

基础设施法律热点问题

PPP 超重磅——“国办发 42 号文”评述

2015 年 5 月 22 日，国务院办公厅向各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构转发财政部、国家发展改革委、中国人民银行《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》（国办发[2015]42 号）（下称“《国办发 42 号文》”），全文共六条二十五款内容，是继《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》（下称“《国发 60 号文》”）专章论述政府和社会资本合作模式（下称“PPP 模式”）以来，国内首次从国务院层面，以转发部委行文件的形式，为 PPP 模式的重大意义背书，为其核心理念及原则定调，为其在公共产品与服务领域的全面推广与落地鼓与呼！对于一个长期以来仅为特定领域、特定行业、特定机构所熟知的项目发展模式而言，《国办发 42 号文》所赋予 PPP 模式的，不仅仅是高规格的聚焦与关注，更是对 PPP 模式在“犀利新政”当中所能发挥的关键作用的要求与期待。

以下，本文拟结合自 2014 年启动的 PPP 大潮的若干特点，对《国办发 42 号文》展开评述，以期更好地理解这一文件的重要意义及其对当前 PPP 模式实施的深刻影响。

一、PPP (Public-Private-Partnership) 实质上应被理解为 PPPP-PP (Public-Private-Partnership-Provision-Politics-People)

借用清华大学王守清教授提出的观点（PPP 还应考虑公众和政治两方面的因素），笔者认为，中国式 PPP 不应仅限于表面的公私合作，还应在 PPP 项目的全生命周期当中重点关注公共产品或服务的实际供给情况（Provision，即绩效评价与考核），并赋予产品或服务的受众（People）以充分的知情权，在政治因素（Politics，包含国家治理现代化、投融资机制改革、重大利益协调等）合理可控的前提下，最大程度地确保社会大众（People）的利益与福祉。

比此前的《国发 60 号文》更进一步，《国办发 42 号文》在以下几个方面充分体现了国务院及相关主管部门行目前所持有“PPPP-PP”的理念和原则：

1、Public-Private-Partnership（“政企合作，风险共担、合理回报”）

自 2014 年以来，尽管财政部、国家发展改革委及各地政府分别就 PPP 模式颁布大量文件，而且在某些领域存在分歧，但难能可贵的是，各方在 PPP 核心价值观方面已经基本达成共识，即“政企合作、风险共担、合理回报”。《国办发 42 号文》对此给予了十分明确的背书：

- 政府和社会资本“双方按照平等协商原则订立合同，明确责权利关系，由社会资本提供公共服务，政府依据公共服务绩效评价结果向社会

资本支付相应对价，保证社会资本获得**合理收益**”——平等协商、合理收益。

- “重诺履约。政府和社会资本**法律地位平等、权利义务对等**，必须树立**契约理念**，坚持**平等协商、互利互惠、诚实守信、严格履约**”——法律地位平等、契约理念、互利互惠。
- “合理确定合作双方的权利与义务。树立**平等协商**的理念，按照**权责对等**原则**合理分配项目风险**，按照**激励相容**原则科学设计合同条款，明确项目的产出说明和绩效要求、**收益回报机制**、退出安排、应急和临时接管预案等关键环节，实现**责权利对等**。引入价格和补贴动态调整机制，充分考虑**社会资本获得合理收益**……建立投资、补贴与价格的协同机制，为**社会资本获得合理回报创造条件**”——风险共担、合理回报。

以上内容虽然令人鼓舞，但随之而来的一个不容回避的问题，就是新近出炉的《行政诉讼法》以及《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》中对特许经营协议的性质及相关争议解决路径的规定，我们在使用特许经营模式的 PPP 项目当中到底应该如何应对呢？对于法律地位平等的两方主体经过平等协商订立的合同，是不是就因为其中涉及特许经营，双方就不能通过民事诉讼或仲裁机制解决合同争议呢？对这样一个业内热点问题，国家发展改革委最近颁布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（下称“《**特许经营管理办法**》”）采取了回避的姿态，但 PPP 项目的当事人，特别是社会资本一方却无法对此视若无睹。在当前法规及项目实践的现状之下，我们只能期待有关部门能够听到《国办发 42 号文》“着力解决政府和社会资本合作项目运作与现行法律之间的衔接协调问题”的呼吁，并着手解决这一困扰业界十余年之久的法律难题。

2、Provision（有效供给、绩效评价）& People（公众监督）

此前在市政公用事业行业广泛推行的特许经营制度，以及相应的 BOT、TOT 等项目模式，因其重融资、轻监管的倾向而广受诟病。而《国办发 42 号文》即在本轮 PPP 所看重的全生命周期的绩效评价与监管、以及公众知情和监督方面着墨甚多：

- “政府依据公共服务**绩效评价结果**向社会资本支付相应对价”——绩效评价对应服务对价。
- “政府作为监督者和合作者，减少对微观事务的直接参与，加强发展战略制定、社会管理、**市场监管、绩效考核**等职责”——政府是监督者和合作者，承担市场监管和绩效考核的职责。
- “政府以运营补贴等作为社会资本提供公共服务的对价，以绩效评价结果作为对价支付依据”——绩效评价对应服务对价。
- “公开透明。实行阳光化运作，依法充分披露政府和社会资本合作项目重要信息，保障**公众知情权**，对参与各方形成有效监督和约束”——公众的知情权与监督权。
- “建立政府、公众共同参与的综合性评价体系，建立事前设定**绩效目标**、事中进行**绩效跟踪**、事后进行**绩效评价**的**全生命周期绩效管理**机制，将政府付费、使用者付费与**绩效评价**挂钩，并将**绩效评价结果**作为调价的重要依据，确保实现公共利益最大化。依法充分披露项目实施相关信息，切实保障公众知情权，接受社会监督”——绩效目标、绩效跟踪、绩效评价构成 PPP 项目全生命周期的绩效管理机制。
- “依据项目运行情况和**绩效评价结果**，健全公共服务价格调整机制，完善政府价格决策听证制度，广泛听取社会资本、公众和有关部门意见，确保定价调价的科学性。及时披露项目运行过程中的成本变化、公共服务质量等信息，提高定价调价的透明度”——绩效评价需要集思广益、公开透明，为科学的定价和调价提供依据。

- “保障公共服务持续有效。按照合同约定，对项目建设情况和公共服务质量进行验收，逾期未完成或不符合标准的，社会资本要限期完工或整改，并采取补救措施或赔偿损失……项目资产移交时，要对移交资产进行性能测试、资产评估和登记入账，并按照国家统一的会计制度进行核算，在政府财务报告中进行反映和管理”——对服务质量、可持续性和资产移交作出明确要求。

除上文外，《国办发 42 号文》还有多处提及“绩效”二字，总共竟有十余次之多，其对 PPP 项目的产出质量的重视由此可见一斑！结合此前财政部、国家发展改革委、各省市市政府已经出台的 PPP 相关规定，绩效评价与考核在 PPP 项目当中的重要位置已经不容置疑。不夸张地讲，PPP 项目里的绩效评价已经成为政府方手中的一把利剑，在 PPP 项目的全生命周期当中如影随形，并直接关系到项目对价、付费和调价等重大边界条件的落实及调整。对于绩效评价所可能带来的重大实质性影响，PPP 项目相关各方不可不察！！

3、Politics（国家治理现代化、投融资机制改革、重大利益协调等）& People（公众利益）

《国办发 42 号文》从《国发 60 号文》手中接棒，继续强调投融资机制改革，并明确提及国家治理体系与能力的现代化，将推广 PPP 模式的意义上升到“稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险”的战略高度：

- “加快转变政府职能，实现政企分开、政事分开……有助于解决政府职能错位、越位和缺位的问题，深化投融资机制改革，推进国家治理体系和治理能力现代化”——转变政府职能，深化投融资机制改革，推进国家治理现代化。
- “在当代人和后代人之间公平地分担公共资金投入，符合代际公平原则”——放眼长远，体现对公众利益的长期关注。
- “改革创新公共服务供给机制和投入方式，发

挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，引导和鼓励社会资本积极参与公共服务供给，为人民群众提供优质高效的公共服务”——倡导机制改革与创新，强调市场的决定性作用，要求政府引导和鼓励 PPP 模式在公共服务领域的应用，实现对社会受众的优质高效的供给。

- “公众受益。加强政府监管，将政府的政策目标、社会目标和社会资本的运营效率、技术进步有机结合，促进社会资本竞争和创新，确保公共利益最大化”——实现政策目标、社会目标和社会资本的运营效率之间有机结合，确保公共利益最大化。
- “行业主管部门根据经济社会发展规划及专项规划发起政府和社会资本合作项目，社会资本也可根据当地经济社会发展需求建议发起。行业主管部门应制定不同领域的行业技术标准、公共产品或服务技术规范，加强对公共服务质量和价格的监管”——政府和社会资本均可主动发起 PPP 项目，但政府应是标准和规范的制定者，以加强监管，保证产出质量。
- “完善法律法规体系。推进相关立法，填补政府和社会资本合作领域立法空白，着力解决政府和社会资本合作项目运作与现行法律之间的衔接协调问题”——填补立法空白，解决法律冲突。
- “简化项目审核流程。进一步减少审批环节，建立项目实施方案联评联审机制，提高审查工作效率。项目合同签署后，可并行办理必要的审批手续，有关部门要简化办理手续，优化办理程序，主动加强服务，对实施方案中已经明确的内容不再作实质性审查”——显示出切实降低 PPP 项目审批风险的诚意。
- “国务院各有关部门要按照职能分工，负责相关领域具体工作，加强对地方推广政府和社会资本合作模式的指导和监督。财政部要会同有

关部门，加强政策沟通协调和信息交流，完善体制机制……行业主管部门，要结合本行业特点，积极运用政府和社会资本合作模式提供公共服务，探索完善相关监管制度体系。地方各级人民政府要结合已有规划和各地实际，出台具体政策措施并抓好落实”——财政部、行业主管部门和地方政府需要扮演的角色。

- “财政部要强化统筹协调，会同有关部门对本意见落实情况进行督促检查和跟踪分析，重大事项及时向国务院报告”——财政部的统筹与协调，是权力，也是责任。

从本届政府的改革路线图来看，《国办发 42 号文》既是对《国发 60 号文》的接力，也是对包括《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》（下称“《国发 43 号文》”）、《国务院办公厅转发财政部人民银行银监会关于妥善解决地方政府融资平台公司在建项目后续融资问题意见的通知》（下称“《国办发 40 号文》”）、《特许经营管理办法》、《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》、《财政部关于政府和社会资本合作示范项目实施有关问题的通知》、《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》等一系列 PPP 相关文件的协调、梳理和纠偏，并站在党中央和国务院的高度，要求各地各部门统一认识、思想和行动，不是国发文件，胜似国发文件。

二、政府的“三破”和社会资本的“三怕”

从国务院、相关部委行会及各地政府已经推出的 PPP 相关法规政策来看，在 PPP 模式之下，政府方志在“三破”——破题、破局、破四旧，而社会资本却有“三怕”——怕陷阱、怕违约、怕反复。对于这“三破三怕”，《国办发 42 号文》似乎也心领神会，并已有所安排。

1、破题——新一轮改革破题

本届政府的工作可谓千头万绪，单就内政而言，比较显著的焦点有两个，一是化解地方债风险，二是改革投融资机制。在对包括《国办发 42 号文》

在内的 PPP 系列文件进行解析时，需要聚焦于此，方能切中主题。

- “在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式，是转变政府职能、激发市场活力、打造经济新增长点的重要改革举措。围绕增加公共产品和公共服务供给，在能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域，广泛采用政府和社会资本合作模式，对统筹做好稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险工作具有战略意义”——国家对 PPP 模式广开门户、并赋予其最高战略高度，PPP 的“准国策”地位呼之欲出。
- “为打造大众创业、万众创新和增加公共产品、公共服务“双引擎”，让广大人民群众享受到优质高效的公共服务，在改善民生中培育经济增长新动力……”——开宗明义，将 PPP 模式界定经济增长的新动力。以目前的形势而言，对外需要“一带一路”，对内就看政府与社会资本合作。
- “充分认识推广政府和社会资本合作模式的重大意义”——PPP 模式是重大创新，可为投融资机制改革及国家治理体系和能力的现代化提供助力；可以打破行业准入限制，为经济增长提供动力；可以提高财政资金使用效益，防范和化解政府性债务风险。PPP 模式的推广与落地实为国之大事。

综上所述，文件名为《国务院关于加强重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》的《国发 60 号文》虽然只为 PPP 模式列出一个章节，但其通篇文字几乎都与 PPP 模式相关¹。《国办发 42 号文》是《国发 60 号文》的接力棒，也是 PPP 模式上升至准国策高度的点题之作。

2、破局（打破旧的增长方式和利益格局）与破四

¹ 如需进一步了解《国发 60 号文》的内容，可另行参见本文作者发表于 2014 年 11 月的《“国务院关于加强重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见”简评》一文。

旧（旧思维、旧模式、旧规则、旧玩家）

为了打破旧的经济增长方式，化解地方债务风险，以《国发 43 号文》为代表的政策性文件采取了收的办法，封堵“土地财政”和“地方平台融资”，效果显著但后续问题不少。在《国办发 40 号文》尝试为地方政府融资平台公司在建项目后续融资问题临时松绑之后，《国办发 42 号文》跳出了“头疼医头、脚疼医脚”的政策模式，从制度建设、项目实施、政策保障和组织实施等四个方面提出若干颇具新意的举措，决意破除在经济发展和政府治理层面的旧思维、旧模式和旧规则，借社会资本与公众之力，打破旧有玩家的旧有利益链条，启动“公共产品、公共服务双引擎”，以期打造“大众创业、万众创新”的崭新局面。

- “进一步完善操作指南，规范项目识别、准备、采购、执行、移交各环节操作流程，明确操作要求，指导社会资本参与实施。制定合同指南，推动共性问题处理方式标准化。制定分行业、分领域的标准化合同文本，提高合同编制效率和谈判效率。按照预算法、合同法、政府采购法及其实施条例、《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》（国办发〔2013〕96 号）等要求，建立完善管理细则，规范选择合作伙伴的程序和方法，维护国家利益、社会公共利益和社会资本的合法权益”——全盘采纳财政系统有关 PPP 模式的话语体系，引入新的游戏规则。
- “针对政府付费、使用者付费、可行性缺口补助等不同支付机制，将项目涉及的运营补贴、经营收费权和其他支付对价等，按照国家统一的会计制度进行核算，纳入年度预算、中期财政规划，在政府财务报告中进行反映和管理，并向本级人大或其常委会报告”——付费的重要保障，政府履约能力的来源，有望在一定程度上纾解社会资本普遍存在的疑虑，即担心投资陷阱、害怕政府违约。
- “广泛采用政府和社会资本合作模式提供公共

服务。在能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域，鼓励采用政府和社会资本合作模式，吸引社会资本参与。其中，在能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等特定领域需要实施特许经营的，按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行”——在广开门户的同时厘清边界。基础设施和公用事业特许经营项目被清晰界定为 PPP 模式的组成部分之一，二者不可混为一谈。

- “将融资平台公司存量公共服务项目转型为政府和社会资本合作项目，引入社会资本参与改造和运营，在征得债权人同意的前提下，将政府性债务转换为非政府性债务，减轻地方政府的债务压力，腾出资金用于重点民生项目建设。大力推动融资平台公司与政府脱钩，进行市场化改制，健全完善公司治理结构，对已经建立现代企业制度、实现市场化运营的，在其承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的前提下，可作为社会资本参与当地政府和社会资本合作项目，通过与政府签订合同方式，明确责权利关系。严禁融资平台公司通过保底承诺等方式参与政府和社会资本合作项目，进行变相融资”——有条件地修改了财政部之前对“社会资本”的定义，给地方融资平台指明生路。可以视为对《国发 43 号文》的放水，短期可能加剧地方政府与国有资本之间的结盟，对 PPP 模式的长期健康发展未必有益，甚至可能使相关改革出现社会资本所担心的“反复”。
- “提高新建项目决策的科学性。地方政府根据当地经济社会发展需要，结合财政收支平衡状况，统筹论证新建项目的经济效益和社会效益，并进行财政承受能力论证，保证决策质量。根据项目实施周期、收费定价机制、投资收益水平、风险分配基本框架和所需要的政府投入等

因素，合理选择建设—运营—移交（BOT）、建设—拥有一运营（BOO）等运作方式”——提及财政承受能力论证，但未提及物有所值论证。明确提及 BOO 模式，有利于破解某些地方政府官员对 BOT 模式的盲目推崇和对“期满后无偿移交”安排的迷信。

- “简化项目审核流程。进一步减少审批环节，建立项目实施方案联评联审机制……对实施方案中已经明确的内容不再作实质性审查”——认可国家发展改革委提出的联审机制，降低社会资本在 PPP 项目中所普遍面临的重复审查风险。
- “多种方式保障项目用地……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”——在土地资源配置方面没有进一步的政策突破。《特许经营管理办法》的联合签发部门中不包括国土资源部，就已经说明土地政策获得突破的可能性暂时还比较小。
- “中央财政出资引导设立中国政府和社会资本合作融资支持基金，作为社会资本方参与项目，提高项目融资的可获得性。探索通过以奖代补等措施，引导和鼓励地方融资平台存量项目转型为政府和社会资本合作项目。落实和完善国家支持公共服务事业的税收优惠政策，公共服务项目采取政府和社会资本合作模式的，可按规定享受相关税收优惠政策。鼓励地方政府在承担有限损失的前提下，与具有投资管理经验的金融机构共同发起设立基金，并通过引入结构化设计，吸引更多社会资本参与”——有新意，具体措施有待观察，特别是税收优惠政策，可以与当年吸引外商投资的财税政策力度做比较分析。
- “鼓励开发性金融机构发挥中长期贷款优势，参与改造政府和社会资本合作项目，引导商业性金融机构拓宽项目融资渠道。鼓励符合条件

的项目运营主体在资本市场通过发行公司债券、企业债券、中期票据、定向票据等市场化方式进行融资。鼓励项目公司发行项目收益债券、项目收益票据、资产支持票据等。鼓励社保资金和保险资金按照市场化原则，创新运用债权投资计划、股权投资计划、项目资产支持计划等多种方式参与项目。对符合条件的“走出去”项目，鼓励政策性金融机构给予中长期信贷支持。依托各类产权、股权交易市场，为社会资本提供多元化、规范化、市场化的退出渠道”——鼓励资本市场、开发性、政策性金融机构与 PPP 模式的全面对接。而这样一种对接一旦成功，则 PPP 模式的生命力将大为增强，创新的空间也将得到极大拓展。社会资本所担心的政策性“反复”的风险也会因此而大幅减低。

- “加强组织领导”、“加强人才培养”、“搭建信息平台”——从组织层面理顺关系，并为 PPP 模式的长期推行准备人才及信息平台，在一定程度上显示出较为长远的考量。

三、PPP 的总体特征及《国办发 42 号文》的响应小结

根据笔者对本轮 PPP 大潮的总体观察，截至目前，PPP 模式在中国所呈现的特征可以总结为“财政主导、减债先行、广开门户、各取所需、物有所值、量入为出、风险共担、利益共享、绩效监测、善始善终”。《国办发 42 号文》由财政部牵头，与国家发展改革委、人民银行共同制定，在持续关注政府性债务风险化解的同时，对 2014 年下半年以来的国务院文件、各大部委行会及地方政府的 PPP 相关政策法规进行了一次全面的总结。在《国发 60 号文》的基础之上，《国办发 42 号文》正式向 PPP 模式打开“能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域”的大门，鼓励地方政府、社会资本、地方融资性平台、资本市场、金融机构、社会公众等诸多主体从不同角度广泛参

与 PPP 项目，并强调在财政能力可承受的前提下，以政企合作、平等协商、风险共担、利益共享为核心理念，通过“事前设定绩效目标、事中进行绩效跟踪、事后进行绩效评价的全生命周期绩效管理机制”，以期实现公共产品和服务的优质、高效、持续供给。

抛开 PPP 的具体特征不谈，《国办发 42 号文》对 PPP 模式的全面肯定，对其赋予的高度期望，以

及为此在政策保障、组织安排、部门利益协调方面做出的努力，都充分显示出 PPP 模式当仁不让的“准国策”地位，较之前的吸引外商投资、国有企业改革等重大政策的地位有过之而无不及。后续需要保持观察的，是《国办发 42 号文》中述及的立法、财税、土地、金融、预算等方面工作的落实情况，以及 PPP 项目的各方玩家对此重磅文件作出的反应。

刘世坚 合伙人 电话：86 10 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”。

