

· 慈善事业 ·

论突发事件应对中政府与慈善组织的关系

——以公益募捐主体为视角

金锦萍

[摘要] 进入高风险社会以来，政府管理公共事务的复杂性陡增，对政府的应急能力提出更高要求。为尽快恢复社会秩序，法律赋予政府以特殊处置的权力，来调配有限的公共资源，以将损失降到最低限度；但是法律也鼓励社会捐赠，并且慈善组织参与突发事件应对当属其宗旨所在，使命使然。于是在突发事件应对中，一方面政府要限缩社会主体（包括慈善组织）的自由空间，另一方面慈善组织须依法依规依照章程需要开展慈善活动，两者之间的确存在冲突和张力。这一张力在新冠肺炎疫情应对中不时出现，并且不断引发舆情。本文从武汉市慈善总会 27 亿元善款上缴事件切入，回顾历次突发事件应对中政府与慈善组织之间的关系演变，以实在法上的规定来解释和评析此次事件，并提出相关完善建议，希冀为科学决策提供依据与思路。

[关键词] 突发事件；肺炎疫情；慈善组织；社会捐赠

2019 年末 2020 年初，一场因新型冠状病毒感染肺炎导致的疫情不期而至，在全国乃至全世界范围内造成重大影响。我国省一级的地方政府先后启动突发公共卫生事件一级响应，严阵以待；同时公众捐赠热情高涨，据不完全统计，截至 2020 年 3 月 9 日，仅向公众开展募捐的慈善组织共有 3720 家，接受公众捐赠达到 288 亿元，已经支出 209 亿元。^①但是其间一则新闻引起轩然大波，具体内容如下：

“武汉市慈善总会作为民政部指定的五家接收捐赠的单位之一，主要负责接收捐款和通用物资。为做好慈善捐赠工作，武汉市民政局制定《武汉市新冠肺炎防控捐赠工作规程》，制发《关于加强新型肺炎防控社会捐赠工作管理的通知》，规范应对疫情的社会捐赠管理。1 月 23 日以来，累计向社会发布接受捐赠款物情况的公告 8 期，捐赠款使用公告 2 期（涉及资金 14.35 亿元，含定向 0.47 亿元），实现全额全程公开。截至 2 月 2 日 12 时，市慈善总会接收社会捐款共计 30.226197 亿元，并于 1 月 27 日起分 4 批上缴市财政，累计划转 27 亿元。”^②

[作者简介] 金锦萍，北京大学法学院副教授，北京大学非营利组织法研究中心主任、劳动法与社会保障法研究所副所长。主要研究方向：社会法学、民商法学、非营利组织法、慈善法和信托法。

[基金项目] 北京大学学科建设项目“突发事件应对中慈善活动的法律规制”。

① 参见易善数据微信小程序截至 2020 年 3 月 9 日的信息。根据说明，这一数据包括了参与新型肺炎疫情募捐的基金会、慈善会和红十字会的官方网站和微信公众号等官方公开渠道上公示的信息，尚不包括未经上述三类机构募集和捐赠的资金。

② 参见李桥、曹静：《担使命，共战“疫”——武汉市引导社会组织助力疫情防控》，《中国社会报》2020 年 2 月 10 日。

一石惊起千层浪，争论之声不绝于耳：反对者认为此种善款划转至财政账户的操作违反了捐赠人意愿，担忧善款划拨会导致捐赠人知情权无法实现；建言者则认为即便将武汉市慈善总会所募集的社会捐赠款项划转至财政账户，也得要求政府部门专款专用，并及时公开善款使用情况的信息。其实核心问题在于：如何理解武汉市慈善总会将 27 亿元社会捐赠上缴市财政的行为？在这一行为中，政府、慈善组织和捐赠者之间是什么样的法律关系？从中也将折射出突发事件应对中政府与慈善组织之间的张力所在。为了阐述清楚这一问题，本文将系统梳理自进入 21 世纪以来我国在突发事件应对中，政府接受社会捐赠的具体情形，进而分析本次事件所反映的法律困境，提出完善建议。

一、突发事件应对时政府部门接受社会捐赠的前世今生

自进入 21 世纪以来，我国经历了多次包括自然灾害和公共卫生事件在内的突发事件。在历次突发事件应对中，事实上经历了一个政府部门不允许社会组织（包括慈善组织）擅自接受社会捐赠，逐步发展到允许特定社会组织接受社会捐赠，再到鼓励由社会组织接受捐赠并对其进行严格监管的过程。

（一）汶川地震前，政府直接接受社会捐赠，且不允许社会组织接受捐赠

在较长一段时期内，我国一旦发生自然灾害或者公共卫生事件等突发事件，一般均由以下几个渠道来接受社会捐赠：民政部作为政府部门设立救灾账号（以财政汇缴账户的方式），统一接受社会捐赠，同时还指定中国红十字会总会及其地方红十字会、慈善总会及其地方慈善会接受社会捐赠。^① 例如 2003 年为应对非典型肺炎疫情，卫生部和民政部根据国务院要求，^② 先后发布公告。卫生部的公告^③ 明确法律依据为《中华人民共和国公益事业捐赠法》（以下简称《公益事业捐赠法》），且经国务院授权接受社会捐赠；民政部发布公告明确以下内容：此次非典型肺炎社会捐赠款物由民政部门、卫生部门负责接受，中国红十字会总会、中华慈善总会也可接受。其他部门和社会组织一律不得接受社会捐赠，已接受的捐赠款物应尽快移交民政部门或卫生部门。不符合上述规定的，均属于违规行为，广大群众可向当地民政部门举报。民政部门要会同公安、工商等部门及时查处和取缔各种形式的非法募捐活动。^④

由政府部门接受社会捐赠，自然也由政府部门负责审计和向社会公告善款使用情况。此后不久，国家审计署向社会公开防治非典型肺炎社会捐赠款物审计结果，^⑤ 上述各种途径共接收社会捐赠款物 41.52 亿元（包括资金 24.42 亿元，物资折价 17.10 亿元）；截至 2003 年 7 月 31 日，已分配捐赠款物 31.66 亿元，包括资金 16.30 亿元，物资 15.36 亿元。待分配捐赠款物 9.86 亿元，

① 需要指出的是，当时民政部内设救灾救济司，所以一旦发生突发事件，根据规定均由民政部门担负这一职责。

② 参见《国务院办公厅关于加强防治非典型肺炎社会捐赠款物管理工作的通知》（国办发〔2003〕13 号）。该公告还要求捐赠工作由全国防治非典型肺炎指挥部防治组和后勤保障组进行指导和协调。

③ 参见《卫生部办公厅关于接收防治非典型肺炎捐赠事宜的公告》，2003 年 5 月 4 日。

④ 参见《民政部关于非典型肺炎社会捐赠的通告》，2003 年 5 月 7 日。

⑤ 参见《审计署关于防治非典型肺炎专项资金和社会捐赠款物审计结果的公告》，2003 年 12 月 15 日。

其中财政专户待分配捐赠资金 6.28 亿元，民政、卫生等部门待分配捐赠资金 1.84 亿元、待分配捐赠物资 1.74 亿元。同时声明，社会捐赠款物的管理使用情况是好的，未发现贪污、私分、盗窃等严重违法违规问题。尽管出现了部分捐赠款物入账或上缴财政专户不及时，但是这些问题，一经审计查出，有关地区和部门立即进行清理纠正，并及时采取措施完善管理。政府严格限制接受社会捐赠主体的这一做法一直延续到 2008 年汶川地震之前。

（二）汶川地震时，政府接受社会捐赠，同时允许特定社会组织接受捐赠

但是 2008 年汶川地震发生之后，大量基金会第一时间发起募捐活动并获得社会的广泛支持，后民政部对于宗旨和业务范围中包含有救灾减灾以及相关内容的基金会的募捐活动，都予以了事后认可。此时一个重大的背景变化在于：2004 年颁布的《基金会管理条例》确立了两种不同类型的基金会，即公募基金会与非公募基金会。民间力量兴办的基金会如雨后春笋般兴起。汶川地震发生突然且灾情非常严重，具有公募资格的多家基金会第一时间发起募捐活动，并积极开展赈灾行动。

民政部为贯彻落实国务院^①和中央纪委等五部委^②的要求，在灾情发生后不久发布公告，要求没有救灾宗旨的公募基金会若以救灾名义开展募捐活动，应经同级民政部门批准。未经批准已经开展募捐活动的公募基金会到同级民政部门补办审批手续。其他社会组织接收的救灾捐赠款物应当在公告发布后 15 日内转交给县级以上人民政府民政部门或其委托的社会捐助接收机构、红十字会、慈善会等具有救灾宗旨的公募基金会。红十字会、慈善会等具有救灾宗旨的公募基金会和经批准可以开展救灾募捐的其他公募基金会，要按照属地管理原则将救灾捐赠款物的接收和分配使用情况报同级民政部门汇总统计。^③

民政部以事后要求已经先期开展公开募捐或者接受社会捐赠的基金会补办开展汶川大地震救灾募捐活动审批手续的方法，并逐一批复同意十六家基金会开展此次募捐活动。^④同时要求这些基金会要依照有关法规政策，制定严格的工作程序，明确纪律要求，建立责任制度。接收救灾款物必须做到手续完备、专账管理、专人负责、账款相符、账目清楚，并向捐赠人出具财政部或省（自治区、直辖市）财政部门统一印制的票据。要保证救灾款物真正用于灾区、用于受灾群众。按照规定，定期向民政部报送捐赠款物接收和安排使用情况。开支的管理费用要严格执行国家法律法规及其自身章程的规定，并尽可能少提取或不提取管理费用，管理费用提取使用情况要向社会公布。要主动向社会公布捐赠款物的接收和安排使用详细情况，接受社会监督。一年之后，也就是汶川地震一周年之际，民政部发布了《关于全国接收 5.12 汶川地震抗震救灾捐赠款物及使用情况公告》，具体内容如表 1 所示。

① 参见《国务院办公厅关于加强汶川地震抗震救灾捐赠款物管理使用的通知》（国办发〔2008〕39 号）。

② 参见《中央纪委 监察部 民政部 财政部 审计署关于加强对抗震救灾资金物资监管的通知》（中纪发〔2008〕12 号）。

③ 参见《社会组织在抗震救灾中开展救灾募捐活动和接收救灾捐赠款物转交有关事项公告》（民政部公告〔2008〕第 108 号）。

④ 这十六家基金会包括：中国老龄事业发展基金会、中国宋庆龄基金会、中国光华科技基金会、中国残疾人福利基金会、中国人口福利基金会、中国青少年发展基金会、中国儿童少年基金会、中国少数民族文化艺术基金会、中华思源工程扶贫基金会、中国绿化基金会、中国光彩事业基金会、中国教育发展基金会、中国健康促进基金会、中华环境保护基金会、中国妇女发展基金会和中国扶贫基金会。

表1 全国接收5.12汶川地震抗震救灾捐款及使用情况

接受捐赠主体	接受捐赠额	截至2009年5月12日 拨付数额	备注
民政部本级	50.31 亿元	全部拨付使用	含外交部、商务部等部委及部分群团组织转交款
中华慈善总会	9.27 亿元	8.59 亿元	仅指中华慈善总会，而非整个慈善会体系
中国红十字会总会	49.55 亿元	27.61 亿元	
十六家基金会	12 亿元	6.14 亿元	
五个受灾省份	93.28 亿元	用于本省救灾	四川省、甘肃省、陕西省、重庆市、云南省
其他非受灾省份	342.85 亿元	211.72 亿元	包括北京市等26个非受灾省份和新疆生产建设兵团
中央组织部	97.3 亿元	86.91 亿元，其余“特殊党费”将继续按照规定程序由有关部门对援建项目方案进行审核后下拨	以“特殊党费”的形式
其他	5.4 亿元	余款汇缴到民政部—中央财政汇缴专户，已由民政部统筹划拨给了灾区	
总计	59.96 亿元		

由此可见，汶川地震时，全国共接收国内外社会各界抗震救灾捐款合计 659.96 亿元，其中这十六家基金会共接收捐款 12 亿元，占比甚少。但这已是很大的进步，即在政府所确定的原有渠道之外，开辟了社会组织在应对突发事件时得以开展募捐活动和实施公益项目的道路，激发了社会力量积极参与的热忱。此举获得当时社会的一致好评，取得了良好的社会效果。

尽管十六家基金会是经政府事后批准方得以接受社会捐赠和开展公益项目，但是得接受政府部门的审计，并且由政府部门向社会公开所有善款募集和使用情况。

（三）玉树地震时，政府要求社会组织汇缴善款，但及时予以纠正

2010 年玉树地震发生之后，公募基金会们沿袭了汶川大地震时的做法，积极开展社会募捐和志愿动员工作。民政部也发出通知，^①明确总计 15 家社会组织（包括 13 家公募基金会）可开展救灾募捐。^②

根据民政部所公布的数据，截至 2010 年 7 月 5 日 12 时，全国共接收青海玉树地震救灾捐赠款物 87.66 亿元，其中捐款 79.58 亿元，物资折款 8.08 亿元。其中，民政部接收捐款 24.17 亿元（含地方民政部门汇缴），中国红十字会总会接收款物 20.88 亿元（含地方红十字会汇缴），中华慈善总会接收款物 20.17 亿元（含地方慈善会汇缴），青海省直接接收款物 20.09 亿元（含

① 参见《民政部关于做好玉树“4.14”地震抗震救灾捐赠工作的通知》（民电〔2010〕49号）。

② 这十五家社会组织包括：中国红十字会总会（含中国红十字基金会）、中华慈善总会、中国扶贫基金会、中国老龄事业发展基金会、中国宋庆龄基金会、中国光华科技基金会、中国残疾人福利基金会、中国人口福利基金会、中国青少年发展基金会、中国儿童少年基金会、中国绿化基金会、中国教育发展基金会、中华环境保护基金会、中国妇女发展基金会和中国医药卫生事业发展基金会。

非灾区省区市财政援助资金 3.53 亿元), 其他基金会接收款物 2.35 亿元。已拨付使用款物 9 亿元, 包括捐款 1.13 亿元, 物资折款 7.87 亿元。

此后不久, 民政部、改革发展委、财政部、监察部和审计署曾经联合发文,^① 要求红十字会和慈善总会之外的 13 家基金会将已经募得的善款归集到青海省民政厅救灾账户、青海省慈善总会和青海省红十字会, 切实保障捐赠资金的合理配置和规范使用, 旨在弥补信息不对称导致的慈善资源配置不合理, 并力图对分散的社会捐赠资金进行规范和监管。但是要求社会捐赠归集的规定未能充分考量慈善事业自身发展规律, 在一定程度上误读了捐赠资金的法律性质。若将善款予以统一归集使用, 不仅会与《物权法》《公益事业捐赠法》《基金会管理条例》和《自然灾害救助条例》相抵触, 而且将打击慈善组织参与救灾的积极性, 损害社会捐赠的可持续性, 进而影响到我国慈善事业的健康发展。故有关部门主动及时予以纠正, 依然由各募得款项的基金会进驻玉树开展公益项目。

玉树地震后一年有余, 民政部于 2011 年 8 月向社会公告以下内容:

截至 2011 年 8 月 6 日, 民政部共接收(含各地汇缴、有关基金会转交)玉树地震抗震救灾捐赠资金 266288.75 万元, 其中定向捐款 21810.63 万元, 非定向捐款 244478.12 万元。根据《青海玉树地震抗震救灾捐赠资金管理使用实施办法》(民发〔2010〕89 号)的有关要求, 民政部已于 8 月 12 日将上述资金全部下拨青海省民政厅, 用于灾区恢复重建。根据青海省人民政府办公厅依据《玉树地震灾后恢复重建总体规划》上报的捐赠资金使用方案, 上述定向捐赠资金将按捐赠人意愿安排使用, 非定向资金将用于城乡居民住房、公共服务设施、基础设施、生态环境中灾害防治以及和谐家园中人文关怀等内容。民政部要求青海省民政厅尽快将上述捐款落实到具体项目, 定期做好捐赠资金管理使用进展情况的公告反馈工作。

可以得知, 与汶川地震时的情形不同的是, 民政部不再负责公开社会组织接受捐赠的相关信息, 而由社会组织自行根据相关法律法规公开信息。玉树地震汇缴事件以政府和民间之间的良性沟通画下完美句号, 也进一步确立了社会组织参与自然灾害等突发事件应对中的地位和作用, 而且在信息公开方面予以区分义务主体: 即政府部门和社会组织各自就自己接收(或者接受)的社会捐赠部分进行信息公开。

但是对于救灾社会捐赠的审计工作依然由政府审计部门负责, 故玉树地震(2010 年 4 月 15 日)发生后, 审计署按照要求, 部署对民政部等 3 个中央部门和 15 个社会组织、31 个省(自治区、直辖市)和新疆生产建设兵团抗震救灾资金物资的筹集、拨付、使用和管理情况开展跟踪审计。明确审计目的是促进救灾款物按要求及时到位、有效监管和规范使用, 不出重大问题, 给社会交一本明白账、放心账。审计范围主要是中央和地方各级财政安排的救灾款物和国内国际社会捐赠款物。一月之后, 审计署及时发布公告,^② 公开捐赠救灾款物审计情况: 截至 2010 年 5 月 20 日, 全国共接收捐赠款物 70.44 亿元(资金 64.11 亿元, 物资折款 6.33 亿元), 其中: 民政部和 15 个社会组织接收 36.71 亿元(含地方汇缴), 已支出 4.73 亿元用于应急抢险。全

^① 参见《青海玉树地震抗震救灾捐赠资金管理使用实施办法》(民电〔2010〕89 号)。

^② 参见《审计署关于玉树地震抗震救灾资金物资跟踪审计情况公告》, 2010 年 5 月 31 日。

国尚结存 65.71 亿元，结存的捐赠资金将按捐赠者意愿和灾后恢复重建规划安排使用。并在此后的两年内一直发布跟踪审计报告。^①

（四）雅安地震时，民政部提倡通过依法登记、有救灾宗旨的公益慈善组织和灾区民政部门进行捐赠

2013 年，雅安发生地震，民政部此次未设立公开向社会接受捐款的救灾专户，反而明确个人、单位有向灾区捐赠意愿的，提倡通过依法登记、有救灾宗旨的公益慈善组织和灾区民政部门进行。^②同时要求已开展募捐活动的公益慈善组织和接收捐赠的单位，应按照相关文件^③的有关要求，向社会公布捐赠人权利义务、资金详细使用计划、成本预算；定期公布详细的收入和支出明细，包括捐赠收入、直接用于受助人的款物、与所开展的公益项目相关的各项直接运行费用等。公益慈善组织接收的捐赠资金，要按照捐赠人的意愿、灾区应急救灾和恢复重建需求使用。应急救灾阶段应主要用于抢险救援和保障受灾群众生活需求；计划用于灾后恢复重建的，要在灾区重建规划框架内，统筹灾区需求和捐赠者意愿，承建或认建重建项目，将资金投向困难多、需求大的重灾地区。

该通知也明确了民政部门接受捐款的渠道：中央部门、单位的捐款，可通过民政部转交四川省民政厅。非灾区地方党政机关、人民团体、企事业单位和社会组织的捐款，可通过同级民政部门逐级汇缴至省级民政部门，由省级民政部门转交四川省民政厅，及时用于抗震救灾工作。同时要求在信息公开方面则遵循“谁接收、谁反馈”的原则，对于捐赠者的查询，公益慈善组织和其他接收单位，要及时反馈。重建阶段要定期公开重建项目的进展信息，主动接受捐赠者和社会的监督。

事后民政部在回应媒体采访时明确：对有捐赠意愿的组织和个人，提倡向依法登记，具有救灾宗旨的社会组织捐赠，也让大家明白哪些捐赠渠道、哪些社会组织公信力是比较好的。^④

（五）机构改革之后，政府接受社会捐赠路径不明

雅安地震之后至新冠肺炎疫情之前，全国范围内未曾发生重大突发事件。民政部门也不曾有再次直接接收和转送社会捐赠的表现。值得注意的是，2018 年机构改革，其中一个重大变化就是：民政部的救灾救济司的职能被分为救灾和救济两个部分，救灾司的职能转移到应急管理部；但是根据“三定方案”，应急管理部负责自然灾害和事故灾难，并不包括社会安全事故和公共卫生事件应对。自此，对于应对公共卫生事件，究竟由哪个政府部门接受社会捐赠，路径变得模糊，而这在一定程度上导致了此次新冠肺炎疫情应对中，政府接受捐赠与慈善组织接受捐赠之间出现了张力。

小结：由此可见，自进入 21 世纪以来，在历次突发事件应对中，社会组织逐渐获得了在自然灾害等突发事件应对中接受社会捐赠的行政合法性，而政府部门逐渐退出，至雅安地震达

① 参见《审计署关于玉树地震抗震救灾资金物资跟踪审计结果》（2017 年 7 月 29 日）以及此后的灾后重建跟踪审计报告。

② 参见《民政部关于四川芦山 7.0 级强烈地震抗震救灾捐赠活动的公告》，2012 年 4 月 21 日。

③ 此处是指《民政部关于规范基金会行为若干规定（试行）》（民发〔2012〕124 号）和《民政部关于完善救灾捐赠导向机制的通知》（民发〔2012〕208 号）。

④ 民政部：《雅安地震捐赠结束将引进第三方监督力量》，中国网：http://v.china.com.cn/news/2013-04/25/content_28658095.htm，2013 年 4 月 25 日。

到顶峰。但是，官方叙事与民间叙事却出现了分歧：2008年之后民间社会认为慈善组织得以自由参与突发事件应对，但是官方认为2008年是特例，此后也依然视其为一种尚未固定、尚在探索的、逐步形成中的惯例；2012年雅安地震之后这一分歧扩大：民间力量参与力度逐步增大，民政部不再设立救灾专户，提倡民众向社会组织进行捐赠，民政部接受体制内的一些捐赠并转交给灾区民政部门。但是在法律制度上一直未能对这一变化予以固定。直至《慈善法》颁布实施，该法第三条在规定慈善活动时将“救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害”明确界定为慈善活动，隐含着慈善组织参与突发事件应对属于法定慈善活动的范畴。但是《慈善法》对于突发事件应对中的特殊规范未能明确，而《公益事业捐赠法》及突发事件应对的相关法律法规也未能作出及时调整。正是这种认知上的分歧和修法上的滞后导致此次新冠肺炎疫情应对中，政府与社会组织在公益募捐中的角色出现了张力。

二、武汉市慈善会善款上缴财政事件的前因后果

新型冠状病毒肺炎公共卫生事件应对时，有五家机构之所以被委以重任，缘起湖北省肺炎防治指挥部和武汉市肺炎防治指挥部的通告。通告主要内容如下：

武汉市新型冠状病毒肺炎防控指挥部2020年1月23日发布的《关于接收防治新型冠状病毒感染的肺炎捐赠的公告》（第4号）确定：官方接受捐赠主体为武汉市慈善总会和武汉市红十字会，接受捐赠的物资为当前急需用于疫情防控的物资，包括：医用设备、医疗设备、试剂、药品、防护设备、消洗设备、耗材（其中口罩需求量较大）等。暂不接受与疫情防控无关的物资和境外捐赠。而且明确捐赠的款物原则上由武汉市新冠肺炎防控指挥部统一调配使用。武汉市慈善总会、武汉市红十字会将依法依规公布捐赠接收和使用情况，接受社会监督。

湖北省新型冠状病毒感染的肺炎防控指挥部1月26日发布的通告确定：接受社会捐赠的主体为湖北省红十字会、湖北省慈善总会和湖北省青少年发展基金会。当前急需用于疫情防控的物资包括：医用防护服、N95口罩、医用（外科）口罩、正压隔离衣、防护面罩、护目镜、消毒液等。暂不接受与疫情防控无关的物资。同时捐赠款物除定向捐赠外，原则上由湖北省新型冠状病毒感染的肺炎防控指挥部统一调配使用。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将依法依规及时公布捐赠款物接收和使用情况，接受社会监督。

1月26日，基于这两个公告，民政部发布了《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》（民政部公告第476号），其中明确：“慈善组织为湖北省武汉市疫情防控工作募集的款物，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、武汉市红十字会接收，除定向捐赠外，原则上服从湖北省、武汉市等地新型冠状病毒感染的肺炎防控指挥部的统一调配。外地慈善组织、志愿服务组织在疫情应对响应终止之前，不派工作人员、不发动组织志愿者进入湖北省。”

此后，海内外大量的捐赠物资向上述五个机构汇聚，并出现接收、存放和发放方面的困难，关于地方红十字会不胜其任的报道也形成汹涌舆情。于是以葛云松教授和贾西津教授等为代表

的有识之士呼吁民政部尽快撤销这一公告,^① 以便于释放民间志愿机制的活力, 助力疫情防控工作的顺利进行。舆论普遍认为: 这五家被指定机构的能力不足已经成为应急物资的“肠梗阻”, 甚至有形成“堰塞湖”的风险。因此消除梗阻, 应急物资的流通应该会畅通起来。事实上, 事情也在往这个方向积极发展: 一方面武汉市红会对于定向性的社会捐赠已经网开一面, 捐赠者可以直接与受赠方对接: 武汉市红十字会报请指挥部同意之后, 对于定向捐赠作出适当调整, 境内外单位或个人如有定向捐赠意愿, 可以直接与定向捐赠医疗机构对接, 确认后可直接将物资发往受捐单位。如有捐赠凭证需要的, 后期可凭受捐单位相关证明到武汉市红十字会办理捐赠手续。^② 另一方面, 红十字会也借助企业力量强化其物流管理方面的能力, 例如引入九州通协助其完成了捐赠物资的入库、仓储和信息录入的工作。

民间舆情刚刚消停, 因为武汉市慈善总会将 27 亿元社会捐赠款项转划至武汉市财政的消息, 导致舆情再起。反对意见认为, 将社会捐赠划拨至财政, 乃混淆社会捐赠的财产属性, 在性质上与玉树地震之后的善款汇缴事件是一致的, 应该予以及时纠正。但是若从实在法角度分析, 并不能简单得出这一结论。

三、实在法角度分析: 突发事件应对中, 政府接受捐赠与慈善组织接受捐赠并行不悖

(一) 县级以上人民政府及其部门在突发事件应对中可以接受捐赠^③

早在《中华人民共和国慈善法》(以下简称“慈善法”)颁布实施之前,《公益事业捐赠法》是规制公益和慈善事业的主要法律依据。该法乃当年为应对 1998 年华东大水灾而制定, 探索了慈善事业的初步规则, 调整了捐赠环节的法律关系, 解决了当时捐赠特别是接受境外捐赠无法可依的紧迫问题。这部法律明确规定能够接受公益捐赠的主体包括三类: 公益性社会团体、^④ 公益性非营利的事业单位^⑤, 以及县级以上人民政府及其部门。

但是法律规定, 县级以上人民政府及其部门只有在下面两种情形下方可接受捐赠: 其一, 发生自然灾害时; 其二, 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。由此可见, 县级以上人民政府可以在发生自然灾害的情形下接受捐赠。此后,《中华人民共和国突发事件应对法》(以下简称“突发事件应对法”)第 34 条也规定:“国家鼓励公民、法人和其他组织为人民政府应对突发事件工作提供物资、资金、技术支持和捐赠。”意味着在发生突发事件时, 人民政府也可接受捐赠, 与《公益事业捐赠法》一脉相承。2010 年的《自然灾害救助条例》第

① 参见葛云松:《民政部对慈善组织所募款物的限制应撤销》, 中国发展简报网: <http://www.chinadevelopment-brief.org.cn/news-23792.html>, 2020 年 1 月 30 日。

② 参见《武汉市红十字会向社会公告》(第六号)。

③ 对此, 学界也有不同意见。参见吕鑫:《政府开展慈善的正当性反思——以〈慈善法〉第三十条为切入点》,《浙江社会科学》2016 年第 12 期。

④ 是指依法成立的、以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。

⑤ 是指依法成立的, 从事公益事业的不以营利为目的的教育机构、科学研究机构、医疗卫生机构、社会公共文化机构、社会公共体育机构和社会福利机构等。

五条规定：“国家鼓励和引导单位和个人参与自然灾害救助捐赠、志愿服务等活动。”同时附则又明确规定发生事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等突发事件，需要由县级以上人民政府民政部门开展生活救助的，参照本条例执行。^①可见，政府部门在突发事件应对时，接受社会捐赠是有法律依据的。

（二）《慈善法》只调整慈善组织的慈善募捐和捐赠行为

这是因为受到《慈善法》的调整范围所限。也就是说若要规制所有公益劝募行为，应该在《慈善法》之外另行制定公益劝募的法律法规，调整所有向社会募集公益捐赠的主体及其行为规范。

《慈善法》仅仅规定了慈善组织开展相关活动的规范，但是并不调整政府及其部门接受捐赠的行为，也不调整公益性事业单位接受捐赠的行为。甚至从某种意义上而言，红十字会的公募资格和免税资格也并非源于《慈善法》，而是源于《中华人民共和国红十字会法》。^②

因此如果将《慈善法》的相关规范简单套用到政府及其部门在突发事件应对时接受社会捐赠上，有法律适用上的不当扩张之嫌疑。同时若不适用《慈善法》，并非等于政府及其部门接受社会捐赠就无法可依。

（三）政府在突发事件应对时接受社会捐赠之后的具体财产规范

尽管不适用《慈善法》，政府在突发事件应对时接受社会捐赠也要遵循相关财产规范，即《自然灾害救助条例》（该条例也适用于公共卫生事件等突发事件应对）所规定的那样：

其一，专款专用的规则。突发事件应对中救助款物专款（物）专用，无偿使用。

其二，区分定向捐赠和无指定意向的捐赠。定向捐赠的款物，应当按照捐赠人的意愿使用。即无论是政府部门接受的社会捐赠还是社会组织接受的社会捐赠，首先应该尊重捐赠人意愿，只要捐赠人的意愿合法合规并不违反公序良俗，接受捐赠的政府和社会组织都得尊重其意愿来使用捐赠的财产。因为捐赠人意愿乃捐赠得以延续的前提和基础。无指定意向捐赠根据接受捐赠的主体不同而有区分：政府部门接受的捐赠人无指定意向的款物，由县级以上人民政府民政部门统筹安排用于突发事件救助；社会组织接受的捐赠人无指定意向的款物，由社会组织按照有关规定用于突发事件救助。

其三，事后需向社会公开信息。例如上文所述，在汶川地震、玉树地震之后，民政部均向社会公开了政府部门接受社会捐赠的相关信息。

四、对本次事件的法律评析

（一）武汉市慈善总会等机构是被指定为政府接受社会捐赠的渠道，并未限制其他慈善组织自主开展慈善活动并接受社会捐赠

此次为应对公共卫生事件，根据《突发事件应对法》的规定，武汉市和湖北省分别成立新

^① 参见《中华人民共和国突发事件应对法》第32条。

^② 但是《慈善法》实施过程中有扩张适用范围的嫌疑，民政部要求红十字会若要开展公开募捐活动，也需要获得民政部的许可。

新型冠状病毒肺炎防治指挥部，这两个指挥部总共指定了湖北省红十字会、湖北省慈善总会、湖北省青少年发展基金会、武汉市慈善总会和武汉市红十字会等五家机构接受社会捐赠。那么其他社会组织是否可以接受捐赠，参与抗击疫情的活动呢？民政部对此并未进行明确限制，也没有与以往一样，以表单的方式来逐家批准若干慈善组织开展募捐活动。民政部只是重申了湖北省肺炎防治指挥部和武汉市肺炎防治指挥部的通告上的相关精神和内容，要求社会向政府部门进行捐赠的物资，统一归集到指定的五家机构，并在此基础上又增加了若干限制性条款。

因此，根据相关法律，武汉市人民政府和湖北省人民政府依法可以接受社会捐赠，而且根据法律规定，应该由地方政府授权某个特定政府部门来开设财政专户接受社会捐赠，以区别于社会组织（包括慈善组织）接受的社会捐赠。但是遗憾的是，最熟悉此路径的民政部门因为2018年机构改革之后，不再接受和转送社会捐赠，而根据法律规定，具有此职责的应急管理部门本身并不负责公共卫生事件应对，另一负责这一职能的政府部门是卫生健康委员会，但是其在接受和使用社会捐赠方面并不擅长，因此与以往由民政部门开设财政账户专门接受社会捐赠不同的是，这两个指挥部并未开设财政专户，而是直接指定五家机构接受社会捐赠。

对于这一行为的性质，只能理解为是政府委托这五家机构代为接受社会捐赠，因为政府只能明确自己接受捐赠的途径，而不能限制其他社会组织接受捐赠的途径。因为慈善组织在突发事件应对中开展募捐活动和公益项目，实乃其宗旨所在，使命使然。根据《慈善法》规定，“救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件所造成的损害”属于慈善活动，当前新型冠状病毒肺炎所导致的疫情属于公共卫生事件，故围绕防治疫情所展开的各项公益活动属于法定的慈善范畴。因此，宗旨或者业务范围中包含上述内容的慈善组织当责无旁贷。而宗旨和业务范围中不包含此项内容的慈善组织则因受到“目的限制”规则的约束而无法对此作出应对，但是也并非无用武之地。至于是否可以其非限定性资产向相关慈善组织作出捐赠，目前法律并无禁止性规定。窃以为，在常态下，慈善组织的非限定资产，也应受到慈善组织宗旨与业务范围的限制，故不宜作出超出范围限制的捐赠决定，除非该慈善组织宗旨和业务范围中有比较笼统或者写有兜底条款，指向宽泛意义上的慈善活动。但是，在突发事件应对中，则应“事急从权”，允许慈善组织将非限定性资产用于突发事件的应对。慈善组织是一个社会中以慈善为志业的组织体，担负着“启迪心灵、保有希望、维护安全和追求正义”的使命，在面对如此重大的公共卫生事件时，及时回应，就是其价值所在，使命使然。

实践证明，政府逐步意识到突发事件应对中应该充分发挥社会组织功能和作用。早在2012年，在总结汶川地震和玉树地震救灾和灾后重建的经验教训之后，民政部发布通知^①，认为中华民族素有“一方有难、八方支援”的优良传统，社会捐赠在救灾应急和灾后重建中发挥的作用日益显著，成为救灾工作的重要组成部分。随着我国社会经济不断发展和公益慈善事业稳步推进，公益慈善组织日益成熟，公民和公益慈善组织通过救灾捐赠支持和参与救灾工作的愿望和要求与日俱增，因此要着力做好救灾捐赠的组织引导工作，包括研究建立救灾捐赠需求发布制度、探索建立救灾捐赠接收机构评估发布制度、做好救灾捐赠款物使用引导工作和加强救灾

^① 参见《民政部关于完善救灾捐赠导向机制的通知》（民发〔2012〕208号）。

捐赠信息公开和社会监督等几方面工作，并强调要不断完善救灾捐赠导向的工作平台机制。

（二）政府的委托行为在一定程度上导致了五家机构的身份模糊

诚如上文所述，湖北省人民政府和武汉市人民政府及其部门在发生突发事件的情形下，可以接收社会捐赠，但是由于未直接开通财政专户，而是委托五家机构代为接受社会捐赠。如果这五家机构接受委托为政府及其部门代收社会捐赠的话，那么这部分资金事后划转至政府财政账户内专门用于此次疫情防治工作的话，也本无碍。但是由于这五家机构原本的法律属性要么属于慈善组织，要么属于人道主义救援组织，因此不排除有些捐赠者要求将财产捐赠给这五家机构由其自身直接执行项目的可能。

因此，指挥部的指定与委托在一定程度上导致了这五家机构的身份混同：即他们本身作为政府部门以外的社会组织的身份，与接受委托之后的成为政府部门接收社会捐赠渠道这两种不同身份的混同。身份混同导致的后果是：其一，捐赠者在进行捐赠时如果未明确其捐赠意愿，那么就难以确定其真实意愿究竟是通过其捐赠给政府及其部门，还是捐赠给这五家机构，由其自身来独立开展与疫情防治相关的公益项目？其二，身份混同导致其所接受捐赠的财产属性也发生混同。本来政府接受的社会捐赠由政府部门决定用于疫情防控工作，社会组织接受的社会捐赠则由社会组织根据法律、章程和捐赠人意愿用于与疫情防治工作相关的公益项目。其三，由政府部门接受的社会捐赠应由政府部门来公开善款募集和使用情况，社会组织接受的社会捐赠则由其依法来公开相关信息。但是现在混同之后，导致的确很可能在一定程度上，违反了部分捐赠人的意愿，将部分社会组织接受的社会捐赠转化为政府部门接受的捐赠。这种不当操作应该在以后的突发事件应对中予以避免。

如果指挥部在一开始开设财政专户，或者明确这五家机构在突发事件应对阶段，只接受政府委托代收社会捐赠的话，就能避免这一误解。在这种情况下，公众可以按照意愿来选择接受捐赠的组织和机构：如果想捐赠给政府及其部门，就捐给这五家指定的机构；如果愿意捐赠给社会组织，就选择这五家机构之外的其他慈善组织，或者采用定向捐赠的方式。但是依然会导致更为严重的弊端，即对于这五家慈善组织或者人道救援组织而言，将继续陷入“非官非民、亦官亦民”的窘境之中，长此以往，将不利于慈善会、红会和某些官方背景的慈善组织公信力的构建。

（三）政府及其部门使用这些资金依然需要遵循相关规范

一者，政府部门历来对于社会捐赠持谨慎态度。事实上，从《公益事业捐赠法》实施开始，政府在应对突发事件时，对于接受社会捐赠的事宜一直持谨慎的态度。2003年非典型肺炎疫情应对时，国务院发出通知，^①尽管限制社会组织接受社会捐赠，但是相关原则非常明确：其一，坚持捐赠活动自愿原则，不得搞行政命令或硬性摊派。其二，坚持专款专用、集中使用的原则，切实保证捐赠款物全部用于非典型肺炎的防治和救助，不得挪作他用。其三，区分定向捐赠和非定向捐赠。定向捐赠的资金和物资，必须按照捐赠者意愿，由接收部门和单位直接拨付。非定向捐赠则上缴财政专户，由民政部门、卫生部门会同财政部门根据防治非典型肺炎工作需

^① 参见《国务院办公厅关于加强防治非典型肺炎社会捐赠款物管理工作的通知》（国办发〔2003〕13号）。

要, 统筹安排, 用于非典型肺炎患者救助、诊断、治疗和防护设备购置以及卫生医务工作者的补助等方面; 非定向捐赠的物资只能用于医疗卫生机构防治非典型肺炎工作。其四, 落实捐赠款物统计渠道, 地方卫生部门接收的捐赠款物情况要及时报同级民政部门; 卫生部接收捐赠款物情况要及时报民政部; 中国红十字会总会、中华慈善总会要将本系统捐赠款物的接收情况及时报民政部, 由民政部负责统一汇总并报国务院和全国防治非典型肺炎指挥部。其五, 坚持捐赠款物透明原则。民政部门、卫生部门、中国红十字会总会、中华慈善总会要定期将捐赠款物的接收、分配、使用情况向社会公布, 自觉接受社会监督、舆论监督和群众监督。其六, 打击非法募捐等违法行为。民政部门要会同有关部门及时查处和取缔各种形式的非法募捐活动。新闻媒体要充分发挥舆论监督作用, 揭露捐赠工作中的违规、违法现象。审计、监察部门要对捐赠工作跟踪检查、审计, 发现问题及时处理。公安、司法部门要坚决打击借募捐名义从事诈骗活动等违法犯罪行为。这些原则在此后的南方冰冻灾害、汶川地震和玉树地震等历次突发事件应对中都一以贯之地要求落实和实施。

二者, “上缴财政专户”是现行财政制度下政府接收社会捐赠的必由之途。原先由政府相关部门(例如民政部或者卫生部)接收社会捐赠款物时, 国务院也要求接收捐赠的政府部门在3天之内将收到的社会捐赠全额上缴财政专户。这一要求是根据《国务院办公厅关于深化收支两条线改革进一步加强财政管理意见的通知》(国办发〔2001〕93号)的有关规定精神作出的。该通知要求从2002年开始, 按照财政国库管理制度改革方案的要求, 对中央单位现行的预算外资金收缴制度进行改革, 实行收缴分离。具体措施就是: 取消现行各执收单位开设的各类预算外资金账户, 改由财政部门按执收单位分别开设预算外资金财政汇缴专户, 从根本上避免资金的截留、挤占、挪用和坐收坐支。因此预算外资金财政汇缴专户只能用于预算外收入上缴, 不得用于执收单位的支出。政府部门接收到的社会捐赠属于各部门预算外收入, 需要及时缴纳到财政部门的预算外资金财政汇缴专户, 用于特定目的。所以, 本次事件中, 这五家被指定的机构代政府部门接收的社会捐赠, 也适用这一规定, 需要及时缴纳到财政部门的汇缴专户。这并非社会捐赠“充公”, 而是政府部门通过这五家机构接收社会捐赠的财务要求。

三者, 政府部门接收社会捐赠的具体规则。第一, 确保专款专用, 将经由五家机构接受的社会捐赠的资金与财政的其他资金分别管理, 确保这部分资金全部用于此次突发事件应对上; 第二, 定向捐赠务必确保尊重捐赠人意愿, 不得未经捐赠人同意挪作他用; 第三, 非定向捐赠, 政府可以进行统筹安排, 但是依然只能用于此次突发事件应对, 目的不能偏移; 第四, 武汉市和湖北省政府负有事后在合理期限内向公众公告社会捐赠募集和使用情况的义务。

五、结论和建议

政府在常态下并无接受社会捐赠的正当性, 因为根据财政方面的法律法规的规定, 政府的预算和决算均需遵守相关规则, 既然税收已经为财政支出提供了来源, 再允许其接受社会捐赠就缺乏了正当性。但是在突发事件应对中, 社会所遭受的巨大损失无法完全由政府财政予以承

担,故允许政府在此情形下接受社会捐赠,具有其必要性和正当性。《公益事业捐赠法》也赋予了政府在突发事件应对中接受社会捐赠的资格。

尽管在突发事件应对时,统一归集社会捐赠途径、^①要求“善款汇缴”^②或者征用慈善组织的财产等方式,能够切实保障捐赠资金的合理配置和规范使用,弥补信息不对称导致的慈善资源配置不合理,并力图对分散的社会捐赠资金进行规范和监管,但是的确不利于慈善事业的发展和鼓励社会公众共同承担责任,为了在两者之间找到平衡,特提出以下建议:

第一,肯定和支持慈善组织在突发事件应对中的功能和作用,是政府应对突发事件不可或缺的构成部分;对于慈善组织接受的捐赠资金,要求充分尊重和肯定其法人财产所有权;同时要求慈善组织根据法律法规的规定和与捐赠人协议的约定严格管理和使用资金,并确保信息公开。

第二,为了慈善资源的合理配置,尽快建立关于突发事件应对中的政府和慈善组织之间的协商沟通机制。根据慈善法的相关规定,将慈善组织纳入到突发事件应对机制中予以统筹考量,一旦发生突发事件,政府负责部门迅速搭建信息平台,政府部门与社会组织协同合力,共同应对。当然慈善组织得服从政府部门的安排和指挥,但是政府部门不得限制和禁止其开展慈善活动,也不归集或者汇缴其善款。

第三,为了捐赠资金的规范使用、安全和透明度,要求慈善组织严格遵守《慈善法》及其配套制度等规定,妥善使用捐赠资金,及时披露募捐与资金管理使用的相关信息;保障捐赠人和社会公众的知情权和监督权;发挥大众媒体的公共监督功能;要求专业审计机构的及时介入;强化行业自律功能;若有违法情形发生,动用司法力量追究相关主体的法律责任,严惩不贷。

第四,尽快就公开募捐活动进行立法,目前可以先考虑制定《公益募捐条例》,条件成熟时制定《公益募捐法》,统一规制政府及其部门、公益性事业单位和慈善组织所开展的公开募捐活动,以突破当下《慈善法》只规制慈善组织的募捐活动的局限性,为各类主体的公益募捐活动提供有效的秩序规范。

在突发事件应对中,社会公众踊跃捐款恰恰表明他们想通过这一方式表达共同承担责任的意愿,是一种对于社会的担当。这份担当难能可贵,故得小心呵护。而也正是因为他们心系身处疫情中的人群,所以深为关切善款是否能够真正用到解决他们所认定的社会问题,或者帮助到他们所关注的特定人群。这份担当和关切,恰是我们幸运所在,也是这个社会依然让人充满希望的原因所在。根据现行法律规定和以往实践表明,政府及其部门在应对突发事件时是可以接受社会捐赠的,只是需要让公众明了这一行为的性质和具体的路径,同时也需要恪守接受社会捐赠之后的相关行为规范,其中专款专用和信息公开至关重要。

本次疫情应对中,政府指定特定机构成为政府部门接受社会捐赠的代收渠道,既有路径依赖的原因,也有“事急从权”的考量,凸显了我国应急管理体制在转型过程中存在的弱点和弊病。

① 例如2003年非典型肺炎疫情应对时,政府部门禁止社会组织接受任何社会捐赠,确定只有三个渠道方能接受社会捐赠:民政部作为政府部门设立救灾账号(以财政汇缴账户的方式),统一接受社会捐赠之外,同时还指定红十字总会及其地方红十字会、慈善总会及其地方慈善会接受社会捐赠。

② 例如2010年玉树地震之后五部委发文要求基金会们将已经募得的善款归集到青海省民政厅救灾账户、青海省慈善总会和青海省红十字会。

因此，本次事件中的这五家机构接受政府指定代收社会捐赠只是权宜之计，不宜成为常设机制。从长远计，须全面梳理突发事件应对中的政府与慈善组织的关系，并在《慈善法》以及相关制度中确立特殊规则。

On the Relationship between Governments and Charitable Organizations in Emergency Response

Jin Jinping

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Since entering a disaster-prone society, the complexity of public administration has increased dramatically, which means the government's emergency response capacity needs to be improved. In order to restore social order in a timely manner, the government is empowered to allocate limited public resources to minimize losses; meanwhile, the law also encourages social donations. Emergency response is also a mission for charitable organizations. Therefore, in the emergency response, the government needs to restrict other players' (including charities) freedom of action on one hand while on the other, charitable organizations must carry out activities in accordance with the rules and regulations. There is indeed a tension between these two aspects. This tension appeared from time to time in the response to the Covid-19 outbreak and constantly aroused public opinion and concern. This paper discusses the event of the Wuhan Charity Federation turning over a 2.7 billion RMB donation to the government with the provisions of the positive law, reviews the evolution of the relationship between the government and charities in response to previous emergencies, and puts forward some recommendations to inform policy making.

Key words: emergency; covid-19 pandemic; charitable organization; social donation

(责任编辑:李莹)