

论公共企业的法律属性

胡改蓉*

内容提要 我国公共产品供给难以满足社会需求的深层原因是公共企业法律制度的缺失。现行法律规则体系虽对“涉公共利益企业”进行了多种表述,但均有不足,应以“公共企业”概念予以统一。公共企业因所提供产品的“公共性”,在经营中具有明显的“公法性”特质,但同时作为市场主体,又具有追求效率的“私法性”品格,成为一种“特殊法人”。为防止公共企业在经营中将公法责任遁入私法,应从市场准入与退出、治理机制、交易行为、价格管制、信息披露以及公共利益救济等多方面进行特别规制,并通过构建《公共企业法》弥补当前公共企业法律制度的缺失,最终促进公共产品的有效供给。

关键词 公共企业 公法性 私法性 特殊法人

随着我国社会的快速发展,公众对公共产品的需求日益增多,但目前公共产品供给的缺位或不足、供给效率的低下、定价的不合理、信息的不透明等问题却极为凸显。当国家电网 2013 年到 2015 年的利润从 705.8 亿元增加到 865.2 亿元,增幅超过 22%,而我们的用电成本却远高于域外发达国家的时候^①;当我国网络宽带的平均连接速度全球排名第 82 位,但宽带资费的相对价格却在 166 个国家和地区中位列第 104 位的时候^②;当公众要求通讯公司依据《政府信息公开条例》履行信息公开义务而通讯公司以其市场主体身份为由进行抗辩的时候^③,人们不禁要问,这些关涉民众和社会发展基本需求的企业究竟应如何定位?它们是纯粹的私法人吗?如果是,那么这些企业生产和提供的产品和服务是否可以按照市场供求关系、竞争关系进行市场化定价?是否可以充分享

* 华东政法大学经济法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金重点项目“国有企业法律制度重构研究”(项目编号:12AFX011)的阶段性成果。

① 参见《售电量下滑 国网和南网利润却创新高?》,载新能源网 <http://www.xny365.com/news/article-43389.html>,最后访问时间:2016 年 6 月 21 日。

② 参见《网速资费哪家强?》,载《南方都市报》2015 年 4 月 19 日第 A03 版;《全球网速资费对比 中国“合谋式垄断”致网络慢又贵》,载凤凰网 http://tech.ifeng.com/a/20150420/41061150_0.shtml,最后访问时间:2015 年 4 月 20 日。

③ 例如:王聚才诉中国联合通信有限公司南阳市分公司不履行信息公开法定职责纠纷案、王聚才诉中国移动通信集团河南有限公司南阳分公司不履行信息公开法定职责纠纷案、方金华诉中国电信股份有限公司宿迁分公司信息公开纠纷案、孙阳兵诉中国移动通信集团广东有限公司深圳分公司信息公开案。

受等同于私主体的经营信息保护?是否可以如同普通商人一样,追逐利润的最大化?如果不是,那么其价值和功能到底是什么?是完全如同公法人一样,以国家财政为支撑来履行公共服务职能吗?倘若如此,那么又如何理解其企业化经营的市场主体身份?尤其是,伴随着市场化的推进,这些企业的运行模式日渐从行政转向市场,投资主体逐步由国家扩展到私人,对其“亦公亦私”的身份,法律到底应如何规范?

面对这些困扰,无论是我国立法还是学术研究,都未予以足够重视并作出合理回应。甚至,现行立法还未明确确立“公共企业”这一概念,更缺乏对公共企业的系统性规定。可以说,造成我国公共产品供给难以满足社会需求的深层原因正是公共企业法律制度的缺失。回顾改革开放的近40年,为实现经济快速转轨,我国主要构建的是商事企业制度,以满足社会对私人产品的生产与供给需求,而对于克服市场失灵、提供普遍福利、追求社会公平的公共产品领域的企业制度却缺乏系统规定。这使得我们在面对公共企业的时候,不知如何对其定性,无法对其所肩负的提供公共服务的“公益人”属性与作为企业所固有的“经济人”属性进行理性区分与融合。为此,亟需结合现行法律规范,对涉及公共利益的企业概念进行重新界定,并就其“公益人”与“经济人”的双重品格,从公法与私法的二维属性出发进行深入研究与制度分析。

一、“公共企业”法律概念的证成

在我国当前的法律规则体系中,“公共企业”概念尚未被真正引入。目前对关涉公共利益的企业类型表述主要有“公共企事业单位”、“公用企事业单位”、“公用企业”、“公益类国有企业”等。而当前的规则也并未对每种表述进行准确界定,其所指代的内涵似乎相同,均指向了一定的公共利益,但外延范畴却又不同,造成了实践中规则的碎片与散乱,因而,亟需从立法上予以统一。

(一) 现行规则中“涉公共利益企业”法律用语考察

“公共企事业单位”的提法源于我国《政府信息公开条例》。该条例并未对“公共企事业单位”的内涵予以界定,只是明确将“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位”列入信息公开义务主体。随后,各地方政府在颁布的信息公开制度中,也对“公共企事业单位”进行了外延规定,但却远超出上述行政法规所列举的范畴,涵涉到“通信、电信、邮政、金融、社会保障、民政、殡葬、农业服务、文化、广播电影电视、签证、鉴定”等12个领域。^④从国务院与地方政府的相关规定来看,究竟哪些领域的企事业单位属于“公共企事业单位”在中央和地方各级政府之间并未形成共识。与“公共企事业单位”提法极为相似的是“公用

^④ 参见《北京市政府信息公开规定》、《浙江省政府信息公开暂行办法》、《黑龙江省政府信息公开有关制度(试行)》、《湖南省实施〈政府信息公开条例〉办法》、《山东省政府信息公开办法》、《贵州省政府信息公开暂行规定》、《青海省实施〈政府信息公开条例〉办法》、《山西省政府信息公开规定》等政府信息公开的相关规定。

企事业单位”。这在国务院出台的《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》、《关于促进信息消费扩大内需的若干意见》等文件中可见,其中“公用企事业单位”主要被限定于“市政领域”。在“公用企事业单位”表述之外,《反不正当竞争法》以及国家工商总局颁布的《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》又提出了“公用企业”概念,主要指代“涉及公用事业的经营者。”这一表述试图通过“公用事业”来界定“公用企业”,但何为“公用事业”在学理上并未形成共识。就国家工商总局的规定来看,仍主要限定为“市政领域”。但这一限定显得较为狭隘,因为“公用事业”若被认为是提供服务、满足公众普遍需求的领域,其对应的就不仅是市政,还应包括管网设施、重要通信基础设施、枢纽型交通基础设施,等等。随着“新一轮”国企改革的推进,“公益类国有企业”的概念又被明确提出。虽然《关于国有企业发展混合所有制经济的意见》对其外延进行了描述,但并未对其内涵进行规范界定,从而使其外延的合理性受到质疑。尤其是上述改革意见仅把水电气热、公共交通、公共设施等纳入公益性领域,而把石油天然气主干管网、电网等重要基础设施划归为商业类领域。尽管该类领域的国企隶属于“主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的商业类国有企业”(以下简称“商业Ⅱ类”),但总体归属上仍为商业类而非公益类。如果说公益类企业强调提供公共产品和服务,那么,天然气主干管网、电网等诸多重要基础设施当然与公众的普遍利益休戚相关,为何却被划入商业Ⅱ类?这难免让人费解。可见,目前国企改革对公益类国企的类型界定也存在不妥之处。

面对上述各概念表述的碎片和散乱,为统一立法,方便执法和司法,需要从立法上对涉及公共利益的企业进行统一表述。那么,采用哪种法律术语更为合适?“公用企业”、“公益企业”,亦或是“公共企业”?从上述分析来看,因“公用企业”的表述往往与“市政”相联,范围相对较小,难以涵盖其他大量的涉及公共利益的行业,因而,并非理想选择。而“公益企业”的提法,如同“公用企业”一样,也欠科学。从字面解析,“公益”体现出了该类企业的特征,但究竟何为“公益”,却难以界定。正如有学者所指出,“公共利益包括哪些内容是不确定的,利益主体的范围多大才合适,也是不确定的”。^⑤而“公益”概念的这种模糊性必然会增加对“公益企业”界定的难度。相对而言,采用“公共企业”这一术语更为合适。从社会产品的二元划分来看,当私人产品主要是由商事企业来提供的时候(无论这种商事企业的投资人是政府、私人还是公私混合),用“公共企业”这一术语来彰显生产和提供“公共产品”的企业并无不妥。“公共”二字鲜明地体现出了该类企业的产品特质,即“公共性”,而这种“公共性”既蕴含了“公益性”色彩,又彰显了该类企业所固有的“公共服务职能”。

(二)“公共企业”术语的内涵界定

目前,尽管立法并未明确认可“公共企业”概念,但学界已对“公共企业”进行了诸多思考,并就其概念界定形成了两种代表性观点:一是基于所有权或控制权标准;二是

^⑤ 余洪法:《对公共利益内涵及其属性特征的考察》,载《昆明理工大学学报》(社会科学版)2008年第5期。

基于产品属性标准。所有权或控制权标准认为,公共企业即为国有企业,“是指所有权或控股权归属于政府,并受其直接控制,具有企业法人地位的经济实体”。^⑥在此基础上,有观点进一步认为,应当废除传统基于所有制区分而产生的国企概念,用“公共企业”的概念取代“国有企业”的概念,并基于此,将公共企业划分为公共商事公司和公共非营利公司。^⑦而产品属性标准则认为,应依据企业提供的产品性质不同,将企业分为公共企业和私人企业。公共企业是为社会提供具有公共性质的产品与服务的企业。因而,“公共企业是指持续存在的、以为社会提供具有公共性质的产品和服务为主要经营活动的、且具有一定盈利目标、受到政府特殊管制措施制约的、组织化经济实体,而不论这些经济实体是否与国家或政府之间存在资本联系。”^⑧其表现形式可以是国有形式、私有形式或公私混合形式。

尽管公共企业强调“公共性”,但若认为只要是政府借助于国有企业提供的产品就是公共产品,而公共产品也必须由政府提供,则有失偏颇。在域外,目前支持该观点的学者也是少数。^⑨一方面,国有企业生产的不仅仅是公共产品,也包括私人产品,这在我国尤为明显。正因为此,新一轮国企改革才专门划分出了商业类国有企业的类型。另一方面,公共产品也并非仅能由政府提供。美国经济学家科斯在其经典论文《经济学上的灯塔》中率先对政府供给公共产品这一思维定式提出了挑战。根据科斯的研究,英国从17世纪开始,灯塔一直主要是由私人提供。私人从国王那里获得建造灯塔的专利权,国王允许私人向船只收费。到1820年,英格兰和威尔士共有46座灯塔,其中私人建造的达34座。这一研究所要得出的结论显然是,公共产品可以通过市场机制由私人提供。^⑩该研究结果对于公共产品的供给机制产生了极大的影响。而事实上,从域外公共产品的供给模式来看,确实已经从政府单一模式走向了政府与市场的二维模式。私人资本通过投资企业的方式,逐渐参与到公共产品的供给中来。因而,公共企业既可以是政府投资的国有企业也可以是私有企业。

当以产品属性界定“公共企业”后,我国有关国企改革的分类就应当是生产私人产品、以逐利为目标的国有商事企业和生产公共产品、主要体现公共服务职能的国有公共企业。对于当前分类中的公益类国企和商业Ⅱ类国企,因企业所生产产品的公共属性,均应划入国有公共企业的范畴。当然,如上所述,公共企业并非仅由政府投资设立,随着混合所有制改革的推进,私人亦可与国有投资者合作共同提供公共产品,甚至私人投资者基于投资自由可以单独来提供。因而,公共企业与企业的所有权属性或控制权属性并无关联,仅是依据企业的产品属性进行的界定。

(三)“公共企业”术语的外延范畴

⑥ 朱柏铭编著:《公共经济学理论与应用》(第2版),高等教育出版社2013年版,第259页。

⑦ 参见蒋大兴:《超越国企改革的观念谬误》,载《中国法律评论》2016年第2期。

⑧ 叶常林:《公共企业涵义、特征和功能》,载《中国行政管理》2005年第10期。

⑨ See W. Ver Eecke, *Public Goods: An Ideal Concept*, 28 *Journal of Socio-Economics* 139, 156 (1999).

⑩ 参见邢建国:《公共产品的供给及其治理》,载《学术月刊》2007年第8期。

在上述内涵下,“公共企业”的外延或者说存在领域便是适合以企业形式提供的“公共产品”领域,既包含水电气热等市政领域,也涉及矿产资源开采、环境保护、技术革新、社会福利任务等关系国计民生的领域,还涉及能源供应等与国家战略安排相关的行业。由于“公共产品”本身的不确定性和动态发展性,立法难以对生产和提供公共产品的公共企业做出周延性列举,仅能通过对“公共产品”的界定来判断“公共企业”的外延范畴。而对“公共产品”的法律界定则需要结合产品或服务的经济属性和社会属性两方面因素来考量。

就经济属性而言,对公共产品的经典表述来自于萨缪尔森,他认为公共产品是“每个人对这种产品的消费,都不会导致其他人对该产品消费的减少”^①,非排他性和非竞争性是其技术特征。这使得公共产品无法如同私人产品一样可以由市场充分供给,进而引起公共产品提供的“市场失灵”。但经济学意义上的“公共产品”概念并非可以直接引入法学领域,成为“公共企业”法律术语中所认定的“公共产品”。此时还需考虑产品的社会属性。在特定的社会历史条件下,公共产品应是处于“市场失灵”领域,但又为社会存在和发展所必需,需要政府发挥积极作用予以弥补,以实现政府提供公共服务职能的产品或服务。对于虽因非竞争性和非排他性造成“市场失灵”,但人们的价值判断或道德体系认为市场失灵所造成的结果是合理的、正当公平的,那就没有必要让政府来弥补这种失灵,因而也就不属于法学意义上所谓的“公共产品”。可以说,以社会伦理道德为基础的社会共同需要成为公共产品的本质。^②这里实际上存在一个价值判断问题。这种判断本身隐含着某种政策诉求,即社会公平与公正。当然,这种社会共同需要的具体判断会涉及时间、社会文化背景、价值观、道德观、经济发展阶段等不同因素。总之,以调整社会关系为己任的法律对“公共产品”的认定应是经济属性与社会属性的统一。“这些公共产品的本身,就不仅具有经济学的含义,更具有了政治学和伦理学的含义。”^③美国经济伦理学家乔治·恩德勒就曾指出,公共物品不排斥其他人消费,可能是出于技术原因,也可能是出于效率原因,还有可能是出于法律或伦理原因(因为其他人不应当被排斥)。^④

基于对上述经济属性与社会属性的理解,能够成为“公共企业”判断标准的“公共产品”应具备如下要素:其一,该产品或服务的提供能够满足公共利益所需,即具有普遍利益。无普遍利益便无公共服务。其二,市场无法有效提供该产品或服务,对公共利益的需求通过纯粹的市场机制不能满足或不能充分满足。其三,该类产品或服务的提供需要政府发挥“公共服务职能”。政府提供“公共产品”的领域即是政府应发挥“公共服务职能”的范围。依据法国行政法学家狄骥对“公共服务”内涵的阐释:“任何因其与社

① P. A. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 36 *Review of Economics and Statistics*, 387 (1954).

② 参见秦颖:《论公共产品的本质——兼论公共产品理论的局限性》,载《经济学家》2006年第3期。

③ 杨全社:《基于马斯洛需求层次理论的公共产品分类及其对公共产品供给管理的意义》,载《经济研究参考》2010年第20期。

④ 参见[美]乔治·恩德勒:《面向行动的经济伦理学》,高国希等译,上海社会科学院出版社2002年版,第84页。

会团结的实现与促进不可分割,而必须由政府来加以规范和控制的活动的活动,就是一项公共服务,只要它具有除非通过政府干预,否则便不能得到保障的特征。”^⑮其四,政府能够委托企业,由企业提供的公共产品应是具有排他性而不具有竞争性的准公共产品。并非政府认为需要由其提供的所有“公共产品”均适合通过“企业”的形式来提供。对于同时具有非竞争性和非排他性的“纯公共产品”以及具有竞争性但不具有非排他性的“共同资源产品”,难以通过企业来提供。适合公共企业提供的主要是具有排他性但不具有竞争性的“俱乐部产品”或者说“选择性消费产品”。这是因为,公共产品若不具有排他性,企业无法将不愿付费的“搭便车”的消费者排除在外,那么其对公共产品的投资便无法收回,企业作为市场主体自然就不会提供,因而,只能由公共提供。而“所谓公共提供,就是政府通过税收或公债等形式筹集资金以支付产品的生产成本和费用,并向全体公民免费提供的方式。”^⑯此时,需说明的是,公共产品提供不等于公共产品生产。“生产是一个将投入变成产出的技术化的过程,是制造一个产品或者给予一项服务的过程。”^⑰而“提供”则主要是指供给责任和负担责任,即谁负有提供产品的义务,并基于该义务承担所提供产品的成本。对于不具有排他性的公共产品而言,因无法通过收费机制来解决生产资金问题,市场主体不会去提供,因而只能通过政府付费的方式来供给,此时,政府就是供给的责任主体和负担主体。当然,政府提供不等于政府生产。根据公共产品的不同类型,有的需要由政府直接生产,而有的可引入市场化机制,由政府通过向私人企业采购或购买的方式间接生产。此时,承担公共产品生产任务的企业往往是私人企业,但其实际上不承担公共产品的供给责任,也无需用自己的资金提供公共产品,公共产品供给的责任主体和负担主体仍旧是政府。

总之,因为公共产品本身的多元和不确定,立法技术无法对公共企业进行全面、周延的列举,但立法者可以明确公共产品或服务的判断标准,以企业所提供的产品或服务是否属于公共产品来确定其在特定的法律关系中是否属于公共企业,进而需要适用有关公共企业的特殊法律。

二、公共企业经营中的三重契约关系

由于公共企业的“公共性”特质,使得其在经营中所涉及的主体和蕴含的法律关系较商事企业更为复杂。在商事企业中,无论投资者是全民还是私人,都是追求单纯的投资回报率;而在公共企业中,显然并非如此。公共企业的设立与经营必然会涉及到被服务的社会公众,关系到负有公共服务最终担保责任的国家或政府以及企业自身的投资者。在这过程中,公共企业、政府、使用者构成了公共企业经营中的三重契约关系。这

^⑮ [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第53页。

^⑯ 李春根、廖清成:《公共经济学》,华中科技大学出版社2007年版,第51页。

^⑰ 阳斌:《当代中国公共产品供给机制研究——基于改革治理模式的视角》,中央编译出版社2014年版,第69页。

些契约关系已不仅局限于私法视野,而是延伸至公法层面。正如德国学者所总结:“契约不仅是私法的法律形态,而且也是公法的法律形态。”^⑩在私法层面,契约可通过意思自治来调整平等主体间的法律关系;在公法层面,其也可以用来解释国家、政治的形成;通过契约理念强调对国家权力的控制,强调政府对人民的责任,强调公民的人权保障。^⑪契约在公法与私法领域内的这些不同功能,对于准确认识和分析政府、公共企业、使用者三者间的法律关系起到了良好的阐释作用。

(一) 政府与公共企业间的委托关系

在剖析政府与公共企业的法律关系之前,首先需要明确,为公众提供公共产品本是政府的应然职责。社会中的个体基于“经济人”本性往往只关心与自身有切身利害关系的事务,而对“公共事务”保持着冷漠,并总是期待通过“搭便车”满足自己对公共事务的需求。因而,“公共事务”的供给常常面临着不足。由于分散的市场力量不可能有效提供公共产品,政府理所当然地肩负起了公共产品的供给义务,以弥补这种“市场失灵”。在政治学视阈下,政府的起源和职能本就是提供公共产品,维护和促进“公共的善”、“公共事务”和“公共利益”。所以,政府行为、政府责任、政府目的都具有公共性。这使得政府以公共利益的维护者和实现者的身份而产生。由于公共利益决定了政府活动的基本方向,而实现公平正义、提供公共产品则是所有政府实现公共利益的核心内容,因而,政府天然地担当起公共产品的供给之责。

然而,政府对公共产品的供给并非意味着必须由其直接亲自提供。现代社会的产品供给已经演化为复杂的分工体系,不同的功能可以由不同的个体或组织完成。就公共产品而言,政府虽是最终的供给主体或责任人,但是,其可以自己直接提供,也可以间接提供。在早期,政府垄断公共产品的生产、供给和管理的全部活动,主要是以无偿或低价的方式直接向使用者提供服务。但随着人们对公共产品需求的不断增长,政府单一供给模式的弊端日益显露。政府预算扩张动机等“内部性”问题和信息的不完全使公共产品单位成本上升,“政府失灵”现象凸显,再加上投资渠道单一、建设资金不足,这一系列问题严重制约了公共产品的有效供给。面对“政府失灵”,为提高公共产品供给效率、改善公共服务质量,经济学中的公共选择理论寻找出了“重新创造市场”的方法,即减少政府部门拥有的垄断权,引进竞争机制。^⑫因为很多情况下,“公共部门效率较低,并非是由于其性质为公有,而是由于缺乏竞争”,^⑬通过竞争机制这一外力可以有效刺激公共产品供给效率的提高。这一改革思路为公共产品供给方式的多元化提供了直接的理论支撑,政府不再是公共服务的唯一提供者,其与民间的合作亦日益增多。由此,公共产品既可以由政府提供,也可以由市场提供。因而,判断公共企业与非公共企业的主

^⑩ [德]奥特弗利德·赫费:《政治的正义性:法和国家的批判哲学之基础》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社2005年版,第316页。

^⑪ 参见杨解君:《契约文化的变迁及其启示(上)——契约理念在公法中的确立》,载《法学评论》2004年第6期。

^⑫ 参见唐祥来:《公共产品供给模式之比较》,载《山东经济》2009年第1期。

^⑬ 程浩、管磊:《对公共产品理论的认识》,载《河北经贸大学学报》2002年第6期。

要依据,就不应再是产权,而应是产品。而决定公共产品是由公共部门提供还是私人部门提供的关键因素则是经济效率。德国《联邦预算法典》第7条便体现了该思想,即基于“经济性与节约性”原则,国家在编制和执行预算时,国家任务或服务于公共目的的经济活动在适当情况下,也可以由私人投标人去完成。因而,在德国,“公共企业除了指由联邦和地方政府以及国有企业拥有或参股的企业外,还包括直接承担政策和法律规定的义务,具有一定垄断性或非竞争性的为私人所有或控股的企业”^②。

当政府将本应由其肩负的公共产品的供给责任交给公共企业这一市场主体去承担的时候,政府与公共企业之间实际上形成了一种委托关系。此时,公共企业承担了一定的公共任务,以填补市场机制无法满足的公共利益需求。对此,有学者就认为,“尽管公共企业采取企业的组织形式,但本质上具有政府属性,是政府弥补市场失灵,保证市场有效运行的一种政策手段”^③。有时,公共企业甚至在政府委托的事项范围内,拥有“某种权力以履行类似政府职能的经济职能”^④,例如,许可权、禁止权、处罚权、强制权、确认权和裁决权等公权力。我国《铁路法》第3条第2款就规定,国家铁路运输企业行使法律、行政法规授予的行政管理职能。当然,政府并非会授权所有的公共企业均享有并代为行使这样的公权力。

(二) 公共企业与使用者间的服务关系

从私法角度看,公共企业与作为其交易相对人的使用者均是独立的市场主体,两者间形成了平等主体间的有偿契约。由于使用者因消费偏好不同,对同一产品意愿支付的消费价格各不相同,价格和收费机制就成为公众获得公共产品中选择性消费产品的对价,也成为调节公共产品消费“拥挤点”^⑤的有效机制。使用者通过付费方式获得了公共企业所提供的公共产品,体现出了“谁受益谁负担”的朴素正义。

但需要强调的是,公共企业在经营中与使用者所形成的这种看似平等的有偿契约关系,实质上却存在一定的不平等性,尤其是契约的订立、履行与解除并非完全根据公共企业的意思自治,而是常常受制于强制性规范。这主要是基于两方面的考量:

其一,这是立法者对企业、政府、使用者三者间法意衡量的结果。公共企业作为市场主体,应当享有私主体的经济权利,例如一定范围内的经营自主权、与消费者订立契约提供公共产品的相应收费权;而公众使用者因公共企业所提供的公共产品往往涉及

^② 史际春:《国有企业法论》,中国法制出版社1997年版,第15页。

^③ 刘仁春:《公共企业:政府弥补市场失灵的一项政策工具》,载《广西师范大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期。

^④ 李辉生:《论公共企业的公共责任》,载《中国行政管理》2006年第7期。

^⑤ 公共产品理论中的“拥挤点”是指公共产品对消费者的进入存在一个阈值区间,当消费者数目超过这一界限时,随着消费者数目的增加,不仅会带来拥挤成本,而且其边际成本也将呈现出递增态势。尽管少部分公共产品因其消费的非竞争性而不存在拥挤性(如制度),但对于大多数公共产品来说,非竞争性通常会带来消费上的拥挤性。按照意大利学者阿克塞拉的解释,公共产品消费拥挤性可能是来自于因消费者数量的增加所导致的公共产品质量的下降,从而使用者从中获得的效用趋于减少。换言之,公共产品边际成本为零的一般假定,是以消费的非拥挤性为给定前提的。一旦出现拥挤性,公共产品供给同样会出现正的边际成本。

宪法所保障的基本权利,因而享有持续性的普遍服务权;政府则因维护和增进社会公共利益的本质,负有公共产品供给的最终担保责任,当然,同时也负有尊重和保护公共企业作为市场主体的私权不受非法侵害的义务。单独看三者各自的权利、义务和责任,无疑都具有合理性,但是如果各主体间的利益无法兼顾,就会面临取舍问题。如果认为宪法有责任对公众的基本权利进行保护,那么,公共企业接收政府委托后,提供公共产品的义务便是一种法定义务,其法益便是维护公众基本权利。这种法定义务相较于契约而言显然会受到更加严密的制度规范。同时,尽管公共企业的营业自由、财产权益等也应为宪法所保护,但当公众的基本权益与企业的个体权益发生冲突时,在利益取舍间,法律自然会选择不特定的“公益”。正是这种选择,使得公共企业的“私经济权利”常受到限制,例如强制缔约义务、不得随意中止或解除合同,等等,从而使公共企业在与使用者订立的契约中,实质上被附加了更为严苛的义务。总之,公共企业“以服务公共利益为存在基础,在设立、运营等方面需遵循一定的公法规则”^{②6},尤其是会受到公民的宪法性基本权利的约束。域外的司法实践也可说明这一点。英国法官在 *Griffin v. South West Water Service Ltd.* 案^{②7}中就曾强调,供水是一种公共职能,水务公司不能通过合同条款限制这一公共职能的履行;在一起有关北爱尔兰电力股份公司的诉讼中,法官同样认为,将一个公共供电企业行使法定权力的行为排除在“普通法对公共职能的控制”之外,是难以令人信服的。

其二,这是对公共产品供给领域“契约失灵”的矫正。由于提供公共产品的企业常具有垄断地位,对于其提供的公共产品,公众通常难以回避或不可选择。在信息不对称、谈判能力不对等的情况下,尽管公共企业与使用者之间签订了形式上的平等契约,但处于弱势的使用者实际上难以完全通过契约来防范和控制自身风险,即存在着“契约失灵”。为此,就需要借助契约之外的力量对失衡的利益关系进行矫正,对弱势的使用者进行特别保护。英国法官在 1995 年的 *Norweb Plc v. Dixon* 案^{②8}中就曾认为,供电企业与居民用户之间的供用电协议,不是“合同”,因为其不是以意思自治为基础,也就是说,居民用户对于此类合同并没有选择自由,因而不产生合同法上的权利和义务,而是严格受制于法定条款的约束。这种认识虽然过于极端,毕竟供应企业与公众之间的协议是基于自愿而达成,但确实也说明,这种意思自治在公众缺乏选择交易相对人的情况下,更多只是形式上的自治,完全适用私法机制来调整有失公允。

(三) 政府与使用者间的受托关系

公共企业向使用者提供公共产品的责任本应由政府承担,只是为弥补“政府失灵”的缺陷,同时拓宽融资渠道,才逐渐由市场主体担任,无论这种市场主体是国有性质抑或私人性质。当政府将其提供公共产品的职责委托给公共企业来履行的时候,政府其

^{②6} 张树义:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社 2007 年版,第 152 页。

^{②7} *Griffin v. South West Water Service Ltd.* [1995] 1 R. L. R. 15.

^{②8} *Norweb Plc v. Dixon* [1995] 1 W. L. R. 636.

实并未从这种责任中彻底脱离出来。

在社会契约论下,公众把个人权利让渡给国家,形成政治权力时,公众成为“委托人”,政府就成为公众的“受托人”,其职责就在于管理个人无法完成或不愿承担的事务,为委托人服务和增进公共利益。在公共产品供给中,公众作为公共权力“委托人”的“消费资本”权益正是通过政府这一“受托人”来履行的。^{②9}这也是“预算信托”理论在公共产品供给制度中的具体体现。基于该理论,人民选举政府并基于对政府的信任,授权政府有关部门及其人员筹集、分配和支用公共经济资源(财政资金),以提供公共产品和服务,进而满足特定社会范围内的公共需要。^{③0}此时,受托人(政府)基于信托协议(宪法、预算法以及预算案等)应当提供符合委托人(人民)需要的公共产品,以实现受益人(人民)的信托利益。此外,公共企业因其“公共性”特质,经常会因提供公共产品而获得政府补贴。这种补贴资金绝大部分来源于税收,而纳税的主体恰恰又是接受公共企业服务的使用者。因而,在赋税利益论下,人们纳税也是政府供给公共产品的代价,或者说,政府是以强制征税的方式,确保公共产品供应的成本得到补偿,那么,举办公共事业、促进公共福利就是政府必须履行的职责。即使政府把公共产品的生产和提供职责委托给公共企业,仍应当肩负起这种责任,并对公共企业提供公共产品的行为进行有效管制。

正是由于公共企业在经营中涉及政府、企业、使用者三方利益关系,且其中具有明显的“公共性”特质,因而,公共企业经营中的诸多规则与普通的商事企业明显不同。产品定价机制便是例证。在市场经济体制下,产品的定价本应属于企业经营自主权,由企业根据市场供求关系自主决定,其经济效益的实现是以市场机制为基础追求长期利润的最大化。但是,在公共企业中,因该类企业所提供的产品涉及公众的基本权益,关乎政府公共职能的行使,因而不能由企业自主决定,而是需要在契约所涉及的三方主体之间进行共同协商,这便是价格听证制度。通过价格听证实现各方利益的相互博弈,形成一个各方都可接受的方案,并由政府部门最后确认。可见,政府部门作为“受托人”对公共企业经营决策的监管并不同于对一般企业的干预。

三、三重契约关系中公共企业公法性与私法性的双重品格

公共企业设立的目的在于提供公共产品,满足社会公众需求,矫正市场失灵。这类企业天然具有公法性的“公益人”身份与私法性的“经济人”身份,使其成为既不同于公法人也不同于私法人的“特殊法人”。也正是这类企业的客观存在对目前法学界“公法人”与“私法人”的二维划分提出了挑战。

(一) 公共企业的公法性本源

^{②9} 参见罗辉:《试论公共企业的性质》,载《经济研究参考》2006年第48期。

^{③0} 参见朱大旗:《科学发展与我国〈预算法〉修订应予特别关注的五大问题》,载《政治与法律》2011年第9期。

与一般企业不同,“公共性是公共企业的本质属性”^{③①}。其主要职责在于为社会经济发展和公众生产生活提供质高价廉的公共产品和服务。这决定了公共企业承担着一一定的公共责任。^{③②}其不能如同商事企业那样以效率和经济利益最大化为唯一价值追求。可以说,“公共企业某种程度上是以效率和经济利益一定程度的牺牲为代价来换取公共利益和公共责任”^{③③}。公共企业的公法性正是源于其公共属性的特征:

第一,公共企业往往享有政策支持,占有政策资源。有学者甚至认为,“公共企业就是在政策支持之下产生的”^{③④}。尤其是,为了更好地履行公共服务,公共企业在一定程度上享受政策给予的一定限度的垄断权。^{③⑤}这时,公共企业基于政策资源而产生的利润在本质上就不同于商事主体通过市场竞争而取得的利润。公共企业对于利润的追求自然应受到限制。

第二,公共企业本质上履行着公共职能。公共企业占有和支配着特定公共资源,提供着关涉公众基本生活和生产需求的公共产品。这种职责天然的具有“公共性”特色。且这种公共性具有法定性,不得被私法中的意思自治所左右。在实践中,当公共产品由政府直接提供变为企业提供、政府监管后,公共企业以私法方式从事经营活动越来越多,同时市场化引入也带来了公共产品和服务类型及费率的多元化,使其在形式上具有了商品特征,从而模糊了公共产品提供本应具有的“公共”属性。^{③⑥}实际上,投资主体与服务方式的多元化并不改变公共企业的公共性本质。影响公共企业经营运作的,是其独立的“自我价值”或“任务属性”。^{③⑦}公共企业资本来源的公有或私有,并不对其公共性产生影响。英国是民营化较为彻底的国家,但从英国学者的判例研究来看,公共服务企业在向居民用户履行供电、供气 and 供水等义务时,尚未出现否认其公共属性的案例。^{③⑧}

第三,基于公共职能,公共企业负有“普遍服务”和“不间断服务”的法定责任。作为政府干预经济和弥补市场缺陷的工具,公共企业的职责就是要以服务公众、维护社会公共利益为宗旨,这也是公共企业的社会责任所在。因而,当公共企业在履行该法定义务时,其职责便属于“公任务”的范畴,此时,虽然义务的履行主体为市场主体,但在性质上,更类似于是一个公共机构,受制于公法这一更高密度法律规范的控制。^{③⑨}因此,公共企业要超越一般的营利视角,对需要社会保护的使用者尤其是弱势使用者提供必要的

③① 张树义:《公共企业的社会责任》,载《检察日报》2007年2月14日第6版。

③② 参见许克祥:《公共企业的公共责任实现机制初探》,载《行政论坛》2007年第2期。

③③ 前引②④,李辉生文。

③④ 陈冬梅:《论公共企业伦理责任》,载《求索》2007年第12期。

③⑤ 例如,《对外合作开采海洋石油资源条例》第6条规定:“中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源的业务,由中国海洋石油总公司全面负责。中国海洋石油总公司是具有法人资格的国家公司,享有在对外合作海区内进行石油勘探、开发、生产和销售的专营权。”

③⑥ 参见骆梅英:《民营化后公用事业企业的性质之辨——基于案例的比较观察》,载《法治研究》2015年第1期。

③⑦ 参见詹镇荣:《从民营化观点论公民合资公司之基本权能力》,载詹镇荣:《民营化与管制革新》,台湾元照出版有限公司2005年版,第68、89页。

③⑧ Colin Changjiang, *The Jurisdiction of Regulatory Relations in the UK Utilities Sector*, at 18-61 (Hart Publishing, 1998).

③⑨ 参见前引③⑥,骆梅英文。

生存和发展条件,以减少社会分配的不公平。这也是公共企业区别于一般商事企业的基本特征所在。

(二) 公共企业的私法性特点

如果只探讨公共企业的公共性,那么自然无法分清其与同样提供公共产品的政府部门有何区别。甚至进一步讲,如果只考虑社会对公共产品的需求,而不考虑其他因素,那么政府在承担公共责任方面会比公共企业具有更多的有利因素,也会比公共企业更忠实于公共责任。那既然如此,为何公共产品的供给仍会选择企业模式?这里的关键便是,公共企业的私法性品格使其具有了相较于政府组织更好的比较优势,即对公共产品供给的效率追求。因为政府直接生产公共产品仍属公法管理模式,而公法管理的目的是规范政府的权力行使,防止其滥用权力,而非追求效率。^④而企业则是成熟的追求效率的组织形式。当然,公共企业所追求的效率并非为了资本回报,而是基于节约成本,提高资源利用率的考虑。因为公共产品的供给无论由哪个部门实施,都需要耗费相应资源,而资源总是有限和稀缺的,这就要求公共产品的提供即资源的配置必须高效。因此,企业追求效率和经济利益的组织体本质成为其提供公共产品的优势所在。

公共企业对效率的追求需要借助“经营性”行为。经营性可谓“是企业这个概念的核心要素”^⑤。当然,公共企业的经营行为不得以逐利为根本出发点。但不以逐利为目的,并非意味着公共企业可以无限牺牲或放弃自身的经济利益。因为,没有经济利益和经济效率的公共企业也将失去其提供公共产品的制度优越性和存在的合理性。^⑥因此,作为独立的市场主体,公共企业对经济利益的牺牲总是有限度的。基于企业的经营性考虑,公共企业一方面应进行成本效益核算,并明确其是否以及在多大程度上自求收支平衡甚至追求一定的利润;另一方面,当其发挥了正的外部性作用,产品或服务成本却无法通过价格体现,不能通过营业收入取得财务平衡时,政府就应在政策上对其进行倾斜保护,以特定方式进行预算平衡。通常,政府是以财政补贴方式向这类企业进行合理补偿。

公共企业的私法性品格还体现在可以具有一定的盈利性。公共企业不得以逐利为目的,并不否定其适当盈利的合理性。在私人参与公共产品的生产和供给过程中,这点尤其重要,否则,私人投资者将失去投资公共产品的动力。尽管允许公共企业获取适当盈利会在特定的公共服务中损害直接使用者的利益,但是当社会发展对公共产品需求不断增长,而单靠政府投资难以满足社会需求时,私人投资者的加入会对公共产品供给产生长远利益。根据“举重以明轻”的基本法理,允许公共企业适当地盈利并无不妥。即使是国有资本投资公共企业,适当盈利也有利于以后企业产品和服务质量的提升、技术与设备的更新、人才的引进,从而更好地发挥公共服务职能。

^④ Robert S. Gilmour and Laura S. Jensen, *Reinventing Government Accountability: Public Function, Privatization and the Meaning of "State Action"*, 58 (3) *Public Administration Review* 247, 258 (1998).

^⑤ 漆多俊主编:《经济法学》,高等教育出版社2010年版,第249页。

^⑥ 参见前引^②,许克祥文。

为保护公共企业的合法经营行为以及适当的盈利,公共企业在经营活动中应如同其他市场主体一样,受到物权、债权、知识产权等私法制度的保护。

(三) 公共企业的特殊法人属性

从上述分析可看出,公共企业在法律属性上与公法人、私法人皆有差异。在学界,关于公法人与私法人的划分标准诸多,尽管各有侧重,但都很难适用于公共企业。无论在哪种标准下,公共企业都难以被简单归入公法人或私法人,并因而具有了独立的“特殊法人”属性。

首先,从设立依据来看,如果说设立公法人是依据主权行为或法律规定,无需登记直接取得法人资格,而设立私法人则必须依据合同、捐助等法律行为,且需要办理法人登记^⑬,那么,公共企业很难归入其中任何一种。以国家电网公司为例,其设立依据是《电力体制改革方案》,但同时也在北京市工商行政管理局按照市场主体的方式进行了登记,唯此方才取得市场主体资格。其次,从履行职能(设立目的)来看,公法人强调执行国家任务^⑭,私法人强调经济人属性,公共企业则恰恰又在两者之间进行了融合。以能源类大型企业中国海洋石油总公司(“中海油”)为例,其在南海资源开采方面是遵循国家指示进驻南海,修建平台,开采资源,显然有为国家利益和公共利益为目标的特征,但作为我国最大的海上油气生产商,其从事经营活动的企业属性同样明晰。再次,从行为方式来看,公法人无意思自治的权利,私法人则享有自主决定的意思自由,且更重要的是可以自我立法,能够以单方或者共同决定的方式创设行为准则,^⑮同时,因要形成自己的独立意思,私法人往往需要一个意思机关(称“权力机关”或“决策机关”),公法人则不需^⑯,而公共企业显然又属中间状态。其一方面因所提供产品的特殊性,牵涉到对公众的法定责任,即“普遍服务义务”和“不间断服务义务”,因而,公共企业经营的独立性实际上受到政府的诸多限制,不得随意中断或终止,且价格受政府严格控制;而另一方面作为独立的市场主体,其在经营活动中又享有一定的营业自由,有独立于政府的治理结构,可以在不影响法定义务的前提下通过公司章程设定自己的行为准则,进而作出独立的法人意思。最后,从权利救济角度看,有学者认为,对公法人与私法人划分的主要实益在于诉讼管辖,“即对于公法人的诉讼,多属于行政法院,对于私法人诉讼,则均应向普通法院为之”^⑰。但关于公共企业的诉讼问题却比较复杂。一方面,公共企业是从事经营活动的独立的市场主体,应属于民事主体范畴,适用民事诉讼管辖机制,但其也可能因行使政府委托其行使的公共权力而与相对人发生纠纷,此时,又可能需要适用行政诉讼法的相关规定。对于涉及公共企业的诉讼程序选择需要在民事诉讼与行政诉讼之间进行合理确定。

^⑬ 参见杨立新:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第104-105页。

^⑭ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第816-817页。

^⑮ 参见谭启平、黄家镇:《民法总则中的法人分类》,载《法学家》2016年第5期。

^⑯ 参见李永军:《民法总论》,法律出版社2015年版,第106页。

^⑰ 王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第125页。

综上,如果将公共企业的法律属性定位为公法人,似有偏颇。因为公共企业毕竟在市场中从事经营活动,追求一定的经济效益。当然,公共企业也绝非纯粹的私主体,其需要根据政府的特殊要求进行经营,以发挥经济领域的公共产品供给职能,“负有一定的公共政策义务,是政府实现特定政策目标的一种手段”。^{④⑧}正是因为这种特殊性,私法所倡导的意思自治在公共企业身上难以完全实施,公共企业在与使用者交易时,很可能被要求根据国家经济政策适时调整相关产品和服务的标准或价格;同时,因牵涉公众利益,企业的准入与退出机制也会受到政府的特殊管制。正是这种非此非彼的特性,使得公共企业有了自身独特的法律属性。正如美国学者弗里德曼所言,“所有公共企业都具有双重属性,一方面是国家政策实施的工具,另一方面是一个有自治权的组织,在法律上是独立的,并在某些方面具有商业性。”^{④⑨}这一点非常类似于法国在二战后出现的工商业公务法人,例如法国的电业、煤气业、石油研究和开发企业等。对于该类法人,其活动“和私人企业的活动性质相同,所以,受私法支配……目的在于满足公共需要,所以,在某些方面又受公法支配,这是一个公法和私法混合使用的领域”^{⑤①}。

对公共企业属于“特殊法人”的观点,我国民法学界也有学者认同。^{⑤②}但目前民法学者对这种“特殊法人”的认定,却存有一定偏颇。例如,代表性观点认为,该类法人是以私人目的设立但又与公众有密切联系,并被授予某些公共职能的法人。^{⑤③}这种表述实际上仍是把公共企业定位于私法人,只是兼顾了公众利益。但根据上述分析,公共企业作为“特殊法人”,“公”与“私”的品格不分主次、同等重要,缺乏了“公”的特质,其就质变为商事企业,而丧失了“私”的色彩,其就不再具有提供公共产品的效率优势。尤其是如果将公共企业认定为以“私人目的”设立,很容易造成公共企业的“逐利”倾向。因而,对于有学者所提出的,“由于这类法人有私法人的一切权能,在本质上属于私法人。但鉴于其被授予某些公共职能,又具有公法人的特点”的表述^{⑤④},还是有进一步讨论的空间。

但无论如何,民法学界实际上已经认识到了公共企业的特殊属性,因而提出了“公私混合体”^{⑤⑤}、“社会法人”^{⑤⑥}、“准公法人”、“中间法人”^{⑤⑦}等概念。然而,从刚刚通过的《民法总则》规定来看,这一观点并未被接受。在《民法总则》中,法人被划分为营利法人、非营利法人以及特别法人。其中,营利法人是以取得利润并分配给股东等出资人为

④⑧ 前引②,刘仁春文。

④⑨ W. Friedmann, *The Legal Status and Organization of the Public Corporation*, 16 Law and Contemporary 576, 593 (1951).

⑤① 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第390页。

⑤② 参见魏振瀛主编:《民法学》,北京大学出版社2010年,第82页;吴汉东、陈小君主编:《民法学》,法律出版社2013年版,第85页;尹田主编:《民法学总论》,北京师范大学出版社2010年版,第164-165页。

⑤③ 参见前引⑤①,魏振瀛主编书,第82页。

⑤④ 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第114页。

⑤⑤ 前引⑤①,吴汉东、陈小君主编书,第85页。

⑤⑥ 前引⑤①,尹田主编书,第164-165页。

⑤⑦ 前引⑤①,魏振瀛主编书,第82页。

目的的法人,而非营利法人则是为公益目的或者其他非营利目的成立,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人。基于这一划分标准,公共企业因不得以营利为目的,故不属于“营利法人”,同时,因其在产生利润时可以向投资者(尤其是私人投资者)进行利润分配,故亦不属于“非营利法人”。虽然《民法总则》专设了“特别法人”一节,但却将“特别法人”仅限于“机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人”,公共企业并未被包含其中。可见,这一划分标准和体系并不周延。而“法人的基本分类除了在内在体系上贯彻法律理念和原则之外,还要考虑外在体系逻辑上的连贯性和周延性,更要考虑法律适用的涵摄问题。”^{⑤7}可在目前的类型划分中,公共企业这一兼具“公法人”与“私法人”色彩,处于“政府规制”与“意思自治”之间的企业组织显然没有对应类型可寻。而这种缺失也必然会造成这类企业在发挥“社会公共服务职能”与追求“经济利益”之间的失衡,尤其是容易“游走于”政府与市场之间,谋取利润的最大化。其既可以“私”的身份来享有“自由”的好处却规避公共责任及相应的法律义务,又可以“公”的身份享有政策优惠却不遵循“私”的规律。当需要优惠政策时,这类企业往往会强调其公共属性,而当追逐经济利润时,又强调其企业价值,偏离了公共企业设立和运作的初衷。由于公共企业与公众的生活和社会发展息息相关,甚至牵涉到公众的基本生存问题,牵涉到宪法对公众基本权利的保护,因此,《民法总则》需要对其进行规范,并将其纳入合理的法人类型中。在具体的完善思路上有两种选择:一是在遵循《民法总则》目前关于法人分类的大前提下,将“公共企业”纳入“特别法人”的类型内;二是今后对《民法总则》中的法人类型划分标准进行重新设定,将“法人”分为“公法人”、“私法人”以及处于二者之间的“特殊法人”,并由“特殊法人”制度来调整有关“公共企业”的法律关系。在这两种方式中,后者相对而言更为合理。在《民法总则》的制定过程中,学界对营利法人与非营利法人的划分已有诸多质疑,相对而言,以“法人的设立目的”以及“是否能够贯彻私主体意思自治”为标准,将法人分为“公法人”、“私法人”以及“特殊法人”在理论上或许更具合理性。

四、公共企业公法责任遁入私法的顾虑及规制

在公共企业经营过程中,政府一直顾虑的是,公共企业是否会因其私法组织形式而逃脱本应受到的公法约束,即所谓公法责任遁入私法。一旦公共企业过度强调其市场主体地位,强调其私法主体的经济自由,就很容易背离设立初衷,无法保证公共服务职能的发挥。这一点在投资主体多元化的公共企业更是如此。对此,域外立法和司法实践均保持了非常谨慎的态度。

(一) 公法责任遁入私法的诱因

实践中,公共企业之所以会发生公法责任遁入私法的情形,主要是基于如下原因:

^{⑤7} 前引④,谭启平、黄家镇文。

其一,公共企业在履行社会公共服务职能时,主要是基于和使用者订立的契约。根据这种有偿服务契约,公共企业向付费的使用者提供约定的公共产品或服务。从形式上看,其与使用者之间是平等的私法关系,在契约履行中,很容易将公共企业理解为纯粹的私主体。其二,就公共企业自身而言,当公共利益和经济利益的双重目标都内嵌于其运营活动中时,公共利益相对于经济利益很容易处于弱势。因为公共企业的经营管理者作为理性“经济人”,往往关心的是与其个人利益密切相关的经济利益,除非坚持公共利益会更有利于增进其私益,否则公共利益难以被公共企业经营管理者自觉维护,他们具有逃避公共责任的倾向。其三,公共产品的供给通常会在一定程度和一定范围内形成垄断,这是公共产品获益性的一个重要保障。但同时,这也会造成公共企业在经营活动中,与公众形成事实上的权利义务不对等,公众在权利取得及维护、信息掌握诸多方面处于明显弱势。因此,如同政府提供公共产品会产生垄断等负外部性一样,公共企业提供公共产品也可能产生垄断等负外部性。在民营化或者说混合所有制改革下,这一问题可能会更加突出。私人投资者很可能凭借公共企业的垄断优势,提高公共产品的消费价格,或者将有权获得普遍性、持续性服务的贫困人口和弱势群体边缘化。在域外,诸多学者也对该问题进行了研究,同样认为将公共物品交由私人提供容易导致社会责任的缺失。^⑤ 其四,随着公共企业民营化的不断推进,“民营化”容易被误认为是“私法化”,民营化后的公共企业被错误地视为纯粹的私法主体,从而忽视了其本应承担的公共服务职能,造成“遁入私法”的后果。

上述这些原因可以说是各国政府在面对公共企业公法责任遁入私法时的共同担心和顾虑。但就我国而言,还有一个很重要的原因,这便是国企改革的影响。我国目前的公共企业无疑是以国有企业为主。从计划经济到市场经济,我国国有企业进行了“公益人”到“经济人”的身份转变,弱化国有企业的“公益人”特征、强化其“经济人”身份成为国企改革的基本走向。尤其是随着国有企业被界定为“国家出资企业”,国有资产的资本性不断显现,商业化倾向日渐凸显。为完成经济转轨,这种改革方向无可厚非。但是,当市场经济体制已经建立,立法就应对这种改革思路进行重新审视。对于“国有商业企业”固然可以强调其“逐利性”,但对“国有公共企业”则应明确强调其“特殊法人”身份,要求其在经营中向“公益性”价值回归,尽管其可以适当盈利,但却不得以逐利为目的,否则,就会产生公法责任遁入私法的“内在冲动”。

(二) 公法责任遁入私法的否定性评价

如今,域外相关立法及司法实践已基本认定公法责任遁入私法不被允许。在英国,虽然没有公私法划分的传统,但是,“当供应企业履行其普遍供应义务时,或者说私人企业的行为可能损害公民获得一个持续的服务供应时,法院通常会得出‘这是属于履行公

^⑤ See Alexander Volokh, *Privatization and the Law and Economics of Political Advocacy*, 60 Stanford Law Review 1199, 1200 (2008).

共职能的行为,并应受制于司法审查’的结论”。^⑨ 在德国,履行公共职能的“国营公司”虽为市场主体,但同样需受到公法规范之约束,且此时,作为国营公司实际控制者的公部门通常还负有对“国营公司”的“监控与影响义务”。^⑩ 设定这种义务的初衷就在于,保证国营公司不偏离其应受到的公法约束,最终实现公共目的。立法与司法之所以对公法责任遁入私法的行为予以否定性评价,主要是因为:

第一,公共企业代政府行使一定的公共服务职能,其与公众之间除了私法上的有偿服务契约外,还隐含着另一种特殊的契约关系。在这一关系中,政府是公共企业的直接委托人,而公众是政府的直接委托人,通过政府中介,公众成为公共企业的最终委托人,于是,有关公共产品供给的责任链条就由公共企业向政府负责、政府向公众负责精简为公共企业最终是要向公众负责。^⑪ 公共企业有义务与责任顺从并服务于公共意志。特别是具有特许经营权的公共企业,应超越一般的盈利视角,承担起“普遍服务”和“不间断服务”的公共责任。对公共企业所肩负的这一责任还可从“行政私法”理论的视角进行分析。该理论的提出主要就是因应“遁入私法”问题,并认为履行政府给付责任的私法组织,仅仅是透过行政组织上的设置,导入企业经营管理模式,以提升效率。“行政者可以选择以私法的形式履行高权性质的活动,但同时也必须受到因其公权力的本质而应受到的公法的约束与限制。”^⑫

第二,公共企业所提供的公共服务属于宪法赋予公众的基本权利,而国家对于公众的这些基本权利负有当然的“生存照顾义务”。尤其是随着社会的不断发展,公众对公共服务的依赖度日益提升,国家有责任保障公众获得必需的、基本的服务供应。即使其不亲自生产和提供,也负有最终的担保责任。这是一种法定责任,体现了公众对资源配置所应享有的公平。这是市场机制和其他各种类型的非政府组织所无法替代的。当政府将公共产品的生产和供给委托给市场主体去实施,而市场主体却以逐利为动机,背离了政府委托的初衷时,会造成公众对政府履职状况的普遍质疑。因而,政府对公共企业经营中出现的公法责任遁入私法的情形显然不能容忍。

(三) 公法责任遁入私法的制度防范

尽管公共企业可能存在公法责任遁入私法的弊端,但学者们仍认为,“即使将公共产品交由市场企业来提供会存在一些不完善,可是如果交由政府来提供则会更糟”^⑬。对公共企业公法责任遁入私法的解决路径并非是否定市场主体对公共产品的提供,而

^⑨ 前引^⑩,骆梅英文。

^⑩ Günter Püttner, Die Einwirkungspflicht-Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform, DVBl 1975, S. 353ff. 转引自何源:《论政府在国企改革中的第三种职能及其法律制度建构——以德国法上的母体行政组织对国营公司的影响义务为借鉴》,载《政治与法律》2015年第2期。

^⑪ 参见刘东杰:《公共企业的伦理困境》,载《中共贵州省委党校学报》2012年第6期。

^⑫ 吴勇敏、何源:《德国公益事业对中国国有企业类型化之启示——以判例与立法为中心展开》,载《社会科学战线》2015年第5期。

^⑬ Michael J. Trebilcock and Edward M. Lacobucci, Privatization and Accountability, 116 (5) Harvard Law Review 1422, 1453 (2003).

是应当加强对公共企业的监督和制衡。政府需要对公共企业完成公共利益目标的情况给予特别规范,以切实保护公众使用者的权益。经济合作与发展组织(OECD)曾指出:“公共企业与一般企业之间存在着明显的区别,一般企业在履行社会责任方面没有强制的标准,而公共企业在这方面的要求比一般企业要高得多,国家为公共企业制定的公共政策目标和社会责任标准是一种几近特定的、强制的、法定的约束。”^④基于此,为促使公共企业更好地生产和提供公共产品,防止其基于“经济人”本性而逃离“公益人”职责,应在如下几方面加强规制:

第一,市场准入与退出管制。通常情况下,企业作为私法上的社会团体,拥有进入与退出市场的自由。德国学者弗卢梅指出:“私法社团的创立人自主决定法人的存在、法人的法律形式及其章程……成员原则上对于法人拥有行为主权。关于社团的设立与撤销,为社团而行动的机关根本上受制于成员的自主决定。”^⑤这一基本的私法制度对于公共企业而言却难以适用。

在市场准入方面,为保障公共产品和服务的质量,并非任何主体都可基于投资自由从事公共产品的供给活动,其往往需要政府的资格认证,以确保有能力接受政府委托,提供良好的公共服务;同时,因公共企业涉及的很多行业为自然垄断行业,基于规模经济和规模效益的考虑,有必要限制企业的数量,以避免不必要的资源浪费,因此也需要政府在准入环节进行必要管制。基于上述考虑,公共企业在进入市场时,首先应当获得政府许可。政府应基于特定公共产品的特殊需求,对有意进入该领域的企业的经营目标、注册资本、财务制度、信息披露、治理结构等进行审核。当然,立法者可能随之产生的担心是,当政府的进入管制措施会为企业带来稳定利润甚至会因行业的垄断性而带来超额利润时,管制者可能会被被管制者所俘虏。为防止这种寻租现象,在许可对象的选择方式上,可以引入竞争机制。美国学者德姆塞茨称其为“特许经营权竞标”制度,即“通过拍卖的形式,让多家企业竞争在某产业或业务领域中的独家经营权(即特许经营权),在一定的质量要求下,由报价最低的企业取得特许经营权。”^⑥这样,既可以防止寻租,又可以选出符合资质要求,且能以社会最优水平定价的企业来向公众提供质优价廉的公共产品。

在退出权方面,为保障公共服务的连续性,非经法定程序,公共企业不得任意变更主营事项,亦无自我解散的自由。公共目的是公共企业这一法律主体构建的核心。早在1885年,Gates v. Boston & N. Y. Air-Line. R. R.案中,美国纽约州法院就驳斥了企业能够违背州意愿随意退出公共服务领域的主张:“从平实的原则出发,铁路财产一旦投入公共用途且系公共用途所必需,则必须践行公共使用的承诺,从而全面实现其创设

④ 胡一帆、宋敏、郑红亮:《所有制结构改革对中国企业绩效的影响》,载《中国社会科学》2006年第4期。

⑤ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Berlin: Springer-Verlag, 1983, S. 98 转引自前引④,谭启平、黄家镇文。

⑥ 黄新华:《政府管制、公共企业与特许经营权竞标——政府治理自然垄断问题的政策选择分析》,载《东南学术》2006年第1期。

时的目的。”^{⑥7}1918年,在涉及地方性铁路的一项判决中,美国联邦法院再次重申了这一原则:“如果一家铁路公司负有维护和运营某条铁路的制定法义务或契约义务,它将会被禁令或训令强迫这样做,即便继续运营会亏损。”^{⑥8}可见,私人部门一旦投资于公共企业,则应受到公共利益的牵制,不得随意退出。当然,如果其在经营中出现亏损,可向政府申请合理的财政资金补贴,因其在本质上是代替政府履行公共服务职能。

第二,治理机制的特殊要求。为保障公共企业发挥“公共性”职能,应对公共企业的决策机构及重要决策事项进行特殊规定。就决策机构而言,应对公共企业的董事会构成进行特殊设计,以防止董事会作出的战略决策偏离“公共利益”需求,尤其是当公共企业的“经济人”属性与“公益人”属性发生冲突的时候,能够以一定的经济利益为代价换取必要的公共利益。这就需要在公共企业的董事会中引入“政府董事”制度,由政府部门的公务人员进入公共企业。在域外,这一做法并不少见。由于政府董事进入公共企业是作为政府代表履行公共职能,并非市场化的职业经理人,因而,在身份上其仍属公务员。为使其不被所任职企业“俘获”,政府董事不得从任职企业领取报酬,对其奖惩仍应依据公务员标准进行。这可以在一定程度上解除我国对于公务人员在企业兼职的顾虑。目前,我国法律绝对禁止公务人员在企业兼职的做法过于简单,应根据所兼职企业的功能和性质、兼职的目的、兼职的薪酬及奖惩机制等进行综合分析,区别对待。对于公共企业,公务人员进入董事会并兼职具有合理性。这可以使政府这一委托人的意志在公共企业生产和提供公共产品的过程中得到反映,同时,也能使公共企业及时、准确地了解政府意图,更好地发挥公共服务职能。总之,设置政府董事是促使公共企业实现“公共性”的主要手段之一。如此一来,公共企业的董事会将由两部分人构成:一部分是政府主管机构委派的政府董事,另一部分是来自于市场的职业经理人。由于公共企业并非一定是国有独资或控股的企业,亦可能是民营企业,因此,政府董事的席位设计应有所差异。就决策事项而言,对于能源、管网、运输、水利等重要行业或领域的大型公共企业,中长期投资战略及计划在公共企业内部决策机构通过后,还应获得政府批准方可实施,以确保其公共服务职能的长远发挥。在英国学者莱恩归纳的传统公共企业的基本特点中,“在重大决策上依赖有关政府部门”便是其中之一。^{⑥9}

第三,交易行为的特殊规范。所有的公共服务,无论是哪一种,均应遵循继续性原则、适应性原则、平等原则。^{⑦0}实践中,因公共企业大多处于垄断地位,交易相对人往往不存在真正的交易选择权,为确保公共企业所提供的产品和服务可普遍获得,且为了保障市场主体的公平利用,应当对公共企业的交易行为进行特殊规范,尤其是公共企业不

^{⑥7} Oliver P. Flid, *The Withdrawn from Service of Public Utility Companies*, 35(2) *The Yale Law Journal* 171 (1925).

^{⑥8} J. Gregory Sidak, Daniel F. Spulber, *Deregulatory Taking and Regulatory Contract: The Competitive Transformation of Network Industries in the United States*, at 128 (Cambridge University Press, 1998).

^{⑥9} [英]简·莱恩:《新公共管理》,赵成根等译,中国青年出版社2004年版,第88页。

^{⑦0} 参见前引^{⑤0},王名扬书,第386-387页。

得滥用权利,并负有强制缔约义务、不得随意中止或解除合同^①、不得歧视性交易或强制交易,等等。其中,公平、禁止权利滥用是对其履行公共服务职能的基本法律要求。

第四,交易价格的特殊管制。在公共企业经营中,“利润最大化的目标会导致价格高于社会最优水平,并因此造成社会福利的净损失”^②。一些垄断性公共企业完全以支定收,不是通过提高管理效率获得盈利,而是通过提高收费的方式实现超额利润。为规制这种行为,促使公共企业以符合社会分配效率的方式定价,政府应对公共产品的价格实行严格管制,并实现公共利益和企业私人利益的平衡。在具体的价格管制措施中,除强调程序正义,真正落实听证制度这一法定程序外,还应重点关注公共产品定价的考量因素。实践中,公共产品的定价常会受到两方面的压力:一方面是需要依靠公共部门的盈余来为今后的公共投资提供资金,从而迫使他们采用某种形式的平均成本(或收支相抵)定价;另一方面又需要考虑社会效果,以低于平均成本的价格进行销售,对于某些基本产品甚至希望以低于边际成本的价格出售。^③这两方面压力说明,政府在确定公共产品价格时,应综合考量产品的成本、当地国民经济和社会发展水平、社会公众使用者的承受力以及必要的投资回报率。但需特别强调的是,在这些因素中,社会公众使用者的承受力应是主要问题,而投资回报率则不应过度强调。对于公共企业而言,投资回报率固然重要,尤其是有利于鼓励私人投资者加入公共产品的供给行列,但以投资回报率为主要因素来确定公共产品价格则会存在明显缺陷:一是投资回报率设定为多少才算合理,难以把握;二是企业可能会通过投资决策扩大资本基数,从而在确定的投资回报率下,得到尽可能多的绝对利润,因而“收益率管制不能形成企业有效率的生产激励……无论企业的资产使用效率如何……企业的成本升高依然直接转换为产品价格的上升”^④;三是企业会缺乏降低产品成本的动力,造成投资结果的低效。^⑤

第五,信息披露管制。信息公开是对公共企业履行公共服务职能最好的监督方式之一。信息的充分与透明对政府主管机构、使用者以及公共企业维护各自的权益都非常重要。尤其是对社会公众而言,只有公共企业的重要信息以易得、易懂的方式对外公开,才能使公众的知情权、监督权得以落实。美国学者贾纳·E·赫茨琳杰在探讨非营利组织监督问题时,曾提出“披露——分析——发布——惩罚”这一解决非营利组织诚

① 我国司法实践对此已有认可。在“河北省延津县佳源热力有限公司诉李慧敏”的案件中,因被告李慧敏拖欠供热费,原告延津县佳源热力有限公司遂停止供热并诉至法院请求其支付费用并解除合同。但法院驳回了原告解除合同的诉讼请求。理由是供热合同具有不同于其他民事合同的公共服务性、行政强制性、相对垄断性的特点,属政府民生工程的一部分,在被告不缴纳供暖费的情况下,经行政主管部门批准,原告可中止供暖服务但不具有解除合同的权利。

② 前引⑥,黄新华文。

③ 参见[印度]迪帕克·拉尔:《公共企业》,蔡师仁译,载《南洋资料译丛》1988年第3期。

④ 苏秦:《公用事业间接管制定价》,载《重庆大学学报》(自然科学版)2004年第5期。

⑤ H. Averch & L. Johnson, *Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint*, 12 American Economic Review 1052, 1069 (1962).

信问题的方案。^⑥这一方法亦可被应用到公共企业中。政府部门应当促使公共企业在提供公共产品的过程中积极履行信息披露,尤其是公司的基本情况、经营范围、经营目标、年度业务发展情况(主要是公共产品或服务的供给情况)、年度财务情况(主要包括年度营业额、盈利亏损情况、资产负债情况)、获得的政府特许经营权、政府补贴及补贴依据、政府给予的税收优惠等政策、重大交易、关联交易、董事监事及高管的薪酬情况、雇员情况及薪酬等。通过加强公共企业的运作透明度,可以分析公共企业对公共资源的利用情况以及公共产品的供给效率,并对在效率和承担公共责任方面存有明显失职的公共企业给予不同程度的惩罚。为强化公共企业履行信息披露义务,立法还可借鉴上市公司的信息披露管理经验,对于虚假披露行为规定严格的法律责任。在英国,《电力法》就规定了电力公司的信息披露义务,并对电力公司的虚假陈述行为予以处罚,对有重大虚假陈述行为的公司,会对其进行简易程序定罪,并处以罚金;或对其进行公诉程序定罪,并处以罚金。^⑦

第六,公共利益的救济机制。公共企业在履行公共产品供给职能过程中,若出现“遁入私法”的情形,如何对受侵害的公共利益进行救济,是必须考虑的问题。首先,受侵害的契约相对人可基于契约关系享有合同履行请求权、损害赔偿请求权等权利;其次,可将公益诉讼制度适用于该领域。当公共利益受到侵害,与该利益具有相关性的公众可以为了“公益”目的,作为公益代表人对相关公共产品供给主体提起诉讼。如上分析,从委托代理角度看,公共企业的直接委托人尽管是政府,但最终委托人却是公众。公共企业与公众之间也存在间接的、隐形的委托代理关系。当公共企业违背其设立初衷,利用公共资源不当谋取私益,没有为公众和经济社会发展提供公共产品或提供的公共产品不合格时,公众有权对其行为提起诉讼。目前,我国《民事诉讼法》已建立公益诉讼制度,今后,可扩展适用于公共企业领域。同时,为更好地解决公众与公共企业间的纠纷,应重塑法官意识,让法官认识到公共企业的特殊性,不能简单地将公共企业作为平等契约的一方当事人,完全按照私法理念或者双方间的合同约定进行裁判,否则,不利于对公共企业履行公共责任的约束。

此外,公共企业还需建立良好的绩效评价制度,并以“满足公众需求”作为绩效评价的核心指标。通过这些严格的管制措施,促使公共企业在实际运作中更好地提供公共产品。当然,对于公共企业在提供公共产品和服务过程中所发生的经济利益损失,可由政府以财政补贴或税收优惠等方式予以合理补偿。

^⑥ 参见[美]里贾纳·E·赫茨琳杰等:《非营利组织管理》,陈江、王岚等译,中国人民大学出版社2000年版,第8-12页。

^⑦ Electricity Act 1989. CH. 29. Sec. 59.

结 语

从域外经验看,公共产品的生产主体已不再主要依靠国家,而是企业组织体。尤其是伴随着公共服务的多元化以及公法私法化,公法事务越来越多地需要借助私法方式予以实现,以适应现实需要。法律作为一种人为的制度安排,应主动适应社会而不是等待社会来适应法律。但反观我国,目前立法对公共企业还缺乏基本认同,更没有对公共企业基本规则的系统规定,甚至连新近通过的《民法总则》也未对该类企业予以足够关注,公共企业成为立法盲点。尽管我国已经存在一些专门针对特殊行业的立法,如《邮政法》《铁路法》等,并对这些行业的企业行为进行了专门规定,可以较好地体现该行业的特殊功能,但是,这些立法的数量毕竟较少,远不能满足现实中大量的公共企业需求。当然,由于公共企业所在领域繁多,逐一通过行业性法律规范进行具体规定,不但立法成本高,且难以穷尽,因此,立法需要抽象出公共企业的一些共同规则,形成统一的《公共企业法》,以明确其功能、法律性质、与政府及使用者的关系、设立条件和程序、治理结构、解散与清算、特别管理机制等。当然,对于已经存在的特定行业规则,在效力上并不受影响,其与《公共企业法》的关系可以视为普通法与特别法的关系,即《公共企业法》为调整公共企业组织和运行的基本法,而特定行业的专门法可以理解为该行业或领域内的特殊法。根据基本法理,当有特殊法时适用特殊法,无特殊法或特殊法未规定时则适用普通法,以此共同规范公共企业的运行,满足社会对公共产品供给的需要。

Abstract: The underlying reason why the supply of public products in China is unable to meet social needs is the lack of the legal system of public enterprises. In current rules, there are many different definitions of the enterprises involving public interest, nonetheless, all of them are imperfect. This text inclines towards the definition called “Public Enterprise”. Due to the “public nature” of the products they provide, public enterprises have explicit “public law attribute”, meanwhile, as market bodies, such public enterprises also have “private law attribute” due to their pursuing of efficiency. Therefore, such enterprises become a type of “Special Legal Person”. To prevent such enterprises from escaping public law liabilities by transferring public law liabilities to private law liabilities, special regulations shall be formulated, such as entry and withdrawal mechanism, governance mechanism, trading practice, price regulation, information disclosure and the remedy for public interests. Public Enterprise Law shall be made to make up for the current rules, thus ultimately promote the efficient supply of public products.

(责任编辑:王莉萍)