

慈善概念的移植何以未完成： 一个政策过程的分析

社会
2020 · 1
CJS
第 40 卷

章高荣

摘要：寻求法律移植与习俗的有机统一无疑是中国法律现代化最为重要的问题。由于缺乏微观政策过程的分析，对这一问题的探讨大多停留在宏观层面。本文从法律现代化和法律多元主义的理论视角出发，以《慈善法》中“慈善”概念的形成为例，探讨了法律移植与习俗如何通过立法体制影响法律的形成。研究发现，习俗通过回应性立法的制度安排以及立法者的双重身份被纳入到决策中。法律移植的慈善概念则通过法律专家与立法者的深度互动产生作用。然而，立法过程中提案与审议的分离以及政治官僚制的决策模式使得形式理性法律的建构面临双重消解。因此，促进立法体制的优化才能实现立法中形式理性与价值理性的有效融合。

关键词：《慈善法》 法律移植 形式理性法律 法律多元主义

Unsuccessful Transplant of the Concept of Charity: An Analysis from the Perspective of Policy Process

ZHANG Gaorong

Abstract: In the process of legal modernization, China has always been faced with conflicts between transplanted laws and domestic customs. How to build a legal system that both embodies formal rationality and absorbs Chinese cultural traditions has become a significant theoretical problem in the process of China's

* 作者：章高荣 深圳大学管理学院 (Author: ZHANG Gaorong, College of Management, Shenzhen University) E-mail: zhanggaorong@pku.edu.cn

** 本研究是国家社科基金项目“我国社会组织立法的困境及出路研究”（项目编号：17BFX212）的阶段性成果。[This research is supported by the National Social Science Fund of China in the title of “Dilemma and Way Out of Legislation on Social Organization in China” (17BFX212).]

本文初稿曾在第三届栗林论坛和 2019 年社会学年会“公益社会学前沿”分论坛宣读，感谢杨典、朱健刚、肖瑛等老师的评议以及《社会》外审专家的修改意见。文章的写作也得益于与金锦萍、马剑银、李德健和吕鑫等师友就慈善立法问题的探讨。文责自负。

transformation. Due to the lack of research on micro-policy making processes, the discussions on this issue mostly remain at the macro level. Therefore, this article takes the formation of the concept of “charity” in the *Charity Law of the People’s Republic of China* as an example to explore how legal transplant and domestic customs affect legislation. Weber’s formal rational law and substantive rational law, as well as the concept of legal pluralism are applied as theoretical framework for this study. Through the analysis of the legislative process of defining the concept of “charity”, it is found that legislation is influenced by two factors: the legislature needs to response to the public demands to enhance its legitimacy, and the legislators themselves are part of the public. These two factors make the concept of charity in law fully reflect domestic customs. The transplant of the legal concept of charity is mainly achieved through the cooperation between legal experts and legislators. Through such interactions, legislators recognize that incorporating local customs into the legal system undermines the internal logic of the law. Therefore, there is a growing demand in China’s current legislative process to integrate legal transplant with local customs in a more organic manner. However, due to the separation of proposal and deliberation in the legislative process and the decision-making mode of political bureaucracy, the construction of formal rational law faces a double disintegration. Thus, to facilitate better integration of legal transplant and local customs, the legislative system, with the full participation of legal experts, needs to integrate the drafting and deliberation process, and remove the information constraints on the legislative decision makers (non-legislative technocrats).

Keywords: charity law, legal transplant, formal rational law, legal pluralism

一、问题提出

中国自近代以来对西方法律进行了大量移植,改革开放以后更是广泛地参考外国法和国际惯例(信春鹰,2007;朱景文,2006)。由于法律移植过程中并未对中国社会自身的独特性予以足够的关注,立法游离于社会生活之外,带来了一系列问题(左卫民,2012;姚建宗、孟融,2015;信春鹰,2007;塞德曼等,1989;马剑银,2008;孙新强,2011;刘思

达,2005)。“如何处理本土法律传统或法律文化与从域外进行法律移植这两者的关系构成了一个重要理论争论。”(王勇,2008)法律移植背后的一个潜在假定是“法律现代化”,其中,“权利本位”“形式理性法”与“法律的普适性”构成现代法律区别于传统法律的三个最基本的理论要素(强世功,2005)。作为中国社会现代化的应有之意,法律现代化的目标是建立韦伯支配社会学意义上的法理型统治。然而,法律作为社会系统的一个组成部分,无论立法还是司法都受到外部政治、文化以及立法体制等多种因素的影响。不论是民国还是当代,习俗在法律的实际运行中具有强大作用(张仁善,2009;曹正汉,2008;刘思达,2014;苏力,2000;赵旭东,2001)。因此,在法律现代化的背景下,真正的问题并不在于是否要进行法律移植,而是如何探索“建立一个同时符合逻辑、道德和实用的新中国法律体系”(黄宗智,2015),在移植中做到工具理性与价值理性的统一(姚建宗、栾兆星,2015),即解决形式理性法律建构与法律多元主义之间的张力问题。

现有研究已经认识到法律移植的背后是文化的移植和社会变迁过程(信春鹰,2007;林端,2007),需要将法律移植嵌入民族国家与文明国家的转型中予以考虑(强世功,2005)。刘星(2004)认为,最为重要的是从事“现在进行时”的社会观念沟通事业,“正在发动以及行动起来的社会共识的砌筑才是我们谈论未来法律移植的真正语境”。法律移植只有从外生型转换为内生型才能真正成功。然而,由于微观政策过程分析的缺乏,无论是法律社会学还是政策科学的研究都无法进一步深入,一方面是进入渠道的问题,另一方面则囿于学科视角的限制。例如,法律社会学所做的“差距研究”更多地局限在司法而非立法领域。从法律生命周期来看,从立法切入可以有效避免在法律执行中遇到的问题。因此,本文以作为中介作用的立法过程为切入点,探讨法律移植和本土习俗结合的问题。

在案例选择上,本文以第十二届全国人大四次会议上高票通过的《中华人民共和国慈善法》(下文简称《慈善法》)中“慈善”概念的形成为例。该法作为社会领域的基本法,被广泛认为是科学立法、开放立法和创新立法的典范(于建伟、贾西津,2016;于建伟,2016a),同时也是一部高质量、具有前瞻性的法律,即属于经过了“现在进行时的沟通”(刘星,2004)的立法。但是,在该法出台之后,即被认为整体结构之间尤其是

关于“慈善”的概念存在逻辑矛盾之处(马剑银,2016)。对于为特定个体募捐是否属于慈善行为,立法者与学者甚至立法者内部又存在着不同的解读。这一问题产生的直接原因在于法律移植中的慈善概念与习俗中的慈善概念存在冲突。一种解释认为立法者对“慈善”的法律界定过于追求妥协,忽视了概念本身的一贯性(马剑银,2016)。回到“谁决定法律”这一基本问题,妥协只是表象,更为重要的是回答法律移植和习俗如何对立法产生作用,什么因素或者机制使得秉持逻辑理性与社会变迁趋势的法律移植概念在面对本土习俗时并没有被完全移植,其中,立法体制本身以及立法体制背后的政治、文化等因素又是如何发挥作用的?

二、理论视角与案例背景

(一)理论视角:形式理性法律与法律多元主义

法律多元主义与形式理性法律建构(法律现代化)之间的张力,构成了当代中国立法中最为重要的制度背景,也成为影响和理解中国立法政策过程最为重要的结构因素。

1. 韦伯的形式理性法律与法律现代化

韦伯法律社会学的核心概念无疑是作为理想型的法律类型说。韦伯(2005:28-29)从法创制和法发现出发,依据“形式”和“理性”两个维度将法律区分为四种类型。(1)“形式非理性”法律,法创制和法发现使用理智所能控制之外的手段,如诉诸神谕或类似的方式。(2)“实质非理性”法律,即法律实践中全然以个案的具体评价——无论其为伦理的、感情的抑或政治的价值判断——作为决定的基准,而非一般的规范。(3)“形式理性”法律,这里又可区分为两种情形,第一种意味着法律只严格考量可以通过感官直接判定的事实特征,例如签字、盖章;第二种是法律上重要的事实特征借逻辑推演而解明含义,并且以此形成明确的、以相当抽象的规则之姿态出现的法律概念(赖骏楠,2014)。(4)“实质理性”法律,在此情形下,法律实践不再是个案式的任意裁量,而是有规则可遵循,不过这种规则来源于“法外”,如伦理的无上命令(imperative)、功利的或其他目的取向的规则或政治准则。从理论的发展阶段来看,“法律形式性质”或者说法律思维的发展源于巫术和启示的“形式非理性”、源于神权政治或家产制的“实质合理性”以及(最终

的)法学的和逻辑的“合理性”与体系性(亦即“形式合理性”)等数阶段(韦伯,2005:319-320)。韦伯认为,法律应该是纯粹“形式主义理性”的,由法律逻辑整合为一个统一体,而不该让“外来”的道德价值掺入,否则将会成为“实质非理性”的法律。在韦伯的论述中,即使是“实质理性”法律,如果将伦理因素纳入司法实践中,最终必然走向实质非理性,即卡迪司法(赖骏楠,2014)。韦伯之所以强调形式理性法律的重要性在于,现代资本主义和现代“合理性”法律之间有一种“选择性亲缘关系”(赖骏楠,2014)。正是在这个意义上,形式理性法律构成了韦伯社会学理论核心之支配(统治)社会学中法理型统治的基础。“随着欧洲的殖民化以及二战后世界各国的政治、经济和社会结构在霸权影响和自由竞争、自由交流的双重作用下所进行的重新调整成为一种世界性的法律类型,人们习惯于将这种法律类型占统治地位的社会称为法治社会。”(郑戈,2000:79)

在韦伯的比较研究视角下,中国传统法律属于实质非理性,即卡迪审判那种类型。对于韦伯实质非理性法律的判断,学术界仍存在争议。林端教授于2003年出版的《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》以及黄宗智(2007)关于清代四川巴县、台湾淡水新竹和顺天府宝坻县档案的研究均认为,传统中国的法律某种程度上更符合实质理性的分类。但无论是实质非理性还是实质理性法律,中国自近代以来无疑已经置身于法律现代化的进程中,形式理性法律的建构成为中国法治现代化最为核心的一个诉求。在法律形成过程中,法律职业群体成为“形式理性”法律的主要推动者。韦伯认为,法律区别于习俗、惯例这两种社会规范的主要特征是有外在强制力的保障,有一个专门的法律职业群体来负责这种保障。法律职业者区别于其他国家强制力的保障者在于其具有“法律思维”(legal thinking),也就是一种动态的法律知识生成机制。经由这种机制产生的法律知识具有一般化、抽象化和系统化的特征。而且,这种知识还是把法律职业者结合为一个“共同体”的内在因素(郑戈,2000:58-59)。

2. 法律多元主义理论

韦伯将社会规范分为习惯、惯例和法律三种类型,法律是这个规则体系中的最后一环。在不受外界干扰的情况下,三者之间存在着相互转换并共同发挥作用的机制。然而,在法律移植的浪潮下,必然存在着

法律之间的冲突或者说被移植的法律与本土法律(习俗)之间的冲突。在这个背景下,法律多元主义理论被提出,用来形容同一时空下多个法律体系的共存问题。最初,法律多元论主要关注殖民地和后殖民社会中本土法律与外来(西方)法律之间的关系(Merry, 1988)。这一在法律现代化背景下出现的法律多元主义,可以称之为“转型法律多元主义”(强世功, 2018)。苏力(1993)认为,“中国建设社会主义法制艰难的一个内在原因,便是以中国传统法律为基础的中国民间法律对以欧洲法律为模式的法制的一种抵制,而对于国家制定法与社会的其他规范性秩序的互动关系的法律多元研究,将为市场经济条件下立法、执法和司法的有效性问题的研究提出新的研究角度和解决办法”。苏力(1996)提出的解决方案是法律的“本土资源”说,他认为这是中国实现法治的基础。新的法律多元论则主要是关于现代社会尤其是西方社会中的多元规范性秩序,讲的是法律和习俗、惯例等的关系。强世功(2018)认为,法律多元主义是法治秩序的常态,尤其是类似帝国形态的大国法治的常态。因此,中国当前的法治建设既面临着旧的法律多元问题也面临着新的法律多元问题。

法律多元主义理论为在中国语境下理解和解决法律现代化过程中出现的问题提供了有益的思路。通过法律移植实现法律现代化可能并不是中国法治建设的唯一道路,但作为硬币的另一面,由形式理性法律所构建的法律体系有其天然的优势,这也是法律本土化所不能忽视的。在理解法律多元主义时,刘思达(2005)进一步指出,中国社会中与被移植的法律制度相互作用的社会秩序并非都是所谓的“规范性秩序”,还包括民情、政治、经济、组织等不同层面的各种成分,应当是一种更广泛的社会学意义上的制度合法性的多元。将政策执行(司法实践)纳入法律的实践过程模糊了法律多元的外延,但从另一个视角验证了法律之外的因素对于法发现(司法)的影响。事实上,一个国家的经济社会状况、政治制度同样影响立法过程,只是本文所述的法律多元是习俗和移植法律之间的共存或者说冲突这一狭义的定义。有学者对民国的立法进行研究发现,在对《民法》中亲属、继承两编进行修订时,法籍学者爱斯嘉拉提出的应适当保留传统婚姻和家族制度元素的方案并没有被接受(陈霓珊, 2018)。之所以如此在于近代中国面临着收回治外法权的压力,资产阶级民主革命的需要迫使中国不得不创制新型法律,改革传

统的家族制度(张仁善,2009)。然而在司法过程中,习俗、道德又调和了政治立法产生的张力。韦伯关于法律制度变迁的视角同样可以增进我们对这一问题的理解。相较于法律移植等外部因素的驱动,内部的创新才是推动法律变迁的最为重要的因素。刘星(2004)等法学学者提出的寻求共识某种程度上就是变外部驱动为内部驱动,然而,如何沟通以及沟通的成效则取决于立法体制。

(二) 案例背景

1. 案例特征与资料来源

第十二届全国人大常委会立法规划确定《慈善事业法》由全国人大常委会内务司法委员会(简称“内司委”)起草后,内司委即启动了立法的前期调研工作。在历时近两年的准备工作后,2015年10月《慈善法(草案)》交由常委会一审。全国人大常委会法制工作委员会(简称“法工委”)于2015年9月开始介入研究《慈善法(草案)》,从正式审议开始到2016年3月16日法律通过,历时5个月左右。法律案在法工委阶段的审议时间大为缩短是因为2015年12月常委会委员长会议决定将《慈善法》提请第十二届全国人大四次会议审议。

“慈善”概念的形成过程之所以是比较典型和理想的案例,主要基于如下几方面的因素。首先,专家学者希望移植的慈善概念与老百姓普遍理解的慈善概念存在张力。由慈善概念引申出的募捐问题更是近年来公众及人大代表普遍关心的问题,也是行政部门面临的一个重要现实问题。“慈善”概念本身又是整部《慈善法》的基础,其他相关概念都建基于此(吕鑫,2016)。除此之外,慈善事业是十八大以来党和国家明确鼓励发展的一个领域,《慈善法》作为一部社会领域的立法,具有较低的政治敏感性,对它的研究可以控制政治维度的因素对立法的直接影响。

其次,《慈善法》在起草过程中开门立法、科学立法。在经济和社会福利等领域,立法者开门立法,增强透明性、积极听取公众意见成为一个趋势(Sun and Zhang,2017)。专家相对于决策者具有专业知识方面的优势,决策者通过邀请专家来加强自己对复杂政策问题的理解和决断能力(王锡锌、章永乐,2003)。在《慈善法》的立法过程中,法律起草阶段是立法者与专家和公众互动最为频繁的阶段。立法者不仅受邀参加各高校科研院所的立法研讨会,也自行组织了多次立法调研会,直接

邀请专家参与具体法条的起草。在审议阶段,立法者也与专家及公众进行了互动,但主要是征求意见及调研。相较于起草阶段,审议阶段无论是会议数量还是人员范围都大大缩减。其中一个重要原因是立法进程的加快使专家与立法者的互动相比第一阶段有所减少,可以认为专家与立法者在法工委阶段的互动并不充分。慈善领域法律专家的深度参与使法律移植通过专家这一路径影响立法成为可能。开门立法的特征也有助于我们探讨“当下建立”(刘星,2004)这一法律移植模式是否可能以及何以可能。

第三,《慈善法》体现了“回应性立法”的特征与趋势。公众诉求成为立法过程中重要的考虑因素,而公众的诉求某种程度上反映了习俗和惯例。近年来,法律议程设置甚至立法进度都体现出了极强的政策回应性(Truex,2018)。公共事件成为压力型立法的一个重要触媒(Zhang and Ding,2017),这一点在政府制定政策的过程中更为明显(薛澜、赵静,2017;赵静、薛澜,2017)。同样,在《慈善法》的立法过程中,无论是内司委阶段还是法工委阶段都明确了此次立法的目标是问题导向,积极回应社会需求,能够在法律中解决的问题就尽可能明确。内司委提交常委会审议的立法说明中提到:“坚持问题导向。努力解决慈善领域存在的突出问题,推动我国慈善事业健康发展,增强《慈善法》的及时性、系统性、针对性和可操作性。”¹其中,慈善概念的界定涉及一个社会普遍关心的问题——公开募捐,即对“慈善”的不同界定关乎“个人求助”和“为特定个体募款”是否属于《慈善法》的管辖范围。这也是立法过程中相关人员一直重点讨论的问题,表明基于习俗的公众认知会被立法者充分考虑。

我们这次立法坚持问题导向,在募捐领域出现了一系列的问题,引起社会的议论和质疑,所以我们慈善立法就不能回避这个问题,要回应社会的关切,我们现在募捐方面存在哪些问题?……没有法律依据的好多组织也在开展募捐,比较乱了,有的甚至是个人都在搞募捐,出了很多问题的例子不是一个两个。所以立法要问题导向,所以这一次,你看我们募捐这

1. 关于《中华人民共和国慈善法(草案)》的说明,中国人大网(http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2015-10/31/content_1949164.htm),网址访问于2019年2月14日。

块，一方面放宽募捐准入，第二就是规范募捐活动。（立法工作人员 A）

在资料的获取上，政策（立法）过程研究的一个难点在于如何打开“黑箱”并确保资料的真实可靠性。本文的写作得益于作者长期从事慈善政策研究，并且在《慈善法》的立法过程中作为专家团队成员深度参与了起草过程，因此作者与立法和行政主管部门具有较为紧密的合作关系，确保了进入渠道以及资料的可靠性。具体资料来源于三个方面，首先是关于立法过程的公开文本和非公开文本，包括公开的立法说明、两次征求意见稿以及非公开的各主要阶段的草案过程稿、常委会和法律委员会部分审议意见等。这部分资料较为全面准确地反映了“慈善”概念在文本上的变迁过程。第二部分材料是各阶段立法的主要参与者对慈善概念的解释和说明，这部分资料来源于新闻报道、正式出版的多份法条释义的书籍及文章，以及非公开的内部讲话、讲课内容等。第三部分资料是对立法关键知情者（决策者）的访谈，这部分半结构式访谈的资料主要是用来弥补前两部分资料的缺失并进行交叉验证。在这部分访谈中，为避免信息不充分，笔者往往对多个人就同一问题进行访谈。受访者涵盖了人大法律起草和审议机构的主要参与者和知情人，以及民政部门协助立法的工作人员。通过三方面资料的交叉印证，可以确保资料的可靠性并充分还原立法决策过程。考虑到学术伦理的要求，在文章资料的呈现中不显示被访人员的机构、职务以及参与的立法阶段等信息。

2. 立法程序与决策机制

根据《中华人民共和国立法法》，由全国人大专门委员会起草的法律首先经过专门委员会²起草，然后提交常委会审议。法律草案通常经由常委会三次审议后交付表决。其中，常委会认为应提请全国人民代表大会审议的法律案，由常委会根据相关规定审议后提请全国人民代表大会审议。因此，《慈善法》首先由内务司法委员会³起草。在起

2. 一般而言，法律委员会属于专门委员会之一，然而由于法律委员会承担法律的统一审议职能，因此本文所讲的专门委员会不包括法律委员会。

3. 本文中的机构和部门名称沿用《慈善法》立法时的名称。《慈善法》通过后，根据中央印发的《深化党和国家机构改革方案》，内司委目前已经更名为“监察和司法委员会”，原内务室相关职能已经并入新设立的“社会建设委员会”。国务院法制办等职能部门已经并入司法部，在此不一一说明。

草阶段,内司委专门成立了以主任委员为组长的领导小组,成员来自国务院法制办、民政部等单位。领导小组内部设立了办公室,办公室主任由内司委内务室主任担任。内务室工作人员作为成员承担立法的调研、草拟工作。在内司委层面,一位副主任委员负责分管这一法律案。草案在内司委审议通过后提交常委会一审,正式进入审议程序。常委会一审后全国人大法律委员会(简称“法律委”)和全国人大常委会法制工作委员会开始主导对《慈善法(草案)》的修改。法律委根据常委会审议意见及其他各方面的反馈意见决定如何修改。由于法律委没有自己单独的办事机构,法工委的办事机构同时也是法律委的办事机构,所以法律草案的具体修改由法工委负责。法律草案经过修改后,法律委再将其提交常委会二审。常委会二审后法律委再进行统一审议和修改,并提交全国人民代表大会审议,之后根据代表的审议意见加以修改,最后提交全国人民代表大会进行表决。在全国人大的机构设置中,相比于各专门委员会以及法律委等,法工委只是全国人大内设的办事机构,不具有提案、审议的职权,其人事由全国人大常委会任命,是典型的官僚机构。但由于法工委同时是常委会和法律委员会的办事机构,在实际的法律审议过程中,法工委扮演着举足轻重的作用,往往被称为“隐形立法者”“小常委会”(卢群星,2013)。《慈善法》的整个立法过程见图1。

从职能分工来看,专门委员会负责法律的起草,法律委员会则负责对法律的统一审议。在提交常委会一审后,立法的主导权就转移到法律委(法工委)。在正式制度安排上,内司委可以通过“三委会”会议与法律委、法工委就法律的修改进行沟通,同时内司委工作团队可以列席审议。但是,专委会不能主导法律案的修改,如果专委会对某个条款不认可,在制度安排上可以撤销提案,然而基于中国特殊的体制安排,专委会基本上不使用这一权限,从而使法律委(法工委)成为最终的决策者。非正式制度层面的沟通则取决于双方工作团队以及负责分管该法的副部级立法者的偏好。

从决策模式和关键决策者来看,内司委、法律委、常委会都属于全国人大的常设机构,具有提案或审议决策的职能,审议实行集体决策制。在提交这些委员会审议之前,法工委、内司委起草小组中实行的则是官僚决策制(即领导决策制度)。在法律起草过程中,分管这一法律

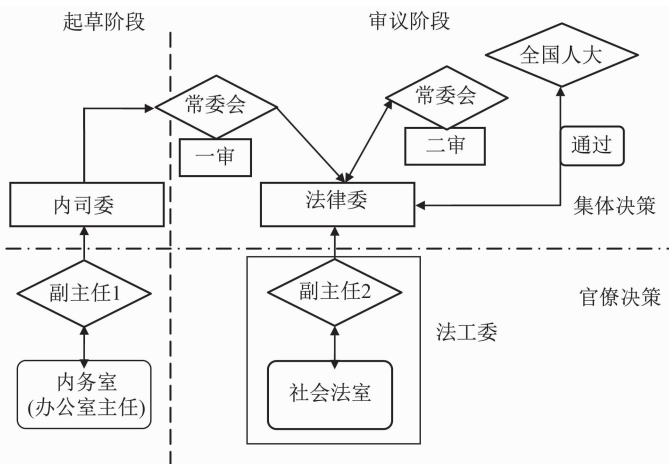


图 1:《慈善法》起草及审议过程示意图

案的副主任委员（副部级，具有人大代表身份）往往在整个草案框架的设定和具体条款的确定中具有主导决定权。就《慈善法》这一案例而言，内司委起草小组中的办公室主任在起草过程中是主要决策者，副主任委员对提交内司委务会和全体会议讨论的草案有最终决策权，两者对起草阶段法律草案的主要事项具有决策权。在审议阶段，法工委副主任委员分管这一法律案，他对提交常委会、大会以及法律委审议的草案有主要决策权。立法过程中关键立法者的理解也决定了法律条款如何被解释以及被公众认知和理解。在对“慈善”概念的界定中，内司委副主任并没有太多介入，因此，影响“慈善”概念界定的关键人物是办公室主任和法工委副主任委员。

三、案例分析：慈善概念的形成过程

（一）法律移植与习俗中的慈善概念

西方和日本等国家的慈善概念界定符合韦伯意义上的形式理性，能够有效地区分慈善组织与非慈善组织，也能区分捐赠与赠予行为的差异。中国传统习俗和本土法律实践中的慈善概念则不进行严格区分。因此，在西方法律概念中，个人求助和为特定个体募款的行为不属于慈善行为；而在中国本土概念中，为特定个体募款或对个人求助的赠予行为属于慈善。正是这一认知上的差异，使立法过程中面临着是否

需要将两者融合以及如何融合的问题。

1. 形式理性的慈善概念

英国作为慈善法律体系最健全的国家,其《慈善法》(*Charities Act 2011*)第二条第一款规定,“慈善目的”(charitable purpose)包含两个要素,首先,从事的业务领域需要符合第三条第一款中所列 13 类;其次,还必须满足公共利益(public benefit)标准,两个要素缺一不可。⁴关于公共利益的标准,英国慈善委员会 2013 年发布的《公共利益:关于公共利益的法律分析》⁵中明确了两个基本原则:一是有益性,二是必须使公众或公众中足够大的部分获益。当然,英国《慈善法》在 2006 年颁布之前,具有济贫、教育与宗教目的的慈善组织被假定为符合公共利益。但在该法颁布后,慈善组织要想被认定为具有慈善目的,除了符合慈善目的的标准外,还需要经过公共利益测试。之所以要进行公共利益测试,在于被默认为符合慈善目的的活动也经常在实践中被判定不符合公益原则的要求。因此,英国 2006 版《慈善法》第三条第二款规定,“不得推定某项慈善目的符合公益原则(之求)”(吕鑫,2016)。从英国对慈善概念的立法过程可以看到,法律本身需要不断完善、加强逻辑,以避免法律争议的出现。

慈善事业最为发达的美国主要依靠税法进行规制。《美国联邦税法》在对免税的慈善目的予以规定时指出:(免税)组织的建立和运行在秉承本法所罗列的目的时,必须是为了公共利益(public interest)而非私人利益(private interest),私人利益包括为特定个人、建立者及其家庭、组织的股东或控制人牟利。⁶在与中国相近的大陆法系国家中,日本的《公益法人认定法》第二条第四款中明确规定:“公益目的事业指有利于增进不特定多数人利益的学术、艺术、慈善等与公益有关的在附表各号中所列举的事业。”在英美法系中,并非所有国家都在成文法里明确慈善需要符合公共利益,如澳大利亚 2013 年颁布的《慈善法》,新西

4. 参见 *Charities Act 2011*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/25>, 网址访问于 2019 年 1 月 1 日。

5. 参见英格兰和威尔士慈善委员会,“Public Benefit: Analysis of the Law Relating to Public Benefit”, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589796/Public_benefit_analysis_of_the_law.pdf, 网址访问于 2019 年 1 月 1 日。

6. 参见“Exemption Requirements-501(c)(3) Organizations”, <https://www.irs.gov/charities-non-profits/charitable-organizations/exemption-requirements-501c3-organizations>, 网址访问于 2019 年 11 月 1 日。

兰 2005 年颁布的《慈善法》等。即便这两个国家的成文法没有提,判例法也是承认“公共利益”这一要求的。可以说,从国际主流法律界定来看,慈善的概念包含两层含义:首先是业务领域的界定如教育、扶贫等;其次是对“公共利益”的界定,以不特定的多数人作为受益人是一个被普遍认可的判断公益的标准(胡鸿高,2008;王景斌,2005)。只有这两个要素都满足,才能够被认定为“慈善活动”或者“慈善目的”。

从建构一个形式理性的法律概念来看,对慈善的定义需要在规定领域的基础上明确符合“公共利益”的标准,基于此才能形成一个逻辑明晰的概念。首先,不对公共利益进行界定,就无法区分慈善捐赠和《合同法》上的私益赠予行为。不区分会带来法律的争议和混淆问题,比如“王帅诉中国红十字基金会公益事业捐赠合同纠纷”⁷一案,虽然最后法院判定以特定个体名义发起的募捐也应当符合公共利益目的,但部分公众认为以特定个体名义发起的募捐其资产应该归属于特定个体。⁸其次,单纯依靠领域界定无法区分慈善组织与其他非营利组织。之所以要把慈善组织与其他非营利组织加以区分,首先在于慈善组织与其他非营利组织在税收待遇上是不同的。国家给予慈善组织更多的税收优惠,因此,必须将其与一般意义上的非营利组织予以区分。在使用移植的慈善概念后,有法律学者认为个人求助和为特定个体的募捐属于社会自我调节的重要组成部分,已经由《民法》《合同法》等规制,《慈善法》不适宜、不应当予以规制。从上述分析可以看到,法律移植过程中对慈善概念的界定有利于法律自身的系统性与逻辑的完善,然而这一形式理性的慈善概念界定与普通百姓所认知的慈善概念并不一致。

2. 本土法律与习俗中的慈善概念

(1) 公众认知中的“慈善”概念

在我国历史上,“慈善”最初只是“慈”和“善”。在长期的演进过程中,两者内涵慢慢趋同,均包含仁慈、善良和富有同情心之意。中华人民共和国建立后,“慈善”一度被认为是“统治阶级欺骗与麻痹人民的装

7. 该案例的具体情况请参考中国法院裁判文书网。

8. 此案的特殊性在于,中国红十字基金会在募捐的时候做了一个技术处理,即募捐款项如果有剩余要用于类似的人群,从而将以特定个体名义发起的募捐非特定化,满足了“公共利益”的要求。

饰品”(董必武,1950),“慈善”这一话语被弃用。20世纪90年代初,随着经济体制改革而来的是社会空间的生长以及单位体制的瓦解,基于社会保障等多方面原因的考虑,“慈善”被重新提出。1994年,《人民日报》发表社论《为慈善正名》,“慈善”这一话语才被带回公众视野。然而,由于习惯问题,1994年到1998年,用“公益”⁹和“公益事业”来代替“慈善”和“慈善事业”很常见(杨团,2009)。正是因为这个传统,很多时候“公益”并不作为“公共利益”的简称使用而是作为“慈善”的同义词使用。经过1998年的抗洪救灾、2008年的汶川地震等几次重大事件的洗礼,慈善已经成为主流话语体系中的重要概念之一。但关于何为慈善,整个社会的主流意识完全停留在积德行善做好事的层面,只关乎行善,与公益和公民社会无关(何道峰,2012)。

20世纪以来,慈善事业的范围不断拓展。狭义的现代慈善事业大体指与传统相近的救济与救助事业,广义的现代慈善事业既包含狭义的救助事业,还包含教育、医疗、健康、科学、文化、社会福利服务等多领域中的志愿服务以及关爱与互助。然而,大众普遍认同的慈善事业主要是对有困难的人群进行扶危济困(许琳、张晖,2004;石国亮,2014)。有调研显示,八成以上的人表示愿意救助自己周围遇到困难的同事、同乡、同学、朋友,而愿意帮助陌生人的受访者只有三成多(许琳、张晖,2004)。由于中国传统中欠缺对公共领域的认知,因此“利他”被认为是慈善行为的主要特征。虽然没有对慈善的统一界定,但中国公众认知的慈善以“差序格局”的形式展开,往往从家族开始,逐渐扩展到对非亲非故的他人的救助,无论是乞丐还是邻里的救助都被认为是慈善行为。可以说,与西方不同,中国传统的慈善观念从一开始就不包含西方式的“公共利益”目的。这种以“利他”为内核的慈善界定却又符合中国传统的伦理道德规范,在这个意义上,习俗中的“慈善”概念具备了韦伯实质理性法律的特征。

(2)本土法律实践中的“慈善”概念

中国近代第一部具有完整法律形式的有关慈善的法律《监督慈善

9. 在我国,公益一词分别在两种语境下使用:一是教、科、文、卫、体等特定的领域,如《公益事业捐赠法》中的“公益”主要包含这些领域;二是公共利益,对应的是英文中的 public interest 或 public benefit。由于存在这两种不同的语境,人们对同一词汇容易产生不同的理解甚至是误解。在本文写作中,除了法律明确规定以外,当公益为公共利益的简称时,一律使用公共利益。

团体法》及其细则对于慈善的界定并不包含公共利益这一要素。在《慈善法》出台之前，全国性的法律法规并没有对“慈善”进行定义。与之相近的概念是“公益事业”。我国1999年颁布的《公益事业捐赠法》将“公益事业”界定如下：

第三条 本法所称公益事业是指非营利的下列事项：

（一）救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动；

（二）教育、科学、文化、卫生、体育事业；

（三）环境保护、社会公共设施建设；

（四）促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。

从上述定义可以看出，“公益”概念只从领域这一维度来进行界定，至于上述范围内的活动是否需要符合公共利益并没有明确。尤其是第三条第一款既包括救助“社会群体”，又包括救助“个人”。从英国对不特定群体的界定来看，群体的表述可以满足不特定个体的问题，但是救助个人显然很难通过不特定人群这一公共利益受益人的事实检测。因此，从这个角度来讲，上述公益事业的受益对象既包括群体也包括个体。¹⁰另一部重要的行政法规是《基金会管理条例》，该条例没有对何为“公益事业”或“公益目的”做进一步的解释。¹¹在地方层面，江苏、宁夏、宁波、长沙等省市地方法规对慈善的界定都没有要求这些活动领域需要符合公共利益。

在实践层面，大量为某个特定个体的募捐不仅被公众认知为慈善行为，而且慈善组织也在开展此类活动。其中，为个体募捐后引起较大争议的有“杨六斤事件”“南京女童罕见病案”等。从形式理性法律的建构来看，这些都属于自我求助或者为特定个体的募捐，这些事件经过互联网的发酵募集了几十万元甚至上百万元的资金；但在资金使用、剩余资金的分配等方面又被认为不符合慈善目的，引发了捐赠者和受助

10. 一种可能是混淆了目的（不能为特定个体）和结果（即使是为了不特定个体，最终受益的都是一个个体）这两个不同层面的事项。

11. 相反，民政部印发的《全国性社会团体公益性捐赠税前扣除资格初审暂行办法》中的“公益”既包含领域也包含公共利益的要求。其中，“（三）公益活动特点突出。公益活动以捐赠、资助、志愿服务为主要形式。公益活动的受益人或者服务对象应当是会员以外的不特定的社会公众”。也就是说，公益的受众不是特定个体。

人之间的纷争。社会公众和舆论则认为这一类行为是慈善行为,希望《慈善法》加以规制,避免乱象频出。

(二)起草阶段:实质融合与形式缺位

《慈善法》作为一部典型的社会法,其立法者并没有直接的立法经验。在这一背景下,内司委“开门立法”得到了各个方面的积极响应,北京大学、清华大学、北京师范大学、中国人民大学、山东大学、中山大学等高校有关机构以及中国社科院法学所和一些慈善组织,纷纷召开慈善立法研讨会、论证会,仅内司委内务室参加的此类会议就达30多次。在《慈善法》起草过程中,内司委共收到7份专家建议稿、几十份专题研究报告和数百万字的相关资料(于建伟、贾西津,2016)。专家虽然在一定程度上提供了大量的知识供给,但核心还需要立法者吸收并应用。从法条的变迁来看,立法者早期对慈善概念的理解更多体现着公众对慈善概念的普遍认知。这一点从《慈善法》早期草案的相关条款中可以看到,慈善包括特定受益人受益的行为。

【为特定受益人募捐】慈善组织为特定受益人开展募捐的,应当调查核实受益人的相关情况。

【单位社区内部的慈善活动】国家鼓励和支持在单位或者社区范围内为帮助特定对象开展的慈善活动。开展前款规定的慈善活动,不得向本单位或者本社区以外的社会公众募捐。(内部资料)

在专家与立法者不断互动的过程中,法律移植中的慈善概念逐渐开始影响立法者,使其从一个习俗规范的持有者转变为一个基于理性与逻辑的立法工作者。本文通过分析提交给全国人大的7个版本的专家建议稿发现,学者尤其是具有法律背景的专家起草的建议稿(除了中国社科院法学所外)对慈善概念的界定都采取了英国、美国、日本等国的模式,即对“慈善”概念的界定除了业务领域外,还需要满足“公共利益”的要求。具体见表1部分专家建议稿中对“慈善”概念的界定。这意味着对特定个体的救助以及民间社会直接的一对一的救助不被认为是法律意义上的“慈善”。

在法律起草阶段,立法者还参与了由北师大中国公益研究院等多个机构召开的多次研讨会。这些组织召开了中美、中英、中日慈善立法研讨会,介绍了西方国家对慈善的界定并探讨了《慈善法》是否需要管辖为特定个体募捐的问题。通过访谈笔者也确认了“慈善活动应该是

表 1：部分专家建议稿中对“慈善”概念的界定

	起草单位	慈善界定(领域)	公共利益界定
1	北京大学和清华大学	第三条【慈善的界定】 本法所称慈善活动是指自然人、法人或者其他组织自愿开展的、不以营利为目的的以下活动	第四条【慈善活动的原则】 开展慈善活动,应当遵循自愿、合法、诚信、服务于公共利益及不以营利为目的的原则,不得违背社会公德,不得损害他人的合法权益
2	北京师范大学	第三条【慈善事业的定义】 本法所称慈善事业,是指自然人、法人或者其他组织自愿开展的下列以不特定人利益为目的的非营利性活动	第九十一条【有关术语的含义】 本法下列术语的含义: (一)公共利益为目的:指以不特定人的利益为目的,不包括以特定受益人和互益为目的
3	中国社科院法学所	第二条【慈善的定义】 本法所称慈善,是指自然人、法人或者其他组织以捐赠财产、提供服务等方式,自愿且不以营利为目的开展的下列救助和服务活动	无
4	聊城大学法学院	第四条【慈善活动目的】 慈善活动应致力于下列活动的目的	第四条【慈善活动目的】 在上述范围内,慈善活动应以促进不特定多数人的利益为目的

不特定个体受益”这一观点已经被立法者所接受。2015年2月,内司委在第一次大范围的征求意见稿中将慈善界定如下:

本法所称慈善活动是自然人、法人或者其他组织以捐赠财产或者提供志愿服务等方式自愿开展的下列公益活动。

在部分学者看来,此处的“公益”是“公共利益”的简称,而不是领域的界定。但是,国内某知名智库的法学所以及慈善事业监管部门都认为,此处的“公益”是对业务范围的界定而非对“公共利益”的简称。因此,有学者认为用“公益”来界定“慈善”存在同义反复的问题,建议此条将“公益”修改为“非营利”。

当然,此处的“公益”是作为一个领域还是“公共利益”的简称,在立法第一阶段,立法机构官员的理解也不完全一致。虽然立法者在其正式出版的法条解释中认为此处的公益应被认为是“公共利益”——“正确认识这一问题,关键是要正确理解《慈善法》第三条中的‘公益’二字。‘公益’,简言之,就是‘公共利益’,这是一般性的概念。《慈善法》第三条所列六项慈善活动,都是符合社会公共利益的,而慈善组织开展这些活动又都是具体的”(于建伟,2016b)。笔者在进一步的访谈中间及为什么2015年2月第一次征求意见稿之后将第三条中的“公益”改为“非

营利”时,被访者解释说,此处的“公益”其实跟非营利并没有多大区别。

此处“公益”实际上跟非营利没有特别大的区别,但是具体用哪个词可能还是跟领导偏好有关系。(立法工作人员 A)

但另一个被访者认为,之所以此处没有对领域附加“公共利益”的界定,并不是慈善不需要符合“公共利益”,而是默认需要遵守公共利益的要求。

由于第三条第五款规定了其他慈善活动需要符合社会公共利益,因此可以默认推出慈善活动本身是需要符合公共利益的要求的。(立法工作人员 B)

从这些信息可知,立法者内部就如何把法律移植中的“慈善”概念在文本中进行恰当表述还存在模糊性,对立法者 A 的进一步访谈基本上可以确认立法者接受了慈善应该为“公共利益”即“不特定多数”服务的理念。在草案中,除了直接对慈善进行定义的条款外,涉及“慈善”概念界定的条款还包括第三十五条中“捐赠人可以通过慈善组织捐赠,也可以直接向受益人捐赠”。在一些专家看来,这一条款无法区分《合同法》中的私益赠与与具有公共利益的捐赠。该阶段的立法者认为,慈善不仅包括以慈善组织作为中介的慈善,也包括直接向受益人的捐赠。

之所以加入直接捐赠,这是大慈善的概念,不仅包括捐给慈善组织,也包括比如直接捐给一个学校、比如企业老板给村里的贫困人口发钱,这些你也不能说它不是慈善。(立法工作人员 A)

由此可知,通过与专家学者的互动,立法者已经基本接受了法律移植中的慈善概念,即直接捐赠也需要满足公共利益这一属性。

当然,立法者仍然尝试将习俗中的慈善概念与法律移植中的慈善概念有机结合。在这一阶段,慈善组织是否可以为一个特定个体募款仍然是一个被重点讨论的问题。一方面,“为特定个体”募捐是慈善组织开展的客观存在的事项,也是公众认知中的慈善行为。个人求助也是网络上争议最大、出现问题最多的事情,是立法之初一直想解决的问题。另一方面,这一习俗和实践中的慈善概念无疑是与法律移植中的慈善概念相冲突的。在与专家的互动中,立法者已经认识到如果将为特定个体的募捐纳入《慈善法》的管辖范围会引起一系列问题。因此,立法者尝试从技术角度来解决这个问题。初步解决方案是将“特定个

体非特定化”，即慈善组织为特定个体募捐需要其本身就在开展此类扶贫济困活动，其次为特定个体募捐所得的剩余财产的使用需要符合近似原则。在实践中将为特定个体的募捐非特定化，即为特定个体募捐所得并不仅仅为此个体服务，实现了募捐的公共利益性。

随着立法者的调研不断深入以及与专家学者的互动增加，在《慈善法(草案)》一审稿中，慈善活动去除了特定受益人的相关条款，被界定为特定领域的非营利活动。虽然形式上没有完成法律移植，但是通过对其他法条的分析和访谈资料可以看出，立法者已经认为“慈善”概念需要包含“公共利益”这一要素，并尝试将法律移植与习俗中的慈善概念进行初步融合，以使立法既满足社会需求又符合法律逻辑。

(三) 审议阶段：形式确认与实质消解

由于一审稿并未对法律移植中的慈善概念在条款中进行确认，因此专家团队在提交给法工委的修改意见中仍然强调了公共利益这一属性的重要性。

第三条建议修改为：“本法所称慈善活动，是指自然人、法人或者其他组织以捐赠财产或者提供志愿服务等方式，自愿开展的为实现公共利益为目的的下列活动。”修改理由为：原有法条无法有效地将慈善的公益性与互益(会员组织)、私益(特定个体)行为进行区分，容易在实质上造成《慈善法》与《非营利组织法》无法区分。(研究机构 A 内部资料)

被访者 D 在访谈中指出，在二审稿第三条中将“非营利”改回“公益”的原因是由于专家的建议，专家认为如果不加入“公益”就无法对慈善行为与非慈善行为加以区分。D 在一个解释民法总则的文章中解释道：此处的“公益”实际上是“公共利益”而非领域。

民法总则中多次出现“公益”二字，从前后文中可以理解，“公益”就是指不特定公众的利益，即公共利益(此处不需要理解为《公益事业捐赠法》中所列举的若干领域，而是符合《慈善法》中对慈善活动进行定义时所使用的“公益”的含义)。(立法工作人员 D)

因此，从形式上看，二审稿已经完成了对慈善概念的法律移植。草案关于“慈善”定义的变化请见表 2。

表 2:《慈善法》过程稿及最终稿对慈善的定义

草案(一稿)	二次审议稿修改稿	慈善法(最终稿)
第三条 本法所称慈善活动,是指自然人、法人或者其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式,自愿开展的下列非营利活动	第三条 本法所称慈善活动,是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式,自愿开展的下列公益活动	第三条 本法所称慈善活动,是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式,自愿开展的下列公益活动 第八条 本法所称慈善组织,是指依法成立、符合本法规定,以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织

然而,此处的“公益”二字到底是“公共利益”还是特定领域如《公益事业捐赠法》中的“公益”,第二阶段立法者内部的观点并不一致。作为审议阶段的重要决策者,立法工作人员 C 所理解的“公益”二字指的并不是专家或者西方慈善法律体系中的“公共利益”(public benefit),而更接近对领域的界定。

第三条规定了六个方面的公益活动都属于慈善活动。从捐赠财产和提供服务的角度来看,内地居民、港澳台同胞、外国人开展的符合本法第三条规定的活动都是慈善活动。同时,按照该法第八条的规定,慈善组织开展慈善活动的受益对象是“面向社会”。“面向社会”这四个字是在审议过程中增加的,应给予足够的重视,它有特定的含义:将学者的学术用语“不特定大多数人群”转化成了法律语言“面向社会”。根据第三条、第八条就可判断某项具体活动是不是慈善活动。(立法工作人员 C)

从上述简要分析来看,专家对慈善概念的界定影响了草案对慈善的界定,使得为特定个体的募捐和捐赠不在《慈善法》的管辖范围内。然而,关于“公共利益”,立法者 C 认为并不是通过第三条中的“公益”来进行界定,而是通过第八条“面向社会”加以界定。可以推论,立法者 C 理解的不特定多数人并不等同于英美等法律概念中不特定多数人的概念。

个人求助是指为本人、为自己的家庭成员或者自己的近亲属,向他人或社会求助。个人求助最根本的特征是“利己”,而《慈善法》所规范的慈善活动则必须是“利他”的,慈善组织开展慈善活动的受益人是“不特定的大多数人”。换句话说,

如果是为了解决自己和自己的家庭成员的困难而发起筹款，不管通过什么渠道进行，《慈善法》都不禁止。¹²（立法工作人员 C）

通过上述立法者对直接捐赠这一条款的解读，可以看到立法者所认知的“面向公众”或者说之前提及的“不特定个体”并不是法律学者所说的“不特定公众”。面向不特定公众，某种意义上来看更加符合社会大众理解的利他。至于这个公众是一个具体的个体还是一群人其实并没有那么严格的区分。当然与通过慈善组织的捐赠（慈善组织服务的目标通常是一群人）相区别，立法者假定此种行为不能享受税收优惠。这一点在之后的立法解释一书中也有较为明确的说明。

但捐赠实际会遇到一个问题，企业、个人可能没有税收优惠，抵税抵不了，这个可能更高尚了，抵税都不要抵税，我去帮助他，所以我们在法律上还是把它写上了。（立法工作人员 C）

这一处理实际上又体现了法律内部对“慈善”界定的矛盾。如果直接捐赠也属于法律意义上的慈善行为，那么捐赠人理应享受税收优惠，而不是区别对待。当然，这种认知是具有普遍的社会基础的，即中国当前社会中一般居民家庭具有直接面向受益人的捐助偏好（朱健刚、刘艺非，2017）。事实上，这一阶段由于立法者与专家互动并不充分，虽然专家 E 在某一次面向法工委及法律委部分委员的会议上做了相关说明，重点介绍了慈善界定中非特定个体受益的问题，但立法者对法律移植强调的公共利益的理解发生了偏差，其虽然用了公共利益的概念但本质上更接近于习俗对慈善的理解。

由于慈善概念界定的专业性，在常委会一审和二审过程中，这个问题没有被人大代表充分讨论，但是在法工委内部却得到了重点讨论。讨论的重点是慈善组织是否可以为特定个体募款，讨论的结果是大部分决策者倾向于认为为特定个体的募捐属于慈善范畴。也就是说，基于问题导向的立法模式和习俗的认知已经影响了立法者的决策。然而，立法第二阶段和第一阶段的讨论虽然事项一致，但理解却发生了偏移。同样以第三十一条“直接捐赠”这一条款为例，常委会审议时有的

12. 新华网，《慈善法再解读：个人求助和个人募捐有什么区别》，http://news.xinhuanet.com/legal/2016-03/21/c_128818399.htm，网址访问于 2019 年 1 月 1 日。

委员建议删除,但这一意见并没有被采纳。第一阶段立法者认为直接捐赠仍然需要符合公共利益,但是在第二阶段却更接近于习俗中的慈善概念。

第三十五条中“捐赠人可以通过慈善组织捐赠,也可以直接向受益人捐赠”,对这一条后面的这句话,专家E一直不赞成。她说这个不是慈善活动,这是《合同法》里的赠予,通过慈善组织的捐赠才是慈善捐赠。后来这个事情反复研究、反复在想,举过这样的例子,现在某一个人家庭遇到困难了,我和他是没有任何关系的,我就帮助他了,我做的是好事情,是善事情,从这个角度看是慈善的。那这个人是多纯粹的人,是多高尚的人,是多有社会责任感、多有爱心的人。这个事情是好事情,《慈善法》也是鼓励做的,我们讲表彰,自然人、法人不是通过慈善组织也可以表彰。(立法工作人员C)

实际上,此处已经把基于个人求助的赠与人的直接赠予也视为慈善捐赠,对赠予和接受这一对关系进行了不同法律关系的界定,不符合法律的逻辑。这一点在个人求助是否可以与慈善组织合作的条款上也明显体现。在过程稿中,曾经有条款提出个人可以与具有公开募捐资格的慈善组织合作开展募捐,这主要是为了解决个人求助的募款问题。从法律逻辑上来讲,慈善组织的所有财产只能用于慈善目的,因此为特定个体募款不符合慈善宗旨;¹³但是,绝大多数立法者及常委会委员并不认为有不妥之处。在审议过程中,Z委员由于参与立法的第一阶段较多,他建议该条款对于个人与慈善组织合作募捐应该加上限制性界定,即个人“基于慈善目的”可以与具有公开募捐资格的慈善组织合作,个人不能为了自己的利益,以避免法律逻辑上的矛盾。

从上述分析可以看到,立法第二阶段的法律移植虽然在形式上确立了起来,但是在立法者中并未成功移植。正是这一内部立法过程中信息的不对称或者说自我解读导致了对概念理解的偏移。在立法第二阶段,习俗中的慈善概念占据了主导地位。被访者B认为是由于第二阶段的立法时间过短,而《慈善法》是一个典型意义上的社会法,与之前

13. 个人与慈善组织合作开展募捐后,个人的求助行为就转换为慈善组织为特定个体募捐的行为了。

法工委比较熟悉的《刑法》《民法》等事项不一致。因此，这个法律的具体条款需要反复理解才能明白，具有一定的技术门槛。由于时间过短，从第一阶段移交到第二阶段时，第一阶段的立法者只能用通俗易懂的“利他或利己”来进行解释，这可能也是立法者 C 对这一问题产生误解的原因。那么在第二阶段，立法者内部是否都如此认知呢？其实并不一致。立法参与者 F 以为内部已经达成了共识，即为特定个体募捐不属于《慈善法》所管辖的活动，但由于 C 在官僚体制中的位置使其认知在某种程度上影响了整个法律的形成过程。

四、初步结论

本文从立法过程切入，探讨了“如何才能使被移植的法律制度最大限度地承载中国社会的民情、政治体制和传统文化”（刘思达，2005）。从上文的分析中可以看到，由于系统接受了形式理性法律思维的教育，法律专家希望移植的慈善概念符合形式理性，追求法律体系、概念在逻辑上的完整性和严密性。习俗中的慈善概念则符合实质理性，体现着中国传统伦理中“利他”的特征，也最为公众所认可。立法过程中存在着将两者有机结合进而消除两者之间张力的客观需要。法律移植和习俗如何通过立法体制影响慈善概念的形成机制具体如下。

首先，以法律专家和立法技术官僚为代表的法律职业群体是形式理性法律建构的推动者和维护者。在《慈善法》起草的过程中，“开门立法”使专家参与能够将立法者（立法技术官僚）从社会习俗的认知者和维护者转变为专业法律制定者。立法者具有双重身份，他们既是法律立法者也是习俗的认知者与维护者。专家的参与一定程度上消除了立法者的信息约束，但是立法者并不是一个统一的整体。立法过程中存在三类立法者：第一类是不具有人大代表身份的技术官僚（按照公务员管理的工作人员）；第二类是具有人大代表身份的立法官僚；第三类是具有人大代表身份且参与审议和投票的立法者。在这三类人中，前两者可以被认为是法律职业群体。与专家的互动使得第一类立法者接纳了法律移植的概念，第二类立法者则有限地接受了形式理性法律的慈善概念。

其次，当前中国立法体制有将本土习俗纳入法律体系进而体现其“合法性”的制度安排。从这个意义上讲，中国的法律在一定程度上

仍然保留了其原有的道德主义倾向,且不会伴随现代化进程而消失(黄宗智,2015)。无论是立法进程的加速还是具体法条的拟定都包含着基于治理的政策需求。回应性立法和全能型政府体制作作为结构因素促使立法者将习俗纳入法律框架中,以体现立法的“合法性”。《慈善法》立法的基本定位使立法者需要回应社会需求、规范慈善行为,而公众认知中的慈善行为实际上包括为特定个体募捐和捐赠。此外,立法者在科层体制中存在层级差异,立法技术官僚虽然更倾向于形式理性法律的建构,但是在决定权上需要让位于更多秉持习俗概念的立法者。这些立法特征已经消解了既往研究认为的“法律移植的过程中并未对中国社会自身的独特性予以足够的关注,使得立法游离于社会生活之外”(刘思达,2005)。我国现阶段的立法已经不再盲信域外经验,在法律起草过程中如果仅仅以国际惯例来进行说服,并不一定奏效。

慈善概念的法律移植之所以“未完成”主要在于立法体制一定程度上消解了两者的有机结合。从法条的变迁来看,经过与立法者的频繁互动,法条上体现了学者所强调的“慈善活动”应该是为了“公共利益”(以“公益”这个词汇出现)。然而,第二阶段主要立法者所认知的“公益”更多的是对领域的界定而不是对“公共利益”的界定。立法者所接受的“公共利益”以“面向公众”这一术语出现,虽然立法者认可英、美及日本等国法律以及我国学者理解的“公益”即“不特定个体受益”,但对公共利益更为本质的理解实际上仍是“利他”。专家主张的形式理性的慈善概念并没有被完整地传递到第二阶段具有决策权的立法者中,现有立法体制中的一些结构性因素限制了两者的有机融合。首先,起草过程与审议过程的断裂使立法者与法律专家的信息沟通被阻滞。立法过程的第一阶段和第二阶段相对分离,专家更多地影响了第一阶段的立法者,要影响第二阶段的立法者还需要一个重复的过程。其次,受立法的官僚决策机制的影响,具有人大代表身份的立法官僚往往并不参与到与专家学者以及行业的互动中。因此,在决策时立法工作者能否将专业知识进行消化并说服秉持社会规范的立法者,以及在立法团队内部的官僚制下立法工作者能否进行有效说服都存在不确定性。

当前中国的立法并不是对法律移植的过度强调而忽视了本土习俗等的重要性,相反,现有的立法模式和体制使习俗等能够被立法者充分考虑,更为关键的问题是吸纳习俗的同时如何确保法律体系的逻辑严

密性。因此,对于如何实现法律移植过程中形式理性与习俗的结合,在更多邀请法律专家参与的情况下,更为重要的是立法体制的优化。立法体制需要融合起草和审议过程,使立法决策者(非立法技术官僚)获取更多信息,解除信息约束才能更好地促进两者的有机结合。

参考文献(References)

- 曹正汉.2008.地权界定中的法律、习俗与政治力量——对珠江三角洲滩涂纠纷案例的研究[J].中国制度变迁的案例研究(年刊):712-807.
- 陈霓珊.2018.民国民事立法中的“保守”与“激进”——基于爱斯嘉拉本土化立法方案的考察[J].近代史研究(3):141-154.
- 程化琴.2005.《中华人民共和国民办教育促进法》制定过程研究[D].北京大学博士论文.
- 董必武.1950.新中国的救济福利事业——一九五〇年四月二十六日在中国人民救济代表会议上的报告[J].江西政报(5).
- 何道峰.2012.2011年——中国公民意识之群体觉醒元年[G]//中国慈善发展报告(2012).杨团,主编.北京:社会科学文献出版社.
- 胡鸿高.2008.论公共利益的法律界定——从要素解释的路径[J].中国法学(4):56-67.
- 黄宗智.2007.清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践[M].上海书店出版社.
- 黄宗智.2015.道德与法律:中国的过去和现在[J].开放时代(1):75-94.
- 赖骏楠.2014.马克斯·韦伯“法律社会学”之重构:观念论的力量与客观性的界限[J].中外法学(1):151-171.
- 林端.2007.法律社会学的定位问题:Max Weber与Hans Kelsen的比较[J].现代法学(4):3-14.
- 刘思达.2005.法律移植与合法性冲突——现代性语境下的中国基层司法[J].社会学研究(3):20-51.
- 刘思达.2014.中国法律的形状[J].中外法学(4):1024-1044.
- 刘星.2004.重新理解法律移植——从“历史”到“当下”[J].中国社会科学(5):24-36.
- 卢群星.2013.隐性立法者:中国立法工作者的作用及其正当性难题[J].浙江大学学报(人文社会科学版)(2):74-89.
- 吕鑫.2016.法律中的慈善[J].清华法学(6):168-189.
- 马剑银.2008.法律移植的困境——现代性、全球化与中国语境[J].政法论坛(2):54-69.
- 马剑银.2016.“慈善”的法律界定[J].学术交流(7):87-93.
- 强世功.2005.迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思[J].中国社会科学(1):109-122.
- 强世功.2018.告别国家法一元论:秋菊的困惑与大国法治道路[J].东方学刊(2):43-55.
- 塞德曼,安·罗伯特·B·塞德曼、赵庆培、潘汉典.1989.评深圳移植香港法律建议[J].比较法研究(Z1):1-13.
- 石国亮.2014.我国居民的慈善意识及其影响因素——基于全国五大城市的调查分析[J].理论探讨(2):157-161.
- 苏力.1996.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社.
- 苏力.2000.中国当代法律中的习惯——从司法个案透视[J].中国社会科学(3):124-

135.

- 孙新强. 2011. 我国法律移植中的败笔——优先权[J]. 中国法学(1):153-163.
- 王景斌. 2005. 论公共利益之界定——一个公法学基石性范畴的法理学分析[J]. 法制与社会发展(1):129-137.
- 王勇. 2008. 法律移植研究与当代中国的法律现代化[J]. 法制与社会发展(4):149-160.
- 韦伯, 马克思. 2005. 法律社会学[M]. 桂林: 广西师范大学出版社.
- 信春鹰. 2007. 法律移植的理论与实践[J]. 北方法学(3):5-13.
- 许琳、张晖. 2004. 关于我国公民慈善意识的调查[J]. 南京社会科学(5):89-94.
- 薛澜、赵静. 2017. 转型期公共政策过程的适应性改革及局限[J]. 中国社会科学(9):45-67.
- 杨团. 2009. 导论中国慈善事业的伟大复兴[G]//中国慈善发展报告(2009). 北京: 社会科学文献出版社.
- 姚建宗、栾兆星. 2015. 当代中国法律移植认识的基调演变——基于学术史的考察与展望[J]. 新疆师范大学学报(哲学社会科学版)(1):75-86.
- 姚建宗、孟融. 2015. 当代中国法律移植的反思和实用主义法律移植观的兴起[J]. 甘肃政法学院学报(2):12-23.
- 于建伟、贾西津. 2016. 《慈善法》科学立法、民主立法的典范[J]. 民主与科学(4):36-40.
- 于建伟. 2016a. 慈善法的精神[J]. 中国社会组织(18):19-20.
- 于建伟. 2016b. 关于慈善法的几个问题[J]. 中国社会组织(19):12-13.
- 张春生. 2000. 中华人民共和国公益事业捐赠法释义[M]. 北京: 法律出版社.
- 张仁善. 2009. 寻求法律与社会的平衡——论民国时期亲属法、继承法对家族制度的变革[J]. 中国法学(3):128-141.
- 赵静、薛澜. 2017. 回应式议程设置模式——基于中国公共政策转型一类案例的分析[J]. 政治学研究(3):42-51.
- 赵旭东. 2001. 习俗、权威与纠纷解决的场域——河北一村落的法律人类学考察[J]. 社会学研究(2):74-84.
- 郑戈. 2000. 韦伯论西方法律的独特性[G]//韦伯的法律与价值. 李猛, 主编. 上海人民出版社.
- 朱健刚、刘艺非. 2017. 中国家庭捐赠规模及影响因素探析[J]. 中国人口科学(1):47-58.
- 朱景文. 2006. 当代中国立法中的法律移植[J]. 河南省政法管理干部学院学报(4):87-96.
- 左卫民. 2012. 当代中国刑事诉讼法律移植: 经验与思考[J]. 中外法学(6):1145-1158.
- Merry, Sally Engle. 1988. "Legal Pluralism." *Law & Society Review* (5):869-896.
- Sun, Ying, Zhang Xiang. 2017. "Selective Openness: An Evaluation on Open-Door Legislation in China." *Journal of Comparative Law* 12(2):293-306.
- Truex, Rory. 2018. "Authoritarian Gridlock? Understanding Delay in the Chinese Legislative System." *Comparative Political Studies*. DOI:001041401875876.
- Zhang, Xin, Ding Xiaodong. 2017. "Public Focusing Events as Catalysts: An Empirical Study of 'Pressure-Induced Legislations' in China." *Journal of Contemporary China* (107):664-678.

责任编辑:冯莹莹