



南山慈善译丛

NANSHAN TRANSLATIONS OF
CHARITY RESEARCH

第二辑

主编 / 褚莹 曾令发

慈善法与自由国

CHARITY LAW
AND THE LIBERAL STATE

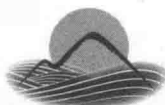
[澳] 马修·哈丁 / 著
(Matthew Harding)

吕鑫 李德健 / 译



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

CAMBRIDGE



南山慈善译丛

NANSHAN TRANSLATIONS OF
CHARITY RESEARCH

第二辑

主编/褚莹 曾令发

慈善法与自由国

CHARITY LAW AND THE LIBERAL STATE

[澳] 马修·哈丁 / 著
(Matthew Harding)

吕鑫 李德健 / 译



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

慈善法与自由国 / (澳) 马修·哈丁
(Matthew Harding) 著; 吕鑫, 李德健译. -- 北京:
社会科学文献出版社, 2019.3

(南山慈善译丛)

书名原文: Charity Law and the Liberal State

ISBN 978-7-5201-4342-4

I. ①慈… II. ①马… ②吕… ③李… III. ①慈善法
—研究 IV. ①D912.182

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 027173 号

南山慈善译丛·第二辑

慈善法与自由国

著 者 / [澳] 马修·哈丁 (Matthew Harding)

译 者 / 吕 鑫 李德健

出 版 人 / 谢寿光

责任编辑 / 曹义恒

文稿编辑 / 王 静

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 15.25 字 数: 242 千字

版 次 / 2019 年 3 月第 1 版 2019 年 3 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-4342-4

著作权合同 / 图字 01-2017-4127 号

登 记 号

定 价 / 89.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

作者简介

[澳] 马修·哈丁 (Matthew Harding)

墨尔本大学法学院教授。曾就读于牛津大学并获博士学位，现为墨尔本大学法学院副院长，澳大利亚和新西兰慈善法学会会长，《衡平法杂志》(*Journal of Equity*) 编辑。主要著作有《慈善法与自由国》，并编著有《非营利法研究指南》(*Research Handbook on Not-for-Profit Law*) 和《非营利法：理论与比较之视角》(*Not-for-profit Law: Theoretical and Comparative Perspectives*)

译者简介

吕鑫

浙江大学光华法学院法学博士，现为浙江工业大学法学院副教授，福利与法治研究中心（慈善法研究中心）主任，浙江省中青年学科带头人，浙江省“151”人才计划第三层次入选者，之江青年学者。主持国家社科基金项目两项、省部级课题七项，在《清华法学》等核心期刊发表论文十篇，获省部级二等奖一项。主持起草《浙江省实施〈中华人民共和国慈善法〉办法》草案。

李德健

山东大学法学博士，英国利物浦大学法学院慈善法与政策研究中心法学专业哲学博士（师从中心主任、英国知名慈善法学者黛布拉·莫里斯（Debra Morris）教授）。现为浙江工业大学法学院讲师、福利与法治研究中心（慈善法研究中心）副主任。出版专著《英国慈善法研究》。在《法学论坛》《民商法论丛》等刊物上发表慈善法相关论文近十篇。

581.51P
19105



This is a simplified Chinese translation of the following title published by Cambridge University Press:

Charity Law and the Liberal State

By Matthew Harding

ISBN 9781107022331 Paperback

© Cambridge University Press 2014

This simplified Chinese translation for the People's Republic of China (excluding Hong Kong, Macau and Taiwan) is published by arrangement with the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom.

© Cambridge University Press and Social Sciences Academic Press 2019

This simplified Chinese translation is authorized for sale in the People's Republic of China (excluding Hong Kong, Macau and Taiwan) only. Unauthorized export of this simplified Chinese translation is a violation of the Copyright Act. No part of this publication may be reproduced or distributed by any means, or stored in a database or retrieval system, without the prior written permission of Cambridge University Press and Social Sciences Academic Press.

Copies of this book sold without a Cambridge University Press sticker on the cover are unauthorized and illegal.

本书根据剑桥大学出版社 2014 年版译出。

本书封面贴有 Cambridge University Press 防伪标签，无标签者不得销售。

中国出版集团
CHINA PUBLISHING GROUP

南山慈善译丛·第三辑编委会

编 委 会 委 员
主 编 余智良 王连平 廖国旺
编 委 员 周 明 周 明 周 明 周 明 周 明
编 委 员 周 明 周 明 周 明 周 明 周 明

本书由深圳市广兴源投资发展有限
公司赞助出版，特此感谢！

中 华 书 局 出 版
广 东 省 广 州 市 广 东 省 广 州 市

南山慈善译丛·第二辑编委会

主 编 褚 莹 曾令发

副 主 编 余智晟 王建平 蔡建旺

编委会成员(以姓名拼音排序)

房 涛 何华兵 黄 涛 刘国玲

吕成刚 吕 鑫 秦国英 孙立军

汪中芳 杨钦焕 袁 微 张洪华

周 新

总序

<<<<<<<<<

何为慈善？爱也。

西方讲“爱邻如己”，中国讲“推己及人”，两者所讲皆是爱。人们在一般意义上讲的慈善是捐款捐物，所表达便是这种爱。但是，慈善仅仅是捐款捐物吗？

我尝读范文正公的《岳阳楼记》，其中一句“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”，令人心潮澎湃。但此句立意深刻，初读时，我只能领会其宏大，却不能解得其精髓。后来，直到我深刻领会了慈善的含义，才明了其中的韵味。原来这也是“爱”啊，是对天下的大爱！由此，才能有范文正公为天下之凋敝而忧愁，为天下之繁盛而喜乐的深刻表达。范文正公深藏在这两句话中的感情，是高山仰止的，因此也真正符合了“文正”二字的含义。所以，我认为，慈善一词所表达的，并不只是捐款捐物式的爱，还应该包含以修身心、利国家、安社稷，乃至追求大道、明真理为目标的爱。

由此而论，要做一个知善、行善的士人，其学识绝不能仅为稻粱谋，因为那是功利之道，有悖仁爱之本。而士人所应肩负的应是“居庙堂之高则忧其民，处江湖之远则忧其君”的重要使命。无疑，如此才能算得上是“躬素士之业，朝夕孜孜”。

这自然是一条艰难而漫长的道路，特别是对那些不

曾闻达的士人而言，更是如此。《史记》有云：“夫道之不修也，是吾丑也。夫道既已大修而不用，是有国者之丑也。不容何病，不容然后见君子！”所以，作为一个士人，就算不闻达，也要“不干长上，洁身守道，不与世陷乎邪，是以卑而不失义，瘁而不失廉”。这是作为一个士人的基本修为，当谨守之。

我们翻译出版南山慈善译丛，正是为尽士人的上述两项本分。

其一，这是为了表达士人的善心，即以天下为己任，追求真理，并传播于世。所以，南山慈善译丛遴选的都是一些晦涩难懂的理论性作品，每一本都有深刻而扎实的学术观点，甚至自成一派，影响深远。其中，第二辑的作品更是以艰深为特点。在这一辑中，我们选择了一部神学、政治学的作品，研讨的是美国自建国以降的政治慈善思想；选择了一部慈善法作品，从公共利益这个概念入手，讨论的却是西方慈善的深意；选择了一部讨论中世纪意大利慈善事业的作品，该作也是理论性极强，精致而深刻。这些作品的引介，应可对我国慈善理论的建设尽绵薄之力。

其二，这也是我们自我修行的一个过程。众所周知，翻译是一件苦差事。一本20万字的译作，需要10个月的苦功。同时，在现有学术环境下，译作不算作学术成果，更何况本译丛也不向译者支付酬劳，所有译者都是志愿劳动。所以，译者们翻译这些作品，都是出于士人的本心，意在于这一过程中求得自身之修炼。我们将这个译丛命名为“南山慈善译丛”，南山取自“种豆南山下”，正是为了切合此意。

《大学》言：“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善。”此当为我辈士人毕生之追求。

是为序。

中文版序言

[illegible]

我对拙作能够被翻译成中文深感荣幸，而鉴于翻译任何文稿都是劳神费心之事，我在此由衷地感谢浙江工业大学法学院的吕鑫副教授和李德健博士，感谢他们为翻译本书所付出的艰辛努力。当我撰写这本书时，从未想过它会吸引中国读者，但中国晚近的法律和政策改革——尤其是2016年《慈善法》的颁布——似乎已经唤起了中国学者对慈善法的兴趣。通过我在墨尔本大学法学院的博士研究生景辉（一位优秀的学者，我相信他将成为这一研究领域的顶尖专家之一），我越来越多地了解到中国晚近慈善法改革所面临的挑战和机遇。我所获知的每一点也让我越来越清晰地感觉到，当下无疑是中国慈善法发展的一个激动人心的时刻。而且更加让我兴奋的是，中国的学者对本书中文版所表现出的兴趣。

本书对普通法世界当下的慈善法进行了较为全面的阐述，尤其是集中探讨了澳大利亚、加拿大、英格兰与威尔士、爱尔兰、北爱尔兰、苏格兰以及美国等法域的慈善法。我的阐述具有解释性，以求揭示这些法域慈善法的真实现状及其最佳的规范意义。而这显然并非易事。一方面，本书所探讨的不同法域之慈善法的内容不尽相同；另一方面，长期以来的观点认为普通法系的慈

善法没有任何明确的原则或公共政策之基础，其实际上就是一堆无法融贯的判例。与此同时，本书所采取的解释之方法不是可能遭受质疑，而是事实上已经遭受了质疑；当基于外在视角所进行的彻底批评更为透彻时，为何还要（基于内在视角）探讨慈善法最佳的规范意义呢？

我向中国读者提出上述问题，并非想要指出本书的分析具有误导性或不完整性，而是意图表明，我在本书中所持的立场是，应当与从哲学界到法学界中的大量学者及其著作展开对话，其对话的素材正是构成普通法系慈善法的诸多法律文献。我鼓励中国读者查找并直接研读这些法律文献，其中很多可以在本书的脚注中发现，而这也使读者们在阅读本书时将会获得更为丰硕的收获。

我在本书中的论点是，自由主义世界观特别重视公民个体选择其生活道路之自由，并且颂扬世界上的存在方式与价值事项的多样性；有鉴于此，当今普通法世界的慈善法才具有了广泛的吸引力（尽管仍存在质疑）。而基于这些基本的哲学理念，本书应当从约翰·斯图尔特·密尔和约瑟夫·拉兹等思想家所秉承的自由主义传统中得以领会。而我更明确地指出，自由（民主）国可以通过慈善法以构建并维持一种基于利他主义原则而形成的社会交往模式。这一观点主要在第三章中得以阐述，其在我看来不仅是本书对有关慈善法的哲学讨论中最为突出的贡献，而且非常可能成为本书最具争议之处。

从事中国慈善法研究的学者，不仅要牢记中国的政治、法律、社会、经济与文化传统，而且在阐释中国慈善法时还应当与这些古老、复杂与多样的传统保持一致。奠定本书的普通法系自由主义传统并非中国法与公共政策的根基所在。在此意义上，本书在中国读者眼中可能仅仅被视为了解域外慈善法之著述。但我还是希望本书能够通过合适的方式让中国学者意识到慈善法所引发的共同存在之问题。并且我希望据此能够使中国学者以全新视角审视中国慈善法的方方面面，同时也希望受到这些学者邀请从而重新思考我所理解的慈善法与自由国的方方面面。而在这种学术性的反思与对话当中，潜藏着的正是我们一同获得真理之契机。

马修·哈丁

2018年11月21日

<<<<<<<<<

1

流，并受益于此。法拉艾·哈迈德（Farrah Ahmed）、凯蒂·巴内特（Katy Barnett）、迈克尔·布赖恩（Michael Bryan）、马克·伯顿（Mark Burton）、克里斯·登特（Chris Dent）、卡罗琳·埃文斯（Carolyn Evans）、丹·哈利迪（Dan Halliday）、托尼·李（Tony Lee）、麦尔斯·麦格雷戈-郎兹（Myles McGregor-Lowndes）、朱利安·森皮特（Julian Sempill）、米兰达·斯图尔特（Miranda Stewart）、马修·特纳（Matthew Turnour）和莱尔·韦斯（Lael Weis）均阅读了书稿并提出了相应的建议，有几位甚至在阅读了大部分书稿后给予了中肯的建议。事实上，他们的细致剖析和批评建议极大地提升了本书的质量，而如若我的观点仍然存在各种问题，那么一定是我没有遵循他们的那些建议。安娜·杰齐茨（Anna Dziedzic）承担了研究助理和编辑工作，我对她极为细致的工作充满谢意：谢谢你，安娜！马修·雷曼（Matthew Reiman）、辛迪·鲍斯（Cindy Bors）和约书亚·凯斯-利雷（Joshua Keyes-Liley）在最后关头充当了我的研究助理，在此我也要感谢他们三位。而在此我要特别感谢罗布·阿特金森（Rob Atkinson），他不仅为人亲切，还是一位极富思想的读者，可谓学者之榜样。还需要特别感谢的是始终给予我坚定支持和珍贵友情的伊恩·马尔金（Ian Malkin），这份友谊弥足珍贵。当然，我要感谢我的妻子克莱尔（Clare）和我的孩子伊莎贝尔（Isabel）、查理（Charlie），她们使我时刻谨记：生活重于工作。

001		张静	五
002		张静	五
003		张静	五

目 录

中文版序言	1
致 谢	1
序 章	1
第一章 慈善法概论	6
一 引论	6
二 慈善的界定标准	6
三 禁止规则	29
四 慈善的特权	36
五 结论	39
第二章 自由主义的慈善法理论	41
一 引论	41
二 自由主义视角的选择	42
三 基于自主的自由主义	48
四 慈善法与自主的理念	53
五 公共话语、自主与有益性	62
六 结论	69
第三章 慈善法的选择与界限	71
一 引论	71
二 慈善法的选择	72

三	慈善法的界限	79
四	自由主义视角下的慈善法与利他主义	95
五	结论	100
第四章	慈善法与分配正义	102
一	引论	102
二	分配正义与慈善目的的认定	108
三	分配正义与慈善的税收特权	119
四	结论	129
第五章	宗教目的	131
一	引论	131
二	宗教目的与自主的条件	132
三	慈善法中的宗教目的与公共话语	142
四	结论	157
第六章	政治目的	158
一	引论	158
二	非政治性规则	158
三	政治目的与公益性：自由主义的视角	167
四	政治目的与利他主义	177
五	结论	182
第七章	慈善与歧视	184
一	引论	184
二	追求慈善目的时的歧视	185
三	处理慈善与歧视问题的当前进路	189
四	慈善、歧视与自主	201
五	结论	213
索 引		215
译后记		228

序 章

要想在法律层面理解什么是“慈善”(charity),就需要回归到慈善法本身。而通过解读慈善法,我们将会发现国家在法律层面界定出了一系列具有“公益性”(public benefit)的慈善目的。在这一意义上,慈善法无疑非常复杂。这主要是因为法律中的“慈善”(the legal understanding of “charity”)明显有别于法律外(non-legal)的慈善,而后者被界定为以救助弱势群体为核心之内容。但是,正如我们将在本书中所看到的那样,除了帮助弱势群体之外,法律中的“慈善”吸纳了一系列具有公益性的慈善目的,这包括建立学校、美化城市和举办演出等。因此,在某种意义上,慈善法之所以复杂是因为该法基于对法律中“慈善”的界定还进一步构建了一系列法律制度,诸如对信托目的有效性的证明制度,税收等特权有效性的确定制度,以及其他基于法律中慈善资格所产生之规章制度。当然,在另一种意义上,慈善法的复杂性确是历史之产物,毕竟法官们通过司法判决的形式数百年以来不断地拓展着其法律渊源,而不时进行的议会立法也在不断地重述着法官所造之法,有时是只字之差,有时则是云泥之别。也正是鉴于慈善法的复杂性,该法的教科书往往需要耗费数百页以阐述其细枝末节之规定也就变得不足为奇^①;而当20世纪最伟大的慈善法律师之一的西蒙德勋爵(Lord Simonds)说“很

① 例如,参见 Gino Dal Pont, *Law of Charity* (LexisNexis Butterworths, Chatswood, 2010); Peter Luxton, *The Law of Charities* (Oxford University Press, 2001); Hubert Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities* (4th edn, Bloomsbury Professional, Haywards Heath, West Sussex, 2010); Jean Warburton, Debra Morris and N. F. Riddle (eds), *Tudor on Charities* (9th edn, Sweet and Maxwell, London, 2003); Jonathan Garton, *Public Benefit in Charity Law* (Oxford University Press, 2013).

少有法律会像慈善法那样需要占据法院如此多的时间”之时，我们也同样无须惊讶。^①

如果说律师们花费大量的篇幅以描述慈善法的复杂性并不足以为奇，那么对政治哲学家们的冷漠无视则足以使人大吃一惊。事实上，慈善法如同其他所有法律那样，蕴含着大量政治哲学家感兴趣的话题——公民与国家的关系，公法与私法之区别，以及社会正义、道德基础和个人权利问题等，而上述这些还仅仅是冰山一角。然而，政治哲学家们近年来却对财产法、侵权法、合同法和不当得利法等法律及其哲学基础问题表现出了极大的兴趣，这与慈善法形成了鲜明的对比。更令人吃惊的是，甚至来自自由主义传统下的政治哲学家们都对慈善法表现得缺乏兴趣^②，即便慈善法已经引发了一系列涉及自由主义传统核心的重要问题。举例来说，许多自由主义者坚持认为，在某种意义上，国家在对于何为“善”（good）的概念存在争议时应当保持中立。但是，在慈善法中，我们发现国家却在“善”之概念存在争议时仍然将特定的目的认定为属于“慈善”，并赋予那些追求促进特定慈善目的之公民以法律上的特权。对此能否基于传统的自由主义予以证成？如果能，又如何予以证成？举一个例子来说，慈善的税收特权带有分配属性，这对于那些对分配正义（distributive justice）忧心忡忡的自由主义者而言理应是需要关注的问题。与此同时，当慈善法还允许富人从他的应纳税额中扣除向艺术画廊捐赠的100万美元时，自由主义的分配正义观念是否也对此认同？如若认同，又该如何予以论证？又将产生什么样的结果？或者再举一个例子来说：自由主义的核心观念认为政治表达（political expression）对于民主政府而言具有特殊的价值。然而，当政府宣称正如此前诸多判决所反复强调的那样，政治目的（political purposes）并非合法的慈善目的时，这种对政治言论的限制是否会引发自由主义者们的担忧？如果是这样，其担忧的理由是什么？对此又应该如何予以回应？

① *Gilmour v. Coats* [1949] AC 426 (House of Lords), 443.

② 著名的例外可参见 Nick Martin, “Liberal Neutrality and Charitable Purposes”, (2012) 60 *Political Studies* 936。我们还需要关注罗伯·阿特金森有关传统共和主义政治哲学的著作：Rob Atkinson, “Keeping Republics Republican”, (2011) 88 *Texas Law Review* 235。