



# 兴奋剂仲裁案件中认定运动员无过错的考量因素探究

虞志波

**摘要:**当前对无过错条款适用的认定因素研究较为零散,全面阐述这些因素有助于增强无过错案件仲裁裁决的权威性。体育仲裁机构在决定是否适用无过错条款减轻对运动员的处罚时,首先会考虑运动员在主观上是否是故意的,其次对于兴奋剂物质进入运动员身体的结果,体育仲裁机构会考量是否具有客观归责于运动员的可能性,也就是运动员是否尽到了极为谨慎的注意义务,同时还会考虑违规运动员长期实施某种合法行为的信赖利益。除此之外,先前判例具有很重要的参考价值,反兴奋剂机构自身的过错也会被考虑在其中,运动员自身的经验同样是重要的影响因素。无过错条款是无重大过错条款适用的基础,二者考量的构成要素本质上相同,区别在于运动员履行的注意义务程度不同。

**关键词:**体育仲裁;无过错;故意;注意义务

中图分类号:G80-05 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2021)02-0032-08

DOI:10.12064/ssr.20210204

## The Factors for No-fault Athlete Adjudication in Anti-Doping Arbitration Case

YU Zhibo

(Ningbo Tax Service, State Taxation Administration, Ningbo 315040, China)

**Abstract:** At present, the research on the determining factors of the no-fault clause applicability is relatively piecemeal. A comprehensive interpretation of these factors contributes to enhance the authority of the adjudication for no-fault arbitration cases. When deciding whether to apply the no-fault clause to reduce the punishment to the athletes, the sports arbitration institution will firstly consider whether the athletes are intentional. Secondly, for the result that some doping substances entered the athlete's body, the sports arbitration institution will consider whether there is possibility of objective imputation to the athletes, which means whether the athletes have fulfilled the obligation of utmost caution. At the same time, they will also consider the athlete's trust interests when carrying out certain legal acts for a long time. In addition, the previous legal precedents have very important reference value. The fault of the anti-doping agency itself will also be taken into account. The athlete's own experience is also an important factor to consider. No-fault clause is the basis for the application of no-significant-fault clause. The factors to consider in these two clauses are essentially the same. The distinction between them lies the degree of obligation to which the athletes have to fulfill.

**Key Words:** sports arbitration; no-fault; intention; the obligation of caution

兴奋剂违规案件数量日益增加,相当一部分涉案运动员都会主张减免处罚。有学者统计,国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport, CAS)裁决一半以上的兴奋剂案件都涉及无过错或无重大过错的抗辩,因为技术方面的原因,违规运动员要推翻实验

室的检验结果很难,运动员往往只能通过证明自己无过错或过错程度较轻使自己免除或减轻禁赛处罚<sup>[1]</sup>。其中,无过错主张一旦成立将使其避免禁赛处罚,因而成为违规运动员较常援引的免责事由。面对持明显打击态度的世界反兴奋剂机构(World Anti-Doping

收稿日期:2020-11-17

基金项目:国家社会科学基金项目(17BTY007)。

作者简介:虞志波,男,硕士。主要研究方向:体育法学。E-mail:yuzhibo19@126.com。

作者单位:国税总局宁波市海曙区税务局,浙江 宁波 315040。



Agency, WADA), CAS 仲裁庭和各国体育仲裁机构在裁决兴奋剂违规案件时,对无过错条款的适用会更为谨慎。

当前对运动员无过错认定因素的探讨多局限为结合个案进行分析,缺少综合论述。运动员被认定无过错的兴奋剂案件往往既有自身特殊性,又具有一定的共性,而案情之间的共性往往影响着裁判员裁决案件时的立场。忽视无过错认定因素的共性研究将导致体育仲裁机构兴奋剂违规案件裁决的公信力弱化,当下 CAS 和其他仲裁机构在许多案件中是否适用无过错条款受到诸多质疑,乃至被法院或上级仲裁机构推翻的情况时有发生便是明证,而且也不利于运动员援引恰当的无过错抗辩理由。此外,无过错和无重大过错的关系也值得探讨,二者界限较为模糊,仲裁机构往往先是否存在过错进行认定,排除无过错条款的适用之后,再具体确定过错的程度。相对于无重大过错的认定,无过错的认定更具有基础作用,因而有必要结合案例总结无过错的认定要素。笔者梳理各体育仲裁机构的相关案例,发现仲裁机构在认定运动员构成无过错时,主要考虑以下因素。

## 1 运动员主观上无故意

### 1.1 运动员能够清楚说明违禁物质的来源

说明违禁物质的来源是运动员证明自己无过错的第一步,2009 年实施版《世界反兴奋剂条例》(World Anti-Doping Code, WADC)第 10.5.1 条规定:“当在运动员的样本中检测出禁用物质或者其代谢物或标记物而构成违反条款第 2.1 条时,运动员必须举证禁用物质是如何进入其体内的,以取消禁赛期。”2021 年实施版 WADC 虽然在正文中删除了这一条款,但其附录一关于无过错或无疏忽的定义规定“除未成年人以外,对任何违反条款第 2.1 条的行为,运动员还必须证实该禁用物质如何进入他/她体内”,二者并无本质区别<sup>[2]</sup>。参照 WADC 制定的国际单项体育联合会反兴奋剂规则也大多规定了证明违禁物质来源的要求。以《国际自行车联盟反兴奋剂规则》(Union Cycliste Internationale Anti-Doping Rules, UCI ADR)为例,该规则第 296 条规定,“如本规则第 21.1 条(存在禁用物质)所指的,骑手样本中检测到禁用物质或其标记物或代谢物时,骑手必须确定禁用物质如何进入其体内以免除禁赛期限。”类似地,《国际柔道联合会反兴奋剂规则》(International Judo Federation Anti-Doping Rules)在附录一中明确:无过错或无疏忽中规定“……除未成年人以外,对任何违

反条款第 2.1 条的行为,运动员还必须证实该禁用物质如何进入他/她体内。”

根据“谁主张,谁举证”的基本原则,反兴奋剂规则之所以要求运动员证明违禁物质的来源,首先,是因为运动员提出违禁物质的来源作为抗辩事由,必然要提供相应证据证明自己的主张,否则仲裁庭完全有权对其主张不予采信;其次,如果运动员能够对违禁物质是如何进入自己体内作出合理解释,仲裁庭就能够判断该解释的合理性,从而推断运动员的主张是否应当被支持,若连自己体内的违禁物质来源都无法证明,则运动员连基本的注意义务也未能尽到,此时便不能期待仲裁庭会减免对自己的处罚。退一步说,WADC 规定运动员一方的举证统一适用优势证据标准(Balance of Probabilities),在运动员无法提供确切的证据证明禁用物质如何进入到其体内时,如果能收集到更为可靠的证据,即能证明在通常情况下,依一般社会经验事实很有可能发生如当事人主张的情形<sup>[3]</sup>,仲裁庭即可依据优势证据采纳其主张。

### 1.2 运动员不具有提高比赛成绩的意图

无过错要求行为人主观上不具有可归责性,此处的可归责性包括行为人主观上的故意或重大过错。无过错的适用门槛较高,只有在主观上并非故意使用兴奋剂时,才能讨论其违规是否符合无过错的构成要件。非故意使用兴奋剂是违规运动员主张适用无过错条款的前提,故如何界定“故意”使用十分关键。2015 年实施版 WADC 第 10.2.3 条给出了定义:“‘故意’这一术语是为了界定那些作弊的运动员。为此,该术语要求运动员或其他当事人在从事某种行为时,明知该行为已经构成兴奋剂违规或知道该行为具有构成或造成兴奋剂违规的高风险,但仍忽略风险实施该行为”。构成故意要求运动员或其他行为人明知行为违反反兴奋剂规则,或者虽然明知行为有构成或导致违反反兴奋剂规则的风险,却放任这种风险的发生。若阳性检测结果显示,运动员体内有某种仅在赛内禁用的物质导致兴奋剂违规,该物质是特定物质且运动员能证明该物质是在赛外使用的话,运动员的主观状态应当推定为非故意;如果该物质不是特定物质且运动员能证明该物质是在赛外使用,不以提高体育成绩为目的,则运动员的主观状态不应当被视为故意。有观点主张,WADC 对“故意”的界定主要借鉴了大陆法系刑法中“故意”的概念,包括刑法中的直接故意和间接故意<sup>[4]</sup>。笔者认为,此处的“故意”概念的界定与直接或间接故意其



实并无太大关系。在刑法中,直接故意主观恶性大,应受刑罚惩罚力度大;间接故意主观恶性相对较小,应受刑罚惩罚力度也较小。但在兴奋剂处罚上,无论运动员对兴奋剂违规结果的发生持积极追求抑或明知且放任的态度,都应当被认定为故意使用,不能减免处罚。

回到 WADC 条文,“故意”是用来认定运动员作弊的,因而此处又涉及对“作弊”的解释,作弊是指行为人实施了违反某种规则的行为,其是否有获得某种不当利益的目的不影响作弊的成立。值得指出的是,2021 年实施版 WADC 第 10.2.3 条将“是为了界定那些作弊的运动员”删除,也就是说,WADA 不再主张在界定“故意”时应当包含作弊,但这并不等于否定二者之间的联系,因为其他条文与 2015 年实施版 WADC 如出一辙,仍然区分了不同情况下使用特定和非特定物质是否应当认定为“故意”的情形。但从文义来看,“故意”是指做某事或实施某种行为的意图,强调“目的(aim)”“目标、想要做(purpose)”<sup>[51]397</sup>。笔者认为,无论是否删除“作弊”,提高比赛成绩的意图都应当被考虑到“故意”的判定之中。的确,规定“故意”不仅指明知或应知所服用的药物里含有兴奋剂成分,还应包含“帮助提高比赛成绩”的目的,这可能会使一些违规行为减轻处罚,因为运动员可以通过举证证明自己无提高比赛成绩的目的,而实际上通过服用含兴奋剂药物获得了不当利益。但一方面,反兴奋剂机构和仲裁机构会对运动员的主张作出判断,决定是否支持其主张;另一方面,WADC 本身也考虑了“提高比赛成绩的意图”,WADC 区分运动员的主观过错大小规定了不同的禁赛期限——故意是 4 年,非故意是 2 年或以下<sup>[6]</sup>。运动员有意服用能够提高比赛成绩的禁用物质,与有意服用不能够提高比赛成绩的社会毒品(如可卡因),尽管均是因摄入禁用物质构成违规,但运动员的主观恶性不一样,对体育运动公平的伤害程度也不同,所以界定“故意”时应当要考虑“不诚实地提高比赛成绩的意图”。而掩蔽(mask)的作用也是意在提高比赛成绩的另一个表现,“掩蔽”的英文意思为“隐藏本质、意图或真实含义”<sup>[51]711</sup>,在 WADC 中常被理解为一种物质在使用后,能够加快运动员的新陈代谢,使得之前服用的物质能够快速排出而不被检测到。以氢氯噻嗪(Hydrochlorothiazide)为例,该物质是一种利尿剂和掩蔽剂(diuretics and masking agents),能够加速人体排尿,如此一来,运动员之前使用的违禁药物便难以被检测出来,从而起到掩蔽其他物质使用痕迹的作用,故而被 WADA 列为禁止使用的药物。

综上,WADC 中的“故意”使用兴奋剂应当理解为:运动员明知或应知使用某种禁用物质可能导致兴奋剂违规,但为了提高比赛成绩,仍然使用该禁用物质,此处的“故意”包含了提高比赛成绩这一意图。

在 FA v. Jack Livermore 案<sup>[7]</sup>(简称 Livermore 案)中,足球运动员 Jack Livermore 因为难以承受丧子之痛,患上了严重的精神抑郁症,之后多次故意吸食可卡因,从而构成兴奋剂违规。英国足球总会(The Football Association, FA)纪律委员会认为,Livermore 是一位完全诚实且令人信服的证人,其个人因为抑郁才吸食可卡因的供述完全可靠,运动员没有提高比赛成绩的不正当目的,且其认知功能和判断力在当时受到严重损害,FA 纪律委员会最终认定 Livermore 无过错,其不需要承担禁赛的后果。该案 FA 纪律委员会的裁决是根据 2009 年实施版 WADC 制定的《英足总反兴奋剂规则》(FA Anti-Doping Regulations),尽管没有对“故意”进行界定,但 FA 认定 Livermore 非故意主要因为可卡因为赛内禁用的非特定物质,且其属于赛外缓解精神压力的目的服用可卡因,没有提高比赛成绩的不正当目的,该案印证了提高比赛表现的意图对于认定运动员主观上是否存在故意的重要性。

### 1.3 样本内违禁物质的量轻微

检测样本中违禁物质的含量同样是考量运动员主观过错的重要因素,仲裁机构经常通过运动员样本中兴奋剂物质的浓度来认定运动员有无提高比赛成绩,或者有掩蔽其他物质使用痕迹的意图。在 UCI v. Jack Burke & CCA 案<sup>[8]</sup>(简称 Jack Burke 案)中,19 岁的运动员 Burke 饮用自来水导致氢氯噻嗪药检呈阳性,但是违禁物质的量极为轻微,最后运动员基于优势证据证明了违禁物质的来源,被 CAS 仲裁庭认定为无过错。在 ITF v. Richard Gasquet 案<sup>[9]</sup>中,运动员在赛事期间前往酒吧,并和一名女子多次亲吻,在随后尿检中被检测出可卡因呈阳性,最终证实可卡因以亲吻的方式进入运动员的口中,而且样本中可卡因的浓度极低,无法提高比赛成绩,最后 CAS 仲裁庭认定运动员无过错。而在 Jarrion Lawson v. IAAF 案<sup>[10]</sup>中,田径运动员 Jarrion Lawson 尽管并未能完全确认违禁物质的来源,只是基于优势证据证明群勃龙(Trenbolone)来源于 19 h 前自己食用的牛肉,但其样本中违禁物质的含量极为轻微,仅有 0.65 ng/mL,CAS 仲裁庭认为违禁物质无法起到提高比赛成绩的作用,最终认定运动员符合无过错的构成要件。



三个案件的仲裁庭都就违禁物质的量与其能够起到的相应作用进行释明,认定违禁物质的量极为有限,能够证明运动员非故意服用该物质。笔者认为这种考虑十分合理,如果违禁物质的量难以产生提高比赛成绩作用,运动员缺少冒着禁赛和经济损失的双重风险去服用无太大作用药物的动机。因此,将违禁物质的含量作为认定运动员是否“故意”使用违禁物质的参考因素是可行且必要的。

#### 1.4 运动员的个人品格良好

仲裁庭在认定故意时,通常会参考运动员的个人品格以及是否有违规前科。在前述 Jack Burke 案中,CAS 仲裁庭认为 Burke 是一位非常可靠的运动员,也是一位非常诚实的年轻人,根据庭审陈述可以看出他十分坦诚,而且尽可能地履行了自己的责任,因而仲裁庭最终采信了 Burke 的主张。虽然在证据法中,品格证据往往不可采用,因为某人曾经的品格与案件中该人的品格不具有相关性,但在体育仲裁案件里,诚实的品质被认为是可以减轻过错的因素<sup>[1]</sup>。通常情况下,某人品格越是良好,他所提出的主张可信度越高。体育仲裁机构将运动员的个人品行作为“定罪”时酌定考量的因素,有助于结合具体的案件情况对运动员是否构成“故意”进行裁决。

## 2 运动员已履行注意义务

### 2.1 理性人的标准

所谓理性人的标准是指,运动员从日常生活中到兴奋剂检测完成,在这一过程中的每个流程,运动员都应当以一种理性认真的态度应对一切可能导致兴奋剂违规的后果。WADC 和国家反兴奋剂机构、国际单项体育联合会制定的反兴奋剂规则对运动员的要求都高于普通人。CCES v. Shawnacy Barber 案<sup>[2]</sup>(简称 Barber 案)中,加拿大撑杆跳运动员 Barber 在比赛前夜通过社交网络,与陌生女子约会并发生性行为,该女子在约会酒店房间的浴室里吸食了可卡因,而 Barber 对此并不知情。随后,可卡因通过亲吻进入运动员体内,在第二天的比赛结束后 Barber 的样本被检测出可卡因呈阳性。加拿大体育纠纷解决中心听证程序审理认为,运动员要遵守的规则并非与普通社会大众完全一致,他们须遵循反兴奋剂规则,而这些规则一直以来都规定了严格得多的标准。与陌生异性约会,不知其是否有药物服用历史,这对常人来说习以为常,但对于要遵守反兴奋剂规则的运动员来说是不可接受的。在此种情况下,运动员要主张自己无过错,必须证明自己作

为一个理性的人,即便极为谨慎也无法知晓或怀疑对方服用过可卡因。笔者认为,各类反兴奋剂规则始终以高于普通社会大众的标准要求运动员在赛外训练、赛内和日常社交活动中注意自己的行为。普通大众不需要接受反兴奋剂规则和其他体育行业规则的约束,而对于运动员来说,他们本身的职业属性决定了自己应当对兴奋剂物质有更高的警惕,且根据运动员和体育组织之间的协议,运动员需要遵守各类体育组织的纪律规则。因而,运动员需要始终以一个理性人的标准,以极为谨慎的态度,处理自己的事务。

然而,关于理性人标准的适用亦存在争议。英国体育纠纷解决中心裁决的 UKAD v. Ryan Bailey 案<sup>[3]</sup>(简称 Ryan Bailey 案)中,板球运动员 Ryan Bailey 在兴奋剂检测前饮用了兴奋剂检测官员提供的瓶装水,但该水瓶并未密封好,运动员认为瓶子中的水可能已经被污染,故其拒绝接受检测。英国反兴奋剂机构(United Kingdom Anti-Doping Organization, UKAD)认定该行为构成《英格兰橄榄球联盟反兴奋剂规则》(Rugby Football League Anti-Doping Rules)第 2.3 条项下的“逃避、拒绝或未完成样本采集的行为”。但 Bailey 诉至英国体育纠纷解决中心后,听证小组裁定运动员无过错,不对其进行处罚。听证小组认为,并非所有的情况都应以理性人的角度看待问题,若该案以理性人的标准为依据进行裁决,则运动员最多构成无重大过错或疏忽。听证小组还认为,该案情况特殊,阳性检测结果并不完全取决于当事人是否理性且谨慎。从该案可以看出,英国体育纠纷解决中心听证机构的仲裁员认为,需要结合个案认定运动员是否达到了理性人的标准。

是否应当始终以理性人的标准要求运动员,加拿大体育纠纷解决中心对此持肯定态度,而英国体育纠纷解决中心主张不能一概而论,两个体育仲裁机构对该标准执行的态度不一致。笔者认为,每起兴奋剂违规案件因其案情各异,存在特殊性,但是理性人的标准作为一种原则性标准,并无具体的量化指标,此种原则性的标准应当适用于每一个兴奋剂案件,个案特殊性不能排除普遍原则的适用。在 Ryan Bailey 案中,运动员可以在检测结果出炉之后进行申诉,或者在仲裁过程中主张自己无过错,无论是 WADC 还是其他反兴奋剂规则都从程序上和实体上赋予了运动员多重权利和救济途径。以 WADC 为例,对运动员进行样本采集、分析报告、结果管理、反兴奋剂教育等,都是体育组织的义务,一旦其违反了这些义务,运动员有权以此为由主张减轻责任。在权



利保障较为充分的前提下,运动员作为反兴奋剂规则的接受者,其应当保持一个理性人的谨慎态度,理性人的标准应当适用于兴奋剂违规的案件中。因而,笔者认为加拿大体育纠纷解决中心的裁决更符合 WADC 和相关反兴奋剂规则的“立法”本意。

## 2.2 了解所使用的工具

当下,兴奋剂检测中,检测工具多由反兴奋剂控制机构提供,运动员自行携带检测工具的情形可能很少,但是若运动员被允许使用自己携带的检测工具,且因自己携带的检测工具受到污染造成兴奋剂检测呈阳性,责任承担主体的认定需要明晰。在 Jeffrey Adams v. Canadian Centre for Ethics in Sport (CCES)案<sup>[14]</sup>(简称 Jeffrey Adams 案)中,运动员 Adams 是一名残疾人,在兴奋剂检测时一直使用自己携带的导尿管将尿液样本引流至检测机关提供的样本收集瓶之中。2006年6月,Adams 于比赛前夜前往酒吧,且误服了可卡因,当晚运动员使用导管排尿,其服下的可卡因随着尿液一起排出,但其并未将导管丢弃也未加以清洗,可卡因代谢物成分残存在导管上。次日尿检时,Adams 使用同一根导管排出尿液样本,最后被检测出可卡因呈阳性。加拿大体育纠纷解决中心听证小组在听证程序中认为,运动员过于大意,因未尽到自己的注意义务而造成样本检测呈阳性,违反了 2004 年版《加拿大反兴奋剂程序规则》(Canadian Anti-Doping Program Rules, CADP Rules)第 7.16 条“在运动员的个人样本中存在违禁物质或其代谢物或标记物即构成兴奋剂违规”,故其应当为违规后果承担责任。上诉至 CAS 后,Adams 主张:第一,根据 CADP Rules 第 2.7 条,加拿大体育道德中心(Canadian Centre for Ethics in Sport, CCES)有义务告知其使用不洁导管的风险或为其提供无菌导管,换言之,了解所使用的工具这一义务转移到了 CCES 身上。第二,自己一直使用同一根导管都未出现问题,且反复使用导尿管是大部分残疾运动员的常见做法,故自己不存在过错。仲裁庭采纳了运动员的上诉意见,认为 CCES 和运动员都没有真正理解使用不洁导管的风险,CCES 未警示运动员注意导管污染,而当体育机构自身都未明确反复使用导管的风险时,就不能指望运动员知道这些风险。最终,仲裁庭认定运动员无过错,撤销了听证程序的禁赛决定。

通常情况下,运动员应当为自己的行为负责,这是“受其利者蒙其害”和“谁受益,谁负担”原则<sup>[15]</sup>的体现。这两个原则的基本含义相近,前一个原则

意指享有利益之人同样需要承担不利后果,后一个原则意指享有某个行为带来好处的当事人,同样需要承担该行为造成的损害。当运动员使用自己的工具提供检测样本时,应当预见该工具可能受到污染并因此造成兴奋剂违规后果,何况是反复使用的导管,一个理性而谨慎的运动员应当预料到其中的风险。笔者认为,在 Jeffrey Adams 案中,CAS 仲裁庭裁决的合理性值得商榷,CCES 的裁决符合正常的行为逻辑与对运动员注意义务的要求,而仲裁庭作出相反的裁决,将运动员的个人责任转变为一种事前的警示义务并加诸体育组织其实并不恰当。或许从 CAS 的角度来说,一方面是要求体育组织尽到对运动员的教育与培训义务,另一方面是基于对于残疾运动员运动精神的鼓励而作出该裁决。运动员被允许使用自己携带的检测工具,则必须了解其所使用的工具,对检测工具负有绝对的注意义务,尤其是对于容易受到污染的工具,更需要以超过常人的谨慎态度照管,否则运动员应当承担不利后果。

## 3 对运动员长期行为的信赖保护

此处所称信赖是指运动员长时间实施某种行为,而该行为始终是“纯洁”(clean)的,未曾出现过兴奋剂违规记录,运动员便有理由善意地相信继续按照原有方式实施该行为不会导致违规结果出现,除非反兴奋剂规则禁止或者警告运动员实施该行为。信赖是一种善意的心态,其产生的基础是当事人之间对对方行为或安排的合理预期,对运动员长期实施合乎兴奋剂规则行为的信赖应当得到保护。需要进一步指出的是,此处保护运动员合理的信赖不仅因为运动员在一段较长的时间内一直从事同一种行为,无论是下文论述的与辅助人员保持持久的合作关系,还是长期服用一种药物,更重要的是运动员在这期间不曾违反反兴奋剂规则,方能基于善意相信自己的行为符合反兴奋剂规则的要求,且按照正常流程不会出现违规的情况。

### 3.1 运动员与辅助人员长期合作

稳定型人际关系是人际关系发展的常态,这种人际关系是经过长期的共同实践、交往的双方比较熟悉对方的情况下形成的<sup>[16]</sup>。运动员一旦和其辅助人员合作,通常都会维持稳定的关系,这一点无论是在团体运动还是个人运动中都有体现。笔者对不同领域运动员与辅助人员的合作时间进行分析(表 1)。



表1 运动员和其辅助人员合作时间

Table1 The Cooperation Timetable between the Athletes and Their Assisting Personals

运动员	辅助人员	合作时间
纳达尔(网球)	科托罗(私人医生)	19年
博尔特(田径)	沃尔法特(私人医生)	15年
刘翔(田径)	孙海平(教练)	14年
孙杨(游泳)	朱志根(教练)	10年以上
约翰·布雷克(田径)	格伦·米尔斯(私人教练)	10年
莎拉波娃(网球)	迈克尔·乔伊斯(教练兼私人医生)	5年
切洛(游泳)	马格里奥卡(私人医生)	3年

尽管该表格中的运动员与辅助人员的合作时间可能无法代表所有情形,但该数据还是有较强的指向性,即运动员倾向于长时间和其辅助人员进行合作,对运动员来说,这样合作的好处显而易见,辅助人员了解自己,配合上定然更加默契。但是,长时间的合作也会使运动员形成对辅助人员的依赖,在 FINA v. Cielo & CBDA 案<sup>[17]</sup>中,运动员 Cielo 服用了被可卡因污染的胶囊后,被检测出可卡因呈阳性。上诉至 CAS 之后,仲裁庭认为:运动员和医生的合作长达数年,该医生一直为运动员单独配制咖啡因胶囊以提供能量,且医生多次对配药的药房进行实地调查,检查药物原料,确定了该药房的安全可靠性。因此,仲裁庭认为医生已经作出最大努力确保处方中的药物未受到其他物质的污染,尽到了极为谨慎的注意义务,最终裁定运动员主观上为无过错。在该案中,由于运动员和队医长期合作且无违规记录,CAS 仲裁庭最终采纳了运动员的主张,认可其能够合理地信任自己的私人医生,这是对运动员信赖利益的一种保护,也有助于维护将来行为的可预测性。但要明确的是,并非所有由辅助人员导致的违规都可以以信赖保护为抗辩依据,作为适用无过错处罚参考性因素的情形仅存在运动员和辅助人员长期合作的情形中,而非长期合作的辅助人员过错导致运动员违规不在其列,短时间的合作不足以作为运动员完全信赖其辅助人员的理由,仲裁机构在适用信赖保护原则时要遵循严格的标准。由于是否构成“长期”尚无统一标准,类似的兴奋剂违规案件中纪律处罚机构和仲裁机构的自由裁量幅度较大。

### 3.2 长期服用同一种药物

伤病是运动员的天敌,运动员除了要对手竞争,还需要和伤病作斗争,药物对运动员来说不可或缺。出于治疗原因长期服用同种药物最后不慎出现

兴奋剂违规的后果,运动员可以以此为由主张减免过错。Olga Abramova v. International Biathlon Union (IBU)案<sup>[18]</sup>(简称 Abramova 案)中,WADA 于 2015 年 9 月 29 日公布了 2016 年禁用物质清单,美度铵被列为禁用物质,该禁用清单于 2016 年 1 月 1 日生效。运动员 Abramova 在清单公布后仍服用了美度铵,由于该药物代谢周期较长,所以在 2016 年 1 月 1 日之后的兴奋剂药检中其被检测出美度铵呈阳性,构成兴奋剂违规。CAS 仲裁庭认为,最终摄入美度铵的确切日期并不是判定无过错的关键,运动员长期依赖某种药物,而当下关于该物质代谢期没有科学的研究结果,如果她决定继续以该种方式进行治疗,且不存在其他情形下,不能认定运动员有过错。Sharapova 案<sup>[19]</sup>的案情与此几乎相同,俄罗斯网球运动员 Sharapova 的兴奋剂药检结果显示美度铵呈阳性,主动承认了自己的违规行为,但其主张自己药检之前的 10 年一直在使用美度铵,而该种药物仅仅是在 2015 年底国际网联公布的 2016 年版禁用清单上被添加的,自己于 2015 年使用,故不存在过错。仲裁庭的判决理由也类似,不同的是 Sharapova 虽未能尽到与 Abramova 案中相同程度的注意义务,但被认定为无重大过错。

实践表明,运动员长时间使用一种相同的药物,如之前从未出现过兴奋剂违规,则运动员有理由期待该药物不会导致违规,若新禁用清单生效后因禁用物质代谢的原因出现违规,运动员能够以信赖利益为由主张自己无过错。值得一提的是,2021 年实施版 WADC 第 27.6 条规定,“除有特别规定外,禁用物质清单以及与清单有关物质的修改不得追溯适用”,这意味着以后即便提前公布了下一年度的禁用物质清单,在清单生效之前,运动员仍然可以使用下一年度禁用的物质。

## 4 其他因素

除了上述因素之外,还有一些因素十分重要但无法归入主观故意、注意义务、信赖利益保护三大类之列,主要包括以下方面。

### 4.1 先前判例的约束作用

“遵循先例”(Stare Decisis)是英美法系司法机关在判决案件时所必需遵循的一项基本原则,当在后的案件中出现和之前案件相同或类似情况时,遵循先例是一项既定的原则,除非存在明显荒谬或不合理,否则先例和规则必须被遵循<sup>[20]</sup>。CAS 官方公布的《与体育有关的仲裁法典》(Code of Sports-Related



Arbitration)并未规定CAS仲裁庭裁决体育纠纷是否需要遵循先例,同样,其他仲裁机构的仲裁规则也未作出此类规定。在Abramova案中,CAS仲裁庭提到了先前的Sharapova案和美国网球运动员Varvara Lepchenko案<sup>[21]</sup>的裁决,并依据相关事实,用举重明轻的方法进行说理,阐述了这两个案例中存在更为严重的违规情形都能减轻或免除处罚,Abramova也应减免处罚。仲裁庭进一步主张,为了确定上诉人的主观过错,必须参照CAS判例的有关原则,这无异于直接认可先前判例的遵循意义。同样,在Livermore案中,被申请人Livermore一方列举了CAS之前的判例,主张前后判罚需保持一致性,说明之前的判例对之后发生的案件的意义。Livermore一方引用了WADA v. USADA & Thompson案<sup>[22]</sup>的例子,该案中年轻运动员Thompson在毕业典礼上故意吸食可卡因,后尿检呈阳性。运动员主张禁赛处罚可以减为一年,因为自己没有重大过失或疏忽,Thompson认为这是一次“年轻气盛”行为,且摄入可卡因不可能有任何提高比赛表现的作用。Livermore及其代理律师认为,从类似案件的判例可以看出,运动员可能因为情绪方面的原因使用兴奋剂,而抑郁便是情绪的一种,因为抑郁使用兴奋剂可作为认定无重大过失或疏忽的依据,随后UKAD听证小组采信了其主张。

然而,在Barber案中,加拿大体育纠纷解决中心听证小组却指出,CAS在之前案件中的裁决价值有限。每个案件的裁决都必须根据特定事实决定,没有哪两个案件有着完全相同的影响运动员过错程度的因素,如运动员的知识、谨慎程度、错误程度等。

梳理CAS仲裁庭和其他仲裁机构的裁决后,可以看出,由于仲裁庭组成人员不同、案情差异以及仲裁员所属国家的法律传统不同,不同仲裁庭对类似甚至相同的案情常常持有不同观点。因而,当前CAS先例的约束作用并无明确的规定,是否遵循主要由每个案件的仲裁庭决定。

## 4.2 反兴奋剂机构的过错

WADC及其衍生反兴奋剂规则对作为“执法机关”的各反兴奋剂机构规定了多重义务和兴奋剂检测规范流程,这些规定对于规制反兴奋剂机构的行为、保障运动员权利的意义不容忽视。一旦反兴奋剂机构违反了这些规范,运动员可以主张兴奋剂检测结果无效。在WADA v. Gil Roberts案<sup>[23]</sup>中,WADA指定的实验室没有遵循标准检测操作程序,未能对胶囊进行准确量化,运动员一方遂主张尿检阳性结

果可能是由实验室的程序错误导致的,这种情况下责任不应由运动员承担。仲裁庭认为,没有对胶囊进行准确量化对检测结果有重要影响,WADA应为其选定兴奋剂检测机构的过错承担责任,这一点对仲裁庭运动员无过错裁定的作用不言而喻。反兴奋剂机构除了在样本检测的过程中需要遵循高标准,当新的规则出现后,也需要及时告知运动员,使“法布于众”。以Abramova案为例,WADA公布禁用清单时未要求运动员在过渡期内停止使用美度铵,只是告知2016年1月1日后美度铵被禁止使用,而运动员无法预测到2015年使用该药品会导致其在2016年的检测呈阳性,WADA需要对其自身的过错担责,不应一律将违规结果归咎于运动员。综上,在兴奋剂检测过程中,如果反兴奋剂机构存在过错,并因该过错影响到检测结果或者运动员的程序权利,则运动员可以以此为由主张减免处罚。

## 4.3 年轻运动员缺乏经验

相较经验丰富的同行,年轻运动员无论在接受反兴奋剂教育培训还是在反兴奋剂实践中都缺少足够的经历,故而年轻运动员经常因未尽到注意义务造成兴奋剂违规。Jack Burke案发生的背景即为运动员刚成年,未接受过任何兴奋剂教育培训,因而缺乏相关反兴奋剂经验。同样在FINA v. Linda van Herk案<sup>[24]</sup>中,14岁的运动员Herk都是在父亲的陪伴下参加反兴奋剂机构的检测,但在该次检测时,由于其父亲要参加一个重要会议,经其父亲多次催促,Herk不得不放弃检测,国际泳联认定运动员拒绝配合反兴奋剂检测构成兴奋剂违规。庭审过程中,CAS仲裁庭考虑到该案当事人是一名极为年轻的运动员,拒绝接受检测并非出于掩盖作弊的意图,且Herk对兴奋剂检测缺少经验,故主要过错在运动员的陪伴人——她的父亲身上,因而决定减轻对Herk的处罚。无须多言,年轻运动员缺乏反兴奋剂的经验,相较成年运动员而言,这是明显的劣势。运动员在日常生活中、赛前赛后,稍不保持小心谨慎就有可能构成违规,危及运动生涯,仲裁机构出于公平原则,认定年轻运动员违规的主观过错时,将年龄和经验纳入酌定减轻或免除处罚的范围,这在各种反兴奋剂规则中虽无明文规定,却是仲裁实践一以贯之的做法。

## 5 结语

除了无过错外,无重大过错同样可以使运动员减轻处罚,2021年实施版WADC附录中对于无重大



过错的定义是：“当根据总体情况判断和考虑到无过错或无疏忽的标准时，运动员或其他当事人证实了自己的过错或疏忽与兴奋剂违规关系不大。”换言之，判断运动员是否构成无重大过错，需要参照无过错的认定标准。如果仲裁机构认定运动员未尽到足够的注意义务，存在主观过错，下一步则考虑运动员的过错或疏忽对于兴奋剂违规结果的影响。

相较于无重大过错，WADC对无过错作出了更为明确的规定（包括强制性条款和禁止性条款），这主要因为在大多数法律规则中无重大过错没有明确的标准。在大多数法律规则中，对过错的评估通常仅限于以下问题：是否存在过错，或者过错或疏忽的程度是否可以被定性为非常重大。相反，直接以程度是否重大为标准来确定过错的做法则较为罕见，即要求评估确定某一过错程度是否“不重大”，然后进一步评估无重大过错所涵盖范围内的过错程度，以作出与过错程度相当的处罚<sup>[25]686</sup>。相比之下，无过错更容易界定，运动员存在过错的程度以无过错为门槛进行认定较为科学。无过错条款实际上是无重大过错条款的基础，认定运动员无过错的考量因素本质上和无重大过错的考量因素一致，体育仲裁机构在决定二者适用时的出发点一致，考虑的因素基本相同，只是基于履行注意义务的程度区别而作出不同的认定。

WADC关于过错的定义涵盖了运动员对兴奋剂违规风险的认识程度、运动员或其他人在面临兴奋剂违规风险的情况下对自身行为的注意与谨慎程度，以及运动员本身的经验等。仲裁机构在评估运动员的过错程度时，应结合上述因素考虑运动员的行为偏离WADC对运动员行为预期的程度<sup>[25]699</sup>。WADC关于无过错或无疏忽的定义中“即使极其谨慎也不可能知道或怀疑自己曾使用或被别人施用”，此处的“极其谨慎”便是WADC所预期的运动员应尽的注意义务，而这里的注意义务其实也适用于无重大过错案件中的运动员，除对注意程度的要求更低外并无本质区别。由于注意义务概念较为模糊，仲裁机构在认定运动员是否属于“极其谨慎”时，考量的因素通常不外乎本文所列举的因素，厘清无过错条款的认定因素，阐明案件中违规运动员的过错程度划分和注意义务履行情况，有助于仲裁机构解释无过错条款能否适用，增强裁决的说理，使当事人能更好地理解体育仲裁机构的思路，减少上诉，同时有助于运动员存在减免处罚事由时，决定是否采用无过错抗辩主张来保护自己的合法权益。

## 参考文献：

- [1] 宋彬龄.论兴奋剂案件中过错程度的证明[J].体育科学,2012,32(07):71-77+90.
- [2] WADA publishes final versions of 2021 World Anti-Doping Code and International Standards in English and French [EB/OL].(2020-06-16)[2020-07-06]. <https://www.wada-ama.org/en/media/news/2020-06/wada-publishes-final-versions-of-2021-world-anti-doping-code-and-international>.
- [3] 李浩.民事责任研究[M].北京:法律出版社,2003:238.
- [4] 宋彬龄.2015新版《世界反兴奋剂条例》个人违纪处罚机制述评[J].武汉体育学院学报,2015,49(05):40-46.
- [5] Trumble, Stevenson. Shorter Oxford English Dictionary: On Historical Principles[M]. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- [6] WADA. The 2021 World Anti-Doping Code R10.2.1、R10.2.2 [EB/OL].[2020-11-17]. <https://www.chinada.cn/r/cms/www/chinada/pdf/2021rules.pdf>.
- [7] Tom Mountford. The FA v. Jake Livermore-Proportionality Trumps Mandatory Doping Sanction In Exceptional Circumstances[EB/OL].[2020-11-17].<https://www.lawinsport.com/sports-law-news/item/the-fa-v-jake-livermore-proportionality-trumps-mandatory-doping-sanction-in-exceptional-circumstances>.
- [8] CAS. CAS 2013/A/3370 UCI v. Jack Burke & Canadian Cycling Association (CCA) [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3370.pdf>.
- [9] CAS. CAS 2009/A/1926 ITF v. Richard Gasquet & CAS 2009/A/1930 WADA v. ITF & Richard Gasquet [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1926,%201930.pdf>.
- [10] TAS/CAS. 2019/A/6313 Jarrion Lawson v. International Association of Athletics Federations (IAAF) [G/OL]. Bulletin TAS CAS Bulletin 2020/02:74 [2020-11-17]. [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_Bulletin\\_2020\\_2.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Bulletin_2020_2.pdf).
- [11] 虞志波.加拿大自行车运动员兴奋剂违规案的法律思考[J].体育科研,2018,39(05):56-64.
- [12] Sport Dispute Resolution Centre of Canada. Matter of an anti-doping rule violation by Shawnacy Barber asserted by the Canadian centre for ethics in sport. NO.:SDRCC\_DT\_16-0249[EB/OL]. [2020-11-17]. [http://www.crdsc-sdrcc.ca/resource\\_centre/pdf/English/814\\_SDRCC\\_DT\\_16-0249.pdf](http://www.crdsc-sdrcc.ca/resource_centre/pdf/English/814_SDRCC_DT_16-0249.pdf).

(下转第49页)



## 参考文献:

- [1] Henning A. D., Dimeo P. Questions of fairness and anti-doping in US cycling: The contrasting experiences of professionals and amateurs[J]. *Drugs: Education, Prevention and Policy*, 2015, 22(5): 400-409.
- [2] 郭树理.2021 年版《世界反兴奋剂条例》之修订[J]. *体育科研*,2020,41(02):19-29.
- [3] 周青山.法治视野下全球体育自治规则的合理性建构[J].*天津体育学院学报*,2019,34(01):8-13.
- [4] 金涛,王永顺,高升.美国《业余体育法》解读与启示[J].*体育学刊*,2014,21(02):56-60.
- [5] 李睿智,郭树理.反兴奋剂公共利益的学理探析及其启示[J].*体育学研究*,2019,2(06):79-87.
- [6] 钱侃侃.运动员权利的法理探析[J].*法学评论*,2015,33(01):191-196.
- [7] Henning A. D., Dimeo P. The new front in the war on doping: Amateur athletes[J]. *The International Journal on Drug Policy*, 2018(51):128-136.
- [8] 付俐.意大利反兴奋剂法律制度研究[D].湘潭:湘潭大学,2018.
- [9] 罗思婧.体育行业自治与法律规制问题研究[D].武汉:武汉大学,2014.
- [10] WADA. 2021 World Anti-Doping Code [EB/OL]. [2020-01-30]. [https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021\\_wada\\_code.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf).
- [11] Henning A. D., Dimeo P. The complexities of anti-doping violations: A case study of sanctioned cases in all performance levels of USA cycling[J]. *Performance Enhancement & Health*, 2014,3(3-4):159-166.
- [12] CAS. CAS 2016/A/4834 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Organización Nacional Antidopaje del Ecuador (ONADE) & Monica Maria Cajamarca Illescas [EB/OL]. [2019-12-11]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4834.pdf>.
- [13] 柴毛毛.兴奋剂违规案件的证明责任问题——以“Contador 案”为视角[J].*体育科研*, 2019,40(05):60-69+78.
- [14] 杨春然.论兴奋剂处罚的归责原则与 WADC 目的冲突及协调[J].*武汉体育学院学报*,2017,51(03):45-55.
- [15] 熊英灼,董平.后《通用数据保护条例》时代反兴奋剂信息的法律保护[J].*武汉体育学院学报*,2019,53(10):48-55.
- [16] 中国反兴奋剂中心.从源头遏制兴奋剂问题——反兴奋剂中心副主任陈志宇谈兴奋剂刑事案件司法解释[EB/OL].(2019-11-20)[2020-12-20].<http://www.chinada.cn/jx/xwzx/20191120/3182.html>.
- [17] 搜狐跑步.马拉松反兴奋剂存潜在威胁 大量选手赛前未做检测[EB/OL].(2019-06-01)[2020-12-15].[https://www.sohu.com/a/317961880\\_314192](https://www.sohu.com/a/317961880_314192).
- (责任编辑:晏慧)
- (上接第 39 页)
- [13] SR. SR/NADP/885/2017[EB/OL]. [2019-10-27]. <https://www.sportresolutions.co.uk/news/view/decision-uk-anti-doping-ukad-v-ryan-bailey>.
- [14] CAS. CAS 2007/A/1312 Jeffrey Adams v. CCEs [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1312.pdf>.
- [15] 邓蕊.论旅游辅助服务者的法律责任[J].*西华大学学报(哲学社会科学版)*,2015,34(02):73-77+84.
- [16] 税远友.论人与人的关系[J].*西华师范大学学报(哲学社会科学版)*,2008(02):39-42.
- [17] CAS. CAS 2011/A/2495 FINA v. César Augusto Cielo Filho & CBDA [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2495-2498.pdf>.
- [18] CAS. CAS 2016/A/4889 Olga Abramova v. IBU [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4889.pdf>.
- [19] CAS. CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4643.pdf>.
- [20] [英]布莱克斯通.英国法释义(第一卷)[M].游云庭,缪苗,译,上海:上海人民出版社,2006:82-83.
- [21] Reuters.ITF clears Varvara Lepchenko after receiving explanation for meldonium use[EB/OL]. [2020-11-17]. <https://indianexpress.com/article/sports/tennis/itf-clears-varvara-lepchenko-after-receiving-explanation-for-meldonium-use-3042312/>.
- [22] CAS. CAS 2008/A/1490 WADA v. USADA & Eric Thompson[EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1490.pdf>.
- [23] CAS. CAS 2017/A/5296 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Gil Roberts. [EB/OL]. [2020-11-17]. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5296.pdf>.
- [24] Medicosport. Doping and sports [EB/OL]. [2020-11-17]. <https://www.medicosport.eu/en/doping-and-sports/doping-and-sports2003.html>.
- [25] Paul David. A guide to the world anti-doping code: The fight for the spirit of sport [M]. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- (责任编辑:晏慧)