



漢坤律師事務所

汉坤法律评述



融贯中西 · 务实创新

2017年9月11日

中国慈善法律研究报告之一：基金会

陈汉 | 李来祥

2017年9月1日是《中华人民共和国慈善法》¹（“《慈善法》”）施行一周年日。值此《慈善法》实施一周年之际，汉坤慈善领域团队将陆续发布《中国慈善法律研究报告》的系列法律评论，总结我们在慈善领域的研究成果和实践经验，以期与行业人士共同探讨。本文是本系列的第一篇，后续还将发布关于社会服务机构（民办非企业单位）、境外 NGO 管理、慈善信托等慈善领域法律问题的系列研究成果。

之所以《中国慈善法律研究报告》以基金会开篇，是因为基金会系慈善事业的中坚力量。在三类非营利性组织（基金会、民办非企业单位和社会团体）中，基金会数量虽然并非最多，但其接收的捐赠总额居于首位。中国社会科学院社会政策研究中心和社会科学文献出版社共同举办的《慈善蓝皮书：中国慈善发展报告（2017）》显示：截至2016年12月底，全国共有社会组织69.9万个。其中社会团体33.5万个，基金会5,523个，民办非企业单位35.9万个。2016年，社会捐赠总量预期将达1,346亿元。其中基金会系统接收的捐赠总额居于首位，预估为489亿元，民办非企业单位和社会团体接收捐赠测算为194亿元。²

一、慈善组织与非营利性组织的关系

在介绍基金会之前，为了准确地进行法律解释和适用，首先有必要厘清慈善组织与非营利性组织的关系。

《慈善法》第8条规定，慈善组织，是指依法成立、符合本法规定，以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织。慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。即慈善组织不是一类新的法人组织，而是非营利性组织依据宗旨和业务范围划分出的一种类型。换言之，慈善组织必然同时是非营利性组织，但反之则不然。

“非营利组织”主要是一个税法概念，根据《企业所得税法实施条例》的界定，非营利组织的本质特征是其财产（包括清算后的剩余财产）不向出资人和内部人员进行分配。根据《基金会管理

¹ 《慈善法》于2016年3月16日由全国人民代表大会通过，自2016年9月1日生效。

² 《慈善蓝皮书：中国慈善发展报告（2017）》：<http://www.ssap.com.cn/c/2017-06-14/1056104.shtml>

条例》第 2 条³，基金会本身是一种非营利性组织，但根据目前的法规其并不天然就是慈善组织。《慈善法》规定了非营利性组织（含基金会）成为慈善组织的两种途径：直接申请慈善组织的登记（即法人登记和慈善组织属性认定合二为一），或已经存在的非营利组织经认定为慈善组织。

虽然在法律规定上基金会并不必然同时为慈善组织，但根据我们对北京和上海两地民政部门的咨询，目前基金会设立时民政部门将要求同时认定为慈善组织，实践中不允许设立基金会时选择认定为非慈善组织的情形；对于《慈善法》公布前成立的基金会目前也逐个被通知进行慈善组织认定，未通过认定的基金会可能被要求注销或做其他处理（具体视乎《基金会管理条例》修订后的规定处理）。另我们注意到民政部于 2016 年 5 月 26 日公布的《基金会管理条例（修订草案征求意见稿）》中，一是要求基金会应当“以开展公益慈善活动为宗旨”（第 8 条）；二是规定基金会应当在登记证书中载明其慈善组织属性（第 15 条）；三是明确基金会应当适用《慈善法》的有关规定（第 78 条）。因此，我们理解在最终的《基金会管理条例》修订生效版本中，极有可能明确规定全部基金会均同时属于慈善组织。基于这一趋势，我们在下文中提及的基金会，除非特意说明，均默认其同时为慈善组织（虽然在《基金会管理条例》修改前存在未认定为慈善组织的基金会），均适用《慈善法》及关于慈善组织的其他规定。基于此，如《基金会管理条例》与《慈善法》对同一问题的规定冲突，在本文中优先适用《慈善法》的规定。

二、 基金会的定义和分类

《基金会管理条例》将基金会分为面向公众募捐的基金会（“**公募基金会**”）和不得面向公众募捐的基金会（“**非公募基金会**”），而公募基金会又分为全国性公募基金会和地方性公募基金会。不同类型的基金会的主要差异如下：

特征	公募基金会		非公募基金会
	全国性	地方性	
募捐对象	社会公众	社会公众	特定对象
活动地域范围	在全国范围内	登记所在地	登记所在地
登记管理机关	民政部	省级民政部门	- 民政部：(a) 拟由非内地居民担任法定代表人的基金会；(b) 原始基金超过 2000 万元，发起人向国务院民政部门提出设立申请的非公募基金会； - 省级民政部门：除上述情况外的非公募基金会
原始基金	≥ 800 万元	≥ 400 万元	≥ 200 万元

根据《基金会管理条例》，基金会应在注册时即确定具体类型。但在《慈善法》中，非公募基金会和公募基金会可以在设立后进行转化。

三、 设立程序

根据《基金会管理条例》，设立基金会主要有两个步骤：第一，取得业务主管单位同意设立的文件；第二，向民政部门申请登记。

3 《基金会管理条例》第 2 条：本条例所称基金会，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，按照本条例的规定成立的非营利性法人。

1. 业务主管单位的同意

《基金会管理条例》关于“业务主管单位”的规定相对模糊。其第7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；省级政府有关部门或者省级政府授权的组织，是省级政府民政部门登记的基金会的业务主管单位。根据《民政部关于基金会业务主管单位职能委托有关问题的通知》（民函[2005]638号），《基金会管理条例》实施之后设立的非公募基金会的业务主管单位，可由省、自治区、直辖市人民政府有关部门委托给对口的下级地（市）、县（市）政府对口部门承担（但不得将登记管理机关的职能向下级委托）。

实践中，基金会的业务主管单位应当是与基金会公益目的（适用于基金会仅有一类公益目的）或主要公益目的（适用于基金会有两类及以上公益目的）最相关的有管理职能的政府部门或授权组织，而与该基金会设立人的业务主管单位没有必然联系。举例而言，如果一家基金会的公益目的仅包括教育方面，则其业务主管单位应当是教育行政部门；如果一家基金会的公益目的既包括法律援助方面，也包括教育方面，而法律援助是其主要的公益目的，则其业务主管单位是司法行政部门而非教育行政部门。

案例：几家成立于《慈善法》实施前的基金会的业务主管单位

基金会	类别	业务主管单位	登记机关	业务范围
中国医学基金会	全国性公募基金会	国家卫生和计划生育委员会	民政部	募集资金、专项资助、学术交流、国际合作、教育培训、科普宣传、咨询服务
深圳壹基金公益基金会	地方性公募基金会	深圳市民政局	深圳市民政局	资助慈善公益性项目；资助慈善推广活动；向社会需救助人群提供捐助；奖励对慈善事业有突出贡献者
北京市中国人民大学教育基金会	非公募基金会	北京市教育委员会	北京市民政局	接受捐赠、筹集资金、专项资助、专项救助、咨询培训、学术交流

一直以来，寻找合适的业务主管单位一直是基金会设立的一项艰巨工作。一方面是由于担任业务主管单位并非相应政府部门的一项法定行政义务，而担任业务主管单位反而承担监管职责，政府部门并无担任基金会的业务主管单位的内在动力；另一方面，政府部门并未针对担任业务主管单位这一审批事项制定流程，导致经办人员无规可依，只能个案办理。

值得注意的是，全国人大2013年发布的《国务院机构改革和职能转变方案》中规定：成立行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织，直接向民政部门依法申请登记，不再需要业务主管单位审查同意。

《慈善法》贯彻了这一精神，其仅规定设立慈善组织，应当向县级以上人民政府民政部门申请登记，并未要求事先取得业务主管单位的同意。但这并不意味所有慈善组织均可免于取得业务主管单位的同意。中共中央办公厅、国务院办公厅于2016年8月21日印发的《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》第5条规定：“稳妥推进直接登记……成立行业协会商会，按照《行业协会商会与行政机关脱钩总体方案》的精神，直接向民政部门依法申请登记。在自然科

学和工程技术领域内从事学术研究和交流活动的科技类社会组织，以及提供扶贫、济困、扶老、救孤、恤病、助残、救灾、助医、助学服务的公益慈善类社会组织，直接向民政部门依法申请登记。为满足城乡社区居民生活需求，在社区内活动的城乡社区服务类社会组织，直接向县级民政部门依法申请登记……对直接登记范围之外的其他社会组织，继续实行登记管理机关和业务主管单位双重负责的管理体制。”又根据《民政部关于慈善组织登记等有关问题的通知》（民函[2016]240号）第3条，“各地可以根据实际情况，按照《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》关于直接登记的有关规定，在有关登记管理条例修订完成前，稳妥开展慈善组织直接登记试点……对属于直接登记范围且被认定为慈善组织的社会组织，通过试点，逐步按照直接登记社会组织的不管理方式进行管理。”因此慈善组织直接登记制度目前仍处于试点探索阶段，建议在设立基金会前咨询民政部门关于是否提交业务主管单位的同意文件。

2. 民政部门的登记

- 1) 登记部门：对于须取得业务主管单位同意的基金会，基金会举办人在取得业务主管单位同意设立的文件后，可向民政部门申请基金会的登记；对于无须取得业务主管单位同意的基金会，基金会举办人直接向民政部门申请基金会的登记。

在《基金会管理条例》中，具体负责登记的民政部门为：

- (1) 民政部负责登记：(a) 全国性公募基金会；(b) 拟由非内地居民担任法定代表人的基金会；(c) 原始基金超过 2000 万元，发起人向国务院民政部门提出设立申请的非公募基金会；
- (2) 省级民政部门负责登记：本行政区域内地方性公募基金会和不属于上述特殊情况的非公募基金会的登记管理工作。

但根据《慈善法》第 10 条，设立慈善组织，应当向县级以上人民政府民政部门申请登记。这与《基金会管理条例》的规定不一致。根据《民政部关于慈善组织登记等有关问题的通知》第 1 条，登记管理机关应当依据《慈善法》第 8 条、第 10 条的规定受理慈善组织的设立申请。从字面理解基金会举办人可以依据《慈善法》第 10 条，向县级民政部门申请登记。但根据向北京和上海民政部门的咨询得知，目前基金会的登记机关仍以《基金会管理条例》为准，基金会的设立及慈善组织的认定须向省级民政部门申请。但不排除《基金会管理条例》修订后可能将基金会设立的相关职权下放到县/区一级民政部门。

- 2) 申请条件：根据《民政部关于慈善组织登记等有关问题的通知》第 2 条⁴，设立基金会，应当同时满足《慈善法》第 9 条和《基金会管理条例》第 8 条规定的条件：

《慈善法》第 9 条	《基金会管理条例》第 8 条
(1) 以开展慈善活动为宗旨；	(1) 为特定的公益目的而设立；
(2) 不以营利为目的；	(2) 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
(3) 有自己的名称和住所；	
(4) 有组织章程；	

4 《民政部关于慈善组织登记等有关问题的通知》第 2 条：登记管理机关应当依据《慈善法》第 9 条以及有关登记管理条例规定的条件进行审查，审批时限应当符合《慈善法》第 10 条的要求，负责人应当符合《慈善法》第十六条的规定。

<p>(5) 有必要的财产；</p> <p>(6) 有符合条件的组织机构和负责人；</p> <p>(7) 法律、行政法规规定的其他条件。</p>	<p>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；</p> <p>(3) 有规范的名称、章程、组织机构以及与其开展活动相适应的专职工作人员；</p> <p>(4) 有固定的住所；</p> <p>(5) 能够独立承担民事责任。</p>
--	---

3) 名称：关于基金会的名称，根据《基金会名称管理规定》：

- (1) 基金会的名称应当依次包括字号、公益活动的业务范围，并以“基金会”字样结束。
- (2) 全国性公募基金会应当在名称中使用“中国”、“中华”、“全国”、“国家”等字样；非公募基金会不得使用上述字样。地方性公募基金会和省级政府民政部门登记的非公募基金会应当冠以所在地的县级或县级以上行政区划名称。冠以省级以下行政区划名称的，可以同时冠以所在省、自治区、直辖市的名称。冠以市辖区名称的，应当同时冠以市的名称。
- (3) 基金会的字号应当由两个以上的字组成。基金会不得使用姓氏、县或县以上行政区划名称作为字号。非公募基金会的字号可以使用自然人姓名、法人或其他组织的名称或者字号，但应当符合以下规定：(a) 使用自然人姓名、法人或者其他组织的名称或者字号，需经该自然人、法人或其他组织同意；(b) 不得使用曾因犯罪被判处剥夺政治权利的自然人的姓名；(c) 一般不使用党和国家领导人、老一辈革命家的姓名。基金会使用已故名人的姓名作为字号，该名人必须是在相关公益领域内有重大贡献、在国际国内享有盛誉的杰出人物。

4) 申请文件：《基金会管理条例》第 9 条规定，申请设立基金会，申请人应当向登记管理机关提交下列文件：

- (1) 申请书；
- (2) 章程草案；
- (3) 验资证明和住所证明；
- (4) 理事名单、身份证明以及拟任理事长、副理事长、秘书长简历；
- (5) 业务主管单位同意设立的文件。

另根据《民政部关于慈善组织登记等有关问题的通知》，在《基金会管理条例》所要求材料的基础上，举办人应当在申请材料中明确以下内容：设立申请书应当明确提出设立慈善组织的意愿，以及该组织符合《慈善法》规定的慈善组织宗旨、业务范围等情况的说明；章程中有关财产管理使用一章中要增加项目管理制度规定，终止和剩余财产处理一章中要增加“清算后的剩余财产，应当按照章程的规定转给宗旨相同或者相似的慈善组织，章程未规定的，由民政部门转给相同或者相近的慈善组织，并向社会公告”的规定。

5) 时限：民政部门应当自受理申请之日起 30 日内作出决定。符合法律规定条件的，准予登记并向社会公告；不符合法律规定条件的，不予登记并书面说明理由。有特殊情况需要延

长登记或者认定期限的，报经国务院民政部门批准，可以适当延长，但延长的期限不得超过 60 日。

四、 组织管理机构

1. 理事会

理事会是基金会的决策机构。⁵基金会的理事会应符合以下要求：

- 1) 人数：理事为 5 人至 25 人，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。用私人财产设立的非公募基金会，相互间有近亲属关系的基金会理事，总数不得超过理事总人数的 1/3；其他基金会，具有近亲属关系的不得同时在理事会任职。
- 2) 理事长：理事会设理事长、副理事长和秘书长，从理事中选举产生，理事长是基金会的法定代表人。理事长、副理事长和秘书长的主要任职限制为：
 - (1) 根据《慈善法》第 16 条，有下列情形之一的，不得担任基金会的理事长：无民事行为能力或者限制民事行为能力的；因故意犯罪被判处刑罚，自刑罚执行完毕之日起未逾五年的；在被吊销登记证书或者被取缔的组织担任负责人，自该组织被吊销登记证书或者被取缔之日起未逾五年的；法律、行政法规规定的其他情形。
 - (2) 基金会理事长、副理事长和秘书长不得由现职国家工作人员兼任。⁶根据《关于现职国家工作人员不得兼任基金会负责人有关问题的通知》（民函[2004]270 号），“现职国家工作人员”应掌握在以下范围：党的机关、人大机关、政府机关、政协机关、审判机关和检察机关中的现职工作人员，以及法律、法规授权行使行政管理职能的其他机构的工作人员。但不包括上述机关和机构中已从领导岗位上退下来尚未办理离退休手续的工作人员，也不包括上述机关和机构中离开行政工作岗位专门从事基金会工作的工作人员。民政部在“民函[2005]178 号”答复中进一步明确：在基金会登记管理工作中，工、青、妇等人民团体的领导同志不在现职工作人员范围之内。
 - (3) 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。
 - (4) 公募基金会和原始基金来自中国内地的非公募基金会的法定代表人，应当由内地居民担任。
- 3) 会议程序：理事会每年至少召开 2 次会议。理事会会议须有 2/3 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。下列重要事项的决议，须经出席理事表决，2/3 以上通过方为有效：(a) 章程的修改；(b) 选举或者罢免理事长、副理事长、秘书长；(c) 章程规定的重大募捐、投资活动；(d) 基金会的分立、合并。理事会会议应当制作会议记录，并由出席理事审阅、签名。
- 4) 报酬：在基金会领取报酬的理事不得超过理事总人数的 1/3，且未在基金会担任专职工作的理事不得从基金会获取报酬。

5 《基金会管理条例》第 21 条。

6 《基金会管理条例》第 23 条。

- 5) 关联交易：如理事会表决事项中涉及理事个人利益与基金会利益关联时，关联董事不得参与相关事宜的决策；基金会理事及其近亲属不得与其所在的基金会有任何交易行为。
- 6) 违法后果：基金会理事会违反《基金会管理条例》和章程规定决策不当，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。基金会理事、监事以及专职工作人员私分、侵占、挪用基金会财产的，应当退还非法占用的财产；构成犯罪的，依法追究刑事责任。⁷

2. 监事

基金会应当设立监事，监事的任期和理事的任期相同。监事不得由理事、理事近亲属以及基金会财会人员担任。

监事的职责主要是依基金会章程的规定检查基金会财务状况和会计资料，监督理事会遵守法律和章程的情况，列席理事会会议，向理事会提出质询和建议，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等等。⁸

基金会监事及其近亲属不得与其所在的基金会有任何交易行为，且监事不得从基金会获取报酬。⁹

五、 财务管理

1. 募捐

1) 公开募捐资格证书

《慈善法》将募捐分为面向社会公众的公开募捐和面向特定对象的定向募捐两种。慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。依法登记满二年的慈善组织，可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格。符合条件的，民政部门发给公开募捐资格证书。法律、行政法规规定自登记之日起可以公开募捐的基金会和社会团体，由民政部门直接发给公开募捐资格证书。对于《慈善法》公布前登记设立的公募基金会，凭其标明慈善组织属性的登记证书向登记的民政部门申领公开募捐资格证书。¹⁰

根据《慈善组织公开募捐管理办法》第5条，依法登记或者认定为慈善组织满二年的，或者《慈善法》公布前设立的且登记满二年的非公募基金会，可以申请公开募捐资格。申请公开募捐资格应当符合下列条件：

- (1) 根据法律法规和本组织章程建立规范的内部治理结构，理事会能够有效决策，负责人任职符合有关规定，理事会成员和负责人勤勉尽职，诚实守信；
- (2) 理事会成员来自同一组织以及相互间存在关联关系组织的不超过三分之一，相互间具有近亲属关系的没有同时在理事会任职；

7 《基金会管理条例》第43条。

8 《基金会管理条例》第22条。

9 《基金会管理条例》第23条。

10 《慈善组织公开募捐管理办法》第9条。

- (3) 理事会成员中非内地居民不超过三分之一，法定代表人由内地居民担任；
- (4) 秘书长为专职，理事长（会长）、秘书长不得由同一人兼任，有与本慈善组织开展活动相适应的专职工作人员；
- (5) 在省级以上人民政府民政部门登记的慈善组织有三名以上监事组成的监事会；
- (6) 依法办理税务登记，履行纳税义务；
- (7) 按照规定参加社会组织评估，评估结果为 3A 及以上；
- (8) 申请时未纳入异常名录；
- (9) 申请公开募捐资格前二年，未因违反社会组织相关法律法规受到行政处罚，没有其他违反法律、法规、国家政策行为的。

2) 募捐方式

开展公开募捐，可以采取下列方式：

- (1) 在公共场所设置募捐箱；
- (2) 举办面向社会公众的义演、义赛、义卖、义展、义拍、慈善晚会等；
- (3) 通过广播、电视、报刊、互联网等媒体发布募捐信息；
- (4) 其他公开募捐方式。

慈善组织采取上述第（1）、（2）种方式开展公开募捐的，应当在其登记的民政部门管辖区域内进行；确有必要在其登记的民政部门管辖区域外进行的，除向其登记的民政部门备案外，还应当在开展公开募捐活动十日前，向其开展募捐活动所在地的县级人民政府民政部门备案，提交募捐方案、公开募捐资格证书复印件、确有必要在当地开展公开募捐活动的情况说明。¹¹

对于定向募捐而言，公募和非公募基金会自登记之日起均可以开展。定向捐助的对象十分有限，限于发起人、理事会成员和会员等特定对象的范围内进行。就具体方式而言，开展定向捐助，不得采取或者变相采取上述公开募捐的四种方式。

- 3) 募捐方案备案：开展公开募捐，应当制定募捐方案。募捐方案包括募捐目的、起止时间和地域、活动负责人姓名和办公地址、接受捐赠方式、银行账户、受益人、募得款物用途、募捐成本、剩余财产的处理等。¹²

慈善组织应当在开展公开募捐活动的十日前将募捐方案报送登记的民政部门备案。为同一募捐目的开展的公开募捐活动可以合并备案。有业务主管单位的慈善组织，还应当同时将募捐方案报送业务主管单位。

慈善组织为应对重大自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件，无法在开展公开募捐活动前办理募捐方案备案的，应当在公开募捐活动结束后十日内补办备案手续。¹³

11 《慈善法》第 23 条、《慈善组织公开募捐管理办法》第 13 条。

12 《慈善法》第 24 条。

13 《慈善组织公开募捐管理办法》第 12 条。

- 4) 互联网募捐: 通过互联网发布募捐信息属于公开募捐的一种。慈善组织通过互联网开展公开募捐活动的,应当在民政部统一或者指定的慈善信息平台发布公开募捐信息,并可以同时在本慈善组织名义开通的门户网站、官方微博、官方微信、移动客户端等网络平台发布公开募捐信息。¹⁴

2016年8月31日,民政部发布公告指定腾讯公益网络募捐平台、淘宝公益等13家平台为首批慈善组织互联网募捐信息平台。¹⁵

但需注意的是,公开募捐平台提供的本质是一种在线信息服务,作为委托方的慈善组织本身需要具有公开募捐资格证书,且作为信息服务提供方的公开募捐平台不得代为接受慈善捐赠财产。¹⁶

2. 财产使用

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。基金会的财产使用应符合如下要求:

1) 用途

基金会应当根据章程规定的宗旨和公益活动的业务范围使用其财产;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。接受捐赠的物资无法用于符合其宗旨的用途时,基金会可以依法拍卖或者变卖,所得收入用于捐赠目的。¹⁷

2) 年度慈善活动支出

根据《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》(民发[2016]189号),“慈善活动支出”是指慈善组织基于慈善宗旨,在章程规定的业务范围内开展慈善活动,向受益人捐赠财产或提供无偿服务时发生的下列费用:

- (1) 直接或委托其他组织资助给受益人的款物;
- (2) 为提供慈善服务和实施慈善项目发生的人员报酬、志愿者补贴和保险,以及使用房屋、设备、物资发生的相关费用;
- (3) 为管理慈善项目发生的差旅、物流、交通、会议、培训、审计、评估等费用。

公募基金会的年度慈善活动支出不得低于上年总收入的70%。非公募基金会的年度慈善活动支出标准与其上年末净资产挂钩,即:上年末净资产高于800万元(含本数)人民币的,年度慈善活动支出不得低于上年末净资产的6%;上年末净资产低于800万元高于400万元(含本数)人民币的,年度慈善活动支出不得低于上年末净资产的7%;上年末净资产低于400万元人民币的,年度慈善活动支出不得低于上年末净资产的8%。

14 《慈善法》第23条、《慈善组织公开募捐管理办法》第16条。

15 《民政部关于指定首批慈善组织互联网募捐信息平台的公告》(民政部公告第379号)。

16 《公开募捐平台服务管理办法》第3条。

17 《基金会管理条例》第27条。

在计算年度慈善活动支出比例时，可以用前三年收入平均数代替上年总收入，用前三年年末净资产平均数代替上年末净资产。上年总收入为上年实际收入减去上年收入中时间限定为上年不得使用的限定性收入，再加上于上年解除时间限定的净资产。

基金会签订捐赠协议对单项捐赠财产的慈善活动支出有约定的，从其约定，但其年度慈善活动支出仍不得高于上述比例要求。

3) 年度管理费用

慈善组织的“管理费用”是指慈善组织按照《民间非营利组织会计制度》规定，为保证本组织正常运转所发生的下列费用：(a) 理事会等决策机构的工作经费；(b) 行政管理人员的工资、奖金、住房公积金、住房补贴、社会保障费；(c) 办公费、水电费、邮电费、物业管理费、差旅费、折旧费、修理费、租赁费、无形资产摊销费、资产盘亏损失、资产减值损失、因预计负债所产生的损失、聘请中介机构费等。¹⁸

公募基金会的年度管理费用不得超过当年总支出的 10%。非公募基金会的年度管理费用的标准与其上年末净资产以及当年总支出挂钩，即：上年末净资产高于 6000 万元（含本数）人民币的，年度管理费用不得高于当年总支出的 12%；上年末净资产低于 6000 万元高于 800 万元（含本数）人民币的，年度管理费用不得高于当年总支出的 13%；上年末净资产低于 800 万元高于 400 万元（含本数）人民币的，年度管理费用不得高于当年总支出的 15%；上年末净资产低于 400 万元人民币的，年度管理费用不得高于当年总支出的 20%。但是，基金会年度管理费用低于 20 万元的，不受前述比例限制。¹⁹

但上述年度管理费用的比例标准在特殊情况下存在“通融”的可能性。在下列情形导致年度管理费用难以符合比例要求的，基金会应当及时报告其登记的民政部门并向社会公开说明情况：(a) 登记或者认定为慈善组织未满 1 年，尚未全面开展慈善活动的；(b) 慈善组织的折旧费、无形资产摊销费、资产盘亏损失、资产减值损失突发性增长的；(c) 慈善组织因预计负债所产生的损失突发性增长的。

基金会签订捐赠协议对单项捐赠财产的管理费用有约定的，从其约定，但其年度管理费用仍不得高于上述比例要求。

3. 投资活动

1) 法律限制

《慈善法》和《基金会管理条例》均未禁止基金会进行投资活动。《基金会管理条例》第 2 条虽然将基金会界定为非营利性法人，但一般认为非营利的本质特征是不得向出资人或成员进行分配收益和清算后剩余财产，而非限制其从事可以取得收益的活动（但收益仍应用于公益事业）。

但基金会进行投资应遵守如下规则：

¹⁸ 《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》第 5 条。

¹⁹ 《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》第 7、8 和 11 条。

《慈善法》第 54 条：慈善组织为实现财产保值、增值进行投资的，应当遵循合法、安全、有效的原则，投资取得的收益应当全部用于慈善目的。慈善组织的重大投资方案应当经决策机构组成人员 2/3 以上同意。政府资助的财产和捐赠协议约定不得投资的财产，不得用于投资。慈善组织的负责人和工作人员不得在慈善组织投资的企业兼职或者领取报酬。

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》第 2 条第（六）项：基金会进行保值增值活动时，应当遵守以下规定：(a) 基金会进行保值增值应当遵守合法、安全、有效的原则。符合基金会的宗旨，维护基金会的信誉，遵守与捐赠人和受助人的约定，保证公益支出的实现；(b) 基金会可用于保值增值的资产限于非限定性资产、在保值增值期间暂不需要拨付的限定性资产；(c) 基金会进行委托投资，应当委托银行或者其他金融机构进行。

据报道，民政部目前正在研究制定“慈善组织财产保值增值投资管理”的具体办法，上述工作力争在 2017 年底完成。²⁰

2) 基金会作为投资人的登记问题

在实践中部分基金会客户较为关注基金会是否可以登记为公司股东或合伙企业合伙人，甚至发起投资基金？

关于基金会是否可以成为公司股东或合伙企业合伙人，我们理解《公司法》和《合伙企业法》对此并无禁止性规定，这一问题很大程度上取决于各地公司登记机关的内部实践惯例，部分地方的公司登记机关可能囿于基金会的非营利性质而不同意将基金会登记为营利性法人公司的股东或合伙企业的合伙人。

案例：

根据国家企业信用信息公示系统等平台显示，某大学教育基金会在全国各地投资参股的商业实体达 10 余家，被投资的实体类型包括有限责任公司、股份有限公司和合伙企业。

基金会是否可以投资、参与设立私募基金？可以。《私募投资基金监督管理暂行办法》第 11、13 条规定，私募基金应当向合格投资者募集，而“慈善基金等社会公益基金”被视为合格投资者。因此我们理解，被认定为慈善组织的基金会可以参与投资设立私募基金。但是我们注意到，《证券投资基金法（2015 修正）》第 12 条规定，基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。因此慈善组织由于其性质不属于公司和合伙企业，并不能直接担任基金管理人（但此处并未限制慈善组织设立的公司或合伙企业担任基金管理人）。

案例：

《北京市天元律师事务所关于北京数字认证股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书（五）》披露，发行人的股东之一北京科桥创业投资中心（有限合伙）的合伙人之一为“清华大学教育基金会”。北京科桥创业投资中心（有限合伙）已取得《私募投资基金证明》，在中国证券投资基金业协会完成了私募基金备案。

20 《民政部：力争 2017 年底完成统一慈善信息平台建设》：http://news.xinhuanet.com/gongyi/2016-09/08/c_129273779.htm

4. 税收优惠

关于基金会的税收优惠，我们将在本报告后续专门论述。

六、 日常合规

1. 年度检查

基金会年度检查，是指基金会登记管理机关依法按年度对基金会遵守法律、法规、规章和章程开展活动的情况实施监督管理的制度。具体而言：

- 1) **年度报告**：基金会向民政部门提交的年度报告，是民政部门对基金会实施年度检查的主要文件。基金会应当于每年 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。如基金会有业务主管单位，年度工作报告在报送登记管理机关前应当经业务主管单位审查同意。

年度工作报告应当包括：财务会计报告、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的变动情况等。其中财务报告应符合《民间非营利组织会计制度》规定的内容和要求。²¹作为慈善组织的公募基金会的财务会计报告须经审计。

²²

- 2) **评定结论**：民政部门将根据基金会的情况对基金会进行评定，如遵纪守法情况良好，认定为“年检合格”；如有违法行为，则应当视情节轻重分别作出“年检基本合格”、“年检不合格”的结论，并责令该基金会限期整改，并视情况依据《基金会管理条例》有关规定给予行政处罚。²³
- 3) **不参加年检的法律后果**：基金会无正当理由不参加年检的，由登记管理机关责令停止活动，并向社会公告。基金会、境外基金会代表机构连续两年不接受年检的，由登记管理机关依法撤销登记。²⁴

2. 社会组织评估

社会组织评估，是指各级人民政府民政部门为依法实施社会组织（含社会团体、基金会、民办非企业单位）监督管理职责，促进社会组织健康发展，依照规范的方法和程序，由评估机构根据评估标准，对社会组织进行客观、全面的评估，并作出评估等级结论。

不同于强制性的年度检查，社会组织评估是政府部门倡导的，不具有严格意义上的强制性，如因某种原因延期参加评估或暂时不能参加评估，亦不存在行政处理问题。

基金会申请参加评估应当符合下列条件之一：

- 1) 取得基金会登记证书满两个年度，未参加过社会组织评估的；

²¹ 《基金会管理条例》第 36 条、《基金会年度检查办法》第 3 条。

²² 《慈善法》第 72 条。

²³ 《基金会年度检查办法》第 4 条。

²⁴ 《基金会年度检查办法》第 10、11 条。

2) 获得的评估等级满 5 年有效期的。

基金会有下列情形之一的，评估机构不予评估：

- 1) 未参加上年度年度检查；
- 2) 上年度年度检查不合格或者连续 2 年基本合格；
- 3) 上年度受到有关政府部门行政处罚或者行政处罚尚未执行完毕；
- 4) 正在被有关政府部门或者司法机关立案调查；
- 5) 其他不符合评估条件的。

社会组织评估结果分为 5 个等级，由高至低依次为 5A 级（AAAAA）、4A 级（AAAA）、3A 级（AAA）、2A 级（AA）、1A 级（A）。社会组织评估等级有效期为 5 年。获得 3A 以上评估等级的基金会，可以优先接受政府职能转移，可以优先获得政府购买服务，可以优先获得政府奖励；可以按照规定申请公益性捐赠税前扣除资格；获得 4A 以上评估等级的社会组织在年度检查时，可以简化年度检查程序。

2. 信息公开

根据《慈善法》及《基金会信息公布办法》，基金会主要有下述信息公开义务：

- 1) 应当向社会公开组织章程和决策、执行、监督机构成员信息以及国务院民政部门要求公开的其他信息，上述信息有重大变更的，应当及时向社会公开；
- 2) 应当通过统一的信息平台发布慈善信息，并对信息的真实性负责；
- 3) 应当每年向社会公开其年度工作报告和财务会计报告；
- 4) 基金会的发起人、主要捐赠人以及管理人员与慈善组织发生交易行为的，应当向社会公开有关交易情况；
- 5) 按照法律规定将慈善项目终止后剩余的捐赠财产用于目的相同或者相近的其他慈善项目的，应当向社会公开；
- 6) 基金会开展公益资助项目的信息，包括所开展的公益项目种类以及申请、评审程序、评审结果、有关的资金使用情况；
- 7) 对于公共媒体上出现的对信息公布义务人造成或者可能造成不利影响的消息，基金会应当公开说明或者澄清；
- 8) 其他自行决定公布的信息。

根据《基金会信息公布办法》第 11 条，基金会应当建立健全信息公布活动的内部管理制度，并指定专人负责处理信息公布活动的有关事务。对于已经公布的信息，应当制作信息公布档案，妥善保管。

根据《慈善法》第 99 条，慈善组织未依法履行信息公开义务的，由民政部门予以警告、责令限期改正；逾期不改正的，责令限期停止活动并进行整改。

为落实《慈善法》第八章“信息公开”的相关要求，民政部于2017年9月4日开通了全国慈善信息公开平台“慈善中国”（cishan.chinanpo.gov.cn）。该平台作为全国统一的慈善信息公开平台，能够使慈善组织、慈善信托受托人等参与主体面向社会公开慈善信息，方便社会公众通过该平台查询慈善组织、慈善信托备案等相关信息，并了解在该平台发布的公开募捐活动及慈善项目等信息。

二、 小结

虽然《慈善法》的颁布和生效致力于使得慈善组织（包括基金会）的法律规则更加统一和严谨，但在新的《基金会管理条例》生效之前，《慈善法》关于慈善组织的规则和现行《基金会管理条例》关于基金会的规则不可避免地存在冲突。因此应尽快修改现行《基金会管理条例》及其相关细则。

《慈善法》对设立基金会的条件，相比过去，有所放开。设立基金会的放松，不代表管理基金会的便利性。随着基金会数量与参与项目的增多，我们认为未来对基金会的管理将会呈现出趋严的趋势，主要的理由如下：第一，随着税收优待政策的逐渐完善，严格管理将会减少或者避免通过基金会来刻意逃税的行为；第二，基金会的活动范围可能触及社会管理，从政府的角度需要监管。

● 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所**陈汉先生**（+8610-85254683；han.chen@hankunlaw.com）联系。