

公用事业规制法研究

行政法学规制研究与公用事业规制法

公用事业规制法之历史发展

公用事业规制法的相关主体

公用事业规制法的内容

公用事业规制法的监督制度

吴志红◎著



中国政法大学出版社

公用事业规制法研究

行政法学规制研究与公用事业规制法

公用事业规制法之历史发展

公用事业规制法的机关主体

公用事业规制法的内容

公用事业规制法的监督制度

吴志红 著

河海大学中央高校基本科研业务费项目：

《公用事业规制法研究》，编号：2009328714



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

公用事业规制法研究/吴志红著. --北京:中国政法大学出版社, 2013. 6

ISBN 978-7-5620-4700-1

I. ①公… II. ①吴… III. ①公用事业—行政法—研究—中国
IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第112481号

- 书 名 公用事业规制法研究 Gongyong Shiye Guizhifa Yanjiu
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 国安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 11.25印张 240千字
- 版 本 2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4700-1/D·4660
- 定 价 36.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

序

本书是吴志红博士在其博士学位论文基础之上修改而成的。在我看来，作者选择公用事业规制法作为其学位论文的主题主要是基于以下两个原因：

第一，公用事业市场化及其规制改革是 21 世纪以来我国行政法学所关注的新兴领域之一。公用事业的市场化与规制研究是密切相联的课题，也是一个博大的研究领域，该领域的研究不仅将我国行政法学研究的视域从秩序行政扩展到公共服务领域，从而契合了服务行政和社会行政法的兴起，也关系到公共任务民营化这一各国行政法学的前沿课题，更涉及公共任务民营化改革背景下我国政府的职能转换和政府责任等具有中国特

色的现实问题。我国的行政法学者无疑是敏锐的，在这一领域已有学者从不同方面进行了前期探讨，如有关公用事业特许经营的研究、对行政法转型进行的研究等。但是总体来说，我国行政法学目前对该课题的研究还不够成熟，研究主题比较分散，对行政法学转型的探讨也还没有体系化，这种研究状况既不能满足行政法学理论发展的需要，也不能对改革实践起到应有的指导作用。对公用事业市场化及其规制改革进行更为全面而深入的研究在今后一段时期内仍然是行政法学者们的艰巨任务。

第二，据我所知，作者工作所在的河海大学法学院在2010年成立了“公用事业法研究所”，该研究所是我国法学界成立的专注于公用事业研究较早的机构之一。该所所长邢鸿飞教授及该研究所成员对公用事业进行的研究还可以追溯到21世纪之初。至今为止，该研究所及其成员已经在公用事业研究领域取得了丰硕的成果，不仅在权威法学期刊上发表了一系列相关主题的学术论文，而且《公用事业法原论》、《公用企业法理论与制度研究》等著作也已经先后出版，这些都是我国法学界对公用事业进行前沿性探索的有益尝试，相信本书的出版会为该研究所的学术建设进一步添砖加瓦。

在宏观层面上，本书探讨了公用事业规制法的相关概念、法律体系、法律地位等基本理论问题，以公用事业规制法的沿革、主体、内容和监督内容为研究主线，对公用事业规制法的现实制度进行了较为全面的梳理，并尝试将公用事业规制法的研究与行政法学的相关理论进行对接，分别从行政法学基本理论、行政组织、行政行为和监督制度等方面探讨了规制法变革对行政法学的挑战。在微观层面上，本书中对于相关概念的辨

析较为深入到位，为进一步的研究奠定了较为扎实的基础，对于“规制”含义的探讨，从行政法学与经济法学的角度对规制研究分野的分析，对公用事业民营化与公私协力、特许经营等概念的辨析等。此外，本书对公用企业法律身份、特许经营合同的司法审查等部分的探讨也颇有新意。

当然，对于公用事业市场化及政府规制改革这一宏大课题的研究不可能毕其功于一役，一本书的研讨毕竟是有限的。我国公用事业市场化改革和政府机构改革处于不断推进的变动之中，2013年刚刚出炉的国务院机构和职能转换改革也涉及铁路、电力等公用事业领域，希望吴志红博士今后继续关注公用事业领域改革的新发展，继续对公用事业各行业的规制法展开个别而深入的研究，并进一步关注现实案例，为我国新时期的行政法学研究作出更多贡献。

是为序。

黄学贤
2013年春于苏州

目 录

序	001
导 论	001
一、公用事业规制法的研究背景	001
二、我国行政法学开展公用事业规制研究的 学术基础	004
三、研究思路和研究方法	017
第一章 行政法学规制研究与公用事业	
规制法	021
第一节 相关概念的界定	021
一、公用事业	021
二、规制	028
第二节 行政法学对规制研究的引入	032
一、行政法学引入规制的必要性	032
二、“规制”与“行政”关系辨析	036

三、行政法学规制研究的学科特色——	
与经济法学规制研究关系辨析	040
第三节 公用事业规制法	044
一、公用事业规制法的界定	044
二、公用事业规制法体系	046
三、公用事业规制法在法律体系中的地位	048
第二章 公用事业规制法之历史发展	052
第一节 外国公用事业规制法的发展	052
一、美国	052
二、英国	059
三、德国	067
四、法国	072
五、外国公用事业规制法发展的经验	076
第二节 中国公用事业规制法的发展	086
一、1949 年至 1979 年改革开放之前	087
二、改革开放至今	092
三、我国公用事业规制法体系概览	097
第三节 公用事业规制法发展的中西比较	115
一、中西公用事业规制法发展的相同之处	115
二、我国与西方国家公用事业规制法不同之处	121
第四节 公用事业规制法对行政法学基本理论的影响	132
一、西方国家行政法学对公用事业规制法	
发展的回应	132
二、公用事业规制法的发展对我国行政法学的挑战 ...	150

第三章 公用事业规制法的相关主体	156
第一节 公用事业企业法律性质探析	156
一、外国公用事业企业法律性质的变迁	157
二、我国公用事业企业的法律性质	167
第二节 公用事业规制机构的组织法考察	178
一、美国	179
二、英国	185
三、英美公用事业规制机构的经验	194
四、我国的公用事业规制机构	198
第四章 公用事业规制法的内容	219
第一节 公用事业规制法内容的变革	219
一、公用事业规制的传统内容	220
二、公用事业规制改革后的内容	222
第二节 我国公用事业规制法的内容	231
一、对我国公用事业规制法内容的梳理	231
二、我国公用事业规制内容存在的问题	240
第三节 公用事业规制法内容的改革对行政行为理论 的影响	245
一、行政行为非类型化	246
二、行政行为非强制化	249
三、行政行为私法化	256
第四节 公用事业特许经营	260
一、特许经营的概念和表现形式	260

二、公用事业特许经营与公私协力、民营化的关系	263
三、作为规制工具的公用事业特许经营	270
第五章 公用事业规制法的监督制度	284
第一节 公用事业规制影响评价制度	284
一、公用事业规制影响评价一般理论	284
二、规制影响评价作为规制监督制度的优势	290
三、美英的公用事业规制影响评价经验	293
四、我国对公用事业规制影响评价的引入	301
第二节 司法审查制度面临的挑战与革新	307
一、司法审查制度面临的挑战	307
二、外国司法审查制度的革新	312
三、我国行政诉讼制度的相关改进	317
结 语	332
参考文献	338

导 论

一、公用事业规制法的研究背景

（一）公用事业规制改革方兴未艾

从20世纪70年代的英国开始，公共行政民营化改革浪潮席卷全球，公用事业民营化改革是其重要内容。公用事业民营化是新公共管理运动的重要组成部分，而新公共管理运动的核心在于对政府进行市场化改造，其内涵包括对传统政府规制的反思和对政府与市场关系的重构。应该看到，公用事业民营化这场全球变革不仅是西方国家对后现代福利国家经济滞涨和财政困难的应对，更是顺应了民主国家回归市场，政府后退和瘦身的趋势，是现代民主政治发展的必然。

我国的公用事业在传统上一直延续国有国营、政府运作、政企合一、政资不分的运营模式，在计划经济时代作为社会福利性质的单位，由政府统一管理和实行全环节的定价，存在投入大、效率低、价格高等问题。在我国改革开放初期，公用事业的传统运营模式并未被触及，只是允许民营资本逐渐进入从前被国有部门垄断的各个领域，并不断扩展。可以说，我国的公用事业是计划经济体制的最后一个堡垒，是建设社会主义市场经济必须面对的问题。

从20世纪90年代开始，我国公用事业各领域开始了试探性的市场化改革，进入新世纪后，执政党和相关行政职能部门也相继出台了相关政策和法律规范，为公用事业的市场化改革提供依据，并不断加大力度，如2003年中共中央第十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》就明确提出：“……加快推进和完善垄断行业改革……允许非公有资本进入法律法规未禁止进入的基础设施、公用事业及其他行业和领域”；原建设部于2004年出台了《市政公用事业特许经营管理办法》，这是我国针对公用事业市场化所出台的第一部规章；紧接着，原建设部又于2005年制定了《关于加强市政公用事业监管的意见》；2010年国务院又出台了《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》，国务院办公厅为实施该意见下发了《关于鼓励和引导民间投资健康发展重点工作分工的通知》，这两个文件都提到“鼓励和引导民间资本进入基础产业和基础设施领域”；“鼓励和引导民间资本进入市政公用事业和政策性住房建设领域”。

公用事业市场化带来的不仅是公共产品和公共服务提供主

体和提供方式的改变，同时也带来了政府规制的课题，因为公用事业市场化仅仅表明政府不再担当生产主体，政府只是由台前的“划桨”转变为幕后的“掌舵”，因此政府的规制改革是与公用事业市场化改革相伴相生的，也成为公共任务民营化的重要课题。

（二）行政法学需要关注公用事业规制研究

公用事业的民营化及规制改革已经得到了经济学、行政管理学等学科的积极关注和响应，而以行政权为研究对象的行政法学也不应保持沉默。对于我国来说，从行政法学视角对公用事业民营化及政府规制问题进行研究能够为我国公用事业的市场化改革提供公法学的解释和理论指导，行政法学也因此得以实现理论与实践的结合。在我国公用事业市场化改革进行得如火如荼的同时，我国的法学理论支撑相较于国外以及其他学科来说却显得不够充分，特别是行政法学理论界普遍对公用事业改革的各种问题回应不够积极和充分，致使我国的公用事业民营化改革实践先行，理论滞后，至今“摸着石头过河”的意味仍然很浓。对于一个法治国家来说，公用事业改革必须在宪法学和行政法学理论上找到支撑，才能获得合法性，相对应地，宪法学和行政法学等公法学科也只有积极应对实践中出现的问题才能展现学科活力，实现理论与实践的对接。

（三）公用事业规制法的研究长期受到法学界的忽视

公用事业领域在我国法学研究中一直是一个比较特殊的领域。因为其具有经济特征，公用事业企业被定位为私法人，所以行政法学一直未将其纳入研究范畴；但是公用事业产业往往又具有自然垄断性，所以一直以来也是以反垄断、反不正当竞

争为己任的经济法学研究的重点；同时，我国传统政企不分的运营模式使得公用事业领域带有国家权力因素，民法学也无法完全将其纳入研究范畴。

公用事业领域的法律规范体系是一个多部门法交叉的体系，其中公用事业规制法涉及政府对公用事业企业的微观干预，涉及政府职能，理应纳入行政法学的研究范围。受我国社会经济发展和法治进程的影响，从20世纪80年代确立独立学科地位开始，我国传统行政法学就将研究重点放在国家行政方面，并且以规范秩序行政为重点，这本无可厚非。但是，随着我国社会经济的发展，行政已从国家行政发展为公共行政，行政模式由秩序行政发展为秩序行政与给付行政并存，行政法学的研究范围亦应该得到扩展，对公用事业规制法进行研究不仅是对给付行政的回应，同时也是对公用事业法这一专门领域研究的贡献。

二、我国行政法学开展公用事业规制研究的学术基础

目前政府规制研究是一个多学科共同关注的课题，其中包括经济学、政治学、行政管理学、法学等，每个学科关注重点有所不同，以下分而述之。

（一）其他学科对政府规制的研究

1. 经济学对政府规制的研究

经济学是对于公用事业民营化和政府规制改革最早进行研究的学科，目前成果也最多，是西方国家进行公用事业改革最坚强的理论后盾之一，也是其他学科研究政府规制可资借鉴的重要理论来源。

经济学领域对政府规制问题的研究可谓源远流长，从资本

主义兴起，以市场规律代替古典管制时，就有经济学者开始关注公用事业，并在微观经济学中提出了公共物品理论，讨论了政府在微观经济中的角色和其对公共物品进行干预的必要性。最具代表性的学者有亚当·斯密（Adam Smith）、约翰·穆勒（John Stuart Mill）和埃德温·查德威克（Edwin Chadwick）。公共物品理论为旧福利经济学提供了前提，也是早期管制理论的基础。

现代管制理论以 1887 年美国对铁路的费率限制为开端，这一时期的管制理论成为产业组织理论的重要组成部分，以公共利益理论为基础，先验性地强调政府在市场失灵过程中的资源配置作用，延续了福利经济学的传统假定，即假定政府是万能的、仁慈的和无所不知的，忽略了政府管制的成本，对管制失灵和治理都缺乏研究。从 20 世纪 60 年代起，公用事业领域出现了两个问题：一是服务质量并没有随着科技进步而得到改进；二是管制者与被管制者存在着信息不对称，无法了解受管制企业的真实成本，公用事业产品和服务价格不断上涨。这两个突出问题直接挑战了传统管制理论的定论，即通过对公用事业的管制，政府能够解决自然垄断产业的市场失灵问题，实现社会福利的最优或者次优，致使经济学家们开始反思。

对传统管制理论进行反思最有代表性的理论是公共选择理论和利益集团理论，二者的共同之处都是从政治层面分析了管制决策中的成本，即“管制俘获”问题。公共选择理论又称集体选择理论或政治的经济学，基本理念是将传统经济学中的“理性经济人”假设运用到政治过程中。公共选择理论认为，政治过程和经济过程一样，基础是交易动机、交易行为和利益的

交换。政府组织与官僚并不像西方传统主流经济学所认为的那样，在政治市场上个人的动机与目标是利他主义的和超个人利益的，而是和常人一样，也会追求个人利益的最大化，因此就会导致“政府失灵”。萨缪尔森（Samuelson）指出，当国家行动不能改善经济效率或者当政府把收入再分配给不恰当的人时，政府失灵就产生了。政府失灵主要表现为三个方面：一是缺乏有代表性的政府；二是政府目光短浅和行为短期化；三是政府活动的低效率。^{〔1〕}基于此，公共选择理论主张打破政府对公共服务的垄断地位，实行“公共服务市场化”，在公共物品的提供中引入市场竞争机制，通过竞争提高效率，改善公共产品的质量，并明确指出“没有任何逻辑证明公共物品必须由政府官僚机构来提供”。^{〔2〕}利益集团理论则是建立在实证分析的基础上，将视角扩展至管制的过程中，质疑政府强制力的假定，对管制的目标取向及管制的政治决策过程进行了深入的分析。该理论指出，管制不仅仅是经济过程，更重要的是政治决策对经济资源重新分配的过程，认为管制的目标不是为了公共利益，而是为了取悦特殊利益集团。

这一时期，作为对传统管制理论进行反思而出现的理论还有管制效应理论、俘获理论和寻租理论，它们都从不同角度批判了公共利益理论的基本假设，认为政府管制不仅存在巨大成本，而且为寻租提供了条件。这些理论更多地分析了管制的实

〔1〕 参见方福前：《公共选择理论——政治的经济学》，中国人民大学出版社2000年版，第198~201页。

〔2〕 周志忍主编：《当代国外行政改革比较研究》，国家行政学院出版社1999年版，第23页。

际成本，强调了最优管制的不可可能性。

从20世纪80年代起，引入竞争机制，放松管制成为管制理论和实践的主要内容，而为这一趋势提供理论支撑的有可竞争理论、新制度经济学和现代契约理论。可竞争理论假设在沉淀成本为零（或不大）的情况下，在自然垄断产业链条内的企业仍然会受到潜在进入者的竞争，这种竞争的结果会导致可维持价格均衡，以达到近于完全竞争的效果。可竞争理论从技术的角度，以成本可加性为条件，重新划分了管制与市场的边界，为自然垄断产业的纵向拆分、放松市场进入提供了理论支持。新制度经济学的代表人物科斯（Coase）将企业 and 市场作为不同类型的制度安排，纳入行为人选择过程，以产权和交易费用的概念比较了市场和企业类型的替代效率，为管制及其替代制度提供了理论基础；另一位代表人物威廉姆森（O. Williamson）则从交易费用角度进一步分析了不同交易规制结构条件下的不同制度安排，为管制的交易边界提供了理论支持。现代契约理论则研究了管制合约的最优设计，强调了管制者与被管制企业的动机选择，只有达到“激励相容”的条件，才能保证管制的有效边界，该理论为激励性管制提供了理论基础。

当代管制理论进一步涉及网络经济学所关注的网络产业垄断的管制问题，特别是对接入定价进行了研究，研究如何确定网络产业的“瓶颈部门”适当的价格，以满足自身的利润最大化，同时又不减少上下游产业的福利。当代管制研究还涉及基础设施的管理和利用领域，不仅涉及经营过程中的管制，还涉及建设过程中的管制；不仅涉及产业管制，还涉及许多方面的社会性管制，如文物、自然风景区、环境的保护等。