



## 非营利组织发展的法律环境

葛云松（北京大学法学院副教授、法学博士）

**编者按：**随着我国志愿服务事业的迅速发展，有关志愿服务立法问题已经引起社会各界，特别是志愿组织的密切关注。到目前为止，我国还没有专门的志愿服务国家立法，有关志愿组织的管理和登记都是包括在社会团体管理法规中。本刊特刊登两篇有关我国社会团体管理法规方面的文章，一篇是北京大学法学院葛云松博士的《非营利组织发展的法律环境》，该文主要从学术角度分析了我国社会团体管理中的有关法规问题；另外一篇的作者是民政部社会团体管理局副局长李勇先生，李勇先生的《非营利组织登记管理的法律环境》主要从实际发展的角度阐述了有关社会团体法律法规和行政管理。它们对于我们理解有关志愿服务立法会有所帮助和启发。由于篇幅所限，我们在编辑过程中对他们的文章有所删略。

非营利组织（NPO）是一个非常宽泛的概念，广义来说可以包括政党、宗教团体、工会以及律师协会、注册会计师协会等依法设立的，具有一定的公法性质的社会团体。这些组织在组织形式、政治地位、运作方式、与成员的关系等方面都和一般社会团体具有较大的区别。限于篇幅，本文对它们不加涉及，而是主要讨论普通的社会团体和民办非企业单位。

本文主要使用“非营利组织”这一概念而非政府部门中通用的“民间组织”的说法，是因为尽管现行的社会团体和民办非企业单位从法律规则上说的确是“民间”的，但是如果进行一下比较法的研究，可以发现国外的财团法人的性质是私法人，但政府也可以以普通民事主体的身份来捐资设立并可以根据章程而参与其管理，这就如同公司制度虽然主要为私人投资而设计，但是并不妨碍政府也可以作为股东。笔者认为中国将来也应当建立更加具有包容性的财团法人制度（但是就社团制度来说，政府无法成为其成员），另外非营利组织也是国际上比较通用的名称。当然，就现行法而言，本文所称的非营利组织与所谓民间组织并没有本质上的差别。

### 一、 现行法为非营利组织提供的法律环境

我国宪法第35条规定了结社自由，但是由于我国并无违宪审查制度，所以宪法规定在法律实践中没有直接的意义。目前规范非营利组织的主要法律是国务院颁布的《社会团体登记管理条例》（1998年）、《民办非企业单位登记管理暂行条例》（1998年）和《基金会管理条例》（2004年），而在实务操作中实际发挥着最重要作用的是作为非营利组织的登记管理机关民政部发布的行政规章和其它规范性文件，作为非营利组织的业务主管单位的国务院各部委发布的行政规章和其他规范性文件，以及地方政府发布的地方性法规和其他规范性文件。依照国务院的上述三个行政法规，非营利组织主要分为社会团体和民办非企业单位两类，基金会是社会团体的一种。

从大的方面来说，现行法允许民间设立各种社会团体和民办非企业单位，但是在所从事的领域上以及政治倾向上仍然有严格的限制。以从事政治活动或者宗教活动为目的的非营利组织事实上被禁止依照两个条例设立，而仅可能根据政府的特许而成立。非营利组织的发起人或者负责人的政治倾向可以被作为不批准非营利组织成立或者撤销非营利组织的理由。

在行政管理体制上，实行所谓“归口登记、双重负责、分级管理”的体制，即由各级民政部门作为非营利组织的登记管理机关，此外非营利组织还受到业务主管单位的管理。二者在管理领域上的差别主要是：业务主管单位单独负责指导非营利组织开展业务活动以及指导清算事宜，而民政部门则单独负责监督检查非营利组织的违法行为并进行行政处罚（业务主管单位有协助的职责）。其实民政部和业务主管单位在分工上主要并非管理领域的不同，而是一般来说就相同事项如筹备申请、成立登记、变更登记、注销登记、年度检查等由业务主管单位作为初审，由民政部门做最后的决定。

在非营利组织的成立上，社会团体的成立条件和程序更为复杂。《社会团体登记管理条例》第10条规定了几个非常严格的条件，并且社会团体必须取得法人资格。申请程序上，必须首先向业务主管单位申请筹备，经批准后向民政机关申请筹备，经批准后才开始筹备工作，包括召开会员大

会或者会员代表大会、通过章程、确定执行机构和负责人等，完成筹备工作后再向业务主管单位申请成立登记，经批准后再向民政部门申请正式的成立登记，最后经批准才能够正式成立。民办非企业单位可以有法人、个体和合伙三种组织形式，其成立条件与社会团体大致相当，但似乎稍宽松一些。成立程序上较为简单：首先向业务主管单位提出申请，经批准后直接向民政部门申请成立登记，经批准即可正式成立。

关于非营利组织的组织机构的设置，两个《条例》的规定都极为简略，没有很具体的规定。在财产关系上，《基金会管理办法》对基金会的财产增殖方式有限制性规定，两个《条例》中则没有具体规定，在实践中政府允许其从事经营性活动来筹集经费，但是最近似乎又有收紧的趋势。✖ 对于非营利组织终止后的剩余财产归属，两个《条例》之中也没有规定，按照民政部的解释，应当交由政府来处理。

对非营利组织成立后的行政管理，主要包括重大业务活动报告制度、年度检查制度以及对违法行为的行政处罚等几个方面。从1989年以来，政府还对社会团体进行了几次大规模的“清理整顿”工作，撤销、合并了一批社会团体，在此期间基本不批准新的社会团体成立。

从政府对非营利组织的态度上来看，虽然政府对于具有政治敏感性或者认为有潜在的政治挑战性的非营利组织采取非常严厉的政策，但是另一方面，政府也认识到在经济体制改革中，所谓“社会中介组织”可以发挥政府无法替代的重要作用，其中特别重要的就是行业协会这种社会团体。所以，近来政府试图大力扶持各种行业协会，甚至将某些原来的政府职能部门直接改造为行业协会。此外，政府对于一些在社会福利等领域内可以帮助政府解决棘手的社会问题的非营利组织也采取了比较积极的扶持政策，比如上海对于一些社区服务机构以及养老机构的扶持等等。但是总的来说，政府限于其财力以及一向缺乏此种传统，这种积极扶持的态度只是针对非常有限的一些领域。

## 二、 现行法上不利于非营利组织发展的主要问题

我国现行法在很多方面存在重大缺陷，对非营利组织的发展构成了相当的障碍。这些障碍如果不能克服，尽管少数非营利组织仍然可能基于自身的强大能力而壮大，有的非营利组织可能基于政府的特别扶持而发挥一定的作用，但是要让非营利组织全面发展并对社会各个方面发挥全面的积极作用是不可能的。笔者以为，主要的问题存在于以下几个方面：

### （一）行政机关的自由裁量权过大，而且常常不依法办事

现行法赋予有关行政机关的权限过大，实质审查的范围过宽，使得人民对其行为很难有确定的预期。比如，行政主管机关要根据自己对某种非营利组织是否符合社会需要的观点，来决定是否批准其成立。对于非营利组织的各种违法行为的行政处罚，两个《条例》只是在列举了具体违法情形后，规定可以处以从最轻的警告直到最重的撤销登记，自由裁量的范围极为宽广。

现行的非营利组织立法固然十分简陋，但是对于非营利组织来说最为严重的问题，使行政机关常常不依法办事，体现出了极大的随意性。比如在非营利组织负责人的资格和选任程序、重大业务活动审批制度等，实际操作中都执行了许多法律没有规定的限制条件。最为显著的，莫过于从1990年之后的数次历时数年的清理整顿。从法律上说，对有违法行为的非营利组织进行处罚属于法定机关的职权范围，而且在一段时间内比较集中地进行处罚也不是不可以，但是以重复设立、没有必要为名进行撤销或者合并并没有法律根据，特别是在清理整顿期间原则上不批准新的社会团体成立更是没有法律根据。又比如《基金会管理办法》中规定中国人民银行作为基金会的主管机关，这的确不合理，但是在该《办法》并没有修正或者废止的情况下中国人民银行就不再参与对基金会的管理，这似乎更欠妥当。

还有一个可能非常致命的问题，是业务主管单位的确定。从两个《条例》看，业务主管单位乃是依法履行行政管理的职责。业务主管单位本身的性质一般来说是行政机关，也可以是经法律授权或者行政机关委托的其他单位，但是这并不影响其作为业务主管单位时的法律性质。也就是说，成为某一个领域的业务主管单位并非基于其自愿，而是基于法定职责。属于自己的主管范围而拒绝履行职责的，行政相对人应当可以提起行政诉讼。但是在实践中，业务主管单位的担任却需要获得其同意，即便申请设立非营利组织完全符合法定条件和程序，只要没有单位愿意作为业务主管单位，也不能够成立。甚至在非营利组织成立后，如果业务主管单位不愿意再担任，而非营利组织又无法找到其他愿意担任业务主管单位的单位，就面临被注销登记的悲惨命运。这种现象被许多学者认为是

导致非营利组织对政府依附性的主要原因之一，但实际上这种做法并没有法律依据。

中国正式登记的非营利组织至少有一二十万个，未经正式登记的数量可能更大，可是绝少听说就非营利组织的登记或者管理发生行政诉讼。即便在法治水平很高的发达国家，行政诉讼也是经常的事情，因为管理双方发生不同意见非常正常，行政相对人寻求通过司法途径最终解决也十分正常。所以，在我看来，基本没有非营利组织对民政部门和业务主管单位提出司法上的挑战，实在是它们最应当感到羞愧的事情，就如同在一个普通的时代，一个国家总统如果获得了百分之百的选票，绝对不是光荣，而是恰恰相反。

## （二）社会团体的设立条件过分苛刻

根据《条例》的规定，社会团体必须具备50个以上的个人会员或者30个以上的团体会员，必须具有固定的住所，必须有专职工作人员，必须有3万元（地方性团体）或者10万元（全国性团体）以上的活动资金，社会团体必须取得法人资格。应当说，这些条件是非常苛刻的。它剥夺了人民组织较小规模、较为松散、较为灵活的社会团体的自由。从结社自由的角度说，这种剥夺没有合理的理由；从社会团体的发展角度说，大规模、有代表性、组织和管理水平高的社会团体的充分发展，一定是建立在大量存在的，小规模 and 较松散的社会团体的基础上的。就如同高水平足球球员的不断涌现，必须建立在足球普及以及普通的足球学校充分发展的基础上。在一些欠发达地区，这些苛刻条件几乎剥夺了普通人民自行组织社会团体的可能性。

由于法律规定的条件苛刻，再加上行政审查的繁琐和严格，大量的社会团体处于未经注册的状态，实际属于违法组织。虽然在与政府利益没有冲突的情况下政府一般并不干预，但是一则这种状态导致这些社团处于随时可能被取缔的尴尬法律地位，而且也不利于活动的开展。以这样一种不尴不尬状态存在的社会团体，不可能构成一个繁荣和健康的市民社会。

笔者认为，设立社会团体应当采取自由登记的原则，不登记的社团当然合法，不过由于其不能够以自己的名义进行民事活动（包括设立银行账户、购买必要设备、签订房屋租赁合同等），所以规模较大、有经常性活动的社会团体一般不会选择这种不方便的（尽管最自由）的组织形式。选择申请登记的社团，也可以选择申请取得法人资格和不取得法人资格。由于取得法人资格意味着对自己的债务负有限责任，因此应当要求具有一定量的最低财产额，而对于不取得法人资格的社团，尽管其组织机构可以准用社团法人的规定，但是财产责任上应当准用合伙的规定，承担无限连带责任。社团的设立人可以根据自己的需要选择不同的组织形式。

## （三）对非营利组织的限制竞争、限制规模的政策

《社会团体登记管理条例》第13条第2项、《民办非企业单位登记管理暂行条例》第13条第2款第3项都规定，在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的非营利组织的，没有必要成立的，对于非营利组织的成立申请不予批准。不仅如此，有的地方民政部门还主动将其认为业务上有重复或者没有必要存在的社团，予以撤销或者合并。这里反映出的政策，就是防止非营利组织之间出现竞争。可是另一方面，目前的社会团体大都实际由政府部门发起，所以实际导致的结果就使民间再组织同类社团获得批准的可能性变得更小。现有的多数社团由于其官办色彩浓厚、无法发挥应有作用已经受到普遍的质疑，而法律却在这里实际进一步维护其垄断地位。笔者相信，允许同类的社团存在，不仅仅是维护了结社自由的宪法权利，而且竞争的存在也将是促进官办色彩的社团转变机制的主要动力之一。上述法律规定的另一重动机可能是为了避免资源的浪费，但是计划经济已经给了我们深刻的教训，政府根本没有能力掌握充分的信息来准确确定社会的需求到底是什么，在非营利组织领域，同样应当持自由、开放的基本政策。

为了控制非营利组织的规模，现行法规定，民办非企业单位不能设立分支机构，社会团体不可以设立地域性分支机构，其理由无非是便于政府进行管理，为了便于政府管理而刻意要非营利组织处于弱小状态，这无论从什么角度来说都是难以接受的逻辑。

在指导思想，政府应当认识到，非营利组织在发达国家发挥巨大作用的原因就在于它们独立、强大，而这又必然导致在一定情形下它们会和政府发生矛盾，甚至可能发生相当激烈的冲突，这是非营利组织自身的使命使然。政府不能一方面期望其充分发挥作用，另一方面又期望其对政府永远顺从，鱼与熊掌不可兼得。相反，在矛盾和对抗中，政府和非营利组织都可以逐渐了解如何进

行有效的沟通、合作以及互相妥协。

#### （四）双重负责的行政管理体制带来的沉重负担

有两个机关主要参与对非营利组织的行政管理，这种模式本身无可厚非。但关键是在各主要职能上，业务主管单位不过是为民政部门进行初审，也就是说，同一事项，必须经两个机关分别审查一次，实际上就是给两个机关分别以“一票否决权”。这种模式在世界上大概十分特异，这不仅仅使得有关事项的申请过程过分拖延，而且使得申请被批准的可能性降低了。笔者以为，双方在职能上应当有明确的分工，不设置任何“初审”的职能，但是民政部门在认为必要的时候可以委托业务主管部门出具意见并予以参考，但这仅属于行政机关内部的协作和沟通，而不是申请人必须经过的两道程序。

#### （五）有关法律内容庞杂、透明度低

非营利组织的主要法律渊源是国务院的几个行政法规，但是它们的内容太过简略，实际中主要发挥作用的是民政部以及其他部委的规定，它们数量庞大，并且往往比法律、行政法规的实际意义要大得多。其中除了少数属于行政规章因而具有较严格的形式要求和发布方法外，大量的规定是行政机关内部的文件，是上级对下级机关的工作指示，并没有制度化的公布渠道，是否公开以及何时公开带有相当的随意性。

#### （六）有关民事关系的规定十分混乱，并且存在显著的法律漏洞

现行的有关非营利组织的法律规定，绝大多数是关于行政管理的规定，民事关系上的规定十分薄弱。这是十分奇特的现象，不过也恰好体现了我国非营利组织的发展水平和官办色彩。可以进行一个类比，任何一个市场经济国家，公司制度中关于民事关系的法律规范的重要性都远远超过有关公司事务的行政管理的规定。

非营利组织属于私法上的团体，必须首先从私法上的特点出发进行适当的归类，进而再考虑如何设置行政管理体制。我国的有关法律，将非营利组织区分为社会团体和民办非企业单位，并且基金会属于社会团体，这根本就不是从私法特征出发的，因为基金会没有社员（成员），根本不可能与其他的有成员的社会团体设置相同的内部组织机构，更不可能为组织机构的职权进行统一规定。所谓民办非企业单位竟然包括个体和合伙形式，这两种形式和非营利目的根本不相容，从法理上说完全自相矛盾，所以，将来必须重新考虑对非营利组织的分类。笔者认为，最好的立法模式是大陆法系传统的社团法人与财团法人的两分法，并且辅之以无权利能力的社团制度。

从民事关系上看，现行法中可能最严重的一个问题存在于民办非企业单位。现在，民办非企业单位有个体、合伙和法人三种法律形式，可是个体、合伙的法律形式根本与非营利目的相矛盾。理论上说，借鉴国外的财团法人或者公益信托制度的经验，民办非企业单位必须与举办者彻底独立，依照章程选任负责人和运行。可是由于现行法中对民办非企业单位的组织机构及其组成没有规定，举办者完全可以在章程中确定由自己担任负责人，从而实际上控制民办非企业单位，这样也就使得他们有条件在法律上注册为民办非企业单位但实际上却以营利为目的并且用各种方法转移利润。

非营利组织的法律规定应当主要是民法性质的组织法，最重要的内容是如何设立、应当设置哪些法定的机关（组织机构），有哪些是可以设立的机关，法定机关的职责包括哪些，章程的修改程序、解散事由、剩余财产归属等等。可是这些问题，作为现行法上最高层级的行政法规中几乎没有任何规定。当然，法律上没有规定也可以完全由当事人在章程中予以确定，但是这不仅仅可能导致违反基本法律精神的内容出现，而且也增加了当事人之间协商的成本，增加了运作中发生纠纷的风险，这些都不利于非营利组织的发展。

#### （七）税收优惠措施不足

中国的经济发展水平仍然有限，人们的结社和公益意识也不发达，因此一般非营利组织在经费上都比较紧张，所以法律上特别的鼓励措施就变得更加重要。现行的税法上对公益捐款的税收优惠十分有限，对非营利组织的收入的税收优惠也很有限，而且常常不被实际执行。当然，由于中国政府本身的财政资源就不充裕，所以这些措施不可能太优厚，但是随着政府财政条件的改善，应当逐步扩大税收减免的范围。

此外，虽然难以在法律中作一般性规定，但是在财政允许的条件下，政府应当对能够发挥显著作用的非营利组织给予一定的资助，这不仅是因为政府有责任以此种方式协助人民进行结社和公益事业，而且是因为非营利组织的壮大实际也在帮助政府更好地实现社会利益。

国家工商行政管理局《关于企业登记管理若干问题的执行意见》（工商企字〔1999〕第173号）（1999年6月29日）规定，社会团体（含工会）、民办非企业单位，具备法人资格的，可以作为公司股东或投资开办企业法人，但是自身不得从事经营活动。

### 三、现行法与非营利组织的实际运作关系

目前正式登记的社会团体多数官办色彩浓厚，它们的实际运作与法律的关系不是很大。各种登记事务还是大致按照法律规定的程序进行，但是在内部组织上，业务主管单位基本居于控制的地位。负责人的选任很少经过真正的选举程序，并且理事会一般处于名存实亡状态，主要是个别负责人实际主导各项事务。它们和会员的实际关系一般也相当疏远。这些社团常常扮演着类似于政府职能部门的角色，甚至中央政府在整治乱摊派、乱收费这种典型的滥用行政权力现象时，也要特别记上这些社团一笔。

根据有关调查，真正民间化的社会团体从总的来说自治性较强，负责人的选任以及决策过程比较民主。但是很多社团的创始人或者主要负责人常常实际具有很高的个人威望，因此其实际的主导地位非常明显。这可能与我国还十分缺乏一批具有很强能力的社团活动家（也就是说社团内可供选择的负责人的范围太小）以及普遍缺乏结社和自治经验有直接关系。

民办非企业单位由于直接提供社会服务，而政府主办的社会服务属于事业单位范畴，所以似乎总的来说民办非企业单位谈不上什么官办色彩，政府的直接控制和干预比较有限。但是，民办非企业单位的实际运作与现行法的规定仍然有很远的距离。虽然《民办非企业单位登记管理暂行条例》在1998年颁布的时候便正式实施，但是各地从1999年、2000年甚至更晚才开始进行民办非企业单位的登记工作，而且这个工作还远远没有完成。到2000年底，上海市据说有13000多个民办非企业单位（社会团体一共才2000多个），但是在民政部门完成了登记的只有400多个。

由于《民办非企业单位登记管理暂行条例》对民办非企业单位的组织制度几乎没有规定，所以实际中的做法可能相当多样化。比如著名的天津鹤童养老院，最初捐助人就收回了自己的投资，并且开办了几家分院。另外特别值得注意的，是近年来大量的民办学校设立，从社会力量办学条例以及其他有关民办教育的法律规定来看，民办学校必须是非营利性的（从政策上说这并不合理，但那是另外一个问题），举办者仅仅有权收回最初的投入，但是不得分配利润，解散时也不能取得剩余财产。但是由于现行法在制度设计上的缺陷，举办者事实上全面控制着民办学校，其中大多数民办学校的举办者是怀着营利目的的，他们一定以某种隐蔽的方式来获取办学的利润。

至于业务主管单位和民政部门的工作，大概总体来说是按照法律规定的程序进行，不过前文也已经谈到，其中受政治因素影响以及越权行政等现象也较为普遍。

所以，从当前的实践看，非营利组织的法律制度并没有被很好地执行。其原因当然很多，比如中国行政机关运作中固有的政治逻辑，多数社会团体的官办背景，在法律不允许设立营利性学校的情形下为了追求利润而创办民办学校，以及一般民众缺乏自治的传统与经验等因素。

### 四、改善法律环境对非营利组织发展的意义

法律仅仅是非营利组织发展以及发挥其功能的条件之一，尽管是必备的基础条件。因此，必须对此有足够的重视，但是也不能过分乐观地认为法律环境的改善必然很快地带来明显的效果。这就如同实行市场经济，各国公司法的基本精神相差不大，可是各国公司的经济效率以及经济发展水平相差甚远，尽管经济发达国家必定都有完备的公司法。另外，从法律环境本身来说，我们还受制于整个大的法制环境，特别是宪法上法治原则的落实，其中特别重要的是政府行政行为遵循法治原则，以及独立的法院系统能够进行有效的司法审查等等。也就是说，一方面的确应当了解到改善非营利组织立法的重要性，另一方面也不要对其作用抱有不切实际的期望。

改善非营利组织的直接法律环境，是一项全方位的艰巨工作。从前文关于当前存在的主要问题可以看出，从有关的民事立法到行政管理的体制和管理方法，都需要在立法上作全面的改进。在进行制度设计的时候，有一点需要注意的是，尽管目前多数的社会团体都带有官办色彩，但是立法上必须以纯粹民间性的非营利组织作为假定的规范对象。这是因为，我们首先需要着眼未来，为新成立的非营利组织提供良好的法制环境，也更有利于现有的民间性非营利组织的规范化和进一步发展。这样，有官办色彩的社会团体的实际运作肯定和法律规定有距离，但是正因为如此，法律才为其提供了走向民间化、独立化的可能性。当然，能否真正转轨要取决于各种法律外的因素和契机，比如政府的有意推动；经费的削减导致不得不寻求民间化以求得生存和发展；以及官办社团的会员自身的要求等，这肯定是一个渐进的过程。

对于现存的大量官办色彩浓厚的社会团体，理论界虽然普遍感到不满和无奈，但是笔者仍然抱比较乐观的态度。其中部分社团发挥着类似政府职能部门的作用，只要它们能够比较好地发挥这种作用，那么也有其存在的价值。那些仅仅养着一批工作人员，没有什么实质性业务活动，或者为了工作人员的生计主要去进行经营活动的社会团体，的确没有什么积极意义。等到政府不提供经费或者工商部门整顿工商秩序的时候，这些社团基本上可能就会自己消亡了。在制度设计上最为关键的问题是，一定不能能够让官办社团妨碍新的民间性社团的成立。也就是说，一定要取消限制竞争的政策，取消官办社团的垄断地位，待到真正的民间社团不断发展壮大的时候，官办社团的转型才真正可能。国有企业改革的进程可以给我们提供很好的借鉴。

目前，民政部门和其他主管机关似乎主要将法律作为自己进行行政管理的依据，而没有充分意识到法律环境对非营利组织发展的重要性，它们似乎更加看重自己所执行的积极促进某些非营利组织发展的行政措施。的确，如果行政措施得当，可以达到较好的效果，但是必须认识到的是，非营利组织从其本身来说应当基于私人的自愿行为而设立和运作，自治永远是其最根本的精神，政府的职责除了一定的引导工作外，从根本上说，行政管理的宗旨是保障人民在有设立非营利组织的需求的时候，尽可能地（在确保其合法以及不违反公共利益的前提下）帮助其顺利实现自己的意愿。在我国非营利组织很不发达的时候，也许政府有必要做一些更加积极的引导工作，但是从长远来看，政府的主要职责一定比较有限的，应该让非营利组织在法制的轨道上，按照自己的生态规律繁衍生息、新陈代谢。

来源：《志愿服务论坛》第一期

◀ 上一篇      下一篇 ▶