

# 论社团罚的合法性

程奕博<sup>1</sup>

作为社团自治的重要手段，社团罚对社团秩序、社团伦理的建立与维护以及对社团利益的维护发挥着重要作用。然而，近年来的一些案件让人们对社团罚有了更多的关注与质疑。例如长春亚泰诉中国足协案、广州吉利诉中国足协案、李坤诉中国律协案、武汉光谷退出中超联赛案等。在这些案件中，社团组织都对社团成员作出了相当严重的处罚，但社团成员维护自身权益时，却遇到了困难。这些现象不禁让人疑惑：社团组织（尤其是法律法规授权的有一部分公共管理职能的社团）所实施的社团处罚是否就是行政处罚，社团处罚权是否与《行政处罚法》确立的“处罚法定”原则冲突？社团罚的正当性在哪里？社团罚所依托的社团自治与公权力干涉的关系是什么。本文拟就上述问题作一探讨，以就教于学界同仁。

## 一、 社团罚的合法性争议

### （一）社团罚与处罚法定原则的冲突

我国社团的产生路径有三种：一是政府直接设立社团。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”。二是政府发动与社会自发产生相结合。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”。三是政府放任社会自发产生。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”。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”；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”。<sup>2</sup>

因为产生路径的不同，前两种社团与第三种社团相比，社团成立时的权力来源包含着一定的政府权力，存在与发展的过程中也表现出对政府的极大依赖性，故前两种社团的社团罚具有较强的公权力属性，因此也经常被认为是行政处罚，违反了《行政处罚法》的相关规定。一些学者以中国足协的处罚为靶子，对社团罚的合法性发出强烈的质疑。主要理由有以下几点：<sup>3</sup>

第一，中国足协是行政主体。全国人大常委会通过的《中华人民共和国体育法》第31条规定，国家对体育竞赛实行分级分类管理。全国综合性运动会由国务院体育行政部门管理或者由国务院体育行政部门会同有关组织管理。全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责管理。中国足协享有的与足球运动有关的管理权、处罚权以及对外代表国家的权力，有体育法的法律依据，有国家体育总局的具体授权。就行政法而言，凡是经过法律授权，或者经过行政机关的委托，从事公共事务管理，提供公共服务的组织，均是行政主体。

第二，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

<sup>2</sup> 参见袁曙宏，苏西刚：《论社团罚》，《法学研究》2003年第5期。

<sup>3</sup> 根据马骁：《中国足球协会管理的法治化》，见<http://www.chinavalue.net/Finance/Article/2009-12-20/189696.html>，2016年1月11日访问和袁曙宏，苏西刚：《论社团罚》，《法学研究》2003年第5期整理。

<sup>1</sup> 复旦大学2015级硕士研究生，宪法与行政法专业。

元罚款的处罚也并不比行政处罚的罚款数额低。

第三，从内容性质来看，中国足协所做的处理决定，是依据自律性竞赛规则，就足球比赛中的有关技术性问题所做出的裁断，而是依据法律授权，在实施行政管理活动中所做出的涉及相对人人身权和财产权的处理决定，其内容已超出行业自律管理的范畴，应当属于行政处罚。

第四，社团罚是行政处罚，与《行政处罚法》规定的处罚法定原则相冲突。《行政处罚法》第二章“行政处罚的种类和设定”明确规定了行政处罚只能由法律、法规和规章设定，并强调“其他规范性文件”不得设定行政处罚。中国足协的处罚权力来自《体育法》的授权<sup>1</sup>，按照《体育法》的规定，足协的章程拥有行政处罚的设定权。这就与《行政处罚法》的相关规定产生了冲突。就《体育法》与《行政处罚法》的关系而言，《体育法》是全国人大常委会颁布的“旧法”、“特殊法”，《行政处罚法》是全国人大颁布的“新法”、“一般法”。按照《立法法》（2015）的规定，如果将全国人大常委会和全国人大视为同一机关，则适用“新法优于旧法”和“特别法优于一般法”这两条规则<sup>2</sup>，二者得出的结果相反，应报全国人大常委会裁决<sup>3</sup>；如果认为全国人大常委会和全国人大不

是同一个机关，则应直接由全国人大常委会裁决。由于全国人大常委会从未对法律适用问题进行过裁决，所以上述的分析依然没有结果。但如果考虑到《行政处罚法》的出台背景是我国的行政处罚过多过滥，需要一部法律来统一规范行政处罚，似乎《行政处罚法》的规定效力更高，中国足协的社团处罚权违反了《行政处罚法》的相关规定。

## （二）社团罚的合法律性存疑

上述学者对于社团罚的合法性质疑让我们对社团罚的问题有了更加多元的视角和更加深入的认识。但笔者认为，上述观点不够全面，有待商榷。

首先，不是所有的社团都与政府关系密切，表现出对政府的极大依赖性。根据上文分析，我国存在三种社团：“官办社团”、“半官半民社团”和“民间社团”。前两种社团因为是在政府的积极推动下成立的，成立、存在和发展的过程中无不显露出政府权力的影子，突出的表现就是它们的职能要么是法律法规赋予的，要么是政府部门授权的。对社团罚合法性的质疑也是针对这两种“自上而下的社团”。而对于“自下而上的社团”——“民间社团”来说，产生过程是自发产生，存在与发展的过程是自己治理。这种社团处罚的权力来源、履行的职能和权力运作模式都与行政处罚相去甚远，很难将其解释为行政处罚，进而认为这种处罚权力违反《行政处罚法》确立的处罚法定原则。在实践中，社会公权力组织被法律、法规授权的情况并不是普遍和经常的。<sup>4</sup>反映到几种社团的数量对比上，“民间社团”的数量要远高于“官办社团”和“半官半民社团”。<sup>5</sup>从

裁决。”

<sup>4</sup> 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版，第 120 页。

<sup>5</sup> 根据《民政部发布 2014 年社会服务发展统计公报》，

<sup>1</sup> 《体育法》第四十九条：“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。”

<sup>2</sup> 《立法法》（2015）第九十二条：“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。”

<sup>3</sup> 《立法法》（2015）第九十四条：“法律之间对同一事项的新的一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

这个意义上来说,认为社团罚不合法是以偏概全,与实际情况不符。

其次,即使认为只有“官办社团”和“半官半民社团”的社团罚存在合法性问题,这个观点的证明也存在疑问。前述学者的论证过程有一个前提:即认为社团罚的法律性质是行政处罚。然而这一点并没有得到学界的普遍认同。目前,关于社团罚的法律性质主要有以下几种观点:(1)准违约罚论。此种观点认为,社团罚的性质应视处罚内容不同而加以区分,“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>1</sup>因合法的社团罚只有罚款,所以社团罚的性质是准违约罚。(2)惩戒罚论。惩戒罚论是德国民法学界的通说,其认为社团罚是社团基于社团秩序与纪律的维度,对于违反义务的社员所作的处置。“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>2</sup>(3)社团处罚是内部行政行为。这种观点认为社团对其成员作出的处罚是社团内部的一种行政管理行为,对于因这种内部管理行为引发的纠纷不能通过向法院诉讼的方式解决,而是要通过向有关部门进行申诉的方式解决。<sup>3</sup>(4)社团罚是行政处罚或者说是“变相的行政处罚”。理由在于社团罚的权力来源、履行的职能与权力运作模

[http://news.xinhuanet.com/politics/2015-06/10/c\\_127901431.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2015-06/10/c_127901431.htm), 2015年12月27日访问。截至2014年底,全国共有社会组织60.6万个,比上年增长10.8%;全国共有社会团体31.0万个,比上年增长7.2%;全国共有基金会4117个,比上年增长568个,增长16.0%;全国共有民办非企业单位29.2万个,比上年增长14.7%。显然,这么多的社团中,“官办社团”和“半官半民”社团不可能占据半数以上比例。

<sup>1</sup> [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。

<sup>2</sup> [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。

<sup>3</sup> 参见梁书文、杨立新、杨洪遣:《审理名誉侵权案件司法解释理解与适用》,中国法制出版社2001年版,第40页。

式与行政处罚类似。

前两种观点都认为处罚权应为国家专有的权力,社团不应拥有,故从民事关系的角度理解社团罚,都认为社团罚的权力来源是成员的同意。笔者认为,这两种观点与中国的实际不符,固然不能解释中国的社团罚。后两种观点与中国的社团(“官办社团”和“半官半民社团”)发展实际较为切合,但也存在着相当的分歧。背后的理念上的差异在于对社团罚这种权力行为的性质存在认识上的差异。如有学者认为,“现实中社团处罚的权力有两种,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>4</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,社团行使的权力部分应是社会公权力,故应受法治的控制。”<sup>5</sup>所以,即使社团罚是权力行为,也不一定就能推导出这种权力行为是行政处罚,得出社团罚违反《行政处罚法》的结论。

第三,上述分析表明,社团罚的存在是否违法,尚没有定论。但不可否认的是,在合法律性上,社团罚还面临着更多的挑战。国务院1998年实施的《社会团体登记管理条例》规定了社团成立的法律要件,“实质上对社团提出了综合的合法性要求:政治上达标,行政上挂靠,符合法律程序,得到社会支持,哪一个方面都不可缺少。”<sup>6</sup>虽然一些社团能够满足现在的法律要求(基本都是“官办社团”和“半官半民社团”),但仍有

<sup>4</sup> 参见应松年、周卫平:《法律法规授权的行业协会与行政诉讼》,载《法制日报》2002年2月24日。

<sup>5</sup> 参见姜明安:《法治的自治基础与自治的法治保障》,载《法制日报》2002年2月17日第3版。

<sup>6</sup> 高丙中:《社会团体的合法性问题》,载《中国社会科学》2000年第2期。

众多的社团（主要是众多的“民间社团”）欠缺足够的资源而无法达标。同时这些不达标的社团可能因为有其他正当性的存在而忽视了对法律合法性的急切追求。这样一来，在法律评价上为非法的社团所实施的社团罚的合法性如何，似乎不言而喻。

## 二、 社团罚的正当性

广义的“合法性”包含了法学（特别是实证主义法学）意义上的“合法律性”和法哲学、政治哲学意义上的“正当性”。<sup>1</sup>上文的分析表明社团罚的合法律性存在疑问，不能通过国家法律的严苛的考验。然而作为一种非常普遍的社会现象，社团罚必然有其存在的道理。因此有必要对其正当性或者说是合理性作出探讨，从另一个角度证成其具有充分的合法性。

### （一）新公共管理运动下的治理范式转换

上个世纪七十年代以来，西方掀起了声势浩大的新公共管理运动，开始了大规模的公共行政改革。因为经济危机，西方国家普遍发现福利国家难以继续，纳税人对政府失去信任，导致信任危机。同时，第三次科技革命蓬勃发展，僵化刻板的传统公共行政模式越来越不适应当代社会，政府机构膨胀、人浮于事、效率低下。人们突然发现，继“市场失灵”政府权力增强之后，又出现了“政府失败”。在这种背景下，各国政府开始重新审视国家权力在市场经济体制中的作用和地位，逐渐缩小政府行政管理的范围，分散、转移政府专业管理职能和部分公共服务职能。促进第三部门发展，培育社会治理的多元主体，承担政府转移的部分公共服务职

能成为各国政府的共同选择。在此过程中，原来由国家垄断的公权力开始向社会转移，引发了一场全球范围内的社团革命。作为“20世纪最伟大的社会创新”，<sup>2</sup>社团革命的兴起，反映了当代世界的国家和社会、政府和市场、公共权力领域和私人权利领域关系的复杂多变与转型。<sup>3</sup>

在中国，1978年党的十一届三中全会以后，中国实行改革开放政策，开始进行经济体制和政治体制的渐进改革。经济上，逐渐放弃原先的计划经济体制，推行社会主义市场经济，市场主体迅速增多，利益分化开始出现。民间组织发展的经济基础得以建立。政治上，党和国家日益重视民主与法制，公民的结社自由开始得到落实。面对经济体制改革带来的新变化，我国政府也逐渐意识到全能政府有其固有的缺陷：其一是存在许多“管不了”和“管不好”的事情，政府涉足其中只会阻碍发展；其二是机构庞大，人员臃肿，寻租机会较多。旧的体制开始遭到抛弃，新的局面正在形成。政企分开后，国家将大部分经济权力下放给社会，同时也逐渐放松了对公民的管理。这场转变表现在政府职能上，就是弱化了经济职能和社会职能，强化了行政管理职能。在大部分生产、经营、民事和文化、艺术和学术等领域中，政府不再履行直接的管理职能，而将这些职能转交给了相关的民间组织，如非政府的行业协会、同业组织、志愿团体等。<sup>4</sup>

随着国家垄断的部分公权力开始向社会转移，或者说是国家还权于社会，社团组

<sup>1</sup> 刘杨：《正当性与合法性概念辨析》，《法制与社会发展》2008年第3期。

<sup>2</sup> [美] 莱斯特·萨拉蒙、赫尔穆特·安海尔：《公民社会部门》，周红云译，载何增科主编：《公民社会与第三部门》，社会科学文献出版社2000年版，转引自马长山：《全球社团革命与当代法治秩序变革》，《法学研究》，2003年第4期。

<sup>3</sup> 马长山：《全球社团革命与当代法治秩序变革》，《法学研究》，2003年第4期。

<sup>4</sup> 俞可平：《中国公民社会的兴起与治理的变迁》，载俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社2000年版，第338页。

织不可避免得承担了原先这部分权力所负担的责任。维护秩序是权力的任务之一。对于国家来说,拥有并行使权力就是为了维护社会的秩序,如此才能获得合法性。然而,从上文的分析得知,现代国家并未也不可能垄断权力的行使。因此,国家只是维护社会秩序的一个部门而已。其他的社会组织或者说第三部门组织也是维护社会秩序的一个部门。在维护社会秩序的手段和方式上,国家通过行政处罚和刑事处罚来惩罚破坏秩序者;社团则通过社团罚来惩罚破坏秩序者,填补国家公权力退缩后留下的权力真空。可以说,社团罚与行政处罚、刑事处罚一道,共同维护着社会秩序,实现一种国家与社会的合作。

## (二) 社团罚的秩序功能

社团承载了原先由国家享有的部分公权力后,如何有效运用这些权力,回应社员的诉求,维护社团的利益,增进社会的公益,便成为一个现实问题。社团作为具有共同利益的社员组成的共同体,共同利益的实现需要社员对社团内部秩序的遵守。从古今中外的社团秩序维护的经验和启示来看,社团罚对于社团的有效运作确属必要。

首先,社团罚为社团提供共同伦理支撑。国家法律是一个国家全体公民共识的产物,是一个国家公民意志的体现,它为整个共同体划定了最低层次的底线,同时也支撑着整个国家的伦理道德。与此相对,规定社团处罚的社团章程也是一个社团全体成员的共识,为整个社团成员的行为提供指引,从而支撑起社团的共同伦理。国家法律所支撑的伦理道德是具有普遍性的,而社团罚所支撑的共同伦理则立足于社团自身,具有特殊性,对社员行为的调控指向和效果更好。

其次,社团罚为社团提供对应的整合力。社团的成员是因为共同的目的而组成社团。

通常来说,社团成员持有共同的伦理,具有共同的利益,制定共同的规范,采取一致的行动。然而特定时候的特定成员会因为种种原因违反社团的共同规范。“如果任何行动者不服从规范,必须对其施行惩罚,只有这样,规范方能行之有效。”<sup>1</sup> 社团罚让社员意识到参加社团后不仅仅是多了一些民主参与权,同时更是多了一些义务和责任。通过社团罚的实施,社员的行为更加一致,共识和信任更加坚定,社团自身的发展也会更加顺利。

再次,社团罚能积累社团自生自发的秩序。良好的社会秩序的形成,需要诸多条件的共同实现。而千万社团的良好秩序,毫无疑问是其中的重要条件之一。社团罚为社团成员提供具有特殊性和针对性的伦理支撑和行为整合力,同时又蕴含着整个国家和社会最一般最普遍的价值要求。在形成社团自生自发的秩序的同时,也有助于良好的社会秩序的实现。作为社会的一份子,社团实质上分担了一部分秩序教化功能,分流了一部分秩序维护功能。社团罚还能为国家法律的改革提供预演型的假设方案以及可行性论证,从另一个角度帮助良好社会秩序的实现。

## 三、 社团自治与依法行政的关系

### (一) 在社团自治中确立依法行政原则的重要意义

在传统的行政管理中,由于国家公共职能的有限性,公共行政主要通过国家行政机关来实施。这一因素导致传统的行政法学一直将国家行政作为主要的甚至全部的研究

<sup>1</sup> [美]詹姆斯·S·科尔曼:《社会理论的基础理论》,中国社会科学文献出版社1999年版,第314页,转引自方洁:《社团处罚研究》,法律出版社,第154页。

对象对非政府组织的出现以及对社会公共事务进行管理方面的研究是比较少的。<sup>1</sup>公共行政的分散化与间接化改变了传统的行政模式,出现了大量的社团组织来分担社会的公共管理职能。社团组织通过包括社团罚的一系列行政管理行为来自我管理,自主发展。传统的国家行政需要依法行政,作为现代行政的社团自治依然需要依法行政,理由如下。

首先,从社团的产生发展历程来看,我国社团产生时间较短,发展极不成熟。自1978年十一届三中全会确定改革开放政策,我国开始经济体制改革和政治体制改革之后,社会团体才开始大量出现。与深受科层制困扰的政府相比,社团的行政管理行为更加亲民,更加民主。但三十多年历史的社团在漫长的历史长河中显得异常年轻,导致社团的自治行为出现了各种乱象,如足协规章中对司法管辖的排斥、某些行业协会的排斥竞争行为都是如此。种种乱象的出现,恰是我国社团缺少法治意识的表现。为了促进社团自身的发展,需要用依法行政,尤其是要依外部的更大更规范的自治体的法即国家的法来规范社团的行为。

其次,社团自治的过程中充满着社团成员间的博弈。在博弈中,既有力量较大的处于博弈优势的社团成员,又有力量较小的处于博弈劣势的社团成员。在很多情况下,博弈必须持续进行,社团成员不能通过退出博弈来摆脱自己的劣势。在这种情况下,处于博弈劣势的社团成员的利益就无法在社团实现,甚至自己的最基本的权利都可能受到威胁。在社团行使社团罚时,这种威胁会显得无比真实。因此,为了平衡实力不一的社员间利益,降低博弈成本,并促进其合作,有必要通过依法行政将国家的法律介入到

社团的自治行为中,以保障处于弱势地位社员最基本利益的实现。

再次,从性质来看,社团自治行为尤其是社团处罚行为对社团成员而言,是一种权力行为,对社员的权利影响巨大。在我国,大量的“官办社团”与“半官半民”社团经过法律法规授权或者政府委托承担了相当多的公共职能,掌握着大量的公共资源。即使是“民间社团”,也与政府有着千丝万缕的联系。这些社团的自治行为涉及到社员的财产、自由和职业发展,甚至可能影响到社员的生计。权力导致腐败,绝对的权力绝对会导致腐败。既然社团掌握的权力如此重要,为了防止其滥用权力,横生腐败,侵犯社员权益,必须及时依法行政。

最后,从全面推进依法治国建设法治国家的角度而言,社团自治也必须坚持依法行政。全面推进依法治国不仅需要权力机关、行政机关和司法机关各尽职责,更需要全社会的努力。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“推进多层次多领域依法治理……深化基层组织和部门、行业依法治理,支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用……支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能。发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用……”<sup>2</sup>社团自治是社会行政的重要内容。社团坚持依法行政,必将引导广大社团成员树立对法律的真诚信仰,自觉遵纪守法,推进法治社会建设。

<sup>1</sup> 参见应松年:《非政府组织的若干法律问题》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》,2003年9月第1卷第1期总1期。

<sup>2</sup> 新华网授权发布:《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,来源:新华网,网址[http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-10/30/c\\_127159908\\_5.htm](http://news.xinhuanet.com/ziliao/2014-10/30/c_127159908_5.htm),访问日期:2016年1月23日。

## （二）依法行政原则在社团自治中的适用

依法行政的基本含义是指政府的一切行政行为应依法而为，受法之拘束。<sup>1</sup>在国家行政与社会行政分野的现代行政时代，笔者认为可以将依法行政的含义扩大至行使公权力的行政主体（包括政府和非政府组织）的一切行政行为均应依法而为，受法之约束。相应的，这里的“法”的含义也扩大了，从“宪法、法律、法规、规章”扩展到“宪法、法律、法规、规章和社团规章”。依法行政原则的核心原则包含法律优先原则和法律保留原则。社团要依法行政，就应当遵循法律优先与法律保留原则。

法律优先原则原意指政府的立法行为不得与国家法律相抵触，是消极的依法行政。社团没有立法权限，但是社团的规章可以视作社团内部的“法律”，制定团体规章的行为也就相当于社团的立法行为。法律优先原则要求社团规章不得与国家法律法规相抵触，与国家法律法规相抵触的社团规章自然无效，不发生法律效力。如《上海家用电器行业协会行业规约》第二十二条规定：“本规约有不符合国家政策、法规的，以国家的政策法规为准。”<sup>2</sup>在社团自治中强调法律优先原则应当注意以下两点：（1）法律优先原则的派生性原则包括“根据（法律）”和“不相抵触”两个原则，社团应该遵循“不相抵触”原则，而不是“根据（法律）”原则。理由在于，社团拥有一定的自主性权力，归属于该自主性权力范围内的事项不容其他任何外力干涉。反之，如果事事都要有法律法规依据，则社团将成为国家行政在社会

领域的傀儡，与现代行政的发展趋势相背。具体来说，一方面，如果法律没有规定的事项，社团规章可以自主设定，不得以“没有法律依据”为由而否定其效力；另一方面，“不得抵触”是指社团规章不得与国家的强制性规定相抵触。有些事项国家虽已有规定但不属于强制性规范，社团规章也可自行规范。例如，某个行业国家制定有推荐标准，则行业可自主设定行业标准；但如果国家制定有强制标准，则行业不可制定低于国家标准的行业标准。（2）应当明确效力优先与优先适用并不是同一含义。尽管国家法律法规的效力层次高于社团规章，但在“不抵触”国家强行法的前提下，社团规章应优先于国家法而适用。同样，从社团自治的角度来观察，如果认为效力优先与优先适用的含义相同，在法律法规的效力永远高于社团规章的现实状况下，社团规章将永无用武之地，社团自治也就乱为空谈。因此，在效力不冲突的情况下，应当优先适用社团规章。

法律保留原则原意是用来确定立法权和行政权的界限，大致含义是，有些立法事项只能由议会行使，除非得到授权，政府不得实施相应行为。将法律保留原则运用到社团自治中，则意味着关于公民基本权利等专属立法事项只能由法律法规规定，社团不得设定限制公民重要权益的规范。坚持重要权利法律保留原则，既能保障社团成员的重大权利，又可避免对社团自治事务的过分干预，有利于保证社会团体管理目的的实现。需要指出：（1）不得设定限制公民重要权益的规范，并非不得设定限制公民一切权益的规范，如社团对违反规章的社员进行批评教育就不在此列。（2）不得设定限制公民重要权益的规范，并非不得设定限制一切关涉公民的重要权益的规范。如财产权对公民是极端重要的一项权利，罚款却是运用最广泛的社团罚手段之一。其中的关键在于此种限制

<sup>1</sup> 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版，第 68 页。

<sup>2</sup> 《上海家用电器行业协会行业规约》，来源：上海家电网，网址：<http://www.shjd.org/xhgz/default.aspx?id=67>，访问日期：2016 年 1 月 24 日。

必须有一个基本的限度,要在惩罚效果与社员的基本权利之间找到一个平衡。(3)特定的公民重要权益绝对排斥社团规章的限制。如限制人身自由权的处罚就绝对不允许社团设立。(4)根据我国现行法律和相关学理,社团不得对下列事项进行规定<sup>1</sup>:宪法保障事项,主要有表达自由、社会经济权利、宗教信仰自由等宪法规定和保障的事项;法律保留事项,我国《立法法》(2015)第8条规定的若干事项;法规规章保留事项,指的是有些事项虽不是法律专属立法的范畴,但法律直接授权法规规章制定实施细则,或主要涉及国家行政或政府内部的管理,则只能由法规规章规定。对社团自治与法律保留的边缘领域应根据特定事项的“重要性”来决定该事项立法权的归属。

#### 四、 社团罚的合法性瑕疵及其补正

社团罚来源于社团自治,社团自治则是国家行政与社会行政分野的必然产物,因此社团罚具有天然的正当性。然而,因出现时间较短,社团罚制度有诸多不成熟之处,其合法性瑕疵及其补正亦不容忽视。如此,方能让社团罚获得更多的合法性,得到更多人的支持。

##### (一) 处罚依据的合法性瑕疵及其补正

社团制定社团罚则作为社团罚的处罚依据。“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。”<sup>2</sup>值得注意的是,我国目前大部分社团罚则都是在社员加入以前就已经制定,

<sup>1</sup> 参见薛刚凌,王文英:《社会自治规则探讨——兼论社会自治规则与国家法律的关系》,《行政法学研究》2006年第1期。

<sup>2</sup> 袁曙宏,苏西刚:《论社团罚》,《法学研究》2003年第5期。

或者是少数几个社团成员制定的,罚则的设立没有体现民主性。以中国足协为例,足协章程的制定先于所有入会会员,在入会后也没有通过修改章程将会员的意愿注入到其中。足协的管理机构和成员也不是社团内民主选举产生,足协纪律处罚规则等重要的社团规章却毫无足协会员的参与,仅由管理机构制定。<sup>3</sup>如此一来,足协会员的权益将得不到保障,足协的处罚也因为缺乏足协会员的参与而难以得到认可,缺乏合法性。对此,正确的解决办法应是参考现代民主制度,社团内部扩大社员的民主参与权,让广大社员的利益都能在社团章程中得到反映。处罚依据具有了民主性,处罚的认可度自然提高。

##### (二) 处罚程序的合法性瑕疵及其补正

“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。”<sup>4</sup>对我国众多社会团体的章程考察发现,大量的社团章程对处罚规则的规定都比较模式化,缺乏程序性规定。如有学者指出,“对于行业协会处罚权的重要制度设计,如处罚决定权的行使机构、处罚的做出程序、处罚执行权的行使机构和处罚的救济程序,协会章程和公约都缺乏具体的规定,在行业协会处罚权运行的过程中难免会出现种种的问题。”<sup>5</sup>更有学者发现,“考察了多数体育社会团体的章程,在章程中对行使处罚权的程序都没有作出

<sup>3</sup> 2014年修订后的《中国足球协会章程》规定中国足协执委会负责制定《纪律准则》和《道德准则》。在此之前,足协规章制度并无规定足协处罚条例的制定和修改主体。但2010年2月23日中国足协纪律委员会在宣布处罚决定时表示:“在2010年2月20日,我们纪律委员会在香港开了一个会议,由7名委员参加,这个会议的议程由3个部份组成……第三是对现有处罚条例进行修订。”似乎表明足协处罚条例的修订主体是足协纪律委员会。

<sup>4</sup> 袁曙宏,苏西刚:《论社团罚》,《法学研究》2003年第5期。

<sup>5</sup> 楚建会:《我国行业协会处罚制度的缺陷及其完善》,《经济法论坛》2008年第0期。

规定。”<sup>1</sup>程序正当与权利保障是法治的重要标志。我国众多社团却没有在章程中对社团罚的实施程序作出较为详细的规定，遑论在实施处罚时遵循正当程序原则了。没有正当程序保障的社团罚容易导致权力恣意专横，侵犯社员的合法权益，从而缺乏合法性。为了保障社员的合法权益，社团应当建立一系列的规范的处罚程序。具体来说，社团在实施处罚之前，应当履行向当事人告知社团罚的事实、理由和依据的义务，保障其知情权；处罚过程原则上应当公开；当事人有权进行陈述和申辩，并且有权委托代理人；保障和尊重当事人的沉默权、请求回避权、司法救济权。此外，还应当明确社团罚的决定和实施机构，以及决定方法、表决人数和回避制度等。

### （三）处罚救济措施的合法性瑕疵及其补正

有权利必有救济。社团罚对社团秩序的维护及社团公益的实现有不可替代的作用，然实践中社团罚却可能出现与设想目标相悖的负作用，侵犯到社员的重要权益。此时，救济措施就显得异常重要。但是我国大量的社团却没有对此作出明确规定，<sup>2</sup>或者有规定却严重违法。如《中国足球协会章程》（2014）第51条第一项规定：“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任何争议诉诸法院。所有争议应提交本会或国际足联的有关机构。”中国足协通过自治章程来

排斥司法介入，违反了《立法法》确立的法律保留原则，侵犯了社员的基本权利，同时也与司法最终裁决原则相悖。诸如此类的处罚救济措施影响到了社团罚的合法性，应予改正。本文无意讨论具体的制度框架，仅提供几点思考如下：（1）救济措施应由内部程序救济与外部诉讼程序救济构成；（2）为维护社团自治，同时保障对这种自治的法律监督，对于社团罚引起的纠纷，应当首先通过内部程序解决，对内部裁决不服时方可提起诉讼。（3）内部救济程序不需要特别严格，但也需要遵循“正当程序”原则。（4）司法的审查应当区分事实问题与法律问题，对于纠纷中所涉及的专业技术等事实问题，应当由社团最终认定，司法权不应进行干涉。而对法律问题，包括：是否存在超越职权、滥用职权；法律适用是否正确；程序是否合法等问题，应当属于法院审查的范围。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 汪全胜，陈光，张洪振：《论体育社会团体的处罚权》，《北京体育大学学报》2010年第5期。

<sup>2</sup> 无论是制作较为详细的章程，还是简单的章程，均没有对社团处罚程序及救济措施、要不要给被处罚社员相应的申辩机会、能否向人民法院起诉要求撤销处分，均没有作出规定，相关的法律也没有作出明确的规定，最高司法机关也没有表示过明确的态度。参见吴卫兵，雷虹：《社团处罚权的许可和限度》，《江西师范大学学报（哲学社会科学版）》2004年第37卷第1期。

<sup>3</sup> 参见李昕：《自治与法治的协调统一——从长春亚泰案谈行政协会的性质与法律监督》，《行政法学研究》2003年第4期。

参考文献:

专著类

- [1]方洁:《社团处罚研究》,法律出版社2009年版。
- [2]姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第五版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版。
- [3][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。
- [4]梁书文、杨立新、杨洪遣:《审理名誉侵权案件司法解释理解与适用》,中国法制出版社2001年版。
- [5]俞可平主编:《治理与善治》,社会科学文献出版社2000年版。

期刊论文类

- [6]袁曙宏,苏西刚:《论社团罚》,《法学研究》2003年第5期。
- [7]应松年、周卫平:《法律法规授权的行业协会与行政诉讼》,载《法制日报》2002年2月24日。
- [8]姜明安:《法治的自治基础与自治的法治保障》,载《法制日报》2002年2月17日第3版。
- [9]高丙中:《社会团体的合法性问题》,载《中国社会科学》2000年第2期。
- [10]马长山:《全球社团革命与当代法治秩序变革》,《法学研究》,2003年第4期。
- [11]应松年:《非政府组织的若干法律问题》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》,2003年9月第1卷第1期总1期。
- [12]刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,《法制与社会发展》2008年第3期。
- [13]薛刚凌,王文英:《社会自治规则探讨——兼论社会自治规则与国家法律的关系》,《行政法学研究》2006年第1期。
- [14]李昕:《自治与法治的协调统一——从长春亚泰案谈行政协会的性质与法律监督》,《行政法学研究》2003年第4期。

[15]黎军:《基于法治的自治:行业自治规范的实证研究》,《法商研究》2006年第4期。

[16]管瑜珍:《社团自治离不开法律:以社团规章的司法介入为例》,《行政法学研究》2007年第2期。

[17]吴卫兵,雷虹:《社团处罚权的许可和限度》,《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2004年1月第37卷第1期。

[18]汪全胜,陈光,张洪振:《论体育社会团体的处罚权》,《北京体育大学学报》2010年第5期。

[19]楚建会:《我国行业协会处罚制度的缺陷及其完善》,《经济法论坛》2008年第0期。

[20]马骁:《中国足球协会管理的法治化》,见

<http://www.chinavalue.net/Finance/Article/2009-12-20/189696.html>,2016年1月11日访问。