

由孙杨案看反兴奋剂样本采集程序的合规性问题

柴毛毛, 郭树理

(苏州大学 王健法学院, 江苏 苏州 215006)

摘 要: 世界反兴奋剂制度对样本采集程序标准的层级设置导致不同标准内容不统一, 易导致运动员和兴奋剂管制主体产生冲突, 国际标准效力至上的立场会纵容样本采集人员向低标准逃逸。鉴于兴奋剂管制资源分布不均的现实, 建议在现有制度的基础上细化国际标准, 要求兴奋剂管制主体严格执行内部规则确定的高水平实践标准。行政行为公定力理论和妨害公务罪构成要件的一般观点对分析兴奋剂违规的认定问题有借鉴意义, 样本采集程序重大瑕疵应成为运动员“未能遵守”类违规的阻却事由。《世界反兴奋剂条例》虽已规定“强制性的正当理由”这一违规阻却事由, 但该标准无法全面涵盖程序重大瑕疵的价值考量, 应将程序重大瑕疵规定为单独的违规阻却事由。

关 键 词: 体育法; 样本采集程序; 世界反兴奋剂制度; 强制性的正当理由; 孙杨

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2021)01-0056-09

Research on the compliance issues of anti-doping sample collection session from the view of Sun Yang case

CHAI Mao-mao, GUO Shu-li

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

Abstract: The hierarchical setting of the standards on sample collection session in the world anti-doping system leads to the disunity with all kinds of standards, which may easily result in conflicts between athletes and doping control coordinators. It may also connive at the escape of Sample Collection Personnel to lower standards if stick to the point that the effectiveness of international standards is paramount. In view of the uneven distribution of doping control resources, it is suggested that international standards should be refined on the basis of the existing system, requiring Doping Control Coordinators to implement the higher practice standards set by applicable internal rules. The theory of presumptive legality of administrative act and the general theory of the constitutive elements of the crime of endangering public affairs can be used to analyze the determination of anti-doping rule violations, and the serious flaw in sample collection session should be the ground of justification of “Failure to Comply” of athletes. The serious flaw in sample collection session cannot be fully evaluated by the compelling justification stipulated in the World Anti-Doping Code, and should be defined as a separate ground of justification.

Key words: sports law; sample collection session; world anti-doping system; compelling justification; Sun Yang

2020年2月28日国际体育仲裁院(CAS)公布“世界反兴奋剂机构(World Anti-doping Agency, 简称WADA)诉孙杨与国际泳联(The Fédération Internationale de Natation, 简称FINA)”案的裁决, 裁定孙杨构成《FINA 兴奋剂管制条例》(FINA Doping Control Rules,

简称FINA DC)第2.5条“破坏或试图破坏兴奋剂管制的任何环节”^[1]。孙杨案凸显兴奋剂样本采集人员(Sample Collection Personnel, 简称SCP)与运动员的矛盾, 折射出世界反兴奋剂制度的问题, 包括样本采集程序合规依据不明确、程序不合规是否影响运动员兴

收稿日期: 2020-06-17

基金项目: 国家社会科学基金项目(17BTY007)。

作者简介: 柴毛毛(1992-), 女, 博士研究生, 研究方向: 体育法学。E-mail: 18238835728@163.com 通信作者: 郭树理

兴奋剂违规的认定不明确等。孙杨案仲裁裁决对运动员是否构成违规、SCP 是否构成程序违规、SCP 违规能否阻却运动员违规的成立等问题的认定, 与世界反兴奋剂制度体系的现行规定一致。裁决虽无太大问题, 但该案揭示了世界反兴奋剂制度本身存在的问题不容忽视, 本研究意在透过裁决检视制度提出改进建议。考虑到案件事实的理解和判断因人而异, 本研究将以 CAS 裁决书的事实认定为分析基础。

1 样本采集程序的制度依据

《世界反兴奋剂条例》(World Anti-Doping Code, 简称 WADC)居于世界反兴奋剂体系的核心, 覆盖对签约方在兴奋剂管制各环节的原则要求, 兴奋剂检查是兴奋剂管制的重要环节, 样本采集是检查的核心部分, 包括通知运动员、进行准备工作、采集封存样本、安排运输等步骤。WADC 第 5 条“检查与调查”规定签约方检查权的原则性事项, 不能直接指导样本采集。WADC 要求签约方必须执行国际标准与技术文件, 国际标准细化兴奋剂管制各环节的技术操作事项, 与样本采集直接相关的是《检查与调查国际标准》(International Standard for Testing and Investigation, 简称 ISTI)^①; 技术文件规定国际标准实施过程中的强制技术要求^②。WADC 和国际标准、技术文件都有强制效力。世界反兴奋剂体系第 3 等级是无强制效力的实践范本和指南, 是对签约方履行国际标准和技术文件的实践建议, 鼓励签约方选择采纳^③, 与样本采集程序有关的范本指南包括《血样采集指南》《尿样采集指南》《实施有效检查计划的指南》《SCP 的招募、培训、资格认证与再认证指南》(简称 SCP 指南)《兴奋剂管制官培训工具手册》(简称工具手册)等。此外还有签约方的内部规则, 承接检查业务私人公司的员工守则等。

ISTI 规定检查主体包括有检查权的组织、样本采集机构、SCP。有检查权的组织包括国际奥委会、重大赛事举办组织、WADA、国际国家单项体育联合会等反兴奋剂组织。样本采集机构指实际安排样本采集的机构, 可以有检查权的组织也可以是有检查权组织授权的第三方, 有检查权的组织始终对检查合规性负责。SCP 指所有样本采集机构授权的官方人员。样本采集机构需负责 SCP 的培训, 对 SCP 进行考核和资格评定, SCP 获得资格认证才有权代表样本采集机构履行职务。ISTI 对 SCP 的最低限度资格要求包括不能是未成年人, 也不能与派遣任务有利益冲突。SCP 分为兴奋剂管制官(Doping Control Officer, 简称 DCO)、助理监督员与采血官(Blood Collection Officer, 简称 BCO)。DCO 负责安排样本采集, 包括分配助理人员职

责、填写检查过程记录文件、指导运动员分装样本和密封等。助理的职责包括协助 DCO 进行检查通知、运动员到达兴奋剂控制站点前和暂离控制站点时进行陪同、监督同性别运动员排尿等。BCO 负责给运动员静脉采血, 需有医疗资质和实践经验^④。

WADC 的 2.3 条“逃避、拒绝或违反样本采集程序要求”与 2.5 条“破坏或试图破坏兴奋剂管制的任何环节”^⑤是关于样本采集程序的违规^⑥。WADA 反兴奋剂战略重头环节包括揭发和预防兴奋剂违规, 揭发的主要方式是检查与调查, 运动员不遵守检查程序的行为可能招致掩盖使用兴奋剂的怀疑, 也是对反兴奋剂制度权威和效率的破坏, 即使运动员没有隐瞒使用兴奋剂的意图, 拒检抗检行为本身也为反兴奋剂制度禁止。ISTI 将 2.3 条与 2.5 条并称为“未能遵守”类违规, 采集样本时运动员若实施疑似逃避、拒绝、抵抗、破坏等行为, DCO 需记录并向运动员提出违规风险警告, 反兴奋剂组织应展开调查, 若属实将提出违规指控。

2 样本采集程序的合规标准

2.1 不同标准的要求差异

样本采集的主要依据是 ISTI、非强制效力的范本指南及兴奋剂管制主体内部规则。考虑到实践的复杂性, WADA 允许签约方将范本指南选择纳入内部规则——这在孙杨案中也得到 WADA 的专家证人、国际标准与统一处副主任 Kemp 的肯定, ISTI 是最低限度要求, 签约方内部规则只要不低于 ISTI 的水平, 完全可以采纳比指南更高水平的实践, 不同兴奋剂管制主体的合规标准存在不同程度的差异。

孙杨案中运动员与 WADA 的争议之一是 SCP 通知运动员时出示的证明是否充分有效。ISTI 第 5.3.3 条^⑦规定, SCP 应有样本采集机构提供的官方授权文件, 如有检查权组织的授权信, DCO 应补充携带包含姓名照片的身份证明, 如样本采集机构发放的身份卡、驾驶证、健康证、护照或其他类似有效证明^⑧。该案中有检查权的组织是 FINA, 样本采集机构是 FINA 授权的国际兴奋剂检查和管理公司(International Doping Tests & Management, 简称 IDTM)。孙杨案的 3 名 SCP 中 DCO 出示的是 FINA 给 IDTM 的授权信及 IDTM 的员工证明, 助理(负责监督排尿, 国内多称尿检官, IDTM 的称谓是 Doping Control Assistant, 简称 DCA, CAS 裁决使用此称谓)出示居民身份证, BCO(国内多称血检官, IDTM 的称谓是 Blood Collection Assistant, 简称 BCA, CAS 裁决使用此称谓)出示护士专业资格证。运动员一方主张 5.3.3 条使用“evidencing their

authority”的表述,因此授权证明应当 SCP 人手一份,具体到各自的授权范围、期限及受检运动员姓名,这是中国反兴奋剂中心的一贯实践,《血样采集指南》和《尿样采集指南》也规定助理应提供样本采集机构或有检查权组织的官方授权文件^[6-7]。此外助理与 BCO 应出示 IDTM 的员工资格证明。

WADA 对 ISTI 的解释是,SCP 是集合名词,指每次检查中样本采集人员这个团体,所以 5.3.3 条只要求提供一份概括授权和 DCO 的身份证明。指南规定助理可不提供身份证明但要提供授权信等官方授权文件,对 BCO 无此要求。我国国务院《反兴奋剂条例》第 35 条规定每位检查人员要出示反兴奋剂中心颁发的“兴奋剂检查官”资格证书和具体检查任务的授权书^[8]。国家体育总局《兴奋剂检查官管理办法》要求 BCO 具备护士执业资格证书,BCO 出示检查官资格证也有执业资格的效果。WADA 将不同标准的内容差异视为效力冲突,认为有强制效力的 ISTI 优先于指南及签约方规则,得到了 CAS 仲裁庭支持^[9]。

ISTI 的最低标准离不开其他标准补充说明。如 5.3.3 条未规定 SCP 需出示官方人员资格证明(DCO 的身份证明可以是资格证明也可以是其他身份证明),但 ISTI 要求 SCP 有资格认证否则无权代表样本采集机构履行职务,是否要同步出示授权书和资格认证就有待进一步说明。再举一例,ISTI 未规定 SCP 哪些行为应禁止,也没有规定 DCO 可否自行决定或应运动员要求将行为不当的 SCP 排除出检查程序。孙杨案中助理偷拍运动员未被 ISTI 明确禁止,CAS 仲裁庭承认偷拍的行为应被禁止并认可 DCO 同意助理退出检查程序的做法。虽然仲裁庭没有提及裁量依据,但工具手册的 3.3 条规定助理人员的禁止行为包括“粉丝行为”,如向运动员索要照片、签名,向赛事主办方索要纪念品;有违中立的行为,如收受运动员或体育官员的礼物;可能侵犯隐私权的行为,如私自保留检查信息,向第三方泄露检查记录^[10]。据此检查时偷拍运动员显然属于禁为行为。我国《兴奋剂检查官管理办法》第 30 条与 31 条也规定类似的纪律要求。SCP 指南的 3.3.5 条规定,样本采集过程中 DCO 在助理违反行为守则或被投诉时可以解除助理职权^[11]。若依 CAS 认同的 WADA 的观点,这些未被 ISTI 明确规定的要求均可能无效。

2.2 标准众多及“ISTI 效力至上”立场的弊端

程序标准众多易导致运动员和兴奋剂管制主体产生分歧。运动员多认为高标准有利于约束 SCP 维护自身权利,兴奋剂管制主体倾向于不违反最低标准即可,双方可能在检查过程中发生冲突,不利于兴奋剂管制

活动得到运动员的理解支持与顺利开展。WADC 与 CAS 判例均认为反兴奋剂个人责任要求运动员熟悉相关规则,默认他们对拒检抗检的违规风险有一定认知,但运动员要接受的检查之多决定检查不可能总是某一样本采集机构负责,若不同检查主体适用不同程序标准,既不利于运动员熟悉规则也不利于监督 SCP 的行为。我国《兴奋剂检查官管理办法》第 28 条规定,每次兴奋剂检查任务至少派两人并指定一人负责,其他国家反兴奋剂机构未必有此要求,如 CAS 曾仲裁一案认为 DCO 不必每回检查都有助理人员陪同,DCO 符合尿检的性别要求和血检的资质要求可以承担助理和 BCO 的职责,克罗地亚反兴奋剂机构仅派 1 名 DCO 执行检查是合规的^[12]。假设不熟悉克罗地亚兴奋剂检查程序标准的我国运动员在该国接受检查,可能因检查人员数量问题提出质疑。

“ISTI 效力至上”导致 SCP 在不符合反兴奋剂组织内部规则的更高要求又无法被认定为违反 ISTI 时,可援引 ISTI 的最低标准开脱,这会放任 SCP 滥用检查权不利于反兴奋剂组织的合规管理,体育仲裁机构也会面临规则适用的尴尬。如“Troicki 诉国际网联”案^[13],ISTI 规定运动员可能违规时 DCO 应予警告,但未要求极力劝诫运动员配合检查。运动员赛后疲惫不适告知 DCO 不宜采血,DCO 虽提出违规警告但运动员坚持也没有继续采血,还建议运动员向国际网联写信说明情况,运动员的教练赶来后,DCO 没有请教练说服运动员,之后运动员被国际网联认定违规遭到禁赛。运动员上诉到 CAS,主张 IDTM 的培训材料规定 DCO 应确保运动员无误解,必要时尽力劝说运动员配合样本采集。仲裁庭考虑到运动员第 2 天身体好转后主动联系 DCO 接受检查且样本检测为阴性,认为运动员无意规避检查,是 DCO 履职不充分使运动员对违规风险缺乏认知。仲裁庭认定运动员构成 WADC 第 2.3 条的违规,由于无法认定 DCO 违反 ISTI,只能指出无强制效力的 IDTM 培训材料应对裁决有影响,最终适用“无重大过错”对运动员减轻处罚。

2.3 可能的改善路径

承诺服从兴奋剂管制是运动员参赛的前提,频繁的兴奋剂“飞行检查”给运动员带来沉重负担,学者们聚焦行踪规则与赛外检查的合理性时,强烈质疑这些反兴奋剂机制在隐私权、休息权、人格尊严等方面对运动员造成侵犯,运动员在接受检查方面已没有选择自由,为维护反兴奋剂公共利益,他们的基本权利受到一定限制^[14]。这种制度环境下,反兴奋剂组织更应保证检查合法有序,提供明确稳定的合规标准,使运动员能对 SCP 的行为清晰预见和有效监督,这有利

于补足兴奋剂检查限制运动员权利的正当性,也是增进运动员对反兴奋剂制度权威信任的重要途径。

WADA 现行的制度模式有现实合理性。规制学者认为全球规制体系主要特征是某一规制领域内组织与机制碎片化,由于规制资源分散在不同规制主体间,不同主体对具体规制规范的制定执行与监督在全球层面形成一个立体规制空间^[5],反兴奋剂领域同样有所体现。不同国家反兴奋剂组织由于法律制度、社会文化背景、经济实力等差异,在程序标准和对 SCP 的管理培训水平方面很难等同。如我国反兴奋剂中心对 SCP 统一管理、培训和资格授予,但其他管理资源不足、经济教育水平较低国家和地区可能很难做到。此外多数国际体育联合会与重大赛事组织由于检查资源不充分和地理空间局限,会将检查委托给赛事举办国的反兴奋剂组织或第三方私人公司。第三方私人公司并非在各国和各地区都有子公司或办事处,统一招募培训 SCP 和资格认证更困难。IDTM 的招募模式是面向多国网络招募 DCO 和 BCO 进行培训,授权 DCO 执行检查任务时在所在地寻找助理进行培训和资格认证,被认证人员只需在 IDTM 的格式协议上签字,表明经过培训并充分理解自身职责、能对检查信息保密,即得到 IDTM 的认可。此种模式可保证检查效率,节省检查人员跨国流动成本,但体育组织将难以提前得知 SCP 将由哪些人担任,无法出具具体授权任务书。

如何改进及如何处理 ISTI 与其他标准的冲突问题?

第一,ISTI 的规定需细化完善并增强可执行性。完善兴奋剂检查程序强制标准不仅可提高 SCP 业务能力与素质要求,达到提高兴奋剂检查水平的效果,还可以在检查程序最低要求方面提供更为细致的行为标准,促进不同检查主体程序标准趋于一致,使规则更有利于运动员理解和熟悉,减少标准不一致带来的纠纷和冲突,可行方法是将原本非强制效力指南和范本的要求逐步纳入 ISTI。

第二,仅援引 ISTI 无法获得清晰和直接的实践指导,WADA 的指南范本与签约方内部规则确立的标准有补充细化 ISTI 的效果,如果坚持认为 ISTI 效力至上否认其他标准的效力势必削弱 ISTI 的可执行性,也会纵容 SCP 向低标准逃逸。因此在反兴奋剂组织或第三方样本采集机自定标准的情况下,如果高于 ISTI 的水平就应执行高标准,如果没有内部标准或低于 ISTI 的水平,再参照 ISTI 的规定补充修正。内部标准相当于 WADC 签约方履行国际标准的承诺,应受自身承诺的约束。

第三,签约方内部标准冲突的情形中,争议较大的问题是某国反兴奋剂组织确定的样本采集程序标准

是否适用于所有在该国进行的检查?尤其是程序标准以国内行政法规形式规定时矛盾愈加明显。如我国《反兴奋剂条例》要求每位 SCP 出示具体授权书是否适用于所有我国境内的兴奋剂检查?本文观点是此种立法由于不具有适用事项的普遍性,本质仍应视为签约方履行 ISTI 的自我承诺,仅适用于检查地国反兴奋剂组织有检查权的情形——包括执行自己的兴奋剂检查计划以及受其他反兴奋剂组织委托代为采集样本。ISTI 要求各样本采集机构自行制定 SCP 的培训管理制度,若强制要求某一样本采集机构培训的 SCP 在不同国家采集样本分别遵守该国反兴奋剂组织的程序要求,会提高样本采集机构的培训难度与成本,带来 SCP 标准认知方面的混乱,导致不同样本采集机构对 SCP 管理权的冲突。我国国家体育总局的《兴奋剂管理办法》第 18 条规定兴奋剂检查包括国家年度计划的检查、国家反兴奋剂机构批准或同意的委托检查、国家体育总局授权或开展的其他检查,因此反兴奋剂中心确定的程序标准仅适用于这 3 类检查。孙杨案的检查是 FINA 检查计划的一部分,FINA 委托 IDTM 执行检查,如果 FINA 委托的不是 IDTM 而是我国反兴奋剂中心,由反兴奋剂中心安排自己授予资格的检查人员采集样本,则应适用我国法规办法的要求。

3 样本采集程序合规与“未能遵守”类违规的关系

3.1 分析视角的选择

样本采集不合规可否成为运动员“未能遵守”类违规不成立的正当理由?这是孙杨案提出的问题之一,WADC 与 ISTI 没有明确规定。WADC 的 3.2.3 条规定若运动员证明存在违反国际标准的情形且导致阳性结果或其他兴奋剂违规,反兴奋剂组织就应证明此种违反未导致阳性结果或其他兴奋剂违规,但该条未说明违反国际标准且导致兴奋剂违规时能否阻却兴奋剂违规成立。孙杨案中 WADA 与 CAS 仲裁庭的观点有分歧,WADA 不允许运动员阻碍程序进行,认为只要客观上可行,运动员就应配合样本采集,即使有异议也应事后寻求救济^[6]。仲裁庭表示反对,认为严格责任原则对“未能遵守”类违规不适用,并非运动员实施抵抗或阻碍就必然违规,如果程序存在重大瑕疵致使强制要求运动员遵守不适当,整个样本采集程序将归于无效,运动员的抵抗或阻碍不构成违规^⑤。笔者认为该观点对完善反兴奋剂制度有积极意义,尽管仲裁庭认为运动员主张的 SCP 违规事由根据 WADC 现行规定不能阻却违规认定。

WADA 注重兴奋剂检查的效率,“飞行检查”尤

其强调突击性与时效性,运动员不得以任何理由拒检或阻碍,否则将减损检查的打击和威慑力度。CAS认为在检查效率基础上应适当保护运动员权利。双方分歧的实质是价值偏重不同。WADA是世界反兴奋剂制度体系的制定者,对反兴奋剂制度进行目的解释具有天然优势地位。但相对中立于反兴奋剂组织的CAS作为处理国际体育纠纷的权威性类司法机构,对反兴奋剂规则的解释亦有判例法创制作用,还能填补规则空白、阐释模糊、修正不足,发挥司法对立法能动的反作用。考量哪种观点更合理,可借鉴行政法学的“行政行为公定力”理论与刑法学对“妨害公务罪”构成要件理论。之所以可借鉴行政法学和刑法学理论,一是兴奋剂管制主体与运动员的关系有行政关系的一般特征,二是兴奋剂违规处罚体系与刑罚高度相似。

兴奋剂管制的行政特征表现在两方面。一是强制性,体现在兴奋剂检查上尤其明显。WADC明确规定反兴奋剂组织有权在任何时间、任何地点要求运动员提供样本,一旦拒绝可能面临违规指控。国家反兴奋剂组织可对拥有该国国籍、在该国居住、持有该国证件、属于该国体育组织成员、出现在该国的运动员进行检查;国际单项体育联合会、重大赛事组织可对受其规则管辖的运动员进行检查——运动员获得参赛资格必须承诺服从包含兴奋剂管制要求的规则,这种承诺的本质不是平等合意,而是垄断赛事资源的体育组织利用优势地位的强制要求。二是管理目标和结构的公共性,基于反兴奋剂公共利益已经形成完整的体育自治空间。组织结构上纵向表现为奥林匹克运动3大组成部分(IOC、各国际单项体育联合会和各国家奥委会)主导的金字塔结构,上下级体育组织间是管理关系,横向上有协调全球兴奋剂管制的WADA与处理体育纠纷的CAS承担类似于立法与司法的职能。法律规制上,各反兴奋剂组织围绕统一WADC、国际标准、指南文件制定自己的反兴奋剂规则。

全球行政法经典文献指出私人机构行政规制是全球行政规制主要形态之一,以私人机构为主要形态(少数国家反兴奋剂组织成为国家机构)的反兴奋剂组织网络进行的规制已成为全球行政空间的一部分,应纳入全球行政法的调整范围。全球行政法形成发展于全球行政空间扩张、行政主体多样化与规制权力扩张的背景下,基于规范全球行政主体权力运行、促进善治的现实需求而产生,包括促进行政主体问责的制度原则、惯例与社会认同,涉及确保行政权力透明运行、推进利益主体参与决策、促进决策合理、完善规则、有效审查规则决策等方面^[17]。目前全球行政法并无统一规则体系,学者们主要通过描述全球行政分散实践

尝试概括普遍适用的原则,如WADC规定认定运动员违规必须听证就是正当程序原则中程序参与的体现。全球行政法形式渊源包括国际条约、国际组织章程和内部规则、国际组织或会议的决议、国内法、国际惯例、法理、公共道德等^[18]。借助国内行政法学一般理论分析全球行政具体实践,不仅可行还有普遍探索意义。

兴奋剂违规处罚与刑罚主要相似点在于处罚的严厉性。WADC对兴奋剂违规的制裁手段有禁赛、取消赛事成绩和经济处罚,限制剥夺运动员体育生涯的劳动权、荣誉权和财产权,严重程度可比拟限制剥夺公民生命权、自由权、财产权等重要生存发展权利的刑罚措施^[19]。刑罚的严厉性要求谨慎设置犯罪构成要件,增减构成要件直接影响罪名条款对人们现实行为的覆盖面,扩大或缩小罪名覆盖范围取决于规范性评价背后的价值权衡。设置兴奋剂违规行为的构成要件同样如此,过于宽松易放纵违规不利于实现兴奋剂管制的目标,过于严格易不当限制甚至侵犯运动员权利,需慎重权衡。

3.2 公定力理论对妨害公务罪构成要件的影响

公定力起初由德国行政法学者迈耶阐发,日本学者美浓部达吉正式提出这一概念,对大陆法系国家行政法学产生深刻影响^[20]。公定力是指行政行为一经作出即推定合法有效,非经有权行政或司法机关依法定程序确认无效,包括相对人在内的任何人都不能否认其效力。这种推定效力的产生是为处理行政关系中公共与私人利益的冲突,要求私人利益服从公共利益不能随意抵抗,以维护行政秩序稳定,保护相关主体基于信任公权力权威对行政行为效力产生的合理期待^[21]。有限公定力说符合当下控制公权保护相对人私权的趋势得到更多支持^[22]。

公定力理论之争对妨害公务罪构成要件的影响可归纳为两个问题:妨害公务罪是否以职务行为合法为前提以及合法的评价限度^[23]。关于问题一,少数观点认为只要根据一般社会观念属于职务行为,就意味着行为者代表不容挑战的公权力权威和公共利益,不要求职务具有合法性,多数观点与立法实践支持职务行为应有合法性,否则易放纵公务人员滥用职权,但考虑到维护行政秩序的稳定不应要求过于严格。这就引出问题二合法限度的认定,有3种观点,实质说认为行为不应超出公务人员的权限范围并符合一般形式要求;形式说认为应满足法定形式要求;折衷说是实质说与形式说的结合,认为职务行为合法包括有实体权利、符合法定程序且目的正当。折衷说由于比较全面得到较多认同,但该观点也并非十分严苛,而是兼顾实践灵活性,可根据实际情形适当降低形式合法要求^[24]。

显然通说观点与有限公定力说更为契合。

3.3 兴奋剂违规认定适用有限公定力说的必要性

首先,世界反兴奋剂制度明确要求保护样本采集程序中运动员的权利。WADA 批准通过将于 2021 年实施的《运动员反兴奋剂权利法案》第 11.0 条规定这些权利包括查验 DCO 的身份证明;要求获得样本采集程序的补充信息;被告知样本采集的授权主体、具体类型、样本采集前必须满足的条件;要求补充水分(除非运动员提供的样本不满足适于分析的尿比重);由一名代表陪同;基于有效理由迟延前往兴奋剂控制站点报到;被告知相关的权利义务;记录对样本采集程序的疑虑;得到样本采集程序记录文件的副本^[25]。尽管该文件只是运动员权利清单本身不具有强制效力^[26],但这些权利概括自有强制效力的 WADC 与国际标准,法案的宣誓效力与权利来源的强制效力共同构筑了运动员的权利保障。因此 WADC 在设置认定运动员违规的构成要件时,应从正面回应保护运动员权利的要求,实现反兴奋剂制度内部协调。

其次,反兴奋剂制度对运动员的事后救济不如国内行政法律制度完善。国内行政法制环境下相对人可向上级行政机关申诉或向法院提起行政诉讼、申请国家赔偿等,事后救济有法律保障,一方面削弱了行政过程中相对人对自力救济的需求,另一方面也对公定力这种人为推定的效力形成约束——公定力并非永久和绝对的,可能被之后的救济程序否定,相对人挑战公定力不会遭到处罚甚至可能获得国家赔偿。反兴奋剂制度对兴奋剂检查主体追责机制不足,使完全公定力说捉襟见肘。从兴奋剂违规案件的处理主体看,最初一般是管理运动员的反兴奋剂组织作出处罚决定,在检查权主体和处罚主体同一的情况下,反兴奋剂组织要判定自己的雇员和运动员谁对谁错,难免遭到能否中立的质疑。为应对反兴奋剂组织兼具兴奋剂检查主体和违规审查主体身份导致的中立性不足,2019 年 1 月 1 日 CAS 在普通仲裁部门与上诉部门基础上,又增设专门兴奋剂仲裁部门,通过国际体育组织委托授权的方式将兴奋剂违规的初次听证与处罚权交给 CAS,但各国反兴奋剂组织不能进行此项委托^[27],有的国家有独立于反兴奋剂组织的体育仲裁机构,有的国家则在反兴奋剂组织内设置违规听证机构,因此控审不分问题并未完全消除。即使由独立体育仲裁机构裁定或上诉到 CAS,法律适用是以 WADC 和 ISTI 为核心的规则体系,WADC 与 ISTI 未规定程序违规必然阻却运动员违规认定或减免禁赛处罚,未规定 SCP 不合规的情况下样本采集机构或 SCP 本人要承担何种责任,也未规定运动员能否向样本采集机构请求补偿或

赔偿,各签约方内部规定有无事后救济以及救济水平也不一致。可见 WADA 让运动员寻求的事后救济缺乏统一明确的制度保障,允许运动员在样本采集程序瑕疵重大时适度自力救济有利于弥补这一缺陷。

支持有限公定力说相当于认可相对人对瑕疵明显重大的行政行为有权拒绝和抵抗。行政法学者研究公民拒绝权的担忧之一是可能打开公民破坏社会秩序的阀门,孙杨案中 WADA 也认为承认运动员拒绝权可能大量出现不服从兴奋剂管制的情形。笔者认为适度承认拒绝权不等于拒绝行为最终合规有效,运动员对程序瑕疵是否重大以及拒绝抵抗是否适度的判断要经过听证程序甚至 CAS 仲裁评价,判断失误时自行承担违规指控和禁赛处罚的代价,经受多次检查经验丰富的运动员往往会权衡利弊不会贸然行事。此外适度认可运动员拒绝权有利于对反兴奋剂组织形成监督压力,促使其重视 SCP 的培训授权与监督,遏制检查违规现象。这也是国内行政法学者支持拒绝权的考量,有限和非终局效力的拒绝权对管理秩序将形成良性冲击,不仅不会使无序行为泛滥,还能使行政相对人参与到关乎自身利益行政程序中监督行政主体,约束行政主体依法行政^[28]。

4 样本采集程序重大瑕疵的评价标准

4.1 “强制性的正当理由”的解释

论证样本采集程序重大瑕疵应成为运动员“不予遵守”类违规的阻却事由后,需进一步讨论何为重大瑕疵。运动员对瑕疵程度的判断要经过反兴奋剂组织或体育仲裁机构依据反兴奋剂规则的认定,只有运动员的抗辩被最终确认构成重大瑕疵才能阻却违规成立。WADC 与 ISTI 虽未规定重大瑕疵认定标准,但 WADC 第 2.3 条规定,运动员在检查通知后逃避样本采集,或无强制性的正当理由拒绝遵守或未能遵守样本采集,构成兴奋剂违规。可见“正当理由”构成 2.3 条“拒绝或未能遵守样本采集”的违规阻却事由,孙杨案中 CAS 仲裁庭就用这一标准判断运动员的抗辩事由能否阻却违规认定:运动员主张 SCP 的通知证明不充分,仲裁庭通过规则解释认为不构成违规;运动员主张 DCO 没有充分履行违规风险警告义务,仲裁庭认为 DCO 已经充分警告但运动员未听取,这两项主张均不构成违规;但是仲裁庭认为助理的偷拍行为是不正当的,运动员要求助理退出检查而没能完成尿检不构成拒检,但偷拍与先前完成的血检无关,不能成为运动员破坏血样的“正当理由”。运动员被认定构成 WADC 第 2.5 条的违规,该条未规定“正当理由”,仲裁庭认为“未能遵守”类违规不适用运动员体内检测

出禁用物质情形下的严格责任原则,将 2.3 条的违规阻却事由适用于 2.5 条。

WADC 未具体解释“正当理由”,CAS 仲裁庭通过一系列适用 2.3 条的判例确定其标准。较典型的是 Azevedo 案,运动员的样本被实验室检测为阳性导致禁赛,运动员将实验室诉至本国法院,后来的检查中运动员得知同一实验室分析样本后提出拒检,运动员主张未决诉讼的利益冲突构成“正当理由”^[29]。CAS 仲裁庭认为未决诉讼对运动员的行动不构成客观限制亦不属于“正当理由”,运动员应配合样本采集,可先记录异议事后请求反兴奋剂机构更换实验室,仲裁庭还指出“FINA DC 和兴奋剂检查的逻辑要求并期待只要身体状况、卫生健康和道德伦理允许,即使运动员有异议也应提供样本”。包括孙杨案在内的多数判例援引并支持该观点,为认定违规阻却事由设置较高门槛。

第一,对运动员行为形成高度抑制,严重降低对运动员配合检查的合理期待。6 名马来西亚运动员案中仲裁庭指出运动员迫于教练和体育组织管理层的压力拒检并非别无选择,他们可以且应当向上级体育组织检举^[30]。又如 William 案,仲裁庭认为虽然运动员检查时突发惊恐症但未完全丧失行为能力,运动员还向他父亲(一名体育医师)通电话求助,不论运动员本人还是他的父亲可采取其他方法先稳定运动员情绪而非直接拒检^[31]。仲裁庭还列举一些“正当理由”的情形,如运动员在采血时晕倒、处于重度醉酒状态、采集样本时可能发作癫痫、必须送怀孕的妻子去医院等,共同点在于运动员的行动感知能力受到高度限制或彻底丧失。第二,抑制作用必须是客观的,不能仅出于运动员的主观认知。如 Sarah 案,比赛结束后运动员为赶飞机提供的尿量未达到 ISTI 最低要求,运动员的抗辩包括担心同行的人耽误航班、第 2 天在另一个城市有比赛、未提前安排比赛地的住宿等,仲裁庭认为这都是运动员主观认知的障碍并非客观上难以解决^[32]。仲裁庭指出运动员的抗辩必须符合被强迫、驱使和限制的情况。又如 Troicki 案,DCO 未充分告知运动员违规风险引起运动员误解,仲裁庭认为这并非阻碍运动员配合采样的客观障碍。

上述案例中运动员的抗辩均被 CAS 认为不构成“正当理由”,CAS 否决的其他事由还有未成年运动员能自主行动的情形下监护人阻挠检查^[33]、运动员觉得遭到不公正妨碍、不确定 SCP 的身份与授权证明、认为 SCP 的行为有冒犯性等。CAS 还经常援引美国仲裁协会的 Page 案以说明“正当理由”的高标准,运动员在比赛途中与其他选手碰撞造成脑震荡,中途弃赛未能参加赛后检查,被认定属于“正当理由”^[34]。

4.2 “强制性的正当理由”不宜作为程序重大瑕疵的评价标准

CAS 仲裁庭通常借助“正当理由”评判“未能遵守”类违规案件中运动员的抗辩能否阻却违规认定,这是一项广泛的事实评价标准,CAS 同样将其运用于样本采集程序瑕疵的评价,要求程序瑕疵需达到客观上限制运动员合理行动的程度,使强制运动员配合检查在身体行动、卫生健康或道德伦理方面不可行才可能阻却违规认定。孙杨案和 Troicki 案中 SCP 存在不同程度的行为失当,仲裁庭均认为与运动员违规行为的联系达不到“正当理由”的程度,尽管这样裁决符合 WADC 的规定,但需考虑的是“正当理由”能否对程序重大瑕疵进行全面评价?是否要将后者规定为独立的违规阻却事由?

行政行为效力评价并非合法有效与违法无效简单对应,不能仅因行政行为违法就认定无效,需综合其他要素评价。通说认为无效行政行为依据存在明显重大瑕疵,这是为维护行政法律秩序稳定与行政主体权威,防止相对人滥用拒绝权,“明显”要求瑕疵在外观上一目了然,“重大”要求瑕疵严重到足以超越行政秩序稳定或合理信赖保护等价值追求的程度。“重大明显的瑕疵”属于原则要求,行政法律规范会规定具体无效事由,包括主体在资格和意思表示方面的瑕疵、权限瑕疵、行政行为内容瑕疵、形式瑕疵、程序瑕疵等^[35]。这些具体无效事由的价值要素可概括为法律规范(如行政主体无权或越权行为、违反法定程序)、行政目的(如行政行为不可实现无法满足行政目的、行政主体意思表示有缺陷违背行政目的)和伦理道德(包括公序良俗、自然正义、良好行政、正当程序原则等)。认定行政行为效力离不开价值衡量,一般优先判断合法性,无法判断合法性时判断合目的性或合伦理性;合法性判断的结果若与行政目的或伦理道德冲突,以行政目的和伦理道德进行调整,如行政行为仅违反法定形式要求且不违反行政目的和伦理道德可能被认为有效,合法行政行为违反公序良俗时效力可能被否定;行政目的与伦理道德发生冲突时伦理道德优先^[36]。

回到样本采集程序重大瑕疵的评价标准问题,一方面“正当理由”作为程序重大瑕疵的评价标准有合理性,即并非简单对接程序合规评价与效力评价,为认定程序无效补充了目的和伦理道德等评价要素。但另一方面“正当理由”的价值衡量规则趋于单一,兴奋剂管制效率与权威这类目的价值有凌驾于程序合规与伦理道德之上的趋势,易纵容素质低下的 SCP 无视规则实施侵犯运动员人格尊严或个人隐私的行为,也忽视了对运动员重要程序权利的保护,如 SCP 缺乏授

权证明时强制要求运动员服从样本采集, 就侵犯 ISTI 规定的知情权, 又如 DCO 没有对初次接受检查不熟悉规则的运动员进行风险告知, 甚至错误指示导致运动员遭遇违规指控, 显然不符合“正当理由”的客观限制标准, 但认定运动员违规予以禁赛对运动员将极为不公。“正当理由”无法对程序重大瑕疵导致无效情形予以充分全面的评价, 有必要将样本采集程序重大瑕疵规定为与前者相同位阶的独立违规阻却事由。

孙杨案反映出世界反兴奋剂制度体系存在的问题。第一, 样本采集程序的各级标准冲突缺乏适当的处理规则, ISTI 效力至上的观点存在隐患, 建议细化 ISTI 的同时优先适用兴奋剂管制主体内部规则确定的高标准。第二, WADC 和 ISTI 未规定样本采集程序重大瑕疵可阻却运动员的违规认定, 考虑到兴奋剂管制有行政特征且兴奋剂违规处罚的严厉性堪比刑罚, 有必要借鉴有限公定力说与妨害公务型犯罪构成要件基本观点, 承认程序重大瑕疵构成运动员的违规阻却事由, 这有利于保护运动员权利促进反兴奋剂组织自我约束, 与全球行政法规范行政主体行为实现善治的价值取向一致。第三, WADC 第 2.3 条的“强制性的正当理由”确立的价值评判规则较单一, 难以全面评价程序重大瑕疵所涉的各类价值要素, 有必要将程序重大瑕疵单独规定为违规阻却事由, 形成灵活全面的评价标准。

注释:

① ISTI 原名是《检查国际标准》(International Standard of Testing, 简称 IST), 最初版本在 2004 年生效, 此后经过多次修订, 2015 年生效的版本更名为 ISTI。孙杨案适用的是 2017 年生效的版本, 这之后是 2019 年和 2020 年生效的版本, 最新版本将于 2021 年生效。

② 2015 年版的 WADC(现行 WADC, 也是孙杨案适用的 2017 年版 FINA DC 依据的蓝本)规定第二级要素只包括国际标准不包括技术文件, 2021 年版的 WADC 增加技术文件。

③ 根据 ISTI 的定义, 样本采集包括 SCP 与运动员初次见面到运动员提供完样本离开兴奋剂控制站点这段时间内一系列的行动, 不包括 SCP 与运动员见面前根据行踪信息定位运动员的行为。WADC 第 2.4 条“不遵守行踪信息管理规定”涉及运动员未按要求及时填报或更新行踪信息导致 SCP 找不到运动员, 或运动员未在填报时段出现在填报地点导致错过检查等违规, 也不在本文讨论范围内。

④ ISTI 第 5.3.3 条原文: Sample Collection Personnel

shall have official documentation, provided by the Sample Collection Authority, evidencing their authority to collect a Sample from the Athlete, such as an authorisation letter from the Testing Authority. DCOs shall also carry complementary identification which includes their name and photograph (i.e. identification card from the Sample Collection Authority, driver's licence, health card, passport or similar valid identification) and the expiry date of the identification.

⑤ 参见裁决书第 193 段 “No strict liability principle applies for violations of Article 2.3 and 2.5 FINA DC”; 第 207 段 “the Panel does not agree with WADA's argument that the relevant laboratory”; 第 208 段 “In the view of the Panel, it cannot be excluded that serious flaws... a sample collection session” .

参考文献:

- [1] CAS 2019/A/6148. World Anti-Doping Agency v. Sun Yang & Fédération Internationale de Natation[EB/OL]. (2020-2-28)[2020-03-20]. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award_6148_website.pdf.
- [2] WADA. World Anti-doping Code 2021[EB/OL]. (2019-11-25)[2020-03-20]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/2021-world-anti-doping-code>.
- [3] WADA. International Standard for Testing and Investigations MARCH 2019[EB/OL]. (2019-03-01)[2020-03-20]. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/isti_2019_en_new.pdf.
- [4] WADA. World Anti-doping CODE 2015 [EB/OL]. (2019-5-30)[2020-03-20]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code>.
- [5] WADA. International Standard for Testing and Investigations JANUARY 2017[EB/OL]. (2017-01-01)[2020-03-25]. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2016-09-30_-_isti_final_january_2017.pdf.
- [6] WADA. ISTI Blood Sample Collection Guidelines [EB/OL]. (2016-09-06)[2020-03-25]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/world-anti-doping-program/guidelines-blood-sample-collection>.
- [7] WADA. ISTI Urine Sample Collection Guidelines [EB/OL]. (2014-10-06)[2020-03-25]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/world-anti-doping-program/guidelines-urine-sample-collection>.
- [8] 国家体育总局反兴奋剂中心. 反兴奋剂法规汇编 [EB/OL]. [2020-03-25]. <http://www.chinada.cn/u/cms/www/>

201812/05163902hv0d.pdf.

- [9] 张俊, 陈振宇, 张陈栋. 体育正义实践表达的四重维度——基于孙杨案的相关分析[J]. 体育学刊, 2020, 27(5): 17-26.
- [10] WADA. Doping Control Officer's Training Tool Kit[EB/OL]. (2011-05-30)[2020-03-25]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/education-and-awareness/doping-control-officers-dco-training-tool-kit>.
- [11] WADA. Sample Collection Personnel Recruitment, Training, Accreditation and Re-Accreditation Guidelines [EB/OL]. (2014-10-06)[2020-03-25]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/world-anti-doping-program/guidelines-sample-collection-personel>.
- [12] CAS 2016/A/4458. Lisa Christina Nemeč v. Croatian Institute for Toxicology and Anti-Doping (CITA) & International Association of Athletics Federations (IAAF) [EB/OL]. (2017-04-27)[2020-03-26]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared Documents/4458.pdf>.
- [13] CAS 2013/A/3279. Viktor Troicki v. International Tennis Federation (ITF)[EB/OL]. (2013-11-05)[2020-03-27]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared Documents/3279.pdf>
- [14] 祝曦东, 姜世波. 基本权利与体育诚信的较量: 反兴奋剂“行踪报告制度”还能走多远? [J]. 成都体育学院学报, 2013, 39(6): 8-13.
- [15] 科林·斯科特. 规制、治理与法律: 前沿问题研究[M]. 安永康, 译. 北京: 清华大学出版社, 2018: 31-33, 238-239.
- [16] 郭树理. 国际体育仲裁院反兴奋剂处仲裁规则[J]. 仲裁研究, 2020(2): 87-98.
- [17] 本尼迪克特·金斯伯里. 全球行政法的产生(上)[J]. 环球法律评论, 2008(5): 117-128.
- [18] 林泰, 赵学清. 全球治理语境下的国际行政法[J]. 南京社会科学, 2011(3): 98-104.
- [19] 刘畅. 刑法基本原则在反兴奋剂实践中的借鉴[J]. 体育科研, 2017(5): 1-7+21.
- [20] 刘东亮. 行政行为公定力理论之检讨[J]. 行政法学研究, 2001(2): 53-59.
- [21] 叶必丰. 论行政行为的公定力[J]. 法学研究, 1997(5): 86-91.
- [22] 王雅琴. 再论行政行为的公定力[J]. 国家行政学院学报, 2015(5): 36-40.
- [23] 沈岿. 行政行为公定力与妨害公务——兼论公定力理论研究之发展进路[J]. 中国法学, 2006(5): 70-78.
- [24] 杨彩霞. 妨害公务罪客观方面若干疑难问题探讨[J]. 山西警官高等专科学校学报, 2002(3): 30-34.
- [25] WADA. Athletes' Anti-Doping Rights Act[EB/OL]. (2020-3-28)[2020-06-05]. <https://www.wada-ama.org/en/resources/anti-doping-community/athletes-anti-doping-rights-act>.
- [26] 袁韵. 《反兴奋剂运动员权利规则》审思[J]. 体育科研, 2020(2): 45-53.
- [27] 周青山. 国际体育仲裁院兴奋剂仲裁机制评析[J]. 武汉体育学院学报, 2019, 53(5): 51-55.
- [28] 何海波. 公民对行政违法行为的藐视[J]. 中国法学, 2011(6): 117-132.
- [29] CAS 2005/A/925. Laura Dutra de Abreu Mancini de Azevedo v/FINA[EB/OL]. (2006-01-24)[2020-33-29]. https://cdn.swimswam.com/wp-content/uploads/2019/11/CAS-2005_A_925-Laura-Dutra-de-Abreu-Mancini-de-Azevedo-vs-FINA-S.pdf.
- [30] CAS 2012/A/2791. World Anti-Doping Agency (WADA) v. Norjannah Hafiszah Jamaludin, Nurul Sarah Abdul Kadir, Mohamad Noor Imran Hadi, Siti Zubaidah Adabi, Siti Fatimah Mohamad, Yee Yi Ling, Harun Rasheed & Malaysia Athletic Federation (MAF)[EB/OL]. (2013-05-24)[2020-03-30]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared Documents/2791.pdf>.
- [31] CAS 2016/A/4631. William Brothers v. Fédération Internationale de Natation(FINA)[EB/OL]. (2017-03-21)[2020-03-30]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared Documents/4631.pdf>.
- [32] CAS A4/2016. Sarah Klein v. Australian Sports Anti-Doping Authority (ASADA) & Athletics Australia (AA)[EB/OL]. (2017-05-25)[2020-03-31]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared Documents/A4-2016.pdf>.
- [33] CAS 2008/A/1558 & 1578. World Anti-Doping Agency (WADA) v. South African National Equestrian Federation (SANEF) & Jasyn Gertenbach and Fédération Equestre Internationale (FEI) v. SANEF[EB/OL]. (2009-03-04)[2020-04-03]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared Documents/1558,1578.pdf>.
- [34] USADA. United States Anti-Doping Agency v. Jonathan Page[EB/OL]. (2009-05-02)[2020-04-03]. <https://www.usada.org/wp-content/uploads/AAA-CAS-Decision-Jonathan-Page-February-2009f.pdf>.
- [35] 章志远. 行政行为无效问题研究[J]. 法学, 2001(7): 13-18.
- [36] 江必新. 行政行为效力判断之基准与规则[J]. 法学研究, 2009(5): 86-99.