

## 论德国对经济界协会和商会的监督<sup>1</sup> (草稿)

郑春荣

### 内容提要:

在德国,具有公法法人地位、实施强制入会义务的商会和具有私法法人地位、建立在自愿入会基础上的经济界协会并存,它们作为经济界的自治或自助组织总体上被视为政府的伙伴。本文试着在国家与协会关系的宏观框架背景里探讨在德国国家对经济界协会和商会的监督。通过本文的分析表明,对于经济界协会,基于《基本法》第9条规定的社团组建自由,基本上不存在任何国家监督,而商会由于承担了公共任务,则必须接受国家的监督,但这种监督也很大程度上局限在法律监督上,这也充分考虑到了商会作为经济界自治组织的特征。在组织架构方面,《民法典》社团法部分虽然规定社团或协会必须设立会员大会,但会员大会应被赋予的权限并未强制规定,而是留给协会的章程很大的构建余地。而商会的内部意志形成的民主性是有制度保障的,有关商会法明文规定了必须由会员代表大会决议的内容;在人事方面,无论是商会还是经济界协会均拥有充分的自主权;在财务方面,对经济界协会并无特殊规定,而商会则必须制定一份符合州预算规章精神的预算、现金和账目报告规章,并由州监督机关指定审计机关,在实践中,工商会都是委托由德国工商总会设立的“工商会审计机关”进行审计。总之,在德国,国家无论是对经济界协会还是商会的监督都是非常有限的,这主要是因为德国对经济界协会和商会在德国政治经济生活中的积极、有益作用总体上持有肯定态度。另外,在有限监督前提下,之所以对商会的监督力度明显强于对经济界协会的监督,是因为前者承担了公共任务。

作者简介:作者为同济大学德国问题研究所副研究员,现为德国达姆斯塔特工业大学政治学研究所读博士生;

国内联系地址:四平路1239号,200092 上海;

德国联系地址:Wienerstr. 52, 64287 Darmstadt, Germany;

E-mail: chunrong\_zheng@hotmail.com

在德国,具有公法法人地位、实施强制入会义务的商会和具有私法法人地位、建立在自愿入会基础上的经济界协会并存,它们作为经济界的自治或自助组织总体上被视为政府的伙伴。鉴于商会、经济界协会在国家政治经济社会生活中的不可忽视的地位,产生了对它们的活动加以适当限制或监督的必要,但同时,为了让它们能发挥自己应有的作用,又需要国家给予它们充分的活动空间,这两者之间可能会产生一定的矛盾。

本文论述的主要内容是在德国国家对商会和经济界协会的监督,但是这种“单向分析”却很容易造成一种错觉或者片面认识,即认为商会和经济界协会在德国起着更多的是消极作用,因此才需要国家的监督。虽然本文限于篇幅,不能就商会和经济界协会在德国承担的具体任务和所起的具体作用展开论述<sup>2</sup>,但是笔者仍然觉得有必要从国家与协会的总体关系出

<sup>1</sup> 本文并不进行比较研究,而是着重分析德国的相关制度特点。从中获得的对我国的借鉴经验也不是本文论述的内容,但笔者会在与会作报告时对此提出若干拙见,和与会代表进行探讨。关于德国商会与协会制度的若干借鉴建议参阅郑春荣2001:德国商会与协会制度的若干经验,《德国研究》,2001年第1期。

<sup>2</sup> 关于商会和经济界协会任务的概述参见郑春荣2001:德国商会制度与协会制度研究-兼论中国商会与协会的法制建设,德国中小企业联合总会合作项目(中国)发行,南京。

发来探讨国家对商会和经济界协会监督的必要性。把本文的分析置于这种框架背景下,这也是和本文的核心思想紧密相关的:在德国,正是因为社会各界对商会和经济界协会的积极作用总体上持有肯定的态度,因此国家对它们的监督局限在非常有限的程度上。

本文将在第一部分对商会与经济界协会以及这里所指的监督加以定义的基础上,在第二部分首先从理论上探讨国家与协会的关系,然后分析在德国国家与协会关系的定位与讨论。文章的第三部分主要分析经济界协会和商会的外部生存环境,这里主要是指宪法和有关法律的规定。第四部分致力于经济界协会和商会的内部组织结构,第五部分探讨经济界协会尤其是商会的收入来源以及在财务方面的内审和外审规定,文章的最后将结合以上分析作一个总结。

## 1. 概念的界定

### 1.1 经济界协会与商会

本文论述的协会(Verbände)是指利益团体(Interessenverbände),它作为一个组织主要包含以下特征:1) 一个主要的组织目的是对外代表会员的利益;2) 会员入会自愿;3) 这个组织通过其会员交纳会费而使其能够保持其物质存在(组织机构);4) 加入这个组织对于会员来讲强制性义务只是交纳会费;5) 这个组织拥有一个内部的管理机构;6) 这个组织的内部结构通过其会员共同的、书面确定的意志声明(章程)在法律允许框架里加以确定<sup>3</sup>。这就意味着那些只是对内开展活动的社团例如业余爱好类社团不在本文的研究之类。另外,本文论述的作为利益团体的协会还进一步集中在经济界协会,主要包括行业协会。商会在德国则主要有工商会、手工业商会(又译作中小企业商会)、农业商会以及自由职业者商会(如医生商会、建筑师商会等)<sup>4</sup>。由于商会具有公法法人地位,且实施强制入会义务,因此,从严格意义上来讲商会不属于上述的利益团体或经济界协会<sup>5</sup>。但是,我们又必须同时看到,商会不同于例如社会保险机构等其他公法法人,它是有会员的,当它对外代表会员利益时,它自然可以被视为一个利益团体<sup>6</sup>。由此可见,商会在其归属上比较矛盾,在学术界也存在着一定的争论。本文在阐述国家与协会关系时,将商会也包括在协会概念下,而在论述国家实施监督措施时,将把经济界协会与商会加以区分。

### 1.2 监督

在德国的行政法中,上级行政机关对下级行政机关的监督手段主要可以根据监督权的范围和目的区分为国家监督(包括法律监督和专业监督)和职务监督。法律监督是指监督行政行为的合法性,即下属机关是否在法律法规范范围里开展活动。而专业监督不仅审查下级机关

<sup>3</sup> Schmädel, Dieter von 1968: Führung im Interessenverband, Probleme der innerverbandlichen Willensbildung. Berlin: Duncker & Humblot, S. 12f.

<sup>4</sup> 这类商会也可翻译为公会,但由于它们和工商会具有同样的公法法人地位和强制入会义务,因此,这里也把它们译作商会。

<sup>5</sup> Blümle 把商会与经济界协会的差别归纳为以下五个方面: 1) 商会的法律存在是建立在一部特殊法基础上的; 2) 它的任务是由相应的商会法确定的; 3) 它实施强制入会义务; 4) 商会是公法法人(自治法人); 5) 国家赋予它们不少公共管理任务,由它们不受国家命令地自主处理。Blümle, Ernst-Bernd 1976: Führungsprobleme von Kammern, in: Blümle, Ernst-Bernd/Wittmann, Walter (zusammengestellt und hrsg.), Stuttgart: Fischer, S. 52-62. hier S. 52. 关于商会与协会的区分也请参见郑春荣 2001: 德国商会与协会制度的若干经验,《德国研究》,2001年第1期。

<sup>6</sup> 更何况各个地区工商会组成的全德工商总会(DIHK)以及各个手工业商会(和全德同业公会联合会一起)组成的德国中小企业联合总会(ZDH)都是注册社团,也就是说私法法人,它们和德国雇主联合会联合会(BDA)、德国工业联邦联合会(BDI)一起组成了德国经济界最主要的最高联合会。

行为的合法性,而且也审查其适当性,即审查下级机关是如何裁量的。而职务监督狭义上是一种人事法(例如公务员法)上的监督,即上级监督下级(职务担任者)的履职情况;在广以上,职务监督可以被扩展为机构监督,即上级机关对下级机关的监督,具体涉及下级机关的内部制度、一般的业务处理和人事。职务监督/机构监督的一个特点是上级对下级或者上级机关对下级机关有命令权,在下级或下级机关有过失时可以采取制裁措施<sup>7</sup>。本文要考察的是,这些监督措施是否以及在何种程度上也适用于经济界协会尤其是作为间接国家行政的商会。除此之外,本文所使用的监督这个词是一个广义上的概念,它尤其还包括对经济界协会和商会的账目审查和经济性审查。最后要说明的是,本文除了探讨国家监督机关对经济界协会和商会的监督,还兼顾经济界协会和商会的内部监督,因为在笔者看来,“外来的监督”和经济界协会和商会的“自我监督”处在一种互补关系中,虽然并非是一种替代关系。

## 2. 国家与协会关系概述

### 2.1 国家与协会关系的理论思考

在国家与协会的关系方面目前主要有多元主义(Pluralism)、(新)社团主义(也译(新)工联主义)(Neo-Corporatism)以及政策网络(Policy-Network)等三种理论或学说。以下简要论述一下它们的核心思想。

多元主义最初源于美国二十世纪初的群论(Group theory),它在二十世纪50年代初达到了它的颠峰。在理想模式上,多元主义认为原则上每种利益都是可以组织起来的,而且利益始终处在相互争夺政治权力和政治影响的竞争中,这种竞争将最终促使每种利益能在同等程度上反映到国家最终制定的政策中<sup>8</sup>。如果有某一种特殊的利益被忽略了,则会有一个潜在的团体被动员起来代表这一利益。在多元主义理论中,利益传递的方式是单向的,即只是由利益团体对国家进行游说或施压,而国家本身则扮演着一个被动的或者说消极的角色。

(新)社团主义是二十世纪70年代中期由Schmitter<sup>9</sup>和Lehmbruch<sup>10</sup>作为替代多元主义的理论提出的。Schmitter认为,社团主义作为一种利益传递系统,它的主要成分组织在有限数量的个别(事实上而并非一定法律上-作者加注)强制性协会中,它们按照功能范畴(指行业-作者加注)加以界分,因此彼此之间并不处在相互竞争中,而且它们内部具有等级式的组织结构。它们获得了国家的承认或许可,甚至它们是在国家的帮助和驱动下组建起来的。在它们所代表的领域里,它们被明确赋予了代表的垄断性,作为回报,它们在选择自己的领导人员以及表达要求或支持时必须奉行特定的义务。由此可见,不同于多元主义,在社团主义理论中,国家扮演着一个主动的或者说积极的角色,按照Streck<sup>11</sup>的说法,国家与利益团体是处在“相互作用关系”(Wechselwirkung)中。Lehmbruch则强调了社团主义的另一特征,在他看来,社团主义作为一种利益传递模式是“一种政策形成与制定的制度化方式,在价值的权威配置以及相关政策的实施过程中,大的利益团体相互合作以及与公共机构进行合作”。换言之,有着代表垄断性的利益团体之间的双边谈判和它们与国家之间的多边谈判以

<sup>7</sup> Tilch, Horst/Arloth, Frank 2004: Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Auflage, München: Beck, S. 369,1537f, 3459.

<sup>8</sup> 对于多元主义的这一假定存在着诸多批评。这些批评认为,一方面每种利益的组织能力和冲突能力并非相同的,由此利益的贯彻能力也是不等的,另一方面,组织起来的利益或者利益团体并非系统地进行相互竞争。

<sup>9</sup> Schmitter, Philippe C. 1974: Still the Century of Corporatism?, in: Review of Politics, pp. 85-131. Abgedruckt in: Ders./Lehmbruch, Gerhard (eds.), 1979: Trends Toward Corporatist Intermediation, Beverly Hills.

<sup>10</sup> Lehmbruch, Gerhard 1974: Consociational Democracy, Class Conflict, and the New Corporatism. Beitrag für den IPSA Round Table on „Political Integration“. Jerusalem. Abgedruckt in: Schmitter, Philippe C./ders. (eds.), 1979: Trends Toward Corporatist Intermediation, Beverly Hills.

<sup>11</sup> Streck, Wolfgang (Hrsg.) 1994: Staat und Verbände. Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 24. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 10.

及这些利益团体借助于它们对其成员的约束能力参与或承担谈判达成的政策结果, 构成了 Lehmbruch 所定义的社团主义的二个基本要素。

政策网络 (Policy Network)<sup>12</sup> 这个理论或者说学说是从二十世纪 70 年代末逐渐形成的, 它的提出是对国家特征的变化或者说政治决策结构的变革的反应: 随着行为者和组织的数量、重要性和相互依存性的不断提高, 以及随着社会功能的进一步分化, 使得有越来越多的行为人和组织参与到政治决策形成过程中, 这又进一步加剧了权力的分散, 公私领域的界分也变得越来越模糊, 公私领域之间的交织与互相依存使得分布在它们中间的资源(包括信息)的交换变得尤为重要<sup>13</sup>。而“政策网络”的出现一方面使得各种利益团体得以参与政治过程, 另一方面使得国家通过与相关利益团体的直接沟通获取处在利益团体支配下的资源<sup>14</sup>。总之, 政策网络可以被定义为“以政治过程中非程式化的、分散的和横向的关系为主导的政策形成与制定结构”<sup>15</sup>。这个定义表明, 政策制定过程不是完备的, 也不是由程式化的、制度化的结构所控制, 政治决策的权力不是集中的而是分散的, 参与政治过程的行为人和组织是自主的但又是相互依存的, 它们处在一种横向的依存关系而非纵向的等级关系中<sup>16</sup>。

## 2.2 国家与协会的关系及其研究在德国

可能基于黑格尔影响下的对国家的理解, 即国家作为公共利益的代表是与代表特殊利益的社会有着明显差别的, 德国对于协会在国家中的地位很长时间以来抱着一种矛盾的心情, 既表示担心又表示认可<sup>17</sup>。这种担心非常典型地体现在德国政治学奠基人之一 Theodor Eschenburg 一本五十年代中期的书名上: 德国《被协会统治了?》<sup>18</sup>。之所以对这些拥有强大势力的协会提出批评, 也特别是因为这些对政府、议会施压游说的协会<sup>19</sup>代表的是协会的特殊利益且内部缺乏民主的意志形成结构。对协会的争论的高峰可能是由德国自民党联邦理事会设立的一个委员会 1977 年拟定的一份协会法草案, 必须指出, 这个草案在自民党内也未作为党的决议正式通过。到了 70 年代末, 几乎所有的政党都一致反对制定一部专门的协会法<sup>20</sup>。在论述的理由中, 有的指出这样的一部法律是违宪的, 抑或认为协会内部的民主应该是建立在它们自愿基础上的, 而不是立法机关可以通过制定法律来强制规定实现的, 以及认为协会内部民主问题首先是对协会自身提出的问题, 为了避免其会员的失望以及内部合法授权危机, 需要在协会领导层的自由谈判余地与和它们会员利益的民主衔接之间始终重新建立平衡, 这是协会的自身利益所在。这个争论后来逐渐消退了, 其中一个主要原因在于德国

<sup>12</sup> 德国学者更多地把政策网络作为一种政策调控模式, 而英美学者把它作为一种利益代表模式, 此外, 政策网络也被作为一种中性的分析方法用于政策分析中。政策网络学说的概述参见 Börzel, Tanja A. 1998: *Organizing Babylon – On the different conceptions of policy networks*, in: *Public Administration* Vol. 76, pp. 253-273. 本文不对政策网络按流派详细论述, 只是论述其共同的核心思想。

<sup>13</sup> Kenis, Patrick/Schneider, Volker 1991: *Policy Networks and Policy Analysis: Scrutinizing a New Analytical Toolbox*, in: Marin, Bernd/Mayntz, Renate (eds.), *Policy Networks. Empirical Evidence and Theoretical Considerations*. Frankfurt a. M.: Campus Verlag, pp. 25-61, hier p. 34ff.

<sup>14</sup> 参见 Mayntz, Renate 1993: *Policy-Netzwerke und die Logik von Verhandlungssystemen*, in: Héritier, Adrienne (Hrsg.), *Policy-Analyse. Kritik und Neuorientierung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 39-56, hier S. 41.

<sup>15</sup> Kenis, Patrick/Schneider, Volker 1991, 同脚注 13, p. 32.

<sup>16</sup> 参见 Marin, Bernd/Mayntz, Renate 1991: *Introduction: Studying Policy Networks*, in: dies. (eds.), *Policy Networks. Empirical Evidence and Theoretical Considerations*. Frankfurt a. M.: Campus Verlag, pp. 11-23, hier p. 15f.

<sup>17</sup> Huber, Hans 1958: *Staat und Verbände*, Tübingen, S. 32.

<sup>18</sup> Eschenburg, Theodor 1955: *Herrschaft der Verbände?*, Stuttgart.

<sup>19</sup> 为了增加协会所施加影响的透明度, 联邦议会从 1972 年开始就每年在联邦公报中公布一个“院外集团表”(官方说法为: 协会及其代表公共注册表), 所有那些想要与议会、政府以及它们的听证会建立正式联系的协会必须登记在上述表格中。到 2002 年, 该表中登记的协会有 1760 个。

<sup>20</sup> Göhner, Reinhard 1981: *Demokratie in Verbänden*. München/Wien, S. 17. Alemann, Ulrich von/Heinze, Rolf G. (Hrsg.) 1981: *Verbände und Staat*. Opladen (2. Auflage), S. 117.

各界不得不承认在现实中协会所起到的为国家减负的作用。在德国这样一个高度发达的工业社会,若没有利益团体预先把利益加以聚合,若没有它们提供专业知识、参与政策的制定和实施,那么国家是无法履行其公共任务的。正如 Willke 非常形象地表达的:“没有国家一切都无法运作,同样,没有组织起来的利益(指利益团体—作者加注)也一切无法运作。”<sup>21</sup>

德国学者从 70 年代末以来也越来越认识到,国家与协会之间已经形成了错综复杂的“政策网络”,或者说它们之间是一种“谈判系统”的关系<sup>22</sup>。Scharpf 通过对谈判系统的分析进一步指出,协会的活动以及它们参与到国家政治过程中对于公共利益<sup>23</sup>完全是可以起到促进作用的,对于一个高度发达的工业国家来说,它们不仅是必要的,而且是有益的<sup>24</sup>。

从德国的协会体系看,德国属于一个多元主义的社会,几乎每一种细小利益都组织起来了,据估计,德国目前约有 5000 个“对外施加影响”的、代表各种利益的协会,至于一般性的社团总数则高达 20 万个(其中约 4 万个体育社团),它们当中的大多数存在于地方上,而且只是偶尔对政府、议会施加影响<sup>25</sup>。但我们还可以明显地尤其是在某些政策领域确证社团主义的特征,例如在社会政策领域产业工会与相应雇主联合会之间的劳资谈判自主权以及卫生领域的医保协议医生联合会、医保机关以及药品工业企业之间的谈判机制(所谓的“联合行动”等),在某种程度上强制入会的商会承担公共任务也可归入社团主义的特征。虽然前面提到德国协会林立,但同时,在德国,经济界协会的“组织之间的分化”是相对较小的,换句话说,它们的组织结构上的集中度是相对较高的,例如德国农民联合会尽管存在着联邦德国建国前地域划块的特点,也只有 18 个下属联合会(2001 年数据)。德国经济界协会的组织率(入会率)也是国际比较来看属于较高水平的,例如德国工业联邦联合会(BDI)以及德国农民联合会的组织率都超过了 90%<sup>26</sup>。而且,德国协会参与政治决策已经在很大程度上是制度化的,例如联邦议会和联邦政府以及各部的议事规则都强调了在起草法律法规以及作出决议前要听取有关协会的意见和建议。总体上,德国在西欧国家中被列入中等强度的社团主义国家<sup>27</sup>。

### 3. 德国协会、商会的法律依据

#### 3.1 宪法法依据

协会(Verbände)或者说利益团体这个词并没有直接出现在德国《基本法》中<sup>28</sup>。《基本法》第 9 条第 1 款规定了组建社团的自由:“所有德国人<sup>29</sup>均有组建社团和公司<sup>30</sup>的权利。”这种社团组建自由是一项基本权利,它保护了社团的自由组建、社团的存在以及社团的活动

<sup>21</sup> Willke, Helmut 1987: Entzauberung des Staates. Grundlinien einer systemtheoretischen Argumentation, in: Ellwein, Thomas et al. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Band 1, Baden-Baden, S. 285-308, hier S. 286.

<sup>22</sup> 参见 Mayntz, Renate 1993, 同脚注 14。

<sup>23</sup> 关于协会的会员利益与社会公益之间关系的分析参见 Mayntz, Renate (Hrsg.) 1992: Verbände zwischen Mitgliederinteressen und Gemeinwohl. Gütersloh: Verlag Bertelsmann Stiftung.

<sup>24</sup> Scharpf, Fritz W. 1991: Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, in: Politische Vierteljahresschrift, 32. Jg., Heft 4, S. 621-634.

<sup>25</sup> Ismayr, Wolfgang (Hrsg.) unter Mitarbeit von Hermann Groß: Die politischen Systeme Westeuropas, 2. Revision. Opladen: Leske + Budrich, S. 438ff.

<sup>26</sup> Beyme, Klaus von 2004: Das politische System der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung, 10., aktualisierte Auflage, Wiesbaden: VS Verlag, S. 199f.

<sup>27</sup> 参见 Alemann, Ulrich von o.J.: Interessenvermittlung in Westeuropa: Die Diskussion um Korporatismus in der vergleichenden Politik. S.127ff

<sup>28</sup> 关于利益团体根据德国《基本法》的宪法法地位的详细论述见 Wittkämper, Gerhard W. 1963: Grundgesetz und Interessenverbände. Die verfassungsrechtliche Stellung der Interessenverbände nach dem Grundgesetz. Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag.

<sup>29</sup> 这里必须指出,社团组建自由只适用于德国人,因此,这种自由不是广义的人权而是具体的公民权。

<sup>30</sup> 这是指民法和商法意义上的公司,即无限责任公司、两合公司、有限责任公司、股份公司等。

(包括颁布章程的权利)。而且,它保证的不仅是自由加入的权利(积极的社团自由),而且也保证了不参加社团的自由(消极的社团自由)。因此,组建社团的自由是抵制国家干预的,唯一的限制条件是《基本法》第9条第2款的规定:“如果社团的目的或活动违反刑法,或违反宪法秩序或违反国际礼让规范,则此种社团将被禁止”。Wittkämper认为,根据这两个条款以及第9条第3款的雇员或雇主的结社自由<sup>31</sup>,可以得出,社团(包括协会)是无组建的强制的(包括组建全国性联合会的自由以及无接纳会员的强制和无排除会员的禁止)、无许可强制的,以及是不受国家监督的,例如通过制定法律规定社团的形成条件是其章程必须得到监督机关的批准或者附加给社团一个类似于针对公法法人(包括商会)的国家监督等,都是不允许的<sup>32</sup>。

在《基本法》中第19条第3款的规定也非常重要,根据这条规定,《基本法》中规定的各项基本权利也“适用于国内的法人”,这意味着协会也位列其中,协会因此享有有言论自由(《基本法》第5条)、集会自由(第8条)等基本权利。根据《基本法》中第19条第3款结合第9条第1款,有法人资格的利益团体就有权组成“协会的联合会”(包括全国性的联合会)。

这里马上引发了一个疑问,这就是实施强制入会义务的商会是否违反了《基本法》第9条第1款的组建社团自由这项基本权利?早在1959年,德国联邦宪法法院在其判决中就确证商会的这个特征是符合宪法的。2001年12月7日的德国宪法法院众议院第二庭在一份决议中再次确认了德国商会的强制入会是符合宪法的。它的理由是,第9条第1款的组建社团的自由并不保护免受立法机关立法规定要强制加入一个公法法人。相反,保护免于成为一个强制社团成员的审核尺度是《基本法》第2条第1款(普遍的行动自由)<sup>33</sup>。

### 3.2 《民法典》的社团法部分

<sup>31</sup> 《基本法》第9条第3款规定了雇员或雇主的结社自由:“保障每个人和一切职业享有为保护和改善劳动条件和经济条件而结社的权利。”这项基本权利每个人都拥有,包括外国人,而且对“所有职业”有效。可以把这里的结社自由区分为个人的和集体的结社自由:个人的结社自由意味着单个雇员或雇主组建联盟(工会、雇主联合会)、加入现有的联盟、留在联盟内或不参加此联盟以及从中退出的权利。集体的结社自由保证的是这种联盟的自由存在与自由活动,属于其中的包括劳资谈判自主权、工会在企业宪法任务上的参与协作、劳动斗争。第9条第3款后半部分:“限制或意图妨碍获得此项权利的协议是无效的,这种协议基础上的活动均属违法。根据第12条a、35条第2款和第3款、第87条a第4款和第91条的措施不得反对社团在本款第1句的意义里为了保护和改善工作条件和经济条件进行的劳动斗争。”就这点而言,基本法明确规定了这项基本权利的第三方效力。

<sup>32</sup> Wittkämper, Gerhard W. 1963, 同脚注28, S. 76ff.

<sup>33</sup> 联邦宪法法院的新闻通知中称:“国家可以在经济促进的公共任务方面借助于经济界自己组成的自治管理机构。”设立强制入会的商会的先决条件是它履行合法的公共任务,联邦宪法法院指出,商会(这里针对工商会)的“代表工商经济利益”和“承担经济领域的行政管理任务”就属于合法的公共任务。至于单个工商经营者受到了强制入会义务损害这一点,在宪法法院看来是可以接受的,因为强制入会义务对于商会成员来说,开辟了参加和参与国家决策过程的机会,但同时也留给了它们不主动作为的机会。“此外,强制入会义务具有确保自由和合法性的功能,因为它在整体利益需要法律强制力的地方,避免了国家的直接行政管理,而是留给了当事人的参与”。参见 Bundesverfassungsgericht - Pressestelle -Pressemitteilung Nr. 4/2002 vom 17. Januar 2002, Dazu Beschluss vom 7. Dezember 2001 - 1 BvR 1806/98 -Karlsruhe, den 17. Januar 2002。

<sup>34</sup> 不同于在《基本法》第28条第2款明确写明的地方自治权(指乡镇和县自负责任地治理自己事务的权利),《基本法》未对商会等公法法人承担的经济领域的自治作出表述。由于商会是建立在普通法规定基础上的,所以我们不能说经济自治在德国是一个宪法原则。由于《基本法》中没有关于经济自治的事务领域,因此,完全要由立法机关通过立法来规定以及变更经济自治的任务领域。参见 Stober, Rolf 2002: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht, 13. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, S. 83f. 关于地方自治和经济自治参见郑春荣 2002: 浅析德国商会的自治地位,《德国研究》,2002年第2期。

正如前述, 德国没有专门的协会法, 只有在《民法典》中有有关社团法部分的规定<sup>35</sup>。在该规定部分, 总的法律概念是社团, 但也把协会包含在了里面<sup>36</sup>。《民法典》的社团法部分(第21条至第79条)主要规定的是社团基本组织架构(理事会和会员大会)、会员权利以及社团的登记等。这些规定把社团分为以经济性经营为目的的社团和以非经济性经营为目的的社团, 前者通过在主管的初级法院登记而取得法人资格, 而后者要由国家赋予才能取得法人资格(第21条、第22条)。对于前者在主管的初级法院登记而取得法人资格必须或应该符合以下条件: 会员必须至少达到七名才可进行登记(第56条); 社团的章程必须包含宗旨、名称和社团的所在地(第57条); 章程还应包含有关下述内容的规定: 1. 关于会员的入会与退会; 2. 关于会员是否必须以及必须交纳怎样的会费; 3. 关于理事会的选举设立; 4. 关于召集会员大会的条件、召集的形式以及决议的记录备案(第58条); 由理事会申报社团的登记事宜, 申报需附章程的正副本、理事会选举设立的文书副本, 另外章程应至少由七名成员签名, 并包含章程设立的日期(第59条)。只要符合上述条件, 初级法院就许可登记的申报, 并通知主管的行政管理机关, *如果行政管理机关未提出异议说该社团违背公共社团法并宣布对该社团禁止*, 则可以进行登记(第60条至第63条)。在交纳少许费用在初级法院登记后, 社团则冠以附注“注册社团”(e.V.)。注册社团与未注册社团的最大区别在于法律责任, 因为未注册社团的法律责任不只局限于社团的财产, 还包括社团的当事人的私人财产, 相反, 注册社团的理事并不以他们的私人财产为社团可能产生的债务承担责任, 这就是说, 社团一经注册就由“自然人”的集合体变成了法人。同时必须指出, 注册社团与未注册社团在税法上是同等对待的<sup>37</sup>。德国的协会的法律形式大都是注册社团, 仅有个别例外。

### 3.3 商会法

商会由相应的商会法调整, 如针对工商业, 有《德国工商业法暂行规定》(简称《工商业法》)(1956年12月18日颁布), 针对手工业商会包括同业公会有手工业规章(1953年9月17日颁布)。这里以《工商业法》为例, 其中第11条第1款规定, 工商业接受州(政府)的监督, 监督它们在适用于它们的法律规定范围内(包括章程、选举规章、会费规章、特别会费规章和管理费规章)开展工作。因此, 这是一种国家监督框架里的法律监督, 这里的法律是一个广义的概念, 包括商会自己通过会员代表大会制定的有关章程与规章。第11条第2款规定, 会员代表大会关于选举规章、会费规章、特别会费规章和管理费规章的决议、关于委托任务给其他工商业和为此建立公法联合体的决议(第1条第4款a)以及关于超过第3条第3款第3句规定的测算基数百分之零点八的变动会费比重的决议, 须经批准。这是一种“批准的保留”, 也是一种监督的实施手段<sup>38</sup>, 这些需经批准的决议在批准前无论是对内

<sup>35</sup> 除此之外, 德国还有一部《公共社团法调节法》(简称《社团法》)(1964年8月5日, BGBl. I S. 593), 这部法目的是在遵从社团组建自由的前提下, 出于维护公共安全或秩序的目的对滥用社团组建自由的社团采取禁止措施。其中的主要内容涉及社团的禁止程序(禁止主管机构为州内务部或联邦内务部)以及被禁社团财产的没收与索回。值得一提的是, 该法对社团作出了定义: 本法意义里的社团是指多数自然人或法人较长期地出于一个共同目的自愿组成且接受一个有组织的意志形成过程的每个联合体, 不管它的法律形式如何(第2条)。

<sup>36</sup> 与此法学上的分类不同, 在社会学组织研究中, 社团(如体育社团、歌咏社团等)一般是指往往只在地方层面活动的组织, 而且它们只在极个别情况下以利益团体形式出现, 而协会(包括其联合会)则不只是自然人的联合体, 也可以是法人的联合会, 也就是说它可以由小的社团和下属协会组成, 而且与社团不同, 协会主要目的是对外代表会员利益。参见 Alemann, Ulrich von 1996: Was sind Verbände?, in: Informationen zur politischen Bildung 253, Interessenverbände, 4. Quartal 1996, S. 3-9, hier S. 7. 也请参见本文 1.1。

<sup>37</sup> Zimmer, Annette 1996: Vereine – Basiselement der Demokratie. Eine Analyse aus der Dritte-Sektor-Perspektive, Opladen, S. 20.

<sup>38</sup> “批准的保留”这一监督手段还是要和一般的国家监督(例如本条第1款的法律监督)相区分: 一般的国家监督是防御型的, 即在一份决议生效后采取指责、取消、命令等监督措施, 而“批准的保留”是一种事前的、预防型的监督手段。关于“批准的保留”是否是一种“国家监督机关的参与权”的体现以及“批



还是对外仍然是无效的。但同时必须指出, 监督机关对于商会代表大会的这些决议只能加以批准或拒绝, 但是监督机关无权对这些决议的内容加以修改, 并强制商会接受经它修改的决议。

《工商会法》第12条规定, 各联邦州可以通过州法律就工商会的设立和解散、现有工商区辖区的变更、负责行使国家监督(第11条第1款和第2款)权限的机关以及为此必要的监督手段等制定补充性规定。依据这项规定, 各个联邦州分别制定了工商会法实施法<sup>39</sup>, 其中规定负责工商会的监督机关是州经济部长(或由他指定的政府机关); “监督机关可以, 如果其他监督手段不足够, 解散工商会的代表大会, 倘若工商会在多次要求之下仍然未在适用于它的法律规定框架里开展活动。必须在解散通知生效后三个月内进行会员代表大会的重新选举。原主席团一直到新的主席团就职之前继续从事其业务, 并为会员代表大会的选举作准备。监督机关可以派驻一名履行会员代表大会、主席团或这两个机构权限的代表。”解散工商会的代表大会以及重新进行选举是工商会监督机关采取的 *Ultima ratio* 手段。

由于工商会除了承担《工商会法》赋予它的强制性任务(第1条第1、2、3款)以及自愿承担的任务, 还可以在自治任务以外承担法律或法律规定委托给它的其他任务(第1条第4款), 包括根据国家的命令必须履行的任务, 在履行这类委托任务时, 工商会的地位就在很大程度上类似于一个下属的国家办事机构, 因此, 必须接受专业监督。但是, 这类委托的任务不允许在商会的任务范围里占主导地位, 在实践中, 商会所承担的这类任务也是微不足道的。其原因在于, 如果商会过多地承担委托任务, 那么商会就会越来越多地被置于国家的专业监督之下, 由此也会稀释乃至动摇商会的自治特征, 因此, 不少学者在国家在行政改革过程中越来越多地考虑把某些行政管理任务委托给商会表示出了担忧<sup>40</sup>。

#### 4. 经济界协会与商会的内部组织结构

##### 4.1 经济界协会的内部组织结构

关于经济界协会的内部结构, 我们先从《民法典》的社团法部分进行考察, 然后通过实例来说明在协会实践中的运作情况。在《民法典》社团法部分仅规定社团(包括非注册社团)至少必须设立以下二个机关: 理事会和会员大会。理事会(由单人或多人组成)在法庭上和法庭外代表该社团, 它具有社团法定代表的地位, 不过它的代表权限可以通过章程来加以限制(具有第三人效力)(第26条)。理事会的选举设立通过会员大会的决议作出(第27条第1款\*), 理事会的设置是随时可以撤回的, 但可以通过章程规定, 把撤回限制在出现一个重要的撤回原因的情况下, 这样的原因尤其是严重失职或无能力按规定领导社团的业务(第27条第2款)。根据《民法典》的社团法部分的规定, 会员大会可以拥有非常大的权力: 只要不是理事会或一个其他的社团机关负责处理的事务, 由会员大会作出决议来规定。会员大会决议原则适用简单多数表决机制(第32条第1款\*), 但是如果一个决议包含修改章程的内容, 则需要四分之三多数, 社团宗旨的修改则必须得到所有会员的赞同(第33条\*)。但是, 根据《民法典》社团法部分第40条的规定, 会员大会的上述(带\*部分)权利只有在社团章程未作出其他规定的时候才适用。这一点也体现在其他条款的规定上: 例如, 为了保

准的保留”是否在审查合法性以外还审查适当性的法学讨论参见 Lohr, Valentin 1963: *Satzungsgewalt und Staatsaufsicht. Eine kommunal- und sparkassenrechtliche Untersuchung*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, S. 84ff.

<sup>39</sup> 参见 Hessisches Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 6. November 1957 (GVBl. S. 147)或 Berliner Landesgesetz über die Industrie- und Handelskammer zu Berlin (IHKG) vom 17.10.1957 (GVBl. S. 1636)。

<sup>40</sup> 参见 Kluth, Winfried o.J.: *Verfassungsrechtliche Grundlagen der Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern-Kritische Bestandsaufnahme und Vision*. S. 7ff.



护社团中少数派的权利,第37条规定,在十分之一的会员书面要求且说明目的和理由情况下,必须召集会员大会,但是前提是在社团章程中未对此作出相应规定情况下,换言之,一个社团完全可以通过章程把召集会员大会的门槛设置得很高,例如50%的会员,而且在实践中会员大会的一般召集权归属理事会;另外,第41条规定,社团可以通过会员大会的决议加以解散,这项决议需要四分之三多数票,但前提仍然是章程未作出其他规定。综上所述可以看出,虽然立法机关认为社团应具备一定的内部民主结构来保障每个成员的基本权利,但是它显然是把社团章程构建的自由度置于会员大会的民主自决之上的。换言之,社团的内部民主的实现是无法诉请的,而是由社团的创立者或会员通过章程决定的。如果在实践中会员大会连章程修改的权利和理事会设置的权利都被剥夺了,那么社团中的反对派在无法发表异议(Voice)的情况下只能选择退会(Exit)。

那么在实践中,德国经济界协会的内部组织架构又如何呢?由于《民法典》社团法部分给出了非常宽泛的活动余地,因此各个经济界协会的组织结构各异,这里只能结合个别实例做一个概述。

经济界协会一般是具有纵向和横向的双重交叉结构,纵向上,有地方协会组成地区联合会,再由地区联合会组成全国联合会,横向上,经济界协会由不同专业的全国性专业协会组成,而后者本身又具有自己的纵向组织结构,例如德国工业经济联合会(BDI)有16个州联合会和35个全国性行业协会,而后者又有众多的专业协会组成,据统计,德国工业经济联合会下面一共有400多个单个联合会。在经济界协会,由于会员人数众多,一般由以会员代表大会来取代会员(全体)大会,代表大会的代表由下属专业协会和地区联合会的会员选举产生。若理事会人数较多(20名-50名),会组成一个主席团或者核心理事会。在《民法典》社团法部分未作规定的是专职的(总)干事长,它是协会的理事会或主席团聘用的,负责协会的日常工作,协会的其他专职人员的聘用由他负责。除此之外,协会理事会还往往设立了一系列委员会,可以是常设的,也可以是临时的,主要是一定程度上的监督和咨询机关,它的成员大都是协会的会员(企业),设置这些委员会的目的不只是利用会员(企业)的专业知识,而且也是为了提高它们对协会的参与程度和改善它们在协会内的参与发言权,由此提高协会的内部民主性。

## 4.2 商会的内部组织结构

在商会方面,我们这里以工商会为例来说明工商会的内部组织结构。在《工商会法》中规定设立的机构主要有会员代表大会、主席团及其主席和总干事长(又译总经理)以及委员会。《工商会法》第4条规定,如果不是工商会章程另有规定,工商会事务由会员代表大会作出决议。但是,(和针对社团的《民法典》社团法部分不同),*必须*经由会员代表大会决定通过的是1.章程;2.选举规章、会费规章、特别会费规章和管理费规章;3.预算计划的确定;4.会费和特别会费收费标准的确定;5.批准有关工作报告;6.把任务委托给其他工商会以及为此组建公法联合体(依据第1条第4款a)。会员代表大会的代表,由工商会会员依据其选举规章选举产生(第5条)。会员代表大会从其代表中选举产生商会会长和由章程确定具体数额的主席团其他成员。会长同时是主席团主席,由他召开并主持会员代表大会(第6条)。会员代表大会委任总干事长(总经理),由会长和总干事长根据章程的进一步规定在法律事务和法庭上代表工商会(第7条)。显然,《工商会法》对工商会的组织结构的规定要明显严格于《民法典》社团法部分对社团的组织结构的规定,但仍然留给了工商会的章程一定的构建余地。

地区工商会的章程也的确赋予了会员代表大会非常宽泛的权利:它决定工商会工作的指导方针并就对它所辖工商会区工商企业具有重大意义的问题作出决议。具体而言,除了《工

商会法》赋予它的上述任务以外, 一般它还拥有以下权限: 组建委员会(职业教育委员会除外), 设立商会的分理处, 设立名誉委员会和仲裁庭, 设立调解处, 颁布专家的公共聘任和宣誓规定, 颁布会员代表大会自己的以及各委员会(除职业教育委员会)的议事规程, 选举内审员等。会员代表大会由会长召集, 但若有五分之一的会员代表大会成员在提出磋商事宜情况下必须召集会员代表大会。主席团的任务则局限为为会员代表大会的决议做准备并负责决议的实施, 以及就法律或章程未规定要由会员代表大会决议的内容作出决议。在总干事长(总经理)本人由会员代表大会委任外, 其他部门经理由会长和总干事长(总经理)共同决定, 其他人事聘用则完全由总干事长(总经理)负责。

## 5. 经济界协会与商会的财务

经济界协会的资金基本上来自于会员企业或作为会员的专业协会的会费<sup>41</sup>, 一般大的经济界协会也在会计年年初由代表大会或理事会制定预算计划(财政计划), 并设立一个预算委员会, 在该委员会报告及一般审计基础上通过年度结算<sup>42</sup>。但是, 由于针对社团或协会没有任何特别的账目审核的规定<sup>43</sup>, 因此, 以下主要以商会为分析对象。

商会的收入来自于收取的管理费和其他(创收)收入, 若这些收入不够, 则通过商会会员缴纳的强制性会费来筹集, 会费尤其用于商会履行商会法赋予它的自治任务。会费分为基本会费和变动会费, 基本会费可以分级, 变动会费则按营业收益或营业利润测算。另外, 还可以征收特别会费, 这些费用的征收由商会自己负责, 其追讨由乡镇机关实施(参见《工商会法》第3条)。为此商会通过代表大会制定有会费规章、特别会费规章以及管理费规章, 这些规章需得到州监督机关的批准(参见3.3)。

商会每年由会员代表大会在每个会计年度开始前制定预算章程, 在预算章程中根据会费规章确定基本会费和变动会费的比例, 并在此基础上制定年度预算计划(财政计划)。特别的是, 预算的执行必须依照商会会员代表大会通过的或者由会长和总干事长颁布的“预算、现金和账目公布规章”<sup>44</sup>。这个规章一般分为以下几个部分: 第1部分关于预算计划的一般规定, 第2部分关于预算计划的开列(清单), 第3部分关于预算计划的实施, 第4部分关于支付、记账和账目报告, 第5部分关于审计以及预算执行结果报告的批准<sup>45</sup>。事实上, 在《工商会法》中对工商会的账目报告和年度账单审核也有相关规定: 《工商会法》第12条规定, 通过州法律也可以就账目报告的准则以及年度账单审核的准则作出补充规定。相应的州工商会法实施法中据此规定, 工商会自己制定一份账目报告规章, 它需要得到监督机关的批

<sup>41</sup> 注册社团如果能从财政局获准贴上“公益”的标签, 那么不仅可以免交登记入社团登记册的费用, 重要的是给予这类社团的捐款和会费是可以从税基中扣除的, 法院也可以把收到的罚款拨给这类社团, 而且这类社团更容易获得公共资金。众多社团都在章程中强调它们的公益性, 实践中, 被财政局批准为“公益性社团”的主要是社会福利性社团、体育和业余爱好类社团以及学术团体。参见 Raschke, Peter 1978: *Vereine und Verbände: Zur Organisation von Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, München: Juventa Verlag, S. 232f. Anm. 7.

<sup>42</sup> 参见德国工业界联邦联合会章程 *Satzung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V., Fassung laut Beschluss der Mitgliederversammlung vom 26. November 2001*, 第12条, 德国机械与设备制造联合会(VDMA)章程, 第10条、第11条以及德国工商总会章程第16条。

<sup>43</sup> 《民法典》社团法部分只有关于社团破产清算以及财产分割的规定, 参见第41条至第54条, 以及针对注册社团第74条至第78条。

<sup>44</sup> 达姆斯塔特工商会章程 *Satzung der Industrie- und Handelskammer Darmstadt vom 1. Oktober 1957* (Beilagen zu den Nachrichten der Industrie- und Handelskammer Darmstadt, Nr. 4, April 1958), zuletzt geändert am 26. Oktober 1999 (IRS Nr. 12/1999, S. 38), 第8条, 以及科隆工商会章程第10条。

<sup>45</sup> 参见科隆工商会工商会预算、现金与账目报告规章。值得一提的是, 在该规章第8条规定要设立预算代表: (1) 商会必须设置一名专门负责预算的代表, 如果总干事长本人不承担这个任务的话。该预算代表直接隶属于总干事长。(2) 该代表负责准备预算计划草案(概算)的书面资料以及负责预算资金的运作。此外, 该代表应参与所有财政上重要的措施。

准, 工商会的账目报告必须符合联邦州预算规章 (LHO) 的准则<sup>4647</sup>。商会预算的执行情况由德国工商总会设立的独立的“工商会审计机构”<sup>4849</sup>以及由商会从其代表大会中选出的内审员进行审计。商会必须向“工商会审计机构”以及内审员提供他们履行其职责所需的所有书面材料和信息与答复。“工商会审计机构”的审计报告在呈送商会会长和总干事长的同时必须呈送一份给州监督机关。商会的主席团每个会计年度必须向会员代表大会作账目报告, 在会员代表大会批准账目报告前, 由内审员作出表态, 在表态中内审员必须兼顾上述独立的“工商会审计机构”的审核报告中的意见。

## 6. 总结

从上分析可以得出的结论是, 在德国, 国家对商会与经济界协会的监督是非常有限的, 是局限在最必要的程度上, 但同时我们也看到, 恰恰在国家的监督上, 商会与协会也有着较大的差别。

对于社团或协会来说, 在德国, 《基本法》第9条第1款所确保的组建社团的自由抵制了任何国家干预, 因此, 除了《基本法》第9条第2款及其相关的《公共社团法调节法》的禁止规定, 对于社团或协会并不存在任何国家监督。虽然社团为了拥有注册社团的法律形式在初级法院进行申报注册时, 有关行政管理机关会审查社团的宗旨, 但这也只是审查社团的创立者拟定的宗旨是否违背《基本法》第9条第2款。对注册社团唯一的监督手段是剥夺社团的法人资格: 例如《民法典》社团法部分第43条第1款规定, 如果一个社团通过其会员大会作出的一个违法决议或通过理事会的违法行为损害了公共利益, 可以剥夺社团的法人资格<sup>50</sup>。

<sup>46</sup> 事实上商会的预算、现金与账目报告规章的结构也是对应于联邦预算规章(BHO)以及各联邦州的预算规章(LHO)的: 商会的预算、现金与账目报告规章前四个部分的名称与联邦预算规章以及各联邦州预算规章的前四个部分的名称相同, 第五部分的名称是联邦预算规章以及各联邦州预算规章的第五部分和第八部分的总合。

<sup>47</sup> 参见同注脚39。

<sup>48</sup> 依据德国各个地区工商会组成的工商总会(DIHK)的章程第19条德国工商总会设立一个工商会独立的工商会审计机关, 在其章程的后面作为其章程组成部分的是工商会审计机关特别章程, 在这份特别章程中规定了这个独立审计机关的组织架构、程序及其费用抵偿。该审计机关由监事会、经理层(干事层)、审计人员以及其他工作人员组成。监事会成员由德国工商总会全体会议选举产生, 他们不允许是在德国工商总会或地区工商会及其机构担任职务的人员, 其工作是名誉性的, 由监事会颁布审计处内部领导的指导方针, 监督确保审计的实施符合审计的基本原则以及现行的审核指导方针, 并由监事会聘任经理(干事), 后者对监事会负责, 并根据内部领导指导方针, 负责日常业务的按规定履行和审核指导方针的遵守。审计人员以及审核助理由经理在征得监事会主席同意下加以聘任。必须特别强调该审计机关的独立性, 因为它在其审核工作和出具审核报告上只遵循本审计机关的特别章程以及审核指导方针, 而不受德国工商总会以及各地区工商会命令的约束。

<sup>49</sup> 在工商会法各联邦州的实施法中都规定, 由监督机关确定由哪个机构进行账目目报告的审核, 但是各个地区工商会都委托这个独立的“工商会审计机构”进行年度账目和年终结算的审计。但有争议的是, 商会是否还要在这之外接受州审计署的审计, 例如在1987年, 下萨克森州州审计署第一次对它管辖范围内的一家手工业商会(中小企业商会)进行了全面的审计。赞成接受州审计署的审计的依据在于联邦预算规章(BHO)中以及各联邦州的预算规章(LHO)中的第VI部分规定, 对受联邦监督的联邦直属的公法法人和受州监督的公法法人适用与国家的直接行政机关同样的预算准则和审核指导方针, 它们必须分别接受联邦审计署和州审计署的审计, 商会作为公法法人据此必须接受州审计署的审计; 反对商会接受州审计署审计的学者指出, 州审计署的审计是国家对商会自治的干预。有关这方面的法学讨论参见 Stober, Rolf/Kluth, Winfried 1989: Zur Rechnungsprüfung von Kammern. Zum Spannungsverhältnis zwischen Selbstverwaltung und staatlicher Eingriffsbefugnis. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG 另请参阅工商会法下萨克森州实施法, 其中第4条第2款规定, 监督机关也可以在州审计署同意下让州审计署审计。而与此相反, 工商会法萨克森自由州实施法第4条第3款则明确排除了州审计署的审计: 工商会的预算执行不受州审计署的一般审计。

<sup>50</sup> 该条第2款规定, 一个根据章程不是以经济性经营为目的的社团可以被剥夺法人资格, 如果它追求这样一个目的的话。该条第4款规定, 一个其法人资格是基于国家赋予的社团, 如果它追求一个和章程中所确

对于商会则不然,它必须接受国家的监督。之所以如此,就是因为商会属于间接的国家(经济)行政管理范畴,是整个国家组织架构的组成部分,因此,和其他公法法人一样,商会必须接受国家的监督。但同时,由于商会又不同于政府直属的下级行政管理机关,而是具有作为经济界自治组织的特征,因此,国家的监督的范围很大程度上局限在法律监督范围,这样在必要的国家监督和足够的商会自治之间达到了一个平衡,这样的监督力度不仅没有削弱商会的自治能力,而且对商会自负责任地履行其任务也是一种促进。与此同时,必须强调,之所以能把对承担公共任务的商会的监督也局限在非常有限的监督程度,也是因为商会根据商会法有了商会的内部制度保证,包括商会的内部民主结构以及内部监督机制。

从组织、人事和财务方面来看,经济界协会和商会之间既有共性又有差异性。《民法典》社团法部分对于社团只有最低的组织架构规定,即要设立会员大会和理事会,但是《民法典》并没有强制规定代表协会内部民主的会员大会要拥有哪些权限,而是给予了社团或协会的章程足够的构建余地。这导致协会内部的意志形成结构的民主性是没有制度保证的,这也部分导致了德国70年代对协会内部民主匮乏的批评以及要求制定协会法加以规制。但,我们若考察德国主要的经济界协会的内部组织架构,就可以确证,这些协会的内部设置上还是在较大程度上自愿考虑到了协会内部民主的需求,这也可以视做公共舆论对协会的批评内化为了协会对自身内部结构的自省与调整<sup>51</sup>。与协会不同,商会由于承担了公共任务,因此国家通过商会法对商会内必须由会员代表大会决议的内容作了强制规定,非常重要,商会法对会员代表大会的民主构成也作出了规定,例如《工商会法》不仅规定工商会制定的选举规章必须得到州监督机关的批准,在第5条中还规定,选举规章必须包含关于将工商会会员划分为特殊选举小组的规定,划分时必须考虑到工商会辖区的经济特点以及各个工商类别对整体经济的重要性,由此选出的会员代表大会的成员才能更好地体现工商会辖区的企业的利益,更好地履行商会的自治任务<sup>52</sup>。从人事上看经济界协会与商会之间并没有多大差别,它们都拥有高度的人事决定权,除了总干事长由理事会(协会)或会员代表大会(商会)聘任外,其他的人事聘用都是由专职的总干事长负责,因此,对经济界协会与商会都不存在行政机关对它们的职务监督/机构监督。在财务方面,针对社团或协会依然没有特别的规定,而商会在这个方面仍然由于其公法法人地位必须接受监督,不仅商会的会费规章、特别会费规章和管理费规章需要得到州监督机关的批准,而且商会必须制定一份根据州预算规章精神的预算、现金和账目公布规章,其中对商会内部的财务审核机制作出了明确规定,在这个方面对商会的要求和国家对其直接的行政管理机关的要求是一样的,差别是商会基本上不用象后者接受州审计署的审计,而是由德国工商总会设立的“工商会审计机关”进行审计,虽然各个联邦州的监督机关有权为工商会指定审计机构,但在实践中,各个联邦州总体上对由不受德国工商总会、不受各个地区工商会也不受国家监督机构约束的、完全独立的审计机构来监督商会的财务以及进行审计表示信赖,这种信赖又反过来促进了商会的自治特征。

总之,在德国,国家对经济界协会与商会是否实施监督以及监督的力度有多大与它们的法律地位有着紧密的联系,但哪怕是对承担公法任务的商会,国家的监督依然是有限的,其原因在于德国各界总体上认同商会、经济界协会对德国政治经济生活的构建起着积极的、有益的作用,认同在处在“政策网络”或谈判系统中的国家需要依赖于掌握在经济界协会手中

定的目的不同的目的,则可以被剥夺法人资格。

<sup>51</sup> Ronge, Volker: Vom Verbändegesetz zur Sozialverträglichkeit – Die öffentliche und verbandliche Diskussion über den Gemeinwohlbezug von Verbänden in den 80er Jahren, in: Mayntz, Renate (Hrsg.) 1992, 同注脚 23, S. 36-79.

<sup>52</sup> 正是商会的民主合法性的制度保证,才确保了它适合于承担公共任务。如果真的如商会反对者所要求的那样废除强制入会的商会,而把至今商会承担的任务完全由私法法人的协会来承担,这不只是起到了商会反对者所期望看到的反规制的效果(deregulation),但根本的是它剥夺了公法任务履行的民主合法性(delegitimation),这是因为协会的内部民主结构是没有制度保障的。参见 Kluth, Winfried o.J., 同注脚 40, S. 5.

的资源。而且，人们相信，在公共舆论的监督 and 压力下，即使没有法律的有关规定，不只是商会，而且连经济界协会也会兼顾公共利益，因为这也是它们的自身（长期）利益所在。因为如果经济界协会过多地一味追求协会的特殊利益，那么某一天德国可能会重新引发有关制定专门的协会法的辩论。