

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2021.01.019

# 社区矫正中政府购买服务的风险及防范

李蓉,祝千惠

(湘潭大学 法学院,湖南 湘潭 411105)

**摘要:**“购买服务”是社会力量参与社区矫正的一种方式,是一种组织化的参与路径。购买社区矫正服务对我国社区矫正实践的意义在于:弥补国家投入的不足;将社区矫正服务的提供和生产相分离,使矫正机构可以真正成为服务质量的监督者和负责人;推动全国社区矫正服务标准化;促进社区矫正平衡发展问题的解决。当然,购买社区矫正服务也存在腐败、过度市场化、供给匮乏和监督不力等风险,应当通过制度进行防范。为此应当对承接社区矫正服务的社会组织主体资格进行限制,为社区矫正服务的“市场化”划定界限,构建矫正机构固有核心职能的“负面清单”制度,积极弥补“市场化”缺陷。

**关键词:**社区矫正;社会力量;购买服务;组织化

**中图分类号:**D92 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2021)01-0143-08

## 一 “政府购买社区矫正服务”的学理涵义

社区矫正的基本含义是指将符合法定条件的罪犯置于社区内,由法定机构在相关部门和社会力量的协助下,在判决、裁定或决定确定的期限内,矫正其犯罪心理和行为恶习,通过思想改造和劳动改造,并促进其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动<sup>①</sup>。它是作为与监禁矫治相对应的一种新型罪犯矫治方式进入人们视野的,这种新型罪犯矫治机制之“新”不仅表现在场所新、理念新,参与力量新也是其特色——由于社会力量的参与,建立在监禁基础上的矫正理念被全面颠覆:其一,矫正犯罪的资源全面向社会开放,社会的人力、资金、技术设备等以不同方式参与社区矫正并发挥着重要的作用;其二,矫正价值目标将更为多元,社区服刑人员与社区关系成为社区矫正重要的社会关系,公共安全维护成为社区矫正核心价

值目标;其三,矫正机构与参与社会力量关系将成为社区矫正目标实现的关键环节;其四,国家权力与社会权力关系模式由紧张对立走向合作共担<sup>②</sup>。

购买社区矫正服务是社区矫正机构把社区矫正工作中的一部分服务事项,通过市场机制,按照一定的方式和程序,交由具备条件的社会力量或事业单位承担,并由社区矫正机构根据合同约定向其支付费用的服务或履职方式。这一概念包含了三层内容:

首先,“政府”在这场购买活动中居于核心地位。政府通过设定目标、设定项目、设定招标方式、设定监督方式等对社区矫正工作的内容、质量进行宏观管理,同时对服务的内容承担最终责任。

其次,社会组织向社区矫正对象提供教育、心理辅导,向司法所等矫正机关提供公益劳动场所等服务,有偿但不营利。社会组织因向政府提供

收稿日期:2020-05-22

基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX066);湖南省社会科学基金项目(2016WTC01);湖南省研究生科研创新项目(CX20190439)

作者简介:李蓉(1968—),女,湖南邵阳人,博士,教授,主要从事诉讼法学研究。

①徐祖华,孔一:《社区矫正实务》,浙江大学出版社2007年版,第13页。

②这些由社会力量的参与而带来的社区矫正理念与实践改变显然已受到诸多关注,但如何界定并使用“社会力量”这一概念,人们仍存在较大分歧。如有学者将其界定为在社区矫正工作中可以利用的社会人力、组织和设施、技术、资金等总称(见吴宗宪:《社会力量参与社区矫正的若干理论问题探讨》,《法学评论》2008年第3期,第133页。),也有学者将其限制为可资利用的社会人力,具体指不具有执法地位的社区矫正工作者(见谭恩惠、卫嵘:《社会力量参与社区矫正的积极性引导及参与路径研究》,《生产力研究》2011年第4期,第116页。)。笔者使用这一术语的目的旨在考察各类社会主体参与社区矫正的方式和效果,因此,本文是在主体层面使用“社会力量”这一术语的。

社区服务而获得相应报酬,这是社会组织发展初期维持其生存与发展的途径之一,也是其迈向专业化的物质基础。但社会组织提供社区矫正服务不应以营利为目的,不能进行利润分配或分红,不得将组织的资产以任何形式转变为私人财产。因提供服务而获得的收入只能用于组织发展或矫正对象或矫正活动。

最后,购买社区矫正服务是政府在社区矫正领域以间接方式引导、推动社会自我组织化的一种方式。从社会与政府的关系上看,“购买服务”是政府以间接方式对社会进行管理、引导的一种手段或技术。长期以来,政府主要是依靠行政机制直接参与社会活动,以实现推动社会发展目标。直接参与的方式一方面导致政府机构不断扩张和财政不堪重负,另一方面行政机构官僚作风、冷漠无情、形式主义、文牍主义和不负责任又常常为人们所诟病。购买服务的方式是以平等的姿态、契约的方式确定相互关系和责任,这无疑对改变政府工作作风促进协商、沟通的“政府——社会”关系的形成大有裨益。社区矫正在我国近年才蓬勃发展起来,随着我国犯罪形势和刑罚理念的变化重要性日隆,探索最有效的管理方式不仅有利于这项工作的推动,也有利于为其他领域的政府服务工作探索经验。我国《社区矫正法》第40条规定:“社区矫正机构可以通过公开择优购买社区矫正社会工作服务或者其他社会服务,为社区矫正对象在教育、心理辅导、职业技能培训、社会关系改善等方面提供必要的帮扶。社区矫正机构也可以通过项目委托社会组织等方式开展上述帮扶活动。国家鼓励有经验和资源的社会组织跨地区开展帮扶交流和示范活动。”这是我国社区矫正机构购买服务的法律依据。

从性质上说,社区矫正是一种刑罚执行活动,包含着对罪犯的惩罚。而根据刑罚理论,刑罚执行权是国家法定机关的专属职权,被授权的机关只能根据法律的规定严格执行,这种职权既不能放弃,也不能随意处置,也不能通过“购买服务”或其他方式让渡给其他机关或社会、个人。在社区执行的刑罚执行活动是否能够突破这一限制,通过社区以及社区之外的组织甚至个人来实施,曾经引起旷日持久的争论,产生这一难题的根本仍在对社区矫正性质的认识上。为了突破这一困境,学者们提出了双重或多重性质说。如福利说

认为,社区矫正天然具有刑罚执行和社会福利双重属性。刑罚观和刑罚制度的现代发展,及其与现代福利思想、现代福利政策发展的融合,是社区矫正诞生的基础。社区矫正从其出现即蕴含着惩戒罪犯的社会公义性要求、维护罪犯权益和尊严的人道性要求:一方面,通过对罪犯实施惩戒、监督、考察等刑罚性措施,在一定范围和程度上限制自由而让罪犯对自己的犯罪行为付出代价;另一方面,又通过教育、矫正、服务,让罪犯通过接受特殊的福利服务得以矫正自身的犯罪心理和行为恶习,顺利回归社会<sup>①</sup>。综合说认为,作为一项复杂的社会系统工程,社区矫正融合了社区刑罚执行、监狱行刑社会化和出狱人社会保护等多方面内容,这其中社会化行刑和狱外执行人社会保护均含有服务和福利的思想。这些学说的共同点是强调对社区服刑罪犯的社会保护和服务。我们认为,社区矫正同时具有惩罚和保护两重属性,其原因需要从犯罪的原因和对犯罪的控制两个维度解释。关于犯罪的原因,我国学界主流通说是系统因素说,犯罪原因为各种促成犯罪的因素所构成的有机统一的整体。根据这一学说,犯罪原因可以被视为对犯罪的形成与变化具有决定作用的致罪因素所构成的动态系统,在诸多致罪因素中,既包括与犯罪行为人人格相关的主观原因,又包括与犯罪行为无关的对犯罪形成与变化有决定作用的社会因素。客观因素包括社会变迁和文化等宏观因素,以及家庭、社区等直接对个人社会化过程产生影响的微观因素。在犯罪主客观原因的关系上,客观原因影响主观原因,宏观因素决定微观因素并以微观因素为中介,通过微观因素的社会化作用于犯罪主观原因<sup>②</sup>。简言之,国家、社会、文化因素都对犯罪的产生具有影响作用。特别是我国当下,以体制改革为动因的社会变革打破了原有的利益分配格局,一些人,特别是社会弱势群体的利益在改革中受损且未引起重视,更未得到有效补偿,导致这些群体生存环境恶化,从而引起社会关系紧张,社会冲突加剧。而由此引发的犯罪问题,如留守青少年犯罪、流动人口犯罪,使犯罪行为本身有一定的可谅性,国家和社会向这些犯罪人群进行救济、提供服务,是对这些人的帮助,更是对他们的一种补偿。

从犯罪预防角度看,有效的犯罪预防首先要

①史柏年:《刑罚执行与社会福利:社区矫正性质定位思辨》,《华东理工大学学报(社会科学版)》2009年第1期。

②张小虎:《犯罪原因的基本蕴意》,《河南省政法管理干部学院学报》2005年第2期。

从消灭犯罪客观原因入手。犯罪心理学认为,犯罪一般遵循着以下径路:某种强烈需要——犯罪动机形成——犯罪行为实施——犯罪目的的实现(或放弃、代替)——犯罪动机消失<sup>①</sup>。“某种强烈需要”的形成,受其所处的社会的影响,选择满足需要的手段不仅与其能力有关,也与社会为其提供的满足需要的条件有关。要进行有效的特殊预防,社会应当给潜在的犯罪者提供一个他认为是更公平且更容易实现、合法的路径以满足人性的需要。如果正常的人性需要能通过上述路径实现,许多潜在犯罪者就会不产生犯罪动机,更不会实施犯罪行为。对矫正对象进行教育,是为了帮助其从主观上养成通过正当(合法的)方法满足人性需求的习惯;对矫正对象进行帮扶,则更多的是减少或消灭其通过犯罪方式满足人性需求的客观因素。

作为体制改革的发起者、社会变迁的推动者,无论是基于补偿抑或是基于矫治罪犯、服务社会和公众,政府向矫正对象提供社区矫正服务都是有正当性的,是我国构建服务型政府的着力点之一。同样,社会作为一个客观致罪因素,也对犯罪的形成具有不可推卸的责任。此外,基于构建和平、稳定、有序社会生活的需要,社会也应当在可行的范围内承担起矫治罪犯的职责。因此,政府与社会在这一领域的合作既是政府职能转变的需要,也是社会持续发展的需要。我国自社区矫正试点伊始即在指导性规范中确立了监管、矫正、福利三大任务<sup>②</sup>。《社区矫正法》不仅在总则中将“教育帮扶”作为一项基本任务确立下来,还设专章(第五章)对社区矫正机构和各种社会力量教育帮扶矫正对象进行了规定,其中诸多条款都包含了服务和福利思想。

## 二 政府购买社区矫正服务的实践意义

购买社区矫正服务是政府引入社会力量参与社区矫正的一种市场化的方式。“……随着上世纪福利国家和风险社会理论的发展,国家权力的运行和实现形式呈现出以下四个主要特征:首先,国家越来越少成为执法行为的唯一提供者,执法活动越来越多采用‘分包’的形式进行,私主体逐渐转变为权力中介。其次,在权力中介的参与下,国家权力呈现出外溢的特征,传统意义上的公私边界逐渐模糊。再次,在公私边界模糊的背景下,围绕着作为信息基础的数据收集、分析和共享,政府机构之间以及机构与中介之间的网状结构不断强化。最后,这一信息网络的构建逐步融入社会机理,以开放式、扩散式的生长方式取代原先针对特定目标或对象而实施的信息收集活动。”<sup>③</sup>包括社区矫正服务在内的诸多公共服务,单靠政府单边行动无疑会产生很多问题:缺乏有效监督,服务质量无法保证;由于工作涉及诸多领域,再庞大的政府也无足够的资源“全包揽”;由于缺乏参与,社会对政府服务活动缺乏足够的认识和理解,导致政府工作“出力不讨好”;社会独立参与公共事务管理的能力不能得到有效锻炼,社会对政府依赖程度高。

“购买服务”实质是将社区矫正中作为服务的内容剥离出来,以市场的方式交由社会承担。这一矫正方式的有效推进,将全面提升我国社区矫正工作的质量。应当说,经过近二十年的试点,我国社区矫正中的监督管理工作已取得了明显的成效:专门的社区矫正机构基本建立起来<sup>④</sup>,绝大多数地区的入矫接矫工作已步入正规化<sup>⑤</sup>,社区矫正对象托管的情况已大大改善,矫正期间的再犯率较低<sup>⑥</sup>,而教育帮扶工作则仍需大力发展。

<sup>①</sup>罗大华,何为民:《犯罪心理学》,浙江教育出版社2002年版,第231页。

<sup>②</sup>2003年两院两部《关于开展社区矫正试点工作的通知》规定的社区矫正的任务是:(1)按照我国刑法、刑事诉讼法等有关法律、法规和规章的规定,加强对社区服刑人员的管理和监督,确保刑罚的顺利实施。(2)通过多种形式,加强对社区服刑人员的思想教育、法制教育、社会公德教育,矫正其不良心理和行为,使他们悔过自新,弃恶从善,成为守法公民。(3)帮助社区服刑人员解决在就业、生活、法律、心理等方面遇到的困难和问题,以利于他们顺利适应社会生活。这里,管理监督、教育矫正和救助服务构成了我国社区矫正的三大任务。

<sup>③</sup>裴炜:《个人信息大数据与刑事正当程序的冲突及其调和》,《法学研究》2018年第2期。

<sup>④</sup>截止到2019年11月底,全国各地已经为在册的社区矫正对象建立了66.2万个矫正小组。《司法部:全国累计接受社区矫正对象已达478万》,中国新闻网:<http://www.chinanews.com/gn/2019/12-28/9045849.shtml>。最后访问日期:2020年10月7日。

<sup>⑤</sup>2018年,新接收社区服刑人员54.7万人,而这一年被各级法院判处罪犯142.9万人(《最高人民法院工作报告2019》)。这样,这一年新增接受社区矫正的罪犯占这一年被判罪人数的38.3%,接近判处社区矫正的人数。可知,社区矫正入矫工作成效是相当明显的。

<sup>⑥</sup>全年接收社区矫正对象54.7万人,解除矫正54.9万人,目前在册70万人,在矫期间再犯罪率保持在0.2%左右的较低水平。赵颖:《司法部:2018年接收社区矫正对象54.7万人》,法制网:[http://www.legaldaily.com.cn/zfzz/content/2019-03/21/content\\_7807314.htm](http://www.legaldaily.com.cn/zfzz/content/2019-03/21/content_7807314.htm)。最后访问日期:2020年10月7日。

由于传统上司法行政机关在国家权力结构中并非核心部门,人财物等资源配置不足、人才短缺的问题较为严重,加之近年社区矫正工作的发展偏重硬件设施建设,矫正工作人员及其服务能力并未实质性提升,这已严重掣肘矫正机构的矫正服务效率。就目前的情形观之,司法行政机关直接提供社区矫正服务的能力已接近最大峰值,而社区矫正实践对矫正服务的需求却在不断攀升。因此,积极引入社会力量,全面提升教育帮扶工作质量,才是我国社区矫正工作发展的新的增长点。而在众多的引导社会力量进入社区矫正的方式中,购买服务无疑是当下最为高效、实用的方式。对我国社区矫正实践而言,购买服务具有如下意义:

第一,弥补国家投入的不足。通过市场化的方式将社区矫正服务的提供和生产相分离,社会组织通过竞争而获得社区矫正服务生产权,其必基于竞争压力而激活资源动员力,这能有效提高社区矫正服务质量,解决社区服刑人员数量激增、社区矫正机构服务供给力量不足的问题。我国社区矫正工作经过2003试点、2005年扩大试点和2009全面试点三个阶段的试运行,到2014年已进入了全面推进阶段。2011年《中华人民共和国刑法修正案(八)》中正式规定了社区矫正,导致入社区矫正服刑的罪犯人数显著增加:2014年新接收社区服刑人员43.1万人<sup>①</sup>,2015年新接收社区服刑人员46.4万人<sup>②</sup>,2016年全国新接收社区服刑人员48万人<sup>③</sup>,2017年全国新接收社区服刑人员52.4万人<sup>④</sup>,2018年全国新接收社区服刑人员54.7万人<sup>⑤</sup>,2019年全国新接收社区服刑人员57万人<sup>⑥</sup>,六年中被判社区矫正的人数平均增加5.4%。到2019年底,全国累计接收社区矫正对象已达478万,全年正在列管的有126万<sup>⑦</sup>。社区

服刑人员数量增长,而矫正机构专职人员编制和数量基本固定。这种状况下,社区矫正机构的服务供给能力日趋不足是必然的。通过“购买服务”,让充沛的社会资源有质有量地输入社区矫正工作中,才是弥补政府投入不足的有效方法。

第二,克服矫正服务的生产和提供同一自循环模式的弊端。通过购买服务,将社区矫正服务的提供者 and 生产者相分离,从而使服务与监督分离,矫正机构因此可以真正成为服务质量的控制人和负责人。社区矫正机构作为政策或规则的制定者,可以通过规则制定权明确矫正目标,并通过监督权对矫正服务质量进行控制。较之自行制定规则、自行提供服务并自我监督,显然服务质量更能得到保障。

第三,有效推动社区矫正服务的标准化。标准化是从整体上提高社区矫正服务质量的方法,也是服务能力提升的标志。借助“市场”的动员能力和组织力,首先在人财物资源充沛地区确立社区矫正服务样板,并在政府的组织下制定服务标准,再推动全国社区矫正服务标准化,进而达到全面、稳步提升社区矫正服务质量,这无疑是推动矫正服务发展的最佳路径。

第四,有效解决社区矫正平衡发展问题。我国社区矫正工作的问题之一是地区发展不平衡,特别是矫正服务的城乡失衡、地区失衡问题。这些问题单靠本地政府的力量很难解决,只有引入市场机制,利用市场的延展力,将城市的资源引入农村,将发达地区的资源引入欠发达地区,才能带动农村、欠发达地区社区矫正的深入发展。

### 三 购买社区矫正服务存在的风险

社区矫正的最终责任方是矫正机构,服务的承接者并不对矫正过程中产生的问题承担合同以

①《湖南省司法厅:我国全面推进社区矫正工作 累计接收社区服刑人员223.7万人》,湖南司法网:[http://sft.hunan.gov.cn/xxgk\\_71079/gzdt/sjdt/201512/t20151218\\_2009267.html](http://sft.hunan.gov.cn/xxgk_71079/gzdt/sjdt/201512/t20151218_2009267.html)。最后访问日期:2020年10月8日。

②《法制日报:我国社区矫正改革获成果 服刑人员再犯罪率仅0.2%》,新浪网:<http://finance.sina.com.cn/sf/news/2016-02-15/092120112.html>。最后访问日期:2020年10月8日。

③《熊选国:2016年全国新接收社区服刑人员48万人》,人民网:<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/03/id/2574385.shtml>。最后访问日期:2020年10月8日。

④《刘振宇:社区矫正立法还有“最后一公里”》,中国法院网:<https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/03/id/3226584.shtml>。最后访问日期:2020年10月8日。

⑤《司法部:2018年接收社区矫正对象54.7万人》,法制网:[http://www.legaldaily.com.cn/zfzz/content/2019-03/21/content\\_7807314.htm](http://www.legaldaily.com.cn/zfzz/content/2019-03/21/content_7807314.htm)。最后访问日期:2020年10月8日。

⑥《司法部:全国累计接受社区矫正对象已达478万》,中国新闻网:<http://www.chinanews.com/gn/2019/12-28/9045849.shtml>。最后访问日期:2020年10月7日。

⑦《司法部:全国累计接受社区矫正对象已达478万》,中国新闻网:<http://www.chinanews.com/gn/2019/12-28/9045849.shtml>。最后访问日期:2020年10月7日。

外的责任,如承接矫正服务的社会组织不对再犯率、回归社会的状况承担责任,这些后果由矫正机构承担。因此,充分预见购买社区矫正服务可能存在的风险,对于矫正机构理性设计项目方案、稳步控制规模、严格实施监管有重要意义。

根据实践中已出现的问题和公共服务市场化发展较早的国家的经验,购买社区矫正服务存在如下风险:

#### 1. 腐败风险

购买社区矫正服务是政府从公共财政中划拨经费用于社区矫正服务。这部分经费中大部分将支付给选定的社会组织,用于开展各种社区矫正服务。如果缺乏有效监管,这个过程即可能产生腐败和私人垄断问题。由于我国开始购买社区矫正服务试点较晚<sup>①</sup>,到目前为止问题尚未显露或引起关注,但招标选择社会组织、制定项目、年终评估与考核中均可能产生腐败。事实上,在公共服务市场化出现较早的西方国家,一些项目承包权的授予上也出现了权力寻租的案例,成为公共服务市场化运动的反对者诟病的口实。1989年美国联邦住房与城市发展部出现权钱交易丑闻,该案使纳税人损失近60亿美元<sup>②</sup>,尽管该案并未发生在社区矫正领域,但也给社区矫正领域正在进行的市场化探索敲响了警钟。

#### 2. 伦理风险

社区矫正服务是公益性的,社会组织参与社区矫正不应以营利为目的,公益宗旨与市场机制追求利润最大化是相悖的,而“购买服务”以“付酬购买”为基本特征,“购买”可能影响参与者的崇高感,也可能影响公众对参与的社会组织的信任度,从而影响社区矫正的社会评价。公共服务市场化中的伦理风险不可低估,特别是在我国经历的多项公共服务市场化失败之后,如教育产业化、医疗市场化,人们对公共服务市场化的运作,无论是企业还是非营利的民间组织具体执行都有一定程度的戒心。在这种背景下,社区矫正服务市场化能否为人们所接受,有待时间考验。

#### 3. 过度市场化风险

尽管公共服务市场化自20世纪90年代后就不再是个新鲜话题,不少国家的尝试也取得了不菲成绩。但在这些国家,公共服务的市场化是有边界的,服务内容、项目、监管及与此相关的配套法律法规都构成对公共服务过度市场化的钳制。如在美国,公共服务中的核心职能是不能市场化的<sup>③</sup>。为此,作为新尝试的改革,目前我国尚无相关法律约束,对于社区矫正中哪些内容不可市场化,各试点地区也是摸着石头过河。目前有些地区将矫正对象行为监控交由电信运营企业管理,也有的是通过与生产技术跟踪设备的企业合作,也有的是司法局通过定位手机设备自行监控。类似监控措施,由于涉及对罪犯人身的监控,涉及社区安全,也涉及行刑人的隐私,是否能够市场化,市场化过程中如何保障权利尚待研究。

#### 4. 供给匮乏风险

社区矫正服务不同于一般的公共服务,强专业性阻遏了一般性社会组织对社区矫正工作的参与。寻找合适的社会组织承担社区矫正项目在一些地区十分困难,能够承接的服务项目的内容也十分有限,这是服务供给匮乏的风险。这是在我国尚未大规模推广购买社区矫正服务这一背景下,如果大规模推广,势必会出现两种情况:一是有承接社区矫正服务能力的社会组织匮乏,造成事实上无法推广;二是不具备社区矫正服务生产条件的社会组织仓促承接,影响社区矫正服务质量,这种风险来自于我国社会的自我组织能力欠缺。尽管这些年我国政府一直把富民作为一项重要政策,事实上国民的财富增长也较快,社会财富的增长速度很快,但由于缺乏组织,社会上充沛的财富、技术,特别是人才资源不能有效组织起来,造成社会缺乏公共服务供给能力。社区矫正服务这种专业性强的服务内容更是如此。

#### 5. 监督不力风险

监督不力的风险可能发生在购买社区矫正服务的许多阶段。首先是招投标阶段,由于我国社

<sup>①</sup>参见阮占江:《湖南创推政府购买社区矫正社会服务初显成效》:“2014年,湖南在全国率先开展政府购买社区矫正社会服务工作。目前全省已有123个县(市区)共计投入购买社区矫正社会服务资金2900余万元,向社会组织购买服务7大类126项,购买岗位989人。”法制网:[http://www.legaldaily.com.cn/government/content/2017-06/02/content\\_7189615.htm](http://www.legaldaily.com.cn/government/content/2017-06/02/content_7189615.htm)。最后访问日期:2020年11月5日。

<sup>②</sup>宋世明:《美国政府公共服务市场化的基本经验教训》,载《国家行政学院学报》2016年第4期。

<sup>③</sup>1983年里根政府修改后的《A-76号通知》中提出了公共服务合同外包的例外。《通知》规定固有的政府职能(inherently governmental function)和只有联邦政府雇员才能履行的职能(should be performed only by federal employee)不能对外承包。由于“固有政府职能”边界过于模糊,美国联邦采购政策局1992年发布的《92-1号政策函》(Policy Letter 92)采用类似“负面清单”的方式,列明不允许外包的19项“政府固有核心职能”,未列入的属于可以外包的事项。参见宋世明:《美国政府公共服务市场化的基本经验教训》,载《国家行政学院学报》2016年第4期。

区矫正购买服务尚未建立公开、公平、公正的招标和投标制度,也没有严格的审计制度,公共服务市场化中的招投标活动取得预想目标的较少。“据国家有关部门对78个国家项目稽查发现,其中真正实行公开招标、投标的只有5%,而95%的项目招标失灵”<sup>①</sup>,缺乏有效监督,没有真正公开招投标,就很难避免“黑箱操作”,也就无法选出最有实力的社会组织。其次是合同履行期间,对社区矫正活动开展情况进行同步监督,有助于动态把握每一个社区矫正对象的矫正状况,这也是行刑个别化的要求。但目前由于矫正机构人员专业化水平、敬业程度甚至工作人员数量均不能满足要求,对矫正活动过程进行动态监督事实上是很难做到的<sup>②</sup>。动态监督不力可能导致矫正计划实质流产或不能实施到位,投入的资金和设备闲置等浪费资源的情形。其三是年终总考评阶段,年终考评在社区矫正中一般是社区矫正机构根据合同的约定在固定时间对年度合同履行情况进行考核、评估。但目前缺乏专业的评估机构,矫正机构的评估既不专业也不严谨,也为监督不力埋下伏笔。

监督不力出现的原因可能是:第一,矫正机构事实上可能缺乏能力对社会组织提供的社区矫正服务项目进行有力监督;第二,基于腐败或者懈怠,矫正机构工作人员可能不认真监督;第三,利益关联,选任社区矫正由于承接社区矫正服务的社会组织的选任是社区矫正机构确定的,利益上的一致性可能导致其并不认真进行监督。

#### 四 “购买服务”风险防范路径

购买社区矫正服务可能出现多种性质不同的风险,有文化风险、市场风险、道德风险,防范这些风险也需要不同的路径和措施,而这其中的关键和根本是制度化。所谓制度化,是指以正式的法律制度将购买社区矫正服务确定下来,通过完整、健全的法律制度来保障、规制购买社区矫正服务实践。我国关于购买社区矫正服务的制度资源仍十分不足,《社区矫正法》第40条授权社区矫正机构通过公开择优购买社区矫正的社会服务。2013年《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》和司法部、综治办等六部门2014年《关于组织社会力量参与社区矫正工作的意见》中对社区矫正机构积极引导社会力量购买社区矫正社会工作服务作出了指导性规定,但规

定过于原则,缺乏详尽的操作性的规范。应当说,目前的规定仍无法防范购买社区矫正服务可能带来的风险。我们认为,进一步的规范应从三个方面着手。

##### (一) 主体资格限制

法律明确规定承接社区矫正服务的社会主体的资格,是为了确保承接社区矫正的主体能提供高质量或者至少说是符合要求的服务。对服务主体资格提出要求,也是确立该领域的服务标准,对于提升服务质量、明确服务内容有重要意义。目前的实践是,各地区社会条件不同,社会组织发展程度不同,矫正机构根据本地区的实际情况所设定的社区矫正项目也不相同。法律如何设定承接社区矫正服务提供者的条件,必须考虑如下两个因素:(1)以非营利性社会组织为主。毕竟是刑罚执行,为减少伦理成本,应当在大部分领域限制企业承接社区矫正服务。当然,极个别对技术要求高,一般社会组织难以达到的专业领域,才可以在严格把关的前提下由企业承担,如对需要严格管控的特殊矫正对象的一定级别的技术监控。(2)承接主体必须具有相应的专业能力。如承接教育服务的主体,应当具有办教育的相应资格;承接心理辅导服务的主体必须有相当数量具备相应资格的心理咨询师。

##### (二) “市场化”界限的划定与固有核心职能“负面清单”

为“市场化”划定界限和制定固有核心职能“负面清单”,是为了防止矫正服务工作的过度市场化。社区矫正具有刑罚性,与惩罚、监管有关的矫正内容不应当交给社会。笔者认为,为“市场化”划定边界,应当遵循如下原则:

第一,矫正机构责任兜底。这是指矫正机构对社区矫正承担最终责任,社会力量可以参与到社区矫正中来,提供相应服务和帮扶,减轻矫正机构的压力,或者完成矫正机构无法提供的服务,但社区矫正责任始终属于矫正机构,而非社会参与主体。矫正总体质量控制、矫正效果、矫正对象再犯罪等,最终承担责任和后果的是政府的矫正机构。即尽管一些矫正服务可以通过“购买”的方法向矫正对象提供,社会力量在其中承担相应的权利和义务,但矫正机构不能由此推卸责任,他们对社会参与主体提供的社区矫正服务的服

<sup>①</sup>唐晓阳:《“入世”给中国行政管理带来的影响及对策》,《地方政府管理》2000年第1期。

<sup>②</sup>刘政:《社区矫正的惩罚功能重塑与惩罚机制重构》,《法学论坛》2019年第6期。

量、数量、进展、效果必须进行严格监管。

第二,规则制定权归属矫正机构。这是指除法律法规之外,矫正机构有权为保证参与社区矫正主体依法向社区矫正对象提供合格的社区矫正服务而制定相应的规则。规则制定权是专属于政府矫正机构的权力,参与社区矫正的社会主体无权制定或创设规则。矫正机构可以通过合同,也可以通过制定服务规章或实施细则来创设规则。参与社区矫正的社会主体不履行合同约定的义务,或者不遵守矫正机构创设的规则,可能承担合同责任;严重违反规则,造成严重后果的,还应承担相应的行政、刑事责任。

第三,“固有核心职能”去市场化。这是指社区矫正中的固有核心职能不能通过“购买”等形式市场化,固有核心职能只能由政府社区矫正机构来完成。尽管从性质上看社区矫正具有复合性,但究其根本仍是一种刑罚制度,而刑罚的根本目的一是惩罚(制裁),二是预防。作为实施社区矫正的核心机构,其根本职责有两个:一是对社区矫正服刑人员实施法律规定的刑事处罚;二是有效维护公共安全。而与这两个职能紧密相关的社区矫正工作不能“市场化”。

国外对于确定公共服务市场化边界采取的是“负面清单”管理<sup>①</sup>,即列举“政府固有核心职能”,以避免政府职能被不恰当地外包。根据我国相应法律法规及国外相关立法和实践经验,笔者认为,社区矫正机构应当自行承担而不能外包的社区矫正职责包括:

(1)为保证社区安全而对社区服刑人员进行入矫前的调查和危险性评估,以确定监控级别;

(2)会同社会力量,针对各个矫正对象的情况及风险评估情况制定矫正计划,并监督矫正计划的具体实施;

(3)对矫正对象进行考核,并根据考核结果实施奖惩;

(4)确定并监督社区服刑人员从事某种或某几种社区服务和社区劳动;

(5)对社区服刑人员的社交活动进行监督和记录;

(6)对参与矫正的社会主体的社区矫正工作进行指导和监督。

除了以上属于政府矫正机构固有职责的内容不能外包以外,社会参与主体能承接的社区矫正主要包括:

(1)组织及实施对社区服刑人员的文化、法制、技能教育;

(2)组织、参与、实施对社区矫正对象的帮扶。包括特困救助、工作技能帮扶、重新安置、法律援助和法律咨询、对矫正对象家庭的帮助等;

(3)心理咨询和辅导服务;

(4)其他服务类项目。

### (三)供方缺陷和需方缺陷的弥补

政府购买公共服务可以多种形式进行,从我国实践看,主要有合同制、直接资助制、项目申请制等。而其中又以合同制最为典型,它是政府与社会组织签订服务合同,根据合同约定购买者向承接服务的社会组织支付费用,由社会组织完成合同约定的服务内容<sup>②</sup>。我国社区矫正实践中以合同制居多,此处以合同制为例探讨如何弥补社区矫正社会服务市场化天然存在的两种缺陷。

理论上说,“购买服务”这一公共服务市场化方式天然地存在两种缺陷:一是供方缺陷,二是需方缺陷。供方缺陷是指缺乏一个充分竞争的公共服务生产者市场,只有少数高度专业化公司才符合竞标条件<sup>③</sup>。供方缺陷可能导致服务缺乏标准,需方无法或者很难评估供方服务质量,或者很难提出更高的服务质量要求。需方缺陷包括:当需方对其所需要的公共服务质量、标准不是十分明确时,则不可能形成充分的竞争性市场,导致需方对供方的依赖,淡化了卖方与买方的竞争性,不利于服务质量的提高。购买社区矫正服务过程中供方缺陷和需方缺陷都十分明显。由于我国社会组织发展不充分,能承接社区矫正服务的社会组织少,像上海新航社会服务总站这样能提供系统化社区矫正服务的社会组织就更少,在欠发达地区这一情况尤为明显。“非竞争性”招标在多数地区成为常态,这显然无法实现效率、效能的最大化。

另一方面,由于社区矫正在我国试点时间不长,由司法行政机关接替公安机关负责管理社区矫正服刑人员时间短,经验积累也不足。新开展的矫正服务内容对于司法行政机关特别是目前负责社

<sup>①</sup>宋世明:《美国政府公共服务市场化的基本经验教训》,《国家行政学院学报》2016年第4期。

<sup>②</sup>直接资助制是政府对于承担公共服务职能的社会组织给予相应的资助。项目申请制是政府设定特定目标的专项项目,并面向社会公开招标,由招标者根据项目要求提供服务。

<sup>③</sup>宋世明:《美国政府公共服务市场化的基本经验教训》,《国家行政学院学报》2016年第4期。

区矫正的司法所而言更是全新的内容。作为需方,如何设立社区矫正服务标准,如何评估服务质量,如何设定服务的具体目标,社区矫正机构及其工作人员也并不了然。这就可能导致服务履行完全被提供服务方主导,矫正机构的监管、管理职能无法发挥,购买的矫正服务质量无法保障和提升。

针对“供方缺陷”,为预防购买社区矫正服务中“非竞争性”带来的问题,首先,应当严格招投标程序,尽量做到充分选择、严格把关。其次,在无法保证竞争性的情况下,社区矫正机构应当努力帮助承接服务的社会组织成长和成熟,这种帮助包括对该社会组织直接资助,用以提高该组织矫正服务能力;也包括通过监管矫正服务,促使其社会组织自身发展。

“需方缺陷”在我国社区矫正领域也十分明显,长期得不到矫治将导致矫正机构对社区矫正失去监管力。克服“需方缺陷”的办法是加快社区矫正服务的标准化建设,如心理辅导中的心理评估、辅导方式、频度、效果等。应举全社会之力,尽快制定社区矫正心理辅导服务标准,帮助各地方矫正机构(特别是偏远地区、经济欠发达地区的矫正机构)制定购买服务合同、定期或不定期评估和监管建立行之有效的评判依据。

## 结语

“购买服务”意味着社会力量以组织化的方式参与到社区矫正中,对其意义的理解必须结合我国社会发展状况和国家治理模式的转变等基本国情。至少在现阶段,它可能是解决我国地区、城乡社会发展不平衡问题唯一行之有效的径路。从整体来看,我国大部分地区的社区矫正发展面临“民间不富足”与“国家缺投入”、“慈善文化缺乏”与“国家管控过严”同时存在的问题,“有偿但不盈利”模式是平衡国家和社会投入与收益较为可行的办法,通过国家与社会组织的合作,以最低的成本实现社区对罪犯的矫治。

当然,“购买服务”仍存在诸多问题和风险,供方缺陷和需方缺陷在许多地区将不可避免地存在,解决问题之道是构建严密的制度,通过制度将服务标准化,以此来克服供方缺陷可能产生的服务质量困境,以及由于需方缺陷而产生的监督不力。但另一个理论难题亦随之而来,刑罚个别化要求对不同的矫正对象实施不同的矫治措施,标准化显然与个别化要求相悖,如何平衡标准化与个别化的关系,将是另一个值得研究的问题。

# On Risks of Government Purchasing Service in Community Correction and Its Prevention

LI Rong & ZHU Qian-hui

(School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

**Abstract:** “Purchasing services” is a way for social forces to participate in community corrections and an organized way of participation. The significance of purchasing community corrections services for the practice of community corrections in China is to make up for the lack of state investment, separate the provision of community corrections services from production, so that community corrections institution can truly become the supervisors and persons in charge of service quality, and standardize the national community corrections services as well as promote the settlement of the problem of balanced development of community corrections. Of course, there are such risks as corruption, ethics, excessive marketization, lack of supply and ineffective supervision in purchasing community correction services, which should be prevented through the system. So, it is necessary to restrict the qualifications of social organizations that undertake community corrections services, delimit the “marketization” of community corrections services, build a “negative list” system for the inherent core functions of correction institutions, and actively compensate for the “marketization” defects.

**Key words:** community correction; social forces; purchasing services; systematization

(责任校对 朱春花)