

公用事业特许经营 法律问题研究

邢鸿飞 等/著

非
外
借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2009 年教育部人文社会科学研究规划基金项目“公用事业特许经营立法研究”

(批准号: 09YJA820017) 终期成果

2014 年《河海大学社科文库》资助计划资助

公用事业特许经营 法律问题研究

邢鸿飞 等/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公用事业特许经营法律问题研究 / 邢鸿飞等著. --
北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2432-0

I. ①公… II. ①邢… III. ①公用事业—特许经营—
经济法—研究—中国 IV. ①D922.294.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第152041号

公用事业特许经营法律问题研究
GONGYONG SHIYE TEXU JINGYING FALÜ
WENTI YANJIU

邢鸿飞 等 著

责任编辑 郑怡萍
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 A5
印张 11
字数 301千
版本 2018年7月第1版
印次 2018年7月第1次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2432-0

定价: 39.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章	公用事业特许经营的正当性	1
第一节	公用事业特许经营的正当性界说	1
第二节	公用事业特许经营正当性的理论基础	9
第三节	公用事业特许经营正当性的制度诠释	20
第四节	公用事业特许经营正当性的实践证成	29
第二章	公用事业特许经营立法	49
第一节	公用事业特许经营立法的必要性	49
第二节	公用事业特许经营立法的基本理念	52
第三节	域外公用事业特许经营立法述评	54
第四节	中国公用事业特许经营立法现状	60
第五节	中国公用事业特许经营立法原则	69
第六节	中国公用事业特许经营的立法模式与立法框架	75
第三章	公用事业特许经营法律制度	93
第一节	公用事业特许经营法律制度的含义与现状	93
第二节	公用事业特许经营的基本原则	98
第三节	公用事业特许经营法律关系主体	111
第四节	公用事业特许经营法律行为	118
第五节	公用事业特许经营法律责任	135

第四章	公用事业特许经营权	140
第一节	公用事业特许经营权界说	140
第二节	公用事业特许经营权的属性	142
第三节	公用事业特许经营权的内容	156
第四节	公用事业特许经营权的表现形式	162
第五章	公用事业特许经营中的公私协力	172
第一节	公用事业特许经营中的公私协力界说	172
第二节	公用事业特许经营中公私协力的存在价值	176
第三节	公用事业特许经营中公私协力的运行理念	183
第四节	公用事业特许经营协议中公私协力的具体表现	204
第六章	公用事业特许经营纠纷及其解决机制	209
第一节	公用事业特许经营纠纷界说	209
第二节	公用事业特许经营纠纷的争议形态	213
第三节	公用事业特许经营纠纷的成因	224
第四节	公用事业特许经营纠纷的多元解决机制	232
第七章	我国城市基础设施与基础设施权	245
第一节	我国城市基础设施界说	245
第二节	我国城市基础设施的所有权	247
第三节	作为权利的基础设施:基础设施权	252
第八章	我国城市地下空间开发利用法律制度	262
第一节	我国城市地下空间开发利用的历史与现状	262
第二节	我国城市地下空间权	266
第三节	城市地下空间开发利用法律制度的价值	274
第四节	我国城市地下空间开发利用法律制度存在的问题	283
第五节	我国城市地下空间开发利用法律制度的基本架构	289

第九章	我国城市公共客运交通营运线路特许经营	304
第一节	城市公共客运交通营运线路特许经营的制度实践	304
第二节	城市公共客运交通营运线路特许经营的市场准入 与退出	316
第三节	城市公共客运交通营运线路特许经营的信息披露	325
第四节	城市公共客运交通营运线路特许经营的政府监管	330
参考文献		335
后记		344

第一章 公用事业特许经营的正当性

第一节 公用事业特许经营的正当性界说

全球化过程中,不同社会背景下,一项制度在运用模式、运用效果等方面的冲突屡见不鲜,正当性论证是完成一项制度自我辩护的重要渠道,公用事业特许经营制度能否顺应当今社会的发展需要,同样面临着正当性考量。但是,“正当性”概念本身并无统一界定,基于不同的正当性观念会产生不同的正当性论证,^[1]基于此,有必要先对正当性含义加以界定,据此选取一个最合适的公用事业特许经营正当性的研究视角。

一、正当性界说

(一) 正当性的语义分析

正当性,在汉语语境中并没有较为特别的含义和用法,大致为恰当、正确。《辞海》将正当性解释为:“在伦理学上,指符合道德原则和规范的行为,同样也被认为社会对这一行为的肯定评价。”^[2]学界对此研究不常见,通常表述有:“正当性是指人的行为方式、人的利益、愿望

[1] 参见刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,载《法制与社会发展》2008年第3期。

[2] 辞海编辑委员会编纂:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第2174页。

等符合社会生活中现行规范和政策的要求,或者符合社会发展的客观需要和人民的利益。它有两种方式:一是道德正当性,是正当化的产物,即合理性;二是合法性。”^[1]据此可以看出,仅从“定义法”出发,得到的只是笼统的字面解释,这对进一步理解正当性是远远不够的。正当性的重要内涵在中西文化交流中凸显出来,这主要体现在:英文语境中,诸多词包含“正当性”意思,鉴于中西方文化、哲学观念的差异,不同环境中使用会使语义发生细微但重要的差别。一般认为,英文中与“正当性”相关的词汇有:合法性或合法性(legality)、恰当性(rightness)、正确性(correctness)、合理性(reasonability)、正义(justice)、理性(rationality)、证成性(justification)、权利或正当(right)、有效性或效力(validity)、权威性(authority)。

“一般意义的正当性对应的英文是 legitimacy,它来源于拉丁文 legitimare,其形容词和动词皆为 legitimare(可分别译为‘正当的’和‘正当化’),反义词是 illegitimacy。Legitimacy 有两个基本含义:(1)正当性,在政治学范畴指人们是否承认法律或司法裁判的有效性,或政府统治的有效性。这一概念也用于其他类型的权威,比如雇主雇用雇员。在马克思主义传统中,是指整个政治经济制度的正当性。(2)在普通法传统中,legitimacy 一词是指婚生的、嫡传的、正统的、正宗的。从词源上说,第一个含义派生于第二个含义,是广义的‘正当性’。在政治哲学、法哲学中,legitimacy(正当性)是在广义上使用的。权威的《布莱克法律词典》(Black's Law Dictionary)对 legitimacy 的解释是‘合法性’(lawfulness);另一部具有公认权威性的《牛津英语词典》(Oxford English Dictionary)强调 legitimacy 的含义是政府或统治者资格符合法律或原则,并由此赢得的尊重。但需要注意的是,‘合法性’一词在中西语境中含义不同。西方语汇里的‘法’具有理性、权利、公平、正义的‘自然法’之义,而在中国语境中的‘法’基本上就是法律(立法意义上之实定法)。因此 legitimacy 一词如果不拘泥于直译,‘正当性’不失为一个好的译法。并且,在英文中有另外一个词专指更为狭

[1] 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第295页。

义的‘合法性’——legality。由此,正当性(legitimacy)可以专门用于法哲学、政治哲学领域。”^{〔1〕}需要重申的是,在中文语境下,“合法性”并不等同于“正当性”,笔者并不认同正当性和合法性在汉语中可以相互代替使用的观点,具体原因会在下文阐述。

正当性概念虽被广泛使用,却很难界定清楚。社会学家马克斯·韦伯(Max Weber)是公认的对“正当性”(也译作“合法性”)作出系统阐述的第一人。他提出“合法统治有三种类型:合理型、传统型和魅力型。合理型统治是以统治者制定的章程中包含的指令和制度的合法性作为基础的;传统型统治是建立在相信历来适用的传统的神圣性以及传统授命实施权威的统治者的合法性之上;魅力型统治是建立在无条件地献身于一个人以及由他所默示和创立的制度的神圣性,或楷模样板、英雄气概之上”。^{〔2〕}他还指出“以往的经验表明,每一种统治都不会自愿地满足于仅仅以物质或者情绪的动机,或者仅仅出自价值合乎理性的动机,作为其继续存在的机会。更不用说,任何统治都试图唤起并维持对它的‘合法性’的信仰”。^{〔3〕}综合上述观点可以发现,马克斯·韦伯对于“合法性”(本书所指的“正当性”)的理解,既包含价值上的狭义“正当性”,也包括法律意义上的“合法性”,还包括了社会学意义上的“正当性”,是一种对“合法性”的广义理解。它建立在韦伯对统治、权力或权威理解的中心概念基础上。对于三种统治类型的划分是一种理论方法,韦伯明确肯定了其有效性,他认为,虽然三种理想的类型,在历史上没有任何一种以“纯粹”的形式出现过,但这并不影响在确定概念上使用“纯粹”的理念。韦伯开创的正当性的经验主义理论被称为现代政治学的主流范式,对后世产生了深远的影响。^{〔4〕}尤其是在政治领域,现代的研究者都把正当性当作社会公众对政治制度的尊重和认同。

〔1〕 刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,载《法制与社会发展》2008年第3期。

〔2〕 [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1998年版,第241页。

〔3〕 [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1998年版,第67页。

〔4〕 参见胡伟:《在经验与规范之间:合法性理论的二元取向及意义》,载《学术月刊》1999年第12期。

在韦伯之后,对于“正当性”的研究更是百家争鸣。例如,哈贝马斯(Jürgen Habermas)对韦伯的观点提出了异议,他说:“合法性的含义是,同一种政治制度联系在一起的被承认是正确的和合理的,要求对自身要有很好的论证。合法的制度应该得到承认,承认一个制度的尊严性是合法性的体现。合法性是一种公认的有争议的要求,统治制度的稳定性,甚至取决于对这种要求的(起码的)事实上的承认。”^[1]再如,日本的谷口安平教授认为:“对权力行使产生的结果,人们认为正当的东西而加以接受的性质,这种权力的形式及其结果就可以称之为具有‘正当性’或‘正统性’。”^[2]

整理以上学者对正当性概念的解读,我们发现在确定正当性概念时他们通常会使用类似“服从”“接受”“承认”等词,说明正当性与民众对于此项制度的认同和肯定是息息相关的。正当性是在理性和经验两个层面上寻求最高的“合法性”。如在经验层面,正当性表现为得到社会大众的普遍尊重和认同。在理性层面,正当性是通过哲学论证而取得的合理性。这两者从本质上看是一致的。

(二) 正当性与合法性的区别

国内许多著作经常将“合法性”替代“正当性”,对其未作严格区分,这种混用产生的偏差主要表现为:第一,正当性概念横跨政治学、哲学、法学、社会学等多个学科,各学科之间“正当性”表达的含义并不一致。如政治哲学中“正当性”和“合法性”都可以说明权利来源、统治正义等问题,而在法哲学中的“合法性”概念就是“合法律性”,“正当性”的概念却远不止如此。第二,如上文提及的,西方语汇里的“法”的一个重要含义就是体现着公平、权利、正义的“自然法”,而在中国语境中的“法”基本上就是法律(立法意义上之实定法)。如将“合法性”解释为“合法律性”,那在汉语的理解中“正当性”不能完全等同于“合法性”。

[1] [德]哈贝马斯:《重建历史唯物主义》,郭官义译,社会科学文献出版社2000年版,第262页。

[2] [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第10页。

学界亦有专门区分“正当性”和“合法性”这两个概念的研究成果。国外方面,如卡尔·施密特(Carl Schmitt)在《合法性与正当性》一书中,将两者关系认定为时而统一、时而对立。正当性的概念原本是包括了合法性的,但是在法律实证主义的观点中,合法性被作为最高的判别标准而取代了正当性的价值,甚至在某些情况下合法性体现出来的价值和正当性相左,都没有被察觉。^[1] 根据施密特的理解,正当性意味着政治秩序需要基于一定的道德责任,而合法性则是要求确保人们事实上遵循现实存在的实定法规定。也就是说,前者提供的是应然有效性,具有评价性,其促使对这项政治秩序保有一种认同感,坚持遵从现存制度的信念。后者所提供的是实际有效性,具有工具性作用,是政治制度中统治阶级实施统治功能的实际能力的依据。合法性既可以用来在政治秩序上体现正当性,也可以在正当性缺失的情况下依靠实定法的强制力量来维持其实际有效性,体现它作为工具的价值作用。但在后一种情况下,当合法性仅依靠强制力量作为后盾时,其实际有效性只是一种附条件的有效性;只有正当性体现的应然有效性才能确保统治的无条件有效,这样的政治统治秩序被称作正当秩序。国内方面,“合法性”的使用频率要远高于“正当性”,经常出现的还有“法的合法性”“政治的合法性”“政府的合法性”等概念,不过其中“合法性”的表述不是指“合法律性”,而是指更高意义上的自然法所体现的正义、公平的原则。广义的“合法性”包含了“合法律性”的概念。在我国缺少自然法传统的语境下,需要对二者进行区别。以“法的合法性”为例,前后两个“法”所代表的含义不会相同。这个表述可能存在以下情况:(1)前一个“法”如果表现为一般法律,那么后一个则为类似“自然法”的更高价值。(2)前一个如果表现为部门法,那么后一个则为宪法。(3)前一个表现为下位法,那么后一个则为上位法。“合法性”在其中的含义大不相同,可以得知出现在上文中的“合法性”概念远远超出了“合法律性”的范畴。实质上,第一种情况反映出的广义的“合法性”可

[1] 参见[德]卡尔·施密特:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版,第250~254页。

以视为与“正当性”相同,而第二、三种情况反映出的狭义的“合法性”就是“合法律性”。

在逻辑层面,“正当性”与“合法性”的区别明显:正当性属于哲学的概念,来源于自然法传统,是为法律、法治及统治秩序提供道德依据的;合法性是法律实证主义概念,它的评判标准是符合实定法的规范原则,一般用于为社会生活提供正当性证明。这两者会有以下细微区别:第一,从各自包含的内容看,正当性讲究彻底性,在自然法背景下,正当性常常包括道德、正义、理性等含义,属于不能定性的某种超验的存在,这些内容都具有高度的不确定性、复杂性、可论辩性;合法性理念唯一的依据就是实定法,它追求的是现实的稳定性、确定性、可操作性。第二,从其内在联系看,正当性与合法性有对立统一的关系。合法性是在某些学科或者方面的正当性,因为现实的需要,正当性这种不确定的概念是不能运用于某些事件的问题上,它需要基于一个现实的依托,给人们提供可以遵循的规范。此时,“正当性”就表现为“合法性”。这种合法性只是一种附条件的正当性。因此,尽管我们把合法性理解为特定条件下的正当性,但是正当性毕竟具有合法性所不具备的范畴。第三,从使用途径看,合法性注重的是如何在实际中运用的问题,主要反映政治学、法学要解决的问题;而正当性更侧重于提供价值评判标准,这是哲学、法哲学、政治哲学需要论证的问题。

综上所述,“正当性”与“合法性”不可相互替代,各自在不同领域承担了独特的功能,因此在论述相关问题时,应当分清两者关系,选择最为合适的角度进行阐述。

(三) 正当性的类型

事实上正当性的类型并不是在一个单独的学科环境中所作的分类,而是体现了在不同的学科背景下,对正当性概念作出的不同理解。由于这些不同的学科之间存在一种互相支撑、相互补充的关系,我们就可以在一定范围内把不同正当性的类型当作一种并列关系来看待。

一般来说正当性有四种类型:^[1]

[1] 参见刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,载《法制与社会发展》2008年第3期。

(1)道德哲学意义上的正当性。它是指通过论证而得出的符合道德上的价值原则。这是西方传统思想中典型意义的正当性概念。

(2)社会学意义的正当性。它是指在经验事实上获得社会成员的一致同意而取得的正当性。民主或人民主权原则与此有关。

(3)政治学意义上的正当性。它是指政府的权力取得是正义的,所制定的规范被人们所尊重和遵守。

(4)法学教义学意义上的正当性。它是指符合实定法的规定,等同于“合法性”概念,是一种特殊情形下的正当性。

二、公用事业特许经营的正当性解读

政府特许经营是指政府授予一个或几个企业在一定时间和范围内对某项提供给社会公众的产品或服务进行排他性或垄断性经营权利的行为。此项排他性或垄断性的经营权利即为“特许经营权”,政府和上述企业分别为特许经营权的授予方和受让方。授予方和受让方的权利义务关系通常由它们之间的“特许经营协议”约束。^[1] 特许经营制度顺应了公用事业正当性的选择,但特许经营制度本身的正当性问题仍然有待讨论。结合对正当性的理解,应当能够了解到,正当性在不同的领域所反映出的含义是不同的,具体的正当性含义应该在具体的条件下讨论。特许经营是一个社会学、法学、经济学都有所涉及的制度。作为一项制度的正当性研究,不能仅从狭义的是否符合法律规定入手,而应去说明这项制度存在的意义和价值,即从广义的正当性角度去认识这项制度能否得到民众的尊重和认可。

公用事业的正当性主要体现在公用事业提供着公众生活的必需品,它的需求来源于公众,是公众享受公共利益的体现。政府是公共利益的代表,根据公用事业的自然理性要求,政府是公共服务最合适的提供者。公共服务若由其他主体提供,难免因为自身的利益诉求而忽视了公共利益的保障。目前,公用事业的提供方式大致分为三种:公有公

[1] 参见张卿:《为什么要施行政府特许经营?——从法经济学角度分析》,载《中国政法大学学报》2010年第6期。

营(完全由政府供给)、私有私营(完全交由私主体提供)、公有私营(包括公私合作经营和政府特许经营)。

公有公营模式的优势在于它可以尽可能地保障公共利益的实现,政府直接提供,可以保证提供服务的覆盖面尽量包括公众所需要的生活的各个方面;由于有政府财政的补贴,因此它的服务价格是公众可以承受的。但是,它的弊端也是显而易见的。由于是政府单一主体供给,缺乏有效的竞争机制和激励机制,导致公用事业的运行效率低下,并且提供的服务质量不高。长期依靠政府补贴,使政府财政压力增大,公用事业难以为继。这种模式适合于公共服务压力较小,政府财政良好的高福利国家。

私有私营,是指政府退出公用事业市场,将公共服务职能交由私营企业完成。这种模式最明显的特征是引入了市场竞争,在竞争激励下,公用企业会自动提高企业的运行效率,保证公共服务的质量,使公众享受到高品质服务。但是它的弊端依然明显,主要体现在以下方面:第一,难以保证普遍服务。由于企业的趋利性,对于一些投入高但回报少的公共服务行业,企业往往不愿意涉足其中;并且由于缺少政府的财政保障,公共服务的价格回归真实构成,可能会导致低收入人群无法承担,不能享受到应有的公共服务。第二,社会资源的浪费。公用事业的初期投资往往是巨大的且不可回收的,如铺设专用管道等。一旦初始投资已经发生,平均成本和边际成本将随着产量的增加而递减。因此,在这一特殊领域存在众多相互竞争的供应商是没有效率的,因为这通常要求重复的固定资本投资。在自由竞争的市场机制里,市场中必然会出现多家供应商,多家供应商的相互竞争将导致社会资源的浪费。这种自由竞争的模式在许多国家的公用事业民营化改革初期都曾出现过,他们的出发点都是希望通过民间资本的加入解决政府财政不足的问题,可实践中出现的问题使其中大部分国家不得不调整经营模式。

公有私营是一种新兴的公用事业提供模式。它是基于上述两种模式而提出的,在制度设计层面基本弥补了上述两者的缺陷,既解决了政府财政不足的问题,又最大限度地保证了公共利益的实现。其表现形

式包括公私合作经营和政府特许经营。其中,所谓政府特许经营,即政府通过特许经营的形式,将公用事业交由私营企业完成。政府的职能并不完全消失,而是以组织者和监管者的身份参与其中。这项制度在保障政府掌控公用事业的提前下,引入竞争机制,提高了公用企业的效率及服务质量,使公众享受到较好的公共服务。相比较其他两种模式,它更加符合公用事业的基本要求,同时也更贴近我国国情,是公用事业正当性要求下最理想的选择。

第二节 公用事业特许经营正当性的理论基础

公用事业特许经营是公用事业的子概念,从这一意义上说,公用事业的相关理论基础,如公产理论、公共选择理论、有限竞争理论等,同样是公用事业特许经营的理论基础。但由于其范围太大,不具有直观性,因此我们不将其作为证明公用事业特许经营正当性的直接的理论基础。就公用事业特许经营而言,最能体现其存在和发展价值的理论基础主要涉及民营化理论、公务特许理论和公私协力理论,本部分的证成也将围绕这三种理论展开。

一、民营化理论

(一) 民营化的源起

民营化是由英文“privatization”翻译而来,“私有化”是常见翻译,近些年来,为脱离所谓的意识形态束缚,“公私伙伴关系”(Public-Private Partnership, PPP)的翻译也开始进入大众视线。民营化与其说是一种制度,不如称其为公用事业运行发展改革的一种转变路径,一种改变政府全权掌控局面、更多依靠民间资本来促进公用事业运营的策略。“民营化可以通过许多不同的技术和方法来实现。因此,不同国家和不同情境中讨论民营化会产生混淆和争论。人们使用许多概念来表述民营化,如非国有化、非政府化、非国家化、股份化、政府撤资等,这些都是民营化的同义词。其他词如公司化、商业化、市场化等既可以

用来指民营化,也可以泛指使政府企业在市场环境下运营的一切努力。”^[1]一般而言,民营化有三种不同的结构模式,具体包括形式民营化(组织民营化)、功能民营化、实质民营化。形式民营化是指国家对于行政任务的履行,选择私法之法律形式,设立公司经营之;功能民营化又称部分民营化,国家将部分任务交由私人组织执行之;而实质民营化意指国家将行政任务实际移转予私人,形同放弃该任务者。^[2]

民营化浪潮首先在西方国家兴起。作为老牌资本主义国家,英国从1979年开始出现公共企业民营化,即国有企业私有化。民营化概念最先出现在美国,民营化的先驱 E. S. 萨瓦斯(E. S. Savas)认为,“民营化可界定为更多依靠民间机构,更少依赖政府来满足公众的需求。它是在产品服务的生产和财产拥有方面减少政府作用,增加社会其他机构的行动”。^[3]我国台湾地区公用事业民营化的进程较之大陆更早,台湾地区的民营化包含公营事业出售或移转官股、委由民间经营及代理、调整立法并开放市场等事实。另有人认为,“民营化是将政府部门所提供的各类公共活动、公共服务、资产所有权、经营权等,透过合理的方式与适当的程序开放转移给民间,借以达到下列目的:第一,减缩政府规模并减少管制与干预,以增加私有携带的功能并促进社会参与。第二,扩大并强化市场功能,促进兼顾市场取向之市政模式。第三,促进政府组织经营绩优,提升服务品质并满足人民需求”。^[4]

由于长期受计划经济体制的影响,也囿于意识形态的因素,“民营化”一词,在我国大陆以往的法律规范及经济学领域并不常见。随着改革开放的进一步深入,“民营化”一词逐渐在中国大陆传播并为人们所接受,公用事业发展的困境也加速了人们对民营化的关注和重视。目前,理论界有学者认为“民营化是指国家利用或结合民间资源履行

[1] [美]E. S. 萨瓦斯:《民营化与公私部门的伙伴关系》,周志忍等译,中国人民大学出版社2002年版,第350页。

[2] 参见周佑勇:《特许经营权利的生成逻辑和法治边界——经由现代城市交通民营化典型案例的钩沉》,载《法学评论》2015年第6期。

[3] [美]E. S. 萨瓦斯:《民营化与公私部门的伙伴关系》,周志忍等译,中国人民大学出版社2002年版,第350页。

[4] 李希扬:《我国教育事业民营化之研究》,台湾师范大学教育系1988年硕士学位论文。

行政任务的现象”,并提出民营化包括“组织民营化、财产私有化、实质民营化和功能民营化”的观点。^{〔1〕}另有学者认为,“民营化有时被用作市场化的同义语。民营化是指将原先由政府控制或拥有的职能交由企业私人承包或出售给私人,通过市场的作用,依靠市场的力量来提高生产力,搞活国有企业。其中最典型的做法是国营公司一半以上的股票出售给私人或全部直截了当地出售给私营企业(私有化)”。^{〔2〕}民营化的目的十分明确,简单来说,就是将私人企业、市场力量引渡到原先属于政府掌控的领域,重新配置该领域的资源和发展力量。各国公用事业的运营与发展,大致都长期处在政府与市场、公用与私益之间的徘徊中。民营化是一种手段,是公用事业发展的必然要求。当然,可以实现民营化的领域也绝非仅限于公用事业,公用事业民营化只是民营化的一个重要组成部分。

(二) 民营化的实现路径

“民营化”是由英文 privatization 翻译而来。最早的民营化概念出自美国,是希望以“私有化”的手段摆脱美国政府在公共管理中的困境。民营化的实质是国家将自己所有的公共资源授予他人使用,使用者按照政府要求提供公共服务并获得收益。民营化的形式多种多样,特许经营、政府采购、政府购买服务等用语在不同层面上被使用,是当前依法治国方略下政府职能转变和社会公共服务理念变化的反映。^{〔3〕}从现有的研究成果看,根据其范围方式,民营化可分为:实质民营化与功能民营化、全部民营化与部分民营化、自愿民营化与强迫民营化等类型,但是这种区分不是绝对的,只是根据实现民营化的路径不同、范围方式不同所进行的内部划分,并不是民营化本身的特征,这种划分只体现一种互相交叉重叠的关系。不妨从其内容角度,将民营化分为三个层次:狭义的民营化、广义的民营化以及最广义的民营化。

〔1〕 王锴:《公用事业民营化探讨:基于公法学的思考》,载《法学论坛》2012年第1期。

〔2〕 陈振明:《当代西方政府改革与治理中常用的市场化工具》,载《福建行政学院福建经济管理干部学院学报》2005年第2期。

〔3〕 参见任海青:《民营化、政府规制与行政特许》,载《扬州大学学报》(人文社会科学版)2016年第3期。