

建立健全PPP法律保障机制的探讨

柳光强

随着PPP模式的广泛运用与推广,其重要性也日益凸显。然而,当前我国PPP项目在实施中存在着诸多法律风险与法律障碍,导致PPP项目进程或多或少地受到延滞。针对这一问题,从法治化视角探讨PPP模式法律保障机制建设显得尤为必要。

法治化是规范PPP模式的有效路径

由于法律机制不健全,近年来PPP项目在实践中所产生的纠纷不断,但真正进入司法途径寻找救济的案例较少。究其原因,主要有两点:一是我国现行

法律尚未对PPP协议的法律性质作出明确认定,政府在PPP协议中的地位比较模糊,对于应该通过民事还是行政法律途径寻求救济,政府能否提起“官告民”的诉讼等问题都没有明确依据;二是许多地方政府在正确处理公私合作的矛盾、平衡私人投资者利益与公共利益方面经验不足,习惯于政府处理纠纷,导致私人合作者寻租司法救济的动力不足。目前PPP项目进入司法救济途径的案例中,既有将政府和私人合作者视为平等主体,按照民事法律关系处理PPP协议纠纷,提起仲裁的案例;也有

将协议履行中政府行为视为行政行为,提请行政诉讼的案例。而在我国现行法律体系中,民事和行政法律救济方式在提起诉讼的主体、法院审查内容、裁判形式等方面有着很大不同。如若不从立法上对PPP协议的法律纠纷解决机制予以明确和统一,将难以适应PPP市场化运作的要求,也会对政府与私人合作者在PPP项目中的平等地位产生实质性影响。因此,通过立法明确PPP项目的适用法律,并建立起PPP模式的法律保障机制,促进PPP法治化,才能使PPP模式得到长久健康的发展。

已建立操作通道。下一步,应鼓励项目公司以资产证券化或项目收益债方式融资。建议相关部委可先行将PPP项目进行分类,选取期限相对较短、投资回报率较高的项目,在基础资产标准化处理后与交易所或银行间市场对接,进行资产证券化,进一步提高PPP-ABS产品的市场流动性。在信息披露方面,PPP主管部门需要进一步完善PPP项目的招投标、建设、运营等基本信息披露管理办法。证券交易所需要根据现有的ABS信息披露指引,出台针对PPP-ABS产品信息披露细则和相应的违规处罚条例。

(五)建立防止社会资本“甩包袱”

的识别机制。为防止PPP项目股东减持而影响项目正常的建设和运营,需要建立相应的股东减持动机识别机制。一方面,严格检测项目建设质量,防止项目股东在“应付”“糊弄”后,快速拿钱走人。另一方面,结合项目建设的规模、期限和收益等情况,制定详细的减持规定。包括不同类型股东的持股年限、减持比例等。此外,如有特殊情况应向上级主管部门申请。

(六)完善破产隔离机制,防范资金混同风险。通过信用增级、设定加速清偿、优先和劣后分层等措施,完善现有破产隔离制度。对于实现“真实”破产隔

离,可借鉴英国整体业务证券化(WBS)的“真实控制模式”,即SPV与运营公司签署协议后,按照相关规定进行还款安排,根据具体需求还可寻求第三方金融机构为SPV提供短期流动性支持,同时,以系统化的担保方案保障交易债权人利益。建议允许专项计划持有特许经营权,实现真实出售和破产隔离等资产证券化必备要素。此外,在《基础资产买卖协议》中应规定原始权益人不得将其其他款项划入资金归集账户,提升账户独立性,防范资金混同风险。□

(作者单位:中证金融研究院)

责任编辑 韩璐

建立健全 PPP 法律保障机制

(一) 确立 PPP 立法目标。目前,我国规范 PPP 模式的最高层级法律依据是由国务院办公厅转发的财政部、发展改革委、人民银行联合制定的《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见》,鼓励引导非公有制经济发展和在特定领域引入社会资本。而 2004 年修订的《宪法》中“鼓励、支持和引导非公有制经济发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”,为非公有制经济和私营部门进入基础设施和公用事业领域提供了根本法律保障。在宪法精神的推动下,立法机关、国务院有关部委、地方各级政府纷纷通过修订有关法律法规、出台各种政策等措施,促进 PPP 模式在基础设施建设等项目中的运用。但也存在各部门之间法律相互矛盾、规定不一致等问题,亟需更高层次、更有权威的法律予以全面规范,立法过程中需协调好各方利益,注重保障非政府主体的利益,维护民间资本和社会资本,从立法层面促进 PPP 模式创新发展。

(二) 明确 PPP 模式中法律关系主体。通常而言,PPP 模式主要涉及三方:政府、私人合作者及其他利益相关者。然而,与一般法律关系主体不同,在 PPP 模式中政府既作为与私人合作者签订协议的当事人,同时也履行政府监管职能,既充当“运动员”又担任“裁判员”,难免不发生越位现象。因此,在 PPP 立法中,政府与私人合作者之间的法律关系是最为核心的法律关系,最难以规范的也是政府与私人合作者之间的法律关系。相较而言,私人合作者与其他利益相关者之间的法律关系要简单得多,一般属于民事法律关系,通过签订普通民事合同即可明确双方的权利义务关系。而政府部门与其他利益相关者,主要是公共服务的消费者之间也存在法

律关系。在 PPP 项目中,合同标的物是公共产品或公共服务,一方面由政府为公共服务的消费者提供公共产品和公共服务;另一方面基于公共产品和公共服务的性质,社会公众对此拥有一定的受益权和请求权,政府需要公共服务消费者的需求履行承诺。

(三) 完善 PPP 法律保障机制。一是建立合理的法律风险分担机制。PPP 风险分担机制设计是 PPP 项目运作的核心环节,合理的风险分担机制是确保 PPP 项目顺利运行、参与各方均能获益的前提和保证。PPP 具体项目的风险分担方案通过政府和私人合作者协商一致后明确约定于 PPP 协议中,是 PPP 协议的核心条款之一。可行、有效、双赢的风险分担机制是 PPP 协议中体现参与各方权利和义务最为重要的组成部分。笔者认为,PPP 项目风险分担机制的一般性原则是让最有能力承担的一方承担特定类型的风险,以减少风险发生的概率、风险发生后造成的损失和风险管理成本。建议将 PPP 模式主要风险分为普遍性风险和特定风险两大类:普遍性风险是指在所有 PPP 运作方式和项目建设、运营的各个阶段均有可能发生的风险,包括政治风险、法律及合同风险、金融风险、不可抗力风险等;特定风险是指只存在于某种 PPP 运作方式或发生于 PPP 项目运作某个特定阶段的风险,包括建设风险、市场运营风险等。对于普遍性风险,可以利用风险分担机制的一般性原则设计出普适性较强的风险承担机制方案,而对于特定风险需要具体项目具体分析设计。二是建立有效的法律纠纷解决机制。由于 PPP 协议的设计漏洞或受突发事件的影响,政府与私人合作者在利益分配或者投资比重上产生分歧,从而出现法律纠纷。其深层原因是由于 PPP 模式的经营周期较长,PPP 协议的相关约定无法满足合作双方的长期要求,需要有一定的法律保障来

调节政府、私人合作者和公众之间的利益,以解决 PPP 模式中的法律纠纷。随着 PPP 模式的不断推广发展,建立有效的法律纠纷解决机制十分必要且可行。而目前我国立法尚无这方面相关规定,因此在建设 PPP 法律纠纷解决机制方面需重点下功夫。

推进 PPP 法治化需持续发力

PPP 模式在实际运行中之所以经常遭遇各种各样的问题,究其深层原因主要是 PPP 模式的法律机制不健全,双方权利义务不明确。允许私人部门进入基础设施和公用事业等特定区域是推行公私合作模式的前提,这种允许是通过授予特许经营权的形式实现的,而政府作为 PPP 模式中的另一合作方,又担任行政监督管理一方,具有双重身份,一方面 PPP 项目可以遵从民法,另一方面由于政府是行政方,又可以从行政法入手,导致 PPP 项目的适用法律不确切。这是推进 PPP 法治化过程中首先应当予以明确的内容。其次,针对当前我国 PPP 模式推行中存在的主要问题,从 PPP 模式的法律适用、政府契约精神履行等角度推进 PPP 法治化具有重要现实意义。以此为基础,建立合理的法律风险分担机制、健全的法律纠纷制度,全面提升 PPP 法律层次,推进 PPP 模式法治化,能为我国未来 PPP 模式的深入推广提供法律依据与支持。此外,随着 PPP 模式的日益发展壮大,从顶层设计层面推动构建 PPP 法律框架,明确 PPP 模式中各主体之间的法律关系,使 PPP 项目运行有法可依、有法可执,可以在很大程度上减少不必要的 PPP 项目争议,推进 PPP 模式持续健康发展。□

【本文受到江汉大学武汉研究院 2015 年开放性课题《创新 PPP 实施路径的比较研究》资助(课题编号 jhunwyy2015107)】

(作者单位:江汉大学武汉研究院)

责任编辑 李艳芝