

商事法专题研究文库 王保树 主编

商会法律制度研究

以商会自治为视角

Study on the Law Institution of Chamber of Commerce

魏 静 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D923.994
20131

P1

阅 览

浙江理工大学人文社会科学学术专著出版资金资助(2011)

商会法律制度研究

以商会自治为视角

Study on the Law Institution of Chamber of Commerce

魏 静 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商会法律制度研究:以商会自治为视角 / 魏静著.
—北京:法律出版社,2012.8
ISBN 978-7-5118-3840-7

I. ①商… II. ①魏… III. ①商会—法律—研究—中国 IV. ①D923.990.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第183248号

商事法专题研究文库

商会法律制度研究
——以商会自治为视角

魏静著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.125 字数 233 千

版本 2012年10月第1版

印次 2012年10月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3840-7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20世纪90年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的1997年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开

始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》中所讲的话表达我接触商法研究时的心情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学研究的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下工夫推动商法学学科建设的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界比较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展作出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法

的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画鹿不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望入选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的入选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士论文大多是研究专题的著作,因而以往入选的比较多。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作入选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

序 言

以公司企业为代表的市场经济主体,基于追逐利润的本能,具有一种天然的践踏一切制度和规则约束的内在冲动。因此任何国家的法律都不会对企业的恣意妄为行为熟视无睹,而是通过一切手段尽可能地将企业的行为纳入到有利于社会发展需要且不损害他人利益的良性发展道路。综合世界各国的经验可以看出,对企业行为的控制主要是通过三种方式来完成:一是通过企业的道德自律行为;二是通过政府的引导和干预行为;三是通过介于国家和市场之间的以商会为代表的第三部门力量的自律和协调行为。在我国传统的企业行为矫正模式中,最为显著的特征是过分依赖具有强权作后盾的国家行政机关对社会经济主体的行为进行规制和导引,而根本忽视了企业自律和第三部门力量作用的发挥。这种矫正模式的优点是可以将国家意志直接传导至具体的社会经济活动,矫正效果比较显著。但其缺陷同样明显:由于国家行政机关的行为偏好选择倾向于高效的权力——服从关系,

其结果不但漠视市场主体的营利性行为,而且不可避免地会与以经济民主为存在基础的公司行为选择之间存在明显的冲突,因此作为我国经济改革的内容之一就是逐步缩小行政机关对市场主体的不当干预。但去行政干预所带来的最大问题是企业竞争的无序化、企业逐利行为的无道德化,近年来屡遭曝光的食品安全事件就是这方面的例证。因此在限制行政干预的同时,必须通过强化企业的道德自律和行业自律行为来弥补管控的真空。

作为商品经济发展到一定阶段的产物,现代商会脱胎于早期的行会制度。从商会的生发、演变历史来看,自治不但构成了商会的表象,同时也代表了现代商会发展的目标和主要价值取向。从国家治理的角度而言,商会作为一种实现行业自律需要的市场治理机制,既是社会制约国家权力的组织化载体之一,同时对于维护入会企业的合法权益,促进社会经济秩序的健康发展更具有其他规制形式不可替代的独特作用。商会通过获得其成员自愿让渡的权利而形成一种可以凌驾于成员个体权利之上的自治权力。商会的这些自治权主要包括规章制定权、日常管理权、惩罚权以及争端解决权等。通过行使这种自治权,商会不但可以将控制集中起来的各种资源进行有效分配和使用,从而增进个体成员的利益,同时可以弥合和化解成员之间的分歧和矛盾,以实现商会的整体目标。相对于国家的制定法而言,商会自制规章的优势在于:商会自制规章不但为制定法提供了试错机制,而且更具专业性和针对性,且更具效率性。从某种意义上说,商会的自治规章既是国家法的基础和必要的补充,同时在某些时候和某些方面甚至可以替代国家法。

和一切权力都有可能被滥用的权力特性一样,商会的自治权同样有被滥用的可能。这种滥用主要表现在:限制行业内的公平有效的竞争从而损害消费者权益;过度保护商会成员的利益以至于表现出强烈的偏爱主义;因过度管制而影响到行业效率的提高等。商会自治的局限性虽然在一定程度上可以通过商会的自律机制加以消除,但商会自律作为一种制度化自律,其自律机制的形成和有效实施必须仰仗于一种完善的外部

监督机制作为保障。国家作为公共利益的保护者,无疑应成为商会自治局限客服的主要外部监督力量。

相对于发达国家比较完备的商会法律制度而言,我国的商会法律制度无论从立法理念还是制度设计上都有相当的改进余地:从立法理念层面而言我们从来没有给商会以应有的重视,在法律和政策上一直对商会进行严密的管控和防范。在立法上不但缺乏国家层面的商会立法,即使是有关社会团体的立法中也仅以行政法规的形式出现,立法层次偏低,且只是对社团登记管理的行政程序作了规定,无实体法方面的规定。这在相当程度上影响到商会功能的发挥。目前的当务之急是制定统一的商会法,从法律上确认商会在市场经济体系中的独特位置。当然任何制度的产生,都是基于一定的社会需求的存在。因政治、经济、文化背景的不同,各国在商会的具体法律制度设计上也各具特色。鉴于我国行政权力一权独大的特殊国情,构建我国的商会法律制度的关键无疑应当是正确处理商会与政府之间的关系,从法律上维护和保障商会的自治权。从某种程度上说,没有商会的充分自治,就不可能有现代商会制度。

魏静博士在攻读博士学位期间对商会法律制度进行了系统的研究,其相关研究在作为博士论文答辩时受到答辩委员的好评。毕业后又经过数年的精心打磨使得对这一问题的研究日臻完善。我相信,作者的辛勤付出一定会带来丰硕的收获,本书也一定会在中国的商会法律制度研究中占有一席之地。

是为序。

赵万一

2012年8月16日于重庆

目 录

引言 / 1

一、本书研究缘起及视角 / 1

二、几个基本概念的澄清 / 7

第一章 商会性质及功能研判 / 9

一、商会是什么 / 9

(一) 其他学科关于商会性质的界说 / 9

(二) 商会的法律性质界定 / 15

二、商会产生和存在的理论背景 / 24

(一) 市场失灵、政府失灵与“第三条道路” / 24

(二) 国家与社会关系理论 / 29

三、商会的功能 / 34

(一) 商会的经济功能 / 35

(二) 商会的民主功能 / 38

(三) 商会的法律创制功能 / 43

小结 / 44

第二章 商会法律制度之历史考察 / 47

一、西方国家商会法律制度之历史考察 / 48

(一)行会时期 / 48

(二)商会时期 / 51

(三)西方国家商会制度历史演变的启示 / 63

二、我国商会法律制度之历史考察 / 66

(一)我国商会组织的历史演变 / 66

(二)1949年以前我国的商会法律制度 / 70

(三)我国商会制度历史演变的启示 / 78

小结 / 83

第三章 商会自治权探究 / 85

一、商会自治的内涵及其合理性 / 85

(一)商会自治的内涵 / 85

(二)商会自治的合理性 / 87

二、商会自治权的性质 / 90

(一)商会自治权是一种消极自由权 / 90

(二)商会自治权是一种社会权力 / 94

三、商会自治权的主要内容 / 100

(一)规章制定权 / 100

(二)管理权 / 105

(三)惩罚权 / 107

(四)争端解决权 / 112

四、商会自治权的效力 / 116

(一)商会自治权的效力基础 / 116

(二)商会自治权的效力范围 / 117

小结 / 119

第四章 商会内部治理之法律规制 / 122

一、商会内部治理结构模式 / 122

(一) 非营利法人内部治理结构的特征 / 122

(二) 商会内部治理结构模式 / 125

二、商会内部治理的依据：商会法与商会章程 / 126

(一) 法律的介入及其边界 / 126

(二) 商会章程的制定、内容及修改 / 129

三、商会的组织机关 / 132

(一) 商会机关的设置原则——事本主义原则 / 133

(二) 商会的权力机关——会员大会 / 135

(三) 商会的管理机关——理事会 / 140

(四) 商会的监督机关——监事会 / 144

四、商会的激励机制和监督机制 / 144

(一) 商会的激励机制 / 144

(二) 商会的监督机制 / 147

小结 / 149

第五章 商会监督与管理制度的透视 / 151

一、商会监管的必要性 / 151

(一) 商会自治的局限性 / 151

(二) 商会自律机制的实现需要他律作为保障 / 157

二、商会监管的基础——商会与国家的关系 / 159

(一) 多元主义 / 160

(二) 法团主义 / 161

(三) 评价及选择——多元主义与法团主义的调和 / 164

三、商会监管的途径 / 166

(一) 立法监督 / 166

(二) 行政监督 / 168

(三) 司法监督 / 170

小结 / 173

第六章 我国商会法律制度之建构 / 175

一、我国商会及其立法的现状及反思 / 175

(一) 我国商会的发展现状及问题 / 175

(二) 我国商会立法的现状及缺失 / 184

(三) 对我国商会及其立法的反思 / 189

二、我国商会立法应当解决的问题 / 195

(一) 我国商会立法的模式选择 / 195

(二) 商会的法律性质 / 198

(三) 商会与政府的关系 / 199

小结 / 201

结语 自治是商会法律制度的灵魂 / 202

附录 / 207

法国工商会法 / 207

关于商会组织法及商会会员和商事裁判员选举法(法国) / 213

德国工商会法 / 219

日本商工会议所法 / 225

韩国商工会议所法 / 250

俄罗斯联邦工商会法 / 260

俄罗斯联邦最高苏维埃关于实施《俄罗斯联邦工商会法》
的决定 / 266

参考文献 / 268

后记 / 277

引 言

一、本书研究缘起及视角

一百多年前,汹涌而来的西方商品和资本,既使中国的传统工商业受到严重挑战,又使中外商务交涉日趋频繁。在对外商战中,中国工商界往往因为缺乏统一的组织而不能形成一致行动,屡屡以失败告终。中国的绅商和商务官员目睹“华商势涣力微”,均主张借鉴列强“得力于商会”而致富强的经验,建立中国的商会组织,把全国的工商界连成一口气,以“保商”、“振商”。在晚清政府颁布的《奏定商会简明章程》以及民国政府颁行的《商会法》的推动下,经过工商界的一致努力,商会组织迅速在全国发展和壮大,并在促进社会经济的发展中发挥了巨大作用,成为“在中华帝国行将衰败而缓慢远去的巨大阴影中,骤然绽放的一朵夺目的社会奇葩”〔1〕历史的发展常常耐人寻味。在一百多年

〔1〕 余晖:“转型期行业协会的发展不足及其阻因”,载 http://www.crcpp.org/cpiphtml/yuhui_ngo/2006-4/11/200604111530.htm,2006年6月15日访问。

后的今天,我国的经济的发展同样面临着“狼来了”的局面。随着我国加入 WTO,我国政府在市场开放、出口以及管理体制等方面都作出了广泛的承诺。落实这些承诺意味着政府依靠传统的高关税、配额限制等手段保护国内市场的作用不复存在或大大降低,意味着政府支持国内产业提高国际竞争力的方式必须改变。这种“求变”使得商会的独特价值重新回到国人的视野。事实上,一国政府对 WTO 的承诺,仅是该国政府在其职能范围内的承诺,并不等同于该国企业以及包括行业组织在内的非政府组织的承诺。许多 WTO 成员国实行的是“政府放开,市场管住”的策略。商会等行业组织利用不受 WTO 规则管辖的行规行约,将本国不便民再由行政行为和法律出面施加的市场限制重新设置在国内市场的门槛,以铸造保护国内产业的“二道关”。〔2〕实际上,商会在国内和国际市场上都发挥着不可或缺的作用,是“政府失灵”和“市场失灵”之外的一种有效的制度安排。经济体制改革给中国社会带来了全面而深刻的变化,各种经济成分的存在和发展形成了多元化的利益群体,不同的利益群体不断寻求新的利益表达机制和途径。与此同时,建立新型的市场经济运行机制和培养能独立发挥组织协调作用并代表和反映一定阶层或群体利益的社会中间层,也成为政府职能转变的必然要求。今天的“内需”“外患”要求我们重新审视或者说是重视商会的价值和功能。

我国社会主义改造完成后,“商会”遂成为历史名词。改革开放以后,在市场机制和政策机制的作用下,各种类型的商会组织重又出现。这些商会组织按生成路径的不同可以分为两类:一类是体制内生成的商会,包括工商联及其建立的同业商会、同业公会,贸促会(国际商会)和专业进出口商会以及政府转变职能而设立的各种行业协会;另一类是由民营企业按照“四自原则”,即自愿入会、自筹经费、自理会务以及自聘人员,组建的民间商会。总的说来,商会目前在我国发展不足,其应有的功

〔2〕 张经:“《行业协会法》立法建议(草稿)”,载 <http://chinaassn.com>,2006年6月15日访问。

能未得到充分发挥。一方面,体制内生成的商会大多延续了行政管理机关的职能,实质上是“二政府”、“准政府”,不能真正代表企业的利益,其功能受到滞碍;另一方面,体制外生成的民间商会,在维护市场秩序,规范市场行为,为企业提供多方位服务方面绩效显著,但由于现行管理体制的缺陷,使许多民间商会不能获得合法地位,从而决定了其只能在小范围发挥作用。

我国商会发展不足的原因是多方面的,既因为经济结构的缺陷,也由于国家对商会的定位不准确,而最直接的原因是有关商会的法律制度的缺失。我国目前缺乏统一的国家层面的商会立法,商会的法律地位是根据国务院 1998 年颁布的《社会团体登记管理条例》(以下简称《条例》)确认的,该《条例》确立了我国目前行业组织组建的“限制竞争原则”(“一业一地一会”原则)和二元管理体制(行业主管部门审批和民政部门登记)。正是这种“一业一地一会”原则和双重管理体制导致许多民间商会无法取得合法地位,妨碍商会的发展。我国一些地方出台了专门的行业协会立法,但是由于地方立法层级低,且内容不统一,致使商会的设立和实际运作都缺乏统一的规范,也为行政机关随意干预商会的活动开了方便之门。有学者认为,根据目前的实际情况,以国家法律来规范商会、行业协会尚为时过早。我国真正对商会开始关注还是在近几年,商会的建立与发展在我国仍属于探索阶段,关于商会的性质、职能以及与政府之间的关系等关键性问题均在讨论之中。如果匆忙制定一部全国统一的商会法,难免失之草率。因此,在理论及实践尚未成熟的情况下,如果先通过地方性立法进行试验,待条件成熟之时再上升为国家立法,则既能保证立法的科学合理性,也能保障法律的稳定性和权威性。^[3]但是,这种方案首先在技术上行不通,因为地方立法缺乏立法权限,无法突破现有的法制框架。国务院的《条例》中明确规定了双重管理

[3] 黎军:“行业协会立法——一个初步研究”,载吴敬琏、江平主编:《洪范评论》(第3卷第1辑),中国政法大学出版社2006年版。

体制,地方立法无权突破上位法的规定,但如果不突破双重管理模式,不脱离原有体制窠臼,任何改革都只是“旧药换新瓶”而已,商会的改革也无法得到真正的突破。如广东省人大在制定行业协会条例过程中曾有激烈讨论,并曾主张将现有的双重管理模式改为一元登记模式(即由登记机关登记即可,不需经业务主管部门的审查同意),并取消业务主管部门的管理。但是,这一主张最终因不能突破国务院的规定而无法实现。要突破现有双重管理体制的规定,唯有制定单行商会法,以法律的形式取消《社会团体登记管理条例》的规定。我国目前面临着商会发展不足与社会经济发展对商会功能具有极大需求的矛盾。在现行政治经济体制下,如等待商会发展成熟再立法似乎太遥远,而且,对目前商会、行业协会极度混乱、问题林立的现象也不可能置之不理。因此,一部统一的商会法是十分必要且急需的。

学术界最早对商会关注的是历史学,从20世纪80年代开始,特别是20世纪90年代以来,史学界出现了近代商会研究的热潮,并成绩斐然。^[4] 经济学、社会学也从各自视角对商会进行了深入的探讨。史学界运用现代化理论、市民社会理论等理论对近代商会的产生、发展,商会的性质、功能(社会功能、经济功能以及政治功能),组织结构、运行机制与管理模式,商会与市民社会的发展、商会与国家政权的关系等作了全面的分析和研究,并揭示了其研究结果对当下的借鉴意义。经济学界从制度经济学的视角对商会的功能、存在基础、权力来源、体制以及改革路径等进行了深入的探讨,此外,还梳理了我国商会的现状及存在的问题。社会学界更多地关注商会与市民社会的培育与发展、商会与政府的关系以及对商会等第三部门激励机制、监督机制、法律环境等的研究。然而,

[4] 应莉雅:“近十年来国内商会史研究的突破和反思”,载《中国社会经济史研究》2004年第3期。