



THE CHARITABLE POWER FOR
BUILDING HARMONIOUS SOCIETY
A COMPARATIVE STUDY OF
THE LEGAL SYSTEM OF FOUNDATIONS

构建和谐社会的公益力量

——基金会法律制度研究

许光/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



THE CHARITABLE POWER FOR
BUILDING HARMONIOUS SOCIETY

A COMPARATIVE STUDY OF
THE LEGAL SYSTEM OF FOUNDATIONS

构建和谐社会的公益力量
——基金会法律制度研究

许光/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



图书在版编目(CIP)数据

构建和谐社会的公益力量——基金会法律制度研究/
许光著. —北京:法律出版社,2007.10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7737 - 3

I. 构… II. 许… III. 基金会—法规—对比研究—
中国、外国 IV. D922.182.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 147764 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/12.25 字数/296 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7737 - 3

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

许光,男,1977年出生于安徽省枞阳县,2004年毕业于对外经济贸易大学法学院,获法学硕士学位,现任职于中国出口信用保险公司。自2003年开始研究基金会法律制度,相关论文有:

“基金会创立中的法律问题”,《民商法论丛》(第33卷),法律出版社。

“基金会法律体系的比较研究”,《财经法律评论》(第3卷),法律出版社。

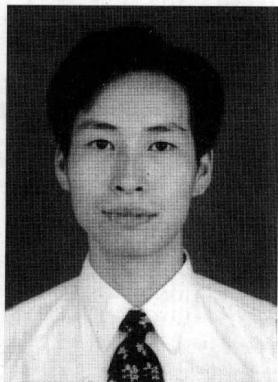
“公益募捐的法律问题”,《经贸法律评论》(第1卷),对外经济贸易大学出版社。

相关翻译文献有:

开放社会协会《非营利组织法律制度指引》(*Guidelines for Laws Affecting Civic Organizations*)。

美国统一州法全国委员会《统一机构基金管理法》(*Uniform Management of Institutional Funds Act*)。

美国法学会《公益基金募捐示范法》(*Model Act Concerning the Solicitation of Funds for Charitable Purposes*)。



序

有人说,社会公益事业是市场经济自由竞争的减震器、调和剂。在我国当前经济社会大转型时期,面对贫富差距不断扩大等诸多社会问题,大力发展社会公益事业无疑是建设和谐社会的重要一环。但勿庸讳言,我国社会公益事业目前仍很不发达,不仅规模有限,而且常常出现公益资金被滥用、挪用的丑闻。究其根源,公益组织的治理不完善是造成这种现状的主要原因,而有关我国公益组织法律概念、法律框架、法律关系等的不完善则是导致治理不完好的根本性原因。具体地说,不承认“基金”的主体地位,不接受“财团法人”的概念,不确立受信任人的忠实勤勉义务,是阻碍我国公益组织治理完善的制度缺陷。

基金会是管理基金的。“基金”一词是指用于特定目的的一笔资金或财产组合。然而在法律上如何看待这种组合财产,各国法律之间存在明显的不同。在大陆法国家,为了实现特定公益性目标而集合的财产可以获得法人地位,即“财团法人”。在英美法国家,公益财产主要采取信托或非营利法人的方式,其中信托也是一种最简单的法律主体。所以,在发达国家,公益资金在法律所有权的归属上是“有主”的。我国民事法律中没有“财团法人”的概念。《信托法》虽然规定了“公益信托”,并事实上已经赋予信托一定程度的主体性,但

信托财产的主体性仍是不完整的。由于没有在法律上确立“基金”的主体地位,因而只能把规范公益资金运作的落脚点放在管理者“基金会”上,公益资金在法律上实际变成了“无主财产”。在这种情况下,围绕公益资金出现的各种弊端、丑闻恐怕就难以从根本上消除。因此,在制定《民法典》时,引入“财团法人”的制度,重新搭建我国公益组织的法律构架,乃是迫在眉睫的务本之策。

从总体上看,我国学术界目前对公益组织的研究还比较薄弱,法学界的研究成果尤其贫乏。许光同志在其硕士学习阶段就对公益组织、非营利组织的问题抱有浓厚兴趣,把“基金会”的法律问题作为硕士学位论文的选题,广泛收集国内外一手文献资料,参考了许多国外学者的研究成果,写出了一篇较为优秀的硕士学位论文。现在他利用工作之余,在其硕士学位论文的基础上进一步修改、完善,补充了更多的文献资料,完成了这部专著。对于一位刚刚踏入实务工作的年轻同志而言,这是非常难能可贵的。同时,我相信,这部专著能够丰富我国公益组织、非营利组织问题的研究,有益于我国公益事业法律制度的完善。

是为序。

焦津洪

2007年10月1日

目 录

引言 1

第一章 基金会制度概述 5

- 第一节 基金会制度沿革 5
- 第二节 基金会相关概念辨析 28
- 第三节 基金会的基本特征 37
- 第四节 基金会的基本类型 41
- 第五节 基金会的基本职能 51

第二章 基金会的法律体系 63

- 第一节 大陆法系的基金会法律体系 63
- 第二节 美国的基金会法律体系 74
- 第三节 各国基金会立法比较 93

第三章 基金会的创立 96

- 第一节 捐助 97
- 第二节 基金会的成立 105
- 第三节 基金会创立中的法律关系 111

第四章 基金会的运作 113

- 第一节 募捐和捐赠 113
- 第二节 财产管理和对外资助 127
- 第三节 投资 136
- 第四节 合并与分立 146
- 第五节 终止与解散 151

第五章 基金会的法人治理结构 157

- 第一节 基金会治理结构的一般问题 157
- 第二节 基金会的治理以理事会为中心 165
- 第三节 监事会 181

第六章 基金会的监管与自律 186

- 第一节 监管的理论与实践 186
- 第二节 基金会的自律机制 199

第七章 基金会管理人的义务与责任 205

- 第一节 公司、信托的法律构造 205
- 第二节 基金会管理人的义务 211
- 第三节 基金会管理人的责任机制 223

第八章 基金会税收法律制度 252

- 第一节 基金会税收优惠制度 252
- 第二节 税收优惠的理论依据 271
- 第三节 商业活动的税收制度 279

第九章 我国基金会法律制度的完善 292

第一节 我国基金会法律体系的完善 292

第二节 我国基金会税收制度的完善 301

第三节 我国基金会与公益信托的衔接与协调 307

附录 318

《基金会管理条例》 318

《基金会名称管理规定》 326

《基金会年度检查办法》 328

《基金会信息公布办法》 330

克罗地亚《基金会和基金法》 332

美国《公益基金募捐示范法》 346

美国《统一机构基金管理法》 358

参考资料 365

一、中文文献 365

二、英文文献 370

三、主要案例 377

四、主要网站 378

引言

20 世纪后期,有组织的志愿活动在全球范围内开展得如火如荼,兴起了一场全球性的“社团革命”。^① 其结果是出现了大规模、大范围的非营利组织,这些非营利组织的集合构成了社会的“第三部门”。第三部门(又称非营利部门)与政府部门、市场部门一起构成了三足鼎立的现代社会架构。政府、企业 and 非营利组织分别是政治领域、经济领域和社会领域的主要组织形式,政府构成管理资本,企业构成市场资本,非营利组织构成社会资本(具体区别可见表 1)。非营利组织是继市场体制和国家体制之后出现的一项重大的组织创新和制度创新,成为介于政府体系 and 市场体系之外的一个庞大的社会组织体系。^② 有效的市场体制和民主政治离不开发达的第三部门的支持,事实上,社会中有许多问题须要由政府以外的组织和团体来担负。有学者把非营利组织的功能总结为五点:创新先驱者、改革倡导者、价

① 莱斯特·萨拉蒙:“非营利部门的兴起”,何增科译,载何增科主编:《公民社会与第三部门》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 243 页。

② 钱春元:“美国私人基金会与美中关系——兼论国际政治社会化”,外交学院博士论文,第 20 页。

值维护者、公益提供者、社会教育者。^①

表 0—1 政府部门、市场部门与非营利部门的比较^②

	政府部门	非营利部门	市场部门
哲学基础	公正	慈善	营利
代表性	多数	少数	所有者与管理者
服务的基础	权力	捐赠	收费
财源	税收	捐款、奖励的报酬、补助	客户支付的费用
决策机制	依法行政	领导层(董事会或理事会)决定	所有者或管理者决定
决策权威的来源	立法机关	依组织章程所成立的董事会(理事会)	所有者或董事会
向谁负责	选民	拥护者	所有者
服务范围	广泛	有限	只限于付费者
行政架构	大型的官僚结构	小型(弹性)的官僚结构	官僚结构或其他特许的运作层级
管理服务模式	一致的	变化的	变化的
组织规模	大	小	小至中

在很多国家,第三部门的主要形式之一就是基金会这样的非营利组织。例如,美国是典型的“小政府、大社会”的社会结构,非营利

① 江明修:“我国基金会之问题与健全之道”,载我国台湾地区《中国行政评论》第八卷第三期 1996 年 6 月。

② Kramer, Ralph M. (1987). “Voluntary Agencies and the Personal Social Services”. In Walter W. Powell (ed.). *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*. New Haven, Connecticut: Yale University Press. pp. 243.

部门非常发达,据统计,美国约有 140 多万个非营利组织,其中基金会的数量有近 68,000 个,^①占非营利部门总数的 5% 左右,然而其控制的资产总额超过 5000 亿美元,占非营利部门的近 50%,处于举足轻重的地位。^② 在欧洲,欧盟 15 个成员国的基金会超过 61,000 家。其中较大的 27,000 家基金会资产总额达到 1740 亿欧元。^③ 在中国,据民政部最新统计资料,截至 2005 年末,全国在各级民政部门登记的基金会共有 975 家,其中在民政部登记的全国性基金会有 92 家。

第三部门的兴起和基金会的发达有深刻的政治、文化、宗教、慈善传统和渊源,与此同时,法律对基金会等非营利组织的规制和保护,也是非营利组织得以健康发展的重要条件。

通过规范非营利组织的设立、管理、税收、捐赠、监管等方面,法律可以促进非营利组织的发展,也可以抑制其发展,甚至可以把非营利组织塑造成所期望的类型。^④ 更有学者从经济学的视角利用实证分析来论证法制建设与非营利部门发展的关系。例如,美国霍普金斯大学萨拉蒙教授(Lester M. Salamon)在题为“法律环境对非营利部门发展的影响”一文中,对比分析各国非营利组织的发展环境后得

① American Foundation Center: *Foundation Yearbook* 2006.

② Sansing, Richard C. and Yetman, Robert, “*Prudent Stewards or Pyramid Builders? Distribution Policies of Private Foundations*” (September 6, 2002). Tuck School of Business Working Paper No. 02-18. <<http://ssrn.com/abstract=329161>>

③ European Foundation Center (EFC): *Annual Report* 2005.

④ 例如,埃塞俄比亚和印尼通过立法鼓励提供服务的非营利组织,但是限制倡导游说的团体。See World Bank: *Handbook on Good Practices for Law Relating to Nongovernmental Organizations*.

出结论:法律“可以对非营利组织存在和维持的广度产生重大影响”。^①

既然法律对基金会的发展是很重要的,那么我国基金会法律制度如何呢?作者研究发现,与我国基金会的发展状况相比,我国有关基金会的法律制度尚不完善,立法体系尚不清晰,落后于基金会的发展现状。本书试图通过对中外基金会的法律制度进行比较研究,在坚持我国国情和法律传统的基础上,借鉴国外先进的法律制度,参照国际上的立法指引,提出我国基金会法律制度的健全之道。

① 萨拉蒙教授提出,有三类法律因素可“影响非营利组织的供给”,即可以阻碍非营利组织存在和发展:一是总的法律态度,包括赋予结社自由的权利、许可的一般目的、许可的政治活动;二是非营利组织设立的法律规定,包括法律主体地位资格(包括是否允许设立非法人组织、成员的要求、创立基金底限要求)、政府是否任命理事会理事、政府授予法律人格时的自由裁量权、复审程序等;三是财政税收法律,包括可免税非营利组织的范围、所得税减免、不动产(财产)税收减免、印花税和其他关税减免、间接税减免(例如销售税、增值税等)、是否允许非相关业务活动(Unrelated Business Activities)及其税收待遇、机构捐赠者的税收优惠、个人捐赠者的税收优惠、公司捐赠者的税收优惠等。萨拉蒙教授通过实证研究发现,以色列、美国、新西兰在这些方面做得最好。这种有利的法律环境可以减少非营利组织成立和发展的“供应边际交易成本”(Demand-side Transaction Cost),从而促进非营利组织的发展。Salamon, Lester M. and Stefan Toepler. "The Influence of the Legal Environment on the Development of the Nonprofit Sector", The Johns Hopkins Center for Society Studies, Working Papers Series, no. 17. 1996. Source: (<http://jhuniverse.jhu.edu/ccss/pubs/pdf/ccsswp17.pdf>).

第一章 基金会制度概述

基金会制度具有悠久的历史,伴随着社会形态的演变而不断发展。同时,基金会的发展也是社会经济文化进步的必然结果。通常一个社会的经济实力和明文程度愈高,基金会现象就愈明显。

第一节 基金会制度沿革

一、基金会的起源

1. 古代时期

基金会制度的历史可以追溯到古代社会。早在公元前 10 世纪以前,赫梯人的古代部落已出现把个人财产捐献给寺庙和社会以用于某项事业的做法。古罗马共和国时期曾建立过救助儿童的“食品基金会”,以防止人口的减少。^① 在古希腊,公元前 387 年著名哲学家柏拉图以私人财力创建了柏拉图学园,后来柏拉图把学园连同一块丰饶的农场土地遗赠给其侄儿,并附了一份契约,规定该产业的经营利润必须用以维持学园及供给柏拉图的追随者之需。这位侄儿后来

^① 马胜利:“外国的基金会制度”,载《欧洲》1994 年第 1 期,第 62 页。

又把这份产业传给赫诺克拉特供学园使用。这是后世捐赠公益基金的先河,只是当时还没有一种永久性的法律安排,以至于每一代人都要单独订约把这份“基金”交给新的主持人。^① 后来这所学园存在了近 900 年。^②

2. 中世纪以后

在中世纪,基督教和伊斯兰教兴盛起来以后,大部分善款都捐赠给教会以用于慈善事业,基金会多以“济贫院”的形式出现,在伊朗、沙特、土耳其等穆斯林国家,各种形式的基金会非常普遍而且具有古老的传统。在中世纪兴起了大城市中的商人和手工艺人行会,它们得到政府的许可而成立。一些捐助人为特别的慈善目的,通过馈赠和遗赠,向这些行会捐赠了大量金钱、土地或房屋等资产。后来这些行会延续下来,在伦敦称为“城市公司”。^③ 它们作为受托人接受外界捐赠积累了大量资产,这些资产按照捐赠者规定的条件,由公司董事会决定用于规定的慈善目的。由于英国早期的慈善事业多以各种类型的慈善信托的形式来开展,因此很多慈善机构都冠以“信托”的名称。例如,1278 年成立的谢菲尔德镇信托至今仍然开展慈善活动,在 1998 年庆祝了其 700 周年大典。^④ 这些公司和信托比较接近于今天所说的基金会。

随着宗教改革和王权的加强,基金会的活动开始扩展到世俗社会的其他领域,有关基金会的立法也开始出现在英美法系国家。1601 年,英国女王伊丽莎白一世颁布了《慈善用益法》,这是世界上

① 秦晖:《政府与企业以外的现代化——中西公益事业史比较研究》,浙江人民出版社 1999 年版,第 109 页。

② 王名,贾西津:“基金会的产权结构与治理”,载《经济界》2003 年第 1 期,第 40 页。

③ 基金会中心:《世界基金会指南》第 6 版序文“基金会的起源和现状”。

④ Rechara Fries:“英国的法律与社团生活”,载中荷“中国社团的法律问题”国际研讨会论文。

第一部关于公益事业的立法。英国的公益信托及其法律制度(包括这部《慈善用益法》)都随同移民而移植于美国,成为美国民间推动公益事业的重要制度。1790年,政治家富兰克林逝世时在他的遗嘱中规定在波士顿和费城各建立一笔基金(fund),专门扶助“品格优秀和已婚的青年发明家”。其中费城基金至今仍在,1999年时其资产余额为220万美元。

在美国,独立战争后期,摆脱英国殖民统治的各州掀起了一股排斥、废除英国法的浪潮,包括1601年《慈善用益法》。由于没有制定法的承认,也没有判例法的先例支持,美国各州法院拒绝承认公益信托的效力。最早对公益信托加以抵制的是弗吉尼亚州审理的 *Trustees of Philadelphia Baptist Association v. Hart's Executors* 一案,本案中哈特先生在1790年所立遗嘱中约定把其死亡时的剩余财产遗赠给浸信会,以供浸信会每年在费城聚会之用,并指定浸信会负责将其遗产成立一永久基金,用来培育浸信会青年牧师。1795年哈特先生去世后,其遗嘱执行人拒绝履行遗赠而涉讼。本案最后上诉到联邦最高法院,1819年首席大法官马歇尔作出判决,鉴于弗吉尼亚州议会于1792年废除英国法令,包括《慈善用益法》,弗州也没有先例承认这种为公益目的的信托的效力,因此该信托不能强制执行。日本学者田中实提出了哈特案判决背后的政策考量:一是为了避免教会透过人民捐赠累积政治资源,因此政治活动与宗教活动应该分开,不应鼓励人民对教会捐献,以免欧洲教会干预政治之覆辙;二是教会取得土地和财产后很少出售,这样妨碍了财富流通,影响政府税收,违反美国自由经济“货畅其流”及“有所得即应课税”的政策;三是清教徒思想强调勤劳节俭,认为贫困出于懒惰,不值得救济,而教会活动又以济贫扶困为主,与当时民间公益需求在于增进社区利益的目的有所不符。

于是美国的公益事业不得不开始寻找其他出路。

3. 现代时期

到 19 世纪末,由于工业和技术的发展,美国社会呈现财富集中的现象,许多富豪和工业巨头基于宗教的博爱和传统的人道精神开始回馈社会,于是纷纷解囊捐献金钱成立慈善机构。到了 20 世纪初,好几位商界领袖,如钢铁大王安得烈·卡内基和石油大王约翰·洛克菲勒等,由于都有以公司的组织形态开展事业的成功经验,所以开始采用设立类似公司法人组织的新方式,来管理他们的公益捐献事业。这种法人组织比由英国沿袭过来的“慈善信托”组织更稳固,其董事会或理事会不只扮演受托者的角色,还负有组织运作的责任。一般情况下,这种以捐献基金为基础而设立的机构并不直接助人,而是把资金交付给其他慈善机构以扶贫济困。这种做法是一种科学化、制度化的开展慈善事业的方式,而此种组织也发展为现代的基金会。

二、基金会的发展

现代基金会观念和制度产生于美国,美国的基金会也是最发达的,最新统计表明美国的基金会已近 6.8 万个。^① 现在,基金会在欧洲也已经非常普遍。据欧洲基金会中心 2005 年的年报统计,欧盟 15 个成员国的基金会总计超过 6.1 万家,其中英国、德国、瑞士等国的基金会数目都超过 1 万家。^②

经过长期独立的发展,各国的基金会不仅数量不同,而且形成了不同的特点和样态。

^① American Foundation Center: *Foundation Yearbook 2006*.

^② European Foundation Center: *Annual Report 2005*.