

从“非公即私”到公私一体： 《慈善法》的变革与局限

Self-serving and Benevolence in Conflicting Unison:
A Marketization Analysis of China Charity Law Reform

陈建霖 刘俊宇

CHEN Jianlin LIU Junyu

【摘要】 本文通过对《慈善法》与慈善领域不同时期的法律规定进行比较研究，考察《慈善法》如何通过处理“私”与“公”及平衡两者间的关系，加深领域的市场化。我们认为，《慈善法》跳出了“非公即私”的旧思路，一方面对慈善市场主体的自身利益加以认可和保护，另一方面通过准许慈善市场主体以公益为手段实现私益目的，更彻底地释放慈善市场的发展潜力，从而推动慈善事业的发展。为保障市场化改革的继续深入，《慈善法》还提供了三方面的保证：慈善组织登记认定制度，税收优惠政策以及公共监督制度。虽然这些具体制度设计得较为拘谨，但由于《慈善法》明确认可了慈善市场主体因私利考量作出公益行为的正当合法性，本次慈善立法改革仍实现了重要的进步。

【关键词】 《慈善法》 市场化改革 社会监督 主体自治

【中图分类号】 DF391.3 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)02-0020-11

Abstract: This article critically examines the Charity Law from the perspective of marketization. This article argues that the Charity Law made a momentous departure from the previous dichotomous conception of the public-private distinction. The Charity Law not only recognizes and protects the self-interest of the charitable organization, but also permits participants and donors to advance their profit-motives via charitable activities. Together with other reform measures such as registration-based regime, tax incentives, and public supervision, the Charity Law constitutes an important first step towards developing a well-functioning and vibrant charity market.

Key words: Charity law Marketization reform Social supervision Institution autonomy

【收稿日期】 2017-12-12

【作者简介】 陈建霖，男，1982年6月生，澳大利亚墨尔本大学法学院副教授，研究方向为法律经济分析、监管方法与理论；刘俊宇，女，1992年12月生，英国伦敦政经学院人类学硕士研究生，研究方向为慈善法。

一、引言

2016年3月16日,中国大陆酝酿十年的《慈善法》草案终获通过,于同年9月1日生效实行。《慈善法》的立法目的一是解决中国慈善领域现有的突出问题,二是积极推动慈善事业发展。^{〔1〕}与结合公益与慈善的“大慈善”定义相呼应,^{〔2〕}《慈善法》对能够从事慈善活动的主体、慈善活动的方式都进行了开放式定义,降低慈善市场的准入门槛。《慈善法》还规定了多种开展慈善活动的具体方式,从传统的捐赠到较新的慈善信托等不一而足,给予慈善市场参与者多样选择。与此同时,《慈善法》构建了一个骨架较完整的信息公开监督机制,并对违反规定的法律责任作出了相对清楚的规定,为公众参与慈善监管提供了必要的制度框架。整体观之,可见《慈善法》为实现其立法目的,正推动中国慈善事业进行去行政化以及深入市场化。

《慈善法》对“市场化”究竟采取什么样的理解,相关制度应当如何落实细化,才能更有效地建立和发展具有内生活力的慈善事业?在已有的中国慈善领域市场化研究的基础上,本文将中国慈善领域成文法律法规为背景,通过对《慈善法》与不同时期的法律规定进行纵向比较,考察《慈善法》如何通过处理“私”与“公”及平衡两者间的关系,加深慈善领域的市场化并回应立法目的。

本文作者认为,《慈善法》宏观制度设计虽有不足,具体管理办法的变化也较为拘谨,但它明确认可了慈善市场主体因私利考量作出公益行为,这一变化值得我们特别关注,也应使我们更积极地看待中国慈善领域的发展前景。考虑到中国法律在培育社会组织以及公民社会方面起步较晚,评价《慈善法》即不宜因为具体制度设计上的缺憾,轻视它在公益领域大胆承认与保护私利的理念进步。中国慈善领域不可能通过法律一次性实现“升级换代”,它必然要经历立法者—政府与慈善领域—公民社会之间长时间不断的互动反馈,才能达成较为理想的管理与自治平衡状态。正因如此,《慈善法》的理念变革才有重要的实质性意义。

与此同时,《慈善法》还为接下来的市场化进程提供了三方面重要的制度保证:慈善组织登记认定制度,在放宽慈善市场准入的同时,保障慈善组织的合法独立身份;税收优惠政策,现状虽然保守,却有较大的发挥空间;公共监督制度,既约束慈善事业,又制衡公权力。这三个方面均体现《慈善法》以尊重和保护私利自决为发展公益之基础的理念,其中意义最为重大的应属公共监督。信息公开与受益人权利保护制度不仅引入了对慈善团体行为的常态性公共监督,更能通过市场机制对慈善团体的行为与选择进行引导和渗透影响。因此,通过对这三个方面进行探讨,我们也能获得对《慈善法》的进步性和局限性更为具体的认识。

鉴于在《慈善法》语境中,“慈善组织”这一称谓并不包括在《慈善法》出台前已设立但没有申请认定的非营利性组织,本文将“慈善团体”指代以开展慈善活动为宗旨的所有非营利性组织。“慈善(市场)主体”则泛指包括慈善团体在内的所有参与慈善活动的自然人、法人和其他组织。

〔1〕 参见“关于《中华人民共和国慈善法(草案)》的说明”,载 <http://www.npc.gov.cn/npc>,最后访问时间:2017年11月16日。

〔2〕 同上。

二、市场化与“公”“私”之分

在很长的时间里，中国对民间慈善的定位都仅是国家社会福利体制的部分和补充。^{〔3〕}该定位不仅与中国传统的政府治理风格有关，也与慈善发展历史和当代社会主义意识形态话语有关。^{〔4〕}改革开放以来，中国慈善事业的立法与管理虽然已出现市场化的苗头，但总体而言，仍维持着慈善组织行政化、资源配置政治化、国家政府主导决策的局面。^{〔5〕}在此情况下，慈善团体的发展似乎出现了两难困境：一方面慈善团体从成立到开展具体活动都受政府指令的决定性影响，难有自主决策、自担风险的机会；而另一方面，不管组织规模大小，公众对成功脱离政府背景的慈善团体往往缺乏信任，导致相关团体的发展举步维艰。虽然两个问题及相应的解决方法看似南辕北辙，但是它们的出发点实则相通。不管是政府难以放下的全面监管，还是公众对相对独立慈善团体的怀疑，都源自对慈善团体作为组织主体必然所有的私利诉求的保留甚至是否定。本文作者认为，对这种观念的打破，是中国慈善领域加深市场化的必经之路。基于这个认识，在我们对《慈善法》的理念进步和三方面制度保证进行讨论之前，必须先对“市场化”作一点介绍。

慈善事业的发展需要市场机制和理念，这是许多中国学者自21世纪初以来的共识。^{〔6〕}主张对慈善事业进行深入市场化的学者主要提出两方面的要求，一是深化市场对慈善资源的配置作用，^{〔7〕}二是对慈善组织进行去行政化管理、加深慈善团体本身的组织市场化。^{〔8〕}他们的研究显示，对慈善资源进行行政化管理有违慈善的自主自愿性，并且容易造成资源浪费。而对慈善团体进行去行政化和市场化，最终目的是给予慈善团体独立性和合法地位，使慈善事业获得从内而生的长期发展动力。基于这两方面要求，学者们为慈善组织的自身改革总结了一些建议，如引进企业化管理模式、塑造组织及活动的市场品牌形象等。^{〔9〕}至于如何保障慈善事业更深入的市场化发展，学者们普遍强调政府加强和完善慈善立法的重要性，提出以立法带领实现由政府单向管理向政府支持与

〔3〕 参见郑功成：“现代慈善事业及其在中国的发展”，1997年12月1日全国慈善工作经验交流会议主题演讲，载 <http://www.chinashande.com>，最后访问：2017年1月29日；“地震捐款成财政收入？政府不应插手慈善善款”，载 <http://view.news.qq.com/original/intouchtoday/>，最后访问时间：2017年11月16日。

〔4〕 关于中国政府治理传统与民间慈善自主性之间的互动关系，可参见王静：“浅析我国慈善事业中存在的问题”，《法治与社会》2015年第13期；桑晓霓、安德烈亚斯·帕莱特：“新生代企业家改变中国慈善文化”，载《金融时报》2016年5月24日。

〔5〕 参见贾霄燕、荣冀川：“新中国慈善立法的基调演变：以慈善组织为切入点的分析”，《河北法学》2014年第8期。

〔6〕 参见罗文恩、周延风一文中关于市场化意见的文献梳理：“中国慈善组织市场化研究——背景、模式与路径”，《管理世界》2010年第12期。

〔7〕 参见喻建中：“构建市场在慈善资源配置中充分发挥作用的法治机制”，《中国民政》2015年第11期。

〔8〕 参见前注〔5〕，贾霄燕、荣冀川文。

〔9〕 参见前注〔6〕，罗文恩、周延风文；庞智强等：“我国公益慈善组织的培育和发展研究”，《兰州商学院学报》2015年第3期。

监管并举、社会参与治理的转变。^[10]

回顾上文所述的两方面要求，它们的落实均以承认慈善主体的私利正当性为前提基础。慈善组织要获得组织独立性，即需在慈善事业管理中承认各组织的独立人格，包括认可并保护其自主选择和行动的能力。在此基础上要求对各组织进行辅助性的市场管理，而非行政化的全管包办，就比较合理。要实现慈善资源配置真正由市场主导，即不仅需要独立的慈善主体，更要这些慈善主体由自身私利诉求引导，遵守并利用市场规则来展开活动、获取资源。由此观之，虽然“公”与“私”在慈善领域的价值讨论中难免形成对立，但它们在慈善事业的实际发展中却互为表里。

在对慈善领域“公”与“私”的讨论里，已有学者对以私益保护促进公益发展进行了研究讨论。马金芳指出慈善组织应当被允许进行盈利活动，志愿者与慈善组织工作人员应当有相应的私益保障，才能使得公益的慈善事业有可持续的发展。^[11]我们认同马金芳论述的现实中没有纯粹公益的公益事业、慈善领域的“公益”与“私益”间存在强烈的辩证关系等宝贵观点；但同时我们要指出，尽管马金芳注意到了公益与私益混合的必然性，并指出必然性的存在系因两者均对维系人类社会生存与发展不可或缺，她对慈善语境中“公益”与“私益”的理解仍有可以深入商榷之处。马金芳将公益与私益相应理解为“公共或慈善受益者的利益”与“慈善组织及参与者的利益”，因而尽管文章对公公益间的辩证关系进行了精彩的介绍，仍不免将公益与私益划分两处，对立处之。本文作者认为，将慈善市场中各主体的活动动机作出公私划分没有必要，且在某种程度上这样的划分是不可能的。公益慈善领域里对“公”与“私”的讨论非常普遍，但正是因为公公益划分的主观性，许多关于“公益”与“私益”的讨论对“公”与“私”的定义其实不尽相同。

本文作者认为，“公”指的应当是行为性质，而“私”则指行为动因。“公”系因慈善行为不论获益范围多么狭小，本身必然是一种公共行为；^[12]“私”系因慈善行为不论其社会影响如何广远，起源仍是某个或者某些特定主体斟酌自身处境后作出的选择。^[13]固然每个市场主体在决策过程中会有“公益”的考量，但该考量并不因为它利于公众而与“私益”的考量有本质上的分别。采用经济学分析中的理性人假设，即便是纯粹公益的选择，也包含着私益的存在：个体选择过程中的“公”考量，其实本质是主体在将自身看作社会集体的一员、将集体利益与个人的利益相连的“私”过程。^[14]

在此基础上，《慈善法》欲将公益与慈善合并、培育社会大慈善的宗旨，就是要在家与国、公与私之间开辟和培育一块新的社会领域，而在这新领域中“公”“私”难分

[10] 可参考王振耀主编：《中国慈善立法现状、挑战及路径选择》，社会科学文献出版社2014年9月版，第36~48页；胡敏洁：“《慈善法》中的政府促进措施：支持抑或管理？”《江淮论坛》2016年第4期。

[11] 参见马金芳：“通过私益的公益保护——以公益慈善立法中的公益定位为视角”，《政法论坛》2016年第5期。

[12] 参见王振耀、田小红：“慈善法与公共伦理转型”，《行政管理改革》2016年第7期。

[13] 参见张奇林：“《慈善法》与中国公益事业的可持续性发展”，《江淮论坛》2016年第4期；黄送钦：“代理成本、制度环境变迁与企业慈善捐赠”，《上海财经大学学报》2017年第2期。

[14] See Leonard Ray, *Why We Give: Testing Economic and Social Psychological Accounts of Altruism, Polity*, Vol. 30 (1998), pp. 393~395; Jerome C. Wakefield, *Is Altruism Part of Human Nature? Toward a Theoretical Foundation for the Helping Professions*, *Social Service Review*, Vol. 67 (3) (1993), p. 406.

彼此，实为一体。非公即私的对立看法，某种程度上说明了从前家国一体的公共伦理的影响深远，^[15] 很难在短期内扭转改变。

三、《慈善法》治理理念变革

慈善领域法律对参与者私利自治的认同，是经历了一个漫长的发展过程才落地的。1999年的《公益事业捐赠法》允许捐赠者对大型公益项目留名纪念，系为发端。随后，2004年颁布的《基金会管理条例》首次允许企业和个人以个人名义设立基金会。这些早期法律即便以设定特例的方式给予慈善主体的私利有限的承认，其中隐含的对慈善领域中私利诉求的否定仍呼之欲出。相比起它们或明或暗的公益性“洁癖”，《慈善法》显得大胆慷慨许多。

《公益事业捐赠法》明言要求捐款捐赠必须无偿，而《慈善法》不仅去除了无偿性规定，还在第四十条中默许企业利用慈善捐赠来宣传合法的产品和事项。与此同时，在第三十七条的规定下，若自然人、法人和其他组织承诺将部分或全部所得用于慈善目的并按照该条规定履行捐赠义务，即可将相应的演出、销售等经营性活动宣传包装为慈善活动。由此可见，《慈善法》的立法者不仅清楚地认识到并接受了作为慈善参与者的公司企业有较强的私利动机（即藉慈善活动有效地提升社会形象），更能在具体法律规定中因势利导，对这样的动机积极加以利用。今后公司企业及受赠的慈善组织只要遵守了《慈善法》的各项程序要求，在社会监督前能够坦诚公开，自圆其说，便能合法地借慈善活动达到提高知名度、获得税收优惠等私利目的。执法者则从对慈善行为的道德性判断中抽身而退，将监督和决定的权力留给社会公众。

除了具体的法律条文，《慈善法》对私利正当性的承认也在其市场管理思路的转变中得以体现：以法益吸引主体采取主动、自觉守法，而不再以强制性规则要求所有主体划一行动。举例来说，慈善组织的认定是可选性而非强制性的，为各主体行使自治自由留出空间，即可见立法者认识到慈善团体将根据自身情况和市场需求进行选择，并给予慈善团体进行选择的权利。^[16] 这一转变体现了中国在市场化改革中对市场主体自治能力的尊重，并对私主体自治促进慈善事业发展的潜力予以肯定、加以利用。

对慈善主体的纯粹公益性要求曾是中国社会舆论的主导风向，而早期的慈善领域立法并未起到抑制或中和的作用。社会舆论将经济市场中的成功者看作慈善市场中理所当然的资源提供者，要求企业在慈善市场中的活动必须与其在商业市场中的利益诉求完全分开。^[17] 与此相应，舆论亦要求慈善团体应当无偿奉献，这一点在对慈善团体管理费用的规定沿革上可见一斑。^[18] 若此风向长期不变，不仅会对慈善主体参与慈善的积极

[15] 参见黎宇琳：“从官办慈善到人人公益的30年”，《中国慈善家》2016年12月刊；前注[12]，王振耀、田小红文。

[16] 关于慈善团体选择是否进行登记认定，参见郑超：“实施半年，慈善法的普及情况如何？——专访清华大学公益慈善研究院院长王名”，载《中国社会报》2017年3月23日。关于单位及个人选择是否参与慈善活动，参见石国亮：“论慈善与道德的关系及其他”，《浙江社会科学》2014年第2期。

[17] 参见廖洁：“王石‘捐款门’事件警示了什么”，载《法制周报》2008年6月15日。

[18] 参见南山：“公益交易成本不能高：管理费用占支出一成低吗？”载 <http://minli.org/>，最后访问时间：2017年10月27日。

性造成较大的伤害，也会使得慈善领域的治理与现实要求严重脱钩。值得庆幸的是，这种观念在2010年前后开始发生显著变化。2010年前后，频繁的自然灾害及中国经济的持续发展刺激着民间慈善愈发活跃，^[19]慈善文化慢慢开始摆脱单一道德价值判断的束缚，^[20]舆论也开始理性地思考慈善市场监管的缺漏与变革方向。在此背景下，《慈善法》的理念变革即可视作对社会变化的积极回应与巩固。

在慈善领域，任何鼓励性的政策与法律要达到目的，引导市场主体在选择过程中考虑更多的“公”因素固然可行，但或许更为常态和行之有效的方案，是通过制度设计使得“私”考量也能够带来公益的客观效果。本文作者认为，为达到积极促进慈善事业发展的立法目的，《慈善法》采取的就是这样的思路，准许市场主体以公益为手段实现私益目的。唯有这样才能更彻底地释放慈善市场的发展潜力，而相应的权利滥用风险，就以信息公开引入公共监督管理来应对。这样对慈善主体自身利益诉求与自治能力的认可，体现的是《慈善法》为慈善市场治理定下的深入市场化的目标，同时也见证着政府职能在新时期的持续演变。^[21]因此，我们主张《慈善法》带来的不仅是具体管理制度与办法上的变革，最为重要的是为慈善市场未来治理思路和方法的发展确定了方向。

四、《慈善法》深入市场化“三要素”

（一）合法独立主体

《慈善法》将具体管理慈善市场的权力集中收归民政部门，慈善团体今后只需向民政部门直接申请登记或认定、接受民政部门的监督管理，大大降低了公益性社会团体获得合法身份的难度。自此，饱受诟病的“分级登记、双重管理”制度终于成为过去式。根据是否登记为慈善组织以及适用的具体登记办法，受《慈善法》管理的慈善团体可分为直接登记团体、存量待认定团体（即《慈善法》出台前已经设立的基金会、社会团体与社会服务机构）、其他慈善团体。《慈善法》及相关规定简政放权、尊重团体独立性的精神在对这三类团体的管理上都有所体现，并在直接登记团体中体现得尤为明显。

首先，《慈善法》顾及许多草根慈善团体并无法人身份，^[22]降低了慈善组织的登记门槛，在定义上强调其非营利性，设立条件中亦未要求申请登记的团体要先有法人身份。^[23]非法人公益性组织的登记，将同时包括法人登记与慈善组织属性认定，^[24]从而使得民间慈善团体能较为简便地获得在慈善市场中活动的合法身份，并且登记后由民政

[19] 参见庞志强等：“我国公益慈善组织的培育和发展研究”，《兰州商学院学报》2015年第3期；前注〔4〕，桑晓霓、安德烈亚斯·帕莱特文。

[20] 学界观点的转变，可参见前注〔16〕，石国亮文。社会舆论的变化，可在其对万科捐款门的态度变化中得见：“王石：企业家应在社会面临倒退时站出来说‘不’”，2013年夏季思享沙龙主题演讲整理稿，载 <http://www.iceo.com.cn/>，最后访问时间：2017年1月28日。

[21] 参见前注〔5〕，贾霄燕、荣冀川文。

[22] 参见朱恒顺：“慈善组织分类规制的基本思路——兼论慈善法相关配套法规的修改完善”，《中国行政管理》2016年第10期。

[23] 民政部2016年8月30日发布《关于慈善组织登记等有关问题的通知》，其中也并未对直接登记添加实质性的额外申请要求。

[24] 参见“民政部社会组织管理局负责人就慈善组织登记、认定及管理等问题答记者问”，载 <http://www.mca.gov.cn>，最后访问时间：2017年11月16日。

部门直接管理。^[25]其次，对于存量待认定团体，虽然《慈善组织认定办法》增加了对其年度慈善活动支出和年度管理费用方面的要求，^[26]但是细看这些要求亦颇为合理，与《慈善法》降低门槛的法意似无冲突。第一，对成立时间较短以及有特殊损失情况的团体，《认定办法》给予了宽免。第二，纵向对比2008年《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》中对可获税收优惠的社会团体作出的相同方面的要求，《认定办法》有两个明显的进步：一是根据团体的性质以及资本规模划分不同标准，而不是笼统地一刀切；二是在具体的支出和费用计算上更为灵活。^[27]第三，不管是《慈善法》还是《认定办法》，都未就团体的资本规模设置条件。^[28]

虽然为慈善团体进行身份松绑的规定在实践中落实的情况仍待长期考察，^[29]但是合法化本身对往后深挖《慈善法》、落实关于慈善组织权利的规定改革（比如税收优惠、公募资格等等）已产生重要的信号作用。随着直接登记办法的制定以及三大登记管理条例^[30]的修订，若《慈善法》放松市场准入、降低认证门槛的法意能得到较好的实现，那么广大草根慈善团体不仅能获得合法名分，减少以往因法律合规成本而发生的慈善资源损耗，更能在市场活动中获得较大的自主活动空间。^[31]因此，相关法律在为这些团体松绑、改变其市场选择和表现的同时，还能吸引更多慈善资源、公益性民间组织进入市场，使得各市场参与者以全新姿态参与慈善活动，共同增强慈善市场的活力。

最后，参考《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》可知，政府对于慈善组织独立身份的尊重与保护，是建基于其对更广泛的社会组织的积极扶持态度之上的。因此，即便是不能登记为慈善组织的其他社会团体，也可以根据第一百一十一条展开“力所能及”的慈善活动。较之《草案》，《慈善法》虽然在定义慈善活动时多加了“面向社会进行”的公共性要求，但同时又对城乡社区组织、单位等组织的互济活动予以认可。另外，《慈善法》亦规定了慈善信托的身份问题通过备案制度来解决。^[32]

不难看出，《慈善法》在实践中能否满足众多公益性社会组织获得合法独立身份的渴求，与市场化理念变革的贯彻程度息息相关。目前慈善组织直接登记的办法尚未出台，对存量待认定团体的管理体制调整亦待试点过渡，因此可以说《慈善法》在这方面

[25] 参见《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》（2016年8月21日）。

[26] 参见《慈善组织认定办法》（民政部令第58号），第四条第二款。

[27] 参见《〈关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定〉的说明》（民发〔2016〕189号）。

[28] 在地方的登记认定实践中，有民政部门仍然参照三大登记管理条例对团体的资本规模进行审查的情况。参见符畅：“实施半年，慈善组织的认定情况如何？——以广州市为例”，载 <http://news.ycwb.com>，最后访问时间：2017年11月16日。

[29] “《慈善法》一周年，这10项规定已经落实，公益人阅存”，载 <http://news.ifeng.com>，最后访问时间：2017年10月27日。根据北京师范大学中国公益研究院在2017年4月所作的报告，《慈善法》实施以来，全国已有500家慈善组织获得登记认定。参见张希敏：“中国慈善法元年实施报告发布”，载 <http://csgy.rmzxb.com.cn/>，最后访问时间：2017年7月28日。

[30] 三大登记管理条例指《社会团体登记管理条例》、《基金会管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》。下文同。

[31] 参见胡卫萍，赵志刚等：“中国慈善组织的法律形态及其设立对策”，《重庆大学学报（社会科学版）》2013年第2期，第110~111页。

[32] 参见于建伟：“关于慈善法的几个问题”，《中国社会组织》2016年第19期。

的潜力仍然很大。

（二）税收优惠

对大多数公益性非盈利组织而言，登记认定为慈善组织的一大重要吸引力即在于可享受税收优惠，从而可以吸引更多企业（以及个人）进行慈善捐赠。对市场管理者而言，税收优惠亦是改善社会外在环境、引导社会成员参与慈善的重要激励手段。^{〔33〕}因此在《慈善法》漫长的制订过程中，有关税收优惠的讨论不绝于耳，业界对《慈善法》相关规定的期待亦不难理解。《慈善法》出台后，许多学者对其中笼统而稀少的税收优惠规定表示不满。^{〔34〕}这样的批评并非没有道理，但鉴于中国社会领域立法一贯采用循序渐进的步调，更审慎乐观的做法或许是评估《慈善法》已经达成的进步、并探究其可见的未来发展空间。

全国人大常委会在《关于慈善法草案的说明》中列出了《慈善法》三点主要的税收优惠进步：明确慈善组织、捐赠人、受益人均可依法享受税收优惠，规定对扶贫济困的慈善活动实行特殊优惠，落实捐赠税前扣除的跨年抵扣。其中第三项是最有分量的。《慈善法》出台以前，法律并不允许企业对超过利润扣除限额的捐赠进行跨年递延抵扣，该限制对优惠政策的激励作用造成了不小的负面影响，向来为支持慈善事业社会化、市场化的学者所诟病。^{〔35〕}继2013年发布的《关于深化收入分配制度改革的若干意见》对税收扣除结转表示了肯定态度后，终有《慈善法》将其具体落实，规定了慈善捐赠允许结转后三年内抵扣。^{〔36〕}

在适用范围上，由于《慈善法》只限制了“捐赠财产进行慈善活动”，结合《慈善法》的法意，我们认为关于企业捐赠税前扣除的规定至少是应当适用于所有慈善组织的，而不仅限于依据《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》获得公益性捐赠税前扣除资格的百余家社会组织。^{〔37〕}换言之，《慈善法》的出台既已引起对三大登记管理条例的修订，那么位阶比条例更低的、与《慈善法》法意有冲突的其他规范性文件，亦应废止或及时进行修订，以适应《慈善法》搭建起来的新管理框架。若没有税收优惠适用范围的扩大，那么第七十九条将落为空壳条文，《草案说明》所举的第一项税收优惠进步也会成为没有内容的套话。适用范围的扩大不仅符合《慈善法》鼓励慈善事业发展的立法目的，更是培育一个竞争健康活跃的慈善市场的必由之路。^{〔38〕}

相比之下，第二项税收优惠的规定便显得差强人意，因为法律对何为“特殊的优惠政策”没有进行任何限定或者说明。自然，相关特殊优惠政策的详细规定由财税和民政部门后续制定是可行的，但《慈善法》完全不落一字，或将导致特殊优惠政策流于空

〔33〕 参见前注〔10〕，王振耀书，第6~7页；前注〔10〕，胡敏洁文，第16~17页。

〔34〕 参见马剑银：“《慈善法》实施之冷观察——尴尬与遗憾”，载《慈善蓝皮书：中国慈善发展报告（2017）》，社会科学文献出版社2017年版，第28~46页；易明：“《慈善法》孕育十年，为何一发布就骂声一片”，载 <http://www.ngocn.net>，最后访问时间：2017年7月26日；徐会坛：“《慈善法》：不完美的里程碑”，《中国慈善家》2016年1月5日，载 <http://chinadevelopmentbrief.org.cn>，最后访问时间：2017年7月30日。

〔35〕 参见庞志强等：“我国公益慈善组织的培育和发展研究”，《兰州商学院学报》2015年第3期。

〔36〕 参见《慈善法》第八十一条。

〔37〕 财政部、国家税务总局、民政部：《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》（财税〔2008〕160号）。根据《通知》的规定，没有按要求被认定资格，就不能为捐赠人开具捐赠发票。

〔38〕 “中国慈善税收法律现状、挑战及展望”，载前注〔10〕，王振耀书，第79~81页。

文，或是紧急情况下相关部门重复过去的非理性应急做法。值得强调的是，特殊优惠政策规定并不是没有意义和发展潜力的。举《慈善法》第三十六条为例，虽然该条确认了企业可以捐赠本企业产品，但不管是《慈善法》本身还是随后的《企业所得税法》改革，都没有确认捐赠产品的税收优惠。^[39]对此，若在扶贫济困的活动中为捐赠产品根据特殊优惠政策的规定制定相关税收政策，顺应企业私利动机，将能很好地提升相关活动的公益效果。

综上，《慈善法》在税收优惠方面的规定总体来说仍显保守，慈善税制相应的改革缓慢，也明显体现出该领域既得利益影响较大。^[40]然而不可否认的是，迄今为止慈善领域已实现的税收优惠规定虽然有限，但仍可算是颇具分量，对企业参与慈善的鼓励作用较为显著。^[41]与此同时，税收优惠也从来不是政府鼓励慈善的唯一手段，不能单以税收优惠来臧否鼓励措施的落实状况。我们需要看到慈善领域的税制规定的确处在不断进步的过程中，^[42]对慈善税制进一步改革的到来给予更多的耐心。

（三）社会监督制度

《慈善法》通过设立信息公开制度，引入社会监督补充政府对慈善市场的监管，是为共同治理。同为慈善事业市场化的重要表现，税收优惠由来已久，而制度化的社会监督却是较新的亮点。相比此前立法中碎片化、仅作为政府监管补充的信息公开规定，^[43]《慈善法》的整个治理系统的有效性都系于它的信息公开机制。^[44]运营和维护这个机制的权力被收归民政部门行使，统一信息公开平台的建设与维护、信息共享机制的运作也皆由民政部门负责。此外，民政部门亦独家承担制定各种下位规定的主要责任，^[45]这将有助于在细化《慈善法》治理制度的过程中提高具体规定的可预见性和规定间的一致性，后一点在现有立法对慈善团体信息公开的要求不统一的情况下显得尤为重要。^[46]

然而，尽管信息公开机制的存在本身有重大意义（规范慈善组织的运作、保护公众知情权），但就发展慈善事业这一目的而言，它却还只是一个手段。信息公开机制最重要的作用，在于促成公众有建设性地参与市场监管。^[47]举《慈善法》第六十条为例，该条对具有公开募捐资格的基金会年度管理费用作出了上限规定，抛开该规定

[39] 2008年的《增值税暂行条例实施细则》规定了捐赠产品并不享受税收优惠，2016年的《基金会物资捐赠管理办法（暂行）》也没有作出相反规定。

[40] 参见前注〔34〕，马剑银文。

[41] 参见曲顺兰、武嘉盟：“我国慈善捐赠企业所得税政策激励效应评估——基于中国上市公司数据断点回归设计的数量分析”，《财政金融研究》2017年第1期。

[42] 参见前注〔10〕，王振耀书，第6~12页。

[43] 参见何华兵：“《慈善法》背景下慈善组织信息公开的立法现状及其问题研究”，载 <http://www.cpaj.com.cn>，最后访问时间：2017年7月30日。

[44] “王胜明谈慈善法草案：慈善组织的生命力于信息公开”，载 <http://www.china.com.cn>，最后访问时间：2017年11月16日。

[45] 一个较为近期的例子是《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》（民发〔2016〕189号），对慈善活动支出和管理费用的列支原则、范围、比例等给出了进一步的规范，并提出了相应的监管要求。

[46] 比如信息公开主体的问题，《公益事业捐赠法》、《基金会管理条例》、《公益慈善捐助信息公开指引》、《规范基金会行为的若干规定》的规定便都不尽相同，可能导致不同主体在实践中相互推诿责任。参见前注〔43〕，何华兵文。

[47] 参见前注〔43〕，何华兵文。

对组织独立性的影响不议，我们注意它的特殊情况处理方式：向民政部门报告，并向社会公开说明情况。这里的“双向交代”体现了《慈善法》以信息公开为手段引入社会参与的重要任务。本文第一部分即提及，中国慈善事业长期以来的行政化（包括慈善团体及行为的行政化倾向、政府的管理体制）要对慈善资源利用率低、行业公信力低等问题负较大责任。^{〔48〕} 在市场化改革中，政府简政放权固然重要，但有效的社会监督才是培育公共社会空间、落实私利保护的最终办法。在法律搭建的制度框架内，公共参与不仅能“节流”提高慈善资源利用率，更能使民众在参与社会事务管理的过程中激发社会责任感、最后起到“开源”吸引更多慈善投资（物质资源或者志愿服务）的理想作用。

慈善资源取之于社会，故需以信息公开保证社会公众之知情权与参与权，形成一般监督。慈善资源用之于社会，既是公共行为便需遵守一定的规章标准，受益方与捐赠方作为行为关系中平等的双方主体，在慈善活动中均应有其权利。^{〔49〕} 而受益人权利之行使与保障，也将成为对慈善市场的一种特殊监督。

在受益人权利保护方面，相比《公益事业捐赠法》的规定，《慈善法》更注重体现受益人与捐赠人间的平等地位。这一点在留名权的规定上表现得最为明显。同样是对捐赠公益项目的留名权，《慈善法》增加了留名要获得受益人同意的前置条件。除此之外，《慈善法》基本承继了《公益事业捐赠法》中对受益人权利的其他规定，实践中或将形成互相补充的局面。比如第五十九条即承继了捐赠人与受益人签订协议、明确双方权利义务的做法，只不过将《公益事业捐赠法》中的“捐赠人”换作了“慈善组织”。由于第三十五条又允许捐赠人可直接捐赠给受益人，那么两者间若要签订协议便需回到《公益事业捐赠法》第十二条。

一旦实现了对受益人权利的保护和公众对市场秩序的实时监督，慈善市场将更容易接纳各种出于私利考虑、动机迥异的慈善行为，从而扩大市场和社会慈善资源的规模。较为遗憾的是，《慈善法》在慈善组织侵害受益人权利时对后者救济的规定，并没有跟上信息公开机制所体现的鼓励公众参与的精神。随着民政部门监管权利范围的扩大，《慈善法》相应增加了民政部门对慈善组织进行处分权力，亦规定了捐赠人有权就慈善组织违反捐赠协议提起诉讼，却唯独没有给予受益人自行救济的渠道。即便在受益人与捐赠人签订了权利义务协议的情况下，受益人是否能就协议对捐赠人直接提起违约之诉，《慈善法》或《公益事业捐赠法》都没有说明。由此可以合理推断，现有立法规定下受益人若要保护自己的权利，最稳妥的做法仍然是向民政部门投诉，再由民政部门追究捐赠人或者慈善组织的法律责任。该项民政部门的权力保留确实没有必要，并且与《慈善法》倡导的共治精神相悖。

五、结论

本文尝试分析《慈善法》所引领的慈善领域的深入市场化变革，通过对比考察《慈善法》的进步与局限，以期获得对《慈善法》及其发展空间更客观的了解。《慈善法》

〔48〕 参见本文第二部分市场化与“公”“私”之分。

〔49〕 受益人与捐赠人地位平等、在捐赠关系中享有权利，是现代慈善相比传统慈善一个重要的进步。参见前注〔16〕，石国亮文。

意义最为重大的进步在于承认慈善主体的私利正当性，跳出“非公即私”的旧思路，准许市场主体利用慈善活动实现私利目的，从而激发慈善市场的内生活力，推动慈善事业的发展。除此理念更新外，《慈善法》还确立或巩固了三项具体制度，它们对接下来慈善领域的进一步改革都将起到重要的支持作用。

《慈善法》充分肯定慈善主体的私利选择，简化政治管理架构，扩大社会组织活动自由，但这并不代表慈善市场就不需要政府监管了。市场本身就是政府管制的产物，并非自生自发，^[50]只不过市场经济中，政府的管理模式将随着职能定位的变化而变化。市场化的管理模式里，政府仅对外在环境进行抽象管理，让市场主体获得具体行动自决的空间，以理性人原则代替行政命令成为慈善事业发展、慈善活动进行的动力与规则。与此同时，《慈善法》搭建起的公共监督制度框架也为社会提供了深度发展和传播公共精神的机会与载体。^[51]慈善组织在获得独立的行为能力与身份、自主展开活动的同时，也在为社会大众提供慈善产品与服务，受到公众的监督。如此双向互动一方面能促使慈善组织根据市场需求进行变革发展，一方面培养公众的社会责任感，长此以往，有望催生出一个真正生机勃勃、公私合一的社会领域。^[52]

《慈善法》在治理中对慈善主体自身利益诉求加以认可与保护，体现了慈善领域立法治理理念不可逆转的变革。这可以说是中国过去多年推进经济市场改革结下的宝贵果实，也昭示了市场化改革的脚步正跨越经济市场的边界，迈向更广阔的社会范畴。^[53]诚然，它所建立的市场管理与监控制度若要真正得到落实，从而提升慈善业在公众眼中的整体形象，还需一系列配套的下位法建设以及较长一段时间的合规实践。以本文讨论的市场化三要素为例，它们不仅突显了《慈善法》的变革方向，也集中体现了《慈善法》的局限。要达到《慈善法》的立法目的，完成中国慈善之市场化进程，《慈善法》仅仅是一场漫长的法律变革与相关社会变革的开端。

参考文献

- [1] 贾霄燕，荣冀川．新中国慈善立法的基调演变：以慈善组织为切入点的分析[J]．河北法学，2014（8）．
- [2] 罗文恩，周延风．中国慈善组织市场化研究——背景、模式与路径[J]．管理世界，2010（12）．
- [3] 王振耀，田小红．慈善法与公共伦理转型[J]．行政管理改革，2016（7）．
- [4] 黎宇琳．从官办慈善到人人公益的30年[J]．中国慈善家，2016（12）．
- [5] 马剑银．《慈善法》实施之冷观察——尴尬与遗憾[R]．慈善蓝皮书：中国慈善发展报告（2017），北京：社会科学文献出版社，2017．
- [6] 石国亮．论慈善与道德的关系及其他[J]．浙江社会科学，2014（2）．

（责任编辑：缪因知 张安平）

[50] Karl Polanyi, *The Livelihood of Man*. New York: Academic Press, 1977.

[51] 参见前注〔12〕，王振耀、田小红文。

[52] 参见前注〔15〕，黎宇琳文。

[53] 该观点不乏其他学者支持，参见朱建刚：“解读《慈善法》：公益慈善转型推动国家治理转型”，载 <http://www.icixun.com>，最后访问时间：2017年11月16日。