

WEN ZHOU XUE SHU WEN KU

温州学术文库

公私合作模式 相关法律问题研究

陈铭聪 著

GONGSI

HEZUO

MOSHI

XIANGGUAN

FALV

WENTI

YANJIU



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

陈铭聪 著

WEN ZHOU XUE SHU WEN KU

温 州 学 术 文 库

公私合作模式 相关法律问题研究

GONGSI

HEZUO

MOSHI

XIANGGUAN

FALV

WENTI

YANJIU



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

公私合作模式相关法律问题研究/陈铭聪著. —厦门:厦门大学出版社, 2017.9
(温州学术文库)

ISBN 978-7-5615-6569-8

I. ①公… II. ①陈… III. ①政府投资—合作—社会资本—法规—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 151471 号

出版人 蒋东明

责任编辑 李 宁

封面设计 李嘉彬

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门集大印刷厂

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 14.5

字数 260 千字

插页 2

版次 2017 年 9 月第 1 版

印次 2017 年 9 月第 1 次印刷

定价 59.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

2016年度《温州学术文库》编辑指导委员会

顾 问：胡剑谨 郑朝阳

主 任：潘忠强

副主任：卢 达 宋文艳

委 员：（以姓氏笔画排序）

刘建国 李春来 陈传银 祝万平 黄希丹

主 编：卢 达

副主编：宋文艳



目 录

引 言	1
一、研究缘起	1
二、研究目的	2
三、研究思路	4
四、研究方法	6
第一章 公私合作的基本概念	7
第一节 公私合作的起源与目标	7
一、公私合作的起源	7
二、公私合作的目标	11
第二节 公私合作的理论基础	15
一、公共选择理论	15
二、代理理论	16
三、交易成本理论	17
四、分析	17
第三节 公私合作的基本原则	18
一、民主国原则	18
二、法治国原则	22
三、效率原则	27
四、公益原则	30
五、权利保障原则	32
第四节 公私合作的类型	36
一、组织私部门化	36



二、任务私部门化.....	37
三、财产私部门化.....	39
四、功能私部门化.....	39
五、程序私部门化.....	41
六、财务私部门化.....	42
第五节 相关名词分析	43
第二章 公私合作的基本模式	47
第一节 法定模式	48
一、含义.....	48
二、相关实践分析.....	49
第二节 授权模式	50
一、含义.....	50
二、相关实践分析.....	52
第三节 委托模式	54
一、含义.....	54
二、相关实践分析.....	56
第四节 私法模式	59
一、含义.....	59
二、相关实践分析.....	60
第五节 特许模式	62
一、含义.....	62
二、相关实践分析.....	64
第三章 公私合作的问题考虑	70
第一节 权利保障问题	70
一、基本权利的保障.....	70
二、行政相对人的保障.....	74
三、基本权利的限制.....	74
第二节 私部门的参与问题	79
一、私部门的选择.....	80
二、平等参与的问题.....	81
三、转换问题.....	85
第三节 公部门的选择权问题	88
一、组织形式的选择.....	89



二、行为形式的选择·····	89
三、合同形式的选择·····	91
四、公法遁入私法·····	94
第四节 公私合作的范围问题·····	96
一、公私合作的界限·····	96
二、国家保留·····	98
三、判断标准·····	100
第五节 救济问题·····	104
一、行政诉讼·····	104
二、民事诉讼·····	106
三、竞争者诉讼·····	107
第四章 公私合作的法律责任·····	113
第一节 法律责任概述·····	113
一、传统责任·····	113
二、监督责任·····	115
三、赔偿责任·····	118
第二节 公法上的法律责任·····	120
一、法定模式的责任·····	120
二、授权模式的责任·····	121
三、委托模式的责任·····	122
第三节 私法上的法律责任·····	126
一、私法模式的性质·····	126
二、私法模式的责任·····	127
三、我国适用之思考·····	130
第四节 特许关系的法律责任·····	131
一、赔偿责任种类·····	131
二、国家赔偿责任的要件·····	133
三、国家赔偿法规定的缺失·····	136
四、国家赔偿法规定的重新思考·····	138
第五章 公私合作的案例研究·····	140
第一节 案例分析·····	140
一、事实·····	140
二、争议焦点·····	141



三、双阶理论	142
第二节 政府特许经营	143
一、政府特许经营的定性	143
二、政府特许经营的作用	145
三、政府特许经营的优点	146
四、政府特许经营的法律性质	148
五、政府特许经营权的授予模式	148
第三节 政府特许经营行为的双阶关系	149
一、前、后阶段的法律关系	149
二、缔结合同后,具体行政行为是否消灭?	150
三、评审决定在建置营运合同中的地位	152
第四节 特许经营协议的性质	152
一、私法合同	153
二、公法合同	154
三、混合合同	155
四、特许经营协议的定性	156
第五节 对双阶理论的省思	158
第六章 公私合作的法律规范	162
第一节 对法定模式的规范	162
一、考虑的重点	162
二、具体规范内容	164
第二节 对授权模式的规范	166
一、考虑的重点	166
二、具体规范内容	167
第三节 对委托模式的规范	171
一、考虑的重点	171
二、具体规范内容	172
第四节 对私法模式的规范	175
一、考虑的重点	175
二、具体规范内容	175
第五节 对特许模式的规范	177
一、考虑的重点	177
二、具体规范内容	178



第七章 公私合作的演变趋势	182
第一节 法律关系的演变	182
一、公私合作前的法律关系	182
二、公私合作后的法律关系	185
三、合作合同	186
第二节 行政合作法制化	187
一、以公私合作为中心	187
二、理论建构	188
三、规范核心	191
第三节 行政合作法的基本考虑	192
一、经济因素	192
二、对等原则	193
三、责任确保	193
四、公益维护	194
五、公平竞争	194
第四节 行政合作法的主要内容	195
一、合作合同	195
二、合作项目	197
三、担保责任	199
四、合同存续	199
第五节 公私合作的愿景	200
一、21 世纪的展望	200
二、新公民精神	202
三、合作型政府	204
结 论	206
一、确保权利的保障	208
二、确保权限与责任分明	209
三、确保公私合作的资格	209
四、确保有效的监督机制	209
五、确保有效的救济程序	210
参考文献	211



引言

一、研究缘起

(一)全球化的议题

全球化(globalization)为当今世界自由市场经济盛行的一种现象,无论是政治学、经济学、管理学或社会学等都有不少学者对此进行论述。在这些论述中,出现一个值得探讨的问题,即“全球治理”,旨在探讨全球化所引发的重要议题。在全球化的架构下所形成的新管理制度、新社会规范与新价值体系,对传统国家行政管理模式产生了巨大的冲击。全球化把世界政治、经济和价值秩序汇集成一个无国家疆界的场域,无论从国际政治学还是从发展社会学的角度,国家角色、政府功能、社会平等、价值分配或市场与社会的关系等问题,都将被重新给予论述与评价。

全球化带来的影响大致分为两个方面:一方面,主要是由上至下管理社会的权威结构,必须转变或转型,因为国家已无法依照以往纯粹的以政府为中心的结构,而需要民间力量的合作。公共治理不再仅由国家独任,民间力量的参与也日益增多。另一方面,涉及全球性的治理议题逐一浮现,经济贸易合作、人权或人道援助、温室效应或环境保护、野生动植物保育以及医疗卫生等,受到各国政府和社会组织的关切。在理论上,这些议题受国家主权的框架限制,未能脱离以政府为统治主体的思维与路径。然而,全部由一国政府去处理恐怕力有未逮,因而需要新的治理机制来加以管理。因此,通过各国政府与民间力量进行某种程度的整合,建立协调的机制,寻求合作的机会,已经被视为一种新的治理模式。



(二) 民营化的浪潮

20 世纪 80 年代,西方国家兴起一股民营化(privatization)(本书称为私部门化)浪潮,这股浪潮席卷世界上许多国家和地区。民营化不仅仅是政府组织改革的权宜之计,更是一个不可逆转的潮流。^① 尽管每个国家或地区的民营化进程各不相同,范围也有所差异,并引发各种争论,但民营化已经成为全球范围内各国政府改革的一种新取向和政府治理的新战略。^② 民营化导引出的公私合作,是指公部门与私部门建立合作伙伴关系,公部门将所执行的行政任务移转到私部门,以缩减行政任务、精简人事编制、节省财政支出和提升行政效率,可以说是现代国家最常使用的行政改革手段。^③

二、研究目的

现代民主政治基本上是基于“人民的知情权”“人民的同意”与“公私合作”。

首先,政府应尊重人民的知情权,使人民知悉参与公共事务的信息。知情权是公共事务推动的基础与动力,政府政策与信息公开可以提升人民参与公共事务的兴趣,并防止政府的黑箱作业以及政策盲点。

其次,政府应该注重与人民的互动,并通过良性的互动获得人民的信任及认同,为政府公权力的存续提供合法性的基础。

最后,政府应与民间建立合作伙伴关系,提供公私合作的机会,通过人民的同意与参与,汇集民意,达成共识,如此才能有效地推行行政任务。

公私合作的含义,简单来说,是指个人、民间团体、法人组织与非法人组织基于权利的认知及实践,对政府的行动及政策的信息予以充分理解,同时也有参与的意愿与管道。换言之,公私合作有利于打破公部门对公共政策或行政任务的一贯垄断,有利于吸纳私部门的参与,与公部门合作完成行政任务,直接体现了现代法治国家所内含的民主性和公开性要素,扩大了私部门对公共政策或行政任务的直接参与。因此,公私合作的运作可以说是民主政治理念

^① 杨海坤、章志远:《中国行政法原论》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 411 页。

^② 黄学贤:《中国行政法学专题研究述评(2000—2010)》,苏州大学出版社 2010 年版,第 56 页。

^③ 詹镇荣:《论民营化类型中之公私协力》,载《月旦法学》2003 年第 102 期。



的具体表现之一。

目前,我国在公私合作发展过程中存在诸多问题,例如:公私合作的外部法律保障制度不健全、公私合作的内部构成机制运行不顺畅、公私合作的实施方式程序缺乏规制、公私合作的市场透明化程度不高、公私合作的救济监督处于薄弱环节等,已经严重阻碍公私合作的正常运行和健康发展。同时,在法学理论层面上,公私合作的研究相对匮乏,不能响应现实的需要。^①

公私合作模式必须建立在坚实的法治基础上,不仅需要从文化与观念上着手,更需要制度上的配合。我国1982年《宪法》公布至今,社会发展已经从经济性发展逐渐走向政治性发展,但是,法治观念尚未成熟,法治建设尚未完备,公私合作的实践经验更是缺乏。因此,我国的政治环境与社会环境是否已经满足公私合作应该具备的条件,颇值得深思。尽管过去几十年来民主建设的发展已经逐渐形成公民参与的概念,但是人民对公共事务的参与毫无认识,在一定程度上误解了公私合作的本质,忽视了公私部门之间的权利与义务。传统行政管理模式实行的是管制行政,与公私合作模式所要求合作的本质存在矛盾与对立的特性,因此,必须重新建构一种新的行政模式,以面对这一现象。

在公私合作的议题中,首先,主要是探讨公私合作的含义和理论基础,并尝试建构新的行政模式,从这个新模式的设计中试图使公私合作的真义能够落实到实际的政府决策过程和行政任务执行中。公私合作是从传统的行政体系蜕变而来的,与以往的政府形态有所不同,包括其组成方式、制度设计都必须重新思考与规划。其次,在这个模式之下,应思考如何培育、发展更积极的私部门,并且配合公部门角色重新定位,重新设计一个适合公私合作的制度环境。理论的实践或制度的设计都必须建立在现实的社会环境之上,要将公私合作的理念进一步落实,就必须切实了解现实行政环境中有利于和不利于公私合作的因素,再选择适当的公私合作的策略。

本书尝试进行公私合作的相关制度的设计,并提出行政合作法的制度建构。过去在关于公私合作的学术研究中,大部分是公共行政学者关注的议题,而行政法学对此的探讨相对较少。行政法学者在探讨公私合作的议题时,首先应该致力于发现此问题所提供的公私合作模式为何,法制应该如何取向于落实;其次,在设计相关公私合作的制度时,应根据公私合作的模式与行政任务的特性,而有不同的考虑重点。

^① 赵磊:《行政法视域下的公私协力行为研究》,东北师范大学2011年硕士论文。



三、研究思路

公私合作是近年来各国政府寻求提升政府治理能力,改善治理绩效的主流思维,其不再只是强调对价与利益结合的交易关系,而是更加强调合作伙伴关系,基于相互认同的合作目标,建立在不同利益之间的动态关系,包括相对自主、公平参与、明确课责、透明程序的相互衔接与认同允诺的新相互关系,一种需要更多包容适应、欣赏学习与异质交流,并进行资源连结与组织学习的转换过程。^①近代的行政机关在选择达成行政任务的手段上,与过往有相当大程度上的改变。传统强调公部门必须完全负责的行政形态,现已由公、私部门共同承担。公私合作强调公部门与私部门系相对平等的伙伴关系,共同致力于特定行政目标的达成或行政任务的执行,^②本质上是一种概括描述公部门与私部门为了较经济地实现公共任务所采取的合作关系,相较于传统干预行政与给付行政,属于合作行政的一种展现。

公私合作是一个连结行政主体与行政客体之间垂直与水平合作的集合性概念,而此种集合性概念是描述纯粹以高权形式实现公共任务以及公共任务完全私部门化的两种极端光谱间的所有形态。此外,更有学者明确指出,公私合作概念应与私人财政资助(private finance initiative,简称PFI)有所区隔。^③即便如此,公私合作也仅能抽象地描述其范围,难以明确地定义其所有的模式。公私合作特别强调公部门与私部门之间的伙伴、合作与共同作用关系,因为公私合作欲建构一个能结合公、私部门的优势,使之形成双赢,并让参与的公、私部门均能达到预期的丰硕效果的合作形态。从国家的观点来看,公、私部门之间不只是共同利益的相互利用,更是通过公私合作的模式,作为建构双方合作伙伴关系的机制。若从任务角度观察公私合作,则公、私部门之间以阶段性的任务分配或责任分配的模式将行政任务移转给私部门执行。其中将公共任务移转私部门所欲达成的利益,在于财政负担的减轻,增进给付的完善,

① 李宗勋:《公私协力与委外化的效应与价值:一项进行中的治理改造工程》,载《公共行政学报》2004年第12期。

② 詹镇荣:《行政合作法之建制与开展——以民间参与公共建设为中心》,载台湾“行政法学会”主编:《行政契约之法理、各国行政法学发展方向》,2009年版,第107页。

③ J.Ziekow:《公私协力在德国宪法与行政法上之挑战与发展》,詹镇荣译,于2009年公私协力(PPP)法制国际学术研讨会上发表。



组织与程序上负担的减轻,弹性化、接受度和形象的增进等。对于公部门而言,其必须承担的风险包括:合作关系可能创造的不对等的市场地位、信息上的不对称、因私益的追求而产生对公共利益不利的负担、正当性的要求被破坏、国家调控能力因依赖私部门而减弱甚至丧失等。相对的,私部门也可能因公私合作的运用而获得事业的开创、经济利益、能利用行政资源解决自身问题等,而这些因公私合作所产生的困境或利益,均必须通过法律规范与机制加以控制,使公私合作行为既能达到行政行为的目的,又不至于成为规范外的“脱缰野马”。^① 关于公私合作的可行性分析,可以从以下四个方面进行。

(一)法律可行性

法律可行性是指政策方案在执行时,能否克服法规方面的障碍,是否违反法律规定,是否受到法规限制,是否必须制定或者修改法律、法规。

(二)经济可行性

经济可行性是指执行政策方案时所需要的一般性资源与特殊性资源的可得性。一般性资源是指财务预算,特殊性资源则指专业性人力、资源及相关信息等。

(三)公益可行性

公益可行性是指政策方案在执行时,必须考虑公益与私益之间的衡量问题,而且公益必须大于私益,否则私部门的参与就欠缺正当性。

(四)执行可行性

执行可行性涉及备选方案的标准作业程序有无问题,有无适当的预算项目,是否必须另外设置执行机关,私部门人力配置有无问题,最终直指私部门是否足以承担政策方案的执行工作。

^① 许登科:《德国担保国家理论为基础之公私协力法制——对台湾促进民间参与公共建设法之启示》,台湾大学法律学研究所 2008 年博士论文。



四、研究方法

按照公私合作的理论基础、制度设计及法律分析等研究途径的需要,本书的研究方法着重在公私合作方面进行分析与论证,并从相关理论中寻求有关公私合作的主张、立论,形成公私合作的基本原则,并尝试建构公私合作的模式。为了切实将公私合作的基本原则及模式落实于现实社会,分析影响公私合作的制度的可能性,本书将以文献资料为根基,以实践公私合作为目标,建造一个可能的制度环境。文献资料来源于国内外的相关论者,以及期刊、研究报告、学术发表论文、网页资料、报纸等。

由于我国对公私合作问题的讨论相当有限,本书拟采取比较法学的方法开展探讨,旨在观察本国法的问题,经由比较域外的法律制度加以解决。因此,应该选择具有相同的生活问题、论证方法更为丰富、实践上有更多的解决经验、内容相近的法律制度作为比较对象。本书将选择德国、日本作为借鉴的对象,因为德国、日本皆为大陆法系国家,除了法学理论向为我国所继受外,也是因为德国、日本早在 20 世纪 80 年代即开始进行公私合作或相关领域的研究,其学理、法律规制及实务上的运作模式,应该足以作为我国处理类似问题与法制化的参考。



第一章

公私合作的基本概念

第一节 公私合作的起源与目标

一、公私合作的起源

(一)福利国理念的兴起

福利国(或称社会国)理念大约在第一次世界大战后兴起,并为当今多数先进国家和地区所采行,其目的是修正纯粹自由主义国家的理念,进而把国家的行动限制在维护安全领域,该原则认为应该借由国家力量积极形成正当化的社会秩序。所谓正当化的社会秩序,是指包含经济需求的满足与生活环境的确保。此外,借由生存照顾的给付义务,公部门更负担了提供水、电、天然气等众多服务。然而,持续增加服务所造成的后果是政府部门因其事实上人员配置与资源有限,无法对现行法律所要求的各种措施加以有效执行。政府部门在遭遇此种困境后,希望引进民间力量,协助其执行无力负担且日渐增多的行政任务。而政府管制的增加将不断压缩民间自由发展的空间,从而可能对人身自由与经济自由造成危害,因此,要求政府解除管制的呼声不断高涨。经济全球化的浪潮更对此种去除管制以实现自由化的要求产生了推波助澜的功



效,在全球化的经济体系下,资本的累积不再限制于单一国家的领域,而是存在于全球化的经济体系之中,降低生产成本成为企业提升竞争力的主要手段。因此,若政府承担的任务越多,势必会加强对社会的管制,如此必然会增加企业的生产成本,降低其投资意愿,国家的经济发展因而减缓,降低国家的竞争能力。因此,为维持国家的竞争优势,现今世界各国的政治决策都已直接或间接受到如联合国(UN)、世界银行(WB)、世界贸易组织(WTO)、经济合作发展组织(OECD)的影响,缩减国家管制的范围。^① 在此种压力之下,公部门解除原本由其承担的任务,移转给私部门自行运作,并减少国家的直接管制,借以满足市场经济的期待,以期提高国家的竞争力。

随着福利国理念的长期发展,财政上的压力成为国家必须面对的重大课题。首先,伴随着行政任务的不断扩大,支应行政任务的财政支出也持续扩张,加上行政任务具有“易于创设、难于终结”的特性,结果常使政府财政捉襟见肘;其次,由于行政任务的膨胀,行政资源愈加庞大,基于分配与管理的需要,政府部门势必相应扩增,为办理相关业务而扩大编制,增加更多的公务人员,其人事费用也会造成国家财政的沉重负担;^②最后,政府在福利国的责任压力下,必须苛征高额税收以支应不断上升的财政支出,税收的提高不但使一般家庭实质收入相对减少,还会造成储蓄下降,进而降低投资意愿,导致社会资本成长缓慢,无法推动经济成长,相对的也会减少政府的税收,造成恶性循环。^③ 政府部门面对此种财政上的沉重负担,势必无法维持相同的规模,为了减轻财政的压力,将其所承担的行政任务移转私部门,已经成为一种重要的改善手段。

(二)民营化的浪潮

民营化,本书又称为私部门化,在1976年由美国人 Robert Poole 首次提出,在近代政府改革发展上,是一个重要的里程碑。1979年,撒切尔政府(Thatcher Government)推动了公营事业民营化的政策。民营化,是指政府部门减缩组织规模,并将任务移转民间办理的种种现象。一开始,民营化是用来

^① David Held、Anthony McGrew、David Goldblatt、John Perraton:《全球化大转变:全球化对政治、经济与文化的冲击》,沈宗瑞、高少凡、许湘涛、陈淑玲译,韦伯文化事业出版社2001年版,第202~205页。

^② 廖俊松:《福利国家民营化的观察与检讨》,载《小区发展季刊》1999年第85期。

^③ 古允文:《从福利国家发展谈民营化下国家角色的转换》,载《小区发展季刊》1997年第80期。