

裁判员受贿操纵体育竞赛的刑法规制

——一个中德刑法的比较考察

林信铭

内容提要:裁判员受贿操纵体育竞赛的行为严重破坏了体育竞技赛事的正常运行,因而有必要在刑法上加以规制。然而,分析此类行为在现行刑法上可能涉及的罪名可知,受贿罪和非国家工作人员受贿罪在此并无适用空间,至于诈骗罪则仅当涉及体育赌博时方可有限地被适用,因此有必要增设新罪名。关于规制操纵体育竞赛的刑事立法模式,德国刑法于2017年所增订的体育赌博诈骗罪与操纵职业体育竞赛罪采取了“不法约定模式”,其将犯罪构成要件的核心置于通过贿赂所达成的事前不法约定,存在过度提前处罚的疑虑。我国关于增设操纵体育竞赛罪名的立法建议则多采取“操纵行为模式”,其系以操纵行为作为犯罪构成要件的核心,但因难以明确界定操纵行为的概念而导致构成要件范围过于宽泛。由于上述两者皆存在缺陷,本文在对操纵体育竞赛采取分类规制思维的基础上,提出了规制裁判员操纵体育竞赛的“枉法裁决模式”,建议在我国刑法上增订“裁判员枉法裁决罪”。

关键词:操纵体育竞赛 诈骗罪 不法约定模式 操纵行为模式 裁判员枉法裁决

林信铭,西南政法大学法学院讲师。

一 问题的提出

近年来,随着国内体育竞赛活动的蓬勃发展,操纵竞赛事件逐渐受到公众的关注,裁判员“吹黑哨”或运动员、教练员“打假球”的情况时有所闻。原本应公平、公正进行的体育竞赛之所以蒙上被操纵的阴影,系由于裁判员、运动员或教练员通过操纵竞赛来谋取不法利益,因此体育竞赛的操纵经常与赌博、贿赂密切相关。为了有效遏止操纵体育竞赛的歪风,国家体育总局与公安部于2021年12月联袂发布了《关于严肃查处赌博、假球等违规违纪违法行为 切实强化行业自律自治的通知》,加大对于裁判员、运动员、教练员涉赌

和操纵竞赛行为的整治打击力度,除了要求各单项体育协会对有违规违纪违法行为人员视情节轻重分别给予处罚外,亦指示各级公安机关对于构成违反治安管理行为或涉嫌犯罪行为的情形依法予以治安管理处罚或追究刑事责任。

上述通知中列举了三种操纵体育竞赛的行为主体,即裁判员、运动员和教练员。在此类案件中最受关注者当属裁判员收受贿赂并进而操纵竞赛的情形,国内足坛发生的数起裁判员受贿案件即属适例。^[1] 为了遏止一再发生的足球裁判员“黑哨”事件,最高人民检察院于 2002 年 2 月发布的《依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题的通知》指出,可以依照当时刑法第 163 条规定的公司、企业人员受贿罪(现已变更罪名为非国家工作人员受贿罪)来处罚足球裁判员的受贿行为。^[2] 但最高人民检察院此一通知系根据我国足球行业管理体制来认定足球裁判员吹黑哨在刑法上所应适用的罪名,故该通知仅适用于足球领域,且其所持见解的妥当性亦值得商榷。此外,国内文献上对于裁判员受贿操纵竞赛的刑事责任亦有所讨论,但学者们所持见解并不一致,被认为可成立的罪名包括受贿罪、^[3] 非国家工作人员受贿罪^[4]以及诈骗罪,^[5]亦有学者主张应针对此种行为增设新罪。^[6] 因此在体育总局与公安部于 2021 年底共同发布上述通知之后,实有必要重新审视应如何在刑法上评价操纵体育竞赛的行为,以便司法机关在办理此类案件时有明确的罪名可资适用。又相较于运动员、教练员属于体育竞赛的其中一方,裁判员在体育竞赛中则居于中立地位而具有一定的特殊性,故本文拟将研究焦点置于裁判员受贿操纵体育竞赛的刑事责任问题。

事实上,操纵体育竞赛的事件不唯我国独有,此类事件在足球运动盛行的德国亦时有所闻,例如 2005 年赌客行贿足球裁判员操纵比赛的“霍伊泽尔案”(Fall Hoyzer)^[7] 不仅引起德国民众的关注,^[8] 也促使德国学界对于该案所涉及的刑法问题进行

[1] 关于国内发生的足球裁判员受贿操纵竞赛案件,例如龚建平在 2000-2001 年期间以及陆俊、黄俊杰、周伟新、万大雪四人在 2005-2009 年期间多次收受足球俱乐部相关人员的贿赂,并在足球比赛中做出不公正的裁决。相关的新闻报道参见田雨:《龚建平案二审终结》,《新华每日电讯》2003 年 3 月 29 日第 1 版;王平:《足坛“黑哨”案一审宣判 陆俊获刑五年半》,《检察日报》2012 年 2 月 17 日第 1 版。另须注意的是,足球裁判员操纵竞赛案件中的受贿者未必皆为裁判员,国内亦常见足球体育行政部门人员受贿后安排裁判员操纵竞赛的情形,例如辽宁省铁岭市中级人民法院(2012)铁刑一初字第 20 号刑事判决书即属此种情形,该案被告人利用其体育行政管理职务收受足球俱乐部贿赂并在比赛中指派对该俱乐部有利的裁判员执裁,此时倘依目前我国司法实践中以受贿类犯罪追究裁判员操纵竞赛刑事责任的路径,恐将无法对于操纵竞赛但未受贿的裁判员予以刑事制裁,此或许为此等案件中裁判员未受刑事追诉的原因,而容易使人误以为近年来足球裁判员操纵竞赛事件日趋减少。

[2] 2006 年《刑法修正案(六)》第 7 条将刑法第 163 条的行为主体从“公司、企业的工作人员”扩张为“公司、企业或者其他单位的工作人员”,罪名亦由原本的“公司、企业人员受贿罪”变更为“非国家工作人员受贿罪”。由此观之,最高人民检察院于修法前所发布的《依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题的通知》仍可适用于修法后的刑法第 163 条。

[3] 参见曲新久:《“黑哨”行为已构成受贿罪》,《政法论坛》2002 年第 3 期,第 159-160 页。

[4] 参见徐伟:《体育犯罪刑法边界:标准构建与实践策略》,《上海体育学院学报》2017 年第 5 期,第 62 页。

[5] 参见潘星丞、陈芹:《假球行为的刑法定性》,《体育学刊》2014 年第 4 期,第 39 页。

[6] 建议应增设专门处罚操纵体育竞赛罪的观点,参见王吉春、郭琦:《我国体育腐败犯罪的含义、原因及刑事对策》,《河北体育学院学报》2019 年第 1 期,第 16 页。

[7] 德国联邦最高法院对于此案的判决参见:BGH, NStZ 2007, 151, 151ff. = BGHSt 51, 165, 165 ff., 霍伊泽尔(Hoyzer)是该案中受贿足球裁判员的姓氏。

[8] 2006 年适逢世界杯足球赛在德国举行,也让此一足坛丑闻受到更多德国民众的关注。

讨论。^[9] 有鉴于在此类操纵竞赛案件的刑事追诉上,《德国刑法典》(Strafgesetzbuch)第 263 条诈骗罪(Betrug)仅能相当有限地被适用,第 299 条商业交易中受贿与行贿罪(Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr)则基本上没有适用的空间,德国联邦政府遂于 2016 年 6 月向联邦议会提交了关于《体育赌博诈骗与操纵职业体育竞赛的可罚性》(Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben)的刑法修正草案,希望通过增设新的罪名来填补处罚漏洞。^[10] 虽然学界对于此一修正草案多有批判,^[11] 德国联邦议会仍于 2017 年 3 月 9 日决议通过该法案,在刑法典中增订第 265c 条体育赌博诈骗罪(Sportwettbetrug)、第 265d 条操纵职业体育竞赛罪(Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben)以及第 265e 条体育赌博诈骗罪与操纵职业体育竞赛罪的特别严重情形。此一法案(即第 51 次刑法修正法案^[12])自 2017 年 4 月 19 日起生效。由此观之,在操纵体育竞赛的刑法议题上,德国刑事司法实务与刑法理论亦面临既有刑法条文是否足以规制此类案件以及是否必须为此增设新罪的问题,此与上述我国刑法实务和学界对于此一议题的讨论内容类似,故可作为我国借鉴与比较的对象。

二 我国现行刑法上可能适用的罪名分析

以下本文将以裁判员收受贿赂操纵体育竞赛的情形作为研究对象,分别从我国刑法上受贿罪、非国家工作人员受贿罪与诈骗罪的规定来分析现行刑法是否足以规制此类案件。

(一) 受贿罪

我国刑法第 385 条第 1 款规定受贿罪的行为主体必须是国家工作人员,其属于学理上所谓的身份犯。^[13] 因此,关于裁判员收受贿赂而操纵体育竞赛的行为是否成立受贿罪,关键即在于裁判员是否可被认为刑法上的国家工作人员。依据刑法第 93 条,判断是否属于国家工作人员的核心标准在于“从事公务”此一要素。最高人民法院于 2003 年 11 月 13 日发布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》指出:“从事公务,是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。”因此裁判员是否属于刑法上的国家工作人员,系取决于其在比赛时按照竞赛规则所实施的指挥、评分与裁决等行为是否具有管理公共事务的性质。

有学者以中国足球协会聘任的裁判员收受贿赂操纵足球比赛的事件为例,认为中国足球协会依法具有足球领域事务的行政管理权限,故其应属于管理公共事务的社会团体,

[9] 学者对于该案联邦最高法院判决的评释,参见 Krack, Betrug durch Wettmanipulationen, Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal, ZIS 2007, 103, 103 ff.。

[10] BT-Drucks. 18/8831, S. 1.

[11] 对于该修正草案提出批判者,参见 Satzger, „Sportwettbetrug“ und „Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben“ - zwei neue Tatbestände mit zweifelhafter Existenzberechtigung, Jura 2016, 1142, 1142 ff.。

[12] BGBl. I 2017, S. 815.

[13] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1589 页。

受其聘任的裁判员在足球比赛中所执行的工作亦应属于从事公共事务管理,根据刑法第 93 条第 2 款可认为此等足球裁判员系“其他依照法律从事公务”的国家工作人员,因此其收受贿赂操纵竞赛的行为应成立刑法第 385 条规定的受贿罪。^[14]然而,此一观点显然忽略了裁判员与行政管理人员之间在职务内容上的区别。中国足球协会在国内足球运动领域所行使的组织、领导、监督和管理权限固然具有管理公共事务的性质,但负责执行此等事务者系其所聘任的行政管理人员,而非足球裁判员。足球裁判员的职责系在赛场上依照竞赛规则进行裁决,至于足球运动事务的组织、领导、监督和管理则非其职务内容。因此足球裁判员(其他体育运动的裁判员亦同)所从事者并非管理公共事务,其不属于刑法上的国家工作人员,故其收受贿赂操纵竞赛的行为无法构成受贿罪。^[15]

(二) 非国家工作人员受贿罪

依据我国刑法第 163 条第 1 款的规定,非国家工作人员受贿罪属于身份犯,其构成要件行为仅限于特定行为主体方得实施,^[16]此一行为主体原为“公司、企业的工作人员”,2006 年《刑法修正案(六)》第 7 条将本罪行为主体扩张为“公司、企业或者其他单位的工作人员”,本罪罪名亦由“公司、企业人员受贿罪”相应地被修改为“非国家工作人员受贿罪”。由于 2006 年的修法仅针对本罪的行为主体范围做了扩张,因此修法前最高人民检察院 2002 年 2 月《依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题的通知》关于足球裁判员收受贿赂操纵比赛应成立公司、企业人员受贿罪的见解仍可适用于现行的非国家工作人员受贿罪。不少学者亦采取此一观点,而认为判断裁判员收受贿赂操纵体育竞赛应成立受贿罪或非国家工作人员受贿罪的关键在于裁判员是否属于国家工作人员,由于体育竞赛中的裁判员并非国家工作人员,因此其收受贿赂操纵竞赛的行为无法成立受贿罪,而应论以非国家工作人员受贿罪。^[17]

然而,关于上述将裁判员受贿操纵体育竞赛论以我国刑法第 163 条非国家工作人员受贿罪的见解,应从该罪保护法益的角度重新加以审视。由于受贿罪的规定系在保护国家工作人员的职务廉洁性,因此国内文献上一般亦相应地认为非国家工作人员受贿罪所保护者系公司、企业或其他单位工作人员的职务廉洁性。^[18]按照此关于受贿罪与非国家工作人员受贿罪保护法益的理解,此二罪的保护客体皆为职务的廉洁性,区别仅在于行使职务的主体不同,故行为主体是否属于国家工作人员即成为区别此二罪的主要标准。但关于非国家工作人员受贿罪保护法益的见解是否妥适,颇值进一步探究。首先,源自国家工作人员身份的职务廉洁性概念并非毫无疑问地可以被适用于非国家工作人员;其次,即

[14] 参见曲新久:《“黑哨”行为已构成受贿罪》,《政法论坛》2002 年第 3 期,第 160 页。

[15] 持相同见解者,参见王作富、田宏杰:《“黑哨”行为不能以犯罪论处》,《政法论坛》2002 年第 3 期,第 163-164 页。最高人民法院于 2002 年 2 月 25 日发布的《依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题的通知》认为,应根据当时刑法规定,对足球裁判员受贿操纵竞赛行为论以公司、企业人员受贿罪(2006 年修法后已变更罪名为非国家工作人员受贿罪),显然亦排除了此种行为成立刑法第 385 条受贿罪的可能。

[16] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 973 页。

[17] 参见雷选沛、崔成敏、尹力:《“黑哨”行为的分析及刑法规制研究》,《武汉体育学院学报》2012 年第 11 期,第 34-36 页。

[18] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 393、643 页。

使承认非国家工作人员职务廉洁性的概念,在法益位阶上亦应低于涉及国家公务员制度的国家工作人员职务廉洁性概念,但我国刑法对于非国家工作人员受贿罪却规定了与受贿罪几乎一致的法定刑,^[19]此一刑罚设置实难以通过职务廉洁性的法益概念来合理说明;最后,非国家工作人员受贿罪系被规定于我国刑法分则第3章“破坏社会主义市场经济秩序罪”,但并非公司、企业或其他单位工作人员所有侵害其职务廉洁性的受贿行为均会干扰或破坏经济秩序,例如公司领导收受下属贿赂并许诺给予升迁的行为虽然侵害了职务廉洁性,但此一行为充其量在公司内部造成人事竞争上的不公平,对于经济秩序则无任何影响。基于以上理由,职务廉洁性的概念未必适合作为非国家工作人员受贿罪的保护法益,该罪应采取与受贿罪不同的保护方向。

实际上,公司、企业或其他单位中非国家工作人员的受贿行为可能对经济秩序造成的影响应在于侵害自由、公平的商业竞争秩序,亦即倘若此等人员利用从事商业交易活动之便收受贿赂并因此在交易上给予他人相对于其他竞争者的不正当利益,将会损害经济秩序下商业竞争应有的公平性。因此,考虑到非国家工作人员受贿罪系被置于我国刑法分则第3章“破坏社会主义市场经济秩序罪”,应以自由、公平的商业竞争秩序作为非国家工作人员受贿罪的保护法益较为合适。依照此种关于非国家工作人员受贿罪保护法益的观点,应针对该罪的构成要件进行限缩解释,将该罪所处罚者局限于非国家工作人员影响商业竞争公平性的受贿行为。例如医疗机构中不具国家工作人员身份的医务人员,收受医药产品销售商的贿赂并在医药产品采购过程中做出有利于该销售商的决定,由于医药产品市场上自由、公平的商业竞争因此受到干扰,故此一受贿行为应构成非国家工作人员受贿罪;^[20]但如果医务人员收受病患贿赂并为其优先安排较好的病房,则此时充其量影响到病患之间公平使用病房的秩序,而不涉及商业竞争秩序,因此该受贿行为即无法成立非国家工作人员受贿罪。

倘若承认以自由、公平的商业竞争秩序作为非国家工作人员受贿罪的保护法益,则在判断裁判员收受贿赂操纵竞赛的行为是否成立非国家工作人员受贿罪时,即无法由裁判员不属于国家工作人员直接推论出此一行为构成该罪,而尚应探讨自由、公平的商业竞争秩序是否因此被侵害。虽然现代社会中的体育竞赛经常含有商业化的色彩,但此一商业化系体现于体育赛事的营销,至于赛事本身的内容仍是单纯的体育竞技,而与商业交易活动无关,因此如果裁判员收受贿赂并通过在赛场上做出偏袒或不利竞赛一方的不公正裁决来操纵竞赛,此时所侵害者仅系公平的体育竞技秩序,而与商业竞争秩序无涉,故应无法对于此一行为论以非国家工作人员受贿罪。观诸同样在规制私经济领域中贿赂行为的

[19] 依据我国《刑法》第163条第1款以及第385条、第386条、第383条第1款的规定,非国家工作人员受贿罪与受贿罪第一至三档法定刑中的主刑均为三年以下有期徒刑或拘役、三年以上十年以下有期徒刑、十年以上有期徒刑或无期徒刑,且均规定了并处罚金作为附加刑。此二罪在第一至三档法定刑上的区别在于,受贿罪第二、三档法定刑另规定了并处没收财产作为附加刑的选项;此外,相较于非国家工作人员受贿罪仅设置三档法定刑,受贿罪尚规定了无期徒刑或死刑以及并处没收财产作为第四档法定刑。

[20] 最高人民法院、最高人民检察院于2008年11月发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》(最高人民法院法发[2008]33号通知)亦认为此种情形应成立非国家工作人员受贿罪。

德国刑法第 299 条商业交易中受贿与行贿罪,该罪亦旨在维护自由、公平的商业竞争,^[21]且体育竞技领域中为了操纵比赛所实施的受贿和行贿行为亦因与商业交易活动无关而不构成该罪。^[22]

(三) 诈骗罪

1. 裁判员是否成立诈骗罪的正犯

我国诈骗罪的规定中,关于何谓“诈骗公私财物”并未作进一步规定,而有赖于学说理论对此进行解释。国内文献上一般将诈骗罪的客观构成要件描述为,行为人向他人实施欺骗行为,该他人因此陷于错误并基于此一错误实施财产处分,行为人或第三人由此获得财产利益,且被害人因此遭受财产损失。^[23]此一流程基本上与德国刑法第 263 条诈骗罪的结构类似,不同之处在于,德国刑法上诈骗罪的客观构成要件仅包含欺骗 (Täuschung)、错误 (Irrtum)、财产处分 (Vermögensverfügung) 和财产损失 (Vermögensschaden),至于行为人或第三人获利则属于主观构成要件中除了故意以外的意图 (Absicht)。^[24]由于此一对诈骗罪结构基本上相似的理解,德国刑法理论关于诈骗构成要件的解释对我国具有相当的参考价值。

根据上述诈骗罪客观构成要件的判断流程,行为人首先必须向他人实施欺骗行为。欺骗行为可以通过三种不同的形式被实施,分别是明示欺骗 (ausdrückliche Täuschung)、默示欺骗 (konkludente Täuschung) 以及不作为欺骗 (Täuschung durch Unterlassen)。所谓明示欺骗系指,行为人通过以言词、动作或文字直接表示的意思内容来传达错误信息;默示欺骗系指,行为人传达了可通过明示的事实陈述内容间接推知的错误信息;不作为欺骗则指,行为人未履行对于作为财产处分决定基础的特定事实进行告知的保证人义务 (Garantenpflicht)。^[25]

依此,关于是否可将裁判员操纵竞赛的行为论以诈骗罪,应先判断裁判员是否通过操纵竞赛实施了欺骗行为。裁判员对于体育竞赛的操纵固然是不诚实的行为,但其显然并未在操纵竞赛的过程中向任何人实施明示的欺骗,亦不存在可通过其明示的事实陈述间接推知的默示欺骗,且因其未对任何人负有应告知操纵竞赛事实的保证人义务而无法认为其实施了不作为的欺骗,故裁判员的操纵竞赛行为并不符合欺骗行为的要件而难以成立诈骗罪。观诸国内文献上主张应将裁判员操纵竞赛论以诈骗罪的见解,其显然均未正确理解诈骗构成要件中欺骗行为的概念。例如有学者认为,倘若参与体育赌博的裁判员为了获利而操纵竞赛,其即因破坏竞赛结果的偶然性而欺骗了其他参与该体育赌博的赌客;^[26]另有学者认为,购票观赏体育竞赛者所期待看到的是一场公平的竞赛,由于裁判员

[21] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 299 Rn. 1.

[22] Momsen, Integrität des Sports - Was sollen neue Tatbestände schützen?, KriPoZ 2018, 21, 25.

[23] 参见张明楷著:《刑法学(下册)》(第6版),法律出版社2021年版,第1303页。

[24] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 263 Rn. 2, Rn. 30.

[25] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 263 Rn. 4 ff.

[26] 参见杨未然:《刑法干预操纵我国职业足球联赛比赛结果行为的探讨》,中国政法大学2006年硕士学位论文,第30-31页。

的操纵竞赛行为破坏了竞赛的公平性,因此其欺骗了购票进场观看竞赛的观众;^[27]亦有学者认为,裁判员对于竞赛的组织者负有诚实参与竞赛的义务,故裁判员操纵竞赛的行为系欺骗了竞赛的组织者。^[28]此等观点似乎均仅从裁判员的不诚实即推论出其实施了欺骗行为,而未检验其操纵竞赛的行为是否符合诈骗罪中欺骗行为的要件。

必须注意的是,虽然裁判员的操纵竞赛行为无法被认为构成诈骗罪所要求的欺骗行为,但此仅意味着操纵竞赛的裁判员不能被论以诈骗罪的正犯,至于通过诈骗罪对其加以处罚的可能性则并未完全被排除。事实上,在参与体育赌博的赌客为了追求获利而行贿裁判员操纵体育竞赛的案件中,如果能够对于在操纵竞赛的情况下进行投注的赌客论以诈骗罪的正犯,朝有利于该赌客的方向操纵竞赛的裁判员即可成立诈骗罪的帮助犯。在“霍伊泽尔案”中,德国联邦最高法院即采取了此一思路来分别判断赌客与裁判员的刑事责任。^[29]依此,以下本文将分析为了在体育赌博中获利而行贿裁判员操纵体育竞赛的赌客是否可因其投注行为被论以诈骗罪的正犯,并由此得出因收受贿赂而操纵竞赛的裁判员是否成立诈骗罪的帮助犯。

2. 裁判员是否成立诈骗罪的帮助犯

关于赌客为了从体育赌博中获利而行贿裁判员操纵体育竞赛的案例是否可通过诈骗罪加以规制,首先应判断是否可对赌客论以诈骗罪的正犯,其次再相应地对裁判员论以诈骗罪的帮助犯。关于赌客在通过行贿裁判员而操纵体育竞赛的案例中是否构成诈骗罪的正犯,应先思考赌客是否在缔结赌博合同的过程中对于赌博投注站实施了欺骗行为。由于此处显然不存在明示欺骗,因此德语文献上一般认为判断重点应在于赌客是否向赌博投注站实施了默示欺骗,亦即是否默示地表达了其并未通过行贿裁判员来操纵竞赛。^[30]

如何妥善地界定默示欺骗的范围,是一个不容易回答的问题。倘若过于宽泛地肯认默示欺骗的话,将有可能导致成立不作为欺骗所必须具备的保证人义务被不当地规避。^[31]有学者指出,如果赌客在交付赌票时向体育赌博投注站明示地表达其并未操纵作为赌博内容的竞赛,将会令人感到错愕,因此认为赌客默示地表达其并未操纵竞赛的观点亦严重偏离了实际情况。^[32]德国联邦最高法院第五刑事庭在1961年的一则判决中即指出,认为事先得知赛马结果的赌客以默示方式表示其并不知情的论点系属于“恣意的建构”,故赌客在预先知悉赛马结果的情况下参与以之为内容的赌博不应被视为默示欺骗。^[33]

对于上述由明示欺骗的不合理性推导出默示欺骗亦偏离现实的观点,有学者持不同见解,而认为默示欺骗的内容的说法原本就是多余的,亦即其通常属于“附随表示的理所当然之事”,自然难以想象通过明示的方式来表达此等事项,因此不应因某一事项罕以明示的方式来表达即排除默示表达此一事项的可能性,否则默示欺骗的概念将失去存在的

[27] 参见王阡:《假球黑哨适用刑法浅探》,《贵州警官职业学院学报》2006年第1期,第83页。

[28] 参见潘星丞、陈芹:《假球行为的刑法定性》,《体育学刊》2014年第4期,第39页。

[29] 德国联邦最高法院对于“霍伊泽尔案”的判决请见:BGH, NSiZ 2007, 151, 151 ff. = BGHSt 51, 165, 165 ff.。

[30] Krack, Betrug durch Wettmanipulationen, Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal, ZIS 2007, 103, 103.

[31] Kutzner, Zweifelsfragen des Betrugstatbestands am Beispiel des Wettbetrugs, JZ 2006, 712, 713.

[32] Jahn/Maier, Der Fall Hoyzer - Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes, JuS 2007, 215, 216.

[33] BGHSt 16, 120, 120 ff.

空间。^[34] 德国联邦最高法院第三刑事庭在 1979 年关于赛马赌客行贿骑师刻意骑慢的案件中即表示,可认为赌客在缔结赌博合同的过程中默示传达了其并未通过违法操纵的方式来干预赌博的交易基础,故应肯定赌客实施了默示欺骗的行为。^[35] 在“霍伊泽尔案”中,德国联邦最高法院第五刑事庭亦认为,赌客在与赌博投注站缔结合同时默示表达了其并未借由行贿裁判员来改变赌博的交易基础,因此可以肯定在该案中存在默示的欺骗。^[36]

值得探讨的问题是,在默示欺骗的案例中应如何判断行为人默示表达的内容。对此一个基本的判断原则是,如果某一事项可被视为合同的交易基础,即可认为合同双方当事人互相默示地声明该事项不存在瑕疵。^[37] 例如德国联邦最高法院在涉及投标协议的案件中表示,由于招标程序的“支柱”在于不存在不正当的协议,因此可认为投标者默示表达了其投标并未涉及任何不正当的协议。^[38] 在“霍伊泽尔案”中,由于体育赌博合同的交易基础在于竞赛过程与结果的偶然性,因此联邦最高法院认为赌客系向赌博投注站默示表达了其并未通过违法操纵竞赛来改变赌博的交易基础。^[39] 但有学者对于联邦最高法院此一见解提出了不同的看法,而认为体育赌博合同的交易基础不在于赌客未操纵竞赛,而应在于赌客不具有竞赛被自己或他人操纵的特殊认知,故赌客于缔结赌博合同时默示传达的内容应系其不具有此等特殊认知。^[40]

倘若肯定通过行贿裁判员来操纵体育竞赛的赌客向赌博投注站实施了默示的欺骗,接下来必须思考的问题将是赌博投注站的员工是否因此陷于错误,亦即其是否在主观上认为该竞赛未被操纵。可以确定的是,赌博投注站的员工实际上在接受投注时通常不会特别思考作为赌博内容的竞赛是否被操纵的问题。但应注意的是,德国学说上认为诈骗罪被害人的错误认知不仅可来自其实际上的主观想象,亦可源自于其“事理思维的附随意识”,因此被害人实际认知以外所谓“持续的伴随认知”所包含的内容亦可成为其错误认知的对象。^[41] 然而借由“事理思维的附随意识”与“持续的伴随认知”来判断被害人是否陷于错误,事实上纯属出于想象的臆测,因此难免流于恣意。此外,由于赌博投注站的员工几乎不可能记得其接受个别赌客下注时的心理状态,因此也增加了关于其是否存在错误认知的证据调查难度。为了避免诉讼上证明的困难,德国联邦最高法院即曾表示,当涉及在企业经营中对于特定事实所大量实施的形式审查时,无须通过调查个别员工的具体记忆来判断其是否因特定欺骗行为而产生错误认知,法院仅须借由了解企业的通常工作流程来认定其员工是否存在诈骗罪所要求的错误想象即可。^[42] 此种脱离具体事实的证据调查方式虽有助于解决诉讼上的证明难题,但其妥当性实不无疑问。

[34] Kindhäuser/Hoven, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 133.

[35] BGHSt 29, 165, 165 ff.

[36] BGH, NSZ 2007, 151, 151 ff.

[37] Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 113.

[38] BGHSt 47, 83, 87.

[39] BGH, NSZ 2007, 151, 152.

[40] Krack, Betrug durch Wettmanipulationen, Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal, ZIS 2007, 103, 109 f.

[41] Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 201; Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 39.

[42] BGH, NJW 2003, 1198, 1199 f.

在赌客通过行贿裁判员来操纵体育竞赛的案件中,倘若肯定赌客实施了默示欺骗且赌博投注站员工因此陷于错误,接下来面临的下一个难题将是赌博提供者是否遭受财产损害。对此,德国联邦最高法院在“霍伊泽尔案”的判决中认为,应根据赌客是否获利而分别按照不同标准来认定赌博提供者所遭受的财产损害。在赌客并未获利的情况下,联邦最高法院从所谓“机率差额”(Quotendifferenz)推导出赌博提供者所遭受的财产损害,其认为赌客借由操纵竞赛提高了获利机率,原本赌客应针对提高后的获利机率支付较高额的赌资,但事实上其却仅针对竞赛未受操纵时的获利机率支付较低额的赌资,此一差额即对于赌博提供者造成了所谓的“机率损害”(Quotenschaden);此外,当赌客已经获利时,联邦最高法院则认为赌博提供者所遭受的财产损害在于赌客所取得获利与所支付赌资之间的差额。^[43]

关于上述德国联邦最高法院在赌客获利时由该获利扣除赌资后的数额推论出对于赌博提供者所造成财产损害的见解,有学者提出了质疑。由于赌客在未操纵竞赛的情况下亦有可能获利,赌博提供者无论竞赛是否被操纵皆必须承担赌客可能获利的风险,因此事实上并无法确定获利究系来自通过操纵竞赛而提高的获利机率,抑或来自竞赛未被操纵的情况下原本即存在的获利机率,亦即操纵竞赛与获利之间的因果关系并无法被证明。^[44]基于此一理由,有学者遂主张不应通过区分赌客是否获利来判断赌博提供者所遭受的财产损害,而应一律认为赌博提供者所遭受的财产损害系来自获利机率与赌资之间的失衡,亦即因赌客在操纵竞赛的情况下支付了与获利机率不相当且较低的赌资而对于赌博提供者造成财产损害。^[45]

由上可知,关于是否可因赌客在操纵竞赛之下的体育赌博投注行为而对其论以诈骗罪的正犯,在诈骗构成要件上将面临赌客是否向赌博投注站实施默示欺骗、赌博投注站员工是否陷于错误认知以及赌博提供者是否遭受财产损害的解釋难题。如果肯定赌客实施了默示欺骗,其投注行为将至少可构成诈骗未遂;倘若在默示欺骗、错误认知、财产损害这三个问题上皆持肯定见解,则将可对赌客论以诈骗既遂。依此,即可对于收受赌客贿赂且操纵体育竞赛的裁判员相应地论以诈骗未遂或诈骗既遂的帮助犯。按照上述推论,如果裁判员本身即为参与体育赌博的赌客,且为了获利而利用其裁判员身份操纵体育竞赛,则其亦可能因操纵竞赛之下的投注行为而成立诈骗未遂或诈骗既遂的正犯。然而由于以上有关诈骗罪的论述皆以存在体育赌博的投注行为作为前提,因此在不涉及体育赌博的裁判员受贿操纵体育竞赛案件^[46]中即无诈骗罪的适用空间。基于以上理由,在裁判员收受贿赂操纵竞赛的案件中,只有当涉及体育赌博时才可能通过诈骗罪来追究裁判员的刑事责任,且对于收受赌客贿赂的裁判员至多仅得论以诈骗罪的帮助犯,故诈骗罪规制此等

[43] BGH, NStZ 2007, 151, 154.

[44] Kutzner, Zweifelsfragen des Betrugstatbestands am Beispiel des Wettbetrugs, JZ 2006, 712, 717.

[45] Krack, Betrug durch Wettmanipulationen, Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal, ZIS 2007, 103, 109 f.

[46] 例如裁判员收受体育竞赛参赛一方贿赂而在该竞赛中为不公正裁决,国内几起足球裁判员收受足球俱乐部贿赂而操纵比赛的案件即属此种情形。关于龚建平、陆俊等足球裁判员“黑哨”事件的报道,参见田雨:《龚建平案二审终结》,《新华每日电讯》2003年3月29日第1版;王平:《足坛“黑哨”案一审宣判 陆俊获刑五年半》,《检察日报》2012年2月17日第1版。

案件的作用实属相当有限。

通过上述分析可知,我国现行刑法并不足以有效规制裁判员收受贿赂操纵竞赛的案件。关于国内文献上讨论此议题时所提及的受贿罪(刑法第 385 条)、非国家工作人员受贿罪(刑法第 163 条)与诈骗罪(刑法第 266 条),以上本文逐一进行了分析。在裁判员受贿操纵竞赛的案件中并无受贿罪与非国家工作人员受贿罪的适用空间,诈骗罪则仅当此等案件涉及体育赌博时方能有限地被适用。因此为了能够在刑法上有效地规制此等案件,实有必要通过刑事立法增订可资适用的犯罪构成要件。

三 中德刑事立法模式之比较

以下本文将分析德国刑法典 2017 年增订的第 265c 条体育赌博诈骗罪与第 265d 条操纵职业体育竞赛罪,并探讨我国文献上学者所提出关于增设操纵体育竞赛罪名的立法建议。

(一)德国刑法上采用的刑事立法模式:不法约定模式

1. 体育赌博诈骗罪

德国刑法第 265c 条第 1-4 款规定了体育赌博诈骗罪的构成要件,其在结构上参考了第 299 条商业交易中受贿与行贿罪以及第 331 条以下贿赂相关犯罪的规定。^[47] 第 265c 条第 1 款规定:^[48]“作为运动员或教练员而为自己或第三人索取、接受许诺或收受利益,以作为对价之于其为了有利于竞赛对手而影响一个组织性体育竞赛的过程或结果且因此一个违法的财产利益通过与此一竞赛相关的公开体育赌博而被获得,处三年以下有期徒刑或罚金。”第 2 款规定:“同样被处罚的是,向运动员或教练员为其或第三人提供、许诺或交付利益,以作为对价之于其为了有利于竞赛对手而影响一个组织性体育竞赛的过程或结果且因此一个违法的财产利益通过与此一竞赛相关的公开体育赌博而被获得。”第 3 款规定:“作为主审裁判员、评分裁判员或竞赛裁判员而为自己或第三人索取、接受许诺或收受利益,以作为对价之于其以违反规则的方式影响一个组织性体育竞赛的过程或结果且因此一个违法的财产利益通过与此一竞赛相关的公开体育赌博而被获得,处三年以下有期徒刑或罚金。”第 4 款规定:“同样被处罚的是,向主审裁判员、评分裁判员或竞赛裁判员为其或第三人提供、许诺或交付利益,以作为对价之于其以违反规则的方式影响一个组织性体育竞赛的过程或结果且因此一个违法的财产利益通过与此一竞赛相关的公开体育赌博而被获得。”

德国刑法第 265c 条体育赌博诈骗罪的规范核心系在于不法约定(Unrechtsvereinbarung),其内涵为一方提供利益,另一方则通过影响体育竞赛的过程或结果来使他人借由与该竞赛相关的公开体育赌博获得违法财产利益,并以此作为他方所提供利益的对价。^[49] 应注意的是,本罪的成立并不以不法约定的双方已达成协议为必要,事实上体育竞赛是否

[47] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265c Rn. 2.

[48] 以下德国刑法条文均系由笔者自行翻译。

[49] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265c Rn. 8.

被操纵以及违法财产利益是否因此被获取亦不影响本罪的成立。^[50] 关于体育赌博诈骗罪的保护法益,立法者使用的是一种双重的法益概念。^[51] 一方面,有鉴于体育竞赛的不可预测性,本罪的保护法益应被理解为体育的健全性;另一方面,本罪的保护法益亦应包括赌博提供者、诚实的赌博参与者以及其他受到操纵体育竞赛所影响者的财产。^[52] 由于所谓体育健全性的内涵并不明确,其是否有必要作为动用刑法加以保护的法益亦不无疑义,且所谓财产保护的学说也因为本罪构成要件行为距离实际财产损失过于遥远而不具有说服力,因此上述关于本罪保护法益的论述遭到了学界的强烈批判。^[53]

德国刑法第 265c 条第 1-4 款所称违法的财产利益必须来自一个公开的体育赌博,亦即一个向非封闭之多数人群体开放的体育赌博。^[54] 通过此一公开体育赌博所获得的财产利益之所以具有违法性,系因交付赌资一般即可被认为同时向赌博提供者默示传达了不会以操纵的方式影响作为赌博内容的体育竞赛。^[55] 关于运动员或教练员与他人之间的不法约定,第 265c 条第 1、2 款要求对于体育竞赛过程或结果的影响应有利于竞赛对手;相对于此,依据该条第 3、4 款,裁判员与他人之间不法约定的内容并未限定对于体育竞赛过程或结果的影响必须有利于参与竞赛的其中一方,此一对于竞赛的操纵仅须以违反规则的方式为之即可。^[56] 对于第 265c 条第 1-4 款的所有构成要件类型来说,行为人在主观构成要件的层次仅须具备间接故意即可。^[57] 在竞合的问题上,有鉴于本罪的保护法益除了财产之外尚包含了体育的健全性,因此本罪与诈骗罪(德国刑法第 263 条)之间通常处于实质竞合(亦即数罪并罚)的关系。^[58]

2. 操纵职业体育竞赛罪

除了上述第 265c 条体育赌博诈骗罪之外,德国刑法典还于 2017 年增订了第 265d 条操纵职业体育竞赛罪。在与第 265c 条第 1-4 款类似的结构基础上,第 265d 条第 1-4 款规定了操纵职业体育竞赛罪的构成要件。^[59]

[50] Schreiner, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 4. Aufl. 2022, § 265c Rn. 18.

[51] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265c Rn. 1.

[52] BT-Drucks. 18/8831, S. 10.

[53] 对于立法者有关德国刑法第 265c 条保护法益的论述提出批判者,如:Tsambikakis, Überflüssiges Strafrecht, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Korruption im Sport. Tagungen und Kolloquien, 2018, S. 37 ff.。但亦有采取支持的立法者,如:Kubiciel, Die Straftatbestände des Sportwettbetrugs und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe. Legitimation, Interpretation und Folgen, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Korruption im Sport. Tagungen und Kolloquien, 2018, S. 61 ff.。

[54] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265c Rn. 4.

[55] BT-Drucks. 18/8831, S. 17.

[56] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265c Rn. 10.

[57] Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., 2023, § 265c Rn. 27.

[58] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl., 2022, § 265c Rn. 11.

[59] 第 265d 条第 1-4 款规定如下:作为运动员或教练员而为自己或第三人索取、接受许诺或收受利益,以作为对价之于其以违反竞赛的方式在有利于竞赛对手的情况下影响一个职业体育竞赛的过程或结果,处三年以下有期徒刑或罚金。同样被处罚的是,向运动员或教练员为其或第三人提供、许诺或交付利益,以作为对价之于其以违反竞赛的方式在有利于竞赛对手的情况下影响一个职业体育竞赛的过程或结果。作为主审裁判员、评分裁判员或竞赛裁判员而为自己或第三人索取、接受许诺或收受利益,以作为对价之于其以违反规则的方式影响一个职业体育竞赛的过程或结果,处三年以下有期徒刑或罚金。同样被处罚的是,向主审裁判员、评分裁判员或竞赛裁判员为其或第三人提供、许诺或交付利益,以作为对价之于其以违反规则的方式影响一个职业体育竞赛的过程或结果。

关于本罪的保护法益,立法理由中仍采取了与在第 265c 条处相同的观点,即本罪除了保护体育的健全性之外尚保护财产。^[60] 第 265d 条与第 265c 条最主要的不同之处在于,第 265d 条中关于操纵竞赛的约定无须与体育赌博具有关联性,即便操纵竞赛仅系源自于体育上的动机亦无碍本罪的成立。^[61] 此外,关于运动员或教练员操纵竞赛的行为,第 265d 条第 1、2 款除了如同第 265c 条第 1、2 款规定应有利于竞赛对手之外,尚要求必须以违反竞赛的方式(in wettbewerbsswidriger Weise)为之。倘若运动员或教练员对于竞赛的操纵同时亦有助于其本身在体育成绩上的目标,即非属以违反竞赛的方式操纵竞赛。^[62] 例如运动员或教练员与他人约定操纵竞赛结果为对于竞赛双方皆有利的平局,即不应被认为以违反竞赛的方式操纵竞赛。^[63]

德国刑法第 265d 条与第 265c 条的另一个不同之处则在于,第 265d 条中被操纵的竞赛仅限于职业体育竞赛(berufssportlicher Wettbewerb),亦即本罪仅规范对于高水平体育竞赛的操纵。^[64] 然而,界定职业体育竞赛的范围并非易事。第 265d 条第 5 款规定了界定标准,特别是其中第 3 项要求参加职业体育竞赛的大多数运动员必须通过其体育活动直接或间接获得较大范围的收入(Einnahmen von erheblichem Umfang),但何谓较大范围的收入则缺乏可供遵循的判断标准。^[65]

至于同样于 2017 年增订的德国刑法第 265e 条,则是涉及体育赌博诈骗罪与操纵职业体育竞赛罪的特别严重情形。该条所规定者并非独立的犯罪构成要件。第 265e 条第 1 句规定了对于上述两罪特别严重情形的加重处罚,即:“一个依据第 265c 条与第 265d 条的行为存在特别严重的情形时,处三个月以上五年以下有期徒刑。”该条第 2 句则接着以通常性例示(Regelbeispiel)的方式规定:“一个特别严重的情形通常会存在,当 1. 行为涉及一个大额的利益,或者 2. 行为人常业为之或身为一个为了连续实施此等行为而组成之帮派的成员。”

3. 不法约定模式的过度提前处罚疑虑

如上所述,立法理由认为德国刑法第 265c 条体育赌博诈骗罪、第 265d 条操纵职业体育竞赛罪的保护法益系体育的健全性以及财产,其中关于财产法益的保护,第 265c 条系着眼于保护赌博提供者与诚实的赌博参与者,第 265d 条则侧重于保护运动员及其所属的俱乐部。^[66] 然而,通过财产保护的观点不仅恐难以合理说明第 265c 条、第 265d 条的正当性,且由此亦突显出该二罪构成要件以不法约定为核心的立法模式可能存在的过度提前处罚疑虑。例如有学者即指出,观诸德国刑法第 263 条诈骗罪、第 266 条背信罪等以财产损害作为构成要件结果的罪名均将最高法定刑设置为五年有期徒刑,考虑到操纵体育

[60] BT-Drucks. 18/8831, S. 20.

[61] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265d Rn. 1.

[62] BT-Drucks. 18/8831, S. 21.

[63] Heger, in: Kühl/Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265d Rn. 3.

[64] Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 265d Rn. 2.

[65] Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 265d Rn. 6 ff.

[66] BT-Drucks. 18/8831, S. 18.

竞赛的不法约定仅对于赌博提供者、赌博参与者、运动员以及其所属的俱乐部造成距离实际损害尚属遥远的抽象财产危险,第 265c 条、第 265d 条对于此类行为所设置的最高法定刑(三年有期徒刑)实属明显过重。^[67] 此外,由于从财产保护的观点来看,第 265c 条、第 265d 条将处罚界限大幅度地往前推移,亦即仅须与他人达成关于操纵体育竞赛的不法约定即足以成立此等犯罪,因此有学者即认为,考虑到约定实施其他的诈骗行为仍不构成犯罪,实在无法说明为何约定通过操纵体育竞赛来实施诈骗就必须被纳入刑事处罚的范围内,此种在欠缺充分理由的情况下仅对于因特定诈骗形式可能遭受损害的财产利益给予特殊保护的立法模式并不具有说服力。^[68]

(二)我国提倡的刑事立法模式:操纵行为模式

为了有效地对于操纵体育竞赛进行规制,国内部分学者主张应于我国刑法典中增设相应犯罪。学者多将构成要件行为描述为操纵体育竞赛的行为,例如“在体育竞技中操纵比赛”^[69]“非法操纵体育比赛结果”^[70]“实施操纵体育比赛行为”^[71]“利用不正当的控制、掌握、影响、处理、裁决等行为导致比赛结果不公正”^[72]等。此外,关于此等构成要件的保护法益,有学者认为系体育竞技的公平性、体育精神以及国家对于体育竞赛的管理秩序,^[73]亦有学者认为尚包括俱乐部、球迷等的财产利益以及国家经济秩序。^[74] 上述建议的核心均在于对体育竞赛的操纵行为,此一立法模式的选择乍看之下似属合理,但若从体育竞赛的现实情况观之,即可发现此等构成要件在适用上可能面临的困难之处。对于运动员和教练员来说,其参与体育竞赛原本即为了追求通过对于竞赛的“操纵”来达到对自己有利的结果。此一“操纵”可能以符合竞赛规则的方式为之,例如运动员通过自身的运动表现来追求其所欲达成的竞赛结果,但在体育竞赛中亦经常可见运动员或教练员采取违反规则的方式来“操纵”竞赛,在某些体育赛事中犯规行为甚至已成为比赛策略不可或缺的一部分,例如在篮球比赛中故意对敌队罚球命中率较低的球员犯规以便在其罚球不进后取得进攻权。在某些体育竞赛中运动员亦会通过“演技”来影响比赛的过程或结果,例如足球比赛中即常见借由“假摔”来误导裁判员认定对方球员犯规。因此,倘若以操纵体育竞赛作为构成要件行为,恐将导致体育赛事中许多不具刑事可罚性的影响比赛结果的行为纳入刑事规制范围。

[67] Krack, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben, Regierungsentwurf zu § § 265c, 265d StGB, ZIS 2016, 540, 544.

[68] Krack, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben, Regierungsentwurf zu § § 265c, 265d StGB, ZIS 2016, 540, 544.

[69] 参见王利宾:《操纵体育比赛的刑法规制分析》,《体育文化导刊》2013年第1期,第10页。

[70] 参见郭玉川:《论“假球”的罪名适用及立法完善》,《华北水利水电大学学报(社会科学版)》2016年第2期,第102页。

[71] 参见王庆国、贾健:《论操纵体育比赛行为的刑法规制》,《首都体育学院学报》2014年第6期,第552页。

[72] 参见王吉春、郭琦:《我国体育腐败犯罪的含义、原因及刑事对策》,《河北体育学院学报》2019年第1期,第16页。

[73] 参见郭玉川:《论“假球”的罪名适用及立法完善》,《华北水利水电大学学报(社会科学版)》2016年第2期,第102页。

[74] 参见王庆国、贾健:《论操纵体育比赛行为的刑法规制》,《首都体育学院学报》2014年第6期,第551页;王栋:《增设操纵体育比赛罪的初探》,《体育世界(学术版)》2011年第11期,第61页。

上述立法建议与 2020 年《刑法修正案(十一)》所增设的刑法第 355 条之一妨害兴奋剂管理罪也是相矛盾的。刑法第 355 条之一第 1 款处罚“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”以及“明知运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂”的行为,该条第 2 款则规定应依照第 1 款对于“组织、强迫运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛”的行为予以从重处罚。由此可知立法者仅欲对于引诱、教唆、欺骗、组织、强迫运动员使用兴奋剂以及向运动员提供兴奋剂之人科以刑事处罚,而无意令使用兴奋剂的运动员负担刑事责任。^[75] 然而,由于运动员使用兴奋剂当然属于操纵体育竞赛的不正当手段,因此倘若增设上述以操纵竞赛行为作为核心的犯罪构成要件,将导致被排除在刑法第 355 条之一适用范围外的运动员使用兴奋剂行为亦成为该操纵竞赛构成要件的处罚对象,此恐不符合《刑法修正案(十一)》立法者不处罚运动员使用兴奋剂行为的意旨。

与运动员、教练员不同的是,裁判员在体育竞赛中的任务系按照竞赛规则中立地指挥、评分与裁决,而非追求有利于己的竞赛结果。基于裁判员的中立地位,其在赛场上所实施的指挥、评分与裁决行为本不应具有操纵竞赛的性质,但倘若其由于某些特殊原因(例如收受贿赂)而追求特定的竞赛结果,其在竞赛中所扮演的角色即由中立者转变为操纵者,此时将属于上述立法建议通过增设操纵竞赛构成要件所欲规制的行为。换言之,倘若裁判员失去应有的中立性,其在立场上即与追求特定竞赛结果的运动员、教练员无异,其所实施的指挥、评分与裁决亦从中立行为变质成操纵行为。必须注意的是,当裁判员基于追求特定竞赛结果而操纵竞赛时,除了违反竞赛规则的方式之外,其亦可能在竞赛规则所容许的裁量空间内采取符合规则的方式来促成该竞赛结果的实现。由于裁判员在按照竞赛规则可享有的裁量空间内刻意朝有助于实现特定竞赛结果的方向所为的指挥、评分与裁决亦具有操纵竞赛的性质,因此虽然该指挥、评分与裁决行为并未违反竞赛规则,但此等行为仍符合上述学者所建议增设以操纵体育竞赛作为核心的犯罪构成要件。然而,虽然同样是操纵竞赛,但裁判员究系符合规则抑或违反规则为之,在不法内涵上仍有区别,其刑事可罚性不应等同视之,故上述操纵竞赛构成要件将此二者同等地纳入处罚范围之内,实值得进一步商榷。

四 “枉法裁判立法模式”之提倡

关于规制操纵体育竞赛的刑事立法模式,以上本文分别介绍了德国刑法第 265c 条、第 265d 条所采用的不法约定模式以及我国学者所建议的操纵行为模式。据此研究如何解释规制裁判员受贿操纵竞赛行为的犯罪构成要件。

(一) 操纵体育竞赛的分类规制思维

德国模式将规范核心置于通过贿赂所达成有关操纵体育竞赛的不法约定,此一立法

[75] 参见陈兴良、刘树德、王芳凯编:《注释刑法全书》,北京大学出版社 2022 年版,第 2005 页。

模式最主要的问题在于过度地提前处罚的时间点,行为人仅须与他人达成或试图达成该不法约定即足以成立此等犯罪,至于竞赛是否果真被操纵并不影响犯罪的成立。相对于此,我国学者建议以对体育竞赛操纵行为作为规范核心,此一立法模式虽可避免上述德国刑法第 265c 条、第 265d 条不法约定模式所存在的过度提前处罚的疑虑,但由于不易界定操纵行为的范围,故此等构成要件在适用上将面临一定困难,且可能将若干不具刑事可罚性的影响竞赛行为亦视为操纵行为加以处罚。由此可知,关于操纵体育竞赛的刑法规制,无论是德国刑法上的不法约定模式,或者是我国文献上的操纵行为模式,均存在一定的缺陷,故实有必要另辟蹊径以寻求更妥善的刑事立法模式。

除了上述各自存在的缺陷之外,德国刑法上的不法约定模式与我国文献上的操纵行为模式尚存在一个共同的问题,即皆未区分运动员、教练员与裁判员,而对于其操纵竞赛行为采取基本上相同的规制路径。考虑到运动员、教练员与裁判员在体育竞赛中不同的角色定位,对于其操纵竞赛行为一律适用同一规制思维是否妥当,实值得进一步商榷。从在体育竞赛中所扮演的角色观之,由于运动员、教练员系隶属于竞赛的其中一方,因此其本即不负有保持中立的义务,而应在竞赛中尽其所能全力求胜;相对地,裁判员并不隶属于竞赛的任何一方,其职责系在于中立地对于竞赛进行指挥、评分与裁决。由此可知,同样是实施了操纵体育竞赛的行为,运动员、教练员违反的是尽力比赛的义务,裁判员所违反的则是中立裁决的义务。既然运动员、教练员与裁判员操纵竞赛所违反的义务不尽相同,自应分别采取不同的规制模式加以应对,如此或有助于更妥善地规制不同主体所实施的操纵体育竞赛行为。基于此一分类规制思维,本文仅分析应采用何种刑事立法模式来规制裁判员操纵竞赛的行为。

(二) 规制裁判员操纵体育竞赛的枉法裁决模式:裁判员枉法裁决罪

通过上述分析可知,裁判员在赛场上的职责系依照竞赛规则进行指挥、评分与裁决,其履行职责的核心要求在于保持中立的性格,其操纵竞赛的行为即属违反了此一中立裁决的义务。事实上,关于以负有裁决职责者违反中立裁决义务作为规范核心的犯罪构成要件,我国刑法上早已存在以其他行为主体作为规制对象的先例。当行为主体为“司法工作人员”时,其“在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的”行为构成刑法第 399 条第 1 款徇私枉法罪,其“在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判,情节严重的”行为则构成刑法第 399 条第 2 款民事、行政枉法裁判罪;当行为主体为“依法承担仲裁职责的人员”时,其“在仲裁活动中故意违背事实和法律作枉法裁决,情节严重的”行为应构成刑法第 399 条之一枉法仲裁罪。此等犯罪构成要件的内涵皆系负有裁决职责者违反中立义务而追求有利或不利于特定裁决对象的结果,裁判员操纵竞赛正符合此种行为模式,故应可据此在刑法上设计规制体育比赛裁判员操纵竞赛的构成要件。

以上将裁判员操纵竞赛理解为裁决者违反中立裁决义务的刑事立法规制路径,本文称之为“枉法裁决模式”。依此,为了在刑法上妥善规制裁判员操纵竞赛的行为,本文建议在刑法第 399 条、第 399 条之一之后增设第 399 条之二“裁判员枉法裁决罪”,条文内容

可设计为：“裁判员在国内、国际重大体育竞赛中故意违背事实和规则作枉法裁决，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”本罪的行为主体是“裁判员”，从“在国内、国际重大体育竞赛中”的表述可知此处的裁判员系指体育竞赛中的裁判员。条文中“国内、国际重大体育竞赛”的用语系参考自妨害兴奋剂管理罪，因此本罪所处罚者并非所有体育竞赛中的枉法裁决行为，而仅限于国内、国际重大体育竞赛中的枉法裁决行为。“故意违背事实和规则作枉法裁决”的表述系仿照徇私枉法罪、民事、行政枉法裁判罪以及枉法仲裁罪的构成要件，其中“事实”系指体育竞赛中所发生作为裁判员裁决基础的竞赛事实，“规则”指的则是体育竞赛中裁判员作成裁决所应适用的竞赛规则，依此只有当裁判员通过违背竞赛事实、规则作裁决来操纵竞赛时方可适用本罪，至于裁判员在竞赛规则容许的裁量空间内所刻意作有利或不利于竞赛一方的裁决并不在本罪的处罚范围之内。此外，考虑到本罪的行为主体“裁判员”与枉法仲裁罪的行为主体“依法承担仲裁职责的人员”同样非属司法工作人员，因此本罪仿照刑法第 399 条之一针对“情节严重”与“情节特别严重”的枉法裁决行为设置了“三年以下有期徒刑或者拘役”与“三年以上七年以下有期徒刑”两档法定刑。

如同前述三罪，本文建议增订的上述“裁判员枉法裁决罪”构成要件中所谓“违背事实和规则作枉法裁决”必须出于故意为之。换言之，裁判员在体育竞赛中故意作出错误裁决始成立本罪，倘若其系因过失或不可抗力而作出错误裁决则不构成本罪。然而，在此种枉法裁决类型的犯罪构成要件中，往往难以直接从错误裁决行为本身来判断行为人是否故意为之，而必须借由行为人的前阶段行为来证明其系故意作出错误裁决。观察前述三罪的司法判决即可发现，被论以此等罪名的大多数案例中皆存在行为人收受贿赂的情况，^[76]少数案例中的行为人虽未收受贿赂但接受请托，^[77]至于不存在收受贿赂、接受请托等前阶段行为而仍被论以此等罪名的案例则十分罕见。因此，在判断裁判员“违背事实和规则作枉法裁决”是否出于故意时，通常亦必须借由裁判员的前阶段行为来推断其实施错误裁决行为的故意心态。在裁判员通过错误裁决来操纵体育竞赛的案例中，最常见的前阶段行为应属收受贿赂，例如国内所发生的数起足球裁判员操纵竞赛事件中皆伴随着裁判员收受贿赂的情形，^[78]在此等案件中裁判员事前收受贿赂的行为即成为认定其所作错误裁决系出于故意的重要依据。由此可知，上述“裁判员枉法裁决罪”的客观构成要件行为虽系裁判员作出错误裁决的行为，但裁判员对于错误裁决行为的主观故意通常仍必须借由其前阶段的收受贿赂行为来被证明。当然，即使裁判员未收受贿赂，倘若有其他事实可证明其错误裁决行为系出于故意为之，亦可肯定“裁判员枉法裁决罪”的

[76] 涉及徇私枉法罪者，例如：云南省曲靖市中级人民法院（2021）云 03 刑终 126 号刑事判决书；涉及民事、行政枉法裁判罪者，例如：河北省万全区人民法院（2021）冀 0708 刑初 33 号刑事判决书；涉及枉法仲裁罪者，例如：山东省滨州市（市）中级人民法院（2019）鲁 16 刑终 305 号刑事判决书。

[77] 涉及徇私枉法罪者，例如：黑龙江省佳木斯市中级人民法院（2020）黑 08 刑终 37 号刑事判决书；涉及枉法仲裁罪者，例如：福建省龙岩市中级人民法院（2018）闽 08 刑终 197 号刑事判决书。

[78] 国内足坛较受瞩目的裁判员“黑哨”事件，参见田雨：《龚建平案二审终结》，《新华每日电讯》2003 年 3 月 29 日第 1 版；王平：《足坛“黑哨”案一审宣判 陆俊获刑五年半》，《检察日报》2012 年 2 月 17 日第 1 版。在上述事件中，裁判员皆接受了来自足球俱乐部相关人员的贿赂。

成立。^[79]

关于上述“裁判员枉法裁决罪”的保护法益,亦应采取与我国刑法上其他枉法裁决类型犯罪相同的思考方向。观诸徇私枉法罪、民事、行政枉法裁判罪以及枉法仲裁罪的保护法益,文献上所列举者主要可分为两类,分别为此等裁决活动所依附的司法、仲裁制度^[80]以及受到错误裁决影响者的个人权利。^[81]依此而论,关于“裁判员枉法裁决罪”的保护法益,亦应从体育竞赛中错误裁决所侵害的整体制度与个人权利来分别加以观察,即本罪一方面系着眼于维护体育竞赛活动的正常运行,另一方面则在保护参赛运动员及其所属俱乐部的财产利益免于因错误裁决而遭受损害。

五 结 论

鉴于操纵竞赛行为严重破坏了体育竞技赛事的正常运行,国内实务和理论界早已对在刑法上规制此种行为的必要性达成共识。然而,以本文所着重探讨的裁判员受贿操纵体育竞赛案件为例,综观国内文献上讨论此等案件时所提及的受贿罪、非国家工作人员受贿罪与诈骗罪,分析上述罪名的构成要件后可发现其均不适于规制此等案件。由于我国现行刑法上并无适合的罪名可规制裁判员受贿操纵体育竞赛的行为,因此实有必要在我国刑法增设相应犯罪。关于如何选择此一犯罪构成要件的立法模式,基于“不法约定模式”和“操纵行为模式”各自存在的缺陷,本文在依据行为主体对于操纵体育竞赛采取分类规制思维的基础上,提出了用以规制裁判员操纵体育竞赛行为的“枉法裁决模式”,并建议在我国刑法中增设“裁判员枉法裁决罪”。

依据枉法裁决模式所设计的“裁判员枉法裁决罪”将构成要件行为置于裁判员的错误裁决行为,在此一犯罪构成要件中裁判员的收受贿赂行为仅具有证明其系出于故意作成错误裁决的作用,因此可避免在不法约定模式下仅收受贿赂即足以成罪的过度提前处罚疑虑。同时,“裁判员枉法裁决罪”明确地将构成要件行为描述为“违背事实和规则作枉法裁决”,借此将构成要件范围限定于裁判员违背竞赛事实、规则所实施的错误裁决行为,而不包括裁判员在依据竞赛规则享有的裁量空间内刻意追求特定竞赛结果的裁决行为,故可避免操纵行为模式所存在构成要件范围过于宽泛的问题。

[本文为作者主持的2022年度西南政法大学引进人才科研资助项目“我国刑法上轻罪立法体系完善之研究”(2022-XZRCXM004)的研究成果。]

[79] 例如辽宁省铁岭市中级人民法院(2012)铁刑一初字第20号刑事判决书中足球俱乐部系向体育行政部门主管人员行贿,该主管人员因此在比赛中指派与该俱乐部熟悉的裁判员执裁,该俱乐部足球队最终在当年联赛中取得优异成绩,在此一案件中即使裁判员并未收受贿赂,亦应认为其在主观上对于所实施的错误裁决行为具有故意,而可对其论以本文建议增设的“裁判员枉法裁决罪”。

[80] 例如“国家司法机关的正常活动及司法机关严格执法的威信”(徇私枉法罪)、“司法机关的正常活动”(民事、行政枉法裁判罪)以及“仲裁活动的公正性”(枉法仲裁罪)。参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第664、666、667页。

[81] 例如“因对无罪之人非法追究而侵犯的公民的人身权利”(徇私枉法罪)、“仲裁当事人的合法权益”(枉法仲裁罪)。参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第664页;于阳、周志彬:《论枉法仲裁行为刑法规制的正当性》,《江苏警官学院学报》2012年第3期,第18页。

Criminal Law Regulation of Manipulation of Sports Competitions by Bribed Referees—A Chinese-German Comparison of Criminal Law

[**Abstract**] The manipulation of sports competitions by bribed referees leads to the significant impairment of sports competitions and therefore must be regulated by criminal law. However, an analysis of the relevant offenses in the current Chinese Criminal Code shows that there is no more room for the application of the offense of accepting bribes by government officials and the offense of accepting bribes by non-government officials in this field and the offense of fraud applies here only if the case involves a sports bet. Therefore, the provisions of the current Chinese Criminal Code are not sufficient to cover cases of game manipulation by bribed referees and it is necessary to create a new offense against this behavior in the Chinese Criminal Code through criminal legislation. With regard to models of criminal legislation for regulating the manipulation of sports competitions, the “model of unlawful agreement” can be seen in the offenses of sports betting fraud and manipulation of professional sports competitions inserted into the German Criminal Code in 2017. The core of these criminal offenses lies in the illegal agreement achieved through bribery and related to the manipulation of sports competitions. It is sufficient for these criminal offenses to be established if the perpetrator and another person have agreed or attempted to agree on the illegal agreement. Whether the competition has actually been manipulated is irrelevant to the fulfillment of these criminal offenses. This model is accused of an exaggerated preposition of criminal liability. Compared to the model of unlawful agreement in German criminal law, the “model of manipulation” is mostly seen in the criminal offenses proposed in Chinese literature against the manipulation of sports competitions. The core of these criminal offenses lies in the act of manipulation. Although this model can avoid the exaggerated preposition of criminal liability in the model of unlawful agreement in German criminal law, the fact that the concept of manipulation can hardly be clearly defined leads to the boundlessness of these criminal offenses. Therefore, the application of these offenses could face certain difficulties. Through these offenses, some non-punishable actions that influence competition could be classified as punishable manipulative actions. Because there are deficits in both of the above-mentioned models, this essay proposes the “model of perversion of justice” for regulating game manipulation by referees based on classified regulation of the manipulation of sports competitions. The core of the “offense of arbitral perversion of justice” proposed in this article lies in the arbitrator’s erroneous decision that is incompatible with the facts and rules of the competition. Therefore, on the one hand, this offense can avoid the excessive pre-positioning of criminal liability in the bribery phase seen in the model of unlawful agreement. On the other hand, it can also avoid the boundlessness of the offense seen in the model of manipulation.

(责任编辑:贾元)