

第一章 仲裁协议的司法审查

仲裁协议的独立性*

【学习要点】 了解和掌握仲裁协议的独立性含义，担保合同、从合同等是否对仲裁协议之独立性构成影响，仲裁条款的约定是否排除人民法院管辖，仲裁协议无法律约束力的主要情形，仲裁协议无效、失效后的法律后果，以及仲裁协议独立性司法审查方式等基本知识。重点围绕仲裁协议独立性判定这一主题，理解仲裁协议与主合同之间是可分且互相独立的。仲裁条款被视为独立于主合同或基础合同的独立协议。主合同或者基础合同被认为无效，仲裁协议或者合同中的仲裁条款仍然可以独立存在。在没有主合同或者基础合同的情况下，仲裁协议或者合同中的仲裁条款仍然有效。

【核心概念】 仲裁协议；主合同；独立性；审查判定

【问题导向】 什么是仲裁协议的独立性？如何判断仲裁协议的独立性？担保合同、从合同等是否对仲裁协议之独立性构成影响？仲裁条款的约定是否排除人民法院管辖？仲裁协议无法律约束力的情形有哪些？仲裁协议无效、失效后有哪些法律后果？以仲裁协议独立性为由申请仲裁裁决撤销，人民法院应当如何审查？

【案情简介】 申请人北京城建物业管理有限责任公司；被申请人北京市崇文区（现东城区）怡龙别墅业主委员会。

北京城建物业管理有限责任公司（以下简称城建物业公司）与北京市崇文区怡龙别墅业主委员会（以下简称怡龙别墅业委会）签订的《怡龙别墅社区物业服务合同》（以下简称《物业服务合同》）于2015年3月25日失效，物业服务公司在属地街道及相关政府部门的指导下，于同年5月15日至16日召开临时业主大会，通过投票表决的方式，形成有效的《业主大会会议决议》，确定城建物业公司继续为小区提供物业服务。城建物业公司与怡龙别墅业委会未签订新的物业服务合同，其依照《业主大会会议决议》继续为该小区提供物业服务，但处于无合同事实服务的状态。2018年2月7日，怡龙别墅业委会根据2012年3月26日签订的《物业服务合同》中的仲裁条款，向北京仲裁委员会申请仲裁。经审理，该仲裁庭作出如下裁决：（1）城建物业公司向怡龙别墅业委会履行物业交接义务并撤离怡龙别墅业委会所属小区；（2）怡龙别墅业

* 本案来源于中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn>），案号：（2018）京04民特135号。

委会与城建物业公司之间的服务关系已于2018年1月31日解除，城建物业公司无权再实施服务并收费；（3）仲裁费用205 550元（已由怡龙别墅业委会全额预付），全部由城建物业公司承担。城建物业公司认为，经小区全体业主认可，该公司按照《业主大会会议决议》为该小区提供物业服务，而不是履行2015年3月25日已过期的合同。另在仲裁期间，城建物业公司提出了管辖异议，仲裁机构却置之不理，且该仲裁机构不具备管辖权，该仲裁裁决属于无效仲裁，存在我国《仲裁法》第58条规定的应当撤销的情形，故申请撤销该仲裁裁决。怡龙别墅业委会认为，第一，物业服务合同到期后继续履行，仲裁条款继续适用。合同到期后，双方未签订新的《物业服务合同》，但城建物业公司按照原合同约定的内容继续为怡龙别墅业委会提供物业服务，应视为原《物业服务合同》的自动延续，仲裁条款应继续适用。第二，仲裁条款约定明确，仲裁前置条件均已满足。第三，仲裁裁决合法有效，有事实依据，符合法律规定。第四，怡龙别墅业委会主体适格。业主大会会议依法选举产生怡龙别墅业委会，并依法到街道办事处办理了备案登记手续。故请求法院驳回城建物业公司撤销仲裁裁决的申请。

【法院裁判】裁决事项：怡龙别墅业委会与城建物业公司之间就争议事项存在仲裁协议。

裁决理由：一审法院根据查明的事实，依据最高人民法院《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第2条第2款之规定，经报请审核，怡龙别墅业委会与城建物业公司签订的《物业服务合同》于2015年3月25日到期后，双方虽然未签订新的物业服务合同，但是城建物业公司经怡龙别墅业委会认可，继续对小区的物业实行实际的管理，城建物业公司亦未提出任何异议，双方之间仍依原物业合同继续履行，原《物业服务合同》仲裁条款约定明确、有效。

裁决结果：依法驳回申请人城建物业公司撤销仲裁裁决的申请。

【案例解析】仲裁协议具有独立性，其生效条件应作独立判断。仲裁协议可以以书面形式表现，包括仲裁条款、仲裁协议书和其它提交仲裁的文件。无论以何种形式存在，作为基础合同的一部分的仲裁条款，根据仲裁协议独立性原则，这些条款的有效性与整个基础合同也是相互独立的。仲裁协议的达成是当事人意思自治的体现，对于仲裁协议的成立，以及效力的分析同样适用我国《民法典》合同编关于要约、承诺以及效力的规定。在合同未续签的情形下，虽然双方当事人之间的基础合同已到期，到期后未续签合同，但是双方当事人实际仍按照原基础合同履行双方的权利义务，并未对前一段的基础合同进行变更，更未对仲裁协议单独作出变更的意思表示，从权利义务的履行角度来看，仍是连续的。在此种情况下，即使基础合同未续签，只要仲裁协议本身不存在无效事由，同样可继续约束当事人。该案中审查判断的关键仍是仲裁协议本身，而非基础合同。

1. 仲裁协议独立性的内涵界定及其判定

仲裁协议的独立性，又称仲裁条款的可分性或自治性，是指仲裁协议在成立后，

独立存在于基础合同之外，不受基础合同的无效、撤销、终止或解除的影响。实践中，对仲裁协议独立性的判定，有两种不同观点。一种观点认为，仲裁协议的独立性是一种绝对的独立，即仲裁协议的效力不受主合同的有效性或成立与否的影响；另一种观点主张，仲裁协议的独立性是相对的，在主合同未成立的情况下，除非当事人明确作出意思表示而订立仲裁协议，否则以主合同中仲裁条款形式出现的仲裁协议不宜认定为有效。对此，有学者认为仲裁协议独立性原则不当然适用于主合同依法未成立的情形，但是，笔者主张，在主合同未成立的情况下，应当分别从当事人对仲裁协议的文本内容是否达成一致，以及当事人是否有在主合同不成立的情况下，仍愿单独达成仲裁协议的合意两个方面考察后，作出当事人是否达成仲裁协议的判断。随着仲裁制度的发展，尤其是意思自治原则的广泛适用，仲裁条款的独立性原则已为包括我国在内的仲裁法律和国际仲裁机构的仲裁规则所确认。

2. 担保合同、从合同等对仲裁协议之独立性所构成的影响

当事人于其所签订之主合同中约定，当发生争议提交仲裁时，尽管在担保合同中未就此作出约定，但是在担保合同中约定的解决争议方式与主合同一致的，或者担保合同当事人在主合同中明确约定仲裁，有选择仲裁的意思表示的，主合同约定的仲裁协议效力及于担保合同。担保合同当事人知晓主合同约定仲裁，而无任何选择仲裁的意思表示的，则属于另外情形。主合同、从合同、附件，以及从合同、附件解决争议方式与主合同意思表示一致，且在从合同和附件中，当事人明确知晓或者认可的，主合同约定的仲裁协议效力及于从合同和附件。

3. 仲裁条款的约定对人民法院管辖的排除

仲裁条款的约定是否排除人民法院的管辖取决于当事人的明确意愿。仲裁是一种独立的争议解决方式，具有自己的规则和程序，与诉讼不同。如果合同中清晰地约定了仲裁事项，包括仲裁机构和程序，那么人民法院通常会尊重这一约定，认可仲裁协议的效力。即使在某些情况下，仲裁条款可能没有在合同中直接约定，但明确其与合同存在关联性，当事人也可据此仲裁条款申请仲裁。

4. 仲裁协议无法律约束力的主要情形

仲裁协议无效或失效均表明该协议不能产生法律效力。前者主要包括口头仲裁协议、仲裁事项不符合法定仲裁范围、无/限制民事行为能力人签署的仲裁协议、受到胁迫签署的仲裁协议或者仲裁协议对仲裁事项或者仲裁机构没有明确约定，当事人未达成补充仲裁协议的情形。后者主要包括仲裁事项已经得以解决、仲裁协议被放弃、仲裁期限届满或者基于仲裁协议的仲裁裁决被人民法院撤销或不予执行。上述情形均可导致仲裁协议无法律约束力。

5. 仲裁协议无效、失效后的法律后果

仲裁协议无效、失效后的法律后果主要涉及当事人、人民法院和仲裁机构三个层面。其中，对当事人来说，可以选择提起诉讼或重新达成仲裁协议；对人民法院来说，

其就当事人之间的纠纷具有管辖权；对仲裁机构来说，不能受理当事人之间的纠纷进而作出裁决。

6. 以仲裁协议独立性为由，申请撤销仲裁裁决，人民法院的审查路径

申请撤销仲裁裁决，是指在仲裁裁决已产生并生效后，符合法定条件的当事人或者相关利益方有权向人民法院提出，请求撤销该仲裁裁决，以保护其合法权益。通常情况下，申请撤销仲裁裁决的当事人需要提供证据，证明裁决存在以下情况之一：缺乏有效的仲裁协议、裁决涉及超出仲裁协议范围的事项或者仲裁委员会无权裁决的事项、仲裁的程序违反法律规定、仲裁所依据的证据为当事人伪造的、对方当事人故意隐瞒可能对公正裁决造成不利影响的证据、仲裁员有受贿行为或其他不当行为，或者裁决违反了社会公共利益。在本案中，城建物业公司申请撤销仲裁裁决，但人民法院认为其请求缺乏事实依据，因此驳回其申请。

实践思考：

1. 若本案例发生于《民法典》生效之后，原物业服务合同及合同中所约定的仲裁条款效力如何认定？
2. 城建物业公司拟向人民法院申请撤销仲裁裁决，应当向哪个法院提起，提交哪些材料，人民法院应当如何审查？司法审查的期限如何把握？
3. 假设你是城建物业公司的委托代理人，请代其撰写一份《撤销仲裁裁决申请书》。
4. 假设你是本案主审法官，根据我国《仲裁法》《民事诉讼法》和《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》的相关规定，请结合本案情况，撰写一份《民事裁定书》。

【拓展阅读】

1. 毛晓飞：《仲裁的司法边界——基于中国仲裁司法审查规范与实践的考察》，北京，中国市场出版社 2020 年版；
2. 刘晓红：《仲裁一裁终局制度之困境及本位回归》，北京，法律出版社 2016 年版；
3. 李广辉、林泰松：《仲裁法学》，北京，中国法制出版社 2019 年版；
4. 江伟、肖建国：《仲裁法》，北京，中国人民大学出版社 2016 年版；
5. 张卫平：《仲裁裁决撤销程序的法理分析》，《比较法研究》2018 年第 6 期；
6. 季境：《仲裁协议效力认定及解释原则》，《人民司法》2019 年第 26 期；
7. 刘建红：《仲裁条款独立性与合同转让中仲裁条款效力研究》，《人民司法》2007 年第 1 期；
8. 李鹏：《仲裁协议独立性之实证主义分析》，《东南大学学报》（哲学社会科学版）2006 年第 8 期。

仲裁协议的效力*

【学习要点】 了解和掌握仲裁协议的构成要素对仲裁协议效力产生的影响；对仲裁协议效力的审查是否聚焦于仲裁协议的成立；同一当事人能否同时或先后向人民法院、仲裁机构申请确认仲裁协议的效力；对“先仲裁，后诉讼”的约定的审查处理方式；仲裁裁决作出后，当事人能否在申请撤销仲裁裁决或不予执行时，再次对仲裁协议效力提出异议；以及我国《企业破产法》第21条规定的具体适用等基本知识。重点围绕仲裁协议效力判定这一主题，理解仲裁协议约定将纠纷提交仲裁机构仲裁，但同时约定如果仲裁调解不成，可由合同签订地人民法院解决，即未将仲裁约定为纠纷的最终解决方式时，应判定该仲裁条款无效的法理。明确人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起的核心要义。

【核心概念】 仲裁协议；协议效力；仲裁管辖；司法审查

【问题导向】 仲裁协议的构成要素对仲裁协议的效力有哪些影响？对仲裁协议效力的审查，是否聚焦于仲裁协议的成立？同一当事人能否同时或先后向人民法院、仲裁机构申请确认仲裁协议效力？“先仲裁，后诉讼”约定应当如何审查处理？仲裁裁决作出后，当事人能否在申请撤销仲裁裁决或不予执行时，再次对仲裁协议效力提出异议？我国《企业破产法》第21条规定，人民法院受理破产申请后，有关债务人民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起。该规定是否适用于当事人之间订有仲裁协议的情形？

【案情简介】 上诉人江苏金厦建设集团有限公司；被上诉人山西谊融房地产开发有限公司。

江苏金厦建设集团有限公司（以下简称江苏金厦公司）与山西谊融房地产开发有限公司（以下简称山西谊融公司）于2016年4月16日签订《晋中市建设工程施工合同书》。该合同约定，由江苏金厦公司承建山西谊融公司榆次数码电影汇展中心工程项目。该合同在第15条“违约、索赔和争议”中明确，“本合同在履行过程中发生的争议，由双方当事人协商解决，协商不成的提交晋中仲裁委员会仲裁”。2017年3月23日，江苏金厦公司与山西谊融公司签订《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》，该补充合同第15条其他相关条款约定：“甲乙双方在执行本协议过程中，如发生分歧，可协商解决，协商达不成一致时，均可申请相关部门调解，调解不成，向晋中仲裁委员会提起仲裁，如仲裁调解不成，可由合同签订地人民法院诉讼解决。”“原签订的文本合同作为备案依据。本补充合同是甲乙双方协商达成一致意见后签订的补充协议，补充协议和本协议具有同等法律效力。”双方签订合同后，在实际施工中发生了

* 本案来源于中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn>），案号：（2019）最高法民终279号。

争议，并导致停工。次年4月27日，山西谊融公司向晋中仲裁委员会申请仲裁，请求依法裁决江苏金厦公司立即将自有机械设备撤出施工场地。晋中仲裁委员会于2018年4月28日受理该申请，向江苏金厦公司送达了仲裁通知。江苏金厦公司于2018年5月15日向晋中市中级人民法院提起了诉讼，请求确认双方签订的《晋中市建设工程施工合同书》及《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》中的仲裁条款无效。同年6月19日，晋中市中级人民法院作出（2018）晋07民特9号民事裁定认为，江苏金厦公司的申请缺乏法律和事实依据，故驳回江苏金厦公司的申请。同年7月16日，晋中仲裁委员会作出（2018）晋仲裁字第33号仲裁裁决：江苏金厦公司在裁决书生效之日起十日内将自有机械设备撤出施工场地。江苏金厦公司收到仲裁裁决书后，向晋中市中级人民法院提起了撤销仲裁诉讼，晋中市中级人民法院受理了该案。

山西省高级人民法院审理认为，我国《仲裁法》第16条规定，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。本案中，双方签订的《晋中市建设工程施工合同书》和《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》约定了仲裁条款。经审查，晋中仲裁委员会仅对山西谊融公司提交的依法裁决江苏金厦公司立即将自有机械设备撤出施工场地的请求进行仲裁，并未对双方的工程结算纠纷进行仲裁，在生效裁决已确认仲裁协议有效的情况下，双方的工程结算纠纷应当向仲裁机构申请仲裁。故对江苏金厦公司的该项主张，不予支持。为此，江苏金厦公司提出上诉，其上诉请求：（1）撤销山西省高级人民法院（2018）晋民初515号民事裁定；（2）裁定指令山西省高级人民法院对本案继续进行了审理。事实与理由如下。

第一，一审法院片面采纳本案关键证据，导致一审裁定认定事实明显错误。山西省晋中市中级人民法院作出（2018）晋07民特9号民事裁定，驳回江苏金厦公司申请的主要理由是：（1）双方约定的“仲裁调解”事项未超出“仲裁范围”；（2）双方约定的争议解决方式为“先仲裁，后诉讼”。一审人民法院直接采纳上述民事裁定的裁判结果，而未对作出该裁判结果的事实和理由进行充分考量，亦未对案涉仲裁条款的有效仅限于“调解”进行充分的理解与把握，导致其片面采纳了本案的关键证据。

第二，一审法院裁定驳回江苏金厦公司的起诉，属变相用公权力将本该由当事人自行决定的仲裁事项，强制交由仲裁委仲裁，剥夺了江苏金厦公司的意思自治权利。对当事人未交由仲裁委仲裁的争议事项，仲裁委无权作出裁决，人民法院也无权将其归为仲裁事项范围。仲裁机构能否仲裁以及仲裁何种事项，完全取决于双方当事人的意思表示。本案双方当事人仅将争议的“调解”事项交由仲裁委，在江苏金厦公司不同意调解的情况下，除调解之外的其他事项，应由人民法院进行审理，仲裁委无权仲裁。

第三，一审法院根据我国《仲裁法》第26条的规定，驳回江苏金厦公司的起诉，属于适用法律错误。根据《仲裁法》第26条的规定，双方虽然有仲裁协议，但是若该

仲裁协议无效，则人民法院应当继续审理本案。江苏金厦公司与山西谊融公司之间虽有仲裁协议，但该仲裁协议仅约定了“仲裁调解”，未将争议的处分权交由仲裁委。一审法院在江苏金厦公司不同意调解，并将争议直接交由人民法院审理的情况下，应直接受理并继续审理本案。

【法院裁判】裁决事项：上诉人请求撤销山西省高级人民法院（2018）晋民初 515 号民事裁定。

裁决理由：双方当事人先后签订《晋中市建设工程施工合同书》和《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》，该两份合同就争议解决方式约定不一致的，应以《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》为准。在《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》中，虽然约定将纠纷提交仲裁机构仲裁，但同时约定如仲裁调解不成，可由合同签订地人民法院诉讼解决，并未将仲裁作为纠纷的最终解决方式。故《数码电影汇展中心项目建设工程施工补充合同》约定的仲裁条款无效。

裁决结果：撤销山西省高级人民法院（2018）晋民初 515 号民事裁定；本案指令山西省高级人民法院审理。

【案例解析】有效的仲裁协议既是确保当事人提起仲裁，使仲裁机构获得管辖权，并确保仲裁裁决能够得到司法确认的前提条件，也是界分人民法院和仲裁机构管辖权、排除司法管辖的基础。仲裁的主要特点是充分尊重当事人的意愿和自主选择。合同当事人是仲裁条款的签署方和仲裁程序的参与者，因此，在确定仲裁条款的有效性时，不能仅仅机械地依照法律规定或字面意思，而应该尽量探究当事人真实的意愿，充分尊重他们选择争议解决方式的自由。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《仲裁法解释》），第 7 条的规定，当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁，也可以向人民法院起诉的，仲裁协议视为无效。在实践中，如何理解这种选择性关系呢？对“先仲裁，后诉讼”的约定是否应归结为“或裁或审”的条款，存在不同的观点。有人认为，尽管当事人在签署仲裁协议时，并没有终局地约定如何解决合同争议，但仲裁显然是他们的选择之一。一旦争议发生，并且一方当事人提起仲裁，就应视为当事人之间已通过行为方式选择了仲裁，因此合同中的仲裁条款对合同当事人有约束力，其他方不能再提起诉讼。也有人认为，合同规定在争议发生时，应首先通过仲裁解决，但仲裁不成功或没有结果，可以另行提起诉讼，则这种约定应视为有效。这是因为当事人并未将仲裁和诉讼并列作为争议解决方式，而是明确表示在仲裁不成功时才选择诉讼，因此应视为当事人已选择了仲裁。本案中，最高人民法院的终审判决最优化体现了对当事人意思自治的尊重。

1. 仲裁协议的构成要素对仲裁协议效力的影响

一般来说，仲裁协议的各要素均可能对其效力产生影响，如协议的形式、当事人

以及可能存在的意思表示上的瑕疵等因素。根据我国《仲裁法》第16条的规定，仲裁协议应当包括以下要素：请求仲裁的意思表示、仲裁事项，以及选定的仲裁委员会。其中，“请求仲裁的意思表示”是仲裁协议的必要要素之一。这个意思表示必须是终局性的，也就是说，它必须足以排除通过诉讼解决争议的可能性。根据《仲裁法解释》第7条的规定，如果当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁，同时也可以向人民法院提起诉讼，那么这个仲裁协议将被视为无效。

2. 协议成立问题纳入确认仲裁协议效力的审查范围

多数观点认为，仲裁协议成立与否属于事实判断，而仲裁协议效力属于法律判断；仲裁协议成立问题由仲裁机构审查，而非向人民法院提出；仲裁协议有无是法定申请撤销或不予执行的事由，确认协议效力阶段不对仲裁协议是否成立进行审查不会导致权利无法获得救济，故仲裁协议是否成立不属于仲裁协议效力的审查范围。例如，北京市第四中级人民法院（2018）京04民特344号北京飞流九天科技有限公司与南通金信灏跃投资中心（有限合伙）申请确认仲裁协议效力一案。少数观点认为，判断仲裁协议的效力应该将仲裁协议的成立问题纳入审查范围，因为仲裁协议的存在与否是评判其效力的前提。例如，昆明市中级人民法院（2017）云01民特147号王某与云南腾达运通置业有限公司申请确认仲裁协议效力一案。对此，笔者认为，从实际情况看，由于我国法律未明确规定仲裁机构具有完全的自由裁量权，因此应将协议成立问题纳入确认仲裁协议效力案件的审查范围。这是因为协议是否存在是评判协议效力的前提条件。这种观点强调人民法院具有首要审查权，如果人民法院拒绝审查仲裁协议是否存在，将不符合人民法院和仲裁机构审查权限的配置。在实践中，如果人民法院拒绝审查仲裁协议是否成立，将无法判断仲裁协议的效力，这可能损及争议解决的效率，增加当事人解决纷争的成本。此外，这在一定程度上也反映了人民法院不断强化对仲裁的支持力度。从立法方面来看，吸纳国际通行的仲裁机构具有自裁权的原则可能是解决争议、以事后审查为核心的司法审查制度中一个应该探讨的方向。

3. 同一当事人同时或先后向人民法院、仲裁机构申请确认仲裁协议效力的处理

多数观点认为，同一当事人只能择一选择。例如，在广州市中级人民法院（2018）粤01民特50号付丽彬与章建州申请确认仲裁协议效力一案中，人民法院认为，当事人只能选择其中一种方式，意味着排除另一种方式的适用；也有观点主张，根据我国《仲裁法》第20条第1款的规定，当事人对仲裁协议的效力有异议时，既可以选择向仲裁委员会提出仲裁请求，也可以选择向人民法院提出审判请求。这一规定并未禁止同一当事人同时向人民法院和仲裁机构提出申请。然而，有些仲裁机构可能会受理当事人的异议请求但不予处理，与此同时禁止该当事人再向人民法院寻求救济，这与确认仲裁协议效力制度的目的相矛盾。对此，笔者认为，当事人同时或先后向人民法院和仲裁机构提出确认仲裁协议效力的申请时，人民法院应该具有优先权，但仲裁机构

先于人民法院作出决定的除外。

4. “先仲裁，后诉讼”约定的审查处理

一种观点认为，“先仲裁，后诉讼”的约定构成“或裁或诉”，属于无效仲裁协议。例如，在（2018）湘01民辖终645号路港公司与淇励公司买卖合同纠纷管辖一案中，长沙市中级人民法院认为，该条款既约定了仲裁管辖，又约定了诉讼管辖，根据《仲裁法解释》第7条的规定，该仲裁条款属于无效；另一种观点认为，该约定实质上是仲裁优先，不符合“或裁或诉”的特征，不影响仲裁约定的效力。例如，在（2017）皖01民特317号安徽省高速公路实验检测科研中心有限公司与安徽新雨其木业有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案中，合肥市中级人民法院认为，该约定具有仲裁优先的意思表示，并非或仲裁或诉讼的选择性约定，不能以此认定仲裁协议无效；在（2018）豫01民特12号中铁七局集团有限公司与华南物资集团有限公司怀化分公司申请确认仲裁协议效力一案中，郑州市中级人民法院同样认为，双方就仲裁与诉讼的选择有先后顺序，并不违反“一裁终局”的基本原则。就此问题，有必要指出，在评估“仲裁不成，可向法院起诉”条款的效力时，仅仅依赖是否违反“一裁终局”原则来判断其有效性，从逻辑上看并非自恰，而较为合理的方法是根据立法的初衷来考量。“或裁或诉”条款之所以通常被认为无效，是因为仲裁和诉讼不能同时进行。这意味着当事人必须选择一种争议解决方式，二者不能并存。然而，“先仲裁，后诉讼”条款为仲裁和诉讼的选择提供了一种顺位安排，体现了当事人更倾向于仲裁的意愿。因此，应当尊重当事人的自主意愿和本着支持仲裁的原则，根据条款的文义解释，可以得出当事人首选将争议提交仲裁，并非否定仲裁协议的效力。这种解释有助于平衡仲裁和诉讼两种争议解决方式，并确保当事人的选择得到尊重。本案例中，双方当事人约定的仲裁与诉讼之间并非选择性的关系，而是先后顺序关系。仲裁不成的才诉讼，且有关“如仲裁调解不成，可由合同签订地人民法院诉讼解决”的约定已无实际意义。

5. 仲裁裁决作出后，当事人在申请撤销或不予执行仲裁裁决时，再次对仲裁协议效力提出异议的处理

有法院认为，仲裁机构初步认定仲裁协议有效并不影响当事人在仲裁裁决作出后，以仲裁协议无效为理由，提出撤销或不予执行仲裁裁决的申请。例如，江苏省高级人民法院（2018）苏民终1240号张为民、索东兰、张傲虎与常州雍康置业有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷一案。也有法院认为，根据《仲裁法解释》第13条第2款的规定，仲裁机构在仲裁程序中，对仲裁协议效力作出决定或认定其有效后，当事人不能再以仲裁协议无效为由，提出撤销或不予执行的申请。例如，湖北十堰市中级人民法院（2018）鄂08民特31号武汉定盘星文化传播有限公司申请撤销荆门仲裁委员会荆裁（2018）34号裁决一案。对此，笔者认为，当事人在仲裁程序中，对仲裁协议效力提出异议后，如果仲裁机构或仲裁庭决定或裁决认定仲裁协议

有效,当事人仍然可以再次提出仲裁协议无效的异议,人民法院根据我国《仲裁法》第58条、《民事诉讼法》第237条、第274条等相关法律规定进行审查。仲裁机构或仲裁庭的决定只是排除人民法院在仲裁程序中的干涉,并未排除人民法院在仲裁裁决作出后进行事后监督的权力。根据最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第20条的规定,人民法院在确认仲裁协议效力的过程中,认定仲裁协议有效的裁定属于生效裁定。基于生效裁判的既判力,人民法院原则上不能在撤销或者不予执行阶段认定仲裁协议无效,若无其他认定撤销或不予执行的事由,应当驳回当事人的申请。

6. 我国《企业破产法》第21条规定,人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起的适用

一种观点认为,我国《企业破产法》第21条属于强制性规范,人民法院和当事人应该遵守该规范,因此当事人之间的仲裁协议在破产程序中不能适用。例如(2014)甘民二终字第22号兰州电机有限责任公司破产清算组与被告浙江浙大网新机电工程有限公司买卖合同纠纷一案;另一种观点认为,我国《企业破产法》第21条仅仅是针对民事诉讼的集中管辖规定,并没有否定仲裁协议的效力,因此不应该影响当事人提起仲裁的权利。对此,笔者认为,《最高人民法院关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定(三)》第8条明确了破产债权确认纠纷仍应按照当事人事先订立的仲裁协议提交仲裁。因此,破产债权确认纠纷应该继续适用事先订立的仲裁协议,而不受破产程序的影响。

实践思考:

1. 对仲裁协议效力的审查是否考量仲裁协议的成立?
2. 同一当事人能否同时或先后向人民法院、仲裁机构申请确认仲裁协议的效力?
3. 在仲裁庭作出裁决之后,当事人能否在申请撤销或不予执行仲裁裁决时,再次对仲裁协议效力提出异议?

4. 我国《企业破产法》第21条规定,人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起。该规定是否适用于当事人之间订立的仲裁协议?

【拓展阅读】

1. 李乾贵、胡弘、吕振宝:《现代仲裁法学研究》,北京,中国政法大学出版社2018年版;
2. 乔欣:《仲裁法学(第三版)》,北京,清华大学出版社2020年版;
3. 江伟、肖建国:《仲裁法》,北京,中国人民大学出版社2016年版;
4. 刘敏、陈爱武:《现代仲裁制度》,北京,中国人民公安大学出版社2002年版;
5. 马占军:《我国仲裁协议效力认定研究》,《环球法律评论》2008年第5期;

6. 王兰：《仲裁协议法律适用的基本理论及立法诠释》，《甘肃理论学刊》2013 年第 5 期；
7. 杨玲：《论“或仲或裁”条款中仲裁条款的效力——以海峡两岸司法实践为视角》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2014 年第 4 期；
8. 于喜富：《论争议可仲裁性司法审查之启动程序》，《法学评论》2016 年第 3 期；
9. 李昌超：《仲裁协议合意不当及其救济》，《社会科学家》2018 年第 1 期。

协议无效的确认*

【学习要点】 了解和掌握当事人对仲裁协议效力有异议时，申请人民法院审查与确认的程序。明确申请确认仲裁协议效力，应提交哪些材料，以及人民法院受理后，应当如何处理。掌握人民法院认定仲裁协议有效、无效的情形，以及仲裁机构的确定与选定等基本知识。重点围绕协议无效确认这一主题，理解除了双方当事人有请求仲裁的意思表示和仲裁事项以外，根据我国《仲裁法》的规定，仲裁协议就仲裁机构的约定应当明确。当事人双方签订的仲裁协议内容不属于我国《仲裁法》第18条规定的仲裁协议无效的情形，无事实及法律依据的，人民法院不予支持。

【核心概念】 仲裁协议；协议无效；事实理由；司法审查

【问题导向】 当事人对仲裁协议效力有异议，如何申请人民法院审查与确认？申请确认仲裁协议效力，应提交哪些材料？人民法院受理后，应当如何处理？人民法院应当认定哪些仲裁协议有效，哪些仲裁协议无效？如何确定与选定仲裁机构？

【案情简介】 申请人中兆海山建筑装饰工程有限公司北京分公司；被申请人上海依盛装饰材料有限公司。

中兆海山建筑装饰工程有限公司北京分公司（以下简称中兆公司）与上海依盛装饰材料有限公司（以下简称依盛公司）签订了《采购合同》。《采购合同》第14条约定，合同自双方签字、盖章并由双方代表签字后生效。据此，《采购合同》生效需同时具备两个条件：一是加盖单位公章；二是由授权代表签字。中兆公司称，由于《采购合同》上仅有申请人、被申请人单位公章，并未有双方代表签字，根据《采购合同》第14条，该合同未生效。根据我国《仲裁法》第16条第1款的规定，仲裁协议需以书面形式达成。由于申请人与被申请人未达成《采购合同》，更未达成仲裁协议，被申请人不能依据《采购合同》第12条的约定，向北京市仲裁委员会提请仲裁。北京市有三家仲裁委员会，因此，双方在合同中约定，由北京市仲裁委员会仲裁属于仲裁机构约定不明。依据《仲裁法》及其司法解释的规定，申请确认《采购合同》中的仲裁条款无效。依盛公司不同意申请人确认仲裁协议无效的申请。理由如下：仲裁协议独立存在，与合同变更、解除、终止或者无效没有关系。采购合同已经实际履行，且中兆公司已向依盛公司支付了部分合同款项，合同合法有效。“北京市仲裁委员会”即“北京仲裁委员会”，且“北京仲裁委员会”官网中明确载明，在司法实践中均认定约定“北京市仲裁委员会”即“北京仲裁委员会”，属于仲裁机构约定明确。依盛公司以中兆公司为被申请人，向北京仲裁委员会申请仲裁。该仲裁委受理了该案后，中兆公司向北京市第四中级人民法院申请确认仲裁协议无效。中兆公司提交《采购合同》等证

* 本案来源于中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn>），案号：（2019）京04民特400号。

据材料以证明其主张。《采购合同》需方为中兆公司、供方为依盛公司，该合同第12条有“由于本合同履行过程中发生的或与之有关的任何争议或请求，均提交由北京市仲裁委员会解决”的约定，合同落款处有中兆公司及依盛公司盖章。

【法院裁判】裁决事项：申请人中兆公司向北京市第四中级人民法院申请确认仲裁协议无效。

裁决理由：《采购合同》中仲裁条款的约定符合我国《仲裁法》第16条的规定，应为有效。双方签订的仲裁协议的内容不属于我国《仲裁法》第18条规定的仲裁协议无效的情形，中兆公司请求确认仲裁协议无效的理由，没有事实及法律依据，故不予支持。

裁决结果：依法驳回申请人中兆公司的申请。

【案例解析】根据我国《仲裁法》第16条第2款的规定，本案例主要涉及第（1）项请求仲裁的意思表示和第（3）项选定仲裁委员会的判断。当事人请求仲裁的意思表示需要以一定的形式作出。虽然涉案《采购合同》约定，“双方签字、盖章并由双方代表签字后生效”，但仲裁协议具有独立性，其生效条件应作独立判断。根据我国《仲裁法》第19条第1款的规定，案涉《采购合同》对生效方式作出了专门约定，但人民法院认为，本案仲裁协议系双方当事人盖章，应认定提交仲裁解决争议的意思表示明确，并强调“案涉合同的实体认定与处理均不属于仲裁司法审查案件的审查范围”。在（2019）京04民特398号民事裁定书中，北京市第四中级人民法院认为，关于创毅公司所称“应在争议发生后60天内将争议提交仲裁”的事由，本案系确认仲裁协议效力纠纷，创毅公司与赛伯乐基金公司的实体争议的产生原因及时间均属于仲裁庭的审查范围，并不属于本案的审查范围。这一立场亦与最高人民法院（2017）最高法民他36号答复的观点一致，即“在判断仲裁条款约束力时，应当避免对合同约束力提前作出判断，避免在管辖权争议阶段涉及案件实体处理”。根据我国《仲裁法》第18条的规定，仲裁协议有关仲裁委员会的约定应当是明确的。本案例中，仲裁协议约定的“北京市仲裁委员会”是不是“北京仲裁委员会”？在（2015）安中民一初字第97号民事裁定书中，安阳市中级人民法院认定，“北京市仲裁委员会”仲裁协议无效后，最高人民法院作出（2016）最高法民监106号民事裁定书，指出“（2015）安中民一初字第97号民事裁定，已发生法律效力。本院审判委员会讨论认为，安阳市中级人民法院所作上述裁定确有错误，应予再审”。此即以个案形式表明了最高人民法院的态度。当然，也有个别例外情况，例如，在（2018）吉民辖终第39号民事裁定书中，吉林省高级人民法院认为：“北京市有北京仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会及中国海事仲裁委员会等多家仲裁机构，并不存在本案当事人双方约定的仲裁机构。故本案中双方约定的北京市仲裁委员会应认定为约定的仲裁机构不明确……应认定上述仲裁协议无效。”

1. 当事人对仲裁协议效力有异议，申请人民法院审查与确认的路径

当事人对仲裁协议效力有异议，经申请，由人民法院对其效力进行审查与确认。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。申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。申请人向两个以上有管辖权的人民法院提出申请的，由最先立案的人民法院管辖。

2. 当事人申请确认仲裁协议效力应提交的材料，以及人民法院受理后的处理方式

申请确认内地仲裁协议效力的，应当提交申请书及仲裁协议正本或者经证明无误的副本。申请书应当载明下列事项：（1）申请人或者被申请人为自然人的，应当载明其姓名、性别、出生日期、国籍及住所、身份证号码或者护照号码；法人或者其他组织，应当载明其名称、住所以及法定代表人或者代表人的姓名和职务，统一社会信用代码或者其他身份信息号码；（2）仲裁协议的内容；（3）具体的请求和理由。申请确认港澳台地区和外国仲裁协议效力的，应当向人民法院提交下列材料：（1）申请书；（2）申请人主体资格的证明及授权委托书等；（3）仲裁协议；（4）必要的证据。当事人提交的外文申请书、仲裁协议及其他文件，应当附有中文译本。对相关材料的公证、认证或者其他证明手续、翻译等，适用我国《民事诉讼法》及相关司法解释的规定。

申请人提交的文件不符合上述规定的，经释明后提交的文件仍不符合规定的，人民法院应当裁定不予受理。申请人向不具有管辖权的人民法院提出申请的，人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院提出申请，申请人仍不变更申请的，人民法院应当裁定不予受理。人民法院受理当事人确认仲裁协议效力的请求之后，发现仲裁机构已经受理相关争议的，应当告知相关的仲裁机构；对仲裁协议效力作出裁定后，应当将裁定书送达相关的仲裁机构。

当事人约定仲裁不成，向人民法院起诉为其真实意思表示，人民法院不宜否定该仲裁协议的效力。对当事人签字或者盖章的鉴定意见，不足以判断当事人在行为时的真实意思表示，人民法院不宜认可其法律效力。当事人签订的仲裁协议独立存在，合同未成立以及合同的变更、解除、终止或者无效，均不影响仲裁协议的效力。当事人提出申请鉴定仲裁协议成立的，人民法院原则上应当准许。仲裁协议签署为印章等其他形式的，人民法院应当对仲裁协议是否系当事人真实意思表示进行审查判断。当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求人民法院作出确认仲裁协议无效的裁定，异议应当在仲裁庭首次开庭前提出。当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议的，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院裁定不予受理。

仲裁庭首次开庭前，仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力的，人民法院应当裁定不予受理。已经受理的，人民法院应当裁定驳回申请。当事人同时或先后向人民法院、仲裁机构申请确认仲裁协议效力的，人民法院对仲裁协议效力的认定具有优先性，但仲裁机构先于人民法院作出决定的除

外。仲裁机构对仲裁协议效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者以此为由申请撤销仲裁裁决的，人民法院应当裁定不予受理。

因对仲裁协议存在争议，一方当事人申请确认仲裁协议效力或者另一方当事人申请确认仲裁协议无效的，人民法院应当受理。当事人达成仲裁协议，又向人民法院起诉的，人民法院应当裁定不予受理，但仲裁协议无效的除外。一方当事人向人民法院起诉时，未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方当事人在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当裁定驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方当事人在首次开庭前，未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。

当事人概括约定仲裁事项为合同争议的，基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷可以认定为仲裁事项。在侵权与违约竞合时，当事人选择侵权之诉的，人民法院应当裁定不予受理。在多份合同中，签订在先的合同未含有仲裁条款，签订在后的合同含有仲裁条款，且前后合同主要权利义务基本一致的，该合同仲裁条款的效力及于其他合同。

约定选择诉讼、仲裁或者选择不同的仲裁机构，仲裁条款约定明确，且以该合同或仲裁条款请求仲裁的意思表示明确的，人民法院应当认定仲裁协议的效力。因对仲裁条款的约定或者理解的不同，一方当事人申请确认仲裁协议无效，其他协议中的仲裁有效且仲裁机构已经受理的，人民法院应当裁决驳回仲裁协议无效的请求。当事人对其中一份合同没有直接约定仲裁条款，但能够认定仲裁协议条款中援引或指向其他合同中的仲裁条款，当事人应当按照该仲裁条款申请仲裁。

当事人以所签订的合同或者仲裁协议不属于仲裁机构受理的争议事项范围，主张仲裁协议无效，人民法院认为存在有效的仲裁协议，应当裁定驳回仲裁协议无效之请求。当事人签订的主合同约定仲裁，担保合同未约定，但担保合同约定解决争议方式与主合同一致的，或者担保合同当事人在主合同中明确约定仲裁，有选择仲裁的意思表示的，主合同约定的仲裁协议效力及于担保合同。但担保合同当事人知晓主合同约定仲裁，而无任何选择仲裁的意思表示的除外。

主合同、从合同、附件，以及从合同、附件解决争议方式与主合同意思表示一致，且从合同和附件当事人明确知晓或者认可的，主合同约定的仲裁协议效力及于从合同和附件。当事人之间存在明确的仲裁意思表示，但在仲裁事项的约定和仲裁机构的选择上存在瑕疵，人民法院应当适用文义、体系等解释方法，确认仲裁协议的效力。在仲裁协议中，因对仲裁事项和仲裁机构没有约定或约定不明的，当事人可以补充约定，人民法院可以根据当事人的补充约定予以判定；因对仲裁机构所在地或者仲裁机构名称组成的约定不明的，可以由人民法院解释后确认。

3. 人民法院认定仲裁协议有效、无效的具体情形

仲裁协议是当事人将争议提交仲裁解决的意思表示，也是仲裁机构受理和裁决的前提与基础。每一个仲裁协议均至少包含以下三个构成要素：当事人申请仲裁的意向、

仲裁事项的约定和仲裁委员会的明确选定。

仲裁协议具有独立性，故其生效条件应作独立判断。我国《仲裁法》第19条第1款规定，“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力”。其中，仲裁意思表示充分体现当事人意思自治原则。具体表现为当事人可选择仲裁机构或仲裁的组织形式和地点、审理案件的仲裁员、仲裁程序和仲裁适用的法律。具言之，人民法院应确认下列仲裁协议有效：（1）当事人协商一致达成书面的仲裁协议，或者虽然当事人在仲裁协议中未约定或者未明确约定仲裁事项、仲裁机构，但当事人补充约定的；（2）仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但可以确定具体仲裁机构的；（3）仲裁协议仅约定了争议适用的仲裁规则，但当事人协商一致补充仲裁机构的，可以协议确定，也可以按照约定的仲裁规则确定；（4）当事人在仲裁协议中约定了两个以上仲裁机构，选择其中一个申请仲裁的；（5）仲裁协议约定由一个仲裁机构仲裁，而该仲裁机构所在地只有一个仲裁机构的；（6）因合同的订立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等发生的争议；（7）因合同的订立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等引起的争议，应由仲裁机构确定仲裁，不可仲裁的事项除外；（8）人民法院应当认定仲裁协议效力的其他情形。我国香港、澳门、台湾地区与外国之间的仲裁协议为当事人约定了两个以上仲裁机构，但只存在其中一个仲裁机构的，人民法院应当认定该仲裁协议有效。

按照我国《仲裁法》的规定，人民法院应确认下列仲裁协议无效：（1）当事人约定的仲裁事项超过法律规定的仲裁范围；（2）无民事行为能力或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；（3）8周岁以上的未成年人、不能完全辨认自己行为的成年人订立仲裁协议未经其法定代理人同意、追认；（4）不能完全辨认自己行为的成年人或者不满8周岁的未成年人，以及一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议。

当事人在仲裁协议中对仲裁事项、仲裁机构没有约定或者约定不明确，同时又无法达成补充协议的，人民法院应当认定仲裁协议无效。仲裁协议约定了两个以上仲裁机构或者约定的地方有两个以上仲裁机构，当事人不能就仲裁机构的选定达成协议，或者当事人就争议达成协议，既可以向仲裁机构申请仲裁，也可以向人民法院提起诉讼的，人民法院应当确认仲裁协议无效。但是，当事人一方向仲裁机构申请仲裁，另一方当事人在仲裁庭首次开庭前未提出异议的除外。

4. 仲裁机构的确定与选定

仲裁机构的选择应当充分尊重当事人的意思自治，当事人可以共同协商选择仲裁机构或者仲裁地点，同时在选择仲裁机构或者仲裁地时，应当保证仲裁机构的明确性和唯一性，约定含糊不清或者在文字上产生歧义，均可能导致仲裁协议无效。我国《仲裁法》规定，仲裁委员会不实行级别管辖和地域管辖，仲裁委员会应当由当事人自愿协商选定。也就是说，自愿将争议提交仲裁的当事人双方对仲裁委员会和仲裁地点可以自由选择。当事人约定由一名仲裁员组成仲裁庭的，应当共同选定仲裁员。当事

人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定一名仲裁员。

实践思考：

1. 结合本案，分析当事人仲裁意思表示、仲裁协议独立性与仲裁机构的确定与选定对仲裁裁决结果的影响。
2. 分析仲裁意思表示、仲裁协议独立性与仲裁机构的确定与选定标准及其法律后果。
3. 假设你是本案申请人的委托代理人，请代申请人撰写一份以仲裁协议无效为由，撤销或者不予执行仲裁裁决的申请书。
4. 假设你是本案主审法官，应当如何审查申请人以仲裁协议无效为由，撤销或者不予执行仲裁裁决的申请书？结合本案审查情况撰写一份裁定书。

【拓展阅读】

1. 张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社 2019 年版；
2. 江伟、肖建国：《仲裁法》，北京，中国人民大学出版社 2016 年版；
3. 杜焕芳、李贤森：《国际商事仲裁当事人程序自治边界冲突与平衡》，《法学评论》2020 年第 2 期；
4. 胡思博：《论民事裁判的不可再审性》，《中国政法大学学报》2014 年第 4 期；
5. 李燕：《试论我国仲裁监督体制的完善》，《学术界》2009 年第 5 期。

驳回起诉的适用*

【学习要点】 了解和掌握重复仲裁的认定与处理，以及依据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效是否构成重复起诉等基本知识。重点围绕驳回起诉的司法适用这一主题，理解对当事人构成重复起诉的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉，但法律、司法解释另有规定的除外，以体现一事不再理的原则，符合既判力的法理要求。深刻把握重复仲裁的认定与处理，特别是依据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效，已构成重复起诉，不符合仲裁司法审查案件的受理条件。

【核心概念】 重复仲裁；司法审查；驳回起诉；既判力

【问题导向】 如何认定与处理重复仲裁？依据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效是否构成重复起诉？

【案情简介】 申请人广州侠聚网络科技有限公司；被申请人张某某。

张某某据《投融资居间服务协议》约定的仲裁条款，以广州侠聚网络科技有限公司（以下简称侠聚公司）为被申请人，向北京仲裁委员会提起仲裁申请，该仲裁委受理了该案，案号为（2019）京仲案字第2607号。仲裁庭开庭前，侠聚公司向广州市中级人民法院申请确认上述《投融资居间服务协议》中的仲裁条款无效。广州市中级人民法院于2019年9月5日作出（2019）粤01民特982号民事裁定书，裁定驳回侠聚公司的上述申请。2019年9月16日，侠聚公司持《投融资居间服务协议》向北京市第四中级人民法院申请确认该协议中的仲裁条款无效，该院受理了此案。

【法院裁判】 裁决事项：申请人侠聚公司请求依法确认《投融资居间服务协议》中仲裁协议无效。

裁决理由：申请人侠聚公司据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效，已构成重复起诉。根据我国《民事诉讼法》第154条、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第247条之规定，对申请人的请求不予支持。

裁决结果：依法驳回申请人侠聚公司的申请。

【案例解析】 根据最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第8条的规定，本案有关“现侠聚公司依据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效，已构成重复起诉”的内容表明，该申请不符合受理条件。也正如此，人民法院最终依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第247条的规定，裁定驳回侠聚公司的申请。本案中，人民法院适用的法律依据本身

* 本案来源于中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn>），案号：（2019）京04民特492号。

似乎有进一步的讨论空间。此外，根据《人民法院民事裁判文书制作规范》的规定，人民法院裁定驳回申请的应在裁定书尾部写明救济途径。例如，在（2019）京04民特469号民事裁定书中就有所体现，其载明“如不服本裁定，中石化化工销售（香港）有限公司可以在裁定书送达之日起三十日内，中国铁路物资天津有限公司可以在裁定书送达之日起十日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于北京市高级人民法院”。

1. 重复仲裁的认定与处理方式

实践中，人民法院对重复仲裁的审查，通常参照适用最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第247条中“重复起诉”的判断标准，即依据前后仲裁程序中的当事人、仲裁标的与仲裁请求是否相同，判断前后两程序中是否存在重复仲裁的问题。但是，对于执行和解协议中约定的事项，当事人是否可以再次申请仲裁未予明确。当事人就执行和解协议产生纠纷并重新申请仲裁的，新的仲裁裁决是否构成重复仲裁？在（2018）吉05民初27号通化旭日房地产开发有限公司与张文馨申请撤销仲裁裁决一案中，吉林通化市中级人民法院认为，当事人就执行和解协议再次申请仲裁属于重复申请，构成程序违法而裁定撤销仲裁裁决。那么，债务人不履行和解协议的，是否应当通过恢复执行程序实现债权？当事人根据执行和解协议再次申请仲裁的，裁决是否应予撤销？执行和解协议订立了仲裁条款的，或者后续争议事项是否受原仲裁协议的约束？对于当事人放弃仲裁协议，提起诉讼后又申请仲裁，尽管仲裁庭最终作出裁决的情形比较少见，但该情形是否构成重复仲裁呢？一种观点认为，后案仲裁与前案诉讼在主体、标的和诉请上同一，则应认定构成重复仲裁，违反“一事不再理”原则，并应认定属于违反法定程序的情形；另一种观点则认为，双方当事人已放弃仲裁协议，对争议管辖重新作出了提交诉讼解决的安排，在此之后再申请仲裁，应视为“没有仲裁协议”的情形，适用我国《仲裁法》第58条第（1）项之规定，撤销仲裁裁决。然而，无论如何，当事人构成重复仲裁的，人民法院应裁定不予受理；已受理的，应裁定驳回起诉；但法律、司法解释另有规定的除外。

2. 依据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效构成重复起诉

既判力是指人民法院作出的判决生效后，判决内容对当事人和人民法院均产生约束力。当事人在以后的诉讼中不得提出与生效的判决书相反的主张，人民法院在以后的诉讼程序中也不得作出与该生效判决相反的判决。一般意义而言，对实体问题作出处理的裁定是有既判力的。本案中，人民法院认为，“人民法院依法审查并作出裁定，现侠聚公司依据同一份仲裁协议再次向人民法院申请确认该仲裁协议无效，已构成重复起诉”，就体现了这一点。在（2019）京04民特469号民事裁定书亦有所体现，北京市第四中级人民法院认为，“中石化香港公司已于2015年11月5日就撤销上述裁决向本院提起仲裁司法审查申请，本院也已就上述申请作出生效裁定。现中石化香港公司提起的本案仲裁司法审查申请属于重复提起的申请，不符合仲裁司法审查案件的

受理条件”。

实践思考：

1. 结合本案，分析重复仲裁的判定标准，对于当事人重复仲裁的情形应当如何处理？
2. 驳回起诉的法律后果是什么？当事人如何寻求救济？
3. 假设你是本案申请人的委托代理人，请代申请人撰写一份以重复仲裁为由，撤销或者不予执行仲裁裁决的申请书。
4. 假设你是本案主审法官，应当如何审查申请人以重复仲裁为由，撤销或者不予执行仲裁裁决的申请书？请结合本案审查情况撰写一份裁定书。

【拓展阅读】

1. 张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社 2019 年版；
2. 李广辉、林泰松：《仲裁法学》，北京，中国法制出版社 2019 年版；
3. 陈可：《民事诉讼中的禁止重复起诉制度研究》，《湖北经济学院学报》（人文社会科学版）2021 年第 9 期；
4. 陈巍：《重复起诉认定标准之重构》，《中外法学》2020 年第 6 期；
5. 熊跃敏、郭家珍：《禁止重复起诉与禁止另行起诉的区分与适用》，《国家检察官学院学报》2020 年第 5 期；
6. 袁琳：《民事重复起诉的识别路径》，《法学》2019 年第 9 期。

PPP 仲裁裁决*

【学习要点】 了解和掌握 PPP 仲裁和 PPP 协议的内涵与外延，PPP 协议具有的仲裁性，PPP 仲裁条款效力的判定以及司法审查的重点等基本知识。重点围绕 PPP 仲裁裁决的司法审查这一主题，理解由于 PPP 协议既涉及行政法律关系，又与民商事法律关系相牵连，导致司法审查对 PPP 仲裁协议的性质、协议的可仲裁性，以及该协议是否构成对社会公共利益违反等判定方面存在差异。深刻把握除了明确请求仲裁的意思表示、仲裁机构约定以外，需要从协议主体、协议目的、协议内容和意思表示等方面，考量 PPP 协议的可仲裁性，并从情势变更、法律、行政规章和地方性法规的视角，审查 PPP 可仲裁协议是否构成对社会公共利益的违反。

【核心概念】 PPP 仲裁协议；可仲裁性；社会公共利益；司法审查

【问题导向】 什么是 PPP 仲裁？PPP 协议是否具有可仲裁性？PPP 协议中仲裁条款的效力如何判定？如何认定 PPP 可仲裁协议是否构成对社会公共利益的违反？

【案情简介】 申请人天颂建设集团有限公司；被申请人诸暨市人民政府大唐街道办事处。

2017 年 11 月 7 日，诸暨市人民政府审批通过《诸暨袜艺小镇综合配套 PPP 采购项目实施方案》，同意该项目实施方案并授权诸暨市大唐镇人民政府作为项目实施机构，具体负责本项目的准备、采购、签约、监管等其他相关工作。2018 年 1 月 3 日，诸暨市大唐镇人民政府发布《诸暨袜艺小镇综合配套 PPP 采购项目的招标公告》。同月 23 日，天颂建设集团有限公司（以下简称天颂公司）与中新房东方有限公司作为联合体投标并中标。同年 2 月 7 日，诸暨市大唐镇人民政府作为甲方，中新房东方有限公司、天颂公司作为乙方签订《诸暨袜艺小镇综合配套 PPP 采购项目投资协议》。该协议第 5 条“争议的解决”约定：本协议在履行过程中发生的争议，各方本着友好、互利的原则协商解决；协商或调解不成的，任一方有权向绍兴仲裁委员会诸暨分会提交仲裁。次年 6 月 21 日，诸暨市人民政府发布《关于部分行政区划调整的通知》，撤销原大唐镇建制，组建大唐街道。同年 12 月 20 日，诸暨市大唐街道办事处（以下简称街道办）向绍兴仲裁委员会诸暨分会申请仲裁，请求仲裁庭裁决：（1）中新房东方有限公司、天颂公司承担未按约履行出资义务违约金 6 900 万元；（2）中新房东方有限公司、天颂公司承担未与实施机构正式签订 PPP 项目协议的违约金 4 200 万元；（3）确认中新房东方有限公司、天颂公司缴纳的 1 000 万元投标保证金不予返还；（4）确认对中新房东方有限公司、天颂公司缴纳的 2 000 万元履约保证金不予退还；（5）中新房东方有限公司、天颂公司赔偿经济损失 1 000 万元；（6）中新房东方有限

* 本案来源于中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn>），案号：（2020）浙 06 民特 4 号。

公司、天颂公司承担街道办律师代理费 100 万元；(7) 中新房东方有限公司、天颂公司承担本案全部仲裁费用。绍兴仲裁委员会诸暨分会受理了街道办的仲裁申请，尚未开庭审理。天颂公司申请称，其与被申请人于 2018 年 2 月 7 日《诸暨袜艺小镇综合配套 PPP 采购项目投资协议》中约定的仲裁协议（条款）无效，申请费用由被申请人承担。理由在于，申请人与被申请人签署的《PPP 项目投资协议》系行政协议，相关纠纷属于行政争议，受行政诉讼法调整，不具有仲裁性，《PPP 项目投资协议》中的仲裁条款系无效约定。街道办答辩称，从涉案《PPP 项目投资协议》的内容来看，有关双方的权利义务和违约赔偿等约定中充分体现了意思自治，是当事人协商一致的结果，本案协议性质是平等主体之间的民商事协议，而非行政协议。从被申请人向仲裁委员会提出的仲裁请求来看，是关于股东出资、违约责任、争议解决等平等主体之间的民事纠纷，与行政机关的具体行政行为无关，未涉及被申请人行政法上的权利义务，双方当事人处于平等的法律地位，可以通过仲裁解决。故本案争议具有可仲裁性。故请求驳回申请人的申请，裁定仲裁条款有效。

【法院裁判】裁决事项：天颂公司申请确认《诸暨袜艺小镇综合配套 PPP 采购项目投资协议》中约定的仲裁协议（条款）无效。

裁决理由：案涉项目虽然与行政机关实现行政管理目标、履行公共管理职责有一定的关联，但该项目并非诸暨市大唐街道办事处完全无偿地、单一地向社会公众提供的公共服务。从合同订立及合同内容确定的情况来看，虽然合同的一方当事人是街道办，但案涉协议内容不能充分表明行政机关在订立合同、监督和指挥合同的履行、变更或者解除合同等方面均享有单方的优越和主导地位。合同相对人天颂公司、中新房东方有限公司在订立合同及决定合同内容等方面仍享有充分的意思自治，并不受单方行政行为强制。从合同内容来看，本案合同并未就行政审批、行政许可等行政法上权利义务内容进行约定，合同系为了约定设立项目公司后签署《PPP 项目协议》，实施项目的设计、投融资、建设、运营管理及维护等事宜而签订。合同约定的具体的权利义务及违约责任，均体现了双方当事人的平等协商一致的合意。从街道办的仲裁请求来看，其涉及的是案涉《PPP 项目投资协议》的履行问题，纠纷并不涉及具体的行政行为。故本案争议具有可仲裁性，不属于依法应当由行政机关处理的行政争议。

裁决结果：依法驳回天颂公司要求确认《诸暨袜艺小镇综合配套 PPP 采购项目投资协议》中约定的仲裁协议（条款）无效的申请。

【案例解析】PPP 项目是政府通过竞争性方式择优选择具有投资、运营管理能力的社会资本，双方根据平等协商原则订立合同。人民法院就该类案件的审查主要有两种裁判模式：一种是依据协议的具体内容和当事人的争议事项，以及仲裁请求进行判断。例如本案，绍兴市中级人民法院认为，案涉 PPP 协议内容既不属于行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，也不属于在法定职责范围内与公民、法人或者其他组织订立的具有行政法上权利义务内容的行政协议。双方当事人处于平等的法律地位，可以

提起仲裁解决；另一种是通过对案件事实的分析，回避 PPP 协议的性质认定。例如，在沈阳水务集团有限公司诉沈阳圣源水务有限公司申请确认仲裁协议效力一案中，北京市第二中级人民法院以涉案特许经营协议属于行政合同性质，与本案审查涉案净水采购协议无直接关联为由不作评断。本案典型意义在于，对 PPP 协议的可仲裁性和仲裁条款效力的判定。PPP 仲裁协议中具有民事合同属性。在判断一份 PPP 仲裁协议争议能否仲裁时，应该从协议内容要素、主体要素、意愿表达要素、目的要素、职务要素等多方面来考量，而不是仅考虑导致该纠纷的协议性质。仲裁条款包含了请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会，且仲裁事项及仲裁委员会约定明确，满足我国《仲裁法》第 16 条规定的仲裁协议有效的要件，并且不存在无效情形的，仲裁协议应当有效。

1. PPP 仲裁内涵的界定及 PPP 协议性质的厘定

PPP 仲裁是政府与私人之间基于提供产品与服务而达成仲裁协议，以形成“利益共享、风险共担、全程合作”伙伴关系。在德国，其称为行政契约，分为对等契约和隶属契约两种。前者是指由两个行政机关所缔结的契约，后者是指行政机关与行政相对人之间签订的契约。法国称之为行政合同，将其分为公法人与私人间、公法人间，以及私人间缔结的具有公法属性的三种合同类型。我国早在 1984 年发布了《基本建设项目投资包干责任制办法》，这是一种以协议形式固定的基础项目投资。次年，印发了《关于进一步活跃农村经济的十项政策》，把统购的粮食、棉花改为合同订购，成为行政协议的一种。1990 年颁行的《城镇国有土地出让和转让暂行条例》，开启了自然资源领域的行政协议。为了落实“允许社会资本通过特许经营等方式，参与城市基础设施投资和运营”的改革措施，自 2013 年伊始，财政部就 PPP 模式推广工作进行部署，相继推出涉及传统基础设施、信息基础设施、清洁能源、油气、煤化工、石化产业等 80 个鼓励社会资本参与建设营运的示范项目。

对 PPP 协议的性质界定，学界主要有两种截然不同的观点。其中，行政法学派认为，行政协议的根本属性在于行政性，协议前提是行政行为的客观存在。而民法学派认为，行政协议的根本属性在于协议，行政协议与民事合同一样，均需要遵守民事契约中的平等、自由和诚实信用原则。笔者认为，上述观点均值得商榷。因为前者关注 PPP 协议中行政权运行的事实，并认为双方当事人地位并非完全平等，其中行政主体既是合同一方当事人，又是合同的监管者，仅以一纸协议即实现对行政主体的约束，的确言过其实，而将其纳入行政合同的范畴，则有望实现对行政权的有效制约，并达至对私主体权益的保护。但是，在 PPP 协议中，合同当事人原则上应当按照合同约定履行其义务，否则，该协议有何存在的价值？后者虽然聚焦 PPP 协议的签订和履行，双方当事人具有地位平等、自愿、合意等本质特征，但是对 PPP 协议中行政权问题却熟视无睹，难以对私主体权益形成有效保护，尤其是行政主体基于特定的原因变更甚至撤销协议时，不可避免地会对私主体的权益造成损伤。由此可见，与一般意义上的

行政行为与合同行为不同的是,PPP 协议兼具行政性与契约性的双重属性,进而试图将 PPP 协议单纯界定为民事合同或者行政合同显然是徒劳且不客观的。据此,笔者主张,PPP 仲裁协议中具有商事合同的属性,理由如下:

第一,PPP 协议核心是社会资本的参与。在我国当下,PPP 协议是由社会资本承担设计、建设、运营、维护基础设施的大部分工作,并通过使用者付费及必要的政府付费获取合理投资回报,政府部分负责基础设施及公共服务的价格和质量监督,以保证公共利益最大化。从本质上说,行政协议虽然是合同的一种,但是基于行政法所产生的权利义务。换言之,行政主体与私主体所签订的协议涉及行政法上的权利或义务,则应认定为行政协议。从最高人民法院《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 2 条规定来看,政府特许经营的 PPP 协议为行政协议。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第 3 条规定,特许经营是由政府采用竞争方式,依法授权我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。可见,除上述特许经营之外,不直接关涉行政法上的权利义务处分的 PPP 协议、PPP 协议的从协议和相关协议均具有商事合同属性。从最高人民法院《关于审理行政协议案件若干问题的规定》的内容来看,PPP 协议的核心要素在于社会资本参与公共项目或者公共事业,诸如 TOT、ROT 等协议并非必然涉及作为行政主体一方的行政法上的权利义务。我国《行政诉讼法》及相关司法解释把行政协议的外延界定为,政府特许经营协议、土地、房屋等征收征用补偿协议,矿业权等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、买卖等协议,政府与社会资本合作协议以及其他行政协议等六类。尽管有学者建议把行政合同作为一类特殊合同对待,但在通常情形下,具备相关专业知识和能力的商事主体在残酷竞争环境中脱颖而出,所签订 PPP 主协议以及与此相关的诸如项目设计、建设工程实施、货物采购等协议,并非因其与特许经营相关。

第二,PPP 协议中商事合同的特质。国家发展改革委早在 2019 年发布的《关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》中指出,政府依法依规履行承诺,不得擅自变更合同约定的政府责任和义务;国家财政部颁布的《PPP 项目合同指南(试行)》和《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014 年版)》均指出,政府与社会资本方的民事平等主体地位,合同各方均是平等主体,以市场机制为基础建立互惠合作关系,约定合同条款并保障其权利与义务。《PPP 项目合同指南(试行)》强调,PPP 从行为性质上属于政府向社会资本采购公共服务的民事法律行为,构成民事主体之间的民事法律关系,并将仲裁列为争议解决的方式之一。可见,我国现行规范性文件已就 PPP 协议中民事合同属性予以明定。事实上,PPP 协议与一般的行政合同或民事合同有着很大的区别,它的内容庞杂且履行周期较长,如果把它简单地定义成单一性的民事或行政合同,都有所偏颇。在司法实践中,部分法院认定 PPP 协议既能促使

政府和社会资本合作共同提升公共服务水平，又能使社会资本得到合理的收益，双方实现双赢的合作基础，这其中行政与民事法律关系的权利和义务相互交织。在这当中，有关政府对于项目的立项审批和监督管理等问题，属于公法的范畴。而双方当事人经过平等协商，达成一致的有关事项的名称、内容、项目公司的经营范围、注册资本数额及股东出资、违约责任、合同的解除以及争议解决、仲裁条款等问题，都是属于私法的范畴。因此，PPP协议的纠纷可根据请求标的的所属的不同范畴而进行区分。也就是说，对于属于公法领域的争议，可通过行政诉讼来救济，而对于仅涉及民事合同纠纷或侵权纠纷无关行政权力的纠纷，则可以采用民事诉讼或仲裁的方式来救济。

第三，PPP协议国外实践的借鉴。多数国家把PPP协议作为民事合同对待，如在英美法系国家，政府合同争议的审理适用民事诉讼程序规则。法院是否采取司法审查的态度，取决于政府合同的公法因素。就政府合同而言，因其具有较强的公法因素，法院予以司法审查。自20世纪90年代以来，美国将ADR（Alternative Dispute Resolution）引入行政程序领域，国会先后制定了《行政争议解决法》《协商立法法》和《替代性纠纷解决法》等予以确认，成效显著。英国在行政协议的具体运作中，因政府合同而引起的纠纷，多由政府 and 当事人以非正式谈判或者仲裁方式予以解决，较少诉诸法院。法国行政协议呈现出明显的合同化趋势，公法合同完全受制于一套单独的法律规范体系之中，强调赋予包括享有单方变更、解除协议，甚至对相对人实施处罚在内的行政优益权，并明确该权力行使以协议约定为限，以维护协议的安定性。经过多年改革，该国已允许PPP协议各方选择仲裁解决纷争。随着共建“一带一路”不断推进，投资仲裁和国际商事仲裁在PPP项目争议解决机制中的适用，一些国家仍坚持PPP项目仅能适用当地仲裁机构予以仲裁。

2. PPP协议可仲裁性的解析

我国《仲裁法》第2条、第3条和第16条第2款规定，平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可仲裁。仲裁事项是仲裁协议的内容之一，而仲裁事项本身应当具备可仲裁性。本案中，案涉纠纷是否具备可仲裁性，主要在于《PPP项目投资协议》的法律性质。该性质问题存在争议，申请人天颂公司称案涉协议属于行政协议，不具有可仲裁性；被申请人街道办认为本案属于平等主体之间的民事纠纷，与行政机关的具体行政行为无关，未涉及行政法上的权利义务，具有可仲裁性。根据我国《行政诉讼法》第12条、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第68条的规定，行政协议本身并不具备可仲裁性。对于案涉协议是否是行政协议，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条规定，行政机关为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，属于我国《行政诉讼法》第12条第1款第（11）项规定的行政协议，故浙江省绍兴市中级人民法院认定行政协议从主体、目的、内容和意思四个要素进行分析。首先，案涉项目虽然与行政机关实现行政管理目标，履行公共管理

职责有一定的关联，但该项目并非被申请人诸暨市大唐街道办事处完全无偿、单一地向社会公众提供的公共服务。其次，从合同订立及合同内容确定情况来看，案涉协议内容不能充分表明行政机关在订立、变更、履行和解除合同方面享有单方优越权和主导地位，申请人天颂公司和中新房东方有限公司仍享有充分的意思自治，不受单方强制。最后，从合同内容来看，协议未对具体的行政行为进行约定，不涉及行政法上权利义务内容，合同约定的具体权利义务和违约责任具有明显的民商事法律关系性质，应定性为民商事合同，而不是行政协议。笔者主张，判断一项纠纷是否可仲裁，不应该仅仅考虑引发纠纷的协议性质，还应该考虑协议的内容、主体、意愿表达、目的、职务等多方面要素。

3. PPP 协议中仲裁条款效力的判定

根据我国《仲裁法》第 16 条、第 17 条和第 18 条的规定，本案中，双方当事人于《PPP 项目投资协议》中约定，本协议在履行过程中发生的争议，各方本着友好、互利的原则协商解决；协商或调解不成的，任一方有权向绍兴仲裁委员会诸暨分会提交仲裁。该仲裁条款包含了请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会，且仲裁事项及仲裁委员会约定明确，符合我国《仲裁法》第 16 条的规定，不存在无效情形。因此本案仲裁协议有效。对于一方当事人向仲裁委员会申请，另一方当事人向人民法院申请的情形，依据我国《仲裁法》第 20 条的规定，由人民法院裁定，当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。绍兴仲裁委员会诸暨分会受理该案后尚未开庭，因此申请人天颂公司在收到绍兴仲裁委员会诸暨分会的《答辩通知书》后，申请人民法院确认仲裁协议的效力，符合规定。审查此类确认仲裁协议效力的纠纷，首先应判断案涉纠纷的法律性质，明确是否是可仲裁事项，若争议为行政协议，参照上述思路进行判断，然后再判断仲裁协议是否具备有效要件。

4. PPP 仲裁协议构成对社会公共利益违反的判定

由于私人资本主体参与 PPP 项目旨在分担地方政府的财政负担，并获取一定利益，这就难免存在私主体在 PPP 项目运行中，为了逐利而导致对社会公共利益的损害的情形，加之，我国《仲裁法》及其司法解释对社会公共利益的界定不明，导致对 PPP 仲裁协议司法审查时的尺度把握不一。一般意义而言，社会公共利益是指一个国家的重大利益、重大社会利益、基本法律原则或基本道德规则。社会公共利益应当超越个体与某一具体群体，以不确定的多数人为特征的集合体，在地域上应当涉及该行政机关管辖的范围，具有开放的共享性。这种利益既不会刻意将某一主体拒之门外，也不会被某特定一主体所专享；且是一种不可分割的整体性利益，具有价值上的正当性。通过对社会公共利益内涵和外延的界定，一方面，可以更好地规范私主体在 PPP 项目履行中的行为，避免损及社会公共利益的情形出现；另一方面，规制法官裁量权，统一 PPP 仲裁协议中可仲裁性的司法审查尺度，提升仲裁权威和公信力，以适应党的十九届五中全会提出构建全民共建共享的社会治理格局的客观需要。由于 PPP 项目的特殊

性,且我国仲裁立法和实践发展较为迟缓,远未达至成熟的阶段,人民法院在依职权重点审查社会、公共的解释,仲裁裁决所涉及内容不得违背公共秩序与善良风俗、全体社会成员共同的利益,以及我国法律的基本制度与原理,经济社会生活的基本原则等事项的同时,尚需重点关注以下问题:

第一,法律法规和规章的影响。按照我国《民法典》第153条的规定,只有法律、行政法规才是认定合同有效性的依据,行政规章和政策的禁止性或者强制性规定不能作为认定合同效力的依据。换言之,一般情况下,法律和法规才是认定合同有效性的依据。但是,实践中很多PPP仲裁协议是根据当地的政府规章或者根据上级领导的指示、会议纪要、政府颁布的地方性文件等精神与私主体签订,故私主体在签订PPP仲裁协议时,往往会将这些当地的规范性文件的内容加进去。而上述规范性文件有时存在不完备、效力层级低的缺陷,且国家对于公共项目采用新型融资模式进行建设已渐成规模并纵深发展。那么,这些与会议纪要、地方政府规章等结合在一起的条款的有效性又该如何认定?是否可能构成对社会公共利益的违反呢?笔者认为,根据我国《立法法》的规定,如果地方政府规章、会议纪要等内容违反了上位法即法律、行政法规的规定,则这些地方政府规章、会议纪要等内容是无效的,那么以这些规章、纪要为基础的PPP仲裁协议条款当然无效;对于某些协议条款,虽然法律、行政法规并没有对其效力作禁止性规定,但是,国务院部门以及省、自治区、市和较大的市的人民政府或其主管部门对于具体应用法律法规或规章作出的解释;县级以上人民政府及其主管部门制定发布的具有普遍约束力的决定、命令或其他规范性文件等涉及社会公共利益保护,对该条款作了禁止性规定,应当判定其构成对社会公共利益的违反。对违反我国有关对外担保的法律规定和国家外汇管理政策的情形,但非导致对我国法律基本原则的违背、侵犯我国国家主权、危害国家社会公共安全、违反善良风俗等危及我国根本社会公共利益的情形,则不构成对社会公共利益的违反;在同一法域针对相同事实作出截然相反的司法判断,有违于法律价值观念的统一,不应当被排除在社会公共利益范围之外。对于一方在境外依据仲裁条款提起仲裁,而另一方在我国国内起诉请求确认仲裁条款无效,基于请求确认仲裁条款效力的冲突规范则存在对域外仲裁裁决的申请承认与执行,而我国法律确认仲裁条款无效裁定已生效的情形,从维护司法主权及生效裁判既判力的角度出发,应当认定其违反社会公共利益。

第二,情势变更的影响。在PPP仲裁协议中,由于协议基础或者环境因素在客观上发生的异常变动或者变更,该变动或者变更既可以是法律规范的修改、国家政策的变动,通货膨胀、货币贬值等经济因素的变化,也可以是非经济因素的变动,如战争导致的封锁、禁运等。行政主体在PPP仲裁协议订立后,出于社会公共利益的需要,应当变更或解除时,才能行使单方变更、解除权。此时,仲裁机构在仲裁裁决时,不应认定行政主体是一方违约。人民法院在审查时也要作出与此前较为一致的判定。当

然，情势变更的适用应当满足如下要件：有情势变更的事实，即 PPP 协议赖以存在的客观情况确实发生变化；为当事人订立 PPP 仲裁协议时所无法预见，且不可归责于双方当事人，即由除了不可抗力的其他意外事件所引起，变更的事实发生于合同成立之后和履行完毕之前，情势变更使履行原 PPP 协议显失公平或者不能实现 PPP 协议的目的。可见，上述事实是否构成情势变更，应以是否导致 PPP 仲裁协议成立的基础丧失，是否导致当事人目的不能实现，以及是否造成对价关系障碍为判断标准。因此，司法审查时，应当重点关注是否可以预见、是否属于商业风险两个方面。

在 PPP 仲裁的协议中，由于社会资本参与公共项目，涉案标的额较大，且在行政主体签订协议之前，均经过招投标程序，应当推定双方在签订协议时可以合理预见的风险，不足以构成签订协议时无法预见的风险。商业风险是在商业活动中，基于一些不确定因素的影响，给商事主体带来的获利或者损失的机会或者可能性的一种客观经济现象。物价的降浮、币值汇率的涨落、市场的兴衰等均可能成为商业风险于切实变更之原因。由于无法预料的自然环境变化的影响导致合同目的无法实现，若继续履行合同则必然造成一方当事人取得全部合同利益，而另一方当事人承担全部投资损失，则可以构成情势变更。在 PPP 协议中，笔者认为，该种情形同样可以适用。对政策变化所构成的情势变更问题，需要从政策的目的进行判断。例如，本案中，大唐街道办事处若未能对诸暨袜艺小镇综合配套作出明确判断，导致《PPP 项目投资协议》无法履行的风险，仍属于商业风险。反之，如果东方公司和天颂公司在《PPP 项目投资协议》中遭遇自然灾害，导致协议无法履行，则构成情势变更之事由。对一方义务履行完毕的情形，则无法再依据情势变更原则，主张变更或者解除合同。

实践思考：

1. 结合本案，准确界定 PPP 协议的内涵和外延，并分析 PPP 协议的性质对仲裁裁决的影响。
2. PPP 协议可仲裁性的判断标准。
3. 当事人申请撤销或不予执行 PPP 协议的仲裁裁决，向哪个人民法院提出，以及提交哪些材料？人民法院如何审查和处理？
4. 假设你是申请撤销或不予执行 PPP 协议的仲裁裁决申请人的委托代理人，请代申请人撰写一份申请撤销或不予执行 PPP 协议的仲裁裁决的申请书。
5. 假设你是本案主审法官，应当如何审查申请人撤销或不予执行 PPP 协议的仲裁裁决的申请？结合本案审查情况撰写一份裁定书。

【拓展阅读】

1. 张青波：《行政协议规定下 PPP 协议的司法审查》，《法律适用》2021 年第 11 期；
2. 谭红、王锦鹏：《论行政协议中仲裁条款的效力》，《法律适用》2020 年第 14 期；

3. 王春业：《行政协议司法解释对 PPP 合作之影响分析》，《法学杂志》2020 年第 6 期；
4. 杨彬权、王周户：《论我国 PPP 协议行政法规制框架之建构》，《河北法学》2018 年第 3 期；
5. 江国华：《PPP 模式中的公共利益保护》，《政法论丛》2018 年第 6 期。