

2020版

# 中国基金会法律风险报告

China Foundation's Legal Risk Report



北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心

## 北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心

---

北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心，是致诚公益团队旗下专门从事社会组织法律服务工作的机构。中心于2015年7月在北京市民政局登记注册成为社会服务机构，主要开展社会组织矛盾的化解和协调、社会组织法律能力建设、社会组织法律政策问题研究等工作，以专业优势保障和维护社会组织的合法权益，促进行业健康发展。

### 何国科

---



何国科，民政部社会组织专家咨询委员会委员，北京市致诚律师事务所律师，北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心执行主任。

何国科律师，从2014年开始直接参与慈善领域立法相关研讨会，受民政部、北京市民政局、河北省民政厅、云南省民政厅等政府部门邀请参与慈善领域相关法律政策的制定，参与并推动了慈善领域税收、登记管理等政策的出台。受民政部门以及社会组织邀请，给超过5000家基金会、社会服务机构、社会团体进行法律能力建设培训。

何国科律师编写的作品有《中国基金会法律风险报告》、《基金会法律实务案例指南》、《社会组织立法研究报告》。

# 目录

---

## 2 前言

### 4 中国基金会法律风险来源

- 5 (一) 内部治理、管理方面的法律风险
- 10 (二) 劳动用工的法律风险
- 19 (三) 知识产权法律风险
- 22 (四) 借贷、担保相关法律风险
- 24 (五) 投资理财法律风险
- 29 (六) 接受捐赠、慈善募捐的法律风险
- 35 (七) 专项基金、代表机构管理的法律风险
- 38 (八) 志愿服务的法律风险
- 40 (九) 违反税务、行政管理规定的法律风险
- 42 (十) 刑事法律风险

### 44 构建基金会法律风险防范体系

- 45 (一) 完善内部治理管理制度，建立法务审核机制，定期组织学习
- 47 (二) 规范劳动人事管理，完善招聘、入职、离职制度
- 49 (三) 规范专项基金的管理，加强专项基金负责人培训
- 51 (四) 依法依规接受捐赠，避免捐赠人利益回报
- 53 (五) 依法依规开展募捐活动，避免违法募捐
- 54 (六) 依法开展保值、增值，做好投资项目的法律尽职调查
- 59 (七) 建立志愿者风险管理体系，保障志愿者的合法权益
- 60 (八) 保护基金会知识产权，不侵犯他人知识产权
- 63 (九) 及时、专业地处理法律纠纷，积极面对社会质疑
- 64 (十) 聘请法律顾问团队，为基金会合规运作保驾护航

## 67 结语

# 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2020年9月23日，全国登记注册的基金会有8246家，民政部登记注册的214家，其中具有公开募捐资格的基金会857家。<sup>1</sup>基金会中心网数据显示，2018年度，全国基金会净资产1746亿元，捐赠收入664亿元，投资收益38亿元，政府补助收入43亿元。<sup>2</sup>

中国基金会在扶贫、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，法律风险防范能力就是一个巨大的挑战。党的十八届四中全会提出全面推进依法治国，2016年9月1日《中华人民共和国慈善法》正式实施，《中华人民共和国民法典》将于2021年1月1日起施行，《社会组织登记管理条例》正在酝酿出台，与此同时，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。

本报告涉及基金会案例数据共计700件，其数据来源包括：2010-2017年中国裁判文书网公布的涉及基金会的司法判决书，共计214份；2008-2018年中国社会组织网、各省市民政厅官方网站、各省市社会组织服务平台公布的基金会行政处罚

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，数说基金会基金会十年大盘点（中）：<http://www.foundationcenter.org.cn/report/content?cid=20200727170244>；基金会年末大盘点（上）<http://www.foundationcenter.org.cn/report/content?cid=20200107141839>

决定，共计 52 份；2016-2017 年北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心（以下简称致诚中心）解答的基金会相关法律咨询，共计 434 次。本报告针对上述三个数据来源进行统计，除去部分重合基金会，共计涉及基金会 363 家，其中裁判文书涉及基金会 124 家，被行政处罚基金会 52 家，提供咨询基金会 187 家。上述基金会主要在民政部、北京、上海、浙江、广东等地区民政部门登记。具有公开募捐资格的基金会 83 家，不具有公开募捐资格基金会 280 家，基金会业务范围涵盖了慈善活动的方方面面。上述涉案的基金会在慈善领域具有高度活跃性，其涉及的法律问题，具有一定的代表性。

致诚中心在对上述数据的全面梳理、统计、分析基础上完成的中国基金会法律风险报告，旨在为中国基金会在内部治理、劳动人事、对外合作、慈善募捐、慈善捐赠、日常运营、知识产权等方面提供法律风险提示。本报告出具的法律建议仅供参考，基金会对本报告结论，拥有独立判断的权利。

01

# 中国基金会法律风险来源

---

中国基金会在运作过程中常见的法律风险有很多，既有基金会特有的，如内部治理、专项基金、志愿服务、保值增值等；又有跟其他市场主体相似的法律风险，如劳动用工、知识产权、民事、行政、刑事等。报告在分析上述的案例数据中，总结出十大法律风险类型，五十个法律风险点。

中国基金会的法律风险来源主要包括：

## （一）内部治理、管理方面的法律风险

致诚中心接受的 434 个咨询中，内部治理的有 114 个，占到咨询总数的 26%，主要涉及到：理事会召开、换届、退出程序；秘书长、理事长权利义务、理事权利义务；章程修改、项目管理、重大项目决策、理事会内部矛盾化解等。在中国裁判文书网上，有 6 起涉及到与基金会发起人、负责人、理事会决议相关的诉讼。通过对上述案件、咨询进行分析，基金会的内部治理、管理方面的法律风险有以下几个方面：

### 1. 发起人滥用权利

基金会发起人，又称举办者、出资人、设立人，是基金会发起设立的自然人、法人或其他组织。根据现行的《基金会管理条例》规定，基金会最低注册资金是 200 万，由发起人实缴支付。《民法典》第八十七条规定，为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。

基金会作为非营利法人的一种组织形式，跟营利法人最大的不同是发起人不享有分红和分配的权利。基金会的发起人的权利义务跟公司股东也有很大区别，公司股东一般以其出资额大小享有权利，履行义务。基金会的发起人，不以出资额大小对基金会享有权利，承担法律责任。在实务过程中，由于基金会发起人不了解这些区别，滥用发起人权利给基金会带来了诸多法律风险。比如存在发起人要求退还注册资金、要求分红或变相分红、“转让”基金会、代替理事会决策等情形。

发起人太原公司诉山西某文化基金会借款合同纠纷一案。山西省某文化

基金会成立于2013年9月4日，注册资金210万元，发起人是太原公司（200万）、理事长李某（5万）、监事范某（5万）。基金会在筹备成立时，发起人太原公司于2013年1月28日通过中国银行网上银行向基金会（验资账户）转账200万元整，用途栏与附言栏均注明“投资款”。2013年11月，太原公司向人民法院提起诉讼，诉称当时成立基金会，明确提及这是借款而非捐赠，要求基金会返还200万元。法院审理后认为，本案争议焦点为发起人太原公司向基金会转账200万元属何种法律行为，太原公司认为其属于借款，基金会使用完毕后应予归还，基金会认为其属于捐款，不应偿还。根据《基金会管理条例》第二条，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。基金会系依据该条例成立的非营利性法人，其创始资金来源只能是自然人、法人或其他组织捐助的财产。虽然《中国银行客户借记回单》用途栏、附言标注为投资款，但是《基金会验资证明》表明基金会原始基金系太原公司捐赠的200万元以及李某、范某各捐款5万元，法院最后驳回了发起人太原公司的诉讼请求。本案中由于发起人对发起财产的误解，以借款的理由起诉要求返还，使基金会面临着诉讼风险。

由于基金会原始资金是发起人捐赠的，而且很多企业发起的基金会后续资金来源也主要来自发起人的捐赠，所以在具体工作层面，发起人对基金会有着很大的影响力，甚至有些发起人可以把基金会“转让”。根据《基金会管理条例》以及《章程示范文本》规定，理事会是基金会的决策机构，但是很多时候，发起人凌驾在理事会之上，做出侵犯基金会权利的行为。从基金会角度而言，应尊重发起人作为捐赠人的权利，但是从基金会法律风险防范角度来说，发起人要求也应当在合法的范围之内，基金会应当向发起人明确其权利义务，要避免因发起人滥用权利给基金会带来的法律风险。同时，发起人也要明白基金会有其自身的运作要求。发起人可以推荐人员进入理事会，通过理事会行使决策权，也可以选派人员进入监事（会），行使监督权利。

## 2. 基金会重大事项并未经过理事会表决

《公益事业捐赠法》第七条规定，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》第九十一条规定，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专项基金的财产。根据上述法律的规定，基金会受赠的财产及其增值是一种用于公益事业、服务于社会中不特定的个人或群体的社会财产，属于社会公共财产，基金会具有管理和使用的权利。基金会在管理使用慈善财产的，必须依照捐赠人的意愿和章程，将受赠财产用于资助符合其宗旨的公益事业，而不能将受赠财产用于其他非公益目的。由于基金会财产的公共属性，所以法律在规制上，需要组建理事会，由理事会代表公众依法依规管理和使用慈善财产。

《基金会管理条例》第二十一条规定，理事会每年至少召开两次会议。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。下列重要事项的决议，须经出席理事表决，三分之二以上通过方为有效：（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。另外基金会章程也会明确规定，哪些事项属于基金会的重大事项，比如超过一定金额（如 50 万）的捐赠 / 资助、保值增值、涉外活动等。对于法律法规和章程规定的重大事项，必须经过理事会，通过合规的程序作出，方可生效。如果基金会的重大事项并未经过理事会表决而作出，基金会也将面临着民事以及行政处罚的风险。

在云南某助学基金会与陆某的借款合同纠纷一案中，基金会秘书长为了项目开展，没有通过理事会的程序而对外借款，法院认定借贷关系不成立，由秘书长个人承担了法律责任。基金会诉称，2015 年基金会发起“人人喝得上的健康茶”和“生态循环种植”等公益及扶贫活动。基金会秘书长为解决基金会在项目中资金紧缺的困难，2015 年 2 月以基金会名义向陆某“借款”人民币 258 万元，进入基金会账户，解决了部分公益和扶贫的资金需求。截至 2016 年 3 月，基金会归还陆某“借款”126 万元，尚余本金 132 万元未予归还。由于基金会系公募基金会，每项收支需向社会公众公开，故诉至法院，

请求：（一）确认陆某的实际借款数额；（二）确认基金会已付款和未付款数额；（三）确认基金会应付利息。陆某辩称：基金会所提的诉讼为虚假诉讼，基金会与陆某之间没发生过借贷关系。

法院审理认为，依据我国《基金会管理条例》的规定，理事会是基金会的决策机构，依法行使章程规定的职权。募捐、投资等重要事项的决议，须经出席理事表决，出席理事三分之二以上通过方为有效。理事会会议应当制作会议记录，并由出席理事审阅、签名。基金会章程规定，基金会对外付息借款、重大投资等也属于基金会的重大事项。基金会应遵循法律、法规及章程的相关规定，召开理事会进行表决，但本案中，基金会对陆某借款一事并未召开理事会，也并未签署借款协议，债权人陆某亦明确其借款系出借给秘书长李某个人，而非借给基金会，虽然基金会账户收到陆某的款项，基金会账户向陆某账户偿还过部分借款，综合本案证据，不能推断确定基金会与陆某之间建立了借款关系，驳回基金会起诉。本案中基金会重大事项的决策未经理事会表决，在年检或者年报的时候，面临着行政处罚的风险。此外，重大事项未经表决，基金会秘书长个人也会承担相应的民事责任。

基金会合法开展活动，包含着实体合法和程序合法。实体合法，是指基金会开展的活动本身是合法。程序合法，是指开展活动本身的程序符合法律法规的规定。理事会重大事项的表决程序规定，就是法律法规对基金会活动开展程序合法的要求。

此外，有一点需要注意的是，基金会未履行内部决策程序作出的决定，对善意第三人的法律效力是不受影响的。《民法总则》第九十四条第二款规定，捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程，或者决定内容违反法人章程的，捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定，但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。所以根据上述规定，基金会未履行内部决策程序，对外签署的协议不能对抗善意相对人。

### 3. 基金会负责人违规决策

根据《基金会管理条例》规定，基金会负责人，包括理事长、副理事长、

秘书长。基金会负责人是基金会合规开展活动的核心人员，对基金会承担最主要的责任。基金会负责人违规决策，包括两个方面，一个方面是负责人的决策未经理事会表决，比如基金会的理事长认为某一个人适合做秘书长，理事长直接决定担任基金会的秘书长，后续也未通过理事会程序予以确认表决。上述的法律风险点对此已经做了分析。另一个方面是决策的内容违反法律法规的规定，比如基金会秘书长自己决定将慈善财产用于非法活动。

基金会负责人违法决策，不仅给基金会带来风险，同时自己也承担着法律责任。中国证监会对某基金会行政处罚一案。2009年8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的谈判。该重组信息属于《证券法》规定的“对公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息”。中国某基金会理事长兼秘书长A某，副秘书长B某，由于关联关系知晓了上述信息。2009年11月，用基金会账户买入科技公司股票60多万股，成交资金411万元，12月将全部股票卖出，成交资金418万元，扣除各项税务后，基金会获利2.1万元。中国证监会对该买卖行为进行调查核实，认定了基金会利用内幕信息买卖科技公司股票，构成内幕交易，对基金会处5万元罚款，因A某和B某为基金会负责人，对A某和B某给予警告，并分别处罚金3万元。本案中就是因为基金会负责人的违法违规操作，给基金会带来的法律风险。

又比如北京某基金会，2016年成立，注册资金500万，发起人是江西某公司，秘书长是发起公司的法定代表人。基金会成立后，秘书长就将基金会注册资金300万元购买了发起公司生产的瓷器，作为基金会慈善财产的保值、增值的方式，但是这个投资并没有经过理事会表决，也没有任何表决程序。基金会的上述行为，面临着行政处罚的风险。同时，如果投资发生亏损，根据《基金会管理条例》第四十三条规定，决策理事还要承担赔偿责任。

#### 4. 理事之间矛盾导致基金会陷入僵局

基金会的章程对理事职责做了约定，但是在实践过程中，经常发生理事之间的矛盾和纠纷导致基金会陷入僵局。基金会陷入僵局给基金会业务开展、年检年报、机构声誉等带来风险。

某基金会 2016 年 9 月在北京市民政局登记成立，理事 5 人，成立时召开过一次筹备理事会。2017 年 3 月，副理事长认为秘书长财务作假，要求查账，并且要求秘书长交出登记证书和印章。秘书长认为副理事长有利用组织名誉在外谋取个人利益的事项。双方发生争执，秘书长、副理事长分别向民政局举报。民政局约谈了基金会负责人，并委托会计师事务所对基金会进行专项审计。专项审计报告显示，基金会在内部管理、财务管理、投资活动等方面存在不规范行为，据此，民政局要求基金会限期整改。2017 年 9 月基金会召开理事会，会议期间理事长、秘书长、监事弃会，副理事长和其他两位理事继续召开理事会，会上增补了三位理事，提交民政局备案，民政局以理事会召开程序不合法以及备案材料未加盖公章等原因，未给予办理备案。民政局要求再次召开理事会，对基金会存在的问题认真进行整改，但由于理事之间的矛盾，未能召开理事会，导致基金会业务活动停滞至今。

目前，基金会理事之间的矛盾有日益增多的倾向，我们在咨询过程中了解到的主要原因包括，理事对基金会的性质并不了解，价值观和理念不一致。很多发起人成立基金会的时候，为了符合《基金会管理条例》规定的 5 至 25 名理事要求，“临时”组成理事会。有些理事对基金会并不了解，对公益慈善也缺乏热情，具体工作中，基金会对理事会也没有足够的重视，理事也不能完全的履职。所以在内部治理层面，由于各种不可预计的原因，出现理事和理事之间矛盾，导致基金会陷入僵局：业务不能开展、成为民政部门重点监督对象、基金会的年检年报也面临问题。

## （二）劳动用工的法律风险

本次研究收集的 214 个法院裁判案例中，劳动争议案件有 40 个，占总数的 18.7%，致诚中心接受基金会 434 件法律咨询，其中劳动用工咨询 22 件。劳动用工也是基金会常面临的法律风险，同时基金会作为用人单位，其面临的劳动用工的风险，跟其他的用人单位有相同也有差别。基金会在劳动用工方面的风险主要有以下几点：

### 1. 基金会未和员工签订劳动合同

中国裁判文书网公布的案件中，基金会未与劳动者签订劳动合同的诉讼占 50% 以上，是基金会劳动用工的一大法律风险。

根据《财政部、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〔2018〕13 号）规定，基金会要取得非营利组织免税资格的，人员工资薪金水平不得超过税务登记所在地的地市级（含地市级）以上地区的同行业同类组织平均工资水平的两倍，以及《基金会管理条例》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%。上述规定导致基金会在实际运作过程中，很多工作人员（包括秘书长）并没有跟基金会签订劳动合同，而是跟企业签劳动合同，由企业支付工资，为基金会工作。而员工的名片、胸牌等相关的工作配套设备和物资均对外显示其是基金会的工作人员。由于基金会未和员工或者借用的机构签署任何协议，基金会也会面临被诉的风险。

另外还存在“员工在其他企业缴纳社保，不愿意和基金会签劳动合同”等实际情况，面对这种情况，基金会往往选择了不签劳动合同的做法。2008 年颁布实施的《劳动合同法》首次做出了“工作满一个月未签书面劳动合同，用人单位需支付双倍工资”的规定。对于该项规定，基金会可能有所了解，但是对于合同期满未及时续签或者应当签订无固定期限劳动合同而未签也同样需要支付双倍工资的规定，很多基金会就不是很清楚了。有些基金会以为不签劳动合同就可以随时解雇员工，不需要给员工上社会保险，劳动者没有劳动关系的证据就可以避免法律责任，所以不愿意与员工签订书面劳动合同。这种情况下，只要员工能证明自己和基金会存在劳动关系，那么基金会几乎百分之百的需要支付双倍工资差额。

另外还有一种情况，就是劳动合同“遗失”或非员工本人签名导致基金会无法证明签定过劳动合同。基金会虽然与员工签订了劳动合同，但由于其内部管理不严，导致劳动合同“遗失”或者劳动合同签名非员工本人签订。当员工向基金会主张双倍工资差额时，基金会因无法证明事实上已经签过了劳动合同，不得不承担败诉的法律后果。

赵某与某基金会劳动纠纷一案。赵某 2014 年通过朋友介绍在基金会从

事出纳工作，基金会秘书长和赵某通过微信约定，工资每月 2500 元，按要求缴纳五险一金。赵某在基金会，工作了 4 个月后，秘书长认为赵某不适合在基金会工作，解除了赵某的劳动关系。赵某向劳动仲裁委申请仲裁，以基金会未签订合同为由，要求基金会支付双倍工资。仲裁裁决，基金会承担相应法律责任。

杨某与某基金会劳动纠纷一案。2013 年 11 月，杨某入职一家科技公司，并签订了劳动合同，根据科技公司的要求，杨某专职从事某基金会的工作，杨某的工资也从基金会支付。2014 年 12 月，基金会“辞退”了杨某。2015 年 2 月，杨某提起劳动仲裁申请，请求基金会支付工资、违法解除劳动合同赔偿金以及未签订劳动合同的双倍工资，共计 7 万余元。基金会提交科技公司和杨某的劳动合同，并辩称，基金会和杨某不存在劳动关系。劳动仲裁委员会认定基金会和杨某存在劳动合同关系，仲裁裁决基金会支付工资、违法解除劳动合同赔偿金、以及未签订劳动合同的双倍工资，共计 54120 元。基金会应当健全劳动合同的管理制度，不能以任何理由不和劳动者签署劳动合同，这将给基金会带来显而易见的法律风险。

## 2. 未约定试用期员工录用条件

员工不符合录用条件是《劳动合同法》规定的试用期内企业解除劳动合同的法定条件之一。所以，当员工以违法解除劳动合同为由，将基金会告上劳动人事争议仲裁庭时，基金会大多主张其辞退是因为员工不符合录用条件。然而，当劳动仲裁员要求基金会出示证明员工不符合录用条件的证据时，基金会却什么也拿不出来或者仅仅是对该员工的人品不满或者效率不高等感官评价，因此被认定为基金会违法解除。造成这种困境的主要原因是用人单位未在劳动合同或规章制度里约定试用期员工的录用条件，而且在入职的时候没有让试用期的员工签署具体量化的试用期考核标准，也没有对试用期员工的工作过程及成果进行具体的考核评价，从而也就无法证明员工不满足录用条件。

## 3. 没有约定职位和工作地点

基金会在实际运营中经常会因为业务的需要对员工进行岗位调整或者变更办公地点，如果员工拒绝到新的岗位或者新的办公地点上班，并因此与基金会发生纠纷，届时员工将难以辞退并会给公司带来诸多麻烦。

北京某基金会办公地址在海淀区西北五环外，基金会招聘了一名专职财务人员杨某，双方签署了劳动合同，但没有对工作地点做明确的约定。由于基金会业务发展需要，基金会将在朝阳区设立办公室，要求杨某去朝阳区办公室上班，杨某认为，自己家住西北五环，早晚需要接送孩子，不同意变更工作地点，后基金会以此解除了与杨某的劳动合同。杨某申请了劳动仲裁，仲裁裁决基金会向杨某支付违法解除劳动合同的赔偿金。

工作地点是劳动合同必备的条款。劳动法律法规对劳动合同中没有约定这一类争议的处理原则为“有约定，从约定；无约定的，依据实际履行的情况确定”。双方在劳动合同中没有约定工作地点和工作岗位，那么应当按照劳动者实际的工作地点和实际的工作岗位来视为双方对劳动合同的补充。在此基础上，基金会如希望变更劳动者现有的工作地点和工作岗位，则必须依法与劳动者协商一致，不然则会承担违法变更的法律风险。由此解除与劳动者的劳动合同属于违法解除，基金会应支付违法解除的赔偿金。

#### 4. 规章制度未经过民主程序或者未公示告知员工

很多基金会为了规范员工的行为，制定了相应的规章制度，比如《员工手册》，但依据《劳动合同法》相关规定，规章制度需经过民主程序制定且经过公示方能对员工生效。那么什么叫民主程序呢？很多基金会因为人员少，内部机构简单，导致基金会不会召开职工大会，另外对于基金会的管理制度的制定，也应当经过理事会的表决通过。如果基金会在制定管理手册的时候，其制定过程中就存在程序瑕疵的问题，当基金会援引未经过民主程序讨论通过并公示的规章制度与员工解除劳动合同时，在劳动纠纷中就会因为该规章制度未公示而不被劳动仲裁委或法院认可。

李某于2014年5月8日进入某基金会担任项目官员，双方签订了为期三年的劳动合同，约定月工资4000元。2015年1月5日李某上班时被基金会发现在睡觉，基金会第二天即以李某严重违反规章制度为由解除双方的劳

动合同，李某不服该决定而向仲裁委申请仲裁，要求基金会支付违法解除劳动合同的赔偿金12000元。庭审中，基金会向仲裁委提交了单位的规章制度，根据规章制度中违法违纪规定，职工在上班期间睡觉，严重影响工作的属于严重违纪，基金会有权提前解除劳动合同，但该规章制度在制定时没有经过职工代表大会或全体职工的讨论，也未经过理事会的表决，且基金会未将该规章制度向职工公示。仲裁委裁决基金会应向李某支付违法解除劳动合同赔偿金。

## 5. 基金会未依法为员工缴纳社会保险

根据劳动合同法的规定，用人单位应当给劳动者缴纳社会保险，这是法律规定用人单位的强制义务。有些基金会为节约成本，逃避法律责任，故意不为劳动者缴纳社会保险，导致劳动者的合法权益被损害，比如劳动者在达到法定退休年龄以后，不能按月领取社会养老金，生病后不能享受医疗保险报销等。在可以通过社会保险积分入户的部分城市，由于未缴纳或者未足额缴纳社会保险，还可能给劳动者带来不能享受社保积分入户的损失，并进而对劳动者的工作、就业、医疗以及子女入学等造成相应的影响。

2009年，李某与某基金会签订一份为期三年的劳动合同，约定李某的月固定工资为2500元。在为李某缴纳社会保险费时，基金会为节省用工成本只按当地最低的缴费基数1000元计算。2010年6月8日，李某生育一男孩。当李某去领产假生育津贴时，才知道公司降低了缴费基数，由此导致其6000元产假生育津贴损失。李某遂要求基金会赔偿，因遭基金会拒绝而成讼。李某诉至法院，法院审理认为，为劳动者参保社会保险是用人单位的法定基本义务，基金会违反法律义务给李某造成了损失，应当对此损失承担责任，遂判决基金会赔偿李某人民币6000元。

2016年3月1日至2016年6月30日陈某在辽宁省某基金会工作，基金会未为陈某缴纳保险，由陈某自行缴纳，故陈某诉至法院，请求判令基金会支付陈某自行缴纳的社会保险费3739.68元。基金会辩称：原告系我单位员工，原告同意自行缴纳了养老和医疗保险，所以不承担责任。法院判决基金会支付陈某养老保险费、医疗保险费共计2123.26元。

《社会保险法》规定，国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，用人单位和个人依法缴纳社会保险费，其中养老保险、医疗保险、失业保险由用人单位和劳动者共同缴纳，工伤保险、生育保险由单位缴纳。缴费单位、缴费个人应当按时足额缴纳社会保险费，其中“足额”包括：缴费年限要足、缴费险种要足、缴费人数要足、缴费数额要足。基金会都应该遵守上述法律的规定，避免承担相应的法律责任。

## 6. 基金会和员工约定放弃或者不缴纳社会保险

近年来出现了这样一种现象，员工主动向基金会提出不要为其缴纳社会保险或者社会保险不在本单位缴纳的情形。一些订立短期劳动合同的职工或外地职工，由于担心手续繁琐或不愿承担个人缴费部分等原因不愿意缴纳社保，甚至自愿签订放弃社会保险协议。也有个别基金会为了省钱或省事，又确实急需用工，不为职工缴纳社会保险，而是发放一定的保险补贴作为补偿。

根据《劳动合同法》的规定，劳动关系存续期间，基金会应当依法为劳动者缴纳社会保险。虽然放弃社会保险是劳动者的真实意思表示，但是社会保险是国家强制实行的社会保障制度，基金会和员工的这一约定违反了法律强制性规定，因此不具有法律约束力。即使基金会已经依照协议约定，给予了劳动者物质补偿，也要依法承担相应的责任。如果员工以基金会未依法缴纳社会保险为由提起诉讼，基金会依然要补缴保险。

不仅如此，基金会还面临着被课以行政处罚的法律风险。《社会保险法》第八十六条规定，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。如若员工发生了工伤事故，基金会在没有为员工缴纳社保的情形下，需要承担员工的所有工伤保险待遇。

## 7. 志愿者和劳动用工混同

志愿者和劳动用工混同，是基金会比较独特的劳动用工的法律风险。基金会在组织活动的时候，经常会从外地招募志愿者来参与互动，但是在这个

过程中，志愿者和劳动者的管理混同，会给基金会带来劳动用工的风险。

赵某与河南某基金会劳动争议一案中，基金会辩称：“2015年10月26日，赵某通过自愿申请加入基金会，任“智慧树”捐赠活动的志愿者，2016年10月30日主动提出不再担任志愿者”。2017年1月5日赵某向劳动仲裁委员会提出劳动仲裁，主张拖欠工资、双倍工资及押金。基金会认为与其和赵某之间不存在劳动关系，是在“自愿、安全、无偿”的原则下开展的志愿服务活动，不属于劳动合同法调整的范畴。赵某担任志愿者期间，不用打卡，没有固定的上班时间。基金会从未支付过赵某工资报酬，更不存在拖欠赵某工资报酬的事实。法院审理查明，2016年11月9日，基金会向赵某出具离职证明一份，内容是：兹证明赵某先生原系我单位对外联络部人员，在职时间为2015年10月26日至2016年10月14日，现已办理完所有离职手续。基金会和赵某之间虽未签订书面劳动合同，但离职证明显示，双方之间具有劳动关系。按照法律规定，基金会应支付赵某工资以及未签订劳动合同的双倍工资22552.93元。

董某与某基金会劳动纠纷一案。2012年7月董某以志愿者的身份参加了基金会在深圳举办的首届中国慈善公益项目展示交流会，并领取了志愿者津贴3000元。董某“入职”基金会后，由于双方对工资标准存在分歧，董某一直未领取工资。2013年5月31日，基金会更换了董某办公室门锁，董某未再继续上班。后董某向劳动仲裁委员会申请劳动仲裁，基金会辩称董某是基金会的志愿者，而非员工。董某向法院提交了与基金会人事部门的电话录音，证明存在劳动关系；产品购销合同及情况说明，证明该合同前期接洽、签订合同、版面设计、文字编辑校对、尺寸确定、印刷用纸、后期的运输、财务结算等事宜均由董某办理。最后法院支持了董某诉讼请求。

上述两个案例可以看出，基金会在使用志愿者方面存在诸多的不规范，将志愿者和劳动者的身份混同，在法律关系上没有明确的区分开来，也会给基金会带来风险。

## 8. 专项基金与劳动用工法律风险

专项基金，是捐赠人为了推动某个慈善项目开展，在基金会依照程序设

立的子基金（也有认定为分支机构的）。专项基金依照规定成立管委会，有较为独立的运营体系，但是专项基金没有法人资格，在对外活动的时候必须以基金会的名义开展。很多时候，基金会为了工作上的便利，将专项基金的人事权交由管委会或者专项基金发起人，就可能存在劳动方面法律风险。

中国某基金会与左某劳动关系纠纷一案当中，中国某基金会与某公司签订的关于设立“中国某基金会绿色救助基金”的合作协议约定，中国某基金会绿色救助基金是中国某基金会设立，某公司参与发起并隶属中国某基金会，支持中国青少年公益事业的专项基金；2014年4月基金会给发起人公司出具的招聘证明记载，“兹证明基金会在北京地区成立专项基金名称为中国某基金会绿色救助基金，该专项基金具有独立的招聘权，本次合作特提供总部登记证书；绿色救助基金委托智联招聘工作人员”，某公司招聘了左某具体从事绿色救助基金工作，左某的工资由公司发放，公司与左某签署了劳动合同。在执行劳动合同中，公司解聘了左某，左某将公司和基金会向劳动仲裁委员会申请劳动仲裁，仲裁裁决公司承担法律责任，左某不服向法院提起诉讼，最后法院判决，某公司承担相应的赔偿责任，中国某基金会与某公司签有关于设立“中国某基金会绿色救助基金”的合作协议，因此中国某基金会对于某公司的给付义务，应当承担连带责任。

中国某基金会与魏某劳动争议一案。魏某是基金会旭日专项基金的副秘书长，由旭日专项基金的发起人A公司招聘，A公司和魏某签署了劳动合同，魏某以中国某基金会旭日专项基金的名义对外开展活动。发起人A公司和基金会约定，魏某的工资从基金会专项基金的工作经费中支付。由于在执行劳动合同过程中发生争议，魏某将基金会起诉，要求确认和基金会存在劳动合同关系，支付未签订劳动合同的双倍工资，以及违法解除劳动合同的经济补偿金。根据基金会相关的法律法规规定，专项基金发起公司捐赠的200万进入基金会账户，该笔费用属于基金会开展相应的慈善活动费用，发起人不享有所有权，双方约定的5%的工作经费，本质上属于基金会支付给魏某的工资。魏某以基金会专项基金名义开展活动，又从基金会取得报酬，双方存在事实劳动关系。基金会辩称魏某和基金会不存在劳动合同关系的理由不成立。

## 9. 违法解除劳动合同

基金会在跟劳动者解除劳动关系方面存在严重的程序问题，违法解除的问题也比较明显。北京某基金会与王某劳动争议一案，王某于2010年4月21日入职基金会，2010年6月1日、2011年4月20日两次签订一年固定期限劳动合同，后基金会未与王某签订无固定期限劳动合同，在王某正常履行职务期间，2013年9月11日，基金会以会议纪要的方式停止了王某的工作、停发工资，并停止缴纳王某的社保，王某以基金会违法解雇为由诉诸法院。基金会认为：王某自2013年9月11日至2014年7月7日期间未向基金会提供劳动。王某在就职期间多次出现擅自离岗，没有经基金会允许，利用基金会公募身份在第三方工作。后期不服从更换岗位的安排，拒绝移交工作。基金会于2013年9月11日通过秘书处会议对于王某个人擅自离岗、拒绝交接工作，要求其个人以工作报告形式给领导汇报。基金会先后三次给王某发送短信、电话联系，均未得到回复。法院审理后认为，王某与基金会存在劳动关系，没有证据证明可能有其他单位向其支付工资性的报酬；基金会提供的通知和短信中均有自2013年11月份起不再发放“由孔部长等爱心人士筹措个人资金对基金会人员进行的合同工资外各项补贴”的内容，可以佐证王某诉求中基金会还向其每月支付一定数额补贴的主张，但基金会始终未提供证据证明此部分补贴的资金来源、数额及发放形式，应承担举证不能的不利后果。判决基金会支付工资、生活费、解除劳动合同经济补偿金共计41158元。

基金会在劳动用工层面，存在诸多不合法的情况，相关案例显示，很多基金会缺少对劳动法相关法律法规的认识和了解，人事管理制度存在问题，劳动争议案件处理不好，会给基金会带来相当大的负面影响。

## 10. 员工未办理离职手续

根据《劳动合同法》第五十条的规定：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。

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。

### （三）知识产权法律风险

中国裁判文书网上，涉及基金会知识产权相关案件共有14起，占总数的5.6%。其中商标申请驳回的行政诉讼有11起，涉案原因多为基金会在申请注册的商标不符合我国商标法的规定。此类诉讼，我们认为不属于基金会的法律风险。在致诚中心接受咨询方面，商标的咨询也有12起，主要涉及到如何保护机构的LOGO和字号，如何取得注册商标，注册商标需要什么要求等问题。另外还涉及到基金会在开展慈善募捐过程中，因未取得著作权人同意而擅自使用其照片的侵权纠纷。

#### 1. 基金会著作权侵权纠纷

中国裁判文书网涉及的著作权纠纷案件有3起，主要涉及到的侵犯著作权的问题。第一起案件中，由于著作权人无证据证明基金会丢失剧本行为给著作权人造成损失，法院驳回了著作权人的起诉。第二起案件，基金会未征得著作权人同意而使用了其照片，侵权成立，赔偿损失。

杜某诉某基金会著作权侵权纠纷一案，杜某编写了44集电视连续剧《宋

《宋宫秘史》剧本。2002年，杜某将分为上中下三卷的44集《宋宫秘史》电视剧剧本打字稿、两本《宋宫秘史》故事梗概打字稿、两套载有《宋宫秘史》剧本电子版的软盘交到了基金会。2003年12月19日，基金会秘书长出具了一个收据，写明收到了《宋宫秘史》剧本及故事梗概、软盘。2008年6月，杜某向基金会索要《宋宫秘史》剧本。基金会因为剧本丢失，未能返还，2010年5月21日基金会通过各种方式将该重新打印的剧本和两套软盘还给了杜某。杜某认为基金会重新打印的剧本不是当初交给基金会的那剧本，要求基金会返还《宋宫秘史》剧本。如果不能返还，要求基金会赔偿经济损失132万元。法院认为，尽管基金会将杜某的剧本打印稿丢失，但不影响杜某正常行使自己的著作权权利。判决基金会未侵犯杜某对其剧本享有的著作权。驳回了诉讼请求。杜某诉中国某基金会著作权侵权纠纷一案，虽然法院驳回了杜某诉讼请求，但是基金会在本案当中依然存在管理方面的缺失，并没有尽到妥善保管的义务。

禾邻社与万科基金会全民植物地图的知识产权纠纷，禾邻社和万科基金会合作《全民植物地图》项目，双方签署了《熟悉的新朋友“全民植物地图”——万科假日风景项目》合作协议，根据合作协议内容，禾邻社作为项目执行方，将在上海万科假日风景项目社区开展《全民植物地图》的实施工作，具体包括2次植物地图制作和1次植物地图发放推广活动，2012年年底双方合作结束。2013年4月3日禾邻社指出，基金会未按照协议规定，在未得到禾邻社书面授权的情况下，将《全民植物地图》及总结报告向全国各地分公司进行推送，属于违约。在获知全国万科相关公司已经获取《全民植物地图》并已经开始实施后，禾邻社认为侵犯了其作品著作权。后禾邻社向法院提起诉讼，要求基金会承担侵权责任，最后法院认定基金会侵犯了禾邻社的著作权。

## 2. 基金会字号、项目名称和 LOGO 被侵权

基金会自身的字号、项目名称、LOGO也面临着被他人侵权的法律风险。2013年1月，国内知名的“爱心衣橱”遭遇了《东方今报》的侵权使用。在接到爱心衣橱发起人王凯的微博抗议后，《东方今报》发出致歉声明称：经查，‘爱心衣橱’四字已是注册商标，表示致歉。并称“重名”完全是无心之过，

绝非故意而为。

致诚中心接受基金会咨询中有很多类似于爱心衣橱的案例。北京某基金会于2006年在北京市民政局登记注册，2016年江西省出现了字号跟北京基金会字号一致的社会组织，但并未得到基金会的授权，然而由于北京的基金会并没有将其字号注册商标，所以在维权道路上艰难重重。北京另一基金会，开展了某个针对自闭症儿童的项目，并命名为“X未来项目”，基金会将“X未来”申请了商标注册。2015年北京市注册的一家社会服务机构，取名为北京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。基金会字号、项目名称、LOGO被侵犯的案例有很多，但是有很多基金会并不重视知识产权的保护，在出现侵犯其知识产权的情况时，基金会很难有效地维权，给基金会带来损失。

### 3. 基金会在宣传的时候侵犯他人知识产权

基金会在传播的时候，经常会使用他人的照片、视频等素材，由于有些基金会相关负责人认为公益目的就是合理使用，导致基金会在传播的时候面临知识产权侵权的风险。

某公司与某全国性公募基金会著作权侵权纠纷一案，2014年2月，基金会在未经许可的情况下，在其的网站上使用了4幅某公司享有著作权的摄影作品，某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。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某公司赔偿经济损失6000元及合理支出1500元。

#### （四）借贷、担保相关法律风险

中国裁判文书网公布的基金会相关案例中，涉及到借贷、担保类案件共52件，占总数的24%，民政部处罚的案例中涉及到借贷相关的有1件，致诚中心涉及到基金会借贷、担保方面咨询的有20多件。基金会借贷、投资理财方面，主要涉及到的法律风险主要为：

##### 1. 基金会违法给第三方提供借款

基金会因为各种原因将慈善财产出借给第三方，包括出借给个人、企业或者其他组织，可能会面临两重风险。一是由于债务人破产、躲避债务、无力偿还等原因，导致基金会借出的款项无法收回，这类案件在所有借贷案件中占绝大多数。二是根据民政部《关于规范基金会行为的若干规定》（试行）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。基金会给第三人提供跟公益无关的借款的，也面临着行政管理方面的风险。此外，《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》也规定，基金会作为慈善组织不得以投资名义向个人、企业提供借款。

兴平某基金会诉刘某胜借款合同纠纷案件中，被告刘某胜分别向基金会借款10000元、30000元、30000元，分别约定占用费率19.2%、19.2%、18%，借款期限为三个月、四个月、六个月。随后被告刘某胜先后还款4300元、1700元，至今仍下欠本金64000元及占用费未归还。本案中，基金会对外放贷，由于债务人未返还借款而引发诉讼，虽然审理法院并未否定借贷合同效力，但是基金会依然面临着民事、行政相关的法律风险。

河南某基金会与张某借款合同纠纷一案中，张某由于公司业务活动需要向河南某基金会借款150万元，双方签署借款合同。但是借款合同十分简单，仅约定了借款人、借款用途以及归还期限，对于利息、交付方式并没有做明确约定，后张某未依照约定还款，基金会向人民法院起诉，张某辩称实际上其仅向基金会借款105万元，基金会称45万元是基金会秘书长从个人账户支付的，最后法院支持了基金会105万的诉讼请求。本案中，基金会在对外借贷中，在支付方式上约定不清，在实际操作过程中个人财产和机构财产混

同，导致了基金会财产的损失。

另外，我国《贷款通则》第二十一条规定：“贷款人必须经中国人民银行批准经营贷款业务，持有中国人民银行颁发的《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》，并经工商行政管理部门核准登记”。第六十一条规定：“各级行政管理部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”。2015年，最高人民法院发布《关于审理民间借贷合同纠纷的司法解释》，该司法解释肯定了法人间借贷的合法性，但是并不说明基金会就可以随意开展借贷业务。

2012年至2014年期间，河南某基金会向自然人、企业发放贷款，最后法院认为基金会违反了相关金融法规，认定借款合同无效。北京某教育基金会借款给A公司，A公司以基金会不具有金融资质为由，请求法院认定合同无效，一审法院支持了A公司的诉讼请求。致诚中心接受基金会的法律咨询当中，有基金会咨询是否可以向大学生发放助学贷款。我们认为，基金会的宗旨是开展慈善活动，而非对外放贷。基金会对外放贷的行为不仅可能超越宗旨和业务范围，而且也涉及违反国家金融相关法律法规。

2006年12月4日，中国某基金会向安徽公司提供借款300万元，向某创作之家提供借款406.6万元，向中国某实业公司提供借款86.7万，向环球某公司提供借款84.7万元。2017年10月11日，民政部认为该基金会对外提供长期借款，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，依据《基金会管理条例》对基金会作出警告的行政处罚。

## 2. 基金会违法给第三方提供担保

担保制度，是指当事人根据法律规定或者双方约定，为促使债务人履行债务实现债权人的权利的法律制度。即将于2021年1月1日施行的《民法典》明确规定，学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施不得抵押；以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。因此，根据《民法典》的最新规定，基金会作为非营利法人，不得以慈善财产为第三方提供抵押或保证的担保。

实务中，基金会也存在为第三方提供担保的问题。大连信托与巾帼大厦签订一份投资合同书，约定信托公司向巾帼大厦投资 1000 万元，双方进行合作，期限为一年，合作项目由巾帼大厦负责进行日常管理，信托公司每月收取固定利润 15%即 15 万元。巾帼大厦以自己所有的大厦房产设定抵押。同日，大连某基金会给信托公司出具“不可撤销人民币担保书”，为巾帼大厦向瓦房店信托偿还投资款 1000 万元本息提供担保。最高人民法院在审理本案时认为：签订借款合同的同时，基金会向信托公司出具了《不可撤销人民币担保书》，承诺承担连带清偿责任，但由于该基金会是以公益为目的的社会团体，不具备担任保证人的主体资格，故该担保无效。大连某基金会在管理印章过程中有过错，承担相关的返还责任。根据最高人民法院对上述案例的判决，基金会的担保行为无效，担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

北京华大某公司计划拍摄一部电视剧，找到了景和公司，景和公司投资 600 万元，华大公司和北京某基金会投资 3400 万，并且签署三方协议，华大公司一年后返还景和公司投资款和收益的 20%，北京某基金会对此承担连带责任，并且另外再承担 20% 的违约金，后因为华大公司未能偿还投资款，基金会被判承担连带责任，后基金会未履行裁判文书义务，被人民法院纳入失信被执行人，同时北京市民政局因为基金会违规开展担保行为，给予基金会相应的行政处罚。本案中基金会不仅为第三方提供担保，还对违约行为承担无限连带责任。

## （五）投资理财法律风险

中国裁判文书网公布的基金会相关案例中，涉及到投资理财类案件共 11 件，占总数的 5%，民政部处罚的案例中涉及到投资理财的有 2 件，致诚中心，涉及到基金会投资、保值、增值方面咨询的有 26 起。另外，2019 年 1 月 1 日，《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》（简称：《投资办法》）施行，对慈善组织，当然也包括基金会的投资行为作出了相关约束。结合案例以及《投资办法》的相关规定，基金会投资理财方面，主要涉及到的法律风险分为：

## 1. 签订投资理财协议，约定保底条款

这类案件的案情较为简单，一般为基金会与他方签订的投资理财协议中约定了固定回报率或固定收益额，当被投资人拒绝给付收益款或偿还本金时，法院以投资协议约定固定收益不符合投资的风险性为由，认定该投资理财合同为无效合同，基金会只能收回本金和同期银行利息。如果对方当事人没有能力偿还的话，慈善财产也难以追回。

湖南省某基金会与亚洲证券公司、同舟公司投资理财纠纷一案，基金会于2003年1月17日与同舟公司、亚洲证券公司签订了委托理财协议，协议约定：基金会出资3000万元交给同舟公司，在亚洲证券长沙营业部开办资金账号，并将该账户交易操作权交给同舟公司进行有价证券投资。同舟公司保证基金会投资收益率不低于10%，协议还约定了其他事项，此后基金会和证券公司签署了三份类似的投资理财协议。在投资理财过程中，同舟公司与亚洲证券长沙营业部采取临时转入资金或股票、提供虚假对账单及T+0等方式应付基金会的检查，不向基金会如实通报资金运作情况。在基金会不知情的情况下，同舟公司的实际控制人共同在基金会的账户上实施了资金提取、转账、股票转托管、撤销指定交易等行为。截至2005年4月21日，基金会发现理财账户资金余额为11218.2元，股票市值为0；6039账户资金余额为33667.39元，股票市值为0，为此基金会向法院提起诉讼。

最高人民法院审理认为，委托理财协议所约定的年10%的固定回报率属于保底条款，尽管该保底条款是资金委托管理协议双方以意思自治的形式对受托行为所设定的一种激励和制约机制，但该条款致使双方民事权利义务严重失衡，既不符民法上委托代理的法律制度构成，亦违背民法的公平原则。为此，法院认定委托理财协议中所涉保底条款无效，由于保底条款属委托理财协议之目的条款或核心条款，不能成为相对独立的合同无效部分，保底条款无效导致委托理财协议整体无效。合同无效的，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。最后基金会的委托理财，不仅没有取得收益，同时给基金会带来损失（诉

讼过程产生的诉讼费、律师费、交通费等费用)。

另外根据《证券法》第一百四十四条规定，证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。所以基金会在委托理财的时候，签署委托理财协议，约定保底条款的，违背了法律法规的强制性规定，给基金会带来法律风险。2004年2月1日证监会《证券公司客户资产管理业务试行办法》第41条第2项规定：“证券公司从事客户资产管理业务，不得向客户作出保证其资产本金不受损失或者取得最低收益的承诺。”同时，《关于规范证券受托投资管理业务的通知》也规定，受托人应根据在与委托人签订的受托投资管理合同中约定的方式为委托人管理受托投资：但不得向委托人承诺收益或者分担损失；受托人的管理佣金提取方式和提取比例由受托投资管理业务当事人双方协商确定，但是不得采取简单的利润分成方式。所以基金会和证券公司、基金会管理公司签订委托理财协议的时候，不得约定保底条款。

## 2. 投资营利性实体

《投资办法》以及现行的法律法规并未禁止基金会进行股权投资，但是基金会只能以发起设立、并购、参股的方式直接进行股权投资，不能直接买卖股票。股权投资是风险游戏，成功的股权投资有较高的回报，但是同时也有较大的风险。基金会进行股权投资的，面临投资决策的风险、实际履行过程中的风险、被投资实体经营的风险、行政监管的风险等。

投资决策的风险主要体现在项目定位不准和决策程序的遗漏两个方面。被投资的项目存在于不同的行业中，基金会对项目所处行业情况、行业周期、市场环境不了解，会造成行业定位风险。对项目企业的技术水平、生产能力了解不全，对投资的企业发展阶段靶向不准，会造成投资类型选择的的风险。另外，基金会投资决策前，必须经过理事会决议，理事会要充分了解投资的项目，需要掌握投资意向书、尽职调查、财务和法律审计等，基金会投资程序不完善，尽职调查不全面，程序遗漏都可能造成不可预知的风险。

被投资企业的业务经营风险。发生风险的原因可能是项目所处行业的市场环境发生了变化，比如经济衰退；可能是经营决策不对，比如盲目扩张、

过快多元化；也可能是企业管理者的能力不够，或管理团队不稳定等。企业经营情况发生变化易出现业绩下滑、停工、破产等不利情况，从而导致股权投资没有收益甚至出现本金损失的情况，最严重的甚至可能导致本金完全损失。基金会对上述信息很难专业把握，所以也面临着风险。

另外，《投资办法》第六条第二款规定：“慈善组织直接进行股权投资的，被投资方的经营范围应当与慈善组织的宗旨和业务范围相关。”该款对基金会进行直接股权投资提出了基本要求，也对可投资的范围进行了限定，基金会在进行投资时需要重点关注被投资方的经营范围。

基金会股权投资在具体执行层面，由于专业性不够，在签署协议、合同履行也面临诸多风险。比如浙江省某基金会将其所持的B公司股份转让给C，双方签订转股协议，约定在办理完股权变更登记后十五日内，C将转让款一次性付给基金会，随后基金会按照约定时间与C办理了股权变更登记，但C逾期七个多月未付转让款，基金会向法院提起诉讼。

此外，基金会股权投资执行风险的影响因素主要表现在时间上。对于股权投资来说，投资的周期一般较长，股权退出期普遍在三年，或者五到七年甚至更长时间。但并非所有的股权投资都能在约定的时间内取得利润后退出，更多的投资项目可能由于种种原因不能上市或只能在原有股东内部转让等。因此，退出机制的不完善，会使股权投资风险变大，因为不确定因素很多。执行风险还体现在投资过程的操作上。投资过程比较复杂，涉及工商登记、税务、外汇管理、部委批文等。执行的过程越复杂，越会需要更长的时间，从而影响到投资的时间成本和回报率。

另外根据《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。上述提及的中国某科技基金会利用内幕信息买卖某公司股票一案中，最后基金会被证监会罚款5万元，那么参与决策的理事根据条例规定还应当承担赔偿责任。

### 3. 委托第三方理财

近年来，随着大量委托理财业务的实施，因委托资金遭受损失而在委托

人与受托人包括监管人之间产生的合同纠纷案件大幅上升。基金会委托第三方理财的，同样面临着相关的法律风险。中国裁判文书网的案例显示，目前基金会委托第三方理财的法律风险主要集中于受托人资格问题。浙江省某基金会与某公司签订委托理财协议书，约定由公司代为经营基金会资金，并支付10%的年收益，而该公司系王某多年前成立，且已于签订协议以前被吊销营业执照。王某因合同诈骗罪被检察机关起诉，最终法院认定王某犯合同诈骗罪。河北某基金会委托理财纠纷一案，受托人不具备相关证券经营业务证件；在广东某基金会委托一家中国XX天使投资会理财案件中，中国XX天使投资会是一家非法组织。

根据《投资办法》的规定，基金会进行委托投资的，应当选择中国境内有资质从事投资管理业务，且管理审慎、信誉较高的机构。我国现有法律对于具有各相关资质和营业许可的证券公司、信托投资公司、商业银行、基金管理公司是有相关管理规范的，如中国证监会出台的《关于规范证券受托投资管理业务的通知》规定，证券公司从事受托投资管理业务，应当获取中国证监会批准的受托投资管理业务资格，没有获取资格的证券公司不得从事受托投资管理业务，中国证监会对符合经营受托投资管理业务资格的证券公司发放业务牌照。因此，此类性质的公司开展委托理财业务必须先取得受托投资管理业务资格。目前，国内负责金融监督管理的部门为中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会。这三个部门监管的机构主要包括银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司以及私募基金管理人，具体的机构名单可以在相关金融监督管理部门的官网上查询。基金会在委托第三方理财的时候需要审核受托第三方的资质问题。

#### 4. 超越宗旨、业务范围开展理财业务

基金会应在宗旨和业务范围之内开展活动。基金会在投资理财中，也存在超越宗旨和业务范围，将理财收入作为业务收入来源的情形。2014年11月，慈孝特困老人救助基金会设立了以房养老基金管理委员会，由北京某资产管理有限公司出资，在基金会开展以房理财业务，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、财务报告造假等情形，情节恶劣，民政部撤销了该基金会登记。基金会的首要任务是开展公益慈善活动，但是本案中基金会超越宗旨和业务范围，没有获得金融监管部门的许可而开展理财业务，不仅违背了基金会的管理规范，也违反了金融监管相关的法律法规。

## 5. 基金会直接买卖股票

《投资办法》施行前，并未有相关法律法规禁止基金会进入股票流通市场，国内一些基金会也有直接在股票流动市场购买股票的案例。但是，《投资办法》施行后，明确规定了基金会不能直接买卖股票，对于违反《投资办法》的行为，民政部门有权给予警告并责令限期改正。另外，基金会违规进行股票买卖，不仅机构本身面临行政处罚的风险，理事违规作出股票投资决定，致使基金会财产遭受损失的，参与决策的理事也面临相应的赔偿责任。

## 6. 将限定性资产用于投资

《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》要求，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。《投资办法》也明确了，慈善组织可以用于投资的财产限于非限定性资产和在投资期间暂不需要拨付的限定性资产。然而，在实践操作层面存在基金会将限定性资产用于投资的情形。2016年3月，浙江某企业向某慈善基金会捐款500万，双方签订捐赠协议约定捐赠款用于西部某省某县中学留守贫困儿童的教育帮扶。由于项目开展不顺利，2017年5月，基金会将该捐赠款中的200万用于股票投资，2017年7月，基金会投资获利5万元，但基金会的投资行为并未征得浙江某企业的同意。基金会的上述行为违反了民政部《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》的规定，面临行政监管方面的法律风险。

### （六）接受捐赠、慈善募捐的法律风险

中国裁判文书网涉及的案件当中，关于接受捐赠的案件共10起，占总

数的 4.67%。民政部门行政处罚的案件中，涉及到慈善捐赠的案件有 3 件，致诚中心的咨询案件中，涉及捐赠以及慈善募捐的有 62 件，基金会在接受捐赠以及开展慈善募捐方面，主要的法律风险来源包括：

### 1. 捐赠人权利瑕疵

捐赠合同作为合同的一种形式，基金会签署捐赠合同过程中同样面临法律风险，比如捐赠人处分权瑕疵带来的法律风险。北京某基金会接受某仓储管理公司的对于乘客遗失物的捐赠。根据《物权法》的规定，遗失物发布了招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。仓储管理公司作为遗失物的保管人，有保管的义务，因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。仓储管理公司并没有将乘客遗失物进行捐赠处分的权利，所以如果基金会接受了这样的捐赠，基金会也将面临着法律风险。比如所有权人或者其他权利人追回遗失物的时候，所有权人知道或应当知道受让人之日起两年内可以向基金会请求返还原物。

郭某的父亲生前与郭某继母签订《关于家庭财产的协议书》，载明要将其名下所有的 46 件字画藏品中的 24 件留给子女，其余 22 件捐给慈善机构，一方去世后，即由在世的一方实施，并委托了律师全权处理捐赠事宜。该协议并未明确捐赠字画的名录，在律师和继母将藏品捐赠给基金会后，郭某等子女起诉至法院，要求确认该捐赠协议无效。法院认为，遗赠人虽表示过捐赠 22 幅字画的意愿，但并未指明具体捐赠字画的名称，捐赠人意思表示不明确，因而捐赠协议效力待定。郭某等子女为捐赠人的法定继承人，现郭某等人对协议均不予追认，故捐赠协议未能生效，判令基金会返还捐赠物。

卫某与刘某是夫妻，二人共有一套房产登记在刘某名下，刘某在卫某不知情的情况下将房产捐赠给无锡某慈善基金会。卫某诉至法院，要求确认该捐赠合同无效，法院支持卫某的诉讼请求。基金会在接受捐赠的时候，需要注意捐赠人，是否有权处置捐赠财产。

### 2. 捐赠合同未明确约定付款条件

一般而言，基金会在捐赠合同中对付款均有明确规定，并且将付款成就

要件作为重要条款，但是有基金会并未对付款条件约定，给基金会带来法律风险。

2012年，某海外集团为打开中国市场，发起了“1000万助力中国慈善事业”的品牌宣传，在中国寻找10位公益人，每位公益人三年提供100万的捐赠。海外集团将第一年的捐赠款项支付给江苏某基金会，由江苏基金会负责向10位公益人签署资助协议，提供资金支持。2014年，由于海外集团未支付剩余的款项，受资助的公益人向基金会要求拨付剩余款项30万元，基金会以海外集团未付款为由，拒绝了受助人的要求，根据基金会和资助人签署的《资助协议》，2014年基金会应当支付资助资金，并未约定其他付款成就条件。2016年，受助人向法院起诉基金会，要求支付资助款项，基金会以实际捐赠人未支付为由答辩。法院不认可基金会的抗辩理由，判决基金会支付资助款项30万元。

### 3. 捐赠款项使用方面的法律风险

慈善捐赠是自愿和无偿的，基金会在使用捐赠财产的时候，不仅要尊重捐赠人的意愿，而且也要遵循法律法规对慈善财产使用的要求。2015年，李某向基金会捐赠500万元，没有约定捐赠用途，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。该基金会在捐赠财产使用方面违反了基金会的宗旨和业务范围，民政部对该基金会作出限期停止活动三个月的行政处罚。

2016年12月，广东省某基金会接受了某企业捐赠，企业要求基金会将捐赠款项用于该企业员工的大病救助，在捐赠合同约定，捐赠款项用于该企业员工重大疾病、工伤补偿的救助。然而根据《慈善法》规定，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，基金会和捐赠人的约定违反了上述《慈善法》的规定。

广东省某基金会接受医院的捐赠设立专项基金，专项基金主要用于某一类病者的治疗，在具体的捐赠合同中约定，只有在该医院救助的患者才能享

受资助，患者向基金会提供申请材料，专项基金管委会审核通过后，基金会将救助款直接支付到该医院。该基金会在具体使用捐赠款项方面，我们认为存在法律风险问题，可能会构成慈善法禁止的指定捐赠人的利害关系人作为受益人的条款。

## 5. 基金会接受捐赠后给予捐赠人利益回报

《公益事业捐赠法》明确规定，不得给予捐赠人利益回报，但是在实践层面，基金会为了吸引捐赠存在给予捐赠人利益回报的情况。这里特别要提出的是，法规规章并没有进一步解释利益回报，比如何种情况下构成利益回报？利益回报包含何种内容？基金会在维护捐赠人过程中，设置了捐赠人回馈，给予一些名义礼品、称号等，是否构成利益回报？我们认为，对于给予捐赠人冠名、荣誉称号等情形，并不构成利益回报，但是如果给予捐赠人直接金钱回报，给予捐赠人产品服务保证之类，涉嫌构成利益回报。

2016年某基金会接受甲房地产开发公司捐赠。基金会和公司签署《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西部某镇的“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。同时约定基金会出面和当地政府协商，由该公司负责扶贫村庄的新农村专项建设，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。本案中，基金会给捐赠人附加的商业谈判的内容，我们认为已经构成利益回报的要求，违反了《公益事业捐赠法》的规定。

## 6. 基金会提取回扣返还筹款帮助人

随着第三方筹款市场的不断成熟，越来越多的第三方协助基金会进行筹款，这个过程当中，有基金会为了扩大筹款量，约定一定筹款额的比例给筹款帮助人。基金会提取回扣返还筹款帮助人，不仅违背了《国际筹款伦理守则》，同时也违背了国家政策。根据2009年民政部《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。基金会为了吸引捐赠，给捐赠

人以及提供捐赠帮助的自然人和组织利益回报的做法，也面临着法律风险。

## 7. 接受实物捐赠的法律风险

捐赠财产包括货币、实物、房产等有形财产以及无形财产。那么，基金会在接受实物捐赠、捐赠过程以及处理实物捐赠财产过程中都存在相关的法律风险。

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。根据民政部《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》规定，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。本案中，基金会接受甲企业的药品捐赠时，为了方便并未进行验收，且未开具捐赠票据等做法也违背了上述规定。

赵某诉基金会人身损害侵权纠纷一案中，某企业向基金会捐赠了一批老人康复治疗仪的设备，由于设备质量原因导致受助老人赵某受伤。赵某将基金会以及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，而且还在公益宣传中提及治疗仪器安全可靠、质量无忧等情形，根据《产品质量法》规定，因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应当承担赔偿责任。由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。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。根据合同法一百九十一条的规定，

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。据此，法院判决公司和基金会均承担责任。

基金会在捐赠问题上除面临上述风险外，基金会违反规定接受捐赠（利益回报、从事营利性活动等）、将捐赠款项用于组织章程规定的用途之外，指定的受益人与捐赠人或基金会管理人员存在明显利益关系的，根据《关于公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》第八条的规定，基金会也面临被取消公益性税前扣除资格，且取消资格的当年及之后三个年度内不得重新确认资格的风险。

## 8. 不具有公开募捐资格开展公开募捐活动

《慈善法》明确规定，慈善组织开展公开募捐活动的应当具备公开募捐资格，不具有公开募捐资格的个人、组织开展公开募捐活动的，承担相应的法律责任。2016年，网络曝光的小马云募捐案中，一个直播主持人为长相酷似马云的江西小男孩开展募捐，后被民政部门约谈，责令改正。

根据慈善中国的数据显示，具有公开募捐资格的基金会668家，占到基金会总数的10%<sup>1</sup>。有近90%的基金会没有公开募捐资格，根据《慈善法》的规定，没有公开募捐资格的基金会不得开展公开募捐活动。现实操作过程中，存在着不具有公开募捐资格的基金会开展义演、义赛、义卖、慈善晚宴类似公开募捐活动。

这里需要特别提出一点的是，关于定向募捐和公开募捐的区别。公开募捐是面向公众开展的，定向募捐，是面对特定对象开展的。基金会登记或者认定为慈善组织后，定向募捐是与生俱来的权利，根据《慈善法》第二十八条规定，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进行。所以定向募捐和公开募捐最大的区别在于募捐对象是否确定，对象特定并没有数量上的要求，而是指募捐对象的范围是可控的、限定在一定的范围内。此外，慈善组织定向募捐的，也不得采取在公众场所设置募捐箱、开展义演、义赛、义卖、义拍、慈善晚宴；通过广播、电视、报刊、互联网

1 慈善中国 <http://cishan.chinanpo.gov.cn/biz/ma/csmh/a/csmhaindex.html/>

等公开募捐方式。

## 9. 在非民政部统一或指定平台以及非官方网站发布慈善募捐信息

《慈善法》明确规定，慈善组织开展募捐活动的，应当在民政部统一或者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。互联网募捐或个人求助的兴起，为互联网公司带来了流量，所以很多企业开发了便于慈善募捐和个人求助的网站。基金会在开展互联网募捐的时候，会在这些网站上发布募捐信息，但是这些网站并未民政部统一或指定，以及基金会的官方网站，这样的行为也将会给基金会带来法律风险。

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，因其在非指定募捐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平台发布募捐信息。没有对发布的募捐信息进行审核，发布的信息不准确不完整。对基金会予以警告，并责令限期改正。

## 10. 募捐活动方案侵犯未成年人的隐私

根据《未成年保护法》的规定，任何组织或者个人不得披露未成年人的个人隐私。然而，目前存在着基金会救助残障儿童、困境儿童时，为了加大慈善募捐的感染力，将受助儿童的隐私信息在网络上公布的情形。基金会该行为不仅违背联合国《儿童权利公约》关于儿童利益最大化原则，也违反了《未成年保护法》的规定。《未成年保护法》第六十九条规定，侵犯未成年人隐私，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予行政处罚。

## （七）专项基金、代表机构管理的法律风险

中国裁判文书涉及专项基金的案件共6起，占总数量的2.8%。致诚中心咨询案件中，涉及专项基金的有14起。这类案件暴露出，实践中部分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，对专项基金的管理一定程度上有所失控，从而导致争议纠纷的出现，损害了基金会的社会公信力。

## 1. 专项基金对外开展活动，其法律责任由基金会承担

专项基金不具有独立法人资格，对外开展活动的时候，应当以母基金会的名义开展，但实践过程中基金会为了管理的方便，出具授权书，授权专项基金可以对外开展活动，最后专项基金的债务全部由基金会承担。例如，王某与中国某基金会借款合同纠纷一案，2013年王某认识中国某基金会XX专项基金负责人彭某，彭某以专项基金环境治理项目需要资金为由向王某借款733万，并签署借款协议，约定了还款时间，基金会专项基金到了约定时间并未还款，王某将基金会、基金会专项基金起诉至法院。基金会辩称其并非适格被告，基金会一直没有召开理事会、没有进行年度检查、正在处于整顿阶段，基金会并未成立该专项基金，所以该诉讼为虚假诉讼。王某向法院提交十八份证据，证明了专项基金由基金会授权成立以及借款存在的事实，其中一份授权书写着“兹授权XX基金会XX专项基金为基金会的合法代表机构。为了便于工作的开展，其有权签订与本基金会有关的各种形式的合同，并处理一切与之相关的事务”。最后法院判决基金会偿还王某借款733万元。

北京XX公司向中国XX基金会申请设立专项基金，基金会批准后XX公司以该专项基金名义进行项目合作，由于拖欠项目费用，而专项基金无独立法人地位，无法对外承担法律责任，合作单位遂将基金会告上了法庭，要求基金会交付项目款。基金会称确实批准过该专项基金，但由于XX公司没有缴纳创始基金，基金会已经注销该专项基金。合作一事基金会并不知情，XX公司私刻公章签署合同，已涉嫌经济犯罪，应属无效合同，基金会不应承担支付项目费用的责任。法院认为，该专项基金系由基金会设立并管理，且其亦派员担任该基金管委会主任等职务，故其应当对该基金的行为承担相应的法律责任。最终，法院判决基金会向合作单位支付项目款。

## 2. 专项基金劳动人事相关的法律风险

专项基金在设置上具有一定独立管理权限。基金会为了管理的方便，授权专项基金有独立招聘的权利，甚至专项基金管理人员的工资从专项基金的管理费用当中支付，但是管理人员并未和基金会签订劳动合同。这种情况下，

专项基金的劳动责任承担仍然要由基金会承担，本报告提及的劳动人事风险已经有相关案例介绍，在此不展开介绍。

### 3. 专项基金发起人项目运营模式涉嫌刑事犯罪的法律风险

有些企业利用慈善名义开展传销犯罪活动。这些企业为了扩大影响力，会找到基金会合作，在基金会设立某一专项基金，基金会通过报刊、媒体宣传该专项基金，如果发起企业的经营模式涉嫌传销，会使基金会面临巨大的法律风险与舆论风险。

善心X公司和某基金会的案例中，善心X公司称捐赠1000万在基金会设立专项基金，在专项基金设立启动仪式上，相关媒体大规模宣传和报道，后来基金会在运营中发现该公司经营模式存在问题，随后基金会和该公司解除了合作，公司涉嫌传销被刑事立案。民政部多次要求基金会提供该专项基金的情况说明，同时，网络舆论当中也出现很多关于该基金会负面报道。

惠州某房地产公司和某基金会合同纠纷一案中，2015年惠州公司联合北京某投资公司在基金会设立公益乐居专项基金，主要开展购房公益补贴的活动，并且约定北京某投资公司对受助人的购房款进行理财。后基金会认为该专项基金模式运营存在问题，就暂停了公益乐居专项基金的运行并在官方网站进行了公示。后来相关公司被刑事立案，惠州某公司向法院起诉了基金会，最后法院以该案不属于民事纠纷且涉嫌经济犯罪，裁定驳回惠州公司的起诉。上述两个案例中，基金会在接受捐赠人设立专项基金过程中，因没有对捐赠人以及设立专项基金的意图做充分的尽职调查，给基金会带来了法律风险。

### 4. 专项基金财产使用的公益性不足的法律风险

捐赠人设立专项基金后，如果在财产使用方面公益性不足就会给基金会带来法律风险。2014年，某公司在基金会设立专项基金并成立了管委会，管委会主任由公司负责人担任，管委会在使用专项基金财产的时候，批准将专项基金用于公司品牌宣传的费用。基金会在管理专项基金的时候，需要审核专项基金公益性的用途。

## 5. 专项基金可持续发展问题

专项基金的可持续发展，是基金会在管理专项基金时需要重点考虑的问题。比如发起人捐赠 100 万设立专项基金，然而在后续过程中却缺乏持续运营的能力，专项基金的财产已经用完，但是专项基金依然存续，由于目前退出机制的不健全，也会给基金会带来一定的风险。

### （八）志愿服务的法律风险

中国裁判文书网涉及到基金会与志愿者之间案件有 6 件，其中劳动纠纷的 4 件，劳务纠纷 1 件，名誉权纠纷 1 件，致诚中心接受咨询的涉及到志愿者问题的有 36 件。基金会使用志愿者过程中，主要的法律风险包括：

#### 1. 志愿者和劳动用工的纠纷

本报告前述劳动用工的法律风险部分，已经提及志愿者起诉基金会劳动合同纠纷的相关案例。实务中基金会使用志愿者的风险主要是，基金会认为与志愿者之间是志愿服务关系而非劳动合同关系，但由于基金会使用志愿者过程的不规范，没有签署志愿服务协议，导致基金会的意见难以被法院采纳。所以基金会需要注意到，基金会使用志愿者和劳动用工方面的风险问题。

#### 2. 志愿者补贴

《志愿服务条例》规定，志愿者是自愿和无偿的，但是并不否认志愿者可以领取补贴，那么基金会在补贴发放方面，也存在相关的法律风险。

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所得税，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。

某基金会和 53 名志愿者补贴纠纷一案中，基金会每年组织志愿者在火车站组织春运、夏运和重大节假日的志愿服务工作，志愿者负责在火车站引导和维持秩序，基金会约定向志愿者提供每日 80 元的补贴。后基金会拖欠 53 名志愿者补贴十余万元，志愿者向民政部门投诉举报，基金会称由于铁路局延迟拨款导致自己违约，但是志愿者认为铁路局延迟拨款跟他们没有关系。随后，志愿者向法院起诉，法院判令基金会支付志愿者的相关补贴。

### 3. 志愿者交通事故

在志愿服务过程，志愿者可能会面临交通意外的风险，因交通事故产生的费用就可能会由基金会来承担。2015 年 12 月，北京某基金会组织志愿者前往河北开展扶贫活动，志愿者李某开车和另外三名志愿者在前往河北途中发生了交通事故，造成志愿者不同程度的轻伤，交通事故认定书认定志愿者李某存在过错，最后基金会也承担相应的医疗费用，根据《慈善法》规定，基金会承担责任后可以向有过错的李某追偿。

2018 年 2 月，浙江某基金会在陕西开展慈善项目，在当地招募了志愿者参与慈善活动，志愿者在前往活动地点路上，由于电瓶车打滑摔倒，造成轻微骨折，最后双方和解，基金会承担了志愿者 60% 的治疗费用。

### 4. 志愿者给服务对象造成损害

志愿服务过程中，志愿者给服务对象造成损害的，基金会承担无过错责任，如果是志愿者故意或者重大过失造成的，那么基金会向服务对象承担责任以后，可以再向志愿者追偿。比如，大学生志愿者张某是北京某基金会组织西部助学的一名志愿者，张某在西部支教过程中，帮助留守儿童做饭，在做饭过程中由于操作失误，高压锅爆裂，造成张某本人和当地儿童轻伤，最后基金会对此也承担的医疗费用责任。

### 5. 志愿者在志愿服务过程中遭受损害

在志愿服务过程中，志愿者自身遭受损害的，基金会存在过错的，承担过错责任。2015 年，某环保基金会组织野外河流的考察活动。志愿者何某在

考察调研的时候，前往水库游泳死亡。基金会由于并没有尽到提示和告知的义务，在管理志愿者过程中存在一定过错，因此承担了一定的赔偿责任。那么志愿者在志愿服务过程中造成损害的，基金会在什么情况下会被认定为存在过错呢？根据《侵权责任法》的相关规定，基金会作为活动的组织方，应当对活动的危险尽到合理的告知和提示义务。例如，对参加具有人身危险性的志愿服务的志愿者，应当对其进行专业培训，告知服务过程中的风险，告知志愿者禁止从事的行为和事项。

## 6. 志愿者通过自媒体损害基金会名誉

志愿者陈某是某基金会社区服务志愿者，由于价值观不一致等原因，基金会负责人劝退了陈某，陈某不忿，撰写长文，捏造数据，诽谤基金会和基金会负责人存在侵吞政府购买服务资金等问题，在基金会各大志愿者微信群发布，给基金会名誉造成伤害，基金会找到致诚中心协助化解矛盾，双方达成和解。

### （九）违反税务、行政管理规定的法律风险

根据中国社会组织网、各省市民政部门官方网站、各省市社会组织服务平台公布的 52 个针对基金会的行政处罚决定当中，基金会主要包括以下几种行政违法行为：未按照规定参加年度检查的有 28 个；超越宗旨和业务范围开展活动的有 5 件；未完成公益事业支出额度的有 6 件；编制虚假财务报告的 2 件；不按照规定进行变更登记的、未进行信息公开的 3 件；弄虚作假、骗取登记的 1 件；其他行政处罚的 7 件。另外，基金会在税务登记方面也面临着法律风险。2016 年，北京市有 59 家基金会被税务部门作出罚款、警告的行政处罚。由于存在行政处罚记录，税务部门、民政部门、财政部门不能认定基金会获得公益捐赠税前扣除资格，导致将近 5 亿元的捐赠财产不能享受抵税优惠。

行政管理的法律风险是每一个基金会都有可能面对的，基金会在注册登记、运营过程中可能面临的税务、行政管理方面的法律风险主要包括：

## 1. 违反登记管理规定

基金会的设立、变更、终止，均应当依照法律法规的规定办理登记，如果基金会违反登记管理法律法规，可能会受到民政部门罚款、限期停止活动、撤销、吊销登记证书等处罚。

常见的违反登记管理的法律风险包括：提供虚假材料骗取登记；在筹备期间开展筹备活动以外的其他活动；基金会登记事项发生变化时未办理相关法律手续；基金会设立分支机构或项目时，未经批准冠以“中国”、“世界”、“亚洲”“全球”等名称；未按时进行年检或者年报；未履行信息公开义务或公布虚假信息；基金会年末净资产低于注册基金；未完成公益事业支出额度；将登记证书伪造、涂改、出租、出借、转让等。

## 2. 违反财税相关规定

第一，行政处罚的风险。税务领域的问题相对比较专业，有时基金会在运营中对税务问题容易产生认识上的偏差，基于这种偏差，其实施的一些行为就很可能引起相应的法律风险。北京有 59 家基金会被税务部门给予罚款、警告等行政处罚。主要的违法事由是：未按照规定期限办理纳税申报并报送纳税资料，以及未取得非营利组织免税资格或者非营利组织免税资格到期后未申请重新认定期间、汇算清缴时对捐赠收入未如实申报。

第二，不能取得公益性捐赠税前扣除资格的风险。根据《关于公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》的相关规定，基金会要获得公益性捐赠税前扣除资格，要满足 15 项条件，其中无论是年度专项信息报告、慈善费用支出、管理费支出的要求，还是社会组织评估等级、免税资格的要求，对于基金会来说都包含财税合规的内容。基金会不能满足上述要求的，无法获得公益性捐赠税前扣除资格。

第三，公益性捐赠税前扣除资格被取消的风险。基金会在取得公益性捐赠税前扣除资格后，若出现《公告》第七条规定情形之一的，如未按要求报送专项信息报告，年度慈善费用、管理费用支付不符合规定，等级评估不满足条件的，也面临公益性捐赠税前扣除资格就被取消的风险。

### 3. 违反其他行政管理部门的规定

基金会的运营过程中不仅受《基金会管理条例》的规范，同时还要受到工商、人力资源、证监会、保监会、食品药品、交通、海关等各个部门的相关法律法规调整。例如，根据《社会保险法》规定，基金会应当给劳动者缴纳社会保险，如果未依法为劳动者缴纳社会保险的，将受到人力资源与社会保障部门的行政处罚。再如，中国某基金会违反《证券法》规定，利用内幕信息买卖某公司股票，被证监会罚款5万元的行政处罚。还有，根据《商标法》规定，基金会侵犯他人商标的，工商行政管理部门经过询问、调查、查阅资料、现场检查后，若认定侵权行为成立，则有权根据相关规定对基金会处以没收、销毁侵权商品、没收违法所得、罚款等处罚。

## （十）刑事法律风险

刑事案件也是基金会的主要法律风险之一。中国裁判文书网涉及的基金会共有19件刑事相关的案例，占总数的8.88%，主要分为以下几种类型：

### 1. 挪用、侵占基金会财产

这类案件的涉案人一般是基金会的主要负责人或财务人员，他们通过职务上的便利，非法占有、使用基金会财产，严重损害了基金会的利益。例如，2012年9月至11月间，被告人吴×于北京某基金会工作期间，受基金会秘书长李某的指派，负责与马可波罗旅行社有限公司联系，多次经手办理购买机票、签订旅游合同等业务。在此过程中，被告人吴×利用自己经手上述业务费用的便利，擅自将旅行社因多收预付费用而返还给基金会的钱款共计人民币137750元非法占为己有，并用于个人消费及还债。公安机关对吴×刑事立案，后法院判决吴×构成职务侵占罪。

### 2. 非法吸收公众存款

这是指基金会自身或者分机构，利用基金会名义，非法吸收公众存款。这种犯罪有两类，一类是涉案人员为基金会分支机构职员，他们大多是在分支机构负责人的带领下，明知基金会不具有金融资质，以高额利息为条件，

向不特定人群吸收存款。2017年1月，河南省某文化基金会宝丰办事处的负责人和多名办事员被检察机关以非法吸收公众存款罪提起公诉。河南省某文化基金会是经省民政部门批准成立的地方性公募基金会，宝丰办事处于2014年经基金会理事会决定成立。该机构负责人组织业务员在宝丰县各个乡镇以支付高额利息为条件，向不特定人群吸收存款，涉及金额巨大，涉案人员均已构成非法吸收公众存款罪。经查，宝丰办事处将吸收的资金汇至河南省某文化基金会，基金会将该款项用于投资房地产项目。

另外一类是基金会本身的工作人员。2015年，河南省某产业发展基金会的刘某与史某合谋，以XX公司投资养老项目为名，向社会公众非法吸收存款。所得款项由刘某以XX公司副总经理的身份捐赠给河南省某产业发展基金会账户。后刘某、史某、XX公司、基金会分别以非法吸收公众存款罪被追究刑事责任。非法吸收公众存款罪不仅涉及基金会个人，也可能构成单位犯罪，对基金会造成恶劣影响。

## 02

# 构建基金会法律风险防范体系

---

中国裁判文书网、基金会行政处罚案例、致诚中心解答的基金会咨询等当中涉及的法律问题，需要基金会从业人员，尤其是基金会负责人、理事，在工作履职过程中格外审慎。依法依规，是基金会发展的基石，也是基金会的底线要求。

目前中国基金会从数量、资金、项目、管理等方面来看，仍处在发展的初级阶段，基金会抵御风险能力较低，国家法律政策变化很大，法律法规对基金会要求越来越高，监管越来越严。在新时代背景下，基金会需要加强法律能力建设，建设基金会法律风险防范体系，促进慈善事业健康有序发展。致诚中心结合目前中国基金会的法律风险来源，根据《慈善法》以及相关法律法规的规定，从十个方面给出四十五个建议点，供基金会参考。

## **（一）完善内部治理管理制度，建立法务审核机制，定期组织学习**

基金会要建立完善内部治理制度，保障基金会民主决策，基金会财产用于章程规定的慈善活动，防止财务失真，防止权力过分集中，又要保障理事、基金会的利益。在管理层面，完善管理制度的制定，从制度层面保障基金会有效运转。

### **建议一：健全以章程为核心的内部治理机制**

基金会要健全以章程为核心的独立自主、权责明确、运转协调、制衡有效的法人治理结构，完善理事会、监事（会）制度，完善内部治理是有效实现基金会良好内部治理的必然要求。理事会严格按照章程规定按期换届，并及时履行备案手续，理事会会议符合法定人数和程序，并做好会议记录和存档；规范民主议事、民主决策的范围、程序和方法，基金会人、财、物等重大事项的决策，要经过理事会程序，不得由个人专断。设立监事会或者监事，建立健全内部监督机制；要支持监事会（监事）依照章程规定的程序检查财务和会计资料，列席理事会会议，向理事会提出质询和建议，并向有关部门反映情况。

## 建议二：管理好基金会负责人、理事，明确其权利义务

建立基金会负责人任职管理制度，明确负责人资格、产生程序、任职年限等。基金会负责人对重大事项、项目安排、资金使用管理负总责，要严格按照章程履行职责，不得以单位名义从事营利性活动，不得以权谋私。对于基金会的其他理事，应当在其担任基金会理事的时候，将基金会的法律属性、理事权利义务明确告知，让理事们准确理解基金会的性质，并且尽其应尽的义务，享受应有的权利，避免基金会产生内部矛盾。

## 建议三：完善基金会的各项管理制度

基金会在具体工作中，应当完善管理制度，依照章程以及最新的法律法规规定，制定或修改《票据管理制度》、《信息公开制度》、《财务管理制度》、《人事管理制度》、《印章管理制度》、《党建制度》、《重大事项报告制度》、《资产管理制度》、《专项基金管理制度》、《捐赠管理制度》、《志愿者管理制度》、《公益项目管理制度》、《档案管理制度》等，要求工作人员在具体工作中，根据相关管理制度来开展工作。

## 建议四：建立基金会法务审核机制

基金会应当建立起法务审核机制。基金会在对外活动中面临跟很多相关方的合作，必然要签署各种形式的合同，基金会在内部建立起法务审核机制，就能对上述提到的各个层面的问题进行统一把关。法务审核机制构成如下：项目人员具体了解项目合作需求→提交项目负责人审核，项目负责人审核完毕后→提交法务部门/法律顾问审核（如有）→提交秘书处审核→如果是重大事项的，需提交理事会决策→对外签署。法务审核机制，可以最大限度的避免基金会的法律风险。

## 建议五：定期组织法律政策学习

为了使基金会的运作合法合规，基金会负责人、理事会成员、工作人员等应当主动学习相关的法律法规政策，积极参加民政部门、行业机构组织的基金会法律政策培训。有条件的基金会可以建立定期学习制度，每季度/

月组织员工学习，建立学习型组织，学习内容包括法律、财务、传播、募捐、项目、技术等。在法律政策培训方面，邀请行业专家结合机构情况，开展法律政策培训、国际发展研讨交流，学习国内最新的法律政策要求，也可以了解国内国际最新动态，全方位的把握基金会发展方向，同时也可以了解最新最前沿的资讯。

## （二）规范劳动人事管理，完善招聘、入职、离职制度

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。

### 建议一：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。

### 建议二：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。

### 建议三：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。

经济补偿金计算方式如下：按员工在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向员工支付半个月工资的经济补偿。员工月工资高于单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年，前述月工资是指员工在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

(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。

### （三）规范专项基金的管理，加强专项基金负责人培训

近年来，国内不少基金会相继设立一些专项基金，如公众耳熟能详的“嫣然天使”、“爱心衣橱”、“免费午餐”、“大爱清尘”等。基金会专项基金的设立，可以快速实现捐赠人意愿，捐赠人根据基金会章程和管理制度设立专项基金管委会，具有一定独立运营的权利，免去了捐赠人登记注册的环节，但是专项基金不具有法人资格、专项基金的慈善活动也要符合基金会的宗旨和业务范围，接受基金会的统一管理。

针对报告在前文中提到的基金会专项基金的法律风险，建议从以下几个方面，加强对专项基金的管理：

#### 建议一：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。专项基金在设立之前，应当做法律尽职调查，了解专项基金发起人自身、设立目标、运作模式，项目开展等信息。

### **建议二：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，未经基金会同意，不得以其名义对外宣传或开展业务活动。

### **建议三：全面加强管理**

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。专项基金不得再设立专项基金。

### **建议四：做好信息公开**

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及时披露。

### **建议五：加强专项基金可持续发展能力**

很多专项基金过度依赖初始成立的捐赠资金，捐赠款项用完后，专项基金就没有能力继续开展活动了。对基金会而言，一方面要完善专项基金的退出机制，另一方面也需要加强专项基金可持续发展的能力。可持续发展能力，包括专项基金品牌的构建、捐赠人维护、网络募捐、必要的投资保值、增值等。

### **建议六：完善退出机制**

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。

### **建议七：举办专项基金座谈会**

基金会应当每年举办一次专项基金座谈会，了解各个专项基金发展情况，对专项基金管理的制度和流程进行培训，梳理各个专项基金急迫面临的问题，帮助解决或者及时调整。

## **（四）依法依规接受捐赠，避免捐赠人利益回报**

资金，是基金会开展活动的重要保证；筹资，是基金会的一项必修课程，基金会主要资金来源渠道是接受捐赠和开展募捐。《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。基金会在接受捐赠的时候要严格遵守慈善法的规定，非慈善目的的捐赠不能接受，不得强迫或者变相强迫捐赠，不得给捐赠人利益回报。

基金会在接受捐赠的时候应当做到：

### **建议一：审核捐赠主体是否具备处分权**

基金会需要审核捐赠人是否有权处分捐赠财产，审核捐赠财产的合法性。比如机场仓储公司将乘客遗失物捐赠给基金会，那么需要审核公司是否对乘客遗失物有处分权，如果没有处分权，那么基金会就不应当接受捐赠。对于捐赠财产，需要捐赠人保证捐赠财产权利无瑕疵，捐赠财产是合法财产，没有设立抵押、质押，财产本身无权利瑕疵。

### **建议二：确保捐赠的公益性**

基金会接受捐赠应当确保公益性，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。需要注意的是关于公益捐赠冠名，根据《公益事业捐赠法》以及《慈善法》规定，捐赠人对于捐赠的慈善项目可以

冠名纪念，法律对冠名的行为应当予以肯定和保护，实际上也是通过社会和公众赋予捐赠人的一种荣誉。但是，捐赠人的冠名应当符合法律、法规的规定，并符合当地的风俗习惯和社会公共利益。除了冠名以外的，对于需要给捐赠人提供品牌宣传条件的捐赠，基金会需要慎重接受。

### **建议三：捐赠财产使用符合规范**

捐赠财产的使用应当尊重捐赠人的意愿，符合公益目的，不得擅自变更捐赠用途，不得滥用捐赠财产、不得侵占、挪用捐赠财产。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。

### **建议四：选择受益对象应当符合公平、公开原则，不得违规宣传**

基金会在选择受益对象的时候，应当采取公平、公正、公开的原则，关注不特定的公众和第三方，不得指定捐赠人的利害关系人作为受益人，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。

### **建议五：规范物资捐赠的入账流程**

基金会接受物资捐赠的，应当根据物资发票、报关单等凭据入账，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。

### **建议六：受赠财产的变卖和拍卖管理**

对于不易储存、运输和超过实际需要的受赠财产以及难以用于慈善目的的受赠财产，基金会可以依法拍卖变卖。符合上述规定的受赠财产，基金会

依法拍卖变卖的，为了规避不必要的法律风险，建议委托负责拍卖、变卖业务的第三方公司处理。基金会将拍卖、变卖所得款项扣除必要的费用后，全部用于慈善目的。

### **建议七：接受物资捐赠的安全性管理**

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。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。

依据上述七点的要求，基金会应尽到审核的义务，避免接受捐赠过程中给基金会带来的法律风险。

## **（五）依法依规开展募捐活动，避免违法募捐**

基金会依法依规做好慈善募捐，需要注意以下几个问题：

### **建议一：准确区分公开募捐和定向募捐**

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，如果慈善组织进行公开募捐，必须取得公开募捐资格。定向募捐，是指慈善组织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。特定对象没有数量上的要求，而是指募捐对象的范围是可控的，限制在一定范围之内。同时，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慈善法第二十三条规定的公开募捐的方式。

### **建议二：不具有公开募捐资格的基金会不得独立开展公开募捐活动**

《慈善法》公布以后，公开募捐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，违规募捐者民政部门也可以撤销其募捐资格。《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》明确规

定了申请公开募捐资格的条件、程序和要求。

没有公开募捐资格的基金会，并不代表基金会不能实现公开募捐的效果，可以联合具有公开募捐资格基金会开展公开募捐活动，募捐善款进入有公开募捐资格基金会账户，统一管理，避免违法募捐的法律风险。

### **建议三：项目人员学习募捐方案的设计**

基金会项目人员需要学习如何制定募捐方案。根据相关规定，基金会开展公开募捐活动的十日前需要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。基金会工作人员就需要学习如何撰写募捐方案，募捐方案包含的要素有：募捐目的、起止时间、接受捐赠方式、受益人、募捐成本、募捐活动负责人以及联系方式等。另外，项目人员做募捐方案时，使用照片、视频的，注意不要侵犯他人的著作权、隐私权等。

### **建议四：互联网募捐，应当在指定平台发布募捐信息**

开展互联网募捐的，应当在民政部指定平台发布公开募捐信息。根据《慈善法》规定，基金会在互联网上开展募捐活动的，应当在民政部指定平台发布募捐信息，并同时可以在基金会的网站、微信、微博、客户端等发布募捐信息。为了规避风险，建议做互联网募捐的基金会，首先应在指定平台上发布募捐信息。目前民政部指定慈善募捐信息发布平台包括：腾讯公益、淘宝公益、支付宝公益、新浪微公益、京东公益、百度公益、公益宝、新华公益、轻松筹、联劝网、广益联募、美团公益、滴滴公益、中银公益、融e购公益、水滴公益、苏宁公益、帮帮公益、易宝公益、中国社会扶贫网，共计20家平台。

## **（六）依法开展保值、增值活动，做好投资项目的法律尽职调查**

基金会可以将慈善财产通过投资、理财等方式实现慈善财产的保值、增值，同时也使得基金会能够不单纯依靠捐赠，可以获得可持续的、长远的收入来源，有利于基金会慈善目的的实现。《基金会管理条例》第二十八条规定，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。《慈善法》

第五十四条规定，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。《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》还规定基金会作为慈善组织不得实施直接买卖股票，直接购买商品及金融衍生品类产品，投资人身保险产品，以投资名义向个人、企业提供借款等行为。上述法律法规对基金会的投资保值、增值做出了的规定。在目前阶段，基金会做好慈善财产的保值、增值应当做到以下几点：

### **建议一：明确基金会可投资的慈善财产范围**

《慈善法》第五十四条明确规定，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。《关于规范基金会行为的若干规定（试行）》以及《投资办法》中规定的，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产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，要求资产只能在特定时间内或规定的日期之后使用；用途限制，要求资产用于特定目的。

### **建议二：遵循合法、安全、有效的基本原则**

《基金会管理条例》、《慈善法》均规定基金会保值、增值投资活动要遵循“合法、安全、有效”的基本原则。我们认为，应主要从以下几个方面去把握：（1）投资行为不违反现行法律法规和社会公共利益；（2）全部投资收益用于宗旨规定的慈善活动；（3）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，以确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完全的；（4）有具体、可期的收益。

### **建议三：明确理事会是投资最高决策机构，根据需要设立投资管理委员会**

理事会是基金会的决策机构，对于基金会开展投资活动而言也是最高决策机构，决定投资的各项事宜，如：审定投资管理制度风险控制机制；确定投资战略、决定重大投资方案；检查监督投资管理工作；设立投资执行机构、授权执行机构进行相应投资等。另外，基金会可根据自身需要决定是否设立投资管理委员会开展相应的投资，投资管理委员会的组成除了基金会理事成员、员工外，还可以吸收财税领域、法律领域、投资领域的专家，为基金会进行合规投资保驾护航。投资管理委员会在理事会的领导下开展投资，接受理事会的管理，在理事会的授权范围内开展投资活动。

### **建议四：选择合适的投资方式，明确投资负面清单**

《投资办法》明确了基金会可进行的投资活动以及禁止性规定，根据该规定，基金会可进行投资的主要分为三大类：（1）直接购买银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司等金融机构发行的资产管理产品；（2）通过发起设立、并购、参股等方式直接进行股权投资。（3）将财产委托给受金融监督管理部门监管的机构进行投资：委托金融机构进行投资，一般来说，专业机构，由于专业性较强，因而其亏损风险较小。基金会不得进行的投资活动有：（1）直接买卖股票；（2）直接购买商品及金融衍生品类产品；（3）投资人身保险产品；（4）以投资名义向个人、企业提供借款；（5）不符合国家产业政策的投资；（6）可能使本组织承担无限责任的投资；（7）违背本组织宗旨、可能损害信誉的投资；（8）非法集资等国家法律法规禁止的其他活动。

### **建议五：完善基金会投资的程序设计**

《慈善法》第五十四条规定：“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。”《投资办法》第九条也规定：“慈善组织的财务和资产管理制度以及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。”其中，“重大投资方案”的确定应遵循基金会章程以及资产管理制度中的规定；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。此外，召开理事会进行决策的同时，应保留会议记录，明确理事同意、提出异议的情况、投资项目的背景、投资金额以及预期收益。有关联关系的理事应当在决策时候回避。基金会的负责人和工作人员不得在基金会投资的企业兼职或者领取报酬。

### **建议六：投资之前做好法律尽职调查**

基金会需要慎重的对待投资所出现的种种法律及财务陷阱，为尽量减小和避免投资风险，在投资开始前对投资目标进行尽职调查就非常必要和重要了。尽职调查，又称谨慎性调查，是指对投资项目背景与历史、投资机构的信息、财务资料与财务制度、依法依规的情况做一个充分的调查。尽职调查对于基金会项目的投资决策意义重大，详尽准确的尽职调查将帮助基金会了解投资的情况，减少因信息不对称产生的诸多问题。

### **建议七：掌握投资亏损法律责任承担**

根据《慈善法》第十四条、四十二条、九十九条的规定，慈善组织违反本法第十四条规定、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。《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。这里面重点提一下，基金会投资过程中，做到合法合规、程序合法、理事会尽到勤勉、注意义务，但投资由于市场原因导致亏损的，理事会是否承担责任？目前的《投资办法》是允许基金会存在投资亏损的，我们认为理事尽到了勤勉、注意义务的可以免责。

### **建议八：动态监督管理投资活动，建立止损机制、风险准备金制度**

动态监管：基金会在投资前不仅要遵守相关规定、尽到审慎义务，以合

规开展投资活动，在投资过程中也要尽到监督管理责任，比如定期审查投资报告、对投资情况主动询问、对投资出现的重大问题召开会议进行处理等等。

**止损机制：**《投资办法》明确基金会可以合理建立止损机制，代表着法律政策是允许基金会有亏损的，但是法律要求一旦发生亏损，要及时的进行处理。这个时候我们就要求我们建立一个止损机制，那么有什么情况之下我们建立止损机制？基金会可以根据投资活动的风险水平以及能承受的损失程度，合理设置，如：投资期限届满的；有亏损的投资项目可能影响机构信誉的；委托第三方的投资公司主体灭失或被司法机关追究刑事责任的；投资亏损达到一定比例的。

**风险准备金：**基金会可以从上一年度的总收入或者说投资收入提取一定的资金，作为基金会的风险准备金。当风险准备金到达一定额度时可不再提取。风险准备金独立核算，除弥补亏损外，不得挪作他用。另外，风险准备金制度的使用需要经过理事会的批准。

### **建议九：建立投资专项档案**

《投资办法》第十二条规定：“慈善组织应当为投资活动建立专项档案，完整保存投资的决策、执行、管理等资料。专项档案的保存时间不少于20年。”

### **建议十：制定或完善资产管理制度**

根据《投资办法》的规定，投资管理制度应当包括（1）投资遵循的基本原则；（2）投资决策程序和管理流程；（3）决策机构、执行机构、监督机构在投资活动中的相关职责；（4）投资负面清单；（5）重大投资的标准；（6）投资风险管控制度；（7）投资活动中止、终止或者退出机制；（8）违规投资责任追究制度。慈善组织没有资产管理制度的应当制定，已经有资产管理制度的，对照《投资办法》进行修订和完善。

除《投资办法》中明确规定的內容外，基金会可以在投资管理制度中加入免责条款（基金会理事、投资管理委员会成员等尽到了忠实、勤勉、谨慎义务，由于市场不可预见原因导致投资亏损的，并且尽到了止损义务的，相关人员无需承担赔偿责任），降低理事会对投资决策的担忧问题，在制度上

给与相关决策人员一些基础保障。

基金会在投资保值、增值的过程中，依照上述要求做好法律风险的防范，降低基金会的风险，也减少决策理事的责任。

## （七）建立志愿者风险管理体系，保障志愿者的合法权益

随着志愿精神的普及，越来越多的人利用自己的时间或者技能在基金会提供自愿、无偿的志愿服务，但是，基金会在使用志愿者的过程中，也出现了很多问题，应当加强法律风险的防范。《慈善法》第一百零六条规定，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。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。

根据上述规定，志愿者给受益人、第三人造成损害的，基金会承担无过错责任；志愿者参与慈善服务过程中，自身造成损害的，基金会承担过错责任；由于不可抗力造成损害的，基金会还需要承担公平责任。可见，基金会使用志愿者的法律责任非常之大，结合实务和本报告案例，我们建议从以下几个方面加强志愿者法律风险防范：

### 建议一：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。

### 建议二：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。

### **建议三：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。

### **建议四：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。

### **建议五：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。

### **建议六：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。

### **建议七：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。

## **（八）保护基金会知识产权，不侵犯他人知识产权**

基金会在开展工作过程中，会产生自己的商标、著作权等知识产权，也可能会因使用他人的著作、图片而侵犯其知识产权，本报告基金会法律风险来源部分可以看出，基金会的知识产权侵权案件屡有发生。从目前来看，一些基金会一方面不注重自身研发成果的保护，在项目开展、执行方面没有建立知识产权的保护措施，大量的作品、商标因没有及时申请知识产权保护而得不到有效保护；另一方面，基金会的人才流动也给知识产权构成了威胁。此外，还有的基金会不尊重他人的知识产权，以至知识产权纠纷时有发生，这里有恶意的明知故犯，但更多的是因无知酿成的后果。所以基金还应当从以下几个方面加强知识产权的保护：

### **建议一：完善基金会知识产权管理制度**

基金会在人事管理、产品采购、项目开发推广、对外合作的合同中要完善知识产权的保护条款。例如跟员工签署知识产权保密协议，避免员工离职时把知识产权带走；机构和第三方签署协议的时候，对项目产出的知识产权进行约定，避免因为约定不清引发纠纷；进行产品采购的时候，要求对方对产品的知识产权承担无瑕疵的责任；项目开发推广的时候，对机构的 LOGO、字号使用做约定，避免合作方滥用机构 LOGO，伤害机构声誉；志愿服务活动 and 志愿者约定，志愿者在参与志愿服务过程中拍摄的照片和视频机构可以无偿使用。

### **建议二：基金会自身 logo、标识注册保护**

将基金会自身拥有的作品、LOGO、项目名称等申请知识产权保护，可以有效避免第三方的侵犯。社会组织的字号、logo、项目名称等符合条件的，都可以向商标局申请商标注册；社会项目管理手册、项目模式等符合作品条件的，也可以进行版权登记。通过商标注册、版权登记的方式，可以保护机构自身的知识产权不被侵犯，即使第三人未经许可使用了基金会的知识产权，也有充分的法律依据去维权。

### **建议三：传播、筹款的知识产权保护**

基金会做传播、筹款工作时，在传播文案、募捐方案中使用照片、视频、

人物肖像素材时，注意不要侵犯他人的著作权和肖像权。机构首先需要征得著作权人的同意后方可使用，其次，不知道权利人的，未征得同意的尽量不用；再次，使用网络照片的，可以在无版权或者购买了版权的网站上下载使用，最后，使用上述素材的，都应当对素材进行标注来源和说明。

### 建议四：准确的理解著作权的合理使用

著作权的合理使用是指基于法律规定的正当事由无需征得著作权人同意、无偿使用著作权作品。在慈善领域，有很多项目人员对合理使用有误解，认为用于公益目的就属于合理使用，《中华人民共和国著作权法》对合理使用有明确的规定：

1. 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人发表的著作权作品。此种情况是指纯粹为了个人所用，并没有对外开展出的目的。例如，为了更好地研究某个历史课题，而采用了一些考古学家的笔记内容。但是如果为了让别人欣赏自己喜欢的作品而特意在自己经营的咖啡馆展出，则是不允许的。

2. 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，适当引用他人发表的著作权作品。例如，为了点评一个大卫的雕塑作品，采用了当代诗人对力量与美的诗句。

3. 为报道时事新闻，在报纸、书刊、电视节目中难以避免地使用他人发表的著作权作品。为了追求新闻报道的真实性，还原事情的真相，所以必须刊载真实有效信息，因此不免使用到已经发表的作品内容，但是在合理使用的范围内。

4. 除著作权人声明不得刊登、播放外，报纸、期刊、广播电台、电视台刊登的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章或者公众集会发表的讲话。

5. 为了学校课堂教学或者科学研究，教学和科研人员翻译或少量复制已发表的作品。这种情况是指纯粹是为了教学和研究的需要，例如为了了解某一作者的创作过程，而在课堂上展出其作品集来学习。

6. 国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品。

7. 为了陈列和保存作品的需要，图书馆、美术馆等复制本馆的收藏作品。

8. 免费表演已经发表的作品。这种免费是指不以营利为目的，既不向

公众收取费用，也不向表演者支付报酬，类似“义演”。

9. 临摹、绘画、拍摄在室外公共场所摆设的艺术作品。

10. 将已经发表的作品改成盲文或少数民族文字出版。

以上便是著作权合理使用的范围，我们只有弄明白著作权合理使用的范围，才能避免自己的著作权受到侵害。

## （九）及时、专业地处理法律纠纷，积极面对社会质疑

在日益复杂的市场环境下，基金会不可避免的要面临纠纷，包括社会对基金会项目、财务的质疑、工作人员的仲裁请求、第三人的名誉侵权、合作对象的民事诉讼等。基金会努力完善了整个法律风险的防控体系，仅是减少法律风险，最大程度避免纠纷的产生，但即使有完善的法律风险体系，也不能完全避免某些诉讼以及社会的质疑。

面对纠纷和质疑，我们对基金会提出以下建议：

### 建议一：正确看待争讼，把握法律底线

基金会面对侵权或者争议时，不要产生惧怕和恐慌的心理。曾有基金会咨询，有捐赠人侵犯了基金会权益，但是并不敢提起诉讼，怕影响了双方关系；也有基金会咨询，有人在网络上恶意抹黑基金会，但是也不敢提起名誉诉讼，怕是更加说不清；还有基金会咨询，自己的员工向劳动仲裁委申请了仲裁，自己不知道该如何应对等等。

我们认为，首先，基金会需要正确看待争讼，争讼对于基金会而言并不一定是负面的，诉讼和仲裁是社会主体定纷止争的途径，基金会需要积极应对。其次，基金会在参与仲裁和诉讼的时候，应当聘请专业法律人士协助解决，帮助基金会分析、判断并做出合理决策。最后，基金会作为具有公共属性的法人，当自身权利遭受损害的时候，也应当积极通过诉讼方式解决，维护基金会的合法权益，对理事会、社会公众有合理交代。

近些年发生的关于基金会的各种质疑，总的来说，基金会在处理网络舆情方面专业能力是不足的，由于基金会没有建立专门的舆情应对机制，回应不及时、不专业，导致不实传闻在互联网发酵，直接损害了基金会的公信力，

间接地影响了整个慈善行业。此类事情的发生，一方面与社会大环境相关，另一方面也与基金会自身运作不规范、法律能力不过关有很大关系。

### 建议二：设立新闻发言人制度

为了加强基金会危机处理，基金会需要积极的回应社会质疑，建立新闻发言人制度就不失为一种好的应对方式。多年的实践证明，新闻发言人制度是一个比较好和成熟的机制。一套好的新闻发言人制度，一个专业的新闻发言人，可以及时向社会澄清事实，引导社会舆论，减少网络上无端的猜测和质疑，所以民政部门倡导社会组织建立新闻发言人制度，有利于社会组织的公开透明和整个行业的发展。

我们经常提到，新闻发布会是在面对突发事件和舆情的時候启动的一种制度。这种理解还是有些片面化的。新闻发言人制度并不仅仅是在发生舆情时启动的应急制度，而是在涉及到人员任免和变动，活动、项目、调研报告的发布以及面对舆情的時候启动的一种规范性安排，比如涉及留守儿童的相关报告、启动某一个项目等等，都可以采用新闻发言人的形式。

## （十）聘请法律顾问团队，为基金会合规运作保驾护航

截止至2018年5月，涉及基金会的法律法规规章已有50多部，法律包括《慈善法》、《公益事业捐赠法》、《境外非政府组织境内活动管理法》；法规有《基金会管理条例》、《志愿服务条例》；部门规章包括《慈善组织认定办法》、《慈善信托管理办法》、《慈善组织公开募捐管理办法》、《关于慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用的规定》、《慈善组织信息公开办法》、《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》、《基金会年度检查办法》、《基金会信息公布办法》、《基金会名称管理规定》、《社会组织抽查监督暂定办法》、《社会组织信用信息管理办法》、《社会组织评估管理办法》等；政策性规定包括《非营利组织免税资格认定管理问题通知》、《民政部关于进一步加强基金会专项基金管理工作的通知》等将近30多部，尤其在政策性规定当中，为解决问题提供了非常具体的要求。

政府在管理基金会过程中，也有很强的政策性特点，民政部社会组织管

理局局长詹成付认为：政府管理社会组织有很强的政策性特点，是因为社会组织是靠政策来规范管理的。在社会组织管理上，除了民政部门从社会组织登记成立，到社会组织的日常检查抽查，到接到举报后进行的调查，再到行政处罚直至撤销登记、清算、注销等等有若干政策外，组织部门对党政干部兼职的规定，财政部门对税收优惠政策的规定等等，也都有许多政策规定。面对繁多而枯燥的法条，基金会负责人、理事、从业人员，尤其是非法律专业的人员，在具体适用法律法规的时候难免会有一些困难，此外基金会的具体工作中不仅仅涉及到基金会相关的法律法规，同时也要遵守《合同法》、《劳动合同法》、《商标法》、《刑法》等法律规定，如何正确的理解和适用法律法规的规定，最好的办法是聘请法律顾问团队，为基金会合规运转保驾护航。

中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》规定，2017年底，中央和国家机关各部委，县级以上地方各级党政机关普遍设立法律顾问、公职律师，乡镇党委和政府根据需要设立法律顾问、公职律师，国有企业深入推进法律顾问、公司律师制度，事业单位探索建立法律顾问制度。根据中央推进法律顾问制度的精神，基金会为了实现依法治理，规避法律风险，也应当建立法律顾问制度，聘请具有专业实务经验的律师团队给基金会的工作保驾护航，建立健全的法律风险防范机制。

基金会聘请法律顾问团队，对基金会有四个方面的作用：

第一，有利于基金会内部运行机制的健全。包括理事会的构建，理事会会议、理事、负责人权利义务的完善，同时也包括基金会公章和合同管理，劳动用工的管理、专项基金管理运营机制。法律顾问可以根据法律法规的要求，完善基金会内部运行机制，规范发展，规避风险。

第二，有利于基金会日常合同的审查，预防和避免不必要的法律风险。基金会要运作项目就不可避免的要与其他民事主体发生法律关系，而双方的权利义务就需要通过合同来确定。协商、签订合同的过程就是双方权利义务你消我长的过程，既要合作共赢，又要确保自己的权利得到充分保护，这就

需要法律顾问来把好关。随着法治的发展，对于日常合同签订，越来越遵循“意思自治”的原则，只要合同不违反法律法规强制性规定，即使有些不公平，法律也不会去纠正，因为法律认为“这是基金会自己签订的合同”，“基金会对自己的权利义务应该了足够的认识”，所以，在这个行为过程中对合同法律方面的把关和审查就越来越重要。

第三，涉及基金会重大投资、重大项目开展、涉外活动等法律问题，顾问团队可以提供专业的法律意见。随着基金会的发展，社会创新、很多项目的开展没有先例可循，法律政策有一定的滞后性，那么基金会做出的重大投资、参与金融方面创新、重大资助、品牌合作、涉外活动等决定，法律顾问可以做法律尽职调查、提供法律可行性论证意见、为基金会梳理法律要点，以规避法律风险。

第四，作为基金会代理人参加诉讼、仲裁等活动。我们在上文提到，即使基金会有非常完善的管理和运行机制，也不可能完全避免争议的发生。一旦争议出现，基金会就很可能要参加仲裁或者诉讼。仲裁、诉讼是专业性非常强的业务，不但要掌握足够的法律知识，更多的是对诉讼经验的运用。尤其是质证中，有时候多说一句话或少说一句话也会对案件的结果产生影响，那么诉讼参加人对机会的把握能力就越来越重要，这就需要诉讼经验。所谓的诉讼经验，既包括对诉讼知识的运用，也包括要掌握诉讼程序中对证据的掌握和质证，也包括对不同地区诉讼习惯的了解，从诉讼经验的角度讲，律师是代理诉讼的最恰当的人选，如果说基金会法务部门由基金会非律师法律顾问来完成的话，那么基金会诉讼、仲裁业务，尤其是有一定难度的争议解决，最好还是由专业律师来完成。

# 结语

中国基金会法律风险报告，旨在通过分析中国裁判文书公布的涉案基金会、民政部门对基金会的行政处罚，以及致诚中心接待的基金法律咨询登记，总结梳理出当前阶段基金会常见的法律风险来源，并且从法律法规规定和实务角度，给予意见和建议。希望本报告，对中国基金会的依法治理、合规运营提供风险提示、经验指导、合规建议，让中国基金会更好地发挥服务国家、服务社会、服务群众作用，促进中国公益慈善领域健康有序高质量发展。

北京致诚社会组织矛盾调处于研究中心

2020年9月修订



北京致诚社会组织矛盾调处与研究中心

Mail/ngolwyers@zcpj.org

Add/北京市丰台区丰台路口东里198号致诚公益律师楼



中国基金会发展论坛秘书处

Tel/189 1122 4664

Add/北京市朝阳区东土城路8号林达大厦B座9层F室