



BOSHI WENKU

〔行政法学〕

民营化的行政法研究

MINYINGHUA DE XINGZHENGFA YANJIU

杨欣 著

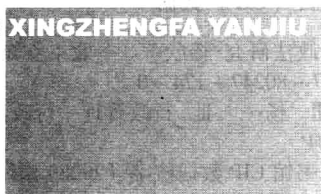
知识产权出版社



BOSHI WENKU
〔行政法学〕

民营化的行政法研究

MINYINGHUA DE XINGZHENGFA YANJIU



杨欣 著

知识产权出版社

内容提要

本书以变革与回应为主线,考察公共行政民营化变革对行政法的挑战,分析民营化边界、路径、监管以及争议解决行政法问题,着重探讨公共行政改革中政府职能的定位,提出确定民营化边界的标准,并对政府职能转变后行政组织法可能的发展进行探讨,将公共行政改革与行政组织法有效结合,发展了行政组织法理论。

本书可供法学研究者、学习者以及相关实务部门人员参考使用。

责任编辑:汤腊冬

责任校对:韩秀天

特约编辑:王丽莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

民营化的行政法研究/杨欣著. —北京:知识产权出版社, 2008. 12

ISBN 978-7-80247-174-0

I. 民… II. 杨… III. 行政管理—行政法—研究—中国

IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 171784 号

民营化的行政法研究

杨欣 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000889 转 8108

责编邮箱:tangladong@cnipr.com

印 刷:北京富生印刷厂印刷

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:9.875

版 次:2008 年 12 月第一版

印 次:2008 年 12 月第一次印刷

字 数:255 千字

定 价:25.00 元

ISBN 978-7-80247-174-0/D·736 (2215)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



摘 要

本书以引发公共行政领域深刻变革的民营化运动为关注点，从行政法学的角度考察民营化对行政法的冲击，以及行政法所应作出的回应，希冀行政法能与作为其背景的公共行政的发展同步，使行政法在有效解决公共行政变革中的法律问题的同时，亦能实现行政法理论体系的自我更新。

第一章对民营化的发展动因及演进历程进行研究。此项研究分四节进行：第一节，探讨民营化的概念、类型及意义。指出民营化在三种意义上存在，最广义、广义与狭义，广义的民营化是本书讨论的基点；民营化根据不同的标准，可作不同的类型划分，其中，实质民营化与功能民营化是最基础的分类。第二节，讨论民营化的源起动因，指出解决财政困境的现实需求是引发民营化的直接动因，而新自由主义经济学的回流与新公共管理运动的治道变革是民营化运动获得正当性的理论支持。第三节，回顾世界主要发达国家与发展中国家、后社会主义国家民营化的不同轨迹，梳理中国民营化发展的独特历程。第四节，分析民营化可能引发的负面效果，指出行政法的制度建构之于民营化的意义，以及制度建构的逻辑框架。

第二章对民营化边界进行研究，探讨其所引发的政府职能调整及组织法变迁。此项研究分为四个部分：第一节，分析公共任务、国家任务与政府职能之间的关联性，明确政府职能在公共任务体系中的地位、政府职能的结构特性，指出国家所享有的“全面管辖权”是民营化边界得以厘定的基础。第二节，分析影响民营化边界的因素，指出公共性是影响民营化边界的第一层级

因素，是价值层面的因素；效率是影响民营化边界的第二层级因素，是操作层面的因素；在公共性与效率之外，民营化边界的厘定尚须考虑法律保留的问题。第三节，分析民营化的动态边界，这种动态性主要体现在：民营化除了有不可移转的核心职能外，尚有大量的“游移地带”，这是个可随一国经济及制度发展而调整的区域。第四节，分析民营化对行政组织法的影响，指出民营化所引发的政府职能调整，一方面导致了新型行政组织的诞生，另一方面，私人承担行政任务对传统行政主体理论亦构成冲击，除此之外，组织的变迁不可避免地对公务员制度产生影响，本节亦对其进行了探讨。

第三章对民营化路径进行研究，分析其所引发的“契约行政”的兴起，以及公法规则的回应。该项研究共分四节进行：第一节分析契约在民营化路径中的地位及其意义，指出“法律形式选择自由”是民营化路径选择的基础，民营化根据实践需要有多种路径选择，契约是民营化路径运用的核心载体，契约的广泛应用直接导致了“契约行政”的兴起，并对传统行政行为理论构成变革式冲击。第二节，分析公、私法契约的区分标准，提出适合我国国情的行政契约的判断标准体系。第三节、第四节分别以两类重要的民营化路径：政府业务委外与特许经营为考察对象，在对其进行性质判断的基础上，探讨公法对其约束的程度，以及相应公法规则的回应。

第四章对民营化中的政府规制进行研究。此项研究包括三个部分：第一节，分析行政法视野中政府规制的含义以及政府规制的必要性，指出保护消费者利益、促进竞争是政府规制的双重目的。第二节，探究政府对民营化的规制手段，指出规制手段的设计要与民营化的路径相适应。在规制手段中，许可规制是传统手段，合同规制是新兴手段，在这两类主要手段之外，尚有其他手段，如补贴等的运用。第三节，讨论民营化规制主体的模式建



构，通过英美两类规制主体模式的比较，归纳出有效的规制主体应具备的基本共性，并以此为基础，对我国现行规制主体的设置进行检讨，提出完善我国民营化规制主体的思路。

第五章对民营化争议的司法审查进行研究。此项研究共分三节进行：第一节对民营化争议的类型进行分析，为讨论方便，本节选取了争议主体的视角，将民营化争议分为两大基本类型：政府与承担公共任务的私人主体间的争议、承担公共任务的私人主体与公民间的争议，并进一步分析政府与公民之间争议发生的可能性，指出公法争议的变迁势必冲击司法审查旧有模式，促使其规则作出更新与调适。第二节从行政合同审查规则的视角出发，探讨政府与私人主体之间争议的司法审查；在比较借鉴国外经验的基础上，提出我国行政合同司法审查规则。第三节以受案标准为视角，讨论私人主体与公民间争议的司法审查，指出行为标准，即判断某一行为是否属于履行公共职能，已被纳入美、英司法审查的受案标准体系；之后分析了我国行政诉讼受案标准的现状，指出在私人承担行政任务日渐增多的民营化背景下，我国行政诉讼受案标准应将“公共职能”纳入其传统的判断体系。



ABSTRACT

This paper focuses on privatization, tries to review its impacts on the administrative law, and the response of administrative law to which. It aims at solving legal problems which has been produced during the privatization, at the same time, developing the theoretical system of administrative law. It consists of five chapters:

Chapter One studies the reason of privatization and its development course. It has been divided into four steps: Firstly, it has discussed the concept, type, and function of the privatization, pointing out that privatization exists in three meanings, among which, broad sense is being studied by this paper; privatization can be divided into different types according to different standards, essential privatization and functional privatization is the basic type among which. Secondly, it has analyzed the cause of privatization, showing that the motivation to solve the financial difficulties is the direct reason for privatization, and that, new liberalistic economics theory and new public management theory provide the theoretical foundation for privatization. Thirdly, it has explored the different course of privatization in main developed countries, post-socialism countries, and China. Finally, it has analyzed the constraints of privatization, on this basis, primary conclusion is reached, that is, administrative legality is very important to the privatization.

Chapter Two studies the boundary of privatization, the adjustment of governmental function, and the reform of administrative or-



ganic law. It is comprised of four steps: Firstly, it has analyzed the relevancy among public function, state function and governmental function, defining the status of governmental function in the public function's system, pointing out that the state's "whole jurisdiction" is the basis of making boundary of privatization. Secondly, it has discussed factors which influence the boundary of privatization. Public element is the determined one which decides the boundary of privatization, efficiency is the second one which influences the boundary of privatization, besides those, legal reservation should also be considered. Thirdly, it has explored the dynamic boundary of privatization. Finally, it has discussed the influence of privatization on the administrative organic law. It points out, on the one hand, adjustment of governmental function has led to the formation of new organ, on the other hand, it has also impacted the traditional administrative subject theory, besides those, it discussed the reform of civil servants system.

Chapter Three studies the approaches of privatization, contract-administration, and the public law responding to which. This research involves four sections: The first, it has analyzed contract status in the approaches of privatization. Pointing out that "choosing freedom of legal form" has provided the legal technic support to the path of privatization, and, in the various pathes of privatization, contract is the core way, which has greatly influenced the traditional administrative action theory. The Second, it has used the criterion of France and German for reference to review our counties differentiation criterion between administrative contract and civil contract, on this basis, bringing forward China's differentiation criterion system. In the third and the fourth part, it has explored two main approaches of privatization, e.



g. contracting out and franchising agreement, discussing those character, and the public law responding to which.

Chapter Four studies governmental regulation on privatization. It concludes three steps: Firstly, it has analyzed the concept of governmental regulation and the necessity of regulation. Secondly, it has explored the regulation means on privatization. The design of regulation structure should be adapted to the approaches of privatization, licence regulation is the traditional ways, contract regulation is the rising one, besides those, there are other ways of regulation, such as subsidy, etc. Thirdly, it has discussed the mode of regulation organ, after comparing the different mode of regulation organ between England and America, it summarizes the commonness of efficient regulation organ, Basing on that, it reviews the mode of Chinese regulation organ, putting forward ideas of how to build up an efficient regulation organ on privatization.

Chapter Five focuses on the judicial review of the disputes arising from privatization. It consists of three steps, Firstly, it has analyzed the type of disputes arising from privatization. In order to make the discussion clearly, it has divided the disputes from privatization into two types: disputes between government and private party, disputes between private party and citizen, moreover, further explored the possibility of disputes occurring between government and citizen. Secondly, it has analyzed the judicial review between government and private party from the angle of administrative contract reviewing rules. Because judicial review about administrative contract has not definite rules in China, it is being discussed concentrated. Thirdly, it has discussed the judicial review about disputes between private party and citizen from the view of litigation acceptance standards, the study begins at



the introduction of “private public” standards of the U. S. A and the Britain, pointing out that “public function” has been absorbed into both countries’ judicial review acceptance standards. After that, it analyzed the standard of Chinese administrative litigation acceptance, pointing out under the background of privatization, standards of judicial review acceptance in China should absorbed the “public function” standard into its judging system.



序

近年来，随着公共行政改革的推进，行政法是否需要回应改革、如何回应改革已经成为行政法学界面临的重大课题。杨欣博士的这篇博士论文对此进行了积极探索。论文在公共行政改革与行政法的互动方面作出了有价值的研究，拓展了行政法的研究范围。

行政法过去 30 年的发展，一直以控权为重心。立法部门相继通过了行政诉讼法、国家赔偿法、行政处罚法、行政许可法等一批以控权为宗旨的法律，信息公开、行政听证等一系列行政法律制度正在建构或已经形成。这无疑受传统英美行政法控权思想的重大影响，当然也是对以干预为核心的庞大的行政权予以规制的现实需要。但随着经济改革的深化，社会结构日益多元，政府、社会、市场、个人需要进行新的权利（力）与义务的配置和调整，中国社会的发展需要新的公共行政架构。2005 年，国务院《政府工作报告》用一个完整部分来论证服务型政府，标志着中国政府职能的转向，从管理走向服务。干预行政依然存在，但给付行政将成为政府建设的重点。给付行政涉及行政资源的配置，涉及给付效率与给付质量，涉及政府、社会、个人的多方合作，这些变革难以得到以控权为导向的传统行政法的积极回应，行政法必须要有新的发展。除了传统的控权功能外，行政法更要通过利益调整、制度创新等手段促进、保障公共行政的改革和社会转型，充分发挥其理性建构的功能。

杨欣博士的专著以变革与回应为主线，考察公共行政民营化变革对行政法的挑战，分析民营化边界、路径、监管以及争议解



决等行政法问题，其中对民营化边界与路径部分“浓墨重彩”，着重探讨公共行政改革中政府职能的定位，提出确定民营化边界的标准，并对政府职能转变后行政组织法可能的发展进行探讨，将公共行政改革与行政组织法有效结合，发展了行政组织法理论。就民营化的路径而言，作者敏锐观察到契约在民营化中的作用，提出行政契约的识别体系，并对两类主要的民营化行为——特许经营与公共服务外包进行了专项研究。在对民营化过程予以行政法回应的同时，本书亦对民营化中的司法审查进行了创新性探索，在比较研究英美司法审查受案标准变迁的基础上，提出我国应正视公私合作的现实演化，扩展行政诉讼受案标准，将特定情形下承担公共职能的私人纳入司法审查的范畴。

毋庸置疑，杨欣博士的这本书无论在研究视角还是在内容方面都有很大创新。从公共行政民营化推进的实际需求来探讨行政法的具体制度回应，进而研究行政法未来的发展，突破了传统行政法的研究框架，探索如何从行政法的角度回应行政改革，为我们提供了观察行政法的新的窗口。关注实践，将行政法置身于社会变革的大背景下研究更是本书的一大特色。当然，任何创新都面临着理论和实践的双重挑战，行政法如何积极回应公共行政改革、进而回应社会的全面转型更是一项艰巨的研究课题。希望杨欣博士能够在此领域作更全面、深入的探讨，为行政法的发展贡献自己的智慧。

薛刚凌

2008年9月18日



目 录

导 论	(1)
一、研究的意义	(1)
二、国内外已有研究综述	(3)
三、研究的切入点：行政变革与行政法的变迁	(5)
第一章 民营化的发展动因及演进历程	(15)
第一节 民营化的概念及意义	(15)
一、民营化的概念	(15)
二、民营化的类型	(22)
三、民营化的意义	(26)
第二节 民营化动因透视	(29)
一、现实动因：解决财政困境	(30)
二、理论动因之一：新自由主义经济理论的复兴	(33)
三、理论动因之二：新公共管理模式下的治道 变革	(37)
四、小结	(43)
第三节 民营化的演进历程	(43)
一、发达国家民营化的演进历程	(44)
二、发展中国家与后社会主义国家民营化的演进 历程	(52)
三、中国民营化的演进历程	(59)
第四节 建构民营化行政法制度支持的必要性	(63)
一、民营化可能引发的负面问题分析	(63)
二、制度建构的逻辑框架	(70)



第二章 民营化的边界——政府职能调整与组织法

变迁	(72)
第一节 公共任务、国家任务与政府职能	(72)
一、公共任务、国家任务、政府职能概念辨析	(72)
二、当代国家政府职能结构分析	(75)
第二节 影响民营化边界的因素	(78)
一、公共性：影响民营化边界的决定性因素	(78)
二、效率：影响民营化边界的第二层级因素	(82)
三、民营化与法律保留	(85)
第三节 动态的边界	(90)
一、民营化的“禁区”：不可移转的核心任务	(91)
二、民营化的“游移地带”	(94)
三、理论上可民营化的领域：以竞争性产品为 主导的国有企业	(99)
四、小结	(102)
第四节 民营化下的行政组织法变迁	(103)
一、新型行政组织的创设及其特性分析	(103)
二、新型行政组织创设所引发的法律问题	(110)
三、私人行使行政权对行政主体理论的影响	(114)
四、组织变迁对传统公务员制度的冲击	(121)
第三章 民营化路径——契约行政的兴起与公法	
规则回应	(125)
第一节 契约在民营化路径中的地位及其影响	(125)
一、法律形式选择自由：民营化路径选择的 法理基础	(126)
二、民营化的路径分析	(128)
三、契约在民营化路径中的地位分析	(134)
四、“契约行政”的兴起对传统行政行为理论	



的影响	(136)
第二节 “契约行政”的核心问题：公、私法	
契约的区分标准	(141)
一、行政契约与私法契约的区别意义	(141)
二、德、法行政契约与私法契约的区分标准	(143)
三、我国行政契约与私法契约区分标准	
的检讨与重构	(154)
第三节 公法规则对“契约行政”的回应（一）	(160)
——以政府业务委外为分析对象	
一、政府业务委外的类别与性质辨析	(160)
二、政府业务委外的公法约束	(164)
三、政府业务委外的程序回应	(166)
四、公法实体规则回应分析	(170)
第四节 公法规则对“契约行政”的回应（二）	(172)
——以特许经营为分析对象	
一、我国特许经营的类型及性质辨析	(173)
二、我国特许经营中公法规则回应分析	(179)
第四章 民营化中的政府规制	(184)
第一节 民营化中政府规制的必要性分析	(184)
一、政府规制的概念	(184)
二、民营化中政府规制的必要性	(188)
第二节 规制手段：许可证、合同及其他	(196)
一、对“出售”的规制	(196)
二、对政府业务委外的规制：合同规制	(206)
三、对特许经营的规制：混合式规制	(208)
四、小结	(212)
第三节 我国有关民营化规制机构的检讨与完善	(213)
一、英、美规制机构模式借鉴	(213)



二、我国有关民营化规制机构现状分析	(227)
三、我国有关民营化规制机构完善思路	(232)
第五章 民营化争议的司法审查	(237)
第一节 民营化争议类型分析	(237)
一、政府与私人主体间的争议	(238)
二、私人主体与公民间的争议	(239)
三、国家与公民：虚拟的争议	(240)
四、民营化争议与司法审查的回应	(242)
第二节 对政府与私人主体间争议的司法审查	(243)
——行政合同审查规则的视角	
一、研究行政合同审查规则的意义	(243)
二、一个比较法的视角——域外行政合同诉讼	(244)
三、我国行政合同诉讼审查规则的构建	(250)
第三节 私人主体与公民间争议的司法审查	(261)
——受案标准的视角	
一、美国司法审查受案标准：“国家行为标准” 的演化	(261)
二、英国司法审查受案标准：“公法因素”标准的 变迁	(268)
三、公共职能：一个可兹借鉴的标准	(273)
四、我国行政诉讼受案标准的现状与发展	(275)
余论：行政法的回应与理论重心的转向	(280)
主要参考文献	(287)
后 记	(299)



导 论

“公共行政既是行政法学者研究的有效对象，也是他们需要保持回应性的事项”。^①“行政史学者认为，民营化是 80 年代以来惟一最具影响力的观念，其研究及发展改变了公共行政的轮廓”^②，这种改变对行政法意味着什么？行政法如何回应民营化的需求，抑弊扬利？“对已生的秩序进行研究，解释制度与引导制度是法学的任务所在”。本书从行政变革与行政法的关系入手，试图论证以下命题：民营化的变革要求行政法作出相应回应，但行政法的回应不是消极回应，而是要针对民营化可能出现的问题，因势利导，建构民营化良性运行的制度支持，这一制度支持囊括了行政组织法、行为法、政府规制及救济法等各个方面。

一、研究的意义

全球化民营化运动兴起于 20 世纪 80 年代初期，代表各国政府在公共服务活动及资产所有权之缩减，而各国原本由公部门所承担之功能，转由私部门或市场机能运作，进而带来私部门在公共服务及资产所有角色之增加。^③我国民营化运动亦起始于 20

① [英] 卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》，杨伟东等译，商务印书馆 2004 年版，第 76 页。

② 詹中原：《新公共管理：政府再造》，台湾五南图书出版公司 1999 版，第 6 页。

③ 詹中原：《民营化政策：公共行政的理论与实务》，台北五南出版社 1994 年版，第 5 页。这是个关于民营化的广义理解，既包括公共服务的委托民间，也包括国有资产的转让。广义的民营化也是本书讨论的基点。