



PPP蓝皮书

BLUE BOOK OF PPP

No.5

中国PPP年度 发展报告 (2022)

ANNUAL REPORT ON THE DEVELOPMENT OF
PPP IN CHINA (2022)

清华大学政府和社会资本合作(PPP)研究中心

主 编 / 王天义 韩志峰

执行主编 / 杨永恒

副主编 / 王守清 李开孟



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

2022
版



- B.7** 基于跨学科课程建设的 PPP 复合型人才培模式研究
——以某高校双学位项目为例…………… 金士耀 武 健 / 081

III 制度建设篇

- B.8** PPP 项目的付费机制设计：实现可控的物有所值
…………… 宋金波 冯 卓 杨晓星 胡祥培 / 092
- B.9** 促进我国基础设施 REITs 产业发展的政策建议
…………… 黄文军 季 洁 / 104

IV 融资创新篇

- B.10** 2021年度 PPP 融资报告…………… 陈 冬 尹 昱 / 123
- B.11** 通过基础设施 REITs 实现 PPP 模式循环可持续发展的思考
…………… 翟耸君 张 璇 邢 飞 王鹤澎 / 140
- B.12** PPP 项目发行基础设施 REITs 现状与对策…………… 郭永全 / 157
- B.13** 基础设施 REITs 原始权益人回购份额比例研究
…………… 伍 迪 苏靖丹 牛耘诗 王守清 / 173
- B.14** 基础设施 REITs 估值定价研究
——基于 2021 年中国已发行项目的实证分析
…………… 肖 娜 伍 迪 王守清 / 191

V 实务要点篇

- B.15** PPP 项目全生命周期绩效管理的现状分析与建议
…………… 傅庆阳 张翥超 张晓彬 / 207
- B.16** 地方政府专项债在项目资本金中的应用逻辑
和对策建议…………… 张继峰 / 216
- B.17** 2021年度 PPP 争议解决评析及展望…………… 石 伟 叶万和 / 230

B. 17

2021年度 PPP 争议解决评析及展望

石伟 叶万和*

摘要： 本报告运用实证研究和案例研究的方法，对法院的司法文书进行综合分析后发现：PPP 争议案件的增长率呈现显著下降的趋势，同时，基层法院审理的案件比例持续上升、适用民事诉讼程序的案件比例持续上升、PPP 争议案件的数量在全国不同区域的分布不均。我国 PPP 争议解决实践存在三大问题：法院在个案中对《行政协议司法解释》的适用存在标准不统一、说理不充分、论证不全面等问题；社会资本方和政府方关于争议管辖的博弈已经从 PPP 合同谈判阶段延伸至诉讼阶段，使争议管辖博弈更加复杂；《行政协议司法解释》中关于行政协议中的仲裁条款无效的规定，在一定程度上打乱了仲裁协议效力司法审查的民事诉讼程序安排，赋予了当事人通过行政诉讼程序确认仲裁协议无效的路径。法院有必要在司法文书中对 PPP 合同法律性质的判断以及诉讼程序的选择加强论证。

关键词： PPP 合同性质 争议管辖 行政诉讼 司法审查

一 概述

2021 年，多家深度参与政府和社会资本合作（PPP）项目的民营企业

* 石伟，法学博士，北京采安律师事务所合伙人；叶万和，北京采安律师事务所管理合伙人，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。



缺少后续资金,^① 无法推动项目建设,甚至面临经营困境、控股权易主。同时,国务院国有资产监督管理委员会继续将 PPP 项目视为“高风险业务”,发布了《关于加强地方国有企业债务风险管控工作的指导意见》,要求地方国企严控“PPP 等高风险业务”。该文件与此前发布的《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》共同对地方国企和中央国企参与 PPP 项目给予更加严格的限制。

PPP 模式自 2014 年被中央政府进行新一轮推广以来,很多项目已经完成建设期,进入运营期,也有不少项目折戟建设期,退出 PPP 项目库。社会资本方和政府方的合作在曲折中向前发展。

在 PPP 争议解决领域,法院开始在司法文书中援引《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议司法解释》),对 PPP 合同是否属于行政协议进行判断。

本报告运用实证研究和案例研究的方法,对法院的司法文书进行综合分析后发现,法院在个案中对《行政协议司法解释》的适用标准并不统一,表现出说理不充分、论证不全面等问题。

本报告对中国法院在 2014~2021 年的判例进行系统分析,总结我国 PPP 争议的典型特征,归纳 PPP 项目及司法审判中的问题,给出解决问题的建议措施。

二 PPP 争议解决的实证分析: 2014~2021 年的法院判例

笔者在 2020 年和 2021 年分别撰写了《中国 PPP 争议解决的演进、现

① 比如,在陕西三原碧水环境科技有限公司与三原高新建设开发有限责任公司等发生的系列案件中,2018 年 9 月 30 日,北京碧水源公司致函三原县政府:“……虽经县各级领导和我们公司共同努力,各家银行仍反馈本项目融资困难,至今无一家银行完成分行审批,无法落实项目融资贷款。融资成功与否是本项目能否顺利实施的关键。以本项目目前实际情况判断,继续实施具有很大困难和风险。”

参见咸阳市中级人民法院(2019)陕 04 民初 179 号民事判决书,裁判日期 2020 年 6 月 13 日;陕西省高级人民法院(2020)陕民终 818 号民事判决书,裁判日期 2020 年 10 月 20 日;最高人民法院(2021)最高法民申 3652 号民事裁定书,裁判日期 2021 年 8 月 1 日。



状与展望》^① 和《2020 年 PPP 争议解决评析及展望》^② 两篇文章，对最高人民法院主办的“中国裁判文书网”^③ 公布的 PPP 案例进行了系统分析。中国不是判例法国家，法院的判例不具有法律拘束力。但是，法院的 PPP 判例对分析解决 PPP 争议及行业发展依然具有多重意义。首先，可以从数量众多的法院判例中总结 PPP 项目及司法审判的共性问题；其次，可以从法院判例中发现问题发展的方向和趋势；最后，高质量的判决书在一定程度上提供了研究的思路，并提供了可供分析的素材。尤其是 2020 年 7 月《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》发布以来，法院判例对争议法律问题的统一法律适用意义越发凸显。

本报告将利用“中国裁判文书网”公布的案例对我国 PPP 争议解决的历史和现状进行实证分析。检索的关键词为“PPP”，最后查询时间为 2021 年 2 月 25 日。^④

（一）PPP 争议案件数量仍在增长，但增长率显著下降

2021 年，PPP 争议案件的数量仍在增长。但 2017 年之后，PPP 争议案件数量的增长率呈显著下降的趋势（见表 1、图 1）。

表 1 2014~2021 年中国法院审理的 PPP 争议案件数量

单位：件

年份	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
案件数量	10	14	54	243	701	1634	2233	1677

资料来源：在“中国裁判文书网”检索获得。

① 叶万和、石伟、王蕴秀：《中国 PPP 争议解决的演进、现状与展望》，王天义、韩志峰主编《PPP 蓝皮书：中国 PPP 年度发展报告（2020）》，社会科学文献出版社，2020。

② 石伟、叶万和：《2020 年 PPP 争议解决评析及展望》，王天义、韩志峰主编《PPP 蓝皮书：中国 PPP 年度发展报告（2021）》，社会科学文献出版社，2021。

③ <https://wenshu.court.gov.cn/>。

④ 需要说明的是，本报告参照“威科先行法律信息库”中的数据，对从“中国裁判文书网”获得的部分数据进行了比较验证和研究。

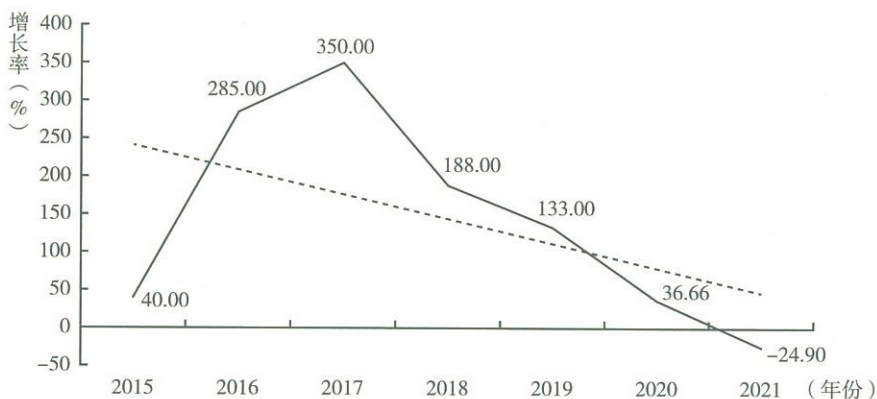


图1 2014~2021年PPP争议案件数量的增长率

需要特别说明的是,2021年的增长率为-24.90%的原因是司法文书上传到“中国裁判文书网”存在滞后性,不排除2021年的案例数量仍会增加的可能性。比如,对于2020年的PPP争议案例数量,笔者曾在2021年1月5日进行查询,“中国裁判文书网”显示的数据为1837个;^①到了2022年2月25日,“中国裁判文书网”显示的数据为2233个。因此,2021年的PPP争议案例数量仍可能增加。即使2021年的PPP争议案件数量有所增加,也不会改变增长率持续下降的趋势。

(二) 基层法院审理的案件比例持续上升

在宏观数据方面,基层法院仍然是审理PPP争议案件的核心力量,审理的案件数量占全部PPP争议案件的65.46%。与2020年的数据进行比较可以发现,基层人民法院和中级人民法院审理的案件占全部案件的比例略有上升,而高级人民法院和最高人民法院审理的案件占比略有下降(见表2)。

^① 参见石伟、叶万和《2020年PPP争议解决评析及展望》,王天义、韩志峰主编《PPP蓝皮书:中国PPP年度发展报告(2021)》,社会科学文献出版社,2021。



表 2 不同层级法院审理的 PPP 争议案件数量

单位：件，%

法院	基层人民法院	中级人民法院	高级人民法院	最高人民法院
案件数量	4292	2046	204	15
2021 年占比	65.46	31.20	3.11	0.23
2020 年占比 ^①	65.15	31.14	3.47	0.24

注：因“中国裁判文书网”的技术设置，表 2 中的案例总数与表 1 中的案例总数略有差异。

资料来源：在“中国裁判文书网”检索获得。

不同层级法院审理的 PPP 争议案件数量的变化趋势，与我国目前正在推动的诉讼制度和四级法院审级职能定位改革的基本目标是一致的，即“实现审判重心进一步下沉”，“基层人民法院重在准确查明事实、实质化解纠纷”，“中级人民法院重在二审有效终审、精准定分止争”。简而言之，PPP 争议案件主要由基层人民法院和中级人民法院负责审理。^②

（三）适用民事诉讼程序的案件比例持续上升

在不同类型的 PPP 争议案件中，民事案件仍然是绝对多数，占比高达 82.15%，与 2020 年的占比相比，有较大幅度的提高。与之相反，其他类型案件所占的比例则分别有不同程度的下降（见表 3）。

值得注意的是，《行政协议司法解释》施行后，适用行政诉讼程序的 PPP 争议案件在全部 PPP 争议案件中所占的比例不但没有增加，反而有所下降，由 2020 年的 12.11% 下降到 2021 年的 9.26%。

^① 参见石伟、叶万和《2020 年 PPP 争议解决评析及展望》，王天义、韩志峰主编《PPP 蓝皮书：中国 PPP 年度发展报告（2021）》，社会科学文献出版社，2021。

^② 参见最高人民法院《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》（法〔2021〕242 号），2021 年 10 月 1 日施行。



表 3 争议案件的类型分布

单位：件，%

案件类型	执行案件	刑事案件	民事案件	行政案件	国家赔偿案件
案件数量	120	432	5338	602	6
2021 年占比	1.85	6.65	82.15	9.26	0.09
2020 年占比 ^①	1.61	10.17	76	12.11	0.11

注：因“中国裁判文书网”的技术设置，表 3 中的案例总数与表 1 中的案例总数略有差异。

资料来源：在“中国裁判文书网”检索获得。

（四）PPP 争议案件在全国不同区域的分布不均

PPP 争议案件在全国 31 个省级行政区及新疆生产建设兵团均有分布，但分布不均。据中国裁判文书网资料显示，2014~2021 年 PPP 争议案件数量排名前 3 的区域分别是河南（672 件）、四川（559 件）和安徽（465 件）；排名最后 3 位的区域分别是西藏（5 件）、新疆生产建设兵团（15 件）和青海（28 件）（见表 4）。

表 4 2014~2021 年 PPP 争议案件的地域分布

单位：件

地区	案件数量	地区	案件数量	地区	案件数量
北京	129	天津	50	河北	210
山西	104	内蒙古	187	辽宁	148
吉林	76	黑龙江	34	上海	99
江苏	301	浙江	279	安徽	465
福建	196	江西	158	山东	407
河南	672	湖北	224	湖南	436
广东	275	广西	70	海南	70
重庆	132	四川	559	贵州	388
云南	213	西藏	5	陕西	156
甘肃	113	青海	28	宁夏	53
新疆	190	新疆生产建设兵团	15		

注：因“中国裁判文书网”的技术设置，表 4 中的案例总数与表 1 中的案例总数略有差异。

资料来源：在“中国裁判文书网”检索获得。

① 参见石伟、叶万和《2020 年 PPP 争议解决评析及展望》，王天义、韩志峰主编《PPP 蓝皮书：中国 PPP 年度发展报告（2021）》，社会科学文献出版社，2021。



（五）小结

基于 PPP 争议案件的司法文书数据，我国 PPP 争议案件表现出如下特点。

第一，2014~2021 年，虽然 PPP 争议案件的数量仍在增长，但 2017 年开始，增长率显著下降。这在一定程度上与我国 PPP 项目的宏观政策趋势契合：PPP 模式在 2017 年左右达到发展顶峰，此后中央政府逐步强化对政府和国企参与 PPP 项目的风险防控管理。

第二，PPP 争议案件主要由基层人民法院审理，基层人民法院和中级人民法院审理的案件占全部案件的比例略有上升，但高级人民法院和最高人民法院审理的案件占比略有下降。这与我国推动“审判重心进一步下沉”的诉讼制度改革和四级法院审级职能定位改革的方向一致。

第三，民事案件占 PPP 争议案件的绝对多数，并呈现上升趋势。在《行政协议司法解释》施行后，行政案件的占比不升反降。在司法审判实践中，《行政协议司法解释》并没有像预想的那样产生影响，与 PPP 项目参与方对该司法解释的预期有一定的反差。

三 《行政协议司法解释》在 PPP 争议案件中的适用

2021 年是《行政协议司法解释》正式施行的第二年。在 2020 年和 2021 年，不同层级的法院共有 34 份司法文书援引了《行政协议司法解释》（见表 5）。

表 5 援引《行政协议司法解释》的 PPP 争议案件在不同层级法院的分布

单位：件

法院	基层人民法院	中级人民法院	高级人民法院	最高人民法院
案件数量	7	17	9	1

资料来源：在“中国裁判文书网”检索获得。



如上文所述,基层人民法院是审理 PPP 争议案件的核心力量。但是,半数援引《行政协议司法解释》的司法文书是由中级人民法院作出的。

在上述案件中,最高人民法院作出的司法文书有 1 个,即“中国二十二冶集团有限公司、安徽省阜南县人民政府再审审查与审判监督行政裁定书”[(2020)最高法行申 3060 号,2020 年 8 月 11 日裁判]。^①该裁定书援引了《行政协议司法解释》第十二条,即法院审查被诉协议是否存在重大且明显的违法情形、是否存在民事法律规范规定的无效情形。该裁定书是最高人民法院作出的第一个,也是截至 2022 年 3 月,唯一一个援引《行政协议司法解释》的 PPP 争议案件司法文书。

《行政协议司法解释》第二条将“政府特许经营协议”纳入“行政协议”的范畴。同时,该解释第二十六条明确规定,行政协议约定的仲裁条款无效。因此,该解释一经颁布,即受到 PPP 项目参与方的广泛关注。但是,在法院审理 PPP 争议案件的司法实践中,《行政协议司法解释》被司法文书引用的次数非常少。如上文所述,2021 年和 2022 年,各级法院分别作出了 2021 份和 2233 份涉及 PPP 项目争议的司法文书。援引《行政协议司法解释》的 34 份司法文书分别占 2021 年和 2022 年涉及 PPP 项目争议司法文书总数的 1.68% 和 1.52%。如此低的占比与《行政协议司法解释》受到的 PPP 项目参与方的关注度是不匹配的。

造成这种现象的可能原因是:目前,多家活跃于 PPP 领域的社会资本方,特别是民营社会资本方面临资金困境,无法对 PPP 项目后续建设投入资金,或者与金融机构已经谈妥的融资安排因社会资本方面临经营困境而无法进一步履行。对于因社会资本方缺少资金无法继续进行的 PPP 项目,政府方想解除合同,尽快选聘新的社会资本方,重新启动项目。但是,原社会

^① 该案历经阜阳市中级人民法院一审[参见(2018)皖 12 行初 306 号行政判决书]和安徽省高级人民法院二审[参见(2019)皖行终 1092 号行政判决书]。社会资本方在一审和二审程序中败诉后,向最高人民法院申请再审。社会资本方主张,涉案 PPP 项目采用的是中央政府严令禁止的 BT(建设—移交)模式,PPP 合同是无效的。最高人民法院认为,“建设—移交”的 BT 模式未违反法律、行政法规的强制性规定,并不导致 PPP 合同无效。



资本方已经在项目前期投入了一定的资金，双方无法就前期投入的补偿事宜达成一致，在此情况下，社会资本方一般不会同意解除合同。

在没有解除原 PPP 合同的情况下，如果政府方重新进行招标，其他的潜在投标人会对项目的合法性、稳定性存在疑虑。政府方往往不得不主动启动诉讼或者仲裁程序来解除合同。由于行政诉讼程序中的“被告恒定”原则，如果即使政府方主张解除合同，也只能作为被告，无法主动启动行政诉讼程序，进而无法实现解除合同的目的，因此不得不通过民事诉讼程序或者仲裁程序来解除合同；如果启动争议解决程序，则在很大程度上符合社会资本方的利益。因此，在民事诉讼程序或仲裁程序中，由于争议双方有某种程度的利益一致性，《行政协议司法解释》可能被有意无意回避，无法大量被裁判文书援引或讨论。

四 法院认定 PPP 合同法律性质存在的问题

法院在认定 PPP 合同的法律性质是民事合同还是行政协议时，存在论证不全面、不充分的问题。

以某中级人民法院作出的二审民事裁定书为例，该裁定书援引了《行政协议司法解释》的第一条（即行政协议的定义）和第二条（即典型的行政协议类型），直接形成了如下结论。“本案的《PPP 合同》系某市政管理处经某市人民政府授权与上诉人通过招投标程序签订，该合同是某市人民政府为实现公共管理目标而订立，其名称和内容均符合上述司法解释第二条第五项的规定，故该合同应属行政协议。”^①

上述裁定书的内容不足 100 字，说理和论证的内容明显不足。具体而言，裁定书仅列出了《行政协议司法解释》第一条和第二条的内容，但没有依据《行政协议司法解释》第一条的规定，从主体、意思、内容和目的 4

^① 深圳市鸿效节能股份有限公司、凌源市市政管理处确认合同效力案，朝阳市中级人民法院（2021）辽 13 民终 932 号民事裁定书，裁判日期为 2021 年 3 月 15 日。



个方面对 PPP 合同进行分析和论证，而是在此基础上形成 PPP 合同符合《行政协议司法解释》第二条第五项的结论，即 PPP 合同具有行政协议的法律性质。

上述案例并非个案。这种近乎“不说理”的裁判方式所带来的问题是裁判机关对 PPP 合同性质的认定带有极大的主观性和不确定性。由于缺少论证和说理的过程，结论具有随意性，裁判机关想如何认定就如何认定，可以认定为行政协议可以，也可以认定为民事合同也可以，诉讼当事人及第三方读者难以发现结论的形成逻辑。PPP 项目参与方寻求救济途径时面临的不确定性见表 6。

表 6 PPP 项目参与方寻求救济途径时面临的不确定性

序号	PPP 项目参与方寻求救济途径时面临的不确定性
1	如果社会资本方启动民事诉讼程序,法院可能将 PPP 合同的法律性质认定为行政协议,进而驳回起诉
2	如果社会资本方启动行政诉讼程序,法院可能将 PPP 合同的法律性质认定为民事合同,进而驳回起诉
3	如果社会资本方启动仲裁程序,政府方可能向法院启动确认仲裁协议效力的司法审查程序,如果法院将 PPP 合同的法律性质认定为行政协议,社会资本方的仲裁程序将被终止
4	如果政府方启动行政诉讼程序,法院可能将 PPP 合同的法律性质认定为民事合同,进而驳回起诉

资料来源：根据相关法律内容整理。

这些不确定性情形使政府方或社会资本方在寻求救济途径时面临极大的不确定性，导致时间的空耗和金钱的损失，极大地损害了裁判的稳定性和可预见性，进而导致社会资本方和政府方在发生争议时不知道该采用何种救济渠道。

五 政府方和社会资本方的争议管辖博弈

“争议管辖博弈”是指政府方和社会资本方对管辖 PPP 项目争议的裁判



机构存在不同的观点，进而产生对抗。

在 PPP 项目的初始阶段，政府方和社会资本方就对争议解决机构的选择存在不同倾向。政府方一般希望由本地的争议解决机构（特别是法院）来处理争议，但社会资本方担心政府方可能对当地的争议解决机构施加影响，因此希望由外地的争议解决机构来处理争议；同时，社会资本方倾向选择仲裁机构作为解决争议的机构。在双方对 PPP 合同条款进行谈判时，争议管辖条款是双方重点关注的条款之一。在此阶段，双方的博弈主要是选择法院还是仲裁机构作为争议解决机构。这个问题已经受到较多的关注，本报告不再赘述。

当双方发生争议之后，政府方和社会资本方可能会就争议管辖问题发生更为激烈的对抗和博弈，特别是当 PPP 合同约定不明确，或者某地区高级人民法院已经颁布行政诉讼案件异地管辖规定的时候。比如，河南省高级人民法院颁布了《关于行政案件异地管辖问题的规定（试行）》（2014 年），福建省高级人民法院（以下简称“福建高院”）颁布了《关于部分行政案件实行跨行政区域管辖的若干规定（试行）》（2015 年）。

福建省宁德市某 PPP 项目的社会资本方和政府方发生争议。^①对于争议的管辖法院，《宁德市某 PPP 项目合同》约定“诉讼应提请项目所在地人民法院进行审理”，项目位于宁德市某区。根据福建高院颁布的《关于部分行政案件实行跨行政区域管辖的若干规定（试行）》，宁德市中级人民法院（以下简称“宁德中院”）管辖的特定一审行政案件由福州市中级人民法院（以下简称“福州中院”）管辖。社会资本方据此在福州中院提起诉讼。政府方提出管辖异议，要求福州中院将案件移送宁德中院审理。

福州中院在一审程序中认可了政府方提出的管辖异议，认为案件宜由宁

^① 宁德海滨城市开发有限公司诉宁德市蕉城区人民政府城乡建设行政管理纠纷案，福建省高级人民法院（2020）闽行终 194 号行政裁定书，裁判日期为 2020 年 4 月 22 日。



德中院审理“为妥”。从一审裁定书来看，其论证是比较弱的，仅通过一句话，即考虑项目地址、尊重合同当事人意思自治、便利诉讼、便利纠纷解决等因素，形成了案件宜由宁德中院审理“为妥”的结论。该结论存在一定的模糊性。

在该案满足福建高院《关于部分行政案件实行跨行政区域管辖的若干规定（试行）》的规定，应当由福州中院审理的情况下，该法院依然裁定将案件移送给宁德中院审理，裁定存在比较明显的问题。其可能的原因是：项目的政府方与一审法院进行了协调沟通，或者案件比较复杂，一审法院不愿意介入涉及外地政府的 PPP 争议案件。

此后，社会资本方提起上诉。福建高院在二审程序中推翻了福州中院的一审裁定，指令福州中院继续审理该案。

在政府方和社会资本方的争议管辖博弈中，社会资本方的策略是成功的。尽管涉案合同名称为《宁德市某 PPP 项目合同》，但社会资本方主张《宁德市某 PPP 项目合同》为“特许经营协议”，引导法院默认《宁德市某 PPP 项目合同》是《行政协议司法解释》第二条项下的“政府特许经营协议”，并促使法院认定该案适用行政诉讼程序。在此情况下，社会资本方实现了跨区域管辖的目的，即避开项目所在地法院宁德中院，由福州中院审理案件。

该案中，政府方和一审法院都存在一定程度的“失误”：双方同意了社会资本方关于《宁德市某 PPP 项目合同》属于行政协议的观点，都没有质疑和分析《宁德市某 PPP 项目合同》的法律性质。进一步讲，政府方可以主张，虽然《宁德市某 PPP 项目合同》名称中含有 PPP 字样，但其内容主要为民事性质条款，合同性质应当为民事合同，因此不应适用行政诉讼程序，进而不适用福建高院《关于部分行政案件实行跨行政区域管辖的若干规定（试行）》，案件不应由项目所在地的宁德中院调整至福州中院审理。

在政府方和社会资本方的争议管辖博弈中，为了避免政府方对裁判机关产生影响，《行政协议司法解释》第七条规定，当事人可以书面协议约定管



辖法院，比如约定被告所在地、原告所在地、协议履行地、协议订立地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。但在实践中，当事人，特别是社会资本方，在多大程度上能实现异地管辖的目标，仍有待观察。

可以预见的是，不论是作为诉讼策略的一部分，还是出于实质性解决问题的需要，社会资本方和政府方关于争议管辖的博弈仍将持续。在实践中，争议管辖博弈已经从 PPP 合同谈判阶段延伸至诉讼阶段，争议管辖博弈更加复杂。

六 仲裁条款效力的司法审查： 诉讼程序选择

《行政协议司法解释》第二十六条规定，行政协议约定的仲裁条款无效。在“诸暨袜艺小镇项目案”^①和“三峡港湾度假区项目案”^②中，法院并没有机械地适用上述规定，直接确认 PPP 协议的仲裁条款无效，而是采用“穿透式”实质性审查的方法，判断 PPP 协议是否属于行政协议，然后再判断仲裁条款的效力。^③

在上述两个案件中，确认仲裁协议无效的申请人依据最高人民法院《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第二条第一款的规定，在绍兴市中级人民法院和北京市第四中级人民法院通过“民事诉讼程序”，申请法院对仲裁协议的效力进行审查。同时，最高人民法院《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》所规定的第 444 个民事案由就是“申请确认仲裁

① 天颂建设集团有限公司诉诸暨市人民政府大唐街道办事处申请确认仲裁协议效力案，绍兴市中级人民法院（2020）浙 06 民特 4 号民事裁定书，裁判日期为 2020 年 4 月 14 日。

② 重庆市峻坤实业有限公司与四川忠县人民政府、世达投资（香港）控股有限公司申请确认仲裁协议效力案，北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民特 677 号民事裁定书，裁判日期为 2020 年 11 月 18 日。

③ 关于“穿透式”实质性审查的方法，以及“诸暨袜艺小镇项目案”和“三峡港湾度假区项目案”的详细分析，参见石伟、叶万和《2020 年 PPP 争议解决评析及展望》。



协议效力”。进一步讲，在《行政协议司法解释》施行之前，最高人民法院颁布的司法解释明确规定，应通过民事诉讼程序对仲裁协议的效力进行司法审查。

《行政协议司法解释》第二十六条关于行政协议的仲裁条款无效的规定，在一定程度上打乱了仲裁协议效力司法审查的民事诉讼程序安排，指明了当事人通过行政诉讼程序确认仲裁协议无效的路径。

在“某乡镇生活污水处理设施捆绑打包项目”^①中，政府方和社会资本方订立的项目合同约定了仲裁条款。双方在协议履行过程中发生争议，社会资本方向某市仲裁委员会申请启动仲裁程序。在仲裁庭第一次庭审前，政府方在某县人民法院（基层法院）通过行政诉讼程序请求法院确认项目合同约定的仲裁条款无效。

如果按照《行政协议司法解释》施行之前的相关规定，政府方在该案中启动诉讼的方式和法院立案及审理案件的方式都存在问题。政府方的核心诉求是确认仲裁条款无效，政府方应当依据《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》，通过民事诉讼程序向相关中级人民法院申请确认仲裁协议效力，而不是向相关基层人民法院通过行政诉讼程序来实现其诉求。

在该案的审理过程中，一审法院和二审法院都认可，行政诉讼程序中的“被告恒定”原则，即政府方不能作为原告启动行政诉讼程序。因此，法院裁定驳回了政府方的起诉。虽然一审和二审法院的行政裁定书都驳回了政府方的起诉，但并没有实质性地解决该案的核心问题，即项目合同中的仲裁条款是否有效。

需要特别说明的是，虽然两审法院都没有在行政裁定书中分析项目合同的法律性质，仅是从行政诉讼程序的角度，即基于“被告恒定”原则，驳回了政府方的起诉，但是一审和二审法院的行政裁定书实际上间

① 福安市住房和城乡建设局、福安桑德水务有限公司行政协议案，宁德市中级人民法院（2020）闽09行终114号行政裁定书，裁判日期为2020年11月11日。



接地认定了项目合同的行政协议属性。法院的行政裁定书必然会导致已经受理案件的某市仲裁委处于尴尬境地，如果继续审理案件并作出仲裁裁决，政府方可以依据已经生效的行政裁定书和《行政协议司法解释》第二十六条，以仲裁条款无效、争议案件不具有可仲裁性为由，向法院申请撤销仲裁裁决或者申请不予执行仲裁裁决。

为避免某市仲裁委作出的仲裁裁决被撤销或者被不予执行，可行的应对方案是，社会资本方主动向某市仲裁委所在地的中级人民法院申请确认仲裁协议效力。待法院作出裁决后，再决定是否继续进行仲裁程序。在我国法院支持仲裁的宏观背景下，法院很可能将政府方和社会资本方订立的项目合同认定为民事合同，进而确认仲裁条款的效力。

七 展望和建议

随着更多的 PPP 项目从采购、建设阶段发展至运营阶段，PPP 项目争议将会更加复杂。进入项目运营阶段后，政府方和社会资本方之间可能会产生新的争议，使 PPP 争议解决面临更大的不确定性。

比如，很多社会资本方是工程建设企业，可能并不具有“投建营一体化”的能力和经验，参与 PPP 项目是为了通过“两标并一标”的模式^①，直接作为工程总承包人负责项目的工程建设。进入项目运营期之后，社会资

① 所谓“两标并一标”是指，根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第九条第（三）款的规定，PPP 项目中有相应资质且依法能够自行建设、生产的“投资人”可以不经招标投标程序，直接作为相应工程总承包人参与项目建设。

《中华人民共和国招标投标法实施条例》第九条规定：“除招标投标法第六十六条规定的可以不进行招标的特殊情况外，有下列情形之一的，可以不进行招标：……（三）已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供；……”

需要特别说明的是，《中华人民共和国招标投标法实施条例》第九条第（三）款项下的可以不进行招标的当事方应当满足如下条件：第一，该当事方为项目的“投资人”；第二，该当事方已经通过公开招标选定；第三，该当事方具有建设或生产的相应资质。



本方可能无法实现合同约定的运营目标。

再如，社会资本方和政府方可能就绩效考核的标准、考核机构的选择、考核结果等产生争议。政府方对社会资本方的运营绩效进行考核，并且给社会资本方不合格的考核结果，如果政府方作为项目的直接当事方对社会资本方进行考核似乎存在利益冲突；社会资本方也可能会对政府方自己做出的考核结果提出质疑，进而产生争议。

PPP 项目运营阶段的争议可能涉及更多的技术和专业问题，将给争议解决机构带来更大的挑战。

对于 PPP 合同法律性质的判断以及诉讼程序的选择，法院有必要加强说理和论证，提升其裁判结果的可预见性和稳定性。相关建议如下。

第一，法院可以基于《行政协议司法解释》第一条规定的主体、意思、内容和目的 4 个要素，结合 PPP 合同的具体条款，对 PPP 合同的法律性质进行全面分析和论证。

第二，法院可以结合原告诉讼请求的性质来确定诉讼程序。如果原告的诉讼请求是要求被告支付合同价款、违约金等不涉及行政法的权利和义务，且明显具有民事性质，法院可以适用民事诉讼程序进行审理。

第三，法院可以对 PPP 争议进行类型化归类，对于 PPP 项目中的结算争议（比如工程价款结算和支付争议），可以适用民事诉讼程序处理；对于特许经营权授予、行政处罚等涉及行政法权利和义务的争议，可以适用行政诉讼程序处理。

当然，对于 PPP 合同法律性质的认定标准，法院仍需要在审判实践中不断完善，并形成统一的规则。对于下级法院作出的论理充分的典型案例，可以由最高人民法院以指导性案例的形式公布；退一步，也可以以最高人民法院公报案例或者高级人民法院示范案例的形式予以公布，以逐步统一裁判标准。

此外，对于社会资本方而言，可以将民事性质的争议（比如工程价款支付、前期投入款项返还等）单独以民事诉讼程序提起诉讼或者启动仲裁



程序，而不必基于整个 PPP 合同进行整体诉讼。^① 同时，社会资本方可以基于争议类型对 PPP 合同的争议管辖分别进行不同的约定：对于与特许经营权相关的争议，可以明确约定由政府方所在地之外的异地法院管辖；对于其他民事性质的争议（比如价款支付、投资补偿等），可以明确约定由仲裁机构管辖，或者由异地法院管辖。

① 比如，在湖南省第六工程有限公司、龙山县人民政府建设工程施工合同纠纷案中，政府方和社会资本方订立了《龙山县工业集中区标准厂房（二期）建设 PPP 项目合作合同》（以下简称《PPP 项目合作合同》），随后社会资本方和项目公司订立了《湖南省建设工程施工合同》。此后，政府方提前终止 PPP 项目，导致项目提前退库终止。社会资本方启动民事诉讼程序，要求政府方向其支付工程款，并赔偿损失。但是，政府方认为《PPP 项目合作合同》是行政协议，应当适用行政诉讼程序。一审和二审法院认可了政府方的抗辩理由。事实上，社会资本方的诉讼请求具有典型的民事性质，且不涉及行政权利和义务。作为诉讼策略，社会资本方可以单独依据《湖南省建设工程施工合同》，而非《PPP 项目合作合同》提起民事诉讼。