

[文章编号] 1672-7320(2010)04-0507-06

论慈善法人的法律属性

——以公、私法人区分为视角

王雪琴

[摘要] 研究慈善法人的公、私法属性具有重要的理论和实践意义。从其发轫、发展到今天,慈善法人的法律属性发生了从公法人向私法人的巨大转化。如今在国外,国家权力已经退出慈善部门,其当属私法范畴。然我国的慈善法人在各方面均表现出强烈的公法人倾向。有必要改变现行的纵向行政部门立法模式,以民事法人制度为起点构筑横向的私法模式。

[关键词] 慈善法人;法律属性;公法人;私法人

[中图分类号] DF4 [文献标识码] A

一、从历史的角度看慈善法人公、私法属性之变化

慈善的历史几乎与人类的历史同步,但慈善组织的兴衰却取决于国家对组织和慈善两个问题的态度。随着时代的发展,慈善活动的组织出现了私主体化趋势,慈善范围也在扩张。这正应验了梅因博士之判断:整个社会运动呈现从身份到契约之发展趋势^[1](第97页)。也即,作为慈善,经历了从约束到自由之历史过程,其法律性质也在经历由公法规制到私法调整之历史轨迹。

(一)法人制度产生之前的政府慈善

慈善活动和慈善组织的产生要早于法人制度。

慈善萌芽于原始社会群体部落及氏族之中。早在公元前10世纪以前,赫梯人的古代部落已出现把个人财产捐献给寺庙和社会的作法。此时的慈善仅仅是偶然的、个别的行为。慈善真正意义的发轫是国家建立之后开始的。据史籍记载,我国西周建立之初,中央政府就设立了专门管理救灾事务的官职——地官司徒,规定了十二条救灾政策。春秋战国时期惠政的记载则主要包括救灾减害的荒政和恤老慈幼的善政。秦汉建立统一的国家政权以后,社会救济逐渐成为地方政府的重要社会事务,不仅救助措施比较完备,而且救助政策渐成惯例,如赈灾方面,有赈谷、赈钱、赈粥和赈工,仓储方面有“常平仓”、“社仓”、“义仓”、“惠民仓”等。西方国家的慈善史也是如此。罗马帝国初期,罗马皇帝设立过类似“食品基金会”的财团以救济贫困孤儿,防止人口减少。后期还出现了为养育院、医院、孤儿院以及向教会遗赠或捐赠财产的行为^[2](第7页)。

这个时期的慈善主体基本上是国家,如果依现代法人观念来看,属于公法人性质。而此时的民间慈善活动还受到国家和家族的严格限制。表现在:第一,慈善行为受到限制。为了维护家族的延续,罗马法的遗嘱法和生前赠与法规定,慈善性的遗嘱不具有永久效力,必须由家族内的每一代继承人作主持,都同意赠与才能一代一代延续下去。第二,慈善团体的身份受到限制。因为人民团体经常被利用从事政治斗争,罗马共和国末期,奥古斯都执政后制定了《优利亚结社法》,规定除宗教团体外,设立其他团体

采取严格的准入制度,必须经皇帝或元老院的批准。

(二) 财团法人与慈善的结合

自公元 5 世纪以来,中世纪基督教和伊斯兰教兴盛,大部分的善款都捐赠给教会以用于慈善事业,并由此形成了最初形态的财团法人。在李宜琛先生所著的《日耳曼法概论》中,较详尽地描述了财团法人的产生与慈善之间的关系。在日耳曼的早期,社会慈善事业基本上由教会独占,其他社会组织或个人欲为慈善之事,只能将财产捐助给教会。此项财产由教会所有,僧侣管理,但是否尊重捐助人意志而使用,法无限制,任由教会支配。13 世纪后,教会将此种捐助财产单独设置,并赋予其一种抽象人格,即财团法人之法律人格。这个时候的财团法人,又被称为宗教性财团法人,其宗旨、财产之管理等由教会决定,捐助人不得左右。到文艺复兴和其后的宗教改革时期,随着个人意识的强化和教会势力的削弱,出现了由捐助人决定捐助财产用途及管理方式的要求。捐助财产以宗教性财团法人为范式,建立了被称之为世俗性财团法人的慈善法人,捐助事业的范围也由慈善救济扩展到教育、科学、文化、医疗、卫生等公共领域。此后,凡设立财团法人,无需教会认许,而由国家许可,并受国家管辖和监督^[3](第 47-48 页)。然国家对慈善法人的设立采取特许主义,使得慈善法人的存在完全由国王或议会决定,捐助人选择慈善组织的形式、财产的用途、人员的选派等自由亦受到严格限制,慈善法人始终脱离不了对国家的依附。

值得注意的是,慈善法人的产生并不是私法发展的结果,而是国王和教会之间权力斗争的附属品。在这场著名的斗争中,教会的权力被剥夺、限制,慈善权力只是其中的一个方面。由国家特许和监督慈善法人的结果是有关立法的出台。英国亨利八世开始规定征收救济品,由地方政府分发救济贫民。1601 年,英国女王伊丽莎白一世颁布了《慈善法》和《济贫法》,这是世界上第一部关于慈善事业的立法。它规定政府利用税收举办公共救济事业,确定教区为所在地之居民充实救济经费,为不能工作的人和儿童准备粮食,为体力健全的人准备工作,救济无力自理生活的人等。德国亦于 1788 年开始实行汉堡制,将全市分为若干区,分别对贫困者实施救济,或介绍职业、医疗疾病等,并设中央办事机构,总管全市救济行政事务。1852 年开始实行爱尔伯福制,对汉堡制加以修改完善,各区再分段,负责对段内的贫民进行经常性调查,按需给以补助,并办理职业介绍,以及对游民进行管理训练等。各市设有全市性的赈济组织。在此期间,欧洲其他国家和美国的各类慈善组织相继成立。

在法人制度与慈善的第一次结合中,我们可以看出两个特点:(1)现代意义上的财团法人制度并没有建立,无论是宗教性财团法人还是世俗性财团法人,其法人目的、组织机构、社会影响力等均与现代财团法人有很大不同;(2)慈善性质的财团法人先受教会权力控制,后受国家权力控制,从来没有过私法性质的自治。这个时期国家对民间结社仍然抱有很大的谨慎和警惕,虽然私人开始介入慈善活动,但慈善法人对国家的强依附性使其法律属性仍然为公法人性质。但世俗性财团法人的建立,使慈善法人开始向着民间、自治、独立的方向发展。

(三) 私法人与慈善的渐近

直到 19 世纪,私法人性质的慈善组织仍然得不到社会的普遍认可,甚至私人做慈善都受到质疑,人们并不乐于接受这种捐赠。格莱登在题为“黑钱”的文章里这样问道:这些钱干净吗?有谁或哪个机构知其来历动用它而不会受到蔑视?格莱登的这种看法在当时并不是个别的。例如在同一时期,受人尊敬的简·亚当斯拒绝了一家公司为建造一船坞工程捐赠的 2 万美元。她在报告中解释说:“接受一名雇主的捐赠是不可想象的”^[4](第 108 页)。这种观念表现在立法上为明文禁止私人企业从事慈善活动,更不用说自主设立私法性质的慈善法人了。美国在 1837 年对“查尔斯河大桥”一案法院裁定:“公司的行动受契约规定,是有限的、具体的,任何超出许可范围都是被禁止的”^[5](第 321-347 页)。所以至 19 世纪末,即使当时私法人制度已经逐渐完善,私人企业实力得到了很大的发展,但当时的社会还是不欢迎私法人性质的慈善组织。

随着社会生产力水平的提高,社会财富的积累和贫富阶层差距的极度扩大为慈善的多元化发展奠定了经济基础和社会基础,而政府和市场的“双失灵”使得人们开始接受慈善这类公共产品的非国家供

给。另一方面,第三方政府理论、福利多元主义与第三次分配理论的勃兴,为慈善组织的民间化、自主化提供了理论基础。越来越多的人开始关心和参与慈善事业,各国的慈善人数和团体越来越多。据统计,现在英国至少有50万个慈善组织,其中13.3万家注册团体,1268家基金会;美国截至2006年估计有150万个非营利组织;加拿大有16.1万个慈善部门,注册的有8.3万个;新加坡慈善团体有1747家;香港申请税务优惠的慈善团体有4000多个。

大量慈善组织的产生,使得其合法化需求加大,各国纷纷放松了对慈善活动的行政控制和降低了慈善组织的设立标准。要以组织的身份进行活动团体就必须具有独立的法律人格——法人;要使得慈善活动不受捐助人影响而永久存续就必须尽量减少人的因素——财团。因此慈善组织多选择采用财团法人的形式来获得国家权力机关的认可,实现其合法化进程。此时的财团法人不再是传统意义上的财团法人,出现了以基金会、慈善协会为代表的现代财团法人制度。还有一些慈善组织选择公司型法人注册,以有限责任公司(美国有些州允许设立)、有担保的有限公司(英国、澳大利亚和我国香港允许设立)的形式获得国家认可。基金会、慈善协会、私法上的公司等都属于传统的私法人范畴,慈善组织的私法化进程由此展开。

与此相对应的是,政府有关慈善的行为不再被认为是行善而是在履行职责。在政府与慈善组织的关系中,政府是“资金和指导的提供者(a provider of fund and direction)”而不是慈善“服务的提供者(a diver of sevice)s”^[9](第255-275页),有的国家甚至还专门立法禁止政府作为慈善组织的创始人。例如《俄罗斯慈善活动和慈善组织法》第8条规定:“自然人和(或)法人可以是任何形式慈善组织的创始人。国家权力机关、地方自治机关以及国有企业、地方所有的企业、国有事业单位和地方所有的事业单位不得成为慈善组织的创始人。”但政府仍然作为慈善法人最主要的捐助人(不再是控制人),这是因为属于第三部门的慈善法人是政府失灵的产物,政府亦为其慈善活动的受益者。所以,各国政府均立法要求对慈善法人给予特殊的法人待遇,从慈善法人的设立要求到减免税的优惠、从竞争控制到责任限额等,均体现出国家对慈善法人与非慈善法人(包括营利性法人和互益性法人)不一样的法律规制策略,以鼓励、扶持甚至直接资助慈善法人。

至此,慈善法人已经与公法人渐行渐远,向着私法人的方向发展。

二、目前我国慈善法人的法律属性

(一)国外慈善法人的私法人属性

国外法律并未直接界定慈善法人的法律属性,但从其法律及法务看,慈善法人明显具有私法属性。

1. 慈善法人设立的法律依据是私法。德国慈善法人设立的法律依据是《德国民法典》第80-88条;瑞士对慈善法人的原则性规定在《瑞士民法典》第52条第2项;日本对慈善法人的基本规定在《日本民法典》第34条;我国台湾地区对公益社团以及财团的规定在其“民法典”第45、46、59条。除民事基本法以外,有的国家还根据实际情况另行颁布特别法进一步以规范,如德国2002年的《财团法的现代化法》、日本的《公益法人法》等。而在普通法系,慈善法人的设立更是与公司类营利法人的设立共用一部法律。以加利福尼亚州为例,加利福尼亚法人法(California Corporation Code)第一章规定的是公司法人,第二章规定的是慈善法人,第三章规定的是互益法人,第四章规定的是宗教法人。

2. 慈善法人设立的原则普遍比营利性法人和其它非营利性法人更加宽松和自由。德国对慈善法人的设立采准则主义,但对营利性法人采更加严格的许可主义;日本对慈善法人设立采用的是行政许可主义,但属于一种特殊的许可——“认可设立”,其特点是:如果某团体具备法律所规定的要件而向主管官署提出设立申请,主管官署必须认可。瑞士和意大利更是采用自由主义,将国家公权力的影响降至最低。而公法人的设立在世界各国无一例外的都是依法律的规定或行政命令强制设立的。

3. 慈善法人自主经营、自负盈亏。各国慈善法人普遍借用公司法人的治理结构,由董事会全权负责法人的运营。董事会既是权利机关又是执行机关,对外代表慈善法人,对内执行法人事务。既不受国家

权力的控制,亦不受法人创设人的影响。慈善法人视运营情况可以自行决定合并与分立;法人目的完成或不能完成,可以自行解散;法人经营不善,亦可申请破产。国家则主要依靠税收政策和年审制度予以外部监督。

4. 各国严禁慈善法人从事党派政治活动。美国《国内税收条例》501(c)(3)条款规定,只要慈善法人参与政治活动、竞选活动或进行了“实质性”游说的,都不再具有“慈善性”。在德国,任何政治性的基金会,即使名字也叫基金会,只要被发现依赖税收或附属某个政治党派,就丧失慈善法人资格,如德国联邦文化基金会。其他国家亦有类似规定,如《俄罗斯慈善活动与慈善组织法》第2条第2款规定,禁止在实施竞选活动的同时实施慈善活动,禁止在实施慈善活动的同时就决议问题实施鼓动宣传;《亚美尼亚共和国慈善法》第3条第2项规定,慈善不包括以货币或其他物质方式给政治党派和商业组织提供帮助。

5. 现代慈善法人的监管认证机构开始从政府全权负责向独立运营的第三方机构转变。如美国的 NCIB (National Charities Information Bureau)、德国的 DZI (Deutsches Zentralinstitut fuer Soziale Fragen)、荷兰的 CBF (Central Bureau Fondasenwerving)、巴基斯坦的 PCP (Pakistan Center for Philanthropy) 以及菲律宾的 PNCN (Philippine Council of NGO Certification) 等。这些组织都是独立于政府的专业机构,不受行政权力的干涉,专门负责对慈善法人的监管和评估。

6. 各国慈善法人普遍接受政府的财政支持。慈善法人的收入基本有以下四种来源:(1)收取的对外服务费;(2)接收到的社会捐赠;(3)政府拨款;(4)其它收入,如会员缴纳的会费。在美国,慈善法人接受政府拨款占其总收入的31%左右,英国为38.1%(同期个人捐赠为35.4%、公司捐赠为1.4%),加拿大为50%左右(同期个人捐赠为约10%、公司捐赠约1%),法国和德国更高,分别达到60%和70%。英国政府除直接拨款以外,还将每年博彩收益的28%通过文化部分配给全国的各类民间慈善法人。

由上可知,国外的慈善法人虽普遍得到国家财政的大力资助,但并不意味着就具有了公法人属性。从其意思自治、平等、独立、民间性上看,慈善法人当属于私法人。

(二)我国慈善法人的公法人倾向

与其他国家比,我国慈善法人具有如下特点:

1. 我国慈善法人设立的法律依据主要是国务院颁布的《社会团体登记管理条例》和《基金会管理条例》,这两个条例在法律性质上属于公法之行政法。

2. 我国慈善法人之设立原则为行政许可主义,相较于公司法人的准则主义,国家对前者要求更高,控制更严。

3. 大部分慈善法人由政府直接创设。我国慈善法人有官办型(如国家自然科学基金会)、官办民助型(如宋庆龄基金会,与官办型不同的是,官办民助型的原始基金由国家一次性投入,但成立后采用民间基金会的模式运作)、民办官助型(如中华环境保护基金会,其原始基金由个人捐助,其后通过行政手段募集资金)和民间型(我国一些名人基金会是这种类型。如吴作人国际美术基金会、李可染艺术基金会)。其中半官方的慈善法人对慈善事业形成了垄断,纯粹的民间型慈善法人屈指可数。

4. 大多数半官方慈善法的法定代表人为国家机关现职官员,法定代表人以外的专职人员是事业编制或公务员编制,工资来源于政府预算,且享有一定的行政级别。如宋庆龄基金会属于副部级单位,其领导人是政府任命的官员。有些慈善法人和政府部门还属于“一套班子,两块牌子”。

5. 政府非常重视对慈善法人的监管,设立了由业务主管部门和民政部门两个并列级别的双重审查监管体系,慈善法人的设立、运营、解散都有权直接干涉。

6. 政府直接参与慈善法人的募捐活动。特别是灾害发生后,政府习惯动用行政力量直接募捐,甚至索捐。

用以上特点对比公法人和私法人的划分标准——“尽管划分标准很多(笔者注),各种划分标准的实质内容其实是一致的:依公法设立的法人,由国家或公共团体设立的法人,与国家有特别关系并受其特别保护以及行使或分担国家权力或政府职能的法人 其设立或活动的主要目的是为了社会利益的法人”

属于公法人。”^[7] (第42页)——我国慈善法人属于公法人无疑。

但笔者对此结论并不认同。从近年我国民法理论的发展来看,法人的概念及体系作为一项基本民事制度已经确定存在于实然意义的私法之中了,公法主体是不用“法人”这一民事概念的。正如陈晓军在其博士论文《互益性法人法律制度研究——以商会、行业协会为中心》中所述:“当我们在使用法人这一概念的时候,实际上也是在私法人这个层面上使用的”。政府、军队等公法人很少有人把它们称作公益法人,即使它们是也为国家利益和公共利益服务。既然我国现行法律将获得注册的慈善组织界定在私法“法人”层面而没有使用诸如“机关”、“行政单位”这样的公法称呼,那是否可以推导出国家的本意还是让慈善法人自由发展、意思自治呢?所以,在这里我们暂且说我国的慈善法人有强烈的公法人倾向。

(三)慈善法人是不是属于社会法人

一般认为,私法所保护法益为私人利益,而慈善法人追求的是成员之外的公共利益,并没有自身的特殊私利,因此,将慈善法人定位于私法人很难令人信服。而以法主体划分,国家是一个公法主体,以公共利益之代表自居(亦有人认为国家利益不等于公共利益,主张国家仅为国家利益的代表),似乎与慈善法人具有同一属性。这是否意味着在公法人和私法人之外还存在着第三条道路——社会法人?

从法律部门的角度看,确实存在社会法。世界上第一部《社会法典》诞生在1975年的德国,但被划归为公法,属于特别行政法,主要涉及社会福利支出方面的行政给付。在日本,社会法主要指劳动法和社会保障法。在法国,社会法被认为还包括社会安全法。2003年我国进行了新中国成立以来的第一次法律汇编,题为《中华人民共和国法库》,其中将社会法作为一个独立的部门:“社会法是社会保障制度的基本法律规范,包括对劳动者、失业者、丧失劳动能力和其他需要社会扶助的社会成员权益的保障制度。”所以,在各国实定法上,“社会法人”为行政关系之主体和劳动关系之主体。在法学理论研究中,关于社会法的讨论更为深刻和广泛。其中一种观点认为社会法是与公、私法相对应的第三法域。持这一观点的主要是经济法学者,在相当程度上是想通过社会法的理念来解释陷入困境的经济法理论,因此他们将第三法域界定为社会立法和经济统治立法。另一种观点从法社会学的角度考察,认为社会法是一个相对于国家法的概念,是与国家法相对应的民间法。因此社会法除包括第三法域外,还包括公法和私法中的法律社会化现象^[8] (第16页)。以上理论研究总的来说都很薄弱,没有形成较有影响的通说,要想突破实定法之限制,还需要有充分的理论储备和实践经验的总结。

社会法之所以难以在公、私法之间划出自己的专属领域,除了上述理由以外,更主要的是“社会”这一概念的空泛性。马克思在他早期著作中多次谈到,社会本身是政治国家和市民社会的组合。“社会”是一个网状结构,国家不是凌驾于社会之上的,而是存在于社会之中,是社会的一部分;市民社会不同部分的实践活动则是这张网重要联结点。政治国家是公法或者公权存在的基础,而私法存在的基础恰恰是市民社会。尽管现代出现了“公权私法化”和“私法公权化”现象,但其本质是公权力回归政治管理职能、私权利追求共同利益而产生的,并不是在政治国家和市民社会之间创造了一个可以独立存在的“社会”。民事主体所享有的私权,都可以分为三类(1)绝对自由的私权,如婚姻自由权和法人治理权;(2)受限制的私权,如所有权;(3)具有社会权力属性的私权,如教育权和环境权。应当看到,所谓的社会权力的立足点仍然是市民社会,其基础在于私权利的结合,是私权因有某种共同利益关系而转换成的权力。

公法、私法的划分从来不存在泾渭分明的界限,但其划分之理念自罗马法以来一直具有极其重要的方法论意义。在民法学界,几乎所有的有关著述均强调公、私法区分之必要性,即使反对“私法优位论”的公法学者,也基本上对公法私法的区分没有异议^[9] (第10页),所以,我们不能任意改变这一大陆法系对法人划分的最基本模式。在对待慈善法人的公法化倾向问题时,应当从私法秩序形成和发展的理论脉络出发,揭示该类法人组织从完全的公益性的公法人向带有公法人色彩的私法人类型发展的逻辑规律,并理性的分析在此过程中的具体变量因素。我们既要防止公权力不愿意放弃原有的控制权力,瓜分慈善法人的利润,把慈善法人作为权力寻租的手段,又要防止随时可能出现的以追求会员利益、工作人员利益或其它私利最大化的倾向

三、还慈善法人之私法本质

综上所述,我们可以得出以下结论:

1. 从慈善法人的发轫、发展到当下,其法律属性发生了从公法人向私法人的巨大转化。如今在国外,国家权力已经退出慈善部门,慈善法人当属私法范畴。因此,私法的平等、自由、意思自治等原则已经并且会继续在慈善法人设立、组织结构、认证等方面全面发挥作用。

2. 我国的慈善法人亦属于私法人,但在与政府的关系中,表现出了强烈的公法人倾向。我们有必要从政府和法人两个方面寻找解决问题的办法。显然这个问题在学界,特别是民法学界没有引起足够的重视。

3. 现行以行政法为主的关于慈善法人的法律模式需要革新。要恢复慈善法人的私法本性,就必须改变现行的纵向的行政部门立法体系,构建以民事法人制度为基础的横向私法体系。如“民事基本法(法人的一般规定)——民事特别法(慈善法人的一般规定)——慈善法人特别法(基金会型慈善法人、社会团体型慈善法人分别规定)”这种从一般到特别的法律架构模式比较适合我国的立法传统。

总之,慈善法人一方面通过法人人格塑造,可以保障其合法性、团体性和自主性,减少其浓厚的“官本位”倾向;另一方面,经由完善法人内部治理与外部监督,可以有效防止慈善法人之异化,进而达到社会公益目的。因此,我国的慈善法人应当归于私法,并在民事法律制度内占有一席之地。

[参 考 文 献]

- [1] [英] 梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆 1984 年版。
- [2] [意] 彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,北京:中国政法大学出版社 1998 年版。
- [3] 李宜琛:《日耳曼法概论》,北京:中国政法大学出版社 2003 年版。
- [4] Bremmer. 1987. *R. H. American Philanthropy*. Chicago: University of Chicago Press.
- [5] Wren. D. A. 1983. “American business philanthropy and higher education in the nineteenth century”, *Business History Review* 57.
- [6] L. M. Salamon. 1981. “Rethinking Public Management: Third-Party government and the Changing Forms of Government Action”, *Public Policy* 29.
- [7] 江平:《法人制度论》,北京:中国政法大学出版社 1994 年版。
- [8] 王全兴:《社会法学研究应当吸取经济法学研究的教训》,载《浙江学刊》,2004 年第 1 期。
- [9] 汪习根:《公法法治论——公、私法定位的反思》,载《中国法学》,2002 年第 5 期。

(责任编辑 车英)

On the Legal Nature of Charitable Legal Person

Wang Xueqin

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: It's both theoretical and practical meaning to study on the legal nature of charitable legal person. The legal nature of charitable legal person has been transferred from to private during its development. At present, public power has departed in most countries and charitable organization is the legal person of private law. However, the charitable legal person in China still has maintained the public power, which must be corrected.

Key words: charitable; philanthropy; legal person; the legal nature