

“非营利组织法”研究丛书
北京大学法学院非营利组织法研究中心

中国非营利组织 法律模式论文集

主 编 魏定仁
副主编 孟令君 李元璋

中国方正出版社

“非营利组织法”研究丛书
编委会

主 任 魏定仁

执行主任 陈金罗

编 委 (按姓氏笔画排列)

齐 红 刘培峰 李元璋

陈金罗 金锦萍 孟令君

魏定仁

● 序 ●

(一)

改革开放以来，中国非营利组织有了很大的发展。据民政部《民政事业发展》统计，截止到2004年底，中国非营利组织已达28万多个，其中全国共登记社会团体达15万多个，比上年2万多个增加了7倍多。全国在民政部门登记的民办非企业单位13万多个，比上年增加了近9倍。基金会936个。可以说，中国非营利组织的蓬勃发展，是全球社团革命的重要组成部分，也反映了中国民主法制进程中的变革需求。但是，毋庸讳言，中国非营利组织的生存环境，无论是从法规制制的视角，还是从政府管理的视角以及从非营利组织自身生存和发展能力的视角来剖析，都越来越显现出它与现实社会发展的差距。

中国非营利组织自建国以来，有过7次发展高峰。经过3次大规模的清理整顿，中国非营利组织的自身生存和发展能力虽然有了一定的提高，但也是步履艰难。政府管理的方针，虽然已经从单向的监督管理为主，正在向“培育发展和监督管理并重”的方向转变，但管理的基本制度和体系没有根本变化，实践中的随意性还相当普遍。特别是在法规制制方面的滞后性，已是学术界、政府部门和非营利组织的共识。正像人们所了解的那样，十几年前民政部就曾受国务院的委托起草《中华人民共和国结社法》（以下简称《结社法》）并十易其稿，《结社法》虽由于种种原因没有出台，但随着我国改革开放的不断深入发展，中国非营利组

织的行政法规还是有了一定的发展。《社会团体登记管理条例》修订过两次，第三次修订也正在进行之中；《基金会管理条例》经过了两次修订，第二次修订的版本，已于2004年正式实施；《民办非企业单位登记管理暂行条例》也在紧张的修订之中。这些行政法规的不断修订，对初步建立我国非营利组织法律体系和促进非营利组织的发展起了一定作用，但也存在着诸多明显甚至重大的缺陷与不足，这不仅仅反映在法律技术上，而且也存在法律体系中的缺失和功能的错位。另外，在一些重大问题的认识上也有不当之处。一些本应该由法律明确的问题，要么成为法律上的漏洞，要么由行政法规越俎代庖，其弊端不言而喻。

目前，在中国加强非营利组织法制建设的各方面的条件，正在逐步生成。毋庸讳言，中国的非营利组织的生长和发展环境与西方国家相比，有很大的不同。当代西方国家非营利组织建立在市场经济基础之上，是在民主与法制的良好氛围中壮大的。而中国非营利组织一开始就缺乏这种氛围。但是，经过20多年的改革开放，中国已经发生了巨大变化，目前社会主义市场经济体制已基本建立，以人为本、构建和谐社会的战略目标，这就意味着，对人的权利的基本保障和包容以及以法制为基础的社会管理模式，必将构成和谐社会的基本要素。这对以人为结合体和以财产为集合体的非营利组织无疑具有重要的积极意义。中国继经济领域的改革以后，社会领域的改革必将提上议事日程，也就是说中国的第二次改革必将是以社会领域的改革为重心。加强非营利组织的法制建设，建立比较完备的非营利组织法制体系势在必行。当然这种发展趋势的可能性并不等于现实性，中国非营利组织法制建设，是一个渐进的过程。

(二)

加强非营利组织理论研究，是加快非营利组织法律建设的基

本前提。中国非营利组织法制建设的滞后，有其特定的历史和社会背景，除了几千年传统文化和目前转型时期特定的社会环境的影响外，就其深层次的要素而言，理论研究和认识上的问题也是存在的。

非营利组织的理论问题是一个很复杂的问题，牵涉到许多学科。从法学角度讲，主要涉及宪法和国际人权法。《中华人民共和国宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”结社权是宪法赋予公民的基本权利，属于法律规范的内容，由于我国目前没有关于非营利组织的基本法，是由行政法规来对其进行规范，而行政法规从其实质来说是以管理为取向的，这就造成了对公民结社权利保障的局限性。这反映了我国目前立法上的错位和认识上的混乱。宪法为什么要赋予公民结社权利，这些权利应包括哪些方面的含义，对公民的结社权利是否可以进行限制，对法律和政府限制结社行为的法律救济措施应当符合哪些要求，等等，都是要认真深入研究的课题。同时，结社的问题不仅仅在法学上是一个重要问题，而且在政治学、社会学、公共管理学等学科中也是一个重要的问题。因此，非营利组织理论是涉及多种学科的复合科学，涉及政治、思想领域的科学理论，涉及社会学领域的科学理论，也涉及经济学领域的科学理论等。

中国有句古话：行到水穷处，坐看云起时。在全面构建和谐社会的进程中，建设有中国特色的先进文化，已经提升到国家发展的战略高度。先进的文化需要先进的理论思维，先进的理论思维需要有创新意识和深入的理论探索。同样，非营利组织的发展和法制建设需要有深刻理论的支撑。因为科学的非营利组织基本理论，是对非营利组织发展的基本规律和时代特征的正确总结，是正确预测非营利组织发展趋势和指导制定非营利组织发展战略的思想武器，也是党和国家制定非营利组织方针、政策、法律、

法规和做好行政管理的重要依据，因此正确认识非营利组织的基本理论研究具有现实的积极意义。理论工作者的重要职责，就是追求真理，从理论上探索真知，求知、求真，其目的，就是为了国家兴旺、民族发展、社会进步。北京大学法学院非营利组织法研究中心正是基于上述考虑开展了“中国非营利组织法研究”。这是一个基础性和综合性的研究课题，我们用了3年左右的时间，从不同角度，选用了多种形式进行研究：从调查研究入手，分析了我国当前法律环境；译汇了18个国家的非营利组织的20个法律文件；举办了“中国非营利组织法律模式系列论坛”；吸纳了国内外专家学者、政府官员和民间组织相关人士的卓识高见，形成了《非政府组织的理论阐释》、《中国非营利组织法的基本问题》、《中国非营利组织法律模式论文集》等研究成果。这些成果既是我们中心研究者与工作人员3年来努力的结晶，同时也与圈子里同仁的支持分不开。

《中国非营利组织法律模式论文集》以宪法所保障的公民结社权和财产权为依据，制定非营利组织法为基本法，以建立完备的法律体系为目标。本书集合了27位专家学者、政府官员和非营利组织相关人士的聪明才智，从三个方面进行了论证和阐述。第一部分是基础理论的研究和分析，第二部分从中国非营利组织的法律环境与制度建设方面进行了论述和分析，第三部分介绍了域外经验。本书既从理论的高度回应了中国非营利组织当前存在的问题，也为中国非营利组织法律建设中遇到的敏感问题提供了依据；既是一部具有现实价值的精文荟萃，也是一份中国非营利组织法制建设研究中具有一定科学含量的研究成果。但是本书所言之事、所言之理，也只是一家之言，不妥之处，在所难免。

我们认为，中国非营利组织法制建设理论研究仍处于起步阶段，我们的研究也是刚刚开始，基础研究、应用研究，尚任重道远。但我们也相信，只要我们在这个园地中辛勤耕耘，就一定能

结出丰硕的果实。

在这里，衷心感谢民政部民间管理局的孙伟林局长、李勇副局长，感谢全国人大法工委国家法室副主任许安标，感谢国务院法制办朱卫国处长，感谢香港乐施会、美国福特基金会、世界银行驻北京办事处，感谢他们对中心的支持和帮助。

陈金罗

2006 年 4 月

• 目 录 •

一、基础理论	(1)
宪政与结社自由	毛寿龙(3)
论结社自由的宪法保障	黄建军 张千帆(17)
公共参与与行政法治	姜明安(37)
NGO 的“民间治理”与转型期的	
法治秩序	马长山(63)
现代公民社会与结社自由	王建芹(89)
关于结社自由立法的思考	吴 明(101)
二、法律环境与制度建设	(105)
政府管理非营利组织模式的思考	刘培峰(107)
非营利组织立法方略简论	许安标(139)
构建和谐社会与非营利组织法律模式的	
几点问题的思考	丁元竹(148)
完善有利于民间组织发展的法规体系	李新苗(156)
从结社权利角度看社团管理问题	吴玉章(164)
建立政府与民间组织的合作伙伴关系	王新政(174)
存在的合法与合法的存在	孟光华(188)
备案制实践与双轨登记制的制度构想	
——过渡期的中国民间组织登记	
管理制度	谢海定(199)
NGO 的问责、监督与产权问题	王 名(209)

民办非企业单位有关法律问题之思考	赵 泳(214)
非营利法人的财产法律问题	葛云松(223)
社团组织财产的性质及功能	莫纪宏(230)
中国非营利组织税收优惠政策的	
现状和问题	靳东升(234)
基金会立法中的财产问题研究	马 昕(242)
民办学校非营利性与财产归属	齐 红(248)
三、域外经验	(261)
印度非营利部门法制架构的	
基本特征	[印]P·伊施瓦拉·巴特 薛松译(263)
荷兰和某些西欧国家非营利	
组织的法律制度	[荷]范德普罗格 冯蕊译(295)
法律和第三部门管理	
.....	[菲]莱迪维那 V·卡里诺 冯蕊译(310)
德国的社团和财团:服务提供者	
抑或市民社会代理人?	
.....	[德]罗伯特·格拉夫·施特拉什维茨 姜朋译(345)
日本非营利组织法律制度的	
现状与前景	[日]太田达男 普丽芬译(362)
非营利组织税收规则(NPOs)	
.....	[美]爱立西 窦慧娟译(380)

一、基础理论

宪政与结社自由

毛寿龙*

宪政是现代社会政治的基本结构性制度安排，往往包括个人权利、国家基本权力配置等内容。本文扩展了宪政的含义，取其基本结构性制度安排及其理论逻辑的含义。这样，传统的帝国政治也有其宪政秩序，就像现代民主国家一样。根据这一逻辑，我们可以超越传统帝国秩序的表面现象，去分析其中的核心制度安排与逻辑，并理解帝国秩序的效率与失败的原因。

传统社会政治的宪政秩序基本上都是一种单中心的帝国秩序。这样的秩序中往往缺乏舆论自由，缺乏学术自由，所以对其很少有理论的思考和总结。

现代自由民主社会的宪政秩序往往是一种多中心的自主治理为基础的政治秩序。这样的秩序往往有充分的言论自由、出版自由，有充分的新闻自由，更有充分的学术自由。所以，对其理论思考和总结也非常充分。

对中国来说，理解现代宪政秩序是非常重要的，但更重要的是去理解传统的帝国秩序，并思考中国的变法与帝国秩序的关系，思考中国的宪政秩序是如何从帝国秩序走向多中心自主治理之宪政秩序的。本文将进一步关注结社自由的重要性。

* 中国人民大学行政管理系教授。

本文将考察商鞅变法的基本内容，从中总结帝国秩序的规则特征；并在此基础上进一步考察当代中国在走出帝国秩序、走向多中心自主治理的宪政秩序的进程中，结社自由是至关重要的；最后举三个例子说明中国的宪政秩序转型与结社自由之间的关系。

一、单中心的帝国秩序

《史记》记载了很多故事，其中有一个故事是有关商鞅变法的。

商鞅变法的基本内容：

- 百姓五家为保，十保相连，相互纠发、连坐。
- 不告者腰斩，告奸者与斩敌首一样受赏，藏匿奸者与降敌一样受罚。
- 百姓有二男以上而不分居的，赋税加倍。
- 有军功的按标准受爵，为私事争斗的，按轻重受刑。
- 努力本业，耕织收获粮食、布帛多出的一部分加在他的身上。
- 从事工商末利而怠惰致贫的，收为官奴。
- 宗室没有军功的，不给爵位。
- 明尊卑爵位等级，各按等次享有田宅，有功的显赫荣耀，无功的虽富足却无光彩。

法令立信的方法：

1. 具体事例立信：赏有信

- 法令完备，怕百姓不信，立一根三丈长的木头在国都街市的南门，招募百姓中能将它搬到北门的，奖励十金。
- 百姓对此很奇怪，不敢搬。
- 又说，能搬的给予五十金。
- 有人试着搬了木头，果然就给予五十金。
- 表明不是欺骗，才颁布法令。

2. 具体事例立罚：

- 找大替罪羊，确定边界，如太子犯法，与民同罪；用害怕

使其服从法令。

- 待局势稳定后，惩罚开始时有不同意见的反对自己的人。
- 用领导人的决心与个人的害怕而不是共识来体现规则的力量。
- 商鞅的法令显然违背人的生活常情。法令在百姓中实行了一年，秦国都的百姓说不便的数以千计。法令的执行受到威胁。
- 正逢太子犯法，公孙鞅说，法之不行，是从上违法的。要法办太子。
- 太子是君王的子嗣后代，不能施行，就对其师傅公子虔用刑，将其师傅公孙贾处罚。
- 秦国人因此害怕都服从法令。

3. 进一步处罚不同意见者：秋后算账

- 商鞅的法令实行了十年，秦国百姓大悦，道不拾遗，山无盗贼，家家富裕人人满足。百姓勇于公战，不敢私斗，乡邑大治。
- 刚开始说法令不好的人，改变主意说法令便利。公孙鞅说，都是扰乱教化的百姓。把这些都迁到边城，百姓再也不敢议论法令。

商鞅变法，隐含着一一种帝国的秩序，这样的秩序，适合于建立帝国，并且在暴力竞争中取胜。其有效性主要取决于暴力竞争的烈度。一旦暴力竞争结束，依靠斩杀敌首寻租替代为依靠腐蚀性的腐败活动寻租，帝国秩序就会因腐化而失序，并进一步陷入暴力竞争的战争状态，再在暴力竞争中产生有效的帝国秩序，然后逐步腐败。

帝国秩序有一些核心的规则：

1. 奖励与惩罚，是统治的两大法宝。
2. 赏罚规则的信与不信，来自具体的边界性事例。以官方精

心选择的事例，来确定规则的威信。当然，也会因特定的事例，而使得规则很快失去信用，难以持续。

3. 赏罚规则，不允许有任何议论，若有议论，则以处罚来统一言论：规则的问题很难发现，在正式规则之外慢慢会形成潜规则，而且因潜规则与正式规则不同，很容易给某些人提供合法的伤害权。

4. 没有个人产权，包括个人的生命权，所有资产都属于国家，其生产和分配都符合国家的偏好和目的：国家喜欢农业与纺织，不喜欢商业；国家喜欢军功。个人的荣辱与财富，取决于国家的奖励与分配。

5. 个人是国家的组成部分，国家就是个人的一切：太子、高官都是工具；不许私斗，只许公战。

6. 荣誉奖励与物质奖励不一致，道德典型往往生活清贫，如海瑞等清官，一直很清贫，即使是纪晓岚，也是清官一个，生活困难。

7. 结社，显然只有国家级的结社，或者作为国家工具的结社。

潜规则与帝国秩序：

- 人类社会的特性是，个人存在着很大的差异，人与人之间总是存在边界。这些边界并不纯粹由国家来规定。在国家正式的规则之外，自然而然地存在和演进着人类社会的自然规则。可以产权为例。
- 产权的规则：相互之间的边界。在帝国秩序中，人们或者相互遵守默认的边界，或者依靠帝国来重新分配。结果是，大家都把更多的精力放在向帝国权力的寻租上。寻租活动，包括依靠军功寻租，要比生产性活动来得多。部分地区，则自己有民间的土地契约，国家默许。但是潜规则，可谓不便深究和张扬，词汇比较特别。

- 产权的保护：任何产权的承认和维护，人与人之间的信任和冲突解决机制是非常重要的。私人的信任与“私斗”是建立和维护产权制度的重要机制。在这一进程中，小规模乡镇和城市化集镇社会的结社，非常重要。在帝国秩序中，这些机制不被鼓励，而被禁止，结果是平时运作不充分，很多矛盾集中起来爆发，产权往往呈现周期性的重新分配，而不会通过产权市场来进行有效流动。
- 建立的社团，往往具有与帝国秩序同基因序列的性质：不被公开，就成为地下黑社会。民间秘密组织，具有暴力性，其有效性往往取决于其暴力的有效性。当帝国秩序因腐败而失序时，这些组织成为改朝换代的武器。

中国几千年来孜孜以求的要建立和完善，在其衰落时要改革的，恰恰是这样的一个单中心的帝国秩序。

改革开放前的中国，由于实行计划经济，即使城市开始进行大规模的重工业发展，但核心的宪法还是一种长期延续下来的帝国秩序，只是在技术上有很多差异，或者说由于对当代社会的感性认识比较多，对商鞅时代感性认识较少，觉得差异很大。

这一秩序的基本特点是：

- 奖励分为很多级别，国家级、省部级、县团级等，很多资源分配都具有奖励的性质。不同的是，帝国往往分地产，但现在地产不重要了，其他各种资源更重要，所以分的是各种各样的官职、待遇、职称、奖励、房产、津贴等。
- 荣誉奖励与物质奖励不一致，道德典型往往生活清贫。一直到当代，还是如此。

如《半月谈》报道说：北方一个市，有一位34年前受到毛主席接见的优秀战士，转业到公安系统后仍然保持英雄本色，曾被公安部授予全国优秀警察称号，也是公认的廉政典型。他在一个公安分局治安科当了十几年科长，始终不为金钱所动。可是这位

受人尊敬的廉政典型，至今一家6口仍挤住在60平方米的陋室里。儿子二十四五岁了，因为家里穷都不敢找对象。他的老伴心酸地说，30多年来丈夫获得了近百项荣誉，可除了奖章、证书外几乎什么都没有，跟他结婚没享过一天的福。

- 惩罚也有很多，往往也具有用惩罚来立信的味道：用惩罚高官来确立问责制，用惩罚高官来确立反腐败的决心，也用周期性严打来惩罚犯罪和腐败的官员。
- 规则的力度不是来自大家的讨论、分歧基础上的理解以及足够的共识，而是来自对不同意见的遏制。缺乏自由的公共空间，但有上下级性质的征求意见：上下处于不同的话语权地位，上级可以随时处理持有对自己有不同意见的人，并以此来确立规则的共识基础。
- 很多重要的产权都是国家的，水资源、地产等等，包括公房资源，大家都愿意从中获得更多，而不是为现有的资源寻找更具有生产性的出路。寻租型分配重于建设性的。
- 社团本身都是寻租型的、基本的利益集团，与国家结构密切相关，而缺乏自治的产权基础。社团很大程度上不是维权，因为个人和团体，本来就没有法定的权利，所有资源和利益都是国家的，社团都是为了争夺更多的特权与公共利益。
- 个人自由与权利，在潜规则上有边界，但缺乏正式规则的界定和保护，处于摇荡动荡和易受伤害的地位。

中国社会的立宪秩序正在变革过程中：

- 单中心的奖励，很多已经失去了作用，有些正在失去作用。市场评价，越来越成为荣誉与成就的标志。著名品牌往往是市场著名的品牌，著名的人物，也往往是市场化媒体等注目的人物，而不是什么“十大得奖品牌”、“十大杰出人物”。