

翟秀红 著

第三部门及其法律问题的研究

DISANBUMEN JIQI FALU WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

翟秀红 著

第三部门及其法律问题研究

DISANBUMEN JIQI FALU WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

第三部门及其法律问题研究/翟秀红著. -- 北京 : 中国政法大学出版社, 2013. 8

ISBN 978-7-5620-4943-2

I. ①第… II. ①翟… III. ①社会团体—行政管理—法律—研究—中国 IV. ①D922.114

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第190045号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 第三部门及其法律问题研究 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880mm×1230mm 32开本 8.75印张 200千字 |
| 版 本 | 2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4943-2/D·4903 |
| 定 价 | 28.00元 |
| 声 明 | 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。 |

自序

我最早接触第三部门，并对之产生研究兴趣始于2002年的秋天。当时的我正在云南大学攻读硕士学位，之前导师已经通知大家毕业论文即将开题，要求确定好选题方向。对于毕业论文的选题，我虽有诸多方向可予考虑，却苦于斟酌不得圆满，始终徘徊不定。某日偶尔翻看南方周末，无意间被一篇介绍第三部门的文章所吸引，一气呵成看完。当时的我，开始意识到第三部门在中国是一个新生的事物，并极可能对未来的中国社会产生重要的影响，有了研究相关领域的想法。于是，在与我的导师杨临宏先生沟通并获得首肯后，我开始对第三部门领域进行研究。经过一年的查阅资料，整理思路，辛苦的创作，终于完成了6万多字的论文写作，并获得答辩组老师的肯定和认同。这可以说是对第三部门进行研究的肇始。以此为契机，当时的我，对第三部门的认知也开始逐渐加深。第三部门根植于公民社会，是独立于政府和企业的一类主体。犹如政

府是国家机关的主体，企业是市场的主体一样，第三部门是公民社会的主体。第三部门可以解决政府失灵和市场失灵的问题，对促进我国民主法治的完善也有着重要的意义。但我国的法律对第三部门发展总的来说还是采取限制的态度，这样不利于第三部门的发展。毕业后，我进入高校从事行政法的教学和科研工作，继续对第三部门的保持密切的关注和研究。实际上，第三部门跟行政法有着密切的关系，在涉及政府职能转移，建立有限政府、服务型政府，行政主体中法律法规授权的组织等内容时，都与第三部门密切相关。2008年汶川大地震时，慈善组织第一时间赶到地震现场救援，使第三部门中的慈善组织获得了很高的声誉。然而，2011年的“郭美美事件”，致使中国红十字会声誉扫地，引起人们对红十字会及其他第三部门监督管理缺失的质疑，导致慈善组织遭到前所未有的信任危机。可以说，完善第三部门的监督管理体制，是第三部门重获信任的重要途径。我国多次经济体制和政治体制的改革，促进了经济的发展，社会的进步，民间组织也不断发展壮大。然而十年间对第三部门法律上的限制和约束并没有实质的变化，仍然是双重管理体制，限制竞争，要求法人资格等，严重束缚着第三部门的进一步发展。与此相关，对第三部门的诸多限制，导致法外组织和非法组织增多，不利于社会的稳定。由此可见，研究第三部门的相关法律规定和监督评估制度，对于当今之中国有着重要的现实意义！

摘要

第三部门是依法成立的、从事与公益相关的事業、利潤不在所有者（締造者和經營者）中分配的非政府組織。第三部門的存在彌補了市場失靈和政府失靈，但它本身也是“不自足”的，所以政府、經濟組織和第三部門應互為補充、共同存在。

我國多次政府改革為第三部門的發展提供了空間，事業單位、社會團體、民辦非企業單位獲得了較大發展，但我國現有法律內容的限制性規定；法律層次低，缺乏統一的法律規範；對第三部門的法律地位和作用認識不足以及法律內容和技術存在缺陷等原因制約著第三部門的發展。同時第三部門在我國作為一個新生事物，引起了人們對這類組織的法律地位的討論，特別是對一些行使公權力的第三部門的法律行為，目前學術界對哪些是公行為，哪些是私行為提出了疑問。我國目前的“雙重管理體制”一方面流於形式，另一方面又嚴重制約著第三部門的發展。

本书在分析我国现有法律制度和借鉴国外实践经验的基础上,提出了完善我国第三部门法律制度的构想:(一)通过制定《结社法》、《第三部门法》和完善单行法律及相关法律来完善我国第三部门的法律规定;(二)法律赋予第三部门制定规章权、审查会员资格权、纪律处分权等应归为公法行为,对于第三部门的人事关系、财产管理、提供服务的行为和福利设施的行为应认定为私法行为;(三)对第三部门的监督管理应设立一个专门的监督管理机构,并辅以媒体和捐赠人的监督。

目 录

自 序	(1)
摘 要	(3)
导 言	(1)
 第一章 第三部门的界说及存在的理论	(5)
一、第三部门的概念、分类、及发展阶段	(5)
(一) 概念	(5)
(二) 分类标准	(10)
(三) 发展阶段	(17)
二、第三部门存在的理论基础及作用	(22)
(一) 第三部门存在的理论基础： 公民社会理论	(23)
(二) 第三部门存在的必要性： 市场失灵/政府失灵	(27)
(三) 第三部门存在的可行性： 供给理论与第三部门的特殊功能	(35)

(四) 第三部门兴起的现实原由分析	(42)
(五) 第三部门的作用	(49)
第二章 转型时期我国第三部门的现状	(55)
一、政府改革与第三部门	(55)
(一) “新公共管理” 范式下的改革	(55)
(二) 我国的政府机构改革	(58)
(三) 改革为第三部门的兴起腾出了空间	(64)
(四) 第三部门的发展进一步促进了政府改革的 深化	(66)
二、我国第三部门的类型、存在问题及发展道路	(67)
(一) 我国第三部门存在的类型	(69)
(二) 我国第三部门存在的主要问题	(95)
(三) 我国第三部门的发展道路	(99)
第三章 我国第三部门法律制度的缺陷	(103)
一、中国缺乏第三部门存在的文化传统和公民 意识	(103)
二、现行法律、法规的缺陷	(106)
(一) 第三部门的立法不健全, 层次低	(106)
(二) 法律内容规定的不合理	(109)
(三) 第三部门的税收政策的不完善	(114)
(四) 政府对第三部门的法律地位和作用认识 不足	(116)

三、部分行使公权力的第三部门的法律地位模糊·····	(117)
(一) 社会公共行政的兴起·····	(117)
(二) 行使公权利的第三部门身份的界定·····	(119)
四、第三部门缺乏有效的监督和评估机制·····	(123)
(一) 我国第三部门的监管存在的问题·····	(125)
(二) 对第三部门监管不合理导致的后果·····	(131)
 第四章 完善我国第三部门法律制度的构想·····	(137)
一、完善我国第三部门的相关法律规定·····	(137)
(一) 国外第三部门法律规定的介绍·····	(137)
(二) 国外第三部门发展的启示和借鉴·····	(146)
(三) 完善我国第三部门法律规定的构想·····	(148)
二、对行使公权力的第三部门侵权行为救济的完善·····	(155)
(一) 第三部门法律地位的规范·····	(155)
(二) 行使公权力的第三部门侵权救济的完善·····	(158)
三、第三部门监督管理模式的借鉴·····	(186)
(一) 第三部门监督的理论依据·····	(186)
(二) 西方国家对第三部门监督管理的模式·····	(190)
(三) 对我国第三部门监督管理的法律构想·····	(193)
(四) 我国第三部门监督机制的完善·····	(194)
 参考文献·····	(203)
附 录·····	(209)
后 记·····	(263)

导 言

如果说代议制政府是 18 世纪的伟大社会发明，而官僚政治是 19 世纪的伟大发明，那么，可以说，那个有组织的私人自愿性活动也即大量的公民社会代表了 20 世纪最伟大的社会创新。

—— [美] 莱斯特·萨拉蒙

自 20 世纪最后 20 年开始，中国就经历着来自全球经济一体化和本国市场化改革的变革和挑战。市场的巨大发展推动着国家权力的分化转移和社会公民意识的显现、表达，从根本上改变了全能政府的角色和地位。它是国家权力向社会回归、增

强政府对公民的回应性以及还政于民的理论表达和实际需求的反映，其结果必然是公民社会或民间社会的日益壮大及其第三部门的蓬勃兴起。

我国在 1978 年后，进行过多次的政治体制改革和经济体制改革，寻求政治体制改革和经济体制改革的目标和方向。经过不断的探索，我们终于确立了以实行市场经济、实现“小政府、大社会”、完善民主政治的经济、社会、政治改革的目标格局。目前，经济领域的市场化已经实现，而政治领域的民主化进展缓慢，社会领域的自治化则刚刚起步。知名学者康晓光预测：我国的“政府主导型改革”的逻辑次序将是循着经济领域——社会领域——政治领域的顺序向纵深发展，而且经济领域的“市场化”将率先完成，社会领域的“自治化”紧随其后，而政治领域的“民主化”将最后实现。经济领域的“市场化”将导致社会领域的“自治化”，而经济领域的“市场化”和社会领域的“自治化”将导致政治领域的“民主化”。当然，以上逻辑并不是机械的，在变革的时间上也不是相互分离的，只是说它们“完成”的时间有先有后。实际上，在现实的改革过程中，它们是相互交织在一起的，而且彼此促进、互为因果，有时次序还会有所颠倒。

我国政治领域的法律框架已基本建立，只待进一步完善；经济领域的法律框架经过十几年市场经济的发展，也已逐步建立并趋于完善；而社会领域的法律制度，除有一些零散的法律法规外，还难以形成一个有机的体系。因而本书系统介绍了国外第三部门的发展，并深入分析了我国第三部门存在的问题，在此基础上，本书从法学的角度，较为系统地提出了我国第三部门法律制度建设的初步构想，力求能对我国第三部门的发展

有所助益。

第三部门对我国来说是一个新生事物，这一课题的广泛性、复杂性与原创性曾多次使我望而却步，几度想放弃。但基于对这一问题重大意义的认识，同时在导师杨临宏教授的鼓励下，最终我还是怀着惴惴不安的心情开始了对这一陌生领域的“拓荒”。由于资料的缺乏，理论与实践的不成熟，以及本人学识和笔力的有限，本研究只能在资料的收集和整理的过程中提出一些初步的、不成熟的构想。

第一章 第三部门的界说及存在的理论

一、第三部门的概念、分类及发展阶段

(一) 概念

第三部门 (The Third Sector) 的概念是 20 世纪 80 年代以来,随着当代西方学术研究中对公民社会 (civil society) 理论的进一步探讨而发展起来的。最早由美国学者列维特 (Levitt) 于 1973 年提出。以前人们往往把社会组织一分为二,非公即私,非私即公。列维特认为这种划分太粗陋,忽略了一大批处于政府与企业之间的社会组织。它们所从事的是政府和企业“不愿做,做不好,或不常做”的事。列维特将这类组织统

称为第三部门。在美国,第三部门也被称之为“独立部门”(independent sector)。在其他各国,有不少与第三部门大同小异的概念,如“非营利组织”(nonprofit sector)、“慈善组织”(charitable sector)、“志愿组织”(voluntary sector)、“免税组织”(tax-exempt sector)、“非政府组织”(NGO 或 nongovernmental organization)、“社会经济”(économie sociale)、“公民社会”(civil society)^[1]等。在这些概念中,笔者更倾向于用第三部门这个概念,因为相比较而言,“第三部门”是一个中性的概念,其他概念的表述都存在着让人误解的地方。就像国家机关是政治领域的基本主体,企业是经济领域的主要主体一样,第三部门是公民社会中的一个主要主体,是公民社会中权利与义务的主要承担者,它以非政府组织和非营利组织的形式表现出来。所以,用第三部门这个比较中性的词汇更容易让人接受,并表明了它相对于政府(第一部门)、企业(第二部门)的独立地位。公民社会由个人、家庭、非政府、非营利组织构成,强调了社会与国家的分离,是独立于国家与经济的一个空间。在历史发展的每个阶段,它的涵义和范围都不尽相同,体现了公民的自治精神。笔者认为,非政府组织、非营利组织、免税部门、独立部门和公民社会几种叫法可以被当作第三部门的同

[1] Civil Society 一词在国内有三种不同的译名,即“公民社会”、“市民社会”和“民间社会”。“市民社会”是最为流行的术语,也是经典译名,它来源于马克思主义经典著作的中文译名。但这一术语在实际使用中带有一定的贬义,传统上人们往往把它等同于资产阶级社会。“民间社会”是台湾学者的译法,它是一个中性的称谓,但不少人认为它过于边缘化。“公民社会”则是一个褒义的称谓,它强调公民对社会政治生活的参与和对国家权力的监督与制约。参见俞可平:“中国公民社会的兴起与治理的变迁”,载《中国社会科学季刊》1999年秋季号(总第27期),第107页。

义词交替使用。究竟什么是第三部门呢？我们能否给第三部门下一个准确的定义呢？目前第三部门的定义有四种方式可供选择：^{〔1〕}

第一种是给出法律的定义。例如，美国税法 501（c）（3）规定，免税组织必须符合三个条件：一是该机构的运作目标完全是为了从事慈善性、教育性、宗教性和科学性的事业，或者是为了达到该税法明文规定的其他目的；二是该机构的净收入不能用于使私人受惠；三是该机构所从事的主要活动不是为了影响立法，也不干预公开选举。而能享受免税资格的组织便是非营利组织。

第二种是依据组织的资金来源加以定义。例如联合国的国民经济核算体系将经济活动划分为 5 大类：金融机构、非金融企业、政府、非营利组织和家庭。非营利组织与其他 4 类组织的区别在于，非营利组织的大部分收入不是来自于以市场价格出售的商品和服务，而是来自其成员缴纳的会费和支持者的捐赠。如果一个组织一半以上的收入来自以市场价格销售的收入，就是营利部门，而一个组织的资金主要依靠政府的资助则是政府部门。

第三种是依据组织的“结构与运作”定义。这一定义是美国约翰·霍布金斯大学“非营利组织比较研究中心”提出的，它着眼于组织的基本结构和运作方式。凡符合以下 5 个条件的组织即是非营利组织：一是组织性。组织性意味着有内部规章制度，有负责人，有经常性活动。纯粹的非正规的、临时集聚

〔1〕 邓国胜：《非营利组织评估》，社会科学文献出版社 2001 年版，第 2～3 页。