

谁还在行使权力

准 政府 组织 个 案 研 究



沈 岍 编

并非政府，却行使公共权力

在政府和私人之间

个例解析，暂离宏大叙事

证交所、高校、村委会、协会……

清华大学出版社

国家社会科学基金项目

谁还在行使权力

准政府组织个案研究

C912.2
3

沈岍 编

并非政府，却行使公共权力

在政府和私人之间

个例解析，暂离宏大叙事

证交所、高校、村委会、协会……

北方工业大学图书馆



00542718

清华大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

谁还在行使权力——准政府组织个案研究/沈岩编. —北京:清华大学出版社,2003

ISBN 7-302-06864-X

I. 谁… II. 沈… III. 社会团体—研究 IV. C912.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 054032 号

出 版 者:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 客 户 服 务:010-62776969

责任编辑:聂 鑫

封面设计:陈威威工作室

版式设计:刘伟森

印 刷 者:清华大学印刷厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:140×203 印 张:10.875 字 数:269 千字

版 次:2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-302-06864-X/D·67

印 数:1~4000

定 价:23.00 元

目 录

1 准政府组织：一个新的研究题域(代序) 沈岩

- 1 一、社会组织问题的泛起
- 5 二、为何提出“准政府组织”课题
- 9 三、一个初步的研究
- 14 四、小结：方法论上的潜台词

17 公法视野下中国证券管制体制的演进 董炯 彭冰

- 17 一、研究的视角
- 22 二、中国证券市场的形成与早期证券
监管立法(1980—1992)
- 28 三、中央证券监管体制的初建与立法上的
发展(1992—1998)
- 42 四、1998年证券法与专业证券监管体制的确立
- 47 五、国务院证券监督管理机构：证监会的
性质与地位
- 57 六、证券市场的自我监管者：证券业协会
与证券交易所
- 68 七、初步结论



法治与公立高等学校

——学校和学生的关系维度 沈丹

- 71 一、引论
- 74 二、接受法治拷问之开始
- 83 三、公立高等学校的招生
- 91 四、学校管理法律关系的定性
- 105 五、大学自治、司法介入和良法之治
- 133 六、结语



通过村民自治的国家治理 何海波

- 136 一、“基层政权建设”
- 141 二、加塞的村委会职能
- 146 三、通过村规民约的治理
- 151 四、乡镇对村的控制
- 158 五、村委会制度的未来
- 162 附录：相关法律文件摘要



依据村规民约的处罚

——以明堂村近 25 年情况为例 何海波

- 180 一、调查对象和调查方法
- 182 二、处罚依据及其制定
- 185 三、禁令的内容(应予处罚的情形、对象和形式)
- 187 四、处罚的实施
- 189 五、村民自治组织的处罚何以存在
- 193 六、村规民约与村庄治权

401	村民自治与个体权利救济
	——论村民委员会在行政诉讼中的 被告地位 章永乐 杨 旭
202	一、为什么救济
216	二、行政诉讼:模糊的法律空间
227	三、中间讨论:实质性标准
236	四、相关问题的讨论
241	五、结语
243	行业组织与其成员间关系的研究
	——从行政法的视角 黎 军
244	一、行业组织与成员间关系的一般分析
253	二、行业组织管理权力的来源和种类
272	三、行业自治规章
282	四、行业组织的行政法律责任
291	消费者协会的自治悖论
	——“消费者问题”与“消费者协会问题” 的对峙 宋功德
292	一、“消费者问题”的生成与对策
302	二、消费者协会的角色定位
318	三、消费者协会所支配的资源
326	四、消费者协会的机制设计
340	五、结语

准政府组织：一个新的研究领域

(代序)

沈 岿*

政府是一个传统上行使强制权力的实体。然而,在经历激烈变革的中国,我们似乎总是在这里或那里感受到来自政府之外的组织实体的权力,甚至感受到政府在它们背后的“老板色彩”。官方与非官方性质糅合在一处的此类组织实体,在政府和私人(包括个人或企业)之间的广阔社会空间,究竟扮演什么角色?它们让我们感受到的那种权力,在法学上当如何定位,方能使其可以恰当地受到当前制度或者未来变革后制度的规制?它们与私人权益发生的冲突,如何得到合理解决?诸如此类问题,已引起民众和学术界的关切。在股东和证券交易所、大学生和高校、村民和村民委员会、行业协会成员和协会之间的潜在的或者浮现的纠葛,就是明证。“除了政府以外,谁还在行使权力?”以此设问为基本的出发点,我们把目光投向了纯粹行政机关(按官方的术语,即属于行政编制的那些机关)以外的组织,希望深入考察它们的结构与运作,从而回应与之相关的一系列问题。只是,为达我们之目的,不得不首先从当今广受注目的社会组织问题谈起,以获得一个更为宽阔的背景。

一、社会组织问题的泛起

在中国,改革开放政策以及由此引导的一系列制度变革,对社

* 北京大学宪法与行政法研究中心研究员,北京大学法学院副教授,法学博士。

会结构的重塑效应是明显的。国家或者政府的“大手”逐步从经济运作之中撤出,商品交换和劳动关系从政府指令下解放了出来,经济系统已经在相当程度上实现自由化,法律只是为广阔空间内自主的交易行为提供规则。政府的功能性撤离不只限于经济领域,在社会的其他领域,政府也已不复提供或者有能力提供统一而又直接的管理或服务。在此背景之下,许多既有的和新型的社会组织之作用日渐凸显,个人或者企业不仅在其自己中间进行交互行为、不仅与政府继续保持治理和被治理的关系(治理的结构、模式自然业已发生变化),而且还更趋频繁地直接同社会组织形成互动。

在政府同个人、家庭、企业之间宽阔地带存在的这些社会组织,形态迥异、性质和功能复杂多样,它们越来越明显地成为人们日常生活的组成部分。于是,基于不同的研究旨趣、理论关怀,学界普遍开始注意从不同学科、不同视角对社会组织问题进行研究。

有的学者以中国共产党于1993年的政策性宣告中所提的“市场中介组织”^①为研究对象,把期货交易所、信托投资公司、证券交易所、投资资金公司、租赁公司、国有资产经营公司、职业介绍机构、信息咨询机构、资信和资产评估机构、会计师事务所、律师事务所、公证处、仲裁委员会以及行会、商会等,都归入“市场中介组织”这一范畴之下。^②其实,这些组织或者是新型的营利性企业法人,或者是非营利性的承担服务功能的事业单位,或者是为维护特定

① 中国共产党十四届三中全会通过的《中共中央关于建立市场经济体制若干问题的决定》第14条:“发展市场中介组织,发挥其服务、沟通、公证、监督作用。当前要着重发展会计师、审计师和律师事务所,公证和仲裁机构,计量和质量检验认证机构,信息咨询机构,资产和资信评估机构等。发挥行业协会、商会等组织的作用。中介组织要依法通过资格认定,依靠市场规划,建立自律性运行机制,承担相应的法律和经济责任,并接受政府有关部门的管理和监督。”

② 参见宋光华主编:《市场中介组织研究》,北京,经济管理出版社,1997。

群体利益而成立的社团组织，或者是裁断纠纷的民间组织。它们在性质、结构、功能、运作方式上存在极大差异，只是因为它们既不是政府部门、又非传统意义上的商品生产者、经销者与消费者，而是在市场中间从事服务、协调、评价等活动，故而将它们堆砌在一起。这种研究对于理解政府的导向性政策、洞察市场运作机制确有益处。

有的学者则把目光投入到在政府与个人、家庭、企业之间大量的社团组织，出于对它们在转型时期的社会组织结构上所发挥的变革作用之兴趣，在实证调查的基础上，以社会学理论描述、分析了社团的功能、组织模式以及与政府和企事业单位组织之间的互动关系，认为它们构成了“上挂下联”的社会中间层。当然，这些社团组织亦非铁板一块，研究者从功能、成员联结纽带、民间性程度三个不同标准对其进行了划分。其中，依民间性程度，就存在官办社团、半官办社团和民办社团，而相比之下，半官半民性质的社团组织占绝大多数，纯粹民间社团一般限于文艺、体育、健康卫生、宗教和联谊性的小型组织。^① 这是一种对社团组织内部结构、外部关系、在整个社会组织体系中作用进行的社会学意义上的揭示与分析。

政府步步为营而又身不由己的退缩^②，个人、家庭、企业自主性的相应增强，以及社团组织数量、种类、规模、实力和自治性的渐

① 参见王颖、折晓叶、孙炳耀：《社会中间层——改革与中国的社团组织》，北京，中国发展出版社，1993。

② 有学者从政府成员亦是理性经济人这一假设出发认为，只有当改革方案是所有可行方案之中使政府损失最小的那种方案时，政府才会实施改革。但是，每一次改革势必引起社会更强烈的变革要求，也势必导致政府决策环境的变化，变化了的环境又迫使政府实施进一步的改革，因为如果政府拒绝实施进一步改革，那么它就要付出比实施改革更大的代价。由此，改革呈现出阶段性的制度变迁。参见康晓光：《转型时期的中国社团》，载中国青少年发展基金会、基金会发展研究委员会编：《处于十字路口的中国社团》，13~14页，天津，天津人民出版社，2001。

长,还使得学界以一种振奋、同时带有谨慎的姿态,关注着正在发生变化的国家—社会关系,关注着西方语境下产生的“公民社会”(civil society)、“第三部门”(the third sector)是否可能在中国形成的问题。之所以振奋,也许是因为学者们有一种较为乐观的预期,设想接近西方语义的“公民社会”、“第三部门”在本土的形成,有助于促进一个开放的、各领域既相对自治又良性互动的社会结构。在这个社会结构之中,强大的、活跃的、参与式的“公民社会”或者“第三部门”,既可以促进民主、责任政府,又可以弥补国家能力之不足而完成政府与社会组织合作的良性治理。^①之所以谨慎,是因为迄今为止的国家—社会关系还处于一个边界不明的状态,“公民社会”、“第三部门”甚至“非政府组织”这些舶来的概念,都无法随意地用于分析现实中各类社会组织。例如,在现实中,存在游离于政府控制之外的、未经登记的社会组织,它们多半是人们为了分享某种共同爱好、志趣而自发组成的,如养鸟、下棋、种花、集邮、健身等协会或俱乐部,也逐渐形成了一些实际遵循的规则。^②由于不涉及政治问题、且有益于社会稳定,政府对其也就睁一只眼、闭一只眼,没有强制登记。这些社会组织的独立性较强,符合“公民社会”的某些结构性要素:私人领域,自愿结合,以及作为公众聚合的场所。但是,它们并未在私人领域和公共权威之间形成哈贝马斯所谓的公共领域,即并未形成公众对公共权威及其政策进行自由、理性和批判性讨论的领域,而这种公共领域一般被认为是公民社会的另一种结构性要素。^③由此,即便对于这些社

① 参见何增科主编:《公民社会与第三部门》,15页,北京,社会科学文献出版社,2000。

② 参见苏力:《从“工程”到制度》,作为引论,载苏力、葛云松、张守文、高丙中:《规制与发展——第三部门的法律环境》,17页,杭州,浙江人民出版社,1999。

③ 参见何增科主编:《公民社会与第三部门》,4页,北京,社会科学文献出版社,2000。

会组织,也很难简单地将其与“公民社会”、“第三部门”勾连起来。

振奋也好谨慎也罢,中国迅速发生的制度变迁过程,已经使得社会组织问题成为理论界关注的焦点之一。只要对社会组织在中国的现实存在与未来命运、对社会组织在整个社会结构中的作用有着浓厚的兴趣,无论是社会学还是政治学、法学、经济学等等,都会借鉴西方理论分析工具、并作适当的创造性转换,以研究现实、预测或者规范未来。

二、为何提出“准政府组织”课题

在罗豪才教授引导我们致力于其所倡导的“行政法平衡理论”研究的时候,他就曾敏锐地观察到社会组织在行政法基本关系——政府与公民权利义务关系——中的特殊作用,并提醒、鼓励我们对此进行深入、细致的探讨。这是一个宪法行政法学者从其专业视角、从其特定的理论关怀,对正在泛起的社会组织问题所给予的及时回应。

由于研究旨趣所限,在笔者努力阐发平衡论的博士论文中,把社会组织的自治和企业的经营自主同时归入“社会自治”范畴之下,旨在说明平衡论所主张的“行政主导、社会自治和民主参与相融合的平衡机制”。将社会组织自治和企业经营自主融为一体、使其处在政府行政之对面,隐含着国家—社会二元的分析模式。在此分析模式之下,文章的观点是,从法律对社会自治实现的作用看,社会自治绝非一个部门法所能独立推动,而行政法可在以下四个方面起到规范作用:(1)授予自治权利、厘定行政管理和自治的界线;(2)规定政府承担为社会自治创造有利环境和条件的职责;(3)授权政府对社会自治进行监督和管理;(4)保证社会自治权利

受到政府非法侵犯后的救济。^① 然而,这样的论述一方面仅仅定位于社会组织的自治与政府之间的关系,另一方面则更多地体现为逻辑思考的程式化结论,而疏于对生动、复杂的经验事实的考察与研究。

博士论文完成之后,笔者基于对社会组织问题进一步研究的兴趣,接触了许多社会学、政治学的相关文献,观察了某些行业协会和村民委员会的实际运作,也注意到正在出现的高等学校被推上行政诉讼被告席的案件。直接和间接的知识获得,使笔者有了新的认识和问题意识。

其一,社会组织的自治性存在两个维度。一是相对于组织成员(如果有明确、固定之成员群体的话^②)而言的。这就意味着组织的自主管理权力。如果政府认为该管理权力乃社会组织自治所必需、且与政府利益^③不存在较大冲突,政府一般会给予比较广的活动空间。二是相对于政府而言的独立性。尽管中国目前的社会组织有着各种各样形态,可大部分都仰政府鼻息而生存,有相当一部分还被政府作为其治理社会之手的延伸。^④ 无论法律是否明确其为自治性组织,其实际相对于政府的自治程度较低。因此,简单地、原则性地、以应然的口吻谈论法律对社会自治的保障,对现实问题的解决几乎无一丝裨益可言。

其二,某些非政府系列的组织对其固定成员有一种常规性的

① 参见沈岍:《平衡论:一种行政法认知模式》,261~266页,北京,北京大学出版社,1999。

② 有些社会团体,如消费者协会,除了其自身机构成员以外,并没有明确、固定的成员群体。

③ 政府利益是一个比较宽泛的概念,在确定政府利益的时候,政府官员可能会考虑政府直接管理的利害得失、政府控制严密程度与其在物质上、民心上利害得失之间的关系等。

④ 例如,《中华人民共和国注册会计师法》规定的属于政府财政部门的处罚权限之行使,在实践中都是由注册会计师协会完成调查、取证和处理意见等工作的。

管理权力，如协会对会员、公立学校对学生、村民委员会对村民。管理权力的行使，实际上在管理者与被管理者之间形成了不对等的关系。而且，这种不对等关系又与企业同职工之间基于契约规则形成的管理关系有所不同。因为，某些协会的会员是被法律要求（即强制）加入协会的，村民更是毫无选择地受当地村民委员会的管理，而大部分高校学生都是经过政府统一组织的考试进入公立学校的，契约理论上的自愿性可谓大打折扣。更何况，这些非政府系列的组织，当前在较大程度上还传达着政府管理的意向，比起企业对职工的管理，更有为“公共利益”而管理的品性。仅仅强调这些组织相对于政府的自治性，受管理对象本身就会成为被遗忘的群体。

其三，在国家或政府逐步撤出的过程之中，这些组织相对于政府的自治性还是比较弱，政府也在许多时候把自己的管理意向输入这些组织、希望借助它们来实现公共管理或者服务之职能，而在它们自主领域的管理权力也颇有公共性质。因此，用“社会组织”、“非政府组织”、“第三部门”等术语来描述、分析它们与政府、与个人或者企业之间的关系，似乎都很难达致切实的准确性。基于此种考虑，“准政府组织”概念得以产生，试图以此来指称中国现时情境中的这些组织。^①当然，“准政府组织”并不欲排斥其他术语而

^① 参见沈岷：《扩张之中的行政法适用空间及其界限》，载罗豪才主编：《行政法论丛》，第三卷，北京，法律出版社，2000。

在1999年将准政府组织研究作为一项课题向国家社会科学基金提出申请并获得批准以后，笔者颇为惊喜地发现“准政府组织”概念或类似概念在一些文献中的出现。例如，王绍光先生在《多元与统一》（浙江人民出版社，1999）一书中，介绍日本的“特殊法人实际上是依据特别立法建立的准政府组织”。参见该书第186～187页。梁慧星先生也曾经指出：“从比较法上考察，中国消费者协会相当于日本的国民生活中心和韩国的消费者保护院，后二者都是经费由政府拨给、干部由政府任命的实施消费者保护政策的准行政组织。”参见梁慧星：《中国的消费者政策和消费者立法》，载《法学》，2000（5）。

树立其垄断地位,这还是要视具体语境而定。比如,在讨论这些组织处于政府系列之外时,完全可以运用“社会组织”、“非政府组织”等词;在论及某些集邮、健身等成员可自由进出、很少正式管理制度的社会团体时,显然不适宜用“准政府组织”一词。由此,准政府组织范畴并未囊括所有社会组织、非政府组织,而是把其中某些在性质、功能、与政府的关系等方面更靠近于政府的组织,从组织网络中剥离出来,予以特别观察。

最后,“准政府组织”作为一个新的法学研究题域,在保持法学专业自身特性的同时,又与社会学、政治学等学科形成开放的互动与交流。一方面,准政府组织这一术语的产生,就是立足于实证考察之关怀而非局限于既往纯粹应然性、规范性论述的窠臼,因而,法律学者在该题域中必然要从社会学者以及其他实证研究者那里汲取研究方法和成果。另一方面,从事准政府组织题域研究的法律学者具有同政治学者类似的关怀。政治学者在生动、活泼的社会组织身上投掷热切目光,往往以“国家—社会关系”作为分析工具,意欲从中挖掘出对于未来政治变革具有决定性影响的社会运动。而在国家—社会关系维度上发生的一切制度变迁,都必然成为法律学者——尤其是瞩目中国公法建构的学者——的兴趣所指。准政府组织的现状怎样、正在发生什么变化、未来走向如何,这些问题的提出实是对国家—社会关系变迁过程中的一部分所给予的关注。

然而,法律学者与社会学者、政治学者不同之处在于,他们更多关注通过规则来界定各方主体之间的权利义务。而法学乃正义之学的理念,促使他们把精力更多投入于如何以具体的规则保障作为个体存在的个人或者组织之正当权益。因此,尽管准政府组织这一概念隐含有“国家—社会关系正在变动之中”的前提,可法律学者不愿也不能只是描述现状、预测未来,他们必须要为处于社会运动中的个人或者组织提供法律规则,而这一提供必然有超越

现实的、规范意义上的设计。更何况，国家—社会的区分实际上是“作为权利分化—平衡关系的表达。这种表达需要假定双方具有各自自主的正当性权利，从而建立起一种相互对应的关系结构，它们的分立、互动、谈判或冲突，意味着权利的界定、变化或交换；更深层的，意味着规范秩序的社会法则的变化”。^①就此而言，法律学者在专业视野内对个人或者组织正当权益保护的关怀，对具体规则与个案的讨论，对准政府组织与政府、个人之间规则的设计，实是为国家—社会关系的建构做出法学的贡献。

以上就是“准政府组织”课题提出的基本出发点。

三、一个初步的研究

在政府与个人、家庭、企业之间，大量的社会组织形态各异，准政府组织只是其中接近于政府的一类。然而，即便是这一类组织，也是一个由各自具备特性的组织所构成的“家族”。要通过把个案实证的考察和宏大的理论架构有机地结合起来，对这一家族予以全面、细致的研究，绝非本课题组所能独立完成。所以，本课题组将自己定位于向学术界、实务界提供一份初步的研究成果，以期抛出引玉之砖，为日后的进一步探索奠下基本。由此定位出发，我们决定：第一，选择几种有一定代表性的组织作为研究对象；第二，尽管行政法平衡理论、国家—社会关系理论促使我们探讨准政府组织同政府、公民之间的关系，但我们的任务是以它们为理论背景，着重于对每个研究对象进行个别的剖析，至于个案研究结论是否可能充实这些理论，则留待以后论证；第三，甚至在对具体对象进行研究的时候，也不必拘泥于统一的程式，而是可以选取其中更为特定的问题。

^① 张静主编：《国家与社会》，“编者的话”，2页，杭州，浙江人民出版社，1998。

董炯、彭冰博士的“公法视野下中国证券管制体制的演进”一文,在对证券管制体制历史发展故事予以叙述的同时,提出了中国证券监督管理委员会(以下简称“证监会”)、证券业协会和证券交易所这三个组织的公法地位问题。其中,证监会在本课题之中是一个非常特殊的组织,它实际行使十分强大的行政管理职权,但在《中国证监会三定方案》中被定性为“事业单位”。^①可以认为其是最接近政府的一类组织,然目前的公法体系可能只有用“法律、法规授权的组织”这一概念指称它,却在具体分析时又有概念的捉襟见肘之处。^②证券业协会、证券交易所在常识之中不会被认为是政府机构,不过,文章也具体指出它们有类似行政管理的权力。

笔者以“法治与公立高等学校”为题,出于对公立高等学校接二连三成为民事或者行政诉讼被告之现实的考虑,探讨了学校与学生之间既有公法性质又有私法性质的法律关系。文章基于对学校招生、学校管理的实际考察,尝试就由此产生的纠纷当循民事诉讼还是行政诉讼问题,予以具体的解答。并且,对大陆法系语境下产生的大学自治与法律保留之间的关系框架,是否在现实可适用于中国提出了疑问。在此基础上,文章更为乐观地看到,学校在回应社会需求方面自定规则,以及司法对大学理性、谨慎之介入,可能在学校实现良法之治方面的作用。而对怀孕女大学生遭勒令退学一案的观察,引出若干可供选择的处理争议之路径,但笔者以若干理由,阐明其中一种路径最适宜由法院择取,以解决学校自主权与学生权利之间的冲突。同时,文章还点击了在此案中进行宪法

① 在中国,还有一个非常类似的“单位”,即中国保险监督管理委员会。

② 在本课题研究中,“法律、法规授权的组织”概念自在之缺陷,乃一通病。但是,本课题研究本身表明,我们已经在研究方法、路径、视角上突破了传统行政主体理论的局限。

诉讼的可能性。

村民委员会在当前中国学界已经成为热点问题，何海波博士与章永乐、杨旭同学从不同层面对其给予了关注。在“通过村民自治的国家治理”一文中，何海波博士认为，村民委员会与其说是村民民主、自治理念的体现，不如在当前情境下更为准确地定位于国家治理体系的延伸。这不仅表现在由生产队到村委会的历史沿革上，还可以从规定村委会形式多样之“行政管理职能”的中央与地方立法上、从乡镇政府对村委会的控制上窥知。村民委员会的“准政府”性质显然强于消费者协会、甚至强于职业性行业组织。不过，何海波博士在对其家乡所作的一份调查报告——“依据村规民约的处罚”——之中，也承认作为国家治理体系一部分的村民自治，在一定程度上有相对独立于国家政权的成分，只是其更多建立在村民治权与国家政权的互惠与交换基础之上。同时，透过这份报告，和笔者一样远离农村的读者，可以深切地感知另外一种“法律”景观，它和我们基于正统的、现代的法律理念而对法律景观的想像完全不同。在这里，处罚依据可以草草出台而不必强求名实相符（没有经过村民代表讨论同意却公然声明）；处罚过程可以像当年苏格拉底受到的遭遇（村民一片起哄中完成对某个生产队长的处罚）也可以在村长打耳光、逼问之下完成；处罚的形式多种多样（还有罚放电影），等等。受过正统的、现代的法律理念“洗脑”的人，可能自然而然地提出一系列质疑，但是那些真正生活在这种治理之下的大多数村民，不是欣然也起码是无异议地接受之。这种现象可以从不同角度予以学术上的关怀，但永远值得关注的问题依然是：村规民约作为“自治之法”，如何受到一定的控制，以使其内容本身和相应的处理程序符合现代法的某些价值理念，尤其是