



行政法视角下的反兴奋剂法律规制

张程龙, 成渝, 谭小勇*

摘要: 自1989年《全国性体育竞赛检查禁用药物的暂行规定》颁布以来,我国政府一直致力于反兴奋剂的立法与实施工作。虽然已取得了良好效果,但主要依靠政府推动迅速建立的反兴奋剂制度在发展过程中必然会面临一些问题。因此本文主要运用文献资料法,从行政法的视角对我国反兴奋剂的法律与制度进行分析,认为当前我国反兴奋剂制度在体制、程序、预防措施、权利保护等方面存在不足或缺失,并从立法、监督机制、听证笔录、行政约谈四个方面提出建议,以期推动我国反兴奋剂制度的进一步完善,并提供研究反兴奋剂领域的新视角。

关键词: 反兴奋剂;行政法;法律规制;听证笔录;行政约谈

中图分类号:G812.0 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2020)04-0008-08

DOI:10.12064/ssr.20200402

Anti-Doping Legal Regulation from the Perspective of Administrative Law

ZHANG Chenglong, CHENG Yu, TAN Xiaoyong*

(Sports Law Institute of Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

Abstract: Since the *Provisional Regulations on Inspection of Banned Substances in National Sporting Events* was issued in 1989, Chinese government has been committed to anti-doping legislation and enforcement. Although great progress has been achieved, the anti-doping system, which is mainly initiated by the government, is bound to face some problems in the process of development. Therefore, this study, mainly uses the method of literature review to analyze the anti-doping law and system in China from the perspective of administrative law. It is held that current anti-doping in China has deficiencies and shortcomings in its system, procedures, preventive measures, rights protection and so on. Therefore, some suggestions are put forward from the four aspects: legislation, supervisory mechanism, hearing transcripts and administrative interview, in order to promote the improvement of China's anti-doping system and offer a new perspective in the field of anti-doping study.

Key Words: anti-doping; administrative law; legal regulation; hearing transcripts; administrative interview

反兴奋剂问题一直是体育学界与法学界关注的热点,在法学领域,有诸多学者已从国际法、刑法、比较法等视角对其焦点问题进行了讨论,但鲜有学者从行政法的视角来探讨我国的反兴奋剂制度。事实上,鉴于我国政府在反兴奋剂中的法律地位以及反兴奋剂的法律渊源,反兴奋剂制度的进一步完善离不开行政法的“关怀”。基于此,本文将以行政法为视角对我国反兴奋剂法律问题进行阐述与分析,一方面期许能够更好地监督反兴奋剂机构的权力,保护运动员及相关主体的权利,实现程序

正当;另一方面亦希望能够提供一种研究反兴奋剂法律问题的新思维,促进反兴奋剂制度在行政法领域中的进一步研究。

1 我国行政法律在反兴奋剂领域中的制定与发展

在我国,反兴奋剂的法律规制工作已有近40年的发展历程,且对反兴奋剂的法律规制主要是以行政法规、规章的形式来实现。总体上这一发展历程可以分为两个阶段,即以《中华人民共和国体育法》(以

收稿日期:2020-01-20

基金项目:国家体育总局决策咨询研究重点项目(2019-B-20)。

第一作者简介:张程龙,男,在读硕士研究生。主要研究方向:宪法学与行政法学。E-mail:1536896287@qq.com。

*通信作者简介:谭小勇,男,硕士,教授,硕士生导师。主要研究方向:体育法学。E-mail:txy641011@sina.com。

作者单位:上海政法学院 体育法治研究院,上海 201701。



下简称《体育法》)的制定为界限,在《体育法》制定颁布以前,我国反兴奋剂工作以国务院部门规章的形式进行规制,在《体育法》颁布以后,则采用法律、行政法规与部门规章相结合的方式进行规制。

1.1 《体育法》颁布前

在《体育法》颁布以前,我国政府就已经开始重视反兴奋剂的各项工作,并开始着手进行反兴奋剂的行政立法。在1987年和1989年,国家体育运动委员会(已于1998年3月24日改组为国家体育总局,以下简称国家体委)就发文要求贯彻执行国际奥委会的反兴奋剂规定。为了加强对兴奋剂的检查工作,国家体委于1987年设立了国家体委运动医学研究所,下设兴奋剂检测中心,该中心于1989年获得了国际奥委会的认定资格。在兴奋剂检测技术相对成熟的情况下,为了更好地举办在北京举行的第十一届亚运会,国家体委于1989年5月提出对兴奋剂问题实行“严令禁止、严格检查、严肃处理”的“三严方针”,并颁布了我国第一部反兴奋剂规范性文件《全国性体育竞赛检查禁用药物的暂行规定》(以下简称《暂行规定》),该文件的颁布标志着我国反兴奋剂工作正式步入规范化道路,政府开始以行政规范性文件的规制方式为我国反兴奋剂工作提供法律依据。但《暂行规定》全文只有十一条,内容简略,检查、禁用药物的程序规定不明确、处罚机制不健全,且缺少对运动员权利的保护与救济。由于其在法律制度上存在严重缺陷,因此运动员使用兴奋剂的问题并没有得到有效控制,反而呈愈演愈烈之势。在1994年世界游泳锦标赛上,中国女选手获得12枚金牌,引起国际泳坛的广泛质疑。随后在广岛亚运会上,中国体育代表团取得了出色的成绩,但是在比赛结束的1个月,有17名中国运动员的兴奋剂检测呈阳性,其中11名选手的金牌被取消^[1]。在此背景下,国家体委又于1995年3月颁布了《禁止在体育运动中使用兴奋剂的暂行规定》,相较于1989年颁布的《暂行规定》,该规定在立法内容、立法体例上都有了明显的改进,如细化了兴奋剂检查程序的规定,引入了兴奋剂违规听证制度,明确了违法的处罚责任等,是一部相对进步的关于反兴奋剂的行政规范性文件。不难看出,在《体育法》颁布以前,我国的反兴奋剂行政立法工作已经取得了一定的成果,但从总体来看,这一时期立法层次不高,立法形式单一,且受举国体制等诸多因素的影响,立法内容中行政管理的倾向性明显,使得这一时期反兴奋剂工作的法治化水平较低。

1.2 《体育法》颁布后

在《体育法》颁布之后,我国反兴奋剂的行政法律规制工作进入了快速发展时期。1995年8月,《体育法》正式颁布实施,其第34条第2款明确规定,“在体育运动中严禁使用禁用的药物和方法。禁用药物检测机构应当对禁用的药物和方法进行严格检查”。《体育法》的颁布为反兴奋剂的法律工作提供了法律保障与法律依据,也提升了立法层次与权威。为了更好地落实《体育法》第34条第2款的规定,1998年12月国家体育总局发布1号令《关于严格禁止在体育运动中使用兴奋剂行为的规定(暂行)》,其中对单位违法使用兴奋剂的行为作出详细规定,并提出实行惩罚与教育相结合的原则,开始在立法中重视教育对预防使用兴奋剂的作用。之后,我国政府签署《哥本哈根宣言》,于2003年签署执行《世界反兴奋剂条例》。2004年1月,国务院颁布的《反兴奋剂条例》,明确了社会团体、管理单位、辅助人员的反兴奋剂义务以及运动员的行为规范,对于控制兴奋剂滥用,维护体育赛事的纯洁性具有重要意义,标志着我国反兴奋剂工作纳入法治化、制度化和规范化的轨道。2015年1月1日,国家体育总局颁布的《反兴奋剂管理办法》取代了已执行17年的1号令,成为体育界反兴奋剂的主干法,标志着我国反兴奋剂工作迈入法治化与规范化的新阶段。2019年11月18日,最高人民法院发布《关于审理走私、非法经营、非法使用兴奋剂刑事案件适用法律若干问题的解释》,标志着使用兴奋剂正式纳入我国刑法的规制范围,为打击兴奋剂犯罪,维护公平竞赛,保护体育运动员提供了强力保障。

目前我国已经形成了以《体育法》为中心,以《反兴奋剂条例》为主要依据,以《刑法》为最后防线,以国家体育总局制定的多个部门规章为辅的反兴奋剂法律体系。在该体系中,行政法规与规章为主干,在严格落实《体育法》关于禁止使用禁用药物的法律规定上发挥着主要作用,国家通过行政法规与规章有效促进反兴奋剂实践中具体法律问题的解决。

从总体来看,我国的反兴奋剂法律工作一直处于不断完善的发展过程中。但我国在20世纪90年代之前一直实行计划经济体制,在体育领域中则突出表现为举国体制,这种体制对我国反兴奋剂的立法与实施产生了深远影响。我国的反兴奋剂法律依据主要来源于政府颁布的法规、规章,反兴奋剂的具体实施工作由政府主导控制,因此该体制在推动我国反兴奋剂制度得以迅速建立的同时也造成反兴奋



剂制度的僵化与封闭。目前国内对反兴奋剂机构权力的行使缺少监督,对反兴奋剂相关权利主体的救济力度明显不足,现有的规范性文件难以与国际反兴奋剂处罚救济形成对接,与国际体育的治理层面也未能协调一致。

2 反兴奋剂适用行政法律规制的现状

2.1 我国反兴奋剂规制以政府为主导

从组织机构上看,根据2004年国务院颁布的《反兴奋剂条例》第四条的规定,由国家体育主管部门负责组织全国的反兴奋剂工作,地方食品、药品、卫生以及教育等各相关部门根据各自的职权履行《反兴奋剂条例》、相关法律法规规定的反兴奋剂职责。这确立了我国反兴奋剂工作是在国务院的领导下由国家体育总局具体负责组织,相关部门在各自职责范围内予以配合的管理体制。2014年国家体育总局又颁布了《反兴奋剂管理办法》,作为《反兴奋剂条例》的实施细则,在其第五条以及第八条中明确了国家体育总局以及地方各级体育主管部门享有领导、协调、监督的权力,省级体育主管部门、国家反兴奋剂机构、全国性体育社会团体、国家运动项目管理单位应在国家体育总局的审核监督下实施反兴奋剂工作。至此,国家以法律形式规定了各个部门与机构的职权划分,确立了政府在反兴奋剂工作中的行政主导地位。

2.2 我国的反兴奋剂行为具有行政性

由于政府在反兴奋剂中的主导地位,我国反兴奋剂行为具有明显的行政性,造成这种行政性色彩的原因是多方面的,但笔者认为最主要的原因在于检查、处罚、监督的机构均与行政主体有密切联系,使得处罚的程序、责任、救济等行为均具有行政性。根据《反兴奋剂管理办法》第十一条的规定,我国对运动员使用兴奋剂的处罚由全国性的体育社会团体依照法律、社团章程等规定来具体实施。从应然的角度来看,各个体育社会团体应是独立的体育社会自治组织,与行政机关不存在隶属性质的牵连关系。但从实然的角度看,目前除中国足球协会与中国篮球协会之外,全国性体育社会团体仍然挂靠于各运动项目管理中心,而各个运动项目管理中心实际上属于法律法规授权的事业单位,属于行政主体,行使部分行政职权,由此从机构性质上来看,我国的全国性体育社会团体本身就具有行政性。此外,具体负责我国反兴奋剂事务的机构是中国反兴奋剂中心,是国家体育总局的直属事业单位,受国家体育总局的领

导。根据法律规定以及国家体育总局的授权,中国反兴奋剂中心承担了部分行政职能,在反兴奋剂的调查、听证、结果管理等程序及救济措施中都有所参与。综上不难发现我国反兴奋剂的检查、处罚、监督与救济均主要依靠行政主体实施,因此我国的反兴奋剂行为势必会带有浓厚的行政色彩。

3 当前我国行政法律在反兴奋剂规制中存在的问题

3.1 体制不健全

3.1.1 缺少相对独立、有效的监督机构

前文已述,我国的反兴奋剂工作主要依靠政府推动实施,反兴奋剂行为具有浓厚的行政色彩,势必要对行使部分权力的行政主体加强监督。根据《反兴奋剂管理办法》第十条:“国家反兴奋剂机构按照有关法律法规和本办法的规定,组织实施兴奋剂检查与检测,实施对涉嫌兴奋剂违规的调查、听证、结果管理和监督。”由中国反兴奋剂中心集中行使调查、结果管理,以及组织听证的权力符合兴奋剂纠纷解决的要求,也符合《世界反兴奋剂条例》的规定,这有利于提高反兴奋剂效率,保障国家反兴奋剂机构的专业性与权威性。但考虑到我国反兴奋剂体制下政府与协会的特殊关系以及体育仲裁制度的缺位,再由中国反兴奋剂中心单独行使监督权显得不太合适。根据《反兴奋剂管理办法》第三十条第一款规定:“全国性体育社会团体、兴奋剂检查委托方等有关单位应当在接到兴奋剂违规通知之日起三个月内作出处理决定。”第三款规定:“有关单位逾期不作出处理的,国家体育总局可以授权国家反兴奋剂机构处理。从第三十条可知全国性体育社会团体虽享有对违规运动员的处罚权,但其依据来源于国家反兴奋剂机构作出的判断,并且在逾期不履行处理决定时,国家体育总局还可以授权反兴奋剂机构代为处理。在目前全国性体育社会团体与体育运动管理中心实质上“两块牌子,一套人马”的情况下,全国性体育社会团体更像是一个执行政府结论的下属执行机构,而不是参与其中的独立体育社会团体组织,其享有的处罚权也实质上被牢牢掌握在国家反兴奋剂机构手中。如果反兴奋剂机构既是处罚规则的“立法者”,又是追诉违规的“检察官”,同时是审理案件的“法官”和“陪审团”,还是处罚决定的“执行官”,很有可能造成处罚不公^[2]。因此应控制中国反兴奋剂中心的处罚权,使其还权于体育社会团体,同时加强对其他权力行使的监督力度。考虑到我国短时期内仲裁制



度难以建立,司法审查难以介入,因此建立相对独立有效的监督机构以确保权力的行使能够公平公正,是相对具有可操作性的。目前对中国反兴奋剂中心的监督主要依靠中心几个部门分散实施,这种监督力度相较于其行使的权力而言远远不足,这也使得反兴奋剂机构在行使自由裁量的事项上更加难以被有效约束。

3.1.2 行政裁量事项无有效约束

行政裁量是指“在行政过程中,行政机关等行政主体依据法规所设定的范围、限度乃至标准或者原则,按照其自身的理解,针对一定的事项或者事实而作出判断和处置的方式、方法或者形态”^[3]。因此就行政裁量本身而言,若适用得当,有利于提高行政效率,弥补成文法的缺点,使法律保持一定的灵活性与适应性,是一种有益的行政行为、方法或者形态。但行政裁量终究是权力,若对其过分地放纵,也会产生诸多问题,使国家变成一个庞大的“利维坦”,因此正如日本著名行政法学者田中二郎博士所言“行政法的精髓在于裁量”。而对于我国的反兴奋剂规制而言,一方面国家通过法律赋予反兴奋剂机构调查、结果管理、监督、听证等权力,但同时法律不可能对反兴奋剂机构每项权力的行使均规定得面面俱到,必然要给予反兴奋剂机构一定的自由裁量空间,这有利于反兴奋剂机构提升反兴奋剂的效率,保持机构必要的灵活性;另一方面我国反兴奋剂机构主要“自我监督,自我约束”,这导致反兴奋剂机构在涉及自由裁量事项上权力的行使缺乏有效的约束,极易超出法律所设定的裁量范围,造成权力滥用。此外,监督机制的缺失也很难落实、追究因重大过失或利益交易造成错误行使权力的责任人。而有权必有责,权责一致是行政法上一项基本原则,在反兴奋剂领域中也理应得到重视。因此,加强对反兴奋剂机构的监督,确保反兴奋剂机构权力的行使不逾越法律的边界将是我国反兴奋剂机构体制改革的重点与难点。

3.2 程序不当

3.2.1 举证与证明程序

我国目前在反兴奋剂的举证责任上采取了类似行政诉讼过程中举证责任倒置的方式,在证明标准上相较于《中华人民共和国行政诉讼法》第五章证据规则,《体育运动中兴奋剂管制通则》进行了细化,提高了反兴奋剂机构提交证据的标准,降低了运动员举证责任中的证据要求。这一方面是由于在反兴奋剂举证过程中实行严格责任制,另一方面是由于运动员面对反兴奋剂机构时,处于相对弱势的法律地

位。但看似更加优越的证据责任制度,其公正性仍然让人质疑。在行政诉讼中,由一个中立的第三方,即法院,对行政主体与行政相对人提交的证据进行审查并居中裁判,而在反兴奋剂中却不然,正如美国学者戈尔丁所言:“任何人不能成为自己案件的法官。”但事实上,我国目前并未建立一个类似于法院的居中裁判的机构,对证据的审查实质上是由反兴奋剂机构组织的,而全国性体育社会团体也主要是根据反兴奋剂管理中心的判断对运动员作出最终处罚。由于在反兴奋剂程序中缺少一个公正独立的第三方对相关证据进行判断,使得上述证据责任分配在实施过程中难以保证公平公正,换言之,这种意在解决争讼的程序设置,虽然在法律条文中已经规定得较完善,但是如果并没有建立相对公平独立的诉讼程序平台或者是相配套的监督程序,此类程序设置就难以发挥其原有的价值意义。此外,尽管反兴奋剂中心最终提出的证据可能符合事实,但也要考虑其是否涉嫌非法取证,程序是否正当,运动员的隐私权等权利是否得到法律保障。尤其反兴奋剂中心可能迫于较高的证明标准而采取不当手段收集运动员涉嫌违规的证据,而我国针对此类违法、违规行为目前皆没有独立、公正的第三方可以介入调查。因此整个举证与证明程序缺少配套的促进公平运行的程序措施,而这些程序措施的实现有赖于仲裁机构或者是监督机构的设立。

3.2.2 听证程序

听证作为一项法律制度在国外已有了数十年的发展历史。在法哲学领域,听证的基础是英美法系中的自然公正原则(natural justice),意指任何权力必须公正行使,对当事人不利的决定必须听取他的意见^[4]。由此可见,听证制度的建立对于“控权保民”具有重要的积极意义。事实上,一般认为听证制度在我国最早也是通过《中华人民共和国行政处罚法》建立的。随着我国法治社会的发展以及人权观念的增强,我国在反兴奋剂领域中也建立了听证制度。在我国目前尚未建立反兴奋剂争议解决机构以及国内运动员限于各种条件难以向国际体育仲裁庭直接申请裁决的情况下,听证制度的设置对我国运动员而言,无疑是一种重要的权利救济手段。相较于建立较早的行政听证制度,我国的反兴奋剂听证制度在某些方面甚至走在前列。根据国家体育总局于2018年发布的最新的《兴奋剂违规行为听证规则(暂行)》(以下简称《听证规则》),该规则明确了听证委员会的职责,完善听证主持人制度,规定听证笔录的内容,甚至考虑到体育领域的特殊性还建立了临时听证制度。但



同时,《听证规则》也面临一些挑战与困境,例如听证的监督制度未能建立,听证笔录的法律地位问题没有明确。根据《听证规则》第三十条的规定,“有关项目协会或委托方应当在接到听证会结论的1个月内依法作出处理决定”,从上述条款可知听证笔录对最终处罚决定所起的作用并不明显。而听证笔录应当是听证程序的核心部分,国家反兴奋剂机构之所以不断完善听证规则,其最终目的是为了保障听证笔录是在公开、公平、公正的程序下记录的,但是目前听证笔录是否起作用以及能起到多大作用都不明确,明确听证笔录的法律地位将是听证程序进一步完善的重要工作。

3.3 预防措施单一

目前我国预防兴奋剂滥用主要采取三种措施:一是宣传教育。通常由国家反兴奋剂机构与媒体合作,通过各种形式的反兴奋剂宣传工作提高公众的反兴奋剂意识,或者对运动员和辅助人员开展反兴奋剂教育。二是实行资格准入制度。国家体育总局建立了反兴奋剂教育资格准入制度,并且将其作为运动员和辅助人员入队、注册和参赛的必要条件。三是对食品、药品、营养品进行管理。例如,对运动员及管理单位提供食源性兴奋剂检测支持,负责运动员治疗用药豁免工作,对运动员及管理单位提供营养品兴奋剂检测支持。前两种在本质上仍然是教育手段,只是采取了不同的教育方式,第三种则是通过兴奋剂检测技术来管控食品、药品,属于技术预防(这不属于本文讨论的范畴)。以上三种措施均有利于控制兴奋剂的滥用,教育措施一直是我国预防兴奋剂滥用的核心方式,并且也取得了一定的成效。但教育措施对运动员及协会不具有威慑性,仅能起到潜移默化的作用,主要依靠运动员与协会自觉学习与遵守,最多可以有效防止运动员及协会因过失而使用兴奋剂的行为,即对本来就不愿意使用兴奋剂的运动员、协会具有作用;而对于那些涉嫌故意使用兴奋剂以及意图使用兴奋剂的运动员、协会来说,在检查与处罚过程中可能因为证据链条未达不到证明标准或法律空白等未受到处罚或者处罚较轻,这会增强其侥幸心理,进而为了追求更好的比赛成绩与个人利益铤而走险使用兴奋剂,此时仅依靠宣传教育与资格准入考试已难以起到预防使用兴奋剂的效果,应需要一定的外部压力以震慑此类运动员与协会,但此类群体涉嫌使用兴奋剂或者将要使用兴奋剂,因此无法接受反兴奋剂法律的强制性制裁,这种情况的预防措施在我国当下的反

兴奋剂领域是非常缺少的。因此应当进一步丰富和完善我国的兴奋剂预防制度,在以教育为主的预防措施之外,还应当考虑借鉴其他有利于兴奋剂预防的经验、措施、制度,将其作为一种补充或辅助机制以更好地实现兴奋剂预防。

3.4 权利保障不足

3.4.1 对运动员权利保障不足

加强对运动员权利的保障是世界反兴奋剂工作的趋势。2019年11月于波兰召开的第五届世界反兴奋剂大会发布了新版的《世界反兴奋剂条例》(World Anti-Doping Code)^[5],新版条例的修改内容包括运动员权益、委托检查、兴奋剂检测实验室、违规处罚等多个方面,并制定了《隐私和个人信息保护国际标准》(International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information)。此外大会还通过了《反兴奋剂运动员权利规则》(Athletes' Anti-Doping Rights Act)^[6],该规则第八条赋予了运动员数据保护权,运动员有权公平、合法和安全地处理反兴奋剂组织进行的个人信息收集,并可以要求反兴奋剂组织在不用于任何合法的反兴奋剂目的时将其信息删除。第十六条赋予了运动员兴奋剂检查时必要的知情权与抗辩权。比如运动员有权查看兴奋剂检查官的身份,有权要求其提供有关样本收集过程的其他信息,享有被告知自身权利和责任的权利等。相较于国际上《反兴奋剂运动员权利规则》对运动员权利的保护,我国的相关立法则要落后得多,作为规范反兴奋剂工作的唯一一部行政法规,《反兴奋剂条例》在内容上更多的是对权力分配以及处罚方法的规范,并没有系统地对运动员权利的保护进行规定,而作为《反兴奋剂条例》的各项配套规章文件,在具体落实时也没有建立起良好的检查、监督制度,赋予运动员在检查过程中充分的抗辩权,在处罚过程中也未建立有效救济制度以更好地维护运动员合法权益,在处罚之后也未建立因处罚不当而对运动员造成损失的补偿制度,这些制度的缺失导致我国在反兴奋剂领域对运动员保护的力度严重不足。

3.4.2 对其他权利主体保障不足

在反兴奋剂领域,运动员权利的保护问题得到了广泛的关注,但与该领域相关的其他权利主体却未得到应有的重视,事实上,这些权利主体同运动员一样,处于相对较弱的法律地位,而且从某种程度上相较于运动员他们想要获得救济权利更加困难。根据《反兴奋剂管理办法》第三十二条规定“相关人员属于国家工作人员的,应当依法给予警告、记过直至



开除的处分。体育主管部门可以按照有关法律、法规和本办法,制定兴奋剂违规人员处分实施细则”。目前我国并未制定兴奋剂违规人员处分实施细则,主要是由行政机关自行裁量给予违规人员处分。当涉嫌违规人员属于国家工作人员时,这种裁量权的实施更加难以约束,国家工作人员想要获得救济也更加困难,这主要原因在于公务员制度在我国确立的时间并不长,且受德国学者奥托·迈耶“特别权力关系理论”的影响,我国通常将行政机关与公务员之间的关系视为一种特别权力关系而明显区别于一般行政关系。公务员与行政机关之间的特别权利关系,就是公务员不享有公民的基本权利,不适用人权保障原则,也不得利用诉讼救济途径来审查行政机关的处分行为^[7]。故当前公务员救济的途径主要是向原行政机关复核,对复核不服的向同级公务员主管部门或者作出该人事处理机关的上一级机关提出申诉,显然这一救济制度不足以充分保护此类主体的合法权益。此类权利主体涉及兴奋剂违规被给予处分,对其权利的保障几乎空白,因此制定兴奋剂违规人员处分实施细则对于保护从事反兴奋剂事业的公务员而言,将具有重要的意义,可以有效限制行政机关的裁量权,防止滥用处分权。

4 完善反兴奋剂制度的建议

4.1 完善反兴奋剂制度体制,建立相对独立的监督机构

4.1.1 反兴奋剂监督机构建立的必要性

“任何权力都有可能被滥用,尤其是没有被及时、全面而有效监督的权力,都必然会蜕变为腐败的温床”^[8]。兴奋剂违规处罚构成最严厉的体育纪律处罚,触及到了运动员的基本权利,理应受到严格的监督。德国、日本均设有独立体育仲裁机构以专门解决兴奋剂纠纷,既为运动员提供权利救济,亦对兴奋剂处罚权形成有效的监督与制约。法国出于对权力的警惕性,对于兴奋剂纠纷可以采取行政复议、行政诉讼的方式寻求救济,此外,法国国家反兴奋剂机构内部还设有专门的监察部以监督反兴奋剂机构各部门权力的行使^[9]。而我国目前尚未建立体育仲裁与体育诉讼制度对反兴奋剂机构的权力进行制约监督,中国反兴奋剂中心也未建立专门的监督机构进行内部监督,其内部监督权主要散落于法律事务处、检查处以及情报调查处三个部门,既不专业也不全面,因此国家反兴奋剂体制实质上缺少一个相对独立、有效的监督机构。

4.1.2 监督反兴奋剂机构权力的途径

目前我国对行政权力的监督途径主要包括横向路径与纵向路径。横向路径通常是指国家机关、新闻媒体、政党及社会团体与公众对行政权的监督。依靠国家机关以及政党和社会团体监督国家反兴奋剂机构明显不具有可行性,而依靠新闻媒体与公众监督则力度严重不足,我国主流新闻媒体与公众对反兴奋剂的相关工作关注度不足,社会公众普遍不关注,因此从横向路径监督反兴奋剂机构的权力难以达到良好效果,在反兴奋剂领域其可以作为一种辅助监督的方式,但不能只依靠媒体与公众。纵向路径一般包括三方面:一是权力机关对行政权的监督;二是上级行政机关对下级行政机关的监督;三是专门机关对行政权的监督。依靠权力机关与上级行政机关监督反兴奋剂机构在理论上是可行的,但在实践中难以实施,监督反兴奋剂的检查、处罚、听证需要专门的技术性人才,否则监督将只会流于表面与形式。鉴于上述分析,依靠专门机关对行政权进行监督在反兴奋剂领域中不失为一种合适而有效的方式,即国家体育总局下设专门的与反兴奋剂中心平行的反兴奋剂监督机构。对于滥用职权的强力的真正纠正办法,就是用强力对付强力^[10]。此外《反兴奋剂管理办法》第八条明确规定:“国家体育总局领导、协调和监督全国的反兴奋剂工作。”因此由国家体育总局下设专门监督机构不存在法律障碍。设置此监督机构可以对反兴奋剂过程中的检查、处罚、听证的事项进行有效监督,也可实现对我国反兴奋剂中心权力制约的目的,例如中国反兴奋剂中心组织听证的程序若存在重大缺陷,则可赋予监督机构取消本次听证并要求反兴奋剂中心重新组织听证的权力,若反兴奋剂中心认为监督机构滥用监督权,也可以向其共同的上级机关国家体育总局提出异议。因此独立监督机构的设立既有利于控制反兴奋剂机构的权力,也将会显著提升我国反兴奋剂机构的权威性。

4.2 加强程序建设,促进程序正当

完善听证与证明程序需要一个相对独立的体育仲裁庭,对于体育仲裁庭建立的必要性,以及目前的可操作性已有大量的文章进行了分析与阐述,并提出了不同的见解与方案,笔者对此不再赘述。笔者发现,专家与学者虽观点可能会有不同,但均普遍认为体育仲裁庭在我国短时间内难以建立。因此笔者认为进一步完善反兴奋剂程序方面工作,除要继续推动体育仲裁的立法突破与仲裁庭的建立之外,目前



可以着重进一步完善听证程序,其中听证程序的核心是听证笔录。鉴于我国听证过程中听证笔录的法律地位,笔者主张引用行政案卷排他性规则。“行政案卷排他性规则是指行政机关应以行政案卷为依据作出行政行为,行政行为以行政案卷以外的证据、文件为依据的,应当依法被撤销的程序规则”^[10],而“听证笔录应当是案卷中的组成部分”^[12]。目前,行政听证制度完善的国家无不执行行政案卷排他性规则,可见此规则对于保障听证笔录制约行政权力具有重要意义。故在反兴奋剂领域中适用行政案卷排他性规则是指享有处罚权的体育社团应以听证笔录为依据而作出处罚决定,而以听证笔录以外的证据、文件为依据作出的处罚应当依法被撤销。事实上早在2018年《听证规则》修改之前,就已有学者有过类似主张,“我国兴奋剂违规行为听证,从形式上可以划归为正式的听证会。那么,从理论上来说,听证笔录应当是兴奋剂检测委托方或单项体育协会作出最终处罚决定的唯一依据”^[13]。笔者对此亦持赞同意见,原因有三:一是我国兴奋剂救济制度不健全,听证可以对运动员提供一定的救济;二是新修订的《听证规则》在听证程序上相较之前的版本进行了明显的改进,听证机制较为完善;三是在监督权力的行使下,听证笔录可以明确反映质证、申辩的过程,增强了处罚决定的透明度。如果将听证笔录作为处罚决定的唯一依据,将有效地提升处罚的公正性,在一定程度上可以实现控权。但同时需要注意,听证笔录的记录过程,除涉及国家秘密、运动员个人隐私之外必须公开进行,若运动员认为公开听证笔录会损害其个人利益的,也可以向听证会申请采取录音、录像等手段而不向社会公众公开听证。

4.3 丰富预防措施,引入约谈制度

4.3.1 约谈概说

“约谈”原是香港特区税务局针对被审查的纳税主体的“喝咖啡”制度,作为经验被引入大陆^[14],并首先在内陆地区税务部门得到迅速推广。目前,在行政管理的诸多领域,如“体育”“国土资源”“能源”“科技、教育”“劳动、人事、监察”“市场监管”“安全生产”等都制定了行政约谈的管理办法,采用了行政约谈制度。行政约谈有广义与狭义之分,本文所指的行政约谈是狭义的行政约谈,即“行政主体在相对人有违法之虞或轻微违法时,通过约请谈话、说明教导、提出警示的方式建议相对人纠正违法行径,以避免违法之风险的行为”^[15]。可见行政约谈具有非权力属性,主要目的在于预防违法并追求效率价值。

4.3.2 反兴奋剂引入行政约谈的意义

《反兴奋剂管理办法》第四条提到,反兴奋剂工作要遵循“预防为主,教育为本”的原则。在2018年第二届全球反兴奋剂教育大会中,国家体育总局局长苟仲文在致辞中再次强调了,我国坚决打击滥用兴奋剂的行为,高度重视反兴奋剂教育工作,要秉持“教育为本,预防为主”的理念,不断地推进反兴奋剂工作。但是目前,我国对于兴奋剂的预防措施少之又少,引入约谈这样重在预防的制度对反兴奋剂领域来说是适时而适宜的。首先,行政约谈虽然是一种相对柔性的预防违法的手段,但国家反兴奋剂机构与运动员、协会的法律地位存在实质的不对等,所以对涉嫌使用兴奋剂的运动员或涉嫌帮助运动员使用兴奋剂的协会、体育团体、个人在一定程度上具有明显的威慑性,能够起到警示作用。其次,我国的反兴奋剂工作主要由政府推动,仅靠政府推动难免会造成协会与运动员的抵触心理,而行政约谈具有非权力属性,不具有强制性,能够给予相对人与反兴奋剂机构一定的说理性空间。且我国制定各种反兴奋剂的法律法规重要目的在于预防运动员使用兴奋剂,通过行政约谈在一定程度上可以避免违法之风险。最后,运动员涉嫌使用兴奋剂可能面临临时停赛等处分,而行政约谈具有效率性,可以推动涉嫌兴奋剂事件的快速解决。

4.3.3 反兴奋剂领域适用行政约谈的限制条件

目前,在我国行政管理领域中,行政约谈已出现了“以谈代罚”甚至“强制约谈”的现象,有必要对反兴奋剂领域中适用约谈的情形进行限制。笔者认为在反兴奋剂领域中目前只有两种情形可以适用行政约谈:一是反兴奋剂机构有合理理由怀疑运动员或者协会帮助运动员使用兴奋剂但难以达到证据标准的,即违法事实不清楚的情况下,可以适用行政约谈,以震慑运动员、协会、其他个人,防止其使用兴奋剂;二是在反兴奋剂法律没有明确规定或者规定不明导致对运动员是否违规难以判断或者需要承担何种处罚责任会有偏差时,即法律规定不清楚的情况下,可以适用行政约谈。由于目前行政约谈的约谈过程不公开、不透明,且缺少救济途径,除上述两种情形外,建议在其他情况下应谨慎适用行政约谈。

4.4 完善反兴奋剂立法,加强权利保护

根据中国反兴奋剂中心发布的2018年《反兴奋剂法规汇编》^[16],目前政府共颁布一部行政法规、七部部门规章来具体规范我国反兴奋剂相关工作,可见反兴奋剂实施的主要法律依据来源于政府制定的



部门规章。而相较于法律,部门规章的制定与修改程序较为灵活,内容更加具体,富有针对性,因此反兴奋剂领域的完善立法具有更好的操作性与可实现性。

完善立法虽然是一种老生常谈的解决方式,但若要加强运动员及相关主体的权利保护,立法是前提与基础。“权利云者,乃得享受特定利益之法律上之力也。”^[17]运动员的权利需要受到法律之力方能得到更有效的落实与保障。针对前文提出的问题与困境,笔者认为需要从四个方面进行完善。第一,在立法中加强对运动员及相关主体权利保护与救济,结合2021版的《世界反兴奋剂条例》,要保障运动员程序性以及实体性权利,明确禁用清单不得溯及既往;目前我国听证委员会仍隶属于中国反兴奋剂中心,应进一步提高听证委员会独立性;放宽对“受保护人员”即未成年人、限制民事行为能力人的处罚力度,以及减轻对业余运动员兴奋剂违规行为的处罚^[18]。同时要参考《反兴奋剂运动员权利规则》,它虽然不是一部正式的法律文件,但在公平听证、数据保护、样本收集过程中一系列规定仍具有重要的价值意义^[19]。第二,制定兴奋剂违规人员处分细则,要进一步明确何种事由可以给予违规人员处分,以及其不服处分的救济途径,在细则中明确落行使权力的责任主体,做到权责一致。第三,前文将听证笔录作为兴奋剂处罚的唯一依据,可能导致大量的兴奋剂处罚案件都申请听证,故需要完善《听证规则》,设置听证程序开启的门槛,以防止听证程序被滥用,保障听证程序能够成为运动员权利保护的一种救济手段而不流于形式。第四,制定约谈管理办法,明确适用约谈的情形,规范约谈的法律程序,防止在不透明、不公开的约谈下运动员或协会迫于行政权力的高压而牺牲自己的利益。此外也要禁止“以谈代罚”,避免约谈成为运动员与协会逃避兴奋剂处罚的手段。

5 结语

实施反兴奋剂工作30余年来,我国政府制定了一系列的行政法规与规章来规制兴奋剂的使用,取得一定成效。但后续的工作仍任重而道远,如何更好地监督反兴奋剂机构的权力,实现正当程序,为运动员提供充分的保护与救济仍是未来我国反兴奋剂制度完善的重中之重。

参考文献:

- [1] 远山.袁伟民与体坛风云[M].南京:江苏人民出版社,2009:28-30.
- [2] 卢扬逊,薛童.我国兴奋剂争议解决机制的构建[J].天津体育学院学报,2018,33(04):341-348.
- [3] 杨建顺.行政规制与权利保障[M].北京:中国人民大学出版社,2007:504.
- [4] 王名扬.英国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1987:151-152.
- [5] WADA.2021 World Anti-Doping Code[EB/OL].[2019-12-26] https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf.
- [6] WADA. Athletes' Anti-Doping Rights Act [EB/OL]. [2019-12-26]. www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/athletes_antidoping_rights_act.pdf.
- [7] 史海峰,郭瑞红.论我国公务员权利救济制度[J].四川行政学院学报,2013(02):17-21.
- [8] 杨建顺.行政裁量的运作及其监督[J].法学研究,2004(01):3-17.
- [9] WADA. Sports Code (legislative part) [EB/OL].[2019-12-26]. <http://www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Legal-articles-case-law-and-national-laws/NationalLaws/>.
- [10] [英]洛克.政府论(下篇)[M].叶启芳,瞿菊农,译.北京:商务印书馆,1964:97-98.
- [11] 邱丹.行政案卷排他性规则研究[D].武汉:武汉大学,2011.
- [12] 王明扬.美国行政法(上)[M].北京:中国法制出版社,2005:489.
- [13] 夏婧.我国兴奋剂违规行为听证制度的历程评价与发展对策[J].天津体育学院学报,2016,31(02):166-173.
- [14] 胡贲.部委“约谈”:误解与真相[N].南方周末,2011-06-09.
- [15] 孟强龙.行政约谈法治化研究[J].行政法学研究,2015(06):99-118.
- [16] 中国反兴奋剂中心.2018年反兴奋剂法规汇编[EB/OL]. [2019-11-06]. <http://www.chinada.cn/u/cms/www/201812/05163902hv0d.pdf>.
- [17] 王泽鉴.民法总则[M].台北:兴丰印刷厂,1994:40.
- [18] 郭树理.2021年实施版《世界反兴奋剂条例》之修订[J].体育科研,2020,41(02):19-29.
- [19] 裘韵.《反兴奋剂运动员权利规则》审思[J].体育科研,2020,41(02):45-53.

(责任编辑:晏慧)