

方洁 著

社团处罚研究

Study on Association Penalty

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

社团处罚研究

Study on Association Penalty

方洁
著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社团处罚研究 / 方洁著. —北京:法律出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9823 - 1

I. 社… II. 方… III. 社会团体—行政处罚—研究—中国 IV. D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 143941 号

社团处罚研究

方洁著

责任编辑 郑导

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9 字数 219 千

版本 2009 年 11 月第 1 版

印次 2009 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9823 - 1

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

现代社会经济变革引发了世纪之交各国行政科学体系与结构的嬗变,行政法学虽稍缓于行政学、公共管理学,但发展变革毋庸置疑:例如关注的重心从法院如何处理“患病”的行政行为转向行政主体要求自身行政行为过程(实体与程序并重)的合法性、合目的性;从以“行政权”为核心展开的行政法体系与结构转向全方位研究行政活动的“公共性”、“给付性”与“服务性”;从执法手段以“命令”、“制裁”与“强制”为主的消极行政转向行政执法以“协商”、“指导”、“合同”与“奖励”为主的积极行政等,特别是行政主体的多元化,引发了学界对第三部门理论的研究及对社团组织在中国兴起的关注。尽管近二十年更多在“移植”英美学理与制度,但由于历史等原因我国行政法仍然具有“大陆法传统”色彩;近年对这种“传统”和“移植”突破的尝试日趋增多,尤其是在年轻一代的行政法学者中,已经形成了一股不可忽视的学术力

量。方洁博士的学位论文《社团处罚研究》便是其中之一。

《社团处罚研究》以“第三部门”的制度和理论为背景,从行政法的领域论、公务论入手,分析研判法团主义、公民社会、权力格局等与行政主体多元化相关的法社会学基础理论;进而对社团处罚的发生、属性、秩序功能及其与行政处罚的衔接等逐一阐释论证,最后阐明社团处罚从法治化的角度呈现其秩序调控力与规范度,进一步指出相关争议解决方式符合法理与国情的实际处理。方博士的《社团处罚研究》,有以下学术特性与功效:(1)它是国内第一部关于“社团处罚”研究的个人学术专著。虽然文中的一些观点与结论未必成熟周延,尚待实践印证,但是,这些观点与问题对于今后研究者显然是无法回避的。(2)从“社团”、“社团规章”、“实际效用”三个维度透视社团处罚,视角新颖、独特,得出的“社团处罚是指社团对社团公务相对人违反社团规章的行为所施的惩罚”,“社团处罚总体上归属为一种社会行政行为,具有社会化的秩序行政特征,是特殊的行政处罚”等结论,是可以接受的。(3)以中国法律与社会为背景,研究中国的“真问题”。论者研究迥异于当下不少博士“不土不洋”做文风格,而是恰当地处理好了“本土”与“西洋”的智识关系,将中国的一个“真问题”置于中国法律与社会的背景之下。这样的文风与研究路径至少我是给予高度肯定的。

从十年前开始,我就在不同场合提出应当将第三部门法律问题纳入行政法研究范畴,并于2003年任政治与公共管理学院院长,集行政学与行政法结合的优势,展开公法学研究新的探索,不但为中国政法大学行政学专业的本科学生与硕士生开设“第三部门的管理与法”的课程;同步带领博士生对社团管理法律规制领域深入考察研究。其后政法大学的申报行政管理硕士,也因学科交叉优势加了分。当时我已预感到:现代社会经济变革,尤其是中国当下的社会转型,已经对我们自20世纪80年以来形成的行政法学体系与结构,特别是行政主体理

论产生了巨大的冲击,行政法必须对这种变革作出自己的回应。2003年方洁考入中国政法大学攻读博士学位后,随我调研考察非政府组织,参加国际国内有关学术会议并协助我完成了《第三部门的管理与法(教学大纲)》的编写。在我的引导与建议下,她将第三部门的法律问题研究作为博士论文的选题方向,经过认真积累与反复思考,论文题目确定为《社团处罚研究》;历经三年潜心研究最终完成了博士论文,并以优异的成绩通过了博士论文的答辩。

时过多年,她依然在第三部门的公法学研究上孜孜以求,不断与我交流她的所见所思。今天论文以专著形式即将付梓,作为她的导师和第一个读者,深知该书出版的意义与不易,即欣然命笔为之作序。

朱维究

2009年7月于北京

目 录

序 /1

导论:行政法的“领域”发现 /1

一、行政法体系的反思 /2

(一)以“行政”为核心概念 /2

(二)“公务”与行政法领域的发现 /4

(三)公共行政中的第三部门组织 /9

二、社团处罚的研究旨趣 /13

(一)问题源于发展中的事实 /14

(二)社团处罚是认识第三部门行政的良好

素材 /15

(三)建构更直观的行政法各论 /16

三、研究路径与方法 /18

(一)行政法学专属性方法论 /18

(二)实证研究及对其他社会科学的借鉴 /19

(三)一些具体分析工具 /20

第一章 社团处罚的发生 /27

一、社团处罚的界定 /28

(一)“社团”概说 /28

(二)社团处罚意义中的“社团” /31

(三)社团处罚的界定 /35

二、相关历史片断的考察 /38

(一)西方社团处罚的阅读 /39

(二)中国历史上的社团处罚 /43

(三)共通性特征 /48

三、观察我国现今社团处罚的几个维度 /53

(一)社团处罚所依存的社团维度 /53

(二)社团规章下的罚则维度 /55

(三)社团处罚的实际效用维度 /58

四、社团处罚的合法性 /60

(一)什么是合法性 /60

(二)社团处罚的合法性困境 /68

(三)社团处罚合法化的出路 /70

第二章 社团处罚的法律属性 /72

一、社团处罚法律性质的争论 /73

(一)惩戒罚与准违约罚的不同见解 /73

(二)惩戒罚的理论依据与适法根据 /73

(三)准违约罚论的理论根据 /76

二、社团自治与共同体公务 /77

(一)自治是社团应有之义 /77

(二)社团自治与共同体公务的不完全对应 /79

(三)共同体公务的具体内容 /81

- 三、社团规章的行政法法源效力 /83
 - (一)行政法扩展下的渊源辨析 /84
 - (二)社团规章具有行政法法源性质 /90
 - (三)社团规章的法源构成及效力 /98
- 四、社团处罚中的公务关系 /109
 - (一)“分权”还是“还权” /109
 - (二)公务分权下的社团主体 /111
 - (三)社团处罚中的公权力 /118
 - (四)社团处罚法律关系 /124
- 五、社团处罚的特别属性 /126
 - (一)社会行政行为 /127
 - (二)社会化的秩序行政 /128
 - (三)特殊的行政处罚 /130

第三章 社团处罚的秩序功能 /133

- 一、国家与社会的善治目标 /134
 - (一)治理结构的完善 /134
 - (二)“善治”的要求 /134
 - (三)国家与社会善治目标的统一性 /136
- 二、合作治理的蕴意 /138
 - (一)主体的联合——政府与第三部门的合作 /138
 - (二)公务的联合——政府行政与社团行政的合作 /143
 - (三)规范的联合——国家法与社团规章的合作 /145
 - (四)方式的联合——权力性行为与非权力性行为的合作 /149
- 三、社团处罚配合承担的秩序行政 /150
 - (一)两则社会新闻的行政法思考 /150
 - (二)社团处罚对自治秩序的保障 /154
 - (三)国家秩序行政的调整 /156

(四)合作的可能 /158

第四章 社团处罚与行政处罚的配合 /163

一、秩序、责任与制裁 /163

(一)秩序、责任与制裁的逻辑关系 /164

(二)根据规则范围区分的秩序层次 /169

二、惩罚调控的构架 /172

(一)罚的种类 /172

(二)各类罚互为配合 /174

三、社团处罚的配合作用 /175

(一)与行政处罚的联系 /176

(二)与纪律罚的联系 /181

四、社团处罚与国家行政处罚的进退与并行 /184

(一)社团处罚的调控优势 /184

(二)“法律法规授权”再认识 /188

(三)进退与并行 /190

第五章 社团处罚的法治化 /197

一、社团处罚的边界 /198

(一)法律保留原则的适用 /199

(二)社团规章可限制的权利 /201

二、社团处罚的设定 /202

(一)要考虑的因素 /203

(二)应遵循的原则 /204

(三)设定时的程序要求 /206

(四)可设置的种类 /207

三、社团处罚的实施 /209

(一)社团规章及效力冲突规则的适用 /209

(二) 社团处罚实施中的要点 /216

四、争议解决机制 /217

(一) 内部程序救济 /218

(二) 开通诉讼救济途径 /220

(三) 如何进行审查 /232

余论 迈向尽可能的自治 /247

参考文献 /253

后记 /269

导论：行政法的“领域”发现

古希腊哲学家赫拉克利特（Heraclitus）曾以“人不能两次踏入同一条河流”的经典命题，启蒙人们一切事物都处于永恒的不断变化之中。变化可以被察觉，亦可被创造，在现实与未来的临界点上，能够把握无常、赋予认识智慧的，唯有历史。对于一个19世纪跃上历史舞台的事物而言，行政法理论与实践的逐渐丰满从来没有也不可能脱离传承、创造与反思。当它们在彼邦获得最初的总结发现，又在新兴的社会主义中国扩展着空间时，“变化”仍一直提醒着每每可能涉及的历史与现实。

“经济基础决定上层建筑”，就是在历史中发现的规律，这个规律影响了行政法的演变。在19世纪的自由国家，行政与国家是黏合的，受自由放任经济政策及观念的影响，国家的作用被认为只限于间接地保障经济性“市民社会”的自律运行秩序，国家权力被认为是发挥这种作用的必要的“恶

魔”，行政原则上只限于外交防卫以及为维持国民生活的安全秩序而必需的最低限度的秩序行政和租税、财务行政。随着社会性集团生活的扩大，自由的私人活动调节和维持的单一方式被打破，各个市民的力量无法完成的任务交由社会集团乃至国家来完成。20 世纪以后的现代社会，人类的社会、经济、文化生活，与国家及公共团体（主要指地方政府）的行政处于密不可分的关系之中。随着资本主义社会的社会性、经济性诸矛盾的激化，自由国家或夜警国家那种单纯地维持秩序的行政已经远远不能满足形势发展的需要，国家对市民社会的积极干预，成为时代的要求。^{〔1〕}而现时代的中国，亦在历史性时刻并入市场经济洪流，在公民社会发育尚不完善之际毅然选择国家干预与国家社会分离齐头并进的做法，从而使行政、行政法在中国法治的意义上多少负荷了举棋不定的犹豫。在几头兼顾的使命之下，能推动稳步发展的认识论储备需借助于历史，借助于国际社会的共同潮流以及中国的现实行政法事件。在这个过程中，我们可以“察觉”甚至“创造”变化，当然这需从行政法体系的反思开始。

一、行政法体系的反思

反思行政法的体系，以“行政”为核心概念、以“公务”为调整领域，能更为客观地反映行政法现象与规律。跟随“公务”的足迹，“第三部门”就成为行政法发展中的重要领域发现，它的公务活动构成公共行政、社会行政的实质性内容。在第三部门中，社团行政又以相对成熟的形态及现实作用占据第三部门社会公务的重要比例。

（一）以“行政”为核心概念

行政法理论的阐释和应用以核心概念为基础。历史上曾被浓墨

〔1〕 杨建顺著：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版，第 89 页。

重彩的概念并不少,如行政权、行政行为、行政法律关系等。比较有代表性也更有现代意义的,如迪特尔·洛伦茨(Dieter Lorenz)教授认为:行政行为是传统行政法学的中心概念。行政行为包含了行政法的所有因素,但是,行政行为也存在着缺陷,其中主要是单方面性,缺乏民主性和合意性,尤其不能反映行政合同普遍存在的现实。行政法律关系避免了行政行为的缺陷,不但可以包容各种形式的行政管理方式(行政行为、行政合同和事实行为等),而且可以反映现代民主行政的内涵。毛雷尔教授认为,行政法学存在多个中心概念,其中包括行政行为、行政法律关系等。行政权在行政法领域体现为主权,不是行政法的中心概念,如果一定要指出一个中心概念,这个中心概念应当是行政活动。关于毛雷尔教授的观点,国内有多位教授均认为,行政活动是动词意义上的“行政”,因此,行政法的中心概念实际上就是“行政”,行政法就是有关行政的法。^[1] 行政法探讨之对象,乃规范“行政”之“法”。^[2]

以“行政”作为核心概念的适用性体现在能说明过去,阐释和深入发展现有理论。^[3] 当然,行政是一个内涵可变之概念(ein Begriff mit wechselnden Inhalt),因国家政治体制与环境之变迁相对于人们的期望随时可能发生变化。在学理上,对行政的概括经过了“组织意义上的行政”、“实质意义上的行政”、“形式意义上的行政”、“积极说”、“消极说”等一系列讨论后,基本上倾向于合并使用两种方法,一方面

[1] 朱维究教授、米健教授、邵建东教授、郑永流教授、马怀德教授、杨建顺教授等均持如上观点。参见[德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第166页译者注。

[2] Antonioli/Funk氏亦认为行政之概念,乃构成行政法定义的基础(siehe, dies, aaO. S. 45)。转引自蔡志方:“行政法之概念、对象及范围”,载台湾行政法学会主编:《行政法争议问题研究》,台湾五南图书出版股份有限公司,2000年版,第3页。

[3] 日本行政法上就理解为“有关行政的法”,日本行政法学者都以对行政的研究为行政法研究的起点。参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第89页。

消极地明确行政的界限,另一方面积极地提出行政的特征。但行政的活动范围、任务、结构和活动方式是如此多样,以致对行政作概念性的把握几乎是不可能的。因此,福尔斯特霍夫(Ernst Forsthoff)指出:行政只能描述,而不能界定。^[1]事实上,行政的这种含义演变也造就了行政法体系和调整领域的变动。但行政显然是可知的,能通过“公务”的范围得到推论。而“公务”的持续、新设往往是通过当时的社会经济等条件触动下,一定规模的社会事件而得以发现。

(二)“公务”与行政法领域的发现

行政的内容在于执行与管理,它的出发点其实在于“公务”。^[2]公务的疆域即是认识行政法体系的线索和标识。行政法体系是自己客观存在发展的体系,不以行政法学体系的改变而改变。行政法体系

[1] 德国行政法上,公共行政(Öffentliche Verwaltung des Staates)形成行政的第一个界限。在此基础上,组织意义上的行政是指行政组织,由行政主体、行政机关和其他行政设施构成;实质意义上的行政是指行政活动,即以执行行政事务为目标的国家活动;形式意义上的行政是指行政机关所实施活动的总称,而不考虑其是否符合实质意义上的行政的特征。实质意义上的行政与组织意义上的行政的区别是基础性的,其意义表现在将特定国家活动分配给特定国家机关的分权原则。这两个概念都不完全符合实际情况,而是形成了两个相互交叉的领域。组织意义上的行政通过本身非常复杂,但对外界界限分明的国家行政组织得以界定。与此相应,形式意义上的行政可以从行政组织的角度得以充分肯定。但是,有关实质意义上的行政的概念理解却充满了问题和争议。消极说与积极说是进一步界定实质意义上的行政的方法。如沃尔夫、巴霍夫(Wolf/Bachof)(《行政法》,第1卷,第2章,第3节)的著名定义尤其如此:“实质意义上的公共行政是指按照特定条件或者出于特定目的,部分计划地、自主地、创造性地执行共同体事务的活动,以及作为共同体管理人员予以任命的成员。”参见[德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第3~6页、第6页下注[3]。此外,日本的行政法学家也分别提出过相近的“控除说”、“国家目的实现说”、“司法对立概念说”、“机关形态说”等观点。该国的“积极说”则认为,行政是在法律下以实现公益为目的的能动性作用。参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第97~101页。

[2] 1873年法国权限争议法庭在布朗戈案件的判决中提出了公务的概念,并以此作为对行政机关适用行政法标准。对公务概念的理论论证则是由以狄骥为代表的“波尔多学派”完成的。相关的背景介绍,参见叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社1999年版,第272~282页。

体现的是“存在”,行政法学体系则是运用理论推进“当为”。^[1] 我们现今各类概念学说、解读分析其实都只是在行政法学的体系之下作出的,不能尽行政法体系之全义。从行政法体系到行政法学体系的过程无疑是一个从现象到抽象的过程,其中的媒介是“公务现象”得以被观察和发觉。行政法体系同时具有开放性,社会变化是导致行政法发展的必然原因。正是由于“公务”的出现,才有了人为地趋向理性的应对手段,行政法也随之成为相应的“法存在”。

狄骥用“公共服务”这一概念取代主权的概念,认为国家的存在仅仅是为了履行一些为保有和增进社会团结所必需的任务,职能主要在于公共服务。^[2] 按照王名扬先生的介绍,“公务”一词在法文中表示两种意义:首先,形式的意义或机构的意义,按中国用语习惯,这种意义的公务称为公务机构;其次,实质的或功能的意义,公务是指行政主体为了直接满足公共利益的需要而从事的活动以及私人在行政主体控制之下为了完成行政主体所规定的目的而从事的满足公共利益的需要活动。因此,公务是行政主体的一种活动,这种活动的特点是满足公共利益的需要。在当代情况下,行政法学在说明公务活动的法律关系时,主要是指实质意义的公务。^[3] 笔者以为,公务指的就是公共事务、公共服务。从自然的社会状态而言,公共利益的需要产生一种个体无法实现的公共责任,为实现公共责任,公务得以确定。有公务才会视需要自发让渡形成权能,直至上升为国家代表的社会公

[1] 18世纪英国哲学家休谟就认为“存在”与“当为”之间有一条不可逾越的鸿沟。参见[英]索利:《英国哲学史》,段德智译,山东人民出版社1996年版,第182页。

[2] 参见[英]马丁·洛克林:《公法与政府理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第154~155页。

[3] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1997年版,第480~481页。

益、社会责任而需给公务实现配备的权能,成为权力。^[1]在未上升至国家层面时,这种公共责任的承担者及相应权能的行使者往往是一种非国家非政府的公共组织,其权能也非法定意义上的权力,而只是一种影响力。到了国家层面,公共责任的承担者或称权能的行使者主要指国家行政机关,在国家行政机关资源不及时,授权其他组织承担,此时的权能必然也必须法定,成为法定权力。所以公务未必一定就形成或配备权能,在行政授益度高而约束度弱的事项中,即便承担公共责任的组织存在权能,也未必需要行使,而有些情况根本不存在权能运用的必要。也就是说,公务来源于责任,责任先于权能,而非相反。同时,具有开阔性和灵活性的“行政”其实是管理视野下的行政,即行政是为达到目的而进行的一种集体活动。^[2]公共责任承担主体为达成公务实现而运用或不运用权能产生的活动就是行政活动。所以,公务、行政、权能三者之间的关系是:公务是目标,行政是活动,权能是活

[1] “公共责任”与公共权能是一致的,只有当这一责任对于相对人在宪法和法律上的个体权利具有重要影响,并且需要公权力包括国家的公权力和社会自治中高度的公权力进行一定调整,以保证该责任的实施的时候,才可以被纳入公法调整范围。参见 Mark Robinson & Ian Harvey, *private law vs. public law : issues in government liability*, A paper delivered at a BLEC Conference “Government Liability , Issues in Public Law : 4th Annual Workshop” in Melbourne on 4 May, 1995 and in Sydney on 11 May, 1995。文中指出,寻找公私法的界限,一个关键点在于确定“公共责任”(public duty)。这种思路对于公共责任的提出以及引导公私法的认识无疑是有积极性的,但显然它只是一种静态的标志。对于多样化的公务形态,公私法的界分运用也有多种形态甚至组合,它们是互相融合的。

[2] 关于行政有三种比较典型的理解。一是从三权分立的角度看待行政,典型代表是美国的学者魏洛毕(W. F. Willoughby),他认为行政就是政府组织中行政机关所管辖的事务。这种看法在早期的行政学者中,特别是在美国学者中具有一定的代表性。第二种是经典性的政治——行政二分观点下的行政,从决策与执行、表达与活动的角度分析行政,其典型代表是古德诺,他在其代表性的作品《政治与行政》中指出政治是国家意志的表达,行政是国家意志的执行。第三就是管理视野下的行政,把行政定义为为达到目的而进行的一种集体活动,这种理解有相当大的灵活性,而灵活性的另一面往往过于宽泛、难以把握,但随着20世纪70年代以来兴起的公共管理思潮,这种观点又日益兴盛起来。参见马建川、翟校义著:《公共行政原理》,河南人民出版社2002年版,第3页。而本书运用此见解是兼顾了我国的用语、理解习惯以及已有的我国行政法学体系下的行政观念。