

性别二元与体育参与冲突解决的程序法路径研究

熊英灼

(湖南警察学院 侦查系, 湖南 长沙 410138)

摘要: 性别少数群体的参赛资格问题对传统的二元制体育比赛规则提出了挑战, 冲击原有的体育管理秩序。冲突的实质实为体育内在价值和外在价值的冲突。通过比较基于体育内在价值和体育外在价值两种不同的视角所提出的不同解决方案的优缺点, 分析其中的利益冲突和价值平衡问题, 提出此问题实体价值均衡的困难性。建议尝试程序法的视角, 通过制定科学、公平的程序, 成立内外结合的独立参赛资格审查委员会, 注意决策过程的程序正义, 以不侵害健康的方式调整比赛规则, 通过充分的程序参与和程序选择实现运动员权益保护。

关键词: 体育法; 性别二元; 参赛权; 体育价值

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2022)02-0045-09

A study on the procedural law path to the conflict solution with gender binary and sports participation

XIONG Yingzhuo

(Department of Investigation, Hunan Police Academy, Changsha 410138, China)

Abstract: The qualification of gender minorities challenges the traditional binary sports competition rules and shocks the original sports management order. The essence of the conflict is the conflict between the internal and external value of the sports. By comparing the advantages and disadvantages of different solutions based on the internal value of sports and the external value of the sports, it is really difficult to balance the entity value by the analyses of interest conflicts and value balance among these. It is suggested to try procedural law perspectives, by developing scientific, fair procedures, establishing an independent qualification committee with internal and external combination, paying attention to the procedural justice of the decision-making process and adjusting the competition rules by not harming athletes' health, protecting the athletes' right through full program participation and program selection.

Keywords: sports law; gender binary; right to participate in game; sports value

2021年东京奥运会上, 新西兰变性运动员劳蕾尔·哈伯德(Laurel Hubbard)参加女子87公斤以上级的举重比赛, 她是首位公开以变性人身份参加奥运会的运动员, 体现了奥林匹克运动的包容性和普及性, 在奥林匹克运动会历史上具有里程碑的意义。但由于该运动员之前是作为男性参加男子组的比赛, 现在参加女子组比赛, 难免遭受公平性质疑。有很多运动员认为, 变性手术只是改变了身体的一部分, 而肌肉、力量包

括心理都没有本质改变, 依然是男性化的, 而这些是女性无论如何努力训练都无法超越的, 但国际奥委会却坚定支持哈伯德参赛, 并表示要向她在奥运会预选赛中表现出来的勇气和坚韧致敬^[1]。

近年来, 性别模糊、跨性别、变性运动员的参赛资格问题屡被提及, 对传统的体育比赛规则提出挑战, 冲击了原有的体育管理秩序。而对于这一问题, 现有的学术讨论和实践做法大都基于实体法上的价值权衡

收稿日期: 2021-10-25

基金项目: 2019年度湖南省哲学社会科学基金一般项目“大数据时代兴奋剂全球治理模式的中国化路径探析”(19YBA142); 2020年度湖南省教育厅科学研究优秀青年项目“反兴奋剂治理模式研究”(20B207)。

作者简介: 熊英灼(1983-), 女, 副教授, 博士, 研究方向: 体育法学。E-mail: xiongyingzhuoty@126.com

而进行,即在各种实体价值中进行价值的排序,衡量所涉价值的大小,然后进行价值的取舍。但是,从效果上看,不论是哪种权衡结果,都难以取得令人满意的结果,纠纷和争议依然在继续。所以,如何更好解决此问题,有必要予以深入思考。

1 性别二元与体育参与的冲突

因为男女生理差异,男性的体育竞技优势明显大于女性,因此在大多数体育比赛中都将男女分开比赛,认为这是保证竞赛公平的需要。这种区分长期以来被认为是理所当然的,区分男女组别,就像拳击、举重、摔跤等比赛中必须区分体重级别一样。因此,区分男女组别比赛,是保护女性运动员享有公平竞赛权益的需要。然而,在体育之外,性别的流动性和性别多元性已经越来越多受到人们的关注,在许多比较重视人权保护的国家和地区,都提倡打破男女二元性别的刻板印象,承认人的多样性,尊重每个人自己内心认同的性别,甚至建构一系列法律制度,接纳性别多元的存在,允许并保护性别的多元性和流动性。在这样的社会思潮背景下,体育区分男女组别的赛制也受到越来越多挑战。

1.1 变性人参赛问题

自 1930 年德国实施全球第一例变性手术以来,有个别运动员也完成了变性手术。但是,当一名男性运动员变性为女性运动员后,是否能以女性身份参加女子组的比赛则成为一个问题。美国网球选手蕾妮·理查德(Renee Richards)是第一个就此问题提起诉讼的人。蕾妮·理查德出生时是男性,并且在变性前以男性身份参加过 5 次美国网球公开赛,在她 41 岁的时候,她接受了变性手术,之后她想以女性身份参加女子网球比赛。1976 年美国网球协会(United States Tennis Association,简称 USTA)拒绝了理查德的参赛申请,认为她并不是生来就是女性。理查德就此提起了诉讼,1977 年纽约州法院做出裁决,认为 USTA 侵犯了运动员的权利,因为理查德变性后已经没有竞争优势^[1]。

此案在体育界产生较大影响,2004 年国际奥委会正式宣布有条件允许变性运动员参加比赛,但要求运动员接受变性手术后所产生的性别变化必须已经完成,且其变性后的性别必须获得官方的合法承认。另外,在参加比赛前,变性运动员必须接受两年以上的荷尔蒙治疗,最大限度地减少原有性别对运动项目带来的优势。2015 年国际奥委会进一步放宽标准,规定只要运动员的睾丸激素在第一次正式比赛前至少 12 个月内低于 10 nmol/L 的标准即可参赛。

1.2 双性人参赛问题

双性人是指不具有典型的男性或女性生殖特征的

一类人,据统计,双性人的比例至少是人口的万分之一。目前世界上已经有几个国家用“第三性别”对双性人进行性别认定,比如,澳大利亚在护照性别一栏,在“男”“女”选项之外,新增了“X”选项作为第三种性别选择。国际民航机构也将接受护照上的第三性别选项,这样既可以保障双性人的性别选择权,又可以消除对双性人的性别歧视^[2]。尽管很多国家认识或承认双性人的存在,但在体育领域,却没有在男女组别之外,为双性人设置单独的组别,双性人参加体育比赛的性别归属也逐渐成为一个问题,尤其在双性人欲参加女子组别的比赛时,该问题更加突显。

为解决此问题,国际田径联合会(International Association of Athletics Federations,简称 IAAF)2018 年 11 月发布《(有性发育差别的运动员)女子比赛参赛资格规则》,简称《参赛资格规则》。该规则的主要内容是为那些有性发育差别的女性运动员,即拥有 46 XYDSD 性染色体的双性运动员设定一项参赛标准,她们要参加某些女子项目比赛的话,包括 400 米、跨栏、800 米和 1 500 米等,其内分泌睾丸素水平(endogenous testosterone)应至少连续 6 个月控制在 5 nmol/L 的水平之下。南非田径运动员默克卡迪·卡斯特·塞门亚(Mokgadi Caster Semenya)恰好属于拥有 46 XYDSD 的运动员,她及她所属的南非田径联合会认为《参赛资格规则》涉及性别歧视,因为它仅适用于女运动员及拥有特定生理特征的女性运动员,不适用于男性运动员,而且该规则缺乏合理的科学依据,对维持女子比赛的公平性也不必要,还会给相关的女性运动员带来沉重、无法修复的伤害,于是她向国际体育仲裁院(The Court of Arbitration for Sports,简称 CAS)提起申诉,要求认定该规则违反了国际普遍公认的基本人权及奥林匹克宪章等相关体育规则,是违法、无效的。尽管后来 CAS 及瑞士最高法院都相继驳回了塞门亚的申诉请求,但塞门亚表示会继续向欧洲人权法院和国内法院继续上诉^[4]。

1.3 错性别参赛问题

即使在生理性别清晰情况下,也会出现某个女运动员想参加男子比赛,或者男运动员想参加女子比赛的情形。比如,在美国某中学,一名女学生因为学校未设立女子网球队,所以想参加学校的男子网球队,但学校却有禁止女学生参加男子网球、越野和越野滑雪队比赛的政策。于是学生提起诉讼,法院认为学校没有充分合理的依据证明,在没有身体接触的运动中女性无法与男性竞争,而且认为学校的政策构成性别歧视,违反平权保护法^[5]。同样,在戈麦斯诉罗德岛校际联盟(Gomes v. Rhode Island Interscholastic League)案中,原告戈麦斯也因为学校没有男子排球校际联赛,

而想申请参加女子排球队，以便参加女子排球校际联赛，但学校同样也禁止男生参加女子队。法院在本案中同样否定学校的做法，不仅认为学校构成性别歧视，还认为男生参加女子队并不会带来压倒性的竞争优势^[6]。但是，允许错性别参赛的案例主要发生在K-12青少年比赛中，成年人比赛大多不允许无条件错性别参赛。

发生错性别参赛的情形，还可能是运动员的性别认同与其生理性别发生差异造成的。学理上将性别区分为生理性别(sex)和社会性别(gender)，社会性别受到自我的社会定位、心理变化、受教育程度等方面的影响，社会性别通常根据“性别认同”确定，“性别认同”是指“每个人对性别深切的内心感觉和内心体验，它可能与出生时被认定的性别一致或不一致”^[7]。所以，当运动员的社会性别和生理性别不一致时，他也可能要求错性别参赛。虽然没有这方面的案例发生，但美国的加利福利亚州、科罗拉多州、康涅狄格州等都允许初高中学生以其认同的性别参赛^[8]。

2 冲突的实质：体育内在价值和外在价值的冲突

由于当代性别的多元性和流动性，导致区分男女二元的体育比赛赛制在有的时候不能适应体育运动参加者的需求，在这之中发生了许多冲突。这些冲突可以视为是体育公平竞赛和个人参赛权利的保障冲突，也可以视为少数性别特殊群体利益的保障和普通女性这类多数群体的利益保障的冲突，还可以视为体育组织的团体利益与运动员的个人利益冲突等，但究其本质，可以将这些冲突归类为体育内在价值和外在价值的冲突。

体育的内在价值是指那些与体育本身或其构成特征相关的价值，人们常常用体育精神概括体育的内在价值，体育精神是对人类精神、身体和心灵的颂扬，是奥林匹克精神的精髓，体现在体育运动中以及体育运动所呈现的价值观中，包括健康、道德、竞赛公平，竞赛诚实、追求卓越等。如果缺失这些价值，体育则不能为体育，将丧失体育最基本的特征和灵魂。所以，这些价值是人们长期以来在体育比赛中孜孜维护和弘扬的。

但体育的外在价值则并非来源于体育本身，而是指体育对于外部社会的价值，强调体育的外部效应，即体育对国家、社会的发展，政府的管理所具有的价值。体育有强大的社会功能，它有鼓励遵守规则、促成进取精神的教育功能，有促进人的全面、自由、和谐发展的文化功能。体育精神体现了个体人格和社会人格的和谐统一。

通常来说，体育的内在价值和外在价值是统一的，比如，不论是公平还是健康、诚实，既是体育本身所追求的价值，也是当代社会需要人们所具备的优良品格。但是，在体育性别二元分类与性别特殊群体体育参与的冲突中，体育的内在价值和外在价值却发生了较为激烈的冲突，即如果更注重体育的内在价值，可能会更强调比赛的公平，更强调体育团体的利益或大多数运动员的利益，而忽视或牺牲少数人的利益，但如果更注重体育的外在价值，就会更注重人权的保护，强调对少数运动员权利的尊重和平等保护以及体育对社会文化的辐射效应。这就需要在体育的内外价值之间做选择，正确地权衡两者之间的关系。

3 冲突解决的实体法路径困境

3.1 基于体育外在价值的考量困境

被国际社会广泛认同的“日惹原则”(Yogyakarta Principle)强调，性别认同如性倾向一般，有它的客观性和合理性，一个人即使是有改变性别的冲动或是坚守自己的性别并力图争取更大权利，从现在看来也是应该得到应有的尊重^[9]。这是国际人权法所倡导的实践性别包容的原则，体现了国际社会对性少数群体权益的尊重和保护。

基于体育外在价值的考量，体现体育比赛中对“日惹原则”的践行，倡导对所有运动员人权的保护，尊重个人的性别认同，尊重人的选择、人的自治的价值取向，则会选择用“性别认同”的方法解决性别二元和体育参与之间的冲突。“性别认同”方法是指比赛依然分男女队，运动员可以选择以其出生时的性别参赛，也可以选择以其认同的性别参赛，但运动员之所以认同该性别，不仅仅是为了参加比赛，还必须是为了生活中其他所有的目的而认同该性别。如前文所述，美国的许多州对K-12的学生运动员都采取这样的办法。

“性别认同”的方法有利于保护运动员的身体健康，尊重运动员的性别自治权，运动员不需要经历带有侵犯性的、有辱人格的、有歧视性的性别识别程序，只需要根据相关的法律证明文件即可参赛，尤其是其认同的性别，只要其自己心理认同，不需要进行生理检查，即可完成证明程序。其次，它还可以彰显现代人权价值。现代人权观念认为应当摒弃传统的性别刻板印象，不再要求人按照其生理性别发展，而是更重视人的社会性别，即尊重其性别认同，更有利于保护跨性别人士、变性人、同性恋等生理性别与社会性别相冲突的少数人群的权益。但这种方法同时存在若干问题。

第一，影响竞赛公平，与体育的内在价值相冲突。

如果完全按照性别认同确定参赛资格,那就意味着一个尚未经历变性手术的男生,假若其性别认同为女生,可以允许其参加女子比赛。这种完全忽略运动员本身所具有的男性生理特征,完全忽略男女在生理上的差异以及由此带来的竞技技能的差异,完全按照其心理状态确定参赛资格的方法,显然有违公平竞争精神。

第二,性别认同认证程序复杂,会给体育组织带来沉重管理负担。为防止男人为获取比赛胜利,谎称自己的性别认同为女性,而参加女子比赛,就必须需要有性别认同认证程序,保证运动员不仅仅是为了参加比赛,还为了生活中其他所有的目的而认同该性别,即需要有性别认同认证程序,确保运动员内心真实的认同性别。由于很多国家并不允许性别认同,不允许社会性别的重新分配,即使在允许性别认同的国家,各国法律上的性别认同程序也不同,在这种背景下,奥运会或国际比赛就需要制定自己的性别认同程序,这将会使参赛程序变得十分复杂,费时费力,同时也会产生国际体育规则和国家法律认同程序相冲突的问题,比基于医学标准的认证程序更为复杂,更容易产生纠纷。

第三,并不符合现代人权观的理想状态。虽然按照性别认同参赛尊重人的自决权,较以往的做法有很大进步,但是它依然建立在两性划分基础之上,要求个人必须选择参加男队或女队。但是现代人权观更理想的是要求人们认识到两性划分的非绝对性,认识到像跨性别人士这类人群的存在,认识到他们既非男人也非女人是正常的自然现象,所以应当赋予他们自身的权利,而不是强行将他们划归男人或女人,显然这种方法不符合理想的人权观。

可见,上述方法更有利于体育的外在价值,但却可能会减损体育的内在价值。

3.2 基于体育内在价值的考量困境

从上文分析可看出,若在问题的解决上更注重体育外在价值,可能会与体育的内在价值发生冲突,而体育的内在价值是体育之根本,不能随意减损或抛弃。因此,要寻求问题解决之道,也必须从体育内在价值的视角予以考量。

1) 男女二元分类与体育的内在价值。

竞赛公平是体育最重要的内在价值,性别二元区分的根本理由是保证比赛的公平性,使具有竞技能力差异的运动员不在一起比赛。诚然,男女二元分类比赛,不仅仅可以维护竞赛公平,还可以保护参赛人员的安全、提高比赛的观赏性、增加体育经济利益等等,对于保护体育的诸多内在价值都是有益的。

但是,竞赛公平是体育的内在价值,男女二元分

类比赛只是实现这一价值的手段之一,不应该本末倒置,认为为了竞赛公平,必须采取男女二元分类比赛的方法。实际上,为了维护公平竞争,对运动员分类的标准本来应该是竞技水平,而不是性别。男女二元分类的正当性常常是基于男性比女性具有不可超越的、明显的竞技优势的假设,因为这种假设,体育项目的男女分类已经变得理所当然,但这其实属于本末倒置,即男女分类并非是因为男生有竞技优势,而是因为需要对竞技水平做区分而进行的男女分类,分类的标准应当是竞技水平而非性别。所以,在对体育项目进行分类时,首先应当考虑的是竞技优势,应慎重确定在这个项目上男性是否真的具有明显的竞技优势,从而确定分类的标准是否应当是性别。

即使在有的项目中,男性确实比女性有明显的竞技优势,比如塞门亚案件中所涉及的跑步项目,IAAF已经通过科学论证了男性的竞技优势,但是,这是否就意味着区分的界限必须是性别呢?其他的替代界限,比如身高、体重或者两者的结合,可否成为区分标准呢?比如在游泳比赛中,力量、爆发力确实对竞技能力有影响,但身高、体重、身型比例等因素的影响也是不容忽视的。在很多运动中,包括拳击、摔跤、举重等项目,大家已经认识到体重的重要性,并将其作为重要的赛事区分标准。事实上,有些国家甚至将这些因素运用到最主流体育运动中,例如菲律宾篮球协会,其规则规定,禁止身高超过6英尺9英寸的非菲律宾籍球员参加比赛,禁止身高超过6英尺5英寸的非菲律宾籍球员参加“州长杯”的比赛。

所以,除性别以外的分界线,在区分不同的竞技水平、保证竞赛的公平问题上,是有探究价值的。尤其是在出现跨性别运动员,使男女二元区分遇到挑战时更是如此。虽然塞门亚案表现出来的是公平问题、社会性别和生理性别的冲突等问题,但其根本却在于比赛中绝对的男女性别分类与自然的性别的非二分性的冲突,即处于中间地带的跨性别人士难以融入到男队或女队中的任何一队。所以,著名的体育法学者米歇尔·贝洛夫(Michael Beloff)就认为,问题并不在于塞门亚是否是女人,而是她是否可以作为女人参加仅有男女二元分类的比赛^[10]。但是,不论是国际奥委会目前对待变性运动员的政策,还是IAAF对待双性人的政策,都是要通过压制睾丸素的方法来解决冲突,那从本质上说,区分竞技水平的应该是睾丸素水平,而不是性别。所以,从根本上说,男女二元分类与保证公平竞争并没有根本和必然的联系,完全可以用其他方法来取代此方法维护体育的内在价值。

2) 非性别标准与体育的内在价值。

既然性别二元化并非实现竞赛公平的唯一路径，很多学者也提出另外一种解决问题的路径，即通过消除性别区分，仅仅用某些生物参数作为区分运动队的标准，比如身高、体重、荷尔蒙分泌水平等等。这种方法的优势也是很明显的：第一，有利于弥补绝对的男女性别差别带来的不公平问题。既然有像塞门亚那样的跨性别人士的存在，就意味着男女的绝对划分有问题，尤其是当跨性别人士参加女队比赛时，很可能因为其天然的竞技优势而使比赛变得不公平。而消除性别区分，恰恰就是为弥补这一错误，使那些具有影响竞赛公平的绝对优势的人被排除出队伍，使处在同一竞技水平上的人公平竞争。第二，有利于消除两性划分绝对性的错误观念。在体育比赛中消除性别区分，有利于多元化人种观念普及，使人们更关注跨性别人士的权益，同时它也使处于男女性别灰色地带的人不用勉强将自己归类为男生或女生，而完全是依照竞技水平划分队伍，也是保护人权的一种表现。

可惜的是，这种方法太过理想化，在实践中操作性较差，主要原因在于：第一，很难制定出一个保证绝对公平的生物参数。何种生物参数是决定竞技能力、使人具有绝对优势的决定性因素，在科学上很难有完美的答案，即使是塞门亚案件中所提到的睾丸素标准，也备受质疑。第二，很难做出对跨性别人士有利的分类。即使是找到绝对公平的生物参数，比如，塞门亚案中，假设睾丸素水平是决定竞技水平最重要的因素，但对跨性别人士，应该将其归为哪一类依然是个难题。比如，如果按照 IAAF 的说法，一般男性的睾丸素水平在 7.7~29.4 nmol/L 之间，一般女性在 0.06~1.68 nmol/L 之间，而塞门亚在 0.5~7.85 nmol/L 之间，如果完全按照睾丸素水平分为高睾丸素组和低睾丸素组，不论是将两组界限定在 2 nmol/L 还是 7 nmol/L，塞门亚都很可能要与正常男性比赛，对她是很不利的。若分为 3 组，比如 2 nmol/L 以下组、2~8 nmol/L 组、8 nmol/L 以上组，那实际这就是在传统男女组之外，加上跨性别人士组，但因为跨性别人士组参加人数有限，竞争必定不激烈，观众吸引度定会不高，必然影响获胜者的商业价值，跨性别人士可能宁可不参加比赛。第三，依然存在政策的执行问题。这种方式要求每个申请参赛的运动员都要测试睾丸素，将极大地增加赛事组织者的组织成本。同时，在 CAS 塞门亚案的裁决中，提到了因生物参数的变动大，导致无法检测到准确的睾丸素水平的问题，在完全依赖生物参数的方法中也会出现，因为人的很多生物参数的变动总是很大的，会使参赛资格检测程序变得十分复杂，这种成本恐怕是体育组织不愿意负担的。

3.3 基于体育内外价值平衡的考量困境

1) 折衷的做法。

鉴于只顾及体育的内在价值或只顾及体育外在价值的做法都过于极端，体育组织更多会采取折衷的做法。目前国际奥委会对变性人参赛的政策以及 IAAF 《参赛资格规则》都是一种折衷的做法。

首先，这些做法充分考虑了体育内在价值。在制定这些政策之前，国际奥委会等国际体育组织都进行了比较深入的科学研究，有比较充分的证据证明睾丸素可以促进骨骼和肌肉的增长，提升血液中血红蛋白的水平，是影响人竞技能力的非常重要因素。同时，他们也有比较充分的科学证据证明，普通男性、由男性变为女性的变性人，以及具有 46 XYDSD 的人有较高水平的睾丸素，使之与普通女性运动员相比，具有明显的竞技能力优势。因此，不做限制地让他们参加女子组比赛，对于体育公平这一内在价值是忽视的。

其次，这些做法对体育外在价值的减损是有限的。虽然这些规则在特殊情况下，对某些人的参赛做出限制，要求他们必须做压制睾丸素的治疗，相对其他人的无条件参赛，构成表面上歧视，且侵犯运动员的基本人权、有损运动员的身体健康，但这却是为了实现竞赛公平这一价值所必要、合理的手段。因为相对于手术，压制睾丸素的方法有很多，比如服用传统的避孕药就可以，其副作用较小。另外，虽然对相关人员进行医学检查和男性化评估会侵犯人的隐私导致心理伤害，而且也可能导致其隐私的泄露，但这就像兴奋剂检查一样，在必要的情况下是应该采取的。

2) 对折衷做法的争议。

虽然塞门亚案中，CAS 和瑞士法院都并未彻底否认折衷做法有效性，但这种做法的争议却从未停止过，其中争议最大的是以下问题。

首先，对不公平的调节方式不一致。反对者认为，折衷做法的最终目的是为了体育的公平性，即为保证竞赛的公平而要求运动员进行睾丸素的压制治疗。但长期以来，在体育运动中却无法实现完全的公平，有很多影响竞技能力的因素，包括营养、特殊的训练方法和训练设施，因为这些因素所造成的不公平往往是被允许的。尤其是因为基因引起的天生无法超越的优势，通常也是被默许甚至推崇的，比如超乎常人的身高、肺活量，拥有比常人更多内源性血红蛋白等，特别典型的美国游泳运动员菲尔普斯拥有超长手臂和大脚，但腿却很短，身材比例包括脚趾超乎常人的弯曲度，都是使其能在水中快速推进的重要因素^[1]。所以，体育领域很多的不公平优势都被接受或忽视了，而对塞门亚的天生基因优势却予以限制，这

是一种规则内在的不公平和歧视,为实现某种公平目的规则不能创造另一种不公平^[12]。但赞同者认为,虽然在体育领域确实存在许多实质上的不公平,以及对很多天生优势的忽略问题,但是,对于“天生明显的竞技能力优势”并非全部都是采取视而不见的态度,比如,奥运会和残疾人奥运会的区别,拳击比赛中不同重量级的划分,都是对“明显竞技能力优势”的调整,使比赛在同一竞争水平者之间展开,所以从某种程度上说,不能让具有明显竞争能力差异的运动员在一起竞赛,是大众的普遍共识,也是公平竞赛所需。如果有充分的证据证明有“明显的竞争能力优势”,必须予以回应,并不能因为体育领域有很多不公平,就要对其他明显、急需处理的不公平也都不予限制,也不能因为某些天生的优势未予控制,就对所有的天生优势都予以忽略。

其次,加深对女性的刻板印象。反对者认为,折衷的做法是建立在对女性体育能力错误假设的基础上,认为女性的体育能力天生要弱于男性。塞门亚基于传统男性特征而取得的胜利,比如肌肉、爆发力等,被认为与传统女性角色不符,所以要被怀疑和限制,甚至塞门亚就要被认定为不是一个“真正的女性”。但菲尔普斯的优势却与传统男性特征相符,所以是被允许甚至鼓励的,这都是一种传统的性别刻板印象,是会对女性的权利造成歧视和限制的^[13]。联合国的女权专家也认为,包括体育组织的许多规则都在张扬传统的女性特征,对女性的外表、性别表达、着装等都做出限制,与传统女性印象不符的女运动员就受到质疑,这不仅加剧了对女性和性别少数群体的心理伤害,还增加社会对她们产生暴力的可能性^[14]。按照学者们的观点,仅对超高睾酮素的女性进行检测和限制,而不对超高睾酮素的男性进行检测和限制,就是这种传统性别刻板印象的典型表现。因为睾酮素高符合传统社会对男性的期待,而不符合对女性的固有印象。赞同者却认为,折衷的做法并非建立在对女性体育能力弱于男性体育能力的错误假设和刻板性别印象基础上的,而是经过科学论证,证明确实存在“明显的竞争优势”才予以制定,尤其是 IAAF《参赛资格规则》,它的适用范围是有限的,仅适用于 400 米、跨栏、800 米和 1 500 米比赛这些特殊项目,并不具有广泛的适用性和普及性。

再次,健康和公平价值序位的错置。反对者认为,使用抑制睾酮素的药物时,无疑会产生对其身体有伤害的副作用,但却以这些症状“有可能”可以控制或减轻为由,而不认为其伤害很大。众所周知,要控制或减轻药物的副作用,同样要付出成本,甚至超过药

物本身的成本很多倍,这同样会给当事人造成很大的伤害和负担。而这样的措施已经有扩散效应,为能够保证自己的参赛资格,有的运动员可能会采取比较极端的做法。比如印度有 4 名年轻女运动员,为确定能符合比赛要求,就去做了性腺切除手术^[15],对她们的身体造成了无法修复的伤害。因为欧洲人权法院在某一起案件中对“健康”价值的强调,导致 2021 版《世界反兴奋剂条例》将“健康”价值从原来的第二项体育精神价值提序为第一项,而原来作为第一项的“道德、公平竞赛与诚实”,则降序为第二项,而折衷的做法显然忽视了健康价值的重要性,至少将其放在“公平”价值之后^[16]。强迫为了非健康的目的改变自己的身体状况的措施,本身就具有非伦理性质,是侵犯人的拒绝医疗权和选择自由权。赞同者却认为,虽然折衷的做法确实有忽略健康价值的问题,但对“健康”价值的损害通常是可以量化的,有程度之分,在有些情况下,如果为公平轻微地减损健康价值并非是完全不允许的。

所以,IAAF《参赛资格规则》最大的问题在于,让没有错误的运动员,仅仅因为其拥有 46 XYDSD 的生理特征,而限制其参赛权利,迫使她接受医疗,造成了侵犯其健康权、拒绝医疗权和选择自由权的后果,这是与现代人权观念不符的,也是与天生优势不应该受到压抑的普遍价值观不符的。

3)对争议的评析。

在上述争议中,虽然各方各执一词,难分高下,但若求同存异,会发现至少以下几点能够形成共识。

第一,并非所有的体育项目男性相对女性都具有“明显的竞技能力优势”。虽然几乎所有的奥运会项目都区分男女组别进行比赛,原来在人们的传统观念中都认为男性的体育竞技能力天然地强于女性。但是,研究已经发现很多比赛中,这种假设是不存在的,比如在远距离游泳中,研究认为女性更高体脂率可以增加人体浮力、减少在水中的阻力、降低在水中的热量消耗,从而增强其竞技能力,尤其在极端条件下,女性的抗压力更强^[17],所以英国女运动员格特鲁德·埃德尔(Gertrude Ederle)是第一个游泳穿越纽约湾的女人,她的用时是 7 小时 11 分钟,打破了以前的男子纪录,而她这个记录保持 81 年^[18]。折衷说的反对者显然是反对这种传统认知的,认为其加深了对女性错误的刻板印象,而赞成者也认为,折衷说并未普遍认为男性的竞技能力优于女性,而是在某些体育项目上,男性相对女性具有“明显的竞技能力优势”,但这不具有广泛的适用性和普及性。

第二,男性相对女性是否具有“明显的竞技能力

优势”要针对特定项目而言。既然不是所有的体育项目男性都比女性具有明显的竞争优势，那么在确定一些性别特殊人群的参赛资格问题上，就需要针对特定项目所需要的竞技能力判定男性是否比女性具有明显的竞争优势。IAAF也关注到此问题，因此，其《参赛资格规则》所规定的需要进行压抑激素治疗的项目，也仅仅是400米、跨栏、800米和1500米等特定项目，而并不是指所有的田径项目。

第三，是否具有“明显的竞技能力优势”要针对特定个体而言。是否具有“明显的竞争能力优势”不仅仅要针对特定项目而言，在有双性人、变性人参赛的问题上，还要针对参赛个体而言，它相对于普通人尤其是普通女性，是否具有明显的竞争优势。这是因为双性人、变性人竞争能力也并非完全相同或大体相同，比如变性人由于手术完成程度的不同，尤其是随着现代科技的发展，有的手术后再造的人工性器官也有分泌雌激素的功能，不同的变性人所具有的生理状态也有很大的不同；再比如双性人，他们相互之间生理特征可能存在较大差异，比如有的基因类型是XXX型，有的是XXY型，还有XYY型的。因此，在评价其竞争能力时都不能一概而论。

第四，限制措施对人权侵害是否成比例关键看其对健康造成的特定伤害。争议双方都肯定参赛限制措施可以对运动员的身体健康造成一定损害，但这种损害必须是实现公平必须的，而且是成比例的，即通过量化“健康”价值的损害，认为是轻微减损健康价值，则是允许的。但是，由于人的体质差别，相同的药物、医疗方式，对人产生的副作用是不一样的。而且，这种损害还包括精神健康的损害，由于人的主观状态不同，同一种物理伤害对不同的人产生的精神伤害却是不同的。所以，某一限制措施是否合法合理，也应具体看其对某个人的健康到底造成何种损害。

4 一种基于程序视角的路径探索

虽然性别特殊的少数运动员的利益在某个阶段和多数运动员的利益、体育社团的利益可能是相冲突的，但最终依然是统一的。因为历史告诉我们，推动社会的发展从根本上依靠的是增进和提高人的自由，促进个人权益和个性的发展。

在过往的历史中，社会对性别特殊人士的权益整体上是忽视和打压的，而随着平权运动的深入，人们的意识才逐渐觉醒，才知道有变性人、双性人的存在，才知道他们也是正常人，而非病症患者。体育的社会本质以及其最重要的社会功能是教育，体育作为一个历史和文化的产物，可以克服社会障碍，以共同的目

标团结人、影响人，将不同国家、种族、宗教、性别和阶级都聚集在同一个理念之下，对消除分歧、赢得共识以及普适价值观的推广具有重要的意义。所以，体育组织应该引领正确的价值观，在这个性少数群体的权益越来越受重视的历史趋势下，作出与历史潮流相符的选择，在他们参赛的问题上，应在生理学和人类学、内分泌学、运动学上做更多研究，以更符合科学和现代人权理念的方式来处理该问题，改善社会陈旧的性别刻板印象，帮助提升社会对性的正确认识，实现体育内外价值的统一。

总的来说，对于未成年人之间的比赛，由于未成年男女之间的体能差异并不明显，不会产生严重的不公平问题。所以，对大学以下的学校学生之间的比赛，允许运动员按照其性别认同参与比赛，或者进行男女混合比赛，都不会产生体育内在价值和外在价值的严重冲突，反而能给青少年输入性别平等、性别多元、性别流动、性别包容等价值观。最难解决的是成年人之间的比赛和国际级高级别比赛产生的问题。

而通过对上述几种方法的分析发现，由于性少数群体本身的差异性与多样化，在性少数群体参赛问题上，要统一进行内外价值的实体性比较是不科学的。因此，如果从实体法的角度出发，希望制定统一的实体性参赛规则的想法是不太能实现价值的均衡的。所以，研究建议尝试程序法的视角，通过制定科学、公平的程序，通过充分的程序参与和程序选择，因地制宜、因时制宜做出个案判断，实现实体价值均衡。

4.1 成立内外结合的独立的参赛资格审查委员会

之前在决定性别少数群体的参赛资格问题上，都是由赛事组织者或相关体育协会决定，认为这是体育组织内部的事务。由体育组织内部决定此问题当然有其优势，因拥有丰富的经验和专业技术知识，是最熟悉和了解体育规则、体育目的和价值专家。但是，在决定参赛公平的问题上，尤其是确定性别少数群体是否具有“明显的体育竞技优势”问题上，通常需要充分的科学技术支持，需要对科学问题做出判断，所以仅仅有体育专家的参与决策还远远不够。更重要的是，体育组织的专家可能更注重体育的内在价值，对体育所处的外在社会文化、现代的人权法规、先进的道德理念不太了解或不太重视，在进行体育内在价值和外在价值的选择时，更可能做出牺牲外在价值、突显内在价值的判断，这不利于做出价值均衡的判断。所以，建议成立独立的参赛资格审查委员会，该委员会由独立的专家担任，专家组成不仅仅包括体育组织的内部人士，还应当包括相关医学专家、生理学家、法律专家、社会学家等，外部专家的选任在国际层面可以考

虑与联合国教科文组织或联合国人权理事会合作,在国内层面可以考虑与政府有关部门合作,由它们推荐外部专家进入到参赛资格审查委员会,以避免体育组织对外部专家独立性的干预。长期以来,各国政府和联合国教科文组织就在反兴奋剂问题上与体育组织合作,对各国政府监督和参与体育组织的反兴奋剂工作起到较好推动作用,这一经验可资借鉴。之前联合国人权理事会也高度关注塞门亚案,并为该案提交“法庭之友”材料,所以促成它们之间更常态化的合作具有一定的可行性。虽然设置参赛资格审查委员会的做法可能比制定统一性规则的管理成本要高,但鉴于性别少数群体的数量毕竟不是很多,此举具有实践中的可行性。

4.2 注意决策过程的程序正义

参赛资格审查委员会在进行决策的过程中,如果不遵守一般的程序正义原则,也会导致判断的偏差。比如在著名的奥斯卡诉 IAAF 中,在判断残疾人奥斯卡穿戴假肢参与比赛,是否获得了竞争优势时,CAS 就认为 IAAF 的决策程序存在很大问题;比如进行调查实验时对比运动员的选择方法不科学,奥斯卡所聘请的专家没有参与调查实验,决策程序也没有充分听取各方专家的意见等^[9]。参赛资格审查委员会的工作与法庭的工作类似,都要就具体、特定的事实和法律问题做出判断,可以采取类似诉讼的程序,充分保障运动员的程序权利,而在其中,特别要注意的是以下 3 方面。

第一,对竞争优势的调查应该是全面的。在之前的很多案件中,裁决机构都特别关注性别少数群体特殊的基因、特殊的激素分泌情况等身体特点是否会给运动员带来明显竞争优势,对这些身体特点可能给运动员带来的不利影响都未关注或者未予充分关注,比如塞门亚案中,CAS 以特别冗长的篇幅论证了塞门亚体内的特殊基因给她带来竞争优势的科学依据,但是就其特殊身份给她带来的压力,以及使用激素抑制药物给她身体带来的损害却语焉不详。研究认为,对竞争优势的判断应该是全面的,即要充分考虑运动员特殊的生理特点给她带来的有利和不利影响,尤其是变性人手术后的药物副作用、他们所承受的有偏见的社会生活环境给她精神和身体带来的伤害等,在将有利影响和不利影响做两相抵消后,再做出竞争优势的判断。

第二,具有竞争优势的举证责任应在体育组织一方。虽然通常来说是否符合参赛条件,应由运动员举证证明,但当双方的举证能力存在巨大悬殊时,应设置有利于弱势一方的举证规则。对于性别少数群体竞争优势的判断,是复杂的科学问题,需要通过大量的

科学论证,有较大举证负担,普通运动员通常不具备这样的举证能力,无法为自己抗辩。此时,将举证责任分配给实力雄厚、经验丰富的体育组织一方更有利于实现实质正义。

第三,应采用较高的证明标准。虽然参赛资格案件属于民事案件,但却事关运动员的职业生涯和荣誉,若不允许其参赛,则相当于给其终身禁赛的处罚,后果十分严重。在兴奋剂案件中,由于兴奋剂处罚通常也会施加较长禁赛期,所以采用的是比一般民事案件要高的放心满意的证明标准。兴奋剂案件尚且如此,在性别特殊群体参赛资格的判断问题上,就不能仅仅适用一般民事案件中的优势证明标准,而应当至少用放心满意的证明标准,即体育组织要运用充分的证据,使参赛资格委员会的委员放心满意相信,运动员参加此组别的比赛确实具有明显的体育竞技优势。

4.3 不侵害健康方式的比赛规则的调整

比较不容易解决的问题是,如果参赛资格委员会审议后发现,运动员相对于普通女性确实存在明显竞争优势,但相对于普通男性确实存在明显竞争劣势时,这时是否决该运动员的参赛申请,还是做其他变通性选择。显然,一味否决该运动员的参赛申请,是对其参赛权的侵害,构成法律上的歧视,所以国际奥委会、IAAF 通常要求他们进行激素抑制治疗后再申请参赛,但如前所述,这种方法涉嫌侵害其健康权,不符合现代人权和道德的理念。研究认为在这种情况下,可以有一些不侵害其健康方式的比赛规则的调整,比如塞门亚的情况,若肯定其相比普通女运动员具有明显的竞争优势,若其参加女子组比赛,则可根据其竞争优势,适当延长其跑道距离,比如,若有 10% 的竞争优势,其参加 400 米的比赛,则可以将其跑 440 米的成绩作为比赛成绩,从而抵消其竞争优势。这种类似做法并非没有。比如美国最高法院曾经裁决,允许某个身患脚疾的运动员,在参加职业高尔夫球巡回赛时使用球车,而其他球员只能步行参赛。可见,即使不伤害身体健康,也必定有抵消竞争优势的规则调整方法。但是,规则如何调整、调整的程度也得依据参赛资格委员会对竞争优势程度的科学判断,由参赛资格委员会做出。

对性别特殊运动员,不能以公平之名损害或忽略其权益,而应努力通过制度的设置,使其权益得到充分的保障。应该认识到,通过对性别少数群体参赛资格的保护,促进这类群体参加体育活动,在社会上树立正确的性别观,这都是体育的教育本质所在,也是在体育规则制定中必须谨记于心的。

参考文献：

- [1] 国际奥委会回应变性人参赛：参赛合规，向其勇气致敬[EB/OL]. [2021-08-12]. https://www.sohu.com/a/480646260_121016174
- [2] 变性运动员有没有身体优势？身为变性运动员的她给出了权威答案[EB/OL]. [2021-08-12]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1706682049468261623&wfr=spider&for=pc0>
- [3] 李岩. 法律中性别二元范式的批判及重构——以双性人为视角的叙事[J]. 法制与社会发展, 2013, 11(3): 10-20.
- [4] CAS arbitration 18/5794[EB/OL]. [2021-08-12]. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award_-_redacted_-_Semenya_ASA_IAAF.pdf
- [5] Brenden v. Independent School District 742[EB/OL]. [2021-08-12]. <https://openjurist.org/477/f2d/1292/Brenden-v-independent-school-district>
- [6] Gomes v. R. I. Interscholastic League[EB/OL]. [2021-08-12]. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/469/659/1582259/>
- [7] 乔一涓. 从塞门亚事件看体育领域性别法律问题的新发展[J]. 法学评论, 2013(6): 134-140.
- [8] SKINNER-THOMPSON S, TURNER I M. Title IX's protections for transgender student athletes[J]. Wisconsin Journal of Law, 2013, 28(3): 271-300.
- [9] 张剑源. 性倾向、性别认同、同性恋立法运动回顾及相关问题研究[J]. 环球法律评论, 2008(4): 90-99.
- [10] GREEN R. Suspended hyperandrogenism regulations under the spotlight at Rio Olympics[EB/OL]. [2021-08-12]. <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4887edb3-28e2-4546-be2f-6e5f14b7e61f>
- [11] 东方早报. 解析菲尔普斯：臂展超 2 米腿仅 80 厘米 大脚直逼索普 [EB/OL]. [2021-08-12]. <http://2008.sina.com.cn/zq/aq/2008-08-13/0844197225.shtml>
- [12] MICHELLE BYCZKOW, KIRSTY THOMPSON. Testosterone maketh the man or woman: Slowing down Caster Semenya[J]. New Zealand Women's Law Journal, 2019(3): 327-347.
- [13] SOFIA BALZARETT. Caster Semenya's legal battle against gender stereotypes: On nature, law and identity[EB/OL]. [2021-08-12]. <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/caster-semenya-s-legal-battle-against-gender-stereotypes-on-nature-law-and-identity-by-sofia-balzaretti-university-of-fribourg>
- [14] SUSAN HARRIS RIMMER, KATE OGG. Research Handbook on feminist engagement with international law[M]. Edward Elgar: Cheltenham, 2019: 24.
- [15] TYLYN WELLS. Intersex, hyperandrogenism, female athletes: A legal perspective on the IAAF doping regulations and where hyperandrogenic female athletes fit in[J]. Santa Clara Journal of International Law, 2019, 12(2): 2-18.
- [16] NATALIE ST CYR CLARKE. The legality of the anti-doping whereabouts rules: An analysis of the FNASS v. France human rights case [EB/OL]. [2021-08-12]. <https://www.lawinsport.com/topics/articles/item/the-legality-of-the-anti-doping-whereabouts-rules-a-n-analysis-of-the-fnass-v-france-human-rights-case#references>
- [17] RANSDELL L B, WELLS C L. Sex differences in athletic performance[J]. Women in Sport and Physical Activity Journal, 1999, 55: 60-85.
- [18] History.com Editors. Gertrude Ederle Becomes First Woman to Swim English Channel[EB/OL]. [2021-08-12]. <https://www.history.com/this-day-in-history/gertrude-ederle-becomes-first-woman-to-swim-english-channel>
- [19] 周青山. 对国际体育仲裁院裁决“奥斯卡案”的法理思考[J]. 体育学刊, 2010, 17(11): 30-34.

