

规范慈善服务:我国慈善立法不可或缺

谢 琼

[摘 要] 慈善的实质是慈善服务,慈善价值的体现关键在于慈善服务,对慈善服务进行法律规范具有必要性和重要性。本文认为,慈善服务与募捐、捐赠一样是实现慈善目的不可或缺的慈善活动,它不隶属于慈善财产管理,也不等同于志愿服务,涉及的法律关系复杂,现阶段我国慈善事业的发展亟需对其进行法律规范;正在酝酿中的慈善立法应明确规定慈善服务的概念、定位、原则、内容与分类、提供方式、标准与流程以及志愿服务等,为我国慈善事业的健康发展提供规范与法律保障。

[关键词] 慈善服务;慈善法;慈善立法

[中图分类号] D035 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1006-0863(2015)06-0068-05

一、问题提出

慈善事业是社会成员自愿无偿捐赠财产或者提供服务,自行或者以慈善组织为载体,帮助人们摆脱生活困难或促进社会发展进步的社会事业。从现代慈善事业的运作过程来看,慈善服务与募捐、捐赠构成了慈善活动的完整链条,其涉及的主体包括捐赠人、慈善组织、受益人与政府等。与募捐、捐赠两个环节相比,慈善服务直接面对受益人,是慈善活动的目标指向,也是慈善价值的具体体现,还是考核、评估、监管整个慈善事业的重点所在,涉及的实践内容非常丰富,需要调整的法律关系比较复杂,是募捐与捐赠以及慈善财产管理等无法涵盖的。然而,目前,学界、实践界和法律法规对募捐和捐赠关注较多,对慈善服务关注明显不够,均没有对慈善服务做出准确的界定。人们多将“慈善服务”视同于“慈善”、“慈善项目”或“慈善活动”,也有人笼统地将慈善服务理解为慈善组织提供的所有服务,还有人认为“慈善服务是一种准公共产品,各种非政府组织或个人提供慈善服务可以看成是市场与政府之外的第三种配置方式”等。^[1]在地方已经出台的慈善法规中,只有《宁波市慈善事业促进条例》采用了慈善服务的概念,并对提供慈善服务的流程、标准及其它事项进行了专章规定,《江苏省慈善事业促进条例》采用的则是“慈善救助和服务”的概念,但这两个地方条例

也没有明确界定什么是慈善服务。

那么,慈善服务到底为何物?我国慈善法律是否应该对其进行规范?应该如何规范?提出这些疑问,正值我国慈善立法进入关键时期。与以往不同,此次开放立法吸引了众多学界及实践界人士参与,至今已公开提出七个建议稿,甚至更多,但在已公开的版本中,关注多的还是款物的募捐与捐赠,述及慈善服务的依然寥寥无几。即使在已经认识到慈善服务的重要性和不可或缺性的各界人士中,也鲜有能画清其五官和筋骨者,其“神秘面纱”亟待揭开。笔者试行文之,以期对慈善立法者有所启发。

二、慈善服务的理论分析

慈善服务是由慈善组织或其他主体在慈善活动中使用慈善资源、直接服务于社会或受益人、以实现慈善目的的活动。慈善服务具有以下鲜明特点:

(一) 慈善服务与慈善资源募集共同构成慈善活动的完整过程链条

从整体上看,慈善活动的进行主要有两个步骤:资源募集和服务提供,前者是包括募捐、捐赠在内的慈善资源开发系统,而后者是慈善资源的利用和服务递送系统。^[2]慈善服务便是慈善资源利用和服务递送系统的统称,是慈善资源募集后,由慈善组织或其他慈善主体使用慈善资源、服务于受益人或社会、以实现慈善目

作者:谢琼,北京师范大学中国社会管理研究院研究员、博士,北京 100875

的活动,可以由慈善组织提供,也可以由第三方提供。一般说来,受法律规制的慈善活动涉及四个主体:捐赠人、慈善组织及其受托人、受益人以及政府(见慈善活动过程图)。其中,捐赠人,作为自然人或法人,通过主动捐赠或被劝募向慈善组织捐赠(直接捐赠给受益人或通过其他主体捐赠不能享受税收优惠);慈善组织接收捐赠后,由自身或其选定的受托方向受益人提供各类慈善服务,最终实现慈善目的;政府在慈善活动中主要起三个作用:管理、监督和促进。无论通过何种方式募集慈善资源,没有慈善服务的递送,慈善活动就未完成,捐赠人的慈善意愿就不能实现。由此可见,提供慈善服务才是慈善活动的本质,募集慈善资源只是慈善服务的基础。少了慈善服务,慈善活动的过程链条就是不完整的,慈善目的就会因缺少“最后一公里”而无法实现。

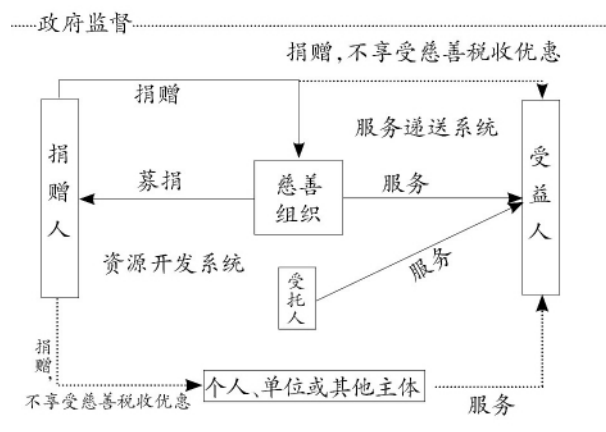


图1 慈善活动的过程

(二) 慈善服务不等于志愿服务

志愿服务是不以获得报酬为目的,自愿奉献时间和精力、体力、技能等,帮助他人、服务社会的行为。广义的志愿服务包括所有奉献劳务且不取报酬的社会服务,既包括各种特定组织、特定活动发起的志愿服务,也包括志愿者以个体形式参与的任何志愿服务。^[3] 广义的志愿服务无论是组织、个人及所提供的服务,均要超越慈善活动范畴,如大型文体活动、文化活动、展览活动,甚至一些纯粹的商业活动也会招募志愿者。因此,慈善服务包括了基于慈善目的的志愿服务,但又不完全等同于志愿服务。慈善服务仅仅是指慈善组织基于慈善宗旨而组织开展的各种慈善项目或提供的服务,慈善组织可以招募志愿者参与慈善活动,但这种志愿服务是实现特定的慈善目的的需要。因此,慈善服务可以包含并充分利用志愿者的服务,但志愿服务并不等于慈善服务,志愿服务也不能包括慈善服务。

慈善法律中需要规范的不是志愿服务,而是为慈善活动提供志愿服务的志愿者,这是因为志愿者在慈善组织主导下提供的慈善服务并非特殊服务,而是完

全融入慈善组织的整个慈善服务中。志愿者是向慈善组织提供志愿服务,而不是直接向受益人无偿提供慈善服务;受益人并不是享受志愿服务或志愿者的免费服务,而是接受包括志愿者在内的慈善组织提供的所有服务。因此,在慈善服务中,需要关注的是志愿者,需要规范的核心是志愿者的行为及其与慈善组织的关系。

慈善服务中,慈善组织与志愿者构成一层法律关系,慈善组织与志愿者共同与受益人构成另一层法律关系,而志愿者与受益人并不构成特殊的法律关系。志愿者注册后受慈善组织管理并完成慈善组织安排的工作任务,承担的是与慈善组织正式员工相似的责任,放弃的仅是取得报酬的权利。因此,志愿者及其志愿服务均应当纳入慈善服务中进行规范,慈善组织及其委托方应视招募的志愿者为正式员工,并保障其合法权益。如果混淆志愿服务和慈善志愿服务,割裂志愿者服务提供与慈善组织之间的关系,将不利于慈善项目的实施、慈善服务的提供以及志愿者权益的保护。

(三) 慈善服务不等于慈善财产的使用

慈善服务通常会涉及到慈善财产的使用,但慈善服务又不等于慈善财产的使用。从慈善财产到慈善服务有一个转化和承接的过程,人在这一过程中发挥着十分重要的主动性作用。慈善服务与慈善财产的使用的不同之处在于,慈善财产的管理与使用需要解决的是慈善财产性质、财务管理制度、管理成本、保值增值、慈善活动支出比例等问题,基本属于慈善组织内部活动的范畴;而慈善服务要解决的是服务的范围、种类、方式、提供流程、标准、服务提供者与接受者的权利义务以及志愿者的参与等问题,属于慈善组织的外部行为。法律对慈善财产使用的规范指向的是慈善财产,关注于“物”,而对慈善服务的规范指向的是服务,不仅关注“款物”的使用,更加关注“人(服务提供者)”的行为和对“人(受益者)”的效果。服务提供以及在服务提供过程中产生的法律关系,如慈善服务提供方与接受方彼此间的权利义务、法律责任的处置等是慈善财产管理和使用环节所不能规范的。

(四) 慈善服务涉及到的法律关系

慈善服务是整个慈善活动运行链条上的最后环节。在这一环节,至少涉及如下几种法律关系而不能被其他环节所规范:(1) 慈善服务提供者(包括慈善组织及其委托人)与受益人之间的法律关系;(2) 慈善组织与其委托实施慈善服务的委托方人之间的法律关系;(3) 慈善组织与招募的志愿者之间的法律关系;(4) 慈善组织及其委托人招募的志愿者与受益人之间的法律关系;(5) 政府与慈善服务提供者之间的关系;(6) 政府与受益人之间的关系等。在这些法律关系中,慈善

组织、受托方、志愿者、受益人彼此之间存在着独特的关系,均应当有明确的法定权利与义务。

三、慈善法规范慈善服务的必要性分析

我国现阶段慈善事业的发展,有必要对慈善服务进行法律规范。

(一) 现行法规中规范缺失,慈善服务环节漏洞百出

慈善服务是慈善宗旨和慈善目的实现的最后也是最重要的环节,与捐赠、募捐等慈善资源开发活动有密切联系,但又不是慈善立法中捐赠与募捐等章节内容所能涵盖并规范的。而目前,我国与慈善有关的法律法规,如《公益事业捐赠法》、《基金会管理条例》、《社会团体登记管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》等,都对捐赠和募捐进行了有力规范,却只从财产管理和使用的角度对慈善资源使用提出了要求,对慈善服务的规范完全空白。实践中的慈善服务提供无法可依,有的服务有税收优惠有的却无,有的服务中途改变用途而未征得捐赠人同意,有的因缺乏专业护理知识造成受益人受伤,有的提供服务时意外受伤却只能责任自负,有的透露受益人隐私甚至辱没受益人尊严,有的服务因缺少善款无法善终,等等,可谓乱象丛生。不得不提的是,正在征求意见的《中华人民共和国慈善事业法(草案)》也只把与慈善服务相关的部分内容分散到了“慈善财产的管理使用”章和“志愿服务”章,延续的还是传统的慈善思维,没有跳出“筹款慈善”的意识,更没有充分认识到慈善服务的重要性。如此的后果便是,不论现在还是将来,慈善服务提供继续无法可依,照样漏洞百出。

(二) 发展迅猛的慈善服务项目与和服务型慈善组织亟待需法律规范。随着我国社会发展形势的变化(如人口老龄化、居家养老和护理照料的成型、服务型社会的建立等),社会群体中需要服务帮助的数量会越来越多,同时,随着政府购买公共服务的逐步完善,各种慈善组织承接服务也会越来越多,提供服务的慈善组织亦会迅猛增长,因此,我国慈善事业的未来发展中,慈善服务将迎头赶上,而服务型慈善组织也将成为我国慈善事业发展的生力军。这样的发展势头,若无明确的法律规范,乱象将延续丛生,不但不能为我国慈善事业的起飞助力,反而会制约了其发展。

(三) 规范的慈善服务将为我国公共服务改革助力。在发达国家,政府和慈善组织合作紧密,慈善服务和公共服务密不可分,这得益于发达国家早期的公共服务改革。如英国早在20世纪90年代初期就开始了公共服务民营化的改革,将签订合同作为服务管理的首要机制,将“承包者陈述任务、签订合同(协议)、评估服务对象需求、服务地点的选择、服务规格质量效益的检查、服务的反馈形式”等界定为服务提供的程序,实现了服务政策从供给导向向需求导向的转变、政府机构性服务向社区性服务的转变。^{[4][5]} 公共服务民营化改革的顺利推行使得英国整个服务体系建设相对完善和规范。在我国,2013年9月,国务院办公厅发布《关于政府向社会力量购买服务的指导意见》,明确了政府购买服务的主体、承接主体、购买内容和机制等;2015年伊始,财政部、民政部、国家工商总局才联合对外公布最新制定的《政府购买服务管理办法(暂行)》,公共服务改革刚刚开始,改革的效果如何,对慈善领域的影响如何,都有待观察、有待验证。慈善立法适时推出对慈善服务的规范,一会促进慈善事业的加速发展,二也会为我国公共服务的改革助力,二者必将相映成辉。

四、慈善立法应规范的慈善服务的关键问题

鉴于前述原因,慈善法所应规范的慈善服务关键性问题应当包括:

(一) 慈善服务的界定

慈善服务是慈善资源募集后,由慈善组织或其他慈善主体使用慈善资源、服务于受益人或社会、以实现慈善目的的活动。慈善服务在资金来源、服务提供、服务对象、服务目的等多方面与公共服务、社会服务以及商业服务均有明显不同(对比详见表1):公共服务是为社会公众参与社会经济、政治、文化活动等提供保障,强调政府的服务性和公民的权利性,包括加强城乡公共设施建设,发展教育、科技、文化、卫生、体育等公益事业。社会服务是以提供劳务的形式来满足社会需求的社会活动,有狭义与广义之分。狭义指直接为改善和发展社会成员生活福利而提供的服务,而广义的社会服务包括生活福利性服务、生产性服务和社会性服务。因此,慈善服务与公共服务和社会服务有交集又有区别,与商业服务更是相去甚远。

表1 慈善服务与公共服务、社会服务和商业服务的区别

服务名称	服务提供	资金来源	服务领域	服务对象	服务目的	服务方式
慈善服务	慈善组织或其他慈善主体	捐赠、收益等	社会领域	非特定人群	慈善	非营利
公共服务	政府或受托方	财政	公共领域	社会成员	为公众参与社会活动提供基本保障	非营利
社会服务	多方	多渠道	社会领域	社会成员	社会运行与协调发展	非营利
商业服务	商家	私营	市场领域	目标客户	利润最大化	营利

资料来源:作者整理、绘制。

(二) 慈善服务的原则

慈善组织或其他主体提供慈善服务必须秉持公开、公正、公平和守信的原则,以保护社会公共利益和慈善服务当事人的合法权益。首先,慈善服务的开展必须符合法律法规及慈善宗旨的要求;第二,慈善服务的提供应当尊重捐赠人的意愿,与捐赠人有约定的,应按照约定提供服务,需要改变用途的,应征得捐赠人的同意;第三,服务提供方应当以适当的方式公开服务标准和服务流程;第四,慈善服务提供应当保护受益人的隐私,维护受益人的人格尊严和权益。

(三) 慈善服务的内容与种类

慈善服务所能涉及的领域应与一国法律允许以及鼓励的慈善领域一致,许多发达国家都以清单的方式列举了慈善活动的领域,这些领域的选定与所在国的历史、文化、传统以及立法当时国家所处的发展阶段密切相关。基于对我国国情的考虑,慈善立法可以与政府责任及社会公益的相关度为依据,将慈善服务分为以下三类:

第一类为救助类服务。救助类服务有几个明显特征:一是与政府职责紧密相关,是准政府行为;二是主要形式以款物救助为主,辅之以服务救助,如救灾、扶贫、济困等;三是时间短,甚至是一次性服务。因为此类服务具有准政府性,可被视为政府职责向社会的延伸,故应得到全面全额免税的资格。

第二类为福利类服务,如助学、养老、抚幼、助残等,是较第一类更具福利性的服务,其特征为:一是以提供服务为主;二是服务对象具有多样性,服务程度和内容不一,政府通过购买服务为其中的特困对象兜底,因此具有部分准政府性;三是服务时间不定,一般为长期服务;四是慈善组织在提供非营利服务的同时可以提供与慈善宗旨相符的经营性服务。此类服务最大的特点是提供大量照护服务,对照护人员的专业性要求较高,因此提供此类服务的慈善组织一般需要具备提供服务所必需的设施、人员和专业技术能力,人工成本较大。因此,此类服务应解决好两个问题:一是税收减免政策要区分服务种类,即要区分是非营利性服务还是经营性收入(具体可见后面“慈善服务的开展”部分);二是运行成本标准不可以与基金会等以资金运作为主的慈善组织的运行成本相提并论,应制定合理的服务标准和相应的成本标准,从而规范服务型慈善组织的运行。

第三类为一般公益类服务,如促进卫生健康、教育、文化、艺术、环境保护、科技发展等的服务。此类服务较之于前两类服务更具开放性、促进性、最具公益性,税收优惠政策可以根据不同时期、不同阶段的不同需要有所区别,以引导慈善资源在不同时期汇集于不同领域。

只有层次分明地划分慈善服务,才可以既清晰地诠释慈善服务的慈善宗旨,又可以灵活体现国家需要

的政策倾向。

(四) 慈善服务的开展

开展慈善服务是慈善组织的基本活动之一。慈善服务可以由慈善组织直接提供,也可以由慈善组织选定的受托人提供,还可以由自然人个体提供。个体提供慈善服务也应遵守一定规则,因此,慈善立法要为此提供依据,如确立提供服务的标准、流程等,以避免服务提供者因知识不足或服务不到位而造成受益人受伤,好心办坏事。对于慈善组织介入提供的服务,慈善立法需要解决的关键性问题是慈善组织如何开展慈善服务,是完全非营利式的,还是也可以存在经营性服务?

慈善组织从事经营性服务活动无疑能解决其部分资金困难,但同时也会遭受质疑:一是经营性活动是否会影响慈善组织的性质;二是经营性收入是否应给予税收优惠和财政支持?三是若给与税收优惠与财政支持,是否会导致与商业服务的“不公平竞争”?

笔者认为,为了扩大慈善组织的行善能力,慈善组织可以同时开展非营利性和经营性两种慈善服务,其中经营性服务,还应进一步区分相关与不相关服务,即服务是否与慈善宗旨相关、是否用于实现慈善目的,学理上这被称为“收入来源判定”与“预定目标判定”。被判定后的服务通过享有不同的减免税政策加以区分和规范,即非营利性活动完全免税,与慈善宗旨相关的经营性服务按其相关性大小不同程度减免税,而与慈善宗旨无关的服务则按照商业服务标准执行税收政策。政府购买慈善组织的服务本质上应是经营性服务,与其他经营性服务不同的是,所购买的服务应更具有公共性、价格更低,也应享有更优惠的税收减免政策。

还必须指出的是,慈善组织在提供服务时,并不是所有领域都能“零起点、零门槛”进入,涉及特殊的、专业性高的服务领域时,必须由相应领域的主管部门或专业机构做出资质认定,只有具备资格和相应的条件才能提供服务,如教育服务、医疗服务、康复服务、残障照护等。这样规定,旨在保障受益人权益的同时规范慈善服务市场,避免鱼目混珠的乱象。

(五) 慈善服务的实施流程

慈善立法需要规范慈善服务实施过程,明确慈善服务提供的一般程序与原则,包括服务设立、开展、变更、终止等,以便对行为双方提供具体的法律保障和维权依据。

首先,开展慈善服务,应当与服务提供方和受益人签订合约或协议,明确约定慈善服务的内容、方式、流程、标准、周期、预期效果、评估方法、双方的权利义务及违约责任等内容。合约或协议中规定的流程和标准等要遵守国家制定的相关服务标准与规程,国家没有制定服务标准与流程的,应当符合行业组织制定的相应服务标准与流程或行业规范要求。

其次,在慈善服务的提供过程中,权益相关方、政

府部门、行业组织以及社会公众、媒体等均有权利对服务的提供进行监督,以保证慈善财产使用的合法、有效和慈善服务的质量。

再次,当慈善服务的目的已经实现,或由于各种原因致使慈善服务无法继续进行的,慈善服务可以终止。因过错终止服务的,过错方应当承担相应的法律责任。有剩余财产的,应追回、退回。追回、退回的慈善财产应当按照捐赠人的意愿或近似原则处分。

(六) 对志愿者招募注册和志愿服务提供的规范

招募志愿者参与慈善活动已成为越来越重要的一种慈善方式,但慈善服务环节,志愿服务是通过志愿者参与慈善组织的活动来体现的,因此,需要法律规范的不是志愿服务的内容,而是志愿者的法律地位及其与招募方的法律关系,以及在志愿者提供服务时与受益人可能发生的法律关系。只有规范了这些法律关系,才可以厘清志愿者的权利与义务,理顺多方当事人的法律关系,将志愿者纳入规范的法治轨道。

为了规范管理与承担相应法律责任,慈善组织招募志愿者应当签订服务协议,明确规定双方的权利与义务。招募的志愿者应当实行实名注册制,注册志愿者应被视为慈善组织的工作人员,并承担相应的法律责任;慈善组织也应当向志愿者提供与志愿服务相关的技能培训和安全防护等必要培训。只有如此,慈善服务实施方与志愿者的权益才能得到公平维护,志愿者在遇到法律纠纷时才可以依法保护自己。

为了加强慈善组织和志愿者双方的风险抵抗力,慈善法还可以借鉴国外经验,鼓励慈善组织为志愿者购买商业责任保险,借助市场机制将风险转嫁给保险

公司。购买保险的费用应列入慈善组织的运行成本计算。

五、结语

综上所述,慈善服务是慈善活动实现慈善目的不可逾越的环节,是被掩盖了的慈善本质。慈善服务提供的好坏直接关系到捐赠人意愿的实现、受益人困难的解决和慈善活动质量的高低,必须受到法律的规范。规范慈善服务是慈善立法不可或缺的内容,正在制定中的我国慈善立法不能忽视慈善服务,不能避重就轻、抓小放大,而要厘清慈善的途径与目的的关系、慈善立法方法与结果的关系,从而通过立法明确慈善活动、慈善行为的规则与边界,明晰慈善活动参与者的权利与责任等,只有这样,才能为我国慈善事业的发展营造出清朗的法制环境。

[参考文献]

- [1] 吴英杰. 慈善服务供给: 第三配置的历史演进与启示[J]. 求索, 2010(1).
- [2] 席恒. 公与私: 公共事业运行机制研究[M]. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [3] 郑功成. 关于慈善事业立法的几个问题[J]. 教学与研究, 2014(12).
- [4] 王名, 李勇, 黄浩明. 英国非营利组织[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2009.
- [5] 谢琼. 国外慈善立法的规律、特点及启示[J]. 教学与研究, 2014(12).

(责任编辑 陈 飞)

Charitable Service: How Does China Charity Law Regulate It?

Xie Qiong

[Abstract] The essence of charitable activity is to supply charitable service. The value embodiment of charitable activity depends importantly on charitable service. So regulating charitable service by laws and edicts is significant and necessary. This paper points that, to realize the aim of charitable activity, charitable service is indispensable, as well as raising money and donation. Charitable service is neither included in management of charity property, nor equal to voluntary service. Its related legal relationships are various and complicated. It is urgent to regulate charitable service explicitly for China charity development at present. Consequently, the coming China Charity Law has to define the concept of charitable service, identify its legislative orientation, regulate its principles, contents and classification, and stipulate its ways, criterions, procedures and voluntary services. All of these will benefit to the sound development of charity in China.

[Keywords] charitable service, charity law, legislative orientation, charitable legislation

[Author] Xie Qiong is Professor at China Academy of Social Management, Beijing Normal University. Beijing 100875.