

我国政府购买服务中 契约责任失效问题研究

曹俊

内容提要 政府购买服务中,制度框架内的责任失效包括政府体制内购买、政府非典型性购买、政府逆向购买和制度契约反噬公私主体。政府购买服务的参与主体不能模糊地接受政策制度,而需要对制度规范的合理性进行反思。政府购买服务的参与主体不应当是外在政策制度的傀儡,不应是被动的、机械的接受者,而是能动的、具有伦理判断的理性选择者。当外在的制度所规定的责任关系不合理时,就要对制度本源进行质疑、分析及修订更新。

关键词 政府购买服务 契约责任 合同 问责

曹俊,南京大学政府管理学院博士研究生 210036

政府购买服务中,公私主体间契约责任关系的规定与认知、外在制度与内在规范、制度方式与伦理方式等维度关系,对公私主体合作实施政策及实现政策目标具有重要影响。政府购买服务的政策目标偏离和政策效能不足,与公私主体恶意违背契约责任或责任认知出现偏差有关,也可能与政策制度非正当性有关。例如,政府购买服务中,作为承包商的社会组织转移和侵吞政府财政资金,滥用私人裁量权,提供低劣的公共服务,侵犯政策服务对象的权益。我国政府向社会力量购买服务处于发展期,在该阶段较易发生政府机构或私人机构关联性的契约责任问题。

一、契约责任界定

政府购买服务中在公私主体间存在各种类型的契约,每一种类型的契约对应于特定的契约责任。“契约责任是基于当事人之间缔结的契约而产生的。”^[1]事实上契约责任有狭义和广义之分。狭义的契约责任是建立在合同契约之上,“解决的是合同有效成立之后,不履行合同义务,或者履行合同义务不符合约定时一方当事人所应承担的民事责任”^[2]。合同契约体现出“契约自由与契约义务”

[1]刘志坚:《企业性质与企业的契约责任》,〔合肥〕《学术界》2007年第3期。

[2]谢乃煌:《论契约责任外延的宽广化》,〔武汉〕《江汉论坛》2003年第3期。

的原则^[1]。广义的契约责任,不仅包括基于合同契约所裁定的契约责任,还包括基于其他契约而裁定的契约责任。需要指出的是,不论是合同契约还是其他类型的契约,因为契约本身的不完备,即使当事人付出极大的努力细化合同契约,或将口头约定的契约尽可能地转换为书面契约,也不可能将契约内容完备化。契约内容的属性是不完备的、变动发展的,决定了契约责任的非完备性,通常当事人只能明确在特定的时空范围中所必须承担的责任及违约的责任后果。尽管契约责任是非完备的,但在具体的时空情境下,当事人可商议确定契约责任,以使得契约责任与外部环境相适应。就此而言,政府购买服务中公私主体间契约责任又是变动和发展的。契约责任的非完备性要求在政府机构与私人机构之间建立正式与非正式的沟通机制,实现信息的双向流动,使得公私主体在获得必要信息与商议的基础上不断地明确契约责任的内容。

二、契约责任失效的四种类型

制度框架内的责任失效是指政府购买服务中公私参与主体遵守有关法规政策和制度契约,但遵守该制度并不导向责任履行,相反,却导向责任非合理地履行,即致使政策目标失效。具体地,政府购买服务中,制度框架内的责任失效包括政府体制内购买、政府非典型性购买、政府逆向购买和制度契约反噬公私主体。制度框架内的责任失效机制是一种表面看正当合法的责任履行机制,但实际上却未能导向政策资金和资源投入利用的效率和效能目标,未能实现政策实施的总体性责任目标。制度框架外的失效责任,被普遍认为是违背法规制度的,而制度框架内的责任失效更难找到被问责的主体,甚至就找不到何种主体该为制度内的责任失效负责,因为该公私主体根据制度来实施和履行责任。制度框架内的失效的责任必须清晰地剖析展现,以使得责任主体、利益相关者和公众看到其存在负功能。

1. 政府体制内购买

政府购买服务的政策目标是多重的,包括通过项目资金支持民间的社会组织发展。民间社会组织区别于官办政府机构,前者可称为私人社会组织、私人组织或私人机构。需要强调的是,政府购买服务的政策文件中提到应当侧重购买民间社会组织公共服务,而非官办社会组织。如果政府购买服务政策实施中,承接项目的机构主要是官办社会组织,则与购买服务法规政策目标相悖,因为该政策目标是通过政府购买服务支持和发展民间社会组织。政府只有将购买的承接主体主要确定为民间社会组织或以民间自治社会组织发展为定位的服务机构,才是符合政策规定的,也才可能将政策资金拨付给社会组织,给予社会组织发展项目资金支持。然而,在实践中,部分地方政府民政系统主导的购买服务政策实施中,承接项目的机构主要是官办服务机构。“若一个私法人是由行政机关所设立,其主要财源来自于该机关,其领导与决策成员由该机关选任指派,且其活动内容受该行政机关掌控,则此私人为透明的傀儡,其行为应归属于背后的公法人。”^[2]

在W市市、区两级政府负责推进的购买服务项目中,承接主体构成中主要是街道层面的社会工作服务中心,该类社会工作服务中心是由街道办事处注册成立的非企业服务机构,隶属于街道办民政科,机构的人事权和财务支配权都由街道民政科掌握。实质上,街道社会工作服务中心就是行政化的官办社会组织。街道服务中心将社会工作者下沉到街道社区工作站,成为社区社工,只是其组织关系

[1][美]埃里克·弗鲁博顿、鲁道夫·芮切特:《新制度经济学:一个交易费用分析范式》,姜建强、罗长远译,上海人民出版社2006年版,第162页。

[2]袁维勤:《公法、私法区分与政府购买公共服务三维关系的法律性质研究》,〔西安〕《法律科学》2012年第4期。

在街道社会工作服务中心,成为事实上隶属于街道的准事业单位人员。目前承接项目的工作人员基本全部是各街道的社区社工;也即,通过社区社工承接政府项目,为其辖区内居民提供服务。政府购买服务的政策实施中,并非以民间社会组织为承接主体,而是以街道社会工作服务中心某某社区的名义来申请项目资金,实际上就是以官办社会组织为项目承接机构,以各社区工作站社工为主体申请和实施服务项目。既然以官办社会组织为项目承接主体,那么通过购买服务政策对民间社会组织发展的推动力就被压缩了。政府购买社会服务政策实施中,此种做法与政策目标背道而驰,该做法与我国政府推动的政社分开与事业单位改革方向相背离,也与我国社会福利政策社会化改革及公私合作治理发展路径相悖。

政府购买政策实施中,政府将项目交由社区社工来承担,并不能保证资金有效利用,也不利于多元主体社区治理发展。社区工作站的社工有本职工作,要完成社区工作各项任务目标,对于所承接的购买服务项目是其本职工作之外的任务,所承担的工作负担增多、增重。项目承接主体对购买服务项目不能有充足的人员、时间和精力投入,项目执行就难以达到预定的绩效目标。体制内购买服务会引发监督不畅问题,因监督不到位而引发资金使用不规范及服务产生低效能问题。内部监督是有分寸的,对出现的问题及相关责任人问责也是有分寸的,对项目实施中资金使用及产出效能有意见、有批评,但针对问题的惩罚措施是内部人自行决定的。既然是体制内一个系统的人员,那么民政局人员对社区社工所承担的工作职责和能力结构等方面比较了解,对出现的问题或未完成合同规定的绩效目标的社区社工,民政局作为购买方也不会真正采取严格的惩治措施。基于此事实,由民政局选择的第三方评估机构,在履行监督与评估责任时,会掌握好监督评估的度,并不会对与政府部门存在业务关系的组织采取严格的监督措施。因此,体制内购买服务不利于对项目实施监督,很难确保监督工作获得良好效果。当购买服务中监督失效或流于形式时,就难以确保资金安全及资金投入的产生效能。

2. 政府非典型性购买

政府购买服务的重要政策目标是满足社会多元服务需求,尤其是满足弱势群体的服务需求。政府购买社会组织服务政策的另一目标是透过购买服务政策支持社会组织发展。然而,“基层政府及其组成部门在发展社会组织时考虑的中心问题是行政绩效,这就引导与其合作的社会组织以政府目标而非社会诉求为导向”^[1]。有的社会组织被迫跟着政府的规定走,将其主要精力集中到如何迎合政府主管部门的需要上,项目成果往往以得到政府领导人的肯定为其成功的标准,自然难以发挥其自身的创造性。结果,社会组织会变成政府购买服务的被动实施者^[2]。

政府非典型性购买是指政府购买服务中,对私人承包商提出超出合同规定的任务要求。政府对私人承包商提出的任务要求,有些会体现在契约中,有些则未体现在契约中。政府非典型性购买实质上是私人承包商当做政府机构的“伙计”,而非平等的“伙伴”,非规范地明确地或委婉地要求社会组织承担责任任务,而该责任任务与购买服务项目并无关系,而是本应由该政府机构来履行。政府非典型性购买之所以会发生,不仅与政府行政扩展本性有关,而且与作为行动相对方的社会组织认知及行动选择有关。

在规范意义上,政府应当遵守契约规定,按照契约规定的目标要求社会组织承担责任,不得利用

[1]黄晓春:《当代中国社会组织制度环境与发展》,〔北京〕《中国社会科学》2015年第9期。

[2]关信平:《当前我国增强社会组织活力的制度建构与社会政策分析》,〔南京〕《江苏社会科学》2014年第3期。

自己的优势地位指派合同规定之外的任务。即便在合同规定中,政府机构也不得违背合理的交易准则,利用自己的优势地位将不合理的责任负担加入到合同规定中。非典型性购买实质上与官僚科层制结构的自我扩展本性有关。作为购买方的政府机构,本性上就偏好扩展延伸,以此可以获得更多的权力、财政和人力资源,喜好将本来非隶属于本机构的组织纳入到本机构结构系统中,以此扩张势力。政府购买服务中,部分政府机构将存在利害关系的社会组织纳入自身结构体系中,其中一种方式就是不合理地、非规范地给社会组织下派责任任务。

3. 政府逆向购买

政府逆向购买是指政府购买服务中发生的逆向选择。也即,政府因对承包商不了解,而选择了较差的项目承包机构。政府购买服务中,政府对项目申请主体的了解不可能是全面的,项目申请主体向政府机构隐瞒对其不利的信息,甚至向政府机构传达不真实或误导性的信息。政府机构与项目申请机构之间客观上存在信息不对称,这会导致政府面对多个申请主体时,有可能选择较差的组织,而致使较好的组织被淘汰。政府逆向选择问题的发生,与政府监督及评估懈怠有关。诚然,政府机构与申请主体之间信息不对称是客观存在的,但政府机构付出努力,通过监督及评估途径尽可能地获得关于申请主体的信息,那么就能有效地避免逆向购买的发生。政府机构在选择项目承包主体时,不要只看项目申请书和其他由申请主体递交的资料,而必须从多个方面获得关于该机构的信息,比如从其同行组织、开展服务的社区、案主和对象等处获得信息。为了进一步核实信息,政府机构有必要亲临申请机构服务现场,获得第一手关于该机构的信息资料。除此之外,对申请机构提交的材料,要辨别其真伪,不要被其中描述模糊的信息所误导,而影响做出正确的决策。

政府逆向选择的发生也可能是政府机构过于相信特定的机构,因为该机构已经政府机构合作过,并得到政府认可。然而,曾经表现不错的社会组织,并不意味着该组织现在和以后也一定会表现的不错,因为已经被选择的项目承包商有可能在项目实施中偷工减料、投机取巧,而发生道德风险。在此意义上,政府逆向选择与政府监管责任履行不到位甚至懈怠责任有关。事实上,一些项目承包商在中标政府项目后,出于个体利益而选择降低投入,以达到尽可能多地获得剩余项目资金的目的。对此,如果政府监管机构过于相信项目承包商,忽视对其履行监管及评估责任,则该项目承包商计算风险收益后,会得出以下结论:因监督缺失而风险低,而可获得利益大,即值得冒险获得该利益。也就是说,政府监管不足或缺失,会鼓励承包选择投机行为,致使道德风险发生。政府购买服务中,当外在监管制度不足或缺失时,道德风险发生几率会更高。

4. 制度契约反噬使命性责任规定

在政府购买服务中确定制度责任内容,有助于明确各有关主体的责任,并通过配套选择性激励机制促使主体不得不履行制度规定的责任。“很多人面对庞大和复杂的社会福利制度,反应是如何减少自己负担的责任,并在其中争取最大的利益,就是那些负责制定各项社会服务政策的人员,也渐渐忘却制度成立的目的和意义。”^[1]制度契约反噬使命目标责任规定指的是,政府购买服务中公私主体将制度契约中有关考核标准和指标作为履行责任的终极指导,一切行动选择和资源投入都以此为根据。然而,制度契约规定的责任并不一定契合社区和受助对象的需求。政府购买服务中,公私主体本来是将法规政策和制度契约作为工具来为政策目标以及为社区和受助人提供服务的,但在制度契约执行中,制度契约反而成为终极目标,对持有工具的主体加以控制,使得公私主体暂时忘却甚至将政策和

[1]周永新:《社会福利的观念和制度》,〔香港〕中华书局1990年版,第29页。

组织机构的使命目标弃之不顾。

发生制度契约反噬使命责任,可能是因为制度框架中的公私行动主体出于自身利益考虑执行制度合同规定。“随着契约责任日益受到政府与社会组织的重视,可能会导致购买双方将过多的精力放在合约的签订及绩效评估上,忽略服务对象本身的感受。”^[1]只要能够完成制度合同中规定的责任目标,就能够确保不受惩罚,甚至可以根据制度内容中的激励机制获得奖励。制度合同中规定,只要合同方或政策实施方完成制度规定的责任,那么就会获得所能规定的“产出”。因此,政府购买服务中公私主体会有动力来完成规定的关于责任规定的考核标准和指标内容,如此,就能预期获得奖励和避免惩罚。于是政府购买服务中公私机构和行动主体将制度规定的绩效目标作为行动选择、资源投入与展现行动的“指示”。如果制度规定的绩效目标与现实中人的需要是一致的,那么就能将制度指示与现实的需求相统一。然而,制度规定的绩效目标往往与现实中主体的需求不一致,前者很难统合后者,这是因为情境在变化、主体的需求在变化,同时人的理性是有限的。因此,政府购买服务中公私主体都应当警惕制度契约反噬使命性责任规定的情况。

三、失效契约责任的更正机制

1. 正当行使自由裁量权

政府购买服务中,服务项目方案以及正式签订的合同是政府与私人组织行使裁量权的具体规定和主要依据。私人组织行使裁量权,要尽可能获得政府授权的依据,而政府监督私人组织规范行使裁量权,也要以正式授予裁量权的文本、会议或口头记录的文本为依据。获得裁量权的社会组织有责任正当行使裁量权。也即,社会组织权力之行使是为更好地履行职责,实现政策的绩效目标,获得良好的效能成果。当社会组织正当地行使权力并取得绩效成果时,该私人裁量权会增进公私各主体间信任关系。如果社会组织滥用裁量权,以权谋私或侵犯其他主体合法权益,那么被授予裁量权的行使就是不正当的,裁量权作为媒介物就未能成为发挥正面作用。当裁量权被别具用心的主体所使用,又缺乏外部的权力监督机制时,此种裁量权工具就会破坏社会合作秩序,引发公私主体间关联性责任履行失效。政府购买服务中,如果私人组织不仅直接负责项目方案的实施,还参与政府部门政策实施方案的制定,那么政府授予私人组织的权力更多,公私主体间互动面更广,所实施的交易行为更多,所结成的伙伴关系也更深。政府与私人组织因嵌入面广,需要交涉、协调、处理的事务会更多。随着交涉面的增加、交易行为频繁,公私主体间契约责任关系会是多重的相互交叠,所要履行的责任内容会更多。应对多重交叠的责任关系是对公私主体都是一项挑战。即便社会组织有自己的价值与利益偏好,在行使私人裁量权时也要秉持公平、公正的准则对待处于相同情境中利益相关者;否则,就会造成不公,而造成不公,即便在法规制度上不违背契约责任,也在伦理准则上违背公正准则。

政府机构在授予社会组织私人裁量权的同时,要对其如何行使裁量权及责任履行状况进行监督。为应对公私主体失效的履行行为,可将内在规范与外在监督力量相结合,从内部动力与外部督促力两个方面同时发力,强化公私主体履职行为。如果政府购买服务的政策制度不合理,就应当更正错误的或不当的规定,进而通过制度更新更正公私主体关联性责任关系与履职行为。如果政府机构或私人机构有违规违约行为,就应当对违背契约责任的主体实施问责。

[1] Mary K. Marvel and Howard, P. Marvel. Outsourcing Oversight: A Comparison of Monitoring for in House and Contracted Services. *Public Administration Review*, 2007, 67(3):521-530.

2. 公私合作履行监督责任

针对政府监管中的问题和不足,政府可从合作管理视角采取措施。第一,政府应选择合适的第三方私人监督主体,按照确定的标准选择有能力、信誉好的私人监督主体,避免选择与被监督主体存在利益关联的组织,第三方监督主体要在各利益主体间保持中立的位置,为此,需要有履行第三方角色职责的品格。即使第三方监督主体由政府委托其项目,也应秉持中立客观的立场,客观地公正地呈现发现的问题。第二,政府可要求第三方私人监督主体采取多样的监督方式。政府要求私人监督主体拿出监督计划和具体行动方案,考究其在计划方案中采取了哪些监督方式。第三,政府也不能只看计划和方案书,不能只听取私人监督主体汇报,而要结合计划、方案书及其汇报的内容以及对项目适当进行现场考察和抽查,做出综合的判断,要考察监督主体的材料内容在多大程度上符合实情。

3. 总体性问责机制的建设

政府购买社会组织服务中,为督促社会组织履行责任,更正其不当的责任履行方式,政府必须对社会组织实施问责机制。政府购买服务中,政府问责是指作为购买方政府机构(委托方)对作为承包商的社会组织(代理方)履行契约责任情况进行监督、评估,对其未履行责任问题加以追究和惩罚的制度安排和行动过程。政府对社会组织问责本质是应对“委托人如何监督和规范代理人行为的问题”,为此,政府必须建立一种制度,使他们能够监督代理人的违规行为并获取绩效信息,能够创造激励与制裁措施,以确保代理人因接受拨款或其他资源而履行责任^[1]。因此,政府问责本质上是通过追究与惩罚机制规约承包商履行责任。政府将财政资金输入给社会组织,同时授予社会组织开展项目服务所需的权力,显然政府有责任确保权力规范使用,而问责机制就是实现该目标的制度工具。政府对社会组织问责的方式主要有政府管制、政府与社会组织正式签订的合同契约、政府与社会组织非正式约定。

实施总体性问责的必要性在于政府问责的有限性。也即,政府购买服务中,单凭政府问责,不足以规约作为承包商的社会组织。政府购买服务中,作为代理方的社会组织不仅只是向委托方传递好的信息,掩盖坏的信息,还会阻止任何人过于密切地关注他们的工作情况^[2]。政府对社会组织问责的有效性通常受到以下方面的制约:法规政策的不完备性、政府投入成本的限制^[3]、存在信息不对称性、政府有限理性^[4]、政府权力寻租与合谋。对社会组织问责,并实现规约效能,应当是政府购买服务政策实施中各个利益相关者构成的问责的总和。

政府购买服务中,除了政府对社会组织实施问责之外,还应有其他的利益相关者对其问责。购买服务中,社会组织所使用的资金是政府财政资金,而政府财政资金的性质决定社会组织必须利用好资金,为社区和服务对象提供符合质量标准的服务。也就是说,作为承包商的社会组织必须对社区和服务对象负责,相应地,当社会组织未履行职责时,就要接受社区和服务对象的问责。也即,政府购买服务中,社区和服务对象可对社会组织实施问责。需要指出的是,由于政府购买服务的受益对象往往是处于弱势地位或困境中的群体,这会使得实施问责的力量较弱。然而,政策的受益对象对社会组织服

[1]E.A.Brett. Voluntary Agencies as Development Organizations: Theorizing the Problem of Efficiency and Accountability. *Development and Change*, Vol. 24, No. 2, 1993, pp.269-303.

[2][美]唐纳德·凯特尔:《权力共享-公共治理与私人市场》,孙迎春译,北京大学出版社2009年版,第23页。

[3]于常有:《非正式组织问责:概念、维度和限度》,〔北京〕《中国行政管理》2011第4期。

[4]Herbert Simon, *Administration Behavior: A Study of Decision-Making Process in Administration Organization*, 3d ed. Free Press, 1976, pp.80.

务质量情况相对最为了解,也关心服务质量情况。受益对象作为政策的核心利益相关者,有权利掌握问责的渠道和方式。“为了使权力持有者或责任承担者对自己行为负责,必须设立允许消费者提出质疑、表达抱怨和投诉的制度化渠道。”^[1]一旦受益对象被授予实施问责的渠道和方式,就能释放其对承包商生产行动的规约能量,就能增强外部规范与督促的效能。

除了强调和保障政策受益对象对承包商问责之外,还应当注重从社会组织内部发掘问责的效能。作为承包商的社会组织,组织决策通常是由组织领导和高层管理者所实施,普通员工只负责执行组织领导层的决策和行动方案。通常组织员工出于自身利益考虑会选择维护组织领导的利益或组织的利益,但也有组织员工出于公共伦理道德和职业伦理道德会选择揭露组织项目实施中违反制度规定或伦理道德的行为。因此,总体性问责机制的设置要求政府监管机构为组织员工揭露组织失效的责任提供渠道。

政府购买社会组织服务中,总体性问责是由利益相关者对社会组织实施的问责行动。“在总体性问责中,就问责的主体而言,还包括政府机构、行业协会、第三方机构、组织员工、志愿者、捐助方、服务对象、媒体和公众对社会组织实施监督、质疑、拷问、奖励和和惩罚。”^[2]总体性问责,还要求善于运用非正式的问责手段,强调个人伦理和组织使命的道德问责和依赖专家或同行监督的专业问责等^[3]。在规范分析的层面,有利益相关者,就应有由利益相关者群实施的问责行动。越是处于核心利益层的主体,越关心社会组织的责任履行情况,越可能采取措施实施问责。利益相关者有权力实施问责是一个方面,有没有采取措施行动实施问责是另一个方面。在总体性问责中,要防止出现搭便车现象,相反,政府购买服务中总体性问责,要求每一责任主体都要担负起问责的责任。政府问责是重要的,只凭借单一由政府问责是不足的,而应当实施相关利益主体参与、配合与合作的总体性问责机制。

四、结 语

政府购买服务中,政府机构与社会组织形成委托代理关系,社会组织要承担对委托方的代理责任,而该代理责任关系主要是通过合同契约来规定的。政府购买服务中,在政府机构与众多的私人机构互动交涉中,政府机构除了要履行法规政策和合同契约规定的责任之外,还应当根据任务情境和伙伴需求履行其他应尽的责任。购买服务中,只有一方当事人履行责任是不够的,关联性契约责任还要求社会组织按照契约要求履行责任。只有当公私主体都有效地履行责任时,高水平治理行动及政策目标才是可获得的。需要指出的是,政府购买服务政策效率实现的必要条件是政府公法责任得到履行,为此要求实施该项政策的政府机构是有力的、有效的。政府公法责任不因服务外包而转换成私法合同责任;相反,政府公法责任在服务外包中应有新的界定及体现。

[责任编辑:史拴拴]

[1] Agnes Callamard:《NGO 问责与人道主义问责指合作:走向变革议程》,〔美〕丽莎·乔丹主编:《非政府组织问责:政治、原则与创新》,康晓光等译,〔北京〕中国人民大学出版社 2008 年版,第 184 页。

[2] 杨涛:《政府对非营利组织的问责途径、限度及其拓展》,〔北京〕《中国行政管理》2013 年第 11 期。

[3] 叶拖:《契约管理:公共服务外部购买中的政府职能》,〔广州〕《广东行政学院学报》2013 年第 4 期。