

# 政府和社会资本合作合同有关法律问题探讨

财政部条法司副司长 | 周劲松

政府和社会资本合作(PPP)模式是公共服务供给机制的重大创新。PPP项目运作周期长、法律关系复杂,涉及各类主体的法律关系主要包括:一是政府之间的法律关系,包括政府、部门、政府实施机构之间的领导和业务指导关系、授权和委托关系等;二是政府与社会资本之间的合作关系,双方通过签订合同确定双方的权利义务;三是社会资本之间的法律关系,主要是以联合体形式参与PPP项目的社会资本通过签订联合体协议等确定各方的权利义务;四是政府与PPP项目之间的监管关系,主要是指政府及其部门基于法定职责对PPP项目运作履行监管职责产生的法律关系;五是PPP项目与其他利益相关主体间的法律关系,一般通过签订不同类型的合同来确定各方的权利义务。在这些错综复杂的法律关系中,除特定类型的行政管理法律关系外,大多数都可以通过协议(合同)的形式来明确相关主体的权利(权力)义务(责任)。其中,政府和社会资本签订的合作合同(以下简称合作合同),是整个PPP项目合同体系的核心。

## 政府和社会资本合作的不同形式

PPP模式中,根据PPP项目的不同特点,政府和社会资本可以协商确定合

作方式,不同的合作方式中缔约双方的权利义务关系有所不同。目前,政府和社会资本的合作方式主要有两种:一是由政府与选定的社会资本合作成立特殊目的载体(SPV)具体负责项目的投资建设运营等;二是由政府选定的社会资本直接负责项目运作。前一种方式双方合作的程度更高,后一种方式具有更多的授权性质(对政府而言)和承包性质(对社会资本而言)。伴随公共治理现代化的进程,出于风险隔离的制度安排和项目运作便利等方面考虑,实践中以政府和社会资本合作成立SPV为主要合作形式。对于SPV的形式,根据有关理论研究和现行法律规定,可以是合伙企业,也可以是公司制企业,甚至还可以设立非营利组织。设立为项目公司形式的,根据公司法相关规定设立并运作。项目公司可以由社会资本出资设立,也可以由政府和社会资本共同出资设立。由政府和社会资本共同出资设立项目公司的,政府为项目公司股东,依法享有相应的资产权益、参与重大决策等权利。适宜由社会资本直接运营的PPP项目也可以根据合作合同的约定由社会资本直接负责项目的投资建设运营等。

合作形式的选择需要根据具体项目的性质、特点、所属领域、所在地域等

综合因素,经政府和社会资本协商一致后确定。政府在项目前期论证和确定阶段,应当根据合作项目提供公共服务的性质,对合作方式的选择和合作双方在项目中应当承担的责任和风险作出基本判断。一般而言,公共服务可以区分为基本公共服务和非基本公共服务。基本公共服务是指建立在一定社会共识基础上,由政府主导提供的,与经济社会发展水平和阶段相适应,旨在保障全体公民生存和发展基本需求的公共服务。提供基本公共服务是政府的重要职责。基本公共服务特别是核心基本公共服务拟采用PPP模式的,政府应当占主导地位,承担主要风险。非基本公共服务主要是为了满足更高层次社会公共需求,可以更多引入市场机制提供的公共服务。非基本公共服务项目可以存在差异化的标准和不同层次的需求,引入市场机制后,由社会资本占主导地位生产和提供,更有利于项目的运作和公共服务水平的提升。

## 尽管PPP模式中有大量行政因素 合作合同本质上是民商事合同

研究合作合同的法律性质应当从合作合同涉及的法律关系主体、合同的目标、合同约定的主体间的权利义务关系等方面,全面分析政府和社会资本的

合作关系。从本质上讲,PPP模式是政府和社会资本之间建立的一种长期合作伙伴关系,双方的合作合同应是具有一定行政因素的民商事合同。

政府在PPP模式中具有合作者和监管者的不同法律地位,需要根据政府的法定职责针对具体项目中的不同权力(权利)的行使来有效区分。政府作为合作者,是合作合同的一方当事人,其与社会资本之间的法律关系应当不同于其作为监管者时与SPV之间的法律关系。政府作为监管者,主要是指政府及其部门基于法定授权的监管职责,对PPP项目运作的相关环节履行监管职能。这是基于法定授权进行的行政行为,应受行政法的规范和约束。为避免在具体项目中混同政府的双重身份,根据我国现行规定和PPP实践,一般应由政府或其部门授权的政府实施机构,包括国有投资公司、公益类事业单位或公益类国有企业等,作为合作合同一方当事人与社会资本签订合作合同,参与PPP项目的投资建设运营。政府与政府实施机构之间是授权或委托关系,这一法律关系是典型的行政管理关系。为防止政府实施机构的越权行为,保护社会资本合法权益以及保障社会公众的知情权,政府或其部门对政府实施机构的授权范围应当公开。同时,政府及其部门依照法定职权对具体项目运作进行的监督检查等行政管理行为,必须有明确的法律依据,包括政府实施机构等非法定职能部门不得作出此类行政行为。政府及其部门的法定监管职能不属于合作合同约定的内容,政府及其部门以监管者的身份作出的行政行为,不影响合作合同性质的认定。

上述这些行政因素不影响大多数合作合同应当属于民商事合同的认识。

首先,政府作为合作合同的一方当事人,享有合同约定的权利,承担合同项下的义务和责任,与缔约的社会资本

具有平等的法律地位。从合作合同的缔约过程来看,社会资本不受单方行政行为的强制,在是否参与PPP项目签订合作合同方面享有充分的意思自治。政府实施机构根据相关授权依据合作项目实施方案、项目特点和建设运营要求设置社会资本的资格条件,向社会公开发布,符合条件并有愿意参与PPP项目的社会资本按照规定的程序响应,通过公开竞争的方式确定合作方后,双方签订合作合同。为了确保项目顺利运作、保障自身权益,在合作合同中应当约定相互监督和制约条款,双方基于合同约定相互监督和制约的行为属于平等主体间的行为。即使在合作合同中约定一些特定情形下,政府实施机构单方面变更合同内容,也是为了确保项目正常运行进行的专门制度设计,并不能直接得出此等情形下双方当事人法律地位不平等的结论。

其次,合作合同遵循平等协商、风险分担、利益共享等基本原则,约定双方在具体项目中的权利义务及相应的责任。合作合同不是通常意义上的双务合同,属于长期性合同、组织型合同、继续性合同,具有主体间行为的协同性、共同性,权利义务非一次性履行等特征。我国《民法通则》确立了个人合伙协议和联营协议,《合伙企业法》规定了合伙协议,《中外合作经营企业法》规定了合作合同,《中外合资经营企业法》规定了合营合同,《公司法》规定股份有限公司在发起设立时,发起人之间应有发起人协议。这些合同或协议的订立行为及此后的履行行为都是共同行为。合作合同中,应当更加突出当事人行为之间的协同义务,主要着眼于多方主体基于合同组织起来的共同行为,更加注重发挥类似合伙、公司性质特点,才能实现合同组织经济的功能。在合作合同中,政府实施机构和社会资本之间应当互相协作,各自发挥相应的优势,克服

各自的不足,为运作项目、实现优质高效地生产公共产品和提供公共服务共享收益、共担风险。实际上,在一个项目公司中,也存在着不同主体间的不同法律关系,内部如公司与股东、公司与员工、公司与高管之间的合同关系,外部如公司与供应商、经销商,甚至与众多消费者之间的合同关系。这些合同关系都应当属于民商事法律关系范畴。项目公司与政府监管部门(非合作的政府实施机构)之间的管理与被管理关系,即使是运用合同形式,也属于行政行为。

### PPP合同争议暂不宜纳入行政争议解决途径

合同争议解决机制对于保障缔约双方的权益具有重要意义。鉴于我国目前尚缺乏明确的法律规定,合作合同争议的解决途径和方式成为了PPP项目合作各方普遍关心的问题。一般而言,合同的争议解决机制与合同的法律性质有着直接关联。如将合作合同本质上定位为民商事合同,提起民事诉讼或者申请仲裁应为解决争议的应有途径。实践中,也应当允许合作合同缔约双方根据项目特点和双方权利(权力)义务(责任)关系,在遵守相关法律规定的前提下,通过协商确定争议解决方式和途径。

鉴于合作合同具有一定的行政因素,若能参照法国模式,完善行政合同立法和实践、建立系统完善的行政法院制度,将合作合同争议纳入行政争议解决机制,不失为一种提高争议解决效率、降低争讼成本的途径。但是在我国目前的行政争议解决制度体系框架下,暂不宜将具有一定行政因素的合作合同争议纳入行政争议解决途径,主要有以下几方面的考虑:一是现行行政诉讼制度设计没有为行政协议双方当事人预留平等的法律地位和对等的救济权。一方

# 降低消费品进口关税 满足人民日益增长的美好生活需要

财政部关税司

消费品与人民生活息息相关，直接关系到人民美好生活的需要。党中央、国务院高度重视消费品进口问题。今年7月，习近平总书记主持召开中央财经领导小组第16次会议时强调，要研究降低有些消费品的关税，鼓励特色优势产品进口。让消费者自主选择，让市场发挥作用。今年3月，李克强总理在十二届全国人大五次会议记者会上指出，对于普通消费者所需要的一些优质产品一时供给不上，考虑降低关税、增加进口。要让消费者有更多选择，从中受惠。

为落实十九大精神和党中央、国务院的重要指示，2017年11月22日，经国务院批准，国务院关税税则委员会印

发《关于调整部分消费品进口关税的通知》（税委会〔2017〕25号），自2017年12月1日起，降低部分消费品进口关税。

## 我国持续降低消费品进口关税 受惠范围和幅度进一步扩大

根据国务院要求，自2015年以来，为满足居民消费升级需要，引导境外消费回流，合理增加与人民生活密切相关的一般消费品，我国已连续3次降低了部分服装、箱包、鞋靴、特色食品和药品等消费品的进口关税。截至2017年，已对152个税号的消费品实施了暂定税率，平均降幅为50%，涉及一般贸易年进口额109亿美元。在此前降税的基础

上，本次进一步降低消费品进口关税，主要有以下两方面特点：

（一）覆盖范围更广。涵盖食品、保健品、药品、日化用品、衣服鞋帽、家用设备、文化娱乐、日杂百货等各类消费品，共涉及187项商品。这些商品一般贸易年进口额139亿美元，加上继续维持的消费品暂定税率，实施暂定税率的消费品涉及年一般贸易进口额约236亿美元。

（二）降税力度更大。新增实施暂定税率的商品，按最惠国税率减半安排。对于部分前期已实施暂定税率的商品，再次进行适当降税或适当扩大商品范围。

面，纳入行政诉讼法适用范围，社会资本即为行政相对人，不再具有合同法上平等民事主体的法律地位；另一方面，我国建立行政诉讼制度的初衷是规范和约束行政权力的行使，解决“民告官”问题，尽管后来引入了和解、调解等原本适用于平等主体间的争议解决机制，但是仍然没有赋予行政机关相应的起诉、反诉等救济权。二是我国尚缺乏行政协议实体法规范。学界对于行政协议的讨论还停留在行政协议的基本特征上，对于行政协议的定义、范围、类型、边界等基本要素，仍存在不同认识，行政合

同法或行政协议法也未提上立法议程。缺乏实体法规范的行政协议制度，无法明确协议双方当事人的权利义务，也没有建立与合同法规定相当的责任承担机制，难以对双方当事人权益提供全方位的保护。三是目前我国行政争议解决途径比较单一，目前尚未建立行政仲裁机制。仲裁作为传统的民事争议解决机制，因其专业、独立、保密、快捷等特点受到当事人的青睐，在公私法融合的大趋势下，行政仲裁机制也可成为解决行政协议争议的重要途径。如意大利国家反贪局中设有仲裁委员会，处理PPP相

关的仲裁事项，成为PPP争议解决的一种途径。此外，PPP实践中，项目参与各方大多希望将合作合同争议纳入人民商事争议解决渠道。对于社会资本而言，通过民事诉讼和仲裁解决合同争议，更有利于保护自身权利，有利于提升社会资本特别是民间资本参与PPP项目的信心。对于政府实施机构而言，也希望在合作合同的履行中拥有与社会资本同等的救济权，提升解决争议的主动性，而不是只能作为行政诉讼的被告来解决合作中的争议和纠纷。□

责任编辑 廖朝明