

B PPP蓝皮书

BLUE BOOK OF PPP

No.4

中国PPP年度 发展报告 (2021)

ANNUAL REPORT ON THE DEVELOPMENT OF
PPP IN CHINA (2021)

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

2021
版



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

2020年 PPP 争议解决评析及展望

石伟 叶万和*

摘要: 我国 PPP 争议案件的总数量在持续增长, 但自2017年之后, 案件的增长率有所下降; PPP 争议案件主要由基层法院审理, 主要适用民事诉讼程序; 产生 PPP 争议最多的行业是市政工程和交通运输, 案件最多的地域是河南省; 在进入实体审理的行政诉讼案件中, 政府方的败诉率接近一半。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》并没有完全封堵 PPP 争议的仲裁渠道, 法院在具体的司法实践中适用“穿透式”审查的裁判思路, 保持支持仲裁的态度。但是, 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十六条使 PPP 争议的解决途径面临巨大的不确定性, 压缩了仲裁解决 PPP 争议的空间, 同时使社会资本方的投资信心受到不利影响。对于具体的 PPP 合同争议, 司法机关宜把握实质性的“穿透式”审查的尺度, 让 PPP 争议通过民事诉讼程序或仲裁程序解决。

关键词: PPP 合同 争议解决 行政协议 仲裁 行政诉讼

* 石伟, 北京采安律师事务所高级顾问, 法学博士; 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。致谢: 高钰茜协助笔者收集了本报告第二部分 (PPP 争议解决的实证分析: 2014 ~ 2020 年的法院判例) 法院判例的基础数据和资料。



一 概述

2020 年是中央政府自 2014 年开始新一轮推广政府和社会资本合作模式 (PPP)^① 的第 6 个年头。PPP 在我国发展迅速, 数以千计的项目正在实施, 并已经形成了海量的资产。根据财政部政府和社会资本合作中心“全国 PPP 综合信息平台项目管理库”的数据, 截至 2020 年 12 月 31 日, 共有入库项目 9935 个, 入库项目金额 15.25 万亿余元。^② 与此同时, 与 PPP 项目相关的法律争议大量增加, 新的法律问题也不断涌现。

在 PPP 争议解决领域, 2020 年度最为重大的事件就是《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17 号, 以下简称《行政协议司法解释》) 于本年度 1 月 1 日起施行。法院的司法文书已经开始援引《行政协议司法解释》的条款。《行政协议司法解释》将对 PPP 争议解决, 特别是对 PPP 争议的可仲裁性产生重大影响。

本报告主要运用实证研究和案例研究的方法, 在系统分析我国法院判例的基础上, 总结我国 PPP 争议解决的特征和问题, 并对 PPP 争议的可仲裁性进行分析和展望。

二 PPP 争议解决的实证分析: 2014~2020 年的 法院判例

本报告利用的案例来自最高人民法院主办的“中国裁判文书网”, 检

① 财政部于 2014 年 9 月 23 日下发了《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》(财金〔2014〕76 号), 要求推广运用 PPP 模式。以此通知的发布为标志, 我国各级政府开始在不同程度上推广 PPP 模式。

② 财政部政府和社会资本合作中心“全国 PPP 综合信息平台项目管理库”, <https://www.cpppc.org:8082/inforpublic/homepage.html#/projectPublic>, 最后访问时间 2021 年 1 月 1 日。



索关键词为“PPP”，最后查询时间为2021年1月5日。需要特别说明的是，考虑到我国司法文书公开的实际情况，部分司法文书上传到“中国裁判文书网”存在滞后的情形，比如法院于2020年作出的部分裁决，可能会在2021年下半年上传到“中国裁判文书网”，即2020年的数据可能仍会增加。

（一）案件数量持续增长，且主要由基层法院审理

中国法院在2014~2020年审理的PPP案件数量持续增长，各年的具体数据见图1。

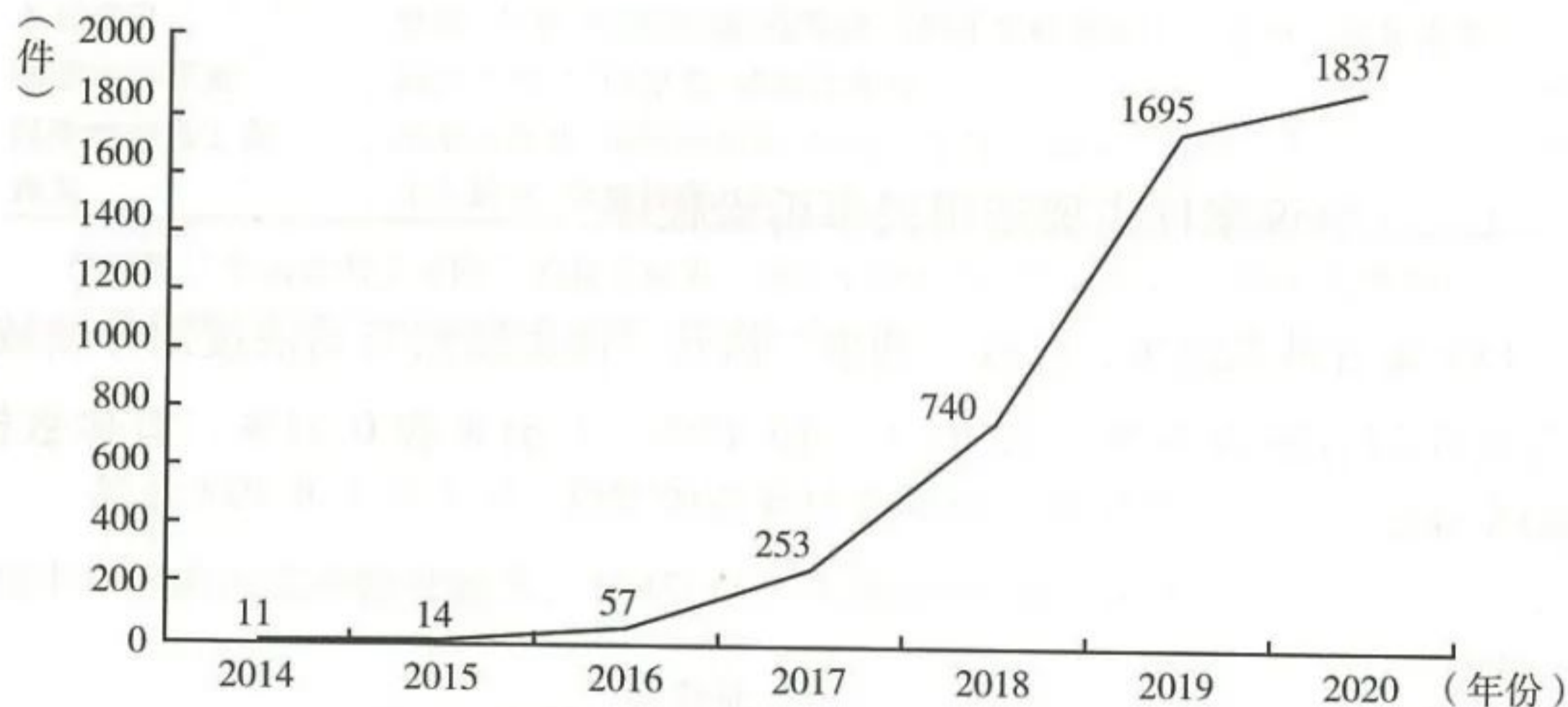


图1 2014~2020年中国法院审理的PPP案件数量

资料来源：根据“中国裁判文书网”检索获得。

2015~2020年，各年案件数量的增长率分别为27%、307%、344%、192%、129%和8%。根据上述数据，增长率最高的年份是2017年。随着案件基数的不断增大，此后的增长率有所下降。

在我国四级法院体系中，65.15%的PPP案件是由基层法院审理的，中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院审理的案件占比分别为：31.14%、3.47%和0.24%。具体数据见图2。

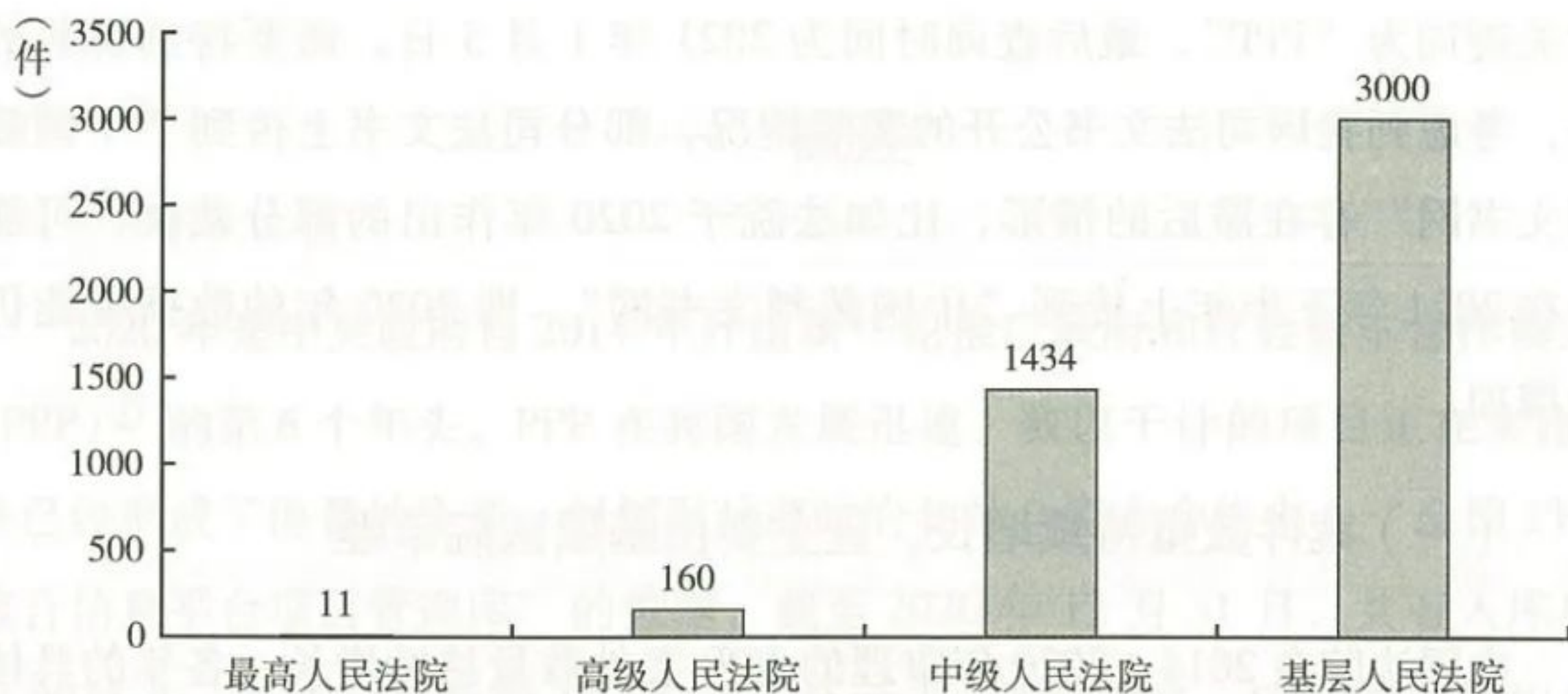


图2 不同层级法院审理的 PPP 案件数量

说明：因“中国裁判文书网”的技术设置，图2中的案例总数与图1中的案例总数略有差异。
资料来源：根据“中国裁判文书网”检索获得。

(二) 争议案件主要适用民事诉讼程序

PPP 案件涉及民事、行政、刑事、执行、国家赔偿与司法援助等领域，所占的比例分别为 76%、12.11%、10.17%、1.61% 和 0.11%，具体数据如图 3 所示。

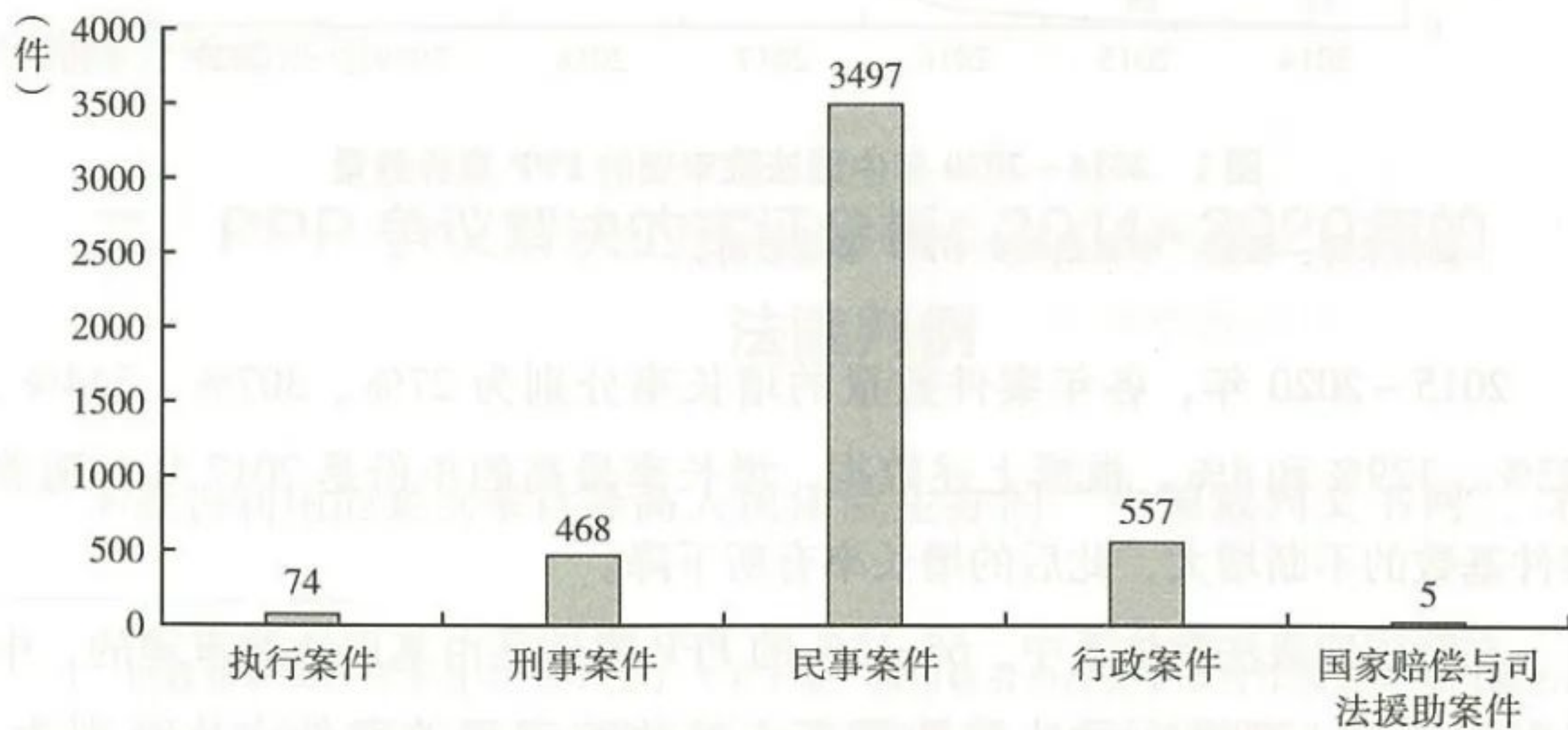


图3 争议案件的类型分布

说明：因“中国裁判文书网”的技术设置，图3中的案例总数与图1、图2中的案例总数略有差异。

资料来源：根据“中国裁判文书网”检索获得。



(三) 争议案件所涉的行业和地域

对于PPP争议案件所涉及的行业,笔者在“中国裁判文书网”上以“PPP”为关键词进行第一次检索,然后在第一次检索获得的案例中,输入二级检索关键词进行第二次检索。不同行业所涉及的PPP争议案件数量见表1。

表1 2014~2020年PPP争议案件的行业分布

单位:件

行业	二级检索关键词	案件数量
市政工程	市政道路、污水处理、垃圾处理、供水、供热、停车场、绿化、排水	2519
交通运输	公路、交通枢纽、桥梁、机场、港口、仓储、铁路	1317
生态建设和环境保护	综合治理、湿地保护(去除重合关键词)	312
水利建设	灌溉、水库、引水防洪	167
城镇综合开发	园区开发、厂房建设、城镇化建设	52
保障性安居工程	棚屋区改造、保障性住房、农村危房改造、游牧民安居工程	23
教育	义务教育、学前教育	19

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

资料来源:根据“中国裁判文书网”检索获得。

截至2021年1月5日,PPP争议案件在除四川省之外的其他区市均有分布。其中,河南的案件数量最多,共453件,西藏的案件数量最少,只有3件(见表2)。

表2 2014~2020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	46	河北	151
山西	79	内蒙古	175	辽宁	94
吉林	55	黑龙江	27	上海	81
江苏	209	浙江	221	安徽	322
福建	122	江西	140	山东	225
河南	453	湖北	179	湖南	342
广东	216	广西	55	海南	67
重庆	107	贵州	234	云南	153
西藏	3	陕西	96	甘肃	69
青海	19	宁夏	46	新疆*	153

注:*含新疆生产建设兵团相关法院作出的司法文书;因“中国裁判文书网”的技术设置,表2中的案例总数与图1中的案例总数略有差异。

资料来源:根据“中国裁判文书网”检索获得。



案件数量与该地区的 PPP 项目数量具有关联性。根据“全国 PPP 综合信息平台项目管理库”的数据，截至 2020 年 12 月 31 日，河南共有入库项目 805 个，居全国第 1 位；而西藏只有 3 个入库项目，是数量最少的地区。

（四）原告（含社会资本方）在行政诉讼程序中的胜诉率

在行政诉讼程序中，原告和被告的身份是恒定的，即政府方只能作为被告。在涉及 PPP 争议的行政诉讼案件中，支持原告（含社会资本方）全部诉讼请求的案件数量比例为 22%，支持原告主要诉讼请求的案件数量比例为 4%，二者共占 26%（见图 4）。

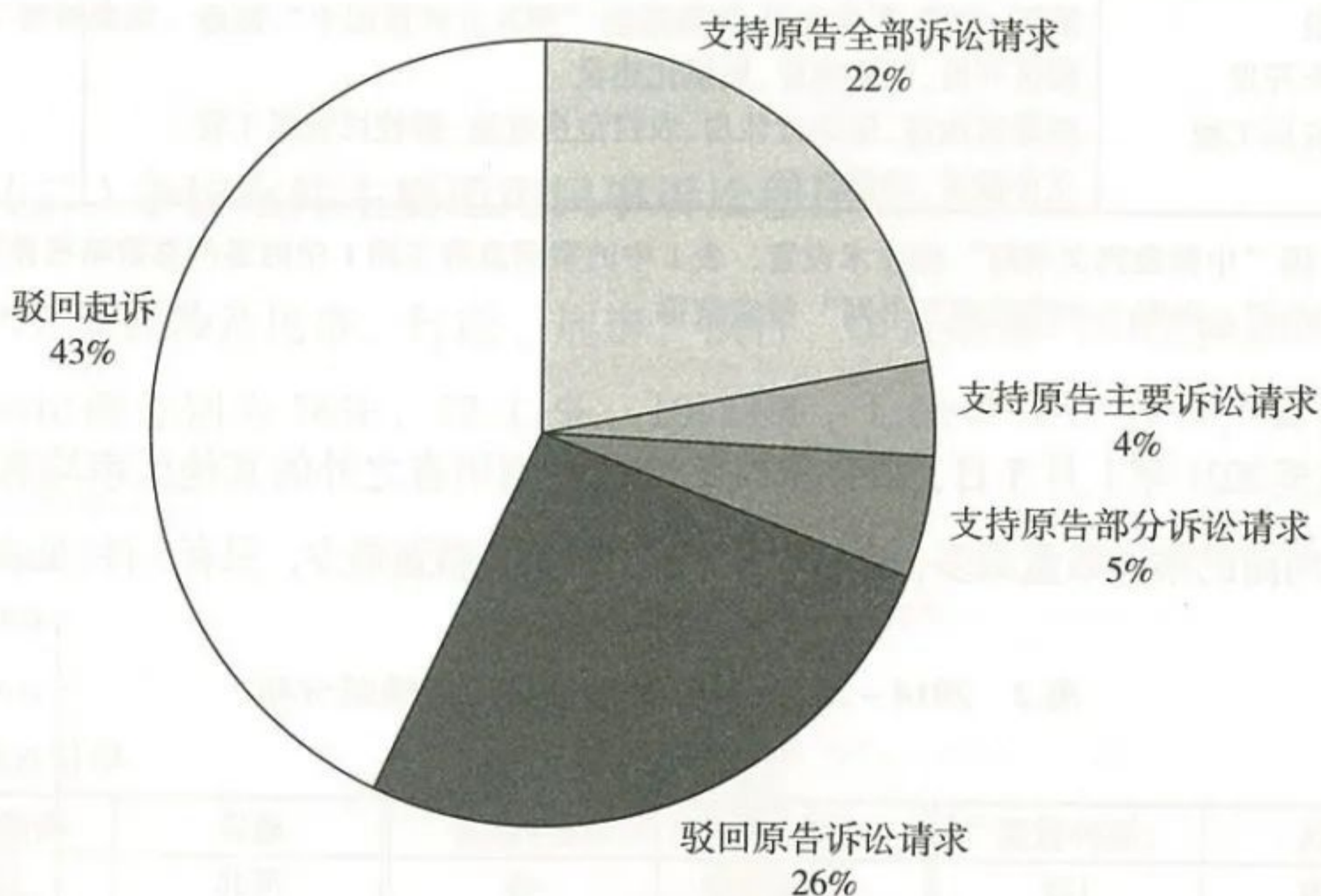


图 4 原告（含社会资本方）在行政诉讼程序中的胜诉率

资料来源：根据“中国裁判文书网”检索获得。

需要特别说明的是，43% 的行政诉讼案件因存在程序问题（比如原告主体不适格、不属于受案范围等）而被法院驳回起诉，进一步讲，这些被驳回起诉的案件并没有获得法院的实体审理，对于分析社会资本方的胜诉率并无实质性意义。如果将 43% 被驳回起诉的案例剔除，在剩余的 57% 的案例中，原告的全部诉讼请求和主要诉讼请求被支持的比例就高达 46%。进



一步讲，在进入实体审理的行政诉讼案件中，以全部和主要诉讼请求被支持为标准，原告的胜诉率接近一半，换言之，政府方的败诉率接近一半，远高于此前的研究数据。^①

在司法实践中，尽管社会资本方和政府方订立的协议中约定了仲裁条款，并且政府方主张通过仲裁程序解决双方争议，但社会资本方依然启动了行政诉讼程序。^② 本报告关于原告胜诉率较高的调研数据在一定程度上解释了社会资本方选择行政诉讼程序的原因。

（五）《行政协议司法解释》被引用的情况

2020年是《行政协议司法解释》生效并适用的元年。截至2020年12月31日，涉及PPP的案件中，援引该司法解释的司法文书共有35份。对于《行政协议司法解释》的具体条款，法院司法文书援引最多的条款是第1条（即行政协议的定义），共被引用了14次，第2条（即行政协议的范围）共被援引6次，第26条（即行政协议的可仲裁性）共被援引3次，占被援引总次数的比例分别为40%、17%和8%（见图5）。

（六）小结

基于我国法院的司法文书数据，可以得出如下结论：

第一，自2014年以来，涉及PPP争议的案件数量持续增长，且案件主

^① 根据福建省高级人民法院公布的数据，“全省一审行政案件行政机关败诉率从2015年的13.1%，上升至2018年的16.8%”。参见福建省高级人民法院《福建行政案件跨区域管辖又有新规定啦！快来发布会现场看看有哪些调整》，福建省高级人民法院官方微信公众号，2019年11月26日，<https://mp.weixin.qq.com/s/3G2qm00mW65GhJSeS6FTKw>。另参见沈开举、方润《行政诉讼异地管辖制度实证研究——以河南模式为样本》，《河南财经政法大学学报》2016年第2期；何海波《一次修法能有多少进步——2014年〈中华人民共和国行政诉讼法〉修改回顾》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2018年第3期。

^② 比如在河南省高级人民法院（以下称“河南高院”）二审审理的“德正置业公司案”中，社会资本方和政府方订立的开发建设协议书中约定了仲裁条款，但社会资本方向法院启动了行政诉讼程序，并且案涉协议也被法院认定为行政协议。参见德正置业集团有限公司、武陟县人民政府财政行政管理（财政）案，河南省高级人民法院（2020）豫行终1566号行政裁定书，裁判日期2020年9月27日。



协议) 纳入了“行政协议”的范畴。同时, 第26条明确规定, 行政协议约定的仲裁条款无效。《行政协议司法解释》一经颁布, 即受到PPP项目各参与方, 特别是社会资本方的广泛关注。其原因在于, 鉴于商事仲裁的保密性、便捷性和专业性, 以及担心政府方干预法院审理, PPP项目的社会资本方倾向于选择仲裁途径来解决PPP争议。经查询“全国PPP综合信息平台项目管理库”的数据, 2014~2019年签约的10亿元以上的国家级示范项目中, 约定仲裁条款的项目共有106个。^① 社会资本方一直在努力呼吁将PPP合同界定为民事合同, 并通过民事诉讼或仲裁程序解决纠纷。社会资本方普遍存在的悲观观点是, 《行政协议司法解释》禁止通过仲裁途径解决PPP争议。

在对《行政协议司法解释》和法院案例进行整体解读后可以发现, 通过仲裁程序解决PPP争议的渠道并未被完全封堵, 具体分析如下。

(一) 实际案例: 法院继续支持仲裁

对于PPP合同法律性质的审查, 法院(特别是最高人民法院)依然沿用实质性的“穿透式”审查方式, 进而将部分PPP合同排除出行政协议的范围。所谓实质性的“穿透式”审查方式是指, 法院在判断一项协议是属于行政协议还是属于民事协议时, 不能仅看其名称, 也不能仅依据其中的少数或者个别条文来判定, 而应当结合行政协议的要素(比如主体要素、目的要素、内容要素、意思要素)和特定合同的主要内容进行“综合判断”。进一步讲, 一旦法院审查确认特定的PPP合同不是行政协议, 则其争议可以通过仲裁解决。

《行政协议司法解释》正式生效之后的2020年4月14日, 浙江省绍兴市中级人民法院(以下简称“绍兴中院”)就“诸暨袜艺小镇项目案”作

^① 具体检索方法是: 进入“全国PPP综合信息平台项目管理库”(https://www.cpppc.org:8082/inforpublic/homepage.html#/projectPublic), 在“项目列表”中选择“国家级示范项目”, 然后逐个分析国家级示范项目的合同文本。



出了(2020)浙06民特4号民事裁定书。^①在该案中,政府方和社会资本方于2018年2月7日订立的《诸暨袜艺小镇综合配套PPP采购项目投资协议》(以下简称《PPP投资协议》)约定,履行该协议所产生的争议,应提交绍兴仲裁委员会诸暨分会进行仲裁。

从字面上看,《PPP投资协议》属于行政协议,其中约定的仲裁条款应属无效,不得通过仲裁途径来解决履行该协议所产生的争议。但是,在该裁定书中,绍兴中院的合议庭从项目有偿性、当事人地位、合同内容等角度对《PPP投资协议》的法律性质进行了分析:

第一,PPP项目虽然与行政机关实现行政管理目的、履行公共管理职责有一定的关联,但该项目并不是完全无偿地向社会公众提供公共服务。

第二,虽然合同的一方当事人是政府方,但《PPP投资协议》内容不能充分证明政府方在订立合同、监督合同履行、变更或者解除合同等方面均享有单方的主导地位。社会资本方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的强制。

第三,《PPP投资协议》并未就行政审批、行政许可等行政法上的权利义务进行约定。《PPP投资协议》项下的具体权利义务及违约责任,均体现了双方当事人的平等协商一致的合意。

合议庭综合上述分析后认为,《PPP投资协议》具有明显的民商事法律关系性质,应当定性为民商事合同,不属于行政机关为实现公共利益或者行政管理目标而订立的具有行政法上的权利义务内容的行政协议。

此外,合议庭还对仲裁请求进行了分析。仲裁申请人(政府方)要求被申请人(社会资本方)支付未按约履行出资义务的违约金、未正式签订PPP项目协议的违约金、经济损失等。合议庭认为,仲裁事项涉及《PPP投资协议》的履行问题,相关纠纷并不涉及行政机关的具体行政行为,不属于不应由仲裁机构受理的争议类型。

^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2020年4月14日。



2020年11月18日，北京市第四中级人民法院（以下简称“北京四中院”）就“三峡港湾度假区项目案”作出了（2020）京04民特677号民事裁定书。^①在该案中，政府方和社会资本方于2016年4月26日订立了《重庆市忠县三峡港湾旅游度假区烽烟三国景区PPP项目合同》。2017年5月26日，政府方、社会资本方及第三方订立的《重庆市忠县三峡港湾国际旅游度假区项目投资合作合同》（以下简称《投资合作合同》）约定，“如果争议未能根据第20.1款解决，三方均有权将争议提交中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁解决”。

对于《投资合作合同》项下的仲裁条款的效力，合议庭从两个层面进行了论述：一方面，《投资合作合同》是否属于行政协议？另一方面，仲裁争议事项是否属于行政争议？

对于《投资合作合同》的性质，合议庭认为《投资合作合同》不属于行政协议。合议庭基于《投资合作合同》的内容作出了如下判断：

第一，社会资本方在订立《投资合作合同》及决定合同内容等方面享有充分的意思自治。

第二，《投资合作合同》的订立遵循了平等自愿、等价有偿的原则。

第三，《投资合作合同》关于双方权利义务、违约赔偿等事项的约定，体现了当事人协商一致的合意，为当事人设定的是民事权利义务，而非行政法上的权利义务。

因此，《投资合作合同》的性质应属平等主体之间的民商事协议，而非行政协议。

对于仲裁争议事项的性质，合议庭认为仲裁请求和双方争议事项没有针对行政机关的具体行政行为，不属于行政争议。因此，双方争议具有可仲裁性，不属于依法应当由行政机关处理的行政争议，可以通过仲裁解决。

“诸暨袜艺小镇项目案”和“三峡港湾度假区项目案”的裁定书在《行

^① 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2020年11月18日。



政协议司法解释》正式生效之后作出，这两个案件对于了解我国法院的裁判态度具有典型意义。虽然《行政协议司法解释》第26条规定行政协议中的仲裁条款无效，但上述两案的合议庭并没有机械地适用该规定，而是采用了“穿透式”实质性审查的方法，先认定案涉协议不属于行政协议，在此基础上确认仲裁条款的效力。

（二）国际条约例外

《行政协议司法解释》在作出禁止仲裁的规定的同时，又作出了“例外”规定，即“法律、行政法规或者我国缔结、参加的国际条约另有规定的除外”。

根据该“例外”条款，如果我国缔结或参加的国际条约对行政协议的仲裁条款另有规定的，则PPP合同中的仲裁条款有效。比如，根据《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》（《ICSID公约》）第25条，其他缔约国国民与我国政府订立的投资协议可以约定ICSID仲裁条款。^①

在实践中，《行政协议司法解释》第26条的“例外”规定在一定程度上使外国投资者依据国际条约享有了“豁免权”，这可能导致外国投资者享有超国民待遇，进而可能促使国内社会资本方转变为境外资本方参与境内的PPP项目。

需要说明的是，在我国的PPP项目中，外资企业作为社会资本方与政府订立合同的数量相对较少。^②这一现实情况就导致《行政协议司法解释》第26条的“例外”规定，在很大程度上只能起到宣示性效果，实际作用可能比较有限。此外，中国法院援引国际公约的规定使PPP协议中的仲裁条款具备有效性的可操作性仍待观察。

^① 见 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Article 25 (1)。中国于1993年正式成为《ICSID公约》的缔约国。

^② 外资企业较少参与我国PPP项目的原因可能是：我国基础设施项目（比如污水处理项目、垃圾发电项目）的投资收益率相对较低，难以对外企产生较大的吸引力；PPP项目的投资周期较长（10~30年）、前期投资金额高、项目风险较高。



（三）时间节点：2015年5月1日之前订立

在我国行政诉讼法律制度的发展历程中，2015年5月1日是一个重要的时间节点。“2015年5月1日”是2014年修正的《行政诉讼法》（以下简称《2014行政诉讼法》）和《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）的生效日期；同时，《行政协议司法解释》也追溯适用于该日之后订立的行政协议。^①

众所周知，新法生效会产生诸如新法的规定是否具有溯及力、新法和旧法的衔接等问题，行政诉讼领域也不例外。最高人民法院曾出台司法解释对行政案件的法律适用进行专门规定：法院在审查发生于新法生效前的行政行为的合法性时，实体问题适用旧法规定，程序问题适用新法规定。^②这就是“实体从旧，程序从新”的一般原则。一般认为，行政诉讼的受案范围、判决方式等均属于实体内容，应当从旧。^③

最高人民法院在“隆德华泰建材公司案”^④裁定书中将“2015年5月1日”作为判断诉讼程序的时间节点。在该案中，原告要求行政机关赔偿损失、支付违约金，并选择提起行政诉讼。合议庭没有对案涉合同^⑤进行实质性的“穿透式”审查，直接以“2015年5月1日”这一时间节点作为判断适用诉讼程序的考量因素，径行以案涉合同订立于2015年5月1日之前为由，认定案涉合同纠纷不属于行政诉讼受案范围。根据该案裁定书，合议庭作出上述判断的逻辑是：《2014行政诉讼法》于2015年5月1日生效，因此，对于个人或企业和政府于2015年5月1日之前签订的协议，“原则由当事人通过民事诉讼的方式进行救济”；2015年5月1日之后签订的行政协

① 《行政协议司法解释》第28条第2款。

② 《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法〔2004〕96号）第3条。

③ 梁风云：《行政协议司法解释讲义》，人民法院出版社，2020，第277页。

④ 隆德县华泰建材有限公司诉隆德县人民政府行政补偿案，最高人民法院（2018）最高法行申11194号裁定书，裁判日期2018年12月28日。

⑤ 在该案中，华泰建材有限公司（原告）与隆德县政府于2012年11月8日签订《隆德县年产40万立方米自保温砖项目建设合同》。



议，“可以”通过行政诉讼程序解决争议。

2020年7月7日，四川省攀枝花市中级人民法院（以下简称“攀枝花中院”）就“璟禾商贸公司申请撤销仲裁裁决案”作出的（2020）川04民特11号裁定书^①指出，案涉《国有建设用地使用权出让合同》于2011年签订，依据合同订立时有效的《物权法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》，合同性质应为民事合同，其中的仲裁条款有效。因此，攀枝花中院驳回了政府方撤销仲裁裁决的申请。

2020年10月10日，浙江省温州市中级人民法院（以下简称“温州中院”）就“五洲国际装饰城公司申请撤销仲裁裁决案”作出的（2020）浙03民特80号裁定书^②指出，案涉协议书是招商引资协议，签订于2013年1月6日，当时的法律规范并未明确招商引资协议属于行政协议；同时，协议书约定了仲裁管辖争议，是当事方的自主选择，应当予以遵守。因此，温州中院驳回了社会资本方撤销仲裁裁决的申请。

根据上述案例可知，对于2015年5月1日之前订立的PPP合同，如果明确约定了仲裁条款，其效力在很大程度上会得到法院的确认。

（四）小结

通过上文对《行政协议司法解释》第26条和法院司法文书的分析可知，《行政协议司法解释》并没有完全封堵PPP争议的仲裁渠道。除了涉及国际条约的“例外”规定、仲裁条款订立于2015年5月1日前这两个理由之外，法院在具体的司法实践中仍可能沿用“穿透式”审查的裁判思路，保持支持仲裁的态度。

^① 《攀枝花市自然资源和规划局、攀枝花市璟禾商贸有限公司申请撤销仲裁裁决特别程序民事裁定书》，四川省攀枝花市中级人民法院（2020）川04民特11号，裁判日期2020年7月7日。

^② 《无锡五洲国际装饰城有限公司、瑞安市五洲国际商贸城有限公司、瑞安江南新区开发建设管理委员会申请确认仲裁协议效力特别程序民事裁定书》，浙江省温州市中级人民法院（2020）浙03民特80号，裁判日期2020年10月10日。



四 展望：《行政协议司法解释》带来的不确定性

尽管《行政协议司法解释》并没有完全禁止通过仲裁解决PPP争议，但是，对于2015年5月1日后订立的PPP合同，若合同约定了仲裁条款，该仲裁条款的效力则存在较大的不确定性。

（一）法官自由裁量的不确定性

如上文所述，法院在审查PPP合同的仲裁条款的效力时，可能会沿用“穿透式”审查的技术，将特定的PPP合同排除在行政协议之外，进而确认仲裁条款的效力。在《行政协议司法解释》生效后，部分法院作出的司法文书对“穿透式”审查技术的沿用，在一定程度上表明了法院对仲裁的支持态度。

但是，在具体的案件中，对于高速公路、燃气供应、污水处理等领域的PPP合同，按照判断行政协议的要素来分析，PPP合同也可能被认定为行政协议：PPP合同的一方主体为政府（或者政府授权的主体）、合同目的为提供公共服务、合同内容涉及行政法上的权利义务。

此外，在实践中，PPP项目投资金额巨大、建设和运营周期长，社会资本方和政府方实际签订的PPP合同文本动辄上百页，包括复杂的合同条款。在此背景下，一旦社会资本方和政府方发生争议，往往会给法院法官判断PPP合同的法律性质带来挑战，进而使法官自由裁量的结果具有很大的不确定性。

（二）仲裁机构面临的不确定性

法院对仲裁的司法审查主要包括对仲裁协议（条款）有效性的审查，以及对仲裁裁决合法性的审查。^①《行政协议司法解释》第26条关于禁止仲

^① 《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》（法释〔2017〕22号）第1条。



裁的规定还可能给仲裁机构带来潜在风险。

实践中可能出现的情况是，PPP 合同约定了仲裁条款，并且社会资本方和政府方在争议产生后都同意进行仲裁，并完成了仲裁程序、仲裁庭签发了裁决书。此后，一方以《仲裁法》第 17 条规定的“约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围”为由，向法院申请撤销或不予执行仲裁裁决。如果法院通过“穿透式”的审查认定案涉 PPP 合同属于行政协议，则仲裁裁决有可能会被撤销或不予执行。

仲裁裁决书被法院撤销或不予执行，将对仲裁机构的声誉产生重大影响。在此情况下，《行政协议司法解释》第 26 条就成了悬在仲裁机构头上的“达摩克利斯之剑”。这种不确定性将给仲裁机构受理 PPP 争议案件带来实质性的障碍。

（三）外国裁决在中国法院执行的不确定性

《行政协议司法解释》第 26 条关于禁止仲裁的规定，除了将对境内 PPP 项目产生重大影响之外，还可能会对我国企业参与的境外 PPP 项目产生负面影响。

《纽约公约》（《承认及执行外国仲裁裁决公约》）第 5 条第 2 款第 a 项规定，争议事项不具有可仲裁性，是拒绝承认与执行的理由之一；并且，仲裁事项是否不可仲裁，由受理申请承认与执行国家的法律决定。^①

一般认为，法院拥有排他管辖权的案件是不可仲裁的。^②《行政协议司法解释》规定 PPP 合同争议在我国不可仲裁，只能通过法院的行政诉讼程

^① 见 New York Convention, Article V 2 (a)。《纽约公约》于 1987 年正式对我国生效。

^② 扬帆译著《商事仲裁国际理事会之 1958 纽约公约释义指南：法官手册》，商事仲裁国际理事会（ICCA），2012，第 86 页。该书列举的相关案例如下：

（1）比利时最高法院拒绝执行某裁决的理由如下：按照比利时法律，对于终止独家分销协议的争议，法院拥有排他管辖权，因此，此类争议不能通过仲裁解决。

（2）莫斯科地区联邦商事法院拒绝执行某斯洛伐克裁决的理由如下：仲裁裁决作出时，俄罗斯被申请人已经被商事法院判决破产。根据俄罗斯联邦破产法，商事法院对破产债务人的债务金额和性质享有排他管辖权。



序解决。对于境外仲裁机构依据在境外订立的 PPP 合同作出的仲裁裁决，当一方当事人在我国法院申请承认与执行该裁决时，法院可能以仲裁事项在我国不可仲裁为由，拒绝承认和执行该裁决。

在实践中，仲裁是国际商事交易普遍采用的争议解决方式。对于我国企业与外国政府在境外订立的 PPP 合同，如果根据中国法被认定为行政协议，则其中的仲裁条款会被中国法院认定为无效；外国仲裁机构根据 PPP 合同中的仲裁条款所作出的裁决，也可能不被中国法院所承认和执行。进一步讲，《行政协议司法解释》对外国仲裁裁决在中国法院的可强制执行性带来了不确定性。对于具体的境外 PPP 项目而言，争议解决结果的不确定性，会影响商事交易的安全，进而可能会对我国企业参与境外 PPP 项目产生负面影响。

需要说明的是，根据商事仲裁国际理事会（International Council for Commercial Arbitration）的统计，在国际上，只有很少数的案件是按照《纽约公约》第 5 条第 2 款第 a 项规定被拒绝承认和执行的。^①

（四）小结

综上所述，《行政协议司法解释》第 26 条使 PPP 合同的争议解决途径面临巨大的不确定性。对于特定的 PPP 项目而言，当争议解决的途径面临巨大的不确定性时，社会资本方的投资信心将会受到不利影响。

《行政协议司法解释》将 PPP 合同纳入行政协议的范围，并否定了 PPP 合同中仲裁条款的效力，但该解释并未完全封堵通过仲裁程序解决 PPP 争议的渠道。然而，该解释的存在，未来肯定会极大地压缩 PPP 争议仲裁的空间。

对于具体的 PPP 合同争议，司法机关宜把握实质性的“穿透式”审查的尺度，让民事争议通过民事诉讼程序或仲裁程序解决。对于政府方已经参与并完成的仲裁程序，在政府方申请撤销或不予执行仲裁裁决时，司法机关宜维护生效裁决书的效力，避免撤销或不予执行仲裁裁决。

^① 扬帆译著《商事仲裁国际理事会之 1958 纽约公约释义指南：法官手册》，商事仲裁国际理事会（ICCA），2012，第 87 页。