

政府和社会资本合作的法律规制

——公共采购法与行业规制法的交叉与融合

Legal Framework for Public-private Partnership: Intersection and Integration of Public Procurement Law and Industrial Regulatory Law

苏苗罕

SU Miao-han

【摘要】 政府和社会合作模式具有双重面向。一方面,它被视为公共服务提供方式的一种制度性革命,它包含了政府选择合适的社会资本主体,并与之合作共同分担风险、分享收益的公共服务的全过程,因此被纳入公共采购法的范畴。另一方面,推广PPP模式的领域集中于基础设施和公共服务,又属于行业规制法的调整对象。随着政府和社会合作模式的引入,政府职能需要从公共服务的提供者转变为公共服务的采购者和规制者。要保证其成功实施,一方面需要完善公共采购法规制,以保证选定合格的社会资本合作方来提供公共服务并且实现物有所值;另一方面也需要通过选择适用标准制定、价格规制等规制工具确保公共服务提供责任发生转移之后,依然担保社会资本所提供的公共服务能够符合公共利益的需要。

【关键词】 政府和社会资本合作 公共采购 政府规制

【中图分类号】 DF41 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)01-0047-14

Abstract: Public-private Partnership is double-faceted. On the one hand, it is seen as an innovative mechanism of public service provision, which includes the whole process from selection of the right private partners to cooperating and sharing risks and benefits in service provision. Thus it is widely integrated into the scope of public procurement law. On the other hand, Public-private Partnership is mostly used in infrastructure and public service projects which are subject to industrial regulatory law. With the introduction of Public-private Partnerships, the function of government has evolved from provider of public services to buyer and regulator of public services. In order to succeed, not only public procurement laws should be improved to secure competent private partners to deliver service and maximize value for money, but also proper selection of regulatory tools such as standard setting and rate making should be made to ensure the provision of public services to service the public interest after the responsibility of public service provision is transferred to the private partners.

Key words: Public-private partnership Public procurement Government regulation

【收稿日期】 2016-10-20

【作者简介】 苏苗罕,男,1980年7月生,中央财经大学法学院法治与发展研究中心研究员,法学博士,上海金融与法律研究院研究员,主要研究方向为政府管制、能源法和信息法。

【基金项目】 教育部人文社会科学研究项目“应对气候变化监管的行政法研究”(项目编号:10YJC820093);国家社会科学基金项目“能源产业监管的行政法研究”(项目编号:12CFX028)。

一、引言

2013 年，党的十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，提出“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”，“使市场在资源配置上发挥决定性作用”。2014 年开始，财政部和国家发展和改革委员会等部委开始密集推出了多项文件，强力推广政府和社会资本合作模式。如今，政府和社会合作模式的推广工作被提到了空前的高度，被视为“适应国家治理现代化要求、适应市场起决定性作用要求、适应加快转变政府职能要求、适应建立现代财政制度要求和适应推动城镇化健康发展要求的一项重大改革举措”。

一般来说，按照经济学上的“瓦格纳法则”，随着经济的发展，政府提供的公共服务将会发挥更大的作用。政府和社会合作模式的引入，可以在减轻财政负担的同时满足民众的需求。它改变了公共服务提供的模式，政府从公共服务的直接提供者变为公共服务的采购者和规制者。在 PPP 模式下，政府尽管不再负责公共服务的提供，但是仍然承担着确保公共服务提供的担保责任。政府需要如何规制 PPP 项目采购程序，设计风险分担和投资回报机制，以吸引社会资本主体的投资？政府又应如何合理利用规制工具，确保公共服务的价格和质量，以维护公共服务的消费者利益？这些都是行政法学者需要重新审视的课题。

二、PPP 模式的双重面向

（一）PPP 模式的概念

政府和社会资本合作这一概念本属舶来品，对应的英文是 Public-Private Partnership（以下简称 PPP）。〔1〕但是，PPP 一词具有多义性。从广义上看，PPP 一词，“仅以公部门与私部门之密切合作为已足，举凡所有公私合作行为，不论有无契约基础，抑不论是否长期性，几皆可纳入公私伙伴关系之内”〔2〕。例如奥巴马总统将美国行政会议（Administrative Conference of the United States）这一由政府官员与学者、律师共同组成，为行政程序改革建言献策的咨询委员会也称为 PPP。〔3〕就这一意义而言，该词常常被称为“公私治理”（public-private governance）。

按照狭义的理解，PPP 则常被用于指代由公共部门和私人部门之间围绕公共项目或者公共服务的提供而进行的安排。〔4〕这也正是我国政府目前所力推的“政府和社会资

〔1〕 PPP 中文译法颇为多样，如“公私合作制”、“公私协力”和“公私合作伙伴”。为了行文便利起见，本文主要使用 PPP 进行论述。

〔2〕 刘淑范：“公私伙伴关系（PPP）于欧盟法制下发展之初探：兼论德国公私合营事业（组织型之公私伙伴关系）适用政府采购法之争议”，《台大法学论丛》2011 年第 2 期，第 515 页。

〔3〕 奥巴马总统对该机构的评价是：“美国行政会议旨在推动政府完善的公私合作关系。”参见王静：“美国行政会议是学术与实务沟通合作的独特平台”，载《法制日报》2015 年 1 月 7 日、2015 年 1 月 28 日；苏苗罕：“行政程序改革的顶层机构研究：以美国行政会议为例”，《华东政法大学学报》2012 年第 3 期。

〔4〕 See European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327 final.

本合作模式”，按照财政部的文件定义，“政府和社会资本合作模式是在基础设施及公共服务领域建立的一种长期合作关系。通常模式是由私人部门承担设计、建设、运营、维护基础设施的大部分工作，并通过‘使用者付费’及必要的‘政府付费’获得合理投资回报；政府部门负责基础设施及公共服务价格和质量监管，以保证公共利益最大化”〔5〕。

这种狭义的PPP概念，尽管自1990年代以来才开始风行各国，但是类似的实践却最早可以追溯至古罗马帝国时期使用私人进行征税和公路收费。美国独立战争时期，大陆会议也曾经授权武装民船袭击英国海军，而后来的西部大开发，包括大陆铁路，也是通过各种PPP的安排完成的。〔6〕而现代意义上的PPP得到真正发展，则是始于1992年英国保守党政府以私人主动融资（Private Financial Initiative，简称PFI）的名义引入私人资本投资公共设施。〔7〕

（二）作为公共采购的PPP模式

PPP模式被视为公共服务提供方式的一种制度性革命，它包含了政府选择合适的社会资本主体，并与之合作共同分担风险、分享收益的公共服务的全过程。在这个意义上，PPP被视为属于公共采购法的范畴，或者说是传统政府采购的延伸。

PPP项目按付费方式可以主要分为政府付费和使用者付费两大类型。政府付费类PPP项目，其本质正是我国《政府采购法》所规定的政府购买服务。〔8〕而使用者付费项目，即所谓的特许经营权（concession）项目，则由最终消费用户直接付费购买公共产品和服务，也被各国普遍纳入公共采购法调整的范围。例如，欧盟就在2014年2月制定的《特许经营权授予指令》对其政府采购系列指令重新修订时，特别针对选择特许经营承办企业的原则、方式、程序、评估标准、合同变更、履约监管等内容，按照欧盟公共采购法的有关规则和要求做了规范和完善。〔9〕

我国财政部制定的PPP文件规定将PPP模式纳入政府采购管理，要求PPP项目根据《政府采购法》及有关规定选择项目合作伙伴。〔10〕而发改委制定的PPP文件并未将PPP项目选择社会资本合作伙伴统一定性为政府采购服务。按照发改委的文件，“实施方案审查通过后，配合行业管理部门、项目实施机构，按照《招标投标法》、《政府采购法》等法律法规，通过公开招标、邀请招标、竞争性谈判等多种方式，公平择优选择具有相应管理经验、专业能力、融资实力以及信用状况良好的社会资本作为合作伙伴”〔11〕。

之所以财政部和发改委的文件对PPP模式的定性有所不同，其根本原因或许在于我国并无统一的公共采购法，而是《政府采购法》与《招标投标法》并存。因此，对于PPP项目定性的差别，也直接体现了两法规定的监管权分立的局面，即财政部门负责货

〔5〕《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〕。

〔6〕 See David Howard Bain, *Empire Express: Building the First Transcontinental Railroad* (1999).

〔7〕 See H. M. Treasury, *Public Private Partnerships: The Government's Approach* (2000), p. 10.

〔8〕《政府采购法》第2条。

〔9〕 See Directive 2014/23/EU on the Award of Concession Contracts.

〔10〕 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〕。

〔11〕《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》〔发改投资（2014）2724号〕第五（三）条。

物服务采购的监管和发展计划部门负责工程建设项目招标的监管。^[12]

但是，PPP 采购与传统采购相比，具有一定的特殊性。传统的政府采购所形成的是相对简单的交易合同（transaction contract），一般是政府付出现金，即刻提货。PPP 项目采购所形成的则是关系合同（relational contract），不仅由政府描述产出要求，与社会资本主体签订长期采购合同，而后者则按合同提供产品（服务），承担主要的财务与市场风险。在 PPP 项目中，双方的权利义务、风险分担和投资回报等问题也需要结合个案情况进行更合理的设计。

（三）作为行业规制对象的基础设施和公共服务

PPP 模式如今已经被作为传统采购的替代方式，广泛用于公共产品和服务的提供。各国实施 PPP 的领域已经扩及交通、医疗、教育、水务，甚至监狱等众多部门。而在我国，推广 PPP 模式的领域集中于基础设施（infrastructure）和公共服务（public service）。^[13]

基础设施是指为社会生产和居民生活提供公共服务的物质工程设施，是用于保证国家或地区社会经济活动正常进行的公共服务系统。它是一个国家经济正常运行和健康发展的物质基础。公共服务，也被称为“涉及大众利益的服务”（service of general interest），是指由于具有高度重要性，而应当保障向所有人普遍提供的服务。但是，两者的范围都是随着历史推移而动态演进的。事实上，能源服务也是到了现代才随着重要性日益突出而被纳入普遍服务义务的范围。^[14]

在计划经济时期，我国的基础设施和公共服务依赖公有制企业来提供。公有制在相当长一段时间内扮演了传统规制形式的替代方式的作用。这一做法在一定程度上克服了基础设施的自然垄断特征被滥用的风险，也被视为可以促进公共服务的普遍供应。但是，公有制企业的“所有者缺位”导致激励不足的问题。PPP 模式的推行，则是将基础设施和公共服务改为由社会资本主体提供，可以有效克服这一问题。但是，基础设施的自然垄断特征和公共产品供给中的“搭便车”等问题依然存在，不能完全将其交给市场调节，这就决定了政府需要将这些产业纳入规制的范围。

三、PPP 项目的公共采购法规制

PPP 模式的推行，意味着政府角色需要从公共产品的直接提供者转变为采购者和规制者。公共采购法的适用，就是为了促进作为采购者的政府与作为供应商的社会资本主体之间建立良性合作关系，以实现公共服务提供的物有所值目标。

^[12] 参见曹富国：“公共采购法视野下‘两法’关系之协调与区别立法”，《国家行政学院学报》2012 年第 5 期。

^[13] 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》和《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》的规定，“（一）项目适用范围。PPP 模式主要适用于政府负有提供责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目。燃气、供电、供水、供热、污水及垃圾处理等市政设施，公路、铁路、机场、城市轨道交通等交通设施，医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目，以及水利、资源环境和生态保护等项目均可推行 PPP 模式。各地的新建市政工程以及新型城镇化试点项目，应优先考虑采用 PPP 模式建设”。

^[14] 参见苏苗罕：“能源普遍服务义务的法理与制度研究”，《法治研究》2007 年第 10 期，第 13 页。

(一) PPP模式下的政府角色

1. PPP中心

政府要成功推广应用PPP,需要制定完善的PPP政策和战略,参与PPP项目的筛选准备、招标采购、合同管理、实施监督等全生命周期(这一过程长达20~30年,甚至更长)的管理。这不仅需要相对稳定的政策,还要求政府具备多方面的专业能力,例如谈判、法律和融资等方面的技能。正如各国在推进基础设施服务的规制改革过程中设立相对独立的规制机构一样,越来越多的国家在中央或者次中央政府开始设立PPP中心(PPP Units),在推进PPP模式的过程中发挥了类似的作用。^[15]

就各国横向比较来看,PPP管理机构需要承担哪些职能并无一定之规。但是,一般来说,为了成功实施PPP项目,PPP中心需要直接参与政策设计和协调,对PPP备选项目进行评审以实现质量控制,为实施PPP的政府实体提供融资和技术援助,推进PPP合同标准化,以及发布PPP政策和需求信息等。^[16]

2014年12月,中国财政部成立了政府和社会资本合作(PPP)中心,由其承担PPP工作的政策研究、咨询培训、信息统计和国际交流等职责。这可以被视为中国版的PPP促进中心。但是,考虑到国家发改委也在推进PPP模式的过程中扮演着重要作用,PPP中心与国家发改委相关机构之间的权限划分仍有待进一步明确。不仅如此,该中心还是以在清洁发展机制(CDM)中心上加挂牌子的形式成立的,在人员配备上也需要充实。在完善该机构建设的过程中,各国PPP促进中心的经验可以提供有益的借鉴。

2. PPP议事协调机制

财政部和地方财政部门在力推PPP模式的过程中迅速成立了PPP工作领导小组。但是,事实上,我国PPP模式推广的工作更多涉及发改委、住建部、交通部、水利部等诸多部门,而实践中如果PPP项目不涉及财政补贴或者财政融资的话,财政部门实际上也无权管辖。PPP项目决策也常常需要以部门“联审机制”的审查结果作为重要依据。因此,如果要协调各部门在PPP领域的政策,恐怕还需要建立专门的部际协调机构。设立议事协调机构或者“领导小组”,有助于加强职能部门之间的沟通和协调,避免机构重叠、职能交叉、政出多门和协调困难的问题。^[17]如果再考虑到前述《政府采购法》与《招标投标法》两法有关监管权分立的局面,或许设立议事协调机构的必要性就显得更为突出了。

3. PPP项目实施机构

PPP项目的准备、采购、监管和移交等工作一般不由政府直接操作,而是由政府授权的实施机构负责,所以明确实施机构成为一个PPP项目招商筹备阶段必须解决的法律实务问题。

关于哪些主体可以作为实施机构,财政部规定政府或其指定的有关职能部门或事业单位可作为实施机构,而发改委的规定范围则更广,即除了相应的行业管理部门、事业

[15] See European PPP Expertise Centre, *Establishing and Reforming PPP Units: Analysis of EPEC Member PPP Units and Lessons Learnt* (2014).

[16] See Emilia Istrate and Robert Puentes, *Moving Forward on Public Private Partnerships: U. S. and International Experience with PPP Units* (2011), pp. 6~9.

[17] 参见赖静萍、刘晖:“制度化与有效性的平衡:领导小组与政府部门协调机制研究”,《中国行政管理》2011年第8期,第25页。

单位之外，还包括行业运营公司或其他相关机构。PPP项目实施机构的职责是在政府授权范围内负责PPP项目的前期评估论证、实施方案编制、合作伙伴选择、项目合同签订、项目组织实施以及合作期满移交等工作。^[18]当然，考虑到上述职责的广泛性，而项目实施机构常常缺乏足够的专业能力，实践中还需要借助第三方主体——评审专家和PPP代理机构——提供智力支持。

4. PPP 监督机构

PPP模式的成功，还需要依赖于完善的监督机制。在PPP项目实施机构与行业管理部门为同一主体之时，外部监督的必要性就更为明显了。按照我国《审计法》的规定，建设项目中只有政府投资和以政府投资为主的，其预算执行情况和决算才属于审计对象。有的PPP项目从投资主体和资金性质来看并不属于审计事项。不过，国务院已经通过《收费公路管理条例》、《城镇排水与污水处理条例》等行政法规，将收费公路和城镇排水和污水处理设施也纳入审计事项。而《基础设施和公用事业特许经营管理办法》尽管也做了类似规定，将特许经营活动纳入审计事项，但是其性质属于部门规章，能否作为审计的法定授权仍是存疑的。^[19]PPP项目即使没有直接使用公共资金，也往往涉及公共资源和公共权利，有必要通过立法将其纳入审计事项以“实现审计监督全覆盖，促进国家治理现代化和国民经济健康发展”。

（二）物有所值评估

所谓物有所值（value for money），就是指对资源进行最优化利用，以便实现希望的结果。对于PPP模式下的公共利益保障来说，物有所值评估是最首要的工具之一，旨在确保政府的每笔支出或者公众支付的每笔用户收费都能实现最大的价值。我国《政府采购法》第1条提出的“提高政府采购资金的使用效益”，就是这一原则的体现。类似地，对于用户收费型（经营性）的PPP项目来说，采用物有所值评估可以促进社会资本主体和普通大众之间的金钱利益的平衡。对于政府付费型（非经营性）的PPP项目，各国政府则往往采用一种物有所值评估的变型，即公共部门参照值（public sector comparator）评估法，即对采取PPP模式和采取传统的采购方法这两种情形下的项目全生命周期成本进行比较。^[20]

（三）强制信息披露

在非金钱性质的公共利益中，透明度或许是最为重要的因素。首先，透明度可以增进公私合作双方的相互了解，从而降低交易风险。其次，透明度是公众监督的前提，在一定程度上避免项目实施机构在不同社会资本主体之间进行歧视性待遇。最后，透明度可以帮助公众理解PPP项目的实际运作，理解合同的日常实施决定是如何做出的，以及用户的利益是如何得到考虑的。

为了提高PPP模式运作的透明度，需要建立强制披露制度。PPP项目公私合作方应当确保公众得到通知，并且充分了解拟议项目的范围、时间跨度（time frame）和性

[18] 参见《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》[财金（2014）113号]和《国家发改委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》[发改投资（2014）2724号]。

[19] 《审计法》第26条对审计事项规定了兜底条款，即其他法律、行政法规规定应当由审计机关进行审计的事项，也可以属于审计事项。

[20] See GAO, Highway Public-Private Partnerships: More Rigorous Up-front Analysis Could Better Secure Potential Benefits and Protect the Public Interest, GAO-08-44, p. 54.

质。根据财政部的规定，项目资格预审公告、采购公告、中标、成交结果公告以及PPP项目合同在省级以上政府财政部门指定的政府采购信息发布媒体上公告。

不过，需要指出的是，按照现有规定，PPP项目采购信息需要发布在各省级以上财政部门指定的政府采购信息发布媒体。一方面，享有发布媒体制定权的主体众多，包括各省财政部门 and 财政部。另一方面，仅财政部一家就已指定了中国政府采购网、《中国财经报》、《中国政府采购报》、《政府采购信息报》、《中国政府采购》和《中国财政》等网站和报刊作为发布媒体。^[21]由此可见，PPP项目信息的发布媒体过于分散，增加了信息搜寻成本，也不利于信息的传播，使得提高透明度的效果大打折扣，有必要实行统一的政府采购公报和门户网站制度。

（四）缔约程序

1. 资格预审

参与PPP项目的社会资本主体应当符合财务实力强、技术水平高、管理能力突出等要求，这是成功推进PPP项目的必要条件。因此，与一般的政府采购不同，资格预审是PPP项目采购的必经前置程序。一方面，很多企业拥有的资源并不适合参与PPP项目，让政府对它们提交的方案进行评估，也需要消耗不少成本。在竞争“过剩”的情况下，设置准入壁垒也是有必要的。另一方面，竞争的增强有助于降低特定数量和质量条件下的货物或者服务的价格，而资格预审可能会降低竞争的强度。此外，资格预审也需要遵守非歧视性原则，不能以所有制、地域、行业等因素作为资格标准。

2. PPP项目采购方式

PPP项目采购，是指政府为达成权利义务平衡、物有所值的PPP项目合同，遵循公开、公平、公正和诚实信用原则，按照相关法规要求完成PPP项目识别和准备等前期工作后，依法选择社会资本合作者的过程。

与传统的政府采购不同，PPP项目采购并不只是要求项目实施机构做一个“聪明的买家”。PPP项目的合同期限相对较长，而社会资本合作者一旦选定则不容易更换。因此，可以说，PPP项目采购方式的选择及其程序设计，是PPP模式监管的重点。通常而言，合作社会资本的选择需要通过竞争程序进行。事实上，公共部门提供服务的成本高而质量低，其问题的实质不在于公营或者私营，而在于垄断或者竞争。^[22]竞争有助于消除政府的信息劣势，也可以使社会资本合作者最大限度地降低成本。^[23]

PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。PPP项目实施机构在选择私人合作方时，应当根据PPP项目的采购需求特点，依法选择适当的采购方式。^[24]《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第3条也规定，政府需要采用“竞争方式”选择特许经营权人。

但是，考虑到PPP项目具有高度复杂和技术性，PPP项目合同的谈判往往会旷日

[21] 参见《财政部关于做好政府采购信息公开工作的通知》[财库（2015）135号]。

[22] 参见〔美〕E. S. 萨瓦斯：《民营化与公私部门的伙伴关系》，周志忍译，中国人民大学出版社2002年版，第161页。

[23] 不过，PPP项目的竞争性只能表现为节点竞争，即私人合作方的选择阶段和PPP项目合同的再谈判阶段这些短暂的节点存在竞争，而在PPP项目履约期则属于自然垄断经营或垄断竞争的阶段。

[24] 参见《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》[财库（2014）215号]第4条。

持久，而合同的实施更是可能会出现时间超期和预算超支的问题。传统的政府采购中所采用的竞争性采购方式有时也不敷所需。针对 PPP 项目的这一特点，2014 年我国财政部借鉴了欧盟《公共部门采购指令》所规定的“竞争性对话”（competitive dialogue），^[25]规定了一种新的采购方式，即竞争性磋商，允许采用“先明确采购需求、后竞争报价”的两阶段采购模式，倡导“物有所值”的价值目标。这一规定为 PPP 项目采购方式提供了一种新的选择。

（五）PPP 项目合同

合同是 PPP 的载体和纽带。在实施 PPP 模式之后，国家亲自提供公共服务改为由私人履行公共服务职能，而国家承担担保责任，双方的责任分担通过 PPP 项目合同而得以具体化。PPP 项目合同中的各项条款，尤其是与价格和服务质量有关的条款，会像其他任何性质的合同一样，支配着获选的社会资本合作者。不仅如此，在“担保国家”下公共任务的达成，并不是仅仅依靠 PPP 项目合同，还要依靠其他主体之间的“合同群”来予以实现，例如融资合同、买卖合同等。总之，推行 PPP 模式之后，由于更多采用的是自我规制原则，所以合同将成为最主要的规制手段。^[26]

1. 标准条款

为了充分发挥合同的规制功能，各国往往通过制定标准条款（standard clauses）促进 PPP 项目合同的标准化。在政府合同法领域，格式条款更具有信息透明化和正当化的功能。^[27]格式条款如果足够具体化，可以实现简化程序的目的，减少合同谈判的时间和成本，也可以为履约管理提供便利。英国政府曾经先后制定《PFI 合同标准化》（the Standardization of PFI Contracts）和《PF2 合同标准化》（the Standardization of PF2 Contracts），就被视为英国 PPP 模式成功的重要经验。^[28]

国家发改委也制定了《政府和社会资本合作项目通用合同指南》，明确了服务标准、价格管理、回报方式、风险分担、信息披露、违约处罚、政府接管以及评估论证等内容。但是，遗憾的是其效力是供政府和社会资本在合同谈判时作为参考，没有明确哪些条款属于具有规制功能的标准条款。

2. 项目运作方式

PPP 是一个伞型概念，特别是契约型 PPP，更是在契约安排上表现为多种运作方式。PPP 项目的运作方式设计是以“量身定制”和创新为核心，它具有难以穷尽的特征。按照“公共职责和项目转移程度”的标准，我国财政部将 PPP 的运作方式分为委托运营（O&M）、管理合同（MC）、租赁—运营—移交（LOT）、转让—运营—移交（TOT）、改建—运营—移交（ROT）、建设—运营—移交（BOT）、建设—拥有一运营（BOO）。^[29]

国家发改委则是按照收入来源的标准，将 PPP 的操作模式选择分为经营性项目、

[25] See Art. 1 (11) (c) of Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

[26] 参见于立深：“多元行政任务下的行政机关自我规制”，《当代法学》2014年第1期，第14页。

[27] 参见前注〔2〕，第523页。

[28] 参见王强：“PF2：英国 PPP/PFI 的新模式”，载《东方早报》2014年12月2日。

[29] 参见《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》[财金（2014）113号]第十一（三）条。

非经营性项目和准经营性项目三类,规定经营性项目可以采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有一运营—移交(BOOT)等模式推进,准经营性项目可通过政府授予特许经营权附加部分补贴或直接投资参股等措施,采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有一运营(BOO)等操作模式,而非经营性项目则可通过政府购买服务,采用建设—拥有一运营(BOO)、委托运营等市场化模式推进。要合理确定购买内容,把有限的资金用在刀刃上,切实提高资金使用效益。^[30]

PPP项目运作方式的选择,其实质是双方权利义务的分配,它主要由收费定价机制、项目投资收益水平、风险分配基本框架、融资需求、改扩建需求和期满处置等因素决定,也属于物有所值评估的重点对象。

3. 风险分担机制

PPP项目往往涉及各种不同的风险。^[31]对风险进行合理评估,并且根据承担风险的能力在合作双方之间进行优化分配,这是PPP项目成功实施的关键。在决定风险分配过程中,需要先分析公私合作方中谁具有相关管理和控制风险的资源、专业能力和知识的情况。第一,包括通货膨胀风险和需求风险等在内的市场风险,通常由公私合作方共同承担,但私人部门承担主体部分。这是因为私人部门在项目市场化运营中更具风险控制与规避能力,并且这样分配市场风险能够有效隔离公共部门政策取向对项目实施的不当扭曲。第二,利率、运营收入不足、建设成本超支、建设拖期、运营成本超支等一般风险,通常由私人部门完全承担。这不但是公共部门实现项目风险转移的有效手段,同时也是约束私人部门项目经营行为的重要方式。^[32]但是,并非所有的风险都是属于可控的。如果是均不属于公私合作方在具体项目中可独立控制的风险因素,如不可抗力风险、法律风险及政策变化风险,一般应由双方共同承担。

财政部和发改委制定的PPP文件都明确规定了风险分担的基本原则,即按照风险收益对等的原则,在政府和社会资本间合理分配风险。两者表述稍有差异,但基本精神一致。一方面,法律、政策调整风险由政府承担,这有助于消除社会资本对政府政策繁文缛节和朝令夕改的忧虑。另一方面,项目的建设和运营等商业风险由社会资本承担,明确政府不得对PPP项目承诺固定投资回报,这也避免了因为政府过度承诺、承担过多风险而使私人部门提高效率的激励失去作用的问题。^[33]

4. 投资回报机制

要吸引社会资本参与基础设施项目投资,前提是让其有利可图。^[34]PPP项目的收益回报机制是通过付费机制来约定的,这也是PPP项目合同最核心的要素之一。实践中,需要根据各方的合作预期和承受能力,结合项目所涉及的行业、运作方式等实际情

[30] 参见《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》[发改投资(2014)2724号]第三(二)条。

[31] See Ahmed M. Abdel Aziz, *Successful Delivery of Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, J. Constr. Eng'g & Mgmt. 133 (2007), p. 918.

[32] 参见王春成:“PPP模式法律文本体系、核心条款及公共利益”,《中国财政》2014年第9期,第30页。

[33] 国务院曾于2002年下发《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》,要求对各地政府外商投资固定回报项目予以清理。

[34] 参见吴英明:“公共管理的3P原则——以BOT为例”,载黄荣获主编:《公共管理》,商鼎文化出版社2000年版,第585~632页。

况，因地制宜地设置合理的付费机制。如前所述，PPP 项目常见的付费机制可以分为政府付费（非经营性项目）、用户付费（经营性项目）和政府提供可行性缺口补助（准经营性项目）三类。为了稳定社会资本的投资回报，国家发改委的指导意见中给予三点政策支持：涉及中央定价的 PPP 项目，定价权限适当向地方政府下放；建立投资成本、财政补贴与收费价格的协同机制；地方政府为准经营性、非经营性 PPP 项目配置土地、物业、广告等经营资源。

对于 PPP 项目合同中的投资回报机制，一方面需要因地制宜，根据实际情况选择相应的付费机制，以明确排他性约定等方法稳定社会资本收益预期，保护社会资本主体的利益；另一方面，也要加强项目成本监测，防止不合理让利或者利益输送，损害公共财政或者普通消费者的利益。^{〔35〕}

四、PPP 项目的行业规制

推行 PPP 模式之后，公共产品和服务的生产职能部分或全部地转移于社会资本主体，但是这不应被理解为单纯的“国家从公共事业的撤退”，而应该是“国家承担了更为复杂的功能和责任”。^{〔36〕} 易言之，社会资本主体负责承担“执行责任”，而政府则仍然承担着“担保责任”。政府对 PPP 项目相关基础设施和公共服务实施规制，就是这种担保责任的重要体现。

（一）准入规制

从政府规制理论来看，PPP 项目涉及的基础设施和公共服务往往会受到市场准入规制。而作为准入规制之理由的“公共利益”主要包括两个方面：一是对于基础设施产业来说，可以发挥自然垄断的规模经济优势，避免重复建设；二是对于公共服务来说，可以保护消费者获得高品质的服务。

准入规制通常采取的形式是向相应的产业规制机构申请业务许可并获得批准。从现有的立法来看，在 PPP 模式之下，社会资本主体要获得基础设施和公共服务类项目的特许经营权，需要经过资格预审后，并在竞争性的采购程序中成功中标。当然，中标标准又可以分为“最低价标”和“综合优势标”两种。前者是将特许权授予对消费者提供的服务和产品价格最低，或者为了获取特许权而准备向公共财政支付最多资金的企业，而后者则是要求中标企业能够最好地服务于一系列公共利益目标，包括服务范围和质量、企业的财政稳定性等。可见，PPP 项目采购程序，就起到了替代传统产业准入规制的功能。

（二）项目履约阶段的规制

在 PPP 项目履约阶段，政府所承担的维护公共利益的职能主要表现在三个方面：一是确定公共服务应达到的水平和质量；二是制定提供服务的价格；三是监督执行这些标准并对违反的情况进行裁决和处罚。考虑到公共服务的水平和质量、价格等都属于传统产业规制的内容，如今既已被纳入 PPP 项目合同之中，则履约管理（contract administration）的过程实际上也是在行使产业规制的功能。当然，传统的公共采购法所关注的是采购程序。

〔35〕 参见《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》[发改投资（2014）2724 号] 第二（二）条。

〔36〕 参见杜仪方：“公私协作中国家责任理论的新发展：以日本判决为中心的考察”，《当代法学》2015 年第 3 期，第 40 页。

例如欧盟公共采购法就只调整合同授予程序,而没有对履约管理提供指导。

1. 强制信息披露

PPP项目涉及与民众利益密切相关的行业,往往存在普遍的信息赤字问题。在项目采购阶段,按照公共采购法的规则强制披露相关采购信息,主要是为了通过竞争程序选择最佳的社会资本合作主体,那么在PPP项目的履约阶段,强制信息披露则是主要帮助消费者做出理性选择。近年来,教育、医疗卫生等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位的主管部门先后制定相关办法,强制要求公共企事业单位披露其在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息。当然,公共企事业单位负有公开义务的信息应当限于“与人民群众利益密切相关的”、涉及“提供社会公共服务”的信息。^{〔37〕}

2. 价格规制

价格规制是一种常见的政府规制工具。在采取特许经营模式的PPP项目中,特许经营权人因为取得了国家认可的垄断性经营权,采用价格规制工具,可以防止特许经营权人滥用其市场支配地位进行垄断定价。而在某些公共服务的PPP项目中,出于分配正义目的的考虑,为了让低收入者能够负担得起特定的商品或者服务(如医疗服务),政府也需要将其价格纳入规制范围。^{〔38〕}

为了防止获得垄断经营权的企业寻求超额的垄断利润,我国的价格规制机构选择了传统的合理回报率方式,使用成本加成的公式确定产品价格。但是,采用这一规制方法时,规制机构常常需要面对信息赤字的问题,甚至计算价格时所使用的数据都是由公用事业企业自己提供的。为了克服这一问题,规制机构可以建立科学的成本监审(调查)机制,或者采用标尺竞争法(yardstick competition)以确定企业的成本。不仅如此,以成本加成法作为价格规制方法,特许经营权人也没有足够的激励去节约成本和提高采购效率。为此,有必要借鉴欧盟的经验,将公用事业采购纳入公共采购法的范畴。^{〔39〕}此外,规制机构也可以考虑采用价格上限方式等强激励的规制方式。^{〔40〕}

3. 标准制定

为了纠正某些市场失灵,特别是信息不对称和外部性的问题,规制机构还会制定专门的技术标准或者服务标准。这些规制性标准可以用于保护各种不同的利益,包括职业健康和安、消费产品的质量和安全以及生态环境等。以电力行业为例,规制机构制定的《供电营业规则》就对供电业务的客户服务质量、电压质量和供电连续性等做了详细规定。这些规制性标准除了直接作为规制的依据之外,也可以通过引致条款纳入PPP项目合同。PPP项目在建设和提供服务阶段都需要遵守国家、地方及行业强制性标准的要求。

4. 普遍服务规制

现代国家出于生存权保障的考虑,往往需要对必要的社会服务制定普遍服务政策,

〔37〕 参见朱芒:“公共企事业单位应如何信息公开”,《中国法学》2013年第2期,第148~149页。

〔38〕 参见〔英〕安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,苏苗罕校,中国人民大学出版社2008年版,第300页。

〔39〕 See Council Directive 90/531/EEC of 17 September 1990 on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors. 该指令最新修订的文本是 Directive 2014/25/EU。

〔40〕 参见何寿奎、孙立东:“公共项目定价机制研究:基于PPP模式的分析”,《价格理论与实践》2010年第2期,第72页。

采取措施，确保所有用户都能以合理的价格，获得可靠、持续的基本公共服务。在 PPP 模式之下，取得在特定营业区特许经营权的受规制企业，负有法定的普遍服务的义务，这被认为是企业获得特许经营权的代价。在城市（集中）供水、集中供暖和管道燃气供应等行业的 PPP 项目合同中，往往会有普遍服务承诺作为附件。当然，中国要促进普遍服务政策的实施，一方面需要通过 PPP 模式吸引社会资本投资，解决基础设施“欠账”的问题；另一方面也要通过区别定价等规制工具确保价格处于用户承受能力范围之内。

（三）退出规制

为了确保公共服务的稳定性，同时也赋予社会资本主体以更强的参与激励，PPP 项目合同往往会规定较长的合作期限。在 PPP 项目的履约过程中如果出现社会资本主体违约的情形，只适用传统合同法上的损害救济是不够的，因为通常遭受损失的主要是消费者而非项目实施机构。因此，政府推行 PPP 模式的目的是促进全民福利，所以在社会资本投资过程中或者营运过程中出现严重问题，如工程质量问题、经营不善等事由时，政府作为公共利益的代表，可以行使行政特权，做出撤销或者中止合同，甚至强制接管的决定。^[41]我国目前各地制定的特许经营管理办法大多规定政府可以在一定的情况下，尤其是基于公共利益的考虑，提前收回特许经营项目。但是，如果这一条款被个别地方政府滥用，则可能从根本上影响 PPP 项目的推广。

此外，在较长的合作期限内，也不能排除出现政府违约的情况，或者政府对相关行业的规制政策实施必要的改革。例如美国电力行业规制改革过程中就遇到了类似的问题。国会通过了《1978 年公用事业规制政策法》（the 1978 Public Utility Regulatory Policy Act），这部法律取消了电力公司过去所享有的垄断地位，放开了发电端的市场竞争，允许独立发电商向已有的输电网售电。这一改革使得电力公司无法收回在发电领域所做的巨额投资，即“沉淀成本”（stranded cost）。规制机构与电力公司之间存在着规制契约（regulatory compact）关系，当规制机构引入鼓励竞争性准入政策而导致企业无法回收成本时，就构成违约而需要对在位企业予以一定补偿。^[42]私人投资者之所以愿意参与政府发起的 PPP 项目，很大程度上就是因为政府会保证和规制收入流，从而降低了投资的风险。如果投资者预期政府不会通过政府定价或者赋予垄断经营地位的形式保护他们的利益，他们就不会再投资 PPP 项目，政府也就不能为这些安排寻找到私人合作伙伴。^[43]

如果是政府提出项目提前终止，投资人有义务将项目设施移交给政府或其指定机构，而政府方则有义务支付相应的补偿金额。该补偿金额往往涉及项目设施资产价值，以及一定年限以内的项目预期利润的补偿金额。不过，这将给政府方造成巨大的资金压力。为保证提前终止补偿机制的可行性，除了将 PPP 项目里的政府支付义务纳入预算管理之外，由政府方为 PPP 项目的付费设立共管账户，由各地 PPP 促进中心提起或引导设立专项基金，或要求就付费义务强制投保，都是完善提前终止补偿机制的备选方案。

[41] 参见朱新力：“行政合同的基本特性”，《浙江大学学报（人文社会科学学报）》2002 年第 2 期，第 21 页。

[42] 参见〔美〕J·格里高利·西达克、丹尼尔·F·史普博：《美国公用事业的竞争转型：放松管制与管制契约》，宋华琳等译，上海人民出版社 2012 年版，第 103 页。

[43] See Katharine Southard, U. S. Electric Utilities: The First Public-Private Partnerships?, *Public Contract Law Journal* 39 (2010), p. 405.

五、结语

PPP模式的推广促使政府成为采购型政府（contracting state），即政府作为公共服务的采购者，负责确定采购需求，授予合同和监督合同履行。^[44]而社会资本主体则作为公共服务的供应商，负责服务的实际生产和交付。^[45]与此同时，采购型政府也仍然需要承担“担保”公共物品提供的最终责任。为了做到这一点，就需要同步完善规制型政府的建设，顺应PPP模式的特点进行规制模式的改革。可见，只有同时完善公共采购法和行业规制法的制度规范，才能确保PPP模式的成功实施。

第一，制度与机构的合理设置。在传统行业规制法中，规制机构的独立性历来被视为重要的制度性保障。而在PPP模式下，政府角色出现分化，成立相对独立和专业的PPP中心也成为确保PPP模式成功的关键。不仅如此，与规制机构一样，PPP中心也需要接受第三方主体的监督，以保证其可问责性。

第二，政策分析方法的应用。在规制机构的工具箱中，往往有多种规制工具可供选择，这就需要追求规制工具与目的相匹配，而决定选择的关键是进行成本效益的分析。同样，在PPP模式下，政府面对直接提供公共服务、采用传统采购方式还是PPP模式的选择时，也需要引入类似的政策分析方法，即物有所值评估来帮助做出最优决策。这些政策分析方法的引用在提高资源使用效率的同时，有助于提高政府决策的“可视度”，便利民众的监督。

第三，私法自治与公法强制的互补。在PPP模式之下，合同在相当程度上为PPP合作方提供了广泛的私法自治空间，允许他们选择最有利于实现资金效益的合同安排，也可以补足规制性规范的空白。与此同时，规制契约概念的引入，标志着以契约精神对规制机构的权力进行适度限制，以保护社会资本主体的预期利益。反过来，规制性规范则是为合作方设定了公共服务的质量和安全等问题的最低要求，防止了合同自由的滥用，避免政府丧失对公共服务的实质控制力。

第四，控制与问责的兼顾。公平竞争的采购程序可以帮助项目实施机构选择最佳的社会资本合作方，而规制机构通过设计合理的价格规制方法，制定与服务质量和安全等相关的规制性标准，确保公共服务的品质。因此，PPP模式之下，政府依然保持对公共服务的控制。同时，PPP模式的实质是引入第三方主体参与行政，但是通过物有所值评估、强制信息披露等要求提高项目决策的科学性和透明度，规制机构仍在持续性地规制项目实施机构，民众仍然可以对采购型政府实施问责。

参考文献

- [1] 刘淑范. 公私伙伴关系（PPP）于欧盟法制下发展之初探：兼论德国公私合营事业（组织型之公私伙伴关系）适用政府采购法之争议 [J]. 台大法学论丛, 2011 (2).
- [2] 王静. 美国行政会议是学术与实务沟通合作的独特平台 [N]. 法制日报, 2015-01-07; 2015-01-28.

[44] See Jody Freeman, The Contracting State, *Florida State University Law Review*, 28 (2000), p. 155.

[45] 参见曹富国：“公共服务中公私伙伴关系建设：一个采购的视角”，载唐娟、陈文主编：《相互嵌入的政府、市场和社会：深圳市西乡街区治理改革的探索与思考》，中国社会科学出版社2010年版，第104页。

- [3] 苏苗罕. 行政程序改革的顶层机构研究: 以美国行政会议为例 [J]. 华东政法大学学报, 2012 (3).
- [4] 曹富国. 公共采购法视野下“两法”关系之协调与区别立法 [J]. 国家行政学院学报, 2012 (5).
- [5] 苏苗罕. 能源普遍服务义务的法理与制度研究 [J]. 法治研究, 2007 (10).
- [6] 赖静萍, 刘晖. 制度化与有效性的平衡: 领导小组与政府部门协调机制研究 [J]. 中国行政管理, 2011 (8).
- [7] 于立深. 多元行政任务下的行政机关自我规制 [J]. 当代法学, 2014 (1).
- [8] 王强. PF2: 英国 PPP/PFI 的新模式 [N]. 东方早报, 2014-12-02.
- [9] 王春成. PPP 模式法律文本体系、核心条款及公共利益 [J]. 中国财政, 2014 (9).
- [10] 吴英明. 公共管理的 3P 原则——以 BOT 为例 [M] // 黄荣恭. 公共管理. 台北: 商鼎文化出版社, 2000.
- [11] 杜仪方. 公私协作中国国家责任理论的新发展: 以日本判决为中心的考察 [J]. 当代法学, 2015 (3).
- [12] 朱芒. 公共企事业单位应如何信息公开 [J]. 中国法学, 2013 (2).
- [13] 何寿奎, 孙立东. 公共项目定价机制研究: 基于 PPP 模式的分析 [J]. 价格理论与实践, 2010 (2).
- [14] 朱新力. 行政合同的基本特性 [J]. 浙江大学学报: 人文社会科学学报, 2002 (2).
- [15] 曹富国. 公共服务中公私伙伴关系建设: 一个采购的视角 [M] // 唐娟, 陈文. 相互嵌入的政府、市场和社会: 深圳市西乡街区治理改革的探索与思考. 北京: 中国社会科学出版社, 2010.
- [16] [美] E. S. 萨瓦斯. 民营化与公私部门的伙伴关系 [M]. 周志忍, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.
- [17] [美] J·格里高利·西达克, 丹尼尔·F·史普博. 美国公用事业的竞争转型: 放松管制与管制契约 [M]. 宋华琳, 等译. 上海: 上海人民出版社, 2012.
- [18] [英] 安东尼·奥格斯. 规制: 法律形式与经济学理论 [M]. 骆梅英, 译. 苏苗罕, 校. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.
- [19] 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) [A].
- [20] 国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见 (发改投资 [2014] 2724 号) [A].
- [21] 财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南 (试行) 的通知 (财金 [2014] 113 号) [A].
- [22] 国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见 (发改投资 [2014] 2724 号) [A].
- [23] 财政部关于做好政府采购信息公开工作的通知 (财库 [2015] 135 号) [A].
- [24] 政府和社会资本合作项目政府采购管理办法 (财库 [2014] 215 号) [A].
- [25] 国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知 [A].
- [26] 政府采购法 [A].
- [27] European Commission. Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327 final.
- [28] David Howard Bain. Empire Express: Building the First Transcontinental Railroad (1999).
- [29] H. M. Treasury. Public-Private Partnerships: The Government's Approach (2000).
- [30] Directive 2014/23/EU.
- [31] European PPP Expertise Centre. Establishing and Reforming PPP Units: Analysis of EPEC Member PPP Units and Lessons Learnt (2014).
- [32] Emilia Istrate, Robert Puentes. Moving Forward on Public-Private Partnerships: U. S. and International Experience with PPP Units (2011).
- [33] GAO. Highway Public-Private Partnerships: More Rigorous Up-front Analysis Could Better Secure Potential Benefits and Protect the Public Interest, GAO-08-44.
- [34] Ahmed M, Abdel Aziz. Successful Delivery of Public-Private Partnerships for Infrastructure Development, J. Constr. Eng'g & Mgmt. 133 (2007).
- [35] Council Directive 90/531/EEC.
- [36] Directive 2014/25/EU.
- [37] Katharine Southard. U. S. Electric Utilities: The First Public-Private Partnerships? [J]. Public Contract Law Journal 39 (2010).
- [38] Jody Freeman. The Contracting State [J]. Florida State University Law Review 28 (2000).
- [39] Directive 2004/18/EC.

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)