

公共行政与公共管理丛书

颜佳华 陈建斌 总主编

职业协会惩戒权的 公法规制论

谭九生 著

職業協會懲戒權的
公法規制論

湘潭大学出版社

公共行政与公共管理丛书

颜佳华 陈建斌 总主编

职业协会惩戒权的 公法规制论

谭九生 著

職業協會懲戒權的

公法規制論

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

职业协会惩戒权的公法规制论 / 谭九生著. —湘潭:
湘潭大学出版社, 2011.12

ISBN 978-7-81128-364-8

I. ①职… II. ①谭… III. ①行业协会—惩罚—
权利—公法—研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 267108 号

职业协会惩戒权的公法规制论

谭九生 著

责任编辑: 杨珊娜

封面设计: 罗志义

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 邮编: 411105

网 址: <http://xtup.xtu.edu.cn>

印 刷: 长沙瑞和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 880×1230 1/32

印 张: 9

字 数: 226 千字

版 次: 2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-364-8

定 价: 25.00 元

(版权所有 严禁翻印)

本书由

湖南省“十一五”行政管理重点学科
湖南省政府绩效评估与管理创新研究基地
教育部行政管理特色专业
资助

本书系

湖南省教育厅重点项目
“社会自治组织处罚权的公法规制论(10A125)”
的最终研究成果

总 序

“公共行政与公共管理丛书”在多方努力下出版了。这是湘潭大学公共管理学科建设史上的又一件幸事，值得祝贺！

湘潭大学于1985年开办行政管理专业，组建行政管理教学和研究队伍，是湖南省乃至全国最早开办行政管理专业的高校之一。2000年在湖南省最早获得行政管理硕士学位授予权，2001年行政管理专业成为湖南省重点建设专业，2005年通过评估成为省重点专业，2007年入选为教育部高等学校特色专业建设点；2003年获公共管理专业硕士（MPA）学位授予权，2006年成为湖南省重点学科，并于同年在省内首批获公共管理一级学科硕士授予权，2006年获批行政管理博士学位授予权，为目前湖南省唯一的行政管理博士点，2009年获批公共管理一级学科博士后科研流动站。在理论研究方面，湘潭大学公共管理学科凝炼出了公共组织管理与绩效评估、行政文化与行政哲学、社会保障与社会政策、教育经济与管理、电子政务等几个具有特色和优势的研究方向。经过多年的努力，湘潭大学公共管理学科在学科队伍、理论研究、服务地方经济社会发展、人才培养等方面取得了巨大成绩，已发展为科研教学综合实力位列省内前列、在国内有一定影响的学科。

湘潭大学公共管理学科曾在湖南人民出版社出版了“公共管理论丛”等大型学术研究丛书，编辑出版了《湖湘公共管理研究》学术辑刊。这套丛书是该学科近些年的部分成果，先期出版六本，更多的成果将陆续推出，以形成一个系列。出版这套丛书的目的，一方面是为了总结研究成果，进行学术交流，使研究成果接受社会检验；另一方面，也是为了鼓励学术研究，推进学科建设。尽管我们一直本着科学的治学态度和钻研问题的精神，苛求严肃精致的学术研究品位，追求独特的科学研究视角和创新的研究方法。但由于写作时间仓促，加上著作者学识所限，丛书中不妥甚或错误之处，想免难免，作为一种学术讨论的基本形式，我们期待得到广大读者和专家的批评和斧正，这是对我们学术研究的最大鞭策！

湘潭大学公共管理学院院长，教授，博士生导师 颜佳华
湘潭大学公共管理学院副院长，教授，博士生导师 陈建斌

2010年3月20日

目 录

CONTENTS

引 言/1

第一章 职业协会惩戒权/15

第一节 职业协会惩戒权的内涵/15

第二节 社会权力:职业协会惩戒权的性质/37

第三节 自主内生:职业协会惩戒权的来源/51

第二章 职业协会惩戒权公法规制之法理/64

第一节 有权利必有救济/65

第二节 任何权力都有滥用的可能/83

第三章 职业协会惩戒权的边界与限度/100

第一节 需要考虑的几对关系/101

第二节 职业协会惩戒权的外在边界/113

第三节 职业协会惩戒权的内在限度/138

第四章 职业协会惩戒权运行的正当程序/152

第一节 无偏私/153

第二节 听证/167

第三节 说明理由/183

第五章 行业协会惩戒行为的司法审查/198

第一节 行业协会惩戒行为的可诉性/199

第二节 司法审查的时机/223

第三节 司法审查的强度/238

结 语/259

参考文献/264

后 记/275

引 言

人类历史总是走在否定之否定的路上。在国家产生之前，人们自动结成团体，共同管理公共事务，在一片祥和而有序的氛围中，推动社会继续往前走。然而，随着人性贪欲的膨胀以及自然资源与人口增长的冲突，私有制出现了，阶级出现了，作为维护阶级统治的国家也产生了。自此之后，国家成为提供公共权威和秩序的主导性力量，即使在高扬市场力量的近代社会，国家也被认为是维持人类秩序必要的“恶”，更遑论在国家干预主义主导社会思潮的年代，社会组织成为国家的附庸。不过，过于强调国家作用的结果却是政府财政赤字高涨、管理的合法性危机以及行政效率的低下。于是，人类又将目光转向了市场，这次目光转向实现了人类在认识上的一次飞跃：既强调国家的作用又不忽视市场的力量，既是对市场万能也是对国家万能的双重否定。20 世纪中后期以来的公共行政改革成为人类目光穿梭于市场和国家之间的具体表现，当代各国方兴未艾的公共行政改革之主题便是国家简政放权，转变政府职能，突出社会组织在社会生活中的作用，各种社会组织成为社会治理不可替代的力量之一。来源于社会生活却又高于社会生活的理论研究，自不可逃避自己应当承担的社会责任，必须对这次公共行政改革作出必要的理论回应。以规范公权力有序运行为对象的公法部门，也已露出端倪。

一、研究的缘起

接续公共行政改革的话题，我国素有重国家轻社会、重集体轻个人、重一元权力结构轻多元权力结构的传统，所以，自秦汉以来，在大一统的思想指导下，我国的社会治理结构中，很难体现出社会的治理功能，即使有各种行业协会作为市场管理的主体，也是官家收取苛捐杂税的工具而已，无法真正实现社会自治。新中国建立以后，在计划经济体制的“关照”之下，我国呈现出一种“家国同构”的整体性社会结构，集权的国家覆盖了本应多元的社会，民间组织没有存在的必要和生存的土壤，一些社会团体，由于历史上的原因，也成为带有强烈政治意味的人民团体，纳入了国家权力的谱系，履行政治统治职能而非社会治理职能。改革开放以来，我国经济领域的市场经济体制框架已初步形成，政治领域中的依法治国方略已经确立，社会领域中的家国同构之整体性社会结构也渐趋解体，利益多元、主体多元、价值多元的社会秩序成为我国社会的时代特征。这种由单一的社会结构向多元的社会结构变迁的过程，也是一个公共行政改革的过程。在这个过程中，政府职能发生重大转变，理念上要求政府的角色是“掌舵”而不是“划桨”，变全能政府为有限政府，变统治型政府为服务型政府，重新理顺国家和市场、政府和社会的关系。这种公共行政改革突出了国家“分权”和“还权”的功能主义价值取向，通过培育和发展大量的社会中介组织，承接政府“分权”和“还权”给社会后所留下来的治理空间，各种社会自治组织由此得以成为社会治理主体之一，一元权力中心变成了多元权力中心，使“国家—公民”的二元权力秩序转变成“国家—社会组织—公民”的三元权力秩序。就宪政意义而言，这种权力运行模式借助社会中介组织的阻隔，可以避免个体的公民直

接面对强大的国家公权之压迫，对于保护公民自由、维持社会自治无疑是意义重大的。

无论是“分权”还是“还权”，无论是外部授权还是自主内生，属于社会自治组织的职业协会，拥有公共治理权力却是不争的事实，尽管其权力的范围和强度尚无法和国家公权相提并论。但是，在劳动分工日益精细化的今天，职业化已是劳动分工的必然结果，自愿或不自愿地加入某个职业协会，已成为个人从事某一职业的条件之一。由此，成员的职业利益和团体秩序的冲突在所难免。为了维护团体秩序，职业协会行使其惩戒权处罚违规的协会成员；为了捍卫自己的职业利益，成员将据理力争，协会与协会成员因惩戒而发生的争端便出现了。在我国，引起社会广泛关注的当属2001年10月16日中国足协公布的《关于对四川绵阳、成都五牛、长春亚泰、江苏舜天和浙江绿城俱乐部足球队处理的决定》[足纪字（2001）14号]^①，针对该决定，相关当事人向法院提起行政诉讼，并引起了我国行政法学界的极大关注，成为当时公法研究的热点问题。其案情如下^②：

2002年1月7日，长春亚泰足球俱乐部及其教练员殷铁生携球员李洪政、姜鹏翔等10人委托代理人——北京友邦律师事务所律师周卫平、蔡宝川到北京市第二中级人民法院分别状告中国足球协会，请求法院判令中国足球协会撤销其作出的足纪字（2001）14号处理决定；中国足球协会赔偿因上述处罚而给原告造成的直接经济损失300万元；诉讼费由中国足球协会承担。原告在起诉书中称：“2001年，中国足球协会组织全国足球甲级联

① 资料来源：<http://mil.eastday.com/epublish/gb/paper185/3/class018500004/hwz441813.htm>，2011-09-18。

② 《长春亚泰及其教练状告中国足协案法院不予受理》，资料来源：http://news.xinhuanet.com/newscenter/2002-01/24/content_252933.htm，2011-09-18。

赛并实施管理，原告依据有关规则参加了全国足球甲级 B 组联赛。在联赛中，原告发扬体育拼搏精神，终于在 2001 年 10 月 6 日的第二十二轮与浙江绿城足球队比赛中，净胜 6 球，在整个赛季中排名甲 B 第二。按照中国足球协会发布的《全国足球甲级联赛规则》第九条的有关规定，长春亚泰足球队应升入甲 A 足球队之列。但是，中国足球协会在联赛后的 2001 年 10 月 16 日，突然作出足纪字（2001）14 号‘关于对四川绵阳、成都五牛、长春亚泰、江苏舜天和浙江绿城俱乐部足球队处理的决定’，该决定第一项处罚是取消原告升入甲 A 资格，第四项处罚是取消原告足球队 2002 年、2003 年甲、乙级足球联赛引进国内球员的资格，第七项是限原告 3 个月期限的内部整顿。原告不服中国足球协会的 14 号处理决定，于 2001 年 10 月 19 日和 11 月 10 日两次向中国足球协会提出申诉状，但中国足球协会未能在法定的时间内答复。原告认为该决定为法律授权的组织作出的行政处罚行为，该行为没有事实依据，也无法律依据，依据《行政诉讼法》应予撤消。”北京市第二中级人民法院对上述案件进行审查后，认为其起诉不符合《中华人民共和国行政诉讼法》有关规定的受理条件。据此，作出不予受理的裁定。

抛开前述案件本身的是是非非，其实质在于中国的公共行政改革促使了职业协会的产生，并享有了行业治理职权，这些权力与国家权力不同，它属于社会权力，在团体权力和个人权利博弈中，人人都有可能犯错。“给定人能犯错这一条件，即任何人只能不完善地认识到他或她的行为后果，在追求自己的优势时也可能导致意外的结果以及对他人引起损害。”^① 具体而言，针对有可能滥用的职业协会权力，在当下的中国，公法如何承担规范社

① [美] 文森特·奥斯特罗姆：《复合共和制的政治理论》，毛寿龙译，上海三联书店 1999 年版，第 46 页。

会权力的重任，如何维持社会自治与救济成员权利之间的平衡呢？考察我国的行政法现状，已有的制度设计——行政复议以及行政诉讼——似乎无法完成规制职业协会惩戒权的滥用，因为这两项制度所拘束的对象仅限于国家公权，而职业协会惩戒权在性质上属于社会权力，一旦职业协会滥用其惩戒权损害了成员权益，协会成员除了寻求协会内部的救济途径之外，无法寻求外部救济了，然而，依我国目前职业协会内部救济制度的完善程度，很难得出协会成员权益可以公正地受到保护之结论。另一方面，考察我国公法学界研究之现状，主要关注的是在“国家—社会组织”的二元框架下研究如何监督和制约国家权力问题，目的在于突出社团自治的重要性，进而改革我国现行的社团管理体制，为培育和发展有中国特色的社团提供理论支持^①。这种宏观的研究路径，其意义是重大的，因为我国历来缺乏社会自治之传统，从而泯灭了社会自治组织的治理功能。但是，这种二元的研究框架忽视了对协会成员的利益保护问题，只是看到了职业协会等社会自治组织对国家权力侵害个体公民权利的抵御功能，却无视职业协会自身的权力运作也会侵害成员权益的现象，似乎人人

^① 已有的研究成果，大多数以平衡社团自治权与成员权益为切入点，主要从司法审查角度来论证如何保护成员权益。笔者以为，这只是规制社团处罚权的一个方面而已。在强调社会自治的前提下，通过司法审查来规范社团处罚权并非最好的途径，因为司法权相对于社团自治而言，也是一种国家权力；若司法权不保持谦抑的本性，过度干预社团自治权，则社会自治的功能性选择无法实现。治理和善治已成为现代国家的时髦话语，也是各国目前公共行政改革的指导理论，为此，若要发挥社会自身的治理功能，便需留足社团的自治空间；同时，自治是在法治之下的自治，绝非法外的“自留地”，如何保护成员权益也是必须考虑的问题，甚至是最重要的问题，仅仅通过司法审查来保护成员权益是不够的，还需要界定社团处罚权的边界，以及社团处罚权运行的内部程序规制，这两方面对于保持社团自治更有实际意义。但是，我国目前的学术界对此二者基本没作研究，有研究者虽然关注了这两方面的内容，也是蜻蜓点水，鲜见较深入的研究。

都会犯错的前提性假设在职业协会秩序维护之中不再有效。事实上，自从社会组织和国家分享社会治理职能之后，在职业协会占据职业垄断地位的前提下，若没有良好的制度既约束国家权力又约束社会权力，个体成员的自由不是增加而是减少了。因为协会成员除了国家之外，还有职业协会可能成为实现个人自由的障碍。“不自由，毋宁死”的价值追求，要求人类必须设计良好的制度来制约所有可能侵犯公民权利的公权力，不至于“人类的智慧在自己的创造物面前感到迷惘而不知所措了”^①，这就是本书研究的缘起。

本书之所以定位于“公法”规制，是由职业协会惩戒权的公权力性质以及公法的调整范围所决定的。我国著名公法学者姜明安教授认为：“公权力是人类共同体组织以共同体的名义，代表共同体做出某种行为的能力或力量。”^② 由于人类共同体的组织形式多样，所以公权力的形式也不同，现代国家主要有国家公权力、社会公权力以及国际公权力三种。而“公法是规范和控制公权力的法，是调整公权力主体与人类共同体成员的关系以及公权力主体相互之间关系的法律规范系统”^③，“公法关系是指公权力主体与公权力相对人之间以及公权力主体相互之间发生的受公法调整的各种关系。公法关系依双方主体的不同，可分为公权力主体与相对人的关系和公权力主体相互之间的关系。公权力主体与公权力相对人之间的关系包括国家公权力主体与公民之间的关系、社会公权力主体与社团成员之间的关系、国际公权力主体与国际组织成员的关系。国家公权力主体与公民之间的关系受国家制定法调整；社会公权力主体与社团成员之间的关系既受国家

① 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，人民出版社1999年版，第185页。

② 姜明安：《公法学研究的几个基本问题》，载《法商研究》，2005（3）。

③ 姜明安：《公法与政治文明》，载《法商研究》，2003年（3）。

制定法调整，又受相应社会团体自治章程（广义的公法）调整；国际公权力主体与国际组织成员的关系受国际公法（包括国际公约、国际组织章程等）调整。公权力主体相互之间的关系包括横向关系和纵向关系。前者如国家立法机关、行政机关和司法机关的关系，社团组织之间的相互关系，国际组织之间的相互关系，国家机关、社团组织、国际组织相互之间的关系；后者如中央国家机关与地方国家机关之间、地方国家机关上下级之间的关系，等等”^①。由于行业协会惩戒权在性质上属于社会公权力，将上述公法原理运用于行业协会惩戒权的研究中可知：一方面，行业协会惩戒权的创设涉及与国家立法机关的关系、行业协会惩戒权的司法监督涉及与司法机关的关系，这两种关系构成了社会公权力主体与国家公权力主体之间的横向公法关系；另一方面，行业协会惩戒权运行的正当程序与协会成员的程序利益不可分离，这又形成了社会公权力主体与社团成员之间的公法关系。因此，行业协会惩戒权以及对成员的惩戒行为属于公法的研究范畴。

二、研究的价值

囿于我国传统上治理权力多中心化的先天不足，以及当代公法制度设计和学界知识储备的后天不良之局面，在人类必然走向社会自治的历史规律中，选择行业协会惩戒权的公法规制为研究命题，在实践和理论方面都有重大的价值。

首先，拓展了行政法学的研究范围。传统上我国行政法学的研究范围局限于国家行政，我国第一本行政法学教材便将“行政”的概念界定为：“行政是指国家的组织活动，行政权是指行

^① 姜明安：《公法学研究的几个基本问题》，载《法商研究》，2005（3）。

政机关的权限。在我国，国务院和其他各级人民政府都是行使行政权的国家行政机关。”^① 这样对“行政”概念的界定，一直延续到 20 世纪末^②。其研究范式可概括为：主体要素仅是指拥有国家行政权的行政机关以及得到国家法律法规授权的组织，权力来源是判断行政主体合法性的唯一标准；行为要素是指行政主体行使国家行政权力的职权行为；在救济要素上，行政相对人只能针对行使国家行政权力的机关或组织及其工作人员的行政行为，向上级行政机关申请行政复议或向人民法院提起行政诉讼。这种研究范围的界定是特定时代的产物，它体现了我国当时的一元社会结构，也是借鉴前苏联“管理论”的行政法制之反映。随着我国经济市场化、政治民主化、社会多元化的到来，治理和善治理念的兴起，各种社会自治组织承担了越来越多的社会治理职能，它们治理社会的权力，一部分来自于国家法律法规的授权，因此可以视作法律法规授权的组织从而纳入传统行政法研究的范畴；但是还有一部分权力是来自组织成员的让渡，属于社会权力，则无法归入传统行政法学体系。另外，任何权力都有可能滥用的公理式结论同样会出现在行业协会等社会自治组织之中。然而，我国传统行政法中的救济主要是针对行使国家行政权力的行政机关或法律法规授权的组织所实施的强制性与单方性的具体行政行为，行业协会惩戒行为在性质上属于社会行政行为，是行业协会惩戒权的具体适用，直接维护的是协会共同利益；此种秩序行政行为无法纳入现有的行政救济途径，对救济协会成员的合法权益是不利的。可喜的是我国行政法学界经过多年的探索，回到

① 王珉灿：《行政法概要》，法律出版社 1983 年版，第 2 页。

② 比如有学者认为“行政作为国家行政管理的一种活动，体现国家权力（行政权）的要求，它是权力因素和技术因素有机结合的动态过程”。参见张正钊、韩大元主编：《比较行政法》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 4 页。

本源，认为行政法是有关公共行政的法，从而在理念上为行政法学研究范围的拓宽奠定了基础，主张公共行政“不但包括国家行政——国家行政机关从事的执行管理活动，而且也包括非国家的公共团体、组织的行政”^①。因此，研究属于社会公共行政范畴的职业协会惩戒权，有利于拓宽我国行政法学的研究范围。

其次，有助于重构我国行政主体范畴，并进而拓宽行政诉讼的受案范围。我国从行政组织到行政主体的认识过程，可以说是一个把握历史“机缘”的过程。按学界通说，我国之所以提出行政主体概念，一方面得益于行政法学界的先行者们翻译和介绍国外行政法理论，为我国确立行政主体概念提供了可资借鉴的理论素材；更重要的是一种功利性的价值取向使然，具体而言，就是为了解决那些不是行政机关但又行使着国家行政权力的非政府组织的行政诉讼被告资格问题。根据学者的回忆，“我们在起草我国《行政诉讼法》的时候，就想到了一个问题，即行政诉讼的被告，除了行政机关以外，还有一些行使公权力的组织。这些组织应该用什么提法和称呼？我们使用法律、法规授权的组织这样的提法”^②。作为行政机关与法律法规授权组织的上位概念，行政主体成为我国行政法学的核心概念，依此学理上的概念，我国现行的行政主体仅包括两种：行政机关与法律法规授权的组织，并且进而直接确定了我国行政诉讼的受案范围，认为只有行政主体行使国家行政权力的具体行政行为才能接受司法审查，将其他组织行使公权力的行为排除在我国行政诉讼受案范围之外——因为被告不适格。这种狭窄的行政主体范围，已不能反

^① 姜明安：《行政法与行政诉讼法》（第三版），北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第3页。

^② 石红心：《社团治理及其法律规制》，2003年北京大学博士研究生学位论文，第121页。