

公私合作合同: 法律性质与权责配置

——以基础设施与公用事业领域为中心

李霞*

目次

- 一、公私合作合同的兴起
- 二、公私合作合同的法律性质
- 三、公私合作合同中的国家担保责任
- 四、公私合作合同关系的展开
- 五、结语

摘要 公私合作往往涉及多方错综复杂的关系,建立在平等协商基础上的合同,能够在明确公私各方的权利与义务、风险与责任的同时,避免传统规制手段易失之于僵化的弊端。对于公私合作合同的法律性质,在现有法律框架内,应以合同标的为标准,结合多重因素进行综合判断。在公私合作合同的权责配置问题上,则宜将各类公私合作合同统合在“合作合同”名下,建构一套相对统一和独立的法律规范体系,落实建立在社会主义法治国家和国家对人权的保障义务这两个宪法原则之上的国家担保责任,实现对公私合作合同全过程的监督控制。

关键词 公私合作合同 法律性质 担保责任 合作行政法

自20世纪末叶以来,伴随着放松规制、新公共管理和合作治理的推进,公私合作合同在全球范围内得到广泛运用。在中国,公私合作合同的实践也日渐活跃,在基础设施和公用事业等领域尤其如此。⁽¹⁾ 2014年11月全国人大常委会通过的《行政诉讼法》修正案,将部分与政府特许经营协议相关的争议纳入行政诉讼的轨道。⁽²⁾ 但目前,中国法律界对于包括政府特许经营协议在内的公私合作合同尚缺乏系统的理论建构,不利于相关争议的妥善解决和公私合作的顺利开展。本文拟对公私合作合同中的若干重要问题,包括公私合作合同的概念及其勃兴的原因、公私合作合同的性质、国家在公私合作合同中的担保责任以及公私合作合同展开过程中的法制建构等予以阐述,以期推进对相关问题的讨论和认识。

* 李霞,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。周汉华研究员、李洪雷研究员阅读了论文初稿并给予了极富价值的意见和建议,匿名审稿人的精当意见促使论文完成了有针对性的修改和完善,在此一并致以诚挚谢意!

(1) 例如,财政部在2014年9月发布《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》(财金[2014]76号),明确提出要“拓宽城镇化建设融资渠道,促进政府职能加快转变,完善财政投入及管理方式,尽快形成有利于促进政府和社会资本合作模式(Public-Private Partnership, PPP)发展的制度体系”;两个多月后,财政部印发《政府和社会资本合作模式操作指南(试行)》(财金[2014]113号),对PPP合同体系尤其是其中项目合同的订立和履行的全过程作出了指引性规范。

(2) 根据修正后的《行政诉讼法》第十二条第一款第(十一)项,公民、法人或者其他组织“认为行政机关不依法履行、为按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议”提起行政诉讼的,人民法院应当受理。

一、公私合作合同的兴起

公私合作(Public-Private Partnerships, PPP)⁽³⁾是晚近各国行政改革中的热门概念和流行做法。“公私合作”中的“公”指的是(广义的)国家,具体表现为政府部门或其他公共机构;“私”指私人主体,包括自然人和私法人;“合作”则是指公私双方为共同履行公共任务而采取的协作行动。对公私合作这一概念所包含的范围,有不同的界定。在最广义上,只要有私部门参与公共任务的履行,就可视为公私合作。这种界定的优点在于,可以凸显私人在现代国家履行公共任务过程中的重要地位,缺点则在于涉及领域过于宽泛,难以为其建立一个有效的讨论基础和统一的法律框架。⁽⁴⁾因此,有学者主张对公私合作的概念加以限缩,仅用以指称公私部门在对等互惠和责任分担的基础上,出于自由意愿所形成的合作关系。⁽⁵⁾这一界定将法律直接授权或要求私人履行公共任务等现象排除在公私合作的范围之外,有利于保持概念的纯粹性。还有学者基于私人参与公共建设在当代公私合作实践中的重要地位,进一步将公私合作限定于该领域。⁽⁶⁾由于第一种界定失之过宽,而第三种界定又略显狭窄,本文对公私合作主要在前述第二种意义上加以运用,但为使一些问题的讨论更加集中,将基础设施和公用事业领域中的公私合作作为重点考察对象。⁽⁷⁾但无论是哪一种意义上的公私合作,其发展都反映了国家与社会、政府与人民关系的深刻转型,这使得现代国家在“法治国家”、“社会国家”、“行政国家”与“规制国家”等称号之外,还有了“合作国家”的别称。⁽⁸⁾

公私合作的运作逻辑,是公私部门为着共同目的分工合作,共担风险、共享收益,并结成一种互补性的合作伙伴关系。⁽⁹⁾通过公私合作,可以将私部门的资本、专业知识、效率和灵活性引入公共行政当中,创造出有效结合公私部门优势、资源和专业的效果,⁽¹⁰⁾从而改善公部门绩效,降低公共服务成本,提高服务品质,减少政府财政压力。正是着眼于公私合作在这些方面的优势,联合国欧洲经济委员会(United Nations Economic Commission for Europe, UNECE)对其甚为推重,⁽¹¹⁾发展中国家的PPP也日渐盛行。⁽¹²⁾

就我国而言,公私合作的特殊意义还在于它回应了政府职能转变的需要。新中国成立后的相当长一段

(3) 在我国官方文件中则被称为“政府和社会资本合作模式”。参见财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》(财金[2014]76号);国家发展改革委《政府和社会资本合作项目通用合同指南(2014年版)》;国家发展改革委、国家开发银行《关于推进开发性金融支持政府和社会资本合作有关工作的通知》(发改投资[2015]445号);财政部、住房城乡建设部《关于市政公用领域开展政府和社会资本合作项目推介工作的通知》(财建[2015]27号)等。

(4) 詹振荣《行政合作法之建制与开展》,载台湾行政法学会主编《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版有限公司2009年版,第109页。

(5) Jan Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) in Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001, S. 76 ff.

(6) 参见陈明灿、张蔚宏《我国促参法下BOT之法制分析:以公私协力观点为基础》,载《公平交易季刊》2005年第2期;李洪雷《其他承担行政任务的主体》,载应松年主编《当代中国行政法》,中国方正出版社2005年版,第412页。

(7) 实践中我国对PPP的运用主要集中于基础设施和公共服务领域。例如财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》(财金[2014]76号)明确将政府和社会资本合作模式界定为“基础设施及公共服务领域建立的一种长期合作关系”。

(8) “合作国家”概念为德国学者Ernst-Hasso Ritter在1979年提出。See Ernst-Hasso Ritter, Der Kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, AöR 104(1979), S. 389 ff. 中文参见张桐锐《合作国家》,载《当代公法新论(中)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,元照出版有限公司2002年版,第578页。

(9) Graham Finney & David A. Grossman, “Public-Private Partnerships in the Twenty-First Century”, in Frederick S. Lane ed., *Current Issues in Public Administration*, Belford/St. Martin's Press, 1999, p. 341. 另可参见[英]达霖·格力姆赛、[澳]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10-12页。

(10) Dima Jamali, “Success and Failure Mechanisms of Public Private Partnerships in Developing Countries: Insights from the Lebanese Context”, 17 *The International Journal of Public Sector Management* 414-430 (2004).

(11) UNECE, Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships, the United Nations Economic Commission for Europe, <http://www.unecce.org/ceci/publications/ppp.pdf/>, accessed April 15, 2015.

(12) Dima Jamali, “Success and Failure Mechanisms of Public Private Partnerships in Developing Countries: Insights from the Lebanese Context”, 17 *The International Journal of Public Sector Management* 414-430 (2004).

时期内,因为奉行全能政府、计划经济,国家垄断了一切公共事务,私人领域也在很大程度上被公共化,极大禁锢了社会的活力。20世纪80年代以后,转变政府职能被纳入改革议程,并形成了一个延续至今的放权趋势,呈现出由全能政府向有限政府、由管制政府向服务政府转变的态势。而与“不是政府就是市场”、“不是公就是私”的简单化思维相比,公私合作可以为政府职能的转变提供另一种或许更符合实际的选项。在基础设施建设与公用事业等领域,这一点表现得尤为突出。

公私合作往往涉及多方错综复杂的关系,这使得公共部门亟须运用有效的工具来明确公私各方的权利与义务、风险与责任,以应对不可预见性和不确定性。立法规制和传统行政规制手段却都捉襟见肘:高度的法律化不仅受制于立法资源的不足而难以及时有效回应权利义务明确的需求,更存在阻碍公私双方根据项目的特定情形灵活应对的弊端;以“命令—服从”为特征的传统规制进路亦与公私合作的理念和逻辑不合。在此背景下,以双方平等协商、内容具体明确为特征的合同的重要性就得到凸显:合同作为一种自律性的规范形成工具,其内容尽可能由合同当事人自由形成,而法律则仅对其作出框架性规范,这种机制特别适合于运用在公私合作领域。⁽¹³⁾

以公私合作中最具代表性的BOT模式为例,由于BOT主要用于公用基础设施建设项目,涉及众多利益攸关方、影响范围广、持续时间长、投资金额大,因此必须通过合同的形式来确定和维持合同各方约定的具体内容和彼此间的法律关系。BOT模式的实质,即是包括特许权、合资、融资、建设、管理、维修、收费、回购、保险、担保等在内的一系列合同。

从BOT合同中,我们也可以一窥公私合作合同的特性。其一,公私合作合同在实践中往往表现为一个由系列相关合同构成的庞大的“合同群”。其二,公私合作涉及具体项目的规划、执行和结束的各个阶段,合同的内容须涵盖此长期合作关系的全过程。其三,由于公私合作存在于国家与社会的交叉领域(Überschneidungsbereich),⁽¹⁴⁾公私合作合同中必然成为汇聚国家与市场、公部门与私部门等场域中不同行为主体意志与利益的混合架构。其四,公私合作合同通过书面的形式,将公、私部门的任务分工、责任分配与风险配置固定下来,在此基础上发展作为“目标共同体”和“风险共同体”的公私伙伴关系。

二、公私合作合同的法律性质

对于秉持公私法二元划分传统的国家来说,公私合作合同的法律性质究竟属公还是私,直接关系到公私合作合同的规则适用和司法救济管道的选择,⁽¹⁵⁾更关涉到其整体价值取向和具体制度的设计。⁽¹⁶⁾然而,在这个问题上,我国法律迄今鲜有明确规定,⁽¹⁷⁾学理上也未有定论。⁽¹⁸⁾

(13) 李建良《民营化时代的行政法新思维》,载李建良主编《2011行政管制与行政争议》,“中央研究院”法律学研究所2012年版,第1-27页。

(14) G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, S. 174.

(15) 在有着公私法二元界分传统的国家,公、私法建立在不同的规范旨趣上,公、私法纠纷也通过不同诉讼渠道加以解决。可以说,事物的法律性质决定着适用规范和诉讼渠道选择方面的差异,进而可能产出完全不同的司法裁判结果。参见李建良《公法与私法的区别(上)》,载《月旦法学教室》2003年第5期。

(16) 若将公私合作合同认定为公法合同,意味着合同将对公共利益作更深入的考量,在具体制度上也会突出行政机关的单方优益权;将公私合作合同认定为私法合同,则意味着合同须更多强调两造的平等,谨慎平衡合同两造各自代表的公益和私益。

(17) 除了修正后的《行政诉讼法》第12条将政府特许经营协议争议部分纳入行政诉讼的受案范围之外,其他法律、法规和规范性文件等,均回避了对公私合作合同法律性质的规定。例如,国家发展改革委于2015年4月25日印发的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》对于特许经营协议的法律性质问题仍然进行了模糊化处理,见第六章“争议解决”的规定。但比较该办法与国家发展改革委法规司2015年1月19日发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(征求意见稿)可以发现,后者第48条所规定的“特许经营经营者与实施机关就特许经营协议发生争议并难以协商达成一致的,可以依法提起民事诉讼或仲裁”被删除。

(18) 现阶段对公私合作合同性质的学术讨论也多围绕政府特许经营协议展开,有学者认为,政府特许经营协议是“具有浓厚行政色彩的公法上的契约”,参见邢鸿飞《政府特许经营协议的行政性》,载《中国法学》2004年第6期;有学者则认为BOT合同应属兼具公法和私法行政的混合合同,参见湛中乐、刘书燃《PPP协议中的法律问题辨析》,载《法学》2007年第3期。

与公私合作合同的(公/私法)属性之辨直接相关的问题,是公法合同与私法合同的区别。在这个问题上,“由于观察角度不同,各是其所是,各非其所非”。⁽¹⁹⁾ 大致而言,公、私法合同的区分标准主要有主体、目的、标的、特殊权力保留和综合判断五种。其中合同标的说是以合同标的作为判断公私合作合同法律性质的标准。也即如果合同产生、变更或终止了公法上的法律关系,则属公法合同,反之,如果产生、变更或终止的是私法上的法律关系,则为民事合同。⁽²⁰⁾ 合同标的标准“能够清晰地说明将行政合同从民事合同中分离并加以规范的理由和必要性”,⁽²¹⁾ 大陆法系的诸多国家和地区(例如德国、葡萄牙、我国台湾地区、澳门特别行政区等)均将其奉为通说,有些法域还在其行政程序法中明确了这一标准。

应注意的是,合同标的理论中判断合同产生的法律关系属公法或私法性质的依据,并非合同的自然本质,而是其规范依据——如果合同订立依据的是公法,则属行政合同。但当合同不存在直接依据,或者其所依据的既有公法也有私法时,如何对其定性,则存在困难。⁽²²⁾ 而这种情形在公私合作合同中恰恰是较为常见的。

本文认为,在这种情形下,应当围绕合同的具体条款,结合下列因素来对合同性质进行综合判断。首先,考察是否有一方当事人为行政主体,且行政主体是否以高权地位参与合同缔结。⁽²³⁾ 其次,探究缔结合同的行政机关的真实意思,判断其缔结行政合同是否为了“执行公务,实现行政目标”,或更宽泛地,是否为了“实现公共利益”。⁽²⁴⁾ 在公私合作的背景下,“公共利益”标准更为适宜,因为单纯强调公务和行政(管理)目标标准存在隐忧,可能会导致对相对人意思的忽视而片面强调“行政优益权”,不利于双方合作关系的建立。最后,观察合同内容中是否包含了超越私法的规则,即合同是否为行政机关保有特殊权力(the clauses exorbitantes du droit commun)。⁽²⁵⁾

以公用事业的政府特许经营合同为例加以分析。根据前述判断标准,政府特许经营合同应属行政合同,这是因为政府特许经营合同的缔结、变更或解除,对应的是公法上法律关系的建立、变更或消灭。具体判断理由在于:政府特许经营合同的双方当事人一方为“主管部门”——特许的授予方,另一方为“特许经营者”——特许的受让方;⁽²⁶⁾ 其目标体现出浓厚的行政性和公益性;⁽²⁷⁾ 政府特许经营是“一种政府监管手段”,⁽²⁸⁾ 政府特许经营协议的签订和履行本质上是行政主体通过合同方式来实现监管目标,履行公共服务职能,其所确立的是行政法上的法律关系;并且,政府特许经营协议中,往往保留了大量的政府特权和主导性权利条款(例如,行政主体可依法调整产品和服务价格,行政主体拥有依法收回特许经营权、单方解除合同的权利,行政主体可对特许经营者进行财务监管,等等)。⁽²⁹⁾

(19) 参见中国台湾地区“司法院”大法官会议 82 年度释字 324 号。

(20) 参见于安编著《德国行政法》,清华大学出版社 1999 年版,第 138 页。

(21) 参见余凌云《论行政契约的含义——一种比较法上的认识》,载《比较法研究》1997 年第 3 期。

(22) 参见程明修《行政契约标的理论》,载程明修《行政法之行为与法律关系理论》,新学林出版股份有限公司 2005 年版。

(23) 参见余凌云《论行政契约的含义——一种比较法上的认识》,载《比较法研究》1997 年第 3 期。

(24) 对于判断行政合同的目的,存在“公务说”和“公共利益说”的分歧。持“公务说”的学者占多数,有姜明安、杨解君等,参见姜明安主编《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版,第 350 页。持“公共利益说”的有邢鸿飞等,参见邢鸿飞、赵联宁:《行政合同在 BOT 项目中的运用及其法律保障》,载《河海大学学报》(哲学社会科学版) 2001 年第 4 期。

(25) 参见[英]L. 赖维尔·布朗等《法国行政法》,高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 135 页。

(26) 参见原建设部《市政公用事业特许经营管理办法》(建设部令第 126 号)。

(27) 参见国务院《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》(国发[2014]60 号);财政部《政府和社会资本合作模式操作指南(试行)》(财金[2014]113 号);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》(财金[2014]76 号)等。

(28) 章志远、李明超《公用事业特许经营中的临时接管制度研究——从“首例政府临时接管特许经营权案”切入》,载《行政法学研究》2010 年第 1 期。

(29) 参见李霞《论特许经营合同的法律性质——以公私合作为背景》,载《行政法学研究》2015 年第 1 期。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2015]9 号)第十一条的规定——“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议”,与本文的主张在很大程度上存在相通之处,例如强调行政协议的内容是行政法上的权利义务关系,要求行政协议应由行政机关在法定职责范围缔结。至于本文所强调而在司法解释中未提及的行政机关保有某些特别权力的问题,未尝不可以从公共利益或者行政管理目标要件、行政法上权利义务关系要件中推导出来。

对于作为一个集合的公私合作合同,联合国国际贸易法委员会编制的指南的观察比较准确:“在属于民法传统或受民法传统影响的许多法律制度中,公共服务的提供可能受到一些称作‘行政法’的法律的管辖,这种法律规范着广泛的政府职能。这种制度按这样的原则运作,即政府可以通过行政行为或行政合同行使其权力和职能。人们还普遍认识到,另一种方式是政府可以根据管辖私人商业合同的法律签订私法合同。这两种合同之间的差别可能是很大的。”⁽³⁰⁾简言之,公私合作合同既可能是行政(公法)合同,也可能是民事(私法)合同。同时需要强调的是,即便属于行政合同的公私合作合同,与一般的行政合同也是存在区别的:就理念而言,一般行政合同仍带有传统的公私对峙的意味,而公私合作则强调私部门作为公部门的平等和互助伙伴的地位;就法律关系而言,有别于一般行政合同的两造线性关系,公私合作合同涉及的至少是三角、甚至多角的复杂关系;就制度而言,由于公私合作合同更具长期性和不确定性,所涉资金、资源和利益巨大,因而对于程序和内容规范都有更高的要求。

前文对于公私合作合同法律性质的讨论,主要着眼于现行法律框架内的法律适用。而在法政策上,本文则主张跳脱公私法二元划分的框框,在未来构建起关于公私合作合同的统一的实体与程序规则。这是因为,尽管公私法划分仍然主导着现代法律的分析逻辑,但在国家与市场、社会交互融合的背景下,作为描述性的工具,公私法的界限已经日渐模糊,在许多新兴的法律领域中其解释能力也大幅弱化,难于回应客观现实对法制建构的需要。具体到公私合作的法律性质问题上,片面强调公私合作合同的公、私定性而陷入僵化的公私二元严格区分的泥沼中,有以理论桎梏现实之嫌。因此,切不可因公私法的区分问题而阻滞公私合作合同的发展。⁽³¹⁾从比较法的视角来看,德国的一些学理颇具启发性。越来越多的学者将行政合同作为上位概念,使之涵盖所有行政机关参与缔结的合同——其性质可为公法亦可为私法。⁽³²⁾德国联邦行政程序法修订过程中的一种声音是,在联邦行政程序法的大框架中,于公法合同法制之外建构独立的公私合作合同法制,其理由之一即在于对公私合作合同定性困难。例如,Gunnar Folke Schuppert教授建议将联邦行政程序法中有关行政合同的章节扩大为关于所有行政机关为一方当事人的合同的总则性规定。具体做法是,在现行联邦行政程序法规定的双务合同和和解合同之外,另设一章规定“行政机关与私人之合作”,无论其行为属性是公法还是私法,都适用行政程序法。另一位接受联邦内政部委委托进行公私合作合同法制化研究的Jan Ziekow教授,其基本立场与Schuppert教授相似,建议在原有规定之外增加“公共任务履行的合作”一章,规定“行政机关为履行其任务,得与自然人、私法人或无权利能力之私法团体以及其他行政机关合作。”⁽³³⁾

由于公私合作合同的运用范围广泛且类型众多,在不易区分各类合同法律性质的情形下,将它们统合在“合作合同”(无分公/私)的名下,探寻其共通原理,为其建构一套有别于传统公/私法的、相对统一和独立的法律规范体系,以此来保证法律适用的明确性,⁽³⁴⁾“使其……在合同权利义务关系、合同效力与人民权利保护等问题上,能有尽量趋于一致的结果”,⁽³⁵⁾不失为一种经济、可行的选择。事实上,对于合作合同这样一个跨公、

(30) UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Project, 2000, Chapter VII, 6. Rules on Government Contracts and Administrative Law, p. 24.

(31) 黄锦堂《行政契约法主要适用问题研究》,载台湾行政法学会主编《行政契约与新行政法》,元照出版有限公司2002年版,第39页。

(32) 江嘉琪《德国(含欧盟)行政契约理论发展之趋势》,载台湾行政法学会主编《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》,元照出版有限公司2013年版,第1-26页。

(33) Vgl. G. F. Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts (Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership); Jan Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) in Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, 2001. 参见詹镇荣《行政合作之法理与展开》,载台湾行政法学会主编《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版有限公司2009年版,第128页以下;程明修《公私协力与行政合作法—以德国联邦行政程序法之改革构想为中心》,载《兴大法学》2010年第7期。

(34) 参见吴志光《ETC裁判与行政契约—兼论德国行政契约法制之变革方向》,载《月旦法学杂志》2006年第135期。

(35) 江嘉琪《德国(含欧盟)行政契约理论发展之趋势》,载台湾行政法学会主编《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》,元照出版有限公司2013年版,第1-26页。

私域的混合事物 指望在公或私的任何一个单独法律体系中予以规范,其弊病都是不可克服的——单纯以私法模式加以规范,将导致公共利益削弱的问题;单纯以公法模式来规范,又缺乏对私方当事人利益的关照和平衡。在公私合作合同的法律体系及技术框架中,必须融入诸如公平、公开、理性和责任等体现公法价值的安排。

三、公私合作合同中的国家担保责任

公私合作合同不同于一般民事合同或行政合同的又一个特征,是国家在其中的担保人角色。公私合作可被视为担保国家的展现形式,公私合作法制乃是以担保国家理论为基础。⁽³⁶⁾如同干预国家的形成和与干预行政法的成长有密切联系,担保国家(Gewährleistungsstaat)对当代“合作行政法”的建构具有重要意义。⁽³⁷⁾担保国家作为一种“国家模型”,是指国家自己不直接向私人提供服务,而是担保其他人(主要是私人企业)履行适当的公共任务。正如 Eifert 所言“担保国家是以国家持续承担公益责任为主要特征,但国家不再亲自执行任务。尽管如此,一方面,担保国家积极促成社会的发展;另一方面,仍然恪守社会法治国的原则,而负有对社会现状与发展的最后责任。”⁽³⁸⁾

在 19 世纪的自由法治国家时期,国家的主要任务在于维护国家安全,维持社会秩序,保障人民的基本权利和自由。与之相应,总量较少且类型较为单一的行政任务主要由国家行政机关直接履行。而到了福利国家时期,国家行政任务的数量急剧膨胀,为人民提供给付(服务)的任务大幅扩张。福利国家对于维护社会安全、促进社会正义具有重要的积极作用,但与国家行政职能的大幅扩张相伴而来的是国家的“超载危机”:官僚机构过度膨胀,财政支出日益增加,公共物品和服务的质量低下。自 1970 年代以来,欧美各国掀起了一场以推行“民营化”(Privatisierung,私人化或私部门化)和政府“瘦身”为中心内容的政府改革运动,使得 21 世纪俨然成为“民营化时代”。⁽³⁹⁾在民营化以后,许多原本由国家直接承担的公共任务转由市场中的民营企业来承担,公私合作也成为民营化的一种表现形式。⁽⁴⁰⁾然而私人履行公共任务,并非意味着国家责任的湮灭,而只是在公、私之间重新分配责任:国家固然从直接履行的责任中解脱出来,但为保证公共服务的质量不因市场主体片面追求利益最大化等因素的消极影响,保护公众的利益,国家需要承担起相应担保责任(Gewährleistungsverantwortung),也即确保公共任务履行的最终责任。⁽⁴¹⁾国家担保责任的宪法依据,除了社会法治国以外,最主要的是基本权利保护条款,也即国家承担着对基本权利的保护与实现义务。⁽⁴²⁾我国作为社会主义法治国家,国家对基础设施建设和公共事业发展承担着重要责任,这种责任既可以国家直接提供给付的形式出现,也可以国家委由私人提供、同时对私人进行规制与监督的形式出现。另一方面,国家对人

(36) 许登科《德国担保国家理论为基础之公私协力(ÖPP)法制——对我国促参法之启示》,台湾大学法律学研究所 2008 年博士学位论文,第 3 页。

(37) [德]米歇尔·史托莱斯《当代德国公法与干预国家之形成》,载《法学丛刊》第 205 期(2007 年),第 160 页。

(38) 德国学者 Eifert 语,转引自许登科《德国担保国家理论为基础之公司协力法制——对我国促参法之启示》,台湾大学法律学研究所 2008 年博士学位论文,第 36 页。

(39) [美]朱迪·弗里曼《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆 2010 年版,第 499 页。另可参见李建良《民营化时代的行政法新思维》,载李建良主编《2011 行政管制与行政争讼》,台湾“中央研究院”法律学研究所 2012 年版,第 1-27 页。

(40) 据 Schuppert 的分类,民营化可以分为六种类型,即组织民营化(形式民营化)、财产民营化、任务民营化(实质民营化)、功能民营化、程序民营化和财务民营化。其中财务民营化是指将公共建设的成本由纳税人负担转为由利用人负担,并取得私人的资本与技术,这是公私合作的一种典型形式。参见陈爱娥《德国行政法学的新发展》,载台湾行政法学会主编《行政契约之法理/各国行政法学发展方向》,元照出版有限公司 2009 年版,第 186 页。

(41) 参见[德]施密特·阿斯曼《秩序理念下的行政法秩序建构》,林明锵等译,北京大学出版社 2012 年版,第 161 页以下;《德国“担保国家”理念评介》,载《国外理论动态》2012 年第 7 期。对于因私人组织行使公共权力的事实而使政府责任有所减轻的担忧,早在公私合作发展之初就存在。参见 Miller, “Administration by Contract: A New Concern for the Administrative Lawyer”, 36 *New York University Law Review* 957, 982 (1961); Donald Frenzen, “The Administrative Contract in the United States”, 37 *George Washington Law Review* 270-292 (1968)。

(42) 参见黄锦堂《行政组织法》,翰芦图书出版有限公司 2005 年版,第 173 页;Martins, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung, DÖV 2007, S. 456。

权的保障义务同样构成其在公私合作合同中承担担保责任的宪法基础。我国2004年《宪法修正案》明确规定,“国家尊重和保障人权”,其中的“尊重”是对国家提出的消极要求,它要求国家不能滥用公权侵害私权。与之相对,“保障”则是对国家提出的积极要求,它既要求国家承担人权的保护义务,即采取有效的组织与程序上的措施保护公民不受他人侵犯,或者在公民权利遭到侵犯时为其提供有效的救济途径,也要求国家承担对人权的“实现”义务,即采取有效措施帮助公民拥有实现其人权的基本条件。这种国家的保护与实现义务在行政法上就具体落实为担保责任。

与私法上的瑕疵担保责任相比较,行政法上的国家担保责任,其目的不仅在于排除瑕疵状态,以及在瑕疵出现后承担一定法律责任,而且应扩展到“预防”瑕疵的出现。为确保私人执行公共任务能够符合公共利益,国家还应建立一套完善且专业的系统对私部门加以控制,其中的一个重要方面就是对私部门履行公私合作合同的控制。德国公法学家Wolfgang Weiss认为,国家的担保责任体现在规制(Regulierung)和监督(Aufsicht)两个方面,主要内容则是担保公共服务的提供、创造并促进公平竞争以及对各种可能出现的危险进行必要的防范。⁽⁴³⁾德国著名公法学家、联邦宪法法院院长Andreas Voßkuhle认为,为与国家的担保责任相对应,应建构起担保行政法的体系,其主要内容包括:其一,规范相关手段,以确保私人给付提供的质量与结果;其二,规范选择私人合作对象之程序以及确保其质量之程序;其三,规范竞争者、使用者与消费者之间的第三人保护机制;其四,设立相关机制,以担保进行必要的创新与学习意愿;其五,赋予国家有效的撤回选择权。⁽⁴⁴⁾

四、公私合作合同关系的展开

公私合作合同关系的展开是一个持续性的过程,以合同的缔结作为时间节点,可分为缔结前准备阶段、缔结阶段和缔结后的履行阶段。⁽⁴⁵⁾本部分围绕这三个阶段中行政机关所应具体承担的职能,并以公用事业领域的公私合作为例,展开对相关法制建构的设想。正如美国研究公私合作的著名学者弗里曼所指出的,包括外包在内的公私合作,“对由公共资助、私人提供之服务的理性、公众参与、公开以及责任性都提出严重且复杂的问题,这些担忧对行政法学者而言可能是非常重要的,而且不容易化解”。⁽⁴⁶⁾因此,建构公私合作合同法制,要将民主、法治国家、人权保障等宪法要求加以具体化,贯彻公开、公平、参与和问责等现代法治原则。⁽⁴⁷⁾

在公私合作合同关系展开的第一阶段,也即缔约前准备阶段,应根据具体公用事业的性质以及相关的法律规定,建立公正、科学、有效的决策机制,决定该项事业是否或应依何种方式委托私人办理,并明确缔约人须达到的标准。以公私合作方式运作的公用事业,应当具有公益性、长期性和可经营性,且风险可分担。公共任务委托私人办理,应保证“物有所值”,即与传统政府投资模式相比,民间资本参与能提高公共服务质量和效率,或者有效降低项目全生命周期成本。特许经营应委托有关第三方机构进行可行性评估,评估内容主要包括项目全生命周期成本、公共服务质量效率、经济和社会效益、政府和特许经营者的风险分担、政府付费项目财政承担能力、用户付费项目的公众支付意愿和能力,以及市场主体的专业服务能力和服务意愿评估

(43) Wolfgang Weiss, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1179 ff.

(44) [德]施密特·阿斯曼《秩序理念下的行政法秩序建构》林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第165页。许宗力教授的观点与此相近。他认为,民营化后国家的担保责任应该包括:其一,给付不中断的担保义务,尤其是在涉及水、电、煤气等具独占性的基础生存照顾的公用事业时,国家必须确保给付不中断;其二,维持与促进竞争的担保义务;其三,持续性的合理价格与一定给付质量的担保义务;其四,既有员工的安置担保义务;其五,人权保障义务与国家赔偿责任之承担。许宗力《行政任务民营化》载《当代公法新论(中)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》元照出版有限公司2002年版,第607—609页。

(45) 相似的观察,参见陈爱娥《政府业务委托民间办理的法律规制——公私部门合作法制的建构》载《月旦法学教室》2003年第8期。

(46) [美]朱迪·弗里曼《合作治理与新行政法》毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第519页。

(47) 詹镇荣教授参考德国学者A. Voßkuhle的观点,提出了行政合作法的五大基本建制原则,即经济性原则,合作原则,国家执行责任确保原则,公益维系原则和公平竞争原则。Vgl. A. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung, VVDStRL 62(2003), S. 332 ff. 詹镇荣《行政合作法之建制与展开》载台湾行政法学会主编《行政契约之法理/各国行政法发展动向》元照出版有限公司2009年版,第119页以下。

等。对于缔约人的选定,在实体上,应综合考量申请人提出的价格以及申请人的条件,包括专业技能、给付能力和可靠性;在程序上,应公开招标、开放竞争,贯彻公平无歧视、竞争和透明的原则,公开相关信息并保障所有参与者的地位平等。⁽⁴⁸⁾ 应建立有外部专业人士参与的社会资本参与公用事业评审委员会,对参与者的资格和条件加以甄别和评审,选出最优申请人。

在第二阶段,也即缔约阶段,应保证合同内容的公平合理,并建立公用事业切实履行的保障机制。公共部门与私人通过公私合作合同形成法律关系的目的是完成公用事业,这就要求合同应有效落实体现在法律中的政策目标,并形成一确保公用事业切实履行的方案。具体而言,应包含四个方面的内容。首先,应明确私人提供公共服务数量、质量、时限等要求及绩效监管标准,确定国家如何进行合法性与适当性的监督,包括进行检查的权力,并有权要求经营者提供相关的信息。其次,应确保私人经营者能够根据经济社会环境的变化,持续地提供安全、方便、稳定和价格合理的公共服务。特许经营应当对特许经营协议约定服务区域内所有用户普遍地、无歧视地提供服务,不得对新增用户实行差别待遇。再次,对于具有垄断性质的公用事业,基于衡平原则,应在合同中明确国家对私人经营者所提供服务的价格保持一定的影响力,且合同约定的期限不宜过长,同时约定对合同的定期更新机制。最后,应当为公用事业消费者或者公私合作合同关系的第三方,提供充分的表达和参与机会。在合同缔结后,应公告合同的内容,以落实对第三人权益的保障和民主控制。

在第三阶段,也即缔约后的履行阶段,行政机关应切实履行国家的担保责任,有效规制与监督私人履行合同的行为。规制事项涉及价格规制、质量规制、普遍服务义务、公众参与和知情权保障四个方面。⁽⁴⁹⁾ 具体到质量规制和普遍服务义务的履行,行政机关应利用检查、处理投诉等方式监督经营者,并可要求经营者提供相关信息。在经营存在瑕疵时,有关机关可运用限期改善、调整条款、终止合同乃至接管收回等手段,维护公众利益。特许经营协议发生变更或者终止时,有关机关应采取有效措施,保证相应公共产品或公共服务的持续性和稳定性。⁽⁵⁰⁾

五、结语

自20世纪80年代始,我国尝试在公共任务的履行中引入的公私合作模式,至今方兴未艾。公私合作在基础设施、公用事业等领域均发挥了重要作用,促进了政府职能的转变和国家治理的现代化。公私合作的发展,反映着人们对市场失灵和政府失灵的理性反思、对私人部门独特优势的充分肯定、对公共部门有限能力的清醒认识以及对国家形态和责任的全新理解。

尽管合同对于公私合作的顺利开展具有极为重要的保障作用,但它是一把“双刃剑”,如果不加以规范和约束,也许不仅无从发挥其功能和价值,反而会增加政治、社会和经济风险。目前来看,我国公私合作合同法制仍很不完备,在公私合作合同相对人的选择、合同内容的拟定、合同的履行和监督等方面均缺乏规范,导致良性竞争难以形成,对消费者权益保障不周,国家的担保责任未能落实。从水电轮番涨价、高速公路超期收费、地方政府深陷债务危机等频现报端的新闻当中,足可见人们对公私合作之空间和限度的疑虑,对公私合作蜕化为“公私合谋”的担忧,对“公法遁入私法”之可能性的警惕,以及对公共任务的主体、内容和责任的思考。在行政法学的视野中研读公私合作合同,本文仅是一个初步的尝试,毋宁说仅提出了一些问题。可以期待,未来在实践的推动和学界的共同努力下,中国的合作合同法乃至合作行政法的研究将逐步得以深化。

(责任编辑:陈越峰)

⁽⁴⁸⁾ 许宗力《论行政任务之民营化》,载《当代公法新论(中)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,元照出版有限公司2002年版,第582页以下。

⁽⁴⁹⁾ 参见宋华琳《公用事业特许与政府规制——中国水务民营化实践的初步观察》,载《政法论坛》2006年第1期。

⁽⁵⁰⁾ 对于公用事业特许合同中退出机制的研究,可参见宋华琳《市政公用事业特许契约中的退出规制》,载余凌云主编《全球时代下的行政契约》,清华大学出版社2010年版,第56页以下。