

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2010.06.013

法学视角下公共服务民营化改革剖析

——问题、现状及规制研究*

曹剑光^{1,2}

(1. 福建行政学院 公共管理教研部,福州 350002;2. 福建江夏学院 公共管理系,福州 350108)

[摘要]法学视角下的公共服务民营化面临着公共服务民营化与传统公、私二分法理论冲突;公共服务民营化是否同时受公法和私法调整;公共服务民营化中是否适用“法律优先”和“法律保留”;公共服务民营化过程中是否存在“责任真空”等问题。中国的公共服务民营化改革在取得一定成绩的同时存在诸多问题,进一步改革面临重重障碍。应当理性认识公共服务民营化,构建规范公共服务民营化的法律体系,尤其是要防止出现“责任真空”的问题。

[关键词]法学视角;公共服务;民营化改革

[中图分类号]D922.187 [文献标志码]A [文章编号]1672-0598(2010)06-0071-07

一、公共服务民营化中的基本法律问题

“民营化已经成为席卷世界的滚滚洪流,不论是社会主义国家还是资本主义国家,不论是发达国家还是发展中国家,不论是民主国家还是专制国家,一百多个国家正在推行民营化,还有很多正在考虑实施。”^{[1]149}虽然民营化在实践中轰轰烈烈地进行着,但在各国公共服务民营化过程中不同程度地面临着一些法律问题,对这些问题的认识、解决思路关系到公共服务民营化的成效。

(一) 公共服务民营化与传统公、私二分法理论的冲突

公、私法的二元区分长期以来是大陆法系国家法学理论的基础。在法学史上,古罗马法学家乌尔比安首先对公法、私法的概念做出了经典表述“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益”^{[2]5-6}。素有行政法母国之称的法国,自十九世纪以来不断发展公法理论,从“公共权力说”到以狄骥为代表的波尔多学派提出“公务说”。按照“公务说”,政府通过执行法律为公众提供的服务即为公务,因该服务而产生的关系就是一种公共服

务关系,应当适用公法。1873年权限争议法庭所审判的布朗戈案件标志着法国在司法实践中开始采用公共服务标准。公务学说对其他大陆法系国家产生了深远的影响。而英美法系国家长期不认可公法、私法的区分,他们更多讨论的是公域和私域,处于他们法律实践和法学理论中心的仍是权利救济问题。但随着不同国家之间交流的增加及全球化的发展,二者之间界限日益模糊,“我们不能说大陆法系公法、私法的区分与英美法系的公私区分是完全等同的;但可以说两种区分在事实上有相当部门的重合,尤其是在具体案件处理中有诸多类似和相通之处”^{[3]31}。

传统的公共服务供给由行政机关垄断,行政机关采用官僚科层组织模式自上而下的集权控制的运作方式提供公共服务,公共服务供给组织及公共服务提供的行为均由公法约束,由此产生的纠纷通过行政诉讼的途径予以解决。但随着公共服务民营化的发展,公共服务民营化进程中从形式民营化、职能民营化到实质民营化发展,无论在组织形式上还是在行为模式上都不同程度打上私权的烙

* [收稿日期]2010-09-07

[基金项目]国家自然科学基金重点项目(70633001)“公共服务提供机制与方式”;教育部人文社会科学研究规划基金项目(09YJ810001)“基于服务质量的地方政府服务竞争力研究”;福建省社会科学规划研究项目(2009B040)

[作者简介]曹剑光(1973—),男,福建上杭县人;博士,副教授,在福建行政学院(福建江夏学院)任教,福建君立律师事务所律师,主要从事政府治理与改革、行政法研究。

印。公共服务民营化中出现的问题突破传统的公法、私法两分法的界限。长期以来被奉为至理名言的古罗马罗马法对公法和私法规范的性质的著名论述“公法的规范不得由个人之间协议而变更”,“而私法原则是协议就是法律”被颠覆。在追求平等、自由、民主、自治等理念的当今社会,由公共部门垄断公共服务已不能满足公共需求的状况下,公共服务组织中日益渗入私人因素,私法领域中的私法自治理念以及私有权神圣、契约自由、过失责任三大基本原则在公共服务领域的影响作用不断增强。“行政并不仅是行政行为和行政强制执行,而是使用各种各样的手段来实现其目的。行政,除从前范围内的公法上的方法以外,也使用所谓私法上的手段进行活动。”^{[4] 36}

(二) 公共服务民营化是否同时受公法和私法调整的问题

传统的法学理论、法律体系同实践中公共服务民营化产生严重的冲突,公共服务组织及相关行为到底是受私法还是受公法约束的问题是公共服务民营化过程中难以回避的问题。正如日本法学者美浓部达吉所指出的“从法律关系的性质上看,对于某单一的法律关系,并没有理由可以限定国家若非站在优越的意思主体的地位对付对方,即为站于私人对等的意思主体的地位而对付对方。在其为对等的意思主体而对付对方的限度内是私法,但在其发动优越的意思力的限度内却是公法的,单一的法律关系之并含此两种要素,在法律上为可能。”^{[5] 153} 本文认为,在公共服务民营化过程中由于多种公共服务形式包含着民事和行政两重法律关系,由此构成复合法律关系,在公共服务民营化中大量的公共服务组织及行为要受到公法和私法的双重约束,尤其是公法的约束并不能因民营化而解除,相反,公法的约束更为根本性,为此着重应当确立以下理念:

首先,民营化中的公共服务仍然受公法的约束。从总体而言,公法对公共服务体系构建、进一步的发展具有根本性的作用,公共服务只能在公法框架之中展开:公法通过创设公共权力、公民权利关系设立公共服务供求关系;公法通过规定公共服务基本原则的方式确立起公共服务骨架;公法依据公共性和可竞争性等标准在圈定公共服务范围的基础上对其加以内部排序;公法通过建构一种公私合作的运作模式来整合公共选择机制和私人选择机制,以寻求公共服务的供求平衡。^{[6] 53-55} 而在公共

服务运作中,即使私权的渗入,但公法的约束仍然是根本性的表现在:其一,受基本权利的拘束。从公共服务民营化的目的来看,民营化仅仅是个手段,主要目的是为了向公民更高效地提供公共服务以便更好保护公民的基本权利,公共服务民营化不可能脱离基本权利的约束。对于基本权利的约束主要体现在自由平等原则、财产权保障、禁止过度原则等方面。其二,受公法基本原理的拘束。公共服务的民营化并不改变公共服务的“公共性”,一方面,公共服务民营化中仍然存在法律优先、法律保留原则的限制问题。另一方面,公共服务民营化还要受信赖保护、比例原则、不当连结禁止等原则的制约。

其次,民营化中的公共服务同时受部分私法的约束。公共服务民营化毕竟借助私人的力量提供公共服务,在组织设立模式、公共服务提供方式等方面私法原理得到推行,相关行为必然受到私法的约束。其一,受意思自治原则约束。意思自治原则主要指契约自由。一个人是否为某事缔结契约,同谁缔结契约关系以及契约关系的内容等完全取决于当事人的自由意志。契约自由原则来源于亚当·斯密的自由主义经济学说,是自由主义思想在契约法上的反映;同时,契约自由原则也是十八世纪强调人类自由的政治哲学的反映,该哲学认为,每个人都应有完全的自由,以自己的方式去追求自己的利益,契约自由恰恰是个人意志自由的最高体现。公共服务民营化中强调“以私补公”、“公私合作”,这种合作很大程度上建立在平等主体之间意思自治的基础上。其二是诚信原则。其源自于罗马法上所述及的“一般恶意之抗辩”,其含义是指一切民事主体从事民事活动应遵守诺言,诚实不欺。公共服务中一旦采用私法的方式,私法上的诚信原则就有适用空间。其三,公共服务民营化中还受物权法、合同法、侵权法等具体私法规范的约束。

再次,应合理解决公共服务民营化中公法与私法的冲突。公共服务民营化中由于同时受公法和私法的约束,在实践中可能存在公法与私法在某一方面法律规范存在冲突的状况,则面临着到底应适用公法还是适用私法的问题。如德国股份公司法规定监事会中的指定代表成员没有适法性,而地方经济法却规定地方政府委派的监事会成员受指令的约束,两者之间存在冲突;就事后监督而言,公法的报告义务与公司法上的沉默义务(《公司法》第九十三条第一款)之间也存在冲突。^{[7] 444} 对于此

类问题的解决尚存在争议,基本思路是应当由立法机关对此进行权衡、确定,若公法的约束涉及大多数人的基本权利的保护时,公法的约束应当优先考虑。

此外,在公共服务民营化中出现公、私界限模糊,公法和私法并列适用的法律关系的状况,但现实中的法律体系还是按照公、私二元划分的方法调整相关法律关系,到底在公共服务民营化中出现的纠纷是依照公法提起行政诉讼还是依照私法提起民事诉讼存在很大争议,对此德国法学界提出“两级法律关系”的解决途径:对于此类法律问题分成两个不同的程序阶段,其中第一个程序阶段总是适用公法(调整“是否”的问题);而第二个程序阶段即可适用公法,也可以适用私法(调整“如何”问题)。^{[8]534}这种解决民营化纠纷的技术具有相当的现实意义,如根据德国《巴登·符腾堡州地方社区条例》第10条第2款、《北莱茵河威斯特法伦州社区条例》第18条第2款及《萨克森州社区条例》第10条第2款之规定,中小型企业经营者有权按照平等原则利用社区的公共设施,这样允许利用这些设施的问题(如在庆祝民间节日时规划使用场地)具有公法性质,受公法调整;而对于如何具体利用这些设施属于第二程序阶段的问题,则可以利用私法的方法来调整。^{[9]249}

(三)公共服务民营化中“法律优先”和“法律保留”问题

从原则上说,由于公共服务涉及全体公民的福祉,相关事务总体上属于公共领域,法律优先和法律保留原则理论上应适用于公共服务领域。但对于公共服务民营化过程中私权不断渗入的特殊状况下是否必须完全适用法律优先原则和法律保留原则值得进一步研究。

本文认为,法律优先原则强调的是“以法律形式出现的国家意志依法优先于其他形式表达的国家意志”,这种充分体现人民主权的原则并不会因民营化而有所改变,公共服务民营化中的种种措施、规章制度不得违反法律的规定。法律保留原则强调对涉及公民基本权利的时应当取得充分的法律授权。相比而言法律保留原则的要求远比法律优先原则严格:前者只是(消极地)禁止违反现行法律,而后者则是(积极地)要求行政活动具有法律依据。在法律出现缺位时,前者并不禁止行政活动,而后者则排除任何行政活动。^{[10]104}公共服务的提供涉及公民基本权利的保障,公共服务民营化间

接影响公民基本权利,这种间接的影响多大程度上要求公共服务民营化受法律保留的约束?

在此,本文倾向于“重要事项保留说”,即无论公共服务民营化程度如何,采用哪种形式,可遵循的基本准则是公共服务领域中涉及可能干涉公民基本权利的管制领域,对公民生存照顾的领域中凡涉及公民基本权利的实现与行使,以及涉及公共利益的领域中应当严格遵循法律保留原则,只是各类活动受拘束的程度和重点有所不同而已。而对于公民的基本权利不构成影响的一些简单的民营化形式(如仅在公共服务中起到“工具”作用的辅助性的协助)则没有法律保留的必要,以减少立法机关一些不必要的繁杂的立法控制活动。

(四)公共服务民营化中“责任真空”的问题

在公共服务民营化中不可避免出现一些问题如:国有资产的流失、公共利益受到忽视、引发腐败与私人垄断、公共责任缺失、带来新的社会稳定问题、引发政府管理危机等。^{[11]32-36}其中最核心的问题是一些公共部门通过民营化试图规避公法的约束,“遁入私法”而导致其应当承担的公共责任缺失,进而导致公共服务民营化背离了其行为的宗旨——更好地保障公民的基本权利,甚至致使公民基本权利受损。“随着民营化时代的到来,公法学者普遍担心,由于民营化允许政府部门将传统的政府义务通过合同外包等形式交由私人部门经营,政府部门自身即有可能规避宪法和法律固有的责任,从而导致传统公法理念被侵蚀以及公法义务体系全面失控,政府行为原理也使得大多数私人行为不必承担宪法责任,包括正当法律程序的要求,公法于是借道私法悄悄溜走了”。^{[12]172}

现实中,一方面公共部门可能“遁入私法”逃避责任,而另一方面公共服务民营化中参与公共服务的私人组织也不愿意承担责任,致使出现“责任真空”状态,最终导致公民基本权利遭受损失,此类问题在许多实行公共服务民营化的国家中不同程度地存在,包括发达国家。“在美国,大多数民营化企业仍然没有受到宪法关于自由裁量判断的限制以及行政法责任实施机制的制约。私人部门不需要遵守美国程序法典的要求,也不需要遵守信息自由法典关于信息披露的要求或者其他阳光法案要求的行政公开义务。私人合同承包商明显地规避了法律关于公共服务保护规则的适用以及适用于公共部门雇员的利益冲突和道德法则。”^{[12]173}对此,各国正探索解决途径,德国在此方面的理论

与实践无疑对各国均有一定借鉴意义:提出的针对不同民营化形式,国家承担“担保给付责任原则”、“控制与影响义务”;对于所有形式的公共服务民营化均要求遵循基本权利保障原则;此外,还通过预算法等具体法规以及“金股”等立法技术手段从不同程度防止出现“责任真空”状态的发生。

二、我国公共服务民营化改革现状剖析

美国学者萨瓦斯将中国称为“社会主义国家民营化的先驱”,认为中国的民营化始于1978年的农业部门改革^[13]¹⁵。中国公共服务民营化伴随着我国经济体制由计划经济向市场经济转变,从上个世纪90年代以来进入迅猛发展的时期。

(一)我国公共服务民营化改革的原因

公共服务民营化的核心是引入竞争机制,市场经济发展的实际历程表明,哪里有竞争,哪里就会取得较好的成果。竞争机制对于公共服务领域而言同样适用,其原因主要有^[14]⁴¹³⁻⁴²²:其一,政府权威制度与市场交换制度各有自己的功能优势和功能劣势,公共服务引入市场机制有利于促进公平与效率的统一;其二,公共服务供给过程存在成本与收益相分离的特点,为此采取市场竞争机制有利于约束公共服务内在膨胀,提高公共服务效率;其三,不同公共服务具有不同竞争性和外部效应性,公共服务具体形态的经济性质存在差异性为公共服务市场化在客观上创造了条件;其四,在公共服务过程中引入市场机制是提高民主实现程度的重要途径;其五,政府与社会的互动是推动公共服务的市场化进程的现实动力。具体对于我国而言,在我国改革发展的推进中,出现了公共服务的大量需求,导致了政府财政压力增大以及在旧体制下公共服务效率低、质量差等问题,公共服务民营化的改革理念进入了我国民众的视野,并被寄予了厚望。公共服务民营化对缓解我国政府财政压力;促进我国转变政府职能、精简政府机构;提高我国公共服务质量和效率及促进我国社会民主化等方面均具有重要意义。

(二)我国公共服务民营化改革现状

我国在公共服务领域进行的民营化改革开始于上个世纪九十年代初,其早期的基本特征是没有明确的整体推进政策,而是通过各地政府结合各自实际以逐步放开和试点的形式进行。2001年以后,国家相继出台《关于印发促进和引导民间投资的若干意见的通知》、《“十五”期间加快发展服务

业若干政策措施的意见》、《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》等政策法规,标志着民营化改革整体推进的开始。同时,各地也出台了一些相应的配套改革措施,如广州市在《关于促进个体私营经济上新水平的若干意见》中具体提出改革服务民营化的领域、范围方式等要求。^[15]³我国在公共服务市场化方面也进行了积极的尝试,取得了一些初步成效,具体表现在^[16]¹⁴⁶⁻¹⁴⁷:

一是在公共基础设施建设和投融资体制方面,逐步放宽了外商以及国内民营企业直接投资基础项目的限制,进行了BOT(建设——经营——移交)等项目融资方式的试点和推广。自1994年,福建省泉州市名流实业股份有限公司,率先在国内开创了国内民营资本投资国家基础设施的先河后,北京京通公路、上海黄浦江延安东路越江隧道复线工程等都以BOT的方式向海内外招标。

二是在科技、教育、卫生、文化、体育、环境保护等领域也部分地引进市场机制。如在教育、卫生、文化领域吸收了民间资金,出现了民办学校、民办医院等;通过发包方式选择园林绿化和环境卫生等非经营性项目的日常养护单位和承包单位,城市环卫所与城市清洁作业单位分离;房管所改制,在商务大楼和居民区引进物业管理公司,负责清洁、绿化和安全等工作。

三是实行政企分开,推行公司制改造,打破垄断,促进竞争。电力、电信、铁路、公路、航空等领域实行政企分开,将原来的部门进行公司化改造,使其走向市场化。例如,将电力部改制成电力工业总公司,在固定电话领域打破了由政府部门垄断经营的格局,成立了网通、铁通公司,形成多家电信公司竞争的格局。

四是推进政府审批制度改革,建立政府采购制度。2004年实施了《行政许可法》,各地政府的审批项目大幅度削减,平均减幅达到50%左右。与此同时,政府采购制度也在全国普遍建立,很多政府公共服务项目要实行公开招标。目前,这两方面的力度都在加大。这些措施可以视为公共服务市场化深化的一个重要方面。

五是在社区服务上,采取了政府购买服务的方式。社区服务一直以来都是政府部门直接提供的,不仅投入高、成本大,而且满足不了社区居民日益增加的需求。现在一些社区开始采用政府购买服务的方式,委托第三部门提供服务。例如,上海市潍坊社区科普中心委托上海青年会管理等。

在公共服务民营化取得一定积极成效的同时,我国公共服务民营化道路的探索中也曾出现背离公共服务以维护公共利益、提高全体国民福祉为主要宗旨的方向的状况。这主要体现在我国由计划经济转向有计划商品经济,最终转为市场经济过程中,国家对作为生活必需品的住房、公共教育、公共医疗卫生等基本公共服务事项的态度从一个极端(由政府“全包”)逐渐走向另一个极端(基本放手由市场解决),政府成为某种程度上的“甩手掌柜”,公民的一些宪法保护的基本权利得不到保护,导致民众对此反应强烈。2007年3月“两会”期间新华网“网民关注的‘两会’热点问题”调查显示,新“三座大山”(看病、住房、上学)分别以76%、65%、50%的得票率位居前列^[17]。民众的呼声引起高层的高度关注,2007年下半年起中央出台一系列政策法规大力发展廉租住房和经济适用房,并逐年从资金投入等多方面加大力度解决低收入群体住房困难问题。2009年4月开始以新医改确立基本公共卫生服务均等化目标,使公共医疗卫生服务回归“公益性”本旨。但在公共服务民营化道路的探索中仍然问题重重,如何全面、理性认识公共服务民营化?我国实行市场经济已近二十年,而市场经济实质就是法制经济,如何从法律制度上正确把控公共服务民营化的方向?如何有效平衡公共服务的公益性与经济效益二者之间的关系?这些是深化公共服务民营化改革所迫切必须解决的问题。

(三)我国公共服务民营化改革面临的障碍

我国国情与西方国家存在诸多重大差异,而公共服务民营化改革是一项复杂的系统工程,需要各方面的条件保证,如成熟的市场体制、民主化的公共决策、法制化的政府行为和成熟有效的技术支持等。因此,应当清醒认识到我国发展公共服务民营化过程中可能存在许多困境^{[18] 127-130}:其一,我国的整体发展水平还不高,公共服务市场化会导致很多观念的混淆或混乱。而我国传统的行政管理体制公共责任意识不强,而公共服务市场化在某种程度上会冲击政府的“公共”观念,如果盲目地推行公共服务民营化,跨越历史发展阶段地与西方“接轨”,甚至为了缓解财政危机甩“包袱”,则会产生很多难以预料的结果。其二,我国的相关约束机制还不健全,公共服务民营化易引发权力“寻租”问题。我国正处在社会转型时期,民主监督制度、招标投标制度、审计制度尚不健全,在这种情况下,单纯进行公共服务民营化改革,很难避免“暗箱操作”,

这不但不能提高公共服务的效率和质量,很有可能使公共服务民营化成为“权力寻租”提供了新的空间。其三,我国的现代社会基础还不成熟,可能会造成对公共服务民营化的认识偏差,导致市场原则泛化的结果。在一段时间里,我国各个领域民营化改革的呼声很高,如高校后勤社会化,教育、医疗、文化产业化等,但市场原则的泛化必然会形成公共服务的等级化,导致社会不公。对公共服务民营化认识的偏差,引发了社会公平问题,且在一些情况下导致公民所实际享受的公共服务没有增加反而减少了,对公民基本权利的保障产生负面影响。

此外,我国目前还存在各方利益掣肘、社会整合乏力、思想观念滞后等方面的困境。^{[19] 73-77}

三、有效规范我国的公共服务民营化改革

(一)正确认识公共服务民营化

“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。”^{[13] 305}对公共服务民营化进行有成效的实践的基础是对民营化有个正确、清醒的认识。

首先,要正确认识民营化的本质。目前对民营化的理论研究非常多,但萨瓦斯对民营化的本质的总结最具有代表性:“民营化不仅是一个管理工具,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”^{[13] 350}。换言之,民营化只是实现社会更健康发展、民众基本权利更好获得保障的一种手段,民营化本身并非目标。为此,我们在进行公共服务民营化中应当慎重考虑通过民营化是否能达到更好为民众提供优质公共服务的目的,而不能盲目“跟风”把民营化当作一种“时尚”,使“手段目的化”,这样的后果经常不能提高公共服务效率,甚至会使公共服务效率、质量下降。

其次,从法学视角上应当清醒认识公共服务民营化。第一,并非所有的公共服务都可以通过民营化以私法方式来实行,一些政府核心功能(原则上任何以物理强制力为后盾的国家任务都属于国家保留事项,包括军事、警察、司法、课税、刑罚、强制执行等)是不能授予私人的,所有的秩序公共行政和捐税公共行政不可能放弃公法上的主权;第二,政府的公共服务责任并不因以私法方式实现公共

目的而改变或转移,政府应当承担“最终担保给付责任”,无论采取何种形式,政府都应当承担使公民获得效率、质量不断提高的公共服务的责任,而不能利用公共服务民营化“遁入私法”,当起“甩手掌柜”而逃避责任。

第三,应当走积极稳妥地推行公共服务民营化改革的道路。虽然我国公共服务民营化已初见端倪,但与西方国家相比,还存在诸多制约因素,因此,我国的公共服务民营化改革不能急于求成,一蹴而就,更不能一哄而起。积极稳妥地推进公共服务民营化,可以在东部一些经济相对发达地区先行实验,可以对公共服务进行细分,先易后难。对于条件不具备或准备不充分的公共服务项目,切不可草率进行民营化改革。

(二) 构建规范公共服务民营化的法律体系

西方国家公共服务民营化改革都有一个共性:预先制定了较为完善的法律法规,使整个改革过程有法可依。“为了保证国家的利益,法国有关法律对私有化的基本原则、方式、技术手段、程序等作了严格而明确的规定,使私有化改革的实施具有法律依据。从私有化改革的一开始,法国政府就颁布了私有化法,此后又多次颁布法律法令予以完善和补充。这就从根本上避免了改革的随意性、盲目性和不确定性,保证了私有化改革的有序进行,保证了私有化实施的公正性和透明度,保证了国家利益和公民的合法权益得到维护。”^{[20] 44}我国目前的公共服务民营化改革还只停留在地方政府和某些部门的探索上,在目的上也是以减轻地方政府财政负担和减轻来自民营企业、外资企业投资压力为主,公共服务民营化改革的缺乏总体思路,相关法律法规非常缺乏。在民营化的法律依据上,我国虽然没有禁止性规定,同时也很难找到规范民营化运行的法律规定(在此主要是指宪法和法律层次的法律规范,至于政府规范性文件以及红头政策性文件则不少)。我国普遍存在民营化法律规范依据不足及法律位阶过低等问题,目前指导民营化操作的主要是行政机关的规范性文件甚至是内部通知。在这种状况下不要说绝对法律保留原则,即便最起码的相对保留原则也难以体现。^{[12] 113}

在此涉及公共服务制度建设的“建构理性主义”与“经验理性主义”的路径选择的问题。虽然“稳定压倒一切”特殊国情决定了我国采取渐进改革的模式,现实的一些公共服务制度确立也沿着此思路进行(从实践中获得经验再进行总结、升华为

普遍性政策,在实施中逐渐完善,再最后通过法定程序成为法律),但总体上还是应当走以建构理性主义为主,经验理性主义为辅的路径:一方面从法律的功能上看,法律应当具有一定指引作用、预测作用,应当具有一定前瞻性而不能仅仅是经验的总结和升华,不仅应当调整公民未来的行为,还应当尽可能规范公民当前的行为;另一方面,公共服务涉及公民基本权利的保障的根本性问题,低层次的法律规范及一些红头文件可能由于“内部性”、提高政绩等原因制定出一些偏离保护公民基本权利的公共服务民营化的政策、措施。为了防止公民基本权利受损,全国人民代表大会及其常委会作为最高民意机构应当义不容辞地承担“把关”的责任,尽快根据“法律保留”原则制定公共服务民营化的基本规则。在此基础上,逐渐完善公共服务民营化的法律体系,以改变当前公共服务民营化“无法可依”(此处法指高层次的法律规范)的尴尬状况。

(三) 防止出现“责任真空”

“大陆法系国家与英美发现国家在如下观点上似乎不谋而合:国家并不能因为‘民营化’就可放弃或推卸其所负的种种公法责任,国家只是可以尝试通过私人组织、私法手段更有效率地实现这种责任而已。”^{[31] 87}而我国在公共服务民营化改革中在一些方面存在“过度市场化”的现象,一些政府确实存在“甩包袱”的思想,把一些需要政府大量财政补贴的公共服务事项连同所应承担的责任统统推向市场,规避政府责任。上世纪八十年代中期,鉴于中央政府对社会福利的投资长期不足,民政部率先提出了社会福利社会化的口号,并随情况发展将社会化演进为市场化、产业化、民营化。接着,教育、卫生、体育、文化等部门也相继提出了类似的口号。事业单位的发展方向从此被导向企业化模式。近20年过去了,在事业单位改革中由于放权过度、约束不足,基础教育、卫生防疫等承担政府法定责任的机构乃至承担监督执法职能的机构也被允许创收,而且政府对于创收活动的内容、收入比例以及用途几乎没有限制。一些机构的业务活动内容及活动方式过分自由。很多机构的目标和行为偏离了社会事业发展的基本要求和规则规范,过分突出机构和小群体利益。社会事业领域出现了混乱局面。^{[11] 34}

我国目前由于缺乏必要的法律规范,一些政府存在异于公共利益的“自身利益”,政府和私人投资者作为共同的“理性人”,他们之间极可能产生

公共服务责任缺失与责任相互推诿的问题,存在“责任真空”现象:与政府机构合作的私营部门在公共服务民营化中可能认为宪法和法律没有规定其应承担何种公共责任,将相关责任推向政府,认为出现问题应当由政府承担相关责任;而政府机构也可能把责任推向私营部门,认为私营部门应当承担起与公共服务职能相应的责任。在这种相互推诿、“踢皮球”中公民的基本权利难以得到有效保护,这就背离了公共服务民营化的初衷。因此,应当借鉴德国等法律制度相对完善国家的经验,在高位阶法律中根据公共服务民营化的不同形式明确规定不同公共服务组织的保障公民基本权利等相关公法责任;更为重要的是禁止政府借民营化之名向市场“甩包袱”,重点强化政府对公共服务承担“最终担保给付责任”,即政府应当承担保障公民获得质量、效率不断提高的公共服务,使公民的基本权利获得充分保障的最终责任。

[参考文献]

- [1] Dennis A Rondinelli. Privatization, Governance, and Public Management: The Challenges Ahead [J]. Business and the Contemporary World, 10, no. 2, 1998.
- [2] 查士丁尼. 法学总论——法学阶梯[M]. 张企泰译. 北京:商务印书馆,1997.
- [3] 金自宁. 公法/私法二元区分的反思[M]. 北京:北京大学出版社,2007.
- [4] 盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺译. 北京:法律出版社,1999.
- [5] 美浓部达吉. 公法与私法[M]. 黄冯明译,北京:中国政法大学出版社,2003.
- [6] 袁曙宏等. 公法学分散与统一[M]. 北京:中国人民大

- 学出版社,2005:53-55.
- [7] 汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔. 行政法(第三卷)[M]. 高家伟译. 北京:商务印书馆,2007.
- [8] 罗尔夫·施托贝尔. 经济宪法与经济行政法[M]. 谢立斌译. 北京:商务印书馆,2008.
- [9] 罗尔夫·斯特博. 德国经济行政法[M]. 苏颖霞等译. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [10] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟译. 北京:法律出版社,2000.
- [11] 蔡放波. 公共服务市场化与政府责任[J]. 美中公共管理,2004(1).
- [12] 敖双红. 公共行政民营化法律问题研究[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [13] E·S·萨瓦斯. 民营化与公私部门的伙伴关系[M]. 周志忍等译. 北京:中国人民大学出版社,2002.
- [14] 宋世明. 美国行政改革研究[M]. 北京:国家行政学院出版社,1999.
- [15] 陈干全. 公共服务民营化及其政府管理研究[M]. 合肥:安徽大学出版社,2008.
- [16] 李彬. 关于我国公共服务市场化的思考[J]. 管理世界,2003(6).
- [17] 黄皓. “两会”网上调查:新“三座大山”再成关注焦点[EB/OL]. <http://news.gxnews.com.cn/staticpages/20070228/newgx45e52f27-974047.shtml>. 2007-02-28.
- [18] 何海兵. 公共服务市场化:西方理论与中国实践[J]. 学术交流,2006(4).
- [19] 孔凡河,蒋云根. 我国公共服务市场化的多维困境及其路径选择[J]. 学习与探索,2006(5).
- [20] 潘小娟. 法国公共部门的改革(下)[J]. 中国行政管理,2000(10).

(责任编辑:杨睿)

Law Perspective Analysis of Privatization of Public Service Reform

——Issues, Current Situation and Regulation

CAO Jian-guang^{1,2}

(1. Department of Public Administration, Fujian Administration School, Fuzhou 350002, China;

2. Department of Public Administration, Fujian Jiangxia Institute. Fuzhou 350108, China)

Abstract: Law perspective of privatization of Public Service is facing the following problems: first of all, the conflict between privatization of Public Service and the theory of the traditional public-private dichotomy; secondly, the issue that if privatization of Public Service is also subject to adjustment of public and private law; thirdly, the problem that if the principle of “legal precedence” and “legal reserves” is suitable for privatization of Public Service; fourthly, if there is “responsibility vacuum” in the process of privatization of Public Service and so on. Privatization of Public Service in China achieves certain results, at the same time there are many problems, and we have to overcome many obstacles to further reform. We should realize the privatization of Public Service rationally, set up the legal system of the restricting privatization of Public Service, and prevent a “responsibility vacuum” problem particularly.

Key words: law perspective; Public Service; privatization reform