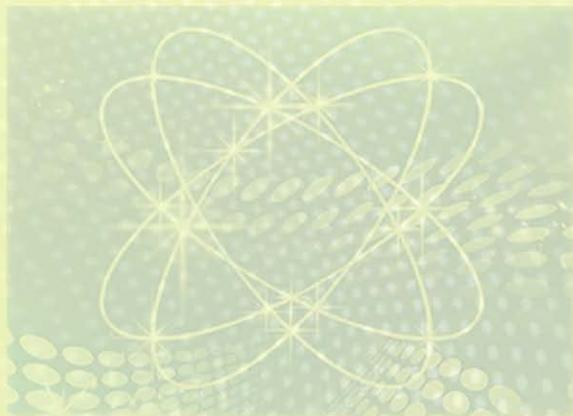


# 政府购买公共服务法律 保障问题研究



# 前 言

自 20 世纪 70 年代末起，西方发达国家面对经济快速发展所带来的各种社会流弊，如社会需求不断扩大，政府机构人浮于事，公共服务供给质量与效率低下，政府财政赤字不断增加，政府屡陷信任危机，对公众缺乏回应性等，先后掀起了以公共服务购买取代传统的公共服务垄断供给的政府改革浪潮。到 20 世纪 90 年代，政府购买公共服务已成为发达国家政府最基本的政策工具。

近年来，我国政府大力推动向社会力量购买公共服务的改革。2013 年，国务院总理李克强主持召开国务院常务会议，研究推进政府向社会力量购买公共服务工作。会议要求放开市场准入，释放改革红利，将适合市场化方式提供的公共服务事项，交由具备条件、信誉良好的社会组织、机构和企业等承担。凡社会能办好的，尽可能交给社会力量承担，会议还对政府购买服务的实施办法、购买方式、资金管理、监督评价等提出了一系列具体要求。显然，政府购买公共服务是新时代国家现代化治理的内在要求。首先，推动政府购买公共服务改革是精简政府机构、转变政府职能的重要途径。其次，推动政府购买公共服务改革有利于降低政府成本，提高公共服务质量。最后，推动政府购买公共服务改革对培育社会组织、推动社会建设具有重要意义。政府力图通过这一政策工具的实施，一方面

增加公共服务的供给，提高公共服务的质量和效率，另一方面实现政事、政社分开，从而促进政府职能转变，并最终成为撬动政府改革的新支点。

然而，笔者在研究过程中发现，我国在推动政府购买公共服务改革中存在诸多问题，现状不容乐观，值得关切。首先，政府机构管理体制依然不健全，腐败现象层出不穷。其次，政府职能转变不到位，政府与市场界限划分不清。再次，公共服务市场机制不健全，提供公共服务的社会组织独立性差。最后，改革中没有充分发挥社会组织在政府购买公共服务中的作用。显然，传统的政府治理模式存在诸多弊端，不仅效率低下，浪费公共资源，而且没有人对结果负责，同时公众的需求也得不到满足。这种传统合法性控制的单向度思维，显然已经不能满足追求善治目标的新一轮行政改革的要求，因此对政府购买公共服务的法律规制问题的研究成为当务之急。

政府购买公共服务的改革所存在的一系列问题，究其原因有多方面的：首先，政府购买公共服务的管理体制不健全。这种管理体制的不健全，主要表现在以下几方面：法律对政府角色定位不清，出现职能混乱；法定缔约程序存在一定缺陷，一些规定较为僵化；政府缔约职责、履行现状不尽理想等。其次，政府购买公共服务市场交易法律规则缺失。表现为市场交易规则不健全；合同监管制度不到位，运行机制缺失；法制缺位，限制了行政合同的发展及其功能的发挥；市场主体资格缺失，购买行为“内部化”；市场保障机制不健全，公开、公平的竞争环境欠缺。最后，社会组织在政府购买公共服务中的法律保障不够。表现在以下几方面：社会组织自身建设能力不足，社会组织保障机制缺失，社会组织生存法律环境差。

针对上述存在的问题，笔者在综合考查和借鉴国外政府购

买公共服务的经验之后，适时提出构建政府购买公共服务法律保障体系的建议。首先是转变政府职能，构建公共服务型政府。其次是完善社会组织相关制度。最后是加强政府购买服务的市场体系建设。这三大举措犹如三驾马车，是保驾政府购买公共服务得以有序推进的法律武器。

路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。诚然，我国对政府购买公共服务的改革还处于探索阶段，存在的问题不可避免。因此，需要我们不断深入研究，大胆尝试，积极推进，需要各级政府部门、社会组织以及每一个公民的共同努力。对政府购买公共服务的改革存在的问题，原因是复杂而多面的，其解决之道也非并一朝一夕之事。笔者以法律保障为视角，就构建政府购买公共服务法律保障体系方面展开研究，以建立更加系统、科学、规范、高效的政府购买公共服务机制。由于笔者能力有限，疏漏和不足之处难免，敬请各位方家不吝赐教。

姜战朝

2014年1月22日于拉萨

# 目 录

引 言	( 1 )
第一章 政府购买公共服务概述	( 7 )
第一节 政府购买公共服务的概念	( 7 )
第二节 政府购买公共服务的必要性、途径和机制 探讨	( 14 )
第三节 政府购买公共服务的特点	( 28 )
第四节 我国政府购买公共服务制度的实践	( 30 )
本章小结	( 35 )
第二章 政府购买公共服务存在的基础	( 36 )
第一节 政府购买公共服务的制度基础	( 36 )
第二节 政府购买公共服务的法理基础	( 37 )
第三节 政府购买公共服务的法律基础	( 63 )
第四节 政府购买公共服务的政策依据	( 74 )
本章小结	( 75 )
第三章 政府购买公共服务法律保障必要性分析	( 77 )
第一节 政府购买公共服务的范围应由立法加以明确 	( 78 )
第二节 政府购买公共服务的行为需要法律程序规范 	( 79 )

第三节 政府购买公共服务模式的创新需要法律支撑 .....	( 79 )
本章小结.....	( 80 )
第四章 政府购买公共服务存在的法律问题及主要原因 .....	( 81 )
第一节 政府购买公共服务存在的法律障碍.....	( 81 )
第二节 政府购买公共服务出现问题的原因分析.....	( 93 )
本章小结.....	( 119 )
第五章 域外政府购买公共服务法律法规规章保障的 实践与启示.....	( 120 )
第一节 西方发达国家地方政府购买公共服务的法律 路径.....	( 122 )
第二节 亚洲国家地方政府购买公共服务的实践.....	( 130 )
第三节 域外政府购买公共服务对我国的启示.....	( 133 )
第六章 我国政府购买公共服务的法律制度重构.....	( 136 )
第一节 转变政府职能，构建公共服务型政府.....	( 136 )
第二节 完善社会组织的相关制度.....	( 182 )
第三节 加强政府购买服务的市场体系建设.....	( 190 )
本章小结.....	( 216 )
结 语.....	( 218 )
参 考 文 献.....	( 221 )
后 记.....	( 229 )

# 引 言

2013年7月，国务院总理李克强主持召开国务院常务会议，提出设立满足需求的市场准入，并要求释放改革红利等一系列政府购买公共服务的社会力量工作。有人在会议中认为，要求市场提供公共服务事务，可以有条件地允许信誉较好的社会团体、机构和企业来做，尽量由社会力量来完成；会议还提出了政府购买服务的实施办法、购买方式、资金管理、监督和评估等一系列的具体措施。可见，政府购买服务已成为一项中央政府高度重视和大力推动的为满足社会多元化和个性化需求的社会治理工作。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，“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”。根据这一要求，从本质上讲，政府通过购买服务提供大量的公共服务，只是想改变公共服务供给的方式，并不会转移自身对公共服务供给的责任。

在某项服务以政府购买公共服务的方式供给后，政府仍要履行一定的行政职责。这些职责主要包括决策职责、缔约职责、监督职责和承接职责。随着行政体制改革的逐步深化，政府购买公共服务已经成为许多地方加强和创新社会管理工作的必然选择。公共服务市场准入的大门打开了一个更大的社会资本投资市场，这有助于促进社会市场主体公平公正竞争环境的

形成，有助于提高投资效率，激活市场；与此同时，它对市场需求主体也将起到促进作用，使公共服务实现“质”与“量”的理想的平衡状态和达到政治完整性。然而，政府购买社会公共服务，在我国许多地方是提供服务方式的创新，以前也没有采用过，服务的程序和效益等不是很成熟，对社会公众来说也不熟悉，既缺乏可操作的法律法规，又缺失相应的制度性指导。比如政府购买公共服务具体包括哪些项目，采用哪种模式比较合适，资金怎么来，怎么监督资金的使用等问题，都需要政府部门及时建章立制。前期由于缺乏相关操作的规章制度，在试点工作中，或多或少出现了一些困难和问题，比如权力寻租、贪污腐败、官商勾结等。为防止这些乱象的发生，国务院提出了严格购买程序，严格管理政府购买服务的基金，建立严格的监督和评价机制等建议，但它仍然需要具体化，以适用具体的购买实践，真正发挥效用。

随着政府购买公共服务领域的不断扩大和金额的不断攀升，建立健全相关制度的工作也显得尤为迫切。界定政府购买公共服务的范围、确立购买程序、实现对资金的有效监管等，应该成为各地实施购买服务的前置程序和刚性约束。例如，针对政府购买公共服务中可能出现的权力寻租、贪污腐败等问题，建立一套包括前期介入、招标过程的公平公开、程序的规范等环节的监督机制，以防政府购买服务中的腐败发生。政府部门应着手建立相关制度，以确保政府购买公共服务信息的透明度，在任何时候，接受社会公众的监督，让公共服务购买的资金真正用到最需要钱的地方。

公共服务，其目的就是要实现公共服务的公开化、贡献和利益的最大化。自2003年以来，我国实施政府购买公共服务取得了重要进展，但也面临一些突出矛盾，主要表现为以下几

点：第一，政府购买公共服务大方向是正确的；第二，政府购买公共服务有限，在实际需求方面有很大的不同；第三，政府购买公共服务制度方面不到位，在某些方面还没有取得突破性的进展。

目前，中国学术界对政府购买公共服务的研究更多地停留在基础理论研究和经验介绍方面。多数学者运用宏观理论从综述和总结两方面来研究政府购买公共服务，而从法律角度研究购买公共服务本身的很少，也缺少专业领域的系统分析。笔者梳理了我国政府购买公共服务的法律法规制度、政策概况和理论基础，分析了政府购买公共服务法律保障的必要性：尽管从中央到地方都提及政府购买服务，但目前尚没有一个专门的政策性、制度性的文件，更没有专门的法律，大多是处于探索和实验阶段，存在操作缺乏规范性、服务质量标准不明确、合同条文不够清晰严谨、核定服务价格方面自由定价空间过大、监管不到位等问题。政府向社会购买原本由其直接生产的公共服务涉及对公权力性质的认识及重新配置。

从世界各地发展的实践看，不直接依靠国家，而广泛引导和鼓励社会组织甚至市场主体参与提供公共服务的改革浪潮，其触角已深入各国各个行政领域，取得了积极的社会效果，也产生了一些消极的社会问题，引发了广泛的思考。其中最重要的是，在法治社会诸如政府购买社会公共服务等社会问题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，政府行使公权力必须接受法律的民主正当性控制，而政府购买社会公共服务行为背后关涉的法律问题就是公权力的具体行使方式问题。申言之，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，即使这种运行方式具有某种积极的社会效果。事实上，各国有关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同步展开，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。我们发现英美法系国家得益于其实用主义倾向和无公私法区分的普通法传统，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，其重点在于民营化之后的政府规制。而大陆法系国家则囿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创立新概念公私协力这一中庸之道，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。专家认为，政府应该和社会组织建立平等的合作关系，但目前政府购买服务仍存在决策主观随意、操作不够透明等问题，很多相关制度亟待完善，政府还要下更多的工夫。最主要的是关注以下几个方面的问题：

(1) 谁来买——各级行政机关、部分事业单位和群团组织；

(2) 向谁买——社会组织、企业、机构等；

(3) 买什么——六大类 314 项服务：公共服务最基本的生活需求事项、基础的社会生产事项、技术支持事项、公共管理与监督的事项、综合治理事项以及其他适宜由市场供给的公共服务事项；

(4) 如何买——购买主体编制年度购买计划—财政部门审核和批复—购买主体制定购买项目实施方案—通过公开招标竞标的方式、公平谈判等方式来确定由谁成为供给主体；

(5) 买得值——严格资金管理，强化资金绩效评价，建立

全程监督机制。

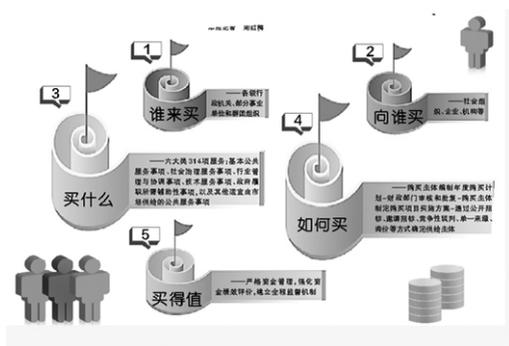


图 1<sup>①</sup>

本书通过研究国外政府购买公共服务的经验，加强了对以下命题的研究，如如何提高政府购买公共服务能力、如何规避公共服务购买过程中的寻租行为、如何规范公共服务市场、如何强化公共服务市场化过程中的政府责任等。对照基于各自传统做出相应理论探索的欧美法系和大陆法系，探索用于解决中国问题的方法，而不是直接拿来就用。我国的政府购买公共服务的实践，需要传递到其可行性和相对的行政法学理论的边界，行政法上需要寻求操作系统的支持，更需要从程序、救援等各个方面细致安排，保障它的通用性和有效性，以更好地实现服务社会的目的。

而饱受大陆法系文化传统浸淫的我国在面对政府购买社会公共服务这一实践创新时，既需要从域外相关研究中汲取有益养分，更为重要的是在中国语境下回答以下法律问题：（1）理论层面上如何回答现有的本土化法学理论中政府购买公共服务

<sup>①</sup> 《政府购买公共服务 向谁买买什么如何买》，载《广西日报》，<http://theory.people.com.cn/n/2014/0417/c40531-24910024.html>。

的理论基础。(2) 从理论迈入实践的过程中在本土行政法律制度体系中是否有具体的制度作为其运作支撑。(3) 实践层面上如何从程序上保障政府购买社会公共服务的合法性, 如何防止私人主体因其自身利益而妨碍实现政府购买社会公共服务所追求的更好地向社会成员提供服务的初衷。对此笔者提出了从政府、市场、社会组织三方主体的角度来构建政府购买公共服务的法律机制的观点, 国家行政向社会行政回归, 政府机制和社会机制相结合。建立和完善政府购买服务机制, 是建立服务型政府、绩效型政府的重要举措, 符合“小政府、大社会”的社会转型趋势。

# 第一章 政府购买公共服务概述

政府本身也在积极探索如何进行社会管理改革。促进政府功能完美地实现，完成全能型政府向高效型政府的转变，就要求政府的职能做出相应的转变。此外，把一些原本属于政府的职能，或者本来由政府亲自完成的事项，特别是非核心功能或事项交由第三方——非营利的社会组织来完成。

## 第一节 政府购买公共服务的概念

一、政府购买公共服务的本质是政府服务外包的行政委托行为

（一）政府购买公共服务是一种政府服务外包行为

1. 从概念层面来说，政府购买公共服务是将政府的服务外包

政府购买公共服务的概念源于西方，虽然各国对定义的表述各不相同，但许多国家有种不成文的共识：购买公共服务即公共服务合同的外包，双方通过签订购买协议，根据协议内容，政府负责管理、监督并付费，由社会组织来担任服务提供方，完成协议所规定的内容。也就是说，政府购买公共服务是政府与社会组织之间签订合同，其本质就是将公共服务外包给

社会组织。<sup>①</sup>

2. 从实质层面来说，现代政府的功能是公共服务和社会管理

“政府存在价值与合法性需要优质的公共服务来实现。因而，政府通过购买公共服务满足人民的公共服务需求，有利于建设公共服务型政府。”<sup>②</sup> 通过探索多种公共服务实现方式来加强竞争。

3. 从公共服务方式层面来说，政府购买公共服务是政府服务方式的创新，有利于服务水平和能力的提高

正如美国学者萨瓦斯所说，通过合同外包不但能提高服务的效率，而且能降低成本，还可以通过透明操作的方式来提高公众参与度。合同外包形成机制以后，可以反向推动承接者提高服务水平，通过绩效考核来提高工作效率，相应地提高公共服务的质量。

## （二）政府购买公共服务是一种行政委托行为

政府购买公共服务主要存在两种行为，“一是政府购买公共服务行为，二是私人部门提供公共服务行为，这两种行为的行政密切相关”<sup>③</sup>。服务行政时代的到来，行政机构也亟待解决如下矛盾：“一方面，被期待着提供更丰富、更专业、更优质的服务；另一方面，又不能违背‘小政府’理念简单地通过扩充政府组织来满足前述期待。”<sup>④</sup> 行政委托制度的产生化解

---

① 赵园：《福利多元视角下的政府购买服务研究——以广州 X 街家庭综合服务中心为例》，南京大学硕士学位论文，2013 年 5 月。

② 李军鹏：《公共服务型政府》，北京大学出版社，2004 年版，第 63~66 页。

③ 蔡金荣：《政府购买社会公共服务之法律规制研究》，载《甘肃行政学院学报》，2011 年第 1 期。

④ 王天华：《行政委托与公权力行使》，载《行政法学研究》，2008 年第 4 期。

了这一矛盾。“所谓行政委托是指出于管理上的需要，某一行政主体委托人委托另一行政主体或其他组织及个人，被委托人以委托人的名义代行职权或其他事务，其行为效果归属于委托人的法律制度。”<sup>①</sup> 政府购买公共服务属于行政委托，原因如下：

1. 从行政委托的依据来看，除了一些零散的规定，我国并未制定统一的行政委托的法律法规

依据《中华人民共和国行政处罚法》第18条第1款的规定：“行政机关依照法律、法规或者规章的规定可以在其法定权限内委托符合本法第19条规定条件的组织实施行政处罚……所以，只有法律法规或规章的规定才能进行行政处罚的委托。”《最高人民法院〈关于执行中华人民共和国行政诉讼若干问题〉的解释》（以下简称《解释》）第21条规定：“行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下，授权其内设派出机构或者其他组织行使行政职权的应当视为委托当事人不服提起诉讼的应当以该行政机关为被告。”据此，行政委托与行政授权的区别之一在于，前者无须法律法规或者规章的规定。对于上述问题存在两种不同的看法：一种是全部法律依据主义者，他们认为根据行政合法性原则，所有的行政权力的使用都必须以法律为依据，当然，委托行政机关行使职权也必须有法的明文规定。这里的行政委托依据的“法”可以界定为“法律、法规、规章”。另一种是部分法律依据主义者，认为除剥夺行政相对人权利的行政委托行为必须有相应的法律法规和规章的明文规定以外，一般行政委托行为是不要求有法律明文规定的。笔者认为，严格来讲，如果行政委托与行政授权一样，

<sup>①</sup> 胡建森：《行政法学》，北京法律出版社，2003年版，第177页。

所有的行为都必须经过法的明文规定，那么行政委托的灵活性和高效性的特点就不能很好地发挥作用。与其这样就没有行政委托的必要，直接行政授权反而简单。这就导致行政委托设置必要性的疑问。根据法律保留原则的基本理论，加上以上分析，笔者认为，《解释》的相关规定仅仅对行政委托中的一般性情况适用，对于行政处罚中的委托就必须以《行政处罚法》的规定为准。综上，笔者认为不完全法律依据论运用于实践更符合我国国情。

2. 从行政委托的对象来看，委托对象可以根据服务事项来确定，在一般情况下可以由营利或非营利的社会组织来担任服务提供方

《中华人民共和国国家赔偿法》第7条第4款明文规定，对他人的合法权益造成了危害后果的受行政机构委托的组织和个人，其委托机关为法定义务赔偿机关，而其自身并不是赔偿义务机关。《行政诉讼法》第7条第4款也对行政机关委托的组织作了具体规定，即行政行为委托的行政机关为义务机关；对于行政处罚，行政机关不能委托其他的组织和个人进行；只有特定的组织才能受强制性权力的委托。行政委托的对象究竟是什么，笔者认为个人可以成为行政委托的对象，并且只特定于政府购买公共服务，将非强制性的一部分公共服务让组织行使。在满足立法要求的同时，将个人列入委托对象有利于政府公共服务供给主体在帮助下广泛运用外部资源，从而更高效地完成管理任务。

因此，政府购买公共服务本质上属于政府出于节省成本、提高效率的目的，借助行政合同将服务外包给其他组织，将公共服务的事项委托给社会组织来完成，并担任监督者和管理者的角色的一种服务行为。

## 二、政府购买服务的概念界定

在我国，政府购买公共服务并没有一个官方的统一说法。目前主要有以下几种说法：一是“政府部门为了履行服务社会公众的职能，通过政府财政向各类社会服务机构直接购买而实现政府财政效力最大化的行为。政府购买服务，是政府遵循市场的基本原则最有效地满足社会公共需求的重要途径”<sup>①</sup>。二是“即政府向营利、非营利组织或其他政府部门签订契约，由政府界定服务的种类及品质，向受托支付费用以购买全部或部分公共服务”<sup>②</sup>。三是“政府将原来由政府直接举办的、为社会发展和人民日常生活提供服务的事项交给有资质的社会组织来完成，并根据社会组织提供服务的数量和质量，按照一定的标准进行评估后支付费用，是一种‘政府承担、定项委托、合同管理、评估兑现’的新型政府提供公共服务方式”<sup>③</sup>。四是上海在对购买社区青少年等服务的一个考核办法中对购买公共服务有一个明确的概念，即各级政府为了公益目的（人类的健康发展等）向社会组织购买一定的服务，通过财政的方式付款给服务提供方，从而高效地履行公共服务职能的方式。五是李慷在文章中认为的，政府购买公共服务是政府通过支付财政资金给社会组织，由社会组织完成本由其自身完成的公共服务，从而达到节省成本，提高公众对公共服务的满意度的一种行为。六是清华大学公共管理学院于安教授认为的，政府购买公

<sup>①</sup> 李慷：《关于上海市探索政府购买服务的调查与思考》，载《中国民政》，2001年第6期。

<sup>②</sup> 虞维华：《政府购买公共服务对非营利组织的冲击分析》，载《中共南京市委党校南京市行政学院学报》，2006年第4期。

<sup>③</sup> 吴红萱、江大纬：《11项公共事业实行政府购买服务》，载《中国社会报》，2006年第6期。