

论政府购买公共服务合同中的公法责任

胡敏洁^{*}

内容提要 作为晚近中国政府改革的措施之一,政府购买公共服务逐渐为各地政府所推崇。这其中,民事责任已不足以解决所有问题,需要公法责任的补足。此时,公法责任的基础、主体和内容都发生了变化,其基础强调科层制和市场的耦合,主体包括行政机关(服务提供商)、私主体(服务购买商)两个维度。同时,内容上包括监管责任、保护性责任、担保责任等。由此,可对公私责任的分配窥见一斑,这也是未来行政法学研究的新课题。

关键词 政府购买公共服务合同 公法责任 契约治理

一、问题的提出

在各国行政改革中,作为政府治理工具的契约被逐渐运用于各个领域。早在 20 世纪 70 年代,新公共管理理论便具有这样一种指向,即强调私主体的管理、技术以及工具的引入,借助市场机制以改善竞争。在这种模式之中,政府是掌舵人而并非划桨人,也不再是服务的直接提供者。此后,围绕契约治理之中的诸多问题,包括对责任造成的可能威胁等,学者们展开了激烈的争论,但这却并未阻止契约治理的脚步。^① 政府购买公共服务便是其中的一种方式,它是指通过发挥市场机制作用,把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项,按照一定的方式和程序,交由具备条件的社会力量和事业单位承担,并由政府根据合同约定向其支付费用。^②

近年来,我国在强力推进政府购买服务,并先后颁布了《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(以下简称《指导意见》)、《政府购买服务管理办法(暂行)》^③(以下简称《暂行办法》)。截至 2016 年 7 月 15 日,地方政府已发布有关政府购买公共服务

* 南京大学法学院教授,法学博士。本文为国家社科基金 2012 年青年项目“政府购买公共服务与行政契约法制改革”(项目批准号:12CFX032)的研究成果之一。本文的公法责任重点讨论的是行政法上的责任。

① 外包(contracting out)、民营化(privatization)、购买服务(purchasing service)等用语都是该种背景之下的不同用语。

② 参见《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(国办发【2012】96 号)第 19 条,该条规定“按规定程序确定承接主体后,购买主体应当与承接主体签订合同,并可根据服务项目的需求特点,采取购买、委托、租赁、特许经营、战略合作等形式。”

③ 《政府购买服务管理办法(暂行)》(财综【2014】96 号)。

的规定共计94部。^④在上述规定指引下,越来越多的地方政府开始鼓励并采用购买服务方式。作为一种新生并不断发展的方式,在未来或会引发更多问题,需要法律加以规范和调整。例如,一旦采用契约方式来提供服务,由于政府不再是直接的服务提供者,其中的法律关系会转为民事法律关系,是否还会存在公法责任?例如,服务提供商不能按照相应质量要求提供服务,这种责任是否可以转由行政机关来承担?再比如,在公共服务的提供过程中,行政机关是否还需要承担必要的监管责任?这种责任与传统公法责任相比,又发生了何种变化?这些问题便是本文问题意识之缘起。

可以说,公法上的行政任务光谱均与责任相关,并决定着国家与私主体共同履行任务时国家所负责的范围与种类。^⑤这种公私责任的分配谱系也与行政实务操作、行政组织法规范等问题紧密相关。通过本文的研究,笔者认为,此时的公法责任在基础、主体和内容三个方面,已然不同于传统的公法责任体系。因此,对于行政法学而言,这也是一个新的时代课题。此处采用的“公法责任”概念是一个类型化的范畴,以强调其与私法责任的差异,不同于以请求权为基础的民事责任,大意是指需倚赖于公法规范(宪法规范/行政法规范)加以调整的责任。

二、缘何需要公法责任: 民事合同调整之不足

作为合同的一种类型,政府购买公共服务合同理应受到合同法的调整。缔结合同时的双方意思表示一致、权利义务的对等性以及对于违约责任的关注等。^⑥然而,细致加以考察,却会发现无法单独借助民事合同原理来解决政府购买公共服务合同中的相关问题。具体原因包括下述三点:

(一) 突破了民事合同中权利义务的相对性

依据传统民法的“合同相对性”^⑦理论,合同关系只能发生在特定的合同当事人之间,只有合同当事人一方能够基于合同向另一方提出请求或提起诉讼;与合同当事人不具有权利义务关系的第三人不能依据合同向合同当事人提出请求或诉讼,也不承担合同义务或责任。这也一直被视为民事合同的基本特征之一。伴随着现代合同法的发展,第三人利益合同的出现改变了这一状况,此类合同由合同当事人约定,由债务人向第三人履行债务,第三人可以直接向债务人请求合同的履行。^⑧

那么,沿着这样的逻辑进路,政府购买公共服务合同又是如何改变民事合同的相对

^④ 该数据来源于“北大法宝”数据库截至2015年12月15日之前的检索数据。

^⑤ 参见[德]Eberhard Schmidt-Aßmann《行政法总论作为秩序理念——行政法体系构建的基础与任务》,林明锵等译,台湾元照出版公司2009年版,第187页。

^⑥ 参见[英]A·G·盖斯特《英国合同法与案例》,张文镇、孙蕴珠等译,中国大百科全书出版社1998年版,第1页。

^⑦ 有关合同相对性的理论,可参见杨桢《英美契约法论》,北京大学出版社2007年版,第325-327页。其中,也讨论了第三人利益合同的相关问题。

^⑧ 我国民法学者对于“第三人利益合同”的讨论,代表性论文如叶金强《第三人利益合同研究》,载《比较法研究》2001年第4期;尹田《论涉他契约》,载《法学研究》2000年第1期。

性呢?从形式上来看,政府购买公共服务合同与第三人利益合同相当接近。因为,作为合同的双方当事人,即行政机关(服务购买商)和服务提供商,他们为“服务对象”设定了某种利益。例如,在一个典型的政府购买公共服务合同形成过程中,大体包括如下几个步骤:(1)政府决策;(2)选择政府购买服务提供商;(3)缔结合同;(4)合同的履行,即服务提供商对公共服务的提供,最终,合同缔结的服务领受者为公众。表面看起来,公众是第三人,但仔细加以比较,可以发现存在如下两点差异:其一,在政府购买公共服务合同中,其服务对象带有普遍性、广泛性的特征。实践中,这个公众可以是特定群体,如特定的老年人、低保户等,也可以是一般公众。无论是哪一类型,都很难明确究竟谁是服务的具体领受者。其二,也是更为重要的差别在于,政府购买公共服务合同的公共性目标决定了此类合同需要公法责任之履行。通过合同缔结来提供公共服务,本质上这是一种公共职能的履行。在个人无法自力获得服务的情况下,通过直接或者间接的方式满足社会公众基本生存和发展需要,也是政府基于公共利益需求的选择。^⑨

当然,何为公共服务,在我国当下的立法体系之中,却很难找到对这一概念的清晰界定。从该词的法渊源来看,法国行政法对其有着较为精准的定义。从具体内容或者实体构成上来分析,公共服务是指行政主体在同一公务中运用的所有手段以及分配的所有人手;从实际效用或功能来分析(这也是目前法国最常在判例中使用的界定方式),公共服务一般指行政主体为了确保公共利益的实现而实施之行为;公共服务并不仅仅单指一个行为的性质,而是指规制此类行为的所有法律制度。^⑩然而,在我国公共服务的界定很大程度上被泛化。进一步,基于《指导意见》的规定,“教育……等基本公共服务领域,要逐步加大政府向社会力量购买服务的力度。非基本公共服务领域,……凡适合社会力量承担的,都可以通过委托、承包、采购等方式交给社会力量承担。”^⑪从中我们可以判定,政府购买公共服务存在两种情形,即基本公共服务和非基本公共服务的购买。对于前者,关乎公民的权利,此时这种权利是一种直接关乎公民“获取基本公共服务”的公法权利。即使此时所采用的方式是类似于合同之类的私法方式,但就其目的而言也是公法意义上的目的。至于后者,对于非基本公共卫生服务的提供,由于其公益性和公共性的特征,也会使得此时合同的目的并非是一种私人利益。这点也不同于基于《中华人民共和国合同法》第7条而产生的公共利益拘束^⑫原则,基于第7条所产生的公共利益要求是作为一个外部制约规范而存在的,并非是一种合同的目的。

(二) 改变了民事合同缔结过程中的合意性

合同是由至少两人作出的内容一致的意思表示,每个作出意思表示的人,只要该意

^⑨ 参见马英娟《公共服务:概念溯源与标准厘定》,载《河北大学学报》(哲学社会科学版)2012年第2期。

^⑩ 参见沈军《法国公共服务概念辨析》,载《公法研究》第4卷。

^⑪ 《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》(国办发【2013】96号)。

^⑫ 《中华人民共和国合同法》第7条规定,“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会公共利益。”

思表示未到达受领人处之前,他就享有撤回权^⑬。可以说,在民事合同缔结过程中,“合意”是核心内容。然而,在政府购买公共服务合同中,这种合意却要受制于行政机关的主导权。首先,作为一项带有明显政策色彩的契约治理方式,行政机关决定在哪些领域采用契约或者不采用契约,这本身便属于裁量范围并与政府财政等因素密切相关。契约适用的领域、采用的具体方式、投入的资金等问题倚赖于该地区的财政预算,甚或需要服从于某一阶段的行政改革目标,这一层面的问题无法通过民事合同原理来加以解决。

其次,多数立法都会对承接主体的资质给予额外规定。例如,《安徽省人民政府办公厅关于政府向社会力量购买服务的实施意见》中规定:

承接主体……应是独立的法人,具有独立承担民事责任的能力,具备提供服务必需的各项条件。支持和鼓励由生产经营类事业单位转企改制形成的企业或社会组织平等参与政府购买服务。^⑭

《广东省政府向社会组织购买服务暂行办法》也有诸如此类规定:参与政府购买服务的社会组织应具备以下条件:依法设立,能独立承担民事责任;治理结构健全,内部管理和监督制度完善;具有独立的财务管理、财务核算和资产管理制度;具备提供公共服务所必需的设备和专业技术能力;有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录;在参与政府购买服务竞争前三年内无重大违法违纪行为,年检或年度考核合格,社会信誉良好;法律、法规规定的其他条件。

基于相关的研究数据统计,89.3%的地方政府对具备提供公共服务所需的设备、专业技术人员及相关资质做了规定;82.1%的政府规定应该依照有关法律法规登记注册,75%的政府规定具有独立承担民事责任的能力,71%的政府规定服务承接商应具有独立的财务管理、财务核算等制度;67.9%的政府规定应具有独立法人治理结构;64.3%的政府规定了其他方面的资质条件。^⑮由此可见,这种对于服务机构资质条件的事先设定也不同于民事合同的缔约条件,即仅要求订立合同的当事人具有相应的民事行为能力与民事权利能力。即使在后期确定服务主体资格的过程里,招标投标等程序也均由行政机关主导。在这种情况下,民事合同原有的合意性也有所改变。

(三) 违约责任的不对等性

在政府购买公共服务合同中,行政机关的违约责任和形态自然也会包括一般民事合同的违约类型,如拒绝履行、迟延履行、不完全履行等。^⑯

但在政府购买公共服务合同中,违约责任却具有不对等性。这种不对等性表现在

^⑬ 参见[德]汉斯·布洛克斯《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第122页。

^⑭ 参见《安徽省人民政府办公厅关于政府向社会力量购买服务的实施意见》(皖政办【2013】46号)。

^⑮ 作者统计了54个各地政府出台的政策性文件,对其中28个作出具体资质规定的文件进行了研究。参见伊强、朱晓红、刘向晖《社会组织承接政府购买服务的资质条件——基于地方政策文本的分析》,载清华大学公共管理学院NGO研究所编《中国非营利评论》(第13卷),社会科学文献出版社2014年版,第11-23页。

^⑯ 参见杨振山主编《民商法实务研究》(债权卷),山西经济出版社1998年版,第177-178页。

两个方面。一方面,对于作为服务购买商的行政机关违约责任约定较少,而对于服务提供商的违约责任则约定较多。如“深圳市政府购买社会工作专业化服务合同”中的示例“甲方有权对乙方进行指导、监督和审计工作,具体包括财务监督、服务指导、服务监督及综合评估工作,乙方须配合甲方的工作。”^{①⑦}这就意味着,一旦发生不能按照合同规定履约的情形,可能会直接导致合同无效或解除。另一方面,在政府购买公共服务中,行政机关也会通过处罚、强制等措施的实施来对服务提供对象加以监管。“服务提供商”同时也是违反行政法律规范的“被处罚对象”。这也使得“服务提供商”在实践中不大会出现“拒绝履行”的情形。

综上所述,作为一种合同形式,政府购买公共服务合同尽管存在着需要民事合同原理来调整的内容,但是,基于多方面因素的考量,仍需要公法责任的补足,这包括:契约治理方式的选择及公共性目标的确保;行政主导下的合同缔结及合意形成;合同履行及后续监督中的处罚、强制,这些方面都需要公法规范的调整及公法责任的确保。即使抛开这些不谈,对于一个纯粹的私合同而言,公法也在确保自主、尊严、尊重、身份、安全上具有其特有的价值。^{①⑧}

实际上,这一观点也在其他国家有所印证。例如,美国法为了解决民营化所带来的责任问题,特借助政府行为概念来加以解决,也还借用了正当程序等公法原则^{①⑨};德国法则发展出行政私法、双阶段行政行为理论等来解决责任问题^{②⑩}。尽管各国选择不同,但对公法责任的需求、关注与构建却是共同的选择。

三、政府购买公共服务合同中公法责任的转变

早期关于法律责任的经典论述源于哈特、凯尔森以及霍菲尔德。^{②⑪} 尽管三种论述各不相同,所探讨的责任构成要件也有所差异,但大体而言,责任都与归责机制相关联并强调“行为——法律后果”的对应性。具体到行政法学领域,责任概念则较为零散、不精确甚至内容过于宽泛,上述法理学的责任观点基本上都可以被转化并运用于行政法学中,进而形成的传统公法责任具备两个特点:(1)是一种基于层级制的责任架构,^{②⑫}强调

^{①⑦} “深圳市政府购买社会工作专业化服务合同(格式)”,载 <http://preview.sw.mca.gov.cn/article/zfgmfw/201305/20130500464107.shtml>,最后访问时间:2014年6月25日。

^{①⑧} 参见[新西兰]迈克尔·塔格特《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,第260页。

^{①⑨} 参见彭亚楠《谁才有资格违宪——美国宪法的“政府行为”理论》,载赵晓力编《宪法与公民》,上海人民出版社2004年版,第231-280页。

^{②⑩} 参见严益州《德国行政法上的双阶理论》,载《环球法律评论》2015年第1期。

^{②⑪} 参见[英]哈特《惩罚与责任》,王勇等译,华夏出版社1989年版,第202-203页;[德]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第73页。[美]霍菲尔德《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,第66-69页。

^{②⑫} 参见[美]珍妮特·V.登哈特、罗伯特·B.登哈特《新公共服务:服务而不是掌舵》,丁煌译,中国人民大学出版社2004年版,第125页。

行政机关、公务员的责任承担与履行。(2)以行政法律责任为主要内容,强调行政行为违法或者不当的确定,即违反其法定职责和义务而应依法承担的否定性法律后果,涉及到所有行政违法、不当及瑕疵所导致的不利后果。^{②③}为了确保公法责任的履行,也更为强调行政程序与诉讼的控制,以实现对其裁量权的有效拘束。可以说,在政府采用契约提供服务之前,责任的确定较为简单,私法责任和公法责任可谓泾渭分明。然而,采取契约提供服务之后,公法责任的基础、主体及其内容已然不同于传统的法律责任。

(一) 确定公法责任的特殊基础:科层制/市场的耦合

如上文所述,传统公法责任将视野集中于行政法律责任,更为关注行政机关及其公务员的违法行为。但是,当政府采用契约提供服务时,传统公法责任的基础,即科层制开始悄然发生变化。借助契约,大量的非营利组织、营利组织直接提供服务,市场得以介入其间。但由此形成的市场却并非纯粹的市场结构,经济学家、公共管理学者将其称为“准市场”,其特征就在于这种市场由政府建立;准市场中的服务提供通常都出于福利等公共需求;行政机关通常扮演购买商、监管者的角色;准市场里有不同的服务提供商;消费者并非最终的付费者。^{②④}尽管准市场可以集市场与政府优势于一身,但反之,也会出现政府和市场的双重失灵。例如,更容易因为单纯追求市场效率的提高进而忽略对公民权利的保障;再或者,公民只是其中的消费者,无法有效地进行服务质量的控制;公务员也缺乏改善服务质量和品质的动力,更容易被市场所俘获;同时,可能侵蚀民主价值等,进而存在责任的缺失。^{②⑤}因此,确定这种准市场下的公法责任,也需要考虑科层制与市场两个维度。

以政府购买的养老服务为例,实践中可能存在两种形式,即居家养老服务购买和机构养老服务购买。无论是何种服务提供方式,经政府购买服务之后基本服务项目的价格确定便分属物价部门、民政部门制定。如《南京市社区居家养老服务实施办法》^{②⑥}第18条规定,居家养老基本服务项目,包括助餐、助浴、助急等服务由物价部门确定,助老服务券(卡)的使用管理办法则由民政局制定。作为最终服务领受者的老人,可以对服务项目进行选择,例如拒绝信息终端平台的安装,也可以要求具有个性化的服务项目设计。作为市场自由选择的部分,此时强调服务的质量、效率。政府、行政机关如果为市场运作提供了良好的竞争环境,减少了市场和企业运行的成本,便可以被认为履行了相关的公法责任。

然而,作为合同的监管者,行政机关还应当考虑其他责任,如提供服务的公平性确保。例如,服务对象的选择问题。仍以《南京市社区居家养老服务实施办法》为例,其中

^{②③} 参见古力、余军《行政法律责任的规范分析》,载《中国法学》2004年第5期。

^{②④} Peter Vincent-Jones, *The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Quasi-Markets for Public Services*, Public law(Summer) (2003) .

^{②⑤} Ellen Dannint, *Red Tape or Accountability: Privatization, Public-ization and Public Values*, 15 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 111 (2006)

^{②⑥} 《南京市社区居家养老服务实施办法》(宁政规字【2013】20号)。

可以申请购买服务的对象,如城镇三无人员、农村五保人员、低保及低保边缘的老人;经济困难的失能、半失能老人;70周岁及以上的计生特扶老人以及百岁老人,将这些人员纳入政府购买服务对象,首先在于公平性的确保而并非市场选择问题。追根溯源,这是宪法上规定的公民权利和国家义务之具体化,如宪法第43条所规定的物质帮助权。

因此,在政府购买公共服务合同中,公法责任的考量不仅来源于市场效率的提高,而且是一种对于公平、个人尊严等公法价值的追求,这也会具体体现在公法责任的内容上,后文将进一步对此加以探讨。

(二) 公法责任主体的多元化

不同于传统的行政法律关系,在政府购买公共服务合同中,行政机关^{②7}(服务购买商)、服务提供商、公民之间形成了一个三元法律关系。有时,还会出现更多的主体,进而形成更为复杂的法律关系,如作为服务监督者的公民、第三方评估机构等第四方主体。如下图所示:

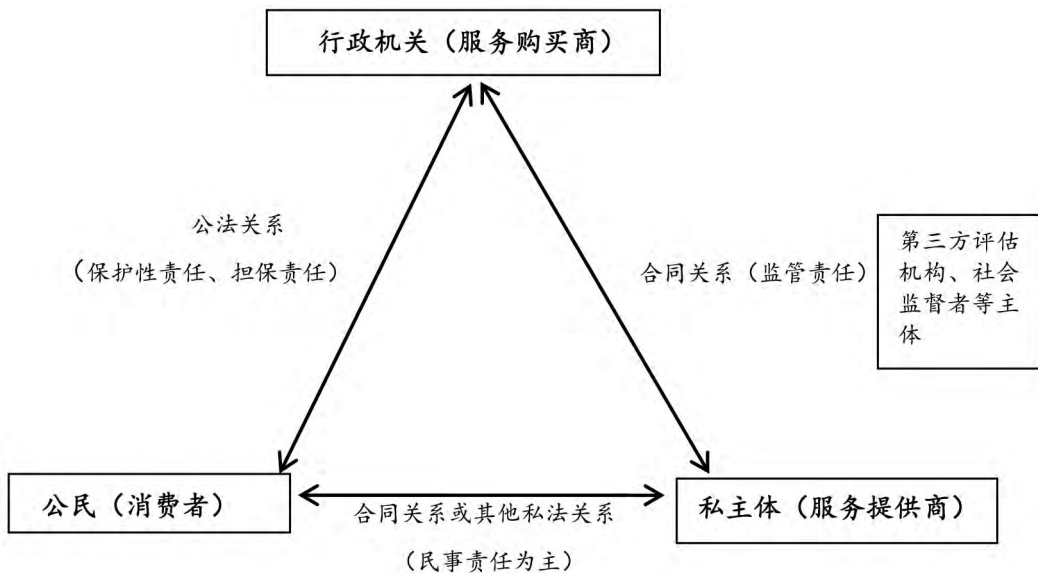


图: 法律关系的多元性

如上图所示,主体的多元性,使得此时的责任不再仅仅是行政机关的责任,作为服务提供商的私主体也会基于各种缘由成为公法责任的主体。由此,也会形成一种三元甚至多元的法律关系,在这样的法律关系之中,行政机关与公民、私主体之间的法律关系紧密度都更为疏远,首先第一位的应当是公民与私主体之间的民事法律关系,也以民

^{②7} 根据《暂行办法》第4条规定,政府购买服务的主体(以下简称购买主体)是各级行政机关和具有行政管理职能的事业单位。本文仅讨论作为政府购买服务主体的行政机关。

事责任为主。^{②⑧}多元的法律关系形成了一个复杂的治理网络,政府可以借此扩大治理范围,调动私人资源,使得不同主体共同形成政策,增加政府规制能力。^{②⑨}同时,也对行政机关的责任有着不同的要求。第三方评估机构则会作为相对中立的主体,客观地为服务效果等提供评价性意见。

(三) 公法责任内容的多样化

具体到公法责任的内容上,也会因主体的不同,表现为多层次的责任内容。

第一层面是行政机关的公法责任,具体包括行政机关对私主体的公法责任、行政机关对公民的公法责任。一方面,对于私主体而言,作为政府购买服务商,行政机关与私主体之间的责任多为民事责任。当行政机关基于公共利益要求变更或者改变合同时,则需要公法责任的承担。此外,政府及行政机关同时也具备另一个主体身份,即作为政府购买服务合同的监管者,也会要求公法责任承担。另一方面,对于公民而言,政府已经不再直接提供服务,这种责任看似已转嫁给服务提供商。然而,如果发生服务购买商违约的特定情形,或者基于购买服务合同目的的公共性,可能会面临着要求行政机关承担担保责任的可能性,此时的责任在很大程度上也与义务接近。此外,也包括保护性责任。

第二个层面是私主体的公法责任,这个层面仍以民事责任为主。因为对于私主体而言,公私责任分配机制之下的责任必须透过契约和法律规定才能够转嫁到私主体,而且始终是第二位的。^{③①}然而,会由于提供服务的性质、组织机构的性质或者目的等因素存在私主体承担公法责任的可能性与空间,如信息公开责任的履行等。

四、行政机关(服务购买商)的公法责任

多数情况下,行政机关作为服务购买商与服务提供商之间形成了一种民事合同关系,不需要承担公法责任。但是,基于上文的讨论,即使是作为服务购买商的行政机关因其身份的双重性,即它既作为合同当事人也作为监管主体,进而也要承担必要的公法责任。这种公法责任的承担表现在如下两个方面,其一是作为服务购买商的行政机关对于服务提供商的公法责任;其二是作为服务购买商的行政机关对于公民的公法责任。

(一) 行政机关(服务购买商)对服务提供商的公法责任

在这个层面上,公法责任已经不再集中于司法审查或法院为中心的责任追究,而转化为一种以“监管责任”为核心的责任理念。内容包括:行政机关需要制定具体规定,为

^{②⑧} 图中也通过线条的长短表达了这种疏离,较之公民与私主体的关系而言,行政机关和公民、私主体的距离都较为疏远。

^{②⑨} Jacob Torfing, *Governance Networks*, in David Levi-Faur (Editor), *Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press (2012), p103.

^{③①} 参见前引⑤,第190页。

服务提供商提供良好的竞争环境;选择合法且妥当的程序,规范服务提供商的选择过程并确保其提供服务之品质;规范竞争者、使用者与消费者之间的第三人保护机制;设立相关机制,以鼓励私主体不断创新和学习;赋予国家项目撤回选择权。这既要求传统的对于规则制定程序的强化,例如设计妥当的招标投标程序;也要求行政机关对合同及其市场给予恰当监管,如通过绩效评估制度的设计来对提供服务主体的服务质量等进行评价。

这种监管责任履行的核心在于提高行政机关的“合同管理能力”,即强调行政机关以合同监管为重心,对于合同缔结、签署、执行等环节加强监管。例如,《暂行办法》第20条规定,购买主体应当加强购买合同管理,督促承接主体严格履行合同,及时了解掌握购买项目实施进度,严格按照国库集中支付管理有关规定和合同执行进度支付款项,并根据实际需求和合同规定积极帮助承接主体做好与相关政府部门、服务对象的沟通、协调。第31条还明确规定了涉及到合同监管的绩效评估制度。因此在相应的责任条款里,也会因行政机关的监管不力而追究相关责任。例如,《南京市民政局购买服务实施办法》第23条规定,因对合同监管不力,导致合同不能履行或者终止的应当给予训诫或给予行政处分。^③

此外,还存在其他需要行政机关承担公法责任的地方。例如,在某些不适宜采用政府购买服务的领域,行政机关采用了这一方式。如国防、外交等事务领域。^④再比如,由于某种财政和政策性的因素使得行政机关终止某一项目的购买或合同履行时,会涉及到信赖利益保护原则的适用等。基于《中华人民共和国行政诉讼法》第12条第11项之规定“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的……”,可以提出行政诉讼。据此,可以将“等协议”理解为包括购买服务中涉及到的协议,对该类合同的不当、违法终止具有提出行政诉讼的可能性。

(二) 行政机关(服务购买商)对公民的公法责任

作为服务购买商的行政机关,虽然已经退出了直接的服务提供主体身份,但仍负有保护性责任及担保责任。

之所以将其概括为“保护性责任”,原因有三点:(1)很多情形下,作为最后的消费者,公民却并无法事前知晓服务的提供内容、提供主体等内容。契约多为服务购买方、服务提供商幕后签订,进而存在着严重的信息不对称情形,需要政府借助信息公开、完善参与程序等手段,承担更多的保护性责任;(2)在政府购买公共服务,尤其是在基本公

^③ 参见《南京市民政局购买服务实施办法》(宁社管【2014】1号)。

^④ 实际上,在这一领域是否适合契约治理的方式也一直是美国法上的主要论争之处。通过 Heionline 的检索与阅读,可以发现大量的论文中都探讨了国防、外交领域是否可以采用契约方式的问题,因为这些领域被认为是传统公权力的象征,不能被随意外包。参见 Paul R. Verkuil, *Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and what we Can do about it?* Cambridge University Press (2007). p. 9-11.

共服务的购买中,受益者多是弱势群体,获取并享受基本公共服务是公民的权利,提供基本公共服务也是政府的职责之一,不能单独依赖市场化方式。(3)公共服务的提供往往涉及到某种普遍性的公共利益,而带有公共性的目标设定。这在前文已有所涉及。基于上述三点缘由,即使从形式上看行政机关已经转而借用私法形式提供服务,但也需要承担这种保护性责任,为相对处于弱势地位的公民提供必要的信息导引和权利保障。

确立担保责任的目的则在于,当私主体无法实现公共服务提供目标时,由行政机关承担必要的责任,既确保公民最终利益的享有,也防止行政机关通过合同转嫁其责任,进而避免公法责任遁入私法。基于《中华人民共和国宪法》第2条规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”本质上,行政机关、国家对于担保责任的承担最终是人民利益的体现,并出于公民权利保障之需求。同保护性责任相比较,这是一种“兜底性”的责任。担保责任的内容主要包括:确保服务提供商提供服务不中断的担保责任;维护与促进市场竞争的担保责任;确保提供的服务具有持续性的合理价格并符合相应的服务质量;确保权利保障义务及国家赔偿责任承担的担保责任。^{③③}特别当政府通过购买服务的方式来提供一些涉及到公民基本生存福祉或对其有重大影响的设施时,更应强调担保责任的承担。例如,一些地方在租赁性住房领域所推进的政府购买服务,这些住房涉及到公民的基本生存保障,进而需要更为严格的监管和保护,一旦发生履约不当或不能,应由政府履行担保责任。^{③④}

五、私主体(服务提供商)的公法责任

基于合同关系,私主体与公民之间的责任仍以私法责任为主。然而,依旧会由于提供服务的公益性、合同的目的等因素存在着私主体承担公法责任的空间与可能性。

(一) 私主体承担公法责任的学理基础

在公私严格分立的时代,让私主体来承担公法责任并不具有正当性。但伴随着契约治理的出现,学说上已经采用了不同路径来解决私主体承担公法责任的理论基础问题。具体而言,有三种学说最为经典:

第一种是以法国法为代表的行政合同原理。作为行政合同制度较为发达的法国,它的行政合同制度较为宽泛。1873年权限裁判法庭作出的“布朗哥(Blanco)”案,提出将公共服务作为划定行政诉讼受案范围的标准,政府专员在其报告中指出由于公共服

^{③③} 参见前引⑤,第191页。

^{③④} 例如《深圳市人民政府办公厅关于印发政府购买服务的实施意见及两个配套文件通知》(深府办【2014】15号)附录中所注购买服务的范围中包括A0801项“公共租赁住房的提供”是指“由市或区住房保障部门向市场租赁或购买合适房源,配租给符合条件的住房困难群体。”

务的原因(民事法庭)绝对没有权力去管辖所有针对行政机关的诉讼,不论该诉讼标的为何,即便该诉讼标的是要求民事法庭对行政机关的行为进行撤销、变更或解释。”^⑤此后,基于公共服务的宽泛涵义,再加之行政合同所具有的普遍性,在法国法上,私主体(服务提供商)与服务购买商之间的法律关系可能会构成一种行政合同,进而受到公法规则的调整。具体的类型化等问题本文则无法展开。

第二种是以美国法为代表的政府行为原理。伴随着越来越多的私主体开始承担行政任务,美国联邦最高法院通过大量的案例认为,在某些情况下,表面上的私行为也可能被认定为政府行为,“当政府深深地卷入私人行为,尽管这些行为具有私行为的表象,但从本质上来看仍旧可以被视为政府行为”,这是在公共事业和服务民营化背景下政府行为原理的具体应用。那些本质上是公共的(根据目前对于政府责任的理解)或者政府退出了相同的服务提供(进而,致使公民依赖私人进行的公共服务)时,应将私主体的行为视为政府行为。^⑥

第三种是以英国法为代表的授权原理。同其他国家不同,英国法则会采用授权原理来解释这一现象,即认为政府合同的产生是授权的产物,进而会基于授权原理建构一套公私混合的体系,而并非设立独立的行政合同制度。英国法会选择在政府合同的法律体系及技术框架之下,融入诸如公平、公开、理性和责任等内容来体现公法价值的安排,以解决适用私法规范可能导致政府对公共利益的侵损等问题。^⑦

基于本文的旨趣,在此无法对该问题给予更为详尽的论证,只是粗略勾勒出不同国家解决私主体承担公法责任的理论基础,上述几种学说均产生于该国的制度背景之下,在我国又应如何确定呢?

对于“行政合同说”,作为一个大陆法系上长久以来争议不休的行政合同概念,中国法上亦然。我国行政法学者在合同法制定时,也围绕行政合同的概念可以成立展开了激烈的讨论并由此形成了完全不同的两种观点。应松年教授在《法制日报》上发表了《行政合同不容忽视》^⑧一文,指出合同法应对行政合同加以单独规定。民法学者梁慧星教授对此发表了针锋相对的观点,认为行政合同只存在于行政权力作用领域,例如财政包干合同。本质上属于市场交易的行为,即使一方当事人为行政机关(如政府采购合同),即使法律规定实行强制签约(如粮食定购),也仍然属于民事合同。^⑨以此为例证,有关行政契约的含义以及其与民事契约的争议长期以来争论不休。甚至有学者称,行

^⑤ 王名扬《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第23页。

^⑥ 参见[以色列]Daphne Barak-Erez《民营化时代的政府行为》,胡敏洁译,载《行政法论丛》第13卷,法律出版社2010年版,第429-450页。

^⑦ 参见[英]彼得·莱兰、戈登·安东尼《英国行政法教科书》,杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第551-560页。

^⑧ 参见应松年《行政合同不容忽视》,载《法制日报》1997年6月9日第4版。

^⑨ 参见梁慧星《中国统一合同法的起草》,载《民商法论丛》第9卷,第29-30页。

政契约是一个根本不存在的假概念。^⑩目前我国学者对此所产生的不同争议和见解,使得我们更多的聚焦于概念的论证而缺乏对实践问题的解释力,机械地采取这样的观念并不利于问题的解决。对此,已有学者对我国法上存在的政府合同合法性危机提出了批评,认为我国法上有太多的意见固守陈规,不愿意承认包括行政和民事因素的混合性合同的存在。^⑪实际上,当下包括政府购买公共服务合同在内的诸多合同,由于其主体、内容、类型的多样化,使得很难对其进行简单的公私合同属性认定,反倒更需要借助公私合力来共同实现合同目标,简单机械地一刀拦断并不利于实际问题的解决。

那么,是否可以采用美国法的政府行为原理呢?即使在美国法上,政府行为的概念依然混乱不清且时常容易改变,法院常常面临着各种需要对政府行为加以确定的案件。更何况,在我国现有的制度框架下,政府权力与私主体的行为界限并不明晰,任何社会的行为都可能是政府“公共职能”的履行。此外,对于尚属“羸弱”地位的社会组织而言,事实上还不足以承担太多的公法责任,在当下也不宜过于扩大这种责任。“行政法学者应该在未经慎重考虑之前,也不应该简单地将私人主体视作行政机关加以限制,过多的拘束可能会加重它们的负担,减损民营化的收益。”^⑫因此这一理论如果适用于中国可能会出现界限难以厘清,泛化公共职能的问题。

故此,笔者更倾向于采用“授权说”来为私主体承担公法责任提供法规范以及学说支持。原因在于,当下在中国法若采用“授权说”存在既有的规范基础。例如,《中华人民共和国行政许可法》、《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国行政强制法》等在立法条文中规定了“授权组织”这一概念。2014年新修订的《中华人民共和国行政诉讼法》第2条^⑬,也将法律、法规、规章授权作出的行政行为涵盖于其中,这都为私主体承担公法责任提供了相应的基础,也更符合中国的实际情况。

(二) 不同类型服务提供商的公法责任

《暂行办法》第6条规定:承接政府购买服务的主体(以下简称承接主体),包括在登记管理部门登记或经国务院批准免予登记的社会组织、按事业单位分类改革应划入公益二类^⑭或转为企业的事业单位,依法在工商管理或行业主管部门登记成立的企业、机构等社会力量。

以上海市杨浦区在其网站上公布的2014年第二批杨浦区政府购买社会组织公共服务项目中标结果为分析对象,可以看到其中涉及到的组织有:上海壹方社会服务事业

^⑩ 参见阎磊《行政契约批判》,知识产权出版社2011年版。

^⑪ 参见于安《降低政府规制——经济全球化时代的行政法》,法律出版社2003年版,第153-154页。

^⑫ Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N. Y. U. L. Rev. 543 (2000).

^⑬ 《中华人民共和国行政诉讼法》第2条规定“前款所称行政行为,包括依照法律、法规、规章授权作出的行政行为。”

^⑭ 《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》【中发〔2011〕5号】第9条规定“根据职责任务、服务对象和资源分配等情况,将从事公益服务的事业单位细分为两类:承担义务教育、基础性科研、公共文化、公共卫生及基层的基本医疗服务等基本公益服务,不能或不宜由市场配置资源的,划入公益一类;承担高等教育、非营利医疗等公益服务,可部分由市场配置资源的,划入公益二类。具体由各地结合实际研究确定。”

发展中心、上海巴伐利亚职业技能培训学校、上海仁宇社会事务服务中心、上海海阳老年事业发展服务中心、杨浦阳光社区服务管理中心、上海长宁区心理咨询师协会、上海青籽社会工作服务以及上海乐爱社工师事务所。^⑤ 这些组织就性质来看,属于民办非企业单位或者公益性社会组织。社会组织是政府购买服务的主要对象。当然,也存在着向商业机构购买服务的情形,如政府向商业保险机构购买医疗保险。当下,这一责任尤以信息公开责任为主。对此,《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》)和《国务院政府信息公开条例》^⑥也是现有两部涉及政府购买公共服务信息公开的主要依据。此外,《企业信息公示暂行条例》^⑦中也规定,法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织公示企业信息适用本条例关于政府部门公示企业信息的规定。即使是商业机构从事了类似的活动,由于提供服务的“公共性”,亦需要履行信息公开的责任。

六、确保责任实现的相关机制

基于政府购买公共服务合同中,公法责任主体、内容的多元性与复杂性,进一步考察政府购买公共服务的实践,可以发现在立法规范上,仍存在需要进一步厘清与完善之处;对于监管责任以及私主体责任的强调,也需要相应的制度完善来加以确保。

(一) 相关规定的完善

上文所讨论的公法责任特征仅是停留在理论层面,实践中又是否可以被确认并追究呢?这一问题的提出也恰恰揭示出当下中国立法和政策设计中的缺陷。在我们对现有的立法和实践加以考察后,发现在其中并不能找寻到相应的答案。《指导意见》对于“责任”并未给予专门章节加以规定,不能不说是个缺憾。《暂行办法》第六章涉及到部分公法责任的内容,如监督、监管责任等。如第35条规定“购买主体应当建立监督检查机制,加强对政府购买服务的全过程监督,积极配合有关部门将承接主体的承接政府购买服务行为纳入年检(报)、评估、执法等监管体系。从“应当”的用语可以判断出,这属于政府的法定责任要求,但是对于违反这一责任的法律后果,却并未给予规定,这需要在今后的立法中加以完善。

进一步,地方立法会采用四种模式来对政府购买公共服务的行为加以调整:(1)未

^⑤ “2014年第二批杨浦区政府购买社会组织公共服务项目中标结果公示”,载 http://zfgmfw.shyp.gov.cn/xwdt/qmzj/201405/t20140526_974.html,最后访问时间:2014年12月17日。

^⑥ 《国务院政府信息公开条例》第37条规定,“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息的公开,参照本条例执行”。

^⑦ 参见《企业信息公示暂行条例》(中华人民共和国国务院令 第654号)。

明确规定法律适用^{④⑨}; (2) 对其中适用政府采购法的购买行为加以特殊规定^{④⑩}; (3) 适用政府采购法与合同法;^{⑤⑪} (4) 直接适用合同法。^{⑤⑫} 旧有的《政府采购法》及《政府采购法实施条例》中的“服务”,包括各类专业服务、信息网络开发服务、金融保险服务、运输服务,以及维修与维护服务等,并不包含公共服务。为了解决这一问题,2014年修订的《政府采购法》在第2条规定,“政府采购法第二条所称服务,包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。”以此为依据,采用政府采购方式进行的政府购买服务可以受到该法的调整。

然而,其他政府购买服务方式还包括租赁、委托、承包、特许经营、战略合作、公共私营合作制(PPP模式)以及资助、补贴或补助、贴息等形式。对于这些形式,当下也有各种规定,散见于各部门的具体立法、意见中,应当对这些零散的规定加以整合,特别围绕公共服务的提供类型来加以考量。原因在于,“公共服务”作为一个概念内涵极为丰富的范畴,不同类型的公共服务也会影响到公共责任承担的比重。那些重要的、涉及到公民基本生存权益的公共服务,如提供基础设施的公共服务需要更多的公法责任比重。即使是同样的社会性公共服务,如福利服务的提供,也会因受众群体而有所差异。例如,在受益者为老年人等在内的弱势群体中,需考虑更多的公法责任。总体上,会受到公共服务涉及到的公民权利因素而有所差异。因此,在相关的立法上也应考量这些差异性。

(二) 监管责任的强化

对于政府购买公共服务合同而言,监管责任的强化是变化之一。这种强化,或可转化为一种内部的问责制,这也符合我国行政机关的层级结构设计和权力分配机制特征。例如,可以通过建构或完善政府在提供公共服务时的问责机制,确保公共服务购买的效率和公平。特别是对于进入政府购买服务领域中的商业机构而言,由于商业机构的天然属性,可能更容易出现腐败、管制俘获等问题,这更需要强化行政机关的监管责任。

在一个具体的政府购买公共服务合同之中,当服务提供商无法正常、按质量的提供服务时,作为服务购买商的行政机关有权力终止并接管相应的服务,这会更为直接表现为“退出机制”的确立。这种责任可以通过先行的地方立法或者规定来加以确认,但也

^{④⑨} 如《广东省政府向社会组织购买服务暂行办法》(粤府办【2012】48号),其中规定为贯彻落实中共广东省委、广东省人民政府《关于加强社会建设的决定》(粤发【2011】17号)和中共广东省委办公厅、广东省人民政府办公厅《关于发展和培育我省社会组织的意见》(粤办发【2008】13号)、《印发〈关于加快推进社会体制改革建设服务型政府的实施意见〉等七个加强社会建设文件的通知》【粤办发(2011)22号】精神,规范和推进我省各级政府开展向社会组织购买服务工作,制定本办法。

^{④⑩} 参见《铜陵市政府向社会力量购买服务采购管理实施办法》(财购【2014】129号)。

^{⑤⑪} 例如《山东省政府向社会力量购买服务办法》(鲁政办发【2013】35号),其中规定政府购买服务根据《中华人民共和国预算法》、《中华人民共和国政府采购法》、《中华人民共和国合同法》等法律法规组织实施。

^{⑤⑫} 例如,以《湖南省政府服务规定》第119条规定为例,该条规定,通过特许经营、政府购买、服务外包等方式提供政府服务的公共企事业单位、社会组织,违反服务合同的,依法承担民事责任。

同样可以通过契约中的责任约定与合作风险分担条款等来加以确保,例如直接在合同文本中加以约定。此外,绩效评估制度的完善也是强化监管责任的要求之一。《暂行办法》第31-37条,明确规定了“绩效和监督管理”,设计具体而明确的绩效评估标准,将更有效地实现监管责任。当然,限于篇幅问题,该问题需另行他文加以深入讨论。

(三) 私主体自身独立性的确保

正如上文所述,不宜过大扩张私主体的公法责任范围。原因在于,在这类合同中,由于双方主体地位的不对等,服务提供商在提供服务时更类似于是一种政府的“雇佣者”而非“伙伴”,再加上实践中我国的服务提供商多半是社会组织,这都使得这类合同更类似于一种行政权主导下的契约治理模式。因此,在中国特别需要注意的问题在于,私主体在与行政机关签订契约的过程中,需要确保其自身的独立性并获得发展,这才是私主体能够独立承担责任的前提基础。

这点在实践中也有所证实。例如,在针对南京市某养老院的调研中,养老院负责人认为,采取这种方式有一定的优势。

“与纯粹公办的养老院相比较,存在不足,因为公办的资源更多一些,但和纯粹私人的养老院相比较却具有一定优势。(问:“为什么?体现在哪里?”)可以获得一部分补贴,减轻一些养老院的负担。另外还可以得到其他一些优惠,带有一些“政府”性质的话,老年人在选择的时候更为放心。”^⑤

从中,我们可以看出,对于采用政府购买服务方式提供养老服务的养老机构而言,它们在一定程度上“期望”并依赖于政府的补助。由这些私主体来独立承担责任,在独立性方面尚显不足。这些都使得在政府购买服务合同之中,政府始终居于主导地位,私主体缺乏足够的谈判、缔约等能力。因此,这也会成为制约私主体进入政府购买服务市场的瓶颈,也应是未来完善政府购买服务制度的重点之一。

结 语

作为促进政府职能转变的制度变革之一,政府购买公共服务承载着诸多价值目标,包括事业单位改革、公共服务体制变革等等。可以说,在合同的外衣之下夹杂着诸多复杂的治理目标。因此,我们不仅需要考虑其中的合法性问题,更需考虑政策设计时的妥当性问题。确保契约治理能够更好地实现其目标,责任是其关键一环,既要防止所有的责任遁入私法,也寄希望于通过私主体的介入实现其应有目的,即在政府购买公共服务之中,调动私主体的积极性和参与并实现政府职能的相应转变。

通过本文研究可以发现,政府购买公共服务中的公法责任谱系极为复杂,不再只是传统意义上的法律责任,更多地被扩展至监管责任、保护性责任以及担保责任等,也会

^⑤ “南京银杏树养老院访谈”数据来源于2013年南京大学法学院暑期调研团队。

要求私主体来承担一定的公法责任。对于这种多层次、多主体的公法责任确保,也并非简单的法律问题,还涉及到政治、政策等因素的考量。国家与社会的关系在深层次上决定着私主体的介入和参与是否能够真正实现契约治理之目标。特别是在当下中国,行政权向来占有主导性的强势地位,若想通过政府购买服务的方式进行制度变革,就需要尽可能地确保私主体的自主性,防止其过度依赖公权力。这也才是社会组织的应有状态。

正如英国学者哈洛所言“契约不是一个简化问题的方法,而是另一条通往过分规制与复杂化的道路。”^③面对日渐复杂的契约治理方式,妥当的公私责任分配只是问题之一。借助责任,可以看到在公、私不断走向合作、共赢的道路上,行政法的活动方式、组织形态、救济手段等都会因时而动。例如,行政机关应承担不同于传统命令控制型方式的责任,强调以合同监管为核心的责任,为私主体提供良好的竞争环境;私主体则应在提供公共服务时关注诸如正当程序、公开、理性、无偏私甚至包括效率等公法价值。更多的问题仍需进一步加以探讨。

Abstract: As one of the governmental reforming strategies in recent times, Government Purchasing Contracts of Public Service are gradually promoted by central and local governments. Thus, civil liability is not almighty but in need of public law liability as the complement. Meanwhile, the basis, body and content of public law liability have changed, and the basis of public law liability focuses on the connection between bureaucracy and market. The body is consisted of administrative organ (the service provider) and private subject (the service purchaser). The content includes regulatory accountability, protective accountability, guarantee accountability, etc. For this reason, the distribution of public law's accountability and civil law's accountability has gained preliminary exploration in this article, which is also a new perspective in the field of administrative law.

(责任编辑:吴雷)

^③ [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯《法律与行政(上)》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第480页。