

# 公益慈善中的代理问题及其治理

——以企业基金会为视角

李新天, 易海辉

(武汉大学法学院, 武汉 430072)

**摘要:**企业基金会在公益慈善活动中基于不同的权利义务内容形成多重委托代理关系。由于现行立法不够完善, 制度供给不足, 导致代理人损害委托人利益的事件时常发生, 形成公益慈善中的代理问题。对此, 我国未来立法应当进一步完善企业基金会的治理结构, 增加企业基金会的独立性; 强制信息披露, 促使企业基金会公益慈善更加公开、透明; 健全内外监控机制, 突出第三方监督, 加强对代理问题的事先预防; 增强诱致性制度供给, 强化企业基金会及其内部人的激励; 健全法律责任制度, 明确相关主体的法律责任。

**关键词:**公益慈善; 代理问题; 企业基金会; 治理法治化

**中图分类号:**DF551      **文献标志码:**A      **文章编号:**1009-1505(2015)04-0046-09

## On Agency Issues in Charity and Their Governance —In the Perspective of Corporate Foundation

LI Xin-tian, YI Hai-hui

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

**Abstract:** There are multiple agency relationships based on the different rights and obligations in corporate foundation's charity activities. Because current legislation is not perfect, and the system supply is insufficiency, which causes the agent to damage the client's interest easily. In order to conquer this problem, it needs to perfect our legislation to improve the corporate foundation governance structure and increase its independence; mandatory information disclosure which urges corporate foundation becomes more open and transparent in charity; improving the internal and external monitoring mechanism, especially highlight the third party supervision; enhance the induced system supply which is used to motivate corporate foundation; improve the legal liability system and define the legal liability clearly of corporate foundation's internal controller.

**Key words:** charity; agent problem; corporate foundation; legalization of governance

收稿日期: 2015-05-12

基金项目: 国家社会科学基金“企业基金会法律问题研究”(14BFX169)

作者简介: 李新天, 男, 武汉大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士, 主要从事民商法研究; 易海辉, 男, 武汉大学法学院博士生, 主要从事民商法研究。

## 一、引言

自2008年汶川大地震以来,我国社会公益慈善活动达到历史最高峰,慈善组织接受的捐款显著增加。<sup>[1]</sup>与此同时,社会公众对慈善组织的关注也日益提升,慈善捐款是否有效用于慈善事业,亦成为公众关注的焦点。然而,随着“红十字会与郭美美事件”的爆发,接二连三的公益慈善事件不断被曝光,社会公益慈善事业逐渐跌落低谷。<sup>[2]</sup>委托代理关系广泛存在于现代社会中,公益慈善亦不例外。企业基金会作为公益慈善组织,实际上与捐赠人、政府、受益人、社会公众之间,形成多重委托代理关系。在这些代理关系中,易引发代理人损害委托人利益的代理问题,进而影响公益慈善事业的健康发展。当前,理论界对基金会在公益慈善活动中存在的委托代理关系虽有一定研究,但未就代理问题影响公益慈善目的的有效实现进行深入研究。

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,共同为企业之私利而损害公益。因此,企业基金会公益慈善中的委托代理问题更具复杂性,值得深入研究。与西方发达国家相比,我国企业基金会发展仍处于起步阶段。在全面深化改革的背景下,如何有效解决企业基金会在公益慈善活动中的代理问题,完善企业基金会的治理结构,具有重要的现实意义和理论意义。本文从委托代理理论出发,对企业基金会公益慈善中的委托代理关系及其问题进行梳理,从企业基金会治理的角度,提出建立系统化的内外激励和约束制度,以有效克服代理人问题。

## 二、企业基金会公益慈善中委托代理关系之厘清

现代委托代理概念最早由美国经济学家罗斯提出,他指出:“如果当事人双方,其中代理人一方代表委托人一方的利益行使某些决策权,则代理关系就随之产生。”<sup>[3]</sup>然而,在委托代理关系关系中,容易出现代理人为了增进自身利益而损害委托人利益的现象,也即产生代理问题。代理问题也具有普遍性,存在于所有的组织和合作中。<sup>[4]</sup><sup>83-84</sup>在公益慈善活动中,企业基金会实际上是一系列委托人和代理人契约关系的集合和纽带。现代基金会保留了信托基金受托人所具有的私有性特点,<sup>[5]</sup>在本质上是一种信托关系。<sup>[6]</sup>作为受托人的企业基金会,在开展公益慈善活动时,与相关主体存在直接或间接利益关系。厘清这些关系,是对存在于其中的代理问题进行治理的前提。根据委托代理理论,企业基金会公益慈善中主要形成以下几重代理关系:

### (一) 与捐赠人之间的委托代理关系

企业基金会作为具有独立民事法律地位的法人,是专业化从事公益慈善的组织。其相对于公民个人、企业等非专业化主体,在开展公益慈善方面,具有更高的专业水平和优势。企业基金会的出现,是公益慈善日益专业化、组织化的必然结果。由于知识、时间、精力等因素限制,企业及其他社会公众无法都亲自开展慈善活动。“基金会的本质在于将公众或特定群体的善心转化为确定的信托利益,借助广泛的社会力量弥补政府和单个公民在公益事业上的力有不及。”<sup>[7]</sup>为实现自身慈善目的,捐赠人将财产捐赠给企业基金会,委托其开展公益慈善活动。作为捐赠者的企业及其他社会公众,便与企业基金会形成了委托代理关系,前者是委托人,后者则为代理人。

从法理上讲,作为设立人、捐赠人的企业与企业基金会之间彼此具有独立的法律地位。企业委托企业基金会实现自己的公益慈善目的,企业基金会作为受托人负责将捐赠财产有效用于受益人。企业基金会将所获捐赠进行慈善救助、投资收益等,都应当是为实现捐赠者意志,需要接受其监督。“对捐

款人透明,遵从捐款人的意志并对捐款人负责,是现代公益慈善事业的基石。”<sup>[7]</sup>作为规范和约束两者之间的委托代理关系的契约,主要体现为捐赠协议、基金会章程。

## (二) 与受益人之间的委托代理关系

公益慈善的受益人分为潜在受益人和实际受益人。实际受益人从潜在受益人中最终确定。只要符合企业基金会规定的条件,任何人都可以成为企业基金会捐赠财产的潜在受益人。然而捐赠财产数量具有有限性,无法让所有符合条件的人都能成为实际受益人。公益慈善乃资源再分配过程,即“散财”。沃尔泽认为:“分配是所有社会冲突产生的根源。”<sup>[8]</sup>如何让所有潜在受益人获得公平对待,让慈善捐赠财产合法有效使用,是一个关乎分配正义的问题。社会组织对资源的再分配,能增进社会自治和共同体建设,克服国家分配机制的局限性。<sup>[9]</sup>从根本上来讲,社会正义的核心内容就是分配正义。根据罗尔斯的观点,实现分配正义要求机会的平等。<sup>[10]</sup>因此,受益人能否公正、合理的获得捐赠财产,有赖于企业基金会是否坚持公正、合理、透明等原则。企业基金会在确定实际受益人的过程中,应当充分透明,保障受益对象的知情权。也即受益人利益的实现,依赖于企业基金会的行为。这一利益关系同样属于委托代理关系,前者为委托人。作为规范和约束两者之间的委托代理关系的契约,对潜在受益人是隐性的,对实际受益人是显性的。

## (三) 与政府和社会公众之间的委托代理关系

企业基金会具有高度的社会关联性。根据现代行政理论,政府主要职能之一是为社会公众提供充分的公共产品和服务。但政府面对日渐多元的社会需求,囿于人财物的限制,难以使公共产品和服务覆盖全体社会成员,有效供给与社会公众需求存在差距,<sup>[11]</sup>在某些时刻、场合存在政府失灵的情形。基金会是法律认可的,可以筹集和分配大宗社会财产并以此直接影响社会政策和社会意识的重要社会组织,各国政府对其予以高度重视。<sup>[5]</sup>为解决在提供公共产品和服务上的不足,政府需要仰赖非政府机构,透过代理人来实施政府功能。<sup>[12]</sup>包括企业基金会在内的各类基金会便成为政府提供公共产品和服务的重要代理人,被誉为社会第三部门。

可以说,作为非营利组织的企业基金会,是政府提供公共产品职能的补充。<sup>[13]</sup>两者就公共产品的提供上,通过隐性的契约,形成了明显的代理关系,政府为委托人,企业基金会为受托人。作为回报,各国政府对企业基金会除给予一定的财政支持外,主要通过设定相应的免税政策,吸引、鼓励捐赠人积极捐赠,促进企业基金会的发展壮大。这种免税政策的本质是政府财政收入的减让,同时,社会公众作为纳税人也付出了相应经济代价。<sup>[14]</sup>企业基金会应建立完整透明的财物报告,接受政府和社会的监督。

必须指出的是,接受捐赠人、政府等委托的企业基金会,作为法律拟制的法人,很大程度上只是观念化的象征物。其组织职能履行和作用的发挥,需要通过组织内部的理事长、副理事长、秘书长、理事及普通员工等主体实际负责执行。一定意义上,他们是公益慈善的终极代理人。这使得公益慈善中的委托代理关系进一步复杂化,代理链条增大,代理风险相应增加。

# 三、企业基金会公益慈善中的代理问题及其成因

## (一) 企业基金会公益慈善中的代理问题

根据委托代理理论,代理人为了自身利益损害委托人的利益的现象称为代理问题。企业基金会作为法律拟制的独立法人,具有独立的民事主体地位。在现代法律中,“慈善”必定是“公益性”的。<sup>[15]</sup><sup>[31]</sup>虽然企业基金会以公益慈善事业为其存在目的,但也无法避免其作为独立主体追求自身利益,即存在自利性。“在非营利组织中,代理问题存在于捐赠人与决策人之间、决策人与管理人之间,而且所花费的

成本相当高。”<sup>[16]</sup>

在企业基金会公益慈善中,同样存在慈善腐败和公益失灵等典型代理问题。虽然近年来曝光的系列公益慈善腐败事件主要集中在公募基金会上,但并不意味着作为非公募基金会的企业基金会不存在慈善腐败现象。只是因为它的社会关注度和影响力不如“红十字会”“青基金会”等大型公募基金会,导致被曝光的几率小。且相比公募基金会,企业基金会作为非公募基金会,其法人独立性更差,对企业依赖性也很强。<sup>[5]</sup>因此,它在公益慈善中的代理问题呈现出与公募基金会不一样的特点。企业基金会很大程度上被视为企业的子公司或内设部门,在代理问题上主要表现为损害政府、社会公众及其他非企业捐赠人的利益,作为捐赠人的企业利益难以受损。企业基金会公益慈善中的代理问题,导致了社会公益慈善成本的增加,浪费了社会资源,不利于社会慈善资源的优化配置。另外,还对整个社会的公益慈善理念和心态造成不利影响,损害了公益慈善捐赠市场的公平与效率。

## (二) 企业基金会公益慈善中代理问题成因

按照传统委托代理理论,代理问题的存在,根本原因在于信息的不对称。企业基金会公益慈善中代理问题的成因,同样受此一般规律影响。但与委托代理理论以所有权与控制权“两权”分离模式下的信息不对称原因相比,企业基金会并不具有“两权”分离的特征,导致在代理问题成因上又具有一定的特殊性。具体而言,主要有以下几个方面的成因:

1. 独立性不够。根据民法等有关法律规定,企业和企业基金会均属独立的民事主体。但实际上,两者关系并非如此。在当前我国公益慈善水平下,企业基金会面临的根本问题仍然是独立性不够,很大程度上沦为企业追求私利的附随者。企业基金会的人财物都主要受企业掌控。而企业和企业基金会在组织使命上截然不同,前者追求私利,后者为了公益。由于依赖于企业,导致企业基金会的治理和管理缺乏独立的专业化队伍,管理松散,透明度差。缺乏独立性的后果是,基金会的公益让位于企业的利益,基金会的公益项目更多成为企业的一种“作秀”。<sup>[17]</sup><sup>165-166</sup>一般情况下,企业基金会对作为委托人的企业利益不会有损害,但却很可能因为企业利益而去损害其他捐赠人、政府和社会公众的利益。

2. 信息不对称。“代理成本的产生是因为在不完全信息和有限理性的现实下,只能通过不完全契约确立委托代理关系,而机会主义行为对不完全契约的签订和执行会产生阻碍。”<sup>[4]</sup><sup>82-83</sup>这表明信息不对称对代理问题产生的影响。尽管《基金会管理条例》(以下简称《条例》)及《基金会信息公开办法》等规定了信息披露制度,委托人仍然难以完全掌握企业基金会的全部信息。企业基金会与捐助者、受益人和政府、社会公众的信息存在不对称,有明显的信息优势。<sup>[18]</sup>根据受托责任理论,因财产控制权的转移而形成的委托责任关系产生了对信息的披露要求。<sup>[19]</sup>但《2014年度中国慈善透明报告》指出:2014年非公募基金会信息透明指数平均得分为53.63分,有77%的公益慈善组织透明指数得分不及格,公众对公益慈善组织信息披露“较不满意”的比例达50%。<sup>[20]</sup>这一方面,由于作为代理人的企业基金会具有风险规避和自利的特性,致使其本能地隐藏或歪曲有关公益慈善信息,从而造成信息失真;另一方面,与规范企业基金会信息披露的法律法规不健全有明显关系。涉及信息披露的对象、程序、内容等都规定比较粗糙,操作性不强。

3. 监督不充分。这包括企业基金会的内部监督和外部监督两个方面的问题。“如果监督成本为零,代理成本也将为零。”<sup>[4]</sup><sup>104</sup>迈克尔·詹森指出了代理成本与对代理人进行监督的关系。监督的不充分或效果不力,也容易导致代理问题的产生。一方面,企业基金会内部监督不力。企业基金会监事(会)负责对理事会和执行高层的行为进行监督,防止不利慈善财产安全的行为发生。但实践中,监事(会)作用有限,呈虚置状态。<sup>[21]</sup>《条例》对监事(会)的职权规定有限,缺乏业务监督权、事前以及事中监督权等。另一方面,外部监督不足。企业基金会在社会关注度上不及公募基金会,媒体、公众对其监督力度相对较弱。同时,其他利益相关者对企业基金会监督缺乏动力。与公司相比,非营利组织不存在类似股东的

剩余财产索取权和控制权的制衡机制。<sup>[22]</sup>捐赠人不具有类似公司股东的剩余索取权,导致对企业基金会的监督缺乏积极性和动力。同时,政府部门主要依靠登记管理和年审进行监督,手段和力度有限。公众又缺乏有效的途径,获取信息困难。更缺乏有效的第三方监督力量。即使损害慈善财产的代理问题被暴露,企业基金会的利益相关者也缺乏类似公司股东的救济手段。这使得企业基金会运作中的代理问题更为突出,而需要更加公平、有效的监督。<sup>[23]</sup>

内外监督不充分,易导致企业基金会内部人控制问题。为了追求自身利益最大化,“内部人能经过精心的策划与合谋,利用掌握的组织控制权和信息不对称,一方面以法人组织的名义来募集社会财富;另一方面通过关联交易转移利润,甚至转移组织资产利用来谋取自身利益。”<sup>[24]</sup>在对组织管理权和资金使用权内外监督不力的情况下,企业基金会内部的理事长、副理事长、秘书长等实际控制人,其为追求个人利益而损害委托人利益的机会主义行为便随之而生。

4. 激励不明显。即对企业基金会组织和组织内人员激励不明显。有观点指出,我国基金会存在诱致性规范不足的问题。<sup>[25]</sup>就企业基金会组织而言,主要体现在税收政策上的激励不足。当前,企业基金会公益慈善税收的诱致性规范主要有:《关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》《企业所得税法》《公益事业捐赠法》等。但这些税收诱致性规范存在制定级别低、税收优惠不足、不同性质基金会之间的优惠政策不一致、免税手续繁琐等问题。且企业基金会为实现财产保值增值,投资所获收益要按企业经营收入对待,需按25%计征所得税。政府既希望包括企业基金会在内的社会组织进一步发展,<sup>[26]</sup><sup>50</sup>又不给予充分的政策扶持,处于一种矛盾状态。另外,对企业基金会组织内部人员薪酬、经费开支等过分强调志愿性,不允许内部人员有过高的薪金报酬和行政管理开支。“非营利组织是一种单向性的财产权构造:对外享有法人财产权,在内部任何自然人都不能享有其股权利益。”<sup>[16]</sup><sup>8</sup>基于此,《条例》对基金会内部人员薪酬、管理开支等规定了相应比例,超过即属违法。在此情形下,企业基金会内部人员难免消极履职,或为了自身利益,形成利益集团损害委托人利益。

5. 责任不健全。健全的法律责任制度是确保公益慈善财产安全,培育社会慈善理念,促进公益慈善事业健康发展的重要保障。所谓法律责任,是指法律关系主体承担的由于违法行为、违约行为或法律规定而产生的不利后果。<sup>[27]</sup>本质上,责任制度是一种行为约束制度。当前,有关企业基金会及其内部人员法律责任的规定,主要体现在《条例》第六章“法律责任”部分。但《条例》作为行政法规,对(企业)基金会及其内部人员的法律责任规定较粗糙、抽象,追责主体、情形、程序等内容不完善。对代理人的责任追究不严,惩罚力度不够,其获得的收益大且成功概率大。实践中,“非营利组织运转出现问题,其理事很少遭到外部和内部的惩罚,几乎不承担任何风险。”<sup>[28]</sup>正是因为责任制度的不健全,导致对企业基金会及其内部人员的责任无法有效追究,难以阻止代理问题的产生。

此外,当前我国公益慈善法律严重不健全,也是代理问题产生的重要原因。从西方发达国家的慈善发展经验看,健全的法律制度是公益慈善事业繁荣发展的根本保障。如美国、英国等都对非营利组织开展公益慈善活动制定了完善的法律。我国目前仅有《条例》以及相关规范性文件为制度支撑,基金会发展基本处于无法可依的尴尬境地。国家法律不健全,无法给代理关系当事人提供充足的行为指引和结果预测,导致彼此间的契约难以完整。规范彼此权利义务关系的契约不完整,自然难以防止代理问题的产生。

## 四、企业基金会公益慈善代理问题的治理对策

### (一) 代理问题治理与企业基金会治理之路径关联

所谓企业基金会治理,是指基于满足公益慈善利益相关者利益最大化的相关制度安排、权力规范

问题,包括内部治理和外部治理。“治理”常用于探讨权力使用,其核心问题是权力行使、利益分配和责任归属。<sup>[29]</sup>企业基金会治理,其核心也在于促使组织及其内部人员对受托权力的正当行使,从而协调权力背后的利益归属。企业基金会是使命型非营利组织,其核心架构在于“公益使命”。作为财团法人,慈善捐赠财产是其存在的根基。因此,企业基金会治理的目的,在于保证基金会遵守法律法规、规章制度和行为准则,科学决策,实现自身使命,<sup>[30]</sup>维护利益相关者的正当利益。

“基金会成败的关键在于主要利益相关者的满意度。”<sup>[16]</sup><sup>[37]</sup>代理问题的存在,即表明委托人(利益相关者)的利益没有得到良好实现,代理成本过高。对代理问题的治理,就是要有效降低代理成本,实现委托人利益最大化。这与企业基金会治理的核心和目的具有一致性。更进一步而言,对代理问题的治理,委托代理理论提供了激励和约束的双重路径,实现对代理人受托权的有效规制。企业基金会治理在路径依赖上,同样需要建立健全对基金会及其内部人员的激励和约束制度。所以,企业基金会治理问题,实际就是治理企业基金会公益慈善中的代理问题。

## (二) 企业基金会公益慈善中代理问题的治理对策

根据委托代理理论,针对企业基金会公益慈善中的代理问题,需要采取多元的激励约束措施,并将这些措施嵌入代理关系契约之中,使规范双方权利义务的制度走向法治化。

1. 增强企业基金会的独立性。由于独立性不强,过度依赖企业,使企业基金会成为企业追逐私利的工具,不利于公益使命的实现。从捐赠这一法律行为看,企业一旦完成向基金会捐赠财产的行为,其便丧失对该财产的所有权,而只享有使用监督权和知情权。企业基金会享有捐赠财产的所有权。基于此,《条例》规定基金会属于独立的非营利法人。企业基金会这一法律地位是其存在并发展的方向,只有不断增强自身独立性,才能使自身目的事业不断发展。企业基金会独立性的增强,是一个长期过程,需要有良好的内外部环境 and 条件。在内部,需要健全企业基金会法人治理结构,厘清内部决策、执行、监督职能,形成有效的内部权力监督制约治理结构;加强自身专业化建设,建立专业的基金会人才队伍,提升企业基金会运营水平等。在外部,需要作为捐赠人的企业转变理念,切实树立公益慈善理念,增强企业社会责任等。

2. 强制信息披露,促使企业基金会公益慈善更加公开、透明。企业基金会具有高度的外部资源依赖性,应当主动承担信息披露这一社会责任。因为其信息披露情况影响相关利益主体的行为决策,具有直接的经济后果和资源分配效应。可以借鉴公司法关于上市公司信息披露的做法,建立企业基金会公益慈善强制性信息披露制度,降低披露的时滞性。<sup>[31]</sup>企业基金会和上市公司都具有广泛的社会影响性,即利益相关者众多,在信息披露义务上应具有相同之处。强制信息披露应遵循真实、准确、系统、及时、规范、便捷的原则,范围应包括企业基金会组织概况、内部管理情况、财务会计报告及附注、项目运作情况、绩效评价等。<sup>[18]</sup>同时,还要对信息披露的时限、程序和责任等方面加以规范。实际上,国外对非营利组织从事公益慈善都有严格的信息披露规定。如英国慈善法规定,在任何合理的时间,公众都有权要求登记部门以及慈善组织提供符合法定格式的材料以供查阅、复制。<sup>[15]</sup><sup>[242]</sup>要充分利用信息技术,健全公益慈善信息网络发布平台。当然,信息披露有相应成本,且强制信息披露过多、过严,容易造成企业基金会的逆反心理,导致自愿披露的动力不足。<sup>[32]</sup>因此,在强制披露之外,还应留有自愿披露的空间。<sup>[14]</sup>在信息披露时要注意保护企业基金会及其利益相关者的隐私权,因为很多捐赠者和受赠者都希望隐藏自己的身份。<sup>[33]</sup>

3. 健全内外监控机制,突出第三方监督,加强对代理问题的事先预防。“非营利组织与企业的明显不同之处在于,前者并不由股东进行问责,而是由更加不定型的主体,如公众进行问责。”<sup>[34]</sup>这表明对企业基金会进行监督的特殊性和外部监督的重要性。笔者认为,当前重点要突出健全政府和第三方对企业基金会公益慈善的监督机制。政府一直在探索加强对基金会的监管,但监管不到位依然普遍存

在。<sup>[35]</sup>为此,要赋予政府职能部门对企业基金会的事中(同步)监督权力和手段,建立不定期抽查和年中、年度检查相结合,书面监督和现场检查相结合,重点信息随时抽查和定期全面普查的动态、全程监督机制。同时,政府还要大力扶持民间第三方监督机构,给予相应的财政补助,发挥第三方中立机构对基金会公益慈善评估监督的重要作用。对此,美国有关经验可以借鉴。美国建立了全国慈善信息局(NCIB),作为对非营利组织的独立第三方评估机构,帮助捐款人掌握慈善组织更全面的信息,促进行业的健康发展。<sup>[36]</sup>为了减少代理成本,要加强企业基金会内部监督制约。重点要健全监事(会)制度,进一步发挥监事(会)“看门人”作用。赋予监事(会)业务监督权、事前、事中监督权,给予履职必要的经费保障。可以考虑建立独立监事制度,引入社会公众或第三方代表进入监事会,提高监事会的独立性、志愿性和专业性。

4. 增强诱致性制度供给,强化企业基金会及其内部人的激励。良好的激励是促使代理人尽责履职,积极维护委托人利益的有效措施。在西方发达国家,慈善基金会兴旺发达的重要原因之一在于政府完善的税收减免制度。如在美国,税法成为政府对慈善基金会治理进行调节的最有效法律工具,对不同主体、不同捐赠内容给予了不同的税收优惠比例。<sup>[16][18]</sup>相比,我国当前有关企业基金会的税收制度过于薄弱和粗糙。为此,十八届三中全会提出:“完善慈善捐助减免税制度,支持慈善事业发挥扶贫济困积极作用。”<sup>[26][46]</sup>建议立法机关加快落实中央改革举措,借鉴美国的做法,建立起完善的诱致性监管规范。<sup>[7]</sup>特别要对企业基金会投资增值加大税收优惠力度。基于营利收入的非分配原则,建议政府对企业基金会投资增值免征所得税。<sup>[37]</sup>因为“以施舍性质的济贫院方式的传统慈善将一去不返,现代慈善将以投资来解决其生存的根本问题”。<sup>[38]</sup>同时,进一步规范、简化慈善捐赠免税手续。

另外,要适当提高内部人员报酬。转变当前过分强调“志愿”的理念,对企业基金会内部人员,尤其是专职人员给予与其劳动付出相适应的报酬,并随其工作绩效予以增长。对《条例》规定的行政费用支出比例适当上调,放宽支出范围。如美国允许慈善机构给予其理事、雇员等在行使权力被起诉时,支付他们为自己辩护所支出的费用。<sup>[39]</sup>“低成本可能意味着基金会提供的服务质量的不足,实践中要将行政成本控制在总支出的10%以内是十分困难的。”<sup>[17]78</sup>

5. 健全法律责任制度,明确相关主体法律责任,增强代理人责任感。企业基金会是一种使命追求型组织,应当秉持利他主义。而这种慈善使命需要依靠责任感来推动实现。健全的法律责任制,是保证企业基金会及其内部人员具有良好责任感的重要手段。针对《条例》中法律责任规定的不足,立法要建立健全民事、行政和刑事责任有机衔接的法律责任体系。其内容应当包括责任追究的主体、情形、程序以及相应的免责事由。在组织责任和个人责任追究上,尤其要强化企业基金会理事长、副理事长、秘书长和理事等人员的责任追究。因为他们是企业基金会的战略决策、管理人员,承载筹资、分配等运筹全局和监控风险的职能,是基金会与外界进行资源流动和观念互动的最终代理人。此外,鉴于公益慈善本质上属于民事法律活动,在责任体系上应建立以民事责任为主体的责任模式。当企业基金会不按照预定的慈善协议管理、投资或使用慈善捐赠财产时,立法应允许有关利益主体向法院独立提起诉讼,要求其按照捐赠意图履行相应义务或承担相应法律责任。<sup>[40]</sup>

6. 加强基金会立法,实现企业基金会治理法治化。要克服企业基金会公益慈善腐败和失灵,关键要走法治化治理道路,政府要加强对企业基金会治理的法律制度供给。近年来关于公益慈善的立法,国家和地方都进行了诸多探索。如2009年民政部即表示已经起草《慈善法》送国务院;地方层面,湖南、江苏、广东、北京等省、市相继出台或正在制定有关慈善事业的地方性法规。笔者认为,要吸收地方关于公益慈善立法的经验,加快在国家层面出台统一的公益慈善法律,结束当前公益慈善法律制度薄弱的局面。以德国为代表的大陆法系国家,强调法人的私法本质和民法属性,在民法典财团法人制度中对慈善组织法人做出基础规范,对一些具体事项另行制定特别法。<sup>[41]</sup>鉴于我国的大陆法系特点,可以借鉴德国的立法模式。具体而言,在当前国家启动民法典制定的有利条件下,未来应在民法典中对基

金会的民事法律地位、权利义务等基础性内容予以明确规定。另外,制定统一的基金会法,对具体事项进行规定,包括基金会的设立、运转、监管等内容。当前较现实可行的路径是,对《条例》进一步修改完善,并将其上升为法律而非法规。

## 五、结 语

随着经济的迅速发展,社会财富的不断增加,选择将累积的财富用于公益慈善事业将日益成为一种社会趋势。相比于西方发达国家,我国公益慈善事业当前还处于较低的发展水平。尤其是近年来一些公益慈善腐败事件,极大地损害了社会慈善心理的培养。企业基金会作为非营利性法人,是我国公益慈善事业的重要力量,居于各类慈善基金会中的主体地位。加强企业基金会公益慈善事业建设,对于促进我国社会整体慈善水平的提升,具有重要的意义。借鉴经济学上的委托代理理论,可以发现企业基金会开展公益慈善活动,是基于不同的权利义务关系,与捐赠人、政府和社会公众、受益人等相关利益主体形成了多层次的委托代理关系。在委托代理关系中,容易发生代理人损害委托人的利益的现象,即所谓代理问题的发生。企业基金会公益慈善活动中也同样存在代理问题。其成因在于作为私募的企业基金会相比公募基金,独立性远低于后者;相关利益主体存在信息不对称;对企业基金会的内外监督不充分;诱致性规范不足;法律责任不健全等。对企业基金会公益慈善代理问题的治理,在路径上与企业基金会的治理实际具有关联性。具体应通过完善基金会立法,进一步明确企业基金会的民事法律地位,建立强制信息披露制度,健全内外监控机制,突出第三方监督,增强对企业基金会的诱致性制度供给等。法治化的治理道路是企业基金会公益慈善成效提升的根本之路。当然,公益慈善代理问题的治理是一个系统工程,更是一个长期过程。笔者以企业基金会为视角,既是基于基金会的特殊性、重要性,也考虑到基金会公益慈善的一般规律。当然,这仅是一个初步分析,希望理论界有更多学者关注这一问题。

### 参考文献:

- [1]民政部社会福利和慈善事业促进司,中民慈善捐助信息中心. 2008年度中国慈善捐助报告[EB/OL]. (2009-03-05)[2014-12-01]. <http://www.charity.gov.cn/fsm/sites/newmain/preview1.jsp?ColumnID=286&TID=20101223162824828646847>.
- [2]张焕平. 透明不足的代价-近年慈善领域丑闻不完全统计[EB/OL]. (2011-06-29)[2014-12-01]. <http://www.caing.com/2011-06-29/100274034.html>.
- [3]STEPHEN A ROSS. The Economic Theory of Agency: The principals Problem[J]. American Economic Review, 1973, 63(2): 134-139.
- [4]迈克尔·詹森. 企业理论——治理、剩余索取权和组织形式[M]. 童英,译. 上海:上海财经大学出版社, 2008.
- [5]杨团. 关于基金会研究的初步解析[J]. 湖南社会科学, 2010(1): 53-59.
- [6]徐宇珊. 论基金会——中国基金会转型研究[M]. 北京:中国社会科学出版社, 2010: 34.
- [7]冯辉. 从“基金会事件”看我国基金会法律监管机制重构[J]. 东方法学, 2011(6): 81-87.
- [8]沃尔泽. 正义诸领域:多元主义与平等一辩[M]. 褚松燕,译. 南京:译林出版社, 2009: 12.
- [9]张东. 分配正义与收益公正分配[J]. 法学论坛, 2012(1): 36-43.
- [10]罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏,何包钢,廖申白,译. 北京:中国社会科学出版社, 2009: 48.
- [11]陶鹏. 虚拟社会中的非政府组织:作用、影响及应对[J]. 吉首大学学报:社会科学版, 2013(3): 46-51.
- [12]刘春湘,李自如. 国外非营利组织研究述评[J]. 中南大学学报:社会科学版, 2006(5): 582-586.
- [13]BURTON A WEISBROD. Toward a Theory of the Voluntary Nonprofit Sector in a Three-sector Economy[M]// ROSE-ACKERMAN S. The Economics of Nonprofit Institutions: Studies in Structure and Policy. New York: Oxford University



- Press, 1986:21-24.
- [14] 杨平波. 产权视角下非公募慈善基金会信息披露探讨[J]. 财会月刊, 2010(15):36-37.
- [15] 韦祎. 中国慈善基金会法人制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2010.
- [16] 周杏. 慈善基金治理模式研究[D]. 长沙:湖南师范大学法学院, 2012.
- [17] 刘忠祥. 中国基金会发展报告(2013)[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2014.
- [18] 黄震. 我国基金会信息公开制度研究[J]. 社团管理研究, 2010(6):1-4.
- [19] 戚艳霞, 赵建勇, 王鑫. 财务受托责任、信息质量要求和非营利组织会计的改进[J]. 财政研究, 2009(2):71-73.
- [20] 中民慈善信息中心. 2014年度中国慈善透明报告[EB/OL]. (2014-09-19)[2014-12-24]. [http://sz.ce.cn/sy/gd/201409/19/t20140919\\_1825926.shtml](http://sz.ce.cn/sy/gd/201409/19/t20140919_1825926.shtml).
- [21] 李莉. 中国公益基金会治理研究——基于国家与社会关系视角[M]. 北京:中国社会科学出版社, 2010:131.
- [22] EUGENE F FAMA, MICHAEL C JENSEN. Separation of Ownership and Control[J]. Journal of Law and Economics, 1983, 26(2):301-325.
- [23] 张立民, 李哈. 我国基金会内部治理机制有效吗? [J]. 审计与经济研究, 2013(2):79-88.
- [24] OLIVER HART, JOHN MOORE. Foundations of Incomplete Contracts[J]. Review of Economic Studies, 1999, 66(1):115-138.
- [25] 税兵. 基金会治理的法律道路——《基金会管理条例》为何遭遇“零适用”[J]. 法律科学, 2010(6):125-136.
- [26] 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定[M]. 北京:人民出版社, 2013.
- [27] 苏晓宏. 法理学基本问题[M]. 北京:法律出版社, 2006:252-253.
- [28] WILLIAM G BOWEN. When a Business Leader Joins a Nonprofit Board[J]. Harvard Business Review, 1994, September-October:38-43.
- [29] 官有垣. 台湾地方企业捐资型社会福利与慈善基金会之治理功能研究[M]//范丽珠. 全球化下的社会变迁与非政府组织(NGO). 上海:上海人民出版社, 2003:469.
- [30] 陶传进, 刘忠祥. 基金会导论[M]. 北京:中国社会科学出版社, 2011:130-131.
- [31] 何红渠, 唐丽梅, 时林娜. 公共压力与公益基金会财务信息披露质量关系研究[J]. 湖南科技大学学报:社会科学版, 2015(1):112-118.
- [32] 祝建兵, 陈娟娟. 非营利组织信息披露的政府管制[J]. 改革与发展, 2009(2):72-74.
- [33] 崔开云. 非营利组织公共责任——履行途径选择与缺失根源分析[J]. 江淮论坛, 2008(2):21-28.
- [34] 刘宏鹏. 非营利组织理事会角色与责任研究——基于中美比较分析的视角[J]. 南开管理评论, 2006(1):103-112.
- [35] 周婷玉, 胡梅娟, 杨维汉. 从“牙防组”看基金会黑洞[J]. 瞭望, 2007(25):12-13.
- [36] 刘晓楠. 委托代理下非营利组织信息透明度研究——基于慈善基金组织的现状[J]. 商业会计, 2012(3):59-60.
- [37] 李玉娟. 我国非营利组织税收优惠制度的最新发展及存在的问题[J]. 西南政法大学学报, 2011(2):10-16.
- [38] 潘乾. 非公募基金会投资问题探究[J]. 长白学刊, 2012(6):134-138.
- [39] 贝奇·布查特·阿德勒. 美国慈善法指南[M]. NPO 信息中心, 主译. 北京:中国社会科学出版社, 2002:82.
- [40] 李喜燕. 慈善捐赠人权利研究[M]. 北京:法律出版社, 2013:114.
- [41] 王雪琴. 论我国慈善组织法人治理机制的重构[J]. 法商研究, 2015(2):130-138.

(责任编辑 陶舒亚)