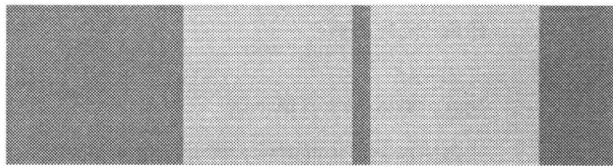
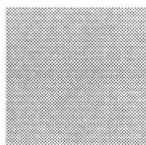


黎军 著

行业自治与国家监督

——行业协会实证研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

作者简介

黎军,女,湖南岳阳人,法学博士,深圳大学法学院副教授,法律系主任。1992年毕业于中南财经政法大学获法学学士学位,并于1997年获该校法学硕士学位;2000年北京大学法学院毕业,获法学博士学位;2002年进入中国社会科学院法学所从事博士后研究,并于2005年出站。目前主持国家社科基金课题“行业组织研究”,先后主持或参与其他国家、省部级及横向课题共十余项,出版著作、教材多部,发表学术论文四十余篇。目前主要从事行政法学,行业协会法律制度等研究。

目 录

导论	(1)
一、关于行业协会的实践发展	(1)
二、关于行业协会的理论研究	(2)
三、关于本文的研究纲要及方法	(4)

第一编 自治篇

第一章 行业协会的几个基本问题	(13)
一、行业协会的概念	(13)
二、行业协会的特征	(18)
三、行业协会的分类	(22)
四、设立行业协会的原则	(27)
五、与协会会员相关的几个问题	(32)
第二章 行业协会的民间化	(36)
一、行业协会的法人性质与民间化	(36)
二、我国传统行业协会的非民间性	(40)
三、我国行业协会的民间化进程	(47)
第三章 行业协会法人治理机制研究	(56)
一、行业协会法人治理概述	(56)
二、研究行业协会法人治理机制的意义	(59)
三、国家介入行业协会治理机制的界限	(61)
四、行业协会治理机制的主要内容	(64)
第四章 行业自治规范	(70)
一、什么是行业自治规范	(71)

二、行业自治规范与国家法律之区分与互动	(77)
三、行业自治规范的实施效力	(88)
四、对行业自治规范的监督机制	(95)

第二编 监 督 篇

第五章 对行业协会之国家监督概述	(101)
一、源于现实的问题	(101)
二、对行业协会的国家监督之必要	(108)
三、对行业协会的国家监督之渠道	(112)
第六章 对行业协会的立法规范	(114)
一、各国(地区)行业协会立法概述	(114)
二、我国行业协会相关立法的概述	(117)
三、我国行业协会相关立法的缺失	(119)
四、我国行业协会立法的必要性	(123)
五、完善我国行业协会立法之构想	(125)
第七章 对行业协会的行政管理体制	(131)
一、各国行业协会管理体制的概述	(131)
二、我国对行业协会的现行管理制度	(134)
三、各地方对行业协会管理体制的创新	(140)
四、我国对行业协会管理体制的发展趋势	(149)
第八章 对行业协会的司法介入	(154)
一、背景与问题	(154)
二、司法应否介入:是否必要和可行	(155)
三、司法如何介入:民事诉讼抑或行政诉讼	(159)
四、司法如何审查:司法介入的边界	(165)

第三编 平 衡 篇

第九章 行业协会与国家之关系模式	(175)
一、几种关系模式的分析	(175)

二、我国行业协会与国家的关系模式选择	(179)
三、合作关系模式的内涵	(181)
第十章 政府对行业协会的培育	(185)
一、我国社会转型的路径选择	(185)
二、转型时期政府培育行业协会之必要性	(188)
三、国家培育行业协会之渠道	(190)
四、国家培育行业协会之限度	(200)
第十一章 通过行业协会实现公众参与	(202)
一、背景:公众参与与社团发展	(202)
二、原因:为什么需要通过行业协会实现参与	(204)
三、前提:行业协会有效参与的条件	(207)
四、制度:实现行业协会参与的保障	(210)
五、方式:行业协会实现公共参与的途径	(214)
六、控制:对行业协会参与的监督	(217)
结语:自治与法治	(221)
参考文献	(225)
附录:《北京市行业协会暂行办法》立法研究报告	(234)
后 记	(307)

导 论

中国的社会转型已经进入一个新的阶段。在这一阶段,市场经济的发展极为迅速,政府机构改革与职能转换也已初见成果;同时,传统的单位功能正在减弱乃至消失,而公民社会则日益兴盛。在此背景下,社会力量的活跃程度是前所未有的,各类自治性组织在社会生活中占据了越来越重要的地位。这些组织的崛起与权力的运用,使公共权力的多中心化、公共主体的多元化趋势日益凸显。它们在展现出民间性、独立性、自主性等特性的同时,也担负起了某些社会管理职能,亦可监督政府的作为,制衡市场的放任。行业协会正是这些社会组织中的典型代表。

一、关于行业协会的实践发展

一方面,我国行业协会已进入发展的“黄金时期”。近几年来,我国行业协会的发展用“突飞猛进”来概括毫不为过,这首先体现在行业协会数量急剧增加,其新增数量居所有类型社团之首。2002年全国地方性行业协会39149家,2003年41722家,同比增长6.57%。^[1]宁夏自治区2003年新登记的七十余家全区性社团中,90%以上是行业协会。而据深圳市2005年底的统计,全市经济类社团法人有一百九十多,其中行业协会、商会一百八十余家,涉及运输、电信、金融、化工、百货、医疗、汽车、五金、食品、纺织、机械、家电、家具等行业,几乎

[1] “2002年~2003年中介组织市场化现状的指标描述和分析”(节选自《2005年中国市场经济发展报告》),载中国网(最后访问日期:2005年7月4日)。

涵盖了国民经济各个主要领域。^{〔2〕}在数量上得到跨越式增长的同时,行业协会的民间性特征也逐步显现。深圳市2004年推出《深圳市行业协会民间化工作实施方案》,促使行业协会的组织机构、运作机制、管理职能向“自愿发起设立、按章程自主管理、服务以会员为主”发生根本性转变。中共广东省委、广东省人民政府2006年也发布了《关于发挥行业协会商会作用的决定》,确立了“自愿发起、自选会长、自筹经费、自聘人员、自主会务”的“五自”原则。通过这些民间化实施方案,大部分行业协会逐步做到了人员脱钩,办公场所分开,财务独立建账。而且,行业协会的行业代表性也逐渐增强,其成员覆盖面正在逐步扩大,特别是许多行业协会已经突破所有制的限制,将民营企业也纳入其体系范围内;与此同时,行业协会的功能也得到进一步健全,更多地体现了对其成员的维权功能和对行业利益的表达功能。在上述发展的基础上,行业协会的社会地位和影响力也明显增强。

但是,从另一方面看,我国行业协会仍处于发展的“初级阶段”。我们应该看到,尽管近年来我国行业协会发展迅猛,然而,在表面繁荣的背后,却隐藏着不少问题。如行业协会的立法规范和管理体制还存在相当大的缺失和问题;政府的职能转变还不到位,行业协会的作用还受到一定程度的限制;对行业协会的政策扶持不明确、不规范,行业协会存在和发展的条件有限;部分行业协会行政化倾向比较严重,独立法人地位没有得到应有保障;行业协会的治理结构还不合理;等等。这些困难和问题,亟待我们在理论上予以关注,在实践中给予解决。

二、关于行业协会的理论研究

实践的发展需要理论研究的跟进。和谐社会的创建在很大程度

〔2〕 <http://www.szhx.org.cn/ent/institution.aspx> (最后访问日期:2005年12月3日)。

上取决于社会自治能力的成熟,而我国的社会公共组织不仅在实践上能力匮乏,在理论上更未引起足够关注。

当然,值得欣慰的是,近几年来,我国对行业协会等社会组织的理论研究已经开始起步。从研究的学科领域来看,在历史学领域、经济学领域、社会学领域,以及公共管理学领域和法学领域等,诸多学者都选择不同角度对行业协会进行了研究和探讨。^[3] 如有学者从经济学角度对行业协会对于市场经济体制的作用进行分析;有学者则从行业协会的经济自治权的角度进行研究;也有学者对行业协会与其他社会团体比较进行社会学方面的探讨;笔者也曾以行业组织中存在的行政法问题作为博士论文的研究对象。从研究内容上来看,有涉及行业协会的历史考究;中国行业协会的现状研究;行业协会自身的特性研究等各个方面。^[4]

虽然上述研究从不同视角、不同层面对行业协会的相关问题进行了分析,也极大提高了我国在行业协会方面的研究力度;但是,在笔者看来,上述研究成果也存在相当大的缺憾,其对行业协会运作中的主要矛盾——如何实现行业协会的自治机制、如何建立国家对于

[3] 粗略列举一些就有:《行会制度的近代命运》(彭南生著,人民出版社2003年版);《转型时期的社会与国家——以近代中国商会为主体的历史透视》(朱英著,华中师范大学出版社1997年版);《英国行会史》(金志霖著,上海社会科学院出版社1996年版);《商会与中国早期现代化》(虞和平著,上海人民出版社1993年版);《商会发展与制度规范》(陈清泰著,中国经济出版社1995年版);《行业协会及其在中国的发展:理论与案例》(余晖等著,经济管理出版社2002年版);《转型时期的行业协会——角色、功能与管理体制》(贾西津等著,社会科学文献出版社2004年版);《体制转型和行业协会:上海培育和发展行业协会研究报告》(陈宪、徐中振主编,上海大学出版社1999年版);《在政府与企业之间——以温州商会为研究对象》(郁建兴等著,浙江人民出版社2004年版);《行业协会经济自治权研究》(鲁篱著,法律出版社2003年版);《行业协会的行政法问题研究》(黎军著,北京大学出版社2002年版);等等。另外,还有一些与行业协会研究密切相关的关于社会团体、非政府组织或第三部门的研究丛书,如徐光永主编的“第三部门研究丛书”(浙江人民出版社);王名主编的“NGO论丛”(社会科学文献出版社);等等。

[4] 参见贾西津等著:《转型时期的行业协会——角色、功能与管理体制》,社会科学文献出版社2004年版,第18页。

行业协会的监督机制,以及如何保持行业自治与国家监督之间的平衡——尚未做深入探讨。笔者认为,目前我国行业协会的建构与发展所需解决的首要问题,就是如何建立科学的自治与监督相结合的机制。在我国,行业协会的生成、发展及变迁都与国家有着密切的关联,分析行业协会这一社会组织本身是无法离开国家这一客观参照物的。多年来,我国行业协会之所以发展迟缓甚至滞步不前,其主要原因就是没有正确处理好社会自治与国家监督之间的关系。因此,我们只有在厘清两者关系的基础上,才能正确给我国的行业协会进行定位,并加以发展。

三、关于本文的研究纲要及方法

(一)命题的提出

鉴于市场失灵与政府失灵的双重问题,以行业协会为代表的第三方治理机制(third-party governance)就成为我们所期待的解决问题的重要制度之一。当然,并非行业协会就可以成为万能灵药,就一定能够有效弥补市场与政府的双向失灵。如果行业协会缺乏相应的自治能力,发挥的作用过小;或者反之,如果缺乏对行业协会的有效规范和监督,行业协会权力过于泛滥以致侵犯到其成员甚至其他当事人的合法权益,则即使在第三方治理机制的加入下也可能形成新的失灵。因此,这就要求我们必须对行业协会的相关制度进行深入研究、科学设计,以形成国家、行业协会与成员之间的良性互动及有效合作,确保社会和经济的顺利运行。对行业协会的研究涉及三个重要问题:如何建立独立自主的民间行业协会;如何建立国家对行业协会的合法性监督机制;以及如何处理好行业自治与国家监督之间的关系。因此,本书的核心命题就是:作为国家与公民之中介的行业协会应当体现其结合国家与公民的积极功能,为国家对公共事务进行管理以及公民通过共同努力来影响和制约政府活动提供一条互相沟通的管道;国家与行业协会之间达致良性互动的基础乃是在二者间形成一种双向的密切合作和适度制衡关系;透过这种互动,双方能够

较好地抑制各自内在的弊端,使国家和个人的利益平衡发展。

(二)命题的论证

1. 如何自治:民间地位、治理机制与自治规范

一个真正的民间团体既是自治的也是自主的。“自治意味着不像他治那样,由外人制定团体的章程,而是由团体成员按本意制定章程(而且不管它是如何进行的)。”“自主意味着,领导人和团体的行政班子依照团体自己的制度任命,而不像不自主的团体由外人任命(不管任命是如何进行的)。”〔5〕行业协会尽管是作为政府与公民间的中介机构而存在的,但从本质上说,它仍是民间社会的组成部分,而不是政府的附庸。因此,它应该具有独立于政府的民间性和自治性。而行业协会自治的形成,则取决于行业协会独立地位的确立与自治能力的加强。

(1)关于行业协会的几个基本问题。行业协会的兴起与发展在我国已成必然趋势;而对行业协会的理论研究则相对不成熟。厘清有关行业协会的一些基础性问题是我们进行下一步研究的前提。行业协会的基础性问题主要包括行业协会的概念;行业协会的特征;行业协会的分类;行业协会的设立原则以及行业协会会员的资格、入会方式、权利义务等。

(2)行业协会的民间化。在我国传统计划体制下,行业协会完全依附于国家,并不是真正意义的行业性组织,而只是政府的另一种管理形式而已。摆脱国家干预、实现民间化,是行业协会获得独立地位的前提,也是其生存之基本。现阶段,我国行业协会的民间化进程已经展开,行业协会在组织建构、运行机制、基本职能等方面的民间化特质已经逐步显现。

(3)行业协会的法人治理机制。对于一个在我国尚属新兴发展的组织——行业协会来说,其治理机制问题逐渐成为我们必须面对

〔5〕 [德] 马克斯·韦伯著:《经济与社会》(上),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 78 页。

的一个重大挑战和课题。近年来,人们对行业协会的研究主要集中在其成立和运行的外部机制上,如体制环境、法律环境等,特别是如何处理行业协会与政府之间的关系更是备受关注。^[6]当然,在转型时期的中国,行业协会要得到长足发展,在很大程度上取决于其与外界的关系,也离不开良好的体制、法律环境;但是,阻碍行业协会发展的内在因素也同样是不可忽视的,可以说,行业协会的内部法人治理机制也是决定其绩效乃至成败的关键因素。有效的治理,无疑会给组织创造新的价值,无论何种组织,都不应忽视治理的作用。因此,我们必须面对且急待解决的课题是:什么样的治理结构和运行机制才是最合适的并有利于行业协会发展的?如何发挥政府的指导作用,建构行业协会的法人治理机制并推动其规范有序的发展?

(4)行业协会的自治规范。行业协会实现治理的最重要方式是通过制定和实施行业自治规范进行自律管理,这种自治应当在法治范围内进行。要建立符合法治的自我规范机制,必须做到:在界定行业自治规范概念的基础上,首先,应当厘清其与国家法律之间的关系,并建构两者间的互动与合作机制以实现国家与社会的共同治理;其次,在行业自治规范的具体实施过程中应当注意其强制力的有限性和内部性;最后,选择并建立对行业自治规范最适宜、有效的监督机制是保障自治规范自身的正当性以及当事人合法权益的重要前提。

2. 如何监督:立法规范、行政管理与司法介入

社会团体要有效行动,拥有自治地位是必要条件;但是独立或自治也有产生危害的机会。可以说,所有现代政治理论都受到组织的自治和对组织的控制这对矛盾的困扰。同样,行业协会在为企业提供公共服务,将政府权力置换出来的过程中,是否也会产生权力组织

[6] 如有学者指出:“目前行业协会研究中,比较重视制度因素,较少提及行业协会的内部机制。普遍认为行业协会发展与国家经济体制改革、行政管理、市场经济发展等宏观制度因素密切相关,不改变外部环境,行业协会便难以健康发展。”贾西津等著:《转型时期的行业协会——角色、功能与管理体制》,社会科学文献出版社2004年版,第18页。

必然具有的负作用呢?因此,如何加强对行业协会的合法性监督,避免其利用国家的和民间的双重身份“寻租”就成为协会改革和管理的关键,唯此,才能促进和提高行业协会在法治框架下的合法自治能力,也才能真正实现社会成员的利益需求。

(1)立法:监督手段的法制化。在当代,行业协会在社会经济生活中日益增长的重要作用,使对行业协会的法律地位、权利义务、活动方式及监督管理等进行全方位的立法成为必要和可能。从国外的情形来看,有关社会团体或非营利性组织的立法已成为各国法律体系中一个有机的、重要的组成部分。完善的立法是行业协会生存及发展的必要保障,也是加强行业协会工作的重心所在。因此,完善立法监督的重要任务就是制定全国统一的行业协会法,将行业协会的发展纳入法制轨道,也使对行业协会的监督能有法可依、有章可循。在立法中,必须合理配置政府、行业协会与其成员三者之间的权利义务,既有利于行业协会自治发展,又进行必要政府监督,保证行业协会的规范发展,即立法应当在控制与自由之间合理取舍。当然,完善立法也要从改变整体法律环境入手,仅有专门的协会立法,其效果难免“头痛医头,脚痛医脚”,并不能做到真正解决问题,因此有关的社团立法、税收立法等相关法律制度也需相应完善。

(2)行政:监督内容的科学化。我国对社团的行政管理体制从总体上呈现限制竞争、抑制发展的基本导向,可以说是最具中国特色的一项制度。如行业协会成立登记上的“双重审查许可制”和业务管理上的“二元管理模式”,既有长期计划经济体制下惯性的沿袭,也是针对中国社团现状的无奈之举。在这种严格控制和广泛干预的管理体制下,我国的行业协会必然缺乏应有的独立性和自主性。因此,改革现有行政管理模式的核心就在于实行宽松的准入机制并使行业协会与主管部门彻底脱钩,同时也要探索新型的、适应于行业协会发展规律的管理方式。

(3)司法:监督机制的司法化。随着行业协会在我国的迅速发展,其所引发的法律问题也逐渐凸显,特别是如何建立合理的对行业

自治的司法介入机制成为我们必须关注的重大课题。在处理好司法权与自治权关系的前提下,应当建立起有效的司法监督机制,以保障成员免受协会自治权力的侵害;在综合考虑协会事务的性质、组织的地位以及权力的属性等多方因素的基础上,应当在民事诉讼和行政诉讼之间选择合理的司法介入方式;在允许司法介入行业自治的同时,应要求法院保持相对谨慎的态度并遵循必要原则,以防止对社会自治的不当干预。

3. 如何平衡:合作模式、国家培育与协会参与

行业自治与国家监督是一对矛盾范畴,要处理好两者之间的对立关系,保持良性平衡关系,就必须建立行业协会与国家间的互动机制,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。

(1)行业协会与国家的合作模式。就目前我国行业协会的现状来讲,是不能令人满意的,这些协会还无法有效地承担起一个市场经济社会要求它们担负的使命。限制我国行业协会发展的原因多种多样,有政治的、经济的、文化的等各种因素。但国家与社会之间的关系没有理顺是一个关键因素。因此,行业协会与国家的关系问题正是目前我国行业协会建构与发展所需解决的一个关键问题。我们应在借鉴其他各国经验的基础上,根据我国的实际情况来选择国家与协会之间的关系模式,这种关系应当是合作的伙伴关系,而不是行政依赖关系,也不是简单对立关系。

(2)国家对行业协会的培育。目前,我国学界对于行业协会的自治性、民间性极为关注。但是,我国现代化的路径模式决定了行业协会的发展并不可能完全脱离于国家。我国社会团体的生长终究是在原有体制中起步的,它们必须适应现阶段政治和社会结构的基本框架,这种依赖是对原有制度环境的“体制依赖”。因此许多新兴社团不仅仅是市场机制下的产物,同时也是国家政策作用的结果。在转型时期的中国,行业协会的发展也同样离不开国家的推动与促进,因为我国行业协会发展主要面临的是“体制性障碍”,这种“体制性

障碍”的消除必须借助于国家之手；同时，这种新生的社会自治力量也有赖于国家制度的催化。因此，国家在对行业协会进行必要监督的同时，也负有必要的培育、扶持义务。

(3)行业协会对国家的参与。广泛的公众参与是现代民主政治的重要特征，这种参与意味着对政治体制的认同，而疏离则意味着认同和合法性的危机。行业协会作为实现公众参与的重要途径之一，应当在我国民主建设的进程中发挥重要作用。行业协会作为提供组织化参与的方式，能够集中代表行业成员集体利益，并将它们有效地传达给国家，对国家的决策产生实质性的影响，对于防止专断，提高国家决策的科学性和可行性有很大作用。尽管通过行业协会的公众参与具有个体参与所无法比拟的优势，但要切实实现这些优势，还须取决于以下几个因素：行业协会自身应当具备实施有效参与的条件；国家应当建构充分有效的参与机制，为行业协会实现参与提供渠道；对行业协会的参与还应建立一定的控制机制以防止其参与过程中的异化。

(三)研究的方法

首先，本文是对于行业协会的实证研究。这种实证研究包括对实践案例的研究和规范文件的研究。因此，也可以说是实证研究和规范研究相结合的研究方法。实证的研究方法要求从大量的实践素材中去发现问题，归纳问题，并提出针对现实的解决对策；而规范研究则主要以现有的制度规范文件为研究对象，从制度建构上进行论证。笔者认为，近年来我国行业协会的实践发展日新月异，研究者如果仅仅热衷于理论框架的建构或拘泥于原理原则的探究，则难免脱离实际情况、回避实践问题。就现阶段的情形来看，实证的研究方法对处于起步以及发展初期的中国行业协会来讲，更具实践价值和指导意义。它有助于我们在制度运行的动态实践中去把握发展脉络，去发现实质症结所在，进而提出相对切实可行的解决方法（或者还谈不上“解决”之道，但至少是相对适合的“权宜”之计）。这也是本文选择从实证角度研究行业协会问题原因所在。

其次,本文是在法学领域内展开对行业协会的研究。本文的研究主要注重用法学方法去看待、分析以至解决问题。我国已经进入依法治国的发展阶段,任何改革与探索都离不开法治的基础。行业协会的发展以及行业自治的建构都是立足于法治的基础之上。因此,研究行业协会问题就应当放在法治的背景之下来分析,而不能脱离法治来谈自治。当然,在本文的研究过程中也会借助经济学、社会学、管理学等学科的研究成果和方法,尽量体现一种开放的思维方式。

第一编 自治篇

