

# 政府与社会资本合作中政府角色冲突之协调

刘 梦 祺\*

摘要:PPP 模式本质上是商事行为,应基于商事思维来考察各主体的权利义务关系,协调政府角色在商事主体与监管主体间的冲突。在主体与行为这两种政府角色冲突的协调路径中,应当回归到行为路径,并以此为基础实现两个转变。一是基于合同机制将 PPP 模式中政府监督职权进行转化,利用公法与私法的区分实现 PPP 模式中政府两种角色冲突从显性化到隐形化的转变,以减低对抗性;二是利用监督清单公告招标文件、民间自提等机制,引入涵摄性条款、监督权行使程序条款、政府支持责任条款,将基于公共利益维护而可能存在的隐形理念冲突转化为合同内容,通过合同限制政府监督的随意性。

关键词:政府与社会资本合作 政府角色冲突 商事思维 合同条款

## 一、问题与思路

PPP 是英文“Public-Private Partnership”的简称,是公共部门与私人部门合作提供公共产品和服务的一种供给机制。政府在借助 PPP 模式引入市场机制提供公共服务以及推进基础设施建设的过程中,实际上承担着公共管理者与合同当事人的两种角色。一方面,政府是制度设计者、项目合同授予者与项目监管者,在这个过程中,政府以公权机关的身份出现,其行为规范涉及公法问题,政府监督的目的在于确保 PPP 的公共性,使公共利益得到保护、政府的公权力得到制约;另一方面,政府部门在 PPP 模式中充当市场参与者的私法角色。PPP 模式的创新在于引进市场机制,企图通过政府与市场主体的合作来提供公共服务产品,PPP 项目合同是双方平等磋商的结果。

政府的双重角色之间存在较大的冲突。于公共管理者的角度,政府充当的是裁判员;于合同当事人的角度,政府充当的是运动员。政府双重角色之间的冲突可能危及 PPP 模式中政府的信用、损害社会资本的利益。PPP 模式中公共性与经济性之间、个体营利性与社会公益性之间的冲突最终会放大政府双重角色之间的冲突,放大政府信用减损、社会资本利益受到不公平对待而导致负面的影响,成为 PPP 机制推广的核心障碍。<sup>①</sup> 社会资本方对政府公信力和自己合法权利得不到充分保障的担忧已经成为 PPP 机制推行过程中遭遇的严重问题,以至于在各地开展各类基础设施建设的 PPP 项目中,所谓的社会资本方大多数为国有企业甚至地方政府下属的融资平台。对此,无论理论界还是实务界都在努力探索,但很多建议流于表面化或者个案化。笔者认为,虽然就实施机制而言调适路径有主体与行为两种模式,<sup>②</sup>但主体路径并不适用于 PPP 的所有领域,而仅仅靠主体路径与行为路径本身同样不能解决该模式中深层次的问题。

本质而言,PPP 模式与其说是一种公共管理机制,不如说是政府在公共管理中所利用的一种商业机制。因此,应当转换思路,强调 PPP 模式的商事本质,强调政府在 PPP 商事交易中的市场主体角色,考察 PPP 模式中各个主体间的法律关系,特别是政府的法律角色定位应当坚持市场交易的私法逻辑而不是行

\* 西南政法大学民商法学院讲师

① 参见张守文:《PPP 的公共性及其经济法解析》,《法学》2015 年第 11 期。

② 主体路径,指通过政府授权实施机构作为 PPP 项目合同签订方的方式,有效隔离政府的多重角色;行为路径,指通过政府权力和合同权利的有效转化,将政府多重角色的行为进行有效分界。

政活动的公法逻辑。

## 二、PPP 模式商事本质之解构

政府在 PPP 模式中承担的双重角色取决于对 PPP 模式的本质定性。PPP 模式是将原本由政府单独承担的公共服务和产品供给职责转变为通过与社会资本方合作由社会资本方负责基础设施和公共事业的投资、建设和运营的模式。其中,政府方仍然负责项目监管等职能,尽管在项目中包含诸多行政要素,但挖掘 PPP 模式的本质,应为特殊的商事交易行为,是由政府方和社会资本方在市场领域开展的合作经营活动。

### (一)PPP 模式属于特殊商事行为

不可否认,PPP 模式具有一定程度的公共性,这表现在项目承载的公共服务以及对政府监管行为的制约上。因此,“法律授权政府部门对特定产业和微观经济活动主体的进入、退出、资质、价格以及关乎国民健康安全等行为进行监督和管理”。<sup>①</sup>但是,作为政府在提供公共服务中引入其他资本参与者和市场机制后的产物,PPP 在本质上应当是一种商业模式和商事行为。尽管 PPP 项目中存在部门公权力的行使,但其实质是政府方与社会资本方就公共产品和服务的市场化开展的交易行为,与普通的商品买卖别无二致。

实施 PPP 模式的最初动因在于,引入社会资本和市场机制以便有效地帮助政府推动公共服务。对此,我国的相关政策文件也特别强调。2013 年 11 月《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出,“允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营”。从商业史看,特许经营是典型的商行为。“社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营”的政策表述意味着,不是国家授权或者委托社会资本实施公权力,而是社会资本开展特殊商业事务的经营,参与 PPP 就是参与一种特殊的商务活动、从事特殊的商业行为。2013 年 9 月国务院办公厅《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》明文要求政府向社会力量购买服务,而该购买活动无论对社会主体还是对政府而言都是商事活动,只是政府购买的过程应当遵守政府采购的公法监管机制。2014 年 12 月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》(以下简称《指导意见》)以及 2014 年 11 月财政部《政府和社会资本合作模式操作指南(试行)》,均明显表达出政府引入市场机制与社会资本主体通过市场合作推动公共基础设施建设和公共服务的政策意图。在 2017 年 7 月国务院法制办《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例(征求意见稿)》[以下简称《合作条例(征求意见稿)》]中,政府也明确地表达了这个意图。《合作条例(征求意见稿)》的总则部分强调,PPP 模式的目的在于提高公共服务供给质量和效率,项目的公私合作必须建立在合同明确双方权利义务的基础上。该规范性文件还强调,社会资本方可以在 PPP 项目中获得合理收益。显然,这些政策意图与商事思维中的强调商事活动的营利性、尊重市场主体意思自治、兼顾公平与效益的理念具有较高的契合度。为推动基础设施和公用事业的发展,政府放弃传统的公共服务直接提供者角色,转变为与社会资本方开展合作的商事主体。

在推行 PPP 模式的过程中,虽然政府的介入涉及政府采购制度的适用,但政府政府采购只是改变各方主体交易磋商的过程,并不改变合同签订中平等主体之间要约与承诺的本质。政府与社会资本方处于平等法律地位是合作和磋商的前提,PPP 合同中虽然参与一方是公权力机关,涉及的事务为公共服务,但其本质上依然属于私法意义上的合同。就法律关系而言,社会资本主体与政府或者政府委托的机构都是特殊的商事主体,从事特许经营是特殊的商事行为,合同规则是特殊的商事行为规则。无论是公共利益还是监管,都成为交易关系的内容,相应的规则都是商法的特殊内容或者合同法的特殊内容而已。因此,不能因为涉及公共产品、合同当事人一方为政府机关,就将 PPP 定性为行政活动。“政府作为契约签订方,

<sup>①</sup> 陈婉玲:《基础设施产业 PPP 模式独立监管研究》,《上海财经大学学报》2015 年第 6 期。

必须遵守合同约定,履行合同中的义务,信守合同中做出的承诺,并承担违反合同所带来的法律后果。”<sup>①</sup>

## (二)PPP 合同私法属性的司法立场

如何界定特许经营协议的性质,我国实务界和理论界的争议较大。不过,从司法裁判看,将其朝民商事性质靠拢正成为一种趋势。以“政府与社会资本合作”“建设—运营—移交”或者“特许经营协议”为关键词在中国裁判文书网中检索,可检索出 2008 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 30 日的争议焦点为 PPP 合同性质或受案范围的案例共 10 例,其中法院最终将 PPP 合同定性为行政合同的 4 例,定性为民事合同的 6 例。再以时间段划分,其中 2008 年 1 月 1 日到 2013 年年底的案例中,定性为民事合同的比例为 33%;2014 年至 2017 年 12 月 30 日定性为民事合同的比例为 71%。这些变化集中反映在最高人民法院(2014)民二终字第 12 号民事裁定书和最高人民法院(2015)民一终字第 244 号民事裁定书中。

在最高人民法院(2014)民二终字第 12 号民事裁定书中,法院认为,政府作为当事人根据公权力所签订的 PPP 项目协议,关于特许经营权的授予、经营范围、范围和期限的限定、价格收费标准的确定、设施权属与处置、政府对工程的监督等内容,均体现了政府在合同签订中的特殊地位,合同当事人之间讼争的法律关系虽然存在一定的民事因素,但双方并非平等主体之间所形成的民事法律关系,因此本案不属于人民法院案件受理范围,当事人可依据相关行政法规另行提起行政诉讼。相反,最高人民法院(2015)民一终字第 244 号民事裁定书认为,虽然合同的一方当事人为市政府,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;合同并未仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定,合同涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容,为合同履行行为之一,属于合同的组成部分,不能决定案涉合同的性质;从案件合同的目的、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。两个案件相差 1 年,在影响案件判决条件基本一致的情况下,得出了截然不同的两种结果。可以说,第 244 号民事裁定书是在第 12 号民事裁定书生效以后给出不同结论,是司法界关于特许经营协议的新认识。尽管我国相关法律政策对 PPP 合同性质和受案范围仍然存在互相矛盾的规定,<sup>②</sup>但目前我们仍然能够从国家政策及法院裁判中发现 PPP 模式向民商事性质靠拢的趋势。

## (三)PPP 模式政府监管之契约化设定

虽然政府要通过对社会资本方建设和运营行为的监管来维护公共利益的稳定性和项目质量的安全性,但该监管行为并不是基于公共产品和服务本身,而是对社会投资方在 PPP 项目中的行为进行监管,从而避免因社会投资方的单方原因或其他原因造成市场失灵。但值得强调的是,政府监管在 PPP 模式中可以实现契约化。

PPP 模式主要采用的是行政监管和履约监管。行政监管是指各级政府及其相关职能部门根据国家相应的法律法规在各自的职能领域对项目进行分类监管。履约监管作为 PPP 模式中最直接有效的监管模式,政府或政府的授权机构与社会资本方(包含项目公司)作为双方签约主体,在 PPP 合同中约定各自的责任、权利和义务,将部分项目监管权设置于此。因 PPP 项目关乎国民健康与安全,政府签约主体必然会在谈判磋商过程中将对项目的监管权和介入权写入合同之中,形成合约一方当事人对另一方当事人的履约监管。<sup>③</sup> 合同监管不仅规定了社会资本方的义务,也规定了政府方的责任,体现了合同的平等性和公平性,对 PPP 项目的监管起到一定作用。“政府在为了保护公众利益而行使特权时,也需要向社会资本方进行充分的说明,并及时向社会资本方履行告知义务,以减小其损失。”<sup>④</sup> 在法国,通过合同进行监管是

① 余晖、秦虹主编:《公私合作制的中国试验:中国城市公用事业绿皮书》,上海人民出版社 2005 年版,第 83 页。

② 例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》《基础设施和公用事业特许经营管理办法》指出,公民、法人或其他组织可以就特许经营协议提起行政诉讼。《财政部关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》、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》将仲裁列为 PPP 项目争议解决方式。

③ 参见周兰萍主编:《PPP 项目运作实务》,法律出版社 2016 年版,第 51~52 页。

④ 柏莹:《政府和社会资本合作(PPP)项目监管机制法律研究》,硕士学位论文,华东政法大学,2015 年,第 50 页。

PPP模式的传统做法,地方政府合同签约方通过合同监督运营商在整个PPP项目中的各项活动。PPP合同中约定的监管权与介入权,对于政府的部分授权机构而言可能不是原本拥有法定职权,而是通过双方协商一致规定至合同的契约性权利。当然,这些通过特别约定的监督权,对履行公共管理事务的行政机关而言应当属于公法上的职责,而在合同关系相对方的社会资本主体看来则属于私法上的权利。世界银行政府和社会资本合作法律资源中心认为,PPP模式监管设计者为了设法限制政府部门在资费设置和审查等方面的单方权力,通常在PPP合同中向监管方施加公平和相称的一般义务,以制衡PPP模式参与主体的各方力量。<sup>①</sup> 不过,只要行政机关以行政职权签订契约,就意味着行政职权进入了契约,应当受制于契约。另外,如果对于本来就拥有项目监管权和介入权的政府部门,主动将其行政职权及先关事项放入合同中约定,就表示其愿意受到契约约束。<sup>②</sup> 有学者认为,法院在审理特许经营权产生的纠纷之时,没有必要拘泥于契约形式去判断对方责任,只需要以行政特许视角进行受案审理,并认为政府在特许经营协议中“自我设定”的职责是单方面职责,并非由双方约定,契约仅是政府自我设定行政职权的载体。<sup>③</sup> 这种理解对解决行政机关是否滥用公权力的行政诉讼有意义,但还是无法排除当事人选择民事诉讼进行救济的权利。若选择民事诉讼,公共权力与职责经由商事合同约定后的内容应属于私法权利与义务的范畴。同时,该论点对约束政府滥设职权也有意义。政府若能在项目中任意设定自身职责,不但打破了我国法律对权力来源的规制,也有悖于PPP模式的基本原则。合作与监管两项因素都是以合同约定为基础,该合同内容又是政府方与社会资本方充分协商之结果,这与一般商事交易的合约行为毫无二致。因而,将PPP模式政府监管定义为商事行为的内容具有正当性基础,也为政府角色冲突提供了一种解决思路。

#### (四)政府监管在PPP模式中商事意识的强化

为推动PPP模式的应用、加强PPP模式实施的规范性,我国陆续发布了一系列监管文件。特别是2016年,国务院及各部委依然保持多次发文的频率,并加大文件对PPP模式监管的针对性。<sup>④</sup> 2017年,《合作条例(征求意见稿)》中专设“监督管理”部分为第四章。研读这些文件可以发现,强化政府和投资者的契约精神和诚信意识、规范政府在PPP项目中的职权行使、根据PPP项目合同规定进行监督管理成为共同主题。

##### 1. 政府监管文件对PPP合同法律属性界定的变化

有学者认为,将立法起点认定为公共利益的PPP合同就属于行政合同和公法事务范畴,将立法起点认定为私人利益的PPP合同就属于民事合同和私法事务范畴。<sup>⑤</sup> 也有学者认为,公法与私法二元划分的传统思维根本不适应当前PPP项目的复合性特征,民事合同与行政合同二元区分目的将落空。<sup>⑥</sup> 但是,笔者认为,涉及的基础利益到底属于公共利益还是私人利益只是界定属性的一种思维,而利益的公私属性本身不能够成为界分合同属性的绝对标准。即使是民事合同也有维护社会公共利益的价值,否则其正当性基础将严重减损。PPP合同到底是属于民事合同和私法事务还是行政合同和公法事务,关键是界分政策本身,我们对PPP合同定性的行为也不得忽视定性背后的政策逻辑及其演变的客观社会实际,正如同我们不能简单地从国家干预经济角度看待商法中的强制性规范的产生原因一样。<sup>⑦</sup> 在很长的时期内,我国将PPP合同作为行政合同和公法事务对待。但是,随着社会形势的发展,该政策立场发生了根本性变革,无论是国家部委关于PPP的有关政策文件还是法院裁判,都强调社会资本主体将其选择认定为民事合同

① See World bank group Public—Private—Partnership in infrastructure resource center; Regulation of Sectors and Regulatory Issues Impacting PPPs, [http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/regulatory#regulaiton\\_is\\_an\\_end](http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/regulatory#regulaiton_is_an_end), 2016-07-10.

② 参见杨小君:《契约对行政职权法定原则的影响及其正当规则》,《中国法学》2007年第5期。

③ 参见虞青松:《公私合作下公用事业收费权的配置研究》,博士学位论文,上海交通大学,2012年,第255~256页。

④ 参见《中共中央国务院关于深化投融资体制改革的意见》《关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》《传统基础设施领域实施政府和社会资本合作项目工作导则》。

⑤ 参见应松年:《行政合同不容忽视》,《法制日报》1997年6月9日。

⑥ 参见胡改蓉:《PPP模式中公私利益的冲突与协调》,《法学》2015年第11期。

⑦ 参见曹兴权:《认真对待商法的强制性:多维视角的诠释》,《甘肃政法学院学报》2004年第5期。

和私法事务的权利。也就是说,在公法机制运行可以依赖于私法机制并且选择为私法机制的场合,我们可以将政府公共事务运行的具体行为界定为私法合同和私法机制。2015年5月《财政部发展改革委人民银行关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》明确提出“合理确定合作双方的权利与义务”的具体要求以及“重诺履约”的基本原则。国家发展和改革委员会2014年12月发布的《政府和社会资本合作项目通用合同指南》的使用说明中明确指出:“强调合同各方的平等主体地位。合同各方均是平等主体,以市场机制为基础建立互惠合作关系,通过合同条款约定并保障权利义务。”财政部在关于《PPP项目合同指南(试行)》的编制说明中也明确指出:“PPP从行为性质上属于政府向社会资本采购公共服务的民事法律行为,构成民事主体之间的民事法律关系。”《合作条例(征求意见稿)》中也将“平等协商和诚实守信”列为基本原则。

## 2. PPP模式具体监管的合同思维

《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》以及《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》均强调,要加强政府和政务诚信问题,具体落实在PPP项目履行中,3份文件都强调因政府换届、领导人员更替等理由违约毁约的,政府需要承担相应责任。这些表述,一方面,可以看作是对我国政府自身履约能力不足、PPP中政府缺乏契约精神的法律回应;另外一方面,也可看作是相关部门意图强化政府监管PPP中商事意识的表现。

需要注意的是,财政部在2014年11月发布的《PPP操作指南(试行)》中将仲裁列为争议解决方式的规定,该规定更突出了PPP合同的民事属性,因为只有特定的民商事合同可以采用仲裁的争议解决方式。

## 三、政府角色冲突协调路径:从主体到行为的回归

### (一)主体路径:行政主体分离下的协调

#### 1. 行政主体的范围梳理

根据现行监管文件,在我国的PPP合同中,与社会资本相对的一方主体是作为公共管理机构的政府。但政府方可以行政机关或政府授权机构的不同形式出现。

政府一方作为合同主体的选择,财政部和国家发改委分别给出了不同的范围。财政部《PPP操作指南(试行)》第10条规定,有关职能部门或事业单位可直接作为政府一方的合同主体;《指导意见》规定,行业管理部门、事业单位、行业运营公司或其他有关机构都可以作为政府授权的实施机构。事实上,《指导意见》已经对财政部和国家发改委先前颁布的指南作了实质性的修改。政府一方的主体,已经不仅仅局限于行政机构或事业单位,特殊的商业机构也可充任授权的实施机构。这些特殊的商业机构,要么是行业运营公司,要么是按企业方式实质运作的其他非企业单位或事业单位。按照《中华人民共和国民法通则》的规定,行业运营公司、按企业方式实质运作的其他非企业单位或事业单位都是独立的民事主体。如此操作,接受政府授权而代表政府提供公共产品的主体就应当是独立的民事主体。

行政机构主体直接作为PPP项目的合同主体是我国目前PPP模式的主要签约方式,而在交通、土地开发、医疗卫生、教育和文化领域以事业单位、行业运营公司作为政府方主体的案例较多。在实践中,很多地方还特别以地方政府投融资平台公司的形式去推动。还有很多地方政府计划未来在某个特定领域推行政府公共服务供给的PPP模式,专门设立政府行业公司或者平台公司。在实践中,PPP还存在政府与社会资本方共同出资成立特殊目的公司,以特殊目的公司去提供公共服务的模式。在该种模式中,政府与社会资本方的关系体现在两个层面:一是特殊目的公司内部,政府和社会资本主体分别作为该公司的股东而存在,合作关系分别体现在投资协议及公司章程中;二是特殊目的公司外部,政府作为合同的授予者与合同实施的监管者与特殊目的公司发生关系,特殊目的公司作为政府监管的对象而存在,政府对社会资本方的监督必须依赖于特殊目的公司这个载体间接实现。

#### 2. 基于商事思维的初步评价

在上述3种政府方的主体形式中,政府与社会资本合作中对商法机制的运用形式及商事思维的运用程度有所不同,后2种模式是对第1种模式的改良。

行政机构直接作为PPP项目合同主体的模式,主要基于政府监管便利的角度而呈现。该种方式的优势在于,有利于政府部门直接参与与社会投资人的协商共议,方便政府部门表达合作目的、了解社会投资方的利益取向;有利于政府对基础设施和公共服务的质量全面把控,提高PPP项目的运作效率。但是,基于最有效实施监管的思维也导致了商事思维的弱化。无论是政府机关的监管活动还是政府机关的商务合作行为直接针对社会资本主体而展开,两者之间没有任何区隔。商务合作中本与社会资本处于平等地位的政府方事实上可以借助于监管活动的强势而影响商务合作关系。行政机构直接作为合同签约主体的方式是典型的公法角色和私法角色混合,既要作为合同主体履行权利和义务,又要对PPP项目的全过程进行监督和管理,很难保持角色之间的平衡。由于PPP项目具有周期长和规模大的特性,在运行过程中容易产生政府部门与社会投资方的矛盾。处于优势地位的政府部门可能利用自己的权力改动合作规则,将矛盾推给处于弱势地位的社会投资人。另外,政府部门在履行监管职责时可能会对社会公众的诉求回应不够充分,导致项目运作具有一定的封闭性。<sup>①</sup>

事业单位特别是行业运营公司直接作为PPP项目合同主体的模式,在形式上较好地地区隔了政府的监督角色与商业角色。在此类PPP合同中,代表政府一方的民事主体与代表社会资本一方的民事主体完全可以按照私法逻辑展开磋商和合作。政府的监督角色与被政府授权机构的私法主体之间分开,政府的监督可能被具体执行该事务的主体的私法色彩所掩盖,政府监管主体角色与合同参与主体角色之间的矛盾由此得到解决,合同公平公正性得到最大提高。

政府方与社会资本方共同出资成立特殊目的公司的形式则利用特殊目的公司内部治理机制区隔了PPP具体事务执行中政府的监督角色与商务角色。也就是说在该种模式下,社会资本方在合作合同关系中监督关系中的地位并不相同。在前者中,社会资本主体与政府是作为股东而存在的,合作关系可能并不涉及政府的监管;在后者中,社会主体并非PPP中政府监管活动中的受监管对象,受监管的是特殊目的公司而不是社会资本主体,对社会资本主体的监管必须依托于特殊目的公司的内部运行机制来实现。在这个模式中,由于多一层特殊的商事机制,政府监管主体角色与合同参与主体角色的区隔更加清晰。

## (二)行为路径:行政权力和民事权利的转化与协调

### 1. 行政权力现状梳理——以监管权为代表

PPP中政府监管主体角色的实现依赖于监管行为,合同主体角色的实现依赖于合同行为。因此,政府监管主体角色与合同主体角色之间冲突的协调需要依赖于对监管行为的理性设计、合同行为的理性设计以及对监管行为与合同行为之间关系的理性设计。将政府的监管权与民事权利统统规定至合同之中,进一步划分界限是一种有效的解决途径。这3种任务最终有赖PPP合同条款的理性设计来实现。行为路径的协调路径将从两个方面展开:

其一,明确PPP合同的民事属性。事实上,此种处理路径的前提是将PPP作为民事合同来对待。如前所述,我国监管部门的政策文件已经明确地表达了该种意思。

其二,对国家监管权作合同条款的内化处理。如前所述,政府监管的内容可以转化为合同条款。我国的现有监管文件对此已经有明确表述。例如,国家发改委公布的《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014版)》中第6条规定正是该种思维的体现。该条规定:“项目合同应明确政府主体拥有以下权利:(1)按照有关法律法规和政府管理的相关职能规定,行使政府监管的权利。(2)行使项目合同约定的权利。”根据该指南,关于政府在投融资监管、前期工作监管、建设期监管、运营期政府监管和财务监管职能涉及的监管主体、内容、方法和程序等,均应在合同中予以明确约定。当项目合同明确政府按照有关法律法规和政府管理的相关职能规定而行使政府监管的权利后,作为监管主体而享有的监管权即被内化为合同条款,转

<sup>①</sup> 参见段绪柱:《公私合作制中的政府角色冲突及其消解》,《行政论坛》2012年第4期。

化为作为商务合同主体的合同权利。在监管实践中,政府对这些监管权的实施必须符合合同的规定,否则将构成违约。因PPP法律的滞后性,在项目合同中载明参与各方的权利义务将更具有约束力,并且对项目的顺利完成及实现国家的监管和保障责任具有不可替代的作用。<sup>①</sup>当然,政府事实上可以基于合同机制去强化监管,甚至将一些法律法规没有明确规定的政府监管写入PPP项目合同中转化为政府的权利义务,约定相应的违约责任承担方式。

## 2. 基于商事思维的初步评价

在将PPP模式作为社会资本主体实施的商业交易、商事行为后,将PPP合同定性为民事合同、关注合同条款设计且在合同中限制行政监管权就是顺其自然的举措。由此,行政机关作为监管主体的监管权被转化为商事合同主体的民事权利,行政机关的角色被单纯化,与社会资本主体之间的平等地位由此得以彰显。在限制行政机关的监管权上,基于民事合同机制的行为路径还具有两个明显优势:

其一,限制行政监管执法的随意性。权力本身是中性的,不仅依靠强制力也可能采取私权的方式,既能发挥积极性能,也能产生消极作用。私权和公权一样是自由权与控制权的统一体,如果权力要稳定存续下去需要向权利转化。<sup>②</sup>况且,我国现有法律法规及相关规范性文件对PPP项目监管权的规定过于笼统和模糊,彼此之间也存在一定的冲突,致使PPP项目的法律适用成为难题。<sup>③</sup>法律的不完备性将引发PPP项目行政监管中自由裁量的随意性。对此,可借助合同设计来补正。例如,针对监管文件仅正面规定监管主体、内容、方法和程序等事项,而没有设计监管过程中责任的分担及相应法律后果的局限,<sup>④</sup>经过政府方和社会资本方充分磋商,PPP合同可以对责任分担进行详细规定。

其二,增加社会主体救济行动的有效性。如果不能建立起政府与社会资本方相互博弈、相对制衡的权利义务关系,依然会导致政府角色的混乱。在合同有明确规定的情况下,对政府机关以行使监管权为名的侵权行为以及违约责任的认定较为容易。最为重要的是,在将PPP合同确定为民事合同之后,社会资本主体可以有效利用民事诉讼机制来对抗政府方,从而消除行政诉讼机制中的不足。此外,诉讼机制的选择也有正面价值。从监管权条款的效果出发,如果因为监管不力等政府原因导致PPP项目停滞,损害了社会投资人的利益,通过诉讼的方式是PPP项目争议解决的方法,有利于制约政府在PPP项目中的权力滥用,让社会资本方拥有与政府方博弈的法律武器。在PPP合同将监管权转化为民事合同条款后,围绕违反监管权条款的诉讼程序选择难题将变得较为容易解决。若政府因法律法规明示的PPP项目中享有的监管权没有行使到位而产生的纠纷,可以认定为行政行为,交由行政法庭受理;若合同中某项监管被约定为政府享有的权利义务,或被作为交易的内容,则应当被视为民事性质而由民事诉讼解决。

当然,基于商事思维去分析PPP中政府监督主体与合同主体的角色冲突问题,存在一些待解问题。例如,合同本身的不完备性。PPP项目规模大、工期长,动态因素层出不穷,合同条款不可能对所有问题作出完备设计,如监管权转化为合同条款的范围边界问题即是如此。政府对PPP项目实施主体的行为进行监管是基于公共利益目的。不同时代、不同地区、不同领域中公共利益的具体要求不相同,政府监管的视角、方式和程度也不一致。政府监管权的条款化意味着这些权利被作为磋商和交易的对象。然而问题是,是不是所有的监管权都能够转化为合同条款还存在争议。再如,监管权合同条款化的效力争议。从表面上看,政府对PPP项目实施主体行为进行监管的规定是管理性规定,从合同法理论和实践看,即使违反了这些规定,合同条款也不是绝对无效的。但是,将法律行政法规强制性规定区分为效力型与管理型的理论本身具有局限,而在个别方面牵强地适用该规则来处理合同条款的效力争议、无视公共利益的特殊性和保护的必要性,也将带来混乱。

### (三)行为本质回归的建议

① 参见喻文光:《PPP规制中的立法问题研究——基于法政策学的视角》,《当代法学》2016年第2期。

② 参见殷继国:《论公权契约化——兼论国家干预契约化》,《行政法学研究》2013年第1期。

③ 参见谭敬慧:《政府PPP项目七大法律难题(上)》,《中国政府采购报》2016年1月15日。

④ 参见徐向东:《PPP项目实践的十大法律问题》,《东方早报》2014年12月2日。

在政府监管角色与合同主体角色冲突的协调上,行为路径较主体路径具有明显优势。

### 1. PPP行为本质的解构与认定

从商法基本原理看,虽然商事主体制度与商事行为制度是商法的两大支柱,随着社会的发展,商法典的内容也逐步演变为主要由主体法特别是企业法构成。但是,从商业运行基于主体实施的行为这一简单逻辑看,行为制度应当成为商法中最基础的制度。PPP制度也是如此,我们应回到交易行为的本质予以审视。在PPP中,各方主体的利益关系以及利益的实现最终通过行为来实现,主体只是实现该利益的一种形式。回到PPP的交易行为路径,人们更关注该类商业活动的私法性质以及PPP合同的民事属性。而主体路径,无论是传统的行政机关主体模式还是被授权的商业单位或行业公司主体模式,PPP合同本身的法律属性争议明显存在。由于一方当事人是行政主体,涉及的内容是公共服务,公法合同的属性相当明显。即使是在政府与社会资本主体合作设立特殊目的公司的形式中,虽然公司设立可以容易归入私法活动,但授予项目的PPP合同中一方当事人是行政主体,涉及的内容是公共服务的本质特征依然没有改变。在合同行为路径,合同本身可以对属性进行明确界定。在上述主体路径中的设置特殊目的公司模式中,最有价值的部分在于该公司中政府方与社会主体方的股东关系上,而该关系也是基于行为原理特别是民事行为原理去展开的。主体路径虽然利用了私法机制,但最终不是依赖私法机制,私法关系与公法关系的并列依然存在,只是在不同模式中的表现不同而已。合同行为路径则不同,该种模式通过将政府监管职权进行条款化处理的方式,将政府监管职权的行使从公法问题转化为私法问题。事实上,政府监管权最终可以通过单方解除权、价格控制权以及质量监督权等单方特殊及合同权利的方式来实现。<sup>①</sup>

### 2. 行为路径涵盖范围的全面性优势

世界银行将PPP模式分为管理与租赁合同、特许经营合同、私有化与新建项目4类。其中,管理与租赁合同、特许经营合同、私有化等3种涉及私人主体获得来自现有国有经营主体的经营权,一般不需要再单独设立政府与社会投资主体的特殊目的公司作为合作的平台;新建项目则涉及新型基础设施的建设和营运,如建设—运营—移交、建设—移交、建设—拥有一运营等,该种模式存在由政府与社会投资主体设立特殊目的公司作为合作平台的必要。就实施领域看,PPP主要用于基础设施建设及公共服务。<sup>②</sup>由政府与社会投资主体设立特殊目的公司的运行实践,多存在于服务基础设施建设的PPP项目中。而在其他公共服务领域中,单独合资设立合作平台的案例很少。因此,就涵盖范围而言,主体调适路径有明显的局限,只有行为调适路径具有全面性。从发展历史看,PPP起源于公共服务领域,其在基础设施建设中的运用是近20多年才开始盛行。政府提供公共服务是永恒的任务,而基础设施建设具有时代性。所以,就解决政府监管角色与合同主体角色冲突的社会需求而言,公共服务PPP领域要比基础设施领域长远得多,从覆盖面具有局限性的主体路径转向具有全面覆盖性的行为路径十分必要。

## 四、政府角色冲突从显性到隐性的转变

政府监管角色与合同主体角色冲突调适的行为路径不能够解决所有问题,但以行为路径为基础利用商事思维去实现双重转变,以探求解决冲突问题的其他机制。一方面利用公法与私法的区分机制,实现PPP模式中政府监管角色与合同主体角色冲突从显性化到隐形化的转变;另一方面,利用合同条款固化政府监管职权及运行行为,实现PPP模式中政府角色冲突的调适机制从隐形化到显性化的转变。

### (一) 政府角色冲突的显性与隐性

PPP中政府角色在监督者与合同主体之间的冲突,表现在显性与隐性两个方面。显性冲突表现为公法主体与私法主体之间、公共利益与私人利益之间、公法行为与私法行为之间。PPP作为政府提供公共

<sup>①</sup> 参见王东,《PPP主体关系中政府角色定位与行为机制框架》,《中国政府采购》2015年第3期。

<sup>②</sup> 在我国,国家发展和改革委员会与财政部之间在PPP推进中的职权划分历来有争议。2016年7月7日国务院常务会议明确将PPP的实施领域区分为基础设施与公共服务,规定由国家发展和改革委员会负责能源、交通运输、水利、环境保护、林业和重大市政工程等“6+1”个基础设施领域的PPP项目的推进,由财政部牵头负责推进公共服务领域中的PPP项目。

产品、履行公共服务职能的一种形式,为保护公共利益,政府必须享有监督权。“监管是一项行政机构制定并执行的直接干预市场机制或间接改变企业和消费者供需决策的一般规则和特殊行为。”<sup>①</sup>现代社会中监管的目标在于,“一方面确保生产或运营的可持续性,保证企业的资产安全和回收成本,一方面增进项目运行中公平与效率的有机结合”。<sup>②</sup>根据《中华人民共和国政府采购法》第13条、《中华人民共和国招标投标法》第7条、《关于国务院有关部门实施招标投标活动行政监督的职责分工的意见》《特许经营管理办法》第7、8条规定,国务院、国家发展和改革委员会及其组织的国家重大建设项目稽查特派员,县级以上地方人民政府的发展改革、财政、国土、环保、住房城乡建设、交通运输、水利、能源、金融、安全监管等有关部门,工业(含内贸)、铁道、民航、信息产业等行业的行业主管部门及其他有关部门均有权对PPP项目的相关环节进行监管。PPP模式中的政府监管角色与合同主体角色的多重特征,意味着政府角色显性冲突的多元性:(1)公共利益与私人利益的冲突。“作为一种公共产品的供给方式,PPP的起源和发展自然取决于国家治理和公共管理的需要。”<sup>③</sup>但是,供给方式的转变并不能够改变公共管理的本质,并不能够改变政府主导的公共产品供给行为的本质,而采取这种新型治理方式的最终目的依然在于追求公共利益。在由私人主体推行的PPP合同与项目中,私人主体的利益与社会公共利益之间可能发生冲突,监管行为的价值在于将这种冲突限制在可以接受的范围之内,并在两者之间实现平衡。“以公共风险的视角看,如果PPP是一种公共产品供给机制,那么PPP所涉及的项目领域必然是存在公共风险之处,而管理公共风险正是政府的职责所在。”<sup>④</sup>防范公共风险正是PPP项目中实现公共利益的基础所在。由于PPP模式在本质上是商业活动,PPP合同在本质上是民事合同,与社会资本主体一样,作为合同主体的政府方的行为在本质上是市场行为,其目的在于维护合同中政府方作为民事主体的利益,只不过这种利益实质上是公共利益在合同中的另外一种表现。(2)公法主体与私法主体的冲突。行使监管职责的主体在法律上为公法主体。PPP模式中,政府对项目及合同的监管活动是以行政机关的面貌出现的。因此,行使监督权的主体是公法主体。按照法律原理及有关行政法的规定,公法主体在实施监督权力时遵循法无授权不可为的逻辑。一般而言,国家法律会对监管权做出明确规定,但也不排除需要由监管者基于公共利益保护原则而行使裁量权。此刻,公法主体的不当裁量行为可能导致对私法主体合法利益的侵害。作为合同主体,政府又是私法主体,其运行逻辑是法无明文禁止即自由。在实践中,政府在PPP中的活动可能因为混淆不同角色的运行逻辑而发生混乱,从而导致社会主体的合法权益受损。(3)公法行为与私法行为的冲突。政府在PPP项目监督中的行为是公法行为,遵循的是管理与被管理的逻辑。这不仅要求社会资本主体要服从管理,作为合同主体的政府方也要服从管理。政府主导的公共产品供给行为在本质上决定了PPP中政府监管的主动性和社会资本主体的被动性,而这种不平等关系可能在管理与被管理、监督与被监督的机制中被进一步放大。在作为监管者的政府不能够平等对待同为被监督对象的政府方与社会资本方时尤其如此。最为关键的是,行政机关公法行为的救济适用行政诉讼程序,而私法行为的救济适用民事诉讼程序,两种程序的运行逻辑不同,对社会资本方的保护方式也有不同。

隐性冲突主要表现为政府监督转化为合同机制的场合。如果说政府角色在监督者与合同主体之间的显性冲突表现为公私法的直接对抗,那么隐性冲突则属于私法逻辑下的冲突。当政府的监督职权通过合同机制转化为合同内容后,政府直接以合同主体的名义来行使监督权,监督的基础是合同条款,监督活动的本质是履行行为。将PPP合同定性为民事合同后,政府依据合同对PPP的监督就成为私法活动,政府的身份也转化为私人主体,所谓保护公共利益的目标是以实现合同约定利益的途径来呈现的,公共利益被转化为一种特殊的私人利益。

① [美]丹尼尔·F.史普博:《管制与市场》,余晖等译,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,第45页。

② 中国基础设施产业政府监管体制改革课题组:《中国基础设施产业政府监管体制改革研究报告》,中国财政经济出版社2002年版,第13页。

③ 贾英姿:《科学合理界定政府在PPP中的角色和责任》,《中国证券报》2015年11月21日。

④ 贾英姿:《科学合理界定政府在PPP中的角色和责任》,《中国证券报》2015年11月21日。

## (二)政府角色冲突的转化

利用合同机制将政府监督角色与合同主体角色之间的冲突转化为私人利益之间的冲突的价值,不在于通过私人利益主体的政府方去限制公共利益主体的政府方,而在于构建私法限制公法的良性机制,从而限制政府的监督权,实现公共利益与私人利益之间的平衡。这需要考虑转化的可能性以及转化后私法机制制约公法机制的实际效果。

关于政府对PPP项目的监督,“主要有对公共服务的生产过程是否符合合同要求进行监督、对公共服务的结果是否符合合同标准进行评鉴、对公共服务的运营是否符合合同规定进行监督”。<sup>①</sup>这些监督活动的依据,最终依赖于PPP合同的界定。的确,具备合同基础的事实并不等于私法机制自动生成的事实,因为现代社会中不仅存在私法合同,而且存在公法合同。问题是,政府方与社会投资主体基于公共产品供给而签订的合同到底属于公法还是私法性质?这涉及两类合同分类的逻辑和政策立场。

对于PPP中私法机制成为约束公法活动机制的问题,学界还存在争议。这些争议主要集中于私人利益对公共利益的锁定上。“无论PPP协议的初始设计如何精心,契约的不完全性决定了私人部门在中标PPP项目后,基于政府公共部门对项目建设的最终责任,很可能会以退出合同相威胁,要求对合约条款进行更改,或者增加政府的公共成本投入,或者减少自己依据初始合同而本应承担的风险。”“考虑到如果重要的项目工程中断很可能会受到公众指责,政府往往会尽力避免该类事件的发生,防止更换合同商而导致的项目形象受损,因而,在与私人部门的后续谈判中很容易一再退让,最终被私人部门锁定,通过增加资金投入或减少私人部门的风险促使私营合作方继续提供服务。”<sup>②</sup>的确,我们应当关注此类私人利益对公共利益锁定带来的负面效果。不过,这些锁定并非社会资本方利用私法机制对政府方的公共管理行为进行制约。在PPP模式中,社会资本主体利用私法机制制约政府公共监督行为的效用是存在的,而如何消除私人利益对公共利益的锁定是另一个问题。对于这些锁定,也可以充分利用合同条款的理性设计等私法机制来避免。

在将PPP合同定性为民事合同后,由政府监督导致的公共利益与私人利益之间的冲突就转化为政府方合同主体私人利益与社会资本主体私人利益之间的冲突。政府角色的显性冲突中的公法监督色彩被淡化,并由此转化为隐性冲突。

## 五、政府角色冲突调适机制:从隐性到显性的转变

公法意义上的监督权转化为私法意义上的监督权后,政府角色的冲突依然存在,只不过从形式化的冲突转化为公共利益与私人利益的功能性冲突。政府方在合同监督权背后的合同利益事实上是公共利益,而非严格意义上的私人利益。当然,由于这些冲突在形式上表现为平等主体之间的私人利益冲突,我们可以利用合同机制将之转化为具体的合同条款,从而实现冲突调适机制从理念到具体规则的转化。“面对庞大的社会治理成本,国家行动策略也在发生改变,其中最重要的变化是通过符号化、组织化等方式在国家与私人之间建立交流平台,国家和私人都可以把自身诉求以及相应的监控与惩罚在该平台上进行交换或转化。”<sup>③</sup>将监督的理念转化为监督条款,进而成为一种显性的符号和组织机制,监督将不再显得那么虚无缥缈。如此处理,可以避免政府方行使监督权时以维护公共利益之名对监督权的随意解读。立足于对功能性冲突的制约,PPP合同制度设计中应着重关注监督权的明确化机制。

### (一)合同磋商

#### 1. 监督清单公告

在国际上,PPP监督的透明性一直是一项基本原则。东道国监管制度的另一个重要因素是公共服务

① 井敏:《PPP模式中政府角色定位》,《学习时报》2015年11月16日。

② 胡改蓉:《PPP模式中公私利益的冲突与协调》,《法学》2015年第11期。

③ 唐清利:《公权与私权共治的法律机制》,《中国社会科学》2016年第11期。

提供者可要求审查监管机制的决定。与整个监管过程一样,高度透明和可信性至关重要。<sup>①</sup> 对社会资本主体来讲,PPP 模式中政府监督权及行使是一种经营条件或者风险,构成是否参与投标以及以何种条件投标的基础。在现行法律对政府监督权及行使没有明确规定的场合,监督权内容及行使程序的不确定性将给社会投资方在 PPP 项目中的预期收益带来不确定性。在实践中,监督权及行使程序不明确恰恰是 PPP 推行障碍的主要表现。在交易中,合同是弥补法律不足的重要手段。为此,PPP 项目的政府方不妨根据现行法律及政策并结合项目的实际需要,详细列明需要监督的事项,并且根据这些事项罗列出各项行政权力确定名称、界定内容,明晰权力边界,将其法定程序绘制成相应的“流程图”,固化权力运行流程,并公示权力的运行过程和结果。<sup>②</sup> 根据招标文件可以作为合同内容的合同法原理,公示权力清单的机制成为限制政府方监督权的重要方式。

## 2. 民间自提条款的运用

PPP 项目设计公共产品的供给,该项目实施期间长、涉及范围广的特点增加了政府方监督以减少项目推进风险的必要。项目推进风险的发生有很多因素,社会主体资质是其中的一个重要方面。但是,控制资质只是可能减少加强政府监督的必要性,并不能有效缓解必要监督中政府监督与市场主体自主行为的冲突,而该冲突正是引发社会关注政府角色冲突的根本原因。事实上,如果社会资本方根据项目具体情况主动提出目标及实施路径等方案,在方案中设计出政府方监督的环节及事项,那么社会资本与政府之间的冲突将减少。在 PPP 实务中,社会资本方主动就项目提出具体目标及实施方案的操作在理论上被称作“民间自提制度”或“非邀约投标”(英语是“Unsolicited Proposals”,简称 UNPs 条款)。在 UNPs 中,社会资本主体在由政府方发布的招标文件内容之外主动提出项目构想,并作为其报价的条件。在国际上,是否允许采用 UNPs 有两种不同意见。美国反对采用 UNPs,认为 UNPs 的运用背离招投标的公平原则;其他一些国家则认为,PPP 项目合同的授予应对不同于一般的政府项目,基于有效推行 PPP 项目的目的可以引进 UNPs。<sup>③</sup> 随着民间自提在世界范围内的实践累积,世界上已经有超过 85% 的国家选择采用民间自提框架,为这种更透明更具有竞争性的方式设立新的法律框架已成为世界趋势。从 PPP 的特殊性看,我国应允许引入 UNPs。在此基础上,建立基于“奖励系统(Bonus system)”或“瑞士挑战模式(Swiss challenge)”标准<sup>④</sup>的合理性审查机制,以防止利用该机制对招投标过程进行暗箱操作;同时,要规范进入行为和政府介入行为,项目指南与招标公告中应披露是否允许以及允许使用时的详细信息,将其限制在创新型项目领域,避免政府在授予合同后采用补贴等方式介入,必须补贴的也要通过公共财政机制并同等待待所有社会资本主体。<sup>⑤</sup>

### (二) 条款选择

#### 1. 合同条款的区别设计

通过合同适当扩大社会资本主体的自由权是制约政府不当监督行为的契约型方式。考虑到私人利益对公共利益锁定的风险,将该方式限制在非原则性条目上较为适宜。在原则性条目上,务必作具体、明确限制,以防止社会资本主体利用合同条款威胁政府。在非原则性条目中,考虑协商安排弹性较大的开放性条款,为合同当事人提供更多的操作空间,以便能够根据社会经济及其他条件的变化灵活地实施项目事宜。

<sup>①</sup> See United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations Publication, No. E.01.V.4, 2001, p. 35.

<sup>②</sup> 参见胡税根、徐靖芮:《我国政府权力清单制度的建设与完善》,《中共天津市委党校学报》2015 年第 1 期。

<sup>③</sup> See Sandeep Verma, Government Obligations In Public - Private Partnership contracts, 10 Journal of Public Procurement, 3 (2010).

<sup>④</sup> 所谓 Bonus system,是指原始投标者将以价格优势的方式被政府授予一种“奖励”;以及当原始投标者的报价在最佳报价的法定标准之内,即可中标;所谓 Swiss challenge,瑞士竞标法指当其他竞标者知晓原始投标者的报价之时,也可能发出比其更优的报价。如果政府发现其他竞标者的报价会更有吸引力,原始投标者将有机会被告知去迎合这个新的价格而达到最终中标的目的。

<sup>⑤</sup> See Sandeep Verma, Government Obligations In Public - Private Partnership Contracts, 10 Journal of Public Procurement, 4 (2010).

## 2. 监督权行使程序条款

监督权行使程序涉及监管结构问题。监管结构的发展受到政府监管能力和监管合同的限制。<sup>①</sup> 通过合同条款限制政府方在 PPP 合同中的监督权是有效的私法方式。在合同中明确政府在 PPP 模式中行政权力的具体范畴,如政府部门的监管权限、监管程序、监管手段等,本着法无授权不可为的基本准则实施其内部行为,该部分内容为刚性规定,不得修改。程序正义是法律正义的基本保障,在行政法领域尤其如此。在我国,政府监督权力清单的问题已基本得到解决,执法混乱主要体现在执法程序上。因此,有必要在 PPP 合同中特别规定政府方监督权行使的特别程序。

## 3. 政府支持责任条款

获得预期收益是社会资本主体从事 PPP 商务活动的动机,也是这些主体私人利益的根本表现。项目收益率低、地方政府对项目支持政策的稳定性差,是导致民间资本对投资 PPP 项目缺乏安全感的重要原因。在实际操作中,政府承诺收益保障并且建立财政补贴机制是维护投资人私人利益的必要方式。但是,政府补贴等支持是需要有条件的,而这些条件又多与政府对社会资本合同行为的监督挂钩。因此,为有效制衡政府的监督,有必要详细界定政府支持特别是财政补贴条款,明确规定政府支持的条件、程序以及违反后的法律责任。

## 4. 纠纷解决方式条款

如前所述,PPP 合同纠纷发生后争议程序的选择关系到合同性质的界定和当事人权利义务的分配。虽然现行政策和司法判例已经向 PPP 诉讼的民事性质倾斜,但理论争议会对实际操作带来不确定性。基于商事交易本质的考虑,如果合同当事人在合同中自主选择民事诉讼程序或者仲裁作为争议解决方式,那么该不确定性将不复存在。在《合作条例(征求意见稿)》中,仲裁虽然被列为 PPP 合同纠纷解决的方式,但在“申请仲裁”之前加以“依法”二字,表明并非所有项目合同发生的争议都可以申请仲裁。另外,该文件第 41 条明确将“政府有关部门作出的与合作项目的实施和监督管理有关的具体行政行为”列入行政复议或行政诉讼的范围。此处规定,应当针对前文所述的行政监管,而不包含履约监管。不难看出,国家政策一直在寻求 PPP 模式的行政属性与商事属性之间的平衡。根据文件规定,PPP 合同的争议解决方式可调整为如下条款:涉及行政监管等法定行政行为有所争议的,社会资本方可以依法提起行政复议或者行政诉讼;涉及履约监管以及协议中约定的其他权利义务的,合同双方发生争议且无法协商达成一致的事项,提请仲裁委员会仲裁或依法提起民事诉讼。

## 六、结语

公共产品与公私合作是 PPP 模式的两个突出特征。在基于政府公共产品供给目标的公私合作关系构建过程中,公共利益与私人利益之间的冲突必然存在,政府方与社会资本方之间的冲突也必然存在。同时,政府监管主体角色与政府合同主体角色之间的冲突还将放大前两种冲突。如何协调政府在 PPP 模式中角色的冲突,把握角色之间的法律平衡,是影响我国 PPP 模式顺利发展的关键因素。政府部门既要在国家重大工程建设中严格把关,又要尊重与社会投资人通过平等协商后的意思自治;还要充分发挥市场机制的决定性作用。为此,应当引入商事思维、从 PPP 商事交易本质的角度出发,在主体路径与行为路径中聚焦政府角色冲突调适的行为路径,并且在行为路径的基础上,将公法与私法的显性冲突转化为私法上的隐性冲突,利用合同条款机制将隐性理念冲突转化为合同条款,以便利用条款机制的显性化优势限制政府监督的随意性。

责任编辑 翟中鞠

<sup>①</sup> See Nutavoot Pongsiri, Regulation and Public-Private Partnerships, Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management, University of Manchester, 2001, p. 13.