



关于行业协会职能的立法思考

陈小德

行业协会的职能，是行业协会立法的重要组成部分，也是行业协会整个立法的核心。准确界定行业协会的职能，精确区分行业协会基本职能、固有职能和法律授权职能、正确划分政府与行业协会对行业管理职能的权力边界，是行业协会立法过程中必须得以解决的问题。从2003年开始，我们着手就《浙江省促进行业协会发展办法》的立法进行调研，政府部门、行业协会和社会各界对行业协会职能通过立法予以明确呼声很高。因此，从法律的角度对行业协会的有关职能问题进行研究无论是理论探讨上还是在立法实践中都具有重大意义。

一、行业协会职能的立法提出

随着政府机构改革和职能转变的深化，政府各有关部门先后转移和下放了一部分职能给行业协会。例如1999年国家经贸委就已经下发了《关于加快培育和发展工商领域协会的若干意见(试行)》，就工商领域行业协会的职能(共三大类十七项)等作了明确规定。但在现实运作中，这些具体的职能，除了一些政府部门不想管的职能转移到行业协会之外，其他一些职能都没有完全落实到位。在全国各地进行行业协会改革中，人们往往只注意协会在组织形态、工作方式上的官办性，对协会的改革只是简单地推进政会分开、领导干部退出等，而在职能赋予上“雷声大雨点小”。

特别是一些职能部门对协会在政府职能转变中所起的重要作用认识不足，再加上部门利益的作怪，致使原本应该属于行业协会承担的职能，相应管理部门却迟迟没有放权，有点“舍不得、不放心”，这样行业协会的职能获得就首先要看政府部门的态度，协会的职能可有可无，随时都可收回。由于缺乏明确法律依据，行业协会履行职能，无所依凭，只好各显其通。

行业协会职能立法，是众多行业协会和社会各界都比较关注的一个焦点问题。由于我国行业协会的发展起步较晚，缺少相应的法律支撑，至今没有制定出一部针对行业协会的法律(法规)。行业协会的职能没有得到明确，协会的运行缺乏法律依据。目前对行业协会的登记管理主要依据的是国务院的《社会团体登记管理条例》，这一条例在操作上把行业协会等同于其他的社会团体，没有体现行业协会的特殊性质。许多行业协会反映，行业协会性质特殊，应该根据行业协会的实际情况和经济发展的客观需要，尽快研究和制订规范约束和培育发展行业协会的专门法律法规，进一步明确行业协会的职能，从法律、制度上来保障行业协会的发展。

同时我们在立法调研中发现，职能部分是行业协会最关心的部分，也是行业协会立法最为关键的部分。合理确定行业协会职能，特别是在行业管理职能上正确界定政府与协会的权力边界，难度很大。

二、行业协会职能的法律界定

行业协会的产生源于两个不同方面的需求，相应地履行两个不同方面的职能，一是基于成员的需要，执行为成员谋取利益、代表利益的服务职能，行业协会以行业服务、行业自律、行业代表、行业协调为基本职能；二是基于政府的需要和公共管理的需要，履行服从国家利益的管理职能，承担法律授权或政府部门委托的行业管理职能。

由于行业协会的这种公私混合性决定了它的职能立法中予以界定的难度，同时也决定了实践中

行业协会履行职能的难度。

行业协会本质上是一种互益性组织。行业协会成立的根本目的是为会员企业谋利益，服务于成员，满足组织成员的需要。它具有非政府性、非国家性，属于第三部门，是“私域”，那么，它的职能是来自某个公共权威的授权呢？还是来自创建人的意志？抑或是来自它作为一种联合体固有的属性？我们在调研中发现，有两种截然相反的观点。

一种观点认为，行业协会的职能并不是它自身取得的，而是来源于国家的授权。大部分部分行业协会负责人和许多学者持这一观点。他们认为，在社会主义市场经济条件下，行业协会已经由一个单纯的代表团体转变为兼有管理职能的组织，它的行业监管职能越来越多。在履行行业监管职能时，普遍感到，没有法律支撑，难以承担。迫切需要“在立法的支持下，行业协会的监督和控制在功能扩大了，它有能力获得信息，有能力满足成员的要求，也有能力对违规者实施处罚”。行业协会只要行使的是一种对行业公共事务的管理权力，就应当按照公权法定的原则明确予以授权。

另一种观点认为，行业协会的职能来源于组织内部，来源于其成员的一致同意，而不是该组织外部的主体赋予。有些政府部门负责人就持这一观点。他们认为，对政府部门来说，“凡法律没有授权的，不得为之，法律禁止的更不得为之。”而行业协会不是政府部门，不属于国家机构的组成部分，也不受国家机关组织法的规范与调整。它是民间组织，是“私域”，“凡法律不禁止为自由，均可为之”。因此，不存在法律授权问题，更不需要通过立法予以明确，立法反而会限制协会的发展。

我们认为上述两种观点都过于绝对，实际上行业协会的职能既有通过国家法律设定和授权的，也有通过成员同意一致而形成的，对这些职能要进行合理的法律界分。因此在立法过程中，我们要尽可能地收集国家及各地政策法律对行业协会职能的具体规定，并借鉴国内外关于行业协会职能的研究成果，认真梳理行业协会的固有职能、授权和委托职能以及实际运行的职能，对行业协会职能做出尽可能详细的规定，同时对法律授权和委托的职能要予以明确。

三、行业协会职能取得的法律途径

在计划经济体制下，政府自觉不自觉地充当万能者的角色，行业协会作用空间有限。随着政府机构和审批制度改革，特别是《行政许可法》的出台，政府职能的转变必然地成为首要问题，原来的政府的部分权力必然地要转给行业协会。

由于受传统体制的影响，现行的行业协会仍然具有浓厚的政府色彩，直接影响了行业协会的职能界分，一方面，行业协会的社会主义市场经济主体地位不明确，导致协会职能不清，分不清协会到底有哪些职能；另一方面，政府主动退出，分离出来的职能，分不清哪些本身就是协会的职能，哪些是需要授权才能履行的职能，行业协会取得职能的途径不明又不畅。

根据我国实际情况，我们认为行业协会除了一些天然固有职能外，其他职能取得的途径主要有：

一是通过法律授权取得。国家法律授权意味着这些职能从理论上讲应该由国家享有的并具体由政府行使的，但通过法律授权，将它转移给非国家机关的组织来承担。这些职能本质上还是政府职能，只是行使主体发生了变化，这是一种国家行政权的转让。由法律授权行业协会一定的行业管理职能，一方面可以保障行业协会依法享有并行使国家行业管理权力，另一方面可以规范行业协会合法行使权力，防止它对社会成员造成不利影响，同时也为社会成员寻求救济、保护提供法定依据。

二是通过法律确认取得。在计划经济体制下政府部门行使的管理职能并不一定都是国家政府天然职能，其中有部分职能从理论上讲就应该由行业协会自主享有的。国家法律对这些职能进行规定只是意味着对行业协会享有这些自主权的认可和保护，是协会职能的“回归”，而不是授予。

三是通过政府委托取得。有部分对行业管理职能应当由政府来行使的，特别是对行业进行宏观调控、整体决策的职能不宜交给行业协会行使。但政府部门为了更好地、更顺利地实现这些职能，还是必须得到行业协会的参与和协助，政府可以通过委托方式让行业协会也承担部分职能。政府可

以通过政府决定等方式将部分职能委托给行业协会，同时应当确立“政府购买服务”意识，按照委托协议付给相应的工作经费。

四是通过协会内部章程契约取得。行业协会有些职能，特别是行业自律管理职能是由其成员通过一定机构和程序赋予的。行业协会是一种联合体，是同一行业的企业或同一职业的成员为了共同的利益，通过民主程序按照一定的契约组织起来的，这个契约就是协会的章程，章程的制定是全体成员的自愿选择，而共同遵守是自愿选择之后的必须执行的强制结果，它赋予了行业协会支配管理各个成员的权力和职能。章程虽然不是国家法律，但它是行业协会的“根本大法”，是协会运作的根本行为准则，对全体会员具有一定的约束力。

我们认为，行业协会取得一些职能的途径是多种多样的，试图通过制定出台《浙江省促进行业协会发展办法》，全部解决行业协会职能问题是不可能、也是不现实的。国家通过法律进行授权、委托时，应当首先通过行业协会立法进行统一的、原则性的授权和委托，同时考虑到行业协会种类繁多，情况千差万别，可通过单行法律法规对不同的行业协会进行分别授权和委托。

四、行业协会职能的法律责任分析

从理论上分析，除一些天然职能外，行业协会职能主要从以上四种途径取得。同时，我们要注意的是，这四种途径取得的职能并不是简单的并列关系，实际上在它们之间存在着错综复杂的联系，它们的法律关系和应承担的法律责任也是不一样的。

对行业协会来说，有些职能是必须经法律授权或政府委托，否则不得行使。这些经过法律授权或政府委托的职能，应当是行政法的调整对象。根据《行政诉讼法》第二十五条“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。”的规定，通过法律授权、委托，行业协会取得了行政权力，也取得了行政主体资格，这时行业协会所履行对行业进行公共管理的职能是具体行政行为，给社会成员所造成的侵害，应受《行政复议法》、《行政诉讼法》等行政法的调整和规范，行业协会及其委托机关应承担行政法律责任，社会成员也可据此提起行政复议和行政诉讼。

而行业协会通过内部章程契约取得的职能是一种纯内部赋予，不受行政法的调整，也不会引起行政法上的责任问题。当然，也有一些通过章程契约取得的职能，经过法律认可或政府确认获得法律效力，是应当受行政法的调整。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。”中国注册会计师协会据此在章程中规定协会有制定注册会计师执业准则、规则的权力，并对违反者，有一定的处罚权，这种处罚实际上是一种行政处罚。

由此可见，行业协会在行政法律关系中，可能与政府机构一样处于行政主体地位，可能以行政主体身份对社会成员进行管理，也同样应承担相应的行政法律责任。而在我国，行业协会在履行自治规章、行规行约等赋予的一些职能时，据此对会员进行制裁是一种内部纪律处分，不应承担行政法律责任。

随着公共行政的发展，公共行政主体多元化，我们应当正确区分政府行政与社会行政，要把行业协会作为公共行政的重要组成部分，要让行业协会充分履行行业管理的公共职能。既要防止回到过去“政会不分”、职能不清，又要防止借推进民间化之名，将行业协会边缘化，远离公共行政中心。我们认为，为了更好地规范和发展行业协会，同时也为社会成员免受行业协会权力的侵害提供法定的救济途径和依据，行业协会自治章程和行规行约应逐步走向法制化，即在立法时可以明确：行业协会自治章程和行规行约通过事先备案或核准得到政府部门的认可，从而获得对其成员及社会的法定强制力和约束力。如在德国行业协会的自治规章作为行政法的渊源之一，直接具有法定强制性。在美国得到官方确认后也具有法律效力。实际上在我国《注册会计师法》、《律师法》、《证券法》等法律法规都有这方面的先例。

总之，行业协会职能的大小，直接决定了一个组织存在的合法性、权威性及效率高低等，为了

保证协会能顺利进行行业公共管理，必须加强行业协会职能方面的立法，对不同职能的行使内容、方式、取得的法律途径等应有明确规定。（作者工作单位：浙江省民间组织管理局）

[◀ 上一篇](#) [下一篇 ▶](#)

中国社会组织网 国家民间组织管理局主办 版权所有 电话：(010)58123114
技术支持：紫光软件系统有限公司 电话：(010)64459047