

仲裁协议无效之下当事人行为能力认定的困境及出路——基于《仲裁法》第17条第2款分析

韩 轶

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年7月14日; 录用日期: 2023年8月18日; 发布日期: 2023年8月28日

摘 要

仲裁协议的主体合格与否是影响仲裁协议效力的因素之一, 我国《仲裁法》第17条第2款对此予以明确规定。但是, 由于这一条款是一项较为笼统的强制性规范, 存在与《民法典》规定不一致的情形, 因此其在司法适用中始终存在争议且适用率也不高。在国际商事仲裁中, 《纽约公约》对“无行为能力”的认定作扩大解释, 这对各个法院具有普遍的指导性意义, 在我国法律对仲裁协议无效之下的当事人行为能力认定暂不具体的情况下, 这对我国法院的裁判思路带来了较大挑战。如何应对挑战、突破对“行为能力”一词在我国法律语境下的认定困境, 对这一问题的回答正是《仲裁法》第17条第2款在未来应当修正的方向。

关键词

仲裁协议无效, 《仲裁法》, 行为能力, 民事行为能力

Dilemma and Way out for the Determination of Parties' Capacity under Invalid Arbitration Agreement—Based on the Analysis of Article 17 (2) in *The Arbitration Law*

Yi Han

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jul. 14th, 2023; accepted: Aug. 18th, 2023; published: Aug. 28th, 2023

Abstract

The qualification of the subject of the arbitration agreement is one of the factors affecting the validity of the arbitration agreement, which is clearly stipulated in Article 17 (2) of *The Arbitration Law*. However, as this provision is a relatively general mandatory norm, there are inconsistencies with the provisions of the Civil Code, so it has always been controversial in the judicial application and the application rate is not high. In international commercial arbitration, *The New York Convention* provides an expanded interpretation of the determination of “incapacity”, which is of general guiding significance to the courts, and in the absence of a specific determination of the capacity of the parties under the invalidity of the arbitration agreement under China’s law, this poses a greater challenge to the decision-making thinking of the courts in China. The answer to the question of how to cope with the challenge and break through the dilemma of the determination of the term “capacity” in the context of China’s law is precisely the direction in which Article 17 (2) of *The Arbitration Law* should be amended in the future.

Keywords

Invalidity of Arbitration Agreement, *The Arbitration Law*, Capacity, Civil Capacity

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

《中华人民共和国仲裁法》(以下简称“《仲裁法》”)自 1995 年颁布施行以来共经历了两次修改,但都是基于其他法律调整而对相应部分进行的修正,均未对《仲裁法》内容本身进行全面的审视和修改。随着改革开放不断深入、全面依法治国不断向前推进,修改《仲裁法》的呼声愈加高涨。2021 年 7 月,司法部正式公布了《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)[1]。《征求意见稿》从体例和内容上对现行《仲裁法》进行了修订,但单从第 17 条来看,仲裁协议无效的这一规范并无任何修改。

《仲裁法》第 17 条第 2 款规定,无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议无效。从法理上看,这一条款与现行《民法典》中的民事行为能力人制度存在不一致的情形,从司法实践中看,法院对这一条款的认定也存在扩大解释的倾向。笔者以为,作为人民法院确认仲裁协议无效的法定事由,《仲裁法》第 17 条第 2 款应当在与《民法典》保持一致的前提下,考量司法实践中出现的新问题,倾听国际商事仲裁制度中的主流声音。本文拟通过梳理该条款在司法实践中的适用情况,对我国《仲裁法》之下当事人行为能力的认定困境进行分析,结合时代背景、立法体例和行为能力制度在我国的演进,找寻此种认定困境的出路,最后提出《仲裁法》第 17 条第 2 款的修订思路,以供各位立法者、《意见稿》的起草者予以参考。

2. 仲裁协议无效之下当事人行为能力认定的实证研究

《仲裁法》第 17 条规定了仲裁协议无效的三种法定情形,其中第二款规定,无民事行为能力人和限制民事行为能力人签订的仲裁协议无效。这一条款虽然明确了当事人的行为能力大小是仲裁协议效力与

否的重要判定因素，但是其仅将行为能力的主体限定在“自然人”的范畴内，忽视了对法人“行为能力”的规范，并且本条款并未明确在仲裁协议无效之下当事人行为能力的内涵和所指代的适用范围。因此，对于《仲裁法》第 17 条第 2 款的适用困境主要体现在对“行为能力”的认定上。通过查询北大法宝数据库和威科先行法律数据库，笔者收集了近五年来与这一条款相关度最高的 11 个案例¹。在这些案例中，基于商事仲裁中当事人的特殊性，并出于对维护商事交易秩序要求的考量，笔者发现法院对《仲裁法》第 17 条第 2 款之下的行为能力存在不同的认定标准。

(一) 无民事行为能力人或限制民事行为能力人签订的仲裁协议无效

在“河北广电信息网络集团股份有限公司磁县分公司、河北广电信息网络集团股份有限公司、邯郸市丛台区科兆网络科技有限公司申请确认仲裁协议效力”一案中，河北省邯郸市中级人民法院认为《仲裁法》第 17 条第 2 款是法律对自然人的民事行为能力的界定，所以申请人称河北广电磁县分公司属于限制行为能力人于法无据。法院在当时依据《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”)第 21 条及第 22 条的规定作出裁判²，《民法典》虽然对这两条款的表述进行了修改，但其从根本上看，无论是不满八周岁的未成年人还是不能完全辨认自己行为的成年人，“行为能力”一词首先仅限于“自然人”范畴内。

在笔者搜索到的 11 个案例中，有 6 个案例的诉由均为《仲裁法》第 17 条第 2 款，法院经审查后最终均裁定仲裁协议无效。但在其中，法院最终作出裁定的依据有所不同。案例 1~5 的法院认定当事人一方为限制民事行为能力人，根据《仲裁法》第 17 条第 2 款的规定，最终裁定仲裁协议无效。在案例 6 中，北京市第四中级人民法院认为尽管《仲裁法》对仲裁协议无效情形有明确规定，但《民法典》有关法律行为效力的一般性规定，自然也应适用于仲裁协议效力的认定。故在《民法典》第 143 条的基础上，法院认为“根据当前证据不足以认定李某在签署《客户认购合同书》时具有民事行为能力，故应确认李某与文化公司签署的《客户认购合同书》第七条约定的仲裁条款无效。”案例详细信息见“表 1”：

Table 1. Summary of judicial cases relating to article 17 (2) of *The Arbitration Law*

表 1. 与《仲裁法》第 17 条第 2 款相关的司法案例汇总

| 序号 | 审理法院及案号 | 仲裁协议/条款的形式 | 当事人的行为能力 | 判定标准 | 仲裁协议的效力 |
|----|----------------------------------|--|----------------------------|--------------------------------------|---------|
| 1 | 广东省东莞市中级人民法院(2019)粤 19 民终 2766 号 | 刘某与工行凤岗支行所签署的《牡丹卡分期付款合同》第 22.1 条 | 刘某被确认为智力残疾，为不能完全辨认自己行为的成年人 | 东莞市残疾人联合会向刘某颁发残疾人证、广东医科大学鉴定中心出具的鉴定意见 | 无效 |
| 2 | 云南省昆明市中级人民法院(2019)云 01 民特 83 号 | 方某与和谐小贷公司签订的《商品代垫款申请暨分期付款合同》中约定“因履行本合同引起的任何争议，由双方协商解决；协商不能的提交昆明仲裁委员会进行裁决。” | 方某为未满 18 周岁的未成年人 | 户籍证明、签订仲裁协议当日系 18 周岁当日，18 岁应于第二日起算 | 无效 |

¹具体搜集方法是，首先，在“北大法宝”数据库上输入关键词“仲裁法”并打开《中华人民共和国仲裁法》(2017 年修正)网页，下拉至第十七条第二款，点开“法宝联想”，共出现 11 篇相关案例。紧接着，在“威科先行法律数据库”中输入关键词“仲裁法”，在第 17 条第 2 款项下对应的 3955 篇裁判文书中进一步搜索关键词“第十七条第二款”，共有 13 篇相关案例，其中有 9 篇案例与搜索目标不符，剩余 4 篇案例与北大法宝中的搜索到的 11 篇案例重复。因此，总共搜集到 11 篇相关案例。

²《民法总则》第 21 条：不能辨认自己行为能力的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人实施民事法律行为。八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。《民法总则》第 22 条：不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

Continued

| | | | | | |
|---|---|--|--|---|----|
| 3 | 江苏省连云港市 中级人民法院(2020) 苏 07 民特 55 号 | 李某与源拓传媒公司订立的 《合作协议书》第九条 第 3 款约定 “本协议发生争议时， 申请连云港仲裁委员会 依法仲裁。” | 李某为已满 16 周岁未满 18 周岁 的未成年人，且并非 以自己的劳动收入 为主要生活来源 | 仲裁协议订立时申请人 李某已满 16 周岁， 未满 18 周岁，为在校 学生，且并非以 自己的劳动收入为 主要生活来源，为 限制民事行为能力人。 | 无效 |
| 4 | 北京市第四 中级人民法院(2020) 京 04 民特 77 号 | 陈某与中华咨询公司、 德成投资公司签订的 《出借咨询与服务协议》 第十五条 | 陈某患有双向情感 障碍，精神二级 重度残疾， 为不能完全辨认 自己行为的成年人 | (2019)京 0101 民特 1438 号民事判决书 陈某为限制民事行为 能力人、北京中衡司法 鉴定所出具的 《司法鉴定意见书》 | 无效 |
| 5 | 贵州省贵阳市 中级人民法院(2021) 黔 01 民特 4 号 | 周某与张妮娜签订了 《赠与协议》约定 “双方在履行本合同中若 发生争议，应协商解决， 协商不成的， 提交北京仲裁委员会仲裁。” | 周某患有器质性智 能损害，为不能完全 辨认自己行为的成 年人 | 医院病历记录、 (2020)黔 0112 民特 16 号民事判决书被申请 人周某为限制民事行为 能力人、贵州省人民医 院法医精神病鉴定中心 出具的鉴定意见 | 无效 |
| 6 | 北京市第四 中级人民法院(2021) 京 04 民特 865 号 | 李某与文化公司签订的 《客户认购合同书》 第七条第 4 项约定 | 李某患有严重 精神疾病， 系精神残疾人， 残疾等级为 1 级 | 北京信诺司法鉴定 所出具司法鉴定书、 (2021)京 0101 民特 892 号民事判决书 宣告李某为 无民事行为能力人 | 无效 |

从上表中可看出，案例 1、4、5 的当事人因存在精神、智力上的残疾均被认定为不能完全辨认自己行为的成年人，案例 2、3 的当事人则为不满 18 周岁的未成年人。根据《民法典》第 19 条和第 22 条的规定，八周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，其实施民事法律行为应由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，他们可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。由于以上案例中的当事人所签订的合同或协议均非纯获利益的或与其年龄、智力、精神健康状况相匹配的，因此，在没有法定代理人的同意或追认下，其不足以对所签订的合同或协议作出真实有效的判断，故仲裁协议应属无效。

另外，通过以上案例，我们可以看出法院对当事人行为能力的认定主要以当事人的意思能力为基点，医院诊断证明、鉴定机构鉴定意见、已生效的判决文书、户籍证明等证据体现了行为人内在心智的事实状态，同时证明了自然人对自己的行为普遍缺乏必要的认识和判断能力，因此其不具备缔约这一行为能力。

(二) 无行为能力人签订的仲裁协议无效

从文义解释角度出发，《仲裁法》第 17 条第 2 款对行为能力的认定侧重于“民事行为能力人”。但在司法实践中，《仲裁法》第 17 条第 2 款的“民事行为能力人”被扩大解释为“行为能力人”，即无行为能力人签订的仲裁协议亦属无效。

这一扩大解释集中体现在“深圳市荣格科技有限公司与孙会喜深圳市荣格爱的力量公益基金会申请

确认仲裁协议效力”一案中。深圳市中级人民法院在审查后认为，针对荣格公司(甲方)、荣格基金会(乙方)、孙会喜(丙方)签订的《协议书》，因《协议书》加盖的荣格公司公章虚假、孙会喜亦无权代表荣格公司，故《协议书》第七条约定的仲裁条款并非荣格公司真实的意思表示，荣格公司与荣格基金会、孙会喜之间不存在仲裁协议。最终，法院依据《仲裁法》第 17 条和第 20 条的规定，确认深圳市荣格科技有限公司与深圳市荣格爱的力量公益基金会、孙会喜的仲裁协议无效。

笔者以为，在本案中，法院本可适用《仲裁法》第 16 条的规定作出仲裁协议无效的裁决，但最终仍然适用《仲裁法》第 17 条第 2 款确为别有深意³。孙会喜在《协议书》签订时以荣格公司法定代表人的身份签名盖章，但实际上在签订之前，深圳市市场监督管理局已作出“撤销孙会喜作为荣格公司法定代表人的变更登记，将荣格公司法定代表人恢复孙小玲”的行政决定。可见，在签订《协议书》之时，孙会喜已无权代表公司依照法律规定签订仲裁协议，其代表权已经灭失。笔者推测，深圳市中级人民法院将公司赋予法定代表人的权利问题纳入《仲裁法》第 17 条第 2 款所述的“行为能力”范畴，这一适用突破了“无民事行为能力”的范畴，将仲裁协议无效的情形从当事人无民事行为能力扩大为当事人无行为能力，即在行为人无权代表公司依照法律规定签订仲裁协议的情形下，该公司不具有缔约能力，该仲裁协议也是无效的。

3. 仲裁协议无效之下当事人行为能力的认定困境及原因

结合上述实证分析，在我国现有的法律框架和规定下，目前我国法院在对仲裁协议无效之下当事人的行为能力进行认定时，离不开对《仲裁法》第 17 条第 2 款的适用与分析。但是，从立法上看，《仲裁法》第 17 条第 2 款与《民法典》关于民事法律行为效力的规定存在不一致的情形。从司法实践中看，公司赋予法定代表人的权利问题通过《仲裁法》第 17 条第 2 款予以肯定，但从文义解释角度来看，《仲裁法》第 17 条第 2 款所指的“民事行为能力人”仅指自然人个体为其自己签订仲裁条款或仲裁协议，并不包含其作为法定代表人为公司签订的仲裁协议这一含义。也就是说司法实践可能已经突破了现有法律规则的约束，长此以往可能破坏《仲裁法》第 17 条第 2 款的强制性规范属性。针对以上认定困境，笔者将从以下三方面阐释具体原因。

(一) 《仲裁法》第 17 条第 2 款与《民法典》相悖而存在

从法理上看，签订仲裁条款或仲裁协议本身就是一种民事法律行为，其效力问题应当受《民法典》的影响。《民法典》第 144 条、第 145 条已对无民事行为能力人和限制民事行为能力人从事的民事法律行为效力进行了明确。但是，《仲裁法》第 17 条第 2 款仍然以一种强制性规则的形式单独对仲裁协议无效之下的情形进行了规定，并且进一步扩大了民事法律行为无效的情形。

按照《民法典》的规定，限制民事行为能力人或无民事行为能力人订立的仲裁协议，均为当事人不能的仲裁协议，在此情形下仲裁协议并非当然无效。无民事行为能力人订立的仲裁协议应属无效。而对于限制民事行为能力人订立仲裁协议这一行为，首先要判断签订仲裁协议是否为使限制民事行为能力人纯获利益或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的，如果答案是肯定的，那么此种仲裁协议应属有效，如果并非以上情形，则应将其视为效力待定的仲裁协议，若未经法定代理人追认，则仲裁协议无效。但根据《仲裁法》第 17 条第 2 款，限制民事行为能力人订立的仲裁协议也当然无效，这明显与《民法典》的有关规定相悖而存在。

(二) 国际商事仲裁中对“行为能力”进行扩大化解释所带来的挑战

在国际商事仲裁中，各国对于无效仲裁协议的认定并没有统一的标准，对于不合格主体所签订的仲

³《仲裁法》第 16 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。

裁协议效力也无统一认定标准。根据“Eisemann's 标准”，一项仲裁协议若不能完全满足其有效成立的要件，即为有瑕疵的仲裁协议，当然，这仅是从仲裁理论上对有瑕疵的仲裁协议进行定义。1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称“《纽约公约》”)的出台打破了上述局面，作为一个国际公约，《纽约公约》为有效仲裁协议的实质要件设定了一个较为普遍的标准。其中，《纽约公约》第5条第1款(甲)项以否定的方式对仲裁协议的效力进行了规定⁴，如果当事人为无行为能力人，则根据该项仲裁协议所作出的仲裁裁决在《纽约公约》项下可被拒绝承认和执行[2]。但是，《纽约公约》并未对第5条第1款(甲)项所述的“行为能力”的含义进行详细解释。

贸易法委员会秘书处编写的《关于〈纽约公约〉的指南》(以下简称“《指南》”)中提到，“行为能力”传统上被定义为一个人以自己的名义并代表自己采取行动和签订协议的法律能力。相对于我国《仲裁法》项下的“民事行为能力”一词，《纽约公约》项下的“行为能力”所指代的范围明显更为广泛。《指南》在解释“无行为能力”一词时参考了来自西班牙、意大利、澳大利亚等国的司法判决意见，贸易法委员会秘书处在汇集了多方案例后得出基本结论：虽然适当的代表权和权限问题不同于严格意义上的行为能力问题，有的法院已经将公司董事会所赋予的权力问题和所谓的合同代表权力问题纳入《纽约公约》第5条第1款(甲)项所述的“无行为能力”的范畴⁵。虽然《纽约公约》将当事人具有行为能力作为一项仲裁协议有效的普遍性标准，但其对“行为能力”的扩大化解释仅仅在国际商事仲裁中适用，由于我国仲裁体制目前并未吸纳“行为能力”这一用语，《仲裁法》仍然严格遵循当事人的民事行为能力制度，法院审理《仲裁法》第17条第2款的案涉情形主要是由未成年人或者残疾人签订仲裁协议的效力认定问题。

然而，上述实证研究表明，我国的司法实践中已经存在对“无民事行为能力”进行扩大解释的情形，笔者推测这一裁判思路可能是在国际商事仲裁界对于“行为能力”认定的主流观点的影响和挑战之下做出的。在各方当事人日益复杂的商事仲裁纠纷案件中，如何在更加多元的商事仲裁纠纷中经得住考验，使得法官能够更加准确认定当事人的行为能力，从而对仲裁协议的有效与否做出高效且公正的裁决，是《仲裁法》第17条第2款应当考量的问题[3]。

(三) “行为能力”与“民事行为能力”之争源远流长

通过探寻“行为能力”制度的沿革，笔者发现，我国民法学界对于“行为能力”与“民事行为能力”两个术语的使用始终存在争辩，民事行为能力作为一种与我国国情相结合的制度，多年来一直挤压“行为能力”在我国的应用空间，但是在司法实践中也不时出现“行为能力”一词的身影。我国《仲裁法》第17条第2款虽然选择了“民事行为能力”一词，但是在仲裁体制之中是否应当参考国际商事仲裁的主流观点采用“行为能力”一词也有待考量。笔者以为，对于“行为能力”与“民事行为能力”的争辩也是仲裁协议无效之下对当事人行为能力的认定陷入困境的原因之一。

行为能力一词最早出现在罗马法的相关法律中，主要集中在人法部分[4]。1990年，行为能力作为一个高度抽象性的法律概念第一次出现在《德国民法典》中。《德国民法典》规定，“行为能力是指法律所认可的一个人可进行法律行为的能力，即为本人或被代理人所为的能产生法律后果的行为的能力。法律只承认具备一定最低程度判断力的人具有行为能力。”[5]“行为能力”一词于清末法律变革时期随大陆法系理论传入我国，作为一个舶来品，清末民初《大清民律草案》中第一次采用“行为能力”一词，之后的近半个世纪内，我国有关立法和法律理论中也一直使用“行为能力”[6]。“民事行为能力”于1984年首次出现在《民法总则》草案中，1986年施行的《民法通则》正式采用了这一表述，而后“民事行为能力”就一直沿用至今，从《民法总则》到《民法典》，“民事行为能力”这一概念贯通我国民法

⁴《纽约公约》第5条第1款(甲)项：如果第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者，可拒绝承认和执行。

⁵贸易法委员会秘书处：《关于“承认及执行外国仲裁裁决公约”(1958年，纽约)的指南》，第136页~第137页。

制度之中，是民事法律制度中重要的概念之一。

诚然，在我国理论与实务界中，“民事行为能力”与“行为能力”始终是两个并存的词语，两者指代内容时同时异，行为能力通常是一个法律概念，但是也可能被用来解释具体事实。虽然我国目前《仲裁法》仍坚持使用“民事行为能力”这一说法，但在学术界也会不时看到“行为能力”的身影。有学者提出，两者形式上的分歧可能受到“法律行为”和“民事法律行为”之争的影响。“民事行为能力”与“民事法律行为”最初同时出现在1986年的《民法通则》中。作为“民事法律行为”的下位概念，“行为能力”也一定会被限定于“民事行为能力”之下。

笔者认为，虽然在理论和实务界都存在将行为能力和民事行为能力混用的情形，但追溯两者的起源并回归本义，可以发现，民事行为能力一词实际上是行为能力在我国法律中的变体，两者形式上存在区别，并且这种区别受制于我国独特的法律体制，即一旦民事行为能力出现在制定法中并被定性后，“民事行为能力”在我国法律体制中的应用即居于主位，而“行为能力”则退居次位。虽然两者实质上都以“私法自治”为内涵，都表示根据行为人的旨意而发生法律上的效果的一种行为资格。但是“行为能力”所指代的行为人包含法律拟制下的人，而“民事行为能力”仅仅指具有自然生物属性的自然人。在《仲裁法》之下，使用“行为能力”一词更加贴合实际，也与国际商事仲裁中的概念保持一致，但是与我国现行民事制度不匹配；使用“民事行为能力”一词虽然从法律体系上看起来具有合理性，但可能忽略了仲裁当事人的商事属性。

4. 仲裁协议无效之下当事人行为能力认定困境的突破

(一) 在支持、鼓励发展仲裁的背景下重新审视《仲裁法》第17条第2款

党的十八届四中全会以来，多元化纠纷解决机制和现代化诉讼服务体系上升为法治建设的战略目标，仲裁作为非诉纠纷解决机制的主要代表，最高人民法院先后发布了一系列文件表明支持、鼓励发展仲裁的司法立场[7]。仲裁协议是仲裁制度的核心内容之一，体现了仲裁尊重当事人意思自治的理念和目标。要理解仲裁协议的有效要件，首先需要明确仲裁协议的性质。仲裁协议的性质不仅关系到仲裁制度与其他纠纷解决机制的关系问题，还是仲裁协议效力认定、仲裁裁决承认与执行等具体制度设置的前提，同时，研究仲裁协议的性质及功能也有助于我们理解立法者在《仲裁法》中单独规定仲裁协议效力的价值考量。

一直以来，理论界对于仲裁协议的性质基本达成了一致，即仲裁协议属于契约，但是对于具体属于哪种性质的契约存在不同观点，主要有四种代表性学说，分别为程序契约说、实体契约说、双重契约说、特殊契约说[8]。其中，学者的主要争议焦点在程序契约说和实体契约说之间。程序契约说主要是从与仲裁协议相关的因素分析，例如仲裁协议的渊源、目的、内容和实现方式等，其认为仲裁协议是当事人对程序法上的权利义务的一种处理方式[9]。实体契约说主要是以西方国家的“私法行为说”理论为依托，将仲裁视同一般的私法行为，其认为仲裁协议本质上与一般民商事契约并无差异，应视为民商事契约的一种形态。对于仲裁协议性质的讨论，实体契约说在国际商事仲裁界已然成为主流学说，但从我国《仲裁法》第17条第2款来看，立法者或许更加倾向于程序契约说。因为如果根据实体契约说认定仲裁协议的性质，那么仲裁协议成立的要件应当与民商事契约成立要件相一致，但是我国目前《仲裁法》中的仲裁协议效力认定规则与《民法典》不尽相同。

认定仲裁协议无效与否是仲裁程序启动的前置程序，且大多数仲裁协议都是为了服务于安全、高效、便捷的商事交易而存在的，因此立法者在设置仲裁协议当然无效的强制性规范时应当慎之又慎。首先，我国学界对于仲裁协议的性质已经基本达成了一致，即认为仲裁协议本身的内容、特点决定了其程序性契约的属性[10]。正是在学界统一观点下，立法者认同了仲裁协议作为一种程序性契约的特殊性，并对其

无效的情形作出不同于《合同法》《民法总则》《民法典》的单独规定。虽然从仲裁协议的性质来看，《仲裁法》第17条第2款的设置具有一定合理性，但是，从支持、鼓励仲裁发展的角度，抑或是从国际仲裁中的先进经验来看，《仲裁法》第17条第2款的规定在如今已经不适应我国社会的发展。

距离1995年《仲裁法》实施近30年以来，我国经济社会已经发生了巨大变化，仲裁作为一种非诉的纠纷解决方式在社会中的认可度大大提高，越来越多的民众在民商事交易中选择以约定仲裁的方式解决纠纷。在这期间，《仲裁法》虽在2009年、2017年经历了两次修正，但其第17条一直没有改动。这一条款将限制民事行为能力人签订的仲裁协议直接认定为当然无效，排除了限制民事行为能力人法定代理人的追认权，扩大了仲裁协议无效的认定范围，从而使得司法实践中仲裁程序的适用范围进一步缩小，不利于仲裁的发展，也不符合现代商事交易高效、便捷的价值内涵。由此可见，《仲裁法》第17条第2款的修正，既是贯彻落实坚持支持和发展仲裁的理念的要求，也是完善多元化纠纷解决机制的必需。

（二）促进《仲裁法》第17条第2款与《民法典》合缝衔接

如上所述，《仲裁法》第17条第2款在新时代、新要求的呼唤下亟待修改，如何在兼顾仲裁制度特殊性的前提下与《民法典》更好地衔接是立法者首先应当考量的问题。虽然从学界广泛认可的性质上来看，仲裁协议应当被认定为程序性契约，但仲裁协议本质上就是当事人双方所签订的一种契约，对程序性抑或是实体性的争论只是帮助学界更好地理解仲裁协议的性质。因此，对于“程序性契约”的理解，应当将其首先理解为契约，然后再强调其程序性。因此，签订仲裁协议的效力也应当受到民事法律行为效力的规制。在表1案例6中，法院认为尽管《仲裁法》对仲裁协议无效的情形进行了明确规定，但《民法典》有关法律行为效力的一般性规定自然也适用于仲裁协议效力的认定。由此可以看出，实践中法官对于仲裁协议无效的认定标准并非以《仲裁法》第17条第2款为基准，也会参考《民法典》有关民事法律行为效力的规定。综上所述，不论是从理论上还是实践上来看，促进《仲裁法》第17条第2款与《民法典》的合缝衔接迫在眉睫。

然而，如何衔接成为立法者下一个需要考量的问题。对于无民事行为能力人签订的仲裁协议应属无效的规定，笔者并无异议。但对于限制民事行为能力人签订的仲裁协议，《仲裁法》同样将其圈定在无效仲裁协议的范围之内，笔者以为这有失偏颇。《民法典》第145条通过法定代理人的“追认制度”对限制行为能力人所从事的民事法律行为效力进行了限制，“追认制度”增加了将限制行为能力人所从事的法律行为从无效转变为有效的概率。同时，在这一条款之下，限制民事行为能力人所从事的纯获利益的或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为同样有效。

笔者认为，对于限制民事行为能力人所订立的仲裁协议，应当分为两种情形讨论。首先，要判断签订仲裁协议这一行为是否能够使限制民事行为能力人纯获利益或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应，这一问题应当转化为仲裁协议或仲裁条款背后的合同是否能够使限制民事行为能力人纯获利益，抑或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应，如果涉案合同符合上述条件，例如在限制民事行为能力人作为受赠人的赠与合同中，对于直接在合同中一并约定的仲裁条款，应当认定为有效，但如果是单独订立的仲裁协议，此种协议应当被视为效力待定的仲裁协议，也就是说，额外订立的仲裁协议效力应当经其法定代理人追认。其次，如果涉案合同不符合上述条件，则仲裁协议应当被直接视为效力待定的仲裁协议，若未经法定代理人追认，则仲裁协议无效。

（三）对行为能力进行扩大化解释的合理性分析与修改建议

从立法体例来看，《仲裁法》中并未对仲裁协议的有效要件进行明确规定，有效要件分别体现在不同规范中。例如，仲裁协议需具有书面方式体现在第16条，仲裁协议需双方当事人意思表示真实体现在第4条，而仲裁协议主体合格这一要件主要体现在第17条第2款。因此，从立法目的来看，可以说《仲裁法》第17条第2款是对于仲裁协议主体合格这一要件的回应。但是，这一条款并不能全面地概括仲裁

协议主体合格所应具备的全部要件，此条针对的仅仅是自然人主体，缺失了法人主体合格这一要件，此种立法现状与商事领域中的仲裁实践明显不相适应。

在商事仲裁中，当事人除了自然人可能还包括法人和其他组织，他们一般通过法定的制度性程序而形成，其人格基础中本身就不包含行为能力。关于法人的性质有两种学说，分别为法人拟制说和实在说。前者认为自然人才是权利义务主体，行为能力是自然人所特有的，法人只是被法律拟制为自然人的一种形式，没有意思能力，因此不具有行为能力；后者认为法人具有行为能力，因为法人是由自然人组成的实在的一个团体，作为一个组织体其能够通过组织机构表示其意思能力。我国学界一般支持法人拟制说，即认为法人当然不具有行为能力^[11]。如此一来，为了保障公平有序的商事交易秩序，提高商事仲裁裁决的效率和准确性，法人和其他组织所签订的仲裁协议效力首先应当被作为一个可讨论的命题，上述司法实践中对《仲裁法》第17条第2款中的行为能力进行扩张性解释的做法正是对这一命题的回应。

虽然在国际商事仲裁届仲裁协议无效的情形之下对当事人行为能力的认定包含对法人签订仲裁协议的主体资格认定，但由于在我国民法上，行为能力这一概念所对应的主体约定俗成的限定在“自然人”之上，立法者认为行为能力本是私法理论依据自然人的属性量身设计的，自然人是的人格基础是生命体，客观上存在生理发育过程和不同的意志成熟状态，因此在我国法律体系中，行为能力又被分为无民事行为能力、限制民事行为能力和完全民事行为能力几种概念。笔者认为，从我国目前的立法体例上看，如果想要让一个条款全面地概括仲裁协议主体合格所应具备的全部要件，应当单列一条予以规范，仅从仲裁协议无效这一角度反应仲裁协议主体合格所的全部要件未免有些强人所难。

综上所述，《仲裁法》第17条第2款作为人民法院确认仲裁协议无效的法定事由，关乎仲裁协议主体资格的认定，也是在仲裁协议无效之下对当事人行为能力认定陷入困境的根源。因此，笔者拟提出对《仲裁法》第17条第二款的修改建议，以供立法者、《意见稿》的起草者参考：将第17条第2款修改为“无民事行为能力人订立的仲裁协议无效，限制民事行为能力人订立的仲裁协议效力待定，经法定代理人同意或追认后有效”。同时，《仲裁法》单列对于仲裁协议主体合格的规定。这种修改思路既保留了《民法典》所规定的“追认制度”，避免在某些申请确认仲裁协议无效的案件中，法官可能陷入对《民法典》和《仲裁法》适用矛盾的两难境地之中，同时又避免了司法实践中可能存在对“行为能力”一词扩大解释情形的出现。

5. 结语

本文以《仲裁法》第17条第2款为问题导向，多方搜集案例从实证角度对仲裁协议无效之下当事人行为能力的认定进行了研究，从立法上看，我国《仲裁法》第17条第2款存在与《民法典》规定不一致的情形，从司法实践中看，法院对这一条款的适用存在不同的结论，此种分歧指明目前在仲裁协议无效时对行为能力认定陷入某种困境。通过对行为能力一词在我国及国际商事仲裁中的渊源考察，本文从支持鼓励、发展仲裁的时代背景、《仲裁法》的立法体例以及符合我国基本国情等角度找寻认定行为能力的合理出路，就《仲裁法》第17条第2款提出新的修订思路，以供各位立法者、《意见稿》的起草者予以参考。

参考文献

- [1] 刘晓红, 冯硕. 对《仲裁法》修订的“三点”思考——以《仲裁法(修订)(征求意见稿)》为参照[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2021, 36(5): 54-66.
- [2] 刘晓红. 国际商事仲裁协议的法理与实证[M]. 北京: 商务印书馆, 2005: 83.
- [3] 赵伟, 程旭丹. 国际商事仲裁协议当事人行为能力的判定标准[J]. 人民司法, 2021(14): 68-72.
- [4] 童列春, 孙娟. 商事行为能力质疑[J]. 西部法学评论, 2011(5): 21-27.

- [5] 童列春. 商法基础理论体系研究[M]. 北京: 法律出版社, 2014.
- [6] 朱涛. 行为能力三辩[J]. 中国政法大学学报, 2013(2): 147-153+159-160.
- [7] 宋连斌. 仲裁司法监督制度的新进展及其意义[J]. 人民法治, 2018(3): 21-25.
- [8] 苏倩. 论仲裁协议的有效要件[J]. 西南农业大学学报(社会科学版), 2013, 11(3): 27-32.
- [9] 魏莹. 仲裁条款独立性原则理论进路及范围界定的再思考[J]. 北京仲裁, 2011(2): 102-115.
- [10] 张嘉军. 民事诉讼契约研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 13.
- [11] 蒋学跃. 法人行为能力问题探讨[J]. 甘肃政法学院学报, 2007(4): 143-147.