

农业领域公私合作的困境及法律对策

◇张帅梁

一、农业领域PPP的立法和实践状况

我国有关农业领域PPP的立法主要有三类:第一类是《招标投标法》《政府采购法》《预算法》《环境保护法》《土地管理法》《农村土地承包法》《村民委员会组织法》等法律中的有关规定,这类规定对农业领域PPP项目的运行起到了宏观指导和某些方面的规范作用。第二类是专门适用于农业领域PPP的规范性文件,如《国务院办公厅关于创新农村基础设施投融资机制体制的指导意见》《财政部农业部关于深入推进农业领域政府和社会资本合作的实施意见》。这类文件规定了推进农业领域PPP的指导思想、重点领域、项目流程和制度保障,但原则性内容较多,约束力不强。第三类是国家发改委、财政部作为国家层面的PPP项目的主管部门,制定了大量规范性文件,适用于包括农业领域PPP的所有形式的PPP。上述立法对实施农业领域PPP起到了基本规范作用,同时存在诸多问题。比如,现有关于农业领域PPP的专门立法层次较低,存在部门利益法制化的现象,急需更高层次的统一立法。又如,国家发改委制定的有关文件与财政部制定的有关文件在社会资本的范围、PPP项目的招标方式等方面存在较大不同。立法层面的矛盾势必导致实践中的乱象。

2014年以来,我国PPP项目整体上呈现蓬勃发展的势头,但农业领域PPP项目并不多。财政部发布的《全国PPP综合信息平台项目管理库2018年第2期季报》显示,截至2018年6月,全国PPP综合信息平台项目管理库的7749个项目中,农业领域PPP项目仅有53个、占0.7%,投资额仅516亿元、占0.4%;在3325个落地项目中,农业领域PPP项目仅有21个、占0.6%,投资额仅285亿元、占0.4%;在866个落地示范项目中,农业领域PPP项目仅有5个、占

0.6%。这些数据在一定程度上反映了我国农业领域PPP的发展状况:项目数量少,投资不振;项目落地率低,进展缓慢;项目边界不够清晰,发展不充分。出现这种局面的原因主要有两个方面:其一,较之市政工程、交通运输等领域,农业领域的项目具有收益不稳定、周期长、回报率低等特性,难以吸引社会资本。其二,在现有体制机制下,农业领域PPP的运行面临一些难题,需要通过完善相关法律制度予以解决。

二、农业领域PPP运行中遇到的突出问题

(一)主体问题

农业领域PPP涉及的主体包括政府、社会资本方、农民和村委会,其中,村委会作为集体组织的代言人和基层政府的协助者,对项目的启动和运行起着重要作用。实践中,村委会担任双重代理人的角色。一方面,村委会是农民的代理人,代表农民与基层政府和社会资本方谈判。我国《村民委员会组织法》第2条规定,村委会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。据此,很多地方的村委会实际上代行村集体经济组织的职能。就农业领域PPP项目而言,村委会在土地转让、收益分配、项目资产确权等方面有较大话语权。另一方面,村委会是基层政府和社会资本方的代理人,代表他们与村民沟通。虽然村委会只是接受基层政府的指导,但这种指导的权威性是不言而喻的。村委会对乡村复杂的关系和利益有比较深入的了解,农村工作经验比较丰富。因此,在农业领域PPP项目中,乡镇政府和社会资本方一般都委托村委会沟通协调民意及办理置换土地、建设基础设施、分配租金收益等事务。这种双重代理在法律上并不构成滥用代理权。因为在农业领域PPP项目的基础合同中,当事

双方是基层政府和社会资本方,农民并不是合同当事人。另外,根据我国《民法总则》第186条的规定,只要合同双方事先同意或事后追认,村委会在农业领域PPP项目中同时作为农民和基层政府、社会资本方代理人的行为就是有效的。

虽然村委会在农业领域PPP项目中的代理权来源合法,但其代理行为存在较大的风险。农业领域PPP项目运行中各方的诉求存在冲突。政府希望完善农村基础设施、发展乡村公共服务、促进农业规模化现代化发展、缓解财政困局;社会资本方追求投资利益最大化;农民期盼获得土地租金收益、项目分红和就业安排。如果三方围绕财政补贴、项目成本、利益分配、违约责任等展开博弈,作为代理人的村委会就很难在各方利益之间寻求平衡点。村委会既是乡村熟人社会的一部分,又受到政府权威的影响和社会资本方的利益诱惑,容易在代理活动中偏向一方,尤其是有意无意地忽视农民权益。此外,村委会及其成员也有利己的冲动,其独特的纽带地位为其提供了利益寻租的空间。这一点应当在农业领域PPP项目运行中予以关注。

(二) 资金问题

资金来源不足是制约农业领域PPP发展的一个关键因素。实践中农业领域PPP项目的资金来源主要是政府财政和社会资本,从目前的情况来看,这两个方面都显得供给乏力。一方面,没有农业税费来源以后,很多地方基层政府财政缺少二三产业支撑,收入不足、债务增长,其自身的财政支出还依靠上级财政拨款和转移支付。另一方面,涉农项目见效慢、收益低、风险大等特性制约了社会资本的投资热情,鼓励民企私企投资PPP项目的政策导向将本应承担更多社会责任的国企置于农业领域PPP项目之外。还有一个问题是,农业领域PPP项目运行中的资金供应缺乏持续性。农业领域PPP项目的标的是农业基础设施和农村公共服务,无论是对原有基础设施进行改造升级,对农村服务资源进行内部调整和外部调配,还是培育新型现代化农业,都需要相当长的时间、相当多的资金,一些实力不够雄厚的社会资本方往往在项目启动后不久就丧失了继续投资的能力或动力。缺乏后续资金支持的农业领域PPP项目

既浪费了资金、土地等资源,也稀释了基层群众共享共建、振兴乡村的信心。

(三) 土地问题

农业领域PPP项目与集体土地有着密切联系。“三权分置”改革为农村土地有序流转提供了制度支持,也使农业领域PPP项目有了比较宽松的制度环境。在“三权分置”改革背景下,农业领域PPP项目的运行经常遇到一些土地方面的问题。其一,土地获取路径问题。公益性农业PPP项目(提供基础设施、公共服务等)与经营性农业PPP项目(建设农业产业园区、田园综合体等)的土地获取路径不同:前者所需土地应根据我国《宪法》《物权法》《土地管理法》及其实施条例的有关规定,以土地征收的方式获取;后者是农业生产方式由分散到集中的转变,并没有改变土地承包经营作为私人事务的法律性质,因而应通过农地经营权的平等流转来实现。但在实际操作中,很多地方政府没有对这两种用地途径进行认真区分,有的统一采取征收方式,有的一概采取流转方式,有的将二者混淆采用,扰乱了正常的农村土地管理秩序。其二,土地征收与流转方面的问题。现行立法没有明确界定公共利益的标准,关于征地补偿的标准偏低,这些在一定程度上影响了农业领域PPP项目的实施。另外,现行立法对农村土地经营权的法律性质和权能缺乏明确规定,这不利于农业领域PPP项目顺利运行。其三,农村土地制度改革中的潜在问题。农业领域PPP项目通过招投标等形式启动后需要及时获取土地,而“三权分置”改革中土地政策在不断变化、创新,如何协调项目的稳定性与法律政策的滞后性之间的矛盾是实践中需要认真对待的一个问题。

三、推进农业领域PPP的法律对策

为避免部门立法产生权责之争,可以考虑提高立法层次,由全国人大常委会制定推进公私合作的法律。在统一立法的基础上,由农业农村部牵头,会同国务院有关部委,制定推进农业领域PPP的实施条例。该条例应当构建具体制度,对农业领域PPP的运行进行统一指引和规范。

(一) 规范村委会的代理行为

一是明确村委会在农业领域PPP项目运行中的

职责。我国《民法总则》第101条赋予农村集体经济组织特别法人的主体地位,并规定在尚未建立农村集体经济组织的情形下,村委会可以代行农村集体经济组织的职责。据此,村委会在农业领域PPP项目中既不能成为社会资本方的附庸,也不能完全等同于农民群体,而要代表农民群体的利益与政府和社会资本方合作。具体而言,村委会在项目前期主要负责与项目落地有关的谈判、准备工作;在项目运营过程中主要负责资源协调、履约监督等工作;在项目后期主要负责资产的清算与受领等工作。

二是严格村委会的决策流程,防止其陷入利益寻租的泥潭。对农业领域PPP运行中涉及农民切身利益的事件,如土地置换与流转、土地征收、项目收益分配、项目资产归属等,应根据我国《村民委员会组织法》的规定,由村民会议讨论决定,而不能由村委会成员擅自决断。农业领域PPP项目中与财务有关的事项要及时公开,防止村委会暗箱操作。

三是增强村委会的代理能力。从已经比较成熟的专业代理(如保付代理、保险代理、专利代理)的实践经验来看,代理人只有拥有丰富的专业知识和技能,才能办好委托事项,其代理行为才经得起合法性、合规性审查。农业领域PPP项目涉及大量法律政策、土地估值与资金预算等方面知识以及复杂的操作流程,对此,村委会成员往往并不熟悉。因此,一方面要将推行农业领域PPP作为农村职业教育的内容,加强对村委会成员的相关知识培训;另一方面要加快培育农业领域PPP项目中的专业代理人,弥补村委会代理能力和专业技能的不足。

(二)健全资金供给机制

应根据财政部发布的《贯彻落实实施乡村振兴战略的意见》,加大上级政府向下级政府转移支付的力度,提高基层政府对农业领域PPP的投资能力。地方政府要根据我国《预算法》的有关规定,结合政府性基金预算、公共财政预算、社会保障预算等财税政策,提前规划好农业领域PPP所需支出在财政预算中的比例,保证农业领域PPP项目的财政拨款及时足额到位。另外,要畅通国企进入农业的路径,引导其积极参与农业领域PPP的发展。在一些农业产业类PPP项目中,可以引导农民将其农地经营权或

其他资源以股份的形式出资。为增强农业领域PPP资金供给的持续性,应当要求PPP项目合同中包含履约保证金条款和违约金条款,以增加当事人随意中止合同的违约成本;同时,参照社会征信体系,建立农业领域PPP项目运行中的守信激励对象和失信惩戒对象名单制度。

(三)完善相关土地制度

一是完善征收征用集体土地的补偿标准。我国《土地管理法》第47条和《物权法》第42条规定的土地补偿标准主要依据被征收土地的原有用途,对土地被征收后的用途和收益缺乏考虑。为保障农业领域PPP稳定发展,应当建立征收征用农村集体土地的补偿标准与被征收土地的市场价值挂钩的制度,以兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配。

二是强化对农业领域PPP项目中农地经营权的规范和保护。农地经营权是一种用益物权,类似于德国法规定的次地上权或下级地上权。在农业领域PPP项目中,农地经营权的主体由农民变为实施PPP项目的公司,这不会对农地承包权的实现构成挑战,因为农地经营权的实现受到农民转让承包权的约束。农地经营权与承包权分离后,经营权包括自主生产权、抵押入股等处分权、收益权,项目公司转让经营权的应受到一定的限制;农民对经营权主体享有对价请求权、监督权、到期收回权。

三是健全农业领域PPP项目的招投标程序与农地获取程序之间的衔接机制。在农业领域PPP实践中,PPP项目落地与获取土地一般分两个阶段进行,通常在社会资本方中标、PPP项目运营公司成立之后再解决土地问题。如果土地问题得不到及时解决,PPP项目就无法顺利推进。鉴于此,应当要求农业领域PPP项目发起人(即基层政府和社会资本方)在项目识别和准备阶段向县级以上人民政府有关管理部门提交土地流转方案,项目运营公司在项目采购阶段或项目执行阶段的初期向管理机构提交能够证明其已有效获取土地的法律文书。

作者简介:张帅梁,河南农业大学文法学院副教授。

(摘自《中州学刊》2018年第12期)