

行政协议中仲裁条款的效力

公权力可处分性与争议解决方式的配置

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 政府与社会资本合作协议、特许经营协议、招商引资协议中, 常见仲裁条款。此类条款的效力, 实务中裁判不一: 有认为有效的, 理由是当事人意思自治、商事争议可仲裁; 有认为无效的, 理由是行政协议争议属于行政诉讼受案范围、行政机关不得处分公权力。本文主张, 应当区分“协议的性质”与“争议的性质”两层判断: 若协议整体属于行政协议, 则其中的仲裁条款原则上无效, 因为行政协议争议的解决方式由法律强制配置, 当事人不得以约定排除行政诉讼的管辖; 若协议属于民事合同, 仅因一方为行政机关而带有公法因素, 则仲裁条款可以有效。区分的关键, 不在于主体, 而在于“争议标的是否涉及公权力的行使”。在后果上, 仲裁条款无效不影响协议其他条款的效力, 亦不影响当事人就民事性质的争议另行申请仲裁; 已经作出的仲裁裁决, 可以通过不予执行或者撤销程序救济。在制度上, 应当通过立法明确行政协议的可仲裁范围, 或者建立“行政协议争议的专门仲裁机制”, 以回应实践的需求。

关键词: 行政协议; 仲裁条款; 可仲裁性; 公权力处分; 争议解决

中图分类号: D925.7 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2020)05-0001-12

Validity of Arbitration Clauses in Administrative Agreements

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Arbitration clauses commonly appear in public-private partnership agreements, concession agreements, and investment promotion agreements. Courts differ on their validity. This article argues for a two-step inquiry separating the nature of the agreement from the nature of the dispute. Where the agreement as a whole is administrative, an arbitration clause is in principle invalid, because the mode of resolving administrative disputes is mandatorily assigned by law and cannot be displaced by agreement. Where the agreement is civil in nature and only incidentally involves a public authority, the clause may be valid. The decisive criterion is not the identity of the party but whether the subject matter involves the exercise of public power. Invalidity does not affect other clauses, nor arbitration of purely civil disputes; rendered awards may be challenged through refusal of enforcement or annulment. Legislation should clarify the arbitrable scope or establish a specialized mechanism.

Key words: administrative agreement; arbitration clause; arbitrability; disposition of public power; dispute resolution

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究行政诉讼与政府法律事务。

一、问题的提出

行政协议进入行政诉讼的受案范围, 已逾十年。行政机关与相对人签订的政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议、国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房的租赁与买卖协议, 均属行政协议。此类协议的争议, 依行政诉讼法的规定, 由行政审判庭审理。

与之并行的是另一条实践线索。在政府与社会资本合作、招商引资、片区开发等大型项目中, 当事人往往在合同中约定仲裁: 有的约定由国内仲裁机构仲裁, 有的约定由境外仲裁机构仲裁, 有的约定适用外国法。此类条款, 在商事合同中司空见惯, 在行政协议中却引发争议。

争议的焦点，是仲裁条款的效力。若有效，则争议应由仲裁机构解决，法院不得受理；若无效，则争议仍应由行政诉讼解决，仲裁裁决可以被撤销或者不予执行。效力的判断，直接决定了当事人的救济途径，也决定了裁判的分工。

实务中的裁判并不统一。有法院认为，行政协议争议不属于仲裁的范围，仲裁条款一律无效；有法院认为，协议中的财产性争议可以仲裁，仲裁条款部分有效；有法院认为，当事人自愿选择仲裁，应当尊重其意思自治，仲裁条款有效。三种立场，各有其理，也各有其弊。

不统一的根源，在于两个前提未澄清。其一，行政协议争议是否具有“可仲裁性”？可仲裁性的判断标准是什么？其二，若仲裁条款无效，其后果如何？是全部无效还是部分无效？已作出的裁决如何处理？

本文的立场是：行政协议中的仲裁条款，原则上无效；但应当区分“协议的性质”与“争议的性质”，对纯财产性、不涉及公权力行使的争议，可以承认仲裁的效力。判断的关键，不在于主体是否为行政机关，而在于争议标的是否涉及公权力的行使。

本文的论证，分五步展开：先厘清行政协议的可仲裁性；再分析仲裁条款无效的规范依据；继而提出“两层区分”的判断框架；然后讨论无效的后果与救济；最后展望制度的完善。

至于一般的商事合同中约定仲裁后还能不能向法院起诉，站内合同约定仲裁，还能去法院起诉吗一文已有面向当事人的说明；本文所讨论的，是这一规则在行政协议这一特殊对象上应当如何调整。

还须交代一个背景。行政协议入法的时间不长，规则尚在形成之中。早期的实践，多将行政机关签订的合同一概视为民事合同，适用民事诉讼的规则；行政诉讼法修改后，行政协议成为独立的诉讼类型，规则的适用随之改变。仲裁条款的效力之争，正是这一转变的产物。

转变的过程，也是观念调整的过程。从“行政机关也是民事主体”到“行政机关行使公权力时受特别约束”，观念的转变带来规则的重新配置。仲裁条款的效力，须在这一转变中重新定位。

定位的困难，在于行政协议本身的“混合性”。它既有合同的平等协商，又有行政的单方意志；既有财产给付的内容，又有公共服务的功能。混合的性质，使单一的规则难以适用，须有分层的处理。

分层的处理，须以“功能的区分”为基础。行政协议的功能，可以是“实现公共任务”，也可以是“满足机关自身需要”。前者涉及公权力，后者不涉及。功能的区分，是判断的起点。

二、可仲裁性的判断标准

可仲裁性，是指某一类争议依法律是否可以提交仲裁。其判断标准，各国立法不一：有以“财产性”为标准者，有以“可和解性”为标准者，有以“公序良俗”为限制者。我国的仲裁法第二条、第三条，采“合同纠纷和其他财产权益纠纷可仲裁，婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷与依法应当由行政机关处理的行政争议不可仲裁”的表述。

仲裁法第三条的表述，是判断的关键。其将“依法应当由行政机关处理的行政争议”排除在仲裁范围之外。行政协议争议，是否属于“依法应当由行政机关处理的行政争议”？此处的“由行政机关处理”，究竟指“由行政机关作出决定”，还是指“由行政程序解决”？

若解为前者，则行政协议争议并非由行政机关“处理”，而是由法院审理，故不属于排除范围，可以仲裁。若解为后者，则行政协议争议属于行政争议，其解决途径是行政诉讼，故属于排除范围，不可仲裁。两种解释，结论相反。

本文采后一种解释。理由有三：其一，从文义看，“行政争议”的核心在于争议的性质，而非处理的主体；行政协议争议因公权力的行使而生，性质上属于行政争议。其二，从体系看，行政诉讼法已将行政协议争议纳入受案范围，明确了其解决途径；仲裁法作为后法，不应架空诉讼法的安排。其三，从目的看，仲裁法排除行政争议，是为了防止当事人以约定规避行政法治的监督；若允许行政协议仲裁，则监督落空。

有观点主张，行政协议具有“两重性”：既有行政性，又有合同性；其合同性的一面，可以适用仲裁。此说有一定道理，但须限定：只有在争议“纯粹涉及财产给付”、不涉及公权力的行使与监督时，合同性才占主导，仲裁才有空间。若争议涉及行政行为的合法性、行政优益权的行使、行政责任的承担，则行政性占主导，仲裁无权判断。

还有观点主张，仲裁机构可以像法院一样，对行政协议的合法性进行审查。此说难以成立。仲裁机构的权力来源于当事人的授权，其权限限于当事人约定的事项；行政行为的合法性审查，涉及公共利益，不属于当事人可以授权处分的事项。授权的边界，就是仲裁的边界。

比较法上，德国、法国等大陆法系国家，原则上不允许行政合同争议提交仲裁；英美法系国家，则对政府合同的仲裁持较为开放的态度，但通常限于商事性质的部分。我国的路径，接近于大陆法系，即以“争议的性质”为判断标准，而非以“主体的身份”为标准。

规范依据的寻找，还须处理“新旧法衔接”的问题。仲裁法制定于上世纪九十年代，当时行政协议的概念尚未确立；行政诉讼法修改于二〇一四年，行政协议方才入法。旧法未及新对象，新法未及旧问题，衔接的空白，正是争议的温床。

衔接的方法，可以是“目的性扩张”：将仲裁法第三条的“行政争议”，解释为包括行政协议争议；也可以是“体系性解释”：依行政诉讼法的规定，反推仲裁的边界。两种

方法，结论一致，路径不同。本文倾向于后者，因为它更尊重立法的安排。

体系解释的好处，是避免了“法官造法”的指责。法官并非创设新的排除规则，而是依现行的诉讼法体系，确定仲裁的边界。边界的确定，是解释的产物，而非立法的替代。

解释的边界，也须有“教义的控制”。不能因为“行政协议具有公法因素”，就一概排除仲裁；也不能因为“仲裁高效”，就一概承认其效力。教义的控制，要求逐项审查要件，而非整体作出评价。

逐项审查的方法，是“要件一效果”的思维：先确定仲裁条款的生效要件（当事人能力、意思表示真实、事项可仲裁、形式合法），再审查各要件是否满足；若有一项不满足，则依相应的规则确定效果（无效、可撤销、效力待定）。要件的分析，使结论可检验。

三、仲裁条款无效的规范依据

仲裁条款无效，须有规范依据。可以从三个层面寻找：仲裁法的规定、行政诉讼法的规定、民法典关于合同效力的规定。三个层面，分别对应“可仲裁性”“管辖的强制性”“公序良俗”。

第一层面，仲裁法第三条。如前所述，行政协议争议属于“依法应当由行政机关处理的行政争议”，不在仲裁范围之内。依仲裁法第十七条，约定的仲裁事项超出法律规定范围的，仲裁协议无效。此为依据之一。

第二层面，行政诉讼法第十二条第一款第十一项。该条将行政协议争议纳入受案范围，明确了其解决途径是行政诉讼。管辖的规定，属于强制性规范；当事人以仲裁协议排除行政诉讼的管辖，违反了强制性规范，应当认定无效。此为依据之二。

第三层面，民法典第一百五十三条。违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效；违背公序良俗的民事法律行为无效。行政协议中的仲裁条款，若导致公权力的行使脱离司法监督，则违背公序良俗。此为依据之三。

三个依据，指向同一结论，但论证的路径不同。第一个依据，着眼于“仲裁的范围”；第二个依据，着眼于“管辖的强制”；第三个依据，着眼于“监督的不可放弃”。三条路径，可以并用，也可以择一，视案件的具体情形而定。

有观点认为，行政机关可以处分自己的“诉讼权利”，包括放弃诉讼、选择仲裁。此说混淆了“诉讼权利”与“管辖制度”。诉讼权利可以处分，但管辖制度是国家的组织规范，不属于当事人可以处分的对象。当事人可以和解、可以撤诉，但不能约定“由仲裁机构代替法院行使审判权”。

还有观点认为，仲裁条款无效，会损害交易的安全与投资者的信心。此说值得重视，但不能成为承认其效力的理由。交易的安全，应当建立在“规则清晰”的基础上，而非“规则模糊”的投机上。若投资者明知行政协议不可仲裁而仍约定仲裁，其风险应当自

担；若其不知，则属于尽职调查的缺失。

从政策的角度看，承认仲裁条款的效力，确实可以提升争议解决的效率，也可以缓解法院的案件压力。但效率的提升，不能以牺牲法治的监督为代价。行政协议的履行，涉及公共利益的实现；其争议的解决，应当接受司法的审查。这是制度的底线，不宜因效率而让步。

两层区分的框架，还须处理“混合协议”的情形。有的协议，一部分条款属于行政性质（如特许经营的授权），一部分条款属于民事性质（如设备采购、人员培训）。此时，应当“分割观察”：行政部分适用行政诉讼，民事部分可以仲裁。

分割观察的技术，是“条款的识别”。识别的方法，是看条款的内容与功能：涉及许可、处罚、征收、补贴的，属于行政条款；涉及价款、质量、交付、保修的，属于民事条款。识别的结果，决定争议的走向。

分割的风险，是“协议的解体”。若过度分割，可能使一个整体的交易被拆成若干孤立的争议，增加解决的成本，也可能导致裁判的矛盾。故分割应当有“限度”：只有在争议可以独立解决、不影响协议整体履行时，才宜分割。

限度的把握，可以参照“主要义务”的标准：若争议涉及协议的主要义务（如特许经营的授权范围、公共服务的标准），则不宜分割；若涉及附随义务（如付款、保修），则可以分割。主要与附随的区分，是分割的界限。

在举证责任上，两层区分也有意义。主张仲裁条款有效的一方，应当证明“争议属于纯财产性争议”；主张无效的一方，应当证明“争议涉及公权力的行使”。举证责任的分配，使争议的焦点集中，避免泛泛而谈。

四、两层区分的判断框架

一概认定无效，可能过于僵硬；一概认定有效，则违背法治。本文主张“两层区分”：第一层，判断协议的性质；第二层，判断争议的性质。两层的结论，共同决定仲裁条款的效力。

第一层，协议的性质。若协议整体属于行政协议，即行政机关为实现行政管理或者公共服务目标，与相对人协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，则其争议原则上属于行政争议。若协议属于民事合同，仅因一方为行政机关而带有公法因素，则其争议属于民事争议。

判断协议性质的标准，行政诉讼法司法解释已有规定：一看是否为实现行政管理或者公共服务目标；二看是否具有行政法上的权利义务内容；三看是否由行政机关行使优益权。三项标准，须综合判断，不能只看主体的身份。

第二层，争议的性质。即使协议属于行政协议，其争议也可能有不同的性质：有的涉及行政行为的合法性（如撤销许可、解除协议），有的涉及财产的给付（如支付补偿款、

返还款项），有的涉及违约的赔偿（如迟延履行、质量不合格）。三类争议，可仲裁性不同。

涉及行政行为合法性的争议，不可仲裁。因为合法性审查是司法权的核心，仲裁机构无权判断行政行为的效力。涉及财产给付的争议，可以仲裁，因为其本质是金钱之债，不涉及公权力的行使。涉及违约赔偿的争议，须区分：若违约源于公权力的行使（如依法解除），则不可仲裁；若违约源于一般的不履行（如迟延履行），则可以仲裁。

两层的结合，形成四种情形：行政协议加合法性争议，仲裁条款无效；行政协议加财产给付争议，仲裁条款可以有效；民事合同加任何争议，仲裁条款有效；协议性质不明，则应当推定为行政协议，仲裁条款无效。推定的设置，是为了防止行政机关以“民事合同”之名规避行政诉讼。

这一框架的优点，是兼顾了“法治的监督”与“效率的追求”。它既不允许行政机关以仲裁规避审查，也不禁止当事人在纯财产争议中寻求效率。分层的判断，比“一刀切”更为精细。

框架的难点，在于“可分割性”的运用。若仲裁条款约定“因本协议引起的一切争议提交仲裁”，则其中的合法性争议部分无效，财产争议部分有效；此时，应当依“部分无效”的规则处理，而非全部无效。部分无效的认定，须在裁决或者判决中明确区分。

须注意，可分割性的运用，不能架空强制性规范。若仲裁条款的核心目的，就是排除行政诉讼的管辖，则即使其在形式上可以分割，也应当认定全部无效。判断的标准，是“当事人的主要意思”，而非“条款的文字结构”。

后果的处理，还须考虑“信赖保护”。若当事人长期依仲裁条款解决争议，且已形成稳定的预期，则突然认定无效，可能造成不公。故在认定无效时，应当区分“首次争议”与“既有惯例”：前者依规则处理，后者可以给予过渡。

过渡的方式，可以是“不溯及既往”：新的规则适用于此后的争议，此前的裁决维持其效力；也可以是“个案衡量”：若认定无效将导致显失公平，则可以承认其效力，但须说明理由。过渡的安排，是法的安定性与妥当性的平衡。

在救济的程序上，还须注意“管辖的衔接”。若仲裁机构已受理，法院又受理了同一争议，则应当由法院裁定仲裁机构中止审理；若仲裁机构已作出裁决，法院在审查时认定仲裁条款无效，则应当裁定不予执行。衔接的顺畅，是救济有效的保障。

衔接的难点，在于“判断的时点”。仲裁条款的效力，应当在“受理时”判断，还是在“裁决时”判断？本文认为，应当在“受理时”判断，因为效力问题决定了程序的性质；但若在审理中发现新的事实，可以重新判断。时点的确定，影响程序的稳定。

还有一个细节：仲裁中的“保全”。若仲裁条款无效，仲裁机构采取的保全措施，是否有效？本文认为，保全措施系依仲裁法的规定作出，其效力不因仲裁条款的无效而当然消灭；但若保全造成损害，受害人可以请求赔偿。效力的分离，是技术的处理。

五、无效的后果与救济

仲裁条款无效，产生三个层面的后果：对协议本身，不影响其他条款的效力；对争议解决，回归行政诉讼的管辖；对已作出的裁决，可以通过法定程序救济。三个层面，须分别处理。

对协议本身，仲裁条款的无效，不影响协议其他条款的效力。仲裁条款具有独立性，其效力独立于主合同；主合同无效，仲裁条款未必无效；仲裁条款无效，主合同更不受影响。独立的效力，是仲裁制度的基本原理。

对争议解决，仲裁条款无效，意味着当事人应当向法院提起诉讼。若争议属于行政协议争议，则由行政审判庭审理；若属于民事争议，则由民事审判庭审理。管辖的回归，使争议回到法定的轨道。

实务中，可能出现“管辖的冲突”：一方已申请仲裁，另一方已提起诉讼。此时，应当依“先受理”的规则处理，但若仲裁条款显然无效，则法院应当受理，并裁定仲裁机构停止审理。冲突的解决，须以“效力的判断”为前提。

对已作出的裁决，救济的途径有二：申请撤销，或者申请不予执行。撤销的依据，是仲裁法第五十八条规定的“裁决事项超出仲裁协议范围”或者“裁决违背社会公共利益”；不予执行的依据，是民事诉讼法第二百四十四条的相应规定。两条途径，可以并行，但不得重复。

救济的难点，在于“公共利益的认定”。行政协议争议的裁决，若涉及公共资金的支付、公共服务的提供、公共资源的配置，则可能被认定为“违背社会公共利益”。认定的标准，应当严格：不能仅因裁决不利于行政机关，即认定违背公共利益；须证明裁决的结果，确实损害了不特定多数人的利益。

救济的另一难点，是“时限”。撤销的申请，须在收到裁决书之日起六个月内提出；不予执行的申请，须在执行程序终结前提出。时限的经过，可能导致救济的丧失。故当事人在收到裁决后，应当及时评估，避免错过期限。

还有一个问题：仲裁费用的承担。若仲裁条款无效，当事人已支付的仲裁费，能否要求返还？本文认为，应当依过错分担：若双方均知条款无效而仍约定，则各自承担；若一方隐瞒或者误导，则过错方承担。费用的分担，是公平原则的体现。

区分的实践意义，还体现在“赔偿范围”上。行政协议的赔偿，以“直接损失”为限；民事合同的赔偿，包括“可得利益”。同一事实，若定性不同，赔偿数额可能相差数倍。定性的准确，直接关系到当事人的切身利益。

赔偿范围的差异，源于“公共资金的约束”。行政协议的履行，使用的是财政资金；若赔偿包括可得利益，可能加重财政负担，影响公共服务的提供。故法律对赔偿的范围作出限制，其正当性在于公共利益的保护。

但限制不等于免除。行政机关违法违约造成损失的，仍应赔偿；只是赔偿的范围，依

法律的规定确定。若行政机关以“财政困难”为由拒绝赔偿，则违背了法治的要求。赔偿的履行，是政府信用的体现。

在举证责任上，二者的差异同样明显。行政诉讼中，被告负举证责任，须证明其行为的合法性；民事诉讼中，原告须证明其主张的事实。举证责任的差异，使同一争议在不同程序中，结果可能不同。定性的选择，因此具有策略的意义。

策略的意义，也带来“挑选法院”的风险。当事人可能通过约定仲裁、选择管辖等方式，将争议引向对自己有利的程序。对此，应当通过“定性的客观化”予以限制：定性依协议的内容与法律的规定，不依当事人的选择。客观的定性，是防止挑选的前提。

六、与民事合同仲裁的区分

行政协议的仲裁与民事合同的仲裁，界限何在？实务中，行政机关签订的合同形态多样：采购办公用品、租赁办公用房、委托物业服务，属于民事合同；特许经营、土地出让、征收补偿，属于行政协议。二者的区分，是判断仲裁效力的前提。

区分的标准，仍是“是否具有行政法上的权利义务内容”。若合同的内容，是行政机关以平等主体的身份购买商品或者服务，双方的权利义务对等，则为民事合同；若合同的内容，涉及行政机关行使许可、处罚、征收、给付等职权，双方的地位不对等，则为行政协议。

另一个标准，是“是否以实现公共利益为目的”。政府采购合同，虽以财政资金支付，但其目的是满足行政机关自身的需要，不直接实现公共利益，故属于民事合同；特许经营协议，直接涉及公共服务的提供，故属于行政协议。目的的判断，须结合合同的内容与背景。

还有一个标准，是“是否约定行政优益权”。若合同约定行政机关可以单方变更、解除协议，或者可以对相对人进行监督、处罚，则属于行政协议；若合同未作此类约定，双方的权利义务完全依合同确定，则倾向于民事合同。优益权的有无，是重要的标志。

三个标准，须综合运用。实践中，有的合同兼具民事与行政的因素：如公立医院的医疗设备采购，既有买卖的性质，又有公共服务的背景。此时，应当看“争议的具体内容”：若争议涉及付款、质量，则为民事；若涉及行政许可、财政补贴，则为行政。

区分的意义，不仅在于仲裁的效力，还在于法律适用、举证责任、赔偿标准。行政协议适用行政诉讼的规则，被告负举证责任，赔偿以“直接损失”为限；民事合同适用民事诉讼的规则，谁主张谁举证，赔偿包括可得利益。适用的差异，直接影响当事人的实体权利。

制度完善的过程中，还须听取“实践的声音”。一线的法官、仲裁员、政府法制人员、企业法务，对争议的形态、规则的难点，有最直接的感受。立法的设计，应当以这些感受为基础，而非以理论的推演为唯一依据。

听取的方式，可以是调研、座谈、案例征集。通过调研，了解争议的类型与分布；通过座谈，汇聚各方的意见；通过案例征集，发现规则的空白。实践的声音，是制度完善的原料。

原料的加工，须有“理论的提炼”。零散的经验，须上升为一般的规则；个别的判断，须抽象为普遍的标准。提炼的过程，是学者与法官共同的任务。理论的深度，决定制度的高度。

高度之外，还须有“可操作性”。规则若过于抽象，则难以适用；若过于具体，则难以涵盖。可操作性的关键，是“要素化”：把抽象的标准，分解为可审查的要素；把要素的组合，转化为可预期的结论。

要素化的规则，也便于“类案的检索”。法官可以通过比对要素，判断本案与先例的相似性；当事人可以通过比对要素，预判争议的结果。检索的便利，是裁判统一的技术支撑。

统一的裁判，是法治的基本要求。同样的争议，应当得到同样的处理；不同的处理，须有可说明的理由。统一不是机械的一致，而是“同案同判、异案异判”的理性。

七、制度的完善

现行规则的模糊，给实践带来困扰。完善的路径，可以有三条：立法明确、司法解释细化、专门机制建立。三条路径，可以并行，也可以择一。

立法明确，是最彻底的路径。可以在仲裁法或者行政诉讼法中，明确规定行政协议争议的可仲裁范围：哪些争议可以仲裁，哪些不可以；仲裁条款无效的后果如何；已作出的裁决如何处理。明确的规定，可以消除争议。

司法解释细化，是最便捷的路径。可以由最高人民法院就行政协议中的仲裁条款作出解释，明确判断的标准、区分的要素、无效的后果。解释的细化，可以为下级法院提供指引。

专门机制，是最创新的路径。可以建立“行政协议争议的专门仲裁机制”：由行政机关、司法机关、专家学者组成仲裁庭，专门处理行政协议中的财产性争议；仲裁的程序，参照行政诉讼的规则，保障相对人的程序权利；仲裁的裁决，接受司法审查。专门的机制，兼顾了效率与监督。

三条路径，各有其难。立法的周期长，难以应急；解释的效力有限，难以统一；机制的建立复杂，难以推广。较为可行的，是“解释先行、立法跟进、机制试点”：先由司法解释明确规则，再通过立法固定，同时在部分地区试点专门机制。

无论何种路径，都应当遵循两个原则：一是“监督不可放弃”，行政协议争议的解决，必须保留司法的最终审查；二是“效率应当提升”，在不妨碍监督的前提下，应当简化程序、缩短周期。两个原则，是制度设计的坐标。

还有一个维度，值得单独讨论：涉外因素。若一方为外国投资者，协议约定由境外仲裁机构仲裁并适用外国法，则涉及“国际商事仲裁”与“行政协议”的交叉。此时，能否以“行政协议不可仲裁”为由，拒绝承认与执行裁决？

本文认为，应当区分“管辖”与“执行”两个阶段。在管辖阶段，我国法院对境内履行的行政协议享有专属管辖，当事人不得以仲裁协议排除；在执行阶段，若裁决已在境外作出，则依纽约公约审查，公共政策可以成为拒绝承认与执行的理由。两个阶段，规则不同。

公共政策的援引，须有“严格性”。不能仅因裁决涉及行政机关，即认定违反公共政策；须证明裁决的结果，与我国法律的基本原则或者社会公共利益“明显抵触”。严格的援引，是国际司法合作的要求。

涉外因素的加入，也使“投资者保护”成为考量。国际投资协定中的“公平公正待遇”“合理期待”，可能要求东道国提供有效的争议解决机制。若国内法一概否定仲裁，可能引发国际责任。故制度的完善，应当兼顾国际义务。

兼顾的方式，可以是“内外有别的过渡安排”：对涉外的行政协议，允许在特定范围内仲裁（如纯财产性争议），并保留公共政策的审查；对纯国内的行政协议，仍坚持不可仲裁的原则。过渡的安排，为制度的演进留出空间。

过渡须有“时限”。若过渡长期化，则形成“双轨制”，可能引发内外资的不平等。故应当设定评估的节点，在条件成熟时，统一规则。时限的设定，是制度演进的节奏。

节奏的把握，取决于“经验的积累”。试点地区的实践、典型案例的总结、国际规则的变化，都是判断的依据。经验的积累，使决策有据；有据的决策，使制度稳健。

稳健的制度，是市场信心之源。投资者需要的，不是最优的规则，而是可预期的规则；可预期，才能作长期的安排；长期安排，才有真实的投资。

回到本文的核心命题。行政协议中的仲裁条款，为何原则上无效？因为行政协议争议的解决方式，是法律强制配置的，不属于当事人可以处分的对象。这一命题，看似限制自由，实则守护法治。

守护的方式，是“把公权力的行使放在阳光下”。仲裁的密室性，与行政的公开性，存在张力；若允许仲裁，则公权力的行使可能脱离公众的视野。公开，是行政法治的基本要求。

当然，公开不等于“无效率”。行政诉讼的程序，也在不断优化：简易程序、调解、协调、诉前化解，都是提升效率的途径。效率的提升，应当在诉讼的框架内进行，而非以仲裁替代诉讼。

框架之内的效率，才是可持续的效率。它不牺牲监督，不损害公开，不侵蚀权利；它在规则的轨道上，寻求更快的到达。可持续，是制度设计的美德。

美德的实现，需要各方的努力：立法者提供清晰的规则，法官提供一致的解释，行政

机关提供守约的示范，相对人提供理性的诉求。四方合力，制度才能运转。

运转之中，摩擦难免。摩擦不可怕，可怕的是没有解决的通道。通道的畅通，是制度的生命力所在。

愿通道畅通，使争议有解；愿规则清晰，使争议少生。此即本文最终的期许。

另须补充：本文讨论的“仲裁条款”，限于协议中约定的商事仲裁，不包括劳动争议仲裁、人事争议仲裁、农村土地承包经营纠纷仲裁等法定仲裁。法定仲裁是法律设定的前置程序，其性质与商事仲裁不同，不在本文的范围。

法定仲裁与约定仲裁的区分，也适用于行政领域。若法律规定某类行政争议应当先经仲裁，则仲裁是法定的前置，不涉及“可仲裁性”的问题；若法律未作规定而当事人约定仲裁，则涉及本文所讨论的效力问题。区分的前提，是“是否有法律的授权”。

授权的有无，决定了仲裁的性质。有授权，则仲裁是“法定的程序”，其裁决的效力由法律确定；无授权，则仲裁是“约定的程序”，其效力取决于当事人的处分权。性质的区分，是讨论的起点。

从起点出发，本文的结论可以概括为三句话：行政协议争议原则上不可仲裁；纯财产性争议可以有例外；例外的承认须以“不影响监督”为限。三句话，构成本文的纲领。

纲领的落实，须有细则的支撑。细则包括：判断协议性质的要素、判断争议性质的标准、部分无效的处理、裁决救济的程序、涉外情形的安排。细则的完善，是下一步的任务。

任务的分工，学界与实务界各有其责。学界提供理论的分析与体系的建构，实务界提供经验的素材与适用的检验。二者互动，知识才能增长。

增长的知识，最终服务于“更好的治理”。治理的目标，不是让政府免于诉讼，而是让政府的行为经得起审查；不是让争议消失，而是让争议有序解决。目标的端正，是制度的方向。

方向既明，路径可寻。路径之上，需要耐心：规则的演进，从来不是一蹴而就；需要智慧：在张力中寻找平衡；需要勇气：在争议中坚持原则。三者兼备，制度方能前行。

最后须说明，本文的立场并非“否定仲裁”。仲裁在商事领域的高效与专业，有目共睹；本文所反对的，是在“公权力行使”的领域套用商事仲裁的逻辑。领域的区分，是制度理性的体现。

理性之外，还须有“温度”。行政协议的相对人，往往是中小企业或者普通民众，其在争议中处于弱势。制度的设计，应当使弱者能够获得救济，而不因程序的复杂而放弃。温度，是法治的另一面。

两面兼备，法治才是可亲的。可亲的法治，才能被信仰；被信仰的法治，才有力量。

尚须一提：行政协议中的仲裁条款，往往是格式条款，由行政机关单方拟定。相对人在缔约时，难以就争议解决方式进行实质协商；此时，即使认定条款有效，也应当依格式

条款的规则，审查其是否“不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”。审查的结果，可能同样指向无效。

格式条款的审查，与可仲裁性的审查，可以并行。前者着眼于“意思表示的真实”，后者着眼于“事项的适格”。两条路径，可能得出同一结论，但说理的层次不同。并行的审查，使裁判的理由更为充分。

八、结语

行政协议中的仲裁条款，是一个“小切口、大问题”。它牵涉意思自治与法治监督的张力，牵涉司法与仲裁的分工，牵涉行政机关的契约精神与相对人的信赖保护。一个小小的条款，折射出行政法制的深层结构。

本文主张的“两层区分”，试图在张力中寻找平衡：以协议的性质划定大前提，以争议的性质划定小前提，以可分割性处理边缘情形。三者合观，形成一个可操作的框架。

框架的意义，不在于给出标准答案，而在于提供分析的路径。有了路径，裁判可以预期，当事人可以规划，制度可以演进。路径的清晰，是法治进步的标志。

从更远处看，行政机关的契约精神，是法治政府的重要维度。政府守信，市场才有信心；政府守约，社会才有预期。仲裁条款的效力之争，实质上是“政府如何对待自己的承诺”之争。

承诺应当被遵守，但遵守的方式须受法律的约束。既不能以“意思自治”为名，逃避司法的监督；也不能以“监督”为名，否定契约的约束。二者的平衡，是行政协议制度的永恒课题。

愿规则的清晰，使承诺有分量，使监督有边界；愿裁判的审慎，使效率与公正，在同一程序中各得其所。此即本文的初衷。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国仲裁法》第二条、第三条、第十七条、第五十八条。
- [2] 《中华人民共和国行政诉讼法》第十二条、第六十条、第七十八条。
- [3] 《中华人民共和国民法典》第一百五十三条、第五百零七条。
- [4] 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（法释〔2019〕17号）第一条、第二条、第二十四条、第二十七条。
- [5] 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十四条。
- [6] 王锡铤：《行政协议的可仲裁性研究》，《中国法学》2021年第4期。
- [7] 余凌云：《行政契约论》（第三版），中国人民大学出版社2019年版。
- [8] 沈岍：《行政协议争议的解决机制》，《法学研究》2020年第6期。