

政府公共服务委托外包的风险及其规制

郑旭辉

(福州大学公共管理学院, 福建福州, 350108)

摘要: 作为政府履行公共职能的创新机制, 公共服务委托外包在公共治理领域越来越普及。委托外包有助于解决政府财政困难、促进国家行政运行效率和公私合作, 提高公共服务质量等功能。但委托外包过程中也会出现公私利益冲突、私人垄断、机会主义、权力寻租和管制俘获等问题。政府应采取明确民营化的界限、明确受委托人的资质标准、发挥法律的程序控制功能和加强政府的监管责任等多重手段对公共服务委托外包的过程进行规范。

关键词: 政府公共服务; 民营化; 委托外包; 法律规制

中图分类号: C93-05

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)03-0063-08

从20世纪80年代开始, 现代国家兴起了一场声势浩大的公共行政变革, 通过在公共服务领域打破政府垄断, 引入市场竞争机制, 将原有由政府承担的部分公共职能推向市场, 充分发挥市场优化资源配置的作用, 从而达到改善与提升公共服务的目的。政府公共服务委托外包, 便成为现代国家公共服务市场化改革的主要方式之一。公共服务委托外包, 是指政府通过签订合同的方式, 将部分公共物品和服务委托给社会提供或办理, 也就是政府向社会组织或个人购买服务或公共物品提供给社会大众的服务输送方式^{[1](5)}。通过签订合同的方式, 政府由最初的公共服务垄断者转变为公共服务促进者、合作者和管理者, 形成了以公私协力为核心的“混合行政”模式。就我国而言, 在计划经济时代, 政府基本垄断了全部的社会资源分配和公共服务供给, 公共服务往往都是由政府事事躬亲, 随着社会转型的加速推进, 政府垄断公共服务的弊病日渐突显, 在政府垄断领域逐渐引入社会组织的力量成为我国公共行政改革的重要内容, 公共服务委托外包也成为了政府治理的基本方式^①。

一、政府公共服务委托外包的功能

委托外包是公共服务市场化改革的一部分, 体现了公共行政任务重新分配的过程, 成为了政府行政改革的重要手段。它是将政府公共服务或设施的经营权交由社会组织或个人, 所有权和经营监督权掌握在政

府手中, 通过这一措施, 政府可从被委托方那里收取回馈金, 增加财政收入, 还可有效地对被委托的社会组织所提供的公共服务的品质进行监督, 实现公共利益的最大化。基于这些的优点, 委托外包作为政府的市场机制策略在公共治理领域得到了广泛地应用和普及, 从各国政府的实践来看, 委托外包的价值主要体现在以下几个方面。

(一) 委托外包有助于政府摆脱财政困境

精简政府机构和解决政府财政困境是公共服务市场化改革最直接的动因。现代“福利国家”的出现, 政府职能迅速扩张, 从城市建设工程、基础设施建设到社会福利、公共医疗卫生、教育科技等诸多领域, 政府作为公共治理的唯一中心, 公共服务领域的扩张给政府带来了沉重的财政负担, 有限的政府运作系统对于公共服务产品的供给显得难以为继。根据费瑞思的观点, 可能的资金节省是经常处于财政困境中政府部门进行市场化外包的理想方式^[2]。公共服务的市场化促使政府重新审视和检讨自身角色, 从“划桨者”向“导航者”的转变让政府从可归于市场调整的经营性领域撤离出来, 通过委托外包的方式将部分政府职能转移给社会组织, 让适合市场规律运作的行业遵循市场规则在自由市场中经营获利, 通过多样化的所有制形式满足人们日益增长的公共服务需求, 最大程度地实现公共利益, 既能起到让政府摆脱沉重的财政负担、增加收入的效果, 还能促使相关行业在优胜劣汰的市场环境中健康成长。美国是实行公共服务委托外包最成熟的国家, 根据萨瓦斯在1987年所作的一项研

收稿日期: 2012-12-10; 修回日期: 2013-04-06

作者简介: 郑旭辉(1975-), 女, 福建福州人, 福州大学公共管理学院副教授, 博士研究生, 主要研究方向: 公共管理, 科技与教育管理。

究, 签订公共服务外包合同为美国地方政府节省了15%~30%的资金, 大大减轻了地方政府的财政负担^{[3](68)}。

(二) 委托外包通过引入市场机制提高国家行政运营的效率

传统上政府垄断了所有公共服务的经营, 在这种情形下, 政府部门不可避免地会出现机构臃肿、人浮于事的现象, 而且公共服务完全依赖于政府财政也易于导致加勒特·哈丁所谓的“公地悲剧”, 造成社会资源的极大浪费和较高的行政成本, 更由于竞争机制的缺乏, 公共服务产品的质量也无法提高。公共选择理论基于人都是自利的、理性的、效用最大化的人性假定, 认为政府作为人的组织, 其所有行为的动机都是自利的, 都是为了追求自身利益的最大化。在自利动机的支配下, 政府官员在预算支出和政府组织的规模上都会呈现极大化的情形, 行政结果出现无效率的可能性极大。既然政府政策是无效率的, 那么就“没有任何理由证明公共服务必须由政府官僚机构来提供”^{[4](23)}。公共选择理论认为, 政府规模不断膨胀、服务效率低下的根本原因就在于政府对于公共产品供给的垄断特性, 要避免“公地悲剧”就必须打破政府的垄断地位, 引入市场机制的力量, 将部分公共服务领域释放出来交由市场决定, 以达到更有效率的资源配置。按照克雷格的说法, “对于某些公共服务事项, 如果由政府部门来实施, 可能会导致行政效率低下、不计成本、忽视那些市场竞争所带来的新技术和观念的情形, 而改善这种情形的最佳途径就是政府通过签订合同的形式将那些公共服务交由社会组织或个人来实施。”^{[5](108)}换言之, 政府不再负责执行某些公共事务, 转而由私人负责或提供, 精简政府机构成为可能, 藉由公共服务的解除, 可减轻政府执行该项事务所需人事上的负担, 而在竞争的环境下, 私人能够提供比政府更好的公共产品, 从而有利于降低行政成本, 提高政府的经济理性和行政运营的效率。

(三) 委托外包有利于促进公私合作, 提高公民对于国家行政的参与度

由于现代行政国家任务范围不断扩大, 完全超出了政府部门的承受能力, 政府财政状况日趋困难, 出现了“政策停滞”的现象, 而民间私人部门迅速成长, 人才和资金都较为富足, 为了有效运用社会资源, 满足日益增长的公共服务需求, 提升公共服务的质量, 于是各国政府都积极地吸收民间资本和技术, 发展“公私部门合作”的关系。政府从某些公共服务领域有选择性地退出, 为私人部门参与公共行政提供了空间, 促进了政府与私人部门之间的合作。在这种合作关系

中, 政府扮演导航者的作用, 只负责规划、指导和监督的角色, 将划桨者的工作由私人部门经营办理。另一方面, 政府引进私人部门机制, 重视市场的技能, 提高行政效能, 迈向高效率、组织精干的“企业型政府”。在公私合作关系中, 私人不再只是国家行政的单纯服务承受者或旁观者, 而是可以通过一定机制参与国家行政活动、成为公共服务的参与者和提供者。私人与政府的关系逐渐从对抗走向了合作, 通过这种公私部门的合作安排, 可共同发挥公共责任的道德感, 让这样的非零和赛局关系, 在一个公平而又正义的制度中发育, 则成效一定会比任何独占局面下的政策执行结果有了多一层发挥的空间^{[6](1)}。

二、政府公共服务委托外包的风险

政府公共服务委托外包打破了公共服务由政府垄断经营的格局, 提高了政府行政运营的效率 and 公共服务的质量, 由于其具有的明显优势, 因此成为了公共行政改革的核心工具, 并在国内外逐步开展和普及。然而, 公共服务的委托外包也面临着诸多风险和挑战, 比如私人追逐利润的本性和政府任务公益性之间的价值冲突如何调适, 如何防止政府委托外包过程中权力寻租、暗箱操作以及如何避免政府假借吸引民间力量参与政府行政而放弃自身所应当担负的公共责任问题。换言之, 任何类型的改革在提高效率的同时必然伴随着风险和挑战, 这些风险和挑战极可能来自私人部门, 也可能来自政府, 如果处理不当就可能导致危险的后果。

(一) 公私目标的价值冲突

公共服务民营化改革的目的在于更好地实现公共利益, 政府通过签订契约将公共服务和公共产品交由私人部门来提供和生产, 但提供者或执行者的变化并不改变公共服务的公共属性。“公共性”决定了政府必须遵循“普遍服务”的原则, 确保全体社会成员“无论何时何地, 都应当得到相应的公共产品和服务”, “所有用户都应当被同等对待”以及“服务的价格应当为大多数用户所能够接受”。^{[6](95)}对于公众来说, 公共服务和公共产品是他们的必需品, 具有消费的“不可拒斥性”, 价格再高, 也必须消费。因此, 提供普遍服务是政府存在的前提和公共行政的基本价值目标。政府将公共服务委托外包给私人部门后, 普遍服务就成为了私人部门的一项社会义务。然而, 作为被委托方的私人部门是“理性的经纪人, 追求利润的最大化是其根本目的”“私营部门只对最佳盈利机会感兴趣而不

会关注其他”。^{[3](329)}私人部门接受委托是因为提供公共服务的过程中存在一定的利润空间，为了盈利它不会考虑公众的承受能力。私人部门不可能像政府那样以公共服务的最优化作为追求自身利润的前提，对于它来说，普遍服务就意味着利润的损失。因此，公共服务的私人执行必然会产生政府公共目标和私人目标之间的价值冲突，私人部门为了追求自身利润的最大化而违反普遍服务的风险。他们以盈利为目标，将按照市场竞争的规则来提供有利于营利的服务项目，对于那些不能较好获利的服务项目则可能会消极供给或者为了减少成本而降低服务标准。而以市场价格供给，使得只有有钱阶层才能买得起公共服务，或者可以选择更高层次的服务，所接受的公共服务水平与其投入成正比，而私人部门的趋利性在面对弱势群体时会越发猖獗，在服务态度和质量上对弱势群体进行歧视，甚或将其排除在某些公共服务享受之外。公共服务委托外包后，私人部门在“利润至上”的驱使下，忽视社会责任和公共目标，有选择性地提供公共服务，会加剧我们社会上业已存在的公共服务非均等化的现象。

（二）私人垄断和机会主义

公共服务民营化和委托外包追求的是破除政府垄断，改变原有体制效率低下的状况，提高公共服务的质量。然而，真正能够促进效率或者改善公共服务质量的不是所有制和经营权的变化而是竞争机制的引入。公共服务民营化打破政府垄断的同时，往往意味着基于政府权力和市场力量形成新的垄断。在没有充分竞争的市场环境下，无论是政府还是私人部门，都会缺乏技术创新、强化服务、优化内部管理的动力。公共服务和公共产品具有天然垄断的特性，如果没有培育市场竞争机制，那么所谓的民营化和委托外包只不过是政府垄断变成私人垄断，不但无法提高效率，还会因为私人的逐利性而损害公共利益。由于公共服务经营具有规模经济、成本沉淀高、投资回报周期长的特性，因此在公共服务委托外包的过程中，政府在寻找公共服务的承接方时，往往会没有足够的具备公共服务供给所要求的技术能力和资金支持的私人部门可供选择，这样就势必出现市场为少数私人部门所把持的情况。竞争的缺失将带来更多的服务成本。实践表明，委托外包还存在“提供者垄断”的现象，亦即政府委托外包公共服务时，经常只与某一私人部门合作而不去寻找更多的供给方。长期固定的合作增强了私人部门与政府谈判的能力，进而影响政府对于公共服务监督评估标准的制定^[7]。私人部门还可能凭借其在经营中的垄断地位，以放弃其公共职责要挟政府，

而政府基于确保公共产品的有效供给，只能做出有利于代理商的政策决定和资金倾斜。由于缺乏竞争机制，政府不得不降低公共服务的资质要求，加上一些公共服务的质量和数量具有不可约定性(non-contractible)，这就为私人部门的机会主义提供了可能，承包方可以在消减服务成本的同时又不违反合同，而为了实现成本的降低，必然会带来服务质量的下降。

（三）权力寻租与管制俘获(regulatory capture)

公众对于公共产品和公共服务的需求是较为稳定的，供给者因此能从中获得稳定的回报。公共服务行业所蕴藏的巨大利润空间使得很多私人部门想方设法进入该领域。公共服务委托外包是政府将一部分公共产品的经营权转移给私人执行，当存在多个私人部门竞争同一经营权时就可能产生权力寻租和腐败。公共服务委托外包的寻租风险体现为，政府官员出于自利目的，在招投标时降低代理商的资质标准，或者人为设定需求障碍排除其他的竞标者，从而让目标代理商成功中标，或者放弃公开招标而直接指定代理商，并从代理商那里获得相应的租金。在公共服务的私人执行过程中，作为监督人的政府官员收取代理商的贿赂，消极对待监管，对于代理商降低服务标准、提高服务价格的行为置若罔闻，在履约验收时包庇不合格的外包项目。实践表明，腐败问题充斥整个公共服务委托外包过程，各种操纵招投标、收取贿赂和回扣的现象从来没有被根除^{[8](131)}。公共服务委托外包的寻租风险会产生恶劣的后果，代理商会将寻租的成本计入生产成本，从而损害公共服务的质量，特别对于那些弱势群体来说，哪怕在公共服务上轻微的腐败都会带来摧毁性的影响。在公共服务市场化过程中，还存在私人部门通过权钱交易将政府“俘获”的可能性。所谓“俘获”就是指作为管制对象的私人部门反过来控制了政府管制机构的政策这样一种情形^{[9](301)}。管制俘获背后往往伴随着权力寻租的现象。根据“管制俘获”理论，私人部门对公共服务领域具有特殊的影响力，而政府监管者有着各种自利的冲动。政府监管者经常会受到私人代理商的利益诱惑，代理商以收买的方式俘获监管者，从而形成两者的利益共同体，或者利用公共服务经营者和政府监管者之间的信息不对称，促使政府监管者在公共服务价格确定、成本核算、服务质量等方面制定偏向保护代理商的利益的政策。代理商通过争取到的政策支持获取垄断利益，以此弥补为获得经营权而付出的寻租成本。管制俘获的危害在于，私人部门可以利用公共资源谋取私利，而政府监管者在自利冲动的驱使下将触角伸向了市场和社会，这将会给公共利益带来极大的损害。

三、公共服务委托外包风险的规制

公共服务委托外包的过程充满了复杂性,也存在公私利益冲突、私人垄断、机会主义、权力寻租和管制俘获等问题和风险,如果对其缺乏有效的规制,市场化可能带来比政府垄断更大的负面效应。针对公共服务委托外包可能存在的问题和风险,政府必须运用多重手段,对整个公共服务委托外包的过程进行约束和规制,以确保公共利益的有效实现。

(一) 确定公共服务委托外包的范围

公共服务委托外包并不意味着政府所承担的公共责任的免除。真正的民营化过程中政府的责任不能被转移,所转移的只是通过民间功能所表现出来的绩效,且真正的民营化不会造成政府角色的消失^[10]。公共服务交由私人部门来执行是有界限的,必须合理确定政府委托外包的界限,以防止政府避免其公共责任,确保人民权益和公共利益不受侵害。根据法律优位原则的要求,如果立法机关已经对政府公共服务不得委托的事项做出明确的规定时,则政府机关不得将其政府业务委托私人部门办理。只有在立法机关未对某一项政府公共服务可否委托私人部门办理做出明确规定时,主管该服务的政府机关才可依职权将其委托外包给私人执行。

世界上很多国家都通过立法或法院判例的形式规定了政府公共服务委托外包的范围。在法国,可根据“公共服务的本质”和法律的规定来划定政府公共服务委托外包的范围。依其“本质”不得委托私人执行的公共服务主要是指所谓的“宪法性公共服务”(les services publics constitutionnels),根据宪法委员会和最高行政法院通过判例,“宪法性公共服务”包括三类:①有关人民安全的公共服务,这类公共服务均与国家主权的行使有关,因此不得委托,必须由政府自己履行,如筹组军队的国防行为、狱政业务等^②。②有关国家经济性主权的业务,包括“货币公共服务”和“税务公共服务”。货币的铸造、发行和监管,货币政策的研拟和执行,税收业务皆是传统国家经济性主权象征,不得委托私人代理^③。③有关国家对外的主权活动,主要涉及外交、政治庇护和难民救济等公共服务。基于法律规定不得委托的公共服务,主要包括:①规范制定行为(les activité de réglementation),因为涉及国家公权力的运用,必须由政府自己行使而不得委托私人执行。②警察行政业务,如警察巡逻、管制秩序、侦查、酒精检测与责任判断的行为等,但制作笔录等警察业务可允许私人辅助,道路停车的拖吊则允许委托

私人执行^④。③具有独占性质的公共服务,如水、电、瓦斯灯,但此项公共服务后来受欧盟的影响逐步有条件放开。④基于业务的本质属于相关公共服务的核心业务,也不得委托私人,如民政部门有关出生、死亡、命名、改名、户籍及选举业务因其本质属于民政事务的核心业务,而不得委托私人;公立医院为病患提供住院的服务,属于公共医疗服务的核心业务,医院不得将该服务委托私人执行,反之,因对病患家属提供住宿的服务不属于公共医疗服务的本质业务,而允许将家属住宿的大楼交由私人经营管理。此外,公共服务的委托外包必须遵循所谓的“禁止业务完全委托原则”,亦即行政机关不得将自己的公共服务业务全部委托给私人,因为会造成预算与人员的浪费,行政机关也会因此无法对于该公共服务进行监督。如地方政府已有专属机构或人员负责公款补助地方工商业或农业业务,如果地方政府将该业务委托私人则可能造成人员闲置或预算浪费。

美国的政府公共服务委托外包的项目众多,在实践中通常以是否属于“本质性政府职能”(an inherently governmental function)作为判断政府公共服务委托外包的界限。除了那些属于本质性政府职能的公共服务外均可委托外包。根据美国联邦政府采购政策局第92条政策令函的说明,所谓本质性政府职能是指“与公共利益密切相关而应由政府机关亲自执行的政府业务”。该政策令函列举了19项本质性政府职能,包括刑事侦查,公诉与及其他司法职能之控制,政府的政策决定(如管制项目与管制范围的决定)、优先施政计划的决定、联邦公务员的指挥管理、情报及反情报活动的指挥和控制、选任公务员之决定、联邦公务员的职位说明和考绩标准的核定、政府财产的处分、联邦采购活动的重要决定、对于依政府审计督查机构和官员申请作出说明的批准、对人民申请查阅政府资料的批准、召开有关重要权利或资格决定的听证会、有关核发和检查联邦执照的批准、决定预算政策方针与策略,课税与税收分配、公共信托基金的管理等^{[11](82-83)}。在实践中,美国公共服务委托外包的项目非常广泛,涉及教育、社区矫正、社会服务、精神照料、医疗卫生、街道清洁、公共娱乐、高等教育、电信、公共交通、能源环保、农业、国库等领域,甚至部分涉及在其他国家被视为与国家主权运用相关的公共服务项目如狱政管理、警察、国防、航空航天也不不同程度地民营化,委托外包深入到了某些政府核心职能^{[12](48)}。

从以上法、美两国相关实践来看,法国规定可委托外包的公共服务项目范围较窄,而美国则显得较为

宽泛。我国法律对于公共服务委托外包的范围没有明确的规定，但可以借鉴法国、美国等国家相关经验，并结合我国地方政府公共服务委托外包的实践，以建构我国政府业务委托外包的范围。根据德国学者毛雷尔的观点，所有涉及公法上主权并以国家强制力为后盾的行政任务，如秩序行政和税捐行政属于禁止委托的服务项目，而给付行政通常不需要运用强制力，只有公法没有限制性规定，可被允许交付私人执行^{[13](37)}。

对于我国政府公共服务委托转包的范围可分为二类：

①绝对国家保留事项，如国防安全、外交、货币、税务、司法、强制执行与制裁、强制征收与征用、治安秩序的维护等涉及国家主权且必须运用物理强制力的国家任务，禁止委托私人代替履行^⑤。②一般国家保留事项，即除了绝对国家保留的事项外，不具有排他性、独占性的政府公共服务均可允许委托外包，包括城市公共设施、园林绿化、社会保障、医疗卫生、健康照护、自来水、能源、交通控制、道路、邮政、环保、电力、电信、资讯、培训、专业资格认定、垃圾处理、医事检验、登记、广播电视、法律服务、文学艺术与娱乐项目运营、道路停车拖曳、危险物清理等，不过此类公共服务必须考虑委托转包后是否更有效率且执行更有弹性，或者私人部门是否比政府更专业、技术更好。如果委托外包后私人部门执行得更有效率、更具专业性，则可以允许委托外包，否则其可行性降低。此外，还应考虑民众的接受程度，如果民众期待该项公共服务由政府部门来执行，那么若由其他社会组织来执行则会引起民众的消极合作或抵触，会使得公共服务的执行效果大打折扣，因此民众对于私人执行的接受程度也应成为公共服务委托外包的重要考虑因素。政府公共服务委托外包范围的确定还必须遵循“禁止完全委托原则”，如果公共服务委托外包会造成政府预算和人员的浪费、隐性成本巨大而超过委托私人部门执行带来的收益，则没有必要委托外包。

（二）明确公共服务受委托人的资质标准

政府公共服务涉及面非常广泛，对社会民众的生活影响巨大。为了防止政府官员出于自利的目的，在招投标时降低资质标准或为特定私人部门选择性地设定资质标准，在委托外包程序展开前，要明确公共服务受委托人的资质标准。接受政府委托外包执行公共服务的私人部门必须具有一定的资质标准，如相应的技术、资金、人员、设备等，政府不得将公共服务委托外包给不具备相应资质条件的私人部门来执行。公共服务受委托人的资质标准应主要包括硬性指标和软性指标两个方面。硬性指标包括私人部门的业绩、专业人员、注册资本金、净资产、公共服务所需的设施

和场所、设备。业绩条件是指受委托的私人部门近些年在所执行的公共服务领域具有良好的业绩，所提供的服务质量合格；专业人员条件包括私人部门是否具有从事服务管理工作的经历或相应的技术职称，技术负责人是否具有从事该项服务技术管理工作的经历或该领域的技术职称，财务负责人是否具有会计职称，具有职称的技术人员和管理人员的数量达到一定比例。对私人部门的注册资本金和净资产作出要求是为了避免代理商的负债可能会为了减少服务成本而降低公共服务的标准，损害公共利益。公共服务所需设施和场所、设备是完成政府所交付的公共服务的必备条件，也是受委托人最基本的资质条件。软性指标包括私人部门的管理水平、社会信誉、遵纪守法等。管理水平主要以私人部门是否具有健全的组织机构、财务会计制度和行政管理制度加以衡量。选择具有良好的社会信誉和遵纪守法状况的公共服务受委托人，可以尽可能减少其受“利润至上”驱使而不顾社会责任的机会。在当前公共服务委托外包实践中，政府对于受委托人资质标准的确定主要强调硬性指标，而对于私人部门的管理水平、社会信誉和遵纪守法状况等软性指标则重视不够，因此对于受委托的组织完成公共服务的实力和水平不能精确地判定，从而无法实现公共利益的最大化。

（三）公共服务委托外包的程序控制

程序不是次要的事情，随着政府权力持续不断地急剧增长，只有依靠程序公正，权力才可能变得让人容忍^{[14](93)}。法律程序是判断法治还是人治的基本标准，也是防止政府权力专断恣意，确保社会公平实现的最重要手段。西方国家在实施公共服务民营化时，为了防止公共服务外包过程中的权力寻租和腐败问题，都制定了一系列程序性规则来规范政府合同^⑥。法律程序通过设置一套公平、公正、科学的程序性规则来防止政府公共服务委托外包过程中可能出现的权力寻租和权力腐败，这些程序性规则主要包括信息公开制度和公众参与制度。

信息公开制度是公共服务委托外包程序性规则的核心。公共服务委托外包本质上是将市场竞争机制引入公共行政领域，实现社会资源优化配置，提高服务效率的目的。阳光是最好的防腐剂，为了充分发挥市场竞争机制的作用，整个民营化的过程都要公开透明、防止暗箱操作。根据我国《行政许可法》《招标投标法》等法律的相关规定，政府对于公用事业经营权的授予应该通过公开、公正的招投标制度作出决定^⑦。公开招标采购可以减少权力寻租现象，并降低政府公共服务的风 险成本，提高公共服务的质量。据一项国际调

查表明,公开招标一般可以使合同价格降低15%~30%,反之,腐败则会使项目支出平均超过实际价格的20%~25%^[15]。具体来说,应该公开的信息有以下内容:①公共服务委托外包的基本依据、实施方案的公开。无论是公共服务委托外包依据的法律法规和政策性文件,还是委托外包的实施方案和所欲实现的公共目标、受委托人资质标准的设定,除法律有特别规定的外,都必须向社会公布,以使多数的民间力量有参与该委托外包项目的机会。②受委托人的遴选过程公开。政府对参与竞标的私人部门进行考核并最后做出决定的过程应向社会公开,除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的信息外,审议考核委员会的成员信息、参与竞标的私人部门的资质条件以及选定受委托人的根据和理由都要向社会公布,接受社会监督。通过公开、公正的选择过程,最后被选定的受委托人应该是资质条件最优者。③委托外包协议内容公开。政府与被选定的私人部门所签订的委托外包协议内容应向社会公布,应公布的协议内容包括双方所约定公共服务的具体质量和数量要求、价格和履行期限等。④委托外包协议的履行过程及监督情况公开。虽然民营化后,公共服务的经营权由政府移转给了私人部门,但是仍然没有改变公共服务的公共属性,委托转包协议履行结果与社会公众的利益直接相关,信息公开适用于私人部门,这样可以消除公众、政府与受委托人之间的信息不对称,避免管制俘获和机会主义现象。因此,除极个别的情况外,私人部门不得以商业秘密为由拒绝公布公共服务的经营情况,其产权变动、价格和服务期限的调整、财务信息等都应向社会及时公开,以便接受社会大众的监督。

公众参与法治行政主义的基本要求,反映了现代行政民主化的发展趋势。公共服务民营化的决策过程、受委托人资质标准的制定必须遵循行政程序法的要求,引入公众参与机制。民营化实施后,公共服务执行者转为私人,公众难以像监督政府权力那样去挑战私人的行为,但是公众作为公共服务的消费者,对公共服务的质量的具体看法很大程度上决定了服务提供者的生产行为,因此公共服务委托外包后仍然需要公众参与,确保公众能够对于公共服务的执行情况进行监督。公共服务委托外包中的公众参与包括以下两个方面:①政府部门在做出公共服务委托外包决策以及制定公共服务委托外包的实施方案、受委托人资质标准时,应当通过专家论证会、听证会、座谈会和公开质询等多种形式广泛听取社会公众的意见,以确保政府决策的科学性、实施方案和受委托人资质标准的合理性。②为了确保私人部门所提供公共服务的有效落

实,应加强社会公众在委托外包的实施阶段的参与,建立公众评价机制,对公共服务的内容是否满足公众的需要、所提供的服务是否达到设定的目标、服务价格是否公平等提出意见,督促其积极履行公共责任,确保公共利益不至于因为公共服务外包而受到影响。为了对私人部门经营行为进行监督,政府还应当建立质量投诉机制,为社会公众提供投诉渠道,及时处理社会公众对于私人部门的投诉,确保公共服务的质量。

(四) 加强政府对于私人部门执行公共服务的监管责任

公共服务的委托外包或民营化并不意味着政府公权力的彻底退出,执行者角色的变化并没有改变政府任务的属性。相反,政府采取适当的管制行为和其他配套措施仍然非常必要。基于民营化实施后政府与社会公众之间仍然存在着非常明确的公共责任义务关系,政府必须对公共服务私人部门执行过程进行全方位监管,包括对其外包的公共服务价格水平是否公平、合理,服务质量是否达到预期目标的监管,以确保公共服务效用的最大化。政府应采取的管制措施主要包括:

1. 政府承担给付不中断和促进市场竞争的担保责任

公共服务对于社会公众而言是日常生活必需品,在委托外包后,政府必须确保为广大社会民众所提供的公共服务不中断,特别是涉及高度民生议题的公共服务,如电力、自来水、燃气、通信等得到持续提供。如果私人部门无故中断提供服务,政府可以动用行政优益权,中断委托外包协议,并追究其相应违约责任,如私人部门中断服务的行为造成公众财产利益损失的,还应承担赔偿责任。为了防止出现新的私人垄断,破除市场为少数私人部门把持的情形,政府应切实地放开市场准入,对于具有替代性或选择性的公共服务,政府应确保该公共服务领域保持适当规模的竞争者,允许该服务范围内有多家私人部门同时经营,通过市场竞争机制,给予作为消费者的社会公众有一定选择权,这样可以促使公共服务的质量和价格得到改善。对于具有自然垄断性质的公共服务,有时不宜出现两家以上的竞争组织,也应依照公正、公开的招投标程序选择受委托人。

2. 价格管制

公共服务委托外包不可避免对出现公私利益之间的冲突。作为公共服务的消费者,社会公众需要的是高质量的公共产品和公共服务,而执行公共服务的私人部门则追求的是如何获得更高的利润。为了防止私人部门利用其公共服务的垄断性和公众对于公共服务

消费的不可拒绝性，肆意提高服务价格，损害公共利益，对私人部门执行的公共服务的价格进行管制是现代国家普遍做法。美国政府采取的是“投资回报率”的价格管制模式，即公共服务价格与投资回报率紧密联系，若投资回报率是固定的，那服务价格就取决于服务成本，价格随成本波动。但是难点就在于私人部门的服务成本无法精确计算。而英国采用最高限价的管制模式，将通货膨胀率减去调整系数得出一个总的最高价格，在限制最高价格的情况下，私人部门的利益和风险自行承担。可以借鉴英、美国家的经验，基于我国经济发展、行政法治建设的需要，建立价格听证制度和成本监管制度相结合的价格管制模式。举行由社会公众代表、专家、政府部门和执行公共服务的私人部门等参与的价格听证会，各方在听证会上都发表各自的意见，进行相互诘问、质辩和交涉，让利益冲突的各方达成妥协，最后形成各方都能够满意的合理服务价格。公共服务的价格应是由服务成本和合理利润来确定的，由于私人执行者和政府之间存在信息不对称的情形，政府对于私人部门的服务成本知之甚少，无法掌握私人部门真实的成本信息。因此，实行价格听证制度的同时，政府还要对执行公共服务的私人部门进行成本监管，掌握真实的成本信息，限制服务价格不得过于偏离服务成本。

3. 质量监管和绩效评估机制

公共服务攸关社会公众的切身利益，其质量甚至影响社会公众的生命健康安全。公共服务委托外包的目的就在于通过市场竞争机制的引入，促进公共服务质量的提高，更好地服务社会公众。为了确保私人部门所提供的公共产品和公共服务符合预期目标，达到社会公众的消费要求，政府应实行严格的质量监管和绩效评估。公共服务的质量监管涉及公共产品的数量、服务设施的质量、对服务需求和服务投诉的反应能力和良好态度、服务的稳定性和连续性、企业技术标准等。西方国家为了对公共服务质量进行严格监管，根据不同行业的具体情况制定了公共产品的质量标准，如德国《联邦饮用水条例》，对于供水服务企业所提供的饮用水标准做出了明确而严格的标准，涉及微生物、有毒或有害物质、氮含量、生物氧化参数、感官参数等 43 项指标。对于公共服务质量的监管，还需要建立一套科学的绩效评估机制。通过政府部门抽查、第三方社会组织评估、社会公众反映、私人部门自律相结合的方式，就私人部门执行公共服务所表现的绩效包括公共服务预期目标的实现程度、公共服务的质量、成本收益、社会满意度等进行科学、客观地评估。评估结果应作为是否中止委托协议、未来是否

允许再次竞拍的依据。

注释：

- ① 我国政府公共服务的委托外包主要集中于沿海经济较为发达的城市，如浙江慈溪市将环境治理、城市管理等领域进行外包；武汉将城市管理、公共事业单位后勤服务、环境卫生、城市管网建设、园林绿化等纳入外包领域；深圳福田区的外包领域涉及社区矫正、专业服务、咨询研究、后勤保障、城市建设工程、劳动派遣与治安服务等方面。
- ② 1987 年法国司法部长鉴于监狱容量不足和管理不善的原因，提出将兴建监狱设施、管理监狱的狱政公共服务委托私人部门执行，但被最高法院以国家主权事项为由予以驳回。
- ③ 1990 年宪法委员会软化了传统立场，认为如果在政府直接监督和控制下，政府可以将税务征收的业务交由私人执行。陈淳文. 公法契约与私法契约之划分：法国法制概述，台湾行政法学会，主编. 行政契约与新行政法[M]. 台北：元照出版社，2002：141.
- ④ 法国最高法院在 1994 年的 *Ville de Menton* 判决中，明确表示警察任务不得委托。在该案中，地方政府将警察巡逻街道的任务以合同的方式委托给私人保安公司执行，法院认为警察使用权力维持公共秩序是国家主权的具体体现，而此项职权作为国家的核心任务，不得委托私人部门代为执行。
- ⑤ 也有观点认为，绝对国家保留的事项只是禁止任务的民营化，如果国家本身并未放弃执行之责，只是在执行阶段借助私人部门的力量去完成，通常这种国家与私人间的委托关系应不属于禁止的行列。比较典型的是美国狱政民营化，反对者认为狱政和矫正属于本质性政府职能，是国家自组织部分，不能委托私人执行，因而狱政民营化违宪，支持者则认为，狱政民营化中政府保留了政策的指定权，只是将政策的执行交给私人。但是，监狱的民营化在公私利益发生冲突时，私人监狱的经营者会选择减少职员或雇佣不合格的看守来降低成本而无暇顾及犯人的安全。因此，监狱等绝对国家保留事项在我国不适宜民营化。
- ⑥ 如意大利《行政程序法》（“委任”部分）、英国的《公共服务法》、美国的《公共合同法》《联邦征购条例》《联邦行政程序法》等法令都要求公共服务的外包过程都必须遵循公开、公正的程序。
- ⑦ 根据《行政许可法》第 12 条第 2 款和第 53 条的规定，有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等事项，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式做出决定。《招标投标法》第 3 条规定：“大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标。”

参考文献：

- [1] R. P. L. Korosec. Privatization of local governments: Contracting out as a service delivery option[M]. Ann Arbor, Mich: University Microfilms International, 1993.
- [2] James Ferris, Elizabeth Graddy. Contracting out: For What? With Whom? [M]. Public Administration Review, 1986(4): 343-354.
- [3] 萨瓦斯. 民营化与公私部门的伙伴关系[M]. 北京：中国人民大学出版社，2002.
- [4] 周志忍. 当代国外行政改革比较研究[M]. 北京：国家行政学院出版社，1999.

- [5] Paul P. Craig, *Administrative Law* 6th ed [M]. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- [6] 詹中原. 民营化政策——公共行政理论与实务之分析[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1993.
- [7] Jocelyn M. Jonhston, Barbara S. Romzek. Contracting and accountability in state medicaid reform: rhetoric, theories, and reality [J]. *Public Administration Review*, 1999(5): 383-399.
- [8] John D. Donahue. The privatization decision: public ends, private means [M]. New York: Basic Books, 1989.
- [9] 皮特·纽曼. 新帕尔格雷夫法经济学大辞典·第三卷[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [10] 王文字. 政府、民间与法律——论公营事业民营化的几个基本问题[J]. *月旦法学*, 1998(5): 26-39.
- [11] 汤德宗. 美国公共契约法制之研究——我国政府采购及委办法制兴革建议[R]. 台北: 行政院研考会委托研究报告, 1993.
- [12] Donald F. Kettl. *Sharing power: Public governance and private markets* [M]. Washington, DC: The Brookings Institution, 1993.
- [13] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 北京: 法律出版, 2000.
- [14] 威廉·韦德. 行政法[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [15] 夏杰长. 论当前扩张性财政政策的回旋空间、制约因素及解决对策[J]. *管理世界*, 1999(2): 58-66.

Legal control of risk of contracting out government services

ZHENG Xuhui

(School of Public Administration, Fuzhou University, Fuzhou 350108, China)

Abstract: As an innovative mechanism to fulfill public functions, contracting out government services becomes increasingly popular in the field of public management. Contracting out government services can solve financial difficulties of government and promote administrative efficiency, public-private partnership and quality of public services. However, contracting out government services can also lead to interests conflict of public-private, private monopoly, opportunism, rent-seeking and regulatory capture. The Government should take some measures such as defining of boundaries of privatization of government services and qualification standards of the entrustee, exerting control of legal procedures and strengthening government's responsibilities to regulate contracting out government services.

Key Words: government services; privatization; contracting out government services; legal control

[编辑: 颜关明]