



## 论 PPP 项目合同纠纷的可仲裁性

秦红嫚,何紫微

(浙江理工大学法政学院,杭州 310018)

**摘要:** PPP 项目是促进经济发展的重要手段,但是近年来对于签订 PPP 项目的合同纠纷采取何种解决方式仍存在争论。关于 PPP 项目合同纠纷在国际商事中是否具有可仲裁性,我国现行的法律法规尚未明确规定,且司法实践中法院对 PPP 项目合同性质及纠纷类别的认定标准亦存在差异,通常会忽视该类合同纠纷的特殊性,进而造成难以执行仲裁裁决和无法保护社会资本方的利益等困境。PPP 项目合同兼具民事性质和行政性质的双重属性,且因其产生的纠纷符合可仲裁性标准,即合同主体在履行合同过程中具有平等性,合同纠纷性质具有财产性,这些符合可仲裁性的标准。

**关键词:** PPP 项目;合同性质;合同纠纷;可仲裁性;当事人合意;公共利益

**中图分类号:** D997

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1673-3851(2023)12-0718-10

## The arbitrability of PPP project contract disputes

QIN Hongman, HE Ziwei

(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** PPP projects are an important means of promoting economic development, but in recent years, there has been ongoing debate about how to resolve contract disputes that arise during the operation of such projects. Regarding whether PPP project contract disputes have arbitrability in international business, the current laws and regulations in China has no clear stipulation, and there are differences in the standards for determining the nature of PPP project contracts and dispute categories in judicial practice. Typically, the unique nature of such contract disputes is often overlooked, leading to difficulties in enforcing arbitration awards and protecting the interests of social capital providers. PPP project contracts have a dual nature, combining civil and administrative characteristics, and the disputes that arise from them meet the arbitrability standards, namely, the equal relationship between the contract parties in the contract performance process and the financial nature of the contract disputes, which align with the criteria for arbitrability.

**Key words:** PPP project; the nature of the contract; contract dispute; arbitrability; party consensus; public interest

政府和社会资本合作模式(Public-Private Partnership),又称 PPP 模式,指在公共基础建设领域,政府选择具有投资、运营管理能力的社会资本,

双方平等协商并通过订立合同作出多元化安排,促进政府和市场的协同治理<sup>①</sup>。在这种模式下,各国政府赋予项目特权,如征收、出资、以适中或象征性

收稿日期:2023-09-15

基金项目:国家社会科学基金青年项目(18CFX085);中国博士后科学基金面上资助项目(2018M641898);浙江理工大学基本科研业务费专项资金资助项目(23256013-Y)

作者简介:秦红嫚(1988—),女,江苏徐州人,副教授,博士,主要从事国际私法、涉外家事法、国际民商纠纷解决机制方面的研究。

① 《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》提到:“政府和社会资本合作模式是公共服务供给机制的重大创新,即政府采取竞争性方式择优选择具有投资、运营管理能力的社会资本,双方按照平等协商原则订立合同,明确责权利关系,由社会资本提供公共服务,政府依据公共服务绩效评价结果向社会资本支付相应对价,保证社会资本获得合理收益。”

的价格提供场地、公共融资组织提供低息贷款、给予财政优势和限制竞争者数量等,都具有强烈的公共属性<sup>[1]</sup>。目前该模式包括BT、BOT、BOOT、PFI、BTO、ROT等。PPP项目合同就是随着这种合作模式应运而生的特殊合同类型。正是由于其涉及行政及公共利益,该类合同纠纷的解决会遇到传统审慎的可仲裁性标准、法治漏洞等问题,进而限制了仲裁在PPP项目合同纠纷解决中的发展。

对于纠纷的可仲裁性问题,无论是理论界还是实务界均有所关注。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》和《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称1958年《纽约公约》)中将可仲裁性定义为:某项纠纷可以(capable of)由仲裁进行解决,而非由法院专属管辖<sup>[2]</sup>。此外,有些国家根据纠纷的类型规定了可仲裁性问题,如证券交易、知识产权争议、劳动争议和反托拉斯法请求权方面的争议<sup>[3]</sup>。还有些国家从承认与执行仲裁裁决、司法审查等方面规定了可仲裁性问题,但未明确规定PPP项目合同纠纷的可仲裁性问题。国外理论界的讨论已经不局限于事项是否具有可仲裁性,而是扩展到有关仲裁制度的实践和构建。国内学者则多侧重分析和研究PPP项目合同的性质<sup>[4]</sup>、法律适用<sup>[5]</sup>和解决纠纷方式<sup>[6]</sup>等问题,如从经济法的角度看待PPP项目合同纠纷应当适用公法还是私法,或者应如何构建PPP项目合同纠纷的解决机制,而少有探究此类合同纠纷的可仲裁性问题的研究成果。

实践中,法院对于PPP项目合同纠纷是否具有可仲裁性态度各异。争议事项的可仲裁性直接影响仲裁委员会对仲裁案件的管辖权和仲裁协议或条款的有效性,如果仲裁协议涉及的事项依据有关国家的法律不能成为仲裁对象的,则该仲裁协议或条款无效。根据无效仲裁协议或条款作出的仲裁裁决,可以被该国法院予以撤销或者拒绝承认和执行<sup>[7]</sup>,这反而会增加法院对仲裁的不信任。基于此,本文通过梳理PPP项目合同纠纷的可仲裁性的实践,围绕此类合同的性质、纠纷类型等问题,结合PPP项目合同特殊性质的不同学说、可仲裁范围、以仲裁解决合同纠纷的障碍及原因,从可仲裁性的标准及仲裁解决此类纠纷的价值方面论证PPP项目合同纠纷具有可仲裁性的可行性。

## 一、PPP项目合同纠纷可仲裁性的实践考察

为更加全面考察国际商事仲裁是否可以解决PPP项目合同纠纷,本文在威科先行·法律信息库

中以“PPP项目合同性质、仲裁”为关键词,共检索出裁判文书274份,其中以行政纠纷为案由的裁判文书16份,以民事纠纷为案由的裁判文书257份<sup>①</sup>。根据法院的裁判结果及裁判逻辑,法院是否支持PPP项目合同纠纷具有可仲裁性的实践可分为承认PPP项目合同纠纷具有可仲裁性、否认PPP项目合同纠纷具有可仲裁性、根据PPP项目合同中具体纠纷的性质决定是否具有可仲裁性三类。

### (一)承认PPP项目合同纠纷可仲裁的实践

考察法院支持PPP项目合同纠纷具有可仲裁性的裁判文书可知,法院通常根据此类合同的民商事合同性质,认为此类纠纷具有可仲裁性。例如,在“河南省辉县政府与新陵公司”一案<sup>②</sup>中,法院主要从以下四个方面考虑PPP项目合同纠纷具备民商事法律关系的要素:a)案涉项目的主要目的为公共利益,具有盈利性质;b)虽然政府是缔约合同的一方,但合同相对方在订立合同和确定合同内容方面是完全自主的,而不受单方面行政行为约束;c)合同内容包含具体权利和履约义务、违约行为发生时应承担的责任,双方对此达成平等协商的合意;d)有关行政因素构成履约行为并构成合同组成部分的,不能决定所涉合同的性质<sup>[8]</sup>。本案中法院明确了案件中所涉合同属于PPP项目合同,本质上是具有明显民商事性质的合同<sup>[9]</sup>。该案的特殊之处在于合同中所约定的行政审批和行政许可事项能否被认定为行政许可或授权合同。最高人民法院对于该问题持否定意见,认为这一要素不足以决定合同的性质<sup>[10]</sup>,只是履行合同行为之一。在“巴中市政府和达州市政府与巴万高速公路公司”一案<sup>③</sup>中,法院基于同样的理由将双方签订的合同定性为民商事合同,系典型的BOT协议,从而认定仲裁协议有效。

PPP项目合同中纠纷事项具有民事纠纷的性质亦是法院支持此类纠纷具有可仲裁性的重要理由。例如,在“重庆市峻坤实业有限公司等申请确认仲裁协议效力纠纷”一案<sup>④</sup>中,北京四中院认为从

① 威科先行·法律信息库。[2023-10-31]

<http://law-wkinfo-com-cn-s.tsgvpn.ky.zstu.edu.cn:8118/judgment-documents/list?simple=PPP%20%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E5%90%88%E5%90%8C%E6%80%A7%E8%B4%A8%E3%80%81%E4%BB%B2%E8%A3%81>

② 参见最高人民法院(2015)民一终字第244号民事裁定书。

③ 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民特11号民事裁定书。

④ 参见北京市第四中级人民法院(2020)京04民特677号民事裁定书。

《投资合作合同》的内容来看,有关双方的权利义务和违约赔偿等协议约定体现了当事人协商一致的合意,且合同设立的权利义务不属于行政法上的权利义务,因此合同性质应属平等主体之间的民商事协议。从忠县人民政府和相对方之间的纠纷事项与仲裁请求来看,也并不是针对行政机关的具体行政行为<sup>[1]</sup>,即行政机关的具体行政行为并不是争议焦点。基于上述分析,法院认为案件涉及的纠纷具有可仲裁性,不属于依法应当由行政机关处理的行政纠纷。又如,在“上诉人北京北方电联电力工程有限责任公司、乌鲁木齐天山大道投资管理有限责任公司与被上诉人乌鲁木齐市交通运输局合同纠纷二审”案<sup>①</sup>中,最高人民法院认为本案争议内容为案涉工程回购款的支付依据问题,独立于相关协议终止前的行政行为,且诉求不针对交通局的具体行政行为,且双方处于平等的法律地位,故应认定为民事纠纷。再如,在“九夏投资管理(上海)有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷”一案<sup>②</sup>中,徐州中院也依照案涉合同具备民商事法律关系性质、政府仲裁请求不涉及具体的行政行为以及仲裁条款符合《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第16条规定的三个要件,肯定了案涉纠纷的可仲裁性。上述案件进一步明确了通过仲裁解决PPP项目合同纠纷的范围,即如果仲裁协议当事人主张的相关权利与具体行政行为无关,就可以提出相关仲裁主张。

从上述法院支持PPP项目合同纠纷具有可仲裁性的裁判逻辑可以看出,PPP项目合同性质为民事合同以及纠纷内容的非行政性这两方面能够认可仲裁解决PPP项目合同纠纷。

## (二)否认PPP项目合同纠纷可仲裁的实践

不同于上述法院的裁判立场,也有不少法院认为PPP项目合同的本质是行政合同,进而对于PPP项目合同纠纷的可仲裁性持否认态度。例如,在“海南中东集团有限公司等与遂溪县人民政府行政协议一案”<sup>③</sup>中,广东省高院认为PPP项目合同属于行政合同的性质,不能通过仲裁解决。广东省高院主要从四个方面论证了PPP项目合同具有行政合同的性质:从合同主体来看,《项目合同书》签订的主体之一水生态公司作为国有独资公司,有因授权而获得的行政管理权能,因此具备缔约一方是行使公权力的行政机关的形式特征;从合同目的来看,本案中的投资合作协议是行政机关为了满足社会公共利益的需要而订立,符合行政合同的目的要素;从合同内容来看,涉案《项目合同书》中,既有营利性项目,也

有非营利性项目,但根本上是为了公共利益,其中有些项目需要政府审批等手续才可进行。合同中约定的内容不是普通民事主体可以履行的民事义务,属于具有行政法上约束力的权利义务内容;从合同意思来看,缔约双方就合同内容协商一致<sup>[12]</sup>。

在“漳浦中环天川环保水务有限公司与漳浦县环境保护局等”一案<sup>④</sup>中,一、二审法院乃至最高人民法院均认为案涉BOT项目合同符合行政合同的构成要素,其裁判逻辑主要为:一是主体要素,赤湖镇政府对本辖区环境质量负责,签订和履行污水处理特许项目协议的行为属于履行行政管理职能,具有公权力属性;二是目的要素,赤湖镇政府与案涉公司订立合同是为了公共安全和健康等利益;三是内容要素,案涉特许项目协议在第26条约定因紧急情况可以采取建设措施建设和运营管理该项目。这表明当事人之间法律关系上的不平等,并不在民商事合同双方的权利义务范围内,将其定性为行政协议更适宜,故应通过行政诉讼予以解决。又如,在“湖北融园大柴湖投资开发有限公司诉湖北荆门大柴湖经济开发区管理委员会一案”<sup>⑤</sup>中,法院根据《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《行政协议司法解释》)的规定<sup>⑥</sup>,认定《PPP项目合同》符合行政协议的主要特征,属于行政协议。法院最终认定融园公司起诉请求大柴湖管委会支付项目管理费属于行政案件受理范围。

从上述裁判逻辑和结果可知,持否定态度的法院通常会根据确定行政协议的四要素,即主体、目的、内容、意思,判定PPP项目合同具有明显的公共行政特征,从而否认PPP项目合同纠纷具有可仲裁性。

上述法院按照民商事法律关系的构成要件或者行政协议的要素进行判断,从而将PPP项目合同性质作为确定全案纠纷解决的方式受到质疑和批判。

① 参见最高人民法院(2014)民二终字第40号民事判决书。

② 参见徐州市中级人民法院(2020)苏03民特23号民事裁定书。

③ 参见广东省高级人民法院(2019)粤行终602号行政裁定书。

④ 参见福建省漳州市中级人民法院(2013)漳民初字第366号民事裁定书。

⑤ 参见湖北省荆门市中级人民法院(2021)鄂08行终11号行政裁定书。

⑥ 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第1条:“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第12条第1款第11项规定的行政协议。”

PPP项目合同兼具公法与私法性,是一种需要公私立法共同调控的复合型法律现象<sup>[13]</sup>。因此,有法院认为应当明确PPP项目合同中涉案纠纷的性质,针对不同的纠纷类型采用分割方法处理案件。例如,在“香港斯托尔实业(集团)有限公司、泰州市人民政府经贸行政管理纠纷一案”<sup>①</sup>中,最高人民法院认为可仅就协议的部分内容提起诉讼,且上级法院必须尊重当事各方的选择,而不是只根据合同定性问题对下级法院生效裁判进行质疑。最高人民法院对于该案主要从两方面说明了理由:首先,根据《行政协议司法解释》第2条的规定,并非所有PPP项目合同都应被认定为行政协议;其次,PPP项目合同中既包含具备行政法权利义务内容的条款,也包含具备民商法权利义务内容的条款,即使PPP合同完全符合行政协议的构成要素,也不能简单将PPP项目合同认定为行政协议<sup>[14]</sup>。无独有偶,在“德惠市天一水务有限责任公司与德惠市住房和城乡建设局合同纠纷案”<sup>②</sup>中,二审法院亦认为协议书约定对污水处理项目的利用实施特许经营,属于住建局行使行政职权的行为,因此本案不属于人民法院民事案件受理范围;但案件中有关给付工程垫资款及利息、违约金的诉讼请求,则属于民事诉讼受案范围。在对这一问题的审查中,江苏省高级人民法院在《政府与社会资本合作(PPP)的法律疑难问题研究》中明确指出,对PPP项目合同的性质认定应分两个阶段进行,对合同性质的认定以及对具体纠纷事项的判断。上述两个案件表明,法院面对PPP项目合同纠纷的类型和诉求多元化的状态,应按照“两分法”,即具体分析纠纷是因行政主体行使行政职权产生,还是因民事权利主体之间的履行合同权利义务产生之后,才能选择适宜的纠纷解决方式。

综上,法院在进行案件审理时,无论是按照传统民商事合同的构成,还是遵循行政合同的四要素说,所作的裁判均可能存在片面性,导致既无法保障公共利益,也会损害社会资本一方的合法权益。因此,法院应形成两分法的裁判思维,在认定PPP合同性质的基础上,综合考虑合同的目的和内容,分析纠纷产生的来源,确定纠纷的解决方式。

## 二、PPP项目合同纠纷可仲裁性的理论之辩

司法实践中对PPP项目合同纠纷能否以仲裁方式解决有不同态度,理论上也持有不同的立场。梳理现有研究成果,理论界有关该问题的讨论焦点主要集中对PPP项目合同的性质之争、商事仲裁的

可仲裁范围以及仲裁解决PPP项目合同纠纷的制约因素三个方面。

### (一)PPP项目合同的性质之争

由于PPP项目合同是一种新型合同,具有天然的不完全性,又涉及公私两方面主体<sup>[15]</sup>,故对其性质存在争议,主要有民事合同说、行政合同说、混合合同说三种立场。

#### 1. 民事合同说

如前所述,若将PPP项目合同归类为民事合同<sup>[16]</sup>,其纠纷解决应当适用民事纠纷解决方法。主张PPP项目合同本质上属于民事合同的观点,主要从以下四个方面予以论证:第一,关于合同主体,政府方与社会资本方<sup>③</sup>是平等的合同当事人。PPP项目合同的一方主体虽然是政府方,但在合同签订和履行的过程中,政府所为并非完全是政府行为而是民事行为。此外,合同双方在PPP项目合同中可以约定政府的民事权利,即政府的民事权利由合同赋予。第二,关于合同内容,PPP项目合同中政府方和社会资本方的权利和义务内容是对等的。PPP项目合同是双方通过签订民事合同,建立了基于利益的平等合作关系。因此,在某些情况下,PPP项目合同的内容不受行政强制力约束。第三,关于签订合同的过程,原则是自愿、平等、等价有偿,最终达成合意也是双方选择一致的结果。这与民事合同的核心意思自治原则相吻合,而不是行政机关单方“居高临下”的指令<sup>[17]</sup>。第四,关于合同履行,在PPP模式下,政府方和社会资本方均应遵循契约精神,依法平等地主张合同权利、履行合同义务<sup>[18]</sup><sup>194</sup>。其中,可能涉及的行政审批只是合同履行的一个环节,并不影响PPP项目合同的性质。

此外,采用民事合同说的观点还认为PPP项目合同体系中的某些辅助合同是平等民事主体之间签订的,应定性为民事合同。PPP项目合同中的某些辅助合同的内容通常包括合同当事人、合同标的、合同履行期限、合同对价等民事合同要素,这些要素与典型的民事合同一致,将其定性为民事合同具有合理性。

将PPP项目合同定性为民事合同,通过民事诉

① 参见最高人民法院(2017)最高法行再99号行政判决书。

② 参见吉林省高级人民法院(2016)吉民终174号民事裁定书。

③ 《PPP项目合同指南(试行)》规定:“所称的社会资本是指依法设立且有效存续的具有法人资格的企业,包括民营企业、国有企业、外国企业和外商投资企业。”

讼能更好地平等保护双方利益。特别是在当前我国行政程序中行政相对人的诉讼风险较高的背景下,将PPP项目合同归类为行政合同不符合社会资本方的利益。国务院发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第3条<sup>①</sup>的规定则体现了PPP项目合同的民事合同的特征,仲裁当然适用于解决与PPP项目相关的合同纠纷<sup>[19]</sup>。

## 2. 行政合同说

有少部分学者认为PPP项目合同系纯粹的行政合同<sup>[20]</sup>。采用行政合同说的观点认为行政合同逻辑起点是民事合同,但行政合同基本上独立于民事合同,基于合同主体、合同内容和合同目的三个层面的原因,产生的纠纷不能通过仲裁方式解决。具体而言:

首先,行政合同是指“由行政主体所缔结的契约”<sup>[21]</sup>,从合同主体上看,一方为政府,另一方为社会资本方。双方签订的PPP项目合同的设立、变更、消灭受行政法的依法行政原则和契约自由原则的共同支配<sup>[22]</sup>,这决定了双方地位的不平等,故PPP项目合同应被视为行政合同,采取行政法规定的救济方式,而不适用民事诉讼或仲裁。

其次,从合同内容上看,行政机关对项目有监督权,且出于公共利益的原因,对项目可以征收干预,甚至回收。因此,政府对PPP项目具有绝对的控制以及行政优益权。作为平等民事主体之间合同纠纷解决方式的仲裁,对于均非平等主体之间所能处分的司法上权益,且涉及公权力的行政、处分和承诺的PPP项目合同,并不适用。

最后,从合同目的上看,PPP项目合同签订目的在于社会公共利益的最大化,符合行政合同目的。加之,中国行政合同的建制应当选择公法模式<sup>[23]</sup>,如《基础设施和公用事业特许经营管理办法》保留了行政复议或行政诉讼程序作为解决纠纷的手段,但取消了仲裁解决争端条款。故行政诉讼是更为适合合同纠纷解决的方式。

综上,行政合同说认为行政合同已经成为政府履行行政职能的重要手段之一,而PPP项目合同是政府保障公共利益的工具,企业只是起到辅助作用。当产生合同纠纷时,选择“民告官”的行政诉讼更体现了主体双方不平等的地位关系。但此种学说是站在行政机关的角度,不论合同内容包括民事性质的权利义务内容与否,以一刀切的方式简单划分行政合同和民事合同,从而选择行政诉讼作为解决纠纷的方式。

## 3. 混合合同说

混合合同说又被称为“公法、私法兼备说”或“公法、私法融合说”,主张PPP项目合同是兼具民事性质和行政性质的混合合同<sup>[24]</sup>。该学说主张行政机关主体受公法规制,而社会资本方则应受私法规制。但在PPP项目中政府所承担的具体职责不同:一是作为公共事务的管理者,其行使行政管理职能时与社会资本形成行政法上的不平等关系;二是作为公共产品或服务的购买者,在地位平等的基础上行使其关于PPP项目合同的权利和义务<sup>[18][25]</sup>。墨西哥在其立法中采用的就是该种学说。例如,根据其2012年《公私合营法》(the *Public-Private Partnerships Law*)的规定,PPP项目合同是带有行政合同要素的商业合同,而不是《联邦公共工程和相关服务法》(the *Federal Law for Public Works and Services*)和《联邦采购、租赁和服务法》(the *Federal Law for Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector*)下的纯行政合同,或《墨西哥国家电力法》(the *CFE law*)下的纯商业合同<sup>[25]</sup>。

有关PPP项目合同的性质问题采用混合合同说比较合理。一方面,PPP项目合同满足行政协议的主体、目的、内容、意思要素的要求。PPP项目合同中政府和社会资本方是管理与被管理的行政关系,因此PPP合同条款是行政法下权利和义务的特殊规则。另一方面,PPP项目合同具有民商事合同的相关特征。从意思自治的角度来看,合同是经双方平等协商达成的。在合同订立及履行的过程中,政府一方并无强制另一方接受的权利,双方的法律地位是平等的。从合同的目的来看,将PPP项目合同定性为民商事合同有利于吸引更多广泛的社会资本参与<sup>[26]</sup>。可见,PPP合同的订立具备平等性、契约性、可谈判性等民事合同的特征。

若将PPP项目合同法律性质定性为混合性质的合同,当事人因履行协议发生纠纷后,应根据当事人纠纷的具体事项的性质来确定是按民事程序还是行政程序解决纠纷。如果双方纠纷的事项不涉及行政许可、行政监督管理和行政处罚等具体行政行为的,则属于平等主体之间的民事纠纷,协议约定的仲裁条款应属有效。虽然目前的有关法律法规也提到

<sup>①</sup> 《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第3条:“本办法所称基础设施和公用事业特许经营,是指政府采用竞争方式依法授权中华人民共和国境内外的法人或者其他组织,通过协议明确权利义务和风险分担,约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益,提供公共产品或者公共服务。”

可以通过仲裁来解决PPP项目合同有关的纠纷,但尚不明确有关PPP项目合同的争端具有可仲裁性的情形。法院也更倾向于应用既定法律,如我国《行政诉讼法》《仲裁法》《民法典》和《民事诉讼法》等,作为审理PPP项目合同纠纷的基础。这意味着,在司法实践中,不同的法院根据其法律文本的解释,对同一类型的纠纷会作出不同的裁决。裁判的不一致性一定程度上会影响司法严肃性和公正性。

## (二)商事仲裁的可仲裁范围

商事仲裁的可仲裁范围通常由国家或地区的仲裁法律和规定来确定。不同国家和地区的法律体系可能存在一些差异。在大陆法系中,如德国、瑞士民事诉讼法的相关规定提及“国家经济利益”,即在涉及经济利益时可以进行仲裁。法国认为,涉及公共秩序的争端原则上不能由仲裁法庭裁决<sup>[27]</sup>。《荷兰民事诉讼法典》没有对哪些争议事项属于“当事人不能自由处分的法律后果”<sup>①</sup>做出规定,但在《知识产权法》《破产法》《公司法》《家庭法》等单行法中有所列举<sup>[27]</sup>。该立法方式只是将可仲裁的例外情形列出,而未有具体的判定标准。在英美法系中,美国判例法中出现的“arbitrability”一词,指的是仲裁庭在争议中关于仲裁协议的范围和仲裁各方的合意的管辖权,而限于仲裁庭的客观权限问题。20世纪70年代为一个时间节点,反垄断、证券法争议的可仲裁性逐步被接受。美国联邦最高法院将仲裁法院的管辖权扩大到证券和反垄断法领域,对仲裁的保守态度有所转变。我国判断可仲裁性的主要法律依据是《仲裁法》第2条与第3条<sup>②</sup>。第3条以否定式列举,明确排除了人身关系的纠纷和行政纠纷。即使可仲裁性的标准和范围各不相同,但根本问题在于,无论是德国、瑞士、中国的“经济利益说”,或是法国、美国的“公共秩序说”,都在衡量这一纠纷涉及公共利益与否以及程度如何,以至于使用仲裁程序不再适宜解决纠纷。这一观点与1958年《纽约公约》第5条第2款的解释一致。

在判断争议事项是否具有可仲裁性时,应考虑以下几个因素:各方当事人的平等性、争议涉及事项的经济性质以及各方当事人的仲裁意愿。一方面,许多国家和地区采用了“当事人意思自治标准”来规定可仲裁性,这一趋势逐渐增多<sup>[28]</sup>。但值得注意的是,尊重当事人的自主权的同时,不能忽视其他各方的权益。另一方面,应减弱对仲裁范围的限制,特别是在考虑公共政策等因素时,应持谦抑的态度。只要争议事项与本国没有实际联系,就不应因与公共

政策相抵触而否定争议的可仲裁性。这反映了可仲裁范围逐步扩大和立法者对通过仲裁解决争议的开放态度。

## (三)仲裁解决PPP项目合同纠纷的制约因素

虽然国际商事仲裁的可仲裁性范围不断扩张,但是至今未将仲裁纳入PPP项目合同纠纷的法定解决方式,与仲裁本身性质的特殊性有密切关系。PPP项目合同纠纷的仲裁解决面临一些制约因素,这些因素可以影响仲裁的可行性和有效性。

从仲裁的保密性来看,与之相对抗的是PPP项目合同纠纷具有的公法因素。如果选择仲裁作为解决方式,可能会涉及公共政策问题,这可能会对公共利益产生负面影响,甚至无法阻止。由于商事仲裁通常具有保密性,社会成员无法及时了解涉及公共利益的信息,国家和相关机关难以进行监督,这可能会损害社会福祉。更进一步,缺乏统一的法律规范体系也严重阻碍了PPP项目合同争端解决制度的建立。为了改变这种局面,需要考虑当前国际和国内环境的趋势,考虑仲裁的优势以及长期发展的因素,最终应将仲裁纳入PPP项目合同纠纷解决体系中。这些变化可能有助于平衡仲裁的私人性和PPP项目合同纠纷涉及的公共因素之间的关系,以确保公共政策和社会利益得到适当的考虑。法律和规定的更新以及透明度和监督机制的改进,可以帮助确保仲裁不会对公共利益造成不可逆转的损害。最终,仲裁可以继续解决PPP项目合同纠纷中发挥作用,同时满足公共政策和公共利益的需求<sup>[29]</sup>。

就仲裁的意思自治而言,每个合同中都会明确规定,根据仲裁条款,当事人承诺将他们之间产生的所有或任何纠纷的解决委托给一个仲裁庭,他们将在该仲裁庭上确定仲裁地点,并选择仲裁规则及其运作规则。但是,如果条款中有缺失,或当事一方拒绝,或当事双方就任命一名仲裁员存在分歧,则仲裁庭的组成可能陷入僵局,可能使地方法院重新参与诉讼。另外,PPP项目案件往往较为复杂,一般的商事仲裁员是否有能力处理纠纷,也是立法者和司法者所担忧的。

就仲裁裁决的承认与执行而言,当一国争议事

① 《荷兰民事诉讼法典》第1020条第3款:“当事人不能自由处分的法律后果则不能适用仲裁协议。”

② 《中华人民共和国仲裁法》第2条:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”第3条:“下列纠纷不能仲裁:(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。”

项还未确定具有可仲裁性之前,其结果的合法性难以保证,仲裁机构面临巨大的撤裁风险。因仲裁中当事人有法律选择权,如果争议事项涉及行政法的强制规定,则可能出现被滥用以规避有关法律的危险<sup>[30]</sup>,从而造成争议处理结果难以预测<sup>[31]</sup>。故人民法院必须始终确保仲裁裁决符合民主法治,保障人民的权利,避免滥用仲裁裁决与现代国家管理观念相冲突<sup>[32]</sup>。

总之,考虑到仲裁可能成为社会资本维护私人利益的工具,可能与PPP项目的初衷相违背,且增加了纠纷处理结果的不确定性,因此,仲裁方式解决PPP项目合同纠纷难以成为国家的首选。然而,这些内在问题可以通过制定特殊的合理法律程序来解决。例如,法院在审查仲裁裁决时,不仅应审查裁决本身是否包含撤销和拒绝执行的理由,还应审查裁决的适用是否违反了国家的公共政策或损害了经济共同体的集体利益。此外,各级法院的判决和各地方法院的裁决都表明,PPP项目合同纠纷的可仲裁性在实际操作中具有可行性。因此,在克服制度内在弊端的同时,仲裁仍然可以是一种有效的PPP项目合同纠纷解决方式。

### 三、PPP项目合同纠纷可仲裁性的可行性分析

采用仲裁来解决PPP项目合同纠纷,可从可仲裁性的标准、仲裁解决PPP项目合同纠纷的优势两方面予以考量。

#### (一)PPP项目合同纠纷符合可仲裁性的标准

##### 1. PPP项目合同性质的混合性

PPP项目合同的类型对于纠纷的可仲裁性产生决定性影响,同时,在具体案例中应根据合同的本质认定来判定可仲裁性的标准。如前所述,PPP项目合同通常具有混合性质,既包括民事性质,又包括行政性质,故该类合同纠纷存在通过仲裁解决的可能性。

PPP项目合同性质的混合性使得纠纷的性质变得更加复杂,需要根据具体情况来分析。在决定是否适合通过仲裁解决PPP项目合同纠纷时,合同的性质对于仲裁条款的有效性具有重要影响,决定了纠纷是否属于仲裁的管辖范围。即使合同中约定了仲裁条款,也并不意味着该纠纷可适用仲裁程序,仍应判别该合同的性质、纠纷是否基于双方平等的关系等要件,从而最终确定仲裁条款是否有效。在判断纠纷是否属于平等的商事主体之间的纠纷,以

及是否符合可仲裁性的判定标准,需要分析纠纷的性质,包括是否涉及合同解释、履行、违约、权益转让等典型的民事纠纷。同样,若PPP项目合同定性为行政合同,并不能当然认定为涉及到整个PPP项目合同纠纷都只能采用行政诉讼的方式,这意味着根据纠纷的性质将其分为不同部分,对于其中的民事权利义务纠纷仍可适用民事诉讼程序或者仲裁,那么对于该部分的仲裁条款也应是有效的,不应以合同性质决定所有合同相关纠纷的解决程序。

##### 2. PPP项目合同纠纷的当事人具有平等性

PPP项目合同纠纷双方主体是平等的。PPP项目实质上是政府方与社会资本方协商一致而进行的商事活动<sup>[33]</sup>,故虽然该类合同一方为政府,另一方为社会资本,但是在缔约过程中政府是以平等身份参与其中。PPP项目合同的特点在于政府与社会资本方作为平等的合同当事人共同参与合同的谈判和签署。尽管政府在合同中可能具有一定的监管和行政职能,但在民事合同方面,政府与社会资本方是平等的合同当事人,享有相等的权利和承担相应的义务。如果双方处于平等地位,与一般民商事纠纷相同,PPP项目合同中双方是对等的权利义务关系,要求应坚持尊重双方合意的原则,故并适用民事纠纷解决机制。此种情形下,纠纷解决方式则可以选择仲裁,不应仅因一方具有行政实体的身份,机械地否认当事各方之间平等的法律关系。应当根据当事各方所处的法律关系,确定纠纷当中具体的权利义务关系,对其中不涉及行政权力的纠纷可通过调解、仲裁或民事诉讼予以权利救济。

##### 3. PPP项目合同纠纷的内容具有财产性

PPP项目合同涉及重大经济利益和财产性权益,因此其纠纷通常具有明显的财产性质。首先,PPP项目合同通常涉及大量资本投入和商业交易,其中包括投资、融资、建设、运营等方面的经济利益。因此,合同纠纷的内容通常涉及财产性权益,如支付、利润分配、违约赔偿等经济方面的问题。其次,PPP项目合同明确规定了各方的权利和义务,包括资本提供、服务交付、风险分担等方面。当这些权利和义务未得到履行或有争议时,将涉及到财产性权益的保护。再次,合同纠纷可能导致各方遭受经济损失,这些损失可能源于合同的违约、不当行为或争议的解释。因此,纠纷的解决通常需要考虑损失的补偿或争议各方的经济利益。最后,PPP项目的商业目的是实现双方的经济利益和共同目标。合同纠纷的解决与维护商业经济秩序和保护各方的财产权

益密切相关。

仲裁作为一种司法上的纠纷解决方式,起源于商人们为解决国际商事交易中的纠纷,其内核是维护私人财产利益。PPP项目合同虽然建立在政府为民生得到更好发展的基础之上,但具体到某一合同纠纷,政府方因没有全面履行合同义务,需要承担违约责任,此时行政性便弱化了。此时社会资本并不是在对抗政府方,而是在保护合同约定的可获取的利益。此外,PPP项目合同纠纷的争议权益具有自由处分性。PPP项目合同的本质仍然是政府和社会资本双方协商一致达成的合意,双方对于不涉及公共利益内容的权利义务条款具有自由协商和处分权利。因此当双方就符合仲裁法规定的合同或财产性纠纷问题约定仲裁时,无论是法院还是仲裁机构都应当予以认可和尊重<sup>[33]13</sup>。

综上,厘清PPP项目合同纠纷的性质,即使属于行政合同的PPP项目合同也存在不同类型的纠纷事项,对于其中民商事纠纷不应一概适用行政诉讼方式。当前大多数PPP项目合同既不是纯粹的行政合同,也不是纯粹的民事合同,故明确其中可仲裁的范围,才能促使PPP项目合同纠纷真正能通过仲裁方式进行解决<sup>[34]1</sup>。

## (二)仲裁解决PPP项目合同纠纷的优势

### 1. 仲裁利于纠纷解决的公平性

行政诉讼的解决方法符合我国现行的行政规定,但对于社会资本方商业利益的保障远远不够。社会资本方会担心地方当局干预法院的裁判,导致行政诉讼胜诉率过低。虽然我国法院可以审理行政协议的相关案件,但其仅能将其当作政府的具体行政行为,审查其合法性。对于合同的履行情况及政府方提起反诉等问题如何处理仍然存在一些问题,是现行行政法无法解决的<sup>[35]</sup>。另外,从行政优益权的角度看,行政机关可以单方表达自己的意见,从而行使权利。如果将PPP项目合同纠纷划入行政诉讼的受案范围,法院仅会对行政机关行使该权利是否符合法定程序或者维护公共利益进行审理,对于违约责任的承担则无法裁判。社会资本方的利益很难得到充分和有效的救济,投资者们与政府合作的热情被打击,PPP项目难以长期有效地开展。

政府方与社会资本方可能来自不同国家,对彼此的法律制度以及法院诉讼程序都不熟悉。以民事诉讼解决PPP项目合同纠纷虽然有利于保护社会资本方的利益,但通过民事诉讼来审查行政行为的合法性很难实现。相对而言,仲裁能够以一种更专

业、更有效和更公正的方式解决争端,可使合同双方当事人免受国家法律的过度影响,当然可以作为PPP项目合同纠纷解决的重要路径<sup>[36]</sup>。同时还能兼顾PPP项目的全面性、复杂性和社会敏感性<sup>[19]</sup>。

### 2. 顺应国际商事仲裁的发展趋势

如上所述,PPP项目合同的性质虽存在争议,但是其纠纷解决方式已向多元化发展,实践基础已建立起来。从国内的司法实践来看,我国法院在相关案件中,并未排除以仲裁方式解决纠纷的路径,PPP项目合同纠纷具有可仲裁性应是未来的趋势。

目前,PPP模式应用于“一带一路”的很多发展项目,从海外投资者的利益角度来看,国际商事仲裁的商业性符合该种合同纠纷解决的需要。首先,国际商事仲裁受地域、行政因素的影响较小<sup>[33]23</sup>。国际仲裁作为解决外国投资冲突的机制,可以避免偏袒任何一方,帮助削弱冲突中的政治和行政因素。其次,国际商事仲裁的目的是解决双方当事人纠纷,存在一定的妥协性和自由度,如可在仲裁程序中自主选择纠纷解决的程序性规则。最后,国际商事仲裁也更符合商贸往来的目的——节约成本,提高效率。政府和社会资本合作也是一种市场行为,虽然具有强烈的公共属性,但其市场属性也不可忽视<sup>[37]</sup>。仲裁具有效率高、保密性及专业性强等优势,符合市场要求,有利于维护社会稳定与当事人经济利益。

在我国,虽然PPP项目合同纠纷的可仲裁性没有得到确定的法律地位,但是国务院法制办会同国家发展改革委、财政部出台的《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例(征求意见稿)》(以下简称《条例》)规定,根据争议事项的不同性质规定采用不同的程序来处理PPP项目合同纠纷。可知,《条例》虽然没有明确规定PPP项目协议的性质,但对纠纷处理程序,认为因行政监督管理作出的具体行政行为应按行政程序处理,其余事项应以民事程序,包括民事诉讼和仲裁程序进行处理。另外,在许多发达国家和地区,在尊重当地有关法律和规则的前提下,仲裁被广泛用于解决PPP项目的合同纠纷。例如英国的《公共设施合同法》和《公共合同法》、我国台湾地区的《促进民间参与公共建设法》和《促进民间参与公共建设法施行细则》、我国香港地区的《PPP操作指引》<sup>[34]3</sup>。随着中国国际经济贸易仲裁委员会创建独立的“政府与社会资本合作争议仲裁中心”,我国在实践中逐步认可PPP项目合同纠纷具有可仲裁性。

## 四、结 语

PPP项目合同既包括行政合同的特性,即政府参与和行政强制性,也包括民事合同意义上的平等与自治。这一合同性质肯定了PPP项目合同纠纷的具有可仲裁性的可能性。应形成两分法的思维方式,明确商事可仲裁性的概念,结合我国国情和域外经验,说明PPP项目合同纠纷可仲裁的可行性,符合可仲裁性的平等主体标准和涉财产性标准。承认PPP项目合同纠纷具有可仲裁性,有利于保护企业免受政府方对PPP项目合同的随意曲解造成的利益损失,也是对PPP项目合同纠纷解决体系的有益补充。

### 参考文献:

- [1] Jaidane R. L'arbitrage des contrats internationaux de concession [J]. *International Business Law Journal*, 2005, 2005(3): 289-332.
- [2] 刘璐. 论PPP合同争议的可仲裁性[J]. *贸大法律评论*, 2017(1): 14-24.
- [3] 赵秀文. 国际商事仲裁及其适用法律研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002: 73-89.
- [4] 刘力. PPP项目合同性质证伪与补正[J]. *时代法学*, 2019, 17(2): 87-94.
- [5] 郭万重. 基于经济法性质下对PPP项目合同适用探究[J]. *湖北经济学院学报(人文社会科学版)*, 2020, 17(3): 65-68.
- [6] 尹少成. PPP模式下公用事业政府监管的挑战及应对[J]. *行政法学研究*, 2017(6): 114-124.
- [7] 李永申, 金汝善. 中韩国际商事仲裁中的可仲裁性问题比较研究[J]. *北京仲裁*, 2012(81): 123-130.
- [8] 吴珏. PPP项目合同争议解决机制研究[D]. 武汉: 武汉大学, 2017: 12-14.
- [9] 丁建勇. PPP合同的法律性质及争议解决方式探析[J]. *人民法治*, 2018(5): 26-29.
- [10] 余凌云. 论行政协议的司法审查[J]. *中国法学*, 2020(5): 64-83.
- [11] 周显峰. PPP协议与行政协议的关系及可仲裁性[EB/OL]. (2023-01-25) [2023-09-09]. <https://law.asia/zh-hans/ppp-agreements-arbitration-clause/>.
- [12] 高鑫亮. 论行政协议的司法判断标准[D]. 重庆: 西南政法大学, 2021: 21-27.
- [13] Ustiashvili G. Arbitrability of public-private partnership disputes in Georgia [J]. *Romanian Arbitration Journal*, 2022, 16(3): 59-71.
- [14] 周月萍. PPP争议解决系列: PPP合同争议解决机制选择的辨析与策略[EB/OL]. (2022-12-09) [2023-09-14]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1751713465161014201>.
- [15] 于安. 我国实行PPP制度的基本法律问题[J]. *国家检察官学院学报*, 2017, 25(2): 84-94.
- [16] 邢鸿飞. 政府特许经营协议的行政性[J]. *中国法学*, 2004(6): 56-63.
- [17] 周兰萍. PPP特许权协议的民事性质及立法建议[J]. *建筑*, 2015(2): 34-35.
- [18] 朱静, 宋皓宇. PPP与法律咨询: PPP项目全生命周期法律咨询服务要点解析[M]. 北京: 知识产权出版社, 2019.
- [19] 何春丽. 基础设施“特许经营协议”仲裁的可行性: 写于《仲裁法》实施20周年[J]. *中国律师*, 2016(1): 83-85.
- [20] 虞青松. 公私合作契约的赋权类型及司法救济: 以公用事业的收费权为视角[J]. *上海交通大学学报(哲学社会科学版)*, 2013, 21(5): 36-43.
- [21] 南博方. 日本行政法[M]. 杨建顺, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 79.
- [22] 湛中乐, 刘书燃. PPP协议中的公私法律关系及其制度抉择[J]. *法治研究*, 2007(4): 3-11.
- [23] 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.
- [24] 邓敏贞. 公用事业公私合作合同的法律属性与规制路径: 基于经济法视野的考察[J]. *现代法学*, 2012, 34(3): 71-78.
- [25] Woss H, Bray D. Investment protection and Mexican energy reform [J]. *Dispute Resolution International*, 2018, 12(1): 41-58.
- [26] 陆涛. 政府和社会资本合作(PPP)项目协议约定的仲裁条款是否有效[EB/OL]. (2017-10-19) [2023-09-20]. <http://www.myac.org.cn/index.asp?channelID=314&contentID=2290>.
- [27] 梁亨. 论反垄断争议在国际商事仲裁中的可仲裁性[D]. 上海: 华东政法大学, 2020: 14.
- [28] 汪祖兴, 郑夏. 自治与干预: 国际商事仲裁当事人合意问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 27-28.
- [29] 周颖. 论我国反垄断争议的可仲裁性[D]. 上海: 华东政法大学, 2012: 10.
- [30] Lemley M A, Leslie C R. Antitrust arbitration and merger approval [J]. *Northwestern University Law Review*, 2015, 110(1): 1-62.
- [31] 李姗姗. 国际商事仲裁可仲裁事项的扩张与中国的策略选择[J]. *云南民族大学学报(哲学社会科学版)*, 2023, 40(4): 152-160.
- [32] 姜波, 叶树理. 行政协议争议仲裁问题研究[J]. *行政法学研究*, 2018(3): 109-120.
- [33] 袁玉洁. 论PPP项目合同的法律性质及可仲裁性[D].

- 重庆:西南政法大学,2018.
- [34] 吴沅怡. PPP 项目合同纠纷可仲裁性研究[D]. 武汉:中南财经政法大学,2021.
- [35] 李素英. 新形势下 PPP 模式在基础设施项目建设中的应用研究[M]. 北京:中国言实出版社,2016: 228-231.
- [36] 谭敬慧, 沙皎. 特许经营协议的法律性质及可仲裁性[J]. 北京仲裁, 2016(96): 51-76.
- [37] 李贵修. 金融风险防范 PPP 法律难点解析[M]. 北京:知识产权出版社,2019: 35.

(责任编辑:雷彩虹)