

政府购买公共法律服务的 异化与法治化破解

◇张怡歌

一、政府购买公共法律服务的异化表现

(一)行政权力主导:政府行为的异化

1.价格低廉,购买行为雇主化。政府购买公共法律服务是市场化手段的应用,原本应在平等自主的条件下展开,然而由于律师事务所、公证处、法律志愿服务者等社会力量先天发育不足,缺乏与政府开展平等协商的资本与能力,政府对法律服务的购买往往并非基于契约式的平等协商。实践中,政府主导了其与社会之间的关系。政府拥有强大的财政资源和高效的执行体系,这些行政执行中的优势反而可能成为政府平等购买公共法律服务的障碍。换言之,在政府购买公共法律服务过程中,政府并没有使用市场化方式,大多仍采用行政化、强制性手段。政府购买服务的费用大多没有商量余地,没有按照律师服务标准综合考虑,或只是象征性地支付,与律师服务的市场价值并不相符。各地开展的法律服务“三农”、律师参与信访接访、法律援助中心值班、调解、代理申诉等活动在一定程度上具有行政安排的色彩,抑制了律师的主观能动性。这不仅影响律师参与的积极性,也影响了政府购买公共法律服务的质量。

2.购买边界不清,形式主义盛行。政府购买公共法律服务是基于公共性的考量,然而当前政府购买法律服务的边界不清,政府职能转移尚未完全到位,一些地方政府以“维稳”为导向,使购买公共法律服务变成了政府“甩包袱”、卸责任的方式。这难免与政府购买行为的初衷产生背离,使得原本应以公共利益为依归的购买行为变成了政府追求本身利益的行为。调研发现,在购买法律服务方面,政府维稳部门表现得尤为积极。律师大多出现在土地征收、

拆迁,处理、化解各类群体性、突发性的重大社会矛盾纠纷,协助处理历史遗留问题,维护社会稳定等方面。但由于购买边界不清晰,形式主义也就不可避免地出现在政府购买公共法律服务领域中。其具体表现为:

(二)依附性合作关系:社会力量的异化

1.社会力量独立性不足,成为政府附庸。政府购买公共法律服务,在应然层面应该是给予律师事务所、公证处、法律志愿服务者等社会力量一定的自主空间并与之达成契约化合作模式。然而,尽管政府在变革治理方式上作出了努力,但尚未真正打破目前的利益格局与权力分配模式。在实然层面上,政府并不愿放弃实际掌控权,往往开展各种策略化行动将生长中的社会力量吸纳到可控的轨道之中。在此过程中,政府的控制手段也由台前走入幕后,实现了控制的“柔性化”和“隐性化”。如前所述,尽管政府购买公共法律服务看上去具备契约化合作的形式,但在本质上政府占主导地位。为生存计,律师事务所等社会组织与力量也存在被吸纳的意愿。

在依附性合作关系中,政府所选择的法律服务承接者是律师事务所、律师等,但由于政府权力独大,缺乏自治传统,真正完全实现政府权力向社会组织转移较为困难。当社会力量利用政府赋予的权力满足其自身目的时,这些社会自治力量也被过度依附于政府体制内,导致社会组织官僚化、社会组织内部行政化问题极为严重,成为“二政府”。他们在依附性合作关系中丧失了独立性与自主性。在政府购买服务过程中,很多律师指望挂靠政府,同政府“合作”,通过政府来提高自身的知名度,象征性地收取法律代理费,也有律师甘愿为政府无偿提供法律服

务。实践中产生的以获取政府资源而甘愿被政府收编参与法律服务的行为,必然不是以公民利益为目标。它在本质上丧失了独立性而成为政府的一个执行工具,这背离了政府购买公共法律服务的本质。

2. 社会组织发育迟缓,法律服务内卷化。当下,由于法律服务供给的主动权在政府,在依附性合作关系的制约下,政府选择法律服务供给方时往往采取非竞争性、非面向社会公开招募的方式,二者缔结的合约往往不规范。有的甚至依靠非正式的沟通渠道如打电话、上门拜访、联欢活动、打招呼、找领导等方式解决。在遴选方式上,政府法律顾问资格的取得主要是通过本人知名度与“人际关系”等。调研发现,目前很多政府并非真正重视法律顾问制度,政府聘请法律顾问的初衷是好的,但多少存在“走过场”的嫌疑。这说明,尽管政府购买公共法律服务的资金、规模、类型在增加,但提供法律服务的效果却不尽如人意,有数量上的增长却无实质性的突破,造成了法律服务的内卷化现象。

另外,政府在培育、扶持社会力量参与公共法律服务时,会在办公设备、培训场地、资金、人员培训、信息共享等方面给予支持,这无形中导致社会组织更加依附于政府。由于社会组织自身持续发展能力不足,它们主动抑或被动地卷入政府行政运作逻辑中,成为政府的附庸。在政府财政向社会组织开放过程中,有些地方政府部门会与法律服务的社会组织形成分利集团,出现权力寻租现象,如在服务外包中高价购买、层层转包等。长期以来,政府对社会组织实行双重管理体制,即由登记管理机关和业务主管单位分别行使对社会组织的监督管理职能,具有强烈的行政管理色彩。部分社会组织发展不规范,牟利动机强,当政府权力介入时,两者结合就会产生公私领域混淆的局面。在参与法律服务过程中,社会组织丧失了其“非政府”的特性和独立的声音,失去了民间性与独立性。

(三) 交易过程与考核评价的异化

1. 缺乏制度性规制,交易程序暗箱操作。在应然层面,公共法律服务采购一般采用公开招标、邀请投标与协商三种方式。然而,政府在选择法律服务的承接方时,尽管形式上采取了项目招投标等公开

竞争的方式,但这只是表面上的竞争择优,实质上大多采取行政命令的方式对承接购买法律项目的社会力量施加影响。从各地实践中来看,仅少数政府制定了政府购买公共法律服务的规章,多数地方政府缺乏制度约束,存在制度空白。政府的购买范围不清晰,购买行为缺乏公开、透明的标准,购买服务的程序简单,被购买的法律服务质量也良莠不齐,导致管理混乱、诚信缺失。此外,由于购买公共法律服务缺乏明确定价,部分律师为提高自身知名度而恶意低价甚至免费为政府提供法律服务,律师之间出现恶性竞争。这导致政府购买公共法律服务的选择程序带有很大的随意性,存在暗箱操作。

2. 合同管理与评价体系异化。在我国,政府购买公共法律服务是一个新兴的发展领域,法律服务的内容、服务模式与服务评估等方面的探索才起步。在合同管理方面,合同中的购买标准不够清晰。造成这种状况的原因,一方面是政府购买公共法律服务的范围大多为纠纷解决、人民调解、社区矫正等柔性的公共服务,这些服务目标多元,呈现出柔性化的特征,大都难以量化、具体核定;另一方面也与此类服务的标准化程度比较低、缺乏可测定性与可评估性有一定关联。尽管政府与社会力量可以在合同中明确购买服务的指标,包括法律服务的次数、法律服务的时间、人次等,但是法律服务的实际效果、被服务对象的满意度却很难在合同中详细载明。双方签订的合同可能是模糊不清的非正式合同,这也为以后政府和社会组织的机会主义行为留下了空间。

目前法律服务绩效评价体系也不完善。在应然层面,政府购买公共法律服务应该采用内外部评估相结合的方式。外部评估一般是指引入社会人士或中介评估机构对法律服务项目的实施情况作出绩效评估。内部评估则指由政府依据双方签订的合同文本对项目实施情况作出评估。但是,调研发现,外部绩效评估一般缺少话语权,法律服务项目的最终绩效如何仍然是由政府来判定,甚至有时候跳过外部评估直接结项。由于缺少法律法规对其予以规范,一旦在合作过程中出现合同违约行为,双方很难将纠纷诉诸司法,而是通过非正式的途径解决。

二、理想与实践的悖论:异化生成的原因

(一)“强政府、弱社会”的格局依旧未变

现代社会治理理论认为,政府与社会都是社会治理的主体,强调两者之间的合作与协调。应当说,政府向社会力量购买公共法律服务是国家治理转型中具有代表性的一项制度改革,既体现了政府对公共服务供给方式变革的要求,也意味着国家与社会关系的改良。但同时也应看到,我国正处于总体性国家转型的过程中,政府作为一个高度组织化的强势公权力实体仍支配了大部分社会资源,行政权力居于社会治理的中心地位。市场与社会参与机制尚在发育过程之中,社会组织发展慢、数量少,社会自治力量难以对政府产生抗衡。在政府权力渗透和市场力量冲击下,社会力量变得更加个体化与弥散化。反映到政府购买公共法律服务层面,则是政府与社会力量在表面上呈现出协作式伙伴关系,但在本质上,真正的平等合作关系并未实现,两者之间的依附性合作关系使社会力量深深嵌入到政府原有的规则中进而形成了非对称的依赖关系。“强政府、弱社会”的格局依旧未变是政府购买公共法律服务产生异化的主要原因。

(二)完善、成熟的市场体系尚未建立

政府购买公共法律服务需要成熟有效的市场体系作为支撑。上世纪80年代,西方国家购买公共服务的兴起即是以成熟有效的市场经济体制已经建立并发展完善为背景的。当时政府、市场、社会三者之间已形成了比较清晰的产权边界与责任范围,社会组织的发育也相对完善,政府购买公共法律服务存在充分的竞争市场。这一背景与当下中国政府购买公共法律服务的背景存在巨大差异。我国市场经济体制仍未发育成熟,政府购买公共法律服务在一个相对不健全的市场体系中踽踽前行。由于缺乏充分的市场竞争,缺乏激励性和约束性规则,政府购买行为在交易程序上缺乏透明、缺乏公平公正。

(三)法律自主性力量较弱,社会组织发育迟缓

在当下的中国,作为社会自治力量的律师协会、律师事务所、法律志愿者等社会力量在社会治理中仍处于边缘。我国法律职业阶层的生存环境不尽理想,法治环境影响了法律职业阶层作用的发挥。同

时,我国法律职业群体也尚未形成完全的自治机制,尚不可能形成充分的自律性管理。作为法律职业阶层重要力量的律师,自脱离国家行政体制后成为改革的实验田,尽管逐步实现了自我管理,但律师行业依然摆脱不了行政干预。并且,律师地位与权利保障依旧存在完善空间,作用发挥领域依然有限,大量的法律服务仍然依赖政府主导。在大城市,比如北京和上海,尽管社会组织比较活跃,但尚未形成规模和体系,在农村地区则更缺乏独立发展的空间。建立现代化的法律服务体系需要社会力量的充分参与,但当下社会力量仍处于边缘的地位。

(四)缺乏完备的法律法规

在政府购买公共法律服务过程中,政策法规不配套问题一直存在。这其中既有法律规范之间的矛盾,也有立法滞后的缺陷。在实践中,由于制度不完善,暗箱操作一时还难以灭绝,尤其是在项目论证、项目招投标、政府采购、发放环节,都可能缺乏透明公正。尽管目前有些地方政府开始了购买公共法律服务的立法探索,但是大多数地方依旧未解决政府购买公共法律服务“无法可依”的问题。一般性的政策号召很难转化为公开透明、可操作的细节性制度安排。这使得地方政府不得不在法律法规缺位的情况下推进地方实践,导致改革产生合法性危机。

三、异化的法治化破解:政府与社会平衡之道

(一)建立政府购买公共法律服务权力清单制度,界定政府权力

作为一种新型公共服务提供方式,政府向社会力量购买公共法律服务与政府的一般采购行为存在差异,而目前地方政府以规范性文件为主导的规制状况使购买服务很难实现规范化,因此破解购买公共法律服务异化中政府权力过大的问题,关键在于建立权力清单制度体系。权力清单制度重点解决“政府不能购买什么”“政府可以购买什么”等问题。建立政府权力清单制度的同时,还需要推进行政体制改革,以使权力清单制度构成政府购买公共法律服务的“程序约束”与“权利约束”,最终建立公平有效的竞争购买程序、合同管理程序与绩效评估程序。总之,政府权力清单制度能使政府权力运行更加具体、明确,方便民众监督,确保政府购买公共法

律服务最终实现程序公正与实体正义。

(二) 推进律师职业发展, 实现社会组织存量积累

尽管当下我国的法律体系已经有了一定程度的分立与自治, 但政治系统仍具有很多全能主义的特征, 对社会其他领域存在直接干预的可能。所以, 推进律师职业发展, 培育社会的自主性, 法治与政治之间的关系仍然是转型中国需要面对的重大课题。我们应着力建构法治与政治的良性互动平台, 包括法治建设过程中推动公民参与、激发社会活力、完善社会组织、实现政府与社会的衔接等。

当前, 政府公权力与社会组织在公共服务供给模式转型中存在斗争与妥协。国家治理的现代化转型就是从全能政府向有限政府转型, 这一过程意味着政府社会治理的有限性。法律服务体系建设的多中心治理要求政府重新思考政府与社会力量之间的平衡, 重新界定并规范政府在社会治理中的权力和边界。在公共法律服务供给体系中, 既需要社会组织、社会力量努力拓展生存空间, 也需要政府简政放权, 进一步放开准入门槛, 明确社会组织的法律地位, 逐步降低社会组织的官方色彩, 提升社会组织公信力, 将社会力量参与法律服务引入法制化、规范化的轨道。

(三) 加强立法, 完善政府购买公共法律服务的法律法规

政府购买公共法律服务项目的法治化离不开具体的法律法规, 而我国现有的《政府采购法》《招标投标法》等虽然对于服务类的购买已经有所规定, 但主要适用于公共部门的内部服务, 对于法律服务等各类公共服务并没有涉及太多。换言之, 政府购买公共法律服务缺少法律调整。基于现有的以《政府采购法》为主导的政府购买法律体系, 我国立法可以借鉴国际经验, 将法律服务纳入到立法的调整范围, 并细化政府购买的具体条款。同时, 应加强配套立法, 比如制定《政府采购法》的实施细则, 并注意与相关立法的衔接。加强立法是实现政府购买公共法律服务法治化的必由之路。

(四) 健全政府购买制度, 完善程序设计

确保政府购买公共法律服务的规范化, 需要加强制度设计。具体可以从四个方面入手: 第一, 建立政府购买公共法律服务的基本准则、购买范围、方式程序、经费保障、招标方式、项目管理、监督评估等配套机制, 使购买、委托、评估、认证、问责等相关各个环节实现规范化与法治化。第二, 完善合同管理。合同是政府购买公共法律服务最为重要的内容, 也是政府购买行为得以实现的凭证。双方应按照合同内容履行各自的权利和义务。政府购买公共法律服务可以借鉴美国政府公共服务合同监管经验, 即依靠四种途径: “承包商报告、政府检查、公民的投诉与满意度调查以及舆论监督。”第三, 发挥第三方评估的作用, 明确绩效评估的指标。对法律服务实行事前、事中、事后全程评估。量化评估指标可以引入“服务绩效”“成本——效益”“公众满意度”作为评估的标准, 提高评估过程的透明度, 最终形成公平竞争的激励机制。第四, 创新社会监督机制, 建立政府购买公共法律服务信息平台, 建立信息共享制度的社会监督体系, 将群众监督、舆论监督与社会参与有机结合, 杜绝腐败源头。

四、结语

政府购买公共法律服务因应了全球治理变革的趋势, 它强调市场作用的发挥, 政府与社会力量在平等、自由缔结契约的基础上开展合作, 这也是政府改变自身与社会力量关系的重要方式。当下我国政府购买法律服务仍处于初始阶段, 在推动政府购买行为经由实然走向应然图景的过程中, 需要防范改革带来的异化风险。解决当前政府购买行为异化的问题, 从根本上说, 需要政府为社会生长腾出空间, 建立政府与社会伙伴型法律服务供给模式, 为政府与社会的良性互动创造条件, 推动我国从总体性社会向更为开放与多元化的社会迈进。

作者简介: 张怡歌, 郑州大学法学院博士生。

(摘自《法学杂志》2019年第2期)