

也论体育行业自治规范中的溯及力问题

韦志明

(韩山师范学院 政法学院, 广东 潮州 521041)

摘 要: 在中国足协的纪律处罚规范中, 溯及力的设定与适用对体育行业管理有效性和行业会员权益产生着重要影响。法的溯及力问题与体育行业自治规范中溯及力问题在法理上是相通的, 但体育行业自治规范对溯及力问题的设定与适用应建立在行业自治性基础之上。法治化设定是体育行业自治走向善治的制度性保证, 但在溯及力设定问题上须根据体育行业的自治性来设计, 应该走一种“由低到高、由形式到实质”的层级化升格路线。具体来说, 民主化是体育行业规范实现溯及力法治化设定的奠基选项, 不溯及既往是应然选项, 而相对的不溯及既往是最优选项。研究认为: 在体育行业规范的溯及力适用上, 也应坚持法治化思维。

关 键 词: 体育法; 体育行业规范; 溯及力; 法治化设定与适用

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2016)06-0053-05

Also on the issue about retroactive effect in sports industry autonomy norms

WEI Zhi-ming

(School of Political Science and Law, Hanshan Normal University, Chaozhou 521041, China)

Abstract: The norms, retroactive effect setup and application of disciplinary punishment stipulated by Chinese Football Association produce important influence on the effectiveness of sports industry management and the rights and interests of industrial members. The issue about legal retroactive effect and the issue about retroactive effect in sports industry autonomy norms are interlinked in terms of legal principle, but the setup and application of the issue about retroactive effect by sports industry autonomy norms should be established based on industry autonomy. Legalized setup is the institutional assurance for sports industry autonomy to develop toward good governance, but on the issue about retroactive effect setup, it must be designed according to sports industry autonomy, should go a way of level-specified upgrading from low to high and from form to essence. Specifically, for sports industry norms to realize the legalized setup of retroactive effect, democratization is the foundation-laying option, non-retroactivity is the ought-to-be option, and relative non-retroactivity is the optimal option. In terms of the application of retroactive effect of sports industry norms, we should stick to legalization thinking as well.

Key words: sports law; sports industry norm; retroactive effect; legalized setup and application

天津体育学院学报曾发表高军东^[1]《法治视角下的中国足协及其〈纪律准则及处罚办法〉》一文, 文中指出中国足协在《纪律准则及处罚办法》第 5 条“适用时间条款”上采用溯及既往原则是“非法治”瑕疵, 与法治精神相违背, 使笔者意识到这可能是体育行业自治中极为重要的课题。在现代社会里, 体育行业自治基本上是通过行业自治规范实现制度治理, 而在规范的治理中, 必然会涉及到规范的溯及力问题。尽管

笔者认同文中的大部分观点, 但该文对体育行业规范中关于溯及力诸问题进行深入研究, 特别是在溯及力的设定与适用问题上, 需结合体育行业自治性来讨论。

1 中国足协在纪律处罚规则中对溯及力问题的设定与适用

中国足协在纪律处罚规则中对溯及力的设定可分为 3 个阶段:

收稿日期: 2016-02-23

基金项目: 中国博士后科学基金面上资助项目(2014M561278)。

作者简介: 韦志明(1971-), 男, 副教授, 博士, 研究方向: 民间法和体育法。E-mail: 0772610@163.com

自 2003 年(2004、2005 年两次修改)起,中国足协制定《中国足球协会纪律处罚办法》(以下简称《处罚办法》),其内容中没有涉及溯及力问题,此即溯及力规定的空白时期。

自 2006 年起,中国足协制定《中国足球协会纪律准则及处罚办法(试行)》(以下简称《准则及办法》(试行)(2009 年修改))。其中,第 5 条规定,在此前发生的事实对当事人有利时,《准则及办法》(试行)可适用于此前发生的事实,即所谓的“有利溯及”原则。

自 2010 年 4 月 1 日起,中国足协制定《中国足球协会纪律准则及处罚办法》(以下简称《准则及办法》(2011 年修改)),而 2015 年 2 月 26 日中国足协又制定《中国足球协会纪律准则》(以下简称《纪律准则》)。这两个规则的第 5 条均规定,对于此前发生的事实,《准则及办法》或《纪律准则》均可适用,即所谓的“溯及既往”原则。

中国足协对溯及力问题的态度变化出现在由第 2 阶段的“有利溯及既往、不利不溯及既往”到第 3 阶段的“溯及既往”规定。促使中国足协在溯及力问题上态度大转变的事因,主要是 2010 年 2 月 21 日足协对广州医药俱乐部、成都谢菲联俱乐部和青岛海利丰俱乐部 3 家涉假球队的处罚事件。在这次处罚事件中同样涉及到贿赂行为,由于可适用的处罚依据不同,足协对青岛海利丰俱乐部作出了取消注册资格并罚款 20 万元的处罚,但对广州医药俱乐部、成都谢菲联俱乐部只作出降级中甲的处罚。事实情况是青岛海利丰俱乐部的贿赂行为发生在 2007 年 9 月 22 日和 2009 年 9 月 2 日,成都谢菲联俱乐部的贿赂行为发生在 2007 年 9 月 22 日,广州医药俱乐部的贿赂行为发生在 2006 年 8 月 19 日和 9 月 9 日。

中国足协纪律委员会的本意是要重罚这 3 家俱乐部的贿赂行为。根据《准则及办法》(试行)规定,适合对 3 家俱乐部贿赂行为的处罚条款是第 70 条的“不正当交易条款”,其对俱乐部的处罚可有:1)降级并罚款,2)取消注册资格,3)其它处罚。对于青岛海利丰俱乐部的处罚比较简单,因为它有一贿赂行为发生在《准则及办法》(试行)生效之后,足协可以有充分理由选择第 70 条规定对其处以重罚。此外,还有第 63 条的“贿赂条款”也可适用于此种行为;该条款对俱乐部的处罚是:降级。很显然,第 63 条的处罚比第 70 条的处罚轻。那么,根据《处罚办法》中第 5 条的“有利溯及”规定,中国足协只能选择《准则及办法》(试行)第 63 条规定对成都谢菲联俱乐部和广药俱乐部作出降级处罚。

这一方面说明,中国足协在这个事件上的做法是

法治化的,对 3 家俱乐部的处罚不但做到有“法”可依,而且对成都谢菲联俱乐部和广药俱乐部的处罚也是严格按照第 5 条“有利溯及”规定执行。另一方面,也正是由于《准则及办法》(试行)第 5 条“有利溯及”规定使中国足协无法实现对广州医药俱乐部和成都谢菲联俱乐部作出更重的处罚,促使中国足协对《准则及办法》(试行)进行必要反思。最终,足协纪律委员会在 2010 年 4 月 1 日出台《准则及办法》,其中最大的改变就是对第 5 条“适用时间”条款的修改,把原来“有利溯及”规定改为“溯及既往”。如果从管理角度看,《准则及办法》的修改有利于严惩违规者,但这种做法有违反法治精神之嫌。上述分析表明,中国足协对溯及力的设定不仅影响到行业管理的有效性,而且也影响到足协会员的权利,尤其是法不溯及既往规定,其法治意义重大。

2 法的溯及力与体育行业规范中的溯及力

2.1 法的溯及力

体育行业规范中的溯及力问题需从法律溯及力说起,因为法的溯及力中有关法理的阐述是最为全面、系统的。

在法学教科书中,法的溯及力属于法的效力范畴中的时间效力问题^[2]。其基本含义是:一种法律对它生效以前所发生的事件和行为是否可加以适用的效力。如果可以适用,其就有溯及力;如果不能适用,则没有溯及力。法律规范之所以会产生溯及力问题,根本原因是社会总处在发展变化中,因而法律也随之发生变动。法律的新旧改动不可避免,但新旧法律的变动会引起历时性法的效力问题,即新法生效后能否回溯性地适用于其生效以前发生的事件和行为并影响其法律上的效果,在此过程中便会产生法的溯及力问题^{[3]25-26}。

在溯及力问题上,“法不溯及既往”规定最具法治意义。现代法治的精髓就是制约公权,要求政府各部门依法行政、依法审判和规范立法,法不溯及既往原则的直接作用是要求执掌公权者不得溯及既往的配置、调整权利及义务,从而保护普通善良人的正当行为预期^[4]。法不溯及既往的法治价值主要有:1)法的秩序价值、2)法的信赖利益、3)法的人权价值。但是,法不溯及既往不应绝对化,因为绝对的法不溯及既往反而可能会损害个人利益或社会公共利益。如果绝对地强调旧法对个人利益的保护,可能与社会发展不符。因为在某些情况下社会发展以牺牲旧法中个人利益为代价,此时如果绝对维护旧法中的个人利益,就会损害社会公共利益,造成更为严重的社会不公,故应允许特定条件下法律可以溯及既往。

一般来说，基于以下原因可允许法律溯及既往。一是基于人权保护需要：当新法对人权保护更为有利时，应允许新法溯及既往，这也是各国通行的做法。比如，我国《立法法》第84条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”二是公共利益保护需要：当公共利益保护比个人权利保护有较大优势时，公共利益就构成法律可以溯及既往以减损信赖利益的正当理由。三是信赖利益不值得保护时：当无信赖利益或信赖利益不值得保护时，法律就可以溯及既往。

2.2 体育行业规范中的溯及力问题

以中国足协为例。中国足球协会是根据我国《社会团体登记管理条例》成立的全国性非营利性社会团体法人，是典型的行业组织。中国足协主要通过制定各种行业规范实现对中国足球事务与会员的管理，此即制度化、规范化、程序化管理。与国家法律相比，这些行业规范的特征是：第一，从制定主体来看，足协行业规范的制定主体不是国家机关，而是中国足协这个行业组织。第二，从规范效力来源看，中国足协的行业规范是“自愿”与“强制”的统一。一方面，中国足协行业规范是会员经过协商一致而达成的行业内约定，成员服从行业规范就等于服从他自己，因而体现其自愿性特征。但是另一方面，足协行业规范在制定后的执行需要强制共同遵守才能得以实现，因此又具有强制性。这种强制性是会员自愿选择之后必须执行的强制后果，是一种基于自愿的内部强制性，与国家法律的外部强制性不同。第三，从效力范围来看，中国足协行业规范的效力具有“内部性”特征，即足协的行业规范效力只涉及行业内部成员。

尽管如此，作为一种与法律一样的“规则体系”，足协行业规范面临着与法律一样的“溯及力”问题。一是，作为中国足协进行行业管理的制度性根据，足协行业规范同样面临着立、改、废问题。只要有规则，就有规则的立、改、废，就会存在新旧规则的交替，而涉及新旧规则时间效力的溯及力问题也就必然产生。以中国足协的纪律处罚规则为例，从2003年制定《处罚办法》以来，期间经历2004、2005、2006、2009、2011、2015年共6次修改，如何处理这些新旧规定的时间效力问题就摆在足协面前。二是，在中国足协行业规范的设定与适用中，同样面临着与法律一样设定何种类型溯及力的取舍与权衡问题。中国足协对行业规范的立、改、废同样面临着如何在规则的稳定性与变动性、行业利益与会员利益、个人利益与社会利益、新法秩序与旧法秩序之间进行价值取舍与权衡问题。

三是，在法治国家建设和法治体育背景下，中国足协在自治规范中对溯及力的设定与适用也面临着如何处理人权保障问题，以及如何把不溯及既往制度与人权保障有效对接与建构问题。四是，即使在行业规范中设定不溯及既往的规定，仍然面临着与法律一样如何具体适用与理解的问题。综上所述，说明体育行业规范中的溯及力问题与法律的溯及力问题在法理上是相通的，但须根据行业的自治性来设定。

3 体育行业规范溯及力问题的法治化设定与适用

3.1 体育行业规范溯及力问题的法治化设定

现今，法治化已成为行业规范的“良法”判准，所以中国体育行业要走向法治化的自治，对溯及力的法治化设定应是题中之义。但须根据行业的自治性来设计，因为法治化本身就包含着行业自治性价值。中国体育行业规范对溯及力的法治化设定应该走“由低到高、由形式到实质”的层级化升格路线，具体应按如下标准进行。

1)民主化是实现体育行业规范溯及力法治化设定的奠基选项。

众所周知，行业组织存在与发展的动力来源于行业自治。行业自治包括两方面内涵：一是对外独立于政府及其他社会成员的“自治”，二是对内会员自我治理的“自治”，二者统归于民主。一方面，如果没有实现对外的自主自治，则行业组织无独立可言；另一方面，如果没有实现行业内会员的自治(民主)，则行业自治无活力可言。然而，人们对行业自治的理解常有偏差，以为所谓的“行业自治”就是指其独立于其他社会组织(包括国家和政府)及个体的“自治”，而对行业内部的“自治”(民主)重视不够。其实，对于行业自治来说，内外两者是同等重要并且互为条件。

行业规范的溯及力问题首先是个立法问题，是否需要自治规范中设定溯及力，以及设定何种溯及力(溯及既往或不溯及既往)，都是行业组织的“自治立法”问题。但是，有权力的地方就有被滥用的可能性，为防止行业组织“立法权”被滥用，要求行业“立法”的正当性应建立在民主化基础之上，故中国足协对溯及力的设定也需民主“立法”。只要通过民主程序，在溯及力设定问题上经过足协成员的讨论与表决，那么是否设置溯及力规定以及选择何种溯及力规定，均是协会成员共同选择的结果，具有正当性。在行业规范中设定溯及既往的规定，也是行业会员合意或同意选择的结果。但中国足协在《准则及办法》中对“溯及既往”规定的设定没有经过民主程序，缺乏正当性基

础。据媒体报道：“纪律委员会借助‘审判’广药和成都谢菲联的机会，修改了纪律处罚办法中的条款，填补了存在的漏洞，尤其是在时效和适用条款上作出了明确界定”^[5]，这说明对纪律处罚规则的修改是由足协纪律委员会完成的。中国足协纪律委员会新闻发言人周明律师也认为：“在2010年2月20日，我们纪律委员会在香河开了一个会议，由7名委员参加，这个会议的议程由3个部分组成：第一是对2009年处罚工作的总结和回顾，第二是讨论相关的处罚，第三是对现有处罚条例进行修订”^[6]。可见，对于纪律处罚规则的设定，包括溯及力问题均由中国足协的管理者拍板决定，而与这些处罚结果有利益关联的会员如俱乐部、运动员、裁判员、教练员、经纪人等却无法参与规则的修订，因此其并非真正意义上的行业自治。

这就进一步说明，没有建立在民主化程序上的溯及力设定，不能实现法治化设定，因为非民主化本身就是非法化。民主化是实现体育行业规范溯及力法治化设定的必要前提；只要对溯及力的设定是通过民主程序进行的，是成员自主选择的结果，不论其设定了溯及既往还是不溯及既往，都具有正当性。总之，民主化从形式上保证体育行业规范对溯及力的法治化设定。

2)不溯及既往是实现体育行业规范法治化设定的应然选项。

对溯及力设定的法治化当然不能止步于程序上的民主化，在内容上也应实现法治化。在各选项中，不溯及既往应是体育行业规范法治化设定的应然选项，因为它具有规则的安定性、平等性、人权保护、合理信赖利益保护等价值优势。

前述论及，实行不溯及既往的本意是防范权力对社会成员既得利益和信赖利益的侵害，维持规范的安定性，最终是为保护人权。所以，是否存在公权力侵害人们的合法权益，以及是否为保护人们的合理信赖利益和人权等价值就成为判断是否有必要实行不溯及既往原则的正当性判断。体育组织的行业内部管理属于广义上的行政管理关系，制定自治规范的权力是一种准公权力行为，同样也面临着权力滥用的可能性。只要有权力滥用的地方，人们的信赖利益和人权保护就有可能受到侵害，被告不溯及既往就有必要。其二，体育组织依据自治权设定的处罚规则对成员影响甚大，除人身罚不可以设定以外包括财产罚、资格罚、声誉罚，体育组织都可以以自治规范名义进行设定。这些处罚轻者会影响成员的声誉，重者可以剥夺成员的参与资格，如果没有对体育组织的这些设定权进行必要限制，成员的合法权益就会面临被体育组织在规

则设定上的不当所侵损。故为了防止体育组织在对处罚规则的设定和适用过程中造成对成员的不当侵犯，从规则的安定性、会员的信赖利益及人权保护等考虑，在对溯及力问题的设定中应把“不溯及既往”作为它的应然选项。

3)相对的不溯及既往是实现中国体育行业规范走向法治化设定的最优选项。

在现代社会里，人权保护是判断规范的良法标准。同理，在体育行业管理中人权保护也是判断溯及力设定法治化程度高低的核心要素。高军东^[1]正是基于保护人权考虑，才主张体育行规只适用于“其生效后发生的各种事实”。但这是绝对的不溯及既往，不一定有利于人权保护，因为在某些特殊情形下采取溯及既往的做法，反而是有利于人权保护，而采取绝对的法不溯及既往反而是对人权的侵害。比如，二战后纽伦堡审判和东京审判中都代表良知和正义的新法制裁了在纳粹政府法令下“合法”的战争罪行。此时溯及既往的法律非但没有侵犯人权，反而是对人权的张扬。如果在这种情况下，坚持绝对的法不溯及既往原则，就不能宣布纳粹政府的法令为非法并根据新法来审判，无疑助长“恶法亦法”观念，默认恶法对人权的践踏^{[13]104}。从法治化考虑，相对的不溯及既往应是任何规则法治化设定的最优选项。如我国《立法法》第84条规定和刑法中“从旧兼从轻原则”，就是一种相对的法不溯及既往。所谓相对的不溯及既往，是指以“不利溯及禁止”为原则、以“有利溯及”为补充的规定。相对的不溯及既往的价值取向以人权保护为判准；如果对人权保护有利，则允许法律溯及既往，反之，则禁止法律溯及既往。中国足协于2006年(2009年3月21日修改)制定的《准则及办法》(试行)第5条“有利溯及”规定就是一种相对的不溯及既往原则。虽然该条款没有对“不利禁止溯及”作出明确规定，但根据人权保护原则推定，应推定为禁止不利溯及既往。

3.2 体育行业规范“不溯及既往”规则的法治化适用①

在对“不溯及既往”的法治化适用中，应仍以人权保护为适用导向，具体可分如下几种情况。

1)体育事实始于旧规则有效期内且止于新规则生效前。此种情况，如果新规则有“有利溯及”规定，则新规则对此前的体育事实有溯及力。如中国足协按《准则及办法》(试行)第5条“有利溯及”规定对广药俱乐部和成都谢菲联俱乐部进行处罚就属于此种情况。但是，如果新规则对此没有规定或者明确规定“禁止溯及既往”，那么，从法治原则出发就不能用新规则去适用该体育事实，只能用旧规则去评价。

2)体育事实始于新规则有效期内。对此种情况已

无需多论，新法对其生效后的行为当然有拘束力，直接用新规则亦无争议性。

3)体育事实始于旧规则有效期内并持续到新规则生效后终结。比如，在足球联赛的跨年度比赛中，中国足协在赛程中对某些规则作了修改并立即生效，这意味着联赛事实跨越了新旧两个规则的有效期。此种情况，如果新规则作了“有利溯及”规定，则优先适用之；如果新规则没有对此作出规定，或者明确规定“不得溯及既往”，实践中有3种应对方案：一是全部适用新规则，二是全部适用旧规则，三是以新规则生效的时间点为界，分别适用旧规则和新规则。我们认为，由于该体育事实具有跨越(规则)性和连续性，应根据具体情况进行判断，以人权保护来考量哪一种有利于人权保护，就选用哪一种方案。

4)体育事实开始于旧规则在新规则生效后尚未终结。此种情况意味着该体育事实处于“开放状态”，或者说旧规则对其终结期限未作规定，行业会员的权益一直处于不稳定状态。此时，应允许新规则规定该事实的终结期限，并以终结期限为界分别适用新、旧规则。因为旧规则对该事实的终结期限“未作规定”并不意味着“规定为无期限”，“未作规定”意味着在合理的条件下可以对此作出规定，而这种情形仍属于不

溯及既往。

注释：

① 以下部分参照胡建森主编. 论公法原则[M]. 浙江大学出版社, 2005: 851-854.

参考文献：

- [1] 高军东. 法治视角下的中国足协及其《纪律准则及处罚办法》[J]. 天津体育学院学报, 2011, 26(2): 145-148.
- [2] 沈宗灵. 法理学(第二版)[M]. 北京: 高等教育出版社, 2004: 369-371.
- [3] 孙晓红. 法的溯及力问题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2008.
- [4] 刘风景. 法不溯及既往原则的法治意义[J]. 新疆师范大学学报(哲社版), 2013, 20(2): 18-23.
- [5] 新浪网. 中国足球最重罚单出台, 纪委会压倒性意见: 处罚太轻(2010-02-22)[2015-11-30]. <http://sports.sina.com.cn/c/2010-02-22/11224849777.shtml>.
- [6] 西部网. 足协正式公布处罚决定 四队受罚蓉穗正式被降级[EB/OL]. (2010-02-23)[2015-10-08]. http://sports.cnwest.com/content/2010-02/23/content_2820539.htm.

