

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》评析

李明超

(浙江大学光华法学院, 浙江 杭州 310008)

摘要:《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的出台为正在探索中的基础设施和公用事业特许经营市场化改革和立法提供了规范化的约束和指引。该办法的亮点是系统规定了特许协议的内容、明确规定了投融资机制、赋予公众参与实效性并保障了特许经营者的预期利益。该办法在形式合法性、特许经营方式和兜底条款、特许期限确定及延长、监管制度规定和特许经营协议争端解决机制等方面存在缺失亟待予以相应修订。另外,进一步完善特许经营立法,应着重就统一监管机构的设立和多元监管方式的适用进行规定,并就特许经营制度与相关制度间的协调与衔接作出妥善处理。

关键词:基础设施和公用事业; 特许经营; 制度创新

中图分类号: DF912.2

文献标志码: A

文章编号: 1009-2013(2015)06-0065-07

Evaluate and analyse of the regulation *Measures for the Administration of Concession for Infrastructure and Public Utilities*

LI Mingchao

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: The regulation of *Measures for the Administration of Concession for Infrastructure and Public Utilities* provides standardized constraints and guidance for the legislation and the practice of the infrastructure and public utilities' concession. The regulation systematically rules the concession agreement, the investment and financing mechanism, the effectiveness of the public participation and the anticipation interests of the operator. But the regulation has shortcoming and defects in formal legitimacy, modes of operation and its transparency provisions, operation period and its extend, regulatory provisions, settlement mechanism of concession agreement. Also, the legislature should make systemic regulations of unified regulator and multinational supervision methods, and should properly deal with the problems of the coordination and cohesion between the concession systems and the related systems.

Keywords: infrastructure and public utilities; concession; system innovation

作为政府治理的一种工具, 特许经营成为许多国家基础设施和公用事业市场化改革的重要方式^[1-2]。特许在本质上可以看作是增强市场竞争力的一种机制, 若适当地予以运用, 则能够实现提高生产效率和分配效率的双重目标^{[3]513-514}。中国自1984年深圳沙角B电厂项目实行特许经营至今, 基础设施和公用事业特许经营的市场化改革已逾30年。据世界银行不完全统计, 自20世纪90年代以来中

国在交通、能源、市政领域组织了1 000多个特许经营项目。此间国务院和有关省市先后制定了60余件地方性法规、规章或规范性文件^[4]。然而, 与日渐高涨的基础设施和公用事业特许经营市场化改革浪潮相比, 相关立法严重滞后, 法律规范特别是上位法律、行政法规的缺位给中国基础设施和公用事业特许经营改革实践带来了巨大的制度性风险。2013年第12届全国人大常委会立法规划将《基础设施和公用事业特许经营法》列为需要抓紧提请审议的第二类立法项目。根据国务院部署, 国家发展和改革委员会牵头成立了基础设施和公用事业特许经营立法工作领导小组以推进相关立法工作。

收稿日期: 2015-11-22

基金项目: 国家社会科学基金项目(12BFX044)

作者简介: 李明超(1986—), 男, 山东泰安人, 博士研究生, 主要研究方向为行政许可法、公用事业法。

2014年5月3日由国家发改委牵头起草的《基础设施和公用事业特许经营法》向社会公开征求意见。鉴于立法周期较长,考虑到当前促进民间投资、稳定经济增长的任务紧迫,国家发改委等6部委联合发布《基础设施和公用事业特许经营管理办法》(以下简称《管理办法》),该办法经第89次国务院常务会议审议通过后,于2015年6月1日起施行。《管理办法》的颁布创新了特许经营的规制,完善了相关制度内容,为正在探索中的基础设施和公用事业特许经营市场化改革提供了新规范。当然,《管理办法》还只是一个初步的法制框架,存在一些需要探讨的地方,在缺乏相关配套实施办法等法律规范的情形下,需要运用法学方法进行法律解释和法律漏洞的填补,以完善相关条款的适用机制。为此,笔者拟通过与相关制度及其实践对比来揭示《管理办法》中的制度创新与不足之处,同时就几个重要问题进行理论上的探讨,以完善相关规制与适用机制,为统一的特许经营法的出台提供理论参考。

一、《管理办法》制度创新的亮点

与以前相关的特许经营制度比较而言,《管理办法》有以下四个创新之处:

(1)系统规定了特许协议内容。“在一个混合行政的时代,在一个对公权力和私权力的创造性互相作用及其依赖的时代,合同乃行政法之核心。”^{[3]54} 特许私营企业提供服务是新公共管理运动的缩影,也是契约型安排在行政法中兴起的缩影。在公私混合的领域,契约作为一种更有效的责任制度而成为政府治理的有效工具。特许协议是特许经营制度中的重要内容,目的在于约束和规范协议双方的行为,明确协议双方各自的权利义务、收益和风险,以保证特许经营活动顺利进行。特许协议不是一种静态的文本制度。从协议运行的整个过程来看,其更是一种饱含活力的动态调控机制。一方面,《管理办法》以特许协议实施的全过程为中心搭建了完整的立法框架,系统规定了特许协议订立、履行、变更和终止等内容,是目前首部对特许经营协议内容作系统性规定的立法,为特许协议双方主体的行为提供了明确的法律依据,有利于特许协议的顺利

履行,维护协议双方主体的合法权益。另一方面,《管理办法》以特许协议为中心设计立法框架主要是为了消弭政府与特许经营者之间地位的不平等,打破传统僵硬的公私对立关系,强调两者之间的长期合作关系^[5],以提高公共产品和服务供给的质量与效率,最终实现多方共赢。

(2)明确规定了投融资机制。基础设施和公用事业属于网络型行业,公共基础设施的建设沉淀成本较大,需要大量的资本投入。此前相关特许经营法规并未对投融资机制作出明确规定,投融资的方式主要由中央政府规制,例如国务院《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》以及国家发改委《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》等。《管理办法》则吸收了相关政策规定,首次明确规定了特许经营制度中的投融资机制。《管理办法》主要在第二章对特许经营中的投融资方式进行了详细规定。一是明确了金融机构的专业咨询服务功能。鼓励金融机构为特许经营项目提供财务与融资顾问、银团贷款等金融服务;政策性、开发性金融机构可以给予特许经营项目差异化信贷支持,并探索利用特许经营项目预期收益质押贷款,支持利用相关收益作为还款来源。其中,关于利用特许经营项目预期收益抵押贷款的规定已经得到司法部门的支持。最高人民法院在2015年11月19日发布的第11批指导性案例第53号指导案例裁判要点中明确指出:“特许经营权的收益权可以质押,并可作为应收账款进行出质登记。”^① 这为特许经营项目预期收益抵押贷款规制的落实提供了有效的司法保障。二是发展多元化的融资工具。鼓励通过设立产业基金等形式入股提供特许项目资金;鼓励项目公司实行结构化融资,发行项目收益票据和资产支持票据等;鼓励成立私募基金,通过发行企业债券、项目收益债券、非金融企业债务融资工具等方式拓宽融资渠道。三是财政上予以支持。县级以上人民政府有关部门可以探索与金融机构设立引导基金,并通过投资补助、财政补贴、贷款贴息等方式支持特许项目的建设运营。

(3)赋予公众参与的实效性。特许经营旨在通过基础和公用事业经营机制的转变,为公民提供高效

稳定、价格合理和品质优良的公共产品和公共服务。特许经营根本目的是为了公共利益,但大多法规都未具体规定公众参与的方式,公众意见亦不具有法律的约束性。公众参与机制的缺失成为中国特许经营监管失灵的重要原因^[6]。《管理办法》系统规定了公众参与的内容和方式。第一,社会公众享有投诉权和建议权。社会公众对于违法的特许经营活动可以向监管部门投诉,也可向实施机构或特许经营者即时提出意见和建议。第二,保障社会公众的信息获取权。县级以上人民政府应当将特许经营有关政策措施、特许经营部门协调机制组成以及职责等信息向社会公开;实施机构和特许经营者应当将特许经营项目实施方案、特许经营者选择、特许经营协议及其变更或终止、项目建设运营、所提供公共服务标准、监测分析和绩效评价、经过审计的上年度财务报表等有关信息按规定向社会公开。第三,赋予公众参与意见以法律效力。明确规定:“实施机构应当将社会公众意见作为监测分析和绩效评价的重要内容”,赋予公众参与以实效性,有利于公众利益诉求的表达与实现。

(4) 保护特许经营者预期利益。虽然《行政许可法》从各个方面赋予行政许可以财产权的属性,使被许可人从实体上得到最为有效的保障,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可^[7],但《行政许可法》、《国家赔偿法》以及《关于审理行政许可案件若干问题的规定》等相关法律和司法解释对行政许可补偿一般采用在实际损失范围内确定补偿数额的标准,排除了行政许可期限届满前预期利益的补偿,损害了特许经营者特许权所衍生的预期利益的保护。《管理办法》第 36 条规定:“因法律、行政法规修改,或者政策调整损害特许经营者预期利益,或者根据公共利益需要,要求特许经营者提供协议约定以外的产品或服务的,应当给予特许经营者相应补偿。”这是对现行法律规范的突破,具有重大的理论和实践意义。该条规定了特许经营者在法律、法规修改和政策调整两种情况下预期利益受到侵害时可给予相应补偿,虽然没有涵盖所有行政补偿的情形,但有利于相关制度的完善和相关理论的拓展。更重要的是,在特许经营实践中可有效

排除因政策和法律规范变动对特许经营者所造成的经营风险的担忧,为社会资本进入基础设施和公用事业领域消除了巨大的后顾之忧。

二、《管理办法》的主要缺失

由于当前政治、经济和社会环境以及立法者的有限理性,《管理办法》也存在以下诸多缺失。

(1) 形式合法性缺失。基础设施和公用事业特许经营属于《行政许可法》第 12 条第 2 款中“直接关系公共利益特定行业市场准入需要赋予特定权利的事项”,其设定需要遵循行政许可法中关于行政许可设定权的具体规定。《行政许可法》第 14、15、16、17 条对行政许可的设定作了具体规定,可以设定行政许可的法律形式包括法律、行政法规、国务院决定、地方性法规以及省、自治区、直辖市人民政府规章,取消了部门规章和其他规范性文件的行政许可设定权。从形式上来看,《管理办法》虽然是由六部委联合制定并经国务院批准后发布,但其仍然属于部门规章范畴,有违行政许可法的相关规定,不具有形式合法性。考察《管理办法》的出台过程可以发现,它是在《特许经营法》迟迟无法出台的情况下按照“急用先行”的原则制定的,虽然不具有外在的形式合法性但其内容具有实质合理性。《管理办法》的出台显然是一种权宜之计,是为了满足当前特许经营实践对相关制度的需求,同时通过《管理办法》的实施进行“试错”以积累立法经验,这具有明显的法律试行的特点^[8]。《管理办法》作为一种临时性的、过渡性的立法,应在反复实践的试错过程中不断进行自我调节和修正,以保证立法的合理性和实效性。同时,《管理办法》不应长期存在,待时机成熟时,立法机关应及时将其上升为《特许经营法》,以结束其试错积累经验的过程,消解当前立法外在形式不合法但内在具有实质合理性的尴尬局面。

(2) 特许经营方式和兜底条款规定不够科学。特许经营主要是围绕“经营权”而展开的,立法根据特许项目具体情况规定了不同的经营方式。首先,《管理办法》第 5 条主要对特许经营者投资新建或改扩建项目的经营方式作了规定,具体包括三种方

式：建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营—移交(BOOT)、建设—移交—运营(BTO)。这三种方式都属于 BOT 模式，其中后两者是 BOT 模式的变形。实践中还存在其他类型的 BOT 模式，例如设计—建设—融资—经营(DBFO)和建设—租赁—移交(BLT)等，今后立法应进一步总结提炼实践中较为成熟的 BOT 方式，不断完善相关法律条款的内容。其次，《管理办法》未对已建成的基础设施和公用事业运营模式即 TOT 模式作出规定，只限于投资新建和改建扩建的项目运营模式。公共产品和公共服务的提供都需要依赖于公用企业和公用设施，对于已有的公用企业或公用设施，在不需要新建、改建和扩建的情况下就不需要将建设权交由特许经营经营者，此时特许经营经营者只享有经营权，在特许期限内负有维护和保养公用设施的义务。实践中，TOT 模式也是特许经营制度的一种重要方式，在国家发改委 PPP 项目库中各省市大量的存量项目都采用了 TOT 的经营方式^[9]。因此，特许经营立法不应仅规定新建项目的特许经营方式，还应对实践中大量存在的存量项目的特许经营方式作出明确规定，以实现特许实践有法可依。最后，《管理办法》第 5 条还对特许经营方式规定了兜底条款，即“国家规定的其他方式”。基础设施和公用事业的种类繁多，每个地方的特许经营实践不尽相同，具体到每个特许项目的情况亦不相同。因此，特许经营立法无法对所有的特许经营方式作出详尽规定，大都在立法中规定了兜底条款。地方性法规大多规定“法律、法规规定的其他方式”，将特许经营方式决定权交由立法机关，以防止政府滥用职权设定不符合特许经营的方式。相比之下，《管理办法》的规定十分笼统且没有相关的适用条款，极易引发争议。一方面，“国家规定”从字面上理解是指国务院及中央部委所作的规定，排除了地方立法机关和行政机关的规定，是否合理有待商榷。另一方面，国家规定不仅包含立法性规定，还包括了政策等非经立法程序制定的规范性文件，这赋予了行政机关极大的裁量权，无法对行政机关的特许行为进行有效的法律约束。笔者认为将兜底条款的内容限定为“法律、法规规定的其他方式”更为合理。

(3) 特许经营期限确定及延长规制不明确。关于特许经营的最长期限，《管理办法》第 6 条第 1 款规定最长期限不超过 30 年，但第 2 款规定对于投资规模大、回报周期长的基础设施和公用事业特许经营项目可以由政府或者授权部门与特许经营经营者根据项目实际情况，约定超过前款规定的特许经营期限。《行政许可法》并未对特许经营期限作出具体规定，原建设部《市政公用事业特许经营管理办法》规定特许经营期限最长不得超过 30 年，之后相关地方性立法都沿袭了最长期限 30 年的规定，《管理办法》征求意见稿也规定了最长 30 年的期限，并未作出“但书”规定。对于重大或者规模较大的特许项目来说，30 年的最长期限可能无法满足其收回成本并获取收益的需求。虽该条款的“但书”规定具有现实必要性，但对最长特许期限的突破应当有严格的实体和程序的要求，不应由政府与特许经营经营者通过协议协商约定，以防止政府恣意行政以及特许经营经营者借此“俘获”政府并获取超额利润。具体来说：第一，在实体要求方面，政府或者特许经营经营者应提出详尽的论证方案，以说明在 30 年的特许期限内，特许经营经营者无法回收成本并获取相应收益；第二，在程序要求方面，政府应组织相关专家对特许项目所需的超长期限进行详细论证，并召开听证会听取各方当事人、利害关系人和公众的意见，据此作出决定后并报请省级以上人民政府或者相关部门予以批准。

关于特许经营期限的延长，《管理办法》第 37 条第 2 款规定：“特许经营期限届满后确有必要延长的，按照有关规定经充分评估论证，协商一致并报批准后，可以延长。”特许经营权在一定的地域范围和经营期限内具有垄断性，潜在的竞争者无法进入基础设施和公用事业领域，期限的延长容易造成在位特许经营者的长期垄断经营，无法实现充分的竞争，违背了特许经营制度引入市场机制进行准入竞争的初衷。因此，应对期限延长作较为严格的规定，进一步明确期限延长的适用情形、审查标准和延长期限等问题。第一，“确有必要”如何理解，具体包括哪些情形？“确有必要”首先排除了特许经营者在正常期限届满后申请期限延长的情形，

对此,《管理办法》第 40 条作出了具体规定,即特许经营期限届满或提前终止,应重新选择特许经营者。可见,此处的“确有必要”主要是指一些重大突发情形,结合特许经营实践来看,主要包括三种情形:特许经营过程中遇到自然灾害等不可抗力因素,导致公用企业出现暂停服务的情形,特许经营者要求延长许可期限,以弥补因服务暂停所损耗的时间;因政策原因或政府过错使特许经营者遭受重大损失,政府以延长特许期限的方式替代其行政赔偿或损失补偿责任;政府在特许经营期限届满前经正常的遴选程序未找到合适的后续接管者,而又无力接管公用企业时,与在位经营者协商延长特许期限,以便政府在此期间遴选合格的特许经营者或者在此过渡期间内由政府组建项目公司逐步接管公用企业。其中第二种情形是政府逃避责任的方式,属于对职权的滥用,损害了公共利益,立法应予以明确禁止。第二,关于期限延长的次数和时间该条款未作规定。笔者认为,鉴于期限延长主要是针对重大突发情形予以补救,期限延续不应过长,应根据具体情形确定期限,延长次数也应以 1 次为限。

(4)特许经营政府监管规定过于简略。关于特许经营政府监管机构,《管理办法》只在第一章“总则”第 7、8 条中作了原则性规定:一是各政府职能部门在其职责范围内进行特许经营项目的实施和监督管理工作;二是县级以上地方人民政府应当建立有各部门参加的基础设施和公用事业特许经营部门协调机制。关于政府监管方式,《管理办法》在第五章“监督管理和公共利益保障”进行了规定,但该章只有 8 个条款,只是对特许经营者的成本监审、绩效评价以及监管机构的信息公开和突发事件应急预案的制定进行了简略的规定。

特许经营的实质是“官督商办”。基础设施和公用事业领域内的特许经营改革,只是经营层面上的变革,由国营转为民营,不论经营主体如何变革,政府始终担负着提供公共产品和服务的职责。《管理办法》对社会资本的市场准入作了较为具体的规定,但对于事后的政府监管缺乏系统的规定,无法对政府监管提供有效的制度指引和法律约束:一是现有规定无法理顺监管机构的职权交叉、重叠混

乱,缺乏统一(或独立)的监管机构;二是现有立法中的监管方式较为单一,且缺乏具体的适用规则,尚未形成一套完整系统的监管制度体系。监管制度的缺陷也成为当前实践中政府监管失败的重要原因,今后的立法应对此进行重点完善。

(5)特许经营协议的争端解决机制不健全。《管理办法》(征求意见稿)第 48 条曾对特许经营协议争端解决的司法救济作出明确规定,即“特许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。特许经营者认为有关政府和部门不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议作出的具体行政行为侵犯其合法权益的,有陈述、申辩的权利,并可以依法提起行政复议或者行政诉讼。”虽然《管理办法》对特许经营协议的订立、履行、变更和终止都作了较为详细的规定,对“争议解决”虽然也单列一章规定,但仅有 4 个条款,其中第 49、50 条对特许经营协议争议解决作了规定。第一,特许经营协议履行过程中发生争议应当协商解决,达成一致的应当签订补充协议;第二,因特许经营协议中的专业技术问题发生争议的,可以共同聘请专家或第三方机构进行调解。从内容上来说,现有立法只对特许经营协议履行及其协议中的专业技术问题所生争议的解决作出了具体规定,但未对特许经营协议订立和终止以及特许经营协议中的权利义务条款等内容产生争议时的解决机制予以规定。从解决方式来说,现有立法只规定了协商和调解两种方式,并未提及争议解决的司法救济方式。这样的规定无法为争议解决提供有效的法律指引,反而造成了争议解决方式选择适用的困惑。联合国国际贸易法委员会在《私人融资基础设施项目法律指南》中指出:“在多数大陆法系国家,项目协议由行政法管辖,而在另一些国家,此种协议原则上由合同法管辖,并有针对性提供公共服务的政府合同而制定的特别规则作为补充。这种制度可能关系到项目协议当事方商定的争端解决机制。”^[10]笔者认为对于特许经营协议纠纷解决,不应过多纠缠于特许经营性质,应在认真梳理现有的行政诉讼、民事诉讼以及仲裁制度等正式的法律纠纷解决机制的基础上,

对特许经营协议内容及其履约过程中产生的法律纠纷类型进行分类定性,从而选择公法或私法的争端解决方式。具体来说,第一,因协议中的内容以及协议履行过程中所发生的涉及到项目建设、运营、移交过程中产生的不属于行政管理领域的纠纷,应属于平等主体之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,在难以协商达成一致时,可以提起民事诉讼或者仲裁。第二,因涉及到行政机关行政管理权行使引发的协议纠纷,例如行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除特许经营协议时,在难以协商解决时,特许经营者可以依法提起行政复议或者行政诉讼。新修订的《行政诉讼法》第12条及《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条明确将特许经营协议中涉及到行政管理权行使而引发的特许经营协议争议纳入到行政诉讼受案范围中,为相关争议的解决提供了制度保障。

三、《管理办法》修订需解决的重点问题

从国际经验来看,无论是英、法等发达国家还是智利、阿根廷等发展中国家,其推行基础设施和公用事业市场化改革的前提条件就是制定和完善基础性和配套性的法律框架,对政府、企业、公众的权利和义务等做出清晰界定^[11]。中国基础设施和公用事业市场化改革沿袭了“摸着石头过河”的传统改革思路,立法需要在改革进程中逐步出台、修订和完善。通过上述制度分析,除需要在具体条文上做出明确修订外,进一步完善《管理办法》还需要重点解决以下三个问题。

(1)就统一监管机构设立做出规定。基础设施和公用事业监管体系的完善攸关特许经营制度改革的成败,是《管理办法》需要重点予以完善的内容。从国际经验来看,建立独立或相对独立的监管机构已成为各国监管机构的普遍发展趋势,独立监管机构相较于传统行政部门具有自身不可比拟的优势^[12]。目前中国并没有独立的监管机构。考察特许经营相关立法可以发现,在地方性立法中存在两种综合性的监督管理机构:一是特许经营权管理委员会,作为一种政府决策管理机构,并负责组织协调

各相关部门的监管职责;二是市政公用事业公众监督委员会,属于公众参与监管的一种组织方式,委员会成员中非政府部门和公众代表一般不少于2/3,代表公众对市政公用事业特许经营活动进行监督和质询。修订《管理办法》可借鉴相关国外或地方成功经验,将协调机构上升为政府内部统一的监管机构,以整合各部门的监管职责,实现统一监管;同时,进一步完善社会公众参与机制,在政府部门之外建立类似于市政公用事业公众监督委员会的机构,为社会公众提供有效的参与渠道。两种类型的监管机构相辅相成,可以实现政府与社会公众之间的有效沟通,待时机成熟时将两种监管机构的职能进行整合,逐步建立独立的特许经营监管机构。

(2)就多元监管方式的适用作出规定。基础设施和公用事业特许经营是一个长期复杂的过程,一般需要经过“特许经营权授予—特许经营项目建设—特许经营项目运营—特许经营权收回”等几个基本环节。政府从传统管制领域中逐渐淡出意味着国家、社会、个人之间的责任范围及其相应主体间关系结构的调整,但并不一定意味着监管强度的减低;相反地,政府在放松管制、逐步淡出的同时却透过其他替代性的管制方法,相应地加强监管的力度^[13]。政府监管应当贯穿于特许经营的整个过程,并根据监管过程与监管内容的特点采取不同的监管方式,实现激励与自律、合作与规制的并存。基础设施和公用事业特许经营中的政府过程性监管按时间要素可分为事前监管、事中监管和事后监管。其中事前监管主要包括风险决策评估和市场准入,事中监管主要包括价格监管、安全监管、绩效评估和临时接管应急处理,事后监管主要包括市场退出等。每一种监管方式都有不同的功能定位和适用机制^[14],今后《管理办法》应遵循“政府主导、市场调控、企业运作和公众参与”的原则^[15],完善已有监管方式的适用机制,并进一步补充规定相关监管方式,为政府监管提供合法有效的制度工具,同时限制政府滥用职权,保障特许经营者与社会公众的合法权益。

(3)做好特许经营制度与相关制度间的协调与衔接。《管理办法》虽然是由中央六个部委联合发布的,是各部委间意见妥协的产物,但从目前特许

经营相关立法来看,仍然无法消除巨大的意见分歧。例如,财政部认为特许经营是政府与社会资本合作的方式之一,属于政府购买服务的范畴,在其发布的《政府购买服务管理办法(暂行)》中明确要求以特许经营方式购买服务时必须适用《政府采购法》等相关的法律规范。财政部的相关规定与《管理办法》的制度规定存在冲突,造成地方政府特许经营实践过程中对特许经营制度内容选择适用的困难。另外,特许经营制度与相关配套制度之间也存在不匹配的情况。例如《管理办法》第 15 条规定特许经营者的选择应当通过招标、竞争性谈判等方式选择,但是现行的《招标投标法》等相关制度主要是针对工程建设项目招标投标的实际需要制定的,并未考虑基础设施和公用事业特许项目的特点和需求,因而无法直接适用。鉴此,应当在系统梳理和分析相关制度的基础上对《管理办法》进行修改和完善,以减少制度间的规范冲突,加强相互协调与衔接。

注释:

- ① 关于第 53 号指导性案例的具体情况可参见《最高人民法院关于发布第 11 批指导性案例的通知》(法(2015)320 号)中“福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案”。
- ② 参见《成都市人民政府特许经营权管理办法》第 5 条、第 6 条。
- ③ 参见《杭州市市政公用事业特许经营条例》第 36 条、《湖南省市政公用事业特许经营条例》25 条等。

参考文献:

- [1] Tatahi, Motasam. Privatisation Performance in Major European Countries Since 1980[M]. New York: Palgrave

Macmillan, 2006: 97-162.

- [2] Chong, Alberto Lopez de Silanes, Florencio. Privatization in Latin America: Myths and Reality[M]. Washington: World Bank Publications, 2005: 1-66.
- [3] 卡罗尔·哈洛,理查德·罗林斯.法律与行政(下卷)[M].杨伟东,译.北京:商务印书馆,2004.
- [4] 中华人民共和国国务院新闻办公室.发改委就《基础设施和公用事业特许经营管理办法》情况举行发布会[EB/OL].(2015-05-05)[2015-11-20] <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gbwxfbh/fbh/Document/1433158/1433158.htm>.
- [5] 约翰·D,多纳休,理查德·J,等.合作:激变时代的合作治理[M].徐维,译.北京:中国政法大学出版社,2015: 23.
- [6] 章志远,李明超.公用事业特许经营中的公众参与监管制度研究[J].河南司法警官职业学院学报,2010(6): 22-26.
- [7] 周汉华.行政许可法:观念创新与实践挑战[J].法学研究,2005(2): 3-24.
- [8] 季卫东.法治秩序的建构(增补版)[M].北京:商务印书馆,2014: 139-158.
- [9] 国家发展和改革委员会.PPP 项目库[EB/OL].(2015-9-25)[2015-12-05] <http://tzs.Ndrc.gov.cn/zttp/PPPxmkk/>.
- [10] 叶万和.从 BOT 到 PFIP——再论私人投资基础设施及有关立法问题[J].厦门大学法律评,2002(4): 307-331.
- [11] 周林军.公用事业市场化问题研究[C].//周林军.中国公用事业改革:从理论到实践.北京:知识产权出版社,2009: 19.
- [12] 马英娟.政府监管机构研究[M].北京:北京大学出版社,2007: 109-112.
- [13] 高家伟.论中国大陆煤炭能源监管中的公私伙伴关系[J].月旦法学杂志,2009(174): 241-260.
- [14] 李明超.公用事业特许经营监管的制度性风险及其制度体系之建构[J].行政与法,2015(10): 73-89.
- [15] 徐宗威.公权市场[M].北京:机械工业出版社,2009: 86.

责任编辑: 曾凡盛