
我国商会法的基本原则及其立法模式选择

江平 陈晓军

商会组织的出现可谓由来已久，它作为商人之间自发组织形成的一种自治性团体，在维护商人利益，解决商人之间的矛盾纠纷，协调商人与政府间的关系等方面都起到了无可替代的作用。在我国，近现代历史上对于商会的地位和作用的重视在立法上得以很好的体现，早在1903年清政府就颁布了《奏定商会简明章程二十六条》，这是旧中国规范商会组织的第一个法规。1914年9月12日，北洋政府颁布了《商会法》。该法明确规定，“商会及商会联合会得为法人”，法律上首次规定了商会是具有法人资格的组织。1929年，南京国民政府又重新修订了商会法，对商会的宗旨和职能作了较为完善和详尽的规定。

中华人民共和国成立之后，尽管实行高度的计划经济，政府对经济生活拥有绝对的统制力，但于1953年成立的工商业联合会还是作为一个全国性的商会组织一直存在着。在1989年10月颁布的《社会团体登记条例》中，商会被明确规定为社团组织。1993年10月，工商联第七次全国代表大会上，中共中央、国务院同时明确规定：中华全国工商联既是统一的人民团体，也是中国的民间商会。但令人遗憾的是，虽然在改革开放后我国的商会组织正在发挥越来越大的作用，但商会立法工作却一直没有提上议程。由于商会立法的缺失，实践中，面对传统的计划经济时代官方色彩极强的商会与民间商会并存状况，官方背景的行业协会高度行政化、官僚化的倾向，以民间商会形式出现的同业公会组织不能取得法人地位的尴尬处境，使得我国在商会问题上所存在的极度混乱、矛盾的态度表露无疑，实践中对相关问题的处理也不能有一个统一的标准。目前，抓紧制定出台一部统一的商会法，以适应经济生活的客观需要，是十分必要的。而解决商会法的基本原则问题，则是商会法立法的首要问题。

一、商会法的基本原则

商会法应当确定哪些基本的原则，这在我国是一个具有较大难度的理论问题。因为商会法的基本原则确立之后，将适用于任何类型的商会，不论该商会是民间的还是官办的，也不论是全国性的还是地方性的。这就要求我们必须找出商会组织存在和发展的普遍性的规律，或者是能够体现商会制度发展的基本趋势、对目前的商会制度改革具有指导性意义的东西。我们认为，制定我国的商会法，必须确立以下基本原则：

一、自愿性原则。

商会法的自愿性原则是指会员在加入和退出商会组织方面应当以自愿性为前提，不应是强制性的。

目前在我国，由于没有统一的商会法规范商会制度，因而在商会的加入和退出问题上到底是强制性的还是自愿性的找不到任何的法律依据。但是，从我国的现实来看，民间商会的加入与退出机制显然是实行的自愿原则，而有着官方背景的商会组织，如中国国际商会、商务部下属的七大进出口商会也没有任何迹象表明相关的企业必须加入。我们所能看到的只有律师协会、注册会计师协会、证券业协会等是要求相应领域内的企业或者职业人员必须加入的。而这些协会在法律性质上属于同业公会组织，是由职业性的专业人士组成的团体，与一般的商会之间存在较大的差异性。目前，这几个行业协会都有相关的专门立法对其进行了较为详细的规定，这说明此类行业协会组织具有非常强的个性特点，而即使制定了专门的行业

本文所使用的商会的概念，包括了一般的综合性的商会、目前我国以同业公会形式出现的专业型的商会，以及那些处于同一经济领域或者行业之内、以营利为目的的自然人、法人、个体工商户之间组成的行业协会组织。至于为什么要使用这样一个范围较广的商会概念，文章中将会予以说明。

协会法，也应当优先适用律师法、注册会计师法、证券法中有关各行业协会的规定。因而其确立的强制性入会原则对商会而言并没有很强的适用性。

从国外的商会立法来看，有着成文法传统的大陆法系的国家或地区对商会的基本定位各有特点。如《法国商会法》第一条规定：“商会是政府部门中代表各自辖区内工商界利益的机构。它们是公立公益组织。”但法国商会法并没有明确规定入会和退会是强制性的还是自愿性的。德国工商会法第十一条规定：“工商会是公法团体。”在该法的第六条规定：“支付工商税、在工商会区域内拥有工商业机构、工厂及销售点的自然人、贸易公司、其他不具备法律能力的人员、公法及私法的法人，均是工商会会员。”我国台湾地区的《商业团体法》第十二条则明确规定：“同一区域内，依公司法或商业登记法取得登记证照之公营或民营商业之公司、行号，均应于开业后一个月内，加入该地区商业同业公会为会员；其兼营两业以上商业者，应分别加入各该商业同业公会为会员。”第十四条规定：“公司、行号非因废业或迁出该会组织区域，或永久停业处分者，不得退会。”

大陆法系国家或地区所制定的商会属于公法团体及强制入会的原则令人倍感困惑。就台湾地区的商会法而言，其脱胎于1915年制定、1929年修改的《中华民国商会法》，而在这部法律中，并没有强制性的入会的规定，而只是在1929年由南京政府颁布的《工商同业公会法》中，作出了“凡在同一区域内的同业公司行号，都必须成为同业公会的会员”的规定。我们注意到，在法国商会法上，也没有规定强制性的入会原则，该部法律基本是把商会作为政府机构来对待的，如规定行政院根据主管商会事务的部长的建议，发布政令，宣布成立商会，商会要把前一年的收支报告和下一年的收支预算交给商会所在省的省长，由后者连同会计凭证一起转交给商业部长，由商业部长批准预算和决算。在德国的商会法上尽管规定工商会是公法团体，在其第六条中规定了似乎是强制性入会的原则，但从该法第八条至第十条的内容来看，强制性入会原则并非对所有的从事工商业经营的自然人与法人均适用的。^①而且，在德国对于行业协会的加入和退出也都是实行的自愿性原则，其中不存在任何强制性的成分。而在日本的《商工会议所法》中，没有关于强制性入会的要求，倒是在该法的第十六条中做了这样的规定：具备会员资格者要求加入商工会议所时，商工会议所如无正当理由，不得拒绝或附加不当条件。

而在英美法系的国家中，商会的设立是完全自由的，自然人或者法人加入和退出商会组织也是完全自由的。虽然没有专门的成文商会法典，但与商会相关的法律问题当然的受到宪法所规定的结社自由的保障。而且在英美国家，有许多商会是完全按照公司法设立的非营利法人，因此自愿性原则在英美法系的商会制度中是非常明显的。

从现有的资料来看，我国台湾地区的商会法实行的是严格的强制主义的入会原则。这一状况的形成原因是否出于强化商会代表性地位、以使政府可以通过商会组织更好地实施对经济生活的干预，我们无从考证。德国法学家拉伦茨认为：依照《基本法》，所有德国人都有组成社团或团体的权利。被禁止的仅仅是那些其目的或活动触犯刑法或者违反宪法秩序，或者违背人民相互理解的思想的结社。德国公民在一定范围内所享有的自由结社的基本权利首先是针对国家的权力的。除上面所指的理由外，国家不得以其他理由禁止社团，也不得禁止个人与他人共同设立或参加或加入社团。公法也不得规定结社须先取得行政官署的许可，也不允许在基本法规定的原因外解散社团。从私法说来，可以设立社团和加入社团是私法自治

^① 《德国工商会法》第8条规定：其主要企业在手工业商会注册的自然人和法人，只要进行了商业注册，也适用本章第六条。但这些自然人和法人有权加入工商会，并非必须是义务。第九条规定：第六条部适用于农业合作社。根据规定，只要涉及以下机构：（1）主要由农业生产者组成的农业信贷合作社；（2）根据交易往来，其加工和处理均在农业部门进行的，全部或者大部分是为利用农业企业的设施或用该企业资料提供给农业及加工农产品的合作社；（3）第2条所指的合作社联合体，其自有资本达到了由联邦经济部会同联邦食品、农林部协商后以法规形式确定的界限。第十条规定：第六条不适用于那些有自己企业的社团及地方协会。但他们也可以加入工商会。

的结果，这两种行为原则上都是被允许的法律行为。而且，社团自治，即社团在法律允许的范围内，可以通过其章程和多数表决制，自己规定其内部关系，也是私法自治的一种特殊表现形式。^①从拉伦茨的表述中，似乎可以推出这样一个结论，即德国商会法上作出的一定范围的自然人和法人必须入会的规定，其实质是为了防止国家或者商会组织不恰当的拒绝入会的申请而制定的，强制性入会与其说是当事人的义务，不如说是商会法赋予当事人的一项权利。日本商工会议所法第十六条所规定的内容也说明了这一问题。

从我国的情况来看，商会的成立是依据《社会团体登记管理条例》，而该条例第2条明确规定：“社团，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性的社会组织。”如果商会实行的是强制性入会的原则，则显然与我国对社团的基本定位相违背。不论是官办的商会或是民间商会，都应当遵循自愿性的入会原则，否则商会作为社团组织的基本属性就将受到质疑。

二、自律性原则

商会组织与一般的以社会公益为目的的社团法人不同，商会组织存在和发展的前提是服务于其会员的利益，而不是以追求全社会的公益为首要价值目标。因此商会的特征更多的表现为互益性。然而要实现互益性，就必须使商会拥有一定的权威，能够调整会员之间的利益纠纷，制定会员一体遵守的一套规则，这就是商会法的自律性原则。

在我国历史上，行会组织的自律性主要体现在行规的制定和效力上。所谓行规是行会所制定的，为所有行内成员所共同遵守并且具有很强约束力的行为规范，它通常由条规、章程及号规等名称。行业内的人员只有遵照行规行事，才能取得行业经营的合法身份。在国外的商业发展中，商会所确立的商事习惯和制定的商事规则，都曾经起到了非常重要的作用。德国商法典第346条规定，在商人之间，在行为和不行为的意义和效力方面，应注意在商业往来中适用的习惯和惯例。《德国工商会法》第一条中还明确规定了工商会的任务包括维护诚实商人的规矩和习惯。由此看出，法律虽然没有明确规定习惯或惯例的具体内容，但是却赋予了习惯或惯例一定的法律地位。今天，这些习惯与规则已大部分被法律所吸纳认可，成为各国民商事法律制度的重要内容。故而，今天我们来谈商会的自律性问题，与早期商会制度下商事习惯和规则对商人行为所起的重要作用已相去甚远。但是，这并不意味着商会的自律性就降低了，商会作为会员以自愿原则建立的法人，其设立和存在的基础在于商会的章程，即我们常说的自治规章。商会章程本身应当属于意思自治的范畴，它的内容只要不违反法律、行政法规的强制性规定，就都应当是具有法律效力的。

从大陆法系商会法的规定来看，其主要内容大多集中于商会的组织机构及其职责，在商会进行自律性的协调和管理会员行为方面的规定并不多，对于商会在何种情况下可以对其会员实施惩戒措施、可以实施哪些惩戒措施都极少涉及。学界对商会自律性原则的阐述可以归结为商会所享有的三种权力：即规章的制定权、商事标准的制定权和一定限度的惩戒权。应当说商会能否较好地利用这三种权力，对于商会自律性的实现是非常关键的。缺少了这三种权力，商会的作用也就只能局限于服务性的功能，不可能有更大的制度价值。

商会的自律性还表现在法律授权商会实施的一些带有行政管理职能色彩的行为，以及行政机关委托其行使的权力上。由于商会是由从事商事活动的自然人与法人在自愿原则基础上组成的，商会与会员之间有着天然的亲合力，这是行政机关难以企及的。正是商会所具有的这一巨大优势，通过法律授权或者行政机关委托的形式，使商会行使一定范围的管理职能的现象非常普遍。如法德等国商会法上明确规定的商会负责出具产地证明以及其它有关经济往来的证明，在实践中，由许多国家的政府委托商会、行业协会进行许可证的发放、进出口配额的分配等任务，并可以对那些进行不正当竞争的企业实施吊销许可证、减少或取消进出口配额的处罚。这些权力尽管属于一种行政性权力，但通过商会来行使，既能提高管理的效率，

^① [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，法律出版社2003年版，第184页。

又对提升商会的自律性规范的权威性具有极大的促进作用。

商会自律性与商会的自治性是息息相关的。自治性是指商会应当独立于任何的机关、事业单位和其他社会团体。在目前我国的情况下，由于许多商会与政府之间的密切关系，商会的自治性问题还没有得到很好的解决。而最终我国是会采纳英美国家的完全非政府化的立法取向，还是会像法国那样干脆定位为政府机构，目前还难以预测。如果采纳了法国的做法，那么自律性将不能成为商会法的一项基本的原则，因为所谓自律正是与政府机构的行政管理相对应的。

三、非营利性原则

商会制度的价值就在于维护会员的合法权益、解决会员之间的纠纷、更好的帮助会员沟通与政府间的关系。要实现商会制度的基本价值目标，保持商会的非营利性是至关重要的。这就好比公司是营利性的法人，不能把过多的公益性的要求强加于公司一样。我们不能在—项制度的设计上，同时附加其两个截然不同的目标。

非营利性原则在各国或地区的商会法上多有体现。如《日本商工会议所法》第四条规定：“商工会议所不得为营利目的。”台湾商业团体法第六十八条规定：“商业团体本身不得兼营利事业。”相比之下，法国商会法对商会的定位则显得较为模糊，一方面它规定了商会是公立公益组织，另一方面又在第十四条中允许商会建立并管理包括大型综合商店、商品仓库、包装和印刷所等商业设施。而按照我们一般的理解，公益性组织往往并不介入营利性事业，即使从事了营利性活动，也应当把营利所得用于公益性目的。然而，法国商会法并没有规定商会从事营利性活动的利润应如何处理。笔者认为法国商会法的做法是不可取的。因为商会组织从事营利性活动必然与商会的服务性、互益性的基本功能相冲突，过多的注重营利性的事业，则会从根本上动摇商会制度存在的合理性。

非营利性原则并不是要求商会不能从事任何的营利活动，事实上商会组织在其对会员的服务过程中收取一定费用是无可厚非的。目前，世界各国的商会组织，尤其是那些影响力较大的商会，每年从为会员的签证、培训等方面获得的收入是颇为可观的。香港总商会每年的此类收入就达近亿元。但这并没有损害商会的非营利性原则，相反这正说明商会在为会员的服务等方面是卓有成效的。

二、我国商会立法应当采取什么样的模式

大陆法系和英美法系是有着各自鲜明特征的两大法系，两大法系之间在法律渊源、立法的表现形式等方面都存在着巨大的差异。在商会、行业协会领域内也不例外。在英美国家，尽管没有专门的商会、行业协会的立法，但是商会、行业协会等组织在这些国家却异常的活跃，在整个社会经济生活中扮演着极为重要的角色，由于宪法所规定的公民结社自由的观念深入人心，因此在这些国家，商会、行业协会组织的设立与运行完全被视为私法上的意思自治的范畴，除非是违反了法律、行政法规，国家权力是不会涉足这一领域的；相反，大陆法系的各国，如德国、法国、日本等均制定了专门的成文法，对商会、行业协会的设立、组织机构、人员构成、运行规则都制定了较为详细的规则体系，对商会、行业协会的法律性质认识则各有不同。作为大陆法系的国家，我国在立法上有着成文法的传统，应当专门制定一部商会法，这是不言而喻的，但在商会法的制定过程中，是完全的照搬大陆法系各国的做法？还是应当学习和借鉴各国的经验，制定一部体现时代特点的商会法律制度？这一问题值得我们仔细的斟酌。

在制定我国商会法的过程中，笔者认为在立法框架的设计上应解决好以下三个方面的问题：

一、商会法只针对商会还是要包括行业协会。

商会与行业协会之间存在怎样的联系，在立法上是制定一部包含商会与行业协会的法律，还是对商会和行业协会分别立法，这一问题在我国还没有受到应有的关注。我们认为在立法上制定一部同时包含商会和行业协会的法律，将极大的节约立法成本，而且也有利于商会和行业协会之间的相互协调。当然，这要取决于商会上对商会和行业协会组织基本定位的一致性以及商会和行业协会之间到底有多少共性的东西。

从大陆法系的立法情况看，目前我国的台湾地区是对商会和行业协会进行了分别的立法，即 1972 年公布的《商业团体法》和 1974 年公布的《工业团体法》，日本于 1953 年制定了《商工会议所法》，1957 年又制定了《中小企业团体组组法》。而我国原国家经济贸易委员会起草的《中华人民共和国商会与行业协会法》中，是把商会和行业协会纳入了同一部法律。

在英文中商会一般翻译为“chamber of commerce”，有时也称为“business association”或者是“trade association”，而行业协会的标准翻译应为“guild（基尔特）”，但 guild 却是产生于欧洲中世纪的商人或手工业者的自治组织，在我国俗称行会，其含义与现在的商会之间有着较大的差别。对于那些职业群体，诸如律师、注册会计师所组成的协会一般称为“professional association”。这种状况的存在恰恰说明协会组织的多样性，对各类不同的协会组织统一用行业协会这一概念来进行界定，似乎过于笼统，如不加说明，很难弄清所说的到底是哪一种类型的协会。

我们认为协会组织按照会员身份和协会目标、宗旨的不同，至少可以分为以下类型：一是职业者协会，如律师协会、注册会计师协会、医师协会、书法家协会、作家协会等；二是建立在共同的爱好基础上的协会，如摄影爱好者协会、邮票协会等；三是纯粹以社会公益或者保护弱势群体利益为目的的协会，如消费者保护协会、环境保护协会、维护妇女儿童利益协会等；四是从事营利性活动的自然人或者法人组成的协会，这类协会组织本身虽然是非营利性的，但其会员却都是以营利为目的的，因而此类协会俗称“经济类社团组织”。我国目前一般意义上所使用的行业协会的概念，应当是指的第四类协会组织。实际上是与日本的企业团体法、台湾地区的工业团体法中的内涵和外延是基本一致的。在我国学者的论述中，经常性的见到把律师协会、注册会计师协会等作为行业协会的情况。由社会专业性人士组成的协会组织固然带有很强的行业性特点，但又不是完全按照所处的行业来组建的，如律师、注册会计师等均属于社会中介组织，医师则属于社会公益组织，而至于书法家、作家、音乐家等则是从事艺术创作的专业人士，其中有许多都属于自由职业者，很难归入某一具体的行业。因此，把以所从事职业不同的人士所组成的协会组织都纳入行业协会的大概念之内，并不科学。

在我国原国家经贸委 1995 年起草的《中华人民共和国商会与行业协会法》中，第二条规定：本法所称的商会、行业协会，是指依照本法规定，由同一地区、同一行业的企业、个体工商户及其他经济组织自愿组成的自律性、非营利性的社会团体法人。这样一来，实际上就把律师协会、注册会计师协会、运动员协会、职业医师协会等职业人士群体的协会组织排除在了行业协会的范围之内，因为律师、医师、注册会计师等是难以归入个体工商户的类别之内的。我们认为，把商会和行业协会定位为由企业和个体工商户组成的非营利法人组织是恰当的。这也符合商会和行业协会历史发展的本来面目，因为商会和行会都是由从事营利性活动的商人之间自发形成的。我们不可能通过制定一部统一的法律，规范所有与协会等社团组织相关的问题，这一目标的实现恐怕还需寄托于一部社团法。^①

律师协会、注册会计师协会等专业人员组成的协会组织，有着强烈的职业性特点，而且

^① 给商会和行业协会下一个精确的定义并不容易，因为目前可以称之为协会的组织实在太多，几乎所有的非政府组织都在以协会的名义出现。而至于商会究竟是由什么样身份的人组成的，也很难给出一个确定的答案，因为现在即使对什么是商人这样的问题也未有定论。我们认为，纠缠于概念的精确性并没有多少实际的意义，在商会立法上，只要界定好该部法律的适用范围就足够了。

一般实行的是强制入会的做法，同时大多已有相关的专门立法予以调整，因此在进行行业协会的立法时，不需把此类的协会组织包括在内。这样，行业协会的立法主要调整的就是第四类协会组织，即从事营利性活动的自然人或者法人组成的协会。这类协会与一般的商会的区别只是在于：行业协会是由同一行业的商人组成的，而商会则既可来自不同行业，也可以是同一行业。这样的背景之下，商会与行业协会的共性远大于差异，因此把二者同时规定于一部法律是必要的，而且也有利于人们对商会和行业协会问题的总体把握。

二、商会法是否要坚持“一地一业一会”的原则

长期以来，在我国对商会和行业协会的设立都有一个非常重要的原则，即“一地一业一会”，造成这一状况的主要原因在于我国《社会团体登记管理条例》第十三条的规定，根据该条规定，在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的社会团体，没有必要成立的，登记管理机关不予批准筹备。人们从这条规定中推导出我国实行的是一地一业一会的原则，即在同一地区内、同一个行业内只能登记设立一个商会或行业协会。这一做法在很长一段时期内，都被认为是无可争议的。

然而，随着改革开放的不断深入，官方背景的商会和行业协会组织难以适应市场经济的要求，因此开始出现大量的自发形成的同业公会组织。这些组织由于无法按照《社会团体登记管理条例》的规定登记设立，因此只能在社团登记管理的体制之外另辟蹊径。在这一过程中，中国工商业联合会扮演了十分重要的角色，按照《中国工商业联合会章程》第二十四条的规定：工商业联合会可按行业设立同业公会或同业商会等行业组织，同级工商业联合会是其业务主管单位。目前，我国绝大部分的民间商会、行业协会组织均是由工商业联合会发起设立的。但由于不能按照《社会团体登记管理条例》进行登记，因而这些组织均没有法人资格，只能算是工商联的分支机构。为避免与官方背景的商会、行业协会相冲突，工商联设立的商会、行业协会一般也是在一些影响较小的领域之内，如由全国工商联设立的十五家商会中，像烘焙商会、古玩业商会、汽车配件商会等较小行业的商会占了绝大部分。同时为区别于在民政部门登记设立的行业协会，工商联发起设立的行业协会一般称为某某行业商会，依照《中国工商业联合会章程》则称为同业公会或同业商会。^①

在商会法的立法中，如何解决我国目前这种商会、行业协会设立的混乱局面，是立法者应当予以重点关注的问题。而解决这一问题的根本则是取决于立法者对于“一地一业一会”原则的态度。因为在这一原则之下，商会、行业协会的既有格局将得以维持，任何的所谓变革用这一原则衡量都是非法的，都将是徒劳无功的。

一地一业一会的做法在我国是制度性缺陷的结果，是民间商会不能合法化的根本原因。有一种观点认为我国应当明确规定一地一业一会的原则，因为这样可以保证商会、行业协会的代表性、避免因一地一业多会而增加企业的负担。笔者对这一观点持反对的态度。因为在我国目前的情况下，实行一业一会必然在客观上维护了官方背景的商会、行业协会的垄断性地位，使我国在这一领域内的改革走向回头路。持一业一会的论者认为：一业多会将使企业无所适从，增加企业的负担，而且会使商会、行业协会丧失其应有的代表性。而笔者认为，商会、行业协会组织能否获得广泛的代表性，应当取决于商会、行业协会对其会员的服务水平，取决于业内企业及人士的认同感，而不应通过强制性的实行一业一会的原则，使商会行业协会获得当然的、唯一的合法性地位。在商会、行业协会的设立上实行一业多会，并不会

^① 1929年，南京政府颁布《工商同业公会法》，在立法上确认了同业公会的法人地位。南京政府籍此实现了对近代历史上自发形成的行会、同业商会等民间商人团体的改组和整顿，改组后的同业公会被强行纳入到南京政府的“党国体制”之下，商人团体受到了更加严格的控制，同业公会的整理以及改组，均须受到国民党各地方党部、地方政府社会局等的监视，各当选董事或委员必须宣誓服从国民党，立下“愿以至诚服从国民党指导及命令，信仰三民主义，遵奉总理遗教，接受全体委员意旨，决不违反纪律，营私舞弊，如违斯誓，愿受本会最严厉之制裁。”相关内容可参阅：彭南生：《近代中国行会到同业公会的制度变迁历程及其方式》，载《华中师范大学学报》（社科版）2004年第5期。

增加企业和个人的负担，因为加入和退出都是自由的，任何人不得强制要求企业或个人必须加入。当某一商会或者行业协会不能为会员提供满意的服务，会员对其存在价值不再认同的情况下，可以根据自愿性的原则选择退出该商会、行业协会，加入另外的能更好的维护其利益的组织。这是一个反映市场经济规律的优胜劣汰的过程，在这一规律作用下最终可能会导致一地一业一会的结果，但这样的结果是令人信服的、是值得肯定的。

而从相关的立法来看，只有我国的台湾地区在其《商业团体法》和《工业团体法》中明确规定了同一区域内之同类商业同业公会（工业同业公会），以一会为限。而其他任何国家或地区的立法上都没有规定这样的一个原则。因此，我们认为，我国商会法应当突破一地一业一会的误区，允许一地多会、一业多会，允许不同性质的商会、行业协会之间的竞争。在目前情况下，为区分传统行业协会与民间行业协会组织，在立法上允许民间的行业协会组织继续使用某某行业商会的名称。在此基础上，逐步实现各民间商会组织与工商联的分离，目前工商联下属多家商会的现象，也是不符合商会的自治性原则的，在商会之间不应当存在任何的相互隶属关系。

三、在商会法上如何构建政府与商会的关系

商会、行业协会等组织虽然在各国的定位不同，如有的国家定位为公法人，有的是作为一个私法上的主体来看待。但不论是公法人还是私法人，商会与政府之间的关系显然并非行政法上的相互隶属的关系，是很难以行政法上的理论与原则对其进行规范的。

把商会作为公法人来对待的典型代表是法国。《法国商会法》把商会定位为“政府部门中代表各自管辖区工商界利益的机构”，但是在法国的理论界，商会等集体利益组织，并不等同于政府机构，商会、农会等也采用公务法人的形式，以保持独立地位。同时，在法国也经常性的把商会等同业公会组织作为“负有执行公务使命的私人团体”。^①而在日本和我国台湾地区的商会法上，在规定商会的职权时，均规定了承办政府机关委托的事务，商会在接受委托行使某一职权，政府部门一般应当支付相应的报酬，这与根据自己的职权范围行使的权力是完全不同的两个概念，这也说明商会与政府的关系是不同于政府机构之间的关系的。

在我国，在处理商会、行业协会等组织与政府之间的关系问题上，首先必须明确商会、行业协会的独立地位，即商会的自治性。既然是自治性的组织，与政府就不是管理与被管理的上下级之间的关系，政府不应当干预商会的自治性事务，除非商会在运作过程中违反了法律、行政法规的规定。目前，在我国的深圳、温州等地都在推行行业协会的民间化改革，其实质就是恢复商会、行业协会的自治性组织的地位，以解决我国长期以来商会与政府的关系模糊不清的状况。《广东省行业协会条例》明确规定，行政机关工作人员不得在行业协会任职。在改革过程中，广东、上海等地专门建立了行业协会发展署，作为行业协会的业务主管机关。表明上看是对商会、行业协会等发展的加强，但一旦业务主管机关不能正确的对待此类组织自治性的特点，对商会、行业协会的设立及日常事务管的过多、过细，将使商会组织的官方色彩更加浓厚，从而与改革的初衷相背离。另外，如果在立法上，我国采取商会和行业协会分别立法的模式，则是否在商会法上也要专门设立一个商会的业务主管机关？还是直接规定全国工商联就是商会的业务主管机关？但是全国工商联从来就不是政府部门。这样无异于又按照商会、行业协会的民间化的程度对其进行了业务主管领域的划分。而如果是采取商会和行业协会统一立法的模式，则业务主管机关必然是统辖商会与行业协会，全国工商联是否也要纳入其管理的范围呢？这一问题的提出注定没有合理的答案。因此，我们不赞成设立专门的商会、行业协会的业务主管机构，商会、行业协会都属于非营利性的法人，在其逐步恢复自治性组织特征的进程中，行政性的业务主管机构到底将发挥怎样的作用，实在令人感到困惑。

设立业务主管机关的现实意义目前来看，主要就在于解决一些商会、行业协会没有业务

^① 王名扬著：《法国行政法》，中国政法大学出版社，2003年版第131页、第149页。

主管机关，因此不能按照《社会团体登记管理条例》依法设立的问题，但是，对商会和行业协会的双重审查制度本身就是不合理的。按照《社团管理条例》的规定，申请成立社会团体，应当经其业务主管单位审查同意，由发起人向登记管理机关申请筹备。我们认为这一规定是计划经济时代习惯思维的产物，已不适应新的社团制度发展的要求。主要原因在于，首先双重审查制度人为提高了社团设立的成本，使设立者投入过多的时间、精力；其次，与政府机构改革的大方向相违背。我国正在致力于小政府、大社会的政治制度改革，在这一过程中，大量的经济类的所谓主管部门已被撤消，如过去的一轻局、二轻局、机械工业局、纺织工业局、粮食局、商业局等，在各地方已经撤消。在这样一个政府机构改革的大背景下，却要专门为一类自治性极强的组织设立一个政府主管部门，是因为商会、行业协会的地位过于重要，以至于政府必须违背简政放权的基本思路，进行特殊对待？还是因为在许多现实问题的处理上，不能摆脱旧的思维习惯，认为凡事只要脱离了政府的管理、监控就会出乱子、就会失控？我们认为后者的成分居多。

为了与一个并不合理的规定相匹配，专门设立一个业务主管部门，这样的做法不仅极大的增加了制度设计的成本，而且与改革的总体方向相背离，因此不应当得到立法上的确认。目前我国社团制度改革的当务之急是取消双重审查制度，这将使我国民间商会存在合法化的问题得以有效的解决。因为目前我国民间商会地位的不能合法化的主要原因在于许多的民间商会找不到主管部门，或者是主管部门因为本部门设立了相关的商会和协会组织，而拒不接受其设立申请。商会和行业协会组织虽然本身是非营利性的，但其会员却都是以营利为目的的，商会协会组织存在的目的就在于更好的服务于会员的经济利益。其中，极少有政治性的目的存在。因此，对商会行业协会等组织与其他的政治类的社团、宗教性的社团一样，设立过于严格的标准和程序，缺乏有说服力的理由。

商会、行业协会作为非营利性的社团法人，拥有自己独立的财产，能够独立的承担法律责任。其设立不会损害社会的公共利益，而且还经常性的被划入社会公益组织的范畴，它在整个社会公共事务中所扮演的角色，更多的是为政府排忧解难，而决不是政府的对立面。政府部门必须摆脱全能型政府的模式，要清楚维护商会、行业协会等组织自治性地位的重要意义。商会、行业协会是市场经济中一类有着自身鲜明个性的法人组织，它的作用与价值并不是要和政府分权，而是能够更好地促进行政权的发挥。因此，在商会、行业协会的设立及运作中，不应当存在行政权力的干预。在商会、行业协会的设立问题上，应当采取准则主义的原则，即只要达到了商会法所制定的标准，即可依法设立，登记管理机关对商会的设立条件并不进行实质性的审查。而至于商会、行业协会的设立和运行中违反法律、行政法规的问题，则应当通过完善相关的法律责任的方式加以解决。

从上述问题的表述中，已经阐明了我们对我国商会法的立法模式的大体思路。这一思路是大陆法系成文法传统的外壳，或者称表象，而实质性的内容、精神却是属于英美法系的。从私法的原则出发来构建我国的商会法律制度，在理论上是与宪法上所规定的公民结社的自由权一脉相承的。在我国商会法的制定过程中，我们应当从民商法的基础理论出发，遵循意思自治、平等协商的私法传统，使我国的商会法律制度更加贴近市场、贴近社会，而不应按照公法的原则来构建我国的商会法律制度。在我国，公权力如此强大，我们难道还要再建立一套新的组织体系，来进一步的加强这一无处不在的公权力吗？

作者简介：

江平：中国政法大学终身教授，北京市仲裁委员会主任。

陈晓军：中国政法大学民商法专业博士研究生，山东科技大学法学系副教授。曾在核心期刊

和报纸发表公司法、物权法等方面的文章二十余篇。目前的研究兴趣集中于我国的商会、行业协会的制度建设，这是博士论文的选题方向。

联系方式：13522846558/ 010-62223694

E-mail: chenxiaojun2005@126.com

民营经济和民间组织研究网