

“《政府投资条例》对 PPP 项目实施影响” 研讨会业务综述

市律协 PPP 专业委员会

2019 年 7 月 5 日下午，深圳市律师协会政府与社会资本合作（PPP）法律专业委员会（以下简称“PPP 专委会”）于市律协多功能厅举办“《政府投资条例》对 PPP 项目实施影响研讨会”。研讨会由市律协 PPP 专委会主任顾东林主持，邀请深圳市发展和改革委员会副处长陈琨、深圳市政府和社会资本合作事务中心副主任李小芬、PPP 专委会副主任马浩然发言。本次研讨会吸引众多律师参加，现场互动频繁，讨论热烈。

陈琨副处长对《政府投资条例》进行了详细解读。

首先，介绍《政府投资条例》出台的背景情况。党的十八大以来，我国投融资体制改革持续深化，党的十九大又明确提出发挥投资对优化供给结构的关键性作用。政府投资作为一项重要政府职能，必须正确把握功能定位，更好发挥在稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险、保稳定以及补齐发展短板、优化供给结构、增强发展后劲等方面的关键作用。党中央、国务院始终高度重视政府投资法治化管理改革进程，自 2001 年以来，国务院连续十八年把《条例》列入立法计划，2010 年即公开征求意见，2017 年、2018 年连续两年都将《条例》列入中央政治局常委会的年度工作要点，2018 年终获国务院常务会议审议通过，并于 2019 年 5 月 5 日公布，拟于 2019 年 7 月 1 日正式实施。

从深圳市的立法实践来看，我市早在 2000 年就率先以地方人大立法形式出台了全国第一部政府投资管理方面的地方性法规，并在 2014 年根据十多年的实际执行情况和国家投资体制改革领域的最新政策要求进行了修订。本次国家《条例》总体思路、篇章结构、内容等与《深圳条例》基本一致。我市在政府投资管理领域积极探索、先行先试，为国家层面制定出台全国性的《条例》进行了探索尝试并提供了有益的实践经验。

其次，指出《政府投资条例》具有重要意义。《条例》科学总结实践经验和教训，坚定核心理念、尊重客观规律、聚焦核心要素，根据新时代新形势及新要求做了进一步完善优化后，做出的科学制度设计。具体体现在以下几个方面：

一、全面构建完整的投资管理法治框架。《条例》巩固多年来投融资体制改革的成果，思路与国家近十几年来投资管理体制改革总体思路一脉相承，坚持了政府投资与企业投资的区别管理要求，科学界定政府和市场的关系，从法治层面巩固了多年来投资体制改革成果；《条例》构建了完善的投资管理法律政策框架体系，与《企业投资项目核准和备案管理条例》及其他相关法规文件等，一起构成了投资建设领域统一、完整的法规制度及政策框架体系，使得无论是政府投资还是企业投资项目都有法可依，实现对固定资产投资的依法闭环管理；《条例》是规范政府投资行为法律效力最高的行政法规，法律效力仅次于全国人大出台的法律文件，相较于其他规章、规范性文件，具有必须执行的强制性，包含“6个不得”和“36个应当”，是今后政府投资管理工作必须遵循的法治红线，是今后对所有政府部门制定政府投资管理政策文件的合法性审查提供重要依据。

二、坚持市场化的改革方向。《条例》严格限定政府投资范围，“政府投资资金应当投向市场不能有效配置资源的领域，以非经营性项目为主”，强调政府投资不能越位，必须牢牢把握“有所不为”的边界，集中于“市场失效”领域，为市场主体提供更多投资机会，不与市场主体争利，还规定“国家建立政府投资范围定期评估调整机制，不断优化政府投资方向和结构”，体现了政府在“有所为”上积极作为和价值；《条例》激发社会投资活力，正确处理好政府和市场的关系，明确“发挥政府投资资金的引导和带动作用，鼓励社会资金投向公共领域项目”，考虑到公共领域项目具有成本较高、盈利能力不足的特点，政府要采取灵活的投资方式带动社会投资，扩大社会投资范围，增强社会投资动力，促进形成强大国内市场；《条例》遵循“竞争中性”原则，不干扰市场公平竞争，规定“安排政府投资资金应当平等对待各类投资主体，不得设置歧视性条件”，强调安排政府投资要坚持普惠性原则，特别是要平等对待民间投资主体，不得因为企业的所有制性质而区别对待。

三、完善政府投资管理体制机制。《条例》遵循基本建设客观规律，明确了三阶段决策程序，解决投资决策中需要回答的三个问题：项目建议书解决“要不要干”问题；可行性研究报告解决“能不能干”问题；初步设计及概算解决“怎么干及花多少钱”问题；《条例》理顺政府投资管理体制，厘清“投资主管部门”和“其他职能部门”关系、厘清“项目管理”和“计划管理”两大主线关系、厘

清“投资计划”与“预算安排”关系。

四、体现了统筹兼顾的实践指导意义。《条例》坚持供给侧结构性改革和加强补短板的要求，规定“政府投资资金应当投向社会公益服务、公共基础设施、农业农村、生态环境保护、重大科技进步、社会管理、国家安全等公共领域”，这些领域都是市场不能有效发挥作用、政府负有提供责任和义务、当前经济和社会发展迫切需要加强的领域；《条例》坚决贯彻中央关于防风险的决策部署，规定“政府投资应当与经济社会发展水平和财政收支状况相适应”、“不得违法违规举借债务”、“不得由施工单位垫资”等，从宏观到微观，从原则到具体，一脉相承，循序渐进，逐步深入；《条例》兼顾发展需要和条件衔接各方改革和管理，明确要求依据国民经济和社会发展规划、中期财政规划和国家宏观调控政策，统筹安排政府投资、明确规定政府投资管理应当符合推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的要求，并与建设工程质量管理、安全生产等公共管理事项衔接、突出对政府投资的普遍约束性和明文所不及的行政裁量领域的普遍指导性，立足当前，并为今后制度细化预留空间。

再次，重点分析《政府投资条例》的主要内容。在与《深圳经济特区政府投资项目管理条例》对比的基础上，逐条分析《条例》的主要内容。《条例》共7章39条，涵盖了政府投资范围、投资方式、投资决策、年度计划、项目实施、监督管理、法律责任等方面的内容。《深圳条例》共7章64条，结合深圳做了更加详细的规定，总体框架及约束的主要内容与《条例》基本一致。陈琨副处长指出《条例》需要强调的两个内容：

第一，在线审批监管平台。（1）在线平台的依据和法定地位：综合平台、法定义务；（2）在线平台的建设和应用要求：赋码、办理手续、报送信息、在线监测；（3）要处理好在线平台和其他系统的关系：互联互通、整合共享、节约资源、持续完善。

第二、《条例》与PPP关系。《条例》是目前我国法律效力最高的规范政府投资的行政法规，有利于规范有序推广PPP模式；《条例》是PPP项目和政府投资项目是交叉关系，两者之间存在交集；《条例》是加强PPP项目可行性论证和审查，提高PPP项目决策水平；《条例》是依法依规加强PPP项目建设实施管理；《条例》是依法依规将所有PPP项目纳入在线审批监管平台。

最后，提出《政府投资条例》的贯彻措施。

第一，加强培训和普法宣传。

1. 组织学法培训活动，市发展改革委近期牵头组织对市区各有关部门针对《条例》的培训活动，并结合有关政策措施制定和年度政府投资项目计划编制等适时组织后续有关培训活动，各区发展改革部门结合市有关培训活动和实际工作情况组织开展对街道和区有关部门的培训活动。

2. 引导有关单位和企业加强法规学习，会同市地方金融监管局抓紧组织各金融机构要重点学习《条例》关于政府投资资金筹措方面的规定，增强政府债务风险防范意识，会同市住房建设局牵头会同有关行业协会组织工程咨询（投资）、勘察、设计、监理、招标代理等单位 and 人员通过组织座谈会、业务交流和培训等活动形式深入学法。

3. 面向社会广泛开展普法宣传，落实“谁执法、谁普法”普法责任制，结合各类主体、群体实际，向广大企业和社会公众广泛讲解、宣传、普及《条例》有关法律知识，把法规的解读解释贯穿于政府投资管理业务中，使各类企业准确理解政府投资的功能定位、激发社会投资活力；使政府投资项目参建单位自觉遵守投资建设法定程序；使社会公众依法支持国家建设、依法表达诉求建议、依法开展社会监督。

第二，全面清理不符合《条例》的现行制度。

1. 开展政府规章和规范性文件清理，按照“谁制订、谁清理”原则，各部门梳理并提出应予清理的政府规章、规范性文件清单及清理意见，按法定程序启动修订或废止工作，对政府投资方向、资金筹措、投资方式、决策程序、投资计划、概算控制等方面违反《条例》的内容，一律要统一到上位法的规定上来。其中，有关规定的主要内容违反《条例》的，应当予以废止；个别条款与《条例》不一致的，应当进行修订；

2. 开展行政法规的清理，按照“谁制订、谁清理”的原则，我市地方法规的牵头起草部门或主要执法机关按程序提请市政府向市人大提出清理建议。

第三，加快建设完善政府投资管理制度。

1. 完善市政府投资管理行政法规，开展《深圳条例》修正（修订）工作并按程序报批，重点围绕决策程序、资金安排、建设实施、信息共享、绩效管理、事

中事后监管等方面完善工作机制和管理制度；完善审批流程和在线平台功能，开展《深圳条例》修正（修订）工作并按程序报批，重点围绕决策程序、资金安排、建设实施、信息共享、绩效管理、事中事后监管等方面完善工作机制和管理制度。

2. 完善审批流程和在线平台功能，根据《条例》规定和我市实际制定市政府投资项目审批流程，组织市区相关单位按照《条例》和国家有关规定抓紧完成权责清单梳理和审批事项的对应调整工作，完善深圳投资建设项目在线审批监管平台功能，加大在线平台应用力度，规范审批流程和扩展服务类别。

3. 建立健全政府投资范围和事权调整机制，根据《条例》规定和我市实际制定市政府投资项目审批流程，组织市区相关单位按照《条例》和国家有关规定抓紧完成权责清单梳理和审批事项的对应调整工作，完善深圳投资建设项目在线审批监管平台功能，加大在线平台应用力度，规范审批流程和扩展服务类别。

4. 建立健全政府投资范围定期评估调整机制，适时启动市区政府投资事权调整，不断优化投资方向和结构，优化政府投资安排方式，完善政策措施，发挥政府投资资金的引导和带动作用，激发社会投资活力，规范融资行为，严格依法依规筹措政府投资所需资金，切实防范债务风险。

5. 加强政府投资项目建设管理，健全概算审批和调整、综合验收等管理制度，推进监管执法队伍建设，强化事中事后监管机制和能力，不断提高和及时发挥政府投资效益。

李小芬副主任作“深圳 PPP 工作推进思考”主题发言。

一、开篇介绍了我国政府和社会资本合作的演进历程。演进历程一共包含五个阶段：

1、探索阶段（80 年代中期-1993 年）。中国 PPP 在探索阶段仅有零星项目落地，如广东沙角 B 电厂项目、广西来宾 B 电厂、程度第六水厂等 5 个 BOT 试点项目；

2、试点阶段（1994 年-2002 年）。开始注重国际经验的引进和消化并开始本土化工作。社会资本以外商为主，项目按照经典 PPP 模式进行操作；

3、推广阶段（2003 年-2007 年）。外企、民企同台竞争，国企开始参与项目。竞标过程公开透明，效率大幅度提高，PPP 规则的本土化逐步完成；

4、反复阶段（2008 年-2013 年）。央企成为 PPP 项目主角，外资开始撤退，

政企合作的规范性大幅度后退；

5、普及阶段（2014 年至今）。国有企业特别是央企积极参与。民营上市公司一边观望一边参与，占有一定的市场份额。

二、就 PPP 模式的概念和内涵作了详细的介绍。虽然国际社会中的国际组织和国外政府对 PPP 都有一定的界定，但由于各国本土化实践面临的制度差异以及相关专家关注点的不同，PPP 至今还难以形成国际所认可的一致定义。概括起来主要认为：PPP 模式的目标是提供公共产品及服务；PPP 模式的合作主体是公共部门和社会资本；PPP 模式的合作关系是长期的基于契约的合作；PPP 模式的风险分担中，社会资本需承担建设、运营等更多风险。国际组织和政府机构给出的定义大都是广义解释，PPP 既不能等同于一种具体的模式也不同于传统采购，可以认为 PPP 是公共部门和私人部门基于伙伴关系致力于长期而有效地提供公共产品及服务而形成的一系列灵活的契约安排。

就 PPP 模式的概念和内涵这一问题，国家财政部、发改委、人民银行出台了一系列规定。财政部在《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》（财金〔2014〕76 号）中强调了工作分工和收益机制。国家发改委在《关于开展政府与社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724 号）中强调了 PPP 的目的、具体方式和显著特征。财政部、国家发改委、人民银行在《财政部、发改委、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指导意见的通知》（国办发〔2015〕42 号）中强调了 PPP 对公共管理创新的作用，突出了公私双方的平等关系、社会资本方的投资和运营能力以及与绩效挂钩的激励机制，反映了 PPP 与传统模式的核心差异。

2014 年以来，PPP 模式快速发展。随着中国新一轮 PPP 模式的兴起，PPP 实践领域已经培养了大量的社会资本、创造了新的基建和公共服务建设、运营管理范式，中国市场成为全球最大的 PPP 市场。与此同时，也显现出了 PPP 模式异化、泛化的问题。2018 年以来，PPP 模式规范后再出发。据财政部 PPP 中心数据显示，截至 2019 年 4 月 30 日，财政部 PPP 项目管理库入库项目 8921 个，涉及投资额 13.5 万亿元。截至 2019 年 4 月落地示范项目累计 910 个，投资额 2.0 万亿元。

其中 2018 年全口径统计下 PPP 市场共成交 2513 个项目，总投资规模为 3.16 万

亿。财政部数据显示，2018年PPP管理库共清退项目2557个、涉及投资额3万亿元。

三、结合国际PPP模式经验对深圳市的启示，指明深圳推进PPP模式的工作方向。

第一代PPP模式的着力点在于改善政府采购公共服务的质量和效率，聚焦社会基础设施领域。该种PPP模式下的项目主要为私营融资的政府付费项目，政府根据私营部门提供公共服务的绩效进行付费。重点强调如何节省政府采购公共服务的财政资金，强调VFM评价，将财政支付纳入中长期财政规划。价值评价为Value for Money。是最成熟，国际应用最广的PPP模式。

第二代PPP模式的着力点在于提升经济发展质量和效率，聚焦经济基础设施领域。该种PPP模式下的项目主要为私营融资的使用者付费项目，通过使用者付费及必要的政府财政补贴取得回报。强调通过价格和收费体制的改革，完善公共产品及公共服务的价格形成机制，挖掘项目自身的经济价值。价值评价为Value for Economy。第二代PPP模式较为成熟，但理论体系、法制建设等仍较薄弱。

第三代PPP模式的着力点是实现以人为本可持续发展的目标，其聚焦领域和融资付费机制结合了第一代和第二代PPP模式的特点，重点强调PPP项目对社会发展、性别平等、消除贫困、区域协调发展等方面的影响，从代际公平角度审视PPP模式。价值评价为Value for People，目前仍然处于概念导入阶段。

我市推进PPP的工作方向在于做规范的PPP，做有质量的PPP，做“精实”的PPP。模式方面以第二代为主、第一代补充，推广应用第三代PPP模式。具体体现在如下四个方面：一、建立新的项目管理体制；二、注重提质增效，深化投融资体制改革；三、创新融资渠道；四、化解财政资金压力。

深圳市PPP工作的五个方向：

一是做好制度建设。在顶层制度框架的基础上，2019年将出台我市PPP系列配套政策：

- 1、深圳市政府和社会资本合作（PPP）项目实施方案（含两评）评估工作指引
- 2、深圳市政府和社会资本合作（PPP）专家库管理工作指引
- 3、深圳市政府和社会资本合作（PPP）咨询机构库管理工作指引

4、深圳市政府和社会资本合作（PPP）金融机构库管理工作指引

5、深圳市政府和社会资本合作（PPP）社会资本方库管理工作指引

二是做好信息平台。深圳市政府和社会资本合作事务中心已经主持建立了深圳市 PPP 项目综合信息管理系统，系统入口位于该中心官方网站主页处（<http://ppp.sz.gov.cn/>）。

三是做好项目实施。重点推进综合交通、民生保障、生态环境等方面，涵盖轨道交通、高速公路、场馆、污水处理等领域的 PPP 项目。

四是做好宣传培训。2019 年我市计划举办 1-2 次培训会，并加强项目推介。

1、开展 PPP 项目推介活动。通过信息系统平台、工作简报、新闻报道等方式，促进推进市、区两级 PPP 项目落地。

2、开展全市 PPP 业务培训工作。举办 PPP 培训会，以政策解读、重点领域实际操作为主，通过解读 PPP 的基础知识、发展经验、实践案例、政策制度及操作流程，传递 PPP 核心理念，加强政策引导，更广泛凝聚各方共识。

五是做好 PPP 合同模板和招采工作。

1、推进试点领域的 PPP 合同模板重点在轨道交通、污水处理、高速公路等领域选择 1-2 个试点，细化 PPP 合同模板，指导我市 PPP 项目的实施。

2、创新突破，完善我市 PPP 项目社会资本选择流程。通过制度创新、项目试点等措施，不断完善我市 PPP 项目社会资本选择的流程，规范完善招采方案。

马浩然律师作《投资新规对 PPP 项目操作影响》主题发言内容如下：

2019 年 7 月 1 日，《政府投资条例》（国务院令第 712 号，以下简称《条例》）施行。作为与政府投资同属公共领域且与政府参与密切相关的 PPP，《条例》出台后，政府投资与 PPP 的关系、PPP 项目是否需履行政府投资决策程序等问题引发热烈讨论。《条例》施行同日，国家发展和改革委员会印发《关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》（发改投资规〔2019〕1098 号，以下简称“发改 1098 号文”），对 PPP 项目管理提出部分新要求。政府投资新规对 PPP 项目实操有何影响，是实务界关注重点。

一、政府投资新规对 PPP 项目操作影响

（一）《条例》、发改 1098 号文影响的 PPP 项目范围

1. 《条例》与 PPP

《条例》第三条规定：“政府投资资金应当投向市场不能有效配置资源的社会公益服务、公共基础设施、农业农村、生态环境保护、重大科技进步、社会管理、国家安全等公共领域的项目，以非经营性项目为主”，第六条规定：“对确需支持的经营性项目，主要采取资本金注入方式，也可以适当采取投资补助、贷款贴息等方式”，第九条规定：“政府采取直接投资方式、资本金注入方式投资的项目，项目单位应当编制项目建议书、可行性研究报告、初步设计，按照政府投资管理权限和规定的程序，报投资主管部门或者其他有关部门审批。”

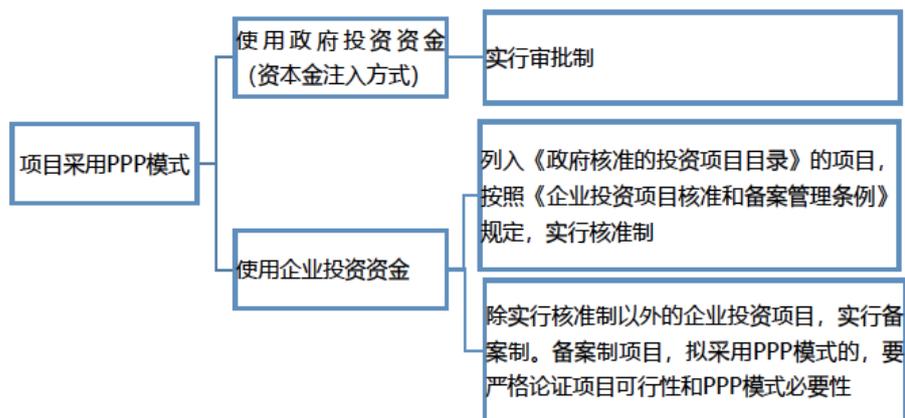
PPP 模式通常适用于环境保护、能源、交通运输、农业、水利、旅游、文化、教育等基础设施和公共服务领域，与政府投资资金投向领域有交叉部分。从政府投资资金使用角度，若 PPP 项目涉及政府投资，则受《条例》规制，具体情况如下：

其一，PPP 项目涉及资本金注入方式，属于政府投资项目，受《条例》规制。

其二，PPP 项目未采取资本金注入，而采取投资补助、贷款贴息等方式，也属于政府投资项目范畴，受《条例》规制。

2. 发改 1098 号文与 PPP

发改 1098 号文第二条第（四）款规定：“PPP 项目要严格执行《政府投资条例》、《企业投资项目核准和备案管理条例》，依法依规履行审批、核准、备案程序。采取政府资本金注入方式的 PPP 项目，按照《政府投资条例》规定，实行审批制。列入《政府核准的投资项目目录》的企业投资项目，按照《企业投资项目核准和备案管理条例》规定，实行核准制。对于实行备案制的企业投资项目，拟采用 PPP 模式的，要严格论证项目可行性和 PPP 模式必要性（关于审批制、核准制、备案制的相关内容见本文备注部分）。与《条例》相比，发改 1098 号文不仅规制使用政府投资资金的 PPP 项目，还要求采用 PPP 模式的企业投资项目也应区分情况适用核准制和备案制，即 PPP 项目均应履行决策程序，如下图：



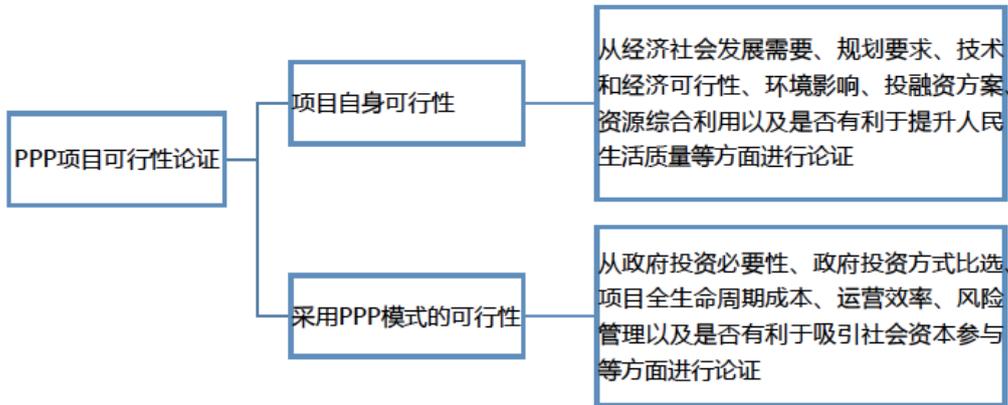
（二） 发改 1098 号文对 PPP 项目操作流程的影响

发改 1098 号文突出了在《条例》和《企业投资项目核准和备案管理条例》等行政法规指引下，提高 PPP 项目投资决策科学性的指导思想。在此基础上，发改 1098 号文可总结为“一个核心、两个程序、三项要求”，具体对 PPP 项目操作流程影响如下：

1. 一个核心：可行性论证

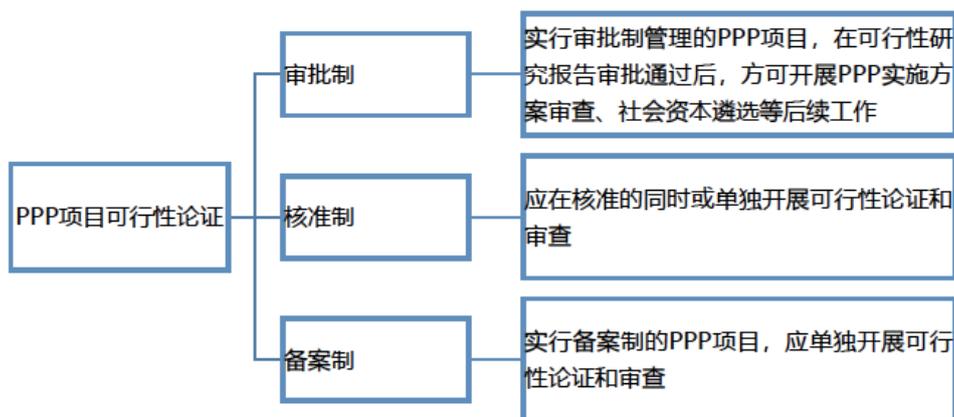
发改 1098 号文要求，所有拟采用 PPP 模式的项目，均要开展可行性论证。PPP 项目可行性论证既要从经济社会发展需要、规划要求、技术和经济可行性、环境影响、投融资方案、资源综合利用以及是否有利于提升人民生活质量等方面，对项目可行性进行充分分析和论证，也要从政府投资必要性、政府投资方式比选、项目全生命周期成本、运营效率、风险管理以及是否有利于吸引社会资本参与等方面，对项目是否适宜采用 PPP 模式进行分析和论证。该规定提到可行性论证，那么可行性论证与可行性研究报告有何区别？

根据发改 1098 号文规定，可行性论证可划分如下两个层面：



根据《投资项目可行性研究指南》，可行性研究报告的编制体系包括：项目兴建理由与目标，市场预测，资源条件评价，建设规模与产品方案，场址选择，技术方案、设备方案和工程方案，原材料燃料供应，总图运输与公用辅助工程，环境影响评价，劳动安全卫生与消防，组织机构与人力资源配置，项目实施进度，投资估算，融资方案，财务评价，国民经济评估，社会评价，风险分析，研究结论与建议。对比可行性研究报告编制体系，发改 1098 号文可行性论证中关于“项目自身可行性”的论证与可行性研究报告编制要求并无二异，而新增了论证“采用 PPP 模式的可行性”的要求。

在厘清可行性论证与可行性研究报告区别基础上，对适用不同决策程序的 PPP 项目开展可行性论证的具体做法总结如下图：



2. 两个程序：决策程序及管理程序

(1) 发改 1098 号文要求，PPP 项目要严格执行《政府投资条例》、《企业投资项目核准和备案管理条例》，依法依规履行审批、核准、备案程序。未依法

依规履行审批、核准、备案及可行性论证和审查程序的 PPP 项目，为不规范项目，不得开工建设。

(2) 发改 1098 号文要求，除涉密项目外，所有 PPP 项目纳入全国投资项目在线审批监管平台统一管理。全国 PPP 项目信息监测服务平台信息审核实行属地管理，原则上由项目实施主体所在地同级发展改革部门审核项目单位填报的项目信息。未录入全国 PPP 项目信息监测服务平台的项目为不规范项目。

事实上，由发改委审批立项的项目就有政策要求纳入全国投资项目在线审批监管平台，本次直接指明要求所有 PPP 项目使用此平台办理各项审批手续。

3. 三项要求：实施方案审核、项目资本金、惩戒失信违规

(1) 加强对 PPP 项目实施方案的审核

发改 1098 号文要求加强对 PPP 项目实施方案的审核，通过实施方案审核的 PPP 项目，方可开展社会资本遴选。要严格审查实施方案主要内容是否与经批复的可行性研究报告、项目核准文件、备案信息相一致。同时，对建设内容单一、投资规模较小、技术方案简单的 PPP 项目，可将实施方案纳入可行性研究报告一并审核。

通常而言可行性研究报告与实施方案分开审、单独审，本次提出满足一定情况可将实施方案纳入可行性研究报告一并审，系新要求。

(2) 严格执行项目资本金制度

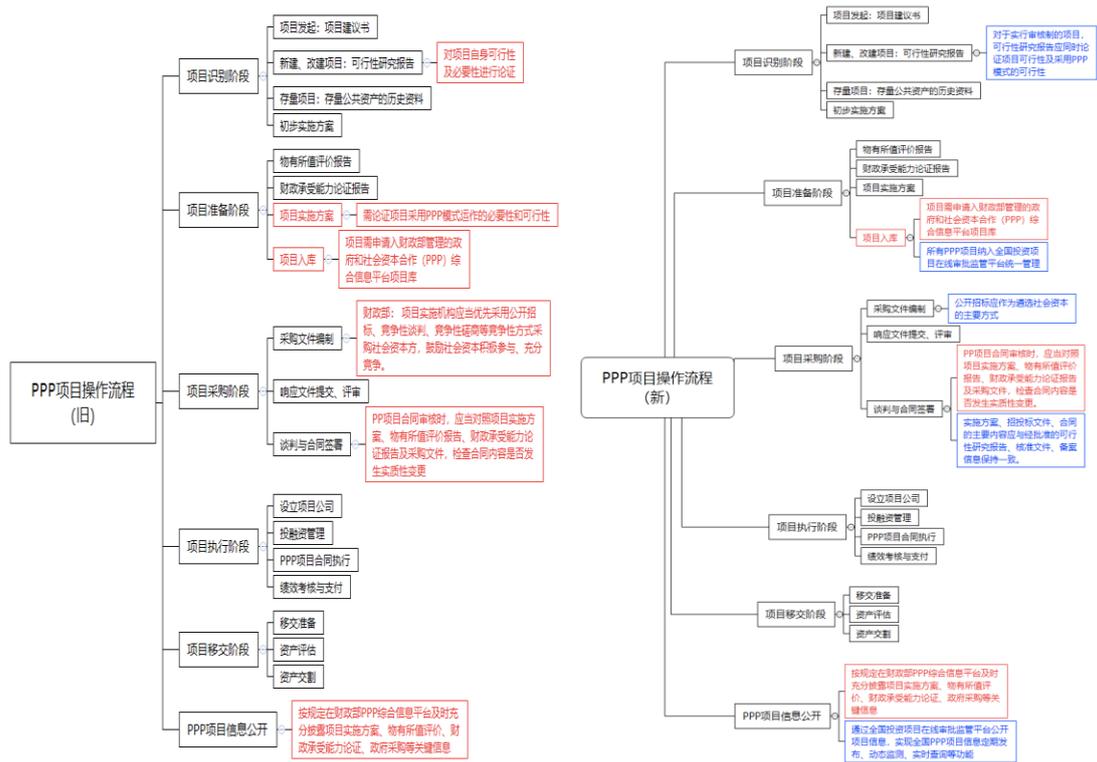
发改 1098 号文规定固定资产投资项目资本金必须满足国务院规定的最低比例要求。不得通过约定回购投资本金、承诺保底收益等方式违法违规变相增加地方政府隐性债务，严防地方政府债务风险。

该要求旨在通过控制项目资本金杠杆防范地方隐性债务，此前 PPP 各项政策已屡次强调，并非新规定。

(3) 惩戒失信违规

发改 1098 号文要求，政府应依法依规履行承诺，不得擅自变更合同约定的政府方责任和义务，应加强对社会资本方履约能力的全过程动态监管。指导监督 PPP 咨询机构资信评价工作。严禁通过设置“短名单”、“机构库”等方式限制社会资本方、金融机构等自主选择 PPP 咨询机构。

发改 1098 号文实施后，PPP 操作流程新旧对比（左旧右新）



二、PPP立法愿景

1. 必要性

2017年7月21日, 国务院法制办公室公布《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例(征求意见稿)》, 向社会公开征求意见。2018年《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例》(下称“PPP条例”)被列入国务院立法工作计划, 但至今仍未出台。由于我国无统一法律法规和规范, 主管部门在各自管理范围内出台的规定缺乏全局性、系统性, 有的规定过于重视自身管理的需要, 导致部门法规间存在冲突难以有效衔接。同时, 由于PPP发展过程中部分地方出现泛化、异化等不规范问题, PPP项目形成的政府支出责任是否属于隐性债务引发巨大争议, 由此导致的行政干预力度不断加大, 清库、退库的热潮致使公私合作伙伴关系及契约精神渐渐变质, 更进一步突显现有法规政策缺陷及不足。《条例》、发改1098号文等政府投资新规的施行, 也在一定程度上对政府投资与PPP的关系理解造成冲击, 甚至有观点认为PPP模式只是项目组织实施的一种方式, 项目本身的决策必须执行《政府投资条例》或《企业投资项目核准和备案管理条例》, 进一步造成PPP实践的混乱。事实上, 政府投资PPP规范的对象并不在同一层面, 两者的侧重点及应履行的程序也不尽相同。在此背景下, 加快PPP条例面世、促进PPP法律法规体系的完善, 指导PPP规范有序发展已刻不

容缓。

2. 建议

(1) 加快相关法律制度建设

加快 PPP 条例出台，厘清 PPP 与特许经营、政府投资的关系和区别，确保统一性、规范性和权威性，降低相关政策制定和执行中的不确定性、政府与社会资本参与项目合作的不确定性，以及减少政府与社会资本合作改革中的不确定性。同时 PPP 条例应既立足于现实问题，也要着眼于政府治理转型的改革目标，以“平等与合作”的法律关系模式构建政府与社会关系。

(2) 转化“自上而下”的行政命令思维

在 PPP 项目中，政府身兼“裁判员”和“运动员”的双重身份，既是法律政策支持者、顶层设计者、标准制定者、监督管理者，也是项目参与方。在这个过程中，按照传统行政领域行政机关与相对人之间的“自上而下”的行政命令思维，不仅不符合国家对于推行 PPP 项目的政策精神，也偏离了 PPP 法律规制方式朝向“伙伴式”、“合作式”的法律体系构造，不利于促进政府治理能力现代化。因此，应加强运用法治思维，尤其民商法思维和法治方式解决发展前进中的问题，将“行政干预”的手逐步转化为与社会资本握的“平等合作伙伴”的手，协调和平衡合作方的权利义务关系，确保公共产品生产和提供的公平与效率。

注：上文提及审批制、核准制、备案制，此系固定资产投资领域针对不同项目应履行不同决策程序的要求。政府投资新规对 PPP 项目重大影响之一在于要求 PPP 项目应履行固定资产投资项目决策程序，本文简单梳理固定资产投资项目决策制度变迁，供读者了解。

(一) 审批制、核准制、备案制的渊源

改革开放之后，为了适应经济发展的需要，充分发挥投资在国民经济和社会发展中的作用，党中央和国务院非常重视投资体制改革和建设，一直将投资体制改革作为经济改革的重点之一。1988 年颁布的《国务院关于印发投资管理体制改革近期改革方案的通知》（国发〔1988〕45 号）作为改革开放以来第一个较系统的投资体制改革方案，其提出的改革措施与思路，有力地促进了改革过程中根本性问题的解决。

2003年，党的十六届三中全会审议通过《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》，指出深化投资体制改革的方向是“进一步确立企业的投资主体地位，实行谁投资、谁决策、谁收益、谁承担风险。国家只审批关系经济安全、影响环境资源、涉及整体布局的重大项目和政府投资项目及限制类项目，其他项目由审批制改为备案制，由投资主体自行决策，依法办理用地、资源、环保、安全等许可手续”。

2004年7月16日，《国务院关于投资体制改革的决定》（国发[2004]20号）出台，按照“谁投资、谁决策、谁收益、谁承担风险”的原则，把政府对投资项目的管理办法划分为审批制、核准制和备案制三类。政府投资建设的项目，由政府进行审批；对不使用政府投资建设的项目，一律不再实行审批制，区别不同情况实行核准制和备案制；对外商投资项目一律执行核准制。

（二）审批制、核准制、备案制的改革深化

1. 《中共中央国务院关于深化投融资体制改革的意见》

2016年7月18日，《中共中央国务院关于深化投融资体制改革的意见》（中发[2016]18号）出台，这是我国历史上第一份由党中央国务院印发实施的投融资体制改革文件，其沿袭审批制、核准制和备案制的总体框架，坚持改进和规范政府投资项目审批制，最大限度缩减核准事项，核准目录范围之外的企业投资项目一律实行备案制。

2. 《国务院关于发布政府核准的投资项目目录（2016年本）的通知》

2016年12月《国务院关于发布政府核准的投资项目目录（2016年本）的通知》（国发〔2016〕72号），此次目录是继2013年、2014年两次修订后，国务院第三次作出修订，目录合理划分中央地方职责，以“清单化”的形式明确政府核准项目的范围边界，充分发挥市场作用，最大限度缩小核准范围。

3. 《企业投资项目核准和备案管理条例》

2016年11月30日，国务院发布《企业投资项目核准和备案管理条例》（国务院令 第673号），该条例是我国固定资产投资领域第一部行政法规，对于规范企业投资项目核准与备案、转变政府投资管理职能、巩固企业投资主体地位方面具有重大意义。《企业投资项目核准和备案管理条例》中规定，对关系国家安全、涉及全国重大生产力布局、战略性资源开发和重大公共利益等企业投资项目，实

行核准管理。除实行核准制以外的企业投资项目，实行备案管理（企业投资项目核准制和备案制）。

4. 《政府投资条例》

《条例》是我国关于政府投资管理的第一部行政法规，也是投资建设领域的基本法规制度，标志着全面规范政府投资管理迈出了具有重要意义的一步。《条例》第九条规定：“政府采取直接投资方式、资本金注入方式投资的项目，项目单位应当编制项目建议书、可行性研究报告、初步设计，按照政府投资管理权限和规定的程序，报投资主管部门或者其他有关部门审批”、第六条规定：“对确需支持的经营性项目，主要采取资本金注入方式，也可以适当采取投资补助、贷款贴息等方式”，明确界定了需履行审批的政府投资项目。

5. 《国家发展改革委关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》

以《条例》为契机，发改 1098 号文要求 PPP 项目严格执行《政府投资条例》、《企业投资项目核准和备案管理条例》，依法依规履行审批、核准、备案程序。采取政府资本金注入方式的 PPP 项目，按照《条例》规定，实行审批制。列入《政府核准的投资项目目录》的企业投资项目，按照《企业投资项目核准和备案管理条例》规定，实行核准制。对于实行备案制的企业投资项目，拟采用 PPP 模式的，要严格论证项目可行性和 PPP 模式必要性。

（与会者观点仅代表自己的观点，并不代表律协观点）

供稿：深圳市律师协会政府和社会资本合作（PPP）法律专业委员会