

江苏大学五棵松文化丛书

江苏大学专著出版基金资助出版

公私合作 (PPP) 法律问题研究

STUDY ON LEGAL ISSUES
OF PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP)

邹焕聪 / 著



人民大学出版社

江苏大学专著出版基金资助出版

公私合作 (PPP) 法律问题研究

STUDY ON LEGAL ISSUES
OF PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP)

邹焕聪 / 著



人民出版社

责任编辑:张 立

版式设计:汪 阳

责任校对:陈艳华

图书在版编目(CIP)数据

公私合作(PPP)法律问题研究/邹焕聪 著. —北京:人民出版社,2017.12
(江苏大学专著出版基金资助出版)

ISBN 978-7-01-018713-6

I. ①公… II. ①邹… III. ①政府投资-合作-社会资本-法律-研究-
中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 314645 号

公私合作(PPP)法律问题研究

GONGSI HEZUO(PPP)FALÜ WENTI YANJIU

邹焕聪 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京新华印刷有限公司印刷 新华书店经销

2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:29.25

字数:430 千字

ISBN 978-7-01-018713-6 定价:92.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 一

作为发端于 20 世纪 80 年代西方发达国家的公共行政改革模式,公私合作(PPP)已经在世界范围内广泛开展,并成为各国行政改革的主流方案。虽然各国公私合作的实践模式各不相同,适用范围大小不一,法治约束机制各异,但是由于公私合作既能发挥公共部门的禀赋优势,又能激发私人部门的无限潜能,因此公私合作作为提供公共产品和公共服务的新型模式,迄今仍然具有强大的生命力,而公私合作法治化问题研究,对于目前各国而言仍是一个具有挑战性的新型课题。受西方世界行政改革潮流的影响,我国也进行了公私合作的探索和发展之路,从公用事业的市场化改革开始破冰,之后公私合作又不断拓展至包括给付行政和部分秩序行政在内的众多行政领域。然而,毋庸讳言,我国有关公私合作的法律制度供给严重不足,目前仅有地方性法规和政府规章对作为公私合作的模式之一的特许经营等进行了规范,而专门的公私合作(PPP)法尚未出台,这也在很大程度上影响了公私合作优势的充分发挥。与此同时,公私合作事实对我国传统行政法构成了巨大挑战,同时也给传统行政法理论提出了新课题,亟待促进行政法学的新发展,实现我国行政组织法、行政行为法、行政救济法的理论创新。

围绕公私合作对传统行政法的挑战与新行政法的能动回应这条主线,焕聪副教授的专著试图寻找公私合作良性运作的法治支撑,并实现行政法学理论的同步发展,应该说具有非常重要的理论价值和实践意义。本书通过对公私合作的行政法问题的深入研究,完成了一幅全景式的公

私合作法治图景。具体来说,本书主要具有以下三大特色:

一是问题意识非常突出。尽管公私合作被引入中国已经有一段时间,政府和社会资本合作实务也在各地如火如荼展开,但是我国对于公私合作的法学研究长期滞后于实践,具有学术价值和社会价值的原创性学术成果尚缺。本书作者秉持敏锐的问题意识,长期聚焦于公私合作法治难题的解决,重在从行政法学的视野思考研究公私合作的深层次问题,运用多种研究方法对公私合作的范畴、基石、主体、行为以及担保进行了开拓性研究,提炼了行政法话题,给出了行政法学的理论命题,形成了体系完善的行政法治方案。本书既注重对国外公私合作法治经验和学说的比较借鉴,又强调对中国特色公私合作模式和机制的构建;既重视公私合作的行政法治原理研究,也强调对我国行政法实践的现实关怀,努力构建能回应实践需求的行政法理论与制度,为解决世界公私合作法治难题贡献了中国方案。

二是学术思想颇有创新。本书基于我国公私合作的本土实践和相关经验的考察分析,发现诸如公共部门与私人部门的角色、职能或责任发生了变化,公私合作行为以及行为形式选择自由等无法纳入传统的行政行为理论,公私合作的三面法律争议无法通过传统行政救济机制得到解决等系列法律难题,而这些问题都无法通过我国传统行政组织法、行政行为法、行政责任法以及行政救济法等传统行政法理论得到完美的阐释,出现了理论困境,亟待加以理论建构或重构。本专著有关公私合作的行政法学研究,从现实问题出发,努力将中外经验上升到一般理论,不仅批判借鉴西方法治发达国家有关公私合作的理论和经验,总结中外公私合作法治化的一般规律和法律机制,进而解决本土法学理论准备不足的难题,而且关切当下中国生动实践,梳理我国公私合作的主要行政法治理论难题,并基于学术自觉和学者使命进行了自主理论创新。难能可贵的是,作者不但在书中驳斥了公私合作与公私合作行为不分的研究现状,重新厘定了国家担保责任的理念和内涵等,而且还抽象出了原生型公私合作主体、

次生型公私合作主体、公法消费者等法律概念,首倡了社会合作管制(规制)的理论,提出了公私合作的公法救济担保模式及救济体系,构建了中国特色的担保行政及担保行政法等,并从公私合作基石、公私合作主体、公私合作行为、公私合作担保等宏观方面构建了公私合作法原理的基本框架。

三是研究论证缜密严谨。本书不仅对于公私合作法律问题研究的观点明确、见解深刻,而且从布局谋篇、逻辑层次来看,可以说是论证严密,逻辑性强,颇具功力。虽然本书主题看似较为庞大,涉及公私合作的主体、行为和救济等多个分议题,但是读后感到本书对相关法律问题的论证可谓抽丝剥茧,立体感强,并无碎片化和平面化之不足。同时,本书不是仅依循时代主题转换所选择的行政法主题,而是扎根于本土现实和我国理论的问题意识所形成的具有学术逻辑的公法话题;不是简单引介、移植或套用西方公私合作的既定概念、理论或制度,而是立足于当下中国方兴未艾的政府与社会资本合作实践的基础上,批评吸收西方有关先进经验,具体深入地考察我国实践对于行政法制度安排的影响,因此具有很强的科学性、学术性和严谨性,避免了学术界一度存在的类似“有观点无论证,有讨论无理论,有方法无逻辑”的研究缺憾。

如同任何学术作品难以完美一样,本书也存在一些不足,比如公私合作的主题比较宏大,外文资料相对缺乏,本土论证似可加强,有的观点尚待进一步完善。当然瑕不掩瑜,本书的出版,意味着作者在学术生涯中迈出了重要的步伐,也预示着我国行政法学者在公私合作的行政法研究上达到了新的水准。

焕聪副教授自从攻读南京大学博士学位以来,便选择公私合作作为长期研究的主题,表现出很好的学术预见力。在中国政法大学从事博士后研究期间,他不仅成功申报了中国博士后基金特别资助项目和面上资助项目,而且刻苦钻研,笔耕不辍,就公私合作法治化主题发表了核心论文多篇,在公私合作法治化研究方面取得了不少有分量的成果,是公私合

作行政法学研究的后起之秀。如今,他的博士论文经过多年的修改完善,即将付梓。作为他的博士后合作导师,我期待他不懈努力,争取更大的学术成就!

是为序。

马怀德

中国法学会行政法学研究会会长

中国政法大学副校长

2017年12月

序 二

公私合作(PPP)是公共部门与私人部门合作完成公法任务的新模式,虽然在西方发达国家运作较为成熟,法治化程度相对较高,但是在我国却是方兴未艾,是当下中国行政法理论研究和行政实践操作中的全新课题。显然,无论是在公私合作的基本理论、主体关系、行为形态,还是在公私合作的公私责任分配尤其是行政法规制等方面,公私合作这一新型现象都无法通过传统的行政法理论得到自治的解释,对行政法理论构成了巨大的挑战,也为我国行政法实践提出了一系列行政法治难题,亟待行政法律学人进行深入的研讨。正是基于对这一论题的敏锐把握和独立思考,焕聪博士不仅在多年前完成了一篇优秀博士学位论文,而且在此后围绕该主题进行了持续深入的研究,现已完成了他的第一本个人专著——《公私合作(PPP)法律问题研究》。值此著作即将由人民出版社出版之际,作为他的博士生导师,我欣然应允为其专著作序,并借此机会介绍这一新作。

第一,研究主题的新拓展。公私合作在西方尤其是大陆法系国家相对起步较早,而在我国却是行政法理论研究和实务运作的新型课题,有许多法律问题值得探讨。该专著从基本范畴分析入手,详细分析了公私合作兴起的现实动因和理论依据,并对公私合作的主体制度、行为形态及行政法的规制手段等进行了十分全面的分析。该书不仅深刻剖析了公私合作的时代价值和现实基础,全景式地构建了公私合作行政法的基本框架,而且运用行政法的基本原理和框架对公私合作的运作图景进行了描述和

分析,这对于拓展行政法理论的研究疆域,革新行政法学理论和思想,促进我国行政改革的深入和加快行政法治的建设进程,具有十分重要的参考价值,因此该书选题极具理论价值和现实意义。

第二,研究内容的新构建。该书视野开阔,研究精深,不仅深入回答了何为公私合作、为何要进行公私合作、公私合作法有何主要内容等根本问题,而且重点探讨了如何从公法特别是行政法规范公私合作的主要议题。经由私人部门参与行政任务领域造成公域与私域交错、公法与私法混合等大量现象的分析,该书认为公私合作挑战了传统行政法理论,需要通过回应公私合作中私人主体的行政法义务凸显、政府职责的转型、正当程序的变化以及行政救济机制的变革对传统行政法的挑战,丰富和发展我国的行政主体理论、行政行为及程序理论以及行政救济理论。特别是要立足于私人部门承担行政任务所带来的行政法规制和公共部门在公私合作的角色地位的转换,凸显政府承担私人部门实现公共利益的担保责任这一核心命题,发展经济行政领域的行政法治理论,推进以规范行政权为重心的传统行政法向公私合作法或担保行政法的“新行政法”的转型,因此无论从理论构建上还是制度设计上看,该书的内容和观点都让人耳目一新,极有启发意义。

第三,研究路径的新思考。该书在跨学科的多维学术景观下,综合运用法学、行政学、社会学、经济学等研究方法,使行政法治视野下公私合作的宏观理论背景和微观制度运作得以立体化展现。尤其是,针对公私合作的责任分配和责任阶层、公私合作的担保行政法、公私合作的担保行政救济以及公私合作的国家赔偿制度构建等核心问题进行了国家责任尤其是担保国家理论等国家学、政治学等多学科视角的深入论证,为实现公私合作的法治化提供了可贵的智识支撑。围绕公私合作法治化难题的解决,该书不仅从更为包容、更加综合的研究视角进行了研讨,而且还按照“挑战—回应”的研究路径,系统、深入地分析了公私合作对于行政法理论和制度的挑战与新行政法理论及制度对于公私合作的回应和革新,从

而有利于实现公私合作的行政法治理论创新,促进公私合作行政法律制度的建立健全。

该著是在其博士学位论文的基础上历经多年修改完成的,全书不仅篇章结构安排适当,说理透彻,而且在基础理论和学术观点方面颇有建树,诸如厘清了公私合作的内涵和外延,发展了公私合作主体的类型、关系及其对组织法治挑战与行政组织法应对机制、公私合作的担保行政法等理论,提出了公私合作及其行为基本模式的新分类、社会合作管制(规制)、公私合作的担保救济模式等新观点或新思想,可谓公私合作(PPP)行政法治领域的研究力作,填补了行政法学研究相关领域的空白。当然,该书也存在一些不足之处,比如演绎式论证较多而实证分析较少,宏观学理探讨较多而微观制度设计较少,西方国家理论和法制对标较多而本土理论创见和经验归纳较少。但是,与该书的学术贡献而言,这些瑕疵或许可以忽略不计。相信作者今后会予以思考并加以完善。

焕聪是我指导的第一位博士生,他在攻读博士期间就表现出优秀的学术潜质,在 CSSCI 来源期刊发表了多篇论文,获得过省研究生科研创新计划项目,博士论文被评为南京大学优秀博士学位论文。毕业后在江苏大学工作和在中国政法大学从事行政法学博士后研究期间,持续就公私合作这个主题展开系统研究,发表了多篇有影响力的学术论文,并获得中国法学会、江苏省等多项科研奖励。作为他的博士生导师,对他取得的学术进步感到非常欣慰,祝愿他在行政法学研究之路上高歌前行,取得更加丰硕的科研成果!

是为序。

王太高

南京大学法学院副院长、教授、博士生导师

2017 年 12 月

目 录

序 一	马怀德 1
序 二	王太高 5
导 论	1
一、问题缘起	1
二、研究意义	4
三、研究现状	9
四、进路与创新	13

第一章 公私合作范畴论

第一节 公私合作的内涵	22
一、公私合作诸定义之评析	22
二、本书对公私合作的界定	26
三、公私合作的主要特征	28
第二节 公私合作的外延	36

一、公私合作与民营化	36
二、公私合作与行政私法	41
三、公私合作与协力行政	47
第三节 公私合作的基本模式	52
一、域外公私合作基本模式诸说之概览	52
二、我国公私合作基本模式研究之评说	59
三、公私合作基本模式之我见	63
第四节 公私合作的适用范围	75
一、公私合作适用范围的典型国家考察	75
二、公私合作适用范围的一般理论	80
三、公私合作适用的具体领域	87

第二章 公私合作基石论

第一节 公私合作的现实动因	96
一、全球化的推动	96
二、新公共管理改革的推进	100
三、经济社会转型的促进	106
第二节 公私合作的理论基础	112
一、合作治理理论	113
二、风险社会理论	118
三、公共物品、公共选择及委托—代理理论	128
第三节 公私合作的法学基础	139
一、公私合作的法理基础	140
二、公私合作的宪法学基础	147
三、公私合作的行政法学基础	156

第三章 公私合作主体论

第一节 公私合作主体界说	168
一、公私合作主体的形成路径	169
二、公私合作主体的涵义	175
三、公私合作主体的形态	185
第二节 公私合作主体的三面关系——以公权力委托的主体 关系为例	192
一、公私合作主体三面关系之凸显	193
二、公共部门与履行公共任务的私人部门之关系	195
三、履行公共任务的私人部门与广大公众之关系	199
四、公共部门与广大公众之关系	202
第三节 次生型公私合作主体的基本权利能力——以公私 合作公司为中心	204
一、次生型公私合作主体基本权利能力的导入	205
二、次生型公私合作主体基本权利能力的判断基准建构	209
三、次生型公私合作主体基本权利能力的取得、变更和 消灭	214
第四节 公私合作主体的挑战与行政组织法的转型	217
一、公私合作中多元治理主体引发组织法治新课题	217
二、公私合作主体的兴起对行政组织法的挑战	219
三、公私合作主体的兴起促进新行政组织法的发展	230

第四章 公私合作行为论

第一节 公私合作行为的主要内涵	248
-----------------------	-----

一、公私合作行为概念的兴起	248
二、公私合作行为的法律特性	251
第二节 公私合作行为中的形式选择自由	255
一、行为形式选择自由的发展脉络	256
二、行为形式选择自由的理论依据	262
三、行政行为形式选择自由的限度	266
四、未型式化行政行为的勃兴	269
第三节 公私合作行为的类型构造	274
一、民营化型公私合作行为	276
二、公营化型公私合作行为	291
三、治理型公私合作行为	294
第四节 公私合作行为的挑战与行政合作法的回应	297
一、公私合作行为对传统行政法的挑战	297
二、行政合作法对公私合作行为的法治回应	309
三、公私合作行为对行政合作法的建构	315

第五章 公私合作担保论

第一节 公私合作的担保责任	330
一、国家责任理论的诠释	330
二、国家责任理论对公私合作的意蕴	335
三、公私合作的责任要素	338
四、公私合作的国家担保责任	342
第二节 公私合作的担保行政法	345
一、制定担保行政法的必要性	345
二、域外担保行政法的基本特色	350

三、我国公私合作的担保行政法构建	355
第三节 公私合作的担保行政	365
一、担保行政的一般机理	365
二、公私合作的规制主体	368
三、公私合作的规制措施	372
四、公私合作的程序保障	380
第四节 公私合作的救济担保	390
一、公私合作的公法救济模式转型	391
二、公私合作的公法救济体系现代化	395
三、公私合作的国家赔偿制度约束	412
参考文献	424
后 记	450

导 论

一、问题缘起

如果人们对行政法的研究历史稍加审视,不难发现二十年前甚至十年前的行政法研究主题与当今流行的行政法话语迥然不同甚至有点“不可思议”。行政法研究发展如此之迅速,以至于人们不得不经常思索其问题研究的前瞻性。公私合作法律问题研究也是一样。那么,为什么在行政法多如牛毛的选题中偏爱这个选题?笔者认为,公私合作步入行政法研究的视野缘于以下几个方面的需求。

一是公共行政最新变革的迫切需要。行政法学研究往往是与公共行政的最新发展紧密地结合在一起的。在传统公共行政中,公共产品或公共服务由国家垄断提供和生产一直被认为是天经地义的事情,但是自从20世纪80年代全世界掀起了声势浩大的公共行政改革运动,这种状况得以改变。在改革过程中,以“民营化”举措为代表的改革,因其契合了“政府退缩、市场回归”的主旨而备受各国的青睐,并取得了很大的成效。民营化充分发挥了市场机制作用、节省了财政开支、增加了行政效率,因而成为西方各国行政革新的重要手段。受全球化的影响,我国也在诸多公共事业等领域进行了程度不等的民营化改革。但是,国家真正全然放弃行政任务的“完全民营化”仍然属于少数。绝大多数的民营化方案,采取游走在“单纯组织私法化”和“任务完全民营化”两个民营化光谱极点间的模式,例如公权力委托、行政助手、特许经营等模式,因而“任务部分私人化”(即公私协力)现已成为各国立法及实务最普遍采行的民营化模式。^①

^① 詹镇荣:《民营化法与管制革新》,元照出版有限公司2005年版,第3—4页。

公私合作是在人们吸取自由放任时期的“市场失灵”和福利国家的“政府失灵”的教训之后,通过积极的思考和探索而形成的一种既能发挥政府部门的比较优势,又能发挥民间部门比较优势的、能够更加有效生产和提供公共产品和公共服务的新机制。与此同时,随着社会治理模式的转换,社会组织、私人等私法主体基于合作治理的理念对社会公共事务甚至国家事务进行了良好的管制,这种社会合作管制也对传统的公共行政产生了巨大的冲击。“公共行政既是行政法学者研究的有效对象,也是他们需要保持回应性的事项。”^①既然公共行政已经发生了重大的变革——无论它被称为新公共管理还是新公共服务,那么以公共行政为研究对象的行政法也不得不发生相应的改变。

二是法律制度滞后实践的现实呼唤。可以说,公私合作为我们提供了“政府”与“民间”,或者说公共部门与私人部门合作完成公共事务的新愿景。但是,与公私合作日趋升温事实极不相称的是,公私合作的法律制度供给远远落后于相关实践。美国学者 Southard 认为,虽然公私合作风靡全球,但是令人吃惊的是,迄今居然没有健全的法律框架来规范公私合作的运作,即使在美国,一个对公私合作进行授权、管理和指导的整合性法律框架仍然缺乏。^② 由于实务中许多公私合作并没有明确的法律、法规和规章进行规定,因此这些公私合作被笔者称之为未型式化公私合作,或任意公私合作。在我国大陆,政府参股、社会合作管制等都是比较典型的未型式化公私合作具体形态。对于这些未型式化公私合作,虽然有的未必需要严格的法律规范,但是对于大多数未型式化公私合作而言,走向法治化道路是它们共同的发展方向,而现今有关法律制度供给却严重不足。即使对于已经初步型式化公私合作而言,法律制度也已经存在不少

① [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第76页。

② Katharine Southard, “U.S. Electric Utilities: The First Public-private Partnerships?”, Vol.39 *Public Contract Law Journal*(2010), p.399.