

我国体育领域“软法”问题研究

贾文彤

(河北师范大学 公体部, 河北 石家庄 050016)

摘 要: 体育领域存在着大量“软法”, 包括体育政策、体育行业组织规则、体育专业标准、体育惯例。体育治理出现“硬法”软化和“软法”硬化现象, 它们各有利弊。其中不能容忍的是“软法”与“硬法”的抵触, 为此, 应该不断提升“软法”理性。在体育法治精神指导下, 构建“软硬兼施”的体育治理模式, 软硬法两者功能上相辅相成, 各有分工与协作。

关 键 词: 体育法学; 软法; 硬法; 体育治理模式

中图分类号: G80-05 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7116(2010)07-0006-05

Study of the “soft laws” issue in the sport area in China

JIA Wen-tong

(Department of Physical Education, Hebei Teachers University, Shijiazhuang 050016, China)

Abstract: In the sport area there are a lot of “soft laws”, whose main carrier forms include sport policies, sport industrial organizational regulations, specialized sport standards and sport practices. In sport government, there are the signs of “hard laws” softening and “soft laws” hardening, which have their own advantages and disadvantages. What is intolerable therein is the contradiction between “soft laws” and “hard laws”; therefore, the rationality of “soft laws” should be constantly enhanced. A “soft laws and hard laws concurrently implemented” sport government mode should be established under the guidance of the spirit of sport government by law, so that soft laws and hard laws can supplement each other in terms of functions, and do their own jobs respectively.

Key words: sport law; soft law; hard law; sport government mode

近年来,“软法”概念在法学界引起越来越多的关注。为此,2005年12月北京大学法学院成立了“软法研究中心”。尽管如此,法学界很多学者对“软法”概念仍很生疏,同样这也反映在体育法学界,具体表现为目前没有相关内容的研究。所以,有必要对体育领域的“软法”问题进行分析,以此进一步扩大体育法学理论研究的论域。

1 “软法”的内涵与外延

“软法”的使用最早出现在国际法领域,通常是指国际法主体间达成的不具有严格意义上的国际法的协议,包括非条约义务、国际组织决议。然而,“软法”是一个发展中的概念,其逐渐扩展到整个法学领域。大量研究表明,对“软法”进行科学界定是非常困难

的事情。比较经典的定义是1994年法国学者弗朗西斯·施耐德^[1]给出的“原则上没有法律约束力但是却有实际效力的行为规则。”作为与“软法”相对应的“硬法”概念,尽管也存在着界定歧义,但是,都以立法和执法中是否体现国家强制力为逻辑起点。本研究中的“硬法”是指国家立法机关制定的法律,而“软法”是与“硬法”的对立统一。

综合众学者对软法概念的界定,“软法”概念的内涵当前大致有3种研究进路:一是把“软法”看成法律多元意义上的社会规范;二是把“软法”看成是公法中行政主体发布的非法律性的指导原则、规则和行政政策;三是把“软法”当成一种治理手段,一种解决纠纷、矛盾的机制。从外延看,国内学者梁剑兵认为软法的外延共有12种,其中包括国际法、程序法、

收稿日期:2009-12-21

基金项目:河北师范大学2009年校立重点项目(W2008Z08)。

作者简介:贾文彤(1968-),男,副教授,博士,研究方向:体育法学。

法律责任缺失的法条或法律、有实体性权利宣言而无相应程序保障的法条或法律(如没有相应程序性保障的宪法序言)、法律责任难以追究的法律、执政党的政策、法律意识与法律文化、道德规范以及民间机构制定的法律等^[3]。田成有^[4]的界定更加宽泛:它既包括政策、章程、内部通知、指导性规则、潜规则,还包括道德、伦理、风俗、习惯等社会行为规则,既包括法律、法规、规章中没有明确法律责任的条款,还包括各种行业协会、社会自治组织的规范。姜明安^[4]则认为,“软法”亦法,由此使“软法”与道德、习惯、潜规则、法理、政策和行政命令相区别。所以,软法的外延不应过于宽泛。本研究认为,“软法”概念的外延可作适当扩展,但是,应该不包括伦理道德,这一点多数研究者达成了共识;另外,也不应该包括潜规则,因为这些规则与根本的法的价值如“公平”、“正义”等相悖,由此避免了“可能将所有现行潜规则合法化,导致社会秩序混乱”的局面^[5]。

2 我国体育领域“软法”的主要载体形态

2.1 体育政策

体育政策是党和国家在体育方面的策略、措施和办法,是解决问题、发展体育的对策。党和国家的体育政策是公共政策^[5]。由于政策具有指导性、明确性、时效性、灵活性与弹性^[6]的鲜明特点,所以,体育政策作为一种机动灵活的制度安排弥补了“硬法”对体育社会实践反映的迟钝,增强了对体育领域“硬法”的回应性。

按照制定和实施主体的不同,体育领域软法可以分为中央或国务院颁布的体育政策、各级体育行政部门颁布的政策;依照调整范围的大小,可以分为宏观政策与微观政策;按照调整对象的不同,可以分为竞技体育政策、社会体育政策、学校体育政策以及体育产业政策等多个方面。宏观政策如1995年国务院发布的《全民健身计划纲要》、2002年中共中央、国务院发布的《中共中央国务院关于进一步加强和改进新时期体育工作的意见》(相关研究还将其称作“体育综合指导性政策”）、2007年中共中央、国务院发布的《中共中央国务院关于加强青少年体育,增强青少年体质的意见》。各级体育行政部门颁布的政策如体育总局颁布的各种涉及群众体育、竞技体育、体育经济的劳动人事、科技、文化、对外以及信访等方面的规范性文件(除体育行业标准)。

2.2 体育组织规范本身的组织和活动及成员行为的规则

国际体育组织众多,如国际奥委会以及世界各单

项体育组织等。这些组织所制定的规范本身的组织和活动及成员行为的规则是一种特殊的制度体系,它们在国际体育社会具有权威性,因而对各会员具有约束力。诚如有研究认为的:国际体育组织的独立法律秩序体现了非政府组织在当代国际法律体系中的作用^[7]。在这些国际体育组织制定的规章制度指导下,各国(地区)作为会员又制定了具体的行业规章制度以指导本国(地区)各项体育运动的发展。如中国足球协会章程、中国篮球协会章程、田径协会章程等,这些章程中的很多规定主要源自于国际体育组织的相关规定并结合自身发展而来。在此之下,是地方性体育项目协会章程,由此形成了一个纵向的规则体系。

2.3 体育行业标准

体育的专业性很强,因此,各种行业标准层出不穷,如国家学生体质健康标准、国民体质测定标准、普通人群体育锻炼标准等。依照制定主体的不同,可以分为国家机构制定、单项运动协会制定并得到国家机构认可以及单项运动协会自己制定等几种类型。值得注意的是一些行业标准具有强制性,如国家学生体质健康标准,若学生体质健康不达标或达不到良好以上就不能评三好学生。

随着人民生活水平的不断提高,健康素质的不断改善,技术的不断创新,一些体育行业标准难免变动,因此,不适宜用“硬法”来明确规定。由于在统计数据基础上形成的体育行业标准更加客观、科学,所以它们能对相关主体的法律地位产生实质性影响,因此,通过制定体育行业标准这种变通的形式也能够达到“硬法”所不能达到的目的。

2.4 体育惯例

所谓惯例,按照《辞海》的解释,是指“法律上没有明文规定,但过去曾经实行,可以仿照办理的做法。”它是一种常规,也可称作“通例”,习惯就是一种事实上的惯例^[8]。具体而言,指一种合理的,为某一特定领域或特定地区的人所知道的,并且被该领域或特定地区的人所经常遵守的规则或行为方式,并且这种惯常行为尚未达到完全法律效力^[9]。为此,有研究将之称为“软制度”^[10]。目前,国内研究还未出现“体育惯例”概念,所谓“体育惯例”,就是早就存在于体育领域,为该领域所熟知,并被广泛遵守的规则或行为方式。由于体育行业所涉及范围较广,所以体育惯例比比皆是,如奥林匹克惯例,其中按照国际奥委会、世界反兴奋剂机构的相关规则,兴奋剂检验样品在传送过程中应当由传送员携带并始终不离其视线;再如按照奥林匹克国际惯例,主办国奥组委与国际赞助企业、各国家(地区)奥委会和各有关国家(地区)的城市(如

火炬传递经过的城市)签订的合同,合同双方一旦发生争议,只能向国际体育仲裁委员会申请仲裁,该仲裁委员会做出的仲裁是终极裁决,无其他法律救济手段^[11]。

实践证明,体育惯例基本上都诉诸自愿的协调,具有高度的灵活性,显示出很高的效能,它常常足以使极其棘手和复杂的情形变得简单。按照哈耶克^[12]的观点:这种行动的常规性并不是命令或强制性的结果,甚至常常也不是有意识地遵循众所周知的规则的结果,而是牢固确定的习惯和传统所导致的结果。所以说,众多体育惯例构成了体育社会行动的潜在基础,它默默地决定着体育社会秩序的建构。

3 体育领域“硬法”软化与“软法”硬化现象

3.1 体育领域“硬法”软化现象

1) 体育领域“硬法”软化的积极意义。

对体育领域“硬法”软化现象持肯定意见的学者认为:为了解决传统公法过“硬”或者冷酷无情的问题应该全面推进“硬法”软化。改革开放以来,我国体育事业取得了巨大成就,人们逐渐加深了对体育的认识,对体育需求也处在不断增长中,所以,体育法应该积极引导、鼓励人们参与体育,不应过于强硬。我们认为现行体育法本身是一种柔性法律文本,即体育法的主导机制突出了激励机制,具体而言,国家及各级政府部门并非通过强制方式迫使相关主体为或不为某种体育行为,而主要通过提供人、财、物支持,或者鼓励社会各界兴办和支持体育事业,并以奖励等各种方式,激励社会各阶层参与体育事业,以达成国家倡导增强人民体质,提高体育运动水平,促进社会主义物质文明和精神文明建设的目标。

2) 体育领域“硬法”软化的消极影响。

在承继绝大多数体育法修改研究成果基础上,本研究将对其消极方面做一详细分析。体育法是国家制定的法律,属于“硬法”范畴,但是其本身存在大量弹性条款(主要是指导、建议性条款和授权权力(权利)主体自由选择的条款)又注定了“硬法”软化现象的负面影响,主要表现为法律规范的力度和刚度的欠缺^[13]。所谓法律规范的力度就是按照法律规定,惩罚方式、程度和执行力的强弱。而法律规范的刚度与某类相应的违法行为受到应该惩罚的比例高低相一致^[14]。比如《体育法》第四十一条规定:县级以上各级人民政府应当将体育事业经费、体育基本建设资金列入本级财政预算和基本建设投资计划,并随着国民经济的发展逐步增加对体育事业的投入。现实情况是,我国国民经济飞速发展,而我国政府体育财政投入占 GDP 和财政支出的比重仍处于极低水平,以至于人均体育财政

投入到了可以忽略不计的程度。在国家和省级政府的权威统计年鉴中,根本没有政府对公共体育的财政投入的相关统计数据^[15]。再以侵占体育场地设施为例,尽管《体育法》第四十六条第二款规定:任何组织和个人不得侵占、破坏公共体育设施。但是,第五次全国体育场地普查结果显示:体育场地被侵占是一个普遍的现象。这些违反体育法律的现象几乎都没有立案,更不要谈处罚了。“硬法”的软化还表现在执法环节,《体育法》具有浓厚的行政法色彩,《体育法》的法律责任一章中的 6 个条款有 3 个条款涉及到了国家工作人员,而现实调查显示:有 30% 的体育行政管理机关的工作人员认为执行情况不佳,认为尚好的仅占 22%,无一人认为体育执法状况优良^[16]。即便如此,我们也很少见到某某国家工作人员因违反《体育法》被处罚的案例。

3.2 体育领域“软法”硬化现象

1) 体育领域“软法”硬化现象成因。

体育领域会出现“软法”硬化现象,原因是多方面的:首先,“硬法”软化是导致其出现的一个诱因;其次,在体育领域,我国制定硬法的能力和速度远远不能适应体育发展不断增长的规则需求(体育法的出台前后经历了大约 15 年),这就非常需要体育政策、行业自律规范、体育惯例等来发挥作用,填补法律空缺;再次,体育领域诸多“软法”源于约定俗成,是相关体育利益主体共同实践行动的结果,能够得到一致认同,由此,也成为“软法”硬化的原因。对职业足球运动员的调查显示:他们对足协制定的各种行业规范较为熟知,而不清楚或根本不知道《体育法》及相关体育法规。最后,我国体育改革正处于深化期,随着政府体育行政职能逐渐缩减,不再对体育领域诸多方面进行微观干预时,就特别需要制定体育政策、体育行业自律规范,出台体育行业标准等方式来引导体育相关主体的行为选择,这也为“软法”硬化现象提供了契机。

2) “软法”硬化的表现及积极意义。

2006 年都灵冬奥会,由于冬奥会的东道国意大利的法律与国际奥委会的规则相冲突而引人注目。按照意大利现行的反兴奋剂法,使用兴奋剂的运动员必须承担刑事责任,可判处 3 个月至 3 年时间不等的监禁。而国际奥委会的规则却规定,选手服用兴奋剂只会被取消成绩和禁赛,但不会受到刑事处罚。最终,国际奥委会与主办方协商后决定,在都灵冬奥会期间,意大利的反兴奋剂法将暂停执行。与其说国际体育组织的规则得到了主权国家的尊重,不如说这是“软法”硬化的一个具体体现。另外,国内外关于体育争端解

决机制研究中提到的“用尽体育行业内部救济原则”也一定程度上体现了“软法”硬化现象，尽管相关研究对此原则提出了质疑^[17]，但是，整体上讲仍受到了研究者的青睐。之所以设立用尽内部救济原则，主要目的是节约司法资源，避免一些由内部机制就可以解决的当事人的权利救济问题进入司法程序，浪费国家宝贵的司法资源；另一方面，也体现了对被诉一方当事人的管理权限(行政管理权限、行业管理权限)与管理秩序(行政管理秩序、行业管理秩序)的一种维护^[18]。当然，还可以从辅助原则的角度进行理解。所谓辅助原则是《欧洲共同体条约》确立的一项重要的基本原则，基本含义是指欧盟在分享或并存权力领域，只能在证明成员国不能有效实现特定目的，并证明自己能够更好地实现此等目标的情况下才能采取行动。简言之，在并存权力领域，欧盟的权力从属于成员国的权力^[19]。引申开来，某项事物如果能由简单和低级的主体做得很好，就不应该由复杂和高级主体来做。复杂和高级主体所要做的是简单和低级的主体力所不及的，它不应当替代后者。由于体育领域“软法”最贴近体育行业的实际，所以，长期地、直接地、具体地调整着体育行业发展过程中的各种关系。

另外，体育领域“软法”硬化还可以理解为，在适当时候，“软法”可以上升为“硬法”。在此之前，“软法”作为试验性立法为硬法的创制积累经验，具有制度试错意义。如1995年颁布的《全民健身计划纲要》到2009年实施的《全民健身条例》。

综上所述，体育领域“硬法”与“软法”从数量上相比较，“软法”要远远多于“硬法”。按照姜明安的观点，“软法”亦法，“软法”虽然具有灵活性、经济性、自觉性、互动性、协商性等独特特点，但同样体现着法律的一些共性特征，并且，体育领域“软法”最贴近体育行业的实际，长期地、直接地、具体地调整着体育行业发展过程中的各种关系。因此，体育领域“软法”硬化现象表现出来的积极意义在于使规则的权威得到固化，人们开始推崇规则。某种意义上讲，这是理性的“软法”，它的勃兴能够提高法律的正当性，并对硬法产生示范意义，同时还意味着法律效力与实效之间的差距有可能大大缩小，进而使体育法治精神得到弘扬，体育法治领域得到扩展。

3) “软法”硬化的消极影响。

“软法”硬化的消极影响表现为“软法”规范力度和刚度的过度，某种程度上，“软法”取代了或凌驾于国家法律之上。由此，“软法”硬化走向了贬义的极致。比如，一些体育行业规定与“硬法”抵触：如《中国足球协会章程》(2005)第六十一条国际足联、亚足

联规定：本会会员协会、注册俱乐部必须保证遵守《国际足联章程》、《亚足联章程》的规定，不将自己与国际足联、亚足联及其会员协会和俱乐部的任何争议提交法院，而同意将争议提交各方认可的仲裁委员会，并接受仲裁委员会的裁决。《中国足球协会超级联赛委员会章程》第十八条规定，受到处分的会员可以并且只能向中国足球协会诉讼委员会提出申诉，由中国足球协会诉讼委员会作出的裁决为最终裁决。另外，一些体育行业制度有悖于“硬法”。如“倒摘牌”、“限薪令”制度违反了我国的《反垄断竞争法》，“转会费”制度又与《合同法》抵触。而诸如“凤铝”和“光谷”事件的欲告无门更突出了体育领域“软法”的硬化。这种贬义的“软法”硬化现象，实际上是一些体育利益相关者行动创造的结果，是对体育社会秩序的重构或者解构，往往对体育的良性运行秩序具有破坏作用。

贬义的“软法”硬化现象是由于“软法”在理性方面的先天不足造成的，相比制定硬法所要尊崇严格的法定程序，体育领域诸多“软法”的形成过程要随意或者偶然得多，由此不难理解我国职业足球转会制度为什么三番五次地修改。

4 体育领域“软法”理性的提升

4.1 转变法律观念是提升体育领域“软法”理性的前提

我国法律具有大陆法系的传统，历来注重成文法的编纂。根据八届全国人大四次会议通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》所提出的明确任务和要求，前国家体委明确指出，建立完备的体育法体系是我国的体育法制建设目标^[20]。伴随着我国体育改革的不断深化，体育法制建设的紧迫性使立法受到高度重视。一个时期内，大量体育法学研究一度迷信立法，笔者曾经撰文就体育法学研究中出现的浪漫立法主义进行了剖析，这种思潮实际反映的是一种“法即硬法”以及“硬法万能”的错误观点，从而导致那些在体育领域发挥着重要作用，但因其与“硬法”出身不同、作用方式不同的“软法”制度被简单粗暴地拒于法律之外。

前文所述，“软法”是非典型意义的法，同样具有法律的一些基本特征与主要功能，体育法治建设过程中应该摒弃传统的法律观念，不再将“硬法”当做法律的唯一表现形式，尽量消除“硬法”与“软法”关系的消极对立，最终形成两者之间的优势互补。

4.2 普及体育法治精神是提升体育领域“软法”理性的核心

首先，运用体育法治精神严格指导体育领域“软法”。一个时期以来，体育政策、行规、惯例、行业标

准常常被看做是体育法律以外的规范,因此,很少对它们提出法治化要求,造成“软法”负面影响一再扩大。“软法”的独特性对于“硬法”而言的,但是,应该置于体育法治精神或原则之下,而不能成为例外。

其次,有针对性地弥补“软法”的理性缺憾。实践证明,体育领域的“软法”集中体现了工具理性高于目的理性、实质理性高于形式理性的问题。在体育法制实践中,“软法”常常被当做解决某个特定问题的便捷工具,制度安排容易出现短视的问题。而对于实质理性高于形式理性的问题,则主要归过于“软法”的创制和实施未能普遍遵守程序正当原则。由于存在上述问题,我们也就不难理解为什么球员、俱乐部对足协或篮协的处罚不服的现象。鉴于此,我们应该强化“软法”的目的理性,增强“软法”制度与体育法治目标之间的内在关联性。同时,将正当程序原则引入“软法”的创制和运行机制之中,增加“软法”实践过程的公开性与透明度,提高体育利益相关者参与程度。

5 “软硬兼施”的体育治理模式建构

1)功能互补。

软、硬法规范之间经常是相辅相成,相互依赖的。软法规范的实效需要硬法的推动,如正在制定中的《全民健身计划纲要》第二期工程的实施需要《体育法》、《全民健身条例》等硬法规范的保障;而硬法规范的法律效力只有借助软法规范才能够得以实现,如对体育行业标准的依赖。

2)调整方式上的分工与协作。

在体育领域,针对同一问题,往往既有硬法规定,又有软法规范,如群众体育特别是全民健身方面。为了实现体育领域软、硬法的优势互补,避免二者之间做出重复,甚至冲突的制度安排,软、硬法应该经常在调整方式上做出分工与安排,如如何同时发挥硬法的稳定性和软法的灵活性特点;另外,软法亦法,同样具有强制性和惩罚性,只不过与硬法的性质或强度存在差异,为此,针对出现问题,根据性质的严重程度,可以采取或软或硬甚至双管齐下的方式,最终达到问题较好的解决。

参考文献:

[1] 罗豪才. 公域之治中的软法[N]. 法制日报, 2005-12-15.

[2] 罗豪才. 软法与公共治理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 333-334.

[3] 田成有. 中国法治进程中的软法问题及软法现象分析[J]. 昆明理工大学学报: 社科(法学)版, 2007(3): 20.

[4] 姜明安. 软法的兴起与软法之治[J]. 中国法学, 2006(2): 26-27.

[5] 马宣建. 北京奥运周期的中国体育政策分析[J]. 成都体育学院学报, 2004, 30(6): 3.

[6] 刘斌. 政策科学研究[M]. 北京: 人民出版社, 2000: 95-97.

[7] 詹朋朋. 非政府间国际组织规则之国际法意义[J]. 行政与法, 2007(6): 56-59.

[8] 辞海[M]. 上海: 上海辞书出版社, 1989: 982.

[9] 洪莉倩, 陈蓉蓉. 国际惯例的辨析[J]. 金卡工程, 2009(10): 2.

[10] 鲁照旺. 制度惯例与社会变革[J]. 天津社会科学, 2003(1): 67.

[11] 武树臣. 在现行法律与奥林匹克国际惯例之间寻求平衡[J]. 河北法学, 2009(10): 47-48.

[12] 哈耶克. 自由秩序原理[M]. 北京: 三联书店, 1997: 72.

[13] 郭为禄, 陈翁翔, 曲玉翠, 等. 修改《体育法》完善我国体育法律体系[J]. 体育学刊, 2008, 15(4): 12-16.

[14] 明世法. “硬法”软化及“软法”硬化现象的法社会学解析[J]. 华中科技大学学报: 社会科学版, 2008, 30(5): 93.

[15] 冯国有. 体育公共服务均等化及其财政政策选择[J]. 上海体育学院学报, 2007, 31(6): 27.

[16] 华洪兴. 体育执法中的问题及其对策[J]. 体育与科学, 2000, 21(2): 14.

[17] 王家宏, 陈华荣. 用尽体育行业内部救济原则反思[J]. 体育与科学, 2009, 30(1): 1-4.

[18] 郭树理. 论司法对体育行会内部纠纷的干预[J]. 北京市政法管理干部学院学报, 2003(3): 29.

[19] 肖振伟. 浅析欧盟法中的辅助原则[J]. 法制与社会, 2007(3): 17.

[20] 朱琳. 论我国体育法独立部门法地位的确立[J]. 贵州民族学院学报: 哲学社会科学版, 2005(4): 155-158.