

# 论 社 团 罚

袁曙宏 苏西刚<sup>x</sup>

---

---

内容提要: 我国在社会转型的特定背景下, 产生了与西方社团性质不同的各种社团, 由此提出了一个重要的法律问题))) 社团罚。面对社团罚给公民、法人权益造成的损害, 我国法学理论没有及时对其进行准确的定性, 法律实践也缺乏迅速有效的制度救济。国内外学界的契约说、社会权利让渡说、社团固有权利说、国家授权说等各种观点, 均无法正确阐释我国社团罚权力的本质。我国社团罚权力的本质是公私权力的混合, 社团罚中存在着变相行政处罚、设定和实施民主性不足、法律救济缺失等问题, 应当从立法、行政、司法等各个方面, 科学构建对我国社团罚进行法律控制的平衡机制。

关键词: 社团 社团罚 公私权力 法律救济

---

---

2002年, 以足协为被告的两起诉讼在法律实务界激起一阵不小的波澜。一起是/ 长春亚泰<sup>0</sup>不服中国足协处罚的行政诉讼案, 一起是/ 广州吉利<sup>0</sup>对中国足协处罚造成的名誉侵权提起的民事诉讼案。前者一审以不予受理结案, 二审正在诉讼之中尚无结果; 后者以驳回原告起诉告终。但这两起案件的审理及其结果却给法学界提出了一个亟待解决的法律问题))) 社团罚。所谓社团罚, 是指/ 为维护社团的纪律及秩序, 社团对社员常须为一定的制裁, 诸如开除、停权、罚款、不许使用社团设施等, 德文称为 vereinsstrafe( 暂译作社团罚或者社团制裁)。<sup>0 1 12</sup> 足协对会员的处罚便是社团罚的一种。社团罚的法律性质究竟是什么? 法律对社团罚如何控制? 社员被社团处罚时应获得何种法律救济? 这一系列问题随着我国社团的迅速发展, 变得日益突出, 因而成为我国法学研究必须解答的问题。

## 一、我国社团罚的性质

任何组织为实现自己的目标, 必须使组织内部处于有序状态, 使成员团结一致。组织实

---

<sup>x</sup> 袁曙宏, 国家行政学院副院长; 苏西刚, 北京大学法学院博士生。

<sup>1 12</sup> 王泽鉴: 《民法总则》, 中国政法大学出版社 2001 年 7 月版, 第 191 页以上。

现团结与秩序的方法有两种:一种是利用组织向成员提供的利益,使成员自觉地服从组织;而另一种则是运用惩戒性规则,对违反组织利益的行为进行惩罚。我们将后者称为组织罚。如国家作为政治组织,为保证法律秩序,对其所属公民的违法行为追究法律责任;企业作为经济组织,为保证经营管理秩序,对其雇员违反章程的行为,进行纪律处分;行政机关作为公共行政组织,为保证管理组织内部秩序,对公务员违反行政机关内部管理规则的行为进行行政处分;社团为维护社团秩序,依章程对违章、违规社员实施社团罚;等等。

无论何种组织罚,都是组织对违规成员进行惩戒的行为。惩戒对于受处罚方而言具有强制性、支配性,强制性和支配性是权力的特性。因此,任何组织罚就其本质来说都具有权力的属性,组织罚的性质也就是组织罚权力的性质。对社团罚性质的研究自然也是对社团罚权力性质的研究。

### (一) 国外学界对社团罚性质的研究

西方国家社团较为发达,社团罚现象早就引起了学界的关注,他们对社团罚性质的研究通常也是从社团罚权力的性质入手。

大陆法系的德国民法学界对社团罚的性质有两种观点:一种观点认为,社团是社员契约的结果,社员与社团之间是民事契约关系,社团罚是一种契约行为, / 开除出社团只能视作终止=成员资格>关系,罚款只能视作违约金,而名誉处罚则完全是不合法的。<sup>0<sup>1</sup>22</sup> 另一种较为通行的观点则认为,社团罚是基于习惯法上的承认,以及实体上的必要性,即 / 社团作为一个社会群体,必须有能力对成员之违反群体要求的行为作出反应。<sup>0<sup>1</sup>32</sup> 故社团罚与契约责任不同,应予以分别对待。但该说同时认为,社团罚应由社员同意的章程作出规定。上述两种观点虽对社团罚的解释不同,但通过将社团罚归于社员的同意,使二者在私法自治的原则上获得了统一。

英美法系对社团罚权力的认识则因时而异,经历了一个历史变迁过程。十九世纪末至二十世纪初,学界及司法实务界皆将社团组织看作政府权力的竞争者,因而社团所享有的权力受到严格的控制,认为社团权力只能来自国家的授予。 / 在一个重要的判决中,参议院大法官将贸易协会界定为完全由成文法律创造而产生,并为成文法律所制约的组织,而不是仅由这样的法律认可按照其成员意志自由发展它们目的的组织。<sup>0<sup>1</sup>42</sup>但这一理论受到了多元主义和现实主义的挑战,英国宪法学家戴雪认为,贸易协会的权力是基于个人成员的同意,而不是来源于国家的授予。 / 他认为国家是所有形式公权力的源泉,但他不承认国家是私权力的创造者。<sup>0<sup>1</sup>52</sup>

到二十世纪末,由于国家职能的扩张以及扩张职能的社会化,许多国家职能被授予社会组织行使,社团罚权力已经具有了国家权力的色彩。因此,尽管 / 法律思潮中占主导地位

1 22 [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第838页。

1 32 同上书,第838页。

1 42 Janet McLean, / *Intermediate Associations and the State*, edited by Michael Taggart, *The Province of Administrative Law*, Hart publishing Oxford 1997, pp1 161) 162.

1 52 同上书,第162页。

观点认为,公权力来源于国家的授权,私权力来源于私人的同意。<sup>162</sup>然而,对本世纪社团组织或公司活动的检视表明,上述的区别从来没有清晰过,也从来不具有很强的说服力。<sup>162</sup>

## (二) 我国法学界对社团罚性质的认识

我国社团发育刚刚起步,社团罚问题随着社团的发育也刚刚显现,理论界对其探讨极少。但从学界及实务界对这次足协案件的反应,可以看到我国法学界对社团罚性质的一些认识。

我国民法学界对社团罚性质的观点从/广州吉利0诉足协名誉侵权一案,可以得到体现。/广州吉利0俱乐部认为足协的处罚行为侵犯其名誉权,因而向人民法院提起了名誉侵权之诉,结果被驳回起诉。裁决的实体理由在5最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释6中可以找到:/国家机关、社会团体、企事业单位等部门对其管理人员作出的结论或者处理决定,当事人以其侵害名誉权向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理。0对不予受理的理由民法学界的专家作出了这样的解释:/国家机关、社会团体、企事业单位等部门与其管理的人员之间是一种领导与被领导、管理与被管理的关系。这些部门对其被管理的人员所作某种结论或者处理决定是一种内部管理的行政行为,由此引起的法律关系是内部行政法律关系。这种内部行政行为即使有错误,损害了被管理者的合法权益包括其名誉,也应由有关部门依法定程序解决,如当事人可以依法提出申诉等,通过申诉等程序解决。<sup>172</sup>很显然,我国民法学界不仅将社团罚归类为基于权力实施的制裁,而且归类为基于行政权力实施的一种内部行政处分。正是因为将社团罚认定为一种内部行政行为,民法学界才主张将社团罚排除在民事诉讼受案范围之外。在这种观点中我们看到了特别权力关系学说的阴影。<sup>182</sup>

我国行政法学界对社团罚性质的观点在/长春亚泰0不服足协处罚而提起行政诉讼一案中得以表现。/长春亚泰0俱乐部不服中国足协对其作出的处罚,以中国足协为被告向北京市第二中级人民法院提起行政诉讼,结果被裁定不予受理,理由是不符合行政诉讼受案的条件。行政法学界对此案反应强烈,认为社团罚在性质上应属权力行为,但对这种权力的性质在认识上存在分歧。有学者认为,现实中社团罚的权力有两种,一种是行业自律管理权,一种是法律法规授予的管理权,对两者应区别对待。<sup>192</sup>另有学者认为,按照现代民主理论,人民权力按其行使方式分三种:一种是人民转移给国家行使的权力;一种是人民通过结社转移给社团行使的权力;最后一种是人民自己还保留了部分可直接行使的权力。其中,社团行使

162 前引142,Janet Mclean书,第161页。

172 梁书文、杨立新、杨洪逵:5审理名誉侵权案件司法解释理解与适用6,中国法制出版社2001年版,第40页。

182 按照德国著名行政法学家奥托#迈耶(1846)1924确立的直到20世纪60年代仍占主导地位的观点,国家与公民的关系可以分为一般权力关系和特别权力关系两种:一般权力关系需受宪法上的公民基本权利和法律保留原则的约束;而特别权力关系则专指学生与学校、病人与医院、公务员与行政机关、军人与军队、犯人与监狱等之间形成的一种特别的隶属关系和服从关系。在特别权力关系中,这些领域中的人员不完全具有普通公民的法律地位,也不完全享有普通公民的宪法权利;行政主体的活动不实行合法原则,也不受行政诉讼等权利救济制度的监督。但第二次世界大战以后,特别权力关系的理论和制度受到越来越多的批评,并在德国、日本等大陆法系国家和地区逐渐被废止。

192 参见应松年、周卫平:5法律法规授权的行业协会与行政诉讼6,载5法制日报62002年2月24日。

的权力部分应是社会公权力,故应受法治的控制。<sup>1102</sup>

前述西方学者对社团罚权力性质的研究可归结为两种观点:一种是较早的观点,认为社团罚权力来源于国家授予;一种是晚近的观点:认为社团罚权力源于会员个人的同意和权利让渡。而依戴雪对公权力与私权力的划分,来源于国家的权力称为公权力,来源于私人的权力称为私权力。<sup>1112</sup>我国学界对社团罚的研究多是对社团罚功能的论述,如所谓/内部行政管理权0、/行业自律管理权0等。而对社团罚权力性质的研究则认为,其权力来源于人民对权利的让渡。从表面上看,这一观点与西方似乎相同,但其实质却有区别。因为/人民对权利的让渡0是宪法或者政治学中的用语,其让渡权利形成的权力的性质是一种公共权力。严格地说,人民让渡权利形成公共权力只能通过政治程序和法律形式进行,不可能通过协议或者章程约定。因此,社团通过社团章程获得的处罚权是/人民让渡权利0一说值得商榷。

### (三)我国社团罚性质的特点)))公私权力的混合

东西方法学界对社团罚性质的认识为何存在如此大的区别呢?理论是对现实的解释,在不同的理论解释背后存在着不同的事实。西方所言之/社团0与中国学界所研究的现实中的/社团0,名称虽同,但实际内容有别。西方的社团由市民社会自发产生,我国的社团则是在经济体制改革的过程中民间与政府互动的产物。从不同路径产生的社团,其社团罚的权力就会有不同的来源,对其进行解释的理论也就自然不同。

依社会学对社团产生的研究,社团有两种生成模式:政府选择模式与社会选择模式。

/社会选择就是让社团对社会的集体需求作出及时的反应,社会通过自己内在的机制为社会成员提供公共物品。0/由各种社会力量决定是否成立社团组织,成立什么样的组织,以及维持多大规模的社团组织。这些社会力量主要包括公民、企业以及其他社会力量。0<sup>1122</sup>西方社团的生成便是社会选择的结果。西方社团在市民社会中自发生成。市民社会相对政治国家是独立的存在。在市民社会中,通过自由平等的交易满足个体的个别需要。当具有共性的个别需要无法通过个体单个的力量实现,国家作为满足该种需要的手段又不适合时,具有共同利益或偏好的群体,就会自发地组成社团。笔者认为,社团在西方国家可被称为/市民社会之手0。正像戴雪所言:/结社的能力是一种个体自由的扩张,是订立契约能力的一部分。0<sup>1132</sup>社团的权力实质上来源于社员的让渡。但社团组织与国家组织之间存在隶属关系,对国家性质的认识影响着对社团权力的认识。在封建君权至上时期,尽管市民城市自发地产生了行会组织,但被君主视为自己权力的竞争者。为了使社团权力获得合法性,只有用社团权力来源于国家授予说作为解释性理论工具。霍布斯在其名著5利维坦6中认为,在自然状态,人民生活在对人战争的无自由状态,为获取自由,人民将所有的权利无保留地让渡给国家,由国家赋予公民权利。公民权利源于国家授权之说仍被坚持。随着工业革命

<sup>1102</sup> 参见姜明安:5法治的自治基础与自治的法治保障6,载5法制日报62002年2月17日第3版。

<sup>1112</sup> 前引142,Janet Mclean书,第164页。

<sup>1122</sup> 王名、刘国翰、何建宇:5中国社团改革)))从政府选择到社会选择6,社会科学文献出版社2001年版,第119页。

<sup>1132</sup> 前引142,Janet Mclean书,第163页。

的蓬勃发展和市场经济的扩张,市民社会的独立地位日益增强,主权在民的民主宪政理念深入人心。结社自由权利成为公民自然权利的一部分,它不是源于何种权威的授予,而是源于作为人本来具有的自然本性。国家的权力不是权利之源,相反,人民的权利是国家权力之源;国家权力的使命则在于保障公民实现权利。此时,社团权力源于/国家授权说0让位于/会员协议让渡说0。社团罚权力属私权力得以确认。但二十世纪伴随着国家职能向社团转移的潮流,社团权力又受到国家权力的浸染,使社团权力是公是私呈现模糊化状态。

/政府选择是指社团的成立、活动和注销过程完全由政府主管部门决定。0<sup>1142</sup>在这种模式下,政府为了实现当时的社会政策而成立社团。理解我国当代社团,必须将其放在我国正在进行的改革大背景之下,将其作为整个市场改革的一部分来考察。我国的改革是政府推动下的改革,因而我国社团自然也是政府选择的结果。改革开放以前,国家与社会一体化,社团形同政府基于政治、经济和文化需要而成立的/官办0机构。改革的主要任务是建立社会主义市场经济体制,这就要求政府放权和转换职能,从全能政府转变为有限政府。在这一过程中,社会获得相对的独立性与自主性。政府职能向社会转移,相应地需要社会有承载这种职能的载体,部分转移的职能由市场承接,部分则应交由社会自治组织社团来承担。社团的自发产生应当具备三个条件:民间具有成立社团的需求;民间具有成立社团的充足资源;政府对成立社团的认可。当政府向社会转移需由社团承担的职能时,就产生成立社团的需要,这种需要是社团产生的原始动力;而这种需要又恰恰源于政府对职能的转移,因而可以说组成该种社团的民间需求正与政府意志一致,也可以说正是政府所追求的目标。然而,民间的需要与政府的认可并不必然使社团得以产生。由于长时期的计划经济体制造成社会资源不足,以及社会对国家的长期依附造成社会自治经验不足,导致某些社团无法自发生成。民间需求与民间资源不足的矛盾使国家的介入成为必然。

政府根据不同情况对社团的设立采取三种态度:一是政府直接设立社团。当政府转移的职能涉及某一行业或者某一领域的秩序,政府对这些秩序形成的关注程度超过了民间的关注,而社会资源和自治经验的不足导致无法成立社团时,政府就会直接设立社团,或者直接将原来的行政机关改造为社团。以这种方式成立的社团,典型的如轻工协会、纺织协会等行业协会,社会学界称之为/官办社团0。二是政府发动与社会自发产生相结合。政府转换职能后,社会对这种转换的职能,不仅有成立社团来承担的需求,而且具备了成立此类社团的一定资源和条件,但若仅依靠这些资源和条件仍不够充分。因此,此类社团的成立需要政府积极的帮助,政府发动与社会自发产生相结合,使此类社团得以产生。典型的如律师协会、会计师协会、足球协会、篮球协会、消费者协会等,社会学界称之为/半官半民社团0。三是政府放任社会自发产生。伴随着政府放权,独立的社会利益主体应运而生。市场化又使利益主体呈现多元化的态势。多元而独立的利益主体满足需求的方式主要有三种:政府手段、市场手段和社团手段。当社会某种需要用市场手段无法满足,用政府手段又不适合满足时,便产生了通过结社以满足需要的动力。在社会已经具备了成立这种社团的条件时,社团能否自发产生便取决于政府的选

1142 前引1122,王名等书,第64页。

择。若成立该种社团符合政府的意志,或者至少不与政府的意志相抵触,则政府对这种社团的成立便予以认可,社团可以自发产生;若成立该种社团与政府的意志相背离,则社团会被制度否定,社团便不能合法地自发产生。政府给予合法性认可,即可自发产生的社团,典型的如农村的蔬菜、水果等种植业协会,城市的绘画、书法等书画类协会等,社会学界称之为/民间社团0。前两种社团因是在政府的积极推动下形成的,故又被社会学界称为/自上而下成立的社团0;第三种社团因属完全的民间自发产生,故被称为/自下而上成立的社团0。

社团产生的途径不同,表明社团成立时权力的来源不同。官办社团的权力自然全部来源于国家;半官办、半民办社团的权力则部分源于国家,部分源于民间;民间社团的权力则全部源于民间。

在政府选择的背景之下,不论通过何种途径成立的社团,其存在与发展均表现出对政府的极大依赖性。对政府的依赖又表现为从政府汲取权力资源。

官办社团以实现政府职能为主要宗旨。/从中国社团的活动来看,绝大多数社团都是具体协助某一个行政部门完成特定的行政任务而设立的,这样,社团的第一个服务对象是成立该社团的政府部门,而不是社会公众或者社团的会员。<sup>1152</sup> 社团功能的政府化与权力资源来源于政府相联系。官办社团的大部分权力源于国家法律政策的授予,而不是社员协议的让渡。这一点可以在原国家经贸委对行业协会社团规定的六项基本职能中得到验证。<sup>1162</sup> 半官办社团与民间社团的发展也深受政府意志的影响,在政府掌握着公共领域资源的情况下,社团的发展不仅需要从政府获得许可,取得自由发展的空间,更需要从政府获取资源支持。有学者认为,由于/政府握有各方面的权力,企业和个人缺乏广泛的自由活动空间,以自治形式自主组织社会经济生活的权威不足,社团不得不承担更多的管理职能。社团为了进行有效社会活动,提高自己的社会影响力,主要不是依据成员赋予的权威,而必须借助政府的权威。<sup>1172</sup> /因此绝大多数社团都没有把业务主管部门当作-婆婆。而力图摆脱;相反,是着意密切与主管部门的关系,争取得到更多的支持。<sup>1182</sup> 而此时的政府以向社团赋予垄断性的制度资源为手段,努力使社团成为实现政府目的的组织。即使自发产生的社团,在其成

1152 前引1122,王名等书,第47页。

1162 原国家经贸委对行业协会基本职能的规定是:一、根据行业的特点,制定本行业的行规行约,以建立行业自律性机制,规范行业自我管理行为促进企业公平竞争,提高行业整体素质,维护行业整体利益,政府部门要赋予行业协会制定、管理行规行约的权力和职能。二、对本行业工业企业申报进行前期咨询调研,并由行业协会签署论证意见,作为工商行政管理部门审批的重要依据。三、参与制定、修订本行业各类标准的工作,包括技术标准、经济标准、管理标准,组织推行标准的贯彻实施,开展行展行评工作,并承担本行业生产许可证发放的有关工作。对不符合质量标准和其他标准的产品和企业,进行督促整顿,并建议政府有关部门采取有关措施。四、进行行业内部价格协调。对行业内的价格争议,组织同行进行价格评议。对行业内协定的商品价格,进行指导、监督和协调。保护行业平等竞争,维护企业利益。五、按照本行业的实际要求,加强行业统计工作。布置、收集、整理、分析全行业的统计资料,为政府制定产业政策提供依据,为企业经营决策提供服务。六、受政府或有关公司委托,对行业内的重大投资、改造、开发项目的先进性、经济性、可行性进行前期论证,并参与项目责任监督;组织国内的、国际的行业技术协作和技术交流;推广行业内高新技术产品、名牌产品。组织行业技术成果的鉴定、推广应用。

1172 孙炳耀:《中国社会团体官民二重性问题》,《中国社会科学季刊》1994年第一卷,第22页以下。

1182 同上文,第19页。

立时社团权力中不包含公权力的成分,但在其发展过程中,也会由于寻求和得到政府支持而受到公权力的影响。

至此,我们可以看出,我国社团在其产生和发展过程中,一方面对国家具有很强的依赖性,另一方面国家对社团也需要进行培育、扶持和规范。二者的结合,使我国社团罚基于的权力,既不是单纯的私权力,又不是单纯的公权力,而是公、私权力的混合。

公私权力在我国社团罚权力中的混合状态如何呢?社团罚公私权力混合的状态是在我国社团产生与发展过程中自然形成的。由于我国社团的产生是政府与民间互动的结果,而政府与民间对不同的社团,在不同的阶段采取不同的态度,介入的资源多少以及方式也不相同。因此,我国社团罚权力中公私权力的比例因社团的不同而不同;即使是同一社团,在不同的发展阶段也不相同。在自上而下形成的社团中,政府是社团产生的启动者,也是资源的主要提供者;而自下而上成立的社团,则是在政府权力下移、职能收缩时,社会按其自身需要,在政府的支持下自发产生的社团,社团的资源 and 动力主要来自民间。/官办的社团,国家给编制、给资金,人员任免也由国家来定,在登记程序上也有特殊性,有些机构就免于登记或年鉴,在内部运作方面也相当行政化机关化。 , , 半官办的只给部分拨款或者给一点启动资金。而草根组织则完全没有这些待遇。从明显的官方背景和政府色彩到完全的私人性质,形成一个七色光谱,这是中国非政府、非营利组织的一个重要特征。<sup>1192</sup> 在这样的大背景下,社团罚中公私混合权力的比例自然也就呈现出三种类型:一是公权力多、私权力少;二是公权力与私权力相当;三是公权力少、私权力多。

## 二、我国社团罚存在的问题

我国社团罚因其独特的公私权力混合性而与西方的社团罚明显不同,也因公私权力混合性而产生以下问题:公权力含量高的社团罚会变异为/变相行政处罚<sup>0</sup>;社团罚的设定和实施民主自治成分不足;社团罚法律救济缺失。

### (一) 变相行政处罚问题

所谓变相行政处罚,是指社团对社员的处罚以社团罚之名,行行政处罚之实,是变异的社团罚。社团罚依其本意是指社团为维护社团秩序,对违反/社规<sup>0</sup>的社员作出限制或者剥夺其社员权利的惩戒措施。行政处罚则是指/国家行政机关和其他行政主体依法对违反行政法规范的公民、法人或其他组织所实施的、法院有权予以审查的一种行政惩戒措施。<sup>1202</sup> 二者无论形式上,还是实质上,均存在较大区别。形式的区别在于处罚的主体、对象和原因不同。行政处罚主体是行政主体,对象是公民、法人和其他组织,原因是行为违反了行政法规范;社团罚的主体是社团,对象是社员,原因是行为违反了社团的行规行约。实质的区别在于两种处罚保障的利益、限制或者剥夺的利益以及权力的性质不同。行政处罚保障的是

<sup>1192</sup> 李咏:《中国 NGO 夹缝求生》,《财经》2002 年第 13 期。

<sup>1202</sup> 袁曙宏:《行政处罚的创设、实施和救济》(修订本),中国法制出版社 1997 年版,第 6 页。

公共利益和公共秩序,限制或者剥夺的是公民、法人或者其他组织在法律上享有的权利,处罚权力是公权力;社团罚保障的则是社团的利益和社团的秩序,限制或者剥夺的是社员按社团规则享有的权利,处罚权力是私权力。然而,当官办社团或者部分半官半民社团运用行规约规范公共秩序,管理公共事务时,其维护的便是公共利益和公共秩序;当行规约所规定的处罚不是对社员权利的限制与剥夺,而是对公民权利的限制与剥夺,而国家对其又予以认可时,社团在实质上则扮演着政府的角色,行使着公权力。按照这样的行规约所作出的处罚,在实质上完全符合行政处罚的特征,因而应是行政处罚。但是,由于这种处罚在形式上是社团对社员违反社团规则的惩戒,故又以社团罚的形式出现。因此,究其实质,这是一种以社团罚形式出现的行政处罚。综上所述,可以将变相行政处罚的社团罚定义为:通过社团规范设定,由社团对社员实施,在本质上属行政处罚的惩戒措施。<sup>1212</sup>

变相行政处罚最典型的例证便是足协对其会员的处罚。体育与文化事业在改革之前完全被作为公共事务,由政府管理。改革将管理该事务的部分职能转移给社会,中国足协便是承接该职能的社团。它的产生与国外自发形成的体育协会完全不同,其存在并不依赖于社员的自发支持,而是由政府组建而成,并通过法律赋予其垄断地位。凡是从事这一行业,均须加入该协会,并接受它的管理。这种法定垄断地位决定了其功能的公共性。足协处罚权力的运作方式与典型的行政处罚权的实施方式相比没有区别:对会员禁赛和停赛的处罚与行政处罚中的责令停产停业、吊销许可证或执照等处罚相比后果完全相同;对会员可作出罚款10万元罚款的处罚也并不比行政处罚的罚款数额低。从足协处罚权力来源、履行的职能和权力运作模式来看,无不体现着行政处罚的特点。但足协在名义上又是依民法通则设立的民法上的社团,其行使的权力被称为行业自律权。笔者认为这是简单借用西方的社团理论来解释说明中国的社团行为,以西方的“两只手”理论作为中国社团存在的理论基础,<sup>1222</sup>并在此基础上解释中国的社团罚,从而造成一种无视事实的误导。

变相行政处罚既然已成为社团罚存在的主要问题之一,就显然有必要对其合法性进行考察。变相行政处罚设定权来源于国家赋予的公权力。赋予形式有政策,如经贸委对各种行业协会的授权;有法律,如体育法对体育协会的授权。<sup>1232</sup>根据行政处罚的基本理论,行政处罚权包括行政处罚的设定权和实施权,体育法的规定既是对处罚设定权的授予,也是对实施权的授予。从形式上看,这种社团罚似乎具备了合法性,但实质上却存在瑕疵。因为行政处罚法规定行政处罚只能由法律、法规和规章设定,没有规定法律可以再授权其他规范性文件 and 社团章程可以设定行政处罚。就行政处罚法与体育法的关系而言,前者1996年由全国人大颁布实施,是关于行政处罚的一般法;后者1995年由全国人大常委会颁布实施,其关于

1212 所谓本质上属行政处罚,是指社团罚的依据具有规范公共事务的功能,处罚措施是限制或者剥夺公民、法人法律上的权利,或赋予其义务。

1222 指市场为“无形的手”,政府为“有形的手”,学界认为社团产生及存在的原因是两只手均存在缺陷。

1232 体育法第49条:“在竞技体育中从事弄虚作假等违反纪律和体育规则的行为,由体育社会团体按照章程规定给予处罚;对国家工作人员中的直接责任人员,依法给予行政处分。”第五十条:“在体育运动中使用禁用的药物和方法的,由体育社会团体按照章程规定给予处罚;对国家工作人员中的直接责任人员,依法给予行政处分。”

社团罚的规定可视为特别规定。根据2000年全国人大颁布实施的立法法第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”但这里的问题在于:(1)全国人大和全国人大常委会是否属于同一机关;(2)行政处罚法是否属新的一般规定,而体育法中关于社团罚的规定是否属于旧的特别规定。如果上述两者有一项是否定的答案,则行政处罚法关于行政处罚规定的效力似应高于体育法关于社团罚的效力,因而后者不应与前者相抵触;而如果上述两者都是肯定的答案,则似应适用立法法第85条第一款的规定:“法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。”

也许可以通过下面的观点再次为社团取得变相行政处罚设定权进行辩解:体育法是授予社团通过民主程序制定章程设定社团罚的权力,这不是对设定行政处罚的授权,而是对体育社团设定普通社团罚的授权。这一辩解同样令人生疑,因为真正的社团罚的权力不应是源于国家的授予,而应是社员为维护社团秩序按照民主程序将权力向社团的让渡,对社团秩序的管理也不需要国家的授权。因此,上述辩解明显地将体育社团看作行使政府管理职能的组织。但这一解释恰恰反映了我国体育社团的实际状况,即“政府之手”在起作用。现实中的体育协会名义上是民间社团,但实际上是政府为承接其转移的管理职能设立的组织,即它的存在不依赖于社员的同意与否。政府不仅设立了这一组织,而且通过法律的形式规定了该组织对这一行业进行垄断管理的法律地位。可以说对足协的管理与原来不同的只是形式上的变化,即管理者由政府变成了政府设立的协会。这种变化显然不是政府真正向社会放权。

## (二) 社团罚设定和实施中的民主性不足问题

如果说变相行政处罚是社团罚设定和实施中民主性缺失的极端情形,那么民主性在一般社团罚的设定和实施中的情形又如何呢?社团罚的设定涉及实体与程序两方面的内容。实体是指社团可以对哪些行为设定社团罚、设定何种类型的社团罚、社团罚的幅度如何以及如何救济的问题;程序则是社团罚的设定应遵循何种程序。社团罚的实施则主要涉及实施社团罚的程序保障。笔者认为:对于典型的民间社团,由于社团罚是为了维护社团自治秩序而设,故社团只能对违反社团规则的行为设定社团罚;又由于社团罚是社团对社员的处罚,因而社团罚只能是对社员权利进行限制或者剥夺,处罚的幅度不应超出社员权利的范围;同时由于社团罚的设定是社员让渡权利的过程,所以社团罚应由社员通过民主程序设定。社团罚的实施是对社员权利的不利处分,应当遵循正当程序原则。但以上理论对于官民互动中产生的中国社团,则很难完全适用。因为不同社团公私权力的成分不同,社团的民主程度也就不同。

承担公共职能的官办社团,由于其资源主要源于政府而非会员,因而其权力的民主参与程度较低;民间社团因其资源主要源于社员,实现社员意愿是其主要职能,因而从其权力的来源到运作,都是民主参与的结果。半官半民的社团,因其从政府和民间都汲取资源,并承担着双重功能,因而民主参与的程度则与其对民间资源依赖的程度成正比,与对政府资源依

赖的程度成反比。从典型的民间社团到官办社团,社团罚中所包含的社员意志越来越少,而政府意志则越来越多,呈现出由典型的社团罚向变相行政处罚演变的发展轨迹。

### (三) 社团罚的法律救济缺失问题

社员对社团罚是否可以获得法律救济呢?这正是足协案件提出的现实问题。在足协案中,民法学界作出了不予救济的界定和解释;行政法学界则认为应给予救济,但司法机关尚心存疑虑;而足协却以足协章程的规定为抗辩理由抵制司法管辖。之所以如此,原因在于我国社团罚与西方社团罚不同,不能直接援用西方社团法理论和机制来解决我国的社团罚问题,而学界对社团罚问题又缺少研究,无法对司法实践提供具有说服力的理论支持,社团罚的法律救济至此陷入迷津。随着社团在我国的迅速发展,实践对这一理论研究的需求越来越强烈,确立社团罚救济的理论依据和法律机制也就变得异常迫切。

## 三、社团罚的法律救济机制

社团罚的救济有两种方式,一种是社团的内部救济机制,一种是社团的外部救济机制。社团罚的内部救济机制即社团罚权力的自律控制,是指通过社团内部健全的民主机制设定社团罚,通过公正的程序实施社团罚,通过中立的内部仲裁制度控制社团罚。在一个民主化程度较高的社会,社团章程中自治的事项应由社团自主决定,主要依靠社团内部民主的力量加以实现。

社团罚的外部救济主要是通过国家权力对社团罚权力的控制实现。由于社团依法享有自主权,因而社团罚行为的实质便是社团自主权的行使。而国家权力对社团罚的控制则必然导致与社团自主权之间发生冲突。因此,建立社团罚的外部控制机制,必须解决以下两个问题:一是国家权力对社团罚审查的合理性;二是国家权力与社团自主权之间的平衡。

### (一) 社团罚法律控制的合理性

外部控制涉及以下几个要素之间的关系:国家权力、社团自主权、公民权利和社员权利。国家权力与公民权利是一对矛盾的范畴。依现代民主的理念,国家权力源于人民的权利。国家权力通过法律的形式对人民需要保护的权力予以认可,使之成为法律上的公民权利,保障公民权利是国家权力存在的根本目的。

社团自主权与社员权利也是一对矛盾的范畴。社团自主权有来源于国家授予和来源于社员让渡两种观点。但笔者认为,社团自主权在法源上源于公民宪法上的结社自由和具体法律的认可,其内容则源于社员的权利让渡。社团自主权存在的目的在于实现社团的宗旨。然而自主权具有权力与权利的双重性:其相对于社员具有权力性,即具有管理甚至处罚社员的权力;相对于国家则具有权利性,即国家负有保护社团自主权不受非法侵犯的义务,同时国家也不得非法干涉社团自主权。

社团罚相对于社员具有权力属性,权力极易被滥用的天性在社团罚权力上也同样会应验;又加之我国社团内部民主成分不足,通过内部控权的能力也不足,这就使得社团罚权力的危险性变得更大。社团罚权力滥用的直接后果是侵害社员权利,而社员只是公民在社团

中的一种角色,因此公民权利也将受到侵害。既然国家权力存在的根本目的就是保护公民权利,为履行自己的职责,国家对社团罚必须行使监督权力。/毫无疑问,国家既赋予个人和联合以权利,也赋予他们以权力。但是国家为了公正执法,必须对这些权力进行监督。0/国家强迫行为的作用要压倒个人的强迫行为,当然也要压倒国家内任何个人联合组织实行的强迫行为。国家就是用这种方法来维护言论自由、人身和财产安全、真正的契约自由、集会和结社的权利,最后也维护国家自身实现共同目的,不受个别成员反抗阻挠的权力。<sup>1242</sup>

## (二) 社团罚法律控制的平衡性

国家权力可以对社团罚进行监督控制,但不得侵犯社团的自主权。如何实现国家权力与社团自主权之间的平衡呢?笔者认为,国家权力对社团罚的控制形式分为立法控制、行政控制和司法控制三种,应在国家权力不同的控制形式中贯彻平衡的原则。

对社团罚权力的立法控制,是指由法律对社团罚权力的范围及行使方式进行界定。由于社团罚权力源于社团自治权,而社团自治权又源于公民宪法上的结社自由权,故依据法律保留原则,只有法律才能对社团罚权力的范围作出界定。法律对社团罚权力范围的界定,应既保证国家对公民权利保护职能的实现,又尊重社团的自主权,使二者保持平衡。划定界限的方式有两种:一种是对社团罚权力作用的范围进行界定,将属于国家公权力保护,私人又无处分权的范围排除在社团罚之外;另一种是对社团罚应当采用的手段与程序进行界定,社团罚的手段在实体上应遵循比例原则,<sup>1252</sup>在程序上应遵循正当程序原则,否则社团罚将因违反公正原则而被立法否定。在法律规定的禁止作为与应当作为的范围之外,社团罚具有私域自治的自由。

对社团罚权力的行政控制,是指行政机关依据社团罚的法律规定,对社团罚的设定和实施是否超越法定范围进行监督。对不同的社团罚由于公权力的含量不同,应采用不同的行政监督方式:对民间社团和公权力含量较少的社团,应仅对社团罚的设定进行监督,监督方式为对社团章程的备案审查。对官办社团和公权力含量较高的半官半民社团,如现实中行使行业管理职能的行业协会,不仅应对社团罚的设定进行备案审查,而且对其实施也应当进行监督,可以由专门的行政机关进行行政监督,其性质类似于行政复议。为保障社团自主权不受行政监督的侵害,可以赋予社团对行政机关监督不服的行政诉讼权,即如果认为行政监督行为侵害了社团自治权,可以提起行政诉讼,请求司法救济。

1242 [英]霍布豪斯:《自由主义》,商务印书馆1996年版,第74页。

1252 比例原则是德国行政法的一个重要原则,是为控制行政机关滥用行政裁量权而设置的一种内在标准。它要求行政机关在行使行政裁量权时,所选择的行为方式和手段必须与法律所要实现的目的成比例、相一致。通常包括三方面内容:(1)适当性。行政机关所选择的行为方式和措施必须适合实现法律规定的目的,不能与法律目的相背离。(2)必要性。行政机关在若干适合实现法律目的的行为方式和措施中,必须选择使当事人损失最小的方式。这就意味着能用轻微的方式实现法律目的,行政机关就不能选择使用手段更为激烈的方式。比如,行政机关能通过间接强制手段实现促进公民、法人履行义务的目的,就不应使用直接强制手段。(3)合比例。必需的行为方式和措施对公民、法人所造成的损害与社会获得的利益之间应成比例、保持均衡。行政机关所选择的措施只有能实现更大的社会利益才有价值和意义,如果采取行为的收益低于对公民、法人造成的损失,行政机关的此项选择就不具有正当性。

立法控制是静态的, 仅仅是对平衡界限的划定; 行政控制是动态的和积极的, 但由于行政权极其强大, 对社团罚控制时, 极容易侵害社团自主权。而司法权既可以适用法律控制社团罚, 又具有消极性和被动性, 在三权分立的美国, 司法有危险最小的部门之称。因此, 运用司法权力对社团罚进行控制, 应是三种控制中最佳的选择。

司法权对社团罚权力控制的实质是司法机关代表国家对社团罚进行审查, 因而同样存在司法权与社团自主权发生冲突的可能, 如何既保护公民权利, 又不干涉社团的自主权, 在二者之间取得平衡呢? 笔者认为, 取得平衡取决于两个因素: 审查对象和审查方式。审查对象是公私权力含量不同的各类社团罚, 审查方式是行政诉讼和民事诉讼两种途径。

我国社团罚具有公私权力混合性的特点, 不同的社团罚因其公私权力的含量不同, 民主性的成分不同, 决定了社团罚的自主性也就不同。一般而言, 社团罚的公权力成分越高, 社团的自主性越低, 社团内部的民主救济能力就越差。因此, 国家权力对社团自主权的尊重应因社团罚的种类不同而有所区别。对社团罚按自主性的大小进行分类成为必然。

官办社团作为政府意志的产物, 民主性成分较少, 几乎不存在自主性, 因而其社团罚不是社团自主权作用的结果, 应是变相的行政处罚; 民间社团权力来自社员权力的让渡, 社团的民主成分很高, 社团的自主性很强, 其社团罚应是社团自主权作用的结果; 半官半民社团作为官民互动的产物, 社团内部具有一定的民主性, 但又受到官方意志的很大影响, 故其社团罚很难说是完全的社团自主权力作用的结果。

我国的司法救济途径, 秉承大陆法系传统, 有民事诉讼与行政诉讼之别。二者审查的行为性质不同, 审查的标准也不相同。行政诉讼审查公权力行为, 民事诉讼审查私权利行为。行政诉讼审查公权力的行使是否有法律依据, 是否符合法律规定; 民事诉讼则审查私权利行为是否违法。显然, 行政诉讼对公权力依法进行严格控制, 民事诉讼则对私权利行为给予了最大程度的尊重: 只要私权利行为不为法律明令禁止, 就被国家所认可, 受国家保护。

三种社团罚在两种救济途径之间如何配置才能实现平衡呢? 对于官办社团与民间社团而言, 答案非常明显: 即官办社团的社团罚应纳入行政诉讼途径, 民间社团的社团罚应纳入民事诉讼途径。通过行政诉讼对公权力的合法性审查, 可以严格控制官办社团的变相行政处罚以及较高含量的公权力; 通过民事诉讼对私权利的违法性审查, 则可以既防止民间社团的社团罚违法侵害公民权利, 又尊重其只要不违法就享有的高度自主权。

半官半民社团的社团罚应归入何种救济途径呢? 笔者认为应以社团的地位和社团罚所侵害的权力的性质来决定归属。

如果该社团处于排他的独占地位, 其权力有可能对会员或者社会上潜在的会员造成一种压迫的力量, 则对其进行控制: 当/ 一种联合可能压迫其他联合, 甚至压迫自己的成员<sup>0</sup>时, 自由主义的职责则变成/ 与其说是保护联合的权利反对法律的限制, 倒不如说是保护个人抵制联合的力量。<sup>0 1262</sup> 在德国, 这种权力仍然被定性为私权利, 依靠私法自治的限度进行控制。但笔者认为, 对权力进行分类的目的, 在于按照不同权力的特点, 控制权力, 保护权利。

因此,只要权力对权利造成危害的方式和程度相同,对它的控制规则就应当一致。鉴于处于垄断地位的社团,其权力对公民权利造成的危害在现实上已经达到了与公权力相同的程度(如对社员具有较强的强制性和支配性),已经实际影响到了公民权利,所以对其控制应更多地采用公法规则。如在英美法系,尽管公私法不分,但对该类社团罚权力进行法律规制时,仍要借用宪法、行政法中控制权力的一般原则,如正当程序原则。在加拿大一个著名的教会诉其会员侵占财产的案件中,最高法院以教会未遵循正当程序将该会员开除出教会为由,裁决该教会败诉。<sup>1272</sup>从对权力进行分类的目的角度而言,这种处于垄断地位的社团权力已经异化,所实施的社团罚应是具有公法性质的社团罚,故应适用控制公权力的公法规则对其进行规范。但如何判断一个社团是否具有垄断性呢?笔者认为,判断垄断性的标准应当是:社员对社团的依赖达到了几乎丧失选择自由的程度。即社团的存在对潜在社员的影响达到了如此程度,如欲加入该类社团,潜在的社员也几乎丧失了选择的自由。对这类半官半民社团的社团罚进行司法控制,通过行政诉讼的途径显然更为合适。除了这类处于垄断地位的半官半民社团外,对其他半官半民社团的社团罚,为尊重社团的自主权起见,似以通过民事诉讼救济为宜。

---

---

Abstract: Under the special background of our country's social transformation, there appears various associations different from western counterpart in their nature, thus it brings us the important legal problem of the associations' punishments. Actually, the punishments by the associations have already made harm to the right of natural persons as well as legal persons, but our legal theory did not notice the fact timely, thus unable to determine the nature exactly to adjust it effectively. Nor could any of the foreign theories, which define it as contract, or the inherent right of the association, or the authorization from the state, explain the nature of our country's associations properly. The paper opines the nature of the power to make punishment by the association is the combination of public power and private power. In this field, there exist the problems of administrative punishment in disguised form, lack of the democracy both in establishment and execution, lack of legal remedy, etc. We should establish an equilibrious legal control system to the associations' punishments, from various aspects of legislation, administration and judicature.

---

---

<sup>1272</sup> 前引142, Jand Mclean 书,第166页。