



# 兴奋剂《禁用清单》“从旧兼从轻”原则评析

唐 程

**摘 要:** 2021 年实施版《世界反兴奋剂条例》第 27.6 条首次明确《禁用清单国际标准》(《禁用清单》)“从旧兼从轻”原则,该条文类似于法条竞合中的特殊规定。《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的成文化兼顾反兴奋剂理论的发展与实践经验的积累,不仅能有效缓和严格责任原则的严厉程度,还能强化裁决先例的指引作用。基于该原则的本质要求,若缺乏禁用物质代谢周期的科学知识,就应合理调整反兴奋剂组织与运动员之间的证明责任;为排除原则适用的模糊性,应对其时间要件进行目的性扩大解释;此外,禁用物质地位与处罚条件的有利变更,也应当包含于原则的对象范围内。

**关键词:** 《禁用清单》;从旧兼从轻;严格责任;解释方法

中图分类号:G811 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2022)04-0029-08

DOI:10.12064/ssr.2022030203

## Research on Principle of *Lex Mitior* of *Prohibited List*

TANG Zeng

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

**Abstract:** The principle of *lex mitior* of *Prohibited List* is first introduced to the 2021 *World Anti-doping Code* in Article 27.6, which is substantially similar to the special provisions in overlap of articles. The codification of the principle of *lex mitio* of *Prohibited List* is for reasons of the development of anti-doping theory and huge accumulation of practical experience. It can both mitigate the severity of the Strict Liability principle, and strengthen the guiding role of sports arbitration and verdict. Based on the principle of *lex mitio*, if there is a lack of scientific knowledge on the excretion cycle of prohibited substances, the burden of proof between anti-doping organizations and athletes should be reasonably adjusted. In order to eliminate the ambiguity of the application of the principle, the interpretation of its time elements should be expanded purposefully; In addition, favorable changes in the status of banned substances and the conditions of punishment should also be included in the scope of the object of the principle.

**Keywords:** *International Standard for the List of Prohibited Substances and Methods*; *lex mitior*; strict liability; interpreting method

2021 年实施版《世界反兴奋剂条例》(*World Anti-Doping Code*, WADC)在第 27.6 条首次明确《禁用清单国际标准》(*International Standard for the List of Prohibited Substances and Methods*, 简称《禁用清单》)“从旧兼从轻”原则,规定兴奋剂《禁用清单》禁止溯及既往适用,但对运动员有利时可回溯适用<sup>[1]</sup>。这一变更是在原有的 WADC 规则框架下,结合世界反兴奋剂斗争的新发展和面临的新问题,与时俱进地进行反兴奋剂规则的修补和制度完善<sup>[2]</sup>。同时,也引发了关于该做法的必要性与实践意义,以及该原则在具体运用中

的妥适性的疑虑。对此,本文挖掘《禁用清单》“从旧兼从轻”原则成文化的原因,探寻其现实意义,通过分析兴奋剂仲裁实践,对该原则的适用提出完善建议。

## 1 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的相关规定

### 1.1 2021 年实施版 WADC 关于“从旧兼从轻”原则的规定

关于“从旧兼从轻”原则,2021 年实施版 WADC

收稿日期:2022-03-02

基金项目:国家社会科学基金项目(20CTY010)。

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

作者单位:苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006。



最明显的变化体现于新增第 27.6 条——“对《禁用清单》的修改”。依据该条文,原则上修改后的《禁用清单》没有溯及既往适用的效力,应当“从旧”认定兴奋剂违规且“从旧”处罚;但某种物质或方法已从《禁用清单》中删除,此前因之受罚的运动员若仍处于禁赛期,反兴奋剂组织有权对余期予以缩减,即“从轻”执行。

此外,2021 年实施版 WADC 的第 27.2 条和第 27.3 条,保留了原有 WADC“从旧兼从轻”原则<sup>[1]</sup>,从适用范围上看,前者适用于兴奋剂违规认定与处罚,后者属于执行方面的规定。

## 1.2 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则与 WADC “从旧兼从轻”原则的效力关系

2021 年实施版 WADC 将世界反兴奋剂体系重新划分成三个等级<sup>[2]</sup>,《禁用清单》是世界反兴奋剂机构(World Anti-Doping Agency, WADA)制定的国际标准之一,位于第二层级。前两个层级的规范构成了约束 WADC 签约主体的强制性规范。此外,依据《反对在体育运动中使用兴奋剂国际公约》(International Convention against Doping in Sport, 简称《公约》)第 4 条,在效力上与 WADC 的不同之处是,《禁用清单》具有国际公法上的约束力。因其是《公约》附件之一,属于《公约》的组成部分。因此,就《禁用清单》的位阶与效力而言,作为处于体系之中、WADC 之下,并包含于《公约》的强制性规范,《禁用清单》不仅适用于 WADC 签约主体,还对《公约》缔约国政府具有约束力。

与世界反兴奋剂体系的等级划分相协调,依据体系解释方法,《禁用清单》“从旧兼从轻”原则与 WADC“从旧兼从轻”原则之间是特殊规定与普通规定的关系。前者类似于刑法中法条竞合的特殊规定,是因为涉及《禁用清单》的违规行为的特殊性,而将包含在 WADC 的溯及力之内的特定情形予以分离,规定为独立的类型。因此,当某种情形既符合普通规定,又符合特殊规定时,应适用特别规定而排斥普通规定,这是一般原则<sup>[3]</sup>。但是,若普通规定的适用更契合人权价值时,应排斥特别规定而适用普通规定,即以普通规定作为补充性条款,弥补特别规定无法周延适用的漏洞。

## 2 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则成文化的原因

### 2.1 实践依据:“法不溯及既往”原则的适用例外

在体育法领域,尤其是兴奋剂违规案件,适用“法不溯及既往”原则(tempus regit actum)<sup>[4]</sup>据以

裁决是惯常做法。反兴奋剂规则的修订相对频繁,导致国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport, CAS)无法准确识别与案件实质关联的规则,意大利奥委会(Comité National Olympique Italien, CONI)咨询意见案<sup>[4]</sup>首次在反兴奋剂领域确立“法不溯及既往”原则<sup>[5]</sup>。此外,在 Chung 案<sup>[6]</sup>中,“法不溯及既往”原则已得到完整总结。

从既有的裁决来看,上述原则的适用往往出现例外,“法不溯及既往”原则的效力受到“从旧兼从轻”原则(lex mitior)的削弱。国际自行车联盟(Union Cycliste Internationale, UCI)和 CONI 咨询意见一案<sup>[7]</sup>,仲裁庭在适用“从旧兼从轻”原则时,首次对其予以详尽论证:刑法中的“从旧兼从轻”原则是任何民主制度的基本原则,已被绝大多数国家的刑法所采纳。例如,瑞士《刑法典》第 2(2)条、意大利《刑法典》第 2 条都有相关规定。鉴于反兴奋剂组织施加处罚的措施具有刑事性,或者至少存在纪律性,“从旧兼从轻”原则也应适用于反兴奋剂领域。从反兴奋剂背景下理解该原则,若修订后的反兴奋剂规则更有利于运动员,即使被指控的兴奋剂违规行为在新规则生效之前发生,反兴奋剂组织也必须适用新规则。仲裁庭进一步明确,不仅针对处罚决定尚未宣告或未经上诉的情形,而且在处罚决定已形成“既判力”(res judicata)的情况下,只要处罚尚未执行完毕,运动员都可申请适用“从旧兼从轻”原则,请求获得从轻执行。将“从旧兼从轻”原则的适用推广到体育法视角,若新法适用的结果对运动员更为有利,则应当适用于在其生效前发生的法律事实。除非处罚执行完毕,听证小组有权根据案件的情况,免除或者减轻处罚。

关于该案,作为普通法系国家律师的 Beloff 等人一致认同,如果仅因“从旧兼从轻”原则起源于大陆法系而拒绝在体育仲裁中援引,是得不偿失的。尽管对于在使用英文的普通法系国家执业的律师而言,该原则难以为他们所熟悉。英国法院是否愿意引入该理论也还有待观察。但没有理由不让这一恰当的原则在英国“生根发芽”,因为它与仁慈的普通法传统指向一致,即行使处罚权力所产生的程序问题,应当对被指控者有利<sup>[8][27]</sup>。

对于消除禁赛期处罚的潜在性不公,《禁用清单》“从旧兼从轻”原则具有至关重要的作用,因为这些违规行为的发生往往纯属巧合。并且,由于该条款的过渡性质,当新修订的反兴奋剂规则的处罚减轻时,可有效保护运动员及其他当事人免于不合理的禁赛期。



## 2.2 现实考量:反兴奋剂理论与政策的发展

“从旧兼从轻”原则作为时间效力原则肇始于体育法之外的刑事法。刑法通过预先的设法立制保护国民的权益,进而防止国家刑罚权的滥用,保障犯罪嫌疑人和罪犯的权益,是刑法的保护和保障机能。以此保障机能为依据,法不得溯及既往,事后法得被排斥<sup>[9]</sup>。与此同时,从个人利益的角度来看,为保护犯罪嫌疑人和罪犯的新法生效后,如果还以新法无溯及既往效力之原则的名义,继续适用更为严厉的旧法,就有悖于一般常理<sup>[10]</sup>。遵照此说,在反兴奋剂领域,否认反兴奋剂规则的溯及力不利于运动员的人权保障时,应当承认规则有溯及力,这是不溯及既往的例外。而不论适用旧规或是新规,均属于“轻法”,故“从旧兼从轻”原则的实质在于“从轻”,即以是否有利于运动员为基本的价值判断标准。

在体育法领域,对比大陆法系国家的刑事法,反对采纳“从旧兼从轻”原则的观点颇受 WADC 起草小组的青睐。首先,在效力的直接性上,刑法中的“从旧兼从轻”原则,其法律本质是具有直接效力的公法规则;而 WADC 的规定不具备直接效力,其效力的实现依赖于各反兴奋剂组织制定的规则,因此,在任何情况下诉诸“轻法”,都不会导致直接适用 WADC 的规定,事实上也不存在已经适用“轻法”的余地。其次,从适用的必要性上看,根据“法不溯及既往”原则,旧版反兴奋剂规则与运动员存在着基础性法律关系,运动员依此法律关系申请适用“从轻执行”条款即可减轻处罚。最后,从规则的替代性来看,CAS 仲裁庭在解释规则时,必须以体育法为基准,故应当依据现有的比例原则(principle of proportionality)从轻裁量<sup>[5]</sup>。

关于时间效力原则,将体育法与刑法完全区分的观念,不得不说显得固步自封。《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的成文化已是箭在弦上。首先,源于内部力量的推动,确切地说,《禁用清单》是 CAS 与 WADA 较量的折中产物。尽管 WADA 对“从旧兼从轻”原则表态不清,但实践中已有适用该原则的发端。不仅如此,身为 CAS 仲裁员的贝洛夫在其著作中,明确将“从旧兼从轻”原则视为兴奋剂案件的一项基本原则,认为:“如果裁决时生效的处罚措施,比违规行为作出时的处罚措施更宽容,应当适用从轻原则。”<sup>[18]239</sup> 其次,顺应国际社会的人权思潮。在世界反兴奋剂体系构建初期,出于对反兴奋剂工作的权威与秩序的维护,以牺牲运动员部分权利作为代价。随着体系的完善,以及人权导向的立法实践在各法律领域的兴起,国际社会对运动员权利保障的呼声

也日益高涨。此外,以 WADC 效力的间接性抵抗其强制性的力量十分单薄,对“从旧兼从轻”原则取代“法不溯及既往”原则的抵制也日趋式微,“从旧兼从轻”原则得以在反兴奋剂领域正名。最后,弥补《禁用清单》稳定性的不足。相比于 WADC 长达 6 年的修订周期,作为反兴奋剂领域的“杀器”,《禁用清单》通常每年更新一次,虽保障其灵活性与操作性,但运动员的合理期待受到侵蚀。此外,《禁用清单》修订的趋势之一即是越来越长的项目名单,进一步加重运动员所负担的义务与责任。为了避免运动员的权利范围受到不合理的压缩,《禁用清单》“从旧兼从轻”原则应运而生。

## 3 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的实践意义

### 3.1 缓和严格责任原则的严厉程度

根据严格责任原则<sup>[注 4]</sup>,运动员存在过错是推定的,除非涉及处罚的减轻,否则无权提出无辜辩护。这一原则得到了 CAS 的一贯支持。如果在每一起案件中,体育机构都不得不证明某一行为的主观性质以确定是否构成违规行为的话,那么反兴奋剂斗争将变得完全不可行<sup>[18]239</sup>。

公平原则是兴奋剂案件归责原则的支柱,也是严格责任原则具备正当性的基础,《禁用清单》“从旧兼从轻”原则正是符合实质公平的品格。在 Foggo 案<sup>[11]</sup>中,因检测出尿样中存在禁用物质 1,3-二甲基戊胺(1,3-dimethylpentylamine),澳大利亚全国橄榄球联赛(National Rugby League, NRL)对运动员施以 2 年禁赛的处罚,随后运动员上诉至 CAS,仲裁庭最终裁定将禁赛期缩减至 6 个月。该案仲裁庭支持 NRL 的观点,认为在样本中检测出任何浓度的禁用物质,均可认定运动员构成兴奋剂违规。此外,也强调运动员必须持续履行个人责任,在使用医疗产品时应始终谨慎地持续进行合理查询,防止无意或非故意地使违禁物质进入体内。在此体现出仲裁庭对严格责任原则持肯定态度,坚决打击兴奋剂违规行为;与此同时,在运动员的处罚方面,仲裁庭又适时利用格外开恩的裁量权。考虑到 1,3-二甲基戊胺在违规行为发生时是非特定物质(non-specified substances),此后重新归类为特定物质(specified substances),直接影响选择适用处罚较轻条款的可能性:此前根据 WADC 第 10.2 条的规定,运动员应受不可缩减的 2 年禁赛处罚;变更后若适用 WADC 第 10.4 条,禁赛期可在 2 年内浮动。该案遵循“从旧兼从轻”原则,因新的处罚规定对运动员更为有利,仲裁庭在案件中予以适



用。在此充分体现《禁用清单》“从旧兼从轻”原则对个别运动员实质公平的价值取向,有效排除严格责任原则一律重处的弊端。

无独有偶,Wawrzyniak 案<sup>[12]</sup>同样体现《禁用清单》“从旧兼从轻”的精神实质。因样本检测出禁用物质甲基己胺(methylhexaneamine),运动员受到3个月的禁赛处罚。随后上诉请求遭到否决并不意外,值得推敲的是CAS仲裁庭适用《禁用清单》的思路。意识到甲基己胺首次被规定为非特定物质(此前作为特定物质),这一确定性将适用于新的清单生效后的违规行为;然而,在其生效之前的违规行为,新的清单原则上不能追溯适用,尤其是结果将不利于运动员。该案从不利追溯适用的角度出发,肯定了《禁用清单》“从旧兼从轻”原则缓和严格责任原则严厉性的价值。

### 3.2 强化裁决先例的指引作用

体育纠纷解决领域形成的先例,并不完全等同于普通法系中的判例法,因判例法的基本原则是遵循先例,而体育纠纷解决领域并不存在这一原则,故先例所发挥的仅是指引作用<sup>[13]</sup>。具体而言,先例能够帮助CAS正确解释规则,统一规则适用的标准,还能适当填补规则空白。先例在国际体育仲裁中的重要价值在于维护规则的可预见性和确定性,继而实现体育的公平公正<sup>[14]</sup>。

在反兴奋剂实践中,CAS仲裁庭通过适当地援引先例,培育“从旧兼从轻”原则在体育法领域生长和发展的土壤;与此同时,“从旧兼从轻”原则的理论在仲裁案件中反复适用,并获得普遍认同,裁决先例的指引作用也因此得以强化。例如,前述UCI和CONI咨询意见案中,仲裁庭在WADC未确立“从旧兼从轻”原则之前,首次将该刑法的时间效力原则引入体育法领域,赋予了体育仲裁新的理论依据。此后的Cullwick案<sup>[15]</sup>及CONI咨询意见案,仲裁庭完全接受了前案关于该原则的论述。这些案件仲裁庭的组成各不相同,先例对案件普遍的指引作用已初现端倪。除了上述案件对某一先例进行援引外,在Nathaniel案<sup>[16]</sup>中,仲裁机构同时引用UCI和CONI咨询意见案、Wawrzyniak案<sup>[17]</sup>及WADA和国际足球联合会(Fédération Internationale de Football Association)上诉案<sup>[18]</sup>以佐证,先例所具有的普遍的指引作用也进一步加强。总之,尽管先例是由仲裁庭选择性援引,但其指引作用在法律适用的条文性依据不足时凸显出来,目的在于为“从旧兼从轻”原则的合理适用提供参照。同时,无论是单个引用还是同时引用,众多以先例的形式适用“从旧兼从轻”原则的实

践积累,也强化了先例在填补规则空白及统一适用标准方面的作用,进而巩固先例作为体育法非正式渊源的地位。

CAS仲裁庭作为体育纠纷领域先例的创造者,在实践中确保“从旧兼从轻”原则的合理运用,充分发挥先例的指引作用,为反兴奋剂组织实施兴奋剂管制工作提供预期。同时,作为先例的遵循者,在不断累加适用“从旧兼从轻”原则的仲裁实践中,又能强化先例的指引作用,为国际体育法的形成创设丰富渊源。

## 4 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则适用时存在的问题

### 4.1 代谢周期知识的匮乏导致证明责任失衡

兴奋剂科技往往领先于反兴奋剂知识,兴奋剂的种类也层出不穷。为了确保反兴奋剂斗争的严格性及效率性,WADA将一种物质列入《禁用清单》前,并未对该物质进行代谢周期研究,通常由制造商提供研究结果。以美度铵(meldonium)为例,该物质被首次加入2016年实施的《禁用清单》,此清单于2015年9月29日公布,2016年1月1日起生效。此后,WADA分别于2016年4月12日、2016年6月30日,发布了两份关于美度铵的通知(notice),以规范反兴奋剂组织在认定违规时,根据样本中美度铵浓度的差值,采取分梯度的方式对运动员分别处理。但实践中违规行为证明标准的适用条件不明确,此类现象仍不时发生,致使反兴奋剂组织与运动员之间的证明责任难以平衡。

在证明违规行为时,反兴奋剂组织通常带着“有罪推定”的偏见,降低放心满意(comfortable satisfaction)标准的要求,倾向于对运动员“从新兼从重”处理。例如,白俄罗斯皮划艇协会(Belarus Canoe Association,BCA)案<sup>[19]</sup>中,5名队员的样本检测出美度铵,国际皮划艇联合会(International Canoe Federation,ICF)即认定运动员是在《禁用清单》生效前使用美度铵,对白俄罗斯男子皮划艇队施以禁赛1年的处罚。在缺乏其他证据证明运动员是在《禁用清单》生效当天或之后使用了美度铵的情况下,ICF认定运动员存在过错,违背了第二份通知的释义内容。根据该通知,针对2016年3月1日当天或之后采集的样本,针对美度铵浓度在1 $\mu\text{g}/\text{mL}$ 以下的情形,运动员很可能在清单公布之前使用美度铵<sup>[20]</sup>。因此,运动员在《禁用清单》生效日之后使用美度铵的证明责任,由ICF承担。此外,根据美度铵发明者Kalvins教



授的专家意见,美度铵的代谢速率分为两个阶段:第一阶段是快速期,取决于美度铵的用量;第二是缓慢期,由于人体正处于适应期,这一阶段可能持续数月。因此,即使样本中美度铵浓度为1.252  $\mu\text{g}/\text{mL}$ ,超过通知阈值的1  $\mu\text{g}/\text{mL}$ ,得出运动员“很可能”在清单生效日后使用美度铵的结论,也因缺乏科学证据而过于武断。由此反映出,在缺乏禁用物质代谢周期的科学知识的前提下,反兴奋剂组织采取客观归责、企图逃避责任的做法,远未达到放心满意证明标准的要求。

对身处劣势的运动员而言,新增禁用物质的代谢周期科学知识的匮乏,反而加重其证明负担,Olga案<sup>[21]</sup>即是如此。因运动员赛内检测样本中存在美度铵,国际冬季两项联盟(International Biathlon Union, IBU)对其禁赛1年。IBU认为,通知实质上是一项指导性文件,旨在为《禁用清单》生效日之前使用美度铵的案件,提供相关结果管理和裁决流程。因此,样本中存在美度铵便构成违规,代谢时间只影响禁赛期限。此外,IBU坚称,运动员明知美度铵将从2016年1月1日起被禁用,在2015年10月初仍继续使用,应被视为疏忽。并且,运动员应当知道美度铵的非线性药理作用使其代谢期可能长达数月,因此运动员违背了避免在《禁用清单》生效日及之后出现阳性检测结果的义务。因此,运动员不构成无过失或疏忽(no fault or negligence)。运动员想要达到优势证明标准(balance of probability),必须合理反驳IBU的上述不利推定。为揭露IBU企图借通知的性质来避开代谢周期对违规认定的影响,运动员必须穷尽关于美度铵代谢知识的已有官方文件。缺乏美度铵代谢周期的科学知识,还须诉诸成文规定之外的救济途径,例如裁决先例、专家意见与制造商的信息等。如此一套完整的证明流程所要求的专业性以及消耗的举证成本,造成运动员短时间内举证的巨大压力。与反兴奋剂组织相抗衡而设定的优势证明标准,反而与运动员的证明能力难以匹配。

#### 4.2 时间要件的文义解释导致原则适用的模糊性

在体育领域,提交给国际仲裁机构的纠纷主要是纪律处罚纠纷,因此,它们的基本情况更类似于行政法甚至是刑法。国际体育纠纷的解决运用了“法无明文规定不为罚”(nullum crimen, nulla poena sine lege)的公法和刑法一般原则,即除非违反规则或者处罚在规则中有明文规定,否则不得科以处罚<sup>[8]13</sup>。而国际体育仲裁实践中,在适用“从旧兼从轻”原则时,一味坚持该原则,其不合理性难免被暴露出来,

表现在对时间要件的严格文义解释,不利于运动员合法权利的保护。

在Pous Tio案<sup>[22]</sup>中,运动员因样本检测出氢氯噻嗪(hydrochlorothiazide)和阿米洛利(amiloride)两种禁用物质,受到国际网球联合会(International Tennis Federation, ITF)2年的禁赛处罚。运动员认为,即将生效的WADC中,氢氯噻嗪和阿米洛利将由非特定物质重新归类为特定物质,应当从轻执行处罚,故上诉至CAS。仲裁庭以运动员明显背离最谨慎注意义务(utmost caution)及其他合理注意义务,不存在适用“无重大过失或疏忽”(no significant fault or negligence)的例外情形为由,不予缩减禁赛期。但在裁决书文末,仲裁庭却建议运动员向ITF申请重新裁量处罚,并附带指出:若该建议为ITF所接受,即使不缩减禁赛期,也应当慎重考虑提前解除禁赛。值得关注的是,仲裁庭并未就此建议提供依据;当运动员向ITF递交提前解除禁赛申请时,同样未说明理由;最后,ITF便径直决定将禁赛期缩减至18个月。

尽管偏离有利于运动员的趋势,反兴奋剂组织仍享有完全的裁量权,决定应否从轻执行处罚<sup>[23]</sup>。即便如此,这种裁量权最终仍屈从于CAS的权威,是否从轻执行一定程度上受限于仲裁庭非正式的建议。进一步深究,CAS仲裁庭适用“从旧兼从轻”原则的思路,暗含其对“生效日(effective date)之前”这一时间要件的态度。Pous Tio案无法适用“从旧兼从轻”原则,根本在于作出最终决定的时间早于反兴奋剂规则生效日。按照严格文义解释,违规行为在新法生效日前发生以及最终决定在新法生效日后作出,这两个时间要素须同时满足,而后要求禁赛期未届满,才可对运动员从轻追溯适用。CAS仲裁庭在与该案具有直接法律关系的裁决书中,并未承认《禁用清单》“从旧兼从轻”原则,反而在非正式文件中贯彻该原则的实质精神。这种做法虽然达到与前者相同的效果,却因此造成仲裁“无法可依”的现象,可能会动摇“从旧兼从轻”原则作为过渡性条款的地位。

## 5 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的正确适用

### 5.1 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则中从旧豁免的证明责任分配

对《禁用清单》原则上不得溯及既往适用的范围与标准,WADA未作详细释义,允许CAS在实践中灵活处理。因此,CAS的裁决为反兴奋剂组织与运动员之间证明责任的分配提供了较强的指引作用。



基于现有的证明标准,针对缺乏新增禁用物质代谢周期的科学知识的情况,双方的证明责任应当向指控者一方倾斜。

对反兴奋剂组织而言,此情况下的放心满意证明标准,其证明责任应当接近于排除合理怀疑(beyond a reasonable doubt)的证明标准。与此相适应,辅之以存疑有利于被指控者(the benefit of the doubt)的程序法原则,是该证明标准的应有之义。如前述BCA案,除了样本中存在美度铵的基础证据,反兴奋剂组织还需证明运动员的使用行为发生在2016年《禁用清单》生效后。在缺乏美度铵代谢周期科学知识的情况下,样本中的浓度超过WADA通知所规定的阈值,无法确证运动员是在清单生效后使用美度铵。此外,不能排除生活和训练条件、食物的消耗、体重的减轻、药物使用时间等因素,对美度铵代谢率产生的影响。因此,考虑到反兴奋剂组织作为对兴奋剂检测负有结果管理责任的一方,具有相对强大的专业知识技能与举证能力,应将其负担的证明责任提高至排除合理怀疑的水平,兼而采用存疑有利于被指控者原则,使之更符合实质公平。

对运动员而言,此情况下优势证明标准所要求的证明责任,应当与反兴奋剂组织所负担的排除合理怀疑的证明责任相对应,并合理采纳存疑有利于被指控者原则。在前述Olga案中,优势证明标准要求运动员主观上不存在过失或疏忽,包括美度铵进入体内的原因和已尽最谨慎注意义务这两项证明责任。一是,运动员是出于医疗原因使用美度铵,符合先决条件。二是,考虑到《禁用清单》生效前缺乏美度铵代谢周期的科学知识,当清单公布或送达运动员时,不必立即停止使用该物质,以及运动员仍存在使用美度铵或替代药物的医疗需要,可以认定运动员履行了最谨慎的注意义务。此外,根据专家意见的结论,在WADA通知规定的宽限期晚些时候检测,样本浓度很有可能低于规定阈值。因此,个体差异所导致的美度铵代谢速率不同,可以排除运动员的主观不利因素。综上,鉴于对禁用物质代谢周期科学知识的缺乏,优势证明标准下,运动员所负担无过失或疏忽的证明责任,应当减轻至相对有利于运动员的程度。

## 5.2 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则中从轻处罚的适用

### 5.2.1 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则时间要件的扩大解释

根据文义解释,若适用WADC第27.3条以缩

减禁赛期,要求兴奋剂违规行为和最终决定均在WADC生效之前发生和作出。然而,这很可能源于对生效日这一时间要件的狭隘理解。如果最终决定的依据是行为发生时的旧规则,而新规则对运动员更为有利,即使该决定将在新规则生效之后作出,也应当考虑缩减禁赛期<sup>[5]</sup>。因此,关键在于预判新规则生效后,禁赛期是否执行完毕,若届时禁赛期未满,适用新规则予以缩减是合理的。

对时间要件进行扩大解释的基础,是最终决定与违规行为所建立的法律联系。这种法律联系是基础性的,以违规行为的认定与处罚为内容;而新规则的追溯适用,当属该法律联系的例外。新规则是否生效,并未影响依附于旧规则存续的基础法律关系。在前述Pous Tio案中,为了改变仲裁庭的建议“无法可依”、裁决结果自相矛盾的局面,对《禁用清单》“从旧兼从轻”原则时间要件的合理解释应当得到重视。类比刑法中的目的解释方法,解释方法既符合刑法的正义理念,同时又不超出刑法用语可能具有的含义范围,这样才能不违背罪刑法定原则,既有效实现刑法保障人权的功​​能,又有力发挥刑法保护法益的功能<sup>[24]</sup>。基于这样的理念,考虑到氢氯噻嗪和阿米洛利两种禁用物质重新归类为特定物质,同时,2009年实施版WADC也对特殊情况下特定物质违规免除或缩减禁赛期做了重新规定。也对特殊情况下特定物质违规免除或缩减禁赛期作了重新规定。若运动员证明特定物质进入其体内或者为其占有的原因,并且非为提高比赛成绩或掩盖比赛成绩促进性物质而使用,其可在训诫至禁赛2年的区间内从轻处罚。将时间要件进行目的性扩大解释,适用行为发生时的旧规则据以裁定的案件,即使新规则尚未生效,其后存续的禁赛期,也可基于可期待的利益予以缩减。因而适用从轻执行条款,既不违背“法无明文规定不为罚”原则的根本要求,还可以使《禁用清单》“从旧兼从轻”原则得以全面适用与周延。

因此,从轻执行的关键在于是否适用旧规则据以裁决,而非何时适用旧规则。根据“从旧兼从轻”原则,其本质为有利于行为人的溯及适用,这对保护运动员合法权益具有重要意义。此外,根据可期待利益保护原理,尚未生效的规则适用也是其中应有之义。

### 5.2.2 《禁用清单》“从旧兼从轻”原则对象范围的扩大解释

适用《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的对象条件,是《禁用清单》和相关技术文件的变更。其中可对运动员有利追溯适用的情形,仅提到禁用物质和方法的删除一种。面对越来越长的清单内容,以及



WADC 未给予释明的情况,在仲裁实践中探寻原则适用的对象范围尤为必要。

前述 Nathaniel 一案中,可卡因(cocaine)并未从《禁用清单》中删除,但运动员的禁赛期处罚获得从轻裁量。主要是因为,运动员被指控违规与临时停赛的依据是 2019—2020 年实施版《英格兰足球总会反兴奋剂规则》(The FA Anti-Doping Regulations 2019-20, 19-20 ADR),而案件审理时,新修订的 2021 年实施版《英格兰足球总会反兴奋剂规则》(The FA Anti-Doping Regulations 2021, 2021 ADR) 已生效适用。2021 ADR 新增了滥用物质(substances of abuse)条款,对娱乐性毒品(recreational drugs)的禁赛期处罚作出有利于运动员的变更,可卡因也包括在其中。具体而言,根据 19-20 ADR,故意(intentional)术语是为了惩戒作弊(cheat)运动员,即明知其行为将构成违规而为之,或者明知其行为具有引起违规的重大风险而明显漠视。在此前提下,运动员欲请求适用无重大过失或疏忽或者无过失或疏忽条款,获得相应的禁赛期缩减,需满足两项条件:受指控的是赛内(in-competition)禁用物质中的特定物质,以及使用行为发生在赛外(out-of-competition)。就可卡因而言,即使运动员证实非故意摄入,还是很可能面临最高禁赛 2 年的处罚。而在 2021 ADR 中滥用物质条款的条件下,若可卡因的摄入或使用行为发生在赛外,并且与提高比赛能力(sport performance)无关,则 3 个月的禁赛期是合理的。此外,若运动员经批准并完成滥用物质治疗项目,禁赛期可缩减至 1 个月。

本案间接适用《禁用清单》“从旧兼从轻”原则,是可卡因的地位及处罚条件发生变更的缘故,可视为对该原则对象范围的目的性扩大解释。这在前述 Foggo 案与 Pous Tio 案中也可可见一斑,禁用物质 1,3-二甲基戊胺、氢氯噻嗪和阿米洛利,均由非特定物质重新归类为特定物质,处罚条件也随之减轻,运动员的禁赛期得到了不同程度的缩减。这三起案件同时说明:《禁用清单》“从旧兼从轻”原则的对象范围不仅指将禁用物质排除在清单之外,也包括禁用物质的地位与处罚条件发生的有利变更。

## 6 结束语

2021 年实施版 WADC 充分考虑到打击兴奋剂违规与保护运动员权利之间的新平衡,兼顾反兴奋剂理论的发展与实践经验的总结,将《禁用清单》“从旧兼从轻”原则成文化。该原则既可有效缓和严格责任原则的严厉性,又能强化裁决先例的指引作用。在具体适用时,应合理分配反兴奋剂组织与运动员之

间“从旧”豁免的证明责任,并在“从轻”裁量时对时间要件及对象范围进行目的性扩大解释,以贯彻《禁用清单》“从旧兼从轻”原则。在运动员的行为不违背兴奋剂目标的情况下,采取更开放、灵活的违规处罚理念和方式以表明《禁用清单》“从旧兼从轻”原则,能够实现 WADC 修订的宗旨。

## 注释:

【注 1】为了与《禁用清单》“从旧兼从轻”原则从概念上区分,故把 2021 年实施版 WADC 第 27.2 条和第 27.3 条合称为 WADC“从旧兼从轻”原则。首先,第 27.2 条前半段规定,“WADC 生效之日未决”及“WADC 生效日前发生而在生效日后提交”,这两类兴奋剂违规案件,适用违规行为发生时生效的反兴奋剂实体规则;除非审理案件的听证小组根据案件的情况,“从轻”适用 2021 年实施版 WADC 的规定。其次,根据第 27.3 条,对 WADC 生效日前作出的“最终决定”,截至生效日,运动员仍处于禁赛期的,反兴奋剂组织根据运动员的申请,有权依照 2021 年实施版 WADC 的规定对禁赛期予以缩减,“从轻”执行生效裁决。

【注 2】WADC 作为体系的第一层级,其所有规定在本质上具有强制性,每一签约方及其成员组织管辖下的运动员或其他当事人都受其制约并遵守;第二层级包括各项国际标准和文件,遵守国际标准与技术文件是遵守 WADC 的必要条件;第三层级是不具有强制执行力的各类最佳实施模式及指南。

【注 3】principle of tempus regit actum, 即 principle of no retroactivity,“法不溯及既往”是普通法系国家所采用的称谓,内容上相当于大陆法系国家刑法中的“从旧”原则。大陆法系国家的刑法学者通常认为,“法不溯及既往”是判例法制度下的一种司法惯例或实践做法,并非成文化的原则性规定。本文遵循 CAS 的语境,采用“法不溯及既往”原则的表述。

【注 4】根据 2021 年实施版 WADC 的附录一,严格责任原则仅适用于第 2.1 条“在运动员的样本中发现禁用物质或其代谢物或标记物”,以及第 2.2 条“运动员使用或企图使用某种禁用物质或禁用方法”这两种违规行为。而第 2.3 条至第 2.11 条的 9 种兴奋剂违规行为适用的是过错责任原则,其中某些行为构成违规还要求运动员主观上存在故意。

## 参考文献:

- [1] 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(2):19-29.
- [2] 郭树理.揆情审势、宽严相济:《世界反兴奋剂条例》之新发展[J].上海体育学院学报,2021,45(2):1-12,21.
- [3] 刘彩灵.刑法特别规定的正确适用与完善[J].理论导



刊,2006(8):95-97.

- [4] CAS. CAS 2005/C/841 CONI ADVISORY OPINION Pronounced by the COURT OF ARBITRATION FOR SPORT [EB/OL].(2005-04-26)[2021-12-24].[https://www.doping.nl/media/kb/150/CAS%202005\\_C\\_841%20Advisary%20Opinion%20CONI%20S-FS.pdf](https://www.doping.nl/media/kb/150/CAS%202005_C_841%20Advisary%20Opinion%20CONI%20S-FS.pdf).
- [5] CAS Bulletin1/2010: Challenges for CAS decisions following the adoption of the new WADA Code 2009 [EB/OL].(2010-01-11)[2021-12-14].[http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin01112010.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin01112010.pdf).
- [6] CAS. CAS 2017/A/5086 Mong Joon Chung v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)[EB/OL].(2016-06-23)[2021-12-20].<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5086.pdf>.
- [7] CAS. TAS 94/128 Union Cycliste Internationale (UCI) et Comité National Olympique Italien (CONI) [EB/OL].(1995-01-05)[2021-12-20].<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/128.pdf>.
- [8] 米歇尔·贝洛夫,蒂姆·科尔,玛丽·德米特里.体育法[M].郭树理,译.武汉:武汉大学出版社,2008.
- [9] 汉斯·海因里希·耶塞克.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001:4-5.
- [10] 卡斯东·斯特法尼.法国刑法总论精义[M].罗结珍,译.北京:中国政法大学出版社,1998:160.
- [11] CAS. CAS A2/2011 Kurt Foggo v. National Rugby League (NRL) [EB/OL].(2011-05-03)[2021-12-20].<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/A2-2011.pdf>.
- [12] CAS. CAS 2009/A/1918 Jakub Wawrzyniak v. Hellenic Football Federation(HFF)[EB/OL].(2010-01-21)[2021-11-26].<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1918.pdf#search=CAS%202009%20FA%20F1918>.
- [13] 杨秀清.先例在国际体育仲裁法律适用中的指引作用探析[J].体育科学,2014,34(1):21-27.
- [14] 朱雅妮.论先例在国际体育仲裁中的指导作用;以CAS为例[J].武汉体育学院学报,2016,50(5):41-46.
- [15] CAS. CAS 96/149 A.C. / Fédération Internationale de Natation Amateur(FINA)[EB/OL].(1997-05-13)[2021-12-20].<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/149.pdf>.
- [16] The FA. The FA v Nathaniel Mendez-Laing [EB/OL].(2021-01-20)[2021-12-20].<https://www.mills-reeve.com/insights/blogs/sports/february-2021/the-fa-v-nathaniel-mendez-laing-%e2%80%93-a-new-approach-t#MainContent>.
- [17] CAS. CAS 2009/A/2019 Jakub Wawrzyniak v. Hellenic Football Federation(HFF)[EB/OL].(2010-05-21)[2021-12-20].<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2019.pdf#search=2009%20FA%20F2019>.
- [18] CAS. CAS 2009/A/1817 World Anti-Doping Agency (WADA) & Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. Cyprus Football Association (CFA), C. Marques, L. Medeiros, E. Eranosian, A. Efthymiou, Y. Sfakianakis, D. Mykhailenko, S. Bengeloun, B. Vasconcelos and CAS 2009/A/1844 FIFA v. CFA and E. Eranosian[EB/OL].(2010-10-26)[2021-12-20].<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1817,%201844.pdf>.
- [19] CAS. CAS 2016/A/4708 Belarus Canoe Association (BCA) & Belarusian Senior Men's Canoe and Kayak team members v. International Canoe Federation (ICF) [EB/OL].(2017-01-23)[2021-12-20].<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4708.pdf>.
- [20] WADA. NOTICE-MELDONIUM [EB/OL].(2016-06-30)[2021-12-28].[https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2016-06-30-meldonium\\_notice.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2016-06-30-meldonium_notice.pdf).
- [21] CAS. CAS 2016/A/4889 Olga Abramova v. International Biathlon Union (IBU)[EB/OL].(2017-04-18)[2021-12-20].<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4889.pdf#search=4708>.
- [22] CAS. CAS 2008/A/1488 P. v. International Tennis Federation (ITF) [EB/OL].(2008-08-22)[2021-12-20].[http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS\\_CAS\\_ARCHIVIO/248.pdf](http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS_CAS_ARCHIVIO/248.pdf).
- [23] MARKUS M. “Lex mitior”: Reduction in the period of ineligibility under art. 25.3 of the World Anti-Doping Code [EB/OL].(2017-01-04)[2021-12-05].<http://www.sportsandtaxation.com/2017/01/lex-mitior-reduction-in-the-period-of-ineligibility-under-art-25-3-of-the-world-anti-doping-code/>.
- [24] 肖中华.刑法目的解释和体系解释的具体运用[J].法学评论,2006,24(5):11-20.

(责任编辑:晏慧)