

立体监管：我国慈善事业发展的理性选择

谢 琼

(北京师范大学, 北京 100875)

摘 要 慈善事业建立在社会捐献基础之上, 是十分有益的社会事业, 也是社会治理机制的重要组成部分。在慈善事业发展滞后却又广受质疑的背景下, 完善监管制度具有必要性和紧迫性。本文基于公共治理理论分析了目前我国慈善监管存在的问题, 提出慈善监管要坚持依法监管、规范监管和适度监管原则, 主张建立政府部门、行业组织、利益相关方、第三方机构及社会公众等多元共同参与的立体型监督体系, 真正把好登记关、公募关、税收减免关并严惩违法行为。

关键词 慈善事业; 立体监管; 公共治理; 理性选择

中图分类号 C912.2

文献标识码 A

文章编号 1008-9314 (2015) 04-0073-05

DOI:10.14063/j.cnki.1008-9314.2015.04.041

一、慈善监管的治理基础

我国有着悠久的慈善历史与文化, 但步入现代慈善发展轨道较晚。当前, 中国慈善事业正处在从传统慈善向现代慈善的转型时期。在这一特定时期, 中国慈善事业发展既面临传统监管规则式微甚至失效, 同时还面临现代慈善监管体系不完善所带来的监管真空。

慈善是一种特殊的利益分配与资源配置方式。自古以来, 慈善都是政府在社会领域实施治理的延伸和有效补充。上个世纪七八十年代以来, 打破单一行政主导, 以系统化思维为指导, 以服务为中心, 强化政府与社会之间的协作, 建立整体性、系统化、多元化和协同性的公共事务治理新模式为政府治理能力的提高提供了一个新的途径, 也为包括慈善资源在内的社会资源的开发和利用提供了空间和借鉴。

(一) 各种治理失灵产生监督的必要性

一般说来, 受法律规制的慈善活动主要涉及四个主体: 捐赠人、慈善组织、受益人及政府。这四个主体及相互间均存在“失灵”问题: 政府干预会引发

一系列非效率性资源分配, 产生政府失灵; 慈善组织因其固有的缺陷, 也会出现“组织失灵”或“志愿失灵”;^[1] 而信息不对称的存在, 又使服务提供者的投机行为不会因彼此签订了合约而被遏止, 从而出现“契约失灵”;^[2] 不但如此, 每一种失灵现象的出现还会加剧其他失灵。正因为四大主体均可能存在失灵现象, 它也决定了社会组织在弥补政府失灵和市场失灵方面有存在价值, 而政府则可以为慈善组织失灵提供必要的支持和帮助。因此, 慈善活动必须要受监督, 且监督应具有相互性。只有监督到位, 各方主体法律意义上的权利才能得到保护。

(二) 多中心主义产生多元监管的有效性

多中心理论认为, 参与公共治理的主体是多元化的。政府只是多个治理主体之一, 更多地扮演了一个中介者的角色, 即制定多中心制度中的宏观框架和参与者的行为规则, 同时运用经济、法律、政策等多种手段为公共物品的提供和公共事务的处理提供依据和便利。这意味着政府角色、责任与管理方式的转变。同时, 自主治理是与国家、市场并存的一种治理形式, 其基于内部共同利益的决策效率往往较高。^[3] 在多元

本文是在作者先期完成的慈善监管立法专题研究报告基础上修改而成的。该专题报告曾提交全国人大内务司法委员会《慈善事业法》起草小组与民政部, 其摘要亦报送国务院分管领导并获得批示。

收稿日期 2015-06-07

作者简介 谢琼, 女, 北京师范大学中国社会管理研究院、社会学院研究员。

参与的公共治理中,基于利益考虑,治理主体的各方都存在利己主义行为,但如果各方能相互监督和协同,并充分发挥己方优势,共同治理的最优效果便会实现。

(三) 系统理论要求监管的全方位性

霍斯曼的社会系统理论认为,组织包涵内在、外在的环境系统,两者相互依存、交互影响。慈善事业是一个复杂的系统,涉及主体多样、利益繁杂,因此要求其监管体系也应是一个复合系统。这个监管系统,既要监督慈善组织也要监督其他主体的慈善行为;另一方面,还要统合好法律监督、行政监督、社会监督等多种方式和手段。只有对慈善组织进行全方位、多角度的系统化监管,才能保证监管的科学性和有效性。

此外,公共治理理论还强调,治理依据不仅包括国家立法,还包括社会共同体形成的规则甚至不同主体之间的协议等;同时,所有治理主体都应当权责一致,确保没有权力不受监督,没有权利不受救济,也要依法承担违法责任。而治理方式的选择应在建立综合性成本-收益分析的基础上,非强制方式优于强制方式,协商解决优于单方强制,自治优于他治。

二、我国慈善监管存在的问题

目前我国慈善事业发展的监管制度还存在许多问题。

(一) 缺乏有效的法律依据

目前,我国慈善监管主要依据《公益事业捐赠法》与《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》三大条例及其他相关法律法规进行,并无专门的监管法规。现行法规中,《公益事业捐赠法》的调整范围局限于捐赠环节,无法约束募捐、服务等慈善活动的其他环节;^[4]而三大条例出台于20世纪末21世纪初,在日新月异的今天,其陈旧与落后显而易见,况且,在法律效力上三大条例仅归属于行政法规的范畴,权威性和约束力有限;散落在其他相关法律法规中的依据产生的监督效力更是有限。同时,现行的这些能够成为慈善活动监管依据的法规,自身还存在着严重不足,既缺乏系统性、严密性和操作性,又存留有制度真空,从而给实践带来了困扰,亦不足以有效监管慈善领域。

(二) 重登记、轻过程,严进宽管

受传统思维方式困扰,我国目前的慈善监管模式

还是“重登记、轻过程”,即注重慈善组织的成立登记,而将慈善活动的其他环节几乎排除在监管之外。监管的工作方式往往是“事后被动处理”,而非“全程动态检查”,监管的工作模式则是“运动化整治”,而非“常态化监管”。毋庸置疑,登记是慈善组织合法性的标志,登记环节需要重视。但慈善组织的“活性”却是在成立之后通过不断开展慈善项目维持的,慈善项目繁多,涉及主体广泛、环节复杂,不仅涉及到政府、慈善组织,也涉及到捐赠人、受益人、委托人与被委托人,还有志愿者的介入和公众参与等。同时,也还有许多未经登记的组织或个人开展募捐等活动,其中同样存在着失范甚至违法现象。按照奥斯特罗姆的观点,当公共池塘资源的占有者彼此间就公共池塘资源的处理和使用达成协议,并相互遵守约定时,公共池塘资源才具有可持续性。而在很少有人相信可信承诺的环境中,只要有机会,资源的占有者都会以机会主义方式行事,因此,“高成本的监督和制裁机制也许是必需的”。^[5]近几年间,我国慈善领域乱象频发很难得到有效治理的根本原因在于缺乏有效监管。

(三) 监管主体单一

我国慈善事业的监督管理向来由政府主导,且管理与监督一体,未能够调动社会力量有序参与监管,亦缺乏相应的自律机制。从目前的实际状况来看,政府监管责任过大却缺少法律规制,在执行过程中,有的监管部门自由裁量权过于灵活,不作为、乱作为现象、缺位、错位和越位现象共存。2010年7月29日,民政部会同五部委发布《青海玉树地震抗震救灾捐赠资金管理使用实施办法》,要求慈善组织汇缴善款的举动招致了10多家全国性慈善基金会的明确反对。同时,因人力、财力等监管资源有限,监管主体单一必然造成监管不力,有些领域和环节甚至还存在监管真空。2011年,郭美美冒用红十字会工作人员身份炫富,引爆公众对国内慈善组织公信力的大质疑,但中国红十字会却无处维权。类似现象在我国慈善领域实践中并不少见。随着直接注册制度的实施,包括慈善组织在内的数量会越来越多,若还延续现有监管格局,慈善事业将面临严峻挑战,更重要的是,慈善事业的社会根基将被损坏。

(四) 重管治,轻服务

目前相对单一的政府监管只强调准入管理、年检

制, 以及通过税收减免等政策来约束慈善组织, 却缺乏必要的服务。这一方面与我国政府一直以来防备甚至限制慈善组织发展的导向有关。在我国, 慈善组织在一定时期被赋予了意识形态概念, 即使后来放开了限制, 政府的防备之心也并未彻底解除, 对慈善组织的总体导向还是限制竞争的, 这在《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》等政策法规中都有体现, 例如, 慈善组织的设立条件较高, 禁止民办非企业单位设立分支机构等。另一方面也是我国慈善组织长期行政化运行使然。慈善组织本为社会组织, 与政府没有必然的隶属关系, 在许多发达国家, 包括慈善组织在内的社会组织是政府提供公共服务的合作伙伴, 但我国许多规模较大的慈善组织在成立之初就有政府背景, 其领导层也往往由政府部门任命, 运行模式几乎与政府部门无异, 此种体制下, 监管便成了上下级间的管治, 而非合作伙伴式的监督, 更非政府对社会的服务。行政监管也就成了主要的、最起作用的监管手段, 法律等其他手段不但欠缺, 即使有也发挥不了应有作用。

三、立体型慈善事业监管体系的构建

慈善事业的发展离不开完善的慈善监管制度, 而慈善监管是一个庞大而复杂的系统, 需要以多维视角构建包含监管主体、监管方法、监督内容等的立体的监管体系。这个系统是以实现慈善目的为最终产出的治理系统, 因此是基于一定程度自治基础上的相互融合的开放系统, 各参与主体需在自我约束的基础上相互监督。这个系统, 以法治为基础, 各个治理主体的权力、责任与义务须以法律规范为依据。对政府而言, 法无授权不可为, 但政府不是退出、弱化, 而是要打造“小政府、强政府、大社会”。^[9] 基于目前我国慈善事业发展的现状和实际国情, 构建立体型慈善监管体系如下:

(一) 监管原则: 坚持依法监管、规范监管、适度监管

我国慈善事业监管应当遵循依法监管、规范监管、适度监管的原则。首先, 依法监管。法律法规是进行慈善事业监管的唯一依据。2014 年 12 月, 国务院发布了《关于促进慈善事业健康发展的指导意见》, 这是中国慈善事业发展中的重要事件, 但政策性文件无法替代法

律, 国家需要尽快制定《慈善法》, 在法律中明确政府主管部门及其他有关各方的监管职责、监管内容、监管方式, 让慈善事业监管运行在法制规范的轨道上, 这是完善我国慈善事业监管的必由之路。其次, 规范监管。此原则强调慈善事业监管的程序性。慈善行为和慈善活动的发生与进行都有其规律性, 依此规律设置监管的关键性节点、形成完整的监管链条, 即可以促使慈善监管合理、有效地进行。再次, 适度监管。此原则强调慈善事业监管应当具有边界性。一方面, 我国慈善事业还处在起步阶段, 慈善组织本身在发展中也面临着各种各样的困难, 国家与社会需要为其营造一个宽松的发展环境, 以便充分调动社会各界参与慈善事业的积极性, 而监管过紧则容易扼杀慈善事业参与者的积极性并阻碍慈善事业的发展。考虑到慈善事业的运行既要规范有序, 又要有利于形成人人向善、人人能够行善的社会氛围, 监管过松或过紧都不利于慈善事业的健康发展, 只有宽严相济的监管制度才适合慈善事业。因此, 对借慈善之名行利己之私的现象处罚应严格, 而对参与慈善活动的行为则应适度放松管制, 支持和鼓励慈善事业参与主体在不扰乱行业发展的前提下“法无禁止即可为”, 在杜绝恶行的同时, 鼓励和保护善心、善行。

(二) 监管主体: 奉行多元协同监管

根据慈善事业参与主体的广泛性、利益关系的复杂性, 现阶段适合国情的监管制度应当是在法律规范下多方有序参与, 即构建政府监管、行业自律、利益相关方参与、社会监督四位一体的立体型监管体系。

1. 政府监管: 主管部门 + 相关部门。考虑到目前我国慈善行业组织还存有行政化倾向, 第三方评估独立性不强、专业化水平有待提高, 而理性的社会监督则因舆论生态的多元与复杂性有待培育, 同时, 政府拥有的公共权力, 有利于慈善领域秩序的维护, 并能有效地制裁慈善活动中的违法违规行, 因此, 让政府主导慈善监督是必要的, 但必须明确政府监管的责任界限。鉴于此, 我国政府监管慈善事业宜采取一部门主管与多部门配合的体制: (1) 民政部门负主管之责。民政部门是慈善组织的登记部门, 也应当是行使慈善业务监管权力的部门。其管理职能更多地体现在对慈善组织的资格认定环节, 而监督职能则更多地体现在慈善活动中的各个环节。因此, 应当明确民政部门替代业务主管部门的监督职责。(2) 财政、税

务、审计、海关等部门依法各司其职、各负其责。财政部门在慈善领域的职责主要体现在购买慈善服务以及资助、支持慈善组织发展方面,因此,财政部门有作为合作方来监督慈善活动相关组织和相关人士的权利,也有作为出资方来评估慈善活动效果的权利。同时,在慈善活动中,确认免税资格、给予税收优惠、管理公益事业捐赠票据等事项是税务部门的法定职责,这使税务部门对申请减免税收待遇的慈善组织与慈善活动具有审查的权力。审计部门对政府资助或购买服务的慈善事业收支活动,同样有依法监管的责任。此外,慈善事业涉及到教育、科学、文化、卫生、体育、环保等多个领域,这些领域的主管部门同样可以根据自己的法定职责,对相关慈善活动负有一定的监督职责,做到真正“到位”而不“越位”。

2. 行业自律: 综合性行业组织 + 分领域行业组织。慈善领域中的行业自律是慈善组织发展的根基与保证,通过立法明确规定慈善行业组织的地位,赋予其制定相应的行业规范与标准的职能是必要的。在这方面,应当采取综合性行业组织与分领域行业组织并存的格局,即法律允许慈善组织自由参与组成行业组织,既可以是综合性的行业组织,如中国慈善联合会,也可以是某一慈善领域的行业组织,如联合劝募组织、扶贫行业组织、助残行业组织等等。在我国香港地区,香港社会服务联会就是综合性的行业组织,而香港公益金则对其140多家会员组织起相应的自律作用,只有符合其规定的资格条件并提交相应的申请的组织才能成为其会员并获得其资金支持。需要指出的是,在国外,慈善行业组织还可以通过对慈善组织评级来发挥监督作用。

3. 利益相关方监督: 捐赠人 + 受益人。与慈善事业相关的利益方主要是捐赠人与受益人,它们处在慈善活动的两端,两者均享有相应的监督慈善组织与慈善活动的权力。对捐赠人而言,法律会赋予其了解慈善款物的使用情况和结果的知情权,也具有监督款物使用的权利。对受益人而言,尽管其是受助者,但仍然具有相应的监督权。受益人的监督主要表现在受助过程中是否获得了应有的援助,援助的标准、方式等是否符合相应的协议或事先的承诺,受助过程中有无受到损害的现象等。目前实践中,往往忽视受益人的监督权,而这种权利在国外是受到保护的。现代慈善与传统慈善最大的区别就在于前者施助者与受助者

是平等的,因此,在我国慈善事业立法中应当体现对受益人监督权的保护。

4. 社会监督: 第三方评估 + 媒体监督 + 公众监督。在社会监督方面,有三个方面值得重视: 一是第三方评估。即由具有合法资质、公信度好的中立第三方对慈善组织定期进行资质、财务状况、信用等级评估并予以公布,使各慈善组织对捐款的使用去向保持高度透明,这是发达国家可资借鉴的经验。二是媒体监督。包括网络及各种自媒体、报刊、电视、广播等,都可以成为监督慈善活动的公共平台。事实上,现在许多媒体对慈善活动也高度关注。对于媒体监督,首先应要求其坚守职业道德规范,不发虚假信息,不恶意炒作; 其次是媒体要为自己的报道和利用媒体发布的信息及监督行为负责。三是公众监督。一般而言,公众有权了解慈善组织及慈善活动的进行情况,可以查阅法律规定公开的慈善财务信息,这种机制可以让公众参与慈善监督。

(三) 监管内容: 组织监管与行为监管并行

慈善组织是慈善活动的核心主体,慈善监管必然要以依法登记的慈善组织为主要对象。未登记的小微慈善组织、社区或单位慈善组织以及非慈善组织开展的慈善活动,主要通过对其慈善行为的监督来履行监管职责。对慈善行为的监管是对整个社会慈善活动的普遍监管。对于未登记的慈善主体而言,监管的重点是看其有无违反《慈善事业法》规定的行为,有无损害慈善事业的行为,监管机构扮演的是整个慈善领域的裁判者角色,只有被监督对象违法违规了才依法行使加以惩治的监督权力,否则,监管机构就只是“稻草人”。组织监管与行为监管并行,以依法登记的慈善组织为主要对象,以各主体的慈善行为作为监督重点,应是构建我国慈善监管制度的合理取向。

(四) 监管方法: 重视规范内部治理和明确信息披露

通过相应的立法来明确慈善组织的组织方式、决策与执行机制等,并通过规范其内部治理来实施有效的监管。内部治理制度可以借鉴公司内部治理制度,针对不同类型法人,制定不同的内部治理机构标准。同时,慈善事业的生命在于公信力,而公信力取决于慈善事业的透明度,因此,应当明确规定慈善事业的信息披露机制,包括慈善组织的年度报告、审计报

告,募捐活动的公开透明,违法违规行为的处置等。但慈善信息公开要有层次,第一层是法律法规规定的必须公开的信息,如申请免税资格的文书、纳税申报单、组织变更信息,任何公众都有权利查询此类信息。第二类是与捐赠等慈善行为有关的信息,此类信息的公开应谨遵权利边界的原则,一是仅捐赠者有权利查询与自己捐赠相对应的信息,其他公众获得此类信息需经一定审批手续或交纳一定费用,并为获得信息的使用承担责任;二是此类信息中涉及捐赠者、受益者隐私以及慈善组织行业秘密的信息应尊重当事人意愿,不公开或谨慎公开。信息公开还应建立信息化管理系统,推行规范化的制度和流程,建立统一的信息标准。信息披露应当置于社会监督之下。

四、慈善监管的四大重点环节

基于公共治理理论下现代慈善事业发展的客观规律和我国慈善事业发展的需要,从严进宽管到宽进严管是必然趋势。降低慈善事业的准入门槛,并不意味着放松对慈善行为的监管,它只是为真正行善者提供方便,但仍然需要对整个社会的慈善活动进行全面监管,而且要抓住监管的重点环节:慈善组织登记、公募资格获得、税收减免待遇以及对违法违规行为的惩治。

(一) 慈善组织登记。取消慈善组织的双重管理体制,允许个人或组织不经登记也能够开展慈善活动是必然取向,但也要防止陷入失控状态。因此,宜将慈善组织的登记分为许可与备案两类:前者是必须经过登记才能获准开展慈善活动,后者只需在监管机构履行备案手续,一严一宽,但两者均应有明确的资格条件。在这方面,可以借鉴英美等国的经验,其对慈善事业监管通常会因慈善组织的规模、是否减免税收、是否从事营利活动等情况而有所不同。对规模大的、享受减免税收的、从事营利活动的慈善组织监管往往更严;反之,对规模小的、不申请税收减免的、或不从事营利性活动的慈善组织,则较少干预。^[1] 这种“放开一片、管住一面”的做法值得我国借鉴。

(二) 公募资格获得。明确设立取得公开募捐资格的门槛是必要的,凡向公众募捐者均须为依法登记的慈善组织并需要向监管机关报送公募方案,同时向

社会公开募捐信息,接受社会监督。否则,任何人或组织都可以任意地向公众募捐,慈善事业必会陷入混乱局面。当前网络募捐中的乱象值得高度关注,应当有所规制。

(三) 减免税收待遇。减免税收是各国支持慈善事业的惯常做法,但为了防止骗税、偷税等行为,对申请减免税收的慈善组织一般会采取更为严格的审批措施。我国需要进一步明确具体、清晰的税收减免条件与减免程序,还应当从目前的个案审批制走向统一审批制,以规范的标准与程序来替代税务机关的自由裁量。^[2]

(四) 惩治慈善领域中的违法违规行为。慈善事业的规范运行还应建立在扶正驱邪的基础之上,即必须对慈善领域中的违法行为进行惩治。凡借慈善之名行诈骗、洗钱、骗税之实的,应当依法严惩;凡损害正常慈善活动的行为都应纳入监管部门的监管范畴并予以惩罚。

总之,慈善事业是十分有益的社会事业,它作为社会财富的自愿共享机制,应当得到健康、持续发展。我国慈善事业已经进入非常关键的发展时期,这就是为慈善事业制定相应的法律规范,而合理的监管体制无疑是法律制度的重要内容。一个多方参与的立体型监管体系的成熟、定型,将极大地促进我国慈善事业步入大发展的正常轨道。

【参考文献】

- [1] [美] 莱斯特·M·萨拉蒙. 全球公民社会——非营利部门视角[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2002.
- [2] Hansmann·Henry. The Role of Nonprofit Enterprise [J]. Yale Law Journal, 1980, (89): 835-901.
- [3] [美] 埃莉诺·奥斯特罗姆. 公共事务的治理之道: 集体行动制度的演进[M]. 上海: 上海译文出版社, 2012.
- [4] 杨思斌. 《慈善事业法》及相关法律的关系处理[J]. 教学与研究, 2014, (12).
- [5] [美] 埃莉诺·奥斯特罗姆. 公共事务的治理之道: 集体行动制度的演进[M]. 上海: 上海译文出版社, 2012.
- [6] 王名. 治理创新重在政社分开[J]. 人民论坛, 2014, (7).
- [7] 谢琼. 国外慈善立法的规律、特点及启示[J]. 教学与研究, 2014, (12).
- [8] 郑功成. 关于慈善事业立法的几个问题[J]. 教学与研究, 2014, (12).

责任编辑 葛卫