

# 以股权设立企业基金会: 质疑与辩护

孙光焰

(中南民族大学 法学院 湖北 武汉 430073)

**摘要:** 2016年3月《中华人民共和国慈善法》和2017年3月《中华人民共和国民法总则》的相继出台,为我国民间慈善事业的大发展迎来了新的契机,然而根据现行《基金会管理条例》的规定,基金会的设立仍然只能使用现金进行设立,这将极大制约企业设立企业基金会。为使各种社会资源积极投向慈善公益事业,使用股权设立企业基金会是在新的发展形式下解决基金会资金来源困境而作的大胆设想。但目前无论是理论界还是实务界对以股权设立基金会还存在很多误解,应当认为股权设立企业基金会既具有合理性,也具有适格性。

**关键词:** 股权捐助; 企业基金会; 慈善公益事业

中图分类号: D922.291.91

文献标识码: A

文章编号: 1672-433X(2017)05-0142-06

## 一、问题的由来

2009年3月,玻璃大王曹德旺宣布捐赠出家族持有的70%福耀玻璃股份以成立慈善基金会。而根据《基金会管理条例》的规定,设立基金会的原始资金只能是到账货币资金。由于这一制度和政策的限制,直到2011年5月5日,由曹德旺发起的以“河仁”命名的慈善基金会才正式通过了民政部注册而成立。该基金会不得不先以2000万元现金出资设立,在基金会成立后再捐赠3亿股股票。这是中国第一家以捐赠股票形式支持社会公益慈善事业的基金会,该以股权为主要资产的基金会过户当日市值35.49亿元人民币,这一资产规模成为中国最大的公益基金会之一。

随后在2013年慈航基金会获得洋浦盛唐65%股权,成为航海集团第一大股东。2014年,阿里巴巴的两位创始人马云和蔡崇信宣称,会以份额接近阿里集团总股份的2%成立个人公益基金。2014年中国慈善捐助报告显示马云和蔡崇信捐赠阿里巴巴2%的股权,按其时股价计算,捐赠金额达245亿元,成为史上最大单笔捐赠,位居捐赠榜首,但至今并没有明确的报道与公布信息显示该承诺捐助是否实现、流向了哪些机构。据浙江马云公益基金会章程显示,其成立的原始基金为200万现金,且其审计报告并未显示其接受了股权捐赠。

2016年3月通过的《中华人民共和国慈善法》

规定了可以用于慈善捐赠的财产形式,这一规定明确了股权可以成为企业基金的财产组成部分,但是慈善法并未就基金会的设立财产作规定,企业基金会还是要遵循2004年《基金会管理条例》(下称《条例》)的有关规定。但是《慈善法》所传播的公益理念与国家促成公益事业发展的决心,客观上带动了企业及企业家参与公益慈善的干劲,创造了以各有利于企业基金会成立的市场环境。

为适应《慈善法》的新规,现行《基金会管理条例》正在修订中。《基金会管理条例征求意见稿》拟不再区分公募与非公募基金,但规定基金会的设立仍然必须是以一定数量的到账货币资金为条件。虽然有关基金会管理条例的修改方案最终还未成形,但相关问题还存在着重大的争议。现行的《基金会管理条例》中规定的企业基金会设立门槛过高,这成为了企业基金会进入公益慈善领域的巨大障碍。立法者很有必要对以股权捐助设立基金会的形式进行立法上的重新考量。

## 二、股权捐助对慈善公益事业的重大意义

以股权设立企业基金会,是捐赠者将其持有的某公司股权作为注册基金形式,设立企业基金会。企业基金会设立所提供财产的行为当然属于广义的捐赠行为,股权捐赠发生在基金会设立阶段或基金会成立后的阶段,这是学界的共识。但纵观有关股权捐赠的讨论,很多学者是在基金会设立后再进行股

收稿日期: 2017-06-20

基金项目: 国家社会科学基金项目“企业基金会设立法律问题研究”(13BFX099)。

作者简介: 孙光焰,男,中南民族大学教授,博士,主要研究公司法 and 证券法。E-mail: 1725070650@qq.com

权捐赠的层面上进行的研究,鲜少将重点放在基金会的设立阶段。而我国法律早已肯定了基金会成立后的股权捐赠,但设立时的运用却仍然无立法依据。鉴于此,有必要将股权捐赠与以股权设立基金会两者概念区别开来。捐赠在民法上是一个双方法律行为,需要有双方主体的意思表示,与此相对的民法学理上另一个概念捐助则是指一个单方法律行为,不需要有受赠人的意思表示即可成立<sup>[1]</sup>。而在拟以股权设立企业基金会时,基金会尚未成立,是不存在的机构,没有这样一个主体作出受赠表示;在基金会成立后所接受的股权就是一个双方法律行为,可以被称为股权捐赠。在设立时的股权移交行为因是单方法律行为,称为股权捐助更为确切<sup>[2]</sup>。2017年3月通过的《中华人民共和国民法总则》新增加了捐助法人这一法人类型,并明确将基金会纳入捐助法人,这表明在民法上为基金会设立之目的而进行的财产赠与行为是捐助行为,与基金会成立后再进行的财产捐赠相区分。在当下我国慈善公益事业资金还存在巨大缺口的情形下,允许以股权捐助的形式设立企业基金会具有重大的意义。

1. 可以实现企业私益与社会公益需求之间的平衡。传统观念上慈善公益与企业私益之间仿佛处在不可调和的对立面,在有限的企业资源下,公益部分的支出意味着企业私益收入的减少。私益利己,公益利他,人类的利己主义使得对自身利益的渴望远远超过对公益的追求,但公益事业的发展能为私益的追求创造更好的社会条件,因此,不能将公益与私益完全割裂开来,而应辩证的看待它们之间的关系。企业是以营利为目的的组织,其资本大多投入到市场进行运作,大多数企业没有足够的闲置资本设立基金会,仅靠现金设立企业基金会对企业的资金链带来巨大的负担,甚至影响到企业的经营。从企业捐助成立慈善基金会的实践来看,直接投入大量的资金流设立企业基金会对企业的经营产生了负面的影响<sup>[3]</sup>。究其原因,是因大量的现金支出减少了公司的现金流,影响了公司资金链的及时供给,对公司的运营情况和偿债能力等产生了影响。因为私益是人类天然的本能需求,希望企业从事有损于企业私益的公益活动不具有期待可能性,公益的可持续发展以私人利益的可持续发展为基础<sup>[4]</sup>,企业基金会的设立同样如此,在提倡公益行为的同时也要同等重视自身的发展。以股权设立企业基金会既能够让企业积极的参与到公益事业中来,又能稳定公司经营的效果。从另一层面来看,慈善捐助也释放出

“公司经营状况良好”这一信号,慈善事业的参与能为企业树立良好的信誉形象,给企业带来无形的利益。

2. 有利于企业基金会的可持续发展。企业基金会在发展中遇到的难题之一就是资金短缺,这给企业基金会每年的劝募带来很大的压力。如企业基金会的基金进行规划是实现可持续发展的一个重要因素,以股权设立企业基金会将基金收益分散,在公司经营稳定的状态下每年为企业基金会提供较为固定的收益,按需而取,量力而行。在一定程度上可缓解企业基金会因对原始基金的过度支出而造成的资金短缺。再者,基金会也需要通过投资以期实现基金保值增值,股权作为具有长期增值潜力的财产即具有增值之功效。

3. 为开创商业支撑慈善事业提供了新的公益模式。随着现代公司制度的发展,股权交易、转让制度日趋成熟,公益事业的需求越来越大,允许通过股权捐助设立企业基金会,可以鼓励更多的社会资源流入到慈善领域。企业基金会由运作型向资助型转变是基金会制度进化的一个过程。企业基金会将专门从事公益基金的募集及投资管理,而项目的运作则交给其他民间组织。事实上,基金会等慈善机构利用自身的资金、技术或是其他资源从事商业投资已经非常普遍。比如,1998年美国罗伯特基金会的调查报告就记载了一系列慈善机构通过经营面包店、冰淇淋店等企业的方式,提供大量的就业机会<sup>[5]</sup>。

非营利组织研究学者借用利益相关者理论来说明企业与非营利组织之间的关系。他们认为,基金会和企业之间存在着支持型关系、混合型关系、威胁型关系以及边缘型关系,不同关系类型在应对两者之间问题时的策略也不同<sup>[6]</sup>。企业基金会与企业之间就是最典型的支持型关系,在以股权设立企业基金会的制度上,该基金会即为企业的利益相关者,能够对企业结构和运营施加影响,所持有的股份越多则对企业的影响越大。

在英美国家,有社会企业这一组织,如同基金会一般的慈善法人组织,共同目的是为实现社会目标的最大化,其区别是它通过商业形式来实现社会目标,直接参与经营管理。在美国表现为低收益有限责任公司<sup>[7]</sup>,它努力成为一个成功的企业,建立自己的市场份额,实现自己财务上的可持续发展,为社会目标的实现提供永续支持,将公司的资金优势与非营利组织的社会优势结合起来,为社会公益注入新的力量。社会企业拥有充足的开发产品、开拓市

场、促进消费的动力<sup>[8]</sup>,减轻了对捐赠资源的过度依赖。英美等国家能进行这类组织的尝试是因为外部法律制度环境的宽松,对基金会的制度形式没有严格的要求,但在我国则要遭遇很大的困境,因为企业基金会不能是企业或公司。

以股权捐助设立企业基金会能够在不改变基金会性质的条件下,获取到部分公司的资金优势。由企业基金会成为公司的控股股东,确实享受到了企业经营的利润,但并不是企业基金会直接从事营利性活动。企业专注于营利并提供利润,基金会依靠企业运作的股息红利进行公益投资,企业基金会可以看作是一个不谋私益的公司,它内部的设置几乎参照公司模式管理,它可以通过投资实现资产的增值,只要管理人员不参与利润分配机制,则不会改变其非营利性质。

### 三、以股权设立企业基金会所遭受的质疑

在《慈善法》出台前,我国就股权这种形式的财产是否可以适用于基金会有着很大的争议,2009年由民政部举办的“股权捐赠相关政策法律问题研讨会”召开,来自国家机构的政府官员、各高校研究机构的专家学者以及新闻媒体工作者参与了此次研讨,有学者指出股权捐赠设立非公募基金会是公益领域出现的新动向,政府应该调整相关的政策规定给予支持<sup>[9]</sup>。但这一制度至今还未得到法律上的明文支持,究其原因,股权能否成为企业基金会设立的资金形式之一主要受以下几方面的制约。

1. 受到传统“限制发展”思想的桎梏。法律上对企业基金会的准入限制与基金会的立法思想密切相关,回顾中国企业基金会的立法历程,能发现立法是一个从严格管控到逐渐放宽的过程,我国政府对民间组织的立法指导思想仍然延续了“严格管控、从严控制、限制发展”的立法指导思想,因而有关企业基金会的相关规定也体现了这一思路。

中国企业基金会在立法历程上共有两次大的变动,第一次是1988年的《基金会管理办法》,其目的是将当时混乱的民间慈善市场纳入法制的轨道,便于整顿和管理。第二次则是2004年《条例》的出台,条例为企业基金会的进入打开了渠道,虽有适当鼓励基金会发展之意,但仍未摆脱“限制发展”思路的桎梏。政府对民间团体力量一直持引导、规制的审慎态度,主张社团成立要在业务主管部门审查同意的基础上由登记管理部门进行登记,有限制地发展社团组织<sup>[10]</sup>。可以说,正是由于政府一方面希望借助民间力量发展慈善组织,通过慈善活动开展来

弥补社会保障的不足;另一方面又担心慈善组织发展壮大后被人利用,更担心人们结社自由权利过度行使而难以控制。

企业基金会属于一股民间团体力量,因为经常出现在公众的视野中,对民众乃至整个社会有着一定的影响力与号召力。这股力量事实上是一把双刃剑,政府引导的好,则能激发公众的慈善热情和承担社会责任的积极性;但如果得不到好的引导、监管,基金会的“民间效应”将会走向社会和谐的对立面,甚至顶着公益的面目成为与政府对抗的组织,威胁政治和谐和社会稳定。正是由于此种担忧,在法律制定上对企业基金会以规制为主,将不达标的组织排除在外,合理地控制基金会的数量发展。企业基金会设立财产越单一,则可达到标准的企业基金会的数量越少,政府相关部门也就便于监督管理。

允许以股权捐助设立企业基金会使基金会市场的进入方式更为多样化,可能会造成公益慈善市场的混乱,不利于政府的监督管理。更多的企业会以股权的形式进入公益领域,这为非营利组织增加了竞争对象。再者,现今并没有法律明确规定可以用股权设立企业基金会,这一制度缺乏立法上的依据,与传统的立法思想相悖。

2. 受到股权价值及收益变动性的影响。从股权性质上看,股权能否作为企业基金会的原始基金可能会导致实际资金不到位的后果。基金会是财产的集合,基金会的原始基金是企业基金会得以形成的基础,必须要满足开展公益活动的要求,即该资产可以流通使用,达到法律规定的活动要求。股权属于抽象存在的资产,如果企业基金会设立时的资产全部由股权、股票构成,这会使企业基金会难以正常开展活动,一定量的货币资金是基金会启动及正常运作的基础。股权价值变动太大、风险过高,基金会全部财产的代表形式都为股权势必会导致基金会的财产处于高度不稳定状态,与基金会财产保值增值、分散风险的要求不相符。

股权是股东基于股东身份和地位所获取的一定的经济利益和参与管理的权利,即自益权与共益权两方面<sup>[11]</sup>。股权所对应的财产价值是抽象的,并非有形资产,股权是对一定数量的财产的受益权,而该财产的所有权是属于公司的。股权作为一种物权虽然具有财产价值,但对于该财产价值的利用是受到限制的,它是一种受到限制的权能。对企业基金会而言,资金是其得以存在的基础,基金会的支出比重对基金会的发展影响巨大。货币因其本身具有确定

的价值衡量标准,流动性强,又便于及时转化成其他各类生产要素,企业基金会账面上所记载的原始现金资金即是能够动用并投入到慈善市场的基金,稳定可观的基金能够满足企业基金会的项目支出要求。但股权因为权能受限,即使在企业基金会账面上显示出量化价值,能为基金会可用的价值却十分有限,既不能及时转化为其他物质,又无法直接用于公益事业,造成企业基金会的注册基金“可看却不可用”,使企业基金会难以开展活动。

股权的账面价值既不能全为企业基金会所用,基金会项目活动的进行必然要依赖股权所带来的股息红利收益,但每股收益价值是个变量,是随着公司经营情况发生变化的,如若公司经营恶化,没有股息和分红,那么企业基金会也就没有可用财产开展业务。股利分配是投资回报的重要渠道,股利是依照法定程序、按照一定比例将公司利润分配给股份持有者,股利一般包括股息和红利<sup>[12]</sup>。公司的股利分配不仅取决于公司的经营状况,还与公司的决议有关。首先,企业基金会股利分配权的实现基础是公司有可供分配的盈利存在。这与公司的经营状况密切相关,在业绩好的年份,盈余额高,股东按照持股比例分配的股息就多;反之,公司经营恶化,没有盈余甚至亏损,则股东无可供分配利润。其次,股东分红权实现的障碍可能发生在具体股东分红权行使过程之中<sup>[12]</sup>。公司的股利分配一般由董事会提交股利分配方案,再由股东大会作出决议,而决议内容可以是公司的盈余利润向股东分配,也可以是将盈余留存作为公司的资本运作资金。股权无法分红的障碍会直接导致企业基金会原始资本无孳息,影响企业基金会社会业务的展开,撼动基金会存在之价值。

许多学者都将企业基金会的年项目支出作为衡量基金会社会贡献的指标之一,法律上也明确规定了企业基金会每年支出需要达到的标准,一旦企业基金会的可用资产无法满足应支出比例,法律规定企业基金会按照其年度净资产总值每年的公益支出必须达到所规定的最低比例,那么则需要动用企业基金会的固定资产。若以股权设立企业基金会则会导致其大部分的固定资产都是投资在公司运营中,而对公司的投资一般为长远投资,短期内难以变现,当投资效益不能达到最低支出以上预期收益时,必然需要对该投资进行处理,但按照法律规定,股权在一般情况下只能转让不能退股,而股权的转让也受法律和公司内部决议的限制,这必然会影响到企业基金会可变现资金的筹集。若是在企业基金会设立之

初就将股权的抽象价值转化为具体的形态,将股权价值转化为现金价值再设立企业基金会就不会陷入此等困境。

3. 受到弱化企业基金会公益性的指责。首先是对企业基金会独立性的影响。一旦以企业股权设立基金会,企业基金会则受让成为企业新的股东,基金会的财产利益将与企业的经营收益产生直接联系,这样可能会进一步弱化企业基金会的独立性。企业基金会成为公司的股东会,会使公司利益与企业基金会的利益密切相关,因为公司的盈利直接影响到企业基金会可支出资金的多寡,企业基金会会不会因此而为公司利益而考虑削弱其公益性呢?其次有悖于企业基金会的非营利性特征。股权出资设立企业基金会使企业基金会成为企业的股东,根据基金会的特征,其不得以营利为目的。参与公司的经营与企业基金会的非营利性不符,非营利性是企业基金会公益性的重要体现,违反非营利性会改变企业基金会的公益性。

#### 四、对股权设立企业基金会质疑的回应

1. 传统“限制竞争”的立法理念已产生局限性。公益慈善市场有限竞争的立法指导思想的确立有着鲜明的时代特征。在民间组织缺乏相关法律规制,发展速度又过快以至于扰乱正常社会秩序的情况下,纠正违法乱纪行为,稳定社会秩序是法律规制的首要任务。为了整顿清理混乱的慈善市场而制定的《办法》在当时为维护国家安全起了至关重要的作用,然而在今天看来,其中的许多条款和严格控制的管理未免失于严厉,难以适应时代发展的需要<sup>[13]</sup>。

近年来,中国慈善事业发展迅速,更多的企业基金会登记注册参与到公益领域事业范围内,他们在各类社会救助中展现出极强的号召动员力,并及时提供了各类救助物资。必须看到,企业基金会对于调动社会资源、调节贫富差距、缓和社会矛盾、促进社会公平等方面都具有重要意义。特别是进入新世纪以来,我国的经济社会结构发生了一系列的深刻变化,涌现出新的社会阶层和利益群体,在关键的社会转型时期许多深层次的矛盾凸显出来,公共产品供给效率低下、政府机构臃肿,社会矛盾加剧,急需一系列的改革措施转变政府职能<sup>[6]</sup>,将一部分的社会公共职能转移给民间公益组织,权力下放,一来可以加快政府职能的转变,再者可以适当减轻国家财政负担。这些社会生活的转变对基金会这类组织的需求更甚,我国社会需要更多的公益力量参与到慈善中来,虽然近十年企业基金会的发展速度惊人,但

是与我们社会实际需求相比还远远不足。

政治体制改革的扎实推进为企业基金会发展拓展了制度空间。2014年12月国务院正式下发的《关于促进慈善事业健康发展的指导意见》强调：“在慈善事业体制、机制、运行方式、慈善事业与社会救助对接等方面大胆探索，畅通社会各方面参与慈善和社会救助的渠道，大力优化慈善事业发展环境，使各类慈善资源、社会救助资源充分发挥作用。”《意见》中提出要鼓励多元的捐赠渠道和方式，探索捐赠知识产权收益、技术、股权、有价证券等新型的捐赠方式，进一步激发基金会的社会创新能力，表明了国家大力发展慈善事业的态度。如今中国社会处于一个稳定发展时期，经济发展水平有了显著提高，与此相对应的是社会福利水平低、贫富差距大的社会现实，企业基金会在承担社会责任方面呈现出独有的优势，基金会市场也逐渐步入有序发展、更加透明的阶段，原有的立法背景已有很大改变，限制发展的立法思想已经不再适应时代的需求，不能成为拓宽企业基金会设立渠道的依据。

而且从法律规定上看，我国基金会管理条例虽没有明确股权可以作为企业基金会设立原始基金，但也没有明文禁止，并且《慈善法》也扩大了基金会接受慈善捐赠的财产形式，其中股权赫然在列，可见股权这一财产形式适用于基金会领域已被法律所认可，这也为股权出资探索设立企业基金会的合法渠道开辟了法律空间。法律总是滞后于社会生活的发展要求的，《基金会管理条例》的修改应该为股权进入企业基金会的设立制度提供法律上的直接依据。

2. 股权设立基金会具有其适格性。当前针对股权性质而对其设立企业基金会提出的质疑是缺少说服力的。首先，股权的性质并不能成为设立企业基金会的障碍，针对股权设立易导致企业基金会原始资本缩水的观念，笔者认为并不能成为阻止股权进入公益的理由。股权中的收益权虽然随着公司经营的开展而不断变换价值，但以股权作为注册资金并不必然导致企业基金会原始基金不到位以及其实际基金份额少于账面基金的后果。这是因为在以股权来设立企业基金会的过程中，股权可依其转让时的市价或是专业评估机构给出的评估价格来确定，而股权的价值和收益会随着公司经营情况变动并不意味着其价值只跌不涨。一般情况下，能够设立企业基金会的股权，其所对应的公司经营效益都是较好的，甚至企业基金会通过持股能够达到资产的增值。注册基金是企业基金会开展事业的最初财产，随着

每年项目的展开，原始基金也成了一个变量，企业基金会成立之初的注册资金并不能代表该基金会的资金能力。企业基金会的支付能力更多是建立在基金会的现实资产之上，尤其是可变现资产之上。即便是以现金基金设立的企业基金会，该原始基金也只能代表基金会最初之偿付能力，也不一定就能保证基金会资金充实，企业基金会每年都需要有公益支出，以现金设立的基金会同样大量存在着项目资金短缺的问题，原始基金并不能解决企业基金会所有的资金问题。

其次，在企业基金会发展初期，遵循着“捐赠就是无偿奉献”的“支票簿”形式，即企业基金会价值实现只关注在如何花钱这一方面，而忽略了企业基金会的长远发展。但现今企业基金会的发展模式已有了变化，开始有目的有计划地进行长远公益投资。影响企业基金会年度支出的主要因素是对基金会的资产管理和每年所接收的捐赠额度。在美国，大部分基金会主要依靠年度捐赠资金和本金投资来维持组织的运营，在美国各州禁止花费一些个人捐赠“留本基金”<sup>[14]</sup>，所谓“留本基金”是指只能动用其增值部分投入公益项目的捐赠。大多数基金会的原始资金的作用在于资产保值增值，并不用于直接对外捐赠和项目运作，企业基金会的可持续发展需要处理好项目支出与资产收益之间的关系，企业基金会的本金存留和资产投资是避免基金会净资产变动为负的必要手段。所以在新形式下的企业基金会，其原始资金在日常运营中一般作为留存资金管理，不轻易动用本金。而且大多企业基金会规划的年度支出之间数额较为稳定，每一年度和上一年相比不会相差太远。如果股权所对应的公司经营稳定、效益良好，所分得的股息红利能够实现企业基金会的年度支出计划，这样一来，股权也能够实现同现金资金一样的价值。因而能为基金会带来资产性收益的股权是能够满足基金会之日常事业支出，并能够维持企业基金会的存续的。

最后，至于主张将股权转化为有形资产后再设立企业基金会的想法，要么不符合捐助人的意愿，要么将产生高额的成本。假如某企业要将自己资产的一部分用来设立企业基金会，则需要将该部分资产卖出，然后再用换得的现金设立企业基金会。但现实却是，公司资产的重大变动会导致公司经营情况的变化，不利于资本市场的稳定，甚至会造成公司解散的后果，这种为了公益而完全损害私益的选择并不是慈善发展的方向，也不符合人类的利己主义倾向。

主张先将股权转化为有形资产再设立企业基金会实有削足适履之嫌。

3. 股权设立并不损害企业基金会的公益属性。企业基金会自发展以来,其独立性便广受诟病。即使是货币资金设立的企业基金会也存在着独立性较弱的问题。企业基金会属于非公募基金会,基金会主要财产来源于企业捐赠,在独立性上不及公募基金会。企业和企业基金会关系的特殊性,容易导致后者沦为前者的附庸,甚至为企业之私利而损害公益<sup>[15]</sup>。实践中企业基金会每年都会接受设立企业的资金捐赠来维持支出,这种资金联系在短期内是无法改变的。以股权设立企业基金会虽然会使基金会成为股东,但基金会是法律拟制的独立法人,它不可能直接追求私益,企业基金会如何保持公益性的关键在于管理层的运行操作,更在于企业基金会的内部监督与外部监管的加强。

一般认为,营利性与否描述的是社会组织的业务类型,即是否从事生产经营活动,与社会组织的目的没有必然的联系。企业属于营利组织,但是如果所获得的利润分配给投资人,则为私益性组织,如果

在章程中明确规定其所获取的利润全部用于不特定多数人谋福祉的公益事业,或者仅仅获取在法律限定范围内的最低利润,则该企业可被判定为公益性企业。社会的非营利性判断标准主要有两项标准:不以营利为目的和禁止利润分配<sup>[16]</sup>。企业基金会的非营利性要求其不得以营利目的而设立,并且其捐赠人、理事会和管理人不得分配基金会财产运作所产生的利益。非营利性并不是禁止企业基金会涉及任何有关营利的行为,而是重在强调“不分配约束机制”。企业或公司的营利性,是针对其举办者或出资者,是针对股东依法能否从该组织中取利而言的,与企业、公司本身是否赢利无关。

非营利性并非是指企业基金会不能参与任何有关营利事项,而在于企业基金会获取的利润不得分配给捐赠人与管理者,利润为基金会财产,用于公益事业。现实中,经常有企业基金会通过与企业或是政府合作,提供有偿的服务来获取资金,所以企业基金会的非营利性并不会成为股权捐助的阻碍,换言之,股权捐助不会改变基金会的属性。

#### 参考文献:

- [1] 梁慧星. 民法总则立法的若干理论问题[J]. 暨南学报, 2016(1).
- [2] 罗昆. 我国基金会立法的理论辩证与制度完善——兼评《基金会管理条例》及其《修订意见稿》[J]. 法学评论, 2016(5).
- [3] 方军雄. 公司捐赠与经济理性——汶川地震后中国上市公司捐赠行为的再检验[J]. 上海立信会计学院学报, 2011(1).
- [4] 马金芳. 通过私益的公益保护——以公益慈善中的公益定位为视角[J]. 政法论坛, 2016(3).
- [5] 黄春蕾. 慈善商业化、国际经验的考察以及中国的发展路径设计[J]. 山东大学学报, 2015(4).
- [6] 王向南. 中国非营利组织发展的制度设计研究[D]. 长春: 东北师范大学博士学位论文, 2014.
- [7] 王波. 美国低收益有限责任公司立法介评——兼论中国非公募基金会制度之完善[J]. 湖南社会科学, 2012(2).
- [8] 舒博. 社会企业的崛起及其在中国的发展[M]. 天津: 天津人民出版社, 2010: 53.
- [9] 文青. 以机制建设推动中国公益慈善事业发展——股权捐赠相关政策法律问题研讨会综述[J]. 社团管理研究, 2010(1).
- [10] 胡卫萍, 赵志刚, 高志民. 中国慈善组织的法律形态及其设立对策[J]. 重庆大学学报, 2013(2).
- [11] 施天涛. 公司法论[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 293.
- [12] 程显波. 股东分红权保护研究[D]. 长春: 吉林大学博士学位论文, 2015.
- [13] 侯安琪. 慈善组织准入的法律规制——兼论慈善组织准入制度的价值取向[J]. 社会主义研究, 2010(5).
- [14] 弗雷施曼. 基金会: 美国的秘密[M]. 北京师范大学社会发展与公共政策学院社会公益研究中心, 译. 上海: 上海财经大学出版社, 2013: 9.
- [15] 李新天, 易海辉. 公益慈善中的代理问题及其治理——以企业基金会为视角[J]. 浙江工商大学学报, 2015(4).
- [16] 税兵. 非营利法人概念疏议[J]. 安徽大学学报, 2010(2).

(责任编辑 彭建军)