

《基金会管理条例》立法诊断和修改建议

南京工业大学法学 1302

一. 合法性

1. **第二条:** 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。

问题: 在民法通则对于法人的规定和解释中,没有对“非营利性法人”的解释,只有企业法人,社会团体法人,机关法人,事业单位法人。而且非营利性法人的概念有歧义,不具有规范性和合法性

修改建议: 这里应改成“不以营利为目的的法人”。

2. **第八条:** 第八条 设立基金会,应当具备下列条件:

(一) 为特定的公益目的而设立;

(二) 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;

(三) 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;

(四) 有固定的住所;

(五) 能够独立承担民事责任。

问题: 本条第五款“能够独立承担民事责任”有违合法性,根据《民法通则》的规定,组织只有在注册后成为法人才能独立承担民事责任,所以这一款不应当成为申请设立基金会的条件,而应是结果。

修改建议: 删去第五款的规定。

二. 合理性

1. **第六条:** 国务院民政部门和省、自治区、直辖市人民政府民政部门是基金会的登记管理机关。

问题: 基金会登记管理机关的门槛太高,给偏远地方基层基金会的登记造成困难。

修改建议: 放低基金会登记管理的行政级别,将权力下放到县一级。

2. **第七条:** 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。

问题: ①基金会业务主管单位的门槛太高,一个小县城的基金会如何去省里找业务主管单位? ②以省政府有关部门为业务管理单位,使得管理成本和基金会运行成本增加,同时监督管理的效果也不好。③“有关部门”的含义不确定,使得确定业务主管单位存在困难,造成推诿现象。

修改建议: ①把业务主管单位放到县一级。②在附则或本条中追加“有关部门的含义”。

3. 第九条： 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：

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

问题：①本条例三款甚为不合理，在基金会还未成立之前就要求提交住所证明，就意味着基金会在未成立之时就要花费一定的钱财去购买或租赁房屋，如果申请不成功就会造成损失和浪费。②本条中未规定对申请设立基金会的审核，而且也没有设立机构对审核进行监督，这难免会产生利益输送。

修改意见：①第三款中删去“住所证明”的要求。②建立完整的审核监督机制

4. 第二十一条： 理事会是基金会的决策机构，依法行使章程规定的职权。

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。

问题：如果在紧急情况必须开会，但无法到达 2/3 人数怎么办？是否要建立应急机制？

修改建议：建立应急机制，在紧急情况下无法到会者予以开除或组建常务理事会。

5. 第二十三条： 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 5 年的，因犯罪被判处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 5 年的，不得担任基金会的理事长、副理事长或者秘书长。

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。

问题：①本条违反了国际人权公约，为什么被刑事处罚过或者曾经被剥夺过政治权利未逾 5 年的不得担任基金会的领导职务？②监事不得从基金会获取报酬就意味着，监事只是兼职不是专职，这样就会导致监事的不作为。

修改建议：①删去对担任基金会的理事长、副理事长或者秘书长人员限制的条款。②设立专职监事，发放工资。

6. 第二十四条： 担任基金会理事长、副理事长或者秘书长的香港居民、澳门居民、台湾居民、外国人以及境外基金会代表机构的负责人，每年在中国内地居留时间不得少于 3 个月。

问题：本条规定“每年在中国内地居留时间不得少于 3 个月”有限制人身自由之嫌，很不合理。

修改建议：删去此规定。

7. 第二十九条： 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，不得低于上一年余额的 8%。

基金会工作人员工资福利和行政办公支出不得超过当年总支出的 10%。

问题：①非公募基金会每年要花掉基金余额的8%，意味着小型私人基金会十年之内就要消亡，此规定很不合理。②10%的规定过于刻板，不符合实际，如见义勇为之类的基金会，社会治安好转，见义勇为的事情就可能少发生，需要奖励的人员必然会少，支出也少。但基金会的工作人员仍需照常办公，仍需办公经费支出，如办公场所租金支出、人员工资支出等，如果片面为了追求比例达标，是不是要造假呢？

修改建议：①根据非公募基金会上一年余额的情况每年调整额度。②根据总支出情况调整基金会工作人员工资福利和行政办公支所占的比重。

8. 第三十一条：基金会可以与受助人签订协议，约定资助方式、资助数额以及资金用途和使用方式。

基金会有权对资助的使用情况进行监督。受助人未按协议约定使用资助或者有其他违反协议情形的，基金会有权解除资助协议。

问题：本条只规定了受助人违约的处罚，未规定基金会违约的处罚。权利义务配置不合理。

修改建议：调整权利与义务关系，增设对基金会违约的处罚。

9. 第五章：监督管理

问题：本章中规定的监督管理的内容，仅仅是基金会登记管理机关和业务主管单位对基金会的监督与管理，却未规定由哪一机构来对登记管理机关和业务主管单位进行监督，这样很有可能造成基金会与登记管理机关和业务主管单位的权钱交易。

修改建议：在本章中增加一条对登记管理机关和业务主管单位的监督办法。

10. 第四十一条：基金会、基金会分支机构、基金会代表机构或者境外基金会代表机构有下列情形之一的，登记管理机关应当撤销登记：

（一）在申请登记时弄虚作假骗取登记的，或者自取得登记证书之日起12个月内未按章程规定开展活动的；

问题：第一款规定自取得登记证书之日起12个月内未按章程规定开展活动的应当撤销登记，如果确实因为特殊情况，发生人为不可抗拒的灾害导致延期的，是否应当另外作出规定？

修改建议：把第一款改为“在申请登记时弄虚作假骗取登记的，或者自取得登记证书之日起12个月内未按章程规定开展活动的（发生具有不可抗力的情况除外）”

11. 第四十三条：基金会理事会违反本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。

问题：本条仅规定了理事和监事在财务过错上的处罚，并未规定他们工作不作为的处罚。

修改建议：增加监事和理事不作为的处理方法。

三. 规范性

1. 第四条： 基金会必须遵守宪法、法律、法规、规章和国家政策，不得危害国家安全、统一和民族团结，不得违背社会公德。

问题： 本条在立法规范有问题，未明确“国家政策”的颁布形式，“国家政策”是否包括一些法律法规，如果包括此处就是重复。

修改建议： 在附则或本条中对“国家政策”进行解释。

2. 第六条： 国务院民政部门和省、自治区、直辖市人民政府民政部门是基金会的登记管理机关。

国务院民政部门负责下列基金会、基金会代表机构的登记管理工作：

（一）全国性公募基金会；

（二）拟由非内地居民担任法定代表人的基金会；

问题： 第一款与第二款有含义重叠之处有规范性问题，“拟由非内地居民担任法定代表人的基金会”也包括部分“全国性公募基金会”。

修改建议： 将第二款改为“拟由非内地居民担任法定代表人的地方性公募基金会和非公募基金会”。

3. 第十一条： 登记管理机关应当自收到本条例第九条所列全部有效文件之日起60日内，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，应当书面说明理由。

基金会设立登记的事项包括：名称、住所、类型、宗旨、公益活动的业务范围、原始基金数额和法定代表人。

问题： “不予登记的，应当书面说明理由。”如果对书面说明理由不满，可否提请再次说明？如果多次提交登记申请而不予，又该怎么办？可否设立一个明确的批准流程。（第十二条，第十三条，亦有此问题。）

修改建议： 在本条或者附则中详细说明。

4. 第十二条： 基金会拟设立分支机构、代表机构的，应当向原登记管理机关提出登记申请，并提交拟设机构的名称、住所和负责人等情况的文件。

问题： 境外基金会代表机构是否有权设立分支机构，如果有有权，那么在向其归属国的登记管理单位提出申请后是否要向我国的登记管理机构提出申请？

修改建议： 为方便管理，本条可以直接规定境外基金会代表机构无权在我国内地设立分支机构。

5. 第十六条： 基金会、境外基金会代表机构有下列情形之一的，应当向登记管理机关申请注销登记：

（一）按照章程规定终止的；

（二）无法按照章程规定的宗旨继续从事公益活动的；

（三）由于其他原因终止的。

问题： 本条与第十条前后矛盾，有规范性错误。第十条规定“基金会章程应当载明下列事项：（九）基金会的终止条件、程序和终止后财产的处理。”所以基金会终止的条件应由基金会章程规定而不是本条例。

修改建议： 将法条改为“基金会，境外基金会代表机构根据其章程规定，在必要情况下向登记管理机关申请注销登记”

6. 第十七条： 基金会撤销其分支机构、代表机构的，应当向登记管理机关办理分支机构、代表机构的注销登记。

基金会注销的，其分支机构、代表机构同时注销。

问题： 本条只规定了基金会的撤销，但并未规定登记管理机关如何审查，审查不通过是否有权拒绝其撤销？

修改建议： 法条应改为“基金会撤销其分支机构、代表机构的，应当向登记管理机关办理分支机构、代表机构的注销登记。经审核后批准其撤销”

7. 第十九条： 基金会、基金会分支机构、基金会代表机构以及境外基金会代表机构的设立、变更、注销登记，由登记管理机关向社会公告。

问题： 公告地点、公告时长、公告方式未明确（第二十五条，第三十条，第三十三条中的“公告”也没有明确规定。）

修改建议： 在本条中增加公告地点、公告时长、公告方式。

8. 第二十条： 基金会设理事会，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。

在基金会领取报酬的理事不得超过理事总人数的1/3。

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。

问题： ①本条涉及到了理事会的组成，理事的产生程序和任期，但是根据本条例第十条规定“基金会章程应当载明下列事项：（四）理事会的组成、职权和议事规则，理事的资格、产生程序和任期；”所以本条的规定是不妥的。②本条第三款“在基金会领取报酬的理事不得超过理事总人数的1/3。”获得报酬的理事如何选出，有什么标准？报酬包括那些？报酬的分发在总资产中占多大比重？③本条第二款中“近亲属”并没有具体的解释，而且我国其他法律中对于近亲属的解释也各有不同，本条例中应当如何解释？（第二十二条，第二十三条也有此情况）

修改建议： ①法条修改为“基金会设理事，理事的资格、产生程序和任期由基金会章程规定”②在本条中附加理事获得报酬的方式及报酬的类别，在第二十九条中附加报酬的比重。③在本条或附则中追加“近亲属”的含义。

9. 第二十七条： 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。

问题： “财产”与“其他收入”如何区分？“财产”包括“其他收入吗”这里的用词不甚规范

修改建议： 法条改为“基金会的财产、知识产权等受法律保护，任何单位和个人不得私分、侵占、挪用。”

10. 第三十三条： “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”

问题：如果该基金会较特殊，无法找到相同性质的社会公益组织，那么这笔剩余财产该如何处理？

修改建议：如果实在无法处理则上缴国家，由国家统一用于公益事业。