

我国公路经营权契约规制论

——以政府特许经营协议为中心

陈学辉

(华东政法大学 研究生教育学院, 上海 200042)

摘要:我国公路经营权伴随公路基础设施民营化和股份制改革而生,其性质属于源自政府特许经营协议的民事权利。基于公路经营权的私权利性质与公益性特点,传统命令与控制的监管方式无法达到有效的监管目标。契约规制是一种新型的规制方式,运用于公路经营权时主要表现为:通过在特许经营协议中安排规制性条款,实现公路经营企业自愿地接受和担负起监管责任。这些监管性规范可分为强制性规范和任意性规范。公路经营权的契约规制旨在通过正当程序形成具有监管效果的契约条款,达到私人主体依照合理价格持续提供公共服务的调控目标。

关键词:公路经营权;政府特许经营协议;规制;规制契约

中图分类号:D922.294 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2018)01-0140-13

一、前言

交通运输部公布的收费公路收支数据显示,我国现有公路网络大多数为收费公路,附着公路经营权,公路营运主体的亏损缺口不断拉大。^①收费公路经营主体连连亏损,严重损耗国家财政资金,所提供的交通服务价格与质量却并未获得公众认可。在亏损的另一端,则是收费公路持续性的收费不规范,突出反映于以下几个现象:

现象一:延期收费与收费标准不一。我国公路延期收费现象严重,不少公路超过法定或约定的收费期限却依然继续收费,不同区域之间、不同营运主体之间,收费标准不一,导致公众质疑公路收费标准的合理性。^②

现象二:利用信息不对称获取超额利润。收费公路的营运主体的收支信息未经权威机构报告,信息披露缺乏审计或者第三方监督。公路运营主体掌握了大量的交易信息,而消费者甚至包括监管部门掌握的信息资源却有限。例如,2015年7月,有媒体报道,我国18家高速公路上市公司的第一季度毛利润为58.19%,但该数据的真实性未有权威机构予以证实。而公路主管部门

收稿日期:2017-08-30

基金项目:江苏省高校区域法治发展协同创新中心重点课题“区域交通运输一体化立法研究”(QYFZFZ201504)。

作者简介:陈学辉(1981—),男,福建三明人,华东政法大学研究生教育学院博士生。

^①既有建成公路中,超过98%的高速公路、61%的一级公路以及42%的二级公路,均依靠收费公路政策建成,经营性公路占收费公路的37.9%。经营性公路2010年至2015年的收支平衡结果分别为:170.2亿元、-114.4亿元、-59.4亿元、-101.1亿元、-277.4亿元和-1420.8亿元。以上数据参见中国交通运输部《2015年全国收费公路统计公报》解读, <http://www.moc.gov.cn/zhengcejiedu/2015qgsfgltjgb/>, 2017年4月10日访问。若无特别说明,下文讨论的公路经营权特指收费公路经营权,公路特指收费公路。

^②刘道勤:《收费公路政策陷入严重的公信力危机》,《中国储运》2011年第3期。

的信息公开却极不严谨,如2015年的广东省交通运输厅“乌龙事件”,交通厅先是通报2014年全省收费公路亏损28.8亿元,但17天后,又以“数据统计错误”为由改报盈利3.9亿元。^①

现象三:收费公路性质变更随意。收费公路中的政府还贷公路可转为经营性公路,因政府还贷的收费期限较经营性公路短,这为地方政府变相延长收费期限披上了合法外衣。例如,首都机场高速公路原为政府还贷公路,北京市政府于1997年将其转为30年经营期限的经营性公路。该公路的造价投资为11.65亿元,截至2005年年底累计收费32亿元,预计在剩余期限内还将收费90亿元。2008年,首都机场高速变更收费期限的行为虽被审计署点名批评,国家发改委亦严厉要求缩短收费期限,但收效甚微,仅由双程收费改为单程收费,营运企业表示将继续收费至经营期满。^②

造成这些问题的原因众多,政府对公路经营权的监管“失范”是最为重要原因之一。公路经营权是经营性公路的收费权、广告经营权和服务设施经营权的总和。^③本文讨论的公路指的是《公路法》与《收费公路管理条例》(以下简称《管理条例》)规定的收费公路。公路资源属于公共产品,政府负有保留责任,表现为对营运企业的监管,保障公众平等、合理地获取公共交通服务。政府部门的监管范围广泛,从营运主体准入到退出,从服务价格到质量均属其中。监管核心围绕公路经营权展开,因为该权利既直接涉及营运企业与政府部门的利益划分,又是营运企业与消费者利益的连接点。而我国现有监管“失范”的现象表明,公路经营权并未在既有政府监管体系下良好运行。因此,应当分析其中深层次原因:现有政策和规制方式与公路经营权的属性是否契合?既有监管体系能否从根本上解决监管“失范”问题?若无法在理论上回答这些问题,将可能导致监管政策难以执行以及利益相关者利益受损。然而,我国当前法学理论界对公路经营权监管的研究还不成熟,表现为公路经营权监管的研究成果不多;既有成果的研究主要集中于监管“失范”的原因及对策,又均是在现行监管体制下讨论如何改善监管效果,未结合特定社会背景分析当前监管理念和监管方式的正当性,更未有结合公路经营权属性讨论监管方式的可行性。^④而监管理念和监管方式的革新,恰是解决监管“失范”的核心所在,可惜未引起学界的足够重视。

鉴于学界对公路经营权监管研究重心的偏离,本文力图在公路经营权领域提出监管理念和监管方式的革新,论证契约规制的价值,在此基础上探讨契约规制的具体制度构建。契约规制是与公路经营权属性相符的一种规制方式,更是应对区域交通一体化新形势下的一种监管理念突破。通过在政府特许经营协议中安排规制性条款,可以解决当前监管体制中的种种弊病,达到有效的监管效果。在此过程中,本文可能的创新之处有二:其一,在研究方法上,紧扣我国公路民营化股份制改革与交通一体化的特定社会语境探讨监管;其二,在研究内容上,将源自环境规制中的契约规制引入公路经营权监管,探究以契约承载规制内容的新方式。本文的研究进路:首先,论述公路经营权的属性,传统的命令与控制监管方式的弊病。其次,论证契约规制在公路经营权监管中的合理性,即证成契约规制方式与公路经营权监管的契合度。最后,提出公路经营权契约规制是克服当前监管弊病的新进路,并从规制目标、规制内容以及规制塑

①白舸:《收费公路究竟是盈是亏》,载《中国劳动保障报》,2015年7月4日第002版。

②刘世昕:《“迟到的降费”,难解高速公路高收费疑问》,载《中国青年报》,2011年7月4日第005版。

③《收费公路管理条例》第20条第1款规定:收费公路的权益,包括收费权、广告经营权、服务设施经营权。《收费公路管理条例》(送审稿)第20条第2款规定:收费公路权益包括收费权、广告经营权、服务设施经营权。

④例如孙大伟:《收费公路节假日免费之合法性考量——兼论〈收费公路管理条例〉的修订》,《政治与法律》2013年第7期;田仪顺、李莲莲:《交通运输市场监管的内涵界定、分析框架及改进》,《大连海事大学学报》(社会科学版)2014年第1期;等等。

造等方面提出具体的制度构建方法。

二、公路经营权属性及传统监管缺陷

公路经营权是属于政府行政收费权还是一项民事财产权,其本质是公权力抑或私权利,并非没有疑问。公路经营权的性质认定是讨论监管的前提,影响政府监管方式和监管密度。传统监管方式与公路经营权的私权属性无法契合,形成监管漏洞。

(一)公路经营权是公共基础设施民营化的产物

学界对公路经营权的性质认识有分歧。有学者认为,公路和桥梁等的通行费和养护费属于行政收费中的效率性行政收费。^①其主要依据是,通行费和养护费的收费目的是对行政成本的补偿,着眼于实现受益者和未受益者之间的利益平衡,以及提高公共设施的使用效率。依此逻辑,公路经营权中部分权利属于行政收费行为,公路经营企业因授权而进行具体的行政行为。但这种观点也承认,行政收费可以转换为市场价格的方式实现。而更多学者认为公路经营权属于一项民事权利,是特许经营者运营公路而获得报酬的权利。^②主要理由是,公路经营权主体为自负其责的私法主体,权利行使方式与私权利类似等等。笔者认为,公路经营权为源自政府特许经营权的财产权,是一种受到高密度强制性规范约束的民事权利。

首先,公路经营权行政收费说虽有一定合理性,但其将所有收费公路的收费与养护收费统一概括为行政收费并不准确。依照我国现行《公路法》及《管理条例》的规定,收费公路分为政府还贷公路和经营性公路,政府还贷公路的收费属于行政收费,此点当无疑义。而公路经营权来源于经营性公路,与政府还贷的收费权性质不同。对于经营性公路,法律规定投资者可获得适度盈利,而公路经营权是盈利的主要方式。^③因此,经营性公路的营利性与行政收费存在本质上的差异,故公路经营权并非传统意义上的行政收费权。

其次,公路经营权是公用基础设施民营化的产物,是公路营运企业特许经营权的外在表现形式。我国公路经营权的法律依据主要为《管理条例》,该条例对公路经营权的范围、产生方式、期限等进行了规定,这些规定属于授权立法的范围。公路经营权不属于我国《立法法》第8条规定的法律保留事项,可以授权行政机关立法。就公路经营权的具体内容,《公路法》第68条关于“收费公路的具体管理办法,由国务院依照本法制定”的规定即体现了这一属性。因此,《管理办法》依据法律授权,规定特许经营公路是公路经营权的主要产生方式。公路经营权来源于营运企业与政府部门签订的公路特许经营协议,特许经营协议所要规范的法律关系复杂,涉及私法和公法的相互交错领域,兼具公法契约和私法契约的内容,因此,特许经营协议属于公法与私法混合的契约。就涉及的单纯私法权利义务事项可用私法原则和规定进行解释,反之则适用公法规定。^④亦即特许经营协议中混杂着行政法律关系和民事法律关系。其中,特许行

①江利红:《论行政收费范围的界定》,《法学》2012年第7期。

②孟鸿志等认为收费权属于依地方政府的特许经营而取得的私权利而非权力,属于受特许人的主观权利,为私权范畴。参见孟鸿志、秦祖伟:《收费公路免费通行规定之法律反思》,《法学论坛》2014年第6期;孙大伟认为经营性公路企业的权益具有私权利性质,采用贷款、集资、股份制等市场化途径建设、运营收费公路的前提就是承认私人投资并通过契约保障其获取一定收益的权利,尊重私权利成为经营性公路得以发展的基础。参见孙大伟:《收费公路节假日免费之合法性考量——兼论〈收费公路管理条例〉的修订》,《政治与法律》2013年第7期。王智斌认为特许经营权即是一种基于公法产生而被赋予私法效力的财产权。参见王智斌:《行政特许的私法分析》,西南政法大学2007年博士论文,第3页。

③我国《公路法》第60条第3款规定,经营性收费公路的收费经营期限按照收回投资并有合理回报的原则确定。

④陈清秀:《特许经营与公权力之行使》,《月旦法学杂志》1998年3月,第34期。

为本质上为行政许可,属于行政行为的范畴。^①但公路经营权则属于经营公用事业产品的权利,包括投资权、建设开发权、经营权、收益权、受国家补偿和补贴的权利等,是一种具有物权属性的权利,并非国家公权力。^②因此,公路经营权的私法属性与特许经营的本质特征相契合。

最后,从我国《管理条例》、《收费公路权益转让办法》等规定内容来看,公路经营权可以设定质押、转让、处分。^③这些规定显然将公路经营权等同于债权或准物权。在严格划分公、私法二元结构的我国,只有私权利才可作为市场要素进行流转。因此,公路经营权与行政收费的特征相去甚远,我国现有立法规定基本确认了我国立法和司法实践中公路经营权的私权属性。

综上,公路经营权为公共基础设施民营化的产物,属于私权利。但应注意的是,此权利与一般私权利不同:该权利内容具有明显的公共产品属性,涉及公共利益,其权利行使如价格调整或收费期限等均受严格管制。因此,公路经营权的这些属性决定了对其规制与对行政权力的控制不同,亦与一般私权利的限制有重大差异。

(二)传统监管方式对公路经营权规制不足

公路属于垄断行业,公路经营权涉及公共利益而具有公益性,需要在营运主体的进入、退出、资质、价格等方面进行规制。^④国家对公路经营权的规制是保证该权利运行的前提。前文述及的种种乱象表明我国对公路经营权监管的“失范”,其原因可归结为以下几方面:

1. 监管权叠加,监管标准不一。公路监管部门主要是交通运输部门和公安部门,其他如发改委、交通运输局、公路局、物价局等政府职能部门也有一定的监管权。在监管权的执行过程中,我国出现监管职责不分,监管标准、执法尺度不一的问题,导致公路营运企业对监管产生排斥与厌恶。^⑤

2. 重事前和事后监管,轻事中监管。监管部门对公路经营权主体进行严格的准入监管,例如对经营资质、获得特许经营条件等方面的监管。而对企业经营中的监管则未形成稳定制度,更多的体现为临时性的、运动性的审查,导致经营企业利用其掌握的资源与信息规避监管、侵害消费者利益,出现监管“真空”现象,监管流于形式。^⑥

3. 行政权侵犯企业经营自主权。公路经营权本质上是“经营企业与公路使用人之间形成具有民事合同性质的法律关系”,^⑦但政府部门经常通过行政强制命令的方式,干预企业的经营自主权,直接侵入民事合同法律关系。例如,近年我国政府以《实施方案》、《通知》等政策与公告方式,要求高速公路经营企业在节假日对特定车辆免费通行。^⑧这种做法体现了行政权对私权干预的随意性,导致公路经营权权利内容的不稳定。

4. 收费公信力缺失。收费公信力的确立需要公众参与,公众参与机制是公共服务领域监管的重要参与力量之一,公众可以在价格监督、质量监督、信息公开监督等方面发挥有效的制约机制,弥补监管机关监管的不足。但我国公路收费的标准、期限等涉及公共利益的事宜缺乏公

①张兴祥:《中国行政许可法的理论与实务》,北京大学出版社2003年版,第80页。

②王克稳:《行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究》,法律出版社2015年版,第153页。

③参见《管理条例》第20条、第26条,《收费公路权益转让办法》之规定。

④陈婉玲:《基础设施产业PPP模式独立监管研究》,《上海财经大学学报》2015年第6期。

⑤吕长红、陈炜炯、王正等:《综合执法:交通行政执法体制的创新》,《理论与改革》2006年第5期。

⑥田仪顺、李莲莲:《交通运输市场监管的内涵界定、分析框架及改进》,《大连海事大学学报》(社会科学版)2014年第1期。

⑦孙大伟:《收费公路节假日免费之合法性考量——兼评〈收费公路管理条例〉的修订》,《政治与法律》2013年第7期。

⑧参见刘启川:《论我国收费公路存续的公法正当性——兼评〈重大节假日免收小型客车通行费实施方案〉》,《政治与法律》2013年第7期;孟鸿志、秦祖伟:《收费公路免费通行规定之法律反思》,《法学论坛》2014年第6期。

众参与。因为代表公共利益的公众参与缺失,将削弱寻找被普遍认为合理、有创造性和切实可行的问题解决方案(监管方案),由此引发政府部门监管权的公信力危机。

由此可见,我国当前的监管均是通过命令与控制的方式实现,这种单一的监管方式可能是上述种种监管不足的根源所在。其所导致的后果是:一方面,命令和控制的监管方式僵化,无法应对复杂多变的客观实际进行规制政策调整;另一方面,命令与控制的方式与公路经营权的私权属性无法契合,无法达到预期的监管目标。因此,公路经营权监管的种种弊端表明,亟需一种创新的监管方式取代传统的监管模式。

三、公路经营权监管缺陷矫正:契约规制

随着私人在提供公共服务过程中的作用日渐增强,为应对传统监管方式失效的现实,各国都在监管方式上进行了变革,合作行政或借用私法形式进行监管成为新景象。大陆法系国家一般从经济行政法学的角度构建监管体系,英美法国家则较多从政府对市场主体的授权探索合作监管。德国发展出行政私法,公司行政法以及自我监管等间接监管方式成为重要方式。^①德国在邮电服务民营化中明文规定将电信管制责任保留于国家,以促进并确保电信普及服务以及电信市场之公平竞争,但“国家执行其电信管制任务时,虽非以自我参与为必要,但在手段上尚可藉由私经济主体自我管制之方式进行。”^②我国台湾地区行政机关透过行政契约以替代公权力的直接行使,除法律有禁止规定外,均为法律所允许。^③在美国,则从监管实效的角度出发结合运用传统行政管制、公司法、契约法等规范进行二元监管,有的联邦行政机关开始探索契约式的监管路径,这些探索有的依据为法律规定,有的为该行政机关的执行裁量。^④即除了法律规定必须通过管理办法、命令、规则之外,其他领域均可利用契约的方式实现监管目的,将契约监管方式引入公路经营权监管中,可达到有效的监管目标。

(一) 契约规制理论的内涵与特点

从各国监管理论与实践观察,契约规制越来越成为一种重要监管方式。契约规制最早在环境法中被提出,后逐渐被其他领域所重视。大陆法所称契约规制,亦称为契约监管,指国家通过行政契约、民事契约或是其他类型行政协定之行政行为,与私经济主体之间签订协议或自我设定协议,使私经济主体负担自我管制的协定上义务。^⑤英美法国家则从契约是否具有管制功能入手,“管制契约是指政府与受管制(或可能受管制)的私人所签订的契约,其中政府承诺一定的管制规范,以换取私人的一定投资资金或为一定之行为。”^⑥当前比较通行的观点是维森特—琼斯的界定,契约规制即是公共主体间存在的一种契约性安排,以实现规制目的之协议。^⑦契约规制的本质是国家在面对不断扩张的国家任务背景下,将原本由政府部门进行直接监管的责任分配给社会主体,由其负担一部分监管责任,契约便是这种监管责任分配的媒介。

契约规制具有以下特征:其一,监管方式与以行政法规、命令和强制等传统监管方式不同,

①参见詹镇荣:《民营化与管制革新》,元照出版有限公司2011年版,第125-130页。

②詹镇荣:《德国法中“社会自我管制”机制初探》,《政大法学评论》第78期,2004年4月。

③吴庚:《行政法之理论与实用》,三民书局股份有限公司1995年版,第350页。

④See Jody Freeman. *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U.L. REV. 543, 2000: 636-638.

⑤参见陈慈阳:《环境法总论》,元照出版有限公司2013年版,第510-515页。

⑥David Dana & Susan P. Koniak. *Bargaining in the shadow of Democracy*, 148 U. Pa. L. Rev. 480, 1999: 483.

⑦See Peter Vincent-Jones. *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford University Press, 2006: 3.

表现为监管者与被监管者协商和沟通。在被监管者自愿的前提下,使其接受特定可以实现监管目的的义务。因为传统监管方式主要依靠行政手段实现,而行政手段来源于行政决策的指令,依赖于行政机关的实施,而行政决策受多种因素影响容易出现失误和偏差,导致政府行政干预手段的滥用和干预市场经济的负效应。^①其二,调控的手段表现为各种形式的契约,最为典型的是行政契约。^②契约中具有大量强制性规范,抑制了契约自治原则,强制性规范体现了政府部门所欲实现的公共目的。其三,契约规制具有能解决问题的明显优势。契约规制实现了监管中的抑制机制与激励机制并存的交融模式,抑制机制表现为以资格限制或者行政处分为强制力保障手段,而激励机制则通过赋予被监管者私权利,激励其在经营过程中自我意愿地实现公共利益。其四,提升监管效率。在具有资源稀缺性和垄断性的行业中,政府部门的监管需要考虑监管效率。“在各种政府监管手段中,越具有强制性的手段(如直接管制),从执法效率的意义上而言,所付出的成本更高,并且强制性手段一旦运用,则很难修正和管理。”^③监管成本包含直接监管成本和监管执行成本两部分,直接监管成本主要是监管机构在解释监管立法规范以及监管执行过程中所发生的各种费用,监管执行成本主要是监管对象因监管行为而发生的成本,包含应监管机构的要求而提交各种信息、材料而支出的成本。^④而契约规制可以提升监管效率,基于契约的存在而使监管依据明晰,相应的监管支出成本降低。从监管效果产出看,因被监管对象亦通过契约、承诺等方式自愿配合监管,通过合作的方式进行的监管效果显然比国家单方的强制行为效果更好。因为契约监管中,监管的调控和内容是经过政府部门与被监管者共同协商制定的,被监管者本身对这些规则的内容是熟悉并明知的,更强调监管的合作,而非传统上的对抗与抵制。

(二)公路经营权契约规制的正当性分析

1. 契约规制的柔性与公路特许经营协议本质的契合

基于公权力监管的刚性偏好,公路经营权呈现出公权力干预和侵入缩减的趋势,“严格区分不同类型的收费公路以消除公权力在公路等基础设施领域异化及扩张,已成为我国收费公路体系逐步法制化、规范化的基本方向。”^⑤我国公路经营权伴随公共基础设施民营化改革中产生,去管制化与提高经营效率是其中的显著特征。^⑥为实现公路经营效率,政府部门开始关注契约精神,通过契约的方式授予公路经营权,对经营权转让、设质等行为亦通过各种契约实现,公路经营权以政府特许经营协议的形式流转。同时,民营化使得规制技术发生了根本性变革。^⑦其中,政府特许经营协议即为契约的重要表现形式。将契约作为一种规制工具,可以实现对被规制者的规范,还可以进行引导。^⑧公路经营权从权利产生、行使至流转等环节均以契约方式进行,在契约中安排强制性规范、实现监管目的契约规制方式与公路经营权具有天然的契

①参见陈婉玲:《经济法调整:从“权力干预”到“法律治理”》,《政法论坛》2014年第1期。

②大陆法系国家普遍将政府部门参与的契约分为公法契约和私法契约,公法契约的核心为行政契约,而私法契约一般称为民事合同。而英美法系则未做二元划分,而统称为政府合同(government contract)或者公共合同(public contract)。参见李建良:《公法契约与私法契约之区别问题》,载台湾行政法学会:《行政契约与新行政法》,元照出版有限公司2002年版,第165-203页。

③See Lester M. Salamon. The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction, 5 Fordham Urban Law Journal. 2002, (28): 36.

④参见王明华、黎志成:《银行监管的成本收益分析:一个新的分析框架》,《经济管理》2006年第22期。

⑤孙大伟:《收费公路节假日免费之合法性考量——兼论〈收费公路管理条例〉的修订》,《政治与法律》2013年第7期。

⑥毕莹:《我国海港民营化的法律规制体系研究——基于效率与公共性相平衡的视角》,《上海财经大学学报》2013年第4期。

⑦陈学辉:《政府参股PPP项目公司法律地位:理论反思与标准建构》,《行政法学研究》2017年第5期。

⑧See Jody Freeman. Extending Public Law Norms Through Privatization, 116 Harv. L. Rev. 1285. 2003: 1289.

合性, 契约规制可以成为公路经营权的重要监管方式。

2. 契约规制提供公路经营企业与公众参与机制

公路行业涉及公共利益是经营企业接受监管的主要原因。监管规则的制定需要考量公共利益因素, 接受公众监督。契约规制可以实现“规制者、被规制者以及其他在规制机制运行过程中的各种参与者进行沟通与协商”^①。公路政府特许经营协议是契约规制的主要表现形式, 该协议内容虽然是协议双方当事人所签署, 但其内容需要向社会公众公布, 接受公众监督。在公众认为特许经营协议可能损害公共利益的情形下, 可以向政府部门或法院要求撤销该特许经营协议。例如, 定价机制的确定需要结合项目可行性评估报告进行评估, 而评估的过程中向社会公开征求意见为正当程序的组成部分。此外, 在特许经营管理办法中诸多具有管制性的条款经由经营企业与政府共同参与制定, 特别是在特定领域中的监管标准和专业技术性问题, 经营企业相比较政府部门, 更熟悉科学的监管规则应当如何制定。^②经由经营企业参与的监管规则使其更容易尊重监管规则, 履行监管义务。总体而言, 经营企业与公众参与机制更能保证实现维护公共利益的监管目标。

3. 契约规制与区域交通运输一体化的契合

我国交通运输业受制于以行政区划为基础的交通规划制约, 在同一区域内的交通基础设施建设以及交通运输政策法规等方面均呈现不协调发展形态, 表现为交通系统发展不均衡、基础设施无法实现有效衔接、交通运输资源无法优化和有效流通等。运用法律的协调方法是消除这些现象的有效途径, 亦是不断推进交通区域一体化的重要保障。^③国家发展改革委、交通运输部颁布《京津冀协同发展交通一体化规划》, 将区域交通一体化纳入法治框架, 发挥法律规范的指引功能, 对区域交通一体化进行利益协调。但仅仅依靠立法方式尚无法实现交通一体化中的例如质量标准、价格标准等要素的统一, 各地方政府为实现地方利益最大化, 而分别制定标准各异的地方性规定, 以保证在资源争夺战中取得优势。而通过制定交通运输标准化契约文本的方式, 可以实现不同区域内各种细化规则的统一, 将公路建设的质量要求、价格标准以及权利变动的条件等具体制度纳入标准化的内容, 促进交通一体化的实现。例如, 英国财政部于2012年制定的PF2文本即属于政府与经营者签订契约的格式文本, 在标准化合同中, 明确了哪些条款属于必要条款, 各方当事人均不可变更。将具有监管性质的条款安排进标准化合同中, 实现了监管标准和条件的统一。

四、公路经营权契约规制构造

尽管契约规制在公路经营权监管中具有天然优势, 如何在既有监管体系中安排契约规制机制则是一个崭新的课题。通过契约规制应达到何种监管效果、监管的范围和内容有哪些、如何将这些内容安排于契约规范等问题是构建契约规制的核心。

(一) 规制目标

解决市场失灵、维护市场秩序是政府监管的动因。依照规制经济学理论, 公共物品或者准公共物品具有资源稀缺性, 需要寻求最优的经营者, 实现资源的最大利用效率。^④因此, 在公共服务领域, 政府调控出发点在于提高效率, 最终目的是实现公共利益, 表现为持续提供符合标

① Julia Black. Regulatory Conversations, 29 J.L. & Socy 163. 2002: 171.

② 参见[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70-76页。

③ 陈婉玲、陈学辉:《区域交通一体化中地方政府利益协调的法律路径》, 《法学论坛》2017年第4期。

④ 参见王俊豪:《政府管制经济学导论》, 商务印书馆2001年版, 第31-32页。

准的公共服务。政府部门本身不直接提供公共服务,但政府必须对公共服务承担担保责任。因此,如何保证私人主体依照合理价格持续的提供符合法律规定的公共服务,其核心要素在于经营者准入、收费定价以及持续和普遍的提供服务三项。^①当私人主体依照该标准提供公共服务时,其自身既可获得合理的投资回报,又满足了社会公众对公共服务的需求,政府的担保责任即已完成。

“所有的经济监管在现实中面临的主要问题,是如何将不同的、有时规定并无确切的高权(部分)监管目标予以具体化和实现,且同时将一切重大决定权留给企业。”^②即规制目标应当实现公共利益与私人利益的平衡。具体而言,公路经营权的调控目标包括:(1)依照国家标准和法定程序选择最优的经营企业,实现有限资源的最大效率。最优企业的判断标准包括企业本身的资质、信用以及履约能力等要素。(2)合理的收费定价机制。价格因素涉及公路经营主体的合理投资回报率和公众获取公路资源的价格,是公路经营权监管的核心,直接划定公共利益和企业私人利益的界限。(3)持续提供符合要求的公共交通服务。公路基础设施在投入使用之后,还须不断投入养护费用以保证不间断的运行,不间断的公路交通服务提供意味着需要不间断的管控。

(二)规制内容

公路经营权的契约规制应围绕前述调控目标的实现而展开,其内容十分广泛。例如我国《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第18条第3款具体规定了特许经营协议应当包括项目名称、产品服务质量标准等在内的共17项内容。我国台湾地区《奖励民间参与交通建设条例》亦规定政府监管的范围包括收费费率标准及调整方式;收入与支出的差距金标准及权利金调整方式等。^③田中二郎教授认为政府需要进行的监管内容范围包括:“持续的运营,公司的合并、中止和解散,普遍服务,价格利率等,会计财务账簿,在一定情形下为确保企业的资产而限制其资产的融资和交易,有时还有接受国家或者地方自治团体强制收买的义务,同时也负有为了国家和地方团体的其他事业的利益,负有特别的义务(例如缴纳特许协议金、以低廉的价格提供服务等)。”^④许宗力大法官更全面地总结了公共服务领域中国家监管的职责和目标,具体包括:“服务不中断的担保义务;维持与促进竞争的担保义务;持续性的合理价格与一定给付品质的担保义务;既有员工的安置担保义务;人权保障义务与国家赔偿责任之承担。”^⑤

通过对以上立法例与学界观点的梳理,抽取普遍认同的规制内容,我们认为公路经营权的规制内容至少应当包括如下内容:项目公司的经营范围、注册资本、股东出资方式、出资比例、股权转让等;所提供产品或者服务的数量、质量和标准;监测评估;收益取得方式,价格和收费标准的确定方法以及调整程序;特许经营期内的风险分担;项目及资产移交方式、程序和要求等;变更、提前终止及补偿等内容。为更清晰地论述这些内容,下文以特许经营协议缔约前后两阶段作为区分。

^①参见[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》,宋华琳、李鹤等译,上海人民出版社2012年版,第113页。

^②[德]弗里茨·里特纳、迈因哈德·德雷埃尔:《欧洲与德国经济法》,张学哲译,法律出版社2016年版,第239页。

^③参见我国台湾地区2015年6月修订的《奖励民间参与交通建设条例》第40条至45条的规定。

^④田中二郎:《行政法》(下卷),月旦出版股份有限公司1983年版,第208页以下。转引自陈清秀:《特许合约与公权力之行使》,《月旦法学杂志》1998年3月,第34期。

^⑤许宗力:《论行政任务的民营化》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会:《当代公法新论: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607-610页。

1. 缔约前的规制

政府部门在公路经营权产生前进行的规制,集中于市场准入控制和保障项目的基本收益。主要表现在以下几方面:(1)为保证高质量的公共产品供给,国家需要对经营主体进行评估和判断,选择具有良好资质的私主体是实现规制目的的基础。对私主体的选择是政府部门进行合同管理的重要内容,体现了很强的规制属性。^①甄选过程应当符合法定程序,甄别的条件一般从私主体的经营范围、执行能力以及组织机构及财务的完整程序进行确定。^②实践中,一般通过招投标契约、竞争性谈判以及竞争性磋商等方式将这些要求纳入其中。(2)控制项目的成本与收益比。公路项目需要投入巨额成本,在特许期限内是否可以回收成本以及利润空间等事项须在合同中预设。一方面,为了吸引民间资本参与必须保证项目具有一定的盈利空间;另一方面,还要防范民间资本为获取暴利对社会公众的盘剥。因此,应当对项目的可行性、成本收益比进行预估,以确定价格标准、质量标准等具体合同条款。(3)对风险分担的预设。公路经营权的周期较长,项目风险受政治环境、法律修改及商业环境等因素的影响,故需要在缔约前对可能出现的各种风险依据公平原则进行分配。(4)约定临时接管的条件和补偿。当项目出现严重的经营困难及其他风险导致项目无法继续运营时,国家的担保责任要求政府应当接管项目并给予私主体一定补偿,以实现公共产品的持续供给。

2. 缔约后的规制

特许经营协议签订后,为保证经营企业能依约履行协议,政府部门还应当进行持续性、动态的监管。包含以下几个方面:(1)经营主体的注意义务和维持义务。公路营运企业为在招标投标中胜出,往往于投标文件中承诺了很高的义务,但在协议的履行中则可能并不能或不愿意依照履行。因此,政府部门需在合同条款中设立质量监管条款,随时监督营运企业关于注意义务与品质义务的履行。(2)公开与项目经营相关的信息。在公路经营权的经营期间内将产生大量与项目有关的信息,例如每年的收支情况、车辆通行数量等。这些信息均掌控于经营企业,监管部门应当于契约中约定应当公开的具体信息范围、现场监管和不定期的监督检查的监管。(3)安排公众参与监管机制。公路经营权的合理运行与公众利益密切,公众可以最直接的发现经营企业是否有违反法律和特许经营协议的情形。因此,在特许经营协议中应当设立公众参与监管的条款,例如在条款中具体约定听证程序、异议程序的具体操作规则。

(三) 契约规制塑造

本文所称契约规制塑造,是指如何设计一套行之有效的调控机制,如何在契约中安排前述监管内容。政府的调控行为并非都必须表现为强制性法律规定,“因为公权力在行使其分配与促进职能时也运用私法措施,公法的典型标准已失效。”^③亦即政府的规制行为应以私法形式实现。P. Hogg等人也认为,“普通法院将私法适用到政府行政上去,符合我们普遍认同的政治观念,大部分私法的确能够圆满的解决政府与公民之间出现的冲突,最不令人满意的那部分法律,恰好是那些法院拒绝将私法适用到政府身上而造就出来的法律。”^④换言之,政府的调控行为既可通过立法的强制性规范实现,亦可通过与私人进行协商后订立契约。有难度的是,如何塑造这种混合关系的规制体系。

^①See A C L Davies. *The Public Law of Government Contract*, Oxford University Press, 2008: 218.

^②参见陈清秀:《委托经营法制及实务问题之探讨》,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会:《当代公法新论: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645页。

^③[德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第178页。

^④Peter W. Hogg Q C & Patrick J. Monahan. & Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, Carswell, 2011: 266.

1. 契约内容与强制性立法的关联性

契约的内容与强制性立法规定可能出现重叠,如果重叠,是否可以通过契约变更既有立法规定呢?该问题是20世纪末至今,市场规制理论和实践的前沿问题。例如美国国会于1990年制定《协商制定规则法》,将政府部门与被监管者进行协商共同制定规则的活动制度化。^①沿着该立法思路,协商制定规制的范例开始在美国法上大行其道。在美国环境监管领域,美国克林顿政府时期推出了“杰出领袖工程”(Excellence in Leadership),在该制度中,环保署可以取代原有立法上的多项环保指标许可,而仅批准一个综合的许可。试图获取这种综合许可的企业通过与联邦或者州的行政机关协商,达成一份“最终方案协议”,在该协议中允许企业以“更优的环境绩效”换取其某些排放物超过国家既有标准的排放,即减少一种或者多种污染物的排放以换取增加另一种污染物的排放,最终使得企业的整体污染排放降低,那么环保署即可授予综合许可。^②笔者认为,该问题是应然契约规制理论的核心要素,但基于我国司法审查制度、统一行政程序法等相关制度与立法的不完善,尚不具备讨论契约变更立法规定的客观环境。当前我们面临的最关键问题是区分自上而下的强制性规定与行政裁量权的划分,即在调控契约中哪些内容属于既有强制性法律规定已经明确的内容,哪些属于行政裁量权可行使的范围。订立契约时,如何正确行使和限制这些裁量权,以及如何规范政府部门与私人主体之间的“讨价还价”,如何保证这些监管性规范的公众参与度,即设计正当的程序保障,避免监管机构和经营企业勾结而侵犯公共利益。

2. 规制契约条款的类型化

政府特许经营协议是强制性规范和任意性规范的混合体。国家行政权力的行使部分应视为强制性规范,不允许合同双方随意变更的条款。而任意性规范则具有很大的弹性,允许政府部门与特许经营者根据具体项目进行约定,在本质上是政府行政裁量权的体现,具有私法契约特征,亦可负担公共利益的监管责任。前者除规定特许经营协议中的强制性要求,还有对其他内容的框架性规定,比如对于价格、质量以及监管条款的最低要求规定;后者则是在此基础之上依据双方当事人的意思自治,自愿的进行约定,比如特许经营者可以在最低要求的基础之上接受更为严格的标准。^③强制性规范是传统监管方式的延伸,不容当事人选择和放弃,可弥补立法的原则性规定,以强制性命令和处罚作为后盾;任意性规范则更体现私法自治与公共利益的平衡,通过这些任意性规范,监管部门可针对具体项目制定具有积极监管效果的规范,弥补刚性监管的不足。强制性条款可以确保缔约双方的责任,实现公共契约体现的公共利益。^④

我们认为,必要条款的内容至少应当包括四类:(1)收费费率标准及调整时机、方式。这类规范应当符合法律规定的最低限度要求,在此基础上可由双方协商。(2)收支差距金标准及权利金调整方式。这类规范涉及公共财政的支持以及公共服务的价格,涉及公共利益。(3)信息公开的内容、范围和程序。规范的信息公开可以防止经营企业利用信息不平等侵害消费者利益的行为,关系重大。(4)强制接收和征用的条件。这类规范涉及对私主体财产权的剥夺和补偿,具有强制性规范的特质,亦应通过必要条款进行规范。

任意性条款则可以包括除上述条款之外的其余事项。这些规范的共同特点是:政府部门行

^①See Administrative Dispute Resolution Act, 5 U.S.C. 1994: 571-583.

^②参见[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77-79页。

^③参见陆敏清:《从德国修法历程论公私协力运用契约调控的发展》,《兴学报》2013年1月。

^④See Jody Freeman & Martha Minow. Government by contract : outsourcing and American democracy, Harvard University Press, 2009: 241.

使自由裁量权,鼓励当事人意思自治,但必须在必要条款规定的最低要求之上进行,如果与必要条款的规定相矛盾则无效。例如依据《公路法》第67条的规定,因政府行为对公路经营企业的经营造成损失的,应进行补偿,但对于补偿的范围、标准,显然需要结合具体案例中进行约定。公路经营权中的服务设施经营权亦可更体现合同双方的意思自治,双方可约定服务设施的种类、服务时间等内容,更体现“因事制宜”。

3. 规制契约条款的形成

契约条款主要以合同主体的协商完成,广义上的协商包括招标投标、竞争性谈判以及竞争性磋商等方式。就公路经营权需要调控的内容而言,监管部门可以通过与企业协商,寻求更为科学和高效的监管目标、标准。尤其应当注意到,公路特许经营协议与私法契约不同,包含公共利益实现的内容,涉及公共服务的利益关系人利益,因此契约规制的形成必须以正当程序进行,该正当程序包含以下两方面内容。

首先,保证充分的公众参与机制。国家对公路经营权的规制不仅涉及被规制企业的利益,更与作为消费者的公众利益相关。“契约监管的过程实质上就是监管机构、被监管企业、用户和利害关系人之间的一场讨价还价,如同私法契约的条款是经过当事人协商过程的结果一样。”^①对价格、质量等内容的监管需要履行“讨价还价”程序,该程序在各国立法规定中为听证程序。听证的公开进行可以使公众了解行政权的行使依据、方式、步骤和时限等,满足公众的知情权。^②因为听证程序为各方利益主体提供了一个平台,对公路项目的成本进行评估,对私人主体可能得到的回报进行衡量,最终确定公路特许经营协议的内容。虽然公路特许经营协议的主体为政府部门和特许经营者,但关于价格、质量要求的确定以及变更等内容均需进行法定的听证程序才能完成。在这个过程中,公众不仅可以自己参与其中,在实践中消费者委员会和咨询委员会也作为承载公众利益的载体参与前述程序。英国的电力、公路、铁路和邮电的消费者委员会和咨询公司为消费者表达其意见提供了通道,包括提供建议和意见,以及对消费者投诉进行调查。^③在高速公路的通行费调整时,通过举行听证会,可以综合公众的意见、运营成本等因素,确定通行费的调整幅度。

其次,公众的异议程序和司法审查制度程序。公路特许经营协议的条款形成后,应当及时向社会公布,公众如果认为合同条款可能侵犯公共利益或者政府部门的行政裁量权越权的,则可以提起异议程序,行使监督权。异议程序中最为重要的方式是设立司法审查程序,以实现了对行政行为的控制。因为特许经营条款在形成的过程中充斥着大量的行政裁量权,行政复议或行政诉讼的救济途径无法有效地控制这些裁量权。而限制行政裁量权的最有效方式是鼓励各个利益集团进行竞争,司法审查可以要求行政机关在合理决策的过程中考虑各方利益相关者的利益,确保相关利害关系人在契约的履行过程中得到代表。^④因此,通过设置司法审查程序,由法院作为终局裁决机构,判定特许经营协议是否违反宪法和行政法规的规定,可以排除行政机关和特许经营者合谋侵害公共利益的情形。虽然司法审查不能替代对行政决定的正当性、合理性以及行政效率的行政或政治上的法律控制,但是法院还是可以确保规制机构做出的决定与法律规定相符,使既有立法中的标准程序得到遵守。

① Daniel F. Spulber. Regulation and Markets, MIT Press, 1989: 269.

② 参见章剑生:《行政听证制度研究》,浙江大学出版社2010年版,第16页。

③ [英] A.W. 布拉德利、K.D. 尤因:《宪法与行政法》(上册),程洁译,商务印书馆2008年版,第594-595页。

④ 参见[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30页。

五、结语

在公路基础设施民营化和区域一体化的趋势下,以命令与控制为特征的传统监管方式逐渐显现出其劣势,本文开题所引公路经营权乱象之“结症”,即在于既有监管体系无法达到规制效果。基于我国当前对公路经营权监管的不足,我们提出了将契约规制引入既有规制体系的新进路,是一种新的尝试和挑战。公路经营权契约规制的核心在于,如何将规制目标的各要素融合进规制者与被规制者的契约中,这不仅涉及规制权的分配、被规制者的合理利益保障,还涉及与公用事业直接相关的公共利益实现问题。换言之,研究重点在于如何设计一套精良的合同化政策,以一种明确、公正的方式解决这些问题。

通过分析,我们认为,提高公路经营权的经济效率、制定合理的价格机制以及保障持续的公共服务提供机制是这种合同化政策的目标,可通过政府特许经营协议的强制性条款的形式具体化。在此过程中,应当注意甄别强制性条款与强制性立法规范、契约及其他任意条款的边界,平衡各方利益。然而,契约规制本身也存在规制权弱化、难以保证规制过程公众参与等争议。并且,如何协调契约规制中的强制性条款与既有强制性立法规范,使二者有机融合,是未来需要深入讨论的课题。笔者唯希望通过这种新的尝试,引发对传统监管方式的反思,检验契约规制方式的适用空间。

主要参考文献:

- [1] Black J. Regulatory conversations[J]. *Journal of Law and Society*, 2002, 29(1): 163-196.
- [2] Dana D, Koniak S P. Bargaining in the shadow of democracy[J]. *University of Pennsylvania Law Review*, 1999, 148(2): 473-559.
- [3] Davies A C L. *The public law of government contracts*[M]. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- [4] Freeman J. The private role in public governance[J]. *New York University Law Review*, 2000, 75(101): 109.
- [5] Freeman J. Extending public law norms through privatization[J]. *Harvard Law Review*, 2003, 116(5): 1285-1352.
- [6] Freeman J, Langbein L I. Regulatory negotiation and the legitimacy benefit[J]. *New York University Environmental Law Journal*, 2000, 9(1): 60-151.
- [7] Freeman J, Minow M L. *Government by contract: Outsourcing and American democracy*[M]. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2009.
- [8] Harlow C, Rawlings R. *Law and administration*[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- [9] Spulber D F. *Regulation and markets*[M]. Cambridge, Ma: MIT Press, 1989.
- [10] Vincent-Jones P. *The new public contracting: Regulation, responsiveness, relationality*[M]. Oxford: Oxford University Press, 2006.

On the Regulation of Road Franchise Contracts in China: Centering on Franchise Contracts

Chen Xuehui

(Graduate School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Summary: The road franchise is rooted in the privatization and stock reform of traffic

infrastructure. There is a controversy about the nature of the road franchise as a civil right or an administrative power. The road franchise stems from public franchise, so it is a civil right, but also reflects public interest factor. As the road franchise is a civil right and is featured by public interests, traditional regulation relying on command and control cannot take incentive mechanism as regulation factor and thus cannot get its goal effectively because of excessive rigidity. Faced by the trend of regulation reform, the contract regulation, a sort of self-regulation, is a new tool of public governance. It introduces mandatory norms into the contracts, to ensure that the enterprises accept regulation and take the responsibility of regulation. The advantages of contract regulation lie in that it makes the incentive mechanism embedded in the regulation system, to attain better regulation. It also can expand the participation of the regulated and the stakeholders, to improve the rationality of regulation policies. Nowadays, as for the construction of the system of road franchise regulation, the main difficulty is how to arrange the regulated norms into the franchise contracts, to achieve the aim that the regulated enterprises carry on the regulation responsibility voluntarily. Firstly, the regulated norms can be divided into mandatory norms and arbitrary norms. The aim of the contract regulation is to format regulatory norms through rational and legitimate procedure, and then achieve the aim that the private subjects provide public services continuously. So, any provision involved should be the mandatory norms, and they don't allow the parties to do any modification by negotiations. Secondly, the mandatory norms of road franchise contracts must include content such as: (1) toll rate standard, adjustment procedure and ways, which should conform to the bottom lines of the law, and then could be negotiated further; (2) balance of payments that refer to the public finance and the prices of the public services; (3) the content, scopes and procedures of information publicity which can prevent the enterprises from break the rights of the consumers through information dissymmetry; (4) compulsory acceptance and requisition that refer to deprivation and compensation of private property, and should be restrained by mandatory norms. Besides those norms, the content of the contracts should be reached by negotiations. At the process of the norms formation, the valid administrative procedure including public participation should be applied, as to reach the regulation goals.

Key words: road franchise; franchise contract; regulation; regulation contract

(责任编辑: 倪建文)