



“十三五”国家重点出版物出版规划项目



比较法文丛

何勤华 主编

40

慈善捐赠的世界图景

——以罗马法、英美法、伊斯兰法为中心

蒋军洲 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA





上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目



比较法文丛

何勤华 主编

40

慈善捐赠的世界图景

——以罗马法、英美法、伊斯兰法为中心

蒋军洲 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

慈善捐赠的世界图景:以罗马法、英美法、伊斯兰法为中心 / 蒋军洲著. —北京:法律出版社,2016.8
(比较法文丛 / 何勤华主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9897 - 5

I. ①慈… II. ①蒋… III. ①慈善事业—法律—研究—世界 IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 203198 号

慈善捐赠的世界图景
——以罗马法、英美法、伊斯兰法为中心

蒋军洲 著

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 刘晓萌
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 13.5
字数 210 千
版本 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9897 - 5

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999

年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

众所周知,21世纪的中国已步入法制建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居

2010年9月19日

绪 论	1
第一章 慈善捐赠的罗马法路径	21
第一节 古典法时期慈善捐赠的识别及其实现	21
第二节 后古典时期慈善捐赠制度的生成与演进	28
第三节 优士丁尼时期虔诚捐赠的法律规范	39
第四节 后世可能的发展路径	52
第二章 罗马法路径的大陆法系衍生	54
第一节 慈善目的识别	54
第二节 慈善基金会法律身份的变迁	72
第三节 慈善基金会的法律治理	82
第四节 慈善基金会的硬核及小结	91

第三章 类似于罗马法路径的英美法慈善捐赠方法	99
第一节 英美法系实现慈善捐赠途径的生成	99
第二节 慈善信托路径下慈善目的的识别	111
第三节 慈善信托的法律治理	121
第四节 慈善信托的硬核及小结	127
第四章 相仿于罗马法路径的伊斯兰法慈善捐赠方式	131
第一节 伊斯兰法系瓦克夫制度的生成	131
第二节 瓦克夫制度的后世演进	138
第三节 瓦克夫路径下慈善目的的识别	145
第四节 瓦克夫的法律治理	150
第五节 瓦克夫的硬核与小结	157
第五章 三大法系相似慈善捐赠路径的比较	160
第一节 制度构成上的共同之处	160
第二节 相仿路径的竞争性比较	164
第三节 共同的发展趋势之国家放松管制	169
第四节 共同的发展趋势之慈善目的的扩张	175
结 论	179
参考文献	190
后 记	205

绪 论

一、慈善捐赠的中国语境

慈善捐赠是一个令人感觉十分难以解读的词汇。这不但因为慈善捐赠中“捐赠”这一词素在法律文本意义上是欠缺的,而且人们更为熟悉的“慈善”这一词素甚至是一个顺应时代的创造。

有研究报告写道:在中国具有悠久历史的“慈善”在20世纪90年代初才成为一个新名词。“直到1994年为止,《人民日报》几乎没有使用过‘慈善’这个词,在不得已的时候,往往使用‘公益事业’来代替。”“真正旗帜鲜明地提出‘慈善’两个字,还是从1994年才开始的。”^①那一年,被认为是在中国现代慈善事业史上具有开创意义和里程碑式的一年。

新中国慈善事业的飞速发展来源于政策的推动。2004年中共十六届四中全会公报把慈善事业列为我国社会保障制度的重要组成部分,将慈善事业和社会

^① 田凯著:《非协调约束与组织运作——中国慈善组织与政府关系的个案研究》,商务印书馆2004年版,第10页。

保险、社会福利、社会救助并列,一改此前其“政府工作的重要补充”的地位。在此之后,慈善工作则被正式纳入政府工作范畴。同一年,促进中国慈善事业飞速发展的一部法规《基金会管理条例》出台。2005年我国慈善事业进入政府全面推动阶段,开创了慈善事业新局面。当年的全国“两会”上,中央政府工作报告正式提出要“支持慈善事业的发展”。2005年年底,中国现代慈善事业迎来了另一个里程碑。新中国成立以来的首次全国性慈善大会——中华慈善大会在北京召开。自此,有关慈善立法的呼声越来越高,直到2016年3月,《慈善法》出台。

但令人遗憾的是,新出台的《慈善法》并未为我们清晰理解何谓慈善提供令人满意的指引。该法第3条将慈善活动视为它所列举的公益活动:(1)扶贫、济困;(2)扶老、救孤、恤病、助残、优抚;(3)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;(4)促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展;(5)防治污染和其他公害,保护和改善生态环境;(6)符合本法规定的其他公益活动。极为类似的是,我国较早的1999年《公益事业捐赠法》第3条对何谓“公益事业”,列举了四大类非营利的事业:(1)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动;(2)教育、科学、文化、卫生、体育事业;(3)环境保护、社会公共设施建设;(4)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。后来的2001年《信托法》第六章规定了“公益信托”,并在第60条规定:“为了下列公共利益目的之一而设立的信托,属于公益信托:(1)救济贫困;(2)救助灾民;(3)扶助残疾人;(4)发展教育、科技、文化、艺术、体育事业;(5)发展医疗卫生事业;(6)发展环境保护事业,维护生态环境;(7)发展其他社会公益事业。”或许可以比较安全地讲,在目前的法律文本中,尤其是根据《慈善法》第44条“慈善信托属于公益信托”之规定,慈善是公益的一种。但这种理解是否准确有待进一步发掘。本书将研究对象限定在慈善捐赠而不是公益捐赠,并非出于《慈善法》肯定了“慈善捐赠”这样的术语,事实上本书的实质内容完成于该法颁布之前;而是出于这样的考虑:通过历史考察可以发现,慈善捐赠才是一个有历史来头的概念,早在罗马法上,其

就表现为虔诚捐赠(*piae causae*);通过比较法考察可以发现,慈善捐赠是一个在大陆法系、英美法系与伊斯兰法系通行的概念,而“公益”这一术语更像是一个要件。比如,在英美法系,慈善信托必须以慈善为目的,为了公益,即不特定多数人的利益。

另一个词素“捐赠”究竟何指也不是那么轻易可以确定的。1999年《公益事业捐赠法》第一次从法律文本的层面使用了“捐赠”一词但未给予解释,但其第2条将“捐赠”与“公益事业”联系在一起,并将后者视为捐赠的目的限定:“自然人、法人或者其他组织自愿无偿向依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位捐赠财产,用于公益事业的,适用本法。”关于捐赠是否仅仅指赠与合同(《公益事业捐赠法》第12条规定:捐赠人可以与受赠人就捐赠财产的种类、质量、数量和用途等内容订立捐赠协议。),还是亦包括遗赠,该法并无明确规定。

同年颁布的《合同法》第十一章规定了“赠与合同”,但未提及“捐赠”,其第186条第2款提及“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同”,似乎可与前述《公益事业捐赠法》中规定的公益事业捐赠部分相呼应。更早的1985年《继承法》虽然规定了遗赠,但限于当时的社会经济生活事实,欠缺对慈善捐赠的关注。

2001年1月15日经国务院批准,财政部、国家税务总局、海关总署发布的《扶贫、慈善性捐赠物资免征进口税收的暂行办法》在规范文本的层面首次使用了“慈善性捐赠物资”一词,“慈善”是目的性限定,“捐赠”物资来源于赠与还是还包括遗赠不得而知。倒是2004年的《遗产税暂行条例(草案)》提及遗赠人捐赠遗产,意味着“捐赠”的含义是如此的丰富,从而可以开放性地容纳赠与和遗赠。

问题的复杂性不仅在于这一面,还在于在规范性文本与学术文献中,涉及本主题的术语表达还有“捐助”与“捐献”。比如,关于何谓“捐助”,民政部制定的《公益慈善捐助信息公开指引》中使用了“捐助”并同时使用了“捐赠”,其第4条规定:“本指引所指的公益慈善捐助信息,是指信息公开主体与

公益慈善活动相关的捐赠款物的募集、接受、使用和审计等信息。”似乎在起草者的意识中二者并无不同。更令人确信这一点的是其第1条的规定“为增强慈善捐助信息的透明度,提高公益慈善组织的社会公信力,引导公益慈善资源的有效使用,推动慈善事业持续健康发展,依照《中华人民共和国公益事业捐赠法》、《中华人民共和国政府信息公开条例》、《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》、《基金会信息公布办法》、《救灾捐赠管理办法》等相关法律法规和规章,制定《公益慈善捐助信息公开指引》。”但它所依据的那些法律文本中并没有“捐助”一词。所以,此处为避免术语的繁杂带来不必要的时间浪费,根据最新的2008年施行的《企业所得税法》第9条对“公益性捐赠”一词的使用,本书将所研究的对象限定为“捐赠”而不是“捐助”或“捐献”。这是因为在民法文献中,“捐助”更多地被理解为捐出财产,以设立财团为目的的行为,^①有其独特的含义,部分作者不理解“捐助”这一特定法学术语,^②将“捐助”等同于“捐赠”实际上是理论探讨不成熟的反映,所以此处不再单独对此种“捐助”的性质加以评估。限于在法律文献中,“捐献”多与人体器官相联系,但本书无意全面讨论关于器官“捐献”的法律问题,所以“捐献”一词亦未予采用。

本书选择的“捐赠”一词被理解为既包括赠与也包括遗赠,还包括包含遗产信托在内的公益信托。特别是捐赠被理解为不但可以捐赠财产,而且可以捐赠劳务,后者的法律依据是2008年《企业所得税法实施条例》第25条,该条规定:“企业发生非货币性资产交换,以及将货物、财产、劳务用于捐赠、偿债、赞助、集资、广告、样品、职工福利或者利润分配等用途的,应当视同销售货物、转让财产或者提供劳务,但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。”

^① 王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第199页。大陆学者的代表性文章:赵旭东:“论捐助法人在民法中的地位”,载《法学》1991年第6期。张淳:“关于对我国捐助型单位法律调整的立法思考”,载《政法学刊》1992年第3期。

^② 张国安:“捐助行为的法律调适”,载《法学》1992年第2期。

综上,之所以在繁复的中国语境中选定慈善捐赠而不是公益捐赠、慈善捐助作为研究对象,并不光是出于慈善捐赠使用频率更高,还考虑到慈善捐赠不但是地方性知识,而且是普适性的知识,从而为考察其他文明中的类似机制留下一扇便利的交流窗口。在英语的表达中它的对应语可以是“charitable uses, trusts and donations”、“charitable bequests and conveyances”,在意大利语中为从“*piae causae*”所衍生出来的包括“*beneficenza*”在内的关联性术语的表述。

在中国的语境中,飞速发展的慈善事业需要慈善法的保障。慈善捐赠已成为一个重要的问题,《中国慈善事业发展指导纲要(2011~2015年)》将“促进慈善事业健康发展的法律法规政策体系基本建立,捐赠税收优惠政策得到落实,慈善事业依法有序健康发展”列为其主要目标。2016年出台的《慈善法》更是于第四章专章规定了慈善捐赠,为它下了定义,进行了特别规范。但一个自然而然的问题是究竟什么是慈善捐赠,慈善捐赠与普通的私人赠与有何不同,以至于慈善捐赠需要特殊规则?

这归根结底可归因于慈善捐赠的抽象性(*in abstracto*),有三个区分性特征:受益人不确定,纪念性,永久性。由于受益人不确定,所以必须有确保适当请求受益的特别措施,以及对捐赠财产的监管措施;由于纪念性,所以必须有特别措施限制捐赠人的慷慨;由于永久性,所以需要为起初所设定的目的难以实现时提供修订措施。但无论如何,慈善捐赠看来都是一个系统性的工程,需要综合考虑捐赠人、慈善组织、受益人和公权机关在其中所扮演的角色。以我国目前现有的法律法规观之,无论是前述工程的哪一个子项,我们都无法宣称已有充分的法律支撑。这自然意味着我国的慈善捐赠法律问题是内生的。所以,考察慈善捐赠的法律支撑与保障的首要目的即为我国的慈善法建设服务。

事实是,前述内在的法律问题还是后发的。所以,本书将考察其他法律文明中的类似机制和方法设定为一条有益我国法制建设的重要途径¹。但鉴于法律是一种地方性知识的理解,本书并不旨在通过比较法考察,将慈善捐

赠的国外机制全盘移植,从而实现中国慈善法的现代化,相反,本书立意从特定的法律情境出发,考察特定慈善捐赠机制的共性及其不同,从而寻求一种立足于我国实际的更具多元化特征的规则体系。

二、文献综述与研究框架

(一) 中国的问题与积累下的法学文献

一个热门的社会话题,引起了足够的法律学术关注。

尽管在术语表达这一元问题上,我们的文献显得如此繁杂,以至于难以挑选出一个合适的词汇(慈善捐赠还是慈善捐助?)用以说明我们究竟要研究什么。关于慈善捐赠的边缘性研究或关联研究实际上却如火如荼。这些成果要么研究慈善捐赠的性质或慈善捐赠法律关系,要么研究慈善组织,要么探讨慈善捐赠税收制度,要么讨论公司慈善捐赠。

1. 慈善捐赠的性质及其法律关系。慈善捐赠的性质是什么有关问题的根本。较早的论文成果为2000年竺效的《论捐助行为的法律属性》,新近的为2010年的《慈善捐赠的法律界定》。前者讨论的中心在于捐助是一种单方行为还是双方行为。作者考察了当时的两种学说,指出捐助单方法律行为说的不足,因为捐助可能不仅以设立财团法人为目的,亦指出捐助双方法律行为说的不足,因为捐助不但可能是一种特殊赠与,指为了社会公益事业或公共目的或其他特定目的无偿将其财产给予他人的行为,也可能是捐助设立财团法人。准此,作者认为不应片面界定何谓捐助,而应根据为捐助时受赠主体是否已存在而分类定性。^①

《慈善捐赠的法律界定》将慈善捐赠的讨论扩大了,作者提出慈善捐赠的标的,既可以是物,也可以是时间的投入和劳务。^②后一种提法实际上反映了社会上对志愿服务的全新认识,肯定了志愿服务在慈善捐赠中应有的地位。

^① 竺效:“论捐助行为的法律属性”,载《云南法学》2000年第1期。

^② 屈茂辉、邹赛男:“慈善捐赠的法律界定”,载《长沙理工大学学报》(社会科学版)2010年第3期。

但作者并未深入讨论志愿服务作为一种慈善捐赠从私法的层面讲是不是赠与,从而如何与赠与的目的定性相联系。此外,作者所提出的慈善捐赠除了设立型慈善捐赠、组织型慈善捐赠,还可以是个人型慈善捐赠,进一步细化了竺效的前述分类。

无论如何,前述研究都在潜在或明确地思考慈善捐赠究竟是一种独立的制度,还是说只是一种特殊的赠与,并从一些侧面说明慈善捐赠似乎越来越具有自己特殊的法律技术意义上的含义。显然,目前的赠与界定是对财产的无偿让渡,不包括志愿服务,而且更为重要的是,赠与是双方当事人之间发生的关系,慈善捐赠则不尽然:有如通过中介组织实现慈善捐赠的途径,则涉及捐赠人、受赠人和受益人,此处的受赠人与普通赠与的受赠人并不具有同等的法律地位,由于前者不同时是受益人,他接受财产的法律性质是受赠与人的委托替受益人接受,他对受赠财产的处分必须基于受益人的利益,在赠与人的意图范围内进行有限的支配,不享有普通赠与法律关系中受赠人的独立、充分的处分权;即使在直接的慈善捐赠中,受赠人在此情形下通常是不特定的人,如灾民,而不像普通的赠与那样受赠人是确定的。所以,如果说慈善捐赠是一种不同于赠与的有自己独立界定的制度类型,那么,私法学界对该制度的研究实在是太过于欠缺了。

在明了慈善捐赠的性质之后,以慈善捐赠所涉及的主体、客体、内容为模型进一步分析慈善捐赠的法律关系是一种可以预期的写作路径。此种以法律关系为分析工具探讨慈善捐赠所涉及的法律问题的思考是值得肯定的。比如,李珊珊2007年在其硕士学位论文《慈善捐赠法律关系研究》中提出了慈善捐赠在主体、客体、内容三大方面分别存在的问题具有为慈善捐赠全面把脉的意义,特别是作者依序所关注的慈善捐赠的主体中除了慈善组织外,自然人是否可作为慈善中介,其客体是否包括器官捐赠,在法律关系的内容上捐款余额的归属,^①均具有鲜明的时代意义。前述写作为了解慈善捐赠所

^① 李珊珊:“慈善捐赠法律关系研究”,武汉理工大学经济法学2007年硕士学位论文,第17页、第24页、第27页。

涉及的权利义务分配,并从该角度解决慈善捐赠所存在的问题提供了简要的分析路径,并使后来者在这种综合性地概述研究上显得无力突破,从而未见后来者再有这方面的研究。但事实是,慈善捐赠制度还有太多问题没有解决,如前述研究从其研究旨趣看,并无法合乎逻辑地关注在慈善捐赠法律关系之外的政府税收规制,尽管作者在捐赠主体部分论证了税收激励政策,^①让作为慈善捐赠法律关系的陌生人的政府闯进论证主题,此种背离法律关系宗旨的论述显得牵强附会。更重要的是,学术界对罗马法以来不同法系慈善捐赠制度的变迁太陌生了,以至于前述法律关系研究根本没有意识到慈善捐赠中所涉及的前述问题本不应是问题,不过是历史演进背景知识欠缺所导致的认知偏差。

2. 围绕慈善组织或非营利组织的研究。如果慈善捐赠性质研究以及进一步的法律关系研究算是宏观思索,慈善捐赠实际上还从属于一个更宏大的话题:第三部门或第三域。该话题的讨论打破了慈善捐赠是法学学科之内问题的界限,甚至呈现出法学研究严重落后于其他社会科学研究的面貌。第三部门是学术界对非营利组织集合的指称。非营利组织与营利组织、政府组织被现代社会科学视为社会领域、经济领域和政治领域的主要组织形式。1998~1999年的“中国第三部门研究”覆盖了第三部门即非营利组织的最主要研究领域,包括募捐、资助、激励机制、监督机制、法律环境、文化功能、效益评估、转型期发展、发展历史、国际比较等方面。就本书所关心的研究主题而言,秦晖的《政府与企业以外的现代化——中西公益事业史比较研究》、苏力等著的《规制与发展——第三部门的法律环境》是当时最有影响的成果。后来关于慈善捐赠制度的法学研究大规模集中在非营利组织和慈善基金会,或许多多少少与前述研究以及更早的关于“国家与社会”问题的前期研究有一

^① 李珊珊:“慈善捐赠法律关系研究”,武汉理工大学经济法学2007年硕士学位论文,第14页。

定关联。^①

秦晖将第三部门(非营利组织)的特征归纳为志愿与公益,从而使它不同于有志愿而无公益的企业,也不同于非志愿而求公益的国家部门。主张以志愿精神从事公益的行为,无论采取怎样的具体形式,都是一种基于个人慈善与博爱的行为。这种主张实际上指明了包括慈善组织在内的非营利组织的硬核。之后,他对公益事业发展的西方模式和公益事业发展的中国模式进行历史考证与比较,论述了中国第三部门与公民社会的走向。此项研究为了解慈善捐赠所从属于的宏大话语体系,以及历史变迁提供了基本的素材。^②但秦晖并无意细致探讨公益事业的法律问题,同期的《规制与发展——第三部门的法律环境》,则从第三部门的法律制度到第三部门的税收法律问题再进至第三部门的运行及其合法性问题,围绕结社自由和公益事业,对我国非营利组织的法律治理、税法规制、合法化问题进行了中肯的评论和展望,特别是所提出的“对非营利组织的治理从实质性的、直接的法律治理迈向形式化的、间接的法律治理,一改实质主义立法的浓厚特色,以抽象的社团、财团、公益信托为第三部门提供法律框架”,具有历史先进性,为尔后的研究提供了标杆;该书从第三部门与税收之间的影响与互动深入探讨的非营利组织的税法规制,为后来的慈善捐赠税收法律制度研究打下了坚实基础。^③

如果说《规制与发展——第三部门的法律环境》是一种宏观研究,事实上其分散的内容是由不同专业领域的作者单独完成的,从而使该研究概括性足、具体性差,后来逐步细化,并将主题越来越限制在相比更小的法律问题上的研究具有了更强的针对性。从成果面世顺序上看,此种历史发展轨迹是十

^① 邓正来著:《国家与社会:中国市民社会研究》,四川人民出版社1997年版;张静主编:《国家与社会》,浙江人民出版社1998年版;邓正来,[美]J.C.亚历山大主编:《市民社会理论研究》,中央编译出版社1998年版。

^② 秦晖著:《政府与企业以外的现代化——中西公益事业史比较研究》,浙江人民出版社1999年版。

^③ 苏力等著:《规制与发展——第三部门的法律环境》,浙江人民出版社1999年版,第198页、第205页。

分明显的,客观上亦符合了学术研究需要站在巨人的肩膀上接着进行的特征。

起初是学术界对非营利组织的法律问题更为丰富的探索,有如金锦萍对非营利法人治理结构的研究,^①陈金罗、葛云松等对中国非营利组织法基本问题的研究,^②以及北京大学非营利组织法律研究中心出版的《外国非营利组织法译汇》等著作。^③其后是进一步具体化的有关实现慈善捐赠的中介通道的慈善基金会和慈善信托的著述,前者有如李芳博士的《慈善性公益法人研究》,^④韦祎的《中国慈善基金会法人制度研究》;^⑤后者有如赵磊的《公益信托法律制度研究》,^⑥解锬的《英国慈善信托制度研究》。^⑦当然,亦不能忽视属于小众成果的瓦克夫研究,此项研究不但此前一直没有进入法学界的主流视野,在今天也没有引起足够的关注。

按照通常的逻辑,本书应顺着前述思想路线,将研究问题缩小,限定在对更具体制度的琢磨上,如谈论慈善组织的近似规则或者探讨慈善信托中受托人的义务,或者干脆评论司法判例,从而使制度研究更加细化,更具技术性。但本书并没有顺势前行,而是回过头来重新探讨了前述文献一直虽略有提及但没有深入论述和解决的问题:慈善捐赠的系统法律制度安排究竟是怎样从古罗马时代过渡到现代的?构成该系统安排的具体制度如赠与和慈善基金会、政府税收规制是怎样黏合在一起的?在面对后来不同法律文明中的慈善捐赠实现机制时,如何评价其优劣?这些方面是前述研究文献共有盲点和遗漏,从而是本书愿意填补并最为关注的。

3. 慈善捐赠的税收法律制度研究。从《规制与发展——第三部门的法律

① 金锦萍著:《非营利法人治理结构研究》,北京大学出版社2005年版。

② 陈金罗等著:《中国非营利组织法的基本问题》,中国方正出版社2006年版。

③ 金锦萍、葛云松主编:《外国非营利组织译汇》,北京大学出版社2006年版。

④ 李芳著:《慈善性公益法人研究》,法律出版社2008年版。

⑤ 韦祎著:《中国慈善基金会法人制度研究》,中国政法大学出版社2010年版。

⑥ 赵磊著:《公益信托法律制度研究》,法律出版社2008年版。

⑦ 解锬著:《英国慈善信托制度研究》,法律出版社2011年版。