

行业协会（商会）治理结构之构建（摘要）

金锦萍*

一、行业协会治理结构构建之背景

行业协会改革既是行业协会自身发展的需要，更是在探索我国社会组织管理体制乃至社会制度改革之进路。

行业协会应是最能集中地体现市场、政府和社会三方之间张力的社会组织。自身既非营利也非政府而当然归于第三部门；会员主要是特定行业中的商事主体，这注定其距市场和营利领域也就一步之遥，却永远不得逾越；以沟通行业与政府、承接政府职能转移为其宗旨之一，与政府关系和公权力并非绝缘却须始终坚持独立性。行业协会就如同具有多个剖面的钻石，折射出市场、政府和第三部门之间的错综关系和力量博弈。

所以，对承载着如此之多社会角色和功能的行业协会及其相关制度进行改革，势必牵动其他诸多制度的变革。纵观各地制度创新，无论是促进政会分离的诸多措施，还是行业协会管理体制的完善；无论是政府采购服务的尝试还是支持扶植政策的优化；无论是体系建设的规划还是监管机制的构建，无不涉及到政府与社会、发展与公平、市场与公民社会等诸多重大命题，触及到更为基础、深远与宏大的社会建设和社会创新。

国务院办公厅发布的《关于加快推进行业协会商会改革和发展的若干意见》，其中有一条颇为引人瞩目：“实行政会分开。行业协会要严格依照法律法规和章程独立自主地开展活动，切实解决行政化倾向严重以及依赖政府等问题。”并且同时明确了具体措施：

一者，在组织机构上，要从职能、机构、工作人员、财务等方面与政府及其部门、企事业单位彻底分开，目前尚合署办公的要限期分开；

二者，在人事上，现职公务员不得在行业协会兼任领导职务，确需兼任的要严格按照有关规定审批。

三者，在财产关系上，行业协会使用的国有资产，要明确产权归属，按照有关规定划归行业协会使用和管理。

四者，在支持政策上，建立政府购买行业协会服务的制度，对行业协会受政府委托

*本文是吴敬琏教授在2001年5月3-4日于无锡梁溪饭店举行的中国（无锡）民间商会论坛第一次年会——第一次“市场经济与商会国际研讨会”上的讲话摘要，后编入《市场经济与民间商会——培育发展民间商会的比较研究》，中央编译出版社，2003年4月，第137页。

开展业务活动或提供的服务，政府应支付相应的费用，所需资金纳入预算管理。

行业协会应该在这一改革契机中回归其原色。从法律地位而言，行业协会是一种社会团体性质的非营利组织。但是由于其成员都是某一特定行业中的商事主体，因此决定了这一类的社会团体注定是与市场和营利离得最近的一类非营利组织。

行业协会的宗旨应该在于：立足会员合法权益和本行业的共同经济利益，维护竞争秩序，起到沟通行业与政府、行业与市场、行业与社会之间的桥梁作用。

政会分开之后，行业协会只有回归到其原本的性质和功能的定位上，才可以在与政府脱钩之后确立起作为会员代言人的角色的地位。而这将是行业协会的立身之本和发展之源。只有当行业协会真正服务于其会员利益和行业的共同利益时，会员才会心甘情愿地支付会费；也只有当某一行业协会可以成为某行业的代言人的时候，政府才会把某些职能转移给它。

各地制度创新令人欣喜有余，也尚存疑虑。因为若罔顾历史背景与发展前景，任何现实社会变革都会失去方向和使命感。

让行业协会回归其本色是制度改革的直接目标。但是要达到这一直接目标，就得真正有胆识、气魄、自信和能力去放飞独立于政府、能够弥补政府缺陷的充满活力的行业协会，滋养社会力量的生长。这也是改革的长远目标与方向。

而行业协会商会自身也要增强能力建设，完善治理结构，履行宗旨和职责，发挥其应有作用和功能。

二、实践中行业协会治理结构存在之问题

行业协会规章制度不完善，组织机构不健全，或虽有制度，比如会员代表大会、理事会制度等，但由于专职人员过少、财力不足等原因，都不能有效落实。

缺少主动性、创造性的工作精神和服务意识，往往行政依附性强，等、靠、要思想严重，致使没有成文章程，只有不规范的口头规定；有些虽有章程，但不能独立实施，组织功能、协调功能都与市场经济的要求相差甚远，自我治理只能停留在口号上。

自身民主决策、内部议事、章程履行等制度不完善，“以人治会”的现象较突出，个人权力过分集中，缺乏有效的自律机制，多呈现出依赖领导者个人的魅力或者能力决定组织的行为走向，导致组织内部的监管流于形式，同时也不利于组织内部民主意识的成长和民主程序的健全。

治理缺失严重阻碍行业协会之发展，主要体现：

内部治理机制先天不足（自律）：作为权力机关和意思机关的会员大会徒有其名、作为执行管理机关的理事会未能发挥作用、作为监督机关的监事会形同虚设、会员的权利保障缺乏依据（会员诉讼与派生诉讼）。

外部治理机制尚未构建（他律）；信息公开和透明度不够；行业自律机制不完善；政府监管体制有待深化改革。

三、行业协会治理结构之特征

非营利组织治理的基础理论是委托代理理论、利益相关者理论、产权理论、问责理论。

1、行业协会作为非营利法人——与营利法人的比较

行业协会作为非营利法人缺乏与经济利益相关的有关机制：

缺少市场测试机制。由于“利润”的缺位，不能从消费群体中获得反馈信息，即缺少独特的评估机制；

缺乏个人利益的存在——所有者缺位；

缺乏高效率的竞争机制。主要是因为其垄断性，这种垄断有可能是由于行政性原因而导致的垄断，例如我国《社会团体登记管理条例》规定，当同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的社会团体时，登记机关就可以认为没有必要，而不予批准筹备新的社会团体（一业一会制）；也有可能是因为，某些非营利法人所提供的服务是无偿或者廉价的，因而缺乏竞争对手。

这些因素的存在使得市场这一无形的手对于非营利组织的调控落空。市场机制与竞争机制的缺位使非营利组织的规制问题遭遇到更为严重的挑战。或者说，非营利组织更依赖于建构起治理结构来保证其平稳、健康地运转。

对于组织使命的强调：无法赖仗“利润”动机，而得依靠使命的凝聚和引导，通过其所具有的反映社会和公众需求的“使命”，来获得社会方方面面的支持，来赢得生存空间。于是很多管理学者就认为，在治理问题上，首先必须明确使命，“那些最优秀、卓越的非营利组织往往会为确定自己组织机构的使命而殚精竭虑。”

没有类似于营利法人的利益驱动机制。与此相关，在营利法人中，通过构筑股东（股东会）、董事会、经理层、监事会之间权力分配和制衡机制来进行治理；而于非营利法人中，其所得都不得私分，利害关系人不易确定，“所有者”的观念又不如营利法人般

清晰。

在治理结构问题上，不能借助利益驱动机制，所以管理学者普遍认为，应由理事会和秘书长担负起治理的任务，“在志愿部门，治理一般是指理事会成员和秘书长发挥关键作用的行动领域。”因此建立一个强有力而积极进取的理事会，以及促进理事会与秘书长之间的互动关系势必成为治理的焦点。他们之间的关系，与营利法人强调两者之间的制衡不同的是，在强调理事会权威的同时，也寻求与秘书长之间的协调相处和互相促进。

作为法律意义上的治理，要明确的是被管理学者们认定为治理主体的理事会也应该是被治理的对象。在治理结构问题上，寻求的是非营利法人内部各机关之间的权力分立和制衡机制的设立。

非营利法人的治理结构应该包括非营利法人内部的组织机构设置以及组织机构的运行规范两方面。

通过其内部的权力机关（会员大会）、经营决策和执行管理机关（理事会）和监察机关（监事会）之间形成权责明确、相互制约，协调运转和科学决策的一整套依照法律、法规和法人章程等规定予以制度化的统一机制；

同时要接受外在的监督，包括来自非营利法人的捐赠者和受益人，还有公共利益的代表者——政府的监督，代表公众的媒体监督。（当然这与行业协会的公共性相关：即是否有免税资格和是否行使公共职能）

也就是说，非营利法人的治理结构就是法人内部权力进行合理分配，使法人内部各机关权责分明、形成互相协调、互相制衡的关系，同时要向各方利益相关者负责，接受外来监督，以保证非营利法人运行平稳、健康，使各方利益（包括社员利益、董事、监事、债权人、受益人）得到平衡和保护，最终实现非营利法人的宗旨。

非营利组织财产权方面存在的特殊性并不足以成为其治理结构方面特殊性的充分理由。亨利·汉曼斯教授在比较投资者所有的企业（例如营利公司）和非营利组织的区别时，认为两者的首要区别在于是否存在“所有人”。

非营利组织是“所有权”与经营权相分离的最极端的表现形式。在非营利组织中，并不存在“所有人”，因而把“所有权和控制权相分离原则”演绎到了淋漓尽致的地步。因此，我们并不能期待在这样的组织中会存在“任何参与企业剩余分配的人能够对管理层实施任何形式的有效监督。”

但是，从所有权结构来分析，非营利法组织与营利组织之间并没有重大的差别。如

果以一个坐标轴来表示的话，非营利组织只是在“所有人”监督这个坐标轴上处于一个比较远的极端，这个坐标轴的另一端就是那些由一个或多个“所有人”亲自控制的企业，这些人都会积极地参与企业的经营管理，在这两种组织形式中间的企业虽然名义上是由企业某一类客户所有的，但事实上这些“所有人”并没有对企业实施有效的控制，这些企业其实是控制在那些管理人员手中，所有人对他们的影响十分有限。

“在一个形式上有所有人的企业里，随着所有人的控制权不断地被稀释，这种企业与无所有人的企业（即非营利组织）之间的差别就渐渐地消失了。”因此，在投资者所有的大型上市公司的管理层与非营利组织的管理层并无二致，因为前者的股东也一样无法以表决对企业和企业的管理者实现有效的控制。因此在非营利组织中，尽管不存在“所有人”，但是其治理结构问题上并不因此发生根本性变化。

2、行业协会作为社团法人（人合性、以会员为基础）——与财团法人相比较

行业协会作为行业性的社会团体——与学会、研究会等相比较。

行业协会作为社团法人：

行业协会是自律法人。以会员为基础，意味着其治理结构机制中，会着重关注以下问题：

章程是组织的灵魂和治理依据（特殊之处：会员大会决议和章程之间的关系）。

会员的资格、入会退会、权利义务；

会员大会的权限和职责；

会员大会决议与章程之间的关系可谓巧妙：一方面，章程中有关于会员大会召集的方式、程序、决议方式以及效力等规定，只要章程的规定不违反法律的强制性规范，那么会员大会的决议就不得违反章程之规定，否则该决议可被撤销；另一方面，会员大会又有修改章程的权限，可以通过特别决议的方式修改章程。但是在章程修改之前，会员大会是不得违反章程而作出决议的。所以，如果会员大会想作出与章程相抵触的决议时，首先应该修改章程的相关规定，然后再作出符合新章程的决议，而不得直接作出与原章程相抵触的决议。

行业协会作为行业性的社团：

行业协会是按国家行业划分标准区分不同行业而组建的，这种划分方式具有分工明确、系统清晰的特点。以行业为基础的划分标准，是行业协会区别与其他社团的根本特征。

从事相同行业的个体在相互竞争的同时，又往往有大体相同的利益要求，持有相对

共同的利益态度，因而具有组织利益群体的基础。利益群体具有追求和维持其成员利益的强大力量，在利益的冲突和利益的角逐中，具有比个体更强大的竞争力和追逐力；因而，个体具有组织利益群体的激励，个体往往是以参与利益群体的方式来参加利益竞争的，也往往是以参与利益群体的方式来实现个体利益。

行业协会作为以行业划分为基础的利益群体，在内部要调整个体成员之间的利益矛盾与利益冲突，促进全行业健康有序的发展；此外，每一个利益群体正如每个个体一样，具备一个“丰富的心灵”，它在追逐本行业利益的同时，难免会与其他利益群体甚至与社会公众发生利益矛盾和利益冲突。

在这种多元复杂的利益冲突与协调中，必然导致高度的法律需求和创设。因为不同的利益主体在市场经济竞争与合作中，既要竭力主张其自身利益和自由平等权利，同时又必须作出必要的妥协和让步。这不仅衍生成组织内部抑制单一独占性和专断霸权的平衡机制，也确立了自主自律、宽容共存的自由理性诉求。

因此行业协会的治理结构必须考量外部机制问题（政府规制）

行业协会作为互益型的社会团体——与公益型社会团体的比较

行业协会具有的互益性是其区别于公益性社会团体的特征。行业协会的这一特征表现为两个方面：

一是运行的经济性，即行业协会是以市场经济主体之企业为成员，其活动与企业 and 市场等经济领域密切相连；

二是目标的互益性，即行业协会是同行企业在竞争的过程中寻求合作与共赢的结果，其组建、运行的首要目标是为了协调同行业竞争关系，增进相互间的共同利益或降低个别成本。

讨论：行业协会是否具备公共利益性？例如：行业协会为本行业的集体性利益和共通性利益。

公益性概念不应仅仅限于社会利益，不特定多数人的利益，“也应包括像特定业界团体那样的特定多数者的利益，仅须以该利益对社会一般人开放，即受益对象不固定为要件。”

行业协会的这种公益性的特殊性。

一方面是相对于其成员个别利益而言它具有公共性，具体体现在行业协会提供某些公共物品或某些具备社会公信力的服务上（例如提供产品鉴定报告和原产地证明等）。

另一方面，相对于政府系统，行业协会所代表的利益却具有民间性，具体体现在其

对内自筹经费实行自我管理，对外则通过游说等活动来制约政府。处于弱势地位的市场主体为了对抗日益膨胀的国家力量而自发联合相关民间主体，通过结社来抵制国家的侵蚀，这正是行业协会产生的历史渊源之一。

互益性组织治理结构与公益性组织治理结构方面存在的差异在于：

关注会员利益胜于公共利益，因此内部机制设置上需要强化会员的相关制度；

在不涉及他人利益和公共利益的事务方面，充分尊重行业协会的自治；

章程成为社团合法性审查的重要依据。

曾世雄先生以动态和静态来分别表述会员大会决议和章程，认为社团法人运作时，除应遵守法律之规定外，有动静二态之指针：会员大会是动态指针，而社团章程是静态指针。“社团法人有动态之总会决议，亦有静态之章程昭示运作之准则，执行机关执行职务时当皆遵依之。”可谓形象而精辟。

四、行业协会治理的具体规则

1、会员（入会资格、会员权利义务）

包括规定会员的资格、会员的权利义务、入会程序、退会程序（自由退会、开除和视为退会）、退会的法律后果、社团罚以及救济。

注意点是：

- 会员权利的维护（包括派生诉讼问题）；
- 理事的义务：忠实义务、注意义务、自我交易或者关联交易的避免；
- 高级管理人员（包括理事）的责任以及责任限制等。

2、会员（代表）大会：

包括会议的召集、权限及其议事规则、会员（代表）

大会的职权、代表的产生程序（是选举，还是推选、自荐？）、会员（代表）大会的召集（首次大会与以后的大会）、会员（代表）大会的分类：定期会议与临时会议、会员（代表）大会的议事规则、会员（代表）大会决议的无效或者被撤销。

3、理事会（常务理事会）：会议的召集、权限以及议事规则

包括理事会的权限、理事会的构成、理事人数、理事资格、理事的产生、理事的离任（辞职与卸任）、理事会的议事规则、理事会的决议及其效力、特殊情况下的理事的指定等。

4、监事会：权限以及议事规则

包括监事会的权限、监事会的构成、监事会的主要监督途径、监事会的议事规则、监事的选任和解任、监事会决议及其效力等。

5、理事、监事、秘书长以及其他高级管理人员的权利、义务和责任包括、任职条件（消极条件）、权利（获得报酬的问题？）、义务（注意义务和忠实义务：关联交易的禁止）、责任（违反义务时的法律后果，赔偿？）、责任的限制（考虑到组织的特殊性和自愿性）、会员的派生诉讼等。

6、理事会的领导能力

理事会的领导能力包括以下诸多方面的建设：

理事会的角色、战略指导、理事会对于组织的控制能力：

- 确保组织按照法律、法规和章程行事；
- 制定内部规章制度
- 财务制度：确保财产使用符合组织目的；
- 风险防范；
- 平等和包容。

一个高效运作的理事会必须：

- 履行受托人义务和责任
- 有效率；
- 接受信息和建议；
- 争取发展和支持；
- 对 CEO 的监督、支持、激励

理事会的自我评估和自我更新能力

- 对理事会自身工作的经常性评估
- 理事会成员的更新，确保包容性和组织活力；
- 对本组织的自我评估和及时调整。

理事会的授权

- 授权规则必须明确；
- 各职能部门职责分明，各负其责；
- 各分委员会、常设委员会或者咨询委员会的授权调查范围必须明确；
- 各被授权部门必须接受理事会日常监督。

理事会及其成员的正直

- 没有私人利益
- 交易冲突规则
- 理事会成员对于礼品的处理规则

法律有何作为？

法律对行业协会治理结构问题进行规制的宗旨在于：为行业协会建构一个独立、专业和运作透明的发展环境，并且强化其自我规范意识和氛围。当然其前提是必要的法律规范提供了基本的规则。这种规范应该有相当的克制，不可危及行业协会的独立和自治。

我国目前尚无行业协会的专门法律，依然适用《社会团体登记管理条例》，其中关于治理结构之规定几乎空白。因此制定专门规制行业协会的法律迫在眉睫。

在立法通过之前，行业协会可从自身能力建设开始，逐步尝试现代法人治理结构。

结语：

没有垄断性的宠儿地位，就得以优质的服务、完善的治理、公正的裁断和无畏的权利捍卫来赢得其会员的信任和支持；没有了由“一业一会”原则确保的行业代言人地位，就得以倡导会员进行良性竞争、制定良好的行业标准来赢得消费者乃至整个社会的对于本行业的信任和尊重；没有了与政府之间的千丝万缕的联系，就得以优秀的执行能力、畅通的桥梁作用、良性的纠纷调解器等来赢得政府的信任，并由此获得政府政策的支持，包括政府对其服务的采购和政府将部分职能转移给行业协会。

我们完全有理由期待着，在不久的将来，在发生不正当竞争场合，其会员不是动辄就法庭上怒目相对，而是在行业协会的斡旋下握手言和，共铸公平竞争秩序；在面临如同“要不要开瓶费”的争执中，不是由法院或者政府担纲主角，而是由行业协会向社会公众阐明规则和理由；在国际贸易争端（尤其是反倾销案件中）中，我们中国的行业协会也将从容不迫地走上谈判桌，有理有据地进行谈判，为本行业谋取最大利益。

所有这一切都依赖于行业协会成为具有独立意思能力、良善执行管理能力和公信力的组织。

治理结构的完善是当下重中之重。请行动起来吧。