

# 基金會界定

## 第一節 基金會起源和歷史發展

### 一、基金會之起源

基金會產生於羅馬法制度的歐洲大陸，其歷史同產生於英國的信託制度一樣久遠。<sup>1</sup>軍隊出征前戰士將財產交給管理人代為他們的家庭或受益人看管。這種安排在一些學者看來是戰士做出捐贈，因為此時財產既不屬捐贈人也不屬管理人，管理人只能依照捐贈人指示向捐贈人的受益人（通常是捐贈人的妻子和孩子）處置捐贈物。捐贈人意願確定、目的明確而且財產確定已經構成基金會的有效創立要件，因此，在羅馬帝國時期基金會保護財產的方式已經形成。在同時期的大英帝國，武士在聖戰出征時將財產交予好友管理而形成信託關係，財產既不屬管理人也不屬武士，而是由管理人代為武士家人管理，這樣也可以避免武士家人揮霍財產。源於中世紀羅馬法的英國信託制度與基金會具有同樣的目的，就是為了宗教和慈善目的。<sup>2</sup>但是，這種觀點過於偏頗，信託起源不僅是為宗教和慈善目的，其作用堪比基金會起源，以為個人財產看管為私益目的考慮。

<sup>1</sup> See Dr. Johanna Niegel, *Private Foundations: A World Review*, Trusts & Trustees, Vol. 16, No. 6, 2005, p. 7.

<sup>2</sup> See Dr. Johanna Niegel, *Private Foundations: A World Review*, Trusts & Trustees, Vol. 16, No. 6, 2005, p. 7.

蓋尤斯<sup>3</sup> (Gaius, 約 130 年~約 180 年) 在《法學階梯》中確實也有將奴隸劃為有形物的範疇之記載。例如, 該書第 2 卷第 260 段寫道:「每個人也可以通過遺產信託贈與單個物品, 比如土地、奴隸、衣服、銀子、錢款等。」<sup>4</sup>由於信託是一種民事關係, 遺產信託不一定都採用遺囑或遺囑附書的形式實行, 它的設立方式比較自由。「通過一封信函, 或者一紙文書, 或者非書面形式, 甚至是一個在證人面前的點頭, 遺產信託都可以成立, 對此沒有人存有疑問」。<sup>5</sup>法律沒有規定信託設立的固定模式, 因此靈活的設立方式是信託的法律特徵之一,<sup>6</sup>而在同一時期存在的基金會則在這種法律制度下也遵循了一種類似信託的靈活方式, 英格蘭和威爾斯法律沒有規定基金會具備特定法律模式。<sup>7</sup>大多數英格蘭和威爾斯的基金會在實際應用中被當作一種特別類型的慈善機構對待, 如資助慈善 (endowed charity) 或捐贈慈善 (grant-making charity)。這些基金會財產來源於社會廣泛募捐, 其目的是公共利益, 這是普通法系國家現代慈善基金會能否創立的前提。傳統基金會即慈善基金會或公益基金會產生於此時的歐洲, 為救濟困難群體、兒童和弱者, 由教會建立醫院和孤兒院, 成為慈善團體。這些主體的組成部分不是自然人, 而是服務於上述宗旨的資產, 因而也往往被後來的學者稱為基金會 (fondazioni)。<sup>8</sup>慈善團體的法律主體地位在查士丁尼法中得到明確承認, 查帝在一項諭令中授予慈善團體以接受遺產繼承的權利和處置有關財物的權利, 他說:「當以籠統的方式將窮人設立為繼承人

<sup>3</sup> 參見 <http://baike.baidu.com/view/567819.htm>, 最後訪問時間: 2012 年 3 月 12 日。

<sup>4</sup> 參見 <http://baike.baidu.com/view/567819.htm>, 最後訪問時間: 2012 年 3 月 12 日。

<sup>5</sup> 黃風:《羅馬私法導論》, 中國政法大學出版社 2003 年版, 第 401 頁。

<sup>6</sup> See David Hayton & Charles Mitchell, *Commentary and Cases on The Law of Trusts and Equitable Remedies*, Sweet & Maxwell, 2005, p. 64.

<sup>7</sup> See *EFC Country Profile December 2008: United Kingdom (Focus on England and Wales)*, European Foundation Centre, available on: <http://www.efc.be/Pages/default.aspx>, last visit: 2012-03-18.

<sup>8</sup> 參見黃風:《羅馬私法導論》, 中國政法大學出版社 2003 年版, 第 115 頁。

時，一律由城市貧民救濟院獲得遺產，並由救濟院領導按照我們為戰俘做的那些規定，在病人中進行分配；或者發給年收入，或者變賣不動產或動產，以便購買不動產並每年向病人提供膳食。」為了實現自己的目的，慈善團體通常委託教會僧侶負責錢財的管理以及有關的組織工作。<sup>9</sup>

基金會與信託概念產生於同時期的歐洲，既是為了教會慈善事業，也是為了家庭和子女受益。早期私益基金會就是因財產讓與或捐贈而形成的一種建立在誠信基礎上民事關係或財產制度，與信託關係相似，但是信義與信託不可混為一談，因為信託是一種為了達到特別目的之「信任」，它並不需要因某人自願表示信任而承擔一種義務。道德的必然性或確定性使信義方完成託付。羅馬法中不存在「法人」概念以及完備的法人制度，<sup>10</sup>但是，在羅馬法漫長的發展歷程中已經形成了一套類似於法人制度的規範，根據這樣的規範，某個不同於自然人的實體可以成為權力主體，實施某些行為，並承擔相應的法律責任。<sup>11</sup>私益基金會在「早期羅馬法中已經成為財產性實體，即被單獨經營的財產或財物，由於特定經營目的之存在，這類財產或財物取得了獨立的法律地位，也就是說，受到特殊的法律保護；物的經管人不構成權利主體，而只是經管活動的代理人，有關的權利與義務在法律上由財產性實體享受和承擔」。<sup>12</sup>可見，基金會在羅馬法中已經有明確的法律地位，不論是個人之間為自己或他人利益的財產移轉和交付的私益目的，還是為慈善和公益的捐贈目的，由於特定經營目的之存在，這類財產或物都取得了獨立的法律地位，因此說明，即使沒有基金會法的存在，基金會行為以及調整該行為的法律早已存在。

<sup>9</sup> 參見黃風：《羅馬私法導論》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 115 頁。

<sup>10</sup> 參見黃風：《羅馬私法導論》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 111 頁。

<sup>11</sup> 參見黃風：《羅馬私法導論》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 111 頁。

<sup>12</sup> 參見黃風：《羅馬私法導論》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 112 頁。

教會擁有土地源於公元 321 年羅馬帝國君士坦丁皇帝允許基督教會擁有地產。貴族常以土地捐贈教會，作為贖罪的表示。信徒如無子嗣，遺產亦歸教會，教會還要求有子女的信徒也將遺產的一部分捐贈給教會，以拯救靈魂。這些被稱為神的產業的土地歸為教產，由主教掌管，不許私人占有。公元 330 年到 341 年，基督教會法規規定，教會產業由團體經營。5 世紀起，關於教會財產的產權不能移轉之規定日趨嚴格。公元 470 年，東羅馬帝國法律明文規定，教會財產產權不得變更。在上述私人財產移轉給教會所有的同時，附著於土地的奴隸也轉歸教會。羅馬法律規定，主教有權釋放奴隸，但釋放後仍依附於主人。公元 6 世紀後，教會領地經濟迅速發展，以致 6 世紀末法蘭克貴族怨恨教會吸乾了王國的財富。公元 9 世紀的查理大帝以後，國王和貴族常在所統轄土地中劃出一部分贈與教會或修道院作為領地以換取政治支持。教會領主與世俗領主一樣要宣誓效忠國王及上級貴族，並履行率兵助戰和納貢等義務。不少農民為尋求保護，依附教會或修道院領主而成為農奴。公元 12～13 世紀間，西歐約有 1/3 的土地被控制在教會手中。一個教會擁有的土地少則 5000 英畝，多則 10 萬英畝。教會擁有大量土地並以農奴制的方式經營，成為西歐封建土地制度與經濟結構的重要特點之一。贈與人為了教會、寺院或其他宗教機構永久使用其土地和資金，便為教會捐贈，這被認為是基金會概念的由來。<sup>13</sup>中世紀（公元 1000～1500 年）在基督教影響下的羅馬帝國後期，教會本身被認為是神設的基金會，<sup>14</sup>它名下的各種教會組織接受捐贈並由教會統一經營和管理這些資產。宗教集會得以實現，修道院才得以建成。天主教教會法完善和發展了基金會概念，並且奠定了現代基金會的

<sup>13</sup> See Wouter H. Muller, *The Role of Foundations In International Anti-Money Laundering, Trusts & Trustees*, Vol. 12, No. 3, 2007, p. 136.

<sup>14</sup> See Dr. Johanna Niegel, *Private Foundations: A World Review*, *Trusts & Trustees*, Vol. 13, No. 6, 2005, pp. 34-35.

基礎。<sup>15</sup>中世紀主要實行法定繼承，並確定了長子繼承制，但因受羅馬法影響，有些地區也實行遺囑繼承。遺囑繼承在尊重遺囑自由的同時，法律規定了法定繼承分額，也稱特留分，係指遺囑人根據法律必須為其最親近的親屬（如子女、父母、兄弟姐妹等）保留的遺產分額，它構成對遺囑自由的一種限制。<sup>16</sup>特留分制度表明由於遺囑自由原則，遺囑人處置遺產在無正當原因的情況下某親屬的法定繼承分額構成一種實質上違反遺囑義務的行為，<sup>17</sup>而將遺產處置給他人。這個制度為以遺囑創立基金會奠定了法律基礎。從 11 世紀開始，英國法律走上了與歐洲大陸各國不同的發展道路。1066 年，諾曼第公爵威廉侵入不列顛，征服了盎格魯——撒克遜王國，建立了一個王權比較強大的中央集權制國家。王室法院法官巡迴各地，參照盎格魯——撒克遜人保留的日耳曼習慣法進行審判，將習慣法融合為統一規則成就了普通法，它也成為自中世紀以後英國法的主要淵源。自 12 世紀開始，天主教教會法一直影響著歐洲社會，教會法院管轄範圍不斷擴大，體現了作為西歐封建制度社會支柱和國際中心的羅馬天主教會權力的加強。在這一時期，土地是最基本財產形式之一，只有國王和大貴族才享有土地所有權，中小貴族只能在為其封君負擔各種義務的條件下占有土地。其中世代相傳的叫「封地」，只能終身領有者叫「恩地」。不受貴族權力控制、不依賴於貴族的「自主地」雖然還存在，但已不普遍，有些地區（如法國北部和英國）就不存在這種土地。農奴沒有土地所有權，使用貴族土地必須盡各種封建義務。隨著商品貨幣經濟的發展和農奴制的瓦解，在繼續對貴族履行義務的條件下，土地已經可以轉讓，但教會地產除外。因此，捐贈者將土地轉讓給基金會或者由教會創立的基金會，由其為了宗教和慈善目的行使管理，此情況下基金會得以迅速發

<sup>15</sup> See Dr. Johanna Niegel, *Private Foundations: A World Review*, Trusts & Trustees, Vol. 8, No. 3, 2005, pp. 39-48.

<sup>16</sup> 參見黃風：《羅馬私法導論》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 388 頁。

<sup>17</sup> 參見黃風：《羅馬私法導論》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 388 頁。

展。教會法使得基金會發展並使基金會法律概念得以完善。15 世紀開始形成的衡平法，由衡平法院判決累積而成，普通法系國家的信託制度即產生於此。正是因為衡平法的產生，使得信託成為英國保護私人財產的重要方式。因此，英國基金會僅為慈善公益基金會，保護私益的方式便以信託為之，源自於羅馬法的私益基金會沒有得到發展。當歐洲大陸復興羅馬法時，英國法雖然也受到羅馬法的影響，但是仍保持其傳統。歐洲大陸各國和英國法律發展之不同特點，形成了西方兩大法系，即大陸法系和英美法系或普通法系。法律體系發展的不同使得歐洲基金會向著兩個方向發展，即普通法系的慈善公益基金會和大陸法系的公益基金會和私益基金會。除了美國稅法根據基金會性質豁免稅收，將基金會分出私益基金會，其他普通法系國家的慈善基金會沒有私益性質。英國慈善法中的慈善基金會僅允許創立人為其家庭成員消除貧困而分配利益，這是在公益和慈善基金會中的特別許可。基金會從開始為宗教和慈善目的之公益基金會或公共基金會，及為戰士管理財物的私益基金會的財產制度，發展到現代多種目的公益基金會、公益目的之私人基金會（又稱私益基金會、私益目的之私人基金會）和私益或公益目的之離岸基金會，基金會廣泛地被民法和普通法國家和地區使用，很顯然，這些不同法律制度的國家都明白，由私人創立的基金會既可以為公益和慈善目的，也可以為商業或任何私人目的。基金會制度從羅馬帝國時代到現在，在社會發展和財產保護方面的作用越來越突出，各國基金會立法也已突破傳統基金會立法模式，使其更加適應社會和經濟的發展。

## 二、基金會之歷史發展

### （一）中世紀基金會

基金會之發展建立在中世紀前的捐贈或遺贈制度上，其概念源

於歐洲大陸中世紀慈善和宗教為目的捐贈。「慈善基金會起源於宗教並隨著宗教活動的發展而發展，人們最早的捐獻主要用來進行祭祀等原始宗教活動。隨著時間推移，原始宗教逐漸發展成為有系統教義與儀軌的現代宗教，出現了永久性宗教組織與機構。與此同時，慈善活動的規模也日漸擴大並逐步組織化，獨立的慈善機構開始出現。在西方，最具代表性的宗教就是基督教，起源於中亞地區的基督教很快就發展成為幾乎統治整個歐洲的宗教信仰。基督教會出現不久就設立專門用於慈善的基金。教會還開辦了學校、孤兒院、醫院等慈善機構」。<sup>18</sup>「在整個中世紀，基金會幾乎與營運這些慈善機構的宗教組織是同義詞。」<sup>19</sup>歐洲大陸法制度為基金會法律制度產生和發展創造了條件，由最早教會認可基金會的法人身分到歐洲各國立法規範基金會創立、管理和解散，基金會已經成為歐洲社會發展和人類進步不可或缺的商業組織之一。

早期基金會不但是為了教會或者慈善目的，而且還為了私人利益設立。有學者認為，「在古埃及，早在基督出世之前，托勒密（Ptolemaic）<sup>20</sup>王朝的統治者就創立基金會建立和管理著名的亞歷山大博物館和圖書館」。<sup>21</sup>歐洲學者大多認為，古希臘和羅馬是基金會最早出現的國家，因為中世紀前柏拉圖和伊比鳩魯為學校的遺贈以及希臘人將捐贈看做神山對人類傳播上帝的愛，拜占庭帝國虔誠的基督徒為了拯救靈魂而創立的基金會得以被教會認可其為法人等歷史均可以證明他們的觀點。羅馬天主教更認為教會本身就是神設

<sup>18</sup> 李韜：「慈善基金會緣何興盛於美國」，載《美國研究》2005年第3期。

<sup>19</sup> Helmut K. Anheier and Stefan Toepler, *Private Funds, Public Purpose: Philanthropic Foundations in International Perspective*, Kluwer Academic Plenum Publishers, 1999, p. 7.

<sup>20</sup> 由亞歷山大大帝部將、留駐埃及的總督托勒密·索特爾（約公元前367～前283年）所建。公元前323年，亞歷山大死去，托勒密成為埃及的實際統治者。後與亞歷山大的其他部將互相混戰，最終領有埃及。

<sup>21</sup> 李韜：「慈善基金會緣何興盛於美國」，載《美國研究》2005年第3期。

的基金會。<sup>22</sup>

公益和慈善的動機和定義與現代以贈與創立基金會或者慈善信託而達到公益或慈善目的有著本質區別，古代贈與人希望贈與資金或贈與物按照他們的意願可永遠被受贈與人使用，可是希臘人和羅馬人開始既沒有法人的概念也沒有法律結構保證贈與人的意願得以實現。<sup>23</sup>因此，贈與人資金讓渡給受信任的人，他們受到道德約束執行贈與人的慈善意願。<sup>24</sup>在過去幾個世紀，贈與最初被希臘人形容為神山（眾神棲身之地奧林帕斯山）對人類傳播上帝的愛和現代人類自身表達情感的需要，<sup>25</sup>後來贈與的法律保護逐步形成。在拜占庭帝國時代，那些虔誠的基督徒為拯救靈魂而將不動產贈與教會，使得為醫院、兒童之家和窮人住所目的之慈善基金會得以創立。教堂為募集慈善資金之地，「基金會要求大修院的修士們每周要在 Saint Saviour 教堂彌撒中，為生者、恩人及亡者獻唱」。<sup>26</sup>教會法開始承認基金會的法律人格。<sup>27</sup>這種特殊目的資金以獨立法人方式持有基金會的法律特徵持續至今都未曾改變，使得它成為基金會區別於信託非常重要之特徵，<sup>28</sup>由私人機構或個人為了社會公益而設立的非營利性之公益或慈善基金會已經很普遍。例如，在拉比梅

<sup>22</sup> Dr. Johanna Niegel, *Private Foundations: A World Review*, Trusts & Trustees, Vol. 16, No. 6, 2005, pp. 39-48.

<sup>23</sup> See JA Smith, K Borgman, *Foundations in Europe: the History Context* (2001), Oxford University Press, pp. 132-134.

<sup>24</sup> See JA Smith, K Borgman, *Foundations in Europe: the History Context* (2001), Oxford University Press, pp. 134-136.

<sup>25</sup> See Kurt Moosmann, *The European Foundation: A New Concept is Born*, Trusts & Trustees, May 2007, p. 128.

<sup>26</sup> *The Medieval Church, Franciscan cyberspot* by Albert Storme, available on: <http://cache.baiducontent.com/>, last visit: 2012-03-18.

<sup>27</sup> See Foundation Facts & Figures, *Across the EU—Associating Private Wealth for Public Benefit*, European Foundation Centre, available on: <http://www.esf.org/>, last visit: 2012-03-18.

<sup>28</sup> See *The Medieval Church, Franciscan cyberspot* by Albert Storme, available on: <http://cache.baiducontent.com/>, last visit: 2012-03-18.

爾·本·巴魯克的「答問」中，便有關於 11 世紀後期法國的一個猶太寡婦將 12 磅銀捐給慈善基金會的記載，這對於中世紀歐洲的猶太人來說是一件非常值得讚賞的事情。<sup>29</sup> 這些國家既有普通法制度，也有羅馬法制度。各國對這種公益基金會的管制非常嚴格，它不允許從事任何為私人目的之活動或商業活動，這種原則淵源於中世紀羅馬天主教會的基金會概念。公元 4~12 世紀，歐洲寺院團的興起和擴張彰顯中世紀歐洲寺院制度的勢力達到頂峰，這個時期的教會、寺院和寺院團所控制的經濟實體主要是莊園，教會以此從事種植、生產和買賣。教會和寺院團的財產類似現代商業公司的財產，包括土地、廠房、設備，還有產品、利潤、教會所收稅賦及捐贈。<sup>30</sup> 捐贈成為教會財產的重要來源，特別是土地捐贈，所以西歐 1/3 的土地為教會和寺院所有。教會利用其土地及土地種植的優勢，形成特殊的教會經濟，以教會為基地加工或生產商品在市場上交易。為了避免世俗化及降低教會崇高精神的身分，教會採取委託代理的方式經營教會產業。<sup>31</sup> 到中世紀末期，教會利用剩餘資金借貸放款，類似早期銀行業務。<sup>32</sup> 為經營教會產業，甚至採取「委託代理經營」和「合股經營」的方式，幾乎是現代公司制和股份制的雛形。<sup>33</sup> 從教會法對教會的定義分析，教會本身就是神創的基金會，其法人性質已經被法律認可，因為在「早期羅馬法中已經成為財產性實體，即被單獨經營的財產或財物，由於特定經管目的之存在，

29 參見張淑清：「中世紀歐洲猶太人寡婦地位初探」，載《東北師大學報》（哲學社會科學版）2008 年第 4 期。

30 參見陳敏、伍中信：「中世紀東西方寺院經濟的差異及其對複式簿記的影響」，載《社會科學家》2011 年第 2 期。

31 參見陳敏、伍中信：「中世紀東西方寺院經濟的差異及其對複式簿記的影響」，載《社會科學家》2011 年第 2 期。

32 參見陳敏、伍中信：「中世紀東西方寺院經濟的差異及其對複式簿記的影響」，載《社會科學家》2011 年第 2 期。

33 參見陳敏、伍中信：「中世紀東西方寺院經濟的差異及其對複式簿記的影響」，載《社會科學家》2011 年第 2 期。

這類財產或財物取得了獨立的法律地位。也就是說，受到特殊之法律保護；物的經管人不構成權利主體，而只是經管活動之代理人，有關的權利與義務在法律上由財產性實體享受和承擔」。通過分析可以看到，中世紀基金會的概念與教會有時混淆，有時分立。以教會法或宗教的定義，教會就是神設的基金會，它接受信徒之捐贈，為宗教和慈善目的管理財產或者以財產生產、製作和交易；以羅馬法之定義，教會行為已經具備法律規定的「財產實體」性質，具有法人屬性。排除宗教因素，中世紀市民之間（商人和手工藝人）存在的捐贈行為不都是為了慈善和公益目的，他們的捐贈目的也許是為了家族、親屬和朋友，那麼調整這種民事關係的法律從何而來。《法學階梯》對「物」、遺囑繼承、契約以及準契約、債、準債、行為和犯罪的約定可以看到，市民涉及的民事關係已經有法規範。伯爾曼教授說：「……西歐第一次將法律作為一種獨特的和系統化的知識體亦即一門科學來教授，其中零散的司法判決、規則以及制定法都被予以客觀的研究，並且依據一般原理和真理而加以解釋，整個法律制度均是以這些原理和真理為基礎的」。<sup>34</sup>雖然沒有一部成文法規範基金會行為，但是羅馬法及教會法已經為基金會定義，而且既然基金會是法人，其他調整法人、遺產、繼承和債的法律都應該適用於基金會，包括歐洲城市的「城市法」、<sup>35</sup>「行會法」、<sup>36</sup>「市民法」

<sup>34</sup> [美] 伯爾曼：《法律與革命》，賀衛方等譯，中國大百科全書出版社 1993 年版，第 143 頁。

<sup>35</sup> 《比薩習慣與法律彙編》於 1160 年 12 月 31 日頒布開始，為歐洲最早的城市法，還有《威尼斯城市法》（1242 年）、《波倫那城市法》（1250 年）、《盧卡城市法》（1308 年）、《米蘭城市法》（1330 年）和《1335 年佛羅倫薩城市法》（1335 年）等重要城市法。城市法內容雖然豐富，但沒形成涉及所有社會關係的獨立法律體系，如婚姻家庭關係統一適用教會法。涉及商業行為的規範主要是在所有權和債權方面、土地成為所有權的一般客體可以流通、承認契約雙方地位平等，契約生效條件是雙方當事人的同意，婦女有權訂立契約，契約種類不斷增多。城市法的產生與羅馬法「復興」及商法發展對近代西方法律誕生起了促進作用。參見 <http://baike.baidu.com>，最後訪問時間：2012 年 3 月 24 日。

<sup>36</sup> 中世紀歐洲的商業與手工業迅速發展，古代村落公社在逐漸衰落。從公元 9 世