

民间组织法学文丛

The Legal Thinking
on NGOs in China

民间组织的法理思考

吴玉章 著

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES LITERATURE PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民间组织的法理思考/吴玉章著. —北京: 社会科学文献出版社, 2010. 10

(民间组织法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 1752 - 3

I. ①民… II. ①吴… III. ①社会团体 - 研究 - 中国
IV. ①C232

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 161385 号

· 民间组织法学文丛 ·

民间组织的法理思考

著 者 / 吴玉章

出 版 人 / 谢寿光

总 编 辑 / 邹东涛

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮 政 编 码 / 100029

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 59367077

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目负责 / 刘骁军

责任编辑 / 田 欣 徐辉琪

责任校对 / 王 鹏

责任印制 / 郭 妍 岳 阳 吴 波

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 59367080 59367097

经 销 / 各地书店

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 10

字 数 / 146 千字

版 次 / 2010 年 10 月第 1 版

印 次 / 2010 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 1752 - 3

定 价 / 35.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,
请与本社读者服务中心联系更换

版权所有 翻印必究

目 录

公法权利的实践

——结社现象的法学意义····· 1

结社自由：文本与实践····· 20

“政府管理社团”模式及其效果····· 49

我国社会团体的“问责”问题

——法律角度····· 74

双重管理原则：历史、现状和完善····· 94

结社与社团管理····· 119

新社团与旧管理····· 125

社会组织如何管理？····· 131

深刻领会十七大报告关于社会组织建设和管理的重要思想····· 136

建议加强对进入我国的国际 NGO 的管理····· 142

民间组织问题的研究····· 146

公法权利的实践

——结社现象的法学意义

本文所说的公法权利实践，是公法领域内公民权利的实践，即公法领域内公民权利从“书本上的权利”走向“生活中的权利”的过程。权利实践有自己不能选择的开始，有自己的轨迹和规律，它不可能完全按照“权利本位”、“权利优于义务”这些观念的要求那样实践，因为那是一种理论的、想象的、以权利为中心的秩序。要了解我国当前的权利实践过程，需要学人俯下身軀，观察中国的现实后才能有所发现。提出并说明权利实践问题，属于一种概括和总结，即对已经走过的道路的回顾，对历史发展经验的一种总结，对权利实践中具体问题的概括。我们认为，围绕权利实践问题，至少有这样三个问题值得注意，即权利实践如何成为可能，权利在实践过程中呈现了什么特点，以及实践中权利的未来发展这三个相互联系的问题。本文将以改革开放以来我国的结社现象为例，就上面提到的三个问题一一展开论述。

改革开放以来，在经济得到高速发展、社会问题和社会管理日益引起关注的同时，我国公民的结社现象也正在悄然出现，并且有日益扩大的趋势。据不完全统计，截止到2005年初，经过合法登记的社会团体就已经接近17万家，而包括社会团体在内的民间组织将近32万家。另外，根据学者们的调查，我国还有多至50万~270万家尚未经过合法登记的、各式各样的民间组织，其中有相当数量是形形色色的、活跃在

城乡基层的社会团体。^①同时，在全国高校中也有相当数量的社团。据《南方周末》的一份报道，“目前，中国共有 501 支高校学生环保社团，其中有学校团委组织的，更多的是自发成立的。这些社团成员平均超过 20 人，95% 以上是大学生。”^②这一现象表明，在经济发展的同时，我国公民的权利实践也在发展之中。

人之所以要结社，一方面是因为，通过结社，不同人的个人利益、爱好和追求都有可能成为一种群体利益或群体倾向而表现出来，从而更容易受到社会的重视，也更有可能尽快地解决或得到满足；另一方面，无论是环保还是关心弱势群体，总是需要有人去推动的，而且实践证明，推动的人、参与的人越多越好。过去，我们总是习惯于把公民的结社当作是公民自己的意愿，这实际上是不全面的。在一个转型社会中，结社或社会团体的出现其实也是政府的愿望。即使在我国计划经济鼎盛的时代，也还存在着少数几个社会团体，当然，它们的性质更多还是“官办”社会团体，如中国国际贸易促进会等。改革开放以来，政府更有理由需要社会团体的存在和活动。一方面，有了社会团体，政府在对外工作方面就具有了一定的下属单位，它们可以从事“对口”交往，使政府可以在某些活动中有意地位居幕后，以便灵活调度，掌握大局；另一方面，面对复杂多样的社会需求，政府在自己的以往经验中发现，有些事务是它做不好，也做不了的，因此，允许社会团体的存在，允许它们在一定的领域内满足社会需求，也有利于政府更好地提高自己的宏观把握能力。国务院为了加强社会团体的管理，在 1998 年特别批准民政部成立了民间组织管理局。

近年来，学术界围绕着结社现象已经有了不少研究成果。在这些成果中，学者们说明了当前中国社会团体的特性、发展规模，以及主要面临的问题等等。^③不过，从法学角度来说，结社现象的兴起反映了权利实践的

① 《清华大学 NGO 研究所学术沙龙百期集粹》，2005。（内部资料，仅供参考）

② “高端访谈：团中央书记处书记贺军科”，2006 年 4 月 13 日《南方周末》。

③ 中国青少年发展基金会、基金会发展研究委员会编《处于十字路口的中国社团》，天津人民出版社，2001。吴玉章主编《社会团体的法律问题》，社会科学文献出版社，2004。

发展。如果说第三世界各国完成自己现代化进程与西方发达国家所走的道路不一样，那么与此相关，这些国家的法治进程、它的权利实现途径也将随着自己的现代化进程而呈现出与西方发达国家不同的特点和情况。

就法学范围而言，权利是法律赋予的，是写在宪法和其他基本法律上的，是人们主张自己合法利益的主要根据。法律的主要功能之一就是维护公民的权利，并对侵犯公民权利的行为给予制裁。从法学上说，权利意味着行为的自由，权利人可以自由地行为。不过，这种自由不是漫无边际的自由，也不是什么只能在思想领域实现的自由，权利所赋予的自由是指行为方式上的自由。也就是说，权利人既可以实现这种自由也可以放弃这种自由。以选举权为例，权利人既可以积极参加选举活动，也可以不参加选举。

同时，权利不仅是写在纸上的。当然，将权利写在纸上也很重要，因为它毕竟可以彰显国家法律的基本精神和追求的目标。在那些没有权利历史的国家中，宪法宣告权利还有宣言的作用，它表明这个国家正在进入由文明国家组成的俱乐部。而且，人们甚至可以根据纸上权利的多少而判定一个国家的文明状况。但是，把人民的权利写在纸上，写在宪法上，只是权利故事的一半。权利要想有生命，就需要实践。一方面，没有实践的权利，只是一种虚置的权利，它还只能停留在纸上，还不能与人们现实的社会生活纠纷有什么紧密的联系；另一方面，没有实践的权利，即使“研究”得十分深入，也还是一种抽象的权利，还没有成为一种具体的权利。只有通过实践，对于权利人来说，权利才可以说是真正享受，权利的界限才可以逐渐明显，权利的冲突也才可以得到实际的解决。同时，与权利实践密切相关的是，国家的法律才能日益贴近社会日常生活，并有力地维护或扭转社会生活中的利益格局。从这个意义上说，权利是一种工具，它是需要使用的，并且只有通过使用，它才可以越来越“合手”，越来越有效。没有权利实践这一环节，权利就可能永远停留在纸上。然而，权利要想从“纸”上走进现实实践中绝不简单，它需要许多因素的集合，其中有必然因素，也有偶然因素；有法律内因素，也有法律外的社会因素等。

一 公法权利实践的可能

在实践中，权利人逐渐维护了自己的自由或利益，明确了自己某种行为的界限，也逐渐加强了自己的法律意识。在这种权利实践中，政府、其他组织和个人也逐渐明确了自己行为的界限，而一旦发生权力或权利与权利的冲突，它们也能够通过法院维护自己的利益。然而，权利实践不是凭空产生的，它的出现需要一系列条件。没有这些条件，权利的实践也就只能是空中楼阁，一旦这些条件具备，权利的实践就完全是可能的，甚至是不能阻挡的。对于公法权利的实践而言，下列几种因素或条件具有特殊的重要意义。

第一，公法自身的变化。公法权利实践之所以可能，首先也是直接的因素在于，公法本身的变化，而这种变化体现为：①公民权利的重要性。在整个公法的结构中，公民权利的地位有很大的提升。例如，在1982年宪法中，公民的权利与义务一章就被放在了国家机构一章的前面，显示了我国改革开放后的领导人开始积极关注对待公民的权利问题。随后，在党的政治报告和政府工作报告中，在宪法的历次修改中，公民权利成为了一个频繁出现的词汇。可以说，从20世纪90年代以来，在我国的政治生活中，权利就是一个非常响亮的词汇。无论什么主张只要与权利相联系，甚至包装以权利，这种主张似乎就具有显而易见的合法性，就不容置疑。当然，公民权利问题的逐渐突出，从某种意义上讲，还是一个现象。在这一现象的背后隐藏着很多原因，其中，逐渐出现的、对于个人利益的宽容和重视，以及人们追求个人利益的合理合法，是一个重要原因。也就是说，公民权利的突出地位与个人利益的逐渐合法化有密切的关系。由于个人利益本身的合理性，它势必要寻找维护这种利益的具体方式。虽然，新时期政策的支持是一种重要的方式，但是，由于政策本身的局限性，例如，它更多地关注社会普遍问题、社会群体问题，因此，在维护个人利益方面不能做到平等对待。在这方面，改革开放以来的法制建设就发挥了自己的作用，法律和权利逐渐成

为维护个人利益的有效工具。②政府或公权者逐渐接受法律的限制。改革开放以来，我国各级政府、特别是中央政府，经历了一个从“让利放权”经“自我约束”而达到“依法行政”的过程。也就是说，政府或公权者的权力越来越多地受到了法律的约束。我国的改革是一种政府推动的“自上而下”的改革。当然，自上而下的改革几乎在所有国家，各个历史时期都会存在。不过，在我国改革开放初期，这种自上而下的改革采取了一种“放权让利”的政策。也有学者称其为“松绑”，松绑既指政府思想观念上的“思想解放”，也指松开人们活动的、以前受到束缚的手脚，还指松动一种社会关系。^①也就是说，在改革之初，政府有意从它从前全面控制的若干社会生活领域撤退出来，同时有意地引导或鼓励社会力量或公民个人在其中积极发挥作用，例如在环保领域内社会团体的存在和发展，维护残疾人利益的社会团体的存在，还有民办教育机构、民办医院和民办科研院所的存在和发展等，以填补这些领域内因各级政府撤出而引起的“空白”。不过，各级政府的放权让利，各级政府的“松绑”实际上是一种有步骤、分阶段的撤出，它的撤出不仅意味着公民和社会力量可以如此行为，而且还隐藏或孕育着一种新的管理方式。

随着改革开放过程的逐渐深入，政府不仅继续坚持了让利放权的思路，更重要的是，政府开始逐渐“自我约束”了。这种“自我约束”主要表现为政府或公权者开始接受来自于权力体制内部或不同权力机关之间的种种限制，包括党纪、新闻，以及不同国家机关之间的相互监督等。由于这种自我约束不那么完善，不那么刚性，或者说实际效果不那么好，随着社会的发展和市场经济模式的确立，这种“自我约束”又逐渐发展为“依法行政”。应该说，自我约束与依法行政之间的不同是非常明显的，前者主要依赖于权力机关自己内部的监督和约束，而依法行政，则表明政府或公权者需要接受超越行政权力体制内部监督的更高、更普遍的限制，即法律的限制。也许，这三个阶段的划分在现实中

^① 夏勇主编《走向权利的时代》，中国政法大学出版社，2000，第660、663页。

表现得不是那么明显，但是每一个经历过的阶段都有一个明显的特征应该是没有问题的。

第二，公法权利存在于公法之中。因此，公法的发展，甚至整个法律制度的发展，就构成公法权利得以实践的基本前提之一。首先，改革开放以来，我国立法机关制定法律的速度是“惊人的”。改革开放以来，我国在法治建设方面取得了重要的成就。一个基本上全面而完整的社会主义法律体系已经大致建成。根据朱景文教授在《中国法律发展报告》所说明的，从1979年到2004年，我国共制定了727件法律、3809件行政法规、51554件部委规章和91334件地方性法规。由这些法律效力等级不同的法律法规组成的法律体系已经大致建成。这些法律至少具有两个方面的作用。一是，与改革开放初期的“无法可依”局面相比，一个以宪法为中心，包括了民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法，以及各个部门法在内的社会主义法律体系基本上建立起来了。2006年3月，吴邦国委员长在代表全国人大常委会所做的工作报告中指出，一年来，全国人大及其常委会共审议25件法律、法律解释和有关法律问题决定的草案，通过了18件。总之，虽然还有各式各样的问题，但是这些法律之间大致上是和谐的、合理的。二是，大量的法律实际上已经把大量的权利，包括公法上的权利和私法上的权利，赋予了我国公民。仅就公法而言，尽管还有许多问题，但是，“公民与公权者之间的权利义务关系……已经颇为周详和完备了”^①。我国宪法还规定了公民享有的若干种基本权利，这些法律规定的权利就是公民行使自己公法权利的必要条件。

改革开放以来，在我国的社会生活中，特别是在惩罚犯罪、处理各种纠纷中，各级人民法院的作用越来越重要。这说明，人们已经开始把法院当作解决自己面临的某些问题的重要机关。同时，我国的司法机关也得到了长足进展。无论是新司法理念的确立，还是司法机关自身的逐渐完善都取得了进步。与此相适应，我国法官、检察官和律师的数量也都有了很大的发展。根据《中国法律发展报告》的统计，1986年，我

^① 夏勇主编《走向权利的时代》，中国政法大学出版社，2000，第672页。

国每 10 万人口中有 9.36 位法官、9.12 位检察官和 2.02 位律师；到了 2003 年，每 10 万人口中有 15.1 位法官、10.03 位检察官和 11.06 位律师。随着司法考试的逐渐实施，我国法官、检察官和律师的素质都在稳步提高。当前，诉讼过程和执法过程的规范化都已经成为我国司法机关改进工作的一个具体目标。就我国一审各类案件的数量看，人民法院一审各类案件的总量有了迅速的增加。民事案件的数量，1979 年为 389943 件，2004 年为 4332727 件；刑事案件的数量，1979 年是 123846 件，2004 年为 618826 件；行政案件的数量，1983 年为 527 件，2004 年为 92613 件。各类一审案件的总数从 1979 年的 513789 件，增至 2004 年 5072881 件。

第三，私法权利实践对于公法权利实践的积极作用。改革开放以来，随着社会主义市场经济模式的逐渐确立，私法领域内的法律不断健全和完善。与此相关，私法权利的实践也一直呈现出非常活跃的特点。作为市场经济的主体之一，普通公民不仅大胆地投身于市场经济的浪潮之中，而且一直尝试通过法律规定的权利来维护自己的利益和主张。公民在私法领域内的权利实践深刻影响了他们在公法领域内的权利实践。为了更好地维护自己的利益，也为了巩固自己在私法领域内的利益，公民们开始关注并尝试在公法领域内也实践权利。例如，公民们为了更好地维护自己的个人利益，在现有法律框架内，他们就会结成一个具有共同利益的经济类团体，并通过团体的力量来维护他们作为个人有时很难维护的利益。可以说，先私法权利再公法权利这样的发展模式是我国政府积极鼓励的。直观地说，改革开放开始时，政府特别鼓励人们在市场经济领域内的大胆尝试，并为此取消了一系列曾经限制人们行为的政策和制度。此后，政府才开始考虑如何充分发挥公民依据宪法所享有的、公法领域内的权利。因此，私法权利实践向公法权利实践的发展，不仅是理论上的推论，也是实践发展中的事实。

第四，思想观念发生的变化。公法权利实践的另一个条件就是人们思想观念的变化。对于公法权利实践来说，民主、法治和权利观念具有至关重要的直接影响。改革开放伊始，邓小平同志就一再强调，我们要

在政治上，“充分发扬人民民主，保证全体公民真正享有通过各种有效形式管理国家……的权力。”^①同时，邓小平同志坚持，“公民在法律和制度面前人人平等，党员在党章和党纪面前人人平等。”^②此后，以江泽民同志为首的党中央更是明确提出，“依法治国，建设社会主义法治国家”这一基本治国方略。具体而言，在这方面，有几个观念的变化至关重要。首先，20世纪90年代以来，权利成为了一个非常响亮的口号，并且已经进入党的全国代表大会的政治报告。在社会上，权利的影响是如此巨大，似乎无论什么主张，只要与权利相联系，就具有了不言而喻的合法性，就不需要自我证明了。^③其次，权利观念不是孤立的，权利不仅与自由密切相关，而且它的出现还导致一批重要公法概念的产生。事实上，在权利观念流行大江南北的同时，与权利观念密切相关的有限政府或责任政府的要求也逐渐产生，并最终体现在一部重要的公法之中，即《中华人民共和国行政许可法》。^④再次，普法教育的持久开展。改革开放以来，随着党中央和国务院对于法律的重视，普法教育逐渐开展，并一直坚持到现在。随着普法教育的深入，无论是干部还是普通公民对于法律的认识都有了很大的提高。通过普法教育，人们不仅了解了政府所享有的权力，也发现了公民所具有的权利。同时，尽管社会上还不时会出现一些违法事件，但是通过普法教育，人们逐渐培养了自己对于法律的尊敬，并有意识地提醒自己要依法办事。可以说，普法教育为公民权利实践提供了思想观念上的“动力”。

进一步说，对于基层群众来说，普法教育是有很重要的作用。当然，这并不是说，没有普法教育，我国公民就不知善恶，就不辨是非，就没有行为规则。相反，他们当然有善恶观念，有自己的行为规则。实际上，即使是穷乡僻壤的百姓也知道“头上三尺有青天”的道理，而

① 中共中央党校教务部编辑《十一届三中全会以来党和国家重要文献选编》，2003，第66页。

② 中共中央党校教务部编辑《十一届三中全会以来党和国家重要文献选编》，2003，第73页。

③ 有时，个别人的“权利”还使得一些基层干部既非常痛恨又十分无奈。参见，夏勇主编《走向权利的时代》，中国政法大学出版社，2000，第667页，注35。

④ 参见周汉华《行政许可法：观念创新和实践挑战》，《法学研究》2005年第2期。

他们的祖辈也会教导他们说，做人是不能胡来的。就普法教育而言，一方面，我们要看到，我国的老百姓有自己的政治智慧，他们能够在不公开违背“上面”意志的前提下发展自己的周旋技巧与对策，使得形式主义的东西不至于伤害他们；另一方面，普法教育无论对城市还是乡村都有重要的作用，它对普及和提高基层群众的法律意识，对强化法律的权威，对了解法律是有可能维护他们合法利益的工具等，确实具有重要作用。

还应当指出，对规范人们的行为和选择而言，法律体系的完善和法治原则的深入人心有巨大的作用。纵观近代德国的历史，我们发现，由于在18世纪时的德国已经确立法治原则，所以尽管仍然是帝国，但那是一种法治帝国。从那时以来，德国农民在将近两个世纪的历史发展中不再诉诸暴力，不再迷信起义，而是相信法律和法庭。^①综合近代国家的发展经验，确立法治，实际上才是追求国家长治久安的根本途径。随着改革开放的深入发展，公民所享受的个人自由是越来越多了，但是这一自由的方向是明确的。由于法律的约束，这种自由不是任意放纵，更不是无政府主义，而是向着法律容许的、行使权利的方向发展。换句话说，上述几个因素本来可以导致若干种发展的可能性。但是，在我们这里，并没有出现什么了不得的危机，也没有出现什么“没有律师的法治”之类的现象，相反，在特定环境和气氛中，在法律环境的约束下，上述几个因素的存在和发展，却逐渐导致了公民开始自己的权利实践。千百年来，人们那种要么顺民、要么造反的思维惯例现在发生了根本的变化，人们开始在法律和政策的框架内寻找自己的发展空间。具体地说，一方面，人们逐渐相信，随着改革的深化，人们生活中的问题肯定能够在现行体制的框架内逐步得到解决；另一方面，人们也相信，现行体制的组成部分并不是一成不变的、僵硬的，^②它实际上具有不断自我

^① 转引自陈乐民和史傅德对话，《万象》2006年第2期。

^② 按照哈佛法学院昂格斯的解释，这属于“制度内部的不确定性”。在这个领域内，人们可以充分发挥自己的想象力和创造力。Unger, *False Necessity*, Cambridge University Press, 1987.

完善和制度创新的能力，而人们的要求和社会的发展肯定会创造出更加符合人们期待的新的管理制度和方法。

实际上，仅仅有可能性还是不够的，因为同时可能还存在其他的可能性，有其他的发展方向。因此，我们还需要发现，这种权利实践是否体现了必然性。改革开放以来，我们的社会发生了巨大而深刻的变化，人们对这其中的道理有过各种各样的分析，这些分析也都有一些道理，不过，真正的变化就是人们精神面貌的变化，既是个人的主动、创新精神的发扬，也是个人自信的体现。在他们面前，过去的权威机关、伟人、制度和单位都不那么神圣了，都成了履行某种实际职能的工具。在政策和法律的框架内，人们开始了形式多样的创新活动，甚至达到这样的程度——只要法律和政策没有公开禁止，人们就可以尝试。正是这种创新精神，鼓励着人们在各个领域的活动，其中也包括人们在公法领域内的权利实践活动。从这个角度看，公法权利的实践只不过是人们（公民）这种主动、创新精神在法律领域的一种体现而已。

二 公法权利实践的特点

我国公法权利的实践依赖于一整套因素，不仅有经济的，而且还有行政的、政治的、国际的、历史的和文化的这些事先存在的因素，这些因素事先构成了一个空间，权利的实践只能在这个空间之中发展壮大。限于篇幅，这里仅就权力对于权利实践的影响，作一扼要分析。

在法学理论中，权力是一个重要的概念；在法学分析中，权力也有重要作用。在美国法学家霍菲尔德分析的八个法律概念中，权力是一个重要概念，并且与责任相互对立构成一组，称其为一种基本的法律关系。一般说来，权力总是与控制、强制、影响力等术语密切结合，指的是一种根据自己意愿，通过控制、强制或影响他人而使其按照自己意愿行为的力量。^①当然，就权力的存在形态而言，有一种是集权的，还有

^① [美] 达尔：《现代政治分析》，王沪宁等译，上海译文出版社，1987，第31页。

一种是分权的。集权往往意味着权力集中在一个人或一个团体那里，而分权则是几种权力独立存在，并相互制衡。再就权力的种类而言，则有多种划分，例如根据行使国家权力的主体而将其划分为立法权力、行政权力和司法权力等。

在我国各种公共权力中，行政权力是非常突出的。党中央和国务院的各项决策都需要由行政机关一一落实，与此同时，行政权力又在贯彻落实中央决策的过程中维护了自己的权力。即使我国的立法机关、司法机关也依然需要行政级别，即使这两个机关也依然要有行政级别很高的干部担任“一把手”。一方面，在我国，行政权力几乎无处不在，无论是穷乡僻壤的沟沟坎坎还是豪华都市的各个角落都有行政权力的存在；另一方面，行政权力又几乎无时不在。严重时，行政权力还直接影响到每一个人的生老病死的各个环节。改革开放以前，我们国家一直是一个强调权力的国家，甚至是一个突出集中权力的国家。不过，随着改革开放的逐渐深入，行政权力逐渐受到了限制，“小政府、大社会”的改革思路也体现了弱化行政权力的要求。然而，对于我们这样一个有几千年封建国家传统，当前又必须由政府推动改革开放的需要看，行政权力的弱化还不能是一个短期的、迅速就可以完成的任务，它的完成需要时间，也需要整个社会转型的成功，更依赖于整个国家的法治建设。当然，从某种意义上看，行政权力的弱化也需要国际环境的支持。然而，20世纪以来，行政权力的扩张似乎也是一种国际潮流，即使在美国这样典型的三权分立国家中，这一扩充也是经常发生的。早在20世纪初期，由于人们对于联邦政府的需要越来越强，原来的宪法模式得以突破，“行政性国家就创造出来了”。^①到20世纪80年代，美国共和党和民主党还共同推动了量刑委员会的成立，“这标志了行政权的突出扩张”。^②

① [美] 波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社，2001，第266页。

② [美] 波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社，2001，第270页。

昂格尔教授在他的《现代社会中的法律》一书中为我们描绘了一幅法律发展的历史画卷。面对纵横几千年、跨越不同文化体系的法律发展，昂格尔教授居高临下，将其明快地切割为三个阶段。他认为，法律的历史发展大致有这样一个顺序，即习惯法、官僚法和近代意义的“法律秩序”。在官僚法阶段，法律的特点是它“单独由政府制定”，并在自己的规则体系内宣布“国家的法律位置最高”。^①他进而发现，古代中国的法律具有官僚法的典型特点，并因此与近代欧洲法律的发展完全不同，走上了独特的发展道路。这种维护政府目的、突出国家利益的法律，我认为，始终是中国法律的一个基本特点。当然，有一个事实值得注意，即在传统儒家学说的语境内，天子、国家、政府、皇权都具有非常正面的含义，所谓“非仁者不得高位”一类说法深入人心，传之久远。新中国成立以后，我们的法律在强调国家意志，大力维护政府利益这些方面并没有什么变化。

权利属于公民，它来自于法律，是立法机关赋予公民的自由，而这些自由会得到法律强制力的保护。同时，权利又需要由司法机关在实际纠纷中给予认可。这是一般的说法。按照这样的说法，我们很容易忽略一个对于我国公民权利实践来说至关重要的因素，那就是行政机关的权力对于公民权利实践的影响。尽管我国公民权利的实现程度受到很多因素的影响，但是，在这些因素之中，行政权力的存在和它的作用对于公民权利的实现有重大影响，它甚至决定着我国公民权利的特点。

根据我国《社会团体登记管理条例》，公民行使自己的结社权利大致上需要经过两个政府机关或准政府机关。要成立社团，公民们首先寻找、确定自己的业务主管单位，只有经过业务主管单位的审核批准，公民们才能继续前进，拿着业务主管单位的批准和自己申请成立社团的所有手续再到登记管理机关办理登记。对于公民成立社团而言，这两个机关都具有特别重要的意义，都是具有实质权力的机关。只有政府机构及

^① [美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社，1994，第46页、第93页。

其授权的组织才有资格担任业务主管单位。在民政部有关官员主编的《社团管理工作》一书中，业务主管单位要对已经登记的社团实施日常管理，其主要内容主要包括以下几项。第一，政策法律教育。也就是说，业务主管单位负责对社团开展形势和思想教育，使社团成员和它的领导人熟悉国家的法律政策和法规。第二，人事管理，其中包括对社团领导人的产生、换届、工资、职称等项目。第三，管理社团的重大活动，例如召开研讨会等、接受资助和开展外事活动等。第四，负责社团内部组织机构的调整、增减等。^①应该说，这是几项非常关键的业务。在其中，从思想教育，经人事安排，再到社团活动和内部组织调整等，都被包括在内。从字面上看，这将使业务主管单位对于社团有绝对的控制。好在民政部民间组织管理局的主管官员还只是司局级干部，否则就很难说了。根据我国社团的现状，有许多社团属于部级或更高行政级别。很明显，司局级干部对于部级单位来说，几乎无所作为，它更不可能对部级单位发号施令。

上面所说的，在我国社会团体的实际生成中也可以发现。在谈到结社实践的生成时，我们首先要强调的是最早出现的社团所采取的策略，这是一种来自于实践的策略。这一策略的检验标准是它的存在和它的活动，而它的秘密就在于那些只能在实践中领会的、不能跨越的边界。这一策略有若干因素。第一，社团的宗旨无可非议。最初的社会团体大都是促进公益的社团，例如环保组织、各类学会，以及各式各样的爱心组织等。这类社团所从事的工作是政府有心促进但又无力完成的。而且这些社团的成员都是一些奉献精神强的人士，他们没有报酬，完全是凭借着对社会负责的态度而自愿参加他们感兴趣的组织。第二，社团的出发点合理。徐永光先生曾经在总结希望工程的经验时强调指出，“在中国，非营利组织要想成功地实施公益项目，必须满足6项基本条件：第一，政府支持。即非营利组织只能做两类事情：一是政府想做，但暂时

^① 本段参考了康晓光《转型时期的中国社团》，载《处于十字路口的中国社团》，天津人民出版社，2001，第11页。

还来不及做的事情，或是没有精力做的事情；二是政府虽然没有想到要做，但只要非营利组织先做了，它也绝不会反对的事情。”^① 这类社团有明确的出发点，即为政府服务，帮助政府做好社会某一方面的工作。这体现在他们的组织章程以及实践之中。这些社团所发挥的“拾遗补缺”的作用，实在为政府解决了不少问题，起到了各级政府所不能起的作用。第三，社团行为合法。这些社会团体大都在自己的实践活动中公开宣称，遵守中国宪法和法律，遵守现有的政策规范等等。而且，从“事后审查”的角度看，它们中间的绝大多数也确实一直遵守法律和政策。就最初积极参与社会团体的人士看，他们主要有两个群体，即知识分子和离退休老干部。就这些老干部来说，他们受党的教育多年，政策水平较高，大多数不可能做什么违反法律或政策的事情。再就知识分子看，他们文化水平较高，各方面的信息比较灵通，他们也深知，行为合法是他们所参与的社会团体能否健康发展的关键因素，事关社团的生存与否，因此，他们没有理由做什么违法的事情。第四，与社会上不断出现的社会团体相关，政府自己出面组织的社会团体也越来越多。当然，政府自己也在组织社团的原因是多方面的。例如，政府不好直接出面的工作，某些官员的退休后生活等，通过这些安排，就可以解决政府的某些“包袱”。通过我国的例子，我甚至怀疑西方发达国家学人告诉我们的常识，即社会团体是在与政府的斗争中逐渐形成和发展的。不错，是有不少这方面的文献，也有不少这方面的例子，但是，这些文献和事例能不能涵盖社团与政府关系的全部内容呢？^②

由于行政权力的巨大影响和几乎无处不在，我国目前公民权利的实践也就具有了如下特点。以结社权利为例。第一，结社权利的行使由行政机关决定。公民若要行使自己的结社自由权利，他或她必须先

① 徐永光：《中国第三部门的现实处境和我们的任务》，载《处于十字路口的中国社团》，天津人民出版社，2001，第112页。

② 至少英国最早的一些社会团体都有这样的规定，即成员争论政府或政府官员的言论都要被罚款，甚至有些团体还规定，会员不得“唱政治歌曲”等。〔英〕汤普森：《英国工人阶级的形成》，钱乘旦译，译林出版社，2001，第491页以下。