

行业规章参与社会治理的理论证成与法治化路径

李红勃

摘要: 在社会治理规范体系中,除国家法律之外,行业规章等民间规范也是重要的组成部分,发挥着独特的治理作用。从制度基础看,行业规章以国家法律的授权和行业组织的自治契约为基础,具有合法性和正当性;从规范功能看,行业规章可以实现法律的细化,推动法律的实施,弥补法律的不足。在法治社会建设中,为了更好地发挥行业规章的自治作用,应持续推进行业规章的制度化 and 规范化,不仅要行政和司法两个方面加强审查,确保其内容的合法性,而且要优化其制定与实施机制,明确行业规章的法律地位与制定程序,构建行业规章的惩戒与裁决机制。

关键词: 行业规章;社会治理;行业自治;合法性审查

中图分类号: D922.19 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)10-0057-08

奥地利法社会学家埃利希曾指出:“在当代以及任何其他的时代,法的发展的重心既不在立法,也不在法学或司法判决,而在于社会本身。”^[1]他强调要关注生活中真实和有效的规范,因而提出了一个“活法”(Living Law)的概念,用以描述那些虽不是出自国家立法机关,但在现实生活中发挥着类似法的规范功能的社会规则,譬如风俗习惯、行业规章、团体纪律等。美国法学家埃里克森在其关于夏斯塔县牧民如何无需依赖法律而自行解决牧场纠纷的研究后指出:“法律制定者如果对促进非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”^[1]这些法社会学的研究提醒我们,法学不仅要从事司法的角度分析官方的正式规范即国家制定法,更要从社会治理的角度关注那些客观存在和切实有效的民间法、行业法等这些非正式和非官方的社会规范。

在当代中国,自经济市场化和政府实施简政放权以来,社会治理领域发生的重要变化之一,就是政府逐步放松了对社会的管制,从而为包括行业协会在内的社会组织开展自治留下了空间。伴随着政府

和社会的适度分离,原先由国家法律调控的一些领域,逐步让渡给了行业自治规范,也就是由行业协会等民间组织制定和颁布的行业规章,包括行业组织制定的行业章程、行业标准、行规行约、职业道德等。这些行业规章在社会治理中发挥着越来越重要的作用。

习近平总书记在党的二十大报告中明确提出:“健全共建共治共享的社会治理制度,提升社会治理效能。”这为我们做好新时代社会治理工作提供了重要的理论支撑。在这一语境下,法治社会建设被提到新的高度,受到特别重视。法治社会建设,要坚持法治、德治、自治相结合,在此背景下,如何通过行业规章推动行业自治,便成为一个极具现实意义的治理命题。2020年发布的《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》指出:“充分发挥社会规范在协调社会关系、约束社会行为、维护社会秩序等方面的积极作用。加强居民公约、村规民约、行业规章、社会组织章程等社会规范建设,推动社会成员自我约束、自我管理、自我规范。”由此可以看到,当代中国的社会治理,不仅需要依靠以法律为代表的出自

收稿日期:2023-07-31

作者简介:李红勃,男,法学博士,中国政法大学法治政府研究院教授(北京 100091)。

官方的“国家规范”,也需要依靠来自民间的“社会规范”,即村规民约、市民公约、行业规章、社会组织章程等。

本文讨论的“行业规章”,主要指依法成立的行业协会发布的,适用于其组织成员的,成文化的行业自治规范。行业规章的表现形式主要包括:(1)行业组织制定的行业章程,例如《中华全国律师协会章程》《中国快递协会章程》等;(2)行业标准,例如《中华全国律师协会章程》《中国注册会计师审计准则》等;(3)行业管理规范,例如《律师执业行为规范》等;(4)行业职业道德,即行业组织为本行业成员制定的行业道德,例如《律师职业道德基本准则》《中国注册会计师职业道德守则》《中国旅行社行业从业人员职业道德准则》等。同为社会规范,与村规民约、居民公约等其他规范相比,行业规章具有非常突出的特点和显著的优势:从表现形式来看,作为行业自治组织颁布的“规范性文件”,行业规章是成文化的,更加规范和明确;从规范效力来看,行业规章要更有强制力和约束力;从适用范围来看,行业规章覆盖特定行业和领域,更具有普遍性。本文将从社会治理的角度出发,以特定行业规章为对象,围绕行业规章的法律基础、法律功能、法律审查等问题进行分析,在此基础上,就如何实现行业规章的法治化改造和规训,如何更好地发挥行业规章的社会治理功能,提出相应的对策建议。

一、行业规章的制度基础与规范功能

从法治角度对行业规章的正当性进行审视,应从两个方面展开:其一是其法律基础或法律依据,这可以解决行业规章的规范正当性;其二是其和社会治理中发挥的作用,这可以解决行业规章的功能正当性。

(一)行业规章的制度基础

1.法律授权基础

行业协会属于公民结社权的产物,结社行为造就了行业协会,行业协会的自治产生了行业规章。在引导和培育社会自治的过程中,国家需要对社会能够自行解决的事项保持谦抑,需要为行业协会制定和实施行业规章留下空间。换言之,国家应当尊重行业协会的“立法权”,并为行业规章的制定和实施提供支持和保障,提供明确的法律基础。

在我国,宪法第35条关于结社权的规定,为行业规章提供了第一层次的宪法依据。在宪法之下,

相关的法律法规构成了行业规章的第二层次法律依据,可以将其分为如下两类。

一是一般性法律依据,即国家制定的用以规范行业协会的一般性法律法规,其中最基础的就是《民法典》总则第三章中“非营利法人”部分的相关规定,另外最直接的就是国务院2016年修订的《社会团体登记管理条例》,其中第5条规定:“国家保护社会团体依照法律、法规及其章程开展活动,任何组织和个人不得非法干涉。”除此之外,2020年起实施的《优化营商环境条例》第29条也规定:“行业协会商会应当依照法律、法规和章程,加强行业自律,及时反映行业诉求,为市场主体提供信息咨询、宣传培训、市场拓展、权益保护、纠纷处理等方面的服务。”据此,行业协会获得了制定规章的法律授权。除了国家层面的上述立法外,有些地方立法也对此有相应规定,如2006年广东省出台了国内第一部规范行业协会的地方性法规《广东省行业协会条例》,其中第27条关于行业协会的职能部分就规定了“参与有关行业标准的论证,建立规范行业和会员行为的机制”的内容。

二是特别性法律依据,即专门针对特定领域和行业制定的法律规范。比如,《律师法》第46条关于律师协会制定行业规范和惩戒规则的规定:“律师协会应当履行下列职责:……(三)制定行业规范和惩戒规则;……律师协会制定的行业规范和惩戒规则,不得与有关法律、行政法规、规章相抵触。”《电影产业促进法》第9条关于电影行业组织制定自律规范的规定:“电影行业组织依法制定行业自律规范,开展业务交流,加强职业道德教育,维护其成员的合法权益。”《体育法》第35条中关于体育团体章程的规定:“国家鼓励、支持体育社会团体按照其章程,组织和开展体育活动,推动体育事业的发展。”《广告法》第7条关于广告行业组织制定行业规范的规定:“广告行业组织依照法律、法规和章程的规定,制定行业规范,加强行业自律,促进行业发展,引导会员依法从事广告活动,推动广告行业诚信建设。”《邮政法》第60条关于快递行业协会制定快递行业规范的规定:“经营快递业务的企业依法成立的行业协会,依照法律、行政法规及其章程规定,制定快递行业规范,加强行业自律,为企业提供信息、培训等方面的服务,促进快递行业的健康发展。”

2.契约基础

国家法律对行业规章作出规定,解决了行业规章的“外部合法性”问题。与此同时,行业规章还存

在“内部合法性”的问题,即其对成员的约束力和权威性,这需要通过契约理论予以解决。

套用近代论证国家产生的契约理论,我们可以对行业协会与其成员之间的关系作出这样的解释:在成立行业协会的时候,本行业的所有成员之间达成了一个契约,大家约定一起让渡自己的部分权利,创造一个可以代表全体员工的行业协会,这是第一份契约,行业协会据此得以成立;行业协会成立后,作为有独立意志的法人,经由协商,它与其成员之间又达成另一个契约,这个契约的表现形式就是协会章程,这个契约的内容就是授权行业协会对其成员进行管理。据此,行业协会的管理权及制定行业规章的“立法权”得以产生。

行业规章既是契约的产物,同时它本身也带有契约的性质,这是行业规章合法性和权威性的重要依据。行业协会成员自己制定行业规章,自己遵守行业规章,这是私法自治原则的具体体现。私法自治原则主张“协议就是法律”,从而赋予了行业规章以习惯法的效力。“习惯法在规范相关大众间形成法的共识,规范的妥适性疑虑最小,以此解决争议也最可被接受。”^[3]“行业自治规范有基于行业成员协商一致基础上的创制的成分,同时,其内容很多是对市场活动中普遍的商业习惯做法的总结和定型化,基于有关行业团体成员的同意而订立,并为行业成员所普遍接受,对行业成员具有普遍的约束力。因此,行业自治规范具有习惯法的效力。”^[4]

(二) 行业规章的规范功能

行业规章的规范功能,涉及它在社会治理和规范体系中的必要性和不可替代性。从法律多元理论层面分析,国家法律是基础性规范,行业规章属于辅助性规范;国家法律属于“硬法”,行业规章属于“软法”;国家法律属于正式的法律渊源,而行业规章属于非正式的法律渊源。行业规章有助于法律的实施,可以补充法律,推动法律发展,在社会治理中发挥了独特作用。

1. 通过行业规章实施法律

国家法律代表着国家意志,具有普遍效力,适用于国家管理和公共生活的各个领域。但是,国家法可能也会存在抽象性、僵化性、个案不正义等情形。比如,法律规定相对比较抽象,与鲜活的社会生活之间存在一定的距离;法律过于关注普遍性问题,而忽略了不同地域、行业的特殊性,从而导致法律适用中的个案结果不正义等。因而,行业组织通过制定行业规章开展自治,对于推进法律的有效实施具有独

特价值。

首先,行业规章可以把法律的一般性规定转换成具体的行为规范,从而打通法律规范与生活事实的“最后一公里”。比如《律师法》第2条规定:“律师应当维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。”第3条规定:“律师执业必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律。”这些原则性法律规定的实现,既要靠法律的具体规定,也要依赖行业协会的行业规章。如果没有中华全国律师协会制定的包括《律师执业行为规范》《律师业务推广行为规则》《律师办理刑事案件规范》《律师协会会员违规行为处分规则》在内的大量行业规章的具体指引,律师承担的“维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义、恪守律师职业道德和执业纪律”的职业责任在实践中是很难全面实现的。

其次,行业规章可以根据法律的授权对特定问题作出专门规定。比如,《体育法》第67条规定:“单项体育协会应当接受体育行政部门的指导和监管,健全内部治理机制,制定行业规则,加强行业自律。”据此,为贯彻法律的授权规定,包括中国足球协会、中国篮球协会、中国田径协会等在内的体育行业组织制定了相应的行业规范,如中国田径协会制定的《中国田径协会反兴奋剂工作实施细则》,中国篮球协会制定的《中国篮球协会竞赛管理办法暨实施细则》与《中国篮球协会纪律准则和处罚规定》等。其中,中国足协的行业规章较有代表性,按照管理内容不同,可将其发布的自治规范分为:(1)章程类,如《中国足球协会章程》《中国足球协会俱乐部章程》;(2)纪律处分类,如《中国足球协会纪律准则》《中国足球协会纪律准则及处罚办法》《中国足球协会足球比赛违规违纪处罚办法》等;(3)纠纷、争议处理类,如《中国足球协会仲裁委员会工作条例》《中国足球协会仲裁委员会工作规则》等;(4)各类赛事规则,如《中国足球协会职业比赛管理暂行规定》《中国足球协会商业足球比赛管理规定》等;(5)会员准入、转会类,如《中国足球协会球员身份及转会暂行规定》《中国足球协会职业联赛俱乐部准入实施细则》《中国足球协会职业联赛俱乐部准入条件和审查办法》《关于俱乐部参加中超联赛的申请、审核办法》《中国足协运动员登记证管理暂行规定》《中超足球俱乐部标准》等;(6)其他管理类,如《中国足球协会球员经纪人管理办法》《中国足协训练基地命名管理办法(试行)》等,这些构成了当

下中国足球协会行使管理权的“规则体系”^①。这些具体的、具有针对性与可操作性的行业自治规范,在客观上细化了法律的内容,延伸了法的调整范围,提升了法的实施效果。

2. 通过行业规章补充法律

法律是现代最基本、最普遍和最权威的社会规范,但法律不能涵盖所有的领域,尤其是在快速变化的时代,它常常会出现漏洞和空白。在法律出现漏洞时,行业协会规章可以予以适当的填补,而在法律无法介入的空白领域,行业规章可以发挥替代法律的规范作用。

以中华全国律师协会为例,自1986年成立以来,中华全国律师协会除了制定协会章程这一律师行业自治的“基本法”之外,还先后颁布了会员违规行为处分、律师服务收费争议调解、律师办理特定业务(如海商、婚姻、土地、破产、刑事辩护、劳动、环境、专利)操作指引、律师执业行为规范、律师和律师事务所诚信信息管理、律师职业道德基本准则、律师执业权利维护、律师业务推广、律师宣誓、律师参与法律援助等多个方面的行业规范。这些规范性文件内容详细、具体、可操作性强,在对《律师法》《刑事诉讼法》《法律援助法》等法律法规进行细化、延伸、扩展的同时,还对法律无法涉猎的相关领域和特定问题作出了规定,可以有效地弥补法律的局限和不足。

3. 通过行业规章发展法律

行业规章不仅可以实施法律和补充法律,还可以进行“立法试验”,即在法律尚未规定或者存在滞后的情形下,由行业组织发布相关创新性、试验性行业规章,为国家未来的法律创制和法律修改开展试验、积累经验。

通过行业自治规范引领国家法律发展,这在电子商务、网络保护、人工智能等新兴领域尤其突出。比如,在未成年人网络保护中,互联网行业协会的作用至关重要。在英国,互联网服务提供商协会(Internet Services Providers' Association,简称ISPA)是英国互联网行业中具有较大影响力的行业自律组织之一,目前拥有超200个会员单位,包括了世界各大知名的互联网电信企业,如全球搜索引擎巨头谷歌、英国电信公司等。ISPA要求入会会员必须遵守其制定的互联网自律业务守则(Codes of Practice),“其中包括了所有成员必须在合理范围内竭尽所能确保其提供的服务和促销内容不包含或鼓励任何违反英国法律的行为”,“所传播内容不得宣扬种族仇

恨、儿童色情,并且鼓励ISPA会员积极成为IWF^②的会员,对于IWF提供的儿童色情网站和分级内容网站要删除和分别进行标注”^[5]。在这些新兴领域,行业组织往往要比政府更内行,因而,这些出自行业组织的内部规范,在经过实践检验后,能够为国家相应的互联网立法提供经验和借鉴。

二、行业规章的合法性审查

实践中,行业协会制定的规章可能会出现违反法律、侵害成员或其他公民权利、损害社会公共利益的情形^③。因此,对于行业规章,法律一方面要予以支持,另一方面还要予以必要的监控和监督。作为行业自治规范,行业规章应当符合法治原则,包括法律优先原则,即其内容应符合国家法律规定,不得与国家法律相抵触,还包括法律保留原则,即对涉及成员基本权利或重大权利的事项,行业规章不得加以设定,只能由国家立法机关通过法律作出规定^[6]。为保障行业规章的合法性,需要建立备案审查机制。“对社会规范建立备案审查制度,是发挥社会规范在协调社会关系、约束社会行为、维护社会秩序等方面的积极作用,以及防止社会规范偏离其正轨的有效途径,也是实现国家和社会生活法治化的重要路径。”^[7]

对行业规章的法律审查,主要来自两个方面:一是行业主管部门的行政审查,可以称其为“事前的一般审查”;二是来自法院的司法审查,可以称其为“事后的个案审查”。

(一) 行政审查机制

基于特定的政治体制与社会现实,我国对于行业协会的管理是“政府主导型”模式,不同于其他国家的“市场竞争型”和“自由放任型”。在法律上,国务院的《社会团体登记管理条例》对行业协会管理规定了二元管理机制,行业协会不仅要接受业务主管部门的指导,而且要接受民政部门的管理。行业规章的行政审查,就是在这种机制下开展的。

关于行业规章的行政审查方式,常规的主要有批准和备案两种。有些法律规定行业规章应在生效前报有关部门批准,比如《注册会计师法》第35条规定:“中国注册会计师协会依法拟订注册会计师执业准则、规则,报国务院财政部门批准后施行。”有些法律规定行业规章应在出台后报有关部门备案,比如《律师法》第44条规定:“全国律师协会章程由全国会员代表大会制定,报国务院司法行政部

门备案。”《证券法》第175条规定：“证券业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。”还有一些特殊情况既需要核准，也需要备案，比如《资产评估法》第34条规定：“评估行业协会的章程由会员代表大会制定，报登记管理机关核准，并报有关评估行政管理部门备案。”

关于行业规章备案的主体，有学者认为，应当通过立法明确规定民政登记管理部门作为指导和规范行业协会商会自治规则制定的主要部门，并辅之以相应的业务指导部门来对行业协会商会依据自治规则所开展的日常活动进行监管^[8]。也就是说，行业协会的“立法”活动由民政部门监管，行业协会的“执法”活动由业务部门监管。笔者认为这一观点值得商榷，要让行业规章备案不流于形式性的“告知”，而是真正发挥“审查”的功能，还是应该把备案主体规定为业务主管部门。毕竟，每个行业都有自己的特点，与业务主管部门相比，民政部门无法全面、深入地掌握各个行业的实际情况，因此也就很难对行业规章开展切实有效的合法性审查。比如，与民政部门相比，司法行政部门对于律师行业更为熟悉，而财政部门对会计行业会更加专业。所以，笔者认为，行业规章的审查机构应该是行业的主管部门，而非民政部门。业务主管部门在进行行业规章审查时，既要进行形式审查，也要进行实质审查；既要依靠内部力量，也应借助法律顾问、法律专家等外部力量。

需要强调的是，在依法行政和简政放权的背景下，业务主管部门对行业规章的批准、核准、备案，必须有其必要性和合理性，必须符合比例原则，以法律的明文规定为依据，凡法律没有规定的，不应增加审查环节，否则可能构成行政权的滥用以及对行业自治的不当干涉。比如，《仲裁法》第15条第3款规定：“中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则。”这就意味着，既然法律没有规定事后审查程序，那么仲裁协会制定的仲裁规则就无需向行政部门报批或备案。

（二）司法审查机制

行业协会的规章，既会对其行业内部成员形成约束，也会对外部公众产生影响，因此，将其纳入司法审查不仅必要而且正当。诚如德国法学家卡尔·拉伦茨所说：“社团在‘自治’范围内对社员行使一定的纪律权力的权利，并不意味着它就可以不受国家司法权的管辖。”^[9]与行政审查相比，司法审查有其独特性：行政审查往往是事前和预先的审查，司法

审查则是纠纷发生后的审查；行政审查是一般性和抽象性的，司法审查则是个案性的，是对具体行为的审查；行政审查既包括合法性审查，也包括合理性审查，而司法审查主要关注合法性，对合理性问题一般不予介入；行政审查的涵盖面相对比较狭窄，并非所有的行业规章均要经过报批、核准、备案程序，司法审查则是兜底性的，它能够为权利受到侵害的任何主体提供法律救济。

行业规章对相关主体的权利侵害，主要涉及两个方面的问题：一是实体性问题，二是程序性问题。这些问题均可以通过司法审查予以解决。

首先来看涉及实体性权利侵害的情形。行业规章侵害的权利主体，有的属于一般社会公众，比如中国旅游饭店业协会出台的《中国旅游饭店行业规范》曾规定旅游饭店可以谢绝“客人自带酒水”^④，就对消费者的选择权构成侵害；有的受害者属于行业组织成员，比如在法律理由不充分的情况下规定了行业成员过多过重的义务，或者剥夺了行业会员的权利^⑤。另外，在演艺娱乐领域，行业协会依据规章对其会员实施的“全行业封杀”，也有可能因违反法律保留原则和比例原则而侵害成员合法权益。对于这些情形，权益受损害者均可向法院起诉，寻求司法救济。

其次来看涉及程序性权利侵害的情形。社会现实中可能存在着以“行业自治”和“内部行为”的名义排斥司法救济的情形。根据我国《行政诉讼法》的相关规定，只有法律才能排除司法审查^⑥，行业协会不能以行业规章为由排除司法审查。在2002年的长春亚泰足球俱乐部诉中国足球协会一案中^⑦，中国足协就法院对此案的管辖权提出了异议，认为该案不属于法院的司法管辖范围，其依据是当时《中国足球协会章程》中的相关规定：“会员协会、会员俱乐部及其成员应保证不得将他们与中国足球协会、其他会员协会、会员俱乐部及其成员的争议提交法院，而只能向中国足球协会及其诉讼委员会提出申请。诉讼委员会在《诉讼委员会工作条例》规定的范围内作出的最终决定，对各方均具有约束力。诉讼委员会作出的上述范围外的裁决，可以向执行委员会申诉，执行委员会的裁决是最终裁决。”^⑧针对当时中国足协的这一规定，有学者指出，中国足协通过章程自设诉讼委员会，并以此排除司法机关对中国足协有关争议的管辖，直接影响了其成员通过司法程序寻求救济的权利，因而是违法的^[6]。又如，2010年，中国足协纪委会对此前公布的《中国足

球协会纪律准则及处罚办法》进行了修改,其中的“适用时间条款”规定:“本准则及处罚办法适用于其生效后发生的各种事实。在本准则及处罚办法生效后处理的此前发生的事实时,在对当事人更有利的条件下,本准则及处罚办法也适用于以前发生的事实。”这一规定涉嫌违背“法不溯及既往”原则,引起了广泛的争议和质疑。有学者认为,“适用时间条款”有悖于法治精神^[10]。事实上,对于行业协会而言,哪些领域属于绝对的行业自治,哪些领域需要法律的介入和制约,不是行业协会规章可以自行确定的。这个问题的解决,一方面可以通过立法进行规定,另一方面也可以通过法院的典型判例予以澄清。

三、行业规章的规范化路径

推进社会治理的法治化,既需要国家机关科学立法和严格执法,也需要行业协会积极发挥行业规章的规范作用,国家机关依据法律的治理可以被称为“统治”,而行业协会依据行业规章的治理可以被称为“自治”,在法治社会建设中,需要统治和自治的协调配合。因而,从治理模式的选择上,需要确立包容性法治的思路,打破社会治理中“规范单一、体制单一、手段单一”的结构性瓶颈^[11],实现社会治理的“共建共治”。

当前,在推动法治社会建设的进程中,通过行业规章开展行业自治还并不理想,还存在诸多问题,包括行业规章权威性不足、内容形式不规范、行业规章的执行效果差等。以广告行业为例,中国广告协会先后制定了《中国广告协会自律规则》《广告宣传精神文明自律规则》《广告行业公平竞争自律守则》《城市公共交通广告发布规范(试行)》《广告自律劝诫办法》《奶粉广告自律规则》《卫生巾广告自律规则》《中国移动互联网广告标准》等多部自律措施。“但是,以上行业自律由于缺乏法律依据,缺少行业规则的共同起草、共同签约、共同遵守之程序,仅仅是政府意志及协会工作人员的单方面的努力,造成行业不认同,没有行业权威性及其共同守之的自觉性。变成了‘绣花枕头’,中看不中用。”^[12]在法治时代,基于行业规章的行业自治,必须按照法治的逻辑,在法治的轨道上进行。因此,为更好地发挥行业规章的作用,需要采取积极措施,进一步规范行业规章的制定和实施,最大程度地激发行业规章的治理潜能。

(一) 通过立法明确行业规章的法律地位与制定程序

对于行业自治,《民法典》虽然做了一般性规定,但依然不够:一是其规范角度仅是从私法出发的,未能体现公法的维度;二是其规定还比较原则,外延也不够宽广。因此,关于行业自治的国家立法,还需要继续推进和不断完善。在行业规章的制定层面,可以通过立法明确行业规章的法律地位与制定程序。

对于行业自治的国家立法,应该采用一般法与特别法相结合的二元模式。所谓“一般法”,即颁布类似《社会团体管理法》等一般性法律规范,对包括行业协会在内的各类社会团体制定行业规章、开展行业自治等问题作出系统性规定;所谓“特别法”,即在特定行业立法中保留专门条款,对该行业的行业规章作出规定,比如《体育法》中对体育行业规章的制定主体与程序、规章执行机制、仲裁机制等作出的规定。

国家关于行业自治和行业规章的立法,要注意实现从“管理”到“治理”的转向。《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》提出:“使社会规范制订和实施符合法治原则和精神。”据此,国家相关行业的自治立法,需要重点解决两个问题:一是明确行业组织的规章制定权。从法治社会建设的角度,国家立法应明确认可行业协会制定和实施行业规章的“社会性权力”,并在政府与行业协会之间构建起一种“合作、服务、监管”的新型关系。二是明确行业规章的法律地位。行业规章的性质和效力如何,学术上有很多说法和归类,比如软法、习惯法、法的非正式渊源等。但在法律上,对行业规章目前还没有统一而明确的法律规定。因此,未来的立法可以考虑明确解决这一问题,即明确规定行业规章是解决民事争议的依据,没有法律规定的,可以适用行业规章。如果国家立法暂时解决不了这个问题,也可以先通过最高司法机关的司法解释或指导性案例,对规章的效力、适用作出规定。比如,最高人民法院可以对《民法典》第10条“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”作出解释,明确行业规章属于“习惯”的范畴。

(二) 建立健全惩戒与裁决机制

行业规章的有效执行,需要一套相应的实施机制,当前最重要的是建立健全惩戒与裁决机制,包括对违反行业规章行为的惩戒机制和在规章适用中发

生纠纷时的裁决机制。

惩戒机制,即对违规成员的纪律惩戒。行业的声誉需要通过行业协会所有成员的合法诚信行为来维系,否则可能会给整个行业带来损害。因此,在通过行业规章推动行业健康发展的过程中,应当确立科学、规范的行业惩戒机制,运用行业协会的“社会性权力”,对违反行业规章的行为实施“社会性制裁”。

基于国家法律的惩戒,属于法律制裁;来自行业协会的制裁,则属于社会制裁。社会制裁对于法律制裁是一种重要的补充,可以在法律作用有限甚至缺失的时候,发挥重要的补充惩戒功能。因此,各个行业组织可以根据自己的情况,完善行业惩戒机制,对违反行业规章的行为予以内部制裁。在惩戒类型方面,除了一般的警告、通报批评外,还可以构建行业内的信用惩戒机制,将违反行业规章、有损行业声誉的成员列入“黑名单”,在一定范围内公布。另外,还可以在特定领域建立强制退出即开除机制,即对严重违反行业规章、造成恶劣影响的成员,剥夺其行业成员资格,在一定期限甚至终身将其驱逐出本行业。

裁决机制,即围绕行业规章适用产生纠纷时的处理机制。对于法律而言,如果无法通过法院在个案中得以适用,法律就没有实际意义,同样,对于行业规章而言,专门的裁决机制也不可或缺。要想让行业规章不沦落为“纸老虎”,就必须建立一套科学、有效的裁决机制。在这方面,体育行业的仲裁制度非常值得借鉴。国际奥委会下属的国际体育仲裁法庭(Court of Arbitration for Sport,简称CAS)作为体育行业的裁决机构,在推进体育行业规章执行、解决相关争议中发挥了关键性作用。2022年,我国修订后的《体育法》设立了“体育仲裁”专章,对仲裁机构设置、仲裁范围、裁决效力、仲裁程序衔接等内容进行了规范,从立法上确立了独立、专业的体育仲裁制度。

在构建行业规章的裁决机制的过程中,一方面要颁布专门的、类似诉讼法的“行业裁决办法”,如中华律师协会的《律师协会会员违规行为处分规则》和中国足球协会的《纪律准则及处罚办法》等,通过一套科学、合理、正当的程序规范,保障围绕行业规章产生的纠纷、违纪行为得到公正处理;另一方面要建立行业内部专门的裁决机构,可以称为“惩戒委员会”,也可以称为“仲裁委员会”,裁决机构必须专业、独立、权威,只有这样,才能使围绕行业规章

所产生的纠纷通过这一机构得到公正处理,从而保障行业规章在个案中得到有效实施。

结 论

在建设法治中国的系统工程中,法治社会是构筑法治国家的基础,是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分。基于现实的复杂性及任务的艰巨性,中国的法治社会建设,必须采取一种包容性模式,并需要社会力量的广泛参与,重视治理规范的多元化。一切规则之治皆为法治,从治理技术的角度看,国家治理的现代性变革和转型,其核心就在于如何确立“巧治理”(Smart Governance)的自觉和决策视角,有机整合不同的制度资源,深入提炼其中的治理机能,使得各类规范都能因地制宜,皆有用武之地^[13]。

“社会中的习惯、道德、惯例、风俗等社会规范从来都是一个社会的秩序和制度的一个部分,因此也是其法治的构成性部分,并且是不可缺少的部分……没有这些非正式制度的支撑和配合,国家正式的制度也就缺乏坚实的基础。”^[14]为提升社会治理的法治化,需要认真对待基于行业规章的行业自治。“行业自治作为一种治理形式,体现了公共治理主体由一元向多元的转变、治理方式由强制、他治向协商、自治的体现,也是民主精神的体现。”^[15]因此,当前我国的社会治理,既要发挥国家法律的主导作用,也要发挥行业性自治规范的补充作用,要为行业规章的成长留下足够空间,为行业规章的实施提供支持和引导,通过科学完备的行业规章,引导行业可持续发展,推动各行各业有规矩、守规矩,共同构建诚信、友善、公正、和谐的法治社会。

注释

①参见韦志明:《论中国足协行业规范的法源地位》,《天津体育学院学报》2015年第3期,第228—233页。②IWF是网络观察基金会“Internet Watch Foundation”的简称。③比如,2002年5月1日起,中国旅游饭店业协会推出的《中国旅游饭店行业规范》中规定,2500家会员旅游饭店可以谢绝“客人自带酒水”,这涉嫌与《消费者权益保护法》相关规定冲突。2013年,上海黄金协会牵头制定的《上海黄金饰品行业黄金、铂金饰品价格自律实施细则》中规定了黄金、铂金饰品零售价的测算方式、测算公式和定价浮动幅度,要求上海多家金店在对所售黄金、铂金产品进行定价时,均不允许超过协会所约定“中间价”的正负2%或正负3%,因涉嫌组织本行业经营者从事价格垄断活动而受到调查。④中国旅游饭店业协会2002年制定的《中国旅游饭店行业规范》第29条规定:“饭店可以谢绝客人自带酒水和食品进入餐厅、酒吧、舞厅等场所享用,但应当将谢绝的告示设置于有

关场所的显著位置。”^⑤比如在“娄丙林诉北京市水产批发行业协会横向垄断协议纠纷上诉案”一案中,娄丙林退出水产批发协会后无法获得獐子岛扇贝供货渠道,无法销售獐子岛扇贝,水产批发协会的行为构成反垄断法所禁止的横向垄断协议,损害了当事人的合法权益。北京市高级人民法院(2013)高民终字第4325号民事判决。转引自:《2008—2018年中国法院反垄断民事诉讼10大案件案情简介》,《人民法院报》2018年11月17日,第3版。^⑥《行政诉讼法》第2章第13条规定:“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:(一)国防、外交等国家行为;(二)行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令;(三)行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定;(四)法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。”^⑦2001年10月,中国足协对2001年甲B五家足球俱乐部进行处罚,进而引起足球俱乐部揭发黑哨的风暴和司法介入的讨论。被处罚的长春亚泰足球俱乐部及全体教练员球员,于2002年1月7日向北京市第二中级人民法院递交了起诉中国足球协会的行政起诉状,北京市二中院随后作出了不予受理的裁定,亚泰足球俱乐部随后向北京市高级人民法院上诉,请求撤销北京市二中院的不予受理的裁定。^⑧2017年的《中国足球协会章程》(2017年1月第十届中国足球协会第三次会员大会通过)第52条也有类似规定:(一)除本章程和国际足联另有规定外,本会及本会管辖范围内的足球组织和足球从业人员不将争议诉诸法院。有关争议应提交本会或国际足联的有关机构。(二)争议各方或争议事项属于本会管辖范围内的为国内争议,本会有管辖权。其他争议为国际争议,国际足联有管辖权。

参考文献

[1]埃利希.法社会学原理[M].舒国滢,译.北京:中国大百科全书出版社,2009:序言。

[2]埃里克森.无需法律的秩序[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2016:304.

[3]苏永钦.私法自治中的经济理性[M].北京:中国人民大学出版社,2004:6.

[4]屠世超.行业自治规范的法律效力及其效力审查机制[J].政治与法律,2009(3):65-74.

[5]郭小安,韩放.英美网络谣言治理的法律规制与行业规范[J].湖南科技大学学报(社会科学版),2019(1):154-161.

[6]黎军.论司法对行业自治的介入[J].中国法学,2006(4):69-78.

[7]刘作翔.论建立分种类、多层次的社会规范备案审查制度[J].中国法学,2021(5):141-160.

[8]江国华,符迪.行业协会商会自治规则的性质、效力及其合法性规制[J].南海法学,2018(2):7-16.

[9]拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔,邵建东,程建英,等译.北京:法律出版社,2003:231.

[10]高军东.法治视角下的中国足协及其《纪律准则及处罚办法》[J].天津体育学院学报,2011(2):145-148.

[11]张清,武艳.包容性法治框架下的社会组织治理[J].中国社会科学,2018(6):91-109.

[12]倪岷,李平.广告行业依法自治自律的研究[J].中国广告,2015(8):116-125.

[13]吴元元.认真对待社会规范:法律社会学的功能分析视角[J].法学,2020(8):58-73.

[14]苏力.道路通向城市:转型中国的法治[M].北京:法律出版社,2004:26.

[15]高俊杰.论行业自治的正当性[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2017(3):94-100.

The Theoretical Justification and Legalization Path of Industry Regulations Participating in Social Governance

Li Hongbo

Abstract: In the system of social governance norms, in addition to national laws, industry regulations and other norms are also important components, playing a unique governance role. From the perspective of institutional foundation, industry regulations are based on the authorization of national laws and autonomous contracts of industry organizations, which have legitimacy and justification. From the perspective of normative functions, industry regulations can achieve the refinement of laws, promote the implementation of laws, and make up for the shortcomings of laws. In the construction of a rule of law society, in order to better leverage the autonomous role of industry regulations, it is necessary to continuously promote the institutionalization and standardization of industry regulations. We not only need to strengthen the review of industry regulations from both administrative and judicial aspects to ensure the legality of their content, but also optimize their formulation and implementation mechanisms, clarify their legal status and formulation procedures, and construct their disciplinary and adjudication mechanisms.

Key words: industry regulations; social governance; autonomy of industry association; legitimacy review

责任编辑:一鸣