

作为基本权利的体育权及其双重性质

黄鑫

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要: 我国学界一般认为“体育权”是一项基本权利, 但论证往往缺乏规范基础, 且通常选择“义务反推权利”和“未列举宪法权利”的理论路径亦值得商榷。体育权应当是宪法已列举的基本权利, 而“基本权利双重性质”学说对建构、分析宪法上的体育权很有意义。作为基本权利的体育权兼具主观权利和客观法的双重性质, 以及防御权、受益权、客观价值秩序3大功能, 与实践相结合, 既有利于保障公民体育权利, 亦有助于国家在体育领域的依宪治理。

关键词: 体育法; 体育权; 基本权利; 双重性质; 权利保障

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2016)02-0068-07

On sport right as a basic right and its dual nature

HUANG Xin

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Generally, the academic community in China considers “sports right” as a basic right, but usually, there is a lack of a norm foundation for demonstration, and such theoretical paths as “reasoning backward from obligations to rights” and “unlisted constitutional rights” normally chosen deserve to be questioned. Sports right should be a basic right that has already been listed in the constitution, while the theory about “the dual nature of basic rights” is quite significant for sports right in terms of constructing and analyzing the constitution. Sports right as a basic right has the dual nature of subjective rights and objective laws, and such 3 functions as defense right, beneficial right and objective value order; when combined with practice, it is conducive to ensuring citizen sports right, and to the state governing the sports field according to the constitution.

Key words: sports law; sports right; basic right; dual nature; right assurance

体育目前尚无统一的权威定义, 学者众说纷纭。尽管如此, 体育作为公民的一项权利已无甚争议, 在此基础上多数学者认为, 体育权不仅仅是一项权利, 更是一项基本权利, 这似已成为学界共识。不过这一共识并非源自本国法律的明确性规定, 而是以国际人权规约的内容为基础^[1]。法学是权利之学, 法学思维即权利思维, 法学研究应当建立在实在的国内法规范文本上。故体育权利是体育法研究与建构体育法部门的起点, 而我国法律体系中涉及“体育”的规定则是体育权利研究基本素材。作为一项基本权利的体育权, 直接指向我国现行宪法的相关规定。

当下, “全面依法治国”作为时代主题之一, 应当且已经在我国的政治、经济、文化、社会生活等各个

领域全面展开, 具体到体育领域就是“依法治国”; 而由于“依法治国”首先是“依宪治国”, 故“依法治国”便首先也是“依宪治体”。既然要“依宪治体”, 就更加无法回避体育权, 因为尊重和保障人权是我国宪法的基本原则与精神, 亦是我国国家治理的价值追求。本研究立足于法教义学立场, 希望通过运用宪法学理论, 阐明体育权作为基本权利的内涵与结构, 以期推进公民体育权的实现与保障, 推进“依法治国”。

1 何为基本权利及其双重性质

所谓“基本权利”(fundamental rights)是宪法学研究的核心概念之一, 同时亦是一个富有争议甚至混乱的概念^[2]。我国法学界已有诸多学者尝试概括其定义,

譬如“必须由宪法认可和规定的，对于人和公民不可缺少的、不可取代的、不可转让的、稳定的、具有母体性的平等的共同权利”^[9]或“指宪法所规定的，那些首要的、根本的、具有决定意义的权利”^[4149]等。传统上“基本权利”定义包括两个关键要素：“重要”和“宪法规定”。正是因为相对于一般“权利”，基本权利是如此基础与关键，才应当在宪法里加以规定，以一国之根本大法确认其地位和效力。因此“基本权利”即“宪法权利”，有学者认为后者比前者在表述上甚至更加恰当与规范^[9]。在西方国家，譬如德国宪法学上，“基本权利”就是指宪法上的权利，美、日亦有学者用“宪法上的权利”来表述^[9]，传统“基本权利”是与宪法文本紧密相连的。然而我国在2004年修宪将“人权”概念写入宪法后，“基本权利”的内涵被扩宽了，“基本权利”是否仅限于宪法文本的明示规定产生了争议^[9]。于是有学者对传统定义进行了一定修正，譬如“由宪法规定或实际存在的公民享有的‘必不可少’的权利”，认为基本权利既可由宪法文本确认，亦可通过其他方式得到国家的尊重和保障^[41360]。总而言之，一项权利之所以能成为“基本权利”，首先在于其重要性，对于权利主体有难以替代的关键性价值；其次，在现代法治国家，基本权利通常是明文规定在宪法里的，基本权利具有实证性，是获得法治国家认可的那部分人权^[7]，但不排除未见于宪法文本的可能性。

基本权利的双重性质，即基本权利兼具“主观权利”和“客观法”的双重性质：基本权利不仅仅是个人的(主观)权利，还是能直接约束公权力运作的“客观规范”或“客观法”^[8]。一方面，基于前者，基本权利的主体得以：第一，请求国家实施或不实施某种行为，以保障该权利的实现；第二，当前述请求未得实现时，请求国家机关(譬如司法机关或专门的违宪审查、宪法诉愿机关)的帮助和救济。因此，基本权利作为主观权利的功能包括：核心的防御权功能，主要防御国家权力的侵害；受益权功能，一定条件下(譬如国家的某一行为对于实现该基本权利不可或缺)可请求国家积极作为。另一方面，基本权利作为“客观法”，意味着其本身就是有效约束国家公权力的“法律”，构成国家机关的行为准则，从而要求国家为该权利的实现提供实质性的前提条件^[8]，形成整个社会共同体的客观价值秩序。张翔^[8]通过列举我国宪法第20条“国家发展自然科学和社会科学事业”、第21条“国家发展医疗卫生事业，发展现代医药和我国传统医药”、第46条“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”等条文，说明运用基本权利双重性质理论，尤其是客观价值秩序理论，可以有效解释

我国宪法中的纲领性条款。

那么，沿着张翔教授的思路，这一理论应当也可用于解释与前述被列举之条文相同或类似的宪法第21条第2款的“国家发展体育、开展群众性的体育活动、增强人民体质”等涉及体育之规定，探讨能否、如何以这些规定为基础建构我国宪法上的体育权。

2 作为基本权利的体育权

以基本权利双重性质理论分析、解释体育权，首先需回过头思考前提性的问题：体育权究竟是不是一项基本权利。毕竟一方面，如本文开篇所述，虽然当前学界的主流观点认为体育权是基本权利，但在论证时往往过于依赖国际条约和理论推演，缺乏具体的规范分析。另一方面，亦有学者对“体育权”本身提出质疑，认为“体育权”不过是现今“权利泛化”语境下生造出的一个虚构概念，类似于送葬权、亲吻权、悼念权等^[9]。最后，仅从文本来看，我国宪法充其量只有一个专门的“体育条款”(第21条第二款)，确实不存在一个所谓的“体育权条款”：既未见有“体育权”、“体育权利”或类似概念，即便是“体育条款”，也是出现在总纲部分而非第二章“公民基本权利与义务”。

诚然，体育应当是一项权利或者人权，这已有相关国际条约宣示或确认。譬如，联合国教科文组织《体育运动国际宪章》规定“参加体育运动是所有人的一项基本权利……要使参加体育运动的权利对所有人来说成为现实”；《奥林匹克宪章》第4条规定“从事体育运动是人的权利”；《新欧洲体育宪章》规定“任何人都有参加体育活动之权利”。上述条款皆证实体育权之存在，而从人权理论本身来看，体育权亦是成立的。原初意义上的权利(人权)指应然的自然权利，或曰天赋人权，即一种具有正当性的作为或不作为的资格或自由，其评价与判断标准是道德的，在此意义上，结合本文开篇所列之“体育”的定义，“体育”显然可以是一种权利，并且在文明初期(譬如古希腊时代)人类就积极主张和实践。既然如此，需要论证的便只是体育权能否构成一项基本权利。由于体育对人类的价值早已得到充分论证，人的发展是身心的全面发展，体育正是身体发展的主要途径，故就重要性而言，体育权成为“基本权利”应当是没有问题的，关键是如何在法学尤其是宪法学上论证这一命题。

2.1 从国家义务推定公民权利

现行宪法对“体育”的规定主要是第21条第二款“国家发展体育、开展群众性的体育活动、增强人民体质”，以及第46条第二款“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展”。有学者便

将这两条视为体育权利的宪法依据,将宪法的纲领性内容解读为国家义务,以义务推理权利,推定体育权是公民的一项基本权利^[10]。

宪法中那些面向未来、设立国家目标的规定,又称“基本国策条款”。通过纲领性条款是可以为国家设立义务的,是一种针对国家的宪法规范,设定国家为推动一系列宏观抽象的公共目标而应当履行的积极义务与职责,以及国家履行此类义务与职责所能达成的理想应然状态^[11]。纲领性条款在为国家设定了推进目标的积极性职责与义务,公民从而得以通过政治或法律的特定方式要求国家为某项义务积极作为^[12]。以现行宪法第 21 条为例,可以认为已设立国家义务:国家应当发展体育事业、开展群众性体育活动,以增强人民体质。第 46 条第二款也一样。

但从宪法上的国家义务中能否推导出公民的基本权利?有学者认为可以推导出一种受益权,国家必须积极作为,于是公民相应地获益^[13]。以第 21 条第二款为例,国家应当发展体育事业,就会兴建体育设施、组织培训等,否则公民可以提出请求,这便是受益权。此种观点有一定的道理,可是在现行宪法上不能完全成立,理由如下。

其一,中国宪法类似第 21 条第二款的“国家义务”很多,但有相当一部分是明显不能推导出权利的。譬如第 24 条第二款的“国家……反对资本主义的、封建主义的和其他腐朽思想”,什么是“资本主义、封建主义和其他腐朽思想”,显然不能由具有请求受益权的公民来判断,甚至不宜由国家来判断。再譬如第 14 条第二款的“国家厉行节约、反对浪费”,很难想象公民应当如何据此行使受益权。这是因为我国宪法上的“国家义务”,有一些是政治宣示,规范性不足。于是以我国宪法上的国家义务条款推导公民基本权利,有两大弊端:1)可能与其他基本权利冲突,譬如前述反对腐朽思想,可能损害公民的思想、表达自由;2)导致基本权利泛化。所以“发展体育”的国家义务并不会必然导出公民的体育权。

其二,我国宪法上的国家义务,其来源也未必是公民的基本权利。有学者认为,国家义务直接源自于公民权利,公民权利是国家义务存在的唯一根据^[14],这一观点在中国宪法并不必然成立。因为我国宪法不是价值中立的,制宪者在制宪时为宪法设置很多价值目标,可能是基于政治、历史、国情等因素,但未必是来源于公民权利。譬如,第 24 条的国家发展社会主义精神文明的义务,不是因为公民有建设社会主义精神文明的请求权,是国家要主动培养作为新时期社会主义建设者的“四有新人”,这是精神文明建设的目标

所在;而“体育条款”实际与第 24 条有密切关系,“体育条款”是“社会主义精神文明建设”宪法规范的组成部分,国家发展体育有建设社会主义精神文明的意义,这已在法律和官方文件中均给予了明示,譬如《体育法》第一条、1995 的《全民健身计划纲要》以及 2011 年的《全民健身计划(2011-2015)》。换言之,国家发展体育,可能是由于公民请求,也可能是国家本身就希望这么做。若是后者,则至少难以之为基础推导出公民的基本权利。

综上所述,“因为有义务所以有权利”,以宪法第 21 条和 46 条的纲领性内容所建构的国家义务推导出体育权的观点,难以成立。

2.2 将体育权作为宪法上的未列举权利

法学上所言的权利是被赋予规范意义的,是“规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段”^[15]。立法(制宪)者依据公意,对众多的自然权利选择一部分在法律规范中予以规定,使之成为法定权利,在正当性以外还具备合法性。这些法定的权利,一些由普通法律确认和保障,相对基础或重要的那部分则一般会被先行吸收到宪法中,成为基本权利。具体方式有二:1)明文规定于宪法文本,譬如八二宪法第二章中的诸多权利;2)未见于文本,但可以通过宪法解释等方法,使之从宪法的某些条款或原则、精神中析出。后一种“隐形”基本权利,被称为宪法上的“未列举权利”。

因此,不能贸然以宪法文本上未明文规定就否定一个权利的基本权利地位。有学者认为,体育权正是我国宪法上一个明确的未列举的基本权利,是从宪法的总纲性条款(第 21 条)推定出来^[16]。但梳理相关理论,便可发现此种观点并不妥当。所谓“宪法上的未列举权利”,不能简单理解为就是那些虽然具有基本权利性质,但在宪法文本上未直接出现的,或没有被直接称为“某某权利”的权利;权利只要在宪法文本上,无论是在哪一个部分(总纲也罢、基本权利义务章节也罢)做出规定,或者能够为宪法文本中明文规定的其他权利所覆盖或包容,就不是真正意义上的未列举权利;只有应当由宪法保障、但既未被明确列举、又没有被概括条款规定、更不能从宪法已列举之基本权利中推衍出来的,才是真正的“未列举的基本权利”^[17]。由此观之,体育权在我国宪法上已有总纲条文规定,还可能被其他明文列举的权利所涵盖,自然不宜认定为我国宪法上的“未列举权利”。

其次,从目的上看,宪法上的未列举权利应当主要用于接纳新权利,而非重新吸纳那些在制宪时被遗漏

的旧的基本权利。在自然法意义上被认为不言自明的权利，不应被纳入宪法未列举权利之列，因为它们要么是不证自明的，要么是当初已经为制宪者所放弃^[17]。“宪法未列举权利”理论的最初产生，就是为应对人类政治文明发展所带来的权利保障真空，譬如从“夜警国家”到“福利国家”，产生诸如社会保障、发展、环境等大量新型人权，这些新兴的权利应当成为基本权利，但过去制定的宪法又不可能有此先见之明，于是才借助这一理论由宪法默示地保护，从而使宪法在时代变迁中保持活力^[18]。所以，如果认为“体育权”是“宪法上的未列举权利”，则其应当是新型人权，但体育权的历史无疑难以支持这种说法。

综上所述，体育权并非严格意义的“宪法上的未列举权利”，以此理论来论证它的基本权利性，除了根基不牢，还会有基本权利泛化膨胀之嫌；同时如反对者所言，体育权会受制于这一理论自身在中国语境下的先天不足^[9]。

2.3 体育权是我国宪法上的已列举权利

虽然通常不宜直接从基本国策条款推导基本权利，容易模糊二者界限，纲领性条款仍可从两个维度规定公民的权利：1)对于某些基本权利，虽暂时无法实现，可经过发展能逐渐实现，在宪法中就先以纲领性条款确认，典型为八二宪法第42条第二款关于劳动权的规定^[19]；2)某些权利“应予实现”，譬如生命权，任何公民的生命权都应受到保障，但有些权利则未必，譬如就业权，宪法虽规定公民有就业的权利，却不会也不可能实现每一个公民关于就业的权利主张，后者便是“纲领性基本权利”^[20]。从这两个维度来看，“我国宪法第21条第二款规定了公民的体育权”这一命题完全能够成立；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”。

从另一个角度看，究竟何为我国宪法上的“体育”？关于体育概念的争议，归根结底是探讨身心关系，从身心一元论的观点出发，所谓体育其实就包含两个方面：体的一面，即身体锻炼或运动；知的一面，即学习和理解身体知识以及掌握运动技能。因此，我国宪法上的体育权有体育运动权和体育教育权两个组成部分，学者在已有研究中，也只以宪法第21条与第46条作为规范分析的资源，前者为“体育条款”，后者为“受教育条款”。我国宪法“体育权”的载体，至少包括第21条和第46条在内的复数条文所组成的宪法规范。此处所言的宪法规范，往往不是某个单独的条文，而是由复数的、位于文本不同位置的条文共同组成，这些条文在价值关系和逻辑意义上共同构成具

备完整意义的规范^[21]。因此宪法上的“体育权”规范，当然不会只限于第21条第二款。

作为基本组成要素的体育运动权和体育教育权，又分别可以在宪法已列举的其他基本权利中找到“归宿”：前者是第37条的人身自由权，运动自由乃是身体活动自由的应然之义；后者则归属于第46条的受教育权。值得注意的是，体育教育权的来源并非仅为第46条的第二款，而是以整个第46条为基础。因为体育教育是全民教育的必要内容，只不过由于青少年儿童的体育教育尤为重要，才予以特别强调，体现新中国历部宪法的继承性与发展性；并且不是单独强调体育教育，而是全面地涵盖德育(培养品德)、智育(培养智力)、体育(培养体质)。“德智体全面发展”是新中国建立后，相当长历史时期内我国的基本教育方针；后来虽进一步深化为“德智体美劳全面发展”，但“德、智、体”三者无疑是新中国语境中的“教育”最核心的组成部分。除此之外的与体育有关的实践活动，譬如参加体育社团、从事体育职业等，同样与其他基本权利(如结社权、劳动权)有交叉，也可用体育权来主张，但作为基本权利的体育权就是由体育运动权与体育教育权这两个“单元”构成，无必要在宪法上穷尽所有可能性。两个分属不同基本权利的子权利，共同构成新的基本权利，这是基本权利在宪法上常见的交叉。如同宗教表达自由同时是宗教自由和表达自由的子权利，体育运动(教育)权就是体育权和人身自由(受教育权)的交叉，各自母权利的独立性并不受影响；与其他基本权利“共享”子权利，不会使体育权丧失作为基本权利的本源性特征，很多公认的宪法基本权利都能向上追溯到作为其共同本源的自然权利。体育权和人身自由权、受教育权之间并非谁推导出谁的关系，三者都是独立的基本权利，宪法上的体育权在实践中发展出的丰富内涵，亦不是后两者能够完全涵盖。

3 体育基本权的双重性质

有学者统计了学界已有关于体育权性质的观点，认为大致分为3类：均衡论，体育权利既属于生命自由权利，又可归为经济社会文化权利；总体上归属于社会文化权利；既是社会、经济、教育、文化方面的权利(社会权)，也是生命健康权的下位权利(自由权)^[22]。其中，已有学者提出体育权具有两重性——兼具自由权与社会权的性质，并由前者推导出防御权，后者推导出受益权^[1]。上述观点均有一定道理，笔者并非要反驳它们，而是认为用基本权利双重性质理论分析体育权，更为合适。已有研究成果主要存在以下4方面的问题：其一，容易混淆基本权利的性质与基于其性

质产生的功能。其二, 过于庞杂。由于现代社会的权利表现形式过于丰富多样, 导致在认定性质时也容易众说纷纭。其三, 关于体育权性质的不同观点会影响对其功能的认识。譬如, 已有研究多从体育权的自由权属性推导防御权功能, 从社会权属性推导受益权功能, 但有学者认为体育权仅是社会权, 否认或忽略自由权属性, 那么此时体育权的防御功能便被“牵连”; 而作为一项基本权利, 防御权功能对于体育权应当是不可或缺的。最后, 已有研究以传统的“自由权”或“社会权”二分的基本权利规范分析框架为基础, 习惯于“自由权——国家消极义务”、“社会权——国家积极义务”的叙事, 但当下这两种性质在理论和实践中均呈现出综合化趋势, 基本权利对应的国家义务复合化^[23]。换言之, 包括体育权在内的每个基本权利都可能具有多个性质, 对应多重的国家义务, 自由权未必对应消极义务, 国家也不总是对社会权保持积极, 传统的分析框架已然力有不逮。

因此, 用“基本权利双重性质”理论分析体育权的优势, 一方面是理论革新, 能适应新的实践; 另一方面在于: 只要体育权是一项基本权利, 那么它就必然具有“主观权利”和“客观法”这两重性质, 也就必然具有防御权、受益权、客观价值秩序这三大功能。同时, 相比于只有防御权和受益权, 增加的客观价值秩序功能可以进一步加强对国家权力的制约和督促, 让国家权力不仅要被动地尊重体育权, 还须主动协助其实现, 这符合我国宪法“体育权条款”的“基本国策性”。其实已有学者对这一理论有所提及, 但并未深入, 本研究正是希望将这一探索继续下去。

3.1 作为主观权利的体育权

作为主观权利的体育权, 首先具有防御权功能, 2004年“人权入宪”, 从侧面确立基本权利的防御权功能。基于体育权的防御权功能, 国家也就负有消极义务, 不能侵害公民主张和实践体育权。而不同的国家机关因其行使的权力及方式不同, 所承担的消极义务的具体内容亦不相同。通过界定国家机关的哪些行为侵害了基本权利(体育权), 就能够明确各国家机关对基本权利(体育权)的“不侵犯义务”^[24]。

立法机关对体育权的限制只能基于公共利益的理由, 并且应当遵循法律保留原则, 否则即是侵害。实践中, 立法机关侵害公民体育权的现象相对不太常见, 但绝非没有, 需要特别注意两类情形: 1) 针对某一体育项目, 通常是新兴、有争议性的项目, 譬如电子竞技, 进行限制性立法的主张, 多见于各种低位阶的规范性文件, 譬如用地方性法规、规章甚至一般的规范性文件来限制, 当然也不排除立法的科学性、严

谨性不够导致的侵损; 2) 出于某种目的(譬如谋求政绩、迎合上峰等), 立法给予某一体育项目过度、不公平的扶持和优待, 甚至以损害其他的体育项目为代价, 这亦是立法权违背消极义务的表现。

实践中, 我国国家权力与体育权防御功能的冲突主要发生在行政机关, 故可以预见的是, 体育权的防御权功能将主要是约束和对抗行政权。首先, 除非基于法定事由, 行政机关不得干涉或妨害公民行使体育权, 进行体育运动、接受体育教育; 其次, 当需要依法限制公民的体育权时, 应当严格遵循比例原则, 包括合目的性、必要性、狭义比例原则。前者要求行政机关在社会治理的过程中, 对公民的体育事务保持谦抑, 不要主动违法或不当地施以阻碍、控制或改造。譬如, 之前媒体报道的某省教育行政部门为配合足球改革, 而暂停大学生篮球、排球联赛, 以及一些地方政府利用行政权力干预竞技体育的过程和结果、制造运动员归属纠纷、阻碍运动员自由流动与训练等现象, 均属于侵犯公民体育权的行为。至于后者, 则主要出现在行政执法中, 譬如对一些像广场舞、秧歌这样相对非正式的、群众性的体育运动, 当它们与社会公共利益产生冲突时, 执法应注意比例原则, 在达成行政目的之同时, 也要保障公民的体育权。

最后是司法机关, 当公民因体育权受侵害寻求司法救济时, 严格以事实为依据、法律为准绳, 不枉法裁判、滥用自由裁量权便可。

除了核心的防御权功能, 体育权作为基本权利还有受益权功能, 这在体育权利越来越趋向于社会权的背景下应当得到重视。受益权功能意味着公民有权就体育权请求国家予以一定给付, 以促进、保障体育权实现。但受益权功能不是绝对的, 是在“一定条件”下、“一定程度”的请求。所谓“一定条件”, 即该请求对于体育权之实现或保障是必要的; “一定程度”意为受益不能是无限的。前者譬如体育落后地区的公民请求国家予以一定政策支持或财政补贴, 修建体育设施、提供指导培训、组织赛事活动等, 或请求国家发展某项体育运动。后者要求国家不能因发展体育权而损害其他的基本权利, 譬如, 为筹办大型体育赛事而任意或不当地限制公民的某些自由; 不能过度扶持某些体育项目, 譬如行政强制推广。对于不同的体育项目, 国家可有所侧重, 但总体应保持中立, 平等待之。最后, 一般认为, 由于宪法中的基本权利规定过于抽象, 个人不能直接以之为依据主张权利, 应在立法明确国家给付的具体内容后才可依法行使请求权^[9]。我国宪法上的基本权利缺乏直接效力, 体育权亦是如此, 所以对于体育权的受益权功能, 首先应加强与完善立

法；其次，需认识到受益权不是绝对的，会受财政、自然条件、文化传统等客观因素的限制；最后国家应积极回应公民的正当请求，履行自身的给付义务。

3.2 作为客观法的体育权

作为客观法的体育权，是能够直接约束和规制国家权力运行的“客观的法”或“客观的规范”，这就是客观价值秩序功能。在《德国基本法》上的文本基础是第1条第三款，在我国宪法上虽无直接表述，但结合第33条的人权条款与具体的权利条款也可解释。同为制约国家权力，客观价值秩序功能与防御权是有所区别的：后者强调个人权利对国家权力的防范，国家权力“被动”地不越“基本权利”之雷池一步；前者是于后者之基础上，国家在保障基本权利时应具有一定的“主动性”，除自身以基本权利为行动准则，还要为其实现创造条件。而同是国家的积极作为，与受益权功能的区别也在于客观价值秩序功能可以是“主动”的，并不一定需要来自公民的请求。

具体到体育权，在我国客观价值秩序功能可从以下两个方面实现：

1)制度性、组织性和程序性保障。制度性保障要求国家通过各种方式，建立健全与体育相关的各项制度，譬如全民健身制度、体育运动竞赛制度、运动员技术等级制度、裁判员技术等级制度、教练员技术等级制度、体育荣誉制度、体育保险制度以及通过税收对体育资源进行宏观调控等。有学者从社会安全、社会正义、社会形成3个维度上为国家设置体育运动任务，实际上就是制度性保障的内容，值得参考^[25]。所谓组织性保障，一方面是要构建完善的体育管理部门体系，另一方面要鼓励、支持、保障体育领域NGO的发展、运行，尤其是那些需要或已经高度市场化的项目，为国家权力的宏观调控划出界限。最后，程序性保障则是要建立健全与体育相关的各类程序，譬如前述技术等级制度中的考评程序，体育荣誉的申请、评判、授予程序等，尤其需要完善体育权利受到侵害时的救济程序，譬如体育争议的行政复议、诉讼程序等。

2)国家有对体育权的保护义务。基本权利的核心要义固然是防御国家权力，但对基本权利的侵害可不止是来自国家，亦可能来自第三方，譬如其他公民。因此，国家要保障公民的体育权免于来自第三方的侵害，或在受损后能得到公力救济。就主体而言，立法机关要积极推进体育立法和释法，以宪法的规定与精神为依据，遵循权利本位的立场，用法律将宪法上抽象概括的体育权规范具体化，使保障公民体育权有法可依；行政机关严格执法，尤其是体育行政部门，依法履行自身职责，维护体育领域的正常秩序；司法机

关则是在办理涉及体育权的案件时，虽然不能直接适用宪法上的体育权条款来裁判，但应在自由裁量时充分理解宪法的规定及精神，运用相关宪法条文论证与说理，在裁判中贯彻宪法对体育权的尊重和保障。立法、行政、司法机关都是国家履行对公民体育权的保护义务时不可或缺的一环。

仍以时下流行的广场舞为例，作为公民体育实践的新形式，若公民以此实践体育权，就可能与其他基本权利发生冲突(譬如，有媒体报道的向广场舞团队“泼粪”、“放狗”的事件)。体育权作为基本权利，义务人仅是国家，私主体不负有尊重和保护他人体育权的义务，损害体育权的第三人也可以主张自己的基本权利(譬如因噪声导致健康权受损)，这是国家保护义务必然导致的利益衡量^[26]。此时，首先需要行政机关的依法履职，启动相应的纠纷调查和解决机制，依法予以处置；如果进入了司法程序，则轮到人民法院来承担其在国家保护“链条”中的责任了；但最佳解决之道，还是立法机关预先制定出妥善、有效的规则，以之为基础建立起规范、稳定的秩序。在基本权利没有直接效力的当代中国，国家的这种保护义务对于公民体育权的实现，无疑至关重要。

4 体育权成为基本权利的意义

体育权成为我国宪法上的一项基本权利，首当其冲的意义，是更有利于对这一权利的保障。随着体育在国家政治、经济、文化等方面作用越来越大，涉及面越来越广，体育在当今社会生活中的重要地位、对现代公民的重要价值，已无须赘述。这一古老的权利迫切需要得到更高或仅仅是切实的保障。如果体育权不是一项基本权利，那么遇到上文所述的与其他权利冲突的情形，国家对它的保护无疑会弱得多；即便加以“优待”，那也往往是“维稳”思维的体现，是非法治的。作为基本权利的体育权，能够更好防御国家权力的冲击。若未来我国的基本权利获得直接效力，则今日之结论更将成为彼时宪法保障前提。

其次，毫无疑问，这将有利于推动我国体育事业更大发展，提升公民的体质和健康。

最后，体育权基本权利化，不仅意味着在法律规范上，公民体育权利的保障“更上一层楼”，对实践中的国家治理和公民维权亦有很大的现实意义。于国家，体育领域的社会治理一直问题重重，迫切需要法治化、规范化。体育权基本权利化，一方面使得国家在这一领域的治理获得了宪法基础，契合了依宪治国的时代背景；另一方面，迫使国家去完善相关的下位规范与制度，尤其是以《体育法》为代表的法律、法规、规

章等规范性法律文件,依据宪法来解释、实施,从而不断提升在新时期的治理水平,推进体育领域的国家治理能力现代化。于公民,很多原本“名不正言不顺”或收效甚微的维权行动,将“师出有名”或更有底气。譬如,现在中国城市普遍存在的体育基础设施被侵占、被压缩或者严重落后、缺失的状况,对此公民能够主张什么权利?最合适的无疑就是体育权。然而《体育法》对体育权的表述含糊不明,《全民健身条例》第4条虽明文做出规定,可惜只是行政法规。下位法不“给力”,直接诉诸宪法是个不错的选择。再譬如,很多教育机构中存在的体育课被文化课挤占的现象,既有处理方式效果往往并不好,一个原因是规范依据多为低位阶的法规、规章甚至红头文件,如果能主张宪法上的体育权,不仅十分适合,且显然有力得多。理论研究不可忽视现实,法教义学在实践上有鲜明的倾向性,要为现实中的争议提供分析与解决方案^[27]。让政府和公民在体育领域都学会用宪法“说事”,这对于树立宪法权威、建设一国的法治文明非常有益。

参考文献:

- [1] 韩永红. 我国体育运动基本权的宪法建构[J]. 体育科学, 2014, 34(1): 28-29.
- [2] 夏正林. 论基本权利的一般性和特殊性[J]. 法学评论, 2012(5): 3.
- [3] 徐显明. “基本权利”析[J]. 中国法学, 1991(6): 28.
- [4] 焦洪昌. 宪法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [5] 夏正林. 从基本权利到宪法权利[J]. 法学研究, 2007(6): 129.
- [6] 韩大元. 基本权利在中国的起源与演变[J]. 中国法学, 2009(6): 16-25.
- [7] 郑贤君. 基本权利的宪法构成及其实证化[J]. 法学研究, 2002(2): 46.
- [8] 张翔. 基本权利的双重性质[J]. 法学研究, 2005(3): 24-26.
- [9] 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): 33-34.
- [10] 张振龙, 于善旭, 郭锐. 体育权利的基本问题[J]. 体育学刊, 2008, 15(2): 20-23.
- [11] 陈诚. 论宪法的纲领性条款[D]. 杭州: 浙江大学, 2011: 22.
- [12] 曾康繁. 比较宪法[M]. 台北: 三民书局, 1978: 119.
- [13] 李建良. 宪法理论与实践(一)[M]. 台北: 学林文化事业有限公司, 1999: 63-67.
- [14] 龚向和. 国家义务是公民权利的根本保障[J]. 法律科学, 2010(4): 3-7.
- [15] 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 1999: 89.
- [16] 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): 393.
- [17] 王广辉. 论宪法未列举权利[J]. 法商研究, 2007(5): 61-62.
- [18] 张薇薇. “人权条款”: 宪法未列举权利的“安身之所”[J]. 法学评论, 2011(1): 13.
- [19] 徐秀义. 试论我国宪法中的纲领性规定[J]. 河北法学, 1985(4): 1.
- [20] 沈宗灵. 比较宪法——对八国宪法的比较研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002: 33.
- [21] 林来梵. 宪法学讲义[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 68.
- [22] 贾文彤, 郝军龙, 齐文华, 等. 体育权利若干思考——基于已有研究基础[J]. 河北体育学院学报, 2012, 26(4): 7.
- [23] 张翔. 基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始[J]. 中国法学, 2006(1): 21.
- [24] 张翔. 论基本权利的防御权功能[J]. 法学家, 2005(2): 65-71.
- [25] 韩永红. 论我国宪法对体育运动保障之具体化[J]. 法学评论, 2013(4): 22-23.
- [26] 赵宏. 主观权利与客观价值——基本权利在德国法中的两种面向[J]. 浙江社会科学, 2011(3): 44.
- [27] 白斌. 宪法教义学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 31.