



刑法基本原则在反兴奋剂实践中的借鉴

刘畅

摘要: 兴奋剂违规行为的认定以及确定违规行为后的处罚与刑法中的定罪以及处罚有高度的类似性,反兴奋剂规则的运作过程也借鉴了刑法的若干基本原则。在兴奋剂违规行为的认定阶段,参考了刑法的罪刑法定原则、从旧兼从轻原则以及无罪推定原则;在兴奋剂违规行为确定后的处罚阶段,比附了刑法的罪刑相当原则以及累犯加重原则。当代刑法基本原则的宗旨更加倾向于保护刑事被告人,而反兴奋剂实践的趋势却是加重对运动员的处罚。这表明反兴奋剂实践从严处罚的发展趋势与当代刑法基本原则所体现的保护人权的精神相悖,“严打”兴奋剂违规行为的合理性值得商榷。

关键词: 反兴奋剂;违规行为;处罚;刑法;基本原则

中图分类号:G80-05 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2017)05-0001-07
DOI:10.12064/ssr.20170501

Basic Principles of Criminal Law in Anti-Doping Practice

LIU Chang

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou 215006, China)

Abstract: The identification of doping violations and the following sanctions are quite similar to the conviction and penalties in criminal law. And the practice of anti-doping rules has also drawn on the experience of the basic principles of criminal law. At the phase of identification of doping violation, the principle of legality and the principle of observing old laws and new ones when with lighter punishment and the principle of presumption of innocence in criminal law are used as the references. At the phase of sanction, the principle of proportionate punishment to crime and the principle of heavier punishment for recidivists are referred to. The principle of the basic doctrine of modern criminal law tends to protect culprit, while the tendency of anti-doping practice is to aggravate punishment to athletes. This shows that the development tendency of punishing with severity is contrary to the principle of protecting human rights in contemporary criminal law. The rationality of aggravating punishment to doping violations is worth discussing.

Key Words: anti-doping; doping violation; sanction; criminal law; basic principle

在反兴奋剂实践中,兴奋剂违规行为的认定以及相应的处罚措施与刑法存在密切的联系,刑法的若干基本原则也在世界反兴奋剂条例(World Anti-Doping Code,以下简称WADC)以及国际体育仲裁院(CAS)的判例中有所体现。在追求清洁体育,建立世界反兴奋剂体系的背景下,反兴奋剂活动的立法和实践呈现出对兴奋剂违规行为从严处罚的趋势,但这种趋势与反兴奋剂规则的运作过程中借鉴的刑法基本原则所体现保护人权的精神是否一致值得深入研究。

1 反兴奋剂规则与刑法的关系

1.1 兴奋剂违规行为认定与刑法的关系

1.1.1 兴奋剂违规行为认定的公私法属性划分

第一,违规行为是否存在是由WADC以及反兴奋剂组织自身所制定的规则所决定的。2015版WADC在前言部分表明条例制定的目的在于:“通过反兴奋剂核心内容的全球协调一致来加强反兴奋剂工作”,即建立有效的世界反兴奋剂体系。而建立反兴奋剂体系的目的则是:“努力维护体育运动

收稿日期:2017-07-31

项目基金:国家社会科学基金项目(17BTY007)。

作者简介:刘畅,女,硕士研究生。主要研究方向:国际法学。E-mail:liuchang_suda@163.com。

作者单位:苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006。



固有的价值观”“该价值观被称为‘体育精神’……，关系到我们如何公平竞赛”。故 WADC 制定的目的是努力建成以维护体育精神，尤其是公平竞赛这一价值目标的世界反兴奋剂体系。由于体育在性质上具有更多的公共性而不是私人性^[1]，那么体现体育活动价值的公平竞赛这一最高利益则具备公共利益的性质。故 WADC 作为维护不特定多数主体的公平竞赛权的法律文件，在性质上属于维护公共利益的公法范畴，而非维护特定私人之间利益的私法范畴。同样，反兴奋剂组织以 WADC 为模板所制定的反兴奋剂规则也属于公法范畴。因此，判定兴奋剂违规行为的反兴奋剂法律文件在性质上属于公法范畴。

第二，在绝大多数国家的法律体系下，体育管理组织被视为私法主体，但是行使着准公法职能^[2]。反兴奋剂组织与运动员之间的管理关系已将二者置于不平等的地位，且反兴奋剂组织判定行为性质的权力来源于公法性文件的授予以及当地政府的支持，这种判定行为正是其行使准公法职能的表现。故违规行为的判定并不属于平等当事人之间的私法关系范畴，而属于公法范畴。因而，不论是兴奋剂违规行为的认定依据还是具体的认定行为都属于公法范畴，兴奋剂违规行为认定阶段是公法性的。

1.1.2 兴奋剂违规行为认定与刑法上的定罪行为

明确认定行为是属于公法范畴而非私法范畴的前提下，进一步分析可发现其与刑法上的定罪行为相类似。第一，反兴奋剂法律文件具有不容否认的强制性。2015 版 WADC 在导言部分表述道：“本条例中的所有规定都具有强制性，每个适用的反兴奋剂组织和运动员或其他当事人都必须遵守”，其他反兴奋剂规则也均有类似表述，如国际网联 (ITF) 在其反兴奋剂规则的第 1.11 条规定：“任何参与相关活动或在 2017 年进行职业男子网联排名或国际女子职业网联排名的运动员都自动受规则的约束并应遵循规则的所有规定”。这种强制性使得运动员缺乏有效的选择权利，所有运动员都必须遵循相同的反兴奋剂规则，正如处于同一刑法典管辖范围内的所有人都要受该法典的约束^[3]。第二，违规认定行为可能带来的后果与刑法定罪行为同样严重。刑法的定罪行为是为了适用刑罚做准备，而刑罚的严厉性是其惩罚所不能比拟的，刑法的定罪行为可能造成的结果严重性是其区别于其他公法行为的标志之一。反兴奋剂组织依据法律规定判定运动员的行为性质，一旦证实存在兴奋剂违规，运动员就会面临着取消比赛成绩、禁赛以及经济处罚等，这些涉及人身权利

以及财产权利的惩罚对于运动员短暂的职业生涯来说都是有严重影响的。故兴奋剂违规的认定行为类似于刑法中的定罪行为，二者都会带来其他公法行为无法带来的严重后果。因而，兴奋剂违规行为的认定依据与具体认定行为都与刑法的定罪行为存在类似性。

1.2 对兴奋剂违规行为的处罚与刑法的关系

1.2.1 处罚行为的公私法属性划分

第一，反兴奋剂组织对运动员所做的处罚行为并不是矫正的，而是惩罚性的。矫正正义的实质是通过纠正违法行为的纠正来恢复对对应然法的追求^[4]。而体育的特殊性在于对时间有着严格的限制，随着比赛结束哨声的响起，一场体育活动也就尘埃落定。违规运动员对公平竞赛利益的确造成了损害，但这种损害由于体育活动的时效性是不可恢复的。即使对运动员进行处罚，也只是一种事后措施，目的在于预防违规行为的再次发生。正如 CAS 表述的那样：“反兴奋剂规则设计和适用的目的在于保护公平竞争的运动员，并惩罚那些没有公平竞争的运动员。”^[5]故处罚行为是惩罚性的，并不属于意在恢复原状的矫正正义的范畴。

第二，处罚违规行为的措施是十分严厉的。对违规运动员的处罚涉及到人身、财产两方面，运动员面临着取消比赛成绩，包括收回所有奖牌、积分和奖金这一剥夺荣誉权的处罚，面临着使其财产减损的经济处罚，更面临着使其工作权岌岌可危的禁赛处罚。故反兴奋剂处罚措施的严厉性是一般私法范畴所涉及的赔偿损害等财产性处罚所无法比拟的。因此，处罚行为的惩罚性及其严厉性都将其排除于私法范围之外，而归入了公法的范畴。

1.2.2 处罚行为与刑法措施

明确反兴奋剂处罚行为属于公法范畴后，不难发现具体的处罚措施与若干刑法措施具有高度的相似性，尤其是临时停赛和禁赛处罚与未决羁押和宣告刑期。

第一，临时停赛有强制性和选择性之分，但不管是哪一种，其作用都在于限制尚未确定最终禁赛期的违规运动员参与体育活动的自由并享受由此带来的经济利益^[6]，即限制违规运动员的工作权。未决羁押是在法院就犯罪嫌疑人、被告人所涉嫌犯罪行为作出有效的实体性裁判之前，有权机关对犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行剥夺的刑事强制措施或状态。二者之间的相似性表现在：首先，从性质上看，它们都是对适用对象的人身权利进行暂时性限制的



临时措施。临时停赛针对的是违规运动员享有的具有一定人身属性的工作权,未决羁押针对的是犯罪嫌疑人、被告人的人身自由权;其次,从适用前提上看,二者都是在作出最终裁决前所采取的措施。临时停赛是确定最终禁赛期前所采取的措施,未决羁押则发生在法院就定罪量刑问题作出有效裁判之前;最后,从适用结果上看,二者都会对适用对象的名誉造成一定的损害。

第二,根据 WADC 的规定,涉嫌兴奋剂违规的当事人享有听证权,且由听证委员会根据违规的具体情形作出相应的禁赛期处罚。听证委员会确定的最终禁赛期与宣告刑期具有相似性:首先,从性质上看,二者都属于惩罚性、剥夺性的措施。最终禁赛期是对违反公平竞争行为的惩罚,剥夺了运动员在特定期限内的参与体育活动的工作权,宣告刑期是对法益侵犯行为的惩罚,剥夺了被告人的人身自由权甚至是生命权;其次,从裁决依据上看,二者都要根据具体的情节加以考量,作出与违规行为或犯罪行为具有相当性的处罚;最后,从救济方式上看,运动员对最终禁赛期存在异议的,可向 CAS 申请上诉仲裁,而刑事诉讼中的被告人对法院作出的非终审的宣告刑期不服,也可以向上级法院行使上诉权。

第三,WADC 规定临时禁赛期可抵免最终禁赛期,这与刑法中未决羁押和宣告刑期的折抵如出一辙,即在未做出实体判决之前对被告人采取的限制人身自由的措施,在审判机关宣告相应刑期后,将先行限制的人身自由的时间在一定情况下予以折抵裁决中所确定的宣告刑期。除了禁赛处罚外,其他的兴奋剂处罚措施也与若干刑罚措施具有相似性,例如因兴奋剂违规而被取消比赛成绩,包括收回所有奖牌、积分和奖金,这与刑罚中的没收财产相似,而对兴奋剂违规行为进行经济处罚则与刑罚中的罚金类似。

综上,兴奋剂违规行为的认定以及处罚都属于公法范畴,且与刑法的定罪行为及处罚措施具有高度的类似性。

2 刑法基本原则在反兴奋剂实践中的借鉴

2.1 罪刑法定原则

2.1.1 “罪之法定,刑之法定”

罪刑法定原则基本要求是罪之法定,刑之法定,且罪刑在规定的时还应当达到国民能够预测国家刑罚权的行使的明确的程度,即罪刑需有明确性^[7]。同时

为了应对社会中出现的多样化的犯罪现象,法律对罪刑的规定也应是足够完备的,但考虑到法律具有滞后性,这种完备性只是一种相对完备性。罪刑法定原则所要求的明确性和相对完备性在反兴奋剂实践中也有着十分明显的表现,这一点可从 WADC 的法典化与精细化中得知。

2004 年以前,对于兴奋剂违规行为的种类以及相应的处罚措施没有专门而统一的法律规定,相关内容散落在国际奥委会的条例和宣言、各国反兴奋剂立法以及体育行会自身规范中。由于不同的法律文件对违规行为的认定及惩治程度标准不一,使得滥用兴奋剂的现象层出不穷,世界反兴奋剂体系难以建立。而 2004 年 WADC 的出台使得全球反兴奋剂规则有了统一的规定,各体育行会也以其为模板制定反兴奋剂规则,自此世界范围内的反兴奋剂工作有了统一的标准。反兴奋剂法律规范从松散状态到法典化不仅为全球范围内的反兴奋剂活动开展提供了明确而统一的参照标准,有助于世界反兴奋剂体系的建成,也为运动员规范自身行为后果提供了明确的可预测标准,这与罪刑法定原则的明确性要求相一致。

2004 版 WADC 出台后,先后又历经了两次修改,在这一过程中,兴奋剂违规行为认定以及处罚机制也变得丰富与明晰。最新出台的 2015 版 WADC 在违规行为认定方面既细化了对原有违规行为的解释,例如明确运动员生物护照可以作为认定使用禁用物质或禁用方法的证据,又修改了部分条款的规定,如将行踪信息失败的构成要件由 18 个月内累计 3 次改为 12 个月,同时又新增了违纪行为的种类,即违反“禁止联系”义务;在处罚机制方面,基于保护运动员人权的考虑上,加重对故意使用兴奋剂行为的处罚,细化对减轻处罚的规定。历经修改的 WADC 呈现出的精细化和完备化符合罪刑法定原则的相对完备性要求。

2.1.2 “法无明文规定不处罚”

1997 年,芬兰最高行政法院大法官、国际业余田径联合会仲裁委员会前任主席——路易·塔拉斯廷先生就提到“法无明文规定不为罚”原则,如今该原则已成为绝大多数国家体育行会坚持的基本准则^[8]。2000 年特萨加耶夫诉国际举重联合会(International Weightlifting Federation,以下简称 IWF)一案^[9],IWF 因保加利亚举重队有 3 名成员检测结果为阳性,决定对保加利亚举重联合会作出不少于 12 个月的禁赛处罚并且禁止举重队的其他运动员参加悉尼奥运会。而检测结果呈阴性的特萨加耶夫向 CAS 临时仲



裁庭提起上诉,主张 IWF 禁止其参赛的决定没有依据,但 IWF 坚持认为其享有“固有的”处罚权。经过讨论,CAS 临时仲裁庭认为 IWF 在缺乏法规或规章的情况下确实享有一般的权力去管理体育活动,但禁止整个联合会,包括没有兴奋剂违规的无辜运动员参与到奥运会中的处罚,至少是需要一个清楚的、明确的法律依据(legal basis)。最终仲裁庭裁决 IWF 的处罚决定因缺乏法律依据而无效,特萨加耶夫被允许参与奥运会。在此案中,CAS 明确了缺乏法律依据的处罚决定不具有合法性,“法无明文规定不处罚”的基本理念也由此确定下来。

2.2 从旧兼从轻原则

2.2.1 法不溯及既往原则

“不能用今天的规定去约束昨天的行为”,法不溯及既往原则在反兴奋剂实践中有着十分鲜明的表现。2008 年的安德森等诉国际奥委会(International Olympic Committee,以下简称 IOC)一案中^[10],玛丽安·琼斯因在 2000 年悉尼奥运会中服用类固醇兴奋剂,而于 2007 年被 IOC 处罚,与其同属一队的其他 7 名队友也受到牵连。后安德森等 7 名运动员向 CAS 提起了仲裁。案件争议的焦点在于取消这 7 名运动员的成绩是以何为依据的。依照 2008 生效的《奥林匹克宪章》第 23 条规定,IOC 是有权对运动员个人或整个团体进行纪律处罚的。但 CAS 认为该条款必须依照“合法性原则”(Principle of Legality),即违法行为和相应处罚必须由法律明白而清楚地规定,禁止类推定罪进行解读。借鉴该原则,CAS 在体育活动的纪律处罚领域形成并适用了“可预测性标准”(Predictability Test),即在适当的法律或规则依据的情况下,体育组织不可以做出处罚措施,违规行为和处罚措施都必须由事先制定好的明确的规则加以规定。依照“可预测性标准”,IOC 运用 2008 年生效的规定去处罚 2000 年发生的行为不具有正当性。那么依据 2000 年有效的《奥林匹克运动反兴奋剂条例》,个人成绩和团体成绩要加以区分,团体成绩的作废则取决于相应的国际单项体育联合会的规则^[11]。而当时国际田径联合会(International Association of Athletics Federations,以下简称 IAAF)的规定仅涉及违规运动员本人的处罚,并不涉及团体或团体的成绩取消。故 CAS 依照 2000 年生效且可适用的 IOC 和 IAAF 的规则,裁决 7 名上诉人不受 IOC 对玛丽安·琼斯的处罚决定的影响。

2015 版 WADC 也就法不溯及既往原则作出了

规定,第 25.1 条明确了 WADC 的生效日期,即:“2015 版条例将于 2015 年 1 月 1 日(“生效日期”)起全部适用”,并且第 25.2 条进一步规定,除了规定兴奋剂违规行为的追溯时效的第 10.7.5 条以及第 17 条可以追溯应用外,WADC 的其他内容不具有溯及力。对于生效日期前发生的兴奋剂违规活动,应当依照被指控的兴奋剂违规活动发生时有效的反兴奋剂规则管理,除非听证此案件的听证委员会决定根据本案例的情况,认为适用“从轻”原则。

2.2.2 从轻原则

在反兴奋剂实践中,若裁决时生效的处罚措施比行为作出时的处罚措施更宽容的话,也适用从轻原则^[12]。最早将从轻原则运用到反兴奋剂案件中的是 1994 年国际自行车联盟诉意大利国家奥委会一案^[13],CAS 在该案中表述道:“鉴于条例规定的惩罚是具有刑法性质或最起码是具有纪律处罚性质,该原则(即从轻原则)适用于反兴奋剂条例中”,“鉴于这一原则,负责规定惩罚措施的机构必须允许违规运动员从处罚并不那么严重的新规则中受益,即使争议行为发生在规则生效之前”。2011 年的库尔特诉澳大利亚国家橄榄球联盟^[14]也是从轻原则得以运用的经典案例。此案中,库尔特的样本中被检测出 1,3-二甲基戊胺这一禁用物质,澳大利亚国家橄榄球联盟据此对其作出了 2 年的禁赛处罚,后该案上诉至 CAS。CAS 经过审理发现,在违规行为发生的当时,1,3-二甲基戊胺被纳入禁用物质的范畴,属于“非特定刺激剂”。但违规行为发生之后,禁用清单将该物质从“非特定刺激剂”移动到了“特定刺激剂”中,基于这一改变,该物质不再属于在任何情况下都严格禁止使用的“非特定物质”,而是属于清单所列的“特定物质”范畴。因而,在违规行为发生当时,1,3-二甲基戊胺是禁用物质,应依据 2009 版 WADC 第 10.2 条的规定,处以 2 年禁赛处罚且无减轻事由;但在其被移动到“特定物质”范畴之后,就能够适用 2009 版第 10.4 条关于特定物质减免禁赛期的规定。故 CAS 认为此案应适用从轻原则,将对库尔特所作出的 2 年禁赛期修改为 6 个月。

2.3 无罪推定原则

在强调罪刑法定的现代法治背景下,禁止类推是各国普遍认同的一种做法,但无罪类推因有利于保障个人自由,符合罪刑法定原则的精神而被允许。1995 年的 L 诉国际游泳联合会(FINA)一案^[15]正是无罪推定原则在反兴奋剂实践中的运用。该名游泳运动员因患有哮喘,出于治疗目的一直使用含



有沙丁胺醇成分的吸入剂,但在一次赛后兴奋剂检测中,其样本被测出沙丁胺醇呈阳性。依据检测报告,该运动员在检测前没有申报其使用了沙丁胺醇。FINA 据此对其作出 2 年的禁赛惩罚,后该运动员向 CAS 申请仲裁。仲裁过程中的争议焦点在于两个行为,即运动员体内存在沙丁胺醇是否属于违规,以及未申报沙丁胺醇是否属于违规。CAS 认为“除非能够证明犯罪确实存在,否则不得科以处罚的原则同样适用于兴奋剂违规中”,对运动员进行处罚的前提是能够证明违规行为的存在。由于 FINA 并非完全禁用沙丁胺醇,以吸入的方式摄入是明确允许的,故仅依据运动员体内存在沙丁胺醇成分并不能证明其存在违规。且 CAS 认为一般情况下未申报禁用成分确实会构成违规,但此案中的运动员自体育生涯开始,就一直通知医疗当局,其用药中含有沙丁胺醇;在之前的兴奋剂检测中,其均说明使用了沙丁胺醇且检测结果都合格;没有其他迹象表明沙丁胺醇是通过非吸入的方式进入其体内。这些情况使得该运动员有关哮喘治疗的医疗记录等同于其在检测前已经进行了申报,故其未申报的行为也不构成兴奋剂违规。最终 CAS 支持该运动员的上诉,推翻了 FINA 的禁赛处罚。

2.4 罪刑相当原则

罪刑相当原则要求刑罚的轻重应当与犯罪的轻重相一致,在反兴奋剂实践中,这一理念由“比例原则”予以表述。“严格责任”原则是国际反兴奋剂法律的基本原则,但其适用的严苛性颇受质疑。出于法律的公平性要求,确定运动员违规后,对其进行处罚时就需要充分考虑其主观状态。比例原则在现今反兴奋剂实践中地位显著,2015 版 WADC 在“世界反兴奋剂体系和条例的宗旨、适用范围及组织实施”中就明确条例的制定,充分权衡了比例原则和人权原则,且在最新版本中,比例原则在两个方面体现得为明显,即加重对故意使用兴奋剂行为的处罚,对属于初犯且存在故意的情形,将禁赛期从两年提高为 4 年;放开无重大过错或无重大疏忽中涉及特定物质以及受污染产品情形的禁赛期下限,最轻给予警告,不禁赛,最重给予两年禁赛。

除了 WADC 的规定外,比例原则在 CAS 判例中也经常出现。1994 年奎格理诉国际射击联盟一案中,CAS 的经典表述“反对兴奋剂的任务确实艰巨,其需要严厉的纪律处罚规则。但是处罚规则的制定者与实施者亦应当谨慎地对待这些规则”^[16],实质上就与比例原则所要求的综合当事人的主观因素

与实际客观情况谨慎做出处罚并无区别。而在 1996 年沃克斯诉 FINA 一案中^[17],CAS 在裁判的开头部分表述道:“在决定禁赛期的长短时,有必要将具体的情形,尤其是每个案件的(当事人的)主观状态纳入考虑范围”。2016 年莎拉波娃诉 ITF 一案^[18],CAS 更是严格依据比例原则作出裁判。2016 年澳网公开赛中,莎拉波娃被检测出禁用物质米屈胍呈阳性,并被 ITF 听证小组禁赛 2 年,随后莎拉波娃向 CAS 申请仲裁。CAS 仲裁庭认为,到 2016 年为止莎拉波娃服用了 10 年的米屈胍都没有出现过任何违规问题,且其确实是出于治疗目的而向医生寻求治疗的,即使后来在没有医生开具处方的情况下继续服用这种在任何药店都能买到的药品也不能改变其对风险的认知,且相关反兴奋剂组织未能就 2016 年新版禁用清单中增列了米屈胍以及包含这一禁用物质的常用药品名称向运动员详细说明^[19]。故 CAS 认为莎拉波娃对于其所构成的兴奋剂违规行为有一定程度的过程,但并不存在重大过错,将禁赛期更改为 15 个月。

2.5 累犯从重处罚原则

2015 版 WADC 第 10.7 条规定,在不考虑减轻处罚的情形下,第二次兴奋剂违纪的禁赛期应是与其情况、性质相似的第一次兴奋剂违纪禁赛期的两倍以上,但必须长于 6 个月,且要长于第一次违纪禁赛期的一半,而第三次违规的运动员则面临着终身禁赛,即使存在可减免的情况,禁赛期仍以 8 年为底线。这一规定仅设置了最低禁赛期限,并未设置禁赛上限,体现了累犯从重处罚的理念。2006 年 WADA 诉墨西哥足球协会及卡尔莫纳一案^[20]是体现累犯从重处罚原则的经典案例。2005 年 7 月,卡尔莫纳由于在例行药检中检测结果呈阳性而被禁赛 1 年。在 2006 年 1 月的一次兴奋剂检测中,其 A 样本再次被检测出含有禁用物质,后由于种种原因,卡尔莫纳并没有于 48 h 要求检验 B 样本。墨西哥足球协会认为由于通知的不及时剥夺了卡尔莫纳要求检测 B 样本的权利,故解除了对其违规的控告。但国际足球联合会(Fédération Internationale de Football Association,以下简称 FIFA)认为卡尔莫纳在禁赛期内被检测出违禁物质属于二次违规,墨西哥足球协会的处罚并不正确。后 FIFA 向 WADA 提出请求,请求其向 CAS 提出仲裁申请。CAS 最终依据事实情况,支持了 WADA 的上诉请求,依据 FIFA 的纪律条例,对于二次违规的卡尔莫纳施以终身禁赛的处罚。



3 反兴奋剂实践发展趋势存在的问题

3.1 刑法基本原则保障人权的价值取向

作为指导刑事立法与司法活动,体现刑法精髓的基本原则更是注重保护被告人的权利。罪行法定原则是以民主主义和保障人权为理论基础构建起来的,要求严格依照法律规定来追究公民的刑事责任,严禁通过类推定罪与适用习惯法扩大入罪的行为,且即使公民构成犯罪也只能依据法律的明文规定施以刑罚,不允许法外施刑的存在,通过限制国家刑罚权来保障被告人在入罪与配置刑罚时的基本权利,使其免受罪刑擅断的侵害。而禁止用今天的规定约束昨日的行为,除非新的规定更有利于被告人的从旧兼从轻原则以及在未能确定被告人有罪时不可擅夺其无罪身份的不推定原则均是以有利于保障被告人的利益与自由为出发点而为罪行法定原则所衍生出的基本原则。罪刑相当原则更是要求在分析罪轻罪重与刑事责任时要考虑到被告人的主观状态,综合各种状况适用与罪行轻重相应的刑罚,而其衍生出的累犯从重处罚原则仍是要在罪刑适应的基础上决定对被告人的从重处罚程度。故刑法本身朝着愈发重视被告人的基本权利的方向发展,当代刑法的基本原则也落脚于保障被告人的基本人权。更不必说刑法本身的社会机能也从社会保护效用,即通过惩罚犯罪对社会秩序的维护与控制占主导地位,转变为更加关注人权保障效用,即通过限制国家刑罚权,尤其是限制司法权,保障被告人的权利,进而实现对一般人权利的保障。

3.2 反兴奋剂实践从严处罚的发展趋势

在反兴奋剂实践中同样存在着打击兴奋剂违规行为与保障违规运动员的基本人权的权利关系问题。就保障违规运动员的基本人权而言,经过修订的WADC加大了对运动员基本人权的关注。在2004版WADC与2009版WADC中,有关人权原则的规定仅在减免禁赛期部分提到:“运动员如能证明其无过错和无疏忽或无重大过错或无重大疏忽则可以免除或缩减禁赛期”,“这种做法与基本的人权原则相一致”。而在2015版WADC中,人权原则的重要性逐渐提升,条例的制定以及反兴奋剂规则和程序在适用时都已充分权衡并遵循了人权原则。在实体权利方面,对运动员的人权保障也有所完善,例如2009版和2015版WADC均强调了运动员享有公平听证权,而这一权利在2004版中未有专门的规定。反兴奋剂领域的确加大了对运动员人权的关注,但对违

规行为加大处罚力度也是不容否认的事实,这一点在禁赛期变化上体现得尤为明显。2009版WADC与2004版WADC在设置禁赛期限上并无太大出入,但2015版较之2009版而言,却在禁赛期的设置上发生了重大变化。对被发现、使用或企图使用或持有某种禁用物质和禁用方法的情形,2015版WADC明确若运动员主观上存在故意且属于初犯,则禁赛期为4年;对于逃避、拒绝或未完成样本采集或者篡改或企图篡改兴奋剂管制过程中的任何环节的行为,同样将禁赛期限从2009版中的2年提高至4年。除了提高故意违规的初次禁赛期限外,多次违规的追溯期限也从8年延长至10年,使得事后追责更为方便。这些变化都呈现出了反兴奋剂实践处罚愈发严厉的趋势。

2016年惊爆出的俄罗斯运动员存在在国家操纵下的系统地、普遍地使用兴奋剂、逃避兴奋剂检查的行为是反兴奋剂史上从未有过的严重事件,各反兴奋剂组织对于此事件的处理方法也各不相同。国际田径联合会(IAAF)宣布暂停俄罗斯田径联合会的会员资格,俄罗斯田径运动员无法参加里约奥运会;国际举重联合会(IWF)则决定禁止所有的俄罗斯举重运动员参加里约奥运会;而国际残疾人奥林匹克委员会(International Paralympic Committee,以下简称IPC)则宣布暂停俄罗斯残疾人奥林匹克委员会(Russian Paralympic Committee, RPC)的会员资格,使得俄罗斯残疾运动员无法参加里约残奥会^[21]。这三大组织均是以集体禁赛的方式对俄罗斯体育组织实施处罚,IAAF虽然考虑到了个别正义,在比赛规则中增加规定,如果运动员能清楚而有说服力地证明,其由被暂停会员资格的联合会之外的系统支配,并接受国外有效反兴奋剂系统的检查,那么该运动员则可以中立运动员的身份申请参加国际比赛。但这一规则并不能让所有的无辜运动员都能够参与到比赛中,至少对于那些未在国外且接受国外兴奋剂检测但确属无辜的运动员来说,他们无法享受这种参赛机会;IWF的处罚决定将运动员的个人利益排除在考量范围之外,“一刀切”的做法显得尤为严厉;IPC的处罚决定同样忽视个别正义,仅依据其认为RPC应当发现却声称没有发现俄罗斯境内的系统性兴奋剂违纪计划违背了WADA的反兴奋剂任务,就剥夺了所有俄罗斯残疾运动员参加里约残奥会的机会,而不问事实上确无证据表明RPC参与了系统性兴奋剂违纪计划。但这些欠缺考虑保障无辜运动员的个人权益的集体处罚决定均为CAS所认可。



对俄罗斯体育组织采取集体处罚毫无疑问扩大了兴奋剂活动的打击面,放大了违规行为的处罚效果,使得兴奋剂违规的处罚更具威慑力,但这种集体处罚的正当性却无法接受法理的检验。现代刑法坚持罪责自负的个人责任主义,即国家在进行刑事责任归属,进而作出刑罚处罚时,不能将他人应负的责任归咎于特定的个人^[2]。这一原则的正当性是出于分配正义与个人的主体地位的要求。正义是社会制度中的首要价值,当社会中的个人能够得其之所得,享受其应有的权利,承担其应负的义务以及违反义务所产生的责任,那么社会的分配正义就基本实现了。而刑法领域贯彻正义原则的基本要求则是刑罚只能适用于实施了犯罪行为的行为人,无辜的公民不能对他人的犯罪行为承担刑事责任。在对俄罗斯体育组织的集体处罚中,IWF、IPC均未考虑在系统性用药的背景下,每个运动员是否确有兴奋剂违规的行为,“一刀切”的做法使得并未违规的运动员被迫丧失比赛的机会;IAAF新增的规定虽然考虑到了处于国外系统下运动员的参赛机会,但其却放弃了保障俄罗斯田径联合会中无辜运动员的个人权利,这些无辜运动员仍要为他人的违规行为买单。故集体处罚的做法并不满足正义的基本要求,无辜运动员要为他人的违规行为而牺牲自己的参赛权利,承受禁赛期的处罚,这并不符合分配正义的要求。个人的主体地位强调人是社会的目的,而非社会的手段,集体处罚的做法固然能够加强反兴奋剂处罚的效果,增强体育组织对团体的监督与管理,但这是以剥夺无过错运动员的参赛权利为基础。扩大处罚威慑力的集体处罚措施将无辜运动员视为打击兴奋剂活动的手段,而非权利保障的主体。因而,CAS所认可的这些体育组织的集体处罚措施与刑法中反对株连、排斥团体责任、以权利保障为本位的罪责自负原则相悖,处罚决定并不符合分配正义以及个人主体地位的要求,其正当性值得商榷。不难看出,在打击兴奋剂违规行为的过程中,各反兴奋剂组织已经作出了基本一致的价值选择——对于兴奋剂违规行为要从严处罚,即使这一过程要以牺牲无辜运动员的个人利益为代价。

综上所述,刑法的基本原则将保护人权的基本理念表现无疑,而与刑法密切相关,且为刑法的基本原则所贯穿的反兴奋剂实践却是呈现出“严打”违规行为占主流的趋势,这也意味着在某种程度上,反兴奋剂实践从严处罚的发展趋势与其所内含的刑法基本原则的保障人权的精神相冲突,这种“严打”趋势的合理性值得商榷。

4 结论

反兴奋剂实践与刑法存在密切关联性,二者之间的相似性使得反兴奋剂规则的运作过程中也借鉴了刑法的若干基本原则。但在现今追求清洁体育、建立世界反兴奋剂体系的背景下,对兴奋剂违规行为的处罚措施是否符合刑法基本原则所体现出的保护人权的基本精神是值得探究的。尤其是在俄罗斯系统性使用兴奋剂的丑闻爆发后,从严处罚兴奋剂违规行为与保障运动员的个人利益之间的冲突日益明显,而反兴奋剂组织的处理态度也表明对运动员基本人权的保障是居于次要地位的。“严打”兴奋剂违规行为与刑法基本原则体现的保护人权的精神相悖,这种发展趋势的正当性是值得商榷的。

参考文献:

- [1] [英]米歇尔·贝洛夫,蒂姆·克尔,玛丽·德米特里.体育法[M].郭树理译.武汉:武汉大学出版社,2008:252.
- [2] [英]米歇尔·贝洛夫,蒂姆·克尔,玛丽·德米特里.体育法[M].郭树理译.武汉:武汉大学出版社,2008:19.
- [3] Steffi Jose. From Sport's Kangaroo Court To Supreme Court: How The Court Of Arbitration For Sport Can Legitimize Anti-Doping Law[J].Southwestern Journal of International Law, 2014,20(401):420.
- [4] 傅鹤鸣.亚里士多德矫正正义观的现代诠释[J].兰州学刊,2003(6):56.
- [5] CAS. CAS 2006/A/1149 & 2007/A/1211, WADA v. FMF & José Salvador Carmona Alvarez[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1149,%201211.pdf>,2017-7-29.
- [6] Jérôme de Montmollin, Dmitry A. Pentsov. Do Athletes Really Have The Right To A Fair Trial In 'Non-Analytical Positive' Doping Cases?[J]. American Review of International Arbitration 2011,22(187):222.
- [7] [日]野村稔.刑法总论[M].全理其,何力.译.北京:法律出版社,2000:47.
- [8] 宋雅馨.论“一事不再罚原则”在兴奋剂处罚中的适用——以国际体育仲裁院案例为视角[D].湖南:湘潭大学,2015.
- [9] CAS. CAS ad hoc Division (O.G. Sydney) 00/010, Alan Tsagaev v. IWF[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2000-010.pdf>, 2017-7-29.
- [10] CAS. CAS 2008/A/1545, Andrea Anderson, LaTasha Colander Clark, Jearl Miles-Clark, Torri Edwards, Chryste Gaines, Monique Hennagan, Passion Richardson v. IOC [EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1545.pdf>,2017-7-29.

(下转第21页)



5 小结

学校体育的业余性直接关系到大学生运动员的成长和成才,而在商业社会的大背景下,大学生运动员也有权要求分享自己形象权所获得的收益。在这样的两难情境下,“O'Bannon Vs. NCAA 案”给出一个既兼顾法律也照顾学生利益的解决方案。本文通过对该案的剖析,可以得出以下基本结论。

第一,NCAA 受反垄断法的规制,其限制大学生运动员分享商业收益的规则无法满足《谢尔曼法》合理分析要求,是违法的。

第二,大学生运动员有权分享比目前更多的 NCAA 商业开发收益,但应该受到通过适当方式做出的适当限制。

第三,NCAA 的业余性与商业利益分享应该进行动态的调整,并在合法的框架内保持适当的平衡。

第四,中国在学校体育的制度设计中应该重视学生运动员的利益,并通过立法的途径予以保障。

参考文献:

- [1] O'Bannon V. NCAA (N.D. Cal.)[D] 2014, 8.
- [2] Babette B. The Potential Reach of O'Bannon V. NCAA [J], Mississippi Sports Law Review, 2015(1):35.
- [3] Marc E. The District Court Decision in O'Bannon v. National Collegiate Athletic Association: A Small Step Forward for College Athlete Rights, and a Gateway for Far Grander Change[J]. Washington and Lee Law Review,

2014, 70(4):2331-2335.

- [4] Michael A. Carrier and Chris Sagers, O'Bannon v. National Collegiate Athletic Association: Why the Ninth Circuit Should Not Block the Floodgates of Change in College Athletics[J]. Washington and Lee Law Review, 2015, 71(1): 300-301.
- [5] Glenn M. W. Essentials of Sports Law[M]. California: Praeger Publishers, 2009: 506.
- [6] Michael C. U.S. Court finds that an athletics association's rules restricting payments to student-athletes violate antitrust laws[J]. National Competition Laws Bulletin, 2015 (1):4.
- [7] Takuya Y. Take the "amateurism" regulations out of student sports - The collapse of amateurism in Japanese and US student sports[EB/OL]. <http://www.lawinsport.com/blog/japanese-sports-law-blog/item/take-the-amateurism-regulations-out-of-student-sports-the-collapse-of-amateurism-in-japanese-and-us-student-sports?>
- [8] 薛文标,潘前,王萍丽.美国大学竞技体育业余化与职业化的冲突与平衡[J].武汉体育学院学报,2013(11):27.
- [9] 骆旭旭.美国体育经纪人违规行为的法律救济及其启示[J].天津体育学院学报,2006,21(2):103.
- [10] 王朝军,杨立国. FUSC 与 NCAA 开发大学生体育市场的比较研究[J].天津体育学院学报.2007(6):497.
- [11] 陈琦.体育举国体制的辨析与未来[J].体育学刊,2013 (3):5.

(责任编辑:陈建萍)

(上接第 7 页)

- [11] 曾昭源.安德森等诉国际奥委会案评析[D].湖南:湖南师范大学,2016.
- [12] [英]米歇尔·贝洛夫,蒂姆·克尔,玛丽·德米特里.体育法[M].郭树理译.武汉:武汉大学出版社,2008:239.
- [13] CAS. CAS 96/149, A.C. v. FINA[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/149.pdf>,2017-7-29.
- [14] CAS. CAS A2/2011, Kurt Foggo v. NRL[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/A2-2011.pdf>,2017-7-29.
- [15] CAS. CAS 95/142, L. v. FINA[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/142.pdf>,2017-7-29.
- [16] 郭树理.体育纠纷的多元化救济机制探讨——比较法与国际法的视野[M].北京:法律出版社,2004:335.
- [17] CAS. CAS 95/150, Volkens v. FINA[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/150.pdf>,

2017-7-29.

- [18] CAS. CAS 2016/A/4643, Maria Sharapova v. ITF[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4643.pdf>,2017-7-29.
- [19] 郭树理.运动员兴奋剂违纪重大过错的认定——以莎拉波娃案为例[J].武汉体育学院学报,2017(4):53.
- [20] CAS. CAS 2006/A/1149 & 2007/A/1211, WADA v. FMF & José Salvador Carmona Alvarez[EB/OL]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1149,%201211.pdf>,2017-7-29.
- [21] 熊英灼.俄罗斯系统性使用兴奋剂事件评述[J].体育学刊,2017(4):2.
- [22] 郑延谱.罪责自负原则——历史演进、理论根基与刑法贯彻[J].北京师范大学学报(社会科学版),2014(4):99.

(责任编辑:陈建萍)