兴奋剂犯罪拟制规定的司法适用

霍俊阁

(西南政法大学 人工智能法学院,重庆 401120)

摘 要:刑事制裁涉兴奋剂犯罪第一案判决的作出,标志着《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》已成为兴奋剂犯罪案件的审理依据。但兴奋剂犯罪拟制规定在补强反兴奋剂规则治理效果、衔接反兴奋剂规则处罚规定的同时,也存在致使兴奋剂犯罪处理结果失当的风险。如何规范适用该解释中的兴奋剂犯罪拟制规定,成为后续审理兴奋剂犯罪案件的关注重点。为避免兴奋剂犯罪行为处置陷入规范冲突,在适用兴奋剂犯罪拟制规定时,应遵循兴奋剂违规处理程序的前置适用,并保持与我国《刑法》第13条"但书"规定的体系协调。

关键词:兴奋剂犯罪;司法解释;拟制规定;体系适用

中**图**分类号: G80-05 文献标志码: A

文章编号: 1008-3596 (2022) 05-0001-07

2021年我国以刑事手段制裁涉兴奋剂犯罪 第一案的秦某某、赵某非法经营兴奋剂案,已由 上海市第三中级人民法院作出判决, 认定秦某 某、赵某构成非法经营罪[1]。这标志着《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》(以下简称《兴奋剂解 释》),已经开始由规范文件走入刑事司法实践, 成为涉兴奋剂犯罪案件的审理依据。具体适用该 司法解释处理兴奋剂违法犯罪案件时,应着重关 注《兴奋剂解释》就兴奋剂犯罪所作的拟制性规 定。因为兴奋剂犯罪的拟制规定虽具有一定的设 立基础, 但因其与现行刑法分则罪名体系存在一 定疏离,不免会在刑事司法适用过程中产生风 险。为推动兴奋剂犯罪拟制规定的规范适用,本 文将在阐释《兴奋剂解释》中的兴奋剂犯罪拟制 规定利弊的基础上,构建兴奋剂犯罪拟制规定的 体系化适用方案。

1 兴奋剂犯罪拟制规定的梳理

在《兴奋剂解释》施行之前,我国《刑法》 及其司法解释虽然没有专门使用兴奋剂这一概念 术语,但依然对走私、非法经营、非法使用兴奋 剂等违法犯罪行为作出了规制。因为走私普通货 物、物品罪,非法经营罪,滥用职权罪,玩忽职 守罪等罪名,同样适用于上述犯罪行为中涉及兴 奋剂的情形。与之前规范不同的是,《兴奋剂解 释》在刑法对兴奋剂犯罪的现行规制范围之外, 另将特定兴奋剂违法行为拟制规定为了刑事犯 罪。一般认为,法律上的拟制说的是将两个 "类"等同视之或者将两个图像(类型)等同视 之^[2],其特点在于导致将原本不同的行为按照相 同的行为处理,包括将原本不符合某种规定的行 为也按照该规定处理^[3]。而对以上行为的规定即 拟制性规定,其中,我国最高人民检察院、最高

收稿日期: 2022-03-08

基金项目: 国家社会科学基金西部项目"刑罚退出机制的价值确立与实践运行研究"(17XFX009);

河北省社会科学基金项目"人工智能犯罪刑事司法问题研究"(HB20FX012)

作者简介: 霍俊阁(1990—), 男,河南开封人,讲师,博士,研究方向为刑法学、体育法。

文本信息: 霍俊阁. 兴奋剂犯罪拟制规定的司法适用[J]. 河北体育学院学报, 2022, 36 (5): 1-7.

人民法院在司法解释中制定的拟制性规范又被称为司法拟制^[4]。与之前规范相比,《兴奋剂解释》带来的显著变化即对兴奋剂犯罪的拟制规定。

具体而言,《兴奋剂解释》对兴奋剂犯罪作 出的拟制规定,主要包括以下几点。

第一,《兴奋剂解释》第1条第1款把原来 不符合走私国家禁止进出口的货物、物品罪规定 的,一年内曾因走私被给予二次以上行政处罚后 又走私属于国家禁止进出口的货物、物品中的兴 奋剂行为, 拟制按照走私国家禁止进出口的货 物、物品罪的规定处理。因为,《刑法》第 151 条第3款走私国家禁止进出口的货物、物品罪条 款,以及此前施行的《关于办理走私刑事案件适 用法律若干问题的解释》(以下简称《走私案件 解释》),均没有将"一年内曾因走私被给予二 次以上行政处罚后又走私的"行为作为本罪的犯 罪行为。也就是说,在《兴奋剂解释》施行前, 一年内曾因走私被给予二次以上行政处罚后又走 私国家禁止进出口货物、物品中的兴奋剂行为, 也并不符合本罪的规定。但《兴奋剂解释》第1 条第1款,明确将这一表明行为人人身危险性情 形,作为了走私国家禁止进出口的货物、物品罪 的入罪情形。这就使得该行为被拟制为按照本罪 处置。

第二,《兴奋剂解释》第1条第2款将原本 不符合走私普通货物、物品罪构成要件的,基于 在体育竞赛中非法使用目的走私兴奋剂目录所列 物质中不属于国家禁止进出口的货物、物品,偷 逃应缴税额 1 万元以上 10 万元以下的行为, 拟 制为按照走私普通货物、物品罪的规定处理。按 照《走私案件解释》第16条的规定,走私普通 货物、物品罪人罪数额标准中的偷逃应缴税额较 大,是指偷逃应缴税额10万以上不满50万。换 言之,如果行为人走私的兴奋剂目录所列物质不 属于国家禁止进出口的货物、物品,无论行为人 主观上基于什么样的目的,也只有在偷逃了10 万元以上的应缴税额时,才能够达到走私普通货 物、物品罪的适用标准,才应当按照本罪处理。 可是,从《兴奋剂解释》第1条第2款看,如果 行为人具有以下情形就会被按照走私普通货物、 物品罪予以处理:一是主观上有在体育竞赛中非 法使用的目的; 二是走私的兴奋剂不是国家禁止 进出口的货物、物品; 三是偷逃了1万元以上的 应缴税额。据此,《兴奋剂解释》第1条第2款 将导致原本不应按照走私普通货物、物品罪处理的,基于体育竞赛中非法使用目的走私不是国家禁止进出口货物、物品的兴奋剂,但偷逃应缴税额1万元以上10万元以下的行为,被按照走私普通货物、物品罪的规定处理。而且,《兴奋剂解释》第1条第2款对此类行为的适用是排他性的,因为《兴奋剂解释》第1条第3款规定,对于本条第1款、第2款规定以外的走私兴奋剂目录所列物质行为才适用《走私案件解释》进行定罪量刑。

第三,《兴奋剂解释》第3条将原本不符合 虐待被监护、看护人罪规定的,对未成年人、残 疾人负有监护或者是看护职责者实施的组织未成 年人、残疾人在体育运动中非法使用兴奋剂行 为,作为虐待被监护、看护人罪处理。可是,在 《兴奋剂解释》还没有实施期间,这一行为并不 属于虐待被监护、看护人罪的实行行为,不应当 适用该罪的规定予以处罚。因为在基本语义上, 虐待是指以残暴狠毒的方式待人,是以暴力、胁 迫或其他不合法方式控制他人的一种行为模 式[5]。而此类行为却难以被评价为残暴狠毒,也 没有明显的控制他人特征,不在虐待语义的可预 测范围内。同时, 在犯罪形式上, 虐待性质的家 庭暴力多表现为殴打、冻饿、强迫过度劳动、恐 吓、侮辱、谩骂等手段,虐待被监护、看护人罪 中的典型虐待行为也限于此。这些典型的虐待行 为均会给予他人即时性痛苦,且这些痛苦具有外 显性特征,能够直接从行为外观上获知痛苦内 容。但组织未成年人、残疾人在体育运动中非法 使用兴奋剂行为,既不会给他人造成即时的痛 苦, 也无法从行为外观上把握其痛苦内容, 二者 明显缺乏同类性特征。所以, 在还没有实施《兴 奋剂解释》的时间范围内,此类行为原本不属于 虐待被监护、看护人罪的处罚对象,只是《兴奋 剂解释》第3条以拟制规定方式将上述行为按照 虐待被监护、看护人罪的规定予以处理。

2 兴奋剂犯罪拟制规定的确立依据

兴奋剂问题严重损害了体育运动的公平竞争精神,是体育异化的集中体现,是国际体育界严格防范和处罚的重点^[6]。但长期的兴奋剂问题治理实践表明,现阶段反兴奋剂不能仅靠体育组织自治^[7],兴奋剂问题的有效治理还需刑法介人。在这一情形下,为补强反兴奋剂规则的治理效

果、衔接反兴奋剂规则的处罚规定,《兴奋剂解释》对兴奋剂犯罪作出了拟制规定。

2.1 补强反兴奋剂规则治理效果的需要

国际奥委会主席巴赫曾经指出,虽然兴奋剂事件的背后常常存在着运动员辅助人员的身影,但体育组织对这些人员的处罚力度却是极为有限^[8]。这一现象已然表明,反兴奋剂规则就兴奋剂违规行为所规定的禁赛、罚款、从业禁止、民事赔偿等治理措施并未取得预期成效。如果这些处罚较轻的措施能够取得切实效果的话,我国的"滥用兴奋剂"数量也不会上升了^[9]。

当反兴奋剂规则不能有效治理兴奋剂违规行 为时,就需要刑法予以介入。因为在整个法律体 系中,刑法是保障贯彻实施民商事法规、经济法 规和行政法规等法律规范的最后一道屏障[10]。 在治理某类行为时,如果通过民事手段、行政处 分不能达到治理效果,就需要对之科处刑罚。反 之,如果通过一定的民事手段、行政处分能够达 到与刑事处罚几乎同等的规制效果,就不应科处 刑罚[11]。尽管在体育竞技实践当中,我国遵循 体育团体内部处理原则来处置兴奋剂问题, 且排 除司法介入[12]。但是,这并不能否定刑法与反 兴奋剂规则之间的保障与被保障关系。且在当前 国际、国内反兴奋剂斗争的严峻形势下,兴奋剂 问题的全面解决已经无法通过传统的行政监管和 行业自律方式实现[13]。如果反兴奋剂规则无法 取得治理实效,刑法就应当及时作出回应。否 则,体育实践中的反兴奋剂斗争形势将变得更加 严峻。所以,为了补强反兴奋剂规则治理兴奋剂 违规行为的效果,需要作为后置保障法的刑法一 改之前的蛰伏状态, 应当对兴奋剂违规行为有所 作为。

在刑法立法修正的间歇期,补强反兴奋剂规则治理效果的重任应由刑事司法解释承担,《兴奋剂解释》是补强反兴奋剂规则治理效果的重要举措。但反兴奋剂规则治理的兴奋剂违规行为与刑法规制的现行行为类型,并非一一对应关系,许多兴奋剂违规行为不在现行刑法的规制范围内。出于补强反兴奋剂规则治理效果的实践需要,不可避免地需要对兴奋剂犯罪设置拟制规定,从而将现有刑法规制范围之外的兴奋剂违规行为纳人其中。例如,只有偷逃应缴税额 10 万元以上的,走私兴奋剂目录中的国家没有禁止进出口的货物或者物品行为,才处于刑法规制范

围,刑法要对偷逃应缴税额在10万元以下的此类行为进行规制,就需要设置拟制规定。因此,补强反兴奋剂规则治理效果的需要,推动了《兴奋剂解释》对兴奋剂犯罪的拟制规定。

2.2 衔接反兴奋剂规则处罚规定的需要

现阶段,为了严密兴奋剂违规行为制裁体 系,反兴奋剂规则对于兴奋剂违规行为,常设置 有"构成犯罪的,依法追究刑事责任"的处罚规 定。但在实践中,司法机关对于涉及体育运动的 使用兴奋剂行为,一直难以妥当处理[14]。因为 对大多数兴奋剂违规行为来说, 刑法中没有可以 据以追究其刑事责任的处罚规定,这使得反兴奋 剂规则的处罚规定难以与刑法处罚规定相衔接。 例如,《反兴奋剂条例》第37、38、39、40条, 均对兴奋剂违规行为作出了"构成犯罪的,依法 追究刑事责任"的处罚规定。可是,《反兴奋剂 条例》与我国刑法现行规定之间存在衔接上的空 缺,无法确定行为人的罪名,导致《反兴奋剂条 例》当中已经确定下来的相应刑事责任制度无法 实施[15]。即使对于少数兴奋剂违规行为,刑法 中存在能够据以追究其刑事责任的处罚规定,却 也往往因入罪标准较高而极少被适用。以至于, 体育运动中虽频频曝出性质严重、影响重大的兴 奋剂违规行为,却几乎没有被实际追究刑事责任 的案例。为克服上述问题,实现反兴奋剂规则的 处罚规定与刑法处罚规定的衔接, 就需要对兴奋 剂犯罪设置拟制规定,将特定的兴奋剂违规行为 纳入刑法处罚范围。

以《兴奋剂解释》第3条的拟制规定为例。 虽然《反兴奋剂条例》第40条强调,在体育运 动的过程当中,如果运动员的辅助人员组织、强 迫、欺骗、教唆运动员使用兴奋剂行为构成犯罪 的,要依法追究刑事责任,但《刑法》此前并未 就此类行为作出明确规定。在该司法解释出台前 的刑法中,可能适用的相近罪名仅有虐待被监 护、看护人罪。本罪中的"监护、看护职责通常 是基于合同、雇佣、服务等关系确定, 也可以通 过口头约定、志愿性的服务等形式确定"[16]。且 从工作内容和性质来看,运动员辅助人员也完全 符合本罪的主体要件。但客观上却难以将运动员 辅助人员针对未成年人、残疾人实施的组织、强 迫、欺骗、教唆在体育运动中使用兴奋剂行为, 解释为本罪中的虐待行为,致使无法以本罪追究 其刑事责任。为了克服这一解释障碍,能够保障 对上述行为刑事责任的追究,以衔接《反兴奋剂条例》第40条的处罚规定,《兴奋剂解释》第3条将组织未成年人、残疾人在体育运动中非法使用兴奋剂行为,拟制规定为按本罪处罚,并将上述情形作为其人罪标准。

3 兴奋剂犯罪拟制规定的运行风险

从《兴奋剂解释》第1条第1款、第2款和 第3条的具体规定来看,兴奋剂犯罪的拟制规定 并非普遍化的处罚规定, 而是对兴奋剂犯罪行为 的行为对象和主体身份作出了限定。该司法解释 第1条第1款将构成走私国家禁止进出口的货 物、物品罪的涉兴奋剂行为的对象限定为兴奋 剂,行为主体限定为运动员、运动员辅助人员和 具有在体育竞赛中非法使用目的的其他人员。该 司法解释第1条第2款则将构成走私普通货物、 物品罪的,偷逃应缴税额1万元以上的走私行为 的行为对象限定为兴奋剂,将行为主体限定为运 动员、运动员辅助人员和具有在体育竞赛中非法 使用目的的其他人员。而该司法解释第3条将构 成虐待被监护、看护人罪的涉兴奋剂行为的主 体,限定为对未成年人、残疾人负有监护、看护 职责的人。为了便于比较和区分分析,可以在兴 奋剂犯罪行为的拟制规定中,将运动员、运动员 辅助人员、具有在体育竞赛中非法使用兴奋剂目 的的其他人员,以及对未成年人、残疾人负有监 护、看护职责的人归为特定身份主体,将该范围 之外的人员归为非特定身份主体。但无论何种身 份主体,兴奋剂犯罪的拟制规定都会诱发兴奋剂 犯罪行为的处理结果失当。

第一,兴奋剂犯罪拟制规定可能引发特定身份主体实施的兴奋剂犯罪行为的处理,明显重于其他同类行为。我国《刑法》第4条规定的适用刑法人人平等原则,要求法律适用应做到"同等情况同等对待"。当前,即使认为同等情况的认定存在困难,也断然不会否认特定身份主体实施的同类行为在刑法上应属同等情况。这就要求施的同类行为在刑法上应属同等情况。这就要求治予其相同或者同类的刑法评价,否则,就会因同案异判使处理结果有失妥当。但是,兴奋剂犯罪的司法拟制会使特定身份主体所实施的同类行为中,出现涉及兴奋剂物质行为的构成犯罪而不涉及兴奋剂物质的不构成犯罪的差别对待现象。例如,当偷逃应缴税额均在1万元以上10万元

以下时,运动员等特定身份主体走私属于兴奋剂的普通货物、物品的会成立走私普通货物、物品罪,而其走私不属于兴奋剂的普通货物、物品的就不构成犯罪。但是,兴奋剂物质并不是刑法明文规定的罪量认定要素,是否涉及兴奋剂物质不影响两个同类行为的违法性程度,不会导致两个同类行为的法律事实差异。在两个同类行为的违法性程度和责任内容均相同的情况下,兴奋剂犯罪拟制处罚规定使得前者入罪而后者无罪的作法,必然不符合同等情况同等对待的要求。因此,兴奋剂犯罪拟制规定会诱发特定身份主体实施的兴奋剂犯罪行为的处理结果,明显重于其他同类行为。

第二,兴奋剂犯罪拟制规定将诱发非特定身 份主体实施的兴奋剂犯罪行为的处理, 重于其他 同类行为。从共同犯罪规定来看,上述兴奋剂犯 罪行为的处理结果重于其他同类行为的不当现 象,也存在于非特定身份主体实施的兴奋剂犯罪 中。例如,乙是非特定身份主体,甲是特定身份 主体, 而乙在体育运动过程中帮助、教唆了甲, 让甲来强迫未成年人或者残疾人非法使用兴奋 剂,此时乙就会作为狭义共犯而成立虐待被监 护、看护人罪。而如果乙帮助、教唆甲强迫未成 人、残疾人在体育运动中非法使用的不是兴奋剂 物质, 乙一般不会构成本罪的狭义共犯。这就使 非特定身份主体实施的兴奋剂犯罪行为的处理, 明显重于其他同类行为。由于兴奋剂物质并不是 刑法明文规定的虐待被监护、看护人罪的构成要 件要素,其既不表明行为的违法性程度也不说明 行为的责任程度。虽然上述两个同类行为中强迫 使用的物质不同,但二者在法律事实上并无差 别。因此,对非特定身份主体实施的兴奋剂犯罪 行为的处理不应重于其他同类行为。

第三,兴奋剂犯罪拟制规定会使特定身份主体实施的兴奋剂犯罪行为的处理,重于非特定身份主体实施的同类行为。按照《兴奋剂解释》第1条第1款、第2款的拟制规定,特定身份主体与非特定身份主体在实施上述条文规定的行为时,会因身份差异而得出不同的处理结果。但是,主体身份并不是上述条文所涉及的走私国家禁止进出口的货物、物品罪和走私普通货物、物品罪的构成要件要素,不能说明上述行为的违法性程度或者责任程度的差异,不应影响上述行为的刑法评价。兴奋剂犯罪拟制规定所引发的,对

不同身份主体所实施的同类兴奋剂犯罪行为的不同刑法评价,显然属于处理失当。比如,在一年内均因走私被给予两次行政处罚的情况下,如果运动员走私的兴奋剂属于国家禁止进出口货物、物品,就会构成犯罪;如果是非特定身份主体实施此类行为则不会构成犯罪。实际上,上述两个同类行为在规范事实上并无差别,不将非特定身份主体的行为人罪而将运动员的行为入罪显然缺乏合理性。

4 兴奋剂犯罪拟制规定的适用完善

兴奋剂犯罪拟制规定的合理性与风险性并存特征,决定着应积极探索兴奋剂犯罪拟制规定的体系化适用方案,保障兴奋剂犯罪的拟制规定能够沿着法治化方向发挥治理功效,不至偏离法治轨道而阻滞体育行业发展。

4.1 兴奋剂犯罪拟制规定的适用应后置于违规 处理程序

为防止兴奋剂犯罪拟制规定的风险现实化,应当在适用兴奋犯罪司法拟制规定时坚持兴奋剂违规处理程序优先,这既是遵循行刑衔接"先行后刑"处置顺序的必然要求,也将刑法处罚限定在反兴奋剂规则难以有效治理的行为中,避免对反兴奋剂规则尚未处理行为、反兴奋剂规则有效治理行为进行刑法处罚的需要。

首先, 兴奋剂犯罪拟制规定适用坚持违规处 理优先,能够避免对反兴奋剂规则尚未治理行为 的刑法处罚。成文法的特点决定着刑法可能会将 不值得科处刑罚行为纳入其条文范围,即存在着 虽符合刑法文字表述但实质上并不值得处罚的行 为[18]。那么,在司法实践中,司法机关适用兴 奋剂犯罪拟制规定时,也应当考虑该行为是否具 有刑事制裁的必要性。而如何判断,就需要着重 考察前置法中规定的法律责任的实现效果如何, 以及前置法中有没有就该行为规定法律责任。如 果反兴奋剂规则尚未就特定兴奋剂违规行为规定 法律责任,则意味着反兴奋剂规则对是否处罚之 采取的是消极态度,这时刑事制裁的必要性就无 从谈起。所以,对刑事制裁必要性的考虑,能够 将反兴奋剂规则尚未治理行为留予反兴奋剂规则 处置。

其次,兴奋剂犯罪拟制规定适用坚持违规处理优先,能够将反兴奋剂规则有效治理行为排除出刑法处罚范围。因为,在结束行政处理或者民

事诉讼程序时,刑事司法人员就可以通过立案之前的初查,依据刑法的保障性、谦抑性和补充性判断是否有必要实际用刑,从而决定是否需要进行刑事立案^[19]。既然如此,在反兴奋剂规则能够有效治理某一兴奋剂犯罪行为时,刑事司法人员经过上述考量必然会得出该行为缺乏刑法处罚必要性的结论,从而决定对其不予刑事立案。这意味着兴奋剂犯罪拟制处罚范围内的反兴奋剂规则能够有效治理行为,不会进入刑事追诉程序、不会受到刑法处罚。

最后,兴奋剂犯罪拟制规定适用坚持违规处 理优先,是兴奋剂犯罪行为需罚性的审查需要。 《兴奋剂解释》的司法适用是从一般规则到个案 准则的推演过程,涵盖了从定罪到量刑的一体化 过程,需要兼顾定罪与量刑、罪名与刑罚之间的 互动关系。而在确定刑罚时,既要考虑行为人行 为的应罚性又要考虑行为人行为的需罚性[20]。 在依据该司法解释处理兴奋剂犯罪案件时,除需 要严格依据该司法解释的规定,确定特定兴奋剂 违规行为是否应当构成刑事犯罪之外, 还应确定 是否需要以刑罚处罚该兴奋剂违规行为。如果特 定兴奋剂犯罪行为不具备刑罚的需罚性,就没有 必要将之纳入刑法处罚范围,不应对之适用《兴 奋剂解释》。而判断特定案件中的兴奋剂犯罪行 为是否具备刑罚需罚性,一个重要的标准即是: 兴奋剂违规处理程序能否取得治理成效。因此, 《兴奋剂解释》应当在反兴奋剂违规处理程序适 用之后再予以适用,需以兴奋剂违规处理结果判 断特定个案中的兴奋剂犯罪行为的刑罚需罚性。

4.2 兴奋剂犯罪拟制规定的适用应与《刑法》 第13条"但书"规定相协调

在实体维度上,兴奋剂犯罪拟制规定所引发的兴奋剂犯罪行为的处理结果失当,会使不应受刑法处罚的行为进入刑法处罚范围。而要规范兴奋剂犯罪拟制规定的适用,就必须合理限定兴奋剂犯罪的拟制处罚范围,将不应受刑罚处罚的行为排除出去。就此而言,兴奋剂犯罪拟制规定的适用应当遵循我国《刑法》第13条"但书"规定。因为,虽然理论上尚有学者反对将《刑法》第13条中"情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪"这一"但书"规定作为司法出罪依据;可是,司法实务中一直是将"但书"条款作为出罪依据来适用的[21]。仅就我国现行有效的司法解释性质文件来看,明确将《刑法》第13条

"但书"规定为个罪出罪依据的共计 21 个,涉及容留吸毒罪、危险驾驶罪、代替考试罪等诸多罪名。而"但书"的司法出罪依据地位,意味着其能够将兴奋剂犯罪拟制处罚的行为排除出刑法处罚范围,从而避免对不应罚的兴奋剂犯罪行为的处罚,实现兴奋剂犯罪拟制规定的规范适用。因此,兴奋剂犯罪拟制规定的适用遵循我国《刑法》第 13 条 "但书"规定,能够解决兴奋剂犯罪个案结果的处置失衡问题。

但是,我国《刑法》第 13 条当中规定的 "情节显著轻微"与"危害不大"之间究竟是并列关系抑或递进关系[22],需要予以明确。对二者关系的不同认识,影响着兴奋剂犯罪司法拟制的适用条件设定,关乎兴奋剂犯罪司法拟制适用的规范化。如果认为此处的"情节显著轻微"与"危害不大"是并列关系,则应当排除对兴奋剂犯罪拟制处罚范围内情节显著轻微或者危害不大行为的刑法处罚;如果认为二者是递进关系,则只能排除对兴奋剂犯罪司法拟制范围内情节显著轻微且危害不大行为的刑法处罚。所以,适用兴奋剂犯罪拟制规定时,必须明确如何遵循我国《刑法》第 13 条 "但书"规定这一问题。

相对而言, 在兴奋剂犯罪拟制规定的适用 中,应当认为"情节显著轻微"与"危害不大" 是并列关系。换言之,以我国《刑法》第13条 "但书"规定规范兴奋剂犯罪拟制规定适用时, 应对兴奋剂犯罪拟制处罚范围内的情节显著轻微 的行为或者危害不大的行为予以出罪。一方面, 其有助于降低运动员的从业禁止风险。对兴奋剂 犯罪行为的刑法处罚,很可能会使运动员被判处 自由刑, 而无论是监狱行刑还是社区矫正, 都会 使运动员在服刑期内无法正常参加体育活动,这 就间接禁止了其从事体育活动。并且, 对兴奋剂 犯罪行为的刑法处罚, 也可能使运动员受到《刑 法》第37条之一"职业禁止"的处罚,被直接 禁止从事体育活动。此时,相对于仅对情节显著 轻微且危害不大的行为予以"但书"出罪而言, 对兴奋剂犯罪拟制处罚范围内的情节显著轻微或 者危害不大行为予以"但书"出罪,更有助于减 少运动员被判处自由刑和职业禁止的概率,降低 其从业禁止风险。

另一方面,其有利于平衡行业自治与司法处 罚的关系。在《兴奋剂解释》施行以后,相关体 育部门需要立足于新的起点,积极构建反兴奋剂 综合治理体系^[13]。在构建综合性的反兴奋剂治理体系过程中,要使行业自治与司法处罚形成治理合力就需要平衡二者的关系,不可使刑事权力侵蚀行业自治的存在空间。而以我国《刑法》第13条"但书"规定规范兴奋剂犯罪拟制规定适用,对兴奋剂犯罪拟制处罚的情节显著轻微或者危害不大行为予以出罪,比仅对情节显著轻微且危害不大的行为出罪,更能够平衡行业自治与司法处罚的关系。

5 结语

总的而言,《兴奋剂解释》的颁布彰显了国 家反兴奋剂工作的进一步规范化、法制化、制度 化,体现了国家推进反兴奋剂工作的决心和力 度[23]。《兴奋剂解释》第1条第1款、第2款和 第3条就兴奋剂犯罪采取的拟制处罚方式,既为 兴奋剂问题的刑事司法处理提供了规范指引,也 为兴奋剂犯罪刑法罪名体系的完善积累了实证经 验。但是在具体的实践运行过程中, 兴奋剂犯罪 的拟制规定也附随风险,容易造成个案处置偏离 该司法解释的制定预期。所以,为了体系化推进 兴奋剂问题治理, 使刑法能够以妥当方式介入兴 奋剂犯罪治理,适用兴奋剂犯罪拟制规定时需坚 持兴奋剂违规处理程序的优先地位, 并保持与我 国《刑法》第13条"但书"规定的协调。当然, 对兴奋剂犯罪拟制规定的适用作出上述规诫是立 足于司法层面的优化举措,还可以从立法层面寻 求化解兴奋剂犯罪拟制规定个案风险的方案。

参考文献:

- [1] 陈友敏,张文姣. 全国首例! 未经许可经营兴奋剂物质产品,上海法院这样判[EB/OL]. (2021-04-30) [2021-12-15]. https://xw.qq.com/cmsid/2021043 0A091MO00.
- [2] 赵春玉. 刑法中的法律拟制[M]. 北京:清华大学出版社,2018:12,
- [3] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 2 版. 北京:中国人民大学出版社,2011:631.
- [4] 李振林. 刑法中法律拟制论[M]. 北京:法律出版社, 2014:31.
- [5] 谢望原. 虐待被监护、被看护人罪的客观要素与司法认定[J]. 法学杂志,2016(10):12.
- [6] 吴义华,张文闻,李爽. 我国体育法律治理的理念、制度与结构:对全球体育法律治理的回应[J]. 成都体育学院学报,2018,44(5):50.

- [7] 吕伟. 反兴奋剂不能仅靠体育组织自治[N]. 检察日报,2016-08-18(3).
- [8] 马向菲,张章,刘旸. 中国在世界反兴奋剂事务中的影响日益加重:专访中国反兴奋剂中心副主任陈志宇[EB/OL]. (2019-11-07)[2021-10-01]. http://sports. xinhuanet. com/c/2019-11/07/c_1125202076. htm.
- [9] 徐京生."滥用兴奋剂"入刑的理论探索[J]. 法学杂志,2018(5):107.
- [10] 杨兴培. 犯罪的二次性违法理论与实践:兼以刑民交叉类案例为实践对象[M]. 北京:北京大学出版社,2018:49,115.
- [11] 陈家林. 外国刑法:基础理论与研究动向[M]. 武汉:华中科技大学出版社,2013:12.
- [12] 康均心,夏婧.兴奋剂的入罪问题研究[J]. 武汉体育学院学报,2010,44(1):8.
- [13] 依法惩治兴奋剂犯罪,确保体育公平纯洁:体育总局政策法规司负责人谈兴奋剂刑事案件司法解释 [N]. 中国体育报,2019-11-19(1).
- [14] 黎宏.兴奋剂司法解释的理解与适用[N].中国体

- 育报,2019-11-20(2).
- [15] 陈书睿. 我国反兴奋剂法律之研究[J]. 南京体育学院学报,2011,25(1):61.
- [16] 臧铁伟,李寿伟.《中华人民共和国刑法修正案 (九)》条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2016:149.
- [17] 刘树德. 刑事司法语境下的"同案同判"[J]. 中国法学,2011(1):68.
- [18] 张明楷. 罪刑法定与刑法解释[M]. 北京:北京大学 出版社,2009:68.
- [19] 田宏杰. 立法扩张与司法限缩: 刑法谦抑性的展开 [J]. 中国法学,2020(1):182.
- [20] 储槐植,何群. 论罪刑均衡的司法模式[J]. 政法学刊,2014(6):9.
- [21] 王华伟. 中国刑法第 13 条但书实证研究:基于 120 份判决书的理论反思[J]. 法学家,2015(6):88.
- [22] 陈兴良. 但书规定的法理考察[J]. 法学家, 2014 (4):57.
- [23] 于冲.新"司法解释"突显国家对兴奋剂问题零容忍[N].中国体育报,2019-11-20(2).

Judicial Application of Fictitious Provisions on Doping Crime

HUO Junge

(School of Artificial Intelligence and Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The judgment of the first case of criminal sanctions on doping crime signifies that the Interpretation on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Criminal Cases of Smuggling, Illegal Business, and Illegal Use of Doping has become the basis for the trial of doping crime. However, while reinforcing the governance effect of anti-doping regulations and linking up the punishment provisions of anti-doping regulations, there is also a risk of improper treatment results of doping crime. And how to regulate and apply the provisions of the interpretation on doping crime will become the focus of follow-up trials of doping crime. In order to avoid the conflict of norms in the disposal of doping crime, the pre-application of the procedures for dealing with doping violations should be followed in the application of the provisions for doping crimes, and the system should be coordinated with the provisions of Article 13 "proviso" of the Criminal Law of China.

Key words: doping crime; judicial interpretation; fictitious provisions; systematic application