

体育法治建设：积极法治抑或消极法治

赵越强¹，贾文彤^{2,3}

(1. 北华航天工业学院 体育部, 河北 廊坊 065000; 2. 河北师范大学 体育学院, 石家庄 050024;
3. 河北师范大学 体育法学研究中心, 石家庄 050024)

摘要: 通过查阅相关文献, 详细探讨了体育法治的两种模式——积极法治和消极法治, 并引入哈耶克的自生自发理论作为消极法治的理论支撑。指出, 我国走的是积极法治之路, 政府公权力在体育法治建设当中发挥了主导作用。从另一个角度看, 这种积极法治可能也压制了“内部规则”——体育自身发展规律的生存空间, 足球发展可以很好地证明这一点。所以, 现阶段应该适时引入消极法治, 解决体育法治建设中动力来源单一所导致的后续力量不足问题, 走一条积极法治和消极法治并重的均衡建设之路。

关键词: 积极法治; 消极法治; 体育法治建设; 自生自发秩序; 体育自身发展规律

中图分类号: G80-05

文献标志码: A

文章编号: 1008-3596 (2018) 06-0015-06

体育法治建设是体育法学界研究的一个宏大命题, 纵观这些年的研究成果, 多从整体性角度进行探讨, 即将法治作为一个完整词汇, 当作一种制度、一种理想状态或者一个过程进行论述。当然, 这其中也不乏对体育法治的具体剖析。比如有研究者曾进行过体育实质法治与形式法治的探讨, 该类研究能够使我们对于体育法治有一个更加清楚的了解, 有利于发现问题和解决问题。本研究探讨的积极法治和消极法治是对体育法治的另一种剖析, 有助于人们加深对体育法治这个宏大命题的认识。

1 何谓积极法治和消极法治

关于积极法治和消极法治的研究即使在法学界也较为少见, 一些研究如《论积极法治和消极法治》^[1]缺乏历史性论述, 想当然地将消极法治当成“不好”的东西, 一味描写积极法治。有研究认为, 积极法治就是指充分发挥公权力的能动

作用, 在严格规制行政权力运作的基础上, 保证各级机关充分运用法律加强对社会活动的积极规制和管理^[2]。由此看出, 积极法治实际上是一种“国家主导式”的法治发展模式, 主要发挥具有公权力的各级机关在法律活动中的作用; 而消极法治则刚好相反, 消极法治主要对公权力发挥法律的调控和监督作用, 使国家和社会处于消极被动的状态, 对于干预社会和调整国家活动的行为加以限制^[3], 由此可以理解为其走的是“自然演进”的法治发展模式。消极法治主张法治的变迁是一个历史渐进的过程, 多元主体或者多元力量加入其中, 其中作为公权力的政府或者机关只是以消极的方式出场。也就是说, 政府或者行政机关只是作为法治发展动力源之一, 政府的主要作用就是为其他力量的参与营造一个公平良好的外部环境。对于积极法治的特点, 有研究进行了列举式总结: ①政府的启动性和推动性; ②法治目标具有明确性; ③过程具有预设性; ④时间上具

收稿日期: 2018-07-26

作者简介: 赵越强 (1984—), 男, 山东沾化人, 讲师, 硕士, 研究方向为体育教育训练学。

文本信息: 赵越强, 贾文彤. 体育法治建设: 积极法治抑或消极法治[J]. 河北体育学院学报, 2018, 32 (6): 15-20.

有急促性；⑤方法使用上具有强制性^[4]。

通过法治发展的历史过程可以看出，积极法治和消极法治两种法治形态各有优缺点，谁为主导的呼声在不同时期交替出现，这从对西方国家“夜警”“掌舵”与“划桨”的论述中可以窥一二。对于我国而言，从建国伊始（那个时期可能实行的还是人治，后到上世纪80年代末期人治与法治大辩论后，最终实行法治），我们就一直实行政府干预一切的做法，也就是说，我国法治模式实行的是“积极法治”，甚至过分注重“积极法治”模式，这种模式为我国社会发展做出过巨大贡献（这其中当然也包括体育法治模式），但也不可避免地产生了很多弊端，阻碍了法治建设的深入发展，因为“积极法治”本身内含着一种悖论：政府既可以推动法治进步，当然也可能妨碍甚至破坏法治发展^[5]。当前，应该适时引入“消极法治”理念，改变过去较为简单的、主要发挥公权力作用的法治建设模式，动员更多的力量参与，多一些社会和体育行业自治，拓宽我国法治建设的路径。实际上，很多西方发达国家走过的是一条从消极法治到积极法治之路，我国正相反，目前正在进行积极法治建设，将来应该走向消极法治。

2 我国体育法治演进——积极法治居主导作用的具体表现

积极法治的表现形式之一为形式法治。形式法治与积极法治在很多方面暗合，形式法治的很多做法体现了积极法治的特点。比如行政立法主导特点。这主要体现在更多的体育规章制度出自体育行政部门^[6]。在已有的体育法律体系中，最高行政部门——国务院颁布的各种条例立法层级较高，如《全民健身条例》和《反兴奋剂条例》等。同样，地方体育立法中也表现为相当多的地方政府立法，其原因可能是：政府立法较地方人大立法更快速便捷，能更好地适应近些年体育事业快速发展的需要，所以地方政府的体育立法占多数，如《北京市体育竞赛管理办法》《石家庄市体育经营活动管理办法》等等。另外，体育普法也是政府积极法治的一个重要表现。我国开展体育普法一开始出现在竞技体育领域，基本目的是让运动员了解并遵守基本的法律法规。时至今

日，体育领域出现了体育腐败、假球、兴奋剂和黑哨等诸多问题。这时候的体育普法就具有了更深层次的意义，比如江西省体育局《2016年省体育局普法宣传教育工作要点》开宗明义：围绕“保障社会公正、促进社会诚信、维护社会秩序”三大重点任务^[7]。另有研究者通过问卷调查对体育领域执法问题进行了研究，竞技体育领域的情况显示，84%的被调查者认为执法情况良好^[8]，从一个侧面反映出我国长期以来对竞技体育的重视。总而言之，积极法治解决了体育领域内法治建设动力不足的问题，另外，通过体育法治建设的赶超发展，节省了时间，利于在较短时间内完成体育法治建设任务。

我们也需要清醒认识积极法治中的问题。首先是体育立法过程过快，虽然我们已经初步形成了体育法律体系（这是上个世纪末本世纪初的任务），但是却存在着所立体育法律粗糙，法律体系内部不够和谐、缺乏一定的操作性等问题，甚至出现了只管立法不管修改的局面，《体育法》颁布至今未得到合理修改就是明证。其次，对于体育执法而言，除了竞技体育领域，其他领域如学校体育领域和社会体育领域的执法明显存在差距。从深层次讲，积极法治提高了体育法律的地位，但从另一方面看，积极法治作为体育社会管理的主要手段，存在急功近利的问题，难免会将体育法律当作工具，突出其工具性价值，而丧失其目的性价值。另外，体育普法应该是一种全国性、主要涉及运动员的活动，但由于政府的主动推动，一段时间内，政府可能会成为体育法治化的主体，运动员则成为被法治化的对象，导致权力和权利结构的错位。再者，体育法治化还可能会因为政府的不良偏好偏离正确的方向。

3 自生自发秩序和体育消极法治

3.1 哈耶克的基本理论之一——自生自发秩序

哈耶克是20世纪伟大的思想家、经济学家和法理学家，自生自发秩序是他诸多理论中最为重要的一个概念。自生自发秩序又叫内部秩序，它以无知论和有限理性为基础。哈耶克对这个概念并没有给出一个明确的界定，倒是一些研究者描述了大致含义，比如有研究者认为，自生自发秩序就是在一个完美的自发秩序中各个元素所占

的地位并非是由一个外在或内在的力量安排所造成的结果,而是由各个元素本身的行动所产生的^[9]。当然,有的研究总结了这一定义包含的四个含义、六个含义^[10-11],甚至更多含义。至于自生自发秩序的起源,有研究认为:某一规则最早由某一小群体的偶然因素而选择,经过生活实践证实了它的效能,进而得以保持下来,这种秩序所带来的繁荣和强大,要么赢得其他的群体,要么被其他群体自愿效仿和遵循^[12]。当然,还有研究总结了自生自发秩序的特点,包括至高无上的个人地位、秩序性和自我调节性等^[11]。

哈耶克推崇最好的社会秩序是自发的,也就是自生自发秩序,并不是人为的、设计好的法律。目前我国的体育法治建设不同于英美等西方发达国家。一般认为,英美国家的秩序属于自生自发秩序,也就是演进主义模式。我国体育法治建设走的是建构模式。如果我们向国外学习,单纯走演进模式,时间不允许。现在走建构模式,利于体育法治建设的顺利完成,但未来应该适时加入演进模式,消极法治正好顺应这一模式,其中消极法治特别强调对公权力的限制。一个时期以来,以足球协会为例,由于对其权力缺乏必要的控制,错位、越位和缺位的事情时有发生,以至于曾经有一个时间段俱乐部和球员状告足协的案件接连不断。另外,体育法治是一个自生自发的过程,诸如足球文化之类的体育习性是经过长时间数代人实践不断选择传承下来的,并非立法者理性构想制定出来。目前,体育法治建设存在的问题主要表现在两个方面:一是没有按照市场经济规律自然演进;二是没有按照运动项目自身的演进规律发展。在足球领域后者尤甚。具体而言,我国历来有制定足球发展规划的习惯,但是,往往表面富丽堂皇,最终规划落空,尤其是成年国家队。就是因为这些规划并非“由各个元素本身的行动所产生。”

3.2 哈耶克的基本理论之二——内部规则和外部规则

哈耶克认为,规则包括内部规则和外部规则。内部规则是社会在长期的文化进化过程中自发形成的规则,即哈耶克所谓严格意义上的“法律”;外部规则是指适用于特定之人或服务于统治者目的的规则(立法的法律)^[13]。相应地,哈

耶克极为看重内部规则,甚至将其看作是一种道德规则,那么由此所产生的异议就会少得多^[14]。体育领域有很多道德规则,如勇敢顽强、团结协作,特别是美国NBA还有专门的道德条款,这些都是人们不断试错、不断积累的结果,应验了哈耶克的“文化进化论”。我们在赞叹西方发达国家体育制度完备的同时也应该看到,外部规则固然起了很大作用,但更为关键的是内部规则起到了根本性作用,正是它们维持了体育的产生与发展。再以斯基的纳维亚国家为例,它们曾经是冰雪运动的早期统治者,冰雪规则作为一种内部规则(曾经口传的规则和习惯),帮助他们维系了滑雪运动的统治地位。“一个成功的自由社会,在很大程度上将永远是一个与传统紧密相连并受传统制约的社会”,由于这种传统属于“历经数代人的实践和尝试而达到的成就,包含着超过了任何个人所能拥有的丰富经验。”^[15]

3.3 体育领域的消极法治

从自生自发秩序视角切入消极法治自有其合理性。自生自发秩序的特点基本上符合体育秩序建构,实际上自生自发秩序最为关注的是行动和秩序性规则。哈耶克认为,自生自发秩序的形成乃是它们的要素在应对其即时性环境中遵循某些规则所产生的结果^[2]。具体而言,消极法治理念排斥国家权力的过度干预有其更深层次的原因:首先,体育领域活动的开展以及体育法治实际上是一个自生自发的过程,具体表现在诸多体育规则的形成并非理性设计的产物,如前文提到的冰雪规则,再如最早的足球规则,只有几个条款,发展成今天长篇累牍的版本,确是在历代足球人不断筛选后固定下来的,即使立法者经过了缜密的理性构思也难以企及。其次,消极法治认为,对待公权力的态度要审慎、防范,实际上想突出确保法治之下的体育自由和权利,即保证体育权利和自由对国家权力的优先性和独立性——体育立法权没有被赋予高不可攀、不受约束的地位。第三,体育法治的发展是一个漫长的过程,未来应该是体育协会或者体育自治发挥主要作用^[16]。市场经济下体育法治和体育产业的发展密不可分,之所以体育法治建设出现问题,与我国市场经济乃至体育产业发展的不成熟有关。另一方面,以保障体育自由和权利、限制行政权力为目

的体育法治又为市场经济条件下体育事业的发展保驾护航。

与国外不同,我国目前走的是积极法治道路,这种模式体现的是理性——建构主义思潮。惯性使然,如果此思潮继续持续,国家权力将难以控制,自生自发秩序不能有很好的生存发展空间,具体而言,一些体育项目(如足球)就不能发现自身的发展规律,体育秩序就不会健康生长出来。所以,现在引入消极法治概念对于我国体育事业的进一步发展具有非常重要的意义。

4 体育消极法治的基本内核

具体而言,体育消极法治的基本内核包括如下几个方面:首先是规则层面上,体育法治应该吸收消极法治成分,凸显法治发展的长期性和实践演进性,重视那些在体育行业里孕育出的秩序性规则在体育领域当中整合、调整的作用,重视体育法律体系应有的多元性特点和开放性特点,特别是那些事关体育项目自身发展的规则。积极法治理念似乎强调法律的外在强制力,评判法律的优劣并不是看体育法律与那些体育领域固有的内部规则(自生自发秩序)是否一致,而是看体育法律能否有效介入,试图改变甚至取代体育规则,从而将整个体育纳入外在立法范畴之内,体育法治发展进程通过建构、理性加以控制,最终完善起来。在这个过程中势必要发挥政府权力的能动作用。其次,在价值层面上,体育领域的消极法治崇尚体育权利并强调个人自由,警惕政府权力,所以,相应的体育法治建设应该围绕保护体育权利和个人自由去进行制度设计。一个时期以来,对体育法修改应该突出体育权利这一做法应该是消极法治的一个反映。积极法治主张平衡权力与权利,禁止权力过度扩张,也要防范权利的肆意泛滥,所以,积极法治应该在集体利益和个人目标之间搭建桥梁,制度设计在彰显个人目标的同时更要关注集体利益,这应该是体育的一个特殊性。第三,在体育法治建设主体的构成上,消极法治主张个人和社会对体育的参与,而积极法治则突出了国家或者政府的力量。通过三个方面的对比研究,可以进一步加深对消极法治的认识和理解,体育法主导、突出公民的体育权利以及多元治理是体育领域消极法治的三个基本

表现。

首先是体育法主导。我国已初步建成体育法律体系,《体育法》在其中处于主导地位,但从1995年颁布至今,《体育法》并未发挥出应有的作用或者影响。实际上人们对《体育法》并不了解,一些人做过调查,比如在大学生群体中很多人并不知道《体育法》的存在。另外,真正受《体育法》影响的案件较少,有研究认为,在我国司法实践中,《体育法》的适用呈现出案例较少、适用条款相对集中的特点^[17]。从理论上讲,《体育法》源于计划经济时代,受到了理性建构的影响。修改《体育法》要求法律确认体育权利,彰显体育法作为一种社会法的优越性,真正发挥作用。

其次,体育权利至上。确立体育法的主导性,彰显其作为一种社会法的具体效用,其实质不仅仅在于强调体育权利和崇尚个人自由,同时还要保证公民体育权利的正常行使。有研究甚至认为,消极法治实现了消极自由和积极自由的协调统一,这种效果单靠“积极法治”力量难以企及^[18]。

第三,多元治理。突出体育法律权威以及崇尚体育权利是体育领域中消极法治的动力机制多元化的主要因素。过去实行积极法治,导致体育法治建设突出了国家或政府为主导,某种程度上只是一味强调公权力发挥作用,这就使得公权力发挥作用的领域过于宽泛,该管不该管的一起管,难以确保权力自身的合法性。这种情况下体育法律往往沦为国家进行体育治理的工具。消极法治改变了这种动力机制来源单一的弊病,允许个人和社会参与进来,既限制了公权力的极度膨胀,又发挥了各种体育权利主体参与的积极性。

5 体育领域中消极法治的实践之维

5.1 尊重自身规律深化体育改革

我国的体育改革已经过了“摸着石头过河”的初级阶段,消极法治要求行政机关尊重体育自身发展规律,不要过度干涉体育的正常运转,杜绝各种权力寻租,保障公平竞争。市场经济条件下的体育改革必然要遵循体育法治自身应有的规律,正如有学者指出的那样:“中国法治目的的设置是由于市场经济的提出,如果没有市场经济

的先行,中国是不会提出法治的。一切对法治过激要求行为和无视民主生长的健康过程都会对中国法治的实现带来不必要的障碍或将延缓中国法治的进程。”^[19]

5.2 引入善治理念培育行业自治

应该正视政府在体育法治建设中的地位。“善治”是我们向往的一种治理状态,其“本质特征就在于它是政府与公民对公共生活的合作管理,是政治国家与市民社会的一种新颖关系,是两者的最佳状态^[20]。十八大特别提出的推进国家治理体系和治理能力现代化建设,其实质就是行政部门的自我锻造,即重新塑造自我。若要打造高效的体育行政体系,善治首先要面对的就是政府,政府必须放权给体育社会或者体育行业,给体育社会或体育行业更多自主权,不断培育体育行业的自治。

5.3 进一步扩大体育法治建设动力源渠道

当代“公共治理主体和公民之间毋宁说是一种‘主体间性’的交互关系,它们相互结合构成了多元主体双向互动关系意义上的自主性网络,社会治理过程于是在某种意义上转化为治理主体的‘自我统治’,多元共治成为社会治理的一个突出特征。”^[21]从这个角度讲,培养、提高和强化一般民众的体育法律意识成为应有之义。另外,要更加重视体育社会组织参与体育法治建设,并强调其重要作用。体育组织强调自律性,特别重视沟通和协商体育组织内部的问题,国外一些发达国家特别是北欧三国的体育组织的高度自治,为这些国家体育发展做出了巨大贡献,这些体育组织的内部规则一方面成为体育法律体系的重要补充;另一方面,由于它们最贴近体育行业的实际,所以往往成为体育领域的“实际控制者”。由此不难理解前一个时期,我国体育领域存在着的“司法介入的尴尬”。

6 结语

本文较为详细地探讨了体育法治的两种模式——积极法治和消极法治,并引入哈耶克的自生自发理论作为消极法治的理论支撑。我国走的是积极法治之路,政府公权力在体育法治建设当中发挥了主导作用,从另一个角度看,这种积极法治可能也压制了“内部规则”——体育自身发展

规律的生存空间,足球的发展可以很好地证明这一点。所以,应该适时引入消极法治,认识并逐步解决体育法治建设中因动力来源单一所产生的后劲不足问题,走一条积极法治和消极法治并重的均衡建设之路。

参考文献:

- [1] 王珉.论积极法治和消极法治[J].观察与思考,2000(4):194.
- [2] 魏治勋.“消极法治”的理念与实践路径[J].东方法学,2014(4):137.
- [3] 殷啸虎.消极法治和积极法治的互动与平衡[J].上海市社会主义学院学报,2003(4):20.
- [4] 郭学德.“推进型”法治道路及其实践中存在的问题[J].学习论坛,2000(8):38.
- [5] 上官酒瑞,张弈天.推进型法治模式下的“关键少数”与全面依法治国[J].天津行政学院学报,2015(4):83.
- [6] 贾文彤,齐文华.超越:从形式法治到实质法治[J].河北师范大学学报:哲学社会科学版,2012(6):40.
- [7] 江西省体育局.关于印发《2016年省体育局普法宣传教育工作要点》的通知[EB/OL].(2016-08-08)[2018-05-06].<http://www.jxsport.gov.cn/system/2016/08/08/010399632.shtml>.
- [8] 华洪兴,李江,刘菊昌,等.体育执法中的问题及其对策[J].体育与科学,2000(2):14.
- [9] 王保民.哈耶克的二元法律观及其对我国法治建设的意义[J].陕西省经济管理干部学院学报,2004(1):69.
- [10] 王昌敏,朱彤彤.论自生自发秩序与我国法治建设[J].法制与社会,2008(8):92.
- [11] 宫敬才.哈耶克的“自生自发秩序”概念[J].河北大学学报:哲学社会科学版,1999(2):64.
- [12] 钱继磊,赵晔.“自生自发秩序”的陷阱[J].济南大学学报:社会科学版,2012(4):67.
- [13] 刘铮,贾文彤,郝军龙.“社会秩序二元观”视野下的体育行业秩序建构[J].体育学刊,2009(6):7.
- [14] 黄金荣.对哈耶克法律理论的几点质疑[J].法商研究,2003(3):50.
- [15] 弗里德里希·冯·哈耶克.自由秩序原理(上)[M].北京:三联书店,1998:71.
- [16] 贾志民,贾文彤.论中国竞技体育的社会自治与国家规制[J].河北体育学院学报,2016,30(1):10.
- [17] 姜世波.《中华人民共和国体育法》的司法适用探究[J].天津体育学院学报,2015(3):221.

[18] 吕廷君. 和谐社会及其法治特征:以自由主义理论为分析视角[J]. 山东警察学院学报,2009(5):68.

[19] 任剑涛. 国家治理的简约主义[J]. 开放时代,2010(2):74.

[20] 俞可平. 治理和善治:一种新的政治分析框架[J]. 南京社会科学,2001(9):40.

[21] 魏治勋. “善治”视野中的国家治理能力及其现代化[J]. 法学论坛,2014(2):32.

Sport Law Construction: Positive or Negative Rule of Law

ZHAO Yue-qiang¹, JIA Wen-tong^{2,3}

(1. Department of Physical Education, North China Institute of Aerospace Engineering, Langfang 065000, China;
2. School of Physical Education, Hebei Normal University, Shijiazhuang 050024, China;
3. Research Center of Sport Law, Hebei Normal University, Shijiazhuang 050024, China)

Abstract: By examining the relevant literature, the two models of the rule of law in sports are discussed in detail-positive rule of law and negative rule of law, and Hayek’s spontaneous theory is introduced as the theoretical support for negative rule of law. It is pointed out that China is taking the path of positive rule of law. The government’s public power has played a leading role in the construction of sport law. From another perspective, this positive rule of law may also suppress the “internal rules” —the survival space of the development of sports itself. Football development can be a good proof of this. Therefore, at this stage, we should introduce a negative rule of law in a timely manner, solve the problem of insufficient follow-up force caused by a single source of power in the construction of sport law, and take the road of balanced construction with both positive rule of law and negative rule of law.

Key words: positive rule of law; negative rule of law; constructing rule of sport law; spontaneous order; self-development rules