

·探索与争鸣·

## 《中华人民共和国体育法》“软法性条款”研究

廉睿<sup>1,2</sup>, 卫跃宁<sup>2</sup>

(1.烟台大学 马克思主义学院, 山东 烟台 264003; 2.中国政法大学 刑事司法学院, 北京 100081)

**摘要:** 在《体育法》的条款建构中, 软法性条款占40.13%, 半软法性条款占37.65%, 远超软法性条款和半软法性条款在其他法律中的平均占比。究其原因, 这与新型体育权的高度自觉性和立法者“人为性缺陷”密切相关。在《体育法》的运行实践中, 软法性条款并非真的“软”, 而是通过独特的“自发机制型”“政策辅助型”“权力主导型”实施机制来获得运行。事实上, 在《体育法》的运行过程中, 由“软法”所衍生出的软法性条款或半软法性条款, 是一种建立在“软法”基础上的治理模式, 在治理过程中, 它会贴近“民意”, 并且以动员、宣传和鼓励为主要手段, 从而实现法律的“软性着陆”。而建立在硬法性条款基础上的“硬法治理”, 则是一种传统的治理模式, 多表现为义务性规范和禁止性规范, 在治理过程中力求凸显“国家法”的唯一权威性, 并以国家暴力机关为后盾, 从而实现法律的“硬性着陆”。显然, “软法治理”与“硬法治理”模式存在着效力的互补性。因此, 不管是软法性条款, 还是硬法性条款, 都应成为《体育法》中的重要因子, 两者缺一不可。“软硬混治”应成为新时代语境下《体育法》未来发展趋势。

**关键词:** 体育法; 混合型法治; 软法性条款; 硬法性条款

中图分类号: G80-05 文献标志码: A 文章编号: 1006-7116(2021)03-0001-08

### Research on "soft law clause" in Sports Law of the People's Republic of China

LIAN Rui<sup>1,2</sup>, WEI Yue-ning<sup>2</sup>

(1.School of Marxism, Yantai University, Yantai 264500, China;

2.School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing 100081, China)

**Abstract:** In the construction of the provisions of the Sports Law, the proportion of "soft law clause" is 40.13%, and that of "semi-soft law clause" is 37.65%, which far exceeds the average proportion of "soft law clause" and "semi-soft law clause" in other laws. The reason is that it is closely related to the high consciousness of the new sports right and the "artificial sexual defect" of legislators. In the operation practice of "Sports Law", the "soft law clause" is not really "soft", but through the unique "spontaneous mechanism", "policy assistance" and "power-oriented" implementation mechanism. In fact, in the course of the operation of the Sports Law, the "soft law clause" or "semi-soft law clause" derived from the "soft law" is a governance model based on the "soft law". It will be close to "public opinion" and take mobilization, publicity and encouragement as the main means to realize the "soft landing" of the law. However, the "hard law governance", which is based on the "hard law clause", is a traditional governance model, which is mostly manifested as obligatory norms and prohibitive norms. In the process of governance, it strives to highlight the only authority of the "national law". And with the national violent organs as the backing, so as to achieve the "hard landing" of the law. Obviously, the models of "soft law governance" and "hard law governance" are complementary to each other. Therefore, no matter "soft law clause" or "hard law clause", should become an important factor in the Sports Law, both of which are indispensable. "mixed treatment of soft and hard law clause" should become the future development trend of "Sports Law" in the context of the new era.

收稿日期: 2020-11-13

基金项目: 中国博士后科学基金面上资助项目(2020M680833)。

作者简介: 廉睿(1987-), 男, 副教授, 博士, 硕士生导师, 研究方向: 体育法学。E-mail: 447548122@163.com 通信作者: 卫跃宁

**Key words:** sports law; hybrid rule of law; soft law clause; hard law clause

“软法”并非中国法治体系中的本土资源,而是区域间法律移植运动的必然结果。20 世纪中期,“软法”理念最早萌生于“国际法”领域,在原初意义上,它是指本身并无直接的法律强制力,但是却能产生一定法律效果的国际法规范。“软法”概念一经创设,便释放出强大的学术诠释力,迅速蔓延至其他“部门法”场域。20 世纪末期,以罗豪才<sup>[1]</sup>为代表的一批行政法学者最早将“软法”概念引介到我国学界,认为:“软法的多样性、灵活性、不断变动性能够在很大程度上起到补充硬法的作用,而软法还可以增强参与主体,特别是被硬法所忽略的那部分主体意识。”此后,基于法学共同体的话语交融,来自民法界、刑法界、环境法界的诸多“部门法”学者开始关注各自学科体系中的“软法”现象,并先后提出具有“泛软法主义”和“软法钟摆论”倾向的多维命题,将国内的“软法”学研究推向新的高度。

事实上,“软法”现象也存在于“领域法”。作为最早扛起“领域法”旗帜的财税法,从一开始就深刻认知到“软法”对财税法学科建设的证成价值,诚如财税法学者所指出:“传统的硬法规制模式和新兴的软法规制模式正在成为规制税收优惠政策的两种不同属性的规则系统。”<sup>[2]</sup>体育法学也甚早意识到“软法”研究对于维持学科体系平衡的重要意义,有体育法学者指出:“现今的体育法体系是在传统法律体系理论的指导下建构的,为了回应新形势下体育法治进程的需要,应构建以软硬法为基础的新的体育法体系。”<sup>[3]</sup>然而,由于体育行业的实践特质,加之学者们对“软法”概念的多元见解,体育法学者所进行的“软法”探讨,主要聚焦在“体育内生法”“体育行业协会章程”“国际体育组织‘内部法律’”等议题上,尚无学者运用“软法”理论来对《中华人民共和国体育法》(以下简称《体育法》)中的软法性条款进行识别和解读,这实则作为一种缺憾。既有的法治经验表明,“软法”不但活跃于“国家法”之外,也镶嵌于“国家法”之中。对于位处“国家法”序列的《体育法》而言,也必将同时存在“硬法”和“软法”元素。在此,本研究意图使用“软法”理论来解构体育法的内在元素及其逻辑体系,以期抛砖引玉,引起学界同仁对《体育法》中软法现象的关注。

## 1 何为“软法性条款”与“软法性条款”何为?

英国法学家哈特<sup>[4]</sup>认为:“在与人类社会有关的问题中,没有几个像‘什么是法?’这个问题一样如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家用形形色

色、奇特的甚至反论的方式予以回答。”同理,对于软法性条款是什么的问题,目前法学界尚未形成统一观点,仍处于争鸣之中。“泛软法主义”者认为:“软法”是真实存在的,但是他们又将“国家法”以外的所有规范都界定为“软法”,而恰恰没有识别出“国家法”内部的软法性条款。“无软法主义”者坚称:“软法”充其量只能成为一种规则,而不能称之为真正意义上的“法律”,基于此,软法性条款也只是学者们的“虚构”,非实在之物。持“不可定义论”者提出:软法现象是客观存在的,但是不可进行微观意义上的概念界定,而适宜从内涵、外延、特征等不同角度对其进行宏观性表述。我们认为,在“国家法”之中,软法性条款是存在的,并在此对软法性条款的属性进行合法性证成。

抛开表象,对于软法性条款存在与否的争议,根源在于未能澄清其母题问题,即“软法”和“国家法”的关系问题。那么,“软法”是否可以包括部分“国家法”中的内容呢?我们认为,“软法”与“国家法”并非一对绝缘体,两者在事实上存在着内容交叉。部分法律规范虽然源于“国家法”,具备了表象上的“硬法”特征,但由于在逻辑要素上缺乏罚则,使其难以依靠国家强制力获得实施,因此,这些法律规范构成了实质意义上的“软法”。将“国家法”中缺乏罚则的法律规范界定为“软法性法律规范”,主要是从以下两个维度进行切入的。第一,缺乏罚则的法律规范是“国家法”体系中不可或缺的组成部分,它具备形式规范的基础特征,具有现实拘束力。例如,对于宪法中的序言部分,“有领导人曾指出,违反宪法序言中的四项基本原则就是违宪的,学界也普遍认为其具有拘束力”<sup>[5]</sup>。第二,这些法律规则并不依靠国家强制力来获得实施,它通常并不明确规定权利义务的主体,也没有规定相应的法律责任(主要表现为一种“否定性评价”),这就与“软法”的运行逻辑高度契合。综上所述,“国家法”中的无罚则条款符合“软法”的形式特质与实质特质,属于典型的“软法”现象。

社会连带主义法学也为软法性条款的解释提供了理论框架。社会连带主义法学派创设者狄骥认为:一项法律规则没有国家强制力作为后盾,并不必然意味着强制力的必然丧失,如果它有强制,它的这种强制力可能不是来源于外部,而源于人们普遍认可的社会规范自身。狄骥还提醒我们:我们也不能将法律规则的强制力与社会为确保它实施而组织起来的强制力相混淆。据此可知,法律规则存在着两种并行的实施方

式,其一,依靠法律规则所具有的强制力(拘束力);其二,依赖于社会为保障它实施而组织起来的强制力,俗称为“国家强制力”。需要说明的是,并非所有法律规则都会同时采用这两种实施机制,部分法律规则只需要满足其一即可获得运行,要么通过自身所产生的拘束力来获得生效,要么则依靠国家强制力来觅得生存契机。对于大多数国家法中的法律规则而言,主要采取的是后一种路径,即依靠国家强制力来进行运行。而对于软法性条款而言,它主要不是依赖国家强制力获得实施,而依靠于这些条款所营造出的拘束力。通过类型学,可以将软法性条款进一步拆解为陈述性条款、宣示性条款、倡导性条款。在陈述性条款中,连接词多为“建立”“统筹”“规划”等,借此表述国家对某一涉法事务的客观态度;在宣示性条款中,连接词多为“保障”“维护”“发展”等,来指明国家对某一涉法事务的褒义态度;在倡导性条款中,连接词多为“鼓励”“支持”,表明国家对某类涉法主体所发出的积极倡议。这3类软法性条款虽然形态各异,但却有着共同的结构特征:在文本学意义上,它们均缺乏惩处机制,即均不依赖国家强制力而进行实施。

## 2 《体育法》软法性条款的分布构成

《体育法》所采用的是标准化的条款式立法,可依据法律条文中是否“配备”否定性后果和惩罚性机制为标准,将《体育法》中的条文进一步分解为“硬法性条款”“软法性条款”和“半软法性条款”。在运行逻辑上,硬法性条款通过国家强制力的威慑而获得运转契机,软法性条款的生效则主要取决于内心强制和社会强制,半软法性条款是指具备了“硬法”表征,但实质上缺乏国家强制力的法律条文,它仍需要通过社会舆论、内心压力等“类软法”方式得以运行。

### 2.1 第一章软法性条款构成及其连接词剖析

由于《体育法》中的法律条文可能使用单个连接词,也有可能并列使用多个连接词,因此,当某项法律条文出现多个连接词时,需要结合“语义”分析来确定核心连接词。现将“总则”中9个条文的内在结构分别阐释如下:第一条,系宣示性条款,采用的核心连接词为“发展”“增强”“提高”“促进”,说明国家制定《体育法》的目的之所在。第二条,系宣示性条款,采用的核心连接词为“发展”“开展”“提高”“坚持”等,此条文对国家体育工作的内容和方针进行了宣示(即国家体育工作以开展全民健身活动为基础,实行普及与提高相结合的方针)。第三条,系宣示性条款、半软法性条款和倡导性条款的结合体,第一款前半部分使用的连接词为“坚持”,系宣示性条款;

第一款后半部分使用的核心连接词为具有义务属性的“应当”,从表面上来看,后半部分条款是具有“硬法”特征的义务性条款,但是该条款中并未规定违反该义务后的惩处机制,是一个实质意义上的半软法性条款;第二款所采用的核心连接词为“推进”“鼓励”,说明国家对企业事业组织、社会团体、公民兴办体育事业的支持态度,系倡导性条款。第五条,系宣示性条款,使用的连接词为“给与”,表明国家保障青少年、儿童体育活动开展的决心。第六条,系宣示性条款,使用的核心连接词为“扶持”“培养”,表明国家对少数民族体育的高度重视。第七条,系宣示性条款,使用的核心连接词为“发展”“推广”,明确国家对体育教育及体育科学研究的态度。第八条,系倡导性条款,使用的连接词为“奖励”,宣告国家对在体育事业中做出贡献的个人和组织予以奖励的态度。第九条,系倡导性条款和宣示性条款的结合体,前半部分使用的核心连接词为“鼓励”,明确国家鼓励开展对外体育交流;后半部分使用的核心连接词为“坚持”,说明我国对外体育交往所遵循的若干基本原则和精神。

### 2.2 第二章软法性条款构成及其连接词剖析

第十条,系倡导性条款和半软法性条款的结合体,第一款使用的连接词为“倡导”,说明国家鼓励公民有序参与各类社会体育活动;第二款使用的连接词为“应当”,此条款构成一个实质意义上的半软法性条款。第十一条,系陈述性条款,第一款和第二款所使用的核心连接词分别为“推行”和“实行”,前者表明国家推行全民健身活动,实施体育锻炼标准和进行体质监测,后者则表明国家实行社会体育指导员技术等级制度。第十二条,系半软法性条款,共3款,这3款所使用的核心连接词均为“应当”,都未规定违反该义务后所要承担的法律后果。第十三条,系半软法性条款,使用的连接词为具有义务属性的“应当”,但条款中并未出现惩戒性机制。第十四条,系半软法性条款,使用的连接词为具有义务属性的“应当”,但条款中缺乏惩处机制。第十五条,系倡导性条款,使用的连接词为“鼓励”“支持”,表明国家支持民族传统体育与民间传统体育的发展。第十六条,系半软法性条款,使用的连接词为具有义务属性的“应当”,但条款中并未出现惩处机制。

### 2.3 第三章软法性条款构成及其连接词剖析

第十七条,系半软法性条款,使用的连接词为“应当”,该条款同样未规定惩处机制。第十八条,系半软法性条款,共2款,第一款使用的核心连接词虽为“必须”这一命令性词汇,但是没有规定惩处机制,因此构成半软法性条款;第二款使用的连接词为具有义务



属性的“应当”，但条款中并未出现惩处机制。第十九条，虽然使用了“必须”这一带有命令性质的连接词，但整个条款并未涉及惩处机制，因此仍属于半软法性条款。第二十条，系半软法性条款，使用的连接词为具有义务属性的“应当”，但条款中并未出现惩处机制。第二十一条，系半软法性条款，使用的核心连接词为具有义务属性的“应当”，但是并没有规定违反该义务之后所要承担的惩处机制。第二十二条，系半软法性条款，该法条共两款，第一款使用的连接词为具有义务属性的“应当”，但条款中并未出现惩处机制；第二款使用的核心连接词虽为“必须”这一命令性词汇，但是并没有规定具体的惩处机制。第二十三条，系半软法性条款，使用的核心连接词为具有义务属性的“应当”，但是并没有配备相应的惩处机制。

#### 2.4 第四章软法性条款构成及其连接词剖析

第二十四条，系倡导性条款，使用的连接词为“促进”“鼓励”，宣告国家对竞技体育发展的支持态度。第二十五条，系倡导性条款，使用的核心连接词为“鼓励”，明确国家对开展业余体育训练的积极态度。第二十六条，系半软法性条款，使用的核心连接词虽为“应当”这一义务性词汇，但是缺乏具体的惩处机制。第二十七条，系半软法性条款，使用的连接词虽为带有命令性质的“必须”，但条款中未出现惩处机制。第二十八条，系宣示性条款，使用的连接词为“给与”，表明国家对优秀运动员在升学就业方面给与优待的立场。第三十条，系陈述性条款，使用的连接词为“实行”，表明国家实行运动员等级制等3项等级制度。第三十一条，该法条共计4款，其中第一款系陈述性条款，使用的核心连接词为“实行”，表明国家对体育竞赛实行分级分类管理制度。第三十三条，共计3款，第一款系陈述性条款和半软法性条款的结合体，前半部分使用的连接词为“实行”，表明国家体育竞赛实行公平竞争的基本原则；后半部分使用的连接词为“应当”“不得”，系半软法性条款；第二款所使用的连接词为“严禁”“应当”，第三款所使用的连接词为“严禁”，均系缺乏惩处机制的软法性条款。第三十四条，系宣示性条款，使用的连接词为“予以”，表明国家对重大体育竞赛的名称和旗帜进行保护的立场。

#### 2.5 第五章软法性条款构成及其连接词剖析

第三十五条，系倡导性条款，采用的核心连接词为“鼓励”“支持”，表明国家对体育社会团体开展体育活动的支持态度。第三十六条，系陈述性条款和半软法性条款的结合体，前半部分使用的核心连接词为“联系”“团结”，对各级体育总会的性质作出说明；后半部分使用的核心连接词虽为“应当”这一义务性

词汇，但是缺乏具体的惩处机制。第三十七条，该条文前半部分系陈述性条款，对中国奥委会的性质进行了说明，后半部分则将参与国际奥林匹克事务的权力授予中国奥委会。第三十八条，系陈述性条款和半软法性条款的结合体，前半部分使用的核心连接词为“是”，对体育科学社会团体的性质作出说明；后半部分使用的核心连接词虽为“应当”这一义务性词汇，但是缺乏具体的惩处机制。

#### 2.6 第六章软法性条款构成及其连接词剖析

第四十条，系半软法性条款，使用的核心连接词虽为“应当”这一义务性词汇，但是并未规定惩处机制。第四十一条，系倡导性条款，使用的连接词为“鼓励”，明确国家对企事业单位组织和社会团体自筹资金发展体育事业的支持态度。第四十二条，系半软法性条款，使用的核心连接词虽为“应当”和“不得”，但是并未出现惩处机制。第四十三条，系半软法性条款，使用的核心连接词为具有义务属性的“应当”，但是并没有配备相应的惩处机制。第四十四条，共计3款，均系半软法性条款，使用的核心连接词均为具有义务属性的“应当”，但是并没有配备相应的惩处机制。第四十五条，共计2款，均系半软法性条款，该两款所使用的核心连接词虽为“应当”“不得”“必须”，但在逻辑结构上缺乏惩处机制。第四十六条，共计2款，系宣示性条款和倡导性条款的结合体，第一款所使用的核心连接词为“发展”“建立”，表明国家将会积极发展体育专业教育，系宣示性条款；第二款所使用的核心连接词为“鼓励”，表明国家支持企业事业组织、社会团体、公民依法举办体育专业教育，系倡导性条款。

#### 2.7 第八章软法性条款构成及其连接词剖析

第五十四条，系陈述性条款，结合语义分析，所叙述的是立法技术性内容中的生效时间问题，因此，也可归属于“软法性条款”。

### 3 《体育法》中出现众多软法性条款的成因

通过对《体育法》中54个条款的连接词及其语义分析，可以发现，软法性条款共计21.66条(之所以会出现0.66条的情况，是因为某些条款同时存在多重属性，例如，第三条系宣示性条款、半软法性条款和倡导性条款的结合体，在进行统计时，则分别将宣示性条款、半软法性条款、倡导性条款赋值为0.33，下同)，半软法性条款共计20.33条，硬法性条款共计12条，软法性规范条款和半软法性条款的占比分别高达40.13%和37.65%，“而在国家立法的法律、法规和规章中，软法条款占比21.3%”<sup>[6]</sup>。那么，与一般的部门法抑或领域法相比，《体育法》中缘何出现大量的软法

性条款和半软法性条款呢?

### 3.1 《体育法》呈现软法特质的根本原因:新型人权的高度自觉性

从立法旨趣来看,《体育法》之创设,一方面是为体育事业的健康发展提供规范供给,另一方面则是为了切实保障公民体育权的践行。体育权作为一项新型人权,在2015版UNESCO《体育宪章》第一条中得到确认,即“该宪章首先将人人享有体育权的平等性明确表达在第一款中,‘不论种族、性别、性取向、语言、宗教、政见或其他主张、国籍或门第、财产或其他任何理由’”<sup>[7]</sup>。近年来,伴随着奥林匹克运动所产生的广泛影响,加之区域性体育组织的推动,许多国家纷纷采取了立法措施,确保体育权的落实。就我国而言,《体育法》作为一部具有较高位阶的“狭义性法律”,既是促进我国体育事业健康发展的重要载体,同时也是实现公民体育权利的基础路径。将体育事业的管理、体育权利的实现列入法治的范畴,制定“类法典”化的专门性法律,以保障体育权利的“生根”,既是实践所需,也是体育理论发展之必然。但是,在由维辛斯基所倡导的“国家法中心主义”法治模式中,立法“泛硬化”思维定式明显,“命令-控制-制裁”成为“国家法”中的主体性模式。而体育权作为一项新型人权,具有高度的自觉性,“这种权利对于他权利具有天然的防御性,权利主体不希望、甚至也不允许其他任何的外来力量进行干涉和控制”<sup>[8]</sup>。因此,在《体育法》中,如果对涉足体育权的内容采用硬性条款进行强制性规定,有可能起不到应有的立法效果。利用软法性条款的形式,在逻辑上否定“命令-控制-制裁”这一传统模式,设置“引导-鼓励”的关系模式,则能舒缓理论与实践间的内在张力,符合体育权高度自觉性对立法的需求。在《体育法》中,通过大量使用具有“引导-鼓励”结构的软法性条款,利于培育良好的体育文化氛围,引导公民积极行使体育权利,呼吁国家相关部门和各级政府恰当履责,保障、辅助公民体育权的实现。

### 3.2 《体育法》呈现软法特质的现实原因:立法者“人为性缺陷”

就表象而言,软法性条款的出现,是法律结构缺陷所引发。然而,法律结构缺陷既包括原生性缺陷,同时也包括人为的缺陷。原生性缺陷是可以被人们所接受的,因为它主要考虑的是法律规范功能的多样性,“有些规则仅是为了情况说明、权利宣示或教育目的,无须设定强制性义务或否定性后果”<sup>[9]</sup>,而“人为性缺陷”则不同,它是一种立法者的疏漏,由立法技术的滞后性所造成。

体育权的高度自觉性,固然为《体育法》中所出现的诸多软法性条款奠定了基调,但从现实路径来考察,立法技术的相对滞后也为这一现象的“扩散”推波助澜。事实上,立法技术的滞后不是《体育法》所独有的问题,其乃是中国法学界的通病。早年间,以包万超<sup>[10]</sup>为代表的行政法学者就对行政法治体系中的“软法”现象进行了解读,除了认为这与“当代实证行政法学面临逻辑上双重行为动机假设及由此导致的分析基础的不一致性”有关外,也提出这与当前低水平的立法技术存在着关联性。宪法学者刘练军<sup>[11]</sup>也认为:“从法律规则之逻辑结构看,《法官法》和《检察官法》中的条款规定更多属于不完全法条,其中尤以说明性法条居多,这种说明性法条往往以定义的体裁为之,只是单纯对系争法律用语给与定义性的说明,而不同时赋予法律效果。从而具有不完全性。”而法理学者周旺生更是直接将国内部分立法界定为“笨法”,并认为“笨法”的存在是由于立法者缺乏必要的立法素养和未能使用恰当的立法技术,即“立法违背科学,立法观念、技术、制度的质量低下,使法先天不足难以实行”<sup>[12]</sup>。

以上观点为我们重新评估《体育法》中的软法性条款和半软法性条款提供了镜鉴。作为一种新的“领域法”,《体育法》目前仍处于发展期,尚未完全实现体系闭合。且相较于诸如民族法、财税法之类的其他“领域法”,体育立法具有高度的专业性,这就需要立法者要具备复合性知识体系,既要精通立法技术,也要懂得体育事业发展规律。然而,就目前而言,具备双重知识素养的立法者占比较少,在这种情况下,采用软法性条款来进行宏观性阐述和政策性引导也就不难理解。

## 4 运行模式与实施机制:《体育法》软法性条款真的“软”吗?

在《体育法》的运转实践中,软法性条款所排斥的应该是国家强制力,而非拘束力,即软法性条款主要依靠其所产生的拘束力而获得实施。拘束力和国家强制力虽然文义接近,但内在理路上却存在着明显区别。国家强制力更多的强调国家暴力机关的干涉,其实现机制多以国家暴力机关的外来压力与外在震慑为主;拘束力则不同,它既包括外在监督体制的压力、社会舆论的压力,也包括内在的作用范式(如道德传统、罪感文化)等。因此,虽然名为软法性条款,但它却具有现实的拘束力,这种拘束力的效力强度虽不可与国家强制力同日而语,但却足以说明《体育法》中的软法性条款并非真的“软”。结合25年来《体育法》



的实施情况,可以发现,软法性条款之所以能够释放拘束力,是基于以下几种运行逻辑。

#### 4.1 “自发机制型”实施机制,即依靠“软法”自身所特有的实施模式

“软法”拥有自己独特的实施机制,通常为制度惯性和舆论压力两种。所谓制度惯性,是指当《体育法》中所规定的某种制度经过多年实践,演变为惯例后,即便缺乏国家强制力的保障,该制度也能有序运转下去,它是通过由内而外的的主观意识推动所实现的。舆论压力之所以能够督促《体育法》中软法性条款的落实,是因为它将外在压力转化为人的内在压力,从而最终提升人的主观意识,这是一种被动式的执行。在现代社会,随着体育事业的蓬勃发展,体育文化氛围也正在逐渐形成,公民的体育权利意识与体育参与意识被高度激活,社会舆论由此而成为监督《体育法》实施、促进体育法治进程的支配性力量。一旦个人、组织违反《体育法》中的软法性条款,将有可能面临着公众舆论的谴责,这种舆论压力在无形中提升了违法成本。当然,《体育法》中的诸多软法性条款以国家机关为规制主体,对于这类型的软法性条款,它通过“从众压力”而获得实施。当大多数国家机关均遵守《体育法》中的相关规定,而只有个别机关违反《体育法》中相关规定时,个别机关势必会遭受“从众压力”,这种“同类一致”的无形压力有利于提升软法性条款的可实施性。

#### 4.2 “政策辅助型”实施机制,即依靠相关政策的辅助进行实施

从法社会学上来讲,“软法”与政策都具有拘束力,均为重要的社会调控手段。从渊源上来看,部分“软法”内容实际上来源于政策之中,因此,在执行层面,“软法”和政策并不冲突,存在着一定的契合度。《体育法》中软法性条款的落实,也无法脱离相关政策的配合而存在,相关政策对于软法性条款的实施起到了一定的作用。早在 1993 年,国家体委就发布了《国家体委关于深化体育改革的意见》等政策性文件,通过这些文件的宣传和推广,为 1995 年《体育法》的正式实施奠定了舆论环境和社会基础。在 1995 年《体育法》颁布后,国务院先后制定了《关于加强青少年体育增强青少年体质的意见》《关于加快发展体育产业的指导意见》《体育强国建设纲要》等政策性文件,国家体育总局先后制定了《关于加强体育文化工作的通知》《体育总局关于进一步加强体育宣传工作的通知》《体育总局政府信息公开办法》等政策性文件,这些政策性文件对于《体育法》中软法性条款的进一步落实,也起到了一定的辅助性作用。

#### 4.3 “权力主导型”实施机制

即依靠国家机关之间的“监督-被监督”“领导-被领导”关系获得执行。在《体育法》中,有多处软法性条款涉及到我国体育行政管理体制,例如第四条中,即规定国务院体育行政部门主管全国体育工作,县级以上地方各级人民政府体育行政部门或本级人民政府授权的机构主管本行政区域内的体育工作。第十二条、第十三条等均对地方各级人民政府、国家机关和企事业单位开展体育活动的职责做出规定。就体育行政管理内部体制而言,由于上下级政府间构成了一种领导与被领导的关系,因此,若下级人民政府未切实履行《体育法》中所规定的各项职责,上级人民政府即可通过行政命令的方式要求下级人民政府履行,这时,“法律任务”即转化为一项“政治任务”而获得执行。就体育行政管理外部体制而言,由于各级人民政府和各级人民代表大会之间是一种监督与被监督的关系,体育行政管理部门也必须接受同级人民代表大会的监督,因此,若体育行政管理部门有违反《体育法》之行为或者未履行《体育法》之规定,同级人民代表大会可以通过行使监督权的方式加以纠正。这种“监督-被监督”的体制设计,在一定程度上促进了《体育法》中软法性条款的实施。体育行政管理部门之间的“领导-被领导”关系、体育行政管理部门与同级人民代表大会之间的“监督-被监督”关系,是实施《体育法》中若干软法性条款的有效保障机制。

### 5 《体育法》中“软法性条款”的完善进路

《体育法》中与软法性条款相关联的“结构性问题”,成为学者们所关注的焦点。于善旭等<sup>[13]</sup>指出:“现行《体育法》中不但各章中的义务性规范不够协调,而且‘法律责任’一章只有 6 条,数量过少且各章的义务条款明显不对应”“应改变目前有的章只有一条义务性规范,甚至一条都没有的情况,并且要在义务性规范 and 法律责任规范上相对应。”基于此,面向未来,应以“混合型法治”为基础,实现软法性条款与硬法性条款在《体育法》中的良性互动。

#### 5.1 “软硬混治”:体育治理现代化语境下《体育法》完善的基本维度

长期以来,在《体育法》的条款构成中,“软法”和“硬法”都被不同程度的吸纳进来,因此,“混合型法治”构成了未来《体育法》完善的基本维度。事实上,在《体育法》的运行过程中,由“软法”所衍生出的软法性条款或半软法性条款,是一种建立在“软法”基础上的治理模式,在治理过程中,它会贴近“民意”,并且以动员、宣传和鼓励为主要手段,从而实现

法律的“软性着陆”。而建立在“硬法”基础上的“硬法治理”,则是一种传统的治理模式,它多表现为义务性规范和禁止性规范,在治理过程中,它力求凸显“国家法”的唯一权威性,并以国家暴力机关为后盾,从而实现法律的“硬性着陆”。显然,“软法治理”模式与“硬法治理”模式存在着效力的互补性。“软法治理”具有协商民主、充分动员的优点,但效力强度不如“硬法治理”;“硬法治理”虽然效力位阶较高,但却不能充分体现法律共同体的“社会意志”。因此,不管是软法性的法律条文,还是硬法性的法律条文,都应该成为《体育法》中的重要因子,两者缺一不可。“软硬混治”应成为体育治理现代化语境下《体育法》未来发展的基本面向。但需要注意的是,软法性法律条文(半软法性法律条文)与硬法性法律条文应保持恰当的比例关系,如果前者或后者占比过高,都会在一定程度上影响《体育法》的实施。除此之外,软法性法律条文的设置,还应与《体育法》的法律定位和实践效力的特点相适应。就现行《体育法》中各类条文设置的情况而言,软法性法律条文和半软法性法律条文的占比偏高,未来修改时应适当删减不必要的软法性法律条文和半软法性法律条文,仅保留必要部分。例如,现行《体育法》中第九条即属于应保留的软法性法律条文,该条文旨在满足作为体育基本法的《体育法》对国家体育交流活动的发展定位,与《体育法》的法律性质定位相契合。

## 5.2 “立法转化”:拓展软法性条款和硬法性条款的有机转化机制

在《体育法》中,软法性条款和硬法性条款的二元划分并非绝对,而存在着相对性。即所谓的“软法与硬法相对而生,而法之共性则彰显软法与道德质的区别”<sup>[4]</sup>。因此,就立法技术而言,应着力疏通软法性条款与硬法性条款的有机转化路径。对于《体育法》中出现的软法性条款,待时机成熟后,可通过立法修改或司法解释的技术手段,使其效力“硬化”。需要强调的是,并非《体育法》中所有的软法性条款都需要向硬法性条款转化,在转化之前,应建立“识别”制度,通过条款“识别”的方式,对具有可转化性的软法性条款进行结构改造。例如,对于由“原生性缺陷”所形成的软法性条款,就无需进行转化,这些条款的存在目的即是促成法律语言表达的多元化,如果进行不当改造,反而有损这些条款的生成价值。而对于“人为性缺陷”所造就的软法性条款(含半软法性条款),由于它的产生过程即是立法者的疏漏过程,因此,完全可以通过补全法律条款结构的方式来予以弥补。对于经“识别”后具有可改造性的软法性条款,也可以

通过“条款合并”的方式,利用“立法吸附”原理,将相关的软法性条款“提取”到硬法性条款之中,使得软法性条款转化为硬法性条款,从而间接实现软法性条款的“效力硬化”。现行《体育法》中出现了22条半软法性条款,从法律语言上来说,这些半软法性条款使用了义务性或禁止性的连接词,欲建构硬法性条款,但由于缺失了惩戒性机制,在事实上成为了半软法性条款。因此,除了上述有必要删除的第十二、十三和十四条之外,其余的半软法性条款大多属于可改造的条款范畴。在未来《体育法》修改时,可以对这些半软法性条款的逻辑结构进行完善,使其实现规范与责任的相互对应。当然,这并非一定要实现每个半软法性条款都配备法律责任表述,从立法技术而言,也可以将几条法律义务条款的法律责任放置在一个法律条文中。例如,在现行《体育法》中的第三章中,专门对学校体育的开展作出了部署和要求,但第十七条至第二十三条所使用的都是半软法性条文,并未规定学校在体育工作中的违法责任,这不利于督促学校履行法定的体育工作职责。因此,建议在第七章中专门增加一条,明确表述出学校在体育工作开展中有可能产生的违法责任。与此同时,由于法律责任的本质是一种对行为人的不利处分,尚需要配置权利救济的具体路径,方能实现对行为人权利的充分保护。现行《体育法》第三十二条虽然也规定了体育仲裁的权利救济方式,但我国体育仲裁制度至今尚未完全建立,而其他的权利救济机制又未能得到《体育法》的确认,从而使得体育法律责任的结构设置出现内在缺陷。在《体育法》的修改进程中,除了为半软法性条款配置惩罚性机制外,还需要进一步对体育仲裁之外的权利救济方式进行确认,实现体育法律责任的结构自洽。当然,软法性条款与硬法性条款的转化并非单向度的,而应是双向的,依据“情势变更”,也可以把部分执行力弱化的硬法性条款转化为软法性条款。总之,为了维持《体育法》的结构活力,软法性条款和硬法性条款应保持一定的流通性,而并非一成不变。通过立法转化和司法解释等方式,可以实现软法性条款和硬法性条款的良性互动。

## 5.3 “分层执行”:建立软法性条款和硬法性条款的分层实施机制

如同“科层制内的技术治理更多地取决于政治逻辑而非单纯的技术逻辑”<sup>[5]</sup>,软法性条款的执行,仍需依赖于专属的效力保障逻辑,而这种逻辑又区别于硬法性条款的运行机理。体育法治实践中,软法性条款主要通过营造拘束力而获得践行,从效力层级上来说,这种拘束力明显弱于硬法性条款所具备的国家强

制力,因此,若要提升软法性条款的实施绩效,则应首先聚焦于拘束力的强化问题之中。一方面,由于“软法的有效实施,离不开社会成员的法治意识和自律水平,不施以强制力的软法主要依赖社会成员自觉遵守,这对他们的守法意识和自律水平提出了较高要求”<sup>[6]</sup>,而法治教育仍将在一定时间内成为保障《体育法》中软法性条款实施的重要资源,但是,既有的“送法下乡”范式表明,传统的法治教育模式与现代人的法治需求之间存在着固有张力,新时代下,如何创新法治教育形式,即成为影响《体育法》中软法性条款实施的重要环节。有学者指出:“当前,我国的生态文明教育存在着严重的‘离土化’问题,应当回归其‘在地化’本质。”<sup>[7]</sup>事实上,法治教育也需要实现由“离土化”向“在地化”的转向,就体育法治教育而言,要求我们在宣传过程中,应尽力避免“运动式”的推进方式,重视特殊人群的普法需求,构建均质化、常态化的法律宣讲模式。与此同时,软法性条款在生成模式上区别于硬法性条款,即软法性条款通常是集体意向的产物。为了配合《体育法》中软法性条款的实施,还应充分发挥社会舆论的作用,进而为社会强制力的溢出奠定话语基调。就当前而言,亟需构建出政府部门重视体育法治建设、多元主体参与体育法治建设的社会范围,引导社会三大主体发声,进而强化《体育法》中软法性条款的实施效果。

### 参考文献:

- [1] 罗豪才,毕洪海.通过软法的治理[J].法学家,2006(1):1-11.
- [2] 侯欢.软法与硬法之治:税收优惠规范化的模式选择[J].西南政法大学学报,2017(2):67-75.
- [3] 贾文彤.再论我国体育法体系的建构——软法视角切入[J].南京体育学院学报(社会科学版),2010(2):52-56.
- [4] 哈特.法律的概念[M].北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [5] 郑毅.《民族区域自治法》序言效力论[J].法商研究,2017(4):41-51.
- [6] 马长山.互联网+时代“软法之治”的问题与对策[J].现代法学,2016(9):49-56.
- [7] 姜世波.论体育权作为一种新型人权[J].武汉体育学院学报,2018,52(4):44-50.
- [8] 王琳琳,刘晓晨.公共文化服务立法的软法特征及实施机制[J].图书馆论坛,2017(11):79-83+91.
- [9] 施鹏鹏,周靖.刑事诉讼中的“软法”现象及解读[J].社会科学研究,2013(4):74-80.
- [10] 包万超.实证行政法学与当代行政法学的基本难题[J].南京大学法律评论,2000(2):24-40.
- [11] 刘练军.新《法官法》和《检察官法》之规范属性刍议[J].法学评论,2020(3):170-183.
- [12] 刘爽.探究中国法律施行难的根源——访周旺生教授[J/OL].法律与生活.<http://news.sina.com.cn/c/2004-04-15/17033131291.shtml>
- [13] 于善旭,李先燕.论修改《体育法》的内容结构调整与技术质量提高[J].上海体育学院学报,2018,42(2):1-8.
- [14] 徐靖.软法的道德维度[J].法律科学,2011(1):31-41.
- [15] 吴晓林.技术赋能与科层规制——技术治理中的政治逻辑[J].广西师范大学学报(哲学社会科学版),2020(2):73-81.
- [16] 方世荣.论公法领域中“软法”实施的资源保障[J].法商研究,2013(3):12-17.
- [17] 岳伟,徐凤雏.自然体验教育的价值意蕴与实践逻辑[J].广西师范大学学报(哲学社会科学版),2020(2):115-123.