

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2021.06.021

论公用事业特许经营中的 临时接管适用条件

——以国家担保责任理论为视角

余珊珊

(中国政法大学法学院,北京 100088)

摘要:临时接管在公用事业特许经营中发挥着应急保障作用,其适用条件既涉及政府行使接管权力的界限,也与特许经营协议履行的可持续性和特许经营权利的保障密切相关。临时接管适用条件的完善应考虑三个要件:结果要件为特许经营中危及公共利益应达到“严重”程度且一般性行政措施难以奏效;程序要件为特许经营协议约定优先;范围要件方面,政策法律变动类因素应排除在适用情形之外,对特许经营经营者违约适用临时接管应持审慎态度。

关键词:国家担保责任;公用事业;临时接管;适用条件

中图分类号:D922.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2021)06-0137-10

临时接管是指在公用事业特许经营的实施过程中,出现突发事件、经营者无力经营或违约等情形,可能或者已经对公共利益造成重大损害时,由主管部门对该项公用事业进行暂时性管理的制度。尽管临时接管为暂时性措施,但是,从实践情况来看,公用事业一旦被临时接管,很难再恢复原特许经营协议的继续履行,特许经营经营者通常面临巨额损失,有的还会面临来自公共服务消费者和第三人的追偿。在首例政府临时接管特许经营权案“方正县启动应急预案临时接管城市供热”^①,以及“云南大理州祥云公交特许经营权纠纷案”^②“内蒙古西乌旗政府接管供热企业案”^③等一系列案件中,争议焦点均指向临时接管的适用条件问题。立法层面,关于临时接管制度的立法位阶较低,立法中关于临时接管适用条件的规定存在内容不明确、企业经营风险等同于公共服务危机等一系列问题,不利于保障特许经营协议正常履行。

学理层面,关于临时接管适用条件这一与特许经营企业重大权益密切相关的重要问题,学界已有研究主要集中在对现有规定的梳理,尚缺乏深入分析。临时接管是对特许经营协议履行的非正常中止,由政府作为缔约一方同时行使行政权力,直接替代特许经营企业提供公共服务。因此,确定临时接管的适用条件,需要准确定位政府在特许经营中的角色,处理好行政权行使与协议正常履行之间的关系。本文将运用国家担保责任理论检视临时接管适用条件的现有规定及存在的问题,探寻实施临时接管的权力边界,进而提出完善临时接管适用条件的设想。

一 国家担保责任理论分析视角的引入

公用事业特许经营是我国公私合作实践的典型样态。公私合作模式的兴起,对公共行政的传统形式提出了挑战,国家与社会间的关系发生重

收稿日期:2021-03-25

作者简介:余珊珊(1992—),女,广东惠州人,博士生,主要从事宪法学与行政法学研究。

①郭毅:《供热企业纠纷危及近4万人取暖 当地政府临时接管供热——首例政府临时接管特许经营权案背后深意》,《法制日报》2009年8月4日。

②普崇秀:《云南大理州祥云公交特许经营权之争——我省首例公交公司特许经营权纠纷案昨日开庭》,《云南法制报》2008年8月1日。

③郭素凡:《内蒙古西乌旗一家民营热电企业被政府强制接管》,《法治周末》2010年8月11日。

大转变,原有的政府与私人部门之间的责任分配随之发生变化。然而,在探索和推动公私合作的脉络中,法学研究的关注点多集中于政府业务委托所产生的法律关系变化及争议解决问题,对背后更深刻的基础问题——国家角色的重新界定,似乎缺乏进一步的检讨。更重要的是,有关私主体承接部分执行责任、国家执行责任转化为担保责任后的角色变迁,并未被严肃看待^①。对此,国家担保责任理论捕捉到给付行政民营化时代国家角色发生的转变,以及这种角色转变所带来的国家责任变化,并为划定国家责任边界提供了参考依据。

国家担保责任是在“担保国家”概念的基础之上发展而来。1998年,德国学者 Martin Eifert 在其《担保国家中的电信基本服务》一书中首次使用“担保国家”作为理论模型进行实践问题研究。根据“担保国家”理念,公权力部门不再独占履行国家的给付任务,而是可以交由私人主体或第三部门履行,但国家须承担担保的责任。担保国家的核心概念则是国家担保责任。Wolfgang Weiss 教授在《私人部门参与履行公共任务和国家责任》一文论述了国家担保责任的目的。他认为,国家担保责任的目的之一是保障不特定第三人的利益,通过制定和颁布相应保护规范平衡私人主体与第三人的基本权冲突;目的之二是国家对民营化后的市场采取必要措施,促使其顺利渡过转型期的挑战^②。德国担保责任理论的代表性人物 G.F.Schuppert 教授在文章《合作国家中的公共行政与私人履行任务:层级责任的思考》中,依据国家参与行政任务的密度将国家责任分为“履行责任”“担保责任”和“承接责任”三种类型:“履行责任”是指国家公权力部门自行从事特定行政任务的责任;“担保责任”是指国家将特定任务交由私人部门履行,但必须“确保”私人部门按一定标准向公众提供公共产品和服务;“承接责任”体现为一种兜底责任,是指在私人部门履行公共任务时,公共部门原则上不参与或干涉,但是

当私人部门履行公共任务存在瑕疵或履行不能时,国家应当接手,以保证该任务被无瑕疵地履行^③。国家担保责任之下又可分为三种子类型,分别是国家管制责任、国家监督责任和国家接管责任。其中,国家接管责任是对国家管制和监督失灵时的补充,即在私人主体出现重大经营不善或严重危机时,国家有进行纠正或取代等补充性行为的责任^④。“盖倘接管措施之目的,仅在于使国家为暂时性地之介入,俾使私人对于公共任务执行之瑕疵得以有较宽裕之时间及条件改善,终究仍期盼其能恢复运作能力,妥适且有效地执行公共任务者……”^⑤相反,若私人主体经过上述努力仍然无法改善现状,国家运用“接管”及后续手段,自己运营或寻求第三者运营,此时的接管措施对应的就是原先的“履行责任”,而这种“履行责任”应是暂时性的。总体而言,国家担保责任理论下的几种国家责任类型之间是浮动的,不同层次的保护需求决定了不同形式的保护机制^⑥。

从国家担保责任理论的视角来看,我国的公私合作实践常常出现“担保者”与“执行者”角色混淆,“担保责任”置于“履行者义务”之前等问题。出现这些问题的原因是多方面的:第一,行政责任对应着行政权力,相比“担保责任”,“履行责任”是一种更强的行政责任,对应更大的行政权力和更强的保障机制。第二,我国现行法律之下,公用事业主管部门既是特许经营协议的当事人,也是协议履行的监管者,“裁判员”和“运动员”集于一身,结果是针对不同情形采取不同措施的身份容易出现混淆。第三,行政管理的理念尚未转变,秩序行政的观念影响了民营化时代的担保行政行为。“行政任务民营化后,担保国家理论和担保责任理论成为国家的主导理论,建立在传统行政法理论基础上的接管法律制度难以与国家接管责任理论所要求的法律制度相匹配,甚至有些规定显得非常滞后,且不合时宜。”^⑦我国的行政任务民营化中,国家角色由“履行者”向“担保者”的转型并不彻底,即使行政协议中呈现的是“担

①陈爱娥:《国家角色变迁下的行政组织法》,《月旦法学教室》2002年第1期。

②杨彬权:《后民营化时代的国家担保责任研究》,中国法制出版社2017年版,第7—9页。

③李以所:《德国“担保国家”理念评介》,《国外理论动态》2012年第7期。

④杨彬权:《后民营化时代的国家担保责任研究》,中国法制出版社2017年版,第93—97页。

⑤詹镇荣:《国家担保责任之实践与检讨》,载台湾行政法学会主编:《现代行政之正当法律程序:公私协力与行政合作法制》,台湾元照出版有限公司2014年版,第168页。

⑥章志远:《迈向公私合作型行政法》,《法学研究》2019年第2期。

⑦杨彬权:《我国国家接管责任法律制度之重构——以基础设施供给行政为例》,《法治研究》2016年第2期。

保者”角色,实际运行中,行政机关还是可能通过各种形式“间接执行”,尤其是临时接管制度极易使行政机关“行行政接管之名、履撤销特许之实”^①。第四,公私法的价值对峙。公法秉持公共利益的价值本位,认为只要不伤害私人权益,就应该尽可能地确保公共利益的实现;而私法则秉持私人权益的价值本位,认为如非确实必要,即不应引入公法制度,避免使私人权益暴露于公权力的潜在威胁之下^②。这种公私法价值的对峙在临时接管问题上显得尤为突出。

接管责任虽然是一种补充性的担保责任类型,但是为行政任务公益且合法地完成提供了保障,同时有效防止国家责任“避难至私法”。公用事业特许经营是政府多重角色交织的场域,而临时接管就像一个节点,政府在这个节点上针对不同情形采取不同策略会发生角色的改变。当我们试图厘清临时接管的适用条件时,其实是在探求国家担保责任的边界,即出现哪些情形,行政机关可以跳出协议缔约者的身份,而以“公共事务管理者”的身份,在必要时突破合同约定、直接干预合同的履行。

二 临时接管适用条件的现有规定及存在的问题

作为一种应急保障性的政府监管手段,临时接管须以公共利益受到或者可能受到损害为前提,其目的在于降低或排除突发事件、特许经营者违约、经营不善等情形对公共利益造成的不良影响,确保公用事业服务的稳定性和连续性。临时接管适用条件与临时接管的法律性质密不可分。关于临时接管的法律属性,学界目前存在不同认识^③。临时接管为政府行使行政权力的结果,而

非以协议缔约一方实施的协议行为,固然带有强制性,但是,就其内容而言,并不具备行政强制的特点^④,而是公用事业特许经营中由于某些原因导致经营中断,由行政机关暂时性接管特许经营权的一项制度安排。此外,临时接管的行使方式不仅是“暂时性控制”,还涉及运营或寻求第三人运营,因其目的在于维持特许经营项目的正常运转,这也区别于传统的行政强制措施。因此,临时接管不应属于行政强制,相应也不应适用《行政强制法》的规定确定其适用条件,而应适用公用事业特许经营相关立法。本部分拟在梳理现有规定基础上,应用国家担保责任理论,分析存在的问题。

(一) 临时接管适用条件的立法梳理

关于临时接管适用条件的规定主要体现在公用事业特许经营管理的综合性立法和供气、供水、公共交通等领域的立法中。经检索^⑤,现行立法中对公用事业临时接管制度作出规定的包括:部门规章3部,地方性法规38部,地方政府规章19部,地方规范性文件334部。其中,对临时接管适用条件进行概括或列举的,部门规章仅《市政公用事业特许经营管理办法》;地方层面,有29部地方性法规、15部地方政府规章和116部地方规范性文件作出了规定。值得一提的是,江苏省单独颁布了临时接管的专门性规定《江苏省城市市政公用事业特许经营权临时接管制度》,当中对临时接管的适用条件进行了列举。

现有立法关于临时接管适用条件的规定集中在适用情形的列举方面。根据临时接管适用情形的起因,可将其分为四类:突发事件因素、特许经营者因素、期限因素和政策法律因素。其中,特许经营者因素中又包括特许经营者违法、特许经营者违约和单方解约的情况。在四类因素中,期限

^①应松年,冯健:《论行政接管的法律性质》,《学习与实践》2020年第10期。

^②陈天昊:《行政协议的识别与边界》,《中国法学》2019年第1期。

^③比较有代表性的观点如下:其一,将临时接管归为行政强制的一种,认为其具有行政性、强制性、干预性、临时性等特点。参见章志远,李明超:《公用事业特许经营中的临时接管制度研究——从“首例政府临时接管特许经营权案”切入》,《行政法学研究》2010年第1期;骆梅英:《论公用企业的行政接管》,《中德法学论坛》2017年第14辑上卷。其二,认为“临时接管具有强制性、及时性和过渡性的特征,不具有终局处分的效果,其性质与行政即时强制相似,但不可完全等同”。参见高俊杰:《公用事业临时接管的行政法规范》,《行政与法》2014年第1期。其三,认为临时接管是一种新型的行政行为,具有行政性、有限强制性、非处分性和临时性。参见应松年,冯健:《论行政接管的法律性质》,《学习与实践》2020年第10期。

^④《行政强制法》所规定的“行政强制措施”,是指“行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为”,侧重的是行政行为过程中的强制性。

^⑤统计方法为在“北大法宝”数据库以“临时接管”为检索词进行“全文”检索,再以“特许”为检索词在结果中进行“全文”检索。统计对象为所有包含临时接管适用条件的立法文件,仅规定主管部门具有临时接管职权或特许经营协议中应当包含临时接管预案的,不在此范围内。统计日期截止到2020年9月10日。

因素是因特许经营协议到期、未确定新特许经营人的情形,属于协议履行完毕的后续阶段,不在本文的讨论范围内。因政策或法律法规变动而进行临时接管仅出现在极少数立法中,因为行政区划调整、政府换届、部门调整和负责人变更都可能带来政策变动,容易产生违反上位法的风险^①。实践中,适用临时接管的主要情形为突发事件和特许经营者违法、违约、单方解约。

1. 突发事件

“突发事件”对应的情形是,公用事业特许经营中出现突发事件、紧急情况或不可抗力等,危及或者可能严重危及公共安全的,主管部门可以实施临时接管。据统计,161部规范性文件中,有62部规定了“突发事件”作为临时接管的依据。这些立法对适用临时接管采用了几种不同的表述:(1)突发事件+主管部门的职责,如《市政公用事业特许经营管理办法》和部分省市将突发事件情形下的临时接管规定于市政公用事业主管部门的职责部分,但未具体规定实施临时接管应满足什么条件^②。(2)突发事件+必要性。一些地方立法对临时接管附加了“必要性”的要求,即出现危及公共利益或公共安全的紧急情况,在必要时才可采取临时接管措施^③。(3)突发事件+不采取措施、不配合管制。这种规定形式在供水领域出现较多^④。

2. 特许经营者违法、违约、单方解约

因特许经营者行为导致临时接管涉及的情形较多,且各种情形之间可能存在重叠,如管理不善发生重大生产安全事故,既可能触犯刑法,也违反了特许经营协议,故这里不对每一种情形具体属于违法、违约还是单方解约作具体区分,而是统一在此类别下进行分析。据统计,立法规定的13种情形中数量居前五的有:“特许经营合同约定的

其他情形”^⑤“擅自停业、歇业,严重影响到社会公共利益和安全的”“法律、法规(规章)禁止的其他行为”“擅自转让、出租、抵押或以其他方式处分特许经营权”“因管理不善发生重大质量、生产安全事故的”。除了兜底条款,其余三种情形,“擅自停业、歇业,严重影响到社会公共利益”属于特许经营者违反协议约定、不履行普遍服务义务的体现;“擅自转让、出租、抵押或以其他方式处分特许经营权”可能导致特许经营者主体资格丧失,破坏缔约前提;“因管理不善,发生重大质量、生产安全事故”是项目运营中出现事故,造成特许经营协议中止或终结的情形。

立法中规定的特许经营者单方解约的临时接管,针对的是行业主管部门同意特许经营者单方解除合同后、新的特许经营者尚未产生的情形。该规定的含义是,若特许经营者提出单方解约,通常要经过行业主管部门同意,如果此时还未产生新的特许经营者,则由主管部门进行接管^⑥。不同于特许经营者违法、违约情形下的临时接管可能存在未解决的法律纠纷,政府同意特许经营者单方解约表明双方已经就权利义务关系达成一致意见。但是现有立法对于特许经营者能否单方解约持不同的态度,一种认可特许经营者享有单方解约的权利,如《湖南省市政公用事业特许经营条例》第19条规定:“特许经营期内,特许经营者因不可抗力无法继续经营的,可以申请解除特许经营协议。市政公用事业主管部门应当临时接管该项目……”另一种持基本否定的态度,如《北京市城六区占道停车特许经营办法》第28条规定:“除特许经营协议特别约定外,特许经营者在特许经营期内不得单方终止特许经营协议。”

(二) 临时接管适用条件规定存在的问题

关于临时接管整体的立法现状,学界普遍认

^①《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第34条第2款:“行政区划调整,政府换届、部门调整和负责人变更,不得影响特许经营协议履行。”

^②例如《市政公用事业特许经营管理办法》第10条:“主管部门应当履行下列责任:(六)在危及或者可能危及公共利益、公共安全等紧急情况下,临时接管特许经营项目。”

^③例如《青海省市政公用事业特许经营管理条例》第30条:“特许经营权发生变更、终止或者被依法撤销以及出现危及或者可能危及公共利益、公共安全的紧急情况时,市政公用事业主管部门应当采取有效措施保证市政公用产品供应和服务的连续性与稳定性,必要时可以采取临时接管措施。”

^④例如《海口市城市供水排水节约用水管理条例》第42条:“发生城市供水突发事件、公共安全事故,城市供水企业不依法采取应急措施、不配合政府采取的供水管制措施,危及或者可能严重危及公共安全时,经市人民政府同意,市水行政主管部门可以对城市供水企业实行临时接管。”

^⑤部分规范性文件仅笼统地规定“重大违约”“违反合同约定”,难以归入(1)~(10)具体情形,但总体而言属于第2类项下,因此将其归类至第2类(12)种情形的兜底条款“特许经营合同约定的其他情形”。

^⑥例如《成都市人民政府特许经营权管理办法》第24、27条,《昆明市特许经营权管理办法》第29条。

为存在立法位阶过低、内容规定粗疏、程序规定欠缺等问题。临时接管的适用条件规定集中在临时接管适用情形的列举,极少涉及临时接管的接管权限和接管程序,存在不成体系、缺乏统一标准和可操作性等问题。依国家担保责任理论观之,临时接管适用条件的规定存在下列问题:

(1) 国家在特许经营协议实施过程中的角色定位模糊,“担保者”与“执行者”的角色容易混淆,临时接管的启动缺乏程度、程序的限定,行政机关享有过大的裁量权。无论是突发事件、不可抗力,还是特许经营者擅自转让特许经营权、擅自停业歇业、出现生产安全事故等,这些适用情形都是可能引发公共服务中断的原因,但立法对这些情形的严重性程度和启动临时接管的程序规定不足,使得主管部门在能否适用临时接管问题上存在较大的自由裁量空间。缺乏程度或程序的限定,其实是临时接管适用条件规定不明确的表现,一定程度上反映出立法对国家角色定位的不清晰。在浙江道道投资公司案中,当共青城管委会与道道公司的民事补偿款纠纷尚未解决时,共青城管委会以擅自抵押、多次造成供水危机为由取消了道道公司的经营权。法院判决共青城管委会的行政行为违法,但未支持道道公司的供水补贴诉求^①。该案件的难点在于:一、经营危机是否足以达到危害公共利益的程度缺乏评判标准;二、协议纠纷的解决与启动临时接管二者是否存在先后顺序,立法没有作出规定。国家担保责任理论认为,行政任务民营化后或公私合作过程中,“国家的角色从公共任务的‘执行者’转变为‘担保者’,国家应负的责任从‘履行责任’转变为‘担保责任’”^②。在临时接管的适用情境下,行政机关与特许经营者之间常常既有行政协议纠纷,又有需要共同应对的公共服务危机。此时行政机关身兼合同缔约者和公用事业管理者双重身份,如果单纯以公共利益为由,通过行政方式解决经营危机或突发事件而置协议于不顾,行政协议的意思自治被打破,特许经营者权利保护的基础将受到

侵蚀。

(2) 范围要件过于宽泛,包含不宜纳入适用范围的事项;适用范围中列举的违法情形,其合法性的判定标准本身与特许经营行为的营利性存在矛盾。国家担保责任的重要内涵之一,是国家要担保承担行政任务的私人主体能够获得一个公平和充满竞争的民营化市场,还要保障竞争者的竞争权,包括竞争平等权、竞争自由权^③。公用事业特许经营中的临时接管是公私合作背景下行政协议履行非正常中断的一种救济机制,但这种救济机制往往过于重视公共利益保障的面向,而忽视了行政协议履行的可持续性,也回避了特许经营者应享有的自主经营权利。个别地方立法将政策法律的变动纳入了临时接管的适用情形之中,这已经违反了《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的要求。《市政公用事业特许经营管理办法》列举了适用临时接管的几种情形^④,特许经营中一旦出现这些法律法规禁止的行为,主管部门可终止特许经营协议、取消特许经营权、实施临时接管。需要注意的是,立法中规定的是“擅自”转让、出租特许经营权或者将所经营的财产进行处置才属于违法违规行为。反之,如果没有获得行政机关批准,特许经营企业为了生产和发展需要或者其他原因转让特许经营权、将经营的财产进行处置或者抵押的,是否属于违反法律法规?在南宁市中威管道燃气公司案中^⑤,主管部门武鸣区政府依据《市政公用事业特许经营管理办法》认定中威公司未经批准擅自转让了特许经营权,而中威公司认为自己转让经营权的起因是解决经营税收问题,属于企业的经营性行为。如果不考虑经济、政策等现实因素,单纯依合法性标准判断特许经营者是否违法进而实施临时接管,不仅容易给社会经济秩序带来负面影响,还背离了临时接管制度设立的初衷,这也是该制度多为诟病的原因之一。

(3) 结果要件缺失,以“企业经营危机”替代“服务供应危机”启动临时接管。许多地方立法

①江西省高级人民法院(2017)赣行终 279 号行政裁定书。

②杨彬权,王周户:《论我国 PPP 行政法规制框架之构建》,《河北法学》2018 年第 3 期。

③杨彬权:《后民营化时代的国家担保责任研究》,中国法制出版社 2017 年版,第 98—99 页。

④《市政公用事业特许经营管理办法》第 18 条:“获得特许经营权的企业在特许经营期间有下列行为之一的,主管部门应当依法终止特许经营协议,取消其特许经营权,并可以实施临时接管:(一)擅自转让、出租特许经营权的;(二)擅自将所经营的财产进行处置或者抵押的;(三)因管理不善,发生重大质量、生产安全事故的;(四)擅自停业、歇业,严重影响到社会公共利益和安全的;(五)法律、法规禁止的其他行为。”

⑤广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂行终字第 133 号行政判决书。

将企业经营危机列入临时接管的适用情形之中,规定“因管理不善财务状况恶化、亏损严重、无法正常运行”可以实施临时接管。但是,企业经营危机不能简单等同于服务供应危机,在企业能够通过自我修正或借助外力解决内部经营危机时,则不应以此为原因进行临时接管。在给付民营化时代,国家不承担亲自执行行政任务的责任,而是负起担保私人主体以符合公益且合法的方式完成行政任务,促使一定公益实现,若私人完不成任务,国家才有履行的义务。实践中,行政机关常常将经营困境或突发事件等同于“完不成任务”,以实施临时接管的形式剥夺企业的特许经营权,将自己的“担保责任”变回“履行责任”,由弱行政责任向强行政责任倒置。当然,一些地方立法已经关注到这一问题并采取了不同的策略,如《上海市城市基础设施特许经营管理办法》第31条规定,企业内部发生重大突发性事件导致项目经营者无法按照特许经营协议提供公共产品和公共服务的,应当实施临时接管。此处限定企业内部经营危机须外化为服务供应危机才实施接管,因为一方面,风险社会下特许经营本身就面临着诸多风险;另一方面,即便经营可能出现危机,也可以采取措施进行修复,而如果政府过度地介入则极有可能侵害企业的自主经营权。

(4)将“担保责任”置于“履行者义务”之前,未给予特许经营者整改和补救机会,直接适用临时接管。对特许经营企业出现质量不达标、评估不合格的,往往由行政机关直接对之实施违法惩戒,与临时接管的制度目标存在冲突。临时接管是缓解、过渡、改善特许经营困境的一种临时性制度,有的学者将临时接管权称为“政府介入权”,因其涉及政府机构在短期内介入以解决紧迫性问题并在该问题获得圆满解决后“退出介入”^①。当发生或可能发生危及公共利益情况下,政府主动采取单方措施,承担一种补充性的责任,其制度目标在于解除危机、恢复到私主体履行任务的状态,而并非对违反行政管理秩序的行为给予行政处罚。这意味着首先应由履行者即公私协作中的私人主体,在自己能力范围内尽可能地解决困境,只有在私主体确实无法继续履行行政任务时,方才解除其资格。换言之,履行者义务应当居于首位。

然而,出于维持秩序和稳定等公共利益需要,在特许经营企业还未实行补救措施时,行政机关往往已经采取行动,将担保责任置于履行者义务之前,即颠倒了“担保责任”与“履行者义务”的主次顺序。中威公司案行政判决书的审理意见明确提到:“从合同约定来看,存在安全隐患完全可以通过采取补救措施予以消除,只要未发生重大质量、生产安全事故,就不符合取消特许经营权的条件。”^②特许经营中出现质量不达标、评估不合格等现状,可以运用告知、限期整改等措施要求特许经营企业提供符合标准的产品或服务,如果拒不整改或者整改后仍不合格的,才给予行政处罚,行使违法惩戒的权力。

三 国家担保责任与临时接管适用条件的完善

临时接管中止了公用事业特许经营协议的正常履行,其适用条件涉及的是在何种情形下,中止协议的正常履行,在一定时期内不再由特许经营企业,而是由政府直接或委托第三人提供服务。现今临时接管立法中关于适用条件的规定主要集中在适用情形的概括列举方面,即范围要件,但是因临时接管具有强制性和近乎终局性的特点,对于临时接管适用条件的探讨不能仅仅局限于范围要件,还应当从结果、程序等要件予以考量,构建整体的判定标准。

(一) 结果要件:公共利益受到严重损害且一般性行政措施难以奏效

临时接管启动的首要前提是公共利益遭受损害,但以公共利益为单一标准既容易出现判断上的难题,也容易带来权力的恣意。“由于公共利益概念的模糊性和不确定性,诱发公权力行为的恣意妄为,容易出现特许经营者对行政主体的介入活动无法预期,并易致公权力机关以公益之名行私利之实。如果单纯以公共利益,作为公权力介入的边界,显然是不科学的。”^③为此,部分立法对损害结果诉诸程度上的限定,增加了“严重影响公共利益”的要求。虽然“严重性”的标准并不明确,临时接管的启动很大程度还是取决于行政机关的自由裁量,但是将“严重性”作为结果要件

^①邢钢:《PPP项目中政府介入权法律问题研究》,《比较法研究》2018年第2期。

^②广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂行终字第133号行政判决书。

^③周佑勇:《特许经营权利的生成逻辑与法治边界——经由现代城市交通民营化典型案例的钩沉》,《法学评论》2015年第6期。

之一,使得行政机关在采用临时接管时至少要考虑手段的相当性,保持行为的克制,起到了一定的警示作用。更重要的是,当出现可能实施临时接管的情况时,一些相关立法已经对公共利益的受损程度进行了级别划分,借助这些程度划分,可以有助于“严重性”的判断。如宁夏易巨能公司案中^①,严重损害公共利益的判定标准是突发事件应急预案的级别,发布一级、二级警报时,表明突发事件发生的紧急程度、发展势态和可能造成的危害程度比较高,此时可以实施临时接管;而当发布的是三级、四级警报时,危害程度较低,情况相对可控,不宜采取临时接管。

在具体做法上,地方立法也提供了一些思路。部分地方立法采用“突发事件+必要性”或“突发事件+不采取措施、不配合管制”的形式来对启动临时接管的结果要件进行限制,但无论是客观的必要性还是特许经营者主观上的不配合,是否采取临时接管的核心依据仍然是“危及或者可能严重危及公共安全”。也就是说,只有特许经营者违法或不当行为严重到一定程度可能威胁到公共利益或社会秩序,并经在先的一般行政处理不能有效消解的,才可以启动接管程序。

(二) 程序要件:特许经营协议约定优先

公用事业特许经营中,行政机关在运用临时接管措施时常常出现角色的混淆和错位,这是临时接管适用条件泛化的表现之一。所以,除了结果要件,还应考虑临时接管的程序要件来理顺行政机关在临时接管中的角色定位。临时接管的程序要件主要体现为协议约定优先,其理论基础来源于以下两方面。

1. 国家担保责任应保障私主体的基本权利

德国法上的基本权利有两重属性,一是作为主观权利,二是作为客观价值秩序^②。作为“主观权利”的基本权利具有防御权功能,即确保公民的自由和权利不受国家公权力违法及恣意侵害,当私主体参与行政任务时,公权力部门应尊重私主体的财产权、平等权、工作权等^③。在担保国家模式下,公民的防御和请求国家提供生存照顾的基本权上升为公益,时常与特定私主体的财产权、

营业自由或工作权等发生冲突。维持两者间的平衡既要确保公民享有最低标准的公益水平或生存照顾水平,“以避免公民的基本权利随着私主体的参与由原本受国家侵害转变为受第三人侵害之潜在可能性”^④,也要保障私主体的财产权和营业自由,中止或解除其特许经营权经正当程序才可为之。如中国台湾地区的“奖励民间参与交通建设条例”对临时接管的适用设置了许多限制:私人主体参与公共交通建设,若出现重大过失、经营不善或者其他重大情形的,主管部门应首先责令其限期改善;逾期不改善或者改善无效的,给予停止施工或运营的处分;处分满六个月仍未改善,可以废止许可。如果停止施工或废止许可,主管部门的职责是采取适当的措施以保证服务的持续提供,只有必要时才强制接管运营^⑤。这些管理措施给予了特许经营企业一定的“自我修复”空间,先提供改进机会,特许经营企业没有改进意愿或者确实无力改进的,中止其经营,在一定的期限届满后情况仍未改善,则终止协议、撤销许可。即便是情况紧急也并未直接诉诸临时接管,而是要求政府继续维持服务,在行使临时接管权时保持克制。当然,如果因为情况紧急,为了保障公众的社会生活需要采取了临时接管,在危机解除后也可以对特许经营企业的经营状况进行评估,认为不影响后续经营的,撤销接管,恢复企业的特许经营权。除非特许经营企业不接受整改建议、整改后仍不达标或者主动提出解约,则依照违反特许经营协议约定予以处理。

2. 国家担保责任的实质是协议约定优先

担保行政法的管制不同于自由法治国家和给付国家下行政机关单方面的管制,而是依据行政机关与私人间在特定行政任务领域,所关联的行政决定以及依此所形成的以国家管制与社会自我管制共同运作的管制机制。在行政协议的场域下,这种共同运作的管制机制的前提依据是特许经营协议。“纵观行政机关在契约中行使单方变更或者废止契约、甚至强制执行的权利,外观上近似具体行政行为,但依然有着本质的差别。因为这些主导性权利不是直接来自法律授权,不是因

①宁夏回族自治区固原市中级人民法院(2018)宁04行初62号行政判决书。

②郑贤君:《作为客观价值秩序的基本权——从德国法看基本权保障义务》,《法律科学(西北政法大学学报)》2006年第2期。

③张鲁萍:《私主体参与行政任务中的担保国家理论研究》,《天津行政学院学报》2013年第2期。

④张鲁萍:《私主体参与行政任务中的担保国家理论研究》,《天津行政学院学报》2013年第2期。

⑤“奖励民间参与交通建设条例”第43条。

双方之间的命令和服从关系而延伸出的必然结果,而是来自对方当事人的允诺,是双方订立契约时协商的产物。”^①

从词源来看,“担保行政”中的“担保”原本是一个纯粹的私法概念,民事担保制度是指债权人与债务人缔结合同,第三人以其财产和信用为债务人提供债务履行的担保,在债务人不能或没有履行债务时,代为履行或承担连带清偿责任的方式。在公用事业领域进行公法治理的担保行政模式要解决的法律关系呈现出“政府——市场主体——消费者”的三角平衡:第一,作为担保者的政府在原则上并不干涉原本存在的市场主体与消费者之间的合同之债,而这种担保关系,类似于民事担保,可以看作是对独立于担保者之外的合同之债的担保;第二,民事担保的目的是为了保障债权人的利益,而担保行政模式也同样是以公共服务消费者权益保障为本位;第三,民事担保中的一般保证是仅当债务人无法履约的时候,再由担保者进行债务偿还,同样,担保行政模式也存在着先后顺序,仅当市场主体失灵无法提供给付的时候,国家责任始得显现^②。当然,由于公法与私法的本质性区别,民事担保与担保行政模式仍是存在许多不同。担保行政模式下“担保者”的内涵更丰富,即便是政府在市场失灵之后进行临时接管措施,也并非永久意义上代替市场的直接给付。公权力部门履行担保责任更多是通过契约的治理和建构一个对契约的审慎规制体系来进行,除非这种方式失灵,才会发生担保责任的后续步骤——接管。

(三) 范围要件:关于适用情形的具体设想

通过前文的分析可知,因公权力部门在国家担保责任的定位上存在角色错位,进而造成临时接管适用条件的混淆和错误适用。构建于秩序行政理念下的临时接管制度体系已经无法适应担保行政的发展,有必要对现有的临时接管适用条件进行重新梳理以重构契合国家担保责任理念的临

时接管制度。

1. 应当实施临时接管的情形

(1) 突发事件。突发事件中的“紧急情况”是一个不确定法律概念。如何界定紧急情况,是行政主体行使紧急情况下临时接管权的关键问题。虽然法律没有明确规定,但是至少可以通过要素的归纳对其进行描述。一般来说“紧急情况”的认定包括以下三个方面:第一,特许经营过程中出现突发事件,致使公共利益遭受重大损害或者面临重大损害的风险;第二,应急预案失效,难以解决问题,或者特许经营自行解决将耗费过高的成本,对后续经营造成严重影响;第三,政府公权力部门认为此突发事件已经发展到难以遏制的程度,为维护公共利益必须由政府主动予以接管^③。因此,是否启动临时接管的关键考察因素在于,公共利益的受损程度是否有产生行政权力干预的必要。

对于行政权力介入的必要性,一些政策文件作出了程度限定。财政部2015年制定的《PPP项目合同指南(试行)》的不可抗力条款为:“本合同所称的不可抗力,是指合同一方无法预见、控制、且经合理努力仍无法避免或克服,导致其无法履行合同项下义务的情形,包括但不限于:台风、地震、洪水等自然灾害;战争、罢工、骚乱等社会异常现象;征收征用等政府行为;以及双方不能合理预见和控制的任何其他情形。”^④英国PF2标准合同第18.1.1条界定政府主管部门可介入进行协助和/或救援的情况包括:对公民健康、(个人或财产)安全、环境具有重大风险,或者威胁人身、财产或环境的紧急情况^⑤。澳大利亚关于经济基础设施PPP项目的国家指南第26条规定:发生如下情形政府可介入并承担社会资本方所有或部分服务的交付义务:(a)出现紧急情况,对设施结构、工程、环境、公众、设施用户存在严重风险,或者对公共或私人财产存在实质性损坏的严重风险^⑥。

①余凌云:《行政契约论》(第二版),中国人民大学出版社2006年版,第36—37页。

②周游:《担保行政:公用事业公法治理模式探析》,苏州大学2011年博士学位论文。

③章志远,李明超:《公用事业特许经营中的临时接管制度研究——从“首例政府临时接管特许经营权案”切入》,《行政法学研究》2010年第1期。

④财政部政府和社会资本合作中心网站, <http://www.cpppc.org/czb/992670.jhtml>。

⑤世界银行政府和社会资本合作法律资源中心网站, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF。

⑥澳大利亚政府网站, http://www.infrastructureaustralia.gov.au/public_private/files/Vol_7_Commercial_Principles_Economic_Infrastructure_Feb_2011.pdf。

尽管“紧急情况”的界定可能还是会因标准不同存在争议,但是反向思考,将“非紧急情况”识别出来,至少可以为特许经营者的权利救济提供可能。紧急情况的解除相对更容易判断,即便开始错误判定了某种情形符合紧急情况并采取了临时接管,在此种危急情形结束或者错误判定得到纠正后,可以采取相应的补救措施,尽快解除临时接管。当紧急情况持续时间较短且恢复情况良好,行政机关应尽快恢复企业的经营权,在必要时提供帮助和扶持;若紧急情况持续较长且预计短期内难以解决,主管机关有权根据需要决定授予其他符合要求的企业特许经营权,对原企业遭受的损失进行补偿。

(2) 特许经营者违反法律法规。特许经营者违反法律法规也属于可以适用临时接管的情形。现有法条的不足在于,虽然以客观表述列举了违法违规的情形,但是在实践中仍是缺乏可操作性,因为特许经营作为一种兼具经济性和公益性的活动与合法非法的刚性判断标准存在脱节。如前述案例中特许经营企业在向主管部门报备之后成立新公司,将股权、资产等转移给新公司,但是主管部门以“擅自转让特许经营权”为由实施了临时接管,特许经营企业基于经营状况考量作出的判断与公用事业主管部门基于公共服务保障作出的判断结果截然不同。所以,在合法性标准之上,应适当地增加经济性因素作为参考。此外,法条中“重大事故”“严重影响”等也存在标准的不确定性,建议后续立法中根据不同行业的特点对其进行程度划定和标准认定。

(3) 特许经营者单方解约。特许经营者单方解约导致协议提前终止,主管部门可以对此实施临时接管。当特许经营者提出单方解约申请时,若主管部门同意,可自行或寻找第三方主体进行临时接管,以保障公共服务的持续提供;若主管部门不同意解除协议,此时特许经营者可能继续经营或者直接停业歇业,在第二种情况下主管部门也有必要予以接管。

2. 不应属于可以实施临时接管的情形

现有立法中,实施临时接管的协议外部因素包括紧急突发情况和政策法律调整。需要注意的是,即便是出于公共利益考量,法律法规或政策调整也不应成为临时接管的适用情形。相比于特许

经营十几年甚至数十年的运营周期,行政区划调整、政府换届、部门调整和负责人变更等情形频繁发生,如果以这些原因实施接管、取消特许经营协议,不仅会对特许经营企业造成巨额损失,还会折损政府公信力,侵害公众的公共服务权益。对此,《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第34条第2款明确提出:“行政区划调整,政府换届、部门调整和负责人变更,不得影响特许经营协议履行。”日后若制定法律层面的公用事业规范,这一制度理念应当继续贯彻和完善。

3. 应审慎列入临时接管实施条件的情形

对特许经营者违约的情形适用临时接管应当审慎。立法中“不履行普遍服务义务”“达不到市政公用事业产品、服务的标准和要求”“不符合相关规定,管理部门要求整改而拒不整改的”“可能危及公众利益和公共安全等情况下,不服从人民政府统一指挥和调度的”“不履行检修保养和更新改造义务,危害公共利益和公共安全的”“年度评估不合格”等都属于这类情形,应当与特许经营者违法情形进行适当的区分。特许经营企业违约应优先按照特许经营协议约定的条款处理,若主管机关愿意为特许经营企业提供整改机会,企业接受整改建议、及时整改,自愿接受处罚并承担违约责任,能够挽回影响的,可以继续经营。此种情形下主管部门拥有一定的自由裁量权。只有当该企业没有拯救的可能性,且继续存续会给社会经济秩序带来较为严重的负面影响,或者对其进行拯救的成本过高时,才可考虑将其强制退出市场,这也是优化营商环境的内在要求^①。

除了上述两种情形,有些条件介于中间地带,需要具体情况具体分析。如因管理不善财务状况恶化、亏损严重、无法正常运行的情形,一些地方规定,特许经营者因无法继续经营申请解除特许经营协议或要求临时接管的,提出申请后,主管部门进行调查,听取特许经营者和相关利害关系人的意见,以确定特许经营者是否丧失特许经营的能力和资格,杜绝特许经营者为了自身利益而中途退出现象。但是,当经营不善与突发紧急情况重合时,这一听取意见的程序似乎难以适用。可能的解决方式之一是将听证程序放在临时接管之后,如果特许经营者只是存在暂时性经营困难,可以将此作为临时接管的抗辩事由,并提供符合

^①王伟:《非正常经营企业强制性市场退出机制研究——优化营商环境背景下的行政规制路径》,《行政法学研究》2020年第5期。

要求的经营能力证明。主管部门根据评判给予其必要的扶持,帮助其渡过难关,但如果特许经营经营者确实无力经营或频频陷入经营困境,主管部门就应当解除特许经营协议,实施临时接管,并另行选择合适的特许经营经营者。

结语

国家担保责任理论认为,公私合作背景下的国家角色具有管制性、给付性、补充性和谦抑性等特点。不同于秩序行政时代公权力部门主要扮演行政任务的执行者,在给付行政民营化时代,公权力部门逐渐转向监督者与合作者的角色。对临时接管适用条件的探讨,实际上是在明晰国家担保责任的边界,即在何种情形下,行政机关可以突破合同约定,以“公共事务管理者”的身份直接干预合同履行。本文归纳了临时接管适用条件包含的三个要件,分别是结果要件、程序要件和范围要件。其中,结果要件需考虑公共事业特许经营中危及公共利益的严重程度,且临时接管应作为补

充性、最后性的措施;程序要件,即行政协议约定应当优先于行政解决方式,在特许经营经营者无法进行“自我修复”时,为避免危机扩大才予以临时接管;范围要件中,将政策法律变动、政府换届、部门调整等因素排除在适用情形之外,对特许经营经营者违约适用临时接管应持审慎态度。

明确公用事业临时接管的适用条件,有助于强化行政机关对接管“强制性”“终局性”的认知,审慎行使接管权力。当然,临时接管也并非“一接了事”,更重要的是接管后如何有效化解企业私益与社会公益的矛盾。随着公私合作日益增多,国家角色逐渐由台前转到幕后,虽然卸除了国家亲自提供公共产品的重担,但是并不意味着相关国家任务的剥离,相反,面对更加纷繁的经济局面,更加复杂的法律关系,更加频繁的角色转换,需要国家在公用事业管制方面更好地掌握尺度,在维护社会公共利益的同时最大限度地平衡各方利益,实现国家担保者的合理定位。

On the Applicable Conditions of Temporary Taking-over System in Public Utilities Franchising: From the Perspective of National Guarantee Responsibility Theory

YU Shan-shan

(School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The temporary taking-over system plays an emergency role in public utility franchising. Its applicable conditions is relevant to public regulators' power boundary, the sustainability of the administrative agreements and the protection of franchise rights. The applicable conditions for temporary taking-over system include three elements: result, procedure and scope. The result element is that the public interest has been or will be seriously threatened, and other administrative measures cannot be effective. The procedure element is that the administrative agreement has priority in dispute resolution. For the scope element, changes in policies and laws should be excluded from the applicable conditions, and a cautious attitude should be taken in applying temporary taking-over for breach of contract.

Key words: national guarantee responsibility; public utilities; temporary taking-over system; applicable conditions

(责任校对 龙四清)