

PPP模式建设项目管理中合同法律问题研究

□周 毅 覃曦煜

[摘 要] PPP项目模式作为一种新型的政府企业合作模式，其目的在于提高公共服务供给、增强公共资源配置效率。由于PPP项目模式的法律法规尚未健全，在实践中出现了各类争议和纠纷，对PPP项目模式的发展产生了制约。本文对建设工程PPP项目模式基本合同法律关系性质进行探讨，分析建设工程领域复杂的合同法律关系成因，通过对PPP项目合同提前终止时对建设工程的影响进行法律分析，以期对建设工程PPP项目管理的完善提供有价值的研究参考。

[关键词] PPP项目；建设工程；合同法律关系；行民交叉

PPP模式是指在基础设施、公共服务领域政府和社会资本合作建立起长期合作关系的一种模式，政府通过项目实施机构选择具有相应投资资质、运营能力的社会资本方签订PPP项目合同。这既涉及合同法领域，亦涉及行政法领域，体现了公法、私法的交叉。政府深度参与到项目过程中，行政权力对合同的干预不可避免，如处理不当有可能对社会方显失公平。传统上公法与私法泾渭分明，而PPP建设工程项目中合同法与行政法的结合也给项目管理带来新机遇与挑战，因为公私合作关系缺乏坚实的法学理论基础支撑，我国PPP建设工程项目领域缺少相关立法，在项目管理及合同履行过程中存在着诸多问题，极易引发人民群众对PPP模式甚至法治的质疑。本文拟探讨建设工程领域PPP模式复杂合同关系的一些关键问题，厘清法律关系，从而为妥当解决PPP建设工程项目管理中出现的纠纷提供借鉴。

1 建设工程PPP项目合同法律关系性质

在建设工程领域，PPP模式是最为复杂的合同关系之一。PPP模式各类合同的法律性质是行政合同还是民事合同？当PPP项目出现争议通过何种诉讼方式予以解决？例如公共服务项目中可能涉及多种行政许可，PPP项目中涉及的项目土地多由政府提供并授权项目公司无偿使用，一般地方政府多持有建设用地规划许可证、土地使用证，而建设工程规划许可证多办至建设运营、融资项目的公司名下，如果因该行政许可发生争议，商事仲裁、民事诉讼都无法直接受理，仍需行政诉讼解决问题。国家发展和改革委员会发布的《政府和社会资本合作项目通用合同指南（2014年版）》强调各方平等合作，是指政府与社会资本方在民事法律关系之中处于平

等市场主体地位，合同各方以市场机制为基础建立互惠合作关系，通过合同条款约定的权利义务使合同各方获得平等保障。在项目设计、工程建设、财务经营运作等项目运作商业风险上，由社会资本方承担商业风险。法律、公共政策等情势变更风险由政府承担，政府与社会资本方共同承担不可抗力带来的影响^[1]。

当PPP建设工程项目合作协议出现问题，对于产生事实的行为是行政行为还是民事行为，还需要进行司法判断。当一个合同争议同时采取多种救济手段方能解决，那么对于PPP建设工程项目管理无疑增加了更多不确定因素和风险。我国的政府采购法律法规没有对PPP项目模式的合同性质进行总体上的定性，在规则适用采“二阶段说”方法，即运用行政法规则解决使用公权力时出现的问题，通过民事诉讼方式解决出现的私法问题^[2]。但此种方式并不利于合同的规制和解决纠纷，反而受到更多的质疑，使不稳定因素增加。在PPP项目中需要签订事无巨细的合同文本，从项目前期投资计划、融资方案到移交、运营服务、收入回报等，各方权利义务、监督办法在履行中不断变化。在此过程中发生的矛盾纠纷、权利义务关系的变化，往往很难由法院或仲裁机关直接作出判断。此类合同中不涉及合同核心问题如融资、股权分配、土地等，更倾向于通过双方调解、协调解决而非通过人民法院判决、仲裁委员会仲裁裁决的方式解决纠纷。例如在法律数据库“北大法宝”输入关键词PPP项目，共有22篇相关裁判文书，其中仅有4篇为民事判决书，其余案例均由主体双方调解、和解、撤诉等方式结案。

由于建设工程PPP项目合同各方主体合作关系的复

杂性、多样性以及长期性，此种合作模式已经突破了传统合同法理论，形成了各主体间互联互通、相互制约的“行民交叉”合同法律关系。

2 建设工程PPP项目合同法律关系分析

在PPP建设工程项目产生纠纷时，由于参与主体多，合同关系在合同履行过程中经常会发生变化，各方利益诉求差异较大，对建设工程PPP项目合同法律关系作系统性的分析是妥善解决纠纷问题的前提条件。因此，笔者主要从建设工程PPP项目法律主体、合同关联性以及合同内容不确定性三个维度分析建设工程PPP项目合同法律关系。

2.1 建设工程PPP项目法律主体

建设工程PPP项目参与各法律主体主要有政府、社会资本方、项目公司SPV（Special Purpose Vehicle）特殊目的机构、借贷机构、建设工程承包方、金融机构、运营单位、用户等利益相关者。政府部门通过寻求社会资本方投入资金和管理运营，解决基础设施、公益项目建设融资问题，旨在为人民群众提供更高质量的服务，从而发起立项、规划招标寻找符合资质的社会资本方，并将特许经营权限授予资本方。政府扮演的不仅是项目公司股东身份，同时也是项目运行过程中的监督者。社会资本方是建设工程PPP项目的投资者，可以是一个或多个企业形成联合体通过股权投资参与建设工程项目。公私双方通过PPP协议组建特殊项目公司，项目公司负责项目的融资、管理、建设、维护等。由于建设工程PPP项目耗时长、前期投资大、短期回报率不高，仅依靠政府和社会资本提供的资金可能无法支撑项目运营，因此向金融机构提起贷款是普遍情况，金融机构也就此成为参与建设工程PPP项目的借贷融资合同法律关系的法律主体。建设工程承包方是负责整个工程建设的责任主体，在保证成本、工期、质量的情况下获取最大利润，是PPP项目建设工程施工合同法律关系的法律主体。其他利益相关运营维护者、保险机构等都分别与项目方建立不同的合同法律关系，是项目实施不可或缺的法律主体之一。

2.2 建设工程PPP项目合同复杂关联性

建设工程PPP项目合同完全突破传统承揽合同概念，在持续发展的工程建设过程中，合同关系存续情况必然不是一成不变的，在合同履行过程中发生变化属于常见现象。在PPP项目中涉及复杂的建设工程合同关系，存在的法律问题主要是无效分包、转包问题。工程总承包方与项目公司、建设单位签订总承包合同，承包

工程项目实施的全过程，包含项目规划、设计、施工、维护等过程，是对工程的进度、投产建设标准、安全、质量、管理总体负责的承包方式。在总承包方签订合同后，按照具体施工需求与若干分包人签订合同，分包人负责具体某一项工程的设计、供应或施工，各合同之间形成了高度复杂关联性。根据《民法典》第一百五十三条第一款，第七百九十一条第二款、第三款和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条，规定了工程分包和无效转包的情形。在建设工程中，总承包方、分包方和转包方形成了复杂的合同关系。例如“背靠背”条款合法性、无效转包实际施工人等都是值得关注讨论的问题^[3]。建筑工程分包与PPP项目中合同关系类似，都是在主合同下存在着各种类型的合同，带有从属性和行政权力关系的特征。

2.3 建设工程PPP项目合同内容不确定性

建设工程PPP项目合同内容通常不会在订立之初就囊括所有可能发生的情况，往往通过后期实际施工情况增加订立补充协议。在主客观上都会出现内容不确定性的可能。一是主观上，合同主体认识到长期性合同将会面临很多不确定的情况发生，为了长期性合同能够适应未来市场和技术的发展所产生的新需求，或者顺应将来出台新政策的变化，在订立合同过程中各方有意识地设计合同内容，在长期性合同中避免一些固定的承诺约定，从而增加合同的灵活性。随着建设工程进程不断深入，技术层面、管理层面均已成熟，再根据预计可能出现的风险作出防范方案，进行补充订立合同。二是客观上，PPP项目合同周期长、规模大，程序复杂，不同的施工阶段需要各类专业人员完成，订立时的合同内容即使面面俱到仍旧充满变数，客观上亦不可能实现提前约定全面清晰。生产作业过程同样具有不可复制性，例如相同的建筑工程即使依照相同的图纸和施工承包方，其在过程中面临的细节也是无法预估的，场地环境、地质土壤不可能完全相同，气候等自然变化存在差异。另外用工用人规范要求也不一致，用工用人即使完全符合安全规范，也有可能出现突发状况，社会经济环境与政策变化也会对建设工程合同产生不同程度的影响。因此建设工程PPP项目合同在缔约过程中存在开放性和遗漏条款。例如工程价款纠纷中常见的“漏项”问题，如因对图纸、招标文件、施工工艺规范不熟悉等情况，在工程量清单编制时没有对具体工作项目进行对应计价造成漏项的情况^[4]。建设工程PPP项目从设计到竣工需要这些复

[作者简介] 周 毅，北京市盈科（南宁）律师事务所，副主任，硕士。
覃曦煜，北京市盈科（南宁）律师事务所，硕士。

杂关系中各主体相互合作共同完成,通过先后订立的合同内容有效衔接使PPP项目目的最终实现,一旦其中一个合同出现履行不能,就会产生连带反应。

3 PPP项目合同提前终止对建设工程的影响

PPP项目不仅包括建设工程合同,其在前期融资和后期运营各种合同中,社会投资方追求的是通过项目的运作经营获取长效的收入和投资回报,PPP项目合同是一系列协议组成的合同。政府在项目实施机构通过招标、谈判等方式筛选出社会资本方后,与社会资本方签订建设工程PPP项目合同。而政府与社会资本方同时对项目公司享有股权,项目公司与建设工程承包方签订建设工程施工合同。建设工程PPP项目非正常提前终止时,涉及工程建设、工程资金垫付等是否属于同一法律关系?

根据财政部《PPP项目合同指南(试行)》(以下简称“财政部指南”),在四种情况下可能导致项目提前终止。一是政府方违约,政府方造成违约事件发生,并且无法在一定时间内及时补救,社会资本方或项目公司(合同相对方)可以根据合同约定提起终止建设工程PPP项目合同的主张。二是项目公司或社会资本方违约,在规定时间内无法通过自身或者与金融机构融资等方式进行补救的,政府方可以主张终止建设工程PPP项目合同。三是政府自主终止,在没有违约事件发生的情况下,政府方因公众需求改变、产品服务无法满足公共利益或影响公共安全等原因,单方面提出在项目期限内终止建设工程PPP项目合同。四是不可抗力,当不可抗力持续一定期限或累积损害致使合同目的无法实现,各方均可主张终止建设工程PPP项目合同。

对于建设工程PPP项目合同提前终止后政府方提供的回购补偿,应当符合政府方违约、政府自主终止项目合同、不可抗力三种情况。第一,针对因政府方原因或政府自主提前终止建设工程PPP项目合同,其补偿原则是社会资本方或项目公司不受到损害,同时也不会获得额外利益。受损害方只能获得假设计划顺利进行产生的正当经济利益。补偿范围主要有:一是项目公司尚存的所有贷款,包括贷款的本金利息及违约金等;二是在项目终止前所有投资的资金总和;三是因项目提前终止而产生的违约费用,比如对工程承包方的违约金、对于项目公司员工的补偿金等;四是社会资本方和项目公司因提前终止所造成的利润损失。第二,因不可抗力致使建设工程PPP项目合同终止,根据上文提到的风险由政府

和社会资本方共同承担。补偿范围包含为所欠融资方贷款、项目公司各股东所投资的资金、所欠承包商款项。

根据财政部指南规定,PPP项目终止后,移交的范围包括项目设施。当建设工程PPP项目合同提前终止时,如仍有未完成工程,可以由建设承包方与项目公司依照协议约定进行处置。政府对项目公司进行补偿,项目公司在得到补偿之后,根据未完成工程的损失支付违约金及返还工程垫付款项等。通过政府回购补偿机制中建设工程PPP项目合同与建设工程合同之间的关系,可以看出建设工程合同与政府、社会资本方、项目公司仅在PPP项目这一大的合同范畴上有事实联系,各个合同是相互独立存在的,分别属于不同的法律关系,因此,PPP项目合同提前终止时可适用不同的法律程序处理相应的争议纠纷。

4 结语

模式机制的创新是社会发展到一定阶段的必然结果,PPP模式正是顺应了我国资本、劳动力、土地、技术、信息、经营管理等生产要素发展的要求,鼓励民营资本与政府进行合作,参与公共基础设施的建设,对促进经济发展改善民生推动巨大。在实际的项目推进过程中,PPP模式本质是公私合作机制,存在着公法与私法的相互融合,体现着公权力的强制要素和私权利的意思自治。我国建设工程PPP项目进程中公法与私法相互交织,政府不光只对合同进行干预,更是作为投资股东参与项目之中,真正与市场相结合。因此,更需要尽快推进立法工作健全PPP项目模式法律法规,提升PPP建设工程项目管理水平,防范PPP项目出现不必要的各类争议和纠纷,推动PPP项目顺利完工以实现项目各方的合作目标。在合同关系链中合作各方参与程度越高,法律责任的划分就越复杂,对项目管理提出了诸多的新要求,通过对PPP模式复杂的合同法律问题的分析,将促进PPP建设工程项目管理的完善。

[参考文献]

- [1]邢会强.PPP模式中的政府定位[J].法学,2015(11):17-23.
- [2]邓勇.公立医院与社会资本PPP合作项目中的合作协议问题研究[J].中国医院,2017,21(04):19-23.
- [3]袁华之,丑斌.分包合同中的“背靠背”条款浅析[J].财经法学,2017(2):97-105.
- [4]王晶,杨文松,沈杰.固定总价合同下清单漏项问题的预防与应对[J].建筑经济,2007(S1):235-237.