

新型冠状病毒疫情下 PPP 合同履约的调整机制

由于 PPP 项目具有长期性、复杂性和高度的不确定性。因此，PPP 合同具有天然的不完全性。理论上将其归类于“不完全契约”和“长期契约”。PPP 合同的再谈判和弹性调整机制是应对 PPP 项目不确定性的解决路径和制度设计。为更好契合 PPP 的风险分配和调整机制，PPP 合同需要保持相应的包容性和灵活性，并设计相应的合同调整机制和弹性条款，使“不完全契约”在不断的调整和协商的过程中逐步趋于完全。正如，我们一直关注和提示的 PPP 项目履约管理是 PPP 项目依法合规推进的关键和核心。

一、触发：新型冠状病毒疫情对 PPP 项目的双向影响

当前，新冠病毒疫情全面爆发，国务院已经明确延长春节假期，并作出了要求企业延迟复工的防控举措。2020 年 1 月 31 日世界卫生组织（WHO）宣布，将新型冠状病毒疫情列为“国际关注的突发公共卫生事件”。突发的新冠疫情以及由于控制疫情而采取的延期复工、交通管制和限制人员流动等防控措施对 PPP 项目，特别是处于实施阶段的 PPP 项目已经产生了重大的实质性影响。当然，其不仅对政府方产生影响，也对社会资本产生影响。既可能构成政府方无法履行 PPP 合同的义务，如导致前期征地拆迁停滞，报批程序滞后等，也可能导致社会资本（项目公司）停工，关键工期无法完成、成本大幅增加等重大影响。在新疫情对政府和社会资本的双向影响下，若处理不当，则会减损社会公共利益，对社会公众产生不良影响。可以认为，当前的疫情已经使前期签署的 PPP 合同履行

的基础性客观情形发生了重大变化。且这种变化具有不可预见性，并且这种影响是多方的，使政府、社会资本和社会公众三方都遭受了损失。因此，无论当前疫情被定位为何种性质的事件，都必将触发 PPP 合同的再谈判和协商机制，这种触发不仅符合 PPP 合同的约定和 PPP 项目调整机制和再谈判的原理，也是对政府、社会资本、公众三方整体利益保护。

二、定性：不可抗力、情势变更和市场风险的区辨

在现代合同法中，情势变更与不可抗力都属于因合同基础发生重大变化而变更、终止合同的合理制度和合理事由。但是在实践中，两者的界限相当模糊，且容易与市场经济环境下的市场风险混淆。因此，在实务中有必要对不可抗力、情势变更和市场风险进行具体辨析。针对此次疫情，讨论其属于 PPP 合同履行过程中的不可抗力、情势变更还是市场风险有助于理清合同当事人在合同履行过程中的权责关系，为后续 PPP 合同再谈判与协商提供可参考视角和可选择路径。

《合同法》第 117 条规定，“不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。”2009 年最高人民法院颁布的《合同法司法解释（二）》第 26 条规定，“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于市场风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”

从法律制度设计上看，情势变更为“非不可抗力造成的重大变化”，二者界限明确。但是由于二者都具有“不可预见”的性质，使得二者在实质上难以划分。有学者认为二者根本区别在于不可抗力导致合同不能履行，而情势变更则导致合同的履行困难，并非不能履行。也有学者指出情势变更制度是不可抗力的上位概念，不可抗力是包含在情势变更范围内的，即学界一直存在的大小情势说。可见，对于情势变更与不可抗力的界限，在实践中和理论中一直存在争议。为此，《民法典（草案）》第533条模糊了不可抗力与情势变更的界限。

市场风险是指在商业活动中，由于各种不确定因素引起的，给商业主体带来获利或损失的机会或可能性的一切客观经济现象，比如市场价格的波动，物价的波动，商业机密泄露等。实践中，市场风险也常常与情势变更难以区分。由于私人企业的参与，PPP项目也具备一定的商业化特征。

- 第一，市场风险与情势变更的最大区别就在于市场风险是在商业决策之前就能够遇见的固有的市场风险，而情势变更则超出了一般市场经济规律的风险，合同当事人均不可预见也无法避免。因此，在市场经济背景下，市场风险具有可预见性，与不可抗力和情势变更在本质上具有不同。

- 第二，市场风险与情势变更的主要引发事由不同。市场风险是由经济规律决定的，市场经济条件下的价格变动、物价波动等都会产生风险，此外这样的风险还和市场主体的从业经验、判断能力等自身因素有关，而情势变更则更多地体现在社会因素上，比如重大政策调整、法律修改等导致合同履行基础条件发生变化，已经超出了市场风险的范畴。

- 第三，市场风险与情势变更所引发的后果不同。市场风险并不会导致订立合同的基础丧失，在商业活动过程中承受市场风险的一方继续履行合

同会有难度，也会出现经济损失等情况，但不会导致显失公平的结果，也不违合同法中诚实信用的原则。综上，情势变更与商业风险在可预见性、发生的事由和引发的后果三个方面均不相同。

由此可见，新冠病毒疫情的定性应当从该疫情及政府为防控疫情所做出的行政措施是否为当事人在订立合同时能够预见的情形。所谓预见，是立法上认为当事人的一种风险认知能力，应是在尽能力与合法手段的范围内应当预见。如果当事人基于正常商业常识应当预见未来可能出现的风险而没有预见，那么由当事人自己承担由此带来的不利后果。

“新冠”疫情的发生在订立合同不具有可预见性，合同另有约定的除外。因此，疫情的发生不属于正常的商业风险。那么，应当将其认定为不可抗力还是情势变更，以及认定的后果是什么，是值得关注的重点问题。对此，我们特意结合最高人民法院于2003年6月11日颁发《关于在防治传染性非典肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（以下简称《通知》），对于由于“非典”疫情原因，按照合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况适用公平原则处理。因政府及有关部门防治“非典”疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于“非典”疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。”结合该《通知》，由于“非典”疫情导致的合同履行有失公平的，属于情势变更。由于“非典”疫情导致的合同根本无法履行的，属于不可抗力。尽管这种依据疫情对合同履行影响程度的大小来区分不可抗力和情势变更的方式略有偏颇，但是在当前对“新冠”疫情导致合同无法履行或难以履行缺乏有关法律依据的背景下，该《通知》的内容仍然具有参考价值。

《财政部 PPP 合同指南》对常见的不可抗力界定方式包括概括式、列举式和概括加列举式三种,并推荐了概述加列举式,即先对不可抗力进行概括的定义,再列举具体的不可抗力情形,最后再加一个兜底的表述,例如:“本合同所称的不可抗力,是指合同一方无法预见、控制、且经合理努力仍无法避免或克服的、导致其无法履行合同项下义务的情形,包括但不限于:台风、地震、洪水等自然灾害;战争、罢工、骚乱等社会异常现象;征收征用等政府行为;以及双方不能合理预见和控制的任何其他情形。实践中,大部分的 PPP 合同采用了《财政部 PPP 合同指南》中概括加列举式的定义方式,但有些 PPP 合同会将“瘟疫、流行病”等规定为不可抗力的范围。对此,我们首先要从合同文本出发,对于合同有明确规定的,直接依据合同处理,充分遵循合同各方意思自治的结果。如果 PPP 合同没有明确将“瘟疫、流行病”等纳入不可抗力的范畴,则要从法律角度和合同角度对不可抗力和“新冠”疫情进行解释。第一,如果“新冠”疫情被认定为法定的不可抗力事由,则在 PPP 项目中应当将其认定为不可抗力事件。除非 PPP 合同中明确约定“瘟疫、流行病等”不属于不可抗力事由,或明确约定合同各方在订立合同时已经预见到会发生类似情形的。第二,如果“新冠”疫情没有被认定为法定的不可抗力事由,则需要对 PPP 合同进行解释,并由合同双方充分协商。例如,有的 PPP 合同对不可抗力做了兜底性的条款。在合同中约定“其他合同各方在订立合同时候不能预见、不能避免的情形。”此时,需要根据“新冠”疫情对合同履行造成的影响,由合同各方充分协商,并进一步明确“新冠”疫情对 PPP 合同产生的影响与后果。

三、分担：不可抗力、情势变更的风险分配

定性确定后的关键在于明确不可抗力的风险分担机制。如上所述，不可抗力事件，一般可分为自然事件（天灾）、社会事件（例如全国性的罢工、瘟疫传播）、政治事件（例如战争、宣战、禁运、征收征用等）。对于此类风险，如何承担？除了我国现行法律法规的规定外，一般在《PPP 项目实施方案》中的风险分配章节，遵循 PPP 项目风险的分配原则，**通常约定发生不可抗力的情况下，风险由双方共担，对于不可抗力的损失承担，往往规定由双方各自承担。但值得注意的是，我们在研究统计过程中发现，对不可抗力的风险分配机制，有约定为“共同承担”、也有约定为“各自承担”等不同的机制。对此，需要结合具体的项目实际予以判断。**

我们认为，根据我国的合同法以及 PPP 项目的风险分担机制，PPP 项目风险一般要秉持由对风险最有控制力的一方控制相应的风险；承担风险程度与所得回报相匹配；承担的风险要有上限三个原则。2014 年财政部颁布了《PPP 项目合同指南（试行）》，第三章第十一条规定了 PPP 项目的风险分配基本框架：

“即按照风险分配优化、风险收益对等和风险可控等原则，综合考虑政府风险管理能力、项目回报机制和市场风险管理能力等要素，在政府和社会资本间合理分配项目风险。原则上，项目设计、建造、财务和运营维护等市场风险由社会资本承担，法律、政策和最低需求等风险由政府承担，不可抗力等风险由政府和社会资本合理共担。”

但需要指出的，目前“不可抗力”条款存在没有区别不同项目、不地区加以具体化，“共同承担”和“各自承担”相互混同等不足。同时，对社会资本方而言，建设和运营项目需要大量的投资和持续的投入，对于影响特别巨大的不可抗

力而言，即便明确由“政府和社会资本共担”，如何共同承担成为关键。事实上，对于此类重大的风险，若没有相应的保险机制，项目公司不具有承担能力的，极可能导致项目公司破产的风险。因此，我们认为，PPP 项目合同的不可抗力条款应对不可抗力的具体情形、具体承担方式做出明确，这种明确即可以通过 PPP 合同约定，也可以在触发合同调整机制时，通过签订补充协议加以明确：

- **区分不同项目细化不可抗力情形；**
- **区分不同地区的自然条件细化明确不可抗力情形；**
- **区分不同项目类型和不可抗力产生的情形，细化具体的承担方式。**

对于情势变更，我们认为需要由双方进行协商，具体分析情势变更的原因。在协商时，可以参考最高人民法院的裁判案例。例如，最高人民法院(2015)民二终字第 284 号民事判决书、最高人民法院(2013)民一终字第 181 号民事判决书等。

继续履行合同引发的当事人明显不公平，实际上指的是合同当事人由此产生了合同利益严重失衡。对该种合同利益失衡的考量并非简单套用民法原理中的公平原则。法院还要审查合同当事人在合同中的利益分配状况，继续履行合同对合同利益分配的最终影响与未发生涉案客观情况产生的差距。

在合同目的方面，如果合同目的可以得到部分实现且未实现的合同目的并未导致一方获益而另一方受到损害或者产生其他不公平的情形的，不符合《合同法司法解释（二）》关于情势变更的规定。当事人据此主张变更或者解除合同的，法院不予支持。

四、处理：原则、后果和程序

（一）原则

我们认为疫情发生后已经触发不可抗力条款。不可抗力发生后，受到不可抗力影响的一方，在不可抗力影响的范围内，可以免于履行合同，且免于承担违约责任。但这并不意味着 PPP 合同双方可以不再履行 PPP 合同的权利义务，也不当然导致 PPP 项目合同的调整或者提前终止。基于 PPP 项目提供公共产品，密切影响公共利益的特点。我们认为，不可抗力条款触发后需要遵循以下两个主要原则进行处置：

- **尽最大可能的维持正常履行。**不可抗力发生后，PPP 合同调整或是否提前终止，应当遵循尽最大可能的继续履行原则，以保障 PPP 项目的公共利益。同时，是否提前终止应当综合考虑不可抗力的影响程度，应当在遵循继续履行的前提下，积极协商调整 PPP 合同的相关条款或者索赔。

- **尽最大可能的减少影响。**受到不可抗力影响的一方，应尽快通知其他方，并采取有效的补救措施降低不可抗力的影响。同时，就 PPP 项目而言，未受影响一方，特别是政府方，由于其承担风险能力的优势，需要做好协助和配合义务。

（二）后果

根据我国《合同法》以及《财政部 PPP 合同指南》，一般而言，在 PPP 项目合同中不可抗力的法律后果通常包括：

- **免于履行。**如在 PPP 项目合同履行过程中，发生不可抗力并导致一方完全或部分无法履行其合同义务时，根据不可抗力的影响可全部或部分免

除该方在合同项下的相应义务。但在一些 PPP 项目、特别是采用政府付费机制的项目中,也可能在 PPP 项目合同中约定由政府方承担全部或部分不可抗力风险,在不可抗力影响持续期间,政府仍然有义务履行全部或部分付款义务。

- 延长期限。如果不可抗力发生在建设期或运营期,则项目公司有权根据该不可抗力的影响期间申请延长建设期或运营期。
- 免除违约责任。不可抗力条款启动后,在不可抗力事件持续期间(或双方另外约定的期间),受影响方无需为其中止履约或履约延误承担违约责任。
- 费用承担。对于不可抗力发生所产生的额外费用,原则上由各方自行承担,政府不会给予项目公司额外的费用补偿。
- 解除合同。如果不可抗力发生持续超过一定期间,任何一方均有权提出解除合同。一般 PPP 合同中会对该期间做出明确规定,例如 12 个月。

(三) 程序

通知

受到不可抗力影响的一方,应尽快通知其他方。在 PPP 合同通常会约定,在发生不可抗力且受不可抗力影响的一方有能力通知的情况,应及时通知对方。

减损措施

不可抗力发生后,PPP 合同双方均需采取有效的补救措施以降低不可抗力的影响。

收集证据

不可抗力发生后，受影响一方在积极采取减损措施后，需要做好由于遭受不可抗力所产生损失或者实质影响的相关证据材料。

协商谈判

不可抗力导致 PPP 项目合同履行的基础条件发生重大变化的，双方应组成 PPP 合同再谈判的小组，就 PPP 项目合同的继续履行、履行条件进行协商。达成一致后，可继续履行 PPP 项目合同，无法达成一致的，PPP 项目合同提前终止。

补充协议签订

当谈判小组完成 PPP 合同调整和再谈判后，会形成谈判备忘录。合同各方应当及时根据谈判备忘录形成 PPP 合同的补充协议，对不可抗力事件发生的风险承担、赔偿（补偿）、延误、继续履行、调整事项（工期等）进行明确约定，补充协议报当地政府批准后签署实施。

保险赔付

通常情况下，PPP 项目一般对自然灾害等不可抗力事件均有投保。不可抗力事件发生后，应当与保险公司积极沟通。因不可抗力发生的损失，首先应通过保险覆盖，无法解决的，依据“风险共担”的原则由双方共同承担。

争取政策支持

由于此次疫情为全国性的、不预见的情形，国家和各地政府均会陆续出台应对政策和办法。受不可抗力的影响的社会资本方应积极向当地政府争取税收减免政策和金融机构的金融支持政策等等，政府方应当予以协助和配合，以减轻不可抗力对项目产生的损失和影响。

恢复履行

不可抗力情形得到控制或消除后，合作双方应当尽快采取措施复工，恢复合同的继续履行，减少不可抗力对项目建设和运营的影响。

参考文献：

- 1、北京市第二中级人民法院课题组撰写的《正确处理“非典”疫情构成不可抗力免责事由案件》
- 2、陈呈明：《商业风险与情势变更的辨析思路》，载《中国审计报》2019年10月30日第007版，第2页；参见：柳经纬：《合同法》，中国民主法治出版社2014年版。
- 3、韩世远：《情势变更若干问题研究》，载《中外法学》2014年第3期，第657-675页。
- 4、谢帮宇：《民事责任》，法律出版社1992年版，第38页。
- 5、邹艳珏：《不可抗力与情势变更原则在房屋买卖纠纷处理中的适用探析》，载《仲裁研究》2010年第2期，第82-90页。
- 6、张建军：《情势变更与市场风险的比较探讨》，载《甘肃政法学院学报》，2004年，第41-42页。

陈松，北京大成（杭州）律师事务所高级顾问，律师，经济学博士、财政部、国家发改委 PPP 专家库专家

姚璐，北京大成（杭州）律师事务所律师助理，毕业于郑州大学法学院，法学硕士，执业领域基础设施投融资、建筑工程。

沈罗怡，毕业于北京大学法学院，法学硕士，曾于联合国教科文组织科学部门担任跨界合作项目助理，从事跨界合作相关法律服务。

团队主要业绩：

正在服务或成功服务了杭衢铁路 PPP 项目履约管理和绩效考核项目、杭绍台高铁、杭温铁路、甬舟高铁、绍兴地铁 1 号线、昆明地铁 5 号线等轨道交通 PPP 项目，全面涵盖了高铁、城际铁路、地铁等轨道交通项目。团队成员承担了《杭州市城市轨道交通管理条例》第三方立法工作，参与了《铁路法》工作，承担《铁路法》修订的重点问题专题研究课题，此外，团队还正在服务杭绍甬智慧高速公路、西昌至宁南高速公路西宁 GK 标段项目 PPP 咨询服务、甘其毛都口岸至海流图高速公路工程 PPP 项目咨询服务、玉林新城片区开发等等大型基础设施 PPP 和 EPC 项目的法律服务。

邮箱： chensong@dentons.cn