

## 浅议我国基金会管理条例

莫纪宏

### 一、我国基金会立法的历史演变

1988年,国务院颁布的《基金会管理办法》是我国第一部关于基金会的立法。该办法第2条规定:本办法所称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组织,是社会法人团体。该管理办法第一次通过立法的形式明确了基金会的法律性质和法律地位。1989年,国务院常务会议通过的《社会团体登记管理条例》再次确认了基金会作为社会团体的法律性质和法律地位。1999年以前,我国对基金会的登记管理主要依据上述两项法规,实行业务主管单位、人民银行和民政部门三方负责的管理体制,即业务主管单位同意,人民银行审查批准和民政部门登记注册。实际上是把基金会视为金融机构或准金融机构。

十多年来,《基金会管理办法》对于规范基金会的行为,促进基金会的健康发展起到了重要的保障作用。但是,这个办法对基金会的组织形式、内部决策程序、财务会计制度、资产使用管理、社会监管机制等许多环节未作规定,其它一些规定内容也都打上了当时经济体制的烙印,不完全符合基金会作为独立法人应当具有的法律地位。随着改革开放的深入和市场经济体制的逐步完善,《基金会管理办法》已经不适应基金会发展和管理工作的实际需要。与此同时,基金会的管理体制也发生了变化。1999年开始,中国人民银行不再参与对基金会的管理,基金会的登记管理统一归口民政部门。《基金会管理办法》中确定的基金会的管理体制不再予以适用,民政部门不能依据《基金会管理办法》继续登记注册基金会。基于以上原因,从

2000年开始,民政部开始对《基金会管理办法》进行全面修订,多次召开座谈会和专题研讨会,经过反复论证,借鉴和吸取其他国家有关基金会管理方面的有益经验,几易其稿。经过一系列的充分准备,《基金会管理条例》(以下简称《条例》)终于于2004年6月正式颁布实施。

### 二、基金会管理条例的主要特征

《条例》共设7章48条。与1988年颁布的《基金会管理办法》相比,《条例》不仅内容更加丰富,而且体系更加完整,可以说是对基金会登记管理法规的一次重新起草。《条例》至始至终贯穿了重培育发展,以规范管理促进基金会健康发展的指导原则。在这一指导原则下,《条例》着重体现了以下八个方面的重要特征。

1. 《条例》明确了基金会的公益性质,强调了公益目的的重要性。公益性是基金会的本质特征,是基金会设立的唯一目的。保障基金会的公益性,是《条例》的根本任务。公益组织的受益对象通常为不特定的个人和群体,任何个人或群体只要符合其宗旨和业务范围要求,都可接受其资助。基金会的基金来源于社会,服务于社会,为了实现这个目的,《条例》作了许多明确规定。如将基金会定义为“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,按照本条例的规定成立的非营利性法人”,强调基金会的公益性质,使基金会与其他管理信托投资基金、以营利为目的的基金管理组织以及其他民间互益组织区别开来。基金会的公益性质决定了其财产必须用于公益目的,也必须受到保护。《条例》第27条第1款规定:“基金会的财产及其他收入受法律保护,任何单位和个人不得私分、侵占、挪用。”第33条又规

定：基金会注销后的剩余财产应当按照章程的规定用于公益目的；无法按照章程规定处理的，由登记管理机关组织捐赠给与该基金会性质、宗旨相同的社会公益组织，并向社会公告。

2. 条例 确立了分类管理的原则，鼓励社会各方面的力量参与公益事业。 条例 将基金会分为 公募基金会，即面向公众募捐的基金会（目前我国已登记的基金会大都是公募基金会）。和 非公募基金会，即不得面向公众募捐的基金会两类，增设了非公募基金会这个新种类。允许以企业和个人的名义命名非公募基金会；对于用私人财产设立的非公募基金会，允许捐赠人的亲属可以在限定的比例内在理事会担任职务。根据国外的经验，非公募基金会是一种引导个人和组织的财产流向社会，特别是流向弱势人群的有效形式，也是社会财富实现再分配的一种途径，可以最大限度地调动企业和个人的捐赠积极性，吸引更多的社会资源从事公益事业，使公益事业的资金来源多渠道。对于非公募基金会，条例 规定，国家应当采取扶持鼓励的政策，在基金会的名称、登记条件、资金使用等方面的规定相对比较宽松。为了规范面向公众开展的募捐活动，保护爱心资源，减轻公众负担，维护社会平稳安定，对公募基金会的行为管理则相对严格。

3. 条例 适应改革开放的新形势，将涉外基金会纳入基金会法律规定的管理范围。 条例 适应涉外民间组织管理的新形势，将涉外基金会纳入国内民间组织管理法律框架，依法进行登记管理。 条例 对基金会的设立主体没有做国别、境内外限制。允许外国人和港澳台居民在华设立基金会，允许境外基金会在我国内地设立代表机构，鼓励境外资金进入境内开展公益活动。这些规定，既解决了涉外基金会的设立和管理问题，为我国公益事业的发展争取更多的外部支持，也为今后进一步修改出台 社会团体登记管理条例 和 民办非企业单位登记管理暂行条例，确定涉外民间组织的设立和管理以及法律地位等问题，作了有益的政策和实践探索。

条例 将境外基金会在华活动的管理纳入国内民间组织的管理框架，规定境外基金会代表机构应当从事符合我国公益事业性质的公益活动。境外基金会对其在我国内地代表机构的民事行为，依照我国法律承担民事责任。考虑到我国是发展中国家，公益负担重，募捐资源有限，条例 还要求境外基金会代表机构不得在我国境内组织募捐、接受捐赠。

4. 条例 对基金保值、增值的方式做了开放性规定。基金会的保值增值，是基金会运作的重点。规定得过严，基金会缺乏活力；规定得过松，基金会保值增值风险增大，这是一个很难把握的政策两难问题。基金会的情况千差万别，具体保值增值规定很难适应每个基金会。因此，条例 按国际惯例制定规则，不对基金会的保值增值行为做具体要求，只做了原则的、开放性规定，力图通过社会监督、内部监督来解决对基金会投资行为的约束，同时增加了 失误赔偿 的条款，规定因决策不当致使基金会财产损失的，参加决策的理事应当承担相应的赔偿责任，以保障基金会对投资行为慎重行事。

5. 条例 鼓励基金会募集资金，从事公益活动，形成自身资金运行的良性循环机制。基金会募集资金、运作资金的能力是保证其生存和发展的关键所在。基金会只有募集大量的资金，才能最大限度地实现其章程所要追求的公益目的。目前，不少基金会不擅募捐，很少开展有影响的公益活动，因缺乏活力而逐渐萎缩。而一些成功的基金会往往是通过树立起良好的社会形象来形成自身的良性循环机制。为了逐步实现这个目标，条例 从制度上作了保障性的规定，将基金会每年的公益支出作为衡量基金会是否完成了公益任务的重要标准，规定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从事章程规定的公益事业支出，不得低于上一年基金余额的 8%；不按规定完成公益事业支出额度的，将被处罚直至予以撤销。由此可见，只徒有虚名、不从事实际的公益活动的基金会今后很难再有法律上生存的依据

和条件。

6. 条例 确立了公开、透明的原则, 进一步完善监督管理机制。 条例 第 5 条明确 基金会依照章程从事公益活动, 应当遵循公开、透明的原则。 条例 还对政府监督和社会监督等做了相应的规定。例如, 条例 明确了登记管理机关和业务主管单位在登记、日常监督和年检等方面各自的职责, 规定了各类非法活动的详细情形和相应的法律责任。与此同时, 条例 还规定, 基金会要接受年度检查, 要接受税务、会计主管部门依法实施的税务监督和会计监督; 基金会在通过登记管理机关的年度检查之后, 要将年度工作报告在登记管理机关指定的媒体上公布, 接受社会的查询、监督; 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的详细使用计划; 基金会处理剩余财产应当向社会公示等。

7. 条例 强调要在基金会内部建立规范的内部自律和约束机制。针对目前一些基金会内部规范不够、自律机制不健全的状况, 条例 要求基金会建立以章程为核心的各项自律制度, 并从公益法人组织机构的特点出发, 专门设立了基金会 组织机构 一章, 明确规定了理事会是基金会的决策机构, 规范了理事会的组成和议事决策程序、监事的设置和职能, 制定了防止基金会内部人员与基金会公益宗旨发生利益冲突行为的规则, 通过限制在基金会领取报酬的

理事数量, 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, 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等, 引导基金会建立自律和自身约束机制, 规范基金会的行为。

8. 条例 明确税收优惠原则, 加大税收监管力度。利用税收手段扶持和监管基金会, 对基金会及其捐赠人实行税收优惠是各国通行的做法。减税、免税措施构成基金会和其他组织发展的重要政策环境。我国目前在这方面还处于探索阶段。为了鼓励公益事业的发展, 我国已陆续出台了一些税收优惠政策, 对于公益事业的发展起到了促进作用, 不过这些政策性规定还不系统, 散见在多个相关文件中, 在实施过程中也遇到了不少实际问题。 条例 第 26 条规定 基金会及捐赠人、受益人可以依照法律、行政法规的规定享受税收优惠, 此项规定确立了税收优惠的总原则, 表明基金会、捐赠人、受益人三方面都能够依照法规享受税收优惠。至于税收优惠的具体办法, 目前有关部门正在研究制定相关的规定。在享受税收优惠的同时, 基金会要依法办理税务登记、接受税务部门的监督, 对有违法行为的基金会, 税务机关还可以要求补交违法行为存续期间享受的税收减免。

条例 通过税收优惠政策的肯定, 鼓励基金会的发展, 加强对基金会的监管。