

体育暴力中刑法介入的边界

陈芹

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘 要: 竞技体育往往伴随暴力而造成人身伤害, 合理确定刑法介入体育暴力的边界具有重要意义。如何在竞技体育的高风险性与刑法秩序的安全要求之间获得平衡是亟待解决的问题, 我国学者注重刑法介入体育暴力的基本原则, 却缺乏具体标准; 域外探讨侧重于具体标准, 却难以兼顾竞技与安全。就基本原则而言, 应由个别的正当化事由转向一般的正当化根据, 以社会相当性来划定体育暴力的刑法边界; 就具体标准而言, 应在现有研究基础上建构“运动规则的客观预期”标准, 最大限度地兼顾竞技与安全。

关键词: 体育法; 体育暴力; 刑法介入; 正当化; 运动规则; 客观预期; 社会相当性
中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2019)02-0077-05

The boundary of criminal law intervention in sports violence

CHEN Qin

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Competitive sports are often accompanied by violence, thus cause personal injury; it is significant to rationally determine the boundary of the criminal law intervening in sports violence. How to get balance between the high risks of competitive sports and the safety requirements of the criminal law order is an issue to be solved; Chinese scholars valued the basic principles for the criminal law intervening in sports violence, but lacked specific standards; foreign research focused more on specific standards, but failed to consider competition and safety concurrently. In terms of basic principle, the criminal law boundary of sports violence should be defined based on social correspondence, by turning individual legitimate reasons into general legitimate grounds; in terms of specific standard, the standard of “the objective expectation of sports rules” should be established on the basis of existing research, so as to consider competition and safety concurrently to the maximum extent.

Key words: sports law; sports violence; criminal law intervention; legitimation; sports rule; objective expectation; social correspondence

竞技体育的价值已被世人公认, 但其高风险性、高对抗性往往伴随体育暴力造成人身伤害。据统计, 美国每年因篮球受伤者约达 278.3 万人、足球达 103.6 万人、棒球 60 万人、曲棍球 41.5 万人、橄榄球 108.3 万人^[1]。很多情况下, 运动伤害并不需要以刑法惩罚, 但超限度的体育暴力却有刑法介入的必要。就体育自身而言, 体育暴力会严重影响竞技比赛的正常进行, 阻碍体育事业的健康发展, 而按体育管理机构或联盟的比赛规则进行内部处罚虽能起到一定作用^[2], 但威慑

性不足; 就体育的社会影响而言, 体育暴力不仅侵害运动员的人身法益, 而且侵害了公共利益, 向公众传递不良信息; 就社会秩序而言, 侵害人身法益的行为被刑法所禁止, 体育运动作为社会生活的一部分, 不应享有法外特权。

但是, 刑法介入体育暴力的边界应当如何设定? 如果刑法介入过多, 将使运动员不愿再参加该项运动; 如介入不足, 则会导致体育暴力泛滥。如何在二者之间找到一个平衡点? 这是一直困扰各国体育界与刑法

收稿日期: 2018-07-20

基金项目: 2016 年广东省教育厅科研项目(2016WTSCX014); 2016 年广东省特色创新及重点科研平台项目(2016WQNCX154)。

作者简介: 陈芹(1981-), 女, 博士研究生, 研究方向: 刑法学、体育法学。E-mail: candyc830@126.com

学界的难题。对此,我国学者多探讨设定刑法边界的基本原则,却缺乏具体标准;域外研究虽侧重于具体标准,却无法同时兼顾竞技与安全。为此,本研究拟将两个层次的研究加以结合,在揭示体育暴力刑法边界基本原则的基础上,建构“运动规则的客观预期”之具体标准,协调体育竞技与刑法秩序的关系。

1 体育暴力刑法边界之基本原则

1.1 以正当化事由为中心

对于划定体育暴力刑法边界的基本原则,是我国学者一直关注的,研究之重点集中于个别的正当化事由。所谓正当化事由,就是某一行为虽然在客观上存在法益侵害,但仍能排除该行为之犯罪性,如正当防卫、紧急避险等。在竞技体育领域,体育暴力的正当化事由与刑法的介入边界,实则是一问题的正反两个方面:在体育暴力发生伤害的场合,如存在正当化事由,刑法无需介入;否则,刑法就应当介入。在各种正当化事由中,以“正当业务行为”与“被害人承诺”最具代表性。

“正当业务行为”是我国与日本居于通说地位的体育暴力的正当化事由。我国学者认为,体育竞技属于正当业务行为,运动员只要遵守了有关竞赛规则,非故意致人伤残,就排除犯罪性,获得正当化,不负刑事责任^[3]。日本学者也多以“正当业务行为”作为体育暴力的出罪事由^[4]。因此,体育暴力是否正当,决定了刑法介入的边界。然而,“正当”之概念本身具有一定的模糊性,且“遵守竞赛规则等同于正当”的命题也值得商榷。

“被害人承诺”作为体育暴力的正当化事由,具有极强的生命力。德国主流学说认为“同意对于身体伤害具有正当化的最高力量”,因为,它是公民对于法律保护的放弃,是个人自决权的结果^[5]。因而,当个人对体育暴力的伤害作出承诺时,刑法不宜介入。该学说也被我国多数学者所认可。但“被害人承诺”理论的困境在于:承诺的对象不仅包括行为,还包括结果。由于竞技运动的伤害结果有高度不确定性,运动员在参赛之时,对于可能遭受伤害的种类、方式、时间、严重程度均不得而知。此时,运动员只能对模糊的“伤害风险”作出承诺,而不可能对一个未知的“伤害结果”作出承诺。当具体的“伤害结果”发生时,该结果是否属运动员所愿意承诺的内容,是极为模糊的;而且,即使被害人承诺是明确的,各国司法实践均认为,个人自治权不能完全排除刑法介入,生命法益和身体法益不能任由公民个人放弃。例如,同意他人杀死自己,他人仍构成杀人罪。那么,在体育暴力中,

个人自决权在刑法上的界限究竟是什么呢?这需要挖掘排除犯罪事由背后的基本原理。

这些个别的正当化事由不但存在着结论上的争议,更重要的是,以之作为体育暴力刑法边界的基本原则,是对基本原则的误解。因为,基本原则不是个别事由,而是一般性的规则与原理,是众多正当化事由赖以产生的根据。

1.2 以正当化事由之根据为中心

基于以上讨论,就确定刑法边界的基本原则而言,需要将讨论视角由个别转向一般,即由正当化事由转向正当化根据。与个别、零散的正当化事由本身相比,正当化根据是各种正当化事由共通的、上位的理论原则,它回答的正当化事由何以正当、为何能排除行为的犯罪性?它是正当化事由之本质^[6]。

正当化事由虽然多样,但其根据主要有两种:法益衡量说与社会相当性说。法益衡量说以结果无价值为基础,认为违法性的本质在于法益侵害,当刑法所保护的法益发生冲突时,为了较大法益而牺牲较小法益,可阻却行为的违法性;社会相当性说则与行为无价值亲和,认为行为只要在历史所形成的社会伦理秩序的范围内,即使存在法益侵害,该行为也不违法。

在竞技体育的范畴内,由于竞技体育与人身安全属于两种不同类型的法益,难以进行利弊大小的比较,因而社会相当性说是更合适的正当化根据。社会相当性说可以解释竞技体育领域的各种正当化事由。例如,“被害人承诺”之所以能被正当化,是因为该承诺符合社会相当性,超出社会相当性的承诺(如黑市拳中的被害人承诺)是不能正当化的。又如,“正当业务行为”之所以能正当化,不仅是因为运动员遵守竞赛规则,更是因为体育暴力的程度控制在社会伦理秩序所允许的范围之内,如果利用运动规则残忍地伤害对手,就超出了这一范围,显然无法正当化。

2 体育暴力刑法边界之具体标准

作为划定体育暴力刑法边界的基本原则,社会相当性虽然具有合理性,却过于抽象。社会相当性、通常性、社会伦理秩序都是模糊的概念,因此,我们还需要一个可操作的具体标准,以明确地判断体育暴力是否符合社会相当性,这不仅是一个理论问题,更是一个实践问题。该问题一直是域外体育法领域研究之重点,已形成几种主要观点。

2.1 “运动规则”标准

该标准以运动规则作为社会相当性的判断依据。例如,对于“被害人承诺”而言,由于被害人参赛时,具体的伤害结果并未发生,但运动员对于运动规则是

明知的,因此,只能推定被害人承诺的对象仅仅是符合运动规则的伤害结果,因犯规造成伤害不得视为承诺的对象。对于“正当业务行为”“容许风险”而言,体育暴力是否“正当”,是否被法律所“容许”,也往往有赖于判断行为是否遵守运动规则。

运动规则的效力位阶低于法律规则,一个按其本国法律而言具有违法性的体育暴力,如何能因运动规则而转变为合法行为呢。R v Brashaw 案尝试回答这一疑问,法官认为,如果运动员遵守运动规则,则可推定他的行为不是出于邪恶的动机或故意;反之,如果他违背运动规则,就往往是故意(或明知、轻率)导致伤亡结果,则其行为是非法的①。

然而,以运动规则为标准仍然存在不足:(1)在有些情况下,遵守运动规则仍不能阻却违法。R v Coney 案中,法官即表达了这样的观点,在一场黑市拳赛中,被告虽然遵守竞技规则,但其是出于严重伤害对方的故意,故不能阻却违法②。(2)反之,若违反运动规则就可能导致刑法介入,也是不妥当的。这将使得本来是私人性的体育组织有了通过制定运动规则来许可非法暴力的特权。(3)轻微暴力,只要其犯规,就是不合法的,而高强度的暴力,只要不犯规,就是合法的,这在法理上也难以说得通。

2.2 “合理预见”标准

该标准源于美国《模范刑法典》,以运动员的“合理预见”来划定社会相当性范围,即对于体育伤害的同意,必须发生在合法的或不被法律所禁止的运动项目中,且该伤害行为与伤害结果属“可合理预见的危险”,才能阻却违法性③。

该标准在 State v. Shelley 一案中得到运用。在一场篮球赛中,被害人犯规擦伤了被告人 Shelley 的脸部,被告重新上场后即击打被害人的脸部,打破了被害人的下颌。在诉讼中,被告人主张“同意”抗辩,但被初审法院否认,初审法院认为,被告人的暴力超出了运动规则所允许的范围,因此不能主张“同意”抗辩;上诉法院在拒绝被告“同意”抗辩的同时也否定了初审法院的推理,认为不能依运动规则来限定“同意”抗辩的范围,只要一项暴力与体育相关,就有可能给予“同意”抗辩,否则很多运动将无法开展。上诉法院主张根据“合理预见”规则来判断“同意”抗辩可适用的范围。被告的“同意”抗辩被拒绝是因为他的暴力程度与危险性已超过篮球运动的可预见范围,被告毫无疑问是在“故意”地伤害被害人④。

该标准遭受的批评是:(1)将刑法介入体育暴力的边界(这里表现为“同意”抗辩的适用)与运动规则完全分离,使体育管理机构在理论上不能通过改变规则

与相应的惩罚措施来调整运动员的行为;即使体育管理机构为某项运动(如曲棍球)创造一项更具安全性的竞技规则,但只要犯规行为仍属“可合理预见”的,就仍然能给予“同意”抗辩,这使得竞技规则如同虚设,最终损害了该运动的发展。(2)该标准过于宽泛,虽然运动员能合理预见对方可能伤害自己,并不意味着其同意该伤害。就像一个走夜路的人可以预见到其可能遭受行凶抢劫,但难以认为他同意被抢劫。(3)“合理预见”标准与一些刑法原理相违背,例如,对于决斗、自杀协议,“可合理预见”标准并不能排除其犯罪性^[7]。

2.3 “表征故意”标准

对于如何确认被害人同意符合社会相当性,从而具有有效性,加拿大经历了由主观标准到客观标准的转变。1965年的民事诉讼 Agar v. Canning 案,确立了判断“被害人同意”的主观标准:如果该伤害显示出行为人是基于故意的心态,则其犯罪性不能被“同意”所阻却。因为竞技的任务在于展现运动技能,而不是伤害对手⑤。

R v. Cey 案则对表征故意的客观标准进行了探讨⑥。在一场曲棍球赛中,被告 Cey 从后部交叉碰撞其对手,使其对手的脸部撞向球场的围板,导致脸部受伤、脑震荡。一审法院延用了原来的主观标准,认为:被告并不是故意造成伤害,也没使用超出该运动常见范围的暴力,因而无罪。二审法院推翻了这一决定,要求重审,认为:主观标准是不具操作性的,不能准确认定被告人是否“故意”。在竞技体育中,对于“推定承诺”及“故意”的认定应采用客观标准,即应考虑能“表征故意”的一系列客观因素,包括运动的状况、运动规则是否允许身体接触、行为性质、伤害行为与运动的相关性、暴力程度、伤害的可能性大小,等等。

Cey 案在如何认定“故意”的问题上,考虑了与比赛有关的一系列可能“表征故意”的客观因素。这些客观因素所起的作用在于,不同水平的竞技所允许的体育暴力是不同的。例如,职业比赛与业余比赛、成年人比赛与未成年人比赛,所允许的体育暴力的程度就各不相同^[8]。这种标准的优越性在于将客观因素纳入“故意”的认定之中,且不同的竞技项目中,刑法介入的界限不同,具有一定的灵活性。然而,这种标准难以解释职业拳赛的合法性,因为拳击手都是有意地攻击对方。

综上所述,现有研究所主张的具体标准均有不妥之处:运动规则标准偏重竞技而忽略了刑法对人身安全的保护;“合理预见”标准强调了运动员的意思自主(私意自治),但完全忽略了由运动规则所反映的体育项目的自身特点,对于刑法的公法性质也关照不足;“表征故意”标准为科学认定行为人对他人的伤害“故意”提供

了依据,强调了刑法介入的主观条件,但未顾及竞技项目自身特点,忽略了伤害“故意”与竞技“故意”经常重合的现实状况,难以正确划定刑法边界。

这是否意味着:难以找到合理的体育暴力刑法边界的具体标准?在司法中难以兼顾竞技与安全呢?这是长期困扰体育界与刑法学界的实践难题。

3 “运动规则的客观预期”标准之建构

一个能正确划定体育暴力刑法边界的具体标准,必须能兼顾竞技与安全,在运动规则与刑法秩序之间取得平衡。为此,该标准应同时考虑两因素:一方面,不能脱离体育项目自身的特点来追求人身安全性,否则体育竞技的发展将受到阻碍,而体育项目的特点是由其运动规则决定的,因而刑法边界不能忽视运动规则的内容;另一方面,由于刑法规范的位阶高于运动规则,不能完全依运动规则来界定刑法边界,否则,就是将运动规则误作特别刑法了。基于这两个要求,本研究将前述的运动规则标准与“合理预期”标准加以综合,提出“运动规则的客观预期”标准。

3.1 “运动规则的客观预期”标准之基本内容

“运动规则的客观预期”标准是运动规则标准和客观预期标准的综合,其核心涵义是:依据运动规则可以预期的体育暴力,无需刑法介入;只有超出运动规则预期的暴力才有刑法介入的可能。与其他标准相比,该标准的特征在于:通过运动规则这一客观标准来限制“预期”的范围,使难以查明的主观预期变为易于判断的“客观预期”。适用该标准,不是以遵守运动规则作为刑法边界,实际上,是为了尽量促进体育竞技的发展,甚至在一定程度上允许违反运动规则的体育暴力。

1)遵守运动规则的体育暴力,以运动规则标准为中心。

对于合法竞技项目的运动规则所允许的体育暴力,刑法不宜介入。这并不是直接将私人团体(主要是各类体育机构)制定的运动规则用于判断刑事责任的范围,而是以竞技项目合法为前提的。竞技项目是否合法的实质就是运动规则的内容是否合法,如运动规则已被认为是合法的,则刑法无理由介入。例如在终极搏击比赛中,A、B签下“生死状”,A在比赛中将B打至重伤。A的行为是否需要刑法介入?“终极搏击比赛”有黑市拳赛的性质,并非合法的竞技项目,其运动规则不能阻却刑法介入。相反,职业拳赛是合法的,则按拳赛规则而发生的伤亡不能由刑法惩罚。又如在篮球赛中,乙已争抢到篮板球时,甲仍强行抄球,在此过程中,甲手指插入乙右眼,致其右眼失明。甲强行抄球,并未违反运动规则,其造成伤害的结果,

不应承担刑事责任。

2)违反运动规则的体育暴力,以客观预期标准为中心。

违反运动规则的犯规行为是否需要刑法介入,就要考虑客观预期标准。规则所能预期的风险,就是某项运动所固有的典型风险,是比赛过程中通常可能发生的,刑法也不宜介入。某种风险是否固有风险,应依据该领域的专业人员(如裁判、运动员)的平均观念来判断。在这个判断过程中,运动规则起了关键作用,如有些竞技项目的运动规则禁止身体接触,有些项目允许低度的身体接触,有些则允许高强度的身体接触,其固有风险也随之变化。尤其是,当竞技规则对某项犯规行为规定了具体的处罚措施时,表明竞技规则已经“预见”了该犯规行为。从某种意义上说,竞技规则对该犯规行为是负有责任的:它使得该犯规行为极容易发生,虽然竞技规则禁止该行为。例如,足球运动的规则允许合法铲球,这虽然增加了竞技的激烈性,但也增加了铲球犯规时致他人伤害的风险。又如,棒球规则禁止将球投中击球员(beanball)的犯规行为,并规定了处罚措施,法院也认为这种犯规是棒球运动的一部分^⑦,因此刑法不宜介入。但是,如果击球用手用棒球棒去攻击其他运动员,这一行为就不能被棒球的竞技规则所预期,就有刑法介入的可能性。例如在一场势均力敌的篮球比赛中,甲在对乙“盖帽”时,失手未拍中篮球而拍中乙的手臂,致乙手臂撕裂性骨折,能否导致刑法介入?根据“客观预期”规则,篮球运动中,因“盖帽”而“打手”是一项常见的犯规行为,也是“盖帽”规则所能预期的,对于甲的行为,刑法不宜介入。

3)运动规则标准与客观预期标准的关系。

为了明确客观预期的范围,可将运动规则细分为两类,一类是促使竞争的技术规则;另一类是为了保护运动员的安全规则。违背技术规则的体育暴力是该项运动所固有的,也是可推定参赛者愿意“承诺”的,刑法无需介入;但违背安全规则的体育暴力则在“规则预期”之外,也在“被害人承诺”之外,可能导致承担侵权责任或刑事责任^⑧。有学者在讨论“被害人承诺(同意)”的适用范围时指出,如果一项运动规则的设计不仅仅是为了增加竞技的精彩性,也是为了保护参赛人的安全,则不能推定参赛者同意违背该规则的体育暴力^⑨。区分两种不同性质的犯规,能在合法暴力与非法暴力之间划一条清晰的边界,有利于刑法介入边界的确定。当然,有时区分技术规则与安全规则有一定的难度,此时仍要根据“规则预期”来作最终判断。仍以篮球赛为例,甲为挫伤对方主力乙,当乙已

带球进入禁区准备上篮之际,甲假借“盖帽”朝乙头部拍下,使乙当场昏迷,后查,乙颅内出血。“盖帽”不得击打对方头部,是明显的安全规则,击打头部,超出了规则预期,甲的行为已构成故意伤害罪。

3.2 “运动规则的客观预期”标准之效果评估

“运动规则的客观预期”标准是否合理,需要进行效果评估,即考察该标准能否实现兼顾竞技与安全的目标设定。为此,本研究从该标准的两个核心内容展开讨论。

1)“运动规则”侧重于体育竞技。以运动规则为基准,使得体育管理机构可以通过改变运动规则来调整竞技运动,并依靠刑法的威慑力来促使新规则的施行。People v. Schaker 案可表明这一点。在一场曲棍球赛中,比赛临时停止的哨声吹响后,被告仍继续滑向受害人,并用手击中受害人的后颈部,使其头部撞到球门的横木,导致脑震荡。法院认为,虽然临时停止比赛的哨声吹响了,但运动员仍在场上,比赛仍处于继续状态;这一危险是曲棍球比赛所固有的,它符合鼓励“激烈竞技”的政策^⑧。然而批评意见指出,这场比赛恰恰不鼓励“激烈竞技”。实际上,该赛事组织者为了更好地保护运动员的安全,改变了在该曲棍球联赛中运动规则,禁止身体接触行为。在一般规则的比赛中,Schaker 的行为固然属曲棍球所难以避免的,不应允许刑法介入。在新的规则下,情况则有所不同:一个运动员若偶然或故意用身体阻挡、碰撞对手,也将被作为犯规而受到规则的处罚,但不至于受刑罚处罚;但在比赛暂停的哨声吹响后的身体碰撞就不再是新规则所能预期的了,就可能导致刑法的介入^[10]。

2)“客观预期”侧重于刑法秩序。客观预期标准能协调运动规则与刑法规范的关系,可以很好地与各种正当化事由融合。“被害人同意”的伤害往往是其能根据运动规则可以“客观预期”到的伤害(包括未犯规及技术犯规导致的伤害);某项运动既然被社会容许,则在其运动规则预期范围内的伤害即使不是正当的(如技术犯规导致的伤害),也是一种“容许风险”,刑法应持“容忍”态度。

综上所述,体育暴力中刑法介入的边界应当予以明确,“运动规则的客观预期”标准的两个部分分别侧重于体育竞技与刑法秩序,能兼顾二者。而且,“运动规则的客观预期”标准有较大的灵活性,各项运动刑法介入的门槛与运动规则中的安全规则有关。例如有些运动的安全规则允许轻微伤害,而有些运动的安全规则允许严重伤害,刑法介入的可能性也随之变化。可见,“运动规则的客观预期”标准能最大限度地促进

体育竞技的发展,又能充分保护运动员的安全,是划定体育暴力刑法边界的合理标准。

注释:

- ① R v Brashaw, (1878) 14 Cox CC 83.
- ② R v Coney, (1882) 8 QBD 534.
- ③ Model Penal Code § 2.11(2)(b) (1995).
- ④ State v. Shelley, 929 P.2d 489, 490 (Wash. Ct. App. 1997).
- ⑤ Agar v. Canning, [1965] 54 W.W.R. 302 (Man. Q.B.), [1966] 55 W.W.R. 384 (Man. Ct. App.).
- ⑥ R v. Cey, [1989] 75 Sask. R. 53 (Sask. Ct. App.).
- ⑦ Avila v. Citrus Cmty. Coll. Dist., 131 P.3d 383, 393 (Cal. 2006).
- ⑧ People v. Schacker, 670 N.Y.S.2d 310. (Dist. Ct. 1998).

参考文献:

- [1] DEAN R. Player violence: an essay on torts and sports[J]. Stanford Law & Policy Review, 2004, 15(3): 133.
- [2] MARY C. It's not how you play the game, it's whether you win or lose: the need for criminal sanctions to curb violence in professional sports[J]. Hamline Law Review, 1988, 12(1): 71.
- [3] 马克昌.犯罪通论[M]. 3版. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 821.
- [4] 大谷实. 刑法总论[M]. 黎宏, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 192-197.
- [5] 罗克辛. 德国刑法学总论[M]. 王世洲, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 356.
- [6] 潘星丞. 体育竞技致损行为“排除犯罪性”事由[J]. 体育学刊, 2010, 17(4): 13-18.
- [7] JEFF Y, WILLIAM G. The problem of sports violence and the criminal prosecution solution[J]. Cornell Journal of Law and Public Policy, 2002, 12(1): 162-163.
- [8] MCCUTCHEON J P. Sports violence, consent and the criminal law[J]. Northern Ireland Legal Quarterly, 1994, 45(3): 267-284.
- [9] RICHARD B H. Sports violence: The interaction between private law-making and the criminal law[M]. Carrollton: Carrollton Press, 1980: 171-176.
- [10] JEFFERY S. The manly sports: The problematic use of criminal law to regulate sports violence[J]. The Journal of Criminal Law and Criminology, 2009, 99(2): 619-642.