

# 妨害兴奋剂管理罪适用对象的规范界定<sup>〔\*〕</sup>

陈 伟

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

〔摘 要〕为了合理界定妨害兴奋剂管理罪的处罚边界,需要对该罪的刑事规制对象进行教义分析,以辨清不同情形下对象所涉的刑事可罚问题。运动员单纯违规使用兴奋剂的行为,不应作为妨害兴奋剂管理罪的对象范畴进行刑事规制,这是由本罪复数法益的内涵与受刑必要性所决定的。妨害兴奋剂管理行为在客观上可以由单位实施,基于妨害兴奋剂管理罪立法层面的罪刑表述,以单位犯罪论处明显违背罪刑法定原则而欠妥当,此时应由单位背后的主管人员或者直接责任人员承担刑事责任。运动员涉入针对他人的妨害兴奋剂管理的行为,具备不法和有责的情形下具有刑事可罚性;运动员涉入他人针对自己违规使用兴奋剂的行为,在共同犯罪的前提下因欠缺有责性而排除刑事责任,但是不阻却他人的刑事违法及其刑罚承担。运动员涉入他人参与的刑罚分担,在承担刑事责任的前提下因与适法性期待的悖反而有从重适用之必要,在不承担刑事责任的参与行为中因共同违法行为而应减损他人的部分刑罚,以体现刑罚适用上的均衡性要求。

〔关键词〕妨害兴奋剂管理罪;运动员;刑事处罚;刑事对象

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2025.02.012

## 一、引 言

妨害兴奋剂管理罪既是加强兴奋剂刑事法律规制的立法回应,也是采用刑罚手段治理滥用兴奋剂的实践映射,属于积极主义刑法观介入体育领域的典型体现。“妨害兴奋剂管理罪”在《刑法》第三百五十五条之一被规定下来,即“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛,或者明知运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。组织、强迫运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛的,依照前款的规定从重处罚”。在立法颁行之后,本罪面临的现实问题就是如何具体规范适用,这也是罪刑法定从立法走向司法的实践必然。尽管现有的立法表述整体上较为清晰,但是具体适用中的相关问题仍然值得关注,并不以刑事立法的“明文规定”而自然获得全部解答。就“妨害兴奋剂管理行为刑事规制的对象范畴”而言,属于刑

作者简介:陈伟,法学博士,西南政法大学法学院教授、博士生导师。

〔\*〕本文系国家社会科学基金项目“聚众斗殴罪的体系审视与规范适用研究”(22FFXB064)的阶段性成果。

法适用中的前置性问题,应立足于现有刑事立法规定,并结合刑法理论进行细致剖析与价值判断。为了对此有一较好的分析与解答,笔者立足于刑法规范适用的视角,对妨害兴奋剂管理罪具体适用中的规制对象问题进行探讨。

## 二、运动员违规使用兴奋剂行为的刑事规制

就兴奋剂的滥用来说,运动员是兴奋剂末端链条环节的直接使用者,也是对体育竞赛公平精神最为直接的影响者。兴奋剂与运动员的身份相结合,运动员依赖兴奋剂的药理作用来提升其竞技水平,在此情形下兴奋剂的危害性得以被认识,兴奋剂检测因而成为各大赛事的必经程序。然而,基于兴奋剂带来的现实诱惑,运动员服用兴奋剂事件在现实生活中并不鲜见,而且运动员的自主性滥用与被动性滥用之间也存在紧密关系。如果没有运动员的滥用行为,外界主体的引诱、教唆或者欺骗运动员使用兴奋剂的行为就难以顺利进行,换言之,外界主体的妨害兴奋剂管理行为与运动员内在滥用行为之间具有事实关联,从另一侧面来看,运动员自身的滥用行为本身也助长了妨害兴奋剂管理行为的发生。因而,从广义层面来说,运动员个人滥用兴奋剂确实属于“妨害兴奋剂管理”的行为。正是基于此,在刑法修正案增设妨害兴奋剂管理罪之前,就有学者呼吁运动员单纯使用兴奋剂的行为,应该单独作为犯罪论处。<sup>[1]</sup>“通过刑法手段规制运动员自用兴奋剂的行为符合积极刑法观的要求”,<sup>[2]</sup>就此体现出学者对运动员滥用兴奋剂所致危害的关切,也折射出在法律规制时注重使用刑法对此类行为予以有效治理的依赖。在妨害兴奋剂管理罪被刑法修正案增设之后,随之而来的问题便是,该罪名规制运动员的滥用兴奋剂行为吗?从刑法教义学的视角来看,本罪并不规制单纯的运动员滥用兴奋剂的行为,主要原因有如下方面:

### (一)本罪的法益内容决定了不规制运动员个人滥用行为

具体犯罪的法益实体内容是我们辨析该犯罪处罚范围的重要依据,根据该法益内容,我们能够更加清晰地划定规制范畴,获得罪名适用时的妥当性认识。总体来说,有单一法益说与复合法益说之分。单一法益说的学者认为,“妨害兴奋剂管理罪保护法益应限定为‘国内、国际重大体育竞赛的公平秩序’,对运动员的身体健康所造成的侵害不属于本罪的保护法益”。<sup>[3]</sup>立足于对体育公平的保护,较多学者认为本罪的法益为体育竞赛的公平性。比如,“应当尽量避免法益概念的抽象化和精神化。该罪的保护法益是重大体育竞赛中的公平竞争秩序。”<sup>[4]</sup>“新增条款旨在保障体育的纯洁性和体育竞赛的公平性。”<sup>[5]</sup>“本罪保护法益只能理解为‘国内、国际重大体育竞赛的公平性’,运动员身心健康的保护只是本罪可能产生的附带效应。”<sup>[6]</sup>在复合法益论之下,存在多法益论与二元法益论之分。多法益论学者认为,“妨害兴奋剂管理罪的保护法益包括赛事公平性、国家声誉以及健康权”。<sup>[7]</sup>二元法益论者认为,本罪的法益为公平体育秩序和运动员身心健康的体育法益,前者为直接法益,后者为间接保护的法益。<sup>[8]</sup>本罪的法益为体育竞赛公平竞争价值倡导下的身体健康,属于典型的集合法益。<sup>[9]</sup>

本罪的抽象法益与实然法益并不完全一致,前者不受缚于刑法规定而具有立法上的批判功能,并在立法筛选或者具体立法向度上发挥其指引价值;后者需要结合本罪的立法规定进行识别,必须针对罪刑规范的立法表述进行揭示与提炼。正是在此意义上,笔者认为,妨害兴奋剂管理罪的“竞赛公平”+“身心健康”复合法益说具有合理性,“在积极刑法观理念和刑法谦抑性原则间保持平衡,是最契合实际的保护法益选择”。<sup>[10]</sup>但要指出的是,妨害兴奋剂管理罪的法益属于抽象性法益范畴,“竞赛公平”是滥用兴奋剂行为潜在危及的后果,由于存在严格的兴奋剂检测程序,并不一定实然性地导致竞赛的非公平性。与之类似,“身心健康”是他人对运动员禁用兴奋剂的不当妨害,即他人在明确禁止使用兴

奋剂的前提下违反这一规范性要求,具有不当妨害运动员自由意志之下生命健康权的内涵。<sup>[11]</sup>由此可见,涉及本罪法益究竟是超个人法益还是个人法益的选择性问题,定位于超个人法益可能更适合本罪的立法規制初衷。<sup>[12]</sup>具体来说,妨害兴奋剂管理的行为已经危及到体育赛事公平竞争和运动员身心健康权,只要行为方式在构成要件的涵摄范畴之内即可,是否现实危害到竞赛公平或者运动员身心健康并不在考虑之列。否则,以具体现实的法益来进行衡量,则在取消比赛资格或成绩、对身体未产生实际损害的前提下,这些行为均不能纳入刑法规制范畴之中,而这不仅偏离了本罪立法的初衷,而且不当限缩了刑罚处罚半径。

在妨害兴奋剂管理罪“竞赛公平”+“身心健康”复合法益的框架内,需要进一步厘清二者的主次关系,我们不应把妨害竞赛公平作为核心或者主要法益予以对待。原因在于,牵涉到竞赛公平性的内容存在方方面面的情形,且与大型赛事的诸多环节息息相关,为实现竞赛公平性的目标,应当加强相关前置性规章制度的完善,而不是动辄把违反体育规则的行为划入到刑法规制之中。笔者认为,结合本罪的对象设置来反观实然性的法益保护,应当认为运动员身心健康权占据首要价值。毕竟,公民权利不是宏大的抽象叙述,而是作为宪法价值的现实化,属于真实感受和真实存在。<sup>[13]</sup>就运动员违规使用兴奋剂的行为来看,其私自滥用的行为主要是对运动员自身的伤害,因服用兴奋剂而带来的妨害竞赛公平是以自我伤害为前提的。<sup>[14]</sup>“如果说健康权是一阶权利,那么体育权就是建立在健康权基础上的二阶权利。”<sup>[15]</sup>《反兴奋剂条例》第一条是对反兴奋剂宗旨的体现,其明确规定“保护体育运动参加者的身心健康”,不难看出运动员健康法益的重要性。《最高人民法院关于审理走私、非法经营、非法使用兴奋剂刑事案件适用法律若干问题的解释》的引言部分强调,“保护体育运动参加者的身心健康”,同样旨在说明涉兴奋剂刑事犯罪的法益侵害性。2021年实施版《世界反兴奋剂条例》进一步彰显反兴奋剂在于维护健康价值,并将其提升至体育精神价值的首要位置。<sup>[16]</sup>“在妨害兴奋剂管理罪中,使用兴奋剂的危害集中体现在损害运动员身心健康以及破坏公平公正的体育秩序。”<sup>[17]</sup>而且,芬兰2002年颁布的新刑法在第44章“侵犯生命、健康和财产罪”中增加了反兴奋剂的条款。<sup>[18]</sup>即使认可反兴奋剂背后具有公平竞争这一公共利益的学者,也同样应当认可兴奋剂对运动员的身心损害是首要的。<sup>[19]</sup>

基于法益层面的前述分析,运动员违规滥用兴奋剂带来的“自我伤害”的情形,刑法并不介入对此类行为的規制,在加害人与被害人同一的情形下,对自我伤害行为应由行为人自我答责,一般并不由刑法强行介入。“当损害结果应该被视为行为人行为的流出时,行为人也应该对损害结果承担完全的责任。”<sup>[20]</sup>而在他人对运动员禁用兴奋剂的不当妨害中,他人的行为既直接侵害运动员的身体健康,也牵涉到兴奋剂管理秩序,具有明显不同于运动员单纯违规使用的危害性。由此可见,在运动员本人违规使用的情形下,涉及的是兴奋剂管理的“自我妨害”,尽管也影响到兴奋剂的管理秩序,但是相较于“他人妨害”来说,此时的法益损害完全源于自我意志决定的流程,不具有刑罚处罚与规制的现实必要,用刑法来保护此等情形下的身心健康权存在不当干涉和过度介入之嫌。

## (二)本罪的行为构成要素说明了不規制运动员个人滥用行为

刑法是否規制此类行为,仍然需要结合妨害兴奋剂管理罪的罪状表述进行审查,结合本罪的构成要件内容可以最为直观地看出运动员不在本罪規制之列。原因在于,无论是引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂,还是明知运动员参加国内、国际重大比赛而提供兴奋剂、组织或强迫运动员使用兴奋剂,上述这些实行行为均是针对运动员之外的主体而言的。虽然本罪没有明确规定犯罪主体及其身份要求,按照一般的认定思路,只要刑事责任年龄达到或者精神状态正常就满足构成要件的主体要求,因

而似乎并无排除运动员主体身份的现实必要。但是,主体身份要件并不是孤零零存在的,而必然与其他要件存在紧密性关联。比如,“自洗钱”不能作为洗钱罪处罚,其核心原因就在于洗钱罪实行行为中规定了“协助”方式,而在“自洗钱”入罪之后,这一行为方式的限定自然就被删除掉了。因而,刑法规定的行为方式确实能够辅助我们划定其处罚范围,在理解妨害兴奋剂管理罪的主体要件时,也自然应当根据其行为方式进行审慎判断。

妨害兴奋剂管理罪把运动员本人排除在外,显然属于“有意为之”,而不是“过失性遗漏”。“如果结论超出了刑法用语可能具有的含义,即突破了概念外延,就不能强行解释,否则便是对公众预测可能性的损害。”<sup>[21]</sup>刑法本次规制的重心在于,严厉打击把运动员作为比赛工具的外在行为。<sup>[22]</sup>之所以立法未直接明确运动员违规使用兴奋剂的刑事可罚规定,笔者认为,核心原因在于运动员的可谴责性未达到刑罚追责的必要程度。“对于被惩罚的运动员而言,其必须对其身体内的兴奋剂存在着主观上的可谴责性。”<sup>[23]</sup>基于规范责任论的立场,由于欠缺合法行为的期待可能性,因而对运动员不罚。“无论国家认为刑罚是多么必要,事实上他行为可能性太低时,不应该对其予以处罚。”<sup>[24]</sup>基于此立法缘由,在现有妨害兴奋剂管理罪的实行行为之中,根本没有运动员私自滥用兴奋剂的立法表述,因而在现有立法未明确规定且相应实行行为欠缺的情形下,不可能把运动员滥用兴奋剂的行为纳入到刑罚处罚之中。

### (三)前置法决定了本罪没有规制运动员个人滥用行为的必要

对兴奋剂加强管理主要体现于行政性法律规范,即《中华人民共和国体育法》《体育运动中兴奋剂管制通则》《反兴奋剂条例》和《反兴奋剂管理办法》等。在上述规范性文件中均有反兴奋剂的明确内容,以及对妨害兴奋剂管理行为责任后果承担的规定。由于刑法是二次性调整的法律,只有危害性严重到需要用刑法调整时才不得已使用刑罚手段,这不仅是刑法保障法的地位所决定的,而且也是为了保持前置性规范与刑法之间协调性的应然之举。<sup>[25]</sup>在存在前置性规范的情形下,刑法的适用必然是内敛的或者退缩其后的,防范由于过于激进带来的不当处罚后果。刑事责任并不是万能灵药,针对违法性的行为用前置法调整足以时,万不可抛弃前置性规范转而寻求刑法来进行“猛药治苛”。

刑法之外的前置法中也存在罚则,尽管有学者提出不处罚运动员是因为双重处罚风险原则。<sup>[26]</sup>但是,需要指出的是,行政罚与刑事罚作为两种不同性质的处罚,不能因为有反兴奋剂的行政处罚而直接否定刑事处罚。在大量的行政犯之中,双重违法性是客观存在的事实,但是并不因为有前置性的行政违法而否定刑事违法的必要性,即在行政违法之外仍有刑事处罚的可能和必要。问题在于,哪些仅停留于行政违法的阶段,哪些需要更进一步地追究刑事责任,这是我们理解行政犯时最为棘手的现实问题。“具体到运动员自愿使用兴奋剂行为的治理,如果通过行政法处罚就可以达到抑制运动员使用兴奋剂的效果,就无须冒着干预国民自由的风险将其纳入刑法的调控范围。”<sup>[27]</sup>核心原因就在于,作为保障法的刑法不能突破“最后手段性”并逾越界限,不能把行政法调整的事项纳入自己的统辖事项之中。因此,在这些前置性规范之中对运动员滥用兴奋剂的行为已经有明确规制,我们应当确立这些行为规范的积极指引作用,在这些前置性规范效力发挥之后再行刑法的补充性介入,体现刑法谦抑与审慎的立场。在刑法与前置法的整体框架下,不同的法律规范需要通过适当的距离予以区隔,以保证前置性规范能够拥有适用空间,同时也真正回应作为最后一道防线的刑法守护功能。

### (四)运动员私自滥用兴奋剂的责任后果足以达到惩治效果

所有的法律规范均有自己的规范性目的,刑法中的罪名也是刑罚功能与刑罚价值的综合体。但是,需要注意的是,如果适用非刑事制裁措施能够实现行为治理的效果,则刑法介入及其刑罚适用就

是不必要的。“刑罚应该自我设限,以免造成不必要的损失。”<sup>[28]</sup>在兴奋剂违规使用的情形下,全国性体育社会团体等可以依照《体育运动中兴奋剂管制通则》及其章程对运动员和辅助人员进行处罚,具体包括取消比赛成绩和参赛资格、停赛、禁赛等处罚。<sup>[29]</sup>尽管这里的处罚不是最为严厉的刑事责任,从形式上来看不对运动员服用兴奋剂进行刑事处罚似有轻纵之嫌,但是,对运动员来说,取消比赛资格或者停赛是运动员个人不良信誉记录的标签烙印,是违规使用兴奋剂带来的极为严重之后果,对有运动黄金期的个人而言,多年的备战与辛苦训练都是巨大的成本付出,而禁赛数年的处罚实际上相当于终结了运动员的整个职业生涯。

而且,因兴奋剂不良记录与恶劣影响的存在,运动员还会失去赞助商的垂爱,影响退役后的择业选择。<sup>[30]</sup>“通过鼓励运动员对自己的兴奋剂使用行为负责,这种将责任内化的兴奋剂治理策略成为当代竞技体育管理艺术的组成部分。”<sup>[31]</sup>尽管运动员单纯违规使用兴奋剂未纳入刑事主体范畴,但是对兴奋剂采取了非常严格的行政管理措施。<sup>[32]</sup>在相当程度上,因兴奋剂违规使用带来的处罚,具有“准刑罚性”的特性。<sup>[33]</sup>因而,对运动员违规使用兴奋剂行为的非刑罚处罚并不存在任何放纵之嫌,现有停赛、禁赛等处罚措施能够产生足够的惩治效果,对其他运动员也足以威慑而预防其重蹈覆辙。所以,对运动员违规使用兴奋剂的行为不纳入刑事处罚范畴,实则是考量了处罚措施及其背后惩治效果后的综合权衡。<sup>[34]</sup>在运动员违规使用兴奋剂的非刑事制裁措施足够的情形下,刑法介入的正当性与必要性就退居其次了。因而,既然现有的非刑事处罚对运动员违规使用兴奋剂能够达到报应与预防的效果,立足于刑事制裁与非刑事制裁的体系化考量立场,在妨害兴奋剂管理罪中排除运动员单纯使用兴奋剂构成犯罪的行为,并不会带来处罚不协调的任何质疑。

综上所述,在刑法修正案(十一)加大对妨害兴奋剂管理的处罚力度并用刑法规制的前提下,运动员违规使用兴奋剂是否该当刑事处罚的问题必然值得我们思考。在刑法修正案之前,呼吁运动员使用兴奋剂纳入刑法规制的声音一直存在。<sup>[35]</sup>但是,在妨害兴奋剂管理罪刚刚纳入到刑事罪名群之中,简单地以该罪名不处罚运动员而质疑立法不科学或者主张修订立法的见解,仍然是囿于立法中心论的偏狭视角,这些仅仅停留在立法形式表述层面的审视仍然有待更进一步的思考。基于前述的分析可见,妨害兴奋剂管理罪的规制核心仍然是非使用者的外在主体及其危害行为,这一罪名规制对象非针对运动员本人的行为说明了立法者的意图所在,而非刑事立法修订时有欠考虑周全之下的明显遗漏。

### 三、单位主体实施妨害兴奋剂管理的刑事规制

在教义学的视角下,我们应立足于体育法律规范的适用问题,为体育司法实践提供规范化标准与依据。<sup>[36]</sup>刑法中犯罪的实施主体包括单位与自然人,这是由刑法总则的明文规定所限定的,在此前提下,就刑法分则的各罪来说,自然也应当从这两大类主体层面进行相应的分析。笔者认为,单位主体实施妨害兴奋剂管理行为的刑法规制是本罪要解决的问题,这既牵涉到作为新罪创设之后刑法规制的惩治面,也直接关系到本罪立法背后的核心宗旨问题。妨害兴奋剂管理罪的主体除了教练员、队医等辅助人员之外,还包括了参加竞赛的体育社会团体、运动员管理单位等。<sup>[37]</sup>运动员通过正常途径较难获得兴奋剂,提供兴奋剂往往是有组织或者有预谋的行为。<sup>[38]</sup>“而今,运动员兴奋剂使用已从单纯的个人行为发展到有组织、有计划、有系统的主管部门主导行为。”<sup>[39]</sup>然而,从《刑法》第三百五十五条之一规定的妨害兴奋剂管理罪来看,实际上并没有明确提及本罪是自然人还是单位主体的犯罪,因而本罪规制范畴中是否存在单位犯罪的成立空间,需要我们针对这一问题进行综合分析。笔者认为,结合刑法对妨害兴奋剂管理罪的规定来看,现有立法条文设计之中单位主体并不属于本罪的规制对象。

这一认识主要基于如下方面的原因:

(一)本罪的立法语义中不包含单位犯罪空间

具体犯罪规制的范畴内容需要结合它的犯罪构成进行综合判断,涉及单位主体是否构成妨害兴奋剂管理罪时,不是以生活实践中可否发生单位意志支配下实施的单位行为作为标准,而是必须从刑法规定的规范语义中分析判断得出。<sup>[40]</sup>换言之,单位基于单位意志和单位利益而作出的组织体行为,具有区别于自然人主体的典型性差异,在刑事归责时自然应归属于单位,而不能以自然人主体进行随意置换。依照组织体责任的观点,“单位之所以要对作为其组成人员的自然人的违法行为担责,是因为单位成员在单位业务活动中的违法行为,与单位自身的制度、措施、精神文化等具有千丝万缕的关系”。<sup>[41]</sup>需要指出的是,由于受制于刑法的明文规定,客观上能够由单位实施的犯罪不在少数,但是“由其实施”与“应受刑责”不能完全等同,不能简单地以行为事实的发生而直接等同于刑事责任的证成。由于单位犯罪是拟制性犯罪主体,需要法律对该拟制的明确规定,否则现有犯罪仍然只能由自然人主体构成。直白地说,尽管有些行为可以由单位实施,但是是否属于单位犯罪必须以刑法规制单位主体为其逻辑前提,这是刑法教义学对实践指导的核心要义所在,也是司法实践在解释适用时不可逾越的屏障。

因而,立足于刑法的成文规定进行解读,成为规范理解本罪的主体的前提与关键。从其他犯罪的刑法规制来看,可以由单位实施而不追究单位主体刑事责任的并不鲜见。在实践层面我们都认可单位可以实施盗窃或者诈骗行为,比如单位主体直接实施的盗窃能源行为、单位实施的电信网络诈骗行为等客观存在,但是结合刑法规范的语义而并不认为单位主体的盗窃罪或者诈骗罪成立,其核心关键就是欠缺刑法规范的明文规定。单位主体能否实施刑法规定的危害行为,往往通过立法表述可以获得相应的认识。具体到妨害兴奋剂管理罪的构成要件表述来说,“引诱、教唆、欺骗、提供”和“组织、强迫”行为均属于自然人常态性的行为类型,既不专属于单位也不具有单位主体意志构造上的任何显明性。在此情形下,由于在立法创设本罪时并没有容纳单位主体构成本罪的内在旨趣,单位犯罪并不在刑法规制此类行为的框架之中,因而在现有立法规范的教义内涵之中未有单位犯罪的容纳空间。

(二)单位犯罪的立法模式在本罪规定中不存在

在涉及具体犯罪的规定时,必须以刑法的现有规定为全部参照。单位犯罪的立法模式,是通过总则规定与分则规定相结合的方式予以体现的。<sup>[42]</sup>在一般情形下,在未涉及具体主体限定时,均以犯本罪的自然人作为其犯罪主体,而且以单一主体的自然人为其常态情形。由于涉及自然人犯罪必须以年龄为其限定条件,即只有达到刑事责任能力的主体才能构成犯罪,此时必须以刑事责任年龄、精神状态等作为外在的参照条件。然而,在刑法分则的具体罪名中,并没有这些条件的限制,而是必须结合刑法总则的规定进行理解适用。基于此,在单位主体能否构成犯罪时,就会带来相应的困惑,即在刑法分则的罪名适用时没有规定单位犯罪,能否直接参照自然人主体的条件限制,回溯到刑法总则的单位主体犯罪之中寻找法条依据呢?一般而言,虽然在刑法分则中没有单位主体的明示性规定,但是由于刑法总则与刑法分则之间的关系不可忽视,此时立足于刑法总则的已有规定,在单位能够实施此类危害行为时,似乎就有认定单位犯罪的现实理由。

但是,在笔者看来,上述以刑法总则中的单位主体犯罪来随意嫁接所有具体犯罪的认定思路,显然不能得到认同。原因在于,在自然人作为具体犯罪主体的情形下,单位主体的同时构成显然属于刑罚扩张情形,我们不能无视刑法中有规定才负刑事责任的现有规定,而随意泛滥化单位犯罪的处罚边界。“单位犯罪只是现行刑法所规定的犯罪中的一种,在单位犯罪的认定和处罚上,必须依照现行刑

法的相关规定,参照自然人犯罪的成立要件来进行。”<sup>[43]</sup>法律文本具有形式结构,通过形式结构方能实现对其意旨的理解。<sup>[44]</sup>从现有刑法规定单位犯罪的整体情形来看,主要存在两种类型的立法规定模式:一种是罪名设置条款之中直接规定单位主体的犯罪,即在已经设置罪名的现有条款之下规定单位犯前款行为的具体规定,以对应前面自然人犯罪主体的立法规定;另一种是该罪名所在具体章节的最后条款之中,通过专门条文明确表述单位主体实施前面具体条文的规定,即虽然具体罪名所在条款之中未规定单位主体犯罪,但是这一罪名所在章节的后面有单位主体犯前面具体条款的规定。单位犯罪的两种立法模式在现有刑法之中均有体现,并没有除此之外的第三种隐形情形,这也是我们获悉某一具体犯罪究竟能否由单位构成的法律依据所在。正是基于此,《刑法》第三十条的单位犯罪中限定了“法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任”。此处的法律规定应为刑法分则的明文规定,而不能是刑法总则中对单位主体的一般性规定,否则根据同一条文来理解立法表述,不仅明显属于语义重复,而且也会抹杀刑法总则对单位犯罪进行限定的实质意义。具体到妨害兴奋剂管理罪的立法规定来看,前述两种典型的单位主体立法模式中都没有单位主体的任何规定,在现行刑事立法的规制之中呈现空白状态,或者说,本罪的单位主体属于“法律未明文规定”的情形。基于此,我们只能得出妨害兴奋剂管理罪没有规制单位主体,或者说单位主体并不在现有刑法修正案对妨害兴奋剂管理罪的立法规制之中的结论。

### (三)从刑罚后果中理当否定单位的刑责主体

单位主体的犯罪具有不同的责任承担方式,这也是单位主体区别于自然人的显性差异,因而通过刑罚责任后果同样可以反向辅助判断具体罪名是否构成单位犯罪。众所周知,单位主体的刑事责任方式为“双罚制为原则,单罚制为例外”,这与自然人犯罪明显不同,因而通过刑罚处罚后果同样可以辨析是否存在单位主体的犯罪可能。“双罚制”是既要处罚单位主管人员或者直接责任人员,同时又要对单位判处罚金;“单罚制”是在单位罚金或者单位之下的自然人刑罚中间选择一种进行处罚,在我国刑事立法中,单位犯罪的单罚制主要指的是单位之下的主管人员或者直接责任人员承受刑罚。在此前提认识下,就刑法修正案新增设的妨害兴奋剂管理罪的处罚后果来看,并没有单位构成犯罪前提下的“双罚制”或者“单罚制”的任何立法表述,即欠缺单位主体犯罪所对应的刑事责任处罚的任何规定。尽管增设单位犯罪处罚方式的建议一直客观存在,<sup>[45]</sup>但是“我国刑法规定对单位只能采用罚金刑”。<sup>[46]</sup>尽管存在“罚金刑”的立法规定,但这一规定明显不是单位犯罪双罚制之下的处罚规定,而是针对自然人判处主刑前提下的“并罚制”,基于“罚金刑”的非专属性,并不能就此得出其所对应的就是单位主体的刑事责任。因而,结合现有妨害兴奋剂管理罪规定的刑罚处罚后果来看,同样并无单位主体之下对应的刑事责任类型,所以据此也更能明确地得出单位主体并不在该罪名规制范畴的结论。

刑事立法中增设妨害兴奋剂管理罪,确实是为了“完善打击和制裁兴奋剂相关违法犯罪的刑法制裁体系,从源头遏制兴奋剂违法犯罪行为”。<sup>[47]</sup>但是,刑法适用必须坚守罪刑法定原则,不能为了打击和制裁目的而扩张到与之相关的所有行为。由于国内、国际重大体育竞赛背后的竞争性使然,单位利益驱使下的妨害兴奋剂管理行为必然客观存在,即单位集体意志之下实施的“引诱、教唆、欺骗”运动员使用兴奋剂或者“明知而提供”兴奋剂给运动员参加国内、国际重大体育赛事,以及单位集体意志支配下实施的“组织、强迫”运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛等情形。通过前述的分析可知,对单位主体实施的妨害兴奋剂管理的行为不能在现行刑法中追究单位主体的刑事责任,否则将打破法的稳定性与明确性要求。但是,不追究单位的刑事责任,并不代表此类行为存在明显的处罚漏洞,也不意味着要免除所有人的刑事责任。有学者指出,部分犯罪的单位主体欠缺,最为妥当的不是

通过解释方式予以扩张,而应当“通过对单位犯罪立法模式的整体重构,来实现单位实施纯正自然人犯罪的单位犯罪化”。<sup>[48]</sup>在未规定单位主体而处罚自然人的有罪论模式下,存在“规范隐退论”与“反教义学化”的倾向。<sup>[49]</sup>但是,在立法论未明确规定的情形下,需要通过教义学来解决这一问题。正如车浩教授所言:“利用逻辑力量与存在一定距离的法律文本构建起关联性,进而链接到法律适用中,与那些直面文本的解释工作一起,构成了法教义学的知识内容。”<sup>[50]</sup>何况,在本罪创立时间不长的情形下,寄望通过立法再行修订来解决上述问题,本身也并不现实。

不处罚单位与不处罚单位之下的自然人不可同日而语,有罪论的认定并不是超越规则或者对抗教义学。不可否认的是,单位主体实施的妨害兴奋剂管理行为,本身属于具有社会危害性与刑罚必罚该当性的行为,在此情形下,我们不能放纵该类行为并且无视此类行为的发生。毕竟,从行为类型上来说,既然自然人主体的妨害兴奋剂管理的行为已经被犯罪化,需要采用刑事手段予以规制,那么在单位集体意志支配下实施的危害行为,其主观恶性与客观危害性远远超出自然人的犯罪类型,此时如果在刑事处罚之外,则明显不合刑事法治原理,也难以做到罪与刑的均衡匹配。进言之,按照“举轻以明重”的当然解释原理,在危害程度较轻的自然人主体实施的行为应当承担刑事责任的前提下,危害性更高的单位主体实施的危害行为显然不能徘徊于刑事责任的规制范畴之外,否则会导致明显的处罚漏洞,损害国民法感情的理解与认同,以及导致刑事责任归咎时明显不符合比例原则和罪责刑均衡原则的尴尬处境。

基于此,尽管现行刑法未直接规定单位主体构成妨害兴奋剂管理罪,但是基于刑罚处罚的周延性与罪刑均衡性的考量,需要对单位主体的妨害兴奋剂管理行为予以妥当处置,即此时实施妨害兴奋剂管理行为的单位主管人员或者直接责任人员应承担自然人犯罪的刑事责任。有学者指出,单位实施纯正自然人犯罪的,由于主管人员是单位犯罪的构成要素,因而只能追究单位直接责任人员的刑事责任,而不能追究单位主管人员的刑事责任。<sup>[51]</sup>但是,我们在处理单位实施的自然人犯罪时,需要做到罪刑均衡,不能把单位该当的刑罚全部让渡到自然人身上,让其背负不均衡的刑罚。<sup>[52]</sup>尽管此种处理方式可能会受到一定质疑,即认为存在变相扩大犯罪圈或者违背罪刑法定原则的异议,但是此种见解明显不成立。“将一个行为认定为犯罪是否违反罪刑法定原则,取决于具体判断,……抽象地指责某种结论违反罪刑法定原则,不可能令人信服。”<sup>[53]</sup>实际上,犯罪圈的大小划定本身是由行为危害程度与刑罚处罚妥当性所决定的,我们不能径行因为解释结论把某些行为纳入到刑罚规制之中,而直接认为此种结论带来了犯罪圈扩张,从而得出其悖情悖理之观点。显然的是,照此理解方式,刑法中的扩张解释与目的解释方法就根本不会存在,毕竟依照这样的解释方法往往带来的是刑法规制扩张的效果。另外,罪刑法定原则具有相对明确性与允许合理解释的现实必要,只要在罪刑规范语义射程的范围之内,据此合理解释得出的结论均是符合刑事法治原则且契合罪刑法定内在精神的。因而,在妨害兴奋剂管理罪的现有规定之下,排除单位犯罪的同时对单位之下的主管人员或者直接责任人员予以刑罚论处,仍然是刑罚处罚必要性罪刑法定原则的应有之义。

#### 四、运动员参与他人妨害兴奋剂管理行为的刑事规制

由于妨害兴奋剂管理罪的实行行为之中欠缺运动员违法使用兴奋剂的行为类型,因而本罪名并不直接规制运动员单一性地违法使用兴奋剂。但是,需要指出的是,前文得出的结论仅限于运动员单一主体下的违规使用行为,而不涵摄所有类型下的运动员介入行为。“法律前提是从特定的视角,将一般性的法律规范与具体语境相结合的过程。”<sup>[54]</sup>因而,在一般性排除运动员作为本罪主体的前提下,



在特定情境下的运动员介入兴奋剂管理秩序之中,仍有进一步探究的现实必要。

需要指出的是,在现有妨害兴奋剂管理罪中未规定运动员违规使用兴奋剂的实行行为,虽然对此行为类型按照法无明文规定不为罪的刑事法治原则,理当不作为犯罪论处并受刑罚处罚,但是并不意味着妨害兴奋剂管理罪对运动员的介入行为完全不处罚。因为在运动员单纯滥用行为之外,仍然存在着其他情形的介入型妨害行为。比如,如果运动员并非基于个人自由意愿的私自违规违法使用,而是引诱、教唆、欺骗其他运动员使用兴奋剂,或者让他人为其提供兴奋剂,甚至介入到组织、强迫运动员使用兴奋剂的行为之中,此时是否对运动员按照妨害兴奋剂管理罪论处、如何合理分配刑罚份量,需要在刑法规范适用层面予以清晰回答。基于上述问题的提出,笔者将对此进行教义学层面的回答。

### (一) 运动员针对他人违规使用兴奋剂的刑事规制

运动员引诱、教唆、欺骗他人使用兴奋剂参加国内、国际重大体育赛事,或者明知其他运动员参加上述比赛而向其提供兴奋剂的行为,虽然该情形中的直接参与者是运动员,但是明显不同于前述所言的运动员单纯违规使用兴奋剂的行为,从行为人的不法程度和罪责情形来看,这一行为明显具有刑事可罚性,理当追究刑事责任。而且,针对他人违规实施的妨害兴奋剂管理行为,系对他人身心健康与公平竞赛的双重侵犯,具有不可否定的法益侵害性。在此,首先应当对前述行为与运动员针对他人违规使用兴奋剂的行为作严格区别,以免在混淆视听中误把本质上不同的行为作为同一行为对待。已然清晰的是,前述所言运动员单纯违法使用兴奋剂的行为,是运动员个人意志支配下针对自己违规使用兴奋剂的行为,从行为主体到行为对象均为合一状态,这与此处探讨的运动员针对他人违规使用兴奋剂的行为构造完全不同。基于此,当我们在笼统陈述运动员不构成妨害兴奋剂管理罪时,一定要注意所处的具体语境及其与之对应的语义内涵,不能不加区别地泛化认为只要是运动员就绝然不构成本罪,而是应当结合行为人介入下的主客观行为进行审慎判断。

在运动员实施引诱、教唆或者欺骗等针对他人使用兴奋剂时,虽然运动员的主体身份客观存在,但是由于该身份既不是法定排除的具体事由,也不是社会相当性层面超法规的出罪事由,因而此时单纯以运动员主体来否定刑事责任明显不合适。从犯罪成立层面来说,运动员实施针对他人使用兴奋剂的行为,既不能排除构成要件的该当性,也不能阻却刑事违法性。相较于一般社会主体而言,在刑罚的可责性层面,运动员的主体身份说明其对兴奋剂的认知程度远胜于常人,在不遵从体育规则的主观心态上有明显的规范对抗态度,因而刑罚意义上的可谴责性不是更弱而是更强,在刑事处罚上存在正当根据。与此同时,运动员实施针对他人的妨害兴奋剂管理行为也具有政策预防的需要。“既然刑罚规范是从刑事政策中产生的,那么,解释刑法自然离不开刑事政策。”<sup>[55]</sup> 由于运动员介入到针对他人使用兴奋剂行为过程之中,无论是其主观恶性还是客观危害性,不仅没有消减之势,反而呈现更为强烈的惩罚性需求,因而遵照前述运动员单纯违规使用兴奋剂进行除罪处理的结论显然不合时宜。

不可否定的是,运动员对于针对他人的妨害兴奋剂管理的实行行为应当承担刑事责任,其完全契合刑法基本原则。首先,运动员实施针对他人的妨害兴奋剂管理行为,与罪刑法定原则并不相悖。实际上,之所以认为此种情形的运动员应当承担妨害兴奋剂管理罪的刑事责任,最为直接的理由仍然在于刑法规定,即本罪的构成要件为其刑罚论处提供了明确的法律根据。需要指出的是,运动员针对自己违规使用兴奋剂欠缺实行行为的明确规定,因而排除在妨害兴奋剂管理罪的刑事规制之外。与之相反的是,运动员引诱、教唆、欺骗其他运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛,或者明知其他运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂等行为,均在妨害兴奋剂管理罪的构成要件之中,并没有因此带来刑罚处罚事由的扩张。只要妨害兴奋剂管理罪的主体达到刑事责任年龄并具有正常的辨认或

者控制能力,在欠缺实质性的违法阻却或者责任阻却事由的前提下,此时并不因为运动员较之于普通人的差异性而排除犯罪成立。其次,基于行为人主观可谴责性的考量,运动员具有超越于普通人的认识能力与规范遵守的严格要求,作为犯罪论处与罪责刑相适应原则也完全契合。何况,运动员针对他人实施的妨害兴奋剂管理行为,并不欠缺期待可能性,反而具有更强的适法性期待。最后,普通行为人在实施妨害兴奋剂管理行为时都要承担相应的刑事责任,此时的刑事可罚性并不存在任何异议,运动员相对于普通人具有更高的主观认知与职业伦理要求,按照适用刑法人人平等原则的内涵实质,以妨害兴奋剂管理罪论处具有妥当性。综上可见,运动员针对他人实施妨害兴奋剂管理的行为应当承担刑事责任,不仅不违反刑法基本原则及其精神,反而在契合之中充分说明这一结论得出的逻辑自洽性。

## (二) 运动员介入第三方涉自己违规使用兴奋剂的刑法规制

运动员介入到他人针对自己违规使用兴奋剂的行为具有一定的特殊性,需要对此审慎分析并得出结论。比如,运动员引诱、教唆、欺骗他人针对自己实施妨害兴奋剂管理行为,此时的特殊之处在于,虽然违规使用兴奋剂的行为人是运动员本人,但是,这一行为类型明显不同于运动员单纯违规使用兴奋剂的情形。原因在于,运动员单纯违规使用兴奋剂是封闭性的行为类型,即此时系运动员在不牵涉他人情形下的自主性使用,而运动员引诱、教唆、欺骗第三方针对自己违规使用兴奋剂的行为与此明显不同,因而此时对运动员是否追究刑事责任存在理论上的困惑。罪刑法定原则对罪状的明确性要求与个案的模糊性永远难以一一对应,“明确性只是一种相对的要求,要求刑法明确到毋需解释的程度只是一种幻想”。<sup>[56]</sup>在刑法条文涵摄不周延的情形下,根据刑法教义范畴进行合理解释成为必然抉择。在欠缺刑法明确规定的与第三人共同行为时,是否能够按照共犯这一刑罚扩张事由予以解决,即运动员与他人主体是否构成妨害兴奋剂管理罪的共同犯罪?在构成共同犯罪的前提下是共同追究刑事责任,还是因运动员主体身份的特殊性而排除刑事责任?在运动员不承担刑事责任的情形下,第三方主体的刑事处罚如何解决?

如何妥当解决上述问题,关键在于厘清我们的分析思路,从而保证结论的得出具有逻辑自洽性。笔者认为,运动员介入他人针对自己违规使用兴奋剂的行为类型中,既有运动员自己刑事责任的判断问题,又有外在主体是否承担刑事责任的现实问题。传统的分析思路是,我们以运动员为兴奋剂使用者作为刑事归责的立足点,并以运动员单纯违规使用不构成妨害兴奋剂管理罪为理由,先把运动员从刑法规制中排除出去,然后再另行考察其他主体是否符合本罪的构成要件,在其他主体主观明知的前提下而为运动员提供兴奋剂,从而据此单独追究第三方主体的刑事责任。这一分析思路采用“分而论之”的辨析路径,表面上似乎较为清晰,因为通过逐一考察运动员与他人的不同行为,从而分别得出运动员与他人是否承担刑事责任的结论。然而,这一研判路径的最大问题恰恰在于把运动员与他人进行非整体审视,导致无视客观事实并且人为割裂主体关联的实质缺陷。直白地说,运动员介入到妨害兴奋剂管理的行为链条之中,运动员对他人参加进来或者他人实施妨害兴奋剂管理行为本身存在原因力,运动员与第三者相互协力并共同完成行为过程说明其整体的不可分割性。如果无视运动员自身行为而径行判断他人行为及其刑事责任,这不仅有悖客观发生的基础性事实,而且有违刑法分析评价所要遵循的全面性原则。对此,令人困惑的是,既然运动员既是引诱者或者唆使者,又是违规使用兴奋剂的直接主体,如果此时不法程度更胜一筹的运动员尚且不承担刑事责任,则他人的协助行为反而要承担刑事责任的合理性何在?显然,遵照上述“分而论之”的分析思路,这一问题的回答仍然是云里雾里,欠缺清晰顺畅论证过程的结论自然难以得到认同与支持。

可否刑事归责的判断,需要考量“归责对象与行为的具体关联”。<sup>[57]</sup>“刑事归责关系是行为人—行

为-结果三者之间的归责关系。这种归责关系不是行为人-行为-结果之间在事实上的逻辑联系,而是三者之间在规范上的联系。”<sup>[58]</sup>运动员通过他人介入实施妨害兴奋剂管理行为的刑事责任问题,应当回归到共同犯罪的框架之中进行分析。运动员与他人共同协力完成并致使妨害兴奋剂管理行为完整呈现,无论在主观罪过还是客观危害行为层面,彼此之间相互配合使之具有难以剥离的共同特性,因而需要在共同犯罪的视域下进行分析与判断。笔者认为,遵照行为共同说的共犯特质,尽管运动员系直接使用兴奋剂的现实主体,但是因为其通过现实行为而介入到妨害兴奋剂管理的行为体系之中,同样具备本罪构成要件的符合性与刑事违法性,因而不能据此排除二者之间共同犯罪的成立。按照行为共同说的理念,“在各个共犯人所意图实现的犯罪事实之内,只要彼此之间具有因果关系上的共同性就能成立共犯,各自对自己之行为承担责任”。<sup>[59]</sup>行为共同说与行为因果关系直接关联,“在能够肯定因果关系的情况下,各行为人成立共犯”。<sup>[60]</sup>毕竟,此种情形下的运动员并非自己单纯违规使用兴奋剂,而是通过自身行为把他人置入危害行为之中,既增加了他人刑事可罚的风险,又协力助成了兴奋剂管理法益的违反,因而应当成立共同犯罪。按照行为共同说的“数人数罪”,较好贯彻了“违法共同、责任个别”的共同犯罪判定思路。<sup>[61]</sup>但是,需要明确的是,这一共同犯罪是运动员从属于他人而构成的,即系运动员加功于“他人提供兴奋剂的行为”而建构起共同违法关系,而非他人加功于“运动员的引诱或者教唆行为”,原因在于现有刑法规定中的引诱或者唆使运动员的行为本身并不囊括运动员个人行为,因而在限制从属的关系辨别时需要对此辨清。

在运动员与他人构成共同犯罪的前提下,运动员针对本人的妨害行为并不就此获得充足的刑罚可罚理由。由于妨害兴奋剂管理罪立法设置时排斥运动员的刑事可罚性,而且相对于教练或者运动员所在协会的主管领导等主体来说,运动员并不存在优势地位,或者说没有外在主体的实质支撑或者协力完成,单纯依赖运动员自身也较难完成妨害兴奋剂管理行为。基于此,我们可以看到,即使运动员自身介入到妨害兴奋剂管理的行为链条之中并有现实的作用力,但是在刑罚可归咎的责任层面来说,并没有体现出强烈的刑罚惩罚必要性与需罚性诉求,因而此时仍然应当以运动员欠缺有责性而排除刑事责任的追究。当身体受到来自于本人的侵害时,基于刑法中的被害人同意理论,刑事法律对此并不提供保护。<sup>[62]</sup>即使在复数法益的犯罪情形下,占据优势地位的法益同意往往对出罪与否起着决定性作用。<sup>[63]</sup>在共同犯罪前提下的刑罚裁量主要是量刑均衡,以发挥责任公正的合理分担。“责任既不是被个体化,也不是被否定,而是被分担。”<sup>[64]</sup>遵照这一思维路径,不仅整体性审视了运动员与他人之间协力完成妨害兴奋剂管理的行为全过程,而且在尊重法律规定之下较清楚地解释了多主体之间的关系,较为顺畅地梳理了运动员介入第三针对自己实施的妨害兴奋剂管理罪的刑事责任问题。

### (三) 运动员介入妨害兴奋剂管理行为下的刑罚分担

从具体类型上来看,运动员介入妨害兴奋剂管理行为的具体场域之下,可能导致需要承担刑事责任或者不需要承担刑事责任的两种情形。已如前述,运动员引诱、教唆、欺骗他人使用兴奋剂参加国内、国际重大体育赛事,或者明知其他运动员参加上述比赛而向其提供兴奋剂的行为,此时并不因运动员身份而阻却妨害兴奋剂管理罪的成立,运动员刑事责任的承担具有正当性根据。在运动员单一主体涉罪的情形下,尽管在客观层面不能体现出类型案件在不法程度上的程度悬殊性,但是基于罪责层面的可谴责性因素的考量,运动员的身份具有不同于普通人的差异性,在规范认同与主观恶意的评价上更应强于社会一般人,因而在具体刑罚裁量时具有适当从重考量的现实必要。

除了运动员独立性的犯罪主体之外,更值得我们审视的是运动员作为共犯参与人的刑罚分担问题。在运动员与他人共同针对第三方的妨害行为时,由于运动员的不法与罪责同时存在,因而其作为

刑事责任的承担主体并无异议,需要考量的是不同行为人刑事责任的刑罚分配问题。<sup>[65]</sup>基于运动员与第三方的共同协力行为,在共同承担刑事责任的框架范畴内,运动员的主体身份并不是优先考虑的因素,即此时不能因为运动员的身份而一律从重处罚。原因在于,此时运动员与他人共同承担妨害兴奋剂管理罪的刑事责任,在刑罚分配时需要考量不同犯罪人在犯罪活动中的作用力大小,通过主从犯的认定来量化不同行为人的该当性刑罚。此时由于其他行为人介入到妨害兴奋剂管理罪的场域之中,运动员的身份并不必然发挥着助推犯罪的实质性作用,因而不能脱离主从犯的认定而径行根据运动员的身份进行刑罚的从重配置。

运动员与他人共同实施针对其本人违规使用兴奋剂的妨害兴奋剂管理行为,此时基于对妨害兴奋剂管理罪的法益考量,运动员不负刑事责任,而由与之共同行为的他方主体承担刑罚后果。问题在于,由于运动员脱逸于刑事责任的框架之外,在对涉入其中的他方主体进行刑罚裁量时,如何进行公正的刑罚分担需要予以合理解决。需要指出的是,此时运动员与他人的共同妨害行为仍具备共同违法性,而且运动员加诸于自己的行为仍然具有刑罚谴责性,因而最终把运动员排除在刑事责任的范畴之外并不是基于违法性与有责性的阻却事由,而是因为运动员涉入到共同妨害行为之中的法益因素或者需罚性考量。基于此,在对运动员之外的第三方进行刑罚裁量时,不能无视运动员涉入其中的违法性与有责性,而应当在充分全面考量的基础上,对第三方该当的刑罚进行相应的从轻或者减轻,以体现责任个别化的刑事司法原则。否则,如果以运动员不负刑事责任而径行对第三方进行普通情形下的刑罚裁量,则不仅无视了运动员涉入其中的主客观情形,而且不当增加了行为人的刑事负担。因而,基于运动员在不法与责任共同体中客观存在并具有原因力的实践情形,在整体性的刑事责任中分担并在最终第三方的刑罚中予以扣除,不因为运动员的犯罪免除而把妨害兴奋剂管理行为的全部责任苛责于第三方,从而在兼顾客观事实与责任个别化的前提下进行刑罚的公正裁量,把罪责刑相适应的刑法基本原则贯穿于个案之中。

## 五、结 语

妨害兴奋剂管理罪作为刑法修正案的增设罪名,在实践适用中面临着诸多现实问题而亟待理清,探讨本罪所涉刑事规制对象的相关问题,实质牵涉到刑罚处罚的辐射半径与规范评价问题。本罪的规范适用以个罪的具体规定为前提,现有刑法的明确性不能囊括实践中的所有情形,如何面对罪刑法定原则的司法化是“立法后半场问题”。应当从刑法教义学分析视角进行价值判断,对本罪刑事惩治对象中牵涉的单位与个人进行规范分析。除了独立性个体的处罚问题,运动员介入妨害兴奋剂管理行为之中的危害类型同样值得审慎甄别。基于运动员单纯违规使用兴奋剂行为不具有刑事可罚性的原因,以及运动员介入妨害兴奋剂管理行为是否承担刑事责任的疑虑,仍然需要结合刑事归责原理与刑法规制的立法设置进行理性探讨,并在区别两种类型差异性的基础上,针对所涉运动员妨害兴奋剂管理的类型化特征进行细致研判,既对共同行为人的刑事责任有无进行规范判断,又对涉入其中的参与者的刑罚份量进行均衡裁量。刑法规制的对象划定牵涉到刑罚权力调配与权利保障的双向维度,只有细致梳理其间的症结点并直面可能存在的困惑,才能对刑事罪责对象的规制问题予以教义厘清,进而有助于妨害兴奋剂管理罪的规范适用。

### 注释:

[1] 参见储陈城:《德国兴奋剂刑法规制的变迁及对我国的启示》,《北京体育大学学报》2018年第11期。

- [2]李森:《刑法修正案(十一)下妨害兴奋剂管理罪的适用与展望》,《人民论坛·学术前沿》2022年第1期。
- [3]刘文渊、张润琛:《妨害兴奋剂管理罪保护法益的厘定》,《湖北体育科技》2022年第11期。
- [4]刘浩:《妨害兴奋剂管理罪的保护法益及其规范适用》,《江汉论坛》2022年第9期。
- [5]劳东燕:《刑法修正案(十一)条文要义》,北京:中国法制出版社,2021年,第324页。
- [6]魏东、周树超:《妨害兴奋剂管理罪的法理诠释》,《法治现代化研究》2021年第5期。
- [7]崔志伟:《妨害兴奋剂管理罪的合体系性解释》,《上海体育学院学报》2021年第12期。
- [8]参见赵宗涛:《妨害兴奋剂管理罪处罚范围的界定》,《上海体育学院学报》2021年第12期。
- [9]参见李冠煜:《妨害兴奋剂管理罪的争议问题》,《法学》2023年第4期。
- [10][17]徐挺笠、李勇:《妨害兴奋剂管理罪的保护法益及行为构造》,《中国检察官》2021年第7期。
- [11]涉及运动员是否必须注册,则可以在所不问,而应以国际、国内重大体育赛事的参加者为限。参见李智、刘昕洁:《妨害兴奋剂管理罪的司法考量要素问题研究》,《北京体育大学学报》2022年第4期。
- [12]参见喻海松:《妨害兴奋剂管理罪的成立要件与衔接适用》,《北京体育大学学报》2022年第8期。
- [13]苗连营:《中国宪法的价值谱系及其时代图景》,《西南政法大学学报》2023年第2期。
- [14]也正是基于此,德国《体育反兴奋剂使用法》第一条列出了立法目的,即是为了保护运动员健康和体育的完整性。从中可见,保护运动员的健康往往是作为反兴奋剂的首要目的而存在。
- [15]万艺:《从体系化视角对体育权法律属性的再探讨》,《体育学刊》2021年第3期。
- [16]参见郭树理:《揆情审势、宽严相济:〈世界反兴奋剂条例〉之新发展》,《上海体育学院学报》2021年第2期。
- [17]参见陈书睿:《反兴奋剂法律制度研究》,《西安体育学院学报》2017年第2期。
- [18]参见陈书睿、郭树理:《反兴奋剂公共利益的学理探析及启示》,《体育学研究》2019年第6期。
- [19]冯军:《刑法中的自我答责》,《中国法学》2006年第3期。
- [20]张建军、王博:《风险社会积极刑法观的贯彻及其限度》,《西南政法大学学报》2023年第3期。
- [21]参见刘焱、芮沁:《论兴奋剂滥用的刑法规制》,《中国卫生法制》2019年第6期。
- [22]杨春然:《论兴奋剂处罚的归责原则与WADC目的的冲突及协调》,《武汉体育学院学报》2017年第3期。
- [23][日]前田雅英:《刑法总论讲义》第六版,曾文科译,北京:北京大学出版社,2017年,第264页。
- [24]有学者指出:“兴奋剂处罚会剥夺运动员的重大法益,具有惩罚性。……反兴奋剂处罚既然具有惩罚性,当然属于刑罚的范畴。”参见杨春然、王学栋:《论反兴奋剂国际体育仲裁中的运动员程序保护》,《北京体育大学学报》2018年第11期。但是该观点是建立在立应然基础上的,单纯以惩罚性因素得出刑罚范畴,仍然具有偏颇性。
- [25]参见杨春然、张晓菲:《论反兴奋剂治理机制的改革:扩张违规主体抑或独立化?》,《天津体育学院学报》2019年第5期。
- [26]刘博涵:《论刑法规制涉兴奋剂行为的“张”与“弛”》,《体育成人教育学报》2021年第1期。
- [27]郝英兵:《刑事责任论》,北京:法律出版社,2016年,第119页。
- [28]《反兴奋剂管理办法》第二十九条规定:“发生兴奋剂违规,由全国性体育社会团体等有关单位依据《反兴奋剂规则》及其章程对运动员和辅助人员作出取消比赛成绩和参赛资格、停赛、禁赛等处理,对相关运动员管理单位作出警告、停赛、取消参赛资格等处理。委托检查中发生的兴奋剂违规,由兴奋剂检查委托方和相关单位作出处理决定。运动员发生兴奋剂违规,还应当处理直接责任人和主管教练员等相关人员。”
- [29]参见张世杰、田恩:《计划行为理论下我国运动员使用兴奋剂的心理因素分析》,《安徽体育科技》2020年第4期。
- [30]田恩庆、仇军:《国际体育社会学兴奋剂问题研究的理论、方法与观点》,《上海体育学院学报》2019年第2期。
- [31]参见周青山:《美国职业体育兴奋剂控制的特点及对我国的启示》,《体育学刊》2019年第6期。
- [32]参见乔一涓等:《我国兴奋剂治理法治化进程与完善——人民网“中国反兴奋剂法治的历史与现状”访谈述评》,《海峡法学》2021年第1期。
- [33]基于此,对运动员本人违规使用兴奋剂的行为更应注重其预防,做到预防远远重于事后处罚,因而应当加强兴奋剂事前的教育管理工作,通过心理干预来消除可能带来的不良动机。参见王磊:《国际体育兴奋剂检测方法及相关领域研究进展》,《上海体育学院学报》2019年第2期。
- [34]参见王倩倩:《我国运动员使用兴奋剂入罪的可行性分析》,《中国药物滥用防治研究》2019年第1期。
- [35]参见姜世波、王睿康:《法教义学视角下的体育法治进路——基于司法中心主义的思考》,《西安体育学院学报》2021年第2期。
- [36]参见许永安:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,北京:中国法制出版社,2021年,第441页。
- [37]Henne KE, *Testing for athlete citizenship regulating doping and sex in sport*, New Brunswick: Rutgers University Press, 2015.
- [38]孟春雷、曹景川:《竞技体育中兴奋剂使用的伦理危害及其化解》,《广州体育学院学报》2018年第4期。

[40]比如,“俄罗斯集体兴奋剂事件”便是在俄罗斯体育部的支持下完成的,因而从客观行为来说,单位主体介入妨害兴奋剂管理行为在实践层面并无异议。参见宋彬龄、曾捷:《反身法理论下政府与体育组织合作的兴奋剂治理新范式》,《上海体育学院学报》2021年第2期。

[41][43]黎宏:《组织体刑事责任论及其应用》,《法学研究》2020年第2期。

[42]参见蒋熙辉:《单位犯罪刑事责任立法比较、反思及完善》,《国家检察官学院学报》2003年第2期。

[44]刘风景:《法律文本层次结构的功能与设置》,《西南政法大学学报》2024年第4期。

[45]参见彭风莲:《从〈联合国打击跨国组织犯罪公约〉看我国单位犯罪的立法趋势》,《法学杂志》2008年第5期。

[46]参见田承春:《论单位犯罪处罚规定的缺陷及其完善》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2005年第1期。

[47]参见李明鲁:《非法提供兴奋剂的刑事可罚性分析》,《北京政法职业学院学报》2017年第1期。

[48]参见利子平、周建达:《单位实施纯正自然人犯罪的司法尴尬与立法解脱》,《当代法学》2009年第5期。

[49]参见刘艳红:《“规范隐退论”与“反教义学化”——以法无明文规定的单位犯罪有罪论为例的批判》,《法制与社会发展》2018年第6期。

[50]车浩:《刑法教义的本土形塑》,北京:法律出版社,2017年,第7页。

[51]参见张少林:《单位实施纯正自然人犯罪刑法处理新论》,《东方法学》2008年第5期。

[52]参见张天虹:《论单位实施自然人犯罪的刑事责任》,《法学家》2003年第2期。

[53]张明楷:《法益初论(下册)》,北京:商务印书馆,2021年,第510页。

[54]齐建英:《语用学视域中的法律推理研究》,北京:中国政法大学出版社,2015年,第134页。

[55]欧阳本祺:《刑事政策视野下的刑法教义学:探索中国刑法教义学与刑事政策的贯通构想》,北京:北京大学出版社,2016年,第262页。

[56]参见梁根林、〔德〕埃里克·希尔根多夫:《中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释》,北京:北京大学出版社,2013年,第105页。

[57]参见晓非:《归责与规范》,北京:商务印书馆,2019年,第282页。

[58]朱兴:《刑事归责研究》,北京:中国政法大学出版社,2018年,第89页。

[59]黎宏:《共同犯罪行为共同说的合理性及其应用》,《法学》2012年第11期。

[60]参见姚培培:《共犯本质论重述——行为共同说的本土化证成》,《中外法学》2022年第6期。

[61]参见高勇、庞鑫:《论行为共同说适用的合理性》,《齐齐哈尔大学学报(哲学社会科学版)》2023年第3期。

[62]参见〔日〕佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第316页。

[63]车浩教授对复数法益下的被害人同意,提出了通过“优势法益”来进行出罪认定。车浩教授认为:“如果同意的可支配法益是优势法益,那么该罪名不成立;如果不可支配的法益是优势法益,那么该罪仍然成立。”参见车浩:《复数法益下的被害人同意——“优势法益说”之提倡》,《中国刑事法杂志》2008年第5期。

[64]参见〔英〕艾伦·诺里:《刑罚、责任与正义:关联批判》,杨丹译,北京:中国人民大学出版社,2009年,第282页。

[65]即使支持单一正犯体系,也不得不面对刑罚分配的均衡性问题。对此,单一正犯的支持者刘明祥教授指出:“根据构成犯罪的参与人参与犯罪的性质和程度(主要是参与行为对危害结果发生所起作用的大小),给予轻重不同的处罚。”参见刘明祥:《不能用行为共同说解释我国刑法中的共同犯罪》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第1期。

[责任编辑:邹秋淑]