

我国政府公共服务外包范围的反思与完善

——基于《宁波市政府服务外包暂行办法》 第8、9条分析的展开

Reflection and Perfecting on Administrative Legislation of the
Scope of China's Government Outsourcing Public Services:
Based on the Analysis of Article 8 and 9 in the Interim
Measures on Outsourcing Public Services of Ning Bo

邓 攀 范 伟

DENG Qian FAN Wei

【摘要】 外包范围是对政府实施公共服务外包进行法律规制的一种事前措施，是政府公共服务外包法律的核心制度之一，更是不可或缺的法律制度。《宁波市政府服务外包暂行办法》是我国第一部关于政府服务外包事项的立法文件，其第8、9条规定了“外包范围”。但其存在外包范围窄小、确立标准与确立方式的运用存在结合性误差、立法对启动不明空间的发包权规制过于苛刻、法律术语使用不严谨等问题，这与快速变化的公共服务行政体制改革极不协调。鉴于此，我国政府公共服务外包范围的行政立法应充分吸收其他学科科研成果，完善确立标准并提升其科学性；重构确立方式，优化组合范式，缩小不明空间，拓宽外包范围；完善发包权的审查机制；规范和统一法律术语，提升条文之间的连贯性和匹配性。

【关键词】 公共服务外包 外包范围 确立标准 确立方式

【中图分类号】 DF31 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 03-0139-09

Abstract: As a pre-step of the government's legal regulation to the outsourcing public services, the outsourcing scope is not only one of the core systems, but also an inevitable legal system. The Interim Measures on Outsourcing Public Services of Ning Bo is the first legislative document of China on government outsourcing services, defining the outsourcing scope in article 8 and 9. However, there are still some problems out of step with fast-changing administrative system reformation on public services, including problems such as the over narrow scope of outsourcing, the existing comprehensive errors in application of establishment standards and methods, the demanding legislation to legal regulation of contract letting in uncertain spaces and misuse of legal terms. Thus, administrative legislation on the scope of government outsourcing public services should make improvements, so as to fully absorb achievements in scientific research on other disciplines, improve establishment standards, reconstruct establishment methods, optimize combined paradigm, narrow uncertain space, broaden outsourcing scope, and improve review mechanism of contract letting right, normalize and unite legal terms as well as to improve the matching and consistency among all the articles.

Key words: Outsourcing public services Scope of outsourcing Establishment standard
Establishment method

【收稿日期】 2016-12-20

【作者简介】 邓攀，男，1982年9月生，广东海洋大学法政学院讲师，法学博士，研究方向为行政法、公共行政；范伟，男，1991年6月生，武汉大学法学院博士研究生，研究方向为行政法与行政诉讼法。

【基金项目】 国家社会科学基金项目“我国政府公共服务外包的法律规制研究”（项目编号：12BFX043）。

一、问题的提出

政府公共服务外包范围是政府公共服务外包的重要组成部分，是政府公共服务外包的重要制度之一，也是其核心法律制度。然而，外包范围是一个动态性的空间，即政府公共服务外包范围在法学学科上看具有流变性特征。作为一种事前规制措施，科学、客观并合理地界定符合某一国家或地区的政府公共服务外包范围，具有十分重要的理论价值和现实意义。无论是在法学理论层面探讨政府公共服务外包范围，还是通过立法来界定政府公共服务外包范围，都不是一个简单的边界划分问题。尽管不同的国家对外包范围存在不同的认知，且影响其外包范围的决定性因素又各不相同，但是很多国家仍然通过制定法形式来确定本国政府公共服务的外包范围，或者通过判例法形式不断积累公共服务外包实践经验和真实信息，进而得出法定的外包范围。这无疑推动着我国在政府公共服务外包范围方面的立法工作。在我国现行体制下，要想科学合理地界定政府公共服务外包范围，就应从我国地方实践经验和有关政府公共服务外包立法的真实状况出发，综合考虑各方面因素，按照最适宜的立法路径来设计我国政府公共服务的外包范围。在地方上，2009年12月《宁波市政府服务外包暂行办法》（以下简称《暂行办法》，2016年修正）的颁布实施，对保障宁波市公民基本权利、引导和促进公共服务市场供给机制改革、监督政府部门依法行使公共服务外包权力、规范私人部门参与公共服务外包进而助推公共服务体制改革等都起到了重要作用，同时，它为服务外包理论研究提供了丰富的文献资料，也为我国政府公共服务外包实践提供了可参考的前瞻性样本。但是，作为《暂行办法》^{〔1〕}的核心内容之一，服务外包范围存在着诸多问题：划定的范围圈过于窄小，难以适应快速发展变化的公共服务行政体制改革；外包范围在确立标准和确立方式上存在结合性误差，致使不明空间过多；外包范围立法的确定性不足，势必增加不必要的法律纠纷。鉴于我国其他领域相关问题的立法与司法实践经验，^{〔2〕}我们有必要对政府公共服务外包范围作深入分析和科学研究，以完善行政立法路径，满足服务外包的规范化、科学化发展的需要，也为我国将来行政法规的制定提供一个有益的参考样本。

二、《暂行办法》第8、9条规定的缺陷性分析与检视

（一）外包范围设置窄小

《暂行办法》设置的外包范围窄小，其主要原因是，在立法设计上，采取了肯定列

〔1〕 2016年1月，宁波市政府对《暂行办法》予以修订，但遗憾的是，对规定政府服务外包范围的第8、9条并未作任何修正。

〔2〕 以我国行政诉讼受案范围为例，其以具体行政行为理论的标准，结合“肯定列举式”方法列明行政诉讼的可诉行为，又结合“否定列举式”方法将不可诉的行政行为予以排除，以此确定行政诉讼受案范围之基本边界（参见《行政诉讼法》第11、12条）。行政诉讼受案范围在立法规制上的不足，影响着行政诉讼功能的发挥，已受到学界的关注乃至批判，“目前受案范围的确定方式是将总体概括、肯定式列举和否定式列举结合起来使用，……实践中，法院受理时往往受制于无明确的受案法律依据，从而将其推出受案范围之外。”（参见方世荣：“论我国行政诉讼受案范围的局限性及其改进”，《行政法学研究》2012年第2期，第16页。）

举方式从正面来确定可外包的事项,将可外包范围封闭在狭小的空间内,列举事项不全面,又导致可外包的事项极其有限。

1. “肯定列举式”立法,挂一漏万且封闭性强

以第8条观之,^{〔3〕}立法设计上采取了服务事项的确立标准结合肯定列举的方法,对可外包的服务事项进行了一一列举。在立法方法上,列举方式的特点是清晰、明确,但不能穷尽所有事项,因而具有封闭性。^{〔4〕}据此,该封闭性缺陷主要表现在:其一,仅从分类学的角度来审视,对任何事物的分类,只运用列举的方法几乎都是难以完成的,这是方法论本身的缺陷,在立法上应当有意识地运用各种技巧,规避方法论本身的缺陷,而不是积极地选择使用。其二,从公共服务、公共管理和行政管理学科分类学的角度来看,该规定并未吸收公共服务分类学框架的科学成果,也没有按照公共服务分类学统一的知识体系和线条来对可外包的服务事项进行逐一的列明,仅是将其中有限的零星的事项交叉并杂糅地列举出来,比如第(一)、(三)在公共服务学科上可归结为“科学技术”一项,而第(五)、(七)项可归结为“公共信息”一项,第(八)居家养老等社会公共服务分别属于社会保障和医疗卫生的类别,等等。其三,该规定对服务事项的列举也不够全面,对外包实践中涉及较多的领域反而严重遗落,比如环境保护类中的垃圾收集、清运和处理、污水处理、积雪清扫、公共活动空间维护等;实践中正在大力推进的外包事项,也没有通过本次立法加以确认,比如基础设施类中的水、电、气、能等基本生活设施、交通设施、互联网、宽带设施等服务外包,再如公共安全类中的治安、安保、人民调解等辅助执法,还有公共卫生、教育培训、法律援助、社会养老等等。^{〔5〕}其四,列举方法清晰、明确、详细和具体的属性,造成外包范围具有极强的封闭性,最终导致外包范围制度适用功能上的全面静态化,势必与法律本身的滞后性形成顽疾,不足以应对具有开放性特点和动态化的公共服务行政体制改革和社会发展,而在控制新生乱象上的失范,将会进一步掣肘整个法律制度的功能和价值之发挥。严格意义上讲,《暂行办法》所运用的服务事项标准,不能涵盖公共服务类型,远不足其冰山之一角,也没有描绘出当前外包实况,未竟万千象之综合。

2. “否定排除式”立法,“政务行为”与“行政行为”衔接上不能

第9条第1款采纳了行为标准,对不可外包的行为,运用了否定列举的方式进行排除。这将产生三个问题:

一是从该《办法》第3条规定来看,“本办法所称政府服务外包(以下简称服务外

〔3〕《宁波市政府服务外包暂行办法》第8条规定,下列事项可以实行服务外包:(一)电子设备、网络、软件开发和维护管理;(二)培训教育;(三)专业技术鉴定、检验、检测;(四)统计、论证、咨询、课题调查研究;(五)规划编制、法规规章等文件的起草;(六)代履行等行政执行的辅助性工作;(七)政府法律顾问事务;(八)居家养老等社会公共服务;(九)公务活动的组织、服务;(十)后勤服务;(十一)其他依法可以外包的事项。

〔4〕参见前注〔2〕,方世荣文,第17页。

〔5〕参见陈振明:《公共服务导论》,北京大学出版社2011年版,第67~70页;陈振明:“当代西方政府改革与治理汇总常用的市场化工具”,《福建行政学院福建经济管理干部学院学报》2005年第2期,第5~12页;陈民昆:“政府购买公共服务:宁波的探索与对策建议”,《宁波经济(三江论坛)》2012年第10期,第20~23页;陈民昆:“宁波社会养老服务体系建设与完善”,《宁波经济(三江论坛)》2012年第4期,第34~38页。

包),是指……,并支付相应报酬的民事法律行为。”〔6〕可见,该规定实际上已经将“服务外包行为”定义为民事法律行为(不是民事行为,而是民事行为的下位概念——民事法律行为),但第9条又将外包行为界定为是“政务行为”。从概念范畴上讲,政务行为是行政行为的上位概念。除行政行为外,政务行为还包括某些以国家名义实施的但没有做出公共行政意思表示的行为,也包括某些不以国家名义实施的也没有做出公共行政意思表示的行为(民事法律行为、行政事实行为)。可见,在同一部法律中,法律术语运用不够严谨,出现前后不一致的混淆现象,导致法律条文之间产生不必要的冲突。

二是在行政法学学科上,包括在大量的行政法律规范中,行政主体行为的通用概念是行政行为或具体行政行为等,并主要以具体行政行为为核心,按照不同的行为特点,将类似的行政行为进行区分和归纳,进而构建成统一的行政行为模式。该规定使用的“政务行为”概念,难以对接“行政行为”、“具体行政行为”等行政法学的传统核心概念,基本概念和法律术语的差异,势必导致该《办法》与其他行政法律,尤其是行政诉讼法,以及民事法律部门在对接上的不能。

三是该规定并不符合社会现状,该规定所列举的行政处罚、行政许可、行政检查、行政收费等行政行为,在公共服务体制改革和现实社会中,确实存在普遍的外包情况。我国许多学者考证,治安承包或曰私人参与警察任务执行等非行政处罚核心权能的行政任务,例如行政处罚过程中的现场证据的辅助临时管理、维护和收集,再如工商行政检查执法中的伪劣产品信息的收集等,无论是在理论上,还是实践中都是可以实行外包的。〔7〕立法应关注社会现实,不宜采取一刀切的立法模式而将这些行政执法的辅助性工作如行政助手行为等都排除在外包行为之外。

(二) 确定标准与确立方式的运用存在结合性误差

《暂行办法》对外包范围的设置,所采取的是将服务事项标准与肯定列举相结合、外包行为标准与否定列举相结合的双重立法模式,即立法者试图从正反两方面对外包范围进行界定。但在确定标准与确立方式的运用上存在结合性误差。第8条从服务事项角度,采用肯定列举方式,实际上已经完成对外包范围的设定,并划定了一个独立圈。然后,第9条第1款从外包行为角度,采取否定列举方式对外包范围进行设定,也划定了一个独立圈,即又完成了一次外包范围设定的全部过程。换言之,第8条从正面划了一个外包范围圈,而第9条又从反面划了另外一个外包范围圈。由于它们不是在同一标准下进行设计的,所以立法所构建的这两个范围圈,实际上是各自独立的。两个条文安排在同一部法律规范的同章节中,按法律适用的规则和习惯,只有同时满足两条文的规定,方可适用。若只符合一个条文的规定,而不符合另一个条文的规定,则不可以适用。这实际上又进一步缩小了外包范围,使原本窄小的范围圈,变得更小。在这两个独立圈的共同影响下,会形成一些既不明确属于可外包、又不明确属于不能外包的空白处。更糟糕的是,这个空白处又是变化的,且不可控。公共服务越往前发展,新的服务领域将会更多,而这些空白处也会随着公共服务行政职能深化改革的进行而不断扩大,外包范围的不明空间将随之增多。简言之,不同的确立标准结合了不同的确立方式对外包范围进行划分,加之条文之间没有按统一思路而形成梯队式的排除规则,每一个条文

〔6〕 参见《宁波市政府服务外包暂行办法》,第3条。

〔7〕 参见敖双红:“公共行政民营化的正当性基础”,《河北法学》2008年第8期,第68~74页;章志远:“私人参与警察任务执行的法律基础”,《法学研究》2011年第6期,第96~111页。

都是零散的且都已独立完成范围圈的全部划分任务，从而造成重复划定范围圈的混乱现象，最终导致适用选择上的迷茫。

另外，第9条第2款是对“启动外包发包权”行政审查的立法规制，被限定在必须是对“政务行为”界定不明的情形方可进行，实际上只能解决第9条第1款引起的部分问题，并不能解释第9条第1款引起的大部分问题，更不能适用于由第8条而引起外包发包权的争议。因为，两个条文根本就不是在同一语境下和按照同一个标准来进行设计的。因而在条文的设计上，确定标准与确立方式出现了结合性误差，看似完美的双重立法模式，实际上产生了两个范围圈，导致无可适从的尴尬局面。无论确定标准与确定方式怎么结合，在安排条文位置和设计条文内容时，都应当充分考虑三个问题，即范围圈的大小、范围圈是否同一（即数量上的唯一性）和不明空间的变化。

（三）完善启动不明空间发包权的审查机制

第9条第2款是对政务行为的理解进行规定的，实则是对启动不明空间的发包权的法律控制。该条款存在的弊端有：首先，该规定将“政务行为”的界定权力授予编制、政府法制、财政、监察等相应管理部门，四部门用顿号隔开，显然是一种“且”而非“或”的逻辑关系，即应得到四个部门的同时审查批准。可见，审查部门设置过多，易造成相互推诿或争抢的乱象。其次，对四部门各自在“政务行为”审查上的权限、权责，没有进行规定。再次，“按事项内容报批”的设置存在问题，此标准，显然过于笼统，不能通用于四个不同的审查部门。最后，授予此四部门行政审查权，不符合行政管理日常工作常态，有违行政管理工作的活动规律，不利于行政权力的畅通运行。实践中，四部门往往为保全部门利益，通过苛刻的审查，而将服务事项排除在外包范围之外；或为保全部门利益，不尽审查职责，走形式；或因受制于服务外包范围依据、审查标准的缺失，而一味否定服务事项的可外包性，等等。显然，这些都是因为立法对启动不明空间的发包权的规制过于苛刻和死板造成的。

此外，第9条第2款规定，除了存在上文提到的对发包权的立法规制过于苛刻和死板、“政务行为”的用语与其他法律难以对接等问题外，还将引起诸多歧义。具体如下：第一，服务外包事项涉及的“政务行为”的界定，究竟是由四部门中的哪个部门来做审查和定性判断，确定性不足。第二，对“合法性与可行性”的审查，各部门间审查顺序、责任部门指定不明。第三，审查方式以及各部门间协同分工不明。

三、政府公共服务外包范围的完善路径〔8〕

基于上述分析，我们认为将来行政立法应在外包范围制度设计上做出如下调整与改进：

（一）确立标准的理论剖析、建构与完善

1. 行政主体标准的引进与构建

在行政法律部门体系中，法律适用范围的划定多运用行为标准，如行政诉讼受案范围、行政赔偿范围等，而少运用主体标准，如政府信息公开的范围等，其主要原因是：

〔8〕 由于笔者认为“外包范围”制度的构建是一项系统工程，并且还处于起步阶段，且需要借助行政法学上的许多概念、专业术语等，而学界对这些概念、专业术语本身的研究还没有形成共识，所以，为严谨需要，笔者所提的改进研究，是一种改进思路上的研究，仅是一种角度上的提法。

其一，行为是连接主体与客体的媒介，是权力与责任、权利与义务的连接点；其二，法律行为，是主体意思表示的有法律效果的外部表达；其三，法律关注和调整的是主体的行为，其外观性和直观性最强。尽管如此，这并不影响从行政主体的角度来构建外包范围的确立标准。引进并构建外包范围的行政主体确立标准，具有以下理由：首先，政府公共服务外包，从主体要素上看，可通过主体标准，将政府之外的其他国家机构及非政府部门都排除出去；其次，从主体的职能要素上看，可通过主体标准，将政府中不承担公共服务职能的部门排除出去；再次，通过主体标准，可将职权行政主体与授权行政主体的服务外包区分开来，这是承担行政赔偿（补偿）责任与国家赔偿（补偿）责任的分水岭；最后，通过主体标准，区分主体资格，是外包主体合法的条件和门槛，可判断外包行为是否滥用职权、越权，外包合同等的合法性。由此可见，外包范围行政主体确立标准的引进与构建，还将有利于救济法中责任主体范围的识别和确定，如被告、被申请人、赔偿或补偿义务人的范围等。“一种真正有生命力的法学理论必然能够回应司法实践的需求，作为部门法学的行政法学更是如此。”〔9〕这是非常现实的司法需求，立法理应对此做出必要回应。所以，对于外包范围而言，适当地运用和发挥好行政主体确立标准，是有益无害的。

行政主体标准的引进和构建，应注意以下两点：第一，区分政府与党、其他国家机构、非政府组织等，如人大的“委托立法”、律师协会组织的“岗前培训外包”等，就不属于政府公共服务外包的范畴；第二，考虑到职权行政主体、授权行政主体等的存在，不应将服务外包范围的主体仅局限于行政机关及其工作人员，可以考虑使用其上位概念等，如行政主体、公共部门，甚至是跳出概念争议，设定新的实质性标准如“从是否依法承担提供公共服务职能”的角度来构建外包范围的行政主体标准。

2. 行政行为标准的反思与重构

行政行为标准的设置，应通过对公共服务行政行为的辨别与划分确定外包范围。行政行为的概念主要由行政主体要素、行政职权要素和法律效果要素三部分构成。

行政行为主要是以“政府为唯一的权力中心”、“行政主体一元化”、“国家与社会一体化”创设的概念，从而突出体现了政府权威上和职能上的唯一性——即行政主体和行政职能要素。在“政府退宿和市场回归的”行政体制改革中，这种“一元化”特点早已被“多元化”所打破，这势必导致传统行政行为概念包容性不足之弊。〔10〕诸如行政处罚、行政许可、行政强制、行政征收征用等，是以传统行政行为为中心概念而构建的行为模式及其法律制度，在不加分析、演绎的基础上，不宜直接作为公共服务外包范围的确立标准。公共服务外包行政行为，与传统行政行为模式存在区别，它是一种全新的行政行为，它包括行政指导行为、行政合同行为、行政监督行为、行政处罚行为等，甚至还包括相当一部分民事行为，从学理上看，它既包括抽象行政行为，又包括具体行政行为，无论是从行为的数量上看，还是从行为的性质角度来分析，它更像是一种公私法融合的复合行为。因此第3条与第9条在外包行为的界定上直接冲突，也不是没有理论原因的，前者主要从私法性质和服务外包诉讼救济的角度来对外包行为进行定性，而后者则主要是从政府职能的角度来定义外包行为。所以，要科学合理地采纳行为标准，就

〔9〕 杨海坤、章志远：《中国行政法基本理论研究》，北京大学出版社2006年版，第182页。

〔10〕 参见石佑启：《论公共行政与行政法范式转换》，北京大学出版社2003年版，第2~9，110~113页。

应当淡化行政主体要素, 凸显法律效果要素, 以行政职权要素为辅助观察, 同时注意与其他法律部门进行对接, 尤其要注意与行政法律、行政诉讼法律及民事合同法律的衔接, 不需要全盘地否定或推翻, 但应当进行必要的修正, 以扩张行政行为概念的功能。在此基础上, 结合不同的确定方式, 择取最优的立法模式, 对外包范围予以划分。

3. 服务事项标准的改进与科学性提升

服务事项标准, 是以外包对象即公共服务事项内容进行的标尺建构。在公共服务、公共管理和行政管理学科上, 公共服务分类学的最新研究成果, 已经到了“二维一体”的分类框架阶段, 将公共服务事项从纵向以专业知识属性为脉络分为十大类, 再以公民基本需求为出发点, 结合其他综合因素, 从横向将公共服务分为保障性和发展性两大类, 并在纵横两个维度上构建了“现阶段中国公共服务二维动态表”, 该表几乎囊括了现实中服务领域的所有类型, 据统计该图表共计 20 栏, 达 64 种, 且在 64 种之下再进行细化。^{〔11〕} 但无论是从纵向领域来看, 还是从横向的“保障性与发展性”来看, 都同时存在可实行外包的服务事项和现在不宜或不能实行外包的服务事项。比如说, 在公共安全领域, 警察救助被认为是公安机关代表国家行使主权的专业保卫职责, 具有不可转让性, 尤其是风险性较高的紧急场合或状态下, 被认为是不宜进行外包, 否则有推卸国家责任或渎职之嫌。从我国刑事法律上看, 这种做法是构成犯罪的, 应追究刑事责任; 而从行政法学上看, 它严重损害政府信誉和权威, 亦当追究行政责任。可是, 涉及企业或者社区等的治安等警察任务, 如治安承包、警察行政、司法矫正行政、社区安保等, 则无论是现实社会中, 还是在理论研究上, 都被认为应当划定在外包范围内。^{〔12〕} 因此, 在划定服务外包范围时, 对公共服务分类学的科研成果应充分吸收, 并在加以改进的基础上进行参考和借鉴, 再予以重新审视和判断, 而不能完全照搬。换言之, 适合外包与否, 违背宪法法律的规范或精神与否, 对国家核心权力产生不良影响与否, 脱离行政政策与否, 诸如此类, 都应事先进行法学学科的语境转换, 才能确定。

4. 合法权益标准的完善

合法权益标准, 是从法律保护公民权益的功能角度出发建构的标尺。划定外包范围, 实际上就是确定公民享有的哪些公共服务基本权利可以转移出政府部门, 并通过构建公私之间法律关系的机制, 全部或部分地交由私人部门来完成。公共服务外包的提供主体及机制, 会受到外包范围的影响, 已受影响的提供主体和机制又将对公民的公共服务基本权利的实现以及实现程度产生一定影响, 反之亦然。若采用合法权益标准, 则应当根据宪法法律的规定和精神, 按照行政法学科的特点, 结合公共服务学科分类学专业知识属性, 对公共服务所涉的公民基本权利进行全面研究和系统梳理, 将涉及政治性、自由性的权利, 如选举权与被选举权, 言论、人身自由权利等应当排除在外包范围之外, 且有必要重构公共服务外包法律的特色权利谱系, 以满足采纳合法权益标准来划定服务外包范围之需求。

从理论上讲, 上述界定外包范围的四种确立标准都不是万能的, 它们都存在自身的优缺点和各自的适用空间。在运用不同的确立标准进行立法时, 应当避免在设计条文时构建出两个以上的独立范围圈, 否则, 必将导致法律适用上的迷失。故应按照一定的逻辑顺序, 以保护合法权益标准为主, 其他不同确立标准为辅, 结合不同的确立方式, 充

〔11〕 参见前注〔5〕, 陈振明书, 第 67~70 页。

〔12〕 参见前注〔7〕, 敖双红文; 章志远文。

分发挥其各自的优点以弥补其他确立标准之不足，终而划分不同的层次和区间。例如，在保护合法权益标准所界定的同一个范围圈内，严格按照行政主体标准、行为标准和服务事项标准，将不宜外包的服务外包主体、服务外包行为和服务外包事项，有条理、有步骤地分别予以排除，进行递进式筛选。另外，根据公共服务外包行政权力体系及其权利之间的因果关系，应当将程序性、监督性和诉权性的公共服务外包权力（利）全部排除出外包范围圈，以确保程序性外包权、对行使外包权的监督以及对行使外包权所产生的损害之救济等在其各自的逻辑框架下予以设计或安排，而不是交织、混杂在外包范围圈中。

（二）立法模式的反思与建构

从界定外包范围的立法技术上看，确立方式主要有三种：列举式、概括式和折中式（又称混合式），列举式又分为肯定和否定列举式两种，列举式与概括式结合起来的确定方式就是所谓的混合式。^{〔13〕}根据数理上的排列组合规则，确立方式与确立标准相结合，将会产生多种情况，在立法设计时，就应当对这些情况进行比较分析，从而择取最符合我国实际情况的立法模式。笔者认为，未来对我国政府公共服务外包范围进行立法设计时，应充分运用混合确立方式的长处，结合四种确立标准，优化确立标准与确立方式之间的组合范式，消弭封闭性和静态化的外包范围缺陷，构建科学、合理的外包范围圈。比如，充分利用法律保护合法权益标准的强大功能，将合法权益标准与概括式相结合，从正面将外包范围圈的边界拓展到最大。然后，在这个范围圈内，利用其他确立标准，结合否定列举式的方法，递进排除不宜、不能外包的行政主体、行为和事项，取其交集即所剩的空间——外包范围，这样设计出的外包范围，就具有开放性，呈现动态化。当新型的公共服务外包出现的时候，只需要按照这四个确立标准进行依次分析即可，最终都能确定该新型的公共服务外包是否属于外包范围。可见，通过概括式与合法权益标准进行组合，再运用否定列举式与其他三大确立标准构建递进式排除规则，合理设计出确立方式和确立标准上的双重张力，不仅可以构建开放性和动态化的外包范围，而且还可以将外包范围的不明空间限缩到最小。

（三）完善外包范围不明空间发包权审查机制

第9条第2款同时授予了至少四部门“对服务外包事项涉及政务行为的界定不够明确的”审查批准权。第9条第2款规定“行政机关按事项内容”报批，既然是“按事项内容”报批，而且是针对“合法性和可行性”进行审查，那么就应当是报同级政府法制机构和具有行政管理职能关联的上级业务主管部门来做分别审查，主要由这两个部门对服务外包的合法性和可行性做出审查决定，而不是报“与此事项在内容上、法律上都无关”的编制、财政和监察部门进行审查。公共服务外包，会涉及行政职能的变化、转移甚至是消失，会涉及人员和岗位编制的设置变化，也会涉及财政费用的预算、使用和支付等变化，还可能会涉及因失范而滋生权力出租等腐败现象，但是，所有上述提到的情况，并不需要通过对外包承包权的启动的审查来进行规制。实际上，这种立法规定的审查机制根本达不到立法设计上的预防目的，只是徒增累赘和混乱，完全陷入了立法上的盲目性和不科学性境况。首先，编制和财政工作的典型特点就是按年度来进行，而这种“按事项内容报批”是随时性的，会对编制和财政工作产生影响，造成不必要的忙乱，

〔13〕 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社与高等教育出版社2008年版，第470、471页；姜明安、余凌云主编：《行政法》，科学出版社2010年版，第652、653页；石佑启主编：《行政法与行政法学》，中国人民大学出版社2012年版，第238、239页。

尤其是编制工作，在一届政府任期内，根据其施政方向以保持相对稳定为要义。^{〔14〕}其次，公共服务外包是勾连公私部门即两方独立法律主体的机制，在服务外包还没有开始之前，根本就不会产生政府部门的机构设置和编制的问题，如果有必要设置编制部门的审查权，也应该是在服务外包成功地运行，达到了简政放权的效果和目标且运作机制较为成熟之后，才会开始考虑精简人员和编制的情形，此时才应设置编制部门的审查权，这种审查权是事后审查权，而不是事先审查权。而私人部门内部的编制，并不属于国家编制管理的范畴，不存在审查之理由。至于财政部门的审查，实际上也没有必要在启动发包权时进行设置，政府财政有既存的预算制度和审计核算制度，且在财政费用上采取的是申请、支付与审批三者分离制度，完全可以做到对服务外包财政上的全程监督和控制，不需要另行设置财政部门对服务外包行使实体审查权尤其是启动权上的审查制度，这实属过渡且无效的干涉。最后，虽然服务外包在我国还属于起步和发展阶段，在诸多领域或阶段因失范而容易滋生腐败现象，但是对违法行为的监督检查，应该是动态性的、全程性的，主要是通过设置服务外包的正当行政程序对此进行监督，而非仅在启动上的点式的、偶发性的监督，这显然很难实现预防目的。

对发包权的审查，应以必要审查限度为限。无论是审查部门，还是审查的主体、范围、方式、内容及期限等方面，都不宜设置过多、过死，应遵循必要性的原则。上级业务主管部门进行可行性等实质性审查最妥，再经由同级政府法制部门作形式上的合法性审查，实际上已足以“对公共服务外包事项涉及政务行为的界定不够明确的”进行法律上的有效规制。公共服务外包，原本就是以引进市场竞争机制来提高行政效能，来追求简政放权行政体制改革的目的，审批部门设置过多，审查权规制过于严苛，会严重降低行政效能，显然与政府实施公共服务外包及其立法目的背道而驰。

（四）规范和统一法律术语的运用

法律术语，是法律条文的中心词，更是法律条文之间的媒介，法律条文的意义表达，都需要依靠特定的法律术语来完成。法律术语使用上的随意，势必导致法律条文理解上的混乱和歧义。该《暂行办法》对服务外包行为的理解，显然存在分歧，第3条将服务外包行为视为民事法律行为，其实是忽视了“行政主体正在行使公共服务职能”这一现实情况，即职能要素，而第9条将服务外包行为界定为政务行为，是有意拓宽服务外包行为的内涵和外延。这两种理解，虽然都以偏概全，但有一定的根由，可是对“服务外包行为”界定的出入，暴露在同一部法律中，不仅产生了理解上的冲突和适用上的迷茫，影响了条文之间的连贯性和匹配性，而且还不利于本法与其他法律之间的对接，法律衔接上的阻碍和理解上的歧义原本是可以避免的，而今反而愈加恶化。所以，必须对服务外包行为进行统一界定，规范使用法律术语，提升条文之间的连贯性和匹配性，以消除理解上的冲突、适用上的混乱和法律衔接上的障碍。

四、结语

外包范围，照应出“政府退缩和市场回归”公共行政服务体制改革的场域，确定了
(下转第160页)

〔14〕 参见《国务院行政机构设置和编制管理条例》，第4、9、14和23条。

金杜律师事务所陈胜律师指出,香港金融衍生品投资争议纷呈时也是由金管局指定香港国际仲裁中心进行处置,其后催生了香港金融争议解决中心的成立。大陆各金融监管机构在金融危机之后皆成立了消费者保护局,包括央行。其后分别在金融行业协会内部成立了消费者调解中心,处理相关争议。大陆242家仲裁机构中的一部分也成立了金融仲裁院或调解中心,对金融消费纠纷的解决起到了一定的促进作用。

缪因知认为,调解在处理我国金融纠纷时具有特殊价值。一是当金融纠纷可适用的法律规则不完备时,调解可以较好地结合实际情况来予以处理,包括通过引入第三方承担义务来化解争议。二是当金融合同条款过于不利于缺乏有效缔约谈判能力的非机构当事方时,严格适用金融法律规则可能导致不正义,通过调解则可以实现更好的处理结果。由于金融机构和金融客户特别是金融消费者信息能力的不对称化是一个长期发展趋势,金融调解也具有长期性的价值。很多域外发达市场都通过半强制方式建立了专门的金融调解机制与机构。但我国现阶段宜通过市场主体自愿授权的方式来实现专业金融调解机构的权威。^{〔3〕}

参考文献

- 〔1〕刘燕,楼建波.情势变更原则时金融衍生品交易法律基础的冲击——以韩国法院对KIKO合同纠纷案的裁决为例〔J〕.法商研究,2009(5).

(责任编辑:缪因知 赵建蕊)

(上接第147页)

公共服务外包行政权力触角的最边缘,体现出公共服务行政职能的行业范畴和具体领域,公示了市场和私人部门参与公共行政的服务与经营范围,明确了公众和社会对外包的监督空间,它不仅对政府部门行使职权、私人部门承包公共服务和社会公众参与公共服务的行为起到规范作用,而且还对公共服务行政体制改革的推进、公私合作关系的构建、公民诸多基本权利的有效实现以及外包合同内容的合法性等产生重大影响。总体而言,在充分学习和借鉴域外立法的基础上,应当从我国国情出发,精心安排与设计,科学和理性地划定政府公共服务外包的边界,构建出既满足现实性需要又能兼顾社会发展的动态性、开放性且具有前瞻性的外包范围圈,以充分发挥行政法律制度的规制功能,有力保障公共服务行政体制改革。

参考文献

- 〔1〕方世荣.论我国行政诉讼受案范围的局限性及其改进〔J〕.行政法学研究,2012(2).
〔2〕陈振明.公共服务导论〔M〕.北京:北京大学出版社,2011.

(责任编辑:赵真 赵建蕊)

〔3〕参见缪因知:“调解在金融纠纷处理中的价值与定位”,《经济法学评论》(第15卷)第2期,2016年1月。