

我国 PPP 项目应用养老机构的法律风险及应对

张凌竹¹ 王涵² 余项科³

(长春理工大学法学院 吉林 长春 130022)

摘要 采用 PPP 模式建设与运营养老机构是解决我国目前养老机构紧缺的有效途径之一,它不仅鼓励民间资本进入社会养老机构建设项目,减轻政府财政压力,而且能够充分利用社会投资方的技术能力及管理经验。但由于 PPP 项目中涉及的法律范围较广以及当前 PPP 项目仍处于起步阶段,相关法律缺乏完整性,因而在实际应用时必然存在一定的法律风险。本文将以 PPP 项目在养老机构的应用为视角,总结其中可能出现的法律风险并相应的提出一些应对措施。

关键词 PPP 项目;养老机构;法律风险;风险应对

近年来,我国老龄化进程在不断加深,大力发展养老服务产业、建立多层次养老服务体系是契合中国社会需求的唯一路径。那么如何在保持公立养老机构的社会公益属性特色的同时加大养老机构的建设力度就成为了一个值得讨论的问题。实践证明采用 PPP 模式建设与运营养老机构是解决我国目前养老机构紧缺的有效途径之一。但由于 PPP 项目中涉及的法律范围较广以及当前 PPP 项目仍处于起步阶段,相关法律缺乏完整性,因而在实际应用时必然存在一定的法律风险。本文将以 PPP 项目在养老机构的应用为视角,总结其中可能出现的法律风险并相应的提出一些应对措施。

一、PPP 项目的特征及其在养老机构中的应用现状

(一) PPP 项目的特征

PPP 项目是一种公共项目,是由社会资本和政府合作完成的项目,PPP 即 Public-Private-Partnership 英文字母的缩写,翻译成中文就是“公私合作”。PPP 项目与传统政府投资项目的区别在于,项目运行融入了社会资本,减少了政府财政在投资项目中的资金压力。在 PPP 项目运行期间,需要对各种风险进行科学、合理地分配,保证项目的运行符合要求,从而为社会提供优质的公共服务,创造双赢的局面。具体来看,PPP 项目有以下三个特征:

1. 政府与社会资本方之间是合作关系。这区别于以往的政府与企业之间地位不对等的行政合同关系,在 PPP 模式中,强调的是政府与社会资本方的平等合作关系。双方就公共服务的基础设施建设经营权协商一致,签订 PPP 项目合同,在合同中互相分担风险,享受平等的权利和承担对等的义务。

2. 政府与社会资本方利益共享。政府与社会资本方在 PPP 项目中共同享有 PPP 项目运营所带来的利益。通过项目的顺利建设和运营,政府履行社会管理职能,提供公共设施服务,满足公众对基础设施的需要,社会资本方直接享有项目运营所带来的收益。

3. 政府与社会资本方风险共担。双方合理分担风险,通常将风险分担给善于控制此类风险的一方,这样有助于节省控制风险的成本,提高应对风险的效率,如政府应当承担法律、政策变更风险,社会资本方承担市场需求、价格波动等经济风险。

(二) PPP 项目在养老机构中的应用现状

自 2000 年以来,政府出台了一系列激励引导政策来支持和鼓励社会资本参与养老服务。2015 年 2 月,十部委联合发布《关于鼓励民间资本参与养老服务业发展的实施意见》,支持民间资本采取股份合作制及 PPP 等参与养老机构的建设。2015 年 5 月,国务院办公厅转发财政部等《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》。2016 年 12 月,国务院办公厅发布《全面放开养老服务市场提升养老服务质量的若干意见》,提出了应该降低市

场准入甚至是外资进入的门槛,从而使社会资本成为养老服务供给的主要动力来源。2017 年 8 月,财政部、民政部等联合发布《关于运用政府和社会资本合作模式支持养老服务业发展的实施意见》提出,鼓励运用 PPP 模式推进养老服务业供给侧结构性改革,加快养老服务业培育与发展,推出一系列措施来规范其发展,成为首次关于 PPP 养老的具体实施意见。截至 2022 年 7 月,财政部政府与社会资本合作中心已经公开的项目库中,共有养老类项目 99 个,仅占项目库中总数的 0.9%,由此可见 PPP 模式在养老服务产业仍有较大的应用空间。

二、PPP 项目在养老机构中应用的法律风险

(一) 相关法律法规有待健全

我国养老 PPP 项目在遵守法律法规的同时,还要遵循养老行业的相关政策,我国目前除《老年人权益保障法》以外,国务院尚未出台针对养老 PPP 项目的行政法规,主要监管内容来自民政部的部门规章及其他政策性文件。我国对社会养老服务的规制逐渐趋向具体化,但是作为《老年人权益保障法》的下位法,缺少部门规章,特别是有关监管机制,上述法律法规并没有提出系统而又全面的措施,大部分只是对于机制的某个方面提出了方向性的规定和要求,在具体操作层面的主要依据仍然是地方性规范性文件。然而,有的地方性法规政策仅仅简单重复上位法,并没有根据各地区实际情况细化相关内容。作为对社会养老服务影响重大的《养老机构设立许可办法》自 2013 年起施行,取消设立许可的制度于 2019 年逐步实施,因设立许可取消而进行适应性修改后的《养老机构管理办法》在 2020 年 11 月 1 日正式生效,各地方政府也着手进行取消许可后的地方性法规、规章及相关政策的修改及清理工作,确保不会因为行政审批制度改革造成新政策缺失。民政部强调取消养老机构设立许可并不意味着申办养老机构的门槛降低,而是变更前审批为告知承诺制备案。但是具体的政策仍然需要各地政府进行养老服务信用体系建设等相关配套制度的完善和建立。

(二) 养老机构评估制度有待建立

在养老 PPP 项目运营进程中,缺乏绩效考核机制、定价机制会导致监管部门无法合理合法的有效开展审核评估工作,也无法对真实情况进行有效监管。《养老机构管理办法》第 46 条第一款中虽然规定了对不定期进行评估的养老机构给予行政处罚,但对于评估的内容、评估的程序、评估的标准、评估的效力等都没有明确规定,尤其缺少体现评估养老院日常服务的指标,具体应用时存在一定的难度。与此同时,政府对于养老机构信息披露问题的规定过于宽泛,如所要求的信息披露范围过窄、运营管理的信息披露制度没有硬性要求、对急于披露的养老机构缺乏严格有效的惩治机制等。在价格

监管上,以往的成本导向办法极易造成垄断现象出现,定价方面无法做到市场公平。

(三) 合同违约导致的风险难以确定

PPP项目应用养老模式的实际操作中,由于不具备针对性的合约治理机制,公私双方在项目运营阶段对合同的执行没有有效的约束,对养老服务的质量、价格和考核标准缺少硬性约定的要求,使得项目各参与方不能很好地履行自己的义务,达不到项目的预期目标。政府监管机构在履行监管职能时,也无法依据合同进行监督。同时养老PPP项目投资大、周期长、收费机制复杂、利润空间有限、参与主体多等诸多因素使得PPP模式应用于养老项目的过程中风险比一般项目大,监管的难度也大。而且风险因素错综复杂,因此对项目进行充分认识并实现风险的合理分担成为项目成败的关键。在项目持续时间最长的运营阶段,风险出现的概率最高。现阶段大多数养老PPP项目正处于执行阶段,因而对这个时期出现的风险识别缺乏相应的经验,同时由于完备的风险分担机制还未形成,无法对运营中出现的风险承担进行合理安排,会导致整个项目的效率降低和成本的增加,对项目后续开展产生不良影响。

三、PPP项目在养老机构中应用的法律风险应对

(一) 完善PPP法律法规体系

若要完善我国社会养老服务相关法律体系,应该从制定专门的行政法规开始提升立法层级,因为目前的养老市场随着老龄化加深发展速度不断增快,因此需要有统一且更具有操作性的规定。地方规章应该进行操作的具体化规定,而不是简单重复上位法,避免操作性不强的问题。地方政府应该根据实际情况,制定出更加具体的监管准则,如在人员配比方面,应当明确规定护理人员与不同身体状况老人的配置比例;在资金规模上,制定出符合当地情况的具体要求;对当地政府投资兴办的养老机构收费项目和收费标准做出具有地方特色规定等。转变监管理念,从准入监管变为过程监管。除了民政部门以外的其他部门共同推进,配合修改与之相关的政策,明确消防、卫生等部门的职责,重点调整事中事后监管法律,按照“谁执法、谁普法”的要求进行宣传工作,比如通过政府网站以及新闻媒体甚至相关场所的全方位公示,列出修改前后监管方式对比的表格,进而使相关从业人员及社会公众明晰区别以及修改的意图。

(二) 建立养老机构评估制度

建立养老服务质量评估体系。对养老PPP项目执行运营成果进行合理评估,实际考核老年人是否得到相符的服务,需要尽快构建统一的养老服务标准体系,确立具体的质量标准、技术标准、管理标准等。运营阶段的监管重点要落在对项目公司提供的养老服务质量的考核上。另外,注重定价问题,制定价格监管和处罚机制,预控价格过高扰乱市场现象,可有效维护投资方的权益,确保养老PPP项目的产业目标得以达成。在完成以上工作的同时加强信息披露制度。通过将项目执行运营的相关信息公开披露,可增强养老PPP项目企业运作的透明性,加强社会公众的监督,提高养老PPP项目的公信力,降低法律监管的成本。在监管过程中,应立法明确规定项目企业信息披露的内容、拓宽信息披露的途径并完善信息披露的方式,同时应确定和追究监管部门和项目企业信息披露不及时的法律责任。可以通过建立养老服务信用体系,对存在严重失信行为的养老服务机构及人员,实行联合惩戒,营造诚实守信的发展环境。

(三) 优化合同中的风险分担机制

首先要有确定的合同来作为合理分配合同当事人的权利和义

务的基础,合同确定性要求在合同中必须明确在该阶段双方各自应尽到的义务、拥有的权利、工作内容、养老服务的质量、价格和考核标准等硬性要求;合同灵活性则应体现出合同内容的可调整性,可根据养老PPP项目执行中出现的风险变化,按照实际情况修改双方的权利和职责,有效维护双方权益;而严格性则从执行角度出发,要求双方严格按照合同规定开展各项活动,承担相应的义务,假如有一方没有遵守合约规定,必须按照合同当中的条款进行惩处。

其次,为了确保养老PPP项目得到有益收效,风险的有效辨别以及风险的合理分配是不能忽视的问题。政府部门在承担政治、法律、经济方面的风险时具备更多应对机制。而社会投资方在运营管理上有一定的经验,应偏向于承担技术和管理方面的风险。而无法预控的市场风险,可通过制定公平的机制让双方共同担负或鼓励一方承担。在风险分担方面,应遵循一是可控性原则,即将风险分配给最善于应对该风险的一方;二是公平承担原则,实践中各种风险都是相互关联的,任何一方在管理风险时出现问题,都会造成风险共振,引发不利后果,所以项目各参与方必须协调开展各项工作,采用合理机制公平承担风险,才能确保养老PPP项目各参与方的利益。

结语

为了应对在项目执行中出现的种种问题,优化我国养老PPP运行机制,在法律层面需要建立健全上层法律规范和独立监管机构,构建质量评估和审计监督体系,以特许经营合同体系明确权责关系,科学合理搭建风险识别和分担机制,未来应当不断完善我国养老产业制度法律体系的建设,致力于建成体系完备、制度统一、结构合理、多层次功能充分发挥,具有中国特色的养老制度。

参考文献

- [1] 喻文光. PPP 规制中的立法问题研究——基于法政策学的视角[J]. 当代法学, 2016(03).
- [2] 陈阵香、陈乃新. PPP 特许经营协议的法律性质[J]. 法学, 2016(11).
- [3] 张凌竹. 我国公益创投的本土化定位及法律实现[J]. 法学, 2020(10).
- [4] 杨敏慧. 居家养老 PPP 项目与财政政策分析[J]. 市场周刊, 2020(8).
- [5] 廖剑南. PPP 模式养老项目的投资决策研究[D]. 南昌: 江西财经大学, 2020.

基金项目: 教育部“春晖计划”“我国PPP项目应用养老机构法律运行机制实证研究”(立项编号: S2016004); 吉林省社会科学基金项目“乡村振兴战略背景下吉林省农村养老保险法律制度改革研究”(立项编号: 2022B91)。

作者简介: 张凌竹, 女, 汉族, 1981年11月出生, 籍贯: 吉林省延吉市, 单位: 长春理工大学法学院, 法学博士, 副教授, 研究方向: 行政法学。王涵, 女, 汉族, 1998年9月出生, 长春理工大学法学院法律硕士研究生, 研究方向: 宪法学与行政法学。余项科, 男, 日本同志社大学, 副教授, 法学博士, 主要从事教育经济研究。