

论我国水利 PPP 项目的纠纷及其解决

邢鸿飞, 陆雨

(河海大学法学院, 江苏 南京 211100)

摘要:采用对比分析法,对现阶段水利 PPP 项目的理论学说进行梳理。针对前行政行为和后民事加行政行为 2 个不同阶段的法律行为属性,通过“行政诉讼+民事诉讼”的法律程序,采取区别化的解决方案,认为“行政+民事”的解决纠纷机制更有利于水利 PPP 项目的顺利实施及纠纷解决。

关键词:水利 PPP 项目;行政契约;民事合同

中图分类号:D912.1

文献标识码:A

文章编号:1003-9511(2017)01-0009-04

PPP 模式有广义和狭义 2 种理解。狭义的 PPP 模式仅指公私合营(Public-Private Partnership),广义的 PPP 模式还包括特许经营与政府采购。本文所谓的水利 PPP(Public Private Partnership)项目是指政府机构以水利工程、水利设施等公共产品吸引社会资本参与建设及运营,以契约精神为指导,以双方合意为前提,以合作共赢为目标,共同提供水利服务,在特许权协议基础上形成的一种合作伙伴关系以及在这一关系下具体开展的各项合作活动。

为了正确引导并规范 PPP 项目的有序实施,我国相继出台了多部法律规范。2014 年,国务院、财政部出台了《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题》^[1],随后又颁布了《政府和社会资本合作模式操作指南》,对政府和社会资本合作示范项目及 PPP 合同管理作了相应规定。同年,国家发展和改革委员会(以下简称发改委)发布了《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》^[2]及附件《政府和社会资本合作项目通用合同指南》。随后,《关于鼓励和引导社会资本参与重大水利工程建设运营的实施意见与重大水利工程建设运营的实施意见》等规范水利 PPP 项目的相关法律文件顺利出台。上述一系列规范性文件的颁行,为水利 PPP 项目的逐步推进乃至广泛践行创造了条件。

水利 PPP 项目的法理存在基础是契约精神,即双方当事人的合意,包括政府机构和社会资本之间在发标、投标、签订水利 PPP 项目合同的过程中产生的所有合意。也有学者认为,水利 PPP 项目并非

止步于契约,其法理可以更加深入,应立足于行政契约的特殊理念。尽管关于行政合同(本文中的行政合同与行政契约是同一概念)能否成立,目前学界尚有争议。有学者认为行政合同“本质上属于市场交易的行为,即使一方当事人为行政机关(如政府采购合同),即使法律规定强制签约(如粮食订购),也仍然属于民事合同,而与所谓行政合同有本质区别……国家通过行政机关对某些市场交易行为进行适度干预,并不改变这些市场交易行为的性质,当然不可能使这些市场交易关系变成所谓行政合同。”^[3]上述学者基本上否定了行政合同的独立存在,认为其本质上仍然属于民事合同的范畴。也有学者认为行政契约不仅存在,而且其设立、运行、撤销均有相应的法律依据^[4]。还有学者不仅认为行政契约存在,并对其与民事契约之间的分水岭做了比较研究。

可见,连作为水利 PPP 项目法理依据的行政契约是否存在尚有争议,水利 PPP 项目运行所致的纠纷属性及其解决机制问题,认识分歧自然难免,司法实践中的做法也不尽一致。笔者试图立足于水利 PPP 项目运行所致纠纷的法律属性、纠纷成因及其纠纷解决机制进行理论探讨,以期对我国水利 PPP 项目的纠纷解决有所裨益。

1 我国水利 PPP 项目所致纠纷的法律属性之争

水利 PPP 项目所致纠纷究竟属于民事争议还

基金项目:国家社会科学基金(16BFX030)

作者简介:邢鸿飞(1963—),男,教授,博士,主要从事宪法与行政法、环境与资源保护法研究。E-mail:hongfeixing@hhu.edu.cn

是行政争议,学界观点不一,其代表性观点有以下两种。

1.1 水利 PPP 项目所致纠纷属民事争议范畴

依据《民法通则》的规定,平等主体间的财产关系由民法调整。依据《中华人民共和国合同法》的规定,平等主体的自然人、法人和其他组织以及他们之间设立、变更、终止法律关系的协议适用合同法。依据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定,人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间的财产关系纠纷。那么,水利 PPP 项目所致的纠纷符合上述民事法律规范所规定的范畴,持这种观点的学者大都从以下方面加以分析。

a. 从法律关系主体各方所处的地位和所起的作用看,PPP 项目主体各方的法律地位平等。PPP 项目的运行目的是政府吸收社会资本参与基础设施建设和管理,政府主管部门和项目参与方基于相互信任、彼此合作,达成合意,两者扮演着合同当事人的角色,其法律地位平等,法律作用相当,他们各自对对方当事人均表现出必要的尊重和信任,正是在法律地位平等的前提下,实现了各自的利益诉求,也担负起对等的合同义务。

b. 从主体间缔结的合同内容及其权利与义务的基本特征看,虽然水利 PPP 项目主体各方的权利主张和义务导向各不相同,但其权利义务的对等性和一致性毋庸置疑。作为投资主体的社会资本方,只要尽到了合同约定的必要的出资和建设义务,便自然取得对其兴建的水利基础设施的管理和运营权利;而作为水利基础设施招标方的政府部门,只要完成了项目规划、审批立项、土地征用等合同义务,为水利 PPP 项目的顺利实施创造了基础性条件,其合同义务即告完成,依约分享合作成果便是其应有的权利。

综上,水利 PPP 项目是当事人民事活动的成果,项目推进、实施过程中所发生的矛盾和纠纷,理应属于民事争议的范畴。

1.2 水利 PPP 项目所致纠纷属行政争议范畴

与上述观点截然相反,有学者认为水利 PPP 项目是政府行政职能的运作结果,以政府的特许经营活动为其主要表现,由此引发的纠纷应当属于行政争议范畴。

a. 水利 PPP 项目法律关系的主体必有一方是政府主管部门,起码也应是法律、法规授权或行政机关委托的组织。一般而言,普通公民之间、普通社会组织之间、普通公民与普通社会组织之间,不可能为实施水利 PPP 项目而缔结合约。因为,为实施水利 PPP 项目而签订的政府特许经营协议是在行政主体

实施行政管理活动的过程中形成的,其设立、变更和终止,原则上离不开以政府主管部门为主要代表的行政主体的活动,所以,这类项目对其主体的要求往往较为特定^[5]。

b. 水利 PPP 项目的内容具有公益性。水利 PPP 项目主要应用于水利基础设施的建设和运营,公益性是其典型特征,在满足社会公共利益需求基础上订立的合同,当然不应是民事合同,而应是行政合同,由此而引发的纠纷,自然属于行政争议,而非民事争议。既然与水利 PPP 项目所关联的特许经营协议是一种行政契约,则其内容所表现的是行政法上的权利与义务,与私法上的权利和义务不同。私法上的权利和义务具有对等性,而行政法上的权利与义务往往具有同一性,权利中含有义务,义务中含有权利,其权利不一定仅为权利主体的利益,其义务也不一定仅为义务主体的损失,权利与义务不能截然分开。

c. 水利 PPP 项目的运行规则超越了私法范畴。政府特许经营协议作为水利 PPP 项目的有效载体,它以实现公共利益为目的,其适用规则也要与其公益性的基本属性相适应。因此,那些旨在实现当事人私人利益的私法契约所适用的规则,不符合政府特许经营协议这一类行政契约的本质属性,不能为其所适用。为实施水利 PPP 项目所缔结的政府特许经营协议,必须适用私法以外的规则。例如,作为合同一方主体的政府主管部门,在此类协议中拥有一系列“特权”。具体而言,缔结政府特许经营协议的原始发动权(要约权)永远在政府一方;政府方面对特许经营协议拥有单方面的变更权、解除权、执行权和制裁权等^[6]。正因为 PPP 项目运行中适度保留了政府的某些特权,政府特许经营协议的行政性才能得到必要而充分的体现。当然,政府一方在 PPP 项目运行中的所谓特权只能基于实现公共利益的需要而存在,也只能以它在缔约前事先承诺的义务(如提供优惠条件)为前提,政府一方还得为行使这些特权付出补偿的代价。因此,所谓的“政府特权”绝不是一种任意的、无节制的专横力量。

总之,水利 PPP 项目的主要形式是政府特许经营,政府特许经营协议本质上是政府借用合同方式实现行政目标、推行行政政策的行政契约行为,行政性是其本质特征。政府主管部门与项目投资方签订此类行政合同,旨在履行行政管理职责,完成行政管理任务。在此类特许经营协议的缔结、履行过程中,虽然权力的行使及权利的实现一定程度上需要借用民事行为的合意方式,但总体而言,契约自由精神在公法领域的介入只是弱化行政行为的单向性和命

令性,强化了行政主体与相对人的交流与合作,它并不能从根本上改变行政权力的单方面性,也不能改变行政主体命令、相对人服从的行政行为的运行轨迹。

2 我国水利 PPP 项目所致纠纷的成因

PPP 项目方式在我国水利行业的应用并不普及,作为水利工程、水利设施等公共产品建设、运营、管理的新模式,其实施过程中难免出现各种矛盾和纠纷,之所以如此,最主要的原因有以下 2 个方面。

2.1 我国水利 PPP 项目的法律规范体系不健全

现阶段,PPP 项目正蓬勃发展,水利 PPP 项目也不例外。为更好地鼓励和引导社会投资,国家发改委发布了 13 个 PPP 典型案例,其中,有 3 个是和水利有关的,足见国家对水利 PPP 项目的重视。然而,目前尚无针对 PPP 项目的国家法律,相关的法律规范存在严重缺失,即便有一些零星的法律文件,其效力等级偏低,且相互矛盾现象时有发生。可见,当下调整因水利 PPP 项目所产生的各类法律关系、所引发的各种矛盾和纠纷的法律规范存在严重短板现象,其出台速度远远跟不上 PPP 项目的发展速度,相关法律体系不健全,基础性法律规范也不完整,存在许多立法空白^[7]。

水利 PPP 项目作为一种全新的公共产品供给模式,其涉及的法律关系复杂、投资规模巨大,加之领域特定、主体特殊,若无相应法律规范予以调整,极易发生各类矛盾。例如,水利 PPP 项目运行的行政法规制涉及公法与私法两大法律领域,在行政法规制过程中,如何找到公共部门的权力行使和职能履行与私人部门的权利享有和利益追逐的契合点,形成私人部门广泛参与水利 PPP 项目的激励机制;如何关注政府监管与市场机制的协同,如何解决公法规制与私法调整的矛盾,如何针对不同类型的水利 PPP 项目采用不同的行政法规制手段,从而最大限度实现项目实施的最优效率和多方利益平衡等。又如,水利 PPP 项目运行的行政法规制手段呈多样性、灵活性和复杂性,除了采用传统的以单方“命令—服从”为特征的刚性手段,还采取以竞争谈判、等价交换等为表现的柔性方式,如何针对不同场域实施不同的行为方式,如何针对不同的行为方式设计不同的行为程序等。

上述问题属于宏观层面的问题,这些问题的有效解决均离不开法律规范的约束和调整,至于水利 PPP 项目实施中可能出现的微观层面的问题,更是五花八门,需要具体的法律规范明确规定,否则,很容易导致纠纷发生。

2.2 我国水利 PPP 项目运行中不同法律主体的功能定位不明确

水利 PPP 项目运行涉及监管机构、公共部门、私人部门和消费者四方法律主体。上述主体之间的法律关系形态既有民事法律关系,又有行政法律关系,抑或两者交叉重合,直接、核心的行政法律关系则主要发生在监管机构与公共部门、公共部门与私人部门之间。

作为国家意志和公共利益的代表,监管机构与公共部门应当在水利 PPP 项目运行中发挥主导作用,做好统筹安排和宏观调控。当公共部门违反相关法律法规规定而肆意妄为时,监管机构应立即予以严格监管;当私人部门违反水利 PPP 项目运行的总体安排时,公共部门即可介入干涉,予以管理、纠正和惩罚。私人部门的主要功能在于利用市场主体的理性“经济人”意识,通过适当的制度安排,激发其内在的主观能动性,让其积极参与公共产品的政府供给,当公共部门难以维持成本或者对获取服务收益一筹莫展时,引入私人部门就成为行之有效的选择。同时,在以往的研究中经常被忽视的消费者也必须纳入水利 PPP 项目的设计之中,因为只有他们最清楚自己需要怎样的公共产品。对水利 PPP 项目中消费者功能的定位,有助于对项目运行的效果予以准确评价。

但上述监管机构、公共部门、私人部门和消费者原本是基于各自不同的定位和功能加以划分的,尤其是公共部门与私人部门之间,当它们在水利 PPP 项目中相互作用时,如何通过有效的行政法规制手段确定具体明确的界限,以防止公共部门和私人部门基本属性的异化,避免造成某一方摆脱水利 PPP 项目运行的行政法规制而不受监管的情形,仍然是一个悬而未决的问题。

同时,监管机构的功能和作用也不可小觑。纵观世界各国 PPP 项目监管机构的设置,不外乎设独立监管机构和不设独立监管机构 2 种模式。香港财政司效率促进组就是一个单独设立的监管机构,它可以站在 PPP 项目之外,从独立的第三方角度分析 PPP 项目中存在的各项问题,可以根据 PPP 项目的不同领域设立不同的监管部门,有权处理和解决 PPP 项目主体双方存在的纠纷。有些国家,虽然不设独立监管机构,但法律明确规定了有关监管主体的职责内容和工作目标,通过相当健全的法律制度确保了 PPP 项目的良好运作。

我国目前水利 PPP 项目刚刚起步,监管不到位,法制不健全,经验不丰富,各方主体功能定位不明,项目实施无所适从。我国没有单设独立的监管

机构,监管职能主要靠财政部、住房和城乡建设部以及国家发改委来履行,虽然他们有各自的监管领域和方向,但在其行使监管权力的时候,相互之间以及跟其他行政部门之间难免发生不必要的冲突。

上述问题不解决,势必造成的管理困境,不但容易发生行政权限争议,影响行政效能的实现和行政效率的提升,也极易引发项目主体之间不必要的矛盾和纠纷。

3 我国水利 PPP 项目的纠纷解决

我国水利 PPP 项目在招投标阶段,政府水利主管部门发布招标公告,举办招投标这一系列行政行为受行政法调整;在正式得到政府水利主管部门的 PPP 项目资格后,社会资本与政府签订 PPP 项目合约,此时签订合约的行为为民事行为;其后在运行维护 PPP 项目中,在收益分担、日常维护费用上产生的纠纷主要受民法调整,而涉及公共利益服务条款违约的内容,受行政法调整。由于在运作阶段的复杂性,需要引入新的纠纷解决模式解决这一问题。

德国双阶理论源自汉斯·彼得·伊普森(Hans Peter Ipsen),为解决补贴争议所引起的法律救济属性问题构建的双阶理论,其本质内容是如何将具有私权利外观的公权力行政纳入公法约束之中^[8]。伊普森在《对私人的公共补贴》一书中,将补贴行为分为 2 个阶段:决定阶段和履行阶段。在决定阶段,完全适用公法调整,属于行政法领域的内容;在履行阶段,完全适用私法调整,属于民法领域的内容。伊普森从国家干预主义角度出发,得出这一理论^[9]。随着行政形式自由选择理论在德国被广泛承认,双阶理论已不再局限于以往的定义,其内涵已被适当修正:第一阶段,准许阶段,适用公法;第二阶段,履行阶段,适用公法或私法。

解决我国水利 PPP 项目纠纷,可以借鉴上述双阶理论。不妨将水利 PPP 项目运作程序分为 2 个阶段:前行政行为阶段和后民事加行政行为阶段。前阶段,以政府(或水行政主管部门)的项目规划、项目许可、项目方案的发布、项目推进相关政策的制定等为主要内容,是基于行政主体与相对人之间的管理与被管理关系而成立的纯粹的行政行为;后阶段,以政府(或水行政主管部门)与投资主体之间的协商谈判、招投标活动、缔结并履行合同、政府方面对合同履行的监管等为主要内容,其中还可能涉及投资主体与第三方之间为履行行政契约、实施配套项目而签订的一系列民事合同。可见,PPP 项目运行的后阶段,往往行政行为与民事行为交相存在,多

数情形下两者泾渭分明,但有时则两者混为一体,你中有我、我中有你,人们很难精确判断其究竟属于行政行为还是属于民事行为。

既然水利 PPP 项目运作前阶段的行为属于行政行为,由此引发的纠纷当属行政争议,其纠纷解决理应适用行政复议及行政诉讼程序。而水利 PPP 项目运作后阶段的行为,主要表现为民事行为,若其行为属于单纯的民事行为,则由此引发的纠纷当属民事争议,其纠纷解决适用民事诉讼程序;但由于水利 PPP 项目运作后阶段行为的复杂性,其行为属性究竟是民事行为还是行政行为往往难以定论,这种情形下纠纷属性的判断及其解决纠纷机制的选择就不那么简单了。受案法院在立案阶段就得对案件性质做出评判,以便确定启动何种审判程序审理案件。

综上,“行政+民事”的解决纠纷机制更适合水利 PPP 项目所致纠纷的解决,因为水利 PPP 项目的实施可分为前行政行为和后民事加行政行为 2 个阶段,针对前后不同阶段的法律行为属性,通过“行政诉讼+民事诉讼”的法律程序,采取区别化的解决方案,更有利于水利 PPP 项目的顺利实施及纠纷解决。

参考文献:

- [1] 财政部. 关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知[EB/OL]. (2014-09-24)[2016-08-20]. <http://www.mof.gov.cn/pub/jinrongsi/zhengwuxinxi/zhengcefabu/201409/t201409241143760.html>.
- [2] 国家发展和改革委员会. 关于开展政府和社会资本合作的指导意见[EB/OL]. (2015-04-02)[2016-08-20]. http://www.sdpc.gov.cn/gzdt/201504/t20150402_670131.html.
- [3] 梁慧星. 民法学说判例与立法研究(二)[M]. 北京: 国家行政学院出版社, 1999.
- [4] 余凌云. 论行政契约的含义: 一种比较法上的认识[J]. 比较法研究, 1997(3): 325-330.
- [5] 李霞. 论特许经营合同的法律性质: 以公私合作为背景[J]. 行政法学研究, 2015(1): 22-34.
- [6] 王丛虎, 徐琳. PPP 与政府特许经营的关系及立法策略[J]. 财政研究, 2016(6): 78-85.
- [7] 李光伟. 政府特许经营协议法律问题研究[J]. 当代经济, 2016(12): 102-103.
- [8] 严益州. 德国行政法上的双阶理论[J]. 环球法律评论, 2015(1): 88-106.
- [9] 王锴. 政府采购中双阶理论的运用[J]. 云南行政学院学报, 2010(5): 145-149.

(收稿日期: 2016-10-31 编辑: 方宇彤)