

“非营利组织法律模式”研究丛书

中国非营利组织立法模式 研究报告

(如需引用、请征得原研著单位同意)

On Legal Framework of NPOs in China

北京大学法学院非营利组织法研究中心

Center for NPOs Law of Peking University Law School

中国北京

2005年3月

Beijing China

March, 2005

中国非营利组织立法模式研究报告

目 录

序 言	4
一、问题的提出与方法的选择	5
(一) 非营利组织的立法模式	5
(二) 研究的方法	5
二、研究背景	6
(一) 现行法上的非营利组织法律制度	6
1. 现有立法的基本情况	6
2. 对现有非营利组织立法的总体评价	11
(二) 现有的研究及其问题	15
(三) 地方创新及启示	17
(四) 社会发展与观念的演变	19
三、我们所主张的立法模式思路	20
(一) 通过非营利组织法的制定，从法律制度上加强对公民结社权利的保障	20
(二) 承接宪法与行政法规，协调其他特别法相互之间关系	22
1. 目前我国立法体系存在宪法与行政法规之间的“法律位阶的缺失”现象	22
2. 行政法规在立法技术上有局限，不能替代组织法的功能	23
3. 为非营利组织的特别法提供统一协调的法律基础	25
4. 非营利组织法与其他法律的关系梳理	26
(三) 从法律上整合非营利组织类型	28
1. 现有的非营利组织类型梳理	29
2. 现有非营利组织类型的缺陷	31
3. 从制度上整合现有的非营利组织的类型	32
(四) 重申非营利组织是私法主体	37
1. 非营利组织是私法性质的组织，意思自治是非营利组织设立基础	37
2. “非营利性”并非行政义务，而是所有权制度的安排	37
(五) 为非营利组织合法存在提供宽松的 necessary 法律空间	40
1. 非营利组织法的目的是规范、而非控制非营利组织的发展	40

2. 对我国现有双重管理体制的审视.....	40
3. 限制行政机关的自由裁量权.....	42
四、立法模式选择.....	42
(一) 外国立法例考察.....	43
1. 大陆法系国家.....	43
2. 英美法系国家.....	45
(二) 我国的立法模式选择.....	45
1. 对外国经验的借鉴.....	46
2. 符合本国法律传统和立法现状：各种立法方案的比较分析.....	46
(三) 非营利组织法的适用对象——社团法人与财团法人.....	48
1. 社团法人与财团法人的区别.....	48
2. 针对社团法人与财团法人的区别，立法设置不同的法律规则.....	49
3. 以财团法人整合我国的基金会和法人型民办非企业单位的可能性论证.....	50
(四) 非营利组织法不适用非法人非营利组织和公益信托.....	51
1. 关于非法人非营利组织问题.....	51
2. 公益信托问题.....	53
(五) 非营利组织法的主要内容.....	54
1. 管理体制.....	55
2. 财产关系.....	60
3. 治理结构.....	61

中国非营利组织立法模式研究报告

序 言

近年来，修改并制定非营利组织的相关法律成为学者、政府官员、非营利组织讨论和吁求的话题。这些话题集中了非营利立法的各个方面，归结起来大概有下列基本的立场：从依法治国和维护人权的角度指出，作为非营利组织基础的结社自由（结社权）是公民的基本权利；它属于法律保留的内容，理应当由法律来规范，现行的通过行政法规规范结社权的做法有欠妥当，而且在一定程度上是立法不作为。目前的社团条例和民非条例规定的许可登记制度，使许多没有法人资格的非营利组织沦为非法组织，从根本上威胁到了公民结社权；有必要制定非营利组织法，保护和规范公民的结社行为，维护非营利组织尤其是没有法人资格的非营利组织的合法地位和权益。根据法律位阶理论，宪法 35 条规定的结社自由与《社团管理登记条例》和《民办非企业单位登记管理条例》之间应当有一个《结社法》或《民间组织法》相衔接，以便在结社自由与政府对社团管理、立法逻辑与监管逻辑之间合理安排。从规范非营利组织的立场出发，中国应当制定非营利组织法，在给予非营利组织政策支持、法律保护、财政和税收优惠的同时，规定其内部治理结构、问责制度，在促进非营利事业发展的基础上，建立政府和民间组织协商和对话的平台，实现非营利事业的良性发展和公民对公共事业的有序参与。

上述主张从不同角度上指出了非营利立法需要解决的问题，也基本是合理的。但这些问题并不在同一个层次上或在同一领域中。尽管它们要达到目的有一定程度的共通性，但是解决问题的进路和顺位却有很大的差异，不同的主张有可能殊途同归，相同的愿望也很可能南辕北辙。因此，对不同的主张进行合理取舍需要对非营利组织立法进行全面清理，对所存在的问题进行全面评估。在诸多问题中，非营利组织的立法模式问题是需要解决的基本问题。这是因为法律模式作为法律内容的框架体系，不但决定宪政框架下非营利组织的合理定位，也影响到与非营利组织相关的其他法律制度的协调，而且也决定非营利组织内部治理结构，影响非营利组织的监管制度。提出这样的主张基于下列几个理由：首先，近年来，随着社团条例、民非条例、基金会等法规的颁布，非营利组织的法律制度有了基本规范，但是由于立法上的摸石头过河，以及缺乏理想，各个法律制度之间，存在不少重复，乃至冲突。既浪费了法律资源，又降低了法律绩效，也造成法律关系的混乱，因此亟需从体系上重新建构法律制度。其次，现有的登记许可制度、双重管理制度、限制竞争制度、粗放的内部治理制度、缺乏实际操作性的监管制度，严重制约了非营利组织，尤其是草根非营利组织的发展。从制度上松绑成为必要，许多地方政府的民间管理部门也利用转型社会中体制改革的空间，进行了一些制度创新，如备案制度、培育扶植制度，为研究和制度设计提供了可以参照的实际经验。再次，一系列的公益腐败案件

体现我们必须重新审视现有制度的绩效，并从规则上堵漏塞源。最后，国外的考察，法律文本的翻译，大量的国际会议也为法律借鉴和制度移植创造了条件。正是基于这些问题的考虑，北京大学非营利组织法律中心，成立“中国非营利组织立法模式”课题组，对非营利组织立法模式问题进行了基础性的研究。本报告为该研究的核心部分，报告分为四个部分：一、立法模式问题的提出与研究的方法；二、研究的背景分析；三、非营利组织立法模式的基本思路；四、非营利组织立法模式的选择。

一、问题的提出与方法的选择

（一）非营利组织的立法模式

立法模式是指规范某一领域不同位阶的法律制度的体系安排，以及在这样的体系安排之下法律制度的主要内容及其相互关系。法律的位阶是指法律效力的层级体系，根据该层级体系上下位之间的法律存在授权关系。

本报告所要讨论的“立法模式”问题，就是要解决在我国目前现状之下，非营利组织基本的组织法律制度的体系安排，以及在理想的体系安排之下，所要规定的法律制度的主要内容。

（二）研究的方法

与非营利组织立法模式相关的最后一个问题是本研究的方法选择。一般来讲方法的选择受制于问题本身和研究者的价值选择、甚至与研究者的学术背景也有一定的关联。对于非营利组织的立法而言，各种最为重要的是比较法的方法和历史的方法。在日益全球化的今天，法律制度也有趋同的趋向。法律的趋同可以克服地方性制度所带来的交往的不便，节约交易成本，形成较为普遍的国际约束。对于非营利组织来讲，由于其自身的非政府性，较少受到意识形态、国家发展战略的影响，其国际化的趋势更为明显，有些非营利组织的成立本身就是国际合作的产物，因而借鉴国外非营利组织立法的经验就非常重要。这样比较法的方法也就成为方法的首选。比较的方法意在对各国的立法模式和制度选择进行宏观对比，分析起共性和个性，从而揭示制度的价值选择，以及制度与文化环境、社会环境之间的关系。

但是制度的选择除了受价值的影响以外，制度的选择有路径依赖的问题。历史的惯性不但影响人们的价值观念，而且也影响制度选择的成本，最终也影响制度的效果。这样我们的研究也有必要对中国现有的非营利立法制度进行整体梳理，从而做出较为合理的选择。例如，中国现有的大陆法系的立法模式自然也影响到对非营利组织立法的选择，从路径依赖的角度看，我们只能选择大陆法系关于公私法人的划分、社团与财团法人的区分理念。

除了前述的方法外，法律的解释理论、利益衡量的理论都会对立法模式产生影响，尤其是利益衡量理论，立法的功能之一在于划分不同的利益群体，并在总体公平的制度选择的前提下，对不同群体的权利的优先性做出安排。立法的模式虽然主要是一个制度模式的选择问题，但是

或多或少也会受到制度选择的影响。在中国，目前从利益衡量的视角上看，影响非营利组织立法的是国家的利益和社会的利益的合理安排与权衡。在进入后总体社会后，国家虽然在一定程度上放松了意识形态的控制，一定程度上认可了多元社会力量的地位，但是非营利组织在公共生活中的地位，它和国家的关系还没有得到法律明确的界定。立法的内容和立法模式的选择都应当承担为非营利组织争取地位的任务。

二、研究背景

（一）现行法上的非营利组织法律制度

1. 现有立法的基本情况

中国现有的社团立法是从 50 年代开始的，从 1949 年以后，随着人民政权的建立，中国社会进入高度一元化的“计划社会”¹。人民政权建立伊始就开始了对社会非营利组织的改造过程。为了将已有的非营利组织纳入社会主义建设的轨道，国家于 1950 年 10 月 19 日颁布了《社会团体登记暂行办法》，该法规规定了社团的类别，登记的范围、程序、原则等事宜，并确立了非营利组织登记的分级管理体制，为后来的非营利组织管理奠定了基础。根据这一法规，内务部于 1951 年制定了《社会团体登记暂行办法实施细则》，这也开了后来民政部门为非营利组织专门管理机关之先河。这两个法规的主要目的是为清理、解散当时存在的非营利组织提供法律和政策方面的依据，如《办法》的第 4 条明确规定：“凡危害国家和人民利益的反动团体，应禁止成立，其已登记而发现有反动者，应撤销其登记并解散之”。内务部《关于办理社会团体登记工作应注意事项的代电》指示各地在办理社会团体登记手续时，“批准之原则应以政治面貌为主……必须分清情况，慎重处理；对已查明无政治问题，办理较好之进步团体，应尽先批准；对政治面貌不清者，应严令详报材料，待查明后处理，对有反动确证者，应立予解散，并依惩治反革命条例处理。……无政治问题，但办理不善的组织或者不健全者，可依具体情况，视其可起作用及改进之程度等，批准或从缓批准”²因此，“社会团体的登记过程也是也是新政权用自己的社会主义价值观对当时存在的社团进行判断和选择的过程。依据中国共产党领导的多党合作的政治体制，非主流的政治团体均被解散。那些与社会主义价值观不符合的社团被认为是‘封建主义’或者‘反动’的而被取消。有一些社会团体被加以改造。”³

在清理整顿结束后，上述两个法规不再受到重视，非营利组织的审批和登记工作由相关的业务部门分别承担，不再实行统一的登记制度。建国以后的极左思潮影响了中国的整个社会经济制度，自然也波及到了社团立法和社团管理。“文化大革命”开始后，中国进入法律虚无主义

¹ 同上

² 《中央政法公报》第 28 期。——转引自中国社团研究会编著：《中国社团发展史》，当代中国出版社，2001 年版，第 623 页。

³ 《亚洲公益事业及其法规》，第 83-84 页。作者信春鹰、张烨。

时代，社团立法也处于空缺阶段。改革开放以后，中国社会随着改革开放步入正规化和法制化阶段，社团立法也进入一个新的阶段。1982年颁布的宪法第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、集会、结社、游行、示威的自由”；宪法的第5条又规定：“一切国家机关和武装力量，各政党和各社会团体、各企事业单位必须遵守宪法和法律”；“任何组织或个人都不得有超越宪法和法律的特权”。宪法的这些规定，从根本上保证了非营利组织的合法地位，也确立了社会团体活动的合法性原则，公民结社权这一基本权利得到了宪法的确认。1986年颁布的《民法通则》规定了四类性质的法人，其中之一是社团法人，这样就为社团的内部治理结构、社团的财产性质、社团的设立和登记、变更、解散等提供了法律依据。在其他法律制度逐渐健全的背景下，非营利组织的立法也被提上议事日程，从80年代开始，《结社法》的起草就被提了出来，民政部门也做了大量基础性的工作，但是由于种种原因，该法一直没有纳入正式的立法议程。针对社会团体多头管理的现状，国务院委托民政部起草了《社会团体登记管理条例》，并于1989年10月25日正式颁布实施，1998年国务院又对该法进行了修订。为了管理其他特定的社会组织，国务院又颁布了其他一些非营利组织管理法规，计有《民办非企业单位登记暂行条例》（1998年）、《基金会管理办法》（1988年）、《外国商会管理暂行规定》（1989年）等。与这些法规配套，民政部和其他机关颁布的政策、规定也对社团管理产生了一定的影响，如1998年2月26日中共中央组织部和民政部联合下发了《关于在社会团体中建立党组织有关问题的通知》，它的主要内容是：加强社会团体党的工作，促进社会团体的健康发展；如果社会团体的常设办事机构专职人员中有正式党员3人以上的，应建立党的基层组织；社会团体的党组织应当全面贯彻党章规定的任务，做好包括“监督社会团体负责人贯彻党的路线、方针、政策，遵守国家法律、法规”在内的各项工作。1994年国务院办公厅下发了《关于部门领导不兼任社会团体领导的通知》，1998年中共中央办公厅、国务院办公厅又下发了《关于党政领导干部不兼任社会团体领导职务的通知》，对规范社团的活动起到了一定的作用。2004年3月，国务院又颁布了《基金会管理条例》。除了上述的法律政策规定外，非营利组织相关的法律法规有：1990年颁布《中华人民共和国公益事业捐赠法》，1999年颁布的《中华人民共和国合同法》，这两部法律对关系非营利组织财产来源的捐赠问题作出规定。1993年颁布的《中华人民共和国红十字法》，以特别法的形式对红十字会的法律地位予以确认。1999年颁布的《中华人民共和国个人所得税法》规定个人向教育事业和其他公益事业捐赠的可以从个人应税所得中扣除。2001年颁布的《中华人民共和国信托法》对公益信托进行了规定。在规范社团的具体法规方面：国务院和相关部委制定了一系列有关非营利组织的法规，内容涉及宗教团体的登记、社团收取会费、社团的印章、社团管理的委托、社团开展经营活动的合法性以及经营所得的性质、社团的年检、社团分支机构的登记、非法组织的查处，以及有关民办教育、社会力量办学、非营利组织会计制度等内容。也就是说，尽管内容方面有不尽合理之处，但是，有关非营利组织的法律、行政法规和规章制度的颁布对非营利组织的发展还是起了积极的推动作用。然而明显存在的问题是，相关的法律层级太低，无法起到普遍的规范作用。法律、法规不一致乃至相左，使非营利组织无所适从。因此从体系上重新建构非营利组织法律制度是十分必要的。

从我国现有的法律制度来看，我国非营利组织包括以下基本制度：

第一、从管理体制上“归口登记，双重负责、分级管理”制度

“归口登记”是指非营利组织统一由民政部门和地方县级以上各级民政部门登记。其他任何部门无权登记社会团体、颁发社会团体法人、民办非企业单位法人、基金会法人证书。经合法登记的非营利组织团体，就有了法人地位，具备了民事主体资格，依法享有民事权利，承担民事义务。“双重负责”是指每一个非营利组织都要接受登记管理机关和业务主管机关的双重管理。根据社团条例、民非条例、基金会条例，国务院民政部门和县级以上地方人民政府民政部门是本级人民政府的社会团体和民办非企业单位的登记管理机关，跨行政区域的社会团体和民办非企业单位由所跨行政区域的共同上一级人民政府的登记机关负责管理。国务院有关部门和县级以上地方各级人民政府有关部门、国务院或者县级以上地方各级人民政府授权的组织，是有关行业、学科或者业务范围内社会团体和民办非企业单位的业务主管机关。登记管理机关的职责是：（1）负责非营利组织的成立、变更、注销的登记或者备案；（2）对非盈利组织实施年度检查；（3）对非营利组织违反条例的问题进行监督检查，对非营利组织违反条例的问题给予行政处罚。业务主管机关的职责是：（1）负责非营利组织筹备申请、成立登记、变更登记、注销登记前的审查；（2）监督、指导非营利组织遵守宪法、法律、法规和国家政策，依据其章程开展活动；（3）负责非营利组织年度检查的初审；（4）协助登记机关和其他有关部门查处非营利组织的违法行为；（5）会同有关机关指导非营利组织的清算事宜。“分级管理”是指全国性的非营利组织由民政部登记和国务院有关机关管理；地方性非营利组织由相应的地方民政部门登记，并由相应的地方政府业务主管机关管理；分级管理并不是表明非营利组织存在级别上的差异，只是表面非营利组织的活动范围和发展会员的范围。非营利组织一旦登记就取得了法人的资格，它们之间可以存在横向的协作关系，但是不存在纵向的隶属和指导关系，非营利组织也不因为规模大小有权利上的差别，非营利组织都是平等的民事主体。

非营利组织的这种管理体制可以说是最具中国特色的一种制度，既有长期的计划经济体制下惯性的沿袭，也有中国非营利组织现状的无奈之举。“分级”和“归口”多少带有计划经济条件下全国在行政管理模式上的“条块分割”的延续；“双重负责”也暴露出国家统合社会的影子，国家从总体上还是希望把非营利组织固定起来，“一个萝卜一个坑”，在行动上不越界。因而可以说我国在社会管理体制上依然没有跳出计划经济窠臼；我国在社会管理体制方面还呈现“要想马儿跑，又怕马儿去吃草”的心态。但是，从另一个角度上看这样的举措还是有一定的合理性：对于中国这样的地域辽阔，文化、经济发展水平差异很大的国家而言，在行政管理水平比较低的现阶段，分级管理是不得已的手段；关键的问题是“分级管理”而不应当是“分级限制”，将非营利组织的活动和发展限制在所登记的地域上而不能越雷池一步，很显然是“分级限制”而不是“分级管理”。这样的作法的弊端非常明显，它严重的限制了非营利组织之间的竞争，阻碍了全国统一的公共物品供给市场的形成，造成诸侯割据的局面，大大的降低了资源配置效率。在我国非营利组织发展总体上呈现无序状态、非营利组织自律机制不健全、社会监督薄弱的情况下归口管理也不失为一种临时性的拾遗补阙的措施。单纯靠民政部门是不可能完成如此庞大的社会管理职责的；归口管理也为非营利组织发挥中介作用创造了条件。关键的归口管理的方式，从目前情况看管理存在“管的太紧、统的过死”现象，管理机关越位的现象较

多，非营利组织有时甚至成为主管机关规避体制改革，抵制职能转换，保持既得利益的工具。出现这样的现象从根本上说是体制原因。在管理的基础上保证非营利组织的民间化色彩任重道远。

第二、管理上的许可主义和行动上的放任主义制度

从非营利组织管理法规上看，中国在非营利组织资格的准入方面事实上采取的是严格的许可主义制度，没有经过许可而成立的非营利组织是非法非营利组织，它们的活动不受法律保护，而且应当被取缔。事实上，我国所采取的是比其他实行行政许可的国家更为严格的双重许可制度；一般采取行政许可的国家经过行政机关的实质审查，然后在登记机关进行形式性登记即可；而在我国，非营利组织的主管机关和登记机关所采取的是严格的实质审查；在审查的时候政府主管机关和登记机关也是采取严格的控制措施，限制非营利组织的发展。对于政府来说，双重许可是一种双保险的策略，政府可以很好的对民间社会进行控制，可以最大限度的控制与政府不一致的非营利组织的成立。但是，“这对于当事人来说，则是一个重大的困扰。不仅仅是程序更加烦琐，时间会拖延，而且两个部门在审查标准上可能出现不同（特别是二者的自由裁量权很大，因而在具体问题上极易发生分歧），对当事人带来了不便。”⁴双重许可的审查成本和申请成本都是很高的，对于政府和当事人来说都是不小的负担。还有一个潜在的问题是，民间非营利组织的形式和内容都是多元的，如果非营利组织找不到主管机关进行初审怎么办？这样的结果是抑制了民间社会的生成或者助长了非法非营利组织的出现，因为一些非营利组织在找不到主管机关或者有些机关为了避免非营利组织惹麻烦，而不愿意作为主管机关的时候，非营利组织的合法登记就出现了困难。

与严格的许可主义相对应的是，政府对民间的一些兴趣组织如民间的花会、庙会、读书会、沙龙、论坛以及基层的草根组织等则采取放任的态度。从非营利组织管理条理的角度上看，这些组织在成立的条件方面是无法得到法人登记的要求的，或者根本不可能被登记，属于非法组织，应当予以取缔。但是从实际情况看，政府对这些组织往往采取乐观其成或者睁一只眼闭一只眼的态度。当然。法律地位的不稳定性一直是悬在这些非营利组织头上的利剑，使这些非营利组织的发展活动短期行为。一旦社会出现了某些不安定的因素，这些非营利组织就有可能被取缔，当事人也可能会受到处罚。

许可主义和放任主义的另一个表现是政府非营利组织成立方面把关较严，但是对非营利组织的活动的监督则较为松懈。从非营利组织管理条例我们就可以看到这一点，非营利组织管理条例对非营利组织资格的准入设立了非常高的门槛，但是对于非营利组织行为的监督和管理则涉及较少。其实，非营利组织作为一种社会组织，它活动的公开性，内部管理结构的合理性对非营利组织的成长非常重要，但是法律则阙如。政府有一种潜在在的价值观念，通过身份来确定人的行动；即只要根红就基本上可以保证苗正，或者说“非我族类，其心必异”；因而从根基上堵漏塞源，只要把好入门关就可以基本上解决问题。

中国非营利组织管理方面以严格的许可主义为初衷，却出现了许可主义和放任主义并行

⁴ 苏力等：《规制与发展——第三部门的法律环境》，浙江人民出版社，1999年版，第180页。

的结果可以引起我们对非营利组织和国家关系的许多思考。国家究竟有没有能力对非营利组织实现全面的控制？全面的社会控制有没有必要？应当在这样一个维度上理解非营利组织和国家的关系？首先，现代社会官僚制结构的建立大大地提高了国家的社会管理和控制能力，这也就是我们为什么认为极权主义是现代性问题而不是传统的问题的原因，但是极权主义现象是一个特定的社会现象。在一个开放和多元的社会中，民间社会的多元性、复杂性在结构和量度上远远超出了国家治理结构的复杂性；因而国家没有能力完全控制非营利组织，在开放的社会里要得到总体性社会或者极权社会的目标，只能是一种社会神话。国家在资源和管理能力上的局限是一个无法回避的事实。其次，非营利组织没有“原罪”，非营利组织从总体上看是为了满足人们的需要设立的，非营利组织的多元性、多样性也反映了人们需求的多样性，限制非营利组织从一定意义上讲是限制人们的多样性需求，也是限制人的发展。再次，非营利组织和政府组织一样，都是一种社会组织形式，都是高度组织化的现代社会不可或缺的，政府通过其垄断性的地位提供公共产品，非营利组织则通过自愿行动，以竞争性的态势提供公共产品，前者以强制的方式实现公益目的，后者以自愿的方式实现公益或私益；二者在一定程度上是互补的，非营利组织提供的公共服务可以解决政府失灵的问题。从社会治理的角度上看，政府的治理和通过非政府组织的治理都是社会治理的必要的形式，前者通过垄断暴力维持社会总体上的稳定和繁荣，后者在社会基础层面上是整合民意，实现社会有序化的重要方式。复杂的现代社会需要民间社会的自组织和自我服务。

第三、 限制竞争、抑制发展制度

从非营利组织管理条例上看，中国对非营利组织的管理从总体上呈现限制竞争、抑制发展的基本导向。从法规的内容来看就非常明显，1998年条例总共的文字不足5000个，但是其中提到应当有34处，必须18处，不得8处，没有多少培育发展的条文。虽然立法的目的是“保障公民结社自由，维护非营利组织的合法权益，加强对非营利组织的登记管理”，但是内容还是管理和限制，而不是保护和促进。社会团体登记条例的第13条和民办非企业单位条例的第11条都规定，在同一区域内已有业务范围相同或相似的民间组织，没有必要成立的，对于民间组织的成立申请不予批准。不仅如此，有关机关还主动将其认为业务上有重复或没有必要存在的非营利组织予撤销或合并。⁵这样的做法所反映的价值取向是，限制民间组织的竞争，并消解由竞争所引起的各种社会不安定因素，保持社会的稳定；而且民间组织的数量过大，也会给政府的控制增加难度；竞争会导致民间组织之间为了生存和获取资源采取各种措施，容易偏离政府为民间组织所设定的方向。非营利组织管理条例的19条对非营利组织分支机构、代表机构的设立也做了规定，非营利组织的分支机构不具备法人资格，而且非营利组织不得设立地域性的分支机构。民办非企业单位则禁止设立分支机构。即使是代表机构的设立和分支机构的设立也一般应当限制在其登记地或会址所在地。⁶对于按部门设立非营利组织的做法，登记部门也持否定态度，基本理由是：“不利于克服非营利组织过多过滥的现象。…如果不加以调整，各部门、

⁵在1991年社会团体清理整顿的基本文件《民政部关于清理整顿社团的请示》（国务院办公厅转发）中，就提出对不符合社会需要，重复设置的社会团体，要予以撤并。

⁶民政部1991年所发的《民政部关于社团复查登记有关问题的通知》中指出，全国性的和跨省的社团社会团体一般不得在其会址以外的地区设立办事处和联络处。

系统都如此设立，全国性的非营利组织就会纵横交错，数量剧增。各省、地、县也会逐级仿效设立，其数量将无法控制。”⁷这些法律和政策的规定，从管理的角度上看是有正面作用的，因为从消极管理的角度看，解决一个问题的最有效的办法就是从源头上连问题本身都给消灭掉，但是，对于非营利组织开展活动和发展的不利。限制竞争或者说垄断所带来的弊端，已经被无数的事实证明了。而限制组织的扩展则直接影响非营利组织开展活动，这是因为非营利组织活动范围和能力的扩大与非营利组织组织的扩大是密切相关的。民政部在非营利组织清理整顿的文件中又对非营利组织合法存在增加了一条标准“符合社会需要”，这是一个非常似是而非的标准，什么是社会需要？社会需要按照谁的标准来确定？民间组织究竟是为了满足社会需要还是满足公民个人的需要而产生的？从意识形态的角度上看，这样的问题非常好回答，政府是代表最广大人民利益的，因而，政府的标准也就是社会的标准和人民的标准。但是，客观实在远非如此简单，这样的标准只可以说为政府控制非营利组织提供了依据，留出了空间，是否有利于非营利组织发展则就要具体分析了。

2. 对现有非营利组织立法的总体评价

把中国非营利组织立法和非营利组织管理中存在的问题化约为法律问题毫无疑问是一种非常简单化的做法，在一定程度上可能还遮蔽了所存在的问题。非营利组织立法应当在中国社会政治体制改革和治道变革的大背景下展开，它在一定程度上意味着要重新划分权力格局和改变政府对公共事业的管理体制。权力的存在是和一定的既得利益相联系的，因而非营利组织立法和非营利组织的改革又标志着社会利益的重组和一定形式的重新安排，这样无疑增加了非营利组织立法和非营利组织管理改革的复杂性。但是，在一个法治的和开放的社会，通过立法进行体制和管理制度改革又是必经之路。具体来讲：

其一，尽管宪法已经对公民结社权以基本予以确认，《社会团体管理登记条例》，对非营利组织设立的条件、程序、内部治理结构等内容予以规定；但是在政府对多元社会缺乏充分体认，对非营利组织的存在缺乏足够的理解和宽容，民间社会的表达和实践没有实现一定程度的理性化和程序化的社会氛围之下，一部保障公民结社权和结社自由，限制非营利组织非法活动，并限制和排除非法非营利组织的基本性的法律应当是在一定时期内非营利组织立法和非营利组织管理的首要目标。这样的问题的提出也可以一定程度上回应目前非营利组织立法中存在的问题。立法层次太低、控制过严、缺乏对公民结社权的有效的司法救济途径则是前述问题的派生。结社权属于公民的基本权利，结社法调整的是国家和公民社会之间的关系，国家权力和社会权利之间的关系。从立法层次上看，有关结社的立法应当由全国人大极其常委会来进行，这样才有可能真正协调各个复杂利益主体之间的关系。国务院立法或者国务院委托部委立法自然而然就会将政府的价值理念强加给民间社会。我国目前非营利组织立法中所存在的以社会稳定为导向，限制非营利组织竞争、抑制非营利组织发展的现象，原因是多方面的，但是不能排除非营

⁷ 见民政部 1992 年所发的《民政部关于按部门设置的社会团体复查登记问题的通知》。

利组织管理部门利益考量和管理便捷的因素。

其二，在提高立法层次的基础上，明确公民结社权的基本内涵也非常重要。结社权的核心是公民在非营利组织成立、加入、退出，非营利组织内部事务的自主性。但是就目前的情况来看，这些自主性并没有得到有效的保障。双重管理、限制竞争所设置的过高的门槛，使得许多非营利组织根本不可能获得许可，另外一部分非营利组织虽然有可能获得许可，但是，财产和组成人数的限制所带来的过高的组织成本也阻碍了这些非营利组织的成立。在非营利组织事务的管理上，主管部门的干涉过多也是不容忽视的问题。主管单位对非营利组织的负责人审核，以及重大事务的报告制度，⁸从一定程度上也影响到非营利组织自主性的和非营利组织民间性的发挥。非营利组织的负责人一般应当为非营利组织成员的规定，也从一定程度上限制了非营利组织管理的专业化，其实现代非营利组织和现代公司一样，职业化的管理人员是其提高自身能力的途径之一。而非营利组织条例所规定的一个人曾经受到被剥夺政治权利处罚的，则永远不可以担任非营利组织的发起人，则是严重侵犯公民权利的行为。结社权是公民政治权利，但是也属于经济文化权利，即使是在公民被剥夺政治权利期间，他的部分结社权是不可以限制的，如参加工会和集体谈判的权利。主管部门这样做的理由是“有利于非营利组织确立正确的政治方向，在社会上树立良好的形象，赢得社会的信任。”⁹

其三，非法组织问题也是非营利组织立法中存在的问题，非法组织的范围不明确、范围过宽是目前非营利组织法律地位不稳定的主要原因；从一定程度上也增大了非营利组织的设立成本和管理成本。¹⁰根据民政部 2000 年颁布的《取缔非法民间组织暂行办法》，非法组织组织有三个类型：未经批准，擅自开展非营利组织筹备活动的；未经登记，擅自以非营利组织或者民办非企业单位名义活动的；被撤销登记后继续以非营利组织或者民办非企业单位名义活动的。这样事实上将那些在社会上存在的，有益于社会公益，但是没有获得登记的社会组织被推入非法组织的行列。而且，这样以身份而不是从行为上来界定非营利组织的合法和非法可能存在很大的问题，即使从社会安定的角度上看，也很可能会使一些有合法身份，但是从事非法活动的非营利组织成为漏网之鱼。这种从源头上界定非法组织的做法还可能将政府对非营利组织的监管简单化，把事后的监管变成事先的遏制。比较起来看，国外对非法组织的界定虽然简单，但是非常明确，而且与刑法和其他法律的衔接也比较好。暴力组织、犯罪组织、秘密组织的标准可以将政府的监督一定程度上转化为社会监督。我国的这种过宽范围的非法组织的界定会使非营利组织的合法性性和非营利组织合法性的其他内容发生冲突，影响政府行动的正当性和社会公众对政府行动的认同。¹¹

⁸ 重大事务报告制度是民政部和一些地方社团管理机构所建立的一项行政管理制，具体报告的内容包括：社团举行重大的业务活动，如召开大型研讨会、举办展览会；成立大会、换届大会、举办跨省活动等。参见苏力等：《规制与发展——第三部门的法律环境》，第 67-68 页。

⁹ 见国务院法制办政法司、民政部民间组织管理局编著：《〈社会团体管理登记条例〉、〈民办非企业单位登记管理条例〉释义》，中国社会科学出版社，1999 年版，第 36-37 页

¹¹ 高丙中指出：，中国的政治、经济、行政以及文化等领域从高度整合到相对疏离，自成布迪厄所说的那种具有一定独立逻辑、规则的场域。来源于一个领域的合法性不一定符合另一个领域的规范。中国社团当前的合法性资源除了法律以外，主要还有政治、行政和社会文化传统。一个组织可能在一个领域获得了合法性，也可能在四个领域都获得了合法性。也就是说一些组织获得了完全的合法性，一些组织只获得了局部或部分的合法性。

其四，缺乏法律救济途径也是非营利组织立法中存在的问题。非营利组织登记条例并没有对不予登记和民政部门对非营利组织的处罚的司法救济渠道做出明确的规定。1989年登记条例所规定的不予登记后，申请人向上级民政部门上诉的规定也在修订的时候被取消了。也许在《中华人民共和国行政复议法》颁布以后，申请人和非营利组织可以通过行政复议乃至行政诉讼的渠道进行维权，但是目前的法律环境会使给这些维权行动带来很大的困难。这也是我们在实际中很少见到相关案件的原因。

其五、非营利组织管理条例对非营利组织的内部治理有一些规定，但是这些规定过于原则，在实际中还是缺乏可操作性。“因而目前迫切需要制定一部包容性的法律，对非营利组织内部事务的管理、非营利组织要员的组成、活动情况的报告、信息公开等方面做出规定，有利于非营利组织的自律和社会监督。非营利组织要在多元化的社会中获得生存条件，自身的自律和社会监督都是非常必要的。尽管非营利组织属于民间社会领域，远离权力中心，较少掌握寻租的资源。但是，非营利组织也不是圣洁的化身，非营利组织同样也需要有规则和规范来制约其行动。在治理结构完善的同时，对非营利组织的绩效进行评估的机制也非常重要，评估可以确立好币驱逐劣币的机制，避免非营利组织浪费公共资源

其六，非营利组织是国家与社会的中介环节，其他配套法规的建设也非常重要。这些法规同样对非营利组织的发展具有促进和规范作用。我国目前还没有明确针对非营利组织和非营利事业的税收法规。¹²财政和政府采购的方面的法规也没有对非营利组织的发展做出相应的倾斜。这和发达国家形成鲜明的对比，许多发达国家非营利组织的资金有50%以上来源于通过提供公共服务，从政府取得的服务费和资助；¹³但是，我国目前无论是政府还是民间都对非营利组织提供公共服务持怀疑态度。随着非营利组织规模的扩大，非营利组织滥用其优势地位的现象也时有发生，如非营利组织建立价格同盟损害公众利益，这就要求反垄断法的规范。也就是说，我国非营利组织立法要从改变整体法律环境入手，单纯符合行政管理方面的需求而对其现有的行政法规进行休整，其效果难免“头痛医头，脚痛医脚”，并不能做到真正解决问题。

尽管存在这样一些内容和技术上问题，但中国非营利组织或者非营利立法最为核心的问题还是立法缺乏理想和缺乏自信。

参见苏力等：《规制与发展——第三部门的法律环境》，315页以下。

¹² 中国目前还没有一个规范社团的税收的独立法律体现，有关税法也没有为社团制定可依据的特殊规范。税收法所规定的六大税收范畴都不适用于社团，所以社团没有纳税义务。1997年财政部和税务总局颁布的法规规定，对于以单位形式为社会文化事业捐款的企事业单位可以享受减税待遇，减税额最多可占全部营利的3%。——参见《亚洲非营利事业及其法规》，第98-100页。

¹³ 根据约翰·霍普金斯非营利比较项目的研究表明，1995年，项目涉及的22个国家社团的资金来源为：会费49%、公共部门的服务费和支助为40%，慈善捐助为11%。其中，墨西哥等13个国家为会费主导型国家，爱尔兰等8个国家为政府支助型国家，爱尔兰高达77%，德国等国家的比例为64%，法国为58%。参见莱斯特·M·萨拉蒙等《全球公民社会——非营利部门视界》，第28-29页。也就是说慈善捐助并不是社团资金的主要来源，社团的资金主要来源于会费和提供服务从政府部门得到的支助。根据抽样调查，在我国NGO的收入中仅政府提供的财政拨款、补贴和会费收入就占NGO收入来源的70%。政府的支持主要是拨款和补贴，而不是以项目为导向的经费支持，其结果是NGO缺乏提高效率的竞争机制。考虑到我国有46.6%的社团由主管部门提供办公室，这样政府支持的程度就更高。但是我国和国外财政支持的主要差别是项目导向和直接拨款方式之异。——前述统计数字参见王名主编：《中国NGO——以个案为中心（2001）》，第16-19页。但是这样的统计可以说明我国政府主导社团的财务状况，而不能说明民间社团的财务状况，事实上我国许多民间社团基本上得不到政府在财政资金和政策上的支持。

首先，目前的社会管理法规局限于追求一个时期的社会稳定，而缺乏追求万世太平的勇气，对于中国社会发展的基本路向，对于多元社会的来临缺乏充分的体认。受这样的认识的影响，对于民间组织的社会地位存在着一些误区和不到位的地方。一定程度上还带着某种“原罪”的眼光来看待民间组织，或者以“工具论”的角度来看待民间组织，认为民间组织是政府执行某些决策的工具，也就是桥梁和纽带，是党和政府整合民意的工具。而没有看到政府组织形式、市场组织形式和非政府组织形式都是基本的社会组织形式，对于一个稳定、和谐的社会来讲都是必要的社会整合机制和治理形式。从存在论的角度看，非政府的社会组织形式可能比政府和市场这样的组织形式有着更为悠久的历史。政府的强制、市场的选择、非政府组织提供的慈善和互助满足了人们需要的不同部分和不同层次。尽管在社会发展过程中，由于社会发展水平，文化因素，社会自组织水平，这些因素在社会整合和社会治理中发挥不同的作用，但是除了在总体性和极权主义国家之外，社会的其中一种组织和治理机制并不能够完全取代或者否定另外一种机制。市场、政府、非政府机制之间的平衡恰好是一个社会秩序稳定、长治久安的保证。

其次，由于我们有以政治取代行政，以政治运动代替行政管理的历史，行政制度不健全、结构不尽合理，管理的能力和水平不高，特别是由于长期的社会压抑、民间社会缺乏足够的理智和自律，在社会管理方面曾经出现过“一管就死、一放就乱”的旧例，政府对自身的管理能力或者说对我们制度的社会整合能力缺乏足够的自信，于是，在对待民间组织方面，虽然口号上讲的是管理和培育，但是在实际工作中则以管理或者更为确切讲是以控制为主。由于现有的社会管理中政治责任和行政责任没有有效分离，由于机械的稳定和经济指标成为一个官员考核和政府绩效的指标，这样许多的业务主管机关和地方政府机关抱着“多一事不如少一事”的态度，对于民间组织的发展抱一种消极或者限制的态度。从短期效果来看，解决一个问题的有效手段也许是回避、遮蔽或者干脆把问题本身消灭掉，但是，经验事实和理论都告诉我们，掩盖问题或者回避问题的得过且过的做法可能酿造大的社会祸患。与此相关的是，从经济指标出发，对于经济类的民间组织持积极态度，近年来，无论是中央政府还是地方政府都对行业协会、商会、农村专业技术协会的发展持有积极的态度，除了体制转型，转变政府职能的考虑，也有经济利益促动的结果。其实各类民间组织在功能上并不存在替代关系，有些时候，社会服务类民间组织和联谊性民间组对于满足社会需要同样重要，它们有可能会成为经济类民间组织扩展功能的重要中介。对于这个问题，一百多年前的法国思想家托克维尔就指出：“一般结社有助于政治结社。但是，另一方面，政治结社又能使一般结社得到长足发展和惊人完善”¹⁴其实，在现代社会多元和多样性的民间组织以及民间组织的冲突并不一定带来社会的稳定，多元非营利组织之间的互相制约，可能会化解社会矛盾和社会危机，对社会的稳定是有好处的。政府限制民间组织，取消社会动员和社会整合的中介，可能会保持很强的政治动员能力，但是，也很容易

¹⁴ [法]托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆，1988年版，645页。托氏又指出：“如果我们只选择一个民主的历史某个时期来考察，则不难证明政治结社是使国家动乱和实业瘫痪的因素。但是我们就这个民族的整个历史来考察，或许容易证明政治方面的结社自由不但有利于公民福祉，甚至有利于他们的安宁”；“有人说，不把国家结社权限制在狭小的范围内，国家就无法保持内部的安定，没有希望维护法律的尊严，建立不起持久的政府，毫无疑问，内部的安定、法律的尊严，持久的政府，都是极为珍贵的。而且我认为，一个民族为了得到和保持这些珍贵的东西，也得自愿给自己暂时带上沉重的枷锁。但是。如果一个民族清楚地知道它为了获得这些珍贵的东西是要付出代价的，那就更好了。”——同前引，第649，650页。

政府直接面对民众，是社会矛盾沿着政府方向的生成，影响公众对政府的认同，政府的合法性，乃至社会的稳定。对于这方面，社会学家齐美尔有过非常精到的论述：“冲突可能有助于消除某种关系中的分裂因素并重建统一。在冲突消除敌对者之间的紧张关系的范围内，冲突具有安定功能，并成为关系的整合因素。……结构松散体和开放的社会由于容许冲突的存在，这样就对那种危及基本意见一致的冲突形成保护层，从而把产生有损于核心价值观念的分歧的危险减少到最小程度。对立群体的互相依赖和这种社会内部冲突的交叉，有助于通过互相抵消而‘把社会体系缝合起来’，这样就阻止了沿着一条主要分裂线崩溃”。¹⁵此外，一味的堵塞并不是解决问题的办法，政府也需要利用现在这样和平和安定的社会环境，学习应对危机和管理社会的能力。另外，我们也要看到，近年来，随着机构改革，政府的社会管理能力在不断提高，随着民间组织的规模和能力不断壮大，民间组织自我约束的能力也在增强，政府这样自我担心是没有必要的。

再次，没有真正坚持以人为本，正确认识民本与民权的关系。民间组织的法律基础是公民结社权。公民结社权作为一种公民权利它给公民一种通过建立组织，满足自己需要的能力，作为一种政治权利，它给公民一种政治参与的机会。如果没有组织作为屏障，在现代社会，原子化的孤独的个人既无法抵制政府及其代理人滥用公共权力，也没有能力对抗私主体的恣意，也不可能抵御市场的风险。无论从维护宪法及其所保护的公民权利的角度，还是建立一个公正社会秩序的角度，维护公民结社权，鼓励民间组织的发展都是政府的责任。但是近年来政府在这方面的政策的力度并不大，对一部分弱势群体如农民工、下岗工人、外来人口等结社持一种禁止态度，对于公民之间的联谊组织也持抑制态度。其实前述的弱势群体正是需要组织化形式来保护自己权利的人群，政府这样的限制态度不能不说是一种缺憾。

由于前述原因，从现实情况来看，政府对非营利组织的定位和非营利组织对自身的定位出现了双重的错位。首先，政府对于如何发展非营利组织，缺乏长远的规划，其次非营利组织对于自身的发展往往缺乏清晰的定位，许多非营利组织对自己在使命和目标缺乏坚强的信念，往往摇摆不定，或者发生错位。或者利用政策上的定位不准确和法律制度的不完善，谋求与民间组织使命和目标不一致的利益。王名先生所概括的中国“非政府组织具有政府性，非营利组织具有营利性”正是这种错位和自为的写照。

由此看来，非营利立法的关键问题是重构非营利组织的法律体系真正保护公民的结社权，对于非营利组织的进行合理定位，如果这两个问题没有解决，法规的局部修改可以在一定程度上保护非营利组织的合法权益，规范非营利组织的运行，但是对非营利组织的法律环境和社会环境不会有根本的改善。

（二）现有的研究及其问题

随着非营利组织法律制度的确立，对非营利组织法律制度的研究也如火如荼地开展起

¹⁵ 转引自 L·科塞：《社会冲突的功能》，华夏出版社，1989 年版，第 67 页。

来。国内有关非营利组织法律制度的研究起始于 20 世纪 80 年代，民政部范宝俊主编的《结社立法于非营利组织管理》国内对非营利组织法律制度研究较早的著作（1989 年，革命日报出版社）；马长山先生在其几个有关结社的文章中提出了结社自由和相关制度建立问题，折小叶等在关于萧山的调查中也提出了制度建设问题。对于非营利组织立法研究影响较大的有：信春鹰、张焯对中国非营利组织法律制度的梳理，该研究的成果的论文《全球化结社革命和非营利组织立法》发表于《法学研究》1998 年第 3 期，对非营利组织立法特别是以全球化的视角看待社团立法有很大的启发作用。青基会资助的有关非营利组织的系列研究，其中与法律相关的是苏力等著的《规制与发展——第三部门的法律环境》、王绍光《多元与统一——第三部门的国际环境》；陈金罗先生所进行的一些研究对于立法也有很大的推进作用，由于其前政府官员的身份，他的理论认知和实践知识的双重优势对于问题的认知有很大的深度，其研究成果为《社团立法与社团管理》。这以系列研究使非营利组织立法研究大大地推进了一步。进入 2000 年代以后，非营利组织立法制度的研究有了新的进展，呈现出了新的特点。表现在，首先，出现了几个大研究团队，社科院法学所的“社团的法律问题”课题组、北京大学法学院的“非营利组织法律研究中心”、清华大学的 NGO 研究所，北京大学政府管理学院的课题组，以及科技部的课题组，这些研究团队的研究活动和研究成果大大的推进了法律问题的研究，也拓展了非营利立法话语的公共空间，在某种程度上还建立学界和政府官员、民间组织的互动的网络。其次，研究的深度广度有了很大的推进，研究成果多样化；基础研究、调查研究、法律文本的翻译齐头并进。在基础研究方面主要有：刘培峰、齐红、金锦萍的博士论文（刘培峰《论结社自由》、金锦萍《非营利法人治理结构研究》齐红《单位体制下的民办非营利法人——兼谈我国法人分类》），以及葛云松的论文（《中国的财团法人制度展望》），调研方面有清华大学 NGO 研究所进行的系列调研，其中影响最大的是在青岛进行的研究，通过一个局部地区的法律、政策环境透视了立法需求和制度创新，该研究被评为民政部 2003 年民政理论研究一等奖，以及北京大学、社科院法学所进行调研活动。中国学者不仅局限于文本，进入社会，从问题本身寻找解决的答案是一个重要的转变，既表示了学人对现实问题的关切，也体现了一定程度的学术自信，对于中国非营利组织法律制度的本土化，并建立解释范式将具有深远的影响。中国的学人应当优先研究、解决中国自身的问题，中国问题的答案也应当在全球化的背景下，以一种国际视野从中国自身来寻找。系列法律文本的翻译则为国际视野的建立提供了基础，其中最为全面系统的为北京大学非营利组织研究中心进行的法律文本的翻译，已经翻译了 20 多个国家和地区的相关法律文本。再次，国际学术交流拓宽了研究视野。近年来前述几个团队的主要研究人员都曾多次出国进行考察，几个学术团队也举行了多次国际研讨会，十多个国家的专家学者来中国进行学术交流，使得这个新兴的研究领域从一开始就建立在一个很高的起点上，并得到了国际同行的认可。最后推出了有关非营利组织立法的专家建议稿。2004 年 8 月中国社会科学院法学研究所推出了《中华人民共和国民间组织促进法》（专家建议稿），10 月清华大学、北京大学都提出了自己的有关社团条例修改的建议，并在清华大学进行了多次研讨，这些法律文本已经提交立法机关。

上述研究成果的为本课题的研究提供了丰富的资料。但是也应当看到，同中国其他领域的研究一样，非营利组织的研究也有一定程度的“未熟先烂”的倾向，基础研究依然任重道远。

同时由于立法模式问题没有解决，立法建议新点、亮点颇多，但是自洽性差，需要整合的地方也不少，因此，本课题的研究也具有一定现实意义。

（三）地方创新及启示

随着非营利组织的发展现有制度的弊端进一步暴露出来了，为了解决管理所存在的问题，中央和地方部门也进行了一系列制度创新。主要集中在降低民间组织的成立门槛，简化内检程序，提供政策优惠。其中较为典型的有青岛进行的民间组织备案制的试点、安徽所进行的民间组织税收优惠的措施、广东、上海推进行业协会的一些举措，这些试点为研究提供了丰富的素材。

2002年初，青岛市民政局在调查摸底和理论研究探讨的基础上，决定对达不到登记条件的，在社区活动的准社区民间组织实行备案制。具体做法是，其一，降低审查审批的级别，由街道办事处对社区准民间组织进行审批，由民管局备案登记。其二，降低标准，对文化和体育健身类的非营利组织，通过整合、归口的方式，注册一个非营利组织，设立单位会员。对于无法整合的，其备案的注册资金规定为3000元，单独备案。与此同时，青岛市也建立了对民间组织市、区、街、居四级监督管理网，利用网络、居委会大妈巡查等方式，加紧对民间组织进行监督和控制。还通过将备案的民间组织与正式登记的驻社区民间组织一起纳入社区民间组织管理体系，要求街道办事处加强组织，与居委会一起对其活动统一指导和管理。

除了青岛以外，全国其他地方也实行了一系列的替代措施。如山东的济南和江苏的南京就参照目前许多社团挂靠一级社团，取得合法活动条件的形式。在乡镇或街道成立某种形式的社区社团联系中心，给该中心一个合法的登记资格。然后将社区内存在的各类型的民间组织通通挂靠在该中心下边，成为其二级会员。这样一种形式也得到了社区民间组织的欢迎。因为它在一定程度上给社团一个合法的或官方的身份。在“官本位”观念依然盛行的中国社会，一个官方认可的身份是社团取得社会公信、避免不当干扰、取得社会资源的重要条件。官方的身份也为这些组织参与社区公共生活创造了条件。

应对农村民间组织成立难的问题，福建采取的做法是，把它当作单位内部的民间组织对待，先成立、先活动，等到符合登记条件以后再进行登记。¹⁶

在行业协会方面，上海市作为试点城市之一，在管理体制上成立上海市行业协会发展署，归拢了协会业务主管权限，并对“一业一会”进行了诠释。2002年1月11日，上海市政府印发1号文和2号文《关于本市促进行业协会发展的指导意见》、《上海市行业协会暂行办法》。《办法》是一个面向全社会颁布的规范性文件，主要适用于新组建的行业协会，就行业协会的管理体制、设立办法、职能定位、办会原则、退出机制以及政策支持等方面作了规定。

具体做法是，组建上海市行业协会发展署，负责上海市行业协会的发展规划、布局调整、政策制订和协调管理；原业务主管单位继续主管行业协会的行业业务；社团局仍负责登记管理

¹⁶ 以上信息是笔者在安徽、甘肃等地进行实地调研时获得的。

和监督管理。发展署成立后，组建行业协会只需发展署同意，即可到社团局申请登记注册，不需要再得到行业业务主管单位的批准，成立后协会的会务也不再由原行业业务主管单位来管理，这就有可能促使各部门对行业协会的影响仅限于行业指导和宏观调控，“政会分开”。对于找不到行业业务主管单位的协会，如人才中介、会展等行业协会，发展署兼行业业务主管单位，弥补了这类协会无法注册的政策缺口。发展署统一协会业务管理，有效弥补了原有管理体制的不足。由发展署来统一管理协会业务，在一定程度上打破了部门利益，使“行业”界定不再依部门而设。此外，还规定了行业协会的退出机制，不能代表会员利益和缺乏行业代表性的行业协会，应自行解散，或由政府引导解散，并依法办理注销登记；对一些长期不开展活动、内部管理混乱的行业协会，应予撤销登记。准入机制和退出机制形成了对限制竞争原则的有效补充。

温州的行业协会的发展则有自身的特点。温州行业协会取得的巨大发展，和温州市政府的努力是分不开的。反映在管理体制上，是政府开明的态度，和尝试以统一的业务主管单位来突破双重管理体制的限制。温州政府的开明态度主要体现在以下方面：1、营造有利于行业协会发展的政策法规环境，以政府令的形式颁布了全国第一个地方法规《行业协会管理办法》；2、登记管理机关尽力简化审批手续；3、顺应市场需求，引导准自发型行业协会的成立，如温州市烟具行业协会；4、强调并落实“自愿入会、自选领导、自聘人员、自理经费”的组建原则和“自我管理、自我服务、自我协调、自求发展”的活动方针，保证了大多数协会自发、自愿组建和自主运作；5、政府充分重视行业协会培育工作，优先发展行业性社团¹⁷；6、扶持重点行业协会，第一批试点单位6家，第二批扩大到了30家。政府的态度表明行业协会的发展和政府的政策目标是一致的。¹⁸“温州商会的发展，和政府的扶持、温州市场经济发达是分不开的”¹⁹。

除了前述的局部试点外，安徽省推出了一系列制度创新举措。安徽省提出“一个重点，三个结合，四条原则”的培育发展工作思路：“一个重点——重点培育三类民间组织：行业协会、农村专业经济协会和社区民间组织；其中省侧重推动行业协会的培育发展，市、县侧重农村专业经济协会和社区民间组织的培育发展。三个结合——与市场经济体制改革和政府职能转变结合起来，与农村经济结构战略性调整和发展农业产业化结合起来，与推进城市社区建设结合起来。四条原则——培育发展遵循合理布局、优化结构的原则，实事求是、循序渐进的原则，试点先行、典型示范的原则，建章立制、积极引导的原则。”于2003年初草拟了《安徽省促进行业协会发展指导意见》、《安徽省农村专业经济协会管理办法（试行）》、《安徽省社区民间组织培育发展与管理的意见》三个文件稿，这些文件提出了具体的发展方向和优惠政策，做出大胆的创新。

地方政府这些制度创新一方面表明，在现有的体制下，制度中实际上存在着很大的空间。另外一方面也表明，必须从体系上重构法律制度，建立全国统一的非营利组织法律制度，方便非营利组织的发展。

¹⁷ 例如，2001年新成立社团共14个，其中行业性社团9个，占总数的64%。

¹⁸ 温州有关主管部门发现国外的商会非常成熟，起非常大的作用，“如果没有商会，很难和国外交往”。例如，国外经常来函要求当地商会盖章；很多外商提出了和行业协会合作的要求，等等。

¹⁹ 2001年3月2日与温州市6家行业协会的座谈记录。

（四）社会发展与观念的演变

非营利组织的兴起是 20 世纪 80 年代中国最引人注目和最激动人心的现象，尽管人们对它们的意义的认知目前还是不充分，它将与同时期的改革开放一样将对中国社会产生深刻的影响。非营利组织是在原有的体制所释放的空间和体制的边缘形成的，其目的也不外乎转移职能，填补公共服务的空缺，满足人们因为社会宽松所释放出的原来被压抑出来的社会需求。但是随着非营利组织的发展，也随着体制改革的深入、政府职能的转变，非营利组织从社会的边缘逐渐向社会的中心移动，由社会的补充、“桥梁和纽带”，逐渐转变成为社会的重要组成部分，经过分化和整合，中国社会的基本结构正在实现着由传统的国家统合社会的总体性社会，向国家——市场——公民社会的多元社会转变，一种稳固的、良性的社会结构正在形成。步入两级分化加剧、社会矛盾丛生的高风险社会的中国之所以在保持社会总体的稳定，社会结构所一个非常重要的因素。结构复杂、利益多元的社会在孕育社会矛盾的同时，也产生解决社会矛盾的动力和机制。非营利组织处理治理方面的意义外，更为重要的是它所建立的私域成为保护公民权利，确立公共交流的平台，为以人为本的全面小康社会和全面和谐社会的建立提供制度支撑，因此非营利组织法律体系的研究也是对非营利组织发展的一种知识论上的自觉回应。

与此同时，中国非营利组织也在总体上处在组织发展的转型期。从组织内部的发展来看，许多组织经过分化正在经历由个人魅力型、精诚奉献型向常规化转变。常规化的出现是社会发展成熟的表现。在一个去魅力化和热忱减退的时代里，规范的内部运作和严格的外部监管对于组织的健康发展和确立社会公信都非常重要。从外部发展来看，非营利组织经过一个生长的爆发期之后，开始了常规的平稳的发展。在发展的初期，非营利组织需要数量和规模来表明自己是独立的社会力量，不但表达不同的声音和理念，是社会参与和公共治理的重要力量而引起社会各个层面的重视和支持。那么进入常规发展时期的非营利组织更需要以规范的内部治理，理性有序的政治参与和社会参与向社会表明自己是社会发展过程中正面的、健康的社会力量。内外发展的规范化需求是立法问题非常迫切；由于原有的制度资源的不足，中国非营利组织存在的问题也许千头万绪，但是法律制度的建设由于前述问题显的更为迫切。

此外，新民本主义与“和谐社会”理念的确立，也为非营利组织的发展提供了新的契机。和谐社会意味着各种社会力量的合理存在和利益都应当予以尊重，它们都应有表达声音和利益的机会。这样非政府组织的社会参与和政治参与问题也被提了出来。在民权时代，参与意味着认同和合法性，参与既是政治合法性的标志，也是政治绩效的标志。人们参与意味着对政治体制的认同，疏离则意味着认同和合法性的危机。政治体制的绩效在于其包容性，如果社会大众，尤其是组织化的大众被边缘化，社会事实上是在孕育着危机。参与也是公民权利，民主政治意味着公民以一定的形式参加公共生活；个人作为独立的主体，是自己利益的最佳判断者和维护者，个人有权利以组织化的形式参加影响其生活的社会活动。参与对于当今的中国具有更为重要的意义，参与在一定程度上意味着分享，让更多的人分享改革的成果，不但考验改革、也考验制度的合法性；在日益分化道德社会中参与也是建立社会共识的机制。因此，法律方面的制

度建设也应当受到重视。

三、我们所主张的立法模式思路

我们主张的立法模式的总的指导思想是：以宪法所保障的公民结社权和财产权为依据，制定非营利组织法作为基本法，建立完备和谐的非营利组织法律体系。

法律不仅仅是规则，使得法律有效性的条件之一是法律所反映的价值是否与社会对法律调整对象的普遍看法和需求一致。我们的立法模式主张，不仅是要制定一部非营利组织法，为整个非营利组织法律模式奠定法律基石，而且同样重要的是，这部非营利组织法必须能够及时回应非营利组织发展的现实社会需求。

为了实现总的立法宗旨，我们建议由以下基本指导思想来统领：

（一）通过非营利组织法的制定，从法律制度上加强对公民结社权利的保障

结社自由是指公民和自然人²⁰可以不经事先许可建立组织的权利，这一项权利包括下列基本的内容：

第一，结社权的确认。公民和个人不论自己的职业、性别、性倾向、种族、肤色、国籍、政治观点，都有结社的权利，警察和军人因为自身的身份限制，出于公共安全的考虑，其结社权受到限制。公务员的结社权同样受到保护，但是职务特质具有警察性质的，如国家安全机关的人员，可以对其结社权进行一定程度限制。

公民的结社权自然隐含着公民有不结社的权利，也即公民不得被强制加入某一组织，或者因为他不是某一组织的成员，而给日常生活带来不便。国家公务员和公共事业组织人员的选任不得设定是某一组织的成员为其先决条件，也即，地位和职务应当平等开放²¹。公司、企业也不得对雇员设定参加某个工会或不参加某个工会作为雇佣的先决条件²²。对职位设置的任何限制必须出于技术原因，技术等级设置与该工作的需要之间应当符合比例原则，不能设置过高的技术等级的门槛，限制公民的对公共生活的参与和获取生活需要的社会资源。

第二，公民和个人有权不经过事先的许可和登记成立社团的权利。不经许可包括国家行政当局的许可，也包括公民和个人就业的机构，如公司、企业等营利性组织、学校、医院等公共

²⁰ 外国人建立结社的权利在不同国家有差别，意大利刑法认为外国人未经内政部长的许可的结社是犯罪行为，这样的做法在世界各国为例外，在结社方面对外国人以国民待遇，是常态和潮流。

²¹ 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年版，第56页。

²² 工人成为某一工会的会员是雇佣的条件被称为“封闭店员”（closed-shop）制度，在英美等国较为盛行，它分为两种形式，事先加入和事后加入，前者在雇佣之前要求加入某一工会，否则不雇佣；后者则要求雇员在雇佣后加入某一工会，否则将被解雇。欧洲人权法院1972年在 Young, James V UK 一案中认定封闭会员制度是对结社自由的实质侵犯。

事业机构、以及非政府组织管理当局的许可。根据这一点，在社团成立设置许可、登记制度，宣布未经许可、登记的社团为非法社团构成了对结社自由的实质侵犯。虽然没有设置许可，但是对于社团或社团组织的设立设置冗长的程序，如日本法里规定的长达一年以上的初步审查和形式登记时限；或者设置多部门的繁复的审查程序，使公民无所适从，也构成了对结社自由的阻碍。²³相对应，国家对社团管理的部门尽可能单一，程序尽可能简化。

第三，按照自己选择组建社团和非营利组织。公民和个人可以根据自己的兴趣、偏好、信仰、政治倾向与其他公民和个人建立社团或者非营利组织，这些组织可以是服务组织、自助组织、支持组织、倡导组织；可以是自益性组织、中间组织，也可以是公益性组织；也可以是以影响立法和政策为目的的利益集团；可以是根据法人登记条件，建立取得法律人格的组织，也可以是没有法律人格的非法人社团。公民和个人选择组建组织的时候需要遵守的是组织的规则和法律。²⁴

第四、自主决定社团事务的权利。社团及其成员有权自主选择社团的领导人，有权自主管理社团活动，自主制定社团的活动规划。具体来讲，首先，社团领导人的产生应当经过会员代表大会的选任。是否经过民主选举，各国没有具体规定。领导人的产生属于社团内部事务，国家不应当干涉。政党由于其特殊性，各国宪法或政党法大都规定应当按照民主原则活动；领导人的选任自然应当经过民主方式。²⁵至于选举什么人为社团的领导人，社团领导人是不是有某种特殊的身份限制，则是社团内部事务，国家不应当干涉有时也无从干涉。²⁶社团领导人的任期也属于内部事务。一个关键的问题是，外国人是否可以作为社团的领导人，不同的国家有不同的作法，但是采取一定形式的限制是通常的选择。²⁷

²³ 根据法国宪法委员会 1971 年 4 月 16 日的裁决，哪怕是要求简单的事先的声明，也是对结社自由的阻碍。即使社团是明显无效的或具有某一违法目的，也不构成行政和司法事先干预社团组建的理由。

²⁴ 对于遵守法律的范围，不同国家有不同的理解。如我国 1998 年修订的《社会团体登记管理条例》第 4 条规定：“社会团体必须遵守宪法、法律、法规和国家政策，不得反对宪法确定的基本原则，不得危害国家统一，安全和民族团结，不得损害国家利益、社会公共利益，以及其他组织和公民的合法权益，不得违背社会道德风尚”。同年颁布的《民办非企业单位登记管理条例》的第 4 条也有类似的规定，只是多了一款，“不得从事营利活动”。这是一个非常宽泛的限制，而且也失之简洁，并有不合法理之处。遵守宪法自然包括了不得反对宪法确定的原则，和不得危害国家统一，否则宪法的作用和尊严何在？结社权属于公民基本权利，按照《立法法》和“法律保留”的原则，应当由法律来规范，法规和公共政策的限制无疑是越权行为；相关法律的缺位意味着某种程度的立法不作为，或者没有完成“宪法委托”。至于其他公民的利益则是任何权利的界限，结社权自不待言。——“权利的概念…涉及一个人对另一个人的外在的和实践的关系，因为通过他们行为这件事，他们可能间接或直接彼此影响。……可以理解权利为全部条件，任何人有意识的行动，按照一条普遍自由的法则，确实能够和其他人有意识的行动相协调。——康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆，1991 年版，第 39-40 页。

通行的对结社自由应遵守法律的理解认为法律应当是宪法和刑法。

²⁵ 参见陈新民：《政党内部的民主制度》，载《宪法基本权利之基本理论》，元照出版公司，1999 年版。第 209-254 页。

²⁶ 现在，在法律中可以见到的身份限制是我国社团管理登记条例中的规定。该条例第 13 条规定，“发起人、拟任负责人正在或曾经受到过剥夺政治权利的刑事处罚”登记管理机构不予批准。《民办非企业单位管理登记条例》的第 11 条，《基金会管理条例》的 23 条大体有类似的规定。这样的一种身份禁锢制度远远超出了刑法所规定的剥夺公民政治权利的范围，无疑是一种过分的惩罚。过重的惩罚是要全社会付出成本的。

²⁷ 捷克公益法人法第 10 条规定，公益法人的理事应当至少有 3/2 为捷克公民。艾沙尼亚非营利社团法第 26 条规定，2/1 的理事必须在该国有住所。吉尔吉斯的非商业组织法第 2 条规定，对于外国人同样待遇。

自主决定社团事务的权利的另外一个关键问题是社团自主建立分支机构和代理机构的权利。社团开展活动的方式之一通过组织的扩展建立广泛的社会联系网络，这里就有一个建立分支机构的问题。如果政府限制了社团的分支机构和代理机构的建立，那么也就限制了社团的活动，从而限制了公民的结社自由。

第五、建立联合的权利。社团有权力和其他组织建立联合和联盟，或者加入同类组织的国际联盟。社团在一定意义上讲是公民的表达和实践组织。公民的表达和实践的能力与组织的规模是有一定程度的正关联。因而，限制社团的联合和联盟也就是限制人们的表达和实践能力。社团的联合和联盟也是人们扩大社会联系网络的一种方式，限制组织的扩大也会限制人们需要的满足。

第六，社团取得法人资格、以社团名义取得财产，并享受财政补助和税收优惠的能力。社团可以根据自身的条件自主确定是否通过登记取得法人资格²⁸，没有登记的社团和登记的社团同样具有合法地位。²⁹但是由于自身组织形式不同，非法人社团和法人在取得财产和承担责任，以及享受税收优惠等方面是有差别的。

根据结社自由理论，新的社团法人方面的立法应当降低社团登记的门槛，改变限制竞争的策略，对社团重大事务报告制度进行修改。加强社团的自主性和自治性。

（二）承接宪法与行政法规，协调其他特别法相互之间关系

1. 目前我国立法体系存在宪法与行政法规之间的“法律位阶的缺失”现象

如上所属，宪法所保障的公民结社权和公民财产权是我国非营利组织的宪法性基础。宪法权利是基本权利，需要具体的法律制度来保障。但目前，我国为非营利组织提供的一般性法律制度，仅局限于国务院所颁布的三个行政法规，即《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》和《基金会管理条例》。另一方面，民政部作为非营利组织的登记管理机构、非营利组织各业务主管部门、财政部、税务总局均有部门规章涉及到非营利组织成立、管理、财务和税务等，部分省、自治区、直辖市也有关于非营利组织的地方性法规。因此，从目前的非营利组织的法律体系的位阶来看，从最高位阶的宪法直接跳到行政法规，部门规章和地

²⁸关于登记取得法人资格，通常存在的疑问是许多国家，登记程序往往伴随着实质的许可，因此其登记并不同于一般意义上的登记。一般意义上登记是指将法人成立的事实，书面记录于法人登记簿，以公式的形式。登记的意义在于公示，并由公示产生公信。许可则是一种资格准入制度，未经许可成立的组织是非法组织。

²⁹ 社团能否取得法人资格往往由社团的规模、资金、宗旨等因素决定，不同国家在社员的人数，资金的规模等方面设置一些限制，这些限制的目的往往出于保证社团的稳定和连续性的目的。至于从社团本身出发，是否进行法人登记有时是出于成本和便捷的考虑。法人登记的时间在不同国家有不同，日本的登记时间长达两年左右，是非常不方便的。总体看来，法人形式有利于社团的存续，并保护公众和社员的利益，也有利于开展活动。但是法人形式相对来讲成本也是很高的，需要支出会计费用、审计费用、内部工作程序的费用、向政府报告的费用。对于一些规模较小的兴趣组织，这些支出和程序也是不小的负担。许多社团的发展大体上经历了松散的组织→较为正式的组织→法人组织的形式。自主选择登记也属于结社自由的范畴。

方性法规的依据就是行政法规，出现了法律位阶的缺位。保障与非营利组织有关的宪法权利实现的主要法律环节就落在三个“登记管理”的行政法规上，而行政法规的位阶太低，无法有效地承担起保障宪法权利的重任。

根据《中华人民共和国立法法》，行政法规主要涉及的两类事项，一类是为执行法律的规定需要制定行政法规的事项，另一类是宪法规定的国务院行政管理职权的事项。³⁰非营利组织的三个行政法规也是在我国“摸着石头过河”的渐进改革实践中，随着法制的重要性在社会中逐渐加强，是采取因时、因事、因政府管理需要而立法的方式而出台的。1989年和1998年的《社会团体登记管理条例》是为清理整顿社会团体而提供法律依据，1998年《民办非企业单位登记管理暂行条例》也是为配合事业单位改革，为将民办事业单位从事业单位中分离出来提供法律依据。一方面，这些条例是行政机关权力合法性的基础，也是控制、管理非营利组织的工具。但另一方面，也为公民设立非营利组织提供了法律依据，为非营利组织争取自己权利和抗议行政权力滥用，呼吁变革创造了条件。三个行政法规对非营利组织的发展有其积极意义。但是毋庸置疑的是，试图用行政法规来规定本来应由法律规定的事项，或由于法律的缺失使得某些本应由法律来规范的事项成为法律上的漏洞或者空白，已经成为非营利组织发展的法律制度性的障碍。我们将之称为“法律位阶的缺失”。

建立完备和谐的非营利组织法律体系是一项系统工程，千头万绪，但在宪法权利已有明确规定的当前，我们认为，首要的、最基本的任务就是要制定一部非营利组织法，来弥补这一缺失，通过法律来保障与非营利组织有关的宪法权利的实现，同时使得行政法规、地方性法规和部门规章有更坚实的合法性基础，约束行政权力的滥用。

2. 行政法规在立法技术上有局限，不能替代组织法的功能

行政法规在立法技术上有局限，不能替代组织法的功能，应当通过非营利组织法来规定非营利组织的权利能力（成立和终止等）、行为能力、控管结构等内容。

从条例的出发点来看，三个条例都称为“登记管理条例”或“管理条例”，行政管理是这三个行政法规的基本点。以《社会团体登记管理条例》为例，该条例是按照行政管理的阶段来分配章节的，《社会团体登记管理条例》分为七章：总则、管辖、成立登记、变更登记和注销登记、监督管理、罚则、附则。《民办非企业单位登记管理暂行条例》的篇章结构也差不多，只是将成立登记、变更登记和注销登记合为“登记”一章。所以，条例的条款大致可以分为三类：一类是为登记管理机关提供登记、管理的依据，涉及登记管理机关和业务主管部门的行政权力和职责，包括如何确定登记管理机关和业务主管部门；登记的

³⁰ 国务院也可经全国人大及常委会授权，对制定法律条件不成熟的，本应制定法律的事项，制定行政法规。《中华人民共和国立法法》第56条

程序和批准登记的条件；变更登记、注销登记的程序；还有登记管理机关和业务主管部门的管理监督的权限等。另一类是为非营利组织设立行政义务，如进行成立登记、变更登记、注销登记、年检等行政义务。第三类是对非营利组织违反行政义务，进行行政处罚。

由作为国家最高行政机关的国务院制定的三个条例属于行政法规，因此其主要任务就在于明确登记管理的程序，对社会团体、民办非企业单位和基金会的成立和终止、权利能力、行为能力、组织机构等一般性问题进行规定。这些条款包括：成立条件³¹、法人资格的规定³²、不得从事营利性经营活动³³、发起人资格、负责人和法定代表人产生方式和资格³⁴等。但是，围绕非营利组织的法律问题不仅仅局限于行政管理领域。对于非营利组织而言，更为重要的是明确其法律地位，其基本的权利义务，其内部的治理结构，以及作为一个法律主体在与其他主体交往过程中应该遵循的规则。而这些，不是作为行政法规的管理条例所能承载的。

非营利组织首先是民事主体，是民间力量发起成立的自治组织，而不仅仅是行政管理的对象。对于非营利组织来说，登记成立是其在现行法律框架下取得合法地位，而健全的内部治理结构和有限制的合理的外部监督机制是非营利组织健康发展的两个重要因素。由政府从行政管理的角度来规范非营利组织的内部控管结构，一方面受到立法者角度和立场的限制³⁵，对社会团体的权利能力、行为能力、控管结构等那些应由非营利组织法来规定的内容不可能很全面。另一方面，也受到手段的限制。条例将非营利组织的所有义务都从行政义务的角度来理解，违反这些义务的法律后果，是对非营利组织进行行政处罚，从而导致行政义务泛化。非营利组织立法要解决的重要问题之一是，如何从法律制度上保障非营利组织的管理者按照组织的章程和目的使用财产，尽到忠诚和勤勉义务，也就是如何保障非营利组织的“非营利”性质。当管理层违反此义务，受害的是非营利组织本身。因此，对于非营利组织管理层滥用受赠财产等问题，行政罚并不是可行的解决之道，而应当有民事诉权的规定。此外，在建立有效必要的行政管理体制下，对行政机关的权力滥用进行限制是非营利组织法的另一重要任务。非营利组织法，可以通过明确非营利组织的合法存在和活动的空间，明确非营利组织的权利和义务而促成这一目标的实现。

随着经济改革的发展、社会结构的多元化，非营利组织迅速发展，而滞后的法律模式

³¹成立条件，并不仅仅是登记管理机关登记的条件。社会团体成立的法律后果是社会团体取得权利能力，获得民事主体资格。

³²法人资格的规定是关于独立民事主体资格的规定，使得非营利组织与其会员、举办者、捐赠人在法律上是不同的民事主体，能以自己的名义拥有财产，以非营利法人的资产为限对法人债务承担责任。

³³这是对非营利组织的权利能力方面的限制

³⁴尽管条例并没有发起人资格、负责人和法定代表人资格禁止性的规定，比如什么样的人不得成为发起人、负责人等，而是从登记管理机关批准的角度来规定，即发起人、拟任负责人正在或者曾经受到剥夺政治权利的刑事处罚或不具有完全民事行为能力的，登记管理机关就不批准社会团体的筹备申请，这样的规定实质就是发起人资格、负责人资格的限制。

³⁵行政法规是国务院制定的，而法律是全国人大及其常委会制定的，而且往往立法的周期和公众、学者参与程度也不同。

与迅速发展的非营利组织需求之间的矛盾显得较为突出，完备非营利组织方面的法律、为非营利组织的发展提供良性有序的法律环境的社会需求越来越大。虽然立法本身并不是包治百病的良药，但制定一部非营利组织法，通过非营利组织在法律上的重新定位，提供了很好的机会将非营利组织发展中各地经验通过法律形式固定下来，为非营利组织发展提供必要的空间，并规范非营利组织的发展。

3. 为非营利组织的特别法提供统一协调的法律基础

第一，协调目前特别法与行政法规之间的矛盾冲突

虽然我国没有非营利组织的一般性法律，但是存在不少有关非营利组织的特别法，如《红十字会法》、《工会法》、《民办教育促进法》、《宗教事务条例》等。由于非营利组织的一般性规定是国务院的三个条例，而特别法以更高位阶的法律或同等位阶的法律出现，低位阶的法律对高位阶的法律并没有约束力，特别法往往可以突破非营利组织的一般性规定而立法，我们可以称之为“法律位阶的错位”。

以《民办教育促进法》为例来观察非营利组织低位阶的一般性条例与高位阶的特别法之间的矛盾，民办教育事业是《民办非企业单位登记管理暂行条例》所规定民办非企业单位所从事的“非营利社会服务活动”之一，并且民办教育单位在民办非企业单位中占很大比重。

《民办非企业单位登记管理暂行条例》是民办非企业单位的一般性法律，将其定义为“从事非营利性社会服务活动的社会组织”，并且禁止其“从事营利性经营活动”³⁶。条例对民办非企业单位的“非营利性”的规定尽管不完善，但从财产归属的规定上还是体现了对民办非企业单位“非营利性”，³⁷此外，《民办非企业单位登记暂行办法》要求每个民办非企业单位都“须在其章程草案或合伙协议中载明该单位的盈利不得分配，解体时财产不得私分。”³⁸从条例的文字表达来看，条例禁止民办非企业单位将本单位的财产“私分”给任何单位和个人，包括民办非企业单位的举办者。

但另一方面，《民办教育促进法》作为全国人大制定的法律，尽管其调整对象是非营利组织的一个小类别，其法律效力远远高于行政法规，按照《民办教育促进法》的规定，“民

³⁶《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条、第4条

³⁷ 条例主要有以下财产归属条款：a. 民办非企业单位的资产来源必须合法，任何单位和个人不得侵占、私分或者挪用民办非企业单位的资产，b. 民办非企业单位的合法收入，必须用于章程规定的业务活动，c. 民办非企业单位接受捐赠、资助，必须符合章程规定的宗旨和业务范围，必须根据与捐赠人、资助人约定的期限、方式和合法用途使用。民办非企业单位应当向业务主管单位报告接受、使用捐赠、资助的有关情况，并应以适当方式向社会公布。《民办非企业单位登记管理暂行条例》第11条

³⁸ 对于私分民办非企业单位财产的情形，条例规定“由登记管理机关予以警告。责令改正，可以限期停止活动；情节严重，登记管理机关可以撤销登记。”登记管理机关“还可以没收违法所得，并处以违法所得3倍以上5倍以下的罚款。”《民办非企业单位登记暂行办法》第6条；《民办非企业单位登记管理暂行条例》第25条

办学校在扣除办学成本、预留发展基金以及按照国家有关规定提出其他的必需的费用后，出资人可以从办学节余中取得合理回报。取得合理回报的具体办法由国务院规定。”该法的实施条例更是明确规定了，“出资人根据民办学校章程的规定要求取得合理回报的，可以在每个会计年度结束时，从民办学校的办学结余中按一定比例取得回报。”“合理回报”与“合理报酬”不同，对劳动给予报酬，对投资进行回报。从这些规定，可以看出《民办教育促进法》允许出资人取得“合理回报”，实质就是突破教育类的民办非企业单位的非营利性，赋予在民政部门登记的非营利性民办教育机构的合理范围内“营利性质”以合法性。

第二，为特别法提供基础，对共性问题进行统一规定

《红十字会法》、《工会法》、《民办教育促进法》、《宗教事务条例》等特别法律都是对从事某一领域社会事务的非营利法人所作的特别规定。但是对于根据这些法律而成立的一些组织究竟具有什么样的法律地位，享有的权利义务，以及内部基本的治理结构等问题都不是这些特别法的任务，也不可能在一特别法中予以分别规定。

所以，我们主张将有关非营利组织的共性问题进行归纳总结，以存在于法律层面的非营利组织法的形式予以固定，为非营利组织的特别法的规定提供统一和谐的基础。

非营利组织法的出台将弥补目前在非营利组织领域存在的法律体系中的欠缺，使宪法权利得到贯彻实现和切实保障，使法律之间的冲突矛盾得以消除，使宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章各得其所，形成有效和谐的法律体系。

4. 非营利组织法与其他法律的关系梳理

非营利组织法不能调整一切与非营利组织的法律关系，其主要关注的还是非营利组织的法律地位和内部的法律关系。非营利组织法的地位类似公司法的地位，是组织法。公司法规定公司的主体地位和公司的内部关系的组织法。前者主要包括公司的设立、变更和终止，章程、权利能力和行为能力、组织机构等。后者主要包括股东之间以及股东和公司之间的关系³⁹。非营利组织法调整对象主要是非营利法人。非营利组织法主要规定的也是非营利法人的主体地位和非营利法人内部法律关系。作为规范主体地位的组织法，非营利组织法主要规定非营利法人从成立到终止的过程，包括权利能力、行为能力、章程、法人的机关即组织机构等。另一方面，非营利组织法调整非营利法人的内部法律关系，调整的是非营利组织管理层与非营利法人捐赠人或受益人之间的关系问题⁴⁰，即如何保障非营利组织的“非营利性”，这

³⁹ 江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社，P1-2

⁴⁰ 正如公司的管理层一样，非营利法人的管理层也有可能有三方面的利益冲突：（1）为了潜在的利益而工作懈怠，或者规避由于适应环境发生变化（比如新科技的出现）而需付出的努力和不便。这是所谓“偷懒问题”；（2）因为潜在的利益，采取不公平自益交易的方式将委托人的资产占为己有。这便是“传统的利益冲突问题”；（3）不惜损害非营利法人的受益人利益，来维护和加强自身的职位。参见梅尔文·爱森伯格：《公司法的结构》，载《比较》第14期，P131-132

主要是包括非营利组织的治理结构、管理层侵害非营利组织、捐赠人和受益人的利益时的诉权等法律制度。

非营利组织还会涉及到与债权人、雇员的关系，非营利组织与国家的关系如国家对非营利组织的税收政策等，非营利组织与购买其服务的客户之间的关系、非营利组织与捐赠人之间的关系，而这些关系则有其他法律调整。某些非营利组织因其所从事的行业或活动领域需要有一些专门性规则，那么就可以制定非营利组织的特别法。

第一，非营利组织法与宪法

宪法为非营利组织法的制定提供基础，即公民的结社权和财产权。

第二，非营利组织法与民法

我国正在起草民法典，民法典制定颁布后，就是民事基本法。民法典所规定的法人制度和法人分类是非营利组织法的基础。非营利组织法是民事单行法，与公司法同属于民事组织法。

非营利组织与购买其服务的客户如基金会与受资助人之间、民办非企业单位与接受服务的人之间的关系，是合同关系，适用合同法的规定。非营利组织因为从事民事活动，形成的债权债务关系，也适用民法债的规定。非营利组织或非营利组织的工作人员侵害他人的权利，则适用民法上关于侵权的规定。非营利组织作为债的担保人或被担保人，则适用担保法的规定。

非营利组织取得著作权、商标权、专利权等适用知识产权法的规定。

第三，非营利组织法与刑法

非营利组织的行为是否构成犯罪，非营利组织的工作人员或其他人对非营利组织的侵害是否构成犯罪，构成何种罪名，则是刑法所处理的问题。1993年《公司法》颁布后，全国人大常委会于1995年颁布了《惩治违反公司法的犯罪的决定》，后相关罪名就纳入刑法“妨害对公司、企业的管理秩序罪”这一类犯罪。非营利组织法颁布后，哪些违反非营利组织法的行为构成犯罪，也是刑法的研究范围和任务。

第四，非营利组织法与税法

由于我国目前没有统一的非营利组织法，致使非营利组织的法律定位非常模糊。税法也没有关于非营利组织税收优惠的一般性规定。

(1) 捐赠行为的税收优惠---税前扣减，

捐赠在非营利组织的设立和发展中有非常重要的作用。基金会等财团法人的设立基础就是捐赠，而非营利组织存续期间，捐赠也是某些非营利组织重要的资金来源。虽然，《个人所得税法》规定，个人将其所得对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，按照国务院有关规定从应纳税所得中扣除。《企业所得税暂行条例》规定，纳税人用于公益、救济性的捐赠，在年度应纳税所得额3%以内的部分，准予扣除。相关的法律将“公益、救济性的捐赠”定义为

“纳税人通过中国境内非营利的社会团体、国家机关向教育、民政等公益事业和遭受自然灾害地区、贫困地区的捐赠”⁴¹。但纳税人向哪些社会团体捐赠，可以享受税前扣减，没有统一规则，而是由税务总局以通知的形式，一个一个社会团体、基金会来认定。如《财政部、国家税务总局关于向宋庆龄基金会等6家单位捐赠所得税政策问题的通知》、（财税[2004]172号），《国家税务总局关于纳税人通过阎宝航教育基金会的公益救济性捐赠税前扣除问题的通知》（国税函[2004]341号）

（2）非营利组织的税收优惠

非营利组织的税收，涉及到所得税、营业税、增值税、土地增值税、契税等。正如国税局税务研究所靳东升副所长指出，“尽管税法中有关非营利组织的税收政策规定比较多，对不同的非营利组织也设定程度不同的优惠政策，但基本上都没有特定税法或税法条款来规范各种非营利组织的税收政策和税收管理。这种税法缺位的局面，是我国非营利组织的税收制度的一个重大缺陷，严重影响了非营利组织的发展。”⁴²

（3）现有税收政策的原因及非营利组织法的作用

以上提到的我国在非营利组织税收政策上的问题，主要原因是我国非营利组织的种类比较多，分为教育、医疗、科技等，分类和管理也不规范，出现许多非营利组织营利的情况。没有严格界定非营利组织的非营利性质，已经使得相关的税收政策不能充分发挥支持非营利组织发展的作用⁴³。

非营利组织法的出台，通过整合非营利组织的类型，规范其内部治理结构，完善其非营利财产法律关系，使非营利组织的非营利性质得到保障，为税收优惠的法律制定提供基础。

第五， 营利组织法与行政法

非营利组织的行政管理，并不是非营利组织法的内容，可以通过行政法规来规定。不过《非营利组织法》颁布后，相应的《登记管理条例》也应随之进行修改。

至于行政机关与非营利组织的关系，则适用行政许可法、行政复议法、行政诉讼法。

第六， 营利组织法与经济法

非营利组织如果涉及与其他非营利组织或企业不正当竞争，则适用不正当竞争法的规定。非营利组织与雇员之间的关系由劳动法来调整。

（三）从法律上整合非营利组织类型

目前，在民政部门登记的非营利组织有三类：社会团体、民办非企业单位和基金会。我国

⁴¹ 《中华人民共和国企业所得税暂行条例实施细则》第12条

⁴² 靳东升：中国非营利组织税收优惠政策的现状和问题，载北大法学院非营利组织法研究中心举办的“非营利组织的税制改革”论坛资料，P5

⁴³ 同上

目前法律规定，社会团体、基金会必须采取法人形式，民办非企业单位还可以采取个体、合伙等非法人形式。⁴⁴社会团体、民办非企业单位和基金会的分类并不是法律对社会发展过程中出现的非营利组织类型的总结，而是立法对现实机械的承认。有些是改革前单位体制下就已存在的组织类型，如社会团体；有些是在事业单位改革过程中出现的新的组织类型，如民办非企业单位，有些是从过去的组织类型中新独立出来的组织类型，如基金会。在考察非营利组织的合理法律分类时，我们首先要讨论现有的非营利组织类型是如何形成的，分类标准是什么，有什么不合理之处？

1. 现有的非营利组织类型梳理

(1) 社会团体

从中华人民共和国建国起，社会团体就被作为社会组织类型之一⁴⁵。1956年社会主义改造完成后，所有的社会组织都是公有制组织，法人制度随着旧法统被废止。社会组织主要是按照生产功能，即生产活动的领域来划分，分为机关单位、事业单位、社会团体和企业单位。1986年颁布的《民法通则》中法人制度，继续沿用了单位制度下的分类方式，只不过在四类单位组织形式之后加上了“法人”字样，就成为民法中的法人分类。可见，社会团体这一类别并不是从非营利组织的角度来划分的。

1998年的《社会团体登记管理条例》中对社会团体作为非营利组织的特征两大特征，即非营利性、自愿性予以了界定。追溯历史，我们不难发现，社会团体这一组织类型有一个演变过程。1950年的《社会团体登记暂行办法》并没有定义社会团体，而是把社会团体列举为六类：人民群众团体、社会公益团体、文艺工作团体、学术研究团体、宗教团体和其他合于人民政府法律组织的团体。1989年的《社会团体登记管理条例》也是采取列举名称的方式：协会、学会、联合会、研究会、基金会、联谊会、促进会和商会等。民政部《关于〈社会团体登记管理条例〉有关问题的通知》将社会团体分为学术性社团、行业性社团、专业性社团和联合性社团。以上的行政法规都是从社会团体的活动领域和活动范围来定义和划分社会团体的。而1998年《社会团体登记管理条例》才明确从法律上将社会团体置于公民结社权之下，第2条所规定的定义“本条例所称社会团体，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。”在这一规定中，首先，社会团体是自愿性的组织，是自下而上发起的，自愿参加的组织，而不是政府自上而下发起的；其次，社会团体的目的是实现会员共同意愿，即是会员通过章程表达出来的私人的共同意愿，而不是实现政府的意愿或党和国家以纪律或政策形成的共同意愿；最后，社会团体的性质是非营利性

⁴⁴ 当然目前无论是学界还是政府部门对于个体型和合伙型的民办非企业单位都有了基本共识：认为应当取消这两种形式。

⁴⁵ 1950年《社会团体暂行办法》

的。法律定义反映了“社会团体”在法律上的定位发生了变迁。社会团体，不再是单位制度下单位类别之一的社会团体，而是基于公民结社自由权的社团。

（2）基金会

2004年以前，基金会是作为社会团体法人存在的。1988年《基金会管理办法》将基金会定义为“对国内外社会团体和其他组织以及个人自愿捐赠资金进行管理的民间非营利性组织，是社会团体法人。”并将其活动宗旨界定在“通过资金资助推进科学研究、文化教育、社会福利和其他公益事业的发展”。但是，自1998《社会团体登记管理条例》将社会团体定义为成员制的社团后，基金会已经无法在逻辑上成为社会团体的一种类型。与社团相比，按照条例的规定，基金会具有几个基本特点：（1）基金会须以公益为目的（《基金会管理办法》第2条第2款），而一般社会团体仅须不以营利为目的。⁴⁶（2）基金会基于社会捐赠的资金而设立。政府拨款设立的“基金会”或者专项基金的管理组织不属于《基金会管理办法》意义上的基金会（《基金会管理办法》第2条第3款）。（3）更为重要的是，基金会没有会员。这一点，《基金会管理办法》虽然没有明确规定，但是从基金会的性质和组织形式可以明显看出。⁴⁷因此，基金会与社会团体分属不同的非营利组织类型已成为共识。新的《基金会管理条例》必须承担起重新确定基金会法律地位的任务。

2004年《基金会管理条例》将基金会定义为“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法人”。但这一定义又带来了新的问题，首先，我国《民法通则》法人制度中，尚无营利法人与非营利法人的分类。基金会作为非营利法人，如何与民法中的法人制度衔接；其次是，基金会与已存在的民办非企业单位在法律类型上的关系，它们是在非营利法人下的不同类型，还是同一法律类型？

（3）民办非企业单位

“民办非企业单位”概念，是在事业单位体制改革过程中出现的。“企业”与“非企业”的二分法源于“事业”与“企业”的二分法。“企业”和“事业”是计划体制下，根据生产职能的差别而产生的划分。企业往往和工商业联系在一起，在工商业领域活动的组织称为企业，并且但凡企业都需要在工商行政管理部门登记。而事业单位主要是从事教育、科技、文化、卫生（通常简称“科教文卫”）领域的活动。随着事业单位改革政策实施，事业单位从与国家财政的关系来看出现三种类型：全额拨款、差额拨款、自收自支。“自收自支”的事业单位中很大一部分，就是民办事业单位，与公办事业单位尽管在同一行业领域活动，即“科教文卫”，但从组织法律本质上是不同的，一个是私人组织，一个是公立机构。1996年，中央从完善我国社会组织管理格局的角度出发，决定把民办事业单位交由民政部门进

⁴⁶ 所以，校友会和同乡会等非营利也非公益的社会团体可以成立，但是不可以以此作为基金会的目的，除非扩大解释《基金会管理办法》中的“公益事业”。

⁴⁷ 参见江平（主编）：《法人制度论》，页51；苏力等，《规制与发展——第三部门的法律环境》，页82-84。

行统一归口登记，称为民办非企业单位。（简称“民非”）⁴⁸此时，民非这一概念，首次在政府文件中出现。⁴⁹1998年的《民办非企业单位登记管理暂行条例》中第一次从法律上规定了民非。民非这一组织名称就正式诞生了。但这一名称使用至今，都没有能够得到社会和管理机关的完全认同和接受。了解民非所指称的是什么，一般仅限于民非的主管机关、研究民非的学者、部分民非的举办者。在此范围外使用“民非”这一名称，需要先解释什么叫做“非企业”，“单位”意味着什么。此外，民非这一名称，并不能反映其组织的性质。目前也有看法要将“民非”恢复原来的称谓“民办事业单位”，然后根据事业单位改革的走向而确定。

而民办非企业单位与事业单位的区分，从《事业单位登记管理暂行条例》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》来看，主要是以资产来源作区分的标准。利用国有资产举办的，是事业单位，而利用非国有资产举办的是民办非企业单位。根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条的规定，民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。民政部1999年发布的《民办非企业单位登记暂行办法》第4条中列举了教育、科学、文化、卫生、体育、民政等九类，再加上“其他”。目前，绝大部分的民办非企业单位都是民办事业单位复查登记而来的。⁵⁰

2. 现有非营利组织类型的缺陷

现有非营利组织类型划分主要有两大缺陷：

首先，社会团体、基金会和民办非企业单位的分类并不是从组织法的角度来划分，其划分并没有统一的标准。组织法的分类首先考虑的是组织内部的控管结构或治理结构是否不同。

现有非营利组织类型，受到《民法通则》中法人分类的限制。社会团体，是与行政机关、事业单位和企业单位相区分的一个类别。有学者精辟地指出这一分类所存在的缺陷：第一，这一缺陷没有充分体现民法的社会功能。也即没有对民事主体的私法性予以充分的认识和体现；第二，这一分类有计划经济的痕迹而且类型不周延；第三，这一划分存在逻辑缺陷。即认为在每种分类的具体类型之间不具有共同的成立基础，致使法律无法完成对亚分类层面具体类型共同特征的二次抽象，而不得不通过特别立法做出非常繁琐的规定。这反过来又使分类本

⁴⁸ 参见《民办非企业单位数量分析》，载民政部网站 <http://www.mca.gov.cn/statistics/fxi1201.html>

⁴⁹ 1996年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强社会团体和民办非企业单位管理工作的通知》（中办发[1996]22号）

⁵⁰ 同上

身丧失了意义⁵¹。非营利组织类型的重整必然涉及到整个法人分类的重新思考。

活动领域和所有制是建国以来社会组织分类的主要考虑因素。而这两个因素，也对非营利组织分类产生影响。首先，事业单位与企业单位等的划分，就是从活动领域的角度的划分。这一划分对于国家编制的管理是有意义的，但从法律角度上说，意义不大。民办非企业单位是相对于事业单位、企业单位进行的划分。相对于私人企业的活动领域来说，民办非企业单位主要从事传统事业单位所活动的领域，相对于事业单位来说，民办非企业单位的资金来源不同，即所有制不同。如果说，基金会从社会团体中区分出来，是考虑到两者是否有会员、设立人、设立的宗旨、控管结构的不同，那么，民办非企业单位与基金会的划分，更多的是传统思维的惯性，原来事业单位与社会团体、基金会是不同的组织类型，所以民办公益事业单位从事业单位中分出来，就可能是一个独立的组织类型——民办非企业单位。

其次，现有非营利组织分类并不是从非营利组织法的角度来划分，在其共性“非营利”的规定上不一致。从非营利组织法的角度来划分组织类型，首先应分为非营利法人和非法人型非营利组织。对于国外立法例上，通常存在的无权利能力社团或非法人型社团，我国法律禁止其存在。但对于民办非企业单位，条例规定有个体、合伙和法人三种形式。一般来说，个人出资并担任负责人的，登记管理机关根据《民办非企业单位登记暂行办法》往往把其登记为个体，而两个自然人出资，不具备法人条件的，登记管理机关将其登记为合伙。一方面，从组织形式来看，个体户的财产就是个人所有的财产和合伙的财产属于合伙人共有的私人所有的财产。但另一方面，按照《民办非企业单位登记暂行办法》规定，民办非企业单位须在其章程草案或合伙协议中载明该单位的盈利不得分配，解体时财产不得私分⁵²。作为非营利组织，“不分配限制”是其根本特征。也就是说非营利组织的财产都要用于组织的目的和宗旨，不能作为红利分配或变相分配。这样，个体、合伙的组织形式就与非营利组织的“不分配限制”不可兼容。因此，从非法人型非营利组织来说，我国非营利组织的分类也非常混乱。

3. 从制度上整合现有的非营利组织的类型

(1) 对于非营利组织，首先应当按照是否具备法人资格分为非营利法人与不具备法人资格的非营利组织。

对于与非营利组织发生民事法律关系的人来说，了解非营利组织是否具备法人资格具有非常重要的意义。非营利法人具有完全的法律人格，是独立的民事主体，意味着两点：首先

⁵¹马俊驹：“完善我国法人制度的几点建议”，2002年7月14日在经济法学研讨会暨两岸经济法学学术研讨会上的发言。

⁵²这一规定体现了登记管理机关对登记的民办非企业单位章程或合伙内容的强制性规定，法律效力在于，每个民办非企业单位取得登记时，其章程或合伙协议必定含有该条款。民办非企业单位成立之后，对该条款进行修改，变更后的章程或合伙协议不能得到登记管理机关的批准。

法人有独立于会员和设立人的以自己名义享有的财产，用该财产形成的资产对合同负责；其次，有明确的法人机关，来决定法人的事项，使法人可以对外签订对法人有约束力的合同。通过立法承认非法人型社团是不具备法人资格的非营利组织，禁止民办非企业单位采取非法人形式。

正如企业，按照其投资人对外承担责任的形式，分为独资企业、合伙企业和公司，企业组织法也相应地分为独资企业法、合伙企业法和公司法。人们已经认识到，企业按照所有制和活动领域来划分企业类型并立法的做法意义不大。非营利组织法中也要区分适用于非法人型非营利组织与非营利法人的规则。对于这两类非营利组织来说，法律所要解决的问题不同，非法人型非营利组织并不具有与成员相独立的主体资格，不是独立的民事主体，但会涉及非法人型非营利组织如何承担合同责任、侵权责任等问题。美国有专门的模范非法人型社团法，而德国则只是在民法典中有规定。非营利组织法主要调整对象是非营利法人，它是独立的民事主体，是法律实体，要遵守一定的法律程序，取得法人资格证书，才能成立。因而非营利法人法就需对非营利法人成立、权利能力和行为能力、清算和终止等事项，即对非营利法人从“生”到“死”的过程进行规范。由于非营利法人成立的依据是设立人的民事法律行为，因而非营利组织法，不同于法院组织法等公立机构组织法，是私法。

（2）重新思考法人分类标准，明确非营利法人的私法人性质

非营利法人分类问题，不仅是非营利组织法所解决的问题，而且必须在对整个法人制度和法人分类进行重新思考的框架下进行。

由于民法通则制定的年代是 1986 年，现在的社会经济状况已经发生很大的变化。私人组织取得了合法地位，并且在社会经济生活中逐渐占据重要地位。现有的法人分类，不能反映这种变化，表现出来的病症就是现有的法人分类无法涵盖基金会和民办非企业单位。但是表现出来的病症不等于现有法人分类真正问题所在。现有的解决方案，以 2002 年 12 月 27 日全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法（草案）》为主要代表，对《民法通则》法人分类并没有实质性的改变，仍保持功能分类标准，对现有的法人类别的立法结构进行修修补补，只是增加了一类“以捐赠财产设立的基金会、慈善机构等公益性组织”，以将基金会和民办非企业单位容纳入法人类别中。我们可以将这一新的法人类别称为“公益法人”。

对法人进行分类，是对民事主体进行分类。通过分类，看到法人的法律性质上有那些差别，即看到这一大类和那一大类法人之间的法律性质上的差别，以及在同一大类下，此一小类和彼一小类的法律性质上的差别，从而不同性质的法人，所适用的法律规则是不同的。而现有的机关法人、事业单位法人、社会团体法人、企业法人和公益法人的分类，并不能清楚地了解这些组织作为主体的性质上的区别所在。有必要对现有的法人分类标准重新思考，从而明确非营利法人的性质以及分类。

首先，我们必须承认整个民法的法人制度和非营利法人制度都是西方的法律概念，为

我们所借鉴。西方法人制度基石是“公”法人与“私”法人的分野，而营利与非营利法人分类，是西方法人制度中私法人的分类。只有承认“公”“私”法人的分类，承认非营利法人的“私法人”的性质，才能对非营利法人的法律主体性质有准确的认识。

公法人与私法人的区分是与公法与私法的区分为基础的。正如谢怀栻教授所说，“虽然公私法的划分在理论上被许多人反对，现在也不严格、不全面，但我们学习民法时终究要划分法律关系中的两类关系”。“公法关系时权力与服从的关系，两个主体不是处于平等的地位，而是一个服从另一个。私法关系时权力平等的主体之间的关系 特别强调私法自治、尊重当事人的意思，且特别强调国家不能任意地对私法关系进行干预。”⁵³公法人与私法人一般来说，根据设立的法律依据和设立的目的来分。公法人是依照公法设立的，大多数是基于一种公权力行为，特别是依照一项法律而成立，或最后经法律认可作为公共事业的承担者而成立的。公法人设立往往基于政府目的，且具有国家或政府之权利或责任。而私法人是根据私法的设立行为（如设立合同和捐助行为）而成立的，为“私人目的”所成立及组成，该私人目的，也包括为一般公众利益服务。⁵⁴

现在，民法的私法性质已无争议，民法所规定的法人分类就应当是私法人的分类，而对公法人不做实质性的规定。公法人进入民事关系中仍是民事主体，但其不是依据民法设立的法人，不应纳入民法法人的类别中。通过这样的立法技术，就可以明确非营利法人的私法人性质。因此，机关法人、事业单位法人是否为非营利法人、非营利法人的法律性质就比较清楚。真正意义上事业单位法人，虽然与民办非企业单位活动领域基本相同，但性质则完全不同，但是如果是属于履行国家职能的公立机构，那么应该是公法人。是因为其创设并不是私人自愿行为的结果，而是公权力的结果。将事业单位法人排除在本研究报告的“非营利组织”之外，并不是因为其不是“非营利”，而是因为其“公”法人的性质。

（3）按照控管结构进行非营利法人分类

非营利法人大致可以分为两类，一类是社团，是人的集合；另一类是财团，将一部分财产分离出来，专用于非营利目的。尽管我国的非营利组织包括社会团体、民办非企业单位和基金会，但仍脱不了“人的集合”与“财产的集合”两大类。大陆法系国家通常将前者称为“社团法人”，后者称为“财团法人”。美国模范非营利法人法也有类似的分类，属于“人的集合”的非营利组织称为互益型非营利组织，属于“财产的集合”的称为公共利益型（public benefit）非营利组织。

在我国，民办非企业单位与基金会尽管运做模式不同，基金会是资助型，主要将资金资助其他机构、个人从事活动，而民办非企业单位主要是直接提供社会服务。从组织的设

⁵³谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社，2002年版 P53、50

⁵⁴参见卡尔·拉伦茨著、王晓晔等译：《德国民法通论》，法律出版社（2003），P179；参见布莱克法律词典（Black's Law Dictionary）

立和控管结构来说，却具有共同性。一方面是非营利性，即在非营利组织存续期间不能分配，非营利组织终止时，剩余财产也要按照章程的规定用于公益目的⁵⁵。另一方面是，两者都是把一部分的财产从举办者或者捐赠者的其他财产中区别出来，由法律赋予其法律人格，专用于某个非营利目的。而这种法人形式通常被称为财团法人及类似制度。⁵⁶无论基金会还是民办非企业单位，制度设计都是赋予某部分财产以法律人格，不存在象公司中的股东，或者非营利社团法人中的成员。因而如何监督基金会和民办非企业单位的管理者尽到诚信义务，保证基金会和民办非企业单位的非营利性，即控管结构上，就与会员制的非营利社团法人不同。因而，有必要将两者通过财团法人制度统一起来，从财产关系和控管结构上对其非营利性进行法律规定。

关于财团法人制度是否可以达到这一目的，以及其与社团法人之间的区别，将在下文进行详尽论述。

另外，需要指出的是，民法典草案中增设“公益法人”与社会团体法人相并列的做法，有不少缺陷，我们认为使用“财团法人”与社团法人的分类更好：

其一，社团法人并不是我国法律上一直使用的“社会团体法人”的简称。社团法人是大陆法系国家中私法人的类别，与财团法人相区别而存在。而社会团体法人，是我国特有的法人类别，与机关法人、事业单位法人、企业法人等相区别而存在，并不一定与公民的结社权联系在一起。1998年《社会团体登记管理条例》已经明确将社会团体定义为自愿性的社团。使用传统概念的社团法人，比有中国特色的社会团体要好一些，也有利于将与公司的区分和共同之处体现出来。公司也是社团法人，只不过公司是营利性社团法人，而非营利组织中的“人的集合”是非营利社团法人。

其二，在不改变现有法人分类的基础上，增设“公益法人”来涵盖基金会和民办非企业单位，会造成非营利法人性质的模糊。而非营利法人有两个最根本性质，首先，非营利法人是私法人，其次，非营利法人是不属于任何私人所有的“私法人”，而是服从于法人章程和章程所规定的法人宗旨之下。我国建国后，在所有制的视角下，采取私有制和公有制的两分法，凡不是私有的，就一定是公有的。“公益法人”名称可以体现出非营利法人不属于任何私有的性质，但是这一名称，在所有制视角下，却否定其“私法人”的属性，容易

⁵⁵ 《基金会管理条例》对基金会的非营利性有明确法律规定：第27条规定，基金会的财产及其他收入受法律保护，任何单位和个人不得私分、侵占、挪用。基金会应当根据章程规定的宗旨和公益活动的业务范围使用其财产；捐赠协议明确了具体使用方式的捐赠，根据捐赠协议的约定使用。第33条规定，基金会注销后的剩余财产应当按照章程的规定用于公益目的；无法按照章程规定处理的，由登记管理机关组织捐赠给与该基金会性质、宗旨相同的社会公益组织，并向社会公告。尽管《民办非企业单位登记管理暂行条例》对民办非企业单位的非营利性规定不够完善。但《民办非企业单位登记暂行办法》要求“民办非企业单位须在其章程草案或合伙协议中载明该单位的盈利不得分配，解体时财产不得私分”，这在一定程度上体现了民办非企业单位的非营利性。

⁵⁶ 参见 Frits W. Hondius, Tymen J. Van der Ploeg, Foundations (Business and private organizations / Alfred Conard, chief ed. ; chapter 9) (International encyclopedia of comparative law ; vol. 13, chapter 9), Mohr Siebeck, Tübingen (2000)P4

把“公益法人”与事业单位等公立机构在法律性质上等同起来。

其三，非营利法人，并不意味着“公益目的”，但公益法人是非营利法人。非营利主要是从法人的财产关系来体现，是一个消极的规定，即该法人受到“不分配的限制”。而公益法人主要是从目的上体现。如果把公益法人与社团法人（或社会团体法人）作为非营利法人的类别，就会由于分类标准的不同而产生分类的外延不周、内涵不清的问题。

非营利社团法人，也可能以公益为目的，如保护环境为目的形成的社团法人，也可以有非公益目的，如羽毛球爱好者成立以组织活动为目的的社团法人。这样，公益法人与社团法人之间的界限发生混淆。

其四，如果“公益法人”就是用来指称中国类似财团法人的组织，那么就大大限制了中国的财团法人的范围。现有的民办非企业单位，并没有限于“公益目的”，只是基金会，必须以公益为目的。将基金会限于公益目的的合理性，值得讨论的。德国财团法人的目的“可以是慈善方面的、学术的、社会方面的或其他广泛意义上的有益于公众的；只要目的的实现不违反法律的禁止性规定或善良风俗。也可以有一种家族的财团，为一定的家族成员谋利益”⁵⁷台湾的民法也允许财团的目的有公共目的（如学校医院等），私益目的（如亲属救助）二种。⁵⁸财团法人，是这样一种制度，私人为了实现一定目的，并为此捐助一定的财产，就该财产设立永久性的组织体。由于财团法人是私法人，只要该目的合法，并且受到“不分配限制”的约束，就应当允许财团法人的合法存在。要求财团法人都是公益法人，就使得那些中间性质，不以营利为目的，又不以公益为目的的财团法人失去合法存在的空间，实际上是国家权力对私法自治的私人领域的过分干涉。是否以公益为目的，可以作为给予税收优惠的条件，这样既给私人合法意愿得到尊重，也可以通过税收政策体现出国家提倡的方向。

最后，“公益目的”从来都是个变动的概念，根据各国的社会经济情况、历史传统、社会对非营利组织的认识、社会价值观的变化而变化。美国模范非营利法人法（修改版）和加州非营利法人法，虽然采用了互益型和公共利益型（PUBLIC BENEFIT）非营利组织的分类。但模范非营利公司法（修正版）并没有对公共利益型非营利法人给予定义。而是采取非营利法人自我归类的方式决定，即法人章程中载明法人的类型是公共利益还是互益型。如果登记为公共利益型非营利法人就要适用相应的法律规则。教科书将公共利益型非营利组织定义为服务于在不严谨的、松散的意义被成为的公共目的或慈善目的。公共利益型非营利法人与互益型非营利型法人的最大区别，公共利益型非营利法人可以有成员，在其法人存续期间或清算时，其财产都不能分配给成员、董事经理和工作人员。而互益型非营利法人，成员虽然不能在法人存续期间得到分配，但他们的成员资格可以被转让，可以在

⁵⁷ 卡尔·拉伦茨著、王晓晔等译：《德国民法通论》，法律出版社（2003），PP248

⁵⁸ 陈惠馨等：《财团法人监督问题之探讨》，行政院研究发展考核委员会编印（1985），P5

法人清算时接受分配⁵⁹。值得注意的是，美国税法上，还有一个概念是公共慈善组织“PUBLIC CHARITY”⁶⁰，而在我国，公益的概念相对于美国公共利益型非营利法人，要小得多，可能与美国税法上的公共慈善组织的概念更接近一些。

因此，我们认为，在明确非营利法人是私法人的基础上，将非营利法人分为社团法人和财团法人，是比较合理的分类。

（四）重申非营利组织是私法主体

1. 非营利组织是私法性质的组织，意思自治是非营利组织设立基础

民间性是国际通行的非营利组织的界定标准之一，它也是我国非营利组织设立的基础。我国的非营利组织，社会团体、民办非企业单位和基金会是根据私法上的设立行为而成立的：

社会团体成立的基础是初始会员的协议；社会团体成立后，会员大会通过的章程是社会团体活动的根本性文件；会员，一般是根据私法上的意思行为，如设立或加入社会团体的意思表示，而取得成员资格。民办非企业单位是由国家机关之外的组织或个人举办，使用非国有资产的社会组织。“举办”的基础是举办者“举办的意思”，举办者的意思通过民办非企业单位“章程”的形式表现出来。而基金会设立的基础就是捐赠协议和基金会章程。

2. “非营利性”并非行政义务，而是所有权制度的安排

西方社会对非营利组织的主流看法，认为非营利组织的主要特征是必须遵守“不分配限制”，即不得向控制企业的人员分配利润……剩余利润不在分配之列，所有的剩余收益都必须留在非营利组织内部，用于支持组织从事其章程所规定的业务⁶¹。我国非营利组织的政府主管部门在2000年《中国民间组织管理工作报告：进程与展望》用几乎类似的语言表达了对“非营利性”的看法，即不以营利为目的，资产及所得，任何成员不得私分，注销后的剩余财产应交给同类

⁵⁹James J.Fishman & Stephen Schwarz: Nonprofit Organizations Case and Materials, Foundation Press(2000) P69-70

⁶⁰美国国内税法将§501(c)(3)项下的组织，包括公共利益非营利法人，区分为私募基金会和公共慈善组织，凡不属于公共慈善组织的就是私募基金会。公共慈善组织包括四种类型：传统公共慈善组织，如教会、学校、医院、医疗研究机构等；广泛公众资助的组织，即其资金来源于公众，而非某个人、家庭或公司；资助型组织，即与一个或几个公共慈善组织有紧密又明确的控制或项目合作关系等。大多数私募基金会的资金来源于单个人、某一个家庭或某一个公司，其主要功能也是资助其他非营利组织的运作。公共慈善组织与私募基金会的区分，并不是公益和私益组织的区别，而主要是资金来源的区别，是税法上的分类，私募基金会较公共慈善组织受到的税收待遇差、受到的监管多。James J.Fishman & Stephen Schwarz: Nonprofit Organizations Case and Materials, Foundation Press(2000)P620-621, 602-603

⁶¹ 汉斯曼著，于静译：《企业所有权》，中国政法大学出版社，2001年第1版，P332

非营利组织，或者用于社会公益事业⁶²。因此，非营利组织的一个重要特点是不得向控制组织的人员分配利润，即非营利组织受到“不分配限制”法律规则的约束。

(1) “非营利”是所有权制度的安排

“不分配限制”，对于非营利组织来说，与纳税等公法上的义务不同。受到“不分配限制”的约束，是非营利组织对公众公开的承诺，即非营利组织的收入全部用于目的事业，而不进行分配。由于这种“不分配限制”，非营利组织从定义上来说没有所有人，因为没有任何人能够既插手企业的管理又参与企业剩余收益的分配⁶³。

为什么在投资者所有的企业形式之外，还会存在非营利组织？汉斯曼教授提出了相当有影响的解释，即当与某类客户相联系的市场交易成本和所有权成本都非常高的时候，最有效率的安排可能是不让任何人取得企业的所有权，而把企业塑造成一个无所有人的、或者非营利性的机构。⁶⁴面对高额交易成本的顾客通常是企业重要顾客。

具体来说，非营利性企业最经常出现的情况就是，企业的顾客在信息上处于一个非常不利的位置，即使他们付出了合理的成本和努力，也无法确定企业提供的服务的质量或数量，让这些顾客以外的任何人充当企业的所有人都可能给这些顾客的利益造成威胁；而另一方面，这些顾客本身的处境又决定了他们自己无法对企业实施有效地控制，即便他们能够做到这一点，实施控制权的成本可能也远远超过了他们与企业之间交易的价值。⁶⁵

按照汉斯曼教授的“成本最小”理论，只有当非营利或不分配限制所节约的交易成本，大于非营利的所有权成本时，设立企业的企业主才会选择非营利企业这种组织形式⁶⁶。企业组织形式对企业的竞争力和表现的影响，取决于制度性结构、企业家的动机、私人捐赠、政府政策、竞争环境等因素。但非营利组织形式，对于某些要素就有比较优势，如慈善捐赠或复杂的私人服务⁶⁷。

(2) “非营利”是私法领域的强制性规范，而非行政命令的禁止性规范

私法自治中的强制规范，就功能而言，在大多数情形下，只是从另一个角度去支持私法自治而已。强制规范并不“管制”人民的私法行为，而毋宁是提供一套自治的游戏规则。尽管这些强制性规范，不同于私法中的任意性规范，不能通过约定排除，但其所适用的“不得”，仅具有“权限”的规范内涵，即法律上有权无权，或做不做得到的问题。立法者完全没有禁止或强制一定“行为”的意思。而管制规范，基于一定政策目的而设。强制性的管制规范，经常含有

⁶² 参见吴忠泽等：“中国民间组织管理工作报告：进程与展望”，载《中国社会福利与社会进步报告》（2000），社会科学文献出版社（2000），P93

⁶³ 参见亨利·汉斯曼著、于静译：《企业所有权论》，中国政法大学出版社（2001）P332。

⁶⁴ 亨利·汉斯曼著、于静译：前引书，P70

⁶⁵ 同上注，P333

⁶⁶ 同上注，P29

⁶⁷ 参见 Susan Rose-Ackerman: Altruism, Nonprofits, and Economic Theory, Journal of Economic Literature(June, 1996), P701-702

禁止或强制的内涵，则是法律上允不允许做的问题，其强制的对象是行为，即该行为是法律所禁止。⁶⁸

“非营利”作为私法自治领域的强制性规范的含义。首先，与章程中的任意性法律规范相比，“非营利”，即“不分配限制”，是强制性规范，即一旦非营利组织成立，当事人不能通过修改章程，从而使非营利组织不受“不分配限制”的约束。“不分配限制”应当是法律的强制性规范，一旦设立人选择非营利组织的方式，就遵守非营利组织有关非营利的法律规定。如果举办者以任何形式包括关联交易对自己分配利润，不仅有行政处罚、刑法处罚，更重要的是要有民事诉权。就我国目前来说，大部分的非营利组织所从事的行业领域，除了教育外，可以采取公司或企业的形式，如以公司形式设立的研究所，也有以非营利组织形式设立的研究所。对大部分的非营利组织来说，“非营利”不是法律的禁止性规定，而是“权限”规定。

(3) “非营利性”是非营利组织财产法律关系和控管结构的浓缩表达。

“非营利性”不是口号、观念，而是由一系列法律规则所构成的非营利组织财产法律关系和控管结构的浓缩表达。正如营利性体现了公司的财产法律关系和控管结构一样。此处，我们比较一下：非营利法人的非营利性与公司的营利性在财产法律关系和控管结构上的异同：

首先从出资人与法人的财产关系来看。营利性意味着公司经营最终目标是出资人导向，使公司利润最大化。因而营利性体现在公司的财产关系上则为：投资人在公司存续期间，享有利润分配请求权，在公司清算后，有剩余资产请求权。也就是说，投资人拥有公司经营的所有利润。而非营利法人的目标恰恰不是最大化投资人的金钱利益。“非营利”并不是一个积极的目标限制，而是消极的目标限制，即不以最大化投资人的金钱利益为目标。这意味着，非营利法人的出资人不享有公司利润分配请求权和剩余资产请求权。

其次从法人的目的范围来看。对营利性公司来说，法人的目的只是它的经营类别，如纺织业、旅馆业等，其最终的目标是投资人经济利益最大化，尽管法律一般不直接说明。公司不过是投资人追求经济利益最大化的工具。而非营利法人的目的，既是其从事的经营类别，如教育、救助贫困或宗教等，也是法人设立的最终目标，是投资人所追求的目标，比如帮助贫困人群等。

最后从法人的控制权来看。学界、商界和政府对公司的控制权上有一致意见：公司的控制权应掌握在出资人手里，经理应负有为股东利益而经营管理公司的义务。而非营利法人的控制权，则区分情况，如果非营利法人目标是追求成员的共同利益，则控制权掌握在会员手中，但与出资人按照出资额掌握公司的控制权不同，会员往往是一人一票掌握控制权。而非营利法人的目标是追求公共利益，出资人使出资独立于自己的其他财产，专用于出资人在章程中设立的法人目的。出资人只能在非营利法人设立阶段通过章程中的法人目标和决定第一届董事会来行使控制权。一旦非营利法人成立，非营利法人的控制权往往掌握在董事经理阶层手中。董事会

⁶⁸ 参见苏永钦：“私法自治中的国家强制”，《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社（2002），P10-20

为最大化非营利组织法人的目的事业而经营管理非营利法人。

（五）为非营利组织合法存在提供宽松的 necessary 法律空间

我国还处在经济转型期，国家权力与社会的关系也随着改革的逐渐深入。在计划经济时代，国家权力深入社会的每个角落，社会空间的消失，而现在逐渐发展到国家权力从部分领域主动退出，形成了一定的公民社会空间。但是公共事务领域的改革，比经济发展领域的改革要缓慢得多，尽管有所改变，政府仍然习惯于自己来承担大部分公共事务领域，从 2003 年的非典时期，政府对接受捐赠的态度可以看出。国务院指定由两家政府部门以及由他们担任业务主管部门的两家与政府部门联系紧密的社会团体来接受捐赠，而其他组织均无资格接受。可是另一方面，我们也看到，非营利组织在我国社会事务中的作用和功能也日益获得认同和赞许。

1. 非营利组织法的目的是规范、而非控制非营利组织的发展

非营利组织成立后，需要有良好的内部治理结构和外部监督机制，来保障非营利组织的发展。我国目前的非营利组织存在的另一问题，即“非营利组织的营利化”，就需要通过非营利组织法所规定的内部治理结构和监督机制来解决。现有的三个管理条例，实际上更多的关注登记问题，对于登记之后的管理问题则很少涉及。非营利组织法应当为非营利组织提供法律规则，规范其内部治理结构和监督机制。仅仅靠业务主管部门和登记管理机关来监督非营利组织，受政府部门人、财、物力的限制办不到，而且也是不可能的。非营利组织法应当对非营利组织的管理人员侵害非营利组织的利益，滥用捐款等情形规定法律上的救济措施，使得非营利组织的利益能够得到保障。非营利组织法既需要给予管理层应有的自由裁量的空间，使得非营利法人的运营有效率，又需要明确非营利法人管理层的诚信义务，规定一系列制度来监督管理层履行其诚信义务，当管理层违反其诚信义务，给予非营利法人以救济措施等。

2. 对我国现有双重管理体制的审视

目前的双重管理体制，也是贯彻政府对非营利组织控制的基本政策的法律手段。在双重管理体制中，登记管理机关不仅行使“登记”的权力，也承担了对非营利组织管理职能。业务主管单位也不仅行使“核准”的权力，业务主管部门的审批，意味着将该民办非企业单位纳入“单位—主管部门”的管理系统。双重管理体制的核心在于将每个非营利组织都纳入“业务主管部门—单位”的管理框架中，每个非营利组织不但一出生就纳入“单位——业务主管部门”的管理体制，而且出生之前就必须找到业务主管单位。业务主管单位的同意

是非营利组织合法存在的前提条件。业务主管单位的批准文件是拟设立的非营利组织申请登记的必备文件之一。业务主管单位对举办者章程草案、资金情况（特别是资产的非国有性）、拟任法定代表人或单位负责人基本情况、从业人员资格、场所设备、组织机构等进行审查。业务主管单位是非营利组织的登记事项之一⁶⁹。非营利组织存续期间，如果失去了业务主管单位，就面临被注销的危险。

单位体制是改革前，国家管理社会的主导性组织方式。单位体制中的单位都是公立机构，在单位体制下，每一个单位都按照行业性质纳入相应的主管部门，每一单位，首先是主管部门的下属单位，然后才是法律上的实体⁷⁰。而非营利组织从本质上说，应当是民间自发成立的组织、也是自治组织，用改革前的单位管理体制“业务主管部门—单位”适用于非营利组织，使得非营利组织从一开始就是纳入“主管部门”控制之下，并始终都受到“业务主管部门”的控制，成为业务主管部门的下属单位，单位管理体制与民间性非营利组织之间存在紧张关系。首先，大量的民间性非营利组织，由于找不到业务主管部门而无法成立或者因为无法登记成为非法组织，另一方面，能获得登记成立许可的非营利组织往往因与业务主管部门的紧密关系，民间性有影响，从孙丙耀先生对我国社会团体的“半官半民”特征观察，可见一斑；此外，非营利组织成立后，业务主管部门也会对非营利组织的人事、管理施加影响。因此，我国目前非营利组织作为有别于政府部门的特征“私人性”或“非政府性”，就受到很大的影响。我国非营利组织发展的缺陷之一就是王名教授总结的“非政府组织”的“政府化”，有些地方将增加“民间组织的民间化”作为工作目标。而问题的根源就在于用单位管理体制来管理私人性的非营利组织。而私人营利性企业，从来没有被纳入“单位——主管部门”的单位管理体制。1988年《私营企业暂行条例》以及后来的《公司法》中⁷¹，业务主管部门的批准并不是私营企业设立的一般性条件，法律、法规对公司设立必须报经审批的，有关主管机关的设立前审批才是必要的。审批机关的审批，一般只是行业准入的核准。因此，有必要改变非营利组织领域的“业务主管部门—单位”单位管理体制，而变成行业管理体制，对于非营利组织所从事的需要行业管理或有从业资格限制的领域，实行行业准入，但不是要求每个非营利组织都要有业务主管部门。此外，行业主管部门对非营利组织只是进行行业性的行政管理，而不涉及非营利组织政治方面的管理，也无须为非营利组织的政治表现进行监督和负责，也就是“行政管理权力去政治化”。

⁶⁹ 《民办非企业单位登记管理暂行条例》第9条、第12条；《民办非企业单位登记暂行办法》第6条

⁷⁰ 参见方流芳：“中国公司：公法权力与司法权力抗衡之焦点”，载《中国法制改革》，香港广角镜出版社（1994），P222

⁷¹ 《私营企业暂行条例》（1988）第12条、第15条；《公司法》第8条

3. 限制行政机关的自由裁量权

通过非营利组织法的规定，限制行政管理权力的自由裁量程度，减少行政管理因素对非营利组织发展的影响，为非营利组织发展提供稳定的法律环境

非营利组织的现行三个条例，给予了登记管理机关非常大的自由裁量权，与之相比，业务主管机关享有的自由裁量权更大，某政府部门是否愿意做某非营利组织的业务主管部门的决定都不属于行政许可的范畴。条例留出了非常大的行政空间，因此，行政管理的政策，可以根据政府管理的需要，无论是宽、还是紧的政策，都可以从条例中找到依据。这样，行政权力的肆意专断，是通过法制化的形式表现出来。虽然有非营利组织方面的条例，但真正影响非营利组织发展的是根据不同时期的社会情况而不断变化的党和国家的政策。每一次对社会团体等非营利组织的清理整顿、每一项对某些类别非营利组织的鼓励培育的政策，都可以在现有的管理条例下得到实施。因此，非营利组织的法律地位就处在不稳定的状况，既有可能因清理整顿而失去合法性，也可能因为能满足某一时期的经济发展、社会需要而比较容易取得登记。

通过非营利组织法对非营利组织权利义务的规定，使行政管理权力的边界明晰化。法制，并不是政府通过制定法律，赋予政府所采取的措施以合法性。法制社会的内涵之一，就是政府是有限政府，其行政管理权力受到法律的约束。此时，法律不是政府施政的工具，而是政府也要遵守的行为规则，是对行政管理者和被管理者公平的规则。非营利组织法不仅仅是确立非营利组织的成员、举办者、捐赠人之间以及与非营利组织之间的合理关系、解决非营利组织管理者与成员、举办者和捐赠人之间的合理关系、解决利益冲突，规范非营利组织的内部治理结构，而且同样重要的是，解决行政管理权力的无限扩张和非营利组织发展需求之间的矛盾，使行政权力受到合理的法律约束。

四、立法模式选择

完善中国非营利组织立法的法律对策是：以宪法所保障的公民结社权和财产权为依据，制定非营利组织法作为基本法，建立完备和谐的非营利组织法律体系。而在具体立法模式的选择上，在肯定公法人与私法人的分野之后，以非营利法人作为法律规制的重要对象，当然法律也不应忽视以非法人组织和公益信托形式出现的非营利组织。考虑到社团法人与财团法人之间的明显差别之后，在立法中应该注意对两者进行不同的规定。

（一）外国立法例考察

根据我们的考察，世界各国对于非营利组织法的立法模式不外乎以下几种：

1. 大陆法系国家

首先关于非营利法人问题。大陆法系国家一般有民法典，但是至于是否在民法典中规定非营利法人问题，则不尽相同。例如法国的《民法典》中由于缺乏对法人的规定，因此自然也没有对非营利法人作出规定。但是其于1901年制订的《法国非营利社团法》则专门规定了作为非营利组织的社团问题。德国民法典以及其后制定民法典的各国和地区，例如日本、意大利、我国台湾地区等，均在民法典中进行了一般规定，对财团法人和社团法人进行了原则性规定。

德国关于非营利组织的规定主要依赖于其民法典，而在其他相关法律上则有社团法。德国社团法主要规定了成立社团的要求以及对社团活动的要求。⁷²德国民法典中关于非营利法人的立法主要集中在第二章第二节关于法人的规定之中。无独有偶，日本的民法典中也制定了原则性规定。其主要内容集中在其第二章对法人的专门规定。在该章中具体规定了公益法人的设立、名称、章程及其变更、设立财团法人的捐助行为及其补正，公益法人的内部管理事项、公益法人的解散等问题。尽管规定得很原则，但是比较全面和具体。

以法人的成立基础为标准，大陆法系中的非营利法人可分为财团法人和社团法人。社团法人和财团法人的分类是指对私法人所进行的最基本的分类。社团法人又称为法人型人合组织，为人的组织体，其成立基础在于人。例如：公司、合作社、协会、学会等等。⁷³财团法人则是指以一定目的的财产为成立基础的法人。其成立基础在于财产，因此又被称为“一定目的的财产的集合体”，例如：基金会、私立学校、医院、图书馆、博物馆、科学研究机构、教堂、寺庙、孤儿院、救济院。两者在成立基础、设立人数以及性质、目的及设立方式、组织机构以及解散的原因等方面都存在不同。当然两者的最大区别在于，社团法人是有成员的，因此社员大会是总高权力机构，而财团法人没有成员，因而也没有作为最高权力机构的成员大会。董事会（或者称理事会）是最高权力机构。财团法人的捐助人和受益人都不是其成员。因此，财团法人独立地按照章程的规定来组织和运行。具体而言，根据章程中确定的董事会（或理事会）成员的选任方法，董事（或理事）被选择出来，并且据法人章程的规定独立决定各项事务。这一本质区别，使财团法人成为他律性法人，在内部的组织机构、财产关系以及监督机制上都呈现出与

⁷² 德国社团法中关于成立社团的条件主要有：第一，必须有7人以上的成员。成员可以是自然人，也可以是法人。第二，章程，章程必须经过至少7人以上的发起人签名，并且在成立大会上得以通过。章程的主要内容包：社团的名称、地址以及成立社团的目的，规定成员的加入和退出，成员是否以及提供多少出资额，董事会的组成，召集成员大会的条件，成员大会的决议进行公证的规定，关于社团登记问题，章程生效日。第三，社团将到社团所在地的初级法院社团登记处进行登记，并且需要提交相关文件。值得注意的是，社团登记之后使社团获得了法人资格。但是并不意味着只有经过登记的社团才可以活动。在德国，在登记之前社团就可以以无能力社团的身份开展活动。

⁷³ 美国学者格雷对于社团法人作过经典定义：社团是国家已授予它权力以保护其利益的人的有组织的团体，而推动这些权力的意志是根据社团的组织所决定的某些人的意志。——龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社，2002年版，第336页。

社团法人截然不同的特点。所以立法会对这两种不同的非营利法人设置不同的法律规范。

值得注意的是，近期以来，也有不少国家采用了单行法的形式，例如爱沙尼亚、捷克、匈牙利等。甚至一些在民法典中有原则性规定的国家也相继制定了单行法律，例如日本。日本于1998年专门制定《特定非营利活动促进法》，旨在通过赋予从事特定非营利活动的组织以法人地位等手段，促进志愿者从事特定的非营利活动以及其他由公民无偿进行的有利于社会的活动的健康发展，从而促进公共福利的进步。而该法第二条规定“本法所称‘特定非营利活动’，是指附录中列明的以促进多数不特定人的利益为目的的活动。”而在附录中具体罗列了所有活动领域包括：1. 促进健康、医疗或者福利事业的活动；2. 促进社会教育的活动；3. 促进社区发展的活动；4. 促进文化、艺术或者体育的活动；5. 环境保护活动；6. 灾害救援活动；7. 促进社区安全的活动；8. 人权或者促进和平的活动；9. 促进国际合作的活動；10. 促进形成一个两性平等参与的社会的活动；11. 促进对青年的健全培养的活动；12. 对上述活动的组织进行行政管理，或者提供与上述活动有关的联络、咨询或者协助的活动。⁷⁴日本众议院于1998年3月17日通过的《关于〈特定非营利活动促进法〉的补充决议》中还特别指出：该法的实施应该谨记《日本国宪法》所规定的宗教自由、结社自由和表达自由；而与民法典的关系也不难协调：可以根据民法典第34条的规定成立一般的公益法人，也可以根据《特定非营利活动法》成立特殊的公益法人。当然根据后者成立的法人可以享受到更多的优惠。在日本，其他还有私立学校法、社会福利法、更生保护事业法都分别规定了不同类型的非营利法人。

其次，关于非营利的非法人团体问题，大陆法系各国一般缺乏专门立法。德国民法典有简单规定。对于无权利能力社团，德国民法规定，对无权利能力社团原则上适用关于合伙的规定。这一规则的法律效果是：首先，无权利能力社团，不能成为财产权的主体，社团的财产属于全体成员共有。其次，无权利能力社团，不能负债成为债务人。合伙不具有独立民事权利能力，合伙的债务就是合伙人的债务，合伙人对合伙债务承担无限连带责任。那么，这一规则也适用于无权利能力社团。此外，以这种社团名义对第三人所为的法律行为，行为人负有个人责任，如果行为人有数人，全体行为人承担连带责任。德国立法者这样的规定，并不是因为民事合伙和无权利能力社团在结构上相似，所以可以适用同一规则。而是因为他们想由此鼓励社团，通过在社团登记簿中的登记，取得权利能力。这样按当时法律上的规定，就可以对所有这种社团进行一次官方的以政治、社会政策和宗教为目的的审查。⁷⁵

而这样的规则，即无权利能力社团的成员和执行社团事务的人对社团债务承担无限责任，与社团成员加入社团时愿望相反。如果社员对社团债务真的承担无限责任，那么它就成为设立无权利能力社团和吸收新成员一个不可逾越的障碍。所以司法判决和学说寻找各种可能性，将社员对社团的责任，限制在社团财产的范围內。司法判决已普遍承认，与无权利能力社团的结构形式相抵触的合伙法规定，已“悄悄地”被社团的章程所取代。除那些正是以权利能力为条件的外，司法判决对之已类推适用《德国民法典》中关于有权利能力社团的规定。⁷⁶

⁷⁴ 参见北京大学法学院非营利组织法研究中心主编：《国外非营利组织立法译汇》（内部资料），2000年9月，第23-24页。

⁷⁵ 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003版，第236页

⁷⁶ 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003版，第242页、第236页

再次，对于公益信托形式，制订有信托法的大陆法系国家都在信托法中予以规定。例如日本和我国台湾地区。

2. 英美法系国家

首先关于非营利法人，英国主要采用公司法略作调整。与其类似的有菲律宾。美国则制定有统一非营利法人法。在美国，非营利组织至少有三种形式：公益信托、非营利法人和非营利非法人社团。

美国从法人和非法人的分野来规制非营利组织。主要有《示范非营利法人法》和《统一非营利非法人社团法》。前者规范取得了法人资格的非营利组织，而后者则规范未获得法人资格的社团。

美国关于非营利法人的制度规定一般由各州来具体规定。但是由美国律师协会起草的美国示范非营利法人法，目前已逐渐为各州所采纳。该法对非营利法人的法律事项进行全面调整。该法继承了美国律师协会的《统一公司法》的组织结构和编排方式，不仅规范了非营利法人的外部关系，还规范了内部关系，从非营利法人对合同相对方和政府的责任，到非营利法人与其成员之间的权利义务关系，无所不包。

按照普通法，非营利法人不同，非法人非营利社团不属于独立的法律主体，只是个体成员的集合。但是《美国示范非营利非法人法》则意图通过其规定，使非法人非营利社团在一定条件下成为独立的法律主体。当然这并不是说，非法人非营利社团在任何情况下具有独立的法律主体资格。采纳该法的州的法院有权决定是否运用类推方法，从而使非法人非营利社团在该法规定的情形外也具有独立的法律主体资格。根据该法的有关解释，其适用对象不限于国内税收法典第 501 条第 (c) 款第 (3) (4) 和 (6) 项规定的非营利组织。没有排除任何非营利社团的原则性规定。因此，该法适用于非法人的关于慈善事业、教育、科学和文学的俱乐部、协会、商会、政治团体、合作社、教会、医院、共同管辖区协会、小区协会和其他非法人非营利社团。它们的成员可以是自然人、法人、其他法律主体或者这些法律主体的混合体。

公益信托在英美法系国家发挥着重要作用。在英国是通过大量的判例来调整的，尽管也有成文法。美国则在其信托法律重述中对公益信托作出详尽的规定。同时美国还有《公益信托统一监管条例》进行法律监督。因此，在美国，非营利法人可以由两个法律主体构成：涉及它的建筑物及其使用时，是一个公益信托，而涉及其他活动时则是一个非营利法人。

(二) 我国的立法模式选择

对一国在某一领域的立法模式的选择，需要考虑该国的现实需要、立法现状、法律传统和司法实践的需要等诸多因素，因为“目的是法律的创造者”，立法最终需要达到的目的是试图解决现实问题。所以在决定本国立法模式时，必须考虑以下因素：

1. 对外国经验的借鉴

因为，“今天，在许多国家，对许多问题的每一位追求高质量的立法者都认为，从比较法学方面拟就一般报告或者特别以专家签定的方式提供资料，乃是不可缺少的工作手段。”⁷⁷“世界种种法律体系能够提供更多的、在它们分别发展中形成的丰富多彩的解决办法，不是那种局处本国法律体系的界限之内即使最有想象力的法学家在他们短促的一生能够想到的。”⁷⁸所以，面对国外的立法实践和经验，我们有了借鉴的理由。

正如前文所述，因为各国的立法传统、国情、历史和现实需要的差别，他们所选择的立法模式也各有侧重和差异。但是无论是大陆法系还是英美法系，在非营利组织的立法上呈现以下共同趋势：

第一，在非营利组织的基本类型上一般有非营利法人、非营利非法人社团和公益信托三类。由于这三类在法律地位、治理模式上的差异存在，所以法律分别予以规定是值得肯定的。

第二，在立法力度上，各国都是将重点置于非营利法人上，详细规定非营利法人的法律地位、其成立程序、内部治理结构、财产关系、解散等问题。而对于非营利非法人社团和公益信托则相对比较简略。

第三，对于非营利法人，大陆法国家着眼于社团法人与财团法人的分别而设置了不同的法律规范。英美法国家则没有如此分明的界定。

2. 符合本国法律传统和立法现状：各种立法方案的比较分析

域外经验也只是给我们提供了借鉴的可能性，最终我们选择何种模式，还得从问题本身出发，找出符合我国法律传统和立法现状的最佳方案。我国目前的法律体系在很大程度上承继了大陆法系的概念体系和制度，尤其在私法领域更是如此。

而从目前立法现状来看，正如前文所述，宪法、行政法规、特别法已经具备，只欠缺规制非营利组织的基本法律规范，就非营利组织的法律主体地位、权利义务、财产关系、治理结构作出规定。但是，值得探讨的是，这样的法律规范究竟以何种形式出现？

方案一，结合目前民法典的制定进程，可否借鉴德国法模式，以民法典作为主要依据？即在民法典中具体规定非营利法人的有关问题，而无须再单独起草和通过非营利组织法？我们认为，非营利法人的主要规则都制定于民法典之中，可能是不适当的。的确，德国、台湾地区大致上采取的是这种模式。但是，这些法律制定时间非常早，在那个时候，非营利组织的数量和社会影响相对来说比较小，因此法律上通常来说规则可以不必太细致。但是，随着“结社革命”的发生，非营利组织呈现出爆发式的增长。因此，对于法律调整的细致程度的要求增加。以公

⁷⁷ [德]K·茨威格特、H·克茨著：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，贵州人民出版社1992年版，第27页。其实在目前中国的立法活动中也体现了这一现象，例如在合同法和物权法制定过程中，学者们作了大量的各国立法例方面的研究，作为立法理由来提出主张。

⁷⁸ 同上注书，第26页。

司法人为例，公司法人当然是法人的一种，但是由于公司法传统上属于商法，另一方面也是因为公司法本身内容十分细致，技术性强，并且法律的修订经常发生，所以不适宜于规定在民法典之中。同样，如果非营利法人制度相当复杂，那么置于民法典之中也是不适宜的。

而且，把非营利法人的相关规定全部纳入到民法典之中，会使民法典臃肿不堪，而且也无法回应现实需要进行必要而及时的修改。民法典的制定是一项极为庞大的工程，太多太多的问题需要解决，而非营利法人的诸多问题是缺乏全面研究和很强的共识的。因此，试图将非营利法人的规则主要规定在民法典之中，要么讨论旷日持久，拖延民法典的制定进程；如果匆忙制定，则由于缺乏充分的研究和讨论，制定的内容可能十分粗糙，存在很多问题，给法律实践带来很大困扰；如果为了加快立法进程仅规定得十分简略，则实践之中会发现其无法胜任，实践中不得不大量依赖判例、学说，并且将来不得不被迫制定单行法。看待这个问题，不能单纯从我国现状上非营利组织还相当弱小、不活跃的情形出发，因为民法典的“寿命”很长，修改程序复杂。在这个问题上，日本是个教训。

的确，我国目前正处于民法典的紧张制定之中，法人制度将是民法典中重要而不可或缺的部分。但是，从目前的《中华人民共和国民法（草案）》来看，就其法人制度一章，对《民法通则》法人分类并没有实质性的改变，基本保持功能分类标准，只是增加了一类“以捐赠财产设立的基金会、慈善机构等公益性组织”，以将基金会和民办非企业单位容纳入法人类别中。但是并没有进一步的规定。所以寄希望以民法典来规范非营利组织的想法不够现实。

所以，我们建议在民法典中就法人问题进行规定时，应该明确非营利法人的概念，就法人制度的基本问题进行原则性规定，明确其是私法人的一类，具备民事主体资格。而关于法人的其他具体规则则根据营利法人和非营利法人的分类，分别由《公司法》和非营利组织法来予以完成。我们相信，正如同民法中关于法人制度的规定并没有阻碍规范营利性法人的《公司法》的横空出世，民法典中的类似规定也不应该成为规范非营利性法人的非营利组织法的障碍。

方案二，能否借鉴日本的立法例，在民法典作了原则性规定之后再制定类似促进法的特别法作为补充？促进法的功能主要在于对于从事某些特定领域的非营利组织，国家提供更为优惠的政策，引导和促进其发展。我国目前的《民法通则》并没有如同日本的民法典一样提供了非营利法人的基本法律规定，所以，想通过制定促进法来解决问题可能还是不够到位。

方案三，能否在宪法和行政法规之间制定一部结社法来衔接？这一方案的优点在于在一定程度上可以弥补宪法和行政法规之间的“法律位阶的缺失”。但是问题也将随之而来：问题之一，结社法只是将宪法上的结社权予以落实，更多地是规范结社问题，明晰公民的结社自由和对结社的限制，是公民公法上权利的实现保障。从法律分类上讲，结社法属于公法的范畴。所以不太可能在结社法中具体规定作为私法主体的非营利组织的基本权利义务和内部治理结构。问题之二，即使结社法跨越公法、私法的分野，也规定社团的基本权利义务和内部结构，但是毕竟只能解决社团法人问题，而无法对财团法人作出相关规定，外延不周全。

方案四，在民法典中对非营利法人进行一般的原则性规定，然后在法律层面上直接制定一

部非营利组织法，以解决现有问题。这一法律试图对非营利法人（包括社团法人和财团法人）的基本问题作出应有的回应。值得注意的是，这一立法政策，也并非我国独创，从目前各国的立法趋势来看，不少国家也正在通过制定统一的非营利组织法予以规范，例如南非、捷克、波兰等国。

经过反复讨论和研究，我们认为方案四是比较切实可行的。理由在于：这样的立法政策选择可以达到实现我们总的立法指导思想的目的。具体理由在本报告第三部分已经详细论证，不再赘述。

（三）非营利组织法的适用对象——社团法人与财团法人

1. 社团法人与财团法人的区别

在大陆法体系中，社团法人和财团法人的分类是指以法人的成立基础为标准对私法人所进行的最基本的分类。社团法人又称为法人型人合组织，为人的组织体，其成立基础在于人。例如：公司、合作社、协会、学会等等。⁷⁹ 财团法人则是指以一定目的的财产为成立基础的法人。其成立基础在于财产，因此又被称为“一定目的的财产的集合体”，例如：基金会、私立学校、医院、图书馆、博物馆、科学研究机构、教堂、寺庙、孤儿院、救济院。两者的区分意义在于决定其成立的程序及目的不同，具体体现在：⁸⁰第一，成立基础不同。社团法人为人的结合，其成立基础在人，以社会成员为必要；财团法人为财产的集合体，其成立基础在财产，并无社员。第二，设立人数以及性质不同。设立社团法人，必须有两人以上的设立人，自然人与法人均无不可。设立财团法人，可由一人以单独行为或遗嘱设立。第三，目的及设立方式不同。社团法人的目的是营利或者非营利；财团法人只能为非营利目的。现代民法，公益目的的法人，其设立大抵采取行政许可主义；而营利社团法人，其设立大抵采取设立主义；第四，组织不同。社团法人以社员大会为其意思机关，属于自律法人。财团法人无意思机关，为他律机关，其捐助章程以及组织不得自行变更。所以社团法人是“追求本身利益的自我性组织”，而财团法人是“追求他人利益的非我性组织”。⁸¹第五，解散的原因不同。社团法人可以因社员大会决定解散；而对于财团法人来讲，其解散须由特定机构（如法院或者主管官署）依职权行使，不存在自愿决议的解散问题。

在英美法中，可能并不存在社团与财团之分，因为有信托制度，替代了财团的功能。但是在英美法中还是可以找到与大陆法上相类似的分类：即会员制（Membership）组织与非会员制

⁷⁹ 美国学者格雷对于社团法人作过经典定义：社团是国家已授予它权力以保护其利益的人的有组织的团体，而推动这些权力的意志是根据社团的组织所决定的某些人的意志。——龙卫球著：《民法总论》，中国法制出版社，2002年版，第336页。

⁸⁰ 以下论述主要参考梁慧星著：《民法总论》，法律出版社，2002年版。

⁸¹ [葡]Carlos Alerto da Mota Pinto:《民法总论》，林炳辉等译，澳门法律翻译办公室，澳门大学法学院1999年版，第151页。

(Non-Membership)组织。⁸²会员制非营利组织一般被称为“协会”，“社团”或类似的名称，其最高管理主体由该组织的会员组成。会员制组织通常有理事会或类似的团体，其成员由会员选出，并对会员大会（最高决策机制）负责。非会员制的最高管理主体为董事会式类似的团体。董事会的职缺可由剩余的董事，或由他人提名（如组织的成立者）来递补，董事会自身不向组织中更高的机构负责。会员制与非会员制组织之间有一重大的结构差异：会员组织通常受到来自会员的监督或审查，所以来自政府的审核或监督的程度较低，因其采取内部监督的方式。

需要重申的是：社团法人的成员并非雇员，对于法人来说，雇员仅仅是法人成立后，基于双方的雇佣或者劳动合同，为法人提供劳务并领取报酬的人，他们对于法人章程的通过、修改、董事会任命、解散等核心事务并没有决定权（个别国家稍有例外）。在公司法人，其成员是指股东，在协会、学会等，是指其会员。社团法人以成员为其成立和存续的基础，法人的设立须成员大会通过章程并且提出申请，法人成立后，成员大会是法人的最高权力机构，有权选举董事会成员、决定章程的修改，决定法人的变更和解散等重要事项。总之，社团法人实际上是社团成员实现其目的的法律工具。根据社团目的的不同，或者从实质上说，根据社团成员欲实现的目的的不同，可以区分为营利性社团法人和非营利性社团法人（再分为公益社团和中间社团）。

与社团法人不同，财团法人没有成员，因而也没有作为最高权力机构的成员大会。董事会（或者称理事会）是最高权力机构。财团法人的设立人被称作捐助人，捐助人自愿将自己的一定财产捐出，设立一个财团法人，并且捐助人制定财团法人的章程（至少决定其主要内容）。财团法人一旦成立，从财产关系上说，捐助人就有义务将财产转移给法人（或者直接转归法人所有），并且从此和财团法人在财产上不发生任何直接关系了。从法人运作看，财团法人独立地按照章程的规定来组织和运行。具体而言，根据章程中确定的董事会（或理事会）成员的选任方法，董事（或理事）被选择出来，并且据法人章程的规定独立决定各项事务，不受捐助人意志的约束。而捐助人仅享有法定的监督权，当其发现法人的运作不符合章程或者出现重大困难时，有权向法院或者行政主管机关申请，由后者依法进行必要的处理。当然，各国法律一般并不禁止捐助人在章程中规定自己或者自己的亲属成为董事（或者理事），或者监事会成员。可见，捐助人仍然可以以此种方式来达到某种程度上实际管理财团法人的目的。由于财团法人没有成员，而营利法人的定义是以分配经济利益予法人成员的团体，所以财团法人不可以是营利性的，只可能是非营利法人（包括公益财团和中间财团），不可以向捐助人分配盈余，终止时也不得将财产归属于捐助人。从捐助人的角度说，这也没有任何不合理的方面，因为捐助人在捐助财产设立财团法人的时候，对于法律上的此种要求完全清楚，所以乃是自觉自愿。

2. 针对社团法人与财团法人的区别，立法设置不同的法律规则

在对世界各国的非营利法人的相关法律进行检索和整理的过程中发现，各国在立法中都注意到了社团法人和财团法人之间的差异，有些国家的立法对社团法人问题进行详细规定，而对

⁸² 或者有表述为 Membership Organization 和 Board-Managed Organization 的，See Lester M. Salamon, *The International Guide to Nonprofit Law*, John Wiley & Sons, Inc. 1997. pp21.

财团法人，只规定适用其的特殊规定，其他则准用社团法人的有关规定，例如德国；有的国家则将社团法人和财团法人分别以不同的法规予以规定，例如爱沙尼亚。我们认为，这两种做法都有其合理性。但是我们更倾向于立一个法律，首先就社团法人的有关问题进行详尽规定，然后根据财团法人的特点进行一些特别规定。这样选择的好处在于：可以把有关非营利法人的基本规则在总则中予以统一规定，这样的规定同时适用于社团法人与财团法人。鉴于两者之间存在的差别，可以在分则中予以分别规定。

3. 以财团法人整合我国的基金会和法人型民办非企业单位的可能性论证

将我国的基金会和法人型民办非企业单位与财团法人相比较，我们不难发现，首先，基金会以公益为目的，没有会员，基金会的组织结构、财产管理方法等都由章程加以规定，而章程则由举办者拟定。显然基金会可以属于财团法人。其次，我国法律上的法人型民办非企业单位具有独立的财产，不以营利为目的，举办者（出资者）并不是成为法人的成员，也并不依法成为法人的意思机关，这些都符合财团法人的特征。至于举办者根据章程成为组织机构的组成人员，在财团法人制度下也并不禁止。所以，法人型民办非企业单位也可以归入财团法人。

尽管我国的基金会和民办非企业单位法人与财团法人制度相比，在法人的目的、⁸³法人的设立、⁸⁴举办者（捐助人）、⁸⁵法定的法人机关、⁸⁶法人的章程的变更以及法人的解散⁸⁷等方面还存在一些重要的差别，但是除了在若干问题上范围较窄、若干细节规定上有些区别或者缺乏规定外，并没有根本性的不同。以现有的两种制度为基础，建立比较完整和完善的财团法人制度，至少并不存在逻辑上的困难。唯一的困扰是，现行的民办非企业单位可以是个体或者合伙形式，他们和基金会无法统合。不过前文已经分析，我国的这个“特色”不合理，应当尽快取消。所以，在考虑将来的立法时，这个障碍并不存在。

⁸³ 国外法律的财团法人的设立目的一般来说可以是所有合法的非营利目的，并不局限于公益目的。我国的《基金会管理办法》要求基金会须以公益为目的，而《民办非企业单位登记管理暂行条例》则规定民办非企业单位的目的是“非营利性”即可。

⁸⁴ 国外财团法人除了可以根据生前捐助行为而设立外，还可以根据遗嘱设立，我国法律上没有明确规定，所以能否以遗嘱设立至少并不清楚。另外《民办非企业单位登记暂行办法》第2条第4、5款的规定，个人不得单独捐助设立法人型民办非企业单位，而须与其他个人或者单位共同举办，但是国外财团法人制度上对于捐助人的数目没有限制。

⁸⁵ 国外的财团法人是民法（私法）上的团体，但是并不妨碍政府作为出资者。德国法上明确区分公法财团和私法财团，私人固然无法设立公法财团，但是政府捐助的财团并不一定是公法财团，只有当一个财团还特别的具备“公法的特征”时才属于。⁸⁵但是在我国，《基金会管理办法》（第2条）和《民办非企业单位登记管理暂行条例》（第2条）均排除了国家机关作为主要举办者的可能性。对于设立时的财产，虽然并不禁止其中有国有资产，但是至少在民办非企业单位之下法律还特别规定了国有资产不得超过三分之一。

⁸⁶ 我国的《基金会管理办法》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》都没有规定，个别特别法（比如《社会力量办学条例》）有比较简单的规定。而国外的法律上都有规定，具体来说一般规定董事（或者董事会）是法定机关，其他机关（比如监察机关）是否设立以及职权则由章程规定。

⁸⁷ 《基金会管理办法》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》仅仅规定了相关的行政审批和登记程序，但是对于什么法人机关或者其他有权作此决定然后提出审批的申请，则没有直接规定，似乎可以由章程决定（参见《民办非企业单位登记管理暂行条例》第10条第6、7项）或者由最初捐助人（举办者）决定。⁸⁷国外财团法人制度上，由于认为法人没有成员，没有会员大会可以作为最高意思机关，因此普遍并不授予董事会变更章程、解散法人的权限，而是须利害关系人向管理机关提出申请，由管理机关决定。

（四）非营利组织法不适用非法人非营利组织和公益信托

1. 关于非法人非营利组织问题

非营利非法人社团是否也在这一法律中予以规定，值得考虑。非营利非法人社团一般在法律上不能视为独立的一类主体，正如同合伙一样。那么该如何对待非法人非营利组织？

《民法通则》只规定了公民（自然人）和法人两大类主体，其中公民一章还包括个体工商户、农村承包经营户和个人合伙，合伙型法人之间的联营被放在法人一章。《民法通则》中并没有非法人团体这一单独类型。其后，我国又颁布了《合伙企业法》和《个人独资企业法》。非法人团体更多是学术界使用的术语，合伙、独资一般包括其中。个体工商户虽从严格意义上说，不是团体，但从个体工商户需要进行工商登记，并承担无限责任来说，与独资企业类似。

第一，非营利组织可以有个体和合伙形式吗？

我国法律没有关于个体户的一般性规定，《民法通则》规定了从事工商业的个体户，将个体工商户放在公民（自然人）一章，但单列一节来规定。⁸⁸个体工商户与其他个人相比，只是获得营业执照，能在核准的范围内从事工商业经营的个人而已。个体工商户从事经营的财产以及经营所得，都是个人财产，其经营所得缴纳个人所得税。⁸⁹

个体民办非企业单位，与个体工商户相比，都是个体经营，只是从事的行业不同罢了。从个体的财产归属来看，个人以个体户名义拥有的财产，与其以自己名义拥有的其他财产一样，都是个人财产；以个体户名义所负的债务都是个人债务，个人对此负无限责任。因此，在法律上，个体民办非企业单位的财产，就是举办者个人所有的财产。按照我国的法律，以两个或两个以上私人组成的合伙，包括《民法通则》中的个人合伙、《私营企业暂行条例》中的私营合伙企业、《合伙企业法》中的合伙企业。⁹⁰虽然这些法律对合伙的财产归属规定有些差别，但都把合伙视为共同关系，合伙财产由合伙人共同共有。合伙人均负无限连带责任。如按照《民法通则》的规定，合伙投入的财产属于投资的合伙人个人所有，归合伙共同使用，合伙经营积累的财产，归合伙共有。⁹¹

按照《民办非企业单位登记暂行办法》规定，民办非企业单位须在其章程草案或合伙协议

⁸⁸ 《民法通则》第 26 条

⁸⁹ 无论个人、个体工商户都是个人拥有财产的所有权，我国税法规定，其缴纳个人所得税。但虽都称为个人所得税，两者在税收上有很大差别：计税标准不同，税率也不同。如个人的工资、薪金所得，以每月收入额减除费用 800 元后的余额，为应纳税所得额，税率 5%-45% 的累进税率。而个体工商户，适用 5%-35% 的超额累进税率，但往往属于“未提供完整、准确的纳税资料，不能正确计算应纳税所得额”，由主管税务机关核定应纳税所得额，而核定考虑的因素包括经营规模、行业等，每月缴纳固定的个人所得税。参见财政部注册会计师考试委员会办公室编：《税法》，中国财政经济出版社（2001），P306-310

⁹⁰ 《民法通则》第 30 条-35 条、《私营企业暂行条例》第 6 条、《合伙企业法》。根据国家工商行政管理局《关于执行〈民法通则〉对个人合伙登记管理的通知》，个人合伙应在工商行政管理局作为个体工商户进行登记。1988 年《私营企业暂行条例》颁布后，雇工 8 人以上的个人合伙作为私营合伙企业登记。《合伙企业法》颁布后，已存在的登记为个体工商户的个人合伙和合伙私营企业，可以申请登记为合伙企业。参见《关于贯彻实施〈中华人民共和国合伙企业登记管理办法〉有关问题的通知》[工商个字(1998)第 31 号]

⁹¹ 《民法通则》第 32 条、第 35 条

中载明该单位的盈利不得分配，解体时财产不得私分⁹²。一方面，从组织形式来看，个体和合伙型的民办非企业单位的财产是举办者的个人财产，另一方面，作为非营利组织，“不分配限制”是其根本特征。也就是说非营利组织的财产都要用于组织的目的和宗旨，不能作为红利分配或变相分配。这样，个体、合伙的组织形式就与非营利组织的“不分配限制”不可兼容。

第二，非法人社团问题

1989年条例允许非法人社会团体的存在。无论是否有法人资格，社会团体都需要每年年检合格，以维持其合法地位。政府部门对社会团体的行政管理，基本上不因其是否有法人资格而不同。在历次社团清理整顿中，是否具备法人资格也不是考虑的因素。此外，非法人社会团体不能直接登记为法人型社会团体，必须先注销非法人登记，重新申请法人型社会团体登记⁹³。不过，法人型社会团体可以开展经营活动，设立企业法人或非法人的经营机构，但非法人社会团体则不能从事经营活动。

根据《民事诉讼法》第四十九条的规定，公民、法人和其他组织可以成为民事诉讼的当事人。最高人民法院司法解释认为“其他组织”是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织。经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体包括其中⁹⁴。但最高人民法院司法解释认为，未登记社会团体不能作为诉讼当事人，只能以“直接责任人”为当事人。⁹⁵

根据1998年条例和《取缔非法民间组织暂行办法》，未登记社会团体，属于非法民间组织，登记管理机关可以取缔该组织。以社会团体名义拥有的财产，属于非法财产。没收未登记社团的财产，是取缔的措施之一。

第三，建立中国的非法人社会团体制度

社团有保持非法人组织形式的权利，无需为取得合法性而登记。因而“是否允许非法人非营利组织的存在”是Johns Hopkins中心考察各国非营利法律环境的指数之一。该中心认为，有利的法律环境不仅允许非法人（或不登记）非营利组织的存在，还提供一定程度的法律保护于这类组织⁹⁶。

我国的法人型社会团体和非法人社会团体，和西方国家有权利能力与无权利能力社团，是不同社会法律背景下形似而神不似的两组概念。后者是指组织和成员的关系而言，即该组织是否有独立于社会团体成员的权利能力。

我国正处在计划经济向市场经济转变的过程中，一方面单位体制本身在发生变化，另一方面也出现了单位体制之外的非单位因素。自下而上发起成立社会团体的需要无法用行政手段压制。现实中，有些社会团体，具有公益型，虽然由于无法找到业务主管单位，不能在民政部门

⁹² 这一规定体现了登记管理机关对登记的民办非企业单位章程或合伙内容的强制性规定，法律效力在于，每个民办非企业单位取得登记时，其章程或合伙协议必定含有该条款。民办非企业单位成立之后，对该条款进行修改，变更后的章程或合伙协议不能得到登记管理机关的批准。

⁹³ 参见《民政部关于非法人社会团体改为法人社会团体登记问题的复函》（民社函[1995]220号）

⁹⁴ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（1992年）第40条

⁹⁵ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（1992年）第49条

⁹⁶ Lester M. Salamon & Stefan Toepler, *The Influence of the Legal Environment on the Development of the Nonprofit Sector*, Center for Civil Societh Studies Working Paper Series No.17, 第9页

登记注册。但民政部门对其往往采取“不接触、不承认、不取缔”的三不方针，将其置于自己的监控之下，但对其开展的活动并不主动干涉。这些公益性的社会团体，虽是“非法组织”，却能长期存在，如绿家园⁹⁷、中国硬笔书法家协会⁹⁸等。而且互联网等现代通讯手段的使用，使人们更容易找到与自己有共同兴趣和志向的人，联合在一起。如网上车友论坛、组织谜社等。

承认未登记社团的合法地位，建立非法人社团制度，是保障结社自由的应有涵义。而在我国建立非法人社团制度的重大障碍，则是现行的社会团体管理体制。该体制下，社会团体不但一出生就纳入“社会团体—业务主管部门”的管理体制，而且出生之前就必须找到业务主管部门。自1988年宪法修正案承认私营经济的合法性，设立私人营利性组织，无论是合伙企业、个人独资企业还是公司，均无“业务主管部门”的法定要求。而无论1989年条例，还是1998年条例，都坚持将社会团体—这一私人自愿性组织纳入“单位—业务主管部门”的管理体制，那么社会团体的自愿性就不能不服从行政控制。

建立非法人制度，从宪法角度看，是保障民众的结社自由权；从民法角度看，是承认其参与民事活动以实现社会团体目标的权利。如何在民事规则上，给民众的结社自由，即非法人社团以法律保护，德国法和美国法为我们提供了有益的比较法上的参考。当然在具体立法问题上，可以选择在民法典中予以规定，或者参照美国的做法，以特别法形式予以规定。

2. 公益信托问题

公益信托是指为慈善、学术、宗教等以及其他社会公共利益事业，一般以捐赠或募集的款项为基金，为达到特定管理目的、增进社会福利而设定的信托，受益人为社会公众中符合特定条件的人士或团体。公益信托按照不同的目的可分为以下几类：救济贫困；救助灾民；扶助残疾人；发展教育、科技、文化、艺术、体育、医疗卫生事业；发展环境保护事业，维护生态平衡；发展其他社会公益事业等信托。

我国目前关于公益信托的立法还局限于信托法中的有关规定。我国《信托法》规定，公益信托的设立和受托人的确定，需要经过有关公益事业的管理机构批准。同时，公益信托应当设

⁹⁷ 绿家园没有经任何政府部门的批准，其发起人和负责人认为，绿家园并没有以“组织”或“社团”的名义开展活动，绿家园的参与人都是环保志愿者，称为“绿家园环保群体”更为合适。绿家园开展与环保有关的各种活动，获得越来越大的影响力。该组织负责人获得多项国家环境保护领域中的大奖，组织活动的捐助者越来越多，甚至成为一些国际环境保护计划在中国的实施者。绿家园与中华环境保护基金会密切联系，但绿家园的发起人并不是中华环境保护基金会的工作人员，绿家园不是基金会的二级组织，有些活动就依托该基金会，如接受捐款。参见陆建华，“大陆民间组织的兴起—对北京三个绿色民间组织的个案分析”，《中国社会科学季刊》（香港）2000年冬季号，第123页

⁹⁸ 中国硬笔书法家协会，该协会的前身为中华青年钢笔书法协会，成立于1984年，挂靠浙江省东方青年杂志社，1988年文化部正式下函中华青年钢笔书法协会，认为其“至今没有业务主管部门或归口部门认可，不符合成立全国性组织的有关规定。根据中办发（1985）50号文件，经我部研究，决定不予保留。”1998年11月，被文化部撤销的中华青年钢笔协会，由浙江省青年联合会临时代管。从1989年起，中国硬笔书法家协会多次向文化部、民政部申请社团登记，但至今没有得到批准。但另一方面，中国硬笔书法家协会存续了13年，举办了8届全国性钢笔书法大赛，召开了3届全国钢笔书法理论研讨会，并办有杂志。浙江省民政厅民间组织管理局，并没有对其取缔，只是要求其停止一切非法活动，同时积极帮助该协会继续到民政部、文化部申报登记。参见薛子进，“‘中国硬笔书法家协会’何以非法存在13年”，载《法制日报》2002年10月14日

置信托监察人，维护受益人的利益。根据我国《信托法》第六十二条的规定，公益信托的设立和确定其受托人，应当经过有关公益事业的管理机构批准。未经公益事业管理机构的批准，不得以公益信托的名义进行活动。例如，设立发展医疗卫生事业的公益信托，应当经卫生行政主管部门批准；设立发展教育事业的公益信托，应当经教育行政主管部门批准等等。负责批准设立公益信托的公益事业管理机构，对相应的公益信托活动和受托人处理公益信托事业的情况，还有权依法进行检查监督。设立公益信托应当由委托人或受托人提出申请。委托人只有一人或者数人的，可以直接向公益事业管理机构提出设立公益信托的申请；委托人人数众多，或者是不特定的社会公众的，宜由受托人提出申请。

委托人或受托人提出申请，经公益事业管理机构批准后，即成立公益信托。公益事业管理机构不予批准的，申请人可以采取两项措施：（1）申请人对公益事业管理机构不予批准的决定不服的依法提起行政复议，或者向人民法院提起行政诉讼，因为公益事业管理机构依法批准设立公益信托的行为，属于具体行政行为，直接关系申请人的利益。（2）申请人申请设立公益信托未获公益事业管理机构批准的，如果符合私益信托的设立条件（其中最重要的是，受益人必须是确定的或者是可以确定的），还可以依法成立私益信托。

公益信托必须设置信托监察人。公益信托监察人是指由委托人或者公益事业管理机构指定的、依照法律和信托文件的规定保全信托受益权、监督受托人管理信托事务的人。公益信托监察人的选任有两种方法：1.由委托人规定；2.委托人未指定的，由公益事业管理机构指定。

也有观点认为，既然已经有了财团法人，就无须再有什么公益信托。其实，与财团法人比较，公益信托更为灵活简便：（1）成立方式简便，无须受财团法人资格的限制；（2）无须受财团法人须设专职人员及固定场所的限制，节省开支；（3）不受捐赠规模与存续期间的限制，使信托财产可以尽可能地用于公益目的。⁹⁹（4）采用公益信托的形式加以管理，将基金委托给专业的信托机构去经营，不仅能有效地使基金资产保值和增值，而且可以加强对基金使用方向的监督，从而有利于公益事业的发展。因此可以认为，在公益事业方面，公益信托应该有所作为。大可不必有“既生瑜，何生亮”的感叹！

当然目前我国公益信托制度还停留在字面上，缺乏实践操作，其原因还有待进一步的研究。

（五）非营利组织法的主要内容

非营利组织的立法具体内容，主要围绕着管理体制、财产关系和内部治理结构。从国外来看，形成了几种模式，而我国现行法则呈现出自己的特点。这里简单地讨论一下这些问题上的立法选择问题。

⁹⁹ 参见赖源和、王志诚著：《现代公益法论》，五南图书出版公司1996年版，第175-176页。

1. 管理体制

(1) 政府对非营利组织管理的根据

从结社自由的角度上看，结社自由排斥在社团和非营利组织成立上的许可制度，排斥政府对非营利组织事务的具体干涉。结社自由捍卫在私人事务上的意思自治和契约自由，但是结社自由并不排斥政府对非营利组织事务的管理。结社自由作为一种消极的自由，确立了个人自主行动的空间，拒斥公权力和私权力的不当干涉。但是政府对结社自由是有一定的义务的，这种义务包括两个方面：消极的义务，政府对于人们的结社活动有包容和宽容的义务：承认人们的自主活动的的能力，认可人们通过组织化的方式安排自己的生活；积极义务，政府对结社自由的积极义务主要包括，首先，制定法律维护公民的结社自由。宪法规定公民有权自由结社，从宪政理论上讲，是确立了一个宪法委托，政府有义务通过具体的法律来完成这项委托，政府不制定相应的法律或者拖延立法，是立法不作为¹⁰⁰。当然，非营利组织问题的立法关系到很多具体的问题，是单独立法，或者是在民法典中确立一般原则，对于不同的非营利组织或民间组织特别立法，这取决于具体国家的立法实践。从理论上讲，也是政府完成宪法委托的形式而已。其次，政府制定一定的财政和税收政策，支持民间组织的发展。民间组织在功能上具有拾遗补缺的作用，它们完成政府所要完成的一部分公共职能，政府对民间组织的支助是理所当然。具体方式可以是政府采购、转移支付、也可以是一定税收优惠措施。再次，非营利组织的一个重要功能是其参与功能，参与功能包括两个方面：政治的参与、公共治理的参与。非营利组织是人们表达意愿的一种重要的方式。政党这样一种特殊的非营利组织是伴随着代议民主制发展起来的。在全球社团革命的背景下，通过非政府组织的治理同样是社会治理的一种重要方式。社团的参与功能的发挥，就要求政府开放公共空间给社团和其他非政府组织一个政治参与和参与社会治理的渠道。政府要完成前述规定的任务，一定的行政管理是必要的，也即管理的目的在于维护结社自由

政府对社团或非政府组织的管理的另外一个根据在于规范社团的活动，维护公民的基本权利和公共利益。结社自由赋予了公民自我组织的权利，使公民可以通过一定组织化的形式表达和实践自己的意愿，但是公民的组织并不总是积极的。犯罪组织对公共安全会造成一定程度的威胁；一部分人所建立的强大组织不当使用自己的优势地位会给对应的人群造成威胁；一部分具有垄断性质的社团会形成对公共资源和社会机会的垄断，阻断社会其他人群参与和分享的机会；强大的组织也可能滥用组织的权力，压抑社团的成员；接受公共资源的社团滥用公益资产，造成公益腐败。这些问题不但会影响到社会秩序的正常运转，而且也会对结社自由造成实质的危害，除了立法的手段外，通过一定的行政管理活动来规范社团的活动也是必要的。特别是在当今社会，社团介入社会生活的深度和广度不断在扩大，社团的规模和能力不断在扩大，社团也在全球化的背景下，管理活动对规范社团的活动至为重要。

需要指出的是，管理活动从本质上讲具有一定程度的限制性，任何不当的限制都可能对结

¹⁰⁰ 陈新民：《论“宪法委托”之理论》，载陈新民：《宪法基本权利之基本理论》（上册），元照出版公司，1999年版，第38-94页。

社自由构成实质的干涉。对社团管理的各种根据都要受到维护公民权利和自由的检视。因为宪法所保护的公民基本权利和自由就是最大的公共利益¹⁰¹。政府的一个重要义务是维护宪法的尊严，宪法的尊严就表现在公民权利和自由方面，作为基本权利的结社自由自然不例外。

（2）非营利组织管理的两种思路

综合考量世界各国的非营利组织管理，可以发现存在两种基本的逻辑和两种基本的进路：权利本位或自由的逻辑，义务本位或管制的逻辑；行为的进路和组织的进路。

权利本位和自由的逻辑建立在自然法的自然权利观念和人民主权的观念之上。认为公民权利是政府权力的根源，公民个人权利和自由对于政府权力具有先在的意义。没有代表公民意志的法律的禁止，公民有权自主从事任何事情，只要不违反法律的规定或损害他人的权利和自由。按照这样的逻辑，政府对公民的结社活动总体上持放任态度，认为它属于意思自治和契约自由的领域，不加干涉。政府对非营利组织在资格准入，具体组织方式方面也没有多少限制。但是非营利组织一旦由私人自主领域，进入公共活动领域，比如要募集资金，那么就要取得某种形式的许可，并且要符合相应的条件。要取得法人资格，就应当符合法人成立的条件，并履行法人登记手续。要享受税收优惠，那么也应当符合一定的条件，并履行相应的程序。没有法人资格的组织具有合法的地位，会员个人承担责任。在这样的逻辑之下，对非营利组织管理采取的是行为的进路，也即，视非营利组织行为和个人行为无异，根据行为的性质，而不是根据组织的性质来确定行为的责任。通常所说的“追惩制”就是这样的进路。¹⁰²欧盟国家，美国基本上是遵循这样的思路。

管制的逻辑建立在功利主义和实证法理念之上。按照实证法的观念，公民权利来源于法律的授予，没有授权的行为即为禁止的行为，应当予以禁止。根据这样的观念，政府对组织资格的获得，组织的形式、组织的宗旨进行规定，没有得到政府许可的非营利组织就是非法非营利组织。管制逻辑之下，非营利组织管理的进路就是一种组织的进路，政府垄断组织合法性的资源，设置非营利组织准入的门槛，控制、导引非营利组织的发展。通常所说的“预防制”大体上就是这样的进路。对非营利组织进行管制的另外一个理论基础是全能国家观念。全能国家对国家安排社会生活的能力充满自信，确信国家可以合理安排社会生活，自然也可以安排社团和非政府组织事务。在这样观念指导下，国家不但计划经济，而且计划社会。社会主义国家大体上就是这种进路。亚洲其他国家也基本上采取这样的进路，但是其出于管制的逻辑。

上述两种思路更多的是一种理想类型，从各国的实践来看，一般是以某一进路为主，辅之于另外一种进路。遵循自由逻辑的国家来看，国家对于社团总体上采用行为主义的进路，但是对于特定的组织，也采取组织的进路。首先，对于危害国家安全和公共安全的犯罪组织，如分裂国家的犯罪组织、黑社会性质的组织，危害宗教自由的邪教组织，法西斯组织持禁止立场。之所以持这样的立场，是因为对这些组织对社会的危害巨大，组织的成立就有可能将对社会的潜在的危害转化为明显的、当下的危害行为，政府不得不采取预防的立场。军事化的组织和准

¹⁰¹ 陈新民：《公共利益的概念》，同上，第129-181页。

¹⁰² 事实上所谓的“预防制”和“追惩制”是一种表面化的，似是而非的说法，国家对社团的态度大体上应当归类为许可制、部分许可制和放任制。笔者的另一篇文章《社团管理的许可与放任：理论和实践的检视》有较为详细的讨论。

军事化的组织也被大多数国家所禁止，这在因为这些组织一方面侵犯了现代国家垄断合法暴力的国家与公民社会的分野，另外一方面这些组织也对社会有极大的危害。其次，某些国家出于国家安全的需要或者意识形态的需要，对某些组织采取禁止的态度。如美国在 20 世纪 40 年代颁布的《史密斯法》就对共产党采取一定程度的限制措施。土耳其政府出于国家统一的考虑，限制库尔德人组织的成立，并且宣布库尔德工人党为非法组织。出于意识形态限制某些组织的成立或者强制解散某些组织在 20 世纪是一种非常典型的现象。20 世纪的一个基本特征是意识形态裹挟着国家暴力，通过意识形态的组织介入了普通大众的生活。再次，一部分组织由于自身的特点，国家给予一定的优势地位。工会由于其在组织工人方面的代表性，国家对于工会代表工人进行集体谈判的地位是予以确认的，工会有免除民事责任的特权，并不需要对工会会员从事工会活动中的行为承担民事责任。在许多国家工会已经成为一种特权组织。¹⁰³政党由于其整合民意中的代表地位，各国宪法中都对政党的特殊地位进行确认，并对参加选举的政党进行补贴。对于非营利组织与政府关系方面采取法团主义或合作主义的北欧国家，政府还确认一部分社团在公共决策中的咨商地位，在决策之前，征询这些组织的意见并将这些意见结合进入公共政策，一些垄断性的组织还和政府签定协议，达成某种形式的合作框架如 1987-1993 年爱尔兰政府和工会、雇主协会达成的合作框架，1990 年代，芬兰政府与雇主协会、工会达成的协议，¹⁰⁴以及 1998 年英国政府与慈善和志愿部门达成的合作框架。¹⁰⁵那些政府和社团关系方面持多元主义的国家也对利益集团的游说地位予以保障。这些方面都决定单纯的行为进路是无法反映现代社团的多样性以及它们的特殊利益需求。

采取行为进路的国家大体上也经历了一个组织进路向行为进路的转变。以法国为例，法国由于受卢梭思想和对中世纪行会制度的影响，对于社团采取禁止态度。法国于 1791 年 6 月 14 日颁布的《列沙白里哀法》，宣布工人的一切结社是对自由和人权的侵犯，课以 500 利弗尔的罚金，并被剥夺公民权利一年。1795 年通过的宪法对公民社团采取了严格的控制态度，认为公民团体变成有组织的集体，阻碍共和制度的正常运行。这部宪法的规定禁止组建“反对公共秩序”的协会（第 360 条）、而且任何公民大会都无权“自定为人民团体”（第 361 条），无权与其他团体通讯往来和举行公共会议（第 362 条），此外，任何团体都不能提出都不能提出集体请愿书（第 364 条），甚至连各当局也不准召集会议，“进行集体讨论”（第 367 条）。¹⁰⁶法国 1849 年 11 月 29 日通过的法律规定，凡联合起来争取提高工资的工人一律判处 3 个月以内的徒刑和 3000 法郎以下的罚款，工人徒刑期满后要受到警察当局 5 年的监视。¹⁰⁷出于对行会制度的憎恶，1804 年颁布的《拿破仑法典》也没有规定法人制度。但是后来由于工人运动的发展，以及人权理念的普及，社团及其在社会中的作用法律所承认。1901 年法国制定了《结社法》确认了结社自由，

¹⁰³ 工会免除民事责任最早的规定是英国 1906 年的《劳资纠纷法案》，美国 1914 年的《克莱顿法案》和 1932 年的《诺里斯-拉加蒂法案》确立了劳工组织对侵权行为的免责地位，欧洲国家在 1920 年代也大体上确立了这样的立场。——参见冯·哈耶克：《自由秩序原理》（下），邓正来译，生活·读书·新知三联书店，第 21-43 页。

¹⁰⁴ 参见斯密特等：《法团主义的命运：过去、现在和将来》，载张静：《法团主义》，中国社会科学出版社，第 167-191 页。

¹⁰⁵ 参见笔者《欧盟国家的社团立法：一个初步的分析》。

¹⁰⁶ 参见[意]萨尔沃·马斯泰罗内：《欧洲民主史——孟德斯鸠凯尔森》，黄华光译，社会科学文献出版社，2001 年版，第 35 页。

¹⁰⁷ 参见《马克思、恩格斯全集》第 7 卷，第 581 页。

对社团的管理也逐渐由管制逻辑转向自由的逻辑。

对于那些采取组织进路的国家来讲，除了新加坡之外，对社团严格的资格准入总是同一定形式的放任相伴随。政府没有能力完全控制社团，公民自身也没有动力就每一个社团去寻求许可。¹⁰⁸对于没有获得许可的社团政府对其存在采取默许态度，这些组织在没有违法行为时，政府往往持乐观其成的立场。这样在一定程度上又接近自由的逻辑。

（3）非营利组织管理的两种形式

不论是对非营利组织发展采取何种态度，政府对社团管理大体上采取两种模式，综合统筹管理模式和目的事业管理模式。

综合统筹管理模式是指不论社团的组织形式和活动宗旨与活动范围，由一个或几个统一的部门来管理社团的管理模式。从目前来看，世界上大部分国家采取的是这样的模式。在这种模式下，社团的法人登记和社团年度报告、社团审计事务、对社团的监督可能由一个政府部门来进行，或者可能由几个政府部门进行，但是这些部门都面向所有的社团。至于是一个部门还是几个部门，是中央统一管理，还是地方分别管理，不同国家有不同的做法。以美国为例，社团的税收管理是由联邦税务部门统一管理的，而且有严格的条件。社团主体资格的取得和年度报告、审计、以及监督则由各州自行规定，是实行许可制、还是准则制，各州并不相同。一般来讲州的司法厅是社团组织的登记和监督机构。新加坡的社团管理是由内务部的社团注册官员来管理的。英国的慈善组织则由慈善委员会来统一管理，慈善委员会是一个综合性质的机构，具有一定程度的立法、管理、和司法权，制定非营利事业的政策法规、管理慈善机构，对慈善机构的违法行为进行处罚。加拿大的社团管理则由政府几个部门分别进行，社团的法人登记和注销，年度活动的报告由商业部来管理，协调政府与社团关系，给社团拨付活动经费由内务部来管理，税务由税务局来管理。

统一综合管理在总体上把非营利组织与营利组织同等对待，认为它们都是公民自主活动的产物，只是宗旨和活动方式有不同而已，因而没有必要设置独立的管理机构。只是非营利组织从事非营利活动，享受免税待遇，需要特别的监督和审计。这些国家对于非法人非营利组织采取的是放任立场，非法人非营利组织可以合法活动，但是它们不能够公开募集资金和享受税收优惠。社团的类型多样，数量众多，国家一个或几个部门很难进行有效的控制，因而这种管理形式与自由的逻辑和行为的进路是合拍的。为了限制社团的非法活动，规范而严格的会计和审计制度、透明、多元的监督制度在一定程度上起到了事半功倍的效果。政府管理的同时民间组织的自律也是非营利事业健康发展的重要保证。在这些国家中存在民间的对社团的评估和评价机构，对该国的社团或某一类社团组织进行评价，引导公众的慈善捐助。以美国为例，纽约的名为“慈善信息署”的团体收集了全国 400 多个大的非营利组织的全部资料，并建立了一套评价体系，每年对这些团体进行评估，将起结果向社会公布。另外一个非营利组织“基金会中心”将全美 3 万多家基金会的资料收集到电脑网络中，供公众付费查询。¹⁰⁹非营利组织的活动领域，同样存在着市场效应，通过评估和公开的信息披露，不但可以规范非营利组织的活动，而且还

¹⁰⁸ 参见托马斯·西尔克主编：《亚洲公益事业及其法规》，中国科学基金会主译，科学出版社，2000年版。

¹⁰⁹ 参见陈金罗：《社团立法和社团管理》，法律出版社，1997年版，第131页。

可以推动非营利组织优胜劣汰。此外非营利组织是公民自我组织形式，通过非营利组织的自我约束、相互约束，规范非营利组织活动，与非营利组织自身的行动逻辑是一致的。

目的事业管理模式是根据非营利组织的宗旨和活动范围差异，由对应的政府部门来管理非营利组织的活动的管理模式。日本、韩国、中国的台湾是这样模式的典型代表。日本在民法典之外有 1946 年制定的《宗教组织法》、1948 年制定的《消费合作社法》、1949 年制定的《私立学校法》、1950 年制定的《医疗组织法》等法律来规范社团和其他民间组织，相关政府部门的负责人和地方行政首长都有权批准民间组织的成立，并通过相应的政府部门来管理、监督民间组织的活动。尽管 1998 年制定的《特定非营利活动促进法》规定非营利活动法人的主管机关是其主事务所所长地的地方首长和经济企划厅的厅长是主管机关，但是根据目的事业管理的模式并没有改变。在韩国，任何一个政府部门都可能是一个注册机构，非营利组织根据特征和宗旨，选择相应的部门申请登记注册。从目前来看，非营利组织的主管机关主要是农业、渔业部、环境保护部、健康与福利部、商业部、文化体育部、教育部，这些部门管理的非营利组织占整个登记在册的非营利组织的 87% 左右¹¹⁰。中国的台湾地区的管理模式与前两个国家基本相同，政府的业务主管机关是非营利组织的管理机关，法院是非营利组织的登记机关。

从管理的内容来看，主管机关的管理范围主要包括：主体资格的审核、法人变更的审批、年度审查和监督等内容。从管制的角度看，目的事业管理比统筹综合管理更合理一些。民间组织的类型多样，数量庞大，单一的部门管理必然的后果是以管理为初衷，以放任为结果。目的事业管理还能在一定程度上克服信息不对称的问题。但是多头的管理部门的标准不统一，或者相互争夺与推委也会使民间组织无所适从。如韩国出现的问题是：“没有规范政府机构决定是否批准一个机构成为法人的方法。而且不同的政府部门之间的登记要求不同，甚至大相径庭。尽管《民法典》中有总体原则和要求，但每个政府部门都有不同的审批标准。例如，一些部门注重于机构的财务，另一些部门则强调机构宗旨的公益性质。”¹¹¹台湾的问题是：“民法仅有原则性的规定，而各该监督准则或要点，内容繁简不一，标准宽松有别。”¹¹²“管理非营利组织的多样法规导致了混乱，并阻碍了强大的非营利部门的建立。因为这些法规未能明确规定基金会的对口管理部门，所以基金会申请人往往不清楚应向哪个部门提交申请。……在一些情况下，基金会已获得了管理部门的组建许可，但其登记申请却被地方法院拒绝。”¹¹³统一的标准和明确的管辖对于采取目的事业模式的国家是非常重要的，日本 1998 年制定的《特定非营利组织促进法》也大体上有这样的初衷。但是即使是标准统一了，管辖明确了，有些组织可能依然找不到管理机关，这是因为，在有限政府的格局下，民间组织的范围远远超越政府部门的范围。民间组织存在的领域正是正式的公共权力无法介入或者介入成本过高的领域。也许政府可以指定某一政府机关为那些找不到主管机关的民间组织的主管机关，但是也难以克服争夺或推委，当政府和民间、政府机关之间对于谁作为主管机关发生争议，谁的意见有最终的决定作用。如果这个补充机关管理过宽，又会走向统筹综合管理。我们会看到，如果要管理的话，统筹综合管理是一

¹¹⁰ 《亚洲公益事业及其法规》，第 202-203 页。

¹¹¹ 同上，第 205 页。

¹¹² <http://www.npo.org.tw/npodev/index1-1.asp>。

¹¹³ 《亚洲公益事业及其法规》，第 316 页。

种无奈和不得已的选择，一定程度的管理和大部分的放任是一个不得不承认的结果。

需要指出的是自由的逻辑与统筹综合管理，管制的逻辑与目的事业管理并不存在对应关系。泰国和新加坡都是统筹综合管理，但是它们管理非营利组织的逻辑是管制逻辑而不是自由逻辑。新加坡还是世界上对非营利组织管制最严厉的国家。¹¹⁴

2. 财产关系

西方社会对非营利组织的主流看法，认为非营利组织的主要特征是必须遵守“不分配限制”，即不得向控制企业的人员分配利润……剩余利润不在分配之列，所有的剩余收益都必须留在非营利组织内部，用于支持组织从事其章程所规定的业务。¹¹⁵我国非营利组织的政府主管部门在2000年《中国民间组织管理工作报告：进程与展望》用几乎类似的语言表达了对“非营利性”的看法，即不以营利为目的，资产及所得，任何成员不得私分，注销后的剩余财产应交给同类非营利组织，或者用于社会公益事业。¹¹⁶“不分配限制”是非营利组织财产法律关系的浓缩表达。由于2004年《基金会管理条例》对“不分配限制”做了比较清楚的规定，就不对基金会的财产关系进行讨论。

社会团体财产制度

1998年《社会团体登记管理条例》关于其财产关系规定包括：社会团体的资产来源必须合法，任何单位和个人不得侵占、私分或者挪用社会团体的资产；社会团体的经费，以及开展章程规定的活动按照国家有关规定所取得的合法收入，必须用于章程规定的业务活动，不得在会员中分配。社会团体在换届或者更换法定代表人之前，登记管理机关、业务主管单位应当组织对其进行财务审计等

如果社会团体将其利润在会员中分配，条例也没有规定救济措施。也没有规定社会团体清算后，剩余财产的归属。

民办非企业单位财产制度

《民办非企业单位登记管理暂行条例》将其定义为“从事非营利性社会服务活动的社会组织”，并且禁止其“从事营利性经营活动”。¹¹⁷条例对民办非企业单位财产归属的规定主要有以下条款：¹¹⁸a.民办非企业单位的资产来源必须合法，任何单位和个人不得侵占、私分或者挪用民办非企业单位的资产；b.民办非企业单位的合法收入，必须用于章程规定的业务活动；c.民办非企业单位接受捐赠、资助，必须符合章程规定的宗旨和业务范围，必须根据与捐赠人、资助

¹¹⁴ 《新加坡社团法》第14条规定：“任何社团，若非注册社团，应视为非法社团。（1）管理或协助管理非法社团的处5年以下监禁；（2）作为非法社团成员或参加非法社团会议的，提供非法社团或开会地点的初3000新元以下的罚款或3年以下的监禁或两罚并处；（3）使用暴力威胁或恐吓诱使他人成为非法社团成员，处4000新元以下罚金或4年以下监禁或两罚并处；（4）向非法社团捐款的或印刷、出版、展出、出售或邮送非法社团材料的处2000新元的罚金或2年以下的监禁或两罚并处。——参见陈金罗：《社团立法和社团管理》，第136页。

¹¹⁵ 汉斯曼著，于静译：《企业所有权》，中国政法大学出版社，2001年第1版，P332。

¹¹⁶ 参见吴忠泽等：“中国民间组织管理工作报告：进程与展望”，载《中国社会福利与社会进步报告》（2000），社会科学文献出版社（2000），P93

¹¹⁷ 《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条、第4条

¹¹⁸ 《民办非企业单位登记管理暂行条例》第11条

人约定的期限、方式和合法用途使用。民办非企业单位应当向业务主管单位报告接受、使用捐赠、资助的有关情况，并应以适当方式向社会公布。

此外，《民办非企业单位登记暂行办法》要求每个民办非企业单位都“须在其章程草案或合伙协议中载明该单位的盈利不得分配，解体时财产不得私分。”对于私分民办非企业单位财产的情形，条例规定“由登记管理机关予以警告。责令改正，可以限期停止活动；情节严重，登记管理机关可以撤销登记。”登记管理机关“还可以没收违法所得，并处以违法所得3倍以上5倍以下的罚款。”¹¹⁹

从法律表达来看，法律禁止民办非企业单位将本单位的财产“私分”给任何单位和个人，包括民办非企业单位的举办者。但“不得私分”不能理解为禁止分配利润给民办非企业单位的举办者或控制者。

虽然《民办非企业单位登记管理暂行条例》没有就法人型民办非企业单位的财产所有权做出规定，但从法人财产所有权的一般理论来看，法人具有独立的民事主体资格，法人拥有法人财产的所有权，出资者一旦出资，就失去了出资财产的所有权。

法人解散时的剩余资产，能否分配给出资人，民法通则和条例均没有一般性的禁止规定。条例只是规定民办非企业单位清算应在业务主管单位、登记管理机关的监管下进行，并不涉及剩余资产的归属。也就是说，履行了条例规定的清算程序，在业务主管单位和有关机关的指导下成立清算组，由清算组进行清算，并提交报告给登记管理机关。按照这样的程序，民办非企业单位将单位的剩余资产分配给举办者，并不是“私分”。因而，“不得私分”的禁止性规定，并不必然等于民办非企业法人受到“不分配限制”。

“不分配限制”应包含两层含义。其一是，民办非企业法人存续期间，不能将财产以红利分配或变相分配。变相分配主要是指通过不公平的关联交易，将利润转移出去。非营利法人财产制度应禁止不公平的关联交易。当不公平的关联交易发生后，法律应为救济非营利法人的损害提供民事诉权，而不仅仅是行政处罚。其二是，非营利法人解散，其剩余财产亦不能分配，应按照章程的规定处理，如章程未有规定，则由非营利法人决定，如何将剩余财产用于同样目的的机构。

3. 治理结构

法人机关的设置，首先要注意到社团法人与财团法人之间的差异。

(1) 对于社团法人而言，应该具备意思机关、执行管理机关和监督机关

① 社团法人的意思机关。社员与社团法人在人格上彼此独立，对这个问题的澄清有助于我们对具体制度的理解和把握。社员作为个人的人格与社团人格是相互独立的。“个人作为团体成员有另一种身份，而且，即使该团体只剩下他一人，该身份也不同其人格相混淆。”¹²⁰社员一旦加入社团，就获得一种社员资格，享受作为社员的权利，同时承担义务和责任。这一社员资格

¹¹⁹ 《民办非企业单位登记暂行办法》第6条；《民办非企业单位登记管理暂行条例》第25条

¹²⁰ [意]彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第53页。

与社员作为自然人的人格是分离的。社员作为自然人和作为社团的组成分子，存在很大的差别，作为自然人具有独立的人格，能够在私法自治的范围内，根据自己的意思亲自或者委托他人从事法律行为，并由自身来承担后果。但是作为社员的组成分子，社员资格本身就是权利与义务的综合体，社员在加入社团的时候，就自愿接受了章程规定的约束，单独的社员不能以社员的名义对外发生法律关系（当然，受社团委托的除外），而只能通过社团总会让自己的意思为社团总会所接纳。

法律赋予社团以独立的人格，这种人格上的独立性还体现在民事责任的承担上，古老的罗马法谚说“如果有什么东西给付给社团，它不应该给社团所属的个人，个人也不应偿还团体所欠之债。”后来各国所确立的制度也体现了这一点。法人的有限责任制度就是最好佐证。即使在英美法国家也是如此。美国示范非营利公司法第 6.12 条在规定成员对第三人的义务时，明确规定：法人成员个人不对法人的行为、负债、责任或者义务负责。而作为法人的债权人也不得启动诉讼程序以追究成员对法人的责任。

社团人格的独立性体现在非营利法人的意思机关上，社团就应该有自己的意思形成程序。约翰·格雷曾经说过：“社团是国家已授予它权力以保护其利益的人的有组织的团体。而推动这些权力的意志是根据社团的组织所决定的某些人的意志。”¹²¹如何将参与社团的人的不同的意志汇合成社团自身的意志，是意思机关本身要面对和解决的问题。于是就有了社团总会，其体现的是组织体的意思，这一意思有可能并非全体社员同意的意思，但是通过少数服从多数的规则来确定团体意思的时候，这一意思就成为社团的意思，即使投反对票的成员的意思与其相左，也得接受决议的约束。所以乌尔比安说，团体中多数人所为之任何事情，都是全体人的行为。当然也有例外，例如对于社团宗旨的改变有可能需要全体社员的同意；而且对于社员特权的剥夺也需要该享有特权的社员同意才可，而不能通过多数社员的意志来决定。

但同时，每个人参加社团本身就是结社自由的体现，因此在社团中应该尊重每个社员的意志，让社员在社团活动中能够实现自己原先的目的。所以如何保证每个社员真实有效地表达自己意思的权利很是关键（尽管社员个人的意思可能会因为没有获得足够的赞成票而无法实现，或者因为有足够的赞成票而不得不同意实施某一其本人反对的行为）。因此各国法律关于社员总会的召集程序、社团总会的决议程序及其效力和社员的权利义务（主要是表决权）作了详尽的规定。同时为了避免因为社团总会的决议违反程序要求，还应该对决议的撤销予以规定。

一言以蔽之，社团总会是个体意思汇聚成社团意思的场所，而社团决议则是汇集成社团意思的个体意思的结果。

②执行管理机关。在非营利法人中，董事会是一切权利、权力、责任、义务的中枢。机关在非营利社团法人中，还有最高权力机关——社员总会。但是这丝毫没有影响董事会在组织中的核心地位。

首先，董事会是代表非营利法人的机关。当非营利法人与第三人进行活动时，董事会是与第三人为法律行为的主体。其次，董事会是执行机关。非社团营利法人的宗旨的实现和社团总

¹²¹ 约翰·格雷：《法律的性质和渊源》，英文第 2 版，1938 年，第 51 页。转引自凯尔森著：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 122 页。

会决议的执行都通过董事会来进行。而对于非营利财团法人来讲，董事会是唯一的必设机关。所以，无论是公司治理结构还非营利法人治理结构，学者所关注的还是董事会是否能够发挥其应有的作用和功能。

对于董事会，一方面授予其应有的权限和自由发挥的空间很重要；另一方面对其进行必要的监督和规制也意义非同寻常。大量已经发生且暴露出来的治理结构上的缺陷都与董事和董事会有着密切关系。大陆法上对于董事的义务和责任规定得非常原则，与之相反的是，美国法上对董事的义务和责任的规定在很大程度上借鉴了其对于营利公司的董事义务和责任的要求，因此规定非常详尽而具体。

董事赔偿责任是两大法系都已经予以确定了规则，这在一定程度上使董事在履行自己的职务行为时更为谨慎。但是赔偿责任的确立也使董事在决策时优柔寡断，甚至会阻止有关人士加入到非营利事业中来的热诚和积极性。所以建构有关的董事责任限制制度是董事赔偿制度必要的阀门。

③ 监督机制问题。

大陆法系和英美法系在对非营利法人的监督机制的设置上呈现以下特点：

第一，大陆法比较注重法人的内部机构设置，尽管法律并没有对内部监事会的设置作强制性规定，但是从各国关于非营利法人的特别法规定来看，却有如此要求；而作为英美法代表的美国却并不设立内部监督机制，却通过相关制度，主要依靠严格的审计制度和报告披露制度来规制。这两种思路殊途同归，目的都在于使非营利法人能够按照法律和章规定行事。

追究其原因，这与一国关于法人制度规定的一致性有密切联系。对于非营利法人的监督机制的建立。立法者在很大程度上会借鉴本国在对营利法人进行有效法律规制的经验。以美国示范非营利公司法为例，其内部的很多规定都直接取材于其示范公司法的相关规定。而其他国家的相关规定中也可以看到该国公司法的影子。所以在建构我国非营利法人的监督机制时，也应该考虑这一因素。

第二，相关利益者在非营利法人的监督上发挥着很大的作用。从上文的阐述看，两大法系国家在确认非营利法人的捐助人和受益人的法律地位问题上有一定程度的相似性：即不同意捐助人和受益人直接干预非营利法人的日常事务，但是在符合特定条件的情况下，捐助人和受益人可以“利益相关者”的身份提起诉讼以寻求救济。对他们这一权利的确认尽管会与传统法律观念有一定的冲突，但是却可以寻找到解决的途径。

第三，政府监督功能的发挥。这可能是对非营利法人进行监督最需要把握好尺度和分寸的问题。在大陆法上，政府对非营利法人的监督主要是经过主管机关从非营利法人的设立、日常运作和解散等全方位来进行监督的；与此相比较，美国法上的政府监督主要是通过首席检察官和相关机构免税资格的审查来进行的。对于非营利法人的监督，政府一方面不能放任，而相反方面也不能约束过多。

我国非营利法人内部监督机制构建的思考

第一，从营利法人的经验角度

如果以营利法人为例，从我国公司法的规定来看，首先，第 103 条第 3 项规定，股东代表

大会的监事是由股东大会选举产生的。其次，关于监事的组成人员以及资格问题，第 124 条规定，股份有限公司设监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应在其组成成员中推选一名召集人。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事、经理及财务负责人不得兼任监事。可见监事会在我国的股份有限公司中属于必设机构。再者监事会的职权根据公司法第 126 条的规定，主要包括：（1）检查公司的财务；（2）对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；（3）当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理进行纠正；（4）提议召开临时股东大会；（5）公司章程规定的其他职权。另外，监事列席董事会会议。

可见，我国公司法中的监事会制度基本上沿用了大陆法上的监事会模式，甚至参照了德国式的由股东代表担任和职工参与的模式。但是在其实际功能的发挥上，仍然存在颇多问题：首先，监事会的地位非常尴尬。根据有关规定，监事会并不拥有控制董事会的实质性权力，其职权仅仅限于业务监督权，监事会尽管可以实施监督，但是监事会不能直接对董事和经理采取措施，而必须通过股东大会，这实际上弱化了监事会的监督功能。其次，监事会的组成更使其功能无法体现。因为在实践中，监事的提名和最终当选完全操纵在董事会和经理层手中。再者，对监事会成员缺乏应有的激励机制和责任机制，使监事会制度形同虚设。

所以在考察非营利法人内部是否需要设置监事会时，我们必须澄清两个问题：其一，非营利法人是否需要设置内部监督机构？其二，所设置的监事会是否能够发挥其功能？

第二，从目前立法和司法实践角度

我国目前实际状况考察，大多数非营利法人并没有设立监事会。笔者以清华大学 NGO 研究中心所提供的 23 个个案研究为基础进行统计，在该 23 个非营利组织中，没有一个组织内部设置了监事会或者类似的内部监督机构。

我国目前的立法状况来看，对于非营利法人内部监督机构的设置也鲜有强制性规定。我国目前只有《基金会管理条例》将监事作为基金会的必设机关，《社会团体登记管理条例》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》都没有如此要求，《民办非企业单位（法人）章程样本》中也是认为民办非企业单位（法人）得设立监事会。

新近通过的《基金会管理条例》中对监事的设置有所要求。该条例第 22 条规定，基金会设监事，监事的任期与理事任期相同。在监事资格的规定上，没有明确规定；而在其报酬上，则一律规定为不得从基金会获取报酬。监事的具体职责包括：依照章程规定的程序检查基金会财务和会计资料，监督理事会遵守法律和章程的情况；列席理事会会议，有权向理事会提出质询和建议，并应当向登记管理机关、业务主管机关以及税务、会计主管部门反映情况。在其义务和责任上，也仅对禁止内部交易和私分、侵占、挪用财产的予以了规定。

而民政部出台的《民办非企业（法人）章程样本》中对于监督机构的设置是这样拟订有关条款的：首先，规定民办非企业单位可设立监事会，监事由出资单位选举产生和更换。监事会由全体监事组成，负责对董事会成员以及其他高级管理人员进行监察，防止其滥用职权，侵犯单位及单位员工的合法权益。其次，并不要求监事会的具体人数，但是却需要明确推选一名召集人。监事会中的职工代表由单位职工民主选举产生。再者，监事会的职权包括：（一）检查单

位的财务；(二)对董事、主任(校长、院长)执行单位职务时违反法律、法规或单位章程的行为进行监督；(三)当董事和主任(校长、院长)的行为。损害单位的利益时，要求董事和主任(校长、院长)予以纠正；(四)单位章程规定的其他职权。监事会的具体议事规则，即监事会议实行一人一票少数服从多数的表决制度。监事会决议需经过半数监事表决同意，方为有效。监事的任期每届三年，任期届满，选可以连任。监事不得兼任单位董.事、经理及财务负责人。

可见，我国目前有关监事会的设置与公司法中的规定非常相似。因此其存在的问题也很类似，监事会的人员组成无法保证，而且其职权也局限于对业务的监督，缺乏激励机制和责任机制。

尽管有学者主张取消监事会而成立独立董事制度，但无论是设立独立董事还是监事会，其制度的目的都是为了在法人内部设置必要的监督机关，根据我国的立法传统，选择在非营利法人内部设置监事会还是比较妥善。但是为了更好地使监事会发挥应有的功能，应该赋予监事会更大的权力：例如授权监事会可以代表公司起诉违法董事和高级管理人员；由监事会来决定聘请会计师事务所；监事会可以召集临时社团总会或者董事会等等。

第三，其他监督机制设置的思考

当然仅仅凭借内部监督机构是远远不够的，因此在非营利法人内部设置监事会的基础上，有必要构建完善的监督机制。

首先，对于行政监督问题的思考。从目前我国的相关规定来看，行政机关对于非营利法人的监督和管制还是非常严格的。我国实行的是“双重管理体制”，即对于社会团体法人、非企业单位和基金会，从申请成立到开展活动，都受到民政部门和业务主管机关共同管理。对于社会团体法人，这种管理模式在1989年的《社会团体管理条例》中已经有体现，而到1998年经修订颁布的《社会团体管理条例》中进一步得到强化。而对于非企业单位来讲，也是如此，《民办非企业单位登记管理暂行条例》第5条规定登记管理机关和业务主管机关，而第19、20条则规定了各自的职责；新近通过的《基金会管理条例》也依然遵循了这一立法思路，该条例第6、7条也规定了登记管理机关和业务主管机关。对于双重管理体制问题的弊端已经逐渐为学者所认识，主要集中在以下方面：第一，双重管理体制使欲成立任何非营利法人，首先要找到挂靠单位，这无形中提高了设立条件；¹²²第二，有些非营利法人由于寻找不到主管单位或者该主管单位审查标准过严，而无从建立，不得不寻找其他变通方法。第三，从目前登记管理体制考察，非营利法人（包括社会团体法人、非企业单位法人和基金会）的登记管理机关均为国家民政部 and 地方各级民政机关；而业务主管机关则因各非营利法人的具体情况而分属不同的部门。这样的立法思路依然还残存着计划经济之下的政府部门职能分化的痕迹。对于非营利法人发展不利的是，各业务主管部门都将非营利法人事务作为副业来对待，因此不会对此过于关注，从“多一事不如少一事”的角度，往往会对非营利法人采取过严的审查标准。同时也不利于主管机关的专业化。因此不如设立统一的管理机关。

¹²² 参见苏力等著：《规制与发展——第三部门的法律环境》，浙江人民出版社1999年版，第38页；康晓光：“转型时期的中国社团”，载中国青少年发展基金会、基金会发展委员会编：《处于十字路口的中国社团》（中国第三部门研究年鉴2000年），天津人民出版社2001年版，第7页。

其次，非营利法人的捐赠者和受益人的法律定位问题。我国目前的法律法规对受益人几乎没有什么规定，但是对于捐赠人的权利还是有一定的规定。

第一，捐赠人的知情权。《公益捐赠法》第 21 条规定了捐赠人的知情权，即“捐赠人有权向受赠人查询捐赠财产的使用、管理情况，并提出意见和建议，对于捐赠人的查询，受赠人应当如实答复。”《基金会管理条例》第 39 条第 1 款也规定，捐赠人有权向基金会查询捐赠财产的使用、管理状况，并提出意见和建议，对于捐赠人的查询，基金会应当及时如实答复。

第二，对于受赠人违反捐赠目的的法律后果，《公益捐赠法》和《基金会管理条例》的规定有所不同，《公益捐赠法》第 28 条规定了受赠人的责任，即“受赠人未征得捐赠人的许可，擅自改变捐赠财产的性质、用途的，由县级以上人民政府有关部门责令改正，给予警告。拒不改正的，经征求捐赠人的意见，由县级以上人民政府将捐赠财产交由与其宗旨相同或者相似的公益性社会团体或者公益性非营利的事业单位管理。”而《基金会管理条例》第 39 条第 2 款则规定，基金会违反捐赠协议使用捐赠财产的，捐赠人有权要求基金会遵守捐赠协议或者向人民法院申请撤销捐赠行为、解除捐赠协议。前者依赖于行政机关的职权行为，而后者却直接授予了捐赠人提起诉讼的权利。至于这两种救济途径的选择问题，则有待法律进一步予以明确。¹²³

再者，关于信息披露和报告制度的建立。对于向主管部门的报告制度，则相对比较完善，例如《社会团体管理登记条例》第 31 条规定，社会团体应当于每年 3 月 31 日前向业务主管单位报送上一年度的工作报告，经业务主管单位初审同意后，于 5 月 31 日前报送登记管理机关，接受年度检查。工作报告的内容包括：本社会团体遵守法律法规和国家政策的情况，依照本条例履行登记手续的情况、按照章程开展活动的情况、人员和机构变动的情况以及财务管理的情况。《民办非企业单位登记管理暂行条例》第 23 条有几乎一样内容的规定。《基金会管理条例》第 36 条也规定基金会和境外基金会代表机构应该于每年 3 月 31 日前向登记管理机关报送上一年度工作报告，接受年度检查。年度工作报告应当包括：财务会计报告、注册会计师审计报告，开展募捐、接受捐赠、提供资助等活动的情况以及人员和机构的变动情况。

但是，无论是与上市公司的信息披露制度相比较，还是与已有的非营利法人的报告制度相比较，我国的非营利法人的信息披露制度还处于襁褓阶段。只有《基金会管理条例》中规定了信息披露的义务。该条例第 38 条规定，基金会、境外基金会代表机构应当在通过登记管理机关的年度检查后，将年度工作报告在登记管理机关指定的媒体上公布，接受社会公众的查询、监督。

(2) 关于财团法人，则有其特殊之处：

① 组织机构的设置的特殊性

财团是以特定财产的集合，并独立与外界发生权利义务关系。所以财产的管理与运作是财

¹²³ 在实践中，由青少年基金会创导的“一对一”模式更是直接引入捐赠人进行监督的典型例子。“一对一”模式使捐赠者和贫困地区的失学儿童直接结对挂钩，建立直接联系，实行定向资助直至小学毕业。这种模式的意义“绝不仅仅限于给捐赠者带来极大的心理满足，成全了他们的慈善成就感，更为重要的是，它建立了一种刚性的自动监督机制。……这种监督机制的建立意义无比深远：第一，它提高了基金会廉洁运作的可能性；第二，提高了捐款的配置效率；第三，赢得了捐赠人的信任，因而也就赢得了他们的捐款。”——黄传会：《希望工程：苦涩的辉煌》，人民文学出版社，2000 年版。转引自陈振明主编：《公共管理学——一种不同于传统行政学的研究途径》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 420-421 页。

团法人的重要课题。这与社团法人中必须尊重社员的意愿有明显的区别。当然财团法人的财产的运作与管理最终也是为了实现财团法人内的目的与宗旨。因此在财团法人中主要的组织机构就是董事会（或者理事会），作为其最高决策机构和执行机关。董事会、董事以及监察人的任免也都得按照章程的规定。¹²⁴

一般而言，财团法人的组织及管理方法一般均由章程来规定，¹²⁵法律只对组织机构的变更有特别的规制。当然也有国家的法规对财团法人的内部机构设置作了详尽的规定。¹²⁶

与社团法人相比，董事会在财团法人中的作用更为显著。财团法人的董事会是财团法人的意思决定机关和执行机关，于捐助章程所定的目的和职权范围内，代财团法人对外为意思表示，并执行为达成财团法人目的的各种行为。在具体的规定上，比较特殊之处在于：在社团法人，董事的任免由社员大会来通过。由于财团法人本身无此意思机构。对于董事的任免方式应该按照法律和捐助章程的规定来进行。在设有监事会，并且监事会凌驾于董事会之上的，也可以由监事会来任免董事。根据台湾民法第 33 条第 2 项的规定，前项董事或者监察人违反法令或章程。足以危害公益或法人之利益者，主管机关得请求法院解除其职务，并为其他必要之处分。而台湾私立学校法第 32 条规定，将解除董监事职务以及必要处置权归属于主管教育行政机关，并不需要法院的裁判。

②财团法人组织机构的变更的特殊性

社团法人的组织机构由法人的章程决定，而财团法人的财团组织及其管理方法，一般由捐助人以捐助章程或遗嘱决定。¹²⁷而在组织的变更问题上，社团法人可以由社员大会来进行，例如瑞士民法典第 65 条规定，“社员大会决定社员的入社和除名，选举董事会以及其他所有不属于社团其他机构管理的事项。（2）社员大会监督社团各机关的工作，并可以随时免除其职务；但被免职人因为既定的契约而享有的请求权不受妨碍。（3）有重大事由时，依法产生免职权”；而对于财团法人而言，只能由主管机关来决定。如果捐助章程所定的组织不完全，或者重要管理方法不具备，根据我国台湾地区的法律规定，法院得因主管机关、检察管或利害关系人（如财团的受益人、捐助人的继承人等）的申请，为必要的处分。¹²⁸这里所谓必要的处分，就是对章程本身进行补充，例如董事有缺额的时候，如果章程本身没有规定是否应该补足名额以及如

¹²⁴ 学者也有主张财团可以就职员之选任、财产用途之支配等事项设立一个特殊机关，例如设立人会议或受益人会议、族人会议、评议会等。这类会议可以准用社团总会决议的有关规定。——参见史尚款著：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 237 页。对此，笔者认为在议事规则上可以准用社团总会决议的有关规定，但是，其决议的效力仅对某个具体事项起决定作用，而且不得就财团章程的变更、财团组织机构的变更以及财团解散等事项作出决议。因此这类会议在法律地位上不得与社团总会等同，也就不能因此认为拥有此类会议的财团法人就拥有自身的意思机关。

¹²⁵ 例如德国民法典第 85 条规定，财团的组织，以其不基于帝国或者州法律为限，由捐助行为确定。瑞士民法典第 83 条规定，（1）财团的机构及管理方式由财团证书（应指财团章程——编者）规定。（2）如果所规定的组织不健全，监督机关须作必要的处理。（3）当前款的处理不能达到预期目的时，监督机关可以将该财团的财产划归与其宗旨最相一致的另一财团。但是捐助者提出异议或者与财团证书（章程）有明确的相反规定的，不在此限。台湾地区民法典第 62 条规定，财团之组织及其管理方法，由捐助人以捐助章程或遗嘱定之。捐助章程或遗嘱所定之组织不完全，或重要之管理方法不具备者，法院得因主管机关、检察官或利害关系人之声请，为必要之处分。

¹²⁶ 具体规定可参见《芬兰财团法》和《爱沙尼亚财团法》的有关规定。

¹²⁷ 例如我国台湾地区民法第 62 条的规定。

¹²⁸ 台湾地区民法典第 62 条。

何补足，那么法院就可以根据情况作出相关的处理。

但是值得注意的是，主管机关也并非可以随意变更组织，一般受到下列限制：一者，要有变更组织的必要，在德国法上明确规定是“主管机关可以变更财团的组织，但是以变更目的有此需要为限”。而瑞士民法典也有类似规定；¹²⁹我国台湾地区民法则要求是“为维护财团之目的或保存财产”；二者，变更组织之前，应当听取财团董事会的意见。¹³⁰例如瑞士民法的规定相对比较尊重作为财团法人的最高机关的董事会，在程序上，作组织变更的联邦参议院需在征询财团法人的最高机关后再作出变更。¹³¹三者，有利害关系人的申请，例如我国台湾地区民法典第63条的规定，法院得因捐助人、董事、主管机关、检察官或利害关系人之声请，变更其组织。

北京大学法学院非营利组织法研究中心

2005年3月

¹²⁹ 瑞士民法典第85条规定：“州的主管机关，或者如果该财团隶属于联邦监督时，则为联邦委员会，可以应监督机关的提议，并在听取了财团的最高机关的意见后，变更财团的组织，但是仅以保护财团财产及维护其目的的迫切需要为限。”

¹³⁰ 德国民法典第87条、瑞士民法典第85条都有这样的规定。

¹³¹ 参见瑞士民法典第85条的规定。