

兴奋剂案件中程序偏离证明规则的变化与检视

熊英灼¹, 曹绍芳²

(1. 湖南警察学院 侦查系, 湖南 长沙 410138; 2. 长沙理工大学 体育学院, 湖南 长沙 410076)

【摘要】在兴奋剂案件中, 面对兴奋剂违规指控, 运动员常以兴奋剂检查行为中存在程序不合规为由进行抗辩。2021年版《世界反兴奋剂条例》对这一抗辩的证明规则作出了较大的修改, 主要表现为程序偏离行为举证责任的类型化、重大程序偏离的宽容化、因果关系证明标准的具体化。通过比较研究法、逻辑分析法研究发现, 这一系列的修改依然会引发诸多法律适用的分歧。为了更好地平衡程序安定和程序正当的关系, 应取消目前规则中对程序偏离行为的分类, 承认“严格遵守标准”的独立性, 确定重大程序偏离的识别标准, 明确程序偏离和阳性检测结果因果关系的较低的证明标准。

【关键词】运动员; 反兴奋剂案件; 世界反兴奋剂条例; 程序偏离; 举证责任

【中图分类号】 D99; D925.3; G803 **【文献标志码】** A **【文章编号】** 2096-5656(2023)06-0099-11

DOI: 10.15877/j.cnki.nsic.20240009.004

在国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport, 以下简称CAS)受理的兴奋剂案件中, 被指控人无过错或无重大过错是使用最多的抗辩理由, 其次就是兴奋剂检查程序偏离相关规则。在CAS历史上屈指可数的几个推翻指控的兴奋剂案件中, 被指控人因为兴奋剂检查程序偏离而胜诉的案件几乎占半壁江山。实践中, 对于兴奋剂检查程序是否构成偏离, 案件中所涉及的程序偏离是否属于无关紧要的、轻微的技术违反, 如何在尊重反兴奋剂规则、保护运动员权利和防止运动员逃避惩罚的合法利益之间寻求“适当的平衡”, 这些问题都存在着较多的争议。2021版《世界反兴奋剂条例》(The World Anti-Doping Code, 下文简称WADC)的程序偏离证明规则较之前版本的WADC有较大变化, 本文将对这些变化是如何回应当前争议, 又会对兴奋剂检查程序和运动员权益保护产生何种影响进行较为深入的探究。

1 《世界反兴奋剂条例》程序偏离证明规则的内容及变化

程序偏离证明规则最早出现在2003版WADC的3.2.1和3.2.2条, 其规定WADC推定按照法定程序进行的兴奋剂检查结果有效、兴奋剂违规成立, 但

如果运动员以优势证据证明发生了程序偏离的兴奋剂检查行为, 则此时反兴奋剂组织(Anti-Doping Organization, 下文简称ADO)就有必要以让人“放心满意”的证明标准证明此种程序偏离没有引起阳性检测结果或其他兴奋剂违规行为, 否则之前检查发现的阳性检测结果即为无效或者不构成兴奋剂违规行为。

这种证明责任的分配方式被认为是对ADO施加了较重的证明负担, 因此, 2009版WADC对此规定进行了较大的修改, 规定运动员不仅要以优势证据证明发生了程序偏离的兴奋剂检查行为, 还要证明这种程序偏离有可能导致因阳性检测结果而出现兴奋剂违规或其他兴奋剂违规行为, 才能转移举证责任, 才能对兴奋剂违规的推定进行抗辩, 即此时ADO才有必要以“放心满意的证明标准”证明该程序偏离行为没有导致阳性检测结果, 或不是导致违规的实际原因。

这种规定显然加重了运动员的证明责任, 实践中, 就对兴奋剂检查程序不熟悉的被指控运动员或

收稿日期: 2023-12-02

基金项目: 国家社会科学基金一般项目(18BTY070)。

第一作者: 熊英灼(1983—), 女, 湖南南县人, 博士, 副教授, 研究方向: 体育法学。

其他当事人而言,完成这种具有专业性的科学事实的证明责任并不容易,因此此条款的修改引发了一些争议^[1]。但是,在2015版WADC中,此条款依然保持原样,以世界反兴奋剂机构(The World Anti-Doping Agency,简称WADA)为代表的ADO依然认为这是平衡运动员和ADO证明负担的较好的办法。

2021版WADC不仅无视上述争议,还进一步减轻了ADO的举证责任,其3.2.2、3.2.3条对之前的条款进行了更为精细化的规定,其变化主要体现在以下几个方面:

1.1 程序偏离行为举证责任的类型化

2021版WADC按照程序偏离可能给当事人举证责任带来的不同影响将程序偏离行为做了进一步细分:

一类是偏离《实验室国际标准》以及在样本采集或收存、生物护照阳性结果,或在向运动员发出开启B样本通知或其他通知等方面违反有关的国际标准或反兴奋剂规则的行为,这类行为如果运动员有证据证明可能导致阳性检测结果或兴奋剂违规,则可推翻原有程序或结果有效的推定,由ADO承担兴奋剂违规证明责任。

另一类是除此之外的“其他偏离行为”,比如偏离《教育国际标准》《隐私和个人信息保护国际标准》或《治疗用药豁免国际标准》等国际标准或其他规则规定的行为,这类行为可能会导致WADA提起WADC或国际标准遵守的申诉,但不得在兴奋剂违规处理程序中成为抗辩理由,也与运动员是否兴奋剂违规无关。

可见,相比2003年版的WADC,对于程序偏离行为,ADO不再需要证明该偏离可能有理由导致阳性检测结果或其他兴奋剂违规,而且“其他偏离行为”不再构成对兴奋剂违规的抗辩,即该行为对阳性检测结果或其他兴奋剂违规的认定没有影响,即使发生了“其他偏离行为”,阳性检测结果或其他兴奋剂违规认定依然有效。

1.2 重大程序偏离的宽容化

2021版WADC新增3.2.3(iii),其明确规定在向运动员发出开启B样本通知要求方面发生程序偏离的,必须在运动员证明可能有理由导致基于阳性检测结果的兴奋剂违规时,才发生证明责任的转移,反兴奋剂组织才需要证明该程序偏离并没有导致阳性

检测结果。该条还特别添加释义说明,如由于ADO未按规定通知B样本的开启,导致运动员未能参与B样本开启的,但是有一名独立证人观察了B样本的开启和检测,且他没有观察到任何违规行为,这可作为证明该偏离并没有导致阳性检测结果的证据。也就是说,2021版WADC明确规定,在开启B样本通知要求方面发生程序偏离的,不一定直接导致程序的无效,而是也必须根据“因果关系标准”做效果区分。

WADC新增的释义,与CAS所裁判的德维亚托维斯基案件^[2]的裁判思路明显针锋相对。在该案中,运动员有派人参加B样本开启,但却因为实验室通知B样本开启的时间与B样本将开启的时间离得太近,以致运动员是在仓促之中随意选择了一个人代表其参加,虽然该代表也是运动员单位的人,理应会维护运动员的利益,但因为该代表是运动员仓促之下选择的,CAS认为运动员参与开启和检验B样本的权利未被尊重,而该权利是如此重大,以致如果该权利未被尊重,将使B样本检测结果无效。但是,如果根据2021版WADC新增3.2.3(iii)的释义,即使运动员B样本检测的权利未被尊重,B样本检测结果也并不自动无效,运动员依然需要证明该程序偏离可能导致阳性检测结果,而ADO则可将独立证人没有观察到任何违规行为作为证明该程序偏离并没有导致阳性检测结果的反证,B样本检测结果并不直接无效。

在之前CAS所审理的佟文案^[3]中运动员已经放弃B样本检测,但后来ADO主动开启B样本检测却未通知运动员,仲裁庭指出,即使不尊重B样本开启程序的行为不会影响到B样本检测结果的准确性,B样本检测结果依然无效,因为运动员参与开启和检验B样本的权利重大,即使所有的现有证据都表明运动员有兴奋剂违规,但违反了这一根本性要求,则B样本检测结果无效。在后来的阿卜杜拉赫曼案^[4]中运动员提出,运动员参与B样本检测的权利如果未被尊重,3.2.2条中所需要的偏离行为与阳性检测结果之间的因果关系的要求就无须达到,可以直接否定B样本检测结果,仲裁庭对此未提出异议。由此可见,CAS的相关案例多次证明,运动员参与开启和检验B样本的权利重大,如果该权利未被尊重,则B样本检测结果无效,无须像一般的程序

偏离一样接受“因果关系标准”的审查。

因此, 相比以往CAS的相关案例, 2021版WADC不是一概否定B样本通知瑕疵等重大程序偏离的效力, 而是对其宽容化, 明确规定即使B样本通知程序存在偏离, 依然首先由运动员承担这种程序偏离会导致阳性检测结果的证明责任, 再综合各方证据判断。

1.3 因果关系证明标准的具体化

2021版WADC 3.2.2条首次增加释义指出, 运动员或其他当事人要转移证明责任, 需要证明偏离了标准或规则的行为可能有理由导致阳性检测结果, 且运动员或其他当事人对上述因果关系的举证责任是较低的证明标准, 即“可能有理由导致(could reasonably have caused)”。这是WADC首次对程序偏离导致阳性检测结果这一因果关系的证明标准作出的规定。

但是, 对于什么是“可能有理由导致”的证明标准, WADC并没有再做详细说明, 从3.2.2条及其释义的上下文来看, 它首先要求运动员以“优势证明标准”证明发生了程序偏离行为, 之后要求运动员以较低的证明标准, 即“可能有理由导致”的标准证明程序偏离行为与阳性检测结果之间有因果关系。这里所谓的“较低”, 显然是与“优势证明标准”相比的, 那应该可以将“可能有理由导致”理解为低于“优势证明标准”的证明标准。

这一释义显然是根据CAS的布朗案^[5]作出的, 该案中仲裁庭发现之前的CAS案例都没有对运动员有义务证明程序偏离有可能导致阳性检测结果这一问题予以详细说明, 因此容易造成误解。鉴于此, 本案的仲裁庭对此问题进行了详细的解释。仲裁庭认为, 运动员必须提出可供仲裁庭审查的事实依据, 据此, 仲裁庭可以合理地推出程序偏离和运动员样本呈阳性之间存在因果关系, 也就是说, 这种因果关系的存在不能仅仅是假设的(theoretical possibility), 而是有实质可能的(material possibility), 但不需要是非常可能的(likely)。仲裁庭认为这样的解释方法不至于把运动员的证明负担设置得过重。这与2021版WADC“可能有理由导致”的证明标准的规定相一致, 也即只要存在这种可能性, 并且这种可能性是有理由的, 并就这种可能性提出了证据加以证明, 运动员的证明责任就发生转移。

2 《世界反兴奋剂条例》程序偏离证明规则的检视

WADC每6年修改一次, 目前WADA已经在全球范围内启动了第一轮2021版WADC修改意见征集, 程序偏离证明规则十分重要, 需在理论和实践层面予以深度检视, 以便规则的进一步完善。

2.1 对举证责任类型化的检视: 法益权衡的排除

之前版本的WADC都是根据“因果关系标准”来确定程序偏离行为的效果, 即发生程序偏离时, 都需要审查该偏离是否与阳性检测结果或其他兴奋剂违规存在因果关系, 但根据现在的规定, 第二类程序偏离行为, 即“其他偏离行为”则不需要接受“因果关系标准”的审查, 其法律效果与兴奋剂违规无关, 即被指控方不得在兴奋剂违规处理程序中以此作为抗辩理由, 产生对其免责或减轻责任的有利效果。这显然是对ADO比较有利的, 其程序偏离行为将不做个案处理, 减少了它们的应诉负担, 但是在减少ADO证明负担的同时无疑相应地减少了对它的监督。

在泽米莉亚卡和波夫案中^[6], 2013年8月8日至2017年2月9日, 国际田径联合会(International Association of Athletics Federations, 下文简称IAAF)以进行兴奋剂检查为由从运动员泽米莉亚卡处采集了5份血清样本, 2011年8月24日至2017年3月2日, IAAF又从运动员波夫处采集了6份血清样本, 然后对这些样本进行了内分泌检测。这两名运动员认为, IAAF实际上是用这些样本进行性别激素的检测, 以确定她们是否是“双性人”, 这超出了样本采集的目的范围, 违反了《国际田联竞赛规则2016—2017》(IAAF Competition Rules 2016—2017) 36.1(c)规定: “未经运动员的书面同意, 且未删除所有可以确认运动员身份的信息的情况下, 不得将任何样本用于研究。” WADC的附件之一, 《隐私和个人信息保护国际标准》(International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information, 下文简称ISPPPI)也有与IAAF相似的规定, 所以若运动员主张成立, 也构成对ISPPPI的违反。但根据现在WADC的规定, 违反了ISPPPI, 不能作为兴奋剂违规的抗辩, 也就是说即使国际田联将此样本用于性别检测, 也不能否定兴奋剂阳性检测结果。虽然本案中仲裁庭确认国际田联仅仅是在进行兴奋剂检查, 未将此样本用于性别激素的检测, 但如若果真如

此,这样的规定显然并不恰当。

对于第二类“其他偏离行为”,WADC认为,可以通过WADA提起WADC或国际标准遵守的申诉来对其予以惩戒,但根据《签署方遵守条例的国际标准》(International Standard for Code Compliance by Signatories,下文简称ISCCS)的规定,WADA对某个ADO违规行为的惩戒,往往需要一定量的积累,且很多情况下就是要求它们整改而不给予实质性处罚,这种方式通常不能给当事人给予及时、适当的救济。

实际上,WADC新增的对第二类其他程序偏离行为的规定,是对“程序价值”的明显忽视。在现代法治理论下,这种倾向是不值得肯定的,“程序价值”和“实体价值”不能做一刀切的取舍,而应在矛盾中协调统一。实践中,不论是英美法系还是大陆法系,都不会只注重事实发现这一个价值,而会根据个案中公共利益与个体权益、排除非法证据所获得的利益以及其所带来的损失等进行对比,根据个案情况进行利益权衡,以期在维护法律秩序统一、预防违法和发现真实之间进行平衡。如美国法院在确定是否排除程序违法行为所收集的证据时,会重点考虑违法行为的主观可责性以及排除证据是否有助于实现震慑违法行为的目的;德国法院大都认为,在要求法院发现真相的同时,应将被告人的权利和国家打击犯罪、维持社会秩序的利益进行比较权衡^[7]。目前,WADC对“其他偏离行为”不做法益权衡的做法,显然不利于运动员权益的保护和对ADO行为的监督。

2.2 对重大程序偏离宽容化的检视:程序独立性价值的减损

虽然2021版WADC以更为清晰明确的方式规定了B样本通知瑕疵需要接受“因果关系标准”的审查,但其做法与CAS诸多案例不一致,在2021版WADC生效后,针对此问题CAS是否会按照WADC

的规定进行裁判,尚有待观察。此外,对于除了B样本通知瑕疵以外的重大的程序偏离行为的相关法律问题,依然值得探讨。

针对某些重大的程序偏离行为的法律效果认定问题,在布朗案中^[5],CAS仲裁庭首次提出了“严格遵守标准”(Strict Compliance Test)。“严格遵守标准”是指某些根本性标准对于一个公平和有效的兴奋剂控制系统是如此重要,必须严格遵守,以致任何对此标准的偏离将自动导致检测结果无效。仲裁庭认为该标准是在CAS案例积累的基础上形成的:如在曲奇纳案^[8]中,检查机构未邀请运动员参与开启B样本,剥夺了她出现在B样本检测中的权利,仲裁庭指出,即使某些程序错误不会影响到B样本检测结果,但足以严重到导致整个检查程序无效;在瓦瑞丝案^[9]中,仲裁庭进一步强调运动员参与B样本的开启和检测的权利重大,即使其他所有的证据都表明确实发生了兴奋剂违规行为,该权利也必须得以实现。

“严格遵守标准”是在CAS的案例中发展出来的,但是2021版的WADC并没有将此标准纳入,因为CAS的案例并不具有判例的效果,其内涵和适用方法还并不确定。事实上,在兴奋剂案件中,面对重大的程序偏离问题时,“因果关系标准”的适用可能会因“严格遵守标准”产生一些分歧。

一种思路是,可以将“严格遵守标准”理解为一个独立于“因果关系标准”的标准,即对于一些重大的程序权利,ADO必须严格尊重该权利,否则就构成重大的程序偏离,此时不用考虑该偏离是否会导致阳性检测结果或其他兴奋剂违规行为,自动使结果失效,德维亚托维斯基案、佟文案、瓦瑞丝案等,都明确地表达了此观点,若按此理解,程序偏离抗辩的证明方法将如图1所示。

另一种思路是,将“严格遵守标准”理解为“因果关系标准”的补充,即当ADO行为明显违反了

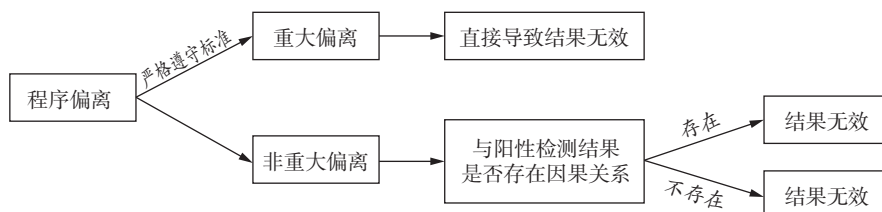


图1 独立“严格遵守标准”证明思路图

Fig.1 Independent “strict compliance test” proof diagram

反兴奋剂规则的强制性保障规定,同时又严重损害了检查和裁判过程中的公平时,即可推定重大的程序偏离行为与阳性检测结果之间存在因果关系。正如提出“严格遵守标准”的布朗案的仲裁庭的解释说明,有些程序偏离行为是如此严重,它实质上将减损检查程序的公平性并使审查机构不可能(impossible)放心满意地判断是否发生了兴奋剂违纪行为,比如运动员及其代表不参加B样本开启和检测,就无法判断B样本的开启和检测是否合规,这时因为过错在反兴奋剂组织,在无法进行事实判断

时,则可作出不利于过错方的裁决。但将此思路运用到德维亚托维斯基案,因运动员已经派代表参加B样本开启,即使是在仓促之中选择的代表,但当该代表被证明为独立证人,就可证明B样本的开启和检测合规,就不需要再否定阳性检测结果的效力了,这显然与之前CAS的做法不一样。所以这时“严格责任标准”只是在无法适用“因果关系标准”时的一种特殊处理,即因果关系的判断依然是确定结果是否有效的根本标准,所以,按照这一理解程序偏离的证明方法如图2所示。

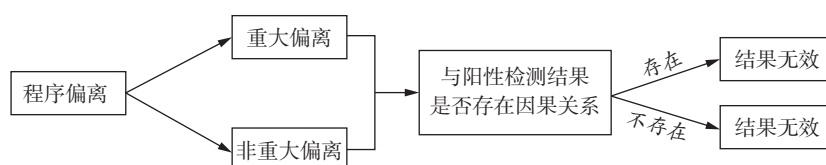


图2 非独立“严格遵守标准”证明思路图

Fig.2 Non-Independent “strict compliance test” proof diagram

显然,这两种不同的适用方法,在某些案例中将导致不同的判决结果。B样本通知瑕疵在2021版WADC中已经明确了适用“因果关系标准”,而其他的重大程序偏离行为是适用“因果关系标准”还是“严格遵守标准”,依然会是实践中要面对的问题。

2.3 对因果关系证明标准具体化的检视:“可能有理由导致”证明标准的适用问题

虽然WADC首次规定了对程序偏离导致阳性检测结果这一因果关系的证明标准为“可能有理由导致”的证明标准,并且以释义的方式指出,“可能有理由导致”的证明标准是低于“优势证明标准”的,但是以概率来算,“优势证明标准”通常是指负有证明责任的一方所主张事实的发生有50%以上的概率,低于此标准的概率空间则在大于0小于50%之间,这实际上给了裁判者较大的裁量权。

比如在布朗案中,运动员在样本收集过程中,因为没有足够的尿,所以分两次采样,而在这两次中间,尿液被放置在一个盖着的但未密封,且盖子上有个小孔的容器里,当运动员有足够的尿时,他将样本继续补充到该容器中。这是不符合程序规定的,根据规定,分次采样,每次采样后应将容器密封,下次采样也得在新的容器中采集,而不应该混在一起。后来,运动员的样本中发现了禁用物质双氢氯散疾(Hydrochlorothiazide,简称HCT),运动员提出专家证据证明HCT是一种常用的治疗高血压的处

方药的成分,他描述了HCT通过使用人污染饮用水和地下水的情形,而且说一旦发生污染是很难通过一般措施处理,并会在水中保持一段时间,而且使用HCT的人还可以通过汗液的挥发排出HCT。而在检查过程中,有许多人进出采样点,不排除有人使用过HCT,这样就可能通过房间里共享的冰块冷却器或者水槽污染采样点的环境。所以仲裁庭认为,导致样本污染存在两种可能性:①部分样本储存在一个具有小缝隙的收集容器中,存在受污染的水或汗液进入容器的可能;②在本案有缺陷的样本收集程序中,当运动员试图“补充”第一个不足的样品时,样本容器的盖子被移除并持续了一段时间,增加了样本被水或汗水污染的可能,因此,运动员完成了自己的证明责任。

但在思麦克案^[10]中,仲裁庭对该证明标准的适用却有不同认识。该案发生在布朗案不久后,运动员思麦克在与布朗相同的采样点采样,同样是因为没有足够的尿液而分次采样,总共分三次。检查人员同样承认没有按照规定每次采样提供不一样的容器,也没有对容器进行密封,承认构成程序偏离。唯一不同的是,布朗选择的是红盖容器,容器上有一个小孔,而思麦克选择的黄盖容器,它盖子上的小孔被一个胶粘薄膜条盖住,这一区别导致仲裁庭认为这排除了受污染的水或汗液通过小缝隙进入容器的可能。

对于运动员每次采样开盖过程中样本发生污染的可能性,两个案件的仲裁庭发生了证据评价上的分歧。思麦克案中,尽管运动员也提出了与布朗案类似的证据证明自来水和空气都有被HCT污染的可能,但该案仲裁庭认为运动员没有提出证据证明,运动员手所接触到的检测点里的冷却器中的冰或放置的饮用水被污染了,也没有证据证明有使用高血压药的人来过该检测点,同样也没有证据证明运动员所使用的自来水被污染了或检测点的空气被污染了,而运动员每次采样过程中没有其他人接触到样本,因此不能证明发生了样本污染。但是,对于上述问题,布朗案中同样没有确实的证据证明,但布朗案的仲裁庭却强调,即使不太可能(unlikely),但存在着比微小可能多一点的的可能性(more than negligible possibility),表明发生了样本污染。尤其是面对两位运动员采样前后的两个月,该采样点的HCT阳性检测率是全世界2012年HCT阳性检测率的60倍,而且在该采样点所进行的三起分次采集样本的案例中,有两起发生了阳性检测结果的数据,布朗案中认为这增加了采样点环境被HCT污染的可能性,但思麦克案中却认为这不足以说明环境被污染。

笔者认为产生分歧的主要原因是“可能有理由导致”的证明标准的理解不同。两个案件中都提及的“比微小可能多一点的的可能性(more than negligible possibility)”的理解,认为只要存在这样的可能,运动员方就算完成证明责任。但是微小可能是多大的概率,比微小可能多一点的可能是多大的概率,案件中都没有具体界定,但对于第二种样本容器被反复开启过程中样本被污染的可能性,面对同样的事实和证据,仲裁庭却作出了不同的评价,可见布朗案中仲裁庭所认为的概率是低于思麦克案的。2021版WADC没有对“可能有理由导致”的证明标准做过多解释,实践中应该如何理解和适用该证明标准的问题尚待明确。

3 程序偏离证明规则的修改完善建议

3.1 取消举证责任类型化

2021版WADC对于“其他偏离行为”排除了法益权衡的过程,对当事人的权益有较大伤害。相比2015版WADC的统一性安排,2021版WADC对3.2.3条所做的切割化、类型化修改反而画蛇添足,

对于“其他偏离行为”,应继续给予当事人举证的机会,给裁判机关进行自由裁量和利益权衡的空间。一方面,案情变化多样,不能绝对排除其他偏离行为可能会与阳性检测结果或其他兴奋剂违规存在因果关系,此时应当可以直接否定兴奋剂违规的认定;另一方面,出于对程序价值的尊重,对于严重侵害人格权或基本程序权利的其他程序偏离行为所获得的证据,裁判机关可以根据行为的性质和严重程度、当事人是否同意,行为人主观可责性、是否处于取证困难、是否存在更缓和的取证手段、不排除违法证据是否会给当事人利益造成再次或持久的侵害等问题,裁定是否需要否定阳性检测结果或兴奋剂违规的认定,如在前文所提及的泽米莉亚卡和波夫案中,若ADO未经运动员同意,故意擅自随意将其血清样本用于性别激素检测,明显是打着兴奋剂检测的名义来实现其他目的,属于重大的侵犯运动员隐私权的行为,可以根据ADO的主观恶意、有无其他替代方法实现其目的、根据其他途径申诉是否可以对ADO产生实质性的惩罚和震慑效果等因素决定是否是否需要否定兴奋剂阳性的检测结果,以惩戒ADO的这种程序偏离行为。由此,建议回归2015版WADC的文本,不再对程序偏离行为及其举证责任做分类。

3.2 承认“严格遵守标准”的独立性

对于B样本通知瑕疵宽容化所引发“因果关系标准”和“严格遵守标准”的关系问题,从比较法的经验来看,很多国家都将程序违法和裁判错误具有因果关系作为程序违法类型化处理的正当根据之一,如我国的《行政诉讼法》规定,行政行为程序轻微违法,但对原告权利不产生实际影响的,人民法院不撤销行政行为。因为不论是何种程序,都是由程序参与人实施的行为构筑推进,先前行为是后续行为发生的前提和基础,随着程序的展开,各方参与人都已经受到先前行为的约束,如果随意推翻先前程序,无论是出于经济考虑还是基于因信赖先前行为而实施后续行为的程序参与人利益的考量,都是不合适的,因此程序的推进有强烈的程序安定的诉求。在程序安定和程序正当之间要求得平衡,基于程序结果、程序目的是否实现的因果关系标准是一个较好的平衡方法。

而基于因果关系标准,进而决定是否废弃违法程序的观点,乃是基于“程序工具主义”的立场,即

这种观点是对程序规则独立价值的忽视,认为只要实体没有错误,如裁判不会产生错误、当事人的实体权利不受到实质性影响,就不必否定违法的程序的效力,肯定原有程序的价值以及相关的程序结果,在一定程度上会导致程序上的规则保障失去其存在的意义。所以,持“程序本位论”立场的学者,往往从“程序乃实体法之母”“程序法先于实体法而生”的观点来佐证程序应当具有独立于实体的价值。基于此,各国法律通常将一些严重的程序违法另行处理,如很多国家规定行政处罚程序违法导致行政主体意思表示缺乏正当性、行政处罚程序违法影响了行政相对人有效参与的程序违法行为可被撤销^[11],我国《行政诉讼法》规定,行政行为违反法定程序的,人民法院可以撤销该行政行为。

因此,将“严格遵守标准”理解为“因果关系标准”补充的做法显然忽视了程序的独立价值,完全以实体结果的准确性来决定裁判结果,可能会导致程序规则沦为形式。笔者认为,“程序正义”和“实体正义”应当兼顾,尤其是对于一些重要的程序权利,应予以独立保障,而不应受制于实体结果,所以,笔者更倾向于将“严格遵守标准”理解为一个独立于“因果关系标准”的标准,而非其补充。

3.3 确定“重大程序偏离”的识别标准

若将“严格遵守标准”理解为一个独立于“因果关系标准”的标准,则“重大程序偏离”的认定将十分关键,但是对于哪些程序偏离行为构成重大的程序偏离,WADC以及CAS的案例都没有予以详细的列举。在鲁安·韦瑟尔(Ruann Visser)案^[12]中,CAS仲裁庭表示除了参与B样本开启和检测权外,如果偏离行为,单独或者合在一起,达到了足以质疑整个兴奋剂控制程序的程度,以致审查机构无法放心满意地判断是否发生了兴奋剂违纪行为,这种偏离就是重大的,检测结果将被视为无效。但是,在CAS所审理的案例中,除了B样本开启和检测权被剥夺和削弱的问题外,几乎没有其他程序偏离行为被视为重大程序偏离。

如在鲁安·韦瑟尔案中,运动员认为在样本收集过程中发生了许多程序偏离的行为:样瓶等装备没有放在塑料袋里、没有告知运动员拥有的权利、没有条码贴纸、最重要的是没有给运动员签署兴奋剂检查表格。在运动员是否有被要求签署兴奋剂检查表

格的问题上,运动员不仅仅有两个证人作证,而且还提交了笔迹专家的鉴定意见,证明案件中所提交的兴奋剂检查表格上运动员的签名很可能是伪造的。但是,最终CAS仲裁庭认为证人的证言不可信,笔迹专家的鉴定意见也并非能百分之百证明签名就是伪造的,仲裁庭仅仅以兴奋剂检查官是经验丰富的检查人员,且没有伪造的动机为由而认定运动员说谎。值得特别关注的是,仲裁庭最后还特别强调,即使运动员的兴奋剂检查表格是伪造的,也不意味着样本被篡改了,运动员没有证明假的签名和阳性检测结果的因果关系。仲裁庭认为仅仅在被检测的样本者的身份不可靠时,伪造签名才有意义,即可以通过伪造兴奋剂检查表格将一个人和另外一个样本联系起来,而在本案中不可能存在样本被篡改或替换的问题。

实践中,对兴奋剂检查中发生的程序偏离行为,运动员实际上并无太多地提出异议的渠道。在样本分析阶段,参与B样本检测是运动员提出异议的主要渠道,所以,剥夺运动员参与B样本开启和检测权的行为才会被视为重大程序偏离。而在兴奋剂样本收集阶段,兴奋剂检查表格可以说是运动员提出异议的唯一渠道,即使面对明显的不合规行为,拒绝检查的行为也通常被认为是不恰当的,运动员只能在兴奋剂检查表中提出异议,最后由相关单位对异议进行审查,以决定程序是否要继续。鉴于此,应当充分重视兴奋剂检查表的作用,这事关运动员的重要的抗辩权,而且由于实验室分析的敏感性不断提高,兴奋剂检查中的程序偏离很可能会引发在样本收集或实验室期间的样品污染问题,运动员的异议,除非明显是出于恶意提出的,都应该予以重视。但是,在鲁安·韦瑟尔案中,CAS却认为即使兴奋剂检查表被伪造,依然不能成为否定兴奋剂检查程序的唯一理由,依然需要运动员证明它和兴奋剂违规之间存在因果关系。笔者对此持不同意见,兴奋剂检查表被伪造,完全剥夺了运动员的程序异议权,足以否定兴奋剂检查程序的公平性,也足以让人质疑整个兴奋剂控制程序的有效性,应该被视为重大的程序偏离行为,无需证明因果关系,即可否定程序的有效性。所以,对于何种行为构成重大的程序偏离行为的问题还需要进一步明确其判断标准。

根据一般法律原理,虽然对于什么是重要的程

序权利没有准确的界定,但是确保由公正的裁判者作出裁判的回避权、确保程序参与人的意见能够传递给决策者的陈述、申辩、听证权以及确保程序参与人能获得准确完整信息的信息获取权、通知权、卷宗阅览权、要求说明理由权等权利被公认为程序权利的核心内容^[13],如果对这些权利造成实质性损害,且没有其他措施和行为对该损害加以补救的话,应该视为发生了重大的程序偏离。美国在判断程序错误的有害性时被法院适用最多的是“基于记录的测试标准”,根据该标准,程序性错误是否阻碍行政机关了解、掌握特定的事实或者论据,并使得这些事实或论据未被记录到行政记录当中是决定程序是否有害的唯一因素,即便程序性错误并未影响到实体决定,但若程序的独立价值,即保障行政记录的完整性因此受损,法院依旧需要作出法律效力的否定性评价^[14]。

结合以上法律原理和兴奋剂检查程序的特征,WADC可以进行概括性和列举性相结合的规定,对“重大程序偏离”作出界定。首先,WADC可以原则上规定,对于那些严重侵害人格权或基本程序权利的程序偏离行为,应视为“重大程序偏离”;其次,可将严重侵害人格权的行为界定为侵害人身自由、人格尊严、住宅权、通信秘密权等各国宪法普遍保护的人格权的行为,鉴于反兴奋剂案件中这类行为很少发生,暂时可以不予列举;最后,可以解释并列举一些典型的侵犯基本程序权利的行为,在兴奋剂检查程序中,主要表现为侵犯当事人的回避权、陈述解释权、被通知权、被代理权等基本程序权利以及妨害在兴奋剂检查程序中获得规则规定的完整真实记录权利的行为,除了侵犯运动员参与B样本开启和检测权的行为外,笔者认为违反身份确认和资格确认要求的行为、侵犯样本收集程序中运动员合法获得代理人协助的行为,妨碍运动员在兴奋剂检查表格上作出真实记录的行为等都构成“重大程序偏离”。

3.4 明确程序偏离和阳性检测结果因果关系的较低的证明标准

“可能有理由导致”的证明标准的适用问题,是面对检查程序合规以致检查结果有效的推定时,需要什么样的证据来推翻此推定的问题。对于推定的效力问题,曾有著名的塞耶理论和摩根理论之争^[15]。塞耶理论认为,推定只转移提供证据的责任,

不转移说服责任;而摩根理论认为,推定不仅转移提供证据的责任,而且要转移说服责任至反对者。从目前WADC 3.2.3条及其释义来看,程序合规导致检查结果有效的推定,并不转移说服责任,运动员可用“可能有理由导致”的证据来证明程序偏离和阳性检测结果存在因果关系,就证明此时运动员还未承担说服责任,显然WADC采纳了塞耶理论。但是,对于推定的反对者要提出何种程度的证据才能使推定消失,实践中也有不同的做法。比如,美国有的法院认为,推定的反对者用以证明推定事实不存在的证据必须比“中间立场”的证据要多,推定才能消失;而另一些法院则认为,只有在推定反对者的反驳证据证明推定事实的不存在与存在至少有同等的可能性时,推定才消失^[16];还有一些法院只要求推定反对者提出有关推定事实不存在的“实质”证据即可使推定消失^[17]。在我国,有学者明确提出,推定方若想成功反对该推定规则的适用,应该提出一些证据证明推定事实不存在至“表面可信”程度,大致是35%的可能性^[18]。可见,法官在面对推定消失的问题上,与CAS的仲裁员一样,裁量的主观能动性较大。

从学理上来说,以上这些做法都是值得商榷的。美国当代著名证据法学家艾伦教授批评了法官们在针对推定消失问题的裁决时的混乱做法,并指出即使他们没有误解推定的概念,也肯定会意识到,这种确定何时推定可以推翻的标准的方案,是极其复杂、明显不可行的且没有必要的。推定只是一种标签,它表明了法律基于政策原因而对当事人之间证据关系进行的一种安排。不论是法律推定还是转移说服责任的推定,都显然是法律基于政策倾向,在出现裁判僵局时通过证明责任的分配作出的一种解决证据问题的安排,推定问题归根到底还是证据裁量方法问题。他主张忽视推定的概念,直接通过使用明确的证据规则和审查基本的政策来进行裁判^[19]。也有学者表示,产生上述混乱的原因主要在于法院混淆了推定的消失和直接裁判的关系问题。实际上,法院很难确定一个推定何时消失,何时不消失,所以大多数案件在裁决时,法院不是在确定推定何时消失,而是确定证据何时足以完全推翻推论,从而可以进行直接裁决。因此,推定问题直接变成了裁决问题。但是,塞耶所指的“实质性”证据与足以推翻推

定而能作出直接裁决的“充足性”证据是不一样的。实践中有两种意义的反驳性证据：一种是足以反驳推定，从而可以阻止裁决者直接作出有利于推定支持者的裁决的证据；一种是更高标准的足以反驳推定，同时还可以直接让裁决者作出推翻推定的裁决的证据。在塞耶看来，他所指的反驳性证据仅仅是指第一种含义的证据，此时，推定就消失了，但推理依然存在，案件依然可以提交陪审团进行事实的认定和裁决。在塞耶的反对者看来，根据塞耶的理论，推定太容易消失了，法院很容易不相信推定而作出不合适的直接裁决。如在 *Pariso v. Towse* 案中，原本推定机动车的驾驶者就是其所有者，而被告提出了机动车的所有者及其侄子的证言加以反驳，这两个证人显然是利害关系人，其证言的可信度存在很大的质疑。但塞耶认为，这样如此不可信的证据也足以使推定消失，所以学理上也通常把塞耶理论称为“气泡破裂理论”，即将推定比喻为“气泡”，只需要一点反驳证据即可破裂。但实际上，塞耶所指的推定的消失并不意味着法官一定要作出不利于推定支持者的裁决，因为推理还一直存在，事实的裁判者依然可以根据推理和反驳证据之间的强弱关系作出衡平裁判^[20]。

笔者认为,在思麦克案中,仲裁庭同样混淆了反驳推定的“实质性”证据和“充足性”证据。当运动员方的专家证人提出自来水和空气都有被HCT污染的可能性时,检测结果有效的推定就应该消失,但这并不意味着证明过程的结束,只不过是随着反驳证据的引入,推定就消失了,好像案件从来没有过推定。这时,原被告双方还是可以根据现有证据进行主张和抗辩,仲裁庭也可以根据双方当事人提出的证据进行裁判,所以,如果ADO能放心满意地说服

裁判者,这种程序偏离不影响检测结果,仲裁庭依然可以作出有利于它的判决。在思麦克案中,即使认定推定消失,从双方的证据对比来看,ADO的证据优势依然很明显,完全没有必要阻碍证明责任的转移,依然运用推定来裁判此案。

笔者赞同布朗案中仲裁庭的观点,在兴奋剂案件中,严格责任原则的适用已经给予ADO很大的证据便利,它不再需要通过证明运动员的主观过错来证明运动员兴奋剂违规,这使得运动员在控辩关系中处于非常不利的证据地位。同时,由于ADO在检查程序中同样处于实际中的证据优势地位,它们更熟悉检查程序,拥有对检查设备、检查文件的控制权等,这都使ADO和运动员二者之间处于非常不对等的地位。所以,为了保护运动员的利益,对严格责任原则的适用所带来的不公平予以一定程度的矫正,就不应当在发生程序偏离时再对运动员施加过重的证明负担,任何一种污染样本而非有意摄取违禁物质的可能性都应被严格审查。兴奋剂检查的强制性程序规定,就是为了杜绝样本污染而设计的,因此程序偏离行为发生时,只要运动员有“实质性”的证据证明有可能污染样本时,即使这种可能性只是1%,ADO就不应再享有原有的推定利益,推定就应该消失,ADO就应该再承担证明责任。而这种做法也不会导致运动员对此机制的滥用,因为虽然推定较容易消失,但这不意味着基础事实和推定事实之间存在的逻辑关系就完全消失,裁判者依然可以根据程序进行的状态及其影响来判断它与兴奋剂违规结果之间的关系,仅仅是不再推定兴奋剂检查结果有效或者兴奋剂违规成立。因此,程序偏离与阳性检测结果间是否存在因果关系的证明过程如图3所示。

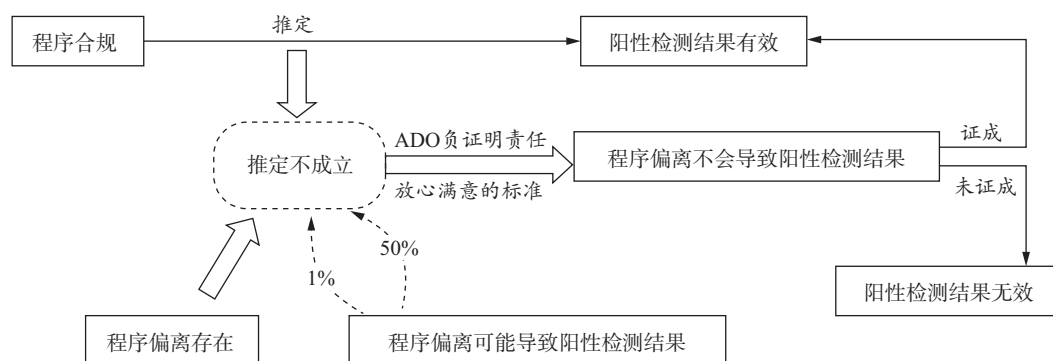


图3 程序合规检测结果审查流程图

Fig.3 Test results of procedural compliance review process diagram

4 结语

新的2021版WADC的程序偏离证明规则,在一定程度上增加了被指控兴奋剂违规的当事人的证明负担,进一步为ADO减轻或免除责任提供便利,使得当事人很难因为ADO兴奋剂检查中的过错,推翻已经发生的兴奋剂检查程序以及其产生的检查结果,这对兴奋剂程序偏离有一定程度上的包容和放纵之嫌,并不利于运动员权益的保护。法治的核心就是保障公民权利,体育法律法规应践行体育权利保障原则^[21]。我国应积极向WADA呼吁,应在保持程序安定和维护程序正当之间进行更好的平衡,应更重视程序的独立性价值,肯定某些重大的程序违规行为能直接否定整个程序结果,进一步降低被指控兴奋剂违规的当事人的证明责任和证明标准,增加它们的抗辩机会,减少对ADO有利的推定的运用,使兴奋剂程序偏离的法律后果更为明显,使该行为能受到实质上的谴责或惩罚,更充分地保护当事人的权益。

参考文献:

- [1] WESTON M. Doping Control, Mandatory Arbitration, and Process Dangers for Accused Athletes in International Sports[J]. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2009, 10(1): 5-50.
- [2] CAS.CAS 2015/A/3977 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Belarus Athletic Federation (BAF) & Vadim Devyatovskiy[EB/OL]. (2016-03-31) [2023-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3977.pdf>.
- [3] CAS. CAS 2010/A/2161 Wen Tong v. International Judo Federation[EB/OL]. (2017-12-18) [2023-11-20]. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/CAS%202010-A-2161%20WT%20v%20IJF%20Award.pdf.
- [4] CAS.CAS 2017/A/5016 Ihab Abdelrahman v. Egyptian Anti-Doping Organization (EGY-NADO) & CAS 2017/A/5036 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Ihab Abdelrahman & EGY-NADO[EB/OL]. (2017-12-18) [2023-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5016,%205036.pdf>.
- [5] CAS. CAS 2014/A/3487 Veronica Campbell-Brown v. The Jamaica Athletics Administrative Association (JAAA) & The International Association of Athletics Federations (IAAF)[EB/OL]. (2014-04-10) [2023-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3487.pdf>.
- [6] CAS.CAS 2018/A/5654 Olha Zemliak v. Ukrainian Athletic Federation (UAF) & World Anti-Doping Agency (WADA) and CAS 2018/A/5655 Olesia Povh v. UAF & WADA[EB/OL]. (2019-03-29) [2022-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5654,%205655.pdf>.
- [7] 牟绿叶. “有限的整体主义”: 非法证据排除程序中的证据评价方式[J]. 法制与社会发展, 2021, 27(6): 154-177.
- [8] CAS. CAS 2002/A/385 Tchachina v. International Gymnastics Federation (FIG)[EB/OL]. (2003-01-23) [2022-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/385.pdf>.
- [9] CAS.CAS 2008/A/1607 Kaisa Varis v. International Biathlon Union (IBU)[EB/OL]. (2009-03-13) [2022-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1607.pdf>.
- [10] CAS.CAS 2015/A/3925 Traves Smikle v. Jamaica Anti-Doping Commission (JADCO)[EB/OL]. (2015-06-22) [2022-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3925.pdf>.
- [11] 张步洪. 行政处罚程序违法的实体化处理与法律责任[J]. 国家检察官学院学报, 2020, 28(3): 49-63.
- [12] CAS.CAS 2018/A/5990 World Anti-Doping Agency (WADA) v. South African Institute for Drug-Free Sport (SAIDS) & Ruann Visser[EB/OL]. (2020-02-19) [2023-11-20]. <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5990.pdf>.
- [13] 陈振宇. 行政程序轻微违法的识别与裁判[J]. 法律适用, 2018(11): 29-35.
- [14] 李烁. 论美国行政程序违法的法律后果[J]. 比较法研究, 2020(2): 189-200.
- [15] 何家弘. 论推定规则适用中的证明责任和证明标准[J]. 中外法学, 2008, 20(6): 866-880.
- [16] 齐树洁. 美国证据法专论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011.
- [17] 史蒂文·L. 伊曼纽尔. 证据法[M]. 北京: 中信出版社, 2003.
- [18] 刘英明. 也论推定规则适用中的证明责任和证明标准——兼与何家弘教授商榷[J]. 证据科学, 2009, 17(5): 608-619.
- [19] ALLEN R. Presumptions in Civil Actions Reconsidered[J]. Iowa Law Review, 1981, 66(4): 843-868.
- [20] LAUGHLIN C. In Support of the Thayer Theory of Presumptions[J]. Michigan Law Review, 1953, 52(3): 195-230.
- [21] 胡旭忠, 汤卫东. 新时代体育法基本原则的法理剖析与重构[J]. 体育学研究, 2022, 36(2): 75-82.

作者贡献声明:

熊英灼: 拟定选题, 设计论文框架和研究思路, 撰写、修改论文; 曹绍芳: 资料整理, 文献核查, 修改论文。

Changes and Examinations of the Rules of Proof for Procedural Deviation in Doping Case

XIONG Yingzhuo¹, CAO Shaofang²

(1. Investigation Department, Hunan Police Academy, Changsha 410138, China; 2. Sport School, Changsha University of Science and Technology, Changsha 410076, China)

Abstract: In doping cases, athletes often defend themselves against allegations of doping violations on the grounds of procedural non-compliance in their doping testing. The 2021 World Anti-Doping Code has made significant modification to the rules of proof of this defense, manifesting mainly in the classification of the burden of proof for procedural deviations, the tolerance of major procedural deviations, and the specification of the standard for proving causal relationships. Through comparative research and logical analysis, it is found that these changes will nonetheless cause many differences in legal application. In order to better balance the relationship between procedural stability and procedural legitimacy, we should abolish the classification of procedures deviation behavior in the current rules, recognize the independence of the “strict compliance test”, determine the identification criteria of major procedural deviation, and specify the standard of proof for weak causal relationships between procedural deviations and positive test results.

Key words: athlete; anti-doping cases; World Anti-Doping Code; procedural deviation; burden of proof

(上接第 98 页)

Skill-based Combat or Offense and Defense: Essence and Influence of Chinese Wushu

TIAN Zhanwei¹, HOU Shengchuan²

(1. College of Physical Education and Health Science, Guangxi Minzu University, Nanning 530008, China; 2. Department of Wushu and Chinese Traditional Sports, Physical Education College of Zhengzhou University, Zhengzhou 450044, China)

Abstract: The essential problem is the meta-problem of Chinese Wushu, which has fundamental guiding significance and influence on the theoretical research and practical development of Wushu. By reviewing the literature on the essence of Wushu, the spread of Wushu culture, competitive Wushu routines and Wushu education in schools, combined with interviews with senior Wushu judges and Wushu professors, as well as the field investigations into Wushu competition and Wushu education at schools, the current study has re-explored the essence of Chinese Wushu essence afresh. The research shows that the starting point of the identity crisis caused by the image of “fighting” and gymnastics in Chinese Wushu lies in orientating the essence of Wushu as combat, and both folk and official certification are not convincing. As the essence of Wushu, combat cannot cover the diversification of Wushu function, and it is difficult to establish its own uniqueness in the horizontal cross-comparison with foreign martial arts. However, positioning the essential attributes of Wushu as attack and defense can better solve various crises in the current development of Wushu. Therefore, the study tries to put forward that the essential attribute of Chinese Wushu is offense and defense rather than skill-based combat, with offense and defense as intrinsic attribute, and combat external performance, and combat is one of the many functional values within the scope of offense and defense. Taking offense and defense as the essential attribute to guide the differentiation and integration of Chinese Wushu can effectively solve the dilemma of “combining combat and practice” in school Wushu education, and facilitate the development of difficult and beautiful categories of competitive Wushu routines based on offense and defense, as well as the recognition of Wushu identity.

Key words: traditional sports; Wushu culture; skill-based combat; offense and defense; school Wushu education; Wushu competition routine