossman v. Forest Laboratories*）^②中，美国法院认为，在当事人的仲裁意图已经成立且经书面记载的情况下，当事人约定仲裁规则不明的行为，可通过法院的协助予以克服。^③

法国和美国的实践表明，法律行为构成要件的“三分法”适用于仲裁能够起到比“二分法”更好的效果。除此之外，为了防止人们在其他情况下对“仲裁协议效力”的文义范围错误理解，解决当事人提出的“仲裁协议失效”^④、“仲裁协议未生效”^⑤等申请是否属于法院在确认仲裁协议效

① 参见傅攀峰：《法国国际商事仲裁制度研究》，中国社会科学出版社2019年版，第105页。

② *Laboratorios Grossman S. A. v. Forest Laboratories, Inc.*, 295 N. Y. S. 2d 756 (N. Y. A. D 1968).

③ 参见傅攀峰：《“选定的仲裁委员会”要件认定及解释新论》，载《重庆理工大学学报（社会科学版）》2023年第3期，第141—151页。

④ 参见上诉人沈阳双兴建设集团有限公司与被上诉人抚顺乐活房地产开发有限公司申请确认仲裁协议失效纠纷，辽宁省高级人民法院（2016）辽民终804号民事裁定书。在本案中，法院认为，当事人请求确认“仲裁协议失效”，不属于“仲裁协议效力”的文义范围。

⑤ 参见重庆棕榈泉房地产开发有限公司与四川省第一建筑工程公司申请确认仲裁协议效力，重庆市高级人民法院（2018）渝民终474号民事裁定书。在本案中，法院认为，当事人请求确认“仲裁协议未生效”，不属于“仲裁协议效力”的文义范围。

力案件中审查范围的问题，本文也需要根据“三分法”对仲裁协议效力的构成要件进行重构。^①在“三分法”项下，仲裁协议的效力要件包括成立要件、生效要件和效力阻却事由三部分。具体而言，法律行为的成立要件是意思表示一致。落实到仲裁协议中，即为当事人就特定争议事项提交仲裁解决达成合意。生效要件是指法律行为有效所需满足的最低限度条件，主要包括意定生效条件和法定生效条件。前者是当事人对于生效条件和期限的约定，后者是《仲裁法》对于仲裁协议生效的特别要求。效力阻却事由则是指法律行为归于无效的原因，涉及主体、客体以及内容方面所进行的一系列禁止性规定，主要包括以下内容。第一，主体方面的禁止性规定，即对当事人的权利能力和行为能力所作的禁止性规定。例如，《仲裁法》第17条第2款规定，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无效。第二，客体方面的禁止性规定，即对当事人意思表示的真实、自由、确定方面所作的禁止性规定。例如，《仲裁法》第17条第3款将胁迫作为仲裁协议无效的原因，《仲裁法》第18条、《仲裁法解释》第3条、第4条、第5条、第6条、第7条对仲裁合意的确定性及其补救问题进行了一系列规定。第三，内容方面的合法性。例如，《仲裁法》第3条和第17条第1款规定，争议事项必须具备可仲裁性。综上，仲裁协议的构成要件可重构如下（见图5）：

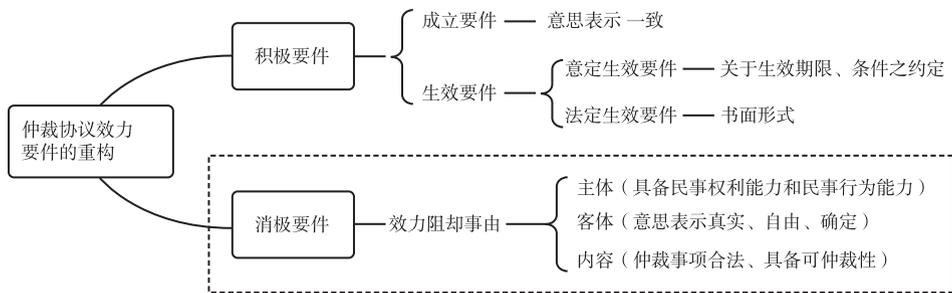


图5 仲裁协议效力要件的重构

六 结论

中国理论界长期以来仅将国家法律作为仲裁协议的效力来源，忽视了当事人意思自治在仲裁协议效力体系中的基础性地位，这是造成仲裁司法审查不周延的原因之一。回归法律行为效力的基础理论，仲裁协议之订立亦遵循私法领域“法无禁止即自由”的理念。换言之，当事人意思自治是仲裁协议效力的根本来源，国家法律对当事人意思自治的限制应作为仲裁协议效力的辅助来源。在此基础上，“仲裁协议成立”系对当事人意思自治的固定，而“仲裁协议有效”系对当事人意思自治的限制，二者均属于“仲裁协议效力”的文义范围。此外，为了贯彻法律行为以有效为常态、以无效为例外的理念，还可以根据积极要件和消极要件的特性，将仲裁协议的有效要件进一步区分为生效要件和效力阻却事由。根据“法律要件分类说”，成立要件和生效要件属于积极要件，主张仲裁协议有效的当事人一旦完成此项举证责任，便意味着仲裁协议推定有效。效力阻却事由属于消极生效要件，主张仲裁协议无效的一方完成此类举证责任，意味着仲裁协议从推定有效状态转变为无效状态或者效力瑕疵状态。

① 参见张春良、毛杰：《树欲静而风不止：CICC 司法审查仲裁协议第一案未尽问题之审思》，载《商事仲裁与调解》2020年第2期，第92—107页。

The Basis of the Validity of Arbitration Agreement and the Reconstruction of Its Requirements: With Focus on the Guiding Case No. 196 Decided by the Supreme People's Court of the People's Republic of China

Wu Zhenguo

Abstract: According to the essence of private law that “what is not prohibited by law is permitted”, the autonomy of the parties’ intentions is the positive sources of the validity of arbitration agreements, while national law serves as the negative sources of the validity of arbitration agreements. Both are fundamental to the validity of arbitration agreements. Although the formation of an arbitration agreement concerns the actual formation of the parties’ autonomy, some courts in China have not considered “the formation of arbitration agreements” as the basis for determining their validity in arbitration judicial review practices. This approach stems from some courts only considering national law as the source of the validity of arbitration agreements, ignoring the foundational role of autonomy in the construction of arbitration agreement validity. In order to address the problem of inadequate judicial review of arbitration caused by this approach, it is necessary to return to the contractual nature of arbitration in the context of its internationalization, considering both autonomy and national law as sources of the validity of arbitration agreements based on the theory of civil juristic acts. On this basis, the formation of an arbitration agreement is a manifestation of the parties’ autonomy, while the effectiveness of an arbitration agreement limits the parties’ autonomy. Both revolve around the autonomy of the parties and have unity in terms of validity, which is the fundamental reason why both belong to the scope of “the validity of arbitration agreements”. Furthermore, to implement the idea that civil juristic acts should be effective as the norm and ineffective as the exception, the criteria for the effectiveness of arbitration agreements can be further differentiated into conditions for the requirements of validity and facts and causes preventing effectiveness, based on positive and negative criteria. On this basis, the method of dividing the effectiveness of arbitration agreements into “conditions for the formation of the contract plus conditions for the effectiveness” can be further refined into a method of “conditions for the formation of the contract plus conditions for the requirements of validity plus facts and causes preventing effectiveness”. In conclusion, the formation of the effectiveness of arbitration agreements lies in the autonomy of the parties, with both autonomy and national law serving as sources of effectiveness. By adopting a more refined approach to assessing effectiveness, which considers both the formation of and the requirements of validity of arbitration agreements, along with facts and causes preventing effectiveness, a more comprehensive understanding and application of arbitration law can be achieved.

Keywords: Validity of Arbitration Agreements, Party Autonomy, Formation of the Contract, Requirements of Validity, Facts and Causes Preventing Effectiveness