

同济人文社科丛书（第五辑）
丛书主编 江波

行业协会信用能力制度案例研究： 知识产权的视角

朱国华 等著

同济大学出版社

同济人文社科丛书(第五辑)

国家社科基金《行业协会信用能力的法律制度研究》阶段性成果

同济大学中央高校基本科研业务费资助项目

《中国产业联盟建设研究：“一带一路”视角》阶段性成果

上海市知识产权发展研究中心

《国内外行业协会运用知识产权的比较研究》阶段性成果

行业协会信用能力制度案例研究： 知识产权的视角

朱国华 等著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

内 容 提 要

行业协会的信用能力是行业协会发展的根基所在,是其发挥社会“第三域”角色的实力基础,行业协会信用能力,更是深度关注行业协会的战略能力,在组织支持能力、知识服务能力、价值引领能力和自律拓展能力之高端运用。本书从美国知识产权联盟、动漫协会制度、商标协会制度、专利协会制度、律师协会制度以及国际贸易中商会协会制度展开案例研究,进行了初步的论证。本书适合有关法律、经济管理、公共管理和企业管理人员,广大中专教师学生和广大关心商会协会和社会信用体系建设的人士阅读。

图书在版编目(CIP)数据

行业协会信用能力制度案例研究:知识产权的视角/
朱国华等著. --上海:同济大学出版社,2017.7

(同济人文社科丛书/江波主编.第5辑)

ISBN 978-7-5608-5730-5

I. ①行… II. ①朱… III. ①行业协会—信用
制度—研究 IV. ①F203

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 312297 号

行业协会信用能力制度案例研究:知识产权的视角

朱国华 等著

责任编辑 徐国强

责任校对 徐春莲

封面设计 张 微

出版发行 同济大学出版社 www.tongjipress.com.cn

(地址:上海市四平路 1239 号 邮编:200092 电话:021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 常熟市大宏印刷有限公司

开 本 850mm×1168mm 1/32

印 张 10.75

字 数 289 000

版 次 2017 年 7 月第 1 版 2017 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-5730-5

定 价 43.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换 版权所有 侵权必究

前言

十二年前作者提出信用能力和行业协会信用能力的命题,那时响应者寥寥无几。关于信用能力,我们可以关注党的十八届三中全会报告中关于治理体系现代化和治理能力现代化的命题。这印证了信用能力思想的深远的前沿价值。关于行业协会信用能力方面,那时我们提出行业协会信用是社会诚信体系的重要支柱和关键环节。2014年11月,国家民政部、中央编办、发展改革委、工业和信息化部、商务部、人民银行、工商总局、全国工商联等总共八个部门联合发布《关于推进行业协会商会诚信自律建设工作的意见》,国家终于认识到行业协会信用(诚信)对于社会信用体系建设的巨大价值。政府通过政策文件对行业协会信用研究初步肯定,理论反映、解释并初步引领现实。通过案例研究,证明信用能力制度对中国未来的改革开放、对中国未来的全球发展,意义何其大也。

行业协会的信用能力是行业协会发展的根基所在,更是其发挥社会“第三域”角色的实力基础。行业协会信用能力是一种达成各利益相关者系统、整体、持续、平衡信任的能力,或者说通过自身努力最终赢得社会信赖的能力。行业协会的信用能力构建有其鲜明的个性。内外平衡协调的行业协会信用能力及制度建构正反映了我国转型社会走向国家治理现代化和国家治理能力现代化建设的关键。行业协会信用能力是区别于政府、社会个体(企业、个人)的、综合运用行业协会的组织功能、资源基础,并由此赢得社会信赖,并能以此降低社会交易成本的一种系统的、持续的、自组织的综合能力。其基本内涵包括人力、财力、物力、信息、组织、机制等。行业协会信用能力制度以及社会组织信用能力制度建设将决定中国国家与社会转型的成败。

本书的主要创新点表现在:从行业协会信用(知识产权)能力、制度、绩效运用等方面进行案例实证研究。行业协会信用能力,是深度关注行业协会的战略能力,在组织支持能力、知识服务能力、价值引领能力和自律拓展能力之高端运用。

1. 美国国际知识产权联盟案例研究重在研究国际知识产权联盟在作

为行业协会在美国知识产权体制中的能力、制度、机制和影响。美国国际知识产权联盟对中美知识产权双边政策影响至为深远。美国国际知识产权联盟的经验,适合于中国知识产权行业协会的推动创造、规范运用、集体管理和多元保护的制度与规则。

2. 专利协会制度案例研究重在研究专利协会的组成、制度的内容、运行方式、绩效问题研究。研究专利协会制度案例研究的背景、理论意义、实践意义、研究框架、文献综述,基本概念、特征、作用、内部治理制度和外部治理制度,并从完善内部治理制度和从外部完善反垄断法信用能力制度建构提出了若干建设性的建议。

3. 商标协会制度案例研究重在研究商标协会信用能力制度的核心部分,研究商标协会的自治权,并以此为中心展开案例研究。研究背景、理论意义、实践意义、文献综述、协会自治权概念、内涵、特征、商标协会的商标协会的概念、生成模式、职能、自治权、存在问题出发,分析、探讨商标协会涉及的若干法律问题,从政府、协会自身、企业层面提出了制度上的可行性的建议。

4. 动漫协会制度案例研究重在研究动漫行业发展的背景、关键问题和集体管理制度的建议,论述了动漫行业协会的法律环境、内部治理、发展前景。动漫行业协会应将解决行业所存在的动漫人物形象侵权问题为契机,构建动漫人物形象集体管理制度(著作权行业协会管理制度)。

5. 律师协会社会责任案例研究重在研究上海律师协会对社会责任原则的运用。研究社会责任、协会的社会责任、律师协会社会责任的特殊性,律师协会担当社会责任的必要性、内容、历史和成就。总结近三十年上海律师协会承担社会责任的成果,相应的完善对策。

6. 上海温州行业协会信用制度发展调研及比较分析重在第一次对行业协会信用的进行系统的研究。本专题通过对温州和上海的行业协会信用制度的调研分析,对行业协会信用制度建设展开了研究。我国当前行业协会信用制度建设存在的不足,现有的相关制度安排需要改进,实施机制需要优化相应的、比较优势需要培育,其在社会信用建设中的积极作用需要充分发挥,矫正政府和个体信用建设中的“失灵”,是社会信用体系建设的重大课题。对行业协会信用能力制度进行公私法融合基础上做系统

的研究并提出系统的政策建议。

7. 贸易救济领域协会涉外信用能力案例研究重在研究我国行业协会在国际贸易领域贸易救济工作中发挥信用能力的情形。其作为国际经济法主体在国际贸易、国际投资和国际金融领域、以及国际争端解决中具有重要的信用贡献。本书特别关注行业协会信用能力制度行业协会(商会),事前、事中、事后救济中的行业协会制度等若干方面。创造性地研究了贸易救济领域中,我国行业协会对外信用能力实践的情况,尤其是建议增强我国行业协会在国际市场的集体行动能力。

关于行业协会信用能力制度的案例研究还是初步的,但是为未来的研究展示了美丽的前景,还需要更加深入、系统、细致的工作,这也是行业协会信用能力制度研究的发展方向。

目 录

前言

绪论	(1)
第一章 美国国际知识产权联盟案例研究	(30)
第二章 专利协会制度案例研究	(45)
第三章 商标协会制度案例研究	(103)
第四章 动漫协会制度案例研究	(165)
第五章 律师协会社会责任案例研究	(208)
第六章 上海温州行业协会信用能力制度发展调研及比较分析	(241)
第七章 贸易救济领域协会涉外信用能力案例研究	(275)
参考文献	(305)
后记	(328)

绪论

1. 问题的提出

行业协会信用能力的法律制度研究课题的提出,开始于2002年8月。中秋时节我们应温州市市长钱兴中的邀请,前往温州萧江进行“信用温州”的课题调研。我们调查了萧江镇的政府信用、企业信用、行业协会信用、社会信用等方方面面的情况,在那里我们发现了由最朴素的农民出身的企业家们所组成的行业协会在信用方面所发挥的独特作用。萧江行业协会给我们最深刻的启示就是中国大地上最广泛、最直观的现象却为我们的学术界熟视无睹。这种状况引起笔者的震惊。之后为了完善调研还去了好几次,继续做资料搜集工作。

在调研中笔者发现,为什么朴素的农民企业家运用行业协会能做成那么多事情?协会要帮助解决中国现实经济社会问题需要具备什么样的能力,具备什么样的能力的协会能够较好地帮助解决中国现实的经济社会问题?协会要具备这样的能力,需要什么样的条件,这些能力如何构成?这些能力需要什么样的法律制度来引领、促进、保障和规范?国内其他地区的状况是什么样?国际上行业协会的状况是什么样?国内外行业协会的有关法律制度的状况是什么样?这些问题,真正让我们开始感到“纠结”。

回到学校,回到书斋,仔细研究文献,才发现学术界行业协会的研究非常之少,对于行业协会与信用关系,信用能力与行业协会关系几乎是空白。对信用问题的研究多局限于个人信用、企业信用、银行信用、商业信用、民间信用、政府信用等方面,缺乏对行业协会信用的研究,缺乏对行业协会在信用建设上的极端重要性的认识。而国际上市场经济发展的几百年经验表明,以行业协会为代表的非政府组织不仅在国内而且在国际上都发挥着越来越重要的作用。我们做行业协会信用能力的研究主要是基于发展市场经济之需求,考虑中国履行入世承诺之要求,还考虑到政府职能转换与延伸之前提。本书顺应了当代中国经济在世界的崛起对人文社

会科学以及行业协会研究所提出的增进世界的中国话语权之研究要求。笔者深感这种基于理论研究基础之上进行实证研究责任的重大,深感这种实证研究意义之深远。

行业协会是社会治理结构自发演进的结果。国际经验表明,行业协会信用在自发演进中不断积累、形成的比较优势使其成为社会诚信体系的重要支柱,并进一步演变成为成熟市场经济中极其重要的组成部分。在我国社会主义市场经济建设过程中,信用问题一直是困扰和谐社会建设和社会管理创新的重大理论和实践问题。针对我国当前行业协会信用建设存在的不足,改进现有的相关制度安排,优化相应的实施机制,综合培育其比较优势,系统弥补其比较劣势,充分发挥行业协会在社会信用体系建设中的积极作用,矫正政府和个体信用建设中的“失灵”,无疑是进一步推进社会主义市场经济建设,建设与政府和企业合作共治的行业协会商会制度,推动国家社会转型、调结构、转方式和惠民生的重大课题。

作为国家社会科学基金课题研究的必然延伸,行业协会信用制度案例研究是问题的必然组成部分。

2. 研究的意义

本书认为行业协会信用能力制度案例研究的课题具有重大的理论意义。

本课题组认为,行业协会信用所具有的比较优势及其溢出效应使行业协会信用构成了社会诚信体系的重要支柱(朱国华、朱国泓,2003)。对行业协会信用能力的相关法律制度进行系统、深入的研究,无疑是强化行业协会信用的关键。目前,就我国行业协会相关法律法规的现状、问题、原因及对策进行实证调查,并进行深入的国际比较,进而为提升行业协会的信用能力进行制度设计,将理论构建与制度设计有机地结合起来,从而为优化行业协会信用能力的法律制度供给提供更为直接、科学和完整的法理依据。从理论创新来讲,行业协会信用能力案例制度研究具有重要原创价值;本课题从社会法、法经济学研究视角以及强调法学与经济学、社会学、管理学的多学科交叉研究具有创新性,理论建构与行业协会内外制度设计相结合,课题的理论研究具有的针对性和实效性,这种理论研

究还强调实证研究与规范研究,比较研究与国情研究相结合,其理论创新不言而喻。

本书认为行业协会信用能力制度案例实证研究具有重要的现实意义。

本书研究成果将有助于突破并弥补我国当前社会诚信体系建设中的主要不足:①社会诚信体系建设在行业协会这一环节上的忽视;②法律制度对行业协会信用能力制度的忽视;③立法过程对行业协会信用制度需求及其重点的忽视;④在WTO机制下,政府对行业协会信用能力制度建设的忽视等。这将为立法部门在行业协会信用立法方面抓住重点、快速反应、形塑机制,强化行业协会信用,推进全社会诚信体系建设提供重要参照。本书研究成果对长期以来议而不立,立而无果的行业协会商会法的出台有重要参考价值。研究成果对我国行业协会内外部治理结构的完善、行业协会信用制度体系的建设以及我国行业信用体系以及社会信用体系的形成、建设与优化具有直接参考价值和推广价值。

随着课题的深入进展,经济社会状况的变化本身比学术更能说明行业协会信用能力的法律制度研究的重大价值。行业协会对中小企业的发展,对产业和经济结构的转型、升级,对和谐社会建设中的社会管理创新以及对城乡二元结构、食品安全、知识产权等等公共经济问题,对中国经济在世界的崛起等方方面面所具有的重大而深远的价值逐渐被社会所体认、所领悟并不断地掏出让入深感沉重的成本。课题的理论意义与现实意义又扎实地体现出来。

作为国家社会科学基金课题研究的必然延伸,行业协会信用制度案例研究是该理论研究和实证的必然组成部分,具有重要的理论意义和实践价值。重大理论的研究只有转换成重大、典型、关键的案例研究,才能转换成行业协会参与社会共治的勃勃生机。

3. 文献综述

1) 国外文献

通过查阅文献得知,国外学者对于行业协会的法学研究文献偏少,主要集中在竞争法领域。美国司法部反托拉斯司助理检察长顾问

WILLARD K. TOM 在哥伦比亚特区贸易协会和反托拉斯法委员会成立 31 周年“行业协会与反垄断”研讨会上发表的演说上指出，行业协会的发展最起码可以促进公平的竞争，因为行业协会起到了一个信息收集的作用，它比较中立，会将这些信息提供给一些较弱的会员乃至政府，并为改善政府社会服务职能和提高其决策水平。但是行业协会可能会从事超出其合法职能的行为，甚至可能操纵价格、反竞争，这就是对反托拉斯法的挑战。我们鼓励行业协会有利于竞争的行为，并且这种竞争行为不能超出必要限度。^①

在公平交易法下对行业协会的注释中，也是主要围绕行业协会限制竞争进行论证的。其中，该注释指出了在特定市场限制企业的进入和退出、对商品或服务的种类和分类施加限制、限制扩大产品的种类和服务的范围、限制为生产、配送提供服务等四种行为是行业协会限制竞争的行为。如果行业协会的行为可能违反公平交易法，却符合商业组织法和工业组织法，那将不会被认定为违反公平竞争法。^②

美国电子交易协会网站在《反垄断与行业协会》一文中指出，在美国行业协会是置于强大的美国各州法律与反托拉斯法的监管之下的，联邦政府不但可以制裁行业协会之中的某一个成员，也可以惩罚协会本身。从实用的角度来看，行业协会应侧重于五个反垄断的主要领域，它们是：操纵价格，划分客户，会员，标准化和认证及行业自律。行业协会还起到信息收集的作用，且收集到这些信息是不能出售给第三方的；且行业协会会员会议不应讨论一些敏感话题，如当前或未来价格、现金折扣、控制销售、分配市场，等等。^③

加拿大竞争局竞争犯罪司高级副司长 John Pecman 在 2008 年加拿大财产险业保险论坛上的发言中指出，在通常情况下，行业协会为会员与广

① Willard k. Tom: Before the Trade Association and Antitrust Law Committee of the Bar Association of the District of Columbia 31st Annual Symposium on Associations and Antitrust, February 22, 1995.

② Prescribed by the 89th Commissioners' Meeting of June 16, 1993, Amended by the 397th Commissioners' Meeting of June 16, 1999, Circulated by the Letter (88) Kung Fa Tzu No. 01873 of July 8, 1999.

③ <http://www.electran.org/content/view/82/108>.

大消费者做了很多有益的事,而且通常他们的活动不会引起法律问题。行业协会已被描述为包含个人和公司的共同商业利益组合,在行业协会的主持下,携手合作,采取联合行动,以达到进一步的商业或专业目标。这些活动包括维持协会会员的行业发展情况,制定产品和服务标准,提高产品质量和安全,并改善行业的法律工作。有时委员会要求分享信息,这对于较小的竞争以更具竞争力。然而,由于行业协会的性质是汇集的竞争对手,有时会出现竞争法方面的问题。为此,有几个关键的竞争法规定,该协会及其成员应该知道。比如:阴谋、价格维持、限制性贸易惯例、虚假或误导性陈述以及欺诈性营销行为。^①

美国 1890 年谢尔曼反托拉斯法通过,美国司法部赢得了第一桩诉讼案件(1897 年 *United States v. Trans-Missouri Freight Assn* 案件)。在该案件中,公诉机关的诉讼请求除了要求确认火车运营公司固定价格协议违法,还要求解散因固定价格目的设立的环密苏里运输协会。从这一案件到以后若干反托拉斯案件表明,行业协会有独立的主体资格,其行为违法不仅面临反托拉斯法的罚款、刑事处罚等约束,还又可能被强制解散。这样的涉及行业协会的案件很多。美国学者 Hoy 和 Kelly 在 1934 年的研究成果,美国涉及共谋的 62 个反托拉斯案件中,涉及行业协会的案件就有 18 件。有关研究还显示,随着共谋人数增加,行业协会介入的机会更多,比例更高。当共谋的人数超过一定量(如 25 人)时,协会介入的比例会达到 100%。Posner 教授 1970 年的研究表明,在 1890—1969 年美国法院水平协议的 989 件案件中,有 431 件是行业协会发起,是所有案件总数的 40%。

通过搜索国外文献,国外行业协会信用能力的制度案例研究非常稀少,几无文献可寻。从宽泛的意义上理解,国外行业协会法学研究尤其是对反垄断和反不正当竞争法的行业协会地位和作用的研究也算是对行业协会信用能力的制度案例研究。美国的典型案例更是从负面的行业协会信用能力的制度案例研究。

① Competition Law and Trade Associations 2008 Property & Casualty Industry Insurance Forum Northwind Professional Institute Langdon Hall, Cambridge, Ontario May 23, 2008.

2) 国内法学界的研究

纵观国内外法学界对商会研究,主要是集中在如下几个问题之上:商会的法律地位如何判定、商会的自治权研究、商会与政府关系的探究、内部治理结构以及商会法立法的相关问题研究。

(1) 协会、商会的法律地位

单纯就商会而言,国外法律对于商会性质的界定就有公法型、私法型和中间型三种情况,行业协会(含商会)总体上也表现为这三种情况:

公法型

以法、德、意大利等国为代表。其中,德国商会属于公法意义上的自治法人。所谓公法意义指在组织上商会应属于间接的国家行政机构,与国家的行政机构和公法法人构成了公共行政组织的一个共同行政整体。而自治性则是指商会的人事和财产具有独立性。而法国商会是按地区成立的半官方性质的公立公益组织。意大利、荷兰商会有关法律也有类似规定。

私法型

以英国、丹麦、比利时等国为代表。其特点是具有较强的独立性的私法人,是入会自由、活动自主、经费自理的民间法人社团组织。

中间型

以日本、韩国为代表。其特点是商会是一个经过特别认可的法人。如商会法明确规定,商会是一个非营利性的中间法人组织,任何其他组织都不得使用与其性质不符的商会名称。韩国对商会名称及法人性质的规定与日本基本相同。在设立方面采用的是区域设立和任意设立相结合,遵行独立自主和不得从事营利为目的的事业等原则。

国外法条对于商会法律地位有明确的界定:法国商会法规定法国商会是公立公益组织(第1条),其地区工商会为公立公益机构,具有法人资格(第18条)。德国工商会法规定工商会是公法团体(第11条)。日本商工会议所法规定商工会议所或日本商工会议所或日本商工会议所为法人(第2条)。韩国商工会议所法从日本例规定商工会议所和大韩商工会议所为法人(第2条)。俄罗斯联邦工商会法规定工商会系俄罗斯企业及企

业有联合的非商业性民间团体,工商会为法人(第1条)。

纵观国内法学界对于行业协会的研究,从学科领域上来看主要是集中在经济法和社会法等多个学科;而从行业组织本身来看,法学界主要将其目光集中在对行业协会内部法律机制的构造和完善、外部对其垄断行为的规制、行业协会之于政府的关系与行业协会之间的关系上。

(2) 反垄断法领域研究

法学界对于规制行业协会垄断行为的分歧存在于国家及相关立法对于行业协会垄断行为进行规制的“度”究竟如何掌握。是适度从严规制,还是适当放宽,抑或是采取居中的态度。其限制竞争的责任如何规定呢?

叶明(2008)通过用定性和定量两种方法对行业协会与垄断的关系进行考辨,得出结论:行业协会的垄断一方面具有防止过度竞争、减少资源浪费、提高行业整体竞争力等合理性;另一方面也具有侵害自由竞争机制、损害经济民主、降低经济效率、危害社会公共利益、损害消费者利益等危害性。笔者认为应采取较为适中的方式,不能把所有行业协会限制竞争行为都纳入反垄断法进行规制,也不能将反垄断法规制的所有行业协会限制竞争行为一概认定为违法。但笔者认为反垄断法需要对农业行业协会,以及中小企业组成的行业协会应适用例外。^①

张江莉(2008)对在政府指导下行业协会所进行的限制竞争行为的合法性进行了质疑,认为政府此种行为缺乏法理依据,更是对公平竞争的一种损害。对比欧美,协会本身虽然是独立的、不从事交易的团体,但在欧美会员透过协会进行的限制竞争的决议将会被认定为联合行为的合意,即“卡特尔”,对行业协会的反垄断规制在各国普遍通过“禁止卡特尔”而进行。所以笔者认为我国反垄断法对于行业协会限制竞争的行为规定的过于笼统,不便于对行业协会的垄断行为进行规制,趋向于对于行业协会限制竞争之行为进行较为严格的控制,减少限制竞争行为产生。^②

侯学梅(2008)认为,行业协会以充分维护本行业的共同利益为目的,具有天然的反竞争倾向。而且行业协会在弥补市场失灵与政府失败的缺

① 叶明:《行业协会限制竞争行为的反垄断法规制》,西南政法大学博士论文,2008年。

② 张江莉:《我国转型时期行业协会的反垄断法规制》,《法商研究》,2008年第5期。

陷,维护正当竞争方面又具有不可替代的价值。虽然行业协会具有盲目性,但是对行业协会反垄断行为的规制,必须在反垄断法上明确行业协会的自治权的范围,而且需有一个可操作的标准,否则极易导致对行业协会自治权的过度管制。目前我国行业协会发展还处于起步阶段,过度管制显然不利于我国行业协会发挥其连接政府与企业桥梁纽带之作用。^①

鲁篱(2008)总结美国和日本的相关经验,笔者认为行业协会集体抵制行为对社会经济具有正反两方面的效应,通过反垄断法对行业协会的集体抵制行为进行有效规制,应当体现以下基本思路:首先,行业协会的集体抵制行为应当有商业性的集体抵制和非商业性的集体抵制之分。非商业性集体抵制的施行并非是基于商业或者是经济利益的考虑,而是为了实现一定的社会性或者政治性的目的,所以并不属于反垄断法所调整的范围。其次,行业协会对其成员企业的集体抵制应当适用合理原则。再次,行业协会对非成员企业的横向集体抵制应当适用本身违法原则。最后,行业协会对非成员企业的纵向集体抵制应当适用合理原则。^②

鲁篱(2009)构建了行业协会限制竞争责任体系的基本框架:根据责任制度的一般理论,行业协会限制竞争的责任体系主要包括行政责任、民事责任和刑事责任,同时基于行业协会集体组织的特质,其成员企业有可能因为其限制竞争行为承担来自协会的自律责任。由此构成了行业协会限制竞争行为的四大责任体系。^③

陈承堂(2008)认为,中介组织以委托合同、居间合同和行纪合同为主要法律依据;而行业协会则是以行业规章为准绳开展活动的,所以行业协会不是中介组织,而是非营利性的中间社会组织。因而行业协会完全可以成为《反垄断法》上的“经营者”,进而可以成为《反垄断法》的规制对象。^④

(3) 政府与行业协会关系之研究

现行的法规对行业协会与政府、与会员、与其他行业协会的关系没有

① 侯学梅:《反垄断法视野中的行业协会》,《北方论丛》,2008年第4期。

② 鲁篱:《论我国行业协会集体抵制行为的反垄断法规制》,《天府新论》,2008年第3期。

③ 鲁篱:《行业协会限制竞争行为的责任制度研究》,《中国法学》,2009年第2期。

④ 陈承堂:《行业协会的垄断问题研究》,《行政法学研究》,2008年第1期。

清晰界定,对行业协会组织系统、职能定位、运作模式和管理体制等方面的规定也基本空白。这就成为法学各家争鸣的集中点。

魏永艳(2009)行业协会与政府的相互关系问题首先就是政府与行业协会的定位。政府与行业协会合理分工的总体性原则是:涉及宏观决策和规划等方面的事务由政府来行使,而中观和微观、执行与技术性的事务则由行业协会来承担,行业协会可以参与政府有关行业管理宏观决策和规划方面的事务。^①

鲁篱(2006)认为,行业协会经济自治与国家经济干预是互动的,行业协会经济自治在克服国家经济干预弊端的同时,又需要得到国家经济干预的指导,保障、协调与纠偏。因此,从这个意义上讲,国家经济干预在克服市场失灵方面是主导性和基础性的,而行业协会经济自治是必要和不可或缺的补充和构成,正因为这样,在经济法主体的理论框架和体系下国家经济干预与行业协会经济自治是可以共处的,谁在干预的主体应当包括国家和行业协会。而在经济法主体体系中导入行业协会,其意义和价值在于对于经济法而言,当市场失灵发生时,我们就不再也不应该立即求助于政府干预,而应首先考虑的是行业协会自治,只有当市场和行业协会都无法解决时,我们这才应当进行国家干预,由此,经济法的思路便从过去的“市场失灵—国家干预”的两步走模式演变成为市场失灵—行业自治—国家干预”的三部曲,毫无疑问,这对于我国当前经济法是一种具有重要价值的思路和视角。^②

黎军(2006)认为,行业自治与政府监督是一对矛盾范畴,要处理好二者之间的对立关系,保持良性平衡关系,就必须建立行业协会与政府间的互动机制,即国家与行业协会之间不仅仅是监督与被监督的关系,而是彼此依存,相互支撑的关系。政府应对行业协会的培育,而行业协会对政府活动也应积极参与。^③

章竞(2009)指出,我国对社会团体设立采用“许可主义”,赋予民政部

① 魏永艳:《治理理念对调整行业协会与政府关系的指导意义》,《内蒙古民族大学学报》,2008年第3期。

② 鲁篱:《论行业协会自治与国家干预的互动》,《西南民族大学学报》,2006年第9期。

③ 黎军:《行业自治及其限制:行业协会研究论纲》,《深圳大学学报》,2006年第2期。

门对行业协会是否最终设立拥有审批权,且民政部门审批却不管理,行业协会的设立、终止和解散。其结果是:一方面,由政府行业管理部门转制而来的行业协会更容易获得业务主管单位的批准文件和审批通过,而这种行业协会容易变成“小政府”或附庸;另一方面也有可能造成政府部门不履行职责,使得由下而上民间自发形成的行业协会难以获得“业务主管单位的批准文件”而难以成立,或者成立了却没有合法的“身份”。而且“一行业一协会”的规定,限制了民间行业协会的发展,不利于行业协会之间有序竞争行为的进行。综上所述,笔者认为应逐步取消双重管理体制,取消“一业一会”规定,改许可制主义为准则主义,明确行业协会管理主体,才能保证行业协会健康发展。^①

纪中华(2005)从关系性质看,地方政府与商会等非营利组织合作,但地方政府处于主导或支配地位,商会表现出“官民二重性”。地方政府的主导地位,不仅表现为对商会的依法管理,不仅表现为主管官员对法规的随心所欲的解释,也不仅表现为根据自己的需要对社团进行随时随地的清理整顿,还表现为对立法权的垄断。从关系的互动看,地方政府与商会在功能上互补。经济体制改革打破了原有的计划经济模式,产生了众多利益主体和多元化需求,政府出现了所谓的失灵,商会就在这一方面弥补了政府的不足。^②

金晓晨(2003)认为,商会政府虽然相互独立,相互制约,但两者又相互联系,相互促进。当它们共同对社会经济进行管理时,相互之间是一种配合协作关系,政府应支持商会的工作,商会也可接受政府的授权或委托对政府的管理起着辅助作用。另一方面,它们之间又是一种监督制衡关系,商会应接受政府的管理,不得违背政府依法定职权和法定程序的管理,商会作为会员利益的代表可对政府进行监督。且商会应该更多获取政府的授权,并参与相关政府决策。^③

黄兆玉(2008)认为,商会与政府应该是一种互动关系,民间商会本质

① 章竞:《新中国成立60年来我国行业协会制度发展的回顾与展望》,《经济研究参考》,2009年第63期。

② 纪中华:《转型时期我国地方政府与商会的关系》,苏州大学硕士论文,2005年。

③ 金晓晨:《商会与行业协会法律制度研究》,气象出版社,2003年。