

“非营利组织法”研究丛书

中国非营利组织法律 模式论文集

北京大学法学院非营利组织法研究中心

主 编 魏定仁

副主编 孟令君 李元璋

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国非营利组织法律模式论文集/魏定仁主编. —北京: 中国方正出版社, 2005. 7

(“非营利组织法”研究丛书)

ISBN 7-80216-036-7

I. 中… II. 魏… III. 社会团体, 非营利—行政管理—行政法—研究—中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 074806 号

“非营利组织法”研究丛书

中国非营利组织法律模式论文集

魏定仁 主编

责任编辑: 王相国 谢文华

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010)66560933 门市部: (010)63094573

编辑部: (010)83086251 出版部: (010)66510958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: XWH@fzpress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 航远印刷有限公司印刷

开 本: 890 × 1240 毫米 1/32

印 张: 12.625

字 数: 302 千字

版 次: 2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80216-036-7

定价: 26.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

责任编辑：王相国 谢文华

封面设计： 华子图文工作室
huazi103@vip.sina.com

衷心感谢民政部民间组织管理局、香港乐施会、美国福特基金会、世界银行驻中国代表处的支持

“非营利组织法”研究丛书
编委会

主 任 魏定仁
执行主任 陈金罗
编 委 （按姓氏笔画排列）
 齐 红 刘培峰 李元璋
 陈金罗 金锦萍 孟令君
 魏定仁

● 序 ●

(一)

改革开放以来，中国非营利组织有了很大的发展。据民政部《民政事业发展》统计，截止到 2004 年底，中国非营利组织已达 28 万多个，其中全国共登记社会团体达 15 万多个，比上年 2 万多个增加了 7 倍多。全国在民政部门登记的民办非企业单位 13 万多个，比上年增加了近 9 倍。基金会 936 个。可以说，中国非营利组织的蓬勃发展，是全球社团革命的重要组成部分，也反映了中国民主法制进程中的变革需求。但是，毋庸讳言，中国非营利组织的生存环境，无论是从法律规制的视角，还是从政府管理的视角以及从非营利组织自身生存和发展能力的视角来剖析，都越来越显现出它与现实社会发展的差距。

中国非营利组织自建国以来，有过 7 次发展高峰。经过 3 次大规模的清理整顿，中国非营利组织的自身生存和发展能力虽然有了一定的提高，但也是步履艰难。政府管理的方针，虽然已经从单向的监督管理为主，正在向“培育发展和监督管理并重”的方向转变，但管理的基本制度和体系没有根本变化，实践中的随意性还相当普遍。特别是在法律规制方面的滞后性，已是学术界、政府部门和非营利组织的共识。正像人们所了解的那样，十多年前民政部就曾受国务院的委托起草《中华人民共和国结社法》（以下简称《结社法》）并十易其稿，《结社法》虽由于种种原因没有出台，但随着我国改革开放的不断深入发展，中国非营利组

组织的行政法规还是有了一定的发展。《社会团体登记管理条例》修订过两次，第三次修订也正在进行之中；《基金会管理条例》经过了两次修订，第二次修订的版本，已于2004年正式实施；《民办非企业单位登记管理暂行条例》也在紧张的修订之中。这些行政法规的不断修订，对初步建立我国非营利组织法律体系和促进非营利组织的发展起了一定作用，但也存在着诸多明显甚至重大的缺陷与不足，这不仅仅反映在法律技术上，而且也存在法律体系中的缺失和功能的错位。另外，在一些重大问题的认识上也有不当之处。一些本应该由法律明确的问题，要么成为法律上的漏洞，要么由行政法规越俎代庖，其弊端不言而喻。

目前，在中国加强非营利组织法制建设的各方面的条件，正在逐步生成。毋庸讳言，中国的非营利组织的生长和发展环境与西方国家相比，有很大的不同。当代西方国家非营利组织建立在市场经济基础之上，是在民主与法制的良好氛围中壮大的。而中国非营利组织一开始就缺乏这种氛围。但是，经过20多年的改革开放，中国已经发生了巨大变化，目前社会主义市场经济体制已基本建立，以人为本、构建和谐社会已成为我国的战略目标，这就意味着，对人的权利的基本保障和包容以及以法制为基础的社会管理模式，必将构成和谐社会的基本要素。这对以人为结合体和以财产为集合体的非营利组织无疑具有重要的积极意义。中国继经济领域的改革以后，社会领域的改革必将提上议事日程，也就是说中国的第二次改革必将是以社会领域的改革为重心。加强非营利组织的法制建设，建立比较完备的非营利组织法制体系势在必行。当然这种发展趋势的可能性并不等于现实性，中国非营利组织法制建设，是一个渐进的过程。

(二)

加强非营利组织理论研究，是加快非营利组织法律建设的基

本前提。中国非营利组织法制建设的滞后，有其特定的历史和社会背景，除了几千年传统文化和目前转型时期特定的社会环境的影响外，就其深层次的要素而言，理论研究和认识上的问题也是存在的。

非营利组织的理论问题是一个很复杂的问题，牵涉到许多学科。从法学角度讲，主要涉及宪法和国际人权法。《中华人民共和国宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”结社权是宪法赋予公民的基本权利，属于法律规范的内容，由于我国目前没有关于非营利组织的基本法，是由行政法规来对其进行规范，而行政法规从其实质来说是以管理为取向的，这就造成了对公民结社权利保障的局限性。这反映了我国目前立法上的错位和认识上的混乱。宪法为什么要赋予公民结社权利，这些权利应包括哪些方面的含义，对公民的结社权利是否可以进行限制，对法律和政府限制结社行为的法律救济措施应当符合哪些要求，等等，都是要认真深入研究的课题。同时，结社的问题不仅仅在法学上是一个重要问题，而且在政治学、社会学、公共管理学等学科中也是一个重要的问题。因此，非营利组织理论是涉及多种学科的复合科学，涉及政治、思想领域的科学理论，涉及社会学领域的科学理论，也涉及经济学领域的科学理论等。

中国有句古话：行到水穷处，坐看云起时。在全面构建和谐社会的进程中，建设有中国特色的先进文化，已经提升到国家发展的战略高度。先进的文化需要先进的理论思维，先进的理论思维需要有创新意识和深入的理论探索。同样，非营利组织的发展和法制建设需要有深刻理论的支撑。因为科学的非营利组织基本理论，是对非营利组织发展的基本规律和时代特征的正确总结，是正确预测非营利组织发展趋势和指导制定非营利组织发展战略的思想武器，也是党和国家制定非营利组织方针、政策、法律、

法规和做好行政管理的重要依据，因此正确认识非营利组织的基本理论研究具有现实的积极意义。理论工作者的重要职责，就是追求真理，从理论上探索真知，求知、求真，其目的，就是为了国家兴旺、民族发展、社会进步。北京大学法学院非营利组织法研究中心正是基于上述考虑开展了“中国非营利组织法研究”。这是一个基础性和综合性的研究课题，我们用了3年左右的时间，从不同角度，选用了多种形式进行研究：从调查研究入手，分析了我国当前法律环境；译汇了18个国家的非营利组织的20个法律文件；举办了“中国非营利组织法律模式”系列论坛；吸纳了国内外专家学者、政府官员和民间组织相关人士的卓识高见，形成了《非政府组织的理论阐释》、《中国非营利组织法的基本问题》、《中国非营利组织法律模式论文集》等研究成果。这些成果既是我们中心研究者与工作人员3年来努力的结晶，同时也与圈子里同仁的支持分不开。

《中国非营利组织法律模式论文集》以宪法所保障的公民结社权和财产权为依据，制定非营利组织法为基本法，以建立完备的法律体系为目标。本书集合了27位专家学者、政府官员和非营利组织相关人士的聪明才智，从三个方面进行了论证和阐述。第一部分是基础理论的研究和分析，第二部分从中国非营利组织的法律环境与制度建设方面进行了论述和分析，第三部分介绍了域外经验。本书既从理论的高度回应了中国非营利组织当前存在的问题，也为中国非营利组织法律建设中遇到的敏感问题提供了依据；既是一部具有现实价值的精文荟萃，也是一份中国非营利组织法制建设研究中具有一定科学含量的研究成果。但是本书所言之事、所言之理，也只是一家之言，不妥之处，在所难免。

我们认为，中国非营利组织法制建设理论研究仍处于起步阶段，我们的研究也是刚刚开始，基础研究、应用研究，尚任重道远。但我们也相信，只要我们在这个园地里辛勤耕耘，就一定能

结出丰硕的果实。

在这里，衷心感谢民政部民间管理局的孙伟林局长、李勇副局长，感谢全国人大法工委国家法室副主任许安标，感谢国务院法制办朱卫国处长，感谢香港乐施会、美国福特基金会、世界银行驻北京办事处，感谢他们对中心的支持和帮助。

陈金罗

2006年4月

— • 目 录 • —

一、基础理论	(1)
宪政与结社自由	毛寿龙(3)
论结社自由的宪法保障	黄建军 张千帆(17)
公共参与与行政法治	姜明安(37)
NGO 的“民间治理”与转型期的	
法治秩序	马长山(63)
现代公民社会与结社自由	王建芹(89)
关于结社自由立法的思考	吴 明(101)
二、法律环境与制度建设	(105)
政府管理非营利组织模式的思考	刘培峰(107)
非营利组织立法方略简论	许安标(139)
构建和谐社会与非营利组织法律模式的	
几点问题的思考	丁元竹(148)
完善有利于民间组织发展的法规体系	李新苗(156)
从结社权利角度看社团管理问题	吴玉章(164)
建立政府与民间组织的合作伙伴关系	王新政(174)
存在的合法与合法的存在	孟光华(188)
备案制实践与双轨登记制的制度构想	
——过渡期的中国民间组织登记	
管理制度	谢海定(199)
NGO 的问责、监督与产权问题	王 名(209)

民办非企业单位有关法律问题之思考	赵 泳(214)
非营利法人的财产法律问题	葛云松(223)
社团组织财产的性质及功能	莫纪宏(230)
中国非营利组织税收优惠政策的	
现状和问题	靳东升(234)
基金会立法中的财产问题研究	马 昕(242)
民办学校非营利性与财产归属	齐 红(248)
 三、域外经验	(261)
印度非营利部门法制架构的	
基本特征	[印]P·伊施瓦拉·巴特 薛松译(263)
荷兰和某些西欧国家非营利	
组织的法律制度	[荷]范德普罗格 冯蕊译(295)
法律和第三部门管理	
..... [菲]莱迪维那 V·卡里诺 冯蕊译(310)	
德国的社团和财团:服务提供者	
抑或市民社会代理人?	
..... [德]罗伯特·格拉夫·施特拉什维茨 姜朋译(345)	
日本非营利组织法律制度的	
现状与前景	[日]太田达男 普丽芬译(362)
非营利组织税收规则(NPOs)	
..... [美]爱立西 窦慧娟译(380)	

一、基础理论

宪政与结社自由

毛寿龙*

宪政是现代社会政治的基本结构性制度安排，往往包括个人权利、国家基本权力配置等内容。本文扩展了宪政的含义，取其基本结构性制度安排及其理论逻辑的含义。这样，传统的帝国政治也有其宪政秩序，就像现代民主国家一样。根据这一逻辑，我们可以超越传统帝国秩序的表面现象，去分析其中的核心制度安排与逻辑，并理解帝国秩序的效率与失败的原因。

传统社会政治的宪政秩序基本上都是一种单中心的帝国秩序。这样的秩序中往往缺乏舆论自由，缺乏学术自由，所以对其很少有理论的思考和总结。

现代自由民主社会的宪政秩序往往是一种多中心的自主治理为基础的政治秩序。这样的秩序往往有充分的言论自由、出版自由，有充分的新闻自由，更有充分的学术自由。所以，对其理论思考和总结也非常充分。

对中国来说，理解现代宪政秩序是非常重要的，但更重要的是去理解传统的帝国秩序，并思考中国的变法与帝国秩序的关系，思考中国的宪政秩序是如何从帝国秩序走向多中心自主治理之宪政秩序的。本文将进一步关注结社自由的重要性。

* 中国人民大学行政管理系教授。

本文将考察商鞅变法的基本内容，从中总结帝国秩序的规则特征；并在此基础上进一步考察当代中国在走出帝国秩序、走向多中心自主治理的宪政秩序的进程中，结社自由是至关重要的；最后举三个例子说明中国的宪政秩序转型与结社自由之间的关系。

一、单中心的帝国秩序

《史记》记载了很多故事，其中有一个故事是有关商鞅变法的。

商鞅变法的基本内容：

- 百姓五家为保，十保相连，相互纠发、连坐。
- 不告者腰斩，告奸者与斩敌首一样受赏，藏匿奸者与降敌一样受罚。
- 百姓有二男以上而不分居的，赋税加倍。
- 有军功的按标准受爵，为私事争斗的，按轻重受刑。
- 努力本业，耕织收获粮食、布帛多出的一部分加在他的身上。
- 从事工商末利而怠惰致贫的，收为官奴。
- 宗室没有军功的，不给爵位。
- 明尊卑爵位等级，各按等次享有田宅，有功的显赫荣耀，无功的虽富足却无光彩。

法令立信的方法：

1. 具体事例立信：赏有信

- 法令完备，怕百姓不信，立一根三丈长的木头在国都街市的南门，招募百姓中能将它搬到北门的，奖励十金。
- 百姓对此很奇怪，不敢搬。
- 又说，能搬的给予五十金。
- 有人试着搬了木头，果然就给予五十金。
- 表明不是欺骗，才颁布法令。

2. 具体事例立罚：

- 找大替罪羊，确定边界，如太子犯法，与民同罪；用害怕

使其服从法令。

- 待局势稳定后，惩罚开始时有不同意见的反对自己的人。
- 用领导人的决心与个人的害怕而不是共识来体现规则的力量。
- 商鞅的法令显然违背人的生活常情。法令在百姓中实行了一年，秦国都的百姓说不便的数以千计。法令的执行受到威胁。
- 正逢太子犯法，公孙鞅说，法之不行，是从上违法的。要法办太子。
- 太子是君王的子嗣后代，不能施行，就对其师傅公子虔用刑，将其师傅公孙贾处罚。
- 秦国人因此害怕都服从法令。

3. 进一步处罚不同意见者：秋后算账

- 商鞅的法令实行了十年，秦国百姓大悦，道不拾遗，山无盗贼，家家富裕人人满足。百姓勇于公战，不敢私斗，乡邑大治。
- 刚开始说法令不好的人，改变主意说法令便利。公孙鞅说，都是扰乱教化的百姓。把这些人都迁到边城，百姓再也不敢议论法令。

商鞅变法，隐含着一种帝国的秩序，这样的秩序，适合于建立帝国，并且在暴力竞争中取胜。其有效性主要取决于暴力竞争的烈度。一旦暴力竞争结束，依靠斩杀敌首寻租替代为依靠腐蚀性的腐败活动寻租，帝国秩序就会因腐化而失序，并进一步陷入暴力竞争的战争状态，再在暴力竞争中产生有效的帝国秩序，然后逐步腐败。

帝国秩序有一些核心的规则：

1. 奖励与惩罚，是统治的两大法宝。
2. 赏罚规则的信与不信，来自具体的边界性事例。以官方精