



论妨害兴奋剂管理罪的应然处罚范围

——基于对“参加”解读展开的讨论

王 烁

摘要:现阶段对于妨害兴奋剂管理罪的主要构成要件要素存在诸多讨论,划定合理的处罚范围具有重要意义。但是,对于“参加”要素解读的缺失,直接影响妨害兴奋剂管理罪的合理应然处罚范围。妨害兴奋剂管理罪的保护法益在于运动员的身心健康和重大体育竞赛公平性。作为核心法益的重大体育竞赛公平性,包括重大体育竞赛过程公平性和重大体育竞赛资格公平性。由此出发,“参加”应扩展解释至包括“参与”和“为了参与”。“为了参与”国内、国际重大体育竞赛,而在预选或选拔比赛,或者开赛前备赛训练中使用兴奋剂的,也属于“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”,相应行为应当以妨害兴奋剂管理罪进行规制。这种结论是必要的扩大解释,并未破坏司法限缩的要求,亦符合其法定犯属性,具有充分的合理性。

关键词:妨害兴奋剂管理罪;法益;重大体育竞赛公平性;竞赛资格公平性;参加
中图分类号:G80-05 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2023)03-0040-06
DOI:10.12064/ssr.2023010601

On the Scope of Punishment for the Crime of Obstructing Doping Management: Discussion Based on the Interpretation of "Participation"

WANG Shuo

(College of Humanities and Law, Beijing University of Chemical Technology, Beijing 100029, China)

Abstract: At this stage, there are many discussions on the main constituent elements of the crime of obstructing doping management, which is of great significance for delimiting a reasonable scope of punishment. However, the lack of interpretation of the element of "participate" directly affects the reasonable scope of punishment for the crime of obstructing doping management. The legal benefit of the crime of obstructing doping management lies in the physical and mental health of athletes and the fairness of major sports competitions. As the core legal interest, the fairness of major sports competition includes the fairness of the process of major sports competition and the fairness of the qualification of major sports competition. Therefore, "participate" should be extended to include "participate" and "for participating". For participating in major domestic and international sports competitions, the use of dope in pre-selection or selection competitions, or pre-competition training, also belongs to "using dope to participate in major domestic and international sports competitions", and the corresponding acts should be regulated as the crime of obstructing doping management. This conclusion is a necessary expanded interpretation, does not undermine the requirements of judicial restriction, and is also in line with its legal crime attribute, which is fully reasonable.

Keywords: crime of obstructing doping management; legal interests; fairness of major sports competitions; fairness of competition qualification; participate

为有效打击兴奋剂非法使用行为,净化体育赛场,保障公平公正的竞赛环境,维护我国运动员良好形象和国家声誉,2021年《中华人民共和国刑法修

正案(十一)》新增《中华人民共和国刑法》第355条之一妨害兴奋剂管理罪,将“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛,或者明知

收稿日期:2023-01-06

基金项目:北京市社会科学基金青年项目(16FXC028);国家社会科学基金项目(15BFX085);中国国家留学基金委资助(201806885012)。

作者简介:王烁,男,博士,副教授,硕士生导师。主要研究方向:轻微犯罪、刑事政策评估。E-mail:wangshuo8828@163.com。

作者单位:北京化工大学 文法学院,北京 100029。



运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂,情节严重的”行为和“组织、强迫运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”的行为作为犯罪行为进行处罚。“从罪状描述来看,本罪所有的行为方式均与‘动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛’这一基础行为有关。”^[1]从已有研究看,不论是立法机关的权威解读,还是专家学者的理论探索,对于妨害兴奋剂管理罪罪状中核心概念的梳理,主要集中在行为方式“引诱、教唆、欺骗”“提供”“组织、强迫”,行为工具“兴奋剂”,行为对象“运动员”以及行为目标场域“国内、国际重大体育竞赛”。可以说,现有讨论基本上对妨害兴奋剂管理罪的构成要件要素作了相关分析,虽各家观点并非完全一致,但也未出现本质上的悬殊差异,妨害兴奋剂管理罪的处罚范围也基本清晰。

但也可发现,在一系列将《中华人民共和国刑法》第355条之一近乎逐字解读的分析中,唯独忽略了对“参加”要素的讨论。之所以如此,显然是认为“参加”一词作为典型的描述性构成要件要素,对其理解不会出现任何明显差异,进而判定其对于界定妨害兴奋剂管理罪的处罚范围毫无价值。这种狭隘的理解,显然低估了“参加”对于界定妨害兴奋剂管理罪应然处罚范围的重要性。否则,立法者完全可以将“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”的表述简化为“在国内、国际重大体育竞赛中使用兴奋剂”。显然,“参加”作为连接“使用”和“国内、国际重大体育竞赛”的关键词,明确其内涵具有重要理论意义。第一,“参加”的解读与“使用”的解读紧密相关,对“参加”解读的忽视,使得对兴奋剂使用时间的界定局限于法律文义的规范性理解范围内,而对于事实性的兴奋剂客观使用效果完全未作任何考量;第二,忽略“参加”的解读,导致现有对“国内、国际重大体育竞赛”要素解读的研究基本脱离其他构成要件要素,仅从赛事级别的角度上孤立理解,使得本罪所涉的处罚赛事范围被简单等同于国内、国际重大体育竞赛。从实践效果上看,妨害兴奋剂管理罪的实然处罚范围极可能因为“参加”要素的缺位而被不当限缩,只有有效对其解读才能准确适用该罪,做到罚当其罪,以实现有效打击兴奋剂非法使用行为。因此,有必要在厘清妨害兴奋剂管理罪保护法益的基础上,对“参加”进行解读,明确本罪的应然处罚范围。

1 妨害兴奋剂管理罪应然处罚范围的界定基础:法益内容

妨害兴奋剂管理罪被规定在分则第六章妨害社会管理秩序罪中,通常认为本章所规定的犯罪客体

均为某项具体的管理秩序,所以妨害兴奋剂管理罪的客体会被认为是我国兴奋剂管理秩序。但是,根据此客体,很难明确妨害兴奋剂管理罪具体侵害到何种利益,对确定该罪的处罚范围难以提供充分依据,必须“借助前置法秩序背后的实体性利益,将管理秩序法益还原为实体利益”^[2]。

从现有文献来看,刑法学界认为本罪所保护的法益,主要包括3种观点:(1)三元说,认为妨害兴奋剂管理罪的法益为赛事公平性、国家声誉、健康权^[3];(2)二元说,妨害兴奋剂管理罪的法益中包含个人法益和超个人法益两部分,分别是生命健康法益和公平公正体育秩序法益^[4];(3)一元说,妨害兴奋剂管理罪的法益只能限定为国内、国际重大体育竞赛的公平性^[1]。3种观点中涉及的法益具体范围略有不同。整体上看,上述观点所提出的法益范围均与立法原意相关,“在体育竞赛中使用兴奋剂的行为,既破坏了体育竞赛的公平正义,又损害了体育运动参加者的身心健康。在国际体育赛事中使用兴奋剂,还会严重损害国家的形象和荣誉”^[5],即由具体到抽象,包含国家声誉、竞赛公平性、健康权等方面。上述观点均认可竞赛公平性,但由此导致本罪处罚范围在以破坏赛事公平性的行为为核心上存在相应的略微差异。

1.1 国家声誉不宜作为本罪的法益

国家声誉属于超个人法益或集体法益。国家声誉是否能成为本罪的法益,取决于作为超个人(集体)法益应当能够还原为个人利益的法益^[6],退一步讲,即使认为超个人(集体)法益无须还原为个人法益,集体法益也应具有客观性和具体性^[7]。而国家声誉很难还原为个人利益的法益,也并不具有客观性和具体性,不宜认定为本罪的法益。

国家声誉在本罪中可能还原为个人法益,表面上看,国家声誉受损会使得代表国家出赛的运动员的个人名誉也受到一定的减损,甚至影响运动员参加国际赛事的权利。但是,在此需要区分个人行为和国家行为,即使用兴奋剂的主体是部分运动员个体,还是国家组织。个别运动员使用兴奋剂主要影响的是个人信誉,其他运动员并不会因为个别运动员的行为而受到声誉贬损,从现有的反兴奋剂规则看,亦不会因此而受到禁赛等处罚。但如果兴奋剂违规行为存在国家背景,或受国家机构的组织或受国家机构的包庇,则违规行为将上升为国家行为,代表该国比赛的运动员均可能被外界认为存在潜在的兴奋剂违规行为,则个人声誉可能被减损,同时个人可能因



国家运动队的全面禁赛而无法参赛。

即使认为国家声誉不必还原为个人法益,而是一种独立的法益形式,也很难充分界定国家声誉在本罪中具有客观性和具体性。法益的客观性和具体性,是指法益能够客观地被衡量。声誉可以作为法益,比如个人声誉的侵害,可以通过诽谤信息实际被点击、浏览次数、转发次数,给被害人或者其近亲属造成的不当后果(精神失常、自残、自杀)等进行客观衡量。而本罪中所涉的国家声誉的减损,指的是其他国家人民尤其是运动员对我国声誉的不利评价,这种完全的主观评价,几乎无法通过可衡量的客观结果或行为体现出来。

1.2 作为本罪法益的健康权应为身心健康

细致来看,认可本罪法益包括健康权的观点中对于健康权内涵的把握略有不同:一种认为健康权是指身体健康,是“生命健康法益的具体化”^[8];另一种则认为应当包括身体和心理的全面健康,即身心健康。从反兴奋剂相关法规的立法意图和使用兴奋剂的实际效果上看,将本罪法益中的健康权界定为身心健康更为合适。

作为“反兴奋剂治理的法律依据”^[9],以及专门规制兴奋剂违规行为的最高效力的规范性文件,国务院《反兴奋剂条例》第1条规定该条例的立法目的是“保护体育运动参加者的身心健康,维护体育竞赛的公平竞争”。而在反兴奋剂的刑事领域中,2020年1月1日最高人民法院《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》将制定目的定为“维护体育竞赛的公平竞争,保护体育运动参加者的身心健康”。可见反兴奋剂相关立法规则和司法规范,均未将所保护的健康权仅限于为身体健康。

有学者^[10]认为“凡是能提高运动成绩并对人体有害的药物,都可以被称为兴奋剂”,兴奋剂必然会损害身体健康。但从实际使用效果上看,如此界定兴奋剂过于武断,的确存在部分并无损害身体健康,或者现阶段并未有明确不利后果的兴奋剂。如果单纯将身体健康界定为本罪法益,则可能导致涉及运动员使用不会损害身体健康的兴奋剂的行为被排除在本罪的处罚范围之外。因此,将身体健康界定为本罪的法益并不准确。然而,即使部分兴奋剂不会给运动员的身体健康带来明确的损害结果,运动员也会因兴奋剂提高运动成绩而产生依赖性 etc 对健康心理产生影响。所以,将心理健康涵盖在本罪法益的健康权中,更符合本罪对兴奋剂违规行为的惩治范围。

否定本罪法益包括健康权的观点认为:单独设置罪名保护运动员的身心健康缺乏充分理由;如果为了保护运动员身心健康则并无必要设置“参加国际、国内重大体育赛事”的限制要件;而且容易以论证缺乏损害运动员身心健康的客观结果或主观目的而实现出罪^[11]。这种观点存在明显的缺陷。首先,单独设置罪名保护特定群体的差别化立法在刑法中并不少见,如刑法第236条第2款奸淫幼女型的强奸罪,以及第236条之一特殊职责人员性侵罪均涉及特定群体的身心健康;其次,并非为了保护特定群体的身心健康,就无须顾及刑法的合理处罚范围,第236条之一负有特殊职责人员性侵罪将行为人身份限定为负有特殊职责的人员,而并非对已满14周岁而不满16周岁的未成年女性进行全面保护;最后,如前所述,使用兴奋剂对于运动员身体可能未必造成损害结果,但对于心理必然会产生一定的影响,而本罪处罚的主体均属于竞技体育的参与人员,对兴奋剂的后果应当是明知的,借口缺乏主观故意或目的显然是不现实的。

1.3 重大体育竞赛公平性是本罪的核心法益

毋庸置疑,竞赛公平性是妨害兴奋剂管理罪的核心法益,决定了本罪处罚的核心行为表现。如运动训练、体能测试等场合中使用兴奋剂,仅侵害运动员身心健康,而未侵害公平竞赛的体育秩序,则不构成妨害兴奋剂管理罪^[11]。但不细致区分,而仅简单界定为竞赛公平性,并不能为具体处罚范围的界定提供明确依据,因为所有的体育竞赛中,使用兴奋剂对体育竞赛中公平价值理念的侵犯和蚕食都是一样的^[12]。本罪并非针对所有体育竞赛,而只针对国内、国际重大体育竞赛,所以,本罪的竞赛公平性法益应当明确为重大体育竞赛公平性。而兴奋剂的使用效果在于使运动员“在体育比赛中获得不正当的竞争优势,并获得不公正的比赛结果”^[13]。重大体育竞赛公平性的核心内容,形式上表现为重大体育竞赛中的竞技公平性,本质上是重大体育竞赛结果的公平性。

保障重大体育竞赛结果公平性,效果上看就是保障运动员通过自我拼搏、努力训练,在重大体育竞赛中获得应有比赛名次和荣誉的机会的公正性和平等性。而这种机会的公正性和平等性的实现,当然主要取决于运动员在具体比赛过程中的规则、条件等的公平性,即竞赛过程公平性。但是容易被忽略且更为重要的是,运动员获得比赛机会的公平性。前者是竞赛结果公平性的过程性要素,后者则是竞赛结果公平性的源起性要素。准确而言,重大体育竞赛公平



性的法益,是指“重大体育竞赛过程公平性”和“重大体育竞赛资格公平性”。

2 妨害兴奋剂管理罪的应然处罚范围:基于“参加”的解读

作为描述性构成要件要素的“参加”从字面释义上看,即基于文理解释的角度,的确并无其他解读的可能性,只能指参与或者加入。但是,考虑妨害兴奋剂管理罪的保护法益,尤其是核心法益的重大体育竞赛公平性的具体内涵,本罪的保护法益组合可表现为“运动员身心健康+重大体育竞赛过程公平性”和“运动员身心健康+重大体育竞赛资格公平性”。从论理解释的角度出发,“参加”应当据此解释为“参与”和“为了参与”,由此确定妨害兴奋剂管理罪的应然处罚范围。

2.1 “参加”的解读结论一:参与

作为文义解释的当然结论,“参加国内、国际重大体育竞赛”的通常性理解,指运动员参与国内、国际重大体育竞赛的比赛过程中,应当具体包括如下2种情形。

2.1.1 行为表现1:运动员参与国内、国际重大体育竞赛的某项具体比赛过程中使用兴奋剂

保障重大体育竞赛公平性的核心环节,在于重大体育竞赛的某项具体比赛过程中,这是产生公平赛果的直接原因。运动员在重大体育竞赛的某项具体比赛中使用兴奋剂,既侵害运动员身心健康之法益,也会导致重大体育竞赛公平性受损。“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”,最接近文本含义的解释,应为运动员在国内、国际重大体育竞赛的某项具体比赛进行过程中使用兴奋剂。

2.1.2 行为表现2:运动员在国内、国际重大体育竞赛开赛后,所参与的具体比赛前使用兴奋剂

考虑兴奋剂的特性,使用兴奋剂参与国内、国际重大体育竞赛,还应包括运动员在国内、国际重大体育竞赛开赛后,所参与的具体比赛前使用兴奋剂。第一,影响参与竞赛过程公平性的,本质上并非单纯地使用兴奋剂,而是使用兴奋剂之后出现的刺激、强化等直接效果。所以,只要兴奋剂破坏竞赛过程公平性的直接效果,能够在参与国内、国际重大体育竞赛的某项具体比赛进程中发挥作用,则均应视为“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”。第二,运动员使用兴奋剂有损身心健康之法益,不论在比赛过程中使用,还是开赛后具体比赛前使用均会导致该结果。

2.2 “参加”的解读结论二:为了参与

2.2.1 行为表现3:运动员在国内、国际重大体育竞赛开赛前的备赛过程中使用兴奋剂

为了在所参与的国内、国际重大体育竞赛中取得更好的成绩,而在该重大体育竞赛开赛前的备赛训练活动中使用兴奋剂,但在国内、国际重大体育竞赛期间并未使用的,是否构成“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”?

重大体育竞赛开赛前使用兴奋剂,兴奋剂的直接功效通常很难延续至重大体育竞赛期间,如果对竞赛无益,运动员没必要在竞赛前使用兴奋剂。之所以可能存在重大体育竞赛开赛前的备赛训练期间使用兴奋剂,是因为兴奋剂产生的短时直接刺激功效,能够形成长期的间接提升效果。从兴奋剂的具体作用上看,刺激剂能够减轻运动员疲劳感,麻醉止痛剂能够使运动员感受不到痛感,合成类固醇则促进骨骼肌体积和力量增长,促进红细胞增长,增强血红蛋白浓度和血容量,提高耐力^[13]。在备赛训练中使用兴奋剂,一方面可以增强运动员自身身体素质,另一方面通过尽可能消除训练带来的疲劳感和痛感等不利影响,实现运动员训练强度的提升。两方面因素的叠加,运动员能够有效提高自己的竞赛实力,使其在之后进行的国内、国际重大体育竞赛中能够取得更加优异的成绩。这种优异成绩的取得,并非运动员自身能力的体现,是对重大体育竞赛过程公平性法益的破坏。同时,这种前期的兴奋剂使用,也会对运动员身心健康造成损害。因此,为了参与国内、国际重大体育竞赛而在赛前备赛训练中使用兴奋剂的,同样侵害了运动员身心健康和重大体育竞赛过程公平性等法益,也应认定为“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”。可见,“为了参与”也是“参加”的一种解释结论。

2.2.2 行为表现4:运动员在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中使用兴奋剂

国内、国际重大体育竞赛并非从事该项目的所有运动员均可参加,而是存在一定的事前选拔或预选机制,或存在相应的选拔赛,或需通过相关比赛获得积分。所以,为了参与国内、国际重大体育竞赛而使用兴奋剂,还可表现为,在选拔或预选比赛中使用兴奋剂以获得更优异的比赛成绩,进而获得国内、国际重大体育竞赛的参赛权。但是国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛可能并不属于国内、国际重大体育竞赛的范畴,在这些比赛中使用兴奋剂的目的在于未来参与国内、国际重大体育竞赛,是否承认



定为“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”?

运动员参加某项赛事,在比赛过程中未获得平等对待,自然无法获得应有比赛名次和荣誉。通过比赛获得自己应有的名次和荣誉的前提,是获得该赛事的参赛权。如果一名运动员一开始便被剥夺了其应当参与某项赛事的权利,自然就无可能获得其应当获得的比赛名次和荣誉。如前文所述,妨害兴奋剂管理罪的重大体育竞赛公平性的法益,除“重大体育竞赛过程公平性”外,还包括“重大体育竞赛资格公平性”。在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中使用兴奋剂,可能导致应当获得重大体育竞赛参赛权的运动员丧失该权利,损害了重大体育竞赛资格公平性,也是对重大体育竞赛公平性的一种损害。在重大体育竞赛的选拔或预选比赛中使用兴奋剂,对运动员的身心健康的伤害与前述3种行为无异。考虑“身心健康+重大体育竞赛资格公平性”的法益组合,在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中使用兴奋剂,亦属于为了参与国内、国际重大体育竞赛使用兴奋剂,应该被认定为“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”。

综上,“参加”应解释为包括“参与”和“为了参与”2种形式,相应“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”应当包括上述4种具体情形,前3种均侵害了运动员身心健康和重大体育竞赛过程公平性的法益,最后一种则是对运动员身心健康和重大体育竞赛资格公平性等法益损害的应然结论。

3 妨害兴奋剂管理罪应然处罚范围的合理性

与现有观点所界定的妨害兴奋剂管理罪的处罚范围相比,本文将“参加”解释为“参与”和“为了参与”,导致处罚范围扩及至包括运动员在国内、国际重大体育竞赛开赛前的备赛过程中使用兴奋剂,以及在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中使用兴奋剂2种情形在内,明显扩张了本罪所划定的犯罪圈。但这种结论是必要的扩大解释,并未破坏立法扩张、司法限缩的要求,亦符合其法定犯属性,具有充分的合理性。

3.1 将“参加”解释为包含“为了参与”,属于必要的扩大解释

将“参加”解释为包含“为了参与”,明显超出了“参加”的字面含义。而从解释结论上看,此种解释所带来的处罚范围的扩张,本质上是将“参与”之下情形的预备性质的行为纳入了实行行为的处罚范围

中。即“为了参与”国内、国际重大体育竞赛,引诱、教唆、欺骗、组织、强迫运动员使用兴奋剂或向其提供兴奋剂,是使用兴奋剂“参与”国内、国际重大体育竞赛的预备性质行为。我国刑法总则中规定有犯罪预备,原则上所有犯罪的预备行为都处于可罚的范围之中。考虑到预备行为皆可罚,似乎将“参加”解释为单纯的“参与”,还是包含预备性质的“为了参与”,妨害兴奋剂管理罪的处罚范围并无实质上的区别。但是,“重罪重刑法”下的预备皆罚,随着刑法中大量轻微犯罪的增加,必然出现应对策略上的变化。与重罪相比,轻罪和微罪的犯罪预备是不可罚的^[14]。作为典型轻罪的妨害兴奋剂管理罪,将“为了参与”包含在“参加”中,是否会导致处罚范围的实质区别。

从解释类型上看,“参加”包含“为了参与”的解释,要么符合罪刑法定原则的扩大解释,要么违背罪刑法定原则的类推解释。刑法学界对于如何区别扩大解释和类推解释的观点颇多,未有统一标准,甚至有学者^[15]认为两者并无严格区分的可能和必要。笔者较为赞同“可能文义符合性+规范目的符合性”标准^[16]。前者对应着刑法形式解释,后者对应着刑法实质解释^[16],即用语可能具有的含义和行为的处罚必要性^[17]。符合该标准的即为扩大解释,反之则为类推解释。“为了参与”的核心在“参与”,并未超出“参加”的可能含义,契合“可能文义符合性”的形式解释要求。而妨害兴奋剂管理罪的规范目的在于保护相应法益,即运动员的身心健康和重大体育竞赛公平性。运动员在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中或开赛前备赛过程中使用兴奋剂的社会危害性,与比赛过程中使用兴奋剂并无明显区别。对其规制,能够实现对运动员身心健康和重大体育竞赛公平性(竞赛过程公平性和竞赛资格公平性)的保护,符合妨害兴奋剂管理罪的规范保护目的,具有处罚必要性。因此,将“为了参与”解释为“参加”的一种情形,同样符合“规范目的符合性”的实质解释要求,属于扩大解释,符合罪刑法定原则。

3.2 “参加”扩张至包含“为了参与”,并未破坏司法限缩的要求

近年来我国刑法表现出明显的犯罪化趋势,犯罪门槛下降,新增大量罪名,这种积极刑法观引起了学界部分学者的质疑和批评,为其贴上“情绪性立法”“象征性立法”等标签,认为其与刑法谦抑性的内在价值要求不符^[18]。但更多学者^[19]还是认为积极刑法观有其社会基础,也更符合时代精神,相关反对意见要么不符合客观事实,已经落后于时代,要么只是



抽象的议论,缺乏现实意义^[20]。时代的发展,风险的增加,意味着对刑法谦抑性的理解不能固守消极观念,在立法扩张已成必然需求的情况下,现代化的刑法谦抑性内核应当“在于立法扩张和司法限缩的并行不悖、张弛有度”^[21],这意味着对于已入刑的新罪,应当考虑进行限缩性解释,以避免处罚范围过宽。尤其在体育行业自治传统,以纪律处罚为主、司法规制为辅的主流模式背景下,妨害兴奋剂管理罪的入刑是刑罚权扩张的突出表现。将妨害兴奋剂管理罪中的“参加”解释为包含“为了参与”却明显并非司法限缩的结论,是否违背了刑法谦抑性?

应当明确的是,司法限缩并不意味着对所有构成要件要素的解释都必须限制在最小范围内,亦并不必然要求限于字面含义的文理解释或窄于字面含义的限制解释。“欲对某一法律条文进行目的性限缩,前提是必须能够确定该法律条文存在隐藏的漏洞”^[22],而这种漏洞将导致处罚范围的过度泛化,与行为的社会危害性程度和法益保护的目的一致不符。“使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”的规定并无隐藏的漏洞,将“参加”解释为包括“为了参与”在内,4种行为类型的社会危害性相当,处罚目的均落实在保护核心法益,即国内、国际重大体育竞赛的公平性,以及运动员的身心健康。若仅按照字面含义,将处罚范围局限于“参与”之下的2种情形,看似限缩了本罪的处罚范围,却不符合兴奋剂违规行为的现实情况,甚至未来可能为了规制运动员及相关人员利用明显漏洞而实质扩大了处罚范围^[注 1]。

3.3 将“为了参与”纳入“参加”的解释结论,符合法定犯的违法性特征

毫无疑问,作为妨害社会管理秩序罪中的罪名,“妨害兴奋剂管理罪具有明显的法定犯属性”^[23]。法定犯的特点在于其具有行政违法性和刑事违法性的双重违法性,在认定法定犯时,需要全面考虑行政违法性和刑事违法性,前者是后者的前提和基础,因此法定犯“罪与非罪的性质在一定程度上取决于行政法规”^[24]。对妨害兴奋剂管理秩序罪的认定,对其中相关构成要件要素的理解,应当考虑其前置性的行政法规,具体而言,应当充分考虑《中华人民共和国体育法》《反兴奋剂条例》等规范性文件。换言之,符合刑事违法性的妨害兴奋剂管理秩序罪所处罚的特定行为,首先应当具有行政违法性,如果相关行为在行政法规中找不到违法性依据,则其不应作为本罪的处罚对象。

运动员在国内、国际重大体育竞赛开赛前的备

赛过程中使用兴奋剂,虽然并非在具体竞赛过程中使用兴奋剂,而是在备赛训练中使用,但备赛训练也属于体育运动。根据《反兴奋剂条例》第24条规定,运动员不得在体育运动中使用兴奋剂。在备赛训练中使用兴奋剂违反该规定,具有行政违法性。且《中华人民共和国体育法》第26条规定,参加国内、国际重大体育竞赛的运动员和运动队,应当按照公平、择优的原则选拔和组建。根据该规定,国内、国际重大体育竞赛的选拔也需要秉持公平性,运动员在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中使用兴奋剂,损害了重大体育竞赛资格公平性,破坏了公平的选拔和组建原则,符合行政违法性。可见,“为了参与”下扩大解释结论的2种特定情形,均违反了相关前置性行政法规,符合本罪法定犯属性的要求。

4 结束语

忽略妨害兴奋剂管理罪中“参加”构成要件要素的解读,会导致妨害兴奋剂管理罪处罚范围的不当限缩,不利于实现保护运动员身心健康和重大体育竞赛公平性的规范目的。应当将“参加”解释为“参与”和“为了参与”,将引诱、教唆、欺骗或强迫、组织运动员在国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛中,以及在赛前备赛训练中使用兴奋剂,或者明知运动员参加国内、国际重大体育竞赛的选拔或预选比赛,以及进行赛前备赛训练,向其提供兴奋剂等行为认定为妨害兴奋剂管理罪的实行行为。在合理处罚范围内,“充分保证刑法规制兴奋剂违法行为的必要性、有用性和有效性”^[1],为净化体育赛场助力。

注释:

【注 1】如在“为了参与”作为预备行为被扩张纳入处罚范围之中的同时,本可不作处罚的,同样作为停止形态的轻罪的未遂行为,相应就可能有了处罚的必要,反而导致了处罚范围的过度扩张。

参考文献:

- [1] 魏东,周树超.妨害兴奋剂管理罪的法理诠释[J].法治现代化研究,2021(5):78-88.
- [2] 李文吉.我国刑法中管理秩序法益还原为实体性法益之提倡[J].河北法学,2020,38(5):2-19.
- [3] 崔志伟.妨害兴奋剂管理罪的合体系性解释[J].上海体育学院学报,2021,45(12):17-24.

(下转第 53 页)



- 因选材的研究[J].西北大学学报(自然科学版),2015,45(4):602-605.
- [27] 颜芳,理查德·舒斯特曼.身体美学与中国:理查德·舒斯特曼教授访谈录[J].文艺争鸣,2020,307(2):138-142.
- [28] 约翰·杜威.杜威全集·晚期著作:第十六卷[M].汪洪章,吴猛,任远,等译.上海:华东师范大学出版社,2015:112-115.
- [29] 赵崇乐,姜立嘉.论现代竞技运动中人的主体地位的缺失、回归与重构[J].广州体育学院学报,2009,29(2):53-56.
- [30] 窦雯华.古希腊女性雕塑形象中的神性与人性[J].美术教育研究,2021(10):38-39.
- [31] 石文颖.论黑格尔《美学》中的神性思想[J].河北师范大学学报(哲学社会科学版),2012,35(2):55-58.
- [32] 蒋菠,黄巾.意识遮蔽到实践开启:舒斯特曼身体美学破解竞技体育异化中的身体失落[J].武汉体育学院学报,2016,50(6):17-21.
- [33] 蒋菠.竞技走向健美:大学体育人文精神重塑[D].重庆:西南大学,2012.
- [34] 顾拜旦.奥林匹克理想[M].詹汝琮,译.北京:奥林匹克出版社,1993:28.

(责任编辑:黄笑炎)

(上接第45页)

- [4] 徐挺笠,李勇.妨害兴奋剂管理罪的保护法益及行为构造[J].中国检察官,2021(7):27-32.
- [5] 王爱立.中华人民共和国刑法;条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2021:1402.
- [6] 张明楷.法益初论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:245.
- [7] 马春晓.现代刑法的法益观:法益二元论的提倡[J].环球法律评论,2019,41(6):134-150.
- [8] 李鑫,苏永生.妨害兴奋剂管理罪的教义学思考[J].武汉体育学院学报,2021,55(6):52-58.
- [9] 张婵丽,郭志光,贾志强.国际反兴奋剂治理特点、新动向及启示[J].体育文化导刊,2021(2):1-8.
- [10] 时延安,陈冉,敖博.刑法修正案(十一)评注与案例[M].北京:中国法制出版社,2021:496.
- [11] 赵宗涛.妨害兴奋剂管理罪处罚范围的界定[J].上海体育学院学报,2021,45(12):1-9.
- [12] 廖建灵,兰跃军.反兴奋剂犯罪立法:回顾与前瞻:兼论刑法修正案(十一)第四十四条[C]//上海市法学会.上海法学研究集刊:刑法研究会.[出版地不详]:[出版者不详],2021(21):142-149.
- [13] 张立艳,阮圆圆,张英锋,等.兴奋剂的种类、毒性及其检测[J].渤海大学学报(自然科学版),2008,29(4):314-321.
- [14] 卢建平.轻罪时代的犯罪治理方略[J].政治与法律,2022(1):51-66.
- [15] 黄何.反思扩大解释与类推解释的区分:“不必严格区分说”之提倡[J].北京理工大学学报(社会科学版),2018,20(2):155-162.
- [16] 马荣春.刑法形式与实质融合解释观的提倡:兼论刑法扩张解释与类推解释的区别[J].甘肃政法学院学报,2018(6):1-14.
- [17] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021:49.
- [18] 刘艳红.象征性立法对刑法功能的损害:二十年来中国刑事立法总评[J].政治与法律,2017(3):35-49.
- [19] 周光权.积极刑法立法观在中国的确立[J].法学研究,2016,38(4):23-40.
- [20] 张明楷.增设新罪的观念:对积极刑法观的支持[J].现代法学,2020,42(5):150-166.
- [21] 田宏杰.立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开[J].中国法学,2020(1):166-183.
- [22] 陈璇.紧急权:体系建构与基本原理[M].北京:北京大学出版社,2021:70.
- [23] 李鑫.妨害兴奋剂管理罪前置法的功能不足及补强[J].上海体育学院学报,2021,45(12):10-16,24.
- [24] 陈兴良.法定犯的性质和界定[J].中外法学,2020(6):1464-1488.

(责任编辑:晏慧)