

君合专题研究报告



2016年5月23日

PPP 的边界与特征刍议

PPP 这个名词从冷到热，再到火遍神州，也不过是两年左右的时间。和 2014 年相比，与此事相关或被相关的人们，对 PPP 的认识普遍要成熟很多。不过真要细究起来，又有几人能够真正说清 PPP 的边界与特征？PPP 和国内已有二十余年实践的特许经营之间，究竟有何异同？这些问题不搞清楚，无论是继续高歌猛进，还是重启顶层设计，恐怕都会在一定程度上受到困扰，甚至于陷入窘境。

前几日受邀参加亚行组织的特许经营立法研究报告评议会，并就“特许经营和 PPP 的项目识别”发表专题陈述。其中有部分观点已基本涵盖于[《真伪 PPP 之再思考》](#)一文，另外一部分就是有关 PPP 项目边界与特征的，现小结成文，算是抛砖引玉。

一、项目性质

区别于一般项目，PPP 项目应仅限于提供公共或准公共产品或服务，包括业内比较熟悉的基础设施及公用事业领域内的单体项目（如地铁、供水、燃气、污水处理、垃圾焚烧发电等），也有近年出现的一些跨界、综合类项目，比如片区开发、流域治理、智慧城市、海绵城市、医疗卫生、养老服务、教育培训等。而那些纯商业的，完全可由市场自行解决和规范的项目，则不宜套用

PPP 模式。

前建设部的 126 号令¹、财政部的 113 号文²、国家发改委的 2724 号文³及六部委的 25 号令⁴曾就特许经营项目、PPP 项目的范围做过表述，但与目前国内 PPP 模式的适用范围存在较大差距。下一步如就特许经营或 PPP 立法，相关项目的性质和范围必然是一个不容回避的问题。根据现在能够看到的有关征求意见稿的内容，国家发改委牵头制定的《基础设施和公用事业特许经营暂行条例》与财政部牵头制定的《政府和社会资本合作法》仍然就此采取正面表述的方式，即明确项目性质（公共产品和服务），列举行业范围（后者相对较广）。

基于近年来的市场及项目实践情况，建议考

¹《市政公用事业特许经营管理办法》第二条，城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业，依法实施特许经营的，适用本办法。

²《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》财金[2014]113 号，第六条 投资规模较大、需求长期稳定、价格调整机制灵活、市场化程度较高的基础设施及公共服务类项目，适宜采用政府和社会资本合作模式。

³《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》[发改投资(2014) 2724 号]第三条，PPP 模式主要适用于政府负有提供责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目。燃气、供电、供水、供热、污水及垃圾处理等市政设施，公路、铁路、机场、城市轨道交通等交通设施，医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目，以及水利、资源环境和生态保护等项目均可推行 PPP 模式。各地的新建市政工程以及新型城镇化试点项目，应优先考虑采用 PPP 模式建设。

⁴《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第二条 中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动，适用本办法。

考虑将 PPP 项目性质从公共产品和服务扩展至准公共产品和服务（如养老、旅游、文体、教育、培训等），并采取负面清单的方式，有条件地排除一些不适宜 PPP 模式的公共及准公共项目（如国防、国安、涉密工程和项目），以及前文述及的纯商业项目。当然，正面清单的处理方式也不是不能考虑，但个人认为存在增加后续立法工作量的可能，或者因为边界太过模糊而失去实际意义。

二、市场准入

在市场准入方面，PPP 项目也有以下几个比较独特的问题需要考虑。

第一，是不是所有的 PPP 项目都需要设置特许权或特许经营权？个人认为答案是否定的。至于什么项目需要特许，什么项目不需要，则可以根据具体行业及项目的公共性，并结合若干年以来的特许经营项目实践加以确定。

第二，是不是所有的 PPP 项目都需要通过政府采购的方式选择投资人？个人认为答案也应该是否定的，但是目前的政策和市场在这方面有合规难题，需要通过立法加以解决，并籍此机会对公开招标、竞争性谈判和竞争性磋商等主要遴选方式予以完善。

第三，政府承受能力论证和物有所值论证（可视为“PPP 项目可研”），与工程可行性研究（下称“工可研”）之间的关系是什么？具体如何处理？

最后这个问题比较重要，而且业内多有歧见，这里就多罗嗦几句。个人认为大致可从五个角度予以考虑：

其一、按现行的项目审批体系，PPP 项目可研走财政，工可研走发改部门，归口是不一样的。

其二、按照财政部的话语体系，PPP 项目可研更多考虑项目资金和实施主体来源不同的情况下的比较分析，以及地方财政对单个及整体 PPP 项目的承受能力，而工可研则更偏重项目本身的可行性，偏重工程。

其三、从某种程度上，PPP 项目可研是假定项目本身可行，但要看是否优于政府投资，以及财政是否可以负担。而工可研则需要证明项目本身可行。换言之，如果工可研通不过，PPP 项目可研就无从谈起。

其四、存量项目不涉及工可研。

其五、PPP 项目可研与工可研均可进一步完善和优化，并从法律和审批层面予以统合（可以称为“PPP 整体可研”）。那种为了省事，先做 PPP 项目可研，通过之后再由 PPP 项目公司去做工可研的安排，逻辑上存在问题，合规层面也是有瑕疵的。

总之，PPP 项目的可行性研究体系，无需违反现有的可研审批制度，但也应结合“两个论证”的实践情况，大胆创新，跳脱旧有思维和既得利益的束缚，真正走出“可批性研究”和“论证流于形式”的怪圈，扎扎实实地为公共利益看好门、把好关。

三、操作模式

在 PPP 项目的操作模式方面，个人认为关注的焦点不在运营或经营环节，也不在于所谓的全生命周期，而在于相关模式是否能够具备 PPP 的

基本内涵，并且能够在满足 PPP 整体可研要求的前提下，实现社会资本有效供给公共或准公共产品和服务的目的。如是，那么这种模式即可归于 PPP 范畴以内，而不宜固步自封、画地为牢。

在具体模式划分上，个人比较推崇国家发改委 2724 号文的分法：“经营性、准经营性和非经营性”。但是这种分法也有缺憾，一是没有和项目的具体付费模式（政府付费、使用者付费或二者兼有）挂钩考虑，二是仍然执着于“经营”的概念，而将 BT 等不含经营环节的政企合作模式排除在外。当然，一直有人认为 BT 就是工程，是融资加 EPC，顶多算政府采购建造服务，而非真正意义上的政企合作。此处不就此展开讨论。

另外，对于不同的 PPP 项目操作模式，特别是一些具有代表性的模式（如 BOT、TOT、BOOT），也应考虑逐步制定相关标准及实施准则，这对于各类 PPP 项目模式后续的规范与发展都是非常必要的，技术上应该也是可行的。

四、交易架构与协议内容

在交易架构与协议内容方面，国内现有的 PPP 项目与特许经营项目并无太大区别，过去二十多年的特许经营项目实践在这方面打下的基础还是比较扎实的，也是可用的。从国家发改委与财政部各自制定的相关合同指南来看，基本也是如此。

在后续立法方面，个人认为需要考虑以下几方面的问题：

第一，目前对于 PPP 已经达成的共识或准共识，是否需要调整？如何调整？这些共识，个人理解包括“伙伴关系、风险分担、收益共享、公

共利益优先、政府兜底、回报合理”等等。如果某些共识确有调整必要，则相关交易架构及协议内容都会受到影响。

第二，项目交易主体如何甄别？具体而言，PPP 项目的实施机构可否是当地国企？当地国企又可否作为社会资本参与本地 PPP 项目投资？在这个问题上，不仅是发改部门和财政部门之间存在意见分歧，地方政府、地方国企和投资人也有各自的逻辑和盘算。

第三，项目主协议的整体框架及核心内容。建议在现有的规章、规范性文件及合同指南的基础上更进一步，把市场上已经广泛接受的 PPP 项目合同基本要素（如提前终止补偿原则）予以更加精准的提炼，并上升到法律层面，以便更好地消除这种不必要的不确定性，降低相关交易成本，促使地方政府以更加平和的姿势和心态参与 PPP 项目。

五、权力平衡与利益协调

区别于单一行业或领域内的普通项目，PPP 项目在综合协调方面遇到的问题通常会比较多，而且其中颇有一些长期得不到解决，相关风险被迫处于敞口状态。主要表现如下：

第一，如前文所述，PPP 项目（增量类）在立项审批环节至少需要通过工可研和 PPP 项目可研两道关卡。而且，在 PPP 项目的发起、准备、审批和实施方面，发改部门和财政部门两个系统还分别制定了完全并行的两套工作机制。简言之，国家发改委提出了 PPP 项目储备和遴选两个环节，并要求各省区市发改委建立 PPP 项目库。财政部则提出 PPP 项目识别、准备、采购、执行和

移交等五个阶段，并据此制定了一整套工作机制与流程。地方政府就这样被搞糊涂了，在 2014 年底、2015 年初那段时间里大多处于茫然状态，只有少数地市（如南昌）主动统一规则，协调解决“发财并联”问题。绝大部分省市，还都是等到财政部后续推出若干 PPP 项目相关实施细则之后，才陆陆续续跟进。大多由当地财政部门牵头实施，财政部在这个领域里的话语体系也随之逐步确立，并延续至今。

第二，PPP 项目的实施主体，一般是社会资本自行或与政府出资方合资设立的项目公司。而受限于传统的项目审批流程，PPP 项目在项目公司设立之前即需由政府方或其下属机构（作为拟定项目实施主体）完成一系列项目审批手续，否则该项目就无法开展社会资本遴选程序。等到项目公司设立之后，因为项目实施主体发生变更，重复审批的问题就不可避免地暴露出来。对于此类风险，由于涉及 PPP 项目特点与现有法规框架之间的冲突，地方政府（具体到 PPP 项目实施机构）通常采取回避状态，最多同意积极协调解决。项目公司的股东再有实力（央企国企），也可能受困于特定公章之可望而不可及，无奈何之。

第三，PPP 项目的后续监管，实践当中常常处于两个极端。要么是多头管理，一错数罚（行政处罚与合同违约处罚同时适用），甚至是无错也罚（例如污水处理项目中的进水水质超标导致的出水水质不达标），项目公司躺枪。要么是考核责任和标准不到位，监管长期缺席，项目受众躺枪。

第四，在很大程度上，PPP 项目的可持续性取决于政府一方的履约能力和意愿。如何使得政府方的履约成本下降，而违约成本上升，无疑是

PPP 立法及制度建设层面需要重点考虑的问题之一。这基本上也属于一个权力平衡与利益协调的问题。

综上，在权力平衡与利益协调方面，PPP 项目明显比一般项目更具挑战。而其根本原因，就在于现有的法律框架，以及该等框架之下的项目审批、执行、监管和回报制度，或多或少都与 PPP 项目的自身特质存在气场不合的问题。而要想比较彻底地化解这个老大难，修修补补式的部门或地方性规定已不堪重任，国发文件式的政策引导也鞭长莫及，真正的顶层设计、高位阶的立法才是王道！

六、行政权力与合同权利的竞合

与单纯的行政许可或民商事合同不一样，PPP 项目合同或特许经营协议更像是一个“行政-民商关系复合体”。尽管最高人民法院在 2015 年的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中将“政府特许经营协议”明确界定为“行政协议”，但这并未解决长期以来业内有关特许经营协议及 PPP 合同性质的困惑，反而引发诸多争议和分歧。

在 PPP 项目合同，特别是特许经营协议项下，直接涉及政府对项目公司的特定授权或权利让渡，以及相关公共产品或服务的供给义务的转移。据此，项目公司获得特定项目的准入（通常具有排他性），并按其与政府方的约定实施该项目，取得相应的投资回报。在这样一种合同关系当中，政府一方面是项目合同主体，依约享有相关合同权利，并需履行相关合同义务。另一方面，各个政府部门（包括但不限于 PPP 项目实施机构）也并不因此自动丧失其针对 PPP 项目公司的法定行

政权力。这里就存在一个行政权力与合同权利的竞合。

对于直接与项目公司签订 PPP 项目合同或特许经营协议的政府机构（如与地铁项目公司签署特许经营协议的交通委）而言，它应有义务协调相关合同权利与其法定行政权力之间的关系，既要防范因前者不合理的扩张而压缩后者的法定空间，并进而导致公共利益受损；也要注意对二者交叉或叠加的范围予以合理控制，以免项目公司的合同权利被政府方（不限于实施机构）的行政权力所架空，甚至还无法就此获得合理的补偿。

对于上述竞合关系，及其对 PPP 项目微妙而复杂的影响，很多 PPP 项目的参与方（特别是地方政府）并未予以充分重视，更没有在合同架构当中设置必要的减震阀或缓冲器（例如避免双重处罚、征收征用的补偿、临时接管的范围及程序等），以至于合同各方、项目公司与第三方行政机关之间的龃龉不断，难以调和或调和成本过高，最终导致整个交易结构的失衡或解体。

从维持 PPP 项目基本平衡的角度出发，个人建议在法律层面对上述竞合关系予以原则性阐述，并向保护社会资本合法权益的角度适度倾斜。当然，前提是相关公共利益不会因此受到实质损害。

七、争议解决

如前文所述，最高院司法解释将“政府特许经营协议”明确界定为“行政协议”，并确定法院应当受理当事人就“政府特许经营协议”提起的行政诉讼。尽管该司法解释同时也有意引入民事法律审理行政合同纠纷，并且也没有强行规定

所有与“政府特许经营协议”有关的争议均应通过行政诉讼予以解决（事实上，最高院在 2015 年 10 月的一个相关案例（“新陵公司诉辉县市政府案”）的判决中，还认定政府特许经营协议具有明显的民商事法律关系性质，应当定性为民商事合同，不属于行政诉讼法修订及司法解释中的行政协议范畴），但是这一司法解释以及行诉法的相关内容，已在业内引发极大争议，并已直接导致一些仲裁机构和民事法庭开始拒绝受理特许经营协议项下的争议，而无论该等协议如何约定争议解决方式。为此，目前也有一些 PPP 项目同时安排签署特许经营协议与 PPP 项目合作协议，以最大限度地规避行政诉讼程序的适用。

必须承认，将特许经营协议视同行政协议，将特许经营协议项下的争议视同行政争议，这和《行政许可法》及《行政诉讼法》的相关规定⁵还是蛮搭的，但是它们搭了，特许经营项目及其投资人就比较麻烦了。对于特许经营协议这样一个“行政-民商关系复合体”而言，争议解决方式的选择不仅牵涉到司法公正的问题，还有争议解决的效率、质量和成本的问题。窃以为，与民事诉讼和仲裁相比，行政诉讼在特许经营协议争议解决方面并无优势，也不见得就能更好地维护公共利益。但对于社会资本参与 PPP 项目的吓阻效应，则会比较明显。

⁵《行政许可法》“第十二条 下列事项可以设定行政许可：……（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；”
《行政诉讼法》“第十二条 人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：……（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；”

有鉴于特许经营协议特殊的、不同于普通行政许可或民商事合同的性质，以及特许经营协议项下争议的复杂性，个人建议，基于后法优于前法、特殊法优于一般法的原则，通过特许经营法或 PPP 法直接明确特许经营协议（及 PPP 项目合同）的特殊合同性质，除特定事项之外（如确有必要列举），其争议解决方式可由合同双方自行约

定，包括但不限于仲裁。

此外，为确保 PPP 项目产品或服务的可持续供给，个人认为应对争议解决期间的双方义务履行予以强制性规定，并对仲裁或诉讼的前置程序（专家裁定、庭前调解等）作出原则性规定。

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”。

