



# 《世界反兴奋剂条例》下持有行为违规认定的完善

张霞

**摘要:**《世界反兴奋剂条例》(WADC)第2.6条规定了运动员与辅助人员持有禁用物质或禁用方法的违规行为。WADC附则部分持有的定义中规定了实际持有与推定持有、单独的购买行为,即构成持有。结合案例分析了WADC中实际持有与推定持有的内涵,并介绍了购买行为构成持有的特殊规定,在此基础上对比了持有行为与交易行为;分析了CAS仲裁庭根据现行WADC在仲裁实践中认定持有兴奋剂违规行为的认定要件与违规阻却事由。最后针对仲裁实践中持有规定存在实际持有与推定持有区分不明显,以及知道禁用物质存在的内涵不明的问题,提出了相应的完善建议。

**关键词:** 实际持有;推定持有;购买行为;排他性控制;控制与支配

中图分类号:G811 文献标志码:A 文章编号:1006-1207(2022)04-0009-09

DOI:10.12064/ssr.2022030201

## Refinements to Determination of Possession of a Prohibited Substance or a Prohibited Method under the *World Anti-Doping Code*

ZHANG Xia

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

**Abstract:** Article 2.6 of the *World Anti-Doping Code* (WADC) defines possession of a prohibited substance or prohibited method by athletes and athlete support personnel; and possession in the APPENDIX 1 DEFINITIONS of the WADC defines actual possession, constructive possession, and purchase of a prohibited substance or prohibited method constitute possession. This article illustrates the meaning of actual possession and constructive possession and the special provisions of purchase behavior in WADC through case analysis, compares the difference between possession and trafficking; analyses the elements of possession violation in terms of both positive elements and deterrents to violations. Finally, corresponding suggestions for improvement are made to address the problems that there is no obvious distinction between actual possession and constructive possession and that there is ambiguity of knowing the existence of prohibited substances in the arbitration practice.

**Keywords:** actual possession; constructive possession; purchase; exclusive control; control and domination

## 1 《世界反兴奋剂条例》中的“持有”及存在的问题

### 1.1 《世界反兴奋剂条例》中的“持有”的界定

《世界反兴奋剂条例》(*World Anti-Doping Code*, WADC)第2.6条规定了运动员与辅助人员持有(possession)禁用物质或禁用方法的违规行为。WADC附则部分持有的定义中规定了三类持有的方式:实际持有(actual possession)、推定持有(constructive possession)与购买行为(purchase)。

#### 1.1.1 WADC中“持有”的内涵

对于实际持有WADC并未做过多的解释,仅仅表明实际上、事实上的持有,根据CAS(Court of Arbitration for Sport)的案例实际持有应该仅仅指具有实际的物理控制的情况,亲自直接控制。在Roland Diethart诉国际奥委会(International Olympic Committee, IOC)案<sup>[1]</sup>中,CAS仲裁庭直接将实际持有解释为具有物理控制。在国际橄榄球理事会(International Rugby Board, IRB)诉Luke Troy和澳洲橄榄球协会(Australian Rugby Union, ARU)案<sup>[2]</sup>中,IRB认

收稿日期:2022-03-02

基金项目:中国法学会部级法学研究课题(CLS(2016)D166)。

作者简介:张霞,女,硕士研究生。主要研究方向:国际法学。E-mail:1539719699@qq.com。

作者单位:苏州大学 王健法学院,江苏 苏州 215006。



为被申请人在付款时获得了对物质的所有权和占有权,并且一旦进入邮政系统,禁用物质就完成了交付。基于付款和交付,购买人已经获得了所有权,即使没有收到货物,也应视为对物品获得了占有的权利。这种购买未收到货物的行为在刑法中被认为是单纯的法律上的支配<sup>[3]</sup>。而CAS仲裁庭认为根据澳大利亚和英国的普通法,若实际持有物品,就必须对货物拥有实际控制权或保管权,并且知道持有这些物品。实际持有意味着个人实际对财产的完全控制。被申请人未签收之前,对财产没有完全的个人控制权而将他人排除在外。而且被申请人在获得相关意义上的控制之前货物就被海关销毁了,因此被告人没有这种控制,不能认为构成实际持有。由此可以看出CAS对实际持有的态度就是一种实实在在物理上的控制,而非观念上的控制,也不是基于某种请求权获得的占有的权能,必须是在个人实际的掌管之下的一种状态。

WADC中推定持有包含两种情况:一种是排他性控制型推定持有。“排他性控制”一词并无定义,但有的观点认为,这包括完全控制该物质或方法,或完全控制该违禁物质或方法所在处所或处所的某一部分,也就是拥有排他性的控制权以排除其他所有人。如果排他性控制成立,推定持有可以在没有知情和意图行使控制的证据的情况下成立,因此应严格执行排他性控制的要求。如果其他人可以进入场地或接触违禁物质或方法,就不会有排他性的控制。CAS仲裁庭对排他性控制的认定是极其严格的,在搜集的案例中,CAS仲裁庭没有一例案件认定为构成排他性控制型推定持有。但是英国反兴奋剂机构(UK Anti-Doping, UKAD)诉 Ian Burns案<sup>[4]</sup>中,在Burns与其女友同居的房子内发现了禁用物质,其女友否认物质是她的,因此UKAD认为禁用物质是被申请人的,被申请人对这些物质具有排他性控制,构成持有。另一种拟行使控制型推定持有。只有在被指控人知道违禁物质或方法的存在并打算对其实施控制的情况下,这种推定持有的形式才能成立<sup>[5]466-467</sup>。除了实际持有的情形外,CAS仲裁庭多基于此种方式证明行为人部分构成持有兴奋剂违规。

2009年实施版WADC将持有的定义扩大到包括购买禁用物质或禁用方法。这意味着,在不符定义中关于持有的其他要求的情况下,可以成立持有。2015年实施版WADC试图通过在释义中增加一句话确认这一点,该释义规定“仅购买违禁物质的行为,无论是通过互联网还是其他方式,即使在产品没有到达、被另一方收到或被发送给第三方的情况下,也构成持有”。增加购买行为视为持有的规定,解决

了不同反兴奋剂组织在认定购买行为时的不一致,以及存在对WADC中“持有”规定的扩大解释违反法无明文规定不处罚原则的问题<sup>[6]</sup>。在购买的情况下,只需要被宣传为含有禁用物质,或运动员以这种信念购买它,不需要分析证据证明被申请人订购的产品实际上是禁用物质,仅单独的购买行为就构成持有兴奋剂违规<sup>[7]</sup>。在英国橄榄球协会(The Rugby Football Union, RFU)诉Ralph Rainbow案<sup>[8]</sup>,被申请人购买的快递被没收了,快递标签上显示含有禁用物质生长激素,但对快递物品进行检测,结果并不含有禁用物质。RFU和UKAD认为订购预支付就满足了购买行为构成持有的要求,无论最终是否实际控制了禁用物质以及禁用物质是否真实存在。

### 1.1.2 与交易行为的区别

WADC第2.7条规定了“运动员或其他当事人从事或企图从事任何禁用物质或禁用方法的交易”,附则中对交易的解释为“运动员、辅助人员或反兴奋剂组织管辖下的任何其他当事人向任何第三方销售、提供、运输、邮寄、递送或分发(或以任何这些目的持有)禁用物质或禁用方法(无论是以实物或任何电子或其他方式)”。一是,在主体上,任何受WADC约束的人都可以实施该违规行为,交易方不必是受WADC约束的人,可以与任何第三方进行。持有行为的主体仅包含运动员与辅助人员。交易的主体范围更广,除了运动员、辅助人员之外的其他人也可以构成交易行为,如理事会成员、主管、管理人员等。二是,区分WADC第2.7条交易中的持有与第2.6条持有的关键是,第2.7条持有的禁用物质或禁用方法必须是基于向任何第三方销售、提供、运输、邮寄、递送或分发的目的。为了确定违规行为,必须证明与分销禁用物质或方法有关的故意行为因素。如果仅仅是持有,则不认为是交易<sup>[5]481</sup>。交易违规行为的成立也不依赖持有指控的成立,仅依据相关事实即可认定。

交易行为与持有行为也存在竞合的可能。如果被指控的运动员或辅助人员被证明打算向或已向第三方提供其持有的禁用物质或方法,可能会构成第2.7条的交易行为<sup>[9]890</sup>。UKAD诉Philip Tinklin和Sophie Tinklin案<sup>[10]</sup>,辅助人员Philip Tinklin和运动员Sophie Tinklin均构成持有兴奋剂违规,又因运输、邮寄、分发给第三方等行为构成交易兴奋剂违规。辅助人员构成持有兴奋剂违规要求持有兴奋剂与运动员比赛或训练有关,如果其持有的目的是提供给运动员以提高比赛成绩,而非出于合理地利用该物质进行治疗,则构成持有兴奋剂违规。又因将禁用物质分发、提供给运动员构成交易兴奋剂违规行为<sup>[11]</sup>。



WADC 附则中对交易行为进行了列举,包括销售、提供、运输、邮寄、递送或分发(或以任何这些目的持有)禁用物质或禁用方法,该列举应认为是完全列举,这些行为并不包含购买。因此应认为购买禁用物质的行为不属于交易行为。

## 1.2 持有规定存在的问题

### 1.2.1 实际持有与推定持有区分不明

对实际持有与推定持有的划分,从 WADC 的释义以及 CAS 仲裁庭的裁决看是以持有外观的显性程度为依据的,实际持有是最狭义的持有,仅指直接的物理控制,推定持有是在没有直接物理控制的情形下认定持有的要求,直接的物理控制非常直观地显示了持有的事实,而排他性的事实如在运动员所有的车辆里发现禁用物质,可以显示持有事实,具有非常强的证明力,但是如果运动员证明他人曾使用过该车辆,就不具有排他性,那么持有事实的推定就削弱了。为了证明持有事实,反兴奋剂组织就要证明运动员知道禁用物质存在并打算控制该物质,通过主观意思加强对较弱持有事实外观的证明力。推定持有的证明规则使得持有的认定看起来更加的谨慎与严格,也体现了对运动员权利的保护。但是这种划分也造成了一定的混乱。首先,直接的物理控制与排他性控制都是最强的持有外观。因为需要证明有控制权来确定实际持有,这种“推定”持有与“实际”持有有何不同,并不明显<sup>[9]888</sup>。其次,从 WADC 的规定来看,实际持有与具有排他性控制都可以直接证明持有违规行为的成立,而且排他性是实际持有的特征,但在 WADC 中却是推定持有的前提条件。这种区分的意义不明显。最后,仲裁庭在认定中也存在混乱。在美国反兴奋剂机构(United States Anti-Doping Agency, USADA)诉 Mohamed Trafeh 案<sup>[12]</sup>中,在被申请人的行李中发现了禁用物质,美国仲裁协会认为被申请人对禁用物质具有排他性控制,构成持有兴奋剂违规。在英格兰足球总会(The Football Association, The FA)诉 Football Player 案<sup>[13]</sup>中,在运动员自己占用房间冰箱的袋子里发现了一个笔式分配器,里面含有生长激素。The FA 监管委员会认为该球员知道他拥有一支笔,这支笔在他的包里,包在自己的冰箱里,而他是唯一使用该冰箱的人,则该球员实际持有某种禁用物质达到了放心满意的证明标准。第一个案例是在被申请人的行李中发现禁用物质,是典型的实际持有,USADA 仲裁庭认为运动员对禁用物质实施排他性控制,构成持有;第二个案例是排他性控制的情形,但是 UKAD 却认为因为具有排他性控

制,所以构成实际持有;可以看出实际持有与排他性控制型持有很难实际区分。

实际持有与推定持有区分混乱的另一重要原因在于“排他性控制”的标准不明。“排他性控制”在 WADC 中并没有定义,但是一般认为完全控制该物质或方法,或完全控制该禁用物质或方法所在处所或处所的某一部分,也就是拥有排他性的控制权,可以排除其他所有人。但是在实际认定过程中,各反兴奋剂组织的判定并不相同。在国际田径联合会(International Association of Athletics Federations, IAAF)诉卡塔尔田径协会(Qatar Athletics Federation)案<sup>[14]</sup>中,IAAF 和 CAS 均认为两名运动员共用一个房间,因而对该房间内发现的禁用物质没有排他性控制。而在 UKAD 诉 Ian Burns 案<sup>[14]</sup>中,在 Burns 为自己和其女友租用房屋的杂物间架子上的两个纸板箱中发现了禁用物质,UKAD 认为其女友否认箱子是她的,也不知道里面有什么,这就意味着 Burns 对箱子具有控制权,对这些禁用物质具有排他性的控制,足以成立推定持有。在前一个案例中,因为共用房间,CAS 仲裁庭直接认定不具有排他性控制,CAS 仲裁庭的态度似乎是只有对存在禁用物质的场所只有运动员或辅助人员一人能够进入或者接触,才是排他性的控制。而且在检索到的 CAS 裁决的有关持有兴奋剂违规案件中,没有一个案例认定为排他性推定持有,CAS 仲裁庭对排他性控制型持有的认定是极其严格的。在前一案例中该禁用物质虽然是在两名运动员共用的房间发现的,但该禁用物质在房间内的一个包中,CAS 仲裁庭和 IAAF 却直接认定因为两名运动员共用一间房间而不存在排他性控制。事实上,对该房间是否具有排他性控制并不重要,对房间没有排他性控制并不影响对发现禁用物质的包的控制,只要证明该包是谁的,或者证明运动员对该包具有控制力就可以证明运动员是否持有禁用物质。具有排他性控制并不是推定持有的判断要素,而是证明运动员实际持有的证据。UKAD 对排他性控制的认定未如 CAS 仲裁庭采用如此严苛的标准,即使对禁用物质或方法存在的场所没有独有的控制,只要能够证明该物质不为他人所有,就能够证明运动员或辅助人员对禁用物质或方法具有排他控制,构成推定持有。

### 1.2.2 “知道禁用物质存在”内涵不明

因 WADC 对“知道禁用物质存在”的内涵并未明确规定,在不同的案件中,对于“知道禁用物质存在”这一要件的认定存在不一致。有的认为禁用物质必须被证实是真实的特定物质。在早期的 CAS 裁决 Mark French 诉澳大利亚自行车联合会(Cycling Australia)<sup>[15]</sup>



案中,持有的一个基本要素是必须对持有的具体物质进行事实认定,确定其含有禁用物质糖皮质激素。标签本身并不足以证明被指控者“持有”的材料中含有糖皮质激素。在澳大利亚奥委会(Australian Olympic Committee)诉 Eadie 案<sup>[15]</sup>中,CAS 仲裁庭认为未经测试和分析不能证实实际上含有禁用物质。CAS 仲裁庭在裁决过程中认为知道持有物是禁用物质或禁用方法是必要的。CAS 仲裁庭在裁决 IRB 诉 Luke Troy 和 ARU 案<sup>[2]</sup>中认为知道禁用物质存在,禁用物质必须是真实存在的,且必须是经过证明的禁用清单禁止的物质。

有的反兴奋剂组织认为是知道禁用物质本身存在,而不必证明运动员知道物质的性质,以及被禁用清单所禁止。The FA 诉 Football Player 案<sup>[13]</sup>中,The FA 监管委员会认为 The FA 没有必要证明运动员知道笔中含有禁用物质。只要运动员知道他拥有一支笔,这支笔在他的包里,包在他自己的冰箱里,而他是唯一使用该冰箱的人,就足以证明运动员知道禁用物质并构成持有。

对于“知道禁用物质存在”,WADC 并没有明确规定要达到的程度,不同反兴奋剂组织在认定过程中也采取了不同标准,The FA 对禁用物质存在以及性质认识的程度较低,即禁用物质本身存在,不要求对禁用物质的性质有认识。CAS 仲裁庭在一些裁决中认为需要对禁用物质有认识,要求运动员对禁用物质有明确的认知,可能会导致运动员实际上已经持有禁用物质,却以自己不知道禁用物质存在进行抗辩。运动员也经常采用这种理由进行抗辩,如 Drummond 对于 USADA 发现的经证实含有禁用物质的奶油,声称自己并不知道奶油中含有禁用物质,不构成实际持有,且因自己不知道奶油中事实上含有禁用物质,不可能试图实施控制,不构成推定持有<sup>[16]</sup>。这与使用禁用物质中采取主观主义的解释方法导致的涉案运动员以“不知道自己使用的物质是禁用清单上禁止使用的,从而以不知道自己行为具有兴奋剂违规的高风险”为由逃避的法律责任<sup>[17]</sup>具有相同之处。不知法不是免责事由。为了反兴奋剂工作的有效性与运动员权利的保护,避免各反兴奋剂组织认定标准的不一致,需要对知道禁用物质存在的程度做统一解释。

## 2 现行 WADC 下持有兴奋剂违规行为的认定要件

根据 WADC 第 2.6.1 条和第 2.6.2 条的规定及释义以及 WADC 附则对持有的定义与释义,可以看出 WADC 既规定了持有兴奋剂构成违规,也规定了

排除事由,在什么情况下的持有不认定为持有兴奋剂。以下将对持有兴奋剂(不包含购买行为,上文已论述)的认定要件进行分析。

### 2.1 主体要件

#### 2.1.1 主体范围

WADC 规定了运动员与辅助人员可构成持有类兴奋剂违规。2021 年实施版 WADC 附录的定义部分规定辅助人员包括同运动员一起工作、治疗或协助运动员参加或准备体育比赛的任何教练员、体能教练、领队、经纪人、运动队工作人员、官员、医疗和医护人员、家长或其他当事人。对于家长、其他当事人是否构成辅助人员要看其参与运动员训练、比赛的程度,以及对运动员比赛、训练的重要性。UKAD 诉 Philip Tinklin 和 Sophie Tinklin 案<sup>[10]</sup>中,UKAD 认为 Philip 虽然没有注册为教练,但接送并陪伴孩子训练与比赛,因此对孩子的训练、比赛具有相当的重要性,属于辅助人员。

#### 2.1.2 辅助人员构成持有的特殊要求

WADC 第 2.6.2 条规定了辅助人员赛外持有必须要与运动员比赛或训练有关。在 USADA 诉 Salazar 案<sup>[8]</sup>中,美国仲裁协会认为,在训练期间教练与运动员一起住在公寓,随身携带睾酮激素的事实不足以证明持有与运动员比赛或训练有关,因为有证据表明他用该禁用物质来治疗性腺功能减退。仅仅是禁用物质与运动员实际接近不满足与运动员比赛或训练有关的要求。证据清楚地表明禁用物质是被申请人非训练有关的个人使用的。他们虽然都待在公寓接受训练,但公寓本身并不是一个训练地点。美国仲裁协会认为,持有与训练之间需要有更大的联系,才能使持有与训练有关。当不同运动员在公寓训练时,禁用物质被放在生活区的柜台上,与运动员之间的联系非常微弱。禁用物质的持有必须证明其不仅靠近运动员,而且被证实其使用“与运动员比赛或训练有关”。

白俄罗斯皮划艇协会(Belarus Canoe Association, BCA)等诉国际皮划艇联合会(International Canoe Federation)案<sup>[9]</sup>中,CAS 仲裁庭认为与运动员有关的医疗、医护人员持有输血设备与药物,反兴奋剂组织要证明这些设备与药物旨在用于禁用方法,并达到放心的证明标准,医疗人员才构成持有兴奋剂。

### 2.2 客观方面——对禁用物质或禁用方法的支配与控制

不论是实际持有还是推定持有均要满足客观方



面的要件,即对禁用物质或禁用方法或者对禁用物质或禁用方法存在的场所具有实际的控制与支配,或者具有控制或支配的可能性。

### 2.2.1 实际持有的控制与支配表现

实际持有表现为直接的控制与支配,在兴奋剂违规的案例中通常表现为在运动员或辅助人员的行李或者独自居住的房间里发现违禁物质。如:澳大利亚海关扣押澳大利亚运动员行李中的两瓶药物,一瓶标有“Leukic Hardcore”,另一瓶标有“Decavol”。由国家测量研究所的确定标有“Decavol”的瓶子含有脱氢表雄酮。CAS 仲裁庭认为有关事实表明该运动员通过事实上、实际赛外持有禁用物质,构成了实际持有禁用物质违规<sup>[20]</sup>。再如:Johnson 参加完 2007 年世界女子健美操锦标赛返回澳大利亚时,海关检查员在她的行李中发现了睾丸激素和脱氢表雄酮。Johnson 对这两种物质都没有治疗用药豁免。CAS 认为在她控制下发现了禁用物质,构成实际持有<sup>[21]</sup>。加拿大体育伦理中心(Canadian Centre for Ethics in Sport, CCES)调查发现运动员在某网站订购了兴奋剂并寄到运动员接受训练的地址。CCES 在运动员住所里发现了该邮件以及里面的禁用物质,并认定这名运动员购买并实际持有禁用物质<sup>[22]</sup>。

### 2.2.2 推定持有的客观方面表现

根据 WADC 推定持有包括排他性控制型推定持有和拟行使控制型推定持有,排他性控制型推定持有是指对禁用物质或禁用方法或其存在的处所具有排他性控制;拟行使控制型推定持有是指没有排他性控制的情况下,知道禁用物质存在并打算控制;可以看出推定持有要么在客观方面具有排他性控制,要么通过主观上的知情与打算控制来体现控制与支配的可能性。

推定持有在 CAS 仲裁庭裁决的案件中,是在没有直接物理控制的情况下证明持有,客观方面的表现更多是具有控制或者适用的可能性,这在推定持有禁用方法中体现得最为明显。推定持有禁用方法的控制要素体现为,能够使用禁用方法,不要求每人都禁用物质使用的所有材料,只要运动员拥有的材料合在一起能够使运动员使用禁用方法就证明了持有禁用方法。在 Eder 等人诉 IOC 案<sup>[23]</sup>中,每个上诉人都事实上实际持有某医疗设备。CAS 仲裁庭认为考虑到在都灵冬奥会期间,上诉人的住宿安排和 Tauber 提供的证据即上诉人的同伴可以自由使用在其房间内的血红蛋白计,仲裁庭认为上诉人不大可能没有意识到他们每个人实际上持有该设备。因此

仲裁庭认为每个上诉人推定持有他人持有的物品,每个上诉人分别拥有不同部分的医疗设备,这些设备加在一起,使静脉输液成为可能,也可能实施输血的禁用方法。CAS 仲裁庭认为,如果运动员仅拥有一个注射器,则不足以证明根据第 2.6.1 条提出指控是合理的。如果能够证明在所有情况下,运动员不论是实际持有还是推定持有,只要使该运动员能够使用禁用方法,就证明了持有禁用方法。

## 2.3 主观方面

兴奋剂违规的认定采用的严格责任原则认为不需要证明有使用禁用物质或禁用方法的意图或任何提高成绩的意图。任何证明意图的要求都会破坏奥运会反兴奋剂做法的有效性,使该政策几乎毫无价值<sup>[24]</sup>。该原则适用于第 2.1 条和第 2.2 条的违规行为,CAS 仲裁庭在裁决中,也只是表明了持有兴奋剂违规行为没有必要证明有使用禁用物质或禁用方法的意图或者任何提高成绩的意图<sup>[25]</sup>,并非指不需要任何主观因素。兴奋剂违规与兴奋剂处罚是两个层面的问题,兴奋剂违规虽然建构在严格责任的基础上,但是违规后果包括禁赛期的长短,具有灵活性,可以根据运动员的故意、过失、具有重大过错等过错程度选择相应的处罚<sup>[25]</sup>,并不意味着确认持有类违规行为不需要任何主观要素。因此体内出现禁用物质、使用还是持有兴奋剂都应属于客观事实或行为范畴。关于这个问题,可以借鉴刑法方面的有关实践。在美国刑法中,构成犯罪行为需要两个方面的构成要素,即行为和意识,即使是“严格责任”不要求有犯罪心态,但行为人对其所实施的行为,必须具有主观认知<sup>[26]</sup>。实际持有还是推定持有也必须有一定的主观认知,体现在都将涉及证明知道禁用物质或禁用方法的存在,没有排他性控制的情况下,还要证明对禁用物质或禁用方法实施控制的意图<sup>[5]466</sup>。

CAS 仲裁庭认为持有是一个包含主观因素的概念。意图是持有的必要主观因素,包含充分知晓被指控物质的存在。在很多情况中,管理物质就足以构成持有的证据,包含了必要的主观因素,因为知道可以从周围的环境恰当地推断出来。可能在对该物质的存在一无所知的情况下,对其进行物理上的管理或控制,但是这并不足以构成法律上的持有。就如一个人不知道口袋里存在的东西,就不能被指控非法持有该物品<sup>[27]</sup>。

### 2.3.1 实际持有与排他性控制型持有的主观推定

根据 WADC 规定的实际持有与排他性控制型推定持有似乎不需要主观因素。但是根据上述 CAS 仲裁庭在具体案件中的裁决可以看出,其主观因素



是推定的,只要具有实际的直接物理控制或者是对物质本身或者物质存在的场所具有排他性的控制,就推定持有人知道禁用物质的存在,满足了必要的主观要素,可直接认定构成持有。这是因为持有行为与持有认知之间具有高度关联性,根据一般的社会经验,持有人不知其持有的概率极低,所以持有行为可推定持有人存在主观认知。

### 2.3.2 拟行使控制型推定持有的主观方面

WADC 中明确在不构成实际持有且不具有排他性控制的情况下,运动员或辅助人员知道禁用物质存在并打算实施控制构成推定持有。运动员或辅助人员要知道禁用物质存在,且禁用物质必须真实存在。知道禁用物质或方法存在与知道禁用的性质是两个层面,没有统一认识的程度。要确定违反第 2.6 条的行为,反兴奋剂组织可能需要证明运动员或辅助人员知道存在违禁物质或方法,但有观点认为没有必要证明其知道该物质或方法是清单中的违禁物质或方法,知道该物质本身的存在是必需的<sup>[51]469</sup>。如果持有物质或方法实际上不在禁用清单上,即使认为该物质或方法是禁用清单禁止的,也不构成违规行为。

在澳大利亚体育反兴奋剂机构(Australian Sports Anti-Doping Authority, ASADA)诉 Andrew Wyper 案<sup>[28]</sup>中,CAS 仲裁庭认为知道“违禁物质的存在”时,对违禁物质所在位置需要比国家或州更明确,必须知道它在哪里,它是什么。CAS 仲裁庭在 IRB 诉 Luke Troy 和 ARU 案<sup>[21]</sup>中认为必须证实禁用物质真实存在,查获物品包装上的描述本身不足以证明这些产品实际上含有禁用物质。因此,CAS 仲裁庭对“知道禁用物质存在”的观点是,必须明确禁用物质的确切位置,从内容或性质上必须是真实存在的,但对于持有人是否仍需意识到禁用物质本身还是需要知道其是禁用清单禁止的并没有明确。

## 2.4 违规阻却事由

违法阻却事由是指在刑法中排除符合构成要件行为违法性的事由,行为形式上符合了构成要件的规定,因行为具有正当化事由阻却违法。WADC 中规定了持有兴奋剂构成兴奋剂违规,也规定了具有治疗用药豁免、其他可接受的正当理由与在接到通知前放弃持有,不构成持有的违规阻却事由。

### 2.4.1 治疗用药豁免

WADC 第 2.6 条规定了运动员和辅助人员在有治疗用药豁免的情况下不构成持有兴奋剂违规。治疗用药豁免是指允许运动员有医疗需求时使用禁用物质或禁用方法,但必须满足 WADC 第 4.4 条和

《治疗用药豁免国际标准》中规定的条件。

根据 WADC 运动员有义务申请治疗用药豁免,而教练员没有此义务。CAS 仲裁庭认为教练因为治疗原因持有禁用物质,只要解释满足优势证据原则,就不违反 WADC 第 2.6.2 条。在上述 BCA 案<sup>[19]</sup>中,在白俄罗斯女子皮划艇队教练亨纳兹哈利茨基先生的房间里发现了 16 粒米曲肼胶囊,该药物用于治疗心脏病。CAS 仲裁庭认为教练的解释符合优势证据原则,甚至符合放心满意的证明标准。根据 WADC,教练没有义务申请治疗用药豁免,由于个人医疗而持有禁用物质,不构成持有禁用物质违规。

### 2.4.2 其他可接受的正当理由

其他正当理由是指在没有获得治疗用药豁免的情况下,运动员或其他人持有禁用物质或方法不构成违规的情况。WADC 明确规定了可接受的理由包括,例如:(a)运动员或队医使用禁用物质或禁用方法(例如肾上腺素自动注射器)处理急性病和应对紧急情况,或(b)在申请和收到治疗用药豁免决定前不久,运动员因治疗而持有禁用物质或禁用方法。并明确了可接受的正当理由不包括为赠送朋友或亲属而购买或持有禁用物质,除非该当事人有正当的医疗理由和医生开具的处方,如为糖尿病患儿购买胰岛素。

其中紧急医疗是 2009 年实施版 WADC 中新增的解释,该解释来源于 2006 年 Johannes Eder 诉奥地利滑雪联合会(Austrian Ski Federation)案<sup>[29]</sup>。该案引用了 CAS 对 2002 年 Walter Mayer 等人诉 IOC 案<sup>[30]</sup>裁决中明确的紧急情况下治疗构成合理医疗的六个标准:(1)医疗必须是治疗特定运动员疾病或受伤所必需的;(2)在特定的情况下,除使用兴奋剂外,没有其他有效的替代治疗方法;(3)治疗不能提高运动员的运动成绩;(4)治疗是对运动员进行医学诊断后实施的;(5)治疗是由合格的医疗人员在适当的医疗环境下实施的;(6)保存了足够的医疗记录,并可供检查。但在不满足上述标准的情况紧急的治理可以证明运动员无重大过错或疏忽,以此缩减禁赛期<sup>[31]</sup>。

在 Eder 等人诉 IOC 案<sup>[29]</sup>中,CAS 仲裁庭对可接受的正当理由进行了解释与裁决。“其他可接受的理由”一词直接在第 4.3 条授予的“治疗用药豁免”之后使用。被申请人认为,“其他可接受的理由”应被解释为需要医生的干预或建议。CAS 仲裁庭认为,根据医生建议开具的与禁用方法有关的任何物品都属于治疗用药豁免的范围,而“其他可接受的理由”是涵盖需要紧急医疗而没有机会申请治疗用药豁免的情况。



### 2.4.3 放弃持有

WADC 附录的定义部分还规定了持有的放弃。如果当事人在收到兴奋剂违规通知前,已采取实际行动表明自己从未打算持有禁用物质或禁用方法,并明确向反兴奋剂组织宣布放弃持有,则不得仅以持有为由判定其兴奋剂违规。在 2003 年实施版 WADC 中对于放弃持有的规定要求采取实际行动,证明自己已无意再持有或已放弃了先前的持有。2009 年实施版 WADC 修改为要求当事人已采取实际行动,证明自己从来无意持有禁用物质并明确向反兴奋剂组织宣称已放弃持有禁用物质。在 2003 年实施版 WADC 中持有的放弃更像是刑法中的中止行为,放弃先前的持有不认定构成持有兴奋剂违规,而修改后的要求更为严苛,不仅要求以实际行动向反兴奋剂组织宣布放弃持有,而且要证明自己从来没有持有的意图,必须是一种无意的行为,是事前并不知道禁用物质处于自己控制或支配。另需要强调的是,持有的放弃必须有具体行为,即将持有事实告知反兴奋剂组织,并将禁用物质或禁用方法相关的设备交给反兴奋剂组织,如果没有具体的放弃行为,仍然构成违规<sup>[16]</sup>。

## 3 持有规定与认定的完善

### 3.1 持有规定的优化

WADC 附则关于持有的定义其实是对不同控制与支配程度规定了不同的证明要求。当有直接控制时,如在运动员身上或随身携带的包裹或行李中发现,可直接认定构成持有兴奋剂违规。如果没有直接控制,则看是否具有排他性即独占性,若具有独占性,则证明个人具有控制力和支配力,从而构成持有禁用物质或方法。即使不具有独占性,在反兴奋剂组织发现禁用物质的情况下,若证明运动员或辅助人员具有所有权,或者知道禁用物质或方法存在,就证明其有意实施控制。

对实际持有与推定持有的划分,从 WADC 的释义以及 CAS 仲裁庭的裁决来看,是以持有外观的显性程度为依据的,实际持有是最狭义的持有,仅指直接的物理控制。推定持有是在没有直接物理控制的情况,认定持有的要求。推定持有通过排他性与主观意思的证明来加强较弱的持有外观,具有一定的合理性,认定也较为谨慎,体现了对运动员权利的保护,但是这种划分造成了一定的混乱。直接的物理控制与排他性控制都是最强的持有外观,从规定来看都可以直接证明持有违规行为的成立,而且排他性是实际持有的特征,但是在 WADC 中却是推定持有

的前提条件。而且,根据规定具有排他性控制可以直接认定构成持有,这种区分的意义不明显。

因此,在持有的规定上,一方面不区分实际持有与推定持有,而仅将其作为对控制与支配情况的划分。因此不建议使用实际持有的概念,只规定存在直接的物理控制与排他性控制就构成持有兴奋剂违规。另一方面需要明确推定持有应当包含两层含义:(1)不能直接证明运动员或其辅助人员对禁用物质或方法的支配或控制,通过间接证据来证明具有支配力和控制力,或者通过主观意思加强较弱持有事实之证明力,即持有是推定出来的;(2)在不能单独证明个人构成实际持有或推定持有的情况下,证明持有违规,如推定持有禁用方法,当每人持有禁用方法的一部分,但是这些部分组合在一起使禁用方法的实际使用成为可能,在这种情况下,推定每人都构成持有禁用方法违规。

### 3.2 认定规则优化:客观方面以控制能力为中心

早在 WADC 颁布之前,CAS 仲裁庭已经就持有案件进行裁决,在当时反兴奋剂政策没有规定实际持有与排他性持有的区分的情况下,CAS 仲裁庭是以控制要素为核心的。在 ASADA 诉 Marinov 案<sup>[27]</sup>中,在首次仲裁中仲裁庭认为 Marinov 是房间的唯一和排他性的占用者,一个人有可能共同持有某一物质,因为保管或控制某一物品的权利或能力并不一定是排他性的。仲裁庭认定,被申请人保管或控制禁用物质,因他占用卧室,即使这些物质不是他的,他也对房间及房间内的禁用物质进行了支配或控制。如果这些包裹属于 Murphy,则被申请人有权利和能力指示 Murphy 移除它们或将它们从其占用的卧室中移除,无论如何被申请人都能自行将禁用物质移至他的保管和控制之外。因此,仲裁庭认定 Marinov 构成持有。之后,Marinov 提起了上诉,CAS 仲裁庭认为不能因为所谓的占用房间而赋予 Marinov 法律上或实际上并不存在的控制权,并认为上诉人占用房间的性质是 Murphy 向其提供无偿许可,允许上述人免费进入并待在房间里,并没有给许可人强制实施的占用权,也没有授予房间的排他性许可。这种免费许可的法律效力仅在于排除他人违反许可在被许可人使用期间进入房间。这种许可是可以根据授予人的意志随时撤销的。因此上诉人对房间没有排他性的控制权,除了上诉人自己的物品或者法律上占有的物品,上诉人都不具有这种控制权。除非禁用物质是被告的财产或者由他放在架子上,仅包裹在架子上的事实和上诉人知道它们的存在不足以证实控诉。而 ASADA 没有证明禁用物质是被上诉人放置于房



间架子上的,也没有证明禁用物质是上诉人的财产,加之房间的所有权人 Murphy 承认持有这些物质,因此认定上诉人没有控制权,即使上诉人知道禁用物质存在,仍不构成持有。该案认定的核心是 Marinov 对房间的占用权是否使他具有了对房间内物品的控制权,可以看出在该案中持有认定的核心要素是对禁用物质的控制权,而这种控制权并非一定是排他性的。

对持有的认定上以控制能力为中心。持有的认定并不需要区分持有的类型,应当以持有的实质控制要素为核心。无须区分行为究竟是推定持有还是实际持有,直接的物理控制与排他性控制的事实证明了运动员或辅助人员具有控制的能力,直接认定构成持有。没有直接的物理控制或者是排他性控制的情形才是大多数情况,反兴奋剂组织要证明运动员对禁用物质或方法具有控制的能力,运动员对居住的房间、使用的汽车等视为有控制权,这种控制能力的体现就是知道其存在,且要有控制意图。知道禁用物质存在是推定有控制的权利、能力,这种控制的权利来自对场所或物质本身控制的权利,但要明确的是上诉人对房间的使用权不足以证明 WADC 要求的知道禁用物质存在以及这种控制的能力。以控制能力为中心进行认定可以避免上述提到的实际持有与推定持有的混同问题,而且控制能力本身就是持有的最本质的特征。

### 3.3 明确“知道禁用物质存在”的内涵

考虑到 WADC 第 2.6 条是基于对大量国际著名案例调研后的结果,为解决在海关行李检查、宾馆房间、车辆中发现禁用物质或物品处罚的难题而规定的<sup>[32]</sup>,以及反兴奋剂组织只能在检查、搜查时获取当时的情况,不可能就之前、之后的事情进行充分调查,因此不能像刑法所要求的运动员认识到禁用物质或方法的违禁性,只要求其认识到物质或方法本身存在,不需要其认识到物品的具体性质,尤其是物品的法律性质,也不需要其认识到持有物是禁止物。这样的规定不仅可以减轻反兴奋剂组织的证明负担,也与其有限的检查与调查能力相适应,而且还可以避免运动员以自己不知道禁用物质存在为由抗辩不构成持有。过高的要求可能会有损反兴奋剂的有效性。但是需要明确的是禁用物质本身必须是真实的,如果持有物的标签标明是禁用物质但经检验并不包含禁用物质,持有兴奋剂违规行为则不应被认定。这一点与购买行为不同,只要有购买禁用物质的行为,该物质标明为禁用物质即使事后检测不含有禁用物质,依然构成违规。

## 4 结束语

本文针对持有兴奋剂认定中存在的问题提出了相应的对策,以完善其认定。对于实际持有与推定持有区分不明的问题,一是,可以不区分实际持有与推定持有,并明确推定持有包含两层意思:(1)不能直接证明运动员或辅助人员对禁用物质或方法的支配或控制,通过间接证据来证明具有支配力和控制力,持有是推定出来的;(2)在不能单独证明个人构成实际持有或推定持有的情况下,证明持有违规,如推定持有禁用方法。二是,不论是实际持有还是推定持有,都是以人对物的控制与支配的关系而推定的,持有的认定应以判断控制关系为核心。对于“禁用物质存在”内涵不明的问题,应当明确仅需要知道禁用物质本身存在即可,不需要知晓其属于禁用清单禁止的,这样不仅与反兴奋剂组织有限的检查与调查能力相适应,而且还可以避免运动员以自己不知道禁用物质存在为由抗辩不构成持有。但要明确禁用物质必须是真实存在,这一点与购买行为不同。

### 参考文献:

- [1] Arbitration CAS 2007/A/1290 Roland Diethart v. International Olympic Committee (IOC), award of 4 January 2008 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1290.pdf>.
- [2] CAS 2008/A/1664: Appeal by IRB v Mr Luke Troy and the ARU [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1664.pdf>.
- [3] 刘士心. 刑法中持有行为的概念与特征新探[J]. 南开学报, 2005(2): 116-123.
- [4] UKAD 2012 UKAD v. Ian Burns [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.doping.nl/filter/doc:1048/UKAD%202012%20UKAD%20vs%20Ian%20Burns.pdf>.
- [5] PAUL DAVID. A guide to the World Anti-Doping Code: The fight for the spirit of sport [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- [6] 郭树理, 杨伊萍. 兴奋剂禁用清单中的兜底条款探讨[J]. 北京体育大学学报, 2018, 41(11): 33-41.
- [7] U.S. Weightlifting Athlete Scott Hisaka Accepts Sanction for Anti-Doping Rule Violation [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.usada.org/sanction/scott-hisaka-accepts-doping-sanction/>.
- [8] UKAD 2020 RFU vs Ralph Rainbow (S) [EB/OL]. [2022-03-02]. <https://www.doping.nl/media/kb/7204/UKAD%202020%20RFU%20vs%20Ralph%20Rainbow%20%28S%29.pdf>.



- [9] LEWIS A, TAYLOR J. Sport: Law and practice[M]. London: Bloomsbury Publishing, 2021.
- [10] UKAD v. P Tinklin & S Tinklin\_1stDecision\_338[EB/OL]. [2022-03-01]. [https://www.ukad.org.uk/sites/default/files/2019-05/ukad\\_vs\\_tinklin.pdf](https://www.ukad.org.uk/sites/default/files/2019-05/ukad_vs_tinklin.pdf).
- [11] Arbitration CAS 2016/O/4575 International Association of Athletics Federations (IAAF) v. All Russia Athletic Federation (ARAF) & Dr Sergei Nikolaevich Portugalov, award of 10 March 2017 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4575.pdf>.
- [12] CAS 2014/A/3866 USADA v. Mohamed Trafteh, award of 13 August 2015 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.usada.org/wp-content/uploads/2015-08-14-Trafteh-AWARD.pdf>.
- [13] FA 2020 Football Association v. Football Player (S) [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.doping.nl/media/kb/7153/FA%202020%20Football%20Association%20vs%20Football%20Player%20%28S%29.pdf>.
- [14] CAS 2018/A/5989 IAAF v. Qatar Athletics Federation & MUSAEB ABDULRAHMAN BALLA [EB/OL]. [2022-03-01]. [https://www.doping.nl/media/kb/6307/CAS%202018\\_A\\_5989%20IAAF%20vs%20Qatar%20Athletics%20Federation%20%26%20MUSAEB%20ABDULRAHMAN%20BALLA%20%28OS%29.pdf](https://www.doping.nl/media/kb/6307/CAS%202018_A_5989%20IAAF%20vs%20Qatar%20Athletics%20Federation%20%26%20MUSAEB%20ABDULRAHMAN%20BALLA%20%28OS%29.pdf).
- [15] CAS 2004\_A\_651 [EB/OL]. [2022-03-01]. [https://www.doping.nl/media/kb/99/CAS%202004\\_A\\_651%20Mark%20French%20vs%20Cycling%20Australia%20S-FS.pdf](https://www.doping.nl/media/kb/99/CAS%202004_A_651%20Mark%20French%20vs%20Cycling%20Australia%20S-FS.pdf).
- [16] AAA 2014 No. 01 14 0000 6146 USADA v. Jon Drummond [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.doping.nl/media/kb/3047/AAA%202014%20No.%2001-14-0000-6146%20Jon%20Drummond%20%28S%29.pdf>.
- [17] 郭树理. 运动员兴奋剂违纪重大过错的认定: 以莎拉波娃案为例[J]. 武汉体育学院学报, 2017, 51(4): 50-60.
- [18] AAA Case No. 01-17-0004-0880 USADA v. Salazar [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.usada.org/wp-content/uploads/Salazar-AAA-Decision-1.pdf>.
- [19] Arbitration CAS 2016/A/4708 Belarus Canoe Association (BCA) & Belarusian Senior Men's Canoe and Kayak team members v. International Canoe Federation (ICF), award of 23 January 2017 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4708.pdf>.
- [20] Arbitration CAS (Oceania registry) A2/2009 Australian Sports Anti-Doping Authority (ASADA), on behalf of Australian Sports Commission (ASC) and Golf Australia (GA) v. Daniel Nisbet, award of 2 February 2010 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/A2-2009.pdf>.
- [21] CAS 2009/A/1914 WADA v. IFBB & Kelli Johnson, award of 1 February 2010 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1914.pdf>.
- [22] CCES 2015 decision Stephen Welsh (OS) [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://www.doping.nl/filter/doc:3202/CCES%202015%20CCES%20vs%20Stephen%20Welsh>.
- [23] Arbitration CAS 2007/A/1286 Johannes Eder v. International Olympic Committee (IOC) & CAS 2007/A/1288 Martin Tauber v. International Olympic Committee (IOC) & CAS 2007/A/1289 Jürgen Pinter v. International Olympic Committee (IOC), award of 4 January 2008 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1286,%201288,%201289.pdf>.
- [24] Anthony G A. The 2012 and 2014 Olympic Doping Scandals: A critical analysis of the effectiveness of anti-doping mechanisms in Sports Law and the necessity of global unity and rehabilitation in enforcing anti-doping measures[J]. Beijing Law Review, 2019(10): 671-681.
- [25] 杨春然. 论兴奋剂处罚的归责原则与 WADC 目的的冲突及协调[J]. 武汉体育学院学报, 2017, 51(3): 45-55.
- [26] 康均心, 刘恒明. 我国与英美法中持有犯比较研究: 以持有犯性质和犯罪成立为视角[J]. 理论月刊, 2019(9): 100-107.
- [27] CAS A1\_2007 ASADA vs Sevdalin Marinov (OS) 1311; Arbitration CAS 2007/A/1311 Sevdalin Marinov v. Australian Sports Anti-Doping Authority (ASADA), award of 26 September 2007 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1311.pdf>.
- [28] CAS A4/2007 ASADA v. Andrew Wyper [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-australian-sports-anti-doping-authority-asada-v-andrew-alexander-wyper-final-arbitral-award-thursday-21st-august-2008-1>.
- [29] Arbitration CAS 2006/A/1102 Johannes Eder v. Ski Austria & TAS 2006/A/1146 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Johannes Eder & Ski Austria, award of 13 November 2006 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1102,%201146.pdf>.
- [30] Arbitration CAS 2002/A/389, 390, 391, 392 & 393 A., B., C., D. & E. / International Olympic Committee (IOC), award of 20 March 2003 [EB/OL]. [2022-03-01]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/389-393.pdf>.
- [31] 宋彬龄. 论兴奋剂案件中过错程度的证明[J]. 体育科学, 2012, 32(7): 71-77, 90.
- [32] 郭树理, 周青山. 体坛说法: 体育运动中的法律问题[M]. 长沙: 湖南大学出版社, 2009: 103.

(责任编辑: 晏慧)