



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



中南大学法学文库

公共行政民营化 法律问题研究

On the Legal Issues of Privatization of
Public Administration

敖双红 著

【民营化与公共行政改革】

民营化的兴起 民营化在各国的运用 民营化与公共行政

【公共行政民营化的正当性基础】

公共行政民营化的法理基础 公共行政民营化的宪法依据
公共行政民营化的行政法依据

【公共行政民营化的模式选择】

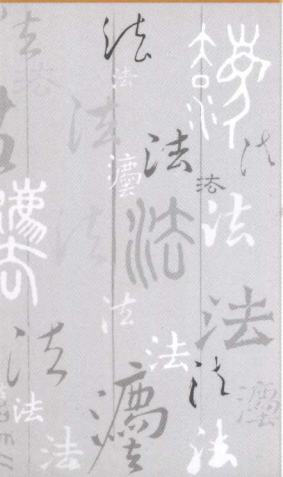
公共行政民营化模式比较 公共行政民营化的类型
我国公共行政民营化的模式选择

【行政法在公共行政民营化中的困境】

行政法理论危机 行政法制度危机 民营化规制难题

【新行政法学构建】

行政法理论创新 行政法研究方法创新 行政法制度创新



本书为2007年国家社科基金成果(07CFX014)

公共行政民营化 法律问题研究

**On the Legal Issues of Privatization of
Public Administration**

敖双红 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公共行政民营化法律问题研究/敖双红著. —北京:
法律出版社, 2007. 12
(中南大学法学文库)
ISBN 978-7-5036-8157-8

I. 公… II. 敖… 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(2007)第 009425 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李娟华

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/9.375

字数/213 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8157-8

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中文摘要

民营化是一个热词。公共行政民营化是把国家任务交由民间运营,即由一切私人、私部门参与履行行政任务的现象,对于当今中国来说,公共行政民营化确实是一件新鲜的事情,但在西方各国却极为常见。欧美国家风起云涌的民营化改革不仅与其规范有序的市场竞争态势、完善的法律体系有关,而且也与国家和社会、公民相互合作参与的行政模式密不可分。在我国,由于市场经济转轨还未真正完成,法律体系尚未完善,对于二十多年来刚刚获得正名的民营化实践来说,理论上还存在很多盲区。因此,行政法学者需要回应社会,积极探讨公私部门合作的基础以及行政权力合理分配与正当行使的问题。研究欧美的民营化模式非常重要,其经验教训也是我国民营化改革的宝贵财富,但由于我国与欧美在法律制度操作系统方面目前还存在较大差距,在我们加入 WTO、融入世界民营化大潮之际,更要特别注意保证航向——既要参考别人走过的路,也要结合本身的实际,不宜盲目移植别国民营化模式。随着公共行政民营化的实施,公共部门与私人部门之间合作、互信和协商的可能将日益扩大,一种以平等参与、互惠合作为核心的新行政法人文精神正在形成。本书主

要围绕民营化、公共行政民营化的概念、公共行政与民营化的关系、公共行政民营化的正当性基础、公共行政民营化的模式以及行政法在公共行政民营化中的困境进行了论述,最后对我国新行政法学构建的若干问题进行了建设性思考。

本书除导论外,共分五章,大约二十余万字。

导论,主要是就本课题研究的缘起、选择公共行政民营化课题研究的目的以及在理论和现实方面研究可能产生的意义与价值,关于该问题的研究现状及其评述,还有研究的思路、方法以及论文可能创新等几方面进行概要的阐述。

第一章,民营化与公共行政改革。本章主要是对民营化的相关理论进行介绍与总结,为本书后面的论述作准备。阐述了民营化的概念、种类与意义、影响民营化的各种因素,介绍了民营化在各国的运用情况,并对公共行政民营化的内涵及民营化与公共行政关系等进行了较系统的探析。

第二章,公共行政民营化的正当性基础。首先,阐述了与公共行政民营化法理基础相关的几个基本概念,如国家权力、国家任务、公共利益问题,并探讨了法律保留与法律优先的适用问题;其次,考察了公共行政民营化的宪法依据,主要是关于民营化的宪法理论依据分析以及民营化在我国宪法上的现实分析;再次,论述了公共行政民营化的行政法依据,主要是对民营化的行政法理论进行探讨以及关于我国行政法依据的现实分析;最后,也简要分析了民营化的其他部门法依据,如行政组织民营化后的私法问题、行政任务民营化的私法问题等。

第三章,公共行政民营化的模式选择。首先,对公共行政民营化模式进行比较,如采用英美模式的主要国家、采用大陆法系模式的主要国家以及社会主义国家的民营化运作模式及经验与教训等;其次,

对公共行政民营化归类问题进行探讨,如公共行政民营化类型涉及的基础概念以及公共行政民营化的归类等;最后,对民营化模式进行了分析与归纳,并对我国公共行政民营化的模式选择进行了探索。

第四章,行政法在公共行政民营化中的困境。首先,论述了行政法的理论危机,如行政法理论与新公共行政理论冲突、行政法有偏向行政化发展的趋势、行政法的分散化趋势、行政法体系的合法性危机、行政法有遁入私法的危险以及公私法理论难以回应现实等;其次,分析了行政法的制度危机,如行政组织法的滞后、行政行为法的迷茫、行政程序法的僵化以及行政救济法的被动等问题;最后,揭示了民营化后重新规制的难题,即如何解决民营化中规制缓和、民营化后重新规制以及转型期规制解除与重新管制同步进行的复杂问题等。

第五章,新行政法学的构建。在围绕构建新行政法学的问题上,本章主要探讨了三个方面的内容:一是行政法理论创新,如对行政正当化理论、行政主体与程序理论、行政手段与方式理论、行政法律关系理论等进行反思与更新;二是行政法研究方法创新,如采用系统研究、多学科交叉研究、实证研究以及后现代主义等方法来回应民营化实践;三是行政法制度的重构,如以行政主体扩张为中心的行政组织法转型、以非权力行政、私人行政以及混合行政行为为对象更新行政行为法、非正式与正式行政程序并存带动行政程序法发展以及对救济制度的创新等。

关键词:公共行政 组织民营化 任务民营化 行政法 后现代

Abstract

The privatization is a hot word. The privatization of public administration is a task for the national civil operation from all private, private sector involvement perform administrative tasks, as far as China is concerned, the privatization of public administration is really a new thing, but in the western countries are very common. Europe and the United States surging privatization reform not only with standardized and orderly market competition system, sound legal system, but also with the state and society, citizens of mutual cooperation in the administration inseparable. China's market economic transition has not yet been completed, the legal system is not yet perfect, regarding just obtained more than 20 years privatization practices which rectified names, in theory there are still a lot of blind spots. Therefore, as the administrative law scholars need to respond to social, actively exploring public-private sector cooperation and as a basis for rational allocation of administrative powers with the proper exercise of the problem. The research in Europe and the United States is very important mode of privatization, as well as

their experience and lessons of China's reform and privatization of the precious wealth. However, as China and Europe and the United States in the legal system currently operating system there is still a wide gap in our accession to the WTO into the world's privatization trend, but also special attention to ensuring that the course—it is necessary to make reference to others down the road, light of the actual, not be blindly transplanted privatization model of other countries. With the implementation of the privatization of public administration, public sector and private sector cooperation, mutual trust and consultation may be growing, with an equal participation mutual cooperation as the core of the new administrative law humanistic spirit is making. This book focuses on the concept of privatization and privatization of public administration, the relations of privatization and public administration, legal basis of privatization of public administration, model of privatization of public administration and plight of the administrative law in the privatization of public administration. Finally, this book has carried on the constructive ponder to our country new administrative jurisprudence construction certain questions.

The full book besides the introductory remarks, altogether divides five chapters, about 220,000 characters.

The introductory remarks, mainly are the origin, the choice public administration privatization topic research goal as well as the significance and the value which studies on this article which studies in the theory and the practical aspect possibly produces, about this question research present situation and narration, but also has the research mentality, the method as well as the paper possibly innovates and so on several aspects

to carry on the outline the elaboration.

Chapter one, privatization and public administration reform. This chapter mainly makes an introduction and summarizes to relevant theories of privatization, make preparation for argumentation behind of the article. Have explained the concept, kind and meaning of privatization, influenced various factors of privatization, have introduced privatization in the application of various countries, and has carried on more systematic analysis to intension and privatization and public administrative relation of public administrative privatization, etc.

Chapter two, the proper foundation of privatization of public administrative. Firstly, this chapter have explained several pieces of basic conception related to legal principle foundation of public administrative privatization, such as state power, national task, public interests question, and to explore the legal reservations with the legal priority to the application; Secondly, investigate public administrative constitution basis of privatization, and privatization reality at the constitution analyze in our country about constitution theoretical foundation analysis of privatization mainly; Thirdly, describe the administrative law basis of privatization of public administrative, mainly carry on the discussion and realistic analysis about the administrative law basis of our country; Finally, the law basis of other departments of privatization of brief analysis too, such as private law question of privatization of administrative task and privatization of administrative organization for instance after the privatization.

Chapter three, the mode of privatization of public administrative. Firstly, model comparisons of privatization of public administration, such

as the Anglo-American model of the major countries, using the main mode of the continental countries and other socialist countries and the mode of operation of privatization experiences and lessons; Secondly, privatization of public administration the question of how to classify, privatization of public administration such as the type of the basic concepts of privatization of public administration and classification of privatization of public administration; Finally, analyzed and summed up the privatization mode, and explored the mode selection of our country's privatization of public administration.

Chapter four, the predicament of administrative law in public administrative privatization. At first, elaborated the crisis in the theory of administrative law, such as the conflict of the theory of administrative law and the new public administration theory, the administration trend of the administrative law, decentralized trend of the administrative law, the crisis of legitimacy of the administrative law system, the danger of escaping and entering private law, public law and civil law theory respond the reality with difficulty and so on; At second, has analyzed the crisis of the administrative system, such as the problems of the administrative organization law lag behind, administration's behavioral law vast and hazy, the administrative law confusion, the rigidity of administrative procedure law and the passive administration relieves the law; At last, the book has revealed the difficulty question of reregulation, how to solve the complex problems of relaxing regulation in privatization, reregulation after privatization and the regulation of restructuring period to lift system along with the re-synchronization control.

Chapter five, the construction of new administrative law science. On the issue that around constructing new administrative law science, the three aspects are discussed: The first is the theoretical innovation of administrative law, such as reviewing and upgrading the chief legitimate theory, the theory of the administrative subject and administrative procedure, the theory of administrative means and administrative methods, the theory of administrative legal relation; The second is the innovation of research methods of the administrative law, such as the use of systematic research, a multidisciplinary research, empirical studies and post-modernism, and other methods to deal with privatization practice; The third is the restructuring of the system of administrative law, such as expansion to the main administrative center of the organic law of administrative restructuring, a non-administrative powers, mixed private and chief executive behavior of the update administrative acts, informal and formal administrative procedures coexist led administrative procedure act and the development of the relief system innovations.

Key words: Public administration; Privatization of organization; Privatization of task; Administrative law; Post-modernism

目 录

导论	/ 1
一、问题缘起	/ 2
二、选题目的与研究意义	/ 3
三、研究现状及评论	/ 5
四、研究的思路与方法	/ 7
五、创新	/ 10
 第一章 民营化与公共行政改革	 / 15
一、民营化的兴起	/ 15
(一) 民营化的概念、种类与意义	/ 15
(二) 影响民营化的各种因素	/ 32
(三) 民营化的范围及其影响	/ 41
二、民营化在各国的运用	/ 43
(一) 国外考察	/ 43
(二) 民营化在中国的应用与发展	/ 53
三、民营化与公共行政	/ 62
(一) 公共行政民营化的概念	/ 62

(二) 公共行政改革与民营化的关系	/ 67
四、小结	/ 72
第二章 公共行政民营化的正当性基础	/ 75
一、公共行政民营化的法理基础	/ 76
(一) 几个基本概念问题	/ 77
(二) 法律保留与法律优先适用问题	/ 82
二、公共行政民营化的宪法依据	/ 91
(一) 民营化的宪法理论分析	/ 91
(二) 民营化的宪法现实分析	/ 96
三、公共行政民营化的行政法依据	/ 97
(一) 民营化的行政法理论分析	/ 98
(二) 民营化的行政法现实分析	/ 102
四、其他部门法依据	/ 105
(一) 行政组织民营化的私法理论基础	/ 106
(二) 行政任务民营化的私法理论基础	/ 109
五、小结	/ 111
第三章 公共行政民营化的模式选择	/ 115
一、公共行政民营化模式比较	/ 116
(一) 英美模式	/ 116
(二) 大陆法系模式	/ 120
(三) 社会主义国家的民营化模式	/ 126
二、公共行政民营化的类型	/ 131
(一) 公共行政民营化的基本概念	/ 131
(二) 公共行政民营化的归类	/ 136
三、我国公共行政民营化的模式选择	/ 146

(一) 民营化模式分析	/ 146
(二) 我国现实选择	/ 148
四、小结	/ 155
 第四章 行政法在公共行政民营化中的困境	 / 160
一、行政法的理论危机	/ 161
(一) 行政法理论与新公共行政理论冲突	/ 161
(二) 行政法有偏向行政化发展的趋势	/ 164
(三) 行政法的分散化发展趋势	/ 167
(四) 行政法体系合法性危机	/ 169
(五) 行政法有遁入私法的危险	/ 170
(六) 公私法理论难以回应现实	/ 173
二、行政法的制度危机	/ 175
(一) 行政组织法滞后	/ 176
(二) 行政行为法迷茫	/ 180
(三) 行政程序法僵化	/ 184
(四) 行政救济法被动	/ 186
三、民营化的规制难题	/ 188
(一) 民营化中规制缓和的基本问题	/ 188
(二) 民营化后重新规制的问题	/ 192
(三) 转型期重新规制的问题	/ 197
四、小结	/ 203
 第五章 新行政法学的构建	 / 205
一、行政法理论创新	/ 206
(一) 行政正当化理论	/ 208
(二) 行政主体与程序理论	/ 210

(三)行政手段与方式理论	/ 212
(四)行政法律关系理论	/ 213
二、行政法研究方法创新	/ 219
(一)系统研究	/ 220
(二)多学科研究	/ 223
(三)实证研究	/ 225
(四)后现代的省思	/ 227
三、行政法制度创新	/ 228
(一)更新行政组织法	/ 229
(二)发展行政行为法	/ 236
(三)完善行政程序法	/ 243
(四)重构行政救济法	/ 251
四、小结	/ 260
参考文献	/ 262

导论

在民营化的背景下,传统的国家行政观念被逐渐突破,各国公共行政都在走向一条改革的道路,以寻求一种高质量、低成本、应变能力强以及有更健全责任机制的新公共行政模式。在西方,这场公共行政改革运动被看做是一场“重塑政府”、“再造公共部门”的“新公共管理”运动。伴随着改革,公共行政逐渐出现社会化的趋向,即政府虽然还是专门的满足社会公共需要、提供公共产品与公共服务的公共管理机构,但却不是唯一的机构。“政府并不是唯一的提供者”,^[1]在政府之外,有一些准自治的、半自治的和自治的机构承担了部分提供公共产品与公共服务活动的职能,以满足社会公共需要。“尽管公益物品的产出可能是不能分的,但这并不意味着其实质上的投入不可能进行。”^[2]

20 世纪七八十年代,以英美国家挑头,掀起了一场以建设企业型政府为目标的政府再造运动,通过以政府再造的精神推动行政改革,把企业管理和经营中重视成本、绩效、责任、品质与顾客满意的策略注入政府管理中,创建了新的管理模式,收到了明显的改革效果。“如果说代议制政府是 18 世纪的伟大社会发明,而官僚政治是 19 世纪的伟大发明,那么,可以说,那个有组织的私人自愿性活动也即大

[1] 世界银行:《变革世界中的政府——1997 年世界发展报告》,中国财政经济出版社 1997 年版,第 4 页。

[2] 许崇德:《宪法学》,高等教育出版社 1996 年版,第 29~30 页。

量的公民社会组织代表了 20 世纪最伟大的社会创新。”〔1〕在美国的里根革命中,获取公众支持的口号就是“让政府不再骑在我们的头上,让政府的手远离我们的钱包”。〔2〕世界各国的这一改革,对于我国社会主义政治文明建设,特别是新一轮政府改革值得很好地借鉴。因此,对公共行政民营化及其法律问题进行研究是非常有意义的。本书的命题是如何解决公共行政民营化的法律对应问题,尤其是相应的新行政法变革运动。

一、问题缘起

20 世纪七八十年代,西方现代福利国家一度出现经济滞胀,一直有着自由传统的英美国家首先开始反省主流的凯恩斯经济学以及积极干预的行政学与法学理论,哈耶克等新自由主义政治经济学风靡全球,法、德等大陆法系国家也深深地卷入这一浪潮之中,由此带动公共行政的民营化。传统上国家包办的公营事业、公益性任务,或是通过公司形式,或是通过政府外包、政府特许等形式完成。公共行政作为政治、经济、社会的管制与重建工具以及权力与责任的范围开始退缩,部分是外在的因素。例如,政治的全球化以及跨国性组织力量的逐渐增加;部分是因为统治能力、财政困难以及合法性降低的内在因素。政府权力在四个方面产生变化:一是水平或功能性地将国家权力与责任重新分配,由官僚体系转移到工会、协会、独立的公司或特殊的法人机关甚至私人身上;二是垂直的或去中央的重新分配国家权力,下放给自治团体、地方政府以及公民社团;三是民营化或称

〔1〕 王华:“治理中的伙伴关系:政府与非政府组织间的合作”,载《云南社会科学》2003 年第 3 期。

〔2〕 [美]E. S. 萨瓦斯:《民营化与公私部门的伙伴关系》,周至忍等译,中国人民大学出版社 2002 年版,第 9 页。