



# 《欧洲人权公约》与国际体育仲裁的关系综述

梁晓莹

**摘要:** 目前学界对《欧洲人权公约》(ECHR)与国际体育仲裁的关系研究,主要从ECHR对国际体育仲裁院(CAS)仲裁程序、CAS案件实体问题的适用两个方面展开。除了ECHR第6.1条对CAS仲裁程序具有直接横向效力这一已为实践支持的结论外,学界对ECHR的刑事程序性条款和实体性人权条款在CAS仲裁中的适用效力,仍存在争议。虽然否定其效力者解释了当前实践的合理性,但是支持其效力者的论述更有说服力,他们通过分析体育纪律处罚的准刑事性、体育仲裁的强制性和体育组织规则与人权保护的冲突,呼吁国际体育纠纷解决机构以合体系的方式统一直接适用ECHR相关条款,并建议改革CAS内部机制。既有研究为未来研究奠定了坚实的基础,未来研究可以补充国际法视角:联结ECHR与国际人权法,丰富CAS仲裁的法源;结合传统法理学和新兴国际法学理论,加强规范研究;从不同主体、具体条款着手探索ECHR在CAS仲裁中的适用,以及CAS仲裁对ECHR的作用。

**关键词:** 《欧洲人权公约》;国际体育仲裁;横向效力;积极义务

中图分类号:G80-05 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2023)05-0023-13

DOI:10.12064/ssr.2023070101

## Literature Review on the Relation between the *European Convention on Human Rights* and International Sports Arbitration

LIANG Xiaoying

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

**Abstract:** The current study on the relation between the *European Convention on Human Rights* (ECHR) and international sports arbitration can be attributed to two aspects: ECHR applicable to the arbitration procedure of the Court of Arbitration for Sport (CAS) and ECHR applicable to the merits of CAS cases. In addition to the conclusion that Article 6.1 of ECHR has direct horizontal effect on CAS arbitration procedure, which has been supported by practice, there are still disputes over the applicability of criminal procedural articles and substantive human rights articles of ECHR to the CAS arbitration procedure and to the merit in CAS. Although those who negate the applicability of ECHR explain the rationality of the current practice, the arguments of those who support the applicability are more persuasive. By analyzing the quasi-criminal nature of sports disciplinary punishment, the compulsory nature of sports arbitration and the conflict between sports organization rules and human rights protection, the supporters call for the unity application of the relevant articles of ECHR in a systematic manner by the international sports dispute resolution institutions, and suggest reforming the internal mechanism of CAS. The current study has accumulated rich achievements and laid a solid foundation for future study. Future study may supplement the perspective of international law, connecting ECHR and international human rights law, so as to enrich the legal source of CAS arbitration. The study has also proposed to combine traditional jurisprudence and emerging international law theory to strengthen normative research, explore how ECHR apply in CAS arbitration from different subjects and specific clauses and how CAS arbitration affect ECHR.

**Keywords:** *European Convention on Human Rights*; international sports arbitration; horizontal effect; positive obligations

收稿日期:2023-07-01

基金项目:国家社会科学基金青年项目(20CTY010)。

作者简介:梁晓莹,女,博士研究生。主要研究方向:国际私法、国际体育法。E-mail:Xiaoying\_Leung@163.com。

作者单位:苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006。



## 1 体育与人权的交汇:《欧洲人权公约》在国际体育仲裁中的适用

国际体育仲裁院 (Court of Arbitration for Sport, CAS) 在 2021—2022 年连续发布了两份题名同为《CAS 视角下的体育与人权》(Sport and human rights-overview from a CAS perspective) 的文件<sup>[1-2]</sup>。这两份文件意义重大, CAS 作为“世界最高体育法院”, 首次系统梳理了体育与人权的关系, 尤其是《欧洲人权公约》(European Convention on Human Rights, ECHR) 与 CAS 的关系。ECHR 被欧洲人权法院 (European Court of Human Rights, ECtHR) 解释为保护欧洲范围内人权的一种客观“宪法秩序”<sup>[3]</sup>, 这在一定程度上暗示了 CAS 向“国际体育领域的宪法性

法院”演进的意图。

由于 ECtHR 的判决对 ECHR 的解释具有支配性和控制性, 在其缔约国 (如作为 CAS 仲裁所在地的瑞士) 法律体系中具有次级法律渊源的效力<sup>[4]</sup>, 因此学界对 ECHR 与 CAS 仲裁的关系研究主要围绕 ECtHR 的相关判决 (表 1)<sup>[注 2]</sup> 展开。这些案件都完整经历了目前国际体育纠纷解决机制的程序, 即体育组织内部听证程序 (作出纪律处罚决定)—CAS 仲裁程序 (要求推翻纪律处罚决定)—瑞士联邦最高法院 (Swiss Federal Tribunal, SFT) 诉讼程序 (申请撤销 CAS 仲裁裁决)—ECtHR 申诉程序 (请求认定瑞士未能履行保障申诉人享有 ECHR 权利的积极义务)。

表 1 ECtHR 审理的经过 CAS 和 SFT 裁判程序的案件概况

Table 1 Cases heard by ECtHR after the adjudication proceedings of CAS and SFT

案件	案情	裁判结果
穆图和佩希施泰因诉瑞士案 [Mutu and Pechstein v. Switzerland (2018.10.2)]	Mutu 因兴奋剂违规被其所属的俱乐部要求赔偿违约金。他向 CAS 申请推翻该决定, 但被驳回。他上诉至 SFT, 以 CAS 缺乏独立性和中立性为由申请撤销裁决, 但被 SFT 驳回。Pechstein 因兴奋剂违规被国际足联禁赛 2 年。她向 CAS 申请推翻该决定, 但被驳回。她上诉至 SFT, 除了指控 CAS 缺乏独立性外, 还指控 CAS 侵犯其公开听证的权力, 先后申请撤销、修正裁决, 但均被驳回。2 位运动员分别上诉至 ECtHR, 均以 CAS 缺乏公正性和中立性, 但 SFT 不予认定为由, 指控瑞士违反了 ECHR 第 6.1 条 (获得公平审判的权利); Pechstein 还补充了其案件未得到公开审理, 故其公开听证的权力被侵犯了	①由于证据不足, 驳回关于认定 CAS 缺乏独立性和中立性的请求; ②区分 2 位申诉人所签订的仲裁条款的性质, Mutu 案是自愿仲裁, 而 Pechstein 案是强制仲裁。强制仲裁程序须满足第 6 条的所有要求, 而 Pechstein 案未满足公开听证的权力的要求
巴克诉瑞士案 [Bakker v. Switzerland (2019.9.3)]	Bakker 因兴奋剂违规被荷兰皇家自行车协会禁赛 2 年。他向 CAS 申请推翻该决定, 却被 CAS 以 2 次违规为由对其终身禁赛。他上诉至 SFT, 以 CAS 未能保障其审判权、顶格处罚侵犯了尊重个人自由的权利为由申请撤销裁决, 但被驳回。他继续上诉至 ECtHR, 以 SFT 缺乏公正性、判决理由不充分、未充分行使审查权、未公开宣布判决为由, 指控瑞士违反了 ECHR 第 6.1 条 (获得公平审判的权利)	ECtHR 经审查认为该申诉无根据, SFT 在本案中不存在侵犯申诉人 ECHR 第 6.1 条权利的情形, 故予以驳回
普拉蒂尼诉瑞士案 [Platini v. Switzerland (2020.3.5)]	Platini (前职业足球运动员、欧足联主席和国际足联副主席) 因收受 200 万瑞士法郎的不明款项被禁赛 4 年, 并被罚款 6 万瑞士法郎。他向 CAS 申请推翻该决定, 但被驳回。他上诉至 SFT, 以 CAS 裁决的任意性和不公性为由申请撤销裁决, 但被驳回。他继续上诉至 ECtHR, 除了已在 SFT 提出的指控外, 还指控国际足联内部纪律程序和 CAS 程序违反了 ECHR 第 6.1 条 (获得公平审判的权利)、处罚所适用的规则违反了 ECHR 第 7 条 (无法不罚) 中的禁止追溯规定、4 年禁赛期违反了 ECHR 第 8 条 (尊重私人和家庭生活的权利), 而瑞士未能保护上述权利	①以未用尽国内救济为由驳回了关于第 6.1 条的申诉; ②区分对职业不当行为的纪律处分和刑事处罚, 本案属于前者, 不在第 7 条范围内; ③由于处罚对申诉人的私生活造成后果, 故第 8 条适用, 但处罚结果不违反第 8 条
阿里·雷扎诉瑞士案 [Ali Riza v. Switzerland (2021.7.13)]	Ali Riza 因合同未到期且未通知就离开原俱乐部, 被原俱乐部要求赔偿违约金。该决定得到了土耳其足协仲裁委员会的支持。他不服, 相继向 CAS 和 SFT 上诉, 但都被以无管辖权为由驳回。他继续上诉至 ECtHR, 指控土耳其足协仲裁委员会缺乏独立性和公正性, 且其裁决不受任何法院的司法审查, 这侵犯了其在 ECHR 第 6.1 条中诉诸法院的权利	土耳其足协仲裁委员会属于强制仲裁, 故第 6.1 条适用。但该仲裁属国内仲裁, 应由土耳其而非瑞士承担义务, 故 ECtHR 不具有属人管辖权
南非田径协会诉瑞士案 [Athletics South Africa v. Switzerland (2021.10.5)]	南非田径协会与 Semenya 一起向 CAS 质疑国际田联 DSD 条例 (通过激素治疗降低天然睾酮值, 方可参加特定女性赛事) 的有效性, 但被驳回。南非田径协会上诉至 SFT, SFT 认为该条例体现体育公平, 驳回上诉。南非田径协会继续上诉至 ECtHR, 要求认定该条例违反 ECHR 第 8 条 (尊重私人和家庭生活的权利) 和第 14 条 (禁止歧视), 但瑞士未能履行保护上述权利的义务	南非田径协会因未证明其与所指控行为之间有足够直接的联系, 故不属于 ECHR 第 34 条所指的“受害人”, ECtHR 不具有属人管辖权
塞门娅诉瑞士案 [Semenya v. Switzerland (2023.7.11)]	案情基本同上。在本案中, Semenya 上诉至 ECtHR, 指控瑞士违反 ECHR 规定的缔约国义务, 因为国际田联 DSD 条例侵犯她在 ECHR 中享有的权利, 而 SFT 的有限审查权未能有效保护其权利, 具体表现为: 或是单独违反了第 3 条 (禁止不人道或有辱人格的待遇)、第 8 条 (尊重私生活的权利), 或是连同违反第 14 条 (禁止歧视), 同时违反第 6 条 (获得公平审判的权利) 和第 13 条 (获得有效补救的权利)	(分庭判决待生效) 由于该条例对申诉人的影响, 第 8、第 14 条适用于本案, 但 SFT 未以符合 ECtHR 判例法要求的“特别重要和令人信服的理由”来审查 CAS 裁决, 故违反了第 8、第 13、第 14 条
杰罗姆·瓦尔克诉瑞士案 [Jérôme Valcke v. Switzerland (communicated on 2021.10.20)]	Valcke (国际足联前秘书长) 因涉嫌腐败被禁赛 10 年, 并被罚款 10 万瑞士法郎。CAS 和 SFT 相继驳回了他的申请。他继续上诉至 ECtHR, 以该处罚决定违反了 ECHR 第 8 条 (尊重私人和家庭生活的权利) 和第 6 条中保持沉默和不自证其罪的权利为由, 指控瑞士未能保护其在 ECHR 享有的权利, 同时指控 SFT 在本案中行使的有限审查权违反了 ECHR 第 13 条	待决



表1的案件涉及ECHR的不同条款,这些条款的性质对于CAS仲裁而言有所区别。根据仲裁的一般理论<sup>[5]</sup>,ECHR与CAS仲裁的关系可分为两个方面:一是ECHR作为适用于CAS仲裁的法律(the law applicable to CAS arbitration),即调整仲裁程序的法律(the law governing the arbitration procedure);二是ECHR作为在CAS仲裁中适用的法律(the law applicable in CAS arbitration),即对案件实体问题作出仲裁裁决的依据(the law applicable to the merits)。两者与Rigozzi<sup>[6]</sup>在*Sports arbitration and the European Convention of Human Rights—Pechstein and beyond*一文中对ECHR向体育仲裁提供程序性保证和实体性保证的分类对应。具言之,ECHR第6、第7条属于“ECHR作为对CAS仲裁程序适用的法律”的讨论对象,而其余条款则属于“ECHR作为对CAS案件实体问题适用的法律”的讨论对象。下文分别从这两方面对相关文献<sup>[注 3]</sup>进行综述。

应当注意,虽然表1所列案件不多,但这并不意味着体育领域的人权问题不突出。首先,由于国际体育组织对体育公共利益与个人权利的衡量掌握了绝对的话语权,其决定只有在例外情况下才会受到国家法院和欧洲法院的质疑<sup>[7]</sup>。其次,尽管国际体育组织以“人权”“尊严”“非歧视”等术语以示保障人权的态度,但是它们并未统一、连贯地使用这些术语<sup>[8]</sup>。最后,由于国际体育纠纷解决机制高昂的时间和资金成本,CAS(及其后续的SFT和ECtHR)不是多数运动员(尤其来自发展中国家的运动员)的实际选择<sup>[9]</sup>。

## 2 ECHR作为对CAS仲裁程序适用的法律

过去认为,适用于仲裁程序的法律就是仲裁地所在国的法律(“领土主义”的观点),而现代仲裁证明,多种法律秩序均可能对仲裁产生效力,甚至不再限于国家法律秩序(“多元主义”的观点)<sup>[5]</sup>。这在国际体育仲裁中尤为明显,虽然瑞士法在CAS程序上占主导地位,但其他法律,特别是ECHR,也在其中发挥重要作用。

### 2.1 对ECHR是否适用于CAS仲裁程序的争议

在分析ECHR作为对CAS仲裁程序适用的法律是如何发挥作用之前,要先确定ECHR是否可以适用于CAS仲裁。

#### 2.1.1 对ECHR第6.1条(获得公平审判的权利)直接适用于CAS仲裁的逐步共识

早在2012年<sup>[注 4]</sup>Haas<sup>[10]</sup>于*Role and application of Article 6 of the European Convention on Human*

*Rights in CAS procedures*一文中就认为,这是“一个开放的问题”(an “open” issue)。Haas坦言,尚不清楚ECHR与体育仲裁的关系为何,也不清楚ECHR第6.1条是否以及在多大程度上适用于体育仲裁。但Haas确定两点:第一,无法从第6.1条的措辞推断ECHR不适用于私人仲裁,若依职能方法(functional approach)解释第6.1条的“法庭”(tribunal)一词,CAS将被涵盖其中;第二,人权不直接对私人法律关系产生直接效力,但ECHR的价值蕴含在瑞士公共政策中并通过SFT的司法审查实现,据此,CAS会间接受到ECHR第6.1条的约束,来避免作出被SFT撤销的仲裁裁决。另外,仲裁的意思自治引发了另一个问题,即ECHR第6.1条所载的基本权利(诉诸法院的权利、获得独立和公正法庭的权利、公开听证权、公开裁判权、在合理时间内作出裁判的权利、公平审判权)在多大程度上构成瑞士公共政策的一部分?换言之,当事人通过订立仲裁协议是否以及在多大程度上放弃了这些基本权利?Haas逐一分析:在强制体育仲裁中,对于诉诸法院的权利,若符合比例原则且不超出缔约国自由裁量权的范围(即“有利于良好司法”,in the interest of the good administration of justice),则构成有效弃权;对于公开听证权和公开裁判权,订立仲裁协议则构成默示放弃,但涉及匿名证人时需视情况而定;至于其他基本程序权利则是不可放弃的。

由此可见,体育仲裁的强制性使ECHR在CAS仲裁中的适用具有特殊性。先前对ECHR在仲裁中适用的讨论,一般先区分自愿仲裁与强制仲裁,认为仅在自愿仲裁中存在ECHR是否可以适用的问题,而强制仲裁的类国家司法属性使ECHR直接适用于强制仲裁<sup>[11]</sup>。但当时,强制仲裁多被狭义理解为“法律规定的仲裁”,而CAS仲裁起初也未被视为强制仲裁,最多会说“在体育语境下,仲裁是‘被迫的’(forced)而不是‘强制的’(compulsory)”<sup>[12]</sup>。然而,Rigozzi<sup>[13]</sup>早在2005年就指出,体育仲裁实际上类似于法律规定的仲裁,它完全受ECHR的约束<sup>[注 5]</sup>。该结论也为若干学者所同意<sup>[14-15]</sup>。

而实践中,直至ECtHR对Pechstein诉瑞士案作出判决之前,CAS和SFT一致认为ECHR第6.1条不适用于国际体育仲裁<sup>[16]</sup>。相当一部分学者和Haas一样没有正面回答ECHR是否适用于CAS仲裁,如Cernic<sup>[17]</sup>经分析指出,CAS仲裁程序虽然大体上提供了ECtHR判例法要求的公平审判保证,但在公正性、公开性、举证责任等方面还是存在不足。

以Rigozzi<sup>[6]</sup>对Pechstein诉瑞士案判决的总结作



为概括,ECHR第6.1条在CAS仲裁中是自动执行(self-executing)、完全适用的。换言之,ECHR第6.1条具有人权法的横向效力(horizontal effect of human rights),且直接适用于CAS仲裁。

### 2.1.2 对ECHR第6.2条(无罪推定)、第6.3条(辩护权)和第7条(无法不罚)不适用于CAS仲裁的质疑

与ECHR第6.1条不同,ECHR第6.2、第6.3、第7条提供的是刑事保障;以ECtHR的分类来标注,前者是“民事分支”(civil limb)<sup>[18]</sup>,后者是“刑事分支”(criminal limb)<sup>[19]</sup>。ECHR这三个条款是否适用于CAS仲裁,是有争议的。

对此,Rigozzi<sup>[6]</sup>指出,虽然ECtHR在Pechstein诉瑞士案和Platini诉瑞士案中根据自主解释的方法认定体育纪律处罚不属于这些条款所指的“刑事犯罪”,排除这些条款适用于CAS仲裁,但是ECtHR的推理不全面,基于目的性扩张解释和兴奋剂处罚的准刑事性质,ECHR中的这些刑法保障仍可类比适用于CAS仲裁。类似的观点也由Siekmann<sup>[20]</sup>表达过。Hessert<sup>[21]</sup>也认为ECHR第6.2条应适用于体育纪律处罚程序,如果运动员因未能应体育组织的要求交出个人信息、未能向其报告或与其合作而受到处罚,那么该处罚不符合ECHR第6.2条。Duval<sup>[22]</sup>更是将CAS仲裁庭作出排除适用这些条款的裁决,形容为“迷失在翻译中”(lost in translation)。

综上,随着国际体育纠纷数量的激增,ECHR与CAS仲裁程序的关系远超出ECHR与国际商事仲裁的关系范围,不再局限于ECHR第6.1条,要求第6.2、第6.3、第7条适用于CAS仲裁程序的呼声高涨。对于第6.1条,实践和理论已达成一致,该条款直接适用于CAS仲裁程序;对于第6.2、第6.3、第7条,实践和理论存在分歧——借用Haas的话来概括,“这是一个开放的问题”。

## 2.2 对各裁判机构基于便利适用ECHR第6.1条的批评

首先是CAS适用ECHR的问题。Duval<sup>[22]</sup>归纳了ECHR第6条之于CAS的功能性价值:一是确定CAS强制仲裁条款的有效性,维护CAS的独立性和公正性;二是捍卫CAS的全面审查权;三是帮助CAS自主决定举证事项的可采性;四是证明有限仲裁程序语言的合法性。这在一定程度上暗示了在CAS仲裁中,ECHR的工具性价值大于其人权保护价值。

Duval<sup>[22]</sup>通过比较CAS与ECtHR针对体育仲裁的强制性和公开听证权两方面截然相反的说理,进一步指出这两个机构对ECHR如何适用于CAS仲

裁的理解存在不可弥合的差异。作为佐证,郭树理<sup>[23]</sup>对CAS在ECtHR对Pechstein案判决后修改的仲裁规则提出尖锐批评:“新规定似乎有‘偷梁换柱’的嫌疑,ECHR第6.1条规定的公开审理的权利是当事人的一种‘权利’(right),而到了CAS这里,却成了CAS赐予运动员的一种‘特权’(privilege)。”

其次是SFT适用ECHR的问题。如果不对现行法律框架进行全面改革,那么无论是从仲裁地国还是当事人的角度来看,撤销裁决机制都将继续发挥重要作用<sup>[12]</sup>。Mutu和Pechstein诉瑞士案判决后,SFT仍拒绝将程序性公共政策解释为“包括《瑞士联邦国际私法典》第190.2.e条尚未涵盖的ECHR第6.1条的所有要求”,人们无法理解为什么SFT不能在体育事务中“走得更远”<sup>[6]</sup>。SFT完全有能力且本可以作为以保护个人权利为中心的法院,确保现代国际体育监管制度在国内法和国际法的问责范围内发展,现在却故步自封,即使出现了Mutu案中事实调查结果有误、CAS错误适用损害因果关系或举证责任原则的情况,也仍以有限审查权为由脱责<sup>[24]</sup>。有学者<sup>[14]</sup>指出,《瑞士联邦国际私法典》是为商事仲裁量身定制的,必须将体育仲裁纳入考虑范围进一步修订。

最后是ECtHR适用ECHR的问题。Freeburn<sup>[24]</sup>依据自由民主社会中的权力理论,严厉批评ECtHR基于功利主义对Mutu和Pechstein案的判决。他认为该判决在本质上是矛盾的,国际体育组织的事实权力以及CAS实施的“体育组织规则之治”而非“法治”,无法推导出强制体育仲裁的合法性和合理性,更无法得出CAS是ECHR所指的“独立、公正的法庭”的结论,也即ECtHR对其断案的逻辑起点(强制仲裁)的说理并不充分<sup>[24]</sup>。

## 2.3 对ECHR无法根治强制体育仲裁缺陷的反思

国内外众多学者从Pechstein案切入,共同论证了CAS的结构性问题使其不能仅凭一己之力成为真正“独立和公正的法庭”,达到ECHR对强制仲裁的要求。正如Weitz<sup>[25]</sup>在检视当前CAS的结构和财务独立性后,形容道:“CAS拥有‘像法院一样对全球秩序的管辖权和权力’,但CAS‘不符合我们对实际法院的期望标准’……CAS充其量试图营造那种中立的环境……由于国际体育仲裁理事会的组织方式,它允许太多的利益冲突被忽视和不公开。限制当事人只允许其在‘封闭名单’中挑选仲裁员的方式已经根深蒂固,随时面临被滥用的风险。”Ehle等<sup>[26]</sup>也揭露了,只要感受到有利于体育组织的结构失衡(哪



怕还未证实),针对CAS的批评将持续不断。

尽管当下情况不乐观,学者们还是提出了各种改进建议。

郭树理持续关注Pechstein案,对比各级法院的判决,指出强制体育仲裁条款的社会合法性强于规范合法性<sup>[27]</sup>,以及国际体育仲裁机制在中立性和公正性方面有制度缺陷<sup>[28]</sup>,认为ECtHR对Pechstein诉瑞士案中少数法官的异议意见更能推动CAS改革<sup>[23]</sup>。高薇<sup>[29]</sup>对比了Pechstein案在ECtHR和其他法院(SFT和德国法院)的推理路径,前者先论证CAS仲裁的强制性再讨论放弃向法院起诉的条款的效力,后者直接根据“异议权放弃规则”驳回起诉,文章认为国家仲裁法律机制与人权国际保护机制具有不同价值<sup>[30]</sup>,而人权国际保护机制将推动CAS仲裁改革。

Shahrokhi<sup>[30]</sup>提出了调整CAS经费制度的三种办法,使CAS独立于奥林匹克运动。Duval<sup>[31-32]</sup>基于CAS的公共职能,建议CAS仲裁摒弃所谓的“同意神话”,转而关注民主要求,程序的公平性和仲裁员的独立性必须以不同于传统国际仲裁的方式进行更加严格的评估(即适用于国家法院的正当程序标准),特别是通过高透明度促进“体育法”(lex sportiva)的民主化——如果CAS仲裁不提高透明度,那么国家法院应实施更有力的司法审查作为“补偿性透明度”。Wojtowicz<sup>[4]</sup>建议SFT直接将ECHR第6.1条解释为《瑞士联邦国际私法典》第190.2.e条程序性公共秩序之一种表现形式。还有学者另辟蹊径,如:Duval等<sup>[33]</sup>鼓励通过诉诸欧盟竞争法来间接保障ECHR第6条;Hülskötter<sup>[34]</sup>也建议诉至法院的运动员同时主张强制体育仲裁违反竞争法。

前述Freeburn<sup>[35]</sup>对ECtHR就Mutu和Pechstein案判决的质疑,更是从根本上质疑国际体育管理体系的合法性与合理性,这与其在*Regulating international sport: Power, authority and legitimacy*一书中关于基本法律原则不能让位于强制体育仲裁的核心观点一脉相承。该书还提出了彻底的解决方案,将目前的国际体育管理体制由私法范畴转变为公法范畴,建立以国家为主导的国际体育纠纷解决公约机制。

### 3 ECHR作为对CAS案件实体问题适用的法律

#### 3.1 直接横向效力与间接横向效力之争

当论及ECHR作为对CAS案件实体问题适用的法律时,ECHR保障的实体性人权具有直接还是间接的横向效力,结论是模糊的。

既有文献指出,该问题在实践中似乎表现为间接横向效力。在CAS上,其先例反映了ECHR以特定方式适用于其审理的案件,即诉诸瑞士法以填补体育规则中保护人权的空白,因为瑞士法有至少与ECHR相当的人权保护标准<sup>[2]</sup>。在SFT上,Mavromati<sup>[36]</sup>和Favre-Bulle<sup>[37]</sup>均总结了SFT在对CAS裁决进行司法审查时,当事人不能直接援引ECHR或瑞士宪法——无论如何,违反ECHR本身并不构成违反《瑞士联邦国际私法典》第190.2.e条规定的公共政策,当且仅当申请人证明ECHR或瑞士宪法的核心原则属于实体性公共政策的范围或《瑞士联邦国际私法典》第190.2条的其他理由时,SFT才接受基于瑞士宪法或ECHR的抗辩意见。在ECtHR上,Rigozzi<sup>[6]</sup>和Rietiker<sup>[38]</sup>通过分析Platini诉瑞士案指出,ECtHR判例法直接适用于体育案件,但ECtHR会根据案件具体情况作调整,同时充分尊重瑞士作为ECHR缔约国的自由裁量权。

对该问题,Hessert<sup>[39]18-30</sup>的论述更为详细、连贯。他首先总结实践:ECtHR对Platini诉瑞士案的判决表现出认可ECHR规定的实体性人权在体育关系中具有间接横向效力的立场,即ECHR在CAS仲裁中不是审理实体问题的直接法律标准。然后表示质疑,既然体育仲裁的强制性要求ECHR第6.1条直接适用,以抵消强制放弃ECHR其他个人权利的影响,那么运动员也因体育规则的强制性被迫放弃了诸如ECHR第8条的权利,但为什么ECtHR充分保护了程序性人权而没有给予实体性人权类似的保护?最后得出结论:有关运动员因不能自由决定是否接受体育规则而被迫放弃基本实体权利,那么这种损害需要由ECHR确保的最低法律要求和保障措施来补偿,ECHR的实体性人权条款也应当在CAS仲裁中直接适用。

Freeburn<sup>[24]</sup>则提出了一个更为根本性的质疑,即如何将ECHR关于国家和私人主体之间纵向关系的规定转换为私人主体之间横向关系的规定?对于前者,ECtHR的判例承认国家有一定的自由裁量权来决定其追求的集体目标大于个人利益,此种牺牲个人利益的利益衡量因国家的民主性而合法化;但是对于后者,在理论上,国际体育组织无法证明、只能假设其民主性,在实践中,国际体育组织根据相称性原则作出的利益衡量结果几乎无一例外是,体育公共利益大于个人利益,如此在CAS仲裁中适用ECHR是危险的。换言之,Freeburn不认为ECHR在CAS仲裁中具有效力,不管是间接还是直接的横向效力。



## 3.2 CAS 仲裁庭保守适用 ECHR 的实体性人权条款的省思

### 3.2.1 CAS 仲裁庭保守适用 ECHR 的成因

如 CAS 发布的两份文件所示, CAS 作出了不少与 ECHR 相关的裁决。在 CAS 案件数据库 (<https://jurisprudence.tas-cas.org/Help/Home.aspx>) 中以“European Convention on Human Rights”为检索词进行完全匹配的全文检索,找到 66 份裁决<sup>[40]</sup>;若进行非完全匹配的全文检索,共 143 份裁决<sup>[41]</sup>,多出的裁决或以“ECtHR 的判例法”(jurisprudence of the European Court of Human Rights) 的措辞代替 ECHR。这些与 ECHR 相关的裁决仅为 CAS 海量仲裁案件的“冰山一角”。

Duval<sup>[22]</sup>通过分析多份 CAS 裁决,指出 CAS 在根据 ECHR 判断体育组织的决定和规则时,十分谨慎、保守,如:拒绝评估转而援引世界反兴奋剂机构的专家意见肯定《世界反兴奋剂条例》符合 ECHR;虽对 ECHR 第 10 条(言论自由)和第 11 条(结社自由)进行较为全面的评估,但结果是维护体育组织的决定。这与 Freeburn 的观点不谋而合,即在大多数情况下, CAS 并不适用国际体育组织制定的规则以外的法律、原则;尽管 CAS 拥有全面(de novo)审查的权力,但其审查标准不过是一种顺从体育组织的、武断的、反复无常的标准;CAS 不适用任何独立的司法制度,而只是确保程序公平,以及确保国际体育组织遵守自己的规则<sup>[24]</sup>。

CAS 这种审查标准远不能保障运动员等人的人权,这可以从体育规则对人权保护的研究中得到确证。如:Patel<sup>[42]</sup>指出,体育规则仍未经过人权标准的检验,尽管有些体育组织作出了积极承诺,但其规则中人权条款的执行缺乏监管,且体育组织没有能力处理人权问题,无法有效支持运动员在权利受到侵犯时寻求救济。Heerdt<sup>[43]</sup>更进一步观察到,大型国际体育赛事申办合同虽然创设了人权义务,但这些新规定只是划清了部分责任界限,且仅由 CAS 专属管辖,而 CAS 缺乏人权专业知识和透明度,在解释、适用国际人权法方面还没有经验或先例,这足以让人怀疑 CAS 是否能够处理大型国际体育赛事中侵犯人权的行为。

关于体育纪律规则是否符合 ECHR 的问题,学者们指出了不相符之处。如:Hessert<sup>[21]</sup>研究表明,体育规则规定的运动员合作和报告义务可能会侵犯运动员根据 ECHR 第 6 条享有的保持沉默、免于自证其罪、无罪推定以及拒绝作证的权利,特别是在国家

将操纵比赛和腐败博彩活动定为刑事犯罪的情况下。此外,在涉及非典型性结果和操纵比赛的体育调查中,对未成年人的保护并不充分<sup>[44]</sup>。van der Sloot 等<sup>[45]</sup>的研究揭示了《世界反兴奋剂条例》与以 ECHR 为核心的欧洲人权框架的紧张关系,认为人权法所代表的利益不能被反兴奋剂等其他利益取代,否则将侵犯运动员在 ECHR 中的隐私权、公平审判权和免受歧视的权利。国际奥委会的规则也备受诘难,尤见于《奥林匹克宪章》(Olympic Charter, 简称《宪章》)第 50 条(禁止运动员自由表达其政治观点)与 ECHR 第 10 条(言论自由)的讨论。研究<sup>[46]</sup>认为《宪章》第 50 条违反 ECHR 第 10 条,理由有:第 50 条禁止的言论性质与范围不明确,国际奥委会不能确保相称且统一的处罚,以及处罚的不可上诉性;澳大利亚法院对 Israel Folau 案的判决间接说明,因言论自由对运动员实施纪律处罚应被视为不符合《瑞士联邦国际私法典》第 190.2.e 条的瑞士公共政策<sup>[47]</sup>。有学者<sup>[48]</sup>虽未讨论《宪章》第 50 条是否违反 ECHR 第 10 条,但是分析了 ECHR 第 10 条对体育私人关系具有间接横向效力,认为体育组织应更包容运动员的言论自由;或者即使第 50 条的限制是合理的,但必须以更符合国际法和国内法实践的方式限制言论自由<sup>[49]</sup>;否则,在国际奥委会无需遵守国际人权条约义务,以及商业主义和政治中立的背景下,第 50 条将不利于实现奥林匹克运动会的理想<sup>[50]</sup>。不难推测,面对愈处于理论漩涡的议题, CAS 仲裁庭愈保守。

### 3.2.2 促进 ECHR 的实体性人权在 CAS 案件中实现的建议

鉴于此,学者们分别对不同的主体提出改进建议。对于 CAS,一是根据 CAS Code(*Code of Sports-related Arbitration*) 第 R57.1 条, CAS 仲裁庭必须全面审查任何涉嫌侵犯实体性人权的行为,并为其裁决提供充分和详细的理由<sup>[39]30-31</sup>;二是 CAS 必须进行制度改革,抓住 ECHR 提供的机会,加强 CAS 在跨国体育治理体系内的“司法”权力,以人权有效制约体育组织的跨国权力<sup>[22]</sup>。对于 SFT,其必须切实承担根据《瑞士联邦国际私法典》第 190.2 条审查 CAS 裁决的积极义务<sup>[39]30-31</sup>。对于 ECtHR, Rigozzi<sup>[6]</sup>和 Rietiker<sup>[38]</sup>都预测 ECtHR 将越来越多地被要求平衡体育组织与运动员等人之间的利益冲突,可能成为体育领域人权案件的主要管辖法院。但两位学者关于该影响与仲裁程序自治关系的观点形成了碰撞。Rigozzi<sup>[6]</sup>引用了 Jean-Paul Costa 的观点,希望该影响不会改变未来可能出现的仲裁程序的自治;Rietiker<sup>[38]</sup>则认为该影响可能会削弱体育法专家和体育组织主张



的体育法自治、自给自足的性质,特别是由于传统人权义务无法规制体育组织,国家的积极义务无疑是重要保障工具。对于其他机构,研究主张根据国际公法原理,创设一个第三方申诉裁决机制——专门的体育和人权仲裁法庭<sup>[51]</sup>;或者由联合国人权理事会设立特别程序,专门负责解决体育运动中的人权问题<sup>[52]</sup>。

### 3.3 判决待生效的 Semenya 诉瑞士案中 ECHR 的适用

表1的案件各有开创意义: Mutu 和 Pechstein 诉瑞士案中, ECtHR 第一次审查 CAS 仲裁是否符合 ECHR 第 6.1 条; Platini 诉瑞士案中, ECtHR 第一次审查 CAS 仲裁是否符合 ECHR 第 8 条; Semenya 诉瑞士案则是 ECtHR 第一次审查 CAS 仲裁是否符合 ECHR 第 14 条。Semenya 案中针对体育女性的性别歧视问题由来已久,早在 2010 年就有观点指出,国际奥委会验证性别的歧视性做法侵犯了运动员隐私,如果联合国或 ECtHR 不采取严格的执法、司法制度,体育性别政策将继续违反基本人权<sup>[53]</sup>。然而,针对女性运动员的性别政策一直处于由外力推动演变但不曾取消的状态<sup>[54]</sup>。发展至今,至少从 ECtHR 分庭于 2023 年 7 月 11 日发布的判决来看, Semenya 案或成为转折点。由于 ECHR 第 43、第 44 条规定当事人在分庭判决后 3 个月内可以请求将案件提交至大法庭,所以目前的判决尚未生效。

在 ECtHR 分庭对 Semenya 诉瑞士案判决前,已有众多学者围绕其中的性别歧视问题展开了充分的讨论<sup>[注 7]</sup>。首先是根据比例原则,指出体育领域的专有权利(公平竞争权)不能超越基本人权(体育参与权、健康权、隐私权和免受歧视的权利),因此,国际田联针对特定女性运动员的参赛资格限制应当被定性为不被允许的歧视性做法<sup>[55]</sup>。接着,质疑 CAS 仅凭国际田联提供的不确定的科学数据进行裁决,与其在 Blake 诉国际田联案中作出的根除运动员歧视的承诺相悖<sup>[56]</sup>。更有学者<sup>[57]</sup>通过全面分析国际田联 DSD 条例的合法目的、实现国际田联目标的程度、是否为最小侵害的手段、公共利益是否超过个人权利等要素,论证了国际田联 DSD 条例的非正当性,有力批评了 CAS 在本案中无力处理国际人权法问题,以及 SFT 在本案中一如既往地强调公共秩序。相反,有学者<sup>[57]</sup>认为, SFT 在本案中的审查是一种更为宽松的做法,会受到欢迎。此外,有学者<sup>[58]</sup>指出,虽然 ECtHR 判例法已多次要求对跨性别者平等保护,但对双性人的保护则有所忽视,对后者的保护多见

于政策性和国内法。

作为后果,由于法律对性别的二元理解,双性人运动员在其一生中都将受到潜在的人权侵犯<sup>[59]</sup>;国际田联、CAS 和 SFT 的决定最终可能导致体育体系支离破碎<sup>[60]</sup>。作为建议,在“立法”方面,鉴于反对跨性别和双性人女性充分和平等地参与体育运动的大部分论点都是基于假设甚至是反事实的,应将跨性别和双性人女性完全平等地纳入女性运动<sup>[61]</sup>,除非体育组织有效证明其性别政策满足全球行政法的问责原则和机制<sup>[62]</sup>。此外,应当鼓励运动员向政府或非政府机构报告,甚至提起诉讼,以此倒逼体育领域反歧视政策的出台<sup>[63]</sup>。在“司法”方面,由于 SFT 和 ECtHR 的管辖权有限, CAS 应扮演积极监督者的角色,以国际公认和普遍接受的规则要求相关体育组织遵守人权标准<sup>[56]</sup>。有学者<sup>[64]</sup>更深刻地指出,单靠法律并不能防止体育性别歧视,需要在社会文化上改变人们和参赛者的心态,使其接受跨性别和双性人运动员参加体育赛事。

不难看出,学界对 ECtHR 以“人权优于体育”的立场判决 Semenya 诉瑞士案的期待。ECtHR 分庭对 Semenya 诉瑞士案的判决也如期待所表现。Wiater<sup>[65]</sup>基于体育仲裁的强制性,认为该判决要求瑞士实行更严格的实体性公共秩序的审查是合理的,并提出若该判决被大法庭维持,瑞士将负有保护运动员人权的积极义务, CAS 将根据 ECHR 解释“体育法”(lex sportiva),体育组织将事实上承担 ECHR 要求的人权责任。Shahlar<sup>[66]</sup>根据人权法与仲裁法的区别和不可避免的冲突,解释了 CAS 和 ECtHR 不同的关注点和裁判思路,并进一步指出大法庭在审理该案时,一是要区分女性和双性人这两个群体,二是要审查分庭未审查的事项(有辱人格和无人道待遇的控诉以及 CAS 程序缺乏独立性和公正性的问题)。此外,该判决中多数意见的分析方法也受到一定的批评,主要见于英国律师 Vinall<sup>[67]</sup>的点评:一是,轻视 CAS 对 Semenya 诉国际田联案作出的(并经 SFT 审查的)详细裁决理由,将没有明确援引 ECHR 等同于不适用 ECHR;二是, ECtHR 没有依据 ECHR 第 8、第 14 条相关判例确立的利益平衡方法自行评估本案争议的国际田联 DSD 条例;而这会导致 SFT 处于两难境地——瑞士国内法授予的有限审查权与 ECtHR 要求的积极义务矛盾。

可见,目前体育与人权之间的关系仍然非常模糊,对于 CAS、SFT 是否必须直接、完全适用 ECHR,学者们的观点也是大有不同的,或是激进,或是保守。



## 4 ECHR 与国际体育仲裁的关系研究之我见

### 4.1 对已有研究的总结评价

学界对 ECHR 与国际体育仲裁的关系的研究始于 Pechstein 案,并随着 ECtHR 审理的数起涉及 CAS 仲裁的案件而不断深入。其中,相较于国内研究,国外(特别是欧洲)研究起步较早,研究广度和深度都颇为可观,特别是形成了与 ECHR 有关的国际体育法专著。研究的问题可整理为:① ECHR 是否适用于 CAS 仲裁程序?如是,则 ECHR 具有间接还是直接的横向效力?适用中存在哪些问题?② ECHR 作为对 CAS 案件实体问题适用的法律,其效力如何?或者说,ECHR 保障的实体性人权与程序性人权对于 CAS 仲裁而言是否等同?适用中存在哪些问题?③ 作为区域人权保护机制的 ECHR 能否推动 CAS 仲裁的长足发展,能否有效保障运动员等人的权利?前两个问题是直接的、微观的,而第三个问题是根本的、宏观的。学者们在对前两个问题分析之后,往往会进一步讨论第三个问题。

对这三个问题,学者们的分析路径有所不同。针对问题①,学者们主要运用案例分析法,围绕 ECtHR 对 Mutu 和 Pechstein 诉瑞士案的判决,从法教义学视角审视 CAS、SFT 对 ECHR 适用的态度及实践,明确 ECHR 第 6.1 条以直接横向效力适用于 CAS 仲裁,质疑 ECtHR“一刀切”拒绝 ECHR 的刑事性程序权利适用于 CAS 仲裁,并对 ECtHR 判决中的异议意见进行辨析,以期找出更合适的解决办法。前述的研究方法与视角大体上也体现在对问题②的讨论中,此外学者们还以法社会学视角分析 Semenya 诉瑞士案,呼吁实现 ECHR 中实体性人权。针对问题③,有针锋相对的观点,大部分观点认为,ECHR 可以促进 CAS 仲裁在人权保护方面的发展,提出的建议主要包括改革 CAS 内部机制,以及“CAS-SFT-ECtHR”体育纠纷解决机制统一适用 ECHR。而以 Freeburn 为代表的观点,依据传统“公私两分”的法学理论,对比公法关系和私法关系,指出国际体育法律关系的逻辑关系无法自洽,从根本上质疑 ECHR 与 CAS 仲裁之间可能的良性促进关系,认为有且仅有一种方法能达成保护体育领域中人权的目标,那就是将国际体育法律关系纳入公法范畴。

综上,目前研究整体上遵循了“以问题意识为研究导向,以解决问题为最终目标”的思路,通过实证研究梳理了 ECHR 与 CAS 仲裁的关系,从中发现了 ECHR 在 CAS 仲裁中已经或可能出现的问题,并提

出了多种解决方式。在此过程中,国际体育法学的研究领域逐步扩展并细化,理论基础也由于传统法学要素的介入而日渐扎实;国际体育法也在一定程度上证明了国际法的多元化。

### 4.2 对目前研究问题的初步思考

目前研究显示,前述总结的三大问题中最具争议性的具体问题分别是:① ECHR 第 6.2、第 6.3、第 7 条是否应适用于 CAS 仲裁程序?② ECHR 的实体性人权条款间接还是直接适用于 CAS 仲裁?③ 如何增强国际体育仲裁中人权保护能力?对此,笔者的思考如下。

首先,“站在巨人的肩膀上”,既有研究提出了一个合理怀疑,即 CAS 仲裁是适当的体育纠纷替代解决方式,但其处理人权问题的能力不足。这一合理怀疑除了由众多学者的论证支持外,还由民众朴素的法情感所佐证,典型如 Semenya 案中,人们同情 Semenya 女士,因为无论从任何角度来看,她都没有做错任何事,而国际田联 DSD 条例却对她产生了毁灭性影响——即使是批评 ECtHR 分庭对 Semenya 诉瑞士案判决的律师,也承认这一点<sup>[67]</sup>。

既然这个合理怀疑是成立的,那么就需要消除它。国际体育纠纷解决机制决定了 ECHR 干预 CAS 仲裁的必然性,ECHR 作为目前世界范围内效果最明显的人权保护机制表明了 ECHR 干预 CAS 仲裁的合理性。再者,目前实践已确定 ECHR 可适用于 CAS 仲裁。据此,消除该合理怀疑的最佳方式可能是 ECHR 的适用。然而,问题的症结在于,ECHR 适用于 CAS 仲裁的限度——争议具体问题①和②的所指。此处应区分:CAS 仲裁适不适用、如何适用 ECHR 取决于 CAS;ECHR 应如何适用于 CAS 仲裁则取决于 ECtHR。这是由裁判机构职能范围决定的,虽然各司其职,但是 ECtHR 的决定直接影响 CAS,同时 CAS 的决定也在提醒 ECtHR 注意国际体育仲裁的特殊性,以及试图说服 ECtHR 限制 ECHR 在涉及 CAS 仲裁案件中的适用。可见,CAS 与 ECtHR 处于互相博弈中,其背后的“势力”分别是在 CAS 上的“常胜将军”国际体育组织和国际人权保护机制的组成机构,如联合国人权理事会。而从学者们对相关案件的讨论来看,国际人权法在纠纷解决方面滞后于其他部门法。对此,笔者理解为,国际人权法(或者说人权法)有着自然法供给的永恒内驱力,但这种力量是被动发挥的,需要不断挑战现实权威和强权,其挑战的结果是不确定的,甚至可以断言是普遍悲观的;作为例外,一旦挑战成功,所辩护的人权将获得





确定的实在法效力。换言之,这本质上是一场现实主义与理想主义的对抗。鉴于此,意欲在体育领域中享有人权的利益相关者(尤其是运动员等人)所能做的,正是耶林所倡导的“为权利而斗争”。以 Pechstein 和 Semenya 等为代表的运动员等人做了很好的示范, Semenya 案中联合国人权理事会在 CAS 仲裁程序中提交的法庭之友建议未被采纳而在 ECtHR 上被采纳,这在一定程度上说明若不是 Semenya 不断维权,仅凭联合国人权理事会无法完成权利斗争的使命,运动员等人才是享有人权的潜在主体。

然而,从法治的角度来看,运动员等人的个人力量是分散的、有限的,通过个案构建国际体育人权保护机制,是不得已而为之的例外方式。鉴于实践已经明确承认国际体育仲裁的强制性,以及学者们指出的体育组织相较于运动员等人的不对等性,更符合现代法治的方式应当是,构建一个对运动员等人友好的国际体育纠纷解决机制。

为了使这一乌托邦目标成为必然,笔者对于争议具体问题①的回答是,必须使第 6.2、第 6.3、第 7 条像第 6.1 条一样直接适用于 CAS 仲裁程序。目前实践阻碍此种适用方式的直接原因是 CAS 和 ECtHR 对 ECHR 及其判例法的解释,一致认为体育纪律处罚与刑事处罚不同。既然是解释论范畴的,就可以用法律解释方法解决,只需要 CAS 和 / 或 ECtHR 承认体育纪律处罚的准刑罚性质。难点在于,一种处罚能否同时具有两种或以上的法律性质?“全球治理”(global governance)、“全球行政法”(global administrative law)和“法律多元主义”(legal pluralism)的相关理论或许可以帮助突破这一难题。具言之,体育问题的全球治理是全球行政的一种类型<sup>[68]</sup>,国际体育组织和 CAS 虽然是政府国际组织,但是仍服务于国家认为有价值的特定目的<sup>[69]</sup>,它们的活动与国际公共机构在性质上没有太大区别,而且管理成效更显著。然而,这是以有效性代替合法性的结果。当个人权利开始被重视时,国际体育组织和 CAS 就会被期望贯彻行政行为的实质性标准<sup>[68]</sup>,其中,“问责制”是全球治理的重点<sup>[70]</sup>。这就要求 CAS 和 / 或 ECtHR“自上而下”地构建国际体育纠纷问责机制,尤其是 ECtHR 在现代宪政主义中特殊主义的支持下<sup>[71]</sup>,完全有能力、责任和权威认定体育纪律处罚的双重甚至多重性质。

相应地,笔者对于争议具体问题②的回答是, ECHR 作为对 CAS 案件实体问题适用的法律具有直接横向效力,即基本同意 Hessert 的观点。作为补充,依据国际体育纠纷中举证责任的相关理论,如果

否定此效力,必须由国际体育组织证明。至于 Freeburn 的观点,笔者并非反对而是赞成,因为他的论述是自成体系且有说服力的。只不过基于现实考量,笔者认为 Freeburn 描述的是一种“未来的正义”,相较之下,“当下的正义”或许更重要。至于英国律师 Vinall 的质疑,即他通过 ECtHR 分庭对 Semenya 案判决,指出若 CAS 尤其是 SFT 必须直接、全面适用 ECHR,则意味着 ECHR 将拥有超出其范围的全球效力,而这有违法理,也对除瑞士以外的国家提出不可能的任务。笔者认为,这一质疑恰恰印证了 Freeburn 的结论,即必须根本上变革国际体育纠纷解决机制;同时,应注意 Vinall 也没有直接否定 ECtHR 分庭的判决,只是质疑其论证方式,他认为 ECtHR 分庭的论证只能说明 CAS 和 SFT 未有效证明国际田联 DSD 条例非法,并不能等同于条例本身非法,所以 ECtHR 分庭推定该条例非法的结论是待商榷的。

最后,对于争议具体问题③,笔者认为,目前学者们提出的完善建议都极具现实意义、无优劣之分,其区别可能是实现的难度大小,如以 Freeburn 为代表的学院派提出的以国际公法为主导的改革建议的难度,就要远大于其他学者提出的国际体育纠纷解决机制内部改革建议的难度。基于此,笔者倾向于以渐进方式增强国际体育仲裁中人权保护能力,主要是因为 ECHR 之于 CAS 仲裁的作用方才显现,且 ECHR 是现行保护国际体育人权的主要方式,无论是学界还是实务界,都未完全知晓其作用。特别是在 ECtHR 分庭对 Semenya 案判决的加持下,不妨以乐观的态度观望。据此,目前研究可能仍然需要重点探索 ECHR 的体育仲裁适用,以期推进国际体育纠纷解决机制内部改革和国际体育组织施行人权保护规则。

### 4.3 研究展望

回到宏观层面,目前对 ECHR 与 CAS 仲裁之关系研究的局限性在于:①研究视角集中在欧洲视角,因为该问题本身的研究对象之一(ECHR)是欧洲法律产物,甚至 CAS 仲裁也主要是欧洲法律产物,这一点虽无可厚非,但可能会先入为主地使人权与 CAS 仲裁之关系这一更宏大、更根本的主题被狭义理解,以致 CAS 仲裁忽略国际法语境下人权的广泛含义及其适用,缺乏对国际人权法甚至是其他国家和地区的法律体系与 CAS 仲裁之关系的关注,是否跟 ECHR 与 CAS 仲裁的关系一样。换言之,随着欧洲视角下 ECHR 与 CAS 仲裁的关系研究的逐步深入,这种担忧就会越显现。②研究方式主要以案例分析的实证研究为主,相比之下,依据传统法学理论



进行基础分析(如 Freeburn 的研究)和对比研究的规范研究较少。不可否认,这两种方式对于 ECHR 与 CAS 仲裁的关系研究都有其不可替代的作用,前者有益于解决“适用论”“实然法”层面上 ECHR 的适用问题,后者有利于解决“立法论”“应然法”层面上 CAS 处理人权的问题。<sup>③</sup>研究具体内容聚焦于已由 ECtHR 审理的案件涉及的 ECHR 条款,其中又以程序性人权条款中的第 6.1 条为主,其他人权条款有待更全面的分析。

未来学术界对 ECHR 与 CAS 仲裁的关系研究,将有意识地克服上述局限性。

(1) 针对研究视角,未来研究将尝试补充国际法视角,将 ECHR 与国际人权法联结起来,丰富 CAS 仲裁的法源,增强研究结论的普遍性。通过对 ECHR 与国际人权法关系的梳理,探索 CAS 仲裁拓展援引、适用国际人权法,以及国际体育组织根据国际人权法调整其规则的可能性。在此,Krisch<sup>[72]</sup>的观点是有所裨益的,即“在许多领域,不同来源的规范之间的相互作用很频繁,并且它们经常塑造整个秩序的核心要素——合法性是纠缠在一起的,而不是分离的或完全整合的。”

(2) 针对研究方式,未来研究将综合运用法理学和传统及新兴的国际法学理论,尤其是新兴国际法学理论,如“全球治理”、“全球行政法”、“法律多元主义”、“国际法的碎片化”(fragmentation of international law)等相关理论,开展具有国际体育法学基础理论性质的规范研究,侧重于 ECHR 与 CAS 仲裁之应然关系的研究,从而深化对 CAS 仲裁中人权适用的认识,加强研究成果的理论深度与说服力。

(3) 针对研究具体内容,一是,在论题学的指导下,对 ECHR 具体条款进行聚焦。由于根据现有文献并结合 ECtHR 审理的不涉及 CAS 的体育案件<sup>[注 8]</sup>,可以预见未来可能发生在 ECtHR 内的与 CAS 仲裁相关的案件,因此,可以通过分析 ECtHR 目前已审理的不涉及 CAS 的体育案件中,被诉行为或规则是否符合 ECHR 具体条款,对相关体育规则提出符合 ECHR 的修订建议、提请 CAS 和 SFT 关注 ECtHR 相关判例法。二是,ECtHR 分庭对 Semenya 案的判决(ECtHR 没有进行利益衡量)也使另一个问题浮出水面,即 ECtHR 是否不适用既定的判例法?是否会形成针对 CAS 仲裁案件的判例法? ECtHR 视角下 CAS 仲裁案件的特殊性为何? ECtHR 对 CAS 仲裁案件的判决会对其自身产生何种影响?而这些无疑是隐藏在私法纠纷中的公法难题。三是,讨论重心可能逐渐从 ECHR 对 CAS 仲裁是否有效、有何种效力的

问题,转向如何更好地适用 ECHR 的问题。对于 CAS 而言,如何根据 ECHR 调整仲裁程序规则以及适用 ECHR 裁判案件?对于 SFT 而言,如何根据 ECtHR 审理的案件修订国内的国际私法以区分体育仲裁与商事仲裁的司法审查?对于 ECtHR 而言,如何利用 CAS 仲裁案件推行其人权价值和影响力,以区域司法带动国际人权法的落实?对于运动员等人及其代理律师而言,如何说服裁判机构支持其人权诉求、如何形成集体力量与国际体育组织抗衡,特别是在规则制定阶段?以上均是有待未来研究解决的问题。

### 注释:

【注 1】这两份文件的内容基本一致。第一部分列举了与人权有关的体育规则。第二部分归纳了与人权问题相关的 CAS 案件,总结出以下先例:① ECHR 第 6.1 条间接适用于 CAS 程序,强调 CAS 程序符合 ECHR;② ECHR 第 6.2 条和第 6.3 条不适用于体育纪律案件;③ 间接适用国家公共政策概念下的某些基本权利(主要是瑞士法)以填补作为“准据法”的体育法规中的人权保护空白;④ 构成“体育法”(lex sportiva)的一般法律原则作为保护当事人权利的辅助手段;⑤ 从体育法规中凝练出禁止歧视原则;⑥ 直接适用欧共体法中的某些原则;⑦ 反兴奋剂规则不违反人权法。第三部分展示了 ECtHR 根据 ECHR 审理的与人权有关的典型体育案件。第四部分展示了 SFT 根据《瑞士联邦国际私法典》第 190 条对 CAS 关于人权的裁决的司法审查情况。第五部分列举了具有人权专业知识的 CAS 仲裁员。第六部分罗列了历年 CAS 研讨会与人权有关的议题。

【注 2】表格主要根据 ECtHR 于 2023 年 1 月公布的《体育与 ECHR》(Sport and the European Convention on Human Rights)和新闻处汇编的与瑞士有关的 ECtHR 判例法和待决案件概况文件(Switzerland)([https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Switzerland\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Switzerland_ENG.pdf))整理而来。

【注 3】相关文献的来源:中文文献在“中国知网”(CNKI)上以“《欧洲人权公约》& 体育”为检索词进行主题检索;外文文献在“谷歌学术”(Google Scholar)上以“‘European Convention on Human Rights’ & ‘Court of Arbitration for Sport’”“‘European Convention on Human Rights’ & ‘sports arbitration’”为检索词进行检索。

【注 4】当时正值 ECtHR 审理 Pechstein 案,案件焦点之一即 ECHR 是否适用于 CAS 仲裁。

【注 5】Rigozzi 所著该书时间虽然早于前述 Hass 一文,但其主题并非 ECHR 与 CAS 的关系,故仍以 Hass 一文为最早文献。

【注 6】此外,不同国家的法院,甚至一国之内不同的法院对于 CAS 仲裁与 ECHR 的理解也是不同的,如:德国慕尼黑地方法院和比利时上诉法院均宣布过 CAS 强制仲裁是



非法的,但这对 CAS 仲裁的影响微乎其微,必须依靠更有力的人权法院以推动 CAS 仲裁的人权改革。

【注 7】待决的还有 Jérôme Valcke 诉瑞士案,但对该案的讨论并不如 Semenya 诉瑞士案的多,主要是因为该案与 Platini 案类似。尽管如此,Rietiker 还是提请注意 ECtHR 的判例法并非一成不变,ECtHR 是否会得出与 Platini 案一样的结论将是一件有趣的事情(见参考文献[38])。

【注 8】根据 ECtHR 于 2023 年 1 月公布的题为《体育与 ECHR》(*Sport and the European Convention on Human Rights*)的文件,可知体育案件中申诉人曾援引 ECHR 第 2 条(生命权)、第 5 条(自由和人身安全的权利)、第 9 条(思想、良心以及宗教信仰自由)、第 10 条(言论自由)、第 11 条(集会和结社自由)、第 1 议定书第 1 条(对财产的保护)、第 4 议定书第 2 条(行动自由)、第 7 议定书第 4 条(一事不二罚)。

### 参考文献:

- [1] CAS. Sport and human rights: Overview from a CAS perspective(status 16 April 2021)[EB/OL].[2023-06-20].  
[https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Human\\_Rights\\_in\\_sport\\_CAS\\_report\\_updated\\_16.04.2021\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Human_Rights_in_sport_CAS_report_updated_16.04.2021_.pdf).
- [2] CAS. Sport and human rights: Overview from a CAS perspective (as at 20 June 2022)[EB/OL].[2023-06-20].  
[https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/2022.06.20\\_Human\\_Rights\\_in\\_sport\\_20\\_June\\_2022\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/2022.06.20_Human_Rights_in_sport_20_June_2022_.pdf).
- [3] PETERSMANN E U. Justice as conflict resolution: Proliferation, fragmentation, and decentralization of dispute settlement in international trade[J]. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2006, 27(2):273-366.
- [4] WOJTOWICZ P. You will be heard: The European Court of Human Rights clarifies the arbitration right to a public hearing[J]. *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 2019, 37(2):27-32.
- [5] PAULSSON J. Arbitration in three dimensions[J]. *International & Comparative Law Quarterly*, 2011, 60(2): 291-323.
- [6] RIGOZZI A. Sports arbitration and the European Convention of Human Rights-Pechstein and beyond[M]// MÜLLER C, BESSON S, RIGOZZI A. *New developments in international commercial arbitration*. Bern: Stämpfli, 2020:77-130.
- [7] GÁBRIŠ T. The specificity of sports in the international and EU law[J]. *Annals-Juridical Science Series, Constantin Brancusi University, Faculty of Juridical Sciences*, 2010(2):169-200.
- [8] NÆSS H E. In pursuit of clarity: A critique of sports governing bodies' conceptual inconsistency in human rights work[J]. *Nordic Journal of Human Rights*, 2020, 38(3):205-220.
- [9] STAR S, KELLY S. A level playing field in anti-doping disputes? The need to scrutinize procedural fairness at first instance hearings[J]. *The International Sports Law Journal*, 2021, 21(1-2):94-117.
- [10] HAAS U. Role and application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS procedures [J]. *International Sports Law Review*, 2012, 12(3): 43-60.
- [11] 郝如.论《欧洲人权公约》在仲裁中的适用[D].广州:中山大学,2009.
- [12] BESSON S. Arbitration and human rights[J]. *ASA Bulletin*. 2006, 24(3):395-415.
- [13] RIGOZZI A. L'arbitrage international en matière de sport[M]. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2005:477.
- [14] STEINGRUBER A M. Sports arbitration: How the structure and other features of competitive sports affect consent as it relates to waiving judicial control[J]. *American Review of International Arbitration*, 2009, 20(1):59-97.
- [15] ŁUKOMSKI J. Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: Consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights[J]. *The International Sports Law Journal*, 2013, 13:60-70.
- [16] DE MONTMOLLIN J, PENTSOV D A. Do athletes really have the right to a fair trial in 'non-analytical positive' doping cases? [J]. *American Review of International Arbitration*, 2011, 22(2):189-240.
- [17] CERNIC J L. Fair trial guarantees before the court of arbitration for sport[J]. *Human Rights & International Legal Discourse*, 2012, 6(2):259-283.
- [18] European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)[EB/OL].[2023-06-20].  
[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf).
- [19] European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)[EB/OL].[2023-06-20].  
[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf).
- [20] SIEKMANN R C R. What is sports law? A reassessment of content and terminology[M]//SIEKMANN R, SOEK J. *Lex sportiva: What is sports law?* The Hague: T.M.C. Asser Press, 2012: 359-391.
- [21] HESSERT B. Cooperation and reporting obligations in sports investigations[J]. *The International Sports Law Journal*, 2020, 20:145-156.
- [22] DUVAL A. Lost in translation? The European Con-



- tion on Human Rights at the Court of Arbitration for Sport[J]. *The International Sports Law Journal*, 2022, 22: 132-151.
- [23] 郭树理.运动员诉权保障与《欧洲人权公约》:欧洲人权法院佩希施泰因案件述评[J].*武汉体育学院学报*, 2019,53(9):54-60,66.
- [24] FREEBURN L. Forced arbitration and regulatory power in international sport –Implications of the judgment of the European Court of Human Rights in Pechstein and Mutu v. Switzerland[J]. *Marquette Sports Law Review*, 2021, 31(2):287-324.
- [25] WEITZ J S. Home field advantage: Is “the supreme court of sport” independent?[J]. *The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2022, 45: 227-248.
- [26] EHLE B, GUAIA I. Bundesgerichtshof, Az. KZR 6/15, Pechstein v. International Skating Union (ISU), 7 June 2016[M]//DUVAL A, RIGOZZI A. Yearbook of international sports arbitration. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016, 2018:415-427.
- [27] 郭树理.体育组织章程或规则中强制仲裁条款的法律效力辨析[J].*武汉体育学院学报*,2018,52(2):17-25,48.
- [28] 郭树理. 国际体育仲裁机制的制度缺陷与改革路径:以佩希施泰因案件为视角[J].*上海体育学院学报*,2018, 42(6):1-10.
- [29] 高薇.论《欧洲人权公约》的仲裁适用[J].*中外法学*, 2020,32(6):1634-1658.
- [30] SHAHROKHI R. Financial independence of the Court of Arbitration for Sports: Why can CAS be considered a truly independent body? [J]. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2023, 11(1):17-29.
- [31] DUVAL A. Not in my name! Claudia Pechstein and the post-consensual foundations of the court of arbitration for sport[J]. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper*, 2017 (2017-01).
- [32] DUVAL A. Time to go public? The need for transparency at the Court of Arbitration for Sport[M]//DUVAL A, RIGOZZI A. Yearbook of international sports arbitration 2017. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2019:3-27.
- [33] DUVAL A, VAN ROMPUY B. Protecting athletes’ right to a fair trial through EU competition law: The Pechstein case[M]//PAULUSSEN C, TAKACS T, LAZIC V, VAN ROMPUY B. Fundamental rights in international and European law. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016:245-278.
- [34] HÜLSKÖTTER T. Sports arbitration agreements under review: Should they be considered invalid under English national law?[J]. *The International Sports Law Journal*, 2017, 17(1-2):15-32.
- [35] FREEBURN L. Regulating international sport: Power, authority and legitimacy[M]. The Hague: Brill, 2018: 196-215.
- [36] MAVROMATI D. Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal in appeals against CAS awards[C]//Lausanne: FSA/TAS Conference September 2014.
- [37] FAVRE-BULLE X. Case notes on international arbitration[J]. *Swiss Review of International and European Law*, 2021, 31(5):793-822.
- [38] RIETIKER D. Football-related corruption as a human rights issue: The case of Michel Platini v. Switzerland before the European Court of Human Rights (inadmissible, 11 February 2020) [M]//VIDMAR J. Hague yearbook of international law/Annuaire de la Haye de droit international. The Hague: Brill Nijhoff, 2022:297-313.
- [39] HESSERT B. Sports investigations law and the ECHR: Collection, use and exchange of intelligence[M]. London: Routledge, 2023.
- [40] CAS. CAS Jurisprudence[EB/OL].[2023-06-16].[https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(%22European%20Convention%20on%20Human%20Rights%22\)](https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(%22European%20Convention%20on%20Human%20Rights%22)).
- [41] CAS. CAS Jurisprudence[EB/OL].[2023-06-16].[https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=\(European%20Convention%20on%20Human%20Rights\)](https://jurisprudence.tas-cas.org/Search/results.aspx#k=(European%20Convention%20on%20Human%20Rights)).
- [42] PATEL S. Gaps in the protection of athletes gender rights in sport: A regulatory riddle[J]. *The International Sports Law Journal*, 2021, 21(4):257-275.
- [43] HEERDT D. Tapping the potential of human rights provisions in mega-sporting events’ bidding and hosting agreements[J]. *The International sports law journal*, 2018, 17:170-185.
- [44] HESSERT B. The protection of minor athletes in sports investigation proceedings[J]. *The International Sports Law Journal*, 2021, 21:62-73.
- [45] VAN DER SLOOT B, PAUN M, LEENES R. Athletes’ human rights and the fight against doping: A study of the European legal framework[M]. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2020:189-238.
- [46] FAUT F. The prohibition of political statements by athletes and its consistency with Article 10 of the European Convention on Human Rights: Speech is silver, silence is gold?[J]. *The International Sports Law Journal*, 2014, 14:253-263.
- [47] MADALIN E N. Tolerance is tricky business: Israel foul at the Court of Arbitration for Sport and the moral



- case for the protection of athletes' free expression[J]. Australian and New Zealand Sports Law Journal, 2017, 12(1):53-75.
- [48] DI MARCO A. Athletes' freedom of expression: The relative political neutrality of sport[J]. Human Rights Law Review, 2021, 21(3):620-640.
- [49] GOH C L. Rule 50 of the Olympic Charter and the right to freedom of expression (April 14, 2021)[J/OL]. <https://ssrn.com/abstract=3833327>.
- [50] 石堂典秀. パブリック?フォーラムとしてのオリンピックカーオリピックとアスリートの表現の自由—[J]. 中京ロイヤー, 2021, 34(1):1-22.
- [51] WEST D. Revitalising a phantom regime: The adjudication of human rights complaints in sport[J]. The International Sports Law Journal, 2019, 19(1-2):2-17.
- [52] GONZÁLEZ C P. The effective application of international human rights law standards to the sporting domain: Should UN monitoring bodies take central stage? [J]. The International Sports Law Journal, 2022, 22(2): 152-164.
- [53] SALEEM R. The Olympic meddle: The International Olympic Committee's intrusion of athletes' privacy through the discriminatory practice of gender verification testing[J]. John Marshall Journal of Computer and Information Law, 2010, 28:49-81.
- [54] 姜熙,罗香琴.从“性别验证”到“参赛资格限制”:女性运动员“性别”政策的发展[J].体育科研,2020,41(6): 16-24.
- [55] 姜熙.捍卫体育公平还是侵犯基本权利?:特定女性运动员参赛资格限制的法理辨析[J].体育科研,2021,42(6):58-68.
- [56] CHANDA S, SAHA K. An analytical study of the human rights concerns before the CAS with reference to Caster Semenya[J]. The International Sports Law Journal, 2022, 22(4):314-331.
- [57] COOPER J. Protecting human rights in sport: Is the Court of Arbitration for Sport up to the task? A review of the decision in Semenya v IAAF[J]. The International Sports Law Journal, published online: 15 June 2023.
- [58] CARLSON F. Sports beyond sex: A study on trans and intersex people in sex-segregated Swedish amateur sport [D]. Utrecht: Utrecht Universiteit, 2020.
- [59] PIKRAMENOU N. Intersex rights: Living between sexes[M]. Cham: Springer, 2019:27-72.
- [60] GREENHOW A, WEINERT K. Diversity, equity and inclusion (or exclusion) in sport: A review of the Caster Semenya case[J]. Griffith Journal of Law & Human Dignity, 2019, 7(2):48-74.
- [61] IVY V. If “ifs” and “buts” were candy and nuts: The failure of arguments against trans and intersex women's full and equal inclusion in women's sport[J]. Feminist Philosophy Quarterly, 2021, 7(2):1-38.
- [62] KRECH M. To be a woman in the world of sport: Global regulation of the gender binary in elite athletics[J]. Berkeley Journal of International Law, 2017, 35:262-294.
- [63] KÖSEOĞLU N A. The European Union's fight against discrimination in sports[M]//GRIMA S, ÖZEN E, BOZ H. Contemporary issues in business economics and finance (contemporary studies in economic and financial analysis, Vol. 104). Bingley: Emerald Publishing Limited, 2020: 193-202.
- [64] GOPALAN S I. Legal protection against discriminatory sex-based eligibility rules in sports: A critical analysis [J]. Global Sports Policy Review, 2020, 1(1):43-54.
- [65] WIATER P. A human rights breakthrough in sports law? The ECtHR Chamber judgment in Semenya v. Switzerland[EB/OL].[2023-08-24].<https://verfassungsblog.de/a-human-rights-breakthrough-in-sports-law/>.
- [66] SHAHLAR F. The Caster Semenya judgment of the ECtHR: Why it should not be the final whistle?[EB/OL].[2023-08-24]. <https://www.ejiltalk.org/the-caster-semenya-judgment-of-the-ecthr-why-it-should-not-be-the-final-whistle/>.
- [67] VINALL M. Caster Semenya in Strasbourg: Applying the ECHR to the “entire sporting world”?[EB/OL].[2023-06-20]. <https://www.sportslawbulletin.org/caster-semenya-in-strasbourg-applying-the-echr-to-the-entire-sporting-world/>.
- [68] KINGSBURY B, KRISCH N & STEWART R B. The emergence of global administrative Law [J]. Law and Contemporary Problems, 2005, 68(3/4):15-61.
- [69] HATHAWAY O A. Myths and realities of global governance[J]. Harvard Journal of Law & Public Policy, 2022, 45:31-54.
- [70] BENVENISTI E. Reviewing Global Governance (March 18, 2014)[J/OL]. <https://ssrn.com/abstract=2646846>.
- [71] VIELLECHNER L. “Friendliness” towards others: How the German constitution deals with legal pluralism[M]//TUSSEAU G. Debating legal pluralism and constitutionalism (Ius comparatum- Global studies in comparative law, vol. 41). Cham: Springer, 2020:189-228.
- [72] KRISCH N. Entangled legalities in the postnational space[J]. International Journal of Constitutional Law, 2022, 20(1):476-506.

(责任编辑:晏慧)