DOI:10.3880/j.issn.1003-9511.2018.01.017

水利 PPP 项目合同争议的多元化解决机制研究

梁 姝

(河海大学法学院,江苏 南京 211100)

摘要:通过对我国水利 PPP 项目合同争议解决现状的分析,发现在理论、立法和实务上均存在不同程度的矛盾与混乱。研究认为,解决水利 PPP 项目合同争议既要兼顾公平与效率,也要平衡成本与收益。因此,整合既有争议解决方式,对潜在解决途径进行重构,因循"拆分+双阶"理论,在现行法律规范体系内构建和完善水利 PPP 项目合同争议解决多元化机制十分重要。

关键词:水利 PPP 项目合同;争议解决;多元化

中图分类号:F283 **文献标识码**:A **文章编号**:1003-9511(2018)01-0064-05

我国经济发展已进入新常态,党中央提出必须深入推进供给侧结构性改革,并提出当前重点是推进"三去一降一补"五大任务,把加强基础设施薄弱环节与生态环境保护列入补短板的重点内容,把重大水利工程和灾后水利薄弱环节建设纳入扩大有效投资的关键领域。供给侧结构性改革是我国全面深化改革的重要一步,对于水利发展而言更是重大机遇。2015 年国家发展和改革委员会、财政部和水利部联合印发《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》,鼓励和引导社会资本参与水利工程建设和运营。PPP 项目有助于优化投资结构,通过引入市场竞争机制,提高水利管理效率和服务水平,对于完善我国水利基础设施建设具有重要作用。

我国已有 PPP 模式在水利建设项目中成功运用的案例,但尚未全面推广,这与相关法律制度不健全有很大关系,特别是合同双方发生争议时解决机制的不完善,给社会资本进入水利项目造成严重阻碍。合同争议解决是合同理论体系中不可或缺的一环,如果争议得不到妥善解决,合同当事人的合法权益将面临威胁,由于水利 PPP 项目的特殊性,社会公共利益也将受到损害。

1 水利 PPP 项目合同争议解决在我国的现状

1.1 理论

对水利 PPP 项目合同争议的解决途径研究需要从合同本身及争议的性质入手,学术界对此意见不一。由于水利 PPP 项目合同相比其他行政行为而言对契约理念的体现更为明显,相应的权利义务配置也受其影响,很多学者主张将其归为民事合同,所生争议属于民事争议。也有学者从合同当事人、政府方在合同中享有的行政优益权以及水利项目的特殊性出发,认为水利 PPP 项目合同是行政合同,合同争议属于行政争议。关于行政合同争议的解决,相关理论主张包括"双阶理论"、"拆分理论"(又称"拆分模式")和"双阶+拆分理论"。"双阶理论"即依据合同所处阶段的不同制定不同的纠纷解决机制。"拆分模式"是指拆分合同中的行政性要素与契约性要素,通过公法规则调整其中的行政性因素,私法规则调整其中的契约性因素[1]。"双阶+拆分理论"即将"拆分理论"与"双阶理论"相结合,运用"拆分理论"改造传统的"双阶理论"[2]。3 种理论相较而言,"双阶+拆分理论"为重新构建水利 PPP 项目合同争议解决机制提供了一条更为有效的路径,根据所生争议的性质选择民事或行政解决方式,更有针对性,也更有助于合同目的的实现。

1.2 立法

我国目前还没有出台《行政合同法》,关于行政合同争议解决途径的规定散落在各部门文件、地方性规定和司法解释文件之中。正因为统一法律规定的缺位和理论界不同声音的存在,以致我国关于行政合同争议解决没有普适性原则和一致方向,不利于争议的公平有效解决。如财政部印发的《PPP 项

作者简介:梁姝(1992—),女,硕士研究生,主要从事行政合同争议解决研究。E-mail:liangshu0626@163.com

目合同指南(试行)》(财金〔2014〕156 号)列举的常见的争议解决方式包括:友好协商、专家裁决、仲裁和诉讼;国家发展和改革委员会印发的《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014 年版)》(发改投资〔2014〕2724 号)规定双方可以约定的争议解决方式包括:协商、调解、仲裁或诉讼。很多地方政府发布的规范政府合同的文件均规定采用协商、仲裁或者诉讼的方式来解决合同争议。不难发现,指导文件列举的争议解决方式以非诉讼手段为主,诉讼手段也未明确是民事诉讼还是行政诉讼。通过仲裁解决 PPP 争议是国际惯例,但《中华人民共和国仲裁法》明确将行政争议排除出可仲裁范围,究竟仲裁可否作为我国水利 PPP 项目合同争议解决的途径以及如何确定适用范围仍需进一步讨论。

1.3 实务

在水利 PPP 争议案件的处理上,人们不愿意选择行政诉讼,是因为还有民事争议解决渠道可以选择。许多人不大相信法院能够公正地审理行政协议案件[3]。在司法实践中,多数水利 PPP 项目合同争议被纳入民事诉讼或者通过诉讼外途径解决,只有少数进入行政诉讼途径来解决,侧面反映了司法机关对水利 PPP 项目合同性质的态度。最高人民法院在辉县市人民政府与河南新陵公路建设投资有限公司合同纠纷上诉案((2015)民一终字第 244 号)中一方面肯定案涉合同是"典型的 BOT 模式的政府特许经营协议",另一方面又认为"虽然合同的一方当事人为辉县市政府,但合同相对人新陵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,合同内容包括了具体的权利义务及违约责任,均体现了双方当事人的平等、等价协商一致的合意……从本案合同的目的、职责、主体、行为、内容等方面看,合同具有明显的民商事法律关系性质,应当定性为民商事合同"。从这段论述来看,最高法院认为政府特许经营协议既可能是民商事合同,也可能是行政合同,这显然与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2015〕9 号)中将政府特许经营协议归为行政协议的规定是不一致的。

1.4 小结

我国水利 PPP 项目合同争议解决在理论研究上存在严重分歧,PPP 上位法缺位,实务上的矛盾也从侧面反映了理论和立法乱象。水利工程属于基础设施建设领域,是社会生产和生活的物质基础,天然具有"准公益性",提供"准公共产品"。水利 PPP 项目合同的根本目的在于提供公共服务和产品,且内容涉及行政法上的权利和义务,与《行政诉讼法解释》第 11 条对行政协议的定义相契合,因此,将水利 PPP 项目合同归为行政合同更为合理。此外,水利项目涉及社会公共利益,项目运行过程中需要保证生产生活的正常进行,从司法最终原则考虑,行政诉讼相对民事诉讼而言对社会公共利益的保护更为有力,但项目合同中包含的契约性因素和由此引发的民事性争议也不可忽视。为合理化解水利 PPP 项目合同争议,建构多元化争议解决机制尤为必要。

2 水利 PPP 项目合同争议解决机制的完善

通常水利 PPP 项目合同争议解决方式包括友好协商、专家裁决、调解和诉讼等。传统的行政争议解决方式包括行政复议、行政诉讼、行政裁决、行政仲裁和行政和解等。《中华人民共和国政府采购法》中争议解决方式包括询问、质疑和投诉、行政复议和行政诉讼。询问程序十分简单,虽规定了采购人答复的义务,但对答复时间、内容和拒绝答复的救济措施均无明确规定,这也使得询问很难成为正式的纠纷解决机制[2]。质疑和投诉机制是基于"政府采购合同适用《合同法》"这一规定使政府采购合同争议无法直接进入行政争议解决途径而设计的,水利 PPP 项目合同不存在这一法律障碍,因而在争议解决机制设计中不作考虑。通过行政方式解决水利 PPP 项目合同争议,不能完全套用既有的解决模式,毕竟行政合同争议与传统行政争议存在差别。在检视现有解决方式的基础上,设计特殊解决机制,充分发挥各解决手段的有效作用,是当前解决水利 PPP 项目合同争议的重要任务。

2.1 对既有争议解决方式的检视

2.1.1 行政复议

能否运用行政复议解决水利 PPP 项目合同争议,首先要解决行政复议制度的定位问题。根据国务院提请全国人大常委会审议行政复议法(草案)的立法说明,"行政复议是行政机关内部自我纠正错误的一种监督制度"。但是有学者认为,虽然现行《行政复议法》第 1 条将"纠正违法或不当行政、保护公民合法权益、保障和监督行政机关依法行使职权"都视为行政复议制度的目的,但与保护公民合法权益这一根本目的相比,无论是纠正违法或不当行政,还是保障和监督行政机关依法行使职权,都只是一种次级目的。将行政复议制度定位于公民权利的救济方式,可以说是对行政复议制度本质的回归,能够促使行政复议制度设计更加科学和

理性[4]。

通过行政复议解决水利 PPP 项目合同争议,就现行《行政复议法》来说,从基本原则到程序设计都需要修改,对行政复议制度进行重构就具有必要性,但其可能涉及的面向和出现的阻力都不可忽视。在现行规定的基础上加入水利 PPP 项目合同争议解决的特殊规则不失为一种良方,但考虑到目前的制度定位,将解决规则符合立法目的、融入法体系的难度非常大,相应地对水利 PPP 项目合同争议解决的作用也就有限。不过这并不意味着绝对排除其在水利 PPP 项目合同争议中的运用,涉及传统行政争议并符合行政复议范围规定的仍然要通过行政复议解决。

2.1.2 行政诉讼

行政诉讼是解决行政合同争议最重要的方式。针对目前行政诉讼只能由行政相对人提起的现状,余凌云教授[5]提出为适应解决行政契约纠纷的要求,就必须在原有单向性构造的行政诉讼制度框架中针对行政契约特点建立专门适用于解决行政契约纠纷的双向性构造的诉讼结构,反映在具体制度与规则的构建上就是在行政诉讼中专门规定解决行政契约纠纷的特别规则,包括允许行政机关起诉的条件、调解原则、举证责任、确认契约效力以及对违约责任处理的判决形式等。但杨解君教授[6]认为:行政主体只能做被告,似乎行政主体在行政诉讼阶段处于不利境地,但实际上,由于行政主体在行政契约的缔结、履行和执行阶段,一直处于主导和支配地位,拥有诸多法定或约定的"优益权",行政主体不需要司法机关的介入,也可达到促使契约相对方履行契约义务的目的。因此,现有行政诉讼的单方性制度只需要在受案范围、审查原则、举证责任以及法院审理程序与判决等方面补充特殊规则,就可以初步具备处理行政契约案件的能力。

对行政诉讼法进行重构,允许行政机关提起行政诉讼,与行政诉讼的立法目的不相符合,正如杨解君教授所说,行政机关在行政合同关系中享有行政优益权,处于优势地位,再赋予其起诉行政相对人的权利,未免会加剧行政相对人的弱势地位。加之《行政诉讼法》刚刚修改不久,短期内再次修改的可能性不大,对行政机关的救济需要寻求其他更为合理的方式。

通过行政诉讼解决水利 PPP 项目合同争议,在适用规则上应兼顾行政和民事规则,《行政诉讼法解释》对此采取相同态度。因为水利 PPP 项目合同中契约性因素的存在,民事规则非但不可避免,在解决相关争议上反而更公平有效,但具体适用需要考虑出现争议的合同阶段及具体的争议类型,不可盲目适用。

2.1.3 行政仲裁

目前我国的行政仲裁制度主要解决行政机关内部的行政合同争议、农村土地承包经营纠纷和劳动争议。《仲裁法》已经明确规定行政争议不能仲裁,如果要通过行政仲裁来解决水利 PPP 项目合同争议,必须先对其进行改革。仲裁在解决争议方面的优势是显而易见的——灵活、简捷、专业、低成本等,目前我国行政仲裁制度的设计并未全面发挥该制度的先天优势。水利 PPP 项目合同争议虽然是行政争议,但其合意性因素不可忽略,这正是仲裁的适用空间。

改革行政仲裁,将水利 PPP 项目合同争议解决纳入其范围,对于保障政府方的合法权益以及社会公共利益提供了一条新出路。政府方不能做行政诉讼的原告,当其利益受损时多采用行政手段、做出行政行为来寻求救济,在这一过程中难免出现滥用职权等问题。政府方在合同中被赋予的行政优益权源于合同所涉及的社会公共利益和公共管理的合同目的,权力行使的范围也应仅限于此。虽然社会资本方有权进行监督,但在实际操作过程中,其监督实效存疑。对此,更合理的解决办法是对政府方行使行政优益权的范围法定,范围之外的事项通过行政仲裁来解决。

仲裁天然具有独立、公正的属性,代表争议之外的第三方。通过行政仲裁解决水利 PPP 项目合同争议,首先要明确仲裁的范围,将公法上的争议排除在外;其次仲裁机构需要改革,仲裁委员会的组成应涵盖行政人员、行业代表、项目专家以及法律专家,保证各方利益代表人均有参与。仲裁程序和规范可以参照《仲裁法》《劳动争议调解仲裁法》和《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》的相关规定进行设计。需要特别注意的是,通过行政仲裁解决水利 PPP 项目合同争议,旨在更高效地定纷止争,以及为政府方寻求救济提供一种更规范的途径,仲裁范围也限于合同文意争议和履行过程中的契约性条文争议等争议类型,区别于传统行政仲裁,因此合同双方在仲裁中处于平等地位,相应的制度设计也应有所不同。仲裁庭做出裁决之后,在特定条件下(参照《仲裁法》第 58 条至第 61 条规定),双方当事人均有权在法定期限内申请人民法院撤销,人民法院受理撤销裁决的申请后,认为可以由仲裁庭重新仲裁的,通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁,并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的,人民法院应当裁定恢复撤销程序。裁决撤销之后,社会资本方仍

可以通过行政诉讼来维护自己的合法权益,政府方则止步于此。这既是对政府方优势地位的一种平衡,也是现行法律规定的要求。

2.1.4 行政裁决

关于通过行政裁决来解决水利 PPP 项目合同争议存在几个问题。首先行政裁决的定义是不明确的[7-8],裁决机构究竟是合同政府方还是独立第三方,学者观点各不相同[9-10];其次,在合同中适用裁决这种公法色彩浓厚的方式是否合理也有待论证;最后,最高人民法院发布的《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》中提到:"促进完善行政调解、行政和解、行政裁决等制度。""支持行政机关依法裁决同行政管理活动密切相关的民事纠纷。"从中可以看到,最高法认为行政裁决的对象是民事纠纷,而水利 PPP 项目合同争议的性质在最高法内部观点不一,究竟可否适用行政裁决仍无答案。因此,通过行政裁决解决争议有很多问题需要解决。

2.1.5 行政和解

行政和解的实质是一种调解,一般没有强制的法律效力。传统行政和解解决行政机关与行政相对人之间的行政争议,或者行政机关作为第三方,对民事双方之间的民事争议进行和解。通过行政和解解决水利 PPP 项目合同争议,和解的范围需要有所限制,避免合同双方在和解过程中达成不利于社会公共利益的协议,损害国家利益[6]。行政和解作为争议解决方式的优势在于减轻司法诉累,提高效率,解决效果也更好,有助于社会和谐。因此,在行政合同争议解决中,应允许双方当事人行政和解,这与行政合同的合意性相契合,但是涉及社会公共利益和第三人利益的,则必须谨慎对待,防止侵害公共利益或第三人的合法利益。

2.2 多元化争议解决机制的构建和完善

构建和完善多元化的水利 PPP 项目合同争议解决机制,"拆分 + 双阶理论"给出了理论指导。在此基础上,结合我国既有的争议解决方式,构建水利 PPP 项目合同争议多元化解决机制(见图 1)。水利 PPP 项目合同的整个生命周期可以划分为 3 个阶段:缔约前阶段、缔约后的履行阶段和合同履行完毕的后合同阶段。因循"拆分 + 双阶理论",将不同阶段出现的不同争议按照契约性因素和行政性因素进行拆分,继而选择对应的解决方式。

在缔约前阶段,主要争议是政府方在选择相对人的过程中产生的,例如:招投标过程中社会资本方

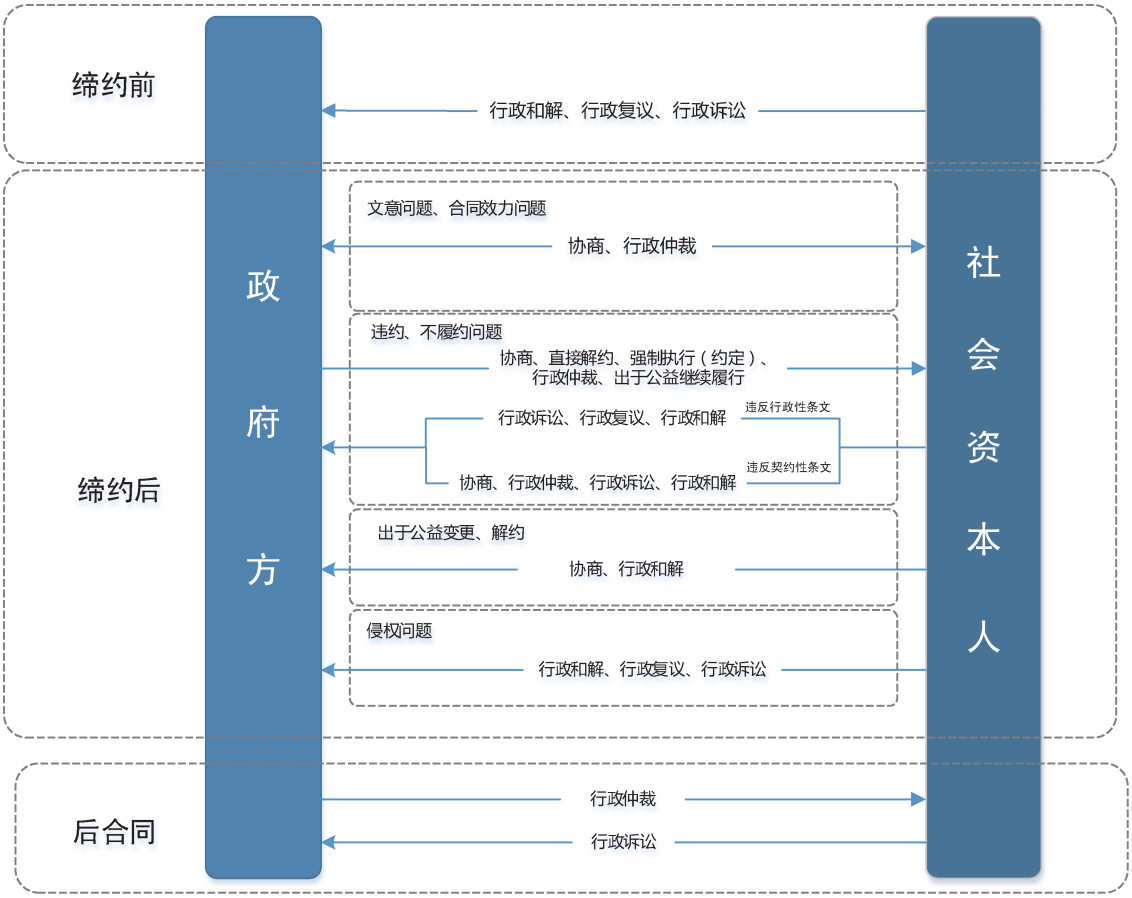

图 1 水利 PPP 项目合同争议解决机制构建

认为政府方损害了其正当权益,这时社会资本方可以选择行政复议或行政诉讼寻求救济,也可以与政府方达成和解。缔约之后,出现的争议类型包括:因合同文意本身产生的争议、合同效力争议、违约争议以及侵权争议。如果合同双方对于合同文本的意思产生分歧,可以先自行协商处理,如果协商不成,双方均有权提请行政仲裁。仲裁庭依法从社会公共利益出发做出解释。履约过程中,合同双方均有可能违约。在社会资本方违约的情况下,合同双方需要先行协商;协商未果的情况下,政府方可以行使行政优益权直接解约,或者强制执行(需要由双方提前约定)。对公共利益造成损害的,政府方可以提请行政仲裁,要求社会资本方给予相应赔偿,仲裁过程中出于公益考虑,合同一般不停止执行。但如果停止执行不会加剧损害的可以协商停止执行。如果政府方在合同履行过程中违约或者履行不适当的,根据现行《行政诉讼法》规定,社会资本方可以直接提起行政诉讼,符合《行政复议法》规定的也可以行政复议,在此过程中鼓励双方达成和解,但和解协议必须在不损害社会公共利益和第三人合法权益的范围之内。如果政府方违反的是契约性条文,社会资本方在行政诉讼和行政复议之外还可以选择行政仲裁来解决争议。仲裁的成本低、效率高、保密性好,尽快解决争议可以有效止损,防止对相对人造成的损害扩大。

出于公共利益的考虑,政府方拥有单方变更或解除合同的权利,相应地需要对社会资本方的预期利益损失进行赔偿,以及先期投入尚未回收的利益进行补偿。社会资本方认为政府方的赔偿或者补偿不到位的,可以与其进行协商,达成和解。确无法达成一致并实际造成损失的,社会资本方可以提起行政诉讼,符合《行政复议法》规定的可以行政复议。政府方在合同履行过程中,因行政优益权行使不当使相对人造成损失的,按照《行政诉讼法》的相关规定,相对人可以提起行政诉讼或者行政复议,具体需要根据争议情况进行选择。有权力必有监督,否则就会成为腐败滋生的土壤。政府方在法定范围内拥有行政优益权,这种权力源于社会公共利益和公共管理目的,对此,合同相对方应被赋予对政府方在整个合同过程中的监督权,以保持双方权利的平衡,对应的惩戒机制和行政机关内部的监督机制也需要完善。

合同履行完毕归于消灭之后,根据《合同法》第92条规定,双方当事人仍需遵循诚实信用原则,互负协助、保密等后合同义务。在这一过程中如果政府方不履行义务,社会资本方仍可以提起行政诉讼,虽然《行政诉讼法》对此未作出明确规定,但同属政府方违约情形,符合行政诉讼的受案范围。如果社会资本方不履行后合同义务或者履行不适当,政府方可以通过行政仲裁寻求救济,这为政府方维护自身权益提供了一条合理路径,也可避免使用行政处罚等强制手段所生的额外争议。

3 总 结

在多元化纠纷解决机制中,各种方式和途径既有其独立发挥作用的空间,又可以相互衔接、优势互补,在既有的争议解决体系中搭建属于水利PPP项目合同争议解决的特殊路径,兼顾了公平与效率,平衡各方权益,保证救济顺畅。虽然成本效益并非法治社会唯一的价值标准,但是成本效益的平衡确为衡量社会和司法公正的重要尺度。在水利基础设施建设中合理利用PPP进行投融资,吸收利用社会资本,在市场规律的作用下,对于提高水利管理水平具有重大意义。因此,理顺现有的水利PPP项目合同争议解决方式,建构和完善特殊解决机制,对于水利发展抓住供给侧结构性改革机遇,补齐发展短板具有重要推动作用。

参考文献:

[1] 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.

[2] 李宁. 我国政府购买公共服务的纠纷解决机制及其完善[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版),2015(2):113-120.

[3] 于安. 我国PPP合同的几个主要问题[J]. 中国法律评论,2017(1):42-46.

[4] 章志远. 行政复议困境的解决之道[J]. 中共长春市委党校学报,2008(1):78-82.

[5] 余凌云. 论行政契约的救济制度[J]. 法学研究,1998(2):127-132.

[6] 杨解君,顾冷青. 行政契约的诉讼制度架构探微[J]. 江苏社会科学,2003(6):112-118.

[7] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 5版. 北京:北京大学出版社,2011:254.

[8] 胡宝岭. 行政合同争议司法审查研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2015:90.

[9] 许崇德,皮纯协. 新中国行政法学研究综述(1949—1990)[M]. 北京:法律出版社,1991:486.

[10] 林莉红. 法治国家视野下多元化行政纠纷解决机制论纲[J]. 湖北社会科学,2015(1):10-16.

(收稿日期:2017-12-14 编辑:胡新宇)