

商会立法需要突破的几个难题

顾功耘*

我想对商会立法提出六个问题：

一、商会的上位法——商法立法需要进一步完善

商会法涉及到两个上位法，一个是商法，一个是社会团体法，即结社法。现在商法在我国已经有相当多立法，但是这个商法是不完善的，尤其是缺少商法的基本法。大家看到民法有个民法通则，后面有物权法，还有合同法等等，前面有个民法通则，而商法至今没有商会基本法。上海商法研究会去年开始进行商事通则起草的调研，这一项工作进展比较顺利，商法实践是力争要在我们国家把商事立法提上议事日程。商法通则要对商人，什么是商和商人、商人法律地位有基本的规定。而现在并没有这些规定，今天大家甚至于对如何理解商和商人的看法也很不一致，更谈不上商人独立的法人地位，像这些问题需要通过研究，最终在商法的通则里面加以规定。另外与商会立法相关的商法规定中，应该把商人的两项基本权利列入商法范围，如结社权益，平等参与商会的权益等等。这两项基本的权益应首先在商法中给予商人。

二、商会的上位法——结社法立法应提上议事日程

要把制定结社法提上议事日程，或制定一个非营利组织法。结社自由是宪法赋予的权力，如何结社？要规范结社的基本程序。结社权是在法律上明确赋予公民的权利。结社法不仅是公民个人，还应包括商人的合法组织，实际上这是商人和商人结团的权力，通过结社法使成立商人组织具有法律依据，如不设立结社法，也可制定一个非营利组织法。

三、商会的职能的法定化需要政府职能的真正转变

商会职能的赋予及履行，法律赋予它的权力，都掌握在政府手里，需要政府职能的改变。要通过政府管理体制的改革，使政府职能进一步转变，许多社会公共职能应有商会组织和非营利组织履行，政府职能不转变，继续把权力抓在手里，商会法很难成立。

*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。

对于商会能做什么，理论上是可以讲清楚的，政府职能的改变，则有待于政府体制改革深化的程度。对于商会的设立，在今后立法中，不应该再通过行政审批和规定行政挂靠。我个人看法是，结社自由是公民的基本权利，行政审批不合适。设立商会应根据商会法按照程序设立，不应该再搞行政审批。

四、政府与商会关系的重新定位

商会成立后，不存在主管和被主管的问题，政府与商会之间，是监管被监管的关系。由政府的哪个部门来监管，没有想到更好地选择，可以由社团登记机关来监管，登记后依法运作。监管部门应具体履行监督商会依法规范运作的职责，同时检查处理商会违法违规的行为，同时赋予商会诉讼的权利。

五、商会的定义问题。

我个人的看法，商会包括行业商会、协会等，有很多提法。在立法时，要抓住本质的东西进行立法，商会本质特质什么？我认为，商会是由商人自愿参加的，实行自律管理，维护自身合法权利的一种社会团体组织，符合这个特征的，都叫商会，不管叫啥名称。具体说，商会有各种的类别，以行业类别的叫行业协会，把问题本质看清楚，商会的概念明确了。成立商会，通过发展会员，解决资金来源、办公场所、选举成立治理机构，条件具备了就最终在法律上登记，成为团体法人，赋以法人的资格。

六、商会的组织管理体系

商会组织体系要打破各自为政，重复设置的格局。目前这方面的问题很多，有了商会法以后，已有的行业协会要按照新的法律，重新登记。商会法立法，要明确需要解决的问题，要强调商会的自律性。因为商会除了争取自己的权利，商会成员还要有严格的纪律约束，不能违法违规。另外商会的整个组织系统里面，还要强调按地区甚至全国设立总商会，各省、市有总商会，全国有总商会。当然现在工商联能不能代替总商会有待讨论。各类企业家可以按照行业类别，或者按照其他要求设立商会，并自愿加入某个地区或全国的总商会。行业的、地区的商会可以成为全国总商会的会员，他们在法律上是各自独立的，从而形成完整管理的系统。商会的管理与政府的管理不同，他们各自独立，各自按照法律行使职权和履行职能，按照法律规定的应尽义务，承担法律职能。