

运用行政法学的理论工具
构建国家担保责任法律制度

后民营化时代的 国家担保责任研究

杨彬权 ◎ 著

A STUDY ON THE STATE GUARANTEE RESPONSIBILITY
IN THE POST PRIVATIZATION ERA

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书系中国法学会2015年度部级法学研究课题《后民营化时代的
国家担保责任研究》CLS（2015）D040的研究成果

河南科技大学博士基金资助

后民营化时代的 国家担保责任研究

杨彬权 著

A STUDY ON THE STATE GUARANTEE RESPONSIBILITY IN
THE POST PRIVATIZATION ERA

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

后民营化时代的国家担保责任研究 / 杨彬权著.
—北京: 中国法制出版社, 2017. 8
ISBN 978 - 7 - 5093 - 8395 - 7

I. ①后… II. ①杨… III. ①担保 - 研究 - 中国
IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 064383 号

策划/责任编辑 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计 杨泽江

后民营化时代的国家担保责任研究

HOU MINYINGHUA SHIDAI DE GUOJIA DANBAO ZEREN YANJIU

著者/杨彬权

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 8 月第 1 版

印张/17 字数/202 千

2017 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8395 - 7

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66071862

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

国家担保责任是行政任务民营化后国家所承担的最基本的责任。研究国家担保责任理论,明确国家和政府的担保责任和义务,构建科学的国家担保责任法律制度,对于推动给付行政民营化的顺利进行,以及对公众和消费者的合法权益的担保,具有重要的理论和实践意义。本书从行政法学的角度,以国家担保责任为中心,依照“给付行政民营化后国家责任的变迁及国家担保责任的兴起——国家担保责任的基本理论——国家担保责任在域外的立法实践及其经验——国家担保责任在我国的引入及其制度障碍——我国国家担保责任法律制度的构建”的逻辑思路,运用行政法学的理论工具,着重对国家担保责任的基础理论、国家担保责任法律制度的构建等问题进行了初步探讨,并提出了相关建议。全文除引言外,共分五大部分。

引言主要交代了研究背景及问题的提出,对有关国家担保责任的国内外研究文献进行了简要综述,简单阐述了研究国家担保责任的理论意义及实践价值,并对本书拟采用的研究方法及研究创新等予以说明。

第一章是给付行政民营化与国家担保责任的兴起。本章首先阐述了给付行政民营化的概念、分类、界限以及给付行政民营化的理论基础和宪法容许性。其次,阐述了给付行政任务民营化后国家应该承担担保责任,国家担保责任的兴起是新自由主义思想、行政任务民营化以及法学界各种因素共同推动的结果。

第二章是国家担保责任的基本理论。本章主要论述了国家担保责任的概念、性质、特征、地位及其与相关范畴的辨析;国家担保责任的理



论依据；国家担保责任的主要类型；国家担保责任的主要内容；担保责任的法律关系等内容。具体而言，首先，本章就国家担保责任的概念进行了界定，认为国家担保责任的概念有广义和狭义之分，本文指的是狭义的国家担保责任，即行政任务民营化后，为了防止私部门履行公共任务的标准降低、质量减损，损害公民及其他组织的合法权益，国家立于公法上担保人的地位，负有采取公权力手段、契约或者其他手段，排除和预防不正当竞争因素和市场缺陷，对私部门履行公共任务的行为过程和行为后果进行持续性的引导、监督、管制、调控和影响的义务，其目的就是积极促进私部门按质、按量地实现行政任务。国家担保责任既具有公法责任和预期责任两种属性，又具有持续性、法定性、主动性和全方位性的特征，其在行政法学中占有重要地位。其次，论述了国家担保责任的理论依据为担保国家理论、辅助性理论、基本权的保护义务功能及国家与社会的合作理论。再次，论述了国家担保责任可以分为国家管制责任、国家监督责任和国家接管责任等三种基本类型；国家担保责任的内容主要是公平竞争秩序的担保以及给付产品和服务的担保。最后，论述了国家担保责任法律关系是一种多面性的、具有公私混合属性的法律关系，且具体分析了各法律关系主体所享有的权利（权力）与所承担的义务。

第三章是国家担保责任在域外的立法实践及其经验。本章主要阐述了国家担保责任理论在德国以及我国台湾地区的立法实践与经验。在德国和我国台湾地区，立法机关制定和修改了《联邦基本法》“促进民间参与公共建设法”等相关法律、法规，将国家担保责任理论予以立法实践化和具体化。域外国家担保责任理论的立法经验主要是：担保责任立法坚持担保公众权益和促进竞争并举；担保责任立法坚持从本国或本地区的实际情况出发；担保责任立法可以采取单独制定或修改现行法律的方式；担保责任立法应该与时俱进。

第四章是国家担保责任理论的引入及其制度障碍。本章简要论述了我国引入国家担保责任理论的必要性、可行性及意义，并分析了国家担保责任引入面临的制度障碍。认为我国亟需引入国家担保责任理论，但引入国家担保责任理论会遇到法律缺位、法律缺陷等制度障碍，并对这些制度障碍进行了具体的分析。

第五章是我国国家担保责任法律制度的构建。本章首先论述了国家担保责任法律制度建构的基本原则；其次，从国家的管制责任、监督责任以及接管责任三个方面分别构建国家担保责任法律制度。具体来说，国家管制责任法律制度构建的重点主要是民营化前的效益评估机制、合格私人机构的评选机制、不对称的管制机制和价格管制机制等方面。国家监督责任法律制度构建的重点主要是：对使用国家补贴费用的监督机制、强制私人机构披露信息机制、确立问讯和查看机制、事后的监督评估机制和滥用市场支配地位的监督机制等方面。国家接管责任法律制度构建的重点是兴建、营运过程中接管的条件、阶段与时限以及程序法律机制、终止特许契约时的国家接管法律机制以及融资机构和保证人的接管法律机制等方面。

目 录

前 言	1
一、研究背景与问题	1
二、研究综述	2
三、理论意义及实践价值	10
四、研究方法与创新	11
五、研究范围的界定	13
第一章 给付行政民营化与国家担保责任的兴起	16
第一节 给付行政民营化概述	16
一、给付行政民营化的缘起	16
二、给付行政民营化的概念、种类与界限	17
三、给付行政民营化的理论依据	24
四、给付行政民营化的宪法容许性与法律保留	29
第二节 给付行政民营化的制度保障：国家担保责任的兴起	33
一、国家责任的概念	34
二、国家责任的发展与变迁	36
三、国家担保责任的兴起	42
本章小结	47
第二章 国家担保责任的基本理论	49
第一节 国家担保责任的界定	49



一、国家担保责任的概念	50
二、国家担保责任的性质	54
三、国家担保责任的特征	61
四、国家担保责任的地位	65
五、国家担保责任与相关范畴的辨析	68
第二节 国家担保责任的理论依据	76
一、担保国家理论	76
二、辅助性理论	83
三、基本权保护义务理论	85
四、国家与社会合作理论	87
第三节 国家担保责任的基本类型	90
一、管制责任	93
二、监督责任	95
三、接管责任	96
第四节 国家担保责任的主要内容	98
一、公平竞争秩序的担保	98
二、竞争者合法权益的担保	99
三、私人机构内部员工基本权益的担保	101
四、给付持续不中断的担保	102
五、给付质量和数量的担保	104
六、给付价格的担保	106
七、给付服务普及化、均等化的担保	107
第五节 国家担保责任法律关系	109
一、行政法律关系的嬗变	110
二、国家担保责任法律关系及其特征	112
三、国家担保责任法律关系的属性	114

四、国家担保责任法律关系的主要内容	117
本章小结	122
第三章 国家担保责任在域外的立法实践及其经验	124
第一节 国家担保责任在德国的立法实践	124
一、国家担保责任在《联邦基本法》中的立法实践	124
二、国家担保责任在《电信法》中的立法实践	126
三、国家担保责任在《行政程序法》修正草案中的立法实践	128
四、国家担保责任在《公私合作制促进法》中的立法实践	131
第二节 国家担保责任在我国台湾地区的立法实践	132
一、国家担保责任在“促参法”中的立法实践	133
二、国家担保责任在“公共设施接管营运办法”中的立法实践	139
第三节 国家担保责任在域外的立法经验	141
一、担保责任立法坚持担保公众权益和促进竞争并举	141
二、担保责任立法坚持从本国或本地区的实际情况出发	142
三、担保责任立法可以采取单独制定或修改现行法律的方式	143
四、担保责任立法应该与时俱进	144
本章小结	145
第四章 国家担保责任理论的引入及其制度障碍	147
第一节 国家担保责任理论的引入	147
一、国家担保责任理论引入的必要性	147
二、国家担保责任理论引入的可行性	153
三、国家担保责任理论引入的意义	156
第二节 国家担保责任理论引入的制度障碍	159
一、法律缺位	160



二、法律缺陷	161
本章小结	168
第五章 我国国家担保责任法律制度的构建	170
第一节 我国国家担保责任法律制度构建的基本原则	170
一、行政效率原则	171
二、合作原则	172
三、公平竞争原则	174
四、公益维持原则	174
五、受管制的自我管制原则	175
第二节 国家管制责任法律制度的具体构建	177
一、民营化前的效益评估机制	178
二、合格民间机构的评选机制	181
三、确立不对称管制机制	192
四、价格管制机制	195
第三节 国家监督责任法律制度的具体构建	198
一、对私人机构使用国家补贴费用的监督机制	200
二、强制私人机构披露信息机制	204
三、确立问讯和查看机制	208
四、建立事后的监督评估机制	209
五、对滥用市场支配地位的监督机制	212
第四节 国家接管责任法律制度的具体构建	213
一、兴建营运过程中的国家接管法律机制	215
二、特殊情况下的国家接管法律机制	225
本章小结	227

第六章 结论与展望	229
参考文献	234
后 记	259

前 言

一、研究背景与问题

行政任务民营化是现代给付国家收缩国家任务、精简人员、节俭国家的财政支出，以及提高行政效率所惯常采用的行政改革手段。^①就我国而言，20 世纪 90 年代，我国经济改革指向垄断性行业，拉开了基础设施领域民营化改革的序幕，特别是自 21 世纪初以来，中央各部门出台了一系列政策，加快了这一改革的步伐。近年来民营化已不再停留在单纯政策讨论与可行性评估的层面，在诸多任务领域更进一步地迈入实践阶段，例如，我国国营事业的民营化以及部分国有公司或企业向社会和公众释放股权。我国的给付行政任务民营化既有成功的案例，也有铩羽而归、令人沮丧的案例。且失败的案例较多，影响也较大。个中原因众多，无法一一详述。但是民营化的失败，并不代表民营化在我国无用武之地，也不能阻挡世界民营化的发展潮流。正如有学者所言：“若说二十世纪是公营化之世纪，则二十一世纪应是民营化之世纪。”^②故此，针对新世纪的行政任务民营化现象，我们只能应对，不能回避。给付行政民营化后（也即“后民营化时代”）存在的众多问题，从国家和法律层面来看，主

① Vgl. A. Vosskuhle. Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform. – Eine kritische Bestandsaufnahme –. VerwArch. (2001), s. 184.

② 张文郁：“行政机关及公营企业民营化之法律规制”，载《现代法学之回顾与展望》（李钦贤教授六秩华诞祝寿论文集），元照出版有限公司 2008 年版，第 647 页。



要是国家对自己的角色、地位以及承担的责任问题没有搞清楚,也没有与给付行政民营化相匹配的法律制度。从国外和我国台湾地区的研究现状来看,其已经从“前民营化”时代之民营化概念、宪法上容许性与界限等问题,逐渐移转至后民营化时代的国家担保责任理论构建和制度建设问题上。我国目前的研究还主要处在民营化的概念、范围、手段,以及民营化的宪法容许性和法律保留等问题上,尚没有对后民营化时代的国家担保责任理论以及国家担保责任法律制度构建等问题进行系统的、全面的研究。

后民营化时代的国家担保责任研究的重点应在于,如何建构一套使国家不可以民营化为借口,完全置身事外的理论,并加以具体化国家担保责任的内容。另外,国家将社会广大的人力与物力纳入行政任务的履行之中,如何防止弊端发生,也是一个刻不容缓的研究议题。本书的主要目标就是认真研究这些问题,通过理论研究和实践考察对这些问题予以尝试性的解答。

二、研究综述

(一) 国内研究综述

从总体上来看,中国内地对行政任务民营化的相关问题理论研究颇多,资料也十分丰富。但对民营化后国家担保责任的研究却显得非常贫乏,资料甚是稀少。相对于大陆来说,我国台湾地区对国家担保责任的研究成果相对较多一些,但总体上而言,还是比较单薄。

1. 中国内地对民营化后国家担保责任的研究十分不足,研究的文献非常稀少。截至本书出版之时,除曹缪辉的硕士论文《国家补充责任研究——以公用事业特许经营为例》(南京大学2013年硕士学位论文)对国家担保责任中的补充责任进行了局部研究以外,到目前为止尚没有硕士、博士学位论文以国家担保责任为论题进行专门的研究。其余的学者

只是在论述有关论题时，在其论文中涉及国家担保责任。这些论文主要有：江苏大学邹焕聪发表的《国家担保责任视角下公私协力国家赔偿制度的构建》（《天津行政学院学报》2013年第6期）；广东韶关学院法学院陈军博士发表的《公私合作中行政任务承担责任方式研究》（《大连大学学报》2010年第4期）；南京大学王太高、邹焕聪发表的《民生保障、民营化与国家责任的变迁》（《江海学刊》2011年第1期）；苏州大学周游博士2011年的博士学位论文——《担保行政：公用事业公法治理模式探析》；张鲁萍发表的《私人主体参与行政任务中的担保国家理论研究》（《天津行政学院学报》2013年第2期）等。在上述这些文献中，曹缪辉的硕士论文《国家补充责任研究——以公用事业特许经营为例》主要论述了国家补充责任的制度构成，认为其主要由国家补贴、国家的接管以及公民的权利救济等三个方面构成，并认为应将国家补充责任规定于《中华人民共和国行政许可法》（以下简称《行政许可法》）第七十六条中，制定统一的“公用事业法”完善补充责任。^① 邹焕聪的《国家担保责任视角下公私协力国家赔偿制度的构建》一文的主要目的，是以国家担保责任为视角来论证在国家承担担保责任的情况下，国家的赔偿责任及赔偿制度的建构问题。该文作者认为，在私人参与公共任务，国家承担担保责任的情况下，国家赔偿法能够适用，但是需要具体问题具体分析。在责任无法分离时，国家承担国家赔偿责任，民间机构承担民法上的侵权责任；在责任可以分离时，民间机构负担国家赔偿责任，国家承担补充性国家赔偿责任；在其他情况下，民间机构承担民事侵权责任，国家承担特定的国家赔偿责任。^② 陈军博士的《公私合作中行政任务承担

① 参见曹缪辉：“国家补充责任研究——以公用事业特许经营为例”，南京大学硕士学位论文，2013年4月。

② 参见邹焕聪：“国家担保责任视角下公私协力国家赔偿制度的构建”，载《天津行政学院学报》，2013年第6期。



责任方式研究》一文只是认为行政任务民营化后，国家责任从直接责任转化为国家担保责任与国家监督责任，但其对国家担保责任也没有过多的详细叙说。^①《民生保障、民营化与国家责任的变迁》一文主要是将担保责任与网络责任进行了具体划分，主要分为管制责任或监督责任、组织责任、程序责任、接管责任等责任类型。^②《担保行政：公用事业公法治理模式探析》学位论文主要是从国家担保责任的行政面向——担保行政的角度——论述担保行政实现的路径、参与法律制度、契约规制法律制度。但该文主要是谈论担保行政治理与实现的路径与方式，对于具体的管制、监督及接管问题着墨较少。《私人主体参与行政任务中的担保国家理论研究》一文也提到了国家担保责任，但没有进行深入论述。

除以上论文，还有其他的论文和文章也提到了国家担保责任，例如，章志远教授的著作^③，宋国的博士论文《合作行政的法治化研究》^④也提到了国家的担保责任或担保义务，但都没有展开论述。

总体而言，我国内地对国家担保责任的研究仅仅处在概念的引入、接受阶段，对国家担保责任的基本理论、国外的立法状况以及国家担保责任法律制度的构建等尚未涉及。

2. 中国台湾地区对民营化后国家担保责任的研究成果显然要比内地丰富，可借鉴文献也较多。期刊论文主要有詹镇荣教授的《民营化后国家影响与管制义务之理论与实践——以组织私法化与任务私人化之基本类型为中心》（《东吴法律学报》第15卷第1期）；蔡宗珍教授的《从给付国家到担保国家——以国家对电信基础需求之责任为中心》（《台湾法学杂志》第122期）；陈英铃的《国家对民办都更的担保责任》（《月旦

① 陈军：“公私合作中行政任务承担责任方式研究”，载《大连大学学报》2010年第4期。

② 王太高、邹焕聪：“民生保障、民营化与国家责任的变迁”，载《江海学刊》2011年第1期。

③ 章志远：《行政法学总论》，北京大学出版社2014年版，第429页。

④ 宋国：“合作行政的法治化研究”，吉林大学博士学位论文，2009年4月。

法学教室》第118期)；林明锵教授的《担保国家与担保行政法——2008年金融风暴与毒奶粉事件谈国家的角色》；许宗力的《论行政任务的民营化》；萧文生的《自法律观点论私人参与公共任务之执行——以受委托行使公权力之人为中心》。学位论文主要有许登科的博士论文《德国担保国家理论为基础之公私协力法制——对我国促参法之启示》(2008年)；陆敏清的《国家担保责任与长期照顾之实现》(“国立台北大学”法律学系2010年博士论文)；林家暘的《担保国家概念下的电信普及服务》(“国立台北大学”法律学系2010年硕士学位论文)以及朱玮华的《从担保国家理论探讨我国促参案件监督管理之规范架构》(“国立政治大学”法律学研究所2011年1月硕士学位论文)等学位论文。

在我国台湾学者对国家担保责任研究的上述文献中，着墨较多，研究较深入的主要是詹镇荣、许登科、林明锵、蔡宗珍、许宗力等教授的文章。詹镇荣教授在《民营化后国家影响与管制义务之理论与实践——以组织私法化与任务私人化之基本类型为中心》一文中对国家担保责任的宪法基础及其主要内涵进行了论证。他认为，国家担保责任的宪法基础是社会理念和国家的基本权保护义务；国家担保责任的主要内涵是基础设施的保障和公平竞争的促进，并进行认真的论证。^① 蔡宗珍教授的文章主要论述了民营化浪潮的兴起，使得政府从直接提供给付任务中退却下来，承担担保行政任务，并分析了国家担保责任法律关系。该文作者认为，国家担保责任法律关系是一个铁三角关系。第一种是国家与提供需求给付之私法主体间的公法关系；第二种是国家与给付满足对象间的公法关系；第三种是提供需求给付之私法主体与给付满足对象间私法关

① 参见詹镇荣：“民营化后国家影响与管制义务之理论与实践——以组织私法化与任务私人化之基本类型为中心”，载《东吴法律学报》2003年第1期。



系。^① 林明锵教授的文章主要是以担保国家及担保责任理论来建构新的担保行政法的框架体系及基本结构，并借用德国的相关理论进行了论述。^② 许宗力教授在其文章中指出，民营化后的国家管制义务的内容主要有五项，分别是：给付不中断的担保义务；维持与促进竞争的担保义务；持续性的合理价格与一定给付质量的担保义务；既有员工的安置担保义务；人权保障义务与国家赔偿责任的承担。^③ 萧文生教授在其文章中指出，在私人参与公共任务时，国家所负的担保责任的内容有五项：^④ 合格私人的挑选；监督责任；第三人权益的保护；评估及学习责任；国家有效的其他选择。许登科在其博士论文中对“担保国家的担保责任理论”进行了比较深入地研究，对国家责任进行了划分，将国家担保责任与其他责任进行了明确的区分，谈论了国家担保责任的行政模式——担保行政的概念与特点，以及担保责任法的特点和内涵，最后认为国家担保责任理论为促参法的基础理论。陆敏清的博士论文主要论证了面对长期照顾任务，国家负有担保责任。国家承担担保责任对传统行政法提出了挑战，需要新的调控手段。国家除通过法律手段外，更需要补助、奖励和提供资讯的行政以及契约课责的对话机制，并对长期的照护法制进行了构建。林家扬的硕士论文主要谈论了担保国家的电信普及义务。朱玮华的硕士论文主要是以担保国家理论来完善促参法上的监督机制。当然除以上学者外，其他的学者也在相关的文章中对国家担保责任的某些方面进行了论述。

从总体上而言，我国台湾地区的学者对国家担保责任的研究主要集

① 参见蔡宗珍：“从给付国家到担保国家——以国家对电信基础需求之责任为中心”，载《台湾法学杂志》（122期）2009年2月15日。

② 参见林明锵：“担保国家与担保行政法——2008年金融风暴与毒奶粉事件谈国家的角色”，载《政治思潮与国家法学》（吴庚教授七秩华诞祝寿论文集），元照出版有限公司2010年版。

③ 许宗力：“论行政任务的民营化”，载《当代公法新论》（中），元照出版有限公司2002年版。

④ 萧文生：“自法律观点论私人参与公共任务之执行——以受委托行使公权力之人为中心”，载《国家赔偿与征收补偿/公共任务与行政组织》，元照出版有限公司2007年版。