

# 中国公私合作(PPP)法律制度分析

宋 彪\*

## 目 次

- |                       |                      |
|-----------------------|----------------------|
| I. 中国公私合作(PPP)的背景     | IV. 中国公私合作(PPP)的监管体制 |
| II. 中国公私合作(PPP)的模式与立法 | V. 中国公私合作(PPP)的争端解决  |
| III. 中国公私合作(PPP)的关系构造 | VI. 结论               |

## I. 中国公私合作(PPP)的背景

公私合作(Public Private Partnership, 简称“PPP”)是政府運用市場、民間資源解決公共服務問題的形式，在政治、經濟、社會治理、財務、倫理等領域都具有各自的解釋力。有文獻顯示，英格蘭1364年制定法律允許設立收費公路，法國17世紀開始在鐵路網絡、供水設施和街道照明實現PPP模式<sup>1)</sup>。由此可見，PPP并非一个新話題。不過，20世紀後半叶英國開始推行“新公共管理”，并波及全球，在放松管制 (deregulation)思潮作用下，PPP又以政府職能調整為目標進入公共決策和立法視野。新公共管理理論利用私人力量重塑政府服務，對公共服務實行從私有化(Privatization)到强制競爭性招標(Compulsory Competitive Tendering)、從公共服務外包(Contracting Out)到私人投資行動 (Private Financial Initiative, 简称PFI)的PPP

\* 中國人民大學法學院 副教授, 法學博士

1) 【英】Darrin Grimsey 【澳】Mervyn K. Lewis, 济邦咨询公司译：《公私合作伙伴关系：基础设施供给和项目融资的全球革命》，中国人民大学出版社，2008年版，第43, 47页。

路徑<sup>2)</sup> 美國、日本、加拿大等國，以及歐盟、經合組織(OECD)、世界銀行等國際組織和机构大力推广PPP模式，并建立相應立法与管理机构。

与其他國家相比，中國自1978年改革開放以來也逐步推行PPP理念与形式，但是有其特殊的產生背景。簡言之，中國是在建立社會主義市場經濟体制過程中，將私人經營的優勢引入公共服務，利用不斷完善的市場要素推進政府職能轉變，由此形成政府与私人之間的合作形式。具体而言，中國PPP有以下三方面成因：一是培育市場机制需要厘清“政府-市場”的職能界限，國家政策与立法要求“政企分開”、“政事分開”、“政府与中介組織分開”，試圖減少政府對企業、事業單位、中介机构的不合理影響，培育發展有效的市場环境；二是非公有制經濟發展伴隨着“政企分開”、“對外開放”以及“城鄉二元結構調整”等政策的實施，二者相互作用、互為表里；三是社會經濟的縱深發展為政府提出新的福利課題，政府需要尋找利用社會資源解決公共產品的供給問題。可以說，中國社會轉型中潛在着公私密切合作的邏輯關係；在文化意義上，表現為國家与社會的和諧共處、“中庸”發展。

## II. 中国公私合作(PPP)的模式与立法

### 1. 模式

德國學者Norbert Portz 曾指出：“試圖去總結PPP是什么或者應該是什么几乎沒有任何意義，它沒有固定的定義，并且也很難去考

---

2) 周峰, 陈静:〈新公共管理的政策工具: PPP的理论分析与实践经验〉, 载《中共合肥市委党校学报》2007年 第1期。

証這個含義模糊的英文單詞的起源，PPP的確切含義要根據不同的案例來確定”<sup>3)</sup> 確實，PPP是源自西方語言學的一個意義寬泛的概念，廣義上泛指公私之間的各种經濟合作關係，按私人因素滲透程度可以分為企業化管理、委托管理(特許經營、外包)、私有化等形式；狹義上，PPP專指私人投資行動PFI(也稱DBFO，即設計、建造、融資與經營)。中國沒有PPP的立法界定，學者研究大多也是假西方語匯而進行的中國式解讀。

目前，在立法層面上，按照公私合作思路理解的中國廣義PPP模式主要包括有：特許權經營、代建制、特許經營、事業單位分類改革、托管、政府採購等。

**特許權項目(BOT)**。原國家計委等部門于1995年聯合發布《關於試辦外商投資特許權項目審批管理有關問題的通知》，明確規定外商可以設立項目公司，按照BOT方式經營基礎設施項目。1995年初，廣西壯族自治區政府向原國家計委申請採用BOT方式建設來賓電廠B廠，該項目是中國BOT模式的最早嘗試。

**代建制(BT)**。國務院2004年發布《關於投資體制改革的決定》，要求對非經營性政府投資項目加快推行“代建制”，代建制採用“建設—移交”方式，即BT (build-transfer)。2003年5月，國家計委投資的北京回龍觀醫院1號病房樓工程開工，醫院委托北京高校房地產開發總公司對工程進度、質量、成本進行全面控制。這是中國第一例“代建制”工程。

**特許經營**。建設部2004年發布《市政公用事業特許經營管理辦法》，允許政府在城市供水、供氣、供熱、公共交通、污水處理、垃圾處理等公用事業，通過市場競爭機制選擇投資者或者經營者，明確其在一定期限和範圍內經營某項市政公用事業產品或者提供某項

---

3) 丘健雄，張曉慧：《公私合營(PPP)與私人融資計劃(PFI)》，載《建築時報》2005年1月20日。

服務。按照此《辦法》，許多地方政府通過立法將特許經營形式具體化，比如《北京市城市基礎設施特許經營條例》將特許經營形式分為三類：一是BOT；二是服務外包(Service Contract)和管理外包(Management Contract)；三是其他方式。原北京市基礎設施投資有限公司副總經理王灝從結構融資角度，以BOT為基礎研究出國內地鐵項目運作的兩種模式，將其稱為PPP模式，即項目建設期的前補償(資本補償)和項目運營中的后補償(運營補償)<sup>4)</sup>前補償模式是SB-O-T(Subsidize in Building, Operate and Transfer)，實質是將項目投資分為公益性和盈利性，公益性部分由政府投資，盈利性部分由社會投資；后補償模式是B-SO-T(Build, Subsidize in Operation and Transfer)，實質是通過合理補償和一定激勵約束機制，保證項目良性運轉。這兩種融資方式不同于BOT。

**事業單位分類改革。**事業單位是中國特有的社會組織。依照2004年國務院修訂發布的《事業單位登記管理暫行條例》的規定，事業單位“是指國家為了社會公益目的，由國家機關舉辦或者其他組織利用國有資產舉辦的，從事教育、科技、文化、衛生等活動的社會服務組織”。有學者認為，事業單位是基于提高政府效率和減少財政負擔目的，以及解決經費窘困和保障既有利益目的而成立的，事業單位的“准公共性”容易造成政企不分、事企不分、職能繁雜、行為混亂等問題<sup>5)</sup>對此，中國政府提出“政事分開、管辦分離”的思路，各地對事業單位因地制宜進行改革，比如《深圳市市屬事業單位分類改革實施方案》將事業單位分為5類，有的實行“政府購買”，有的實行市場化改造（可有社會資本參資）。

**托管。**托管是國有企業和國有資產運營過程中普遍採用的管理模

4) 王灝：《加快PPP模式的研究与应用 推动轨道交通市场化进程》，载《宏观经济研究》2004年 第1期。

5) 范恒山：《关于中国事业单位改革几个重要问题的思考》，载《经济研究参考》2004年 第48期。

式。目前，中國在人大立法中尚沒有對“托管”含義進行界定，多數規定散見在地方立法和實踐中。比如，青海省果洛州2007年通過州長辦公會議，對久治、瑪多、班瑪三縣電力企業國有資產經營方式實行改革，由青海萬立投資股份有限公司對三縣企業進行整體接管經營或托管經營<sup>6)</sup>

**政府採購。**中國全國人大於2002年通過《政府採購法》，明確了政府採購的範圍、當事人、程序、管理机制與責任。該法將採購對象限定為“使用財政性資金採購依法制定的集中採購目錄以內的或者採購限額標準以上的貨物、工程和服務”，而且“採購”的形式包括“購買、租賃、委托、雇用”等形式。據此定義，代建制也屬於政府採購方式。在實踐中，這些採購有時也冠以“外包”名義，比如寧波市政府於2009年11月出台《寧波市政府服務外包暫行辦法》，將社會管理、公共服務、後勤服務等方面的技術性勞務類事務，委托給具備條件的企業、科研机构、高等院校或其他組織（統稱承包商）履行，並支付相應報酬。這是國內第一例政府服務外包方面的立法。

從以上分析可以看出，中國PPP各形式之間是相互滲透的。其中，政府採購廣泛運用在其他PPP形式中，成為各類PPP運行的基本制度。

## 2. 立法

### (1) 法律淵源層面

中國PPP立法包括法律、行政法規、地方性法規、部門規章以及司法解釋等立法。其中，有關PPP的法律主要是關於合同、產業政

---

6) 《久治、瑪多、班瑪三縣電力企業托管工作進入實質性階段》，參見商務部網站：<http://guoluo.mofcom.gov.cn/aarticle/dongtai/200707/20070704890411.html>，2009年10月6日訪問。

策、自然資源方面的立法，如《政府採購法》、《建筑法》、《民用航空法》、《礦產資源法》等；有關PPP的行政法規，主要是國務院發布的政策性文件，比如《國務院辦公廳關於加強城市快速軌道交通建設管理的通知》(2003)、《國務院關於鼓勵支持和引導個體私營等非公有制經濟發展的若干意見》(2005)、《關於進一步促進中小企業發展的若干意見》(2009)，此類文件具有產業政策的引導性特點，通常輔以財政、金融措施；有關PPP的地方性法規，是省級人大及其常委會，以及省會城市、經濟特區、國務院批准的較大的市的人大及其常委會制定的規範性文件，如《貴州省城市公共客運交通特許經營權管理條例》(貴州省人大常委會，2005)、《青海省市政公用事業特許經營管理條例》(青海省人大常委會，2009)等；有關PPP的部門規章和地方行政規章，此類立法內容比較系統，一般具有創新性和地方特色，比如國家建設部先後發布《城市市政公用事業利用外資暫行規定》(2000)、《關於加快市政公用行業市場化進行的意見》(2002)、《市政公用事業特許經營管理辦法》(2004)以及5類公用事業特許經營協議的《示范文本》<sup>7)</sup>。此外，國家政策在某種程度上具有替代立法的功能，是一類重要的非正式制度。

## (2) PPP运行环节层面

中國PPP立法包括項目規劃、項目合作、項目建設與運營、項目融資與財務、項目服務、項目資產管理等環節方面的立法。

**項目規劃立法。**廣義上，此類立法涉及公共產品及其市場化範圍的設定，比如國務院《關於投資體制改革的決定》之附件《政府核

7) 這5個示范文本是：《城市供水特許經營協議示范文本》(2004)、《管道燃氣特許經營協議示范文本》(2004)、《城市生活垃圾處理特許經營協議示范文本》(2004)、《城鎮供熱特許經營協議示范文本》(2006)、《城市污水處理特許經營協議示范文本》(2006)等文件。

准的投資項目目錄（2004年）》。狹義上，專指有關具體PPP項目的立法，如《重慶市主城區公共汽車客運線路特許經營管理辦法》、《上海市延安高架路專營管理辦法》、《長春市匯津污水處理專營管理辦法》。

**項目合作的立法**，包括項目決策、項目談判、項目合同、項目審批等方面立法。項目決策立法是目前政府決策體制改革中正在推進的立法，科學立法、民主立法是其基本原則。項目談判立法是選擇經營者的立法，主要是《政府採購法》、《招標投標法》、《合同法》以及自然資源、能源、公共事業等方面特許經營的立法。項目合同立法是規範PPP合同訂立、履行及責任的合同立法，PPP合同的具体內容通常需要特別協商約定，比如北京地鐵4號項目實施方案自2004年11月由市政府批准後，市政府從同年12月起，與中標投資商（香港地鐵—首創集團聯合體）展開三輪談判，於2005年2月草簽《特許協議》，4月12日正式簽署協議<sup>8)</sup>。項目審批立法主要是關於PPP項目市場准入的立法，基本立法是《行政許可法》，此外還有規範各行業准入的產業政策法。

**項目建設與運營的立法**，主要包括：一是土地利用立法，如原國家土地管理局1995年印發的《民航、鐵路、交通、水利、電力五行業劃撥用地項目目錄（試行）》；二是自然資源開發立法；三是工程建設立法，包括項目勘察、設計、施工、監察等方面的規範，比如水利部1998年發布的《水利工程建設程序管理暫行規定》<sup>9)</sup>，以及一

8) 《中國軌道交通第一個特許經營項目——北京地鐵四號線項目正式草簽項目協議》，參見中國城市軌道交通網：<http://www.ccmetro.com/newsite/readnews.aspx?id=26322>；《香港地鐵進入北京運營市場 4號線簽定特許協議》，參見北京社科規劃網：<http://www.bjpopss.gov.cn/bjpssweb/n11451c51.aspx>。2009年 10月 15日訪問。

9) 該《規定》第2條規定：“水利工程建設程序一般分為：項目建議書，可行性研究報告，初步設計，施工準備（包括招標設計），建設實施，生產準備，竣工驗收，後評價等階段。”其中，初步設計至竣工驗收的程序，屬於本文論述的項目建設與運營環節。

些技術標準，如北京市市政工程局編制、建設部審批實施的行業標準《市政橋梁工程質量檢驗評定標準》(GJJ2 - 90)<sup>10</sup>；四是關於PPP項目運營的立法。

**項目融資与財務的立法。**根据國務院《關於投資体制改革的決定》，政府投資資金包括“預算內投資、各類專項建設基金、統借國外貸款等”，相關立法有《預算法》、《外債管理辦法》、《政府性基金預算管理辦法》、《審計法》等。另外，一些地方政府專門出台了政府投融資管理立法，如江蘇省无錫市政府發布的《无錫市政府公益性項目投融資管理暫行辦法》。

**項目服務的立法，**主要是有關PPP項目的服務質量与收費的立法。在服務費用上，政府主要依据《價格法》以及特許經營合同約定的收費辦法。

**項目資產管理的立法，**主要是指項目資產收歸政府所有或者政府資產讓渡其他經營者使用資產的管理性立法，包括《預算法》、《企業國有資產法》、《行政單位國有資產管理暫行辦法》、《事業單位國有資產管理暫行辦法》以及資源類國有資產管理辦法。

PPP項目過程是一項複雜的系統工程，涉及多方當事人，在各監管部門分別立法規範的情況下，PPP立法就是一個涵蓋政府公共管理和市場競爭交易的法律體系，它無法自成體系，也無法採用單一立法模式解決PPP過程的所有問題。因此，研究PPP的主要目的並非是創新一個概念或者體系，而是如何完善現有體制和立法資源，使其滿足PPP的要求。

---

10) 該標準具體規定了土石方，基礎工程，砌體，模板，鋼筋，水泥混凝土構件安裝，鋼結構，裝飾等方面的驗收評定標準。

### Ⅲ. 中国公私合作(PPP)的关系构造

公私合作(PPP)是一种特殊的契約安排。在具体項目的運作層面上, 公私合作(PPP)是利用一系列合同安排合作各方權利、義務与責任等事宜的過程。

#### 1. 当事人

公私合作(PPP)中, 政府与私人投資者是当然的合作主体。爲便于項目的專業化管理和運行, 通常還有項目公司、托管公司或者招投標代理机构等投資者之外的其他主体參與。

**政府。**在中國, 立法、行政、審判檢察等機關均是人民利益的代表, 具有共同政治信仰和价值取向, 這使得對中國政府的理解很多時候采用廣義, 這也符合國家統一預算的管理体制。財政部2006年發布的《政府收支分類改革方案》將政府的一般公共服務界定爲32款, 包括“人大事務”、“政協事務”以及“共產黨事務”、“民主黨派及工商聯事務”、“群眾團體事務”等立法、政黨方面事務。《政府採購法》第15條規定: “採購人是指依法進行政府採購的國家機關、事業單位、團體組織”, 這也采用廣義政府概念。根據中國公私合作的實踐, PPP当事人范疇的政府也屬於廣義政府。需要說明的是, 中國的國有企業不同于一般企業, 不能納入一般民商法、公司法的調整范疇<sup>11)</sup>。政府對執行特殊政策的國有企業實施特殊的管理制度。比如, 國務院國資委對中央企業在人事、經營、財務、薪酬、信息披露、社會責任等方面作出一系列管理規定。當從事公共服務的國有企業(如自來水、交通運輸)按照PPP模式運營時, 企業因其國有性而需要將管理主体(政府)引入決策過程。此時, 私人投資者与國有

11) 金鎔: 《再論國有企業是特殊企業》, 載《中國工業經濟》1999年第3期。

企業的合作實質上也具有与政府合作的性質。

**私人投資者。**在中國公私合作(PPP)語境下，“私人”主要包括：外國投資者及“三資企業”；內資的非公企業，主要是私人投資的企業、公司，這類企業在不同法律文件中的稱謂不盡相同，如1988年國務院頒布的《私營企業暫行條例》規定的“私營企業”；2001年國家計委發布的《關於促進和引導民間投資的若干意見》規定的“民間投資”者；2002年全國人大通過的《中小企業促進法》規定的“中小企業”等。自然人一般不具有PPP當事人的資格，不過，自然人如果通過受讓股權取得對某企業的控制權，則其可能對該企業的公私合作行為產生影響。

**間接當事人。**間接當事人是私人投資者与政府双方協商確定的、具体執行合作事務的組織，它是PPP項目運營的中介与橋梁，主要包括：一是項目法人(公司)，全過程負責PPP建設項目。在北京4号地鐵建設過程中，項目法人是由香港地鐵公司、北京首創集團和北京基礎設施投資有限公司（代表政府出資）三方共同組成的京港地鐵有限公司。二是項目管理機構，它接受委托從事項目設計、建設、經營、管理、維護等業務，一般不与項目建設發生融資活動。三是資產托管機構，既可以是私人組織，也可以是國有單位，對受托資產、受托企業擁有相對獨立的經營權。四是其他當事人，指PPP項目實施各環節中承擔工程設計、施工以及其他專業服務的當事人，這些當事人一般只承擔商事合同義務，不承擔項目的管理与監督職責。

## 2. 合同構造

關於公私合作(PPP)合同的性質，學理上有一些爭議。有觀點認為，PPP協議反映了公私部門之間的買賣關係，也反映了二者之間的管理關係，應屬於兼具公法和私法性質的混合合同<sup>12)</sup>。筆者認

爲，PPP不宜采用“一刀切”方式界定其屬性，而是要根据政府在合同中的作用，對合同類型進行分類。如果合同包含較多政府的強制性、管理性內容，則合同傾向于行政規劃(決策)性質；反之，如果合同內容主要是主体之間的意思自治，則合同傾向于商事合作性質。在具体情境中解釋合同屬性，并進一步分配當事人的權利義務，可以防止政府在合作過程中的隨意性，強化政府的責任和約束，有人將其稱爲PPP模式中的“政府介入權”問題<sup>12)</sup>。

以下簡要介紹特許經營合同与政府採購合同的基本內容。按照建設部《市政公用事業特許經營辦法》的規定，負責公用事業的政府主管部門在通過招投標程序選擇“獲得特許經營權的企業”(即中標者)之后，應當与其簽訂特許經營協議，協議內容包括11項：特許經營內容、區域、範圍及有效期限；產品和服務標準；价格和收費的確定方法、標準以及調整程序；設施的權屬与處置；設施維護和更新改造；安全管理；履約担保；特許經營權的終止和變更；違約責任；爭議解決方式；双方認爲應該約定的其他事項。此外，該《辦法》第10-15、17-18、20、24、28-29條分別規定了合同双方責任、特許期限、政府補償、補充協議、企業變更、單方解除合同、終止合同、合同備案、欺騙性中標、違約責任等可以納入到特許經營合同中的內容。《辦法》沒有將其納入協議必要內容，而是以管理性規範作爲合同双方的法定權利或義務。另外，建設部在其提供的污水處理、供熱等特許經營的合同文本中，對當事人權責又進行了細化，涵蓋了當事人在特許經營項目的建設、運營、維護与移交等各環節中的權責。

政府採購与特許經營既有交叉、又有區別。政府運用私人資本采

12) 湛中樂, 劉書燃:《PPP協議中的法律問題辨析》, 載《法學》2007年 第3期。

13) 朱蕾, 袁竟峰, 杜靜:《基于PPP合同行政屬性的政府介入權研究》, 載《建築經濟》2007年 第10期。

購產品、服務或者工程項目時，通常會與特許經營發生交叉，比如湖南省衡山市采用政府採購招標方式選擇本市出租車特許權的受讓方<sup>14)</sup>。《政府採購法》第五章專章規定了“政府採購合同”，規定“國務院政府採購監督管理部門應當會同國務院有關部門，規定政府採購合同必須具備的條款”。但是，目前尚沒有指導性的法定條款，而多個省份制訂、適用的格式合同文本，與《合同法》第12條規定的合同基本內容并無二致。

### 3. 風險分擔

有學者從實証角度分析中國PPP項目出現經營障礙的原因，并對其暴露的風險進行歸納<sup>15)</sup>。在分析中，作者將中國PPP項目風險分為法律風險、審批延誤、政治決策失誤/冗長、政治反對、政府信用、不可抗力、融資、市場收益不足、項目唯一性、配套設施服務提供、市場需求變化、收費變化以及腐敗等。在案例中，政府信用、市場需求變化、市場收益不足等因素是主要風險。其中，政府信用經常與決策失誤、政治反對、審批延誤等風險結合在一起。在另外一項調查報告中，“國家政策法規不穩定連續”風險是重要度最高的一個風險<sup>16)</sup>。

公私合作(PPP)模式本身就是政府將部分項目風險轉由私人承擔的特殊方式。如何分擔風險，直接影響到私人部門接受PPP形式的熱情。對此，英國按照“將特定的風險交予最適合控制和管理該風險的

14) 《衡山县城市出租车特许经营权政府采购项目预中标公告》，參見湖南省衡阳市財政局網站：<http://www.hysczj.gov.cn/main/zhengfucaigou/zhongbgg/cacb59ef-7b67-4e21-9991-dd7a96f46141.shtml>，2009年10月18日訪問。

15) 王霞，柯永建，王守清：〈基于案例的中国PPP项目的主要风险因素分析〉，載《中國科學》2009年第5期。

16) 王盈盈，柯永建，王守清：〈中國PPP項目中政治風險的變化和趨勢〉，載《建築經濟》2008年第12期。

部門承擔”的原則，對風險進行分配<sup>17)</sup>。除此之外，還應當考慮合作各方的意願、承擔能力以及各方責任之間的平衡問題。從最适宜控制和管理的原則出發，政府對與公共政策、立法相關的外部環境具有較好的控制力。私人部門則主要承擔PPP項目經營方面的風險，其中設計項目質量、運營管理等內容的，需要遵循法定義務與責任。在項目運行中，當事人還需要跟踪觀察，確定風險是否發生變化以及變化後風險是否再次分配。

在北京4號地鐵談判中，風險分擔機制是雙方談判的焦點，內容主要涉及客流、補償機制和風險規避<sup>18)</sup>。為預測客流，北京市基礎設施投資有限公司與社會投資人(包括香港地鐵、西門子、新加坡地鐵等)共同聘請國際著名客流顧問MVA進行獨立第三方公允預測，並與社會投資人就預測客流展開多輪談判。補償機制包括兩種情況：一是戰時或者遭遇恐怖事件時，需臨時關閉地鐵，此期間的票價收入如何補償；二是當達不到預期客流20%時，此時地鐵公司經營不下去，需要政府收回，或者投資人違約，政府要收回，需要提出補償辦法。風險規避機制是指由於非經營性原因，當連續3年客流持續低迷，導致項目可能無法正常運營時，政府可與投資者就項目剩餘淨資產進行協商，以前年度的虧損投資者要自行承担。另外，對於政府出租給項目公司使用的固定資產，雙方確定了比較靈活的租金方案，當未來客流超過預測客流一定比例時，為避免投資人獲得超額利潤，政府要適當調高租金收取額度，分享收益，這其實是政府調節特許公司的客流風險和收益的一種手段<sup>19)</sup>。

17) 英國PPP模式考察團：〈PPP模式發祥地考查報告〉，載〈投資北京〉2006年 第3期。

18) 秦鳳華：〈揭密北京地鐵4號線PPP模式〉，載〈中國投資〉2007年 第9期。

19) 王灝：〈北京地鐵四號線PPP運作案例研究〉，參見中國城市軌道交通網：<http://www.chinametro.net/Content/DisplayArticle.aspx?ID=3656>，2009年 10月 20日 訪問。

## IV. 中国公私合作(PPP)的监管体制

中國公私合作(PPP)的多樣性和複雜性使得构建統一的監管机构存在障礙，各地政府根据本地情况，通過地方性立法确立适合各自情形的監管模式，目前主要有以下三种。

**分頭監管模式**，指由各類公共事業主管部門分別監管本行業範圍內的PPP項目。比如《深圳市公用事業特許經營條例》第6條規定：“市政府公用事業的行業主管部門是特許經營的監管部門，市政府其他職能部門根据各自職責協助履行相應的監管職能”。此模式也可概括為“主輔模式”，即以主管部門為監管主体，其他相關部門承担協作監管責任。為促進公眾參與，深圳市的《條例》還要求市政府根据不同行業分別設立公用事業公眾監督委員會，代表公眾對特許經營活動進行監督。

**綜合監管模式**，指由多家政府部門聯合起來共同監管PPP項目。比如成都市政府2009年11月發布的《成都市人民政府特許經營權管理辦法》規定，市人民政府設立特許經營權管理委員會（簡稱特許委），負責特許經營權出讓的決策和管理；市建設、交通、能源、水務、环保、城管、旅游、民政、公安、林業和園林等行業主管部門依据市政府授權，負責事權範圍內特許經營權的具体管理工作。此類模式强化PPP項目管理的獨特性和專業性，在發揮原有机构分頭監管的基础上創設新的管理机构——特許委。

**單一監管模式**，指是由單一机构行對項目實施監督。比如《青海省市政公用事業特許經營管理條例》第8條規定：“市政公用事業主管部門应当根据城市发展需要，制定特許經營項目實施方案”，第28條規定：“省人民政府建設行政部門和州（市、地）人民政府市政公用事業主管部門應當加强對下級人民政府市政公用事業主管部門實施特許經營活動的監督檢查，及時查處實施特許經營中的違法行爲”。

由此可見，在省級監管權力安排上，青海省實行建設行政部門單一監管模式。

上述體制不一的監管模式，容易因權力交叉或者不清而出現項目拖延等問題。如某市垃圾處理特許經營項目在經營期內中斷，主要原因是政府承諾的周圍配套設施沒有及時跟上，臨時用電也未能改成正式供電，土地証一直沒有辦到，導致融資困難<sup>20</sup>。

這種交叉監管現象在政府採購中也出現過。2004年10月，國家發改委、衛生部委托代理機構對國家醫療救治體系項目進行公開招標，北京現代沃爾貿易公司參與投標。中標結果公布后，沃爾公司認為中標者不符合《政府採購法》的立法宗旨，分別向國家發改委、衛生部提出書面質疑，但沒有得到答復。之后，該公司又向國家財政部遞交書面投訴意見，也沒有接到答復。為此，沃爾公司向北京市一中院提起訴訟，認為財政部對其投訴沒有積極作為，侵犯了公司的合法權益，請求法院判令財政部作出答復，因為按照《政府採購法》的規定，各級人民政府財政部門是負責政府採購監督管理的部門。法院審理后認為，沃爾公司向財政部投訴招投標組織過程中存在不合法問題，屬於財政部的監管範圍，而財政部對投訴未予以回復，應屬未履行法定職責。故判決財政部對沃爾公司的投訴進行處理和答復。2007年1月，財政部向北京市高級人民法院提起上訴，認為根據《招標投標法》等現有相關規定，此案投訴是屬於國家重大建設項目的一部分，應該由國家發改委受理并做出處理決定，財政部在收到沃爾的投訴后，將其轉給發改委處理，符合法律規定，因此一審判決适用法律和認定事實錯誤。有觀點指出，本案糾纏至今沒有結果，是因為觸及到如何划分政府部門權力的難題<sup>21</sup>。

---

20) 李青：〈我國市政公用事業特許經營實施障礙與對策〉，載〈山西財經大學〉2008年第5期。

在不改變現行政府基本構架的前提下，可以從公共投資監管角度對監管體制進行局部調整，使其政府多個部門的監管合力能夠滿足PPP運行的要求。筆者的主要思路是：一是各級政府需要對PPP項目進行綜合科學規劃，確定納入PPP項目的領域與事業，這個過程需要發揮諮詢機構、智囊機構的智庫作用；二是發揮立法機關對PPP項目決策的監管功能，重要PPP項目尤其是關聯到轄區內民衆福利的公共服務事業，需要鼓勵並創造條件促進民衆參與公共決策。

## V. 中國公私合作(PPP)的爭端解決

長春匯津北郊污水處理廠是長春市政府1999年通過招商引資方式與英國匯津公司共同投資建設並經營的項目<sup>21)</sup>。它是國內第一家外商參與投資的中外合作公用事業項目。2000年3月8日，長春市排水公司與匯津公司簽署《合作企業合同》。合同約定，排水公司將長春市北郊污水處理設施的在建工程和項目所需的全部土地使用權以5000萬人民幣作為出資，匯津公司以3.2億元人民幣投資，雙方建立並經營中外合作企業——匯津中國(長春)污水處理有限公司(簡稱匯津長春)，期限為20年。2000年7月14日，長春市政府專門為該項目制定了《長春匯津污水處理專營管理辦法》。2000年底，該項目投產並正常運行。2002年中期開始，排水公司開始拖欠合作公司污水處理費；2003年3月起，排水公司停止向合作企業支付任何污水處理費，截至2003年10月底，累計欠費達9700多萬元人民幣。為解決

21) 〈政府採購第一案二審 財政部稱一審判決有誤〉，參見人民網：<http://society.people.com.cn/GB/42733/5875417.html>，2009年10月25日訪問。

22) 本案例材料參考張慶才：〈匯津事件三問政府〉，參見新浪〈決策〉雜誌專題網：<http://news.sina.com.cn/c/2005-12-22/16008654491.shtml>，2009年10月28日訪問。

欠費爭議，匯津公司邀請吉林省外經貿廳出面調解。在調解會上，匯津公司得知長春市政府已于2003年2月廢止了前述《專營辦法》。匯津公司認為，《專營辦法》是長春市政府為支持污水處理企業而做出的行政許可和行政授權行為，廢除《專營辦法》等于摧毀了合作公司成立及運營的基礎。

在多次調解無果的情況下，匯津公司于2003年8月21日以長春市人民政府為被告，向長春市中級人民法院提起行政訴訟，要求長春市政府糾正其違法行政行為，並請求判令被告長春市人民政府承擔對拖欠污水處理費及滯納金的賠償責任。長春市政府答辯認為：“匯津公司與市排水公司所簽訂的《合作經營合同書》是一份權利義務不平等、違背風險共担、利益共享原則，具有大量保底條款和固定回報條款的合同書，是一個採取規避中國法律而設定、國家明令禁止的變相對外融資舉債的‘固定回報’項目。而《專營辦法》是在中外雙方極力要求下對這種與法律相抵觸的固定回報項目的支持”。市政府做出廢止《專營辦法》的決定，是為了貫徹落實國務院辦公廳《關於妥善處理現有保證外方投資固定回報項目有關問題的通知》的精神。2003年12月，長春市中級人民法院作出一審判決，認定市政府廢止《專營辦法》合法有效，駁回匯津公司要求市政府承擔行政賠償責任的訴訟請求。匯津公司不服，于2004年1月上訴至吉林省高級人民法院。在二審期間，長春匯津北郊污水處理廠正式停產，每日39萬噸污水直接排入松花江。2005年8月，長春市政府同意回購該項目，回購金額為2.8億人民幣，長春市政府將分三次支付。

建設部在《市政公用事業特許經營辦法》中，要求當事人在特許經營協議中約定“爭議處理辦法”，但沒有具體規定爭端處理機制。在其他相關立法中，類似規定也比較少。建設部在其公布的《城市污水處理特許經營協議示范文本》中，倡導採用仲裁或者訴訟方式解決爭端。在提交仲裁之前，當事人雙方應盡力通過友好協商解決

該爭端。“長春匯津”爭端是由于PPP項目在實施過程中，外部政策与市場环境發生變化，導致項目无法按照原有合同繼續履行而發生的。在處理爭端的方式上，“長春匯津案”先后采取調解和訴訟方式，最終以和解告終，由当事各方達成處理協議，政府成爲事件責任的最終承擔者。

由于PPP項目通常具有基础性、長期性和复杂性，各种風險引發的利益冲突在所難免。對此，除了運用仲裁、訴訟之外，尚需要進一步探索适合PPP項目特征的爭端解决机制。這是因爲，PPP項目滲透有解決爭端的積極因素，表現在：其一，合作是PPP獲得推广的灵魂，即政府与私人部門本着合作、双贏的理念運行項目，在長期談判和風險分配過程中，逐步形成一种相互信賴的關係，這種關係便于通過非仲裁、非訴訟等方式促成爭端的解決；其二，在PPP風險分配和管理進一步細化的情況下，爭端發生的概率會降低，爭議的解決更多是執行問題，而不是責任分配問題；其三，PPP項目通常需要具有專業知識背景和經驗的人員進行處理，爭端提請仲裁或者訴訟有可能造成處理失当。爲此，建議推行專家紛爭調停小組，選擇由参与PPP項目決策論証的專業人士組成爭端解决机构，對PPP項目履行進行客觀考查，并提出處理方案。

## VI. 结论

在中國，PPP是伴隨着“政企分開”、“政事分開”以及政府職能轉變的政策环境逐步推行的，它不僅具有其他國家采用的PPP普遍形態(如BOT、合資經營)，也有自身特殊的形式(如代建制、事業單位改革)，其中，政府採購与很多形式都有交叉。本文圍繞中國PPP的表現形態，對現行PPP立法進行了比較系統的梳理和總結，初步构建

了PPP的制度框架。在PPP模式的關係构造中，政府与私人之間的關係能够最充分体现公私合作价值，其契約內容更多滲透有立法的強制性規定，此類合同受宏觀經濟与立法政策影響較大，其風險責任傾向于由政府承担。關於PPP的監管机构，本文建議在公共投資視野下，不僅要考慮PPP項目運行中的管理机构，還要考慮項目規劃決策中的公眾參與。關於PPP的爭端解決，從PPP內涵的公共性、合作倫理以及專業化運行等特点出發，本文建議构建專家紛爭調停机构，實現專業、便捷、妥當的處理效果。

英國基礎設施專家Olivia Jensen 表示，中國將是全球範圍內環境基建PPP 模式的最大市場<sup>23)</sup>。事實上，除基礎設置外，中國PPP模式也逐漸運用于廉租房建設、高等教育辦學、農村養老保險等領域。目前，PPP的概念和模式尚處於推行階段。可以預見，隨着政府公共服務職能的改革，利用PPP解決公共服務的項目會越來越多。為此，從法治建設角度出發，國家需要整合現行立法，通過指導文件、示范文本等方式明确PPP的內涵、形式、流程、權責以及爭端解決方式，為PPP實務提供可資借鑒的立法資源。2010年1月，中國國務院辦公室向社會發布《政府投資條例》(征求意见稿)征求各界意見。該《條例》對政府投資領域、方式、決策程序、年度計劃、建設設施、監管体制、法律責任等內容作了規定，大多數內容与現行PPP立法存在交叉，即立法對政府投資的過程化管理与對PPP項目的過程監管具有相當的重合性。与現行PPP立法相比，該《條例》明确了項目單位、風險管理、聯合監管、公眾參與等制度，進一步完善了PPP制度。

**主題語：**中国公私合作，公私合作，PPP模式，PPP實務

23) 安樂弟：〈PPP 模式：机制缺位重在监管〉，載《中華建築報》2006年11月4日第6版。

[ 국문요약 ]

## 중국공사합작(PPP)법률제도 분석

宋彪(Song Biao)\*

공사합작은 정부가 시장과 민간자원을 이용하여 공공서비스문제를 해결하는 형식으로서 정치, 경제, 사회관리, 재무, 윤리 등 영역 모두에 해석력을 갖고 있다. 자료에 의하면 영국에서는 1364년부터 이미 입법으로 유료도로를 허락하고 프랑스에서는 17세기부터 철도망, 상수도시설, 가로등 등 면에서 이미 PPP형식을 실현하고 있다. 미국, 일본, 캐나다 등 나라와 유럽연맹, 경영합작조직(OECD), 세계은행 등 국제조직과 기구에서 대규모적으로 PPP형식의 취하고 있으며 상응한 입법과 관리 기구들을 건립하였다.

중국의 PPP는 아래와 같은 세 가지 형성원인이 있다. 첫째는 시장의 기능을 제고하는 데는 반드시 “정부-시장”기능제한을 명확히 할 필요성이 있는데 국가정책과 입법을 보면 “정부와 기업이 분리”되고, “정부와 사업단위가 분리”되고, “정부와 중개조직이 분리”될 것을 요구하고 있어 정부가 기업, 사업단위, 중개기구에 미치는 불합리한 영향을 감소시키고 있다. 둘째는 비공유제 경제발전은 “정부와 기업의 분리”, “대외개방” 및 “도시와 농촌의 2원조직조정” 등 정책의 실행을 동반하게 된다. 양자는 상호작용하고 보충하게 된다. 셋째는 사회경제의 깊이 있는 발전은 정부에 새로운 복리과제를 제기하고 있다. 정부는 사회자원을 이용하여 공공산품을 해결하는 개혁사고방식이 필요하다.

중국에서 PPP는 초보적으로 추진하고 있으며 국가에서 채용한 PPP

---

\* 중국인민대학 법학원 부교수, 법학박사

의 일반적 형태(Bot, 합작경영) 또한 자체의 특수한 형식(대건제, 실업단위개혁)으로 그 중 정부가 구매하는 방식과 기타 형식이 여러 가지로 교차적으로 진행하고 있다. PPP를 관리하는 기관은 공공투자의 시약적 범위 하에서 PPP프로젝트를 운영해야 하고, 또한 관리 중 입법기관, 공공참여도 고려를 해야 한다. PPP의 모순 해결기관은 전업성, 간편성을 내세우면서 합리적으로 문제를 처리하는 효과를 낼 것이다.

중국 PPP는 점차적으로 저렴한 임대주택건설, 고등학교 설립, 농촌 양로보험에도 응용이 될 것이다. 현재 PPP는 추진단계에 있다. 정부의 공공기능의 개혁으로 말미암아 PPP를 이용하여 공공서비스를 해결하는 프로젝트가 날로 많아지고 있다. 이에 법치건설의 측면에서 국가는 현행 입법을 통합 조정할 필요성이 있겠고 지도문건, 시범문건 등 방식으로 PPP의 내용, 형식, 절차, 권리와 책임 및 쟁점해결방식을 명확히 하여 PPP실무에 참고할 수 있는 입법자원을 제공하는 것이 필요하다.

**주제어 :** 중국공사합작, 공사합작, 공공서비스문제, PPP형식, PPP실무