

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法

研究

第四卷

中国政法大学出版社

浙江大学公法与比较法研究所 编

# 公法研究

## 第四卷

主 编：胡建森

副主编：孙笑侠  
朱新力

2005 年 · 杭州

图书在版编目(CIP)数据

公法研究·第4卷/浙江大学公法与比较法研究所编. —北京:中国政法大学出版社,2005.6

ISBN 7-5620-2786-2

I.公... II.浙... III.公法-研究-文集 IV.D90.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 069960 号

---

书 名 公法研究(第四卷)

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 27

字 数 440 千字

版 本 2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2786-2/D·2746

定 价 38.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) (010)62229278(总编室) (010)62229803(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

## 编者按语

读者打开本卷《公法研究》时，所看到的将不仅仅是崭新的版式和装帧，映入眼帘的还有一个更为崭新的主题——“民营化时代下的中国行政法”。

应该看到，西方的民营化（privatization）浪潮是在公共行政改革和治道变迁的背景下展开的，而近年来的我国，无论是在自然垄断产业，还是在政府需要主动作为的积极行政领域，民间资本参与公共建设和公共事业的热忱和力度都在不断加大。民营化的关键，并不在于政府从既有的任务中全面退却，而在于政府活动方式的转变，政府通过公共任务的民营化，将自己的角色由实际行政任务的履行者，转变为实现特定行政目的的规制者和担保者。但是私人部门如何履行公共职能？应该选择怎样的规制方式来规制民营化之后的私人部门？民营化过程所打造的“公私伙伴关系”，不仅是对政府、企业以及公众三者之间法律关系的深刻变革，也在行政法一般原则、行政主体理论、行政活动方式等诸多方面，构成了对传统行政法理论的深刻挑战。因此，某种意义上“民营化”不仅构成了我们所需要直面的主题，也构成了我们当下讨论所有行政法问题不可或缺的重要背景。

正是在这样的背景下，在浙江大学 211 项目子课题“民营经济与行政法治”项目的资助下，浙江大学公法与比较法研究所于 2004 年 12 月 10 日至 12 日在杭州主办了“民营化时代下的中国行政法”学术研讨会。这次研讨会学者提交的论文和译文中，不仅对民营化本身的问题予以了充分的关注，更有专题式研究在民营化背景下反思中国行政法发展与变革的大作。本卷《公法研究》，就是这次研讨会成果的集中展示和反映。

在本卷中，直接与民营化主题相关的论文译文有七篇。苏州大学法学院章志远副教授的《行政法学视野中的民营化》一文，在行政法学的脉络框架下，对民营化与法律保留、程序保障、后续规制等学理问题进行了开创性的研究；首都师范大学法律系李昕副教授撰写的《行政改革中公用事业的民营化》一文，对西方以新公共管理为主导的公共行政改革进行了评述，并在公共职能分散化的背景下，探讨我国的公用事业民营化过程及其规制，并努力试图探讨民营化对传统行政法学，乃至对公私法理论划分的挑战。

此外，浙江大学法学院博士生胡敏洁在《公法学视野下的美国福利民营化：学理与实践》一文中，梳理了美国福利民营化的历史进程，并在美国法的背景下，探讨了福利民营化对授权原理、正当程序原则以及政府行为学说的挑战。负笈东瀛的钟文兴博士更是在《日本电信事业领域的规制改革与竞争政策》一文中，对日本电信事业领域的规制改革与竞争政策进行了详尽全面的探讨。这两篇文章分别整理了域外给付行政领域和自然垄断行业的民营化过程及法律问题，为展开对我国特定领域的民营化研究，提供了崭新的智识洞见。

由浙江大学宪法学与行政法学专业三位硕士生翻译的三篇民营化论文，也堪称本卷的亮点之一。樊川翻译了以关注全球化和民营化见长的美国 Alfred C. Aman 教授的《民营化和全球化下的民主问题：通过行政法让市场更负责任》一文，该文力主让行政民主延伸到民营化后的私人部门，主张让市场机制更为透明，让行政程序法（APA）民营化和全球化。葛宗萍翻译的苏格兰格拉斯哥大学 Tony Prosser 教授的《民营化的社会限制》一文，探讨了民营化和交易成本、政府管制等因素之间的关联。孟晋翻译的英国 Cosmo Graham 教授所撰写的《民营化：英国实践》一文，剖析了英国民营化的法律背景和政治背景，并且对英国民营化中的黄金股权制度作了较为详尽的介绍。

本卷有相当数量的论文关注到民营经济发展与财产权保障等方面的议题。例如中国社会科学院法学研究所范亚峰副研究员从学理上探讨了财产权

和宪政正义之间的关联，浙江大学法学院博士生宋华琳翻译了美国专攻社会保障改革学者查尔斯 E. 让兹撰写的《财产权：社会保障改革中的隐含问题》一文，文章剖析了美国社会保障改革进程中财产权性质的变化。

本卷更多的论文着力于对中国民营经济现实的关切，例如北京大学法学院湛中乐副教授和博士生韩春晖在《“红帽子”企业的财产权与法律保护——从温州“鹿运事件”出发》一文中，以温州“鹿运事件”为个案，剖析了“红帽子”企业产权的性质，以及政府干预私有产权的界限。南京大学法学院肖泽晟博士以盐城建湖案和泰兴 316 省道拆迁公告案为例，剖析了民营经济合法权益保护所面临的制度性障碍。深圳大学法学院黎军副教授所撰写的《个体、私营等非公有制经济法制环境调研报告》，更展示出实践中非公有制经济所面临的诸多现实问题。这些文章都有浓郁的现实色彩，代表了行政法学者力图在研究中渗透实证性因子的努力。

本卷所刊载的其他论文也颇具特色。上海交通大学法学院叶必丰教授撰写的《长三角经济一体化背景下的法制协调》一文，通过对网络、媒体、学术刊物、政府公报等文献源缜密的梳理，就长三角法制协调这个颇具现实感的课题，展开了开拓性的研究；安徽大学法学院程雁雷教授以自己的学术背景和实践积累为基础，对高校学生管理纠纷与司法审查的关联，作了深入的分析和探讨；武汉大学法学院周佑勇教授和博士生王青斌合作的论文，对行政计划的理念与制度创新展开了探讨；中国人民大学法学院刘飞宇博士以上海行政公开第一案为引子，探讨了档案制度与政府信息公开之间的关联；暨南大学法学院刘文静副教授敏锐地关注到了行政许可后续监管的问题；江苏省高级人民法院法官耿宝建和东南大学教师顾大松合作的论文，研究了我国的土地征收及补偿制度；浙江省高级人民法院斯锦锦庭长的论文对我国行政诉讼原告资格尤其是其中的“法律上利害关系”进行了探索性研究；浙江省高级人民法院蒋中东副庭长的论文则对行政审判中成文法依据的现状与难题展开了剖析。这些论文的共性在于，它们都力图以法律学的视角和见解，直面真实世界的鲜活素材，并对行政过程中所蕴藏的实体性因素予以详

#### 4 编者按语

尽的描述、分析和判断。

本卷另有几篇论文和译文堪称是近期国内比较行政法和外国行政法研究的特色作品。中国社会科学院法学研究所李洪雷博士在多年研究基础上撰写的《论行政法上的信赖保护原则》一文，对德国法、欧盟法和英国法上的相关法律原则加以比较，对信赖保护的类型，信赖保护原则的理论依据与适用条件予以了精当的整理，并运用信赖保护原则对“陈有球等 55 人与深圳市社会保险管理局关于补发、续发退休金行政争议案”进行了分析。吉林大学法学院于立深博士的《成本效益分析方法在行政法上的运用——以〈行政许可法〉第 20、21 条为例》一文，对美国法上管制成本效益分析方法的发展与运行进行了较为完整的评述，并探讨了我国政府管制的评价机制。现留学法国攻读博士学位的沈军先生所翻译的《法国行政法精要》一文，有着丰富的信息量，该文对法国法上的公法人、行政行为、行政合同等理论予以了详尽的介绍，使我们有可能升级对法国行政法的理解。

本卷的作品，一定程度上摹绘了转型时代中国行政法学未来的河川地脉。未来的行政法学一方面要继续着力于学理概念的精雕细刻，注重外国行政法和比较行政法的译介；另一方面应更加关注真实世界的行政法问题，提倡多彩的、实证的个案问题导向型研究。面对全球化、民营化、信息化等崭新趋势，如何能够冷静而热烈地建构起自治且开放的现代行政法学，这应该成为未来行政法学者所共同面对的课题。《公法研究》愿意为此提供一个不间断的公共平台，为我国的公法学研究贡献自己绵薄的力量。

《公法研究》编辑部

2005 年 6 月 8 日于杭州

# 目 录

## 主题研讨：民营化时代下的中国行政法

|                                                 |               |
|-------------------------------------------------|---------------|
| 行政法学视野中的民营化 .....                               | 章志远 (1)       |
| 行政改革中公用事业的民营化 .....                             | 李 昕 (22)      |
| 公法学视野下的美国福利民营化：学理与实践 .....                      | 胡敏洁 (48)      |
| 日本电信事业领域的规制改革与竞争政策——第一种电信<br>事业者的连结义务 .....     | 钟文兴 (60)      |
| 论行政法上的信赖保护原则 .....                              | 李洪雷 (73)      |
| 成本效益分析方法在行政法上的运用——以《行政许可法》<br>第 20、21 条为例 ..... | 于立深 (106)     |
| 行政许可的后续监管 .....                                 | 刘文静 (122)     |
| 我国土地征收及补偿制度完善的思考 .....                          | 耿宝建 顾大松 (130) |
| 行政规划与民营经济发展 .....                               | 周佑勇 王青斌 (141) |
| 从档案公开看政府信息公开制度的完善——以行政公开第一案<br>为契机 .....        | 刘飞宇 (151)     |
| 行政诉讼原告资格——“法律上利害关系”要件研究 .....                   | 斯金锦 (164)     |
| 论行政审判依据——以成文法依据为中心 .....                        | 蒋中东 (182)     |
| 财产权入宪和宪政正义 .....                                | 范亚峰 (205)     |



## 2 目 录

### “红帽子”企业的财产权与法律保护——从温州“鹿运事件”

出发 ..... 湛中乐 韩春晖 (209)

### 当前民营经济权益保护面临的制度性障碍——从盐城建湖案

与泰兴 316 省道拆迁公告案说起 ..... 肖泽晟 (225)

长三角经济一体化背景下的法制协调 ..... 叶必丰 (247)

个体、私营等非公有制经济法制环境调研报告 ..... 黎 军 (267)

司法介入高校学生管理纠纷范围的界定 ..... 程雁雷 (281)

### 民营化和全球化下的民主问题：通过行政法让

市场更负责任 ..... Alfred C. Aman 著，樊 川译 (290)

民营化的社会限制 ..... Tony Prosser 著，葛宗萍译 (317)

民营化——英国实践 ..... Cosmo Graham 著，孟 晋译 (342)

### 财产权：社会保障改革中的隐含

问题 ..... Charles E. Rounds Jr. 著，宋华琳译 (364)

法国行政法精要 ..... Trescher Bruno 著，沈军译，张艺耀校 (374)

“民营化时代下的中国行政法”学术研讨会综述 ..... 高春燕 (417)

# 主题研讨：民营化时代下的中国行政法

## 行政法学视野中的民营化

章志远\*

### 一、民营化的兴起及其积极意义

自20世纪70年代以来,随着公共事务的日趋多样化和复杂化,传统的官僚化政府显得格外迟钝。“政府失灵”促使人们开始反思政府垄断社会公共管理事务的正当性和有效性。于是,一场声势浩大的公共行政改革运动几乎同时在西方国家发起。无论是欧美发达国家还是其他发展中国家,无不将放松行政规制、提高政府效能、增进公共利益作为其治道变革的共同目标。从大的方面来说,这场“重塑政府”的新公共管理运动的主要内容包括“政府职能的市场化、政府行为的法治化、政府决策的民主化、政府权力的多中心化。政府职能的市场化包括国有企业的民营化、公共事务引入内部市场机制等”。<sup>〔1〕</sup>在这一过程中,“更多依靠民间机构,更少依赖政府来满足公众需求”<sup>〔2〕</sup>的民营化(Privatization)方式因为契合了“政府退缩、市场回归”的题旨而备受各国的青睐,进而成为各国公共行政改革的重要举措。

值得注意的是,民营化并不意味着国家承担公共行政义务和责任的彻底免除(即所谓的“国家除任务化”),它仅仅表明私人部门对某些公共行政事务程度不同的参与。正如世界民营化大师E. S. 萨瓦斯所言:“民营化不

---

\* 苏州大学法学院副教授,法学博士。

〔1〕 [美]埃莉诺·奥斯特罗姆著,余逊达等译:《公共事物的治理之道》,上海三联书店2000年版,译丛总序第1页。

〔2〕 E. S. Savas, *Privatization: The Key to Better Government*, Chatham House, 1987, p. 3.

仅是一个管理工具,更是一个社会治理的基本战略。它根植于这样一些最基本的哲学或社会信念,即政府自身和政府自由健康社会中相对于其他社会组织的适当角色。民营化是一种手段而不是目的;目的是更好的政府,更美好的社会。”〔3〕通常地,根据私人部门参与公共事务程度的不同,可以将民营化分为实质民营化和形式民营化两种类型。其中,实质民营化又称为行政任务的民营化,指的是特定行政事务的公共属性不变,但国家本身不再负担执行或负担全部执行,而开放由民间部门负责或提供。例如,在城市基础设施的经营上,国家就可以通过特许(如 BOT 模式)等方式吸引民间参与。在特许制下,政府通常授予某一私人组织一种排他性的权利——直接向公众出售其服务和产品,民营部门则往往为此向政府付费。形式民营化又称为功能的民营化,指的是特定行政事务仍由国家承担且不放弃自身执行的责任,仅在执行阶段借助于私人部门的力量完成既定的行政任务。功能的民营化主要有行政助手、专家参与、行政委托及合同外包等形式,除合同外包适用于公共服务领域外,其他几种形式主要适用于公共权力领域。

一般认为,民营化源于 1979 年英国撒切尔政府基于新自由主义意识而大刀阔斧地推行一系列激进的非国有化运动,这场改革波及英国的电信、电力、民航、燃油、自来水等多个领域。英国的民营化政策主要采取的是向社会公众出售国有资产、放松政府管制、通过特许经营、合同承包鼓励私人部门提供可市场化的产品及服务等形式。在美国,自 1980 年里根政府上台之后,历届政府都雄心勃勃地推行民营化战略。美国公共行政民营化的主要方式有三:一是委托授权,即以合同承包、特许经营、补贴、法律直接授权等方式将公共事业委托给民间力量经营;二是政府撤资,即以出售、无偿赠与等方式将政府财产转让给企业、公众、雇员或消费者;三是政府淡出,即政府逐步放松规制,从特定的公共管理领域退出而由民间力量补缺。值得关注的是,美国民营化的适用范围极其广阔,除了公用事业之外,包括监狱管理、戒毒戒酒、消防、铸币甚至军务在内的事项也不同程度地吸收私人部门参与。根据粗略计算,如今美国至少有 200 种服务是由承包商向政府提供

---

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

的。<sup>〔4〕</sup>受英美民营化成功经验的影响,自20世纪80年代中期以来,德国、法国等西方工业化国家,日本、韩国、我国台湾等东亚新兴工业化国家和地区,拉美的墨西哥、巴西、智利等发展中国家,甚至前苏联及东欧诸社会主义国家都展开了大规模的民营化改革运动。环顾当今世界,民营化正以范围的扩大化、方式的多元化及运作的法制化而席卷全球。

在我国,二十多年来,行政规制改革也伴随着改革开放的逐步推进而不断深入。从某种意义上来说,我国改革开放的全部过程就是政府不断放松行政规制的过程。在这一背景之下,公共行政的民营化尽管不断受到世人的怀疑甚至责问,但它却依旧在中国体制转轨的征途中一路高歌猛进。我国公共行政的民营化最初主要表现为公用事业的民营化,即在关系国计民生的市政公用事业领域,由政府通过招标投标、与企业签订合同等形式吸收民间资本参与经营和管理。2002年12月27日建设部发布了《关于加快市政公用行业市场化进程的意见通知》,明确提出“鼓励社会资金、外国资本采取独资、合资、合作等多种形式,参与市政公用设施的建设,形成多元化的投资结构”。不到一个月,江苏省人民政府发布了《关于进一步推进全省城市市政公用事业改革的意见》,准备在1到2年内实现城市市政公用事业的政事分开、政企分开和事企分开,允许社会资金投资建设城市市政公用项目,以经营城市的手段开发市政公用潜在资源,逐渐建立起多元化的城市市政公用事业投资体制。江苏省的这一做法在全国引起了强烈反响,公用事业领域中的“国退民进”现象一时成为世人关注的焦点。而在民营经济异常活跃的浙江温州,当地政府则在近期率先提出了“非禁即入、有需则让”的口号,意在进一步打破行业垄断、部门垄断和地域限制,除关系国家安全、社会公共利益和市场不能有效配置资源的领域外,都要放手让非公经济的投资主体进入。<sup>〔5〕</sup>值得关注的是,近年来民营化在我国的发展也已越出了传统的市政公用事业领域而日益扩展到行政组织、秩序行政等其他场域。例如,中国证监会的前任主要负责人即是从香港高薪聘用的;深圳市在国有企业领导的选聘上不再沿用上级产权单位直接委派的做法,而是探索通过市场化的模式委托猎头公司推荐产生;作为公办高校的苏州大学,其法学院则以捐资兴建

〔4〕 [美] E. S. 萨瓦斯著,周志忍等译:《民营化与公私部门的伙伴关系》,中国人民大学出版社2002年版,第75页。

〔5〕 参见《报刊文摘》2004年11月3日第一版的报道。

的私营业主王健先生的名义命名,其办学理念、发展规划均受到王氏基金会的影响。在社会治安、消防、戒毒等传统的干涉行政领域,民营化也正以一股不可阻挡的潮流涌入其中。就在人们还在为几年前河南方城县推行“农村社会治安有偿承包”进行激烈争辩的时候,这一新的举措如今又在陕西、浙江等地悄然兴起。同样是在浙江温州,“老板消防队”和“海上戒毒船”的出现则更凸显了公共部门与私人部门之间的亲密伙伴关系,预示着民间力量除了能够参与公共服务的提供以外,在传统的秩序行政领域同样大有用武之地。<sup>[6]</sup>

上面的鸟瞰业已显示:尽管各国民营化的范围和进度各有不同,且民营化的过程始终伴随着各种争论,但民营化已成为全球范围内政府改革的一种新取向和政府治理的新战略,无论是社会主义国家还是资本主义国家,无论是西方发达国家还是发展中国家,无论是民主国家还是专制国家,都在积极地推行和实施公共行政的民营化改革。民营化不仅不是行政改革的权宜之计,而且还是不可逆转的潮流所向。具体来说,公共行政民营化的积极意义体现在以下三个方面:

1. 民营化打破了政府对公共事务的垄断,预示着单中心的统治模式向多中心的治理模式的嬗变。自20世纪初以来,随着经济的发展和科技的进步,各种社会问题滋生,迫切需要政府进行必要的干预。于是,“行政国家”时代悄然来临。行政机构和行政人员的迅猛增长、行政职能的急剧扩张、行政裁量的大量涌现是行政国家的典型标志。在这样的时代,掌握行政权的政府垄断了一切公共管理事务,公民个人和社会组织的自治空间完全被吞噬。加之“行政权力的运动是自上而下的放射状结构,且每经过一层中介其放射都要扩大一定的范围,而各级权力行使者又常常产生扩大权力的冲动”,因而“行政权力具有一种无限延伸的动力”,政府也因此而成为统治(Government)的惟一中心。<sup>[7]</sup>然而,公共行政的民营化改革则彻底打破了政府垄断所有公共管理事务的格局,也消除了由此而带来的财政紧张、效率低下等一系列弊端。这是因为,民营化就是要充分利用多样化的所有制形式和运作关系来满足人们的需求,进而最大限度地实现公共利益。也就是说,私人部门不仅仅是单纯的自利者,而且还是提供公共服务和履行公共职能的

[6] 参见《南方周末》2004年4月1日A3版及2004年10月7日A4版的相关报道。

[7] 张国庆主编:《行政管理学概论》,北京大学出版社1990年版,第227页。

重要资源。这种公私部门之间的合作极大地调动了市场主体和社会组织的积极性,从而形成了权力的分散化与多中心化的治理(Governance)格局。在西方政治学中,“治理”是一种完全不同于“统治”的社会管理模式,二者遵循着截然相反的权力运作逻辑:“政府统治的权力运行方向总是自上而下的,它运用政府的政治权威,通过发号施令、制定政策和事实政策,对社会公共事务实行单一向度的管理。治理则是一个上下互动的管理过程,它主要通过合作、协商、伙伴关系、确立认同和共同的目标等方式实施对公共事务的管理。”〔8〕从这个意义上来说,治理实质上是国家的权力向社会的回归,其本身就是一个还政于民的过程。由此可见,民营化的大力推行预示着政府单中心的统治模式向政府、市场和社会相结合的多中心治理模式的嬗变。惟有通过公共部门与各种私人部门之间积极而有效的合作,才能最终实现“善治”(Good Governance)的目标。

2. 民营化契合了行政法民主化的发展趋势,预示着新的行政法人文精神的生成。现代政治是民主政治。民主化是我们这个时代的政治特征,也是人类社会不可阻挡的历史潮流。民主政治的要义是民主参与和民主监督。具体就行政法领域而言,民主化即意味着行政相对人全方位地参与行政权力的运行过程。对于普遍实行代议制民主的现代国家来说,要想克服这种间接民主制的先天不足,就必须努力发展直接参与制的民主。只有公民具有足够的政治权利参与公共事务的管理,才能与政府一道形成公共权威和公共秩序。可见,善治只有在民主政治的条件下才能真正实现,没有民主善治便不可能存在。〔9〕就公共行政的民营化来说,不论其适用于哪个领域(如给付行政或秩序行政),也不论其具体采取何种方式(如合同外包或特许经营等),在本质上都是尽可能地减少政府的作用,增加其他社会机构发挥作用的机会。也就是说,只要有助于公共服务质量的改进,只要能够促进行政效能的提高,只要能够获得公众的认可,任何私营企业、非赢利性组织、行业协会甚至个人都可以参与相应公共管理职能的履行。毫无疑问,民营化的推行符合行政法民主化的发展趋势。更重要的是,民营化的实施还有助于行政法精神的重塑。“行政法的精神是社会在运用行政法调整利益关系时所体现的一

〔8〕 俞可平:《权利政治与公益政治》,社会科学文献出版社2003年版,第134页。

〔9〕 E. S. Savas, *Privatization: The Key to Better Government*, Chatham House, 1987, p. 141.

种价值判断或道德取向,是行政法得以持续存在和良好运行的重要条件。”<sup>〔10〕</sup>如果说传统行政法的精神是对立、敌视和专横的话,那么伴随着民营化的实施,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的行政法人文精神正在形成。

3. 民营化提高了行政效能,符合现代福利国家对政府的角色期待。20世纪下半叶以来,因政府垄断一切公共管理事务而导致的财政危机和效能低下已为各国的实践所佐证。公共选择理论认为,“没有任何逻辑理由证明公共服务必须由政府官僚机构来提供”,摆脱困境的最好出路是打破政府的垄断地位、建立公私机构之间的竞争。<sup>〔11〕</sup>事实上,各国民营化改革的现实原因之一就在于政府垄断公共管理事务具有低效、无能和缺乏回应性的天然倾向。因此,“任何民营化努力的首要目标是(或者说应该是)将竞争和市场力量引入到公共服务、国企运营和公共资产利用过程中。”<sup>〔12〕</sup>从各国民营化的实践来看,效率的提高和效益的增进已成定律。究其原因,并不是政府部门人员的素质比私营部门低,“问题的实质不在于公营还是私营,而在于垄断还是竞争。在提供低成本、高质量的物品和服务方面,竞争往往优于垄断,而大多数政府活动又毫无必要地以垄断方式组织和运营。”<sup>〔13〕</sup>值得关注的是,随着福利国家时代的到来,人们普遍认识到政府活动对个人福利的巨大影响,因而对政府的期望值日益提高:希望政府提高服务水平,更好地满足自己日益增多的需求。<sup>〔14〕</sup>为此,政府职能必须适时完成转变,通过公私合作为社会成员提供更多更好的公共福利。可见,现代福利社会需要的是一

〔10〕 叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社1999年版,第22-23页。

〔11〕 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。

〔12〕 [美] E. S. 萨瓦斯著,周志忍等译:《民营化与公私部门的伙伴关系》,中国人民大学出版社2002年版,第124页。

〔13〕 [美] E. S. 萨瓦斯著,周志忍等译:《民营化与公私部门的伙伴关系》,中国人民大学出版社2002年版,第161页。

〔14〕 自德国行政法学者福斯多夫于1938年发表其成名作《作为服务主体的行政》一文以来,为满足人民生活所必需而提供之“生存照顾”业已成为现代行政的基本任务;后来,另一位德国行政法学者巴杜拉进一步阐述了福斯多夫“服务行政”的思想,提出“行政并非系国家实践法律与权力目的之手段,而是应作为国家福利目的之工具,来满足社会之需求”。参见陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第55、105页。在深受福斯多夫学说影响的日本,经过学者们不遗余力的阐释,给付行政的内容日益拓宽,已经涵盖了供给行政、社会保障行政及资助行政等诸多类型。参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第326页以下。

个“小而能”而非“大而全”的政府。正如美国学者彼得·德鲁克所言：“我们面对的不是‘国家的逐渐消亡’，相反，我们需要一个有活力的、强大的和非常活跃的政府。但是我们面临着一个选择，选择一个庞大的但软弱无力的政府，还是选择把我们自己局限于决策和指导从而把‘实干’让给他人去做的强有力的政府。我们需要一个能够治理和实行治理的政府。这不是一个实行‘实干’的政府，不是一个‘执行’的政府。这是一个‘治理’的政府。”<sup>〔15〕</sup>公共行政民营化的改革正是通过“政府瘦身”和“市场回归”，有效克服了行政国家的诸多缺陷，从而实现了现代福利国家对政府的角色期待。

需要指出的是，虽然民营化的浪潮已经在世界范围内风起云涌，但鉴于体制变革的异常复杂性和传统观念的巨大历史惯性，公共行政民营化在中国的道路注定是漫长而曲折的。诚如学者所言：“民营化就像拆除炸弹，必须审慎对待，因为错误的决定会导致危险的后果。”<sup>〔16〕</sup>所幸的是，近年来我国经济学界和行政学界已经对民营化问题给予了持续的关注。相比之下，从法学尤其是从行政法学角度探讨民营化的研究成果却并不多见。笔者认为，公共行政民营化的基本问题涉及到三个方面，即民营化的边界（在哪些行政领域可以实行民营化）、民营化的保障（如何推行民营化）以及对民营化的监管（如何消除民营化所带来的消极影响）等。为此，下文分别以“民营化与法律保留”、“民营化与程序保障”及“民营化与重新规制”为题，试图将公共行政的民营化问题纳入行政法学的视野中进行考察，努力求证如下命题：民营化需要在一定程度上接受现代行政法上法律保留原则的约束；惟有通过正当行政程序才能保障民营化的顺利推行；政府对民营化适度的重新规制是避免民营化陷入误区之根本之策。

## 二、民营化与法律保留

在现代行政法上，法律优先和法律保留被公认为行政法治主义的两项核

〔15〕 [美] 戴维·奥斯本、特德·盖布勒著，上海市政协编译组、东方编译所译：《改革政府——企业精神如何改革着公营部门》，上海译文出版社1996年版，第25页。

〔16〕 参见 [美] E. S. 萨瓦斯著，周志忍等译：《民营化与公私部门的伙伴关系》，中国人民大学出版社2002年版，第305页。



心原则。其中,法律优先原则是指一切行政活动都应当受现行法律的约束,行政机关不得采取任何与法律相抵触的措施。由于法律优先原则并不要求所有的行政活动都必须有明确的法律依据,只需要其不违背现行的法律规定即可,因而法律优先原则往往被视为消极意义上的依法行政原则。法律保留原则指的是行政机关只有在取得法律的授权时才能实施相应的行为,也就是说,一切行政活动都必须有明确的法律依据。由此可见,法律保留原则是积极意义上的依法行政原则。相比之下,法律保留原则的要求远比法律优先原则严格:后者只是(消极地)禁止违反现行法律,而前者则是(积极地)要求行政活动具有法律依据。在法律出现缺位时,后者并不禁止行政活动,而前者则排除任何行政活动。<sup>[17]</sup>

鉴于法律优先原则自身功能的有限性(当缺乏法律规定时,该原则即显得无能为力)及其无限制、无条件地适用于一切行政领域已为世所公认,因此,体现“行为有据”的法律保留原则在行政法治主义的实现中具有更为重要的意义,应当被视为依法行政的特有原则。就本文所探讨的主题而言,公共行政的民营化无疑应当遵循法律优先原则,当法律已经就行政机关必须亲自履行某行政事务作出明确规定时,行政机关就不得公然地违反法律规定而推行民营化举措。例如,根据我国《行政处罚法》的规定,限制公民人身自由的处罚只能由公安机关行使;又如,根据我国《立法法》、《行政法规制定程序条例》及《规章制定程序条例》的规定,行政立法职能只能由特定的行政机关在其职权范围内亲自实施。因此,限制公民人身自由、制定行政立法的职能就属于国家专有,任何民营化之举都是对法律优先原则的公然违背。然而,在大量的法律没有作出明确规定的领域,民营化是否能够大力推行呢?换言之,公共行政的民营化将如何接受法律保留原则的约束呢?这涉及到对法律保留原则适用范围以及调整密度的理解。

关于法律保留原则的适用范围是否及于全部或部分行政领域,行政法学理上存在较大分歧,先后出现过“侵害保留说”、“全部保留说”、“重要事项保留说”、“机关功能说”等不同的学说。“侵害保留说”认为,法律保留原则仅适用于行政机关侵害行政相对人的权利自由或课予其义务的情形之下,至于给付行政则不需要法律授权;“全部保留说”认为,包括侵害行政和给付行政在内的所有行政活动都应当具有法律依据;“重要事项保留说”

[17] [德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第104页。