

政府购买公共服务法律 规制研究

杨炼著



吉林人民出版社



政府购买公共服务法律 规制研究

杨炼 著

吉林人民出版社

目 录

第一章 绪论1

 第一节 研究背景及意义1

 一、研究背景1

 二、研究意义3

 第二节 国内外研究综述3

 一、国内研究综述3

 二、国外研究综述6

 第三节 研究内容和研究方法8

 一、研究内容8

 二、研究方法10

第二章 政府购买公共服务的基础理论12

 第一节 政府购买公共服务的背景12

 第二节 政府购买公共服务的内涵22

 一、公共服务的概念22

 二、政府购买公共服务的概念25

 第三节 政府购买公共服务的范围30

 一、美国政府购买公共服务的范围32

 二、英国政府购买公共服务的范围34

三、德国政府购买公共服务的范围	36
四、中国香港地区政府购买公共服务的范围	37
五、我国政府购买公共服务的范围	39
第四节 政府购买公共服务的法理基础	44
一、维护公共利益	44
二、保障基本权利	50
三、促进合作治理	55
第三章 我国政府购买公共服务的现状及规制困境	59
第一节 我国政府购买公共服务的现状	59
一、政府购买公共服务的历程	60
二、政府购买公共服务的内容	63
三、政府购买公共服务的主要方式	67
四、政府购买公共服务的规范依据	74
五、政府购买公共服务的典型案例	77
第二节 我国政府购买公共服务的立法困境	82
第三节 我国政府购买公共服务的现实困境	86
一、公共服务购买中供求矛盾突出	86
二、公共服务购买中的社会组织发育不完善	89
三、公共服务购买中的政府职能转变滞后	93
第四章 政府购买公共服务法律规制的域外实践与 启示	98

第一节 英国公共服务改革的历程与经验	98
一、英国公共服务改革的主要历程	98
二、英国公共服务改革中的法律规制经验	108
第二节 美国公共服务改革的历程与经验	110
第三节 德国公共服务改革的历程与特点	124
一、德国政府购买公共服务改革的主要历程	124
二、德国政府购买公共服务改革的基本特点	128
第五章 我国政府购买公共服务法律规制的 路径选择	133
第一节 完善政府购买公共服务的法律体系	133
第二节 健全政府购买公共服务的正当程序	135
第三节 构建促进社会组织发展的法律培育机制	142
参考文献	146
附录	166

第一章 绪论

第一节 研究背景及意义

一、研究背景

20 世纪 70 年代末起,以英美为代表的西方发达国家面临着由经济快速发展带来的不断扩大的社会需求、政府机构臃肿人浮于事、公共服务供给质量与效率低下造成公共资源的巨大浪费、政府财政赤字不断增加、政府屡陷信任危机。西方政府开展了一场以降低政府成本、提高公共服务质量和效率、打破公共服务供给垄断的政府改革运动。在这场深刻的变革中,政府在公共服务领域的角色和地位发生了重大转变,政府不再是公共服务唯一的供给主体,市场与社会组织越来越多地介入进来,政府治理模式开始由单中心治理走向多中心治理,政府与市场、社会的伙伴关系成为国际趋势,成为一种世界性的制度安排。通过 30 余年的发展,西方各国政府在购买公共服务的方式、方法以及制度建设方面积累了丰富的经验,成效极大。

从我国来看,我国正处于社会全面转型时期,政治、经济体制和社会结构、社会利益关系发生了巨大变化,在计划经济时代,政府既是公共产品与服务的提供者同时也是生产者,既是运动员也是裁判员。而随着市场经济体制的建立与完善、服务型政府建设的推进、公民社会的崛起和社会需求的多样化,原有的公共服务供给模式已大大滞后于时代与社会的发展,难以适应经济社会发展的需要。政府购买公共服务作为一种能极大降低行政成本,显

著提高行政效率的政府治理模式,为上述问题的解决提供了途径,并开始在我国的一些地区和领域试点。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出要“推广政府购买服务,凡属事务性管理服务,原则上都要引入竞争机制,通过合同、委托等方式向社会购买”,第一次将政府购买公共服务提到国家改革的层面,将其作为深化行政体制改革,加快政府职能转变的重要内容。

然而,在一个法治社会中,政府购买社会公共服务必须转化为法律问题置于宪政框架中审视,完成法律正当性论证和规则设置,实现法律对社会行为的有效规制,才能兑现对法治价值的承诺。在法治理念之下,出于对权力作恶的警惕,要求政府行使公权力必须接受法律的民主正当性控制,而政府购买公共服务作为一种连接公共部门与私人部门之间的市场交易行为,其背后关涉的法律问题就是公权力的具体行使方式,即由私人主体完成社会公共服务的供给是否符合法治对公权力运行的特定要求。事实上,各国政府购买社会公共服务法律问题的讨论与政府购买公共服务的实践是同步展开的,其所关注的核心法律问题是由私人主体完成政府任务是否具备合法性。英美法系国家从其实用主义倾向和无公私法区分的普通法传统出发,一般以公私伙伴关系的理念对政府购买社会公共服务的实践进行深入的理论论证和精细的制度建构,其重点在民营化之后的政府规制,而大陆法系国家基于公私法二分的传统,对政府购买社会公共服务的研究主要着力于对公私法疆域的调整,或通过创立公私协力这一概念为政府购买社会公共服务在公私法二分的传统框架中寻求生存空间,重心在于对政府购买社会公共服务的理论突破。当前,我国在面对政府购买公共服务这一实践创新时,不仅需要积极从域外的研究中汲取有益的营养,更重要的是要站在中国社会全面转型的时代背景下,从理论构建、制度生成及实践运作层面对政府购买公共服务的法律规制作出系统的研究和探讨。

二、研究意义

一是有利于保障政府购买公共服务的良性运行。政府购买公共服务是政府对公共服务的供给方式所做的一次重大调整,通过对政府购买公共服务的法律规制,能科学厘定政府购买公共服务的范围,明确政府职能转移应遵循的法律标准,构建和完善政府应遵守的法律规制及明确行政权受约束的限度,保障政府购买公共服务的良性运行。

二是有利于促进行政法理论的发展。任何法律归根到底都是社会生活的产物,要受其调整对象的制约。政府购买公共服务是公共行政领域的重大变革,它扩大了公共行政的承担主体,改变了公共行政的履行方式,对传统的行政主体理论、行政契约理论、行政行为理论都产生了重大影响,这些变化要求行政法理论及时进行回应和调整,以实现行政法理论的自我更新。

三是有利于加快服务型政府建设步伐。政府购买公共服务的理念渗透着政府、市场与社会合作的思想,使政府从传统体制下的无限政府向有限政府顺利过渡。政府购买公共服务的法律规制对于我国建立有效的公共服务体系,完善公共管理体制,创新公共管理方法,转变政府职能,加快服务型政府建设具有重要意义。

第二节 国内外研究综述

一、国内研究综述

国内学者关于“政府购买公共服务”的研究起步较晚,且学科分布极不均衡,研究成果大多集中在管理学、行政学等领域,代表性著作有王浦劬的

《政府向社会组织购买公共服务研究：中国与全球经验分析》，周志忍的《国外行政改革比较研究》，俞可平的《治理与善治》，孙晓莉的《中外公共服务体制比较》等。代表性论文有苏明、贾西津的《中国政府购买公共服务研究》，沈荣华的《论服务行政的法治架构》，王名和乐园的《中国民间组织参与公共服务购买的模式分析》，官永彬的《建设公共服务型政府的动因、内涵与实现机制》等。整体来看，国内学者的研究集中在以下几个方面：一是对政府购买公共服务的概念界定。关于什么是政府购买公共服务，国内学者的分歧在于是将政府购买公共服务作为公共服务市场化的表现形式还是将公共服务市场化与社会化区别开来，将政府购买公共服务视为公共服务社会化的表现形式。一种观点主张将政府购买服务等同于公共服务市场化（汪玉凯，1999；王乐夫、李珍刚，2002）；一种观点主张将公共服务的民营化与社会化的概念区分开来（赵子建，2009；韩俊魁，2009）。二是政府购买公共服务的地方实践与模式。有学者根据上海等地的政府购买实践，以民间组织的独立性程度、竞争性程度这两项指标为维度，总结出了政府购买服务的三种组合模式。有学者对湖北、上海、深圳、青岛四地进行调研后，总结出上述地区在实践探索中形成各具特色的工作模式，认为这些模式尽管存在不同程度差异，但都在一定意义上促进了政府购买服务机制的建立并进而推进了民间组织的发展（赵立波，2009）。三是政府购买公共服务存在的风险及对策。国内学者对这一领域的研究较为集中，观点也较为一致，认为存在政府购买服务规模较小、程序不够规范、监督管理不够、缺乏相应的法律保障体系等问题，要从明确政府角色和定位，强化政府公共责任和意识，培育和发展社会组织，实现政府与社会组织的良好互动等方面着手完善政府购买公共服务（王浦劬，2010；苏明、贾西津，2010；张汝立，2010）。

从法学领域的研究来看，整体上，法学学者关于政府购买公共服务的关注起步较晚，研究成果不多，现有研究成果主要集中在以下几个方面：

一是关于政府购买公共服务与行政法理论更新的探讨。王凌燕（2013）

认为政府购买公共服务体现了政府职能的转变，是传统行政法学向现代行政法学理念转变的产物。政府购买公共服务契合了行政法的发展趋势，体现了行政权和公民权从对抗到合作的转变，国家行政向社会行政的回归，政府机制和市场机制的结合。许燕(2014)认为政府购买公共服务对于政府缓和财政困难，提高公共服务效率有很大帮助，但由于公共服务转由私人提供，采用私人的价值规范和运行规则，必将与政府所强调的公共利益、公平、公开、公正、参与、理性责任等公法价值相冲突，从而对行政法的公法价值带来挑战。

二是关于政府购买公共服务法律规制现状的探讨。闫海、张天金(2010)认为我国政府购买公共服务存在相关法律法规不健全、供应商的市场准入制度不完善、信息公开制度不完善、绩效评估机制不完善、监督管理制度不完善等问题，需要明确政府购买的原则、完善法律法规、健全供应商市场准入制度、完善信息公开制度、完善绩效评估制度等。李海平(2011)认为目前我国政府购买公共服务法律规制中存在“法治赤字”现象严重，购买缺乏界定、承担公共服务社会组织资质规范空白、合同监管制度不健全、社会组织信息公开制度不完善、社会组织管理的规范性文件与立法冲突六大问题，应当建构政府购买公共服务法律体系、明确禁止性购买、确定性购买和裁量性购买范围标准、建立多元、公正、科学的评估体系、改革社会组织登记管理和事业单位管理体制。

三是从公共行政民营化视角的研究。代表性成果有杨欣(2006)的《变革与回应：民营化的行政法研究》，敖双红(2007)的《民营化语境下的行政法问题研究》，章志远(2005)认为自20世纪70年代以来，公共行政民营化改革在全球范围内兴起。在行政法学的视野中，这场波及各国的改革预示着单中心的统治模式向多中心的治理模式的嬗变和新的行政法人文精神的生成，符合现代福利国家对政府的角色期待。胡敏洁(2005)、高秦伟(2009)对美国的公共行政民营化进行了研究，认为美国行政法中的公私合作引发了对私

人主体承担公共任务时是否应受到正当程序拘束的疑问，学术界及实务界也展开了对正当程序“民营化”的探讨。

国内学者的研究成果为论文的写作提供了良好基础。尽管现有的研究成果开始涉及政府购买公共服务法律规制的某些领域，但对于政府购买公共服务法律规制内涵、范围、基本原则、法理基础、政府购买公共服务法律规制的理论、制度和现实困境、政府购买公共服务法律规制的完善等问题尚缺乏系统、完整的研究，因此，全面、系统、深入研究政府购买公共服务法律规制问题亟待进一步深入研究。

二、国外研究综述

国外关于“政府购买公共服务”研究源于西方国家 20 世纪 60 年代社会福利制度改革，西方国家政府开始退出对经济的微观干预，将大量公共物品供给交由社会组织来完成。从 20 世纪 80 年代起，欧美很多发达国家都运用这种方式来向社会提供公共服务，并逐步发展成为政府管理公共服务的一种主流模式。

在理论研究方面，国外公共服务研究主要表现在新公共管理运动和新公共服务理论中，在新公共管理运动中，代表性成果有欧文·E·休斯的《公共管理导论》、埃莉诺·奥斯特罗姆和罗格·帕克斯及戈登·惠克特的《公共服务的制度建构》、克里斯托弗·波利特和海尔特·鲍克爾特的《公共管理改革——比较分析》等经典著作。他们认为新公共管理的核心内容在于：一是优化政府经济职能，加强市场作用，推进国有企业私有化，强调政府部门的公共服务职能；二是公共服务供给的市场化运作，将竞争引入公共服务领域；三是政府行政改革，调整行政规制，进行公务员制度改革和分权运动；四是在公共服务领域引入顾客导向和绩效评估等管理理念。新公共管理运动同时也为西方国家带来了社会失衡加剧、公共利益流失和公共责任危机等问题。

新公共服务理论的产生是对新公共管理的批判和反思，主要代表人物有美国学者珍妮特·V·登哈特和罗伯特·B·登哈特，其代表作《新公共服务：服务，而不是掌舵》对新公共服务理论核心理念进行详细讲述。认为新公共服务理论主要包括：政府的职能是服务，而不是掌舵；公共利益是追求的目标，而不是副产品；思想上的战略性与行动上的民主性相统一；服务于公民，而不是服务于顾客；政府服务公众并非简单的责任与义务；政府不应当只是重视生产率，更应当重视人。新公共服务理论试图在摒弃新公共管理理论缺陷的基础上，接受新公共管理理论的实践价值，并强调其公共服务本质，从而建立一种更关注民主价值和公共利益的新理论。

此外，美国著名学者萨瓦斯探讨了公私合作伙伴关系，在《民营化与公私部门的伙伴关系》一书中，他指出政府的过度扩张不仅会抑制经济的增长，还会带来许多无效的政府活动，因此需要重新审视政府的角色，除了更多地依靠公民、社区外，还可以通过“政府服务、政府间协议、政府出售、合同承包、补助、特许经营、自由市场、志愿服务和自我服务”等不同的制度安排来提供公共服务；以治理理论为核心调整政府职能定位，重塑政府公共服务供给多元化模式，它强调社会公共事务治理中各种民间组织机构的参与，强调国家与社会组织间的相互依赖及互动合作。他还具体对购买公共服务的合同进行了研究，认为在各种社会化方式中，合同承包具有提高生产率、节约成本和操作透明的优点，是政府向社会组织购买公共服务的有效形式。德国学者艾斯勒、欧森布尔、汗布格等对公共行政民营化的内涵、类型及法律责任等法理进行了非常精细的探讨，美国学者 Alfred C. Aman 和 N Douglas Lewis 均从宏观视角分析了民营化对行政法发展方向的影响，英国学者卡罗兰·哈洛、理查德·罗林斯则从“功能主义”角度将民营化纳入行政法框架内进行分析解释。

国外学者围绕政府购买公共服务的各领域开展了广泛的研究，丰富和发展了理论研究成果，对我国政府购买公共服务研究也具有一定理论指导

意义,但这些研究成果主要是其国家具体情况的反映,不一定适合我国的具体国情,因而其参考价值有限。

第三节 研究内容和研究方法

一、研究内容

政府购买公共服务是当前我国在行政体制改革领域中的重大制度性转型,随着政府职能的转变,社会公共服务由过去的政府大包大揽开始逐步转向社会化的运作,2013年7月31日,李克强总理主持召开国务院常务会议,研究推进政府向社会力量购买服务,以推动政府职能转变,改善社会治理。同年11月12日,十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确提出,“要全面正确履行政府职能,推广政府购买服务,凡属事务性管理服务,原则上都要引入竞争机制,通过合同、委托等方式向社会购买。”这就从党的文件高度为政府购买公共服务提供了理论指导,由于我国在政府购买公共服务领域的制度建设还很不完善,各地的实践也都处于自发摸索阶段,因此,在实践中存在制度安排、运作方式、责任归属等诸多缺陷,在推进政府购买公共服务过程中,如何规范政府行政权的边界,哪些公共服务领域可以由社会力量提供,社会组织在政府购买公共服务过程中的地位如何等等这些问题都需要从制度层面进行规范。在法治社会中,法律是最具权威性的规范形式,政府购买公共服务作为行政体制改革的一部分,只有以法律规范为依据,以法律规范来指导顶层设计,以法律规范来指导政府购买公共服务的社会实践,才能使这一改革始终在法治框架内运行。本书将围绕“政府购买公共服务法律规制研究”这个主题分五章展开。

第一章,主要分为三个部分,第一部分是研究背景和研究意义,从整体

的、宏观的视角出发,对政府购买公共服务的产生背景及其研究意义进行简要的介绍说明。第二部分是国内外研究综述,主要是对国内外学者关于政府购买公共服务这一领域的研究成果进行概要描述,揭示目前国内外在这一研究领域的进展状况。第三部分是研究内容和研究方法,简要介绍各章的研究内容以及在研究过程中主要使用的研究方法。

第二章,对政府购买公共服务的基础理论进行研究,分为四个部分,第一部分主要对政府购买公共服务背景进行研究,认为政府购买公共服务的产生发展与公共服务的供给模式有密切的关系,是公共服务供给模式在克服自身局限性的基础上逐步发展完善的结果。第二部分主要对政府购买公共服务的内涵进行研究,通过对政府购买公共服务的概念分析,限定研究对象,为后续研究奠定基础。第三部分主要对政府购买公共服务的范围进行研究,政府购买公共服务的范围涉及到哪些领域可以适用政府购买,涉及到政府公权力的行使边界,这部分主要通过对国外政府购买公共服务范围的比较,结合我国发展现状,确定我国政府购买公共服务的范围。第四部分主要研究政府购买公共服务的法理基础,认为政府购买公共服务的法理基础主要表现为维护公共利益、保障基本权利和促进合作治理三个方面。

第三章,主要对我国政府购买公共服务的现状及规制困境进行研究,分为三个部分。第一部分主要对我国政府购买公共服务的现状进行分析,从政府购买公共服务的历程,政府购买公共服务的内容,政府购买公共服务的主要方式,政府购买公共服务的规范依据,政府购买公共服务的典型案例五个方面研究。第二部分主要围绕我国政府购买公共服务的立法困境进行分析,从政府购买公共服务的法律体系不健全,政府购买公共服务信息公开立法缺乏可操作性,政府购买公共服务的监督机制法治化规范化程度不高等三个方面研究。第三部分主要对我国政府购买公共服务的现实困境进行分析,从公共服务购买中供求矛盾突出,公共服务购买中社会组织发育不完善,公共服务购买中政府职能转变滞后等三个方面研究。

第四章,主要围绕政府购买公共服务法律规制的域外实践进行研究,对英国、美国、德国的政府购买公共服务的演变历程、法律规制现状及实践进行比较研究,探索其内在演变规律及法律规制的特点,为我国政府购买公共服务法律规制提供借鉴和参考。

第五章,主要围绕我国政府购买公共服务法律规制的路径选择进行研究。主要从三个方面提出对策,一是从完善我国政府购买公共服务的法律体系进行研究,二是从健全政府购买公共服务的正当程序进行研究,三是从构建促进社会组织发展的法律培育机制进行研究。

二、研究方法

一是比较研究方法。比较研究方法,是对两个或两个以上的事物或对象加以对比,以找出它们之间的相似性与差异性的一种分析方法。通过比较政府购买公共服务走在前列或者具有代表性的英国、美国、德国、瑞典的发展历程、基本模式和规制特点,探索在政府购买公共服务中值得我国借鉴的有益经验,从而在我国政府购买公共服务法律规制实践中进行借鉴和参考。二是历史分析方法。主要通过整理和分析历史资料,对代表性国家英国、美国、德国政府购买公共服务的历史发展脉络、政府购买公共服务规制的思想源流、我国政府购买公共服务的历史背景和发展历程进行分析,从中研究探索其内在规律,从历史发展的视角为政府购买公共服务理论演进和实践发展提供解释说明。三是文献研究方法。主要通过收集、整理和分析相关的理论书籍、文章、政府文件、法律法规以及案例,厘清政府购买公共服务的基本概念和基本理论,国外政府购买公共服务的理论与实践,构建我国政府购买公共服务的基本分析框架。具体来看,包括以下几个方面:第一,收集政府公布的统计数据、报告、文件。主要包括《政府工作报告》、《十二五规划纲要》,中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决

定》，十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，以及各地方政府的规划、工作报告以及公布的统计公报等。第二，国内外学术界公开发表的论文、著作和调查报告等。学界和政府相关部门公开发表在学术论文、著作与调研报告。第三，权威部门发布的典型事例和案例。

第二章 政府购买公共服务的基础理论

第一节 政府购买公共服务的背景

政府购买公共服务的产生发展与公共服务的供给模式有密切的关系，是公共服务供给模式在克服自身局限性的基础上逐步发展完善的结果。政府购买公共服务作为政府治理变革的一种形式，最早开始于英、美等西方发达国家，并逐步扩展到瑞典、澳大利亚、新西兰等其他国家乃至全世界，形成了一股世界性潮流，“代表这一股潮流、全面推进行政改革的既有君主立宪制国家，也有民主共和制国家；既有单一制国家，也有联邦制国家；在政府制度上，既有内阁制政府，也有总统制政府；在市场体制上，既有自由型市场经济，也有政府导向型经济；高举改革旗帜的，既有右翼政党，也有左翼政党。”¹从政府购买公共服务的背景来看，英、美等西方发达国家在 20 世纪中期遭遇到了高失业率、高通货膨胀率和低经济增长率这三大并发症所引起的经济停滞，面临政府财政危机，20 世纪 20 年代经济危机之后开始形成的福利国家模式遭遇到了严峻的危机。²以政府为主导供给公共服务的模式由于效率低下，公共服务供给过程中的权力寻租等现象使得其难以为继，促使西方国家开始通过公共服务的社会化来提高政府公共服务提供的效率和质量，摆脱财政危机。“政府购买公共服务的本质在于通过引入市场机制对抗

¹ 国家行政学院国际合作交流部：《西方国家行政改革述评》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 4 页。

² 根据加拿大学者米什拉的观点，福利国家是指政府维持国民最低标准的责任的制度化。在战后的福利国家里，这主要意味着三种类型的承诺与制度：充分就业政策，满足基本需求的普遍公益，及各种防止和解除贫困的措施。参见[加]R·米什拉：《资本主义社会的福利国家》，郑秉文译，法律出版社 2003 年版，第 40 页。