

产业与区域经济法研究丛书

陈婉玲 主编

STUDY ON  
THE LEGISLATION OF  
PUBLIC-PRIVATE  
PARTNERSHIP

政府与社会资本合作  
(PPP)  
模式立法研究

立法 · 规划 · 运行 · 监管

陈婉玲 汤玉枢◎著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

华东政法大学“高峰高原”学科建设经费资助

产业与区域经济法治理研究丛书

陈婉玲 主编

PUBLIC-PRIVATE  
PARTNERSHIP

政府与社会资本合作  
(PPP)  
模式立法研究

陈婉玲 汤玉枢◎著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

政府与社会资本合作(PPP)模式立法研究 / 陈婉玲,  
汤玉枢著. -- 北京: 法律出版社, 2017  
(产业与区域经济法研究丛书 / 陈婉玲主编)  
ISBN 978-7-5197-1175-7

I. ①政… II. ①陈… ②汤… III. ①政府投资—合  
作—社会资本—立法—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第185097号

政府与社会资本合作(PPP)模式立法研究  
ZHENGFU YU SHEHUI ZIBEN HEZUO(PPP)MOSHI LIFA YANJIU

陈婉玲 汤玉枢 著

策划编辑 陈 妮  
责任编辑 陈 妮  
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 固安华明印业有限公司  
责任校对 郭艳萍  
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社  
开本 710毫米×1000毫米 1/16  
印张 23.25  
字数 450千  
版本 2017年8月第1版  
印次 2017年8月第1次印刷

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

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1175-7

定价:75.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 自序

党的十八届三中全会确立全面深化改革的发展战略,以处理政府与市场关系为核心,发挥市场在资源配置中的决定性作用,大幅减少政府对资源的直接配置,依托市场和竞争规则实现资源配置效益最大化和效率最优化。随着社会经济不断发展进步,公共服务需求和发展追求日新月异,提升公共服务供给效率和水平迫在眉睫,打破公共服务政府单一的供给格局,推进供给侧结构性改革是公共服务改革的必由之路。政府与社会资本合作(Public-Private-Partnership, PPP)模式是公共服务供给侧结构性改革的创新性路径,它在拓宽公共服务融资渠道、吸引社会资本参与基础设施与公共服务投资建设、缓解政府公共财政压力的同时,也在加速政府职能转换,推进公共服务供给方式的市场化转变。政府与社会资本在公共服务领域的广泛合作,意味着公共服务资源市场化配置的号角全面吹响,公共服务从政府供给向合作供给、从单一投入向多元投入的新型供给制将成为现实,竞争、规则、效率和监管也将成为公共服务活动的新常态。

公共服务供给侧结构性改革直接关系民生福祉保障、公共利益安全和社会秩序稳定,传统的政府主导、政策支持的“先行先试”发展路径不足以引导和完成这一特殊的社会变革。以PPP模式为改革的重要抓手和市场化配置的基本方法,需要政府具有“壮士断腕”的决心,以非凡的勇气和魄力,摒弃公共服务资源垄断配置特权,斩断与各公共部门、企业间的利益关联,以真诚、平等的姿态,秉承契约精神与社会资本展开合作,需要以法治政府的现代治理理念约束权力、规范合作行为。只有这样,社会资本才能积极响

应并参与公共服务领域的改革,才能在追求合理回报的同时兼顾公共利益,才能奉献社会,实现自己的社会责任。因此,政府与社会资本在公共服务领域的合作,需要以法律为载体的顶层设计和制度供给,以法律的权威约束权力,平衡利益,保障公共利益安全和改革成果的实现。

自2013年党的十八届三中全会做出“允许地方政府通过发债等多种方式拓宽城市建设融资渠道,允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营”的决定之后,PPP上升到国家经济政策的高度,PPP发展进入快车道。国务院办公厅、发改委、财政部等职能部门密集出台各类PPP法规、政策性文件多达百余项。但这些政策性、规范性文件尚存在层次低、权威不足、缺乏系统性等问题。不同部委颁发的规范性文件间隔时间短、频率快令人目不暇接,导致PPP实践中的无所适从。

选择以“政府与社会资本合作(PPP)模式立法研究”为题,展开PPP模式立法理论与法律实践的研究,源于我们对公共服务领域市场化改革法律问题的兴趣和关注。2014年5月,我们向国家社会科学规划办公室提出“政府与社会资本合作(PPP)模式立法研究”重大项目立项的建议并被采纳,入选为2015年年度国家社科基金重大项目课题指南,由此展开了长达一年的课题论证准备,并于2015年8月完成20万字投标书的课题论证。结果虽然有些遗憾,但我们不忘初心,组建PPP研讨团队,坚持收集、整理各种资料,调查实践案例,参与各种政府或企业家举办的座谈会,尽可能了解PPP模式推广与运用中存在的理论与实践问题并持续组织研讨,最终形成了《政府与社会资本合作(PPP)模式立法研究》这一学术成果。尽管它在结构安排尚需进一步推敲,观点尚需进一步斟酌,论证方法也需进一步完善,但它毕竟是国内法学领域为数不多的以“政府与社会资本合作(PPP)模式立法”为研究对象的作品。抛砖引玉,期望理论界尤其是法学界专家学者能对PPP这一社会热点有更深入、集中的关注和法律思考。

本书以我国PPP模式运行为背景,从立法视角探讨PPP模式运行机理、制度设计和立法技术,总体上解决PPP模式“为什么要立法?哪些问题需要重点立法以及怎么立法”的问题。本书的写作体例以2015年提交的《国家社科基金重大项目投标书》为基础,并经反复调整与修改。《国家社科基金重大项目投标书》的论证是一个呕心沥血的过程,两个月的漫漫长假正值假期,这场战斗搅乱了生活的安宁和秩序,家人、学术友人、学生弟子为此付出了时间与精力。感谢顾功耘教授的无私提携和帮助、感谢科研处童潇教授为搭建项目团队不辞辛苦地奔忙沟通,感谢各学科带头人毫无保留的学术支持,感谢许多同学对观点讨论、结构修饰和资料收集的积极参与。除绪论外,全书共九章,陈婉玲教授撰写第一章至第五章(约25万字),汤玉枢教授撰写第六章至第九章(约20万字),全书由陈婉玲教授负责统稿。写作

中,参阅了国内外许多学者关于 PPP 方面的著述,曹书、陈学辉、李蓓等同学分别参与了部分章节的资料整理和初稿撰写工作,女儿为全书的校正付出了大量的心血,特此一并致谢。

因健康原因,本书撰写计划时断时续,呈现出来的成果也不尽人意。自立项至交付出版历经两年有余,感谢法律出版社陈妮女士及其同人对本书的付印所做的一切努力!

行成于思而毁于随,愿风起云涌的 PPP 热潮中有更多法律人的理性思考!

陈婉玲 汤玉枢

2017 年 7 月 31 日

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| 绪 论                                   | 1  |
| 一、国内外研究状况、研究成果和评价                     | 1  |
| (一)PPP 模式基本范畴的研究现状、成果和评价              | 1  |
| (二)PPP 模式立法理论的研究现状、成果与评价              | 6  |
| (三)PPP 模式准入制度的研究现状、成果与评价              | 8  |
| (四)PPP 模式中公私利益协调研究现状、成果与评价            | 11 |
| (五)PPP 模式风险分担与救济研究现状、成果与评价            | 13 |
| (六)PPP 模式多层次监管机制立法研究现状、成果与评价          | 16 |
| (七)PPP 模式法律制度的冲突与衔接研究现状、成果与评价         | 19 |
| 二、学术价值、应用价值和社会意义                      | 19 |
| (一)国内外研究存在的局限性                        | 19 |
| (二)现行 PPP 模式立法无法达成规范和促进 PPP 事业健康发展的目标 | 22 |
| (三)PPP 模式立法研究的应用价值                    | 24 |
| (四)PPP 模式立法研究的社会意义                    | 24 |
| 三、主要内容与研究框架                           | 26 |
| (一)总体问题:PPP 模式立法现状(为什么要立法)            | 26 |
| (二)PPP 模式立法研究框架                       | 34 |
| (三)研究的预期目标                            | 36 |
| 四、研究思路、研究视角和研究路径                      | 40 |

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| (一) 研究思路 .....                                   | 40  |
| (二) 研究视角 .....                                   | 41  |
| (三) 研究路径和技术路线 .....                              | 42  |
| 五、研究的重点、难点与创新 .....                              | 43  |
| (一) PPP 模式法律关系和交易结构梳理问题 .....                    | 43  |
| (二) 以公共利益安全为导向的 PPP 模式效率控制问题 .....               | 44  |
| (三) 以角色转换和权力清单为手段的 PPP 模式政府职能<br>与契约责任边界问题 ..... | 44  |
| (四) 以合同效力为基础的 PPP 模式契约结构与性质问题 .....              | 44  |
| (五) PPP 模式下消费者利益与契约精神冲突的化解问题 .....               | 44  |
| (六) PPP 模式多层次监管机制问题 .....                        | 45  |
| <br>第一章 PPP 模式的源流、本质与价值 .....                    | 48  |
| 一、起源及运用:从发达国家到新兴经济体 .....                        | 48  |
| 二、宽泛而开放的定义及适用范围 .....                            | 60  |
| (一) 不同的表述与实践 .....                               | 60  |
| (二) PPP 模式基本概念要素 .....                           | 64  |
| (三) PPP 适用领域:以公共服务为视角 .....                      | 69  |
| 三、PPP 模式:一场公共服务供给模式的变革 .....                     | 73  |
| (一) 一种事实:公共服务市场化比传统官僚制更具效率性 .....                | 75  |
| (二) 一种推动:消费者主权催生低成本享受高服务诉求 .....                 | 76  |
| (三) 一种变革:公共服务制度安排与生产经营相分离的配置方式 .....             | 77  |
| (四) 一种形态:公私部门共同承担责任和义务的混合所有制 .....               | 78  |
| <br>第二章 PPP 模式运作机理及其交易结构 .....                   | 79  |
| 一、我国 PPP 模式类型化及其政策依据 .....                       | 79  |
| (一) 用户付费特许经营型 PPP 模式(简称特许经营型 PPP 模式) .....       | 81  |
| (二) 政府付费购买服务型 PPP 模式(简称购买服务型 PPP 模式) .....       | 83  |
| (三) 股权合作型 PPP 模式 .....                           | 87  |
| 二、特许经营型 PPP 模式运作机理与交易结构 .....                    | 89  |
| (一) 特许经营型 PPP 模式的运作机理 .....                      | 90  |
| (二) 特许经营协议 .....                                 | 96  |
| (三) 特许经营 PPP 项目的投融资结构 .....                      | 100 |

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| (四) 特许经营 PPP 项目的风险分担与回报机制 .....        | 102 |
| 三、政府购买型 PPP 模式运作机理与交易结构 .....          | 104 |
| (一) PPP 项目政府采购一般流程 .....               | 104 |
| (二) 竞争性磋商采购方式与流程 .....                 | 106 |
| (三) 政府购买型 PPP 模式交易结构的法律分析 .....        | 107 |
| 四、股权合作型 PPP 模式运作机理与交易模式 .....          | 112 |
| (一) 股权合作型 PPP 项目公司的设立 .....            | 113 |
| (二) 股权合作型 PPP 项目公司的法律地位 .....          | 115 |
| (三) 股权合作型 PPP 项目公司的治理 .....            | 118 |
| <br>第三章 PPP 模式主体关系与利益协调 .....          | 122 |
| 一、PPP 模式利益关系类型与互动 .....                | 123 |
| (一) PPP 模式中利益关系的具体表现 .....             | 124 |
| (二) PPP 模式利益关系类型化 .....                | 127 |
| 二、PPP 模式利益关系的冲突 .....                  | 133 |
| (一) 利益竞合关系: 公益与私益的博弈 .....             | 134 |
| (二) 利益互补关系: 契约关系与非契约关系的冲突 .....        | 135 |
| (三) 利益共生关系: 以项目公司为核心之利益结构双重属性的矛盾 ..... | 137 |
| 三、PPP 利益协调机制的框架设计 .....                | 139 |
| (一) 制度激励与保障机制 .....                    | 140 |
| (二) 契约约束与非契约补充机制 .....                 | 144 |
| (三) 自我控制机制 .....                       | 145 |
| 四、公共利益: PPP 模式运行的最高利益考量 .....          | 148 |
| (一) 以公共利益价值目标为中心的制度安排 .....            | 149 |
| (二) 社会资本投资回报与公共利益目标的协调 .....           | 150 |
| (三) 树立以公共利益为核心的 PPP 监管理念 .....         | 151 |
| <br>第四章 PPP 模式的项目融资及其实现路径 .....        | 154 |
| 一、PPP 项目融资类型化及其考量原则 .....              | 155 |
| (一) PPP 项目融资类型化 .....                  | 155 |
| (二) PPP 模式的多元价值与核心价值 .....             | 156 |
| (三) PPP 项目的风险配置原则 .....                | 157 |
| 二、PPP 项目公司资本金结构及政府控制权 .....            | 158 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 三、PPP 项目政府担保制度 .....       | 160 |
| (一)PPP 项目政府担保存在的法律问题 ..... | 160 |
| (二)PPP 项目政府担保制度的域外经验 ..... | 163 |
| (三)PPP 项目政府担保制度的完善 .....   | 164 |
| 四、PPP 项目资产设立的担保物权制度 .....  | 165 |
| (一)项目资产设立担保物权存在的问题 .....   | 166 |
| (二)项目资产设立担保物权的域外经验 .....   | 167 |
| (三)项目资产设立担保物权相关制度的完善 ..... | 168 |
| 五、PPP 项目再融资制度 .....        | 169 |
| (一)PPP 项目再融资存在的法律问题 .....  | 169 |
| (二)PPP 项目再融资的域外经验 .....    | 170 |
| (三)PPP 项目再融资制度的完善 .....    | 171 |
| 六、PPP 项目投资退出机制 .....       | 171 |

## 第五章 PPP 模式政府角色与监管再造 .....

173

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 一、PPP 模式政府基本角色 .....                 | 173 |
| (一)决策者:做好政策准备和规划方案 .....             | 174 |
| (二)合作者:以契约精神塑造政府行为 .....             | 175 |
| (三)监管者:以公权介入利益冲突 .....               | 176 |
| 二、PPP 模式推广与运用中的政府责任 .....            | 177 |
| (一)PPP 价值:以公共利益为最高利益考量 .....         | 177 |
| (二)PPP 立法:法律框架及其冲突的协调 .....          | 179 |
| (三)PPP 契约:政府责任和权利保留 .....            | 181 |
| 三、监管再造:政府 PPP 决策、实施与监管职能的分离 .....    | 183 |
| (一)混合产业组织:PPP 模式监管客体的变革 .....        | 183 |
| (二)监管独立:政府 PPP 项目决策、实施与监管职能的分离 ..... | 187 |
| (三)“政监分离”下 PPP 独立监管框架设计 .....        | 192 |
| 四、PPP 核心监管:价格、质量与普遍服务控制 .....        | 195 |
| (一)价格规制 .....                        | 196 |
| (二)安全与服务质量控制 .....                   | 197 |
| (三)普遍服务 .....                        | 199 |

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| <b>第六章 PPP 模式的理论创新与制度突破</b> .....                       | 201 |
| 一、PPP 模式的核心是合作治理 .....                                  | 201 |
| (一) 合作治理以差异性的多元主体平等共存为前提 .....                          | 203 |
| (二) 合作治理的灵活性需要制度约束与保障 .....                             | 204 |
| (三) 同意、包容与信任构成 PPP 合作治理的核心内容 .....                      | 205 |
| 二、PPP 模式对传统公共服务供给制度的变革 .....                            | 206 |
| (一) 打破公共服务政府垄断格局 .....                                  | 207 |
| (二) 引入市场竞争机制 .....                                      | 208 |
| (三) 公共服务混合所有制的生成 .....                                  | 208 |
| (四) 创新融资模式 .....                                        | 210 |
| 三、PPP 模式变革对传统观念的冲击与修正 .....                             | 211 |
| (一) PPP 模式公共利益优先对社会资本逐利性的抑制 .....                       | 211 |
| (二) PPP 项目不确定性与契约柔性化制度诉求 .....                          | 213 |
| (三) PPP 模式创新呼唤灵活的立法技巧 .....                             | 216 |
| <b>第七章 PPP 模式与现行法的冲突和衔接</b> .....                       | 218 |
| 一、特许经营型 PPP 模式与特许经营相关法 .....                            | 218 |
| (一) 特许经营型 PPP 模式应排除适用行政许可法 .....                        | 219 |
| (二) 特许经营型 PPP 模式应排除适用《市政公用事业特许经营<br>管理办法》 .....         | 221 |
| (三) 特许经营型 PPP 协议是一种合作契约,应排除行政契约定<br>性的干扰 .....          | 223 |
| (四) PPP 模式下政府特许经营规范矛盾的排除 .....                          | 226 |
| 二、政府购买型 PPP 模式与政府采购相关法 .....                            | 228 |
| (一) 政府购买型 PPP 模式是一种公共服务供给方式,与政府<br>购买服务具有不同的内涵、外延 ..... | 229 |
| (二) 《政府采购法》对 PPP 模式的适用和有条件的剔除 .....                     | 231 |
| (三) 政府购买型 PPP 模式的特别条件和《政府采购法》部分条款<br>的剔除 .....          | 233 |
| 三、PPP 模式与合同法的衔接与完善 .....                                | 240 |
| (一) 竞争性谈判的导入 .....                                      | 241 |
| (二) 契约自由精神的限制 .....                                     | 244 |
| (三) 竞争性磋商的辩证 .....                                      | 250 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| <b>第八章 PPP 模式的域外法律实践</b>        | 255 |
| 一、英国以《公共合同法》为中心的 PFI/PPP 法律体系   | 258 |
| (一) 英国以《公共合同法》为中心的 PFI/PPP 法律框架 | 258 |
| (二) 英国《公共合同法》确定的招投标程序           | 261 |
| (三) 英国《公共合同法》与竞争性谈判制度           | 262 |
| 二、美国联邦 PPP 专门法统御各种 PPP 模式应用     | 266 |
| (一) 美国 PPP 立法: 联邦法与州法并行的法律框架    | 266 |
| (二) 美国 PPP 模式立法的冲突与协调           | 273 |
| (三) 美国 PPP 模式立法的主要内容            | 273 |
| 三、德国《公私合作制促进法》制度创新              | 276 |
| (一) 德国 PPP 模式的框架立法              | 277 |
| (二) 德国 PPP 立法的关键要素              | 280 |
| 四、韩国“齿轮传动结构”式 PPP 模式法律框架        | 282 |
| (一) 韩国 PPP 立法的“齿轮传动结构”          | 282 |
| (二) 韩国《基本计划》彰显的 PPP 法主要内容       | 283 |
| (三) 公共招标与企业自提 PPP 项目的实施流程       | 287 |
| <b>第九章 PPP 模式立法资源的整合与架构</b>     | 289 |
| 一、PPP 域外立法资源类型化                 | 290 |
| (一) PPP 模式立法类型化的理论依据            | 290 |
| (二) PPP 模式立法中的福利政策与法律           | 294 |
| (三) 福利社会的分类对 PPP 模式立法类型化的影响     | 294 |
| 二、PPP 模式在我国台湾地区的“立法”实践          | 297 |
| (一) 台湾当局鼓励民间参与公共建设的“立法”进程       | 297 |
| (二) 我国台湾地区民间参与公共建设的法律框架         | 298 |
| (三) 我国台湾地区“促参法”鼓励民间参与的优惠措施      | 300 |
| (四) 我国台湾地区 PPP 模式的实践经验          | 301 |
| 三、以多元利益均衡为核心的 PPP 立法的基本结构       | 302 |
| (一) PPP 模式利益关系调适的立法宗旨           | 302 |
| (二) PPP 模式利益关系协调的制度建设           | 304 |
| (三) PPP 模式利益均衡的立法完善             | 310 |
| 四、PPP 基本法的立法思路与原则               | 312 |
| (一) PPP 模式的立法选择                 | 312 |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| (二)我国 PPP 模式既有立法资源的整理 .....   | 314 |
| (三)PPP 基本法的立法方向 .....         | 318 |
| (四)PPP 模式基本法的立法原则 .....       | 321 |
| 附 录 PPP 模式法律、法规及规范性文件目录 ..... | 327 |
| 参考书目 .....                    | 331 |
| 病中书事(代后记) .....               | 357 |

## 绪 论

政府与社会资本合作(Public-Private-Partnership, PPP)模式立法旨在推动全面深化公共服务领域改革和公共资源市场化配置,营造权利公平、机会公平、规则公平的投资环境,促进 PPP 模式健康发展。我国现行 PPP 模式立法以部委规章、规范性文件为主,呈现政策性强、“法”出多门的格局。权威不足、制度规范交叉重叠是这种立法格局的必然结果。因此,PPP 模式现行“立法”资源亟须整合,必须以权威的法律形式确立 PPP 制度的稳定性、规范性和权威性。本书的基本思路是以我国 PPP 模式运行为背景,从立法视角探讨 PPP 模式运行机理、制度设计和立法技术,总体上解决 PPP 模式“为什么要立法、哪些问题需要重点立法以及怎么立法”的问题,通过立法的制度设计,明确 PPP 的本质属性和运行规则,确保 PPP 模式在“从摇篮到坟墓”的全周期中发生的主要法律关系都有统一明确的法律制度依据,推动公共领域法律治理进程。

### 一、国内外研究状况、研究成果和评价

本书主要从“一点两线”的研究进路展开讨论,“一点”是指导 PPP 模式立法的基本理论,“两线”则为“制度构建”和“立法方法”。围绕 PPP 模式立法的“一点两线”,对 PPP 模式立法的国内外研究状况进行检讨,并对代表性成果展开评价。

#### (一) PPP 模式基本范畴的研究现状、成果和评价

有关 PPP 模式基本范畴的研究,主要集中于 PPP 模式的含义、功能、价值以及 PPP 协议的性质等内容。总体而言,PPP 模式并无统一定义,学者间争论较大。

PPP模式的雏形可追溯到15世纪英国的付费公路,但现代PPP模式却肇端于20世纪90年代英国公共服务领域改革。英国财政部部长拉蒙(Norman Lamont)在其1992年秋季预算报告(1992 Autumn Statement)中首次提出“私人融资计划”(Private Finance Initiative, PFI)的概念,<sup>①</sup>拉开以公私部门联合发展公共事业、共担风险的PPP模式在全球范围内兴起的序幕。

### 1. 关于“什么是PPP”的各种界定

“PPP模式”,即Public-Private Partnership,意译为“公私合作制”或者“公私合作伙伴关系”(基于国有企业参与的需要,我国将其定名为“政府与社会资本合作”)。对其内涵,学界尚未达成一致意见,拉蒙认为它指公共部门与私人部门之间为了合作建设城市基础设施项目或是为了提供某种公共物品和服务,彼此之间形成的一种伙伴式的合作关系。拉蒙定义的核心要素有三:一是政府与私人部门的合作;二是发生在基础设施建设或者公共物品和服务的提供领域;三是一种伙伴式合作关系,就此而言,拉蒙关于PPP模式的定义最接近其本质属性。然而,拉蒙的观点并没有获得普遍的认同。美国民营化学者萨瓦斯(E. S. Savas)将PPP概念归纳为三个层次,首先,PPP在广义上是指公共和私人部门共同参与生产和提供物品、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基础设施项目;最后,它指企业、社会贤达和地方政府官员为改善城市状况而进行的一种正式合作<sup>(Savas, 2000)</sup>。相对于拉蒙的观点,萨瓦斯的PPP概念尽管更有影响力,但因过于复杂且功能模糊,也未获得多数学者的支持,尤其是萨瓦斯的PPP定义广义过宽、狭义过窄,将完全被民营化的基础实施项目也称为PPP,既不科学,也不贴切。公共领域的开放程度取决于一个国家的市场化水平,PPP模式的核心是合作,缺乏合作的基础设施项目或者公共物品与服务项目,不管是公共部门运营,还是私人部门运营,均不能称为PPP项目。正因如此,英国学者格里姆赛和澳大利亚学者刘易斯均不认可萨瓦斯的观点,他们认为PPP是指私营实体以合作契约为前提而参与或为基础设施供给提供支持或者为公共基础设施提供服务的安排机制。<sup>(Grimsey and Lewis, 2004)</sup>

德国学者承继概念法学的传统,试图高度抽象、概括出PPP的定义,例如,哈特曼(Hartmann)认为PPP包括公私部门之间协同工作的所有形式,其一般表现为公私部门之间的联络、协调和合作,且这些工作都应该在考虑技术、经济和社会等方

<sup>①</sup> Norman Lamont, Autumn Statement, HC Deb, 12 November 1992, Vol. 213, cc. 993-1016. 拉蒙宣布其正在考虑新的扩展基建项目私人融资的方式。原文为“...examining ways to increase the scope for private financing of capital projects”。Accessed October 12, 2016; <http://hansard.millbanksystems.com/commons/1992/nov/12/autumn-statement>.

面的前提下为克服与完成现存复杂问题和任务而服务<sup>(Petra Hartmann, 1994)</sup>。应当说,哈特曼指出了 PPP 模式是一种合作关系的本质,但在适用对象上的表述并不准确,与其相比,特廷格(Tettinger)认为 PPP 是国家机构和私人经济主体之间的不同形式的协作,而该协作的目的是完成原本能够由国家部门承担的公共任务<sup>(Tettinger, 1997)</sup>,这种观点可能更合理。但是,德国学者同样发现,PPP 模式几乎不可定义或者说难以给出抽象的定义,因而,有些学者开始另辟蹊径,通过罗列 PPP 的核心要素来确定 PPP 标准,例如,学者罗根开普(Roggencamp)将 PPP 模式各个要素进行罗列,即来自公私两个社会领域的参与者、利益共享和风险分担、合作双方地位平等、超出分工之外的工作需要双方共同决定并共同承担责任、双方自愿的捆绑、融入公私双方的混合的组织形式<sup>(Roggencamp, 1999)</sup>。

各国和地区官方对本国 PPP 模式均有相对统一的界定,但相互间差异很大。例如,欧盟贸易委员会于 2004 年发表的《PPP 及共同体公共合同和特许经营绿皮书》(以下简称《绿皮书》)特别强调欧盟范围内尚无统一有效的公私合作制定义,但该绿皮书认为,PPP 作为一个专业术语,主要涉及“在公共部门和私人企业之间为了基础设施的融资、建设、修缮、运营、维护或公共服务的提供而进行合作的各种形式”<sup>(Commission of the European Communities, 2000)</sup>。美国“PPP 全国理事会”认为 PPP 是指公共机构与营利性公司之间的一个协议,通过该协议,公、私部门共享彼此的技术、资产来为公众提供服务和设施。除了共享资源外,它们还共同承担提供服务和设施中的风险并分享其他相关收益<sup>(The National Council for Public-Private Partnerships, 2002)</sup>。

我国学者对 PPP 模式的定义集中于公共管理学,研究群体多为中青年学者,因 PPP 模式的实践尚未充分展开,提法相对一致或大同小异,这些定义的基本要素包括:(1)存在于公、私部门间;(2)涉及基础设施和公用事业领域;(3)基于契约;(4)长期合作。例如,余晖、秦虹认为 PPP 模式是指公共部门与私人部门为提供服务而建立起来的一种长期合作关系,这种关系需要正式的协议来确定<sup>(余晖、秦虹, 2005)</sup>;蔡蔚认为 PPP 模式是为了共同完成某些公用事业项目的投资、建设及运营任务,政府部门和民间部门签署合同以明确双方权利和义务,达成伙伴关系<sup>(蔡蔚, 2007)</sup>。因 PPP 模式在我国应用形式较单一,故许多学者把 PPP 模式与特许经营“捆绑”起来,甚至有以特许经营代替 PPP 模式的倾向,例如,湛中乐认为 PPP 模式是对任何一种公共部门和私人部门之间达成的特许经营协议的统称<sup>(湛中乐, 2007)</sup>;郭文卿也认为广义的 PPP 模式是指公共部门与私人部门为提供公共产品或服务而建立的合作关系,其以授予特许经营权为特征<sup>(郭文卿, 2014)</sup>。事实上,新一轮 PPP 模式是贯彻全面深化改革、让市场在资源配置中起决定性作用战略的产物,但 PPP 模式在中国也不是一个新鲜事物,早在建立和培育社会主义市场经济体制的初期, BOT (Build-Operate-Transfer) 即以特许经营的方式展开了实践。因此,把 PPP 等同于特许经营的观点

有着深刻的实践基础,但对 PPP 模式概念的认知模糊不清却蕴含着政府部门的利益博弈:发改委力推特许经营,把 PPP 模式纳入“特许经营法”调整范围;财政部则力主政府采购,试图把 PPP 模式收入政府采购的囊中。但是,特许经营只是 PPP 模式的一种形式或载体,以特许经营囊括 PPP 模式的全部特征既不科学也不全面,容易造成理论和实践上的误区,降低 PPP 模式理论价值和应用价值。

## 2. 关于“PPP 协议性质”的争议

对 PPP 基本范畴的讨论还存在一个有趣的现象,即东、西方契约文化差异引发的 PPP 协议性质的认知问题。几乎所有的西方学者都认为 PPP 模式是一种契约关系,但却均未讨论 PPP 协议的性质。西方契约精神深入人心,其市场化程度高,无论是政府还是社会均没有把公共资源的开发、利用看作政府的垄断领域,政府负有公共物品和服务供给责任,但公共领域市场却是开放的,任何私人组织要参与提供公共物品与服务并非分享了政府的蛋糕,而是协助政府履行责任。故公共部门与私人部门在基础设施与公用事业领域展开合作,政府只是契约的一方当事人,必须遵循平等、自愿、互惠、互利的契约精神。换言之,公共部门在合作契约关系中不存在公权,与私人部门完全处于平等的法律地位,PPP 协议仅是在平等主体之间签订的明确各自权利义务关系的协议,其性质与一般的民商协议并无差别,不存在政府作为合作方凌驾于其他合作方的社会条件。但相较于西方发达的契约文化,我国的契约精神尚未深入人心,政府“公权力”优势无处不在,虽称为合作关系,但也要维持一种“强权”的自尊。特许经营无疑是最能表达这种自尊的形式。于是,PPP 协议性质就成为学者争论最激烈的问题,并形成各种各样的学说。

(1) 授权说,例如,虞青松教授认为,基于不同的赋权类型,公私合作契约分别在合作各方主体间形成多重法律关系,而收费权将合作各方主体联系在一起。公私合作契约在本质上为行政主体作出行政允诺的载体,该载体外在表现为虚拟契约,并导致合作各方主体之间形成两级法律关系。行政主体与企业之间的契约关系是处在第一阶段的行政法律关系。公私合作契约并非独立的行为,而是授权行为和特许行为的载体<sup>(虞青松,2013)</sup>。把公私合作契约直接定性为“行政主体作出行政允诺的载体”,其基本逻辑思路是“特许经营许可 = 特许经营协议 = 公私合作契约”。

(2) 行政合同说,持这种学说的多为行政法学者。邢鸿飞教授认为,政府特许经营在提供公共服务、优化资源配置、拓宽融资渠道等方面的作用,无不体现其行政性和公益性。即使在特定案件中,政府特许经营的行政性和公益性,同样可以通过在契约中保留政府特权或主导性权利的条款来实现<sup>(邢鸿飞,2004)</sup>。王克稳教授认为,政府特许经营的内容直接关涉公共利益,因此,民事合同说与公私法兼具说均有违我国的制度实践。在我国的制度实践中,政府特许经营协议是一种特殊形态的行