2016 年 8 月 22 日

# PPP 立法及配套制度体系刍议

关于 PPP 立法，我们一直强调一部法律不可能化解所有冲突，但是可以为之留出必要的空间与接口。一部法律不可能完全凌驾于既有游戏规则之上，但是可以对其进行充分的优化与融合。一部法律不可能解决所有问题，但是可以为后续成体系的立法工作奠定基础。今天，我们就来谈一谈 PPP 立法及其配套制度体系，对不同层级的立法工作所能解决的问题做一些初步的探讨。

## 一、适合通过立法解决的问题

### (一) 总则

开门见山，PPP 法（或条例，以下简称“PPP 法”）应对以下几个要点予以明确阐述，以收画龙点睛之效：

#### 1. 立法目的

在立法目的上，促进 PPP 模式的规范有序发展自然是应有之义。除此之外，也建议从另外两个角度考虑 PPP 法的立法目的：一是推动投融资体制改革和政府治理模式的转型；二是解决 PPP 模式与现行法律法规之间的冲突。在一定范围以内，这其实也是近年来有关各方在 PPP 模式推广和落地方面形成的共识。

需要强调的是，个人认为 PPP 法应当致力于解决顶层设计问题，而不应自限于 PPP 项目操作法、工具法或投融资及运维管理法。这个定位需要清晰而坚定。

#### 2. PPP 的定义

PPP 法应当对 PPP 进行定义，并对其分类予以明确。如对 PPP 实行双轨制管理，则可以分为特许经营类 PPP 项目与政府购买服务类 PPP 项目，并对其各自的基本特征和要素予以概述。

#### 3. 适用范围

建议对特许经营类 PPP 项目实行正面清单管理，而对政府购买服务类 PPP 项目实行负面清单管理。在公共服务和产品的大框架之下，排除一些涉及国家基本职能（如国防、外交）或政府核心功能（如社保）的公共服务，以及纯市场化领域。

#### 4. 主管部门

我们可以从两个不同的角度来考虑这个问题。

1) 角度一：由国务院直接设立 PPP 联席管理机构，并在各省、自治区、直辖市设立分支机构，对 PPP 项目进行综合管理。

2) 角度二：在对 PPP 项目进行双轨制管理的前提下，由发改部门和财政部门分别对特许经营类 PPP 项目和政府购买服务类 PPP 项目进行综合管理，并由各行业主管部门按项目所属行业进行分管。当然，为了避免重复审批、

多头管理的问题，联审联评机制也应以适当的形式在这种模式下得以应用。

### (二)项目实施

在项目实施层面，PPP 法应主要考虑以下几方面的问题：

#### 1. 项目的发起

在政府发起 PPP 项目之外，社会资本主动发起的形式应该成为可选项，甚至可以逐渐成为主流方式之一。为此，相关政府信息（如区域发展规划、相关基础数据等）公开、实施方案征集与评比、社会资本补偿等配套制度也应有所考虑。

#### 2. 社会资本的遴选

（1） 在适用法律上，不一定继续适用《招标投标法》和《政府采购法》，并为之做出各种打补丁的努力。建议另起炉灶，为建立一套专门适用于 PPP 项目投资人遴选的规则，在 PPP 法项下留出接口。

（2） 在遴选程序上，可以考虑参照近年来出台并行之有效的规范性文件，在 PPP 法中予以原则性规定。

（3） 在主体资格上，建议鼓励民营资本和外国资本的参与，同时兼顾国家安全和反垄断的相关考量。对于一直都是焦点的融资平台及项目所在地国企的参与资格及身份问题，则不建议在 PPP 法中进行专门规定。

#### 3. 项目公司的设立

需要明确 PPP 项目是否必须设立项目公司，并澄清政府方是否必须入股项目公司的问题。个人认为均非必须，同时应对现行相关法规及项目审批管理制度予以足够的尊重。

#### 4. PPP 合同

PPP 法应对 PPP 项目合同（包括特许经营类和政府购买服务类 PPP 项目合同）的性质、宗旨和原则予以简要描述，但无需在 PPP 法中对合同基本条款或要点予以罗列。

#### 5. 监督管理

PPP 法可以在这个部分体现公共利益优先、绩效考核、信息公开、全生命周期监管等基本理念。应该强调的是，对于适用于公共产品与服务供应的 PPP 模式而言，公共利益优先原则应当受到充分重视，甚至应当优先于“物有所值”，被列为 PPP 模式的核心要素。在很大程度上，公共利益优先原则其实是 PPP 项目各方权利、义务以及诸多合同惯例的合法性的重要来源，包括社会资本的遴选方式、政府方出资代表的金股权、项目公司的普遍服务义务、政府的监管权、介入权和终止后的接收权、信息公开等等。

### (三)法律责任及争议解决

#### 1. 法律责任

（1） 作为合同一方，政府和社会资本均应按 PPP 合同的规定承担违约责任。这里需要明确的，是 PPP 项目实施机构在 PPP 合同项下的违约责任，是不是应当由其授权方（即项目所在地的县级以上人民政府）兜底的问题。个人理解，作为授权方，县级以上人民政府应当对 PPP 项目实施机构的履约行为承担全部责任。

（2） 另一方面，PPP 项目各方又应依法承担行政及刑事责任。除非涉及双重或多重处罚，任何一方已在 PPP 合同项下承担违约责任，不得

使其与之相关的行政或刑事责任得以豁免。

**2. 争议解决**

在 PPP 项目中，政府作为合同方以及行政监管方的双重身份，必然导致 PPP 合同项下的特定争议具有行政争议的色彩，或直接被民事法院或仲裁庭拒绝受理（如近年来出现的特许经营协议争议被仲裁庭拒绝受理的情形）。对此，PPP 法需要发出清晰无误的信号，即有关 PPP 合同是否属于平等主体之间的民事合同，PPP 合同项下是否有特定争议需要通过行政诉讼的方式加以解决等问题，PPP 法均应给出明确的说法，给 PPP 项目参与各方一个稳定的预期。

当然，为项目实施的稳定性和可持续性计，PPP 法也可以考虑设定诉讼或仲裁的前置程序，包括专家调解、联席机构审查与裁定等，并强制适用。

**(四)配套保障**

从立法配套层面，个人认为 PPP 法应为成体系立法合理预留足够的接口。对于 PPP 法自身无法直接化解的 PPP 模式与现行法律法规之间的冲突，可以留待第二、第三层级的法律文件加以解决。

以下我们简单梳理一下 PPP 模式目前所面临的主要法律冲突：

**1. 与《招标投标法》及《政府采购法》的冲突**

（1） 社会资本的遴选程序（竞争性磋商方式在一定程度上缓解了冲突，但又有被滥用之嫌，且与特许经营相关法规存在矛盾）。

（2） 二次招标豁免。目前市场上普遍存在的竞争性磋商和二次招标豁免并行的操作存在违规风险。

（3） 对外国企业的限制。需要注意的是，《政府采购法》的相关规定并不构成对作为中国法人的外商投资企业的限制。对于这一点，部分地方政府和投资人存在错误认知，需要纠正。

（4） 政府购买服务。个人更加倾向于将政府购买服务的适用范围明确限定在“政府履职所需服务事项”，并取消其对公共服务事项的适用，以彻底解决政府购买服务与 PPP 之间的混淆和冲突。

**2. 与《行政许可法》、《行政诉讼法》、《合同法》、《仲裁法》的冲突**

（1） 特许经营权，以及 PPP 项目合同下政府方对项目公司的其他授权（不直接体现为特许经营）是否属于行政许可，或在某种程度上具备行政许可的性质，有待明确。个人认为，无论是从行政许可的定义和 PPP 的定位，还是从简政放权的政策导向来看，均不宜作此认定。

（2） PPP 项目合同/特许经营协议的合同性质，特别是特许经营协议是否可以适用《合同法》的一般规则，有待明确。个人认为可以明确界定为平等主体之间的民事合同，但政府部门（包括 PPP 项目实施机构）并不因此自动丧失其针对项目公司的法定行政权力。或者退而求其次，基于后法优于前法、特殊法优于一般法的原则，直接明确 PPP 项目合同/特许经营协议的特殊合同性质。

（3） PPP 项目合同/特许经营协议双方是否可以通过仲裁方式解决争议，有待明确。如果 PPP 项目合同/特许经营协议被界定为特殊性质的合同，则该等合同项下的争议不属于行政争议（法律明确列举的行政争议事项除外），双方可

以自行选择争议解决方式。仲裁庭或民事诉讼法院也应有权对该等合同项下的争议的性质依法加以裁定。

**3. 与土地管理法规的冲突**

（1） 土地的有偿使用原则与 PPP 项目的公共服务属性之间的关系，有待通过立法加以必要的协调。

（2） 项目用地的“招拍挂”流程与社会资本的遴选程序之间的有效衔接。

（3） 土地开发权益作为 PPP 项目收益来源的合法性问题。

值得注意的是，《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》（国办发[2015]42 号）（以下简称“**《国办发 42 号文》**”）已将“多种方式保障项目用地”作为政府提供的政策保障之一。其中规定，实行多样化土地供应，保障项目建设用地。对符合划拨用地目录的项目，可按划拨方式供地，划拨土地不得改变用地用途。建成的项目经依法批准可以抵押，土地使用权性质不变，待合同经营期满后，连同公共设施一并移交政府；实现抵押权后改变项目性质应该以有偿方式取得土地使用权的，应依法办理土地有偿使用手续。不符合划拨用地目录的项目，以租赁方式取得土地使用权的，租金收入参照土地出让收入纳入政府性基金预算管理。以作价出资或者入股方式取得土地使用权的，应当以市、县人民政府作为出资人，制定作价出资或者入股方案，经市、县人民政府批准后实施。

《国办发 42 号文》的上述精神，可以为 PPP 立法所借鉴。

**4. 与项目核准及审批制度的冲突**

（1） PPP 项目属于政府投资项目，还是企业投资项目？具体如何界定？这个问题关系到特定 PPP 项目走审批还是走核准程序，也关系到立项和报建主体，应该有一个明确的说法。

（2） 项目可研批复（或项目核准）与两个论证之间的关系。可以考虑通过部门联审机制解决，避免重复审批和多头管理的问题，同时防止“可批性研究”和“可通过论证”的弊端。

**5. 与国有资产管理法规的冲突**

（1） 政府方出资、国有资产转让和社会资本公开遴选程序的协调统一。

（2） 依据 PPP 项目合同/特许经营协议进行的股权回购、国有资产转让、项目公司移交股权或者项目设施等安排，应被视为符合国有资产管理的系列要求。

**6. 与预算法的冲突**

主要体现在政府方付费义务（包括最低需求量保障、可行性缺口补助和政府付费）与现行预算制度之间的矛盾。需要考虑解决的问题包括：

（1） 如何将政府付费额度合法纳入当期财政预算？

（2） 如何将长期付费义务有效纳入中长期财政规划，并确保列入年度预算？

（3） 如何从控制转移支付的角度增大地方政府违约成本，激发地方政府的契约精神。值得一提的是，近期网上流传的《PPP 项目财政管理办法(征求意见稿)》就提到，“上级财政部门应当督促下级财政部门严格履行 PPP 合同。没有及时足额向社会资本支付政府付费或者提供

补贴的，按照合同约定依法办理。经法院判决后仍不执行的，由上级财政直接从相关资金中代扣，并支付至项目公司或社会资本”，直截了当，相当给力。

#### 7. 与担保法、物权法、证券法的冲突

应明确允许基于特许经营权、PPP 项目收益权等进行的融资（质押贷款、项目收益债、资产证券化），并为专门的、可以实现风险隔离及破产隔离的特殊项目公司（SPV）立法留出接口。

## 二、适合通过法律解释、政策性规定和操作指引解决的问题

除了上述需要通过 PPP 法及其配套法规解决的问题之外，有些问题更加适合通过相关法律解释、政策或操作指引加以详细阐释与具体规范。以下我们择其要点予以简述。

### （一） 基本边界

#### 1. 基本原则与核心要素

PPP 的基本原则与核心要素，目前虽然已在一定范围内形成较大共识，但是更多属于口头的“政治正确”。在实操层面，各路玩家的理解和阐释其实多有差异，甚至大相径庭。以“伙伴关系”为例，共识到底有多大，甚至于有没有，个人以为在某些地域、某些行业还真的是个问题。因此，通过法律解释、政策和操作指引对 PPP 的原则、理念和要素进行详细阐述，以尽可能压缩曲解或误解的空间，还是很有必要的。

#### 2. 正面清单和负面清单

如前文述及，建议以指导目录的形式不定期地发布和更新 PPP 项目的正面清单和负面清单，明确区分不同类型的 PPP 项目，厘清特许经营类 PPP 与政府购买服务类 PPP，或是“传统基础设施”类 PPP 与“公共服务”类 PPP 之间的边界。

#### 3. 项目类型

对于 PPP 项目的常见类型（如 BOT、BOOT、BOO、TOT 等），可以考虑通过操作指引的形式予以归纳和总结，并对其各自边界、特性和要点进行阐释。

#### 4. 信息公开

对于 PPP 而言，信息公开应该是大势所趋。近年来，相关部委也在这方面多有着力，PPP 项目的信息公开制度和体系的建立已见曙光。

### （二） 项目发起和实施

#### 1. 项目发起和确认

在 PPP 项目的发起和确认方面，建议从项目落地指引的角度出发，重点考虑以下几方面的问题：

（1） 项目性质的划分标准，即明确哪一类项目属于政府投资，哪一类属于企业投资，具体的标准是什么？

（2） 可行性研究报告（适用于政府投资项目）和项目申请报告（适用于企业投资项目），与 PPP 项目实施方案、物有所值及财政承受能力两个论证的衔接。近日网上流传的《国家发展改革委关于切实做好传统基础设施领域政府和社会资本合作有关工作的通知》，提出“要将项目是否适用 PPP 模式的论证纳入项目可行性研究论证和决策……科学分析项目采用 PPP 模式的必要性和可行性，不断优化工程建设规模、建设内容、建设标准、技术方案及工程投

资等”，并要求建立“PPP 项目联审机制……从项目建设的必要性、合规性、规划衔接性、PPP 模式适用性、财务可负担性以及价格和收费的合理性等方面，对项目进行综合评估”。由此可以看出发改部门对于这个问题的基本思路。

对于相互衔接的可研报告或申请报告、实施方案及两个论证的框架与内容，也建议以操作指引的方式予以发布。

（3） 社会资本发起项目的流程及配套措施。

现有法规对此着墨不多，实操层面也无案例。个人认为，社会资本发起 PPP 项目主要需要考虑以下几个方面的问题：

(a) 社会资本的申请与建议。社会资本可以对 PPP 项目的开发和立项提出申请，并自行编制项目建议书，对项目的必要性、合规性及 PPP 模式相关可行性指标（如物有所值和财政可承受能力）进行初步分析，报 PPP 项目主管部门或联审机构评估与审定。

(b) 在上述项目建议书获得政府认可的前提下，社会资本可以继续深化相关研究，以提出可行性研究报告或项目申请报告，并报相关主管部门审批或核准。为与 PPP 模式相匹配，该等审核或核准可以仅针对项目本身，并先行发给 PPP 项目主管部门或实施机构，待今后 PPP 项目公司正式设立后自动承继。

(c) 在可研报告或项目申请获批之后，社会资本可以继续制定项目实施方案，以报 PPP 项目主管部门或联席机构（通过聘请第三方咨询机构）评估，并开展两个论证（如适用）。如果政府方认为有必要，也可以就项目实施方案进行公开征集和评比，并以最后确定的实施方案为基础，启动社会资本的竞争性遴选程序。

(d) 作为社会资本发起 PPP 项目的配套措施，除对传统立项及基本建设程序进行改革之外，政府方还需要向社会资本进行必要的基础信息及数据公开，并对社会资本因发起项目而承担的成本及费用予以合理的补偿。

**2. 实施机构、社会资本和项目公司**

对 PPP 项目的主要参与方（即实施机构、政府方出资代表（如有）、社会资本和项目公司等）的主体资格、角色定位、基本权责进行说明。诸如地方融资平台和当地国企参与 PPP 项目的问题（是否可以网开一面以及相关前提条件），社会资本需要具备的资质和能力问题（是否必须拥有项目建设和/或运营能力），社会资本对项目的责任范围的问题（是否仅限于对项目公司的出资），都需要有一个较为明确的说法。

**3. 合同体系**

对于 PPP 项目（或特许经营项目）的基本合同体系，应该说本来还是很清楚的，即以项目公司为主体签订的一系列合同（特许经营协议等），以及项目公司股东协议和章程。但是在《基础设施和公用事业特许经营管理办法》和《政府和社会资本合作模式操作指南》取消传统的“草签”安排（即由社会资本与项目实施机构签字确认相关合同条款与条件），并代之以社会资本与项目实施机构之间签署正式的“初步协议”或“项目合同”（以下统称“**初步协议**”）之后，很多不同的理解及做法开始出现。有认为“初步协议”和项目公司后续签署的 PPP 合同应当并行的，有认为“初步协议”在项目

公司后续签署的PPP合同生效之日即自动失效或解除的，也有人认为PPP合同就应由社会资本（而非项目公司）与项目实施机构签署并执行。个人观点，其中第一种理解有明显的BT遗风，应予明确摈弃；第二种理解符合既往惯例及现实需要，可以考虑和“草签”安排选择适用；第三种理解有一定的启发性，但与现实情况存在较大落差，一方面可能抑制投资杠杆的正常应用，另一方面也可能促使政府寻求社会资本与项目公司承担连带责任的安排，这对于PPP模式的推广应用可能形成阻碍效应。

#### 4. 收费与价格

PPP项目的收费及价格机制（特别是使用者付费项目），需要与目前的物价管理法规及制度安排相匹配，以期实现协商定价、依法调价及合理回报。

### （三） 监管

#### 1. 监管体系

对于PPP项目的监管（包括行政、行业及合同监管，以及社会公众监督），特别是全生命周期的监督和管理，现有的一些规定还是略显简单，需要根据PPP项目的分类，以及主管、分管部门的设立或职责划分来进一步细化，辅之以相应的监管标准，以期建立一套针对PPP项目的全方位的监管体系。

#### 2. 禁区

经过近两年的实践，PPP领域形成了一些所谓的“禁区”，例如“固定回报”、“明股实债”和“变相举债”等。但是对于禁区的具体边界，业内并无确切、统一的说法，以至于各种灰色操作屡禁不止，政策导向与市场偏好之间出现明显背离。

个人理解，上述“禁区”的划定意在防止社会资本可获固定回报的提前退出，以及与之相关的项目风险的不合理配置。但是需要正视的是，财务投资人目前参与PPP项目，受限于内部的风控审查，及其所携资金的基本诉求，通常都是不入虎穴不得虎子，所谓的“禁区”也是不得不进。

为了更加精准地划定禁区，并使其得到市场的实质响应，建议对“明股实债”一类的术语进行更为明晰的阐述，解析出其中违反PPP核心原则的基本要素，并对那些并不会影响到项目正常落地和执行的商业安排予以认可或放行，而不宜采取望文生义、一概封杀的政策。

### （四） 争议解决

可以考虑制定并强制适用诉讼或仲裁的前置程序。由PPP项目相关各方自行聘请第三方机构或专家对争议进行审理和裁定，或在PPP项目管理体系内增设部级、省级或行业协会性质的争议解决常设机构，以最大限度地降低争议解决成本及其可能给公共利益造成的损害。

## 三、适宜通过合同指南及示范文本解决的问题

有鉴于PPP模式的应用范围之广、项目类型之多、参与主体之多元、所涉专业领域之庞杂，个人对PPP项目合同指南及示范文本之类的文件所能发挥的作用，一直都持保留态度。不过从大方向上来讲，相关工作还是值得去做的，需要关注的，无非是如何去做，怎样做好的问题。

囿于文章篇幅，以下仅就PPP项目合同指南及示范文本理应覆盖的要点予以罗列，谨供业内探讨和参考之用。

1. PPP项目合同/特许经营协议的总体框架及合同范式。

2. PPP项目运作惯例及对应条款（如不可抗力、法

律变更、临时接管、一般补偿、提前终止补偿、移交、争议解决等）。

3. 适用于不同项目类型的条款（如付费、调价、绩效监测、保险等）。

4. 项目补贴机制及相关财务模型。

5. 适用于不同行业、不同项目类型的绩效考核指标体系及方式。

6. 适用于不同领域的其它特殊规定。

刘世坚　合伙人　电话：86 010 8519 1289　　邮箱地址：liushj@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。