

# 论政府在慈善活动中的法律定位及制度完善

谭 赛

(湖南师范大学 法学院,湖南 长沙 410000)

**摘要:**在慈善活动中,政府的定位应当是慈善事业的适度推动者和慈善活动的有效监督者。从慈善事业的适度推动者出发,我国现行慈善捐赠体制应建立突发公共事件慈善调控平台,弱化政府募捐主体资格,完善政府购买慈善服务制度。从慈善活动的有效监督者出发,政府应联合多部门进行全方位监督,与社会第三方监督机构合作,建立慈善公益诉讼制度。

**关键词:**慈善组织;政府;法律定位

**中图分类号:**DF391

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5092(2021)04-0031-04

## 一、政府在慈善活动中的定位偏差与矫正

### 1. 关于政府定位偏差的现有观点

(1)政府系募捐主体的定位偏差。有学者认为,2020年1月26日民政部发布的《关于动员慈善力量依法有序参与新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的公告》中“各慈善组织为湖北省武汉市疫情防控工作募集的款物,必须统一交由湖北省红十字会、湖北省慈善总会、湖北省青少年发展基金会、武汉市慈善总会、武汉市红十字会五家机构接收”的内容,将政府视为湖北省红十字会、湖北省慈善总会、湖北省青少年发展基金会、武汉市慈善总会、武汉市红十字会五家机构委托主体,即将政府视为募捐主体的观点是错误的,与现实情况存在着偏差。<sup>[1]</sup>实际上,政府在突发公共事件中作为募捐主体参与慈善活动在我国有过多先例,且具备相应的法律依据——《公益事业捐赠法》第11条规定:“在发生自然灾害时或者境外捐赠人要求县级以上人民政府及其部门作为受赠人时,县级以上人民政府及其部门可以接受捐赠,并依照本法的有关规定对捐赠财产进行管理。”但与以往突发公共事件下的慈善募捐活动不同,此次新冠肺炎重大疫情发生后,我国政府并未开设财政专户直接接收社会捐赠款物,仅授权

湖北省红十字会、湖北省慈善总会、湖北省青少年发展基金会、武汉市慈善总会、武汉市红十字会五家机构负责专门接收。若政府在此次慈善活动中系募捐主体,那么该五家机构成了政府部门的“委托代理人”,此时政府作为与其他慈善组织处于同等地位的民事主体,便不宜限制上述五家机构之外的慈善组织接收、处置社会捐赠款物。显然,上述“委托论”的观点与《声明》中民政部门要求各慈善组织将社会捐赠款物统一交由上述五家机构的行为相矛盾。因此,将政府认定为慈善活动中的募捐主体在逻辑上无法自洽。

(2)政府系慈善活动领导者的定位偏差。有观点认为,此次新冠肺炎重大疫情下,政府实质上担任了慈善活动的“领导者”角色,但此种做法缺乏相应的法律依据。<sup>[2]</sup>目前,我国《慈善法》第30条规定:“发生重大自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件,需要迅速开展救助时,有关人民政府应当建立协调机制,提供需求信息,及时有序引导开展募捐和救助活动。”该法条仅赋予了人民政府在突发公共事件下具有建立协调机制以及引导开展慈善活动的权力,却未赋予人民政府对慈善活动的领导地位。与此同时,根据《慈善法》第8条规定:“本法所称慈善组织,是指依法成立、符合本法规定,以面向社会开展慈善活动为

收稿日期:2021-03-05

基金项目:湖南省研究生科研创新项目(CX20200484)

作者简介:谭赛(1994—),女,湖南长沙人,博士生,研究方向:民商法。

宗旨的非营利性组织。慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。”作为非营利社会组织,慈善事业的参与主体是区别于政府机构的民间组织和民间力量,不论是传统的个人行善还是现代的团体慈善,其发起主体和中坚力量都应当是“去政府化”的社会成员,否则便不是慈善救助而是政府赈济。<sup>[3]</sup>因此,政府只能适当地向慈善活动的开展提供有序引导,并在社会捐赠款物的使用上提出调配建议,但不宜直接作为领导者改变慈善组织作为非营利社会组织的基本属性——独立性。<sup>[4]</sup>将政府定位为慈善活动的领导者,以参与慈善活动的观点,有违慈善组织的民间性与独立性。

综上,将慈善活动中的政府定位为募捐主体,抑或是领导者的观点皆存在现实或者立法上的冲突,均是不当的观点。

## 2. 政府在慈善活动中之应然定位

根据我国的现实需求以及现有的立法规定,经过细致考量,本文认为政府在慈善活动中,应当担任慈善事业的适度推动者与有效监督者的双重角色,具体原因如下:

(1) 政府应成为慈善事业的适度推动者。适度推动,就是基于慈善组织作为非营利社会组织的性质,在保障其独立性的基础上,适度支持并引导慈善组织的健康发展。相比美国、英国等慈善事业发达国家,中国慈善事业起步不久,其发展尚需要政府进行一定的促进和支持。<sup>[5]</sup>因此,我国《慈善法》第九章“促进措施”第 77 条明确提出:“县级以上人民政府应当根据经济社会发展情况,制定促进慈善事业发展的政策和措施。”除此之外,还在后续立法中规定了国家对慈善事业在财税、金融等领域的帮扶制度,以确保国家对慈善事业发展的支持力度。但值得注意的是,政府对慈善事业发展的推动必须适度,若过度推动,会一定程度增加慈善组织对政府的依赖性,反而不利于我国慈善事业的发展。因此,在促进我国慈善事业有效发展的情况下,政府应当保持慈善组织的独立性,不宜直接参与到慈善活动之中,对慈善组织健康发展的适度推动者是其应然之定位。

(2) 政府应成为慈善活动的有效监管者。在保障慈善组织独立地位的前提下,政府应对慈善活动进行及时、有效地监督。仍以此次新冠肺炎疫情为例,2020 年 1 月 27 日,湖北省红十字会将被爆出将 18 000 只 KN95 口罩分配给当时的新

冠肺炎非定点医院——武汉仁爱医院,而仅分配 3 000 只口罩给定点医院——武汉协和医院,存在捐赠物资分配不合理的情况。面对群众质疑,红十字会予以回应,要求湖北省红十字会彻底整改,采取切实管用措施开展自查自纠。这场针对捐赠物资使用情况的社会监督推动了慈善活动的法定监督机关——民政部门对慈善活动的监管。尽管捐赠活动属于捐赠者对自己财务进行自由处分的活动,但若对其缺乏有效监督,导致捐赠物资被滥用以及侵占,势必会在一定程度上打击捐赠者参与慈善活动的热情,引发社会秩序的紊乱。<sup>[6]</sup>并且,慈善组织不同于公司,组织内部并不存在股东因利益博弈而产生的相互制约,大多也未设立有效完备的内部监督机制,客观上需要代表公共利益的政府对其进行监督。<sup>[7]</sup>我国《慈善法》第 92 条明确规定:“县级以上人民政府民政部门应当依法履行职责,对慈善活动进行监督检查,对慈善行业组织进行指导。”因此,政府应成为慈善活动的有效监管者。

## 二、政府双重角色下我国慈善捐赠制度的法律完善

基于政府在慈善活动中适度推动者以及有效监督者的角色定位,政府对慈善活动的促进应以间接帮助为主,同时加强对慈善活动的监督,相关法律制度也应据此设计。

### 1. 政府促进者角色下我国慈善捐赠制度的法律完善

(1) 建立突发公共事件慈善调控平台,为慈善组织提供充分有效的信息。一旦突发公共事件,民政部门可以在该平台发布事件实时信息,及时引导开展募捐和救助活动。官方认证过的账号主体(如医院、社区)可以在该慈善募捐调控平台申报上传紧缺的物资需求,经该慈善募捐调控平台核实后,由慈善组织根据平台上显示的申报需求,在调控平台上传捐赠信息,并于 48 小时内完成物资分配。而受捐助对象在领取物资后必须于 24 小时内,在调控平台上进行确认。这样一来募集与款物的分配信息完全公开透明,信息上传的实时性也避免了重复捐赠或者漏赠的情况发生,物资捐赠、分配的先后顺序以及数量也可供社会公众查阅,受捐人以及慈善组织的行为均受到慈善募捐调控平台以及社会的民主监督。除此之外,该平台的建立还能够将慈善募捐活动的自主

决定权归还给慈善组织本身,政府不干涉慈善组织对款物的募集与分配。

(2) 弱化政府募捐主体资格,为慈善组织提供公平竞争环境。在建立前述突发公共事件慈善调控平台的基础上,笔者认为除境外捐赠人要求外,政府不宜作为募捐主体参与慈善活动。原因有三:首先,慈善活动的本质系捐赠者对自己财物的自由处分行为,慈善组织募集善款并分配使用功能是源于捐赠者对慈善组织的委托,因此《慈善法》第60条明确规定了慈善组织管理费用的提取标准,而政府在突发活动中从事国家层面救助行为乃是其法定义务,这显然不同于基于自愿而进行的慈善活动。其次,《慈善法》第92条明确规定县级以上人民政府民政部门系慈善活动的法定监督机关,而自然正义原则要求任何人都不得在与自己有关的案件中担任法官,那么一旦人民政府及其部门本身就作为募捐主体参与慈善活动,将只能形成自我监督的局面,在实践层面上,会产生监督缺乏实效性的问题。<sup>[8]</sup>除此之外,就算境外捐赠人要求政府作为受捐人时,也必须建立及时且完善的新监督体系,以保证捐赠款物使用的公开、公正。最后,若政府作为募捐主体参与到慈善活动中,也会在无形之中挤占慈善组织的生存空间,在政府与慈善组织共同竞争的情况下,捐赠者往往会基于权威性的考虑选择将款物直接捐赠给政府,而不会选择慈善组织,导致慈善组织被架空,不利于我国慈善事业的长期发展。综上所述,建议弱化政府除境外捐赠人要求以外的募捐主体资格。

(3) 完善政府购买慈善服务制度,为慈善组织提供有效财政支持。除向慈善组织提供税收优惠之外,政府还可以加大购买慈善服务的力度,转变政府资金的投入方式,引入市场竞争机制。政府不仅可以向慈善组织提供有效的财政支持,使得那些小型民营慈善组织在无法通过公募获得足够生存空间的情况下,凭借特意开发契合政府专门需求的服务项目来赢得公共财政资金的注入,<sup>[9]</sup>还能够通过促进慈善组织间的良性竞争,推动慈善组织的健康发展。政府购买慈善组织服务在我国已有法律依据,我国《慈善法》第87条规定:“各级人民政府及其有关部门可以依法通过购买服务等方式,支持符合条件的慈善组织向社会提供服务,并依照有关政府采购的法律法规向社会公开相关情况。”该法条以立法的形式首

次认可了政府购买慈善组织服务的行为,但内容较为笼统,缺乏一定的可操作性和执行性。首先,没有明确服务对象,法条“人民政府及其有关部门”中提到的“有关部门”包括哪些部门?是否包括可以作为行政主体的街道办事处、事业单位、社会团体?其次,没有明确范围,“符合条件的慈善组织”具体是指哪些慈善组织?最后,没有明确服务流程,政府购买慈善服务的流程是怎样的?法律目前皆未明确进行规定,亟待完善。针对上述问题,笔者认为:在购买主体的划定上,只要是其日常活动经费由国家财政支持或者由国家财政进行保障,有义务向公众提供服务的行政主体皆可以成为慈善组织服务的购买主体。在慈善组织条件的确认上,除需要满足《慈善法》第8-12条所规定的关于慈善组织成立、运行的基本条件外,慈善组织还需要满足能够提供服务所必需的设施、人员和专业技术能力;一定期间内无重大违法行为以及法律法规规定的其他条件等。在政府购买慈善服务流程的设计上,可以参考借鉴政府采购的法律、行政法规和相关制度执行。

## 2. 政府监督者角色下我国慈善捐赠制度的法律完善

(1) 联合多部门进行全方位监督,完善政府内部监督体系。根据《慈善法》第92条之规定,我国政府对慈善组织的监督属于由民政部门负责的单一监管模式,该模式虽然可以防止各部门相互推诿,却难以达到对慈善组织全面、全程地有效监督。毕竟现代慈善涉及面广、社会参与程度复杂,其组织登记、资金募集、成本核算、税收减免等都需要进行专业化监督。尤其如今网络募捐发展迅速,各大慈善组织均在网络上设置了相应捐款渠道,要对此进行监管除了专业化的监管力量外,还需要技术支持。<sup>[10]</sup>因此,笔者认为这种由民政部门作为单一监督主体的监管模式并不能适应现代慈善发展的需求,建议整合各方专业力量,在民政部门的牵头下建立专业的包含审计、税务、网络技术、医疗卫生等部门的监管体系,才能更好地实现对慈善组织的监督。由于我国监督主体的单一,导致监督的内容和形式也较为单一。目前主要是通过《慈善法》第72条规定的慈善组织年报及财务会计报告、第95条规定的信用记录及评估内容对慈善组织进行监督,手段和内容十分有限。在建立民政部门牵头的全方位监督体系后,各部门各司其职,可以实现对慈善组织施行多方位多

角度的监督。以此次新冠肺炎重大疫情为例,除民政部门要对慈善组织的募捐活动进行实时监督外,还可以由医疗卫生管理部门对其社会捐赠款物的具体落实情况进行监督,审计部门对其善款资金的流向进行监督。

(2)与社会第三方监督机构进行合作,创新政府外部监督方式。对外,民政部门可以与社会第三方监督主体进行合作监督。与内部监督多是对慈善组织的事前或事后监督不一样,社会监督由于其非官方性质,多集中于慈善活动的事中及事后监督,监督主体以媒体、民间机构以及普通民众为主。仍以此次新冠肺炎重大疫情为例,最初对红十字会款物分配不合理提出质疑的就是社会监督主体。社会监督主体相对于政府监督而言,监督更为及时,方式更为灵活,成本更为低廉,因此具备其独特优势。根据《慈善法》第95条第2款之规定:“民政部门应当建立慈善组织评估制度,鼓励和支持第三方机构对慈善组织进行评估,并向社会公布评估结果。”可知,我国现有立法对民间机构评估慈善组织持支持态度。建议民政部门与民间机构如公益联盟等达成固定合作,委托民间机构对慈善组织开展的活动,尤其是活动的事中阶段进行监督,并对民间满意度等情况进行调研,民政部门可以将以上内容作为其考核慈善组织的重要依据,并且建立相应奖惩制度,对连续三年社会监督结果不合格的慈善组织将责令其停业整改等。

(3)建立慈善公益诉讼制度,增加政府追责的法律途径。除明确现行法律规定的监督方式外,还需强调慈善组织在做出损害社会公共利益行为后将面临的不利后果,以改变社会公众对慈善组织“有监督方法,无追究途径”的印象困局。根据我国现行《民事诉讼法》第55条规定:“对污

染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”可知,目前在我国进行的公益诉讼主要以污染环境、侵害消费者权益两种类型为主。慈善事业同样涉及社会公共利益范畴,慈善组织如存在挪用、侵吞社会捐赠款物行为的,除追究慈善组织及其负责人刑事或行政法律责任外,还可以通过慈善公益诉讼制度追回相应损失。在慈善公益诉讼制度下,若慈善组织在其活动过程中有损害社会公共利益嫌疑的,可以由代表公共利益的检察机关对此展开调查,确有损害社会公共利益行为的,检察机关可以作为代表通过公益诉讼程序追回损失。至于追回的损失,可以参考《慈善法》第18条第2款“慈善组织清算后的剩余财产,应当按照慈善组织章程的规定转给宗旨相同或者相近的慈善组织;章程未规定的,由民政部门主持转给宗旨相同或者相近的慈善组织,并向社会公告”之规定,移交给与被告组织宗旨相同或者相近的慈善组织。

### 三、结语

如今,随着公民责任意识的兴起,慈善事业作为社会财富的自愿共享机制,在我国日后社会发展的过程中地位将越发突出。如何提升慈善组织公信力,保证慈善组织健康、持续发展,已经成为慈善组织在未来发展中需要重点解决的问题。政府在保障慈善组织自身充分独立性的前提下,应对慈善组织的健康发展起适度促进作用并对其运作进行充分监督,以促使我国慈善事业能够取得长足发展。尤其是在发生重大自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件时,相关慈善活动的开展更离不开政府的指导与保障。

### 参考文献:

- [1] 金锦萍. 如何理解武汉市慈善总会 27 亿元善款上缴财政[EB/OL]. (2020-02-12)[2020-05-12]. <https://gongyi.ifeng.com/c/7u0gAl2oQMK>.
- [2] 葛云松. 民政部对慈善组织所募款物的限制应撤销[EB/OL]. (2020-02-12)[2020-05-12]. <http://www.chinadevelopmentbrief.org.cn/news-23792.html>.
- [3] 邓丽. 论慈善事业的民间性与法治化[J]. 法学杂志, 2014(9):109-116.
- [4] 高西庆, 杨海璇. 权利导向立法中的权力导向风险——《慈善法》的新视角[J]. 清华法学, 2016(6):190-205.
- [5] 赵文聘, 陈保中. 国外公益慈善监管发展趋势及对我国的启示[J]. 上海行政学院学报, 2019(6):91-99.
- [6] 高小枚. 论健全慈善监督体制与提升慈善公信力[J]. 贵州社会科学, 2017(9):75-80.