

社团治理结构与社团立法的完善

邓海峰

(清华大学公共管理学院 北京 100084)

一、社团发展存在的问题

自1986年《民法通则》颁布,到1998年民政部《社团登记管理条例》施行,我国已先后制定了多项有关社团的法律、法规,可见政府在法制层面为加强社团管理、规范社团行为做了大量的工作。但通过大量的走访、调研,我们发现在社团的日常运作中,仍存在一些不容忽视的问题,主要表现在:

1、组织化程度低下:在我国现有的社团结构中,除政府设立的官办社团之外,绝大多数社团在性质上属于民间社团。这些社团多以血缘、亲缘、师承等自然伦理关系作为成立的基础和维系社团运作的纽带,而忽视社员间共同意愿的培养和形成,因此它们的典型特征就是组织化程度低、独立性差。由于共同意愿的缺失,社团难以形成凝聚力和向心力,这使得组织松散、纪律涣散成为社团存续的常态。对于许多采用自上而下模式设立的具有官办性质的社团而言,尽管它们的组织化程度较高,但由于政府在人事、财务和日常管理等方面介入过多,反而使这些社团在实质上丧失了独立的法律人格,其地位变得更为尴尬。

2、内部人控制严重:社团成员的个人人格与社团的组织体人格相互独立是以人合为基础形成的社团的典型法律特征。它要求社员的个人意志为社团的共同意愿所取代,并将社员投入社团的财产转化为社团的独立财产。但是,法律的上述要求却为我国社团的实践所阻断。事实上,有许多社团都发生了社团负责人个人人格代替社团人格、社团负责人个人意志驱逐社团共同意愿的现象。严重的内部人控制现象使社团成为少数人谋求个人私利的工具。

3、公信力严重缺失:资合性组织的商业信誉和财产规模是其对外形成公信力的基础,而人合性组织的道德尺度和自律准则是其赢得良好公信力的保障。由于组织透明度低下、财务运作不规范等现象在社团组织中大量存在,加之我国非营利社团又多具有营利化倾向,所以我国社团对外的吸引力和感召力普遍不强,公信力缺失严重。这在相当程度上制约了社团的可持续性发展。

上述问题仅是我国社团发展所面临的诸多问题当中的点滴而已,远非全部。它们的存在说明我国的社团实践和社团立法仍有重大的制度性障碍有待完善。考虑到它们的出现均与社团内部治理机制不健全密切相关,据此我们认为这一重大制度性障碍就是社团内部适格治理模式的构建。

二、社团治理的基础和主线

如果说所有权与控制权的分离是现代公司治理理论的基础，那么社员共同意愿与社团成员个人意志的分离就是当代社团治理理论的基石。因此，保障社团行为以实现社团共同意愿为目标，制约社员个人意志在社团组织体内部的不当膨胀便应成为社团立法在治理制度层面的第一落脚点。

社团治理应以“自主治理”与“协同治理”相结合的制度路径作为主线，发挥“用手投票”与“用脚投票”的双重制度张力。社团是法律基于人合基础而加以确认的组织体，因此社团治理制度必须要体现其所具有的人合属性。这在立法技术上就要求有关社团治理模式和治理结构的设计要充分尊重基于人合性质而形成的“自主治理”机制，以会员平等表决制而非资本多数决制作为社团的议决机制；以完善组织体内部的激励和制衡机制作为制度构建的基础；以作为现代代议制典型理论结论的信义关系理论和委托代理模式为组织体内部各节点的基本蓝本；同时由于社团具有区别于社团成员以及其他组织体的独立民事主体地位（非法人社团除外），特别是公益性社团还具有较强的社会性，承担着显殊的社会责任，所以有关社团治理模式和治理结构的设计还必须兼容“协同治理”机制的需要，鼓励并引导外部力量向社团施加合理而有效的压力，以收“内外合力”之效。

三、在属于行政管制法性质的条例中引入“治理制度”的暂时性和必要性

由于我国目前有关社团法制方面已形成了基本的法律架构，因此从节约立法资源和兼顾顺畅过渡的角度而言，有必要就短期内社团立法所采行的模式和演进路径做出探讨。当前，担负规制我国各类社团任务的专门法是国务院于1998年修订的《社团登记管理条例》。由该《条例》修订的机关及其名称我们可以看出在法域归属上《条例》属于行政法，其效力层次属于法规。按照通常的理解，行政法规应以维护和促进行政机关对适法内容进行行政管制作为立法目的，亦即在本质上《条例》应归属于行政管制法的范畴。在这种性质的法规中加入含有大量涉及民事实体法内容的条文，特别是加入有关社团治理方面的具体规定是否合适值得认真思考。因为采用这种立法模式将会造成一种罕见立法特例的发生，即低位阶行政管制法同时规制高位阶民事实体法应予调整的内容。这与前述的行政管制法基于其法域归属而产生的立法目的显然存在相当的差距。如何对待这种有悖于传统立法技术要求的重大变化，我们认为应具体问题具体分析，不易草率否定。

事实上，之所以产生上述差距，其根本原因在于转型时期我国法律供给相对于社会发展具有严重的滞后性。自改革开放以来，经过二十余年的发展，我国的社会结构已由改革开

放前以垂直管理为特征的一元化模式转化为政治国家与市民社会共生共存的二元化模式(有学者将这一模式进一步解构为国家、企业、社会的三元化模式)。新型的社会结构期待并呼唤与其特征相适应的法律体系的规制和调整。反观我国当前所适用的法律、法规,除直接与市场经济相关的商事立法之外,多数仍是计划经济时代的产物,它们多以维护政治国家的架构和运行作为立法目的。这就使本应以动态平衡模式存在的法律体系发生了偏向于政治国家一侧的不当位移。其典型特征就是作为市民社会基本法的民法典至今仍旧缺位。我们认为包含社团法人在内的各种民间组织的出现在本质上属于公民结社权在民法领域的体现。在以平等和合作为特征的二元化社会结构中公民结社权的实现在客观上需要拥有市民法上的依据和保障,在大陆法系的法律文化中,这种依据和保障的载体就是被冠以私法之王的民法典。由于我国至今未颁布民法典,而代行其责的《民法通则》又失之抽象,所以我国民间组织发展的法制环境先天不足。务实的立法者为尽速克服因民法典缺位而给民间组织(含社团法人)发展带来的法律障碍,便作出了将大量私法条款填充进行政法规的尝试,这就是造成前述《条例》立法目的与法域归属发生矛盾的原因。

对于如何破解《条例》所遇到的这一难题,有两种思路可以备选。其一是严守《条例》行政管制法的属性,剥离其所蕴涵的实体法内容,同时重新制定位阶高于条例的实体性法律作为民法典的替代物;其二是将完善我国民间组织立法的相关活动统一于民法典的制定进程之中。通过积极参与民法典总则编民事主体部分的起草,将关乎社团与基金会发展的民间组织类型化问题与民法典的法人制度构建问题紧密结合,用民法典的立法进程及其成果取代一般意义的有关社团及基金会组织形态与治理结构的立法。待民法典付梓之际,将现行《条例》中的有关规定予以剥离,还《条例》以本来面目。对于上述两种思路的可行性,我们均持肯定态度。但考虑到立法与未来社会结构的契合度,我们更倾向于后者。因为其将民间组织的立法进程与作为市民社会基本法的民法典的命运整合于一体,更易凸显民间组织的本质特征,而其兼顾社团发展既存条件与最大限度节约立法资源的价值取向也更具现实可行性。由此可见,我们主张将有关社团治理结构等民事实体法规范列入《条例》是一种暂时性的过渡措施,从提高《条例》适用性和针对性的角度而言是必要的。

四、完善社团治理的基本设想

(一) 治理结构

中外学术界对“治理结构”一词的涵义存在广泛争议,以学界各自定义的内涵和外延作为区分标准,“治理结构”一词可以在七种不同的层次上使用。为避免在概念使用上违反

同一性的要求，我们在论述这一问题时，采用概念外延最小的“组织机构”说作为立论依据。即本文所称的治理结构是指由法律或章程所确定的、以实现社团宗旨为目的的、满足分工制衡原则需要的社团内部组织架构及其运行机制。

两大法系的民商事立法对于上述层面治理结构的规定多体现在公司法领域，并分别形成了以美国为代表的董事会（理事会）中心主义治理模式和以德国为代表的监事会中心主义治理模式。前者的治理结构由分别独立存在的作为权力机关的股东会（会员大会）、作为执行机关和权力机关代议机关的董事会（理事会）和作为监督机关的监事会构成。后者在保留股东会作为权力机关的同时，赋予监事会（理事会）以更大的权力，由其派生出执行机关和监督机关。上述两种治理结构虽然在机构设置上存在一定差异，但它们都具有一个共同的特点，就是在设置具体机构时均严格贯彻分权制衡的原则。而且其机构的组成也均包括权力机关、意思机关（执行机关）和监督机关。以此为例，结合我国社团治理实践的现实需要，我们主张我国未来的社团采用近似于德国式的治理结构模式，由会员大会（会员代表大会）作为社团的权力机关，由会员大会选任的理事会作为社团的意思机关和执行机关。

对于上述治理结构有三点需要说明：

1、该方案未设法定的监督机关，理由在于：（1）我国社团规模的差异性较大，因此设立法定的监督机关可能加重规模较小社团的运行成本。（2）社团与营利性法人的最大区别在于其不以营利为目的，因此在社团的日常运行中，通常不包括对利润分配请求权、剩余财产分配请求权及其行使状况进行类似于营利法人的监督工作。这就极大减省了监事会的工作内容。（3）立法对是否设立监事会不作表述，可以视为将是否设立专任监督机关的权利授予社团，由社团根据自身实践的需要自主决定。（4）社团理事会组成与营利法人董事会组成的最大差异在于营利法人的董事会成员多与法人组织体存在着出资与接受出资的投资关系，亦即营利法人董事会成员与法人的利益联结关系除了会基于股东的委托而产生之外，还会因为自身与法人的投资关系而产生。而社团理事会成员与社团之间极少存在这种出资关系。因此，在营利法人中，为限制因个别董事牟取私利而发生的内部人控制现象，常会增设独立董事，以起到在董事会内部增设“准”监事会的作用。但对于社团而言，由于社团理事会成员与社团之间欠缺这种出资关系，因此每一位理事会成员均具有相当于营利法人独立董事的地位和功能，这也在相当程度上减低了增设监事会的必要性。

2、确立会员大会和会员代表大会双重权力机关体制

以会员大会作为权力机关是社团治理结构的常态。但考虑到一些社团会员数量较大且地域性分布较广，我们认为应允许个人会员数在 200 人以上、团体会员数在 100 以上的社会团

体，由全体会员依据章程选举产生会员代表大会，作为权力机关。

3、确认由理事长作为社团的代表机关

为与理事会作为社团的意思机关和执行机关的制度设计相匹配，我们修改了原条例将秘书长作为社团代表机关的设计，规定由理事长作为社团的代表机关，担任社团的法定代表人，并采取单数代表制。据此，其他理事会成员非经授权，对外不能代表社团进行民事活动。

（二）社团成员的义务体系

为规范社团与其成员之间的关系，构筑社团宗旨实现的制度基础，参照营利法人成员的义务体系，有必要创设非营利性社团成员的义务体系。

1、注意义务

所谓注意义务，简言之是指对他人应尽到适当的谨慎，以使其免受不必要的损害及其危险。现代法制上的注意义务理论缘自公司法上董事与公司之间基于信义关系而产生的法制化的道德责任。参照该种义务产生的理论基础，我们认为在社团实践中也应有其适用的余地。原因在于从本质上说，社团是一种人合组织，是由社员基于彼此之间的信任和共同意愿而结成的组织体。相较于公司法人，社团成员之间的信任程度和他们对社团间的依存程度显然更高，这就意味着作为社团成立基础的社员应肩负起对社团的注意义务，以维护社团的存续和正常运行。据此，我们认为作为核心社员的理事应当承担注意义务。其内容可以理解为：社团的理事应诚信地履行对社团的职责，尽到普通人在类似情况和地位下谨慎的合理注意义务，在管理社团事务时对社团负有履行适当谨慎的义务，为实现社团的宗旨和利益努力工作。

2、忠实义务

所谓忠实义务在大陆法系中又常被称为以善意行事的义务。与注意义务相同，该项义务也发端于近现代商事立法。其最基本的含义是要求董事忠实于其所服务的公司及其股东，当董事个人利益与公司利益发生冲突时，视公司利益为最高利益。对于社团成员而言，该项义务同样需要被确立，因为它是维系社团与其成员身份关系的道德基础。据此，我们为作为核心社员的理事设计了忠实义务的内容。该项义务可以被理解为：理事应忠实履行职务，维护社团权益，不得利用在社团的地位和职权谋取私利。非经会员大会或理事会决议，不得以任何方式偏离社团成立时所设定的宗旨。

3、理事资格与行为的禁止

为贯彻前述确立的注意义务和忠实义务，有必要对理事资格的取得和特定行为的禁止作出强制性规定。其中理事资格的积极禁止是指有下列情形之一的，不得担任理事：

（一） 无民事行为能力或者限制民事行为能力；

(二) 因犯有危害国家安全罪、公共安全罪、破坏社会经济秩序罪、危害社会管理秩序罪，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年的；

(三) 担任因违法被撤销法人登记的社会团体或其它民间组织的主要负责人，并负有个人责任的，自该组织被撤销法人资格之日起未逾三年的；

(四) 个人所负债务数额较大到期未清偿的。

此外，我们认为社会团体理事长、副理事长及秘书长不得由现职国家公务员兼任。社会团体的法定代表人，不得同时担任其它社会团体的法定代表人。社会团体的负责人，不得将社会团体资产存入任何个人名义帐户。不得以社会团体资产为本人或他人的债务提供担保。

(三)、会议制度与议事规则

在有关社团《条例》修订的讨论中，是否将社团的会议制度与议事规则纳入立法的范围也是广受争议的问题之一。赞成者认为，将上述规定引入立法有利于完善社团治理，规范社团的内部行为。反对者认为，从本质上说，社团的会议制度和议事规则应属于社团自治的范围，应给社团的自治保留必要的空间，立法不宜对上述内容做出强行性规定，可授权社团章程对其作出补充。

我们认为上述两种主张均有一定道理。考虑到在近年社团实践中已经发生利用法律对社团会议制度和议事规则不作强行性规定这一因素，恶意架空社团会员大会权力机关地位，拒绝换届改选等内部人控制的实例和利用议事规则漏洞，在会员大会上表决未提前通知事项的信息不对称实例，我们原则上同意在立法中对会议制度与议事规则作出规定，以实现运用程序正义维护实体正义的立法目的。同时，为充分保障社团自治的现实需要，我们主张将上述内容的范围限缩在针对会员大会重大事项的通知和表决领域，将理事会的会议制度与议事规则交由社团章程处理。据此，我们认为未来的社团立法有必要对会员大会的召集、时间间隔、通知事项、通知的形式与效力、会员大会的效力、多数表决事项与制度等做出明确规定。

(四)、信息披露制度

组织体自主的信息披露制度是旨在增强组织公信力、修正信息不对称和内部人控制现象的重要制度措施，是组织体主动完善其外部监督机制、维护动态交易安全的重要制度保障。因此，该项制度受到政府管理者与社会公众的普遍重视，成为现代民事主体立法中的重要环节。以承担披露责任的主体为标准，我们将信息披露制度大致分为两类：一是登记主管机关按照法律（法规）的规定依职权于社团设立、变更、消灭及特定事项发生时将特定事项记载于登记簿或对社会公众作出的披露。其性质属于行政管理层面的信息公示或发布，在立法中多被命名为登记公示制度，以区别于狭义的信息披露制度。二是社团自身依据法律（法规）

及章程的规定对外所作的信息披露。其性质属于社团治理层面的信息公示或发布，是该制度的狭义称谓。本文涉及的信息披露属于第二类。

为强化社团的外部监督机制，发挥“自主治理”与“协同治理”的合力，我们为社团设计了明确的信息披露义务。规定社会团体应当按照监管机关规定的内容和程序，公开财务信息和组织运营情况，并依照章程自觉接受社会监督。为便利监管机关实施监管工作，上述表述未涉及信息披露制度的具体规则。实践中应由监管机关对“财务信息和组织运营情况”所涉及的具体事项作出界定。

民营经济和民间组织研究网