

## 政府与社会资本合作 (PPP) 的法律保障

【编者按】近年来,财政部、发改委等相关部门连续出台了多个关于鼓励“政府与社会资本合作 (PPP)”从事公共基础设施建设或公共服务 (PPP 项目) 的政策性文件和行政性规章,各级政府也相继颁布了大量的可选 PPP 项目,项目总金额已达数万亿元。但是,到目前为止真正签订合作协议并实施的项目却为数甚少。一项于民于国都是极好的政策,为何得不到应有之回应,个中原由值得思考。近期,在华东政法大学经济法律研究院举办的经济法律高峰论坛上,来自全国的知名专家学者就此议题分别从 PPP 合作的性质、功能、权利义务配置,以及社会资本的投资保障等方面为 PPP 的顺利推进与实施提供理论支持。为此,本刊特选文从 PPP 的公共性、PPP 中的政府定位、特许经营协议的法律性质以及 PPP 中公私利益协调等视角展开理论研究,供广大读者尤其是决策者参考。

### PPP 的公共性及其经济法解析

● 张守文\*

【内容摘要】公私合作模式 (PPP) 是公共部门与私人部门合作提供公共物品的制度安排,涉及公共权力的行使与公共利益的保护,具有突出的公共性。PPP 的公共性不仅与其制度目标和理论基础内在一致,也决定其应该遵循公开、公平、公益等重要法律原则。据此,政府应在公私合作过程中担负起保障与监管职责。基于经济法维度,公共性是 PPP 乃至整体经济法制度的出发点和落脚点,厘清特许经营制度的特殊性和特许经营协议的性质,对于推进 PPP 研究与经济法理论发展具有重要价值。

【关键词】PPP 公私合作 公共性 公共物品 经济法

#### 一、问题的提出

在全面深化改革的背景下,公私合作模式 (Public - Private Partnership, 以下简称 PPP) ①被视为公共服务供给机制的重大创新,②因其内含政治、经济、法律、社会等多维因素,涉及政府与市场关系的法律

\* 作者单位:北京大学法学院、北京大学经济法研究所。

① 公私合作模式又称“政府与社会资本合作”,后者也是 PPP 的官方表达,但从理论和原意上说,称 PPP 为公共部门与私人部门的“公私合作”可能更具有延展意义。

② 参见《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》(国办发[2015]42号)。

调整、政府职能的转变以及公共服务的质量和效率等视域而备受社会关注,与之相关的法律问题研究也已展开。<sup>③</sup>

PPP之所以被财政部、发改委等部门力推,无疑与当下国家经济下行和财政减收的“双重压力”、地方债务负担沉重、公共物品供给不足等有着直接关系。政府力图通过与社会资本合作,进一步缓解财政资金紧张、化解地方债务风险,并经由社会资本的投资替代,提升公共服务的质量和效率,从而达致切实保障社会公众需求和权益之目的。但是,在PPP的推进过程中,因涉及政府公信力与企业信赖利益保护,尤其是风险分担和利益分享的诸多细节,社会资本心存疑虑,故投入并不踊跃,以致PPP项目的整体进展落后于政府预期。<sup>④</sup>

而相关法律制度不完善或落实不到位也是PPP推进缓慢的一个要因。PPP体现了多种法律制度的综合与融合,尽管公私合作模式由来已久,国内外的实践亦已积累了大量经验,但相关理论的提炼与制度建设尚待加强,尤需从经济法视角展开深入研讨。PPP的前两个“P”分别代表公共部门与私营部门,或者“公”与“私”两个方面,其中,在“公”的方面会强调社会公益性,在“私”的方面会重视个体营利性,而个体营利性与社会公益性的冲突正是经济法所要解决的基本矛盾,需要在更高层次上加以协调和解决,于是就有了第三个“P”,即在法律框架下的“公私合作”,这也是经济法的“高级法”特征的重要体现。尽管三个“P”都很重要,并由此可归纳出PPP的多个重要特征,但第一个“P”所集中体现出的公共性尤为重要,它是该制度得以存在和展开的重要前提和基础,<sup>⑤</sup>直接影响到与其相关理论的研究与制度构建,殊值研究。

事实上,在PPP的制度设计方面历来强调公共部门应当在公共领域依法正当行使公共权力,以有效地提供公共物品,保障公共秩序和公共利益。这些公共因素使PPP必然会呈现出突出的公共性特点。详言之,PPP的公共性应以尊重私人权利为基础,以公共权力的依法正当行使为保障,<sup>⑥</sup>同时,还要体现公意和公益,如此才能使该制度符合正义价值并具合法性,并且在协调个体营利性和社会公益性的过程中<sup>⑦</sup>有效地保障各类主体的利益,特别是公共利益。其实,PPP的出发点和落脚点就是公共性以及在此基础上对公共利益的追求。PPP的公共性与其制度目标和理论基础直接相关,并直接影响其应遵循的法律原则的形成;研究PPP的公共性,有助于我们认识政府在PPP领域的职责,以及特许经营及其协议的特殊性和复杂性。鉴于此,本文拟结合上述问题,从经济法视角对PPP的公共性加以解析,进而讨论与之相关的经济法理论与制度建设的一般问题。

## 二、PPP的制度目标、理论基础与公共性

PPP的制度目标是保障政府有效地提供公共物品,以满足公共需求。因此,支撑其制度建设的一个重要理论基础就是公共物品理论。该理论作为贯通社会科学领域的重要理论,为经济法研究提供了重要的分析框架,不仅有助于解释PPP制度存在的必要性,而且有助于揭示其蕴含的公共性,且必要性与

<sup>③</sup> 参见孙学工、刘国艳、杜飞轮、杨娟:《我国PPP模式发展的现状、问题与对策》,《宏观经济管理》2015年第2期。

<sup>④</sup> 财政部、发改委等主管部门一直在力推PPP,并进行了大量的宣传、推介和培训工作,但是由于社会资本对风险和收益等问题高度关注,以及对政府公信力存疑,故而使得PPP的现实推进相对缓慢。

<sup>⑤</sup> 有学者认为,公共性是政府的第一属性,行政的其他特性皆来源于政府的公共性,故公共性在政府活动中具有基础地位。参见杨海坤:《现代行政公共性理论初探》,《法学论坛》2001年第2期;黄显中:《政府公共性理论的谱系》,《湘潭大学学报(哲社版)》2004年第3期。

<sup>⑥</sup> 公共性是哲学、政治学、经济学、法学等诸多学科都要研究的重要问题。基于公共性,PPP应尊重个人权利,包括社会公众以及社会资本的个体权利;同时,公共性是公意和合法性的基础,PPP领域的各类公权力,如财政权、税收等,其行使都要符合公益性所要求的合法性,这样才能更好地提供公共服务。参见杨仁忠:《论康德的“公共性”及其理论价值》,《学海》2009年第1期。

<sup>⑦</sup> 有学者认为,公私合作制是一种涉及基础设施的制度安排,而基础设施自产生之日起就陷入公共性与企业性(类似于社会公益性和个体营利性)的两难之中。参见[英]达森·格里姆赛、[澳]英文·K·刘易斯:《公私合作伙伴关系:基础设施供给和项目融资的全球革命》,济邦咨询公司译,中国人民大学出版社2008年版,序,第1~3页。

公共性直接相关。

研讨 PPP 的公共性,需首先理解其存在的必要性。PPP 制度的存在与政府的职能密不可分。通常情况下,现代国家的政府职能被界定为宏观调控、市场规制、社会管理和公共服务,<sup>⑧</sup>而 PPP 制度往往被认为与政府的公共服务职能直接相关。依据传统的公共物品理论,公共物品可分为纯公共物品与准公共物品,这种分类与政府的上述职能大体存在如下对应关系:一方面,政府的宏观调控和市场规制职能要求政府需亲力亲为、主动作为,以便更好地为市场经济提供良好的外部竞争环境,它们属于需要由政府提供的纯公共物品;另一方面,在强调多元治理与和谐共赢的背景下,政府的社会管理和公共服务职能并非必须或只能由政府单方面履行,而是可以辅之以必要的市场途径,故而这两项职能可归入准公共物品。

公共服务的提供可以经由市场主体的“参与”实现,这既是公共性的重要体现,<sup>⑨</sup>也是公私合作的重要基础,它使政府与社会资本合作成为可能,否则,PPP 的后两个“P”都不会存在。尽管如此,公共服务毕竟属于公共物品,政府仍需作为其主要的提供主体,才能更好地体现和保障公平、公开及公益,但若公共服务只是单一地由政府提供,则又可能影响公共服务供给的质量和效率以及相关主体的受益性。而通过公私合作的模式恰恰有助于合作各方各尽所能,各取所需,各得其所,从而可以兼顾公平与效率,实现共赢。<sup>⑩</sup>这也是 PPP 自英国兴起后便被推广到许多国家的重要原因之一。

依据上述理解,可以认为 PPP 是针对公共服务这种准公共物品的提供而作出的制度安排,在政府财政投入不足、效率不高的情况下,通过引入社会资本,达到合作共赢的目标,可实现一定时段市场主体对政府的投资替代,这有助于社会公众及时有效地获得相应的公共服务。这一制度设计具有突出的公共性,从此维度切入来研究 PPP 所涉及的准公共物品的提供问题,可以进一步丰富和发展传统的公共物品理论。

此外,依据公共物品理论,还有助于我们厘清或增进一些认识。比如,我国有规范性文件提出,政府是通过 PPP 提供公共产品和公共服务,<sup>⑪</sup>而如果把公共物品等同于广义上的公共产品,则公共产品就不应与公共服务相并列。<sup>⑫</sup>又如,有规定将基础设施与公用事业相并列,<sup>⑬</sup>应该说这两者确有明显的区别,但从政府职能的角度看,它们又都可归于公共服务,因此,用广义的公共服务亦可将其涵盖。

总之,基于社会公众对公共物品的需求,PPP 的存在有其必要性;同时,PPP 虽然要引入社会资本,但这仅是手段,其核心目标仍是向社会公众提供公共服务,因而具有突出的公共性。将公共物品理论作为 PPP 的重要理论基础,有助于我们更好地理解 PPP 的公共性,以及与此相关的公共利益保障和公共权力行使等问题。

### 三、基于公共性形成的法律原则

PPP 的制度目标是向社会公众提供公共服务,而公共服务的具体领域包括能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等。可见,公共服务不仅涉及的

<sup>⑧</sup> 多年前,在明确政府职能时,我们主要强调的是宏观调节、市场监管、社会管理和公共服务,其中,前两项职能就是经济法所关注的宏观调控和市场规制,因而是与经济法最直接相关的经济职能。此外,经济法的有效调整同样有助于促进公共服务职能的实现。

<sup>⑨</sup> 公共性与公众参与内在相连,在 PPP 项目中引入社会资本,就是这种“参与”的重要体现。对于公共性与参与之间关联的分析,参见李友梅、肖瑛、黄晓春:《当代中国社会建设的公共性困境及其超越》,《中国社会科学》2012 年第 4 期。

<sup>⑩</sup> “公司合作制是公共部门与私营经济企业之间的一种长期互利共赢、服务公众的合作方式。它是国家现代化建设的重要基石。”李以所:《德国公私合作制促进法研究》,中国民主法制出版社 2013 年版,第 225 页。

<sup>⑪</sup> 同前注②。

<sup>⑫</sup> 公共物品(public goods)有时被译为“公共产品”,这种广义上的公共产品包含了公共服务。因此,如果将广义上的公共产品与公共服务相并列,就可能存在歧义。只有具有公共性的狭义的“产品”,才能作为与公共服务并列的公共产品。

<sup>⑬</sup> 参见国家发改委、财政部等六部委于 2015 年 4 月 25 日联合发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》。此外,在有的学者对基础设施作广义理解的情况下,基础设施也包含公用事业。

范围广,而且与民生直接相关。这些向社会公众提供的公共服务,直接关系到公众的共同利益,具有公共性。而基于这种公共性,PPP制度理应符合公开性、公平性和公益性要求,由此又可提炼出其需遵循的法律原则。下文就以《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》(以下简称《指导意见》)为例略加说明。<sup>⑭</sup>

首先,从公开性的要求看,PPP制度和PPP项目都须向社会公众公布和开示,符合相关要求的主体都有权利参与其中,以便公共部门优中选优,确定最佳的合作主体,为社会公众提供优质的公共服务。为此,《指导意见》专门规定了公开透明的原则,强调“实行阳光化运作,依法充分披露政府和社会资本合作项目重要信息,保障公众知情权,对参与各方形成有效监督和约束”。

其次,从公平性的要求看,PPP制度和PPP项目只有向社会公众公开才能使相关符合条件的主体通过公平竞争,成为与政府合作的主体,使广大社会公众能够公平地享受到相应的公共服务。这里的公平性与竞争性直接相关,只有相关市场主体充分和公平地参与竞争,合作主体的确定才更公平。据此,《指导意见》规定:“政府采取竞争性方式择优选择具有投资、运营管理能力的社会资本,双方按照平等协商原则订立合同,明确责权利关系,由社会资本提供公共服务,政府依据公共服务绩效评价结果向社会资本支付相应对价,保证社会资本获得合理收益。”这一规定强调,不仅对社会资本的准入控制要公平,而且对社会资本的收益获取也要公平,这皆为公平性要求的重要体现。

除此之外,公平性的要求还体现在其他诸多方面。比如,在PPP项目的实施过程中,相关公共服务的定价不可畸高畸低,以体现公平负担之精神;又如,PPP往往涉及大量政府采购问题,故保障政府采购的公平也非常重要;再如,由于PPP项目的实施具有长期性,可能跨越两代人,因而在制度安排上又需顾及“代际公平”。据此,《指导意见》强调,上述公共服务的价格要“按照补偿成本、合理收益、节约资源、优质优价、公平负担的原则,加快理顺公共服务价格”;上述的政府采购要“保证采购过程公平、公正、公开”;上述公共服务的对价支付要“能够在当代人和后代人之间公平地分担公共资金投入,符合代际公平原则”。

最后,从公益性的要求看,只要是政府提供公共服务,就须考虑社会公益,所以公益性是PPP的应有之义,对社会公众而言,服务的公益性不可或缺。当然,在保证公益性的前提下,应适度体现合作方的收益性,但该前提要特别强调。因此《指导意见》特别规定要“提升公共服务的供给质量和效率,实现公共利益最大化”。

总之,虽然PPP领域需遵循的法律原则是多方面的,但基于其公共性,制度设计应主要体现公开性、公平性和公益性要求,进而由此确立制度应遵循的公开原则、公平原则和公益原则。“三公”原则对于PPP制度目标的实现至为重要。值得注意的是,基于PPP的公共性所形成的“三公”原则固然重要,但也并非是其应遵循的全部原则,因为公共性体现的只是PPP的一个侧面。比如,公共部门之所以要与私人部门合作,引入社会资本,是因为单纯由公共部门提供公共服务不够及时、便捷,在数量和质量等方面都不能充分满足社会公众的需要,只有在第一个“P”的基础上增加后两个“P”,才能够提高效率,因此,效率原则同样是公共服务提供或整体PPP制度都应遵循的重要原则。<sup>⑮</sup>又如,PPP制度综合了诸多领域的法律制度,涉及财政补贴、税收优惠、金融支持等,这些领域又都对法律依据有严格的要求,<sup>⑯</sup>因此,法定原则也应该是PPP遵循的原则。事实上,法定原则、效率原则都与公共利益直接相关,故与PPP的公共性也是内在一致的。

<sup>⑭</sup> 《指导意见》由经济法上的三大调控主体财政部、国家发改委、中国人民银行联合发布,涉及上述主体所主管的财税、投资、价格、金融等领域,因而其中包含大量的经济法内容。

<sup>⑮</sup> 效率原则有时也被称为经济性原则。在2005年德国《公私合作制促进法》颁布后,在相关预算法规范中就重申和强调了经济性原则,以确保公私合作的效率。同前注⑩,李以所书,第176~182页。

<sup>⑯</sup> 基于法定原则,德国《公私合作制促进法》的核心内容就是通过修改反限制竞争法、公共采购条例、预算法、税法等重要的经济法规来确保公私合作制发展的合法性。

#### 四、从公共性看政府的职责

政府的基本职责是提供公共物品,基于公共性特别是公益性的考虑,以往的公共服务往往主要由政府直接提供,对社会资本则存在准入限制,但基于公共服务的效率和质量某些欠缺,以及政府资金的经常性短缺,基于政府职能的转变,以及政府购买服务的可能性,许多国家都曾经或正在探索通过政府与社会资本合作的方式来提供公共服务,以实现各取所需,各尽所能,各得其所,既实现共赢,又能使社会公众真正享受到高效率、高质量的公共服务。<sup>①7</sup>

有鉴于此,在 PPP 项目的实施过程中,公共部门和私人部门要分别担负不同的职责和义务。在我国,作为私人部门一方的企业、社会组织和中介机构,需要承担与公共服务相关的设计、建设、投资、融资、运营和维护等义务;而作为公共部门一方的政府,则要承担建立制度、培育市场、加强监管等职责,具体包括建立有效促进 PPP 发展的制度体系,培育统一规范、公开透明、竞争有序的 PPP 市场,加强市场监管和绩效考核等,同时,还要在财税、价格、土地、金融等方面加大支持力度,保证社会资本和社会公众能够共同受益。

可见,基于 PPP 的公共性,政府需承担的上述职责可以概括为保障与监管两个方面,即通过财税、价格、金融、竞争、规划等方面的保障和监管来促进 PPP 的发展,<sup>①8</sup>而这些方面皆需要在经济法制度中作出安排。我国近期为促进 PPP 的发展,已制定了大量具体的经济法制度,明确规定了政府的保障和监督职责,例如,在财税保障方面,中央财政设立 PPP 融资支持基金,并落实和完善国家支持公共服务事业的税收优惠政策;同时,通过以奖代补等措施,引导和鼓励地方融资平台存量项目转型为 PPP 项目。在金融保障方面,国家鼓励开发性金融机构发挥中长期贷款优势,参与改造 PPP 项目,鼓励社保资金和保险资金按照市场化原则参与项目;金融监管部门按照风险可控、商业可持续原则支持 PPP 项目融资。在价格监管方面,主管部门制定不同领域的行业技术标准、公共服务技术规范,加强对公共服务质量和价格的监管。同时,健全公共服务价格调整机制,完善政府价格决策听证制度,通过各方面意见的听取,确保定价调价的科学性,保持公共服务的持续性和稳定性。

在以经济法的具体规定为依据来落实政府的各类保障和监管职责时,还应注意各类经济法立法的内在关联。例如,PPP 涉及大量财政资金的使用,因此,预算法、政府采购法及其配套法律法规(如《招标投标法》以及各类法律的实施条例等)、《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(国办发[2013]96号)等包含的财政法规范,都是促进 PPP 发展的重要依据,而这些法律依据之间的效力位阶和适用范围也需加以关注。

固然上述经济法制度对政府履行保障和监督职责、促进 PPP 发展的作用突出,但是 PPP 发展对完善各类经济法制度的要求亦同样值得关注。<sup>①9</sup>例如,在财政法领域,由于在 PPP 项目的实施过程中,社会资本要得到合理收益,政府要为此支付相应的对价,因此,财政的支付能力或承受能力就是一个非常重要的问题。<sup>②0</sup>为此,应开展财政承受能力论证,统筹评估和控制项目的财政支出责任,促进中长期财政的可持续发展,这对于有效控制财政风险也十分重要。上述财政支出责任通常包括股权投资、运营补

<sup>①7</sup> 以英国 20 世纪 70 年代的公共行政改革和民营化为发端,西方国家开始了所谓的“新公共管理运动”,核心是政府的“职能市场化、行为法制化、决策民主化、权力多中心化”,这对 PPP 领域的政府职责亦有直接的影响。参见[美]艾莉诺·奥斯特罗姆:《公共事务的治理之道》,余逊达、陈旭东译,上海三联书店 2000 年版,第 1 页。

<sup>①8</sup> 这突出体现了“促进型经济法”的重要功能(参见张守文:《论促进型经济法》,《重庆大学学报(哲社版)》2008 年第 5 期)。此外,为了促进 PPP 的发展,一些国家和地区还制定了专门的 PPP“促进法”,如德国《公私合作制促进法》、韩国《基础设施吸引民间资本促进法》等。

<sup>①9</sup> 国外的制度变迁也印证了这一点。例如,德国《公私合作制促进法》就直接带动了预算法、税法、公共采购法、反垄断法等多个经济法领域的制度变革。

<sup>②0</sup> 主体能力是经济法主体理论的重要内容,在 PPP 项目的实施过程中,要考虑政府的财政承受能力、市场主体的承受能力等诸多主体能力问题,这些问题与定价、风险等问题密切相关。通过这些问题的研讨,有助于进一步丰富经济法的主体理论。

贴、风险承担、配套投入等,<sup>②</sup>要依据必要、合理和可持续的财政投入原则,化解地方政府性债务风险,针对政府付费、使用者付费等不同支付机制,将项目涉及的运营补贴、经营收费权和其他支付对价等,纳入年度预算、中期财政规划,在政府财务报告中进行反映和管理,并向本级人大或其常委会报告,接受相关监督。另外,对使用财政性资金作为社会资本提供公共服务对价的项目,应当根据《预算法》、《政府采购法》等法律法规规定,加强政府采购环节的监管,保证采购过程公平、公正、公开。同时,要引入价格和补贴动态调整机制,建立投资、补贴与价格的协同机制,为社会资本获得合理回报创造条件。

从上述各类制度安排中可以看到,正是基于 PPP 的公共性,政府需要承担更多的保障与监管职责,<sup>③</sup>而这些职责蕴含于财税、金融、价格、竞争、规划等诸多经济法制度中,只有实现各类经济法制度的有效调整,切实落实上述政府职责,才能够保障公共服务的有效提供,如此一来,才能够既有效保护社会公众的利益,又真正保护社会资本的利益。

### 五、典型 PPP 的经济法分析:以特许经营为例

基于公共性,在 PPP 领域形成了各类重要制度,其中以特许经营制度为代表,其所涉及的理论和实践问题需从不同的视角加以解析。下文就以特许经营这种 PPP 的典型形式为例,对与之相关的重要理论问题从经济法视角略作分析。

#### (一) 特许经营的典型性和特殊性

在提供公共服务的过程中,涉及能源、交通运输、水利、环保、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动,应按《基础设施和公用事业特许经营管理办法》执行。<sup>④</sup> 特许经营是国家力推的 PPP 的典型形式,而上述领域之所以需要特许经营,与 PPP 的公共性,特别是项目的公益性密切相关。

对于特许经营,以往行政法、民商法、国际经济法等领域的研究较多,其实该领域还涉及大量的经济法问题,需增加经济法的视角,这对于进一步研讨特许经营的特殊性十分必要。例如,特许经营涉及的问题,与行政法或民商法所关注的一般问题有着诸多不同,对其特殊性可分别从“特许”和“经营”两个角度展开分析。首先,对经营的“特别许可”与许可是何关系?若属行政许可的一种,则与一般的行政许可又有何区别?为何要在某些领域实施“特许”?这些领域为何不能直接开放给市场主体?政府的准入限制是否构成垄断?这与公共利益保护、公共物品的提供、公共性是何种关联?其次,既然是特许的“经营”,在经营过程中同样会涉及风险、收益等诸多问题,而风险的防范和收益的分配正是贯穿经济法各类制度的基本问题,在特许经营方面尤需认真研究。

此外,对于特许经营的特殊性,以往行政法学、国际经济法学等主要基于政府与企业、公与私的二元结构来展开讨论。与此相关联,依据经济法的主体理论,同样有助于分析特许经营的主体结构,并由此发现其结构的特殊性。例如,从经济法的视角看,特许经营主体首先是一个层级二元结构,即政府与市场主体,或者调制主体与调制受体。其次,在市场主体层面,则存在经营者与消费者的平面二元结构。上述的政府与经营者、消费者三类主体,在特许经营关系中,又可具体化为政府及其职能部门、特许经营的实施主体与特许经营者、公共服务的消费者之间的关系,并且政府、特许经营的实施主体、特许经营者之间的关系对特许经营的持续和成败会有特别影响。

#### (二) 特许经营协议性质的经济法解析

对于特许经营协议的性质,学界一直存有争议。有学者将其视为行政合同,认为它以行政管理为主要内容或者与行政目的相关联;<sup>⑤</sup>有学者强调其民事性质,反对将其定性为行政合同,甚至完全否定行

<sup>②</sup> 参见2015年4月7日财政部印发的《政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引》第9条。

<sup>③</sup> 这些内容散见于各部委的多个规范性文件中。由于各类规定发布的主体不同,因而在制度安排上也各有侧重。由此也不难发现,对于PPP的管理体制确应加以协调,这又涉及经济法的体制法问题。

<sup>④</sup> 参见《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第2条。

<sup>⑤</sup> 参见邢鸿飞:《政府特许经营协议的行政性》,《中国法学》2004年第6期。

政合同的概念。<sup>⑤</sup> 上述两类典型观点,分别着重从“特许”或“经营”的某一个角度展开论证。其实,特许经营协议的性质较为复杂,因而也有人认为对其不能进行非此即彼的认定,强调将其视为一种“混合契约”,或认为应“分段”认定其性质。这说明仅从一个角度或一个侧面来认识复杂的特许经营协议是不够的,尚需要从多个维度加以解析。若再进一步,跳出传统的“行政—民事”的二分,从更广义的“协议”的角度把“特许”和“经营”两个方面整合起来,从更高层次的公私合作的“整体”来分析,则可能会有新的认识。

从现实情况看,基于 PPP 的公共性,在“整体”的特许经营协议履行时,离不开经济法上的财政补贴、税收优惠、金融保障、产业扶持、竞争规制等诸多制度安排,甚至上述经济法制度会直接影响 PPP 项目的启动、持续和完成,而这些补贴、优惠、保障和扶持,则体现了公共部门的职责以及公私两个部门能够合作的前提,并且与上述制度安排相对应的是经济法上的经济调制权,而非行政法上的行政管理权,因此,应超越传统行政法,从经济法的维度进一步认识特许经营协议的性质与定位。

值得注意的是,在强调合作和共治的时代背景下,在经济法的各部门法中,存在着多种以“合作”为基础的各类“合作协议”。<sup>⑥</sup> 例如,税法上的预约定价协议、财政法上的对口支援协议、反垄断法上的和解协议等,这些都是以合作为基础、以经济法为依据的协议,可称为经济法上的“合作协议”。不能因为上述协议涉及政府一方,就一概称为行政合同或行政协议。

事实上,特许经营协议的核心问题并非是行政管理,而是在经济法的调制保障和监管下提供公共服务,此类协议的履行与公共部门的财政支出以及多种经济法手段的运用密切相关。从此侧面看,它是体现公共性的经济法上的公私“合作协议”,即在公共部门进行市场准入规制以及相关经济法制度的保障和监管下,由公私两个部门合作提供公共服务的协议。因此,不能僵化、割裂地看待特许经营协议,应基于其特殊性和复杂性,从多种角度思考其性质,同时,还应重视经济法领域的各类“合作协议”的研究,这对于经济法理论的深入和细化亦甚为重要。

分析特许经营协议的性质,需具体考量协议的目的、手段及其准据等要素。PPP 的公共性决定了公共部门与私人部门订立特许经营协议的最终目的是为了地更好地提供公共服务,以解决市场失灵和政府失灵问题,而要实现上述目的,公共部门应综合运用各类具有经济法性质的保障和监管手段,同时,这些手段的准据也主要是经济法。因此,如果基于上述几个要素,动态、整体地考察特许经营协议,同样会发现其经济法性质。具体来说,特许经营协议与市场准入、财税贴补、金融扶持、政府融资、产业规划等都密切相关。其中,社会资本或各类企业能否进入相关领域,政府如何确定准入门槛,都涉及经济法上的市场规制问题;而社会资本一旦进入,就涉及在财政、税收、金融方面给予支持、优惠、扶持等保障,以及在价格、质量等方面加强竞争监管等,这些都可归入协议实施的手段,并且其实施都要以经济法的各类具体制度为准据;而采用上述手段之目的,则是为了实现特许经营协议之目标,即通过引入社会资本,解决政府财政资金短缺和“两个失灵”问题,从而更好地为社会公众提供公共服务,有效地保障公共利益和相关主体的利益。

总之,基于 PPP 的公共性,从经济法的维度对特许经营协议进行动态和整体的解析,将“特许”与“经营”的目的和手段结合起来,而不是仅仅局限于协议文本的某些侧面或片段,就可以发现其具有经济法性质,并可归入经济法上的“合作协议”。事实上,现代国家的经济调制或经济法调整,并非单一向度或固化不移,而是可以通过不同领域的“公私合作”来实现经济调制或法律调整的目标。对于特许经营协议这一 PPP 典型形式的重点解剖,尤其有助于超越传统法学的认识,推进经济法的研究。

<sup>⑤</sup> 参见阎磊:《行政契约批判》,知识产权出版社2011年版,第166~168页。

<sup>⑥</sup> 同样,在经济法以外的部门法中,也存在着以合作为基础的合作协议。例如,在行政法领域,基于“合作国家”、“合作行政”的思想,形成了“合作契约”的理论。参见詹镇荣:《民营化法域管制革新》,台湾元照出版有限公司2005年版,第33页。

## 六、结论

公共性作为 PPP 的重要特征,是 PPP 制度得以存在和发展的基础,从经济法维度对 PPP 制度展开解析,有助于我们理解 PPP 乃至整体经济法的公共性,并由此推进经济法理论的深入和发展。

揭示 PPP 的公共性可借助经济法理论中的公共物品分析框架,如此可以厘清 PPP 中的一些模糊认识;同时,基于公共性,PPP 制度须符合公开性、公平性和公益性要求,由此可确立其应遵循的重要原则;而基于公共性、公开性、公平性和公益性原则,政府在财税、金融、规划、竞争、价格等领域必须履行保障与监管职责,并严格依据经济法的規定行使其经济调制职权,以更好地保障各类主体的权益,特别是公共利益;基于特许经营在 PPP 领域的典型性、特殊性和复杂性,则需从经济法的视角展开研讨,从另一侧面理解特许经营协议作为经济法上“合作协议”的性质,而这一性质亦与公共性直接相关。

在关注 PPP 公共性的同时,也应思考整体经济法制度的公共性。<sup>②</sup> 其实,经济法的公共性与经济法自身的法律属性直接相关。在政府与市场的关系方面,凡涉及公共利益保护的,就会涉及经济法的调整。<sup>③</sup> 因此,经济法天然地具有公共性,对公共利益的保护,既是其自身合法性的重要基础,也是实现其正义价值的重要前提。作为公共性自然延伸的公开性、公平性、公益性应当贯穿于经济法的各类制度中,毕竟经济法本身就是一类重要的公共物品。因此,对 PPP 的研究不仅应体现在制度或技术层面上,也要体现在理论层面上,这对于推进整体的经济法研究非常有意义。

需要强调的是,在经济法领域,虽然可以存在公私“合作协议”,但是这并不意味着经济法是公法与私法的混合物。从公共性的角度看,经济法的出发点和落脚点仍是通过宏观调控和市场规制,不断解决个体营利性和社会公益性之间的矛盾,从全社会的高度解决“两个失灵”的问题,以促进经济的稳定增长,有效保障社会公共利益。因此,经济法的公共性与经济法的价值追求和调整目标是内在一致的。

总之,PPP 的公共性乃至整体经济法制度的公共性,在相关制度建设和理论研究方面不应被忽视;上述公共性不仅有助于保障制度的发展方向和实施效果,而且有助于更全面地分析复杂的理论问题。因此,应重视公共性的维度,在经济法的多个领域里进行拓展研究,以推进经济法理论的发展和制度的完善。

(责任编辑:谢 青)

<sup>②</sup> 经济法是从经济的角度,在经济领域提供公共物品,以体现政府的经济职能,这同从行政管理的角度履行行政职能并提供相关公共物品是不同的。因此,经济法与行政法具有不同的公共性。

<sup>③</sup> 从两大资源配置系统的角度看,政府的配置要着重解决公共利益的保护问题,对此经济法的调整则十分重要。参见张守文:《政府与市场关系的法律调整》,《中国法学》2014 年第 5 期。