

反兴奋剂公共利益的学理探析及启示

李睿智, 郭树理
(苏州大学 王健法学院, 江苏 苏州 215006)

【摘 要】：全球化背景下,现代体育蓬勃发展,国际和国内层面的反兴奋剂斗争从未停下迈向协调和统一的脚步。与此同时,反兴奋剂的公共利益属性也逐步获得广泛认同,但关于这一主题的学理思考依然缺位。以兴奋剂的危害性为逻辑起点,结合公共利益含义和特点的相关理论进行考察,能够对反兴奋剂公共利益形成更为全面和立体的认识。基于全球公民社会理论,可以认为反兴奋剂公共利益是一种全球公共利益。反兴奋剂是公私合作关系在体育语境下最主要的应用领域,应当予以坚持,通过优势互补推动反兴奋剂斗争的发展。因我国体育协会性质特殊,为更好地推动反兴奋剂斗争的前进与体育行业的发展,我国应当尽快建立仲裁机制。

【关键词】：反兴奋剂;公共利益;全球公民社会;公私合作关系;行政授权;仲裁机制

【中图分类号】：G80-05 **【文献标识码】**：A **【文章编号】**：2096-5656(2019)06-0079-09

1 问题的缘起

1960 年第十七届罗马奥运会上,一名丹麦自行车运动员因服用兴奋剂致死;次年,国际奥林匹克委员会(International Olympic Committee,简称 IOC)成立医学委员会,现代体育的反兴奋剂斗争由此展开。从依照禁用清单对运动员进行兴奋剂检测,到设立行踪规则、生物护照机制、治疗用药豁免机制以及反兴奋剂运行管理系统,以 IOC 设立的世界反兴奋剂机构(World Anti-Doping Agency,简称 WADA)为中心的国际反兴奋剂斗争在短短数十载中逐渐走向统一。但与此同时,各种反兴奋剂机制对于运动员享有的合法权利存在不同程度的侵害,并因此招致对其正当性的质疑,可能遭到侵害的权利包括隐私权、个人信息权、休息权等。依据国际法确立的原则,为防止权利的不当行使产生不良后果,维护个人权利与公共利益或与其他个人权利之间的平衡,可以对非绝对权利的个人权利的行使加以限制^[1]。笔者认为,反兴奋剂机制具有正当性,而这种正当性正是源于反兴奋剂的公共利益属性。以反兴奋剂构成公共利益为前提,对于运动员个人权利加以限制须满足限制主体和合法性两项基本要求。其中,尽管实施权利限制的主体应当为国家,并不包含体育组织,然而《反对在体育运动中使用兴奋剂的国际公约》(International Convention Against Doping in Sport,简称《反兴奋剂公约》)为各国政府参与反兴奋剂斗争提供了一个国际法律框架,各国因加入该公约而承担了反兴奋剂义务,且依据《反兴奋剂公约》第 3 条有义务在国内和国际层面采取适当措施以遵守《世界反兴奋剂条例》(World Anti-Doping Code,简称 WADC)确定的原则。因此,实施主体并非国家不能成为限制运动员个人权利缺乏正当性的理由,同时也满足了合法性的要求。既然其他两项基本要求已满足,那么“反兴奋剂构成公共利益”这一前提是否

收稿日期:2019-07-22
基金项目:国家社会科学基金项目:反对与防治兴奋剂的法律机制研究(项目编号:17BTY007)。
作者简介:李睿智(1993-),女,广东深圳人,博士生,研究方向:国际体育法学。
通信作者:郭树理(1975-),男,湖南醴陵人,教授,博士,博士生导师,研究方向:国际体育法学。

成立?国内与此相关的研究往往直接以《反兴奋剂公约》作为反兴奋剂具有公共利益属性的依据^[2-4]。国外有学者以反兴奋剂是公共利益为由,支持以刑法规制兴奋剂违规行为^[5-6],另一部分学者则通过分析案件或仲裁裁决,得出反兴奋剂涉及公共利益^[7-9]的结论。经对相关文献回顾可知,对于反兴奋剂的公共利益属性已逐渐形成共识,但学理上的论证仍然缺位,因此有必要结合相关理论加以解析。

2 反兴奋剂公共利益的学理探析

2.1 反兴奋剂构成公共利益的逻辑起点

如欲证明反兴奋剂构成公共利益,首先须确定其逻辑起点,这一起点应为兴奋剂的危害性。早期,由于体育项目间存在差异,国际反兴奋剂斗争亦缺乏中心,各体育组织关于兴奋剂的定义并不统一。在认识到兴奋剂种类繁多且变化复杂,而难以作出准确定义之后,IOC 和 WADA 等体育组织改为从界定概念外延的角度对兴奋剂作出定义,即兴奋剂是指《禁用清单》中规定的禁用物质和方法^[10]。WADC 第 4.3 条提出了“禁用清单的物质和方法的评定标准”。物质或方法符合三条标准中的两条就应列入禁用清单:(1)物质或方法被证明在单独或与其他物质或方法合并使用时,可能(或能够)提高运动能力;(2)物质或方法被证明会对运动员健康造成实际或潜在危害;(3)WADA 确定物质或方法违背了 WADC 导言中的体育精神。此外,物质或方法如被证明具有掩蔽使用其他禁用物质或禁用方法的可能性,也将列入禁用清单。由此可见,打击兴奋剂并非是“功利”的,即只禁用能够提升运动员运动能力的物质或方法,而是全盘考量了这些物质或方法具有的危害性。结合 4.3 条来看,兴奋剂的危害性具有物质和精神两个层面。兴奋剂物质层面的危害性是指,兴奋剂可以损害运动员的身心健康。《禁用清单》采取分类别列举的方式对禁用物质和禁用方法进行了划分,禁用物质包括蛋白同化制剂、肽类激素、激素等,禁用方法则包括篡改血液(成分)、使用基因兴奋剂等,可能带来的危害有恶心呕吐、心悸、心力衰竭、血压升高、判断力下降等,长期使用还可能影响心理健康,产生冲动、抑郁、睡眠障碍等症状。禁用兴奋剂精神层面的危害性是指,使用兴奋剂将损害纯洁的体育精神,违背公平竞争的体育道德,危及体育运动的正面形象。在对兴奋剂的危害性形成认识之后,即可以此为基础,结合关于公共利益含义及其特点的理论,搭建反兴奋剂公共利益的框架,把握其内涵。

2.2 公共利益的含义

“公共利益”一词为偏正结构,“公共”限制修饰中心词“利益”,因此对于公共利益的理解可以从“利益”着手。从古至今,各领域对于“利益”这一概念的思考从未止步,也由此生发了不同的观点,仅西方就有“需要说”“正当化要求说”“更多快乐说”等不同观点^[11]。不论这些观点究竟几何,对于利益的界定始终绕不开主体和客体两个要素,因而利益曾被解释为主体对客体的享有、主体和客体间的关系,或是主客体关系中存在的价值判断。换言之,利益表明客体对主体具有意义,所以利益可解释为主体在与客体的关系中所获得的积极价值^[12]。正是由于利益涉及价值判断,这一概念会因主体主观上的差异以及社会客观现实的变化而具有不确定性,因此利益具有主观性。但利益的主观性须以客观性为前提,即客体对主体的意义必须是真实存在的,因为主体误认为没有意义的客体存在意义等同于利益不存在,而主体未能认识到客体对其具有的意义并不能否认利益的客观存在^[13]。结合反兴奋剂来看,由于兴奋剂存在前文所述的固有危害性,打击兴奋剂创造的积极价值首先是客观存在的,如保障人的身心健康、维护公平竞争环境等;从主观上看,当下人们普遍认同反兴奋剂维护了包括协作、平等、道德等价值观在内的体育精神。因此,反兴奋剂的利益属性在主客观上达成了统一。

公共利益中的“公共”指向的是受益主体,与“利益”相类似,对于“公共”也存在不同的观点。1884 年,德国法学家 Karl Edwin Leuthold 发表《公共利益与行政法的公益诉讼》一文,认为公共利益的受益主体指向任何人(但不必是全部人),并结合地域基础进行了限定。换言之,“公共”应当指向相关空间内关系人数的大多数人,也即一定地区(行政地域)内大多数人的利益为公共利益,

与少数人享有的个别利益相对。然而,Leuthold 的观点似未能考虑到主体跨空间受益的可能。亦有学者以类似于空间的“社会共同体”来划定此大多数人所共有的范围,但认为社会共同体包含国家、地区、社会组织,乃至地球村,这一观点能够克服 Leuthold 观点中关于跨区域的局限性^[14]。抛开“空间”限制来看,Friedrich Julius von Neumann 在《在公私法中关于税捐制度、公益征收之公益的区别》中强调了公共性原则,认为公共利益的受益主体具有开放性,指不特定的多数人,此观点也是目前得到最广泛认同的界定标准。如前所述,反兴奋剂斗争创造的利益是多种多样的,而其受益主体正是不特定的多数人。反兴奋剂发端于竞技体育,因此从保护人的身心健康这一最直接的角度来看,反兴奋剂的受益主体首先指向运动员等隶属于体育组织的不特定个体;同时,随着兴奋剂在竞技体育领域以外的不断蔓延,反兴奋剂的“直接”受益主体不再局限为体育行业的业内人士。而从体育领域这一更为宏观的角度来看,反兴奋剂维护了体育的良性发展,保证了体育公共利益的实现,由此既保护了竞技体育利益,亦保护了普通公民的体育利益^[15]。

从“公共”和“利益”两个部分来看,反兴奋剂公共利益符合公共利益的含义。然而,“公共”和“利益”的概念尚不统一,公共利益的含义更是被形容为“普罗透斯的面孔”,存在模糊性、不确定性,所以单从概念内涵着手远不足以证明反兴奋剂构成公共利益。但难以精确界定其内涵并不意味着对于反兴奋剂公共利益的理解无法更进一步,而是提示了从公共利益概念的外围对之加以理解的路径,即观察并描述公共利益的特点。理由在于,在把握某一概念的基本内涵时,对学理特征的认知是不可或缺的,且即便难以对概念本身作出定义,其基本特征依然能够反映概念的本质和基本精髓^[16]。

2.3 反兴奋剂比照公共利益的特点

2.3.1 反兴奋剂比照公共利益的基本特点

有学者总结指出,学界就公共利益的特点也存在不同的观点,其中我国学界就有“三特点”“四特点”“五特点”和“六特点”说;然而,尽管不同的学者在公共利益特点的数量上意见不一,但他们提出的不同特点之间实则具有共性,数量差异仅能反映认识角度的不同^[17]。其中,“四特点”说采取的角度最有助于对反兴奋剂的公共利益加以更为全面的把握,即公共利益具有内容发展性、概念宽泛性、不确定性、和层次性^[18],具体而言:

公共利益具有内容发展性。结合上一部分公共利益含义的相关辨析来看,这一概念本身具有开放性。同时,公共利益的内涵还会因所处的社会发展阶段以及经济发展水平的不同而发生改变,因此公共利益的内容是不断发展的,这是反兴奋剂构成公共利益的重要前提。事实上,兴奋剂的使用历史由来已久,早在古希腊奥运会时期便有迹可循,但在 IOC 组建医学委员会并开展反兴奋剂以前,仅有极少数单项体育联合会有此意向且未能成功付诸实践。此外,直到 1999 年 IOC 建立 WADA,反兴奋剂斗争才在世界范围内逐渐得到协调统一。究其原因,反兴奋剂公共利益的产生是以体育功能的变化为基础。体育的功能随着社会发展阶段的前进,经历了从提高人的生存力和战斗力过渡到强身健体和娱乐休闲,当前时期则产生了文化传播、经济利益创收和政治交流三方面的功能^[19]。文化传播方面,WADC 指出体育所传递的价值观为包含道德、公平竞赛、诚实、健康等方面在内的“体育精神”,而反兴奋剂体系的建立正是为了维护“体育精神”,即反兴奋剂有助于体育对正向价值观的传播。经济利益创收方面,以 IOC 为例,2019 版《奥林匹克市场营销档案》^[20]显示 IOC 的收益渠道包括赞助、转播、票务和授权经营,仅就来自转播和顶级赞助商(TOP sponsors)这两项收益而言,1993—1996 年数额为 153 000 万美元,短短十年后(2013—2016 年)这一数额就涨至 516 000 万美元。IOC 取得巨额收益的重要前提之一为保证体育赛事的观赏性,包括运动员之间的公平竞争,而反兴奋剂正是保障观赏性的必要手段。此外,保障公平竞赛环境也是体育实现政治交流功能的重要前提,反之,反兴奋剂不力可能有损国家形象。综上,社会发展以及由此产生的体育功能变迁是反兴奋剂公共利益产生的源头和动力,同时反映了公共利益的内容发展性。

公共利益具有概念宽泛性是指公共利益涵盖的范围广泛,包括经济利益、教育利益、卫生利益、环境利益等各个方面,这也导致公共利益和商业利益无法完全剥离,两者在一定程度上存在交叉。换言之,能够获取商业利益的行为并不排斥对公共利益的实现,以实现公共利益为目标的行为并不排斥对商业利益的获取,反兴奋剂就具有此种特点。同样以 IOC 为例,IOC 是依据瑞士法成立的国际性、非政府、非营利、无限期的私法性社团法人。依据《奥林匹克宪章》(简称《宪章》)第 7 条,IOC 对奥林匹克运动会和奥林匹克财产享有全部权利,包括收益权。尽管 IOC 是非营利性组织,但并不意味 IOC 不可从事商业活动或获取商业利益,而是不得以获取利润为目的,收益不得分配,应当用于支付组织活动的成本。如前所述,随着媒体传播技术的不断发展,体育赛事的影响力也在不断扩大。反兴奋剂在帮助体育组织获取高额商业利益的同时,不仅能够保护运动员群体的身心健康,更能够直接推动公共卫生和健康利益的实现,贯彻平等观念,营造纯洁体育文化,因而有益于体育事业的长远发展。

公共利益具有不确定性。这种不确定性与“公共”与“利益”含义的不确定性相关联:其一,利益内容的不确定性。如前文关于利益概念的部分所述,利益兼具主客观性,涉及价值判断,所以具有不确定性。其二,受益对象的不确定性。如前所述,对于“公共”概念涉及的主体范围,学界观点莫衷一致。得到广泛认同的一点是,在解释受益对象的不确定性时,最关键的一点是明确受益对象具有不特定性,即受益对象不应指向具体的某个人或某一群体,否则公共利益将失去其普遍性,沦为个别主体攫取其他主体利益的工具。反兴奋剂公共利益同样从以上两个方面反映出不确定性。由打击兴奋剂创造的经济、卫生、健康等方面的利益是客观存在的,但人们主观上对其积极价值的认识直到现代体育的普及才逐渐形成;同时,其受益主体不仅限于某个运动员或是运动员群体,而是包含为数众多的不特定的体育活动参与者,呈现开放性。

公共利益具有层次性。对于公共利益的此种特性有两种理解,一种是将不同的共同利益划分为不同层次,如基本生存安全类、基本社会发展和正常生活维护、社会竞争发展类等层次^[21],强调的是不同种类公共利益之间的保护优先级差异;另一种则是将层次理解为公共利益涉及的区域范围上的层次性,如地区、国家等层次的公共利益。两种理解的角度不同,相较而言,前一种理解更多的是强调利益本身的优先级,在对公共利益进行内涵上的把握时,后一种理解或更为适用,对反兴奋剂公共利益而言更是如此。在探讨公共利益应当涵盖的区域范围时,多数学者认为这一范围的下限不能过低,与此同时,鲜有对其上限加以限制的观点。尽管对公共利益的具体考量大多是在某一国家的语境下进行,结合国内法的相关规定加以探讨,但考虑到公共利益具有的开放性和普遍性,从逻辑上说,全球性的公共利益是具有存在基础的。

笔者认为,反兴奋剂公共利益就是一种具有全球性的公共利益。一方面,确定反兴奋剂公共利益具有全球性是支持各国在反兴奋剂斗争中采取统一步调,并使之成为全球共识的重要依据;另一方面,迄今为止有关公共利益的讨论(特别是国内的研究)大多是在国内法语境下进行,探讨反兴奋剂公共利益的全球性有助于拓宽公共利益的研究视角,因此有必要就这一特点进行进一步辨析。

2.3.2 反兴奋剂公共利益的突出特点:全球性

由前文论述可知,反兴奋剂既符合公共利益的含义,亦具有公共利益的基本特点,可以认为反兴奋剂已经构成公共利益,且是一种全球性的公共利益。反兴奋剂公共利益的全球性不仅来源于世界范围内对反兴奋剂斗争创造和维护的利益的广泛认同,亦根源于体育在发展过程中形成的相对完善的组织框架。19 世纪中叶,现代体育萌芽于欧美。19 世纪后半叶,体育伴随世界市场的形成而跨越国界,向全世界传播。由此,体育全球化大趋势形成雏形,出现了国际间的交流和比赛。在此过程中,陆续诞生了一些国际单项体育组织,它们成为所辖运动项目在全球范围内的领导核心,通过制定统一规则,令体育运动逐渐摆脱地方传统并开始具有真正的国际性。以此为基础,为了激发民族精神,西方迈出了复兴奥林匹克运动脚步^[22]。因此,奥林匹克运动是

体育全球化背景下的产物,且随后又成为加深体育全球化程度的动力。20世纪90年代以来,全球化进程大大加快,全球范围各个领域的交流与合作也日益频繁,构建起了巨大的全球关系网络。在此背景下,体育全球化也进一步加速,在奥林匹克运动的引导和推动下,全球性的体育组织结构逐步完善,并成为体育自治的根基。笔者认为,当下得到普遍认同的“体育自治”,实质为全球公民社会的体育形态。

一般认为,最早描述“全球公民社会”的是美国学者埃莉斯·博尔丁(Elise M. Boulding),1988年她在《构建全球公民文化》一文中采用“全球公民文化”概括了这一概念。与公共利益相类似,关于全球公民社会的内涵存在着不同的观点,但这些观点同样存在一定共性:全球公民社会包含诸多活动主体,但其中最受瞩目也最主要的即是非政府组织(non-governmental organization);全球公民社会的主要活动方式是活动主体与国家的互动和相互作用;全球公民社会日益摆脱了国家中心的色彩,具有全球意义上的整体性视角以及价值取向。故此,全球公民社会可以界定为一种非政府的网络和领域,存在于国家和市场之间,运作于国家之上和之外,其核心内容和思想灵魂是追求公共目标的各个非政府组织和社会运动及其所表达的全球意识和价值取向^[23]。体育领域最为根本也最为突出的就是由全球范围内为数众多、具有非政府性质的体育组织相关联而形成的自治网络。这一网络在纵向上表现为以奥林匹克运动三大组成部分(IOC、各国际单项体育联合会和各国家奥委会)为主导的金字塔式结构,下级体育组织接受上级体育组织的管理,横向上还设有负责协调全球兴奋剂斗争的WADA以及负责解决体育争端的国际体育仲裁院等具有特别功能的组织。这些非政府组织基于所在地的国内法建立,同时制定并实施了内容多样的行业性规范,其中由具有主导地位的国际体育组织制定的行业规范(如WADC)的效力更是辐射至全球,这些行业规范与较为完备的体育组织结构一道构筑起了具有独立性的体育自治空间。然而,体育自治并不意味着自我封闭,除组织运作须遵守适用的国内法这一连接点外,体育行业在运作中也不断与国家产生互动,如各级体育组织协助政府开展不同层次的体育赛事与活动,各国与体育组织合作打击兴奋剂等。综上所述,全球性体育非政府网络已然形成,它运作于国家之上,又与国家进行合作与互动,秉持着推动体育事业发展、推广体育精神、促进和平与人权等共同目标和价值取向稳步前进。

体育形态全球公民社会的形成和发展正是反兴奋剂公共利益具有全球性的根本基础,而其发展亦受益于全球反兴奋剂公共利益的实现。有学者将全球公共利益定义为“在全球范围内,由共同体或国际行为体共同合作、协调解决的关乎全人类福祉和发展的资源和条件”,并指出在全球化背景下,应当通过共同治理维护全球公共利益,且实施治理的主体不仅限于各国政府及政府性组织,也包含非政府性组织^[24]。之所以应当维护全球共同利益,是因为在全球化程度持续加深的当下,不同国家在经济、文化等多个方面不可避免地持续发生交融,彼此制约且相互促进,各类问题的解决越来越多地需求国际社会的共同参与,这也从客观上体现了国际法本位观由“国家本位”向国际社会本位的转向^[25]。兴奋剂作为危害人的身心健康、体育根本价值观与发展,且在全世界范围内普遍存在的消极因素,显示出由竞技体育向社会、学校蔓延的趋势,同样需求国家与国家以及政府(组织)和非政府组织的通力协作。目前,除加入《反兴奋剂公约》、采取行政手段、承认和执行体育仲裁裁决等途径外,一些国家(如法国、芬兰、意大利等)已采取不同的立法模式,将滥用兴奋剂纳入刑法的规制范围,这一举动意味着部分国家通过公权力的行使,正式将反兴奋剂公共利益引入国家层面。结合上述理论和实践来看,体育全球公民社会与反兴奋剂斗争相互促进,使得反兴奋剂成为了国际社会共同追求和维护的全球公共利益。

3 反兴奋剂公共利益的启示

3.1 对于全球反兴奋剂斗争实践的启示

从公共利益的内容发展性及内容不特定性来看,反兴奋剂公共利益并非一经成立即恒久不变。作为反兴奋剂机制限制运动员个人权利的正当理由,应维持反兴奋剂公共利益的稳定性,从

而确保具有软法性质的反兴奋剂行业规范以及由国家公权力产生的反兴奋剂强制性规范的稳定性,进而保障体育的长远发展。维持反兴奋剂公共利益采取的路径可以从公共利益及反兴奋剂公共利益的特点中得到启发。

首先,尽管由反兴奋剂斗争产生的利益是客观存在的,但反兴奋剂是否构成公共利益还要经过主观的价值判断。其次,由于公共利益受益对象须具有不确定性,而反兴奋剂又具有全球性,因此反兴奋剂斗争不能拘泥于体育行业这一群体,更应在全球范围内惠及尽可能多的不特定主体,维系人们的认同感。由于这一目标仅凭全球范围内多为私主体的体育组织难以实现,且作为反兴奋剂斗争固有维护对象的体育同样涉及公共利益,国家公权力具有了进入反兴奋剂领域的空间。有学者指出,体育领域实际上形成了 public-private partnership(公私合作制,简称 PPP 模式),而 PPP 模式在体育领域中最主要的应用就是反兴奋剂斗争^[26]。PPP 模式尚无统一定义,但结合世界银行、欧盟委员会、加拿大 PPP 国家委员会以及美国 PPP 国家委员会采用的定义来看,可以认为 PPP 是指公主体(如政府)与私主体之间的一种合作关系,目的在于结合两者的优势提供公共产品或公共服务,以满足公共需求^[27]。WADC 就是这种公私混合治理机制的最佳例证。一方面,政府在 WADA 及 WADC 的诞生过程中扮演了与体育组织同等分量的角色。另一方面,由于各国普遍加入了《反兴奋剂公约》,而各国际体育组织成为 WADC 的成员方,并通过管理关系使其下辖的下级体育组织也具有了遵守 WADC 的义务,各国政府和各体育组织制定的反兴奋剂规定必须以 WADC 为最低标准。由此,反兴奋剂规则具有了公私结合的性质^[28]。

形成公私合作表明双方不仅就反兴奋剂这一共同目标形成了共识,且各具优势。其中,国家公权力在反兴奋剂方面就具有下列体育组织难以或无法具备的优势:其一,将与兴奋剂相关的不当行为纳入刑法规制范围,相较于行业处罚将更具威慑力;此举亦能有效规制不属于反兴奋剂机构管辖范围的不当行为者,因为依据反兴奋剂行业规范实施的处罚并不能使此类行为者承担真正的不利后果,除非此类行为者长期从事体育相关的职业。其二,兴奋剂并非局限于体育行业内的毒瘤,由于兴奋剂在使用之外还涉及销售、贩卖等多个环节,需要药监局、海关和公安等公共部门的共同合作,并由管理反兴奋剂或体育的行政部门进行协调,形成预防和处罚使用兴奋剂行为的综合体^[29]。其三,随着兴奋剂向社会和学校的不断蔓延,反兴奋剂教育亟须在体育行业外展开,由于涉及范围广泛、影响重大,由公共部门组织进行更为合适。以我国为例,正值体育纳入高中招生计分科目之际,更应当由反兴奋剂中心牵头,扩大反兴奋剂教育受众人群,做好学校体育、群众体育、社会体育的反兴奋剂教育工作。

与此同时,以非政府组织为主要形式的体育组织也具备国家公权力不可替代的优势。随着时代的不断发展,现代社会面对的公共问题越发复杂,在公共治理中同时解决“市场失灵”和“政府失灵”的需求推动了非政府组织的急速发展。非政府组织以中介、协调的方式介于政府和市场之间。与企业相比,非政府组织不以盈利为目的,追求公共利益的实现,注重社会效益的发挥;与政府相比,非政府组织又具有灵活性、民间性、多样性和志愿性的特点^[30]。就体育行业这一宏观角度而言,从市场的角度看,体育是一项能够产生巨大利益的产业,从政府的角度看,体育包含政府应当维护的公共利益。一旦两种利益发生失衡,体育就难以实现健康发展,最终将损害公民的利益。而体育非政府组织正是维持这一平衡的重要媒介。体育组织数量众多、分布范围广泛且极具专业性,既能在提供公共服务上补充政府的不足,亦能为公众参与提供平台。具体到反兴奋剂领域,相较于政府制定的法律、法规和政策,体育组织及专家制定的规则更加符合体育的实际需要,且能够更为迅速灵活地做出调整,适应环境变化。

综上,笔者认为不论是体育行业还是具体的反兴奋剂领域,都应坚持 PPP 模式这一导向,以体育自治组织为中心、以国家公权力为保障。同时,反兴奋剂构成全球公共利益意味着,为进一步推动兴奋剂斗争和体育的发展,体育行业应鼓励和推进各国政府将兴奋剂入刑。此举不仅可能杜绝诸如俄罗斯大规模使用兴奋剂此类事件的再次发生,且一旦各国在兴奋剂入刑上达成共

识,将有助于消弭运动员等主体所承担的反兴奋剂义务间的不平等。

3.2 对于中国体育行业的启示

如前所述,PPP模式已经成为世界各国在体育行业运作和治理上采取的主流方式,且事实表明该模式为维持反兴奋剂公共利益的稳定性的首选途径。然而,由于国家发展需要,我国的体育协会经历的是由“公”到“私”的道路,因此我国体育行业属于区别于主流的特殊情形。

20世纪80年代起,随着体育运动管理职能从政府职能中剥离,我国各单项体育协会从政府机构中分化出来;但体育协会仍不具备真正意义上的独立性,体育协会的机构设置和人员配置受制于体育行政部门,且其资源主要依靠政府供给,还须接受年度检查^[31]。与此同时,根据我国《体育法》第29、31和39条,全国性单项体育协会负责其项目运动员的注册管理、全国单项体育竞赛的管理、其项目的普及与提高工作,并代表中国参加相应的国际单项体育组织;根据第47和48条,体育社会团体有权对竞技体育中的违规行为以及体育运动中的兴奋剂违规行为进行处罚。结合《体育法》第4条和《全国性体育社会团体管理暂行办法》,我国体育协会由体育行政部门管理和监督,所实行业管理行为的权力实际来源于法律授权,其行业管理行为是准行政行为。因此,尽管我国体育协会的根本属性仍为社团法人,但难以视作纯粹的“私主体”,故从其外观来看,认定我国体育协会与国家公权力同样形成了PPP模式是不妥的。如此,能否抛开限定了合作双方性质的PPP模式,仅以委托代理关系描述我国体育行业的特殊情形?这一问题需要从两个角度进行讨论。从经济学角度来看,委托代理关系系指涉及非对称信息的任何一种交易;这一关系当中,拥有信息优势的一方为代理人,另一方为委托人^[32]。换言之,成为代理人的前提在于能够在专业领域发挥自身专长,弥补委托人在执行方面的不足。尽管我国体育协会性质特殊,体育协会与体育行政部门间的权力边界并不清晰,但由于体育协会的根本属性为社会团体,同时因在体育领域拥有专业性的人力资源和管理能力,能够提供体育公共服务,从而与国家在公共利益上形成了委托代理关系,代为行使体育领域具体的管理职能。

然而从法学角度来看,我国体育协会与体育行政部门并未形成委托代理关系,原因如下:其一,从管理权能来源来看,体育协会的管理权能系经法律直接授权所得,而非经体育行政部门委托取得;此外,体育行政部门并不具备实施前述具体行业管理行为的职能,故而不满足委托的前提,体育行政部门与体育协会之间仅为管理与被管理的关系。其二,从法律效果来看,我国语境下的行政委托一般相当于民事上的代理,受委托组织应以委托行政机关的名义实施管理,行为的法律后果也应归属于委托的行政机关,这一点可借由《行政处罚法》第18条证明^[33]。对比之下,体育协会以自身名义实施管理行为,其行为的法律后果也归属于自身,同样不符合委托代理关系的条件。

综上可知,不能当然地将体育协会视为委托管理关系中的一方。但可以确定的一点是,除内部管理(如制定或修改竞赛规则、组织内部事项决策等)外,体育协会的管理权能最终来源于法律授权。这种授权管理行为对相对人产生了直接或间接的法律效果,可以认定为一种具有行政管理属性的行为^[34],因而属于行政授权,但由此产生了一个新的问题。《体育法》第32条规定:“在竞技体育活动中发生纠纷,由体育仲裁机构负责调解、仲裁。”然而我国尚未设立体育仲裁机构,而当纠纷产生于体育协会的授权管理行为时,由于体育协会与行为相对人之间为不平等关系,行为相对人无法经由民事诉讼解决纠纷。旧版《行政诉讼法》第25条第4款规定:“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。”2015年起生效的新版《行政诉讼法》删除了该款。相应地,2018起施行的新版《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》对第1条进行了修改,将“具有国家行政职权的组织及其工作人员”剔除出了行政诉讼被告的行列。因此,体育协会与行为相对人之间的纠纷亦无法通过行政诉讼解决。

具体到反兴奋剂领域,由于我国加入了《反兴奋剂公约》,且体育协会在组织运动员参加国际赛事时须依照赛事方要求遵守相关反兴奋剂规定,我国反兴奋剂斗争同全球反兴奋剂斗争步调

一致,围绕 WADA 等高层次反兴奋剂机构制定的规则进行,因此我国体育行业的特殊情形总体上不会影响反兴奋剂斗争实践的展开,然而,由于仲裁机制缺位,当兴奋剂违规认定产生纠纷时,运动员仅有内部听证这一救济途径。综上可知,体育协会与行为相对人之间产生的纠纷难以在行政手段之外通过诉讼或仲裁解决,弱势一方当事人的正当权利无法得到充分保障。长此以往可能影响体育行业的整体发展,有碍反兴奋剂公共利益乃至体育公共利益的实现。因此,我国应当尽快在现有仲裁机构中设立体育仲裁部门,或是建立独立的体育仲裁机构。

4 结语

公共利益既是价值选择的结果,亦是价值选择的目标。换言之,公共利益是人类社会发展过程中,价值选择实践产生的结果,而具体利益是否归属于公共利益则是价值选择的过程^[35]。从兴奋剂具有现实危害性出发,结合公共利益的相关理论以及打击兴奋剂的主客观要素进行考察,可以发现反兴奋剂利益经过这一价值选择的过程,已经成为一种公共利益。并且,由于反兴奋剂斗争发端和依托于“全球公民社会”,主要受到“全球体育法”^[36]的规制,反兴奋剂公共利益不同于一般国内法语境下的公共利益,而是一种全球公共利益,需要由国际社会共同分担相关的责任与义务。在此过程中,应坚持已经形成的 PPP 模式,充分发挥体育组织与国家公权力的优势,保障和支持反兴奋剂斗争,助力反兴奋剂公共利益的实现,使越来越多的人享受到体育的发展红利。相比于 PPP 模式或委托代理关系,应将国家公权力与我国体育协会描述为行政授权与被授权的关系;与此同时,尽管我国体育协会实施的是具有行政管理属性的行为,但其本质仍为社团法人,因此行为相对人难以在行政途径之外寻求救济。我国应尽快构建具有可行性的体育仲裁机制,以期促进体育行业良性发展。

参考文献:

- [1] 毛俊响. 国际人权公约权利限制的基本原则及其对我国的启示[J]. 政治与法律, 2010(09):137-145.
- [2] 乔一涓. 运动员参赛资格的法律保护研究[D]. 武汉:武汉大学, 2014.
- [3] 宋彬龄. 兴奋剂仲裁案件中非法证据的可采性研究——对国际体育仲裁院沃尔沃德案的法理思考[J]. 上海体育学院学报, 2012, 36(04):44-48, 57.
- [4] 敬文. 反兴奋剂合作与信息分享的立法[J]. 体育学刊, 2016, 23(05):62-68.
- [5] Vollmecke J. The policy issue concerning the choice of method to deal with doping[J]. The International Sports Law Journal, 2008(1-2):49-56.
- [6] Silverberg S M. Safe at home? Assessing U. S. efforts to protect youths from the effects of performance enhancing drugs in sports[J]. Brook. j. intl L, 2010(35):271-310.
- [7] De Pencier J. Law and athlete drug testing in Canada[J]. Marq. sports L. j, 1994(2):259-299.
- [8] Rudolph H. Horse sense and high competition: Procedural concerns in equestrian doping arbitration[J]. Ky. j. e-quine Agric. & Nat. resources L, 2009(2):47-80.
- [9] Charlish P. Dwain chambers runs out of time[J]. Texas Review of Entertainment & Sports Law, 2008(10):57-85.
- [10] 刘礼国, 徐辉. 对兴奋剂定义的探究[J]. 凯里学院学报, 2008, 26(3):38-41.
- [11] 王文江. 公共利益的哲学研究[D]. 北京:中共中央党校, 2011.
- [12] 陈新民. 德国公法学基础理论(增订新版·上卷)[M]. 北京:法律出版社, 2010:236-238.
- [13] 胡锦涛, 王锴. 论我国宪法中“公共利益”的界定[J]. 中国法学, 2005(1):18-27.
- [14] 姜明安. 公共利益与“公共利益优先”的限制[J]. 资料通讯, 2006(11):47-47.
- [15] 夏青, 秦小平. 经济社会转型期“体育公共利益”的界定和保护[J]. 河北体育学院学报, 2012, 26(6):8-11.
- [16] 范进学. 定义“公共利益”的方法论及概念诠释[J]. 法学论坛, 2005(01):15-19.
- [17] 肖顺武. 公共利益研究——一种分析范式及其在土地征收中的运用[D]. 重庆:西南政法大学, 2008..
- [18] 王利明. 征收、征用制度与公共利益的界定[N]. 人民法院报, 2005-10-26.

- [19] 张旋,王炜鉴.不同社会发展阶段体育功能的变迁[J].唐山师范学院学报,2012(2):82-85.
- [20] International Olympic Committee. Olympic marketing fact file (2019 edition)[EB/OL]. [2019-06-21]. <https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/IOC-Marketing-and-Broadcasting-General-Files/Olympic-Marketing-Fact-File-2019.pdf>.
- [21] 胡佳,王雅丽.公共利益的层次化界定及应用[J].宜宾学院学报,2008,8(11):12-15.
- [22] 曲毅,孙世明.体育运动的全球化[J].体育学刊,2002,9(6):1-4
- [23] 刘贞晔.国际政治视野中的全球公民社会——概念、特征和主要活动内容[J].欧洲,2002(05):49-61,106.
- [24] 石化刚.全球公共利益和谐治理化[J].合作经济与科技,2007(19):76-77.
- [25] 李双元,李赞.构建国际和谐社会的法学新视野——全球化进程中的国际社会本位理念论析[J].法制与社会发展,2005(05):81-99.
- [26] Casini, L. Global hybrid public-private bodies: the World Anti-Doping Agency (WADA)[J]. International organizations law review, 2009, 6(2): 421-446.
- [27] 景婉博.国外PPP和特许经营的关系[J].经济研究参考,2016(15):54-59.
- [28] 宋彬龄.国际体育仲裁院兴奋剂案件证据规则研究[D].湘潭:湘潭大学,2013.
- [29] 杜光宁,何建华.构建反兴奋剂体系之研究[J].体育科技文献通报,2009(7):20-22.
- [30] 陈曦.非政府组织参与社会管理创新问题研究[D].北京:东北师范大学,2013.
- [31] 张耀红.新时期改革全国性单项体育协会的思考[J].山东体育学院学报,2016,32(04):44-48.
- [32] 贾博.政府购买公共服务中的主体间关系的理论分析[J].学习论坛,2014(7):49-52.
- [33] 薛刚凌.行政授权与行政委托之探讨[J].法学杂志,2002(3):18-20.
- [34] 高升.我国体育协会内部纠纷的法律救济——以体育仲裁与司法介入的关系为中心[J].体育科学,2009(8):39-43.
- [35] 胡鸿高.论公共利益的法律界定——从要素解释的路径[J].中国法学,2008(4):56-67.
- [36] 吴义华.全球法视野下的体育法:“全球体育法”的生成[J].天津体育学院学报,2016(5):436-441.

A Theoretical Analysis of the Public Interest of Anti-doping and its Implications

LI Rui-zhi, GUO Shu-li

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou 215000, China)

Abstract: In the context of globalization, with the vigorous development of modern sports, the fight against doping at the international and domestic levels has never stopped moving towards coordination and unity. At the same time, the public interest attribute of anti-doping has been widely recognized, but the theoretical thinking on it is still absent. Taking the harmfulness of doping as the logical starting point, combined with the relevant theories of the definition and characteristics of public interests, a more comprehensive understanding of the public interest of anti-doping can be formed. Based on the theory of global civil society, it can be considered that the public interest of anti-doping is a kind of global public interest. Anti-doping is the most important application of public-private partnership in the context of sports, which should be adhered to and used to promote the development of anti-doping struggle through complementary advantages. Because of the special nature of China's sports associations, in order to better promote the progress of the anti-doping struggle and the development of the sports industry, the arbitration mechanism should be established as soon as possible.

Key words: anti-doping; public interests; global civil society; public-private partnerships; administrative authorization; arbitration mechanism