



# 行业协会对社会信用的影响： 中国问题及其法律解决

王新红

**摘要:**作为个体利益组织化、权力社会化的产物,行业协会具有制衡政府权力、促使政府守信,继而使政府变得可信的能力。行业协会通过自律规则实现行业内成员企业的自律,防止个别成员企业的败德行为影响整个行业的发展,行业自律有利于企业守信。在我国实践中,行业协会的制衡与自律功能并未得到充分发挥,行业协会未能起到维护政府信用和企业信用的作用。充分发挥行业协会维护政府信用和企业信用的作用,必须依法保障行业协会的独立性,使其有足够的力量对政府权力予以制衡;必须依法规制行业协会的行为,促使其加强行业自律。

**关键词:**行业协会;社会信用;制衡;自律

**作者简介:**王新红,法学博士,福建师范大学法学院教授,湘潭大学信用立法研究中心研究员。

中图分类号:D922.5      文献标识码:A      文章编号:1008-1569(2019)04-0224-08

既往关于社会信用法律保障体系的论著都注重对人们行为的法律约束,这当然是正确的、重要的。所谓信用缺失,就是行为人的行为失范。但仅仅从行为角度进行信用法治建设是不够的。在社会信用体系建设中,社会组织特别是行业协会的作用不可忽视。本文在阐述行业协会影响社会信用的一般原理基础上,重点探讨我国行业协会对社会信用体系建设的影响、存在的问题及其法律解决方案。

## 一、行业协会对社会信用的积极影响

### (一)行业协会对政府信用的维护

“在社会信用体系中,政府公信力处于核心地位,对企业信用和个人信用建设具有规范、指导和激励的作用,对整个社会信用具有导向作用。”<sup>①</sup>行业协会在维护政府公信力方面能发挥重要作用,具体体现在以下两个方面。

#### 1. 制衡政府权力

行业协会可以通过制衡政府权力来促使政府守信,并使政府变得可信。这一结论的得出归

<sup>①</sup> 庄金勇:《政府公信力问题研究——基于政策权威性、合法性、强制性的视角》,《中共山西省直机关党校学报》2012年第4期。

功于美国斯坦福大学阿夫纳·格雷夫(Avner Greif)的开创性研究。他将博弈论与历史经验归纳分析相结合,建立了关于欧洲中世纪商人行会与政府信用的模型,该模型深刻揭示了行业协会对政府的制衡作用和由此促成的政府守信。欧洲中世纪的商人往来于各个城邦之间从事贸易,他们的利益得不到世俗法律的保护,很容易遭受城邦统治者的侵犯。因此,来自同一国家的商人逐渐组成行会,一旦有会员受到某城邦侵犯,行会所有成员对该城邦实施禁运,从而使城邦遭受损失。为避免行会对城邦的抵制,城邦统治者不得不对商人讲信誉,保护商人的利益。<sup>①</sup>

格雷夫的商人行会与政府信用模型是具有普遍意义的。从法学的视角看,它可以从个体利益组织化的理论得到论证。所谓个体利益组织化,是指具有相同或相似诉求的利益个体,为了以集体力量和团体形式维护和实现其利益而自觉或者自发进行组织的过程。个体利益组织化是人们对利益不懈追求所导致的。行业协会最初是由处于弱势地位的手工业和工商业的生产经营者为了对抗封建统治者而自发联合起来的,是作为所属行业经营者共同利益的代表而产生的,是个体利益组织化的产物和典型代表。当然,个体利益组织化的普遍出现,是社会化的事情。在社会化的背景下,“政府职能增多,干预面扩大,就要涉及到人们的切身利益,而有共同利益的人们,就要组织起来进行‘自卫’……”<sup>②</sup>作为个体利益组织化的结果,便是分散的个体结成有共同利益的同盟,形成了不容忽视的社会力量。政府在制定和执行法律和公共政策时,可以无视单个主体的诉求但却不能无视组织化的力量。个体利益组织化的结果便是各种形式的利益集团的出现,行业协会是其中的典型形式。行业协会作为行业内成员企业组织化利益的代表,利用组织化所形成的力量对政府施加影响,谋求有利于本行业的法律和公共政策,是其维护行业共同利益最主要的方式。<sup>③</sup>单个企业相较于政府是弱者,但是,整个行业企业的联合却在某些方面具有足以与政府抗衡的力量,正是这种力量可以敦使政府守信,从而使政府变得可信。

## 2. 协调政府与行业内成员企业的关系

近代以来,随着生产的社会化,政府权力扩张和政府权力向社会回归两种现象同时出现。一方面,社会化所带来的公共事务增多,人们要求政府做更多的事情,政府被赋予的权力越来越大。但是,政府权力越大,对人们的自由限制也就越多。“他们(人们)不能以自己的名义来保护自己的阶级利益……一定要别人来代表他们。他们的代表一定要同时是他们的主宰,是高高站在他们上面的权威,是不受限制的政府权力。”<sup>④</sup>政府权力的肆虐必然蕴含着政府权力向社会回归的力量。另一方面,权力异化的状况在发生改变,权力向社会回归。19世纪末20世纪初,“随着市场经济的发展,国家与社会一体化的局面逐渐被打破,与国家相对分离的民间社会和社会多元化格局逐渐形成,政府的权力与能力已难以及时地、全面地满足人民日益增长的经济与文化多样化的需要和参与政治、监控国家权力的权利要求,政府负担过重,迫使它不得不通过委托或授权,将一部分国家权力‘下放’给相关的民间社会组织行使。这样就开始了国家权力向社会逐步转移或权力社会化的渐进过程”。<sup>⑤</sup>作为政府权力社会化的结果,承接从政府分出来的职权的各种非政府组织就出现了。

行业协会作为非政府组织的一种,承接了部分政府对企业的公共服务职能,并因此成为政府与行业内成员企业沟通与联系的桥梁和纽带。行业协会代表行业向政府表达行业的诉求,从而

① See Avner Greif, Milgrom Paul and Weingast Barry. R, 1994. "Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild" *Journal of Political Economy*, Vol. 102, No. 4, pp. 745 - 776.

② 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第294-295页。

③ 黎军:《行业组织的行政法问题研究》,北京大学出版社2002年版,第84页。

④ 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第677页。

⑤ 郭道晖:《权力的多元化与社会化》,《法学研究》2001年第1期。

使政府制定的有关本行业的公共政策更加契合行业的实际;行业协会同时也向行业内成员企业传达政府的公共政策,敦促行业内成员企业执行,有利于公共政策在行业贯彻,融洽行业与政府的关系。行业协会的这种桥梁和纽带作用,避免了国家直接干预企业的弊病,消除了国家“越俎代庖”、职能错位等不协调的治理方式,有利于缓解政府与企业间的紧张关系,有利于公共政策的执行,并可以降低政策不执行的风险,因而有利于敦促政府守信;在权力社会化的背景下,行业协会还取代政府履行部分社会服务职能,直接消除了政府在履行这些社会服务职能时失信的可能。

## (二)行业协会对行业内成员企业信用的维护

行业协会对企业信用的维护是通过行业自律来达成的。所谓行业自律,是指行业协会为了行业共同利益,通过行业自律规则来达成行业内成员企业的自我决策、自我规范、自我约束、自我控制、自我管理、自我发展和自我实现。行业自律是通过行业自律规则来实现的。行业自律规则是行业协会为了行业共同利益而制定的对行业内成员企业的经营行为进行约束的规范。根据哈耶克对规则的划分,规则分为内部规则和外部规则,行业自律规则是典型的内部规则。这种内部规则不是外部给定的,而是通过理性的谈判和协商自发产生的,是多元的重复博弈的均衡结果。行业自律规则的制定是由行业协会成员大会来完成的,行业自律规则的制定过程是对行业内各个成员企业的权利和利益进行协调、平衡的过程。因而,行业自律规则是行业内成员企业达成的一种共识。

行业自律是对行业内成员企业强有力的约束,较之于任何来自行业外部的约束都更能有效的促使行业内成员企业守信,通过行业协会来防治企业失信是一条有效路径。理由如下:一是行业协会拥有信息优势。信息是信用的核心因素,以商事欺诈这一典型的企业失信行为为例,无论是采用虚构事实的方式,还是采用隐瞒真相的方式,其实质都是企业利用其相较于交易相对人的信息优势来实施的。专业分工导致了知识壁垒,即使是最具智慧的人也难以通晓其所从事专业以外的事情。行业协会因其特殊的身份,掌握行业信息,能够及时发现行业内成员企业的悖德行为。二是行业协会有约束行业内成员企业的内在动力。行业内成员企业的失信行为迟早会败露,在败露之前,失信的企业可能早已赚得盆满钵满;而败露之后,可能是整个行业的劫难。行业协会以维护行业共同利益为依归,自然不能容忍“一粒老鼠屎,搞坏一锅汤”,行业协会有约束行业内成员企业依法合规经营的内在动力。三是行业协会有能力约束行业内成员企业的行为。行业协会虽然是非政府组织,没有公共权力,但是其对行业内成员企业却拥有相当大的权力,甚至可以说是生杀予夺的权力,这可以从欧洲中世纪城邦商人行会建立的商人法庭窥得一斑。商人法庭不是国家司法机构,没有国家强制力做后盾,但其裁决却能够不折不扣地得到执行。究其原因,不是因为欧洲中世纪的城邦商人特别讲信用,而是如果不履行商人法庭的裁决,可能会导致被开除出商人行会的后果,而离开了商人行会,就不会再有人与其进行交易,意味着其商人职业生涯的终结!<sup>①</sup>当然,时代不同了,商人作为特殊阶层以及商人法庭都已成为历史。但是,今天的行业协会仍然可以有足够的力量制裁行业内不讲信用的企业。

## 二、行业协会影响社会信用的中国问题

### (一)我国行业协会对社会信用的影响还很有限

在我国,无论是理论界还是实务界,均没有充分关注行业协会对社会信用的影响,更不用说通过行业协会的建设来改善社会信用状况了,似乎二者并不存在内在联系。从理论研究来

<sup>①</sup> 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第421-424页。

看,通过中国知网进行检索发现,在海量的关于行业协会、信用的文献中,论及二者关系者极少,且较之于行业协会对社会信用的影响,行业协会本身的信用问题受到的关注更多些。从实践来看,尽管有行业协会发挥作用增进政府信用和行业内成员企业信用的零散案例,但并没有任何经验数据表明行业协会的发展有效地促进了政府信用或者企业信用。

## (二)我国行业协会对社会信用的影响主要是消极影响

改革开放以来,我国的行业协会迅速得到发展,审视其对社会信用的影响,在维护政府信用和企业信用方面,均发挥了一定的积极作用。但是,行业协会对社会信用的消极影响受到更多的关注。如有学者指出:“少数社会组织缺乏对法律的信仰与敬畏之心,存在着违法失信甚至屡罚屡犯的不良现象,贬损了社会组织的公信力,滋生了劣币驱逐良币的负面效果。”<sup>①</sup>

### 1. 行业协会对政府信用的消极影响

我国转型时期,以经济建设为中心,发展经济摆在一切问题的首位,其他利益在发展经济面前都要让步。这样,劳工利益、消费者利益、环境利益等都没有得到足够的重视和保障。在这种大背景下,行业协会由于掌握发展经济的重要资源,很容易得到政府的支持,其利益和意志很容易转化为政府的政策。例如,为发展经济污染环境、侵害劳动者权益,一些地方保护假冒伪劣产品,损害消费者利益,地方政府与开发商共同推动房价上涨,等等。行业协会在此扮演了政府不执行环境保护、劳动者保护、消费者保护等法律法规和公共政策的幕后黑手角色。

### 2. 行业协会对行业内成员企业信用的消极影响

行业协会对行业内成员企业信用的消极影响,主要是组织、引导行业内成员企业实施各种损害交易相对人利益、损害消费者权益的不良行为,形成各种不为行业外人员所知的潜规则。其具体表现形式多种多样,但归纳起来,主要是两类行为:第一,组织和引导行业内成员企业实施垄断行为。行业协会作为行业内成员企业组织化利益的代表,有组织实施垄断的能力和便利条件,垄断可以为行业内成员企业带来的垄断利润,也符合行业协会的目标追求。我国在《反垄断法》实施前,行业协会组织行业内成员企业达成各种垄断协议是司空见惯的事,例如,20世纪90年代盛行的所谓的“行业自律价”,就是典型的行业协会组织实施的价格垄断协议。《反垄断法》实施后,从反垄断执法部门公布的案例看,仍然有行业协会以身试法,组织实施垄断行为。除了赤裸裸地组织实施垄断行为外,引导行业内经营者实施垄断行为也是行业协会惯用的手法。第二,组织、引领或者纵容、包庇行业内成员企业实施垄断以外的不良行为。近年来,一些行业出现了行业式、产业链式的不良行为,这种不良行为导致了“劣币驱逐良币”的现象。由于实施不良行为的企业生产成本低,可以以低质量产品来获得低成本的竞争优势,由于缺乏识别的机制,符合国家标准的、安全的、环保的、高质量的产品得不到交易相对人的信任,在竞争中反而处于不利地位。在这种情况下,企业为了生存,原本诚实守信的企业也不得不加入不良企业的行列。这种行业式、产业链式的不良行为一般是在行业协会的组织、引领下或者在行业协会的庇护下实施的,其危害程度较之单一企业的不良行为要严重很多。

## 三、行业协会对社会信用影响之中国问题的原因分析

### (一)我国行业协会的独立性差

行业协会对社会信用的影响,主要依靠其对政府的制衡和行业自律来实现。无论是对政府的制衡,还是行业自律,行业协会的独立性都是基本的前提。然而,我国的行业协会恰恰缺

<sup>①</sup> 刘俊海:《夯实社会组织走向治理现代化的法律基石》,《中国民政》2018年第9期。

少独立性。从其产生来看,我国多数行业协会的产生并不符合行业协会的生成逻辑,并不是个体利益组织化的产物。“1980年代以后,在国有经济改革过程中,中国的行业协会首先以一种独特的形式出现:通过分解和剥离行业主管部门,自上而下的培育。”<sup>①</sup>也即,行业协会是随着政府机构改革和专业部门撤销,借助于政府的力量自上而下建立起来的,或者本身就是由政府机关演变而来的,有的行业协会在成立之初甚至与政府部门、事业单位是“两块牌子、一套人马”。从运行来看,长期以来,我国多数行业协会习惯于背靠政府开展工作,政府也习惯用直属单位模式管理和指挥行业协会的工作,行业协会对政府的依附性很强,没有形成自己独立的品格,未成为独立于政府和企业的第三部门,而是成为事实上的“第二政府”,依附于行政权力而生存,成为计划体制下政府行业管理权力的“合法”延伸。有学者调查发现:行业协会是目前行政体系下地方政府用来实现其功能的工具而非新的国家-社会关系,行业协会更多的是协助政府管理行业而不是维护行业利益。<sup>②</sup>这样的行业协会没有对政府权力形成制约的能力,更缺少维护行业共同利益的内在动机,不可能为维护行业利益而制衡政府。例如,向政府表达行业诉求,谋求有利于本行业的公共政策是行业协会的基本使命,但我国这种缺乏独立性的行业协会却基本上不会主动向政府表达行业的利益诉求,只是被动地接受政府部门因制定相关政策的需要对其的咨询。<sup>③</sup>因此,行业协会通过制衡政府而使得政府守信、可信这一功能,因行业协会本身独立性的缺乏而丧失殆尽。有学者指出,行业协会在交易过程中的非主体独立性地位是政府失信的重要原因。<sup>④</sup>

如前所述,行业协会除了可以通过制衡政府促使政府守信、变得可信外,行业协会作为联系政府与行业内企业的桥梁和纽带也有利于维护政府信用。在我国,由于行业协会并不独立于政府存在,这样,行业协会的行为直接被视为政府的行为,行业协会作为桥梁和纽带的功能无法体现,不仅不能起到缓解政府与企业的紧张关系等方面的作用,而且其在提供公共服务方面的失信行为也被归咎于政府。

## (二)我国行业协会缺乏行业自律的能力和动机

行业协会对企业信用的维护是通过行业自律来实现的。如果行业协会不能实现行业自律,则维护企业信用也就无从谈起。本来,行业自律是行业协会的固有属性。由于我国的行业协会主要不是个体利益组织化的结果,更多的是政府体制改革的产物,与前文所述行业协会缺乏制衡政府的能力和动机相同,行业协会也缺乏约束行业内成员企业的的能力和动机。

就能力来说,其一,行业协会约束行业内成员企业的权力来源于成员企业的授权,当行业协会不是由成员企业自愿加入而组成时,这种授权也就无从谈起;其二,行业协会施加给违规企业的处罚是一种“非法律惩罚”,其有效性有赖于社会认同,而社会的认同度又主要取决于行业协会本身的社会声誉,但我国的行业协会的声誉并不足以支撑社会对其的信任。有研究表明:“目前相当一部分行业协会、商会内部治理结构不完善,组织机构不健全,财务管理不透明,自律性和诚信度不高,社会公信力不足。”<sup>⑤</sup>

就动机来说,只有以维护行业利益为宗旨的行业协会,才会基于行业共同利益去约束行业内成员企业的行为,避免其败德行为伤害行业共同利益。目前我国行业协会更多地是政府的附庸,是政府管理企业的工具,其对行业内成员企业的管理与约束更多的是为了公共行政的需要,这与基于行业共同利益对行业内成员企业行为的约束,是大异其趣的。需要指出的是,行

① 蔡碑琦:《协会、制衡与政府信誉》,《经济评论》2004年第1期。

② Foster. K. W. , Embedded Within State Agencies: Business Associations in Yantai. *The China Journal*, 2002 (47) .

③⑤ 卢向东:《“控制-功能”关系视角下行业协会商会脱钩改革》,《国家行政学院学报》2017年第5期。

④ 马春庆、熊花:《行业协会:搭建政府信用体系建设的有效制度途径》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2006年第6期。

业协会是否以维护行业共同利益为宗旨,不是看其章程怎么写,而是看行业协会在实践中怎么做。单从章程来看,所有的行业协会章程都无一例外地宣布其宗旨是维护行业共同利益。

#### 四、行业协会对社会信用积极影响的法律促进

行业协会作为我国最主要的社会组织,是社会治理的重要力量,发挥行业协会维护社会信用的积极作用,是改善社会治理的重要内容。从前文的分析可知,要充分发挥行业协会在社会信用体系建设中的积极作用,必须推动和保障行业协会走向独立和自律。从法治的角度看,推动和保障行业协会走向独立和自律的过程,应当是行业协会法治化的过程。

##### (一)完善保障行业协会独立性的立法

行业协会是非政府组织,只有独立于政府存在,形成社会权力对政府权力的有效制衡,其维护政府信用的价值和意义才能彰显。但我国行业协会从诞生之日起,就一直在政府的庇护之下,是政府的附庸,是政府管理行业企业的工具。无论是行业协会还是政府,均没有使行业协会独立于政府而存在的强烈愿望。尽管党的十八大提出了“加快形成政社分开、权责明确、依法自主的现代社会组织体制”的改革思路。2015年7月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《行业协会商会与行政机关脱钩总体方案》,提出了“五脱钩、五规范”的要求,为保障行业协会的独立性提供了政策指引,但要形成稳定的制度安排,尚需完善相关立法。

##### 1. 完善规范和保护行业协会自治权的立法

行业协会与行政机关脱钩,其核心是职能脱钩。如果职能不脱钩,机构脱钩是不可能实现的;即使实现了,也只是表面上的,是没有实际意义的。但要实行职能脱钩,首先必须在法律上厘清双方的职能。对行业进行公共管理属于政府职能,而对行业进行自律管理属于行业协会的职能,二者的职能界限相对比较明显,但也并不是毫无争议。争议最大的是对行业的公共服务,哪些属于政府职能,哪些属于行业协会的职能,哪些又属于政府通过向行业协会购买服务的方式转移给行业协会的,很难有统一标准。这些问题理论上可以进一步探讨,但实践中必须有明确的、稳定的标准和依据。在法治社会中,这种标准和依据只能是法律。

在依法明确区分政府与行业协会职能的基础上,明确并保护行业协会的自治权,防止政府对行业协会的非法干预。行业协会应在法律允许的范围内实行高度自治,除了接受管理部门依法进行的管理外,不承担政府职能,不受政府的非法干涉。需要特别强调指出的是,政府应当尊重行业协会的自治权,不对其进行非法干涉。当行业协会发展成熟以后,才具有抵御政府非法干涉的能力,倘若行业协会连抵御政府非法干涉的能力都没有,又怎么谈得上对政府权力进行制衡呢?在转型时期,行业协会尚不具有这种能力,所以需要政府自觉克制。然而,自觉虽然是重要的,但却是靠不住的,建议在法律上明确规定行政机关及其工作人员非法干预属于行业协会自治范围内事务行为的法律责任。

##### 2. 完善规范和保障行业协会经费获取的立法

财产和经费的独立,是实现和保持行业协会独立性的关键。从民法上看,任何一个组织要成为法人,都必须有独立的财产,只有拥有独立的财产,才能拥有独立的人格、独立的自主意志和独立的责任能力。实行行业协会与行政机构资产财务脱钩容易,但脱钩之后,如何保障行业协会拥有稳定的、能够维持其正常运转的必要经费,却并非易事。如果这个问题解决不好,行业协会是难以保持其独立性的。

从理论上讲,法律只能对行业协会不法获取经费的行为进行规制,在法律允许的范围内,行业协会如何获取经费是其自治范围内的事。行业协会是行业内成员企业自愿加入而形成的

维护他们共同利益的组织,行业内成员企业应当、并且也当然会承担其经费,因此,行业内成员企业缴纳的会费是行业协会的主要经费来源。此外,行业协会也可以通过提供公共服务获取经费。由于我国行业协会形成的特殊性,其脱钩前的主要经费来源于公共财政。如果脱钩使其断了财源,显然是行不通的。但继续由公共财政提供,不仅有碍于其独立性的形成,而且也缺少正当性。

比较可行的做法是,法律只规定对行业协会不法获取经费行为的一般禁止,以及诸如行业协会不得从事与其宗旨无关的营利活动等特别规定。但是,要安排过渡期。在过渡期内,给予经费不能自给的行业协会一定的财政补贴。过渡期结束后,不能再给予其任何形式的财政资助,行业协会必须赢得行业内企业的认同,从而获得发展所必需的经费。

### 3. 完善行业协会维护行业共同利益宗旨的立法

行业协会的独立性,不是宣示独立就可以实现的。而是需要通过行业协会的日常活动体现出来,如果行业协会在实践中惟政府命令是从,则人们很难相信其是独立的。行业协会的宗旨是谋求行业内成员企业的共同利益,这应当成为行业协会行为的出发点和最终归属。行业协会对行业内成员企业的约束必须是基于维护行业共同利益的需要,而不是政府管理行业的需要。这样,行业协会才可以凝聚行业内成员企业的力量,形成合力,并以此为凭,行业内企业就有了加入行业协会、自觉缴纳会费、接受行业协会约束的动力。行业协会也因此可以筹得其发展所必需的经费。

当然,关于行业协会宗旨的规定属于应当由行业协会章程来规定的内容,法律不能越俎代庖。但是,法律对此并不是无所作为的。由于以维护行业共同利益为宗旨乃是行业协会的本质特征,是行业协会与其他社会组织的根本性区别。因此,凡是要求登记为行业协会的社会组织,都必须提交行业协会的章程,此时,登记机关应当对其章程进行审查,如果发现其成立的宗旨不是维护行业共同利益,或者偏离了行业共同利益,可以要求其补正;在补正之前,不予登记。

### (二)完善促进行业自律的立法

从理论上讲,行业自律是自我实现的。行业内成员企业利益的实现,有赖于交易相对人对其产品和服务的购买,只有赢得交易相对人的信任,交易才能低成本、高效益地进行。行业协会如果不在加强行业自律上下功夫,而是组织、引导行业内企业采取各种不诚信的行为,这必将伤及整个行业的社会评价,使行业内成员企业丧失交易相对人对其的信任,从而加大交易成本、抑制交易规模,并最终损害行业的共同利益,这是一种行业企业和交易相对人“双输”的局面。企业与交易相对人完全有可能“双赢”,而行业自律是实现这种“双赢”的唯一方式。行业协会利用行业自律规则规范行业内成员企业的行为,从而为整个行业赢得交易相对人的信任,降低交易成本、提高交易效率、扩大交易规模。实践中,一些行业协会不是在自律上下功夫,而是挖空心思,从损害他人利益方面去谋求行业的共同利益。究其原因,一方面是由于短视,只注重眼前利益,急于“建功立业”;另一方面是由于法制不健全,行业协会谋求行业不正当利益的空间大,风险低。要实现行业自律,当然首先是要使行业协会认识到,自律才是维护行业健康、可持续发展的不二法宝。毫无疑问,依法加强对行业协会行为的规制与监管,也是促使其自律所不可或缺的。

#### 1. 完善对行业协会行为规制的立法

如果行业协会通过组织垄断、帮助行业内成员企业实施商事欺诈等方式来谋得行业利益,很难期待其去约束行业内成员企业的败德行为。因此,必须加强对行业协会行为的规制,尤其是要严厉制裁其组织引导行业内成员企业实施垄断、商事欺诈的行为。我国《反垄断法》对行业协会组织行业内成员企业达成垄断协议做了禁止性规定后,行业协会组织实施垄断的现象

就有了根本性的改变。这说明,法律对于抑制行业协会的不法行为起重要作用。建议在《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等法律中对行业协会不得组织经营者实施不正当竞争行为、损害消费者权益的行为等作出规定。

## 2. 完善对行业协会自律规则监管的立法

行业协会以维护行业内成员企业的共同利益为己任,行业自律规则是实现行业共同利益的工具,因此,行业自律规则立足于行业企业的利益是必然的。只要是有利于行业共同利益的规则,都可能被行业自律规则所吸纳。这当中不乏一些不合法的、对社会有害的规则。尽管行业自律规则只对行业内成员企业有约束力,但企业遵守行业自律规则的行为具有外部性,必然对社会特别是对企业交易对象的利益产生影响。不合法的行业自律规则具有负外部性。因此,不损害公共利益及他人利益构成行业自律规则的限度。而行业自律规则是否超出了这一限度,需要监管。

从已有的行业自律规则来看,比较普遍存在的问题是对行业内成员企业权利的规定。行业自律规则由其自身的性质和目的所决定,它应当以行业内成员企业在行业内的权利和义务为内容。就权利来说,行业自律规则只可以规定行业内成员企业对内的权利,也即作为行业协会的成员所享有的成员权。行业自律规则不得规定企业对外的权利,企业对外享有哪些权利是由法律规定的,行业自律规则无权作出规定。但是,许多的行业自律规则却超越了作为自律规则的边界,规定了行业内成员企业的对外权利。

行业自律规则所规定的行业内成员的对外权利,有两种情况:一是规定法律没有规定的权利;二是重复规定法律明文规定的权利或者虽然法律没有明文规定,但属于企业所固有的权利。前一种情况的违法性是显而易见的。后一种情况只是宣示法律规定的权利,似乎并无不可。其实不然,行业自律规则对行业内成员企业某些权利的宣示,往往具有鼓励、引导经营者一致采取某些行为的效果,在客观上限制竞争。<sup>①</sup>因此,即使属于行业内成员企业的法定权利、固有权利,行业自律规则也不宜作规定。

### (三) 加强非政府组织促进的立法

个体利益组织化是一种趋势,但并不是所有的个体利益都能自发地组织化。实践表明,强者更容易走向联合变得更强,而弱者比强者更需要联合,但却往往难以组织起来。这样,个体利益组织化就会畸形发展。这种畸形发展所带来的后果是:在法律和公共政策的形成过程中,只有强势利益集团的声音,而弱者的利益诉求缺乏表达的机会,使得法律和公共政策过于体现强势利益集团的利益,忽视弱者利益和社会公益。在个别极端的情形下,法律与公共政策甚至沦为强势利益集团谋取不正当利益的工具。为了改变这种状况,必须鼓励、扶持各种维护弱者和社会公益的非政府组织的设立和发展,使各种各样的个体利益都能组织化,从而在利益多元化的现代社会中,各种利益能在公共政策的形成过程中享有平等的参与权、意见表达权。这种平等参与、表达意见的机会对利益主体本身而言是极为重要的,同时避免了政府因只能听到强势利益集团的声音而导致公共政策失当的情形,为防范强势利益集团俘获政府机构及其官员起到了重要作用。

[责任编辑:徐淑云 于若水]

<sup>①</sup> 王新红:《不干预、规制与自律:限制自带消费品入场消费行为的法解释学分析》,《政治与法律》2018年第2期。