

# 可宥性事由： 体育竞赛“越轨”行为出罪的又一考量因素

刘峰江

(乐山师范学院 法学与公共管理学院, 四川 乐山 614000)

**摘要：**可宥性事由源于英美刑事诉讼中的可抗辩事由，与正当化事由联袂构成行为出罪理论的基石。与正当化事由不同，可宥性事由已经僭越了法定的行为正当化条件，行为的违法性首先被肯定，只是在责任归属上寻求宽恕性处理。引入可宥性事由，可丰富体育竞赛行为入罪和出罪的相关内容，便于司法统一判定。分析认为，体育竞赛行为可宥性事由成立，要满足体育赛事本身具有合法性和正规性、主体仅针对运动员、行为局限于体育竞赛行为、违法目的“单纯”性、行为以“反规则”为前提等条件。入罪和出罪的类型化有利于定罪和量刑的规范化，分别对竞技伤害行为、滥用兴奋剂行为、假球等竞赛舞弊行为适用可宥性事由予以出罪抑或减轻处罚的情形进行具体分析。最后，指出体育竞赛运动员可宥性事由行为入罪不能忽视运动员自由保障的理念，且尽量避免选择性刑事司法。

**关键词：**体育竞赛行为；正当化事由；可宥性事由；出罪；竞技伤害；兴奋剂；竞赛舞弊；选择性司法

中图分类号：G80-05

文献标志码：A

文章编号：1008-3596（2020）06-0009-08

刑法是二次性保障法，对运动员的“越轨”行为无论是入罪还是出罪都必须寻求正当化依据。司法实践中，对于体育竞赛运动员侵害法益的行为，通常不予入罪。多数观点认为，职业体育活动属于正当业务行为，对于遵守比赛规则而造成他人伤害的行为，排除犯罪性，不负刑事责任。倘若运动员违背比赛规则，其行为便不能适用正当业务行为理论。但是，对于已经僭越正当业务行为范畴的比赛违规行为法律该如何规制？是不再视为体育竞赛行为，还是体育竞赛性质的非正当业务行为？对该类行为的法律适用是否应当考虑体育运动行为的特殊性？这些问题已经在实践中突显出来，对一些类似案件的处理结果不

统一，可能影响到司法结论的广泛认同。本文将以下面4个典型案例为对象进行分析。

案例1，拳击比赛泰森咬耳事件。1996年泰森在拳击比赛过程中，突然咬住对手霍利菲尔德的耳朵，最终仅赔偿300万美元，未被认定为故意伤害犯罪。

案例2，冰球比赛郎兵宇事件。2015年全国男子冰球联赛哈尔滨站中，球员兼教练郎兵宇在队友与对方球员黄鹏发生对抗时，从侧方故意用肘部撞击黄鹏的头颈部，并用球杆刺向黄鹏的左嘴角，导致其3颗牙齿脱落，左脸颊缝42针。后来，国家体育总局冬季运动管理中心给予郎兵宇终身停赛、停教处罚，并取消其参加中国冰球协

---

收稿日期：2020-06-19

作者简介：刘峰江（1974—），男，四川乐山人，讲师，博士，研究方向为体育刑法学。

文本信息：刘峰江. 可宥性事由：体育竞赛“越轨”行为出罪的又一考量因素[J]. 河北体育学院学报, 2020, 34(6): 9-16.

会组织的一切赛事和培训的资格。但并未予以入罪。

案例 3, 马拉松比赛舞弊事件。在 2010 年黄河口国际马拉松比赛中, 运动员王雪琴冒名顶替刘淑玲参赛并获得第 1 名, 后被组委会发现, 取消其赛事成绩和奖金, 并禁止参加黄河口国际马拉松赛 2 年; 2014 年厦门国际马拉松赛, 3 名男子通过每人各跑一段路程的方式分程轮流参赛, 最终舞弊伎俩被识破, 被取消业余组第 2 名成绩和奖金并禁赛 2 年; 2017 年马拉松女子选手王佳丽服用兴奋剂被查出, 其获得的第 13 届全国运动会马拉松比赛女子专业组冠军被取消, 并被禁赛 8 年, 主管教练吕强也被终身禁赛。马拉松赛服用兴奋剂被查事件频发, 但并无对舞弊运动员入刑的先例。

案例 4, 信鸽大赛舞弊事件。2017 年龚某、张某在信鸽公棚赛中, 因违规异地设置 AB 鸽棚和利用高铁运送信鸽返回, 包揽了比赛前 4 名, 意图骗取高达 109.25 万元的比赛奖金。后两人作贼心虚, 杀死参赛信鸽, 并告知主办方信鸽已灭失, 放弃成绩和奖金。该案于 2018 年 8 月作出一审判决, 认定龚、张二人构成诈骗罪, 龚某被判处有期徒刑 3 年, 缓刑 4 年, 并处罚金 3 万元; 张某被判处有期徒刑 3 年, 缓刑 3 年, 并处罚金 2 万元。近年来, 已有数起信鸽赛舞弊行为在各地方法院以诈骗定罪。

上述案件中当事人(运动员)的行为均违反竞赛规则, 已经不属于正当业务行为的理论范畴, 因此不能再视为正当化事由而免除刑事责任, 但是看判罚结论, 仅有案例 4 作为刑事案件处理。由此看来, 正当业务行为理论似乎只能解释案例 4, 与前三案例的逻辑推论相悖。现实案例中, 在其他运动竞赛项目, 如自行车、举重、足球等比赛中的舞弊造假行为目前都尚无入刑的先例, 在司法统一的总体要求之下, 以正当业务理论为基础, 上述案例要么一律入罪, 要么都不定罪, 但事实上仅有信鸽赛舞弊案中的当事人被定罪入刑。由此不免提出, 体育竞赛中判定不正当行为入刑问题时是否应当考虑行为本身的行业特点? 判断的标准是什么? 可否引入一种恰当的理论来指引竞赛“越轨”行为入刑判定问题? 对此, 本文意图借助经典理论, 探寻体育领域不当行为入罪的标准和应当注意的问题, 以为统一司法判案有所助益。

## 1 以可宥性事由理论审视体育竞赛“越轨”行为

### 1.1 可宥性事由理论溯源

可宥性事由理论在英美法、大陆法以及前苏联刑法中都有一席之地, 一般认为, 该理论起源于英美普通法, 正当化事由和可宥性事由联袂构成行为出罪理论的基石, 而后者是可辩护事由中的一项重要内容, 能够有效指导现实案件中的特殊问题。正当化事由与可宥性事由的关系经历了一个从混同使用到明确区分的过程。

英国人培根最早通过设计案例模型来区分上述两种事由。他设计了 3 个案例。案例 1, 一人在极度饥饿的情况下实施了盗窃; 案例 2, 一罪犯在监狱发生大火时逃脱; 案例 3, 一人为争夺海面上唯一的一块浮板而将另一人推入水中。其中案例 2 属于正当化事由, 案例 1、3 属于可宥性事由。但培根未能阐明二者在成立条件上的差异。之后, 许多学者试图探寻统一的区分标准, 提出了所谓的“道德标准说”“规范形式说”“法益侵害说”“本质特征说”等学说, 意图在描述正当化与可宥性事由成立要件的基础之上准确区分二者, 并用以指导司法实践。但上述任何一种学说, 对在司法实务中约束法官的行为并没有多大帮助。正如学者所言, 立足现有法律政策背景, 试图将所有的实体辩护事由都明确地划分到正当化事由和可宽恕事由中去的做法是没有必要且不可能的<sup>[1]</sup>。

之所以未能建立起统一性的标准对正当化事由与可宥性事由加以明确区分, 原因在于研究范式的定位过于宽泛。任何一种行为, 在不同的背景和场域下实施, 其社会评价结论可能存在差异。如同, 欲回答杀人行为是否构成犯罪, 在不指明是否是战争行为、政府行为、正当防卫、情感激励还是见财起意等前提下, 任何试图确定性的回答都可能是不准确的。因此, 应将研究视角集中于特定的领域和对象, 探寻正当化事由或者可宥性事由的成立要件, 才能准确地区分二者。

### 1.2 可宥性事由的理论定位

正当化事由是排除犯罪性的事由, 是否定意义上的定罪, 是定罪的反面<sup>[2]</sup>。表现为, 行为在客观上对某种法益确实造成了侵害, 刑法却并不认定为犯罪, 原因在于具备正当化事由的行为被认为保护了更大的法益, 在整体上对社会有益。

可以认为，正当化事由是通过法益理论进行比较和衡量的结果。

正当化事由在各法系国家的称谓不同，在大陆法系称之为违法阻却事由，在前苏联及我国一般称为排除社会危害性行为（事由），在英美法系又被称为合法抗辩事由或可抗辩事由。“正当化事由是指行为虽然在客观上造成了一定的社会危害，具备犯罪的表象，但在特定情况下，避免了更大的危害或符合更高的社会价值，实质上是对社会有益的行为。”<sup>[3]</sup>“正当化事由具有法律所允许的正当化，是任何人在任何环境下都被允许的。”我国也有学者赞同将正当防卫、紧急避险等因具有正当理由而不构成犯罪的情形称为正当化事由<sup>[4]</sup>。

与正当化事由不同，可宥性事由已经僭越了法定的行为正当化条件。在构成要件符合性问题上，行为的违法性首先被肯定，只是在责任归属上可以寻求宽恕性处理，这正是可宥性事由越过正当化事由理论框架的本质之处。因此，倘若寻求对可宥性事由的合理辩护，只能在肯定行为违法性基础之上对有责性提出质疑。问题在于，为何行为已经构成刑事违法，却要考虑免除其刑事责任？该基于怎样的正义理念来对可宥性事由除却行为犯罪性的情形进行理论证成？欲回答可宥性事由产生除罪效果的原因，还得从他的姊妹理论——正当化事由进行推导。

### 1.3 体育竞赛可宥性事由的价值

美国刑法理论上把可宥性事由作为一种辩护理由，理论和实践中，把包括政府行为、精神问题、醉态、被害人承诺等纳入辩护理由的范畴，通过合理主张来赢取法官对被告人免罪的“慈悲心”。对于正当化事由，在大陆法系以及我国刑法中均予以明确规定，理论比较之下，英美可宥性事由与大陆正当化事由中的超法规事由类似，与法秩序的统一性原则密切相关。日本刑法中对正当化事由规定最为详尽，除了正当防卫与紧急避险外，还规定了正当业务行为，在正当业务行为中涉及法令行为、治疗（医疗）行为、运动行为、采访活动、被害人同意、推定的同意、安乐死等<sup>[5]</sup>。

可宥性事由僭越正当化事由是在犯罪构成“三要素”理论基础之上进行考察而得出的结论，正当化事由根本不具备违法性，而可宥性事由被认为是违法性该当，但由于其他因素渗入而免除

责任或者减轻责任。事实上，正当化事由之所以能够阻却违法性也正是考虑到其他因素的缘故。我国刑法理论和实务上也肯定体育运动行为的正当性，认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，不负刑事责任。在体育竞赛领域，可宥性事由的理论价值在于，竞技运动中造成的身体损害或者其他一些运动违法行为，即使造成了一定的法益侵害，倘若具有可宥性根据，出于保护更大法益的目的，可以视为合法行为。

### 1.4 完善体育竞赛行为的出罪体系

犯罪性质的认定和刑事责任的追究必须以犯罪构成为依据。罪刑法定的侧重点及最终目的在于限制国家刑罚权，保障社会个体的权利与自由，其最主要的功能在于出罪而不是入罪。人们发明了正当化事由来使得犯罪构成中的违法性质认定更加富有弹性，典型表现为类型化之一的超法规正当化事由的除罪功能设计，被普遍认为是刑事政策融入立法及司法程序的结果<sup>[6]</sup>。法官在充分考虑正当化事由的基础上能更好地实现公平与正义，个别行为的直观结果是侵害了某种法益，但在综合其他重要价值性判断之后，可以得出社会有益性大于法益侵害性的结论。如此，死板僵硬的法条及构成要件判断便融入了活生生的社会利益考量，从而可以在一定程度上避免刑法的机械适用而导致的个案不公。

理论上，具备正当化事由的行为排除违法性判断，而可宥性事由被认为具备违法性该当，但是可否在违法性成立之后在责任层面考虑排除犯罪问题？法律显然不会鼓励或推崇人们去犯错，即便存在可宥性事由，行为也被认为是非正当的。即便如此，但由于当时的特殊情况，基于心理或条件的原因，该行为被认为是可谅解的，从而可以免除其刑事责任。对于在竞赛中违规的行为，是否可以考虑拒绝正当化事由之后再次引入可宥性事由对运动员予以出罪或者宽宥性减轻处罚值得探索。

在前文案例1拳王泰森咬耳事件、案例2郎兵宇事件以及案例3马拉松赛舞弊案中，当事人的行为都没有被认为是犯罪，但受到了相当严重的惩罚，也基本上意味着其专业运动生涯的结束。相较而言，案例4信鸽赛舞弊案中的龚某和张某被处罚较重，面临3年有期徒刑。为何同样性质的体育竞赛，运动员违反规则的行为却遭受不同

的法律惩罚？引入可宥性事由理论可否扭转对案例4的判定结论？在具体判定任何行业领域的入罪、出罪问题都不可能完全忽视行业特点，体育也不例外。体育竞赛行为可能已经僭越了正当化事由的理论范畴，但是可能完全符合可宥性事由的理论特征。引入可宥性事由可丰富体育竞赛行为入罪和出罪的相关理论内容，便于司法统一判定。

## 2 体育竞赛行为可宥性事由成立的条件

如上文所述，可宥性事由以肯定行为的违法性存在为前提，越过了正当化事由的理论范畴，因此，无论在道德上还是在法律上都应当作出否定性的评价，更不可能被国家、社会和大多数民众所认可和接受，理所应当受到法律的惩罚。此处所言的惩罚是从整个法律规制体系而言，并非仅指刑罚。可宥性事由的研究旨趣恰恰在于行为人的身份与普通人不同，再加上周遭环境的特殊性，从而有条件地对行为人免除刑事责任或刑罚处罚。所以，其关注的对象不仅仅是行为，还包括行为人，结论必定为，行为是错误的，而行为人是可以被原谅的。体育竞赛行为满足了可宥性事由判断中“三个特殊性”要求（行为人、行为环境、行为方式特殊），具体成立条件如下：

### 2.1 体育赛事本身的合法性和正规性

国家认可，政府主办或者批准的体育赛事具有合法性。商业性正规比赛的举办，也需要体育行政部门的批准。因此，正规性体育赛事的举办属于政府行为或经政府认可的行为。法理上认为，业余竞技体育比赛与职业竞赛都具有正当性。体育学理论认为，群众性体育活动是职业竞技体育的基础和后备军，同时也是未来体育发展的“主旋律”<sup>[7]</sup>，在法律保护和行为规制层面两者应当一视同仁，不应该区别对待。须注意的是，在国内局部地方有所发展的地下黑拳被政府明令禁止且被《体育法》确认为非法，并不适用可宥性事由和正当化事由理论来判断是否免罪的问题。

### 2.2 主体仅针对运动员

体育竞赛行为可宥性事由理论是针对运动员提出的，适用对象排除其他人员，如教练员、裁判员或者观众等。对于非运动员的行为即便与运动员的参赛行为具有关联性，也不属于理论上“业务行为”的范畴，因此并不适用可宥性事由

或者正当化事由。例如，教练员伙同运动员收受贿赂，唆使运动员踢假球的案件中，运动员行为已经与现有体育规则相违背，不适用正当化事由，但可以选择适用可宥性事由予以出罪或者减轻处罚。对于教练员，排除可宥性事由适用，根据刑法中受贿罪名定罪量刑。

### 2.3 行为局限于运动竞赛行为

适用于运动员的运动竞赛行为而非运动员的所有行为，即便是运动员的其他与运动竞赛相关的行为也不属于可宥性事由的适用对象。例如，上文案例4的信鸽赛舞弊案中，龚、张二人的舞弊行为属于运动竞赛行为，因而可以适用可宥性事由。假设该二人通过盗窃他人的汽车来实现运送信鸽返回的目的，虽然盗窃行为与信鸽竞赛有关，但因不属于竞赛行为，因此不适用可宥性事由。同理，运动员为了提高比赛成绩而服用兴奋剂的行为属于竞赛行为，而走私兴奋剂或者强迫他人服用兴奋剂则不属于竞赛行为，因而后者不适用可宥性事由。

### 2.4 违法目的“单纯”性

可宥性事由既然限定于运动员的竞赛行为，竞赛中实施违规行为的目的只能是为赢得比赛或获取奖金。倘若违法目的与竞技目标无关，根据“行为—目的”范式，可以推测竞赛行为本身的性质亦不“单纯”，而是具有其他违法犯罪目的。例如，2001年4月，时任曼联队长的罗伊·基恩在曼彻斯特德比战中飞铲曼城队的后卫哈兰德，造成其右膝盖严重受伤。一年后，基恩在自传中称自己铲伤哈兰德是有意的报复。在此案中，基恩飞铲对手的行为难以用赢得比赛胜利的目的解释，因为其挟带有故意伤害他人以实现复仇、泄愤的罪恶意图，因此对基恩的故意伤害行为不应适用可宥性事由进行出罪或者减轻处罚。

### 2.5 行为以“反规则”为前提

体育竞技的具体规则是体育比赛必须遵循的“法律”，是判断体育竞技行为是否正当化最重要的标准<sup>[8]</sup>。目前学界大都主张，凡是在规则范围内造成他人的人身伤害或者侵害其他法益的行为，适用正当化事由。体育竞赛规则本身既着眼于确保比赛的公平竞争，同时也必然在保护运动员身体健康和满足赛事精彩性之间进行平衡。运动员一旦实施了违反竞技规则的行为，从体育道德和伦理层面便不能再视为正当行为，倘若行为造成了较为严重的损害后果，则可能由此承担刑

事责任。对于比赛中的舞弊、造假行为，只要被规则许可，即使符合诈骗性特征，也可视为正当。例如，2012奥运会男子自行车赛中，英国选手由于起跑效果不好，便故意假摔，按规则，可以获得重赛机会。结果，重赛后英国队最后夺得金牌并被国际奥委会认可，属于合理利用规则的情形。所以，规则范围内的体育竞赛行为，即便存在“出轨”现象，甚至造成了一定的伤害后果或是获取了不当利益，仍然可被认为是正当性行为，而只有当行为违反体育竞赛规则时，方有引入可宥性事由理论考虑行为出罪的必要。

### 3 体育竞赛可宥性事由的类型化适用

我国《刑法》并未设置专门罪名来规范体育犯罪，审判机关只能通过类推解释和适用其他普通性罪名的方式来认定发生在竞技体育活动领域中的犯罪行为<sup>[9]</sup>。这造成诸多问题，司法实务中对于越过民、刑界域的体育伤害、体育诈骗、体育贿赂以及黑哨和非法赌球等严重越轨性行为，缺乏明确的罪名指引，犯罪性质界定通常只能依靠经验性的判断。对于具备可宥性事由的体育越轨行为，则未能建立起类型化的出罪或减轻处罚模式，而入罪和出罪的类型化分析无疑有助于定罪和量刑的规范化。

#### 3.1 竞技伤害行为

竞技体育中伤害行为的罪责认定并非“不是全部就是全无”的模式，换言之，对待竞技体育中的伤害行为，既不能一概入罪，也不能一概出罪，需要在区分正当化事由和可宥性事由的前提下进行判断。

竞技体育行为正当化的根据可以从正当业务说、危险接受理论（准同意说）、优越利益原理以及社会相当性理论等视角进行多维思考<sup>[10]</sup>。如上文所述，规则范围之内的特定体育竞赛行为便可认为具有正当性从而被免除刑责。是否存在侵害对方的生命或身体的主观故意或客观后果并非认定体育竞技伤害刑事入罪的充分条件。如果侵害行为被规则所允许，则同样应视为正当性行为。例如，拳击比赛中运动员被致伤致残甚至致命的事件时有发生，但并不因此追究伤害方的刑责。该行为被拳击规则所允许，因此具有正当性，不是犯罪。

当竞赛行为僭越规则范围进入可宥性事由的功能空间，竞赛规则是区分正当性事由与可宥性

事由的圭臬。有学者认为，是否违规是竞技体育伤害刑民区分的圭臬<sup>[11]</sup>。本文认为，违反规则并不一定导致刑事责任追究，还需考虑可能存在的可宥性事由因素。案件最终被定罪的情况寥寥无几的司法实践表明，体育竞赛行为的社会特殊性不容忽视。例如，泰森咬耳与郎兵宇事件，当事人的故意伤害行为均未被认定为犯罪。又如，2006年足球竞技赛场上发生的几内亚外援班古拉因对手抬脚过高踢伤右眼而最后导致失明的事件，致害球员并未因其动作犯规并造成他人重伤而被入刑；四川武术教练被徒弟误踢致死事件，也没有进入刑事司法程序。可见，竞赛行为可宥性事由因素可能在法官心证时起到了一定的作用。当然，也有竞赛致害行为入罪的案例。如1993意大利冰球联赛中发生的球员斯考特被对手球员博尼用球杆刺戳胸部致死事件，博尼最终被认定为过失杀人罪并判处有期徒刑1年。在此案中，虽然博尼没能被免除刑罚，但从刑期上看，也许法官考虑到可宥性事由对其作出了减轻处罚。

#### 3.2 滥用兴奋剂行为

目前，如德国、法国、意大利和丹麦等少数国家将违法使用兴奋剂的行为纳入刑事犯罪圈，美国原来一直不采取刑事手段惩罚使用兴奋剂行为，但近日通过一项法案要求反兴奋剂机构（USADA）可以欺诈罪起诉使用兴奋剂者。中国至今采用以《反兴奋剂条例》为主要法律依据的非刑罚方法来惩治兴奋剂相关违法行为。

对于生产、销售、走私、贩卖兴奋剂的行为予以刑法规制基本无争议，对于教唆和强迫运动员服用兴奋剂的行为，多数学者也主张入刑。但是，对于运动员服用兴奋剂的行为应否被纳入犯罪圈，学界有不同的观点。例如，有学者主张适用刑法现有罪名如诈骗罪或者毒品犯罪进行打击<sup>[12]</sup>，有学者认为用诈骗等罪名评价使用兴奋剂的行为在犯罪构成上过于牵强，刑法应当为此增设新罪名<sup>[13]</sup>。有学者从宪法人权保护的高度提出质疑<sup>[14]</sup>，有学者根据刑法中“被害人自我答责理论”认为，自愿服用兴奋剂如同吸毒，属于自损行为，目前我国立法及理论上均排除其刑事违法性，一般仅给予行政处罚<sup>[15]</sup>。

本文认为，运动员采用服用兴奋剂的方式来提高比赛成绩的作法属于《反兴奋剂条例》明令禁止的行政违法行为，该行为已经僭越正当化事由，应

当受到相应处罚。但是，考虑到行为人（运动员）和行为目的（体育竞赛中获胜）的特殊性，适用可宥性事由予以出罪抑或减轻处罚并无不妥。

### 3.3 假球等竞赛舞弊行为

赛场打（踢）假球等舞弊行为达到严重危害社会程度，便不具有社会相当性，应作为犯罪处理<sup>[16]</sup>，但在具体适用罪名上有分歧。有观点认为，假球侵犯了观众和赛事组织者的财产性利益，因此构成诈骗罪<sup>[17]</sup>。也有观点认为，假球与赌球、博彩通常紧密相联，既损害财产安全，又有损国家形象，危及到社会文化安全，主张用以危险方法危害公共安全罪处理较为妥当<sup>[18]</sup>。有学者关注假球背后的原因行为，主张应认定为受贿罪或非国家工作人员受贿罪<sup>[19]</sup>。有学者主张增设非法操控比赛竞赛结果罪来专门应对和处罚假球行为<sup>[20]</sup>。也有学者反对在刑法中盲目增加新罪，认为充分运用现有罪名可以有效防止立法“肥大”和“臃肿”<sup>[21]</sup>。

假球的反社会性首先源自于其规则违反性，假如体育竞赛规则并不禁止假球，也就无所谓不正当的问题。但是，纵观体育竞赛的各个项目规则，要么缺乏假球等舞弊性行为规范，要么即使存在此类规范，也大都属于象征性条款，宣示性意义大于实用价值。事实上，运动员赛场“假打”行为本身并不适宜通过国家法律的形式进行规制和惩罚。我国司法实践中以非国家工作人员受贿罪定罪的对象通常限于教练员或组织者，国外对运动员参与假球入刑主要还是针对假球背后的原因行为，例如，涉嫌赌球、操纵比赛、有受贿行为等。本文认为，运动员“纯粹”性假球等舞弊行为本身符合可宥性事由条件，可以成为酌定出罪或减轻处罚的依据。但是，当假球涉及到侵害更为重大的国家或社会法益时，其社会相当性便不复存在。例如，尼泊尔前足球国脚在世界杯预选赛上踢假球被指控叛国罪，被判处终身监禁，类似案件若发生在中国，同样可用侵害国家法益的罪名入罪量刑，否则不宜轻易改变对运动员不予入刑的司法实践惯例。

## 4 体育竞赛运动员可宥性事由行为入罪的注意事项

### 4.1 不能忽视运动员自由保障的理念

“法的理念作为真正的正义的最终的和永恒的形态，人在这个世界上既未彻底认识也未

充分实现，但是，人的一切立法行为都以这个理念为取向，法的理念的宏伟景象从未抛弃人们。”<sup>[20]</sup>正义的理念一直贯穿于刑事立法和司法过程，刑事司法不能偏离立法理念的指引而任意为之。

刑法必须在法益保护和自由保障之间作出恰当的平衡，在强调法益保护原则的同时，用人权及自由保障来对前者作出限制，从而减少二者之间的冲突<sup>[21]</sup>。考虑到体育竞赛运动对国家、社会和民众三方面的特殊意义和运动员比赛中“越轨”行为的特点，在法益保护和运动员自由保障理念兼顾的原则下，倘若具备以下两种情形，应当认为动用刑事司法手段保护法益的条件尚不充分。

第1种情形，运动员行为虽然违反了比赛规则，但是刑法中尚无明确罪名予以规制。案例4信鸽赛一审判决认定参赛运动员舞弊行为构成诈骗罪，又如学界有人主张滥用兴奋剂与诈骗罪有诸多相似之处，可以沿用刑法诈骗罪条款进行处罚<sup>[22]</sup>。目前我国的刑法并没有如部分学者所建议的单设“非法操控体育比赛罪”或者“体育赛事舞弊罪”的罪名，虽然按照诈骗罪的形式要件进行扩张性解释可以得出构罪结论，但同时也忽视了竞技体育运动行为特殊的社会意义，而且有以“口袋罪”定罪之嫌。对于具有特殊社会价值属性的行为，在无专门罪名规制而理论上尚存争议的情况下，欲套用“口袋罪”加以入罪必须十分谨慎，在此情形之下，保障运动员的行为自由应当是首要的选择。

第2种情形，运动员行为虽然违反了比赛规则并造成一定的法益侵害，但是从民众视角，尚不具备刑事必罚性。在体育运动竞赛活动中，运动员为赢取比赛的胜利而发挥身体和智力的极限正是竞技体育的魅力所在，且为竞赛规则鼓励，并被观众喜好。但是，规则是预先设定的条款，无法预设实际比赛中的各种情形。倘若因运动员采取了“过头”的行为招致刑事惩罚，在实质意义上并不符合体育竞赛公平与公正的理念追求，此时，融入法律政策性判断和大众性观点可以使最终的定罪结论更为公平合理。诚然，体育竞技中存在各种形式的舞弊行为，虽然有违体育道德规范要求，但决不罪至入刑，应当秉持刑法的谦抑性和补充性原则而免予刑事追究。

#### 4.2 应当避免选择性刑事司法

选择性司法就是指同种情况不同对待的司法现象，对类型相同的案件在入罪和量刑方面体现出“差别待遇”是选择性司法的典型特征，损害立法权威和司法公信力以及误导民众的行为合法性预测是其危害性的突出表现。绝对公平、公正只是一种司法理想，现实中不可能完全避免司法的选择性，但是这并不应成为选择性司法的借口。

可宥性事由理论本身强调立足于案件的实际，针对行为以及行为人的不同客观表现来“选择性”地考虑是否给以宽宥性的处理，但无法就此认为，可宥性事由与选择性司法存在天然的“契合”。选择性司法指出了在司法实践中本应“一视同仁”的案件却得出了迥异的结论，是应当被克服和避免的司法现象，而可宥性事由则表现为对某些运动竞赛行为可以有条件地从宽处理。对于都符合条件的行为自然应当适用可宥性事由予以出罪，不能再选择性、针对性地定罪或是量刑。

再以案例4信鸽赛舞弊案进行分析，认为相较于同类型体育竞赛运动舞弊行为存在着较为明显的选择性司法现象。首先，体育竞赛中不乏其他类型的舞弊造假行为，如运动员服用兴奋剂、踢假球、代跑代考等，刑法对其一般不予以入罪，但是在群众性信鸽竞翔比赛中运动员为获取比赛奖金而采取的舞弊行为却屡次被刑事入罪，刑事司法在竞技性体育运动和群众性体育运动二者之间存在目标选择性和价值倾向性。其次，在群众性体育项目入罪问题上也存在司法选择性，国内鲜有除信鸽赛以外的其他群众性赛事运动员舞弊被入罪的先例。最后，在信鸽竞翔赛的舞弊行为类型上同样存在选择性司法。国内信鸽赛中运动员舞弊造假现象确实存在一定的普遍性，而且大都属于违反业界规则的行为，例如，诱捕参赛信鸽；仿制、复制赛鸽足环；信鸽调包；给鸽子服用兴奋剂；设置AB棚；违规用交通工具运送信鸽等。然而，仅有违规设置AB棚和用交通工具运送信鸽的行为进入刑事司法的视野。如果指望通过选择性司法起到杀一儆百的效果，那么民众和犯罪分子就会将惩罚看作是碰运气时付出的“代价”。选择性司法不仅体现了司法环节中的恣意，也必然影响运动员设定合理的竞技目标和形成正确的行为预期，即使行为被定罪，也很难实

现认罪、认罚、服法。

#### 5 结语

虽然法谚云“法律不理会琐细之事”，但法理决不能过于粗疏。正是因为法学理论研究的细致入微，法律才可以做到精益求精。在以行为体系为核心的实体法学特别是刑事法学理论中，“行为—结果”范式的精确表达建立在对行为主体、行为方式、内容及结果等详尽的界分基础之上。在体育竞技比赛中，运动员的各种违规行为不时上演，刑事司法若是不加区分地给予入罪或者出罪，都有可能违背法律的公平公正原则。当具备可宥性事由时，可酌情予以出罪或是减轻处罚。

#### 参考文献：

- [1] J·C·史密斯, B·霍根. 英国刑法[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 217.
- [2] 陈兴良. 正当化事由研究[J]. 法商研究, 2000(3): 24.
- [3] HEBERLING P D. Justification: the impact of the model penal code on statutory reform[J]. Columbia Law Review, 1975, 75(5): 204.
- [4] DRESSLER J. New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's thinking and rethinking[J]. UCLA Law Review, 1984, 32: 61.
- [5] 前田雅英. 刑法总论讲义[M]. 曾文科,译. 北京: 北京大学出版社, 2017: 206-251.
- [6] 劳东燕. 功能主义刑法解释论的方法与立场[J]. 政法论坛, 2018(2): 10.
- [7] 贾志强. 群众体育: 我国体育发展的主旋律[J]. 北京体育大学学报, 2015(1): 8.
- [8] 黄京平, 陈鹏展. 竞技行为正当化研究[J]. 中国刑事法杂志, 2004(6): 34.
- [9] 徐伟. 体育犯罪刑法边界: 标准构建与实践策略[J]. 上海体育学院学报, 2017(5): 57.
- [10] 钱叶六. 竞技体育伤害行为的正当化根据及边界[J]. 法学家, 2017(3): 105.
- [11] 童春荣. 竞技体育伤害之刑民界限[J]. 上海体育学院学报, 2017(2): 60.
- [12] 王庆国, 贾健. 论操纵体育比赛行为的刑法规制[J]. 首都体育学院学报, 2014(6): 550.
- [13] 贾健. 滥用兴奋剂行为犯罪化研究[J]. 武汉体育学院学报, 2015(7): 48.
- [14] 杨春然. 运动员使用兴奋剂行为入罪的法律障碍及突破[J]. 上海体育学院学报, 2018(2): 29.

- [15] 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(1):8.
- [16] 于改之.社会相当性理论的体系地位及其在我国的适用[J].比较法研究,2007(5):35.
- [17] 潘星丞,陈芹.假球行为的刑法定性[J].体育学刊,2014(4):37.
- [18] 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(6):527.
- [19] 雷选沛,崔成敏.“假球”行为的分析及刑法规制研究[J].湖北体育科技,2012(6):623.
- [20] 高凌燕.谁伤了球迷的心[J].中国律师,2010(3):18.
- [21] 呂伟.美国规制操纵体育比赛犯罪研究[J].武汉体育学院学报,2015(1):44.
- [22] H.科殷.法哲学[M],林荣远,译.北京:华夏出版社,2003:10.

## Excusable Cause: Another Factor of the Crime of Deviant Behavior in Sports Competitions

LIU Jiangfeng

(Law and Public Management School, Leshan Normal University, Leshan 614000, China)

**Abstract:** Excusable cause is the basis of the theory of the crime of the act, which is composed of the defensible cause originated from the criminal procedure in the United Kingdom and the United States. Different from the justifiable cause, the excusable cause has overstepped the legal conditions for the justification of the act. The illegality of the act is first affirmed and only seeks forgiveness in the attribution of responsibility. The introduction to excusable cause can enrich the relevant contents of incrimination and exoneration of sports competition behavior, and facilitate the judicial unified judgment. The analysis shows that the establishment of the excusable event of sports competition behavior should meet the following conditions. The sports event itself has the legitimacy and regularity; the main body only aims at the athletes; the behavior is limited to the sports competition behavior; the illegal purpose is pure and the behavior is based on the premise of anti-rules. The classification of incrimination and discharge is conducive to the standardization of conviction and sentencing. This paper makes a specific analysis on the situation of the application of excusable cause of crime or mitigated punishment for competitive frauds, such as competitive injury, abuse of stimulant and match fixing. Finally, it points out that the concept of athletes' freedom protection should not be ignored and selective criminal justice should be avoided as far as possible.

**Key words:** sports competition behavior; justifiable cause; excusable cause; crime; competitive injury; doping; competitive fraud; selective justice