



社会组织的 软法治理研究

On Soft Law Governance of
Social Organization

张清 武艳 著



社会组织的 软法治理研究

On Soft Law Governance of
Social Organization

张清 武艳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会组织的软法治理研究 / 张清, 武艳著. —北京:
法律出版社, 2015. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7559 - 4

I. ①社… II. ①张…②武… III. ①社会组织管理
—研究 IV. ①C916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 036248 号



责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 17.25 字数 288 千

印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 - 7559 - 4

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目录 Contents

导论 / 1

- 一、研究的缘起及问题域 / 1
- 二、研究现状综述 / 4
- 三、研究思路、内容及逻辑方法 / 10

第一章 “依附”背景下社会组织发展之困途 / 14

第一节 社会组织生态土壤:国家与社会的关系模板 / 15

- 一、国家与社会的理论谱系 / 15
- 二、西方视域下国家与社会关系的历史嬗变 / 18
- 三、“依附”下的中国国家与社会 / 22

第二节 “襁褓”时期:我国社会组织发展的历史线索 / 25

- 一、社会组织立法史 / 25
- 二、社会组织规制的正式渊源 / 28
- 三、社会组织发展的制度缺陷:以国际社会组织生存现状为例 / 31

第三节 举步维艰:社会组织发展的内忧外患 / 33

- 一、社会组织发展的外患 / 34
- 二、社会组织发展的内忧 / 38
- 三、社会组织治理窠臼的机理分析 / 42

第二章 软法治理的“脱颖而出” / 50

第一节 国家法的隐退与软法概念的诞生 / 50

- 一、法概念的脱节与重塑 / 50
- 二、软法的“在场” / 58
- 三、软法的形与构 / 63

第二节 治理的高级形态:软法治理 / 72

- 一、治理理论的一般范式 / 73
- 二、治理的软法介入 / 81
- 三、软法治理的作用机制 / 85

第三章 社会组织治理的软法之维 / 91

第一节 他山之石:域外社会组织发展环境 / 91

一、社会组织的硬法环境 / 92

二、社会组织的软法环境 / 95

第二节 栖息之地:社会组织与政府的对话式路径 / 100

一、社会组织与政府的关系模型 / 100

二、对话性合作——以危机发生时社会组织的行动为视角 / 103

第三节 破冰之举:社会组织治理的软法时代 / 111

一、社会组织软法治理的现实性 / 112

二、社会组织软法治理的优越性 / 113

三、社会组织软法治理的类型化策略 / 116

四、社会组织软法治理的转型 / 133

第四章 社会组织发展的软法之治 I

——以行业协会为中心 / 135

第一节 行业协会的学理勘定 / 135

一、行业协会的内涵与属性 / 136

二、相关概念的比较与辨析 / 137

三、行业协会的权力图谱 / 139

四、行业协会的法律地位 / 142

第二节 走出行业协会法律规制的困境 / 146

一、行业协会的硬法体系 / 146

二、行业协会发展的结构性失衡 / 149

第三节 行业协会的软法规制 / 154

一、行业协会自治规范的制度化 / 154

二、行业协会内部治理的有序化 / 161

第五章 社会组织发展的软法之治 II

——以社区组织为中心 / 175

第一节 居民自治与社区治理 / 176

一、居民自治权论要 / 176

二、城市社区治理综述 / 181

第二节 社区组织发展的实践轨迹 / 188

一、社区组织在社区治理结构中的孕育 / 188

二、社区组织自治发展的异化 / 194

第三节 社区组织的自治性分析:软法之治 / 197

一、社区组织自治性与软法之维 / 198

二、社区组织发展的软法规范 / 200

三、社区组织发展的软法治理 / 203

第六章 社会组织的未来:“软硬合成”的“衡平治理” / 209

第一节 社会组织软法治理的“软肋” / 209

一、软法规制的现实忧虑 / 210

二、硬法在保护软法方面的有效回应 / 213

三、第三种可能:软法与硬法的对接与整合 / 215

第二节 一个都不能少:“软硬合成规制”的典范与实践 / 216

一、“软硬合成规制”之典范:开放协调机制 / 217

二、“软硬合成规制”之实践:WTO 的软硬治理 / 221

第三节 混合治理:社会组织“软硬合成”之达成 / 225

一、社会组织软硬规制不协调的尴尬局面 / 226

二、社会组织“软硬合成”模式的理论基准 / 228

三、社会组织“软硬合成”规制的基本原则 / 230

四、社会组织“软硬合成”规制的通道 / 233

第七章 结语 / 244

主要参考文献 / 248

后记 / 267

导 论

一、研究的缘起及问题域

20 世纪 80 年代以来,伴随着社会组织作为独立于政府与企业之外的第三部门崛起并存在,国际学术界掀起了研究第三部门的热潮,美国学者萨拉蒙声称这是一次全球的“社团革命”,它的兴起对世界产生了影响,而中国在这场“革命”中也未能“幸免”。改革开放后,原有的强势国家格局发生变化,随着计划经济的逐渐淡出,政治体制的高度集权也大为瓦解。无论是经济领域抑或是政治领域放权的态势有增无减,全能政府的“疆域”也随之削减。由此大量政府做不好、市场又不愿做或也做不好的公共事务问题考验着社会。否极泰来,这种考验却又为中国社会组织的崛起提供了深刻的社会背景与广阔的探索空间,近些年更迎来少有的发展机遇。“截至 2011 年年底,全国共有民间组织 46.2 万个,比 2010 年增长了 3.7%;”^①“截至 2012 年年底,全国共有民间组织总数已达到 49.9 万个,比 2011 年增长 8.1%;”^②“截至 2013 年年底,全国共有社会组织 54.7 万个,比上年增长 9.6%。”^③由此可见,“社团革命”已落户中国,更说明以广东等地为代表的十余个省市的直接登记管理制度改革探索取得了切实的成效。^④

社会组织在中国不仅是一种实体存在,也是一种价值建构。它期许着将成员利益诉求聚合为具有一定普遍意义的权利主张,并以其组织化、建制化的形式凝聚为社会权力,使国家公权力的行使在权力制衡制度之外得以获取源于外部的制约。然而理想在现实面前往往苍白无力,有关社会组织的立法滞后,法律位阶低;绝大多数社会组织游离于法律之外,其合法性受到质疑;不同法律、规范之间经常出现的摩擦与不协调,这些都成为制约

① 民政部:“2011 年社会服务发展统计公报”,2012 年 6 月 21 日发布,载 <http://cws.mca.gov.cn/article/tjbg/201210/20121000362598.shtml>,2014 年 7 月 12 日访问。

② 民政部:“2012 年社会服务发展统计公报”,2013 年 6 月 19 日发布,载 <http://cws.mca.gov.cn/article/tjbg/201306/20130600474746.shtml>,2014 年 7 月 12 日访问。

③ 民政部:“2013 年社会服务发展统计公报”,2014 年 6 月 17 日发布,载 <http://www.mca.gov.cn/article/zwgk/mzyw/201406/20140600654488.shtml>,2014 年 7 月 12 日访问。

④ 参见黄晓勇主编,潘晨光、蔡礼强副主编:《中国民间组织报告》(2013 年),社会科学文献出版社 2013 年版,第 2 页。

其良性发展的因素,如何在制度上予以积极回应,并对社会组织进行规范性研究成为中国学界的当务之急,同时也给社会组织的法律规制研究提供了广阔的学术空间。近年来,法学研究者寄望于社会组织能作为社会自治不容忽视的制度资源,并致力于挖掘并描绘一种民主的、自治的、有序的社会组织法治图景。然而,从2004年深圳律师刘子龙弹劾会长事件到2011年中国红十字会的信任危机,再到中华儿慈会“48亿元账单”风波,这些治理的“瓶颈”又迫使学者们从浪漫主义的情怀中走出,去重新审视社会组织的发展道路。

当前,开放性的公共管理与广泛性的公众参与相结合的治理模式呼之欲出,单一的国家管理模式逐渐隐退,“软法”这一极具丰富内涵与柔性外观的概念工具让人们在对社会组织治理一筹莫展之时,意识到脱胎于国家中心主义的硬法规范并非一枝独秀,一种开放性的、民主性的、参与性的、商谈性的机制同样可以适用于社会组织。现代社会的公共治理离不开软法,推进民主参与、形成利益衡量、实现公平正义更离不开软法运行,作为在建构、运作和实施治理安排方面主要依靠非政府主体的参与和资源的软法机制,其在搭建政府和社会组织之合作伙伴关系、社会组织内部治理结构与运行机制以及社会组织法人制度方面又将有何作为?当社会组织邂逅软法治理,它们之间会擦出怎样的火花?是否还存在第三种可能,即如何从“软硬兼施、刚柔并济”(罗豪才,2006)的软法硬法合成的角度运用开放协调机制(OMC)开创社会组织治理的新模式?这些都是在规范与指导社会组织发展过程中值得思考的课题,也是本项目试图解答的难题。

在解答这些问题的时候,我们认为有必要先对讨论的主体问题进行一番阐释,即为什么使用“社会组织”这一称谓,我们知道对研究对象概念的认识是研究问题的起点,只有在对概念的内涵与外延进行质的分析后,才能确保在同一范式里展开讨论,才能更加真实客观地揭示事物的本来面貌。自从利维特(Levitt)第一次提出第三部门概念后,人们对于这种非政府性的、非营利性的组织界定就没有间断过争论,各种称呼“百花齐放”、“百家争鸣”:第三部门、非政府组织、非营利组织、志愿者组织、民间组织等。不同学者在使用时都各自强调概念所包含的特殊性,正是这种概念运用上的混乱,一定程度上影响人们对事实的把握,毕竟概念是人们对客观事物主观的概括与归纳。根据我国现行的法律规范,基本采用社会团体的概念,从1950年当时政务院颁布的新中国第一个有关法规《社会团体登记暂行办法》中使用的社会团体概念,到1989年的《社会团体登记管理条例》,以及1998年经过修改的新条例,一直延续使用社会团体这个概念。

我们说,社会组织像尼斯湖的怪兽,或许我们可以用排除的方法说它不是“什么”,但却很难肯定地说它就是“什么”。相比之下,我们更倾向于使用“社会组织”概念,一方面,社会组织已经越来越被认可,无论是官方抑或是公众,自从2007年党的“十七大”报告用“社会组织”术语代替“民间组织”后,党的十八大报告及其后的十八届三中全会有关《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》又对此着墨颇多,“加快形成党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会管理体制……加快形成政社分开、权责明确、依法自主的现代社会组织体系,加快形成源头治理、动态管理、应急处置相结合的社会管理机制。”^①可见,对于这种复杂的表述人们已经越来越达成共识,给予其新的归位。另一方面,社会组织概念的包容性更强,就以使用频率较高的“民间组织”来说,通常其主要包括社会团体、民办非企业单位、基金会三类,^②但现实中非政府性的、非营利性的组织远不止这些,对于社会团体、民办非企业单位、基金会而言,主要是它们已被收归法律的管辖,《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》、《基金会管理条例》都发挥了重要作用。殊不知,改革开放以来,由于法律门槛较高的缘故,未在民政部门登记的草根组织数量众多,尽管在社会治理过程中也发挥着“微公益”的正能量,但因其未登记而没有取得“合法”身份,不能在法律调整的场域内“名正言顺”,但我们不能因此就忽视它们的存在,至少给它们一个“名分”、一个恰当的称谓。我们所谓的“社会组织”是这样一类群体的集合,它融合了非政府性、非营利性、公共性及自主性的特点,非政府性毋庸置疑,即它们不隶属于政府机构序列,也不能行使国家行政权力,但随着政府职能转变、权力下放,社会组织逐步拥有了公共行政权;^③而非营利性则主要指组织活动不以营利为目

① 目前,民政部的组成机构中包括“民间组织管理局”,其官网是 <http://mjj.mca.gov.cn/>,但国家民间组织管理局还主办“中国社会组织网”,网址为 <http://www.chinanpo.gov.cn/index.html>。在民间组织管理局官网内搜索“民间组织”的网页有1040条,而“社会组织”的网页有7326条,2014年7月13日访问。在百度上搜索“民间组织”的网页有15,700,000条,而“社会组织”的网页有57,300,000条,2014年7月13日访问。

② 参见黄晓勇主编:《中国民间组织报告(2011~2012)》,社会科学文献出版社2012年版,第2~7页。

③ 姜明安教授认为,“国家行政属于公行政,但公行政并不等于国家行政,公行政除了国家行政以外,还包括其他非国家的公共组织的行政,如公共社团(律师协会、医师协会等)”。参见姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1996年版,第2页。学者黎军也认为,公共行政分为政府的公共行政与社会的公共行政。政府公共行政是指由国家的代表——政府根据法律规定所实施的对社会公共事务的管理;社会公共行政则是指社会性的公共组织对一定领域内的社会公共事务所进行的管理。参见黎军:《行业组织的行政法问题研究》,北京大学出版社2002年版,第57页。

的,但并不表示其提供服务是无偿的,只是这些组织不进行分红或利润分配,其运作资金通常来自国家拨款、社会捐赠、会员会费等;公共性表达社会组织活动的利公性,一般是以公益事业为宗旨,通过普通人的参与及微小的力量推动公共事业的发展;最后,自主性是社会组织存在的逻辑起点,是其具有独立人格及执行力的保证,社会组织是由一定社会成员自愿组合而成,因此按照章程或组织规范进行自我管理就成为大势所趋。

二、研究现状综述

20世纪80年代以来,市民社会理论再度流行起来并成为当代西方学术界研究的一个热门话题。由于以美国为代表的西方国家社会组织发展较早且相对成熟,涉及慈善、经济、社会服务、医疗卫生、环境保护、科技教育、公共福利等广泛的社会领域,所以相关的立法相对比较完备(塞拉蒙,2002),进而使得国外关于社会组织的法律规制(主要是硬法规制)研究也较为超前和深入(蒂尔,2008等),主要体现在对社会组织合法性的理论依据、社会组织法律地位界定及法律规制、社会组织与政府间关系等研究上。而我国由于长期的观念束缚,社会组织的发展落后,由此这方面的研究也凤毛麟角,近年来国内的研究主要包括:译介外国关于社会组织法律规制(主要是硬法规制)的研究成果(塞拉蒙、蒂尔等),对现行低位阶规范的分析以及国家管制的反思等。整体感观国内外对社会组织法律规制的现有研究,主要集中在硬法规制领域,对国际法领域的“软法”理论关注、研究和借鉴不够,综述如下:

(一) 社会组织研究的理论路径

可以说,中国社会组织的研究从一开始就是在西方相关语境的观照和指引下展开的,因此它不可避免地要受到西方研究进路的影响,如市民社会视角、法团主义理论等。

1. 市民社会视角

“市民社会”理论起源于近代自由主义政治哲学,具有典型代表的是洛克式的“市民社会先于或外于国家”的构架以及黑格尔的“国家高于市民社会”构架。我国学者在研究社会组织时基本是站在洛克式的“市民社会先于国家”的视角,认为出于对保护个人自由权利的思考和对权力专制的批判,市民社会先于或独立于国家而存在,这对社会组织的发展有很大的推动力。例如,贾西津在《中国公民社会的现状与前景》中指出,“随着新公共管理、公共治理的发展,人们更多的考虑到了‘社会组织’这个概念,所以才会突出第三部门。但是当它说第三部门的时候,它是有一个话

语背景的。这个背景就是我们往上提一个层次讲公民社会,它指的是一个二分的概念,是和政府相对应的,保护个人权利的社会部门。”^①而王绍光、何建宇则认为,“公民社会视角强调社团相对于国家的独立性,用严格的公民社会概念观察中国的社团难以避免削足适履的风险。因为简单的国家——社会二分法无益于正确解释中国的非政府组织活动,同时我国本身也不存在国家社会二元的基础。”^②

2. 法团主义视角

法团主义作为一种较为完整的理论体系是在20世纪70年代出现的。根据著名政治学家施密特(Philippe C. Schmitter)对“法团主义”的界定。“法团主义可以定义为一种利益代表制度,这些利益集团在其代表的范围内是独一的、强制性的、非竞争的,并具有等级结构。它们被国家承认或同意而建立,并在各自的领域内被特意授予代表的垄断权”,^③这种法团主义的视角引起了众多学者的共鸣与兴趣,有学者认为专业性社团已经成为中国公民社会的重要组成部分。但由于国家的卷入,专业性社团的自主性尚未得到充分发展。在具有法团主义特征的社团监管体系下,专业性社团享有垄断地位。绝大多数专业性社团是以自上而下的方式形成的,社团的自主性受到破坏,因此,如何进一步推动中国的社团空间向社会法团主义转化是亟须解决的问题。^④

3. 合法性视角

近年来,越来越多的学者开始引入“合法性”的概念和理论来解释转型期的中国社会组织生成与生存问题。一部分研究者是从韦伯、哈贝马斯等关于合法性的理论出发,将合法性理解为由于被判定或被相信符合某种规则而被承认或接受。从韦伯和哈贝马斯等关于合法性的论述出发,高丙中对中国转型期前20年中国社团组织形成和发展的过程进行观察,指出中国的社团组织除了要从社会和法律获得合法性之外,还必须同时取得归口行政单位和被证明“政治上正确”,他在研究中引申出了社会合法性、行政合法性、政治合法性和法律合法性等一组概念来分析社团的兴起和运作。^⑤

① 贾西津:“中国公民社会的现状与前景”,载《社会科学报》2010年6月10日版。

② 王绍光、何建宇:“中国的社团革命——中国人的结社版图”,载《浙江学刊》2004年第6期。

③ 欧阳兵:“近期国内学术界对非政府组织研究综述”,载《广东行政学院学报》2006年第3期。

④ 顾昕、王旭:“从国家主义到法团主义——中国市场转型过程中国家与专业团体关系的演变”,载《社会学研究》2005年第2期。

⑤ 参见高丙中:“社会团体的兴起及其合法性问题”,载《中国青年科技》1999年第10期。

(二) 社会组织兴起的原因及动力机制

1. 政府失灵与市场失灵

中国经济政治社会的不断变迁孕育并伴随着社会组织的成长。大多数研究者都认为中国社会组织的兴起是基于 20 世纪 70 年代末开始的政府神话的破灭和 20 世纪 90 年代市场神话的打破,政府与市场的“双重失灵”是政治资源、社会资源和文化资源等由政府逐步向市民社会流转的结果。^① 政府失灵理论是美国经济学家伯顿·韦斯布罗德提出的,他通过供需关系的分析范式来研究非营利部门为什么会产生,他认为正是由于政府和市场在提供公共物品方面的局限性,导致了对于非营利部门的功能需求,这是非营利部门存在的主要原因。由于个人在收入、财富、宗教、种族背景、教育水平等方面都有着一定程度的不同,这直接导致了个人对于税收制度等公共物品需求的差异性。而政府提供的任何商品的数量和质量都是由政治决策过程决定的,投票结果往往反映了中位选民 (median voter) 的需求,而留下了大量的需求没有得到满足的选民群体,这就为其他组织机制的介入提供了前提条件。“伯顿·韦斯布罗德在经济学的框架内,把原有的经济学研究方法拓展到对非营利部门的分析中,从功能上证明其存在的价值与必要性。”^②

2. 治理理论

英语中的“治理”(governance)可以追溯到中世纪,其拉丁文词根的意思是“操舵、驾驶、领路”,有史可考的第一次使用治理是在 14 世纪,意思是治理的方式、引导和领导的行为。自 20 世纪 90 年代以来,西方政治学和经济学家赋予“治理”以新的含义,不仅其涵盖的范围远远超出了传统的经典意义,而且其含义也与“统治”相差甚远。“治理理论的主要创造人之一罗西瑙(J. N. Rosenau)将治理定义为一系列活动领域里的管理机制,它们虽未得到正式授权,却能有效发挥作用。这些管理活动的主体未必是政府,也无须依靠国家的强制力量来实现。”^③而另一位研究治理理论的权威格里·斯托克在对治理的概念作了一番梳理后指出,到目前为止,各国学者们对作为一种理论的治理已经提出了五种主要的观点:(1)治理意味着一系列来自政府但又限于政府的社会公共机构和行为者。它对传统的

① 详细研究可参见吴锦良:《政府改革与第三部门发展》,中国社会科学出版社 2001 年版;以及王名等:《中国社团改革——从政府选择到社会选择》,社会科学文献出版社 2001 年版。

② 田凯:“西方非营利组织理论述评”,载《中国行政管理》2003 年第 6 期。

③ 马怀德、李程伟:《地方层面突发事件应对的法律规制》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 137 页。

国家和政府权威提出挑战,政府并不是国家唯一的权力中心。(2)治理意味着在为社会和经济问题寻找解决方案的过程中存在国家与社会之间、公共部门与私人部门之间的界限和责任方面的模糊性。(3)治理明确肯定涉及集体行为的各个社会公共机构之间存在权力依赖,即致力集体行动的组织必须依靠其他组织。(4)治理指行为者网络的自主自治。这一自主的网络在某个特定的领域中拥有发号施令的权威,它与政府在特定的领域中进行合作,分担政府的行政管理责任。(5)办好事情的能力并不在于政府的权力、命令或其权威。政府的能力和 responsibility 在于动用新的工具和技术来控制 and 指引。^①

3. 中国社会的结构性转型

中国学者认为,我国社会组织的发展纵然与政府失灵、治理理论一脉相承,但中国社会的结构性转型更为社会组织的发展提供了制度土壤与动力机制,当前政治控制的松动和市场化带来的所有制结构的多样化产生了政府控制以外的资源,使得社会组织有可能在不完全依赖于政府而生存与发展。中国社会的转型是传统社会向现代社会的结构性变动,其内容涉及经济、社会、政治各个方面,其中的一个核心内容就是国家行政分权以及不断向社会转移的过程,也就是常说的权力下放。但唯有创设一定的外部条件,即政府应着力培育和发展具有社会性、民间性和中介性的社会组织,承接由政府剥离、转移出来的那部分公共事务管理职能,以政府职能转变为实质的权力下放才可能实现。^② 邓国胜也肯定了这一社会需求的观点,同时还提醒充分注意社会中间层的形成对社会组织成立的意义。改革开放三十多年来,伴随着社会急剧转型,社会结构出现了显著变化,其表现之一是出现了一个以私营企业主、新富者的 IT 产业从业群体、外资企业的中方管理人员、学术活跃的知识分子为代表的社会中间阶层,他们为社会组织提供了新的筹资渠道,储备了志愿者资源。^③

(三) 社会组织与政府关系的探讨

社会组织与政府关系的探讨一直是理论界研究的一个中心议题,无论是西方抑或中国,很多学者都从不同层面与角度展开实证研究或比较研究,可以说,如何摆正社会组织与政府关系是当前理论与实务都面临的难题与挑战,这需要政府与社会组织共同的努力。

① 参见[英]格里·斯托克:“作为理论的治理:五个论点”,华夏风译,载《国际社会科学杂志》(中文版)1999年第1期。

② 参见康晓光:“转型时期的中国社团论文节选”,载《中国青年科技》1999年第10期。

③ 参见邓国胜:“中国非政府组织发展的新环境”,载《学会月刊》2004年第10期。

学界普遍认为,中国社会组织的一个重要的特点就是其“官民二重性”,政府选择相对于社会选择占明显优势。^①中国的社会组织更多地扮演着政府助理或政府延伸机构的角色,而不仅仅是政府的合作伙伴或是民间的维权力量。中国的社会组织相比较西方缺乏独立性、自主性,主要表现在其双重性与行政化的属性上,加之发展资金上的依附性,使得社会组织打上了政府或官方组织的烙印。

我国学者在探析与寻求社会组织与政府关系路径时会参考与引鉴美国学者莱斯特·M. 萨拉蒙的观点:“他试图提出一种基本模式,来更好地描述福利国家中政府与非营利部门之间的关系。他们认为,所有的福利服务有两个关键要素:一是服务的资金筹集和授权;二是服务的实际配送。这两类活动可以由不同的制度来实施。他们以这两种要素为核心变量,提出了四种基本模式:(1)政府支配模式(Government-Dominant Model)。在这个模式中,政府既是主要的财政提供者,又是福利服务的主要提供者。政府占有绝对的主导地位,非营利部门没有存在的空间。(2)非营利部门支配模式(Third-Sector-Dominant Model)。在这个模式中,志愿组织在资金筹措和服务配送中起着支配性的作用。非营利部门支配模式和政府支配模式分别处于政府与非营利关系模式的两极。(3)双重模式(Dual Model)。这是处于政府支配模式和非营利部门支配模式之间的一种模式。政府和非营利部门都大量卷入资金筹措和服务配送中,但都局限在各自界定的领域。这可以采用两种不同的形式:其一,非营利组织通过给国家力量没有达到的顾客传送同样类型的服务,来补充国家提供的服务;其二,非营利部门通过提供政府没有提供的服务,来补足政府的服务职能。(4)合作模式(Collaborative Model)。在这种模式中,也是由政府和非营利部门共同开展公共服务,但它们不是分离的工作。非常典型的情况是由政府提供资金,由非营利部门组织配送服务。”^②

我国学者赵黎青把政府与社会组织的关系归纳为四点:(1)对立的、互不信任的关系;(2)社会组织自行其是,不主动同政府发生关系;(3)对政府的依赖关系;(4)合作关系。同时他以北京市怀柔区民间组织管理体制为例,分析了该区民间组织在运行中遇到的困境,指出政府的双重管理制度是造成困境的诟病,他认为,“应当由专业主管部门取代现存的业务主管单位,对民间组织实行专业的部门管理。同时民间组织的政府专门管理

① 参见康晓光:“转型时期的中国社团论文节选”,载《中国青年科技》1999年第10期。

② 田凯:“西方非营利组织理论述评”,载《中国行政管理》2003年第6期。

部门即民政部门应该同民间组织的专业主管部门如教育、卫生、农业等政府职能部门之间,有明确的分工。前者负责对民间组织的社会管理,后者则对民间组织实行专业性管理。”^①

学者龚咏梅以专著的形式系统翔实地介绍了社会组织与政府的关系问题,在著作中运用了实证的研究手法,对苏州市妇联以及商会进行了个案调查与分析。作者先阐释了社会组织与政府的学理关系,并以此为逻辑起点进行论述,对中国社会组织与政府关系的发展脉络进行了梳理,认为在转型时期政府主导的社会组织与政府的合作关系将逐步演进到社会组织与政府的对等合作关系,要形成这种合作关系形态,其前提条件是社会组织的成长成熟。^②

(四) 社会组织的主体地位及其法律规制(硬法层面)

社会组织的主体性研究是当前法学研究的一个侧面,多数行政法学者选取具体的社会组织类型(如行业协会、草根非政府组织、官办非政府组织)展开研究,如黎军教授侧重对行业协会的研究。还有学者以中国足协为例展开对其主体性的考量,在行政法学界的研究领域,我们认为学者们更多是从行政主体的视角来研究社会组织法律地位的问题。他们共同认为,随着新公共理论的兴起,行政分权制度下我国行政主体多元化将势在必行,因此对诸如行业协会等行使公共管理权能的组织法律应当赋予其行政主体资格。李昕教授指出,“鉴于现代行政功能与组织上的复杂性,行政主体这一概念已经突破了行政诉讼的范畴……行政分散化以及由此产生的行政分权制度是促使现代行政主体多元化的根本原因……为此研究我国改革以及由此引起的社会结构变迁同行政主体演化之间的关系具有现实意义”。^③黎军教授认为,“行业组织在政府和公民之间的中介作用,决定了它在行政法律关系中独特的双重地位,主要包括以下几类:(1)作为行政主体,行使公共管理权力,对社会成员进行公共管理。(2)作为政府行政管理的相对人,接受政府管理和监督。(3)作为行业成员的代表,监督和制约政府的行政活动。”^④

对于社会组织的法律规制一直是法学界关心的话题,也是法学研究者

① 赵黎青:“改革民间组织双重管理体制——以对北京市怀柔区民间组织管理体制为例”,载《学海》2007年第6期。

② 参见龚咏梅:《社团与政府的关系:苏州个案研究》,社会科学文献出版社2007年版,第183页。

③ 李昕:“现代行政主体多元化的理论分析”,载《行政法论丛》(第6卷),法律出版社2003年版,第279页。

④ 黎军:《行业组织的行政法问题研究》,北京大学出版社2002年版,第84页。

孜孜不倦研究的难题,特别是在一个缺乏有利的法律环境与土壤的中国,社会组织的法治化道路任重道远,有学者对非政府组织的法律治理空间进行了思考与探寻,通过对社会契约论的重新解读认识到经济与国家之间的互动关系将导致第三法域的形成,有理由相信公民社会合法性的确立、制度的创新和全新全力体系的架构将改善非政府组织的生存环境。同时,通过对美国、英国和日本非政府组织现状的考察,发现国外非政府组织的成立主要有两种模式,即自由设立模式和登记设立模式,建议借鉴国外的法人制度的系统理论,在平衡自由与管制的价值取向基础上,建立、创新中国特色的非政府组织法人制度、主体制度,最终形成互补的、合作的政府与非政府组织的伙伴关系,实现非政府组织活动的法治化。^①

三、研究思路、内容及逻辑方法

我们的研究是在对现有社会组织硬法规制弊病的深刻反思下进行的,以政治学、社会学、公共管理等领域的已有成果为基础,从软法的视角出发,以我国国情为基点,运用法律社会学的研究方法剖析我国社会组织法律规制的现状及存在问题,进而有目标、分层次地探究有关社会组织软法规制的途径与治理模式。在具体研究方法上,本成果综合运用价值评判法(探讨结社自由与结社管制之价值取向)、对比分析法(国内外社会组织发展和法律规制的状况并进行比较研究)、典型调查与个案分析(主要用于对特定社会组织进行的田野调查,掌握第一手资料对我国社会组织的发展路径和演进趋势进行分析)等方法深入研究当前中国社会组织软硬法规制的文化背景、制度环境和运行机理,提出相关的对策性建议。

因此,我们的研究重点也是难点,即在法律社会化的背景下,从软法和“软硬法合成”两个层面分别对社会组织进行规制,以期更好地发挥社会组织在实现善治进程中的重要作用。首先,开辟软法治理的新视角,软法之于社会组织有重要的法治功能,社会组织的软法之治是可行而有效的;其次,政府与社会组织在合作上具有很大空间,构建适合我国政府与社会组织合作互动的平台与机制是必要的,也是可行的;最后,慎重对待软法之治的消极意义,“软法硬法合成”的“衡平治理”模式是社会组织未来规制的最优选择。

本研究主要涉及软法治理一般理论、社会组织治理的困境分析、社会

^① 参见张清等:《非政府组织的法治空间:一种硬法规制的视角》,知识产权出版社2010年版,第15~17页。