

假球行为的刑法定性

潘星丞, 陈芹

(华南师范大学法学院, 广东 广州 510006)

摘要: 我国假球案以受贿定罪, 遗漏了对假球行为的定性, 形成“重反腐、轻打假”的错位; 理论界对假球定性的探讨也缺乏说服力。域外司法不将假球认定为受贿罪, 而均认定为诈骗罪, 其经验值得借鉴。我国假球亦应定性为诈骗罪: 参赛者未向组织者提供真实的比赛, 获得“债务免除”利益; 保护比赛是保护财产法益与保护体育诚信的完善契合; 量刑时应考虑体育诚信的主观价值损失; 不能以国家利益为借口打假球。因假球而受贿的, 则触犯诈骗与受贿两罪名。

关键词: 体育法; 体育诚信; 诈骗罪; 财产法益; 假球

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2014)04-0037-05

Determination of the criminal nature of match-fixing behaviors

PAN Xing-cheng, CHEN Qin

(School of Law, South China Normal University, Guangzhou 510006, China)

Abstract: In China, match-fixing cases are convicted of a bribe acceptance crime, while the determination of the nature of matching-fixing behaviors is omitted, which has formed such a wrong orientation as considering anti-corruption more important than anti-match-fixing; the academic community's researches on the determination of the nature of matching-fixing are not convincing as well. In jurisdictions abroad, matching-fixing is not convicted of a bribe acceptance crime, but convicted of a fraud crime; their experiences are worthy of our reference. In China, the nature of match-fixing should be determined as a fraud crime: a player fails to provide the organizer with a real competition and gets the interest of "debt exemption"; competition protection is the perfect fusion of property interest protection and sports honesty protection; the loss of subjective value of sports honesty should be considered during conviction; national interest shall not be used as an excuse for matching fixing. People who accept a bribe as a result of match-fixing will be guilty of both fraud and bribe acceptance crimes.

Key words: sports law; sports honesty; fraud crime; property interest; match-fixing

近年来我国宣判了一批假球(黑哨)案,^①但从判决结果看, 定性的罪名主要为非国家工作人员受贿罪(为行文方便, 本文简称“受贿罪”)。在这些假球案中, 被告人都实施了两个不同的行为: 收受贿赂与假球行为(打假球或吹黑哨), 假球案仅以受贿定罪, 忽略了对假球行为的惩罚。因为受贿犯罪的保护法益是职务行为的不可收买性或廉洁性^[1], 而假球行为主要侵害的是“公平竞争”体育道德, 二者截然不同。为了保护体育诚信, 有必要对假球行为的刑法定性进行深入研究。

1 我国假球行为定性的实践误区及理论困境

1.1 假球案判决“重反腐、轻打假”

首先, “重反腐、轻打假”有违司法初衷。我国假球案以受贿定性, 假球行为虽属受贿罪的“为他人谋利益”行为, 但按我国刑法通说, 利用职务权力, “为他人谋取利益”只是受贿人的一种许诺, 而不要求客观上有为他人谋取利益的行为和结果。因为许诺为他人谋取利益就使职务行为的不可收买性受到了侵犯; 即只要许诺打假球, 就已构成受贿, 之后实际实施的假球行为则已超出受贿罪的评价范围。换言之, 以受

贿定性,重在保护职务行为的不可收买性或廉洁性,与体育诚信无关,如此判决无疑“打偏了靶子”。这从一定程度上助长了假球现象,2012 伦敦奥运会上,中韩羽毛球选手在无关受贿的情形下“争输”,即是明证。

其次,“重反腐、轻打假”难以回应民意诉求。在屡见不鲜、动辄千万甚至上亿元的受贿案面前,足球贿赂仅是“小菜一碟”;人们高度关注假球案,不是因为裁判收了多少贿赂,也不是因为有无赌球,而是在乎有无假球(黑哨),在乎比赛是否失去了应有的公平。民众的“打假”诉求远甚于“反腐”。

在假球案中,贿赂属于并非必然出现的“伴生”现象,“反腐”只是配角,“打假”才是真正的主角,保护体育诚信才是这场司法风暴的题中之义。

1.2 我国对假球定性的初步探索及缺陷

1)假球行为构成“非法操控比赛罪”。

有学者建议增设“非法操控比赛罪”,因为假球行为有意制造某种既定的比赛结果,危害了公平竞赛秩序,应以刑罚惩罚之^[2]。该观点不妥之处在于:(1)未穷尽现行刑法的可能性,动辄提出修法建议,有侵“法的安定性”。(2)设立罪名必须基于法益保护目的,但设立“操控比赛罪”并不符合这一原则。“竞赛公平”虽然值得保护,却无需动用刑法;否则,“招聘公平”、“考试公平”等也有理由要求刑法保护,刑法边界将无限扩大;基于此,世界各国都没有设立这一罪名。(3)很多场合,个别球员的假球行为不一定能“操控比赛”,而且,是否达到操控程度,在司法上极难证明。

2)假球行为构成“以危险方法危害公共安全罪”。

有学者指出,假球行为侵害了观众、博彩者及俱乐部、赞助商等不特定多数人的财产安全,构成“以危险方法危害公共安全罪”^[3]。其可商榷之处在于:(1)对于观众而言,付款购票后,票款是否安全已与己无关;对于博彩人和赞助投资者来说,赌球与投资本来就是有风险的,假球不一定让其财产面临更大风险,甚至还可能获利。(2)刑法理论普遍认为,因“以其他方法危害公共安全罪”的法定刑非常重(3 年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑),其危害性应与放火罪、爆炸罪等相当;且“公共安全”常与不特定或多数人的生命、身体安全相关,单纯侵害财产安全的行为并不构成危害公共安全罪^[4]。假球行为显然不具备这些特征,其他国家也不存在将假球视为危害公共安全罪的立法、判例或观点。

3)假球行为构成诈骗罪共犯。

有学者提出,开设赌场者通过行贿而制造假球的,可认定为诈骗罪,球员、教练、裁判明知而予以帮助的,以诈骗罪的共犯论处^[5]。(1)该观点实回避问题:

只讨论了为“诈赌”提供帮助的假球行为,而大多数假球并非为“诈赌”提供帮助。(2)诈赌诈骗与假球诈骗的侵犯对象与保护法益不同:诈赌针对的对象是他人的赌资,以诈骗罪惩罚诈赌者是为了保护他人的财产(赌资被依法没收之前仍应受刑法保护),与体育无关;而假球诈骗的对象显然不是赌资,打击假球行为目的也不在于保护赌资,而在于保护体育诚信。(3)在以假球为诈赌提供帮助的场合,假球者成立诈赌诈骗之帮助犯(共犯)与假球诈骗之实行犯(正犯)的想象竞合,后者才是我们讨论的对象。

2 国外假球行为刑法定性经验

既然我国尚未开始对假球行为的刑法定性进行深入思考,借鉴域外经验无疑是一条捷径。假球已被认为是对 21 世纪体育的最大威胁^[6],国外学者普遍认为,当纪律处分不足以抑制时,就应将其作为犯罪起诉^[7]。

在 2004—2005 赛季的德国杯足球联赛中,主裁 Robert Hoyzer 因从克罗地亚人 Ante Sapina 处收受贿赂充当“黑哨”而陷入假球案,被认定为诈骗罪(Fraud)并被判入狱 2 年 5 个月。根据他的招供,另一名裁判 Dominik Marks 被判暂缓监禁 18 个月,因行贿而操纵比赛的 Ante Sapina 也因诈骗罪被判 35 个月监禁^[8]。在最近曝光的欧洲最大假球案中, Ante Sapina 再次被确认为操纵假球的主犯,以行贿裁判和球员的方式操纵过 20 多场比赛,包括一场世界杯预选赛和好几场重要的欧洲俱乐部比赛,被认定构成 22 次诈骗罪与诈骗未遂罪,被判 5 年半监禁。检察官 Andreas Bachmann 在针对 Sapina 的最后陈述中直斥其“扭曲比赛、是体育之敌(enemy of sport)。”法官 Wolfgang Mittrup 表示,Sapina 和他的同伙“可耻地摧毁了众多球迷的热情”^[9]。对于诈骗定性,起诉方曾有异议,但联邦最高法院支持了这一判决,认为诈骗已然发生,其损失不但体现为德国足联的经济损失,而且体现为公众对于比赛公平信心的损失。^②

在制定法方面,英国 2005 年通过了新的《赌博法》(Gambling Act 2005),其中,第 42 条“欺诈罪”(cheating)规定,当一个人在赌博中使用诈术,或实施任何行为使他人能够或帮助他人使用诈术,就构成欺诈罪。第 1 次适用该罪名的是 Rv Amir 案。在该案中, Salman Butt、Mohammad Amir 与 Mohammad Asif 3 名板球运动员参与赌球,收受经纪人 Mazhar Majeed 的贿赂并承诺在 2010 年 8 月的一次国际板球锦标赛中“失球”。在英国萨瑟克区刑事法庭一审判决中,3 名运动员及经纪人均被判成立共谋受(行)贿罪、共谋欺诈罪,两罪同时执行。后 Amir 提出上诉,但被驳回,上诉法

院的首席大法官 Royce 与 Globe 认为，这个案件的犯罪性在于，3 名板球运动员背叛他们的球队，背叛他们所荣幸代表的国家，背叛给他们带来荣誉的体育，背叛世界上对这项运动关注的人。他们有特权参加比赛，本应诚实并尽其所能地表演，如果因为金钱或其他外在奖励而不能保证每个运动员尽最大努力进行比赛，那么，世界上成千上万的观众从观看比赛而享受乐趣的权利最终都受到侵害。并指出，虽然处罚这些天才球员对板球运动是一种损失，但这种行为不仅仅是违反体育规则，而且是一种严重的犯罪，如果法庭不表明这一点，从长远看，将使该运动彻底贫瘠。^③

综上所述，诈骗罪虽然不是国际公约中的罪行，但在打击假球行为时，却为各国司法不约而同地采用，必有其合理之处：(1)该罪名直接针对假球行为，侧重于保护体育诚信；各国在适用该罪名时，均认为假球所侵害的法益为“体育竞技的公平”，或“体育诚信”，并认为这是体育的根本价值^[10]。(2)“诈骗”能覆盖各种假球行为，不仅适用于裁判，而且适用于行贿裁判的赌徒、俱乐部负责人，甚至场上的球员。

3 假球行为符合我国诈骗罪的构成要件

3.1 假球行为是否侵害财产法益

有学者否认假球行为构成诈骗罪，正是基于财产法益的考虑，如认为在假球案件中，一般都是观众买票、俱乐部股东投资等被害人交付财物的行为，在球员打假球之前就完成，即其损失不是由球员的欺诈行为造成的，不符合诈骗罪的特征^[5]。

刑法理论的通说认为，诈骗罪的对象包括财物和财产性利益，财产性利益既包括积极财产的增加，也包括消极财产的减少，如债务免除、由被害人提供一定的劳务等^[11]。我国立法与司法实践均认可这一观点，如刑法第 224 条(合同诈骗罪)第 4 项规定：“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”，该情形中，行为人产生诈骗意图之前已取得被害人财产，事后产生诈骗意图而逃匿所获得的利益就是债务免除，如免于付款、交货(这些债务免除的价值与事前所获的货物、货款的价值相当，但不能将诈骗对象视为事前所获的货物、货款)。又如，2002 年《最高人民法院关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条第 2 款规定：“使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，依照刑法第 266 条(诈骗罪)的规定定罪处罚。”这里“骗免养路费、通行费”，就是一种债务免除，而非骗取对方的金钱。

运动员本应奉献一场真实的比赛，这是运动员应承担的债务(类似于提供劳务)。正如英国 Rv Amir 案中首席大法官所说“他们有特权参加比赛，本应诚实并尽其所能地表演”，却以假球行为隐瞒真相、获得债务免除，而债务免除属财产性利益，这正是假球诈骗的对象，假球者不论输赢，都是对这种财产法益(债务免除)的骗取。行为人为人提供一场虚假的比赛是“伪劣商品”。

3.2 假球行为侵害了谁的财产法益

运动员作为参赛者，其债务(参加比赛)是相对于赛事组织者而言的，二者关系类似于加工承揽合同：组织者是“定作人”，其定作的产品是比赛。比赛的本质特征在于竞技过程的真实性和竞技结果的不确定性，它要求参赛双方都“诚实并尽其所能地表演”；否则，就不成其为比赛。参赛者只要同意参赛，就成为比赛这一产品的“承揽人”，就应履行其债务——“诚实并尽其所能地表演”，如打假球就无法交付产品比赛。因此，“诚实对于体育事业的成功及体育参与者和观众的乐趣而言都至关重要，它使体育爱好者相信体育竞赛的结果是真实的。假球、黑哨剥夺了体育比赛的本质特征——结果的不确定性，使之与娱乐混同，而不再是体育。它从根本上侵蚀了体育的根基，即体育诚信。”^[12]我国《体育法》第 34 条规定：“体育竞赛实行公平竞争的原则。体育竞赛的组织者和运动员、教练员、裁判员应当遵守体育道德，不得弄虚作假、营私舞弊”，这既是一个行政性的管理规定，也是参赛者与组织者之间“合同”条款的一部分，参赛者打假球，就既违反了体育法规定，也违背了合同义务，侵害了组织者的财产法益。基于此，前述 Hoyzer 案中，德国足联对假球者提出 800 万欧元的赔偿诉讼^[10]。

相对于组织者与参赛者，观众、赌徒等其他人员就是合同之外的第 3 者。他们不直接与参赛者发生关系，不可能被参赛者诈骗。第 3 者面对的是比赛，比赛这一产品是由组织者定作，并由参赛者承揽而完成的。组织者作为定作人，有权决定这一产品如何向第 3 者展示，如电视转播、卖门票等。这时候，第 3 者有可能与组织者形成另外一个合同关系，例如，购票观众与组织者之间就因门票买卖而形成合同关系，组织者应向观众提供合格的产品——公平的比赛。若参赛者打假球，使组织者向观众交付了有瑕疵的产品，导致组织者违约，观众可以要求组织者退票或承担其他违约责任。在出现假球事件时，公众即使不要求退票，也往往对足协等赛事组织者批评抱怨，就是这个原因。^④

可见，以诈骗罪定性，保护的是赛事组织者的财产法益，而不直接以保护体育诚信为目标；但由于该

财产法益完全体现在比赛产品中,而比赛又正是体育诚信的载体,因此,对比赛产品的保护,恰是保护组织者之财产法益与保护体育诚信的完美契合。反之,如果直接将体育诚信作为刑法的保护对象,就会使刑法边界模糊,有惩罚恣意化的危险。正因如此,世界各国均将假球行为定性为诈骗罪,而没有另设“操控比赛罪”。

3.3 假球行为侵害的财产法益价值的衡量

虽然假球对于球迷、体育事业、其所代表的国家,都是一种伤害(如名誉、情感等),但这不是诈骗罪的构成要件结果,而只是一种反射性的间接结果。如同一个被害人被诈骗后陷入穷困一样,“穷困”不是诈骗罪的构成要件,而只是其间接结果。如以间接结果作为诈骗罪的犯罪结果,就会认为假球诈骗的损失难以计量,或损失过于巨大,因而无法适当量刑,这也是我国学者不愿意将假球行为定性为诈骗罪的原因。

对于假球诈骗罪的结果,应以参赛者未按约提供,使组织者未能获得合格的“比赛”产品而遭受的直接损失来衡量。组织者为组织比赛而支付的相关费用,包括对参赛方支付的奖金、报酬,都是应考虑的因素。但要具体计算出因假球而造成的损失数额仍是非常困难的,因为组织者毕竟获得虽有瑕疵但仍可呈现为比赛的产品,其支出并非都能视为损失。而且,除比赛客观价值外,对于通常是非营利机构的组织者来说,比赛主观情感价值才是更重要的。刑法通说认为,在财产犯罪中除客观的交换价值外还应考虑主观情感价值。组织者(如足协)组织比赛多是经法律授权的,其比赛产品的主观价值就应与法律吻合,即为“发展体育事业”(《体育法》第1条)、“促进竞技体育发展”(《体育法》第24条)。Hoyzer案中,法院除考虑德国足联的经济损失,还考虑“体育公平”贬损,这正是诈骗罪中考虑的主观价值。假球对这一主观价值的损害,更为关键,但无疑也更难计算。

那么,假球诈骗如何量刑呢?我国刑法恰为此预留了解决方案:刑法第266条诈骗罪的量刑标准,既可以是诈骗数额,也可以是诈骗情节,“严重情节”、“特别严重情节”在量刑上分别对应“数额巨大”、“数额特别巨大”。按情节轻重来衡量假球行为是否构成诈骗罪及其轻重,是具有可操作性的。这里,赛事的等级、影响都是应该考量的因素。以情节量刑,也更能体现对体育事业这一主观价值的保护。

当然,由于“情节”模糊性,在定罪量刑时,应考虑谦抑性原则,将刑法作为“最后的手段”,只是在纪律处分等不足以扼制假球行为时,才应将其作为犯罪起诉^[10]。事实上,有些行政处罚,如禁赛,对于

运动员的影响更甚于刑事处罚。当然,如果由最高司法机关(而非立法机关)对此制定明确的适用标准则更便于实务操作。

3.4 “为国家利益”能否使假球行为正当化

诈骗罪必须具备“非法占有目的”,运动员通过假球行为最终获得债务免除利益,正体现其对这一利益的“非法占有目的”。但是,如果参赛者打假球是出于一个看上去“正当”的目的(如“为国家利益”)时,应如何处理?例如,2012年伦敦奥运会上,中韩两国羽毛球队员均是为各自的国家利益,假打“求败”,引起观众极大不满,国际羽联取消了所有参与打假球的8名选手的比赛资格,理由是,这些选手违反了世界羽联的运动员行为条例,“未尽全力去赢得比赛”、“做出了明显有辱于或有害于羽毛球运动的行为”。赛后,我国新华社评论表示:“‘争输’比赛可以说是一种商业欺诈”^[12]。

显然,“为国家利益”不是使假球行为正当化的事由,因为,良好的国际形象(如体育诚信)也是一种国家利益,金牌必须建立在诚信竞技的基础上,国家利益与体育道德并不矛盾。而且,强化对现代法治的制度依赖是我国迈向体育强国的必由之路^[14]。

但在一般民众(尤其是参赛选手)的主观意识里,往往存在一种错误观念:这是为了较大法益(国家利益)而牺牲较小法益(体育诚信)的行为,是利大于害的。这种错误观念在刑法理论上是“违法性认识错误”,属罪责要素,即某一行为客观上是侵害法益从而具有违法性的,行为人主观上却认为不侵害法益,不具有违法性。我国刑法第14条关于“故意犯罪”的规定中,要求认识行为的“危害”性,实际上就是要求违法性认识。缺乏违法性认识,可阻却(减免)罪责,应作无罪处理或减免处罚,因为,行为人认为自己并不是在做一件“坏”事,尽管他的认识是错误的,也表明他不是明知故犯的“恶”人,其非难可能性降低,从而可“豁免”、“宽恕”其刑罚。但这样的行为从客观上说,毕竟侵害了法益,具有违法性,并不值得提倡,国际羽联的处分是正当的。

4 假球与受贿的关系

假球及其“伴生”的受贿是两个不同行为,分别可构成诈骗罪与受贿罪(在我国具体为“非国家工作人员受贿罪”),从这个角度看,现行判决是“漏罪”,而非“错判”。不少国家均是对两罪同时追诉,如英国、芬兰^[10]。

对于受贿罪与因受贿而实施其他行为而触犯的罪名(如渎职罪、诈骗罪)之间的关系,刑法上有3种观

点：(1)两罪之间有手段与目的的牵连关系，应“从一重”处断；(2)两罪是想象竞合犯，也应按“从一重”原则处理；(3)两罪是并合犯关系，应数罪并罚。

不同观点仅是处断方式的不同，其目的都是出于避免刑罚重复的考虑，实际效果相差不大。例如，英国刑法虽然采取了数罪并罚的方法(如 Rv Amir 案)，但数个刑罚同期执行，相当于只执行了重罪的刑罚，这就完全等同于“从一重”原则；我国的数罪并罚采取“限制加重”原则，最终的刑罚效果也与“从一重”原则区别不大。

总而言之，不论采取何种处断方式，都必须秉持一个共同的原则：对两罪同时追诉。这样，就能根据追诉过程的厘清功能(Klarstellungsfunktion)^[15]，揭示被追诉的两个罪名的不法内涵与罪责内涵，从而使案件获得全面评价：追诉受贿罪针对的是收受财物的行为，可保护职务行为的廉洁性；追诉诈骗罪针对的是假球行为，可保护体育诚信。这样，就起到了“反腐”与“打假”的双重效果。

注释：

① 在世界各国的体育法领域，“假球”(match-fixing)泛指一切内定、操纵体育比赛结果的行为，不限于球类比赛，也包括田径(如日本“八百长”事件)等一切体育赛事。裁判吹黑哨与球员踢假球都属“假球”，因为裁判与球员虽然角色分工不同，但都属于比赛参与者，是一场完整的比赛的“组成元素”。

② LG Berlin, 17.11.2005-(512) 68 Js 451/05 KLs (42/05); LG Berlin, 08.12.2006-(512) 68 Js 451/05 Kls(25/05); BGH 5 StR 181/06.

③ Rv Amir (Mohammad), [2011] EWCA Crim 2914.

④ 严格说来，组织者与参赛者可以在不同层面上界定：(1)对一场比赛而言，足协是组织者，而参赛者是裁判与双方球队(俱乐部)，而不是具体的球员，球队对足协负有诚实比赛的债务。(2)但对于参赛一方而言，球队是组织者(相当于“分包人”)，而球员是参赛者，球员对组织者(球队)负有诚实比赛的债务。

参考文献：

- [1] 平野龙一. 刑法概说[M]. 东京：东京大学出版社，1997：293-295.
- [2] 高凌燕. 谁伤了球迷的心——剑指“假赌黑”[J]. 中国律师，2010(3)：18-20.
- [3] 井厚亮. 论‘假球’对公共财产安全法益的侵害及其该当性[J]. 天津体育学院学报，2011，26(6)：527-530.
- [4] 张明楷. 刑法学[M]. 4版. 北京：法律出版社，2011：602.
- [5] 赵秉志. 专家解读中国足坛打假、反赌风暴[J]. 中国审判，2010(1)：10-13.
- [6] Kevin Carpenter. Match-fixing—the biggest threat to sport in the 21st century[J]. Sweet & Maxwell's International Sports Law Review, 2012(2)：13-24.
- [7] Miguel A Ramos. Game, set, match-fixing: will international anti-doping initiatives pave the way for similar reform for corrupt betting in tennis? [J]. Houston Journal of International Law, 2009, 32(1)：201-244.
- [8] Luke Harding. Two years in jail for match-fixing German referee[N]. The Guardian, 2005-11-11(79).
- [9] Associated Press. German Court Sentences Croat in Match-Fixing Case[N]. New York Times, 20 May 2011, (45).
- [10] European Commission. Match-fixing in sport: a mapping of criminal law provisions in EU 27[R]. Brussels: KEA European Affairs, 2012: 1-124.
- [11] 大塚仁. 刑法概说[M]. 3版. 冯军, 译. 北京：中国人民大学出版社，2003：180.
- [12] Richard H McLaren. Corruption: its impact on fair play[J]. Marquette Sports Law Review, 2008, 19: 15-38.
- [13] 奥运史上最重罚单 四对羽球女双选手被取消资格[N]. 东方体育日报，2012-08-02.
- [14] 于善旭. 迈向体育强国的法治需求与挑战[J]. 体育学刊，2009，16(8)：1-8.
- [15] 林山田. 刑法通论(下册)[M]. 10版. 台北：元照出版有限公司，2008：308.

