

我國第三部門法制環境之研究：問題與對策

呂炳寬東海大學行政管理暨政策學系副教授

摘要

我國長期以來對於人民的結社自由，每每限制多於鼓勵，我國第三部門有關法制，沿襲著管制的法制環境進行立法。2018年通過財團法人法，填補我國第三部門法制的重要缺口，但財團法人法一方面對於「政府捐助之財團法人」採高密度管制，另一方面對於「民間捐助之財團法人」則沿襲民法的法人制度，雖採低密度管制，但並非用以促進非營利組織的發展。

本文採文獻分析法以及法律解釋法，分析我國第三部門的法制環境問題，首先，檢視我國第三部門法制的發展歷程；其次，分析我國因襲傳統對於結社自由的限制，來訂定第三部門有關法制；最後，提出我國第三部門法制環境所面臨的問題並提出有關對策。

關鍵詞

第三部門、財團法人法、結社自由、法制環境

壹、前言

第三部門 (The Third Sector) 是晚近全球新興起的社會組織，相異於政府公部門以及企業私部門，是由人民自由組成的公益性組織，¹且呈現多樣性的組織，Salamon(1994: 109)即指出二次戰後各國將志願活動組織起來，在全球建立之各式各樣非政府或非營利組織，二十世紀末可說是一種「全球性的結社革命」(global association revolution)。第三部門近年如雨後春筍般的興起，態樣也逐漸增多，與第三部門有關用語眾多卻未能一致，諸如非營利組織(Nonprofit Organization, NPO)、非政府組織(Non-Government Organization, NGO)、慈善組織、免稅部門、公益基金會等，學者研究或討論相關議題時，每每須就這些概念加以區分(江明修、陳定銘，2000：153-154)。²

我國學術界一般使用「非營利組織」、「非政府組織」以及「第三部門」這三個名詞為主，但在法制上則未見統一，民法有「公益性社團法人與財團法人」、公益勸募條例稱之「非營利團體」、前青年輔導委員會所草擬非營利組織發展法草案稱之「非營利組織」、財團法人法將財團法人分為「政府捐助之財團法人與民間捐助之財團法人」、考試院訂定之公務員兼任非營利為目的之事業或團體受有報酬職務許可辦法稱之「非以營利為目的之事業或團體」、所得稅法第4條第1項第13款的「教育、文化、公益、慈善機關或團體」、加值及非加值型營業稅法第3-2條所稱「非以營利為目的之事業、機關、團體、組織」、房屋稅條例稱之「慈善救濟事業」等(呂炳寬、王淑婷，2019：29)。

第三部門是美國學者於七〇年代提出，³用以指涉不屬於營利性質的私部門，亦不歸類於政府部門的組織(馮俊傑，2004：3)，這種僅說明第三部門「不是什麼」，而不指出「是什麼」(謝杏慧，2013：16)，是一般對第三部門普遍的界定方式，它包括政府直接設立的非政府組織(government-organized NGO; GO-NGO)、政府出資設立之公設財團法人(donor-organized NGO; DO-NGO)、政府因特定任務而成立具有公法人地位的非政府組織(pronounced "quango."；quasi-NGO)⁴(Carapico, 2000: 14)以及一般民間成立的非營利組織。⁵它有一套

¹ 第三部門在日本專指由國家或地方自治團體和民間共同出資成立、營運的事業，或公司混合組織(企業)而言(林淑馨，2004：76)，本文第三部門的概念亦與此不同。

² 第三部門使用名詞的不一致性，即使是我們經常使用的「非營利組織」一詞，有些文獻亦有使用「公益組織」、「公益團體」、「志願團體」或是「免稅組織」等(馮燕，2000：5)。

³ 第三部門一詞的起源與運用並無確切時間，最近的使用可追溯到1970年代於美國公共政策上的討論，Amitai Etzioni以美國國內的公共財貨供給狀況，指出第三部門的顯現及其所處的經濟場域(謝杏慧，2013：5)。

⁴ Quango是指 quasa-autonomous non-governmental organization 的簡稱，是一種準自治的非政府組織(汪洋、何志平、張西勇 譯，2008：1)

⁵ 亦有學者將第三部門包括以下四類組織：志願組織、公共服務提供者、人民團體、政府設立的非政府組織等(馮瑞騏譯，2007：45)。本文認為前三者可依其性質分為NPO與NGO，政府設立的組織又可以區隔為政府設立的私法人與公法人兩類，在分類上較不精確。

針對第三部門或是非營利組織法制的缺失與不足，開始有提倡建構良善法制環境的呼聲，林淑馨（2004、2008）便根據日本經驗提出我國應該積極透過立法建構非營利組織發展環境。徐小波等人（2001）在比較分析台灣、中國大陸、日本、美國與澳洲等國之非營利組織法制之後，建議我國應該制定一套財團法人的基本法規以及營造優質的法律環境以促進非營利組織永續發展。如何創造一個良好的法制環境並建制一套體系健全的法規，對第三部門或非營利組織的發展至為重要，已如前述。本文目的在檢視我國第三部門的法制環境，從我國特有的文化及歷史背景，指出第三部門法制環境的問題，並提出個人的見解，提供對這些問題的解決對策。首先，從歷史制度發展的視角，檢視我國目前第三部門的有關法規；其次，指出當前法制環境的問題，最後，提出本文的解決對策。

貳、我國第三部門法制發展

一、終止動員戡亂時期（1991年5月）以前：嚴格管制

在解嚴以前，法律對於第三部門基本上是採較為嚴格限制，制度上之所以選擇嚴格限制，主要與當時的時空環境以及歷史文化有關。從今日以結社自由的保障範圍的角度觀察，這些法律都屬違憲的惡法，而在戒嚴時期大法官又無發揮「憲法守護者」的功能，直到1987年7月蔣經國前總統宣布解嚴的重大事件轉折，⁷1991年5月進一步宣布廢止動員戡亂時期臨時條款，憲法回歸正常運作，國家由威權體制轉型至民主開放，此後，大法官也開始對侵害人民結社自由的法規進行合憲性解釋，我國對第三部門管制進入另一個較為開放的階段。

在民國初年，國家剛從專制體制轉型，政府對於人民組織團體抱持敵視態度，而人民也欠缺組織團體的意識。因此，這個時期的前段（1946年制訂現行憲法之前），受到持續內戰導致政權不斷更替以及抵抗外來侵略者之影響，對人民組織團體不是採完全禁止就是嚴格限制。滿清政府以及民國初年的中華民國政府，雖然皆有憲法規定保障人民的結社自由，但卻未見有相關法律進一步的落實結社自由，直至1929年5月23日國民政府制訂公布（10月10日施行）民法總則方有對私法人進行規範，同年中國國民黨第三次中央執行委員會第二次全體會議通過「民眾團體組織方案」，將民眾所組成的團體區分為職業團體與社會團體兩種。

於1931年公布之「中華民國訓政時期約法」，當時中國國民黨凌駕於政府之

⁷ 林淑馨（2008：53）認為我國解嚴後人民團體法、集會遊行法等法令之修訂，激勵民間組織相繼設立，因此，解嚴可說是台灣非營利組織發展的重要分水嶺。這點本文原則上同意，解嚴後對於第三部門之有一定催生作用，但仍有「動員戡亂時期人民團體法」存在，不免影響人民的結社權。因此，1991年的廢止動員戡亂時期臨時條款終止戡亂時期，本文認為對結社自由更具重要指標，尤其從此大法官便開始對審查有關的法規。

上，為控制當時混亂的政治情勢，對於人民的結社自由嚴格管制，一方面避免其他團體挑戰其執政地位，另一方面得以讓社會趨於穩定。1932年10月中國國民黨頒布「修正民眾團體組織方案」，在民眾團體的設立程序規定：「接受民眾申請的黨部，應即派員視察，認為合法時，即核發許可證，並派員指導；如認為不合法，則依法駁斥。許可證之內容需記載下列事項：「甲，不得有違反三民主義之言論及行為；乙，接受中國國民黨的指導；丙，遵守國家法律服從政府命令；丁，團體會員以法律所許可之人為限；戊，有反革命行為被告發有據，或受剝奪公權之處分，不准為會員；己，除例會外，各項會議須得當地高級黨部及官署主管級之許可方可召集；庚，違反上列規定者，應受法律所規定之處分。」另外該方案亦規定「本方案實行前，已有組織後之民眾團體，其組織內容與本方案不合者，當地各級黨部應令其改組或由政府解散。」（劉培峰，2007：272-273）。

在此「修正民眾團體組織方案」基礎上，以下為一連串的嚴格限制人民結社權利，1934年11月29日國民政府公布戒嚴法，該法第11條第1項第1款規定：「戒嚴法戒嚴地域內，最高司令官有執行左列事項之權：一、得停止集會結社及遊行請願，並取締言論講學新聞雜誌圖畫告白標語暨其他出版物之認為與軍事有妨害者。上述集會結社及遊行請願，必要時並得解散之。」

1942年2月10日國民政府公布施行「非常時期人民團體組織法」便是以前述方案為基礎而訂定，亦是我國現行人民團體法的前身，該法第13條規定：「人民團體之組織，應由發起人向主管官署申請許可，經許可後，主管官署應即派員指導。」第14條：「人民團體經許可組織，其發起人應即推定籌備員，組織籌備會，呈報主管官署備案。」第15條：「人民團體於召開成立大會前，應將籌備過程經過連同章程草案，呈報主管官署，並請派員監選。」第18條：「人民團體違反法令，妨害公益，或怠忽任務時，主管官署得分別施以下列之處分：一、警告。二、撤銷其決議。三、整理。四、解散。」（林紀東，1982：217-218）。1989年改名稱為「動員戡亂時期人民團體法」，條文由原來的20條增加為67條，並且增加諸多的處罰條款，如該法第60條第1項：「未經依法申請許可或備案而成立人民團體，經主管機關通知限期解散而不解散者，處二萬元以下罰鍰。」（現行有效條文僅修改罰鍰金額）。第61條：「未經依法申請許可或備案而成立人民團體，經主管機關通知限期解散而不解散，仍以該團體名義從事活動經該管公務員制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」⁸這兩條處罰條款仍沿用至今，其中未依法申請許可之人民團體，將被處行政罰甚至刑罰，對人民的結社自由限制仍甚大。1942年3月29日制訂國家總動員法（於2004年1月7日公布廢止）第23條更規定：「本法實施後，政府於必要時，得對人民之言論、出版、著作、通訊、集會、結社，加以限制。」

⁸ 現行人民團體法第61條：未經依法申請許可或備案而成立人民團體，經該管主管機關通知限期解散而屆期不解散，仍以該團體名義從事活動經該管主管機關制止而不遵從，首謀者，處二年以下有期徒刑或拘役（第1項）。人民團體經主管機關廢止許可或解散並通知限期解散而屆期不解散，仍以該團體名義從事活動，經該管主管機關制止而不遵從，首謀者，亦同（第2項）。

以上的規定可以清楚顯現政府對結社自由的嚴格規範，在此時期，自難有「合法」的公益性社團法人存在。這項嚴格的規範，若從今日的結社自由的保障觀之，這些都是違反憲法所保障的結社權。依當時的政治、社會情勢，對於財團法人因為並非是人之集合，因此管制較少，至 1975 年開始各部會方陸續依據民法規定，訂定有關命令予以規範。而公益性社團法人因涉及人的集合，即使其成立之目的在於社會公益，但政府的管理仍較為嚴格。這也開啟對於財團法人與公益社團法人管制之雙軌機制。

二、終止動員戡亂時期以後：寬（逐漸放寬）中帶緊（依循過去管制）

動員戡亂時期臨時條款的廢止，開啟我國行憲五十年來的憲政改革運動，全國上下史無前例的對我國未來憲政體制熱烈討論，並賦予高度的期望，希望我國能因此邁向民主憲政光明大道。1990 年 3 月，一批四十年未改選的老國代以及少部分增額國代，選出李登輝為第八任總統，並趁機提案擴權，如自行追加出席費、決議延長任期為九年、並要求行使創制複決權等。當時許多年輕學子深覺應對我國的民主憲政進行改革，乃有「三月學運」的爆發，李登輝以召開「國是會議」回應。7 月召開的「國是會議」，這次會議的主題是「憲政改革」與「兩岸關係」，會議並無具體結論，但大致上總統與省長民選、資深中央民意代表退職是國是會議與會者的主要多數意見。1991 年 4 月 22 日第一屆國民大會第二次臨時會第六次大會三讀通過「憲法增修條文一至十條」，5 月 1 日公布，同時廢止動員戡亂時期臨時條款，自此我國的憲政發展呈現出與以往完全不同面貌，憲法基本人權的保障也較能落實。

1991 年之後，一方面大法官除了說明結社自由之保障範圍外，也開使用憲法第 23 條審查各項管制人民結社自由法律或命令的合憲性；另一方面許多在動員戡亂時期訂定的法規，也逐漸修改回復常態，放寬對人民組織團體的限制。大法官解釋法律違憲的部分，例如釋字第 373 號解釋認為工會法禁止教育事業技工、工友組織工會，已逾越憲法第二十三條之必要限度，侵害從事此項職業之人民在憲法上保障之結社權。釋字第 644 號解釋理由書更明白指出：「結社自由之各該保障，皆以個人自由選定目的而集結成社之設立自由為基礎，故其限制之程度，自以設立管制對人民結社自由之限制最為嚴重，因此相關法律之限制是否符合憲法第二十三條之比例原則，應就各項法定許可與不許可設立之理由，嚴格審查，以符憲法保障人民結社自由之本旨。」

戒嚴法第 11 條所規定之最高司令官有權停止人民之結社，由於我國已經在 1987 年解除戒嚴，因此戒嚴法之限制已經不存在，而國家總動員法第 23 條之嚴格限制，亦因該法於 2004 年廢止而不再適用，國家安全法第 2 條所定之：「人民集會、結社，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」將因釋字第 644 號解釋而失其效力。基此，我國對於第三部門組織之管制有趨於放寬的趨勢，但是，部分

現行有效法律（如人民團體法），因為承襲解嚴或動員戡亂時期之規定，導致仍無法達到保障人民結社自由之目的。

參、我國第三部門法制環境與其問題

一、不承認非法人團體之法規範漏洞

「人」以其主體地位，成為法律主要規範對象。法律上的「人」有自然人與法人兩種，其中法人又有公法人與私法人之分，前者有國家、地方自治團體與其他公法人（如行政法人），後者依據民法規定有財團法人與社團法人，財團法人是基於捐助一定財產，使財產獨立於個人，不受原捐助人的支配或影響，這類組織具有公益性或非營利性；社團法人則是屬於人的集合，以社員為基礎的團體，為共同目的從事各種活動（施啟揚，2005：120），社團法人有從事公益，亦有營利，甚至僅是單純聯誼性質的組織。

私法人的成立必須經過兩個主要程序：設立與登記，財團法人以及非營利性的社團法人均須經目的事業主管機關許可後方得設立，營利性社團則採準則性主義，設立公司無須事先得到主管機關許可，於籌備完成具備規定要件後，即得向主管機關申請設立，設立完成後再向地方法院登記為法人。公益團體完成設立登記程序取得法人後，即可有法律賦予的主體地位，享有免各項租稅減免的權利（呂炳寬、王淑婷，2019）、經由經費的取得與服務的輸送，與國家發生夥伴關係、接受各界的捐款等等。

人民籌設各種組織，屬於憲法結社自由保障範圍，國家自應在合憲的前提下，建構第三部門法制。簡言之，人民有憲法所保障的結社自由權，可以自主決定是否加入團體、組成團體、組織如何運作等，未經設立登記的非法人團體，除了程序上的權益外，無法享有實體上的權利。最高法院 67 年台上字第 865 號判例：「民事訴訟法第 40 條第 3 項固規定非法人團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力，並可據此規定，認非法人團體於民事訴訟得為確定私權請求之人或為其相對人。惟此乃程序法對非法人團體認其有形式上之當事人能力，尚不能因之而謂非法人團體有實體上之權利能力。」依最高法院判例所明示，非法人團體無實體上之權利能力，不得享有實體法上之權利。在這樣的法律環境下，社會上存在的大量非法人團體始終欠缺主體性，無法取得法人之主體地位，對外關係上無法成為交易實體，更無法獲得政府的經費上補助以及取得租稅減免，對內之法律關係不明確，加上欠缺資訊公開的機制，導致運作情況不明，財務報表不清，主管與稅捐機關管理困難（王文宇，2004）。

基於憲法保障人民之結社自由，法人之所以能成為權利義務之主體，並非由於法律規定使然，而是因為其在社會上擔負一定功能之故，登記僅能確認法人之

存在，不能創造法人。⁹釋字第 479 號解釋（1999 年 4 月 1 日）解釋理由書指出：「憲法第十四條結社自由之規定，乃在使人民利用結社之形式以形成共同意志，追求共同理念，進而實現共同目標，為人民應享之基本權利。結社自由不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之組成與相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續、命名及與結社相關活動之推展免於受不法之限制。」因此，憲法並未要求僅有經一定設立登記程序的法人，方有權利能力。

現行制度排除非法人團體實體上的權利主體，形成一種法規範上的漏洞，已經有部分機關開始檢討此一問題，例如，經濟部智慧財產局便於 2016 年 5 月 22 日召開「非法人團體能否作為智財權利主體諮詢會議」，並且提出「非法人團體能否作為智財權利主體之探討」研究報告，¹⁰顯然這個問題逐漸被重視，在實務上已經成為有待解決的法制缺漏。

二、以私法體系規範第三部門

從整體法制面觀察，傳統法學依國家與社會的二元性格之「國家社會二元論」，將法領域區分為規範公部門（國家、地方自治團體或其他公法人）行為的公法體系以及規範私部門（自然人或私法人）法律關係的私法體系（呂炳寬，2015：3）。前者，即國家權力的重點在於統治及政治上公共福祉的決定，故國家有其拘束性；後者，社會則是個人及團體的自我發展、自我負責與自我決定的領域，屬多元、多樣的範疇，其間充斥著個人不同的好惡、意見、價值觀及世界觀（李建良，2000：20-21）。

Wuthnow（1991）指出非營利性活動與營利性活動常處於同一管理體制下，第三部門（非營利部門）與市場的界限，就變得難以區隔。對於由人民自由組成、含有非營利特徵但又有公益性質的第三部門組織大量興起，傳統以國家與社會二元區分為基礎的法律體系，已不足因應此種現象。酒井亨（2004）在研究日本、台灣與韓國等三國的非營利組織法制狀況後，便指出以往立憲主義的國家與社會二元論果然已經失去效果，進入 21 世紀的今日，建構一個「國家、市場與市民社會」三元論的法制體系應有其價值。也就是，突破以往的法律二元論的思考，將第三部門的特徵納入新的法律體系中，這對於法制的健全是重要的基礎。

目前我國規範第三部門的法律主要以民法為依據，2018 年公布施行的財團法人法第 1 條的立法說明即指出：「現行財團法人之規範，原則上民法總則編第二章第二節關於法人（即第一款「通則」及第三款「財團」）之規定為其運作依據。為使財團法人之設立許可及監督管理，有統一適用之法律，爰制定本法，並

⁹ 這就好像自然人出生後並未向主管機關登記，但不能因此說他不是「人」，他還是可以享有人人的基本權利。

¹⁰ 參見經濟部智慧財產局 105 年 4 月 20 日智法字第 10518600330 號函。

將民法相關規定一併納入，以利適用，作為民法有關財團法人規範之特別法。」但是，第三部門有其「非營利且具有公益性但又非屬政府機關」特性，甚至政府設立的財團法人或是行政法人，常常帶有公權力色彩，民法主要規範私部門之活動，對於多樣且多元的第三部門，能否周延第三部門法制環境，不無疑問，在具體個案上，甚至產生公法或私法問題的爭議。

公法與私法主要區別實益在救濟途徑的不同，司法院大法官會議解釋釋字第448號解釋即指出：「我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。」這使得原本具有高度公益的第三部門有關爭議，卻由民事法院審理，但往往具有公法的本質。

例如，在我國私立大學為財團法人，經由教育部許可設立後向當地地方法院登記成立，當私立大學校長與董事會間聘任關係產生爭議時，便由普通法院審理。在2015年東海大學校長聘任案中，台中地方法院104年訴字第372號民事判決即指出：「教育文化設施之是否得宜，不僅影響受教育者之品德智能，與社會風俗之厚薄良窳、國家之興衰強弱、人民之安和樂利及誠信，亦有莫大之關係，具有高度之公共性及強烈之公益性；私立大學校長之任免自應依大學法及私立學校法之上開規定為之，於大學法、私立學校法及私立學校法所授權之大學組織規程均無規定時，始有適用民法及其他相關法令規定之餘地。亦即私立學校法及大學法之規定，乃屬民法之特別法，應優先於民法適用，則私立大學聘任校長，於私立大學與所聘任之校長間，所成立者固屬民法委任關係然該委任關係並不完全適用民法關於委任之規定，於大學法、私立學校法及私立學校法所授權之大學組織規程就該委任關係有規定者，自應優先適用，....」本案法官即認為私立大學校長的聘任契約雖屬私法關係，但亦不能完全適用民法之規定。

民法基本原則是尊重契約自由以及私法自治，有利於第三部門的內部自治與自我管理之自律，但是同時具有非營利與公益性的第三部門，因接受政府補助、各界捐款以及各項租稅減免，就必須有一定程度的他律，以免第三部門成為犯罪的天堂，而民法的本質，難以擔負起他律的功能與角色。

三、路徑依賴形成管制多於促進的法制

我國憲法雖然賦予人民有結社自由，但由於長期受威權體制以及戒嚴的影響，我國長期受政治因素的影響，法律及實務對於人民的組織團體的權利或法人之制度均採保守之態度（陳惠馨，2008）。對於財團法人，由於係財產的捐助，採取許可制，能獲准成立者，每每成為執政當局的附隨組織，並且淪為人事酬庸而欠缺獨立自主性；¹¹此外，財團法人並非人之集合，因此，在政治上較不會對執政

¹¹ 此種人事酬庸，往往給予優渥的薪資，因此受酬庸者，每每被稱之「肥貓」。

者構成威脅，自然無須立法規範，僅以民法為依據。但在社會愈趨多元，對於財團法人設立需求自然增加，於是在欠缺法律明文授權下，各有關主管機關便依職權訂定各種行政命令做為執行依據，處於一種違憲狀態，形成一種「無法的空間」。

12

這種現象，到 2018 年通過財團法人法之後，解決其違憲的狀態（違反法律保留原則），但是，財團法人法的通過，主要在於防止肥貓、處理附隨組織、洗錢防制以及依循過去管制措施等，並非針對促進第三部門的發展而制定。關於肥貓的限制，財團法人法對於公設財團法人的董事、監察人原則上採無給職，若是專職董事長可以領取薪資但必須報主管機關核准（第 52 條）；處理附隨組織的部分，針對那些特定的基金會，他們原本是國家出資或是捐產成立的基金會，卻被稀釋股份而成為民間團體，讓國有的資產變相被巧妙地轉成私產，如蔣經國基金會、電信協會與糖業協會等，都將因為新法的「買回機制」讓政府有機會透過預算捐贈等手段，讓法人的形態回歸公設型態，¹³一旦被回復「政府捐助之財團法人」，等於是大幅減損、乃至喪失了獨立自主的地位，易成為政府的附庸，這是人民（財團法人有獨立法人格）權利極大的變動（陳長文，2018）。洗錢防制部分，除了防止脫產之必要管理外，亦有規定財團法人僅能於其財產總額百分之五內購買股票，且對單一公司持股比率不得逾該公司資本額百分之五。第 21 條更明定對個別團體，法人或個人之獎助或捐贈不得超過當年度支出的百分之十，意思就是說，全年度若財團法人接受捐款 5000 萬，那單一對象就不能超過 500 萬。

此外，對於財團法人的成立，仍依循過去的制度，採取事前審查許可制，而非登記制。該法第 9 條及第 11 條規定，主管機關可以訂定財團法人的最低捐助總額，倘若捐助財產未達最低總額者，主管機關不僅不應許可財團法人的設立，對於已許可者，甚至應主動撤銷或廢止其許可。在設立之初即以最低捐助總額作為門檻，可能會扼殺小型財團法人的成立，進而衍生違反比例原則和平等原則的憲法問題（劉昌坪，2018）。

檢視整部財團法人法，沒有一條是鼓勵或促進財團法人發展的，取而代之的是防弊法條，以監督、強化管理、杜絕弊端為主軸，對照總說明註明，「對民間捐助的財團法人採低密度管理，依私法自治原則，尊重其章程自由，並鼓勵其自

¹² 職權命令又稱「行政上的職權立法」，此即依據各機關本身組織法規賦予的職權所發布的命令（法規），就內容而言，職權命令僅能就其職權範圍內之主管事項加以規定而已，不應涉及人民之權利義務。若組織法內可規定行政機關可擁有訂定命令規範人民之權利義務，則似有過度「空白授權」，不僅違反「權力分立原則」，立法權也會因行政權之過度膨脹而萎縮。行政機關之職權命令釋字第 390 號解釋宣告經濟部依職權訂定之工廠設立登記規則有關罰則之規定為違憲，釋字第 443 號宣告內政部訂定之役男出境處理辦法牴觸憲法，釋字 479 號內政部之社會團體許可立案作業規定，逾越母法。其後大法官陸續對欠缺法律授權之職權命令宣告違憲。

¹³ 財團法人法第 68 條規定：本法施行前，原政府捐助財產超過基金半數之財團法人，後因接受民間捐助，政府捐助財產不足半數而轉為民間捐助之財團法人者，在本法施行後三年內，主管機關經審認該財團法人之政策目的仍存在，而有未能達成社會公益或辦理公權力委託目的，或規避政府監督之情事，得捐贈財產補足依現有基金總額計算之差額，回復為政府捐助之財團法人。

治，避免做過多限制，以期建構周延之法制環境，確實達成鼓勵財團法人積極從事公益、增進民眾福祉之目標。」實有掛羊頭賣狗肉之嫌（紀惠容，2018）。

就公益性社團法人而言，除民法有關社團法人之規定外，基本上以人民團體法之社會團體為主要依據，¹⁴人民團體法由於是對「人的集合」之規範，如前所述，在威權體制時期，每每採嚴格的限制。解嚴以及廢除動員戡亂時期臨時條款之後，我國對於第三部門組織之管制有趨於放寬的趨勢，但是，部分現行有效法律（如人民團體法），因為承襲解嚴或動員戡亂時期之規定，導致仍無法達到保障人民結社自由之目的（呂炳寬，2014）。

對此，孫煒（2007）的研究指出，基於台灣的歷史脈絡與政經結構的系絡特性，長期以來，非營利組織在政府高度監督控制之中崎嶇發展，在此一系絡下，台灣的非營利組織要無條件地接受政府之「促進發展」的相關優惠，似乎緣木求魚，甚至法制化還可能使非營利組織陷入更嚴峻的行政枷鎖。

四、分別立法並為民法之特別法

將不同性質的第三部門分別立法，是部分國家所採取的立法模式，除了我國之外，美國先於 1987 年訂定「非營利法人示範法」，規範對象為合法設立登記之法人，其後於 1996 年再訂定「統一非法人非營利社團法」以規範具非營利性質但尚未設立登記之團體，美國稅法 501 (C) (3) 款界定非營利組織得享免稅規定（徐小波，2002：53-54）。又如中國大陸於 1998 年訂定「社會團體登記管理條例」與「事業單位登記管理暫行條例」以及 2004 年的「基金會管理條例」三個主要規範第三部門之法典，亦屬分別立法。

在成文法系國家，採分別立法的模式者，一般皆以民法為普通法，其他法規則為特別法，儘管民法已經有公益法人制度，但為進一步促進第三部門之發展，而訂定民法之特別法以資因應，例如日本的特定非營利活動促進法為其民法第 34 條之特別法（林淑馨，2004：84），我國財團法人法亦定性為民法之特別法，德國亦於 2002 年通過財團法人現代法與奧地利之民間財團法人法皆為民法之特別法（陳麗娟，2007：23）。

從法制規範面觀察，我國第三部門的法制環境，十分鬆散且不健全。尤其是對第三部門最具獎勵與促進意義的租稅減免而言，財團法人法與人民團體法皆未有原則性規定而採分稅立法的模式，對於可受免的非營利組織之定義不明確或是不一致，不同稅法有不同的認定，常常造成適用上的困難。分稅立法以及立法機關大量授權行政機關另訂命令，導致行政主管機關對於法律之解釋，多如牛毛，讓人難以是從。由於法律往往以不確定法律概念，空白授權主管機關另訂命令或

¹⁴ 根據內政部所頒佈之職權命令「社會團體許可立案作業規定」第 4 點規定，章程中應明列之宗旨為「載明團體之基本目標及本團體為依法設立、非以營利為目的之社會團體。」

發佈解釋性規定，往往因為解釋的問題，造成主管機關裁量認定租稅主體或要件，而有違反租稅法律主義（呂炳寬、王淑婷，2019）。

除稅法之外，我國目前規範第三部門的法規，主要有：

1.民法第 25-65 條：規定法人資格及其法人權利能力、行為能力與侵權能力問題。

2.非訟事件法第 31-41 條：主要規定法人向法院辦理登記及清算等之有關程序。

3.人民團體法：將人民團體區分為社會、政治及職業團體，並規範其組織、設立及運作。

4.志願服務法：其立法之宗旨在「能整合社會人力資源，使願意投入志願服務工作之國民力量作最有效之運用，以發揚志願服務美德，促進社會各項建設及提昇國民生活素質」（第 1 條）。其適用範圍為「經主管機關或目的事業主管機關主辦或經其備查符合公眾利益之服務計畫」（第 2 條）。

5.公益勸募條例：除政治與宗教之活動外，為「公益目的，募集財物或接受捐贈之勸募行為及其管理」（第 3 條）均受本條例之管理。

6.其他特別法：如私立學校法、醫療法、老人福利法等。

7.公設財團法人之組織設置條例：由政府因特殊目的所捐助成立者如國家文化文藝基金會、國家衛生研究院等。

8.各目的事業主管機關監督管理準則：以往係以民法為主要法源，財團法人法制訂後，改以該法為法律授權依據，各主管機關據以監督管理轄下財團法人之組織規範、設立程序等事項。

9.財團法人法：為建構財團法人周延之法制環境，制定本法以健全財團法人之組織及運作，促進其積極從事公益，進而增進民眾福祉。（第 1 條立法理由說明）。

10.行政法人法：第 2 條規定：本法所稱行政法人，指國家及地方自治團體以外，由中央目的事業主管機關，為執行特定公共任務，依法律設立具人事及財務自主性之公法人。前項特定公共事務須符合下列規定：

一、具有專業需求或須強化成本效益及經營效能者。

二、不適合由政府機關推動，亦不宜交由民間辦理者。

三、所涉公權力行使程度較低者。

此種分別立法、並以民法為普通法的模式，除了前述私法可否有效規範第三部門的問題外，欠缺原則性的規定，此種缺乏第三部門的立法原則，對於主管機關解釋或執行第三部門有關法規時，將發生見解不一致的情形，而產生爭議。

肆、解決我國第三部門法制環境問題之對策

一、建構無漏洞的法制環境

司法院曾就非法人團體能否享有商標權的問題，做成釋字第 486 號解釋：「…商標法第三十七條第一項第十一款（現行法為第三十七條第十一款）前段所稱「其他團體」，係指自然人及法人以外其他無權利能力之團體而言，其立法目的係在一定限度內保護該團體之人格權及財產上利益。自然人及法人為權利義務之主體，固均為憲法保護之對象；惟為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之「團體」，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。」

基此，經設立登記之法人，為法律主體而享有權利能力，非法人團體則只要能舉證「有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識」即可受法律之保護。因此，設立登記為公益法人，具宣示效果，無待舉證，即具有主體資格，未設立登記之非法人團體，則須經舉證後方得享有。

2017 年 3 月 15 日公布之中國大陸民法總則，關於其權利主體，於第 2 章設有「自然人」、第 3 章設有「法人」，此外，尚且另設「非法人組織」（即「非法人團體」或「無權利能力之團體」）一章，建議我國可以仿效該立法例，將非法人團體具權利能力之要件，於民法或其他特別法中規範清楚，讓我國第三部門的法制環境更加完善。

二、依不同的法律關係確定公法或私法

第三部門的法律關係包括（呂炳寬，2015：18）：國家與第三部門間之法律關係、利害關係人與第三部門間之法律關係（指原應由國家直接對標的人口服務，後委由第三部門為之）、第三部門與社會間之法律關係。

1. 國家與第三部門之關係：國家以資金挹注或委託第三部門（包括政府捐助之財團法人，如海峽交流基金會、民間捐助之財團法人或其他公益社團法人）執行政府政策或代為行使公權力，雙方的權利義務，均依照委託契約約定，且雙方互動關係（如指示、履行、請求報告）均以委託契約為依據，該委託契約即為行政程序法之行政契約，為公法關係。¹⁵而主管機關基於職權對第三部門所為之管

¹⁵ 台灣地區與大陸地區人民關係條例第 4 條：「行政院得設立或指定機構，處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關之事務。行政院大陸委員會處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關事務，得委託前項之機構或符合下列要件之民間團體為之：一、設立時，政府捐助財產總額逾二分之一。二、

理措施，具有公法性質，應屬公法行為。

2.利害關係人與第三部門間之法律關係：利害關係人（stakeholder）即是指政策實施的對象，包括政策活動的受益者與受害者（吳定，2003：64）。原由國家直接擔負給付責任的龐大給付行政，基於政府再造與新公共管理的理念，國家逐漸委託給第三部門辦理，前述政策利害關係人之給付請求便移轉至第三部門，此種服務的請求，屬於私法關係。

3.第三部門與社會間之法律關係：第三部門資金可能來自企業或民間的捐助，甚至亦可能透過市場從事營利行為，其資源來源具有多元化與特殊性（林雅莉，1999：4）。此處當社會捐助給第三部門各種資源時，其法律關係有些類似民法上的利他契約，但利他契約的第三人係確定，¹⁶而第三部門接受捐助時，除捐贈契約明訂捐助對象或用途外，捐贈契約若未明訂給付對象，即捐助者無法得知享受利益者為何人，僅可由第三部門之設立章程或其成立主旨得知用途，因此，第三部門的收支情形應公開以示對捐助者負責。因此，第三部門的課責除來自政府法令之管理外（公法關係），於此更應確保其服務之有效供應、保護捐贈者與利害關係人之利益（私法關係）。

本文認為，第三部門的興起，填補了政府公共管理和服務上的很多缺失，同時也為行政目標的實現提供了多樣化的手段和途徑，例如前述以行政契約方式將公共服務委託、移轉第三部門，第三部門成為政府治理重要的一環。且第三部門的快速發展更帶來傳統行政權概念的衝擊，蓋以統治權為基本認識的行政權作用，無法對於公共治理觀念的回應，於此，是否應將第三部門與其他主體間的法律關係是否應移轉至私法規範？本文認為基於保障利害關係人（人民）的基本權利，原則上宜由公法規範較為妥當，當然，此時我國公法體系自應賦予具有承擔公共服務功能的第三部門一定的公法主體地位。

三、解除管制，促進第三部門之發展

憲法為國家根本大法，具有最高性，原則上，任何法律、命令皆不能抵觸。就人民權利保障而言，憲法所保障的基本權利，在未符合憲法所定的要件下，任何國家法律與命令皆不得侵害。人民籌設各種組織，屬於憲法結社自由保障範圍，

設立目的為處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關事務，並以行政院大陸委員會為中央主管機關或日的事業主管機關。行政院大陸委員會或第四條之二第一項經行政院同意之各該主管機關，得依所處理事務之性質及需要，逐案委託前二項規定以外，具有公信力、專業能力及經驗之其他具公益性質之法人，協助處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關之事務；必要時，並得委託其代為簽署協議。」

¹⁶ 依民法第 269 條規定：「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。第三人對於前項契約，未表示享受其利益之意思前，當事人得變更其契約或撤銷之。第三人對於當事人之一方表示不欲享受其契約之利益者，視為自始未取得其權利。」由此條文文義可知，利他契約之第三人應為特定可知之人。

國家自應在合憲的前提下，建構第三部門法制。釋字第 479 號解釋（1999 年 4 月 1 日）解釋理由書指出：「憲法第十四條結社自由之規定，乃在使人民利用結社之形式以形成共同意志，追求共同理念，進而實現共同目標，為人民應享之基本權利。結社自由不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之組成與相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續、命名及與結社相關活動之推展免於受不法之限制。」顯見對於人民組織各種團體，國家應該給予充分保障，並且享有高度的自主權。基本上，我國對於人民得自由組織團體是朝著逐步開放的方向進行，雖然經過大法官的努力，但行政與立法部門的保守被動心態，仍無法達到全面性地自由組成各種團體的憲法目標。

江明修、陳定銘（2006：128）認為非營利組織是維持公民社會自主性的重要基礎，健全非營利組織的法律環境，就是在自律與他律之間取得平衡，亦即降低傳統的管制（他律）幅度，增加非營利組織的自主性（自律）。第三部門在監督密度上以事後追懲為原則，尊重第三部門之自主與自律。且應將第三部門為分類管理，以符合比例原則，例如區別表意性或非表意性團體，就表意性團體即不應過於嚴格限制其表現自由。第三部門在設立登記程序上，放棄現行許可制，改以報備制或法律許可主義，並允許未經立案之團體存在。

四、第三部門之原則性立法

在世界銀行公布「非政府組織法的立法原則」後，學者討論我未來第三部門的法制方向，其中第三部門種類繁多，故立法應以原則性規定，並區分不同類型組織的社會功能（馮燕，2000：99）。這些原則至少應包括：

1. 結社自由之保障：基於憲法保障人民結社自由權，本法的立法原則亦應揭櫫保障結社自由的憲法精神，除由政府出資設立者外，設立登記制度應由許可制改為報備制。

2. 公開原則：第三部門享有租稅優惠，並得接受政府補助以及社會大眾捐款，其財務、人事、運作皆應遵守資訊公開原則，以接受政府與社會大眾之監督，

3. 課責原則：對於董監事代表第三部門行為應予適度規範，以避免有企業濫用公益團體的諸多優惠。

4. 自律原則：本法應避免管制過多而侵害第三部門之自律特性。

5. 統一事權原則：本法應訂定統一的主管機關，以免令出多門，讓人無所適從。

伍、結論

Salamon (1994: 122) 曾言第三部門組織的任務是找到一種與政府妥協的辦法，在得到政府足夠的法律和財政的支持的同時，又能保持相當程度的獨立性與自主權。我國對於第三部門法制的研究甚為缺乏（林淑馨，2008：68），對於國內的規範法制為整體性研究與檢討更是少見，本文目的在補足這項研究的缺塊。

首先，第三部門所指涉的範圍，採用光譜分析的方式，介於公部門與私部門之間的皆為第三部門，如此，可以清楚區辨混雜不清的概念，如政府設立之財團法人與民間設立的財團法人，即可區分出其所處的光譜位置。其次，第三部門法制環境深受國家的歷史、文化背景影響，我國因為長期處於動亂以及威權統治，對於人民的結社自由多所限制，對於社團法人之組成採嚴格管制，對於財團法人則缺乏母法，導致各目的事業主管機關以職權命令取代法律，造成違憲狀態，雖然財團法人法已經完成立法並生效，但是，採取事前審查的管制心態依舊，無法健全法制環境。再者，對於未依法設立登記的第三部門，並未明文賦予其主體地位，出現了法制上的漏洞，這也是傳統制度依循的結果。接著，以私法作為規範第三部門的法制基礎，我們發現在實務上，出現公法與私法在此糾葛的問題。最後，我國欠缺對於第三部門原則性或總則性的立法，造成不同對於第三部門適用或是解釋上的問題，尤其在第三部門的租稅減免上，更是嚴重。

基於上述的問題，為健全我國第三部門法制環境，促進第三部門的發展，本文首先認為應解除管制，採取事後審查的機制，方符合憲法保障人民結社自由的基本人權。其次，在一定條件下，承認非法人團體的法律地位，讓我國普遍存在的非法人團體可以享有權利能力，並有效納入管理。在公法與私法問題上，建議依據各個法律關係的形成而確定其公法或是私法關係，基本上，本文認為在未出現第三法域或是特別法院之前，應以公法為主要法律關係。最後，建立一個第三部門法制的原則性或總則性規定，有利於於第三部門或是主管機關，正確適用或解釋法律，尤其在租稅減免上。

參考文獻

- 王文字 (2004)。臺灣非營利組織法制化之研究—以文化創意活動為核心。國立台灣大學法律學研究所碩士論文
- 江明修、陳定銘 (1999)。我國基金會之問題與健全之道。中國行政評論，8(3)：23-72。
- 江明修、陳定銘 (2000)。台灣非營利組織政策遊說的途徑與策略。公共行政學報，4：153-192。
- 江明修、陳定銘 (2006)。台灣基金會的法制規範。收錄於蕭新煌、江明修、官有垣主編，**基金會在台灣：結構與類型**。台北：巨流，頁 123-146。
- 吳定 (2003) **政策管理**。台北：聯經出版社。
- 吳庚 (2007)。行政法之理論與實用。台北：三民書局。
- 吳美瑤(1997)。**從免稅政策改變看非營利組織之經營型態與因應策略**。國立台灣大學商學研究所碩士論文。
- 呂炳寬 (2014)。「我國第三部門法制規範之歷史制度分析」。雲林科技大學科技法學論叢，9：209-252。
- 呂炳寬 (2015)。我國「第三部門基準法」之草擬。收錄於呂炳寬等。**非營利組織：法制與財政論文集**。台北：智勝，頁 1-36。
- 呂炳寬、王淑婷 (2019)。我國非營利組織租稅減免與司法審查。**財稅研究**，48 (2)：26-52
- 李建良 (2000)。自由、人權與市民社會：國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義。收錄於氏著。**憲法理論與實踐 (二)**。台北：學林，頁 1-57。
- 汪洋、何志平、張西勇譯 (2008)。**半公營機構：趨勢、原因、結果**。北京：社會科學文獻出版社。
- 林紀東 (1982)。**中華民國憲法逐條釋義 (第一冊)**。台北：三民書局。
- 林淑馨 (2004)。日本規範非營利組織的法制改革研究。**東吳政治學報**，19：71-110。
- 林淑馨 (2007)。**日本非營利組織：現況、制度與政府之互動**。台北：巨流圖書。
- 林淑馨 (2008)。日本非營利組織與政府之外交協力：兼論外務省的援外措施與對我國的啟示。**政治科學論叢**。32：71-108。

- 林雅莉 (1999)。非營利組織之募款策略。收錄於江明修主編，**第三部門經營策略與社會參與**，頁 3-60，台北：智勝。
- 施啟揚 (2005)。民法總則。台北：三民書局。
- 紀惠容 (2018)。財團法人法 政府可以管很大？財團法人勵馨基金會，
http://www.goh.org.tw/mobile/news_detail.asp?PKey=aBOYaB31aBJMaB32aBNPaB31aBPOaB38。
- 孫煒 (2007)。論促進我國非營利組織發展的法制化。**第三部門學刊**，8：63-81。
- 徐小波等 (2002)。國內非營利組織管理法規之研究。台北：行政院研究發展考核委員會。
- 酒井亨 (2004)。從非營利組織發展論現代憲法「市民社會」理論之界限：以台灣、日本、韓國三國之比較為主。國立台灣大學法律學系碩士論文。
- 陳長文 (2018)。財團法人法回復條款 恐成濫權者溫床。**中時電子報**。
<https://www.chinatimes.com/newspapers/20181224000582-260109?chdtv> (2018年12月24日)。
- 陳惠馨 (2008)。〈非營利組織與法律制度—以宗教組織為例〉，
<http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/PDF/081123%20law%20of%20Religion.doc>。
- 陳麗娟 (2007)。營利事業所屬財團法人治理之研究。**台灣本土法學**，97：15-25。
- 馮俊傑 (2004)。以非營利組織之觀點探討其與政府間互動關係：以社會福利財團法人為例。東海大學公共行政研究所碩士論文。
- 馮瑞騏譯 (2007)。非政府組織管理初探。台北：五南圖書。
- 馮燕 (2000)。非營利組織的法律規範與架構。收錄於蕭新煌主編。**非營利部門：組織與運作**。台北：巨流，頁 76-108。
- 劉昌坪 (2018)。綁手綁腳的《財團法人法》恐澆熄公益熱情。**ETtoday 新聞雲**
<https://www.ettoday.net/news/20181129/1318876.htm#ixzz5mXuhOs8K> (2018年11月29日)。
- 劉培峰 (2007)。結社自由及其限制。北京：社會科學文獻出版社。
- 謝杏慧 (2013)。第三部門的概念化與界定之探究。**聯合勸募論壇**。3：1-22。
- Carapico, Sheila(2000) *NGOs, INGOs, GO-NGOs and DO-NGOs: Making Sense of Non-Governmental Organizations*, Middle East Report, 214, 12-15.

Gidron, B., R. M. Kramer & L. S. Salamon (1992) "Government and the Third Sector in Comparative Perspective: Allies or Adversaries?" in Gidron, B., R. M. Kramer & L. S. Salamon eds., *Government And The Third Sector: Emerging Relationships in Welfare States*, 1-30.

Jordan, Lisa & Tuijl, Peter v. (2006). *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*.

Salamon, Lester M. (1994). The Rise of the Nonprofit Sector. *Foreign Affairs*, 73(4): 109-122.

Wuthnow, R. (1991) "The Voluntary Sector: Legacy of the Past, Hope for the Future?" In Robert Wuthnow, R. ed., *Between States and Markets: the Voluntary Sector in Comparative Perspective*, Princeton: Princeton University Press, pp. 3 -29.