

# 竞技体育行为的正当化

杨丹

(暨南大学珠海学院 法学系,广东 珠海 519070)

**摘 要:**从刑法理论的角度,研究了竞技体育行为的正当化问题,对正当竞技体育行为在刑法理论体系中的地位进行梳理;归纳并比较各国关于正当竞技体育行为的立法模式;竞技体育行为本质(正当化的根据)上具有社会相当性,是一种社会相当行为;最后提出构成正当化竞技体育行为必须同时具备5方面的条件。

**关键词:**竞技体育;正当行为;刑法理论

**中图分类号:**G813.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-7116(2005)01-0028-04

## A study of making competitive sports behaviors rightful

YANG Dan

(Law Department, Jinan University, Zhuhai 519070, China)

**Abstract:**The author studied the issue of making competitive sports behaviors rightful from the perspective of the theory of criminal law, probed into the status of rightful competitive sports behaviors in the theoretical system of criminal law, and summed up and compared the legislative modes of various countries pertaining to this issue. The author considered that a competitive sports behavior was provided with social correspondence essentially (the criterion of making it rightful), and was a socially corresponding behavior. Finally, the author set forth the conditions in five aspects that must be provided with simultaneously to constitute a rightful competitive sports behavior, hoping to provide a certain standard for judging whether a competitive sports behavior is rightful and determining the boundary between guilty and not guilty in juridical practice.

**Key words:**competitive sports; rightful behavior; theory of criminal law

“更快、更高、更强”的奥林匹克精神指引着人类在竞技体育中不断挑战自身极限,然而,在追求这一目标的过程中总有不和谐的音符出现——杰出的F1赛车手塞纳命丧赛车场,泰森咬了霍利菲尔德的耳朵,2004年中超首场比赛现代队隋东亮将冠城队刘玉建铲成重伤……死亡、伤害等后果在竞技体育中难以避免,泰森、隋东亮的行为从形式上看已经符合伤害罪的特征,但刑法学理论和司法实践并不认为这类行为构成犯罪。行为性质恶劣的泰森仅被处以巨额罚款了事,隋东亮甚至未被中国足协追加处罚,这就涉及到刑法学和体育法学中的一个重要理论问题——竞技体育行为的正当化。

### 1 竞技体育行为正当化研究在刑法理论体系中的地位

对于客观上造成一定损害后果,形式上符合某些犯罪的客观要件,但实质上既不具备社会危害性,也不具备刑事违法性的行为,刑法理论上有不同的称谓,如“排除犯罪性的行为”、“违法阻却事由”、“合法抗辩事由”、“正当行为”等。不同称谓是不同国家、不同法系刑法理论自身逻辑演绎的结

果,实质上都是对某些形式上的犯罪行为进行非罪化处理。笔者赞同将这类不构成犯罪的事由称为“正当化事由”(或“正当行为”)。正当化是相对于犯罪化而言的,是犯罪化的反面。就此而言,正当化就是非犯罪化,正当化事由之所以在刑法中加以研究,是因为它与犯罪存在形式上的相似性,需在定罪的过程中予以排除<sup>[1]</sup>。

刑法理论中普遍承认竞技体育行为是正当化事由的一种,但在正当化事由理论体系中,竞技体育行为的地位如何却鲜有研究,而这一问题认识竞技体育行为的本质、构成条件等的前提。正当化事由的下位概念是正当防卫、紧急避险、执行命令的行为、正当业务行为、被害人承诺的行为等。竞技体育行为究竟是上述各类行为并列的一类行为,还是某一类行为之下的下位概念,属于一种具体情形?理论上通常将体育竞技行为作为某一类正当化事由的一种情形进行研究,但究竟属于哪一类事由则主要存在两种分歧:有的观点认为,竞技体育行为与医疗行为等并列,属于正当业务行为的下位概念<sup>[2]</sup>;有的观点认为,竞技体育行为,属于被害人承诺行为的一种。如拳手走上拳台就意味着默示的承诺,在比赛中受到的伤害用事前的同意来解释<sup>[3]</sup>。

笔者认为,应当将正当竞技体育行为作为一种具体情形,在正当化事由的第二层次正当业务理论中进行探讨。还需明确的是,正当竞技行为在具有正当业务行为的共性的同时,更重要的是还具有自身的特殊性。

## 2 竞技体育行为正当化的各国立法模式

正当化事由各国刑法立法中均有规定,但对正当化事由的范围和外延的规定又各不相同。具体到竞技体育行为,大致可以划分为下列3类立法模式:

(1)只规定两类典型的正当化事由:正当防卫和紧急避险。此种立法模式以中国刑法为代表,《中华人民共和国刑法》第20条、第21条规定了正当防卫和紧急避险。刑法理论界认为正当化事由在这两者之外,还包括其他情况,但对其他正当化事由的范围尚未达成共识。认为其他正当化使用包括执行命令的行为、正当业务行为、被害人承诺的行为等,有的还对正当业务行为做进一步解释,认为正当业务行为包括医疗行为和竞技行为<sup>[4]</sup>。

(2)刑法中除规定正当防卫、紧急避险外,还规定了依照法令的行为、正当业务行为、自救行为等。

此种立法模式最为普遍,以日本、韩国、意大利、台湾等国家和地区的刑法为代表。但各类行为包括哪些具体情形,则未做规定。

关于正当业务行为,日本刑法第35条规定:“根据法律以及正当业务而实施的行为,不罚。”我国台湾地区刑法第22条规定:“业务上正当之行为,不罚。”

英美法系承认正当业务行为是合法辩护理由,我国香港特区在《侵犯人身罪条例》、《刑事罪行条例》中,确认业务正当行为是合法的,不能以犯罪处理。

至于正当业务行为范围的界定,则依赖于刑法理论的解释。各国学者对此的理解各有不同。日本、韩国刑法理论等均作如是解释,认为医疗行为、竞技行为、律师行为等属于正当业务行为。

(3)刑法中除了规定正当防卫、紧急避险、依照法令的行为、正当业务行为等外,还就体育竞技行为的正当化专门做出规定。

《美国模范刑法典》(1962年)第二章“责任之一般原理”第十一条“被害人承诺”中规定:“对于伤害身体之承诺,被追诉之行为系以引起或威胁引起身体之伤害为犯罪之场合,对其行为或引起危害之承诺,在下列情形可作为抗辩其行为与伤害由共同参加合法的运动竞赛与比赛一事,通常即能预见其危险时。”

通过对以上3种立法模式的分析,可以看出,世界上绝大多数国家刑法立法的通例,都没有明确将竞技体育行为列举为正当化事由的一种,但理论中均承认该类事由的存在。这类事由被称为“超法规的正当化事由”,所谓“超法规”是指刑法没有明确规定。但并非超越一切法规,竞技体育行为受《体育法》及相关比赛规则的限制<sup>[1]</sup>。

将刑法未明确规定的事由正当化,是否违背罪刑法定原则?刑法未做规定的原因何在?有学者认为,竞技体育等行

为不具备社会危害性,“乃是不言而喻的常识”,没有必要加以规定<sup>[2]</sup>;有学者从法秩序的统一原则出发,认为并非只有刑法才有合法化(即本文所称之正当化)事由,法秩序的整体均具有合法化事由,在成文法和习惯法中,合法化事由的完整无漏洞的体系是不存在的,需要用实体上的犯罪学说的尺度对行为的实体内容、其社会危害性或社会有益性做出检验,在确定行为实体合法情况下,否定违法性的存在。此类事由无需立法进行规定,将裁量的权力赋予法官,而引导法官做出判断的,是社会中存在的主流文化观:“以被认为是实现国家所认可的目的之适当方法攻击他人受法律保护的利益是合法的,不会被认为是犯罪”<sup>[5]</sup>。因此,超法规正当化事由的存在本身并不违背罪刑法定原则的要求,需要通过刑法理论的不断研究、完善,引导法官在实践中做出理性的判断。

## 3 竞技体育行为正当化的本质(依据)

竞技体育行为的本质是决定其正当化的深层根据,关于竞技体育行为正当化的本质,主要有以下几种观点:

(1)被害人(权利人)承诺说。

被害人承诺的行为,指在被害人同意的前提下实施的损害其权益的行为。被害人承诺的行为作为正当化事由,是因为犯罪的本质在于对权利的侵害,被害人的承诺实际上是被害人放弃了以法律对自己权利的保护,因此被害人承诺的行为不具有违法性。

在体育竞技活动中,运动员参加比赛这一行为本身,已经意味着运动员默示放弃了其某些权利,若在比赛中这些权利受到其他运动员的侵害,因法律已不保护这些权利,因此他人不构成犯罪<sup>[6]</sup>。

该学说在一定程度上能够解释竞技体育行为的正当性,被法国刑法、美国刑法所采用。但其不足之处在于,体育竞技行为中,运动员承诺以默示的方式进行,难以界定所放弃的权利的范围。运动员放弃的到底是包括生命在内的全部权利,还是只涉及健康的一小部分权利?是所有体育竞技行为中放弃的权利都一样呢,还是不同的比赛项目放弃的权利不一样,或者就每一次具体的比赛具体分析?意大利刑法中规定,在体育活动中造成轻伤的,若没有超出民法典第五条的范围,就适用刑法典第50条关于权利人承诺的规定(“经有权处分人的同意,侵害权利或使权利人限于危险的人不处罚”);若发生肢体残损或死亡时,就不适用刑法典第50条的规定。也就是说,权利人承诺的权利范围只局限于涉及轻微健康的权利。

竞技体育的本质在于挑战人类自身的生理极限,基本趋势是对抗越来越激烈,对人造成的损害不仅限于轻伤,甚至还有重伤和死亡的可能。在紧张比赛中,运动员难以准确把握尺度,若造成轻伤就属于正当行为、造成重伤和死亡就构成犯罪的话,会使运动员在比赛中畏手畏脚,影响比赛的正常进行。长此以往,竞技体育的发展将受到影响,“更高、更快、更强”的目标难以实现。

因此,笔者认为,被害人承诺说受承诺权利范围的限制,在竞技体育行为的正当化问题中无法贯彻到底,不能真正反

映正当竞技体育行为的本质。

#### (2) 国家许可说。

国家许可说认为,体育运动能够增强人民体质、振奋人民精神、展现国家精神风貌,国家允许开展,因此,对体育活动中造成的损害不追究刑事责任。简言之,国家对体育活动开展的许可,使竞技体育中的损害行为成为正当行为<sup>[7]</sup>。体育规则得到国家的认可,根据规则进行体育活动,即使造成损害的,也不承担刑事责任。德国学者多采此观点。

该学说表面上能够解释竞技体育行为正当化的原因,但国家的许可是国家对这一类行为的立法确认,只是阻却形式违法的原因,且过分强调了国家意志,忽视了正当竞技行为的社会基础,未触及竞技体育行为正当化的深层次本质,即国家为什么会允许可能对人造成损害的竞技体育行为的存在,为什么在开展竞技体育活动与可能造成损害之间,国家选择了前者?做出这种选择的依据是什么?

#### (3) 正当业务说。

业务,指企业、事业单位等组织或公民个人在社会生活中从事的具有连续性、固定性的活动,随着人类社会分工的发展而不断发展起来。正当业务行为,或有学者称之为业务正当行为,不作为犯罪处理的关键在于“正当”:一是前提正当,业务行为本身是合法的,如医疗行为、律师行为;二是范围正当,行为在业务本身的规则范围内进行。

竞技体育发展到今天,已成为一种专业,甚至是一种职业,本质上属于一种“正当业务”,是刑法中的正当化事由。如前文所述,笔者赞同将竞技体育行为作为正当业务范围的一种具体情形。但进一步深究,正当业务行为怎样成为正当化事由呢?这又有了欠缺犯意说、保护利益说、避难行为说、权利行为说等不同观点。笔者认为,这几种观点只能在一定程度上反映了正当业务行为的某些刑法特征,但并不能全面完整地反映正当业务行为的本质。竞技体育行为既具有正当业务行为的共性,又具有自身的个性,就其本质而言,从竞技体育价值与代价的二元关系出发,运用“社会相当性说”能够做出完满的解释。

#### (4) 社会相当性说。

“社会相当性”的观点由德国刑法学家威尔泽尔提出,认为社会生活是不断变动的,在社会生活中只有对行动自由加以限制才能形成社会共同生活,但如果法律对所有侵害法益的行为都认为是客观的违法行为而加以禁止,则社会生活就会停滞。因此,应在历史所形成的国民共同秩序内,将具有机能作用的行为排除于不法概念之外,这种行为就成为社会相当行为。行为若符合历史形成的社会伦理秩序,就具有社会相当性<sup>[8]</sup>。

自古以来体育就是人类生活的一部分,现代奥林匹克运动会更是将竞技体育的发展推向了巅峰,竞技体育具有典型的社会相当性,其独特的价值在于:竞技体育的主体在几近达到身体运动能力极限的活动中,确证着生命存在的价值;在主体间相互比较的竞争中,表达着生命延续的价值;在满足精神需要的过程中,体验着超越生命的价值;竞技体育具有促进人全面发展,不断追求自由的价值;此外,竞技体育还

具有政治、经济、教育、精神、文化、科技等工具性价值<sup>[9]</sup>。但是在竞技体育过程中,激烈的身体对抗、拼抢不可避免地会导致运动员的受伤甚至死亡,这是人类在挑战自身生理极限的过程中必须要付出的代价,是一种“可容许的风险”,这种风险仍然处于社会伦理秩序的范围之内。因此,对竞技体育行为的正当化进行研究的目的,在于最大限度地发挥竞技体育的价值,并将竞技体育的代价(风险)限制在尽可能小的范围内,从而使竞技体育行为整体上符合社会伦理秩序的要求,具有社会相当性,成为一种正当化事由。

综上所述,竞技体育行为正当化的本质依据在于这是一种具有社会相当性的行为,并且在形式上属于正当业务行为的一种具体情形。

## 4 构成正当竞技体育行为的条件

拳击比赛中,泰森咬了对手的耳朵;足球比赛后,双方球迷大打出手,造成多人伤亡,成为足球场上的丑闻。这些行为是不是正当行为?是不是与体育活动有关的行为都是正当的呢?答案是否定的。竞技体育中的哪些行为构成正当行为具有严格的限制,只有具备以下条件,才是正当的竞技体育行为,不构成犯罪,不承担刑事责任。

#### (1) 前提条件:行为发生在对抗性的竞技体育活动中。

根据主体不同,体育可以分为竞技体育和群众(社会)体育。有的观点将体育行为的正当化做概括研究,认为正当体育行为既包括竞技体育也包括群众(业余)体育活动<sup>[10]</sup>;有的观点则只对竞技行为正当化进行研究,将业余体育活动排除在外,但未具体说明原因<sup>[11]</sup>。

正如本文标题所示,作为正当业务行为的体育行为应当并且只能是竞技体育行为。竞技体育与群众体育的本质区别在于二者的目的不同,竞技体育的目的是挑战人类生理极限,群众体育的目的在于强身健体,目的不同决定了风险不同,在竞技体育中容许更大的风险存在,赋予运动员行为更大的自由度,更有将行为正当化的必要。群众体育活动出于强身健体的目的,则需要对参与者的行为进行严格限制,尽量避免损害。同时,群众体育作为一种业余性活动,不具有业务行为应当具有的持续性和反复实施的特点,不符合“正当业务”本身的内在规定。若在群众体育活动中发生了伤害等行为,则按照犯罪构成的基本原理来判断:行为人具有故意或过失的,按照相应的罪名定罪量刑,但损害行为发生在体育活动中,可以作为量刑情节加以考虑;没有过错的,属于意外事件,不构成犯罪。

竞技体育又可以分为技巧性竞技和对抗性竞技,前者如体操、跳水等,后者如足球、拳击等。在技巧性比赛中,运动员为了追求高难度的动作也可能造成受伤和残疾,但这类伤害多因个人自身的原因造成,不存在加害者;即使应教练的要求进行训练时受伤,只要教练没有违背自然规律,没有强迫运动员,也不能说教练就是加害者。没有加害者,犯罪从何谈起?因此,技巧性比赛中的损害连形式上都不具备犯罪的特征,更谈不上正当化的问题。在对抗性比赛中,比赛双方存在身体的猛烈碰撞、力量的激烈对抗,可能导致运动员

的受伤、死亡。在这类损害中,一方是加害者、一方是受害者,形式上符合犯罪的特征,也就只有在这类对抗性竞技体育中才会产生正当化的问题。因此,对抗性竞技体育活动是正当竞技体育行为存在的前提条件。

(2)主体条件:正当竞技体育行为发生在运动员之间。

运动员是体育活动的主体,在竞技体育行为中,加害者和受害者必须都是运动员,才有可能产生正当化的行为。否则,如运动员攻击裁判、球迷殴打对方运动员等,行为发生在比赛的双方主体之外,尽管通常都与比赛有关,但不是竞技行为,更不是正当行为,而是与竞技体育的精神相悖的违法或犯罪行为。

(3)时间条件:正当竞技体育行为发生在正规比赛或者训练的过程中。

比赛必须是经国家或有关体育组织认可的项目,并在有关体育机构或机关的正式组织下进行的,如奥运会、世界杯足球赛等。并且,正当行为只能发生在比赛的过程中,若运动员不听从裁判指挥,在赛前或赛后实施某项行为,不是正当行为。如裁判已经示意比赛结束,篮球运动员仍然强行上篮投球,将对方运动员撞倒受伤,不是正当行为;又如拳击运动员在裁判已经宣布一方胜利后,继续进行打斗造成对手受伤的,不是正当行为。

为了比赛的胜利,运动员需要进行必要的训练,在训练的过程中教练将队员分为两组进行模拟实战对抗,也可能造成伤害。在教练的组织下,以提高实力为目的而进行的训练过程中造成损害的,是正当行为。在非训练过程中,不存在正当行为。

(4)适当条件:运动员的竞技行为应当适当。

竞技体育行为存在风险,但这种风险不是无限的,应尽量将风险降到最低限度。因而要求运动员的行为必须适当,不能为了比赛的胜利不择手段。

竞技行为是否适当可以从主客观两方面进行判断:主观上,运动员行为的唯一目的是赢得比赛的胜利;客观上,行为符合该项体育竞技行为的基本技术要求。

运动员的使命就是获取比赛的胜利,其在赛场上的所有行为都是围绕这一使命进行的。若运动员不是为了获胜,而是为了报复、泄愤,或因比赛失利恼羞成怒,以比赛为幌子对对手进行伤害的话,这样的运动员缺乏专业精神,违背了竞技体育的本质,其行为也不是正当行为。

有的观点认为,行为必须遵守比赛规则,一旦违反就是不适当的<sup>[2]</sup>。规则是进行比赛的基本规范,但并不意味着绝对不能违反,一场没有犯规、中规中矩的比赛常常也是乏味而无趣的。规则也在不断修改,以提高比赛的激烈性和可观赏性。况且,比赛中还允许存在某些战术性犯规。因此,如果一旦犯规就丧失了成立正当行为的可能,无论是教练还是运动员的行为将会受到很大限制,体育的魅力难以得到展现,人类对自身生理极限挑战的进程会大大受阻。因此,笔者认为,应将判断行为适当与否的标准放宽,行为符合具体竞技行为的基本技术要求即为适当。例如,拳击比赛是以拳

头打击对方,若拳手以咬、踢等方式进行则为不适当;篮球比赛中,争抢篮球用手进行,争抢过程中若一方犯规双方身体冲撞造成对方损害,是正当行为,但若用脚踢伤对方就是不适当的。

只要运动员的行为符合上述要求,就可以说是适当的,这种适当并不等于损害程度的限制。就正当行为的限度条件而言,只要运动员的行为是适当的,造成的损害后果,无论是轻伤、重伤、还是死亡,都是正当行为,不构成犯罪。

(5)过失条件:运动员对于损害结果的发生至多只能是过失。

无论运动员是否违反比赛规则,在竞技体育行为中都可能造成损害。若运动员没有违反比赛规则,则对损害结果的发生没有过错;若运动员违反了比赛规则,对于比赛规则的违反其主观心理态度既可以是故意,也可以是过失,但对违规行为所导致的损害结果,其主观心理态度只能是过失。如果运动员明知自己的违规行为可能会发生危害社会的后果,并希望或放任这种结果发生的,就不是正当行为,应当按照相应的罪名,如故意伤害罪承担刑事责任。因此,正当竞技行为中,运动员对于损害结果的发生没有过错或存在过失,但排斥故意的存在。

综上所述,以上5个条件互相联系、互相制约,构成一个有机整体,是认定正当竞技体育行为的基本依据。5个条件必须同时具备,缺一不可。司法实践中,竞技体育行为是否正当,应严格按照这5个条件进行判断,这正是本文研究竞技体育行为正当化的实践意义之所在。

## 参考文献:

- [1] 陈兴良.正当化事由研究[J].法商研究,2000(3):25.
- [2] 王政勋.正当行为论[M].北京:法律出版社,2000:335.
- [3] 杜里奥·帕多瓦尼[意].意大利刑法学原理[M].陈忠林译.北京:法律出版社,1998:159.
- [4] 高铭暄.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2000:129.
- [5] 李斯特[德].德国刑法教科书[M].徐久生译.北京:法律出版社,2000:213-215.
- [6] 卡斯东·斯特法尼[法].法国刑法总论精义[M].罗结珍译.北京:中国政法大学出版社,1998:374.
- [7] 林山田.刑法通论[M].台北:台湾大学法律系,1995:253.
- [8] 陈忠林.意大利刑法纲要[M].北京:中国人民大学出版社,1999:196.
- [9] 黄丁全.社会相当性理论研究[A].刑事法评论[C].北京:中国政法大学出版社,1999:320.
- [10] 颜天民.竞技体育的价值活动代价[J].北京体育大学学报,2002,25(3):295-296.
- [11] 田宏杰.刑法中的正当化行为[M].北京:中国检察出版社,2004:547.

[编辑:李寿荣]