

競技致損行為의 正当化 根據及 刑罰 邊界*

경기스포츠에 의한 손해행위의 정당화 근거 및 형벌의 한계

羅嘉司**

LUO Jiasi

目次

- 一、競技致損行為 正当化 根據 評析
- 二、競技致損行為의 刑罰 邊界

內容摘要

发端于社会相当性理论的允许危险理论是某些竞技致损行为的正当化根据。规则内竞技致损行为属正当行为，不应入罪。违反竞技规则并过失致人损害的行为属于允许风险范围内行为，不宜入罪。违反竞技规则并故意致人损害的情形超出了允许风险范围，可以入罪。非出于竞技目的而实施的致损行为应当入罪。

关键词： 競技致損行為 允許風險 刑罰邊界

随着社会的发展，体育竞技行为已然成为人类社会活动的一个不可或缺的内容。由某些体育竞技活动本身的对抗性、激烈性、危险性等特点所决定，在多人参与的竞技活动中，致人身体损害的行为也成为一种不可避免的现象。对于这些竞技致损行为，当然可以通过体育道德规范、竞技规则本身进行调整。近年来，也有学者开始从法律视角对此类问题加以关注。本文基于刑法立场，结合竞技致损行为的正当化根据，对该类行为的入罪问题进行探讨。

논문접수일 : 2009.12.29

심사완료일 : 2010.1.29

게재확정일 : 2010.2.1

* Korean Association of Sports & Entertainment Law 7th International Conference on Sports Law 2009

** 沈阳体育大学 管理系 副教授

一、竞技致损行为正当化根据评析

关于竞技致损行为的正当化根据，在刑法理论上主要存在以下诸种观点。

(一) 被害人承诺理论。被害人承诺理论，也称为权利人承诺理论，是指经作为有权处分自身利益的被害人的承诺，侵害被害人或者权利人利益的行为应排除违法。

如意大利刑法典第50条规定：“经有权处分人的同意，侵害权利或使权利陷于危险的人不受处罚”。“对体育活动中造成轻伤的行为，如果没有超出民法典第5条规定的范围，可以适用刑法典第50条的规定，例如，拳手在比赛中所受的打击和轻伤都可以用他事前的同意来解释（他走上拳台就意味着他默示的承诺）。1]

再如，法国刑法中有观点认为，在激烈的体育活动中（例如，拳击、柔道等），只要行为人为人遵守了比赛规则，即使造成了伤害也是一种合理行为，之所以认为行为人不受惩罚，是因为有类似于“法律允许”的“容忍”作为依据2]

被害人承诺理论是刑法理论中用来解释行为正当性的理论之一。该理论得以存立的基础在于当被害人的自决权和被害人所受侵害的利益之间发生冲突的时候，前者应优越于后者而得到尊重。在此也体现了一种利益优越的思想。但是，在通过被害人承诺理论使行为正当化时，应受到一些条件的限制。这种限制在被害人有权承诺的利益范围上就体现为，被害人无权对生命权和重大健康权进行承诺。这可以从刑法处罚同意杀人行为这一一般做法可以看出。因为生命权是人行使其他权利的根基，对于生命权的动摇，将使得一个人对其其他权利的行使无从实现。由于对重大健康权利的侵害往往存在危及生命权利的风险，故对于危及生命程度或形式的重大伤害也无权承诺。3]

通过以上分析，本文认为将被害人承诺理论作为竞技致损行为的正当化根据并不充分。因为从竞技致损行为的严重程度上进行划分，可以存在致人轻伤、重伤、死亡等多种可能。如前所述，既然人无权对生命法益、有可能危及生命的重大身体法益进行承诺，该理论便无法充分担当竞技致损行为的正当化根据。

(二) 正当业务行为理论。所谓业务，是指人们社会生活上反复或者继续进行的工作。日本学者大谷实教授认为，大力士摔跤、拳击手的格斗等，只要是在正当业务范围内实施的，即便符合暴行罪或伤害罪的构成要件，也被作为业务行为而排除违法性。4]大冢仁教授也认为力士的相扑、拳击手的拳斗等只要行为本身处于正当业务的范围内，就不成为伤害罪、暴行罪。我国国内学者也有采正当业务行为说的。认为在竞技体育中，一些项目的危

危险性很高,自古以来有不计其数的运动员在其中致伤致残,有的甚至丧失了生命。由于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,不负刑事责任。^{5]}

应该说,运用正当业务行为理论作为体育竞技中致损行为正当化的根据,在某种程度上是合理的。毕竟很多体育竞技行为本身即是一种职业化行为,这种体育竞技行为作为人们反复继续从事的工作确实是一种业务。但同时我们也注意到,在社会生活中还有相当多的体育竞技行为并非是一种职业化行为,也缺乏反复继续实施的特征,很难称之为业务。如果用正当业务行为理论解说所有的体育竞技行为便不够充分。正当业务行为理论的这种不充分性,在前述两位日本学者的相关论述中也有所反映。如大谷实在论述业务行为时同时谈到,“作为体育活动而进行的摔跤、拳击等活动,虽然不能说是业务,但只要社会一般观念认为是正当的,就应当说合法,这些相当于后述的一般正当行为。”^{6]}显然,大谷实教授将体育竞技活动做了划分,此处所谈及的摔跤、拳击活动应是指不能划入业务范围加以分析的其他竞技活动,必须借助其他理论加以正当化。

(三) 社会相当性——允许风险理论。该理论认为具有社会相当性的行为,即便是引起了法益侵害,也应成为排除违法性事由。该理论最早是由德国刑法学家威尔泽尔所提出。所谓具有社会相当性的行为,是指在社会生活中,根据历史上所形成的社会伦理秩序而允许的行为。在社会相当性理论发展的过程中,有人将其作为排除构成要件符合性的理论,有的将其作为阻却违法的事由。日本的大谷实教授在论及某个赛车案例时,主张应当在体育活动的基础上,从社会相当性的角度来认定其排除违法性。^{7]}在这里他是将社会相当性理论作为阻却违法的事由,并运用于对某些体育竞技行为正当性的说明。也有的学者将其作为排除构成要件符合性的理论加以理解。如德国学者罗克辛在检查为社会相当性理论所提供的案例组中,将体育比赛作为在法律上不重要的或者是可以允许的风险案件进行理解。^{8]}我国国内亦有学者在探讨体育竞技行为的正当化根据时主张社会相当性理论。^{9]}

由于社会相当性理论本身具有较强的理论张力,将其作为体育竞技行为的正当化理论基础确实存在一定的理论优势。但张力过大的理论其先天不足之处也同样明显。就该理论来说,其标准过于抽象,不能精确地对犯罪的成立进行限制,在解释的过程中有被滥用的风险。作为一种解释原则,应该“由更准确的标准予以代替”。本文认为,在德国学者罗克辛所主张的客观归属理论规则中,允许的风险理论在某种程度上是对社会相当性理论的一个理想替代。按照罗克辛的观点,在允许性风险下,人们创设了一种在法律上有重要意义的风险,但是这种风险一般是可以允许的,正因为这种允许性而排除对客观行为构成的归责。有风险的竞技体育行为可列入允许性风险领域进行分析并获得正当化基础。^{10]}之所以说允

许性风险理论较之社会相当性理论更为明确，是因为允许性风险理论能够在对具体的体育竞技行为提供以保护法益为导向的有限制的解说。

本文赞同将允许风险理论作为体育竞技行为正当化的根据，认为该理论是在关注社会发展、公共福利这一大的背景下展开，一方面能够超出被害人承诺理论中单纯基于个人权利进行分析的视野，另一方面通过体育竞技中允许风险的创设这一本质内核，兼顾了职业和非职业等所有的体育竞技行为，从社会发展这一宏观需要出发，肯定了作为社会发展所需代价的诸种侵害法益行为的合法性。该种理论在保有较大解释能力的同时，能够为竞技体育行为这一社会化行为的正当化提供更为精确的衡量标准。

我国国内也有观点对容许危险理论作为体育竞技行为正当化根据合理性进行了肯定。^[1]但该观点同时认为被容许的危险理论作为正当业务行为和被害人同意行为的背景，比较粗糙，而通过正当业务行为和被害人同意行为理论的具体解释，更有利于清晰说明竞技伤害行为的合法化问题。因此，强调“一体两翼”理论的相互作用，更有利于对竞技伤害行为的合法化根据予以精致的解读。其实，在该文先前认为这两种理论只能片面说明竞技伤害行为的合法化问题的前提下，再将二者作为容许危险理论的具体解读，实有画蛇添足之嫌，并无多大意义。而且这两种理论也难以充分担当具体解释允许风险理论的任务。本文主张，将允许危险理论独立作为体育竞技行为的正当化根据已经足够，不需其他理论加以补足。

二、竞技致损行为的刑罚边界

(一) 竞技致损行为的种类。竞技致损行为可以从广义和狭义两方面进行定义。广义的竞技致损行为，是指与体育竞技有涉的各种致损行为。具体包括以下三种情形：1、正常遵守体育竞技规则下所意外发生的损害行为。如在拳击比赛中，在规则允许范围内击打有效部位，因力量过大而致对方伤亡；踢橄榄球时因合理冲撞致人受伤等。2、故意犯规下所发生的损害行为。是指在竞技运动的过程中通过故意犯规行为而导致的损害。如在足球比赛中，规则允许进行铲球，但又做出许多限制，只允许对持球的对方进行的铲球破坏或者获得对球的控制权，不允许对无球队员和对持球者实施背后的铲断。如果通过这些违规铲球行为致人损害的即属于此种情形。再如，篮球比赛中，在他人持球上篮时，一把将其拉下，摔成重伤。3、虽与体育竞技活动有关，但与竞技目的无关的致损行为。前两种情形，不管是规则内行为还是犯规行为，其目的都在于对竞技效果的追求。第三种情形往往都是因场所、运动员身份等因素的牵涉与竞技发生关系，但并非直接追求竞技效果的行为。如在足球场上受到对方语言侮辱，而挥拳相向，致人受伤。或者在篮球比赛中，因情绪失

控，双方发生殴斗而致人损害。

狭义的竞技致损行为仅指广义竞技致损行为中的前两种情形，必须是运动员基于竞技目的通过竞技行为而导致的损害。在本文的观点中，不同种类的竞技致损行为在入罪问题的结论上也会有所不同。

（二）竞技致损行为入罪之可能性分析

1、狭义竞技致损行为可部分入罪。如前所述，刑法学界关于体育竞技行为正当化根据的探讨主要存在正当业务行为说、被害人承诺说、社会相当性说。在各种观点之下同时也强调成立正当化的具体条件。如，持正当业务行为论的大谷实教授强调，在判断是不是正当业务行为时，必须以现存的、有关该业务行为的行动基准为标准进行判断，在违反该准则的时候，就具有违法性。^{12]}持被害人承诺说者也认为，在激烈的体育活动中，为证明伤害行为是一种合理行为，要求行为人遵守了比赛规则，如果行为人不遵守比赛规则，则要认定其犯有暴力罪。^{13]}我国国内持社会相当性说的学者也主张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。业已确定的比赛规则是社会判断该比赛是否正当，是否予以许可的客观标准。凡是被社会认可的比赛，其规则都体现了对运动员权益的平等保护和合理保护，比赛的规则也相应的具有社会相当性。同时业已确定的比赛规则，也是比赛双方当事人参加比赛，甘愿承受比赛风险的前提。^{14]}持允许危险理论者也基本上认为，竞技致损行为是否在竞技规则范围内实施，是判断允许危险范围的一个重要因素。^{15]}

以上这些观点均表明了相同的基本立场，作为体育竞技行为正当化的一个关键限制条件，是要求致损行为必须在规则范围内实施。言外之意，违反竞技规则的竞技致损行为则存在入罪的可能。本文赞同对竞技规则范围内致损行为不应入罪的观点，同时主张只有在行为人对致损重大结果在主观上存在故意的情况下，才能入罪。对于违规本身虽为故意，但对于致损结果却持过失心态的行为不宜入罪。理由如下：

（1）作为实践惯例的事实参照。综观中外对竞技致损行为的处理结果，我们实难发现有入罪之先例。并非实践中违反竞技规则致人损害行为的缺乏，而是实践中对此类行为均在刑法领域之外甚至是法律领域之外进行处理。可见，对违反竞技规则致人损害行为作非罪处理是一种实践惯例。这种实然的处理局面至少能说明一个问题，对于体育竞技领域中狭义的致损行为，更习惯于在刑法领域外甚至是法律领域外解决。

一方面因为体育竞技行为作为一个特殊的社会活动领域，在竞技参与者间有着独特的体育价值观念。在体育竞技活动中，基于竞技目的而实施的违规行为是一种普遍的现象，这是竞技活动的对抗性、激烈性、危险性所在，某种程度上也是竞技体育发扬勇气、力量、

坚强、竞争精神之固有魅力所在。如果动辄对违反竞技规则的致损行为通过法律进行规范，则将阻碍运动员参与竞技体育活动的动机，也会抑止竞技体育这一特殊社会活动的发展。另一方面，按照允许风险理论，对于风险是否在允许范围内的判断，不能单纯以社会一般公众作为判断主体，而更应依赖竞技参与者的行业感受。如果仅站在社会一般人立场，不顾及竞技领域的行业判断，将使得允许风险的判断因远离实践基础而失却合理性。而且，允许风险理论本身来源于社会相当性理论，关照体育竞技这一特殊社会领域中长期形成的实践惯例，是判断某行为能否为历史形成的社会伦理秩序所允许的一个重要参照。

基于此，本文认为，对于狭义竞技致损行为入罪问题的分析，应结合行为人违规的心态和对致损结果的心理态度综合加以认定。具体来讲，狭义的竞技致损行为即使违反了竞技规则，只要是对致损结果持过失者，仍属于体育竞技道德所能容忍的范围，主观上仍不失竞技目的，其社会危害性也没有达到需要刑法介入的程度，所造成的结果也属于竞技体育活动所允许的风险范围，不宜入罪。但是，如果行为人故意违规，且对致损结果持希望或者放任的态度，则属于一种严重违反竞技体育道德的行为，将超出体育竞技行为所允许的风险范围，其社会危害性也严重到需要用刑法加以惩罚的程度，应当入罪。

(2) 刑法谦抑性的体现。刑罚的功能应当是限缩的，而不是扩张的。作为其他部门法的保障法，谦抑性是刑法的一个重要特征。对于其他部门法律或者行业规则能够给予充分调整和规范的不适当行为，刑法不宜介入。体育竞技领域是一个有着内在行业规则的领域。不同竞技活动中的参与人均受到不同的体育竞技规则的规范，凡是违反体育竞技规则的行为，也将会受到来自相关体育竞技活动组织者、管理者的制裁。禁赛、罚款等制裁在一定程度上已经能够使行为人遭到财产、名誉等方面的损失。这些体育竞技规则的存在，能够在一定程度上预防违反竞技规则行为的发生，而无需对所有的违规致损行为都入罪。

(3) 其他法律救济机制的补充。不将狭义竞技致损行为入罪，并不意味着受害人不能接受其他制裁。除了前面提到的竞技行业内部制裁，在符合有关条件的情况下，还可以对受害人进行民事制裁，通过承担民事责任，对被害方进行赔偿。在民事法领域，历来通过被害人承诺原理将符合竞技规则下侵害他人身体健康行为作为阻却违法的理由。^{16]}此外，自担风险原则，也被我国法律实践中用于确定竞技致损行为的侵权责任。^{17]}本文无意对竞技致损行为的民事责任问题进行深入而完备的探讨，只是意图说明以民事责任作为刑事责任的替代，在一定程度上能够使竞技致损行为受到合适的制裁，也能够使被害人得到合理的补偿。

(4) 狭义竞技致损行为入罪的主客观条件。狭义致损行为包括规则内致损行为和违规致损行为两种。对于规则内致损行为，不需要特殊的限制条件即可获得正当性基础。但对于违规致损行为，必须对致损结果出于故意者才能够追究其刑事责任。对于过失者，即使造

成了较为严重的客观结果,也属于允许风险范围,不应入罪。至于行为人主观上对致损结果是否具有故意,应在各种竞技活动领域内,结合不同竞技活动的性质和竞技特点,结合诸多客观事实特征进行判断。主要应综合考察以下这些因素:竞技活动的性质、竞技活动的规则内容、致损行为的具体表现、损害的严重程度、致损人的竞技水平等。在以上这些因素中,重点要考察行为人致损行为本身的强度及所造成的结果是否明显超出了该种竞技活动的性质和竞技目的所能容忍的范围,这也是认定行为人主观上是否存在犯罪故意的一个重要客观依据。同时,这种主观罪过形式的判断必须结合各种竞技活动的不同性质特点进行个别化考察。

2、其他竞技致损行为可全部入罪。根据本文前面对竞技致损行为的分类,除了狭义竞技致损行为外,剩下的就是非出于竞技目的而致人损害的行为。本文认为,该种竞技致损行为尽管因行为人主体身份、行为的时间、空间与竞技运动有所关联,但由于行为人实施致损行为时,并非出于竞技目的,并非追求竞技效果,而完全出于竞技外的动机和心理所实施,在符合刑法所规定的某些构成要件的情形下,可以按照相应的犯罪定罪处罚。从主观罪过上分析,该种致损行为既可以表现为故意,也可表现为过失。前者如,运动员基于对裁判的不满而围攻裁判,致裁判受到轻伤以上的危害结果,可以故意伤害罪论处。后者如棒球运动员因输球而情绪失控,怒将球棒扔向空中,不幸重伤场边观众,可以过失致人重伤罪论处。

综上所述,根据允许的危险这一正当化原理,本文认为竞技致损行为中能够以犯罪论处的仅包括以下两种情形:一是狭义致损行为中违反体育竞技规则,并故意致人损害的情形;二是非出于竞技目的而实施的致损行为。

主要参考文献

- 1) [意]杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法原理 [M]. 陈忠林译. 北京:法律出版社, 1998: 159.
- 2) [法]卡斯东·斯特法尼等. 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.
- 3) [日]大谷实. 刑法总论 [M]. 黎宏译. 北京:法律出版社, 2003: 195.
- 4) [日]大谷实: 刑法总论 [M]. 黎宏译. 北京:法律出版社, 2003: 192.
- 5) 马克昌主编:《犯罪通论》, 武汉大学出版社1999年版, 第821页。
- 6) [日]大谷实: 刑法总论 [M]. 黎宏译. 北京:法律出版社, 2003: 193.
- 7) [日]大谷实: 刑法总论 [M]. 黎宏译. 北京:法律出版社, 2003: 197.

- 8] [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论. 北京: 法律出版社, 2005: 193.
- 9] 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) : 31.
- 10] [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论. 北京: 法律出版社, 2005: 252.
- 11] 林亚刚, 赵慧. 竞技体育中伤害行为的刑法评价 [J]. 政治与法律. 2005 (2) : 91.
- 12] [日]大谷实: 刑法总论 [M]. 黎宏译. 北京: 法律出版社, 2003: 193.
- 13] [法]卡斯东·斯特法尼等. 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: 374-375.
- 14] 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.
- 15] 林亚刚, 赵慧. 竞技体育中伤害行为的刑法评价 [J]. 政治与法律. 2005 (2) : 93.
- 16] 王泽鉴. 侵权行为法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 240.
- 17] 吴凰行, 元春华. 一场篮球赛所引起的人身损害赔偿法律思考.
<http://www.chinacourt.org/html/article/200803/14/291790.shtml>. 访问时间: 2008.3.14.

<Abstract>

경기스포츠에 의한 손해행위의 정당화 근거 및 형벌의 한계

羅嘉司

沈陽體育大學 管理系 副教授

사회상당성이론으로부터 발단이 된 유희위험이론은 일부 경기치손행위의 정당화근거입니다. 규칙내의 경기치손행위는 정당한 행위에 속하므로 범죄에 귀속시키지 말아야 합니다. 경기규칙을 위반하였고 또 과실로 인해 타인을 손상시킨 행위도 유희위험범위내에 속하므로 범죄에 귀속시키는 것이 적당하지 않습니다. 경기규칙을 위반하였고 또 고의적으로 타인을 손상시킨 행위는 유희위험범위를 초과하였으므로 범죄에 귀속시킬수 있습니다. 경기의 목적이 아닌 다른 목적으로 실시한 치손행위는 옹당 범죄에 귀속시켜야 합니다.

주제어 : 경기치손행위, 유희위험, 형벌변제