

合作治理的法律困境和出路

操小娟

[摘 要] 合作治理是现代政府改革的一种模式,它具有很多传统公共行政不具有的特点,因而得到迅速发展。但是,由于合作治理改变了传统行政组织之间、行政组织内部、行政组织与公众之间隔离的状况,使传统的法律控制机制不再适用,因而在合作限度、合作规则制定、合作结果的评估、合作责任的分担、合作纠纷的解决方面面临法律的困境,需要法律在合作范围界定、合作规则、责任体系、纠纷解决等方面予以修改和完善。

[关键词] 合作治理;法律困境;法律制度

[中图分类号] D035 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)02-0250-06

关于治理的定义,不同的学者有不同的解释。在有关治理的各种定义中,最具有代表性和权威性的是全球治理委员会的定义。该委员会于 1995 年发表的《我们的全球伙伴关系》研究报告中对治理做出了如下界定:治理是各种公共的或私人的机构管理其共同事务的诸多方式的总和。它是使相互冲突的不同利益得以调和并且采取联合行动的持续的过程。它既包括有权迫使人们服从的正式的制度和规则,也包括各种人们同意或以为符合其利益的非正式的制度安排。可见,治理,也称为合作治理。不过这种合作(collaboration)不同于“共同工作”(cooperation)。虽然合作的机构会发生变化、不同机构之间的合作程度不同,在合作的各方之间存在不同的权力等级,但是有一点是共同的,那就是没有对方的合作,任何一方都不能完成自己的工作和任务,无法实现自身的利益要求^[1](第 677 页)。合作治理的模式在英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等许多国家政府的不同层面得到运用。他们普遍接受这一模式的原因在于政治、经济、社会结构快速变化,使得政府所面临的问题,从过去单一行政区域的问题,演变成复杂多面向的跨部门、跨区域问题。各级政府处理这些问题时,显得力不从心,他们试图通过合作的方式提高政府解决问题的能力。所以,合作治理是由于公共议题发生变化的结果,“这种公共议题的质变,不仅改变了传统中央与都会政府之间的上下关系,也影响了都会政府公部门彼此之间的水平关系,同时更浮现出前所未有的地方社区、企业以及非营利组织之间的协力伙伴关系。”^[2](第 75 页)

一、合作治理对传统公共行政的影响

合作治理的优势是明显的,它可以很好地解决公众需求的问题,根据公众不同偏好来提供商品和服务。合作治理还可以提高政府面对复杂多变的环境的治理能力,提高服务的效率和政府服务的质量,从而提高政府的竞争力。这些优点使得合作治理迅速得到发展。与此同时,合作治理对传统行政的影响是深刻的,它改变了传统行政的基本特征。

(一)合作治理改变了政府的角色和地位

传统的官僚制行政中,政府一直是公共服务的生产者和提供者。“当面临的问题增加,政府无法解决时,往往会产生建立新机构的需要,从而导致更深刻的失败”,“对国家提出的新要求却与进一步扩充

官僚机构的趋势相左。”^[3] (第377页)现代公共行政的理念是保证公共服务的供给。至于公共产品由谁来提供,则根据实际情况来确定。可以是政府提供、非政府组织提供、公众自我服务,或者是委托人、供给者、生产者联合在一起共同生产和提供服务。政府的服务只是一种选择,是对市场和社会组织作用的补充。

(二)合作治理打破了政府机构之间的界限

传统的公共行政中机构之间有等级层次划分,每个机构都有明确的任务以及完成这一任务的相应职责和权限,每个机构只对自己管辖范围内的事项承担责任。合作治理中政府的一个服务项目可能由许多部门机构组成的系统来输送。由于合作各方的利益捆绑在一起,他们往往共同承担任务,互相学习,主动积极地为顾客提供“一站式”服务,很少考虑“谁应该做什么,谁不应该做什么”的问题,也不存在互相推诿的现象。

(三)合作治理改变了机构和职员之间的关系

官僚制组织着重于运用规章制度控制内部机构和人员的工作,因此它强调劳动分工、专业化、标准化、个人责任等,机构职员之间的职位分类越来越细,工作范围越来越狭窄。他们只需要严格地遵守规章制度,做好自己应当做的具体事务。他们对上级负责,但不对公众问题处理的最终结果负责。合作治理用一种职能交叉的工作团队取代在职能单一的部门工作的个体。他们直接面对公众,可以采用各种灵活的方式,为公众提供服务。他们对工作结果负责,并以此对上级负责。

(四)合作治理重新构建了政府与公众之间的关系

公共治理行政的理念是保证公共服务的供给,满足人们的多样化需求。公共产品的生产和供给可以是委托人、供给者、生产者联合在一起共同生产和提供“服务”。政府不再是管理者而高高居于公众之上,它只是一个服务者,帮助公众解决问题。公众不再是被动的接受者,而是服务权利的享有者。公众可以参与到服务的过程中,公众的参与可以帮助他们认识造成自己问题的原因,并联合起来以各种方式来解决这些问题。这种关系的变化带来了权力主体的变化。只要提供的服务能得到人们的认可,就可以成为某一领域的权力中心。相应地,权力运行的方式也发生了改变。权力的强制性减少,公众的服从义务减少。

二、合作治理面临的法律困境

尽管合作治理的形式非常灵活,合作治理的效果非常显著,但在现代民主国家,法治的要求依然存在。法治最终表现为一种法律秩序。达到某种法律秩序,既是法治的目标和结果,也是检验是否推行法治的一个目标。有效的秩序只有依赖制度化的规则体系才能实现,然而在合作治理中不仅职权职责范围模糊,而且责任界限模糊,因而依据职权划分确立的法律规则陷入困境。

(一)合作治理的限度问题

合作是共同治理的基础,合作使有着共同目标的机构相互学习,共享工具和资源,从而更好地回应公众的需求。但是合作并不适用于所有领域。首先,哪些公共事物应当由政府来承担,哪些可以由私人部门来承担,需要有一个明确的界限。其次,对于一些涉及各职能部门的事务范畴,或者“具有急迫性需要独权专断的议题”,就不适用合作。应当合作而不合作,就难以对公众需求有效回应;过分强调合作,可能造成延误,使政府对公众的需求反应过慢。再次,公共部门和公共部门之间、公共部门与非公共部门之间的合作是非常灵活的,由哪些部门合作,由哪些人合作,应当依据具体情况来决定。政府没有能力组织合作或合作的形式不适当,无法胜任时,就可能采取压制的方式。即使政府有能力,但是管得过多,也会产生压制的情形。“压制可以是政府涉足太多的结果,也可以是国家不能满足公共需求的结果。”^[4] (第41页)压制无疑会破坏合作各方的相互信赖关系,影响合作的有效性。如何处理政府能力和权力之间的关系,是关系到合作成败的问题。

(二)合作治理规则的制定问题

合作治理是在互动的基础上达成的共同行动。由于组织相互之间建立了一种相互信赖、互利互惠的伙伴关系,各方履行义务多采取自愿的方式,彼此之间没有约束力,致使着眼于控制的传统法律规则已难以发挥作用。另外,回应公众需求的目标使得规则执行起来非常困难。规则确定了权力的范围和界限,但规则与目标之间没有必然的联系。规则确立了完整的法律程序,但如果机构拘泥于形式,便无法对具体环境和具体问题做出反应。因为,“任何抽象的规范都不可能完全决定一项具体的判决或一种具体的行为步骤”^[5](第 67 页),而且行政人员可能在案件事实和情况看起来非常相似的情形下做出完全不同的决定。如何既对公众的需求做出回应,又能对政府机构及工作人员的行为予以规范,无疑是合作治理中需要解决的难题。

(三)合作治理效果的评估问题

合作是在互利基础上对合作各方的整合。整合的内容包括目标、过程、服务。没有目标的整合会导致各方之间的互相推诿;没有过程的整合,就不可能同时做很多工作,提高效率;没有服务的整合,就不能保证整体的效果。但是,这些整合只是在对外关系上的整合,整合还应该包括内部关系。“整合是指一个机构内部文化的融合和连续程度,公司内部不同的制度、结构、工作方式、口头和非口头的信息在日常的工作中如何相互支持、印证、强化对方。……假若一个机构创造了自我管理的团队,但又按照个人的成就雇佣、评估、提升、奖励员工,这样的做法同样不利于整合。”^[6](第 156 页)同样,以职能部门的绩效作为其工作评估的标准也是不利于部门合作的。部门绩效管理是一种建立在职能分工基础上的部门管理机制,仍然保留而不是打破行政垄断。如何建立合理适当的、促进合作的评估机制,同样关系到合作的效果。

(四)合作的责任分担问题

传统的行政法律规则是通过确定特定主体的职权职责,并规定违背此规定的责任来建构法律秩序的。而现在,合作治理根据自然的过程,而不是根据人为的职能划分来处理各种问题。多个职能部门合作时,任何一个部门出现问题,任何一个环节没有衔接好,都可能使最终的结果与公众的需求出现很大差距。合作治理中工作机构及其工作人员根据具体情况做出灵活的调整,彼此之间没有明确的界限。因此,如何确定合作中的责任,是一个棘手的问题。在不依职能划分的情况下,由哪个来承担责任?是合作的所有政府机构承担责任,还是某一个部门承担责任?如果是合作的所有机构承担责任,那么应当如何承担?在每个人的角色分工流动和变化的情况下,每个工作人员应该做什么,不应该做什么,没有固定的模式,因此,每个人应当对谁承担责任,应当或能对什么承担责任,也没有明确划分。

(五)合作争议的解决途径问题

在社会生活中,人们对权力主体命令的服从源于权力所产生的基础及背后所隐藏的力量。在官僚制行政中,为了维护秩序,行政机关通常采用管制方法,即行政许可、标准控制、行政处罚等。现代的公共行政更多地是借助一些柔性手段,如行政指导、行政合同、行政建议和咨询等。政府部门权力运行方式发生变化,原先的纠纷处理方式不再适用。首先,政府某个部门的权威不是唯一,只要是能为公众提供服务,就享有权威,公众就会服从。这种服从是建立在共识基础上的自愿合作。其次,合作各方的关系发生了根本的变化。复议和诉讼的纠纷解决方式建立在双方对立的基础上,而合作关系建立在利益一致的伙伴关系的基础上,沿用以前的方式显然不利于合作。再次,复议和诉讼的方式是一种事后的补救机制,往往是出现问题以后的解决方式,与快速回应公众需求的出发点相违背。

三、规范合作治理的思路和建议

合作治理面临着规范政府行为与提高服务质量的问题。在合作治理中,对政府行为的规范是必要的,但不应抑制合作的空间。我们应当通过规范合作,为合作创造条件,鼓励增进各方利益的合作,推动合作的发展。因此,针对合作治理中的法律困境,可以在以下方面采取措施:

(一)以法律确定合作范围,赋予相应的权力

首先,哪些公共事务可以由私营部门承担,哪些公共事务不能由私营部门来承担,应当由法律做出规定。政府服务、非政府组织的服务、私营企业的服务都有各自的优势。作为服务者的政府,面临着来自非政府组织、私营企业的竞争。但是,“无论行政的方式如何变迁,基于公民基本权利保障的要求和公共权力运作可预见性的维护,行政活动都要受制于法律保留原则,只是各类活动受拘束的程度和重点有所不同。”^[7]在这里,法律的规定与行政立法是不同的。尽管合作治理使政治与行政的界限没有那么清晰,但是仍应适用法律保留原则。具体地说,对可以由私营企业承担的公共事务须由国家的立法机关决定,至少也应通过授权立法的形式予以规范,行政机关不能任意以法规和规章予以规定。

其次,法律规定的政府合作治理的限度应与其能力相符合,合作职能与权力相一致。合作组织的形式不同,结构和功能也不同。有些是正式的组织形式,有些是非正式的组织形式;有些是在政府担任新职能时重新成立,有些是对老的机构重组而形成。不管形式如何,政府机构应当以适合的组织形式来提供服务。这些组织形式都需要由法律予以规定,明确合作组织的类型、法律地位,规定合作组织设立的标准,明确责任机制,确立良好治理的总体原则。其次,确立合作组织主管委员会或主管部门的角色、职能和责任制,制定主管委员会成立的标准,规定审查和监督制度^[8](第27页)。再次,理顺中央和地方政府之间的关系。合作治理中由于网络技术的运用,管理层次大大减少。中央政府趋向于更多地运用非正式权威(行政指导)来进行管理,而减少对正式权威的依赖^[9](第546页)。正式的规则实际上提供了一个管理的底线,促使地方管理水平的提高;而指导意见则提供发展的空间,容许地方政府选择更适合环境的管理手段。将两种方法结合起来,并不断将成功的经验纳入新的规则之中,可以逐渐提高地方管理的整体水平。

(二)建立合作的规则,规范合作各方的行为

政府的组织形式可以变得更灵活,政府的工作人员可以被授予更多的权力,但是法律的要求依然存在。这种要求应当从“专注于内部活动朝专注于外部结果的方向转变”^[6](第51页)。以结果为导向,可以通过绩效契约、团队绩效、项目预算实现对各机构及工作人员的控制和约束。

1.以绩效契约代替规则。“规则的重要性是与法律秩序中权威的模式密切相关的”^[4](第16页)。官僚制的权威来源于最上层,所以需要大量规则制约下级,要求下级服从命令。但是固守规则,并不意味着可以实现法律的目的。“特殊的规则、政策和程序逐渐被当作工具性和可牺牲的。他们虽然可能作为长期积累下来的经验受到尊重,但却不再表明法律秩序的承诺。”^[4](第87页)另外,规则不可能对每一种具体情况做出规定,“一种以规则为中心的法律秩序中,为了减少对条文解释的恣意,或者制止官员越权行事——即超出授权范围行事,推论必须经常要求离开规则而求助于目的。”^[4](第89页)

合作管理的最大优势是对各种情况做出灵活的反应,从而实现服务公众需求的目的。这一目的虽然可以表达我们希望达到的效果(结果),但目的没有任何时限,内容也比较抽象,不便于实际的控制。而目标与目的有共同的结果,只是目标更侧重于可量化,是要达到效果的量化指标。因此,我们可以通过目标设定来达到我们希望达到的结果。不过这个目标应该由公共服务的政府机构、私人部门和非政府组织共同协商确定。“为了政策执行更加顺利,执行结果能够更加良善,于是在面对多元化的团体,不同的利益之际,促使参与者相互对话以寻求共识,便显得相当重要。”^[2](第16页)协商之后的结果制定成计划并通过契约固定下来,合作各方再按契约确定的目标考核。这种契约的优势在于,一方面,将无时限的目的量化为有时限的目标,便于我们控制结果。另一方面,由于目标是在各方协商的基础上制定的,因此既可以发挥各自的积极性和主动性,又可以对各方的行为予以约束。

2.以团队绩效代替部门绩效。绩效管理通过对人员与机构的职能绩效进行评估,依照职能绩效标准进行奖励和惩罚。现有的绩效管理构建了机构和人员的行为与职能之间的直接关系,一定程度上使行政机构的公共服务生产率与质量得到改善。但是这一方法只是提高单个行政机构的效率,对涉及跨区域、跨部门事项没有效果。因为满足各职能绩效指标的机构管理是孤立的,综合管理的结果与公众的

需求出现很大差距。

团队绩效是以整个团队在一定期限内完成指标的情况作为考核的标准。通常团队进行内部检查,到限定时间则由负责人对团队在预算管理、指标完成、客户反馈意见等方面进行评估,并与既定的目标对照完成的情况。对部门负责人的考核则主要集中在三个方面^[6](第 163 页): (1) 部门内部的评价。(2) 个人表现与设定的目标。(3) 对其它部门的贡献和对社会付出的努力。每个季度,部门负责人向上级汇报他们就实现年度目标取得的进展。由于这样的绩效直接反映结果,因此可以很好地解决公众面临的问题,特别是一些急需解决的问题。

3. 以项目预算代替职能部门预算。职能分割下的部门预算虽然可以测量投入和产出,但并不能反映整个政府工作的实际结果(效果)。“我们经常以产出来衡量部门的工作。如修了一座桥,注射过一次流感疫苗……。产出似乎就是结果,但实际上并非如此。产出测评的是组织活动,而不是结果。测评结果的制度应该着眼于减少桥上事故的发生率,而不是高速公路上汽车行使的速度。他们应该汇报生病儿童的人数,而不是注射流感疫苗儿童的人数。他们应该反应街道的安全程度,而不是被逮捕的人数。”^[6](第 48 页)职能部门以事务和地域划分,其工作与整个宏观的目标没有直接的联系。另外,部门有着各自的目标和权限范围,很难结成联盟关系,他们往往为了扩大自己的势力范围而去争取更多的编制和预算。

由于合作治理是根据服务项目的整个生产过程来开展合作,可以发挥项目预算的作用。根据项目预算,可以控制每一笔项目支出是否在预算范围内。当发生各种费用和成本时,可以借助系统自动根据预算进行实时控制,同时管理者能够实时动态掌控项目执行情况。以项目来确定预算,可以将政府机构活动的投入与实际结果直接联系起来,真实反映政府机构行为的效果,为提高项目的运作效率和新项目的启动提供支持。

(三) 强化合作组织责任, 建立混合责任体系

传统的责任是下级对上级的责任、行政对立法的责任。其主要的思路是通过规则由立法控制行政行为,由上级控制下级的行为,使立法的目的得到实现,使立法表达的公益得到实现。其结果是,立法机关往往不能为最后的结果负责,而行政机构上下级之间、各部门之间相互推卸责任。

合作组织的责任体系主要包括四个方面的内容: (1) 合作组织对上级主管部门的责任。在将合作组织的绩效评估结果与指标比较之后,如果发现合作组织没有完成绩效指标,上级主管部门就要追究其违约责任,并最终体现在整个团队的报酬和奖惩上。重要的是整个团队的成员将得到同等的待遇,个别对特定的项目做出突出贡献的员工可以得到奖励。(2) 主管部门及负责人对立法机关的责任。部门负责人及其重要成员的工作也要进行类似的评估。如果主管部门及负责人没有完成绩效指标,同样要承担违约责任,对他们的评价直接反映在其年度薪水的调整和获取奖励的机会上。(3) 合作组织、主管部门及负责人对公众的责任。一方面,规定合作组织信息公开制度和年度报告公开制度,保障公众的知情权和信息获取权;另一方面,通过法律明确公众参与的程序,增加公众直接参与的机会,如参与规则制定、参与对合作组织的监督和管理、让公众参与评估合作绩效等,确保“公民在议程的建立、政策选择的拟定以及政策对话的形成中具有平等的地位——尽管最终决策或政策阐述的职责归于政府。”^[10](第 94 页)合作组织、主管部门及负责人违反法律义务,就要承担违法责任。(4) 立法机关对公众的责任。这种责任主要是政治责任。公众能选举反映其需求的官员,对不能履行职责的官员有否决权。

(四) 建立创新的纠纷解决机制

在合作的过程中,各方建立了一个相互信任、利益相关的伙伴关系,因此,在规则制定过程中、在合同的执行过程中、在执法的过程中出现的各种争论和纠纷,不存在根本的对立,只是意见的分歧,这种争论有可能通过协商、调解、听证会、仲裁、复议的方式解决。当利益群体争论不休,则可以尝试通过一个独立的、不具有利害关系的专家委员会做出决定。这些方法可以把问题控制在法院之外,避免问题的极端化,减少拖延和诉讼成本。

当然,诉讼也是必不可少的。对公众需求作为回应,特别需要关注弱者的需求。依据罗尔斯的正义论观点,任何不平等的安排应当有利于社会地位低下的群体。在合作治理中,公共管理者需要“特别注意他们的行动对社会弱势群体的影响,以及在就形成行政决定进行的正式对话中采取那些社会弱势群体的立场”^[11](第97页)。因此,除了通过法定程序增加弱势群体参与规则制定的机会之外,诉讼逐渐成为个人和团体组织可能借以参与决定公共政策的一种工具。目前普遍采用的方法是扩大公民与非营利组织的诉权,而且扩大法律保护的权利范围和深度,通过这种方式“保护那些在多数统治的政治中容易被忽视的价值和利益”^[11](第108页)。

[参 考 文 献]

- [1] Mcguire, Michael. 2006. “Intergovernmental Management: A View from the Bottom”, *Public Administration Review* 9-10.
- [2] 林水波、李长晏:《跨域治理》,台北:五南图书出版公司2005年版。
- [3] [美] 艾伦·沃尔夫:《合法性限度》,上海:商务印书馆2005年版。
- [4] [美] P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,北京:中国政法大学出版社2004年版。
- [5] [美] 肯尼思·F. 沃伦:《政治体制中的行政法》,北京:中国人民大学出版社2005年版。
- [6] [美] 拉塞尔·M. 林登:《无缝隙政府》,北京:中国人民大学出版社2002年版。
- [7] 高春燕:《民营化时代下的中国行政法:“民营化时代下的中国行政法”学术研讨会综述》,载中国公法网,2004-12-12。
- [8] 经济合作与发展组织:《分散化的公共治理》,北京:中信出版社2004年版。
- [9] Brandsen, Taco & Marcel Boogers, Pieter Tops. 2006. “Soft Governance, Hard Consequences: The Ambiguous Status of Unofficial Guidelines”, *Public Administration Review* 7-8.
- [10] [美] 珍妮特·V. 登哈特、罗伯特·B. 登哈特:《新公共服务》,丁煌译,北京:中国人民大学出版社2006年版。
- [11] [美] 乔治·弗雷德里克森:《公共行政的精神》,北京:中国人民大学出版社2003年版。

(责任编辑 叶娟丽)

Legal Dilemma & Outlet in Collaborate Governance

Cao Xiaojuan

(School of Politics & Public Administration, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: Collaborate governance is a model adopted by modern governments in the process of reform. The reason for its fast development is that it is imbued with many characteristics different from traditional public administration. Collaborate governance has changed the situation of segregations among traditional administrative organizations, officials and the publics. So the traditional legal mechanism is out of fashion. However, collaborate governance faces the legal dilemma in the collaborate limit, the formulation of collaborate rules, the assessment of collaborate results, the share of collaborate responsibility, and the settlement of collaborate disputes. It is needed to perfect some legal systems, such as legal empower, collaborate rules, responsibility system, and disputes settlement etc.

Key words: collaborate governance; legal dilemma; legal system