

政府合同管理的基本逻辑

韩 宁*

目次

一、问题的提出	需要
二、政府合同概念之梳理	四、政府合同管理制度之定位
(一) 依附于行政协议的“衍生品”?	(一) 主要作为内部行政活动的政府合同管理
(二) 行政协议的上位概念?	(二) 政府合同管理活动之双重合法性
三、政府合同管理之必要性	五、结语
(一) 对行政任务的回应	
(二) 从“监控”迈向“监控+管理”的	

摘要 政府合同管理立法方兴未艾,不少地方政府使用规章或规范性文件对政府合同管理活动加以调整。作为一个规范概念而非学理概念,政府合同同时包括缔结主体一方为行政机关的民事合同以及一般学理意义上的行政协议。行政机关之所以要对不具有同质性的民事合同与行政协议统一管理,乃是出于回应行政任务的需求,同时也标志着行政机关开始具有监管者、管理者的双重身份。政府合同管理主要体现为内部行政活动,但仍然要遵循依法行政原则。在政府合同管理过程中,需兼顾管理活动的合法性与作为管理对象的政府合同的合法性,并同时受行政法律规范与民事法律规范的羁束。

关键词 政府合同 行政协议 民事合同 行政立法 合作

一、问题的提出

行政机关使用合同这一载体进行行政管理、公共服务以及民事经济活动,已成为行政实务发展的重要趋势之一。截止到2019年1月,全国范围内共计已有《兰州市政府合同管理规定》《汕头市行政机关合同管理规定》《珠海市政府合同管理办法》《广州市政府合同管理规定》等四部地方政

* 浙江工商大学法学院讲师、法学博士。本文为国家社会科学基金青年项目“政府合同管理立法研究”(项目编号:18CFX025)的阶段性研究成果。

府规章,^[1]以及《邯郸市政府合同管理办法》《苏州市市政府合同管理规定》《宿州市行政机关合同管理办法(试行)》等五十余部规范性文件。^[2]然而,当我们把目光投向相关的研究成果时,却发现理论界并未对政府合同管理给予同样的重视:在北大法宝上以“政府合同”或“行政机关合同”为关键词进行搜索,所得结果仅包含一篇实质内容与此并无直接关系的论文而已。^[3]

显然,政府合同在理论界的地位远不如近年来方兴未艾的行政协议。对比来看,政府合同至多是一个存在于较低位阶法律规范的规范概念,而行政协议早已借《行政诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2015]9号,以下简称《适用解释》)“登堂入室”。政府合同管理领域行政立法的“剃头担子一头热”向我们提示了其在理论和实务间的巨大落差,同时也给我们提出了不少具有现实性的问题:政府合同的覆盖范围有多广?政府合同与行政协议的关系是什么?政府合同管理的必要性又植根于何处?本文即拟以目前已有的政府合同管理法律规范为基本素材,勾勒出政府合同管理的现状,并在此基础之上对上述问题做出解答。

二、政府合同概念之梳理

(一) 依附于行政协议的“衍生品”?

毫无疑问,行政机关可以以民事主体身份缔结民事合同,亦能以行政主体身份订立行政协议。行政协议脱胎自民事合同,两者之间的界分标准素来是行政法学的关注重点,也有部分民法学者参与了讨论。^[4]实际上,在对行政协议的判断标准进行界定的过程中,早已出现了政府合同的身影。从比较法视角对行政协议的脉络进行梳理时,论者往往会将英美法上 government contract

[1] 《兰州市政府合同管理规定》的文号为兰州市人民政府令[2019]第1号,于2019年3月10日起施行。《汕头市行政机关合同管理规定》的文号为汕头市人民政府令第152号,于2014年5月1日起施行。《珠海市政府合同管理办法》的文号为深圳市人民政府令第96号,于2013年9月6日起施行。《广州市政府合同管理规定》的文号为广州市人民政府令第69号,于2012年7月1日起施行。

[2] 根据笔者对相关规章、规范性文件的梳理,“政府合同”与“行政机关合同”基本上是可以被无差别替换使用的。即使部分规章、规范性文件使用了“政府合同”的表述,但在进行定义的时候也并不局限于狭义的政府,而会同时包括作为规章、规范性文件制定主体的政府及其工作部门。笔者猜想,这一立法技术可能类似于《政府信息公开条例》。《政府信息公开条例》第2条规定:“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。”需要特别指出的是,政府合同的缔结主体还存在扩大的可能性,如《珠海市政府合同管理办法》第28条规定:“市委各部门、横琴新区管委会、各区政府(管委会)及其部门、市政府派出机构(含非常设机构)、市人民团体、市事业单位订立类似合同,参照本办法执行。”于此,笔者不由地又想到了《政府信息公开条例》第36条“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织公开政府信息的活动,适用本条例”的规定。

[3] 参见[美] Daniel J. Mitterhoff:《建构政府合同制度——以美国模式为例》,杨伟东、刘秀华译,载《行政法学研究》2000年第4期,第87—97页。该文是在行政协议这一意义上使用政府合同这一措辞的,故实际与本文所指的政府合同无直接关联。

[4] 行政法方面的论著,可参见陈天昊:《行政协议的识别与边界》,载《中国法学》2019年第1期;沈福俊:《司法解释中行政协议定义论析》,载《法学》2017年第10期;于立深:《行政协议司法判断的核心标准:公权力的作用》,载《行政法学研究》2017年第2期;韩宁:《行政协议判断标准之重构——以“行政法上权利义务”为核心》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。民法方面的论著则以崔建远教授为代表,包括崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》2017年第4期;崔建远:《行政合同之我见》,载《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。

的概念进行介绍,如余凌云即指出,“普通法制度中也就不存在与私法契约相对的行政契约概念,只是以形式为标准,将以政府为一方契约当事人签订的契约统称为政府合同(government contract)”。^{〔5〕}不难看出,作为 government contract 的中文翻译,此处的政府合同乃是依存于英美法系这一语境的。我们甚至可以说,政府合同这一舶来概念是为廓清行政协议的界定标准服务的,可谓是行政协议的“从物”。除非对政府合同进行比较法上的专题探讨,否则其基本不存在独立的研究价值。

然而随着近几年行政协议研究的发展,笔者发现,本来就依附于行政协议存在的政府合同,似乎开始被“本土化”,其原有 government contract 的意涵正在逐渐消解。例如,陈无风在探讨行政协议主体时,似乎就无差别地使用了政府合同与行政合同这两种表述:“……除此之外,各地方针对行政合同、政府合同出台过一些专门的规章或规范性文件。如《广州市政府合同管理规定》第7条规定:‘市政府及其工作部门订立政府合同,禁止下列行为:……临时机构和内设机构作为一方当事人订立合同。’……”^{〔6〕}但实际上,《广州市政府合同管理规定》将行政机关在从事民事经济活动中使用的合同也纳入政府合同的范围之内,其语义射程显然要广于目前通说中的行政协议。^{〔7〕}又例如,杨曦认为,《合肥市政府合同管理暂行办法》明确规定了8种行政协议,对于行政协议的适用范围有所拓展。^{〔8〕}同样地,《合肥市政府合同管理暂行办法》也明确提及了在民事经济活动使用政府合同的情形。^{〔9〕}上述论者或是将行政协议与政府合同等同化处理,或是将政府合同视为行政协议的“扩展版”,不禁让人担忧,我国行政法学的行政协议是否已经把英美法系传来的政府合同概念“捕获”或“同化”了呢?显然,此种捕获或同化乃是源自对现有规范的误读。这恰恰向我们提示,明确政府合同的内涵和外延已刻不容缓,将目光聚焦于目前已有的规范,对其进行研判、整理,方能正本清源。

(二) 行政协议的上位概念?

目前,在北大法宝上能搜索到最早的政府合同管理规范性文件为《洛阳市人民政府关于加强政府合同监督管理工作的通知》(洛政〔2006〕135号,2006年9月5日起施行)。该通知指出,“本通知所称政府合同,是指市政府及其组成部门,市政府直属工作机构、办事机构、工作部门(以下简称合同行政主体)在履行职责、提供公共服务和自身建设需要时,与自然人(公民)、法人和其他组织之间,经过协商一致所达成的协议”,包括:“(1) 国有房屋、场所、设施等国有资产(含无形资产)的建设、养护、出租、出借、承包、买卖合同;(2) 国有土地、森林、水域、滩涂、矿藏等自然资源的出租、承包、出让合同;(3) 行政征收、征用、委托合同;(4) 政府借款合同;(6) 市政府认为需要纳入监督管理的其他合同。”^{〔10〕}纵览目前已有的政府合同管理规范,无论是规章还是规范性文件,都基本遵

〔5〕 余凌云:《行政契约论》(第二版),中国人民大学出版社2006年版,第5页。

〔6〕 陈无风:《司法审查图景中行政协议主体的适格》,载《中国法学》2018年第2期。

〔7〕 《广州市政府合同管理规定》第2条规定:“本规定所称政府合同,是指市政府及其工作部门在行政管理、公共服务以及民事经济活动中,作为一方当事人所订立的涉及国有资产、财政资金使用和自然资源、公共资源利用的协议。”

〔8〕 参见杨曦:《行政协议在特殊判断标准下的扩张性适用》,载《时代法学》2018年第5期。

〔9〕 《合肥市政府合同管理暂行办法》第3条规定:“本办法所称的政府合同,是指市政府、市政府工作部门以及法律、法规授权实施公共管理的组织(以下统称市直部门)在履行行政管理职责、提供社会公共服务、开展民事经济活动中,作为一方当事人与自然人、法人或者其他组织订立的协议。”

〔10〕 该通知于2014年4月4日被《洛阳市政府合同监督管理办法》(洛政办〔2014〕36号)废止。2018年11月22日,洛阳市人民政府办公室又重新制定并实施《洛阳市政府合同监督管理办法》(洛政办〔2018〕90号)。

循了上述通知的立法模式,即先对政府合同做出定义、明确其内涵,再列举政府合同的类型、填充其外延。下文将以已有的四部政府合同管理地方政府规章为例,对政府合同的内涵、外延分别做出介绍。^[11]

就政府合同的内涵来说,四部规章所表达的内容并不一致。《广州市政府合同管理规定》第2条规定,“本规定所称政府合同,是指市政府及其工作部门在行政管理、公共服务以及民事经济活动中,作为一方当事人所订立的涉及国有资产、财政资金使用和自然资源、公共资源利用的协议”,明确点出在民事经济活动中可以使用政府合同这一载体。《珠海市政府合同管理办法》《兰州市政府合同管理规定》稍显含蓄,采用了“经济活动”的措辞。^[12]《汕头市人民政府机关合同管理规定》则避免了提及民事或经济等字眼,直接在第3条中将行政机关合同定义为“市政府及其工作部门为了实现行政管理和公共服务目的,作为一方当事人与公民、法人或者其他组织之间所达成的书面协议及其他合意性法律文件”,与《适用解释》的界定较为接近。^[13]

上述四部地方政府规章在对政府合同的外延进行列举时,也同样遵循了“民事行政一锅端”的原则,“国有资产(包括无形资产)承包经营、出售或者出租合同”“国有自然资源使用权出让、转让、出租、承包合同”均与“行政征收、征用合同”出现在了同一条款中。^[14]显然,行政征收、征用合同是被《行政诉讼法》“钦点”的行政协议,而如土地承包合同,目前仍被定位于民事合同之列。例如,《土地管理法》第14条、第15条均规定“发包方和承包方应当订立承包合同,约定双方的权利和义务”,《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》第2条明确规定“农村土地承包经营纠纷调解和仲

[11] 之所以未见新制定的规章位阶的相关规范,乃是由《立法法》修改所致。“2015年修订后的《立法法》第八十二条第三款规定的设区的市的立法权仅限于城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护等方面,而政府合同管理不属于上述范围,基于法律优位原则,法律既已明确了设区的市的立法权的范围,地方政府不得再采用政府规章形式制定合同审查办法,仅能以行政规范性文件形式制定政府合同管理制度。此外,《立法法》也规定了‘已经制定的地方政府规章,涉及上述事项范围以外的,继续有效’,因此广州、珠海、汕头的政府规章继续合法有效。”参见张莉、田依带、刘宇翔、陈格:《地方政府合同审查制度实证研究——基于54个地级市的样本分析》,载《法治政府蓝皮书:中国法治政府发展报告(2018)》,社会科学文献出版社2019年版,第71页。

[12] 《珠海市政府合同管理办法》第3条规定:“本办法所称政府合同,是指市政府及其工作部门在行政管理、公共服务和经济活动中,作为一方当事人所签署的合同、协议、承诺书以及涉及双方权利义务关系的意向书、备忘录等法律文件。”

[13] 《适用解释》第11条第1款规定:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。”

[14] 《广州市政府合同管理规定》第2条规定:“本规定所称政府合同……包括以下类型:(1)城市基础设施等国有资产(包括无形资产)的投资、建设、租赁、承包、托管、出借、买卖、担保、物业管理等合同;(2)土地、森林、荒地、水流、海域、滩涂、矿藏等国有自然资源使用权的依法出让、转让、出租、承包合同;(3)行政征收、征用、委托合同;……”《珠海市政府合同管理办法》第3条规定:“本办法所称政府合同……具体包括以下类型:(1)城市基础设施等国有资产(包括无形资产)的建设、租赁、承包、托管、出借、买卖、物业管理等合同。(2)土地、森林、荒地、水流、海域、滩涂、矿藏、沙石等国有自然资源使用权的依法出让、转让、出租、承包合同。……(5)行政征收、征用、委托合同。……”《汕头市人民政府机关合同管理规定》第3条:“本规定所称行政机关合同……包括但不限于以下类型:(1)土地、森林、荒地、水流、海域、滩涂、矿藏等国有自然资源使用权出让、转让、出租、承包合同;(2)国有资产(包括无形资产)承包经营、出售或者出租合同;……(4)行政征收、征用、收购储备合同;……”《兰州市政府合同管理规定》第3条规定:“本规定所称政府合同……具体包括以下类型:(1)国有资产(包括无形资产)的投资、建设、租赁、出让、转让、承包、物业管理等合同;(2)国有土地、森林、荒地、水流、滩涂、矿藏等自然资源使用权出让、转让、出租、承包经营合同;……(4)行政征收、征用、收购储备合同;……”

裁,适用本法”,且各法院均倾向于认为此类可能被当事人质疑具有行政协议属性的合同为民事合同。^[15] 需要特别指出的是,《珠海市政府合同管理办法》的第4条甚至专门列举了“重大政府合同”的类型,包括“标的超过人民币1000万元的政府合同”“所涉事项列入或拟列入国家、省、市政府重点项目、重大工程的政府合同”“其他社会影响较大、关系重大公共利益的政府合同”。《兰州市政府合同管理规定》第14条则规定,“以本级政府为一方当事人的政府合同和政府与社会资本合作的PPP项目合同是政府重大合同”。显然,上述两部规章在界定重大政府合同时也未关注民事合同与行政协议的界分。^[16] 另外,部分政府合同管理规范性文件还在争议解决条款中特别提及了当地的仲裁委员会。例如,《常州市政府合同管理办法》第14条第2款规定“合同约定纠纷解决方式时,可以约定常州仲裁委员会仲裁”,《宁波市行政机关合同管理办法》第14条第1款规定“倡导行政机关订立合同时优先选择宁波仲裁委员会处理合同争议”。这些规定似乎默认了政府合同争议均可进行仲裁。然而,《仲裁法》第2条明确规定“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁”,行政协议的可仲裁性还尚未有明确的法律依据,对政府合同的可仲裁性“一刀切”,很容易让人倒推出政府合同都是民事合同这一结论。^[17]

当然,笔者也观察到了例外的情形,如《宿州市行政机关合同管理办法(试行)》(宿政办秘〔2016〕29号)第8条规定:“市政府部门签订涉及国有资源划定、特许经营等行政权力行使的合同,以及其他需要市政府研究或授权合同,应经市法制办合法性审查、报经市政府研究同意后,由部门主要负责人签订。”根据笔者对相关规范的梳理,直接明确提出“行政权力行使”的政府合同管理规定并不多见,宿州市的这份规范性文件颇具代表性。《宿州市行政机关合同管理办法(试行)》在对政府合同进行类型列举时也是遵循了上文所列举的“常规套路”,但其在界定内涵时措辞较为模糊,仅表述“本办法所称行政机关合同(以下称合同),是指行政机关与公民、法人或其他社会组织订立的合同、协议等书面文件”,而未像其他地方一样添加“在行政管理、公共服务以及民事经济活动中”“涉及国有资产、财政资金使用和自然资源、公共资源利用”等限定语。

至此,我们已经可以得出初步的结论。首先,政府合同是一个规范概念而非学理概念,不能与行政协议这一概念相互替换使用,更不是行政协议的扩张或延长。其次,从逻辑上来说,政府合同也并非行政协议的上位概念,只是将缔结主体一方为行政机关的民事合同和一般意义上的行政协议放在一起而已。诚如张莉等人所指出的,“不同的政府身份决定了法律关系性质的不同,在我国公私法二元划分的背景下,政府的多重身份决定了政府合同的二元结构——既包括政府作为民事主体为参与经济活动签订的民事合同,也包括政府作为行政主体为实现行政目标签订的行政合同”。^[18] 行文至此,我们不由地疑惑:究竟是出于何种原因,需要将这两者“强行捆绑”在一起进行

[15] 参见前注〔4〕,韩宁文。

[16] 《衢州市行政机关合同管理办法》(衢政办发〔2016〕82号)第11条也有类似的规定:“对于纳入市政府重大事项决策程序规定范围的政府合同、PPP(公私合营模式)合同、EPC(工程总承包)合同、‘一事一议’政策合同、特许经营合同、对外投资合同,应当提交市政府会议审定。”“应当提交市政府会议审定”即暗示着本条列举的政府合同较为重要,但显然,上述列举也并没有区分民事合同与行政协议,即使特许经营合同已被《适用解释》第11条明确定位为行政协议。

[17] 有关行政协议是否可以约定争议解决方式、是否可以仲裁,目前在规范上尚未有定论,但在学界似乎已经倾向于持肯定态度。有学者认为,行政协议不属于我国《仲裁法》禁止仲裁的范围,所以存在可仲裁的法律依据,参见姜波、叶树理:《行政协议争议仲裁问题研究》,载《行政法学研究》2018年第3期。最高法院法官也基本持这一观点,认为在《行政诉讼法》没有明确排除仲裁解决行政协议争议的前提下,不宜简单认为行政协议争议不能申请仲裁。参见耿宝建、殷勤:《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》,载《法律适用》2018年第17期。

[18] 见前注〔11〕,张莉、田依蒂、刘宇翔、陈格文,第89—90页。

管理呢?

三、政府合同管理之必要性

(一) 对行政任务的回应

民事合同与行政协议并不具有学理上的同质性,若将这两者放在一起管理,首先将会面临浪费立法资源的质疑。例如,在制定《汕头市行政合同管理规定》和《兰州市政府合同管理规定》之前,汕头市、兰州市就已施行了位阶同样为地方政府规章的《汕头市行政程序规定》(汕头市人民政府令第124号)和《兰州市行政程序规定》(兰州市人民政府令〔2015〕第1号),两者均对行政协议进行了专节规定。^[19]照理来说,调整民事合同的法律规范素来颇为充足,只有行政协议才需要和民事合同划清界限,那么既然已有专门规范行政协议的行政程序规定,地方政府又何须多此一举呢?

通过梳理相关条文的立法目的,我们或许能窥见一斑。《汕头市行政程序规定》和《兰州市行政程序规定》的立法目的是“规范行政行为”,^[20]《汕头市行政合同管理规定》和《兰州市政府合同管理规定》的立法目的则是“规范政府/行政机关合同管理”。^[21]可见,政府合同管理绝非某类学理意义上的行政行为,而是一系列行政活动的集合,故难以采取总则式的立法方式对其进行规制。况且,政府合同还可能涉及民事活动等并不在传统行政法话语体系下的内容,行政程序规定鞭长莫及。换言之,只有在传统行政行为的语境下,我们才必须明确区分民事合同与行政协议,而政府合同管理已经超越了这一语境。进一步来说,当我们论及政府合同管理时,应当跳脱出以行政行为为基点的思考范式,从更宏观的视角审视行政任务的实现方式。目前学界有关行政协议的探讨,究其根本都是从审判视角出发的,所以将这些理论研究成果“前移”至政府合同管理的场域中时,或多或少会有些水土不服。

需要特别注意的是,部分政府合同管理的规范性文件的制定依据却还包括了本省的行政程序规定。例如,《常州市政府合同管理办法》(常政发〔2017〕173号)的制定依据为“《中华人民共和国合同法》《江苏省行政程序规定》等规定”,《益阳市政府合同管理规定》(益政发〔2015〕10号)的制定依据则为“《中华人民共和国合同法》《湖南省行政程序规定》等法律、法规和规章”。常州市、益阳市均无制定地方政府规章的权限,故其只能通过制定规范性文件的方式对政府合同管理活动进行

[19] 《汕头市行政机关合同管理规定》于2014年5月1日起施行,《汕头市行政程序规定》于2011年5月1日起施行,“第六章 特别行为程序”设置了“第一节 行政合同”。《汕头市行政程序规定》于2016年12月3日进行了修正,“第五章 特别行为程序”设置了“第一节 行政合同”,虽然条文序号有所调整,但具体内容未作修改。《兰州市政府合同管理规定》于2019年3月10日起施行,《兰州市行政程序规定》于2015年3月1日起施行,“第五章 其他行政行为程序”设置了“第一节 行政合同”。

[20] 《汕头市行政程序规定》第1条规定:“为了规范行政行为,保障和监督行政机关合法、公正、高效行使行政职权,保护公民、法人或者其他组织的合法权益,维护公共利益和社会秩序,根据宪法和有关法律、法规,结合本市实际,制定本规定。”《兰州市行政程序规定》第1条规定:“为了规范行政行为,保障公民、法人和其他组织的合法权益,促进行政机关合法、公正、高效行使行政职权,推进依法行政,建设法治政府,根据有关法律、法规,结合本市实际,制定本规定。”

[21] 《汕头市行政合同管理规定》第1条规定:“为了规范行政机关合同管理,防范行政机关合同风险,维护国家利益、公共利益及合同各方当事人合法权益,根据有关法律、法规的规定,结合本市实际,制定本规定。”《兰州市政府合同管理规定》第1条规定:“为了规范政府合同管理,有效维护各方当事人的合法权益,防范合同风险,根据《中华人民共和国合同法》等有关法律、法规的规定,结合本市实际,制定本规定。”

规范。虽然《江苏省行政程序规定》《湖南省行政程序规定》对行政协议都专门进行了规定，^[22]但是当我们通读上述两部规范性文件的条文时，却发现其基本结构与其他政府合同管理规范、规范性文件并无二致，也并未呼应本省行政程序规定中行政协议的部分。

综上所述，政府合同管理的着眼点乃是完成行政任务，而这并不以公私法的区分为前提条件。诚如沈岍所指出的，“行政目标和任务的高效实现，并不依赖于公法、私法二元论，私法规范和类似私人的活动方式以及公私合作的方式同样具有助益，因此，公共行政必须充分且灵活运用公法和私法规范以及二者的结合”。^[23]换言之，由于订立民事合同也是实现行政任务的方式之一，故我们不能因此就将其逐出行政法学的研究场域。上述论断也进一步提示我们，在探讨政府合同管理时，务必要摒弃在研究行政协议时形成的以公私法二元对立为论证前提的惯习，否则其难免会过早进入司法审查的视野。究其原因，或许是上述惯习植根于传统行政法“行政行为—司法审查”的基本框架，而忽视了现代行政法正在完成从“面向司法”到“面向行政”的转变。

（二）从“监控”迈向“监控+管理”的需要

政府合同管理活动之所以正在逐渐脱离传统行政行为论的范畴，一部分原因是其调整对象具有多样性，另一部分原因则体现在政府合同管理活动中行政机关的身份转变。

“管理”一词与行政管理学渊源颇深，但现代行政法得以生存的根基之一，乃是与政治学、行政管理学的剥离。^[24]然而，面对公共行政变迁的新现象，行政法中管理者的角色又日趋显现，与监控者的身份兼容存在。如沈岍所言：“在新行政法的‘内生增长论’和‘结构转换论’进路之背后，潜藏着两个隐约可见的角色：监控者和管理者。前者以监控公共行政、使公共行政合于法律统治为主旨，而后者则关切公共行政所面对的管理任务（此处为广义的含秩序维护、福利促进、公共服务等在内的管理）、以行政目标的实现为导向。这两个角色或有交织重叠，但因其旨趣之不同，而在诸多方面的偏重上有所差异。”^[25]

上述论断的确给我们提供了分析政府合同管理的新视角。在政府合同管理活动中，行政机关的确需要同时承担监控者和管理者两项角色：出于行政任务的需要，行政机关将民事合同与行政协议共同进行管理；在管理的过程中，行政机关又需要履行监控的职责，以确保政府合同管理活动符合依法行政之要求。与传统的行政活动相比，政府合同管理活动中“管理”的色彩较为浓重。在传统“行政行为—司法审查”的框架下，合法性的把控乃重中之重，故需要明确区分行政协议和民事合同，因为只有前者才需要落在司法审查的领域之内。我们甚至可以戏谑地说，在政府合同管理的语境下，行政机关或许根本不在意这究竟是一个民事合同还是一个行政协议，“不论黑猫白猫，能捉住老鼠就是好猫”。至于这份合同或协议后续引发的争讼属于民事争议还是行政争议，还并不是行政机关需要考量的主要因素。^[26]

[22] 参见《江苏省行政程序规定》“第五章 行政合同”、《湖南省行政程序规定》“第五章 特别行为程序和应急程序”中“第一节 行政合同”。

[23] 沈岍：《监控者与管理者可否合一：行政法学体系转型的基础问题》，载《中国法学》2016年第1期。

[24] 参见沈岍：《行政法变迁与政府重塑、治理转型》，载《中国法律评论》2018年第5期。

[25] 见前注[23]，沈岍文。

[26] 当然，也有地方预先做好了“准备”，如《汕头市行政合同管理规定》第29条第3款规定“行政机关合同纠纷被提起诉讼、被提请仲裁或者被申请行政复议的，合同承办部门应当做好应对工作”，直接肯认行政机关合同纠纷可能导致行政复议。但是，究竟是哪类合同会导致哪类纠纷、应当采取哪种救济途径，上述规定并没有做出明确的指引。

四、政府合同管理制度之定位

(一) 主要作为内部行政活动的政府合同管理

通过梳理政府合同管理的相关规范可以发现,政府合同管理的主要规范对象乃行政机关本身,对行政相对人权利义务加以规范的内容几乎不存在,即基本不涉及《规章制定程序条例》第3条第2款“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”的规定。相反,其与《规章制定程序条例》第5条第2款的关系更为密切:“制定规章,应当体现行政机关的职权与责任相统一的原则,在赋予有关行政机关必要的职权的同时,应当规定其行使职权的条件、程序和应承担的责任。”上述特征即向我们提示,政府合同管理活动与内部行政程序的关系颇为紧密。

何海波提出,“我们可以把包含当事人参与的程序称为‘外部行政程序’,而把没有当事人参与的程序称为‘内部行政程序’。”^[27] 笔者认为,所谓“没有当事人参与”是一个倾向性的描述,并不意味着内部行政程序完全不见行政相对人的踪影。虽然政府管理规定的绝大部分内容规范的乃是行政机关本身,但也并不排斥内部程序、外部程序穿插进行的可能性。诚如何海波所言,“有些法律规定行政执法人员对场所、物品、人身进行检查应当出具检查通知书(这是一个外部程序),而在它背后则有一个谁来签发通知书的内部程序问题。这类交织和转化不妨碍内、外行政程序的基本区分,也不妨碍我们把内部行政程序作为一个独立问题加以讨论”。^[28]

带着内部行政程序的视角去研判政府合同管理的相关规范时,我们可以发现,它们之中的大部分条文的确都与内部行政程序关系密切,这一特征从其章节设置就可以窥见。例如,《广州市政府合同管理规定》共七章,包括总则、合同示范文本、合同的磋商和起草、合法性审查、合同的签订和履行、法律责任和附则。又如,《珠海市政府合同管理规定》共五章,包括总则、合同的签订和履行、合同纠纷的处理、法律责任和附则;《汕头市人民政府合同管理规定》共六章,包括总则、行政机关合同示范文本的制定、行政机关合同的订立、行政机关合同的履行、法律责任和附则。显然,在政府合同管理活动中,我们较难窥见政府合同另一缔约方的身影,而这又是政府合同管理活动具有内部行政活动特质的主要表征。

另外,政府合同管理规定不乏诸如“外部专家的评议、评审和评定”“上级行政机关的批准”“向其他国家机关的备案”等典型的内部行政程序制度。^[29] 以《兰州市政府合同管理规定》为例,该规定第12条规定了专家论证制度,第21条规定了批准制度,第22条规定了备案制度。^[30] 此类制度旨在规范内部行政程序,而其终极目标,又落脚于政府合同管理对合法性的追求。

(二) 政府合同管理活动之双重合法性

如前所述,政府合同管理仍然要受依法行政原则之羁束。一般来说,依法行政之“法”的范围有多大,是行政法法源所要解决的问题。“凡具有法源性的法规范,无论是否是成文法源,对行政

[27] 何海波:《内部行政程序的法律规制(上)》,载《交大法学》2012年第1期。

[28] 同上注。

[29] 参见何海波:《内部行政程序的法律规制(下)》,载《交大法学》2012年第2期。

[30] 《兰州市政府合同管理规定》第12条规定:“合同承办部门承担合同管理的主体责任,主要承担以下职责:……(2)负责合同内容的协商、谈判与合同文本的拟定,必要时组织专家进行论证……”第21条规定:“法律、法规规定应当报经有关部门批准、登记的合同,由合同承办部门依照法定程序办理。”第22条规定:“政府重大合同经合同各方当事人正式签订后,合同承办部门应当于七个工作日内将正式文本抄送本级政府法制工作机构备案。”

法律关系的当事人来说都具有不同程度的拘束力”，^[31]因此，探讨行政法法源的前提乃是行政法律关系，调整其他法律关系、如调整民事法律关系的法律规范一般并不会进入行政法学者的视野。当然，随着公私法二元论被逐渐打破，行政法法源也不再是铁板一块，如《适用解释》第 14 条就肯定了行政协议案件中适用民事法律规范的可能性。^[32]

虽然将民事合同与行政协议打包操作乃是现实所需，但是从行政立法的角度来说，地方政府规章、规范性文件的制定始终处于行政法的话语体系下。然而，当我们细致研读相关规范时却会发现，政府合同管理规定明显要受民事法律规范的“掣肘”。例如，《广州市政府合同管理规定》《汕头市行政机关合同管理规定》《兰州市政府合同管理规定》均在第 1 条写明“根据《中华人民共和国合同法》等有关法律、法规制定”，明确将《合同法》列为主要制定依据。那么，民事法律规范又是以何种方式兼容至政府合同管理中的呢？

笔者发现，现有的政府合同管理规范基本都列有“政府合同合法性审查”的条文，内容大同小异。条文内容较为丰富的，如《兰州市政府合同管理规定》第 17 条：“政府法制工作机构应当组织法律顾问及相关工作人员对送审的合同文本进行合法性审查，重点审查以下内容：（1）合同主体是否适格；（2）合同订立是否符合法定程序；（3）合同内容是否合法；（4）合同条款是否完备；（5）合同双方的权利和义务是否明确；（6）合同内容是否损害国家、社会公共利益或者第三人利益；（7）合同内容是否违反公平竞争的要求；（8）其他需要审查的内容。”^[33]

显然，对合同进行的合法性审查基本是在《合同法》的语境下进行的，但由于政府合同同时包括民事合同与行政协议，故在诸如“合同订立是否符合法定程序”等审查内容中仍然可以瞥见行政行为合法性的影子。需要特别指出的是，上述做法在逻辑上是完全自治的，毕竟行政协议也具有契约性的一面，如于立深所指出的，“民事合同与行政协议之间，也存在这样的一种最大公约数，这就是契约合意”。^[34]质言之，行政协议契约性的一面由民事法律规范调整，并不存疑。综上，民事法律规范之所以能够兼容至政府合同管理中，乃是基于行政协议的契约性：民事合同本身就由民事法律规范调整，行政协议的契约性又能将民事法律规范引至行政协议上来。当然，此处所指的合法性审查乃是行政机关对政府合同所作的判断，与司法审查中的合法性审查并不是同一回事。^[35]

另外，我们还必须注意到，政府合同管理活动的合法性和作为管理对象的政府合同的合法性并不共享相同的内涵。虽然两者都使用了“合法性”这一表述，但前者的合法性仍然偏向于行政活动合法性尤其是内部行政程序合法性的范畴，与政府合同本身的合法性并不在同一个话语体系内。对此，章剑生做出了精辟的论述：“内部行政法意义在于，作为一种内部事先控制技术，担保行政机关对外做出行政行为合法性……无论是面向司法的行政法还是面向行政的行政法，它们都是立足于从行政机关外部来控制行政权，即着眼于‘行政机关—行政相对人’的关系上，为行政权划

[31] 章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社 2014 年版，第 59 页。

[32] 《适用解释》第 14 条规定：“人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，在适用行政法律规范的同时，可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范。”

[33] 另外，还有部分地方专门制定了针对审查的规范性文件，给出了“合法性审查”的定义。如《东营市政府合同合法性审查办法》（东政办发〔2018〕11 号）第 3 条规定：“本办法所称合法性审查，是指对政府合同形式的规范性、合同内容的合法性和适当性进行审查，并出具具体明确的合法性审查意见。”

[34] 见前注〔4〕，于立深文。

[35] 相关论著可参见王贵松：《民法规范在行政法中的适用》，载《法学家》2012 年第 4 期；韩宁：《行政诉讼中民法规范与民法规范适用之“双阶结构”》，载《时代法学》2017 年第 3 期。

定了一个不得逾越的‘法律圈’——行政行为的合法性。”^[36]只不过,在政府合同管理的语境下,这一不得逾越的“法律圈”的构成内容较为丰富,既有传统意义上的行政法法源,也有民事法律规范。

五、结 语

当行政实务出现变化时,行政法理论未必能够及时为实践做出完满的注解。这段“时差”可能会引致行政实务的空转,但也可以“让子弹再飞一会儿”,为理论研究积累更多的素材。距离政府合同管理制度的发端已有十余年时间,在这十余年里,行政协议理论已经率先获得了长足的发展。相较而言,虽然政府合同管理并未受到同样的青睐,但客观来说,行政协议理论的成熟也为政府合同管理研究提供了一个“参照系”。当然,当政府合同管理实务开始倒逼理论界做出回应时,我们必须开拓全新的思路,为政府合同管理理论的建构寻找恰当的切入点。如前文所述,政府合同管理不仅代表着面向司法到面向行政的转变,还与内部行政法、民法规范在行政法中的适用关系密切。宋华琳在介绍美国行政法史前史时曾指出,“无论从学理或实践出发,中国行政法学都需放宽自己的视界,去研究行政科层体系内的控制技术,例如,各级人民政府如何控制政府组成部门,上级政府如何控制下级政府,如何让行政机关和行政行为真正具有可问责性”。^[37]笔者对上述“放宽视界”的要求深以为然,长远来看,政府合同管理也极有可能成为探寻我国行政法最新发展轨迹的一个切入点。笔者相信,对政府合同管理领域加以细致、认真的耕作,定能产出可资回馈中国行政法发展的成果。

Abstract The legislation of government contract management is in the ascendant, and many local governments use regulations or normative documents to adjust government contract management activities. As a normative concept rather than a theoretical concept, a government contract also includes the conclusion of a civil contract in which the principal is an administrative agency and an administrative agreement in the general academic sense. The reason why the administrative authorities should manage the non-homogeneous civil contracts and administrative agreements in a unified manner is to respond to the needs of administrative tasks, and it also marks that the administrative organs begin to have the dual status of regulators and managers. Government contract management is mainly embodied in internal administrative activities, but it still has to follow the principle of administration according to law. In the process of government contract management, it is necessary to consider both the legitimacy of management activities and the legality of government contracts as management objects, and at the same time be bound by administrative and civil legal norms.

Keywords Government Contract, Administrative Agreement, Civil Contract, Administrative Legislation, Cooperative Governance

(责任编辑:蒋红珍)

[36] 章剑生:《作为担保行政行为合法性的内部行政法》,载《法学家》2018年第6期。

[37] 宋华琳:《国家建构与美国行政法的史前史》,载《华东政法大学学报》2015年第3期。