

财团法人的治理结构

李燕

(湖南大学, 湖南省长沙市, 410082)

摘要: 目前, 我国民法典正在如火如荼地制订, 而在我国建立财团法人制度已有充分的理论和实践支持, 所以我国民法典中很有可能规定财团法人制度。财团法人制度对公益事业的发展有非常关键的作用, 为保证财团法人实现其宗旨, 需要构建一套科学合理的治理结构。文章主张我国应结合内部治理和外部功能性治理两方面来进行财团法人治理, 建立监事会与董事会齐头并进、相互制衡的内部监督机制, 应保障监事会独立运作, 与董事会地位平等。同时, 应从外部加强对财团法人的监督, 建立一个以政府为主导, 多种监督方式并行的外部监督模式。外部监督包括立法机关、行政机关、司法机关的外部监督; 财团法人的捐助人、受益人、管理者和职工、志愿者的外部监督; 社会监督三个方面。

关键词: 财团法人; 治理结构; 财团法人的内部治理结构; 外部治理结构

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

1 财团法人治理结构概述

1.1 财团法人治理结构的相关概念明晰

1.1.1 财团法人的概念及特征

关于财团法人的含义, 在学理上有几种代表性的观点: 第一种是从社团法人与财团法人的区别的基础上定义, 认为财团法人“是财产的集合而成立的法人, 是财产的集合体; 第二种观点从财团法人目的的角度来定义, 认为财团法人“以实现一定目的而捐助的一定财产为基础而设立的法人。”[1]或“财团是为了在社会中作为一个主体或者团体满足一定的有利于社会的目标而存在”[2]第三种观点也是德国现行通说, 认为财团法人“是为实现一定的目标, 利用为此提供的一定财产而设立的永久性的组织体。”虽然学者们对于财团法人的定义并未形成通说, 我们仍可以从中总结出财团法人的特征:

第一, 财团法人是依一定的目的而设立的, 多以财团、文化、教育、医疗等事业为本, 主要从事社会公益事业。

第二, 财团法人依捐助财产而设立, 是以捐助人捐助的一定数额的财产作为其成立的基础, 并且财产是独立的, 归财团法人所有, 与捐助人和管理人相互脱离, 不受捐助人的财产和管理人的更替而影响。

第三, 财团法人具有治理的组织, 财团法人只有成立相应的组织, 对财团法人进行治理才能实现其目的。财团法人应当具有意思机关和监督机关, 能够代表财团行使各项权利。同时, 财团法人的组织应当受到章程的约束, 由于财团法人不同于社团法人, 不能召开会员大会, 所以应在章程中对法律允许自由抉择的事项作出规定。

第四, 财团法人是法人的类型之一, 具有民事主体资格, 能够独立享有民事权利, 履行义务。在捐助财产与捐助人之目的相结合后, 财团法人始具有独立人格。为特定目的, 尤其是指为公益事业而捐出之财产具有独立的人格, 此种观念在罗马法之时都已出现。其后, 随着基督教在欧洲的兴盛, 这种观念更加发达, 直至现代, 该观念扩展到教育、文化、艺术等领域, 并与意思自治原则和近代法技术相结合, 发展成为近现代意义上的财团法人”。[3]

综上, 笔者认为财团法人应如此定义: 财团法人是指具有相应治理组织, 法律上对于为

特定目的的财产集合赋予民事权利能力而形成的法人。

1.1.2 治理结构的内涵

最先谈到治理结构的是在组织领域,从法学角度讲,组织治理所面对的问题主要是组织治理结构,特别是利益制衡机制的构架,即组织股东、董事、经理和其他利益相关者之间的权利和责任分配。沃特·玛丽安(Miriam M. Wood)等学者将治理结构概念表述为高级管理层、董事会与各利益相关者的协同治理。[4]

我国学者认为在组织中治理结构是一组用于规范组织中相关各方的权、责、利的制度安排,是现代组织中相当重要的制度架构。它包括组织产权所有者、董事、高级管理者及利益相关者之间的一整套关系。[5]

学者对治理结构的研究主要集中在公司法人的治理结构方面,公司治理结构又称“法人治理结构”。公司实行所有权、管理权和监督权相分离,决策机构(股东大会)、决策机构(董事会)、执行机构(经理)、监督机构(监事会)四者者各负其责、协调运转、有效制衡的内部组织管理制度。但是,财团法人因其具有特定目的性、财产性等特征要求其必须具有相当强的社会公信力,才能使财团法人财产的运用符合捐助者的志愿,同时,因其没有类似社团法人的成员大会等机构,所以财团法人治理结构应不同于公司法人的治理结构。财团法人不仅需要完善内部治理结构,也需要从外部进行有效监督,加强政府和利益相关者以第三者的身份从外部对财团法人进行监督,以此来使更多热心公益事业的人士愿意投入到公益事业中,促进公益事业的发展。

1.1.3 财团法人与公益信托的对比分析

财团法人和公益信托有很多相似之处,都是为了社会公共利益而设立的,但是区别也很大。财团法人和社团法人是大陆法系的传统法人分类方法,而公益信托主要存在于英美法系,二者最大的不同在于前者赋予财产以人格,是具有独立人格的民事主体,后者不具有人格,其制度的核心在于信托义务的规定。我国已出台了专门的《信托法》,是否在民法典中规定财团法人制度学界存在很大争议。

对于信托,我国《信托法》第2条规定:“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。”所谓公益信托,是指为了实现公共利益而建立的信托,我国信托法第60条规定了设立公益信托的公益目的的范围。

具体而言,依各国法律规定,财团法人和公益信托在以下方面存在区别:

第一,设立财团法人应该依据民法和相关规定,在取得目的事业主管机关许可后,还须向登记机关办理法人登记,并取得法人资格,因其永久存续性,也不得随意解散。而公益信托在设立上手续更为简单,在解散问题上存在弹性的选择。

第二,财团法人成立后,捐赠财产归属于财团法人,并新设立法人机关进行管理,而公益信托的捐赠财产属于受托人,由受托人原来的工作人员进行管理。

第三,公益信托因有监察人的设置,以及信托法的相关规定,采外部监督机制,有助于公益目的的达成,而财团法人更多采内部监督机制,外部监督只是相关实践中的辅助监督。

1.2 财团法人治理结构的依据

1.2.1 理论依据

第一,发展理论。财团法人对大陆法系国家的发展发挥了重要的作用,其能历经2000多年的历史而亘古长青,当然离不开理论界对财团法人制度的支持和完善,尤其是在理论方面,此制度有很多值得我们学习和借鉴的地方。在中国,基金会、民办非企业法人等实质意

义上的财团法人日益壮大，理论界主流的财团法人发展观点是财团法人将逐步与政府、企业形成“三足鼎立”的现代社会组织结构。[6]所以，在我国，财团法人将在历史舞台上闪耀光彩，在社会中扮演重要角色。而现在的财团法人力量薄弱，法律规定的不完善和混乱严重阻碍了它的健康高效发展，如果三者能在整体上发挥功能互补作用，将加速公共治理结构转型的进程，但是三者互补、共同发展又必须以完善财团法人治理结构，继而建立健康、高效的财团法人治理结构为根基。

第二，环境分析理论。基金会等财团法人的产生和发展离不开特定的环境，将环境分析贯穿于财团法人治理结构的研究是构建一套科学、有效的治理结构的必然要求，此处所指环境包括外部环境和内部环境两个方面。内部环境包括财团法人设立宗旨、文化、组织构架和团队构成；外部环境包括社会背景、经济状况、公权力机关控制、捐助者群体、受益人及财团法人网络。[7]通过环境分析与研究，在财团法人公益目标的驱动下，财团法人应构建一套内外兼顾的治理结构，保证财团法人实现其宗旨。所以，本文主张应结合内部治理和外部功能性治理两方面来进行财团法人治理。

1.2.2 实践依据

近二十年来，中国非常重视公益事业发展，服务于国民经济和向社会提供公共服务的基金会、民办非企业法人等实质意义上的财团法人发展迅速，但与世界各国相比，其发展仍显滞后，数量偏少，质量较低，活力不强，作用发挥有限，如何完善财团法人的治理结构，更好地发展我国的公益事业，对于我国实现和谐社会的目标具有重要的实践意义。

近几十年，各国的民法典或规定财团法人制度，或采纳与财团法人制度类似的信托制度，公益事业发展极为迅猛，中国加入 WTO 以来，外部资源的冲击相当大，国外竞争者使中国认识到加强组织能力建设的重要性。因此，我们要增强国际交流与合作，建立和完善财团法人治理结构，发展好我国的公益事业，顺应和谐社会的发展。

1.3 我国民法典规定财团法人制度的必要性

我国法律上没有财团法人的概念，也没有关于财团法人的直接对应的制度，我国立法上关于财团法人制度也较为混乱主要有国务院《基金管理办法》、《社会团体登记管理条例》以及《民办非企业单位登记管理暂行条例》等，但定位不足，界限模糊，内容也过于简单，核心内容如章程、税收、财产管理等问题规定过少。

我国《民法通则》未采用财团法人制度，明显受前苏联法的影响，国家优位于社会、个人，财产当然归国家所有而不是财团；学者们考虑了当时人们对于“财团”这个舶来品的社会接受程度；当时的中国的社会经济条件下社会公益事业不发达，财团法人制度的建设没有到紧迫的程度。现在，我国财团法人制度的不完善严重阻碍了基金会等类似财团法人的社会组织的壮大，导致社会公益事业发展的落后，“红十字会丑闻”“壹基金的困境”等实例充分说明了这个道理。前面所述理由当然已不复存在，我国建立财团法人制度已有充分的理论和实践支持。

1.3.1 设立财团法人制度的制度价值

第一，克服我国现行法人分类制度的不足。我国现行法人分类依所有制形式不同而赋予法人不同的法律地位，不符合市场经济的特征和目标；企业法人、事业单位法人、机关法人、社会团体法人四者外延不清晰，界限模糊，存在交叉重叠现象；很多学者均认为基金会、民办非企业单位等组织都符合国外财团法人制度的基本特点，应属于财团法人，但依我国法律无法准确进行归类，我国法律规定本身也存在矛盾之处。[8]

第二，完善法律结构。我国已出台《信托法》，信托在公益方面与财团法人制度是相辅

相成的。“公益信托与公益法人二者的关系，犹如车之二轮，为现代公益活动不可或缺的制度。”[9]我国仍应该大力发展公益信托，并建立与之并重的财团法人制度，充分发挥二者功能。

第三，维护财产安全。财团法人具有独立的民事主体资格，财产归财团所有，财产立于设立人之外，法律一般通过限定捐助人捐助财产的规模、捐助财产的使用等制度设置维护财团法人财产的安全，以维护财产的安全和保证财产运行的独立性与高效性。

第四，永久贯彻捐助人意志。“财团提供了使一个人的意思永垂不朽的可能性。在财团中，确定捐助行为的宗旨，可不受时间方面的限制。只有在实现捐赠宗旨已成为不可能，或者实现捐赠宗旨有损于公共利益的情况下，才能对‘财团宗旨’作出变更。即使在作这种变更时，也应当尽可能考虑捐赠人本来的意图。”[10]可见，财团法人制度的目的之一是他人可以通过捐助一定数量的财产来实现其特定目的。财团通过管理人的财产管理而产生稳定收益以使捐助人的意志延续下去。

1.3.2 设立财团法人制度的现实必要

第一，整合社会资源，发展社会公益事业。财团法主要涉及到财产性资源和志愿性资源的整合。一方面，财团法人可以通过各种财团性、公益性的募款活动筹集善款和接受各种社会捐赠物品等，从而综合财团捐赠资源。另一方面，公益事业的发展势必吸引广泛的志愿者群体投身于公益财团和互动公益中，从而整合了志愿性资源。这些捐赠所得资源，在财团法人的运作下，使其实现保值增值，将收入再次运用到特定目的中，从而社会公益事业得到极大发展。[11]

第二，缓和民间矛盾，建设和谐社会。实行改革开放政策以来，我国经济快速发展，同时贫富差距也进一步扩大，弱势群体迫切需要保护，社会保障水平未达到适当水平，社会矛盾进一步激化，大力发展和完善财团法人制度，发展社会公益，寻求社会公平有利于缓和民间矛盾，建设和谐社会。

第三，协调政府和社会的关系。财团法人具有的非营利性、准公共性使得它在某种程度上能够履行与政府类似的公共职能。尤其是在我国政府改革的当前，实行高度自由的市场经济，抓大放小，精简机构、减少规制已是必要，更应利用好财团法人等非营利组织的力量，向社会转移政府一部分的职能。从而使政府专心致力于最关键的工作领域，提高管理服务质量，最终建立适度、合理、高效的政府管理体制。

第四，促进民主制度建设。财团法人作为民间自助组织，它们可以反映社会各方的信息以及代表广大民众的需求。财团法人制度的健康发展需要合理的制度安排和良好的社会环境，这无疑有助于社会的有序化，通过增加财团法人透明度、社会公开度，发挥社会监督作用，有利于制约腐败的产生，推动社会民主法制建设。

2 日本及埃塞俄比亚财团法人治理结构立法考察及启示

财团法人制度作为大陆法系的传统制度已有 2000 多年历史，其治理结构也在发展中日趋完善，中国民法典如果采用财团法人制度，其他国家的立法经验和实践总结大有可以借鉴之处。日本和埃塞俄比亚的财团法人制度充分吸收了大陆法系传统制度之长处，且有效结合了现代工业化国家公益事业的发展需求，对我国的财团法人制度的构建具有深刻的借鉴意义。另外，笔者认为：日本颁布特别法加以规范学校法人、社会福利法人等特别法人；检察官介入财团法人监督；创设的评议会制度；引入和发展的第三方咨询机构、公益认定委员会；多重业务主管机关等做法，埃塞俄比亚的单一业务主管机关；广泛的外部监督等独树一帜的

财团法人治理结构等均有很强研究和选择性借鉴意义,这两国独特的财团法人治理结构可以代表财团法人治理结构目前的现状和发展趋势。基于此,笔者选取这两个国家的财团法人治理结构加以具体阐述。

2.1 日本财团法人治理结构

日本民法典规定的财团法人为公益性财团法人,但在日本也存在着“企业财团”之类型特殊的财团法人如学校法人、社会福利法人等,则颁布有特别法加以规范。

2.1.1 理事的选任、职权

于法人的管理,理事为必设机构,理事有数人时,如捐助章程无另外规定,由理事的过半数决定。对理事代表权所加的限制,不得对抗善意第三人。[12] 关于理事事务的代理,民法典规定了两种情况,一为第 55 条所定,禁止理事在财团的利益与自己的利益发生冲突时代表财团;无相反规定的情况下,理事可将特定行为的代理委任于他人。二为第 57 条所定,在理事与财团利益冲突时,由法院在利害关系人的申请下任命特别代理人。成立时基本财产在 300 万日元以上的财团法人,必须设置评议员会、理事会,评议员、理事各需 3 名以上,监事 1 名以上。

《日本民法典》第 44 条规定:法人对于其理事或其他代理人执行职务时加于他人的损害,负赔偿责任。因法人目的范围外的行为,有损害于他人时,于表决该事项时表示赞成的社员、理事及实施该行为的理事或其他代理人,负连带赔偿责任。

2.1.2 监事的选任、职权

监事依日本民法典之规定为选设机构,可设一人或数人,第 59 条具体规定了监事的职权,但行政官署之指导基准则要求必须设立监事,并原则上要求设立评议会为财团重大事务提供咨询。[13]

2.1.3 公权力机关的监督

对财团法人的监管,日本采法人目的事业主管机关监管为主、法院监管为辅的模式。各公益法人依其目的和活动领域的性质,分别归由日本中央政府各省厅,或地方都道府县管辖,跨地方行政区域活动的法人归由中央主管官署管辖。日本行政官署在对法人的监管中还存在着一种“机构委任”或“权限委任”的情况。[14]

《日本民法典》第 40 条[捐助行为的补正]规定:“财团法人的设立人,未订定名称、事务所或理事任免方法而死亡时,法院因利害关系人或检察官的请求,应予以规定。”该法第 56 条规定:理事欠缺情形,因迟滞将有产生损害之虞时,法院则因利害关系人或检察官请求,选任临时理事。

2.1.4 社会监督

《日本民法典》引入英美国家的第三方咨询机构,公益认定等委员会。规定行政主管机关进行认定、劝告、命令、取消等事项上,制定、改革、废除有关政令、内阁府令时,原则上需向公益认定等委员会或协议制机关进行咨询。

该法通过以下规定加强财团法人的社会监督:一是尽可能引进企业会计的做法,公开财务信息,对经营效率作明确易懂的表达;二是在会计账目中明确显示符合捐赠人、会员等资金提供者意志的活动运营状况,明确受委托责任;三是尊重自我约束的运营,简化对外财务报表。

2.2 埃塞俄比亚财团法人治理结构

《埃塞俄比亚民法典》对于财团法人制度的规定极为详细和富于特色,在各民法典中独树一帜。其财团制度共分捐赠基金、委员会制度与信托制度三种,其中捐赠基金具有独立的

法人格，最符合我们所说的财团法人。该法典广泛规定了内务部、基金所在地的省社团办公室、法院、检察官、负责保护和监督捐赠基金会的组织等机构对捐赠基金活动的外部监督。[15]

2.2.1 理事或管理委员会的选任、职权

基金由理事根据章程进行管理，理事可以只有一人，也可以有多人，在后者应当设立管理委员会，做为基金的最高权力机构。在管理委员会中采取多数决原则，异议理事可要求在会议记录上特别载明其意见；理事们在法律和非法律事务中代表财团；财团章程对理事权限所加的限制不得对抗第三人，除非该条限制已备案于社团办公室或第三人明知。管理委员会在表决与理事有利害关系的事项时，该理事对该事项无表决权。理事对于财团的责任实质上是准用委任的规则，代理是一种外部关系。

管理委员会行使任命、监督、辞退理事的权力，批准其账目，按期召开常会，或者为维护基金的利益而召集紧急会议。管理委员会可以修改章程，但对章程的修改应经过保护和监督组织的批准后方生效力。捐赠人可以明示的意思表示禁止对章程的某些修改。

2.2.2 公权力机关的监督

《埃塞俄比亚民法典》规定：有关社团的监督的规则准用于捐赠基金，对捐赠基金的监督由社团办公室进行，在存在捐赠基金的保护和监督组织时，则由后者进行。有关监督的规则包括：备案与编号、理事任免的通报、章程修改的备案、内务部的权力、刑事责任等。

捐赠基金的保护和监督组织可以授权捐赠基金接受赠与或遗赠，可以向法院申请宣告财团管理委员会的决议无效或停止其执行，可以向法院提出合并捐赠基金会的要求，可以在捐赠基金的目的已达到或不能达到，或者目的违反法律的道德，偏离章程规定的目的，或者破产时向法院提出终止财团的申请。基金终止的申请亦得由检察官提出，基金合并的申请亦得由内务部提出。[16]

2.2.3 利害关系人的监督

第 493 条之（3）规定：“如果章程与捐赠书相违背，任何利害关系人都可在 3 年内向法院申请修改章程。”第 498 条之（2）规定：“如果修改章程违反创立人明示的意图，创立人指定的人或其继承人可向法院申请宣告终止捐赠基金。”

埃塞俄比亚民法典特别规定了受益人的权利。第 502 条规定：（1）设立捐赠基金的目的在于使其受益的人，可对捐赠基金起诉以实现其权利；（2）如果根据章程不足以明确上述人员是否为利害关系人，捐赠基金的理事得根据其公正的自由裁量对其资格进行确定。

2.3 国外法对我国财团法人治理结构立法的启示

以上笔者选取了两个典型国家的财团法人治理结构进行介绍，当然，《日本民法典》和《埃塞俄比亚民法典》中规定的财团法人治理结构并不能涵盖其它国家的规定，制定我国的财团法人制度还应多多研习他国法律，所以笔者在下文的阐述中也多有参考其它国家的财团法人立法，以求全面。日本、瑞士、芬兰、德国、埃塞俄比亚等国外法对我国财团法人治理结构立法的启示有以下三点：

第一，指定一个专门的部门负责财团法人的监督

各国对于行政机关的监督，采取了不同的立法例：如埃塞俄比亚、芬兰确定了单一的业务监督主管机关；如我国台湾地区确定不同的业务主管机关；印度尼西亚等国家则统一由法院进行业务监督。

目前，我国对于基金会等实质意义上的财团法人的监督机关实际上是采取的多元化管理，民政部门和业务主管部门均对于基金会进行管理。二者之间的监管内容存在重叠，不利于基

金会业务的开展。对于未来财团法人的监督机关的确定,笔者认为,可以考虑埃塞俄比亚的模式,指定一个部门负责财团法人的监督,负责对于财团法人业务活动的监督,在涉及到特定政府部门的管理范围时,如果监督部门认为有询问之必要,可以在必要时征询其意见,再做决定。这样的制度安排的意义在于事权的统一、规范的一致,有助于提高监管的效率。[17]

第二,明确董事会权力来源,确立权力制衡的内部治理结构

大陆法系各国立法都注重对财团法人内部治理结构的设置,如上述《日本民法典》、《埃塞俄比亚民法典》以及《瑞士民法典》等均规定应在章程中明确财团名称、设立目的、财产情况以及组织和管理方法。世界银行出版的《非政府组织法的立法原则》要求非营利组织具有一个“没有营私与营利的组织结构”即指在设立组织时,其组织章程中要明确组织的管理机构董事会的组成、职权任期及运作方式,和对该组织的业务执行和业务检查等。

我国《基金会管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》等登记管理条例主要侧重于登记程序,而在税收、财务管理、内部治理等方面没有较具体详细的规定,以至于基金会、民办非企业单位法人的规范、管理许多方面处于无法可依状态。有些基金会的董事会(理事会)成员甚至仍然由政府委派或上级指定,官办基金会更甚。针对中国的国情,建立一个合理、高效治理结构的关键是权力来源和权力制衡的问题。“财团法人要实现自主治理和协同治理,有必要在法律中规定设立人和章程的法律地位,明确规定董事会的产生程序以及人员组成配额。此外,组织结构设置中还要注意各权力机关的制衡关系,监事会制度的设置必不可少,以防止内部人控制的情形发生。[18]

章程应是董事会、监事会的权利来源,法律中应予以明确。章程体现了设立人自由意愿,是实现财团设立目的、从事法人活动的基本准则,章程是财团法人对外公信力的法律依据。要实现财团法人健康高效运行,发挥其让公益事业和设立人目的一直持续下去的优势,建立权力制衡的内部治理结构实属必要。所以,我国财团法人立法应采纳监事会制度,有效监督董事会。我国法律应规定董事会和监事会的的名额、任期、任免办法及职权,监事会应能依照章程规定的程序检查财团法人财务和会计资料,监督董事会遵守法律和章程的情况,监事有权列席董事会会议,有权向董事会提出质询和建议并可以向有关机会反映情况,并赋予监事和监事会诉讼主体资格。设立财团法人,应在章程中具体明确财团名称、设立目的、财产情况、董事会和监事会的任免办法、人员组成及职权。

第三,建立以政府为主导、多方参与的财团法人外部监督体制

根据我国目前基金会等实质意义上的财团法人监管制度的实际情况,并借鉴美国对公益基金会必须接受政府、社会舆论、民间独立机构与公民个人的监督体制模式,我们应改变现有的政府绝对主导、单一化的监管体制,转变成以政府为主导、多方参与的财团法人外部监督体制。

由于财团法人的非营利性和其对公益事业的巨大作用,国际通行做法均是政府在财团法人的监督中扮演了重要角色,从设立登记,检查监督,权利维护到财团法人的终止均少不了行政机关的参与。政府可以通过整合与协调其他社会监督资源、通过制度安排与政策扶持来保障外部监督主体发言权的实现,同时进一步完善外部主体的参与机制与监督渠道,增强外部监督主体监督意识与责任意识,从而最终形成政府、社会与基金会三方主体共同协调运作、多方参与的监督体制。[19]

我国对财团法人董事会及其成员的社会监督,通过借鉴他国立法例,可以采取的手段多种多样,主要有通过独立的第三方评估机构制定公益事业中共通的道德标准和行为规范;网络监督;捐助人、受益人等利害关系人的监督等,具体我国应如何规范,笔者将在下文第四

章——我国财团法人外部功能性治理结构之建议中详细阐述。

3 我国财团法人内部治理结构之建议

由于财团法人是捐助法人，捐助财产一经捐出即与捐助人相分离，所以财团法人没有会员大会或者股东大会，这些也导致财团法人存在所有者缺位、监督主体自然缺失、内部监督机制较弱、受益人监督能力不足等这些天然的制度缺陷，所以财团法人内部治理结构中对法人内部组织体安排设计制度极为重要。一个成功的财团法人，其内部组织体运行是非常健康高效的，只有财团法人内部组织运行健康高效，才能真正实现财团法人的设立宗旨或公益目的，也就能真正保护受益人的权益。我国应建立监事会与董事会齐头并进、相互制衡的内部监督机制，监事会独立运作，与董事会地位平等。

3.1 董事会与董事的选任、职权

董事会是财团法人的必设机关，由其执行财团法人事务。设立财团法人，应在章程中具体明确财团名称、设立目的、财产情况、董事会和监事会的人员组成，董事和监事任免办法及职权。

董事的选任：第一届董事由捐助人推选或者按章程中确定的董事任免办法确定，如果财团由遗嘱等方式设立，则由遗嘱执行人确定，也可以由遗嘱执行人或者利害关系人请求财团法人的主管机关确定，且都不可以违背捐助人之意愿。董事会由 3-21 人组成，且须为单数，每届任期不超过 3 年，第一届董事长由捐助人指定或者董事会选任，以后各届由董事会选任。董事的任职资格可以参考我国《基金会管理条例》中关于董事的任职资格。严重违法法律或章程或给财团法人带来巨大损失以及不具有业务执行能力的董事应解除职务。主管机关可以根据情况停止其职务或解除其职务。利害关系人也可以请求主管机关或诉请法院请求解除。

董事的职权可以归纳为：第一，对外代表权。董事会是财团法人的唯一法定机关，董事就法人的一切事务，对外有代表权。章程对于董事代表权的限制不得对抗善意第三人，以保障交易安全。董事在履行职务过程中致他人损害的，应由董事个人来承担责任。这样规定的理由是：财团法人是非营利性质的法人，且大部分属于公益法人，作为社会的重要组成部分，在促进社会的和谐、进步，人文关怀方面有着重大的意义。财团法人捐助人为实现其意愿捐出的一定数量的财产组成，其具有永续发展的优势，没有了财产，财团将不复存在，所以不应当因为工作人员的疏忽和过错而使财团走向破产，而且事后的追责也程序复杂，难以实现。我国《民法通则》和《合同法》、《侵权责任法》的惯常做法是工作人员在执行职务过程中造成的损害由单位负责，工作人员有过错的，单位可以向致损人追偿，只有职务外的损害才由个人承担责任。这样做是为了保护受害者，是法律在均衡各方面利益时对弱势群体的一个倾斜，而财团法人不存在这个问题，相反，财团法人的存续，有利于保护更多的弱势群体。董事为保护财团法人利益可以代表财团法人提出控告和提起仲裁或诉讼。第二，对内执行权。董事会对内依照法律规定或者章程的规定，决定法人的事务，包括：基金之筹措、管理及运用；第二届以后董事之改选及解聘；董事长之推选及解聘；内部组织之成立及管理；财务计划之研究拟定及推动；年度收支预算及决算之审定；其它章程规定事项之拟议或决议，以及申请登记、合并、破产清算等。

同时，我国立法应明确财团修改章程、董事长及董事之选聘和解聘、增加注册资本、减少注册资本、财团解散、财团分立合并、重大财产处分等重大事项应经董事会三分之二以上通过并报主管机关备案，且修改章程、董事长及董事之选聘和解聘、减少注册资本、财团解散，财团分立合并、重大财产处分应取得主管机关同意，财团解散也可以向法院提出。董事

会每年至少召开 2 次会议, 董事会会议须有三分之二以上董事出席方能召开, 决议须经出席董事过半数通过。董事对于财团有忠实义务和注意义务, 在董事注意义务的规定上应采用综合性标准, 即结合主观标准和客观标准综合判断, 同时, 我国法律应列举几条典型的忠实义务和注意义务。如我国《基金会管理条例》第 23 条规定了冲突交易的回避义务, 第 43 条规定的决策不当、侵占财产等应承担赔偿责任和返还责任。董事的决定使得财团遭受重大损失应予以赔偿, 情节严重者, 应追究其行政责任或刑事责任, 但是决议时提出反对意见并在决议书上签字的董事可以免除责任。

3.2 监事会与监事的选任、职权

监事会的设立对于我国财团法人制度的发展运行和完善具有重大意义和作用, 我国立法应规定监事会为财团法人必设机构, 独立行使职权负责法人的内部监督。

我国《基金会管理条例》第 22 条规定监事为基金会的必设机关, 任期与理事(董事)任期相同; 理事、理事的近亲属和基金会财会人员不得兼任监事。监事的职权包括依照章程规定的程序检查基金会财务和会计资料, 监督理事会遵守法律和章程的情况; 监事列席理事会会议, 有权向理事会提出质询和建议, 应当向登记管理机关、业务主管单位以及税务、会计主管部门反映情况。这些规定有值得借鉴之处。

监事的选任: 监事的任免和董事一致, 均应在章程中做出相应规定。监事可以为一人, 也可以为数人, 如果是数人, 应该组成监事会。监事的任职资格和董事一致, 董事不能兼任监事, 监事不能兼任董事。监事中应有一定比例的财务类和财团法人运营事业类专业人员。主管机关有权任免监事, 利害关系人也可请求法院对监事予以任免。

监事的职权: 监事对于董事执行事务和法人的财产状况行使监察权, 包括调查法人的业务与财产状况, 查核法人的帐簿, 并要求董事进行说明, 必要时聘请律师与会计师进对财团法人的活动进行审查; 同时召集并列席董事会会议, 对董事会提出质询和建议, 有权向主管部门和财税部门反映情况。在财团与董事之间的纠纷或者交易中, 监事会代表财团参加诉讼, 发生董事会及董事不能履行职务时, 监事会可以代为提起诉讼或者请求主管部门处理。

4 我国财团法人外部功能性治理结构之建议

我国对基金会实行双重管理体制, 即主管机关和登记机关。因此对董事的行为由这些机关来进行监督。就监督机制而言, 我国目前主要是一种行政监管, 财团法人的自律和社会力量的监督明显不足, 也导致了我国财团法人的发展过程中问题层出不穷, 困难重重。所以我们应该从外部加强对财团法人的监督, 建立一个以政府为主导, 多种监督方式并行的外部监督模式。

4.1 立法机关、行政机关、司法机关的外部监督

4.1.1 立法机关的外部监督

我国目前立法并未采用财团法人制度, 民法典是否应采取这一制度成了学者争论的焦点。笔者支持在民法典中确立财团法人制度, 但是由于我国立法传统和社会实践中未有财团法人一说, 对于财团法人的设立、运作机制、监督机制和终止机制等理论上并不成熟, 所以不需要对其详细规制。只需对其主要方面做出规定, 其他的需要反复论证才能立法完善, 且成类型的财团法人应交给特别法去解决。其后, 立法应对财团法人制度作出具体规定, 并在实践基础上不断完善财团法人的治理结构, 如在税法方面详细规定财团法人税收监督和税收优惠方面的内容; 对财团法人的信息披露确定相应的法律规范等, 为财团法人的健康发展打好根基。

4.1.2 行政机关的外部监督

财团法人的外部监管方式主要分为单一制的“集中制”及“集中制”与“分散制”相结合的复合制。德国采取的就是“集中制”的监管模式,由各邦财团法人主管机关——户务部统一监管。而我们的近邻日本对财团法人的行政监管采取的是“集中式”与“分散式”相结合的方式,从中央到地方,对财团法人的监管主要依靠主管官署,同时,为提高管理效率,对于其目的事业范围限于一地方或都道府县内的财团法人,通过“机构委任”的方式,将对公益法人设立许可及指导监督的权限委授予该部会的地方支局或分部,或都道府县知事,或都道府县的教育委员会。[20]

在我国,行政机关的机构设置已经相当庞大,如果再将财团的监管分散到个行政机关,不仅造成机构臃肿,事物繁杂无章,而且不利于建立高效和专业的财团法人行政管理机关,所以,我国应采用“单一制”,即指定一个专门的部门负责财团法人的登记、审查和监督,理由已经在第二章国外法对我国财团法人治理结构立法的启示一节中具体阐述。

行政机关对财团法人的监督首先表现在登记许可监督。财团法人申请设立时,依据法律规定向主管机关提交一定的文件,主管机关将根据有关文件进行审查,并决定是否准许其成立。财团法人提交章程对财团法人的名称、设立目的、财产情况、董事会和监事会的任免办法、人员组成及职权均做出了具体规定,行政机关经过审查确认财团法人的制度安排有无违法、是否合理,从而决定财团法人能否设立。

行政机关的监督也表现在很多具体方面:对财团法人董事、董事长和监事的的选聘和罢免;在财团法人清算时会同其它部门进行监督,对财团变更章程、变更登记、注销登记等事项进行监督;财团利益受到侵害可以代财团提起诉讼等。

行政机关应完善对财团法人的监督,由税务部门 and 审计部门对公益性的财团法人进行监督检查,主要是对财团公益捐赠的范围和申请免税资格的条件做出界定;接受公益救济性捐赠使用情况的检查督促。引导财团法人建立完善的会计制度和信息公开制度。在实践中年检和年度报告审查这两种财务监督制度监督基本流于形式,需要进一步完善。[21]

4.1.3 司法机关的外部监督

法院对于财团法人的监督具有重要作用。法院的工作具有被动性,一般不主动介入,但是董事会、监事会、利益相关人、主管部门均可以依照法律的规定提起诉讼,保护财团法人的合法权益,也间接对财团法人进行了监督,同时在财团的设立和解散方面法院也发挥了积极的监督作用。

公益诉讼制度也是值得借鉴的。财团法人董事如果违反忠实义务为自己谋求私利,或者违反勤勉、善良管理人的义务对财团法人造成损害,应赔偿财产损失。情节严重者,应追究其行政责任或刑事责任。此时,如果财团法人本身无法进行诉讼且主管机关放任不管或者拒绝诉讼,将对公共利益造成重大损害。通过立法赋予检察机关提起公益诉讼的权力,可以很好地解决这个问题。

4.2 利益相关者的外部监督

本节所称财团法人的利益相关者为狭义,指那些与财团法人有直接法律关系或主要利益关系的财团活动的主体。财团法人利益相关者具体包括:财团法人的管理者与职工;财团法人的捐赠者,包括财团法人的初始捐助者(设立者)和财团法人设立后对财团法人的捐赠的一般捐赠者;财团法人的志愿者;财团法人的受益者,本文由于篇幅有限,仅介绍捐助者和受益者。

捐助人的监督权。捐赠行为是一种无偿转移财产的行为,在捐赠行为生效时,捐赠财产即

脱离捐赠人的财产范围,成为法人的独立财产。与此同时,法人章程所记载的内容也成为独立于初始捐赠者的法人意思,捐助者不能随意加以修改;捐助者也不能以捐助者的身份干预财团法人的日常管理运作,初始捐赠者只享有一种有限的外部监督权。当财团法人的执行机构违反章程行事的时候,作为设立人的初始捐赠者只能通过主管部门或者一定的司法途径寻求救济而不能直接干涉财团的经营活动。

捐助人应享有初次选任董事、监事的权利;自己担任董事、监事的权利;对于董事违反法律或者章程之处,请求法院宣告董事的行为无效,或者董事会行为严重损害财团法人利益,请求法院撤销董事会行为的权利。此外,根据我国《基金会管理条例》第39条和《公益事业捐赠法》第21条的规定,捐赠人享有如下权利:一是捐赠人的知情权。捐赠人有权向基金会查询捐赠财产的使用、管理情况,并提出意见和建议。二是捐赠人的撤销权或解除权。基金会违反捐赠协议使用捐赠财产的,捐赠人有权要求基金会遵守捐赠协议或者向人民法院申请撤销捐赠行为、解除捐赠协议。以上条款同样适用于财团法人。

受益人的监督权。由于财团法人的行为直接关系到受益人权益能否实现,所以为保护受益人利益和有效监督财团法人,应赋予受益人一定程度的监督权。在不能具体确定受益人的情况下,关系人享有知情权,并可以请求主管机关和人民法院对其权益予以确认。受益人如果受益人能够具体确定,可以直接向基金会行使请求权,对于董事侵害其权益的行为,如果有违反法律或者章程之处,可以请求法院宣告董事的行为无效,

4.3 社会监督

财团法人应接受社会监督源于其具有的公共性和公众因此而享有的知情权和监督权。财团法人的主要收入是公众捐款和政府补贴,其享受的免税利益也来源于大众,所以社会公众有权了解和监督财团法人的运营与财产状况。有学者提出:“社会监督根据监督主体不同,分为行业监督、第三方评估机构的监督、大众传媒的监督、社会公众的监督和利害关系人的监督。”

行业协会监督。财团法人行业协会组织成立的目的应为:一是为了与政府沟通,获得政府对财团法人的支持,并在一定程度上配合政府的工作;二是制订本行业的自律条款,提出比法律要求更高的行业标准,并要求每个会员组织按照这些规定加强相互间的监督,对不遵循行业规范的会员组织予以制裁,甚至开除其会员资格;三是对会员组织进行评估和监督,并将评估结果公之于众,引导大众的捐赠; [22]四是谋求财团法人组织的不断壮大,为财团法人的发展提供专业化指导和帮助。在实现这些目的的过程中,行业协会对财团法人实施了有效监督。

信息公开制度、公众监督。一国证券市场能否健康发展,关键在于其信息公开制度是否完善,实施是否公平、到位。信息公开制度对于财团法人制度的建设同样意义重大。只有完备的信息公开,才能使公众真正参与到监督之中,提升公众的公益信心,使更多人加入到公益队伍中,为政府制定政策,完善监督提供参考,才能督促财团法人健康、高效运行。信息公开分为主动公开和被动公开两个方面。财团法人应当在举行公开募捐活动之前取得主管机关的许可,并将公开募捐所得财物的使用计划、收支情况等向公众公开;当募捐所得的使用计划执行完毕后,还应将其具体使用情况加以公开。财团法人同时应将年度工作报告和财务审计报告予以公开,财团发生董事长变更,分立合并等重大事项时也应及时公开信息。公众

可以向财团法人索取资料,也可以向主管部门、税务机关查询财团法人的登记资料、年度报告、财务情况、高级管理人员薪资情况的说明等信息。信息公开最主要的手段是财团法人举办的网站和主管部门、行业协会举办的网站。

参考文献

- [1] 魏振瀛,徐学鹿,郭明瑞. 北京大学法学百科全书·民法学||商法学[M].北京:北京大学出版社, 2004: P90.
- [2] See chief Editors by Alfred Conard,International Encyclopedia of Comparative Law,vol XIII,business and Private Organizations,chapter 9,Foundations,by F.W.Hondius and T.J.Ploeg,Mohr Siebeck, Tubingen, (2006) ,P9-4
- [3] 章小兵. 论财团法人制度的历史发展 [J]. 企业家天地,2006,07: P91.
- [4] Miriam M. Wood, Nonprofit Boards and Leadership, Jossey-Bass/Wiley Company, 1997, 4-5; Heifetz, R. A. Leadership Without Easy Answers, Cambridge, Mass; Harvard University Press, 1994.
- [5], [6], [7] 秦兆敏. 非营利组织治理结构研究-上海市闸北区热爱家园青年社区志愿者协会的个案[D]. 上海: 华东师范大学, 2012.
- [8] 葛云松. 中国的财团法人制度展望[C]. 北大法律评论, 北京: 法律出版社, Vol. 5, No. 1, 2002: P177
- [9] [英] George T. Bogert. Trusts. West Publishing Co. 6th. ed, 1987, 1
- [10] [德] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论, 邵建东译[M]. 北京: 法律出版社, 2000: P865
- [11] 戴昶舒. 我国财团法人制度的探究与展望[A]. 法制与社会, 2013, 01 (上): P34
- [12], [13] 章小兵. 日本财团法人制度研究 [J]. 企业家天地, 下旬刊, 2008, 12: 260-261.
- [14], [15], [16] 章小兵. 财团法人制度研究[D]. 长沙: 湖南大学法学院, 2006.
- [17] 胡岩. 财团法人法律机制研究[D]. 北京: 中国政法大学, 2008.
- [18] 夏利民. 论财团法人制度[D]. 北京: 对外经济贸易大学, 2007.
- [19], [20] 伍松. 公益信托与财团法人比较研究[D]. 长沙: 中南大学, 2010.
- [21], [22] 李芳. 慈善性公益法人研究[D]. 山东: 山东大学, 2008.

The Governance Structure of Stiftung

Li Yan

(Hunan University, Chang Sha in Hunan Province, 410082)

Abstract: At present, the civil code is underway to develop, establish stiftung in our country has been full of theory and practice support, so stiftung is expected to be stipulated in the civil law legal system. Stiftung plays an important role in the development of public welfare, in order to guarantee the foundation to achieve its aim we ought to build a set of scientific and reasonable governance structure. The article claims that external functional governance should be combined with internal governance to govern the stiftung from two aspects. Our country shall establish the board of supervisors and the board of directors, which go hand in hand, the internal supervision mechanism of checks and balances, independence of the board of supervisors, have equal status with the board of directors. At the same time, we should begin from the outside to strengthen the supervision of stiftung. Constructing a mode that the government plays as the leading role .At the same time, multiple parallel external supervision exists. External governance including legislative, administrative organs, judicial organs of external supervision; stiftung donors, beneficiaries, managers and staff, volunteers of, external supervision; Social supervision from three aspects.

Keywords: Stiftung; the governance structure;the internal governance structure of stiftung; the external governance structure.

作者简介:李燕, 女, 湖南大学法学院研究生