

PPP协议中公共工程合作方经营权与公民公共服务选择权的冲突及其协调研究—— 基于PPP协议排他性条款的分析

庆丽

(东南大学法学院, 江苏南京, 211189)

摘要: 随着PPP模式的广泛适用, PPP协议中排他性条款所保障的公共工程合作方的经营权与公民公共服务选择权的冲突也日益凸显。尽管排他性条款自有其存在的合理性, 但公民的选择权也同样意义重大。冲突协调的关键在于: 充分保障公民的事前选择权即公民参与权, 并保留事后的相对性选择权。同时, 在优先权约定、利益补偿及诉权等方面保障公共工程合作方的合法权益, 实现二者利益的平衡。

关键词: 排他性条款; 合作方的经营收益权; 公民的公共服务选择权; 公民参与权; 社会参与治理

中图分类号: D911

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)02-0042-09

一、问题之提出

(一) 案例引入

1. 泉州刺桐大桥事例

上个世纪90年代, 泉州市政府与民营资本——泉州名流公司以BOT方式^①投资建设了国内第一个公私合作(PPP)^②项目——刺桐大桥。然而由于合同不完备、法律不健全等状况, 自2013年开始, 大桥投资回报锐减, 政府和名流公司的矛盾日益突出, 主要争议点在于: 合同没有约定排他性条款。在刺桐大桥建成后, 晋江上又陆续建造了“顺济新桥”“笋江大桥”等7座大桥, 但目前只有刺桐大桥收费。^[1]

2. 武汉公共服务外包及兰州自来水特许经营项目

2014年4月伊始, 武汉绿色公共自行车项目部分站点陷入瘫痪境地, 市民纷纷退卡。^[2]此种“政府引导+民企运营”的公私合作模式引发普遍质疑: 一是一家公司几乎垄断了除青山区外的所有主城区的运营权。竞争何在? 二是排他性经营导致服务质量低下, 政府却没有发挥监管作用。目前, 因车辆的破损及缺失、智能系统的瘫痪等问题, 武汉的绿色出行项目已

成摆设。

2014年4月10日, 兰州威立雅水务公司在进行水质检测大分析时, 检出出厂水苯含量超标, 兰州市政府宣布该市自来水24小时内不宜饮用, 至4月14日全市才恢复正常供水。^[3]这一事件引起市民强烈不满, 矛头直指威立雅公司的特许经营^③: 首先, 政府授权特许经营但疏于管制, 公民也无法参与监督。其次, 由于供水公司的排他性经营, 在全市断水后, 公民除购买纯净水外无其他选择。

(二) 问题分析

以上案例均是我国对公私合作项目的尝试。在第一个案例中, 因为排他性条款的欠缺, 政府另外续造大桥的举措分割了合作方的经济利益——收费权。但是8座大桥的建成通车, 无疑使得出行更加便利, 缓解交通压力的同时也在一定程度上增加了公众对于公共服务的选择权。在后两个案例中, 武汉市政府安排公共服务外包公司进行排他性经营, 以及兰州市政府授予威立雅公司特许经营权的做法, 均保障了公司的经营收益权, 但由于两公司提供的公共服务质量不达标, 公民的权益受到了极大的侵犯, 却无从选择其他公司, 只能被迫接受不利后果、放弃享受该项公共服务。

上述案例表明在公私合作中, 公共工程合作方的

收稿日期: 2015-11-02; 修回日期: 2016-01-26

基金项目: 中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题“中国基本权利规范的宪法解释基准研究”(CLS(2015)ZDZX02)

作者简介: 庆丽(1989-), 女, 江苏南京人, 东南大学法学院宪法学博士研究生, 东南大学反腐败法治研究中心基地研究人员, 主要研究方向: 宪法

排他性经营权与公民公共服务选择权之间存在较大的冲突。据不完全统计,至2014年,国家层面和地方政府完成的PPP项目已达8000多个,极大促进了市场经济的发展,但是公民的质疑声仍然此起彼伏。^[4]仅就水务项目来说,威立雅公司近年来在多个城市的排他性经营近年来引发了多起水质污染事件,在上海、北京、珠海等地造成了用水荒。^[5]2015年开始,PPP模式更是遍地开花,甚至被业内人士称为“PPP元年”,但与之相随的不和谐之音仍旧存在。^[6]这种对公民选择权的漠视与对公共工程合作方排他性权益的不当保护,将影响公私合作模式的长远发展。因此,公共工程合作方与公民之间的利益协调实有必要。

二、公共工程合作方经营权与公民公共服务选择权之冲突分析

通过对案例的研习,不难发现,PPP公私合作中排他性条款的存在引发了公共工程合作方与公民公共服务选择权的冲突,但两个主体间的这种权利冲突却并非偶发现象。

为了还原二者的冲突本质,正确认识冲突的表征和成因,不仅需要对PPP协议中排他性条款的渊源进行追溯,全面分析其功能,厘清其对工程合作方的影响;还需要进一步解构公民公共服务选择权,才能有针对性地就冲突问题提出合理建议。

(一) PPP 协议排他性条款与公共工程合作方的经营权

众所周知,PPP模式起源于英国,最早在公用事业领域展开。为了缓解财政压力并解决政府对公用事业的垄断现象,英国开展了轰轰烈烈的民营化改革运动,允许私人资本通过竞争进入到公共服务供给领域中。然而英国经济学家约翰·穆勒指出,“如果伦敦的煤气、自来水由一家煤气公司和一家自来水公司垄断经营,而不是像当时那样由许多家企业竞争性经营,就会取得巨大的劳动经济性;如果由一家企业经营特定的公共设施,按照当时的利润率定价就可以大大降低收费价格。”他首次提出了自然垄断的概念,从经济学角度分析,确具合理性。而早期的公用事业项目大多具有自然垄断的特性,例如电力、热力、铁路交通等等。因此,即使公用事业领域中引入了竞争机制,后期私人资本的排他性经营亦成为默认的事实。上个世纪九十年代,英国在民营化的基础上进一步提出了PPP公私合作模式的理念,旨在通过共同的利益充分发挥公共部门和私人部门的优势,最常见的合作类型是基础设施项目。同样的,由于自然垄断性的特征,

实践中,提供限制竞争保证已成为政府与私人资本之间的惯例。英法海底隧道项目即是如此。^④然而,随着PPP模式的发展和广泛运用,其适用范围早已突破了自然垄断类领域,但是限制竞争的排他性条款却没有区分项目性质,作为“传统”被保留下来,成为必备条款之一。

2014年12月12日,我国国家发展改革委员会以发改投资〔2014〕2724号印发了《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》(以下简称《意见》)。《意见》不仅针对不同模式的项目从融资、建设、运营、移交等阶段进行了相关原则性规定,鼓励公共服务项目推行PPP模式外,还一并印发了《政府和社会资本合作项目通用合同指南》(以下简称《指南》),对政府和资本合作各方的权责分配提供了合同编制方面的相应指导,以供借鉴。《指南》第三章第10条规定:“排他性约定——如有必要,可做出合作期间内的排他性约定,如对政府同类授权的限制等。”在2015年1月19日财政部印发的《PPP项目合同指南(试行)》中,“政府承诺”一节里,也提到在某些项目中,合作双方可约定“唯一性条款”以防止不必要的竞争性项目。其内涵等同于排他性约定,是排他性条款的另一种提法。

可以看出,在合同责任领域内,排他性条款的重要性不言而喻。从效力上分析,该条款是一个约束性条款,对合同双方的权利义务进行了约束,其必须同时兼顾政府与公共工程合作方的利益。当然,直接目的在于保障公共工程合作方的排他性经营收益权,鼓励其参与公共服务的提供,从而实现公共服务的市场化,完成政府职能的转变。这主要体现在两个方面:第一,在特许经营的公私合作项目中,政府把公共事业授权民营企业经营,在一定条件下有保障其排他经营的义务。然而现实生活中,此类特许经营权得不到保障的事例比比皆是,刺桐大桥即是一例。这是由政府的主导地位决定的,在公私合作中双方极易出现地位不平等的现象。《市政公用事业特许经营管理办法》等对此也没有明确的规定,因此必须有协议的排他性条款来有效约束政府的行为,真正实现合作方的特许经营权。第二,在其他公私合作项目中,例如公共服务的外包项目等,排他性条款为合作方与政府间的谈判赢得了筹码,能够为合作方争取排他性权益;也能够限制政府随意更改合同约定,并就同类项目寻求另外的合作者,使合作非特许经营项目的企业获得了与特许经营企业等同的待遇;更在一定程度上扩大了特许经营的范围,鼓舞了合作方。

另外,就政府和社会公众而言,排他性条款也具

有一定的积极意义。首先,有助于政府对市场进行监管。较之多元化的公共工程承担主体,单一的合作主体更便于政府行使监管职责,保障公共设施的规范运作,维持社会秩序的稳定,也便于公民行使追责权利。其次,在资源的有效利用方面,某些自然垄断行业固定投入较大,众多的竞争商必然重复投入,效率低下,无法实现资源的最优配置,因此排他性经营可以避免不良竞争和过度竞争带来的不利影响。最后,在某些不适宜竞争的领域,排他性条款的存在可以有效避免政府因利益等原因而作出多项授权的情形。例如,某条公交线路,如果跟多个公司同时合作,将会造成交通混乱,更不利于公民生活。

(二) 公共服务选择权的意义及其运行方式

排他性条款之于政府、社会公众尤其是公共工程合作方的积极意义显而易见。不过这并不意味着公民的公共服务选择权可以被忽视,必须明确的一个要点是,对合作方权益的过度保护必然影响公民选择权的实现,而对后者的保障也需要以限制前者为前提。

1. 公共服务选择权的意义

21世纪初,以公民为中心,以民主社会为基础的新公共服务理论诞生,突破了政府为“掌舵者”的旧观点。取而代之,政府的角色转变成成为公民提供和创造良好生活环境的服务者。^[7]与服务者角色相对,公民的角色可以看作是消费者,对公共服务无疑具有选择权。

首先,公民作为消费者所享有的对公共服务的选择权是人权的基本内容之一,属于经济、社会和文化权利(社会权)。而尊重和保障人权是现代公民社会的主旋律,是一国法治发展的重要目标,公民选择权的实现程度更应作为衡量一国民主化与现代化的标准之一。

其次,公民公共服务选择权的实现是公共服务市场化的要求。在市场经济体制下,公共服务的提供方式已突破旧有模式,PPP公私合作则是市场化的一项重要内容。公民作为市场主体的重要组成部分,有权利选择更有利于实现其自身权益的公共产品或者服务。

最后,公民公共服务选择权的保障,有利于公共服务质量的提高。在一定条件下,良性的市场竞争机制能够促使公共服务提供者努力改进技术、改善经营管理方式;提高服务质量,更好地满足公民的需要,促进市场的繁荣;从而实现社会的整体利益。

2. 公民公共选择权的运行方式

结合《消费者权益保护法》分析,公民的公共服务选择权具体包括公民对合作方及其服务方式的选

择,还有对服务或商品的选择三方面。

首先,对合作方的选择可以理解为对公共服务的事前选择权。在公私合作项目开始前,要想让公民获得更多高质量、低价格的产品或服务,就要建立一个公平自由的竞争环境,使得公民能够对多个竞争提供服务的合作方进行综合考量,并从中选出他们认为的最适宜的合作者。

其次,对服务方式的选择也是事前选择权的一部分。公共服务的受益者是公众,有权选择用最理想的方式享受服务。因此,在选择合作方的同时,公众应当能够对公私合作项目的具体方式提出自己的想法以及建议,并参与决策,同时鼓励合作方提供多样化的服务方式。这也是广义选择的一种表现。

最后,对服务或商品的选择可以理解为对公共服务的事后选择权。在公私合作项目完成后,公民有权利且能够通过分析和比较,并且根据实际需要在项目领域内选择任一合作方提供的服务,若其服务存在多种方式,还可以任选其一。较之事前选择权,事后选择权的实现在于公私合作项目存在后期的服务竞争,即在一定条件下允许多个合作方共同提供服务。

(三) 冲突的具体表征及成因分析

根据对公共工程合作方经营权及公民公共服务选择权的深入分析,可以看出,合作方的排他性经营需求与公民的公共服务选择权,尤其与事后选择权难以兼容。根本点在于公共工程合作方与受益者即公民之间存在利益冲突。具体来说,公民作为公共工程受益者的利益主要有两个方面的内容:其一,因合作方提供的公共服务带来的便利,即公民短期利益;其二,能够选择并享受更多公共服务的便利,即公民长期利益。因此,合作方利益、公民短期及长期利益的难以共存是冲突的根本表现形式。冲突的原因有主要有如下三个:

1. 特许经营模式的滥用

自PPP模式问世以来,主要适用于基础设施类带有自然垄断特性的项目,在合作方式上,也多采用特许经营的形式。自然垄断类项目是否应当完全适用排他性经营还有待讨论,特许经营模式的滥用则是更为严重的问题。

一方面,立法对PPP含义界定不明。欧洲PPP报告指出,各国对PPP的界定具有广泛差异,在一些国家,PPP的概念仅限于一些特许权项目,是指私营部门在特许权下提供公众付费的各类服务。^[8]我国即是如此,目前缺乏针对公私合作的具体立法规制,最近出台的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》以及一些地方政府规章明确了PPP模式在公共项目中的

运用,但多以特许经营的形式开展,大大缩小了其内涵。

另一方面,学者对此也不够重视。目前我国的学者多注重 PPP 模式的融资、风险分配、政府职能等层面的研究,忽视从概念、含义层面进行分析论证,或者直接把 PPP 等同于特许经营,二者混用。^[9]而排他性是特许经营的重要特征之一,这种概念上的混同,已经引起了实务中的大量独占性或者垄断性的特许经营现象,但是却缺乏类似美国的《国家能源法》及《通信法》中关于特许经营的反垄断规制。^⑤

已经出台的《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》对 PPP 概念进行了定义,确定特许经营只是 PPP 的一种方式,较之以往,是一大进步。但是《意见》立法层次较低,难以形成普适性效力,且其中对于排他性约定的规定更是一把双刃剑。因此必须在合理范围内谨慎适用,力图在一定程度上避免独占或垄断性经营,保障公民的选择权。

2. 竞争机制的引入并不充分

为了打破传统的公共服务的非选择性特点,竞争机制的引入成为各国普遍的做法。例如,著名的民营化大师 E.S.萨瓦斯认为,“公共服务中引入竞争是要有意识采取一些战略措施,创造服务中的自由选择机会,完善竞争环境,在公众中培育接受和支持多样化选择的态度。”^{[10](124-125)}史际春教授也提出,“凡是能够引进竞争和市场机制的业务,就应该打破原来一个产业自上而下的垂直垄断或对其进行横向分离,引进竞争主体暨竞争,这是解决公用事业效率低下的最有效途径。”^[11]

不难看出,各国学者均强调要加强竞争,然而实践中的做法却难以逃出“竞争悖论”的怪圈,即以 PPP 来引入竞争,打破政府垄断,却又陷入另一种限制竞争的社会资本垄断境地。目前我国的市场经济发展不充分,无法深入贯彻公私合作的内涵。在从政府垄断公共服务政策到公私合作的过渡中,理论界和实务界也只重视公私合作的前期竞争,而忽视后期竞争,也就是服务竞争,没有对竞争机制的引入进行阶段性区分,特许经营就是最佳实例。前期竞争虽然在短期内能确保优质服务的提供,但从长期来看,市场竞争机制并未真正发挥作用,因为经营权一旦有了归属,极易出现“一个公共垄断企业可能转化为私营垄断企业,从而剥削公众”^{[10](323)}的现象。

3. 对公民选择权的忽视

公民作为消费者的选择权是指消费者根据自己的主观意愿,在法律规定的范围内所享有的自由选择商品或者服务从而实现其消费利益的一种权利。^[12]在服

务领域,我们建议尽可能地适用竞争性的选择制度,因为竞争性选择比唯一的选择更有影响力,应该有足够多的服务供应者为顾客提供真正的选择。^[13]

众所周知,市场只有保持充分的竞争,公民才能够自由行使选择权,然而公共选择制度及公民选择权一直得不到足够的重视。赵红梅教授曾指出:如果行政垄断是必要的且价格比较合理,选择权此时就不再重要。^[14]

笔者认为,这种观点忽视了选择权的内蕴意蕴。法律赋予公民选择权在一定程度上也是对垄断行业的限制竞争行为的否定,是公民自我保护的一种权利。如果限制竞争,即使目前的状态可能有益于消费者,从长远来看,必不利于公民权利的实现。有学者认为,在消费者的权利谱系中,消费者选择权具有基础性的作用,是消费者其他权利得以实现的基础。^[14]笔者赞同这个看法,如果选择权得不到有效保障,那么安全权、知情权、公平交易权等具体消费过程中的权利则将失去依托。现代社会经济快速发展,与此相对应的公民权利更应该得到有效保障,推行 PPP 模式的根本落脚点就在于便民、利民,但忽视公民的选择性问题,无疑使民生工作流于表面,仅起到缓解了政府压力等作用。

可以说,在公私合作中,政府引入社会资本,最初目的在于实现社会公益,实际上却仅保护了公民的短期利益,“企业垄断”取代了“政府垄断”,公民的公共服务选择权受到了侵害,影响了公民的长期利益。但是由于社会权利意识淡薄,相应的人权保障机制尚未建立,公民的公共服务选择权为了实现公私合作而被剥夺,最后更无益于社会公益。

三、公共工程合作方经营权与公民公共服务选择权之协调

公共工程合作方经营权与公民公共服务选择权之博弈,根本点在于二者的利益协调。遗憾的是,这一问题目前并未引起公众的足够重视。

(一) 公私合作中的政府监管

一些学者认为,在公共服务领域,排他性经营引起的一些价格高、质量差的问题的确是客观存在的,但是可以通过加强政府监管来实现。^[15]只要政府监管到位,必能消解危机,给公众提供令人满意的服务。^[16]国外的 PPP 运作经验也的确如此。例如英国以政府管制立法为先导,每项法规都建立了一个法定的政府管制机构;美国设立了专门的独立监管机构负责 PPP 项目的管理和咨询;新加坡各个行业的法定机构

负有政府监管的行政职能和经营公共企业的双重功能等。^[17]

但是,在强调政府监管的同时,不容忽略的是,国外PPP的运作更为依赖合同管理。不少国家均设有专门的合同指南,例如英国的《PFI合同规范化(第4版)》和澳大利亚的《合同管理指南》,中国香港也在《公私合营项目PPP指南2008》中详尽地规定了合同管理的相关事宜。^[18]

也许与我国政府角色的转型不彻底有关,在汲取域外有益经验的同时,我们往往只看中管制而忽略了合作。笔者认为,政府管制固然必不可少,但是,这只是利益协调机制的一部分而不是全部。

从双方权利义务的角度分析,在公私合作中,政府扮演的角色主要应当是合作者,与社会资本之间的地位相对平等。如果一味强调监管,明显是在政府与社会资本之间设置了位阶秩序,处于高位阶的政府对民营企业进行管制,并不符合公私合作的内涵要义。现代社会是契约社会,放松管制,重视合同管理,凡是公民、市场能够自主决定和自主管理的事物,政府不应当干预。应通过合同管理来详细约定公私合作双方的权利、义务、责任及风险等事项,以约束双方的事前、事中、事后行为。

从公民权利保障的角度分析,一定程度上,政府的监管还意味着政府对消费者选择权的替代性行使。然而政府选择不能替代公民参与。因为政府的意志不代表公众的意志,多数人的意志也并非民主的真正含义。英国学者朱利安·勒·格兰德也认为,公共服务最好的方法是向被服务者提供选择权,鼓励服务提供者之间的竞争。^[19]

因此,通过政府监管来解决公共工程合作方与公民之间的利益冲突只是治标不治本的一种方法。“问题的实质不在于国营还是私营,而在于垄断还是竞争。”^{[10][161]}公共服务市场化的改革不是一蹴而就的,必须循序渐进,应当以保障公民参与权、完善PPP协议的内容作为协调公共工程合作方与公民权利的突破口,为后续反垄断类立法提供实践指导。当然,这种权利冲突的协调并不必然以一方权利的牺牲为代价;而应以便民利民为基础,并在整个合作机制中通过技术性手段的运用来实现双方的共赢。

(二) 公私合作中的公民参与权

我国宪法规定,“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”这是对公民参与权的直接而笼统的规定。那么,在公私合作领域中,公民是否具有参与权,或者说公民的参与权是否应当得到保护?答案是肯

定的。

任何制度的产生与发展皆非偶然,其背后必然有一定的理论支撑,公私合作制度也不例外。而现代治理理论就是公私合作的重要基础理论之一。全球治理委员会认为,“治理是各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和。”^[20]在现代社会政府已经不是唯一的治理主体,权力的运行方式也由统治转变为合作。社会参与治理的重要性凸显无疑。早在罗伯特·达尔的多元民主理论中,即出现了社会参与、多中心治理的萌芽。他认为“国家不再是惟一的权力中心,应该由各种利益集团分享政治权力,使民主成为一种多元的政治结构。”^[21]此处的利益集团就是指各种社会力量。

而社会参与治理主要表现为两种形式,一是组织化参与,也即社会组织、团体、各类型企业等形式的参与;二是公民个人参与,二者共同构成了社会参与的重要内容。公私合作制度中,社会资本参与公共服务的提供即是组织化参与的一种表现。与此同时,公民的个体参与权也同样不容忽视。在国家治理体系中,政府权力的回归与民主化是当代公共治理的主旋律。^[22]而民主化的核心内涵即实现公民的参与权。

一方面,社会的基本组成单位是公民个人,较之组织化的参与形式,个体参与权的实现更能直接体现公民的价值诉求及人民主权原则。早在古希腊即产生了直接民主理论,近代启蒙思想家卢梭也认为,“决策活动中参与的理想情形是,不存在有组织的团体而只有个人的参与,因为有组织的团体能够使他们的特殊利益占上风而损害平等。”^[23]当然,需要强调的是,并非所有决策形式都以需要实现公民的直接性参与为前提,其在参与效率的保障等方面也的确存在诸多弊端。但仅就公私合作项目而言,公民参与权的实现却是至关重要且具有切实可操作性的。

另一方面,公私合作的本质要求是更好地为公众服务,政府部门、公共工程合作方及公民均同时扮演着双重角色。除了合作者之外,政府还同时是监管者,合作方还扮演着经营者的角色。值得一提的是,尽管公私合作的进程是由公共部门和私人部门共同行动开展的,但是其影响涉及到的却是广大社会公众的切身利益,因此必须重视公私合作中的公民参与。^[24]这说明,公民不仅是公共工程的受益者,同时也是参与、决策者,有权决定与自身权益息息相关的各类事项。这种对公私合作的参与甚至包含了项目实施过程中及完成后的评估及监督等方面。

综上,笔者认为,结合公私合作的本质内涵分析,其属于社会参与治理的一种表现方式,只有实现公民

的个体参与与组织化参与的有机统一,才能真正贯彻社会参与治理的核心要义。在一定程度上,如果在公私合作中充分保障公民的参与权,甚至能够减小公民对于选择权的诉求,从而把公私合作推向一个新的高度。

(三) 冲突的具体协调途径

1. 保障公民的事前选择权——公民参与权

美国学者谢里·安斯坦把公众参与分为八个阶梯,从低到高分别为:操纵、治疗、告知、咨询、展示、合作、权力转移、公民控制。^⑥他认为前二者属于假参与,告知、咨询、展示等属于表面参与,而真正意义上的参与——深度参与则是合作、权力转移、公众控制等,即公民有权与传统的权力持有者进行协商,获得管理及决策权。^[25]

因此,笔者认为,为了实现公民的真正参与,必须在公私合作的具体机制中把参与民主和协商民主进行有机统一。即在参与机制里刚性规定协商民主的地位,相关决策必须经过民主协商;在公民、政府及合作方之间进行讨论、对话和争辩,于此基础上形成决定;从而让公共决策在实质上符合更多公民的利益,而不只是在表面上体现了公民的参与。^[26]

首先,完善招标投标机制,允许公民参与选择公共工程合作方。在经过项目储备和项目遴选后,在信息公布阶段,政府应当通过门户网站或者媒体渠道把所有关于公私合作的相关信息包括项目信息、招标信息等向社会公开,并邀请该项目影响范围内的利益相关人参与招投标。由政府初步统计参与群众的人数。在投标人提交标书之前,政府主管部门可以号召群众,鼓励群众根据一定的标准,例如把具有相应项目资质或经验的公民选为代表(一人或多人,视总人数而定),代表可以组织讨论会,收集其他公民对项目的预期诉求及意见、建议,进行前期讨论和协商。最终统计并制作成相应文书,反馈给政府部门及各投标人。在评标阶段,公民代表作为评审委员会的成员,拥有一定表决权。可以根据前期协商的内容对各投标人资格及其标书具体内容等相关问题与政府部门、其他委员直接进行沟通,并参与决策。以上过程有利于增加公民对项目的信任度,便于后续公共服务的提供和实施。

其次,在公私合作协议的签订阶段,其具体内容必须充分尊重并回应公民的意见。对于相关服务标准、回报方式、风险分担、违约处罚、政府接管以及服务定价等内容除了应当建立在科学调研的基础上,更需要进行公民代表、政府、合作方之间的三方平等协商。其他公民可以向代表提交建议书,也可以全程参与协商过程,通过提问、提议等方式监督协议签订过程,

间接参与决策,以确保其公开性、透明性及公正性。当然,在某些项目中,合作方以下可能还存在着具体工程的承包商、专业运营商、原料供应商等等,公民同样可以对上述公司的甄选提供建议。对于公民的合理意见应当要采纳,可以仿照日本《环境影响评价法》中的作法,建立对协商结果的追踪机制。因为决策的形成往往并非一次协商即可完成,政府对于公众的要求和意见必须要在法定期限内予以研究和论证,必要时要组织有关专家进行讨论。有听证要求的,例如定价听证会等,应视具体情况决定是否举行,对于意见的处理结果也必须予以公示,便于下次协商活动的开展。更进一步地,还应当定期核算、公布公民意见的采纳比,以便群众监督。

最后,必须建立公开的公众评估反馈机制。将评估作为下一轮同类项目实施的参照标准,对政府及合作方的行为进行监督。较之政府的被动性回应,公众评估机制旨在让政府主动挖掘公众潜在的利益诉求。政府应当利用门户网站等开通相关的评估渠道,允许利益相关人公开对公私合作项目的开展情况提出自己的想法或建议,并对提供的公共服务从各方面给出评价,以督促政府对合作方的监管。同时,政府主管部门应当定期收集突出意见,邀请合作方共同就相关问题通过网络渠道等进行答疑解惑。对于公众提出的有益意见需要及时采纳;对于公众给予的负面评价,政府及合作方要给出合理解释并提供相应解决措施;对于公众评估长期不合格的项目,必须采取相应措施予以补救;新闻媒体机构对此可以进行监督制约。

公民参与公私合作项目,民主协商应当贯穿始终,虽然在一定程度削弱了合作方和政府的决策权,可能在一定程度上也对前期的工作效率有所影响;然而却大大提高了决策的科学性、合理性,并节约了成本,提高了资源利用率和后期的执行效率,是对合作方利益进行有效保护的另一种方式。

2. 完善 PPP 协议相应条款

(1) 保障公民公共服务的事后选择权——限制排他性条款的使用

在对公民公共服务选择权的保护方面,因排他性条款涉及到公民选择权的问题,所以必须被赋予更多的限制条件,实现相对性的排他,而非绝对性,也即保留公民的相对选择权。

第一,限制排他性条款的适用条件。根据《指南》规定“如有必要,可做出合作期间内的排他性约定,如对政府同类授权的限制等”。这就表明并非所有项目都必须作出排他性约定。例如,在一些政府直接付费购买公共产品或服务的项目中,合作方的经营收益与

排他性经营关系不大,那么就应该引入竞争,上文中的武汉绿色公共自行车项目就是如此。另外,即使是自然垄断类项目,实际上也无全然适用排他经营的必要。笔者认为,对回报率高且对技术、服务品质等要求较高的项目,需要引入竞争机制来提高服务质量,不宜适用排他性条款;对必须使用排他性条款,例如由消费者付费的自然垄断类特许经营项目等,应当进行环节区分,不宜一味排他。如电力产业,自然垄断可能存在于通过电网传输电力的那部分;对于发电部分,很难断言存在自然垄断现象。^[27]因此,可以仅对存在自然垄断的部分实施排他性经营。

第二,限制排他性条款的时限。排他经营的时限必须单列,不能等同于项目的合作期限,应当在充分考虑市场回报率的基础上以收回企业投资并取得适当收益为限,短于项目的合作年限。毕竟公共服务的多元化供给目的不在于盈利,而是满足公众的需要。当然这是建立在合作项目顺利推进的前提下,若项目不能正常运营且有亏损,协议中的风险条款和责任条款就要发挥相应的作用,或进行补救或撤换合作方。如何选择,视协议约定进行安排。因为排他性条款的目的在于保障投资方的排他性经营收益权而非经营收益权,在正常运营都不能保证的情形下,排他性条款自然无效。

第三,合理界定排他性条款的内容。排他性约定应以协议中约定的项目范围为参考,类型界定与地域限制均不宜过宽。以刺桐大桥为例,若其合同约定晋江上若干年内不能建造相应交通项目,这对于泉州的社会公众来说,无疑是一场灾难。相反地,若合同约定,刺桐大桥附近若干里范围内不出现同类型大桥,那么就在地域范围和交通类型上给予了社会公众一定的选择权。因此,在排他性约定的内容方面,必须以协议涉及项目的同一事物为限,不能排除相似物或同种类事物,并在合理考虑交通流量和公众需求的基础上谨慎决定地域范围,不宜过宽。

(2) 维护公共工程合作方利益——完善 PPP 协议其他条款

在对公共工程合作方的保护方面,由于排他性条款的限制性,合作方的排他性经营收益权受到了侵害,需要利用协议其他条款予以弥补。

第一,合作方的优先权保障。PPP 协议期满后,原项目需要继续实施公私合作的,原合作方在同等条件下具有优先权。这一点在新发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》中亦有提及。笔者认为,协议期满后,对于续造同类工程、提供相似服务方面,也应给予合作方在同等条件下的优先权(前提是现任

项目经公众评估后合格,且合作方具有相关资质)。同时,优先权的内容还可以包括对开发项目周围相关土地等的优先审批、简化审批等。

第二,合作方的利益补偿。合作方收益的影响因素主要包括成本造价和经营收费两方面,因此政府与合作方之间应就项目收益的各种变动及时谈判、协商、制定补充合同等,进行详细的约定,帮助合作方规避投资风险。项目造价过大或工程易损耗的,政府可在后期给予适当的固定成本补偿;在经营收费方面,当项目运营中的实际效益低于预期收益时,政府还可根据约定在协商定价的基础上给予一定比例的差额补贴,或者延长项目合作期限(非排他经营期限)以保障合作方的经营收益。

第三,合作方的诉权保障。当合作方利益受到侵害时,首选途径是根据事先约定通过重新协商、谈判来解决问题;如若重新协商失败,还可以由约定的第三方或多方主体出面根据相应规则进行斡旋、调停;法律途径则是争议解决的最后一个武器。关于 PPP 协议的性质,目前主要有两种学说,即从公法角度分析的行政合同说与从私法角度展开的民事合同说^①,各有支持者。值得注意的是,根据 2014 年新修订的《行政诉讼法》第 12 条的规定^②,以及 2015 年 4 月 27 日最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 11 条^③,均将政府特许经营协议列为行政协议,不过特许经营是 PPP 模式的一种,将特许经营协议定位为行政协议,并不能当然认定 PPP 协议也同属行政协议。笔者认为,PPP 协议条款同时兼具公法与私法的性质,实无必要对其进行严格的划分。PPP 理念的母国——英国也并无公法私法之分,公私双方权利纠纷的解决依赖于全面的合同管理。在现代治理理念下,PPP 协议条款作为实现公共服务市场化的一种特有合同条款,区分其属民事或行政合同的性质无实际意义。因此,在权利的救济方面,我们可以借鉴双阶理论^④,即根据冲突的性质和发生阶段来决定不同的救济渠道,选择民事或行政司法途径。关于项目的实施,包括对协议的履行、解释、变更、解除及终止等隶属于平等主体间权利义务关系的事项,可以通过民事诉讼程序或者选择仲裁解决;而与政府部门具体行政行为有关的争议,则应通过行政诉讼程序解决。

四、结语

公私合作是社会参与治理的一种表现形式,同时

公私合作的具体内容也离不开公民参与决策,二者互为表里。作为一种新型治理手段,公私合作的发展与完善必须在充分保障公民权益的基础上进行,相关排他性条款的运用也必须以合理平衡利益为前提。现代社会是公民的社会,只有实现公民社会的自我管理与自我监督才能避免国家权力的过度干预,完成社会治理的目标。

注释:

- ① 所谓 BOT, 具体是指政府就某项公共基础设施建设与民营企业签订特许经营协议, 民营企业负责该项目的投资、融资、建设及维护等工作, 在协议规定的期限内, 民营企业向使用者也就是社会公众收取适当的合理回报。在此期间, 政府对该设施具有一定的监督权与调控权。合作期满, 民营企业需将该基础设施以有偿或无偿方式转移其所有权于政府部门。这是 PPP 的一种形式。
- ② 根据发改委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》, 公私合作(Public Private Partnerships, PPP)即政府和社会资本合作, 具体表现为政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率, 通过特许经营、购买服务、股权合作等方式, 与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作关系。
- ③ 作为公私合作的形式之一, 政府特许经营是指企业需要获得政府的特殊授权, 由政府保障其对某项公共服务的提供进行垄断性经营的行为。
- ④ 英法两国政府向承建该海底隧道的欧洲建造公司作出限制竞争的承诺, 在未来 33 年内不建造第二条横跨海峡的连结设施。
- ⑤ 美国通过 1912 年的终端铁路联盟案及电信行业的 AT&T 案确立了基础设施条款, 以法律的形式鼓励私人资本进入电力和电信市场, 消除原有的其他公司进入电力和电信市场的壁垒, 打破垄断经营, 全面引入竞争机制。
- ⑥ 操纵, 是指组织者按自己的目的操纵公众参与; 训导, 是指组织者以公众参与的形式实现支持自己的目的; 告知和咨询, 是指组织者把信息通知参与者, 听取参与者的意见; 展示, 是指把参与方案向公众展示。
- ⑦ 行政合同说认为: 政府部门与民营企业签订协议, 除了合同当事人外政府还同时扮演着监管者和利益调控者的角色; 协议的内容涉及交通、教育、医疗等各个公共服务领域, 具有公益性, 需要政府的行政行为予以配合; 是政府进行社会管理的一种手段方式; 根本目的在于为社会公众服务。民事合同说认为: PPP 协议双方是平等的权利主体, 协议的内容包括权利的义务设定、风险的分配等; 是经过双方一致讨论后决定的, 与意思自治原则相符。民营企业作为公共工程合作方有提供产品或服务的义务, 同时也享有受益权; 而政府监督权的行使是以不影响项目正常运营为前提的, 协议本身体现了一定的民事交易精神。参见湛中乐, 刘书燃.PPP 协议中的法律问题辨析.法学, 2007(3): 63-64.
- ⑧ 第 12 条: 人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼: “……(十一)认为行政机关不依法履行、未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的; ……”
- ⑨ 第 11 条: 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 12 条第 1 款第 11 项规定的行政协议。公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的, 人民法院应当依法受理: (一)政府特

许经营协议; (二)土地、房屋等征收征用补偿协议; (三)其他行政协议。

- ⑩ 该理论最早由德国学者 Ipsen 提出, 将行政行为分为两阶段, 第一阶段为公权力行政阶段, 第二阶段为实行或私经济行政阶段, 即签订契约。典型例子即为政府采购行为。

参考文献:

- [1] 贾康, 孙洁, 陈新平, 等. PPP 机制创新: 呼唤法治化契约制度建设——泉州刺桐大桥 BOT 项目调研报告[J]. 经济研究参考, 2014(13): 44-45.
- [2] 马钰朋. 公共服务外包忌项目垄断[N]. 法制日报, 2014-04-20(10).
- [3] 张磊. 兰州自来水苯含量超标市民抢购矿泉水[EB/OL]. http://china.cnr.cn/xwwgf/201404/t20140411_515277747.shtml. 2014-04-11/2014-12-10.
- [4] 吴松. PPP 项目: 政府缺则, 民资有顾虑[N]. 中国经济导报, 2014-12-30(03).
- [5] 张钦. 威立雅水务在华已发生 13 起水质污染问题[N]. 北京青年报, 2014-04-21(10).
- [6] 李苑. 万亿 PPP 盛宴背后风险: 政府缺乏契约精神[EB/OL]. <http://news.cntv.com/cj/2015-12-3/1449123816767.shtml>. 2015-12-03/2015-12-08.
- [7] 珍妮特·V·登哈特, 罗伯特·B·登哈特. 新公共服务: 服务, 而不是掌舵[M]. 丁煌译. 北京: 中国人民大学出版, 2004.
- [8] 孟艳. 公私合作伙伴关系的全球发展趋势及政策启示[J]. 理论学刊, 2013(5): 51-54.
- [9] 王昀. 王守清: PPP 不是政府推卸责任的借口[EB/OL]. http://epaper.dfdaily.com/dfzb/html/2014-12/02/content_945675.htm. 2014-12-2/2014-12-22.
- [10] E. S. 萨瓦斯. 民营化与公私部门的伙伴关系[M]. 周志忍, 等译. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.
- [11] 史际春, 肖竹. 公用事业民营化及其相关法律问题研究[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 2004(7): 79-80.
- [12] 李昌麒, 许明月. 消费者保护法[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [13] 戴维·奥斯本. 再造政府[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010.
- [14] 肖顺武. 政府干预的权力边界研究——以消费者选择权为分析视角[J]. 现代法学, 2013(1): 101.
- [15] 柯永建, 王守清, 姚彩君. 基础设施特许经营中的新垄断问题分析[J]. 商业研究, 2007(5): 19.
- [16] 章志远. 公用事业特许经营及其政府规制——兼论公私合作背景下行政法学研究之转变[J]. 法商研究, 2007(2): 6-8.
- [17] 徐霞, 郑志林, 周松. PPP 模式下的政府监管体制研究[J]. 建筑经济, 2009(7): 106-107.
- [18] 黄腾, 柯永建, 李湛湛, 等. 中外 PPP 模式的政府管理比较分析[J]. 项目管理技术, 2009(1): 12.

- [19] 朱利安·勒·格兰德. 另一只无形的手: 通过选择与竞争提升公共服务[M]. 韩波译. 北京: 新华出版社, 2010.
- [20] 全球治理委员会. 我们的全球伙伴关系[C]// 俞可平. 治理与善治. 北京: 社会科学文献出版社, 2000: 3.
- [21] 罗伯特·达尔. 民主理论的前言[M]. 顾昕译. 北京: 东方出版社, 2009.
- [22] 汪进元. 国家治理体系中政府权力的分化与重组[J]. 法商研究, 2014(3): 5.
- [23] 让·雅克·卢梭. 社会契约论[M]. 李平沅译. 北京: 商务印书馆, 2011.
- [24] 王桢桢. 公私合作中的公民参与: 有序的民主选择[J]. 云南行政学院学报, 2011(1): 29.
- [25] 蔡定剑. 欧洲的公众参与的理论与实践[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [26] 汪进元, 等. 中国特色协商民主的宪制研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015.
- [27] 张卿. 为什么要施行政府特许经营? ——从法经济学角度分析[J]. 中国政法大学学报, 2010(6): 35.

On conflict and coordination between public project contractors' management rights and citizens' options of public services: Analysis of exclusive provisions in PPP protocol

QING Li

(School of Law, Southeast University, Nanjing 211189, China)

Abstract: With the wide application of PPP pattern, the conflict sharpens between public project contractors' management rights guaranteed by the exclusive provisions of PPP protocol and citizens' options of public services. The existence of exclusive provision has its own origin and its rationality, but citizens' options of public services also have great significance. The key to balancing the conflict lies in that citizens' pre-option rights should be protected while retaining the later relative options. Meanwhile, public project contractors' legal rights can be protected by priority of follow-up projects, compensation of project cost and deficit, interests of the compensation and litigation rights and so on.

Key Words: exclusive provisions; contractors' operating income right; citizens' options of public services; the rights of the citizen participation; social participation in governance

[编辑: 苏慧]