

杨欣/著

学术论丛

公共服务合同外包中的政府责任研究

The Research of Government Responsibility
after Public Service Contracting-out



中国劳动关系学院学术论丛



光明日报出版社

公共服务合同外包中的政府责任研究

The Research of Government Responsibility
After Public Service Contracting-out

杨欣/著



中国劳动关系学院学术论丛



光明日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

公共服务合同外包中的政府责任研究 / 杨欣著.

—北京:光明日报出版社, 2012. 8

(中国劳动关系学院学术论丛)

ISBN 978 - 7 - 5112 - 2853 - 6

I. ①公… II. ①杨… III. ①社会服务 - 合同承包 - 对外承包 - 研究 - 中国 IV. ①F752.68

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 170723 号

公共服务合同外包中的政府责任研究

著 者: 杨 欣

出 版 人: 朱 庆

终 审 人: 孙献涛

责任编辑: 赵 锐

责任校对: 傅泉泽

封面设计: 小宝工作室

责任印制: 曹 净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市东城区珠市口东大街 5 号, 100062

电 话: 010 - 67017249(咨询), 67078870(发行), 67078235(邮购)

传 真: 010 - 67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E - mail: gmcbs@gmw.cn zhaorui@gmw.cn

法律顾问: 北京市洪范广住律师事务所徐波律师

印 刷: 北京楠萍印刷有限公司

装 订: 北京楠萍印刷有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换

开 本: 700 × 1000 1/16

字 数: 280 千字

印 张: 15.5

版 次: 2012 年 8 月第 1 版

印 次: 2012 年 8 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5112 - 2853 - 6

定 价: 41.00 元

版权所有 翻印必究



序 言

本书是在教育部人文社科基金青年项目“公共服务合同外包中的政府责任”研究报告的基础上修改完成。公共行政改革与行政法的回应是本书一以贯之的主题，这也是作者从博士阶段起开始关注的主题。2005年在确定行政法学专业博士论文题目时，在导师薛刚凌教授的指引下，作者将《民营化的行政法研究》作为博士论文的选题，彼时民营化在中国尚是一个炽热的话题，国企的“MBO”，道路的特许经营等既时髦又极富争议，2004年郎咸平教授的一句“国退民进的盛宴”引爆了经济学、政治学、法学等学科对于民营化的大讨论，时至当下，以出售国有企业为主体的民营化已成“残花”，从世界范围看，这似乎也是个普遍性的趋势。然而，在旧时的灰烬中，民营化的另一个主要类型“公共服务合同外包”却持续地绽放出光彩，尽管也有“逆向外包”的倾向，但其是对公共服务合同外包理性反思的结果，并没有改变公共服务合同外包的总趋向。在我国，在中央层面，继胡锦涛总书记提出“社会管理创新之后”，在今年3月19日的全国民政会议上，温家宝总理再次提出“政府的事务性管理工作、适合通过市场和社会提供的公共服务，可以适当的方式交给社会组织、中介机构、社区等基层组织承担，降低服务成本，提高服务效率和质量”。^①在地方层面，许多地方政府一直以“创新”之名进行各类公共服务合同外包的探索，试图结合私人力量提供公共服务。目前，我国在养老、流浪儿童救助、垃圾处理等非权力性领域，以及治安、城管等权力性领域都出现了政府服务外包的实践。一些地方政府将公共服务外包作为政府与社会合作的手段，作为地方“社会管理创新”的重点。

从公法的视角以观，公共服务合同外包可能引发的最大挑战就是如何确保构建于国家与公民二元对峙格局下的政府责任不坍塌，如何在公共行政改革的新背景下实现政府责任。本书在调研以及大量原始文献的基础上，试图回答公共服务合同外包对传统政府责任提出的问题，以及公法如何在公共行

^① “温家宝：政府管理性事项可适当交给社会组织”，<http://news.sohu.com/20120319/n338223783.shtml>。



政改革的新背景下重塑政府责任机制。围绕着“政府责任”这个主题本书分成七个章节次第展开：

第一章是导论。在导论部分，首先提出了研究的意义，并对既有的研究成果，包括公法与管理法等学科，进行了综述。在此基础上，提出本文的研究视角以及与研究视角匹配的研究方法。其次，导论部分对本书所涉及的基本概念进行了厘清。这些基本概念包括：民营化与公共服务合同外包；政府责任；公与私，以此建立写作的基础。

第二章剖析了国家、社会、市场在公共任务体系中的定位，提出政府职能转移的框架。首先，报告借用了美国学者 Steven Cohen 提出的“功能匹配”理论，作为分析的基础，基本观点是国家、社会、市场根据其功能特点有不同的公共任务分担，有必要改变政府单一提供模式，建立“功能匹配”模式下的公共任务承担机制。为此，公共服务要由全能政府模式下的政府单一提供逐步向社会、向企业、向私人转移。

第三章展示了公共服务通过合同外包向私人主体转移的演进路线。本部分首先考察了“为什么外包”这个主题，基本的结论是公共服务外包的动因是多样的，其中既有基于意识形态的效率假设，也有政治上的原因，更有经济上的原因，财政压力是多数国家公共服务外包直接的“催化剂”。不管外包的动机如何，其预设目的能否实现，尚须依赖于实践的检验。本章考察了主要发达国家——美国、英国、德国——公共服务合同外包的流变，发现的基本事实是：公共服务合同外包在西方国家日益理性，政府依然是公共服务提供的主体，但某些类型的服务，政府确已不再提供或不再具有提供能力；同时尽管存在“逆向承包”，但其并不是对公共服务合同外包的否定，而只是“修正”，不同国家都在积极探索实现政府责任的新机制。最后，本章研究了我国地方政府层级的公共服务合同的发展，以实证的案例为据，将我国公共服务合同外包类型化，通过类型化，得出的结论是我国公共服务合同外包的范围日益广泛，从单纯的事实行为外包到权力性行为外包，合同外包对我国传统公法提出了越来越多的新课题。

第四章系统地分析了公共服务合同外包对传统政府责任的挑战。本章首先在文献研究的基础上对政府责任的内涵予以类型化处理，将其分为职责体系与问责体系，探究传统政府责任构建的主要依据及其内容。之后，分析了公共服务合同外包对传统政府责任的影响，特别是效率标准对公平标准的冲击，政府担保责任的“现实化”等问题，指出公共服务合同外包带来的政府



责任的新标准不可避免地冲击了传统的政府责任体系。如何在传统的政府责任体系之下容纳新标准,同时保有旧标准,对于公法学者而言,是必须解决的现实问题。最后,本部分以美国为例,解读了公共服务合同外包对其传统政府责任的影响以及其从公法角度所作的省思。

第五章探讨的主题是政府责任实现机制之一,即通过外包过程的合同治理实现政府责任。本部分依据公共服务合同外包的流程,从合作者的选择谈起,提出了政府选择合作者的标准,认为在我国“社会管理创新”的政策目标之下,政府有必要将国家政策法令标准与“功能匹配”标准相结合,加强与社会组织合作。之后,本部分考察了德国等国公共服务合同外包的程序,认为通过对外包程序的规制,可以实现公平、公正、公开等政府在外包中所应承担的公法责任,同时有效防止腐败,促进竞争与效率。最后,本部分考察了发达国家外包合同监督和评估的实践,同时亦对我国公共服务外包的监督和评估进行了实证分析,对问题进行了评点,并提出了相应的解决方案。

第六章探讨的主题是政府责任实现机制之二,即对公共服务合同外包的公法实体规制。这种公法实体规制首先针对的是外包的范围,在“法治国”的框架下,公共服务合同外包的范围必须符合行政法治原则,遵循“法律保留”和“法律优先”。在此基础上,尚须考虑政府治理能力问题。之后,本部分重要探讨了对合同内容的公法规制,基本观点是合同内容要符合法律规定,体现法律层面的政府公法责任。其次,合同内容要体现国家公共政策目标,引领劳动标准。由于公法规制可能会增加企业的成本,因此这里还有一个法益均衡问题需要考虑。除了对外包内容的个别的公法规制外,报告认为政府尚须承担整体性的担保责任,例如,保证公共服务公平、持续供给等。

第七章探讨的主题是政府责任实现机制之三,即通过司法审查向政府问责。本章围绕着合同外包可能引发的争议,对其进行类型化处理,分析对不同类型争议进行司法审查的关键点,如承包商与公民之间争议中的受案标准问题,合同履行争议中的合同性质判断问题与诉讼规则问题等。基本的观点是法院有必要应对公共服务合同外包引发的挑战,将合同外包引发的各类公法争议纳入司法审查的范畴,使司法成为监督政府责任实现的有效威慑性武器。

最后,须指出的是,实现公共服务外包中的政府责任的机制既有过程中的公法规制,也有实体上的公法规制以及司法审查的威慑,但绝不仅止于此。除了上述机制外,行政机关的层级监督、政治上的压力及负责等都是公共服



务合同外包中政府责任实现机制的有效路径，只是由于本报告公法视角的关注，力不及于其他。学术研究应是合力的结果，本书的探讨只是作者基于公法研习者的思考，对于公共服务合同外包中政府责任实现的全部路径，尚待其他学科共同关注。



CONTENTS 目录

第一章 导论 / 1

- 一、研究的意义 / 1
- 二、既有研究综述 / 3
- 三、研究视角与研究方法 / 7
 - (一) 研究视角 / 7
 - (二) 研究方法 / 7
- 四、基本概念廓清 / 11
 - (一) 公共服务合同外包 / 11
 - (二) 政府责任 / 20
 - (三) “公”与“私” / 21

第二章 国家·社会·市场——政府职能转移的框架 / 22

- 一、理论工具的提出 / 22
- 二、政府职能转移的必要性 / 24
 - (一) 西方国家政府职能转移的必要性分析 / 24
 - (二) 中国政府职能转移的必要性与现实准备 / 27
- 三、公共任务体系中政府、社会、市场特性分析 / 29
 - (一) 特定“国家观”下的公共任务主体 / 29
 - (二) 差异与共性：政府、社会、市场特性分析 / 31
- 四、基于政府、社会、市场特性的职能配置 / 33
 - (一) 应由政府亲自履行的职能 / 33
 - (二) 可委托社会、市场行使的职能 / 33
 - (三) 政府可考虑“放手”的职能 / 34
- 五、政府职能转移的路径分析 / 35



(一) 实质民营化	35
(二) 公私合作	36
第三章 公共服务合同外包的实践流变	39
一、真实世界里的合同外包——公共服务合同外包动因探析	39
(一) 效率假设及质疑	39
(二) 政治选择?	46
二、国外公共服务合同外包的实践流变	48
(一) 美国公共服务合同外包的发展	48
(二) 英国公共服务合同外包的发展	57
(三) 德国公共服务合同外包的发展	64
三、我国公共服务合同外包的实践	68
(一) 视角: 基于个案的审视	68
(二) 案例: 公权力行政外包	69
(三) 案例: 非权力性行政外包	72
(四) 个案归纳: 中国公共服务合同外包的初步特点	84
第四章 公共服务合同外包对传统政府责任的挑战	90
一、传统政府责任体系	90
(一) 对政府责任的理解	90
(二) 传统政府责任体系的确立依据	93
(三) 政府在公共服务领域中的传统责任	97
二、公共服务合同外包对传统政府责任体系的挑战	99
(一) 效率标准正式进入法定政府责任体系	99
(二) 担保责任成为政府责任体系的重要内容	101
(三) 传统公法责任依然是政府责任的重要内容	102
(四) 责任标准的竞合与冲突	102
三、公共服务合同外包对政府责任实现路径的挑战	105
(一) 通过市场竞争实现政府责任	105
(二) 将公法规则嵌入民营化——美国的经验	108
(三) 通过司法解释扩展政府行为含义	112
第五章 政府责任实现机制之一: 过程中的合同治理	116
一、选择合作者	117
(一) 标准与权衡	117



(二) 在合作者之间建立竞争	/ 123
(三) 案例二则	/ 124
二、缔约程序中的法律规制	/ 126
(一) 程序机制的功能	/ 126
(二) 国外公共服务合同外包的程序规制	/ 128
(三) 我国政府购买公共服务的程序规制	/ 132
三、对合同外包的监督与评价	/ 140
(一) 监督评估的必要性	/ 140
(二) 我国公共服务合同外包监督与评估的实践	/ 141
(三) 美、英两国的经验	/ 145
(四) 监督、评估中的公众参与问题	/ 148
(五) 改进合同监督与评价的可能路径	/ 152
第六章 政府责任实现机制之二：公法的实体规制	/ 155
一、外包范围、法律保留与政府治理能力	/ 155
(一) 外包范围与法律保留	/ 156
(二) 复杂服务与政府能力	/ 160
(三) 法律形式选择自由	/ 162
二、合同内容中的公法责任要求	/ 163
(一) 贯彻公法上的公共政策目标	/ 163
(二) 符合法律规定	/ 165
(三) 将公法要求写入外包合同	/ 166
(四) 公共标准可以引发的冲突	/ 168
三、政府在合同外包中的担保责任	/ 169
(一) 给付不中断的担保义务	/ 170
(二) 维持与促进竞争的担保责任	/ 171
(三) 持续性的合理价格与一定给付品质的担保义务	/ 171
(四) 对既有员工的安置担保义务	/ 172
(五) 人权保障义务与国家赔偿责任之承担	/ 172
四、案例：通过合同外包引导较高劳动标准——美国生活工资制度	/ 173
第七章 对合同外包的司法审查	/ 178
一、对外包争议进行司法审查的意义	/ 179
(一) 实现对政府行为的问责	/ 179



(二) 保障外包公正有序进行	/ 179
(三) 保障公民权益	/ 179
二、政府与公民之间争议的司法审查	/ 180
三、公民与承包商之间争议的司法审查	/ 181
(一) 美国司法审查受案标准的演化	/ 182
(二) 英国司法审查受案标准的变迁	/ 186
(三) 我国对承包商行为进行司法审查的标准探讨	/ 189
四、竞标人与政府之间争议的司法审查	/ 192
(一) 相关国家的实践	/ 192
(二) 我国的实践	/ 195
五、对外包合同履行争议的司法审查	/ 196
(一) 外包合同的性质判断	/ 196
(二) 行政合同诉讼的规则构建	/ 204
附件 纽约市儿童福利外包的责任样本	/ 216
主要参考文献	/ 223

图 表 索 引

表 1：2000 ~ 2005 年政府支出与 GDP 增长率 / 27

表 2：ACS 指示与相关权重 / 218

表 3：ACS 结果与它们各自的权重 / 218



第一章

导 论

一、研究的意义

20 世纪 70 年代末，“新自由主义”在西方世界以浩然之势卷土重来，“公共选择理论”、“委托—代理理论”等新自由主义经济学派以“理性经济人”假设为基点，对政府干预、政府管制进行全面反思，建构于“大萧条”之后的以凯恩斯主义为支撑的西方政治与行政模式遭遇了全面检讨。检讨的重要结果之一就是“回归市场”。这种回归在英国表现为撒切尔夫人大刀阔斧的“私有化”，在美国表现为从中央到地方的“公共服务外包”，在德国表现为多类型的“民营化”与“公私协力”。“实践是检验真理的唯一标准”，随着改革激情的渐渐平复，随着“私有化”的硝烟渐渐散尽，学界与民众开始客观审视政府的作用与政府职能，在“回归市场”的多重路径中，“公共服务合同外包”这种相对平和的改革措施得到了越来越多国家的青睐，在不改变政府财政责任的前提下，通过市场提高效率的假设被多国政府所接受，可以说，在新公共行政改革的浪潮中，公共服务合同外包是持续时间最久与影响度最高的一浪。目前，在美国公共合同服务外包已成为公共服务提供的主要形式之一，是非营利性组织收入的重要来源。在澳大利亚包括公共就业服务系统在内的众多公共服务已被外包。在英国，地方政府的公共服务外包已成为常态。可以说，在西方世界，无论右翼还是左翼政府都选择通过刺激形成市场提供大部分社会服务的方式将公共服务市场化，覆盖的范围包括教育、保健、福利、老年人的家庭护理以及垃圾收集，甚至监狱管理等。

公共服务合同外包在类型上被认为是功能民营化，它不改变政府的财政责任，但改变了公共服务的供给主体，这种改变将传统国家与公民的二元关系转换为夹杂着私人承包商在内的三方关系。虽然“在多数情况下，公共机



构认为它们外包的只是政策的执行而同时保留着政策的制定权，但是这一区分至少是非常微弱的。”^① 执行主体的改变，对于传统以“行政行为”或“政府行为”为中心构筑的行政法责任理论产生了颠覆性冲击。因为行政法主要是围绕旨在确保责任性与合法性的需要进行组织的，而这一点是通过约束行政机关行为的各种机制间接地实现的，包括立法监督、行政监督和司法审查。在公共服务外包的场景下，私人主体愈来愈多地履行传统的公共职能却又摆脱了通常与公权力的运用相伴的严格审查，在这种情况下，私人的参与确实会引起对责任性的关注，使不受制约的行政机关裁量权相形见绌。此外，私人还会威胁到其他公法价值，就运作良好且正当的行政国家而言，这些价值可以说与责任与合法性同样重要。这些规范可能包括公开、公平、参与、一贯性、理性、不偏私和司法审查的可得性。^②

如此，公共服务合同外包对传统行政法的责任理论构成了多重挑战：首先，在公共服务合同外包中，公共服务的直接提供者是私人承包商，私人承包商提供公共服务依赖的是契约而不是传统的政府行为，契约虽然具有明确、具体的优点，但也存有缺陷，由于公共服务的对象是公民，然而在契约机制下，公民并没有参与权，也没有请求强制执行权。对于原属公法范畴的公共服务，契约还可能影响公民的正当程序权利。由于将公共服务外包可能对公民的公法权益产生负面影响，因此是否可以把所有类型的公共服务外包，还是必须保留必要种类？如何确定选择的标准？这些会构成公共服务外包下政府责任的第一重挑战。第二，公共服务合同外包建立在效率假设基础之上，然而，即使是新自由主义学派也承认，外包并不会自动带来效率，政府要学会为公众做笔好交易。然而，这对于传统的政府责任来说，是个全新课题。传统的政府职责体系由法律规定，政府的职责是执行法律，对其不执行或不当执行法律的行为，承担政治、行政、司法责任。公共服务外包后，政府由传统的执法者身份转换为合同缔约者、监督者、评价者身份。如何实现政府在公共行政新背景下的责任体系，促进公共服务的效率目标，将是政府责任面临的第二重挑战。最后，在西方国家的公法理论，特别是美国的宪法理论

① [美] 弗里曼著：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆 2010 年版，第 148 页。

② [美] 弗里曼著：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆 2010 年版，第 148 页。



中,“国家行为”(state action)学说^①确定某一行为何时应受宪法约束。在公共服务外包中,私人承包商在某些情况下会履行原由政府履行的公共职能,如低保核查,确认福利给付者资格等。在一些案件中,美国和英联邦法院已经给私人主体规定了程序性的要求,推定私人主体实际上是以公共主体的形式发挥作用。诸如“权力来源”或“公共职能标准”等学说机制,使得法院能够将传统上的私人主体定位为公共主体,只要行使的是足够重要的传统公共管制职能。不过,这种学说革新依然严重依赖于活动到底是“公”还是“私”这种概念上模糊不清的形式主义描述。基于多种原因,法院似乎不愿意更广泛地运用权力来源或公共职能的标准。因此,在外包的背景下,如何看待私人承包商的行为性质,如何保障原国家提供下的公民权益,将成为公共服务外包后政府责任面临的第三重挑战。

就我国而言,我国公共服务合同外包起始于20世纪90年代,目前主要在地方政府层级进行,并呈现出年均1个百分点的增长趋势。^②一些地方政府已将公共服务外包作为其近期改革的主要目标之一。如北京市政府、无锡市政府等。与西方国相比,由于处于不同的发展阶段,行政管理体制改革目标各异,公共服务市场化的起点不同,因此,在具体的改革步骤、改革手段方面,我国的公共服务合同外包与西方国家存有差异,但就公共服务外包对传统行政法责任体系的提问而言,我国面临与西方国家类似的挑战。这些挑战,要求我国行政法学者关注公共行政改革,关注公共服务外包,就公共服务外包对传统政府责任体系的提问进行研究,以使行政法适应变化了的公共行政需要,建构回应型行政法。

二、既有研究综述

公共服务合同外包起源于新公共管理运动(NPM),是民营化发展到第二阶段最为主要的表现形式,管理法、公法、经济学等学科均从不同的视角对其展开了针对性研究。从目前的研究看,主要有如下进展:

1. 就公共服务合同外包的功能而言。从20世纪80年代到20世纪末期左

^① 也有译作“政府作为”。

^② 敬义嘉:《中国公共服务外部购买的实证分析——一个治理转型的角度》,载《管理世界》2007年第2期。



右, 合同外包被认为有助于提高政府资金使用效率, 降低腐败,^① 英国一度在地方政府中强制推行公共服务合同外包(1988年《地方政府法》)。除了效率功能外, 合同外包也被视为政府瘦身的手段, 政府与社会合作的手段, 公共治理的手段。有学者提出合同外包正在替代政府传统的治理手段, 使政府由权威治理走向合同治理,^② 我国也有学者提出行政契约是市场经济理念, 特别是私法上的契约观念向行政管理领域渗透的结果, 契约实践已成为行政体制改革的重要内容之一。^③ 但随着公共服务外包广度与深度的推进, 以及对外包实践的长时间维度的考察, 西方学者开始客观看待服务外包的功能, 对政府和市场作用进行重新认识。如有学者认为, 在公共服务中, 有些东西比成本和服务质量更重要。公民期望参与、表达和控制政府决策。政府的作用不像新公共管理所宣称的那样只是在市场过程中掌舵, 还必须服务于公民。^④ 同时, 大多数相关研究不能证明民营化能节省费用。如 Bel 和 Warner 对从 1965 ~ 2006 年所有有关垃圾收集和供水服务效率与成本的计量经济学研究做了元分析, 发现其中大部分研究并没有表明公私部门之间存在成本和效率的差异。相反, 合同外包与实施存在诸多难题。研究显示, 至少有 20% 以上的公共服务民营化均以失败告终。^⑤ 美国的实践表明, 只有具备有效的监督, 实行民营化的地方政府才能获得效率。^⑥ 在一些成熟的公共服务市场中, 一个关键趋势是逆向外包的增长, 一些外包了的服务被政府重新收回, 如美国、加拿大。^⑦ 可以说, 当下理论界与实务界对公共服务外包的认识日趋客观, 普遍的共识是公共服务外包并不能自动提高管理效率, 其作用的发挥尚须政府提高自身的监管能力, 在缺乏基础性要件的情况下, 公共服务外包应当谨慎。^⑧

2. 就公共服务外包合同的性质而言。外包合同的性质是决定纠纷发生时

① Niskanen W A, "Bureaucracy and Representative Government", Chicago: Aldine Atherton, 1971; Savas E. S. Privatization, "The key to better government", Chatham, NJ: Chatham House, 1987.

② [英] 简·莱恩:《新公共管理》, 赵成根等译, 中国青年出版社 2004 年版。

③ 余凌云:《行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象》, 载《法学研究》2001 年第 5 期。

④ Sager T, "Deliberative planning and decision making: An impossibility result", Journal of Planning Education and Research, 2002 (4).

⑤ 杨安华:《当代西方国家逆向民营化兴起的动因分析》, 载《上海交通大学学报》2010 年第 3 期。

⑥ Warner M E, A Hefetz, "The uneven distribution of market solutions for public goods", Journal of Urban Affairs, 2002 (24).

⑦ 杨安华:《逆向合同外包: 国外民营化发展的新取向》, 载《行政论坛》2010 年第 6 期。

⑧ 杨安华:《西方国家公共服务合同外包研究的进展与趋势》, 载《甘肃行政学院学报》2009 年第 6 期。

适用公法还是私法规则的前提。学者认为,公共服务外包合同的性质不可一概而论,对于涉及公民重要权益的事项的外包,如行政强制等,与纯事务性事项的外包,如垃圾处理等,不可同日而语,如果外包的事项属于传统政府公共职能的范畴,则应属于公法合同,适用公法标准。^①在我国专门对公共服务外包合同进行法律性质分析的著述不多。从已有的研究看,学者于凌云对行政契约与私法契约的区分标准作了系统研究,提出行政契约的识别体系,^②并从个案入手,分析治安承包合同的性质。^③也有学者在研究了公共服务合同外包的复杂性之后指出,在我国“行政私法合同”可能是个符合外包合同本质的定性。^④

3. 就公共服务合同外包中的政府责任而言。从国外学界的研究看,早期的研究主要集中在合同外包中经济性指标的实现,政府有责任通过服务外包实现“经济、效率与效益”,^⑤随着公共服务外包的深入,特别是福利、医疗、教育等传统由政府垄断的领域成为外包的对象后,政府责任的范围被重新审视,有学者提出对经济价值的单视角关注已不能满足合同外包的复合治理目标,政府有责任实现体现在公法规范中的公民权利,^⑥英国1994年《放松管制与外包法》在第74条明确规定“被外包的服务视同于大臣提供的服务”。国内学界对公共服务外包中政府责任做专门研究的著述较少,有学者以美国为例,从比较法的视角分析了公共服务合同外包对政府责任的挑战,提出效率标准进入传统政府责任体系,将引发传统政府责任的内在紧张,如何实现复合的政府责任,将是外包后政府面临的新挑战。^⑦

4. 就合同外包中政府责任的实现路径而言,学界早期的研究主要集中在合同外包中竞争机制的安排,随着对政府责任的重新界定,尽管仍有学者主张竞争可以实现政府所有责任目标,但更多的学者看到了竞争机制的不足,主张将公法规范适用于合同外包,如米诺认为公私合作中一个突出的问题是

① 迈克尔·塔格特等著:《行政法的范围》,钟瑞华、金自宁译,中国人民大学出版社2006年版。

② 余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版。

③ 余凌云:《行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象》,载《法学研究》2001年第5期。

④ 杨欣:《政府职能合同外包中的公法约束》,载《法学论坛》,2007年第4期。

⑤ Kettl, Donald, Sharing Power: “Public Governance, and Private Markets”, Washington, DC: The Brookings Institution Press, 1993.

⑥ [美] 菲利普·J·库珀等著:《二十一世纪的公共行政:挑战与改革》,王巧玲、李文钊译,中国人民大学出版社2006年版。

⑦ 杨欣:《公共服务合同外包中政府责任的省思与公法适用》,载《中国行政管理》2010年第6期。