



## 中国的财团法人制度展望

葛云松

非营利组织在世界各国的历史发展虽然方式不同，但是都源远流长。[1]但对非营利组织的比较完整和完善的法律调整，似乎主要存在于西方的两大法律传统之中，然后才传播到世界各地。近代以来，非营利组织在民主政治、公益事业等方面发挥了极为重要的作用。尤其是二十世纪第二次世界大战之后，在世界上的许多地区，非营利组织出现了高速的增长，扮演着越来越重要的作用。[2]中国改革开放之后，非营利组织也有了长足的发展。[3]而非营利组织的发展，离不开法律的调整 and 保障。

现在，民法典的起草和讨论工作正在紧张进行中。学术界和主持起草工作的有关部门，对于民法典的总则部分应当设置关于法人的规定，以及其中除了一般性规定外，还需要有关于企业法人（或者营利法人）之外的其他类型法人进行规定，似乎没有什么争议。但是非营利法人的研究，是我国法学研究中非常薄弱的的一个方面。本文希望能够对财团法人制度的设计和理论研究有所裨益。

本文主要讨论有关的民法问题。

### 一、有关法律制度的基本状况

《民法通则》第三章将法人分成机关法人、事业单位法人、社会团体法人、企业法人四种类型，但是并没有作很多的具体规定，尤其是对企业法人之外的另外三类，除了在第50条中简单地规定了登记是否作为其法人资格取得的条件之外，没有任何具体的规定。对于非企业法人的法律规定，主要是国务院的四个行政法规：《社会团体登记管理条例》（1998年）、《民办非企业单位登记管理暂行条例》（1998年）、《事业单位登记管理暂行条例》（1998年）和《基金会管理办法》（1988年）。

#### 1. 基金会制度

根据《基金会办法》第2条的规定，基金会是指对国内外社会团体和其他组织以及个人自愿捐赠资金进行管理的民间非营利性组织，是社会团体法人。由此可见，基金会属于1998年国务院颁布的《社会团体登记管理条例》所规定的社会团体的一种特殊形式。[4]和《社会团体登记管理条例》所规定的一般社会团体相比，基金会具有几个基本特点：（1）基金会须以公益为目的（《基金会管理办法》第2条第2款），而一般社会团体仅须不以营利为目的（《社会团体登记管理条例》第2条）。[5]（2）基金会基于社会捐赠的资金而设立。政府拨款设立的“基金会”或者专项基金的管理组织不属于《基金会管理办法》意义上的基金会（《基金会管理办法》第2条第3款）。（3）基金会没有会员。这一点，《基金会管理办法》虽然没有明确规定，但是从基金会的性质和组织形式可以明显看出。[6]

《基金会管理办法》对基金会的组织机构没有规定。尽管《社会团体登记管理条例》中对一般社会团体的组织机构略有说明，[7]但是由于基金会没有会员，所以难以直接适用。所以，这方面的法律基本处于空白状态。从逻辑上说，似乎可以全然由章程来规定设置何种法人机关及其职权。

#### 2. 民办非企业单位制度

“民办非企业单位”概念在1996年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强社会团体和民办非企业单位管理工作的通知》（中办发[1996]22号）中第一次正式出现。1998年10月25日颁布的《民办非企业单位登记管理暂行条例》中第一次比较系统的规定了有关制度。这个概念属于我国独创，没有先例，该制度的具体内容上也有很多在国外没有任何先例的地方。到底该制度的各项规定应当如何解释、妥当性如何，显然面临着一般法学研究中所没有的困难。

根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条的规定，民办非企业单位是指企业事业单位、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。可见，民办非企业单位的法律特征主要有：（1）不以营利为目的；（2）以进行社会服务为其业务；（3）初始财产主要为非国有资产；[8]（4）举办者是企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及个人，不包括党政机关；（5）民办非企业单位的民事主体地位，包括个体、合伙和法人三种（《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条第1款）。[9]

民办非企业单位所从事的行业，法律上并没有限制性规定。民政部1999年发布的《民办非企业单位登记暂行办法》第4条中列举了教育、科学、文化、卫生、体育、民政等九类，再加上“其他”。

民办非企业单位的组织机构问题，法律上没有统一规定。《民办非企业单位登记管理暂行条例》第10条规定设立民办非企业单位的章程中须包括“组织管理制度”和“法定代表人或者负责人的产生、罢免的程序”，似乎显示将此问题完全委之于举办者制定的章程。

### 3. 事业单位法人的概念及其与其他类型法人的关系

《民法通则》对事业单位没有进行定义。民法学界在研究中将其理解为从事教育、科学、文化、卫生等事业的以公益为目的的法人，其范围不仅可以包括传统的以财政拨款设立的事业单位，还包括其他资金来源的此类组织，比如集体所有制的组织。[10]也有学者明确认为事业单位包括了“民办事业单位”，即由公民或者其他社会组织举办的此类组织。[11]

1998年，国务院颁布了《事业单位登记管理暂行条例》。其中第2条规定：“本条例所称事业单位，是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。”这是法律上第一次对事业单位的含义做出明确的界定，其范围显然窄于上述民法学者的理解。该条例作出这种比较狭义的定义的原因之一是，国务院同时制定了《民办非企业单位登记管理暂行条例》，将过去的所谓“民办事业单位”，包括集体所有制的事业单位，以一个新的概念“民办非企业单位”来概括。由于《事业单位登记管理暂行条例》中对事业单位的定义并非试图直接对《民法通则》中规定的“事业单位”做出解释，而且《民法通则》中并没有规定所谓的“民办非企业单位法人”，所以也未尝不可以将《民法通则》上的“事业单位”理解为包括了两个条例中所规定的“狭义”事业单位法人以及民办非企业单位法人两种类型。有学者事实上持此种观点。[12]

关于基金会和事业单位的关系，上文已经说明，有关行政法规中已经清楚地规定了它属于社会团体的一种，因此肯定与事业单位概念无关。不过也有学者在研究中认为基金会应当属于“捐助法人”（相当于大陆法系的财团法人），并且应当属于《民法通则》规定的事业单位的一种。[13]

全国人大常委会法工委民法室起草的民法典总则（2002年9月）的法人部分有两套方案，第一套方案坚持了《民法通则》的四分法，但是进行了较为具体的规定，其中事业单位法人被定义为从事教育、科技、文化、卫生等活动的非营利性组织，并且有专条规定“以捐赠财产设立的事业单位法人”。这种方案没有区分事业单位的最初财产来源，因此现行法上的狭义事业单位和民办非企业单位法人应当都可以包括在内。既然现行法上的基金会是“以捐赠财产设立”的，也是非营利性组织，因此似乎也应当包括在这里的“事业单位法人”概念之中。这样分析的理由还在于，该方案对社会团体法人的定义明确规定了会员的存在是主要特征，因此在没有特别规定的情形下，已经绝对不能涵盖基金会。可见，该方案中的“事业单位法人”范围相当宽泛。其中特别需要说明的是，鉴于我国对事业单位的传统界定，也鉴于该方案中没有特别的排除性规定，那些国家设立的、依靠（或者部分依靠）财政拨款的事业单位，比如科学院系统、社会科学院系统、公立学校等，仍然属于“事业单位法

人”，换句话说，其中不仅包括私法人，还包括直接根据公法设立的公法人性质的组织。

#### 4. 财团法人的概念

大陆法系各国的民法一般将法人在理论上区分为公法人和私法人，后者区分为社团法人和财团法人。虽然各国法律规定存在一些差异，但是主要内容是非常类似的。

财团法人是指法律上对于为特定目的的财产集合赋予民事权利能力而形成的法人。财团法人的设立所基于捐助行为或者遗赠行为。捐助行为是以设立财团法人为目的而转移财产权的法律行为。除捐助行为或者遗赠行为外，捐助人或者遗赠人须在捐助章程或者遗嘱中确定财团法人的目的、财产、组织和管理方法等。财团法人依法设立后，捐助人或者遗嘱执行人须将捐助或者遗赠财产转移给财团法人，然后财团法人即依照章程而独立运作，不受捐助人或者遗嘱执行人的干涉。[14]财团法人须不以营利为目的。[15]

我国法律上没有财团法人概念，也没有直接对应的制度。在民法理论上，很多民法著作只是将社团法人与财团法人的区分当作国外大陆法系国家民法上的一种区分简单介绍，[16]就我国现行法而言则只谈论《民法通则》对法人的分类。但是也有学者认为社团法人和财团法人的区分应当成为我国民法上对私法人的基本分类。[17]有很多学者主张中国的基金会制度其实就是财团法人。[18]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捐助财产设立的法人”（第74条第1款），[19]其含义显然相当于财团法人，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的一般规定大致相当。

可以大致看出，我国在相当于国外财团法人制度领域的现行立法处于比较混乱和模糊不清的状态。将来的民法典中需要对法人的基本分类并对法人进行一般性的规定，这一点在民法界似乎没有人有疑义，而且，虽然到底应当如何设计的问题上尚未形成共识，但是要做大的调整似乎是可以肯定的。对此笔者也赞同。但是有学术界以及立法起草当局似乎对于现行法并没有进行过仔细的考察。这恐怕是很不妥当的。这不仅仅关系到立法应当在总结现行法的经验教训的基础上进行的基本原则问题，而且，由于这个领域的最终立法很可能与现行法在概念和体系上均出现重大的差别，现在已经存在的数万个相关组织必须按照新的立法重新“定位”，重新确立其法律性质，有关的行政法规和规章必须作相应的调整，有关政府机关也必须按照新的立法重新调整其机构设置（至少可能会更换机构名称）。也就是说，我们不仅仅需要设计出妥当的制度，而且要知道新设计的制度并非在一张白纸上描绘最新最美的图画，而是会立刻带来重大的实务上影响。

所以，本文拟首先对现行法的规定进行分析，在与国外财团法人制度的比较中分析其特点，进而提出对民法典中有关制度的框架的设想以及具体制度上的简单设想，并对此种设计与现行法的关系进行说明，从而对现有的有关非营利法人以及主管机关可能需要如何“转轨”提供一个明确的说明。

### 二、我国的基金会与民办非企业单位与国外的财团法人比较

中国法律上的基金会和民办非企业单位，如果用国外的财团法人制度来衡量，是否可以归入其中？由于我国没有财团法人制度，这里的分析当然是纯粹学术性的讨论。另外，这里的比较是从民法角度，因为行政管理的范围和体制各国原本就有很大差异，更重要的是，只有先确定了民事关系上的相似性之后，比较行政管理体制才有意义。

#### 1. 制度的功能和目的

大陆法系国家和地区设置财团法人制度，主要目的就是使得人民可以超越个人的生存界限，以组织体的形式来完成一些长期或者永续存在、有意义的社会目的，促进公益事业，带动社会发展，而不必因为捐助人的死亡或者捐助人财产的增减而受影响。[20]我国学者也指出，财团法人制度促进公益事业，有利于社会，它在制度设计上让财团法人的财产属于法人自身，而不属于管理人，从而可以防止管理人中饱私囊，并且可以确保由法人的组织机构具体管理，国家加以监督和协助，不因为管理人的死亡和更迭而受到影响。[21]当然，财团法人制度绝对不是捐助人实现其目的的唯一可



能的选择，但正是因为财团法人制度在帮助捐助入实现其目的上具有特殊的优点，因此得到各国的普遍承认。[22]

对于我国现行法上的基金会或者民办非企业单位制度的目的，主要是一些政府官员进行了简单的阐述。有代表性的观点是，基金会制度可以吸引个人和社会组织资源捐赠资金，在资助、推动教育、科技等社会公益事业方面有不可替代的作用。[23]对于民办非企业单位，有关人士也认为，他们在教科文卫等方面发挥了积极的作用，是现代化建设不可缺少的组成部分，同时也是我国公民充分享有社会主义民主和自由的体现，是人民群众积极性和创造性的结晶，所以应当采取积极扶持、鼓励和保护的态度。[24]

可以看出，两者讨论的出发点有一定的差异。但这并非实质性的。国外的财团法人制度固然主要从实现捐助入意愿的角度出发，但是同时也是因为法律制定者认为财团法人对社会有益，才能够在法律上承认它，并且进而通过在税收等方面给予优惠来特别加以鼓励。我国的政府官员似乎主要认为基金会和民办非企业单位对社会有益才应当允许它，但是既然它们是民间举办，所以也不否认它们是实现公民意愿（“自由”）的一种途径。而我国上述学者对财团法人的探讨，也反映了学者对现行法上相关制度应当具有的功能和目的的理解。当然，上述观念上的差异意味着对当事人意愿的尊重程度的不同，从而会带来具体制度上的一些差异。这涉及一些深层次的理论问题，本文不予讨论。

## 2. 我国的基金会与财团法人比较

从《基金会管理办法》的规定看，基金会以公益为目的，没有会员，基金会的组织结构、财产管理方法等都由章程加以规定，而章程则由举办者拟定。显然基金会可以属于财团法人。这也是许多民法学者所主张的。

## 3. 法人型民办非企业单位与财团法人比较

民办非企业单位则略有复杂。这里先分析法人型民办非企业单位。民办非企业单位须不以营利为目的，其章程由举办者拟定，并且可以进而推论出其组织机构的设置、负责人的选任，都可以由章程规定。法律并没有规定举办者是法人的成员，也并不没有规定举办者（或者由举办者组成的机构）是法人的最高意思机关，因此可以推论出，民办非企业单位法人的举办者在法人成立后，就和法人脱离关系，法人按照章程规定独立运作。如果章程规定举办者担任法人的某种机关（比如由举办者组成董事会，或者构成董事会的部分成员，其他成员另行根据章程选任，或者由举办者组成监事会），则属于按照章程的规定而取得相应资格。[25]这一点已经可以和社团法人相区别。对于营利性的社团法人，我国公司法中规定，股东自动成为股东会成员，并且股东会为法定机关，是公司的最高意思机关。对于非营利性社团法人，《社会团体登记管理条例》虽然没有很明确地规定会员大会的设置和职权，但是根据民政部制定的《社会团体章程范本》以及一般原理，会员大会（或者会员代表大会）都是社会团体的必备机关，而且是最高权力机关。

所以，我国法律上的法人型民办非企业单位具有独立的财产，不以营利为目的，举办者（出资者）并不是成为法人的成员，也并不依法成为法人的意思机关，这些都符合财团法人的特征。至于举办者根据章程成为组织机构的组成人员，在财团法人制度下也并不禁止。所以，法人型民办非企业单位也可以归入财团法人。

## 4. 非法人型民办非企业单位

《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条规定，民办非企业单位根据其承担民事责任的不同方式，除了可以采取法人形式外，还可以采用个体和合伙的形式。这大概是世界上绝无仅有的个体和合伙形式的非营利组织了。不过这个令人耳目一新的“制度创新”，恐怕很难找到什么理论和逻辑上的根据。从民政部的《民办非企业单位登记暂行办法》第2条的规定看，个体和合伙指的是个人单独或者合伙创办。既然没有取得法人资格，而且《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条明确规定三种法律形式的区别在于承担民事责任的不同方式，因此显然指，所举办的民办非企业单位的财产仍然归个人所有或者合伙所有，而且该个人或者合伙人须对民办非企业单位的债务承担无限责

任。

既然这种民办非企业单位并非民事主体，因此即便以其名义承担权利义务，实质上乃是个人或者合伙人承担权利义务。法人制度上所谓不以营利为目的，乃是指不得分配盈利给出资人，可是这里，无须进行“分配”，“民办非企业单位”所取得的财产直接便归个人所有或者合伙人共有。可是《民办非企业单位登记暂行办法》第6条又明确规定，民办非企业单位须在其章程草案或合伙协议中载明该单位的盈利不得分配，解体时财产不得私分。可见这里直接存在着逻辑上的矛盾。试问，如果真的分配或者“私分”了，算作什么性质的违法行为？职务侵占罪？恐怕很困难。[26]在法人制度下，如果法人财产被侵占（包括被股东侵占），法人可以请求侵权人返还。可是这里，返不返还是该个人或者合伙人的财产。更何况，谁有资格以“单位”名义来请求返还呢？“单位”就处在举办者的绝对控制下。

不考虑上述问题，纯粹从前述规定看，个体和合伙形式的民办非企业单位的举办人是最无私的。他们除了名义上仍然享有“单位”财产的所有权外，不能自己享受其利益，解散时也不能“私分”，可见其利益状况与财团法人的捐助人完全相同。可另一方面，他们还要对“单位”的债务承担无限责任。全世界的法律都没有发现有必要专门为此类“活雷锋”规定专门的法律形式，[27]我国真的这么例外吗？其实，即便按照现行法规定的实质，也可以仍然要求其必须取得法人资格，特殊点仅仅在于举办者在章程中承诺对法人的债务承担无限连带责任即可。如此就可以避免所有的逻辑上的矛盾和法律适用上的困难。当然，即便这种设计在国外也没有先例，大概是因为这种“活雷锋”太少（如果不是没有的话），以至于立法者根本不认为有必要在财团法人制度中为他们进行此种制度设计。而且，即便没有财团法人制度上的规定，举办者也可以通过合同上的安排来达到此种效果，比如，对于与财团法人发生民事关系的当事人，捐助人自愿与其签订保证合同，承诺在财团法人不能履行债务的时候承担保证责任，这在实质上就等于为财团法人的债务承担了无限责任。

笔者当然不是认为法律上应当禁止人民在不设立财团法人的情形下去进行公益性的活动或者其他非营利性的活动。只不过，法律根本不必在民事主体制度中对此规定。比如一个人情愿为无家可归者提供居所，于是花钱买了一套房屋，买了必要的家具、电器，并邀请无家可归者免费居住。这些活动根本不必进行任何申请和批准，因为纯属合法活动。在此过程中取得的财产都归个人所有，承担的债务（比如买房的价款、日常的水电费等）自然须自己承担无限责任。法律无须为此进行任何特别规定。但是，如果收取费用，即便此人只收取成本价甚至更低价格，也构成房屋租赁，须缴纳有关税费。如果方式和规模构成了旅店经营，还应当按照工商管理的规定进行登记。这是因为，价格如何确定，政府根本无法控制和监测的，一般个体与合伙经营者也可能在特定的时候为了经营需要以成本价甚至更低的价格出售产品。也就是，即便举办者声称愿意按照非营利原则来经营，法律上也无法将其与普通的个体经营以及合伙企业区分开来，只能够作相同处理。只不过，如果收取的费用很低，根本没有利润，当然不必缴纳所得税。工商登记赋予的是进行营利性活动的资格，有了收费行为就意味着有可能因此而盈利。工商法规从来没有强求经营者必须取得赢利。

也就是说，法律上应当给民众提供的选择是，如果一个人希望拿出自己的部分财产，并且希望该部分财产与自己的其他财产相分离而独立地、永久性地支持某种非营利性事业，则应当设立财团法人（或者设定公益信托）；如果不希望该部分财产与自己的其他财产相分离，也就是说仍然希望该部分财产可以受到自己的完全支配，则不必登记为法人，如果不收取任何费用，只要行为合法，可以直接进行而无须任何登记，如果收取费用，不论在何种水平上收费，都应当按照工商登记的规定进行申请和登记。他当然还可以选择将其捐赠给一个已经存在的非营利组织。只是这种选择与本文无关，所以不作讨论。

从比较法上看，设立具有非营利性又没有法人资格的“组织”的法律制度，大概只有信托制度。信托制度源于英国法，我国也进行了借鉴，于2001年颁布了《信托法》，其中的公益信托部分与本文有关。信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为（《信托法》第2条）。信



托财产虽然在名义上属于受托人，但是须与受托人的固有财产相分离（第16条），受托人不得以信托财产清偿非因处理信托事务而发生的债务（第17条），同样，受托人因为处理信托事务所支出的费用、对第三人所负担的债务，以信托财产承担，而不必以自己的固有财产承担（第37条）。也就是说，信托财产实际上是以实现信托文件规定的目的而存在的独立财产，就信托事务而发生的权利义务实际上与委托人无关，也和受托人的其他权利义务相互独立。所以，信托制度下，信托财产虽然不像财团法人制度下可以取得独立的法人资格，但是实际效果基本相同。[28]所以它和我国现行法上的个体或者合伙型民办非企业单位有根本的不同。

#### 5. 基金会及法人型民办非企业单位制度与国外财团法人制度的差异

我国的基金会和民办非企业单位法人与财团法人制度相比，还存在一些重要的差别：

第一，法人的目的。国外法律的财团法人的设立目的一般来说可以是所有合法的非营利目的，并不局限于公益目的。我国的《基金会管理办法》要求基金会须以公益为目的，而《民办非企业单位登记管理暂行条例》则规定民办非企业单位的目的是“非营利性”即可。

第二，法人的设立。国外财团法人除了可以根据生前捐助行为而设立外，还可以根据遗嘱设立，我国法律上没有明确规定，所以能否以遗嘱设立至少并不清楚。另外《民办非企业单位登记暂行办法》第2条第4、5款的规定，个人不得单独捐助设立法人型民办非企业单位，而须与其他个人或者单位共同举办，但是国外财团法人制度上对于捐助人的数目没有限制。

第三，举办者（捐助人）。国外的财团法人是民法（私法）上的团体，但是并不妨碍政府作为出资者。德国法上明确区分公法财团和私法财团，私人固然无法设立公法财团，但是政府捐助的财团并不一定是公法财团，只有当一个财团还特别的具备“公法的特征”时才属于。[29]但是在我国，《基金会管理办法》（第2条）和《民办非企业单位登记管理暂行条例》（第2条）均排除了国家机关作为主要举办者的可能性。对于设立时的财产，虽然并不禁止其中有国有资产，但是至少在民办非企业单位之下法律还特别规定了国有资产不得超过三分之一。

第四，对于法定的法人机关，我国的《基金会管理办法》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》都没有规定，个别特别法（比如《社会力量办学条例》）有比较简单的规定。而国外的法律上都有规定，一般来说一般规定董事（或者董事会）是法定机关，其他机关（比如监察机关）是否设立以及职权则由章程规定。

第五、法人的章程的变更以及法人的解散。《基金会管理办法》和《民办非企业单位登记管理暂行条例》仅仅规定了相关的行政审批和登记程序，但是对于什么法人机关或者其他有权作此决定然后提出审批的申请，则没有直接规定，似乎可以由章程决定（参见《民办非企业单位登记管理暂行条例》第10条第6、7项）或者由最初捐助人（举办者）决定。[30]国外财团法人制度上，由于认为法人没有成员，没有会员大会可以作为最高意思机关，因此普遍并不授予董事会变更章程、解散法人的权限，而是须利害关系人向管理机关提出申请，由管理机关决定。

以上可以看出，我国的基金会和民办非企业单位法人制度与国外的财团法人制度的确有一些差异。但是除了在若干问题上范围较窄、若干细节规定上有些区别或者缺乏规定外，并没有根本性的不同。以现有的两种制度为基础，建立比较完整和完善的财团法人制度，至少并不存在逻辑上的困难。唯一的困扰是，现行的民办非企业单位可以是个体或者合伙形式，他们的确和基金会无法统合。不过前文已经分析，我国的这个“特色”极不合理，应当尽快取消。所以，在考虑将来的立法时，这个障碍并不存在。（未完待续）

#### 【注释】

\* 法学博士，北京大学法学院讲师（100871）。

[1] 参见秦晖：《政府与企业以外的现代化——中西公益事业史比较研究》，杭州：浙江人民出版社，1999年。

[2] 莱斯特·萨拉蒙：“非营利部门的兴起”，中译本载何增科（主编）：《公民社会与第三部门》，北京：社会科学文献出版社，2000年，页243以下。

[3] 关于中国非营利组织的状况以及从政治学、社会学角度的分析，可以参见俞可平等：《中国公民社会的兴起与治理的变迁》，北京：社会科学文献出版社，2002年。

[4] 《基金会管理办法》颁布于1988年，1989年国务院颁布的《社会团体登记管理条例》没有对社会团体的含义进行规定，仅在第2条对社会团体的具体形式作了一个不完全的列举，即包括协会、研究会、基金会等。该条例的具体规定中没有关于会员或者会员大会的任何规定。可见当时完全是从政府行政管理的角度来界定社会团体。但是1998年国务院制定的新的《社会团体登记管理条例》第2条对社会团体的定义是：“中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织”，并且在第14条提及了会员大会或者会员代表大会。但是，《基金会管理办法》没有进行修订。这样，基金会到底在何种意义上是社会团体的一种，《社会团体登记管理条例》如何适用于基金会，就成了一个问题。

[5] 所以，校友会和同乡会等非营利也非公益的社会团体可以成立，但是不可以以此作为基金会的目的，除非扩大解释《基金会管理办法》中的“公益事业”。

[6] 参见江平（主编）：《法人制度论》，北京：中国政法大学出版社，1997年，页51；苏力、葛云松、张守文、高丙中：《规制与发展—第三部门的法律环境》，杭州：浙江人民出版社，1999年，页82-84。

[7] 《社会团体登记管理条例》第14条，并参见民政部制定的《社会团体章程示范文本》。

[8] 根据民政部制定的《民办非企业单位登记暂行办法》（1999年12月28日）第5条第3款的规定，民办非企业单位的财产中的非国有资产份额不得低于总财产的三分之二。

[9] 其中法人型的民办非企业单位的举办人如果是个人或者包括个人，须有两个以上，但是单位举办的则似乎可以单独举办。见民政部《民办非企业单位登记暂行办法》第2条。

[10] 参见佟柔（主编）：《中国民法学·民法总则》，北京：中国人民公安大学出版社，1990年，页179-180。其中没有谈及其他“民办事业单位”，这应当不是有意将其排除在外，而是因为当时此类组织实在太少，还没有进入作者的研究视野。类似的观点，参见罗玉珍：《民事主体论》，北京：中国政法大学出版社，1992年，页215。

[11] 参见江平（主编）：同上注6所引书，页50-53，68-69。

[12] 参见魏振瀛（主编）：《民法》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2000年，页76；龙卫球：《民法总论》，北京：中国法制出版社，2001年，页383。

[13] 江平（主编）：同上注6所引书，页48-50。

[14] 参见王泽鉴：《民法总则》，增订版，北京：中国政法大学出版社，2001年，页150以下；黄立：《民法总则》，北京：中国政法大学出版社，2002年，页111以下；迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京：法律出版社，2000年，页862以下。

[15] 财团法人的目的是否以非营利为限制，实际上并不是逻辑上的必然。财团法人没有成员，因此当然不可能像公司法人那样以对成员分配利润为目的，但是在逻辑上完全可以设立一种财团，章程中规定财团财产用于经营性活动并将盈利分配给章程指定的特定人。这种财团法人，实际上是以营利为目的。德国法上允许此种财团法人的存在。参见迪特尔·梅迪库斯：同上注14所引书，页864以下。但是在日本，法律上则明确规定财团法人须以公益为目的（日本民法典第34条），而瑞士民法和台湾地区民法上，则公益事业以外的其他非营利目的都可以成为财团法人的目的。参见史尚宽：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，1998年，页230。这说明，各国法律上在对于允许设立何种财团法人问题，或者说对于有必要为追求何种目的的当事人提供财团法人制度作为工具，有着不同的认识。

[16] 早期还有个别学者认为国外的这种区分本身就不合理。参见罗玉珍（主编）：同上注10所引书，页200。

[17] 张俊浩（主编）：《民法学原理》，修订第三版，北京：中国政法大学出版社，2000年，页166以下。

[18] 江平（主编）：同上注6所引书，页49以下；龙卫球：同上注12所引书，页383；梁慧星：《民法总论》（2001年版），法律出版社，2001年，页144；孙宪忠：“财团法人财产所有权和宗教财产归属问题”，载《中国法学》1991年第5期。

[19] 中国民法典研究课题组：“中国民法典：总则编条文建议稿”，（2002年11月28日访问），〈<http://www.civillaw.com.cn/elisor/content.asp?type=立法聚焦&programid=1&id=24>〉

[20] 陈惠馨等：《财团法人监督问题之探讨》，台湾1995年，页219。参见迪特尔·梅迪库斯：同上注14所引书，页864-865。

[21] 张俊浩：同上注17所引书，页173。

[22] 苏力等：同上注6所引书，页162-163。

[23] 陈金罗：《社团立法和社团管理》，北京：法律出版社，1997年，页52。

[24] 国务院法制办政法司、民政部民间组织管理局（编著）：《〈社会团体登记管理条例〉、〈民办非企业单位登记管理暂行条例〉释义》，北京：中国社会出版社，1999年，页101。

[25] 《社会力量办学条例》第21条规定，社会力量举办的教育机构“可以”设立校董会，具有决定校长人选、决定机构发展、经费筹措和预算决算等事项的权限，其组成人员包括举办者或者其代表、教育机构工作人员的代表和社会人士组成。似乎“举办者”可以当然成为校董会成员。但是，似乎应当这样理解：法律并非要求举办者必须成为校董会的组成人员。由于章程乃是举办者拟定，如果他们在章程中确定自己不参加校董会，并无强迫之理。所以，他们是否参加校董会以及参加的方法，仍然是由章程规定。所以，即便是社会力量办学，也和财团法人的该特点并不矛盾。

[26]，《刑法》第271条第1款规定：“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”可是这里的问题是，非法人型的民办非企业单位的“财物”本来就是举办者“己有”。

[27] 这里的意思是，也许的确有这种最无私的人，他们可能认为一般的财团法人制度无法实现其意愿，因此希望法律上我国的这种制度，使得他们可以申请设立此种“单位”，从而满足其以此种方式举办非营利事业的愿望。

[28] 关于公益信托制度和财团法人制度的关系，台湾的赖源河教授、王志诚教授根据日本学界的研究谈了公益信托和财团法人制度相比的特点，进而认为两者各有长短，各适合于不同类型的公益事业，可以发挥互补的功能。两者的关系“犹如车之二轮，为现代公益活动不可或缺的制度。”见赖源河、王志诚：《现代信托法论》，增订三版，北京：中国政法大学出版社，2002年，页210-211。所以，尽管公益信托可以部分地弥补我国财团法人制度上的缺憾，但是仍有必要建立完善的财团法人制度。当然，即便是公益信托制度，由于号称2002年1月1日施行的《信托法》规定公益信托的设立须经“公益事业管理机构”批准（第61条），可是这个机构至今仍然不存在，所以现行法上的公益信托名存实亡。

[29] 似乎即使在德国，区分公法财团和私法财团的标准仍然不很清楚。主要的标准似乎是要看所据以设立的法律（除了关于财团法人一般规定以外的其他特别法），还可以考察财团的目的是否属于作为捐助者的政府的作用范围，是否直接受到其管理等。参见陈惠馨等：同上注20所引书，页198。

[30] 《基金会管理办法》第11条第3款规定：“基金会改变名称、合并或者撤销，按照申请成立的程序办理。”似乎含有这个意思。

## 中国的财团法人制度

### 三、建立统一的财团法人制度的必要性



上文已经分析，现行法上的基金会和民办非企业单位大致都可以归入国外的财团法人的范畴。建立统一的财团法人制度，和我国现行法上的基本政策是一致的。但是上文只是说明了可行性，那么是否有这个必要呢？

### 1. 现行法上基金会与民办非企业单位法人的异同

我国的基金会和民办非企业单位是两套不同的制度。那么这个区分的标准是什么？理由如何？是否由合理性？

前已言之，基金会和民办非企业单位法人都不以营利为目的，都是基于捐助财产而设立，都没有成员。当然，二者也有区别。区别似乎主要有以下几点：

(1) 法人的目的。基金会须以公益为目的（《基金会管理办法》第2条），而民办非企业单位仅须不以营利为目的（《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条）；

(2) 业务活动的方式。《基金会管理办法》第2条中提到基金会是“通过资金资助”，而《民办非企业单位登记管理暂行条例》则泛泛规定为民办非企业单位从事的是“社会服务活动”。似乎应当理解为，民办非企业单位须自己直接提供业务范围内的非营利性社会服务，而基金会则不得直接进行社会服务，而是仅仅可以以资金（即金钱）资助。

(3) 经费的来源。《基金会管理办法》第6条规定，基金会的基金，应当用于资助符合其宗旨的活动和事业，不得挪作他用；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开支。《民办非企业单位登记管理暂行条例》中没有类似的规定，似乎应当理解为对民办非企业单位来说没有上述限制。

(4) 捐助财产的形式。《基金会管理办法》第3条规定，设立基金会须有10万元以上人民币（或等值外汇）的注册基金，1995年4月4日中国人民银行的《关于进一步加强基金会管理的通知》中又规定，此外还须有200万元人民币（或等值外汇）的活动基金。可见，设立基金会的捐助财产须为金钱。不过似乎也不能禁止捐助人另外捐助其他财产，但是上述数额的金钱是必须的。对于设立民办非企业单位的财产形式，《民办非企业单位登记管理暂行条例》中没有明确规定，仅在第8条规定，须“有与其业务活动相适应的合法财产”。《民办非企业单位登记暂行办法》中也没有具体规定。似乎可以认为，后者在形式上较为自由。

上述区分，到底是经过精心设计的、合理的区分，还是偶然的、随意的和缺乏充分理由的？

关于法人的目的，民办非企业单位的“非营利”目的可以包括公益目的以及是非营利也非公益性的目的，要比基金会目的范围更宽。也就是说，非公益、非营利的基金会目前还不能够设立。但是从政策上说其实并没有禁止的理由。[1]比如某大公司以资助其家庭困难的职工为目的而希望设立一个基金会，虽然不属于公益目的，但是该目的并无违法之处，应无不允许之理，只要规定其不享受公益性基金会的税收优惠和其他优惠即可。

业务范围上的区别可能是现行法上二者最大的区别之一。不过，其实这种字面上的区分本身就没有得到完全贯彻。比如《基金会管理办法》第10条第2款规定：“国外捐赠给基金会的物资，免征关税，归基金会所有；基金会有权将其作为资助，无偿转让给与其宗旨有关的其他单位或者个人，但不得出售。”可见基金会的业务活动不限于金钱资助，还可以包括以“物资”资助。至于实务之中，基金会的业务活动涉及面也很广，比如著名的中国青少年发展基金会，其章程中规定的业务范围非常广泛。[2]自身办有刊物，有附设的研究机构，也曾举办诸如小学教师培训、古诗文朗诵会等活动。[3]又比如中国人权发展基金会的章程中就规定其业务除了资助人权研究、人权教育、人权宣传外，还包括开展对外交流，举办有益于发展和完善中国人权的公益事业等。[4]中国人权发展基金会在2000年还为支持南京大屠杀幸存者夏淑琴诉讼日本右翼人士侵害其名誉权的诉讼而组成了诉讼援助团。[5]难道应当禁止基金会进行上述活动？至于民办非企业单位，固然均有其特定的服务领域，但是也不排除可能以金钱提供某种资助，比如某民办学校为学生提供奖学金，一个民办研究所也可能资助其他研究人员进行某些研究项目。这些活动难道也要予以禁止？所以，两者在业务范围上并没有也不应当划出截然的界限。业务范围的问题，完全可以让章程规定，法律上只要要求其合法性即

可。

关于法人业务活动经费的来源，其实有关法律规定的并不十分清楚。关于基金会，有一个“基金”的概念，又分为“注册基金”和“活动基金”，至于其法律意义则不甚了了。唯一的限制性规定就是工作人员的工资和管理费用不得动用基金（《基金会管理办法》第9条），而业务活动则不受此限制，可以动用基金。对于民办非企业单位没有上述限制。在台湾地区，财团法人制度上的基金的含义是，原则上法人不得动用基金，而仅可以以其孳息和其他收入用于业务活动，因为不得已的理由需要动用基金原本的，须经过监管机关的批准。[6]基金的设置，固然以命名为基金会的财团法人最为常见，但是其他财团法人也可能设有基金。比如一个人捐资2亿元办学，可以要求1亿元用于购买校舍、设备等支出，另1亿元作为基金，只能够用其孳息以及学校的其他收入应付开支。如果我国法律上也采取这种概念，则基金会章程固然可以做如此规定，如果一个我国的民办非企业单位在章程中有此种规定，难道能够说这种基金的设置违法、无效？所以，基金在任何财团法人之中均可能存在。当然，法律也可以特别规定，只有那些主要业务活动的费用来自基金孳息的财团法人，才可以命名为“基金会”。但是这仅仅是一个名称管理的问题，而是否设有基金并不足对财团法人做出有意义的区分。这也是为什么大陆法系国家的财团法人制度一般不对基金问题进行很具体的规定，因为这是章程规定的事项。

关于捐助财产的形式，更不应当在法律上做出僵硬规定。对于民办非企业单位的灵活态度是可取的，比如为设立民办学校而捐助房产作为校舍、捐助家具等，当然应当准许。对于基金会，也应当较为灵活，比如捐助财产如果是一栋大楼，完全可以以它的租金收入作为基金会的经费来源，实现法人目的，或者将来将大楼出售取得资金。

以上分析可以看出，现行法上基金会和民办非企业单位都符合国外财团法人制度的基本特点，二者相区别的地方或者不合理，或者根本不足以作为建立两套制度的根据。法律中的上述差别，显然并非立法者在经过慎重思考后精心设计的结果。

## 2. 事业单位制度与财团法人

现行法上对基金会和民办非企业单位的举办者的身份以及财产来源（是否国有资产）均有限制，以至于如果政府出面或者以国有资产为主，就不能够利用基金会或者民办非企业单位的形式。这仍然是我国政府长期以来根深蒂固的“所有制决定论”的反映。立法者似乎认为，用国有资产出资兴办公益性服务机构就只能采用一种法律形式，只有采取事业单位形式（参见1998年的《事业单位登记管理暂行条例》）。实际上，财团法人一旦设立就和捐助人相分离，因此捐助人的身份完全无关紧要。即便捐助人在制定的章程中指定自己作为董事会的成员，那也是根据章程行使有关权限，而不是基于捐助人的身份。

立法者需要了解，政府出资设立一个机构时的目的和所希望的管理模式可能是不同的。如果需要保持其对行政机关的附属地位，或者至少保持最终的决定权，则应当采取当前的事业单位形式，从法律上来说则是公法人的性质。但是如果希望其取得独立性，不受政府直接指挥，就如同一般的民间组织一样，那就应当利用私法途径。国外的财团法人制度从来没有禁止政府作为捐助人。这就好像政府要从一个私人手上取得某项财产，采取国家征用这种公法途径固然可以，但是也未尝不可以采用私法上的买卖合同。既然财团法人制度在理论上为政府提供了可以实现其目的的多一种的选择，又何必非要堵上这条路、自己捆住自己的手脚呢？当然，如何避免财政资金被以此方式不当运用也是需要考虑，但那是另外一个问题。

所以，现行的事业单位制度固然应当保留（其本身的改革和完善问题本文不讨论），但是在财团法人制度上不应排除政府作为捐助人的资格。全国人大常委会法工委对法人制度的两套方案中都没有这种限制，这是正确的做法。

## 3. 中国的财团法人制度的立法模式选择

既然现行法上对基金会和民办非企业单位法人的区分是不合理和不必要的，既然也有必要允许政府根据民法捐助财产从事特定的公益性目的，那么完全应当建立一套统一的相当于财团法人的制度。



与现行法相比，这套制度可以在实现现行法追求的所有目的的基础上更增强其功能，体系上更加简明清晰，制度更加简单和容易操作。总之，是一个有百利而无一弊的方案。当然，制度转换会给实务部门带来一定的麻烦和困扰，但是长远来看，这显然是值得的。

既然应当统一，首先面对的是“国号”问题。

对于“财团法人”的名称，除了法学界之外基本还不为人所知。不过这应当不成为特别的障碍。不论是基金会也好，“民办非企业单位”也好，“财团法人”也好，甚至“法人”，都不是中国的传统制度，也就是说，至少从二十世纪以来，都算是新名词，都经历了一个逐渐被人们了解和习惯的过程。重要的并不是选择一个名词，而是首先要在法律政策上明确，是否允许存在此类非营利组织，其次要在法律技术上确定，是否确立一套相当于国外“财团法人”制度的统一制度，最后才是决定这套制度的名称。如果决策者实在无法接受“财团法人”的名词，甚至统一叫做“民办非企业单位”也可以，只是那样的话基金会就会成为“民办非企业单位”的一种了。

在民法学界，在坚持财团法人制度的实质的基础上，在二十世纪九十年代初之前，有学者提出了“捐助法人”、“捐献法人”、“基金法人”等对财团法人的替代性名称。[7]不过笔者认为传统民法上将私法人根据其是成员（社员）的集合还是财产的集合而区分为社团和财团，在名称上是非常精当的，并且至少在法学界已经是一个相当熟悉的概念。任何概念都有一个习惯的过程，即便叫做“捐助法人”也是如此。

统一的财团法人制度的立法模式，至少有两种选择。一种是在民法典之中确立其基本规范，其中不仅仅包括实质意义上的民法规范，也包括监督管理上的基本制度，也就是说可以包括部分行政法规规范，然后再以单行的较低层次的立法规定较为细节性的内容（主要是关于监督管理的法规）。第二个选择是，仅在民法典中简单说明财团法人是法人的一种，但是不设定具体规则，而是交由单行立法解决。笔者以为，从其他国家的经验看，民法典中关于法人的规范都比较原则，并不充分，常常需要另外制定单行法作为补充，但是，我国现行的法人制度体系比较混乱，将来必然要进行大的调整，这个调整的工作是一个基本的民事立法问题，还是应当在民法典中完成。但是既然民法典原本就不打算进行系统全面的规定，那倒不如只在民法典中进行相当原则性的规定，具体制度（尤其是行政管理方面的规定）留给单行法（比如叫做“非营利组织法”，对非营利性的社团和财团，包括没有法人资格的社团，进行全面的规范）。

如何选择立法体例是一个形式上的问题。更加关键的，还是要研究清楚在实质内容上应当包括哪些制度。

#### 四、中国财团法人制度的基本设计：继承与创新

在考虑财团法人制度的时候，一方面要尽量继承好的传统，另一方面为了符合中国的国情有所创新。需要考虑继承的传统，应当既包括国外的经验，也包括现行立法上的经验。

1. 财团法人的目的。应当不仅包括公益目的，也包括非公益性的非营利目的。[8]为了适用法律上给公益性团体的特别优惠措施，应当另设关于公益目的的审查标准，在有关的税法规则中进行具体规定。

2. 财团法人的设立。财团法人的设立基于的是捐助行为，包括生前捐助和遗嘱捐助。应当在法律上使用准确的“捐助行为”概念，避免使用模棱两可的“捐赠”或者“资助”等概念。[9]捐助人须订立章程，对于法律规定的若干重要事项，章程中必须记载。鉴于我国实务上不够重视章程的制定，所以应当在法律中将必要记载事项规定得比较详细，要求捐助人必须制定清楚，以免将来陷入困境。

按照各国通例，对于捐助人的身份以及个数都不必规定。也就是说，不论是政府、其他组织还是个人，不论是一个民事主体单独捐助设立还是数个民事主体一起捐助设立，都应当是许可的。[10]现行法上对国有资产捐助的限制的问题前文已经讨论。另外，现行的民政部规章中要求民办非企业单位法人的举办者如果是个人，则须有两人以上。这是一个不合理的规定。财团法人设立后就和捐助人脱离关系，那么捐助人是一个还是两个又有什么分别呢？[11]在考虑将来立法的时候，该观点显然不可取。



3. 财团法人的法人机关设置和权限。应当将董事会和监事会作为法定机关。虽然国外一般只规定了董事会，[12]但是由于我国的信用问题一向令人担忧，因此要求在财团法人内部建立更为完善的监察制度有其必要。[13]董事会和监事会的基本权限应当在法律中明确规定，不允许章程中另作约定，以保障交易安全。但是其他权限可以允许在章程中作不同的规定。

法律中还应当规定，章程中可以规定其他法人机关，就职员选任、财产用途等方面的问题进行决定。[14]比如，可以设立捐助人会议，由捐助人以及财团成立后捐赠数额达到一定数额的人组成，有选任董事会成员、监事会成员以及决定重大事项的权力。也就是说，可以扮演类似会员大会的角色。当然，它的权力应当比社团法人的会员大会要小。法律上应当规定特定的权限，比如变更章程、财团法人解散等事项，均非财团法人的内部机关有权决定的事项。也就是说，法律上须规定法定的机关及其权限，以及不得由法人机关行使的权限，至于其他机关的设置以及权限的设置，由章程规定。

4. 财团法人的财产管理和运用。法人财产的管理方法，比如如何投资，章程中当然可以规定，[15]但也应当在法律上为了保证财产运作的安全而设置一定的限制性的强制性规定。[16]但是如果章程中有更加严格的规定，应当允许。比如捐助人要求全部基金只能在银行存款，以求得绝对安全，应当有效。

章程中可以规定是否设立基金以及是以全部捐助作为基金还是部分捐助作为基金。法人原则上不得动用基金。但是如果有不得已的事由，经董事会决议并经监管机关同意，应可以动用基金，以实现法人目的。

5. 章程的变更。在社团法人制度中，法人成员大会（比如股东会或者会员大会）有权修改章程。但是财团法人并无成员，董事会虽然可以执行法人事务，但是董事会或者任何其他法人机关本身就是依照章程设置，他们并非财团法人的捐助人，允许其决定修改章程将使得捐助人的目的无法实现，就会背离财团法人制度的宗旨，同时也会导致一些人不敢捐助财产设立财团法人，这对社会公益事业的发展不利。甚至原来的捐助人也不应当有权修改章程，因为从法律上说一点捐助完成他们就丧失了财产权，与该法人“形同陌路”。从政策上说，法人设立后完全可能收到其他人的赠与以及取得其他收入，而其他入赠与财产或者工作人员提供服务，乃是基于对最初的章程的认同。允许捐助人修改也将危害财团法人的社会信用，并且可能让某些人利用财团法人达成不合理的目的，比如本来想捐助甲种事业，但是害怕社会上乏人支持，于是捐助设立了以乙种事业为目的的财团法人，等到社会纷纷响应、获得很多捐款后，突然决定修改章程，变更其目的为甲种事业。

虽然企业法人的章程变更也需要经过管理机关的审查，但是在企业法人之下，这是基于私法自治，监管机关应当只有有限的审查权。但是在财团法人，行政机关享有的是决定权，也就是说乃是基于自己的判断而为决定。当然，监管机关通常不宜主动介入，法律上最好列明可以提出申请的利害关系人的范围。应当包括，董事会决议、捐助人、潜在受益人等。为了防止行政机关滥用职权，应当明确赋予董事会（以财团法人自身的名义）、捐助人、潜在受益人提起行政诉讼的资格。

6. 财团法人的解散事由和剩余财产的归属。现行法（几个条例）中对财团法人的解散事由，除了对因为进行了违法行为而被民政部门撤销之外，并无其他规定。从理论上来说，如果章程中规定了特定的解散事由，比如规定了法人的存在期限，或者其他特定事由，应当解散。但是现行法上有两个重大问题。第一是我国法律上只有企业法人的破产制度，可是其他私法人都可能因为不能清偿债务而有依破产程序对债权人公平清偿债务的需要。所以，我国的破产法需要完善。当然，这个问题可能并不紧迫，但是并不是不需要考虑。第二个问题是谁可以决定财团法人的解散。现行法上对此没有规定，但是从法律条文的隐含意思以及经过批准的一些财团法人的章程看，似乎是允许的捐助人在章程中自由规定，包括可以规定，董事会有权决议解散财团法人。基于和上述“章程变更”部分相同的理由，虽然应当允许董事会作出此类决议并提交政府决定，但是监管机关应当有完全的决定权。

法人解散后剩余财产的归属，按照有关政府官员的解释，应当“在业务主管单位和有关部门的指导

下，用于发展同类型的民办非企业单位，不得挪作他用。”[17]这种做法过于僵硬。应当允许章程中对剩余财产的归属做出规定。但是限制条件是不得归属于自然人或者营利性团体。[18]对于公益性财团法人，还应当特别规定为必须归属于其他公益性的团体或者政府。否则，一个中间法人（非公益、非营利的法人）可能因此而间接地享受原本不得享受的税收优惠，显然不妥。

7. 捐助人与财团法人的财产关系的一个特殊设计。财团法人的性质决定了，财团法人设立、捐助财产转移后，就归财团法人所有，捐助人便在财产上完全与财团法人脱离关系（即便他们还可以根据章程成为法人机关的成员）。为了确保财团法人真正的非营利性，在剩余财产分配上也须按照上文阐述的原则加以规定。

但是我国由于经济还欠发达，慈善捐助的传统也似乎相对欠缺，所以有必要在制度设计上更能够吸引“投资”。至少有一个不妨碍财团法人的非营利性质的方案可以考虑：章程之中可以特别规定，出资人可以在一定条件下，将自己的捐助财产本身“收回”，但不得附加任何利息或者红利；如果在财团法人存续期间没有完全收回，则可以在法人终止的时候，请求返还最初出资。这样，如果有些人愿意拿出财产捐助财团法人，又不希望就此完全丧失财产利益，而是希望将来可以（至少可能）收回出资本身，就可以在这种制度下满足自己的需要。《社会力量办学条例》第43条规定，教育机构清算后的剩余财产应当先用来返还或者折价返还举办者的投入，其余部分由政府主管机关安排。其他特别法中虽然没有明确规定，但是实践中似乎也有类似的做法。比如著名的天津鹤童老人院的举办者后来就收回了最初的60万元“投资”。[19]大陆法系各国以及英美的公益信托制度中都没有此种设计，但是考虑到我国的民间从事公益事业的传统比较薄弱，这种制度既然能够更多地吸引人们投入资金，似乎有推广的价值。当然也需要在细节上精心设计，防止被滥用。[20]比如，如果捐助人以实物捐助，这些实物被财团法人处分后，只能折价返还，为了防止有人通过不正当手段估高实物的价值从而将来得到超出其原先价值的金额，对于章程中有此种规定的财团法人，需要在实物估价上有更加严格的程序。另外，为了保障债权人的利益，参照公司法有关规定的精神，[21]捐助人只能够就财团法人资产的增殖部分请求返还，在财团法人终止的时候须在所有债务清偿完毕后才能够就剩余财产请求返还相当于自己捐助财产的数额。

当然，这种设计的意义也不应当扩大。从经济效果上可以看出，这里的情形相当于无息贷款（如果是金钱投入）或者无偿借用，所以有这种目的的当事人，也可以等财团法人设立后，通过签定无息贷款合同或者借用合同而达到目的。但是法律上作此种设计仍然有它的特别优点：（1）很可能没有这笔财产，财团法人就无法设立。（2）此类出资人可能特别希望自己作为最初的举办者（捐助人），这样可能比较有荣誉感，也拥有决定章程的权利，包括决定财团法人名称的权利，这些因素可能都是相当重要的吸引捐资的因素。（3）无偿借贷和借用，都可以不论财团法人是否有财产增殖而根据合同请求返还，而上述设计下，可以特别规定，只有在财团法人的财产增殖部分，才可以在一定条件下请求返还。这一点对于财团法人要更加有利。

#### 【注释】

\* 法学博士，北京大学法学院讲师（100871）。

[1] 我国有学者认为财团法人只能是公益法人，不可以是中间法人，不过没有阐述理由。张俊浩：同上注17所引书，页182。

[2] 中国青少年发展基金会章程第六条规定：“中国青基金会业务范围是：

“（一）根据社会发展和青少年成长的需要，创办教育、科技、文化、体育、卫生、社会福利和环境保护事业；

“（二）组织开展和资助开展有益于青少年身心健康的各项活动；

“（三）支持、推动并组织实施青少年问题的研究工作；

“（四）奖励青少年优秀人才及为青少年事业做出杰出贡献的团体和个人；

“（五）开展与港澳台同胞、海外侨胞、国外友好团体和人士，以及国际青少年组织、基金组织的友好往来，增进相互了解，加强相互合作。”

见“中国青少年发展基金会章程”，（2002年11月28日访问）<

<http://www.cydf.org/gb/zhangcheng-2.html>>

[3] 中国青少年发展基金会：“在实施项目和活动”，（2002年11月28日访问）

〈<http://www.cydf.org/gb/jigouxiangmu.html>〉

[4] “中国人权发展基金会章程”，（2002年11月28日访问）<

<http://dawning.iist.unu.edu/china/cfhrd/zhangcheng.htm>>

[5] 朱沿华：“人权发展基金会支持南京大屠杀幸存者夏淑琴维护名誉权”，（2002年11月28日访问）〈<http://www.chinanews.com.cn/2000-11-28/26/58406.html>〉

[6] 参见陈惠馨等：同上注20所引书，页89-90。

[7] 参见江平（主编）：同上注6所引书，页50。

[8] 前文介绍国外财团法人制度的时候，谈及国外还存在实质上为营利性的财团法人制度。笔者不拟深入讨论中国是否有必要考虑设置类似制度，这里仅大略说明。为了方便营利事业的进行，法律上需要供给哪些制度？公司制度显然是基本的，还有其他。但是至少还现在还没有人提出需要用财团法人制度来发挥独特功能。笔者猜想，日本和我国民国时期考虑引进大陆法系民法的时候，将财团法人定位在公益性或者非营利性，立法者也是认为营利事业提供的其他制度已经足够。所以，在企业界或者经济学界认为有特别的需求之前，笔者认为并无设置营利性财团法人制度的必要，否则只能是徒增法律的复杂性，无人有兴趣利用之，毫无实益。

[9] 参见胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社，1997年，页143以下；史尚宽：同上注15所引书，页231以下。

[10] 同说参见孙宪忠：同上注18所引文。

[11] 前文已经分析，民办非企业单位法人应当是一种没有成员的法人，符合财团法人的特征，举办者可以根据章程成为管理机构成员，但是并非基于举办者的身份。不过这是笔者基于法律规定所作的逻辑分析。实务中被注册的民办非企业单位中，举办者似乎大都成为管理人员，而民政部似乎也认为举办者的地位类似公司的股东，当然具有决策和管理的权利；既然公司法上要求股东须2人以上（国有独资公司除外），而且传统的社团法人理论要求至少有两个成员，因此这里也须有两个以上的举办者。但是笔者认为这缺乏法律依据和理论依据，理由前文基本已经阐述，兹不赘。

[12] 参见台湾地区民法典，德国民法典，瑞士民法典，意大利民法典。

[13] 参考曾世雄：《民法总则之现在与未来》，北京：中国政法大学出版社，2001年，页115-117。民国时期有判例认为财团法人的捐助人当然具有监督董事或者经理的权利，并在后者侵犯财团法人财产的时候有起诉的权利。见史尚宽：同上注15所引书，页172。这种做法值得借鉴。不过这不妨碍监事会设置的必要性。

[14] 参见史尚宽：同上注15所引书，页237。

[15] 关于台湾地区有关当局所作的相关规定，参见陈惠馨等：同上注20所引书，页89-90，以及附录。但是，法律中不宜将此规定为章程的绝对必要记载事项。章程中没有规定时，董事会应当按照通常的方法进行管理。

[16] 参见陈惠馨等：同上注20所引书，页91。

[17] 国务院法制办政法司、民政部民间组织管理局（编著）：同上注24所引书，页142。

[18] 参见台湾地区民法典第44条。

[19] 朱晓超：“把欧洲养老院搬到中国”，载《财经》杂志2001年10月20日刊。

[20] 笔者曾经反对这种制度。参见苏力等：同上注6所引书，页142-143。但是现在改变了观点。尽管笔者当初考虑的一些技术上的困难仍然存在，但是并非完全不可克服。

[21] 在公司法上，股东不得在公司没有盈利的情形下分配红利（《公司法》第177条），公司解散时须清偿完公司所有债务后，才由股东按照股权比例分配剩余财产（《公司法》第195条）。



(作者为北京大学法学院教授)

◀ 上一篇      下一篇 ▶

中国社会组织网 国家民间组织管理局主办 版权所有 电话: (010)58123114  
技术支持: 紫光软件系统有限公司 电话: (010)64459047