



我国基金会制度研究

RESEARCH ON THE CHINESE FOUNDATION SYSTEM

上海交通大学国际与公共事务学院 杨红良

摘 要

随着经济体制改革和政府行政职能转变的加快而不断获得动力和空间的我国基金会，经过20多年的发展，已初具规模。但是，我国基金会整体发展与我国经济和社会的发展程度相比还明显滞后，其参与社会治理深度也非常有限。造成这种现象的一个重要原因是我国关于基金会的制度建设尚未充分展开，基金会赖以成长的制度环境还不够成熟。

我国基金会制度的缺陷突出表现在与基金会相关的法律制度层次不高；基金会制度建设滞后于经济和社会的发展；基金会法律制度体系不够完整、严密、统一；由于对基金会的法律地位没有适当的规定，导致一系列相关制度的缺失；对社会公众设立基金会尽管已放松了管制，但限制依然较多；保障基金会运行的税收、监管等制度建设明显滞后，阻碍了基金会发展壮大的步伐。

为顺应全球化时代国家与社会治理模式演进的潮流，我们应加强基金会制度建设，进一步认识基金会在满足公益需要、启沃慈善意识、推动社会力量参与治理、促进社会协调发展乃至推进政治文明建设等方面的重要作用；要从我国基金会事业的现实出发，结合我国民主和法制建设，从各个方面为基金会的成立、运行和发展壮大创造可靠的法律制度环境。

关键词： 非营利组织，基金会，制度

RESEARCH ON THE CHINESE FOUNDATION SYSTEM

ABSTRACT

With a development history of more than 20 years, Chinese foundations now are playing an increasingly important role in the administration of the nation, as well as the society. But by contrast with the progress of economy and society, Chinese foundations are far from as advanced as they should be, mainly because of the poor social background, which results from the lack of proper system.

One problem of the Chinese foundation system is that the foundation-related legal documents are on a low legislation level, and are out of date without any amendments for a long time. Another problem is that the legal position of foundations is not

properly recognized. As a result, the whole system of foundations is neither integrated nor accurate. There are still many other obstacles to the establishment of foundations, and the lack of the function-related systems prevents the foundations from developing prosperously.

To keep up with the tide of social administration in the age of globalization, it is essential to create a future-oriented legal surrounding for foundations and other non-profit organizations in China.

KEY WORDS: non-profit organization, foundation, system

前 言

随着政府行政职能的转变和社会生活多样化的不断进展,基金会在社会各个领域中的作用日益显著。作为特殊的非营利组织,基金会在国家和社会治理中加速了社会财富的第三次分配,在消除社会不平等、缓解社会矛盾、推进民主化等方面发挥着独特作用,这已是一个为世界史证明的现象,也必将进一步影响我国的改革发展进程。

随着经济体制改革和政府行政职能转变的加快而不断获得动力和空间的我国基金会,经过二十多年的发展,已初具规模。截至目前,我国经各级民政部门登记的基金会约有1200家。这些基金会在教育、文化、科学、卫生、社区建设、扶贫等领域的社会公益事业中发挥着越来越重要的作用,其中一些基金会取得了突出的成绩。尽管如此,我国基金会的整体发育水平与我国经济和社会的发展相比还明显滞后,无论是其发展规模还是参与社会治理的深度,都非常有限。其中一个重要原因是我国关于基金会的法制化建设还很落后,基金会赖以成长的制度环境不够成熟。可以这样说,制度建设已经成为加快我国基金会发展的关键,这也是我国在经济和社会不断进步的条件下培育现代公民社会,完善社会治理结构,进而走向经济繁荣和政治民主的重要环节。

我国基金会的制度建设滞后,一是由于长期以来,受政治因素的影响,有关方面对基金会的性质和地位没有正确认识,致使基金会社会活动中一直处于被抑制的状态;二是由于受到相关制度的束缚,我国基金会发展一直没有获得良好的法制环境,缺少制度性的保障。

制度建设的落后,很大程度上要归因于对基金会的研究滞后。我国对基金会的研究虽可追溯到上世纪八十年代,但因种种原因长期处于止步不前的状态,数量有限的著述也大多停留于宏观粗描或观念的层面,微观的尤其是实证性的研究成果相当少见。国内至今还没有对基金会作系统、全面研究的著作和文章问世。当然,也不能说有关基金会的研究完全空白。这方面有代表性的著作包括吴忠泽、陈金罗的《社团管理工作》、苏力等的《规制与发展——第三部门的法律环境》、康晓光的《创造希望——中国青少年发展基金会研究》、方立新等的《叩问天人之际——徐永光说希望工程》等。但这些著述的问题是要么只是零星地涉及了基金会这个研究对象,要么则是在理论分析和实证考察方面都存在明显不足。更为重要的是,以往的研究很少注重从相关制度的角度来讨论基金会问题,所以不能揭示阻碍我国基金会发展的制度性欠缺这一主要问题所在。

基于这样的问题意识,本文以我国基金会的制度问题为考察对象,主要通过分析我国现有各类与基金会相关的法律法规,并以国内部分基金会的实际操作情况和档案资料为佐证,逐一探讨基金会的成立、运行、内部机构、监督管理等方面的制度问题,在此基础上弄清基金会发展中的制度原因,并为我国基金会事业的健康成长提出对策建议。

本论文所指的“基金会”,是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产,以从事公益事业为目的,并按照国家有关规定成立的非营利性组织。需要指出的是,国务院1988年发布的《基金会管理办法》(以下简称《办法》)第2条中界定的“基金会”概念中还有“民间”二字。本文根据我国现有基金会大量地存在的“半官办”现象,将基金会外延扩大,使之包含非完全民间性的基金会,但又不包括那些完全由国家财政拨款建立,并按照国家行政或事业单位管理运作的纯官办“基金会”。另外,2004年3月颁布的国务院《基金会管理条例》(以下简称《条例》)界定的基金会概念中还有“按照本条例的规定成立”这一要求,但由于本论文将综观我国基金会的发展历程,许多基金会则早于此条例成立,所以,本论文研究的基金会对象比此《条例》规定的范围大。这里的“制度”,既指由与基金会相关的专门法律和其他规范性文件规定的制度,也指国家机关制定的其他政策中与基金会相关的制度,它在形式上包括与基金会相关的各种法律制度和国家行政机关制定的行政法规及规章制度。

基金会的专门行政法规中,国务院的《条例》虽已颁布,但目前尚未正式施行。本论文所论均以《条例》为主要依据,并适当参

照《办法》的有关规定，在分析考察中将关注对《办法》中有所涉及而《条例》也未予解决的问题试作解释。

本论文共分为十章，主要内容有五部分构成。第一，从基金会的数量、历史和种类及主要问题考察其发展历程；第二，从条件和程序分析基金会的成立制度；第三，从劳动人事、资金筹集等分析基金会的运行制度；第四，从基金使用、监督管理等分析基金会的日常监督制度；第五，对我国基金会制度作一总结，并对基金会事业的发展作一展望。

第一章 基金会发展的基本状况

我国的基金会历史并不长，其成长历程也受到国家治理模式及政府行政职能的转变，特别是民间非营利组织整体的发展等因素的影响。改革开放以来的经济发展，国家治理“小政府、大社会”模式的逐步落实，以及社会生活多元化趋势的出现等等新的外部社会环境，为我国基金会的发展带来了很大的空间。目前，我国基金会在总体上呈现稳步发展的态势。

1.1 基金会的发展概况

1.1.1 基金会的发展历程

我国的基金会是作为社会团体的一个组成部分开始其发展历程的。新中国成立到上世纪八十年代的三十余年间，我国不存在允许设立社会团体和基金会的政治环境，政府在一定程度上把社团当作“异己力量”，对其采取了高度戒备的立场。^[1]在当时的计划经济体制下，各级政府几乎包揽了所有社会事务，以致非政府组织的活动空间极其有限。另一方面，我国的经济长期比较落后，加之实行人民公社和平均分配制度，生产率低下，物资匮乏，国家对个人和家庭的私有财产又不持保护政策，所以私人可以用来捐赠给公益事业物质资源极其有限。再有，这一时期民众之间的互助关系还仅停留于个人互助和集体帮助的模式，政府提倡人与人之间的直接救济，故社会救济的制度化和社会化远没有进入议事日程。

1978年的十一届三中全会以后，我国大力推进的改革开放政策和思想解放运动，为基金会的产生提供了物质和思想文化条件。1981年7月28日，新中国成立后的第一个基金会——中国儿童少年基金会正式成立。^[2]此后的整个20世纪80年代，我国出现了基金会热。国家级和省市级直至县市级的基金会在全国层出不穷。我国现有的基金会，大多数是在这一时期建立起来的。

但由于1989年“六·四”风波的影响，我国基金会的发展在上世纪九十年代初进入了相对沉寂期。以后又经过1996年的社团清理整顿，基金会的发展基本处于停滞状态。据民政部民间组织管理局社团登记处的资料，1999年至今，我国几乎没有新设立过基金会。^[3]

1.1.2 基金会的基本成就

最近二十余年来，我国基金会基本上呈现不断发展的状态。基金会从事公益事业的范围涉及教育、科技、医药、卫生、艺术、扶贫、环保、保护弱势群体等领域，在募集社会资金、满足公益需要、启沃慈善意识、推动社会力量参与公益、促进社会协调发展等方面，发挥了不可忽视的作用，成为中国民间组织最具活力和能动性的部分之一。

根据民政部门的统计，截至2004年初，我国实有基金会约1200个，其中全国性基金会共有83家。^[4]

1.2 基金会的分类

除了按照登记管理机关的不同可以将我国基金会分为全国性基金会、地方性基金会和跨地区基金会外，根据其他不同的分类标准，还可以把我国现有基金会分成以下类型。

1.2.1 半官半民型基金会和民间基金会

这是按照与政府关系紧密程度的区分结果。半官半民型基金会指那些在资金上获得政府部门一定的支持，在运行和管理体制上部分地参照政府部门或事业单位运行的基金会。根据其创立和发展的不同情形，还可以具体分为官办民助型基金会和民办官助型基金会，前者要比后者更具有官方色彩。例如，宋庆龄基金会就是官办民助型基金会的典型，而中华环境保护基金会则可以算作民办官助型基金会的代表。

我国的民间基金会也并不完全同于发达国家的民间基金会。因为在我国，只要涉及对基金会的管理就都要与政府发生一定的关系，如必须具有业务主管单位等。所以，我国的“民间基金会”指的是主要依靠民间捐资建立及运行，并按照民主方式实行内部管理的基金会，这些基金会较少直接受到官方的干预。吴作人国际美术基金会、李可染艺术基金会、周培源基金会等的原始基金都是由捐赠人捐赠或通过社会募集得来，所以，这些基金会都可以算作民间基金会。属于民间基金会的还有中国青少年发展基金会、中国科学

技术发展基金会、振兴中华科学教育基金会、南京爱德基金会、上海建国公益基金会等。[5]

需要指出的是，我国还存在一些完全由国家财政拨款而建立，并按照国家行政或事业单位管理运作的纯“官办”基金会。这种组织尽管在名称上也叫基金会，但是，这种基金会的经费来自政府的财政拨款，基金列入国家年度财政预算；机构属政府部门或者政府下属的事业单位；工作人员是国家公务员或事业单位编制的干部；基金会的主要任务由政府有关部门决定，工作受政府有关部门检查及监督；基金会的领导也由政府有关部门任命。目前，这样的“基金会”组织在我国各级政府之下都可以设立。

国家自然科学基金会（NSFC）可以说是这类组织的典型。它是按照国务院通告设立的专门管理国家自然科学基金的副部级机构，每年经费直接来自国家拨款，任务由国务院制定，领导机构是由24位委员组成的基金委员会，由国家科技部任命，基金会主任则由国务院任命；该机构的工作人员享受事业单位待遇，下设行政管理局和科学部，局、处等行政编制。[5]显然，这种“基金会”尽管也承担对某些社会组织或个人提供资助的公共管理职能，但是它们都不受《办法》和1998年10月25日由国务院发布的《社会团体登记管理条例》的管理原则的约束，其运行管理机制与国家行政机关或事业单位相同或接近。所以，严格地说，这种组织并不是真正意义上的基金会，而是国家行政机关或事业单位，它也不属于本文讨论的范围。

值得一提的是，由于《条例》作出了诸如基金会的财产来源将全部是捐赠，秘书长以上的领导成员不得由现职国家工作人员担任等新的规定，所以，随着《条例》的实施，我国原来的官办基金会的官方色彩将逐步淡化，而新成立的基金会将不再有官方色彩，基金会“半官半民型”和“民间”的分类终将不复存在。

1.2.2 资助型基金会和运作型基金会

根据从事公益事业的行动模式，我国的基金会又可以分为“资助型基金会”和“运作型基金会”。所谓“资助型基金会”，也称“捐赠型基金会”（grant making foundations），它指那些公益事业主要通过向社会组织或个人提供资金来展开，即以对外资助作为主要工作的基金会。资助型基金会获得捐赠后，通过特定的途径向社会上的非营利性组织或个人开展公益活动提供资金支持，并为受资助者顺利完成预定的公益目标提供指导及监督。也就是说，这些基金会并不直接“做事”，它们主要负责“给钱”，以资金为纽带和动力，推动其他社会力量行使公共服务职能。如上海文化发展基金会就属于这一类，它的宗旨就是“筹措文化发展资金，资助公益文化，推动文化创新，扶植文化人才，促进文化交流，致力于上海文化事业的繁荣发展”，该基金会每年将筹集到的资金用于对上海文化领域内的有关事业和活动的资助。[6]

所谓“运作型基金会”，是指那些接受社会捐赠，但主要不是把这些资金资助给其他组织或个人，而是通过自身的具体行动，在特定的领域直接开展公益活动的基金会。应该说，这些基金会与其他非营利组织没有实质性的区别，它既接受捐赠，也直接从事公益事业。比如“中华国际科学交流基金会”的业务范围就涵盖了“科技交流，国际合作，书刊出版，科技成果”等多项工作。[7]我国目前的基金会大多数属于运作型基金会。[8]

实际上，“资助型基金会”和“运作型基金会”常常不能严格地区分。现代基金会成立之初，一般都在对外资助的同时也直接开展公益活动，当代的不少资助型基金会往往是从运作型基金会转变而来的。另外，至于什么是对外资助，什么是直接的公益活动，在某些情况下也未必就能严格区别。两种基金会之间的一个明显差异，主要表现在从接受捐赠到积极发挥社会效益的过程中，对资助型基金会来说，往往还有其他非营利组织或个人作为“承办者”随同发生作用，而运作型基金会在这个过程中能独成其事而不需要第三方的协作。

1.2.3 公募基金会和非公募基金会

新颁布的《条例》将我国基金会划分为“公募基金会”和“非公募基金会”两类。公募基金会是指可以面向大众募捐的基金会。根据可以在全国或一定地域范围内募捐和接受捐赠的不同，公募基金会可分为全国性公募基金会和地方性公募基金会。非公募基金会是指特定的个人和组织为发展公益事业，用他们个人和组织的资产建立的基金会。这两大类基金会的区分标准在于资金来源的不同。为此，国家有关部门对这两类基金会也制定了不同的管理制度。

《条例》对基金会按照公募基金会和非公募基金会进行分类管理，明确允许设立非公募基金会，一方面便于严格管理面向公众开展的募捐活动，维护募捐秩序，控制募捐市场上的竞争，维护社会稳定；另一方面通过放开政策，允许富裕的个人、企业等设立非公募基金会，使他们能更自主地实现捐赠意愿，在社会公益做贡献的同时，也可以为自身带来良好的社会效益。

1.2.4 其他分类

按照业务范围和开展公益活动的行业领域，可以将我国基金会分为教育科学文化类基金会、社会服务类基金会、环境保护类基金

1.3 基金会的主要问题

我国的基金会由于历史尚浅，加之所在社会条件比较特殊，组织成熟程度一般也较低。造成这一结果的既有历史文化因素，也有因制度缺陷导致的机制问题。归纳起来，至少有以下几点值得一提。

1.3.1 数量偏少

我国的基金会在民间组织当中所占的比重相当小。根据民政部门的统计，截至2004年初，我国实有社团数为13.3万个，民办非企业单位11.1万个，而基金会仅1200个，在全部民间组织中所占比重还不到1%。^[4]

从基金会与人口数量的比例来看，我国的基金会数量就显得更少。比如，基金会组织发达的美国2000年已有各类基金会56600个。^[9]我国台湾地区2002年11月共有基金会3014个^[10]。

1.3.2 资金不足

基金会拥有的可使用资金数量，直接决定了基金会公益能力的大小。从目前的情况看，我国基金会的资金拥有量一直处在与应办公益事业极不相称的状态。民政部官员介绍，全国现有的基金会除了个别运转尚属理想外，资金缺乏已经是普遍现象。据2002年的不完全统计，当时80家全国性基金会基金拥有总量仅近30亿元人民币^[11]。民政部对52家全国性基金会1999年6月末的资产状况进行了分析，发现48%的基金会的资产规模在人民币1000万元以下，38.5%的资产规模在1000万元到1亿元之间，只有13.5%的基金会资产规模超过1亿元。而地方性的基金会除了少数发达地区的外，基金更加贫乏，将近40%的地方性基金会的基金未能达到当时《办法》规定设立基金会的资金底线210万元人民币的标准，如果按照新颁布的《条例》所制定的设立标准衡量，许多基金会拥有资产离原始基金底线的差距就更大了。如，据黑龙江省民政厅民间组织管理局有关领导2003年的介绍，当时黑龙江省的基金会中，能筹集到几十万资金的只是少数，大部分只能依靠注册资金维持。^[12]

1.3.3 能力不强

资中筠在其著作《散财之道》一书中，将美国的慈善家认识到贫困等问题的根源后开展的旨在从根本上解决这些问题的“授人以渔”式的慈善行为称为“科学的公益事业”，这是美国现代基金会发展成熟的重要思想基础。^[13]我国的基金会在履行公益使命时往往不能适应社会化、制度化、国际化的要求，许多基金会面向社会独立筹资的能力有限，于是只能借助政府或上级部门的行政性指令募集到少量资金，在设计公益事业项目、开展公益资助方面，许多基金会的活动也只能停留在一般慈善性的水准上，而很少能在吃透社会问题根源的基础上，展开“科学的公益事业”。

我国基金会能力不足的原因很多，而长期受政府“羽翼”的“呵护”，没有独立发展导致的基金会人员结构不合理和公益观念陈旧是主要原因。我国许多基金会是作为政府部门下设的事业单位存在的，所以其成员往往以从国家机关岗位上退下来的人员为主，不仅年龄偏大、学历偏低，而且职业的专业性也多办不强。这也导致了基金会职工队伍中行政化倾向普遍较强，公共管理和服务意识不够，开展公益活动中国际性、开放性程度不高等诸多弊病。

1.3.4 法律制度不完善

突出表现为与我国基金会相关的法律制度的层次不高。目前我国尚未建立专门用来规范基金会的人大立法。在《条例》施行前，《社会团体登记管理条例》和《办法》是主要的法律依据，但其中对有关基金会的众多具体的、深层次的问题，一直没有明确的规定。更为严重的是，长期以来我国一直把基金会的法律地位定在“社会团体”，这既不符合基金会的特点，也不利于基金会的实际运作，从而影响了基金会事业的发展。今年出台的《条例》淡化了社团法人概念，将基金会称为“非营利性法人”。但是，我国目前的《民法通则》中并没有“非营利性法人”一说，所以，这个概念如果使用，会与我国现有民法制度产生一定的矛盾。

其次是法律的滞后问题。比如，原有的《办法》规定基金会不得从事风险投资，工作人员工资只能在本金利息中支出。但是《办法》实施十六年来，我国银行存款利息一降再降、社会捐赠增量也十分有限，许多基金会因此也就被束缚了手脚。新出台的《条例》虽然明确了公民个人或组织可以利用自有资产建立非公募基金会，但是，这类基金会在登记注册前同样必须找到业务主管单位。这个规定，无疑限制了民间力量发展基金会事业的机会，以致有人评价说，《条例》并没有实质性地为民间开拓设立基金会的空间。^[14]

再次是现有法律体系不够严密统一。与基金会相关的规范性文件之间存在着矛盾点，有的下位法虽对上位法构成抵触但仍然在执

行。尽管《条例》的篇幅比《办法》有了较大的增加，在许多环节上也作出了更为明确的规定，但还是留下了一些缺憾。如《条例》仍然没有涉及基金会专职工作人员的劳动人事问题，所以还只能沿用“参照事业单位”的一贯做法，而这样的做法显然不符合基金会将在民间不断发展的趋势。此外，对基金会至关重要的税收优惠政策，《条例》只是一笔带过，今后即便税务、财政部门制定了切实可行的税收优惠办法，恐怕也会在一定程度上因制度的分散而影响基金会的实际运行及监督管理。

第二章 基金会的法律地位

对基金会法律地位的确定，影响到整个法律体系对基金会的有关规定。所以，在考察基金会的具体制度之前，本文先对其法律地位问题作一简单分析。

2.1 社会团体法人

根据我国《民法通则》的规定，我国的法人分为机关法人、企业法人、事业单位法人和社会团体法人四种。^[15]也就是说，在我国，所有法人的法律地位归属都只能在这四种内选择其一。《条例》颁布之前，按照《社会团体登记管理条例》第3条第2款“社会团体应当具备法人条件”的规定，我国的基金会必须是法人。那么，按照排除法不难得出结论：基金会属于社会团体法人。《办法》第2条也明确规定：基金会“是社会团体法人”。在《中华人民共和国公益事业捐赠法》（以下简称《公益事业捐赠法》）中，也明确我国基金会是公益性社会团体：“本法所称公益性社会团体是指依法成立的，以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。”^[16]在有关基金会成立、运行的相关规定中，都将基金会视为社会团体对待。1989年12月30日《民政部关于〈社会团体登记管理条例〉有关问题的通知》对社会团体进行的分类中，明确规定基金会属于“专业性社团”。另外，多年来我国对基金会进行行政管理的是民政部门的“社团管理部门”，这也在一定程度上说明了《条例》颁布前我国对基金会的法律定位。

2.2 非营利性法人

《条例》第2条规定，基金会是“利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的”的“非营利性法人”。对基金会的法律地位作这样的修改，是因为我国理论界和实务界已经认识到基金会与社会团体有着本质的差异，长期以来，国家有关部门实际上并没有也不能完全按照社团的方式来对基金会进行登记、管理。

但是，将基金会定为“非营利性法人”，在避免了原来由于对基金会的法人地位定位不准而导致的一系列问题的同时，也带来了一些新的问题。由于我国《民法通则》规定的四种法人形式中没有“非营利性法人”，所以，至少在我国民法典修改以前它作为一个正式的名称是没有强有力的法律依据的。对于《条例》仍旧未予明确的问题，比如基金会的劳动人事、税收优惠、财会制度等，在没有相关的配套措施出台之前，实践中还只能按照原来社会团体的做法。这种法律身份的尴尬状态，可能会给基金会今后的运作带来诸多法律问题。

2.3 财团法人

大陆法系把法人分为公法人和私法人，国家管理机关等依照公法设立的法人属于公法人，依照私法设立的法人为私法人，私法人又分为社团法人和财团法人。所谓社团法人是指以人的集合为基础的有民事权利能力并以章程作为活动依据的社会组织，社团法人以具有两个或两个以上的成员（社员）为要素；财团法人指法律上对于为特定财产集合赋予民事权利能力而形成，并以捐助目的和设立章程为活动依据的法人。可见，财团法人与社团法人的最大区别在于其没有“会员”，尽管财团法人的存在同样必须有自然人为其决定内部事务及对外进行各种活动，但是财团法人并非以社员作为其成立的基础，而是以捐助财产作为其成立的基础，设立人并非财团法人的成员，不能组成社员总会决定它的事务。

我国的法律体系近似大陆法系，以民法为基础。根据上述分析，我国基金会同样符合财团法人的一般特征：没有会员；对设立人数量没有限制，捐助人与法人脱离关系；权力机关为理事会或董事会。有学者认为中国的基金会其实就是财团法人，而我国现行民法还没有“财团法人”概念，所以他们主张利用我国正在着手编纂民法典之机，对法人分类进行修改和补充，引入大陆法系中的财团法人制度，以彻底解决基金会的法律地位问题。

在梁慧星教授主持的中国民法典研究课题组起草的民法总则编建议稿中，规定了“捐助法人”，指“以慈善、社会福利以及教育、文化、科学研究、医疗等社会公益事业为目的并以捐助财产设立的法人。”（第74条第1款）^[17]这里的“捐助法人”含义相当于财团法人，只不过换了个称谓。全国人大常委会法工委民法室起草的民法典草

稿（2002年9月）中关于法人制度的第二套方案，就是将法人区分为社团法人和财团法人，其中关于财团法人的规定与大陆法系有关法的一般规定大致相同。以我国现有的基金会和民办非企业单位法人制度为基础，建立比较完整和完善的财团法人制度，当不存在逻辑上的问题。^[18]

第三章 基金会的成立制度

基金会是民间非营利组织的一种。由于通过运作资金实现公益目的，所以基金会又是相当特殊的民间非营利组织。随着《条例》的出台，我国关于基金会成立的制度规定也相应得到了调整和改善，与原来的《办法》相比，《条例》对基金会的成立作了比较明确的规定。而由于《条例》刚出台不久，相关配套制度还没有建立健全，所以，有关基金会的成立，在许多方面还只能沿用原有的规定。

3.1 成立基金会的条件

《条例》第8条规定了我国成立基金会应当具备的条件。

3.1.1 公益目的

这是《条例》中相当重要的一个规定，它明确了基金会的公益性质。这一要求把基金会与基于会员制的互益性的社会团体区别开来，也把基金会与民办非企业单位相区别，因为民办非企业单位只是“非营利”，而不一定“以公益为目的”。在今年4月5日召开的全国贯彻《条例》工作会议上，民政部副部长姜力曾强调说，公益性是基金会的本质特征，公益是基金会设立的唯一目的。^[4]

但是，人们对于基金会“公益性”要求的理解会多种多样，《条例》也没有明确规定究竟哪些领域属于公益范围。人们一般会有一个常识性的理解：公益组织的受益对象为不特定的个人和群体；如果一个组织属于公益性组织，就应该为不特定的社会公众谋福利，而不是在行动开始乃至之前事实上已经明确最终受益者是谁。比如，某个组织开展一个专门救济某一地区的孤儿上学的项目，即便这个事先设定的地区范围很小，以致最终可以受到这个项目资助的孤儿只有一人，我们仍然可以认为这是一个公益性项目。相反，如果某个项目尽管宣称面向全社会，但是设立了多种限制性规定，以致最终获得资助的都是与项目设立者有关的人群，那么，即便受益人数再多，这个项目还是不能被认定为公益性的，而只能是私益性的。另外，还必须从经济的角度弄清“公益性”与“挣钱”之间的关系。事实上，“公益性”的要求并没有剥夺基金会“挣钱”的机会，相反，只要挣来的钱是用于公益目的，而不被用于私人目的，这样的经营行为应该得到保护。

《条例》规定成立基金会必须为了特定的公益目的，这为我国对基金会实施有效管理定下了一个基调，使整个管理体制都将围绕这一根本性的规定而展开。不过，今后可能会遇到的问题是：对于发起人提出成立基金会的要求时，国家有关部门该如何认定其动机是否出于“公益目的”？关于这一点，《公益事业捐赠法》第3条对公益事业的规定应该可以参照。该法所称的公益事业，是指下列非营利的事业：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；教育、科学、文化、卫生、体育事业；环境保护、社会公共设施建设；促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。当然，尽管这里的最后一款起到了“兜底”的作用，但该法在确定公益事业的范围上还有一些不够明确的地方，如，为因经济困难而无力聘请律师的人提供法律援助照常理当属公益性的活动，但这里并非没有两可的弹性裁量空间。所以，对于发起人成立基金会的动机是否属于“为特定的公益目的”，解释权还在国家或政府的有关部门。当然，要制定一个无所不包的“公益”概念，也是不现实的。

3.1.2 原始基金

《办法》规定，建立基金会必须“有人民币十万元（或者有与十万元人民币等值的外汇）以上的注册基金”；中国人民银行1995年4月4日发布的《关于进一步加强基金会管理的通知》中规定，为了确保基金会按其宗旨开展活动，凡成立基金会，除要具备最低十万元人民币（或等值外汇）的注册基金外，还必须有200万元人民币（或等值外汇）的活动基金。因此，《条例》施行前，成立基金会必须有210万元人民币或等值外汇的注册基金和活动基金。

《条例》对成立基金会提出了“原始基金”的概念，并规定了底线：全国性公募基金会的原始基金不低于800万元人民币，地方性的公募基金会不低于400万元人民币，非公募基金会不低于200万元人民币；原始基金必须为到账货币资金。显而易见，《条例》明显提高了设立基金会的资金“门槛”，应当说这是为了确保基金会都能积极开展公益活动并维持自身运转，但客观上此举也限制了基金会的增长。有人认为公益事业是公民的权利，国家不应该剥夺资金实力不大的人士从事公益事业，所以他们认为规定设立基金会的原始基金数额是不明智的。在这个问题上，对基金会来取相对化的视角十分必要，即设立基金会和开展公益事业之间不能简单地划等号，不设立基金会，并不意味着不能从事公益事业。正如《条例》出台前中国青少年发展基金会秘书长徐永光在接受有关部门征求意见时说：“没钱就别办基金会，可以通过其他形式。”^[19]

另外，《条例》将设立公募基金会的原始基金定得比较高，其利点是有助于此前已经成立的各种带有一定“官办”色彩的基金会

尽快适应时代变化，在一定期间通过整改、整合以适应新的管理体制；也有利于控制公募基金会的数量，维护募捐市场秩序，防止其无序增长。

3.1.3 规范的名称、章程、组织机构

至于什么是“规范的名称”，《条例》和原《办法》都没有作特别的说明。这里可以继续参照《社会团体登记管理条例》第10条第2款的规定，基金会名称“应当符合法律、法规的规定，不得违背社会道德风尚”；“应当与其业务范围、成员分布、活动地域相一致，准确反映其特征”。按照该款规定，只有全国性的基金会才能冠以“中国”、“中华”、“全国”等字样，并须得到批准，地方性的基金会不得冠以上述字样。关于人名能否用来命名基金会名称，民政部2000年7月21日发布的《关于成立以人名命名的社会团体问题的通知》中规定，“社会团体名称通常具有表明其活动地域、宗旨和性质的作用，如无特殊需要，一般不以人名命名。”而《条例》允许设立公民个人和企业等组织利用自己的财产设立非公募基金会，同时也并没有禁止这些基金会用捐赠者的人名命名。所以，今后非公募基金会如果以适当的人名命名，也不在“不规范”之列。

基金会的章程容易理解，即基金会“书面写定的组织规程或办事条例。”^[20]至于基金会章程的“规范”，可以参照民政部门1998年制定的社团章程范本（下文将专门阐述）。《条例》规定基金会重要的组织机构是理事会，并规定了其组成人数必须在5至25人之间，基金会还须设立监事、秘书处等。

3.1.4 专职工作人员和固定的住所

对基金会拥有专职人员的规定是《条例》第8条中的“有与其开展活动相适应的专职工作人员”，其含义目前只可参照官方的解释，即“社会团体根据其业务活动的需要及规模、经费、财产状况，应配备相应数量、专业知识结构、工作经验的专职工作人员，以保障其业务活动的正常开展。社团专职工作人员主要是指专门从事社团工作，由社团以自有资金解决其工资、保险和福利待遇，没有其他正式工作的人员。”^[21]

基金会对其工作场所拥有产权或使用权的，都可以理解为“有固定的住所”。但是，由于拥有短时期的房屋使用权并非难事，所以在发起人申请设立基金会时还有必要对其“固定的住所”作出更明确具体的规定。

3.1.5 独立承担民事责任

这是一个不甚明确的“条件”。从逻辑上讲，一个组织只有在法律上取得法人资格后才谈得上独立承担民事责任，所以，这个作为成立基金会的“条件”规定就没有实际意义。如果说它强调的是应当具备独立承担民事责任的基础，那么其实就是说应当具有一定的财产，而这个问题在上面已经涉及，所以属多余。

另外，总体而言，关于基金会成立的“条件”，有一个问题尚待明确：这些“条件”若指拟成立的基金会一旦成立，就应当具备，那么这些“条件”在基金会成立的程序中就必须逐一落实，但实际情况往往并非如此。比如，关于专职工作人员的“条件”规定，在申请登记过程中，并没有对这一事项的相应要求（下文将阐述）；若是指筹备过程中就应当具有，那这种规定对于拟成立基金会的当事人来说意味着巨大的风险，因为如果因其他原因申请未被批准，那么当事人为落实工作人员、场地、资金等而付出的代价就无可补偿。^[21]这些“条件”究竟指什么以及应该在什么环节具备，《条例》均没有详尽说明。这样的话，就不能不让人对成立基金会的“条件”规定所具有的法律意义产生疑问。

3.2 成立基金会的程序

双重管理体制是我国对民间组织进行管理的基本制度，一定时期内与我国经济、社会发展的状况相适应。一来我国有关民间组织的法律制度、社会监督体系不健全，民间组织登记管理机关的机构、人力等力量也不足，需要业务主管单位的配合；二来我国民间组织自身也比较脆弱，它们的发展也需要业务主管单位的指导。应该说，双重管理体制本身并没有什么不好，只是长期以来，双重管理中常常出现对民间组织管理的“错位”、“缺位”、“越位”问题，人们对这一体制产生的抵触情绪也往往由此而来。

《条例》规定对基金会的管理仍沿用双重管理体制。在登记管理机关之外，任何基金会必须要有一个业务主管单位。相应地，基金会发起人设立基金会的手续从找业务主管单位开始。

3.2.1 向业务主管单位提出申请

在《条例》第9条申请人向登记管理机关提交的文件中，必须有“业务主管单位同意设立的文件”之规定。成立基金会先要征得

业务主管单位同意，再到登记管理机关申请成立。

(1) 何为“业务主管单位”

《条例》第10条规定：“国务院有关部门或者国务院授权的组织，是国务院民政部门登记的基金会、境外基金会代表机构的业务主管单位。省、自治区、直辖市人民政府有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府授权的组织，是省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记的基金会的业务主管单位。”与《办法》相比，能够作为基金会业务主管单位的“单位”的级别有所提高，因为原来其行政规格是“县级以上”，现在提升为“省级”以上。

“国务院有关部门”和“省、自治区、直辖市人民政府有关部门”容易理解，也不会产生歧义，而“国务院授权的组织”和“省、自治区、直辖市人民政府授权的组织”都是不明确的概念，有必要对此作明确的界定，以避免不必要的误解。

(2) 业务主管单位的范围

由于一般情况下国家行政机关只能在本系统内进行授权，所以，按照《条例》的规定来看，今后能够作为基金会业务主管单位的只能是相当级别的行政部门。但是，如果真的如此，势必不利于国家全面管理各类基金会，因为目前已经存在的部分基金会是以国家行政机关以外的单位作为业务主管单位的，一旦《条例》实施，这些基金会就将被置于不得不“换主人”的境地，显然不利于它们的正常发展；而今后有些领域新成立的基金会，也会碰到如不适合以国家行政部门作为其业务主管单位的情况。所以，关于基金会业务主管单位的具体范围，还应当通过某种立法形式予以适当扩大。

实际上，在实施《办法》的过程中，关于基金会的业务主管单位范围，曾一度参照社会团体的有关规定，经历了一个“由小到大”的演变过程。《民政部关于〈社会团体登记管理条例〉有关问题的通知》曾规定：社会团体业务主管部门不便于政府工作部门或党的工作部门承担时，经民政部门与有关业务部门协商同意后，也可委托有能力进行资格审查和业务指导的其他单位承担这一职责。委托的情形，例如民政部、国家科委委托全国侨联管理华侨类社会团体。2000年2月23日出台的《民政部关于重新确认社会团体业务主管单位的通知》中，对能够作为社会团体业务主管单位的“单位”范围又作了较大的拓展，即在《社会团体登记管理条例》规定的基础上，规定了下列单位也可以作为社会团体的业务主管单位：中共中央各工作部门、代管单位及地方县级以上党委的相应部门和单位；全国人大常委会办公厅、全国政协办公厅、最高人民法院、最高人民检察院及地方县级以上上述机关的相应部门；经过中共中央、国务院或地方县级以上党委、人民政府授权作为社会团体业务主管单位的组织。

这样，可以作为社会团体“业务主管单位”的不光是“单位”，还有“部门”，所以，“业务主管单位”不若称作“业务主管部门”更为恰当。这些“部门”除了政府机关序列、党委序列外，还有人大序列、法院和检察院序列以及社会团体序列的相关单位和部门，范围相当广泛。但是，需留意的是，民主党派不能作为社会团体的业务主管部门。在2000年8月24日的《民政部办公厅关于民主党派能否作为社会团体业务主管单位的复函》中规定：“不宜授权民主党派作为社会团体的业务主管单位。”

由于我国的政府和党务两大系统的工作部门已经涵盖了国家和社会管理的方方面面，同时，基金会的业务范围相对来说“条线”比较清楚，其本身工作又广泛涉及经济和社会问题，所以，尽管我国没有特别的规定，但是可以从便于管理的需要和现有基金会的总体情况看出，我国基金会的业务主管部门主要是党务（包括党委领导下的群众团体）、行政两大序列的相关部门。

(3) 业务主管单位的确定

由于在向登记管理机关提交申请设立基金会文件前必须经业务主管单位的同意，所以，对于发起人来说，找到合适的业务主管单位是申请设立基金会的重要一步。

一方面是必须按照业务活动领域从“条”上来确定业务主管单位。1999年5月27日民政部发布的《对机构改革后有关社会团体业务主管单位问题的意见》规定：“作为社会团体的业务主管单位，应与其所属社会团体的业务一致，并能够对社团的业务进行指导。”比如，设立以开展农村基础教育为宗旨的基金会，应当以教育部门为业务主管单位。但是，根据清华大学NGO研究所所长王名教授的分析，《条例》并没有强调基金会的业务活动要与业务主管单位相对应，这就意味着今后基金会寻找业务主管单位可以不受业务领域的限制^[19]。从便于管理的角度看，基金会业务主管单位与所管辖的基金会的业务范围应当尽可能接近为好，而《条例》对此不作硬性规定，客观上也有利于扩大当事人寻找业务主管单位的选择余地，不至于遭某一机关“卡”而“在一棵树上吊死”。

另一方面是必须根据拟设立基金会的地域等特点或原始基金多少来确定相应“级别”的业务主管单位。根据《条例》第7条规定，国务院民政部门登记的基金会、境外基金会代表机构须以国务院有关部门或者国务院授权的组织作为业务主管单位；省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记的基金会，须以省、自治区、直辖市人民政府有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府授权的组织作为业务主管单位。所以，发起人还应该明确基金会登记管理机关的业务划分。根据《条例》第6条的规定，全国性公募基金会、拟由非内地居民担任法定代表人的基金会、原始基金超过2000万元并且发起人向国务院民政部门提出设立申请的非公募基金会、境外基金会在内地设立的代表机构，都应当以国务院民政部门作为登记管理机关。那么，拟设立上述基金会（代表机构）的发起人就

应当以国务院有关部门或者国务院授权的组织作为业务主管单位。省、自治区、直辖市人民政府民政部门负责本行政区域内地方性公募基金会和不属于上述规定情况的非公募基金会的登记管理工作，所以，拟设立这些类型基金会的发起人，就应当以省、自治区、直辖市人民政府有关部门或省、自治区、直辖市人民政府授权的组织为业务主管单位。

还有一个问题：找不到业务主管单位怎么办？这个问题会在两种情况下出现：一是有的发起人因故无法找到合适的单位作为业务主管单位，二是有的政府部门或被授权的组织没有正当理由却不愿作业务主管单位。在今年3月19日的记者招待会上，民政部副部长姜力和民间组织管理局局长李本公已经作了解释：如果有的发起人实在找不到业务主管单位，可以请登记管理机关帮助寻找。就是说，登记管理机关负有帮助找到业务主管单位的责任。而如果出现有关部门故意推诿不愿作业务主管单位的情况，那么对于发起人来说，是否还有相应的救济措施？发起人是否可以按照有关行政法律对行政部门提起行政不作为的诉讼？但是，如果应该作业务主管单位的是行政序列之外的其他单位或部门，那么发起人还能获得什么救济措施？这些貌似“不大会发生”的情况，在今后的实践中难免会发生，国家应该尽快制定出切实可行的应对政策，以保护人们设立基金会的权利。

（4）获得业务主管单位的同意

《条例》仅在第9条中规定发起人在向登记管理机关申请设立基金会前应当与相应业务主管单位进行交涉，取得其同意设立该基金会的文件。而至于发起人获得业务主管单位“同意设立”的程序，《条例》都没有其他说明，这势必给设立基金会的实际操作带来一定的盲目性。

《条例》出台之前，发起人在向登记管理机关提出申请设立基金会之前，要向登记管理机关提出筹备申请的程序，这一程序与现在《条例》规定发起人获得业务主管单位“同意设立”的程序处于近似的环节，所以可以认为两种情况下基金会发起人的具体工作要求也基本相同。然而，原来的《办法》和《社会团体登记管理条例》实际上也没有对“筹备申请”环节作出具体的操作性规定。这里存在一个明显的制度缺陷。基金会的发起人即使找到了业务主管部门，也可能不知道应该如何具体着手申请。

如果采“笼统说”的观点，即业务主管单位在这一环节上主要是原则性地对拟成立的基金会从性质、功能定位、资质等方面进行评估，并作出同意或不同意其设立申请的答复，那么这种审查就没有多少实质性的意义，仅仅是走一下形式、在业务主管单位“挂个号”而已。由于承担着“指导、监督基金会、境外基金会代表机构依据法律和章程开展公益活动”等重要职责，所以业务主管单位一般要对拟成立的基金会进行详细的审查，在第一时间掌握拟成立的基金会的全面情况。所以，向业务主管单位提出设立申请的内容与形式是否可以理解为：参照《条例》第9条对发起人向登记管理机关申请设立需要提交的材料和程序来执行。（详细情况可参照下文的阐述。）

3.2.2 向登记管理机关申请设立

经过业务主管单位的审查同意，发起人便可向登记管理机关申请设立基金会。首先需要就这一环节上的管理体制变革情况作一说明。1988年颁布的《办法》第11条规定：建立基金会须“由其归口管理的部门报经人民银行审查批准。”也就是说，经业务主管单位审查同意后，发起人还应当向人民银行报送材料接受审查。1999年9月17日，中国人民银行和民政部联合发出《关于做好社团基金会监管职责交接工作的通知》，按照监管职责分工、上下分别对口交接的方法，中国人民银行将基金会的审批和监管职责全部移交民政部。所以，我国目前基金会接受的是业务主管单位和民政部门的双重管理。^[22]正如上文所述，在《条例》出台以前，向登记管理机关申请设立基金会之前还有一个环节：向登记管理机关申请筹备并经其审查批准。所以，相对而言，《条例》已经简化了基金会设立过程中在登记管理机关中进行的许多程序。

（1）登记管理机关的确定。这方面的内容在以上关于确定业务主管单位中已经阐述，故从略。

（2）提交材料。根据《条例》第9条的规定，申请人应当向登记管理机关提交下列材料：

①申请书：至于申请书的格式，《条例》没有作出规定。按照常理，申请书应该包含拟设立基金会的基本要素以及设立的意图等。为便于管理和方便基金会发起人，有关部门应当尽快起草申请书的基本要求。

②章程草案：一般情况下，涉及章程制定、修改等重大问题，由基金会理事会决定。由于尚未也不能开展正式活动，所以这里的“章程草案”应当指由发起人拟写的基金会的章程草案。《条例》第10条规定了基金会章程中应当包括的九大事项。

由于各基金会的情况不一，加以发起人认识水平的差异，所以，如果完全由发起人自行拟写基金会章程草案，会给申请登记工作带来很大的不便。登记管理机关可以考虑制定基金会章程的范本。1998年11月3日，民政部在《关于清理整顿社会团体审定和换发证书工作的通知》中专门制作了《社会团体章程范本》，对社会团体的章程格式作了规定。这个范本也一度作为基金会章程的参考，而《条例》没有明确章程的撰写规范，在其他的规定出台前，这个《范本》的参照作用也将继续。

③验资证明和住所证明：验资证明即发起人已经拥有《条例》规定的相应数额的原始基金的证明，且必须是“到账货币资金”。

住所证明，即发起人拥有办公用房的使用权或产权的证明。至于办公用房的面积、性能、协议使用期限等具体问题，《条例》没有作具体规定，登记管理机关应当根据实际情况决定。

④理事名单、身份证明以及拟任理事长、副理事长、秘书长的简历：至于理事长、副理事长和秘书长的产生程序，《条例》没有说明。《条例》出台前，向登记管理机关申请成立之前，还有一个申请筹备的环节。拟任领导人一般在筹备阶段由选举产生。新的条例没有要求申请筹备的程序，但是筹备工作是不可缺少的，所以，基金会拟任领导成员也应该在筹备会议上选举产生。

在《条例》出台之前，提交材料中还必须包括发起人和拟任负责人的基本情况。按照官方的解释，当时指的发起人和拟任负责人的情况包括其工作经历、身份证明、奖惩情况等内容。简历材料须经本人所在单位的人事部门出具审核意见并加盖公章。这里的“审核意见”指什么？是证明其材料的真实性，还是同意其发起成立基金会或到基金会任职？1998年11月3日民政部下发的《关于清理整顿社会团体审定和换发证书工作的通知》规定：“社会团体的负责人应当经过所在单位的人事部门和业务主管单位审核后，再由社会团体按其章程规定的民主程序选举产生。”据此可以推断，发起人和拟任负责人应当得到其所在单位审核同意其到基金会任职。另外，如果发起人或拟任负责人没有工作单位，应该由何部门出具审核意见，对此目前还没有相应的规定。按照我国通行的做法，这个部门应该是此人所在的社区组织。所以，从拟成立基金会有关人员信息的提供上也可以看出，《条例》确实简化了手续，一定程度上放松了管制。

⑤业务主管单位同意设立的文件。可参见上文。

（3）登记管理机关的受理

《条例》第11条规定，登记管理机关应当在收到全部有效文件之日起60天内，作出准予或者不予登记的决定。准予登记的，发给《基金会法人登记证书》；不予登记的，应当以书面形式说明理由。

这里的主要问题是“决定”究竟依据什么作出，即登记管理机关作出准予或不予登记的依据是对全部有效文件的审查结果，还是加上另外的依据，进行“综合分析”后作出的判断？如果只要申请人提交的材料完整并且符合《条例》中相关的实质性要求，格式正确，登记管理机关就准予其登记，那么这种登记是真正意义上的登记和注册，而不是变相的行政许可。

需要指出的是，在《条例》出台之前，登记管理机关作出是否准予登记的依据除了对上报材料的审查，还要参考其他因素。

根据《社会团体登记管理条例》第13条规定，只要所提交的材料中具备下面四种情况的任何一种，都可能被登记管理机关拒绝批准成立基金会：一是有根据证明申请筹备的基金会的宗旨、业务范围不符合《社会团体登记管理条例》第4条的规定；二是在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的基金会；三是发起人、拟任负责人正在或者曾经受到剥夺政治权利的刑事处罚，或者不具有完全民事行为能力的；四是在申请筹备时弄虚作假的；五是有法律、行政法规禁止的其他情形的。这些规定一度也适用于基金会的申请成立。

上述规定尽管按照一般理解不致产生太多的歧义，但是在实践中不能确保不发生问题。譬如，第一，“有根据证明”的“根据”究竟是发起人提交的书面材料所反映的信息，还是登记管理机关工作人员从其他途径得到的小道消息，抑或是登记管理机关工作人员根据发起人提交的材料推断出来的结论？很明显，这一规定很不科学，留给登记管理机关自由裁量的空间太大。

第二，按照《社会团体登记管理条例》第4条的规定，基金会宗旨、业务范围必须“遵守宪法、法律、法规和国家政策，不得违反宪法确定的基本原则，不得危害国家的统一、安全和民族的团结，不得损害国家利益、社会公共利益以及其他组织和公民的合法权益，不得违背社会道德风尚。”问题是究竟什么是“国家政策”、“社会道德风尚”。我们知道，政策相对多变，社会道德风尚又是一个伦理学的概念，如何把握其内涵，对有不同认识的主体就有一个不确定的问题。

第三，规定同一行政区域内不得建立业务范围相同或相似的社会团体，对于一般社会团体来说，可以避免资源浪费，集中力量办好大事，无疑具有一定的积极意义。但是，对于以公益事业为使命的基金会来说，在同一行政区域内建立哪怕是业务范围完全相同的多个基金会，未必会带来不良的社会后果。相反，对社会公益事业而言，只会筹集到更多的社会资源，造福更多的社会成员。所以，这一规定对于基金会而言是不合理的。

第四，按照《社会团体登记管理条例》第13条第3项的规定，如果一个人曾经受到过剥夺政治权利的刑事处罚，就永远不能发起成立基金会或担任基金会的负责人，这样的规定其实已经超出了我国刑法规定的范围，等于延长和扩大了刑法上剥夺政治权利刑罚的时间和范围，实质上修改了我国刑法的相关规定，此中可能引发的社会影响不可小视。^[21]

第五，依照《社会团体登记管理条例》，如果“有法律、行政法规禁止的其他情形”，登记管理机关同样可以不同意基金会的筹备申请。问题在于究竟什么是“法律、行政法规禁止的其他情形”。另外，这里明确规定的是“法律和行政法规”，在实践中应该注意不能拿位阶低于行政法规的规范性文件来对抗《社会团体登记管理条例》的规定。

上述“四种情况”曾一度给登记管理机关在决定是否准予申请设立基金会时留下了极大的自由裁量的空间，事实上也成了限制基

基金会成立的条款。《条例》出台以后，登记管理机关应该力避这些“隐形”条款对人们设立基金会的限制。

3.3 涉外基金会的成立

上文论述的是国内基金会的成立过程，《条例》还首次明确了涉外基金会可以在我国正式以合法身份开展公益活动。

涉外基金会包括在中国内地注册成立但由境外人士担任主要领导职务的基金会和境外基金会在中国内地的代表机构。境外人士在中国内地设立基金会与中国内地公民享受一样的权利，设立程序与内地公民设立基金会基本一致。《条例》只是根据境外基金会的实际情况对有些程序作了适当的变通，比如，由于拟在中国境内设立代表机构的境外基金会已经有合法的章程，所以设立代表机构时登记管理机关要求其提交的是章程，而不是“章程草案”。总的来说，尽管在日常管理中有一些专门的规定，比如担任内地基金会主要领导职务的境外人士和境外基金会在内地代表机构的法定代表人，每年在内地居留时间不得少于3个月等，但是在登记成立环节上，《条例》并没有针对涉外基金会专门制定限制性条款，这体现了对国际惯例的应用，无疑有利于扩大对外交流与合作，利用更多的公益资源，也有利于借鉴成熟的公益组织管理和运作经验，提高我国公益组织的能力和管理水平。

第四章 基金会的劳动人事制度

我国长期以来一直把基金会作为社会团体的一种，所以基金会的劳动人事问题，基本上是按照社会团体的相关制度处理的。在这一方面，《条例》也没有作出新的具体规定。所以，在专门法规出台之前，基金会的劳动人事还只得参照社会团体的相关规定执行。

4.1 基金会的人员编制

4.1.1 社团编制的启用

上世纪八十年代，我国基金会工作人员使用的都是国家行政或事业编制。1991年，中组部、民政部等五部委联合发布有关社会团体编制问题的规定以后，基金会才开始逐步使用社会团体编制。

1991年6月20日，由中央组织部、民政部、人事部、财政部、劳动部联合发布的《关于全国性的社会团体编制及其有关问题的暂行规定》规定，全国性的社团自此逐步转为使用社团编制（法律和政策法规另有规定的除外）。1992年7月27日，为落实这一规定精神，民政部发布了《关于申请社会团体编制有关事项的通知》，规定全国性的社会团体具备一定的条件，均可以申请社团编制。1994年12月20日，中共北京市委组织部、北京市机构编制委员会办公室、北京市社会团体管理办公室、北京市人事局、北京市劳动局、北京市财政局、北京市科技干部局联合发布，并由民政部转发的《关于设立北京市社会团体编制及其有关问题的暂行规定》中进一步明确规定：“社团编制是指在社会团体常设机构聘用的专职工作人员的编制”；社团编制适用于“经市和区县社会团体管理机关核准登记的社会团体法人。”由于上述三个文件在发布时间上前后连贯，内容相互衔接，特别是北京市的暂行规定由国家民政部转发，具有普遍的指导意义，所以，可以认为我国社会团体使用社团编制制度由此正式开始。我国的基金会正式使用社团编制，也是从此开始的。

4.1.2 社团编制的数量

基金会和其他社团的社团编制数，我国规定在坚持精简原则的基础上，由社团自行拟定申报为主。国家五部委1991年的《关于全国性的社会团体编制及其有关问题的暂行规定》中指出，社会团体的编制应当“本着精简原则，以自身活动需要和经费开支可能为依据”提出编制数额，报民政部核定。1992年民政部《关于申请社会团体编制有关事项的通知》规定：“社会团体可依据本团体的规模、经费、财产状况和开展活动的需要提出所需编制数额，以书面材料提出申请，经其业务主管部门或办事机构设在单位的人事部门审核同意，并在申请表上加盖公章后报民政部。”1994年北京市的《暂行规定》对此也作了同样的规定。1996年5月28日，民政部社团管理司《关于转发〈核定全国性的社团编制的补充意见〉的通知》曾规定：“社团具有五万元经费，作为核定一个编制的基数。”

总的来说，我国社会团体社团编制数量，是社团依据自身情况自行拟定并上报后，由国家民政部门根据就业形势、社会负担等实际情况审核确定的。另外，对于基金会的编制问题，国家曾有专门的规定。民政部社团管理司在《关于转发〈核定全国性的社团编制的补充意见〉的通知》中规定，“基金会的本金不作为核定社团编制的依据，其基金利息作为核定的主要依据。”

4.1.3 其他编制

我国基金会主要实行的是社团编制，但一些有较重政府色彩的基金会，仍然使用事业编制乃至公务员编制。使用事业编制的基金

会，也不一定可从上级有关部门获得“人头经费”，有的基金会尽管使用事业编制，但其专职工作人员的工资和福利也全部由基金会自行承担。使用公务员编制的，一般是那些官方色彩很浓，与政府关系非常密切的基金会。另外，也有一些基金会与政府有关部门实行“两块牌子，一套班子”的制度，所以这些基金会事实上并没有专职工作人员，相关职能部门的公务员或“事业干部”承担了基金会的工作，而基金会本身的编制并没有使用。

4.2 工资和福利待遇

4.2.1 人员范围

按照国家五部委1991年的《关于全国性的社会团体编制及其有关问题的暂行规定》的规定，只有在基金会工作的专职工作人员才可以从基金会领取工资和保险福利待遇，兼职领导人和兼职工作人员，不得在基金会领取工资和享受保险福利待遇。《条例》第23条规定，监事和未在基金会担任专职工作的理事不得从基金会获取报酬。

这些规定对于降低基金会的管理成本，防止其行政化及官僚化是有积极意义的。但是，由于实际工作的需要，基金会的领导人员，特别是正副理事长和理事等不少是兼职担任的，而基金会出于筹集资金、扩大社会影响等考虑，也需要这样的兼职人员。他们为基金会的发展做出的贡献，从某种程度上讲往往超出一般工作人员。为行使好职责，基金会的监事也必然要花费很多的精力和经济支出。尽管这类人员一般具有较高的社会地位和思想觉悟，但如果仅仅简单地规定他们不得在基金会获得报酬，恐怕还是会挫伤他们的积极性。更为重要的是，我国现阶段志愿者意识尚未为公众普遍接受。所以，通过某种制度设计为基金会的兼职人员提供适当的报酬，在目前的情况下是有一定的合理性的，问题是要适度。在实际操作中，可以考虑以适当发放劳务费的方式解决这一问题。

4.2.2 工资和福利水平

至于基金会专职工作人员的工资和福利待遇水平，《条例》中没有作具体规定。国家五部委1991年的《关于全国性的社会团体编制及其有关问题的暂行规定》规定，可以“参照国家对事业单位的有关规定执行。”由于我国事业单位的工作岗位一般都有相对应的行政职级，所以事业单位在核定工作人员的工资福利等待遇时，一个重要的参照依据是工作人员的职级。如果社会团体在核定工作人员的工作和福利待遇时，“参照国家对事业单位的有关规定执行”，那么社会团体内各工作岗位也应当被赋予相应的行政级别，基金会自然也不例外，事实上这也是目前通行的做法。然而，按照我国对社会团体特别是基金会发展非行政化的政策导向，基金会工作人员核定工资待遇不应当继续参照事业单位执行，而应当根据工作岗位的业务难易程度、组织自身经济状况等制定适当的标准，总的原则应当是让基金会等在这方面有更大的自主权。

4.2.3 其他方面

2000年12月20日，民政部、人事部下发的《关于全国性社会团体专职工作人员管理问题的通知》规定：“全国性社会团体专职工作人员，其档案管理、档案工资、社会保险、职称评定、住房公积金、婚姻状况证明、出国政审证明等人事管理工作，参照国家对事业单位的有关规定执行，由人事部全国人才流动中心或人事部、民政部共同指定的有人事代理权的机构代理。”显然，这一通知精神适用于基金会，地方性基金会的人事管理工作应当参照这一规定执行。

近年来，天津、云南和大连等省市和地方专门就民间组织专职工作人员参加社会保险的有关问题出台了办法，^[23]为这些地方的基金会专职工作人员参加社会保险提供了更加贴切的政策依据，也为在全国范围内制定关于民间组织专职工作人员参加社会保险的法规作了尝试。

4.3 工作人员的聘任

按照国家五部委1991年发布的《关于全国性的社会团体编制及其有关问题的暂行规定》，全国性基金会专职工作人员的配备，“可从国家正式职工中聘用，也可按国家有关规定从退休、离休人员中聘用。”1994年由民政部转发的北京市《关于设立北京市社会团体编制及其有关问题的暂行规定》明确：基金会的专职工作人员“可从国家正式职工中选聘；也可接收有关部门分配和从社会招聘；还可以按国家规定从退休、离休人员中聘用。”可见，基金会工作人员均应实行聘用合同制，工作人员的聘用范围是相当广的，在劳动法许可的范围内基本上没有限制。但是，由于申请成立的有关规定中明确，在政治上有不良倾向的人员，比如反对党的路线方针政策的，或者是曾经被剥夺政治权利的人员，不能担任基金会的负责人。所以，这一规定在基金会对外聘用人员时也应该适用。基金会聘用具有专业技术职称的人员，可以参照国家对社团的相关规定执行。《关于全国性的社会团体编制及其有关问题的暂行规定》明确：“社会团体执行国家有关评聘专业技术职务的有关规定和统一部署。”

由于基金会属于非政府及非营利部门，带有一定的志愿者组织的色彩，其宗旨的公益性也决定了基金会不能聘用大量长期性工作人员，所以，从社会吸收志愿人员充实基金会的职员队伍的做法，既可以解决基金会的人手不足问题，也是基金会宣传公益文化，推

动公益事业建设的有益形式。目前，我国在这方面还没有相应的制度规定，不过在今后的立法和政策制定过程中，弘扬志愿奉献精神，并用制度化的形式为基金会等公益组织提供人力资源的保障，应当是一个重要的课题。

第五章 基金会的资金筹集制度

基金会必须以一定数量的资金为自身工作的基础。资金既是基金会日常运转的物质条件，更是基金会实现其公益职能，推动公益事业发展的物质载体和行动客体。资金来源直接关系到基金会的社会公益能力的大小。

5.1 基金会的原始基金

即指基金会成立之初用来维持其日常运转和对外资助的第一笔资金。

5.1.1 原始基金的数量

如前所述，根据《办法》的规定，《条例》施行前，要成立基金会必须有210万元人民币或等值外汇作为注册基金和活动基金。《条例》第8条对成立不同类型的基金会提出了不同标准的原始基金数量：全国性公募基金会的原始基金不低于800万元人民币，地方性公募基金会的原始基金不低于400万元人民币，非公募基金会的原始基金不低于200万元人民币；原始基金必须为到账货币资金。

从原始基金的标准看，《条例》提高了基金会的设立“门槛”，并且公募基金会的原始基金要高于非公募基金会，全国性公募基金会原始基金高于地方性的公募基金会。联系我国现在社会捐赠数量有限、基金保值增值难度越来越大的现实，作这样的规定，可以确保基金会有能力开展相当规模的公益活动。而客观上，较高的原始基金“门槛”限制了一些个人和组织通过成立基金会为社会公益事业做贡献的机会，但是，应该看到，成立基金会仅仅是开展公益活动的途径之一，不成立基金会同样可以奉献爱心。将公募基金会的原始基金定得比非公募基金会高，一方面可以促使原来已经存在的资金实力薄弱的基金会增强危机感，提高筹资意识，规范运作机制，并为在一定期限后将这些基金会“并轨”到新的管理体制中做好准备。另一方面，这样的规定可以保护公民个人和企业设立基金会的积极性，扩大有能力设立非公募基金会的个人和组织的范围，有助于非公募基金会的发展。

5.1.2 原始基金的性质

《条例》第2条规定，基金会的财产是“自然人、法人和其他组织捐赠的财产”，可见，基金会的财产都来源于捐赠。所以，公募基金会和非公募基金会籍以设立的原始基金从其性质上讲都源自捐赠。

尽管我国现存的许多基金会是由政府出面，并往往是利用政府资金设立的，设立以后基金会也没有与政府完全脱钩，带有很强的政府色彩。而《条例》明确了政府将不得以自己的名义设立基金会，如果某些领域也是政府提供公共产品和服务的重点领域，并且基金会比政府亲自提供这些产品和服务更有效率，那么政府可以为社会其他组织和个人在这些领域成立基金会提供资金上的支持，但是，从性质上来说，这些资金都是捐赠性质的。即便是利用政府“全额出资”建立的基金会，也应当建立独立的法人治理结构，自主行使民事权利，政府的资金从捐赠行为成立时起，就已经与政府脱离了关系。

5.2 政府财政注入

应该看到，我国至今尚未在第三部门和政府之间找到一种比较恰当的关系模式。从国际发展趋势看，政府和非政府组织之间应当是协作关系、伙伴关系。这种协作和伙伴关系，主要体现在政府对非政府组织的资金支持上，其中包括资金捐助。由于基金会是其他各种非营利组织活动资金的重要来源，在整个非政府组织中发挥着“推动器”的作用，所以，政府对基金会的资金支持也就尤为重要。从目前的实际来看，政府通过法律授权、行政授权等形式将一部分行政管理职能转移给基金会，双方采取委托的形式实现公共服务的转移，政府据此向基金会（主要是公募基金会）注入一定量的资金，是政府“花钱买服务”的一种比较现实的选择。

这种合作模式也符合我国当前基金会发展的实际。我国部分由国家发起成立的基金会一直定期从政府获得财政拨款用于对外资助，这些基金会在坚持独立性、自主性的前提下，按照政府工作大局来开展与其方向和目标一致的资助工作。享受这种待遇的基金会一般运转正常，具有较大的社会影响力，政府的资金支持对它们来说举足轻重。中国扶贫基金会2000年没有完成预定的筹款计划，主要原因是2000年该基金会没有了1999年政府批准的200辆进口汽车指标（当时从中获得1000万元资金），即便如此，在当年该基金会获得的全部捐款中，政府捐助仍达到了23.58%。^[24]中国残疾人福利基金会2002年度共收到2777万元，其中政府以财政专项补贴款形式给予的财政注入是300万元，占10.8%。^[25]这样的例子不胜枚举。

而由于社会捐赠有限，那些与政府关系较远，没能获得政府资金支持的基金会则往往处境艰难。黑龙江省残疾人福利基金会2002年5月在省民政厅重新核准发证后的两年时间里，仅得到一笔29万元的捐赠，而这笔捐赠也是省内各机关事业单位工作人员捐赠的。为维持运行，该基金会竟做起了“卖米”生意：省内一企业将自己生产的精洁米限量低价供应给基金会，基金会再通过各种渠道将这批米卖出，从而赚取差价作为募捐来的资金。^[26]

5.3 公益捐赠

《条例》规定，基金会的财产是“自然人、法人和其他组织捐赠的财产”，基金会的财产都将来源于捐赠。同时，《条例》把我国基金会分为公募基金会和非公募基金会，公募基金会可以向社会公众进行募捐，而非公募基金会则不得向社会公众募捐。

公募基金会根据其全国性或者地方性的特点，分别可以在全国和设立地所在行政区域内开展募捐行动，接受各界的公益捐赠。

5.3.1 受赠主体的确定

《公益事业捐赠法》第10条规定，公益性社会团体可以依照该法律接受捐赠，该法律所称的社会团体是指“依法成立，以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。”这样，公募基金会接受公益性捐赠的主体资格在我国法律层面得到了确立。

当然，这一法律规定的落实，还有待于其他各项相关制度和政策的衔接配合，只有各个层次、各个领域的法律制度相互统一，形成有机整体，基金会接受社会捐赠才具有系统而有效的制度保障。

5.3.2 促进捐赠的税收政策

公民和组织向基金会捐赠数量的多少，除了与社会经济发展水平和社会公众的慈善意识高低相关外，更重要的因素是国家对公益捐赠所给予的税收优惠程度。对捐赠人和基金会乃至受益人实行税收优惠政策是各国基金会管理的普遍通则。

《条例》对基金会税收政策只作了原则规定：“基金会及其捐赠人、受益人依照法律、行政法规的规定享受税收优惠。”按照政府部门的解释，目前仅作这样的规定是出于如下考虑：一是根据国务院关于非单行行政法规中不规定税收问题的精神，《条例》对于具体税收优惠措施不作规定，免税或者减税优惠的比例等具体措施可通过单独制定专门行政法规解决；二是条例明确规定基金会及其捐赠人、受益人依照法律、行政法规的规定直接享受税收优惠，将不再是通过有关部门的特批才能享受，以条例“批发”代替部门“零售”。^[9]然而，配合《条例》专门制定的有关基金会税收优惠的政策目前尚未出台。在这些政策出台前，基金会及其捐赠人、受益人所能享受的税收优惠政策，只能依照原来的有关规定执行。

(1) 所得税优惠政策

①企业所得税。《公益事业捐赠法》第24条规定：“公司和其他企业依照本法的规定捐赠财产用于公益事业，依照法律、行政法规的规定享受企业所得税方面的优惠。”至于优惠的具体措施，《公益事业捐赠法》中没有作出规定。1993年12月13日国务院令第137号发布的《中华人民共和国企业所得税暂行条例》在计算企业所得税的应纳税所得额时，规定“纳税人用于公益、救济性的捐赠，在年度应纳税所得额3%以内的部分，准予扣除。”1994年2月4日财政部发布的《中华人民共和国企业所得税暂行条例实施细则》第12条对该“公益、救济性的捐赠”作了说明，并划定了可以接受这些捐赠的社会团体的范围，其中包括中国青少年发展基金会、希望工程基金会、宋庆龄基金会、全国老年基金会等四家基金会，至于该细则规定的“经民政部门批准成立登记的其他非营利的公益组织”是否当然包含全国各级各类基金会，没有明确说明。此后，国家税务总局曾先后发出《关于企业所得税纳税人向中国绿化基金会的捐赠所得税前扣除问题的通知》、《关于纳税人向中国之友研究基金会捐赠有关所得税问题的通知》、《关于纳税人通过光华科技基金会的公益、救济性捐赠税前扣除问题的通知》、《关于纳税人向中国文学艺术基金会捐赠税前扣除问题的通知》、《关于纳税人向中国听力医学发展基金会捐赠税前扣除问题的通知》，分别给予这些基金会按照《中华人民共和国企业所得税暂行条例实施细则》第12条规定享受“3%”企业所得税优惠的待遇。可见，目前我国实行的是特事特批的原则，企业只有向事先得到国家批准的少数基金会捐款才能得到减免税收的优惠^[3]。企业向这些基金会捐赠，其资金或物资价值在其年度应纳税所得额的3%以内部分可以享受免交企业所得税的优惠，超出部分仍应计入应纳税所得额。比如，某一企业某一年在扣除各项后应纳税所得额为100万元，如果该企业当年向某基金会捐赠了5万元，那么该企业当年最终的应纳税所得额还只能是97万元。

2000年，国家出台了鼓励向宣传文化事业捐赠的政策。国务院于当年发布的《关于支持文化事业发展若干经济政策的通知》规定，社会力量向国家重点文化团体、公益性的文化场馆、重点文物保护单位的捐赠，捐赠额在企业应纳税所得额10%以内的部分，均可以从应纳税所得额中扣除。这一通知的用意在于鼓励社会力量向文化事业进行捐赠，吸收更多的社会资源发展文化事业。然而，这一《通知》并没有把文化艺术、文物保护等领域的基金会列入可以接受捐赠的主体范围中，而那些以繁荣文化艺术事业为宗旨的基金

会，与直接从事文化艺术创作、发展工作的团体承担着同样的职责，所以，这显然是一个制度设计上的缺陷。

②个人所得税。《公益事业捐赠法》第25条规定：“自然人和个体工商户依照本法的规定捐赠财产用于公益事业，依照法律、行政法规的规定享受个人所得税方面的优惠。”1980年9月10日由全国人大发布的《中华人民共和国个人所得税法》第6条规定：“个人将其所得对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，按照国务院有关规定从应纳税所得额中扣除。”1994年1月28日国务院令第142号发布的《中华人民共和国个人所得税法实施条例》曾对此“对教育事业和其他公益事业捐赠”作了说明，指：“个人将其所得通过中国境内的社会团体、国家机关向教育和其他社会公益事业以及遭受严重自然灾害地区、贫困地区的捐赠。”按照这一规定，基金会应当在可以接受这些捐赠的主体范围内。按照该实施条例的规定，捐赠人向基金会的捐赠不超过其申报的应纳税所得额30%的部分，可以从其应纳税所得额中扣除。

另外，我国对组织或个人向农村义务教育捐赠给予了特别的所得税优惠政策。财政部、国家税务总局于2001年6月21日发布的《关于纳税人向农村义务教育捐赠有关所得税政策的通知》规定，企事业单位、社会团体和个人等社会力量通过非营利的社会团体和国家机关向农村义务教育的捐赠，准予在缴纳企业所得税和个人所得税的所得额中全额扣除。由于该通知规定能够接受这种捐赠的主体是“非营利的社会团体和国家机关”，所以我国各类具有振兴农村义务教育职责的基金会，都能够享受这一政策。

③外国企业和外商投资企业所得税。对于在我国境内的外国企业和外商投资企业向我国基金会的捐赠，我国法律也制定了相应的所得税优惠政策。1991年6月30日国务院令85号发布的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》第19条在计算外商投资企业和外国企业应纳税所得额时规定：“用于中国境内公益、救济性质以外的捐赠”不可以列为成本、费用或损失，并应计入应纳税所得额。虽然，从逻辑上讲，从这一规定中并不能得出“外商投资企业和外国企业用于中国境内公益、救济性质的捐赠，可以列为成本、费用或损失，不计入应纳税所得额”的结论，但是，从该《细则》的立法意图看，这个推论应该是可以成立的。

综上所述，尽管我国对向公益组织进行捐赠的企业和个人给予了所得税上的优惠政策，但是，除了外商投资企业和外国企业的所得税减免措施较优惠外，我国在公益捐赠所得税上的优惠力度还明显不够，应该进一步加大。更何况我国的税制中，占主要部分的是增值税、消费税和营业税等流转税，所得税只是其中很小的一部分。所以，即便对向公益事业捐赠的企业和个人给予更多的所得税优惠，也不会造成很大的税收损失。而从社会发展的全局来说，由税收优惠部分发展起来的公益事业所带来的社会公共效益，完全有可能超过国家用这一部分所得税所办的其他事业。进一步优惠的措施可以是多种的，比如，在提高纳税人可以扣除用于捐赠给公益事业的财产比例的同时，规定超过比例的捐赠，可以在未来的几年内继续扣除；对企业可以扣除用于公益捐赠的财产比例还可以继续提高；对于向我国公益事业捐赠的外国企业和外商投资企业，可以同时降低他们的所得税税率。

(2) 关税优惠政策。《公益事业捐赠法》第26条规定：“境外向公益性社会团体和公益性非营利性的事业单位捐赠用于公益事业的物资，依照法律、行政法规的规定减征或者免征进口关税和进口环节的增值税。”这里的“境外”应当包括境外的组织和个人。这一规定对可以接受境外捐赠的主体概括为“公益性社会团体和公益性非营利性的事业单位”，至于什么层次、领域的社会团体，没有明确。值得注意的是，与国内捐赠不同的是，境外向基金会捐赠并获得税收优惠的只能是物资，而不包括资金，这个规定值得探讨。

在2001年1月15日经国务院批准，财政部、国家税务总局、海关总署联合发布的《扶贫、慈善性捐赠物资免征进口税收的暂行办法》第2条中，也有“对境外捐赠人无偿向受赠人捐赠的直接用于扶贫、慈善事业的物资，免征进口关税和进口环节增值税”的规定。但是，2001年12月13日海关总署令第90号发布的该暂行办法的《实施办法》却对“受赠人”作了明确的范围限制，仅指“国务院有关部门和各省、自治区、直辖市人民政府，以及以从事人道救助和发展扶贫、慈善事业为宗旨的全国性的社会团体”，而在这类“全国性的社会团体”中，基金会只有中国初级卫生保健基金会和宋庆龄基金会两家。也就是说，《公益事业捐赠法》规定接受境外捐赠享受进口税收优惠的公益性社会团体的范围，落实到海关总署的《实施办法》，我国的基金会中就只有这两家可以享受该项税收优惠政策。

这种规定造成了很多基金会在对外交往中受制于高昂的关税。比如，2003年11月，美国伊曼纽尔艺术公司与上海文化发展基金会签订了捐赠协议，将该公司一尊著名雕塑大师罗丹的雕塑作品《大思想者》无偿捐赠给上海文化发展基金会。自2004年年初上海文化发展基金会开始办理该雕塑进口手续时起的半年时间里，上海海关一直以该基金会不在其《实施办法》所列单位名单中为由而拒绝给予进口税收优惠。为此，上海文化发展基金会将可能支付本可以用于公益活动的几十万美元的关税。

顺便指出，我国对国内单位进口某些物资给予的税收优惠政策，同样惠及部分基金会。1997年4月10日海关总署第61号令发布的《残疾人专用品免征进口税收暂行规定》规定，进口包括肢残者用的支辅具在内的四大类残疾人专用品和包括床旁监护设备在内的七

大类别内不能生产的残疾人专用品，国家免征进口关税和进口环节增值税、消费税，而能够享受这种政策的单位，就有中国残疾人福利基金会和各省级残疾人福利基金会。当然，对于福利基金会来说，进口上述物资，纯粹是为了开展职责范围内的公益事业，并不是为了满足基金会机构日常行政工作所需。至于基金会日常工作中为了工作需要购买必要的办公设施，我国并没有制定给予其最终体现为价格优惠的税收优惠政策。

(3) 关于遗产税的规定。对公民的遗产征收遗产税，可以调节国民收入，缩小贫富差距。同时，遗产税法律一般都规定继承人捐赠给公益事业的遗产部分不列入应纳税范围，借此引导和鼓励人们将遗产捐赠给公益事业。

在一些公益事业比较发达的国家，对公民用遗产捐赠公益事业都明确规定有税收减免政策，以鼓励和引导用遗产为公益事业做贡献。比如，韩国的《遗产与捐赠税法》规定，如果捐赠人将所继承的遗产在6个月内捐赠给非营利机构，并且这些财产最终也没有被用于让捐赠者本人或其直系亲属受益的事业，则该捐赠可以享受遗产税的优惠。^[27]由于该法明确规定可以接受这种捐赠的是韩国的所有非营利组织，所以，基金会自然也在其中。

我国《民法通则》和《继承法》都没有提到遗产税的问题；我国《个人所得税法》也没有把遗产列入应纳个人所得税的个人所得范围。从我国立法进程和社会各界的接受能力来看，我国目前开征遗产税的条件尚未成熟。但是，随着我国财产税等税种的出台，以及人们思想观念的进步，遗产税制度在不久的将来定会成为现实，这将是有利于包括基金会在内的各种非营利组织发展的重要法律制度。

5.4 投资收益

基金会是非营利的公益组织，本身不是物质财富的直接创造者。但是，由于基金会公共职能的实现需要大量的资金投入，所以，在确保捐赠资金发挥应有公益效应的基础上，将所得捐赠资金保值增值，并最终把所得赢利用于公益事业，也是基金会有一个重要的义务和职责。西方现代基金会诞生之初，都是非公募基金会，美国等国家目前运转最成功、影响最大的基金会也都是非公募性质的。这些基金会除了依靠一笔巨额捐赠设立外，后来的日常公益行为所需资金基本上靠对资金的有效运作，获取收益。

与原来的《办法》相比，《条例》的最大突破之一在于放开了对基金会资金运作的限制。

5.4.1 《条例》之前基金保值、增值

《条例》施行以前，对于基金会基金的保值、增值规定，经历了一个从严加限制到逐步放松管制的过程。

(1) 政策稳健而保守的阶段。《办法》第7条规定：“基金会可以将资金存入金融机构收取利息，也可以购买债券、股票等有价证券，但购买某个企业的股票额不能超过该企业股票总额的20%。”1995年7月10日，由民政部、国家工商行政管理局联合发布的《关于社会团体开展经营活动有关问题的通知》专门将基金会从其他可以从事经营活动的社会团体中划出。1995年，中国人民银行《关于进一步加强基金会管理的通知》重申基金会不得经营管理企业，并规定基金会基金的保值增值工作必须委托金融机构进行。1998年的《社会团体登记管理条例》规定，对“从事营利性的经营活动的”社会团体可以视其情况给予警告直至撤销登记等处罚，该规定自然也适用于基金会。按照1999年颁布的《公益事业捐赠法》第17条规定，基金会“应当严格按照国家的有关规定，按照合法、安全、有效的原则，积极实现捐赠财产的保值增值。”

至此，我国只允许基金会基金用于银行存款、购买债券、股票等有价证券，而不能被用来进行经营性投资以获取赢利。这种规定对于保证从社会募集而来的资金发挥基本的公益效益是起到了保障作用，但是，对照我国已经发生巨大变化的经济社会环境，这些规定就显得有些不相适应。

(2) 公益信托起步阶段。2001年10月1日，《中华人民共和国信托法》正式实施。《信托法》专门列出“公益信托”一章作为第6章。该法第66条规定，为“救济贫困；救助灾民；扶助残疾人；发展教育、科技、文化、艺术、体育事业；发展医疗卫生事业；发展环境保护事业，维护生态环境；发展其他社会公益事业”而设立的信托，都属于公益信托。2002年6月6日经中国人民银行再次修改的《信托投资公司管理办法》第21条明确规定，信托投资公司可以依照《信托法》有关规定设立公益信托。基金会都以发展公益事业为宗旨，这一规定已经涵盖了社会公益的全部领域，所以，该法律事实上已经允许基金会设立公益信托。

值得注意的是，《信托法》并没有对公益信托受托人的资格作出规定，也就是说，我国法律事实上允许“具有完全民事行为能力的自然人、法人”都可以成为公益信托的受托人。然而，由于公益信托涉及社会公共利益，所以受托人的资格应当有所限制。^[28]从安全有效的角度出发，基金会还是不宜选任公民个人作为公益信托的受托人，国家应该对此作出规定。

由于公益信托的受益人是不特定的社会公众，在某些公益信托中委托人也是社会公众，事实上他们并不能对公益信托就该信托的管理状况进行监督；另外，设立公益信托的资金一般来自社会民间，所以公益信托的影响面往往较大。《信托法》对公益信托设立了行政管理机构介入和信托监察人制度。《信托法》第62条规定：“公益信托的设立和确定其受托人，应当经过有关公益事业的管理机构批准。”按照该条规定，基金会在设立公益信托之前，应当就该信托的设立和选择受托人向业务主管单位申报，获得其批准后方可设立。《信托法》第64条规定：“公益信托应当设立信托监察人。信托监察人由信托文件规定。信托文件未规定的，由公益事业管理机构指定。”信托监察人依法以受益人代表的身份为维护受益人的权利对受托人实施信托进行监督。按照这一规定，基金会设立公益信托，应当在信托文件中明确信托监察人，或者在信托文件中规定信托监察人的范围和选任条件，由受托人或基金会指定的其他人按照这一规定选任；如果基金会没有主动选任信托监察人，则其业务主管单位应当就这一公益信托指定信托监察人。^[28]

由于信托投资公司一般具有较强的金融专业知识和技能去规避风险，追逐利润，可以涉足的经营领域和方式多样，基金会可以与信托投资公司就建立公益信托签订详尽的信托合同，就投资回报进行协商，所以，公益信托制度

的设立,对我国基金会来说无疑是在收益过低的银行投资和风险过大的股票投资之外找到了一条重要的投资渠道。

5.4.2《条例》对基金保值、增值的规定

(1) 关于基金保值、增值的投资领域。《条例》第28条规定:“基金会应当按照合法、安全、有效的原则实现基金的保值、增值。”这一规定,显然是《公益事业捐赠法》第17条“公益性社会团体应当严格遵守国家的有关规定,按照合法、安全、有效的原则,积极实现捐赠财产的保值增值”条款的翻版,与《办法》只规定基金会可以涉足极其有限的投资领域相比,是向前迈进了一大步。

关于《条例》对基金会投资问题的规定,国家有关部门及时作了说明。在2004年3月19日的记者招待会上,民政部民间组织管理局局长李本公指出,只要按照合法、安全、有效的原则,并且按照基金会章程,经过理事会会议到会三分之二以上理事通过,基金会就可以进行自己认为比较合适的投资,购买国库券,或者进入股市,或者进行其他投资。登记管理机关对基金会进入证券市场将持“既不鼓励也不遏制”的态度。^[11]按照这一解释,今后我国基金会只要遵循“合法、安全、有效”的原则,并按照内部特殊的程序,就可以进入任何自己认为合适的投资领域,国家不会对其作出限制。

《条例》的这一重大突破,顺应了我国基金会的发展需要。仅我国80多家全国性基金会,目前的资金拥有量估计在30到50亿元之间,而2002年一年中,这些基金会用于公益事业的支出仅为2亿元左右,剩余的资金都存在一个保值、增值的问题。^[29]近年来,尽管国家没有放开基金会的投资领域,但是出于公益目的的需要,事实上已经有相当一批基金会涉足证券投资市场。根据2003年的上市公司年报,上海市慈善基金会持有112股康缘药业的股份,从而成为该企业的第一大流通股东;哈尔滨哈里慈善基金会持有124万股有研硅股而成为其第五大股东;上海市拥军优属基金会也在张江高科的十大股东之列。专家分析,由于一些投资规模较小的股东游离于众人的视线之外,所以参与证券市场中的基金会应该远远不止上述几家。^[30]

(2) 基金投资的法律责任。基金会基金投资事关公益事业,更直接关系到社会公众的慈善热情和爱心资源,所以,《条例》在放开其投资领域的同时,也作了相应的法律约束。《条例》第43条规定:“基金会理事违反本条例和章程决策不当,致使基金会遭受财产损失的,参与决策的理事应当承担相应的赔偿责任。”

但是,这一规定显得相当笼统和简单。第一,如果理事都按照《条例》的有关规定,即遵循了“安全、合法、有效”原则,通过特殊程序,并按照章程有关规定,而决策仍然不当,致使基金会遭受损失,那么参与决策的理事是否就不必承担赔偿责任?也就是说,由于遵守“安全、合法、有效”原则与否事实上很难衡量,《条例》只从程序上对理事决策投资问题进行了约束,而没有从实质性行为上予以控制。这样,就可能产生一个很大的漏洞:众理事为了谋一己私利,而作出不利于基金会的投资决策,并在程序上做得天衣无缝,以致国家法律对此无能为力。第二,这里只规定“参与决策的理事”应当承担相应的赔偿责任,而有些理事并不在基金会获得报酬,就是说,这些理事在基金会有赔偿的可能,而没有受益的机会。在这里,规定的不合理情显而易见。当然,如果规定不在基金会获得报酬的理事即使违反规定决策失误也不必承担责任,就更不合理,这便陷入了一个两难境地。最后,关于赔偿的程序问题,包括决策结果的评判、赔偿的标准等,《条例》也并没有说明,这将给实际操作带来不确定性。

5.4.3基金增值的利率与税收

中国人民银行于1988年4月22日发布的《关于基金会存款利率问题的通知》中规定,凡属于“资助残疾人、老人、儿童等社会福利基金会和科学技术发明与学术研究奖励基金会”的存款,均“按现行同档次储蓄存款利率执行。”该《通知》还规定,不属于上述范围的基金会存款,仍按企事业单位存款利率执行。由于我国当时存在各类不以发展公益事业为宗旨的基金管理组织,所以该《通知》事实上规定了现在意义上的基金会都可以享受“按现行同档次储蓄存款利率执行”的待遇。这一规定一直沿用至今。

1999年2月25日,国家税务总局发布了《关于基金会应税收入问题的通知》,对基金会不同类型投资收益的税收作了区分:基金会在金融机构的基金存款获得的利息收入,暂不作为企业所得税应税收入;基金会购买的股票、债券(国库券除外)等有偿证券所取得的收入和其他收入,应并入应纳企业所得税应税收入总额。

《条例》放开了基金投资领域,基金会势必会有更多的收入来源,我国目前还没有对此作出新的税收规定。按照以往惯例,基金会从商业性的投资中所获得的收入,应当并入应纳企业所得税应税收入总额。

至于基金会信托收益的税收问题,我国的法律规定还不甚明确。《信托法》第61条指出,“国家鼓励发展公益信托”。为促进公益事业发展,公益信托应当享受税收优惠。而由于《关于基金会应税收入的通知》早于《信托法》出台,所以该《通知》没有对基金会从公益信托中所获收益的税收问题作出规定。而我国目前的信托税制缺失问题日益突出。在现行税收体系中,除1998年财政部与国家税务总局颁布的《关于证券投资基金税收问题的通知》明确了基金营业税、印花税和所得税征收问题之外,至今对信托财产管理中的税收征管问题,没有出台相关的政策、法律,目前信托投资公司仍适用一般性的税收政策。由于公益信托的目的是发展社会公益事业,而其赢利性相对弱化,这就需要制定相应的专门税收优惠政策,对公益信托的各个收入环节给予税收优惠,从而充分体现我国信托法中关于“国家鼓励发展公益信托”的精神。^[31]

第六章 基金会的组织机构制度

《办法》对基金会的组织机构没有作任何规定。《条例》则结合了基金会的组织特点,专门列出第三章,对基金会的组织机构作了比较具体的规定。

6.1 理事会

6.1.1 法律地位

6.1.2 组织程序

《条例》规定，基金会理事人数必须是5至25人。作出理事人数的数量限定，既可以减少基金会的相关运转成本，又可以提高工作效率，避免基金会理事人浮于事、效率低下的弊端。由于这样规模的理事会可以就基金会的重大事项及时作出决策，所以，《条例》没有规定基金会建立常务理事会事宜。当然，这样的规定，对于已经成立多年、规模较大、理事较多的基金会在短时期内实现平稳过渡，提出了严峻的挑战。

《条例》规定，理事任期由章程规定，但每届任期不得超过5年。理事任期届满，连选可以连任。这样规定，既可以保持基金会理事队伍的新陈代谢，保持生机和活力，同时还有利于决策机构的相对稳定性，实现基金会的持续发展。

《条例》对理事人选作了范围限制。用私人财产设立的非公募基金会，相互间有近亲属关系的理事人数不得超过理事总人数的三分之一；其他基金会的理事，具有近亲属关系的人员不得在同一基金会担任理事。

基金会理事会设理事长、副理事长和秘书长，从理事中选举产生。

6.1.3 工作要求

《条例》规定，理事会每年至少召开两次会议。理事会会议须有三分之二以上理事出席方能召开；理事会决议须经出席理事过半数通过方为有效。这样规定，确保了理事会决策的权威性和程序的规范性。

《条例》对涉及基金会重大利益的事项，设立了“两个三分之二”的要求，即在必须有三分之二以上理事出席才能召开理事会会议的基础上，规定一些重大问题的决策，须经出席会议理事的三分之二以上通过方为有效。这些事项是：章程的修改；选举或者罢免理事长、副理事长、秘书长；章程规定的重大募捐、投资活动；基金会的分立、合并。

6.1.4 领导成员的人选

《条例》对基金会秘书长以上的领导成员的人选范围作了具体的规定。

(1) 现职国家工作人员不得担任基金会领导成员。《条例》第23条规定：“基金会的理事长、副理事长和秘书长不得由现职国家工作人员担任。”至于“现职国家人员”的具体范围，《条例》没有明确。

回顾我国此前对不得担任基金会领导成员的人员范围限制，有助于理解现在“现职国家工作人员”的范畴。《办法》第5条规定：“基金会的领导成员，不得由现职的政府工作人员兼任。”至于“领导成员”包括那些职位，则没有明确。1994年4月13日，国务院办公厅发出了《关于部门领导同志不兼任社会团体领导职务问题的通知》。1994年5月27日，民政部在《关于对〈国务院办公厅关于部门领导同志不兼任社会团体领导职务问题的通知〉有关问题解释的通知》中对有关问题作了解释，按照这一通知，基金会的领导职务是指基金会的“正副理事长（会长）、秘书长。”

1998年7月2日，中共中央办公厅和国务院办公厅联合下发的《关于党政机关领导干部不兼任社会团体领导职务的通知》扩大了不能兼任社会团体领导职务的人员范围，规定：“县及县以上各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关及所属部门的在职县（处）级以上领导干部，不得兼任社会团体（包括境外社会团体）领导职务（包括社会团体分支机构负责人）。”在《办法》规定“政府工作人员”不得兼任基金会领导成员的基础上，该《通知》又把国家党群部门、立法、司法部门中县（处）级以上的领导人员均排除在可以兼任基金会领导职务的人员范围之外。该《通知》还明确了社会团体的领导职务“不包括名誉职务、常务理事、理事”；“因特殊情况确需兼任社会团体领导职务的，必须按干部管理权限进行审批，并按照所在社团的章程履行规定程序后，再到相应的社会团体登记管理机关办理相关手续。”1998年11月3日，民政部在《对中共中央办公厅、国务院办公厅〈关于党政机关领导干部不兼任社会团体领导职务的通知〉有关问题的解释》中对该《通知》作了解释：“党政领导干部因特殊情况确需兼任社会团体领导职务”应当掌握如下原则：其社会团体必须是在国家、地区、行业和社会政治生活中起着重要作用，在中介组织中有一定影响，且主要领导职务一时没有合适人选担任的社团组织，而不是一般的民间性社会团体。问题在于，这样的“定性规定”在实际操作中很难把握分寸，随意性较大。该“解释”还规定：“现已退出领导岗位，尚未办理离退休手续的人员，兼任社会团体领导职务按《通知》规定执行。”

综合我国历来对不得担任基金会领导职务的人员范围的限制，《条例》中的“现职国家工作人员”应当理解为党务、行政、立法、司法、政协五大国家管理体系的工作人员。这里还应当有另外一个问题：国有企业员工是否属于“国家工作人员”，能否担任基金会的领导职务？目前我国尚未有这方面的规定。

另外,《条例》还规定,基金会的法定代表人,不得同时担任其他组织的法定代表人。也就是说,基金会的法定代表人,不得同时担任企业、社会团体、事业单位和其他基金会的法定代表人。

(2)现实的困境。对领导成员的身份作出限制,对于保持基金会的民间性、独立性,确保领导成员集中精力做好基金会工作等,都具有重要意义。但是,有一个问题值得探讨:1988年颁布《办法》以后,同样也规定了国家工作人员不得兼任基金会的领导职务,由于“特殊情况可以考虑”的“例外”规定,绝大部分基金会后来都由各级国家领导人兼任了领导职务,这也是我国的公益事业大体上都由政府控制所引发的必然现象。比如,目前担任中国人口福利基金会法定代表人的是全国人大常委会副委员长何鲁丽。而按照《条例》规定,何鲁丽副委员长也在“不可以兼任”之列。经统计,目前全国90%以上的基金会都可能面临“换头”的处境。^[32]现在再次重申“禁令”,并且要求这些基金会在《条例》施行后半年内重新登记注册,这将给它们提出严厉的挑战,处置不当则会影响其稳定发展。

所以,现在的问题是,“国家工作人员不得兼任基金会领导职务”的规定在执行中究竟应该是弹性还是刚性?一种选择是把具有政府背景的基金会视同一般的民间基金会,从而禁止国家党政官员到这些基金会担任领导职务;还有一种选择是对基金会作出适当的分类,在一定时间内还允许在职党政领导干部担任那些具有政府背景的基金会领导,等到条件成熟时再统一下达“禁令”。

(3)其他规定。《条例》规定,公募基金会和原始基金来自中国内地的非公募基金会的理事长,应当由内地居民担任。

因犯罪被判处管制、拘役或者有期徒刑,刑期执行完毕之日起未逾五年的,因犯罪被剥夺政治权利正在执行期间或者曾经被判处剥夺政治权利的,以及曾在因违法被撤销登记的基金会担任理事长、副理事长或者秘书长,且对该基金会的违法行为负有个人责任,自该基金会被撤销之日起未逾五年的,不得担任基金会的理事长、副理事长或者秘书长。可见,按照《条例》规定,只有那些正在或曾经被剥夺政治权利的人,才终身不得担任基金会秘书长以上的领导职务(这与原来《社会团体登记管理条例》第13条第3项的规定一致,如上文所述,其弊端明显,但是《条例》仍然未能突破),而那些犯过罪或曾在因违法行为被撤销登记的基金会中担任秘书长以上职务且对该违法行为负有个人责任的人员,经过规定年限以后,仍然可以按照程序担任基金会的领导职务。

6.2 监事

《条例》首次规定基金会必须设监事,并规定了基金会的组织程序和职责范围。

6.2.1 监事的性质

从《条例》第三章“组织机构”及该章中第22条“基金会设监事”等条文来看,监事是基金会内部设立的机构。

6.2.2 监事的人选

至于基金会的监事人选,《条例》没有作出具体规定,只否定了“理事、理事的近亲属和基金会财会人员”兼任监事的资格。也就是说,只要不属于上述人员范围,基金会外部的人员和内部工作人员都可以担任基金会监事。至于监事的人数,《条例》没有作出统一规定,各基金会可以根据实际需要确定,并可以在监事成员中确定相应的负责人来落实好工作。

6.2.3 监事的产生

《条例》并没有统一规定监事的产生程序,只在第10条中规定,各基金会必须在章程中载明本基金会监事的产生程序。也就是说,只要符合人选范围规定,监事如何产生是基金会自己可以决定的事情。

6.2.4 监事的职责

《条例》明确了监事的职责范围:依照章程规定的程序检查基金会财务和会计资料,监督理事会遵守法律和章程的情况;列席理事会会议,有权向理事会提出质询和建议,并应当向登记管理机关、业务主管单位以及税务、会计主管部门反映情况。监事的任期“与理事任期相同”。

6.2.5 可能的困境

(1)人选危机。由于监事不得从基金会获取报酬,所以,担任基金会监事属于志愿行为。这样规定,可以确保监事独立行使职权,避免出现“吃人家的嘴软,拿人家的手短”的现象,保持监督工作的客观、真实。但是,这样的规定也有违权利与义务相统一的原则。因为,一方面,第三部门在一定意义上就是志愿部门的观念还没有被我国公众广泛认同和接受;另一方面,监事担负的责任重大,直接关系到基金会工作的合法性,所以一个合格的基金会监事必然要付出很多的精力乃至有所经济支出;更为重要的是,监事的

工作性质决定了他们往往是“吃力不讨好”的角色。所以，尽管担任基金会监事的人选相当宽泛，但是对于基金会本身乃至登记管理机构来说，吸收合格的人员来担任基金会监事，是一件不容易的事情。

(2) 职权危机。从权利与义务统一的原则出发，尽管《条例》授予监事相当广泛而重要的职权，但是由于监事仅是不在基金会获取报酬的志愿者，所以，他们的职权如何保证，有关信息能否对等等，都将是问题。在实际行使职权过程中，监事的权威和作用的大小，可能更大程度上与监事的个人魅力直接相关，而这并不是可靠的制度设计。

(3) 管理危机。作为志愿性质的劳动，监事如果不积极履行其职责，国家有关部门能否对他采取相应的处罚措施？而基金会自身，可能会考虑监事不在基金会获取报酬和“任期与理事任期相同”的规定，对监事的失职行为“睁一只眼，闭一只眼”。更为重要的是，在现阶段，设立基金会的动机具有多重性，基金会人员队伍素质在短时期内不能很快提高，还不能完全排除监事与理事会恶意串通从事违法行为的可能，监事不但没能检举揭发基金会的不良行为，反而会成为他们违法行为的“庇护神”。一旦出现这些情况，设立监事的良好初衷就会大打折扣。

所以，从提高基金会事业的透明、公开性愿望出发，《条例》设立监事这一岗位具有非同寻常的意义，立法部门还应该尽快制定具体可行的补充规定。

第七章 基金会的基金使用制度

基金会的资金来源于捐赠，基金主要有两个用途，即公益事业支出和行政办公各项支出。《办法》对基金的使用规定得比较原则，《条例》作了比较具体明确的规定，并使用了新的量化指标。

7.1 基金的对外资助

基金会的主要职责是通过对外资助实现其社会公益目标。基金会的资金来源于社会公众，涉及社会公共利益，对基金会利用所获赠的资金实施对外资助行为作出法律规定，是国家行政管理的重要职责。

7.1.1 方向的规定

也就是国家对基金会将资金资助于哪些方面作出的规定。《条例》第2条明确了基金会的公益性质，我国所有基金会都必须以从事公益事业为目的。这个规定为基金会使用资金定下了基调。

《公益事业捐赠法》第5条规定：“捐赠财产的使用应当尊重捐赠人的意愿，符合公益目的，不得将捐赠财产挪作他用”。《条例》第25条规定，基金会使用财产“应当符合章程规定的宗旨和业务范围。”可见，基金会使用受赠财产，必须符合两个要求：一是符合公益目的，二是符合本基金会的宗旨和业务范围。也就是说，基金会资助公益事业应当在实现公益目标的前提下，按照本基金会的宗旨在一定的对象和领域内开展资助，而不能在“公益”的旗帜下随意扩大资助领域，以确保捐赠人捐赠意愿的实现。《条例》第25条规定，公募基金会组织募捐，应当向社会公布募得资金后拟开展的公益活动和资金使用的详细计划。

业务主管单位负有监督基金会合理使用受赠财产的职责。《条例》第35条规定，业务主管单位须指导、监督基金会“依据法律和章程开展公益活动。”也就是说，业务主管单位如发现基金会存在不按章程和业务范围或不为公益目的使用基金的情况，应采取相应的措施予以纠正或对其予以行政处罚。

对基金会使用指定捐赠的财产，我国法律也有相应的规定。《公益事业捐赠法》第18条规定：“受赠人与捐赠人订立了捐赠协议的，应当按照协议约定的用途使用捐赠财产，不得改变捐赠财产的用途。如果确需改变用途的，应当征得捐赠人的同意。”《条例》第27条规定：“捐赠协议明确了具体使用方式的捐赠，根据捐赠协议的约定使用。”如果出现基金会违背捐赠人意愿而随意使用捐赠财产的情况，法律也给予了相应的处罚措施。《公益事业捐赠法》第28条规定：“受赠人未征得捐赠人的许可，擅自改变捐赠财产的性质、用途的，由县级以上人民政府有关部门责令改正，给予警告。拒不改正的，经征求捐赠人的意见，由县级以上人民政府将捐赠财产交由与其宗旨相同或相似的公益性社会团体或者公益性非营利的事业单位管理。”但是，至于谁有发现并检举基金会违背协议擅自使用捐赠财产的权利，法律没有作出明确规定。由于捐赠人对自己的捐赠意图最为清楚，所以应当赋予捐赠人此种权利；社会公众是捐赠财产潜在的受益者，也应当拥有这一权利。

如果有些捐赠不能直接被基金会直接用于符合其章程和业务范围的公益活动，那么根据《条例》第27条规定，基金会可以依法变卖或者拍卖，所得收入用于捐赠目的。

7.1.2 数量的规定

(1) “70%”与“8%”的规定。对基金会等公益组织确定公益支出的最低比例，在亚太地区比较流行，其理论依据是公益组织利用了社会资源、享受了国家税收优惠、以社会公益为己任，应当为社会多做贡献。

《办法》并没有对基金会用于公益资助的资金数量作出规定。中国人民银行1995年发出的《关于进一步加强基金会管理的通知》规定：“基金会每年按其宗旨用于资助活动的基金数额不得少于上年末基金余额的10%。”1999年6月颁布实施的《公益事业捐赠法》第17条中则规定：“基金会每年用于资助公益事业的资金数额，不得低于国家规定的比例。”

《条例》也对基金会公益事业支出重新作了量化规定，并对公募基金会和非公募基金会作了区别：“公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年总收入的70%，非公募基金会每年用于章程规定的公益事业支出，不得低于上一年基金余额的8%。”

由于公募基金会面向社会公众募捐，所以每年应该将收入中较高比例的资金用于公益支出，这符合其公募性质；非公募基金会的资金来源是公民个人或者企业等组织，没有向社会公众募捐，并且为了保持其长期发展，一般利用其资金的孳息用于公益事业，所以，对这些基金会的公益事业支出，规定的仅是“上一年基金余额的8%”。关于这两个比例的制定，这次《条例》制定过程中，有关部门作了深入调研。根据调查分析，目前全国性基金会（公募基金会）的平均支出比例在50%左右。为了进一步促进他们多支出，多办事，多解决问题，现在在这个平均水平的基础上适当提高了支出比例，这个数字也得到了全国性基金会代表的认可。^[11]规定非公募基金会的公益事业支出不得低于上一年基金余额的8%，基本可以保证非公募基金会在不动用本金的基础上，靠资金的保值、增值收入进行公益活动。

(2) “公益事业支出”的界定问题。由于开展公益活动必然需要一定的经费开支，基金会日常运转也需要开支，这就使得将“公益事业支出”与一般的办公行政支出区别开来显得很重要。

公益事业支出包括基金会从事公益事业的所有支出，它包含公益资助项目的费用、执行项目的成本以及基金会组织募捐的费用，但不包括基金会专职工作人员的工资福利、基金会日常办公的行政开支。而在实际的运作过程中，有些费用，如人力资源费用以及差旅费用等，到底属于什么性质的开支，需要根据实际情况来确定。作为基金会登记管理机关的民政部门，在对基金会年度报告进行审查的过程中，也需要结合基金会开展公益活动的具体情况，审查基金会财务报表中的各项开支，以便掌握基金会是否遵守了公益事业支出比例的要求。^[9]目前，财政部已经几易其稿并即将出台的《非营利组织会计制度》将制定适用于基金会的统一财务会计标准，对相关开支有更加明确具体的规定。

(3) 可能的困境。作出“70%”的规定，对于公募基金会坚持公益使命，扩大社会效益，确保捐赠人公益愿望的实现，具有重要意义。但是，这一规定对一些长期以来公益活动萎缩，资金总量不大的基金会来说，面临着重大的考验：如果筹资不力，投资无方，将面临基金存量快速缩小，并在公益事业领域被淘汰出局的危险。我国现有公募基金会普遍存在筹款不力的情况，有的基金会持有基金连年下降，除了维持日常的行政开支外，能够用于公益资助的资金非常有限，所以，硬性规定这一比例，在我国目前的实际情况下并不恰当。而“8%”的规定，对那些保值、增值效益不良的非公募基金会来说，也会使其面临基金连年萎缩的困境。

事实上，从某种意义上说，公募基金会接受捐赠的过程，也是基金会与社会公众就按照捐赠人的意愿合理用好捐赠达成协议的过程。如果国家对基金会对外资助金额比例下限作出统一的规定，可能成为基金会不积极履行公益职责的借口，从而影响到捐赠人意愿的实现。我国原来对基金会的这一规定是“10%”。而事实上，从1995年出台以来，这一规定“从来没有检查过，也没有认真执行过”。所以有人主张，与其规定基金会的最低公益支出比例，还不如加大社会监督力度，因为法律规范的透明度所营造的公众评估和监督环境，比通过法律规定百分比更有约束力^[33]。即使是在基金会发展成熟的将来，是否对基金会公益开支比例作出统一的规定，也值得深入研究。

另外，规定公益事业支出比例底线都以一年为计算周期，对于基金会的实际操作来说也过于死板，因为公益事业支出变数很多，基金会行政办公经费开支也有起伏，有的年份多，有的年份少，规定以每一年为计算周期，并不能从整体上反映出某一基金会公益支出的比例。亚洲一些国家和地区在这个问题上实行四年一个检验周期的做法，使硬标准软适应，值得我国借鉴。^[9]

7.2 工资福利和行政办公支出

7.2.1 《办法》的规定

《办法》第9条规定：“基金会工作人员的工资和办公费用，在基金利息等收入中支出。”尽管《办法》并没有明确规定工资和办公费用的开支比例，但由于我国许多基金会基金总量小，银行利息一降再降，投资的余地又极其有限，而需要开展的公益活动越来越多，所以，事实上当时许多基金会面临着办公经费紧张、难以吸引和留住人才等诸多困境。这一条规定成了限制许多基金会发展的重大障碍。

7.2.2 《条例》的规定

与《办法》相比,《条例》对基金会工作人员的工资和行政办公开支费用的规定,有了明确的量化指标。《条例》在第29条中规定:“基金会工作人员工资福利和行政办公开支,不得超过当年总支出的10%。”这一规定,突破了原来《办法》限制工作人员工资福利和行政办公开支的障碍,事实上已经允许基金本金也可以用于非公益事业支出,只要做到“总量控制”即可。这非常有利于基金会扎扎实实开展好公益活动,解决了基金会工作人员长期以来的后顾之忧。而如何计算基金会工作人员的工资,行政办公经费包括哪些开支等等,和计算公益活动支出一样,还有待于我国非营利组织会计制度的正式出台。

但是,仅仅对工作人员工资福利和行政办公开支作出上限规定,就给基金会工作人员在公益活动中恶意铺张浪费提供了可乘之机,因为按照《条例》规定,只要不超过“10%”即不在违规之列。所以,有必要再增加基金会工作人员工资福利和行政办公开支必须“与开展公益活动相当”等规定。

7.2.3 可能的问题

“10%”的规定同时也存在着“一刀切”的弊端。各家基金会的规模、业务领域等各不相同,它们用于工作人员工资福利和行政办公的开支在全部资金中的比例自然也各不相同。比如,中国青少年发展基金会平均行政成本超过10%,中国扶贫基金会1999年年度报告公布的该指标是14%,而更多的小型基金会行政成本会更高。所以,规定“10%”的比例显得有些机械、呆板,在一定程度上会限制基金会在公益事业中发挥积极性、主动性和创造性。由世界银行资助出版的《非政府组织法的立法原则》一书提出:“与其硬性规定行政费用比例,不如规定所有组织必须对大众公开所有帐目。”^[33]

第八章 基金会的外部监督管理制度

《条例》在第一章总则中规定了基金会从事公益活动应当遵守“公开、透明”的原则。接受各方面的监督管理,有助于确保基金会工作公开、透明。上文所说的监事,属于基金会的内设机构,主要是从内部对基金会各项工作进行监督检查。《条例》还分别从登记管理机关、业务主管单位、专业职能部门和社会公众四个方面作出了对基金会进行外部监督管理的规定。

8.1 登记管理机关的监督管理

登记管理机关对基金会履行下列监督管理职责:一是对基金会和境外基金会代表机构实施年度检查。基金会、境外基金会代表机构应当在每年3月31日前向登记管理机关报送上一年度工作报告,接受年度检查。年度工作报告应当包括:财务会计报表、注册会计师审计报告,开展募捐、接受捐赠、提供资助等情况以及人员和机构变动的情况等。二是对基金会、境外基金会代表机构依照《条例》及其章程开展活动的情况进行日常监督管理。三是对基金会、境外基金会代表机构违反《条例》的行为依法进行处罚。关于登记管理机关可以实施的行政处罚形式,《条例》第6章专门作了规定。依据基金会违法行为的不同,行政处罚的形式有警告、责令停止活动、没收非法财产、撤销登记、取缔等。另外,登记管理机关还应该配合税务部门责令基金会补缴违法行为存续期间所享受的税收减免。

国家要制定相应的制度和政策来规范登记管理机关对基金会的监督管理活动。登记管理机关的监督管理工作要有很强的针对性、有效性,要以保障基金会的公益性、非营利性和规范性为最终目标,着重检查基金会的财务状况、开展公益活动情况、遵守财税法规情况和内部制度建设情况等。登记管理机关既要利用好年检的作用,通过年检,了解情况,发现问题,指导整改;又要加强及时监管,及时掌握基金会的活动情况,依法查处非法基金会和基金会违法行为。随着服务型政府理念的形成,登记管理机关在对基金会进行监督管理过程中要牢固树立服务就是管理的思想,坚持以正面宣传、表彰先进、推广经验、提供服务为主要工作方式,对极少数违法违纪的基金会进行查处是辅助手段,不能主辅颠倒。^[4]

8.2 业务主管单位的监督管理

按照《条例》规定,基金会业务主管单位履行下列监督管理职责:一是指导、监督基金会、境外基金会代表机构依据法律和章程开展公益活动。二是负责基金会、境外基金会代表机构年度检查的初审。基金会向登记管理机关报送年度工作报告接受年度检查前,应当先送业务主管单位获得其审查同意。审查的内容,应当是对年度工作报告的财务会计报告、注册会计师审计报告等项目进行真实、合法性的检查,如果发现问题,应当责令改正。三是配合登记管理机关、其他执法部门查处基金会、境外基金会代表机构的违法行为。

8.3 税务、会计主管部门的监督管理

这两个行政职能部门主要结合自身工作领域，分别对基金会依法进行税务监督和会计监督。

8.4 社会公众的监督管理

根据《条例》有关规定，社会公众可以通过下列途径和形式对基金会进行监督管理：一是监督公募基金会公布的其组织募捐拟开展的公益活动和资金详细使用计划；二是监督基金会公益资助项目的种类、申请、评审程序；三是捐赠人有权向基金会查询捐赠财产的使用、管理情况，并提出意见和建议。但是，从《条例》第39条的内容来看，有关查询捐赠财产使用情况的仅是“捐赠人”，而未曾捐赠的社会公众则没有这一权利；可以查询的“捐赠财产”，也仅指捐赠人本人所捐赠的财产，而不包括其他捐赠人捐赠的财产。所以，按照现有的法律规定，基金会可以以此项规定为由拒绝社会公众查询与其“不相干”的捐赠财产的使用情况。

显然，关于社会公众监督管理基金会，《条例》尽管作了一些规定，但基本上还处于基金会主动提供、公众被动接受的状态，离社会公众完全自由地监督基金会的一切活动，还相距甚远。

8.5 专业民间机构的监督管理

社会公众尽管对基金会的公开、透明呼声很高，但是毕竟他们专业知识和精力有限，并且因受到传播媒介的限制，他们的监督行为也很难形成很大的社会舆论压力，所以，重点依靠专业性机构实施监督管理，是我国基金会监督管理走向成熟的必由之路，这也是当今国际上非营利组织发展中的一个趋势。

依据1998年国务院颁布的《民办非企业单位登记管理暂行条例》，民办非企业单位是企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的从事非营利性社会服务活动的社会组织。所以，从事监督基金会等业务的专业机构可以民办非企业单位的形式存在，当然，也可以社会团体的形式存在。这些组织类似“基金会联合会”，既为各基金会开展公益活动提供信息咨询服务，促进业内横向联系与沟通，更为重要的是通过集中各基金会的的信息资源，为社会公众提供一个全面、便捷地了解各基金会信息的重要窗口，帮助社会公众选择合适的捐赠对象，营造公开、平等的公益事业竞争环境。

国内目前已经有承担这一使命的组织，但是，它们的成长却并不顺利。以“恩玖信息咨询中心”为例：它的前身是由中国青少年发展基金会、中华慈善总会等于1998年创建的“基金会与非营利机构信息网”，当时并没有取得法人资格。在随后两年多的时间里，该组织以非营利支持性组织的身份，以服务为宗旨，共同参与和探索中国非营利组织的发展，促进了政府、企业和非营利组织之间的沟通和交流，加强了非营利组织能力建设和从业人员专业化培训，为非营利组织发展、制定法规政策提供了大量信息和依据。该组织建立的“www.chinanpo.org”网站，集中了国内大量民间非营利组织的信息，越来越受到领域内人士的关注。但是，2001年当这一机构为保持工作的稳定性、合法性而准备注册时，却因种种原因只能到工商部门注册成企业组织。^[34]类似的情况时有发生。所以，应当进一步完善我国民办非营利组织法规，给予这类组织更加宽松的发展环境，使有更多能够对基金会等非营利组织进行有效监督管理的非营利组织正常成长。

结 语

我国基金会的制度建设与社会实践相辅相成，两者历史性地紧密结合在一起，互为条件，互相促进。基金会的历史短暂，参与社会治理的广度和深度均非常有限，使得制度建设缺少丰富的经验借鉴，已有的制度规定分散在各个层次和领域的相关法律法规和其他规范性文件中，而在涉及基金会成立、运行的许多具体环节上，至今还没有明确的制度规定。更为重要的是，如果置于世界性的国家治理模式和非营利组织发展总体背景，我国基金会制度建设明显滞后。而基金会制度建设长期裹足不前，反过来又导致基金会开展公益事业没有可靠的制度保障，总体规模难以壮大，社会作用难以深化。所以，由于起步晚，起点低，基础不厚，我国基金会事业发展还将经历漫长的过程，基金会制度建设只能在实践的过程中逐步发展和完善，这将是一个循序渐进的探索过程，《条例》的出台只是一个开始。

基金会制度是整个公益事业法制体系的组成部分，基金会制度的缺陷是我国公益事业乃至现代国家建设过程中整体法制建设缺陷的反映，其发展有赖于我国整个法制的进步。我国经济实力的增强，民主政治的演进，特别是加入世界贸易组织，都将深入推进我国法律制度建设。目前，我国正处于经济和社会结构发生深刻变化，社会利益关系不断调整，经济社会发展充满机遇的时期。这一时期

是具有鲜明公益性特征的基金会发展的机遇期，符合市场经济和民主政治要求的法律制度将逐步建立，基金会制度建设也将因此获得更好的生存环境。

注 释

- [1] 康晓光，转型时期的中国社团， <http://www.usc.cuhk.edu.hk>，2004年5月19日
- [2] 中国儿童少年基金会， <http://www.china-woman.com>，2004年5月19日
- [3] 华中炜，新条例为非公募基金会开闸， <http://www.chinanpo.org>，2004年4月6日
- [4] 上海市社会团体管理局《基金会管理条例》培训资料汇编（内部资料），2004年5月，第20、41、56页； <http://www.sohu.com>，2004年4月7日
- [5] 商玉生，我国基金会的现状及体制分析，中国青基会通讯（内部刊物），2003，第8期
- [6] 上海文化发展基金会，上海文化发展基金会章程（内部刊物），2003年11月
- [7] 李本公，中国全国性社会团体名录，北京：中国大百科全书出版社，2002，第497页
- [8] 莫易，百亿公益基金欲破增值难题， <http://news.xinhuanet.com>，2002年7月5日
- [9] 朱卫国，基金会管理条例评析， <http://www.inalaw.gov.cn>，2004年4月1日
- [10] 台湾基金会现状调查， <http://www.npo.org.cn>，2004年4月25日
- [11] 民政部副部长姜力就《条例》答问， <http://finance.sina.com.cn>，2004年3月20日
- [12] 中国基金会有望维新 管理无章可循导致目前困境， <http://finance.sina.com.cn>，2003年8月31日
- [13] 资中筠，散财之道——美国现代公益基金会述评，上海：上海人民出版社，2003年，第25页
- [14] 袁幼鸣，善款投资胡来不得， <http://www.cet.com.cn>，2004年4月1日
- [15] 中华人民共和国常用法律法规及司法解释全书（第一卷），北京：群众出版社，2001年9月，第258-259页
- [16] 中华人民共和国公益事业捐赠法， <http://law.people.com.cn>，2004年2月17日
- [17] 朱晓超，把欧洲养老院搬到中国， <http://www.caijing.com.cn>，2004年5月19日
- [18] 葛云松，中国的财团法人制度展望， <http://www.chinanpo.gov.cn>，2004年4月5日
- [19] 首都专家学者共话《基金会管理条例》，中国社会报，2004年4月8日
- [20] 现代汉语词典，北京：商务印书馆，2002年8月第3版（增补本），第1585页
- [21] 葛云松，论社会团体的成立， <http://www.cydf.org>，2003年11月11日
- [22] 王铭，中国非政府公共部门，北京：清华大学出版社，2004，第30页
- [23] 民政部民间组织管理局局长李本公在全国贯彻《基金会管理条例》工作会议上的讲话， <http://www.chinanpo.gov.cn>，2004年4月19日
- [24] 中国扶贫基金会，中国扶贫基金会2000年年度报告（内部刊物），第9、41页
- [25] 中国残疾人福利基金会2002年度捐款收支决算与2003年度预算报告， <http://www.cwfh.org.cn>，2003年11月11日
- [26] 王姝，残疾人福利基金会卖米筹钱， <http://www.hljdaily.com.cn>，2004年5月19日
- [27] （美）托马斯·西尔克，亚洲公益事业及其法规，北京：社会科学出版社，2000，第212页
- [28] 全国人大信托法起草工作小组，《中华人民共和国信托法》释义，北京：中国金融出版社，2001，第146、143—167页
- [29] 陈建军，基金会入市能量有多大， <http://news1.jrj.com.cn>，2004年3月24日
- [30] 孙健芳，基金会入市，经济观察报，2004年3月29日
- [31] 邢成，我国信托税制的主要问题及应对原则，证券时报，2003年7月17日
- [32] 黎光寿，谁来接管基金会的权杖，公益时报，2004年4月14日
- [33] 商玉生，关于《基金会管理条例》若干问题的意见，北京：NPO信息咨询中心，研究报告专刊（内部刊物），总第17期，第8-9页
- [34] 商玉生、崔玉，服务于中国非营利组织的基金会与非营利机构信息网，恩玖信息咨询中心，研究报告专刊（内部刊物）第12期，第16-20页；清华大学公共管理学院NGO研究所简报（内部刊物），总第7期，第2页

参考文献

- [1] (美) 莱斯特·M·萨拉蒙等, 全球公民社会, 北京: 社会科学文献出版社, 2002
- [2] 范丽珠, 全球化下的社会变迁与非政府组织(NGO), 上海: 上海人民出版社, 2003
- [3] 邓正来等, 国家与市民社会, 北京: 中央编译出版社, 2002
- [4] 苏力、葛云松、张守文等, 规制与发展——第三部门的法律环境, 杭州: 浙江人民出版社, 1999
- [5] 山东省民间组织管理局, 民间组织管理文件资料汇编, 济南: 山东大学出版社, 2001
- [6] 王圣诵, 中国自治法研究, 北京: 中国法制出版社, 2003
- [7] (美) 托马斯·西尔克, 亚洲公益事业及其法规, 北京: 科学出版社, 2000
- [8] 王名、刘国翰、何建宇, 中国社团改革, 北京: 社会科学文献出版社, 2001
- [9] NPO信息咨询中心, NPO能力建设与国际经验, 北京: 华夏出版社, 2003
- [10] 陈冬东, 中国社会团体组织大全一、二、三卷, 北京: 专利文献出版社, 1998
- [11] 范宝俊, 中国社会团体大辞典, 北京: 警官教育出版社, 1995
- [12] 中国青少年发展基金会、基金会发展研究委员会, 中国第三部门研究年鉴(2000)——处于十字路口的中国社团, 天津: 天津人民出版社, 2001
- [13] 黄汉江, 中国社会团体会长秘书长辞典, 上海: 上海科学技术文献出版社, 1999
- [14] 李本公, 中国全国性社会团体名录, 北京: 中国大百科全书出版社, 2002
- [15] 方立新、王汝鹏, 叩问天人之际——徐永光说希望工程, 北京: 中国青年出版社, 2001
- [16] 毕监武, 社团革命, 济南: 山东人民出版社, 2003
- [17] 何增科, 公民社会与第三部门, 北京: 社会科学文献出版社, 2000
- [18] 清华大学公共管理学院NGO研究所简报, 总第7、70期, 2001年9月、2003年3月
- [19] (美) 贝尔·布查特·阿德勒著, NPO信息咨询中心主译, 美国慈善法指南, 北京: 中国社会科学出版社, 2002
- [20] 邵金荣, 非营利组织与免税, 北京: 社会科学文献出版社, 2003
- [21] 朱传一, 第三部门及其作用, 中国社会报, 1999年5月18日
- [22] 王名, 中国的非政府公共部门(上、下), 中国行政管理, 2001年第5期, 第32-36页; 2001年第6期, 第39-43页
- [23] 邓国胜, 中国非政府组织发展的新环境, <http://www.chinanpo.gov.cn>, 2003年11月28日
- [24] 刘晓佳, 中国非营利组织现状探析, 国家行政学院学报, 2003年第5期, 第34-37页
- [25] 谢蕾, 西方非营利组织理论研究的新进展, 国家行政学院学报, 2002年第1期, 第89-92页
- [26] 林震, 非营利组织的发展与我国的对策, 国家行政学院学报, 2002年第1期, 第39-43页
- [27] 郗杰英, 基金会——美国社会发展的重要均衡力量, <http://www.cydf.org/>, 2003年11月11日
- [28] 李宁, 我国基金会投资问题的探讨, <http://www.cydf.org>, 2003年11月11日
- [29] 龚旭, 美国私人基金会及其支持科学事业的考察, <http://www.ihns.ac.cn>, 2003年11月28日
- [30] 民政部人事教育司教育科技处, 民政部赴德民间组织管理工作培训团考察报告, <http://www.mzjk.cn>, 2004年4月7日
- [31] 安蓉泉, 中国民间组织研究中的概念矛盾分析, 国家行政学院学报, 2003年第2期, 第54-57页
- [32] 蔡磊, 论基金会的法律问题, 学术探索, 2003年第9期, 第44-47页
- [33] 曾磊, 中国非政府组织法制现状简介, <http://www.greenxinjiang.org>, 2004年3月9日/

◀ 上一篇 下一篇 ▶