

社会化公益视角下的慈善立法思考

陶传进

一、慈善立法引出的问题

慈善立法讨论大都关注立法的具体内容，却很少关注到未来的慈善法所应处的外部环境，以及它在该环境下所应有的定位。实际上，当下已经处于一个社会化公益的时代，慈善立法理应成为规范社会化公益的一个基础性的规范力量。依据我们自己的团队为北京市民政局社团办所做的研究，在社会化公益的视角下，慈善事业的运作机制遵从三个层面力量的调节，其中最基础的层面就是法律的保障，但法律也仅限于在该层面上发挥作用。

基础层面是一种兜底性的工作，在其上的更广大空间里则是社会化的公益运作。“社会化公益”是一种概括性的表达，在其中存在着类似于市场一般的选择机制，其起源力量主要来自于捐赠人的选择性捐赠，通过这种力量，慈善组织就力图在自己的公信力和专业性方面不断改善。位于最顶层的则是政府的引导服务与宏观调控。于是自上而下构成了三个层级的制约力量（后面简称“三层级结构”）。

从这样一种结构上来看，慈善立法的定位清晰明确，它是为慈善事业做最基础性的法律保障，在此基础上更大的空间是给慈善组织或其它慈善主体一个自主运作的场所。有了这样一个定位，就会看到慈善立法是弥补这种三层级结构的最基础性的成份。当下政府的转型以及公益市场的发育越来越趋于到位，这对基本法律的要

求就变得急迫，法律已经成为三层级结构中的最后一个拼版。

在这一意义上，慈善立法的定位及其必要性就清晰而明确起来。但是，当我们沿用过去政府管控社会的思维来进行立法的时候，一系列的问题就会产生出来。在这里法律会以变相的形式重新执行过去政府管控社会的那份职能，甚至更为糟糕。以下是对此更为具体的展开，其中“公益”与“慈善”的含义已接近，本文不加以区分。

二、社会化公益的三层级运作模式及当前格局

（一）法律的兜底作用

对比中国和西方的慈善组织就会发现，在西方社会，法律健全而严格，但慈善组织却因此而获得了巨大的自由运作空间。在法律的规定之外，慈善组织可以依据自己的公益使命自主地选择自己的行为方式。

法律在这里所起的作用，第一就是建构基本的规范并加以严格的执行，第二就是为慈善组织奠定最基本的身份定位，通过慈善立法来维护慈善组织以及整个慈善事业。在中国当下社会化公益的时代，法律也越来越进入到这一定位的轨道上，而不再是为了立法而立法，或者是为了监管而立法。

（二）社会选择的巨大空间

在法律之上，社会选择的力量以

及更一般化的社会自主运作开始发挥作用，这种作用一方面来自于社会公众的自主选择，另一方面则又类似于市场中的“看不见手”的自然调解。后者的作用表现在，在慈善组织试图去吸引更多的社会公众捐款之时，众多的组织展开竞争，并在此中产生优胜劣汰的作用或朝向更好方向的努力。

在社会选择的作用下，公开透明的概念凸显了自身的特殊身份。“公开透明”就是把组织内部的相关信息向社会公开，从而让公众能够看清其具体的财务信息、项目状况和社会效果，从而决定自己是否选择向它捐款。正是在这个意义上，公开透明在过去一段时间成为公益领域中的一个热点词汇。

社会公众是社会选择的最有力的力量，依据是社会公众是潜在的捐款人。非公募基金会通常是由一个特定的个人、家族或机构来捐赠的，在广义上他们也遵从这种社会选择机制，也就是慈善组织运作得好，这一个特定的或少数的捐赠人就会继续捐赠或加大捐赠，反之则会产生相反的行为。

社会公众还可以产生无形中的监督作用，这是在捐款之外的第二份作用，他们可以通过媒体施加压力，或向政府管理机关递送信息，让后者对慈善组织进行某种执法检查作用或规范性引导工作。

这些不同的作用都是整个社会力量对于慈善组织的一种自发的弥散而细致入微的作用，其中既包括积极的选择作用又包括压力型的监督作用。

当下这一作用正在完善，完善的过程是伴随着社会公众的逐渐意识觉醒而呈现出来的。一方面他们觉得自己有资格监督慈善组织，另一方面他们也开始逐渐意识到自己是一个积极性的建构者，他们逐渐认识到慈善组织并不是铁板一块，而是由众多的相互竞争的组织群落构成的，于是需要对它们区别对待，而不是因为一家出现问题，就对整个公益领域产生失望。

（三）政府的服务与引导性工作

在这样一种三层级结构中政府位于最顶端，它不介入具体的运作。前两个层面如果能够得到保证，政府就可以在更宏观的层面来施加一些“牵一发而动全身”性的工作。比如投入资金购买社会组织的服务，或者引导社会第三方力量来对慈善组织进行评估，还可以在政策层面梳理出一个整体的运作体系。这样一些工作最终与市场领域的情形很相似，政府逐渐退回到守夜人的角色。

（四）当下的具体格局

目前尽管政府慈善事业处于发展的初期，社会选择机制以及政府新的角色定位都处于一个刚开始建立的时期，但是这样一种趋势是如此的强劲，以至于我们完全可以看到它们开始实质性地发挥作用。比如政府新的角色定位已经使他们不再干预慈善组织和公益市场的具体运作；随着公益市场的逐渐完善，社会公众和慈善组织都逐渐进入自己的新定位中来。在

这种格局下就会看到慈善立法以及相关法律的必要性，它是慈善组织三级运作体系的最后一个环节。

三、当前慈善立法中的一些错误认识

（一）管控观

管控观出发点是希望通过慈善立法而起到对慈善事业进行管控的作用，恰如过去政府管控社会的情形一样。

在当下，我们的社会化运作机制还有很多不健全的地方，主要表现在社会选择机制、社会监督机制都还是初期阶段，慈善组织的运作中还存在很多问题。按照传统的思维，存在这样的问题的时候，就会把责任推向政府，认为政府应该出面，用管控的力量加以解决。当把新的主体从政府转向立法的时候，这样一种思维也自然会从政府转向法律，认为法律应当事无巨细，加以整体性地监管。

但是，依据我们上面讨论的三级模式，法律只是位于最基本的兜底层面，在其上是更广大的空间，它不仅给社会公众提供了自主性的权力，而且还为一种社会化运作的高效机制提供了空间。

但是，当下的社会化公益处于初始兴起阶段，在相当程度上我们并没有认清这种机制的实质，相反，我们的思维还停留在过去政府管控社会的层面上，因而在这里只是把管控的主体转化了一下，由政府变成法律。因

而法律的内容就会事无巨细、无所不包，把更多的权益维护和支持性的成份予以忽略，而把管控的成分发挥到极致。这不仅让社会公众失去了自主性权限，而且还会把社会领域里的那一套有活力的运作机制予以扼杀。其实，社会领域的情形与市场一样，正是这样一种自发形成的细致而无孔不入的机制，才保证公益事业充满生机与活力，充满着对人性的细致关怀，充满着对慈善组织的尊重。

（二）高尚观

高尚观与管控观有异曲同工之妙。管控观是把过去政府管理社会的思想移到立法中来，而高尚观则可能会把过去党管理社会的思路用到立法中来，因而它不仅在规范方面事无巨细，而且还有可能把道德因素都纳入到立法体系中。

其中最典型地表现在要求社会组织追求极端的公开透明，当下的一些政策规定已经显示出了这样的迹象。其实，慈善组织的确需要做到最基本的公开透明，以便让社会公众有能力进行选择，保证公益资金的基本有效。但过度要求的公开透明，不仅增加慈善组织的成本，而且会损害捐赠人和受益人的隐私权。在某种意义上它不会在更大程度上增加慈善组织的公信力，但是却会把对慈善组织的关注变成一种道德绑架，进而展开道德审判与声讨。这样一种情形如果最终转化进立法中来，就会让慈善法充满着对慈善组织的更加严苛而密不透风的

要求，它的危害甚至在管控观之上。

其实，现代公益体系中对于公益性质的界定已经通过立法在基础层面加以解决，这正是慈善法的本意所在，然后在更为高端的运作层面，慈善组织的有效运作以及对慈善资金负责任的使用，都是通过在高尚之外的另外的渠道加以满足的。其中第一个满足的渠道就是社会化的运作机制，这条运作机制是通过给慈善组织更多的自主权，然后产生出某种优胜劣汰的机制来保证的。慈善组织之所以选择某种程度的公开透明，是因为他们想通过这样一种做法来让公众选择自己，这是一种公益市场里的竞争手法。

如果一家慈善组织已经与公众建立了更高程度的信任，他们就不需要将公开透明的程度做到渗透到每一个行动的细胞之中，这样不仅节省了自己的成本，在某种意义上也是节省了捐赠人的成本。因而，更高程度的公开透明显示出的是社会中信任程度的不足。

保证公益资金有效使用的第二条渠道则是专业性，专业性正是现代社会化治理条件下才被特别突出出来的一个概念，它是指慈善组织作为一个独立主体来运作的时候，必须通过专业化的轨道来解决慈善资金有效运作的问题，而不再认为慈善资金只要保

证自己的道德楷模作用就能够最有效地运用。

比较世界范围内的公益实践活动可以看出，在最基础性的信任之外，真正值得捐赠人关注的反而是慈善项目的实际效果，这是慈善事业发展中的一个质变性的进步。

(三) 绝对的非营利观

这一观点是指我们把慈善组织的主体界定为那种纯公益的情形，其中不能掺杂任何些许的营利性成分。其实，在当下社会公共服务的提供领域，一种情形是纯粹的慈善，另外一种则是依靠市场机制加以解决，后者是通过顾客付费的方式来实现资金的自我运转。但是在两种纯粹类型之间有一个过渡地带，它既有市场的成份又有公益的成份，比如其中可以依靠顾客付费来满足自己运作的特定的成本，但同时这一收费水平又不足以支撑组织的生存运作，还需要靠社会捐赠或政府的支持。这样一种情形通常会落入到我们所说的社会企业的范畴。

这一区域的组织在某种意义上具有公益性的属性，只要我们将公益和营利的边界划定清楚，那么，具有一定商业化运作手法的组织就仍然属于慈善组织的范畴；不仅如此，而且其中商业手法的运用还更有助于社会效

益的增加。于是在现代市场经济体系越来越完备的情况下，商业化的手法一定不要把它看成是与慈善组织相对立的一种概念。

四、结论

在当下社会化公益的运作模式下，需要一个法律体系承担基本性的兜底工作，从而完善三层级的慈善组织运作体系。但是也只有在我们对其定位清晰的情况下，才适合积极地推进慈善立法，一旦走错方向，就会产生南辕北辙的效果。

最可怕的是把管控的思想，高尚的思路以及纯粹的慈善观引入这个领域。在当下的时代，如果立法工作者对于社会公益本身不是十分了解，而只是基于法律上的自信或表达自身价值的欲求参与进来，就有可能将慈善立法工作引入歧途，产生负面作用。

我们认为，当下最积极的慈善立法观就是把它定位准确，完善三层级结构中的最后一环。最糟糕的情形则是通过立法，把管控、高尚等思路引入法律领域。而位于二者之间的一个次优选择就是暂时让慈善法处于空缺位置，让社会更成熟一段时间。

(作者系北京师范大学社会发展与公共政策学院副院长、教授)

(上接第17页)

流向官方组织，甚至流向地方政府。当个案转变成为某种趋向时，需要反思的不仅是社会组织。目前社会改革也有许多值得注意的问题，其一，是许多地方政府忽视具体社会环境，以运动的方式促进民间组织的发展或者慈善事业的发展，在社会组织的数量等方面下指标，搞评比；其二，政府的过

分作为影响了自主治理机制的形成，在双重管理对民间组织自主治理进行限制之外，近年来，政府的一些管理措施也一定程度上影响了民间组织自主机制的建立，特别是联合性机制的建立。近年来，有些地方出台了民间组织的资源调配政策，在民间组织之间拉郎配，一些措施还带来了民间组织管理体制上的混乱；其三，参

与地位的不平等，民间组织在享受税收优惠，参与政府采购方面的地位是不平等的。一些政府机构在职能转变过程中，成立了自己的民间组织，由这些组织承接职能或者购买政府服务。玉树地震后甚至还出现了善款的汇缴措施。总体来看，在计划经济结束后，有计划社会的倾向，值得我们深思。

(作者系北京师范大学法学院教授)