

Research on Contractual
Relationship of Public-Private
Partnerships in the Field of
Infrastructure

基础设施领域 公私合作 契约关系研究

李楠楠 著



版传媒集团
学出版社
Science Press

基础设施领域公私合作 契约关系研究

Research on Contractual Relationship of
Public – Private Partnerships in the
Field of Infrastructure

李楠楠 著

中国财经出版传媒集团



经济科学出版社
Economic Science Press

图书在版编目 (CIP) 数据

基础设施领域公私合作契约关系研究/李楠楠著. —北京:
经济科学出版社, 2017. 9

ISBN 978 - 7 - 5141 - 8464 - 8

I. ①基… II. ①李… III. ①基础设施建设 - 公司 -
经济合作 - 合同关系 - 研究 IV. ①D913. 604

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 232896 号

责任编辑: 于海汛 李 林

责任校对: 郑淑艳

责任印制: 潘泽新

基础设施领域公私合作契约关系研究

李楠楠 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京季蜂印刷有限公司印装

710 × 1000 16 开 12. 25 印张 180000 字

2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 8464 - 8 定价: 36. 00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191510)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn))

P 序言 preface

竞争与合作反映着市场运行的两种基本形态：分与合。竞争是分，体现着市场主体的独立性和对立性；合作是合，包括市场主体组织上的联合（合并）和关系上的协作（合同）。社会化大生产，要求内部进行管理，外部进行协作。竞争可以最大化地调动社会个体的积极性，促进市场经济的发展。然而，如果市场主体之间缺乏合作，市场经济同样难以存在和发展，因此，合作规律在市场经济中同样不可或缺。竞争与合作两条规律相互联系，反映两者规律的法律制度对立统一，相互转化。要求公私合作的PPP正是竞争与合作规律的现实反映。

当前，随着经济和社会的发展与进步，不同的法学部门都在经历变化，法的价值观也体现出“义务本位”——“权利本位”——“社会本位”的发展演变过程。尽管不同法学部门各自在进行发展和完善，但其部门法的根本属性不会变化，大陆法系传统的法律部门划分不取消，不同部门法的法理念就不会改变。作为调整社会经济关系最重要的部门法，经济法与民法、行政法最根本的区别在于，经济法先天以“社会本位”为己任，立足社会整体经济利益。因此，在当前对PPP的法律规范方面，经济法更适合作为理论指导，经济法与PPP具有高度的契合性，这种契合性集中体现在三个方面：“公”与“私”的相互渗透与融合；社会整体利益和社会个体利益的统一；资源配置的市场调节与国家调控相结合。

不可否认，当今社会公法与私法的界限仍然存在，但是，多个领域的公法与私法相互渗透融合已经成为法学发展的主流方向，不可逆转。复杂

的社会化经济发展，公法与私法任何一门法律都不足以对其进行调整，迫切需要公私结合。PPP 的特征是公私双方建立在合同基础上形成的伙伴关系，共同分担风险、共同分享利益。正如公共产品与服务的提供，不能单纯依靠政府或社会资本任何一方，同样，PPP 的法律调整也不能只依靠公法或私法（行政法或者民法），而应该实现公法与私法相结合。PPP 立法在二元划分理论的限制之下，不管运用行政法或是民法都无法实现逻辑自治，关于特许经营合同的法律属性（是民事合同、行政合同还是其他合同）理论界与实务界至今仍然争执不下，反映出 PPP 当前的立法窘境：即仅依靠单一的公法或者私法无法为具有公私结合性质的 PPP 提供适合的法律规范。事实证明，具有公私融合性质的经济法才是 PPP 立法的理性选择，正如经济合同才最符合特许经营合同的法律属性定位。

作为李楠楠的博士生导师，我看到了她一路以来的进步和成长。李楠楠博士为人谦虚谨慎，学习态度认真，工作踏实勤奋，具备坚实的法学基础和理论功底。她对 PPP 一直抱有浓厚的研究兴趣，在攻读博士期间就重点关注 PPP 的相关理论与实践问题，通过深入的学习和研究，产出了一些有价值的学术研究成果。有此前的踏实研究工作作为基础，才最终促成她的博士毕业论文《基础设施领域公私合作契约关系研究》的成书。

本书论述严谨，资料翔实，体系完善，广泛吸收近年来该领域国内外最新研究成果。特别是，本书从法学视角对 PPP 进行审视，能够穿过 PPP 庞杂的表象认识到其契约本质。作者立足基础设施领域，从契约关系的角度，以公共部门、私人部门以及社会公众三大主体为中心，以契约的订立、履行、终止、争议解决等契约现实运作为行文基本脉络，同时不忘强调政府监管、公众参与的重要作用，纵横结合论述 PPP 相关理论与实践问题。她意识到 PPP 的法律规制不仅是一个重要的理论问题，更是一个亟待解决的实践问题。因此，她肩负经济法的“社会责任本位”理论，运用经济法的“平衡协调”原则方法，并且大胆提出“经济合同”等观点，具有较强的创新性和较高的学术价值。更加难得的是，她较好地把握该课题的交叉属性，融合了法律、经济和财政等领域的知识，体现出她较高的学术水平与科研能力。

我相信，本书的出版将有助于促进我国 PPP 法律相关问题的研究，并对我国当前的 PPP 立法与政策制定具有重要的参考价值。同时也为该领域的研究者、工作者和学习者提供了很好的资料。为此，我深感欣慰，写下片语以示鼓励，是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of the characters '刘文华' (Liu Wenhua) in a cursive, flowing style.

中国人民大学法学院教授、博士生导师

2017 年 6 月 13 日

P 前言 reface

基础设施是现代社会正常运行的重要物质基础，是社会经济增长和发展的重要保障。基础设施本身具有自然垄断性和公共属性，因此长期以来，政府都是基础设施直接的生产者和提供者，为的是更好地为社会和公众服务。然而，从世界范围看，由政府作为供给基础设施的唯一主体，无论从财政资金方面，还是技术水平以及管理经验方面，都满足不了当今社会对基础设施日益增长的巨大需求。于是，各国政府开始积极寻找解决问题的新途径。从 20 世纪 80 年代开始，新公共管理运动兴起，各国政府开始加大在基础设施领域的改革力度，放松传统上国家在基础设施领域的垄断经营管制，允许私营资本通过竞争的方式进入。世界范围的实践证明，基础设施领域引入私营部门的资本以及其技术和管理经验等，使得基础设施建设取得了十分有效的成果。因此，运用公私部门合作的方式提供基础设施等公共产品和服务的公私合作模式应运而生，并迅速在全球各地普遍发展。

公私合作制对于我国来讲，也并不是新生事物。我国在改革开放以后，就已经开始在这方面进行逐步尝试和积极探索，并掀起了数轮高潮。在这个过程中，我国政府取得了一定的经验，当然也不乏失败的教训。新一轮公私合作模式的高潮是从 2013 年底开始的，与之前相比，这次的公私合作模式由国家自上而下推动。从国务院牵头，财政部和发改委负责具体推广，政策和法律法规陆续出台等方面都可以看出国家的力度和决心。可以看到，当前全国上下，“PPP”、“公私合作制”显然已经成为热词。这是由于随着新型城镇化进程的快速推进，我国对基础设施的需求进

一步提高,但是受制于政府的财政能力,基础设施领域的资金投入明显不足,而且政府与国企在资源配置与运营管理上都存在着效率低下的弊端。而与此同时,私营资本无论在资金上还是技术管理上都有更多优势。在此背景下,公私合作制开始受到我国政府的重新关注。当前,在我国基础设施领域进行公私合作制改革,可以有效解决基础设施建设中存在的资金、技术以及管理等诸多问题,有助于提高基础设施供给的效率,提升基础设施产品和服务的质量,满足公共利益的需求。

由于实践领域公私合作制的快速发展,促使有关公私合作制的学术研究呈现明显增多的趋势,相当多的专家学者对于基础设施建设采用公私合作模式表现出极高的热情,产出了很多有益的学术成果。但是当前,在某些基本的问题上,例如对于公私合作本质的认识,出现很多不同的看法和观点。一部分观点将公私合作模式看作是融资模式,认为私营资本的引入,首要目标就是解决基础设施建设当中的资金短缺问题;一部分观点认为公私合作模式是管理模式,认为公私合作模式中,不仅要引入私营部门的资金,更要利用其先进的技术与管理经验。事实上,公私合作制是公共部门与私营部门之间形成的伙伴关系,强调利益共享、风险共担。这种合作关系建立在合同关系的基础上,本质上是一种契约。因为所谓公私合作制,就是充分发挥公私部门各自的优势,进行合作的合同安排。具体来讲,由对市场敏感的私营部门负责产业运营,发挥其筹集资金和技术管理上的优势,从而提高基础设施的经营效率;同时,政府等公共部门摒弃传统行政管理的落后观念和方式,不过分干涉私营部门的具体运营环节,只在市场准入与退出、价格和质量等方面进行监管,督促私营部门向全社会提供符合广大公众利益和社会整体利益的公共产品和服务。双方建立在合作协议的基础上,根据各自优势,共同分担风险,共同分享利益。因此,应该明确,公私合作制的本质是契约。

如果延续公私合作本质是契约这种研究思路进行深入分析,可以发现,公私合作当中存在三种基本的契约关系。其一是公共部门与社会公众之间的契约关系,这种契约关系以政治合法性为基础,是由政府与人民之间的社会契约关系所决定并产生的一种契约关系。政府作为公共责任人,担负着向社会和公众提供公共产品和服务的天然职责。公私合作当中,政府要始终明确这种隐含的契约关系,时刻为公众的利益服务,倘若契约关

系履行得不好,就容易遭遇政治合法性危机。其二是公共部门与私营部门之间的契约关系,这种契约关系以公私部门之间的合同为基础,这是公私合作制当中的核心契约关系,是其他契约关系形成的前提。这种契约关系可以表现为多种具体的合同形式,其中,特许经营合同是最为人熟知,也是引起争议最多的合同形式,在合同的法律属性以及合同的纠纷解决方式上都还存在争议。其三是私营部门与社会公众之间的契约关系。私营部门向公众提供基础设施产品和服务,获取产品和服务的公众消费者向其支付合理对价,这也是一种契约关系。

应当注意,公私合作契约关系中,契约主体存在角色困境。私营部门的角色困境表现为:市场失灵和社会责任缺失;政府的角色困境表现为:政府多重角色之冲突;公众的角色困境表现为:公众参与缺失。因为契约主体存在各自的角色困境,由此引发的后果就是我国基础设施领域公私合作契约的现实运作存在很多问题。由于公私合作契约的现实运作主要通过公私部门之间具体合同形式进行,因此,应当按照合同各个阶段的进展顺序进行问题分析。首先要注意合同主体价值理念存在矛盾。然后,合同订立中,存在如交易相对人的选择问题和缔约过失问题;合同履行中,存在如政治风险与市场风险等问题;关于合同终止,存在如私营部门和政府行为不当终止合同问题;合同的争议解决上,存在特许经营协议性质的争议和争议解决方式的实践难题。另外,契约现实运作中还存在政府监管和公众参与的问题。政府监管上,主要是政府监管机构问题、政府对于市场准入与退出,安全与公平的监管问题以及监管者政府自身存在的问题;公众参与上,存在公众参与的范围和程度受限等问题。

认识到存在的问题之后就应当积极寻求解决与完善对策。在完善对策的思路依然需要按照前述合同进展的顺序进行,首先是对合同主体价值理念的整合。然后在合同订立阶段,要注意交易相对人的妥善选择和缔约过失责任的承担;合同履行中,要注意风险分担,把握风险分配的基本原则,但是由于受到风险分配原则的现实限制,还需要作出风险防范的基本对策;关于合同终止,要规范合同双方解除权的行使,并且应当完善临时接管制度和建立合理的补偿机制;合同争议解决上,特许经营协议的经济合同性质的重新定位似乎更加符合法理要求,但是也要注意争议解决可操作性的现实迫切性;政府监管上,加强对监管机构的设置和协调,除了在

市场准入与退出、公平与安全上完善政府监管，同时也要注意对监管者的监管，建立监管者的问责制十分必要；公众参与上，需要提高公众参与公共决策的积极性，并且拓展公众参与的深度和广度。

李楠楠

2017年6月

C 目录 Contents

第1章 导论	1
1.1 选题背景与研究意义	1
1.2 研究综述	6
1.3 研究内容和研究方法	17
1.4 创新和不足	19
第2章 基础设施领域公私合作契约关系的基本原理	21
2.1 相关概念界定	21
2.2 基础设施领域公私合作制的理论基础	32
第3章 基础设施领域公私合作制国内外发展历程及现状	41
3.1 英国公私合作制的发展历程及现状	42
3.2 澳大利亚公私合作制的发展历程及现状	47
3.3 加拿大公私合作制的发展历程及现状	51
3.4 我国公私合作制的发展历程及现状	54
第4章 公私合作契约关系的结构与契约主体的角色困境	62
4.1 公私合作契约关系的基本结构	62
4.2 公私合作契约关系中契约主体角色担当的困境	69

第5章 我国基础设施领域公私合作契约的现实运作问题	79
5.1 合同主体的价值理念矛盾	79
5.2 合同订立存在的问题	82
5.3 合同履行中存在的风险问题	90
5.4 合同终止存在的问题	97
5.5 合同争议解决存在的问题	100
5.6 政府监管存在的问题	105
5.7 公众参与存在的问题	120
第6章 我国基础设施领域公私合作契约现实运作的完善对策	125
6.1 合同主体价值理念的整合	125
6.2 合同订立相关问题的完善对策	130
6.3 合同履行中风险应对的完善对策	136
6.4 合同终止相关问题的完善对策	142
6.5 合同争议解决的完善对策	147
6.6 政府监管的完善对策	153
6.7 公众参与的完善对策	165
第7章 结论	168
参考文献	170
后记	181

第1章 导 论

1.1 选题背景与研究意义

1.1.1 选题背景

基础设施属于“社会先行资本”，是国民经济发展的重要的物质基础，也是衡量一个国家或地区经济发展水平的重要指标。改革开放以来，我国的基础设施建设无论从数量上还是质量上都取得了很大成就。然而，在看到我国基础设施领域建设成效显著的同时，也应当注意，无论是与发达国家相比，还是从我国自身的发展需要来看，我国的基础设施建设仍然存在一定问题，基础设施领域的矛盾还很突出。无论是从资金来源上，还是管理要求上，基础设施领域的改革都势在必行，更加呼唤制度创新。公私合作制是当前基础设施领域改革的抓手，受到社会各界的广泛关注。当前，我国迎来基础设施领域公私合作制改革的新一轮热潮，在国务院的牵头下，财政部、发改委等部委积极致力于公私合作有关政策与法律法规的制定以及示范项目推广等工作，旨在解决我国基础设施领域存在的严峻的现实问题。

一直以来，我国的基础设施建设都由政府主导和垄断经营，政府部门是公共产品和服务的直接生产者和提供者。这种模式的弊端是，不但使政府面临巨大的财政支出压力，而且同时存在管理松散和效率低下等难题。随着社会与公众对于基础设施需求的不断增长，这种传统的由政府单独供

给基础设施的模式显然已经不合时宜，世界范围内的公私合作模式的浪潮，让我国政府认识到转变思维模式的必要性与紧迫性。于是，具有资金、技术以及管理优势的私营部门与社会资本被引入基础设施建设领域，政府部门希望可以借此方式提高公共产品和服务的供给效率，从而满足社会公共利益的需求。

然而，与中央层面积极推进公私合作制的高涨热情形成鲜明对比的是，地方政府对于公私合作制的态度并没有那么积极，相反有点冷淡。尽管在中央政策的大力号召之下，大多数地方政府制定了各自关于 PPP 的“意见”和“通知”，也相应推出了大量的 PPP 项目，但是真正签约的 PPP 项目数量却少之又少。据有关统计，当前全国 PPP 项目签约率仅为 10%~20%，此种现象值得引起我们的重视和反思。当前地方政府层面 PPP 项目落地难，其中固然有私营部门对于 PPP 项目缺乏了解，基于对利益高度关注的考虑不敢轻易试水等表面原因，但是应当更加注意，政府自身方面的深层原因才是影响 PPP 项目落实的关键。在当前中央强力反腐的大背景下，对于公私合作改革，一些国有企业和地方政府实际上是“心有畏惧”。概括来讲，就是政府部门害怕与私人部门打交道，其中的原因就是某些地方政府敢作不敢为，缺乏责任担当。

长久以来，政府部门抱有“官本位”的思想，政府及官员将行政权力当作“特权”来行使，对于经济关系也依然习惯运用行政命令与长官意志的方式去管理，忽视平等协商的作用。公私合作实践当中暴露出的种种问题显示，政府部门及官员对于权力的行使并不规范，而且极容易滥用权力，在操作不透明的情况下，就容易出现人情请托、利益输送以及灰色交易等。比如政府随意撤销赋予特许经营者的特许经营权，进而对特许经营者的利益造成损害；又比如，为满足政府部门利益或官员的个人私利，不惜纵容社会投资者利用公共服务的自然垄断特性乱收费、高收费等。某些地方政府和官员在公私合作的过程中很容易被经营者“俘获”，甚至出现权钱交易等寻租腐败的现象，严重影响了政府在公众心中的权威形象，导致出现危及政府合法性的苗头。而且，部分地方政府部门及主管官员缺乏能力和胆识，不具备公私合作的相关知识储备，只是盲目跟从中央或上级政府的政策导向，未能结合当地实际情况因地制宜。公私合作当中的失败案例，有很多是由于政府部门和官员的政治决策失误、审批延误等原因导

致的。

更为严重的是，公私合作当中，部分地方政府部门及主管官员，责任意识淡薄，发生问题之后缺乏责任担当。由于很多地方政府和官员对于公私合作制的认识存有误区，将其简单定位于融资模式，把PPP当做融资工具，与私营部门合作的最终目的也只是解决自己的财政资金紧张问题，为了“甩包袱”。只想将风险进行最大限度的转移，实现政府利益的最大化，没有考虑或者无视公私合作中自己应该承担的责任。这将导致的结果就是，政府部门权责不分导致权责不清，出现问题之后，敢作不敢为，有时简单将责任推卸给私营部门，只想尽量减轻或逃避自己方面的责任承担。比如在社会投资者出现经营危机甚至影响公共服务项目正常运转时，政府部门往往缺乏救急措施，不但损害投资者利益，也危及社会公共利益。

但是应当看到，在当前建设“法治政府”与“责任政府”的背景下，要求政府就自己的行为向人民负责，实现权力与责任的统一。公私合作当中，更是对政府的作用提出了新的要求。政府作为公共利益的天然代表，在提供基础设施等公共产品和公共服务上具有不可推卸的责任。无论基础设施提供主体是否发生变化，是过去的政府独自供给，还是当前市场化之后的公私合作供给，应当明确的是，政府的责任不会消失，更不能有所松懈。公私合作，一方面限制了政府的行政权力和权利，另一方面要求政府不得不进行义务履行和责任承担。因此，政府要科学制定公共政策，并且规范自己权力的行使，更要勇于承担应有的责任。这都是当前我国政府在公私合作当中迫切需要解决的问题。

解决问题的关键就是对政府权力的行使进行规范，让政府敢作敢为，有担当，其中的重点就是反腐，即遏制政府部门及官员的滥用职权、权钱交易、利益输送、人情请托等现象。腐败的本质是政府没有正确行使人民赋予的权力，违背人民的意志。反腐需要依靠民主和法治。社会主义市场经济是法治经济，其主体的经济行为与政府的管理行为都必须依法进行，都要受到法律的约束。

事实上，公私合作模式就是解决上述问题的较好的切入点。所谓公私合作制，本质上就是充分发挥公私部门各自的优势和特长，进行合作的合同安排。此种安排之下，由对市场敏感的私营部门负责工程建设和产业运营，发挥其筹集资金和技术管理上的优势，从而提高基础设施的经营效

率；同时，需要政府部门摒弃传统行政管理的落后观念和方式，不过分干涉私营部门的具体运营环节，只在市场准入与退出、价格和质量等方面进行监管，督促私营部门向全社会提供符合广大公众利益和社会整体利益的公共产品和服务，这是公私双方在合同安排下的权利、责任和义务。可见，公私合作的特征是公私双方建立在合同基础上形成伙伴关系、共同分担风险、共同分享利益，本质上是一种契约关系。基础设施领域的公私合作制改革当中，需要排除政府部门对于行政权力的滥用，保护私营部门的合法权益，就需要运用契约关系的思路去规范和调整彼此的权利与义务，建立一个合理的契约环境。

在契约关系的框架中，公私部门通过合同条款对彼此的权利义务关系进行规范和约束。一方面，政府要严格按照契约规则办事，减少权力行使的随意性。另一方面，私营部门也不能随意违约，或者违反普遍服务原则，更不能为了攫取个人私利，随意降低服务质量或提高服务价格，缺失应有的企业社会责任。双方在合同中就各种风险根据各自的承受能力和控制能力进行合理分担，并且对于各自的责任做到切实履行，若有不忠实契约的行为出现还将受到相应的惩戒。政府违约与企业违约一样，也要受到约束和惩罚。在合同的约束下，公私部门在平等协商、诚实守信、共担风险的基础上，实现利益共享。同时，政府的监管要依托于合同进行，以遵循市场经济规律为前提作出各项决定，而不是简单凭借行政权力发布行政命令。可以说，公私合作的成功与否与契约关系执行程度的好坏存在密切的关系。另外，正视公私合作中存在的契约关系，有助于改变政府对于公众利益不够重视的情况，这是由政府与社会公众之间存在的隐性的社会契约关系所决定的。过去政府部门在进行公共决策时过于封闭，以公众缺乏专业知识为由排斥和限制公众参与，导致公众利益表达缺失，公众利益得不到保障。当前，公私合作契约环境下，政府部门作为天然责任人履行公共职责时同样也要受到公众利益的约束。

1.1.2 研究意义

长久以来，“公私合作制”都是学术界和理论界关注的热点问题。本书在吸收前人优秀研究成果的基础之上，主要进行基础设施领域公私合作

契约关系的研究，具有一定的理论意义与现实意义。

1. 理论意义

本书对基础设施领域公私合作契约关系的研究，有助于推动公私合作制的理论研究，理论意义主要有以下几点：

其一，分析基础设施领域公私合作制的基本原理。本书对“基础设施”、“公私合作制”等进行概念界定，并且结合公私合作制的相关理论，包括公共产品理论、公共选择理论、委托代理理论以及治理理论等，为公私合作制的研究寻找理论支撑。

其二，立足公私合作契约关系的理论研究。本书对基础设施领域公私合作当中存在的三种契约关系进行理论探讨，并且对契约主体存在的角色困境进行理论分析，这有利于从理论上认清公私合作的本质以及公共部门、私营部门以及社会公众三者之间的关系，并且为三者之间的关系处理寻找合适路径。

其三，对于特许经营合同法律性质的理论探讨。针对当前特许经营合同的法律性质存在争议的现状，本书通过法理分析，指出不同法律部门的不同主旨与公私法严格划分理论是其存在争议的主要原因。对于特许经营合同的法律属性，本书认为应该运用经济合同理论进行分析。

其四，在对公私合作契约本质认识的基础上，本书按照契约现实运作的程序，运用合同理论对公共部门与私营部门在公私合作当中的具体行为进行审视，针对公私部门在合同的不同阶段存在的各种问题，努力寻求问题解决与完善的对策。

2. 现实意义

其一，有助于提供公共服务，加快政府职能转变。基础设施是社会与经济运行必不可少的公共产品，具有公共属性，政府有责任进行提供。国家政策指出，公私合作可以促进政府加快实现职能的转变。^①公私合作具体契约关系中，政府部门不再过多涉及具体项目的建设和运营，避免了专业技术以及人员配置上由于低效导致的资源浪费，降低了管理和运营的成

^① 《财政部关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》指出，“推广运用政府和社会资本合作模式，是加快转变政府职能、提升国家治理能力的一次体制机制变革。”