

从体系化视角对体育权法律属性的再探讨

万艺

(江南大学 法学院, 江苏 无锡 214122)

摘 要: 通过对《体育法》文本进行分析, 可以发现“体育权”不仅可能, 而且确实是一项权利。尽管我国《宪法》第 21 条第 2 款明确规定“体育事业”, 但经过结构、历史与功能分析可知, 此条款存在被过度解读的现象。而无论是“受教育权说”“文化权说”“结社自由说”还是“新型(兴)人权说”最终都无法得出体育权是一项基本权利的结论。从体系化视角出发, 体育权应是一项具有宪法性质的独立权利。从内部观察, 体育权体系呈现出层次明显的“核心-基础”结构; 从外部观之, 体育权应是以“健康权”为基础的“二阶权利”, 在法律属性上具有“发展权”的相关特征。

关 键 词: 体育法学; 体育权; 基本权利; 法律属性; 二阶论; 发展权

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2021)03-0009-07

On the legal attribute of sports right from the perspective of systemization

WAN Yi

(School of Law, Jiangnan University, Wuxi 214122, China)

Abstract: By analyzing the text of Sports Law, the study finds that the “sports right” is not only possible, but also a right. Although the paragraph 2 in the article 21 of our Constitution stipulates “sports career”, through the analysis of structure, history and function, it can be seen that that has been over-interpreted. Whether it is the theory of “right to education”, “right to cultural”, “the freedom of association”, or “the new type of human rights”, it is impossible to conclude that the sports right is a basic right. From the perspective of systemization, sports right should be an independent right with constitutional nature. From the internal observation, the system of sports right presents the obvious “core-foundation” structure; from the external observation, sports right should be a second-order right based on the “right to health”, which has relevant characteristics of “right to development” in legal attribute.

Key words: sports law; sports right; basic rights; legal attribute; second-order theory; right to development

在我国, 体育权作为公民的一项基本权利, 似乎是一件未有争议的事情。诚然, 我国诸多学者基于各种文献研究在一定程度上论证体育权是我国宪法中明确规定或未明确列举的一项基本权利^[1-2], 甚至在很大程度上已经成为一项新型(兴)人权^[3-4]。因此, 对于体育权的权利属性进行探讨似乎并无必要。但如果深入考查可以发现, 其实已有不少学者对体育权的基本权利属性提出质疑, 甚至有学者认为体育权非但不是一项基本权利, 连是否是权利本身都值得怀疑^[5]。面对这些质疑, 我们确有必要重新审视“体育权”这一涉及

体育法学的基础概念。“体育权”究竟是不是一项权利, 又能否被称为基本权利, 其法律属性应当如何界定等问题, 成为研究体育法学无法回避的首要问题。

1 体育权是一项权利

1.1 公法、私法与社会法

在我国现行法律体系中, 《体育法》是与体育最密切相关, 也是最集中规定体育各类事项的法律。那么, 这部由全国人大常委会在 1995 年通过、2016 年修改的法律, 在分类上属于何种法律类型?

收稿日期: 2020-09-08

基金项目: 中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(JUSRP11976); 2019 年度江苏高校哲学社会科学研究重大项目(2019SJZDA017)。

作者简介: 万艺(1991-), 男, 副教授, 博士, 研究方向: 体育人文社会学、体育法学、宪法学。E-mail: qjushuxiawen@163.com

在众多的法律类型中有一种分类方式适用较为广泛,那就是“按照法律的调整对象和调整主体的范围不同”^[6],将法律划分为“公法与私法”两大类。“现代法学一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法为公法。比如宪法、刑法、行政法等。而凡属于个人权利、个人利益、平权关系的法为私法。比如民法、商法等”^[7]。公法多强调对公权的限制和依法行使,以充分保障私权,因此,适用的原则是“法无授权即禁止”;而私法多重重视私人主体的意思自治,遵循的原则是“法无禁止即自由”。但是,在 20 世纪初,传统公私法的二元对立划分受到了一定的冲击与挑战,“随着法律调整的社会关系的复杂化,逐渐出现了介于公法和私法之间的法律,如经济法、环境法、劳动法等”^[7]。因此,有学者提出了介于公私法之间的“第三类法——社会法的存在,社会法既保护公共利益同时也维护私人利益”^[8]。社会法的出现让原本公私对立的二元结构被打破,形成“三法鼎立”之势,而公私法划分的相对性也因社会法的出现变得更为显著。

通过定义与划分标准可知,现行《体育法》具有“公法”属性。因其在总则中旗帜鲜明宣布:“国家发展体育事业”(第 2 条)“国家坚持体育为经济建设、国防建设和社会发展服务”(第 3 条)。紧接着在第 4 条中直接规定由“国务院体育行政部门主管全国体育工作”这一涉及体育行政管理事项的公法性条文。之后,在各章内容中亦多有规定政府(包括政府的职能部门)等行政主体依法履职与管理的条文。因此,从现行法律规范的内容上来看,《体育法》应属公法。

1.2 公法上的权利与自由

明确现行《体育法》的公法属性后,在分析“体育权”概念是否成立前,还需要理解“权利”一词在法律上的含义。一般而言,权利是指“在一定的法律关系中,法律关系的一方对另一方所享有的可以要求对方作出一定的作为或者不作为,并为法律规范所认可的一种资格”^{[9][93]}。易言之,法律权利是指权利人可以要求相对方做或不做一定行为的资格。

在法律中规定权利的方式有多种:既可以是明确以“……权(利)”的形式规定,如我国《宪法》中直接规定“选举权和被选举权”(第 34 条)“批评、建议权”(第 41 条)等;也可以是不以“……权(利)”的形式进行规定,如我国《刑法》中规定“正当防卫”(第 20 条)“紧急避险”(第 21 条)等权利,但并未在法条中称之为“正当防卫权”“紧急避险权”。还有一种“未明确规定”的权利,在立法上突出表现为“……等”的形式,如《民法典》中规定“自然人享有生命权、

身体权、健康权……婚姻自主权等权利”(第 110 条)。这是留待具体实践中处理案件时可能需要予以司法解释的空间。但无论是以何种方式在法律中进行规定,都不会影响到该权利获得法律的认可、为法律保障并由法律所规范。

在公法上,法律权利又可以做进一步区分:其中,权利人要求相对方“作为”的权利一般称为“积极权利”,而要求相对方“不作为”的权利一般称为“消极权利”。“权利”一词在公法上多指代“积极权利”,而“消极权利”则称为“自由”。因此,法律权利在公法上有积极权利(狭义的权利)和消极权利(自由)之分,也就是有“权利与自由”之分。

“权利与自由”在公法上的不同之处主要在于:其一,权利由法律所规定、需要依赖法律而存在,但自由则未必。一项权利经由法律规定,便获得了法律的确认和保障,进而产生相应的法律效力。但如果某项权利没有被规定到法律中去,那么,这项权利即便再正当或必要,也只能是“道德权利”或“应然权利”,而非“法律权利”,因此不能产生相应的法律效果。而自由则不依赖于法律的规定,某项自由如未被规定在法律中,并不会影响这项自由的存在与成立。反过来说,即便是在法律中规定了某项自由,如“言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”,也绝不意味着法律就仅仅保障所列明的这些自由而已。因此,自由并不以法律所明确规定者为限。

其二,设定的义务要求不同。公法中的权利为相对方设定了作为的保护义务,而公法中的自由则为相对方设定了不侵犯的尊重义务。例如,在宪法中规定公民有选举权,此时选举作为一项“权利”,强调的是相对方(国家)积极作为的义务,包括提供选举的场地、设计公平的选举制度、保障选举的公正举行以及当出现“贿选”等选举不公的事项时提供权利的救济机制等一系列积极保护义务。同样,在宪法中还规定公民有言论、人身等自由,此时言论、人身作为一项“自由”,强调的是相对方(国家)的消极不作为的义务,也即我的言论、人身自由并不需要国家去积极的作为,就能够得到实现,同时国家负有不侵害我自由的尊重义务。在这个意义上而言,权利设定的义务要求高于自由设定的义务要求。

尽管权利与自由在公法上有所区分,但需要注意的是:权利与自由的区分也具有相对性,故不可将自由与权利的划分绝对化。可以说,公法上的许多权利都同时包含了自由的面向,而公法上的自由也常常要求权利的参与。例如,“游行示威是意志自由,但它也需要道路等公共场所,而且需要警察维持秩序,为此,

它也有权利的侧面。再比如，受教育权虽然称为‘权利’，但也含有家长与学生一定的选择学校的自由。正因为此，有些国家也将自由称为‘自由权’，或者将二者合称为‘自由权利’^{[9]221}。

1.3 体育权何以可能

由于《体育法》最集中规定体育类事项，可以《体育法》为轴心进一步展开有关“体育权”问题的探寻。“体育权”概念尽管外延较模糊、边界较开放，但绝非空洞而无实质内容，“体育权”不仅可能，而且确实是一项权利。

首先，因为在任何法律中都没有明确界定“体育权”，由此得出“体育权”并不存在的说法不能成立。如前所述，很多权利在法律中的存在形式并不是以“……权”的方式出现，而是有着多样的呈现方式，“体育权”正是如此。我国法律中虽然没有“体育权”的成文定义，但并不影响法律规定各项事关“体育”的权利，这些权利当然构成“体育权”的实质内容。而这些在《体育法》中被集中规定的体育权利，就是“体育权”概念得以展开的规范基础和文本依据。

其次，仅有《体育法》还不能说就有“体育权”。“体育权”作为权利体系，应该具有明确的内涵，也就是要有核心“权利束”。通过文本研究可以发现，《体育法》对体育相关内容已有基本概括，主要包括4大类：社会体育、学校体育、竞技体育和体育社会团体(分别对应《体育法》第2-5章内容)。由此形成以“大众体育权”“体育受教育权”“竞技体育权”和“体育结社自由”为核心的“权利束”，这些“权利束”共同构成“体育权”概念的核心体系。

最后，需要特别强调的是：尽管对体育权体系的进一步细化会涉及体育权利和体育自由的区分问题，但这种区分本身具有相对性，不能仅仅因为名称上使用了“……权”或“……自由”，就简单认为某项权利只属于体育权利或只表现为体育自由。应该辩证看待权利与自由的划分：在竞技体育和学校体育中可能权利的呈现度更高，在体育社会团体中可能自由的呈现度更高，而在社会体育中权利与自由均占有较大比重。因此，方便起见，才使用“竞技体育权”“体育受教育权”“大众体育权”和“体育结社自由”的名称。更重要的是，无论体育权利还是体育自由，最终目的都是为了体育权体系的不断丰富及体育权权能的充分实现。

2 体育权是一项基本权利吗？

如果说学界对“体育权是一项权利”已基本达成共识的话，那么，对“体育权是否是一项基本权利”的论断就可谓莫衷一是，众说纷纭了。大体而言，持

“基本权利说”的观点占多数，其中较有代表性的有：高景芳^[10]认为：“公民体育权，就是一项虽然在《宪法》‘公民的基本权利和义务’部分未予明确列举，但却能从‘总纲’中推定出来的公民应该享有的宪法权利。”黄明涛^[11]认为：“‘体育权利’是我国公民应该享有的宪法权利，这是一种‘准基本权利’。”而黄鑫^[12]认为：“体育权在我国宪法上并非没有被‘列举’，只不过列举的方式是概括性条款，体育权应当是我国宪法上的‘已列举权利’。”通过文献梳理可以发现，尽管在宪法是否“明确列举”体育权利上观点有所分歧，但对“体育权(利)是或应当是一项基本权利”的论断却基本一致。这带来重要问题：什么是基本权利？

2.1 有争议的“基本权利”

“在内容丰富、种类繁多的庞大的权利体系之中，我们把那些具有重要地位，并为人们所必不可少的权利，称为基本权利”^{[9]195}。不同于一般意义上的权利，“基本权利表明某些权利相比于其他权利对人具有的重要性，需要在每个国家的宪法中加以保护”^[12]。正是因为基本权利对人而言极为重要，一般各国都会将其规定在宪法中，所以基本权利又被称为“宪法权利”。

基本权利与一般权利的最大区别就在于“基本”二字，“从法理的角度讲，有以下几个方面：(1)从内容上看：基本权利对公民来说，是最重要的那些权利，它涉及公民基本生存和发展的那些条件。(2)基本权利在公民权利体系中居于核心地位，构成普通法律所规定的公民权利的基础。(3)基本权利是经过几百年的政治实践，不断趋于扩大、完善，它有较强的稳定性，不论时代的变迁和政治风云变幻，基本权利要受到保护的原则和精神不会变。(4)基本权利作为民主与专制斗争的产物，它被人类社会普遍接受，在现代民主国家已形成共性”^{[13]235-236}。可见，基本权利之所以“基本”，是因为其最重要、居于权利的核心地位、有较高的稳定性和普遍性，也只有符合这些标准的权利才能被称之为“基本权利”。

基本权利在我国实证法上最集中的体现是《宪法》第2章“公民的基本权利与义务”，该章详细规定我国公民享有的各项基本权利。通过对第2章进行研读，可以发现：该章并无“体育权”的明确规定，甚至都没有提到有关“体育”的事项。正因为此，大多体育法学者都认为“体育权是一项未列举的或半真正未列举的基本权利”。而又因为《宪法》第一章“总纲”中有明确提到“体育”事项，因此，绝大多数体育法学者都据此认为：“体育权是一项基本权利”。这条被大多数学者视作宪法依据的“体育基本权利”条款，正是赫赫有名的“《宪法》第21条第2款”，该款规定：

国家发展体育事业,开展群众性的体育活动,增强人民体质。

2.2 被过度解读的《宪法》第21条第2款

由于《宪法》第21条第2款的存在,很多学者都认为:“体育权确实是一项基本权利。”体育权的基本权利属性或者可以由该款直接得出,或者可以由该款概括得到,再不济也可以经由该款推导得出。

首先,第21条第2款本身并非基本权利条款,因此无法通过该款直接得出体育权的基本权利属性。从该条款在宪法中所处的位置结构来看,属于“第一章总纲”。总纲中规定的是根本制度、基本原则和基本国策,内容多为原则性和概括性的条文,而非具体的基本权利。并且,“总纲更多的不是已经取得成果的总结,而是对目标的期待,有的总纲常用于号召和引导人们为实现目标而努力。这类规定在行文时往往采取‘提倡’‘发展’‘推行’‘鼓励’‘加强’等表述方式”^{[13]158-159}。(这也正是第21条第2款的表述方式)因此,纲领性条款可以说为基本权利的产生奠定基础,但是纲领性条款本身并非基本权利条款,其实“有赖于宪法中其他规定及有关法律具体化”^{[13]158}。

其次,第21条第2款的主要目的并非设定体育权,而是为《体育法》立法提供宪法依据,因此,可由该款直接推导出体育权的说法不能成立。从制宪当初来看,在宪法中写入第21条是由于“卫生和体育事业对于保护人民健康、增强人民体质、提高学习和工作效率的重要性,文学艺术、新闻、出版等各项文化事业对于丰富和提高人民精神生活的重要性,都是很明显的”^[14]。在立宪之后,“为落实这一款(第2款),1995年8月全国人大常委会制定了《体育法》,规定了国家对体育活动的一系列政策,对群众性的社会体育,采取大力提倡、支持和指导的方针;对学校体育,作为学校体育的组成部分,使学生成为德智体全面发展的人才;对竞技体育,促进其发展,鼓励支持开展体育训练”^{[13]219}。可见,在制宪当初并没有将宪法第21条第2款作为体育权来源的推导性条款,甚至都没有赋予该条以强化“国家保障”的积极作为义务。因为“它们的发展,也不能单靠国家的力量,都需要依靠各种社会力量,需要开展广泛的群众性的活动”^[14]。也就是说,制宪者们非常清楚,体育事业的发展不能仅靠国家,还必须充分发挥民间积极性。因此,《宪法》第21条第2款的主要目的并非为体育权的推导提供文本支撑,而是为《体育法》的立法提供宪法依据。

再次,第21条第2款在宪法功能上并未创建或确认体育权。“体育权”的权利内容由《体育法》所建构,因此实际是《体育法》具体落实并规范体育权。逻辑

关系应是:《宪法》第21条第2款→《体育法》→体育权;而非《宪法》第21条第2款→体育权。不应忽视作为中间关键一环的《体育法》对体育权的构建过程。第21条第2款虽是《体育法》制定的宪法依据,《体育法》也确实在全文开篇第1条即宣告:“根据宪法,制定本法。”但这并不能得出体育权就是一项基本权利。因为,按此逻辑,《民法典》也是根据宪法制定的,而《民法典》中创立种类繁多且庞杂的民事权利,那岂非所有民事权利都是基本权利?照此推论,几乎所有的法律都是“根据宪法”制定而成,那岂非所有的法律权利都是基本权利?很显然,这既不可能,也不现实。

最后,体育权并不会因为没有宪法依据就不能成立,也不会因为不是基本权利就被排除在宪法的保障之外。需要明确的是,并不是也不可能所有的法律权利都在宪法中进行规定或能在宪法中找到依据,宪法从来都“不限制立法去规定宪法中没有的权利”^[15]。因此,体育权尽管没有明确的宪法依据也能成立。并且,体育权虽不是基本权利,但不妨碍其受到宪法保护。非基本权利的体育权首先受到《体育法》的保护,而如果《体育法》以立法方式侵犯公民的体育权,那么,对体育权的保护就上升到了宪法保护的层面:也即通过立法侵犯公民体育权的条款因“违宪”而无效。

2.3 被高估的体育权

《体育法》中规定体育权的基本内容:大众体育权、体育受教育权、竞技体育权和体育结社自由。正因为体育权的4项权利内容与某些基本权利有部分的交叉重叠,因此不少学者主张体育权可以通过某个基本权利导出,体育权应属某个基本权利项下的“子权利”。其中又以“受教育权说、文化权说、体育社团自治说和新型(兴)人权说”最为盛行。但其实无论是以何种基本权利作为体育权的上位权利来进行推导,都会产生不周延的情形。

不可否认,体育受教育权和体育结社自由确实分别与作为基本权利的受教育权和结社自由有关:《体育法》中有关“学校体育”的立法规定以及由此所产生的“体育受教育权”当然是对作为基本权利“受教育权”的具体落实与展开;而《体育法》中有关“体育社会团体”的规定及由此产生的“体育结社自由”也确实是对“结社自由”的具体落实与保障。但即便如此,也只能说是某些基本权利(受教育权、结社自由)与体育权的部分内容(体育受教育权、体育结社自由)有交叉重叠,而体育权的其他内容(竞技体育权、大众体育权)则无法通过这两项基本权利导出,甚至在两项基本权利之间也无法相互推导:例如受教育权就无法

推导出体育结社自由，而结社自由也无法推导出体育受教育权。所以，受教育权说和体育社团自治说均无法进行合理、完整的基本权利论证。

有学者认为体育权应该属于文化权，并且从“体育与文化的关系、体育权利的宪法依据、法律政策规定以及国外体育立法”4个方面论证“体育权利的本质属性是宪法上的公民文化权利”^[16]。诚然，在最广义的层面上，人类一切有意识的精神活动都可被称为“文化”，那么，规定在我国宪法中作为基本权利的“文化权”是否也是在这一层面上使用“文化”一词呢？很显然不是。作为基本权利的“文化权”有着特定的含义与内容，“主要包括3个方面：(1)科学研究和文艺创作权，即公民自由探讨科学领域的问题、自由进行文艺创作并发表自己研究成果的权利；(2)文化生活参与权和分享权，即公民在享有从事科学研究和文艺创作的同时，还享有其他文化活动的自由，并有权分享文化事业发展、科技进步及其带来利益的权利，包括参加各种文化娱乐活动，使用图书馆、博物馆等各种文化设施，欣赏文化珍品等；(3)文化成果受保护权，即公民科学研究、文艺创作的成果所产生的精神和物质的利益享受保护的權利”^[17]。可见，体育权并不属于基本权利的文化权。基本权利的“文化权”主要是侧重精神活动的自由，这与体育权主要侧重于身体活动有所不同。文化权突出强调科学研究与文艺创作上的自由，虽然法条中也提到“其他文化活动和文化事业”作为兜底，但这里的其他文化活动与事业主要是对总纲第22条中“其他文化事业”的呼应，因而不宜视为体育权的兜底性条款。

伴随着“人权条款”入宪，近年来兴起有关体育权的新说——新型(兴)人权说。有学者认为“体育权俨然逐渐兴起，成为一项新兴人权，无论其内涵是基本人权说、宪法权说、受教育权说，还是体育运动权说，都是以肯定体育运动是一项人权为基础的”^[18]。人权是比文化权更大、内涵更丰富的概念，并且一经写入宪法，就成为宪法保障的最高价值。但作为“人之为人所应该享有的权利”，人权更多时候是以道德权利的形态存在，表征为理念化的追求，与作为实定法的宪法之间存在不同。即便人权写入宪法从而完成人权的宪定化，但是距离人权的真正实现，还有漫长的路要走。而人权体系的开放性使得人权本身变得更为复杂，也更加趋向于理想的应然层面，这一点可以在体育权的新型人权说中窥见端倪^①。因此，“新型(兴)人权说”确实有助于我们拓宽体育权的权利向度和深度，但对于论证“体育权是一项基本权利”并无太大帮助。

3 作为独立宪法性权利的体育权

3.1 体育权的“核心-基础”结构

我国《体育法》规定体育权的4项具体权能：大众体育权、体育受教育权、竞技体育权和体育结社自由。这4项权能之间既相互独立又有机结合，使得体育权内部呈现出复合立体的体系性结构。如果运用系统论的观点来看，任何一项权能都不是孤立存在，而是与其他项权能一道构成有机的整体。通过观察即可发现，体育权内部表现为由不同权利束所构成的多层次体系，该体系的展开呈现出层次明显的“核心-基础”结构：其中处于核心区域的是“竞技体育权”，处于中间区域的是“体育受教育权”，而处于基础区域的是“大众体育权”和“体育结社自由”。

体育权“核心-基础”结构呈现出系统化的逻辑解读：即通过最广泛的社会化的大众体育和社团型体育结社自由，从中选拔出资质较优的体育人才；再经由受教育权的体育教育，培养出专业且精英的运动员；最后在各项体育赛事中，保障并实现作为体育权核心的竞技体育权，由此形成完整的闭环。对体育权的“核心-基础”结构作这样的系统化解读，还能够契合制宪时“不能单靠国家的力量，需要依靠各种社会力量，需要开展广泛群众性的活动”之本意^[19]。可见，虽然体育权核心是“竞技体育权”，但“基础”却是“开展群众性体育活动”的“大众体育权”与“体育结社自由”，而“从基础到核心”的途径则是作为学校体育的“体育受教育权”。

之所以说“竞技体育权”是体育权的“核心”，可以从体育规律和法理逻辑上分析得出。首先，从现代体育的发展历程来看，中外都先后经历或步入“军国民体育阶段、体育教育阶段、竞技运动阶段和体育休闲阶段。这4个阶段相互包含”，而“中国关于体育的概念就在这4种形态中波动向前”^[18]。体育教育、竞技运动和体育休闲这三种形态虽在我国当下体育概念中均有存在，但与先前又有所不同。具言之，当下的“竞技体育权”与彼时竞技运动阶段下以“为国争光、金牌至上”的举国体制为主要价值导向的“竞技体育权”有所不同，当下“竞技体育权”的价值回归到“以人为本”，逐步淡化竞技体育的工具理性思维和功利主义色彩。因此，现在的“竞技体育权”是秉持以人为本、追求竞技的公平性、坚持人的终身全面发展的体育权利。“竞技体育的本质是代表人类向人类自身身体极限挑战”^[19]。“竞技体育权”所要求的“挑战性(竞争性)”与“公平性”也正契合体育的理念：“体育是以发展人的自然属性为目的的身体活动”^[20]。就此而言，体育在很大程度上是对人类自身极限的挑战、对

身体卓越的追求,而狭义的体育也多被用于指称“高水平的竞技运动”或“精英(尖子)体育”。可见,体育权的核心应是“竞技体育权”。

需要注意的是,虽然从体育权的“核心-基础”结构看,带有精英模式的高水平竞技体育占据了体育权的核心位置,但不应忽视的是含有大众模式全民体育的体育权基础领域。这既有历史发展的原因,也有切合实际的考量:我国在 20 世纪 80 年代,“由于对竞技体育的倾斜,群众体育远不及竞技体育发展迅速。”

“因长期以来混淆了‘体育强国’与‘竞技体育强国’的区别,金牌数量被认为是体育发展水平的最重要的标志,‘科技兴体’兴的是竞技体育,不仅以牺牲运动员的文化教育为代价,而且也甚少关注群众体育和国民健康”^[21]。好在这样的错误发展趋势在 20 世纪 90 年代得到遏制,“90 年代中期随着《体育法》和《全民健身计划纲要》的颁布实施,国家体育管理部门开始对群众体育进行政策和资金方面的倾斜,开始注重竞技体育与群众体育的协调发展。”^[21]政策的安排与导向也充分说明体育权“核心-基础”结构协同发展的不可偏废性。只有作为基础的大众体育权得到夯实与稳固,才能为作为核心的“竞技体育权”提供动力与来源。

体育权的“核心-基础”结构主要是从体育权内部观察的结果,但从外部观之,体育权的法律属性究竟为何,《体育法》并没有给出相应界定,而“核心-基础”结构也无法给出明确回答。

3.2 体育权的“二阶论”

作为独立宪法性权利的体育权,与宪法之间有千丝万缕的联系,体育权虽然无法通过宪法推导得出,但是剖析体育权的法律属性却又必须借助于宪法,因为,宪法对体育事业的定位会直接影响体育法的制定,而体育法的具体规定又会进一步影响体育权的权利内容。因此,我们将目光重新落回到宪法,尤其是规定“体育事业”的宪法第 21 条。

通过对宪法第 21 条进行分析,可以发现该条由两款构成:即第 1 款的“医疗卫生事业”和第 2 款的“体育事业”。其中第 1 款规定:“国家发展医疗卫生事业,发展现代医药和我国传统医药,鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施,开展群众性的卫生活动,保护人民健康。”需要注意的是,该款的落脚点是“保护人民健康”;而紧接着第 2 款则规定了“体育事业”,落脚点却变成“增强人民体质”。从话语表述的细微差别上,我们可以感受到前后两款的目的有些许不同:医疗卫生事业的主要目的是“保护健康”,而体育事业的主要目的则是“增

强体质”。

且不说医疗卫生事业与体育事业本就属不同领域,但制宪者却将分属不同领域的事项规定在同一法条中,可见二者之间既有不同,又有密切联系。从第 1 款中规定的“保护健康”来看,容易得出该款主要强调的是对“健康权”的保护,因此在法律属性上应为“健康权”。由于第 2 款紧接其后,且与第 1 款密切相联,故有学者认为“体育事业”的本质属性也是“健康权”。但问题就在于:如果体育事业在属性上也是健康权的话,那为何要在宪法中专门用两个条款来分别进行规定,直接规定在一款中不是更好又更容易理解吗?但宪法并没有这么做,说明在制宪者看来:“医疗卫生事业”和“体育事业”之间是有本质区别的,发展医疗卫生事业所带来的“保护健康”和发展体育事业所带来的“增强体质”在目标设定与最终效果上也是不一样的,因此必须要用两款来分别规定,二者之间“不可通约”。

“保护健康”和“增强体质”分别是发展“医疗卫生事业”和“体育事业”的落脚点,用语的区分实质表达取向的不同:医疗卫生事业在性质上属于“健康权”,而体育事业所产生的“体育权”在本质上并非“健康权”,而应该是一种“健康权之后”的权利。体育权应是由健康权派生、建立在健康权基础之上,以健康权为前提的后置权利,就像健康权是以生命权为前提的后置权利一样^②。如果说健康权是一阶权利,那么体育权就是建立在健康权基础上的二阶权利,这就是体育权性质的“二阶论”。

二阶态的“体育权”强调不再仅仅是作为基础状态的健康,而是健康之后的进一步发展增强、改造自身、追求完善的状态。尽管学界对于体育的概念众说纷纭,尚未达成统一论,但基本达成共识的是,体育作为一种复杂的社会文化现象,“具有整体性与多功能,包括学校体育、社会体育与高水平竞技体育,具有教育、健身与娱乐功能,并通过体育活动发挥其政治、经济、文化、科技等作用”^[22]。体育的本质目标在于“对作为物质属性的生理意义上的人体的改造”^[23]。根据学界通说,我国体育的目的是“增强体质,增进健康,改善人们生活方式,提高生活质量,促进社会经济健康、文明发展”^[24]。可见,体育概念的整体性、体育功能的多样性、体育目标的改造性、体育目的的发展性,使得建立在健康权基础之上的体育权整体对外呈现出“发展权”的属性和样态。

二阶态的体育权在法律属性上应为“发展权”,并且是一种“以人为本”的人本主义发展权^[25]。这种发展权在个人、社会和国家 3 个层面均有展现:就个人

而言,体育权秉承“以人为本”的价值理念,重在增强个人体质,增进个体健康,从身心两个方面促进个人的终身全面发展;就社会而言,体育权通过大众体育和社团自由改善个体生活方式,完善个人发展,以达到推动社会文明进步、促进社会整体发展的目的;就国家而言,体育权通过友好且公正的体育竞技与交流,最终达到促进国家良好发展,并推动国家间的和平发展。

鉴于我国宪法已对“体育事业”进行规定,而体育权本身又非基本权利的事实,因此,就目前而言,无需仅为单纯强调体育权的重要性,要求体育权入宪。对体育权的重视,包括对体育权体系与权能的进一步丰富可以通过人大常委会的释宪,并通过对《体育法》的进一步修改完善加以实现。而这些深化体育权利具体内容方面,也必将成为《体育法》向纵深发展的新研究方向。

注释:

- ① 不难看到,基本上持“体育新型(兴)人权说”的观点倾向于将人权作为一项道德理念上的权利,而与作为国家实定法的宪法基本权利有所区别。并且,这些研究有个共同的特点,就是论证多基于国际人权公约等文件,而较少关注,甚至有脱离宪法文本的普遍倾向。
- ② 因为只有先有生命权,才会有健康权,如果生命权都不存在,那健康权自然也就不存在,所以生命权是健康权的前提和基础,健康权是由生命权所派生的权利。相对于生命权而言,健康权就是后置权利。但要注意的是,健康权虽由生命权所派生,却不同于生命权本身,更不能认为健康权从属于生命权。健康权应是一项派生于生命权但却具有独特内涵和属性的独立权利。

参考文献:

- [1] 黄鑫. 作为基本权利的体育权及其双重性质[J]. 体育学刊, 2016, 23(2): 68-74.
- [2] 张志伟. 体育权利宪法属性的法理证成[J]. 天津体育学院学报, 2013, 28(5): 392-395+426.
- [3] 徐翔. 体育权: 一项新兴人权的衍生与发展[J]. 体育学刊, 2020, 27(4): 21-28.
- [4] 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.
- [5] 杨腾. 体育权: 权利泛化语境下的虚构概念[J]. 武

- 汉体育学院学报, 2014, 48(6): 33-37.
- [6] 高其才. 法理学[M]. 北京: 清华大学出版社, 2015: 96.
- [7] 杜宴林. 法理学[M]. 北京: 清华大学出版社, 2014: 60.
- [8] 付子堂. 法理学初阶[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 129.
- [9] 林来梵. 宪法学讲义[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [10] 高景芳. 论公民体育权的宪法属性——一个“半真正未列举权”的视角[J]. 武汉体育学院学报, 2016, 50(8): 39-43.
- [11] 黄明涛. 我国宪法“体育权利”的文本表述与制度实现[J]. 体育文化导刊, 2017(4): 11-14+20.
- [12] 赵晶. 国家义务研究: 以公民基本权利演变为分析视角[M]. 天津: 天津人民出版社, 2017: 28.
- [13] 蔡定剑. 宪法精解[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [14] 中共中央文献编辑委员会. 彭真文选(一九四一—一九九〇年)[M]. 北京: 人民出版社, 1991: 449.
- [15] 张千帆. 宪法学导论——原理与应用[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 24.
- [16] 孙彩虹. 体育权利的法律属性[J]. 上海体育学院学报, 2014, 38(6): 7-12.
- [17] 秦前红. 中国宪法读本[M]. 北京: 人民出版社, 2015: 93-94.
- [18] 卢元镇. 体育, 一个永恒的话题[J]. 成都体育学院学报, 2019, 45(5): 1-3.
- [19] 从密林, 邓星华. 对体育若干基本概念生成逻辑及相互关系的新思考[J]. 北京体育大学学报, 2020, 43(6): 101-109.
- [20] 唐炎, 宋会君. 体育本质新论[J]. 天津体育学院学报, 2004, 19(2): 36-38.
- [21] 杨文轩, 卢元镇, 胡小明. 改革开放以来中国体育理论与实践的发展[J]. 华南师范大学学报(社会科学版), 2003(4): 135-143.
- [22] 熊斗寅. “体育”概念的整体性与本土化思考——兼与韩丹等同志商榷[J]. 体育与科学, 2004, 25(2): 8-12.
- [23] 易剑东. 体育概念和体育功能论[J]. 体育文化导刊, 2004(1): 32-34.
- [24] 杨文轩, 陈琦. 体育原理[M]. 北京: 高等教育出版社, 2004: 63-64.
- [25] 杨桦, 任海. 我国体育发展新视野: 整体思维下的跨界整合[J]. 北京体育大学学报, 2014, 37(1): 1-8.