

# PPP 项目中政府法律风险识别与防范

臧俊恒

(中南财经政法大学 法学院,湖北 武汉 430073)

**摘 要:**近年来我国政府关于支持 PPP 模式发展的措施数量之多、范围之广、立意之缜密足以显示出中央领导者推动经济体制改革的决心。但良好的制度安排需要在实践中检验其成效。现阶段 PPP 模式于我国国情考虑很不周延,其背后蕴含着各项潜在法律风险,于政府自身不利。被动型的政府法律风险难以控制,但是由于政府的激进而导致的主动型风险是可以被抑制的。政府为引进 PPP 项目进行反向寻租和利用 PPP 作为债务工具是其中最大的风险。应当顺应财税体制改革的体制预防 PPP 项目实施过程中政府法律风险。

**关键词:**PPP 项目;法律风险;反向寻租;债务工具

中图分类号: D922.28

文献标识码: A

文章编号: 1671-931X (2016) 01-0029-03

## 一、引言

近年来,我国政府对于公私合作即 PPP 采取大力推行的态势,也出台了一系列的 PPP 专项规范性文件,但或许由于政府过急地加快 PPP 模式的发展,使得我国的许多 PPP 项目在运行中面临着诸多法律风险。如政府反向寻租风险和地方债务工具风险,使得 PPP 项目的本身价值被异化。在法治化中国的框架下,从多层次系统分析和多学科的视角来思考是必要的。先进的制度设计需要良好的国家治理,然而社会现实总是与制度规划存在差距,针对我国 PPP 现实存在的风险,笔者认为应基于法治规范、权力控制以及社会培育的风险防范思路来制定具体举措。

## 二、合作治理与风险意识下的 PPP 基础理论

自十八届三中全会到国务院及其各部委的部门规范性文件中,关于支持 PPP 模式发展的政策如雨后春笋般涌现,政策涉及 PPP 项目的方方面面、立意缜密,从中可以体会到中央政府推动经济体制改革,发

挥市场在资源配置中的决定作用的决心。但制度规划还主要处在宏观的顶层设计,落实到社会现实仍需细化,否则良好的制度设计可能与最终目标背道而驰。在法治建设过程中借鉴和移植别国经验建设非常重要,但同时也要结合本国实际状况的判断。<sup>[1]</sup>

(一)政府治国理政的转轨:通过合作的 PPP 模式  
政府和社会资本合作(Public-Private Partnership, PPP)是在基础设施及公共服务领域建立的一种长期合作关系。那么 PPP 模式和传统的政府融资模式有何区别?

央地博弈视角下 PPP 发展:传统的融资模式主要有地方政府发行债券、地方融资平台、成立项目公司等方式。具体操作方式为政府作为债务人发行国库券,地方政府具有发行债券的资格则是近期开始试点,囿于贷款纳入政府预算,融资水平融资能力的限制,始终未能全面展开。地方政府为摆脱预算限制便创新融资模式,成立自己的企业—地方融资平台公司,借此简化了政策审批流程,进而受到各地方政府的青睐。但大规模的预算外资金逃离了中央政

收稿日期:2016-01-08

作者简介:臧俊恒(1991-),男,山东德州人,中南财经政法大学法学院硕士研究生,研究方向:中外竞争法。

府的监管,央行、银监会对各地融资平台进行清理,加强现金流限制,严格控制资产负债率。<sup>[2]</sup>随后地方政府采用 BOT 形式投资建设,投资公司待项目运营期满后无偿移交给政府。实务中,投资人并不想承担长期运营的风险,另一方面政府面对基础设施建设的压力,也想尽快回购以至于完全控制基础设施,此时 BT 给了政府建设和回购时分期支付的财政缓冲。随之中央政府出台政策禁止地方通过 BT 等形式举借政府性债务。<sup>[3]</sup>

现阶段的 PPP,其具体操作模式仍然是通过 BOT、BT、BOOT 等展开。其实 BT、BOT 都可以归为广义的 PPP 模式,民间资本在这一阶段也参与到投资过程中。形式上 PPP 与传统融资模式的区别在于融资主体的差距,即现阶段 PPP 模式要求采取混合所有制形式,必须有非当地政府的资本成分。<sup>[4]</sup>但至少短期看来,它们并没有实质区别,因为以政府主导的金融市场与投资环境的基础商业规则短期内很难做出改变。

#### (二)政府治国理政的转轨:通过合作的 PPP 模式

伴随着 PPP 模式的引入与发展,PPP 项目风险在政府与私人主体之间合理分担成为合作双方共同关注的焦点。PPP 模式旨在借助物有所值<sup>[5]</sup>原则,通过竞争性磋商制度在公私双方认可的基础上实现风险分担。鉴于项目全生命周期持续时间的跨度较长,因此物有所值原则的主要驱动就是风险转移与合理分担,即将风险向最有控制能力一方转移。对于政府和私人主体而言,风险的合理分担需要从 PPP 项目的全生命周期来分析和评价所有潜在风险,在合同签订环节将风险合理地分配给最有能力控制的一方,这样在 PPP 项目实施时才可能激发利益相关方提前策划并采取有效的措施应对各种可能的风险,实现风险管理的系统化。

但 PPP 项目领域所面临的法律、政治、经济等复杂性因素使风险分担决策并不是一项可以信手拈来的工作。在推行 PPP 此项决策上,中国的公共政策缺少不同利益之间的博弈机制,国家政策的失败或有得有失的结果并非单纯源于设计欠佳的政策或资源不足。国家还必须与反对派作斗争,这些反对派的一部分是在悄然、间接地进行着反抗,而另一部分则是选择公开对抗。更何况是政府部门和私营机构在目的、投资收益期望、管理能力等方面均存在很大差异,这就意味着不同的参与方对风险和他们管理风险能力的感知各不相同,而这些不同的感知将会严重影响参与方处理风险的方式和对风险的定价。

### 三、执法层面的政府法律风险识别

PPP 产生目标的多元化及现实功利性很容易异化为地方政府垄断的工具。因此有必要考察分析影响 PPP 异化为垄断的现实因素,在此基础上分析相

关制度规划的现实可行性,寻求完善对策,以将国家的顶层制度设计较好地落实于社会。

#### (一)政府的反向寻租法律风险

推行 PPP 项目,吸引民间资本流入基础设施建设领域,基于基础设施建设带来的丰厚回报,政府为了能够上马 PPP 吸引社会资本方落地,为领导争取好处,在谈判时不惜提供大量的政策优惠。在中国这样一个政治集权、经济分权的国家,传统的主动寻租必然盛行,企业主动通过政府试图建立垄断格局,还有希望政府提供服务或维护市场秩序,避免其任意干预或汲取,但是因为央地分权、晋升竞争的背景,而衍生出的“反向寻租”模式在 PPP 引进过程中屡见不鲜。同时私人企业面对多个竞争的寻租政府,政府之间也存在激烈竞争。在反向寻租过程中,双方基于自身利益的最大化,发展各自的应对策略,在合法性的基础上,政府和私人部门随着不断变化的局势,利用既有的政策和法律提供的支持,竭力寻找可能留下的空隙,在此过程中,双方各自的行为策略相互影响。这样的反向寻租不断强化,会导致越来越多的政府卷入到其中并强化压力。而社会资本方希望换取产销之外的额外利润,争取政府优惠。双方有着强烈的冲动,一拍即合,但如此一来,各地政府的 PPP 项目很可能超过地方的实际需要,社会资本也可能高于企业原有的投资规划。凡社会资本与政府公权交叉,则必然会出现利益交换和利益输送。不要说是大批量新型城镇化的 PPP 项目,即便是市政项目中的城市绿化、停车场设计、物业公司的选择等衍生资产细节,都是权力寻租的重灾区,背后看不见的资本流动将会诱发新一轮的腐败。

#### (二)PPP 演化为地方政府债务工具的风险

在我国的发展中,地方政府责任重大,其长久处于捉襟见肘窘境并非国民之福,在 1994 年分税制改革引发地方政府的事权与支出责任不断下放的同时,却没有赋予其相应的财权,相反由于地方政府官员政治晋升的考核使当地的债务规模不断加大。当下中央政府为化解地方债务危机出台了多项法规政策,缓解财政拮据不应是变相加税,加重企业和居民负担,亦不应继续绞尽脑汁,通过所谓的金融创新、政策创新来提升融资能力。国家大力推行 PPP 确实有助于社会资本进入基础设施建设与公共服务领域,相较于 PPP,更值得关注的是财税体制改革中的“一法三规”对地方政府债务和预算管理的限制和规范,这才是本次 PPP 改革的直接推动力。一般而言,地方政府融资平台公司向银行借债需要土地证和纳入地方政府预算,即当融资公司还债时首先有土地的保证,其次还有地方政府预算的保障,可谓是双保险。但双保险其实都取决于——土地经济。但在当前土地财政紧缩房地产经济不景气的情况下,融资平台只能通过的大量的借新债还旧债弥补地方债务,

很容易诱发地方债务系统的风险。地方政府融资平台公司成为地方政府的提款机，大量的预算外资金的现金流出，地方性政府债务水平、债务规模逐年累加到了不可控制的地步。为此国务院出台政策整治地方融资平台公司的债务，对地方债务实行规模控制。即现在的 PPP 很容易沦为地方政府新的债务工具，而中央颁发 PPP 项目各项政策的直接原因就是破解地方债务危机，解决地方债务危机的关键是顺应财税改革的大势，逐步提高国有资本上缴比例，真正实现全口径预算管理，强调预算编制的科学化精细化，提高财政资金使用效率。

#### 四、执法层面政府法律风险防范

在分析了新一轮 PPP 改革的现实背景原因，并分析 PPP 模式中潜在政府法律风险，对上述问题的深入认识，有助于切实把握相关机制的实施条件，预测其运行效果。而笔者在文中提出的一些现实问题，并不是反对 PPP 模式，而是强调在改革过程中可能遇到的困境及复杂的社会环境造成的挑战，对这些困难要有清醒的认识和思想准备。

##### （一）地方债务工具法律风险防范

直观而言，为化解地方债务危机而催生的 PPP 模式，对于缓解目前地方政府的巨额债务客观上确实起到一些作用，但是 PPP 模式并非是政府化解地方债务危机的工具，该模式是一项提升国家治理能力现代化的有效管理范式。对于化解地方债来说，仍应当正本清源顺从财税体制改革的大局，加强中央和地方事权与支出责任的调整，按照十八届三中全会的要求，要适度加强中央事权和支出责任，保持现有中央和地方财力格局总体稳定，这意味着在解决中央和地方财政失衡的问题时，税收向中央倾斜的政策并不会改变，但相应的要增加中央的支出责任。原来委托地方承办的中央事物将改由中央直接承担支出责任，酱烧专项转移支付，增加一般性转移支付的比重。

其次要强调预算的编制科学化精细化，真正实现全口径预算管理，提高资金使用效率，改变地方政府行为模式，强化对预算软约束的治理。面对地方债务危机，地方政府要严禁地方政府用地财政性资金偿还融资平台债务，严格禁止地方政府为融资平台提供直接或间接的担保。地方政府违法担保的，借款合同应当按无效处理，同时除了法律特许发行的地方债券，地方政府不得以任何形式举债。另外要允许地方政府发行债券，满足其合理的财政需求。随着城市化的不断推进，地方政府对于社会保障和而文化教育的投入也在不断增加，政府对财政资金的需求也具有一定的合理性。当税收收入不足以满足地方支出时，也应该允许当地政府举债，相较于混乱隐蔽的地方融资平台，地方债券更加规范透明，也容易

被纳入财政监管体系之中，风险相对较小。最后，未来在官员的经纪业绩考核中，加入对经济增长质量和政府资产平衡和考量，关注长期债务风险，引入“债务问责”。

##### （二）反向寻租风险治理

在中国这样一个大国行政与经济分权是政治制度的必然选择，在地区间经济关系处理上，应当允许地方政府在不违背国家利益的前提下追求合理和正当的地方利益。而反向寻租产生于府际间的竞争，一级政府的领导只有超出计划目标，并且超过横向同级官员的政绩时，才可以在晋升竞争中占得先机。大力引进 PPP 项目对本地政府可谓一举多得，基础设施的修建首先提高了本地城市化发展水平，良好完善的配套设施更是为当地政府招商引资锦上添花，另外各种公共设施的修建可以获得广泛的民众基础，与之伴随的间接利益包括项目建设的营业税收入和土地拍卖的出让金收入。但是在各地政府盲目跟进 PPP 项目的同时也造成了基础设施的重复建设，资源的浪费，大量的不规范行为相伴而生。作为科层体制下的“晋升锦标赛”，单纯的强调一方面很容易顾此失彼，因此需要在综合治理模式下逐步解决。

#### 五、结语

从传统的政府为弥补市场失灵提供公共物品，到政府提供公共物品的弊端显现，此后伴随科技发展，PPP 模式作为弥补政府和市场双重失灵而衍生出来提供公共物品的有效范式。但理论上的正确性仍需借助实践的考验。我国本次推行 PPP 模式有着自身特殊的背景，产生目标多元化及动机的“不纯洁性”使事务繁忙的政府难以分身，存在着多项政府法律风险，所以一项良好的制度需要后天的耐心扶植。由于政府换届带来的契约问题一直令企业缺乏信心，更应当推行竞争文化，倡导契约精神，提升政府公信力。当然我们也要对改革保持信心，凡是变革总会带来希望，中央规范地方债务，使地方债务更加透明和规范，地方政府融资确实受限很多，或多或少都会使民间资本进入基础设施建设和公共服务领域，而每次变革带来的一点改变积蓄起来将有利于国家的大变革。暂时的困境是难免的，就像蝴蝶飞不过沧海，没有谁忍心责怪，但我们要为大变革积蓄力量不断促进我国的经济成熟发展。

#### 参考文献：

- [1] 甘培忠. 论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救[J]. 科技与法律, 2014, (03).
- [2] 中华人民共和国财政部. 关于贯彻国务院关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知相关事项的通知[Z]. 2010.

（下转第 35 页）



[3] 中华人民共和国财政部. 关于制止地方政府违法违规融资行为的通知[Z].2012.

[4] 中华人民共和国财政部. 关于印发政府和社会资本合作模式操作指南(试行)的通知[Z].2014.

[5] 中华人民共和国财政部. 关于印发政府和社会资本合作模式操作指南(试行)的通知[Z].2014.

[责任编辑: 许海燕]

## On Identifying and Controlling Legal Risk on the Part of Government in PPP Project

ZANG Jun-heng

(Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

**Abstract:** In recent years, the efforts that have been made on promoting the PPP projects are so remarkable in amount, so massive in scope and so deep in significance that they certainly show the central government's determination to promote economic reform. But their effectiveness needs to be tested in practice. PPP model is not comprehensive in China at the present stage, which may incur the potential legal risks and make the government itself in an unfavorable position. The passive legal risk is difficult for the government to control, while the active risk arising from government's radical action can be suppressed. The biggest risks are the reverse renting incurred when government is seeking for the introduction of PPP projects and using PPP as an indebting instrument. We should comply with the policy of fiscal and tax system reform to prevent the government from legal risk in the implementation of PPP projects.

**Key words:** PPP projects; legal risk; reverse rent-seeking; indebting instruments