



《北大法律评论》(2009)

第10卷·第2辑·页569—581

Peking University Law Review

Vol. 10, No. 2, 2009, pp. 569—581

经由“内部契约”的公共治理：英国实践
——评戴维斯的 *Accountability: A Public Law
Analysis of Government by Contract*

卢超*

Government by Internal Contract: Practice of UK
—A Review of A. C. L Davies'
*Accountability: A Public Law Analysis
of Government by Contract*

Lu Chao

内容摘要：本文对英国公法学者戴维斯女士的 *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract* 一书进行了深度评析，探析了内部契约制度在英国公共治理中的作用。内部契约作为英国新公共管理运动的产物，革新了传统的官僚科层体系。本文对这一颇具英国特色的制度进行了全面解读，对戴维斯以 NHS 为个案的分析视角与法律社会学的研究思路进行了阐释与重构。通

* 南开大学法学院 2007 级行政法学硕士，上海交通大学凯原法学院 2009 级行政法学博士研究生，电子邮箱：luchao8586@sina.com。感谢初审编辑成协中对文章的宝贵修改意见，以及匿名评审专家对本文提出极为中肯的建议。南开大学法学院宋华琳副教授、吉林大学法学院于立深老师对本文的写作进行了悉心的指导，在此表示诚挚的谢意，当然文责自负。

通过对英国个案话题的解析,探讨内部契约在公共治理中的运作机理与功能意义。

关键词: 内部契约 公共治理 契约化国家 责任机制

一、前言

Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract (《责任机制: 契约治理的公法探析》)一书为牛津大学法社会学研究系列丛书中的一本。本书为戴维斯(A. C. L Davies)^[1]女士在其博士论文基础上,继续在同一主题深入研究多年的结晶。作者从事公法契约研究多年,与传统的行政契约研究不同,戴维斯在该书中运用法律社会学研究手段,以NHS(National Health Service, 英国国家医疗服务系统)中契约运作的个案为例,探讨了普遍意义上的公法契约问题。戴维斯在本书中所着重分析的,并非一般意义上的公法契约,而是行政机关内部设定责任的内部契约(internal contract)。作为现代公共治理所运用的新型契约工具^[2],内部契约在英国公共治理的舞台上扮演着越来越重要的角色,但其引发的合法性以及责任机制问题,值得进一步深入研究探讨。而本书恰在此时赋予我们新的视角与思考纬度。

二、“契约化国家”(contracting state)的兴起

按照德国行政法学之父奥托·迈耶的传统行政法学观点,政府与公民之间自不可能发生契约关系,其从根本上排斥行政契约的存在。其称“国家与私人之间,前者之意思恒居单方及支配地位,契约实难想象,即所谓国家不与百姓订合约”。^[3]这种19世纪的夜警国家秩序观,强调行政权与国家对于个人权益的凌驾地位,行政行为手段模式单一,更多以强制力为后盾,整个国家与社会呈纵向金字塔体系,国家与行政权力无疑处于优势状态。限于当时单一的行政任

[1] 本书作者戴维斯(A. C. L Davies)现任教于牛津大学,其主要研究领域为公法契约、劳动法。她的另一本专著 *The Public Law of Government Contracts* 亦于2008年12月由牛津大学出版社出版。关于戴维斯的个人介绍,可详见牛津大学其个人主页: http://denning.law.ox.ac.uk/members/profile.php?lecturer_code=daviesa, 最后访问日期2009年3月20日。有关牛津大学法律社会研究的详细情况,可参见D. J Galligan的 *Administrative Law* (Oxford; New York: Oxford University Press, 1996)一书中对该研究中心的介绍,尤其在行政法和政府规制结合部,牛津大学的法律社会研究业已推出大量的杰出作品,本书亦为其中之一。关于该系列丛书,可详见 <http://www.oup.co.uk/law/series/socio-legal>, 最后访问日期2009年3月20日。

[2] 国内对虚拟契约、内部契约这一问题进行深入分析的学者首推余凌云教授,在其与于安教授合著的《关于契约理论与制度走向的对话》一文中,便提到戴维斯的此本专著。详见于安、余凌云:“关于行政契约理论与制度走向的对话”,载罗豪才主编:《行政法论丛》第9卷,法律出版社2006年版,第40—54页;另外可参见余凌云:“行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象”,载《法学研究》2001年第5期;余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版。

[3] 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第264页。

务以及国家社会结构,奥托·迈耶的结论镶嵌于特定时代,具有自身的合理性。

而发展至现代社会,环境保护、国土开发、社会保障等诸多领域的问题层出不穷,国家日益扩充的行政任务,使得传统的高权行政行为手段日趋掣肘。在此种背景下,行政契约作为一种更加柔和、富有弹性的行政手段,适应了时代需求。在社会结构上,传统的金字塔型社会结构,随着社会变迁,逐步向更为平等化、合意化的“扁平社会”〔4〕方向发展,这种社会结构的变革,提升了个人在整个国家体系中的地位,使得原本依附于国家公权力的个体拥有了独立与公权主体进行磋商协议的空间。因此,行政契约的出现,不仅适应了现代行政的迫切需要,更是社会结构变迁引发的必然结果。

就本书而言,戴维斯在全书初始提出一个颇为普遍的公共治理中运用合同手段的问题。在英国,契约经常扮演一个工具性政策的角色,英国公共事业私有化改革中大量的公共契约以及公私合作模式的出现〔5〕,对传统的行政模式和法律思维提出了挑战。〔6〕合同作为传统意义上的私法手段,亦开始被作为公共治理的工具,以增进公共福祉。在现代大陆法系学者看来,“在若干范围之内,行政可以以私法形式活动,至少在法律完全没有规制或者甚至容许的时候,行政运用私法行为的空间仍然是存在的……行政运用行政行为模式实现行政目的时,拥有行为形式选择自由。”〔7〕随着福利国家、给付国家的兴起,作为现代行政模式新选择的公私合作、民营化手段得到广泛运用。这种公私契约模式的出现,是适应社会变迁与国家任务变革的新兴产物。

犹如英国公法学者伊安·哈登(Ian Harden)所描述的那样,现代国家犹如一个“契约化国家”(Contracting State)〔8〕。在契约化国家中,合同模式早已突破私法领域,在公共领域中亦逐渐受到青睐。在伊安·哈登看来,“契约化国家”是对现代社会的一种最新阐述,在现代社会中,契约成为勾连个人之间、个人与国家甚至国家机构内部之间日常关系的工具。

〔4〕 扁平社会(horizontal society)为法社会学家劳伦斯·弗里德曼的理论概括,其理论认为在工业化与都市之后,社会结构由传统社会的垂直结构朝向扁平化方向结构发展,对社会规范以至宪法产生重大影响,个人在扁平社会之中拥有较大的独立生存空间。详见 Lawrence M. Friedman, *The Horizontal Society*, New Haven, Conn.: Yale University Press, 1999。

〔5〕 关于英国公用事业私有化的详尽介绍以及所引发的法律问题探讨,可参见 A. W. Bradley and K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, London; New York: Longman, 1997, pp. 326—348。更为深入的分析,可详见 Tony Prosser, *Law and the Regulators*, Oxford; New York: Clarendon Press, 1997。该书以公共事业的诸多领域为框架,详尽探讨了英国公用事业规制中的理论和实践议题。

〔6〕 民营化、公私合作对传统的行政法模式以及司法审查制度的冲击,以及引发的新行政法变革,可参见乔迪·弗里曼:“私人团体、公共职能与新行政法”,毕洪海译,载《北大法律评论》第5卷第2辑,法律出版社2004年版,第516—550页。

〔7〕 程明修:“行政行为形式选择自由——以公私协力为例”,载台湾《月旦法学》2005年第5期。

〔8〕 Ian Harden, *The Contracting State*, Buckingham: Open University Press, 1992。

因此,“契约治理”(government by contract)的内涵便突破了对于行政契约的传统理解。马克·弗里德兰(Mark Freedland)便认为:“契约治理的含义不能局限于一般意义上的公私合作契约方式,公共服务中契约化了的组织机构设置都应纳入这一范围中。”^[9]戴维斯正是从弗里德兰对于“契约治理”的新阐释出发,通过对英国实践的举证与剖析,逐步展开自己的论证。

三、内部契约的治理模式——荆棘丛生

(一) 内部契约的模式

戴维斯在全书伊始提到英国外部契约问题之后,逐步过渡到本书的核心议题——内部契约。所谓内部契约,指的是同属公共部门的两个机构之间签订的有关权利义务的协议。内部契约按照学理上的分类属于假契约^[10]的范畴,“内部契约的特征在于用市场机制来解决公共服务的质量问题,通过契约方式事先明确契约当事人彼此的权利与责任,让双方都受契约的约束和必须履行各自的契约责任,而非为了要到法院强制执行它。弗里德兰便指出这里的契约有着双重幻觉,是非独立人格的部门被认定签订了非契约的契约”。^[11]

在内部契约模式下,“中央政府部门的许多责任被下放给执行机构——其与所属部门的关系由一种框架文件加以规范,内部市场被引入到像健康与教育这样最基础的公共服务领域的规范中,这些规范以购买者和供应商的区分为中心组织起来。此时契约取代了作为管制典范的命令与控制”。^[12]关于内部契约在英国的广泛使用,戴维斯在该书中举了诸多例子。譬如,中央各部同属下机构之间签订的框架文件、财政部同政府各部签订的公共服务协议(PSAs)、NHS内部的购买者和供应者之间的合同、地方政府同其直接服务组织(DSOs)之间的服务协议。^[13]在第二章中,戴维斯还详尽介绍了强制性竞争投标(CCT)、社会看护(social care)中的契约工具、“下一步”机构框架协议(next steps agency framework agreement)、公共服务协议(public service agreements)等几类典型的内部契约模式的差异与特征。

[9] Mark Freedland对 *Government by Contract* 此一概念的详尽分析,以及其对戴维斯《责任机制》一书的评价,详见 Mark Freedland, *Government by Contract Re-examined—Some Functional Issues*, in Paul Craig and Richard Rawlings, *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlow*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2003, pp. 124—136.

[10] 有关英国假契约问题,中文著作可参见余凌云:“行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象”,载《法学研究》2001年第5期。

[11] 余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,第31—37页。

[12] 默里·亨特:“英国的宪政与政府契约化”,载迈克尔·塔克特主编:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社2006年版,第27页。

[13] A. C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2001, p. 27.

内部契约的出现,同现代社会行政模式变革的大背景息息相关,“传统的脱胎于18世纪古典宪政理论的行政观,现在已经无法应对现代国家从政府到治理的转变,新公共管理运动使得公私服务之间的界限日益模糊,将市场化的运作模式引入公共服务机构内部,改变了传统的韦伯式的行政科层制”。^[14] 内部契约的出现,正是这种变革的具体反映,“假契约作为一种全新的公法契约模式,在某种程度上改变了传统法律规制手段的僵化特征,更加具备回应型法(responsive law)的特性,更好地适应现代公共行政的弹性需求”。^[15]

(二) 内部契约的困境与争议

然而内部契约并非无懈可击,戴维斯认为公法契约的一般弊端同样适用于内部契约,譬如宪法规范约束的不足,对更广泛的公共利益的考量不足以及公共参与的缺失等。

在其看来,内部契约最严重的问题却在于另外三个方面:一是内部契约的法律地位。在部分学者看来,契约双方缺乏相互分离、各自独立的法律人格,内部契约如同自己与自己签订合同,法律关系十分模糊。^[16] 所以内部契约基本上都缺乏法律执行力。法律上执行力的匮乏,使得当违约现象产生时无法预测相应后果。由于缺乏相应的诉讼压力,内部契约便缺乏有效的机制来实现自我执行。二是关于购买方(purchaser)和提供方(provider)的组织分离程度。内部契约将传统的上层科层官僚组织分为购买方(purchaser)和提供方(provider)两个角色,购买方制定政策,而提供方则执行该决策。内部契约在很大程度上,通过契约模式来改造传统的科层制、等级化的行政体制。一般认为,这种角色分离将在三个方面大大增强责任机制:“首先,从直线管理向合同治理的模式转变,将会使绩效标准更加明晰化、正式化;其次,购买方和提供方的组织分离,将使各自的权责更加明确;最后,竞争机制将会支持和培育合同责任的正式化过程。服务的提供方将竭力满足标准要求,因为担心在与潜在对手的竞争中失利。”^[17] 就实践来看,购买方和提供方的组织结构和法律形式分离程度在不同领域呈现出不同的特点,除却

[14] Cavin Drewry, “The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance?”, in J. Jowell and D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, 5th edition, Oxford; New York: Oxford University Press, pp. 280—303.

[15] 有关英国公共管理中契约模式与回应型法之间的关系,可详见 Peter Vincent-Jones, “Responsive Law and Governance in Public Services Provision: A Future for the Local Contracting State”, *The Modern Law Review*, Vol. 61, No. 3 (May, 1998): 362—381.

[16] “契约必须至少有两方当事人,每一方当事人都应有缔约能力。当涉及组织时,缔约能力与另一个更大的概念‘法律人格’联系起来……既然一个机构与行政部门在法律上是不可分离的……框架文件就不可能是私法上的合同,因为这些机构没有和与之签订合同的行政部门分离的独立人格。”见于 I. Harden, *The Contracting State*, 转引自卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第406页。

[17] 有关角色分离将增强责任机制的讨论,详见 A. C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2001, pp. 50—51.

NHS 内部,在其他领域中,这种分离程度则是相当模糊的。^[18] 三是一方是否具有足够的自主选择权同另一方来签订协议。毕竟,合同自由是传统以及现代合同理念的核心要素,内部契约在此点上遭遇到了重重疑问。在此点上,戴维斯简单介绍了几种内部契约的不同情况,在她的分析中,不同种类的内部契约之间合同选择自由权是不一致的。除了 NHS 的内部契约和一些地方政府服务契约存在较大程度上的竞争与自主选择权之外,其余则不容乐观。^[19]

(三) 内部契约的变革方案与争点

内部契约存在的诸多问题,使得不少人认为内部契约仅具有符号表达的作用,合同符号仅仅是为了使得科层制的管理关系显得更加正式、绩效目标更加明晰。也有学者从另外的角度反对内部契约,一是认为行政机构内部引入契约将带来较高的成本,内部契约的交易成本很难估量;二是认为过分强调增强内部契约的执行力,将会大大削弱内部契约的最大优势——灵活性。^[20]

不同于上述观点,戴维斯认为,无论是符号主义的标签,还是成本和灵活性的判断,都没有充分理解和认识内部契约的核心争点。戴维斯认为,要让内部契约发挥出更好的规制效果和法律效力,必须充分考量三个问题。^[21] 第一,内部契约的公法或者私法的划分问题。在其看来,无论内部契约由私法执行还是划入公法的范畴,都将问题重重。虽然两者保护的利益侧重点有所不同^[22],但传统公法、私法价值划分的理念差异逐步缩小^[23],就成熟程度上而言,公法手段同私法救济相比差距甚远。然而就内部契约的规制角度来说,私法途径又无法培育出适宜的规范体系。在作者看来,经过进一步发展改造,公法规范模式或许适应内部契约,但仍需谨慎的探索与进一步的研究。第二,私法规制涉及的自然正义与赔偿金问题。在戴维斯看来,在适用私法模式的前提下,将自然正义原则适用于内部契约,能够解决诸多难题。譬如,基于自然正义的要求,在合同协商谈判阶段,购买方将会被迫向提供方提供一个对合同文件细节进行评价的机会。尤其在无竞争的内部契约环境下,提供方无法拒绝同购买方签订合

[18] A. C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2001, pp. 51—52.

[19] *Id.*, p. 42.

[20] *Id.*, pp. 57—58.

[21] *Id.*, pp. 58—71.

[22] 按照 P. S. Atiyah 的说法,便是“通过合同法与行政法的技术比较,合同法更倾向于保护期待和信赖利益,而在公法的理论和实践上,更侧重于制裁恣意无常的决策行为。”见 P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford; New York: Oxford University Press, 1979, p. 723.

[23] D. Oliver 便认为,现代社会公法、私法正逐步培育共享共同的价值理念与潜在价值,见 D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, London: Butterworths, 1999, 以及道恩·奥利弗:“公法与私法的潜在价值”,载迈克尔·塔克特主编:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 253—282 页。

约,自然正义便发挥出保障提供方利益的功效。同样在合同执行过程中,自然正义要求购买方在实施惩罚金之前,必须给予提供方一个自我陈辩的机会。同样她认为,如果直接将内部契约纳入公法救济范围,自然正义原则的适用将会更加顺畅,但仍然会引发出一系列难题。^[24]除了自然公正问题,戴维斯也在思考,作为私法手段的赔偿金条款,在内部契约中是否可以发挥一定的规制作用。^[25]第三,内部契约的执行问题。在内部契约的执行上戴维斯认为其不适宜由法院来执行。^[26]在其看来,就理论上而言,将内部契约争议提交法院解决,将引发法院管辖的正当性疑问。对于双方均为行政机构的争议,由于涉及复杂的政治敏感性问题,法院是否适宜介入,存在很大争议。而且,从经济的角度来说,行政机构为节约开支,一般不会将争议诉诸法院;同时,通过诉讼解决争议,将会破坏原有的长期合作关系。内部契约的争议发生后,最急需的是迅速解决纷争和重建信任关系,显然法院并非适宜之所。^[27]她认为内部契约纠纷由于涉及多中心问题^[28],交由ADR机制来处理比法院更为适宜。而且,ADR机制能够更好地尽可能维持原有双方的信任关系,ADR中的委员会机制更能充分发挥专家的专业知识作用。^[29]

四、责任机制——NHS内部契约的个案考量^[30]

(一) NHS的个案选择

英国的全民健康服务制度(NHS)是1946年《健康服务法》(Health Service Act of 1946)所建立的制度,它要求大臣承担起为社会提供包括住院和护理在内的全面的健康服务。全民健康服务管理分为三个等级。大臣处于最高等级,

[24] 对于内部契约涉及的自然正义与程序公正问题,更多的讨论详见该书第7章,第137—162页。

[25] 对于赔偿金条款用于内部契约以实现规制作用,详尽的讨论和反思见该书,第62—66页。

[26] NHS设立之初时便意欲排除司法执行,“我们并不打算让这些所谓的契约可在正式的法庭上诉讼……我相信没有人……真的期望NHS的不同机构之间发生某方把他方告到法庭要求强制执行特定合同的情况。那是律师的哲学和乐事,但对当事人毫无益处。我们期望的是,合同只在卫生系统之内发生约束力并为各方切实执行。”详见卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第407页。

[27] 按照法律社会学家Lawrence M. Friedman的说法,便是“法院并非一个有效的纠纷解决机构,法院会营造出一种更加紧张和冲突的氛围。”参见Lawrence M. Friedman, “Litigation and Society”, 15 *Annual Review of Sociology* 17—29(1989)。

[28] 关于多中心问题不适宜司法解决的讨论,详见Lon L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, 92 *Harvard Law Review* 353(1978)。

[29] 有关ADR机制在内部契约纠纷中的运用,详见该书,第66—70页。

[30] NHS即英国国家医疗服务系统,由工党政府在1948年一手建立,是英国社会福利制度中最重要的部分之一。凡有收入的英国公民都必须参加社会保险,按统一的标准缴纳保险费,按统一的标准享受有关福利,而不问收入多少。福利系统由政府实行统一管理。NHS是一个颇有英国特色的医疗保健制度。

可以直接对下一层级即卫生局发出指令。依次,卫生局可以将自己的职能委任给区卫生局承担,区卫生局是在该区具体负责提供和管理医院服务的机关。1990年《全民健康服务与社区关怀法》(National Health Service and Community Care Act)推行的健康服务改革,确立了内部市场制度。这一制度要求各区卫生局在对其负责地区的健康需求进行评估的基础上,通过安排服务购买者以及服务提供者来满足这些需求。^[31]该书正是以NHS的内部契约作为个案考量,利用法律社会研究(socio-legal studies)的方法,来进行一般性的理论思考。

(二) 责任机制作为指导性政策

正如该书标题所揭示的那般,契约治理的责任机制是全书所重点研究的对象,戴维斯区分了两种实践中的责任机制观点,一种是内部责任机制观点,认为通过内部市场的划分使得提供方和供给方明确各自的责任,保障公共服务的质量与效率。另一种则认为责任机制更多地体现在外部责任上,譬如对外部公共参与的重视。戴维斯没有对这两种观点正面评价,而是进一步指出责任机制作为一个指导性政策所需具备的三个品质:政治上的可接受性(political acceptability)、多产性(productivity)和适应性(fit)。纵观全书的体系,戴维斯对责任机制的理解,无法单纯以内部和外部的区分来解释,更确切地说,这种混合的责任机制的特性反映在下列三个品质中:

政治上的可接受性(<i>political acceptability</i>)	适应性(<i>fit</i>)	多产性(<i>productivity</i>)
内部责任与外部责任机制的争议,戴维斯倾向支持的第三种更具建设性的理念:促进信息的流通和质量,增进政府绩效,戴维斯引用奥格斯(<i>Ogus</i>)的话便是“公法并非只关注如何防止权力的滥用,它更在于关注法律工具的选择以实现集体选择的目标”。 ^[32]	合同责任机制同其他责任机制的比较中,看是否更适合公法的范围体系	能够激发适用内部契约的规范和原则的发展,譬如自然正义原则

图 1

(三) NHS 责任机制的三个核心话题

在NHS内部契约的个案分析中,戴维斯着墨甚重,分别用了三章的篇幅,

[31] 关于NHS制度的一般介绍,见彼得·莱兰·戈登·安东尼:《英国行政法教科书》,杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第48—50页,有关其更为深入的介绍,可详见D. Hughes, “The Reorganization of the National Health Service: The Rhetoric and Reality of the Internal Market”, 54 *M. L. R.* 88—103(1991); P. Allen: “Contracts in the National Health Service Internal Market”, 58 *M. L. R.* 321—342 (1995)。

[32] A. I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press. 转引自戴维斯书第80页,戴维斯所提出的这种更强调绩效的混合责任机制,同规制国家的兴起有很大关系,责任机制亦开始关注行政效能与质量的提升,传统的强调外部责任的严格法治观念,随着规制国、行政国的崛起开始发生变化,逐渐沦为“一个高贵的谎言”,详见I Harden and Lewis Norman, *The Noble Lie: the British Constitution and The Rule of Law*, London: Hutchinson, 1986。

从三个不同的视角深入分析了 NHS 内部契约的责任机制问题。

一是 NHS 内部契约责任机制同其他责任机制的关系问题。在这一部分,戴维斯没有将视角放在合同责任机制本身,而是一开始便投向了其他责任机制的考量上。作者考察了内部契约机制同适用于购买者和提供者的其他责任机制之间的关系。

在适用于购买方的其他责任机制中,中央政府同购买者之间的资金监督关系形成良好的制约机制。尽管中央政府通过授权赋予购买者大量的实体性权力,但仍然通过财政支出监控以及特定服务标准来实现监督职能。这与公众外部监控形成鲜明的对比,由于缺乏有效的机制,购买方很少能对公众以及医患团体的需求给予积极的回应。^[33]

在适用于提供方的其他责任机制分析中,戴维斯区分了合同责任机制以及非合同责任机制(Non-contractual accountability)两种类型。提供方的合同责任机制问题,主要涉及提供方与不同购买方之间的协调关系问题。非合同责任机制则主要侧重于对提供方提供的医疗服务质量的内部控制,这些机制主要是职业自我规制、申诉程序、内部监督等手段。在很多情况下,健康机构以向提供方设定软性责任标准为代价,要求提供方设定更高级别和要求的诉愿程序和内部监督机制。^[34] 在 NHS 实践中,内部契约责任机制同其他责任机制的关系呈现出纷繁复杂的形态。

二是责任关系性质以及衍生的程序正义问题。戴维斯以 NHS 内部购买方和提供方双方的关系为实证案例,区别了两种不同的合同责任关系模式,见下图:

硬性模式	软性模式
合同双方的低信任关系 通过对抗式协商设立标准 标准的精确化、深度化 通过严格监控保障“提供方”义务的实现 强制力保障执行	双方的高度信任关系 以合作协商方式设定标准 标准设定的宽泛化、模糊化 通过共享信息和信任来保障“提供方”履行义务 通过劝诫等软制度实现执行

图 2 合同责任关系的两种模式^[35]

戴维斯认为,硬性和软性两种不同的合同责任关系模式,在合同的信任度、双方义务实现以及执行方式上都大相径庭。最重要的是,不同的责任关系过

[33] 有关于中央政府在责任机制中的监控作用以及公众外部监控的无效,详见戴维斯书第 6 章,第 108—116 页。

[34] 关于非合同责任机制的类型以及其与正式化合同责任机制之间的关系,详见戴维斯书,第 129—131 页。

[35] 硬性和软性两种不同的合同责任关系模式的划分,是本书合同责任机制分析的重要理论构造,详见戴维斯书,第 146—150 页。

程,将衍生出不同的程序正义要素。戴维斯首先回溯了程序公正规范从传统的公私关系,扩充到适用于公共机构内部之间的过程。在扩张性适用的过程中,法院的一系列判例发挥了重要作用,同时兴起的“新公共管理”改革运动亦推动了工具理性化了的程序规范在公共机构之间的适用。作者详尽分析了不同的合同责任关系模式对程序正义的迥异要求,譬如在合意性、标准弹性化以及参与制度上双方就存在很大不同。^[36]当然,通过对 NHS 内部合同关系的实证考量,戴维斯亦承认硬性和软性模式的两种区分更多的是一种理想类型(Ideal type)的划分,现实中 NHS 内部责任合同关系无法简单地划分为某一范围,更多的情况是介乎于两者之间。但这一理论构造,却有助于厘清合同责任关系同程序公正之间的联系。确切地说,程序公正规范的适用,有助于增强责任机制过程的效率,并确保合同各方的利益得到足够的尊重。

三是合同责任机制所涉及的效率问题。^[37]在合同责任过程中,效率问题必须自合同谈判到整个合同的周期来进行考量。在合同初始谈判阶段,购买方的目标在于同提供方协商,以设定基于公共利益的标准。一旦合同协议达成,购买方的主要目标变成从提供方手中获得充足信息,以解决信息不对称的难题,来监控提供方的履行义务以满足合同设立的标准要求。购买方在初始谈判中确保获得良好服务的前提下,合同价格亦控制在财政范围之内。在合同成立后的整个周期内,购买方确保对合同义务的严格履行,保证违反合同义务的行为不会发生。

(四) 从内部契约到外部契约:责任机制理论的扩展适用

首先,在内部契约的理论外部化适用之前,戴维斯先分析如何将 NHS 的个案分析适用于其他内部契约的问题。她认为有关内部市场的区分、合同责任关系的两种模式的假定、责任机制的效率问题等等有关 NHS 的个案分析,尽管存在一定差异^[38],但在一定程度上同样适用于其他内部契约的实践。^[39]那么,内部契约的理论是否可以进一步扩展到外部契约的应用?在此时,戴维斯才真正露出本书最大的宏愿与野心。她强调,在理论进一步扩展适用之前,必须考

[36] 关于合同责任关系两种模式的划分以及与程序公正之间的关系,详见戴维斯书,第138—160页。

[37] 关于合同责任机制的效率问题,详见戴维斯书,第164—183页。

[38] 当然对于戴维斯的乐观倾向,Peter Vincent-Jones 便抱以谨慎态度,他认为戴维斯将内部契约视为一个统一整体,并建议最终设立《内部契约法》的建议是有待商榷的,“NHS 的内部市场同地方政府的内部市场之间存在很大差异,中央政府同机构部门之间的内部契约亦差异显著,不同的公共治理问题需要不同的解决路径,因此戴维斯的这一跃存在过于理想主义的倾向。”详见 Peter Vincent-Jones, “Regulating Government by Contract: Towards a Public Law Framework?” 65(4) *The Modern Law Review* 611—628(Jul., 2002)。

[39] 在此部分的分析中,戴维斯通过对 CCT、DSOs 等其他内部契约同 NHS 的比较考量得出的这一结论,详见戴维斯书,第193—198页。

虑政府的外部契约实践是否也会遭遇到 NHS 内部契约所碰到的难题?同时,如果所遇到的问题一致,运用公法手段解决这些问题是否适宜?^[40] 在其实践考察中,NHS 内部契约的诸多规制手段类似于政府的外部契约形式,但在很多层面又不一致。但内部契约的许多规制模式,确实可为外部契约提供借鉴价值。在理论层面上,内外部契约的差异更为明显,内部契约的公法模式更有吸引力,而外部契约则适用于私法手段,而且只受极为有限的公法原则的束缚。内部契约的适用,也遭遇了政府契约的公法和私法规制模式的两难抉择。

五、结论

纵观全书,戴维斯这一著作有几个颇为显著的特色。首先,作为牛津法律社会研究系列的成果之一,全书的论述写作有极强的个案研究色彩,本书便充斥着大量有关 NHS 个案实证材料,由此展开分析并升华到一般性的有关内部契约的普遍理论。但由此带来的问题便是,这种个案研究的结论,能在多大程度上拥有了普遍意义上的真理?正如前文所强调并质疑的两步跨越,NHS 的分析结论能否适用于其他内部契约的实践?内部契约的经验又如何扩展至外部契约以及一般性的行政契约的理论实践?至少就本书而言,作者的论证在说服力上是相对欠缺的。其次,作者对于内部契约议题的提出提示我们,行政内部亦可运用契约手段实现公共治理,这扩充了对于传统公法契约的认识。作者所描述的尽管是英国个案话题,从比较法的角度却具备了普适性的借鉴意义。再次,作者关于内部契约责任机制与司法审查模式的争论,从中可以窥视出作为“多中心议题”^[41]的内部契约并不十分适宜法院的司法裁断,同时作者对于契约内部责任与外部责任的划分,亦具有相当的独创性。

英国著名合同法学者 P. S. 阿蒂亚于 1979 年写成的名著《合同自由的兴起与衰落》中认为,“现代政府的膨胀与公共职能的扩张,合同在现代社会中的地位日渐没落,政府间的内部关系并不通过合同予以调控,而是更多地受控于行政与政治规范,一个政府机构不会与另一个政府机构之间签订契约,中央政府几乎不会同地方机构订立合同……即使行政机构之间签订了类似于契约性质的协议,它们之间的争端亦会最终诉诸政治手段解决。”^[42] 阿蒂亚更断言道,“现代社会的发展过程似乎正在悖离梅因的论断,而日渐从契约走向身份 (from

[40] 对于内部契约向外部契约扩展适用所遭遇的实践与理论困境,详见戴维斯书,第 198—205 页。

[41] 由于内部契约涉及一系列的政策考量,司法介入并不能妥当地解决相关问题。关于“多中心议题”的讨论,详见 Lon L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, 92 *Harvard Law Review* 353 (1978)。

[42] P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford; New York: Oxford University Press, 1979, pp. 722—723.

contract to status),更精确地说,是一项从合同走向行政、从私法走向公法、从双方到多边关系、从个体化交易向长期关系发展的运动。”^[43]然而时过境迁,现代英国的公共治理没有按照阿蒂亚的预想前行,而是在某种形式上复兴了传统的合同模式,公共治理的内部契约模式以一种颇为实用主义的态度,混合了私法和公法手段,当然,这种合同模式从法律效力上与传统的私法合同模式仍存在着不小的差异。

在戴维斯看来,以公法手段来规制内部契约是一项有效和公平的责任机制。内部契约已经成为推进政策实施和提供服务的重要模式。全书的目的不仅是要揭示出借助契约进行公共治理的弊病,更为重要的是,要设计出有效的医治各种弊端的改革方案。

尽管在责任机制等诸多因素上,英国的内部契约仍然问题重重,理论界有赞誉^[44],亦存不少质疑。^[45]这种质疑声音不仅仅存在于内部契约,一般意义上契约治理模式在合法性与民主参与制度上亦争议不断。诚如保罗·克雷格所言:“政府通过契约工具的使用来实现相应的社会目的,利用契约工具来实现特定的规制目标亦会产生政府行为的合法性问题,迄今对此尚无完美解决方案。”^[46]关于合法性问题,戴维斯在全书伊始就提出了“通过合同进行公共治理”的三个弊端:对于公共机关在特定场合使用契约进行治理,缺乏宪法性法律的拘束;在合同中缺乏行政法的相关制度来对政府决策进行制约;缺乏相应的规制手段,来确保政府在合同过程中考虑更广泛的公共利益。^[47]

作者通过个案论证对这些弊端作出了积极的回应,尽管这种回应无法完全消弭争议,但作为公共治理的新型手段,我们不妨以乐观的姿态对待之。诚如富勒所言:“合同所具有的促进计划执行和增进社会效率的功能,使其在规划

[43] Id., pp. 725—726.

[44] Peter Vincent-Jones 便认为,“合同化的公共治理可以将公开、参与和负责的民主机制与公共治理的效率、公众回应要求完整地结合在一起。”详见 Peter Vincent-Jones, “The Regulation of Contractualisation in Quasi-markets for Public Services”, in Colin Scott (ed.), *Regulation*, Aldershot, UK: Ashgate Publishing, 2003, pp. 459—482.

[45] 譬如 Hugh Collins 便认为,“公共管理中使用内部合同的隐喻之义便在于确保公众行政更为透明和负责,通过将合同过程引入官僚关系中,双方的各自要求说明将更为明晰,并将探悉其成本。在 NHS 例子中,最核心的议题是控制总成本,且合同实践的信息能为中央政府所控制利用,以实现对健康服务的合理分配。而实现这些目标所需要的成本甚重,而法律强制力的引入只会更为提高其成本,并将损害公共服务的质量,很少能够生成有价值的信息以实现官僚系统的中央控制,因此,公共管理中合同化的功效存在严重的弊端。”详见 Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford; New York: Oxford University Press, 1999, pp. 303—321.

[46] P. P. Craig, *Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell, 1983, pp. 595—596.

[47] 详见 A. C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2001, pp. 1—27.

社会进程中扮演了重要角色。”^[48] 内部契约在公共治理中将继续扮演怎样的角色? 是否需要新的公法框架来予以规制? 不妨沿着戴维斯的思路且拭目以待。

(初审编辑:成协中)

[48] Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order*, Durham, NC: Duke University Press, 1982, pp. 127—136.