

PPP 立法实践国际比较

——大陆法系与英美法系国家 PPP 法律制度差异分析

陈新平

对于大多数国家而言,在推广运用 PPP 模式的过程中,都会建立相应的 PPP 制度框架,以促进 PPP 项目的公开性、透明性及竞争性,实现“物有所值”,维护公共利益。所谓 PPP 制度框架就是一套关于公共部门(政府)如何选择、实施、管理 PPP 项目的程序、规则与责任体系。由于每个国家有着不同的行政及法律传统,所以,并不存在单一、最佳的 PPP 制度框架构建模式。大陆法系国家(civil law jurisdictions)与英美法系国家(common law jurisdictions)在建立 PPP 制度框架时,根据本国的传统与实际情况,选择了不同的模式,进而使得这两类国家的 PPP 法律制度各具特色。

大陆法系国家的 PPP 法律制度

(一)以专门法的形式将 PPP 制度框架具象化。一般来说,大陆法系国家通常倾向制定专门的法律来使 PPP 制度框架具象化,即通过颁布专门的 PPP 法来规范各方当事人的行为,推动 PPP 的健康发展。这与大陆法系国家的法律传统有着直接的关系,首先,在大陆法系

国家,政府部门一般只能做法律给予明确授权的事项,也即政府部门需要遵循所谓的“法无授权不可为”的原则。其次,在大陆法系国家,为了限制政府的自由裁量权,往往需要通过法律的形式,以明确政府职能部门的行事规则和行为边界。尽管同属大陆法系国家,但在制定和颁布 PPP 法律制度时,各个国家的具体操作方式又会有所不同。一是具体的法律名称不同。如作为现代民法发源地的法国,既有规制“使用者付费”类项目的特许法,又有规制“政府付费”类项目的 PPP 法;西班牙则是通过《公共采购法》来授权政府履行 PPP 项目开发和监管职能的;而智利所有的 PPP 项目都是通过《特许法》来规制的;菲律宾先是制定了《BOT 法》,后又通过《PPP 法》来规范 PPP 项目的发展。二是合同性质不同。如在法国,无论是特许合同,还是 PPP 合同,都属于行政合同,有关合同的判决及执行均需由专门的行政法院管辖。同样,在西班牙,特许合同需受专门行政法条款的制约。但在菲律宾,电力购买协议与《马尼拉的供水特

许协议》等都属于私法合同。

(二)PPP 合同一般需受行政法的约束。在许多大陆法系国家,PPP 合同或协议都要受独立的行政法约束。除非合同事先载明当事双方均同意相互之间的争议可通过仲裁方式解决外,合同纠纷问题将需要通过行政法院裁决。除了合同纠纷这类行政解决机制外,在一个国家,适用于 PPP 的行政规则可能还有很多。因此,政府部门要想将其全部纳入到 PPP 合同之中是没有必要的,尤其是当这些规则构成了行政法的重要组成部分时,更没有必要将其在具体的 PPP 合同中再次予以重复。但如果仅仅靠行政法中的规定和条款来解决 PPP 合同纠纷问题,往往也会出现许多问题,原因在于某些法律规定和条款过于笼统和语义不清。如,在某些国家的行政法中可能会规定,政府应使私人部门在 PPP 合同的履行中保持“财务平衡”,但“财务平衡”的真正含义是什么?在法理上并无清晰的界定。如果一个 PPP 合同是在遵循有关行政法原则的背景下签订的,并明确了其履行方式,那么,这个合同

就是有效的。

(三)明确规定公共部门的法定权利及其履行责任。大陆法系国家的法律大多依循成文法与民法典而制定,其行政法一般都会设定若干在许多情况下合同当事人都不得违背或僭越的基本原则。同样,对于PPP合同的签订,当事人也只能在一个既定的制度框架内进行协商与谈判。在大陆法系国家的法律中,还存在着很多与PPP合同有关的权利约定。而法律赋予公共部门的这些特定权利,则被私人部门视为PPP合同谈判过程中的障碍或制约因素。公共部门可能享有的权利首先是单方面修改PPP合同的权利,当公共部门认为合同的修改符合公共利益时,可单方面修订PPP合同条款。尤其是在法国,政府还拥有单方面取消合同的权利(在此情况下,政府部门需要对私人部门作出相应的补偿),任何改变或无视政府这一权利的行为,在法律上都是无效的。当然,政府部门无权修改合同的财务条款及基本性质。其次是要要求私人部门持续提供服务的权利,在一些大陆法系国家,PPP合同属于行政合同,基于此,即使公共部门违约了,私人部门也不能中止合同项下的义务。在一些特许经营或租赁合同中,私人部门还应承担与提供公共服务相关联的职责,即使这些职责已经超越了原有合同的约定,如增加投资以满足对服务的新增需求,或适应新技术的发展等。在通常情况下,对于行政法或有关法规赋予的上述各项权利,公共部门是不能放弃的,且必须严格执行。

(四)明确私人部门享有“财务平衡”的权利。一些大陆法系国家规定,在一定条件下,私人部门可以享有合同“财务平衡”的权利。当政府部门单方面修改PPP合同条款后,它同时也必须对合同的财务条件作出相应的调整,以使私人部门的运营状况不因合同条款的

修改而恶化。因此,在政府部门要求私人部门提高服务标准后,也应允许私人部门上调服务收费价格。在法国,私人部门可以主张“财务平衡”权利的几种情形如下:一是出现了政府行为导致私人部门运营利润下降的情形。在该情形下,政府的行为应满足的条件是:行为已经对私人部门运营造成了负面影响,且这些行为在签订PPP合同时又没有预料到;政府行为超出了原有合同的范围;政府行为必须是针对项目合作方(私人部门)而发生的。二是出现了不可预见的因素。当经济条件发生巨大且难以预料的变化时,如果私人部门选择继续履行合同义务,那么,它可能会陷入财务困境之中,此时,私人部门可以申请政府的补偿。可申请政府补偿的事由有:货币出现大幅度贬值、政府部门对物价实施控制(由项目实施机构之外的其他政府部门行为引起的)、法定工作时间缩短而导致用工成本上升等。这些事由导致的不利经济影响,不仅是异常的,而且还必须超出了合同可预见的范围。当然,政府部门给予私人部门的补偿不可能与其实际遭受的损失完全相同。三是出现意外重大条件变化。当环境条件出现意外重大变化,且导致项目施工及运营成本大幅上升时,私人部门有权申请补偿。

(五)限制PPP合同的转让。在一些大陆法系国家,PPP合同的转让是要受到严格限制的。如,在斯洛伐克,除非重新招投标,PPP合同是不允许转让给其他公司的。而如此规定会给PPP项目的贷款人带来一定的困惑,因为根据项目融资的一般原则,贷款人可以通过签订介入权协议,保有对陷入困境中的项目公司实施接管整顿的权利,而由于某些国家对PPP合同的转让是禁止的,所以,贷款人要想对项目公司行使其介入权,往往是存在法律障碍的。在一定的条件下,尽管这一问题可以通过转让项

目公司股权的形式得到部分解决,但转让项目公司股权(非合同)的做法也有其缺点,就是在转让项目公司股权时,与之有关的资产与债务也需一并转让。

英美法系国家的PPP法律制度

(一)大多数国家通过制定政策指南来引导PPP发展。在国际上,英国和澳大利亚是PPP实践经验最为丰富的两个国家,但它们均没有制定专门的PPP法律,而是通过制定和出台相应的政策或指南来规范PPP的发展。在英国,有关PPP的主要政策、指南以及统计方法等,由财政部负责制定和颁布,同时,财政部还负责英格兰地区的PPP政策制定工作,而苏格兰、威尔士、北爱尔兰则分别负责制定本地区的PPP政策(即中央政府将有关政策的制定权下放给了这些地区)。各中央政府职能部门负责PPP政策的落实与执行,在开发PPP项目时,可寻求财政部的指导与帮助。在PPP的管理上,财政部关注的焦点是维持市场信心,提高项目运营绩效,保证公共部门项目投资具有可持续性,并实现物有所值。在澳大利亚,由澳大利亚政府委员会批准的《国家PPP政策》及其补充指南构成了该国PPP的基本制度框架。针对具体的PPP项目,尽管可以不按照上述政策或指南来操作,但必须要获得有关PPP管理部门的批准。在英美法系国家,PPP合同几乎都属于标准的私法合同。合同的判决与执行也都属于私法领域的事务,一般经由普通法院来审理。当然,合同纠纷也可以通过仲裁的方式解决,其前提是合同当事人都选择了这种纠纷解决机制。

(二)少数国家通过颁布专门法律来约束PPP市场参与者的行为。某些英美法系国家也会制定专门的PPP法。在美国,一些推广运用PPP模式的州都制定了专门的PPP法。例如,弗吉尼亚州于1995年、2002年分别通过了《交通公

私合作法》《教育设备与基础设施公私合作法》。有了这两部法律的支持,弗吉尼亚州就可以授权地方政府和某些政府实体与私人企业签订伙伴合同,通过PPP的方式从事交通、教育,以及其他设施的建设、运营、维护等活动。目前,美国有一半以上的州都已经制定了本州的PPP法律。主要是因为现存的某些法律对PPP的发展可能会形成障碍(如在许多州,依据美国现有公共采购法的有关规定,PPP是不合法的),而颁布PPP法是为了对既有法律规定做例外性处理。而且在美国,州政府的权力(相对于西敏制国家政府权力的行使)更为分散,因此,立法机构通过立法的方式对行政机构的履职行为进行控制是很常用的手段。另外,根据美国的制度,立法机构和行政机构可以由不同的党派控制,因此,立法机构经由立法途径明确授权行政机构从事PPP实践,对于促进PPP的稳定发展是十分必要的。除了美国外,一些属于英美法系的发展中国家或新兴市场国家也都制定了专门的PPP法律,如非洲的肯尼亚、亚洲的印度等。

大陆法系和英美法系国家PPP法律制度比较

(一)PPP法律框架性质比较。PPP法律框架是PPP制度框架的重要组成部分,而其自身又包含与PPP有关的各类法律条款、规章制度等,这些法律、规章制度可分为两大类:一是核心类,如PPP法、特许法、PPP政策指南等;二是关联类,如政府采购法、公共财政管理法、行政许可法、土地法、环境法、税法、劳动法等。大陆法系国家与英美法系国家的PPP法律框架性质主要与这两类国家的法律制度(成文法与判例法)有关。在大陆法系国家,政府行政部门的运行要受行政法的严格规制,同时,有关法律也会明确规定适用于PPP合同的法定权利与程序。而在英美法系国

家,很少有法律对合同条款内容作出具体规定,凡涉及合同双方当事人权利、义务的重要内容都需写入合同之中,这也是为什么英美法系国家的合同文本要比大陆法系国家的合同文本页数多的原因,如果事前没有条款约定,或约定不明而产生纠纷,那么,事后也就难以援引法律条文来予以弥补或解决。因此,在大陆法系国家构建PPP法律框架时,更关注法律条款的制定与援引,而英美法系国家更注重PPP合同内容的具体约定。

(二)合同纠纷解决机制比较。PPP合同纠纷解决方式主要有协商、调解、仲裁、诉讼等。PPP合同纠纷解决机制的选择既与PPP合同的性质(是定性为行政合同还是民事合同)有关,也与各国的法律习惯有关。在PPP合同纠纷解决机制的规定方面,各国的差别主要表现在仲裁与诉讼两种方式的选择上。在PPP合同纠纷解决方式的选择上,两大法系国家之间并不存在明确的偏好,只是各个国家之间差异较大。在法国,PPP合同(特别是特许合同)纠纷主要是经由行政法庭审理程序解决。对于公共部门而言,除非法律另有规定,一般禁止其通过仲裁方式解决合同纠纷,如根据《伙伴合同法令》的规定,伙伴合同纠纷可以选择仲裁方式解决。

另一个与PPP合同纠纷解决机制有关的问题是:公共部门与私人部门(即签订PPP合同的双方当事人)之间产生的纠纷很可能会引起其他利益关联方之间的连锁反应。一般地,如果PPP合同不能正常履行,那么,私人部门与其分包商、供应商、运营商之间合同的履行也都会受阻。当选择诉讼途径解决PPP合同纠纷后,在一些国家,会将不同当事人之间的纠纷合并审理。如在英国,英格兰的《私人融资计划指南》就规定:不同当事人之间的纠纷可以并案处理。但在有些国家,其法律并不支持将PPP

项下的不同纠纷合并审理,因为公共合同(当事一方是公共部门)纠纷与商业合同(当事双方均为私人部门)纠纷分别由不同的法庭来管辖和审理。如在法国,由于存在司法的双重性,所以,公共合同(如公共部门与私人部门之间签订的特许合同)纠纷应由行政法院管辖,而商业合同(如私人部门与施工承包商之间签订的合同)诉讼应由民事法院管辖。

(三)项目融资担保与项目破产处置方式比较。一般地,项目融资担保条款是PPP合同的重要组成部分。在大陆法系与英美法系国家,项目融资担保方式也有较大的差异。在大陆法系国家,针对每个贷款人,需要分别对其债权给予担保。如果贷款人发生变化,那么担保手续也需要随着变化并进行重新担保注册,这样不仅成本大(额外增加了担保权益的注册成本与公证费),而且程序复杂。相反,在英美法系国家,由于有“担保托管人”的概念,所以,能够解决大陆法系国家在担保程序上出现的上述难题,即“担保托管人”可以所有贷款人的名义持有担保物或权益。当银团贷款中的某一或某些贷款人退出,无需对原有的担保程序作出更改或变动,无需转让担保权益或以新贷款人的名义对担保权益进行重新登记注册。

在项目破产处置方式上,两类国家也大有不同。大陆法系国家主要侧重于项目实体(公司)的破产清算上(尽管法国与其他一些国家在对破产法进行改革时,也允许债务人在破产前可以进入重组程序),而英美法系国家则强调的是对项目公司的救济与重组,如在英国和美国,当项目公司陷入财务困境后,首先考虑的是如何对项目公司进行重组而非清算,以维护其业务的持续运营。

(作者单位:中国财政科学研究院PPP所)

责任编辑 张小莉