

# 行政协议纠纷解决可适用仲裁制度的探析

马晓丽

天津大学法学院, 天津

收稿日期: 2024年9月10日; 录用日期: 2024年10月30日; 发布日期: 2024年11月7日

## 摘要

行政协议在社会管理领域的广泛应用凸显出服务型政府柔性管理的特点。理论界过分重视行政协议的“行政性”而忽略其“协议性”，不利于吸引社会资本合作与纠纷的高效解决。本文立足于行政协议“行政性”与“协议性”的双重属性，基于德国双阶层理论，参考法国的实践经验，阐述行政协议纠纷适用仲裁程序的理论基础。实践中行政协议纠纷呈现高增长态势，法院办案压力不容小觑；新《仲裁法》草案删除平等主体规定，为行政协议纠纷适用仲裁程序提供制度空间；仲裁程序具有专业性、高效性特点，均为行政协议纠纷适用仲裁程序提供现实正当性基础。产生行政协议纠纷时应结合争议条款的性质、产生的时间点、内容等综合判断；完全行政性质的行政协议纠纷禁止仲裁，否则允许采用仲裁程序解决争议；仲裁机构应专门设置行政争议解决人员及部门。

## 关键词

行政协议, 混合契约, 行政协议纠纷, 仲裁, 意思自治, 公共利益

# Analysis of the Applicable Arbitration System for Resolving Administrative Agreement Disputes

Xiaoli Ma

Law School of Tianjin University, Tianjin

Received: Sep. 10<sup>th</sup>, 2024; accepted: Oct. 30<sup>th</sup>, 2024; published: Nov. 7<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

The wide application of administrative agreements in the field of social management highlights the characteristics of flexible management of service-oriented governments. The theoretical community attaches too much importance to the “administrative” nature of administrative agreements and

ignores their “agreement”, which is not conducive to attracting social capital cooperation and efficient dispute resolution. Based on the dual attributes of “administrative” and “agreement” of administrative agreements, this paper expounds the theoretical basis for the application of arbitration procedures in administrative agreement disputes based on the two-tier theory of Germany and with reference to the practical experience of France. In practice, administrative agreement disputes have shown a high growth trend, and the pressure on courts to handle cases should not be underestimated. The new Arbitration Law deletes the provision on equal subjects to provide institutional space for the application of arbitration procedures for administrative agreement disputes. The arbitration procedure is professional and efficient, and provides a realistic and legitimate basis for the application of arbitration procedures for administrative agreement disputes. When a dispute arises over an administrative agreement, a comprehensive judgment should be made based on the nature, time and content of the disputed clause; Arbitration is prohibited for administrative agreement disputes of a completely administrative nature, otherwise arbitration procedures are allowed to be used to resolve disputes; Arbitration institutions shall set up special administrative dispute resolution personnel and departments.

## Keywords

Administrative Agreements, Hybrid Deeds, Administrative Agreement Disputes, Arbitration, Autonomy of Will, Public Interest

Copyright © 2024 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

随着经济快速增长与建设服务型政府目标的不断推进，民营企业与政府合作经营的领域逐步增多。行政机关为了实现行政管理或公共服务等目的，与公民、法人或者其他组织共同协商，达成合意后订立具有行政法上权利义务内容的协议<sup>1</sup>，是建设人民满意的创新政府、服务型政府，实现社会治理的重要途径<sup>2</sup>。尽管《行政诉讼法》《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称《协议规定》）《行政复议法》等规定，因履行行政协议而发生争议可通过行政诉讼、复议等途径解决<sup>3</sup>。但是经检索中国裁判文书网，以“行政案件、行政协议”为关键词，发现近5年共有22,954起纠纷，24年年初至今已有150余起争议案件。由此可见，社会管理领域广泛应用行政协议引发的纠纷数量之多，结合行政协议的特殊性质，探寻新的多元纠纷解决路径事不宜迟。

界定行政协议的性质是决定争议解决路径的前提。自行政协议诞生以来，国内外学界关于其性质的争议层出不穷，多数学者一致认为行政协议属于兼具“行政性和协议性”的混合契约。在此基础上，部分学者开始探讨以仲裁方式解决行政协议纠纷的正当性与可行性。部分反对的学者提出理由：首先，

<sup>1</sup> 有学者指出“第一次明确行政协议的要素，包括主体要素(行政机关与行政相对人)、职责要素(在法定职责范围内)、目的要素(为实现公共利益或者行政管理目标)、意思要素(协商订立)、内容要素(具有行政法上权利义务内容)等五个方面。”

<sup>2</sup> 《中华人民共和国国务院组织法》第三条第二款规定：“国务院坚持以人民为中心、全心全意为人民服务，坚持和发展全过程人民民主，始终同人民保持密切联系，倾听人民的意见和建议，建设人民满意的法治政府、创新政府、廉洁政府和服务型政府。”

<sup>3</sup> 《行政诉讼法》第六十八条行政诉讼法第四十九条第三项规定的“有具体的诉讼请求”是指：(六)请求解决行政协议争议；《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的司法解释》第二条公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：(一)政府特许经营协议；(二)土地、房屋等征收征用补偿协议；(三)矿业权等国有自然资源使用权出让协议；(四)政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；(五)符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议；(六)其他行政协议。

《行政复议法》第十一条有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：(十三)认为行政机关不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议。

因协议产生争议,除法律、行政法规另有规定不可通过仲裁程序处理纠纷。其次,纠纷并非平等主体间产生。《仲裁法》草案中删除了平等主体,释放出行政协议纠纷或许可适用仲裁途径解决纠纷的信号。最后,签订行政协议过程中体现国家意志。适用仲裁解决该类纠纷可能导致仲裁凌驾于国家意志之上,因此不具有正当性。司法实践中亦存在争议。观察法院处理行政协议纠纷的方式不难发现,部分法院否定以仲裁方式解决行政协议纠纷。相反,部分法院支持适用仲裁程序<sup>4</sup>。

基于前述背景及理由,本文将从行政协议纠纷理论争议及规范分析两方面出发,结合该类争议的司法实践处理,首先界定行政协议的法律属性;其次参考域内外相关规定,界定行政协议纠纷适用仲裁的标准及范围;最后针对性提出完善建议。

## 2. 行政协议性质的界定

前文阐述了学界及司法实践对行政协议纠纷适用仲裁的争议。解决该问题应当建立于理清行政协议性质的基础之上,理论界对行政协议纠纷如何定性存在分歧。

### 2.1. 行政协议性质的理论争议

关于行政协议的性质,理论界存在公法行为说,私法行为说,比较分析说等。

私法行为说。民法学界普遍认为行政协议需受《合同法》规制。双方的意思表示处于平等地位,不存在命令与服从关系<sup>[1]</sup>。如行政机关与公民、法人、其他组织订立商品、服务采购合同。对此,梁慧星认为:“中国实际上没有行政协议,有也只在部分领域。”<sup>[2]</sup>。

公法行为说。行政法学界普遍认为行政协议不同于民事合同。虽然签订协议实现以柔性协商代替单方强制,但是签订及履行仍具有行政权属性<sup>[3]</sup>。如政府与社会资本签订及履行特许经营协议时,往往处于主导地位。

比较分析说。大多数学者认为行政协议是混合契约。许多行政协议兼具公法与私法属性<sup>[4]</sup>。尽管具有行政性,但实质特征是合意与平等<sup>[5]</sup>。其本质建立在协议双方达成一致的意思表示基础之上<sup>[6]</sup>。司法实践中亦有法官对此表示赞同,基于行政协议的混合属性,可适用相关民事法律规范判断其效力<sup>5,6</sup>。

行政协议兼具公法、私法性质的双重特性是学术界和实务界逐渐发展壮大主流观点。

### 2.2. 行政协议的双重属性

行政协议属于混合契约,既包含公法上的权力与义务,又包含私法上的权利与义务,二者结合才可准确界定协议双方权利义务关系。若认为其属于民事合同,则仅片面看到了协议双方平等协商,未重视行政优益权在履行过程中发挥的作用;若将其完全纳入公法领域,则又忽略了行政机关在社会治理过程中追求的平等协商、柔性治理目的,可能带来行政优益权不断膨胀的后果。司法实务案件亦认可行政协议的双重性。部分法院认可行政协议的行政性,认为出于公共利益考量行使优益权是行政协议与民事合同的根本区别<sup>7</sup>。部分法院认为行政协议不是完全由行政机关单方决定,允许当事人协商<sup>8</sup>。

## 3. 行政协议纠纷可适用仲裁的比较法研究

有学者提出:“我国行政法律应当允许行政协议约定仲裁条款”。许多学者认为行政协议中民事性质的条款可以适用仲裁程序,不应将仲裁程序排除在纠纷解决范围之外,德国双阶理论及法国法律演变

<sup>4</sup>北京市第四中级人民法院(2022)京04民特275号民事裁定书。

<sup>5</sup>范凯因诉太和县城关镇人民政府、太和县人民政府行政协议案,最高人民法院(2017)最高法行申2289号行政裁定书。

<sup>6</sup>河南新陵公路建设投资有限公司与辉县人民政府管辖裁定书,最高人民法院(2015)民一终字第244号。

<sup>7</sup>北京市第一中级人民法院(2019)京01行终73号行政判决书。

<sup>8</sup>辽宁省锦州市中级人民法院(2018)辽07行终180号行政判决书。

提供了可行思路。

### 3.1. 德国：双阶理论

起源于德国的双阶理论,它将政府救济性补贴分为决定阶段和提供阶段,分别适用公法与私法[7]。根据合同的具体内容界定,若某 PPP 协议属于民事合同,则可仲裁[8]。若行政相对人违约,优先适用仲裁方式解决。行政机关违约时,若公共部门单纯不履约或不符合约定,可通过仲裁方式解决;若以行政权作为后盾,则不可诉诸仲裁[9]。德国的双阶理论依据行政协议的具体内容与履行阶段等,采用不同的纠纷解决方式,为我国行政协议纠纷可分阶段适用仲裁制度提供合理思路。

### 3.2. 法国：由严至宽

法国最早禁止行政协议约定仲裁。禁止公法人规避法院管辖权而诉诸仲裁是基本原则[10]。随着公共行政模式的演变,单边主义逐步变成合作行政,立法将政府采购合同、PPP 协议等引发纠纷纳入可仲裁的范围。以 PPP 协议为例,允许采取仲裁途径解决纠纷,但要求双方当事人必须事先在协议中约定纠纷预防与解决方式。因此,我国行政协议纠纷可适用仲裁程序应当以约定为前提,无约定则不可适用。

综上所述,各国关于行政协议纠纷属性界定及能否适用仲裁程序各不相同,后者以前者为基础。前述经验均为我国行政协议纠纷可适用仲裁程序解决提供可参考的思路。

## 4. 行政协议纠纷适用仲裁的正当性

行政协议作为公私合作促进社会公共事务发展的方式,具有高效性、资源整合的优势。除非法律禁止行政协议,否则可适用至所有领域[11]。我国行政诉讼制度在基本保留“民告官”的基本框架下,应当允许行政协议通过仲裁的方式解决,一方面可以丰富行政主体的救济途径,另一方面也可以一种更为平和的方式解决问题[12]。

### 4.1. 仲裁制度具有其自身优势

首先,当事人拥有极大的意思自治自由。其次,仲裁往往更具专业性与自由性。当事人可自主选择各领域专家担任案件仲裁员,亦可选择审理方式、审理地点等,更有利于解决复杂的行政协议纠纷。再次,仲裁可保障行政机关在相对人违约时的权益。传统行政诉讼中仅有民告官,但契约中任何一方因履行而产生的纠纷均可诉诸法院[13]。因相对人不履行协议引发争议,行政机关可提起仲裁,相较于行政机关在相对人不复议、不诉讼的前提下可申请法院强制执行更加高效。最后,仲裁原则上不公开进行更有利于保护企业商业秘密,更能推动民间资本与行政机关签订行政协议。

### 4.2. 纠纷解决机制多元化可化解司法重负

在案多人少的情况下,法院行政审判面临巨大压力。近 5 年,全国法院共审理行政协议诉讼约 85,000 余件,行政协议诉讼案件数量庞大。因此,探寻解决行政协议纠纷的新路径将减少行政审判的压力,更快速高效的促进纠纷化解,建设服务型政府,仲裁制度具有的明显优势有利于解决行政协议纠纷。

### 4.3. 纠纷可适用仲裁具有制度空间

一方面,《仲裁法(征求意见稿)》第 2 条删除平等主体,相关法律也缩小行政协议不可仲裁的范围。另一方面,理论界揭示出行政协议法律关系具有公私法的复合性,让行政协议纠纷分别适用不同性质的法律规范成为可能。

适用仲裁途径解决行政协议纠纷可保障双方平等地位;其专业性、灵活性等优势可推进民营资本参



与社会治理领域；新的权利救济途径能够减轻法院案多人少的负担。行政协议具有双重属性，应当据此界定行政协议纠纷适用仲裁的标准，并进一步完善行政协议纠纷适用仲裁的路径。

## 5. 行政协议纠纷适用仲裁制度的完善路径

行政协议中民事性质的条款可以适用仲裁程序，不应将仲裁程序排除在纠纷解决范围之外。但是应当严格区分行政协议争议条款的性质，在此基础上界定仲裁程序适用的标准，同时应完善仲裁机构的设置。

### 5.1. 优化仲裁机构的设置

有人主张由行政机关内部机构充当仲裁机构<sup>[14]</sup>。有人认为仲裁机构应为独立个体，但是应设立内部专门小组处理行政协议纠纷。笔者赞同第二种观点。仲裁机构本是独立于行政机关的机构，其因具有独立性进而能够保障纠纷解决具有公正性与权威性，应当广泛吸纳各个领域专家，优化仲裁机构设置，发挥仲裁制度灵活性、专业性优势。

### 5.2. 明晰行政协议纠纷适用仲裁的标准与范围

梳理行政协议纠纷可适用仲裁的界定标准至关重要。通常认为行政协议由完全平等协商条款、完全行政职权条款和前两者混合的行政优益权条款构成。除完全行政职权条款外，其余两类条款均可适用仲裁程序解决纠纷。

#### 5.2.1. 混合性质的纠纷分情况适用

首先，从签订协议的目的入手判断；其次，从行政机关作为协议签订的主体是否是因履行行政职权而签订而判断；再次，从协议的核心条款是否具有行政性及权利义务具体内容入手；最后，在合理区分行政协议条款性质的基础上，判断争议条款性质。若为公私混合性质的争议且不可分，则此时不适用仲裁；反之则可适用仲裁。

#### 5.2.2. 完全民事性质的纠纷可适用仲裁

仲裁作为非诉讼解决争议的路径，前提是尊重双方当事人意思自治。行政协议引发的完全民事性质争议，若协议双方约定仲裁，则可以仲裁。实践中法院审理亦认可行政协议中民事条款引发纠纷可适用仲裁<sup>9</sup>。主要理由有以下三点：

争议未侵害公共利益。行政机关与相对人发生争议时，若行政协议产生争议的部分为私法争议，并不涉及公共利益。

争议主体双方地位平等且意思自治。例如行政机关与相对人订立民事合同，双方处于平等地位，在平等协商基础之上达成合意，行政机关在合同履行中未行使行政优益权。

争议内容为经济属性。政府在社会资源配置过程中为节省人力、物力、财力，同私主体达成合意后签订协议，是一种市场经济行为，引发的争议为经济属性，可用财产补偿方式解决。

#### 5.2.3. 完全行政性质的纠纷不适用仲裁

首先，公法争议不具有和解基础。行政机关因行使行政权与相对人发生争议，其对该争议并无处分权，由于涉及到行政管理职能的行使，因此不可适用仲裁这种柔性协调的方式。其次，若行政机关与相对人产生完全行政性质的争议，此时行政机关采取仲裁方式解决争议，不利于相对人行使行政监督权。

<sup>9</sup>福州凤凰房屋征收工程处、福州恒兴滨海置业有限责任公司等申请确认仲裁协议效力案，厦门市中级人民法院(2016)闽02民特52号。

行政行为都应当受到公众监督,唯有此才可以避免行政机关与私主体恶意串通损害国家、社会公共利益的行为发生。因此,行政机关行使行政权引发的非涉及财产且有可能损害公共利益的争议,不能适用仲裁程序。

## 6. 结语

在建设服务型政府的过程中,采取行政协议方式代替行政行为是一种更加柔性的方式,有利于更好地发挥行政管理与公共服务职能。比较法角度来看,法德等国规定行政协议可以适用仲裁,但是对范围有所限制。行政协议兼具行政性与协议性特点,因此对于行政协议中涉及民事争议的条款或部分,应当允许行政机关与当事人约定仲裁,进而减少法院诉讼负担,也可更高效地解决纠纷;行政协议中完全行政性质的条款应当禁止约定仲裁,以防止公权力滥用。同时,行政机关在当事人不履行时,针对民事争议可依约定提起仲裁,有利于实现公共利益的最大化。行政协议纠纷可以仲裁,应采取在仲裁庭设置专门行政仲裁部门,让更加专业的人进行裁决。

## 参考文献

- [1] 余凌云. 行政契约论[M]. 北京: 清华大学出版社, 2021: 14.
- [2] 壬子. 梁慧星: 中国统一合同法的起草与论证[J]. 中国律师, 1998(1): 65-68.
- [3] 王学辉. 行政何以协议: 一个概念的检讨与澄清[J]. 求索, 2018(2): 118-128.
- [4] [日]南博方. 行政法[M]. 第6版. 杨建顺, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 81.
- [5] 于鹏. 行政协议纠纷适用仲裁研究[J]. 清华法学, 2022, 16(5): 55-71.
- [6] 江必新. 中国行政合同法律制度: 体系、内容及其构建[J]. 中外法学, 2012, 24(6): 1159-1175.
- [7] 欧阳君君. 自然资源特许使用协议的性质认定——基于对双阶理论的批判性分析[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2015, 15(4): 35-45.
- [8] 曹书. 德国公私合作(PPP)立法模式研究[J]. 黄河科技大学学报, 2017, 19(6): 117-123.
- [9] 尹少成. PPP 协议的法律性质及其救济——以德国双阶理论为视角[J]. 政法论坛, 2019, 37(1): 85-98.
- [10] 张莉. 谈法国行政协议纠纷解决[J]. 人民司法(应用), 2017(31): 30-34.
- [11] 梁凤云. 行政协议的界定标准——以行政协议司法解释第1条规定为参照[J]. 行政法学研究, 2020(5): 3-12.
- [12] 吕立秋. 行政协议的纠纷解决路径与思考[J]. 中国法律评论, 2017(1): 66-70.
- [13] 余凌云. 论对行政契约的司法审查[J]. 浙江学刊, 2006(1): 139-144.
- [14] 孙海涛, 王星月. 行政协议的救济困境与化解路径[J]. 行政与法, 2022(9): 112-119.