

PPP项目合同是什么合同？是民事合同？还是行政合同？在社会资本和当地政府合作的长达数十年的“婚姻”中，当地政府不诚信时怎么办，有没有办法打赢官司？

PPP项目合同是组合合同

文 / 汪金敏

PPP项目中，项目参与方通过签订一系列合同来确定和调整彼此之间的权利义务关系，而PPP项目合同是这一系列合同中最基本的合同。

什么是PPP项目合同呢？2014年12月2日国家发展改革委员会印发了《PPP项目通用合同指南》，随后12月30日，财政部印发了《PPP项目合同指南》，这两份合同指南中关于PPP项目合同的定义基本相同，都强调了PPP项目合同是政府方与社会资本方依法就PPP项目实施所签订的合同。

问题的提出：PPP项目合同的困惑

PPP项目合同是民事合同？还是行政合同？社会资本和当地政府合作的长达数十年的“婚姻”中，当地政府不付款、不诚信时怎么办？有没有办法打赢官司？PPP项目合同是什么合同，决定了有没有办法打赢和当地政府的官司。

如果PPP项目合同是行政合同，依法行政赔偿等只能到政府所在地基础法院打官司。但基层法院人财物往往受制于当地政府，PPP项目投资额少则数亿、多则数百亿，对当地政府影响极大，打赢和当地政府的官司希望渺茫。

如果PPP项目合同是民事合同，依法可以约定异地仲裁，当地政府鞭长莫及。在当地政府明显违约、不诚信时，和当地政府打官司基本上胜券在握。一旦仲裁裁决生效，当地政府就难以推脱

其责任。

PPP项目合同是民事合同吗？财政部发布的《中华人民共和国政府和社会资本合作法（征求意见稿）》第四十九条争议解决方式中规定：“开展政府和社会资本合作，社会资本与实施单位就合作协议发生争议并难以协商达成一致的，可以依法提起民事诉讼或仲裁。”国家发展改革委员会印发的《PPP项目通用合同指南》使用说明中强调“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，通过合同条款约定并保障权利义务”。由此可见，发改委在合同指南中关于PPP项目合同的性质更强调其民事合同的性质。

PPP项目合同是行政合同吗？2015年4月出台的国务院部委规章《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第五十一条规定“特许经营者认为行政机关做出的具体行政行为侵犯其合法权益的……可以依法提起行政复议或者行政诉讼。”从该文件可以看出PPP项目合同具有行政合同的属性。

PPP项目合同是民事合同兼行政合同吗？财政部《PPP项目合同指南》编制说明中指出：“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。同时，政府作为公共事务的管理者，在履行PPP项目的规划、管理、监督等职能时，与社会资本之间构

成行政法律关系。”

PPP项目合同是什么合同如此重要，但现行法律和政策规定似乎相互矛盾，难以说清楚。

法律分析：PPP实质是什么

广义的PPP是指政府与社会资本为提供公共产品或服务而形成的各种合作关系，不在本文讨论之列。狭义的PPP指国家法律和政策所倡导的政府与社会资本在基础设施和公用事业领域建立的一种长期合作关系，是本文讨论的PPP。可以从国内主流政策看PPP的实质。

按照财金〔2014〕76号规定，PPP的通常模式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”获得合理投资回报；政府部门负责基础设施及公共服务价格和质量监管，以保证公共利益最大化。

按照发改投资〔2014〕2724号文规定，PPP模式是指“政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率，通过特许经营、购买服务、股权合作等方式，与社会资本建立的利益共享、风险共担及长期合作关系”。

按照财金〔2015〕57号文规定，示范项目应该：充分引入竞争机制；财政有承受能力；物有所值；合作期限原则上不低于10年，不得采用建设-移交（BT）方式；不得通过保底承诺、回

购安排等方式进行变相融资。

综上所述，PPP应该符合：公益性；全周期、有经营；物有所值；财政承受；风险共担、不固定回报；合理回报；绩效评价；竞争性等特征。社会资本合理回报，或者通过特许经营获得“使用者付费”，或者通过政府购买服务获得“政府付费”。

回报机制是PPP的核心机制；特许经营及政府购买服务，是回报机制的关键。如何理解特许经营及政府购买服务呢？

什么是特许经营？《基础设施和公用事业特许经营管理办法》规定：“特许经营是指政府采用竞争方式依法授权……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。”特许经营的实质是政府授予社会资本公共产品及服务的特许经营权，社会资本据此可以直接或间接获得使用者付费的行为。

特许经营是行政行为。《行政诉讼法》第十二条第十一项规定：行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议的作为行政诉讼案件对待。最高院《关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第十一条规定：“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，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，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。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……”

什么是政府购买服务？《政府购买服务管理办法（暂行）》规定：“政府购买服务是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社

会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用。”财政部等《关于在公共服务领域推广PPP模式的指导意见》中指出：“政府购买服务是政府采取竞争性方式择优选择……社会资本，双方按照平等协商原则订立合同，明确责任权利关系，由社会资本提供公共服务，政府根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。”政府购买服务的实质是社会资本提供公共服务、政府按照绩效付费的行为。

政府购买服务是民事行为。《政府采购法》第四十三条规定：“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”由此可见政府采购法强调的平等主体之间的民事契约关系。《政府采购法》第二条规定：“政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，适用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”“服务是指除货物和工程以外的其他政府采购对象”，政府购买服务适用《政府采购法》，政府购买服务是民事行为。

可见，PPP实质是什么取决于PPP的回报机制。PPP是通过特许经营获得回报的，则PPP是行政行为；PPP是通过政府购买服务获得回报的，PPP是民事行为；PPP是通过特许经营和政府购买服务联合获得回报的，则PPP是行政行为和民事行为的混合行为。

实证分析：PPP项目合同是组合合同

既然PPP实质是根据其是特许经营还是政府购买服务的回购机制来确定的，PPP项目合同是否也可以据此来确定其性质呢？有无与PPP项目合同类似的合同呢？

商品房包销合同是组合合同。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

“商品房包销合同是指约定出卖人将其开发建设的房屋交由包销人以出卖人的名义销售的，包销期满未销售的房屋，由包销人按照合同约定的包销价格购买。”关于商品房包销合同的性质，共有三种学说，第一种学说认为是代理合同，第二种学说认为是买卖合同，第三种学说认为是兼具代理和买卖的混合合同。第三种混合合同学说已成为主流学说。也就是说，包销人销售商品房时，包销合同是代理合同；包销人未销售完商品房时，就未销售部分，包销合同是买卖合同。

PPP项目合同与商品房包销合同很像，结合国家发改委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》的规定，PPP项目合同分三种情况。对于经营性项目，政府授予特许经营权，PPP项目合同是特许经营合同，是行政合同；对于非经营性项目，政府购买服务，PPP项目合同是政府购买服务合同，是民事合同；对于准经营性项目，政府授权特许经营权附加部分补贴（即政府购买服务），PPP项目合同是特许经营合同和政府购买服务合同的混合合同，也就是行政合同和民事合同的混合合同。

也就是说，与商品房包销合同一样，PPP项目合同是组合合同，而不是一份单纯的有名合同。从财政部PPP中心网站公布的41个财政部PPP示范项目来看，其PPP项目合同都可以划分为特许经营合同或政府购买服务合同或二者的混合（另文分析）。

可见，PPP项目合同是组合合同，抛开国内现行法律体系，试图为PPP创设一类合同是毫无必要的、不切实际的。从实务角度，根据PPP项目类型，合理策划和确定PPP项目合同性质，分别设置不同的争议解决机制，才是对社会资本的最大保护，才是政府推进PPP的良好态度。☞

（作者单位：瀛和律师机构PPP中心暨上海瀛东律师事务所）

◎ 本栏目主持人：林文青