

思想

Articles

慈善：权力的介入

吴玉章*

内容提要：本文关注中国慈善事业发展中的一个问题，即权力的介入。围绕权力介入的现象分别介绍了几个问题：慈善事业在中国的发展过程，以及慈善与福利的不同；新中国成立之后，权力介入的开始、原因及其影响；随着2016年《慈善法》颁布出现权力介入新的形式，而权力介入的新形式标志着权力理性的兴起。

关键词：慈善 权力 权力 理性

一、慈善概说

(一) 历史梳理

近来,慈善是一个学术研究的热门问题,相关的研究材料和成果也不少。¹在我国,慈善行为很早就已经有了,围绕慈善和救济的理论观念也不在少数,儒家、法家、墨家、道家等都有各自的论述。面对社会生活中实际存在的鳏寡孤独病残贫弱人群,总有人自愿且不计回报地提供一些帮助,使其生活有所改善。早在春秋战国时期,我国的思想家们就探讨过国家对于鳏寡老幼、羸弱病残的救济问题。例如,管仲曾经提出国君应当实行“九惠之教”²,以便在与各国争霸过程中脱颖而出,成就霸业。在儒家学说的经典文献中也都有一些关于慈善的议论。³在西汉武帝时期,就有了救助鳏寡孤独幼童的善举,具体表现为由官府提供钱物;对于老年人,可以在计算年龄时给予优惠。⁴在汉武帝元鼎元年(公元前116年),江南水灾严重,而严冬即至,当时就出现了“赈粥济民”的善举。邓拓先生后来评论道:“此后累代施行,未尝稍衰。无论为中央或地方,又无

论其为政府或法团所兴办,史籍记载,从不间断。”⁵而各个朝代的统治者也都有一些关于慈善活动的敕令,甚至法典。⁶

不过,在漫长的封建社会期间,尽管历朝历代大都有一些救济举措,但是,封建国家究竟是否应该允许、支持慈善活动,还是有一些争论的。例如,唐代官方对于慈善问题有自己的看法,唐玄宗时期的大臣宋璟就要求玄宗废除“悲田养病坊”,其辞曰:“人臣私惠,犹且不可,国家小慈,殊乖善政。”⁷这反映了在一段时间内,唐代国家对于慈善活动有不同认识;因为当时的官方认为,慈善与儒家经典学说的仁政大业有所不符。

宋代一直被认为是一个国家力量比较贫弱的朝代,加之后来,宋代统治者又有南渡、偏安之举,更被认为是一个颇受屈辱的朝代。不过,宋代有一个时期,官府高度重视救济问题。北宋嘉祐年间(1056—1064年)宋仁宗诏令“诸州府救济鳏、寡、孤独、癯老、疾废、贫乏不能自存者,安排其居养,以绝户人的屋产充其费,供给米豆,不足则以常平仓的利息补充”。⁸

* 常州大学史良法学院教授,中国社会科学院法学研究所研究员。

1 相关研究成果大致列举如下:周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版;黄晓勇等主编:《中国民间组织报告》(2014年),社会科学文献出版社2014年版;王名主编:《中国NGO口述史》,社会科学文献出版社2012年版;卢德之:《走向共享》,北京大学出版社2013年版;王名主编:《汶川地震公民行动报告》,社会科学文献出版社2009年版;王名主编:《中国非营利评论》,社会科学文献出版社2013年版;徐家良主编:《中国第三部门研究》,上海交通大学出版社2011年版;杨团主编:《中国慈善发展报告》,社会科学文献出版社2009年版;民政部政策法规司主编:《中国慈善立法课题研究报告选编》,中国社会出版社2009年版;徐麟主编:《中国慈善事业发展研究》,中国社会出版社2005年版。

当然,还有若干学术研究的成果,这里就不一一列举了。问题在于,慈善领域研究成果的质量还有待提高,特别是如何解释慈善领域的发展变化等问题。

2 所谓“九惠之教”,是指一曰老老;二曰慈幼;三曰恤孤;四曰养疾;五曰合独;六曰问病;七曰通穷;八曰振困;九曰接绝。转引自周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版,第52页。

3 孔孟圣贤都议论过,如孔子的“仁者,爱人”;孟子的“恻隐之心,仁之端也”,等等。

4 参见周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版,第80页。

5 参见邓云特:《中国救荒史》,上海书店1984年版;转引自周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版,第77页。

6 例如,东汉时期,元和三年,当时的章帝就下诏,要求各州县爱惜孤童。具体要求,“其婴儿无父母亲属,及有子不能养食者,廩给如律。”转引自周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版,第80页。

元代法律规定,“诸鳏寡孤独、老弱病残、穷而无告者,于养济院收养。应收养而不收养,不应收养而收养者,罪其守宰,按治官常纠察之。”《元史》卷103,《刑法志》二。转引自周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版,第126页。

7 周秋光等:《中国慈善简史》,人民出版社2006年版,第92页。

8 同上,第98页。

宋哲宗元符元年（1098年）又下诏，要求对鳏寡贫病孤独者，“官为居养之”。⁹从元符元年至崇宁初年（1102年之后），是奸相蔡京当权的时期。而这一时期，除了外患不息，内乱也已经出现。这一时期又恰恰是梁山兄弟们聚义山寨，“大碗喝酒、大块吃肉”，对抗皇帝老儿（宋徽宗）的时期。¹⁰因此，宋代官府兴办慈善的目的，自然也与“吸附民众，稳定统治根基”有关。¹¹

元代法律有所规定：诸鳏寡孤独、老弱残疾、穷而无告者，于养济院收养。应收养而不收养，不应收养而收养者，罪其守宰，按治官常纠察之。¹²

在明清时期，尽管官方出台了一些救济举措，但是，民间的慈善活动也逐渐发展起来。¹³应该说，不依赖于官方的慈善活动和慈善机构才是我们今天所说的慈善活动的本意。

明清两代官方大都重视养济堂（院）的建设和管理，以救济鳏寡孤独、残疾之人。洪武皇帝曾“诏令天下郡县设立孤老院”，是广为流传的美谈之一。同时，在《大明律·户律》中还有专门规定，“凡鳏寡孤独及笃疾之人，贫穷无亲属依倚，不能自存，所在官司应收养而不收养者，杖六十；若应给衣粮而官吏克减者，以监守自盗论。”¹⁴

不久之后，社会上还出现了一类民间的慈善组织，即普济堂。这类慈善组织多由民间绅士集资捐助而成。对这类组织，官方曾经给予大力支持。例如，1706年，康熙皇帝为京师普济堂御制

碑文，并赐“膏泽回春”¹⁵匾额，以资鼓励。尽管后来，普济堂也获得了官方的资助；但是，一般来说，更多的情况还是来自民间的经费支持普济堂的存在和发展。¹⁶

不过，在漫长的封建社会里，由于皇权的“君临天下”，以及官府的强有力控制，慈善与福利长期不分，绝大多数的慈善活动也都由政府垄断。一直到明末清初，特别是鸦片战争前后，脱离官府的慈善活动才得以独自开展，而随着西方传教士进入中国，以教会为依托的、不借助于政府力量的慈善组织才得以逐渐发展起来。

在西方，慈善也是一个悠久的传统。在这方面，英国别具特色。英国很早就形成了自己的文化传统，其中，关于慈善活动至少有两种：开办慈善事业的传统和互助的传统。¹⁷从历史发展过程看，英国早期的慈善活动深受宗教观念的影响，那些慈善组织是由“宗教团体兴办和管理的慈善基金会”。¹⁸早在1601年，英国就通过了关于慈善的法律，即《慈善用途法》。英国对于慈善活动的态度深刻影响了美国人的慈善行为。此后，英国1601年的法律又经过多次修改，终于在2006年以英国议会通过的《慈善法》为标志大致定型。当然，由于英国的普通法特点，关于慈善的重要案例也在确定、保护慈善活动时具有重要意义。

尽管在思想观念上深受英国慈善事业的影响，美国对于慈善活动的管理有自己的特点。美

9 周秋光等：《中国慈善简史》，人民出版社2006年版，第98页。

10 《水浒传》第一回“张天师祈禳瘟疫 洪太尉误走妖魔”就讲到，嘉佑三年，大宋仁宗天子在位……。施耐庵：《水浒传》，长春出版社2006年版。

11 同注7，第100页。

12 同注7，第126页。

13 有学者建议，按照经费来源和创建者与管理者的身份等因素来划分官方与民间慈善机构。周秋光等：《中国慈善简史》，人民出版社2006年版，第140页。

14 同上，第142页。

15 同上，第153页。

16 同上，第155页。

17 民政部政策法规司主编：《中国慈善立法课题研究报告选编》，中国社会科学出版社2009年版，第135页。

18 同上。

国没有专门的、独立的关于慈善事业的联邦制定法；然而，美国的税法特别是《国内税收法典》，在规范和管理慈善活动时具有特别重要的作用。随着英美社会慈善活动的逐渐发展，逐渐形成了今天世界上有重大影响的慈善活动模式。

而在大陆法系各个国家里，一般都有关于慈善活动的法律规范和税收优惠法律，如德国。在德国，慈善组织大致归类于结社范畴；尽管其结社的传统相当悠久，¹⁹ 由于历史的原因，德国慈善立法近代以来逐渐形成。1900年实施的《德国民法典》在“法人”制度里对于非营利社团有明确的规定，而1949年《德国基本法》明确规定了公民的结社权利，从而“为慈善组织的自由成立奠定了宪法基础”。²⁰ 在税收优惠方面，德国的税收基本法规定了享受税收优惠的慈善组织的条件。由于德国施行联邦制，有些州法，如《德国巴伐利亚州财团法》，也规定了慈善行为。²¹

至于日本，它的慈善立法则经历过很大的变化。日本在明治维新之后的第一部宪法《大日本帝国宪法》（1890年实施）明确规定了臣民“在法律规定范围内，有……结社之自由。”1898年实施的《日本民法典》仿效《德国民法典》也专门规定了法人制度，从而“为慈善组织奠定了法律基础”。²²1998年，日本为了适应社会的发展变化，又制定并通过了《日本特定非营利活动促进法》，其中专门规定了慈善组织、慈善活动、税收优惠等问题，促进了公益事业的健全发展，应该说，该法为日本社会向“更具活力、更安定”方向发展发挥了重要功能。²³2006年，日本又一次

对非营利法人制度作出重大修改。通过这次修改，日本慈善组织法的重心由民法转为专门立法。²⁴

（二）慈善释义

在中文世界里，“慈”与“善”最初并没有连在一起使用，各有所指。“慈”是指长辈对晚辈的爱，“善”是指人之间的友爱和互助。在中国，高尚品质与人的具体身份联系密切，这在伦理世界是具有显著特点的。例如，父慈子孝，兄友弟恭等。据说，最早将慈善两字连在一起使用并见之于文献的是《北史》中的《崔光传》，文中称赞崔光人品，称“光宽与慈善”。²⁵ 现在人们认为，慈善是指人们在没有外界压力的情况下，自愿地扶弱济贫的一种社会活动。²⁶ 根据《大美百科全书》的解释，慈善是最悠久的社会传统之一，它借由金钱的捐助和其他服务，来提升人类的福祉。也可以说，慈善就是有些人通过提供钱、财、物或者时间的方式帮助处于贫困弱势境地的某些人，使之改变现状的行为。

一般来说，慈善行为只有在社会生活中才能出现，在单个的原子式社会中，不可能有什么慈善行为。只有在社会生活中，才有差异存在；具体说，才有人的各种差别存在，其中自然有朝气蓬勃、身强力壮的人们，当然也有贫弱老幼、鳏寡病残群体。重要的是，只有在社会生活中，才有慈善行为的对象存在。从这里，我们可以发现慈善行为的一个基本特点，那就是本来没有责任，也没有义务，但是，人们又自愿不计回报地帮助贫弱群体的行为。如果有责任、有义务来帮助别人，那就不是慈善而是责任了。由此，我们还可

19 早在12世纪，德国就出现了行会。民政部政策法规司主编：《中国慈善立法课题研究报告选编》，中国社会出版社2009年版，第152页。

20 同上。

21 同上，第153页。

22 同上，第164页。

23 同上，第165页。

24 同上，第166页。

25 崔乃夫谈话，参见中国慈善总会网站，中华慈善总会第一任会长：崔乃夫（一），2016年3月30日访问。

26 <http://baike.baidu.com/item/%E6%85%88%E5%96%84/3540300?qq-pf-to=pcqq.c2c>。

以发现一个政府与民间组织在救济贫弱群体时的一个重要区别，即政府出面的救济，属于国家提供的福利，是国家或政府的责任；而民间组织或个人提供的救济，才是慈善。

根据开展慈善活动的主体不同，我们可以将慈善活动分为个人的慈善活动和组织的慈善活动。所谓个人的慈善活动，是指在社会生活中普遍存在的，但又表现为分散的、零星的慈善活动。即使在“文化大革命”时期，个人的慈善活动也没有彻底绝迹，只是更加隐蔽了。至于组织的慈善活动，则是指由组织出面开展的慈善活动。在这方面，慈善总会或者各种名称的基金会往往就是以组织形式开展慈善活动的具体载体。更加深入的研究表明，近代以来的慈善活动更多是以组织形式开展的，而古代则多为个人的慈善活动。

总之，慈善行为大致可以有广义与狭义两种解释。从广义上看，慈善就是人类的一种自救，是人类群体的一种不需要外力的自我救济。再从狭义上看，慈善则是部分人利用自己的钱财物来帮助他人摆脱困境的一种行为。

这样，我们就获得了关于慈善行为的一个大致定义。这是一项基本工作，没有它，我们就不知道针对什么现象开展研究。但是，仅仅有了一个定义还是不够的。第一，因为这样的定义并不存在于现实社会环境之中，它只是一个抽象的定义。第二，这样一个定义无法揭示我国慈善行为的特性，而只能获得一个普遍的慈善行为印象。这样的结果显然是不能令人满意的。

二、权力的介入

本文打算认真分析权力对于慈善活动的影响。因为在我国，特别是新中国成立之后，权力

对于社会生活的影响曾经是巨大而全面的。²⁷ 改革开放以来，尽管单一的权力影响有所减弱，但是，权力对于社会的影响仍然是不言而喻的。国外的学者也赞成这样的观点，如法国学者列菲佛尔在他的《论国家》一书中就表示，“国家和国家的各种问题在中国历史上曾经具有决定性的重要性。”²⁸ 因此，深入分析权力对于慈善活动的影响可以使我们更加深入而清楚地认识现实中的慈善活动。

在社会生活中，权力的存在是普遍现象。人类社会从蛮荒时代开始，就已经有了权力存在，甚至可以说，只要有人群的地方，就有人类的权力了。直至今日，在任何人类生存和活动的空间，无论是穷乡僻壤还是 IT 人士集中的豪华写字楼都存在权力，似乎自不待言。

尽管“权力”是一个在社会科学中经常使用的基本概念，但是，学者们的研究并不能令人满意，似乎还很难找到一个大家基本公认的权力概念。不过，德国学者韦伯（Max Weber）的说法还是很有启发。韦伯认为，“权力是迫使他人按照权力拥有者的意愿行事的能力，而被迫者在其他情况下并不会如此。”²⁹ 英国学者吉登斯（Anthony Giddens）认为，权力是一种改造能力，它“能够对一系列既定的事件进行干预以至于通过某种方式来改变它们。”³⁰

从上述的定义中，并结合权力现状，我们大致可以发现构成权力的几个要素。第一，权力是一种强制力，它不同于说服力，因为说服力面对冥顽不化的听众也只能是对牛弹琴，没有效果。权力是一种强制力，是权力拥有者强迫他人必须如此行事的一种强制力；如果不服从，那么，就会受到惩罚。当然，如果不是在特定情况中，

27 在新中国的历史上，改革开放之前，我们对于权力是不主张限制的，那时强调大权独揽、一元化领导等。随着“文化大革命”的结束，特别是改革开放的开始，党和国家领导人逐渐开始强调法律的重要意义，逐渐开始考虑对于权力的限制。党的十五大提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”的战略目标。十八大之后，权力应该被关进制度的笼子里的意识成为全党全国的共识。

28 [法] 亨·列菲佛尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社 1988 年版，第 239 页。

29 [美] 理查德·拉克曼《国家与权力》，郗青等译，上海世纪出版集团 2013 年版，序言。

30 [英] 安东尼·吉登斯：《民族—国家与暴力》，胡宗泽等译，三联书店 1998 年版，第 7 页。

被强迫者完全可以对发号施令者视若罔闻，不理不睬。

第二，权力就是一种实现自己意志的强制力。也就是说，权力这种强制力要实现的就是权力拥有者自己的意愿，无论权力拥有者是处理国事还是家事。

第三，权力的存在是有前提的，即一定要有无权力人的存在。也就是说，权力的存在一定要有一个特定的“场”或者环境，其中有那些俯首听命的人们存在。

第四，权力是有界限的，是应该得到控制的。特别是近代民主国家中，权力不仅彼此区分，而且还要“牵制与平衡”，从而实现对于权力的控制。新中国成立之后，特别是“文化大革命”的经历，也使我们充分认识到，不受限制的权力是败坏我们事业的重要原因之一。³¹

综合若干法学上关于权力的定义，我们可以总结说，法律权力是指，第一，法律承认的一种能力，即使面对他人反抗，仍然可以强迫他人按照权力人意愿行事的能力。也就是说，权力是一种可以改变人的境遇、人际关系、人的社会地位，甚至改变自然面貌的强制力。说到底，权力是一种可以实现权力人意愿的强制力。第二，权力是一种法律上承认、保护的强制力。一般而言，法律上强调平等，对于强迫一般都有拒绝的态度，但是，对于权力则不然，法律承认并保护这种强制力。第三，法律上的权力是一种受到法律规定限制、制约的能力。法律上的权力大都有授权单位和授权事由、授予权力的种类和界限等方面的

规定。

（一）新中国成立以来慈善事业的发展

慈善活动并非发生于虚拟空间，它是活生生的，是现实的活动；因此，慈善一定会受到社会其他因素的影响。其中，特定社会的历史文化传统、经济发展程度、对外交往经历、民族心理，以及权力等因素都掺杂其间，这些因素共同包裹、制约慈善活动的开展。

新中国成立以前，特别是民国时期，严格意义上的慈善活动已经存在；但是，同时，国家权力的介入也已经出现。20世纪30年代前后，国民政府制定若干针对慈善团体的条例。1928年，公布《管理各地私立慈善机关规则》。1929年，颁布了《监督慈善团体法》。1930年，又公布了《监督慈善团体法施行细则》等。³²

从宏观方面来看。在新中国成立之后很长一段时期，官方的意识形态和政策不承认慈善。³³1950年，当时的国务院副总理董必武同志发表了讲话，强调了慈善是装饰品，起到了麻醉人民的作用等，从而宣布了慈善活动的非法性。董必武的讲话实际上体现了党和国家对于慈善活动的重要政策。³⁴董必武讲话之后，国家又制定了一些条例，如《劳保条例》和《劳保条例实施细则修正案》，将原本归属于慈善的行为纳入了国家的福利事业。

国家所以能够做到这一步，大致上有两个重要支撑点。一个是意识形态上的支撑点，即社会主义国家完全可以通过全面管理社会生活而实现对社会上弱势群体的关系和帮助，这是社会主义国家的重要优越性之一。另一个是构成计划经济

31 当然，权力还有其他一些特性，如权力的结构性。周永坤教授认为，权力的结构性是指权力的组织体系、权力的配置与各种不同权力之间的相互关系。周永坤：《权力结构模式与宪政》，载《中国法学》2005年第6期。

32 相关材料参见周秋光等：《中国慈善简史》，第264页。

33 1950年，中国人民救济代表会议在北京召开。时任国务院副总理、中央政法委员会主任的董必武在会上作了“新中国的救济福利事业”的报告。在报告中，董必武副总理认为，旧的福利救济事业是“统治阶级欺骗与麻醉人民的装饰品”。此后，新中国官方对于慈善活动一直持批判态度。周秋光等：《中国慈善简史》，第364页。

34 董必武在解放初期还一度代理过国务院（政务院）代总理一职，长达两个月，应当属于党和国家核心领导人物之一。

模式重要内容的定量供给制度的逐渐完善。³⁵ 随着每个人的定量大致确定，特别是随着各种票证（包括粮票、肉票、布票、油票、春节的花生瓜子票、豆腐票、工业券等）的逐渐完备，即使有人还想发发善心，救济他人，恐怕也只能是有心无力。

随着“文化大革命”的发展，国民经济逐渐到了崩溃的边缘，计划经济模式同时也陷入严重困境，国家对于慈善活动的控制才有所放松，又开始正式承认慈善行为的必要与合理。不过，即使是有所放松，但是，针对慈善行为加强管理的思路还是没有变化。

随着计划经济模式向市场经济模式的转变，同时还发生了意识形态上的一个转变，即从国家包办一切事物转变为按照实用主义的态度对待社会需要。

改革开放之后，情况变化很大。1993年，全国第一家省级慈善机构——吉林省慈善总会成立。1994年，党和国家的领导人表态承认甚至支持慈善活动。当时，朱镕基总理针对慈善活动曾经有批示，“我完全支持这项事业”。同年，当时的全国政协主席李瑞环同志也指出，“社会需要慈善”。³⁶1994年4月，中华慈善总会正式成立。中华慈善总会的正式成立表明，中国政府承认慈善活动的合理性与必要性。

从2000年开始，在党和国家的一系列正式文件中，慈善事业逐渐出现。2000年制定的《“十五”计划发展纲要》明确规定，国家将“发展慈善事业”。2004年，党的十六届四中全会决议明确指出，要“健全社会保险、社会救助、

社会福利和慈善事业相衔接的社会保障体系”。2005年3月，时任总理温家宝在《政府工作报告》中提出“支持发展慈善事业”。

与上述态度一致，国家对于民间慈善组织的管理也有一种逐渐放松的趋势。在改革开放初期，国家对于各类民间组织一直采取双重管理体制；也就是说，任何一个民间组织（包括民间慈善组织）成立，都需要经过两个主管机关的同意，即业务主管机关和登记管理机关。从登记程序上讲，一般都是先找到一个政府部门或政府部门认可的组织或机构担任业务主管机关，经过业务主管机关同意后，民间组织再到登记管理机关办理登记手续。由于在实践过程中，双重管理体制暴露出诸多弊病，因此，包括登记管理机关在内的许多机构都呼吁改变双重管理体制。实际上，自2012年以来，全国出现了不少试点地区，如广东、北京、浙江、上海等，这些地区都相继建立了公益慈善等四类社会组织直接登记的新体制。³⁷2013年3月10日，国务委员、国务院秘书长马凯同志在讲话中宣布，今后，如下四类社会组织，即行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织，可以直接向民政部门依法申请登记，不再需要业务主管单位审查同意。³⁸

就《慈善法》的立法过程来看，至少十年之前即2005年，民政部就提出了慈善立法，并在当年向国务院法制办提出起草“慈善事业促进法”的立法建议。2008年，《慈善法》列入第十一届全国人大常委会立法规划第一类项目。“随后几年中，由于社会各界分歧较大，争议颇多，《慈善法》的立法一再被搁置”³⁹

35 崔乃夫同志在访谈中讲出的认识。参见中华慈善总会网站，中华慈善总会第一任会长：崔乃夫（一），2016年3月30日访问。

36 周秋光等：《中国慈善简史》，第5页。我们得体谅国家领导人的表态。一方面，他们一般不能轻易表态；另一方面，国家领导人的表态又非常重要，具有使某一方面的事业“起死回生”的效力。

37 王名：《慈善组织登记管理制度怎么改》，载《中国社会组织》2016年第6期，第22页。

38 2013年以来，中央和国务院通过的各个涉及全面深化改革的政治文件中，都明确规定了包括公益慈善类社会组织在内的统一直接登记制度。王名：《慈善组织登记管理制度怎么改》，载《中国社会组织》2016年第6期，第22页。

39 民政部机关刊物《中国民政》，2016年第4期，第17页。另外，北京师范大学公益研究院王振耀院长认为，立法体制上的某种缺陷也是阻碍慈善法迅速出台的原因之一。“在各个部门必须达成基本一致的前提下，才能推进到立法的行政体制中，社会性的立法很难有突破性的进展。”高原：《锻造慈善法》，载《法制日报 法治周末》2016年3月17日。

2013年以后,《慈善法》立法速度又开始加快,被列入第十二届全国人大常委会立法规划第一类项目,并确定由全国人大内务司法委员会牵头起草。此后,《慈善法》草案不断完善,其中还有向社会公开征求意见的程序,取得了很好的效果。

(二) 实际操作者的态度和问题

再从微观方面来看,如果说前面宏观方面的介绍使得我们认识到中国慈善事业发展的一个根本背景,那么,下面就要揭示从事各种形式慈善活动人们是如何开展具体工作的。与党和国家的态度决定慈善事业成败兴衰的人完全一致,改革开放以来早期的慈善事业活动家们都完全清楚地知道自己行为和活动的界限。也就是说,早期的慈善活动家们都知道权力机关的存在,也知道权力机关对于他们自己正在从事的慈善活动的直接影响。

随着“文化大革命”的结束和党和国家的中心工作转到以经济建设为中心,中国社会逐渐发生了重要的变化,其中之一就是中国的NGO逐渐出现了。对于那些早期的NGO负责人来说,成立一个民间组织,无论是否专注于慈善活动,都不是一个简单的问题;需要这些负责人对于权力有一个清醒的认识,也就是说,需要很高的政治智慧。

这里又可以细分为以下两个问题:

1. 民间组织领导人对于(国家)权力的一般态度

对于这个问题,中国早期民间组织的负责人都十分清楚,绝对不会越过雷池半步。“自然之友”的首任会长是梁从诫先生。梁先生出身名门望族,长期致力于历史研究。后来,梁先生转为关注环保问题,成立了“中国第一个民间环保组织”。在他们所关心的宏观问题之中,民间组织

与政府的关系一直就是一个重要问题。梁先生认为,“自然之友”的宗旨是,支持中国政府的一切有利于环境保护的政策措施和行动。如果中国政府做了不利于环境保护的事,“自然之友”有责任也有权利进行监督和批评,并在力所能及的范围内参与解决。⁴⁰更为关键的是,“自然之友”一般不直接批评政府的最高决策层。梁先生认为,“这个不是说他们没有需要批评的地方,而是说在中国的政治体制内,你永远别批评到最高决策集团。”⁴¹既然如此,“自然之友”又如何开展工作呢?梁先生等人采取的具体方法就是,“向父母告孩子的状”,也就是向中央政府反映地方政府的错误。⁴²

美国福特基金会首席代表认为,“中国,有政府的支持和参与,项目就好做一些,比如扶贫、教育、生殖健康等领域,有了相关政府部门的参与和支持,课题可能会做得更好一些,成果也会比较容易推广一些,这是肯定的。”⁴³

爱德基金会的秘书长丘仲辉在谈到爱德基金会为什么选择的慈善项目都在农村时,特别指出:其一,中国最大的工程就是农村的扶贫与发展工作。⁴⁴其二,中外政府大都一样,政府系统的关注点是从城市到农村,从中心到边远,而爱德要关注最贫困地区,要积极发挥“拾遗补阙”的作用。

2. 对于自己直接面对的两个权力机关的态度

对于中国早期民间组织的负责人来说,如何面对组织的直接“上级”主管,是一个十分重要的问题。而且,这两个权力机关对于民间组织的态度也不完全一样。对于“北京市丰台区利智康复中心”(以下简称“利智”)来说,它面对的两个管理者是(区)民政局和(区)残联。它的

40 王名主编:《中国NGO口述史》,社会科学文献出版社2012年版,第4页。

41 同上,第5页。

42 同上。

43 同上,第129页。

44 同上,第254页。

业务主管单位是区残联，而登记管理单位则是区民政局。这是两个权力机关。从“利智”的角度看，区民政局的工作比较好。它至少包括两个方面：一个是区民政局领导的关心，例如，在2003年“非典”期间，区民政局局长亲自到“利智”视察。⁴⁵另一个就是区民政局领导的指导。2005年至2006年期间，区民政局局长告诉“利智”，有文件要给老人和残疾人的住宿机构一些床位补贴，“利智”只要注册一个社会福利办的证书就可以享受这些补贴。⁴⁶经过“利智”的努力，它还真获得了这样的一张证书，享受了若干年的床位补贴费。

从“利智”的角度看，区残联的工作是不好的。“利智”的负责人肖培琳明确说，“说真的，我不喜欢它们。”⁴⁷一个是区残联的态度，让“利智”“耿耿于怀”。肖培琳认为，当然，开始时区残联还是给予了支持，“后来的情况可以说是越来越差”。⁴⁸例如，听说“利智”要登记注册了，区残联的领导很不高兴，生气地说，“怎么着，

肖培琳，你们翅膀硬了，想另立门户了”。⁴⁹因为区残联知道，一旦注册登记，“利智”就可以独立，获得了自主性。另一个是2011年，区残联在应该也可以出具证明，使“利智”可以继续享受一笔十来万块钱的残疾人住宿床位补贴费的关键时刻，竟然“就不吭声，还是一分不给，无形之中这十来万块钱又没有了。”⁵⁰

此外，还有其他一些形式的权力影响。⁵¹

从上面的说明我们可以发现，无论是宏观方面还是微观方面，都在验证一个事实，那就是权力直接决定慈善事业的兴衰成败。如此一来，前面人们关于慈善活动的定义就需要结合我国的情况加以修正。经过修正，慈善的定义就是，国家权力所允许或认可的，人们自愿地、不计回报地，通过自己的钱财物来改善贫弱势群体人们生活的行为。⁵²实际上，充分考虑权力对于慈善活动的影响，从某种意义上讲，也是考虑中西慈善观念的区别。例如，对于中世纪的西方社会而言，那里的慈善活动受到宗教信念和组织的巨大影响，甚至可以

45 王名主编：《中国 NGO 口述史》，社会科学文献出版社 2012 年版，第 159 页。

46 同上，第 160 页。

47 同上，第 159 页。

48 同上，第 160 页。

49 同上，第 154 页。

50 同上，第 160 页。

51 对于慈善组织的创办人或者领导人来说，他们所需要面对的权力具有不同形式，除了经常表现为业务主管机关和登记主管机关之外，权力有时还有其他的表现方式，这也是一个民间组织需要直接面对的一个问题。创办“北京市太阳村特殊儿童救助中心”的张淑琴女士就遇到了一种特殊情况。

在开始做慈善活动时，张淑琴对于怎么做慈善一点都不知道。她自己就说，尽管“做慈善的想法是有了，但怎么做我却一点都不知道。”（王名主编：《中国 NGO 口述史》，社会科学文献出版社 2012 年版，第 283 页）为了扩大自己所在慈善组织的影响，她在号召了许多退休老干部来担任自己创办的中心的领导，组织了一个“大摊子”，其成员主要是退休的头头脑脑们。可是，由于她的倔强个性，她自己就说，她就是“一个一直往前奔的人，我一直要踩油门”（第 288 页）。她与自己组织内部的领导之间就发生了矛盾和冲突。例如，张淑琴与自己所在中心的两位领导，一位会长、一位副会长，出现了意见不一致，张也不让步，似乎也不知道妥协，直至 1998 年前后，这两位领导愤而辞职。领导的辞职给张淑琴和她所创办的中心带来了很大的负面印象，说她不尊重老干部，辞职的一位老领导（省政法委退休的老书记）甚至还不断去上级单位告状，使张淑琴非常狼狈。因为老同志的告状，导致省里司法厅、监狱局对张淑琴的意见非常大，使其处境非常难堪。总之，她的故事就是为了实现自己的想法，不得不与自己内部的人们斗争。张淑琴女士遇到的问题，从表面上看，似乎是一种组织内部关系的协调问题，但是，如果从实质上看，她所遇到的问题还是一种权力关系问题，也就是说，她如何处理与权力人的关系，尽管这些权力人主要是一些退休的老干部。

52 严格地讲，目前这个定义还不准确，还应该再加上诸如历史文化传统、经济发展程度、民族心理等因素的影响。

说，中世纪西方慈善活动受到的唯一巨大影响就是教会和宗教信仰的影响。

结合当代中国的具体情况，我们就会发现，慈善活动有三个基本特点。第一，所有慈善活动都是坚持与权力的合作而不是对抗。对此，中国初期的NGO领导人都有这种基本认识。也就是说，从一开始，中国的NGO都坚持不能，也不会与国家对抗，只能是合作。第二，几乎所有的慈善项目完全都是在政府权力暂时无暇顾及的一些领域之内开展。例如，环保问题、贫困地区的扶贫问题等。至于政府权力机关高度关注的一些领域，慈善活动几乎都会绕开。发起慈善活动的人士完全知道自己活动的具体领域，也知道自己的具体限制，因此，他们的慈善活动都是“拾遗补阙”。第三，所有的慈善组织都需要经过国家权力的认可，才能合法存在。这种认可可以具有不同的形式，从双重登记到直接登记。尽管登记注册的具体形式可能有所不同，但是，由国家权力加以认可的实质始终如一。

新中国成立以来，慈善事业的发展说明，慈善本身并不是孤立的现象，它始终受到权力的直接影响，甚至可以说，权力的发展变化直接决定慈善事业的成败兴衰。针对慈善行为或活动而言，权力具有以下几个特点值得注意：

第一，权力的影响是全面的。这种全面的影响类似于一种生存环境的影响，是一种根深蒂固的、全方位的影响。也就是说，权力对于慈善的影响不是局部的、短期的，而是一种全面的、长期的影响；不是一种细枝末节的影响，而是一种生存环境的影响，是与生俱来的影响；不是一种可以借助于其他力量逃逸的，而是一种根本的、无法摆脱的影响。从新中国慈善活动的发展变化看，权力对于慈善活动的影响甚至可以造成一种氛围，使得慈善活动可以成为人人喊打的“老鼠”，也可以成为人人敬仰的高尚活动。从这个意义上讲，权力对于慈善活动的影响是一种全方位的、生存环境式的、氛围化的影响，这种影响甚至直接关系到慈善活动的全面消亡或者全面复兴。

第二，权力的影响是决定性的。这种决定性的影响是决定慈善活动生死存亡的因素。如果说在社会生活中，针对慈善活动的影响是多方面的，如其中包括历史文化传统、经济发展水平、民族心理等，那么，在诸多因素中，权力的影响是决定性的，具有一言九鼎的作用。在我国任何一个慈善活动（只要构成一定规模），或者慈善组织的成立和活动，都无法离开权力的允许或认可。

第三，权力的影响是会有变化的。这种影响可以是一种幅度上的变化，如管理上严格一些还是放松一些，也可以是一种颠覆性的变化，从前后比较来说，即从全面批判到全面接受，从全面占领到大部分退却。由于我们党曾长期从事武装斗争，因此，对于果断下达命令，严格遵守命令这样一种领导模式一直非常推崇，同时要求各级干部发起冲锋时一定要“排山倒海”，需要撤退时也要干干净净。有鉴于此，我们习惯上把是否严格遵守上级的命令也作为衡量和考核各级领导干部的一个重要指标。从新中国的历史来看，从慈善活动的消失殆尽到全面振兴，大概也不过就是几十年。在这几十年里，慈善活动就可以经历一个比较彻底的变化，这实在是一件令人匪夷所思的事情。之所以有这样一个彻底的变化，一方面，社会发生了比较彻底的变化，经历了一种比较根本的转型；另一方面，人的心理也发生了很大变化，大致上就是针对“文化大革命”时期的所有做法来一个颠倒。

尽管权力对于慈善活动的态度可以有一个根本的转变，但是，有一个事实仍然不容否认；那就是，即使权力的态度有所变化，但是，慈善活动仍然还要由权力加以认定这一点仍然没有变化，变化的只是态度而已。由此而来的问题是，慈善事业继续发展的关键在于，如何使慈善事业摆脱权力的限制，使得权力不过只是影响因素之一而不是全部，从而走上相对独立的发展道路？如果这个问题不能解决，那么慈善事业的发展就有可能再次发生根本的变化。这才是值得重视的问题。

三、《慈善法》：权力介入的新形式

（一）慈善的法律定义

2016年3月16日，第十二届全国人民代表大会第四次全体会议通过了《慈善法》。⁵³《慈善法》的通过是国家法制建设方面的一个重要进步，它标志我国的慈善事业进入了一个新的发展阶段。

按照《慈善法》的规定，法律意义上的慈善，是指自然人或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：

- （一）扶贫、济困；
- （二）扶老、救孤、恤病、助残、优抚；
- （三）救助自然灾害、事故灾害和公共卫生事件等突发事件造成的损害；
- （四）促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；
- （五）防治污染和其他公害，保护和改善生态环境；
- （六）符合本法规定的其他公益活动。⁵⁴

按照我国《慈善法》，慈善活动大致有以下三个要素。

第一，慈善活动的主体包括自然人、法人和其他组织。第二，慈善活动的客体是某些种类的公益活动，慈善活动的范围小于公益。第三，慈善活动的特点。其主要表现为，主体以捐赠财产或者提供服务等方式开展的公益活动。也就是说，慈善活动是指主体将自己的财产捐出，用于帮助贫困群体改善生活。这种捐出的财产一定是自己所有的。捐赠不属于自己的财产那肯定不是慈善活动，那时要承担刑事责任的。捐赠自己的财产可以是生前也可以是身后，可以是部分交出也可以是全部交出，至于采取哪种方式由捐赠主体自己决定。另外，主体主动提供若干时间，使其服务于改善贫困群体的生活，也是慈善活动的特点。

这主要考虑到有些人尽管没有财产，但是愿意从事慈善活动，因此可以考虑提供若干时间，使其服务于改善贫困群体的生活。同时，慈善活动还包括它是主体自愿开展的活动。慈善活动是自愿的活动，这是慈善活动的重要特点之一。任何形式强迫下开展的公益活动都肯定不是慈善活动。

经过这样的过程，即先有一个一般意义上的慈善活动概念，再揭示这一概念所受到的权力影响，再到《慈善法》对于慈善活动的界定，我们对于慈善活动的认识更加全面、更加深入和现实了。

《慈善法》的通过有积极而重要的意义。首先，这表明从现在开始，观察当代中国慈善事业发展的标准已经确立，那就是法律标准。从这个角度说，衡量慈善问题的是非成败只有一个标准，就是《慈善法》所确立的标准。其次，我们也要看到，《慈善法》的通过使得政府在管理慈善事业时有了严格的法律依据，政府的依法管理慈善事业开始进入了有法可依的新阶段。尽管过去也有一些相关的法律、条例规范慈善活动，但是，从《慈善法》通过开始，慈善事业第一次有了法律规范。此外，《慈善法》的通过不仅使得政府管理慈善事业有了法律依据，而且还使得政府管理慈善事业有了法律界限，任何超出或者不符合《慈善法》法律规定的管理（除非有明确的授权）都构成非法的管理，因而是无效的管理。最后，《慈善法》的通过也公开而明确地授予公民依法从事慈善活动的权利。对于公民的这一权利，政府机关只能是考虑如何使其行使权利更加方便而不能处处限制。

不仅如此，《慈善法》的通过也导致了一种“共治”局面的形成，即政府依法管理慈善活动，

53 2016年3月9日，李建国副委员长在第十二届全国人民代表大会第四次会议上就为什么要制定《慈善法》作了全面而充分的说明。

54 《慈善法》内容相当全面，本文目的并非专门讨论全部条文，而只是就其中的概念有所说明。

而公民则可以依法开展慈善活动。更重要的是，政府依法管理慈善活动与公民依法开展慈善活动所依据的是同一部法律，从而导致上下按照同一个法律，共同努力推进慈善事业走向一个更美好的前景。

然而，我们也要看到，《慈善法》实际上也体现了权力介入的一种新形式，⁵⁵一种权力依靠法律规范管理慈善事业的方式。一方面，权力针对慈善事业的管理有了新的形式，依法管理慈善事业真正做到了有法可依。《慈善法》不仅使得权力的运行更加合理，而且还给权力的运行带来了限制，也是一种制度的笼子，使得权力的行驶不再任意妄为。另一方面，通过法律来管理慈善事业，说到底，还是权力针对慈善事业的规范和管理。如果说，过去针对慈善事业的管理更多地依赖于政策的话，那么，现在这种管理将更多地依赖于法律。这当然是一种巨大的进步，但是，权力管理的本质并没有改变。

作为权力介入的一种新形式，《慈善法》的确是一个重要的进步，这是不可否认的。《慈善法》的出台完全符合党中央提出的全面推进依法治国的基本方略，同时也是全面推进依法治国重要方略的具体实现。

（二）《慈善法》与权力理性

《慈善法》的制定还标志权力理性的逐渐唤醒与成熟。⁵⁶党的十八大以来，党中央一再提出要加强对权力的限制，强调要把权力关进制度

的笼子里。⁵⁷在本人看来，这些要求实际上都是权力理性的必然要求。理性，在西方有悠久的历史，在16—17世纪时，是西欧开始广泛流行的一个概念，它不仅构成个人主义的核心概念之一，⁵⁸而且还构成不列颠政治理论中的经验主义传统的核心要素。⁵⁹尽管人们从三个方面出发来认识理性，即本体方面、认知方面和行为方面，但是，本人选择从认知方面把握理性。理性是人认识世界的一种方式，较之感性认识更为可靠，也更能发现客观事物的本质。理性大致上强调人能够发现事物本质、客观真理，并按照客观规律行事。

第一，什么是权力理性？它是关于权力使用的规律性认识，也可以说是合理使用权力的认识与知识。权力理性至少有两个层次：其一，权谋决断的品质；其二，权力运用如何符合普遍利益的考虑。前者以偶然事件为转移，需要的是临机决策，要求的是要能够有利于维持或扩充权力；而后者则要考虑必然性的要求，需要考虑长久的、普遍的利益。长久指的是时间方面的要求，即不以一天一月为考虑单位，考虑的十年、二十年甚至更久远的考虑；而普遍指的是需要考虑权力运用时所追求的普遍价值和利益。

这里所说的权力是指公权力，一般而言是指国家权力，掌权者也是人，而人是理性的生物，他希望也能够按照理性的要求行事。人的理性要求人们先要了解生存环境和发展趋势，并按照发展趋势而行动。权力理性，对于权力人来说相当

55 加拿大大学者卜正民发现，政治改革以来，党的权力改由抽象的“法律”来体现。参见[加]卜正名、傅尧乐编：《中国社会中的自发组织》，张晓涵译，载《国家与社会》，中央编译出版社2014年版，第36页。在回顾英国慈善事业发展历史时，有人认为，英国1601年的《慈善用途法》确立了政府而不是教会对于慈善事业，特别是慈善基金会的管理权，从而，在英国历史上结束了王权与教权在慈善基金会管理问题的争夺。民政部政策法规司主编：《中国慈善立法课题研究报告选编》，中国社会科学出版社2009年版，第135页。

56 许章润、翟志勇编：《国家理性与现代国家》，清华大学出版社2012年版。该书详细介绍了国家理性的出现、含义、作用、发展过程等，尤其是对于国家理性的介绍对于本人的相关思考有很大启发。

57 习近平：《关于党风廉政建设和反腐败斗争论述摘编》，中央文献出版社/中国方正出版社2015年版。

58 英国学者罗素指出，个人主义的学说主要是一种理性主义理论。罗素：《西方的智慧》，马家驹等译，世界知识出版社1992年版，第283页。

59 罗素：《西方的智慧》，马家驹等译，世界知识出版社1992年版，第283页。

重要，它是长久保持权力所必需的品质。权力总是处于危险之中，“永远潜藏着被颠覆的危险”。⁶⁰因此，权力人必须认识到权力理性的重要性；同时，又不断提高自己的合理运用权力的水平，从而使自己掌握权力的时间更长久一些。

第二，权力理性的要害是一种对于运用权力的约束，一种行使权力时应该具备的观念规制。一般而言，任何权力都处于限制之中，如经典学说，前代经验、人际关系、制度设计等；但是，从当代中国经验看，有些限制是起作用的，有些限制又是不起作用的。与这些限制相比，权力理性作为一种针对行使权力时的观念，除了是一种上下都有共识，即急切呼唤的限制之外，它还是一种内在的限制，是权力人对于自己行使权力的限制。因此，权力理性应该说是一种自我限制，一种针对权力的自我约束。

第三，作为人的创造物，权力与人一样，它也经历了一个逐渐发展、逐渐成熟的阶段。最初，权力并没有理性方面的要求，大都是赤裸裸地行使权力，遇到反抗就镇压。在最初阶段即使有，权力理性也大都停留在初级的层次，一般而言，就是不得前后矛盾、不得出尔反尔等。总之，在权力发展的初级阶段，权力几乎成为任意的代名词。后来，随着权力自身的不断发展，特别是随着时代和社会的发展，权力运用的环境的变化，权力越来越需要约束：不仅在制度上要加以限制，而且在合理性方面也需要限制，要有理性的考虑，不能再任意妄为、横冲直撞了。

就权力的正常形态而言，那是要讲理性的，要讲限制的。不过，从新中国成立到改革开放时

期之前，国家权力几乎是没有制约因素的，至少在制约权力方面没有成功的尝试。与改革开放时期几乎重叠的，就是加强法律建设的时期，就是建设社会主义法治国家、全面推进依法治国的伟大进程。从另一个方面来看，全面推进依法治国也就是要使权力有所约束，有所限制，将权力关进制度的笼子里。

权力需要不断提高自己的理性水平。从权力最初出现，到不断出现一些维护或保护权力行使的具体体制机制，从权力人的亲力亲为，到权力人通过一系列具体制度行使自己的权力，权力始终处在不断发展与完善的过程之中。这是一个几乎没有穷尽的、不断发展的过程。一方面，权力自身的发展需要不断提高自己的理性水平，使自己能够更加巧妙、合理地使用权力，只有这样，权力的运行才能获得人们的认可和支持，才有可能保持长久；另一方面，权力运行的社会环境也处在不断发展之中，人们的文化水平、教育程度、历史知识、经济水平，甚至包括人们对于权力运行的要求等，也都处在不断发展变化之中，而这些发展变化反过来又要求权力不断提高自己理性化的水平和程度，从某种意义上讲，权力运行环境的变化也在迫使权力不断提高自己的理性化水平。

特殊而言，制定《慈善法》规范和调整慈善事业，进而提升权力理性。一般而言，全面推进依法治国，努力建成小康社会，都不是一件简单的、轻而易举的事情；相反，这非常艰难，可能需要几十年，甚至上百年的连续“长征”，需要几代人绝不改弦更张的、连续的、建设法治国家的努力。■

60 许章润、翟志勇编：《国家理性与现代国家》，清华大学出版社2012年版，第374页。