



中青年经济学家文库
ZHONGQINGNIAN JINGJIXUEJIA WENKU

契约视角下的行业 自治研究

——基于政府与市场关系的展开

屠世超 / 著

QIYUE SHIJIAO XIANG HANGYE ZIZHI YANJIU
JIYU ZHENGFU YU SHICHANG GUANXI DE ZHANKAI



经济科学出版社
Economic Science Press

中青年经济学家文库

本书由绍兴文理学院出版基金资助出版

契约视角下的行业 自治研究

——基于政府与市场关系的展开

屠世超 著

经济科学出版社

责任编辑：段 钢
责任校对：王肖楠
版式设计：齐 杰
技术编辑：邱 天

图书在版编目（CIP）数据

契约视角下的行业自治研究：基于政府与市场关系的展开 / 屠世超著. —北京：经济科学出版社，2011. 4

（中青年经济学家文库）

ISBN 978 - 7 - 5141 - 0248 - 2

I. ①契… II. ①屠… III. ①行业管理 - 研究 - 中国 IV. ①F279. 21

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2011）第 044873 号

契约视角下的行业自治研究

——基于政府与市场关系的展开

屠世超 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100142

总编部电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：www. esp. com. cn

电子邮件：esp@esp. com. cn

北京密兴印刷厂印装

880 × 1230 32 开 7. 75 印张 240000 字

2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 0248 - 2 定价：28. 00 元

（图书出现印装问题，本社负责调换）

（版权所有 翻印必究）

序 言

所谓自治，是指自己制定规范并自己执行这些规范的一种社会治理体制。而由行业组织或行业中的企业通过制定自治性规范文件而实施的、非法律的规范方式，即是行业自治。本书从契约的视角并基于政府与市场的关系，展开对行业自治的研究。

本书第1章阐释了行业自治的理论基础。行业自治的理论基础包括市民社会理论、多元主义和法团主义理论、治理理论以及社会契约理论。市民社会是一种社会和社会秩序运作的特殊形式，是指介于国家和家庭或个人之间的一个社会相互作用领域及与之相关的价值或原则。行业组织是市民社会的重要基础性力量，对行业公共事务进行自主管理，并通过与企业、政府的互相参与及合作，实现与企业 and 政府的良性互动。

多元主义和法团主义认为社会利益是普遍分化的，强调独立的社会组织的作用，通过社会组织将分化的利益纳入体制可控制的轨道，主张通过行业组织等社会团体与国家的合作，保持政治和社会的稳定。

治理理论主张社会、经济的治理主体除政府部门外，还应包括公共组织、私人机构及社会个人等，并强调国家与社会的合作和互动，以弥补市场和政府的双重失灵。而行业组织当然也是一种重要的治理主体。

社会契约论的核心思想是社会个体通过订立社会契约建立国家和政府。因而，社会个体也可以通过社会契约建立社团组织，如行

业协会。行业协会的章程即是一种社会契约，行业协会以此为依据可以对成员行使管理和约束的权力，对行业公共事务进行自治性管理，并实现成员间的合作和利益的协调、平衡。

在第2章中介绍了行业自治的历史以及现代发展，并阐释了行业自治在中国的现代意义。行业自治无论是在西方国家还是在中国，都有着悠久的历史。西方中世纪就已经出现了行业团体自治的形式——行会，同时，商人在商事实践中发展了自己的法律——商法，并组建了商人法庭。中国从宋代到明清以及近代，也都有商人组织，并实行自治管理。

现代社会，经济全球化和一体化、科学技术和网络技术、电子商务的发展，对行业自治提出了更高的要求，并在相关领域中实现了行业自治。行业自治对于促进我国政府行政管理体制的改革，对于推动市场经济的发展，以及对于推进和谐社会的建设，都具有重要的作用和意义。

第3章阐释了行业自治的模式和类型。行业自治体制有其优势，也有其缺陷，因而政府有必要对其予以一定程度的介入和干预，社会自治的模式总体而言，是在政府法治框架下的自治。本书将行业自治的类型划分为企业自治、行业团体自治和行业标准，而行业标准本质上也是行业团体自治的一种方式，可以纳入行业团体自治的范围。

第4章对企业自治现象展开深入的法律分析。企业自治的产生，起源于企业社会责任运动。企业自治主要表现为企业自身制定行为准则或采用其他社会团体或组织制定的行为准则，以规范和约束自身的内部行为和外部行为。企业行为准则是一种自愿性行为准则，对企业的内部组织机构和员工虽具有约束力，但对企业本身并没有法律上或规则上的强制效力，其有效实施完全依赖于企业的自觉。对企业的外部主体，企业行为准则原则上也没有约束力，除非企业的外部主体自愿接受其约束。

企业行为准则对企业内部组织机构和员工的约束，实际上是一

种契约约束。并且,在特定的情况下,通过企业与企业外部主体签订协议的方式,企业行为准则可获得对企业外部主体的约束力,当然,此时企业也应受企业行为准则的约束。也就是说,企业行为准则对企业和企业外部主体的约束,是以双方的同意为基础的,因而也是一种契约约束。如专业市场通过与市场经营户签订协议,要求市场经营户遵守市场制定的经营户行为规范;以及互联网和电子商务领域,网络服务提供商通过与用户订立用户协议的方式,对用户的行为进行规范。

第5章对行业团体自治现象展开了深入的法律分析。在行业成员同意的基础上设立行业协会并实行行业团体自治的目的,是为了建立和维持稳定、有序的行业竞争秩序和合作秩序,同时通过行业协会与政府及行业外利益集团的沟通,通过行业协会向成员提供行业信息以降低交易成本、为行业成员提供公共服务,以及促使行业成员承担社会责任以提升行业整体形象,维护行业整体利益,并谋求有序的行业发展秩序。从而,行业协会的设立、行业团体自治契约的实施,获得了社会合理性。

政府为借助行业协会向社会提供公共服务;通过行业协会联系企业,以完善其公共决策,并使得其公共决策的实施能获得行业 and 企业的配合和支持,对行业协会及其团体自治活动也予以认可和支持。从而,行业协会及其团体自治契约的实施,获得了法律上的合法性。行业协会自治权的来源是成员权利的让渡,同时也基于政府的授权或委托而行使部分公共管理职能。行业协会是经济法的主体,并由于其对行业公共事务的管理活动,而能成为独立的行政诉讼主体。

我国的行业协会可分为体制内生成的“政府派生”型行业协会和体制外生成的“民间自发”型行业协会两类。前者受政府主管部门的干预较多,行政色彩浓厚;后者也存在被大企业控制、行业覆盖面不够大、某些管理行为缺乏法律依据等问题。同时,我国现行的行业协会双重管理体制和“一业一会”、“一地一会”的体

制也存在着缺陷。应通过对行业协会充分放权和授权、加强对行业团体自治的培育、改革行业协会管理体制、加强行业协会立法,完善行业团体自治契约的实施机制。

第6章对行业自治规范的效力及其执行机制展开研究。行业自治规范,包括企业行为准则等企业自治规范以及自律公约、自治协议等行业团体自治规范,是以当事人的同意为基础产生的,因此对当事人应具有相应的约束力。企业自治规范通过企业与外部主体签订协议的方式,获得外部的适用效力。不但在企业的个别性交易中,对企业和交易对象具有约束力,并且对同为企业交易对象的企业外部主体之间的关系,也具有适用效力。而行业团体自治规范作为行业成员协商一致基础上成立的多方“合同”,对行业成员也具有相应的约束力或强制效力。同时,在行业外主体自愿接受的基础上,也能对行业外主体产生约束力。并且,行业自治规范作为对商事实践中普遍的商事习惯做法的总结和定型化,还具有一定的习惯法的效力。

然而,实践中行业自治规范也存在着一些问题,可能影响社会公共利益,因而应建立和完善相应的效力审查和认定机制,包括行政备案和审查机制以及司法审查机制。行业自治规范应可以通过司法机制而获得执行,同时,通过行业自治组织对违规行为的处罚和对争端的解决,行业自治规范具有独立的执行机制。

第7章对行业自治规范与法律规范的分工和协调问题进行了理论探讨。在行业自治规范与法律规范的关系上,行业自治规范不得与法律规范相抵触,同时行业自治规范是法律规范的配套和补充,而法律规范应体现行业自治规范所总结的经验。在我国,行业立法主要是由行业的政府主管部门或监管机构进行的。行业立法应在行业主管部门或监管机构的职能范围内,结合行业的实际情况和实际需要进行,行业立法对行业经营活动的规范和干预,应是宏观的规范并持宽容的态度。

凡行业经营中涉及经营和交易活动公平和安全的重要问题,以

及行业整体发展中的问题，应属于行业立法调整和规制的范围，其他问题则可以由行业自治规范去加以解决。行业立法为行业的发展及行业自治提供了一个基本的原则指导和框架，在此框架范围内，应为行业自治规范的发展提供一定的制度空间，鼓励行业和企业对自治规范的探索和发展。

包括行业自治规范在内的多层次的行业规范性文件体系，是行业自治体制建立和完善的基础性条件，而行业自治规范在行业规范性文件体系中，又处于重要的和基础性的地位。应通过国家和社会、行业共同的努力，积极推进我国法治框架下的行业自治体制的发展。

与同类著作相比较，本书取得了两方面的理论突破：

第一，基于契约的视角对行业自治进行研究，认为行业自治的基础是行业成员的自愿或共同意志，行业自治规范是一种行业成员之间的“多方契约”，以阐明行业自治规范应有的法律效力，一方面为行业自治提供一个新的正当性和合理性依据；另一方面也为明确行业自治规范的法律效力及其在我国法律体系中的地位，提供了一种可供参考的思路。

第二，从政府与市场关系的角度探讨政府行业管理与行业自治的边界，并在此基础上对行业自治规范与法律规范的分工和协调作理论阐释和实证研究，实现一定程度的理论创新。

同时，本书也具有一定的实践意义。本书对于加强我国行业协会的建设和发展、加强行业协会对行业公共事务的自治性管理工作，对于规范当今社会的行业自治行为，改善政府有关部门的行业管理工作，建立行业自治规范与法律规范分工、协调的规范体系，以及行业自治与政府法治相协调的行业管理和治理体制，进而推进和谐社会的建设，具有一定的参考和借鉴作用。对于完善我国的行业立法工作、对于司法机关处理实践中有关行业自治的法律纠纷，也具有一定的参考作用。

在本书的写作过程中，参阅了大量的中外经典文献，以尽可能

地把握该课题研究的理论前沿并丰富整个知识体系，但由于时间和精力有限，书中难免会有疏漏甚至失误之处，恳请读者谅解，并欢迎批评指正。

作者

2011 年 3 月

目 录

第1章 导言	1
1.1 研究的背景和动因	1
1.2 国内外研究现状	3
1.3 研究内容和研究方法	4
1.4 研究的目的和预期价值	6
第2章 行业自治的理论基础	8
2.1 市民社会理论	8
2.2 多元主义和法团主义理论.....	18
2.3 市场失灵和政府失灵——治理理论.....	23
2.4 社会契约理论与行业自治	29
第3章 行业自治的历史发展与现代意义	37
3.1 西方国家历史上的行业自治.....	37
3.2 中国历史上的行业自治	44
3.3 行业自治的现代发展.....	50
3.4 行业自治在中国的现代意义.....	60
第4章 行业自治的模式和类型	78
4.1 社会治理的模式：自治和法治	78
4.2 自治的模式：法治中的自治	83
4.3 行业自治的类型	90

第5章 企业自治的法律分析	100
5.1 企业自治的生发机制——社会责任运动	100
5.2 企业自治的实现方式	107
5.3 企业自治的实例一：专业市场的自治——以浙江 省专业市场为例	111
5.4 企业自治的实例二：网络信息服务中的自治	119
第6章 行业团体自治的法律分析	126
6.1 团体自治的生发机制——契约实施的 社会合理性	126
6.2 政府的认可和支持——契约实施的合法性	137
6.3 存在问题：契约实施的不完全性和 政府规制的不合理性	148
6.4 改进措施：国家在推进行业团体自治中的作用	159
第7章 行业自治规范的效力及其执行机制	174
7.1 行业自治规范效力的一般分析	174
7.2 行业自治规范的效力审查	186
7.3 行业自治规范的执行机制	195
第8章 行业自治规范与法律规范的分工和协调	201
8.1 行业自治规范与法律规范关系的一般分析	201
8.2 行业自治规范与法律规范的分工、协调	208
8.3 构建多层次的行业规范性文件体系	214
结语：积极推进我国法治框架下的行业自治体制	218
参考文献	220
后记	235

第 1 章

导 言

1. 1

研究的背景和动因

从 20 世纪 90 年代开始，我国实行市场经济体制；与此相适应，政府开始转变职能，放松对经济领域的严格管理和规制，社会由此取得了一定的自主权，当代中国的市民社会开始逐渐形成。市场经济、市民社会、民主政治这三者之间具有高度的内在一致性和契合性，发展市场经济必然要求发展市民社会，市民社会必然要求实行市场经济，而市民社会和市场经济必然要求实行民主政治。市场经济体制要求合理确定政府权力的边界，并通过一定的分权制衡和程序机制对政府权力的行使实施必要的监督和控制，避免政府对经济活动和市场发展过度的、不合理的干预和限制。而市民社会的发展正好对国家和政府的权力起到了抗衡的作用，同时市民社会又需要市场经济作为其基础，市场经济是市民社会经济生活的适当模式。因此，市民社会、市场经济、民主政治是相互适应和相互协调的。

当代中国市民社会发展的重要标志之一是各种民间社会团体的大量涌现。各种民间社会团体在不同的社会领域中承担了大量的公共事务的管理职能，在社会公共事务的管理中发挥着重要的作用，促进了自主自治的市民社会的形成和发展。同时，各种民间社会团

体以不同的方式参与政府的公共决策，而国家和政府也提供了各种让民间社会团体或社会力量参政、议政的渠道和途径，从而也进一步促进了与市场经济体制相适应的社会主义民主政治的发展。

行业协会等行业组织是一种重要的民间社会团体，近几年来，在政府的推动和行业企业的自身努力下，各种行业组织大量设立。它们在行业公共事务的管理中发挥着重要的作用，同时向行业成员提供各种公共服务。行业组织对行业公共事务的自主的管理活动，填补了实行市场经济后政府权力退出后的管理空白。行业组织通过制定行业规范性文件，对行业成员的行为加以必要的规范和引导，并通过有效地协调行业成员之间的利益冲突和矛盾，建立有序的行业竞争秩序和行业发展秩序。同时，行业组织作为行业整体利益的代表，通过与政府以及行业外利益团体的沟通和互动，为行业的发展赢取有利的社会环境和制度环境，促进了行业的发展。尤其在一些新兴的行业，行业组织的自治活动具有政府管理所不能具备的优势。

与此同时，各种行业中的企业通过制定自治性规范，对自身的行为加以必要的控制和约束，并通过一定的契约机制对企业外部主体的行为加以一定的规范，也已成为普遍现象。如一些专业市场制定的市场经营户行为准则或行为规范，通过专业市场对市场经营户的契约约束，获得市场经营户的普遍遵从，通过这种方式，建立起规范、有序的市场秩序。企业通过契约机制对外部主体的行为加以规范的方式，实际上起到了与行业组织类似的作用。

所谓自治，是指自己制定规范并自己执行这些规范的一种社会治理体制。这种由行业组织或行业中的企业通过制定自治性规范文件而实施的、非法律的规范方式，即是行业自治。行业自治是市民社会和市场经济发展中的必然现象，同时也是民主政治的必然要求。我国的行业自治体制正在形成，并正在不断地发展和完善。而对行业自治这一社会现象进行法律理论上的研究，具有重要的理论价值和社会意义。

1.2

国内外研究现状

国外对社会自治和行业自治已有一些重要的研究成果,如马哥特·普利斯特(Margot Priest)的《规制的私法化:自治的五种模式》,对自治的优势和缺陷、自治体制有效运行应当具备的要素以及自治的模式和类型等问题,进行了比较深入的研究,并论证了自治体制的有效运行,不但需要政府的支持,同时也需要有政府不同程度的介入和干预。而乔迪·弗里曼(Jody Freeman)从行政法学的角度对自治进行研究,提出了公共权力机构与私人部门谈判协商的行政关系的概念,指出一项行政决定的作出,应以公共权力机构与私人部门的隐性的或明示的协议为基础。而谈判协商的过程,即社会成员参与政府决策并进行内部利益协调的过程,也即是对社会公共事务的自治过程。

这些国外学者的研究成果,为社会自治奠定了一定的理论基础。然而,这些研究是对一般的社会自治体制的研究,而不是具体针对行业自治或深入行业自治领域。国外也有一些针对某个具体行业,如注册会计师行业、职业运动员行业的自治的研究,但这些研究并不是从法律的角度进行研究,而是属于公共管理学或社会学的研究。

国内也有一些学者对行业自治进行了研究,如黎军的《行业组织的行政法问题研究》和鲁篱的《行业协会经济自治权研究》。黎军将行业组织作为一种行政管理的主体,是从行政法的角度对行业组织的行业公共事务管理活动进行研究的。然而,完全将行业组织作为一种行政法主体可能有些牵强,因为行业组织对行业公共事务的管理权力或职能,虽也有政府授权或委托的成分,但主要来源于行业成员共同的协议。从行政法的角度对行业自治进行研究,并不能很好地解释行业组织自治权的权力来源。并且,将行业组织作

为一种行政法主体，无益于行业组织作为独立的社会组织行使自治权，可能使政府通过行业组织实施对经济生活和市场运行的强有力的干预，无益于市场经济的健康运行和发展。

鲁篱在其《行业协会经济自治权研究》中提出，经济自治权是行业协会的一项重要权利，其具体内容包括规章制定权、争端解决权、处罚权等多个方面，并就行业协会的产生、运行、行业协会自治行为可能导致的负面效果及如何对其进行规范等问题进行了研究。然而，鲁篱的研究同样并没有解决行业协会等行业组织自治权的权力来源问题。并且，对行业组织制定的行业自治规范的效力、自治规范与法律规范的关系、自治规范与法律规范在对行业成员的行为进行规范时如何分工并进行协调等理论问题，鲁篱在其研究中并没有涉及或很少涉及。同时，行业自治的内容，除行业协会等行业组织或团体的自治行为外，还应包括企业的自治行为，而对企业自治，鲁篱的研究中也没有涉及。

国内外对行业自治的研究中所存在的这些理论空白，有待于学界作进一步深入的研究。本书正是在这些前人的研究成果的基础上，对行业自治中的相关理论问题作进一步的探讨，以期对完善行业自治的法律理论体系能有所裨益。

1.3

研究内容和研究方法

本书首先阐明行业自治和社会自治的理论基础，具体包括市民社会理论、多元主义和法团主义理论、治理理论以及社会契约理论，并就这些相关理论与行业自治的关系、对行业自治的可能影响进行分析，以期为行业自治确立理论基础和理论依据。同时，本书对行业自治的历史发展，尤其是经济全球化和一体化、现代科学技术的发展对行业自治的影响，进行具体的阐述，说明行业自治是社会经济发展的必然现象和趋势。并就在中国发展行业自治的现代意

义、行业自治与行政管理体制改革、行业自治与市场经济发展、行业自治与和谐社会建设的关系,进行深入地探讨。

本书将行业自治分为企业自治和行业团体自治两种类型。核心内容是从契约的视角,并从政府与市场的关系出发,展开对行业自治,包括企业自治和行业团体自治的研究。契约视角和政府与市场的关系是本书对行业自治进行研究的两个研究维度。本书从契约的视角论述企业自治和行业团体自治的合理性和合法性,说明企业自治和行业团体自治的基础是经当事人之间的同意,从而政府应对其加以认可和支持的。而在政府与市场的关系中,政府应保持与市场的一定的距离,不能过度干预市场的运行,不能深度介入市场主体之间的契约行为,从而对以当事人之间的契约为基础的行业自治行为,政府同样应保持适当的距离并予以认可和支持。

当然,对市场主体违反公平、诚信等市场经济基本准则的契约行为,以及当事人违反法律对保障公平和交易安全要求的自治行为,政府应加以必要的规制。因而,本书进一步研究行业自治规范的效力、行业自治规范可能存在的问题及对其进行效力审查的机制、行业自治规范的执行机制。同时,本书还从政府与市场的关系出发,对行业自治规范与行业法律规范性文件之间的分工和协调问题,进行初步的探讨和阐释,并就如何规范行业自治行为、如何建立和完善国家法治框架下的行业自治体制等问题,阐明自己的立场和观点。

在本书的研究中,契约是个有着多重含义的概念,所有在双方或多方当事人之间平等协商基础上成立的协约,都可以理解为契约,而不仅仅是指当事人之间的个别性交易关系。本书使用的契约是英文中的 agreement,而不是 contract。因此,除当事人之间的个别性交易关系外,行业协会的章程、行业协会等行业自治组织制定的行为规范、作为专业市场与市场经营户签订的商位租赁合同附件的市场经营户行为规范、商业实践中被普遍使用的习惯做法、被普遍接受的社会习俗等,都可以纳入契约的范畴。甚至法律规范在某

种意义上也是契约，只不过其由国家强制力保障实施，而作为自治性规范的契约的执行，很大程度上依赖于有关当事人的自觉。有些自治组织虽建立了一定的自治规范实施的监督机制和执行机制，但其强制的效力远不如国家强制力。而在当事人同意的基础上，即以契约为基础的对行为的自我规范和约束，都可以理解为自治。

对行业自治相关理论问题的研究，除需要进行传统的理论阐释和理论演绎外，也需要进行实证研究。笔者通过对有关行业组织自治活动和企业自治的社会调查和考察，并在此基础上进行法律分析，阐明行业自治的发生和运作机理，同时指出我国目前的企业自治和行业团体自治中存在的问题，在此基础上提出改进和完善的策略及措施。对行业自治的实证研究是本书研究的重要组成部分。

1.4

研究的目的和预期价值

本书基于契约的视角并从政府与市场的关系出发，对行业自治进行研究，试图为行业自治提供一个新的正当性和合理性依据。通过对行业自治与行政管理体制改革、行业自治与市场经济发展、行业自治与和谐社会建设的关系的研究，以期提升社会和政府对于行业自治在中国的现代意义的认识，并促进行业自治在我国的发展。通过对实践中企业自治和行业团体自治存在的问题进行实证研究，并在此基础上对改进的策略和措施提出设想和建议。通过对行业自治规范可能存在的问题，以及对行业自治规范效力审查机制的研究，以期为国家政府规范行业自治行为提供一些参考。同时，本书对行业自治规范与法律规范的关系，以及行业自治规范与法律规范的分工和协调的研究，对于构建和完善多层次的行业规范性文件体系，建立行业自治与政府管理相协调的行业管理体制，并推进行业