

陈 军◎著

# 变化与回应

## 公私合作的行政法研究

BIANHUA YU HUIYING

GONGSI HEZUO DE XINGZHENGFA YANJIU



中国政法大学出版社

陈 军◎著

# 变化与回应

## 公私合作的行政法研究

BIANHUA YU HUIYING

GONGSI HEZUO DE XINGZHENGFA YANJIU



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

变化与回应：公私合作的行政法研究/陈军著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 12

ISBN 978-7-5620-5742-0

I. ①变… II. ①陈… III. ①行政法—研究 IV. ①D912. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第276651号

---

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 21.25
- 字 数 345 千字
- 版 次 2014 年 12 月第 1 版
- 印 次 2014 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 49.00 元

## 摘要

行政法诞生于 19 世纪自由法治国家背景之下。行政法体系主要由行政主体、行政行为和行政救济的三个组成部分架构，其中行政行为居于核心地位。但 20 世纪中后期，行政法赖以建立和存在的国家理论、法治理念以及行政法研究对象均发生了重大变迁，传统行政法面临挑战。行政法必须根据公共行政的发展，适时变化与革新，以适应公共行政不同阶段的发展需要。

本书正是基于这种考虑，拟透过公私合作的视角，尝试运用行政法学的基本原理、行政学、政治学 and 经济学等学科的有关知识，采取比较、实证等研究方法，研究公私合作背景下行政法的变化与革新，建构适应公私合作发展需要的行政法基本制度。全书共分为六章。

第一章：公私合作的理论基础及演进历程。公私合作是行政机关作为公部门和私部门为实现公共任务而采取的一种合作关系，它可以涵盖公部门单纯运用公权力实现公共任务和公共任务完全民营化之间的所有公部门和私部门的合作形式。公私合作具体分为行政委托、公私合营、公共建设参与、公私合作管制等四种形态。公私合作存在一定理论基础，其以治理理论、公共选择理论、合作国家理论等理论为基础理论体系作支撑。公私合作形式的存在并迅速发展，在国外及我国有一个历史演进的过程。

第二章：公私合作的行政法行为形式。公私合作涉及行政公权力运作，在行政法上通过一定的法律形式表现出来。行政行为形式选择自由理论为公私合作行为形式存在奠定了行政法理论基础。公私合作在行政法上主要通过行政契约、私法契约和非正式行政行为形式表现出来。

第三章：公私合作的行政法规制。公私合作存在一定的负面影响，行政法必须对其进行规制。我国通过一系列的行政法规和规章对公私合作行为进



行规制，但还存在诸多问题，有必要进一步完善。笔者拟对我国公私合作行政法规制存在问题、如何进行规制及如何完善进行探讨，并以特许经营为中心进行实证分析，考察我国行政法对公私合作的规制。

第四章：公私合作背景下行政法的变化与革新。公私合作背景下行政任务由传统行政法中行政机关单独承担发展到行政机关与私人部门共同承担。行政任务的完成主体变化，为行政法带来重大挑战。公私合作背景下行政法的公私法性质、行政法基本理念、行政主体制度、行政行为法律制度、行政程序法律制度、行政责任承担等行政法基本制度相应发生变迁。公私合作诱发行政法的制度变迁，行政法面临变化与革新。

第五章：公私合作的行政法基本制度建构。行政法治实践中公私合作蓬勃发展，行政任务完成方式的变迁促使行政法研究范围发生调整和研究内容不断更新，促使行政机关和行政权力为主线的传统行政法体系开始改造与重构，促使国家角色和行政法治理念发生转变。公私合作背景下，传统行政法面临巨大挑战，传统行政法的基本制度亟需创新。公私合作使传统行政法向现代新行政法过渡，建构相关新的行政法律制度以适应行政活动发展成为必要，这一建构制度涉及行政主体制度、行政行为制度、行政程序制度、行政责任制度、司法审查制度、自我规制制度等整个行政法的大厦。公私合作背景下，私人主体行政法律地位的确立、公私合作行为的行政实践、合作式行政程序的兴起、国家履行责任向担保责任和监督责任的转变、司法审查制度的重构，都成为行政法学研究亟需解决的课题。传统行政法基本制度必须作出调整并建构新的制度，以回应公私合作的行政法治实践的需要。

第六章：公私合作背景下行政法构造变革。公私合作背景下，国家理论、法治观念和行政任务发生变迁，行政法构造面临变革。第一，公私合作背景下契约行政的兴起，契约行政对传统依法行政构成冲击，拓展依法行政理念是消解契约行政对传统依法行政冲击的路径选择。第二，公私合作背景下，建立在自由法治国家背景下的以行政行为为中心建构的行政法体系面临挑战，行政法基本原理原则、行政组织、行政行为及行政责任都面临冲击，需作出回应。第三，行政法学方法论发生变迁。传统的行政法学方法论建立在自由法治国家理论基础之上，而行政法学自诞生以来经历了自由法治国家理论、社会法治国家理论、合作国家理论的三个不同阶段。传统的行政法学方法论无法兼容公私合作国家背景下新的行政活动实践，行政法学方法论面临挑战，

呈现出变化与革新。第四，公私合作背景下，政府公部门和社会私部门开始合作进行规制即公私合作规制，以克服市场失灵和政府规制失灵带来的弊端，政府公部门和社会私部门的合作规制催生一种新型的行政法规制手段的诞生，即社会自我规制。第五，公私合作背景下，行政法发展呈现新的发展趋势。行政法呈现去“法”化现象，行政法学由释义法学走向调控法学，担保行政法孕育产生，公私合作背景下行政活动形式多样化，公私合作背景下行政诉讼功能也发生变迁。

## 目 录

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| 摘 要 .....                                    | 1  |
| 导 论 .....                                    | 1  |
| 第一章 公私合作的理论依据及演进历程 .....                     | 15 |
| 第一节 公私合作的内涵 .....                            | 15 |
| 第二节 公私合作的理论依据 .....                          | 31 |
| 第三节 公私合作的演进历程 .....                          | 40 |
| 第二章 公私合作的行政法行为形式 .....                       | 48 |
| 第一节 行政行为形式选择自由理论 .....                       | 49 |
| 第二节 公私合作主要法律形式——行政契约 .....                   | 51 |
| 第三节 公私合作法律形式之补充——私法契约 .....                  | 57 |
| 第四节 非正式行政行为 .....                            | 60 |
| 第五节 公私合作行为形式的行政法实证分析<br>——以“治安承包”为中心考察 ..... | 64 |
| 第三章 公私合作的行政法规制 .....                         | 74 |
| 第一节 公私合作行政法规制的必要性 .....                      | 74 |
| 第二节 我国公私合作的行政法规制 .....                       | 83 |
| 第三节 我国公私合作的行政法规制的实证分析<br>——以特许经营为中心考察 .....  | 93 |



|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 第四章 公私合作背景下行政法的变化与革新 .....       | 108 |
| 第一节 公私合作推动了行政法与私法融合 .....        | 109 |
| 第二节 公私合作背景下行政法基本理念的变化 .....      | 118 |
| 第三节 公私合作背景下行政主体的变化 .....         | 130 |
| 第四节 公私合作背景下公私合作行为孕育产生 .....      | 136 |
| 第五节 公私合作背景下行政程序法的变化与革新 .....     | 152 |
| 第六节 公私合作背景下行政任务完成方式变迁 .....      | 163 |
| 第五章 公私合作的行政法基本制度的建构 .....        | 170 |
| 第一节 私人的行政主体法律地位的确立 .....         | 170 |
| 第二节 公私合作行为的建构 .....              | 179 |
| 第三节 公私合作程序的建构 .....              | 192 |
| 第四节 公私合作中的国家责任担保责任和监督责任的回应 ..... | 196 |
| 第五节 私人主体的国家赔偿责任的确立 .....         | 208 |
| 第六节 公私合作背景下司法审查制度的重构 .....       | 215 |
| 第六章 公私合作背景下行政法构造变革 .....         | 239 |
| 第一节 契约行政对传统依法行政的冲击与消解 .....      | 239 |
| 第二节 冲击与回应：公私合作背景下行政法体系重构 .....   | 251 |
| 第三节 公私合作背景下行政法学方法论之变迁 .....      | 264 |
| 第四节 公私合作规制制度——自我规制制度探析 .....     | 280 |
| 第五节 公私合作背景下行政法发展动向分析 .....       | 294 |
| 结语：变化、回应与前瞻 .....                | 313 |
| 参考文献 .....                       | 322 |
| 后    记 .....                     | 331 |

## 导 论

### 一、选题背景与意义

受自由主义思想浸润，资本主义国家初期信奉“管的最少的政府是最好的政府”，推行自由放任的政策，国家只承担“守夜人”的角色。正如亚当·斯密所说，最好的政府，就是最廉价的、最无为而治的政府。所以，国家或政府的职能应当限制在相当狭窄的范围内，如国防、司法和公共事业<sup>〔1〕</sup>。受这种理念支配，资本主义国家初期国家行政主要停留于秩序行政，国家的主要职能是维持社会秩序、国防、外交等，社会发展由“看不见的手”的市场推动运行。这个时期是自由法治国家时期，自由法治国家背景下行政法更大程度上是规范和控制行政权，保护个人的自由权利，行政法治理论以行政权的合法性为主题，通过立法权或者司法权严密的监督将行政权的作用范围限制在必要的范围内。

但由于市场经济本身所具有的“盲目性”等缺陷，导致“市场失灵”。政府不得不介入市场进行政府干预，行政机关的管理职能得到全面扩张，自由法治国家过渡到给付国家或福利国家，国家行政由消极的秩序行政逐渐走向积极的福利行政、给付行政。给付国家或福利国家背景下，国家不仅应该保障个人自由，而且还应为个人提供充分的生存条件或福利保障，以促进个人幸福，服务行政的兴起，国家在社会生活中充当了越来越重要的角色，国家提供从摇篮到坟墓的服务。

---

〔1〕〔英〕亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》（下卷），郭大力、王亚南译，商务印书馆1981年版，第252～253页。



福利行政、给付行政的充分发展使得政府管理公共事物的范畴逐步扩大，政府职能迅速扩张，政府权力大为膨胀，行政干预社会、经济的力度得到全面加强，出现“行政国”现象。政府职能扩张也带来一系列的负面影响，诸如政府财政困难、机构臃肿、人员繁多、效率低下等现象，即“政府失灵”。政府一方面需要满足民众对公共服务质与量日增的需求，另一方面又面临着政府财政危机等困境。为了解决政府危机，满足民众对公共服务的需求，同时受西方发达资本主义国家兴起的新公共管理理论、治理理论等理论影响，20世纪70年代以来，以撒切尔为首的英政府率先进行公共行政改革。到20世纪后期，西方各国纷纷掀起一股行政改革浪潮，形成了一场持续至今的新公共管理运动，其重要价值导向之一是实现由“以政府为中心”的重管制模式向“以满足人民的需求为中心”的公共服务模式的转变。这场运动以“改进公共服务质量和效率”为目标，实行放松管制和民营化策略。公共行政改革导致民主政治迅速发展，社会结构发生变迁，私人部门对政府的影响与日俱增，且通过各种途径参与到政府行政过程之中。随着民主政治程度及私人部门活动成熟度的增加，私人部门开始反省要求参与社会责任的承担。同时，以政府为代表的公部门因为自身能力有限也要求私人部门作互补性支援，公部门和私人部门相互依赖程度增加，公私合作成为政府施政的重要理念。公私合作背景下，政府公部门和私人部门都意识到，任何一方都无法单独承担社会经营的责任，故而他们开始寻求新的合作关系来应对挑战。在许多公共服务的提供上，公私合作蔚然成风，政府开始注重利用私人部门资金、管理和技术等手段来解决面临的困境，并促使私人部门承担更多社会责任，造就更多公共利益。行政机关在实现行政任务时，引入私人的资金、技术和管理经验等优势，全力改造“行政国家”，使给付国家或福利国家走向合作国家。

合作国家背景下，政府角色发生变迁，由单纯行政公部门提供公共服务转向与私人部门合作共同提供公共服务，私人部门开始承担原来专属于国家的部分政府职能。政府部门与私人部门的角色也发生变迁，由陌生走向竞争与合作，其核心目的是提高政府的效率与品质，提高公共服务标准，满足人民需求。当引入私人机构履行传统上被认为专属于国家的职能时，行政法基

本观念遭遇到了前所未有的挑战<sup>〔1〕</sup>。诸如在那些解除管制的领域,是否要保留(至少部分保留)原有的行政法规规范要求?在那些新近被私有化的领域,原来政府承担的责任是否也应(或许是部分)移交给私人?看上去,他们全都属于行政法的适用范围这一传统的行政法学问题。但考虑到社会的变迁,这些问题的答案不再能够用传统的法律教义分析来确定。为了回答这些问题,学者不得不超越传统的学科分界,进入那些原本不属于行政法学范围的新领域,甚至将法学以外的种种领域,如经济学、社会学和政治学理论都纳入视野<sup>〔2〕</sup>。这些挑战对行政法意味着什么?行政法如何作出回应?公私合作涉及的法律问题遍及宪法、行政法、民商法、经济法等几乎所有法律的领域,本文所关注的只是一个侧面,从行政法宏观的视角来观察。在公私部门的关系由对立走向合作的新时代,我国传统的行政法学研究正面临着前所未有的挑战。如何在公私合作的背景下开展行政法学研究,如何进一步提升行政法学研究成果对现代规制国家的回应性,已经成为摆在学界面前的重要课题<sup>〔3〕</sup>。本书拟从公私合作背景下行政法面临的挑战以及行政法如何回应这些挑战着手,试图论证以下命题:公私合作背景下行政法的变化与革新与行政法应作出积极回应,针对公私合作过程可能出现的行政法上的问题,提供有效的行政法制度上的支持。

公私合作在国外已经进入了比较成熟的运作阶段,理论研究也比较成熟。在我国,自80年代开始试行公私合作以来,公私合作形式便呈现出多样性。虽然公私合作理论研究取得了一定的成就,但我国法学界学者目前对公私合作的研究更多的是从民营化的视角去探讨,而对公私合作的法学研究尤其是行政法角度缺少关怀。如2004年12月浙江大学公法与比较法所主办的“民营化下的行政法”学术研讨会,2007年3月29日,由“台湾政治大学法学院公法学研究中心”和大陆“中国政法大学法学院”共同主办的“海峡两岸民营化对行政法制之挑战与因应”学术研讨会。

但民营化在经历了20世纪90年代的发展高峰之后,总体上呈下降态势,

〔1〕〔新西兰〕迈克尔·塔格特:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,译者的话,第1页。

〔2〕〔新西兰〕迈克尔·塔格特:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,译者的话,第2~3页。

〔3〕章志远:“公用事业特许经营及其政府规制”,载《法商研究》2007年第2期。



逆向民营化发展呈明显增长趋势。而对于这一现象,我国学界所知甚少,研究更是不足,大多数文献都过度看重了美国和西方民营化的进展和成就,甚至对此顶礼膜拜<sup>〔1〕</sup>。国际民营化的发展高峰期也是20世纪90年代。1999年之后,民营化的发展速度普遍下降,甚至出现了急剧下降的态势。学者Bortolotti和Siniscalco通过对国际民营化综合分析之后发现,20世纪90年代大规模的民营化发展周期已经结束了。1999年达到高峰之后,全球民营化的年均收入迅速下降46%,2001年其价值达到了440亿美元,2002年与2003年的数据也证实了这一逆向发展趋势。该数字返回到了20世纪80年代后期的水平,当时撒切尔的民营化达到了顶峰,但其他国家仍然处于观望状态。如今,民营化似乎已经穷途末路,欧洲尤其如此。他们还以英国、欧洲大陆、拉丁美洲、中东和北非、亚洲与大洋洲为单元对不同地区的民营化做了分析,结果显示,虽然世界各地民营化发展的程度与采用的方法并不完全一致,但其结果在总体上均与这一趋势相吻合,经历20世纪90年代的发展高峰之后,世界各地民营化发展均呈下降趋势<sup>〔2〕</sup>。

尽管民营化在西方国家取得了很大的成效,但民营化也暴露许多问题,特别是出售国有股份中的腐败问题,以及民有之后一些企业的私利化倾向所导致的服务质量下降以及忽视社会责任的现象,引发了严重的信任危机。尤其20世纪80~90年代,以墨西哥、阿根廷、智利为代表的拉美国家进行了大刀阔斧的民营化改革:出卖国有企业,放松金融管制,全面引进国外资本,放弃对市场的监管,尽管个别国家在改革初期取得了一些成绩,但随着经济自主权的丧失,民营化的恶果逐渐显现。

我国20世纪90年代初期开始的大规模市场化改革,很大程度上是民营化进程,而现在我国也行将进入民营化的后续阶段。如果说“出售”是民营化初始阶段的主要特点,那么在民营化改革的后续阶段,其特点就是“公私合作”。在这一阶段,各国政府部门主要借由各式各样的合同将部分职能业务转由民间部门执行,出现了以更好的公共服务为目的的各种公私合作形态。通过各种手段将公共事务委托与民间之后,“政府主要负担财政筹措、业务监

---

〔1〕 胡伟、杨安华:“西方国家公共服务转向的最新进展与趋势——基于美国地方政府民营化发展的纵向考察”,载《政治学研究》2009年第3期。

〔2〕 胡伟、杨安华:“西方国家公共服务转向的最新进展与趋势——基于美国地方政府民营化发展的纵向考察”,载《政治学研究》2009年第3期。

督及绩效成败的责任”。〔1〕

我们汲取西方国家民营化的成功经验，同时吸取拉美民营化的失败教训，理性反思政府和市场二者之间的利弊，实现二者的优势互补，公私合作正是实现二者优势互补的有效制度。民营化和公私合作存在联系，也存在一定的区别。民营化侧重于政府利用市场，而公私合作则更多地强调政府与市场的合作。而且，随着各国市场化和国际化的进一步深入发展以及政府管理难度和复杂性的增加，随着人们对政府和个人、公与私的观念的更新，公私合作应该说已经成为一个必然需求和总体趋势。〔2〕本书写作之所以选择公私合作视角而非民营化的视角，正是基于这一点考虑。公私合作背景下政府的任务和责任发生变迁，由此诱发行政法变化，行政法应积极做出回应，行政法的发展与回应要与生动的行政实践相联系，摆脱传统行政法仅注重授权立法、程序控制或司法审查的模式，〔3〕构建适应行政实践活动新的行政法律制度。

公私合作作为一种行政实践活动，需要提供行政法制度上的支持，而透过行政法视角对公私合作研究正是基于这个目的。公私合作的行政法研究有利于公私合作的良性运行，具体表现在以下几点：

1. 有利于公私合作运行的行政法理论指导。自英国率先明确提出公私合作模式以来，公私合作在美国、德国、法国、澳大利亚、新西兰、日本、加拿大等国进一步发展演化，并迅速流行开来。我国自 20 世纪 80 年代起部分基础设施领域已开始引入公私合作模式，现已普及诸多领域，且发展势头迅猛。实践发展需要理论指导，同公私合作实践相比，公私合作法律理论发展相对滞后。由于公私合作涉及行政权力的运行，行政法理论上应对这种实践作出回应。因此通过公私合作的行政法研究，有利于从行政法理论上指导公私合作实践活动。

2. 有利于确定公私合作路径的法律规则。公私合作过程中，政府可采取多种手段，将部分政府职能转移到私人部门。政府职能的转移涉及公权力的运行，而法治理念下公权力的运行必须依法行政，按照规则办事。公私合作的行

〔1〕 江岷钦、林钟沂：《公共组织理论》，台北空中大学出版社 2000 年版，第 367 页。

〔2〕 王太高、邹焕聪：“论给付行政中行政私法行为的法律约束”，载《南京大学法律评论》2008 年（春秋合卷）。

〔3〕 See Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein & Matthew L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Aspen Publishers Inc., 2002, Preface to the Fifth Edition, xliii.



政法研究有助于厘清公私合作的行政法路径，将其纳入行政法规则的约束。

3. 有利于防止公私合作的负面影响。公私合作固然具有利用民间资本、技术和管理经验等优势，但公私合作是一把双刃剑，也有其负面影响，诸如公私合作可能危机社会正义、增加社会风险，政府通过公私合作逃避责任等。通过公私合作的行政法研究，可利用行政法规范来约束公私合作行为，预防和制止公私合作负面行为的发生。

4. 有利于公私合作中争议的解决。公私合作过程中，无论政府与承担部分公共职能的私人部门之间，还是承担部分公共职能的私人部门与公民之间，都可能因为利益发生冲突。通过公私合作的行政法研究，一方面可为公私合作行为争议确立司法审查规则，另一方面，通过对私人部门承担公共职能的行为审查，将其行为置于行政法的监督之下，有利于保护公民的合法权益。

同时，从行政法视角下研究公私合作也有利于促进行政法自身发展。传统行政法背景下，公共服务主要由公部门提供，公部门独享公权力和单独承担行政任务。而公私合作背景下，私部门开始承担部分公共职能，打破了公部门独享公权力和单独完成行政任务的局面，公部门和私部门由对峙走向合作。公私合作拓宽了行政法学的研究视野，促使行政法为适应社会实践不得不作回应与调整，以此推动了行政法制度的更新，公私合作制度的发展对行政法自身具有重要意义。

1. 有利于行政法治建设的完善。公私合作过程中私人部门在承担公共职能过程中也行使部分行政机关授权或委托的公权力，按照现代依法行政理念要求一切行政权力都要纳入法治的轨道，私人部门行使部分公权力亦应纳入法治的轨道。因此，对公私合作的行政法研究有助于行政法治建设的完善，不至于使法治留下空白空间。

2. 有利于行政行为类型化，完善行政行为法。行政法的开拓者 Otto Mayer 依循法治原则，以行政处分为中心构建了行政法理论体系。后来的学者，在行政处分的理论基础上进一步完善，发展成为行政行为形式理论，行政行为形式理论支撑了传统行政法的建构和完善的理论大厦。传统行政法理论是建立在自由法治国家的法治基础上，但现代行政法已过渡到社会法治国家，国家法治理念发生了变迁，行政内涵和行政任务发生变化，行政行为形式理论已无法适应现代行政法治的发展需要。大量新型的行政行为不断涌现，行政行为形式理论缺陷凸显，无法包容新型的行政行为，需要不断修正和类型化，

以适应新形势的需要。公私合作行为就是新型的一种，公私合作行为的研究，有利于行政行为类型化，完善行政行为法。

3. 承担公共职能的私主体纳入行政主体的范畴，有利于完善行政主体制度。我国行政主体理论是20世纪80年代末引入中国的，经过近二十年的发展完善，逐渐形成了较为完整的理论体系。但是，随着我国社会结构的变迁和行政主体的多元化，行政主体范围过窄、不利于相对人诉讼等理论弊端不断显现，已经明显落后甚至阻碍了司法实践的发展。将承担公共职能的私主体纳入行政主体的范畴，有利于完善行政主体制度，保护相对人的合法权益。

4. 有利于拓宽行政诉讼范围。我国的行政诉讼主要是解决行政主体和行政相对人之间的行政争议，受案范围比较狭窄。将公私合作过程中公部门与私人部门之间争议、私人部门行使部分公权力与公民之间争议纳入行政诉讼范围，有利于拓宽行政诉讼范围，保护相对人的合法权益。

## 二、国内外文献综述

### （一）国外研究现状

公私合作又称公私伙伴关系（public private partnerships，英文缩写为PPP）或公私协力等，是公部门和私部门之间为了完成公共任务而采用的一种合作关系。20世纪90年代英国率先提出公私伙伴关系，继而得到美国、加拿大、法国、德国、澳大利亚、新西兰和日本等主要西方国家广泛的响应，PPP在西方开始流行。国际上对PPP的理解主要是基于英美经验，强调契约、竞争、透明与公平。欧美国家普遍采用了以这个理念为指导的多种改革形式，欧盟也将其确立为各成员国行政改革的方向。欧盟委员会于2004年发布的《公私合作与共同体公共合同与特许法律绿皮书》里将公私伙伴关系定义为“公私伙伴关系是指公共机构与商业社会之间为了确保基础设施的融资、建设、革新、管理与维护或服务的提供而进行合作的形式”〔1〕。美国公私全国理事会对这一概念与欧盟认识相似：“公私伙伴关系是指公共机构（联邦、州和地方）与营利性公司之间的协议。通过协议，公私两个部门共享彼此的技

---

〔1〕 欧盟：《公私合作与共同体公共合同与特许法律绿皮书》2004年，第3页。转引自余晖、秦虹主编：《公私合作制的中国试验》，上海人民出版社2005年版，第36页。



术、资产来为公众提供服务和设施。除了共享资源外，他们还要共同承担提供服务和设施中的风险并分享服务和设施带来的收益。”〔1〕

公私合作（PPP）作为一种制度安排，在西方基础设施和项目融资等领域得到广泛的运用。国外对公私合作的研究开展的相对较早，主要兴起在以英国为代表的民营化时期。相关的研究也非常多，世界银行和世界经济组织都对公私合作下过定义，但同公私合作实践相比较而言，公私合作的基础理论研究仍相对缺乏，鲜少有人能说清楚到底是谁在什么时间提出的。加之，公私合作制与实践紧密相连，各国、各行业、各人都会因政治背景、经济环境、观念不同，而对其有不同的理解，这就造成对公私合作基本法律问题，如涵义、种类各有不同认识。正如美国国家委员会执行主任理查德先生所说，其正以大不同的形式运用于全球。〔2〕

笔者 2008 年 5 月 24 日在 Lexis Nexis 学术大全数据库里打关键词“public private partnership”搜索，搜索到大量相关的英文期刊论文。但大致看来，这些期刊仅提到公私合作在不同领域的实践，把公私合作作为一个分析的工具，鲜有专门研究公私合作的，尤其从行政法视角去专门研究公私合作。

关于公私合作或公私伙伴关系相关的外文译著，经笔者多方收集，发现国内仅有美国 E. S. 萨瓦斯著的《民营化与公私部门伙伴关系》和英国的达霖·格里姆赛与澳大利亚的莫文·K. 刘易斯著的《公私合作伙伴关系：基础设施供给和项目融资的全球革命》两本相关的专著。萨瓦斯在他的《民营化与公私部门伙伴关系》一书中对公私伙伴关系进行了比较详细、系统的论述。他认为我们可以从三种意义上使用公私伙伴关系这一术语。首先是广义界定，指公共部门和私营部门共同参与生产和提供物品和服务的任何安排；其次，它指一些复杂的、多方参与并被民营化了的 инфраструктур项目；再次，它指企业、社会贤达和地方官员为改善城市状况而进行的一种正式合作。〔3〕他认为公私合作可以采取多种形式，呈现一个连续体的形式。萨瓦斯研究公私伙伴关系

---

〔1〕 参见美国公私伙伴关系全国理事会网站，<http://ncppp.org/howpart/index.html>，访问时间：2009 年 8 月 25 日。

〔2〕 Richard Norment. PPPs – American Style. The PFI Journal, 2002, 39: 3, 转引自袁晓哈：“公合作法律问题研究”，湖南师范大学 2006 年硕士学位论文，第 4 页。

〔3〕 〔美〕E. S. 萨瓦斯：《民营化与公私部门伙伴关系》，周志忍译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 105 页。

从民营化的角度过度强调市场竞争，忽视了公私伙伴关系中公部门和私部门之间的合作关系。萨瓦斯研究公私伙伴关系把公私合作作为一种管理理念，缺少法律的视角，没有能建立起相关的法律制度安排。英国的达霖·格里姆赛与澳大利亚的莫文·K. 刘易斯著的《公私合作伙伴关系：基础设施供给和项目融资的全球革命》一书认为公私合作制是20世纪80年代以来全球性的制度革命，是一种涉及基础设施的制度安排形式。他将公私伙伴关系定义为如下安排：私营实体参与或为基础设施供给提供支持，PPP项目的结果是：在达成合同项下，私营实体为公共基础设施提供服务。PPP具有如下一些或全部特点：

(1) 公共部门实体将其控制的土地、财产或设施移交给私营部门实体（同时支付或无需支付对价），通常是根据合约的条款而定；

(2) 私营部门实体新建或扩建设施；

(3) 公共部门实体规定该设施的运营服务；

(4) 私营部门实体使用该设施在规定的时段内提供服务（通常在运营标准和定价方面还有限制）；

(5) 以及私营部门实体同意在合约结束时将该设施移交给公共部门（付费或不付费）。<sup>〔1〕</sup>。他们还认为PPP有许多不同形式，最常见的是BOT/BOO安排、合资（JV）、租赁、合同外包或管理式合约以及其他多种形式的公私部门合作。<sup>〔2〕</sup>

达霖·格里姆赛与莫文·K. 刘易斯的研究视角是基于基础设施供给和项目融资，但其和萨瓦斯一样，对公私伙伴关系的研究缺少法律视角的关怀。其实，公私伙伴关系本身就是法律制度的安排。国外也有学者从法律角度对公私合作进行研究，如美国加州大学洛杉矶分校法学院教授乔迪·弗里曼（Jody Freeman），就是以研究公私合作而闻名，其发表在《行政法律评论》上的一篇论文中指出：公私合作带来了美国行政法（学）的新发展，也即“混合行政”（Mixed Administration）的出现。<sup>〔3〕</sup>

〔1〕〔英〕达霖·格里姆赛、〔澳大利亚〕莫文·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，第5页。

〔2〕〔英〕达霖·格里姆赛、〔澳大利亚〕莫文·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，第8页。

〔3〕See Jody Freeman, "Private Parties, Public Functions and the New Administration Law", *Administrative Law Review*, 2000 (3).