



北京仲裁委员会
Beijing Arbitration Commission
北京国际仲裁中心
Beijing International Arbitration Center

北仲争议解决新探索文库

Legal Regulations of PPP

Focus on concession in infrastructure

PPP的^的法律规制

以基础设施特许经营为中心

李 亢 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

Legal Regulations of PPP
Focus on concession in infrastructure

PPP的法律法规制

以基础设施特许经营为中心

李 亢 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

PPP的法律规制:以基础设施特许经营为中心 / 李亢著. —北京: 法律出版社, 2016.12
ISBN 978-7-5197-0273-1

I. ①P… II. ①李… III. ①政府投资-合作-社会资本-法规-研究-中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第273609号

PPP的法律规制

——以基础设施特许经营为中心

李亢 著

策划编辑 赵明霞

责任编辑 赵明霞

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 710毫米×1000毫米 1/16

版本 2017年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 24.5 **字数** 333千

印次 2017年1月第1次印刷

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海公司/021-62071010/1636

西安分公司/029-85330678

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-0273-1

定价: 68.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《北仲争议解决新探索文库》
编委会及编辑部名单

编 委 会

主 任:梁慧星

委 员:(按姓氏音序排列)

范 愉	傅郁林	李仕春
潘剑锋	乔 欣	沈四宝
宋连斌	陶景洲	王红松
王亚新	赵秀文	郑若骅

编 辑 部

主 编:林志炜

执行主编:陈福勇

成 员:丁建勇 姜秋菊 陈亮宇
张皓亮 孙 琦

总 序

北京仲裁委员会(以下简称北仲)是首批依据《仲裁法》重新组建的仲裁机构。成立20年来,北仲始终坚持“独立、公正、专业、高效”的价值目标,坚持民间化、专业化、国际化的发展方向,在仲裁领域,成为践行仲裁法精神,锐意改革创新的一面旗帜,公信力、社会地位和国际影响力不断提高。截至2015年9月28日,北仲已经累计受理案件26173件,涉案标的额约1514.50亿元。处理了大量疑难复杂的商事纠纷,积累了丰富的经验,获得当事人、代理人的信赖和好评。

北仲是一个学习型组织,一贯重视多元化争议解决领域的理论研究工作,并以期刊《北京仲裁》(前身为《北仲通讯》)作为多元化争议解决理论研究、学术探讨和经验交流的平台。截至2015年10月,《北京仲裁》共出版91辑,所刊发文章在理论界和实务界引起较大反响,已成为多元化争议解决领域的一个重要刊物。但是,由于《北京仲裁》篇幅的局限,刊登的文章,不能全面反映作者的学术思想和观点,也难以对某一具体领域的学术成果进行系统性的展示。为弥补上述缺憾,北仲决定设立“北仲文库”,将多元化争议解决领域的研究专著进行鉴别筛选,系统整理,结集出版。“北仲文库”的设立,可以融汇和吸收前沿性的学术成果,为争议解决的实践提供理论指导,提高案件的质量和效率,又可以帮

助研究者特别是那些有独到研究和深刻见解,但因经费或其他原因无法发表文章的研究者,将研究成果公诸于世,供社会分享。

“北仲文库”全称为“北仲争议解决新探索文库”,意在鼓励和支持那些在多元化争议解决领域有创新性、探索性研究学术成果的研究者。“北仲文库”将长期面向社会各界征集上述学术专著,这些专著应有作者本人独立而深刻的思考,具有理论和实际应用价值,并与多元化争议解决主题相关。北仲对文库的出版发行给予经费支持并对外宣传介绍。

多年来,北仲一直以宣传推广多元化争议解决机制为己任,“北仲文库”的设立,将促进多元化争议解决理论研究的健康发展,我们期待业内同仁和社会各界朋友关注与支持“北仲文库”,为“北仲文库”提供专著或宝贵的意见和建议,北仲会努力将“北仲文库”打造成多元化争议解决研究领域的品牌项目。

是为序。

北仲文库编委会

2015 年 10 月 22 日

序

基础设施领域被称为市场经济的“边疆”，以打破垄断、引入竞争等市场为导向的改革方兴未艾，特许经营即为其著。特许经营对于促进经济平稳较快发展十分必要。从我国国情和发展阶段分析，基础设施领域将在很长一段时间内保持旺盛的投资需求，实施特许经营能够拉动民间投资，有利于贯彻实施扩大内需长期发展战略，也有利于更好地界定政府与市场的关系，促进政府职能转变。显而易见，特许经营不仅仅局限微观，而且事涉宏观；不仅牵扯改革，而且关系发展。如果举措得当，制度有力，善莫大焉。近些年来，党中央、国务院连续制定颁发若干促进非公经济和民间投资发展的政策措施，但成效并不明显，而缺乏法律规制的整体设计，不能不说是一个重要原因。这就造成实践中不少地方和行业，往往是以下两种状况并存的局面：继续沿用公权绝对主导的传统范式，政企不分、事企不分，排斥民间投资进入，出现所谓“玻璃门”的尴尬；任由地方政府与私营部门的“自然理性”协商自治，一味追求资金，盲目转让经营权，市场化变异成私有化，政府疏于监管甚至以权谋私。其结果，多是公共利益的虚置、社会福祉的损失，几无例外。

特许经营从来就是一种法律现象。透过现象看本质，当下我国特许经营法律规制的乏力，法学理论研究的滞后或供给不足，不能提供及时、

充分的指导,似也难辞其咎。本书从经济法的视域,以公私融合和社会本位作为思考的起点,对基础特许经营法律规制这一课题作一些理论探索,力求学术的研究能够与自然垄断行业体制改革的生动实践相契合。通过提出问题并经由各章论述,本文从一个侧面试图证成法律结构、法学体系,从封闭到开放、从分野到统一、从固定范式到互动整合的演进发展规律。在特许经营法律规制内在结构中,公与私,国家与社会,政府与企业,权力与权利,政策与法律,纵向与横向,组织因素与财产因素,和谐共生融合为一体,而这正是经济社会化和法律现代化的必然要求。

特许经营的本质是公私合作,是公法的“强制要素”与私法的“自治要素”的互动融合、和谐共存。其中,公共部门在特许经营的整个过程中,通过让渡部分公权,成为企业的合作伙伴,从这个意义理解,公共部门虽然仍是公共服务的提供者和最终责任者,但已经不再是生产者,而是生产者的选择者。其职能定位是确保公共产品的及时、优质提供,在维护公共利益基础上平衡各方权益。公共部门在特许经营法律关系中扮演多重角色:规则的制定者、采购者和提供者、合同当事人和监管者。实际上这些角色并不是截然分离的。在我国特许经营实践中,政府推行特许经营的角色和动机,很多仍然是出于获取资金。在此前提下的公私合作,难以保证风险的合理分担,最终不利于合同目标的实现。国内外经验都表明,公共部门过分偏重引资而忽视效率提高,容易使私营部门参与无法持续。由于是与公共部门合作,并在接受监管的前提下提供公共服务,私营部门的性质已然发生变化:是一个承担了执行公共政策和社会责任的经营者,而且受到比从事普通商事活动更多的限制。虽然它本质上仍然是一个商事主体,盈利是它存在的基础和发展的动力,但由于所提供的产品或者服务的公共属性,使其具有公共利益与私人利益双重身份,并且其私人利益的取得应以公共利益不受损为前提条件。

法律规制的基本原则是遵循市场规律、促进公平竞争、坚持公益优先。在特许经营法律规制结构中,存在行政法规制和民商法规制,并且,

各有其必要性、合理性,调整范围、功能,以及缺陷或者力所不能的局限性。两种法律规制的方法、手段各有利弊,既不能寄希望于完全单向的命令服从,也不可依靠双向自愿协商,不应当是对立、冲突、分治关系,而应当是并存、互补、协作、统合关系。否则,各自的缺陷和局限势必无从弥合,特许经营法律规制目标也难以实现。特许经营法律规制的路径,应当突破传统大陆法公私分治的逻辑结构,将两者的要素合理配置、重新组合。特许经营法律规制目标,是在政府直接参与和主导之下,通过市场竞争而以合同形式得以表达,既贯彻了公共利益,也体现了私法自治,公法与私法从分治走向融合。特许经营规制目标,可概括为以下两个基本方面:保护消费者权益与促进竞争。特许经营及其法律规制的目标从根本上说就是公共利益。但对于公共利益内容,应当是具体可评判的,这虽然艰难但却不可或缺。这就意味着正义观念的具体化,意味着权力正当性的审查标准,意味着冲突解决的立场,而不是单纯地去看:自由的意志有没有受到限制?授权有没有正当性?仅有这些是不够的。而这种价值判断和标准,已然超越了形式正义、抽象平等和公私双方意志自由,充分体现了经济法的实质正义理念,有助于最大多数人福利的增益,进而有助于促进整个国家的经济和社会的发展。

由于特许经营的公私融合性,特许经营法律关系本质上是一种直接体现国家意志的经济法律关系,其与经济法律规范的内在联系,使其具有不同于行政法律关系和民事法律关系的特点和属性。基础设施由公益型的行政垄断性的公益事业,转型为发挥政府(公共)部门和私人部门各自的禀赋优势,推动相互合作的制度变迁,不仅是对政府与私人部门或对立或从属的传统关系的革命,而且创造出一种新型的法律关系。换言之,政府把公共资源交给了民营企业后,法律关系由原来的“行政机关—社会公众”的二元关系,变成了“行政机关—民营企业—社会公众”的三元关系。这种新型法律关系的产生,不但来自政府对公共产品规制方式的根本性变化,而且也来自已参与公共产品提供而不再是纯粹

意义上的私人部门角色嬗变。明确特许经营权公私兼具的性质和特点,对于把握法律赋予特许经营权效力的尺度,对于合理调整特许经营权人的投资、建设、运营和管理经营活动,规范公共部门和其他相关部门的监管行为,均具有重要意义。要强调的是,特许经营法律关系体现出的政府与民间机构的公私合作、交融性质,是建立在公共利益基础之上的,并服从、服务于国家宏观政策和发展战略这个前提的。由于合作交易关系的复杂性、多样性,彼此互动与联系,相互影响和制约,已经突破了传统公法或私法理论中的对称性或“双方对应关系”范畴。因此,无论是公法还是私法的调整方式或救济手段均有所不足,效果也十分有限。有效解决公法与私法分治的制度性障碍,需要法律直接从实体上做出价值判断,而不能仅仅通过控制和约束政府权力,或者在出现争议纠纷时才予介入和调处。公私双方参与合作和互动交易的边界是否清晰,公共部门能否客观、公正地表达国家意志、实施有效监管,私营部门能否持续稳定地进入公共服务市场,切实提供高质量、高效率的服务,均有赖于法律从社会整体利益出发,统筹协调好公私各方权益。唯此方能消弥私人利益的无度和公权力的滥用,真正促进公有制经济和非公有制经济公平竞争、共同发展。

特许经营合同是现代政府在从事公共建设、提供公共服务过程中,以普遍意志的当然代表和化身自居,通过平等磋商形式与企业和其他市场主体达成的协议是一种典型的经济合同。在特许经营领域,合同已从传统契约自由与形式正义为核心的民事法律行为,演变成为国家对公私双方交易进行个别化、特殊调整的一种法律规制工具,体现了实质正义的法价值。特许经营合同既要遵循价值规律和平等协商、互利合作原则,充分考虑经营者的主动性和创新性,又应贯彻政府的公共政策、符合宏观经济目标,是财产流转与组织管理两类因素的有机统一。其与一般的民事合同有本质的不同,在于签订和实施合同主要目的是为了提高公共服务的质量和效率,追求社会公共利益最大化。同时,特许经营合同

也不能混同于行政合同,因为它超出了由公权力从外部对民事合同及其当事人的意思自治加以限制的范畴,国家是公共服务的提供者、直接参与者而不是旁观者,而这就从根本上决定了合同的性质。概言之,由于对社会公共利益和人民普遍意志的追求,国家通过特许经营合同,扬长避短地将公法与私法、民法与行政法调整手段结合起来,从而实现国家的公共政策与特许经营者的私人利益的协调共赢。由此逻辑可以推导出,政府对特许经营合同内容的要求和强制,并非一种外在的或者异己之力,实际上是政府以及公共部门在自身直接参与、从事的公共服务提供活动过程中,将公共政策和国家意志体现、落实到原本是私法自治的契约关系内部。

任何情形下,基础设施特许经营均需要政府有效的监管。特许经营事业的发展和特许经营活动的监管是基础设施和公用事业改革创新两个要件,相互依存,互为前提。缺乏有效监管的特许经营,就可能演化为私营企业只追求自身利益最大化,损害公众利益。而在监管体系的设计中,监管体制是一项不可或缺的核心要素,并且是一个十分迫切的现实问题。基础设施特许经营是以政府为主导的制度创新,涉及各个地方和众多行业,如果缺乏对监管体制设计的统筹规划,合理配置,势必形成政出多门、各自为政的局面,大大增加民间投资者的交易成本。选择和建立一个最佳监管模式,是有效规制的必要保障。鉴于此,应当比较借鉴国际经验,确立我国特许经营监管体制的基本架构。同时,要从立法论的角度思考启动法律生产机器的必要性和可行性。即不仅要从解释论角度梳理、整合现行政策和地方法规,而且还应借鉴外国经验,制定统一的基础设施特许经营法律、行政法规,辅之以配套规则和标准合同,厘清市场与政府的边界,合理配置中央与地方、部门与部门的监管权责,提升监管动力、增强监管能力、形成监管合力,实现特许经营法律规制目标。

从党的十八届三中全会明确指出要制定非公有制企业进入特许经

营领域具体办法,到十二届全国人大常委会将《基础设施和公用事业特许经营法》列入全国人大常委会立法规划,以及国务院连续三年将其列入年度立法计划,充分表明党中央、国务院对加快完善法律法规,以更好的法治环境更大激发社会投资活力的高度重视。而近几年密集发布的数十个国务院部门规章和规范性文件,在有力促进特许经营和政府与社会资本合作的同时,也产生了政策规定不够衔接甚至相互冲突的现象。实践的紊乱,重要原因在于理论研究的滞后。目前,我国特许经营和 PPP 领域相关立法、执法和司法活动遇到的突出问题是前期研究不够深入,很多重要制度设计概念模糊,缺乏统一认识。与此同时,各种观点层出不穷,加上一些舆论宣传的推波助澜,加剧了认识和实践上的莫衷一是。在此背景下,基础设施特许经营相关的法律规制的理论研究,更显其必要性和重要性。本书本着“深入解构、突出重点”原则,围绕理论与实践争议较大、空白较多的问题进行证成和探究,试图对特许经营范畴界定、特许经营与 PPP 的逻辑关系、特许经营合同的法律属性、特许经营争议解决机制,以及特许经营监管体制设计等热点、难点问题作出分析与评价,以期正本清源、厘清思路、支撑立法及推动实践,凸显其现实价值。作者期待通过本书的出版,有助于促进特许经营和 PPP 领域相关立法、政策指南的加速出台,推动符合中国国情的特许经营监管体制的健全,改进特许经营争议解决机制。

本书附录了近些年党中央、国务院和国务院有关部门制定颁发的,涉及 PPP 与基础设施特许经营的若干重大政策和规章规范性文件,方便读者参阅检索。需要说明的是,这些政策法规均是作者在长期的立法实践和理论研究过程中,专门筛选出来,政府部门和市场主体反复适用,具有权威性、综合性和稳定性。

目 录

■ 第一章 绪论	1
一、选题的背景和意义	1
(一) 特许经营潮流的兴起	1
(二) 特许经营兴起的动因	3
(三) 特许经营在中国的试验和问题	9
(四) 特许经营的研究现状	13
二、研究的重点问题	19
(一) 特许经营法律规制理论	20
(二) 特许经营法律关系	21
(三) 特许经营合同	22
(四) 特许经营监管体制	23
三、研究方法	24
四、创新之处	26
(一) 主题创新	26
(二) 内容创新	26
五、思路和结构	28

■ 第二章 特许经营范畴界定	31
一、基础设施	31
(一) 基础设施概念	31
(二) 公用事业	33
(三) 基础设施与公用事业关系	35
二、特许经营	36
(一) 特许的渊源	36
(二) 政府特许经营	38
(三) 商业特许经营	40
(四) 政府特许经营与商业特许经营差异	41
三、公私伙伴关系	43
(一) 内涵	43
(二) 主要模式	45
(三) 基本特点	47
四、公共部门	48
(一) 概念界定	48
(二) 主体资格	51
(三) 法律地位	53
五、私营部门	55
(一) 概念界定	55
(二) 主体资格	56
(三) 法律地位	58
■ 第三章 特许经营法律规制的理论基础	61
一、特许经营产生的经济理论	61
(一) 公共产品划分理论	61
(二) 公共选择理论与新公共管理理论	62

二、法律规制理论基础	64
(一) 规制概说	64
(二) 规制经济学主要理论	65
(三) 政府规制的理论发展	66
(四) 法律规制基本含义	67
(五) 法律规制基本原则	68
三、特许经营法律规制的路径选择	70
(一) 行政法调整必要性及不足	70
(二) 民商法调整合理性及缺憾	77
(三) 经济法规制的客观必然性	84
(四) 经济法规制的社会本位	87
 ■ 第四章 经济法规制下的特许经营法律关系	90
一、特许经营法律关系概述	90
(一) 特许经营法律关系性质	90
(二) 特许经营法律关系要素构成	92
(三) 特许经营法律关系结构分析	94
(四) 特许经营法律关系特点	95
二、特许经营主体间法律关系	99
(一) 公私互动	99
(二) 公众参与	100
(三) 公私合作关系的法律规制	101
三、法律关系客体	101
(一) 特许经营项目性质和特点	102
(二) 特许经营项目确定的原则和标准	104
(三) 资金使用价值评估制度	106
(四) 我国特许经营项目确定的程序和条件	109

四、法律关系内容	112
(一) 经营权通说	112
(二) 特许经营权概念及内容	115
(三) 特许经营权特征	116
五、特许经营权本质辨析	119
(一) 权利、权力概述	119
(二) 特许经营权性质的经济学观点	122
(三) 特许经营权性质的法学争议	124
(四) 特许经营权本质辨析	126
■ 第五章 特许经营法律规制的基本工具——合同	136
一、特许经营合同产生与发展	136
(一) 特许经营合同本质	136
(二) 特许经营合同产生	137
(三) 特许经营合同组合	142
(四) 特许经营合同签约主体	145
(五) 特许经营合同权利义务一般设置	146
二、特许经营合同性质	152
(一) 问题的提出	152
(二) 不同学说	154
(三) 特许经营合同的经济法论证	157
三、特许经营合同与政府采购合同差异	165
(一) 交易性质差异	166
(二) 目标宗旨差异	167
(三) 主体定位差异	167
(四) 合意程度差异	168
(五) 运作模式差异	170

■ 第六章 我国特许经营合同规制的框架构建	172
一、特许经营合同基本内容法定	172
(一) 特许经营合同内容法定的正当性	172
(二) 我国特许经营合同内容规制的实践	173
二、我国特许经营合同规制框架	175
(一) 签约主体	175
(二) 协议期限	178
(三) 风险分担	180
(四) 政府承诺	183
(五) 价格机制	185
三、特许经营合同标准化	187
(一) 英国统一标准合同	187
(二) 评价与借鉴	189
四、我国特许经营合同争议解决	191
(一) 争议解决现状与困惑	191
(二) 争议解决机制的构想	196
■ 第七章 特许经营法律规制的体制保障	198
一、监管体制内涵	198
(一) 监管的内涵和价值	198
(二) 监管体制的基本要素	200
二、境外监管体制比较研究	202
(一) 境外监管体制总体评价	202
(二) 英国 PFI 监管体制: 专设机构、统一政策	205
(三) 澳大利亚 PPP 监管体制: 分权负责、	
注重协调	213