

基金会法律实务案例指南

Foundation Legal Practice Case Guide

主编 何国科



目 录

前言

前言	13
----------	----

第一章 内部治理

01 某基金会发起设立案	17
--------------------	----

- (一) 什么是基金会？
- (二) 基金会的创始资金多少合适？
- (三) 基金会跟慈善组织是什么关系？
- (四) B 公司作为一家香港的企业，能否成为基金会的发起人？
- (五) A 公司的法定代表人可以出任基金会的理事长吗？
- (六) 基金会的原始资金能分期缴付吗？

02 发起人起诉基金会要求返还出资案	23
--------------------------	----

- (一) 基金会发起人是否有人数限制？
- (二) 基金会发起人是否可以转让？
- (三) 王某向基金会验资账户打入的钱是什么性质？
- (四) 王某能否主张基金会返还 200 万？
- (五) 成立基金会需要具备什么条件？
- (六) 基金会发起人的责任是什么？

03 基金会分支机构借款合同纠纷案	29
-------------------------	----

- (一) 什么是基金会分支机构？
- (二) 基金会分支机构如何设立？
- (三) 基金会的分支机构、代表机构有法人资格吗？

(四) 什么是表见代理? “河北办事处” 的行为是表见代理吗?

(五) 基金会如何管理好分支机构?

04 基金会理事会罢免案38

(一) 理事会人数的要求?

(二) 理事的权利义务?

(三) 理事违法决策责任如何承担?

(四) 变更法定代表人需要原法定代表人签字同意吗?

05 理事会违规变更法定代表人案 43

(一) 理事会的职责是什么?

(二) 理事会的召开、决策程序?

(三) 法定代表人(理事长)的职责是什么?

(四) 法定代表人(理事长)变更的程序、条件?

06 某基金会未进行年检被撤销案 48

(一) 基金会彻底退出的形式?

(二) 被撤销后的基金会处于什么状态?

(三) 基金会被撤销后应该怎样退出?

(四) 基金会不及时退出的危害?

第二章 交易行为

07 基金会理事长被判无期徒刑案55

(一) 基金会应当在宗旨和业务范围开展活动

(二) 伪造国家公文, 虚假开展慈善活动情况

(三) 违法关联交易的表现

(四) 基金会禁止抽逃出资

(五) 基金会的其他违法行为

08 基金会内幕交易案 60

(一) 什么是内幕交易?

(二) 本案基金会是否构成内幕交易?

(三) 本案理事应当承担什么责任?

09 基金会违法关联交易案..... 63

- (一) 什么是关联交易？
- (二) 如何认定关联交易？
- (三) 关联交易一定被禁止吗？
- (四) 本案是否构成违法关联交易？

第三章 慈善捐赠**10 基金会违规使用捐赠财产案..... 69**

- (一) 什么是慈善捐赠？
- (二) 基金会使用捐赠财产存在哪些违法行为？
- (三) 基金会是否可以把慈善财产给到营利机构？
- (四) 基金会从捐赠中扣除管理费的行为是否符合规定？

11 基金会接受实物捐赠案..... 73

- (一) 基金会对两批药物的处理是否合规？
- (二) 基金会的两次开票行为是否合规？
- (三) 非现金捐赠的金额如何确定？
- (四) 实物捐赠如何处理？

12 捐赠物致人损害案..... 77

- (一) 基金会是否要承担产品的损害赔偿赔偿责任？
- (二) 基金会接收实物捐赠时应当注意哪些问题？

13 基金会违反约定使用捐赠财产案..... 80

- (一) 什么是慈善资助？
- (二) 甲公司能否撤销捐赠？
- (三) 基金会能否撤销资助？

14 基金会和捐赠人约定利益回报案..... 83

- (一) 慈善捐赠能否约定利益回报？
- (二) 基金会能否提供公益捐赠回扣？

(三) 本案中的两笔捐赠是否属于慈善捐赠, 能否开具捐赠票据?

15 捐赠人诺而不捐案87

(一) 基金会如何维护自己的权利?

(二) 什么情况下捐赠人可以不再履行捐赠承诺?

16 捐赠人冠名捐赠案 90

(一) 基金会是否可以接受公司冠名捐赠?

(二) 冠名捐赠的的尺度是什么?

17 基金会接受企业股权捐赠案93

(一) 什么是企业股权捐赠?

(二) 企业股权捐赠的程序有哪些?

(三) 企业股权捐赠如何计算捐赠价值?

(四) 企业股权捐赠对象有什么要求?

(五) 企业股权捐赠的票据如何开具?

(六) 企业股权捐赠的抵税如何办理?

第四章 慈善募捐

18 编造虚假信息开展慈善募捐案101

(一) 什么是慈善募捐?

(二) 如何理解公开募捐和定向募捐?

(三) 基金会如何取得公开募捐资格?

(四) 怎么制定募捐方案?

(五) 如何理解欺骗、诱导募捐对象实施捐赠?

(六) 互联网募捐要注意的法律问题?

(七) 违法募捐的法律责任?

19 杭州“小马云”募捐案107

(一) 个人求助和慈善募捐的区别

(二) 本案中张某存在哪些问题?

(三) 不具备募捐资格的个人、组织怎么募捐?

20 基金会强行摊派募捐案 111

- (一) 什么是摊派, 变相摊派募捐?
- (二) 摊派募捐的法律后果?

第五章 保值增值

- 21 基金会贷款合同纠纷案 117
 - (一) 基金会是否可以向第三方提供借贷?
 - (二) 什么是基金会的保值、增值?
 - (三) 保值、增值的原则是什么?
 - (四) 可以保值、增值的财产和禁止保值、增值的财产是什么?
- 22 基金会违规投资被处罚案 121
 - (一) 基金会投资的方式有哪些?
 - (二) 什么样的投资可以认定为重大投资?
 - (三) 如何合规地开展保值、增值工作?
 - (四) 违法保值、增值需承担的法律责任?
- 23 基金会违规股权投资案 125
 - (一) 基金会投资的违规之处?
 - (二) 基金会对外借款的法律要求?
 - (三) 股权投资的法律要求?
- 24 基金会委托投资案 128
 - (一) 基金会委托投资有哪些法律要求?
 - (二) 基金会注销剩余财产如何处置?
- 25 基金会将限定性捐赠用于投资案 132
 - (一) 基金会是否存在违法行为?
 - (二) 限定性资产用途的改变?

第六章 慈善信托

- 26 设立慈善信托案 137

- (一) 什么是慈善信托？
- (二) 如何设立慈善信托？
- (三) 不备案的法律后果是什么？

27 基金会担任慈善信托受托人案..... 141

- (一) 基金会担任慈善信托受托人的资格要求？
- (二) 慈善组织担任慈善信托受托人时应当履行的义务？
- (三) 慈善组织与信托公司担任共同受托人时的特定权利义务？

第七章 对外合作

28 基金会将政府购买服务项目分包案.....153

- (一) 什么是政府购买服务？
- (二) 政府购买服务的主体？
- (三) 承接政府购买服务的主体有哪些？
- (四) 基金会将政府购买服务合同的部分项目进行分包是否合法？

29 基金会未完成政府购买服务案157

- (一) 政府购买服务的内容有哪些？
- (二) 政府购买服务合同通常包括哪些内容？
- (三) 未完成政府购买服务如何处理？
- (四) 政府购买服务合同出现纠纷应当适用哪些法律？

30 基金会委托运营合同纠纷案..... 162

- (一) 第三方委托运营？
- (二) 基金会是否存在违约情形？
- (三) 基金会承担什么责任？
- (四) 法定代表人是否要承担连带责任？
- (五) 基金会如何做好委托运营的第三方？

31 基金会与梁某房屋买卖合同纠纷案 168

- (一) 如何理解合同相对性？
- (二) 什么情况下需要承担违约责任？
- (三) 如何约定违约金？

(四) 基金会在对外活动中如何保障自身权益？

32 基金会与凌某房屋租赁合同纠纷案.....172

(一) 基金会公开竞价所产生的租金价格能作为双方续签合同的价格吗？

(二) 基金会单方面解除合同的行为是否具有法律效力？

33 基金会开展购房公益补贴项目被撤销登记案.....176

(一) 购房补贴项目存在什么问题？

(二) 基金会公益创新的底线是什么？

34 基金会开展高端收费培训项目案.....182

(一) 基金会的违法行为有哪些？

(二) 什么是严重违法失信名单？

(三) 什么情况会被列入严重违法失信名单？

(四) 列入严重违法失信名单的后果？

35 基金会与境外基金会合作案.....188

(一) 境外非政府组织是指哪些？

(二) 基金会如何跟境外非政府组织合作？

(三) 基金会能否接受境外非政府组织捐赠？

(四) 境外非政府组织的代表机构在境内开展活动要注意什么问题？

第八章 劳动人事

36 董某请求确认与某基金会劳动关系案.....195

(一) 基金会是劳动合同法调整的用人单位吗？

(二) 基金会与员工之间的劳动关系自何时开始计算？

(三) 基金会不与员工签订劳动合同的法律后果是什么？

(四) 基金会如何合法合规的解除劳动合同？

37 基金会违法解除劳动合同案.....200

(一) 用人单位制定的规章制度需要符合哪些条件才算有效？

(二) 基金会的行为是否属于违法解除劳动合同的情形？

- (三) 违法解除劳动合同需要承担哪些法律后果？
- (四) 什么情况下需要支付经济补偿金？

38 基金会离职纠纷案..... 207

- (一) 员工如何办理离职手续？
- (二) 员工离职为什么需要通知合作方？
- (三) 基金会如何防范劳动用工的风险？

第九章 志愿服务

39 志愿者补贴纠纷案..... 215

- (一) 什么是志愿服务？
- (二) 什么是志愿者？
- (三) 什么是志愿服务组织？
- (四) 志愿者是否可以领取补贴？

40 志愿者自身或致他人人身损害案..... 218

- (一) 志愿在参与志愿服务过程给他人造成损害的责任承担？
- (二) 志愿者自身受伤的赔偿责任由谁承担？
- (三) 志愿者意外受伤怎么办？

41 志愿者与基金会的劳动争议案..... 221

- (一) 劳动关系还是志愿服务关系？
- (二) 基金会如何规范地管理志愿者？

42 某基金会与志愿者王某人身损害赔偿案..... 226

- (一) 是不是只有签订志愿服务协议的才算是志愿者？
- (二) 王某与朋友的微信聊天记录可以证明其与基金会的志愿服务关系吗？
- (三) 基金会与志愿者签订志愿服务协议应当注意哪些问题？

第十章 税收优惠

43 基金会获得公益性捐赠税前扣除资格案..... 233

- (一) 基金会如何获得公益性捐赠税前扣除资格？
- (二) 获得公益性捐赠税前扣除资格需要具备哪些要件？

(三) A 企业捐赠如何进行税前扣除？

44 基金会免税资格被取消案.....237

(一) 基金会申请获得免税资格需要哪些条件？

(二) 免税资格到期如何“续期”？

(三) 被取消免税资格的不利后果？

45 基金会提交虚假财务报告被撤销登记案.....243

(一) 基金会虚报财务审计报告的后果是什么？

(二) 基金会取得了免税资格后，所有的收入都免税吗？

第十一章 知识产权

46 基金会未经许可使用他人摄影作品案.....249

(一) 什么是著作权？

(二) 什么是著作权的合理使用？

(三) 哪些情况下可以合理使用他人享有著作权的作品？

(四) 侵犯著作权的行为包括哪些？

(五) 侵犯著作权要承担哪些法律后果？

(六) 侵犯他人著作权的赔偿标准如何确定？

(七) 基金会如何防范侵犯他人的著作权？

47 基金会商标侵权案.....258

(一) 什么是商标权？

(二) 基金会的哪些内容可以注册商标？

(三) 商标侵权的行为有哪些？

(四) 基金会商标侵权该如何处理？

第十二章 信息公开

48 基金会违背信息公开义务案.....265

(一) 为什么对基金会信息公开要求那么严格？

(二) 基金会信息公开的原则是什么？

(三) 基金会信息公开可以达到什么效果？

(四) 基金会信息公开目前存在的问题？

49 基金会未履行信息公开义务案.....270

(一) 信息公开的义务人是谁？

(二) 基金会的哪些信息应当公开？

(三) 基金会信息公开的途径？

(四) 未履行信息公开要求的法律责任？

50 基金会公开不得公开信息案.....276

(一) 哪些信息是基金会不应当公开的？

(二) 泄露这些信息要承担的法律责任是什么？

(三) 如何做好基金会的信息公开工作？

前言



前言

改革开放以来，尤其是 2004 年《基金会管理条例》颁布实施以来，中国基金会得到了长足的发展。根据中国社会组织网、慈善中国数据显示，截至 2018 年 8 月 22 日，全国登记注册的基金会有 6732 家，民政部登记注册的 213 家，其中具有公开募捐资格的基金会 633 家。¹基金会中心网数据显示，2016 年度，全国基金会净资产 1383.04 亿元，原始资金 347.45 亿元，捐赠收入 488.03 亿元，投资收益 31.72 亿元，政府补助收入 57.24 亿元。²

基金会在扶贫、济困；扶老、救孤、恤病、助残、优抚；救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件；防治污染和其他公害，保护和改善生态环境；促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展，以及推动其他公益事业发展发挥了重要作用。随着企业，公众慈善热情不断高涨，社会捐赠总量的不断提升，法律政策不断健全，国家“一带一路”战略提出，以及构建人类命运共同体的呼吁，都为基金会的发展带来新的机遇，同时也带来新的挑战。其中，法律能力就是一个巨大的挑战。

2016 年 9 月 1 日《中华人民共和国慈善法》正式实施，标志中国慈善事业进入了依法慈善时代。《慈善法》实施两年来，民政部、财政部、税务总局等有关职能部门，在慈善募捐、慈善信托、税收优惠、信息公开、保值增值、志愿服务、监督管理等方面出台了二十余部规章和政策，对基金会的依法治理、法律风险防范提出了更高的要求。

北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心（以下简称中心），2015 年在北京市民政局登记注册，以推动社会组织依法治理为宗旨。中心成立以来，一直致力于社会组织法律服务，为全国 4000 多家社会组织提供专业的法律服务，处理了二十多起社会组织领域案件。中心在总结实务经验的基础上，2018 年 8 月 7 日发

¹ 中国社会组织网 全国社会组织查询 组织类型 基金会
<http://www.chinanpo.gov.cn/search/orgcx.html>

² 基金会中心网-基金会数据总览 <http://data.foundationcenter.org.cn/data/sjzl.shtml>

布了《中国基金会法律风险报告》（以下简称《报告》），该《报告》被认为行业的第一份实务领域法律风险报告，总结了现阶段基金会最常面临的法律风险，并且给出了意见和建议，得到了基金会同仁的广泛好评，为中国基金会的健康发展做出了积极贡献。

为了进一步加强基金会的依法治理，提升法律能力，2018年1月，在北京易孚泽公益基金会的资助下，中心正式启动了《基金会法律实务案例指南》（以下简称《指南》）的编写工作。《指南》在《报告》基础之上，将基金会日常面了的法律问题以案例的形式生动地进行解读。本《指南》共计五十个案例、十二个章节、一百八十个法律要点，从基金会内部治理、交易行为、慈善募捐、慈善捐赠、慈善信托、劳动人事、志愿服务、知识产权、对外合作、税收优惠、信息公开等方面对慈善领域法律知识进行普及，给出实务操作指南。中心希望通过本《指南》对基金会的合规运作提供专业的法律支持。

本《指南》的编写由中心执任何国科牵头，编写团队成员：姚艳姣、王芳、刘佳、代莹莹。同时《指南》在编写过程中，也得到了北京市民政局慈善处、北京市民政局社团办基金会管理处、中国基金会发展论坛、王胜利律师、郭然律师、以及北京市基金会部分代表的大力支持。此外，《指南》编写时间紧张，难免有所纰漏，希望各读者在阅读过程中，涉及相关问题的可以及时向我们提出。

合法合规，是基金会运作的基石，是新时代基金会发展的刚需。我们一直致力于中国基金会的健康发展，让慈善更加坚韧而有力量，同时我们也希望未来的中国基金会为全中国，甚至全世界带去希望和爱。

北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心

执行主任 何国科

二〇一八年八月二十五日

第一章 内部治理



01 某基金会发起设立案

【基本案情】

A 公司是一家在广东某市注册的文化公司，B 公司是一家香港传媒公司，A 公司与 B 公司计划在某市共同发起设立一家非公募基金会，暂定业务范围是弱势群体帮扶、社会救助、推动教育事业、促进环境保护事业发展等。

双方签订合作协议，约定共同出资 1000 万元人民币作为原始资金，其中 A 公司出资 800 万元，B 公司出资 200 万元，由 A 公司法定代表人出任该基金会的理事长。合作协议签订以后，B 公司因投资失败，无法一次性拿出 200 万元资金，遂与 A 公司商议分期缴付原始资金，A 公司表示同意，并与 B 公司就原始注册资金缴付问题签订了补充协议。

A 公司着手准备设立基金会的相关材料并提交给了某市民政局，申请材料中说明了 B 公司将分期缴付注册资金，A 公司的法定代表人将任基金会的理事长，民政局说明理事长人选不符合法律规定，B 公司的注册资金需要一次性缴付，并以此退回了基金会的设立申请，要求根据《基金会管理条例》的规定调整后重新申请。

【法律要点】

- (一) 什么是基金会？
- (二) 基金会的创始资金多少合适？
- (三) 基金会跟慈善组织是什么关系？
- (四) B公司作为一家香港的企业，能否成为基金会的发起人？
- (五) A公司的法定代表人可以出任基金会的理事长吗？
- (六) 基金会的原始资金能分期缴付吗？

【要点解析】

(一) 什么是基金会？

基金会和企业一样都属于法人，但基金会又区别于公司企业等营利性法人，主要有以下特点：

1. 法人。基金会和公司一样，是独立的法律实体，能以自己的名义开展各种活动，享有权利，履行义务，承担法律责任。

2. 非营利性。公司取得的利润，一般根据股东出资额向股东进行分配，但基金会的收入则不能向发起人、理事、监事、工作人员等进行分红、分配，全部财产只能用于机构发展。

3. 公益性。基金会是为公益目的成立的，机构开展活动要符合相关法律法规及机构章程规定的公益性宗旨和业务范围，基金会违背公益目的开展活动，需要承担相应的法律责任。

4. 原始财产只能来源于捐助。根据《民法总则》的规定，基金会取得“捐助法人”资格。基金会和公司设立时的发起人“投资”不同，基金会设立时的原始财产只能来自于自然人、法人或者其他组织捐赠。

(二) 基金会原始基金多少合适？（确定基金会原始基金时应当考虑的要素）

根据我国现行《基金会管理条例》的规定可知，基金会主要分公募、非公募、地方性、全国性基金会，不同类型的基金会对注册资金的要求也不同：

类型	全国性公募基金会	地方性公募基金会	非公募基金会
注册资本 (最低)	800 万	400 万	200 万

注：根据《社会组织登记管理条例》（征求意见稿）规定，基金会注册资金最低 800 万以上，民政部登记注册的不低于 6000 万。

那么对于基金会发起人而言，并不是注册资金越高，对基金会越有利，那么作为发起人应该如何确定基金会的注册资金呢？

第一，根据现行的政策，注册资金要符合法定最低标准 200 万元；

第二，基金会原始注册资金的多少，一定程度上反映了基金会的实力，能吸引更多的爱心人士参与到慈善项目；

第三，发起人确定原始注册资金的时候，也需要考虑后续的筹款能力和慈善项目运作能力。从民政部门管理的角度来说，基金会每年年底的时候，账户上净资金不得低于注册资金，同时根据民政部《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》规定，不具有公开募捐资格的慈善组织每年支出不得低于净资产的 6%—8%。结合本案例来说，基金会注册资金 1000 万元，每年的慈善支出不得低于 60 万（6%），管理费用不得高于总支出的 13%。如果注册资金是 200 万元，那么每年慈善支出 16 万（8%），管理费用不得高于总支出的 20%。所以，发起人在确定注册资金额度时，也要考虑到机构的后续发展运营问题。

基金会创始资金多少合适，这个应当是由发起人结合自身情况，基金会后续筹款运作能力等因素，遵守最低资金要求，做出一个适合自身的决策。

（三）基金会跟慈善组织是什么关系？

国务院 2004 年制定的《基金会管理条例》规定，基金会，是指是指利用自然人、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。全国人民代表大会 2016 年制定了《慈善法》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。

由于《慈善法》的生效实施，那么就产生基金会和慈善组织的认知问题。《慈善法》的法律层级更高，慈善组织范围更宽，法律体系也更加健全，那么基金会和慈善组织又是一种什么样的关系呢？

第一，基金会是组织形式，慈善组织是组织属性。《慈善法》第八条第二款规定，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。通过该规定可知，基金会属于慈善组织的一种组织形式，也即社会组织是组织形式，慈善组织是组织属性。

第二，社会组织要想成为慈善组织，必须满足以下条件（1）坚持公益性，即面向社会开展慈善活动；（2）坚持非营利性，即不以营利为目的、发起人不享有财产的所有权、不得分红或变相分红、剩余财产处理遵循近似原则等；（3）完善以章程为核心的内部治理机构。

第三，对于基金会这种组织形式来说，根据《基金会管理条例》的规定，基金会定义就是面向社会开展慈善活动为宗旨，本身就具备慈善组织属性。在《慈善法》颁布之前已经登记的基金会，可以去民政部门登记认定为慈善组织，对于新注册的基金会，在登记注册环节，可以勾选同意成为慈善组织。

（四）B公司作为一家香港的企业，能否成为基金会的发起人？

《基金会管理条例》并没有对基金会发起人的国籍、地区、类型等作出限制性的规定，只要是想投身公益事业的自然人（包括外国人和港澳台地区居民）、企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人、合伙组织等都可以作为基金会的发起人。自然人和各类法人可以成为发起人，但像分公司、分支机构、代表机构这样的非法人机构因不具有独立主体资格，不能单独承担民事责任，不能成为发起人。所以B公司作为香港的企业，现行法规并未禁止其成为基金会的发起人。

（五）A公司的法定代表人可以出任基金会的理事长吗？

《基金会管理条例》中明确规定，理事长由基金会的法定代表人担任，但基金会法定代表人不得兼任其他组织的法定代表人，其他组织包括企业、社会组织、事业单位等组织。所以本案中A公司的法定代表人不能出任基金会的理事长，但可以出任基金会理事、监事的职务。如果A公司的法定代表人出任基金会的理事长，那么A公司需依据《公司法》的相关规定，办理法定代表人变更登记。

国家通过立法对基金会法定代表人不得担任其他组织法定代表人做出的限制，主要是为了建立基金会法定代表人公正，客观，公平行使职责的制度环境，避免因企业的营利性决策，通过法定代表人损害基金会的权益，对社会财产造成损失。

（六）基金会的原始基金能分期缴付吗？

基金会的原始基金不能分期缴付，只能以货币出资。我国《基金会管理条例》第八条对基金会的设立条件做出了明确的规定，其中关于原始基金的规定是“原始基金必须为到账货币资金”，也即：

- 出资必须实缴，不能先认缴后补足；
- 形式只能是货币。所谓货币资金是指当前能有效流通的货币，发起人不能以股权、知识产权、不动产权、劳务等出资。

【法律依据】

《慈善法》

第八条：“本法所称慈善组织，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。”

《基金会管理条例》

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。”

第二十条第四款：“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。”

第二十三条第一款：“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。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。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。”

《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》

第八条：“慈善组织中不具有公开募捐资格的基金会，年度慈善活动支出和

年度管理费用按照以下标准执行：

（一）上年末净资产高于 6000 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百分之六；年度管理费用不得高于当年总支出的百分之十二；

（二）上年末净资产低于 6000 万元高于 800 万元（含本数）人民币的，年度慈善活动支出不得低于上年末净资产的百分之六；年度管理费用不得高于当年总支出的百分之十三；

（三）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百分之七；年度管理费用不得高于当年总支出的百分之十五；

（四）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百分之八；年度管理费用不得高于当年总支出的百分之二十。”

02 发起人起诉基金会要求返还出资案

【基本案情】

某基金会是于2013年3月10日依法设立的非营利性法人，类型为非公募基金会，注册资本210万元。业务范围：支持并开展有利于挖掘和保护传统文化和创新的文化活动，资助文艺、传媒、社科研究事业。登记管理机关和业务主管单位均为民政厅。

基金会的原始基金210万元，分别来源于王某200万元、李某5万元和范某5万元。在基金会筹备期间，发起人王某通过中国银行网上银行向基金会（筹）转账200万元整，转账用途栏与附言栏均注明“投资款”。2013年2月1日出具了《验资证明》，证明截至2013年2月1日止，基金会（筹）已收到由王某、范某、李某汇入基金会（筹）账户的资金，汇入的货币资金金额合计人民币210万元。

基金会成立后，王某向人民法院提起诉讼，诉称当时成立基金会时，明确提及200万为借款而非捐赠，要求基金会返还200万元。法院驳回了王某的诉讼请求。

【法律要点】

- (一) 基金会发起人是否有人数限制？
- (二) 基金会发起人是否可以转让？
- (三) 王某向基金会验资账户打入的钱是什么性质？
- (四) 王某能否主张基金会返还 200 万？
- (五) 成立基金会需要具备什么条件？
- (六) 基金会发起人的责任是什么？

【要点解析】

（一）基金会发起人是否有人数限制？

基金会发起人可以是自然人、法人和其他组织，那么基金会发起人人数有没有限制呢？法律法规并未限制基金会发起人的人数，基金会发起人可以是一位，也可以是多位，更甚者，某基金会发起人有 100 位。发起人可以是企业和自然人联合发起，可以多家企业联合发起，可以企业跟社会组织发起，也可以社会组织单独发起等，这个由发起人自己决定。

（二）基金会发起人是否可以转让？

在企业中，企业发起人股东可以自由的进行转让，那么基金会的发起人是否可以转让呢？我们认为，根据现行法律法规的规定，基金会发起人的初始财产属于捐赠，并不像企业发起人一样享有“股东”的权利。基金会财产为社会公共财产，那么基金会就要组成理事会代表社会公众管理和使用财产，理事会作为最高决策机构而非发起人，所以发起人是作为一个历史的事实存在，对于历史事实，并不存在转让的说法。

（三）王某向基金会验资账户打入的钱是什么性质？

该“投资款”属于捐赠款。根据《基金会管理条例》第二条的规定，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

例的规定所成立的非营利性法人。基金会作为非营利性法人，初始资金来源是自然人、法人或其他组织捐助的财产。《验资证明》以及银行回单用途栏标注的“投资款”，不足以证明该款项是借款，考虑到基金会的原始资金的性质，该笔款项为捐赠。

（四）王某能否主张基金会返还 200 万？

王某不能主张基金会返还 200 万元。该笔款项的性质为捐赠款，根据《合同法》第一百八十六条第二款规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不享有任意撤销权，而此笔捐赠款属于公益性质，已经作为基金会成立的创始财产，基金会的创始财产发起人不得取回。

（五）成立基金会需要具备什么条件？

基金会是为特定公益目的而成立的非营利性法人，发起设立基金会应当具备以下条件（4有）：

1. 有人。首先，基金会成立要有发起人，筹备发起设立事宜；其次，要有理事会，理事会人数 5-25 人；最后，要有开展活动的专职工作人员。
2. 有钱。基金会成立最低注册资本是 200 万元人民币，和民非（3 万）、社团（3 万）的低要求不同。基金会对资金的要求较高，且资金必须实缴到账。
3. 有能力。基金会是独立法人，应当具备以自身财产、名义独立承担责任的能力。
4. 有固定住所。和一般的民事主体一样，基金会也要有固定的住所，以便通讯联系。

（六）基金会发起人的责任是什么？

基金会的发起人，又称为举办者，申请人，投入人、创始人等，是依照法律法规的规定，提出设立基金会，并提供原始资金，对组织成立期间负责，对组织成立之后承担一定义务的自然人、法人或其他组织。可以说发起人对基金会的成立登记和规范运作负有重要责任，起着至关重要的作用。但是基金会的发起人跟企业举

办者有着根本的区别，基金会的发起人无论出资多少，均不属于基金会的“股东”，不得要求基金会根据出资份额来获取回报，不得要求返还出资。

结合相关法律法规以及基金会章程示范文本，具体来说基金会发起人主要有以下责任：

第一，发起成立的责任。发起人是基金会成立的主导者，发挥着核心的作用，但同时必须遵守法律法规的规定，筹备期间不得弄虚作假，不得开展筹备工作以外的活动，有虚假骗取登记的，发起人要承担相应的法律责任。

第二，出资的责任。申请设立基金会的，其原始财产由发起人承担。《慈善法》第九条规定，慈善组织应当符合下列条件：（五）有必要的财产；《基金会管理条例》第八条规定，设立基金会的，应当具备下列条件：（三）有一定数额的注册资金，并且为到账货币资金；上述规定的初始财产，均有发起人实缴。

第三，发起人不得取回注册资金，不得分红和分配。《企业所得税法实施条例》规定，非营利组织的投入人，对投入该组织的财产不保留或者享有任何财产权利，所以社会组织发起人的出资视为捐赠，不保留和享有任何财产权利。《慈善法》规定，组织的财产以及其他合法收入，不得在发起人、捐赠人、理事、监事和工作人员中分配。组织终止后，剩余的财产也不能取回，经过清算程序后，剩余财产依然要用于特定的公益目的，无法处理的由民政部门转交给宗旨相同的或相似的组织。所以发起人对其出资以及机构的收入不得取回，不得分配。

第四，组建理事会、监事（会）的责任。根据相关法规政策以及基金会章程规定，基金会的理事会、监事的组成也主要由发起人来推荐确定。基金会理事会成员5-25人，由发起人推荐理事会的构成人选，由第一届理事会第一次会议表决通过。基金会也应当成立监事（会），监事（会）可以由主要捐赠人，民政部门，业务主管单位选派。

第五，关联交易回避决策的责任。《慈善法》规定，慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员，不得利用其关联关系损害慈善组织、受益人的利益和社会公共利益。慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员与慈善组织发生交易行为的，不得参与慈善组织有关该交易行为的决策，有关交易情况应当向社会公开。

第六，发起人是基金会定向募捐对象。根据《慈善法》规定，定向募捐是向发起人、理事会成员或会员等特定对象开展的募捐，所以发起人是定向募捐的对象。

【法律依据】

《基金会管理条例》

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。”

《合同法》

第一百八十六条：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”

《公益事业捐赠法》

第七条：“公益性社会团体受赠的财产及其增值为社会公共财产，受国家法律保护，任何单位和个人不得侵占、挪用和损毁。”

《刑法》

第九十一条：“本法所称公共财产，是指下列财产：

（一）国有财产；

（二）劳动群众集体所有的财产；

（三）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者分支机构的财产。

在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。”

《慈善法》

第十四条：“慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员，不得利用其关联关系损害慈善组织、受益人的利益和社会公共利益。

慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员与慈善组织发生交易行为的，不得参与慈善组织有关该交易行为的决策，有关交易情况应当向社会公开。”

第二十八条：“慈善组织自登记之日起可以开展定向募捐。

慈善组织开展定向募捐，应当在发起人、理事会成员和会员等特定对象的范围内进行，并向募捐对象说明募捐目的、募得款物用途等事项。”

第五十一条：“慈善组织的财产包括：

发起人捐赠、资助的创始财产；

……”

第五十二条：“慈善组织的财产应当根据章程和捐赠协议的规定全部用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。

任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善财产。”

《企业所得税法实施条例》

第八十四条：“企业所得税法第二十六条第（四）项所称符合条件的非营利组织，是指同时符合下列条件的组织：（六）投入人对投入该组织的财产不保留或者享有任何财产权利。”

03 基金会分支机构借款合同纠纷案

【基本案情】

某基金会成立于2006年9月，是在民政部登记的全国性公募基金会，关注领域是环境和科学研究。该基金会于2007年12月向河北省民政厅发函请求批准设立河北办事处，并授权河北办事处为该基金会的合法代表机构，有权代表基金会签订合同并处理相关事务。河北省民政厅于次月复函同意该基金会在河北省某市成立办事处，同时函告其按照法定程序报请民政部民间组织管理局审批，但某基金会一直未办理相关手续。2012年10月，基金会向河北省人民政府发函，表明将河北办事处变更为河北工作委员会并调整人员职责等。

2011年5月至2012年10月期间，基金会河北办事处分3笔向企业家王某借款共计733万元，3份借条中均明确载明借款单位为基金会河北办事处并加盖了印章。其中基金会为了工作方便向河北办事处给予了授权书载明：“河北办事处为其合法代表机构，并有权签订与某基金会有关的各种形式的合同。”某基金会在原审过程中对以上证据的真实性均无异议，约定期限届满后，王某多次催要欠款，但

基金会河北办事处拒不归还，王某遂向法院提起诉讼，要求基金会河北办事处归还欠款和利息，并要求某基金会承担连带偿还责任。

一审法院认为，某基金会是合法成立的非营利性法人，能够独立承担民事责任，而基金会河北办事处是基金会设立的代表机构，其本身不具有独立法人资格，其行为导致的法律责任应直接由某基金会承担，因此判决基金会向原告偿还733万元欠款及利息。

基金会不服一审判决，提起上诉称：河北办事处未经合法成立，不能成为适格被告，且基金会从未申请成立过河北办事处，其借款行为不应由基金会承担偿还责任。

二审法院认为，河北办事处虽未经合法程序成立，但基金会关于设立河北办事处的一系列公函和给河北办事处的盖有单位公章的授权书是客观存在的，且某基金会对这些文件的真实性不持异议，因此原告完全有理由相信河北办事处的存在并向其提供借款。河北办事处作为某基金会的代表机构不能独立承担民事责任，其借款行为的后果应当由某基金会承担，因此驳回了某基金会的上诉，维持原判。

【法律要点】

- (一) 什么是基金会分支机构？
- (二) 基金会分支机构如何设立？
- (三) 基金会的分支机构、代表机构有法人资格吗？
- (四) 什么是表见代理？“河北办事处”的行为是表见代理吗？
- (五) 基金会如何管理好分支机构？

【要点解析】

(一) 什么是基金会分支机构？

基金会分支机构是指，自然人、法人或其他组织以及基金会自身，为了某一慈善项目开展（该慈善项目符合基金宗旨和业务范围），依照基金会的程序申请设立

的，具备一定独立运营能力，但不具备法人资格的组织。分支机构，类型包括分支机构、办事处、项目办公室等类型。

（二）基金会分支机构如何设立？

根据《基金会管理条例》第十二条的规定，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。登记管理机关应当自收到前款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《基金会分支（代表）机构登记证书》；不予登记的，应当书面说明理由。

但是，民政部 2014 年民政部发布了《民政部关于贯彻落实国务院取消全国性社会团体分支机构、代表机构登记行政审批项目的决定有关问题的通知》，提到不再受理全国性社会团体分支机构（包括分支机构管理机构）、代表机构的设立、变更、注销登记的申请，不再换发上述机构的登记证书，不再出具分支机构、代表机构刻制印章的证明。于此同时，各省市民政局、社会组织管理局也发布相应文件，不再受理社会团体、基金会分支机构、代表机构的审批事项，不再换发上述机构的登记证书、不再出具分支机构、代表机构刻制印章的证明。当前，基金会设立分支机构不再需要民政部门的审批，也无法取得登记管理证书、印章，基金会设立分支机构、代表机构的一切法律后果由基金会承担。

目前分支机构的设立完全由基金会自主决定。

（三）基金会的分支机构、代表机构有法人资格吗？

基金会的分支机构、代表机构没有独立法人地位。《民法总则》、《基金会管理条例》都有规定，分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任全部由基金会承担。此外基金会分支机构也区分与公司的分公司，分公司还需要去工商部门登记，但是基金会分支机构已经不需要去民政部门登记备案，所以其运营规则跟分公司也不一样。

（四）什么是表见代理？“河北办事处”的行为是表见代理吗？

《民法总则》第一百七十二条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”《合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”由此可见，表见代理是指虽然行为人事实上无代理权，但相对人有理由认为行为人有代理权而与其进行法律行为，其行为的法律后果由被代理人承担的代理。

本案中基金会与河北省政府之间往来的函件表明基金会意图设立河北办事处，并就相关筹备事宜与河北省政府进行沟通，且基金会于2007年12月28日向河北办事处出具授权书明确：“河北办事处为其合法代表机构，并有权签订与某基金会有关的各种形式的合同”，某基金会在原审过程中对以上证据的真实性均无异议。河北办事处负责人在借款时提供的上述相关材料足以使企业家王某相信河北办事处作为基金会分支机构且有权进行借款的真实性，并因此向河北办事处提供借款。

河北办事处的设立程序瑕疵以及其存在的真实性、合法性等问题，并不影响王某与河北办事处之间债权债务关系的成立，基金会主张河北办事处并未依法设立，但其内部设立程序上的瑕疵不足以对抗善意相对人，因此二审判决认定由某基金会承担河北办事处借款的民事责任，法律适用并无不当。

（五）基金会如何管理好分支机构？

基金会应当如何管理好分支机构呢，我们认为需要做到：

第一，基金会要根据自己的管理能力合理适度发展分支机构。基金会明确分支机构设立和终止的条件和决策程序，并严格执行。基金会应当与发起人以签订协议的方式明确分支机构的设立目的、财产使用方式、各方的权利责任、终止条件和剩余财产的处理等。分支机构在设立之前，应当做法律尽职调查，了解分支机构发起人自身、设立目标、运作模式，项目开展等信息。

第二，基金会要监督分支机构使用带有基金会全称的规范名称。分支机构不得以独立组织的名义开展募捐、与其他组织和个人签订协议或开展其他活动，未经基金会同意，不得以其名义对外宣传或开展业务活动。

第三，健全分支机构管理制度，对分支机构的实施全过程监管，对分支机

构的人员实施严格管理。基金会应当根据分支机构的设立目的，按照捐赠协议的约定管理和使用捐赠财产，专款专用。分支机构列支管理成本时，捐赠协议有约定的，按照其约定；捐赠协议未约定的，除了为实现分支机构公益目的确有必要之外，一般不超过该分支机构年度总支出的10%。分支机构的收支全部纳入基金会账户，不得使用其他单位、组织或个人账户，不得开设独立账户和刻制印章。分支机构不得再设立分支机构。

第四，做好分支机构的信息公开，对分支机构的设立和终止信息、管理架构和人员信息、开展的募捐和公益资助项目等信息依照有关法律法规进行及时披露。

第五，很多分支机构过度依赖初始成立的捐赠资金，捐赠款项用完后，分支机构就没有能力继续开展活动了。对基金会而言，一方面要完善分支机构的退出机制，另一方面也需要加强分支机构可持续发展的能力。可持续发展能力，包括分支机构品牌的构建、捐赠人维护、网络募捐、必要的投资、保值增值等。

第六，定期对下设分支机构进行清理整顿，对于长期不开展活动、管理不善的分支机构要及时督促整改，必要时应当予以终止。分支机构终止的，基金会应当做好后续事宜，妥善处理剩余财产，保护分支机构捐赠人和受助人的合法权益。

第七，基金会应当每年举办一次分支机构座谈会，了解各个分支机构发展情况，对分支机构管理的制度和流程进行培训，梳理各个分支机构急迫面临的问题，帮助解决、及时调整。

【法律依据】

《基金会管理条例》

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。

登记管理机关应当自收到前款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《基金会分支（代表）机构登记证书》；不予登记的，应当书面说明理由。

基金会分支机构、基金会代表机构设立登记的事项包括：名称、住所、公益活动的业务范围和负责人。

基金会分支机构、基金会代表机构依据基金会的授权开展活动，不具有法人

资格。”

第四十条：“未经登记或者被撤销登记后以基金会、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名义开展活动的，由登记管理机关予以取缔，没收非法财产并向社会公告。”

《民法总则》

第七十四条：“法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，依照其规定。分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。”

第一百七十二条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”

《合同法》

第四十九条：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

《民政部关于贯彻落实国务院取消全国性社会团体分支机构、代表机构登记行政审批项目的决定有关问题的通知》

“各全国性社会团体：

2013年11月8日，《国务院关于取消和下放一批行政审批项目的决定》（国发〔2013〕44号）（以下简称《决定》）取消了民政部对全国性社会团体分支机构、代表机构设立登记、变更登记和注销登记的行政审批项目。为贯彻落实《决定》的要求，深入推进社会团体登记管理制度改革，切实转变政府职能，进一步激发社会团体活力，更好地发挥其在经济社会发展中的积极作用，现就有关事项通知如下。

一、自《决定》发布之日起，我部不再受理全国性社会团体分支机构（包括专项基金管理机构）、代表机构的设立、变更、注销登记的申请，不再换发上述机构的登记证书，不再出具分支机构、代表机构刻制印章的证明。

二、全国性社会团体根据本团体章程规定的宗旨和业务范围，可以自行决定分支机构、代表机构的设立、变更和终止。前述决定应当经理事会或者常务理事会讨论通过，制作会议纪要，妥善保存原始资料。

三、社会团体的分支机构、代表机构是社会团体的组成部分，不具有法人资格，不得另行制订章程，在社会团体授权的范围内开展活动、发展会员，法律责任

由设立该分支机构、代表机构的社会团体承担。

四、社会团体不得设立地域性分支机构，不得在分支机构、代表机构下再设立分支机构、代表机构。

五、社会团体的分支机构、代表机构名称不得以各类法人组织的名称命名，不得在名称中使用“中国”、“中华”、“全国”、“国家”等字样，开展活动应当使用冠有所属社会团体名称的规范全称。

六、社会团体应当建立健全管理制度，切实加强对其分支机构、代表机构的监督管理。社会团体应当将分支机构、代表机构的财务、账户纳入社会团体统一管理，不得以设立分支机构、代表机构的名义收取或变相收取管理费、赞助费等，不得将上述机构委托其他组织运营，确保分支机构、代表机构依法办事，按章程开展活动。

七、社会团体应当在年度报告中将其分支机构、代表机构的名称、负责人、住所、设立程序、开展活动等有关情况报送业务主管单位和登记管理机关（直接登记的社会团体报送登记管理机关），接受年度检查，不得弄虚作假。同时，应当将上述信息及时向社会公开，自觉接受社会监督。

取消行政审批后出现的新情况、新问题，请及时向我部反映。我部将根据工作需要，协调有关部门另行制定有关后续服务管理措施。”

《民政部关于进一步加强基金会专项基金管理工作的通知》

“各省、自治区、直辖市民政厅（局），各计划单列市民政局，新疆生产建设兵团民政局；各业务主管单位；各民政部登记的基金会：

基金会专项基金接受基金会统一管理，不具备独立的法人资格。但最近一段时期，有的基金会过于追求专项基金数量的增长和筹款规模的扩大，忽视了事中事后监管，对专项基金的管理在一定程度上有所失控，陆续暴露出不少问题：有的专项基金以独立组织的名义开展活动，有的忽视了公开透明，有的偏离了公益宗旨，有的背离了捐赠人和受助人的需求，还有个别专项基金甚至为个人或企业牟取私利。这些行为不同程度地损害了基金会的社会公信力，给公益慈善事业带来了负面影响。为进一步加强专项基金管理工作，规范专项基金有关行为，维护捐赠人、受助人和基金会的合法权益，根据《中华人民共和国公益事业捐赠法》、《基金会管理条例》等法律法规，现将有关事项通知如下：

一、基金会对下设专项基金要严格履行监管职责，督促指导专项基金在本基金会的宗旨和业务范围内开展活动，对下设专项基金的所有活动切实承担起主体责任：

一是严把设立关口。基金会要根据自己的管理能力合理适度发展专项基金。基金会应当明确专项基金设立和终止的条件和决策程序，并严格执行。基金会应当与发起人以签订协议的方式明确专项基金的设立目的、财产使用方式、各方的权利责任、终止条件和剩余财产的处理等。

二是规范名称使用。基金会要监督专项基金使用带有基金会全称的规范名称。专项基金不得以独立组织的名义开展募捐、与其他组织和个人签订协议或开展其他活动；未经党政机关或者其他组织同意，不得以其名义对外宣传或开展业务活动。

三是全面加强管理。基金会应当建立健全专项基金管理制度，对专项基金的活动实施全过程监管，对专项基金的人员实施严格管理。基金会应当根据专项基金的设立目的，按照捐赠协议的约定管理和使用捐赠财产，专款专用。专项基金列支管理成本时，捐赠协议有约定的，按照其约定；捐赠协议未约定的，除了为实现专项基金公益目的确有必要之外，一般不超过该专项基金年度总支出的 10%。专项基金的收支应当全部纳入本基金会账户，不得使用其他单位、组织或个人账户，不得开设独立账户和刻制印章。专项基金不得再设立专项基金。

四是落实信息公开。基金会应当做好专项基金的信息公开，对专项基金的设立和终止信息、管理架构和人员信息、开展的募捐和公益资助项目等信息依照有关法律法规进行全面及时披露。基金会应当按照业务主管单位和登记管理机关的要求，通过年度工作报告和其他方式就专项基金的情况进行报告、接受监管。

五是定期清理整顿。基金会应当定期对下设专项基金进行清理整顿，对于长期不开展活动、管理不善的专项基金要及时督促整改，必要时应当予以终止。专项基金终止的，基金会应当做好后续事宜，妥善处理剩余财产，保护专项基金捐赠人和受助人的合法权益。

二、各业务主管单位应当要求基金会对下设专项基金的管理切实负起领导责任，主动了解专项基金的运作情况，并在思想政治工作、财务和人事管理、对外交往和重大活动等方面加强指导，监督其依法依规开展活动。业务主管单位发现基金会在专项基金管理方面有违法违规行为的，应当及时制止，给予告诫，并协助登

记管理机关和其他有关部门进行查处。

三、登记管理机关应当加强对专项基金的监督检查，发现违法违规行为的，应当依法给予行政处罚，并责令改正。同时，各级登记管理机关要对专项基金的管理工作及时进行总结，开展经验交流，树立正面典型，进一步推进专项基金健康有序发展。

具有公益性捐赠税前扣除资格的社会团体的专项基金参照本通知执行。”

04 基金会理事会罢免案

【基本案情】

某基金会，2013年在某市登记成立，地方性公募基金会，业务主管单位为某市妇联，注册资金400万元。业务范围：慈善助学助教，重点资助教育薄弱地区学生、教育教学科研、支持教育事业发展等。

发起成立期间，理事只有发起人陈某一，理事人数不符合要求。为了满足成立条件，发起人李某找来4位理事组成了理事会，陈某为理事长。基金会成立初期主要是陈某在开展，通过个人影响力募集资金，寻求发展机会等。2015年9月某理事披露陈某不执行理事会决议，擅自处置组织的大额财产。同年10月，除陈某在内的四位理事做出决议，罢免陈某，选举新的理事长并提交民政局备案。民政局以没有加盖机构公章，没有经前理事长同意，未征得主管部门同意等原因，作出不予变更的决定。

【法律要点】

- (一) 理事会人数的要求？
- (二) 理事的权利义务？
- (三) 理事违法决策责任如何承担？
- (四) 变更法定代表人需要原法定代表人签字同意吗？

【要点解析】

（一）理事会人数的要求？

根据《民法总则》以及《基金会管理条例》规定，理事会为基金会的必设机构，其中理事会成员为5人至25人，不具有公开募捐资格的基金会理事会成员，相互具有近亲属关系的不超过总数的三分之一，具有公开募捐资格的基金会，近亲属不得同时在理事会任职。

那么作为基金会发起人如何确定自己的理事会理事人数？

本案中，陈某为了发起设立基金会而找了其他四位理事组成理事会，从成立基金会角度而言并不存在任何违法的问题。但是，成立理事会，其核心是要构建起行之有效的内部治理制度，使理事会能够有效决策。理事能够真正发挥作用，其人数不是越多越好，也不是越少越好，而是要根据发起人自身的条件来选择，选择合适的，有决策能力的理事。比如某基金会，其由十七位女性企业家组成的理事会，也能快速有效的决策，给基金会带来很多的慈善资源。所以作为基金会的发起人，需要充分的考虑这些因素，做出适合自身的决策。

（二）理事的权利义务？

首先，理事会是基金会的决策机构，根据《基金会管理条例》可以依法行使基金会章程中约定的具体的职权，对基金会的重大事项作出决策。相应的执行机构应当执行理事会的决议。理事是理事会的组成人员，根据相关规定，理事享有以下权利：

- 参加理事会会议，行使表决权；
- 提议召开理事会会议；
- 有权获得履行职责所需的与本基金会有关的信息和资料；
- 有权在理事会上提出质询；
- 有关法律、法规及本章程所赋予的其他权利。

其次，理事除享有上述权利以外，理事（包括理事长、副理事长、秘书长）也应当遵守法律、法规和基金会章程的规定，忠实履行职责、维护基金会利益。当其自身的利益与基金会的利益相冲突时，应当以基金会最大利益为行为准则，并保证：

- 在其职责范围内行使权利，不越权；
- 不利用理事职责为自己或任何他人谋取利益；
- 不从事损害基金会利益的活动；
- 未经理事会同意，不得泄漏在任职期间所获得的涉及基金会的保密信息但法律、法规另有规定的除外。

再次，理事在履职期间要做到：

- 谨慎、认真、勤勉地行使基金会所赋予的权利，以保证基金会的行为符合国家法律法规和基金会章程的规定；
- 认真阅读基金会的各项财务报告，及时了解基金会管理活动状况；
- 亲自、独立行使被合法赋予的职权，不得受他人操纵，非经章程允许或者经理事会决议通过，不得将其职权转授他人行使；
- 对重大事项做出决议时，征求有关专业人士的意见；
- 接受监事对其履行职责的合法监督和合理建议。

本案中，理事认为理事长陈某，不履行理事会决议，擅自处置基金会大额财产的，可以召开理事会，对理事长的上述行为予以纠正，也可以召开罢免程序，依照法律规定和要求，罢免理事长，选举新的理事长。

（三）理事违法决策责任如何承担？

《基金会管理条例》第四十三条规定，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。同时根据《章程示范文本》，理事会决议违反法律、法规或章程规定，致使基金会遭受损失的，参与决议的理事应当承担责任。但是经证明在表决时反对并记载于会议记录的，该理事免除责任。特别注意，这里的责任免除条件是反对并且记载于会议记录的，如果只是提反对意见，反对意见没有在会议纪要中体现，则不能免除责任。

本案中，如果理事长陈某存在违反章程规定，违反理事会决议擅自处置基金会大额财产的情形，那么其应当承担赔偿责任；如果存在私分、侵占、挪用基金会财产的情形，应当退还财产；构成犯罪的应当依法承担刑事责任。

（四）变更法定代表人需要原法定代表人签字同意吗？

根据《基金会管理条例》、基金会章程及其他相关规定，罢免理事长是理事会的职权，并属于基金会重要事项，具体要求：三分之二理事出席，出席理事三分之二表决通过；有业务主管单位的，需经业务主管单位审查同意；应当进行财务审计；同时，根据《基金会法人变更办事指南》的要求，办理基金会法人变更需提交以下材料：

- 《基金会变更登记申请表》，该文件须由原法定代表人签字；
- 《基金会法定代表人登记表》；
- 新法定代表人身份证明文件的复印件，正反面正常尺寸复印；
- 由会计师事务所出具的原法定代表人离任审计报告；
- 如审计结论中存在问题，基金会应就问题出现的原因和整改措施作出书面报告，经业务主管单位审查盖章后一并提交。

那么，如果原法定代表人，不能签字或不愿意签字的，基金会应当做出说明，业务主管单位认可，民政部门认为理由合理成立的，也可以办理相关的变更手续。所以本案中变更法定代表人应当由原法定代表人签字同意，如果原法定代表人不能签字（如死亡、失踪的）、不愿意签字，基金会理事会作出合理说明，我们认为是可以办理变更登记的。

【法律依据】

《民法总则》

第九十三条：“设立捐助法人应当依法制定法人章程。

捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”

《基金会管理条例》

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。”

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。”

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。

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：

- (一) 章程的修改；
- (二) 选举或者罢免理事长、副理事长、秘书长
- (三) 章程规定的重大募捐、投资活动；
- (四) 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。”

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。”

05 理事会违规变更法定代表人案

【基本案情】

2010年某基金会在民政局登记成立，注册资金200万元，共有5位理事，法定代表人（理事长）为侯某。2012年10月基金会理事会以侯某严重违反宗旨，侵吞基金会财产为由形成了《理事会决议》，罢免了侯某，同时选举了新的法定代表人，向民政局提交了变更申请，民政局同意并办理了变更申请。

基金会提交的文件有：章程、理事会名单、会议纪要、罢免和任命决议等，并在网上予以公告。2017年3月，侯某向人民法院起诉民政局，诉称：法定代表人变更申请文件无侯某签名、无离任审计报告、《理事会决议》参会理事未签字、出席理事人数不够等。而被告民政局应予识别而未与识别，应不予受理而予以受理，存在职务过错，其具体行政行为应予撤销。最后法院支持了侯某的诉讼请求，撤销民政局对基金会法定代表人的变更登记。

【法律要点】

- (一) 理事会的职责是什么？
- (二) 理事会的召开、决策程序？
- (三) 法定代表人（理事长）的职责是什么？
- (四) 法定代表人（理事长）变更的程序、条件？

【要点解析】

（一）理事会的职责是什么？

理事会是基金会的最高决策机构，是基金会民主管理的核心。根据《民法总则》规定，具备法人条件，为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得捐助法人资格。捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。捐助法人应当设监事会等监督机构。根据相关法律法规规定，以及章程和行业惯例，理事会职权主要包括：

- 制定、修改章程；
- 选举、罢免理事、理事长、副理事长、秘书长；
- 决定重大业务活动计划，包括资金的筹集、管理和使用计划；
- 年度收支预算及决算审定；
- 制定内部管理制度；
- 决定设立机构和实体；
- 根据提名决定副秘书长和各机构主要负责人的聘任；
- 听取、审议基金会工作报告，检查基金会日常工作；
- 决定基金会的分立、合并或终止；
- 决定其他重大事项。

本案中，罢免理事长侯某，选举新的理事长必须由理事会来做出决议，但对于如何召开理事会，罢免理事长有着程序和实体要件的要求。

（二）理事会的召开、决策程序？

根据《基金会管理条例》规定，基金会每年至少召开两次理事会，理事会会议

须有三分之二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。重要事项的决议，须经出席理事三分之二以上通过方为有效。

第一，召开理事会。理事会由理事长召集，理事长不能召开的，可以由副理事长召集，副理事长不能召集的，可以由三分之一理事提议召集，理事会会议需要三分之二以上理事出席方能召开。

第二，表决事项需要符合人数规定。根据《基金会管理条例》规定，一般理事会表决事项，三分之二以上理事出席，出席理事过半数同意生效。对于涉及到章程修改、选举或者罢免理事长、副理事长、秘书长、章程规定的重大募捐、投资活动，基金会分立合并等章程中认为的重大事项需要经过出席理事的三分之二以上同意方为有效。

第三，召开理事的应当制作会议记录，并由出席理事审阅、签名。从基金会健全内部治理角度来说，除了制作会议记录，理事审阅、签名之外，还准备理事签到表、理事会会议议程、表决事项提案说明、以及召开理事会的录音、录像、照片等电子材料。

结合本案，基金会要罢免理事长侯某，那么就需要遵循上述的程序要求，制作理事会会议纪要，参会以及同意的理事签名，表决程序合法有效，那么理事长的变成才没有法律的瑕疵，民政部门在审核理事长变更材料的时候，也应当对审核材料的合法合规，合乎法定程序，不然依据存在问题的材料做出具体行政行为，权利人认为损害他合法权益的，可以起诉，要求撤销变更登记。

（三）法定代表人（理事长）的职责是什么？

《基金会管理条例》规定，理事长是基金会的法定代表人，法定代表人的职责由章程规定。在实践中，基金会的理事长对外代表基金会，其权利由理事会授权，在章程中载明，民政部门的基金会章程示范文本中，一般规定了理事长的职责如下：

- 召集和主持理事会会议；
- 检查理事会决议的落实情况；
- 代表基金会签署重要文件；
- 提出秘书长建议人选；

- 章程和理事会赋予的其他职权。

根据意思自治原则，章程和理事会可以授权理事长任何合法的权限，比如授权理事长相关的项目部分决策权，非重大项目设立、募捐权限等，理事会的授权不得违反法律法规的规定。

（四）法定代表人变更的程序、条件？

基金会法定代表人的变更属于基金会的重大事项，必须经过理事会决议，并且经出席理事的三分之二以上同意方可，此外变更法定代表人之前需进行财务审计，由会计师事务所出具的原法定代表人离任审计报告、原法定代表人签署《基金会变更登记申请表》。如果原法定代表人，不能签字或不愿意签字的，基金会应当做出说明，民政部门认为理由合理成立的，也可以办理相关的变更手续。

法定代表人（理事长），作为基金会管理的核心职位，对其资格条件，从法律法规层面有明确要求，一是，不得由其他组织法定代表人担任；二是，不得由现职国家公务人员兼任，三是，具有公开募捐资格的基金会，法定代表人必须由中国内地居民担任；四是，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，不得担任理事长；五是，曾在因违法被撤销登记的基金会担任理事长，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。

【法律依据】

《基金会管理条例》

第十条：“基金会章程应当载明下列事项：……（五）法定代表人的职责。”

第二十条：“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。”

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。

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：

- （一）章程的修改；

- (二) 选举或者罢免理事长、副理事长、秘书长
- (三) 章程规定的重大募捐、投资活动；
- (四) 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。”

第二十三条：“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。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。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。

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。”

第三十七条：“基金会在换届和更换法定代表人之前，应当进行财务审计。”

06 某基金会未进行年检被撤销案

【基本案情】

某公益基金会，2011年在北京成立的非公募基金会，注册资本2000万元。基金会宗旨是：高度认同青年的价值，弘扬创业精神和志愿精神，在政府的倡导下，以创新的公益理念和模式，为缺乏条件启动创业和发展企业的青年提供有效的帮扶，培养创业带头人，创造就业机会，减少贫困，致力于地方经济的可持续发展，推动公益文化的进步。业务范围：青年创业，资金支持，导师辅导，市场拓展，书刊编辑，学术交流，国际合作与交流。基金会因未按规定接受2014年和2015年年度检查，民政部于2017年对其作出撤销登记的行政处罚。

【法律要点】

- (一) 基金会彻底退出的形式？
- (二) 被撤销后的基金会处于什么状态？
- (三) 基金会被撤销后应该怎样退出？
- (四) 基金会不及时退出的危害？

【要点解析】

(一) 基金会彻底退出的形式？

根据《基金会管理条例》的规定，基金会完全退出方式有 2 种：

第一，基金会主动向登记管理机关申请注销登记。《基金会管理条例》规定，基金会、境外基金会代表机构按照章程规定终止的；无法按照章程规定的宗旨继续从事公益活动的；由于其他原因终止的，向登记管理机关办理注销登记。

第二，基金会在被撤销登记或处以吊销登记证书的行政处罚后，向登记管理机关申请注销登记。

(二) 被撤销后的基金会处于什么状态？

本案中基金会因未按照规定接受年度检查，被撤销登记，准确地说，此处的撤销属于《行政处罚法》上的“吊销登记证书”的行政处罚。被撤销登记后并不必然导致基金会民事主体资格的丧失，撤销并不是社会组织退出的终极形态，注销是机构民事主体地位丧失的唯一途径。

被撤销的基金会，不得开展活动，基金会的理事会应当尽快向民政部门办理注销手续。

(三) 基金会被撤销后应该怎样退出？

基金会被撤销后不能再以机构名义开展除清算以外的活动。基金会不能继续开展项目，不能继续开展募捐、接受捐赠，不能以基金会名义签订劳动协议、志愿协议等。另外，基金会应当及时注销，以免社会财产的继续流失，那基金会又该如

何进行注销呢：

1. 根据《基金会管理条例》的规定，基金会应在登记管理机关、业务主管机关的指导下成立清算组织。

2. 《民法总则》规定，法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法的有关规定。所以，基金会清算程序以及清算组职权可以参照公司法的规定：

(1) 在成立清算组织后，清算组织编制资产负债表和财产清单，资产负债表和财产清单应当报登记管理机关或业务主管机关确认。

(2) 清债。清算组自成立起 10 日内通知债权人，并于 60 日在报纸上公告；债权人接到通知书起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权；债权申报期间不得进行清偿。

(3) 清偿顺序：清算费用-职工债权-税款-公司债务-剩余财产转让（不得分配）。

3. 注销登记。完成清算后，向登记管理机关提出注销申请，准予注销后办理税务登记注销和银行账户注销；由登记机关出具注销文件，收缴基金会登记证书、所有印章及财务凭证；最后由登记管理机关向社会公告。

（四）基金会不及时退出的危害？

1. 造成更多的社会财产的流失。基金会被撤销登记后，除清算事项外不得再开展其他活动，不能创造社会利益，如基金会不及时成立清算组，基金会仍要支付日常维持费用，此时基金会不能接受捐赠也不能进行募捐（定向或公开），其继续存续是入不敷出的。

2. 基金会被撤销后，已不具备开展正常活动的资格，如继续开展活动，将由登记管理机关予以取缔，没收非法财产并向社会公布。

3. 被列入严重违法失信名单。根据 2018 年 1 月 24 日公布施行的《社会组织信用信息管理办法》规定，被登记管理机关作出吊销登记证书（同《基金会管理条例》第四十二条规定的撤销）、撤销成（设）立登记决定的，列入失信被执行人名单。同时，因被吊销证书或撤销登记决定的，登记管理机关应当自该组织完成注销登记之日起 5 个工作日内将其移出严重违法失信名单。也即是，如果基金会不进行注销登记，将长期被列入严重违法失信名单。

【法律依据】

《民法总则》

第七十一条：“法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法的有关规定。”

第七十二条：“清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。”

《基金会管理条例》

第十八条：“基金会在办理注销登记前，应当在登记管理机关、业务主管单位的指导下成立清算组织，完成清算工作。

基金会应当自清算结束之日起15日内向登记管理机关办理注销登记；在清算期间不得开展清算以外的活动。”

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。”

第四十二条：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记：

- （一）未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动的；
- （二）在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假的
- （三）不按照规定办理变更登记的；
- （四）未按照本条例的规定完成公益事业支出额度的
- （五）未按照本条例的规定接受年度检查，或者年度检查不合格的；
- （六）不履行信息公布义务或者公布虚假信息的。”

《社会组织信用信息管理办法》

第十五条：“登记管理机关应当将有下列情形之一的社会组织列入严重违法失信名单：

- （一）被列入活动异常名录满2年的；
- （二）弄虚作假办理变更登记，被撤销变更登记的；
- （三）受到限期停止活动行政处罚的；
- （四）受到5万元以上罚款处罚的；

- (五) 三年内两次以上受到警告或者不满5万元罚款处罚的；
- (六) 被司法机关纳入“失信被执行人”名单的；
- (七) 被登记管理机关作出吊销登记证书、撤销成（设）立登记决定的；
- (八) 法律、行政法规规定应当列入的其他情形。”

第十六条：“社会组织在被列入严重违法失信名单期间，出现应当列入活动异常名录或者严重违法失信名单情形的，列入时限重新计算。”

第十七条：“依照本办法第十五条第（一）项被列入严重违法失信名单的社会组织，登记管理机关应当自列入之日起，将其移出活动异常名录；自被列入严重违法失信名单之日起满2年，且按照规定履行相关义务或者完成整改要求的，可以向登记管理机关提出移出申请，登记管理机关应当自查实之日起5个工作日内将其移出严重违法失信名单。

依照本办法第十五条第（二）项至第（六）项规定被列入严重违法失信名单的社会组织，自被列入严重违法失信名单之日起满2年，可以向登记管理机关提出移出申请，登记管理机关应当自查实之日起5个工作日内将其移出严重违法失信名单。

依照本办法第十五条第（七）项规定被列入严重违法失信名单的，登记管理机关应当自该组织完成注销登记之日起5个工作日内将其移出严重违法失信名单。”

第十八条：“列入严重违法失信名单所依据的行政处罚决定、撤销登记决定或者“失信被执行人”名单被依法撤销或者删除的，社会组织可以向登记管理机关提出移出申请，登记管理机关应当自查实之日起5个工作日内将其移出严重违法失信名单。”

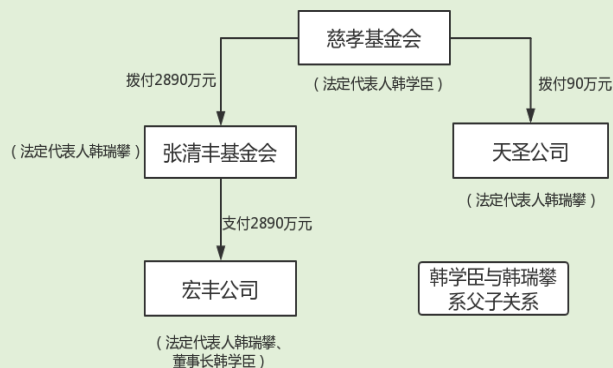
第二章 交易行为



07 基金会理事长被判无期徒刑案

【基本案情】

慈孝特困老人救助基金会（以下简称慈孝基金会）成立于2014年1月6日，这是我国第一个由民政部主管、专门为失独老人服务的全国性基金会。原始基金为2600万元，法定代表人为韩学臣。截止到2014年3月28日，慈孝特困老人救助基金会已收到来自社会各界的价值逾1000万元捐赠款物。



2014年2月至2015年6月，慈孝基金会以建设“慈爱阳光公寓”（“中华英烈父母幸福园中原分园”）为名，向河南省张清丰敬老助老基金会（以下简称张清丰基

基金会) 拨付资金 2890 万元, 向濮阳天圣机械加工有限公司(以下简称天圣公司) 拨付 90 万元。张清丰基金会又以房屋租金和装修款的名义将 2890 万元(其中房屋租金为 2737.5 万元) 支付给濮阳市宏丰实业集团股份有限公司(以下简称宏丰公司)。经民政部调查认定属于虚假公益项目。调查查明, 慈孝基金会法定代表人韩学臣同时任宏丰公司董事长, 韩学臣之子韩瑞攀为张清丰基金会、宏丰公司及天圣公司的法定代表人, 该项目存在关联交易行为。

2014 年 11 月, 慈孝基金会设立了以房养老基金管理委员会, 由北京中安民生资产管理有限公司出资。该基金开展以房理财业务, 并将“以房养老理财收益利润盈余”等列为基金收入来源, 超出了基金会的业务范围。在开展此活动过程中, 该基金会还存在名称使用不规范, 利用民政部名义误导社会公众的行为, 情节恶劣。

2014 年 12 月 31 日, 为通过 2014 年度基金会年度检查, 慈孝基金会与他人签订虚假捐赠协议, 从个人账户转入基金会 2600 万元作为捐赠收入入账, 据此编制财务会计报告, 弄虚作假。2015 年 1 月 4 日, 慈孝基金会即将此 2600 万元转出。

慈孝特困老人救助基金会存在超出章程规定的宗旨和公益活动的业务范围开展活动以及在编制财务会计报告中弄虚作假的违法行为, 情节严重, 根据《基金会管理条例》第四十二条第一款第一、二项的规定, 民政部决定对慈孝特困老人救助基金会作出撤销登记的行政处罚, 并对相关负责人违法犯罪情况移送公安机关。

2017 年 12 月 20 日一审法院判决韩学臣犯集资诈骗罪、判处无期徒刑, 剥夺政治权利终身, 并处没收个人全部财产; 犯职务侵占罪, 判处有期徒刑十三年, 并处没收个人财产一百万元, 决定执行无期徒刑, 剥夺政治权利终身, 并处没收个人全部财产。经河南省高级人民法院再审, 认定原判事实清楚, 适用法律正确, 定罪准确, 量刑适当, 驳回上述, 维持原判。

【法律要点】

- (一) 基金会应当在宗旨和业务范围开展活动
- (二) 伪造国家公文，虚假开展慈善活动情况
- (三) 违法关联交易的表现
- (四) 基金会禁止抽逃出资
- (五) 基金会的其他违法行为

【要点解析】

（一）基金会应当在宗旨和业务范围开展活动

根据《基金会管理条例》规定，基金会应当在核准的宗旨和业务范围开展活动，本案中，慈孝特困老人救助基金会理事长韩学臣表示，基金会成立后将以失独老人为救助重点，通过直接救助、社区救助、养老机构救助、创建失独老人养老院等方式，为失独老人提供生活救助和精神抚慰。而2014年11月慈孝基金会设立了以房养老基金管理委员会，开展以房理财业务，并不属于章程规定的业务范围。

（二）伪造国家公文，开展虚假公益项目的情况

基金会不仅要遵循《基金会管理条例》的规定，同时需要遵循其他法律法规的规定，不得伪造国家公文，不得需要开展慈善活动，本案中，经调查，该项目存在以下问题，属于虚假公益项目：第一，伪造国家机关公文。项目申请材料中，一份落款为濮阳市民政局的“关于河南省张清丰敬老助老基金会筹建慈爱阳光公寓的批复”系伪造；第二，项目申请材料弄虚作假。该项目存在两份相互矛盾的拨款申请文件，两份文件均存在严重不实的内容；第三，该项目至调查时不具备投入使用条件，与慈孝基金会有关项目材料所述“原楼房的改建已基本完成，电梯安装完毕已能正常使用，1至3楼已具备了住宿条件，4至6楼已具备健身、娱乐、办公条件”等内容严重不符。项目亦未办理任何合法手续，无实际

受益人。第四，该项目中 242.5 万元装修款仅有濮阳市黄河路双龙门窗装饰部开具的两张各 100 万元和一张 42.5 万元的白条作为凭证，不符合财务管理规定，不能证明资金支出的真实性。

在开展活动过程中，该基金会还存在名称使用不规范，利用民政部名义误导社会公众的行为，情节恶劣。

（三）违法关联交易的表现

基金会关联交易，法律法规并未禁止，那么本案中，违法关联交易的体系在，慈孝基金会以建设“慈爱阳光公寓”为名，向张清丰基金会拨付资金 2890 万元，向天圣公司拨付 90 万元。张清丰基金会又以房屋租金和装修款的名义将 2890 万元（其中房屋租金为 2737.5 万元）支付给宏丰公司。调查查明，慈孝基金会法定代表人韩学臣同时任宏丰公司董事长，韩学臣之子韩瑞攀为张清丰基金会、宏丰公司及天圣公司的法定代表人，该项目存在关联交易行为，关联交易并未经过理事会表决，程序不合法。

（四）基金会禁止抽逃出资

基金会禁止抽逃出资，那么本案中存在以下行为被认定为抽逃出资。2014 年 12 月 31 日，慈孝基金会与他人签订虚假捐赠协议，从个人账户转入基金会 2600 万元作为捐赠收入入账，据此编制财务会计报告，弄虚作假。慈孝基金会原始资金 2600 万元由宏丰公司捐赠，之后又以租金等名义转回宏丰公司共计 2890 万元，将基金会资金基本抽空。

（五）基金会的其他违法行为

本案中，该基金会还有其他违法行为，主要包括：

1. 房屋租赁合同违反合同法，房屋租金支付不合理。张清丰基金会与天圣公司签有两份房屋租赁合同，两份合同中租赁的场所和用途均一致，但租赁期限、租金及支付方式差别巨大。第一份合同签订时间为 2014 年 2 月 6 日，租赁时间 15 年，每年租金 360 万元，一年一付；第二份合同签订时间也为 2014 年 2 月 16 日，租赁时间变为 40 年，租金共计 2737.5 万元，2014 年 2 月 16 日前一次性支付。张清丰基金会按照第二份合同向宏丰公司支付了 2737.5 万元租金。

该租赁合同约定的40年租赁期限违反了《合同法》关于“租赁合同期限最长不得超过20年”的规定，且张清丰基金会一次性支付40年租金，租金支付方式明显不合理。基金会的资产属于公益资产，任何单位和个人不得以任何理由侵占、私分、挪用。基金会必须严格按照其章程规定的宗旨和公益活动的业务范围开展活动，如实填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告，依法依规开展活动。

2. 利用政府部门名义误导社会公众。在开展活动过程中，该基金会还存在名称使用不规范，利用民政部名义误导社会公众的行为，情节恶劣。

【法律依据】

《基金会管理条例》

第四十二条第一款：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记

（一）未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动的；

（二）在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假的。”

《刑法》

第二百八十条：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

《合同法》

第二百一十四条：“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。”

08 基金会内幕交易案

【基本案情】

某基金会成立于2000年，是在民政部登记注册的公募基金会，原始基金数额为800万元，于2017年4月申请认定为慈善组织。业务范围接受海内外机构、团体和个人的捐赠；开展公益募捐活动，募集资金；设立公益基金，实施专项资助；奖励、资助在科技、教育领域和青少年发展事业中做出突出贡献的机构、团体和个人；依法实现基金保值增值。

2017年5月，中国某上市公司与一家科技公司开始重组谈判，双方达成总体一致意见，尚未对交易条件展开具体谈判。基金会理事长任某，秘书长梁某，由于关联关系知晓上述信息后，2017年6月利用基金会账户买入科技公司股票60万股，成交资金411万元，7月将股票全部卖出，成交资金418万元，扣税后基金会获利2.5万元。2017年8月，中国证监会调查核实认定，基金会利用内幕信息买卖科技公司股票，构成单位内幕交易，任某和梁某为主要负责人，对此承担主要责任，根据《证券法》规定，对基金会处以5万元罚款，对任某和梁某给予警告，并分别处罚金3万元。

【法律要点】

- (一) 什么是内幕交易？
- (二) 本案基金会是否构成内幕交易？
- (三) 本案理事应当承担什么责任？

【要点解析】

（一）什么是内幕交易？

根据《证券法》的规定，内幕交易是指证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息公开前，买卖该证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券的行为。

（二）本案基金会是否构成内幕交易？

本案中基金会负责人任某和梁某通过关联关系获取的信息，属于对证券市场可能产生较大影响的信息。在该信息公布前，任某和梁某产利用基金会资金，通过基金会账户购买科技公司股票，使基金会获利 2.5 万元。任某和梁某的行为结果归属与基金会，基金会构成内幕交易。

（三）本案理事应当承担什么责任？

根据《基金会管理条例》第四十三条的规定，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。本案中，理事长任某、秘书长梁某作为机构负责人，违法决策使基金会受到 5 万元罚款的行政处罚，使基金会遭受重大损失，应对基金会的损失承担赔偿责任。

【法律依据】

《慈善法》

第五十四条：“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三分之二以上同意。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。”

《基金会管理条例》

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。”

《证券法》

第七十五条：“证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。

下列信息皆属内幕信息：

- (一) 本法第六十七条第二款所列重大事件；
- (二) 公司分配股利或者增资的计划；
- (三) 公司股权结构的重大变化；
- (四) 公司债务担保的重大变更；
- (五) 公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；
- (六) 公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；
- (七) 上市公司收购的有关方案；
- (八) 国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。”

第七十六条：“证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。”

09 基金会违法关联交易案

【基本案情】

某基金会成立于2014年1月6日，是非公募基金会，宗旨和业务范围为“为失独老人服务”，原始基金为2000万元，法定代表人为李某。2014年2月至2015年6月，基金会以建设“老人院”为名，向河南省某助老基金会（以下简称某助老基金会）拨付资金1000万元，向某装修公司拨付90万元。调查查明，基金会法定代表人李某儿子李小明，任装修公司的法定代表人，存在关联关系。基金会该交易行为，并未经过理事会决议，也未履行信息披露义务，民政部门对该基金会给予警告行政处罚，限期改正。

【法律要点】

- (一) 什么是关联交易？
- (二) 如何认定关联交易？
- (三) 关联交易一定被禁止吗？
- (四) 本案是否构成违法关联交易？

【要点解析】

(一) 什么是关联交易？

关联交易就是基金会与关联方之间的交易，关联交易是基金会运作中经常出现的而又易于发生不公平结果的交易。关联交易确定的关键在于关联方的界定：

从会计准则方面看，关联方是指一方控制、共同控制另一方或者对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方。比如会计上持股比例达到 20%-50%的就属于施加重大影响，超过 50%的就属于控制，因此基本上只要控股股东控制或共同控制的超过 20%比例的其他公司都属于关联方。

从基金会管理角度上，关联方是指基金会发起人、主要捐赠人、理事、监事、管理人员等，判断是否属于关联人更多是从实际情况的上来判断。

(二) 如何认定关联交易？

关联交易是指发生在关联方之间的有关移转资源或义务的事项安排行为。

第一，关联关系的认定。

《公司法》第二百一十六条规定“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系”。

通过上述法律及有关规定，判断关联关系的标准大致为：第一，是否存在控制关系。这种控制关系既可源于股权关系，也可基于契约关系而产生。第二，是否存在重大影响关系，重大影响关系的产生可能源于股权关系，或是基于自然人的特

殊地位。

第二，实务中基金会关联交易的主要类型主要包括：

- 购买或销售商品；
- 购买或销售除商品以外的其他资产；
- 提供或接受劳务；
- 代理；
- 租赁；
- 提供资金(包括以现金或实物形式的贷款或权益性资金)；
- 担保或抵押；
- 其他转移资源或义务的行为。

(三) 关联交易一定被禁止吗？

基金会领域的法律法规并没有禁止关联交易。《慈善法》规定，慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员，不得利用其关联关系损害慈善组织、受益人的利益和社会公共利益。慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员与慈善组织发生交易行为的，不得参与慈善组织有关该交易行为的决策，有关交易情况应当向社会公开。《基金会管理条例》规定，基金会关联交易的，需要经过理事会表决，有关关联关系的理事不得参与表决。可见，关联交易并不必然被禁止。

(四) 本案是否构成违法关联交易？

《慈善法》规定，慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员，不得利用其关联关系损害慈善组织、受益人的利益和社会公共利益。本案中，基金会的关联方是装修公司，基金会未经过理事会表决，已经构成违法关联交易。

【法律依据】

《基金会管理条例》

第二十三条：“基金会理事遇有个人利益与基金会利益关联时，不得参与相关事宜的决策；基金会理事、监事及其近亲属不得与其所在的基金会有任何交易行

为。”

《公司法》

第二百一十六条：“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。”

《慈善法》

第九十九条：“慈善组织有下列情形之一的，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：

- （一）违反本法第十四条规定造成慈善财产损失的；
- （二）将不得用于投资的财产用于投资的；
- （三）擅自改变捐赠财产用途的；
- （四）开展慈善活动的年度支出或者管理费用的标准违反本法第六十条规定的；
- （五）未依法履行信息公开义务的；
- （六）未依法报送年度工作报告、财务会计报告或者报备募捐方案的；
- （七）泄露捐赠人、志愿者、受益人个人隐私以及捐赠人、慈善信托的委托人不同意公开的姓名、名称、住所、通讯方式等信息的。

慈善组织违反本法规定泄露国家秘密、商业秘密的，依照有关法律的规定予以处罚。

慈善组织有前两款规定的情形，经依法处理后一年内再出现前款规定的情形，或者有其他情节严重情形的，由民政部门吊销登记证书并予以公告。”

第一百条：“慈善组织有本法第九十八条、第九十九条规定的情形，有违法所得的，由民政部门予以没收；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处二万元以上二十万元以下罚款。”

第三章 慈善捐赠



10 基金会违规使用捐赠财产案

【基本案情】

中国某基金会（以下简称基金会）是于2000年成立的全国性公募基金会，基金会业务范围：积极募集资金，发展公益事业，造福社会；针对热点问题，举办有关主题论坛和学术交流；对出国人员进行法律法规咨询和培训；加强和有关单位合作，为留学人员回国工作和创业提供平台和机会；通过留学群体加强和国际在文化教育、科学技术、经济贸易、医疗卫生等领域合作与交流；同时为公益事业，可在投资、增值、技术开发、教育培训、国际合作、咨询服务、会议展览、出版发行等领域开展工作。

2015年李某向基金会捐赠500万元，没有约定捐赠用途。而后基金会在扣除50万元管理费后，将剩余的450万元拨付给李某任法定代表人的甲公司。同年7月，高某向基金会捐赠100万元，也没有约定捐赠用途，基金会在扣除10万元管理费后将剩余90万拨付给高某任法定代表人的乙公司。2018年，民政部发布公告，对基金会作出停止活动三个月的行政处罚，并将基金会列入社会组织严重违法失信名单。

【法律要点】

- (一) 什么是慈善捐赠？
- (二) 基金会使用捐赠财产存在哪些违法行为？
- (三) 基金会是否可以把慈善财产给到营利机构？
- (四) 基金会从捐赠中扣除管理费的行为是否符合规定？

【要点解析】

（一）什么是慈善捐赠？

慈善捐赠《慈善法》第三十四条规定，慈善捐赠，是指自然人、法人和其他组织基于慈善目的，自愿、无偿赠与财产的活动。

慈善目的，是指扶贫济困、扶老、救孤、恤病、助残、环境保护、自然灾害、推动教科文卫体健康发展等。有人捐钱用来开公司，那就不是慈善而是商业目的，是做生意。

自愿，是指禁止强行摊派或者变相摊派。捐赠是自愿的，政府机关、大的机构等都不能强迫别人捐赠。被迫进行的捐赠，可以向法院申请撤销的。

无偿，捐赠是自愿无偿的行为，捐赠方不得把利益回报作为捐赠的附加条件，不得以捐赠为名从事营利性活动。

财产，根据《慈善法》规定，财产包括货币、实物、房屋、有价证券、股权、知识产权等有形和无形财产。捐赠人捐赠的实物应当具有使用价值，符合安全、卫生、环保等标准。

上述四个关键词是慈善捐赠的核心。

（二）基金会使用捐赠财产存在哪些违法行为？

慈善财产的使用遵循公正、公开、平等的原则，依照宗旨和业务范围用于公益项目，《慈善法》规定，慈善组织的财产应当根据章程和捐赠协议的规定全部用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善财产

根据《基金会管理条例》等相关规定，基金会慈善财产应当根据章程规定的宗旨和业务范围使用其财产，本案中基金会将两笔捐赠又分别拨付给了捐赠人任法定代表人的公司，严重违反了该规定，损害了基金会利益，违背公益目的。

（三）基金会是否可以把慈善财产给到营利机构？

捐赠是将私人财产转变为社会财产的过程，那么非营利组织是否可以将善款捐赠给营利组织呢？那么根据《慈善法》的规定，捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠，也就是说捐赠人可以把资金给到慈善组织或者给受益人。本案中基金会作为捐赠人，可以把资金捐赠给其他的慈善组织（基金会、社会服务机构、社会团体），或者把资金捐赠给受益人。根据公益性原则，受益人应当是符合慈善宗旨和业务范围的对象，贫困人群，弱势群体，老人，儿童，残障群体等相关的，基金会不得将慈善财产捐赠给非受益人，比如营利机构。

但是，基金会把钱给到营利机构，这个不是通过捐赠方式实现的，而是通过购买方式，购买营利组织的产品、服务，为慈善项目提供支持，这是符合慈善原理的。在和营利性组织或其他组织发生交易时，也要注意是否存在关联交易，存在关联交易的，基金会还需要履行法定程序。

（四）基金会从捐赠中扣除管理费的行为是否符合规定？

基金会运作必然会产生一定的管理费用，且管理费用的支出不是无限制的，是有标准的。基金会的管理费，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：理事会等决策机构的工作经费；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；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。

《基金会管理条例》中规定，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%；《慈善法》也对慈善组织中具有公开募捐资格的基金会的年度支出做了规定，年度管理费用不得超过当年总支出的10%；《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》慈善组织中具有公开募捐资格的基金会年度慈善活动支出不得低于上年总收入的百分之七十；年度管理费用不得高于当

年总支出的百分之十。慈善组织中不具有公开募捐资格的基金会，年度管理费用根据净资产的不同，年度管理费用也有所不同。

根据以上规定以及实务操作，单笔捐赠扣除的管理费用不得突破上诉法律法规规定的比例。所以，基金会从基金会财产中扣除管理费的行为并不违反相关规定，双方约定不违反强制性规定即可。

【法律依据】

《慈善法》

第三十四条：“本法所称慈善捐赠，是指自然人、法人和其他组织基于慈善目的的，自愿、无偿赠与财产的活动。”

第五十二条：“慈善组织的财产应当根据章程和捐赠协议的规定全部用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善财产。”

《基金会管理条例》

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。”

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。”

第二十九条：“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%。”

第四十二条：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记：

- （一）未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动的；
- （二）在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假的；
- （三）不按照规定办理变更登记的；
- （四）未按照本条例的规定完成公益事业支出额度的；
- （五）未按照本条例的规定接受年度检查，或者年度检查不合格的；
- （六）不履行信息公布义务或者公布虚假信息的。”

11 基金会接受实物捐赠案

【基本案情】

中国某基金会（以下简称“基金会”），是在民政部登记的非公募基金会，业务主管单位为民政部，理事长、法定代表人为林某某，业务范围为“开展扶贫、济困、赈灾等社会救助工作，开展助学助教、环境保护等公益慈善事业”。

2017年某地发生地震后，基金会先后收到来自甲企业与乙企业的两批药品捐赠，基金会与甲、乙企业分别签订了捐赠协议，都约定药品用于此次地震灾害的救助工作。甲企业捐赠的药品基金会未经验收，双方约定直接由甲企业转移给了灾区受助人，后甲企业向基金会提供了药品总账，基金会以此开具了捐赠票据。乙企业捐赠的药品基金会直接接收，确认了药品的质量合格，乙公司表示不需要捐赠票据，基金会便未开具发票，后药品用于灾区救助。

【法律要点】

- (一) 基金会对两批药物的处理是否合规？
- (二) 基金会的两次开票行为是否合规？
- (三) 非现金捐赠的金额如何确定？
- (四) 实物捐赠如何处理？

【要点解析】

（一）基金会对两批药物的处理是否合规？

基金会对甲企业捐赠的药物处理方式不当，对乙企业捐赠的药品处理符合相关规定。对于药品、食品、医疗器械这类关系到受益人生命健康的物品，基金会应当予以验收确认，并要求捐赠企业提供产品质量认证证明或产品合格证，以及受赠物品的品名、规格、种类、数量等相关资料，应当确保物品在最终到达受益人时仍然处于保质期内且具有使用价值。

（二）基金会的两次开票行为是否合规？

基金会的两次发票行为都不符合规定，第一，对于甲公司捐赠的药物不能开具捐赠票据，《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中明确规定，受赠财产未经基金会验收确认，由捐赠人直接转移给受助人或者其他第三方的，不得作为基金会的捐赠收入，不得开具捐赠票据。第二，在捐赠方表示不需要捐赠票据的情况下，基金会也应当开具捐赠票据，由基金会留存备查，而本案中，基金会并未开具任何票据进行备案。

（三）非现金捐赠的金额如何确定？

1. 捐赠人提供了发票、报关单等凭据的，应当以相关凭据作为确认入账价值的依据；捐赠方不能提供凭据的，应当以其他确认捐赠财产的证明，作为确认入账价值的依据；

2. 捐赠人提供的凭据或其他能够确认受赠资产价值的证明上标明的金额与受赠资产公允价值相差较大的，应当以其公允价值作为入账价值。

捐赠人捐赠固定资产、股权、无形资产、文物文化资产，应当以具有合法资质的第三方机构的评估作为确认入账价值的依据。无法评估或经评估无法确认价格的，基金会不得计入捐赠收入，不得开具捐赠票据，应当另外造册登记。

对于本案中的两批药品捐赠，如果甲公司、乙公司能提供相应反映药品公允价值的凭据，以该凭据作为入账价值，开具发票，如果没有，可根据相同或同类药品的市场价值进行估算。

（四）实物捐赠如何处理？

基金会在运作过程中，不仅会接受货币的捐赠，也经常接受实物的捐赠。首先接受实物捐赠的时候，要注意接受食品、药品、医疗器械等捐赠物品时，应当确保物品在到达最终受益人时仍处于保质期内且具有使用价值。接受企业捐赠本企业生产的产品，应当要求企业提供产品质量认证证明或者产品合格证，以及受赠物品的品名、规格、种类、数量等相关资料。

其次，在实物捐赠中，对于不易储存、运输和超过实际需要以及无法用于符合其宗旨用途的受赠财产，基金会可以依法拍卖或变卖，所得收入用于捐赠目的，不得进行分红分配。关于拍卖变卖，要委托具有资质的机构进行，其中委托产生的费用，从拍卖变卖中扣除。

【法律依据】

《公益事业捐赠法》

第十七条：“对于不易储存、运输和超过实际需要的受赠财产，受赠人可以变卖，所取得的全部收入，应当用于捐赠目的。”

《慈善法》

第三十八条：“慈善组织接受捐赠，应当向捐赠人开具由财政部门统一监（印）制的捐赠票据。捐赠票据应当载明捐赠人、捐赠财产的种类及数量、慈善组织名称和经办人姓名、票据日期等。捐赠人匿名或者放弃接受捐赠票据的，慈善组织应当做好相关记录。”

第五十三条：“捐赠人捐赠的实物不易储存、运输或者难以直接用于慈善目的的，慈善组织可以依法拍卖或者变卖，所得收入扣除必要费用后，应当全部用于慈善目的。”

《基金会管理条例》

第二十七条：“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。”

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》

“（二）基金会应当在实际收到捐赠后据实开具捐赠票据。捐赠人不需要捐赠票据的，或者匿名捐赠的，也应当开具捐赠票据，由基金会留存备查。

基金会接受非现金捐赠，应当在实际收到后确认收入并开具捐赠票据。受赠财产未经基金会验收确认，由捐赠人直接转移给受助人或者其他第三方的，不得作为基金会的捐赠收入，不得开具捐赠票据。

（三）基金会接受非现金捐赠，应当按照以下方法确定入账价值：

捐赠人提供了发票、报关单等凭据的，应当以相关凭据作为确认入账价值的依据；捐赠方不能提供凭据的，应当以其他确认捐赠财产的证明，作为确认入账价值的依据；

捐赠人提供的凭据或其他能够确认受赠资产价值的证明上标明的金额与受赠资产公允价值相差较大的，应当以其公允价值作为入账价值。

捐赠人捐赠固定资产、股权、无形资产、文物文化资产，应当以具有合法资质的第三方机构的评估作为确认入账价值的依据。无法评估或经评估无法确认价格的，基金会不得计入捐赠收入，不得开具捐赠票据，应当另外造册登记。

（四）基金会接受食品、药品、医疗器械等捐赠物品时，应当确保物品在到达最终受益人时仍处于保质期内且具有使用价值。

（五）基金会接受企业捐赠本企业生产的产品，应当要求企业提供产品质量认证证明或者产品合格证，以及受赠物品的品名、规格、种类、数量等相关资料。”

12 捐赠物致人损害案

【基本案情】

北京某基金会（以下简称基金会），是2012年4月6日在北京市民政局直接登记成立的非公募基金会，法定代表人为李某，原始基金数额：200万元人民币。基金会设立的宗旨：团结互助，促进和谐，推动社会养老事业慈善事业的发展。基金会的业务范围：扶助孤寡残障老人，建设养老慈善公益事业基地，开展扶贫互助活动，参与建设社会主义新农村等民生项目，确保基金会保值增值。

2017年一医疗器械生产商向基金会捐赠了一批康复治疗仪，后基金会将该批康复治疗仪捐赠给山西一养老机构。但是由于设备质量原因导致受助老人的被烫伤。而后老人将基金会以及康复治疗仪的生产商起诉至法院，要求基金会和生产商承担赔偿责任。法院经审理查明，基金会在接受捐赠过程中，并未审查仪器的安全性，并未要求捐赠人提供相关的产品质量证明，在公益宣传中，也提及公司生产的治疗仪器，安全可靠、质量无忧等情形。同时，该器械生产商也不存在《产品质量法》规定的免于赔偿的情形。

【法律要点】

- (一) 基金会是否要承担产品的损害赔偿责任？
- (二) 基金会接收实物捐赠时应当注意哪些问题？

【要点解析】

(一) 基金会是否要承担产品的损害赔偿责任？

根据我国《产品质量法》、《侵权责任法》的相关规定，因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任，所以该器械生厂商应当承担相应的赔偿责任。同时，根据我国《合同法》的相关规定，赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。但是，赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。本案中，基金会在公益活动中宣传该生产商的治疗仪器，安全可靠、质量无忧，属于对产品质量的保证和认可，应当对而后因产品质量造成的损害承担相应的赔偿责任。所以基金会是否要承担捐赠产品损害的赔偿责任，主要看基金会是否有过错？基金会作为慈善组织，不应当为产品做质量的背书。

(二) 基金会接收实物捐赠时应当注意哪些问题？

基金会接受实物捐赠应尽到以下责任：

第一，受赠物品基金会要亲自验收确认。验收一方面是对产品的核实，另一方面是证明基金会确实收到了该捐赠，保证捐赠的真实性。

第二，基金会接受企业捐赠本企业生产的产品，应当要求企业提供产品质量认证证明或者产品合格证，以及受赠物品的品名、规格、种类、数量等相关资料。这是基金会接受实物捐赠的重要注意义务，从接受捐赠时就要保证捐赠物品的质量。

第三，对于食品、药品、医疗器械等物品的捐赠，应当确保物品在到达最终受益入时仍处于保质期内且具有使用价值。保证捐赠物品用于公益时的价值，是慈善捐赠公益目的实现重要方面。

【法律依据】

《产品质量法》

第四十三条：“因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。”

《侵权责任法》

第四十一条：“因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。”

《合同法》

第一百九十一条：“赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。”

《关于规范基金会若干行为的规定》

“基金会接受食品、药品、医疗器械等捐赠物品时，应当确保物品在到达最终受益人时仍处于保质期内且具有使用价值。

基金会接受企业捐赠本企业生产的产品，应当要求企业提供产品质量认证证明或者产品合格证，以及受赠物品的品名、规格、种类、数量等相关资料。”

13 基金会违反约定使用捐赠财产案

【基本案情】

某基金会成立于2009年1月16日，属于非公募基金会。以“传承文明、保持文化多样性”为宗旨，致力于创造和谐的人类文化环境。业务范围：资助传统文化的普及、传播、交流、研究与保护，资助和奖励为文化事业做出杰出贡献的个人、团体，开展推动文化产业相关的公益活动，向社会各界提供公益服务。

2017年2月甲公司向基金会捐赠300万元，双方签订捐赠协议，协议约定，300万元捐赠款用于陕北民歌的传承和保护。甲公司根据捐赠协议向基金会支付了该笔款项。但是，基金会并未按照协议使用该款项，而将该笔款项用于“雕漆技艺”的传承与和保护之中。2017年8月，基金会资助某志愿者协会50万元，双方约定，该50万元资助款项，用于昌黎民歌的保护，但是该协会，却将上诉资助款用于开展河北某地的环境保护项目。

【法律要点】

- (一) 什么是慈善资助？
- (二) 甲公司能否撤销捐赠？
- (三) 基金会能否撤销资助？

【要点解析】

(一) 什么是慈善资助？

资助，顾名思义就是提供资金的帮助。慈善资助即是慈善组织，将慈善财产用于支持某一项具体的慈善项目或者某一个具体需要帮助的个人或组织。慈善组织在确定受益人的时候，应当坚持公开、公平、公正的原则，不得指定慈善组织管理人员的利害关系人作为受益人。《慈善法》第五十九条 慈善组织根据需要可以与受益人签订协议，明确双方权利义务，约定慈善财产的用途、数额和使用方式等内容。受益人应当珍惜慈善资助，按照协议使用慈善财产。受益人未按照协议使用慈善财产或者有其他严重违反协议情形的，慈善组织有权要求其改正；受益人拒不改正的，慈善组织有权解除协议并要求受益人返还财产。

(二) 甲公司能否撤销捐赠？

甲公司不能要求撤销捐赠。首先，《慈善法》并未规定慈善捐赠中，捐赠人的撤销权。其次根据我国《合同法》的规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，在受赠人不存在任何过错的情况下，不得任意撤销捐赠。但是，如果慈善组织滥用捐赠财产时，捐赠人如何维权呢？《慈善法》规定，这种情况下可以要求慈善组织改正，如果慈善组织拒不改正，捐赠人可以投诉、举报或提起诉讼，但是，也未规定捐赠人在此种情况下享有撤销权。所以，本案中，甲公司可以要求基金会改正、也可以向民政部门举报、也可以起诉，但是甲公司不能撤销该捐赠。

（三）基金会能否撤销资助？

基金会可以撤销和志愿者协会的资助协议。首先根据《合同法》的规定，一方违反合同约定的，另一方可以要求解除合同，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。根据《慈善法》第五十九条，受益人应当珍惜慈善资助，按照协议使用资助款。受益人未按照协议使用慈善财产或者有其他严重违反协议情形的，慈善组织有权要求其改正；受益人拒不改正的，慈善组织有权解除协议并要求受益人返还财产。本案中，志愿者协会违反资助协议使用资助财产，属于违约，基金会可以要求解除和志愿者协会之间的资助协议，并要求协会返还资助财产。

【法律依据】

《慈善法》

第五十九条：“慈善组织根据需要可以与受益人签订协议，明确双方权利义务，约定慈善财产的用途、数额和使用方式等内容。

受益人应当珍惜慈善资助，按照协议使用慈善财产。受益人未按照协议使用慈善财产或者有其他严重违反协议情形的，慈善组织有权要求其改正；受益人拒不改正的，慈善组织有权解除协议并要求受益人返还财产。”

《合同法》

第一百八十六条：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”

第一百八十八条：“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。”

第九十七条：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”

14 基金会和捐赠人约定利益回报案

【基本案情】

浙江某基金会（以下简称基金会）2006年在浙江民政局登记成立，注册资本200万元，地方性非公募基金会。业务范围为：扶助贫困老人、留守儿童的身体健康；资助贫困地区学校建设，支持环境保护宣传。

2012年甲房地产开发公司，与基金会签署《框架合作协议》，协议约定公司捐赠600万元给基金会用于开展浙江某镇的“新农村扶贫”公益项目——资助贫困老人以及留守儿童的生活补助、医疗救助工作。但是，双方还约定基金会需和当地政府协商，由房地产开发公司负责浙江某镇的新农村专项建设，包括村容村貌改善、农业观光项目基础设施建设及其他旅游配套经营性项目建设。2015年，浙江某医院向基金会捐赠500万元，双方签订了捐赠协议，协议约定，捐赠款用于浙江某市的农村留守儿童的大病救助。协议还约定，捐赠款的使用限于符合条件的留守儿童在乙医院进行治疗期间所用花费。此外，基金会还将捐赠资金的15万元给予张某，鼓励张某促使甲房地产开发公司与基金会达成捐赠事宜。

【法律要点】

- (一) 慈善捐赠能否约定利益回报？
- (二) 基金会能否提供公益捐赠回扣？
- (三) 本案中的两笔捐赠是否属于慈善捐赠，能否开具捐赠票据？

【要点解析】

（一）慈善捐赠能否约定利益回报？

《慈善法》第三十四条规定，本法所称慈善捐赠，是指自然人、法人和其他组织基于慈善目的，自愿、无偿赠与财产的活动。无偿是法律对捐赠人的要求。对捐赠人来说，捐赠是自愿无偿的行为，不得有利益回报，不得以捐赠为名从事营利性活动。

本案中，房地产公司与基金会约定的“基金会需和当地政府协商，由房地产开发公司负责浙江某镇的新农村专项建设”明显不符合“无偿”的目的。

（二）基金会能否提供公益捐赠回扣？

2004年，湖南省慈善总会理事会决议通过了《湖南省慈善总会组织社会力量募集资金办法》，并在机构网站上公布，《办法》规定，慈善资金社会募集工作，由湖南省慈善总会办公室负责组织实施。凡热心公益事业、乐于奉献，自愿参加我会募集资金的法人或自然人，必须先提出申请，提供单位或身份证明，经慈善总会审查批准成为劝募单位或义工，签订协议，发给劝募单位或义工证书后，方可开展活动。为了调动社会募集者的积极性，同时，考虑到社会募集者需开支差旅费、通讯费、交通费等，根据其募集资金(到账资金)的不同情况，本会按所募集资金数额的一定比例向募集者支付劝募费用，定向捐赠遵循国际惯例按捐赠协议操作，不定向捐赠明确具体支付比例为：长沙市内募集：8%；省内募集(长沙市除外)：10%；外省市募集：12%；国外及港澳台地区募集：15%。社会募集者募集的资金总额按年度提取5%，用于慈善总会组织社会募集者的工作经费。

该事件发生以后，引起社会的广泛关注，什么是“善款”？是纯粹用于行善、旨在无偿帮助特殊人群的一种专门款项。作为行善者，所出的每一分钱都希望用于真正的慈善而非其它。劝募来的善款一部分变成了劝募者的报酬，也就意味着这部分钱的属性已经悄悄改变，它不再是真正的善款，而成了慈善贡献者为劝募者发放养家糊口的工资或替他们报销差旅费、通讯费。对于劝募者来说，其“钱”是永远不应忘记自己所从事的事业是一种什么性质和意义，所付出的一切行动都应符合慈善业的运行规律，都应遵循与之有关的规范。诚然，对于劝募者也应区别对待：假如从事劝募活动纯为慈善无私奉献，那么他为此付出的时间、体力、精力以及差旅费、通讯费等等，其本身就具有善款的属性。

2009年04月21日《民政部关于基金会等社会组织不得提供公益捐赠回扣有关问题的通知》规定，基金会接受的公益捐赠必须依照有关法律法规的规定用于公益目的。不得在接受的公益捐赠中提取回扣返还捐赠人或帮助筹集捐赠的个人或组织。按照捐赠协议，基金会可以在接受的公益捐赠中列支公益项目成本，项目成本必须是直接用于实施公益项目的费用，属于公益支出。基金会应当有效控制公益项目的成本，尽可能将公益捐赠更多地直接用于受助对象。从民政管理角度来说，并不允许基金会给提供帮助筹集捐赠的个人或组织回扣。

（三）本案中的两笔捐赠是否属于慈善捐赠，能否开具捐赠票据？

首先，甲公司的捐赠不属于慈善捐赠。甲公司和基金会约定，基金会需要和当地政府协商，促使甲公司承包当地的新农村专项建设，属于对捐赠方甲公司的利益回报，违背了上述提到的慈善目的、无偿的原则，不能认定为慈善捐赠。

其次，乙医院的捐赠也不一定属于慈善捐赠。乙医院捐赠的500万，看似捐赠给了基金会，但是双方约定该笔款项只能在乙医院使用，乙医院借此提供医疗服务，又从中获得了一定利益，而这种利益的获得并不是偶然的、不可预见的，这种捐赠很难符合慈善捐赠的公益性要求。

最后，根据《关于规范基金会行为若干规定》中规定，基金会接受捐赠应当确保公益性。附加对捐赠人构成利益回报条件的赠与和不符合公益性目的的赠与，不应确认为公益捐赠，不得开具捐赠票据。所以，本案中的两笔捐赠不能开具捐赠发票。

【法律依据】

《慈善法》

第三十四条：“本法所称慈善捐赠，是指自然人、法人和其他组织基于慈善目的的，自愿、无偿赠与财产的活动。”

《公益事业捐赠法》

第四条：“捐赠应当是自愿和无偿的，禁止强行摊派或者变相摊派，不得以捐赠为名从事营利活动。”

《关于规范基金会行为若干规定》

基金会接受捐赠应当确保公益性。附加对捐赠人构成利益回报条件的赠与和不符合公益性目的的赠与，不应确认为公益捐赠，不得开具捐赠票据。

《民政部关于基金会等社会组织不得提供公益捐赠回扣有关问题的通知（民发〔2009〕54号 2009年4月21日）》

“各业务主管单位：

自2004年《基金会管理条例》实施以来，基金会积极筹集资金，努力规范运作，通过多种措施加大捐赠资金募集和使用的公开透明，不断提高公益捐赠资金的使用效益和管理水平，推动了公益慈善事业的发展。

为了进一步规范基金会的募集和接受公益捐赠行为，严格管理和使用好公益资金，现通知如下：

一、基金会接受的公益捐赠必须依照有关法律法规的规定用于公益目的。不得在接受的公益捐赠中提取回扣返还捐赠人或帮助筹集捐赠的个人或组织。

二、按照捐赠协议，基金会可以在接受的公益捐赠中列支公益项目成本，项目成本必须是直接用于实施公益项目的费用，属于公益支出。基金会应当有效控制公益项目的成本，尽可能将公益捐赠更多地直接用于受助对象。

三、基金会应当加大信息公开的力度，向捐赠人公开，并向社会公示公益捐赠的支出使用情况，接受捐赠人和公众的监督和评价。

今后，登记管理机关将加强对基金会捐赠使用的监管。一旦发现提供回扣的情形，将依法严肃处理。

社会团体和民办非企业单位接收公益捐赠，依照以上精神执行。”

15 捐赠人诺而不捐案

【基本案情】

B 基金会是于 2002 年在地方民政局成立的公募基金会，注册资本 500 万元。机构的业务范围为：开展救灾赈济、安老助孤、扶贫助学等公益活动；资助普及公益慈善理念，弘扬公益慈善文化；支持教育、文化、卫生、体育与环境保护等社会公共服务设施建设；资助开展社会公益领域相关课题研究、国际交流等活动。

2008 年，我国某地发生重大事故灾难，人员伤亡惨重，造成前往救灾的消防官兵牺牲或负伤。B 基金会遂举办慈善晚会募集资金，用于救助此次火灾中牺牲或负伤的消防队员。A 公司受邀参加晚会，并表示捐助 100 万，随后与 B 基金会就此次捐赠签署书面的捐赠协议。事后，A 公司并未履行捐赠义务，B 基金会多次催促无果。

【法律要点】

- (一) 基金会如何维护自己的权利？
- (二) 什么情况下捐赠人可以不再履行捐赠承诺？

【要点解析】

(一) 基金会如何维护自己的权利？

B 基金会可以要求 A 公司交付，A 公司不交付，还可向人民法院申请支付令或提请诉讼。《慈善法》第四十一条明确了在以下两种情形下，慈善组织或其他受赠人可以要求捐赠者交付：

- 捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的；
- 签订书面捐赠协议且捐赠财产用于扶贫、济困、扶老、救孤、恤病、助残、优抚、救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件的。

本条还规定了，慈善组织可以通过司法程序要求捐赠者履行，可以向人民法院申请支付令或提请诉讼。

《合同法》第一百八十八条规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。如果诺而不捐的情形不属于上述情形，受赠者可以根据《合同法》要求捐赠人交付，拒绝交付的，可以向法院提起诉讼。

(二) 什么情况下捐赠人可以不再履行捐赠承诺？

捐赠承诺的强制履行制度是为了保护受赠者的利益，但捐赠者允诺捐赠后，自身陷于困境以致难以为继，此时，如强制捐赠者履行义务，已失慈善捐赠的本意。

《慈善法》第四十一条第二款规定，捐赠人公开承诺捐赠或者签订书面捐赠协议后经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，经向公开承诺捐赠地或者书面捐赠协议签订地的民政部门报告并向社会公开说明情况后，可以不再履行捐赠义务。

所以如果 A 公司能证明自身的情况符合上述情况，可以不再履行捐赠义务。

【法律依据】

《慈善法》

第四十一条：“捐赠人应当按照捐赠协议履行捐赠义务。捐赠人违反捐赠协议逾期未交付捐赠财产，有下列情形之一的，慈善组织或者其他接受捐赠的人可以要求交付；捐赠人拒不交付的，慈善组织和其他接受捐赠的人可以依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼：（一）捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的；（二）捐赠财产用于本法第三条第一项至第三项规定的慈善活动，并签订书面捐赠协议的。”

捐赠人公开承诺捐赠或者签订书面捐赠协议后经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，经向公开承诺捐赠地或者书面捐赠协议签订地的民政部门报告并向社会公开说明情况后，可以不再履行捐赠义务。”

第一百八十八条：“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。”

16 捐赠人冠名捐赠案

【基本案情】

甲基金会，是由某教育工作委员会发起，业务主管单位为教育部门，在民政部门注册的公募基金会。以动员海内外一切爱心力量，推动广大未成年人的健康成长，为他们在德、智、体、美等方面的全面发展创造条件，为把他们培养成有理想、有道德、有文化、有纪律的一代新人而努力工作为宗旨。业务范围包括募集资金、组织、奖励、资助和发展青少年儿童各类公益活动，促进教育工作和关心下一代事业的发展。

2016年初，该基金会在开展某活动时，接受乙公司捐赠养胃茶300箱，并签署捐赠协议承诺：基金会收到物品后，即向乙公司颁发“甲基金会-公益捐赠合作单位”奖牌、荣誉证书，并指定乙公司为基金会活动协办单位、支持单位、公益资助单位，并且要求基金会在官网上展示公司的产品，借此提高公司知名度，树立品牌的公益形象，宣传和推广公司的产品。

【法律要点】

(一) 基金会是否可以接受公司冠名捐赠？

(二) 冠名捐赠的的尺度是什么？

【要点解析】

(一) 基金会是否可以接受公司冠名捐赠？

在捐赠的法律要求中，基金会接受捐赠应当确保公益性，应符合《慈善法》规定的符合慈善目的、自愿、无偿的原则，不得附加对捐赠人构成利益回报条件的赠与和不符合公益性目的的赠与。本案中，甲基金会和乙公司签署捐赠协议向乙公司其颁发带有公益宣传色彩的奖牌、荣誉证书，并特许其作为基金会活动的协办单位、支持单位和公益资助单位，并没有违反法律法规的规定。但是关于在官网上展示公司的产品，借此提高公司知名度，树立品牌的公益形象，宣传和推广公司的产品的约定，已经构成对乙公司的利益回报，违背了公益捐赠无偿的原则。

本案中涉及的捐赠违反了《慈善法》等相关法律规定，该笔捐赠，不能开具捐赠票据的。《关于规范基金会行为的若干规定》作了具体规定，基金会接受捐赠应当确保公益性。附加对捐赠人构成利益回报条件的赠与，不应认定为公益捐赠，不得开具捐赠票据。

(二) 冠名捐赠的尺度是什么？

捐赠人可以冠名捐赠。我国《慈善法》第九十条作了相关规定，经受益人同意，捐赠人对其捐赠的慈善项目可以冠名纪念，法律法规需要批准的，从其规定。但是什么样的冠名是合适的，不构成利益回报呢？其尺度如何把握？

以此案为例，基金会在接受乙公司捐赠时，可以约定在财产使用的项目中提出项目是由乙公司进行支持，这样的冠名的是合法的。但是，基金会在官网上展示公司的产品，借此提高公司知名度，树立品牌的公益形象，宣传和推广公司的

产品，这样的“冠名”已经远超出公益捐赠的公益目的。在具体认定时，首先应判断捐赠人是否为营利性组织；其次应结合具体案件情节，结合相关证据，证明其有进行商业宣传的目的；最后，应综合其冠名、挂名的具体行为以及实际的社会影响力来判断是否具有夸大宣传的成分。

【法律依据】

《慈善法》

第三十四条：“本法所称慈善捐赠，是指自然人、法人和其他组织基于慈善目的，自愿、无偿赠与财产的活动。”

第九十条：“经受益人同意，捐赠人对其捐赠的慈善项目可以冠名纪念，法律法规规定需要批准的，从其规定。”

《公益事业捐赠法》

第四条：“捐赠应当是自愿和无偿的，禁止强行摊派或者变相摊派，不得以捐赠为名从事营利活动。”

《关于规范基金会行为的若干规定》

“基金会接受捐赠应当确保公益性。附加对捐赠人构成利益回报条件的赠与，不应认定为公益捐赠，不得开具捐赠票据。”

17 基金会接受企业股权捐赠案

【基本案情】

某基金会 2009 年在民政部门登记注册，业务范围包括（一）资助生态环境保护相关的公益项目；（二）资助生态建设与环境保护领域的宣传和学术交流。基金会发起人是某从事环境治理相关的上市公司。

2017 年 11 月，A 公司决定，将自己拥有 B 公司的 100 万股捐赠给基金会，用于开展环境保护的慈善事业。基金会成为 B 公司的股东，享受分红和分配。该捐赠符合《证券法》以及有关证券监管的其他规定，并办妥了股权转让手续。已知 A 公司股票 2009 年购入，每股市价 35 元，A 公司将购入的 B 公司股票作为交易性金融资产核算。2017 年 11 月，B 公司股票上涨，每股市价 110 元。2017 年 12 月 10 日，A 公司和基金会签署股权捐赠协议，A 公司捐赠时股价，B 公司的股价为每股 114 元。A 公司本年度会计利润 5000 万元，企业所得税 25%，不存在其他税费。2018 年 1 月，基金会前往工商部门办理了股权转让手续。

【法律要点】

- (一) 什么是企业股权捐赠？
- (二) 企业股权捐赠的程序有哪些？
- (三) 企业股权捐赠如何计算捐赠价值？
- (四) 企业股权捐赠对象有什么要求？
- (五) 企业股权捐赠的票据如何开具？
- (六) 企业股权捐赠的抵税如何办理？

【要点解析】

（一）什么是企业股权捐赠？

根据《慈善法》第三十六条第二款规定，捐赠财产包括货币、实物、房屋、有价证券、股权、知识产权等有形和无形财产。所谓股权捐赠，就是指捐赠人将其拥有的企业的股权捐赠出来的方式。这里面的股权，包括上市公司股票，也包括其他企业的股权。

股权捐赠既可以省去股权变现的高额成本，又有利于保持被持股公司在金融市场的稳定。对于受赠的基金会来讲，企业的股权不但能够产生持续的分红，而且随着企业规模扩大，股权价值也将不断增长，基金会可以通过被投资公司股权红利或变卖股权收入在长久时间内获得稳定的现金流，以支持慈善活动的开展。

2009年，财政部印发《关于企业公益性捐赠股权有关财务问题的通知》，允许企业股权捐赠。2016年，财政部、税务总局印发《关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知》，该政策破除了股权捐赠高额税负壁垒，对基金会接受股权捐赠，具有重要意义。

（二）企业股权捐赠的程序有哪些？

根据现行规定，股权捐赠视同转让股权，根据《公司法》以及《关于企业公益性捐赠股权有关财务问题的通知》、《关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知》的规定，企业股权捐赠的需要满足一下程序要求：

第一，履行内部决策程序。根据《公司法》第七十二条规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”

第二，股权赠与也应当允许股东行使优先购买权。《公司法》第72条第2款规定，当股东对外转让股权时，经股东同意转让的，在同等条件下，其他股东享有优先购买权。此处的优先购买权的适用情形是股权转让，而此处的“转让”范围具体如何确定？《公司法》未予明确规定。一般认为，该处转让包括有偿转让也包括无偿转让，如赠与、股权置换、强制执行。

赠与是一种无偿转让行为，因为受赠人不需要支付对价，而不存在“同等条件”，因此通常情况下此时不得使用优先购买权。但通过分析股东优先购买权保护的目及赠与行为的目的，有学者认为在股权赠与的情况下，应当允许其他股东行使股东优先购买权。理由在于股东优先购买权以维护公司内部股东之间信赖关系为首要目标，而股权赠与的目的是：一是将股权所代表的物质利益转让于受赠人，二是为了引进新股东，使受赠人得以加入公司、参与经营。在前一目的下，允许股东行使优先购买权不仅尊重了股东之间的人合性，而且受赠人的利益也可得到妥善保护。因为，赠与股东获得了优先权股东支付的对价后，可将对价转手赠与受赠人（当然这种对对价转增是一次性的，从长期关系看，受赠人利益仍可能遭到一定的损害，但这应当被视为对受赠人妥当而非充分保护结果下，立法在冲突价值间所做的付代价选择）。当然此时购买对价的确定，是个复杂而重

要的问题，可由当事人协商确定，或由市场评估确定。如果赠与是为了后一目的，那么显然就更应当允许其他股东行使优先购买权益维护公司人合性。

因此，股权赠与也必须适用上述规定，即应得到股东的同意才能赠与。

第三，股权捐赠必须办理股权变更手续。企业以持有的股权进行公益性捐赠，应当以不影响企业债务清偿能力为前提，且受赠对象应当是依法设立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位。企业捐赠后，必须办理股权变更手续，不再对已捐赠股权行使股东权利，并不得要求受赠单位予以经济回报。

第四，涉及上市公司股权的，履行信息披露义务。公益性捐赠涉及上市公司股权的，捐赠方和受赠方应当遵照《证券法》及有关证券监管的其他规定，履行相关承诺和信息披露义务。

（三）企业股权捐赠如何计算捐赠价值？

根据财政部、国家税务总局于2016年4月20日发布的《关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知》（财税【2016】45号）规定，明确企业股权捐赠行为应视同转让行为，股权转让收入额以企业取得股权时的历史成本确定。本案中企业取得股权的历史成本是35元，那么A公司的捐赠价值是3500万。

（四）企业股权捐赠对象有什么要求？

根据财政部、国家税务总局于2016年4月20日发布的《关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知》（财税【2016】45号）规定，受赠对象为公益性社会团体，是指注册在中华人民共和国境内，以发展公益事业为宗旨、且不以营利为目的，并经确定为具有接受捐赠税前扣除资格的基金会、慈善组织等公益性社会团体。

值得注意的是，此条规定明确了受赠对象的范围，不是覆盖全部慈善组织，而只是具有捐赠税前扣除资格的慈善组织在接受企业股权捐赠时，才可享受按历史成本计价的优惠政策。

我国企业向境外公益性社会团体捐赠股权，不享受股权转让收入额以历史成本价确认优惠，应按公允价值确认股权转让收入。

（五）企业股权捐赠的票据如何开具？

公益性社会团体接受股权捐赠后，应按照捐赠企业提供的股权历史成本开具捐赠票据。值得注意的是，捐赠企业在股权捐赠时要负责提供股权的历史成本的相关证明材料。

（六）企业股权捐赠的抵税如何办理？

根据《关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知》（财税【2016】45号）第二条规定企业实施股权捐赠后，以其股权历史成本为依据确定捐赠额，并依此按照企业所得税法有关规定在所得税前予以扣除。公益性社会团体接受股权捐赠后，应按照捐赠企业提供的股权历史成本开具捐赠票据。所以该企业应确认的捐赠额应为3500万元，当年可以扣除的限额为600万元（ $5000 \times 12\%$ ），计算该企业的当年应纳税额 $(5000-600) \times 25\%=1100$ 万，税收减免了150万（ $1250-1100$ ），剩余的捐赠额为2900万元（ $3500-600$ ），准予结转以后三年内，在计算应纳税所得额时扣除。

【法律依据】

《慈善法》

第三十六条：“捐赠人捐赠的财产应当是其有权处分的合法财产。捐赠财产包括货币、实物、房屋、有价证券、股权、知识产权等有形和无形财产。”

《财政部关于企业公益性捐赠股权有关财务问题的通知(财企〔2009〕213号)》

“党中央有关部门，国务院各部委、各直属机构，全国人大常委会办公厅，全国政协办公厅，解放军总后勤部、武警总部，各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅（局），新疆生产建设兵团财务局，各中央管理企业：

《财政部关于加强企业对外捐赠财务管理的通知》（财企[2003]95号）印发后，为规范境内企业的对外捐赠行为，维护所有者权益，促进社会公益事业的发展，发挥了积极作用。随着我国资本市场的不断完善和社会公益意识的增强，企业对外捐赠出现了新的情况。为了进一步推进社会公益事业的发展，引导企业规范开展公益性捐赠，现就企业以持有的股权（含企业产权、公司股份，下同）进行公益性捐赠有关财务问题通知如下：

一、由自然人、非国有的法人及其他经济组织投资控股的企业，依法履行内部决策程序，由投资者审议决定后，其持有的股权可以用于公益性捐赠。

二、企业以持有的股权进行公益性捐赠，应当以不影响企业债务清偿能力为前提，且受赠对象应当是依法设立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位。企业捐赠后，必须办理股权变更手续，不再对已捐赠股权行使股东权利，并不得要求受赠单位予以经济回报。

三、公益性捐赠涉及上市公司股权的，捐赠方和受赠方应当遵照《证券法》及有关证券监管的其他规定，履行相关承诺和信息披露义务。

四、本通知自印发之日起执行。财政部原有关财务规定与本通知不符的，以本通知规定为准。”

《关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知（财税〔2016〕45号）》

“各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅（局）、国家税务局、地方税务局，新疆生产建设兵团财务局：

为支持和鼓励公益事业发展，根据《中华人民共和国企业所得税法》及其实施条例有关规定，经国务院批准，现将股权捐赠企业所得税政策问题通知如下：

一、企业向公益性社会团体实施的股权捐赠，应按规定视同转让股权，股权转让收入额以企业所捐赠股权取得时的历史成本确定。

前款所称的股权，是指企业持有的其他企业的股权、上市公司股票等。

二、企业实施股权捐赠后，以其股权历史成本为依据确定捐赠额，并依此按照企业所得税法有关规定在所得税前予以扣除。公益性社会团体接受股权捐赠后，应按照捐赠企业提供的股权历史成本开具捐赠票据。

三、本通知所称公益性社会团体，是指注册在中华人民共和国境内，以发展公益事业为宗旨、且不以营利为目的，并经确定为具有接受捐赠税前扣除资格的基金会、慈善组织等公益性社会团体。

四、本通知所称股权捐赠行为，是指企业向中华人民共和国境内公益性社会团体实施的股权捐赠行为。企业向中华人民共和国境外的社会组织或团体实施的股权捐赠行为不适用本通知规定。

五、本通知自2016年1月1日起执行。

本通知发布前企业尚未进行税收处理的股权捐赠行为，符合本通知规定条件的可比照本通知执行，已经进行相关税收处理的不再进行税收调整。”

第四章 慈善募捐



18 编造虚假信息开展慈善募捐案

【基本案情】

某慈善基金会成立于2016年12月，是某省民政厅批准设立的地方性非公募基金会。该基金会关注的领域是扶贫济困，宗旨和业务范围是发展扶贫济困，扶老救助，关注老年人，残疾人相关的公益活动等。

2017年3月，该基金会在互联网上开发了互联网募捐平台，开展募捐项目，该基金会在募捐文案中描述道：捐赠人捐的每一分钱都会成为自己的“功德”，捐得越多，“功德”越大，“功德”越大，家宅越兴旺、事业越顺遂，并且编写了很多个人因为捐赠而“福报”大增的故事……很多信众因为该文案捐款，而且单笔捐赠的数额都相当大，一些老人的子女在得知此事后相当愤怒，认为父母受到了欺骗，要求基金会退还捐款，但基金会以具有公益性质的捐赠不可撤销为由拒绝了他们的请求。捐赠人子女举报至民政部门，要求该基金会返还捐款。民政部门接到举报后，对该基金会进行立案调查，对该基金会不具备募捐资格开展募捐活动、虚构事实开展募捐、未在民政部指定平台上开展募捐行为等行为，作出警告、限期停止活动三个月，对违法募集财产责令退还捐赠人的行政处罚。

【法律要点】

- (一) 什么是慈善募捐？
- (二) 如何理解公开募捐和定向募捐？
- (三) 如何取得公开募捐资格？
- (四) 怎么制定募捐方案？
- (五) 如何理解欺骗、诱导募捐对象实施捐赠？
- (六) 互联网募捐要注意的法律问题？
- (七) 违法募捐的法律责任？

【要点解析】

（一）什么是慈善募捐？

《慈善法》规定，慈善募捐，是指慈善组织基于慈善宗旨募集财产的活动。这里面有三个关键词：慈善组织、慈善宗旨、募集财产。

慈善组织，只有慈善组织才可以开展慈善募捐。是指依法登记，符合《慈善法》规定的，以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织。基金会、社会团体、社会服务机构可以根据《慈善法》的规定登记、认定为慈善组织。只有慈善组织才能开展慈善募捐，如果不是慈善组织，可以通过申请认定为慈善组织或联合有公开募捐资格的慈善组织开展慈善募捐。

慈善宗旨，包括《慈善法》第三条规定的慈善活动，扶贫、济困、扶老、救孤、助残、优抚、环境保护、灾害救助、促进教科文卫体健康发展等活动。另外慈善组织基于慈善宗旨，也要依据慈善组织章程规定的宗旨和业务范围。比如一个做儿童的慈善组织，就不得开展老年人方面的慈善募捐。

（二）如何理解公开募捐和定向募捐？

慈善募捐是指慈善组织基于慈善宗旨募集财产的活动，分为定向募捐和公开募捐。公开募捐是指慈善组织面向社会公众公开进行募捐活动，这里的公众是指不特定的第三人，慈善组织在进行公开募捐时必须取得相应的公开募捐资格。定向募捐是指慈善机构面向特定对象进行募捐的活动。特定对象一般是指发起人、理事会、会员等特定对象，特定对象不是从数量上区分，而是看机构跟募捐对象的是否存在特定关系。定向募捐必须向募捐对象说明募捐的目的、款物的用途等，不得采取或变相采取本法第二十三条规定的公开募捐的方式。

（三）基金会如何取得公开募捐资格？

《慈善法》公布以后，公开募捐资格有所放宽，由原来的身份管理转变为资格管理。只要符合条件的都可以申请获得公开募捐资格，违规募捐的也可以取消募捐资格。《慈善法》规定，登记满两年，内部治理结构健全、运作规范的，可以向民政部门申请公开募捐资格。

《慈善组织公开募捐管理办法》中对如何申请公开募捐资格进行了详细规定，比如：

1. 理事会有效决策，理事会能够理事，并且依照章程规定召开理事会，由理事会表决重大事项；
2. 理事会、监事会人员符合规定，同一单位关联关系理事、监事人员不超过 1/3，省级慈善组织监事会至少三名监事；
3. 法人是内地居民，理事会成员非内地不超过 1/3，理事长是内地居民，排除港澳台和外国人，另外理事会成员当中非内地居民的不超过 1/3；
4. 秘书长专职，理事长不得兼秘书长；
5. 社会组织评估 3A 以上，办理纳税义务；
6. 没有违法情形，未纳入异常名录，申请两年内没有遭受行政处罚，没有其他违法行为。

（四）怎么制定募捐方案？

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。有业务主管单位的同时报业务主管单位。根据《慈善法》二十六条的规

定，不具有公开募捐资格的组织或者个人基于慈善目的，可以与具有公开募捐资格的慈善组织合作开展慈善募捐。所以，不论是具有公开募捐资格还是和具有公开募捐资格的组织联合，都要制定募捐方案，报民政部门备案。募捐方案主要包含：

1. 募捐目的，开展慈善募捐的目的，要符合宗旨和业务范围，符合慈善法第三条规定；

2. 起止时间，募捐地域。慈善募捐的开始和终止时间，募捐的地域范围，如果募捐活动跨区域的还需要报所在地民政部门备案；

3. 募捐活动负责人以及联系方式。确定主要负责人，以方便捐赠人联系，如果存在违法情形，负责人承担法律责任；

4. 接受捐赠方式、银行账户。货币捐赠，实物捐赠、物资捐赠、以及接受账户，一般是写具有公开募捐资格组织的银行账户；

5. 受益人，募集款物用途。募捐收益人是谁，募捐的款物将会用在什么地方，都需要在募捐方案中列明；

6. 募捐成本，剩余款项用途。募捐成本可以列支，包括因为募捐产生的交通费，餐饮费，食宿费等费用。剩余款项如何继续用于慈善目的，遵守相似性原则。

（五）如何理解欺骗、诱导募捐对象实施捐赠？

本案中基金会募捐的目的在于修缮 XX 古庙，而基金会的业务范围中包括支持寺庙景区建设一项，因此募捐本身是不违反法律规定的。但基金会在募捐文案中大肆宣扬宗教力量，夸大宗教信仰作用，并宣称捐款多少与“功德”增长存在比例关系，这种引诱募捐对象进行捐款的行为已经构成通过虚构事实等方式欺骗、诱导募捐对象实施捐赠，是《慈善法》明令禁止的行为。

（六）互联网募捐要注意的法律问题？

《慈善法》明确规定，慈善组织开展慈善募捐活动的，应当在民政部统一或指定平台发布募捐信息，并同时可以在自己官网发布募捐信息。互联网募捐或者个人求助的兴起，为互联网公司带来了流量，所以很多企业或者基金会开发了慈善

募捐的网站，但是这些网站或平台并非民政部指定平台，这些行为也都会为基金会带来风险。目前民政部指定的互联网募捐信息平台一共二十家，大家在民政部官网均可以查询。2017年底，深圳爱佑未来慈善基金会“同一天生日”的慈善募捐活动中，因其在非指定平台开展募捐活动以及募捐过程中存在其他情形被立案调查。2018年6月15日，深圳市民政局以深圳爱佑未来慈善基金会未在民政部指定的互联网募捐信息发布平台发布募捐信息，没有对发布募捐信息进行审核；发布信息不准确不完整，对基金会予以警告，并责令限期改正。本案中，该基金会也犯了同样的错误。

（七）违法募捐的法律责任？

根据《慈善法》的规定，违法募捐的，民政部门应当予以警告并责令其停止募捐活动。基金会已募集的财产，应责令其退还给捐赠人；确实无法退换的，应由民政部门收缴，并转给其他慈善组织用于公益目的。对基金会或其负责人处以2万元以上20万元以下的罚款。

【法律依据】

《慈善法》

第二十一条：“本法所称慈善募捐，是指慈善组织基于慈善宗旨募集财产的活动。”

慈善募捐，包括面向社会公众的公开募捐和面向特定对象的定向募捐。”

第二十二条：“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。民政部门应当自受理申请之日起二十日内作出决定。慈善组织符合内部治理结构健全、运作规范的条件，发给公开募捐资格证书；不符合条件的，不发给公开募捐资格证书并书面说明理由。”

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。”

第二十四条：“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。

募捐方案应当在开展募捐活动前报慈善组织登记的民政部门备案。”

第二十八条：“慈善组织自登记之日起可以开展定向募捐。

慈善组织开展定向募捐，应当在发起人、理事会成员和会员等特定对象的范围内进行，并向募捐对象说明募捐目的、募得款物用途等事项。”

第二十九条：“开展定向募捐，不得采取或者变相采取本法第二十三条规定的方式。”

第三十一条：“开展募捐活动，应当尊重和维护募捐对象的合法权益，保障募捐对象的知情权，不得通过虚构事实等方式欺骗、诱导募捐对象实施捐赠。”

第一百零一条：“开展募捐活动有下列情形之一的，由民政部门予以警告、责令停止募捐活动；对违法募集的财产，责令退还捐赠人；难以退还的，由民政部门予以收缴，转给其他慈善组织用于慈善目的；对有关组织或者个人处二万元以上二十万元以下罚款：

- （一）不具有公开募捐资格的组织或者个人开展公开募捐的；
- （二）通过虚构事实等方式欺骗、诱导募捐对象实施捐赠的；
- （三）向单位或者个人摊派或者变相摊派的；
- （四）妨碍公共秩序、企业生产经营或者居民生活的。

广播、电视、报刊以及网络服务提供者、电信运营商未履行本法第二十七条规定的验证义务的，由其主管部门予以警告，责令限期改正；逾期不改正的，予以通报批评。”

19 杭州“小马云”募捐案

【基本案情】

2016年12月7日，杭州公益名人张某通过微信公众号为长相酷似马云而被称为“小马云”的江西永丰县小男孩范某公开募捐。

他在个人微信公众号发布名为“小马云”的募捐文章，在募捐方案中，利用酷似马云作为宣传的内容，并且夸大描述范某的家庭情况，并公布了本人代为接受捐款的支付宝账户、银行账户等。到12月16日止，通过微信、支付宝、银行卡等共收到善款总计18816元，此举引起社会公众广泛关注和热议。12月16日，张某联系到范某的父亲和弟弟，让他们把募集到的善款取走。

【法律要点】

- (一) 个人求助和慈善募捐的区别
- (二) 本案中张某存在哪些问题？
- (三) 不具备募捐资格的个人、组织怎么募捐？

【要点解析】

（一）个人求助和慈善募捐的区别？

《慈善法》规定，慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。不具有公开募捐资格的组织或者个人基于慈善目的，可以与具有公开募捐资格的慈善组织合作，由该慈善组织开展公开募捐并管理募得款物。

而对于个人求助，慈善法是没有限制的，采用了大慈善的概念。规定自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式自愿开展的，包括扶贫、济困；扶老、救孤、恤病、助残、优抚；救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害；促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；防治污染和其他公害，保护和改善生态环境等公益活动都属于慈善活动。

张某为陌生人范某在自己微信公众号募捐财产的行为，属于慈善募捐而非个人求助。全国人大法工委阚珂主任认为，个人求助是指为本人、为自己的家庭成员或者自己的近亲属，向他人或社会求助。阚珂主任还指出，个人求助最根本的特征是“利己”，而慈善法所规范的慈善活动则必须是“利他”，慈善组织开展的慈善活动的受益人是“不特定的大多数人”。换句话说，如果是为了解决自己和自己的家庭成员的困难而发起筹款，不管通过什么渠道进行，慈善法都不禁止。

（二）本案中张某存在哪些问题？

本案中张某存在以下几个问题：

第一， 张某不具有公开募捐资格而公开开展募捐活动。公开募捐须有公募资格，张某不具有公开募捐资格而公开开展募捐活动，行为不合法，尤其将募得款项进入个人微信、支付宝和银行卡账户更不合规。违反了《慈善法》第二十一条“本法所称慈善募捐，是指慈善组织基于慈善宗旨募集财产的活动”之规定。

第二，应当尊重和维护募捐对象的合法权益。“小马云”范某是未成年人，募款过程中过多地公开宣传他个人以及家庭情况，张某并未征得范某以及其监护人的同意。《慈善法》第三十一条明确要求“开展募捐活动，应当尊重和维护募

捐对象的合法权益，保障募捐对象的知情权，不得通过虚构事实等方式欺骗、诱导募捐对象实施捐赠”。

第三，虚构事实，涉嫌欺诈。张某为了扩大微信公众号的阅读量，夸大虚构范某的家庭情况，吸引网友的关注，但是虚构事实的行为已经违反了《慈善法》的规定，应当承担相应的法律责任。

（三）不具备募捐资格的个人、组织怎么募捐？

我国法律法规明确规定，不具备公开募捐资格的组织或个人不得开展公开募捐，但是这些群体要开展募捐的，应该怎么办呢？根据《慈善法》的规定，不具有公开募捐资格的组织或者个人，开展公开募捐的，可以与具备公开募捐资格的慈善组织合作，由该慈善组织开展公开募捐并管理募集的款物，用于符合条件的受益对象。《慈善组织公开募捐管理办法》规定，具有公开募捐资格的慈善组织与不具有公开募捐资格的组织或者个人合作开展公开募捐活动，应当依法签订书面协议，使用具有公开募捐资格的慈善组织名义开展公开募捐活动；募捐活动的全部收支应当纳入该慈善组织的账户，由该慈善组织统一进行财务核算和管理，并承担法律责任。

【法律依据】

《慈善法》

第二十二条：“慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。”

第二十六条：“不具有公开募捐资格的组织或者个人基于慈善目的，可以与具有公开募捐资格的慈善组织合作，由该慈善组织开展公开募捐并管理募得款物。”

第一百零一条：“开展募捐活动有下列情形之一的，由民政部门予以警告、责令停止募捐活动；对违法募集的财产，责令退还捐赠人；难以退还的，由民政部门予以收缴，转给其他慈善组织用于慈善目的；对有关组织或者个人处二万元以上二十万元以下罚款：

不具有公开募捐资格的组织或者个人开展公开募捐的；

……”

《慈善组织公开募捐管理办法》

第三条：“依法取得公开募捐资格的慈善组织可以面向公众开展募捐。不具有公开募捐资格的组织和个人不得开展公开募捐。”

第十七条：“具有公开募捐资格的慈善组织与不具有公开募捐资格的组织或者个人合作开展公开募捐活动，应当依法签订书面协议，使用具有公开募捐资格的慈善组织名义开展公开募捐活动；募捐活动的全部收支应当纳入该慈善组织的账户，由该慈善组织统一进行财务核算和管理，并承担法律责任。”

20 基金会强行摊派募捐案

【基本案情】

某基金会成立于2016年10月，是辽宁省民政厅批准设立的地方性公募基金会。该基金会关注的领域是儿童，妇女，教育，青少年，卫生保健，医疗救助等，宗旨和业务范围是筹集和使用资金，促进儿童保护事业、维护妇女权益、救灾济困、医疗救助。

2017年6月，该基金会举办慈善筹款晚宴，全省共80多家企业和个人参与了此次活动。根据基金会的筹款计划，本次晚宴应筹得不低于200万元的资金，但经过财务统计后，晚宴共筹得了197万元。基金会理事长认为筹款计划没有完成是由于慈善晚宴项目组工作人员的能力不足，因此要求晚宴项目组的15名工作人员每人以个人名义捐赠2000元，并擅自于当月员工工资中扣除。

事发后，这15名工作人员投诉至当地民政部门。民政部门经过调查后确认了基金会的违法事实，对基金会做出了警告，责令基金会退还15名工作人员每人2000元，并对基金会理事长处以罚款2万元的行政处罚。

【法律要点】

(一) 什么是摊派，变相摊派募捐？

(二) 摊派募捐的法律后果？

【要点解析】

(一) 什么是摊派，变相摊派募捐？

摊派，即是违背捐赠人的意愿，强制捐赠人捐赠的行为。变相摊派，摊派形式改变而内容或本质未变，比如利用职务关系，上下级关系，工作关系，客户关系的影响力，要求捐赠。摊派的核心是违背捐赠人的意愿。

本案中基金会的行为属于强行摊派捐赠任务，是我国法律明确禁止的行为。《慈善法》和《公益事业捐赠法》均有规定：慈善捐赠应当是自愿和无偿的，禁止强行摊派或者变相摊派。捐赠应当遵守法律、法规，不得违背社会公德，不得损害公共利益和其他公民的合法权益。基金会筹款未达到预期金额，便将一部分金额强行摊派到本机构员工的身上，既不符合捐款应自愿无偿的原则，又损害了员工的合法权益，因此是非常严重的违法行为。

(二) 摊派募捐的法律后果？

我国《慈善法》对慈善组织强行摊派或变相摊派捐赠任务的处罚方式做出了明确的规定：开展募捐活动向单位或者个人摊派或者变相摊派的，由民政部门予以警告、责令停止募捐活动；对违法募集的财产，责令退还捐赠人；难以退还的，由民政部门予以收缴，转给其他慈善组织用于慈善目的；对有关组织或者个人处二万元以上二十万元以下罚款。

根据该条规定，民政部门应当对违法的慈善组织予以警告、责令停止募捐活动。在本案中，基金会开展的募捐活动已经结束，不存在责令停止的情形，因此民政部门仅对其予以警告是合理的；因本案被强行摊派捐款任务的员工无论是人数还是金额都非常明确，因此责令基金会将财产退还给这些员工是合理的；本案中基金会的理事长未经理事会同意，擅自摊派捐款任务，应当承担相应的法律责任，因此民政部门对其处以2万元的罚款是合理的。

【法律依据】

《慈善法》

第四条：“开展慈善活动，应当遵循合法、自愿、诚信、非营利的原则，不得违背社会公德，不得危害国家安全、损害社会公共利益和他人合法权益。”

第一百零一条：“开展募捐活动有下列情形之一的，由民政部门予以警告、责令停止募捐活动；对违法募集的财产，责令退还捐赠人；难以退还的，由民政部门予以收缴，转给其他慈善组织用于慈善目的；对有关组织或者个人处二万元以上二十万元以下罚款：

- （一）不具有公开募捐资格的组织或者个人开展公开募捐的；
- （二）通过虚构事实等方式欺骗、诱导募捐对象实施捐赠的；
- （三）向单位或者个人摊派或者变相摊派的；
- （四）妨碍公共秩序、企业生产经营或者居民生活的。

广播、电视、报刊以及网络服务提供者、电信运营商未履行本法第二十七条规定的验证义务的，由其主管部门予以警告，责令限期改正；逾期不改正的，予以通报批评。”

《公益事业捐赠法》

第四条：“捐赠应当是自愿和无偿的，禁止强行摊派或者变相摊派，不得以捐赠为名从事营利活动。

第六条：“捐赠应当遵守法律、法规，不得违背社会公德，不得损害公共利益和其他公民的合法权益。”

第五章 保值增值



21 基金会贷款合同纠纷案

【基本案情】

某县基金会成立于2012年7月，是一家地方性公募基金会，其业务范围是奖励优秀教师、教育工作者和先进集体；救助贫困师生；开展符合本基金会宗旨，促进教育事业发展和社会进步的其他公益事业。

2014年4月，A公司因资金周转需要向基金会贷款5000万元用于临时性资金周转，双方在合同中约定年贷款利息为12%，后A公司陆续向基金会还款2500万元，剩余2500万元经基金会多次催要仍未归还，基金会诉至法院要求A公司偿还剩余欠款及12%的利息。

一审法院认为基金会并非金融经营管理机构，没有金融经营许可证，其与A公司之间签订的贷款合同，因违反了国家有关金融管理法规，应属无效，因此判决A公司偿还基金会借款本金2500万元，驳回基金会要求年12%利息的诉讼请求。

【法律要点】

- (一) 基金会是否可以向第三方提供借贷？
- (二) 什么是基金会的保值、增值？
- (三) 保值、增值的原则是什么？
- (四) 可以保值、增值的财产和禁止保值、增值的财产是什么？

【要点解析】

（一）基金会是否可以向第三方提供借贷？

法律法规并未禁止基金会向第三方提供借款，但是对借款的范围作了明确规定。同时基金会不得违背金融管理相关的法律规定向第三人提供贷款。此外，根据民政部《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》第二条第五项的规定：

“基金会不得向个人、企业直接提供与公益活动无关的借款。” 本案中 A 公司的贷款目的是临时性资金周转，明显不属于公益活动的范畴，因此基金会向 A 公司提供贷款的行为不仅违背了金融管理相关法律规定，同时也不符合民政部门管理基金会的相关政策，这样的保值增值方式是不符合法律规定的。

（二）什么是基金会的保值、增值？

慈善财产的保值、增值，是指基金会为了防止慈善财产的在经济市场当中的贬损，在法律框架之内开展投资活动，实现财产的保值、增值。

（三）保值、增值的原则是什么？

《基金会管理条例》和《慈善法》都未对慈善财产进行保值、增值作出具体的规定，而是以“合法、安全、有效”的抽象原则予以替代。如何理解“合法、安全、有效”？应主要从以下几个方面去把握：

第一，不违反现行法律法规和社会公共利益，保值、增值的实质和程序均符合法律的规定，不得投资非法的理财产品，不得将不得用于投资的财产用于投资，不得违反法律法规章程规定的程序开展投资。

第二，基金会以遵从公益宗旨为使命，投资次之。

第三，投资风险最小化，具体可体现为：坚持安全、稳健的投资原则，优先选择长期投资，建设专业的投资管理团队重，大投资项目履行民主、完善的决策程序，以保投资的项目从前期的调研到中期的投资、管理再到后期的退出机制都是符合相关规定的。

第四，有具体、可期的收益。

（四）可以保值、增值的财产和禁止保值、增值的财产是什么？

根据《慈善法》的明确规定，慈善组织的全部财产由以下 4 种财产构成：发起人捐赠、资助的创始财产、募集的财产、其他合法性财产。其中，对于为实现保值、增值而进行投资的限制有二：

第一，财产来源的限制：《慈善法》第 54 条明确规定，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。

第二，财产性质的限制：《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中规定，可用于保值、增值的财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。什么是限定性、非限定性资产？这个概念源于财政部统一制定的《民间非营利组织会计制度》，该制度对“净资产”按照其是否受到限制，分为限定性净资产和非限定性净资产等。限定性净资产是指具有民间非营利组织的资源提供者或者国家有关法律、行政法规对资产或资产所产生的经济利益的使用所设置的时间限制或（和）用途限制的资产。其中，时间限制，要求资源只能在特定时间内或规定的日期之后使用；用途限制，要求资源用于特定目的。

【法律依据】

《慈善法》

第五十四条：“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三分之二以上同意。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。”

《基金会管理条例》

第二十八条：“基金会应当按照合法、安全、有效的原则实现基金的保值、增值。”

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》

“二、基金会的交易、合作及保值增值

基金会应当严格区分交换交易收入和捐赠收入。通过出售物资、提供服务、授权使用或转让资产包括无形资产等交换交易取得的收入，应当记入商品销售收入、提供服务收入等相关会计科目，不得计入捐赠收入，不得开具公益事业捐赠票据。

基金会进行交换交易，应当保护自身和社会公众的合法权益。不得以低于公允价值的价格出售物资、提供服务、授权或者转让无形资产；不得以高于公允价值的价格购买产品和服务。

基金会不得将本组织的名称，公益项目品牌等其他应当用于公益目的的无形资产用于非公益目的。

基金会不得直接宣传、促销、销售企业的产品和品牌；不得为企业及其产品提供信誉或者质量担保。

基金会不得向个人、企业直接提供与公益活动无关的借款。

基金会进行保值增值活动时，应当遵守以下规定：

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；

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；

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。”

22 基金会违规投资被处罚案

【基本案情】

北京某基金会，2016年9月在民政局成立，为地方性公募基金会，注册资本400万元，理事9人，2017年3月认定为慈善组织。基金会的业务范围为：资助贫困学生、待业人员、农村富余劳动力参加职业培训；资助职业学校联合办学；资助中西部职业学校老师参加岗位培训；重大灾害救助。

2017年7月，为实现基金会财产的保值增值，理事长徐某关注股票、基金市场，2017年7月投资60万买入股票、基金。2017年10月，徐某又买入60万，截止到2017年12月，投资共获利4万元，但是由于投资致使2017年公益支出额度不足。此两项投资未经理事会决议，同时，基金会章程中规定：投资额在50万元以上的活动为“重大投资活动”。后经举报，民政局给予警告的行政处罚，并责令基金会限期改正。

【法律要点】

- (一) 基金会投资的方式有哪些？
- (二) 什么样的投资可以认定为重大投资？
- (三) 如何合规地开展保值、增值工作？
- (四) 违法保值、增值需承担的法律責任？

【要点解析】

（一）基金会投资的方式有哪些？

目前法律法规未对投资方式有明确的列举性规定或禁止性规定，综合实践来看，主要分为四大类：

第一，购买金融产品：例如风险较低、流动性较差的国债、基金以及风险高、流动性较强的股票、期权等。

第二，物业投资：例如不动产投资等。

第三，慈善信托：委托金融机构进行投资，值得注意的是，慈善信托因不受企业破产等影响，信托财产具有相对独立性，因而其亏损风险较小。

第四，股权：目前《公司法》《慈善法》和《基金会管理条例》都未对设立有限责任公司做出明确的禁止性规定，但是《慈善法》规定了“慈善组织应当根据法律法规以及章程的规定，开展慈善活动”，这说明法律虽无禁止性限制但慈善组织设立公司的行为应符合章程的宗旨和规定。此中，合法和非法的边界非常模糊，需要慈善组织谨慎而为。

综上所述，任何符合“合法、安全、有效”原则的投资方式，包括但不限于以上四种，都是可以用来实现慈善财产的保值、增值的。

（二）什么样的投资可以认定为重大投资？

“重大投资方案”一般在基金会章程中予以规定；未作规定的，应综合投资额度、风险大小和预期收益等方面，进行科学地调研和评估。本案中基金会章程中对重大投资进行了规定，理事长所为的两次投资均属于重大投资。

（三）如何合规地开展保值、增值工作？

第一，制定投资保值、增值的管理制度。基金会的投资保值、增值属于基金会的重大事项，应该制定健全完整的投资管理制度，从制度层面完善内部治理结构，保证在合法合规的框架下开展保值增值工作。

第二，建立投资决策机制。慈善组织的重大投资方案应当经决策机构组成人员三分之二以上同意。《基金会管理条例》也规定，基金会重大事项的决策需经三分之二参会理事通过方为有效（召开理事会需三分之二理事参与）。

第三，利益关联回避机制。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。

第四，利益用途限定机制。投资取得的收益应当全部用于慈善目的。也就是说，基金会成立的投资管理委员会成员，不得利用基金会的投资保值增值的收益，进行分红和分配。

（四）违法保值、增值需承担的法律責任？

第一，违法保值、增值。慈善组织将不得投资的财产用于投资的、投资额度过高导致公益支出额度不足的，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；有违法所得的，由民政部门予以没收；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处二万元以上二十万元以下罚款。

第二，保值、增值出现亏损。目前《慈善法》对慈善组织保值、增值出现亏损后，如何弥补亏损以及承担什么样的法律责任，还没有十分明确的规定。但是根据《基金会管理条例》的规定，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。至于，未违反条例和章程规定而造成的亏损，应视作正常风险范围内的可预期亏损，其弥补方案有待法律法规进一步规定。

【法律依据】

《慈善法》

第五十四条：“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三分之二以上同意。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。”

第九十九条：“慈善组织有下列情形之一的，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：

- （一）违反本法第十四条规定造成慈善财产损失；
- （二）将不得用于投资的财产用于投资的；
- （三）擅自改变捐赠财产用途的；
- （四）开展慈善活动的年度支出或者管理费的标准违反本法第六十条规定的；
- （五）未依法履行信息公开义务的；
- （六）未依法报送年度工作报告、财务会计报告或者报备募捐方案的；
- （七）泄露捐赠人、志愿者、受益人个人隐私以及捐赠人、慈善信托的委托人不同意公开的姓名、名称、住所、通讯方式等信息的。”

《关于规范基金会行为的若干规定》

“基金会进行保值增值活动时，应当遵守以下规定：

（三）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；

（四）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；

（五）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。”

《基金会管理条例》

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。”

23 基金会违规股权投资案

【基本案情】

中华 XX 基金会成立于 1986 年，注册基金为 800 万元，法定代表人为赵某。基金会的宗旨为：为作家服务、扶植文学新人，开展公益事业，繁荣文学创作。（一）接收海内外对中国文学事业的捐赠及专项资助；（二）向社会各界募集文学福利基金；（三）创办为全国作家提供包括医疗、休养、创作等福利性服务的各项事业；（四）创办有助于推动中华文学事业发展的报刊、出版社等文化事业；（五）举办全国性或国际性文学奖项、文学工程等。

2006 年 12 月 4 日，基金会借给安徽煤炭 XX 有限公司 300 万元；1995 年-2012 年，借给某创作之家 406.6 万元；1992 年-1994 年，基金会借给安徽文采 XX 公司 147.7 万元；1992 年-2012 年，借给中国 XX 实业有限公司 86.7 万元；2012 年-2015 年，借给环球 XX 有限公司 84.7 万元。五家公司借款合计 1025.7 万元。2010 年~2015 年基金会向中国 XX 实业有限公司进行股权投资 260 万元；向中国 XX 声像出版公司进行股权投资 100 万元；向北京市某医院进行股

股权投资 65.8 万元；向安徽文采 XX 公司进行股权投资 50 万元；向某杂志社进行股权投资 41.7 万元。以上五家公司股权投资合计 517.5 万元。

截止到 2015 年 12 月 31 日，基金会未收回上述借款、股权投资，民政部接到群众举报，对基金会立案调查，后对基金会处以警告的行政处罚。

【法律要点】

- (一) 基金会投资的违规之处？
- (二) 基金会对外借款的法律要求？
- (三) 股权投资的法律要求？

【要点解析】

（一）基金会投资的的违规之处？

本案中，基金会存在对长期借款、股权投资未采取任何保值、增值的有效措施，未建立风险控制机制，导致基金会资金被长期占用，违背基金会的公益宗旨。

基金会从 1992 年到 2015 年之间，出借资金合计 1025.7 万元，股权投资合计 517.5 万元，基金会资产占用共计 1543.2 元。截止到 2015 年 12 月 31 日，基金会未收回上述借款、股权投资。基金会的宗旨和业务范围是促进文化事业的发展，但是，在本案例中，基金会除了对某创作之家的借款用途符合基金会的宗旨和业务范围之外，其他四笔借款对象是营利性公司，已经超出了基金会的宗旨和业务范围。

（二）基金会对外借款的法律要求？

基金会借出资金必须在基金会的宗旨和业务范围内开展，用于符合宗旨和业务范围活动相关的领域。基金会不得向个人、企业直接提供与公益活动无关的借款，基金会不得开展超出业务范围的活动。

（三）股权投资的法律要求？

股权投资是基金会进行财产保值增值的一种方式，应当遵循合法、安全、有效的原则。基金会直接进行股权投资，同样应当符合以下条件：基金会股权投资资金仅限于基金会非限定性净资产和在投资期间暂不需要拨付的限定性资产；基金会股权投资资金必须在基金会的宗旨和业务范围内开展，用于符合宗旨和业务范围活动相关的领域；基金会进行股权投资，应当建立风险控制机制。

【法律依据】

《基金会管理条例》

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。

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。”

第二十八条：“基金会应当按照合法、安全、有效的原则实现基金的保值、增值。”

第四十二条：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记：

- （一）未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动的；
- （二）在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假的
- （三）不按照规定办理变更登记的；
- （四）未按照本条例的规定完成公益事业支出额度的
- （五）未按照本条例的规定接受年度检查，或者年度检查不合格的；
- （六）不履行信息公开义务或者公布虚假信息的。”

24 基金会委托投资案

【基本案情】

北京某儿童基金会是由北京市两个民非出资发起设立，于2000年在北京市民政局注册的地方性非公募基金会，注册资金200万元。以开展慈善活动为宗旨，不以营利为目的，关爱儿童健康成长，促进公益事业健康发展为宗旨。资助贫困儿童的基本生活保障和医疗救助；资助开展儿童保护理念的宣传活动为业务范围。

基金会从成立之初就开展了大量的儿童关爱项目，在社会上声誉极好。从成立之初基金会就收到了大量善款，为了闲置资金发挥更大的作用，更好的运用到公益上，2010年基金会通过决策，将50万元委托给理事长李某做投资的朋友进行投资，后基金会获利3万元。

后经人举报，民政部门调查后，对基金会做出了警告的行政处罚，责令其限期改正。2013年，基金会决策层在基金会运行理念上出现了巨大分歧，致使基金会长期无法形成决策，各种项目搁置，2014年民政部门约谈了负责人，进行调解，但是无果。2015年基金会召开理事会通过了注销机构的相关决议，后基金会完成了清算，清算完成后向民政部门申请了注销登记。清算完成后基金会仍剩余财产50万元。

【法律要点】

- (一) 基金会委托投资有哪些法律要求？
- (二) 基金会注销剩余财产如何处置？

【要点解析】

(一) 基金会委托投资有哪些法律要求？

从投资类型上，基金会可以投资金融产品，如国债、基金会、股票等；物业，如不动产投资；慈善信托；设立经营性实体，如发起设立公司。其次，从投资的方式上，基金会可以开展基本的保值，如银行存款；可以直接投资，如设立公司；可以委托投资，如委托资产公司做股权投资。基金会投资有很多选择，但是不论选择何种方式投资，最重要的要遵循合法、安全、有效原则。其中合法是第一位的，实现保值增值要符合法律法规的规定，实体合法、程序合法；其次是安全，对于风险较大的投资活动，要谨慎选择；最后是有效，在坚持合法、安全的前提下，也要坚持有效原则，实现保值增值。

在基金会委托投资中，除了要遵守以上原则外，《关于规范基金会行为的若干规定》对其有更具体的规定：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。因此，基金会在委托投资时，不可随意委托给个人、不具有金融资质的其他公司或组织。而本案中，基金会委托个人进行投资，不仅不符合以上规定，和上述三个大的原则也是相悖的，虽然该投资未对基金会造成损失，还从中获取3万元，但是不能掩盖该委托投资决策违规的事实。

根据《基金会管理条例》的规定，基金会不仅面临着警告、责令停止活动的行政处罚，如果情节严重，有可能被撤销登记。本案中，基金会被民政部门警告并责令其限期改正。除了基金会，理事也面临着高风险，虽然本案中基金会没有因该决策财产有所损失，但是一旦投资失败，参与决策的理事将对基金会承担赔偿责任。

（二）基金会注销剩余财产如何处置？

《基金会管理条例》规定，本案中，基金会展开理事会通过了注销机构的文件，也进行了清算，后申请了注销，各种程序合法合规，至于剩余的50万元，首先，不能在发起人或理事之间进行剩余财产分配；其次，可以根据章程的业务范围用于贫困儿童的医疗救助和生活保障；最后，如果没法实现章程的公益目的，由民政部门组织捐赠给与该基金会性质、宗旨相同，同样关爱贫困地区儿童发展的公益组织，向社会公告。

【法律依据】

《基金会管理条例》

第十八条：“基金会在办理注销登记前，应当在登记管理机关、业务主管单位的指导下成立清算组织，完成清算工作。

基金会应当自清算结束之日起15日内向登记管理机关办理注销登记；在清算期间不得开展清算以外的活动。”

第二十八条：“基金会应当按照合法、安全、有效的原则实现基金的保值、增值。”

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。”

第四十二条：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记：

- （一）未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动的；
- （二）在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假的；
- （三）不按照规定办理变更登记的；
- （四）未按照本条例的规定完成公益事业支出额度的；
- （五）未按照本条例的规定接受年度检查，或者年度检查不合格的；
- （六）不履行信息公布义务或者公布虚假信息的。”

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。”

《慈善法》

第十八条：“慈善组织终止，应当进行清算。

慈善组织的决策机构应当在本法第十七条规定的终止情形出现之日起三十日内成立清算组进行清算，并向社会公告。不成立清算组或者清算组不履行职责的，民政部门可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

慈善组织清算后的剩余财产，应当按照慈善组织章程的规定转给宗旨相同或者相近的慈善组织；章程未规定的，由民政部门主持转给宗旨相同或者相近的慈善组织，并向社会公告。”

第五十二条：“慈善组织的财产应当根据章程和捐赠协议的规定全部用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。

任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善财产。”

25 基金会将限定性捐赠用于投资案

【基本案情】

某慈善基金会（以下简称基金会）是于2010年在陕西民政部门注册的非公募基金会，以“改善青少年成长环境，助力青少年心灵成长，提高青少年身体素质”为宗旨。业务范围为资助并开展教育事业发展项目，资助扶贫救灾项目，支持教育教学科研、支持青少年体育运动项目。

2017年初，基金会认定为慈善组织。2017年基金会收到30万元政府资助，同年，浙江某企业向基金会捐款500万，双方签订捐赠协议，约定捐赠款用于陕西某县中学留守贫困儿童的教育帮扶。后基金会将基金会捐赠款中的200万经理事会表决用于投资某股票，基金会因此投资获利3万元，基金会的投资行为并未征得浙江某企业的同意。

【法律要点】

(一) 基金会是否存在违法行为？

(二) 限定性资产用途的改变？

【要点解析】

(一) 基金会是否存在违法行为？

基金会使用约定了捐赠用途的资金（限定性资产）进行投资保值增值，改变捐赠用途并未征得捐赠人同意。那可用于保值增值的财产有哪些呢？根据《慈善法》的明确规定，慈善组织的全部财产由以下列财产构成：发起人捐赠、资助的创始财产、社会捐赠财产、募集的财产、政府购买服务财产、其他合法性财产。其中，可用于保值、增值的财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。

(二) 限定性资产用途的改变？

《基金会管理条例》以及《慈善法》都对财产使用做了相应规定，基金会应当依照法律法规章程的规定，按照捐赠协议（募捐方案）使用捐赠财产。但是，财产的使用并非不能改变，对于公开募捐的，要变更募捐方案中的财产用途，应当报民政部门备案；对于变更捐赠协议中的财产用途，应当征得捐赠人的同意。本案中，基金会要变更用途进行投资，应当事先征得捐赠企业的同意。反之，基金会未按照约定使用财产，改变用途未经捐赠人同意的，企业作为捐赠人有权要求其改正；拒不改正的，可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。

【法律依据】

《慈善法》

第四十二条：“捐赠人有权查询、复制其捐赠财产管理使用的有关资料，慈善组织应当及时主动向捐赠人反馈有关情况。

慈善组织违反捐赠协议约定的用途，滥用捐赠财产的，捐赠人有权要求其改正；拒不改正的，捐赠人可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。”

第五十一条：“慈善组织的财产包括：

- （一）发起人捐赠、资助的初始财产；
- （二）募集的财产；
- （三）其他合法财产。”

第五十四条：“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三分之二以上同意。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。

前款规定事项的具体办法，由国务院民政部门制定。”

第五十五条：“慈善组织开展慈善活动，应当依照法律法规和章程的规定，按照募捐方案或者捐赠协议使用捐赠财产。慈善组织确需变更募捐方案规定的捐赠财产用途的，应当报民政部门备案；确需变更捐赠协议约定的捐赠财产用途的，应当征得捐赠人同意。”

第六章 慈善信托



26 设立慈善信托案

【基本案情】

2018年陕西60余家公司联合委托陕西省某信托公司，设立了慈善信托，由一律所担任监察人。信托资金将捐助给陕西省贫困学生或失学青少年，以缓解他们家庭经济困难，改善学习条件。该信托在西安市民政局进行了备案。

2018年云南某公司委托深圳某基金会，设立了慈善信托，未设立监察人。信托资金将会为潮汕地区的儿童提供支持和资助。该信托在深圳市民政局进行了备案。

【法律要点】

- (一) 什么是慈善信托？
- (二) 如何设立慈善信托？
- (三) 不备案的法律后果是什么？

【要点解析】

- (一) 什么是慈善信托？

慈善信托也即公益信托，是委托人是基于慈善目的，将财产委托给受托人，由受托人按照委托人的意愿管理处分财产，开展慈善活动的行为。

1. 慈善信托的委托人。《慈善信托管理办法》规定，委托人应当是具有完全民事行为能力的自然人法人或者依法成立的其他组织。

2. 慈善信托的受托人。受托人是管理信托财产的主体，慈善信托的受托人和一般信托的受托人略有不同。《信托法》规定，信托的受托人应当是具有完全民事行为能力的自然人、法人，而《慈善法》规定，慈善信托的受托人可以由慈善组织或者信托公司担任，也即：

- 自然人不能担任慈善信托的受托人；
- 认定（登记）为慈善组织的社会组织可以担任慈善信托的受托人；
- 信托公司可以担任慈善信托的受托人。

3. 慈善信托的监察人。监察人是监督受托人的行为，维护委托人权益的存在。监察人不必须设，委托人可以根据需要确定信托监察人。

4. 信托财产用于慈善活动。信托财产须用于扶贫、济困，扶老、救孤、恤病、助残、优抚，救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害等慈善活动，以及符合《慈善法》规定的其他公益活动。

（二）如何设立慈善信托？

1. 有确定的、委托人合法所有的财产，此处的财产包括财产性权利，如知识产权。

2. 慈善信托文件采取书面形式，可以使信托合同、遗嘱或者法律法律、行政法规规定的其他书面文件。慈善信托文件应当载明：

- 慈善信托名称；
- 慈善信托目的；
- 委托人、受托人的姓名或者名称、住所，如设置监察人，监察人的姓名或者名称、住所；
- 受益人范围及选定的程序和方法；
- 信托财产的范围、种类、状况和管理方法；
- 年度慈善支出的比例或数额；
- 信息披露的内容和方式；

- 受益人取得信托利益的形式和方法；
 - 信托报酬收取标准和方法。
3. 将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府备案。
- 备案人：受托人（慈善组织、信托公司）；
 - 备案时间：信托文件签订之日起7日内；
 - 备案机构：慈善组织任受托人的，向准予其登记或予以认定的民政部门备案；信托公司任受托人的，向其登记注册地设区市的民政部门备案。

（三）不履行备案手续会有什么后果？

慈善信托不履行备案手续的，不能享受税收优惠政策。根据《慈善信托管理办法》的规定，慈善信托的委托人、受托人和受益人按照国家有关规定享受税收优惠，信托公司开展慈善信托业务的，免计风险资本，免于认购信托业保障基金。如果没有备案的，则上述优惠政策均不能享受。

不过，慈善信托的备案程序并非其生效的必要条件，即使没有备案，只要慈善信托具备了法律规定的要件，仍然是生效的。

【法律依据】

《慈善法》

第四十四条：“本法所称慈善信托属于公益信托，是指委托人基于慈善目的，依法将其财产委托给受托人，由受托人按照委托人意愿以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。”

第四十五条：“设立慈善信托、确定受托人和监察人，应当采取书面形式。受托人应当在慈善信托文件签订之日起七日内，将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府民政部门备案。

未按照前款规定将相关文件报民政部门备案的，不享受税收优惠。”

第四十六条：“慈善信托的受托人，可以由委托人确定其信赖的慈善组织或者信托公司担任。”

第四十九条第一款：“慈善信托的委托人根据需要，可以确定信托监察人。”

《慈善信托管理办法》

第十三条：“设立慈善信托、确定受托人和监察人，应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。”

第十四条：“慈善信托文件应当载明下列事项：

- （一）慈善信托名称；
- （二）慈善信托目的；
- （三）委托人、受托人的姓名或者名称、住所，如设置监察人，监察人的姓名或者名称、住所；
- （四）受益人范围及选定的程序和方法；
- （五）信托财产的范围、种类、状况和管理方法；
- （六）年度慈善支出的比例或数额；
- （七）信息披露的内容和方式；
- （八）受益人取得信托利益的形式和方法；
- （九）信托报酬收取标准和方法。

除前款所列事项外，可以载明信托期限、新受托人的选任方式、信托终止事由、争议解决方式等事项。”

第十五条：“受托人应当在慈善信托文件签订之日起7日内，将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府民政部门备案。

未按照前款规定将相关文件报民政部门备案的，不享受税收优惠。”

27 基金会担任慈善信托受托人案

【基本案情】

2016年9月1日《中华人民共和国慈善法》实施,《慈善法》专章规定了慈善信托基本内,重新激活慈善信托制度。2017年7月7日,银监会、民政部联合印发《慈善信托管理办法》,在《慈善法》的基础上对慈善信托的设立、备案、慈善信托财产的管理和处分、慈善信托的变更和终止等9方面的内容进行了细化。《慈善信托管理办法》的发布为我国慈善信托事业的发展提供了良好的制度支持,有效促进了我国慈善信托事业的发展。

2017年,美的控股有限公司为了“支持顺德地区的扶贫、救济、养老、教育、文化建设、村居福利等综合性的公益慈善需求,推动公益慈善事业的发展与提升,共同建设更具人性和富有吸引力的顺德社区”,委托广东省何享健慈善基金会(2017年7月正式更名为广东省和的慈善基金会)和中信信托有限责任公司,设立“中信·何享健慈善基金会2017顺德社区慈善信托”,并于2017年5月27日在广东省民政厅完成备案,备案编号为440000012017001。该慈善信托的初始规模为4.92亿元人民币,是截止2018年5月31日国内慈善信托资金规模最大的一单。

【法律要点】

- (一) 基金会担任慈善信托受托人的资格要求？
- (二) 慈善组织担任慈善信托受托人时应当履行的义务？
- (三) 慈善组织与信托公司担任共同受托人时的特定权利义务？

【要点解析】

（一）基金会担任慈善信托受托人的资格要求？

根据《中华人民共和国慈善法》第四十六条的规定，只有慈善组织和信托公司可以担任慈善信托的受托人。因此，并非所有基金会均具有慈善信托受托人资格。《基金会管理条例》第五条规定，“基金会依照章程从事公益活动”。因此，基金会只能为慈善目的与其业务范围一致的慈善信托担任受托人。

上述案例中的“广东省何享健慈善基金会”（以下称“和的基金会”）于2017年3月24日取得慈善组织认定，其业务范围为“支持教育、养老、体育、文化艺术、扶贫赈灾、环保及其他公益慈善事业”。符合承担本慈善信托受托人的基本条件。

（二）慈善组织担任慈善信托受托人时应当履行的义务？

当基金会担任慈善信托受托人时，其义务是“按照委托人意愿”“进行管理和处分，开展慈善活动”。这与基金会接受慈善捐赠后依法、依章程完全独立开展慈善活动是有本质区别的。其根源在于：慈善捐赠完成后，慈善财产的所有权完全转移至基金会；而慈善信托所接受的慈善财产完全独立于基金会的自有财产，基金会管理与处分该财产依据的是与委托人签订的信托文件。因此，基金会担任慈善信托受托人时应当履行的义务，包括法定义务和约定义务。

在此按照信托文件生效到慈善信托终止的顺序，将基金会担任慈善信托受托人时的主要法定义务列举如下：

1. 信义义务

《中华人民共和国信托法》第二十五条规定，“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”《慈善法》对此也有规定。

上述义务称为信义义务，是信托法律关系的核心。有人会问，到底怎么做就是完全履行了“信义义务”？法律对此仅做出了原则性规定，不同委托人与受托人之间，可以根据慈善目的的不同、慈善财产金额或形式的不同、受益人范围的不同等，在信托文件中确定各自对“信义义务”的边界。这也是慈善信托与慈善捐赠的重大区别：充分尊重委托人意愿、允许以灵活的方式设定权利义务。因此，受托人完全依法、依信托文件履行了义务，即履行了信义义务。

2. 信托文件签订时开立慈善信托专用资金账户的义务（非资金信托除外）

《慈善信托管理办法》第十八条规定，慈善信托的受托人向民政部门申请备案时，应当提交“开立慈善信托专用资金账户证明、商业银行资金保管协议，非资金信托除外”。第二十八条还规定，“对于资金信托，应当委托商业银行担任保管人，并且依法开立慈善信托资金专户；对于非资金信托，当事人可以委托第三方进行保管。”该账户区别于基金会的基本户，因此基金会在签订信托文件时，应当在商业银行完成该独立账户的开立。

3. 信托文件签订后的备案义务

法律规定，受托人应当在信托文件签订之日起七日内，将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府民政备案。

由于慈善信托还是公益慈善领域的新鲜事物。所以实践中，从委托人有意向、到信托文件最终签订往往要耗时数月（上述案例则耗时近三年），受托人也通常在信托文件起草过程中就已经开始与备案机关的沟通了。

4. 亲自处理信托事务的义务

由于受托人的选定，是以委托人对其专业性、合规运行等方面的信任为前提的，因此受托人应当亲自完成各项约定；只有“信托文件另有约定或者有不得已事由的，可以委托他人代为处理”。而即便委托他人代为处理，受托人仍然要为其行为承担全部责任，如果向其支付了报酬也要从受托人的报酬中拨付。

5. 安全有效运用信托财产的义务

该义务也被称为保值增值义务。基金会在担任受托人时，应当较之对慈善捐赠款项的管理运用更为积极和有效，这是慈善信托与慈善捐赠两种途径的不同定位所决定的。北京市民政局等主管单位已经开始进行慈善信托的评估，受托人是否对慈善财产进行了合法、安全，特别是有效的管理运用，是评估的重要指标之一。

6. 信托文件履行中的报告和信息披露义务

《慈善法》规定，“慈善信托的受托人应当根据信托文件和委托人的要求，及时向委托人报告信托事务处理情况、信托财产管理使用情况。慈善信托的受托人应当每年至少一次将信托事务处理情况及财务状况向其备案的民政部门报告，并向社会公开。”

《北京市慈善信托管理办法》还规定了“受托人应当在自有信息平台 and 民政部门提供的信息平台上，发布”慈善信托设立说明；年度报告；审计报告；受益人资助标准、工作流程和工作规范等；变更、终止事由等。而且，“慈善信托受托人应当于每年3月31日前向其备案的民政部门报送年度报告和审计报告。年度报告应当包括信托事务处理情况和信托财产管理使用情况。”

基金会在担任慈善信托受托人时，应当注意按照信托文件以及备案机关的要求真实、及时履行报告和信息披露义务。对于其担任受托人所管理的慈善信托，还需在基金会自有财产的审计之外，就信托财产的管理运用进行专项审计并提交审计报告。

7. 变更事项出现时的变更备案义务

慈善信托的存续期限，较之慈善捐赠通常时间更久。上述案例的存续期限为“永续”。在履行过程中，不可避免出现信托文件签订时尚未实现或不可预见的情形。《慈善信托管理办法》明确了，在增加新的委托人、增加信托财产、变更信托受益人范围及选定的程序和方法等情形时，受托人应当在变更之日起7日内申请变更备案，同时应当在自有信息平台 and 民政部门指定信息平台上发布。

当今后慈善信托的税收优惠实现时，基金会应当及时为所管理的慈善信托办理变更的相关手续。

8. 终止事由出现时的义务

无论固定期限的慈善信托还是永续的慈善信托，信托文件中一般都终止事由进行了约定。基金会作为受托人应当注意，终止事由出现后慈善信托的清算程序及剩余财产处理与《基金会管理条例》中规定的注销程序略有不同。

（1）清算程序

《慈善信托管理办法》规定，受托人“应当将终止事由、日期、剩余财产处分方案和有关情况报告备案的民政部门。”受托人要向民政部门提交经监察人（如有）认可的清算报告。

（2）剩余财产的处理

《慈善信托管理办法》规定，慈善信托终止时没有信托财产权利归属人或者信托财产权利归属人是不特定的社会公众（比如，信托文件中未做约定、或者信托文件中约定的受益人范围内已无适格主体等情形），经备案的民政部门批准，受托人应当将信托财产用于与原慈善目的相近似的目的，或者将信托财产转移给具有近似目的的其他慈善信托或者慈善组织。

剩余财产的去向，除了根据信托文件的约定能确定的受益人以外；剩余财产的去向可以是其他慈善信托、慈善组织以及与慈善目的相近似的目的。

9. 法律对慈善信托的受托人还有一项重要规定，即除非信托文件另有约定，受托人不得辞任。那么，基金会在决定是否要接受委托时，应该慎重考虑是否有能力管理该信托财产和处理信托事务、是否可以靠信托报酬维持信托期限内的人力物力等。

（三）基金会与信托公司担任共同受托人时的特别权利义务？

在上述案例中，由广东省何享健慈善基金会与中信信托有限责任公司担任“共同受托人”。在全国已备案的慈善信托中，慈善组织担任受托人、且与信托公司担任共同受托人的案例并不多见。这种模式的优点在于能够更大程度上发挥慈善组织在公益慈善方面的专业作用、确保慈善信托的公益性；但是因其法律关系复杂，风险点较多，而在实践中很难被能力较弱的慈善组织驾驭。

以下仅就与基金会作为单一受托人相比的几个主要区别做一列举：

1. 连带责任

《信托法》规定，共同受托人之一违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，其他受托人应当承担连带赔偿责任。因此，基金会在确定共同受托人的合作伙伴时，应当充分考量双方之间是否能够、且已经就共同处理信托事务的程序、标准等达成共识，是否能够互相监督并及时纠正不当行为，避免共同承担责任的后果发生。

2. 主受托人负责备案

《慈善信托管理办法》规定，委托人确定的主要受托人负责办理备案。上述案例中，由于主受托人为广东省何享健慈善基金会，因此备案机关为其所在地的广东省民政厅。

3. 信托公司担任共同受托人时，信托财产运用方向更加灵活

《慈善信托管理办法》规定，“委托人和信托公司另有约定”时不必受法律规定的信托财产运用方向限制。上述案例中，受托人中包括信托公司，因此各方可以就慈善信托财产的运用进行更为灵活的约定。

【法律依据】

《慈善法》

第四十四条：“本法所称慈善信托属于公益信托，是指委托人基于慈善目的，依法将其财产委托给受托人，由受托人按照委托人意愿以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。”

第四十五条：“设立慈善信托、确定受托人和监察人，应当采取书面形式。受托人应当在慈善信托文件签订之日起七日内，将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府民政部门备案。

未按照前款规定将相关文件报民政部门备案的，不享受税收优惠。”

第四十六条：“慈善信托的受托人，可以由委托人确定其信赖的慈善组织或者信托公司担任。”

第四十九条：“慈善信托的委托人根据需要，可以确定信托监察人。”

《信托法》

第二条：“本法所称信托，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。”

第三十一条：“同一信托的受托人有两个以上的，为共同受托人。

共同受托人应当共同处理信托事务，但信托文件规定对某些具体事务由受托人分别处理的，从其规定。

共同受托人共同处理信托事务，意见不一致时，按信托文件规定处理；信托文件未规定的，由委托人、受益人或者其利害关系人决定。”

第三十二条：“共同受托人处理信托事务对第三人所负债务，应当承担连带清偿责任。第三人对共同受托人之一所作的意思表示，对其他受托人同样有效。

共同受托人之一违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，其他受托人应当承担连带赔偿责任。”

《关于做好慈善信托备案有关工作的通知》

“民政部门 and 银行业监督管理机构根据各自法定管理职责，对慈善信托受托人应当履行的受托职责、管理慈善信托财产及其收益的情况、履行的信息公开和告知义务以及其他与慈善信托相关的活动进行监督检查。具体包括：

（一）受托人履行的受托职责：1.依照慈善信托文件管理信托财产；2.对不同的慈善信托财产，分别管理、分别记账；3.根据慈善信托文件的约定，及时向受益人支付信托利益；4.编制慈善信托财务会计报告；5.妥善保存处理信托事务的完整记录；6.自慈善信托终止事由发生之日起十五日内，将终止事由和终止日期报告慈善信托备案民政部门；7.慈善信托终止后，编制处理信托事务的清算报告。

（二）受托人管理慈善信托财产及其收益的情况：1.处理、使用慈善信托财产及其收益，符合慈善目的；2.不得为自己或他人牟取私利；3.除合同另有特别约定之外，慈善信托财产及其收益应当运用于银行存款、政府债券、中央银行票据、金融债券和货币市场基金等；4.按照信托目的，恪尽职守，履行诚信、谨慎管理的义务。

（三）受托人履行的信息公开和告知义务：1.根据慈善信托文件约定、慈善法规定，在民政部门统一指定的平台上发布真实慈善信息；2.向社会公开信托事务处理情况及财务状况；3.向受益人告知其资助标准、工作流程和工作规程等信息。”

《慈善信托管理办法》

第十三条：“设立慈善信托、确定受托人和监察人，应当采取书面形式。书面形式包括信托合同、遗嘱或者法律、行政法规规定的其他书面文件等。”

第十四条：“慈善信托文件应当载明下列事项：

- (一) 慈善信托名称；
- (二) 慈善信托目的；
- (三) 委托人、受托人的姓名或者名称、住所，如设置监察人，监察人的姓名或者名称、住所；
- (四) 受益人范围及选定的程序和方法；
- (五) 信托财产的范围、种类、状况和管理方法；
- (六) 年度慈善支出的比例或数额；
- (七) 信息披露的内容和方式；
- (八) 受益人取得信托利益的形式和方法；
- (九) 信托报酬收取标准和方法。

除前款所列事项外，可以载明信托期限、新受托人的选任方式、信托终止事由、争议解决方式等事项。”

第十七条：“同一慈善信托有两个或两个以上的受托人时，委托人应当确定其中一个承担主要受托管理责任的受托人按照本章规定进行备案。备案的民政部门应当将备案信息与其他受托人所在地的县级以上人民政府民政部门共享。”

第十八条：“慈善信托的受托人向民政部门申请备案时，应当提交以下书面材料：

- (一) 备案申请书；
- (二) 委托人身份证明（复印件）和关于信托财产合法性的声明；
- (三) 担任受托人的信托公司的金融许可证或慈善组织准予登记或予以认定的证明材料（复印件）；
- (四) 信托文件；
- (五) 开立慈善信托专用资金账户证明、商业银行资金保管协议，非资金信托除外；
- (六) 信托财产交付的证明材料（复印件）；
- (七) 其他材料。

以上材料一式四份，由受托人提交履行备案职责的民政部门指定的受理窗口。”

第十九条：“备案后，发生第三十八条规定的部分变更事项时，慈善信托的受托人应当在变更之日起7日内按照第十八条的规定向原备案的民政部门申请备案，并提交发生变更的相关书面材料。

如当月发生两起或两起以上变更事项的，可以在下月10日前一并申请备案。”

第二十四条：“受托人管理和处分慈善信托财产，应当按照慈善信托目的，恪尽职守，履行诚信、谨慎管理的义务。”

第二十五条：“受托人除依法取得信托报酬外，不得利用慈善信托财产为自己谋取利益。”

第二十六条：“慈善信托财产与受托人固有财产相区别，受托人不得将慈善信托财产转为其固有财产。

任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善信托财产。”

第二十七条：“受托人必须将慈善信托财产与其固有财产分别管理、分别记账，并将不同慈善信托的财产分别管理、分别记账。”

第二十八条：“对于资金信托，应当委托商业银行担任保管人，并且依法开立慈善信托资金专户；对于非资金信托，当事人可以委托第三方进行保管。”

第二十九条：“受托人应当自己处理慈善信托事务，但信托文件另有规定或者有不得已事由的，可以委托他人代为处理。

受托人依法将慈善信托事务委托他人代理的，应当对他人处理慈善信托事务的行为承担责任。

受托人因依法将慈善信托事务委托他人代理而向他人支付的报酬，在其信托报酬中列支。”

第三十条：“慈善信托财产运用应当遵循合法、安全、有效的原则，可以运用于银行存款、政府债券、中央银行票据、金融债券和货币市场基金等低风险资产，但委托人和信托公司另有约定的除外。”

第三十一条：“受托人不得将其固有财产与慈善信托财产进行交易或者将不同委托人的信托财产进行相互交易，但信托文件另有规定或者经委托人同意，并以公平的市场价格进行交易的除外。”

第三十二条：“委托人、受托人及其管理人员不得利用其关联关系，损害慈善信托利益和社会公共利益，有关交易情况应当向社会公开。”

第三十三条：“受托人应当根据信托文件和委托人的要求，及时向委托人报告慈善信托事务处理情况、信托财产管理使用情况。”

第三十四条：“慈善信托的受托人应严格按照有关规定管理和处分慈善信托财产，不得借慈善信托名义从事非法集资、洗钱等活动。”

第三十五条：“受托人应当妥善保存管理慈善信托事务的全部资料，保存期自信托终止之日起不少于十五年。”

第三十六条：“受托人违反法律、行政法规和信托文件的规定，造成慈善信托财产损失的，应当以其固有财产承担相应的赔偿责任。”

第三十八条：“根据信托文件约定或者经原委托人同意，可以变更以下事项：

- （一）增加新的委托人；
- （二）增加信托财产；
- （三）变更信托受益人范围及选定的程序和方法；
- （四）国务院民政部门和国务院银行业监督管理机构规定的其他情形。”

《基金会管理条例》

第五条：“基金会依照章程从事公益活动，应当遵循公开、透明的原则。”

第七章 对外合作



28 基金会将政府购买服务项目分包案

【基本案情】

某基金会是2011年7月成立于湖北省的地方性非募基金会，发起人是某集团，初始资金500万元人民币，关注领域为扶贫助困、老年人、儿童等，业务范围是筹措扶贫基金、举办扶贫示范工程、引进资金、项目、资助贫困老人和儿童、资助弱势群体、开展扶贫救灾和灾后重建。

2016年8月，基金会承接了某市老龄办的政府购买服务项目，项目内容是对某市60岁以上老年人职业化现状进行调研，调研期限为6个月，调研费用为10万元。合同签订后，基金会因同期开展的项目过多，并未按照合同约定的期限如期开展调研工作，在合同期满前2个月，基金会将该项目中的现场调查部分分包了给某市一家调研机构，未将相关情况告知某市老龄办。项目结项验收时，某市老龄办对基金会的财务报表提出质疑，后经调查得知基金会将部分项目分包的事实，遂以基金会违约为由向法院提起诉讼，要求基金会返还项

目款 10 万元，并支付违约金 2 万元。法院审理后，认定基金会存在违约行为，判决支持了老龄办的诉讼请求。

【法律要点】

- (一) 什么是政府购买服务？
- (二) 政府购买服务的主体？
- (三) 承接政府购买服务的主体有哪些？
- (四) 基金会将政府购买服务合同的部分项目进行分包是否合法？

【要点解析】

（一）什么是政府购买服务？

政府购买公共服务是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需的服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用。政府购买服务项目实行“政府采购、合同管理、绩效评价、信息公开”的管理办法。随着服务型政府的加快建设和公共财政体系的不断健全，政府购买公共服务将成为政府提供公共服务的重要方式。

（二）政府购买服务主体？

政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用。

根据《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》规定，政府向社会力量购买服务的主体是各级行政机关和参照公务员法管理、具有行政管理职能的事业单位。纳入行政编制管理且经费由财政负担的群团组织，也可根据实际需要，通过购买服务方式提供公共服务。

（三）承接政府购买服务的主体有哪些？

承接政府购买服务的主体包括依法在民政部门登记成立或经国务院批准免于登记的社会组织，以及依法在工商管理或行业主管部门登记成立的企业、机构等社会力量。

承接政府购买服务的主体应具有独立承担民事责任的能力，具备提供服务所必需的设施、人员和专业技术的能力，具有健全的内部治理结构、财务会计和资产管理制度，具有良好的社会和商业信誉，具有依法缴纳税收和社会保险的良好记录，并符合登记管理部门依法认定的其他条件。

（四）基金会将政府购买服务合同的部分项目进行分包是否合法？

我国《政府采购法》规定，经采购人同意，中标、成交供应商可以依法采取分包方式履行合同。也就是说，分包行为是否合法，前提是采购人是否同意。在本案中，基金会的分包行为并未通知某市老龄办，也未征得老龄办同意，此外合同当中也约定了，基金会不得将服务进行再次发包，因此，基金会的分包行为是违反法律规定以及合同的约定，应当承担违约责任。

【法律依据】

《政府购买服务管理办法（暂行）》

第二条：“本办法所称政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用。

政府购买服务范围应当根据政府职能性质确定，并与经济社会发展水平相适应。属于事务性管理服务的，应当引入竞争机制，通过政府购买服务方式提供。”

第六条：“承接政府购买服务的主体（以下简称承接主体），包括在登记管理部门登记或经国务院批准免于登记的社会组织、按事业单位分类改革应划入公

益二类或转为企业的事业单位，依法在工商管理或行业主管部门登记成立的企业、机构等社会力量。”

《政府采购法》

第四十八条：“经采购人同意，中标、成交供应商可以依法采取分包方式履行合同。

政府采购合同分包履行的，中标、成交供应商就采购项目和分包项目向采购人负责，分包供应商就分包项目承担责任。”

《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》

“三、规范有序开展政府向社会力量购买服务工作

（四）购买机制

各地要按照公开、公平、公正原则，建立健全政府向社会力量购买服务机制，及时、充分向社会公布购买的服务项目、内容以及对承接主体的要求和绩效评价标准等信息，建立健全项目申报、预算编报、组织采购、项目监管、绩效评价的规范化流程。购买工作应按照政府采购法的有关规定，采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源、询价等方式确定承接主体，严禁转包行为。购买主体要按照合同管理要求，与承接主体签订合同，明确所购买服务的范围、标的、数量、质量要求，以及服务期限、资金支付方式、权利和义务和违约责任等，按照合同要求支付资金，并加强对服务提供全过程的跟踪监管和对服务成果的检查验收。承接主体要严格履行合同义务，按时完成服务项目任务，保证服务数量、质量和效果。”

29 基金会未完成政府购买服务案

【基本案情】

某基金会是2013年4月在某市民政局登记设立的地方性公募基金会，该基金会关注领域为安全救灾、儿童、教育、青少年等，业务范围是向社会募捐，接受捐赠，资助儿童文教、科技和福利事业，专业培训等。

2015年3月，某市社团办向社会公开招标，以政府资金向社会组织购买服务，某基金会设立的公益项目“儿童防灾救灾知识普及培训”中标，随后双方签订了项目服务合同书，合同期限自2015年4月至2016年4月，基金会应当在合同期限内向市内15家中小学校进行30场防火救灾培训讲座，每场培训费用为6000元，共计人民币180000元。合同执行期间，由于基金会内部协调问题，培训项目迟迟无法开始，项目计划一拖再拖，直到合同约定的期限届满，基金会只进行了13场培训。社团办以基金会违反合同约定为由，将基金会诉至法院，要求基金会返还剩余17场的培训费用，并承担相当于合同金额30%的违约金。

【法律要点】

- (一) 政府购买服务的内容有哪些？
- (二) 政府购买服务合同通常包括哪些内容？
- (三) 未完成政府购买服务如何处理？
- (四) 政府购买服务合同出现纠纷应当适用哪些法律？

【要点解析】

（一）政府购买服务的内容有哪些？

政府购买公共服务是政府采购的一部分，遵守《中华人民共和国政府采购法》的相关规定。根据《中华人民共和国政府采购法》第二条规定，政府采购是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。可见采购对象包括货物、工程和服务，其中“服务”的行为应该包括公共服务，这样，政府购买公共服务有法可依。

政府向社会力量购买服务的内容为适合采取市场化方式提供、社会力量能够承担的公共服务，突出公共性和公益性。教育、就业、社保、医疗卫生、住房保障、文化体育及残疾人服务等基本公共服务领域，要逐步加大政府向社会力量购买服务的力度。

非基本公共服务领域，要更多更好地发挥社会力量的作用，凡适合社会力量承担的，都可以通过委托、承包、采购等方式交给社会力量承担。对应当由政府直接提供、不适合社会力量承担的公共服务，以及不属于政府职责范围的服务项目，政府不得向社会力量购买。各地区、各有关部门要按照有利于转变政府职能，有利于降低服务成本，有利于提升服务质量水平和资金效益的原则，在充分听取社会各界意见基础上，研究制定政府向社会力量购买服务的指导性目录，明确政府购买的服务种类、性质和内容，并在总结试点经验基础上，及时进行动态调整。

（二）政府购买服务合同通常包括哪些内容？

政府购买服务合同首先应当具备我国《合同法》规定的一般要件，主要包括当事人的名称或者姓名和住所、标的、数量、质量、价款、履行期限、地点和方式、双方权利义务、合同终止、违约责任、争议解决的方法等内容。此外，我们还建议政府购买服务合同，还应当具备知识产权条款、保密约定等。

（三）未完成政府购买服务如何处理？

根据双方签署的购买服务合同，约定乙方（基金会）未按时完成项目内容的，甲方（社团办）可以要求乙方返回政府购买服务资金，并且要求承担违约责任。首先基金会未完成项目内的，基金会可以与社团办做进一步的协商，是否可以延期或者变更服务内容，协商不成的，那么根据合同的约定，基金会应当承担相关的违约责任。

（四）政府购买服务合同出现纠纷应当适用哪些法律？

政府购买服务合同作为政府采购合同的一种，适用《合同法》调整其法律关系。双方应当按照平等、自愿的原则，在合同中约定双方的权利和义务。

【法律依据】

《合同法》

第十二条：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- （一）当事人的名称或者姓名和住所；
- （二）标的；
- （三）数量；
- （四）质量；
- （五）价款或者报酬；
- （六）履行期限、地点和方式；
- （七）违约责任；
- （八）解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

《政府采购法》

第四十三条：“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。

采购人可以委托采购代理机构代表其与供应商签订政府采购合同。由采购代理机构以采购人名义签订合同的，应当提交采购人的授权委托书，作为合同附件。”

《政府购买服务管理办法（暂行）》

第十九条：“按规定程序确定承接主体后，购买主体应当与承接主体签订合同，并可根据服务项目的需求特点，采取购买、委托、租赁、特许经营、战略合作等形式。

合同应当明确购买服务的内容、期限、数量、质量、价格等要求，以及资金结算方式、双方的权利义务事项和违约责任等内容。”

《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》

“三、规范有序开展政府向社会力量购买服务工作

（一）购买主体。

政府向社会力量购买服务的主体是各级行政机关和参照公务员法管理、具有行政管理职能的事业单位。纳入行政编制管理且经费由财政负担的群团组织，也可根据实际需要，通过购买服务方式提供公共服务。

（二）承接主体。

承接政府购买服务的主体包括依法在民政部门登记成立或经国务院批准免于登记的社会组织，以及依法在工商管理或行业主管部门登记成立的企业、机构等社会力量。承接政府购买服务的主体应具有独立承担民事责任的能力，具备提供服务所必需的设施、人员和专业技术的能力，具有健全的内部治理结构、财务会计和资产管理制度，具有良好的社会和商业信誉，具有依法缴纳税收和社会保险的良好记录，并符合登记管理部门依法认定的其他条件。承接主体的具体条件由购买主体会同财政部门根据购买服务项目的性质和质量要求确定。

（三）购买内容。

政府向社会力量购买服务的内容为适合采取市场化方式提供、社会力量能够承担的公共服务，突出公共性和公益性。教育、就业、社保、医疗卫生、住房保

障、文化体育及残疾人服务等基本公共服务领域，要逐步加大政府向社会力量购买服务的力度。非基本公共服务领域，要更多更好地发挥社会力量的作用，凡适合社会力量承担的，都可以通过委托、承包、采购等方式交给社会力量承担。对应当由政府直接提供、不适合社会力量承担的公共服务，以及不属于政府职责范围的服务项目，政府不得向社会力量购买。各地区、各有关部门要按照有利于转变政府职能，有利于降低服务成本，有利于提升服务质量水平和资金效益的原则，在充分听取社会各界意见基础上，研究制定政府向社会力量购买服务的指导性目录，明确政府购买的服务种类、性质和内容，并在总结试点经验基础上，及时进行动态调整。”

30 基金会委托运营合同纠纷案

【基本案情】

某慈善基金会，2012年在某省民政部门登记注册，以资助开展残疾人托养服务，庇护性劳动，辅助残疾人就业等慈善活动。

为了更好满足残疾人托养服务，提供托养服务水平，2012年9月1日，市残疾人联合会跟基金会签署《托养中心委托运营合同》，协议约定，残疾人联合会提供房屋5000平方米的场地建立残疾人托养中心，合同期限从2012年9月1日至2017年8月31日，权利义务约定：残疾人联合会支持并帮助基金会运营托养中心，开展公益性残疾人托养服务，根据项目的要求进行装修和无障碍改造，添置残疾人托养，培训，庇护性就业的相关设施。2012年至2014年的物业费由残疾人联合会缴纳，2014年至2017年的物业费，残疾人联合会视情况向乙方收取，残疾人联合会根据相关文件给予基金会相关经费补助，用于托养中心。协议约定基金会自主经营，自负盈亏，独立核算，自行承担项目运营期间的一切费用，基金会每年向残疾人联合会交15万元的房屋维修费，其中2012年至2014年期间全免，2014年至2017年视运营情况酌情减免。托养中

心要以解决残疾人困难为目的，不以营利为目的，切实体现托养服务的公益性。

2013年开始，在基金会运营下，100多名残疾人在中心得到照顾和悉心的照料，2017年6月，残疾人联合会计划将托养中心场地转为就业、创业方向发展。2017年8月31日合同到期前，要求基金会撤离，并要求妥善安置接受服务的残疾人，基金会跟残疾人联合会负责人沟通，对合同进行了延期，延期至2017年12月31日，基金会在合同到期后仍未对残疾人分流完毕。此外，2014年至2017年期间基金会每年均未支付15万元的房屋维修费。基金会负责人称，残疾人联合会一直以来对房屋维修费和设备折旧费进行减免，但没有签署补充协议。

2018年1月，残疾人联合会向人民法院提起诉讼，要求基金会立即撤离，并要求基金会支付45万元的房屋维修费，基金会理事长对此承担连带责任。一审法院判决，基金会支付2014年-2017年期间的房屋使用费45万元，驳回残疾人联合会其他诉讼请求。

【法律要点】

- (一) 第三方委托运营？
- (二) 基金会是否存在违约情形？
- (三) 基金会承担什么责任？
- (四) 法定代表人是否要承担连带责任？
- (五) 基金会如何做好委托运营的第三方？

【要点解析】

- (一) 第三方委托运营？

政府以及相关职能部门、事业单位委托第三方社会组织运营，这是国内目前转移政府职能比较新的一种模式，尤其是各省市民政局的社会组织培育和孵化，社会组织评估，近年来均开始委托第三方进行运营和管理。

比如 2015 年，为推进首都社会组织管理制度改革，加快政府职能转变，北京市民政局将公益类事业单位“北京市社会组织发展服务中心”委托北京协作者作为第三方社会化运营，北京市社会组织发展服务中心，对全市 3000 多家社会组织开展专业支持服务。中心作为市级支持性平台，其服务不仅包含了培育孵化、能力建设、学习交流和资源交易等支持性组织的一般性职能，而且还包括了政策咨询、年检辅导、引荐登记注册等事务性服务职能，不仅开启了北京乃至全国的社会组织创新管理之路，同时也开启了政府与社会组织建立全新的合作关系之路。

本案中，残疾人联合会将托养中心委托第三方机构运营和管理就属于第三方的委托运营的模式。

（二）基金会是否存在违约情形？

本案中，残疾人联合会跟基金会签署了《托养中心委托运营协议书》明确约定了 15 万元的房屋维修费。基金会辩称，这些年以来残疾人联合会一直减免该笔费用，但是不能提供任何证明证据，法院对此不予认可，从合同的角度来说，基金会没有证据支持残疾人联合会减免了该笔费用，基金会未交付 15 万元房屋维修费行为已构成违约。

（三）基金会承担什么责任？

根据《合同法》规定，当事人应当忠实，勤勉的履行协议内容，对于违反合同约定的，根据协议约定的责任承担违约责任，本案中残疾人联合会应当承担违约责任。

（四）法定代表人是否要承担连带责任？

基金会的法定代表人，是指依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人。基金会的法定代表人对内处于社会组织管理核心的地位，对外代表基金会，以基金会的名义对外实施行为是社会组织的行为，该行为的法律后果由社会组织承担。根据上述定义可以归纳出法定代表人三个特征：

- 法人的法定代表人是由法律或法人的组织章程规定的；
- 法人的法定代表人是代表法人行使职权的负责人；
- 法定代表人是代表法人进行民事活动的自然人。

《中华人民共和国民事诉讼法》第四十八条规定：法人由其法定代表人进行诉讼；其他组织由其主要负责人进行诉讼。法定代表人有权直接代表本单位向人民法院起诉和应诉，其所进行的诉讼行为，就是本单位（或法人）的诉讼行为，直接对本单位（或法人）发生法律效力。

另外根据《民法总则》第六十一条规定，依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。第六十二条规定，法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

从上述的规定，可以总结出，第三人要求基金会法定代表人承担连带责任的理由是不成立的，基金会作为独立法人身份，以其财产对外承担责任，基金会法定代表人有过错的，那么其对内承担责任，而不是对第三人承担连带责任。所以，法院在审理过程中驳回了原告关于法人负责人承担连带责任的诉讼请求。

（五）基金会如何做好委托运营的第三方？

基金会如何做好第三方，首先要了解该委托事项，是否在基金会的宗旨和业务范围内，比如山东某市的民政局委托一家从事环保资助类型的基金会从事社会组织培育和孵化工作，那么基金会并不具备相关的资质；其次，政府委托第三方运营的时候，基金会应当通过协议明确双方的权利义务内容，一般而言，委托运营的，政府还应该支付相关的委托费用，尤其是费用的条款，应明确约定；最后，在合作过程中，对于变更的内容，应当留下书面的证据，本案中基金会辩称残疾人联合会一直减免房屋维修费和设备折旧费，但是并未提供任何的证据，那么由于法律证据的缺失，不应因基金会从事了大量的慈善活动，得到社会的认可和肯定，就可以免除违约责任。

【法律依据】

《民法总则》

第六十一条：“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”

第六十二条：“法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。”

《合同法》

第二条：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

第五条：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

第六条：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”

第四十四条：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”

第六十条：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”

第六十一条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”

第一百零七条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

第一百零八条：“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”

第一百零九条：“当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。”

第一百一十条：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。”

第一百一十三条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”

第一百一十四条：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”

《民事诉讼法》

第四十八条：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。”

31 基金会与梁某房屋买卖合同纠纷案

【基本案情】

某基金会与 A 公司共有一栋建筑物，双方签订了分配合同，某基金会分得 6-8 楼 B 房，6-18 楼 C、D、E、F、G、H、J 房，其余所有房屋归 A 公司所有。A 公司决定将其所有的 13 楼 M 房卖给梁某，但因该建筑物尚未通过竣工验收，也未取得房屋所有权证，该房屋在法律上仍是基金会与 A 公司共有物，因此需要双方共同在房屋买卖合同中签字盖章，以便办理售房合同备案登记。合同签订后，A 公司收取了售房款，但房屋却迟迟无法交付给梁某使用。梁某向法院提起诉讼，要求 A 公司赔偿其延迟交房的违约金，并立即交付涉诉房屋；要求某基金会承担连带赔偿责任。

基金会在庭审中辩称，我方与 A 公司已达成分配协议，涉诉房屋为 A 公司所有，且梁某所交纳的房款也是 A 公司收取的，我方在房屋买卖合同中签字盖章的行为仅仅是为了配合办理售房合同备案登记，因此不应承担赔偿责任。

法院认为，基金会与 A 公司签订的分配协议属于双方之间的内部约定，根据合同相对性原则，该协议对购房人不具有约束力。基金会和 A 公司共同与梁某签订了房屋买卖合同，因此基金会和 A 公司都应当按照房屋买卖合同的约定

履行相应的义务。因此判决 A 公司和某基金会向梁某支付延期交付房产的违约金 8 万元。

【法律要点】

- (一) 如何理解合同相对性？
- (二) 什么情况下需要承担违约责任？
- (三) 如何约定违约金？
- (四) 基金会会在对外活动中如何保障自身权益？

【要点解析】

(一) 如何理解合同相对性？

合同相对性是指，原则上合同项下的权利义务只能赋予给当事人或加在当事人身上，合同只能对合同当事人产生拘束力，而非合同当事人不能诉请强制执行合同。

在本案中，根据合同的相对性原则，基金会与 A 公司之间签订的分配协议只对协议双方具有约束性，梁某并非该协议的当事人，购房时对该协议也并不知情，基金会不能以其和 A 公司之间的约定对抗第三人梁某，且基金会作为房屋共有人亦在房屋买卖合同中签字盖章，因此其应当与 A 公司共同承担延迟交房的违约责任。

(二) 什么情况下需要承担违约责任？

根据我国《合同法》的相关规定，在合同当事人出现以下情形时，另一方有权要求其承担违约责任：

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。

（三）如何约定违约金？

违约金具有惩罚性和补偿性，即惩罚违约方和补偿守约方。在我国《合同法》中，违约金的性质主要是补偿性，惩罚性体现较弱。根据《合同法》第一百一十四条第二款的规定，约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。也就是说，违约金的约定应当以“造成的损失”为基准，可以稍微高于损失，但不能过分高。

（四）基金会在对外活动中如何保障自身权益？

在市场经济过程当中，基金会必不可少的要跟第三方开展活动，那么在这个过程中基金会如何保障自己的权益呢？我们认为应当从以下几个方面来完善基金会对外活动的管理：

第一，无合同不合作。基金会对外开展任何活动的，应当签署合同，无论这个合同金额是多还是小，都应当由相关的协议，这样可以避免日后的法律风险，明确了各方的权利义务。

第二，把握合同的合法性，先看主体，后看内容。主体合法是指，合同的签约方是合法注册，是否属于非法组织，合同主体权利没有瑕疵。本案中，需要了解 A 公司的是否具备完全的处分权，如果不具备那么就要注意相关的风险。

第三，完善合同管理制度。完善合同管理制度，在对外签署协议的时候，就审核流程，必要的时候聘请法律顾问，把握风险。

【法律依据】

《合同法》

第一百零七条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

第一百零八条：“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”

第一百一十一条：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”

第一百一十四条：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”

32 基金会与凌某房屋租赁合同纠纷案

【基本案情】

某基金会于1995年7月成立，是江西省民政厅成立的地方性公募基金会，关注领域为教育和青少年，业务范围是募集资金，为青少年健康成长提供服务。

2010年初，基金会将自有房屋租赁给凌某，双方约定租期为十年，租金每两年一定，随行就市，按市场价格商定；两年后续订合同，在同等价格条件下，基金会应当优先租给凌某；如果凌某不能接受新的市场价格，基金会有权单方终止合同。

两年后基金会欲涨房租，双方对新的房租价格未达成共识。基金会决定采取公开竞价的方式确定租金，遂通知凌某参加公开竞价，并表示若凌某不参加公开竞价、不接受新的市场价格，则视为凌某放弃续租。凌某于公开竞价前1日，向基金会发出《律师函》称：基金会采取公开竞价的方式调整租金违反了合同的约定，双方可按照价格部门发布的同地段店面租金价格确定后续租金。基金会未予理会，如期举行了公开竞价，并委托公证机构进行全程公证，案外人以每月每平方米460元的价格中标。后基金会以凌某不接受新的市场价格为

由，向凌某发出《告知函》，通知凌某解除合同并要求其按期搬离。凌某随后向基金会出具了《回复函》，明确表示不予认可基金会单方组织的公开竞价行为，要求让司法鉴定机构对租赁房屋新的市场价格进行司法鉴定，并以此作双方执行新的租金价格的依据，期间，凌某一直按原合同租金向基金会缴纳租金。

基金会向法院提起诉讼，要求凌某搬离涉诉房屋并按照460元的价格支付搬离前的房租。法院认为基金会单方面采取公开竞价的方式调整租金，违反了《合同法》的规定，因此，对其单方解除租赁合同的行为不予认可，判令凌某按照司法鉴定机构评估的市场价格311元标准支付搬离前的房租，驳回基金会其他诉讼请求。

【法律要点】

- (一) 基金会公开竞价所产生的租金价格能作为双方续签合同的价格吗？
- (二) 基金会单方面解除合同的行为是否具有法律效力？

【要点解析】

(一) 基金会公开竞价所产生的租金价格能作为双方续签合同的价格吗？

公开竞价是市场价格的一种表现形式，但在本案中，公开竞价不能作为双方续签合同的价格。

根据我们通常的理解，“随行就市”的意思是指，根据相同地段房屋租赁的市场行情来确定彼此的租赁价格。公开竞价虽然是市场价格的一种表现形式，但在公开竞价的方式下所产生的价格并不一定能代表市场租赁行情的普遍价格，受参加竞价人员对竞价商品的迫切程度影响，这个价格很有可能过高或过低。在本案中，合同双方并未约定以公开竞价的方式确定新的租金，从合同内容也无法推断双方有价格协商不成即采用公开竞价的方式确定租金的意思表示，并且在基金会作出公开竞价的决定后，凌某曾明确表示了不同意采取这种方式，根据合同法

及相关司法解释的规定，双方对合同内容约定不明确又未达成补充协议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。故基金会在双方协商不成时单方决定以公开竞价的方式来定价，违背了双方的合同约定，因此这个价格不能作为本案双方续签合同的租金价格。

（二）基金会单方面解除合同的行为是否具有法律效力？

我国《合同法》明确规定，当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。在本案中，根据双方的合同约定，基金会单方解除合同的前提是凌某无法接受新的房屋租金，但因基金会提出的公开竞价价格并不符合合同约定的形成条件，所以基金会以此为由提出解除合同是不符合法律规定的。另外，虽然法律规定合同解除的意思表示自到达对方当事人时生效，但该法律后果产生的前提是对方当事人对合同解除的事项无异议的情况下，而本案中，合同双方对解除合同的事宜是存在争议的，故基金会单方解除合同的行为不符合法律规定。

【法律依据】

《合同法》

第六十一条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”

第六十二条：“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行。”

第九十三条：“当事人协商一致，可以解除合同。”

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”

第九十四条：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

(二) 在履行期限届满之前, 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;

(三) 当事人一方迟延履行主要债务, 经催告后在合理期限内仍未履行;

(四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;

(五) 法律规定的其他情形。”

第九十六条: “当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的, 应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的, 可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的, 依照其规定。”

第一百二十五条: “当事人对合同条款的理解有争议的, 应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则, 确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的, 对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的, 应当根据合同的目的予以解释。”

33 基金会开展购房公益补贴项目被撤销登记案

【基本案情】

某市 XX 公益基金会（以下简称“基金会”），是 2016 年 2 月在某市民政局登记注册的非公募基金会，发起人是中 X 集团，初始资金 200 万。业务范围主要为：资助贫困老人和儿童、资助弱势群体、开展扶贫救灾和灾后重建。

基金会成立后，联合中 X 集团发起“安居扶助计划”住房补贴项目，中 X 集团每年定期向基金会捐赠一定的数额支持项目的开展，基金会对外宣称项目旨在帮扶中低收入困难人群实现购房梦，并帮扶中低收入困难人群就业和创业。

具体帮扶办法为：由基金会寻找楼盘合作，严格筛选帮扶对象，对买不起房的进城务工人员、应届毕业生、农民工等困难人群，在基金会指定的房源内购买房屋的，购房人缴纳全部房款或者完成全部按揭贷款的，基金会每年无偿提供总房款 2.5% 的资助，共计资助 20 年，最高资助款可以达到总额的 50%。自 2016 年项目开展以来，基金会确定帮扶对象涉及广东、山东、江西、黑龙江、辽宁等全国多地 200 余人，每月由基金会支付补贴 20 余万元。2017 年初，基金会理事长应某和秘书长朱某对外披露，基金会发起单位、安居扶助计

划项目捐赠人中 X 集团资金链确已断裂，实际负责人李某于 2016 年 12 月失联。

由此造成的直接影响是：第一，约 10 余名基金会工作人员，自 2016 年 6 月至 2017 年均未受领工资，办公住所租金业已拖欠，因此大量员工申请劳动仲裁，要求保护个人的合法权益；第二，截止至李某失联，全国 200 余受帮扶对象未如先前约定获得住房补贴，后续资金不能支持，基金会已严重违约；第三，部分购房者遭受较严重的信赖利益损失，已向某市民政局进行举报和投诉，同时向当地司法机关起诉，请求基金会承担违约损害赔偿赔偿责任。

此外，经调查核实，该基金会的财产来自发起单位捐赠的原始资金和定向募捐所获资金，资金来源为中 X 集团下三家公司。李某将公司财产，以慈善捐赠名义转至基金会，基金会的财产也并未完全用于资助帮扶对象，而是将慈善财产转移到个人名下，随后李某携带资金逃匿。

民政局接到投诉举报后，经过严格的调查、告知和听证程序，对基金会超越宗旨和业务范围开展活动，在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假等违法违规情形，根据《基金会管理条例》第四十二条第一款、第二款、第六款规定，第四十三条第二款的规定，作出了撤销登记的行政处罚，对涉及刑事犯罪的线索移送公安机关，并且依据《社会组织信用信息管理办法》的规定，列入严重违法失信名单。

【法律要点】

- (一) 购房补贴项目存在什么问题？
- (二) 基金会公益创新的底线是什么？

【要点解析】

(一) 购房补贴项目存在什么问题？

本案中基金会的公益创新购房补贴项目存在以下问题：

第一，超越宗旨和业务范围。基金会的业务范围是，资助贫困老人和儿童、资助弱势群体、开展扶贫救灾和灾后重建。但是安居扶助计划的开展，针对的对象，并不属于其业务范围的内容，项目的模式和内容均超出基金会的宗旨和业务范围开展活动。

第二，购房公益补贴项目公益性缺失，基金会成为了房地产公司销售房产的手段。项目运作中，捐赠人要求，享受补贴的购房人要到指定房源作为购房对象，基金会在接受捐赠过程中，违反了无偿的原则，给予了捐赠人利益回报。

第三，项目还可能涉嫌非法吸收公众存款，根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定，违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为《刑法》第一百七十六条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”：

- （一）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；
- （二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；
- （三）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；
- （四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

实施下列行为，符合上述条件的，应当依照刑法第一百七十六条的规定，以非法吸收公众存款罪定罪处罚：不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的。

中X集团作为房地产开发企业，安居扶助计划的开展，实际上是基金会协助商业机构快速回笼资金，基金会成为商业促销方，这种“公益模式”，还涉嫌非法吸收公众存款。

（二）基金会公益创新的底线是什么？

近些年来，商业和公益的结合的讨论方兴未艾，商业模式进入公益领域的案例也越来越多，引发了社会的广泛讨论，那么基金会参与公益创新时，要遵循什么原则和底线呢？

首先，公益创新要符合基金会宗旨和业务范围，基金会的宗旨和业务范围是开展活动的基准。

其次，要遵循公益性的原则。所有公益项目的创新应当具备公益性，解决某一个社会问题，解决某一类人群或具体人群的生存和发展问题，要以社会效益为考量目标。

最后，公益创新要遵循非营利性原则。通过公益创新项目获取的资金要全部用于公益事业的发展，基金会负责人，工作人员等不得分红和分配，任何组织和个人不得侵占、挪用慈善基金。

公益创新除了要遵守创新的基本原则还要执行最基本的法律底线。无论是《慈善法》还是三大条例以及相关的规章制度，也都明确规定了一些慈善组织不得做的事情，这些就是我们的法律底线。

1. 不得超越章程、宗旨和业务范围开展活动。
2. 不得将本组织的名称，公益项目品牌等其他应当用于公益目的的无形资产用于非公益目的。
3. 不得向个人、企业直接提供与公益活动无关的借款，慈善财产不得提供担保。
4. 开展慈善活动不得违背社会公德，不得危害国家安全、损害社会公益利益和他人合法权益。
5. 慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员，不得利用其关联关系损害慈善组织、受益人的利益和社会公共利益。
6. 不得接受附加违反法律法规和违背社会公德条件的捐赠，不得对受益人附加违反法律法规和违背社会公德的条件。
7. 基金会不得资助以营利为目的开展的活动。
8. 没有获得公开募捐资格的不得开展公开募捐，定向募捐的不得变相募捐；不得摊派或者变相摊派，不得妨碍公共秩序、企业生产经营和居民生活。
9. 捐赠人与慈善组织约定捐赠财产的用途和受益人时，不得指定捐赠人的利害关系人作为受益人。慈善组织确定慈善受益人，应当坚持公开、公平、公正的原则，不得指定慈善组织管理人员的利害关系人作为受益人。

10. 任何组织和个人不得利用慈善捐赠违反法律规定宣传烟草制品，不得利用慈善捐赠以任何方式宣传法律禁止宣传的产品和事项。不得直接宣传、促销、销售企业的产品和品牌；不得为企业及其产品提供信誉或者质量担保。

11. 慈善财产应当根据章程和捐赠协议的规定全部用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善财产。

12. 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。

13. 开展慈善服务，应当尊重受益人、志愿者的人格尊严，不得侵害受益人、志愿者的隐私。

【法律依据】

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条：“违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’：

- （一）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；
- （二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；
- （三）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；
- （四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。”

第二条：“实施下列行为之一，符合本解释第一条第一款规定的条件的，应当依照刑法第一百七十六条的规定，以非法吸收公众存款罪定罪处罚：（一）不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的。”

《慈善法》

第四条：“开展慈善活动，应当遵循合法、自愿、诚信、非营利的原则，不得违背社会公德，不得危害国家安全、损害社会公共利益和他人合法权益。”

第十四条：“慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员，不得利用其关联关系损害慈善组织、受益人的利益和社会公共利益。”

慈善组织的发起人、主要捐赠人以及管理人员与慈善组织发生交易行为的，不得参与慈善组织有关该交易行为的决策，有关交易情况应当向社会公开。”

第十五条：“慈善组织不得从事、资助危害国家安全和社会公共利益的活动，不得接受附加违反法律法规和违背社会公德条件的捐赠，不得对受益人附加违反法律法规和违背社会公德的条件。”

第二十九条：“开展定向募捐，不得采取或者变相采取本法第二十三条规定的方式。”

第三十一条：“开展募捐活动，应当尊重和维护募捐对象的合法权益，保障募捐对象的知情权，不得通过虚构事实等方式欺骗、诱导募捐对象实施捐赠。”

第三十二条：“开展募捐活动，不得摊派或者变相摊派，不得妨碍公共秩序、企业生产经营和居民生活。”

第四十条：“捐赠人与慈善组织约定捐赠财产的用途和受益人时，不得指定捐赠人的利害关系人作为受益人。

任何组织和个人不得利用慈善捐赠违反法律规定宣传烟草制品，不得利用慈善捐赠以任何方式宣传法律禁止宣传的产品和事项。”

第五十二条：“慈善组织的财产应当根据章程和捐赠协议的规定全部用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配。

任何组织和个人不得私分、挪用、截留或者侵占慈善财产。”

第五十八条：“慈善组织确定慈善受益人，应当坚持公开、公平、公正的原则，不得指定慈善组织管理人员的利害关系人作为受益人。”

第六十二条：“开展慈善服务，应当尊重受益人、志愿者的人格尊严，不得侵害受益人、志愿者的隐私。”

34 基金会开展高端收费培训项目案

【基本案情】

某公益基金会，是2013年12月在民政局登记注册的地方性非公募基金会，其业务范围是资助有利于医药卫生事业发展的研究和公益活动，资助弱势群体就医。

2014年为了帮助城市务工的农民尽快融入城市，基金会设立XX公益沙龙项目。自2016年开始，公益沙龙项目主要针对都市白领阶层，为都市白领提供职场、礼仪等培训，从中收取高额培训费用，并且在项目执行过程中，要求参与沙龙的人员根据培训的需求，购买相关培训材料、产品等。

2016年12月，某微信公众号推出关于公益沙龙项目非法敛财的报道。事件发生后，民政综合执法监察大队介入该案件，民政局以基金会“涉嫌未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动”为由对其立案调查。经过多方调查核实，公益沙龙项目项目负责人宋某原为基金会理事长，已于2015年4月辞去基金会理事长职务，但仍担任该基金会理事。据该基金会办公室主任表述，基金会现任法定代表人为高某。民政局通过对本案进一步调查后了解，宋某在担任该基金会理事长期间，曾多次以该基金会理事长的身份在公开场合亮

相，其在辞去基金会理事长职务后，仍以该基金会理事长的身份进行社会活动时，并未受到质疑。公益沙龙项目是宋某与其他4名原基金会理事共同成立，其以培训课程收费，销售公司产品的方式营利，对外声称公益沙龙项目是基金会旗下的项目。

基金会2016年度的审计报告和宋某的离任审计报告均未发现问题，2016年度检查结论为“合格”，该基金会曾经授权公益沙龙项目以该基金会的名义开展活动，但宋某离任一事，基金会并没有进行公示，宋某离任后，基金会对于公益沙龙项目也没有过多的关注。2018年4月，民政局以基金会内部治理混乱，信息公开存在问题，超越宗旨和业务范围开展活动对该基金会作出限期停止活动一个月的行政处罚，并且基金会列入严重违法失信名单。

【法律要点】

- (一) 基金会的违法行为有哪些？
- (二) 什么是严重违法失信名单？
- (三) 什么情况会被列入严重违法失信名单？
- (四) 列入严重违法失信名单的后果？

【要点解析】

（一）基金会的违法行为有哪些？

第一，基金会未履行信息公开义务，宋某于2015年4月离任，但基金会并未在其官网中公示，使得社会各界人士，仍然认为宋某是基金会的理事长。由于这一环节的缺失，致使公众误认为宋某是基金会的负责人，从而相信其所宣称的“XX丰盛”公益沙龙是该基金会旗下的项目。

第二，基金会设立项目超越宗旨和业务范围。公益沙龙项目是基金会在2014年设立的公益项目，是为了帮助城市务工的农民尽快融入城市所做的融合教育。

但基金会的业务范围是资助有利于医药卫生事业发展的研究和公益活动，资助弱势群体就医，该项目违背了基金会的宗旨和业务范围。

第三，基金会项目设立以后，并没有对项目加强监管。宋某离任后，公益沙龙项目一同被带走，基金会并未对外披露该项目已经终止，所有的宣传材料显示该项目依然是基金会的公益项目。宋某依据基金会管理漏洞，利用基金会名义改变了项目的初衷和内容，由一个公益项目变成了收费项目。

第四，即使基金会辩解该项目不是基金会的项目，但是由于基金会管理的疏漏，造成了一定的社会影响，基金会依然需要承担相关的法律责任。对于宋某给基金会造成的损失，基金会可通过法律途径追究宋某的责任。

（二）什么是严重违法失信名单？

2018年1月24日，民政部正式颁布部门规章《社会组织信用信息管理办法》，主要规定了民政部门对社会组织信用信息的管理，包括守信激励和失信惩戒，其中根据失信行为的程度后果，将社会组织相应列入异常名录和严重违法失信名单。这是民政部门创新监管方式的新举措，通过守信激励、失信惩戒，加大了社会组织违法成本 and 对其惩处力度，促使社会组织加强诚信自律建设，从源头上防范违法违规行为的发生。

严重违法失信名单，俗称黑名单，是民政部门对严重违法、失信的社会组织，建立的信用惩戒的名单库，进入名单的社会组织将接受政府各个部门的信用惩戒。

（三）什么情况会被列入严重违法失信名单？

根据《社会组织信用信息管理办法》的规定，存在以下情形之一的，会被列入严重违法失信名单：

- （1）被列入活动异常名录满2年的；
- （2）弄虚作假办理变更登记，被撤销变更登记的；
- （3）受到限期停止活动行政处罚的；
- （4）受到5万元以上罚款处罚的；
- （5）三年内两次以上受到警告或者不满5万元罚款处罚的；
- （6）被司法机关纳入“失信被执行人”名单的；

(7) 被登记管理机关作出吊销登记证书、撤销成（设）立登记决定的；
法律、行政法规规定应当列入的其他情形

（四）列入严重违法失信名单的后果？

守信处处受益，失信步步难行。如果社会组织被列入了严重违法失信名单，将会造成什么后果呢？根据《社会组织信用信息管理办法》以及相关的政策规定，归纳来说主要有以下三个方面：

第一，不能享受守信社会组织的各项激励措施。

根据《社会组织信用管理办法》第二十三条的规定，信用良好的社会组织可以享受激励政策。与之相反，被列入严重违法失信名单的社会组织，则不能享受各种激励措施，具体包括不能承接政府授权和委托事项、不能获得政府购买服务项目、不能获得资金资助和政策扶持、不被获得相关表彰和奖励，以及其他各项激励措施等。对于慈善组织而言，根据 2018 年 2 月 11 日 40 个部委联合签署的《关于对慈善捐赠领域相关主体实施守信联合激励和失信联合惩戒的合作备忘录》规定，被列入严重违法失信名单的，不能享受 26 项来自相关政府部门的优惠和便利。

第二，社会组织及其负责人被纳入重点监管对象。

根据《社会组织信用信息管理办法》的规定，被列入严重违法失信名单的社会组织可能被纳入重点监管对象，受到民政部门和其他有关部门的重点关注。重点监管不仅仅针对社会组织本身，也包括社会组织的负责人。根据《关于对慈善捐赠领域相关主体实施守信联合激励和失信联合惩戒的合作备忘录》的相关规定，被列入严重违法失信名单的慈善组织负责人，登记管理机关对其今后申请新的慈善组织、参与慈善活动中事后监管中重点关注。

第三，受到各项惩戒措施的惩处。

根据《社会组织信用信息管理办法》第二十四条的规定，被列入严重违法失信名单的社会组织，除了会造成前述不良后果外，还可能被取消或者降低评估等级、受到已签署联合惩戒备忘录中各项惩戒。尤其是根据 2018 年 2 月 7 日财政部、税务总局发布的《非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》规定，社会组织被列入严重违法失信名单的，取消非营利组织免税优惠资格；被取消免

税优惠资格的非营利组织，应当依法履行纳税义务；未依法纳税的，主管税务机关应当自其存在取消免税优惠资格情形的当年起予以追缴。国务院2016年5月印发了《关于建立守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》，这是我国第一部关于信用联合奖惩的规范性文件。其中明确指出，要构建政府、社会共同参与的跨地区、跨部门、跨领域的守信联合激励和失信联合惩戒机制，加快推进社会信用体系建设。近两年，中央相关部委密集出台了相关的联合激励和联合惩戒的备忘录，为开展信用激励和信用约束的实践提供了重要的根据。据统计，截至目前，国家层面发布了10个联合惩戒备忘录和3个联合激励备忘录，各省市也陆续出台了守信激励和失信惩戒办法。社会组织被列入严重违法失信名单的，同样会受到已签署联合惩戒备忘录的其他各种惩戒措施。

【法律依据】

《慈善法》

第七十一条：“慈善组织、慈善信托的受托人应当依法履行信息公开义务。信息公开应当真实、完整、及时。”

第四十二条：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记：（六）不履行信息公布义务或者公布虚假信息的。”

《社会组织信用信息管理办法》

第一条：“为加强社会组织信用信息管理，推进社会组织信用体系建设，促进社会组织健康有序发展，依据有关法律法规和国家有关规定，制定本办法。”

第二条：“本办法适用于社会组织登记管理机关（以下简称登记管理机关）在依法履行职责过程中形成或者获取的与社会组织信用状况有关信息的管理。

政府其他有关部门以及司法机关在履行职责过程中形成的与社会组织信用状况有关的信息，依法依规纳入社会组织信用信息进行管理。”

第十五条：“登记管理机关应当将有下列情形之一的社会组织列入严重违法失信名单：

- （一）被列入活动异常名录满2年的；
- （二）弄虚作假办理变更登记，被撤销变更登记的；
- （三）受到限期停止活动行政处罚的；

- (四) 受到5万元以上罚款处罚的；
- (五) 三年内两次以上受到警告或者不满5万元罚款处罚的；
- (六) 被司法机关纳入“失信被执行人”名单的；
- (七) 被登记管理机关作出吊销登记证书、撤销成(设)立登记决定的；
- (八) 法律、行政法规规定应当列入的其他情形。”

第十九条：“社会组织的信用信息、活动异常名录和严重违法失信名单应当向社会公开。登记管理机关通过互联网向社会提供查询渠道。”

第二十四条：“对被列入严重违法失信名单的社会组织，登记管理机关可以采取或者建议有关部门依法采取下列惩戒措施：

- (一) 列入重点监督管理对象；
- (二) 不给予资金资助；
- (三) 不向该社会组织购买服务；
- (四) 不授予相关荣誉称号；
- (五) 作为取消或者降低社会组织评估等级的重要参考；
- (六) 实施已签署联合惩戒备忘录中各项惩戒措施。”

《关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》

“六、已认定的享受免税优惠政策非营利组织有下述情形之一的，应自该情形发生年度起取消其资格：(五) 被登记管理机关列入严重违法失信名单的；

因上述第(一)项至第(五)项规定的情形被取消免税优惠资格的非营利组织，财政、税务部门自其被取消资格的次年起一年内不再受理该组织的认定申请；

被取消免税优惠资格的非营利组织，应当依法履行纳税义务；未依法纳税的，主管税务机关应当自其存在取消免税优惠资格情形的当年起予以追缴。”

35 基金会与境外基金会合作案

【基本案情】

某基金会，2007年在民政部登记注册，宗旨和业务范围是遵守我国宪法、法律、法规和国家有关规定，争取海内外企业、团体和人士的支持，组织募捐，接受捐赠，促进留学人员事业健康发展；协助政府有关部门开发和利用海内外人才资源与人才市场，积极吸引我国留学人员回国服务，支持留学人员自主创业，发挥桥梁纽带作用。

2017年3月，某境外基金会希望与该基金会合作，在大陆开展某一个公益活动，支持留学人才的交流和培训，并且召开一个发展论坛。根据基金会章程规定，涉外活动的应当经过理事会审议决定。同时公安部门要求，根据2017年1月1日，《境外非政府组织境内活动管理法》的规定，基金会和境外非政府组织合作的要履行临时活动备案手续。

【法律要点】

- (一) 境外非政府组织是指哪些？
- (二) 基金会如何跟境外非政府组织合作？
- (三) 基金会能否接受境外非政府组织捐赠？
- (四) 境外非政府组织的代表机构在境内开展活动要注意什么问题？

【要点解析】

（一）境外非政府组织是指哪些？

根据《境外非政府组织境内活动管理法》第二条规定，本法所称境外非政府组织，是指在境外合法成立的基金会、社会团体、智库机构等非营利、非政府的社会组织。第五十三条，境外学校、医院、自然科学和工程技术的研究机构或者学术组织与境内学校、医院、自然科学和工程技术的研究机构或者学术组织开展交流合作，按照国家有关规定办理。

根据上述规定，比如李嘉诚基金会、中华两岸交流协会、比尔及梅琳达·盖茨基金会等境外的基金会、社会团体、智库机构均属于境外非政府组织。

（二）基金会如何跟境外非政府组织合作？

根据《境外非政府组织境内活动管理法》的第九条规定，境外非政府组织在中国境内开展活动，应当依法登记设立代表机构；未登记设立代表机构需要在中国境内开展临时活动的，应当依法备案。

境外非政府组织未登记设立代表机构、开展临时活动未经备案的，不得在中国境内开展或者变相开展活动，不得委托、资助或者变相委托、资助中国境内任何单位和个人在中国境内开展活动。

基金会跟境外非政府组织合作的，要遵循《境外非政府组织境内活动管理法》的规定。从实务角度来看，首先基金会需要审核该境外非政府组织是否在国

内设立了代表机构。其次，如果没有设立代表机构，那么是否进行临时活动备案。最后，在公安部门批准的宗旨和业务范围内开展活动。

（三）基金会能否接受境外非政府组织捐赠？

有很多基金会的小伙伴咨询，基金会是否可以接受在境内并未设立代表机构或办理临时活动备案的境外的非政府组织的捐赠，如果接受境外捐赠是否需要向公安机关备案？根据《境外非政府组织境内活动管理法》的规定，并没有限制基金会接受境外非政府组织的捐赠。

根据《境外非政府组织境内活动管理法》第三十二条的规定，中国境内任何单位和个人不得接受未登记代表机构、开展临时活动未经备案的境外非政府组织的委托、资助，代理或者变相代理境外非政府组织在中国境内开展活动。也就是说境内的基金会不得接受委托、资助、代理变相的帮助境外非政府组织在境内开展活动。基金会接受捐赠和资助，是要开展境外非政府组织活动，是法律所禁止，但是如果境外非政府组织并未有任何活动开展的需求，是非限定性的捐赠，也并未要求在中国开展活动，那么该行为是否就不违背《境外非政府组织境内活动管理法》第三十二条的规定。

（四）境外非政府组织的代表机构在境内开展活动要注意什么问题？

根据《境外非政府组织境内活动管理法》的相关规定，境外非政府组织代表机构在境内开展活动需要遵循以下要求：

第一，不得危害中国的国家统一、安全和民族团结；

第二，不得损害中国国家利益、社会公共利益和公民、法人以及其他组织的合法权益；

第三，不得从事或者资助营利性活动、政治活动；

第四，不得非法从事或者资助宗教活动；

第五，不得对中方合作单位、受益人附加违反中国法律法规的条件；

第六，没有登记的设立代表机构的、临时活动未备案的，不得在中国境内开展或者变相开展活动；

第七，不得委托、资助或者变相委托、资助中国境内任何单位和个人在中国境内开展活动；

第八，不得在中国境内设立分支机构，国务院另有规定除外；

第九，不得在中国境内进行募捐；

第十，不得在中国境内发展会员，国务院另有规定除外。

【法律依据】

《境外非政府组织境内活动管理法》

第二条：“境外非政府组织在中国境内开展活动适用本法。

本法所称境外非政府组织，是指在境外合法成立的基金会、社会团体、智库机构等非营利、非政府的社会组织。”

第三条：“境外非政府组织依照本法可以在经济、教育、科技、文化、卫生、体育、环保等领域和济困、救灾等方面开展有利于公益事业发展的活动。”

第五条：“境外非政府组织在中国境内开展活动应当遵守中国法律，不得危害中国的国家统一、安全和民族团结，不得损害中国国家利益、社会公共利益和公民、法人以及其他组织的合法权益。

境外非政府组织在中国境内不得从事或者资助营利性活动、政治活动，不得非法从事或者资助宗教活动。”

第二十一条：“境外非政府组织在中国境内活动资金包括：

- （一）境外合法来源的资金；
- （二）中国境内的银行存款利息；
- （三）中国境内合法取得的其他资金。

境外非政府组织在中国境内活动不得取得或者使用前款规定以外的资金。

境外非政府组织及其代表机构不得在中国境内进行募捐。”

第三十二条：“中国境内任何单位和个人不得接受未登记代表机构、开展临时活动未经备案的境外非政府组织的委托、资助，代理或者变相代理境外非政府组织在中国境内开展活动。”

第四十五条：“境外非政府组织代表机构、开展临时活动的境外非政府组织或者中方合作单位有下列情形之一的，由设区的市级以上人民政府公安机关给予警告或者责令限期停止活动；没收非法财物和违法所得；情节严重的，由登记管理机关吊销登记证书、取缔临时活动：

- (一) 未按照规定办理变更登记、备案相关事项的；
- (二) 未按照登记或者备案的名称、业务范围、活动地域开展活动的；
- (三) 从事、资助营利性活动，进行募捐或者违反规定发展会员的；
- (四) 违反规定取得、使用资金，未按照规定开立、使用银行账户或者进行会计核算的；
- (五) 未按照规定报送年度活动计划、报送或者公开年度工作报告的；
- (六) 拒不接受或者不按照规定接受监督检查的。

境外非政府组织代表机构、开展临时活动的境外非政府组织或者中方合作单位以提供虚假材料等非法手段，取得代表机构登记证书或者进行临时活动备案的，或者有伪造、变造、买卖、出租、出借登记证书、印章行为的，依照前款规定处罚。”

第八章 劳动人事



36 董某请求确认与某基金会劳动关系案

【基本案情】

某基金会成立于1984年3月，是在民政部登记设立的全国性公募基金会。关注领域是残疾、教育、心理健康、医疗救助，业务范围是宣传残疾人事业、筹集资金、接受捐赠、管理和使用基金、资助残疾人事业。

2012年7月董某以志愿者的身份参与了某基金会的公益项目，同月，董某入职某基金会担任项目专员。2013年6月，董某以基金会拖欠工资为由向某市劳动仲裁委员会提出仲裁请求：1.要求确认其与某基金会之间于2012年7月开始存在劳动关系；2.要求基金会支付2012年7月至2013年5月的工资7万元；3.要求基金会支付2012年8月至2013年5月期间未签订劳动合同的双倍工资差额6万元。某市劳动仲裁委员会支持了董某的请求。

某基金会不服劳动仲裁委员会的裁决，诉至法院称：董某自2012年8月1日起与本会建立劳动关系，但由于双方在薪资问题上一直未达成一致，导致迟迟无法签订劳动合同，并且，董某拒绝领取工资。因此我会于2012年10月31日起解除了于董某的劳动关系。现我会请求法院判决：1.不支付2012年7月、

2012年11月至2013年5月期间的工资；2.不支付2012年8月至2013年5月未签订劳动合同的双倍工资差额6万元。

董某辩称：1.我于2012年7月正式入职基金会，有录音为证；2.我与基金会之间的劳动关系存续至今，基金会无证据证明其已通知我离职，且我于2013年4月、5月、7月多次向基金会提起诉求，可以证明双方劳动关系一直存续；3.我国法律规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。因此请求法院驳回基金会的诉讼请求。

法院判决：1.确认双方于2012年7月开始至今存在劳动关系；2.判决基金会向董某支付2012年7月至2013年5月的工资7万元；3.判决基金会向董某支付2012年7月至2013年5月未签订劳动合同二倍工资差额6万元。

【法律要点】

- (一) 基金会是劳动合同法调整的用人单位吗？
- (二) 基金会与员工之间的劳动关系自何时开始计算？
- (三) 基金会不与员工签订劳动合同的法律后果是什么？
- (四) 基金会如何合法合规的解除劳动合同？

【要点解析】

（一）基金会是劳动合同法调整的用人单位吗？

根据《劳动合同法》第二条的规定，劳动合同法调整的用人单位包括：企业、个体经济组织、民办非企业单位、事业单位、社会团体、国家机关等组织均属于用工单位。《劳动合同法实施条例》第三条规定，会计师事务所、律师事务所等合伙组织、基金会，也属于劳动合同法的用人单位。基金会与员工建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同均适用《劳动合同法》的规定。

（二）基金会与劳动者之间的劳动关系自何时开始计算？

我国《劳动合同法》规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。所谓用工之日，是指劳动者实际提供劳动、用人单位实际使用劳动者的日期。在本案中，董某向法院提交了一份其与基金会办公室主任的对话录音，录音中双方明确提到董某自2012年7月4日起即开始为基金会提供劳动，在庭审中基金会也未对这段录音的真实性提出异议，因此应该断定双方于2012年7月4日起即建立了劳动关系。

签订劳动合同，是确认劳动合同关系存在的书面证据，但并不是没有签署劳动合同，劳动关系就不存在，只要员工正式开始在基金会提供实际劳动，那么劳动合同关系就已经开始了，所以作为基金会的管理人员，应当高度重视人力资源的管理，建立健全的劳动用工制度，减少法律风险。

（三）基金会不与员工签订劳动合同的法律后果是什么？

支付未签订劳动合同的二倍工资。我国《劳动合同法》第七条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。第十条规定，建立劳动关系应当签订书面的劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。社会组织拒不与劳动者签订书面劳动合同的，劳动者可以根据《劳动合同法》第八十二条的规定，要求基金会支付未签订劳动合同的二倍工资。

（四）基金会如何合法合规的解除劳动合同？

劳动合同关系，是用人单位和劳动者之间在平等、自愿、协商的前提下签署的，任何一方均有权利要求解除劳动合同。任何一方违法法律法规，以及劳动合同约定义务的，守约方也可以单方要求解除劳动合同，所以劳动合同的解除属于双方的意思自治，但是基金会需要了解的是，如何解除才是合法合规的，有以下情形之一的，基金会可以随时解除劳动合同：

- 双方协商一致的；
- 在试用期间被证明不符合录用条件的；

- 员工严重违反基金会规章制度的；
- 员工严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- 员工以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订劳动合同的。

有下列情形之一的，基金会提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

- 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
- 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；
- 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

【法律依据】

《劳动合同法》

第七条：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。”

第十条：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”

第二十六条第一款第一项：“下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。”

第三十九条：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

- (二) 严重违反用人单位的规章制度的；
- (三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- (四) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- (五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六) 被依法追究刑事责任的。”

第三十六条：“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”

第四十条：“有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

(一) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

(二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

(三) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。”

第八十二条：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”

37 基金会违法解除劳动合同案

【基本案情】

某基金会成立于2009年4月，是一家地方性公募基金会，关注领域为扶贫助困，业务范围是发展传统文化的公益事业、组织传统文化研究交流等。

高某于2011年6月入职该基金会，双方于同月签订了为期2年的固定期限劳动合同。2012年12月，高某与他人发生斗殴事件，2013年1月基金会以高某斗殴事件致使公益活动延期，并严重损害了基金会声誉和形象为由，根据基金会的内部制度，员工应当品行端正的规定，作出与高某解除双方劳动关系的决定，并于2012年12月25日起停发了高某的工资。高某在职期间基金会未给其缴纳社会保险。

基金会作出决定后，高某拒绝接受，并多次要求基金会继续履行劳动合同。双方无法达成一致，高某于2013年3月20日向劳动仲裁委员会提起仲裁申请，以基金会解除劳动合同依据的内部制度并不存在，未给其缴纳社会保险等理由要求解除与基金会的劳动合同，并要求基金会支付2012年12月25日至2013年3月20日的工资、拖欠工资的经济补偿金及违法解除劳动合同的赔偿

金等共计3万余元。审理过程中，高某提及内部管理制度自己并不知晓，在入职的时候，基金会并未提供，劳动仲裁委员会支持了高某的仲裁请求。

基金会不服仲裁裁决，认为高某违反了基金会制定的规章制度，不属于违法解除劳动合同，起诉至人民法院，要求撤销劳动仲裁委员会的裁决。法院驳回了基金会的诉讼请求。

【法律要点】

- (一) 用人单位制定的规章制度需要符合哪些条件才算有效？
- (二) 基金会的行为是否属于违法解除劳动合同的情形？
- (三) 违法解除劳动合同需要承担哪些法律后果？
- (四) 什么情况下需要支付经济补偿金？

【要点解析】

(一) 用人单位制定的规章制度需要符合哪些条件才算有效？

用人单位为了管理的需要，可以制定内部的规章制度，这并不违反法律法规的强制性规定，但是规章制度的制定，必须要符合《劳动合同法》及相关法律法规的规定，用人单位制定合法有效的规章制度应当符合以下条件：第一，规章制度的内容合法；第二，规章制度的制定程序合法；第三，制定的规章制度要向劳动者公示或告知劳动者。

那么怎样才算是内容合法、程序合法呢？根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条的规定，用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。由此可见，内容合法是指不违反国家的法律法规，程序合法是指必须经过民主程序制定，因此用人单位制定合法有效的规章制度应当具备以下条件：

- 规章制度的内容不违反国家法律法规的相关规定；
- 规章制度的制定必须经过民主程序；
- 规章制度应当向劳动者公示或告知。

从基金会的人力资源的管理来说，基金会制定的《员工手册》需要经过理事会，员工大会的讨论通过，并且在单位内部进行公示，员工入职的时候，签署劳动合同，并向员工发放《员工手册》，员工在相关的文件上签字，并确认收到，这样《员工手册》才对基金会的员工产生约束力。

（二）基金会的行为是否属于违法解除劳动合同的情形？

自用工之日起，用人单位应当在一个月内与劳动者签订劳动合同。用人单位与劳动者协商签订劳动合同，应当保证用人单位和劳动者人手一份，即劳动合同最少两份。我国法律规定，签订劳动合同后，用人单位不得随意与劳动者解除劳动合同关系。用人单位违法解除的情形主要有以下这些：

根据《劳动合同法》第四十二条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同，即不得提前三十天通知或支付一个月工资的方式，以及以裁员的方式解除劳动合同。

1. 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
2. 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
3. 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
4. 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
5. 在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；
6. 法律、行政法规规定的其他情形。

另外，用人单位解除劳动合同的程序不合法，即用人单位违反了《劳动合同法》第四十条、第四十一条、第四十三条的规定的，也属于违法解除。

本案中，基金会的做法属于违法解除劳动合同的类型，属于既未满足合法解除的条件，又未按照法定程序解除劳动合同。首先，基金会解除劳动合同的理由是认为劳动者严重违反了单位的规章制度，但在庭审中基金会既不能提供其规章制度的文本、又不能说明劳动者的行为违法了规章制度的哪项条款，也无法证明

其规章制度的内容已经明确告知了劳动者，因此用人单位的做法不满足合法解除劳动合同的条件。

（三）违法解除劳动合同需要承担哪些法律后果？

1. 继续履行合同。我国《劳动合同法》第四十八条规定，用人单位解除和劳动者关系的行为被最终认定为违法时，劳动者有权要求用人单位继续履行原合同。

2. 支付经济赔偿金。用人单位违法解除时，劳动者可以要求继续履行，但是当合同事实上无法继续履行或劳动者不愿继续履行的，劳动者可以要求用人单位支付经济赔偿金。经济赔偿金是《劳动合同法》第四十七条规定的经济补偿金标准的二倍。经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

（四）什么情况下需要支付经济补偿金？

经济补偿金，是用人单位解除劳动合同时，给予劳动者的经济补偿。经济补偿金是在劳动合同解除或终止后，用人单位依法一次性支付给劳动者的经济上的补助。那什么情况下用人单位需要支付经济补偿金：

第一，劳动者依照《劳动合同法》第三十八条规定解除劳动合同的，也就是用人单位存在：1. 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；2. 未及时足额支付劳动报酬的；3. 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；4. 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；5. 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；6. 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形，劳动者可以解除劳动合同，并要求支付经济补偿金。

第二，用人单位依照《劳动合同法》第二十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的，但由用人单位首先提出解除协议的，应当支付经济补偿。

第三，用人单位依照《劳动合同法》第四十条与劳动者解除合同的，应当支付经济补偿金：1. 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事

原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；2. 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；3. 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

第四，如果用人单位同意续订劳动合同，但降低劳动合同约定条件，劳动者不同意续订的，劳动合同终止，用人单位应当支付经济补偿；如果用人单位不同意续订，无论劳动者是否同意续订，劳动合同终止，用人单位应当支付经济补偿。

【法律依据】

《劳动合同法》

第四条：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”

第四十二条：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

(六) 法律、行政法规规定的其他情形。”

第三十六条：“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”

第三十九条：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

(一) 在试用期间被证明不符合录用条件的；

(二) 严重违反用人单位的规章制度的；

(三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

(四) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

(五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

(六) 被依法追究刑事责任的。”

第四十条：“有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

(一) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

(二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

(三) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。”

第四十一条：“有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

(一) 依照企业破产法规定进行重整的；

(二) 生产经营发生严重困难的；

(三) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

(四) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- (一) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- (二) 与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- (三) 家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。”

第四十三条：“用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。”

第四十八条：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”

第八十七条：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》

第十九条：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”

38 基金会离职纠纷案

【基本案情】

2007年6月，郝某入职某基金会工作，2011年1月，郝某被基金会委任为该基金会驻深圳办事处主任。2015年12月，郝某向基金会申请为其办理提前退休(时年45岁)，基金会予以同意并就退休事宜先后达成了一系列协议，双方约定基金会从2016年1月1日起发放生活费给郝某直至其办妥退休手续，并为郝某一次性预交全部养老保险费，同时约定由郝某自行向深圳市社会保险局申请办理退休手续。

2017年郝某因对生活费标准不满，多次与基金会交涉，对交涉结果不满，先后向劳动仲裁委员会和法院提起仲裁及诉讼。因基金会未能举证郝某已经离职，终审法院认定双方仍然存在劳动关系。本案中双方并未办理任何离职交接手续，用人单位也无证据证明双方已解除劳动合同，因此应认定双方仍然存在劳动关系。

【法律要点】

- (一) 员工如何办理离职手续？
- (二) 员工离职为什么需要通知合作方？
- (三) 基金会如何防范劳动用工的风险？

【要点解析】

(一) 员工如何办理离职手续？

基金会员工离职的话，应当办理离职手续，但是离职形式各不相同，那么基金会在面对员工离职的时候，离职手续办理按照以下程序进行：

1. 如果劳动合同还没到期的话，建议提前一个月向秘书长提出书面辞职申请和《解除劳动合同申请》。
2. 经秘书长、理事长批准后，安排离职员工工作交接。
3. 员工需要按《离职员工交接手续表》《工作交接明细表》和《物品交接单》内容依次交接，财务部门结清借款后，签字确认后，交接工作方视为完成。
4. 工资中涉及保险，人力资源部同财务部办理保险清算，进行保险减员手续。
5. 人力资源部统计其本月考勤，报上级领导批示，到工资结算日发放员工的工资。
6. 人力资源部办理劳动合同终止手续并给员工开出《解除劳动合同证明》，《解除劳动合同证明》是员工到下一个新单位需要的，只要是正规大单位，一般都会要求出具的，有备无患。
7. 如果是试用期员工，一般只需提前三天提出申请，手续办理也相对较简单。另外，提醒如果员工有人事档案在公司的，要办理档案转移到人才交流中心。如已有其他单位愿意接受保管的，也可以。
8. 其他形式的离职，如劳动合同到期的，就直接不续签，正常办理工作交接，是不需提前三十天提出申请的。

(二) 员工离职为什么需要通知合作方？

根据《劳动合同法》规定，用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。员工离职后未办理离职手续的基金会也面临着多方面的法律风险。第一，由于未办理离职手续，可能依然被认定存在劳动关系。第二，由于员工未办理离职手续，其负责项目的合作方，并不知道该员工的离职，可能导致基金会违约行为发生。

（三）基金会如何防范劳动用工的风险？

劳动人事争议是很多基金会都曾遭遇的，劳动者的招聘、入职、离职；劳动合同签订、变更、解除、终止；社会保险的缴纳；薪酬管理等都存在着风险，根据《劳动合同法》等相关规定，结合实务经验，我们认为基金会应当从以下方面规范劳动人事管理，完善劳动人事管理制度。

第一，制定规范的劳动合同。制定和完善基金会的劳动合同书，可以参考人力资源和社会保障部劳动合同示范文本，结合本单位实际情况制定。完善入职手续，员工入职一个月内，应当签订劳动合同，并且做到每一份签署的劳动合同电子化保存。

第二，完善基金会招聘入职管理。为防范劳动者不胜任工作引发的法律风险，基金会要注意以下三个环节：（1）设计好招聘广告。在招聘广告中，基金会一定要明确自己的招聘条件，注意将此广告存档备查，并保留刊登的原件。这样，所招聘的员工如有虚假应聘条件或在试用期不合格，基金会可据此解除劳动合同而不负法律责任。（2）严格审核身份证、学历证明等各种证件。为防造假，可到相关单位进行查询。（3）要求应聘人员先寄递应聘材料，建立应聘人员信息表。基金会通过对应聘材料的审查，可排除不符合录用条件的人员，从而可以避免许多不必要的麻烦。同时，为减少基金会与员工间因知情权所产生的争议，防范相应的法律风险，基金会应树立证据保存意识。在招聘、录用员工的过程中，基金会应积极采取书面方式保存告知行为的证据。例如，以书面方式告知应聘者信息，并要求对方签字确认；在审核应聘员工所提交的信息后，在录用环节，设计相应的承诺书，要求被录用者签署。

第三，完善员工离职的管理。完善员工的离职管理，主要体现在以下几个方面：

(1) 试用期内员工并不能随意辞退，若发现员工不符合基金会的录用条件，辞退员工需要注意以下事项：(a) 可以将考核方式、考核标准等明确纳入录用条件。将录用条件和考核标准具体化，如规定“在试用期内连续 30 天考核不合格，或累计 3 个月考核不合格的，为不符合录用条件”。避免使用类似于“认真完成工作，服从领导安排，工作态度良好”等没有具体的可量化条件，也要注意不要将招聘条件代替录用条件，招聘条件一般都不够具体明确。(b) 将录用条件和考核标准向劳动者送达或公示，留下公示证据，如制定《工作任务确认书》《录用条件告知确认书》等，让员工签字确认。(c) 注意保留考核的材料和结果证明等，所有材料均需注意要员工签字。

(2) 离职补偿需要根据离职原因来确定，通常分为以下几种情况：(a) 员工主动离职或因违反单位规章制度等原因被辞退，基金会无需支付补偿金。

(b) 基金会没有合法理由辞退员工，需要支付员工赔偿金，赔偿金为经济补偿金金额的 2 倍。(c) 其他情况下员工离职，机构都需要支付员工经济补偿金。

(3) 员工离职不交接工作的处理。(a) 可以暂不给员工开具离职证明，直到员工回来交接工作或达到法定离职期限。(b) 要求赔偿损失，若基金会能够证明因为员工不来交接工作导致需要其他员工临时加班，增加机构的加班费支出，则可以要求离职员工赔偿相关损失，但需要保存好证据，如发出要求员工复工交接工作的通知，在通知中列明：若员工不来复工交接工作，一共需要多少人多长时间加班，支付多少加班费来完成或交接离职员工的工作，并明确要求其承担这部分损失，同时也需要保存好机构其他员工加班的证据材料和加班费支付的证据材料。(c) 若员工离职，基金会需要支付经济补偿金或者赔偿金的，则基金会可以等到员工交接工作后再支付。(d) 需要注意，即便员工离职时没有交接工作，基金会也不能以此为由扣押员工证件、档案或者员工离职前的工资。法律规定用人单位扣押员工证件或档案，由劳动行政部门责令限期退还员工本人，并以每人 500 元以上 2000 元以下的标准处以罚款，给员工造成损害的，应当承担赔偿责任。

(4) 员工离职需要通知合作方。为了防止员工离职对项目可能造成的损失，应当要求员工在离职前的一定时间内通知其合作方。比如应当要求员工离职

前一周内，向其合作方或者客户发送邮件，告知其已经离职，并且其负责的项目由新的员工负责，避免因为员工离职造成项目合作出现纠纷，或者员工离职将客户资源带走的情形。

【法律依据】

《劳动合同法》

第五十条：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。”

《社会保险法》

第五十七条：“用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章，向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。社会保险经办机构应当自收到申请之日起十五日内予以审核，发给社会保险登记证件。

用人单位的社会保险登记事项发生变更或者用人单位依法终止的，应当自变更或者终止之日起三十日内，到社会保险经办机构办理变更或者注销社会保险登记。

工商行政管理部门、民政部门和机构编制管理机关应当及时向社会保险经办机构通报用人单位的成立、终止情况，公安机关应当及时向社会保险经办机构通报个人的出生、死亡以及户口登记、迁移、注销等情况。”

第八十五条：“用人单位拒不出具终止或者解除劳动关系证明的，依照《中华人民共和国劳动合同法》的规定处理。”

《社会保险法实施细则》

第十九条：“用人单位在终止或者解除劳动合同时拒不向职工出具终止或者解除劳动关系证明，导致职工无法享受社会保险待遇的，用人单位应当依法承担赔偿责任。”

第九章 志愿服务



39 志愿者补贴纠纷案

【基本案情】

林某与中国某基金会志愿者补贴纠纷一案。林某是2014年“1+1”援助志愿者行动的一名志愿者，被派遣到西藏自治区昌都市洛隆县执行志愿服务工作一年。到岗后，林某按照被告要求在服务地开设了账户用于收取生活补贴等款项。根据规定，林某有权一次性获得由基金会负责发放的援藏费用及高原补贴人民币2万元。2015年7月2日被告发放的该项补贴仅为18105元，差1895元未发放。林某起诉至法院请求判令被告向原告补充支付补贴人民币1895元。最后法院认定，1895元是基金会代缴的个人得税，驳回了林某的诉讼请求。本案中，基金会在和志愿者签署志愿服务协议中，对该补贴并没有约定清楚，带来了相关的诉讼纠纷。

【法律要点】

- (一) 什么是志愿服务？
- (二) 什么是志愿者？
- (三) 什么是志愿服务组织？
- (四) 志愿者是否可以领取补贴？

【要点解析】

（一）什么是志愿服务？

《志愿服务条例》规定，本条例所称志愿服务，是指志愿者、志愿服务组织和其他组织自愿、无偿向社会或者他人提供的公益服务。上述规定，有三个关键词：自愿、无偿和公益服务。

自愿，是指志愿者自愿参与的，不得强迫和变相强迫，出于志愿者内心的选择。

无偿，是指志愿者提供的服务没有服务对价，是不求利益回报的。

公益服务，是指该项服务是公益性的，不是为某一商业目的和非公益目的。例如：某企业为了宣传招募的人员派发传单，该服务即非志愿服务，但是招募人员开展为了困难群体、为了某公共利益的，则属于公益服务。

（二）什么是志愿者？

根据《志愿服务条例》规定，本条例所称志愿者，是指以自己的时间、知识、技能、体力等从事志愿服务的自然人。

根据上述规定，志愿者属于自然人，中华人民共和国的公民都可以成为志愿者，未成年人经过监护人同意的也可以从事志愿服务活动。

（三）什么是志愿服务组织？

志愿服务组织，是指依法成立，以开展志愿服务为宗旨的非营利性组织。志愿服务组织可以采取社会团体、社会服务机构、基金会等组织形式。志愿服务组织的登记管理按照有关法律、行政法规的规定执行。

（四）志愿者是否可以领取补贴？

志愿者是无偿的，没有报酬，但是可以有补贴，补贴是志愿服务开展的必要保障，包括餐旅费、交通费、住宿费等必要的成本。所以基金会跟志愿者的协议，一定不能体现报酬、劳务费用，而应该注明是补贴费用。

【法律依据】

《志愿服务条例》

第二条：“本条例适用于在中华人民共和国境内开展的志愿服务以及与志愿服务有关的活动。”

本条例所称志愿服务，是指志愿者、志愿服务组织和其他组织自愿、无偿向社会或者他人提供的公益服务。”

第六条：“本条例所称志愿者，是指以自己的时间、知识、技能、体力等从事志愿服务的自然人。”

本条例所称志愿服务组织，是指依法成立，以开展志愿服务为宗旨的非营利性组织。”

第八条：“志愿服务组织可以采取社会团体、社会服务机构、基金会等组织形式。志愿服务组织的登记管理按照有关法律、行政法规的规定执行。”

40 志愿者自身或致他人人身损害案

【基本案情】

张某是某基金会的志愿者，张某在朋友圈看到一个特困老人的求助后，和基金会志愿者们相约好去走访一个特困老人。张某骑着电动车前往走访的现场，在路上为了躲避逆行的三轮车，冲进非机动车道，撞到了路上的女孩，后女孩抢救无效死亡。按照交通事故认定，张某全责，于是女孩家属向张某索赔80万。

2013年8月某基金会志愿者李某，参加某区城市管理局和基金会共同组织的“劝导不文明行为”老年志愿者活动，被安排到第九中学路段执勤，负责劝导过往行人产生的“不文明行为”工作。2013年8月14日15时许，秦某从第九中学对面横穿公路，被执勤的志愿者李某等人发现，李某即刻吹哨进行劝导，但秦某不顾劝导继续行走。秦某横穿过公路后，李某上去告诫对方，秦某即殴打李某，并将李某打伤，经诊断为软组织损伤，所花检查费及治疗费600余元。经公安司法鉴定中心鉴定，李某所受损伤为轻微伤。秦某被给予行政拘留十日并处罚款500元的处罚。

【法律要点】

- (一) 志愿在参与志愿服务过程给他人造成损害的责任承担？
- (二) 志愿者自身受伤的赔偿责任由谁承担？
- (三) 志愿者意外受伤怎么办？

【要点解析】

(一) 志愿在参与志愿服务过程给他人造成损害的责任承担？

志愿者张某在从事志愿服务的路上发生交通事故，致第三人死亡。交通事故认定志愿者全责。那么这些赔偿费用要志愿者张某一入全部承担吗？

按照侵权责任法，志愿者是侵权方，应当承担全部赔偿责任。但是，根据2016年9月1日施行的《慈善法》第一百零六条第一款规定，慈善服务过程中，因慈善组织或者志愿者过错造成受益人、第三人损害的，慈善组织依法承担赔偿责任；损害是由志愿者故意或者重大过失造成的，慈善组织可以向其追偿。所以，在本案中，基金会也是需要依法承担赔偿责任的。如果法院认定志愿者张某存在故意或重大过失，该基金会还可以向张某追偿。但这笔巨额赔偿无论怎样对志愿者还是基金会来说，都是不可承受之重。

(二) 志愿者自身受伤的赔偿责任由谁承担？

志愿者在从事志愿服务过程中与第三人发生纠纷，出现自身人身损害侵权纠纷的，应根据《侵权责任法》的相关规定，确定责任承担问题。

实践中，志愿者自身出现人身伤害的可能性比较复杂，有的伤害可能是由于慈善组织的过错造成。根据《慈善法》第一百零六条第二款规定，志愿者在参与慈善服务过程中，因慈善组织过错受到损害的，慈善组织依法承担赔偿责任；损害是由不可抗力造成的，慈善组织应当给予适当补偿。所以，如果志愿者因为慈善组织过错受到损害，慈善组织（志愿服务组织）是要依法承担责任的。

（三）志愿者意外受伤怎么办？

这里不得不提到志愿者保险问题。志愿者参与志愿服务活动时，一旦受了伤由谁来负责？从劳动法角度看，志愿者既不是活动举办单位的工作人员，也不是受聘请并获取报酬的劳动者，所以开展志愿服务时受到人身损害，不能构成工伤。从民事角度看，若是第三方造成志愿者的人身伤害，应由第三方承担赔偿责任，若是意外事件没有明确的第三方责任人，则往往只能由受伤者自己承受。因此，对于有人身危害性的志愿服务活动，购买人身保险是十分必要的，获得保险理赔是抵御损害风险的有效方法。

《志愿服务条例》也对志愿者保险做出规定，志愿服务组织安排志愿者参与可能发生人身危险的志愿服务活动前，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。在上述案例中，如果志愿者在开展志愿服务活动之前，志愿服务组织为志愿者购买了志愿者保险的话，志愿者或志愿服务组织的压力都会减轻一些。

【法律依据】

《慈善法》

第一百零六条：“慈善服务过程中，因慈善组织或者志愿者过错造成受益人、第三人损害的，慈善组织依法承担赔偿责任；损害是由志愿者故意或者重大过失造成的，慈善组织可以向其追偿。

志愿者在参与慈善服务过程中，因慈善组织过错受到损害的，慈善组织依法承担赔偿责任；损害是由不可抗力造成的，慈善组织应当给予适当补偿。”

《志愿服务条例》

第十七条：“志愿服务组织应当为志愿者参与志愿服务活动提供必要条件，解决志愿者在志愿服务过程中遇到的困难，维护志愿者的合法权益。

志愿服务组织安排志愿者参与可能发生人身危险的志愿服务活动前，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。”

41 志愿者与基金会的劳动争议案

【基本案情】

某基金会开展的某公益服务项目，项目期限自2015年5月起至2016年1月止。期间，为更好运作该服务项目，2015年11月，基金会从社会上招募了“志愿者”严某配合项目开展。严某并无固定工作地点，工作时间、工作内容都较灵活。该组织每月向严某支付志愿者补贴，款项来源于该项目专项拨款资金。2016年1月，该公益服务项目结束后，该基金会认为与严某之间的志愿服务关系已终止。不料，严某突然劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求该组织支付未签劳动合同的双倍工资。最后劳动仲裁认定：基金会和严某存在劳动合同关系，判决基金会支付工资，以及没有签订劳动合同的双倍工资，共计三万元。

【法律要点】

(一) 劳动关系还是志愿服务关系？

(二) 基金会如何规范地管理志愿者？

【要点解析】

(一) 劳动关系还是志愿服务关系？

认定是否构成劳动关系是一个复杂的法律问题，总体来讲，除了签订书面劳动合同确定劳动关系之外，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

1. 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。

2. 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动。

3. 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

仲裁决定最终认定该志愿者和基金会构成劳动关系，并支持了严某的请求。实际上，如果该公益组织与严某签订了志愿服务协议，对志愿服务内容、时间、补贴等事项做出约定，那么严某与公益组织之间很明显是一种志愿服务关系，而非劳动关系，本案中公益组织在志愿者管理方面的劳动争议风险会大大降低。

(二) 基金会如何规范地管理志愿者？

本案对基金会在志愿者规范管理方面提出了要求。在志愿服务实践中，基金会可以根据各自的组织规模、服务领域和范围、志愿者来源和专业程度，采取不同的方式来保障志愿者、服务对象和组织等各方的权益。从实务层面，我们提出以下建议：

第一，建立志愿者信息库。基金会应当将志愿者姓名、性别、身份证号、技能、联系方式、健康状况等进行登记，建立志愿信息库，规范有序的管理志愿者。此外，志愿者在参加基金会活动的时候，应当签到登记。基金会建立志愿者

信息库，不仅可以规范的管理志愿者，而且可以避免志愿者以劳动关系追究基金会的用工责任，尤其对于长期志愿者更是如此。

第二，签署志愿服务协议。《志愿服务条例》规定，基金会可以和志愿者根据需要签订志愿服务协议。那么从实务角度，我们认为，对于具有人身危险性的志愿活动、长期志愿活动的应当签署志愿服务协议。协议应当明确约定志愿服务时间、地点、内容、志愿服务补贴、工作条件、注意事项、安全保障等事项，避免志愿者和基金会之间矛盾和冲突。

第三，开展志愿服务活动培训。基金会应当在开展志愿服务的时候，对志愿者进行培训，培训内容包括志愿服务活动目的、须知、安全要求、可能存在的风险、志愿服务技能等，这是基金会免责的一个非常重要的环节。

第四，购买人身伤害意外保险。《志愿服务条例》第十七条第二款规定，志愿服务组织安排志愿者参与可能发生人身危险的志愿服务活动前，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。基金会给志愿者购买人身伤害意外保险，是降低风险的很重要的方式。

第五，处理好志愿者和服务对象之间的关系。基金会在组织志愿活动前，必须跟志愿者明确，参与机构组织的活动应服从机构的安排。如果志愿者在志愿服务期间帮助服务对象的，应当通过基金会统一进行，避免志愿者和服务对象产生借贷等关系。

第六，处理好基金会和志愿者之间的关系。基金会和志愿者之间存在志愿服务关系，因此基金会必须跟志愿者明确，志愿者未经授权，不得以基金会名义对外募款、对外宣传、对外接受采访、对外合作等代表基金会的行为，以避免不必要的法律风险。

第七，处理好志愿者之间的关系。基金会也需要和志愿者明确，志愿者在志愿服务活动期间，参与志愿活动是出于献爱心的角度，不能把建立人脉关系作为目的。倡导志愿者在志愿服务期间不做商业交流、产品名片互推等与志愿服务活动无关的行为。

【法律依据】

《慈善法》

第六十四条：“慈善组织招募志愿者参与慈善服务，应当公示与慈善服务有关的全部信息，告知服务过程中可能发生的风险。”

慈善组织根据需要可以与志愿者签订协议，明确双方权利义务，约定服务的内容、方式和时间等。”

第六十五条：“慈善组织应当对志愿者实名登记，记录志愿者的服务时间、内容、评价等信息。根据志愿者的要求，慈善组织应当无偿、如实出具志愿服务记录证明。”

第六十六条：“慈善组织安排志愿者参与慈善服务，应当与志愿者的年龄、文化程度、技能和身体状况相适应。”

第六十七条：“志愿者接受慈善组织安排参与慈善服务的，应当服从管理，接受必要的培训。”

第六十八条：“慈善组织应当为志愿者参与慈善服务提供必要条件，保障志愿者的合法权益。”

慈善组织安排志愿者参与可能发生人身危险的慈善服务前，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。”

第一百零六条：“慈善服务过程中，因慈善组织或者志愿者过错造成受益人、第三人损害的，慈善组织依法承担赔偿责任；损害是由志愿者故意或者重大过失造成的，慈善组织可以向其追偿。”

志愿者在参与慈善服务过程中，因慈善组织过错受到损害的，慈善组织依法承担赔偿责任；损害是由不可抗力造成的，慈善组织应当给予适当补偿。”

《志愿服务条例》

第七条：“志愿者可以将其身份信息、服务技能、服务时间、联系方式等个人基本信息，通过国务院民政部门指定的志愿服务信息系统自行注册，也可以通过志愿服务组织进行注册。”

志愿者提供的个人基本信息应当真实、准确、完整。”

第十三条：“需要志愿服务的组织或者个人可以向志愿服务组织提出申请，并提供与志愿服务有关的真实、准确、完整的信息，说明在志愿服务过程中可能发生的风险。志愿服务组织应当对有关信息进行核实，并及时予以答复。”

第十四条：“志愿者、志愿服务组织、志愿服务对象可以根据需要签订协议，明确当事人的权利和义务，约定志愿服务的内容、方式、时间、地点、工作条件和安全保障措施等。”

第十五条：“志愿服务组织安排志愿者参与志愿服务活动，应当与志愿者的年龄、知识、技能和身体状况相适应，不得要求志愿者提供超出其能力的志愿服务。”

第十六条：“志愿服务组织安排志愿者参与的志愿服务活动需要专门知识、技能的，应当对志愿者开展相关培训。

开展专业志愿服务活动，应当执行国家或者行业组织制定的标准和规程。法律、行政法规对开展志愿服务活动有职业资格要求的，志愿者应当依法取得相应的资格。”

第十七条：“志愿服务组织应当为志愿者参与志愿服务活动提供必要条件，解决志愿者在志愿服务过程中遇到的困难，维护志愿者的合法权益。

志愿服务组织安排志愿者参与可能发生人身危险的志愿服务活动前，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。”

《关于确立劳动关系有关事项的通知》

“一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

42 某基金会与志愿者王某人身损害赔偿案

【基本案情】

某基金会是浙江省民政厅批准设立的地方性公募基金会，成立于2012年6月。该基金会关注的领域是公共服务和老年人，宗旨和业务范围是依法募集社会资金开展爱老助老等活动。

2017年4月，基金会计划在某社区举办老年人防骗知识讲座，王某听到这个消息后，通过微信联系了在该基金会工作的一位朋友，希望作为志愿者参与到这次活动中，朋友将此事汇报给了项目负责人，项目负责人表示欢迎，并将王某添加到了志愿者名录中。

活动当天，王某在刚刚赶到活动现场时，被高空坠物砸伤肩部，基金会工作人员将王某送到医院后离开，未支付任何医疗费用。王某伤愈后，向基金会主张医疗费、误工费、交通费等共计2万余元，基金会不承认与王某存在志愿服务关系，拒绝支付任何款项，王某遂将基金会告上了法庭。

庭审中王某称，事发前本人已经通过微信报名了基金会的志愿者工作，基金会工作人员明确表示了认可，并且事发当时已到达活动现场，准备开始志愿服务工作，因此与基金会之间存在志愿服务关系。本人在活动现场发生事故，基金会有救治和赔偿的义务。基金会辩称，王某并未与基金会签订志愿服务协议，也没有为基金会提供任何志愿服务，因此不算是基金会的志愿者，基金会不应承担赔偿责任。经法院审理，最终判决基金会支付王某医疗费、误工费、交通费等共计7000余元。

【法律要点】

- (一) 是不是只有签订志愿服务协议的才算是志愿者？
- (二) 王某与朋友的微信聊天记录可以证明其与基金会的志愿服务关系吗？
- (三) 基金会与志愿者签订志愿服务协议应当注意哪些问题？

【要点解析】

(一) 是不是只有签订志愿服务协议的才算是志愿者？

我国法律没有规定提供志愿服务必须签订书面协议，《志愿服务条例》规定，志愿者、志愿服务组织、志愿服务对象可以根据需要签订协议，明确当事人的权利和义务，约定志愿服务的内容、方式、时间、地点、工作条件和安全保障措施等。《慈善法》也规定，慈善组织根据需要可以与志愿者签订协议，明确双方权利义务，约定服务的内容、方式和时间等。注意，上文中提到的都是“可以”，而不是“必须”，也就是说志愿服务协议可以签也可以不签，只要双方对此都没有异议就可以。

但为了避免双方产生争议，建议在条件允许的情况下，基金会还是要与志愿者签订书面协议，明确双方的权利义务，确保双方的合法权益都能得到保障。

(二) 王某与朋友的微信聊天记录可以证明其与基金会的志愿服务关系吗？

根据上文所述，我们应该知道志愿服务协议并不是必须签的，志愿服务关系的确立也可以采取非书面或者非正式的方式来确立。虽然志愿服务协议不是必须的，但基金会必须对志愿者进行实名登记，对其进行必要的培训，为志愿者参与慈善服务提供必要条件，并在安排其参加有危险性的志愿服务活动前为志愿者购买人身意外伤害保险。

本案中王某通过微信向基金会工作人员报名成为志愿者，已经得到了基金会工作人员的确认，这已经可以说明基金会与王某之间存在志愿服务关系。同时，基金会项目负责人已经将王某记录在了志愿者名录中，且王某也于活动当天准时抵达了现场，因此，王某与基金会之间的志愿服务关系是无可争议的。

（三）基金会与志愿者签订志愿服务协议应当注意哪些问题？

第一，签订志愿服务协议，首先要将甲乙双方的信息填写准确，尤其是志愿者的个人信息，包括单位、联系电话、身份证号码等，要填写准确。同时，要填写紧急联系人的联系方式，以防在特殊紧急情况下联系志愿者的家人。

第二，志愿服务的内容应当明确。要明确服务内容，才能对应的对志愿者提供相应的培训并安排其参加服务，服务内容不明确可能导致志愿者不愿意参加活动，组织的活动难以开展。

第三，要明确双方的权利义务。对于志愿服务组织来说，其权利包括：要求志愿者提供真实准确的个人信息、按照管理制度对志愿者进行登记注册、制定统一的组织计划和活动安排、根据自身情况制定财务计划对志愿者给予津贴、对志愿服务进行评估等；志愿者的权利包括：了解志愿服务状况，自主决定是否参加志愿服务、有权要求登记注册、有权要求出具志愿服务证明、有权要求接受必要的教育和培训、有权要求组织提供必要的安全保障、有权要求在志愿服务活动中人格尊严得到尊重等等。

第四，对于志愿服务的成本和风险保障措施，也应有明确规定。

第五，对于志愿服务中可能遇到的不可抗力因素，可以事先进行规定。

第六，协议的变更、提前解除和终止的情形，要作出规定。同时，对于违约责任也应有规定，防止因违约而给一方带来损失。

【法律依据】

《慈善法》

第四十六条：“慈善组织招募志愿者参与慈善服务，应当公示与慈善服务有关的全部信息，告知服务过程中可能发生的风险。”

慈善组织根据需要可以与志愿者签订协议，明确双方权利义务，约定服务的内容、方式和时间等。”

第六十五条：“慈善组织应当对志愿者实名登记，记录志愿者的服务时间、内容、评价等信息。根据志愿者的要求，慈善组织应当无偿、如实出具志愿服务记录证明。”

第六十八条：“慈善组织应当为志愿者参与慈善服务提供必要条件，保障志愿者的合法权益。”

慈善组织安排志愿者参与可能发生人身危险的慈善服务前，应当为志愿者购买相应的人身意外伤害保险。”

《志愿服务条例》

第二十一条：“志愿服务组织、志愿者应当尊重志愿服务对象人格尊严，不得侵害志愿服务对象个人隐私，不得向志愿服务对象收取或者变相收取报酬。”

第二十二条：“志愿者接受志愿服务组织安排参与志愿服务活动的，应当服从管理，接受必要的培训。”

志愿者应当按照约定提供志愿服务。志愿者因故不能按照约定提供志愿服务的，应当及时告知志愿服务组织或者志愿服务对象。”

第十章 税收优惠



43 基金会获得公益性捐赠税前扣除资格案

【基本案情】

甲基金会是于2012年在北京市民政局登记成立的,致力于青少年心灵成长与幸福生活的非公募基金会。基金会的业务范围主要有:资助并开展教育事业发展相关项目、公益志愿项目,资助文化遗产保护与扶贫救灾项目。2016年10月A企业向基金会捐赠600万元,用于基金会慈善事业的开展。2016年A企业的年度利润总额为3000万元,无其他减免事项。2017年甲基金会经财政、税务、民政等部门确认具有公益性税前扣除资格。

【法律要点】

- (一) 基金会如何获得公益性捐赠税前扣除资格?
- (二) 获得公益性捐赠税前扣除资格需要具备哪些要件?
- (三) A企业捐赠如何进行税前扣除?

【要点解析】

（一）基金会如何获得公益性捐赠税前扣除资格？

2008年财政部、国家税务总局、民政部根据《中华人民共和国企业所得税法》和《中华人民共和国个人所得税法》，联合发布了《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》，根据该通知，取得公益性捐赠税前扣除资格需要分别向财政、税务、民政部门提出申请，由民政部门进行初步审核，后财政、税务部门会同民政部门对公益性捐赠税前扣除资格联合进行审核确认。但是，该“申请”程序已于2015年失效。2015年，财政部、国家税务总局、民政部发布《关于公益性捐赠税前扣除资格确认审批有关调整事项的通知》，将公益性捐赠税前扣除资格由“申请”转为了“确认”，即由财政、税务、民政等部门结合社会组织登记注册、公益活动情况联合确认公益性捐赠税前扣除资格，并以公告形式发布名单，基金会不用再向三机关申请。

（二）获得公益性捐赠税前扣除资格需要具备哪些要件？

根据《中华人民共和国企业所得税法实施条例》以及财政部 国家税务总局 民政部发布的《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》等规定，公益性捐赠税前扣除资格的取得要同时符合以下要件：

1. 机构类型：基金会、公益性社会团体。社会服务机构（民办非企业）不在此类。
2. 自身的合法性：首先机构须依法登记成立，具有法人资格，符合登记设立的各项条件；其次，3年内未收到行政处罚的；最后，满足年检合格或者社会组织评级3A以上的相关要求。
3. 依据相关法律法规及机构章程从事公益事业，不得超出章程规定的宗旨和业务范围开展活动。
4. 非营利性。首先，机构从事活动以发展慈善事业为宗旨；其次，机构可以开展营利活动，但是营利所得不能用于人员分红分配，要全部用于机构发展，保持非营利性质；最后，机构终止时的剩余财产也不得分配，应转给宗旨相同或相近的社会组织。

5. 完善的财产制度。机构的全部资产及增值属于该机构（法人）所有，任何人不得侵占机构财产；其次有健全的财务会计制度；最后，机构要保持独立性，接受的捐赠的财产不得变相分配给捐赠者，同时，捐赠者也不得指定受益人。

（三）A 企业捐赠如何进行税前扣除？

根据《关于公益性捐赠支出企业所得税税前结转扣除有关政策的通知》的规定，A 企业 2016 年 9 月向甲基金会捐赠的 600 万元，其中的 360 万元可以进行税前扣除，也就是说 2016 年度，A 企业的应纳税所得额为 2640 万元。至于没有在 2016 年度享受到税收优惠的 240 万可以在 2017 年度中予以结转扣除。

年份	捐赠额 (万)	年度会计利润 (万)	税前扣除额	应纳税所得额
2016	600	3000	$3000 \times 12\% = 360$	$3000 - 360 = 2640$

【法律依据】

《关于公益性捐赠支出企业所得税税前结转扣除有关政策的通知》

“一、企业通过公益性社会组织或者县级（含县级）以上人民政府及其组成部门和直属机构，用于慈善活动、公益事业的捐赠支出，在年度利润总额 12% 以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除；超过年度利润总额 12% 的部分，准予结转以后三年内在计算应纳税所得额时扣除。

本条所称公益性社会组织，应当依法取得公益性捐赠税前扣除资格。

本条所称年度利润总额，是指企业依照国家统一会计制度的规定计算的大于零的数额。

二、企业当年发生及以前年度结转的公益性捐赠支出，准予在当年税前扣除的部分，不能超过企业当年年度利润总额的 12%。

三、企业发生的公益性捐赠支出未在当年税前扣除的部分，准予向以后年度结转扣除，但结转年限自捐赠发生年度的次年起计算最长不得超过三年。

四、企业在对公益性捐赠支出计算扣除时，应先扣除以前年度结转的捐赠支出，再扣除当年发生的捐赠支出。

五、本通知自 2017 年 1 月 1 日起执行。2016 年 9 月 1 日至 2016 年 12 月 31 日发生的公益性捐赠支出未在 2016 年税前扣除的部分，可按本通知执行。”

44 基金会免税资格被取消案

【基本案情】

某基金会，是于2010年在民政局登记成立的非公募基金会，注册资本200万元，理事会成员7人，王某担任理事长并兼任秘书长。基金会的宗旨是开展公益慈善事业，推进和谐社会建设。基金会的业务范围：资助开展与弘扬孝道、关爱下一代和扶贫解困相关的互助、交流、培训等公益活动。基金会2012年申请获得非营利组织免税资格，有效期为2013-2016年。2016年10月份基金会申请免税资格复审，复审通过，基金会享有2016年-2020年的免税资格。在2018年年检中，基金会年检结论为“不合格”，其免税资格被取消。

【法律要点】

- (一) 基金会申请获得免税资格需要哪些条件？
- (二) 免税资格到期如何“续期”？
- (三) 被取消免税资格的不利后果？

【要点解析】

（一）基金会申请获得免税资格需要哪些条件？

本案中基金会是于2013年申请免税资格，适用的是财税[2014]13号《财政部、国家税务总局关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》，考虑到现实指导意义，此处根据最新规定予以整理。《中华人民共和国企业所得税法实施条例》以及财税[2018]13号《财政部、国家税务总局关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》对非营利组织申请免税资格的条件作了明确规定。其中基金会作为非营利组织的一种，申请免税资格首先需要满足以下条件：

1. 依法登记，基金会必须是在民政部或民政局依法设立登记；
2. 公益性，基金会必须从事公益性或非营利性活动；财产及孳息不用于分红分配；除合理之处外，取得的收入全部用于基金会业务范围之内公益事业；剩余财产不分配，转给性质、宗旨相同的基金会；
3. 财产独立，发起人对捐赠的财产不保留或享有任何财产权利；
4. 工资不超2倍，工作人员工资福利开支控制在规定的比例内，平均薪金水平不超过机构登记地同行业同类组织平均工资水平的两倍；
5. 财务分别核算，对取得的应纳税收入及其有关的成本、费用、损失应与免税收入及其有关的成本、费用、损失分别核算。

满足以上条件的基金会可以向其所在地的税务主管机关提出申请，申请一般提交以下材料：

1. 申请报告；
2. 基金会管理制度；
3. 基金会注册登记证件的复印件；
4. 上一年度的资金来源及使用情况、公益活动和非营利活动的明细情况；
5. 上一年度的工资薪金情况专项报告，包括薪酬制度、工作人员整体平均工资薪金水平、工资福利总支出比例、重要人员工资薪金信息（至少包括工资薪金水平排名前10的人员）；
6. 具有资质的中介机构鉴证的上一年度财务报表和审计报告（申请当年新登记的不需要）；

7. 登记管理机关出具上一年度符合相关法律法规和国家政策的事业发展情况或非营利活动的材料；（申请当年新登记的不需要）
 8. 财政、税务部门要求提供的其他材料。
- 另外，如果基金会申请通过，应当向税务机关办理免税手续。

（二）免税资格到期如何“续期”？

本案中基金会的免税资格是到2016年到期，根据财税[2014]13号《财政部、国家税务总局关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》，需呀在期满前3个月申请复审，也就是说，本案中的基金会需要在2016年10月1日-12月31日申请复审，复审通过后下一个有效期是2016年-2020年。新的《通知》对该条规定进行了变化，也就是说2018年以后（含2018年）免税资格到期的基金会不用提前3个月申请复审，新的《通知》将复审期限设置为期满后6个月内。也即：2018年免税资格到期，2019年1月1日-2018年6月30日内申请复审即可。

复审按初次申请免税优惠资格的规定办理。在复审期限内，如果基金会未复审或复审未通过，基金会相应年度不再享受税收优惠政策。此种情形下，基金会可于次年再次申请免税资格，程序、条件与初次申请一致。

（三）被取消免税资格的不利后果？

首先，何种情况下基金会会被取消免税资格？

1. 登记管理机关在后续管理中发现非营利组织不符合相关法律法规和国家政策的；
2. 在申请认定过程中提供虚假信息的；
3. 纳税信用等级为税务部门评定的C级或D级的；
4. 通过关联交易或非关联交易和服务活动，变相转移、隐匿、分配该组织财产的；
5. 被登记管理机关列入严重违法失信名单的；
6. 从事非法政治活动的。

基金会有以上情形之一的，自该情形发生年度起取消其资格。如，本案中基金会 2017 年年检不合格，虽发现时间是 2018 年，但是该基金会 2017 年不再享受免税资格。如基金会在 2013 年申请免税资格时弄虚作假，2016 年才予以发现，基金会免税资格自始不存在，对于已经享受税收优惠的，由税务主管机关予以追缴。

基金会免税资格被取消，并不仅仅面临着税务主管部门追缴税款的可能向，同时对接下来基金会再次申请免税资格有着重大影响：

1. 基金会因上述 1-5 种情形被取消免税资格的，财政、税务部门自其被取消资格的次年起一年内不再受理该组织的认定申请，本案中基金会只能于 2019 年再次申请免税资格。

2. 基金会因上述第 6 种情形被取消免税资格的，财政、税务部门将不再受理该组织的认定申请。

所以，基金会无论是在机构成立时、申请免税资格时，还是日常运营中都要严格依照法律法规政策的规定。

【法律依据】

《企业所得税法实施条例》

第五十一条：“企业所得税法第九条所称公益性捐赠，是指企业通过公益性社会团体或者县级以上人民政府及其部门，用于《中华人民共和国公益事业捐赠法》规定的公益事业的捐赠。”

第五十二条：“本条例第五十一条所称公益性社会团体，是指同时符合下列条件的基金会、慈善组织等社会团体：

- （一）依法登记，具有法人资格；
- （二）以发展公益事业为宗旨，且不以营利为目的；
- （三）全部资产及其增值为该法人所有；
- （四）收益和营运结余主要用于符合该法人设立目的的事业；
- （五）终止后的剩余财产不归属任何个人或者营利组织；
- （六）不经营与其设立目的无关的业务；
- （七）有健全的财务会计制度；
- （八）捐赠者不得以任何形式参与社会团体财产的分配；

(九) 国务院财政、税务主管部门会同国务院民政部门等登记管理部门规定的其他条件。”

财税[2018]13号 《财政部、国家税务总局关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》

“二、经省级（含省级）以上登记管理机关批准设立或登记的非营利组织，凡符合规定条件的，应向其所在地省级税务主管机关提出免税资格申请，并提供本通知规定的相关材料；经市（地）级或县级登记管理机关批准设立或登记的非营利组织，凡符合规定条件的，分别向其所在地市（地）级或县级税务主管机关提出免税资格申请，并提供本通知规定的相关材料。

财政、税务部门按照上述管理权限，对非营利组织享受免税的资格联合进行审核确认，并定期予以公布。

三、申请享受免税资格的非营利组织，需报送以下材料：

（一）申请报告；

（二）事业单位、社会团体、基金会、民办非企业单位的组织章程或宗教活动场所的管理制度；

（三）税务登记证复印件；

（四）非营利组织登记证复印件；

（五）申请前年度的资金来源及使用情况、公益活动和非营利活动的明细情况；

（六）具有资质的中介机构鉴证的申请前会计年度的财务报表和审计报告；

（七）登记管理机关出具的事业单位、社会团体、基金会、民办非企业单位申请前年度的年度检查结论；

（八）财政、税务部门要求提供的其他材料。

四、非营利组织免税优惠资格的有效期为五年。非营利组织应在期满前三个月内提出复审申请，不提出复审申请或复审不合格的，其享受免税优惠的资格到期自动失效。

非营利组织免税资格复审，按照初次申请免税优惠资格的规定办理。

五、非营利组织必须按照《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征管法》）及《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》（以下简称

《实施细则》)等有关规定,办理税务登记,按期进行纳税申报。取得免税资格的非营利组织应按照规定向主管税务机关办理免税手续,免税条件发生变化的,应当自发生变化之日起十五日内向主管税务机关报告;不再符合免税条件的,应当依法履行纳税义务;未依法纳税的,主管税务机关应当予以追缴。取得免税资格的非营利组织注销时,剩余财产处置违反本通知第一条第五项规定的,主管税务机关应追缴其应纳企业所得税款。

主管税务机关应根据非营利组织报送的纳税申报表及有关资料进行审查,当年符合《企业所得税法》及其《实施条例》和有关规定免税条件的收入,免于征收企业所得税;当年不符合免税条件的收入,照章征收企业所得税。主管税务机关在执行税收优惠政策过程中,发现非营利组织不再具备本通知规定的免税条件的,应及时报告核准该非营利组织免税资格的财政、税务部门,由其进行复核。

核准非营利组织免税资格的财政、税务部门根据本通知规定的管理权限,对非营利组织的免税优惠资格进行复核,复核不合格的,取消其享受免税优惠的资格。

六、已认定的享受免税优惠政策的非营利组织有下述情况之一的,应取消其资格:

(一) 事业单位、社会团体、基金会及民办非企业单位逾期未参加年检或年度检查结论为“不合格”的;

(二) 在申请认定过程中提供虚假信息的;

(三) 有逃避缴纳税款或帮助他人逃避缴纳税款行为的;

(四) 通过关联交易或非关联交易和服务活动,变相转移、隐匿、分配该组织财产的;

(五) 因违反《税收征管法》及其《实施细则》而受到税务机关处罚的;

(六) 受到登记管理机关处罚的。

因上述第(一)项规定的情形被取消免税优惠资格的非营利组织,财政、税务部门在一年内不再受理该组织的认定申请;因上述规定的除第(一)项以外的其他情形被取消免税优惠资格的非营利组织,财政、税务部门在五年内不再受理该组织的认定申请。

七、本通知自2013年1月1日起执行。《财政部 国家税务总局关于非营利组织免税资格认定管理有关问题的通知》(财税〔2009〕123号)同时废止。”

45 基金会提交虚假财务报告被撤销登记案

【基本案情】

某基金会是2010年成立的地方性私募基金会，关注领域为扶贫助困，教育，医疗救助等，业务范围是资助城乡特困人员就医、就学和基本生活。该基金会于2011年初取得免税资格的认定，免税资格期限届满后，因基金会无人打理，并未向主管税务机关提出复审申请，因此丧失了免税资格。

因基金会长期未开展任何公益项目，也丧失了免税资格，为保证基金会的存续，理事长指示财务人员虚构财务报表，在2016年度的年检中提交了虚假的财务审计报告。2017年10月，在某省民政厅开展的2017省级社会组织随机抽查工作中，某基金会被查出在年检中虚报财务审计报告。随后，该基金会被民政部门撤销登记。

【法律要点】

- (一) 基金会虚报财务审计报告的后果是什么？
- (二) 基金会取得了免税资格后，所有的收入都免税吗？

【要点解析】

（一）基金会虚报财务审计报告的后果是什么？

基金会提供虚假财务审计报告的，轻则注销登记，重则追究其刑事责任。根据《基金会管理条例》、《会计法》等法律法规规定，基金会必须依法设置会计账簿并保障其真实和完整。基金会在年检时应提交财务审计报告。财务审计依据真实、完整的财务会计账簿及原始凭证作出，不得弄虚作假。

（二）基金会取得了免税资格后，所有的收入都免税吗？

基金会取得免税资格后，也不是所有的收入都是免税的。根据《财政部国家税务总局关于非营利组织企业所得税免税收入问题的通知》[财税（2009）122号]第一条的规定，非营利组织的下列收入为免税收入：

- 接受其他单位或者个人捐赠的收入；
- 除《中华人民共和国企业所得税法》第七条规定的财政拨款以外的其他政府补助收入，但不包括因政府购买服务取得的收入；
- 按照省级以上民政、财政部门规定收取的会费；
- 不征税收入和免税收入孳生的银行存款利息收入；
- 财政部、国家税务总局规定的其他收入。

【法律依据】

《基金会管理条例》

第四十二条：“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，由登记管理机关给予警告、责令停止活动；情节严重的，可以撤销登记：

- (一) 未按照章程规定的宗旨和公益活动的业务范围进行活动的；

- (二) 在填制会计凭证、登记会计账簿、编制财务会计报告中弄虚作假的
- (三) 不按照规定办理变更登记的；
- (四) 未按照本条例的规定完成公益事业支出额度的
- (五) 未按照本条例的规定接受年度检查，或者年度检查不合格的；
- (六) 不履行信息公布义务或者公布虚假信息的。

基金会、境外基金会代表机构有前款所列行为的，登记管理机关应当提请税务机关责令补交违法行为存续期间所享受的税收减免。”

《会计法》

第四十三条：“伪造、变造会计凭证、会计帐簿，编制虚假财务会计报告，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

有前款行为，尚不构成犯罪的，由县级以上人民政府财政部门予以通报，可以对单位并处五千元以上十万元以下的罚款；对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可以处三千元以上五万元以下的罚款；属于国家工作人员的，还应当由其所在单位或者有关单位依法给予撤职直至开除的行政处分。”

第十一章 知识产权



46 基金会未经许可使用他人摄影作品案

【基本案情】

某基金会是2007年8月在民政部登记设立的全国性公募基金会，业务范围是募集海内外资金、接受捐赠、国际合作与交流、修缮和保护中国文化遗产。2014年2月，基金会在未经许可的情况下，在其的网站使用了4幅A公司享有著作权的摄影作品，A公司认为基金会的行为侵犯了其合法权益，起诉至法院，要求基金会停止侵权并赔偿经济损失4万元。

基金会在庭审中辩称，其使用涉案图片目的是为了呼吁公众保护文化遗产，没有进行牟利行为，对涉案图片的使用属于我国《著作权法》第二十二条第二项和《信息网络传播权保护条例》第六条第一项的合理范围之内，涉案图片并未用于商业用途，无需经过著作权人许可及支付报酬。

通过双方提交的证据，法院确认了A公司对于涉案的4幅摄影作品享有著作权，除法定情形外，未经许可使用他人作品，未向著作权人支付报酬的，应承担相应的侵权责任。法院认为，基金会在其经营管理的网站上使用涉案图片的行为，未经著作权人许可，也未支付报酬，其使用涉案图片的文章中，除涉

案图片外并无其他内容，并不符合为介绍、评论某一作品或说明某一问题而在作品中适当引用他人已发表作品的合理使用条件，因此判决某基金会停止侵权并向 A 公司赔偿经济损失 6000 元及合理支出 1500 元。

【法律要点】

- (一) 什么是著作权？
- (二) 什么是著作权的合理使用？
- (三) 哪些情况下可以合理使用他人享有著作权的作品？
- (四) 侵犯著作权的行为包括哪些？
- (五) 侵犯著作权要承担哪些法律后果？
- (六) 侵犯他人著作权的赔偿标准如何确定？
- (七) 基金会如何防范侵犯他人的著作权？

【要点解析】

（一）什么是著作权？

著作权也称版权，是指作者及其他权利人对文学、艺术和科学作品享有的人身权和财产权的总称。自然人，法人或其他组织，都是著作权的权利主体，基金会对自己的文字作品、影视作品、摄像作品等著作权的客体也享有人身和财产权利。

为了促进文化，文明以及公共事业发展，《著作权法》也赋予了著作权主体之外的自然人，法人或其他组织合理使用他人享有著作权作品的权利，那么什么是著作权的合理使用？

（二）什么是著作权的合理使用？

著作权合理使用，是指在特定的条件下，法律允许他人自由使用享有著作权的作品，而不必征得权利人的许可，不向其支付报酬的合法行为。

合理使用是对著作权限制的主要内容，也是知识产权中对权利限制的一项重要制度，它是著作权法制度设计的王冠上一颗璀璨的宝石。合理使用制度的价值目标，在于通过均衡保护的途径，促进科学、文化事业的发展。因此作为独占权利的著作权，在一定的范围内不应阻滞作品的传播和使用，合理使用制度的社会意义和合理性价值也体现于此。这一制度设计兼顾了著作权人的个人利益与社会整体利益，也是利益平衡理念的延伸。

合理使用应包括以下五层含义：一是使用要有法律依据。二是使用是基于正当理由。三是不需经作者与著作权人同意。四是不支付报酬。五是不构成侵权，是合法行为。

（三）哪些情况下可以合理使用他人享有著作权的作品？

我国《著作权法》第二十二条明确规定了著作权合理使用的范畴。在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

- 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；
- 为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- 报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- 为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；
- 国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；
- 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；

- 免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；
- 对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；
- 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；
- 将已经发表的作品改成盲文出版。

该规定也适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

另外，《信息网络传播权保护条例》中也规定了合理使用的范畴。《信息网络传播权保护条例》第六条规定：通过信息网络提供他人作品，属于下列情形的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬：

- 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品；
- 为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- 为学校课堂教学或者科学研究，向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品；
- 国家机关为执行公务，在合理范围内向公众提供已经发表的作品；
- 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品，向中国境内少数民族提供；
- 不以营利为目的，以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品；
- 向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章；
- 向公众提供在公众集会上发表的讲话。

此外，即使是合理使用他人作品的，也应当指明作者姓名、作品名称；但是，当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的除外。在使用过程中不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法利益。

（四）侵犯著作权的行为包括哪些？

根据《著作权法》及相关法律法规的规定，侵犯著作权的行为包括：

- 未经著作权人许可，发表其作品的；
- 未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的；
- 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；
- 歪曲、篡改他人作品的；
- 剽窃他人作品的；
- 未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；
- 使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；
- 未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品的，本法另有规定的除外；
- 未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；
- 未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；
- 其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

本案中基金会将他人的摄影作品用于基金会的网站，用于基金会的项目宣传和推广，虽然用于呼吁保护文化遗产，但是并不属于合理使用的范围，该行为属于侵犯了他人的著作权。

（五）侵犯著作权要承担哪些法律后果？

根据我国《著作权法》第四十七条、四十八条的规定，侵犯他人著作权需要承担的法律 responsibility 分为民事责任和刑事责任两种。根据侵权发生的实际情况，侵权人需要承担的民事责任主要包括停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等。如果侵权行为严重到已经构成犯罪的，侵权人必须依法承担刑事责任。

（六）侵犯他人著作权的赔偿标准如何确定？

根据《著作权法》第四十九条规定：侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

通过上述法律条文可以得知，侵犯他人著作权的赔偿标准应当根据权利人的实际损失来计算。本案中，A公司主张的赔偿金额共计4万元，考虑到A公司在行业内的口碑、影响力等因素，该赔偿金额并无不妥。但基金会属于非营利性社会组织，其在网站中使用A公司享有著作权的摄影作品也并非以牟利为目的，因此法院酌情将赔偿金额酌情调整至7500元是合理的。

（七）基金会如何防范侵犯他人的著作权？

基金会为了推动公益慈善事业的发展，在机构运营，项目管理，宣传推广等领域，会大量的使用到文字作品，摄影作品，影视作品，甚至会在微信公众号当中使用明星的表情包，但是这个需要注意是否侵犯了他人的著作权。那么基金会应当如何防范著作权的侵犯的风险呢，根据法律法规以及基金会的实际情况，我们提出以下建议：

第一，基金会负责人、项目负责人、项目官员、传播官员等工作人员要建立基本的法律意识，在开展项目、传播等具体工作的时候，要多思考一下，这个行为是否有侵犯别人的著作权。

第二，建立内部的管理制度以及相关的治理制度，制定相关的具体工作流程，在工作流程中，明确使用他人作品，照片，影视作品等使用是否侵犯了他人的著作权，另外基金会在组织活动当中有很多志愿者也会参与，拍照，摄像等，那么在志愿服务协议当中也可以约定，志愿者在参与慈善活动过程中拍摄的照片，视频，基金会可以免费，不需要授权的使用，所以具体在制度层面完善，健全内部风险防控。

【法律依据】

《著作权法》

第二十二条：“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；

（二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；

（三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；

（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；

（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；

（六）为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；

（七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；

（八）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；

（九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；

（十）对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

（十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；

（十二）将已经发表的作品改成盲文出版。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。”

第四十七条：“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：

- (一) 未经著作权人许可，发表其作品的；
- (二) 未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的；
- (三) 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；
- (四) 歪曲、篡改他人作品的；
- (五) 剽窃他人作品的；
- (六) 未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；
- (七) 使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；
- (八) 未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品的，本法另有规定的除外；
- (九) 未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；
- (十) 未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；
- (十一) 其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。”

第四十八条：“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可处以罚款；情节严重的，著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；
- (二) 出版他人享有专有出版权的图书的；
- (三) 未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的，本法另有规定的除外；

(四) 未经录音录像制作者许可, 复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的, 本法另有规定的除外;

(五) 未经许可, 播放或者复制广播、电视的, 本法另有规定的除外;

(六) 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可, 故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的, 法律、行政法规另有规定的除外;

(七) 未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可, 故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的, 法律、行政法规另有规定的除外;

(八) 制作、出售假冒他人署名的作品的。”

《信息网络传播权保护条例》

第六条: “通过信息网络提供他人作品, 属于下列情形的, 可以不经著作权人许可, 不向其支付报酬:

(一) 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题, 在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品;

(二) 为报道时事新闻, 在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品;

(三) 为学校课堂教学或者科学研究, 向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品;

(四) 国家机关为执行公务, 在合理范围内向公众提供已经发表的作品;

(五) 将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成的少数民族语言文字作品, 向中国境内少数民族提供;

(六) 不以营利为目的, 以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品;

(七) 向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章;

(八) 向公众提供在公众集会上发表的讲话。”

47 基金会商标侵权案

【基本案情】

北京某基金会，2006年在北京市民政局登记注册，以开展自闭症儿童帮扶和救助为宗旨。该基金会，开展了某个针对自闭症儿童的项目，并命名为“X未来”项目。2010年，基金会将“X未来”申请了商标注册。

2015年某市注册的一家社会服务机构，取名为某某市X未来社工服务中心，开展自闭症儿童的关爱服务，但是该社会服务机构并未获得基金会的授权。基金会向民政局以及某某市X未来社工服务中心发函，明确告知“X未来”是基金会在工商总局注册的商标，某某市X未来社工服务中心使用“X未来”商标，并未得到授权，某某市X未来社工服务中心已经构成侵权，要求立即停止侵权，更换名字。民政局收到基金会函件后，约谈了某某市X未来社工服务中心询问了相关经过，确认的确未得到授权，要求某某市X未来社工服务中心及时办理名称变更手续。

【法律要点】

- (一) 什么是商标权？
- (二) 基金会的哪些内容可以注册商标？
- (三) 商标侵权的行为有哪些？
- (四) 基金会商标侵权该如何处理？

【要点解析】

(一) 什么是商标权？

商标权是商标专用权的简称，是指商标主管机关依法授予商标所有人对其注册商标受国家法律保护的专有权。商标权包括排他使用权、收益权、处分权、续展权和禁止他人侵害的权利。根据上述规定，也就是说商标权，是所有权人向商标主管机关注册后才享有的权利，如果没有注册的商标，并不存在商标权。

(二) 基金会的哪些内容可以注册商标？

商标是用以区别商品和服务不同来源的商业性标志，由文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合、声音或者上述要素的组合构成。根据上述规定，基金会的字号、LOGO、图形、项目名称等都可以进行注册，获得商标权。那么本案中“X未来”就是商标。

(三) 商标侵权行为有哪些？

根据《商标法》的有关规定，常见的商标侵权主要包括以下情形：

1. 未经权利人许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标；
2. 销售侵犯权利人注册商标专用权的商品；
3. 伪造、擅自制造权利人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造权利人的注册商标标识；

4. 未经权利人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品投入市场；
5. 给权利人注册商标专用权造成其他损失；
6. 在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的；
7. 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的；
8. 将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；
9. 复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；
10. 将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

（四）基金会商标侵权该如何处理？

如果基金会发现其商标被第三方侵权的，那么应该按照以下程序来处理：

第一，确认侵权事实，收集和保存证据。基金会将第三方侵权的事实以文字、光盘、照片等方式固定下来，必要的时候可以邀请公证处进行公证。

第二，给侵权方发函，明确告知其侵权。基金会可以将商标注册情况，侵权事实情况，以及解决纠纷的方式明确发函告知侵权方。该函件可以是公函，也可以是律师函。

第三，拒不停止侵权的，向工商部门控告或检举。根据《商标法》规定，任何人都可以向侵权人所在地或侵权行为地的县级以上工商行政管理机关控告或检举。一般侵权案件由县级工商行政管理部门查处，涉外案或大案由地级或省级工商行政管理机关处理。侵权人所在地，是指侵权人住所、居所所在地或侵权人单位所在地；侵权行为地，指侵权人实施侵权行为所在地。

第四，向人民法院起诉。基金会会对侵犯商标的侵权方向有管辖权的法院提起诉讼。

【法律依据】

《商标法》

第四条：“自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。”

第八条：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。”

第九条：“申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人先取得的合法权利相冲突。

商标注册人有权标明“注册商标”或者注册标记。”

第五十七条：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；

（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；

（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；

（四）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

（五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；

（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”

第六十条：“有本法第五十七条所列侵犯注册商标专用权行为之一，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。

工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和主要用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，违法经营额五万元以上的，可以处违法经营额五倍以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以处二十五万元以下的罚款。对五年内实施两次以上商标侵权行为或者有其他严重情节的，应当从重处罚。销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，由工商行政管理部门责令停止销售。”

第十二章 信息公开



48 基金会违背信息公开义务案

【基本案情】

某公益基金会是一家公募基金会，2010年成立，以发展素养教育，促进教育均衡，以教育推动社会进步为宗旨。

2014年3月，基金会开展年检工作中，其年度工作报告和年度财务信息披露，2013年将基金会接受捐赠580万元，其官方网站披露2013年基金会接受捐赠520万，其中60万元，并未披露出来。某地方媒体披露该基金会年报信息和官网公布信息不相符合，民政部介入调查，约谈了该基金会秘书长，理事长，要求予以说明，民政部门对该基金会下发了整改意见通知书，限期整改完成。

【法律要点】

- (一) 为什么对基金会信息公开要求那么严格？
- (二) 基金会信息公开的原则是什么？
- (三) 基金会信息公开可以达到什么效果？
- (四) 基金会信息公开目前存在的问题？

【要点解析】

(一) 为什么对基金会信息公开要求那么严格？

自2004年《基金会管理条例》颁布以来的10余年间，根据基金会中心网数据显示，中国基金会的数量从736家增加到6469家，资产总额从不到50亿元激增到近1500亿元。基金会快速发展的同时，由于信息不公开而带来的“丑闻事件”和负面新闻也随之而来，如2011年的“郭美美炫富事件”、2014年的“嫣然基金会7000万元善款去向不明事件”、2015年“四川索玛花基金会非法办学事件”、2016年发生的“罗一笑捐款事件”等。这些事件社会影响大，严重削弱了基金会的公信力，导致部分行业性基金会资金募集量严重下滑。

根据《公益事业捐赠法》的规定，捐赠人向公益性社会团体捐赠的财产属于社会财产，基金会只是代为管理和使用。根据《企业所得税法》的相关规定，符合条件的非营利性组织可以享有非营利组织免税资格，非营利组织的免税政策，就是将本应该有政府收取的财政收入，转移给民间组织，开展公共服务，那么当然要承担更高的监管以及信息公开的要求。

另外，基金会信息公开的重要性，在立法上已得到广泛体现，形成了以《中华人民共和国公益事业捐赠法》（1999年）、《基金会管理条例》（2004年）、《基金会信息公布办法》（2006）、《中华人民共和国慈善法》（2016年）、《慈善组织信息公开办法》（2018年）等一些列法律法规规章，这些法律规范从不同角度对基金会信息公开范围、公开途径、法律责任等作了规定和要求。

(二) 基金会信息公开的原则是什么？

《基金会信息公布办法》第三条规定，信息公布义务人公布的信息资料应当真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。信息公布义务人应当保证捐赠人和社会公众能够快捷、方便地查阅或者复制公布的信息资料。

《慈善法》第七十一条的规定，慈善组织、慈善信托的受托人应当依法履行信息公开义务。信息公开应当真实、完整、及时。真实，就是要求慈善组织公开的信息是真实准确的，没有虚构捏造；完整，要求慈善组织公开的信息全面，不能报喜不报忧，只报成就而不报存在的问题、风险；及时，要求慈善组织公开信息不应迟于法律规定的期限，有需要公开的重大事件的，应当及时披露。

《公益慈善捐助信息公开指引》中对慈善捐助的信息公开则规定了更为明确五项原则：

1. 及时准确原则。信息公开主体按本指引规定的公开内容及时公开相关信息，并确保信息真实、准确和有效。
2. 方便获取原则。信息公开方式应尽力保障捐赠人、社会公众及有关单位能够方便、完整地查阅和获取公开的信息。
3. 规范有序原则。信息公开主体应制定信息公开工作流程和信息公开规范，明确信息公开责任主体，使信息公开工作规范、有序，保持常态性、动态性。
4. 分类公开原则。信息公开主体可按重大事件和日常性信息分类公开，即发生重大自然灾害、重大生产安全事故、重大治安灾害事故和举办重大社会活动，由政府部门或公益慈善组织开展的重大社会捐赠活动的信息，按重大事件专项信息公开；一般性公益慈善项目及其活动，按日常性捐助信息公开。
5. 公开为惯例不公开为特例原则。公开信息可能危及国家安全、侵犯他人权益或隐私，以及其他法律法规规定不予公开的信息可不予公开。捐赠人和受益人等当事人不愿意公开的捐助信息，应当事先与信息公开主体进行约定。若无事先约定，相关慈善捐助信息均应公开。

（三）基金会信息公开可以达到什么效果？

第一，基金会信息公开，是法律规定的义务，未尽到信息公开义务应当承担相应的法律责任；

第二，信息公开是建立基金会公信力的唯一途径，基金会作为慈善组织，从社会募集资金，其面对的社会问题，解决社会问题，那么公众如何信任机构，就是需要基金会通过履行信息公开义务来完成；

第三，基金会做好信息公开，建立了公信力，也是资金募集的重要保证。基金会做好了信息公开，不仅履行了法律责任，也能够为资金募集带来信用基础。

（四）基金会信息公开目前存在的问题？

抛开现有的法律法规不完备的背景，从基金会自身角度来说，目前信息公开，还存在以下问题：

第一，基金会信息公开不够完整和全面，很多基金会在公布年度财务报告的时候，仅仅公布结论，不公布具体财务科目；

第二，基本信息公示程度不够，有些的基金会在资金的官网上仅仅公布了章程，还有涉及内部管理制度、项目等信息均没有公布；

第三，公布的途径单一，有些基金会信息公开的途径仅仅在自己的官网发布，没有考虑进一步通过邮箱、微信，微博，新闻发布会等方式主动公开。

虽然上述的部分情形，在法律法规层面并没有做具体的规定，但是作为一家基金会，为社会提供公共服务的机构，更应当主动去做好信息公开的义务。

【法律依据】

《慈善法》

第七十一条：“慈善组织、慈善信托的受托人应当依法履行信息公开义务。信息公开应当真实、完整、及时。”

《基金会信息公布办法》

第一条：“为了规范基金会、境外基金会代表机构信息公布活动，保护捐赠人及相关当事人的合法权益，促进公益事业发展，根据《基金会管理条例》（以下简称《条例》）的有关规定，制定本办法。”

第二条：“本办法所称信息公布，是指基金会、境外基金会代表机构按照《条例》和本办法的规定，将其内部信息和业务活动信息通过媒体向社会公布的活动。

基金会、境外基金会代表机构是信息公布义务人。”

第三条：“信息公布义务人公布的信息资料应当真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

信息公布义务人应当保证捐赠人和社会公众能够快捷、方便地查阅或者复制公布的信息资料。”

《慈善组织信息公开办法》

第二条：“慈善组织应当依法履行信息公开义务，信息公开应当真实、完整、及时。

慈善组织应当建立信息公开制度，明确信息公开的范围、方式和责任。

慈善组织应当对信息的真实性负责，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，不得以新闻发布、广告推广等形式代替应当履行的信息公开义务。”

49 基金会未履行信息公开义务案

【基本案情】

某基金会是在民政部门登记注册的公募基金会，并在2016年被认定为慈善组织。该基金会的宗旨是帮助处于困境中的儿童，特别是残疾儿童。2016年，基金会以帮助脑瘫儿童进行康复为名组织了慈善公开募捐，募集资金总额221万元，其中包括价值67万元的物资。此后，陆续有脑瘫儿童的家长向该基金会提出申请，但是，一年后，申请的家长被告知该项目早已终止。由于社会对该基金会救助脑瘫儿童的募捐提出质疑，基金会向外披露了募捐收入和支出情况，其中收入为221万元，支出总额为226万元。但是，披露的内容中并未标注款项具体用途，也未说明支出中用于基金会工作人员的工资福利和行政办公的比例。由于该基金会未履行信息公开义务，被民政部门责令限期改正。

【法律要点】

- (一) 信息公开的义务人是谁？
- (二) 基金会的哪些信息应当公开？
- (三) 基金会信息公开的途径？
- (四) 未履行信息公开要求的法律责任？

【要点解析】

（一）信息公开的义务人是谁？

根据《慈善法》、《基金会管理条例》、《基金会信息公布办法》、《慈善组织信息公开办法》的规定，基金会、慈善信托的受托人，均属于信息公开的义务人。此外，民政部门要建立统一的社会组织信息信息平台，民政部门根据法律的规定，也应当尽到信息公布的责任。

（二）基金会的哪些信息应当公开？

慈善组织应当公开的信息。根据《中华人民共和国慈善法》的规定，慈善组织的信息公开包括向社会公开的信息和向特定人公开的信息。其中，向社会公开的信息又分为一般信息公开和募捐信息、项目实施信息公开；向特定人公开的信息分为向捐赠人公开的信息以及向受益人公开的信息。

• 向社会公开的信息

首先，向社会公开的一般信息。根据慈善法第七十二条的规定，慈善组织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，慈善组织应当及时向社会变更。慈善组织应当每年向社会公开其年度工作报告和财务会计报告。具有公开募捐资格的慈善组织的财务会计报告须经审计。

民政部 2012 年印发的《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》中还要求基金会向社会公开基金会内部重要人事变动情况以及关联方情况：包括发起

人，基金会理事主要来源单位，主要捐赠人、基金会投资的被投资方，其他与基金会存在控制、共同控制或者重大影响关系的个人或组织，以及基金会与上述个人或组织发生的交易。

其次，向社会公开的募捐信息和项目实施信息。根据慈善法第七十三条的规定，具有公开募捐资格的慈善组织，应当定期向社会公开其募捐情况和慈善项目实施情况。公开募捐周期超过六个月的，至少每三个月公开一次募捐情况，公开募捐情况结束后三个月内应当全面公开募捐情况。慈善项目实施周期超过六个月的，至少每三个月公开一次项目实施情况，项目结束后三个月内应当全面公开项目实施情况和募得款物使用情况。

- 向特定人公开的信息

首先，向捐赠人公开信息。根据慈善法第七十四条的规定，如果慈善组织开展定向募捐的，应当及时向捐赠人告知募捐情况、募得款物的办理使用情况。

其次，向受益人公开信息。根据慈善法第七十五条规定，慈善组织、慈善信托的受托人应当向受益人告知其资助标准、工作流程和工作规范等信息，使受益人明明白白受益。

- 鼓励公开的信息

基金会半年工作报告、季度工作报告、月报告等；保值增值报告、分支机构管理报告、志愿者报告等专业性报告信息；基金会认为可以公开的其他信息。

（三）基金会信息公开的途径？

基金会可通过登记管理机关统一信息平台（慈善中国），基金会出版物（年报、通讯等）、官方网站，大众媒体（网站、电视、报纸、电台、杂志等），定期邮寄或电子邮件、微信、微博，以及其他方式公开信息。鼓励基金会通过召开新闻发布会，举办开放日、公益体验日等方式，加强与社会公众的互动交流，提高信息公开效果。基金会应在30日内，主动将登记管理机关审查通过的年度工作报告（包括财务会计报告和注册会计师审计报告）在指定的信息平台上公开。信息公布所使用的媒体应当能够覆盖信息公布义务人的活动地域。公布的信息内容中应当注明信息公布义务人的基本情况和联系、咨询方式。

（四）未履行信息公开要求的法律责任？

如果慈善组织应当向社会或者特定人公开信息却未履行义务的，根据《慈善法》第九十九条的规定，民政部门将采取由轻到重的处罚：首先是予以警告、责令限期改正；如果逾期不改正的，责令限期停止活动并进行整改；如果在依法处理后一年内再出现不履行信息公开义务或者有其他情节严重情形的，民政部门将吊销其登记证书并予以公告。

《慈善组织信息公开办法》补充规定，民政部门应当进行记录，并将相关情况通报有关部门，根据有关规定实施联合惩戒。此外，根据《社会组织信用信息管理办法》的规定，社会组织受到警告处罚的，或者要求整改却未限期整改的，将被列入“活动异常名录”。一旦被列入活动异常名录满2年，或者受到限期停止活动处罚的，将会被列入“严重违法失信名单”，也就是社会组织的“黑名单”。对于被列入黑名单中的社会组织，登记管理机关或者其他有关部门会对该社会组织进行惩戒，包括：列入重点监控对象、不给予资金资助、不向其购买服务、不授予相关荣誉称号、取消或降低评估登记、实施已签署联合惩戒备忘录中各项惩戒措施等。

【法律依据】

《慈善法》

第七十一条：“慈善组织、慈善信托的受托人应当依法履行信息公开义务。信息公开应当真实、完整、及时。”

第七十二条：“慈善组织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，慈善组织应当及时向社会公开。

慈善组织应当每年向社会公开其年度报告和财务会计报告。具有公开募捐资格的慈善组织的财务会计报告须经审计。”

第七十三条：“具有公开募捐资格的慈善组织应当定期向社会公开其募捐情况和慈善项目实施情况。

公开募捐周期超过六个月的，至少每三个月公开一次募捐情况，公开募捐活动结束后三个月内应当全面公开募捐情况。

慈善项目实施周期超过六个月的，至少每三个月公开一次项目实施情况，项目结束后三个月内应当全面公开项目实施情况和募得款物使用情况。”

第七十四条：“慈善组织开展定向募捐的，应当及时向捐赠人告知募捐情况、募得款物的管理使用情况。”

第七十五条：“慈善组织、慈善信托的受托人应当向受益人告知其资助标准、工作流程和工作规范等信息。”

《慈善组织信息公开办法》

第二条：“慈善组织应当依法履行信息公开义务，信息公开应当真实、完整、及时。

慈善组织应当建立信息公开制度，明确信息公开的范围、方式和责任。

慈善组织应当对信息的真实性负责，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，不得以新闻发布、广告推广等形式代替应当履行的信息公开义务。”

第三条：“慈善组织应当依照有关法律法规和本办法规定，在民政部门提供的统一的信息平台（以下简称统一信息平台），向社会公开下列信息：

- （一）本办法规定的基本信息；
- （二）年度工作报告和财务会计报告；
- （三）公开募捐情况；
- （四）慈善项目有关情况；
- （五）慈善信托有关情况；
- （六）重大资产变动及投资、重大交换交易及资金往来、关联交易行为等情况；
- （七）法律法规要求公开的其他信息。”

第四条：“慈善组织应当自下列基本信息形成之日起 30 日内，在统一信息平台向社会公开：

- （一）经民政部门核准的章程；
- （二）决策、执行、监督机构成员信息；
- （三）下设的办事机构、分支机构、代表机构、专项基金和其他机构的名称、设立时间、存续情况、业务范围或者主要职能；
- （四）发起人、主要捐赠人、管理人员、被投资方以及与慈善组织存在控制、共同控制或者重大影响关系的个人或者组织（以下简称重要关联方）；

(五) 本组织的联系人、联系方式，以本组织名义开通的门户网站、官方微博、官方微信或者移动客户端等网络平台；

(六) 本组织的信息公开制度、项目管理制度、财务和资产管理制度。

基本信息中属于慈善组织登记事项的，由民政部门予以公开，慈善组织可以免于公开。

慈善组织可以将基本信息制作纸质文本置于本组织的住所，方便社会公众查阅、复制。”

第五条：“具有公开募捐资格的慈善组织应当公开的基本信息还包括：

(一) 按年度公开在本组织领取报酬从高到低排序前五位人员的报酬金额；

(二) 本组织出国（境）经费、车辆购置及运行费用、招待费用、差旅费用的标准。”

第二十四条：“慈善组织在信息公开中违反有关法律法规规章和本办法规定的，民政部门应当进行记录，并将相关情况通报有关部门，根据有关规定实施联合惩戒。”

《基金会信息公布办法》

第九条：“除年度工作报告外，信息公布义务人公布信息时，可以选择报刊、广播、电视或者互联网作为公布信息的媒体。”

第十条：“信息公布所使用的媒体应当能够覆盖信息公布义务人的活动地域。公布的信息内容中应当注明信息公布义务人的基本情况和联系、咨询方式。”

50 基金会公开不得公开信息案

【基本案情】

某青少年基金会以提高青少年能力、改善青少年成长环境为宗旨。为了帮助困境家庭的青少年，该基金会发起“明日希望”评选活动，被评选出的青少年可以每学期获得2000元的奖学金。某贫困生小李学习刻苦，成绩名列年纪前茅，且为人和善，乐于助人。经过两轮评选后，小李被评选为“明日之星”。但是，在公布获奖者的信息中，将小李家庭贫困、母亲离家出走、父亲残疾等情况也进行了公开，小李因此而受到了某些同学的嘲笑，他认为自己的这些信息属于个人隐私，不应该被公开。

【法律要点】

- (一) 哪些信息是基金会不应当公开的？
- (二) 泄露这些信息要承担的法律责任是什么？
- (三) 如何做好基金会的信息公开工作？

【要点解析】

（一）哪些信息是基金会不应当公开的？

根据《慈善法》第七十六条以及《公益慈善捐助信息公开指引》的规定，不得公开的信息有两种：一是涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的信息不得公开；二是捐赠人、慈善信托的委托人不同意公开的姓名、名称、住所、通讯方式等信息，不得公开。

但是，根据《公益慈善捐助信息公开指引》的规定，即使上述不公开的信息，也要随时接受上级登记管理机关的监督检查。本案中某青少年基金会因资助的是困境家庭的青少年，因此公布小李家庭经济情况是有必要的，但公布其母离家出走、其父残疾则是侵犯了其个人隐私，是违法的。

（二）泄露这些信息要承担的法律责任是什么？

如果基金会泄露了捐赠人、慈善信托的委托人、志愿者、受益人个人隐私的，根据《慈善法》第九十九条的规定，民政部门有权予以警告、责令限期改正的处罚；逾期不改正，则会被责令限期停止活动并进行整改。如果慈善组织在经依法处理一年内再出现上述违法情形，或者有其他情节严重情形的，由民政部门撤销登记证书并予以公告。

如果泄露国家秘密，根据《保密法》和《刑法》的规定，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。如果不构成刑事犯罪的，则可能会被处以行政处罚。

如果是泄露商业秘密的，根据《侵权责任法》的规定，需要承担民事侵权的责任；如果泄露商业秘密给权利人造成重大损失的，还会构成侵犯商业秘密罪，将会受到刑事处罚。

（三）如何做好基金会的信息公开工作？

基金会需要的核心能力之一是资金使用上的社会公信力，也就是说需要公开透明，即让社会公众相信其资金使用是没有问题的，不存在善款流失、组织腐败

的现象。所以做好基金会的信息公开很重要，那么根据法律法规的规定，结合基金会的实际情况，我们认为从以下方式来做好基金会的信息公开工作：

第一，建设好基金会的官网。网站成为现代交流与观察的主要通道，因此也是基金会展示自己、公开透明的主要通道。然而，网站是被动地等待公众过来察看的，除了在网站公开信息外，还应该主动将基金会的项目运作结果、资金使用情况等，以电子邮件或者纸质材料的形式，邮寄给相关人员，尤其是资金的捐赠方。借助网站对外交流可以做两件事情：一是对社会公众宣传自己的业绩、展示基金会的成效、宣传基金会的活动；二是向社会公众展示基金会是如何运作的，包括规范性、效率、公开透明状况、如何值得信赖等等。

第二，工作层面来说，捐赠信息的每一笔入账的钱款都可以通过技术在网站实现，所有捐出的物资和开销都有票据，无法开具发票的由接收方开出盖章的收据；所有捐赠出的物资都有清单，包括日期、来源、数量、品牌、花费金额、具体接收方等。

第三，从制度层面来说，要制定机构的信息公开制度，明确各个部门的权责，哪些属于信息公开内容的，工作人员在工作过程中做好记录，档案部门做好保存，让信息公开的工作通过制度来保障。

【法律依据】

《慈善法》

第七十六条：“涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的信息以及捐赠人、慈善信托的委托人不同意公开的姓名、名称、住所、通讯方式等信息，不得公开。”

《慈善组织信息公开办法》

第十九条：“涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的信息以及捐赠人、志愿者、受益人、慈善信托的委托人不同意公开的姓名、名称、住所、通讯方式等信息，不得公开。”

第二十三条：“慈善组织有下列情形之一的，民政部门依据《慈善法》第九十九条的有关规定进行处罚：（二）泄露捐赠人、志愿者、受益人个人隐私以及捐赠人、志愿者、受益人、慈善信托的委托人不同意公开的姓名、名称、住所、通讯方式等信息的。”

《刑法》

第三百九十八条：“国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

非国家机关工作人员犯前款罪的，依照前款的规定酌情处罚。”