

体育法学丛书·理论探索篇

上海市“十二五”内涵建设项目成果
上海政法学院体育法学重点学科建设资助项目

体育法学概论

INTRODUCTION TO SPORTS LAW



谭小勇 向会英 姜熙 杨蓓蓓 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

体育法学丛书·理论探索篇

上海市“十二五”内涵建设项目成果

上海政法学院体育法学重点学科建设资助项目

体育法学概论

INTRODUCTION TO SPORTS LAW



谭小勇 向会英 姜熙 杨蓓蕾 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

体育法学概论 / 谭小勇等著. —北京:法律出版社, 2014. 4

(体育法学丛书·理论探索篇)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6173 - 3

I. ①体… II. ①谭… III. ①体育法—法的理论—中国 IV. ①D922.161

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 051072 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张建伟

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/17.75 字数/312 千

版本/2014 年 4 月第 1 版

印次/2014 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6173 - 3

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

中国正从体育大国向体育强国大步迈进!

曾几何时,中国人还被贬称为“东亚病夫”,什么“体育大国”、“强国”更是“远在天边”的事。然而,站起来了的中国人民,仅仅用几十年的时间,就甩掉了“东亚病夫”的帽子,使“远在天边”的事变成了“近在眼前”。但是,也许从体育大国走到体育强国,路途更远,困难更多,需要举国上下付出更大的努力。而这个“努力”,就包括建立体育法治,以宪法和体育法来规范、促进体育事业的发展。

对体育法治,国人已经开始关注。但这个“关注”仅仅只是“开始”而已,它表现在:体育法制不健全、不完善;体育法的立法、司法、执法与守法,与国外相比还有相当大的距离;对体育法治的研究,几可说还刚刚起步;体育法学教学,还几乎是一个空白。

值此之时,上海政法学院体育法学研究中心的老师们撰写了《体育法学概论》一书,无疑会让我眼前一亮、心头一热、喜上眉梢。

“眼前一亮”,是因为虽有“体育法”、“体育法学”之说,但著作寥寥,学者落落。以“概论”面目出现,既为学术研究的成果,又可作为教材用于体育法学教学,以求培养千千万万懂得体育法的优秀体育人才和热爱体育运动的炎黄健儿。“心头一热”是因为东海之滨的上海政法学院虽为政法院校而非体育院校,却也能对体育法治建设作出自己的贡献,我不能不为勇于攀登学术险峰的同事们热烈鼓掌,不能不为上海政法学院在体育法治建设方面有所奉献而热情欢呼。“喜上眉梢”,则是因为该书的撰写与出版本身就在我的学校里,不仅一批勇涉学术险峰、勇攀学术高峰的体育法学人才脱颖而出、茁壮地成长起来了,而且有此教材式的《体育法学概论》,还可更加规范、有效地大批培养懂得体育法的优秀学子。这当然是建设体育强国的伟大壮举不可或缺的重要部分。

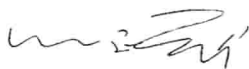
体育法学是介于体育学与法学之间的交叉学科。体育法作为法律的分支,调节的是体育社会关系,既具法律的共性,又有自身的特殊性,其特殊性即在所调节的是体育社会关系这一特殊的社会关系。深入地、具体地、细致地剖析体育社会关系,包括在中国国情下有一定中国特殊性的体育社会关系,是一项长期的工作。

《体育法学概论》然已关注到诸多此类的问题,但是“欲穷千里目”,还需“更上一层楼”,对体育社会关系及其法律调节做出更加深刻、更加科学、更加全面的剖析、判断,还有待进一步的努力。

《体育法学概论》一书一共十二章,全面地介绍了体育法的基础概念及体育法的渊源;涉及体育事业的人员与组织的权利、义务、体育法律行为、法律责任、法律秩序,体育纠纷的裁决以及体育法的全球化及体育伦理道德等重要的内容。体育法学当然远不止这些问题,但从上述已了然可见“概论”之全面性。这对进一步研究体育法学,无疑能起到重要的启迪性和基础性的作用。

《体育法学概论》一书的作者们,除采用了一般的实证研究与文献研究外,还进行了专家访谈。这对刚入门的我国体育法学研究来说,无疑有其开创性的意义;对其他部门法学的研究来说也有其借鉴意义。他们的努力是我国迈向体育强国的艰巨努力的一部分。我们对此鼓舞、赞颂,更为早日建成体育强国而呐喊、欢呼。

是为序。



2014年1月10日



第一章 导论

——法、体育、体育法学 / 1

第一节 法及体育的概念 / 1

第二节 体育法学学科概述 / 10

第三节 体育法学的发展历程 / 19

第二章 体育法概论 / 25

第一节 体育法是什么 / 25

第二节 法律多元主义与体育法 / 37

第三节 体育法的特征 / 43

第四节 体育法的基本原则 / 45

第三章 体育法的渊源 / 51

第一节 体育法渊源概述 / 51

第二节 体育法的生成 / 64

第三节 体育法的效力 / 73

第四章 体育与相关法律 / 82

第一节 体育与刑法 / 82

第二节 体育与侵权法 / 89

第三节 体育与竞争法 / 96

第四节 体育与公约、条约 / 101

第五节 国际体育仲裁院规则 / 105

第五章 体育法律关系 / 107

- 第一节 体育法律关系释义 / 107
- 第二节 运动员与俱乐部之间的法律关系 / 112
- 第三节 运动员与管理机构的法律关系 / 120
- 第四节 案例分析 / 122

第六章 体育权利和义务 / 126

- 第一节 法与权利和义务 / 126
- 第二节 体育权利和义务 / 131
- 第三节 体育权利和体育义务的关系 / 139
- 第四节 体育权利和义务的分类 / 140

第七章 体育法律行为 / 152

- 第一节 体育组织与竞赛 / 153
- 第二节 体育不当行为 / 158
- 第三节 体育法与体育不当行为 / 166

第八章 体育法律责任 / 176

- 第一节 定义、构成要件及分类 / 176
- 第二节 体育民事法律责任 / 178
- 第三节 体育行政法律责任 / 186
- 第四节 体育刑事法律责任 / 190

第九章 体育法程序 / 195

- 第一节 体育法程序概述 / 195
- 第二节 体育纪律处罚程序 / 200
- 第三节 体育联盟的内部救济 / 206
- 第四节 体育纠纷解决的外部救济途径
——以体育仲裁院为例 / 210

第十章 体育纠纷解决 / 218

- 第一节 体育纠纷是什么 / 219
- 第二节 体育纠纷解决机制 / 222
- 第三节 国际体育仲裁 / 226

- 第四节 我国体育纠纷解决机制的构建
——体育行会内部纠纷解决机制的建立 / 230

第十一章 体育法的全球化发展 / 245

- 第一节 体育全球化与体育法治全球化 / 245
第二节 体育法治全球化的两个典型例证 / 248

第十二章 体育法与体育伦理 / 258

- 第一节 体育伦理概述 / 258
第二节 体育伦理与体育法的关系 / 260

参考文献 / 264

后 记 / 269

第一章 导 论

——法、体育、体育法学

什么是法、体育、体育的法概念？是本书必须首先回答的问题，因为这些问题是构建体育法学的基础。

第一节 法及体育的概念

法及体育的概念是研究体育法学和建立体育法学体系的基础性问题。然而，法是什么？体育是什么？却是一个直到现在还没有确切答案，但又必须回答的问题。

一、法的概念和本质

（一）法的词义

汉语中“法”的古体是“灋”，源于一个关于神兽“鴈”的传说。相传舜委任的司法官皋陶在处理疑难案件时，常用名叫“鴈”的神兽去判案。据《异物志》记载，“鴈”“独角，性忠，见人斗，则触不直者。”神兽“鴈”有分辨罪与非罪的本能，有罪则触，无罪则不触，有了“鴈”是非曲直自得公断。汉代许慎在《说文解字》中说：“‘灋’刑也，平之如水，从水；鴈所以触不直者去之，从去。”这里的“平之如水，从水”是公平的意思，意即“法”就是指公平。“鴈”触者即被认为败诉或有罪，所以“去之，从去”，带有神明裁判的意思。^{〔1〕}在古代，法通刑，如夏有禹刑，商有汤刑，周有吕刑，春秋战国有刑书、刑鼎、竹刑，到魏则改“刑”为法，此“刑”有规范、秩序之意，也有刑罚之意。《盐铁论》说：“法者，刑罚也，所以禁暴止奸也。”古代中国之法又通律，《唐律疏义》说“律之与法，文虽有殊，其义不也。”自商鞅变法开始，改法为律，以后我国古代的法典大多称律。律本意为音乐之音律，后来引申为秩序、规则，成为规范人的行为的准则。由此可见，在中国的法文化中，法之意蕴非常丰

〔1〕 沈宗灵：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第24页。

富。首先,法代表公正、正直,象征规则、规范、秩序;其次,法代表正义,是公平断诉的标准和基础;最后,法以刑罚为后盾,具有惩罚性。〔1〕

在西方语言中,与法之语义相关的词也是非常丰富多样的。西方语言中“法”之词来源于拉丁文“Jus”和“Lex”,主要包含有公平、正义、权利、规则、规范、规律等含义。我们也可以从1804年法国民法典封面上的一幅图画来理解西方人对“法”之意义的理解。该画面是:一位少女,蒙着双眼,一手握天平,一手执箭,其脚下是一头狮子和一只公鸡。这幅画的意思是:少女代表法律的纯洁无瑕,蒙着双眼则表明断案者不能先入为主,天平代表着公平,箭则代表着力量,无箭之公平是软弱无力的,无公平之箭则意味着赤裸裸的暴力,法律面前,强者与弱者一律平等。〔2〕

从法的词义看,虽然东西方文化背景存在很大差异,但对法的词义阐释方面却表现得高度统一。东西方人类在各自的文化及社会发展中都对法的含义总结出了高度一致的判断——法代表公平、正义,是社会秩序的维护者。这也说明全人类对法的期盼和追求是相通的,不受文化差异之影响。

(二) 关于法概念

“法是什么?法应该是什么?”这一对法概念论题一直是全世界法学界争论不休的法学基础问题,也是法哲学的核心问题,也是法社会学要解决的首要问题。由于立场、世界观和哲学思想的差异,对上述问题作出的回答也是千差万别,甚至完全相反。

凯尔森在《纯粹法学》中提出了法的“基础规范学说”。他认为:法律就是一种规范,是一种“应当”。〔3〕黑格尔认为法学作为哲学的一个部门,必须根据概念来发展理念,他在《法哲学原理》的导论中指出:“法哲学这一门科学以法的理念,即法的概念及其现实化为对象。”“法的概念就其生成来说是属于法学范围之外的,它的演绎在这里被预先假定着,而且它应该作为已知的东西而予以接受。”〔4〕在黑格尔的法哲学思想体系中看出他对法概念的认识主要包含如下三个内容:第一,法的本质是自由,自由是法的理念,是法概念及其定义的和谐统一;第二,法概念必须用发展的眼光来看待,在方法上要采用否定之否定的辩证法进行演绎;第三,在社会生活中考察法,需要将自由意志的必然性和现实性相统一,将法本质的实

〔1〕 龙英锋、王旭:《法学概论教程》,立信会计出版社2012年版,第2~3页。

〔2〕 范进学:“‘法学’是什么?——比较法视域中的‘法学’含义诠释”,载《法学论坛》2006年第4期。

〔3〕 参见《法律制度的概念》,吴玉章译,主要是第三、四章,中国法制出版社2003年版。“应然”与“实然”的区分以及之间存在不可跨越的鸿沟,是凯尔森学说中的一个公理。这跟新康德主义的学说有着莫大的关系;尤其是新康德主义中的马堡学派。凯尔森曾夫子自道:“纯粹法理论的哲学基础是康德哲学,尤其是经过柯亨(Hrtmann Cohen)解释过的康德哲学。”

〔4〕 [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第1~2页。

现形式与社会生活相统一。^{〔1〕} 黑格尔关于法的理论在法哲学思想体系中具有重要影响,也是法哲学理论研究的重要依据,但黑格尔的法哲学思想体系是建立在客观唯心主义认识论基础上的,他对当时国家制度的分析存在明显的保守主义倾向。^{〔2〕} 法律实证主义者则把法定义为由一个总的标准(“基本规范”或“承认规则”)确认的、社会旨在决定什么行为应受国家权力加以惩罚或强制执行而直接或间接地使用的一批特殊规则。^{〔3〕} 而根植于法理学的法社会学则与此相对立,法律社会学把法理解为开放的、运作的体制。以狄骥、埃利希、庞德等为代表的“社会学法学派”都推崇法律多元主义,认为法律远远超出政府的官方机构的范围。特别是埃利希,他否认法律只是或者甚至主要是由政府制定的。他认为法律是在风俗习惯和社会组织里特有的,法律存在于群体生活的实际规律性里,在那里我们可以找到“活着的法律”。这一观点是对国家是法律权威的唯一渊源观点的挑战和否定。^{〔4〕} 法律多元论者强调法不独与国家相连(不独出自于国家),“国家的法”(State law)只是社会法律秩序的一部分,但是不一定是最主要的部分。只要是由权威机关或专门机构确认并能保障实施的规则就应当是法,而不论这个权威机关或专门机构是国家,还是教会、商会、律师协会、学校或其他团体。由此,有法社会学家将法分为“国家法”和“社会法”(或非国家法),或“法规”(国家制定的法律规范)和“活法”(商会、教会、工会等人类组织的内在秩序)。当然,关于法的概念还有很多观点和派别,这些观点正在交锋和碰撞之中,以至于到现在也没有关于“什么是法”的统一认识。

科学社会主义理论体系创始人马克思和恩格斯,虽然没有明确给社会主义“法”下定义,但他们关于国家和法的哲学思想已经反映在马克思主义者的思想体系之中。中苏的一些法学家就曾根据其思想来考察法和法律现象,提出了“法是被奉为法律的统治阶级的意志”的法律本质论的基本命题。

法概念在我国法学教材中多表述为“法是由国家制定、认可并由国家保证实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)的意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范体系。”^{〔5〕} 这一概念在我国法学界影响深远,而这一关于我国法概念的形成又与前苏联有着密切的关联性。众所周知,由于历史原因,新中国的法学理论与前苏联的法学理论有着非常密切的渊源关系,前苏联

〔1〕 [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第1页。

〔2〕 杨心宇、徐怀宇:“法的本体论思考——对苏维埃法概念的再思考”,载《政治与法律》2002年第2期。

〔3〕 张文显:“法律社会学的法概念”,载《社会学研究》1989年第5期。

〔4〕 陈世荣:“法律社会学的法概念”,载《环球法律评论》1989年第4期。

〔5〕 孙国华:《法学基础理论》,天津人民出版社1988年版,第71~72页。

的法学理论对我国的法理学有着深远影响,这可以从我国对维辛斯基法学理论的接受上得到证明,以维辛斯基为代表的苏联法学理论界在1936年提出的法概念是:“法权是经国家政权制定或认可的,反映统治阶级意志的、而由国家的强制力来保证其适用的行为规则(规范)的总和,其目的在于保护巩固并发展有利于、适合于统治阶级的社会关系和社会秩序。”^[1]我国的法概念与这一概念如出一辙,我国的法概念与前苏联法概念的理论框架都是以统治与服从关系为基础,统治阶级意志为核心,规范主义、概念主义、国家主义为支柱而构成的完整的理论体系。^[2]或者说是:在认识上一脉相承了“法是政府对社会控制的工具”论的法学理论。改革开放后我国法学界对法学理论框架体系进行了反思和重新审视,学者大多认为这种概念与当代中国建设社会主义法治国家的时代要求不相适宜,必须革新。认为:法是文明社会规范的主要表现形式,社会主义法应尽可能地表现为规范体系,但该体系不是一个自我封闭的命令体系,而是社会关系主体创造性活动的结果;在法律的形成和实施活动中,国家发挥了巨大的作用,但法律不是只能由国家制定或认可,不是只能由国家强制保证实施,更不能理解为经国家制定或认可的规范性文件都是法律。法律的真实效力根源来自于社会,它的生命来自于社会关系主体创造性活动,不能因为国家的存在就蔑视现实中的个人,后者比前者更为真实。^[3]有学者还提出:社会性是社会主义法的本质属性,必须坚持惩戒与激励、“治吏”与“治民”并重,法是动态发展的,是广大公民能够自觉遵守的,这才是社会主义法概念革新方向之所在。^[4]

(三)法的本质

概念是反映事物对象本质属性的思维形式。“什么是法的本质?”也就当然地成为法理学的重要的核心问题,并且与“什么是法?”一样成为一个常论常新的论题。法的本质是法存在及其表现形式的基础,是法的内在的、必然的、稳定的内部联系。但关于法的本质问题的研讨,不同的学者或学术流派有不同的论述。如:“法是统治阶级意志的表现”,又称法本质的“意志论”,这也是我国法学研究中的“传统”观点。这一关于法的本质的观点现在也受到质疑,这一观点在印证没有统治阶级的社会时就显得苍白无力。在关于法的本质的热烈讨论中,学者们还提出

[1] 苏联科学院法学研究所编:《马克思主义关于国家与法的理论教程》,中国人民大学出版社1966年版,第62页。

[2] 葛洪义:“规范主义·概念主义·国家主义(上)——评我国法概念研究理论框架的逻辑实证倾向”,载《政治与法律》1989年第3期。

[3] 葛洪义:“规范主义·概念主义·国家主义(上)——评我国法概念研究理论框架的逻辑实证倾向”,载《政治与法律》1989年第4期。

[4] 倪正茂:“略论法概念之革新”,载《法制现代化研究》1998年第10期。

了“综合和发展论”、“市民社会论”、“类特征论”、“社会整体权利论”等观点。^[1] 这些观点从不同的层面和侧面描述了法的本质,为揭示法的本质做出了贡献,但关于法的本质问题到现在还没有统一的认识也是客观现实。在此,仅介绍具有较多认同感的关于法本质的观点——“法是体现大多数人利益和意志的行为规范。”这也为后面的体育法学研究打下法理学基础。

公平正义是法的内核。正义即公平,公平是指公道、平等,一视同仁,通常指不偏不倚和合理。由此可见,在现代文明社会里,维护和实现社会公平和正义不可能预设阶级、阶层,而必须尊重最广大人民的根本利益。法在本质上也必须同样维护大多数人们的利益,在制度上体现程序正义,对任何人都必须公平、公开,在实体上必须人人平等,不能预先框定阶级性。^[2] 在人类社会发展历程中,虽然不同的社会发展时期,对法本质的理解也有所不同,但当今社会的法本质是体现大多数人的利益和意志,是公平和正义。

法是规范。法的最基本的功能是其对利益关系的调整,法规定人们的权利与义务,对违法行为规定了具体的制裁措施。^[3] 法的这种社会规范性本质,将法与道德进行区分,道德主要倡导个人对社会、对他人履行义务,没有或少有对违背道德的行为规定具体的制裁措施。在我们的直观印象中,法是一系列调整利益关系的规范组成的。^[4] 法也是“调整”规范。法不仅具有静态的一面,法还有动态的一面,法具有调整群体之间利益关系的功能,人们利用法来确认、保护、促进、协调社会关系,在法的运行中,其调整功能可能体现在有明文规定的时候,也可能是在约定俗成的民俗习惯中,可能是通过权利性规范来体现,也可能通过责任性规范来实现。法的发展受利益关系发展的影响,利益关系的变化要求法随之变化。

(四) 法之价值

法的价值又称为法律的价值。是指法律(客体)能够满足人类、社会、国家(主体)的需要,这种主客体的需要与满足关系就是法的价值。凡是能够满足人类的需要,符合社会发展规律的法律就是有价值的。法的价值分为目的价值和形式价值,目的价值构成法律制度所追求的社会目的,反映着法律宗旨,在发挥其社会作用的过程中能够保护和增加的价值。如正义、安全、自由、平等、人权、秩序、效率,这些价值构成了法律所追求的理想和目的;形式价值指法律自身所应当具有的值

[1] 刘焯整理:“今天到底应该怎样看待法的本质——法学基本问题专题(一)研讨会纪要”,载《法商研究》1999年第2期。

[2] 王圣诵、夏兰云:“法的本质与法的进步——兼与倪正茂先生就法史研究方法 with 结论商榷”,载《东方论坛》2003年第3期。

[3] 秦勇:“对法的本质的思考”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2009年第2期。

[4] 窦家应:“法的本质:利益关系调整论”,载《当代法学》2000年第5期。

公开性、稳定性、灵活性、实用性等特征,是区分“良法”和“恶法”的依据。法的内容,在学界有不同看法,有许多学者赞同美国学者E. 博登海默的观点,他认为“可以根据两个概念来分析法律制度:秩序和正义,正义又包含自由、平等、安全、共同福利、理性、人权等更具体的内容,法律是秩序与正义的综合体”。^{〔1〕}在此,我们简要介绍“秩序”和“正义”这两大法的基本价值。

秩序是法律最基本的价值目标,是构成法律调整的出发点,也是法律之所以存在的基础,法律存在之价值就在于定分止争,法从产生之日起就蕴含秩序这一价值。法律不能维护社会的稳定,就不能保障人的自由、平等、人格尊严等权利,更不能奢望公平正义。人们对秩序的期待和渴望,反映在人们对社会生活的安全稳定、组织有序以及人们对社会发展可预见性的期待。法是社会秩序的象征,是防止社会秩序动荡重要且不可替代的社会关系的调整手段。^{〔2〕}

正义是法追求的精神价值。良法必须是得到广大社会成员普遍理解和接受的法,只有当人们将法之意境融入自身的血液(精神)之中才能得到自觉遵循的效益,而这取决于社会成员对法之正义价值的理解和追求。因此,法不仅需要追求形式意义上的价值——秩序,还必须追求更高层次的精神意义上的价值——正义,只有真正体现正义价值的法,才能被社会成员所接受和遵守。因为,法究竟不直接代表社会秩序,法只有被人们内化后落实在行为上才能形成真正意义上的社会秩序。换句话说就是:没有正义,也就无所谓法和秩序。

法的价值存在一个内容非常丰富的体系。法的价值体系就是由这些法的若干价值构成的系统和整体。法的价值体系是发展的,它根植于社会发展的需要,存在于人的生活场景之中。^{〔3〕}法的一般价值包含自由、正义、公平、效率、秩序等,法的价值体系是以正义为核心,以正义、秩序、自由、效益相互之间的关系为基本内容的系统,除正义之外的法的所有其他价值,实质上都是正义的展开和具体化。失去了正义,法即失去了其能够成为法的最根本价值内涵,离开了正义的国家理性是无法建构宪政法治体系的。正义作为其最重要的价值取向,与其相比,自由、效率与秩序等其他价值内涵都是在确保正义的前提下得以实现的。^{〔4〕}

(五)法之精神——正义

法的精神作为法的社会文化现象,是指蕴含于法律现象和法律制度之中,并对法的发展起支配作用的一种内在的理念、信仰及价值取向。^{〔5〕}法国启蒙思想家

〔1〕 [美]E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第206~339页。

〔2〕 陈宜:“法的价值与功能辨”,载《西南民族学院学报·哲学社会科学版》2001年第4期。

〔3〕 魏和军:“法的和谐价值和法价值体系的重构”,载《经济与法》2012年第2期。

〔4〕 张沪生:“从法的本质再论军事法体系的独立性”,载《武警学院学报》2012年第11期。

〔5〕 骆锐:“法的精神之理论再探讨——以经济法为例”,载《理论界》2012年第5期。

孟德斯鸠在他的名著《论法的精神》中也认为:“法的精神存在于法律和各种事物所能有的种种关系之中,这些关系综合起来就构成所谓法的精神。”可以说,法的精神就是法的内核,法学理论和法律实践的深入发展都是基于法的精神的内生动力。

法的精神是什么?正义是法的精神和灵魂。法的精神来源于对正义这一法的价值的不断追求,是法的价值体系中的核心,是法所追求的最高理想和最终目标。法以正义原则为标准,深深地扎根于人类精神的文化模式之中,是人类文明进步的象征。^{〔1〕} 正义是法的最基本价值,正义价值隐含有公平、公正、公道和平等等价值。正义作为一种社会理念和社会准则,是辨别是非和区分良善的标准,追求法的价值目标,崇尚法律是推动人类文明社会发展进步的动力源,而人类崇尚法律其实崇尚的是法的精神——正义的力量。

二、体育及体育的法概念

(一)关于体育概念

什么是体育?是体育哲学以及体育概论话语系统的核心问题,也是体育的法概念的上位概念。但关于体育的概念问题,国内外一直处于争论之中,以至于到现在也没有一个统一的体育概念。

关于我国的体育概念问题,可以说自体育引入我国就一直存在争议,到现在为止也没有一个能够引领我国学界和实务系统的固化的体育概念。“体育”是一个外来词,古代中国没有“体育”这个词,只有与之相关的如“角力”、“骑射”、“武术”等词汇。直到19世纪末期的1894年,“体操”自德国和瑞典由日本引入中国,该“体操”与现代的“体育”相通。^{〔2〕}而实际上,1904年我国才开始使用“体育”一词,开始了“体育”、“体操”通用的时期,1917年毛泽东发表的《体育之研究》中的“体育”在很大程度上也是与“体操”通用的。而官方使用“体育”一词还要晚,是在1923年北洋政府新学制课程标准起草委员会公布的《中小学课程纲要草案》中,正式将“体操科”改为“体育课”,自此我国才正式开始使用“体育”。^{〔3〕}与此同时,也开始了我国旷日持久的关于体育概念的争论。

应该说“什么是体育?”作为学术问题,引起我国学者高度关注和激烈争论还是发端于1982年的“烟台会议”。在这次会议上,有学者提出了“竞技不是体育”的论题,从而开始了关于我国体育概念的各种观念的交锋。“烟台会议”的现场就围绕体育概念的“广义”与“狭义”之分、教育“体育”与竞技“体育”之别、“真义体

〔1〕 李银香:“探析法的精神:正义”,载《太原理工大学学报》(社会科学版)2003年第4期。

〔2〕 《体育概论》编委会:《体育概论》,人民体育出版社1987年版,第5页。

〔3〕 宋震昊:“‘体育’本体论(二)——体育概念批判”,载《南京体育学院学报》2006年第3期。

育”派与“sport 大体育”派对垒展开了辩论。^{〔1〕} 引发了一场在我国体育理论界少有的关于体育学术基础理论问题的大讨论,这一讨论甚至持续到了 30 年之后的今天。

熊斗寅先生曾为回答我国“什么是体育?”的问题作出过艰苦努力。熊先生在 20 世纪 80 年代就曾雄心勃勃地表示要“将体育概念的争论争出个结果”,抱着不争出结果“无颜见江东父老”的决心,努力完成他们那代人该完成的历史使命。但事到如今,熊先生自己也认为仍然未能完成“使命”。^{〔2〕} 实际上,熊先生认为:“体育是一种复杂的社会文化现象。它以身体与智力活动为基本手段,根据人体生长发育、技能形成和机能提高等规律,达到促进全面发育、提高身体素质与全面教育水平,增强体质与提高运动能力,改善生活方式与提高生活质量的一种有意识、有目的、有组织的社会文化活动。”^{〔3〕} 熊先生提出的这一体育概念,是一个整体性“大体育”概念。对熊先生的这一概念当然也有学者极力反对,有人就认为“sports”不是体育,“sports”与“physical education(简称 P. E)”是完全不同性质的两个概念;也有人认为按照体育本义,体育就是身体的教育,是一个教育概念,上位概念就是教育。随着时间的推移,我国体育事业的发展及国际化发展趋势越来越明显,我国越来越多的学者在结合国内外关于体育概念研究的发展趋势后认为:“sports”有向“大体育”概念发展的趋势,“sports”的含义可以用于表示“大体育”,“sports”中包含有“P. E”的含义。^{〔4〕} 应该说,这个大体育概念到今天还是具有很高的认同度的,只是还没有达到统一我国体育概念的目标。

目前,我国关于体育概念问题所面对的客观现实是:虽然没有形成体育概念的统一认识,但在我国的体育领域从来也没有形成体育概念的真空。不仅如此,我国在长期的发展过程中还正如关于“P. E”和“sports”的争论一样,形成了两套相对独立和封闭的体育概念语言系统。一套是基于“P. E”的统一的关于体育的定义、术语、概念体系,这套系统是教育行政系统的官方语言体系,是一个教育系统的教育学体育概念,它由教育部门钦定,统一印制在教材里,并通过学校教育途径灌输给直接或者间接接触教育或体育圈的人。^{〔5〕} 另外一套是基于“Sports”的体育管理部门关于体育概念的语言体系,竞技体育、职业体育、体育经济、体育纠纷等是及其运行语言体系的关键词。

〔1〕 谷世权:“二十年前的一场争论——忆 1982 年‘烟台会议’”,载《体育文化导刊》2002 年第 3 期。

〔2〕 谭小勇:“中国体育法制之殇”,载《体育科研》2013 年第 2 期。

〔3〕 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”,载《体育与科学》2004 年第 2 期。

〔4〕 韩丹:“论体育概念的溯流演变及其对我们的体育认识和变革的启示”,载《体育与科学》2010 年第 4 期。

〔5〕 张洪潭:“体育概念研究进展”,载《体育与科学》2011 年第 3 期。

体育概念的争论是世界性的,在这些争论中我们也逐渐意识到,体育是社会发展的产物,并随社会的发展而发展,它既有因时代不同而变化的异质内容,也有超越时代和社会而存在的同质内容。因此,体育概念应该是一个发展中的事务,它的概念总是在不同国家的不同发展时期,由当时的体育本质的内涵和外延及人们的认识能力所决定。^{〔1〕} 体育的概念总是随着人类社会的发展而变化,也可以认为体育概念是一个动态的、不断进化的概念。

(二) 体育的法概念

体育的法概念是指在法学语境中给体育的定义。体育的法概念是体育法学学科建设的基石,是体育法学研究的逻辑起点,是体育法学全部理论和原理的载体。体育的法概念体系是体育法制体系的主体框架,有什么样的体育的法概念体系就有什么样的体育法制体系。^{〔2〕} 因此,体育法学必须对体育有明确的概念和范畴。我国的体育法学研究在近些年风生水起,但这之中似乎对体育的法概念问题少有人涉及,没有引起人们的关注,这不能不说是我国体育法学研究中的缺失。

体育法学需要给体育一个适合本学科的概念。前面我们已经谈到对“什么是体育”的问题仍然没有形成共识,体育在不同的学科体系(如教育学、体育学、哲学、社会学)中也有其不同的内涵,一个学科对于体育的定义往往出于自身学科研究的需要,并且这些学科对体育的定义往往是在体育功能和价值下的扩展性概念,主要适用普通社会规范而与体育特殊性关系不大,与体育法学的出发点和视角更是存在较大差异,导致交叉学科——体育法学与母学科(体育学和法学)及其他学科的混淆,也无法满足体育法学研究的需要。

从目前我国体育法制现状看,在我国的法律法规文本中,我们很少能够看到有关该法规对体育的法概念的界定,当然我们可以理解这是为回避我国体育概念的混沌局面而采取的技术措施,但在客观上引起了体育法制体系建设的混乱。从法理上讲,一部法律需要根据不同主体的地位和作用规定不同的责任和义务。我国的体育法就没有给出法律文本中的体育概念,并简单直接地使用社会体育、学校体育、竞技体育的体育人群分类体系。从目前我国体育概念的争论中我们不难发现,对上述分类存在不同的看法,它们之间的边际关系也存在重叠和模糊地带。从体育法是体育事业基本法的基本性质看,其主要功能之一是分配责任、权利、权力、义务,确立责任主体,并且对不同的主体需要进行区别对待。从立法的角度看,对竞技体育重点主要体现公正和救济,而对社会体育(大众体育)则重点是要规定公民体育权利的保障,也就是政府责任,是属于民生保障的问题。如果我们在制定法律时,不对体育概念进行说明,将其体育概念表述在法律文本中,使其形

〔1〕 黄德春:“我国体育概念发展的哲学思考”,载《体育文化导刊》2005年第2期。

〔2〕 谭小勇:“中国体育法制之殇”,载《体育科研》2013年第2期。