

体育竞技的正当化事由及其诉讼证明

王燕玲

(华南师范大学 法学院, 广东 广州 510006)

摘 要: 正当化事由是维护体育竞技活动公正的天平, 刑法介入体育竞技活动的危险状况或危害结果时应坚持谦抑性精神。立足于现有的犯罪构成理论体系, 体育竞技伤害行为的正当化根据为被害人承诺理论, 在立法尚未明确规定的情况下, 应从承诺主题、承诺时间、承诺主体、承诺真实性、承诺表示和认识等方面加以严格认定。在被害人承诺的刑事诉讼证明上, 根据新刑事诉讼法的规定, 控方始终承担证明有罪的责任, 且证明标准应为定罪标准, 而辩方为盖然性标准。

关 键 词: 体育法; 正当化事由; 证明责任; 被害人承诺; 体育竞技

中图分类号: G80-05 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-7116(2014)02-0047-05

Causes of justification of competitive sports and their lawsuit testimony

WANG Yan-ling

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

Abstract: Cause of justification is a balance used to maintain the fairness of sports competition activities; the spirit of modesty should be adhered to when criminal law involves in a dangerous situation or harmful consequence produced by a sports competition activity. Based on the existing crime constitution theory system, according to the victim's commitment theory, the justification of a sports competition injury behavior should be strictly identified in terms of commitment theme, commitment time, commitment subject, commitment authenticity, commitment expression and acknowledge etc if it has not been clearly specified by legislation. In terms of criminal lawsuit testimony of a victim's commitment, according to the stipulation of the new criminal procedure law, the prosecutor undertakes the guilty proving responsibility all the time, the standard of proof should be the standard of conviction, while the defender is the standard of probability.

Key words: sports law; cause of justification; proving responsibility; victim's commitment; competitive sports

体育竞技是体育活动的重要组成部分, 是以体育竞赛为主要特征, 通过竞技运动为手段来促进人的身心和精神的协调发展、创造优异成绩、夺取优胜为主要目标的社会活动。竞技体育具有游戏性、竞争性、规则性、危险性等特征, 因而, 在体育规则之内的合理而不可避免的伤害或致死情况时有发生, 这些行为是合法的, 并未造成社会危害结果, 也不是故意为之的危害行为, 对此刑法不能予以惩处。易言之, 这些行为背后存在正当化事由, 目前看来, 被害人承诺则作为常见的免责情形可担当此重任, 但需要严格把握承诺主题、承诺时间、承诺主体、承诺真实性、承诺表示和认识等方面。此外, 如何在刑事司法过程中确

证正当化事由的证明问题也是一个司法认定的难点, 需要紧密集合 2012 年新刑事诉讼法的规定, 围绕证明责任和证明标准等予以展开。

1 竞技体育伤害行为的刑事责任归责与被害人承诺的正当化

1.1 我国当前规制体育竞技伤害行为宜秉承刑法谦抑精神

体育竞技冲突对公平竞争产生了严重破坏性, 不仅包括体育竞技主体对体育规则的违反, 甚至会导致竞技主体的生命安全受到威胁和伤害。事实上, 在体育竞技活动中发生伤亡的事故屡见不鲜, 特别是在对

抗性竞技体育活动中。然而,由于体育竞技领域素有“行业自治”的传统,也即体育界行规的排斥和传统观念的限制^[1],使得对该领域的法律介入,特别是刑事法律的介入存在很大的困难。一般而言,体育竞技中的故意伤害行为,是指违反体育道德,超越体育内涵的故意侵犯他人的人身权利的行为^[2]。所以,体育竞技中的故意型伤害犯罪最为常见,如体育竞技比赛中,运动员故意实施的犯罪行为,按照我国刑法的规定是可以构成犯罪的。但在竞技比赛中,过失型竞技伤害犯罪也客观存在^[3],一般也仅限于重大过失的情形才作犯罪归责,轻微过失不纳入法律规制的范围。

在体育竞技伤害问题上,之所以法律难以有效介入,特别是将伤害行为入罪,是因为竞技活动本身就是一种高度危险的行为,参与竞技活动的运动员都是明知的。而且,在对抗型的竞技活动中,参与人员往往无法做到绝对有效的自我控制,误伤、正常的竞技伤害等时常发生。如果刑法统统加以规制,显然会阻碍体育竞技活动的长远发展,而对运动员的惩罚也不是公正的。所以,刑法应秉持谦抑精神^[4],并不是所有的违法行为都是刑法规制的对象,刑罚只有在不得已的情况下才能加以适用,否则刑罚的公正性荡然无存。但是,关于体育竞技伤害行为的正当化问题,刑法学界的关注并不多,与国外相比更是有差距,这一方面是由于我国正当化事由理论的研究相对滞后,另一方面则是因为还没有很好地确立一种可将体育竞技伤害行为予以正当化的依据。

1.2 对域内外规制体育竞技伤害行为理论的思考

在大陆法系的阶层式犯罪论体系中,对于体育竞技活动中所涉及的暴行、伤害等行为的正当化问题,有的观点放在推定承诺中加以探讨^[5]。所谓“推定承诺”,是指虽然没有得到被害人现实的同意,但推定只要被害人知悉实情就能够得到同意而实施的行为。作为一种独立的阻却违法事由,其正当性根据通常有法益衡量说、社会的相当性说、被允许的危险说和紧急避险说。但是,也有将体育运动中发生的暴行、伤害的正当化问题作为一种正当业务行为看待^[6]。所谓“正当业务行为”,一般是指即使没有法律上的根据,但在社会上被认为是正当的业务上的行为。在刑法理论中,正当业务行为往往基于被害人承诺说、社会相当性说和被允许的危险说等理论而被正当化。其中,被害人承诺说更为流行。应该说,大陆法系刑法理论中的相关研究成果具有相当的启发意义。但是,刑法是一个地方性知识^[7],在探究体育竞技活动的正当化问题时,更需要立足本国国情,结合本国的刑法理论加以分析,适当参考和借鉴域外理论。

在我国,对于体育竞技伤害行为的正当化根据问题,有学者认为,体育竞技中的正当行为的理论基础是社会相当性理论^[8]。还有论者认为,对抗性竞技轻伤行为,可因被害人承诺而阻却构成要件该当性;非对抗性竞技伤亡行为,可因自赴风险而阻却构成要件该当性;对抗性竞技(重)伤亡行为,若未犯规,可因正当业务行为而阻却违法性;若犯规,仍可能因欠缺责任能力、故意过失或期待可能性而阻却、减轻责任^[9]。这些观点在一定程度上都与大陆法系的相关学说有着理论“近亲”关系,客观地讲均有其可取之处,但也未必完全合理。一般来说,对抗型的体育竞技活动是双方自愿参加的,即使竞技过程中出现了危险或威胁,只要在竞赛规则的允许范围内,都是合理且合法的行为,不具备实施正当防卫的各种前提条件。紧急避往往针对第三方的合法利益,而体育竞技活动中的对抗双方才是利益关联主体,也往往缺乏启动紧急避险的前提条件。与此同时,司法人员还可以考虑运用诸如社会主义道德、公序良俗、社会危害性理论和社会主义法治理念等非法定正当化根据^[10]。但是,这些正当化依据毕竟缺乏一个事先法定的基本特征,而且可操作性、唯一性、统一性上均有不足,容易成为司法恣意和放纵犯罪的隐患。

1.3 被害人承诺理论是体育竞技伤害行为正当化的根据

一方面,将职业运动员的竞技行为视为正当业务行为是妥当的,但是,这同时也可能将非职业运动员排除在外,不利于全面保护体育竞技活动的安全。而且,对正当业务无行为进行无限制的扩张解释,也很可能违背罪刑法定原则。所以,正当业务行为不是最佳的选择。其实,在德日刑法理论中,针对体育竞技伤害行为,被害人承诺理论的接受度比较高,其缘由在于被害人承诺理论的逻辑构成很符合体育竞技伤害行为的产生背景,即放弃权益与行为合法化的关联性问题。在我国,体育竞技伤害行为与被害人承诺理论之间有着天然的亲缘性,而被害人承诺理论也在我国的犯罪构成中存在一席之地。凡是自愿参加体育竞技活动的个体,都对经济行为可能导致的风险与伤害等有着明确的主观认识,对于合理、合法范围内的彼此之间的竞技伤害结果,其实都是行业和法律之内默认和接受的常态现象。如果不符合主观罪过的基本条件,就不符合犯罪构成,也就可能不需要承担刑事责任。在此基础上,由于推定的承诺一般归属于被害人承诺,是被害人承诺的一种特定情形,所以,单凭推定的承诺还不足以解决所有的问题,毕竟推定的承诺在适用范围上存在局限性。然而,这同时也折射出被害人承诺理论用于阐释体育竞技伤害行为正当化的优势。最

后,还需要区分一般正当化事由和具体正当化事由的正当化根据。如社会相当性学说认为,在历史形成的社会伦理秩序的范围内,被这种秩序所允许的行为(社会相当性行为)就是正当的。但是,社会相当性说具有极大的包容性,这种具有普适性的理论亦不宜作为体育竞技活动的正当化根据,而宜作为整体意义上的正当化事由一般的理论基础。总之,从社会文化、理论认可度和司法实务的可操作性等方面看,被害人承诺理论是较为理想的选择,更能诠释体育竞技伤害行为的正当化机理,而且不会打破现存刑法理论的基本框架。

而一旦锁定了被害人承诺理论是讨论体育竞技伤害行为的免责依据时,则应围绕承诺主题、承诺真实性、表示与认识、主体与时间而展开,具体而言:(1)体育竞技活动应加以广义理解。一般来说,体育竞技活动要具有正当性,就必须是没有违背法律规定和社会公序良俗的合法竞技活动。否则,非法的、地下的体育竞技活动,诸如“黑拳”、“地下赛车”等都不在此列。因此,这是适用被害人承诺的基本前提,因为刑法所保护的对象是合法的利益与正当的权益。那么,比赛是否必须经过国家或者有关体育组织确认的比赛项目,并且比赛必须是由有关体育机构或者有关机关正式组织的比赛呢?^[1]从实际看,这种极端的要求又是不妥当的,容易导致刑事政策“疏而不严”。所以,比赛项目的认定标准是“体育竞技”而非“官方批准”,且不限于官方组织的体育竞技,民间自发组织或民间传统的体育竞技均在此列。(2)承诺的真实性。诚然,被害人承诺,就是作为法益主体的被害人同意他人侵犯自己法益的情况,所以,经承诺的行为不违法。故此,承诺必须是出于承诺者内心自由的意思决定,没有受到任何强制、胁迫,否则,承诺是无效的。也就是说,承诺必须具有任意性。如果在体育竞技活动中,参加者是在受到人身威胁或恐吓的情况下参与竞技活动,则不能使用被害人承诺问题。而且,承诺必须是承诺者真实的意思,绝无戏言、玩笑、反悔等情形,否则,承诺也是无效的。这就是承诺的真实性问题,如果参加者仅仅是调侃戏言,或者说故意激怒其他参与者,也不能说具备真实性。而且,如果存在欺骗的情形而导致承诺者做出承诺,特别是在出现了较为严重的危害结果的情况,一般也是无效的承诺。最后,需要说明的是,当存在分歧时,承诺的真实性需要通过相关证据加以证明。(3)承诺的表示与认识。一般而言,承诺者应该通过明示的方式向另一方运动员表示,以此表达承诺的真实性。但如果是体育竞技的常识、常情等共识性做法时,则可以通过默认的方式表示。因此,一般的承诺意思必须公开表示,而不能仅仅内

存于行为人的意识中。而且,这种默认的表示方式符合社会一般常识、常情,否则,承诺也不能成立。与此同时,既然承诺是一种公开或默认的方式表示出来的,另一方运动员也就对明示的承诺是有所认识,这种认识一般是明知的,但是,也可以是应当知道的。这是因为,此时如果不存在对承诺的认识,则意味着缺乏主观上的正当化要素。而且,对于默认的承诺则可以没有明确的认识,但需要概况的认识。所谓概况的认识,就是对承诺的内容、性质和结果,具备行业内的通常竞技人员的风险认识。(4)承诺主体。一般而言,参赛运动员之外的人在赛场实施的伤害行为应排除在外。所以,只有运动员才是承诺者或加害人。当然,如果是由各自的经纪人或所在单位负责赛事,则经纪人和单位在获得运动员的同意下也可代为承诺。这是比较常见的情形,因为当前的体育竞技活动更加市场化、商业化,但这也容易导致新的分歧,特别是利益冲突时。所以,往往还是要事先通过书面方式予以确认。而对于未成年运动员,经纪人或者监护人拥有相应的代理承诺权,但严重违背未成年运动员利益和危害生命健康的承诺无效。代理承诺一般是比较好理解的,但出于为未成年人“谋利”,却导致了事与愿违的风险。此时,目的正当性能否排除承诺上的瑕疵呢?对此,应该是有效的,毕竟对于任一方而言,基于第三人的公信力,不应承担承诺瑕疵上的责任,所以,承诺是有效的。(5)承诺时间。一般仅限于体育竞技活动之前,而且事前的承诺必须延伸到竞技活动开始之际。所以,事后的承诺无效。这是因为,事后的承诺无法切断侵害行为的法律性质。而且,由于承诺的具体情形是个别的,所以承诺的内容往往是概括的,无法做到绝对的明确。比如,竞技者的点头行为、竞技习俗中的邀约与承诺规则等,都可能是一种有效的承诺。

综上所述,刑法需要在适当的场合介入体育竞技活动,即使在对抗型竞技活动中出现了伤亡,也不能一味定罪处罚,而被害人承诺理论是较为理想的正当化根据。在实际操作中,不仅要严格把握被害人承诺的适用条件,而且,将来的刑事立法应加以明确的规定,以此确保罪刑法定原则得以落实。同时,被害人承诺作为一种正当化事由,更重要的是需要通过程序予以证明,方能发挥实质的作用。

2 体育竞技中正当化事由的刑事诉讼证明

正当化事由的出罪价值始终要落在诉讼程序上,从立案到审判整个诉讼阶段,尤其是审判环节,均是正当化事由发挥出罪作用的重要环节。所以,体育竞

技活动的正当化事由诉讼证明问题是以被害人承诺为坐标,并以围绕被害人承诺事由的证明责任和证明责任而展开的。而且,由于正当化事由是一个整体性概念,所以,在讨论体育竞技活动中的被害人承诺的诉讼证明问题时,可以参用正当化事由诉讼证明的一般原理。

2.1 体育竞技中正当化事由的证明责任

证明责任是证据法的核心问题,根据新刑事诉讼法第 49 条的规定,在公诉案件中,均由控诉方承担证明责任。在自诉案件中,由自诉人承担证明责任。犯罪构成理论是犯罪认定的认知模型,无罪推定原则要求控方承担证明有罪的责任。辩护人有辩护的权利,但是,却没有证明自己无罪的义务,证明有罪的责任始终由控方承担^[12]。然而,证明责任分配并不完全取决于实体法规定,它还受到其他因素的制约,诸如程序正义、诉讼经济、刑事政策、实体法规范的建构方式^{[13]220-237}。在某些特殊的情况下,即使新刑事诉讼法没有加以明文规定,但基于各种综合因素的考虑,可将部分或者局部的证明责任分配给被告人一方,以求刑事案件“一边倒”的证明责任分配模式得以纠偏而均衡化。然而,由主张正当化事由的辩方承担举证责任并不意味着要承担自证无罪的责任,反而是承担提供证据(线索)的举证责任。这里,不宜混淆举证责任和证明责任两个不同的概念。行为责任说认为,证明责任就是指提供证据这种行为的责任;结果责任说认为,证明责任是在案件事实不清的情况下,由负证明责任的一方当事人承担不利后果的责任^[14]。目前,“双重含义说”在我国刑事诉讼学界更被认同,理论界也基本上区分举证责任和证明责任,新刑事诉讼法第 49 条的规定应当是指证明责任,也即是一种需要达到证明标准的举证责任,否则便要承担相应的败诉风险,而且这种风险往往是由控方承担的。

在此基础上,检察机关应始终承担证明有罪的责任,也即不存在正当化事由(被害人承诺)。如果控方无法否定辩方所提出的辩护事由——被害人承诺,则法官要从内心确信被告人是有正当理由的,故此,也就不存在刑事归责的必要性^[15]。详言之,根据新刑事诉讼法第 49 条的规定,接受承诺的一方不承担自证无罪的责任。第 50 条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。”据此,公诉案件的证明责任仅由控方承担,而“不得强迫任何人证实自己有罪”的新规定,从反面有力地印证了辩方不承担证明有罪的责任。在公诉案件中,被告人及

其辩护人根据法律规定,可提出相应的辩护事由,并主张无罪或者减轻刑罚。从刑事司法实践看,正当化事由是主要的抗辩理由之一,是刑事证明对象的一种具体形式,直接影响定罪的结果。正当化事由作为一种典型的实体性事实^[16],是诉讼证明环节需要认识的对象,是一种可以导致无罪和不承担刑事责任的消极事实,与控方积极有罪的证明相对抗。因此,当被告人提出正当化事由时,其所承担的是举证责任,而不是结果意义上的证明责任,不承担案件败诉的风险。而在自诉案件中,自诉人独立提起诉讼,相当于控方当事人,扮演控诉职能,因而也就要承担证明责任,而不单是举证责任。如果自诉人无法向人民法院提供证据或有价值的证据线索,或者消极地履行提供证明责任,其诉讼主张不仅难以得到实现,而且还将面临败诉的风险。当然,被告人仅承担举证责任。其中,被告人可以在诉讼过程中提起反诉,反诉适用自诉的规定。此时,自诉和反诉也基本可以说成是一种公诉案件中的控辩关系,如正当化事由就是一种反诉理由。但是,由于自诉案件的反诉在本质上是被告人就自诉人控告的案件向人民法院提起对自诉人的特别诉讼程序。

2.2 体育竞技中正当化事由的证明标准

通常而言,正当化事由作为一种实体性的积极抗辩^[17],是刑事证明对象之一,它通常是由辩方提出的,但控方基于控诉职能而必然予以反驳。但是,由不同的证明主体提出正当化事由时,应设定不同的证明标准,这才有助于发挥正当化事由的出罪作用。同样,对于体育竞技活动中的被害人承诺问题,控辩双方所需要达到的证明标准也是有所差异的,这主要是由诉讼构造、控辩职能以及诉讼证明规律等所共同决定的。具体而言,一方面辩方承担举证责任时的证明标准。根据新刑事诉讼法规定的证据收集的客观全面原则,公安司法人员在取证时必须采取实事求是的科学态度。新刑事诉讼法第 50 条明确要求公检法机关及其工作人员应当客观全面地收集证据,必须防止先入为主的观念和片面性。在刑事诉讼过程中,不能只注意收集证明犯罪嫌疑人、被告人有罪和重罪的证据,而不注意收集证明犯罪嫌疑人和被告人无罪和罪轻的证据^[18]。但由于控辩职能的天生对抗性,使得侦查机关或侦查部门收集和运用无罪证据的概率不高,因而,被告人往往会主动提出诸如正当化事由等无罪证据。目前,司法实践中一般都由被告人承担举证责任。当辩方提出正当化事由时,应采取盖然性的证明标准。一方面,我国被告人举证能力很有限,律师调查取证的作用也不够明显。在对抗性不足的刑事诉讼环境下,为了确保司法公正,应首先将被告人提出正当化事由看成是一种提供线索

的活动，而不是证明无罪。另一方面，如果要求辩护方承担“案件事实清楚，证据确实、充分”的证明标准，这将事实上导致辩方承担证明自己无罪的证明责任。不仅违背了无罪推定原则，而且辩方客观上往往难以做到，进而可能导致正当化事由的辩护往往流于形式或被束之高阁了。但是，有研究者认为，被告人以正当化事由为辩护理由时，这些积极辩护的证明责任与控方对犯罪构成要件的证明责任相对立，此时应当由辩方承担举证责任和说服责任^{[13]370-373}。这种说法不可取。正当化事由是被告方针对检察机关的指控提出的辩说，是基于刑事诉讼中被告人的辩护权而产生的，它的目的在于削弱检控方的证明，从而动摇因控方证明在法官心中形成的对案件事实的心证，使得法官认定控方没有完成证明责任，做出有利于被告人的判决。基于此，辩方提出正当化事由时应采取盖然性标准即可，这样更有利于激活正当化事由的辩护职能和出罪功能，否则，就削弱了辩方的力量。另一方面，控方反驳正当化事由时的证明标准。辩方提出正当化事由，控方一般会出于控诉职能加以反驳，并提供相应的证据予以推翻。正当化事由属于定罪事实，发挥着消极的出罪作用。此时，针对法官的自由心证而言，控方承担的是一种举证和说服责任，也即控方必须通过提出证据来证明自己的主张具有可信度，以此否定辩方提出的正当化事由。否则，控方将承担其主张无法成立的刑事败诉风险。与此同时，新刑事诉讼法第49条也明确规定，公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担。因而，无论如何，控方都始终承担证明被告人有罪的证明责任，所以，说服法官确信案件不存在正当化事由的目的是为了证明被告人有罪，而法官则根据控方在庭审的举证、质证等活动最终确实是否有罪。因此，控方的证明标准应为“案件事实清楚，证据确实、充分”的定罪标准，这样才能彰显出保障人权机能的同等武装理念。

参考文献：

- [1] 莫洪宪, 郭玉川. 体育竞技伤害行为入罪问题研究[J]. 甘肃政法学院学报, 2009(4): 70-76.
- [2] 石泉. 竞技体育活动中故意伤害行为的刑法评价[J]. 吉林省经济管理干部学院学报, 2004, 18(2): 67-70.
- [3] 康均心, 谷箐. 体育竞技伤害行为初探[J]. 辽宁大学学报: 哲学社会科学版, 2012, 40(1): 115-120.
- [4] 孙道萃. 反思刑法保障法[J]. 国家检察官学院学报, 2012, 20(5): 86-93.
- [5] 马克昌. 外国刑法学总论(大陆法系)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 206.
- [6] 陈家林. 外国刑法通论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 332-333.
- [7] 克利福德·吉尔兹. 地方性知识: 阐释人类学论文集[M]. 王海龙, 译. 北京: 中央编译出版社, 2000: 1-28.
- [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): 27-35.
- [9] 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.
- [10] 孙道萃. 犯罪构成与正当化事由的体系契合: 学说、视角、立场与路径[G]//刑法论丛. 北京: 法律出版社, 2012: 28-31.
- [11] 王政勋. 正当行为论[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 352.
- [12] 刘广三, 吴秋元. 论刑事证明责任的性质及其运用[J]. 烟台大学学报, 2011, 24(4): 18-24.
- [13] 黄永. 刑事证明责任分配研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.
- [14] 何家弘, 刘品新. 证据法学[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 290-291.
- [15] 孙道萃. 论刑事责任归责体系的建构——兼及回应“刑事责任独立要件化”界说[J]. 福建法学, 2012(2): 26-31.
- [16] 卞建林. 刑事证明理论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 130-133.
- [17] 宋英辉. 刑事诉讼法学研究述评[M]. 北京: 北京师范大学出版社, 2009: 650-651.
- [18] 刘广三. 刑事证据法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 386-387.