

混合所有制、公私合作制及市场准入法的改革论纲

刘大洪¹，段宏磊²

1.

430073 2

430070

摘要：混合所有制与公私合作制改革是推动市场决定性作用得以发挥的“一体两翼”，二者分别着力于特殊行业和公共事业，分别落实市场的深度和广度，拓展非公资本的投资和经营范围。当前市场准入法律制度不能与改革需求相配套：在混合所有制改革所专注的特殊行业，存在对非公资本的显性准入壁垒；在公私合作制改革所聚焦的公共事业，非公资本则一直面临着隐形准入障碍。未来我国的市场准入法律制度体系应当对这一局面进行改革：一方面，以“规制放松”为主要形式对若干领域进行准入规制的卸载式改革，促使若干行业的准入壁垒降低、投资主体多元、市场竞争结构优化，竞争活力提高；另一方面，在拓展非公资本投资准入的同时，进行政府规制法律制度的结构性调整，即“规制再造”，保证在非公资本进入若干特殊领域时仍能使公共利益不受减损。

关键词：混合所有制；公私合作制；市场准入法；特殊行业；公共事业

中图分类号：DF411 **文献标识码：**A **文章编号：**1009-0150(2017)05-0091-12

一、前言

“ ” “ ”

1993

1993

收稿日期：2017-05-12

作者简介：刘大洪(1963—)，男，湖南武冈人，中南财经政法大学法学院教授、博士生导师；
段宏磊(1987—)，男，山东泰安人，华中农业大学文法学院法学系博士生。

①主要政策文本依据为1993年11月中共十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，它明确提出我国国有企业改革的目标是“建立现代企业制度”。而反应现代企业制度精神的《公司法》也在随后的1993年12月底通过。

②2010年的数据调研表明，即使是将混合所有制企业的概念外延严格限定为第一大或第二大股东必须为国有性质，在此基础上对样本总量为950家的改制国有企业进行统计分析，发现其总数也已经达到了735家，占样本总量的77.3%。参见张文魁：《中国混合所有制企业的兴起及其公司治理研究》，经济科学出版社2010年版，第50页。

——

“ ”

二、混合所有制与公私合作制改革的关系及意义

“ ”

“ ”

“

”

①陈婉玲：《公私合作制的源流、价值与政府责任》，《上海财经大学学报》2014年第5期。

2008

“ ”

“ ” “ ”

“ ”

“ ”

三、混合所有制与公私合作制改革的市场准入法障碍

(一) 市场准入法: 基本逻辑与制度构成

“ ”

①应品广:《经济衰退时期的竞争政策:历史考察与制度选择》,罗培新、顾功耘主编《经济法前沿问题(2011)》,北京大学出版社2011年版,第96-97页。

②对“国进民退”相关观点的争议和案例表现可参见钱凯:《关于“国进民退”问题的观点综述》,《经济研究参考》2010年第60期。

③自然垄断在传统上构成排斥市场机制的一个重要理由,但事实上,很难找到一个整体上均属于自然垄断的行业,而通常是某一行业可以实现竞争性业务与自然垄断业务的剥离,对于前者并不需要寡头或独占经营,而有必要适度引入竞争。另外,伴随着市场需求和科技进步的变化,自然垄断业务也是一个流变着的概念,整体规律是所涉领域不断缩小,具体的分析可参见刘大洪、谢琴:《自然垄断行业改革研究——从自然垄断行业是否为合理垄断的角度出发》,《法学论坛》2004年第4期。

④对市场决定性作用这两方面内涵的进一步解读可参见刘大洪、段宏磊:《谦抑性视野中经济法理论体系的重构》,《法商研究》2014年第6期。

⑤刘大洪:《经济法学》,中国法制出版社2008年版,第401页。

⑥有学者即认为,信息规制、标准规制和准入规制构成了规制的三种最基本样态,三种样态中政府干预市场自由的程度各不相同。信息规制只要求经营者披露特定事实而不限制其行为,其对市场自由程度的干预最轻;标准规制则对经营者的经营行为施加一定的目标、性能或规格上的标准,其对市场自由的干预居中;而准入规制则要求经营者必须获得事前审批或授权,否则被禁止从事特定领域的经营行为,属于最重的规制工具。参见Anthony I. Ogus. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2004: 150-151。

“ ”

“ ”

“ ”

20 90

2013

“ ”

(二)混合所有制与公私合作制的制度障碍: 市场准入法的“傲慢与偏见”

“ ”

“ ”

“

①范健、王建文:《商法学》(第三版),法律出版社2012年版,第61页。

②严格来说,市场准入的概念外延小于行政审批,有代表性论述将中国行政审批主要做三种分类,即资源配置类、市场进入类和危害控制类,参见王克稳:《论行政审批的分类改革与替代性制度建设》,《中国法学》2015年第2期。在三种类型各自的概念界定中,资源配置类审批指对国家所有或垄断的资源使用权或经营权予以出让,基本上相当于本文所述的公私合作制所着力公共事业市场准入;而市场进入类审批则是对竞争性行业投资或经营行为的审批,基本上相当于本文所述的混合所有制所着力竞争性领域的市场准入;而危害控制类审批则与行政主体的社会管理行为相关,通常与市场准入的概念外延无关。

”“

”

“ ”

“ ” “

”

“ ”

“ ”

2002

2005

“ ”

2007

7

2010

1995 2005

①张杰斌：《特定行业的〈反垄断法〉适用问题研究——〈中华人民共和国反垄断法〉第七条评析》，《北京化工大学学报》（社会科学版）2007年第4期。

②此处以民航业为例所做的分析援引了如下研究成果，段宏磊：《民航业反垄断执法的管制障碍及改革》，《北京理工大学学报》（社会科学版）2015年第1期。

③参见《外商投资民用航空业规定》第六条。

④参见《国内投资民用航空业规定（试行）》第五条至第十一条。

⑤参见民航发〔2007〕101号《民航总局关于调控航班总量、航空运输市场准入和运力增长的通知》。

⑥正是基于这个理由，国外对于航空公司的并购，通常会附加限制性条件，要求其转让部分航班时刻，欧盟在2013年批准星空联盟整合部分跨大西洋航线时，即附加了此类条件。参见：European Commission. Antitrust: Commission renders legally binding commitments from Star alliance members Air Canada, United and Lufthansa on transatlantic air transport passenger market. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-456_en.htm?locale=en,2014-07-04, 2017/5/2最后访问。

⑦相关报道可参见佚名：《航班时刻受限，民营航空被逼退居》，同程旅游网：http://www.ly.com/airinfohow_7655.html, 2017/5/2最后访问。

“ ” BOT

golden shares
“ special
rights ”

2005 2014

“ ”
“ ”

四、市场准入法的改革：规制放松与再造

(一)理论基础：拓展市场的广度与深度

①这十年间较为重要的与公私合作制直接有关的政策文件包括：(1)1995年原对外贸易经济合作部《关于以BOT方式吸引外商投资有关问题的通知》；(2)1995年国家外汇管理局《关于境内机构进行项目融资有关事宜的通知》；(3)1995年国家计委、电力部、交通部《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》；(4)1997年国家计委、国家外汇管理局《境外进行项目融资管理暂行办法》；(5)2002年建设部《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》；(6)2004年建设部《市政公用基础设施特许经营管理办法》。而在2005年国发〔2005〕3号《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》中，其所使用的语境力度之大、改革决心之坚定，已堪称前所未有的。该文件明确指出要“放宽非公有制经济市场准入”，且所涉范围十分广泛，既涉及当前混合所有制改革的特殊行业，明确提出允许非资本进入垄断行业和领域，金融服务业等；更直接涉及公私合作制的公共事业领域，如文件中提到的公用事业、基础设施领域和社会事业领域等。

②[美]热拉尔·罗兰：《私有化：成功与失败》，中国人民大学出版社2013年版，第31页。

③特殊权利(special rights)指代西方国家在国企私有化过程中对部分控制权的保留，它往往通过政府在企业保留极少数乃至一股的形式来实现，但这些极少的国资股却被赋予了若干特权，拥有“黄金般的价值”，因此被称为“黄金股”。详情可参见张立省：《黄金股研究综述》，《首都经济贸易大学学报》2012年第1期，第93页。

④王曦、陆荣：《危机下四万亿投资计划的短期作用与长期影响》，《中山大学学报(社会科学版)》2009年第4期。

⑤湛中乐、刘书燃：《公私合作制协议中的法律问题辨析》，《法学》2007年第3期。

⑥一个典型报道可参见颜芳：《热推公私合作制项目遇冷，政府还需多补课》，新华报业网：<http://news.xhby.net/system/2015/05/04/024589768.shtml>，2017/5/2最后访问。

“ ”

20 70

50 70

“ ”

“ ”

20 70

“ ”

“ ”

“ ”

HSE
voting rights

① 顾丽梅：《规制与放松规制——西方四国放松规制的比较研究》，《南京社会科学》2003年第5期。

② Stephen Breyer: *Regulation and Its Reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1982, 1.

③ 卢颂华：《美国放松规制改革的发展与启示》，《行政论坛》2002年第3期。

④ 卢颂华：《美国放松规制改革的发展与启示》，《行政论坛》2002年第3期。严格来说，欧美国国家放松规制运动并不局限于准入规制，而是辐射了政府规制法律制度体系内的所有经济性规制，但其整体效果显然以准入规制的放松最为首当其冲，也最为典型。也正因为如此，对于欧美国国家20世纪70年代开始开展的放松规制运动，有些论述直接将其描述为“私有化”的过程，即逐渐对非国有资本开放准入的一次改革运动，参见[美]热拉尔·罗兰主编：《私有化：成功与失败》，中国人民大学出版社2013年版，第30-31页。

⑤ 衡量这些行业的一个有用指标是OECD规制指数，即以准入规制和其他规制的若干方面作为指标进行测度，从而衡量出特定行业的具体规制程度，一般来说，指数越高，对非公资本的准入壁垒通常越大。以此为标准进行衡量，欧美国国家放松规制运动卓有成效，以英国、美国为例，二者在航空、电信、电力、天然气、邮政、铁路、公路七大受规制行业1975年的指数分别为4.8和3.7，到2003年已分别降低到1.0和1.4。参见戚聿东：《中国垄断行业市场化改革的模式与路径》，经济管理出版社2013年版，第468-480、495页。

⑥ HSE规制(Health, Safety and Environment Regulation)，即健康、安全与环境规制，在美国常被用来指代以社会公益性为目的的社会性规制的三大典型领域，参见文学国：《政府规制：理论、政策与案例》，中国社会科学出版社2012年版，第29页，第272-273页。

⑦ 参见[美]热拉尔·罗兰主编：《私有化：成功与失败》，中国人民大学出版社2013年版，第31页。

(二) 规制放松：市场准入法去资本歧视性

“

”

“

”

“

”

“

”

“

competition advocacy ”

“

”

“

”

①包含准入规制在内的一切规制，均既有可能限制竞争，又有可能对竞争产生不正当的限制效果。因此，对第七条的修正并不致力于对特殊行业规制权力的废除，而是将其中性化，即仅对政府的规制权力予以确认，并去除可能产生排除、限制竞争效果的语词。

②参见张占江：《竞争倡导研究》，《法学研究》2010年第5期。

”

“ ”

2014

“ ”

(三) 规制再造: 以行为规制替代准入壁垒

20 70

“ ” “ ”

“ ”

“ ”

① 参见张占江:《中国法律竞争评估制度的建构》,《法学》2015年第4期。

② 理想地说,最为确保信赖利益保护的形式并不是高位阶的政策文本或国务院法规,而是人大层面的立法,它具有最为典型的规范性、确定性和严肃性。美国历史上的放松规制运动就极为重视改革法案出台的作用,比如美国铁路行业的放松准入便是通过1970年《国家铁路客运法案》、1973年《地区铁路改组法》、1976年《铁路复兴与规制改革法》、1980年《斯塔格斯铁路法》等改革法案的出台而循序渐进,参见王立平:《规制与放松规制:美国铁路体制改革的启示》,《郑州航空工业管理学院学报》2007年第6期。但是,从改革开放三十余年的中国实践来看,对于这种改革过渡期内的规范调整,我国在习惯上并没有依靠人民代表大会层面立法进行的做法,而是更倾向于通过中央层面的政策文本进行。

“ ” 2015

“ ”

“ ” “ ”

①有关美国这一规制成本收益分析的实践演变可参见[美]W·基普·维斯库斯、小约瑟夫·E·哈林顿、约翰·M·弗农：《反垄断与管制经济学》(第四版)，陈甬军、覃福晓等译，中国人民大学出版社2010年版，第21-24页。

②最典型的莫过于财金〔2015〕21号《政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引》，其中第二条明确本指引的目的在于“识别、测算政府和社会资本合作(public-Private Partnership,以下简称公私合作制)项目的各项财政支出责任,科学评估项目实施对当前及今后年度财政支出的影响,为公私合作制项目财政管理提供依据。”

③刘大洪、郑文丽：《政府权力市场化的经济法规制》，《现代法学》2013年第2期。

④公私合作制改革在2005年之后由于经济危机的原因而临时中止,政府投资行为在危机中得以扩张,从而对非资本产生了挤出效应,参见前述;而混合所有制亦曾出现过类似状况,其导火线为2004年的“郎顾之争”,彼时正处于以国有企业MBO的形式实现对国有经济投资结构的调整,但郎咸平对顾雏军借此侵吞国有资产的指责引发了决策层对国有资产流失的重视,在这之后,国企改革逐渐偃旗息鼓。

⑤由于混合所有制和公私合作制均涉及多种行业或领域,实施过程中涉及的机构其实非常庞杂,但从宏观的主导机构来看,混合所有制主要涉及企业国有资产投资结构的调整问题,其牵头者应为国资委;而公私合作制多为公共事业领域,实际上多由各级财政部门予以牵头负责。

五、结 语

“ ”

“ ”

” “ ”

主要参考文献:

- [1] Ogus A I. Regulation: Legal form and economic theory [M]. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- [2] Breyer S. Regulation and its reform [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- [3] Sokol D D. Limiting Anti-Competitive government interventions that benefit special interests [J]. *George Mason Law Review*, 2009, 17(1): 119–189.
- [4] Gal M S, Faibish I. Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition [J]. *Common Market Law Review*, 2007, 44(1): 69–100.
- [5] Cooper J C, Pautler P A, Zywicki T J. Theory and practice of competition advocacy at the FTC[J]. *Antitrust Law Journal*, 2005, 72(3): 1091–1112.
- [6] Johannsen K S. Regulatory independence in theory and practice: A survey of independent energy regulators in Eight European Countries[J]. *Energy Research Programme and the Danish Research Training Council*, 2003, (2): 156–162.
- [7] Owen B M, Sun S, Zheng W T. Antitrust in China: The problem of incentive compatibility[J]. *Journal of Competition Law & Economics*, 2005, 1(1): 123–148.
- [8] Brooks S. The mixed ownership corporation as an instrument of public policy[J]. *Comparative Politics*, 1987, 19(2): 173–191.
- [9] Beladi H, Chao C C. Mixed ownership, unemployment, and welfare for a developing economy[J]. *Review of Development Economics*, 2006, 10(4): 604–611.

Mixed Ownership, Public-private Partnership and the Reform of Market Access Law

Liu Dahong¹, Duan Honglei²

(1. School of Law Zhongnan University of Economics and Law Hubei Wuhan 430073 China;
2. School of Literature and Law Huazhong Agricultural University Hubei Wuhan 430070 China)

(128)

①刘大洪:《经济法学》,中国法制出版社2008年版,第434页。

