

国家社科基金

GUOJIA SHEKE JIJIN HOUQI ZIZHU XIANGMU

后期资助项目

当代中国慈善法制研究： 困境与反思

Charity Law in Contemporary China:
Problems and Solutions

吕鑫 著

中国社会科学出版社



当代中国慈善法制研究： 困境与反思

Charity Law in Contemporary China:
Problems and Solutions

吕鑫 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代中国慈善法制研究：困境与反思 / 吕鑫著. —北京：中国社会科学出版社，2018.6

ISBN 978-7-5203-2443-4

I. ①当… II. ①吕… III. ①慈善法-研究-中国 IV. ①D922.182.34

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第091083号

出版人 赵剑英
策划编辑 宫京蕾
责任编辑 梁剑琴
责任校对 杨 林
责任印制 王 超

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲158号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2018年6月第1版
印 次 2018年6月第1次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 21.25
插 页 2
字 数 377千字
定 价 89.00元



凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话：010-84083683

版权所有 侵权必究

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

序

一国之法虽以宪法为根本大法，但大法之下仍需诸多小法支撑以建构法律之体系，然小法之中也会有大学问。慈善法即是如此。

慈善法在国内虽属晚近之新法，但其调整的慈善事业不仅贯穿人类历史蔓延的数千年之中，且在国外的立法史亦已超过四百余年。而国内慈善立法起步较晚，所面临的问题困境又不可谓不多，依本书作者吕鑫博士的观点，其至少面临着三重困境，此即“公民慈善的合法性困境”“政府慈善的正当性困境”以及“慈善监督的有效性困境”；而这些困境之本质即在于公民权利与政府权力之权界划分，其具体问题纷繁复杂，无疑值得法学界认真思考和探究。

令人欣喜的是，吕鑫博士在本书中不仅直面了当今中国慈善法制所面临的困境，而且对产生困境的价值原因和立法原因做了深刻剖析，并试图通过阐明慈善法之基本价值，进而构建具有指导立法作用的原则，以期实现“价值-原则-规则”的融会贯通，其思路清晰明确，论证严谨缜密，亦具有较强的理论原创性。

事实上，吕鑫博士早在浙大求学期间即已经开始关注慈善法，并以慈善法为主题完成了博士学位论文。毕业后他仍长年潜心于慈善法研究，在博士学位论文的基础上修改、扩充了近两倍的篇幅，加之在法学等核心期刊发表了七篇有关慈善法的学术论文，最终方完成此书稿；而该书稿入选国家社科基金后期资助项目，也无疑是对其学术价值的一种肯定。

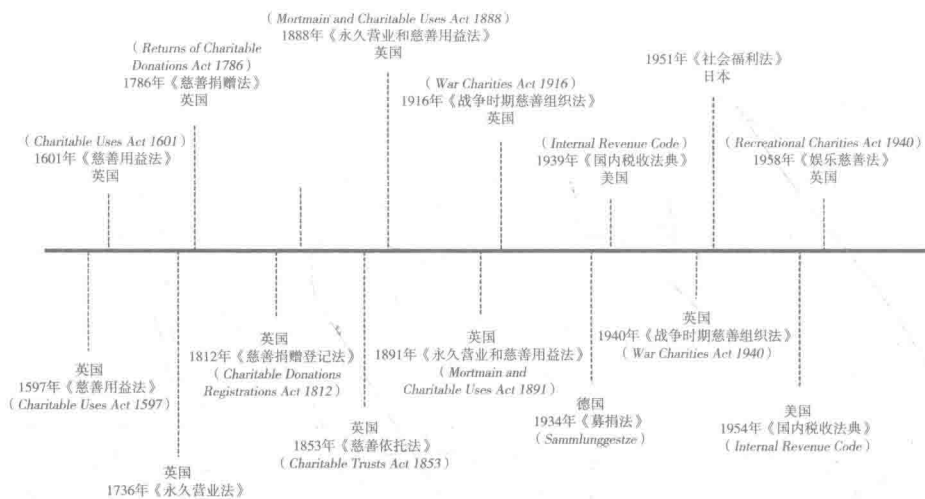
古哲曰：道在稊稗。浏览毕吕鑫博士的这部书稿，心有戚戚焉。期待他能继续在慈善法领域里深耕不辍，做好小法背后的大学问。

林来梵

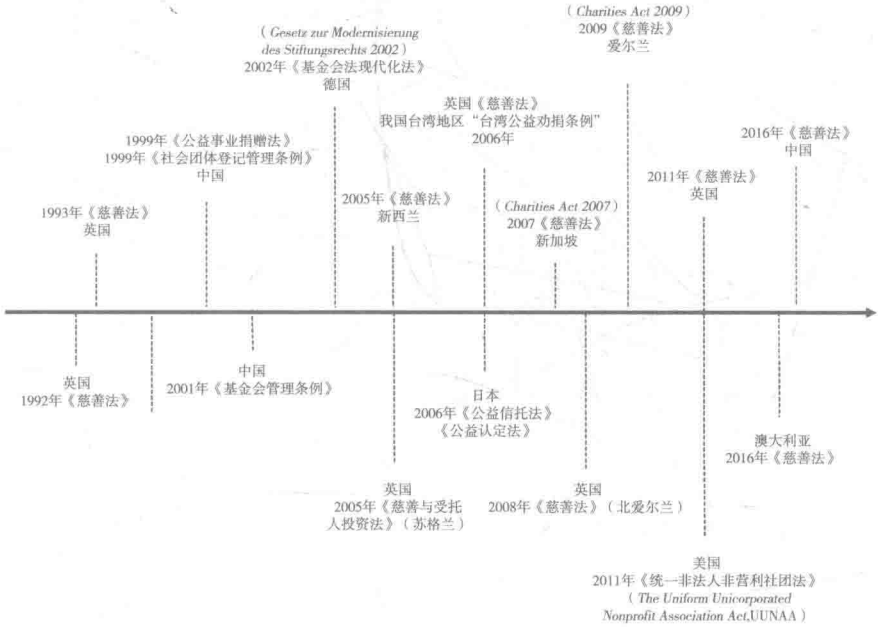
清华园明理楼

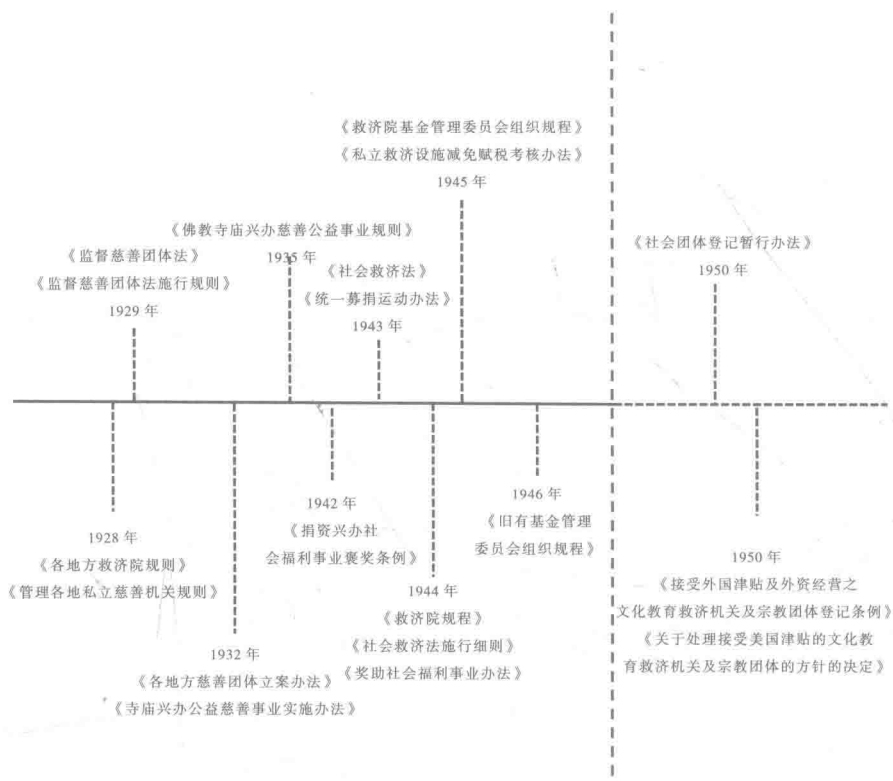
2018年1月23日

各国主要



慈善立法

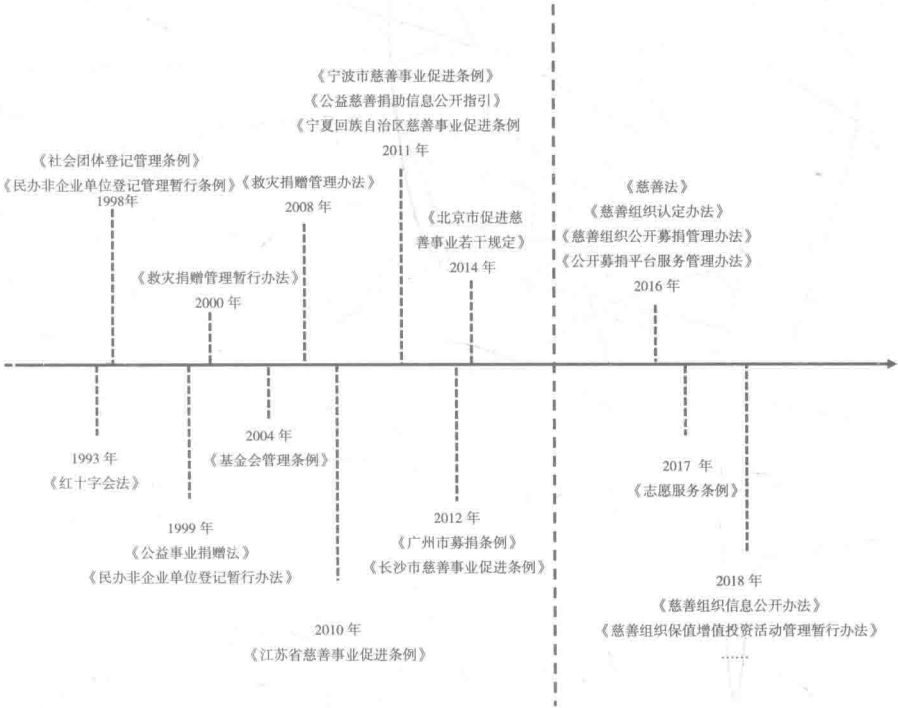




开 端

断 层

慈善立法



复 苏

创 制

目 录

序章	(1)
一 引言：我国慈善法制的三重困境	(1)
二 三重困境的初步反思	(10)
三 详尽反思的具体进路	(11)

第一编 概念与历史

引论 慈善法的历史与价值的困境	(19)
-----------------------	------

第一章 慈善	(21)
一 法律如何界定慈善?	(22)
二 法律界定慈善之“序言”	(23)
三 慈善概念在英国法的建构	(27)
四 慈善概念在英美法系中的继受与发展	(33)
五 慈善概念在我国的移植及问题	(42)
六 慈善概念完善的路径	(46)

第二章 慈善法	(51)
一 慈善法的概念	(52)
二 慈善法的起源	(57)
三 慈善法的分类	(70)

第三章 慈善法与中国慈善	(85)
一 立法初始：民国时期慈善立法的“兴起”	(88)
二 废止旧法：新中国成立初期慈善立法的“消亡”	(95)
三 再立新法：当今中国慈善立法的“复苏”	(100)

2 目 录

四 集中立法：晚近我国《慈善法》的“创制”	(106)
-----------------------------	-------

第二编 价值与原则

引论 慈善法的价值与原则的演绎	(117)
-----------------------	-------

第四章 慈善与正义的观念史	(119)
---------------------	-------

一 亚里士多德至阿奎那——慈善实现正义	(120)
二 洛克至斯密——慈善实现正义吗？	(128)
三 康德至马克思——慈善或曰伪善？	(133)
四 罗尔斯至今——慈善与正义无关？	(140)
五 小结	(151)

第五章 慈善法与分配正义	(153)
--------------------	-------

一 法律如何促进分配正义？	(154)
二 分配正义与慈善法的产生	(155)
三 慈善法的演进与对分配正义的追求	(159)
四 分配正义视角下的我国慈善法制	(164)
五 小结	(166)

第六章 分配正义与慈善法的原则	(167)
-----------------------	-------

一 分配正义的原则问题	(168)
二 分配原则的制度实现：慈善如何执行分配？	(172)
三 慈善法为促进分配应确立的原则	(175)
四 小结	(191)

第三编 困境与对策

引论 慈善法的原则与困境的对策	(195)
-----------------------	-------

第七章 公民与慈善	(197)
-----------------	-------

一 公民慈善的合法性困境	(198)
二 慈善结社自由能否解决合法性困境？	(216)
三 公民募捐的合法性本质	(227)

四 《慈善法》解决合法性困境的思路	(231)
五 小结	(234)
第八章 政府与慈善	(236)
一 政府慈善的正当性困境	(237)
二 正当性的论证：合道德性与合法性	(238)
三 合道德性的悖论：存在政府的慈善行为吗？	(244)
四 合法性的反思：政府开展慈善的界限	(249)
五 合理性的规制：政府接受捐赠的限制	(254)
六 小结	(256)
第九章 慈善与监督	(258)
一 慈善监督的有效性困境	(260)
二 慈善募捐的全程监督机制	(262)
三 《慈善法》制定前的监督机制及问题	(267)
四 《慈善法》所建构的监督机制及其完善	(273)
五 小结	(285)
结论	(287)
参考文献	(291)
后记	(320)

图 目 录

图 0-1	我国慈善法制困境的本质	(10)
图 2-1	英国慈善立法的历程	(58)
图 2-2	慈善法的分类	(71)
图 6-1	直接捐赠模式	(173)
图 6-2	间接捐赠模式	(174)
图 6-3	慈善活动的结构和执行分配的过程	(174)
图 6-4	慈善法的三项基本原则	(177)
图 6-5	慈善法的自愿原则	(177)
图 6-6	慈善法的激励原则	(183)
图 6-7	慈善法的效益原则	(188)

表 目 录

表 1-1	英国早期对宗教慈善规制的主要立法	(25)
表 1-2	英美法国家对慈善目的之规定	(34)
表 1-3	我国慈善立法对于“慈善”的界定	(42)
表 2-1	成文慈善法内容的比较	(52)
表 2-2	德国《税法通则》对慈善目的之界定	(76)
表 2-3	原西德和东德各州《募捐法》的制定时间	(77)
表 2-4	日本《公益认定法》对公益目的之界定	(79)
表 3-1	民国时期的主要慈善立法	(92)
表 3-2	《慈善法》制定前的主要慈善立法	(102)
表 3-3	《慈善法》制定前的主要地方慈善立法	(104)
表 3-4	《慈善法》颁布后制定和修订的慈善立法	(110)
表 3-5	《慈善法》与原有慈善立法的内容比较	(111)
表 6-1	分配正义的主要理论及其分配原则	(169)
表 7-1	地方慈善立法对募捐主体之规定	(200)
表 7-2	2007—2016 红十字会、慈善总会和民政部门接受慈善 捐赠金额	(207)
表 7-3	2007—2016 年接受国内外慈善捐赠金额的构成	(212)
表 7-4	2007—2016 年接受国内慈善捐赠金额的构成	(213)
表 7-5	《慈善法》制定过程中对慈善募捐资格的规定沿革	(218)
表 9-1	《慈善法》制定前的募捐监督机制	(267)
表 9-2	《慈善法》所建构的事后监督机制	(282)
表 9-3	《慈善法》所赋予的检查职权	(284)

序 章

一 引言：我国慈善法制的三重困境

当我们去回顾人类不同文明、不同种族乃至其不同时期的道德准则之时，我们可以发现任何道德准则对人类内心的自私、贪婪和利己的谴责都具有一种无一例外的普遍性。与之相对的是，任何道德准则对于人类本身的仁慈、无私和利他精神的赞誉也具有一种超越一切差异的共同性。然而，如果我们进一步去思考人类的这些深受赞美之道德准则在客观上的具体表现时，其最终指向的往往正是我们所称之为“慈善”（Charity）的社会现象。

由此，我们可以说，慈善事业^①的繁荣往往成为一个社会道德水准的重要考量标准。而令人欣慰的是，我国的慈善事业在进入 21 世纪之后也迎来了快速的发展，尤其是在 2008 年的汶川地震及其救灾活动中，人们面对着如此巨大的自然灾害时，能够做到精诚团结，并纷纷捐献出自己的一份爱心，而慈善的理念也在奉献中渐入人心。可以说，近年来慈善活动的开展已经使得其在社会生活中的价值得到了越来越广泛的认同，但当人们为我国慈善事业的快速发展欣喜之余，其所面临的重重问题也亟待我们进行反思，甚至仅仅从表面来看，我国慈善事业已可谓乱象丛生，细致分析这些问题，其可以概括为我国慈善法制的“三重困境”，而这些困境也成为推动《慈善法》制定的重要历史背景。

^① 本书将慈善（活动）英译为“Charity”，其泛指各类特定的慈善活动，如慈善捐赠（Charitable Donation & Gift）、慈善募捐（Charitable Solicitation）和慈善信托（Charitable Trust）等；而对于（某个国家或地区）所有概括的慈善活动，则称为慈善事业，即“Philanthropy”。上述带有妥协性的区分可能会带来争议。

2 序 章

(一) 第一重困境：公民慈善的合法性困境

在《慈善法》制定之前，我国的慈善立法采取了分散立法的模式，^①其中最为主要的慈善立法是1999年制定的《公益事业捐赠法》（*Public Welfare Donation Law*），该法主要调整针对“公益事业”（*Public Welfare*）而开展的“捐赠”（*Donation*）所形成的法律关系，但对于何为“公益事业”，《公益事业捐赠法》采取了列举式的界定，即通过列举具体的公益目的（*Public Purpose*）予以界定，具体来说：

第三条 本法所称公益事业是指非营利的下列事项：

- （一）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；
- （二）教育、科学、文化、卫生、体育事业；
- （三）环境保护、社会公共设施建设；
- （四）促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。

如若对以上界定予以分析可以发现，在规范层面上，《公益事业捐赠法》所列举和调整的公益目的与（日常语义上的）慈善目的^②存在重叠；而在实践层面上，重叠的慈善活动也的确被纳入该法调整的范围之中，典型的如救济贫困、促进教育等目的之活动，事实上，公民等主体作为捐赠者意图开展上述目的之慈善活动也通常被认为必须遵守《公益事业捐赠法》。

但问题在于，《公益事业捐赠法》对受赠者（*Donatee*）尤其是募捐者（*Solicitor*）的范围做了限定。根据该法第2条之规定，“公益捐赠”被限定为“自然人、法人或者其他组织”向“公益性社会团体和公益性非营利的事业单位捐赠财产”的活动，换言之，如若缺乏上述法人资格则无法接受捐赠。而在实践中，如此之规定的确限制了公民等缺乏相应法

① 就慈善法在现今各国的立法模式而言，依据其是否制定成文《慈善法》为标准，大致可以区分为集中式和分散式，其中英美法系国家受英国的影响，多有制定成文慈善法的传统（美国和加拿大除外），而大陆法系国家则鲜有制定成文慈善法的传统，在此意义上，我国制定成文《慈善法》实际上显得非常“特殊”。对慈善法分类更为详尽的讨论请参见第二章第三节。

② 在此应当将（日常）语义中的慈善与法律中的慈善（*Legal Charity*）相区分，而这种区分非常重要，因为法律中的慈善范围显然小于前者，并且需要符合特殊的“公益”（*Public Benefit*）价值。对法律中的慈善更为详尽的讨论请参见第一章。

人资格之主体开展慈善活动，但网络又为公民开展募捐提供了便利，进而引发了公民慈善的合法性困境，如在汶川地震中即出现了公民开展的募捐活动由于缺乏法律的明确规定而被政府叫停之案例。

案例一

2008年5月，我国发生汶川大地震后，民间组织“牛博网”由于私自开展慈善募捐活动，其相关的账号被查封，组织者接到的公安部门查封之理由是由于全国范围内出现了大量借募捐“诈骗”的活动，因而对私自慈善募捐的账号予以查封，而此后“牛博网”账号虽然被解冻，但被禁止开展募捐活动。“牛博网”不久也停止运行。^①

当然，根据《公益事业捐赠法》第2条之规定，公民可以通过成立“公益性社会团体”进而开展募捐，而2004年制定的《基金会管理条例》又增加了“公募基金会”^②可予以成立并开展慈善募捐的规定。但实际上公民成立公益（慈善）组织存在各种困难，2010年的“壹基金事件”就深刻地反映出这一困境。

案例二

2007年，“壹基金”以挂靠的形式作为中国红十字会下的慈善计划和专案。但在实际的运行中由于没有自己独立的身份，无法与世界卫生组织、联合国发展署、克林顿基金会等开展合作，陷入了尴尬境地。而挂靠也使得开展公益活动需要繁杂的主管单位审批，由于过程异常烦琐，“曾历时半年才最终通过”。

2010年，“壹基金”希望获得独立的身份，以方便开展活动。但申请遭遇不顺。与此同时，民政部相关官员表示，对于可以公开募集捐赠的基金会，国家从政策上并不鼓励。并表示，公募是向社会募捐，基金会数量太多的话，可能会造成公众对慈善捐助的反感，而

① 邓丽：《牛博网的赈灾风波：募捐银行账号遭冻结》，《21世纪经济报道》2008年5月21日第8版。

② 《基金会管理条例》第2条之规定：“本条例所称基金会，是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照本条例的规定成立的非营利性法人。”根据第3条则进一步区分为公募基金会和非公募基金会。而根据2016年《慈善法》之规定，前者可以直接获得公募资格，而后者能否申请则存在疑问。