

Criminal Law and Criminal Justice

刑法与刑事司法



2012年第1卷

总第1卷

卷首语 / 李晓明

刑事法学教授论坛

论聚众斗殴与正当防卫的界限 / 赵秉志 张伟珂
从相关数据看刑法第306条刑事辩护的入罪风险 / 陈忠林
论危险驾驶罪主观罪过的认定 / 刘宪权 周舟
“刑事法律与科学研究”一体化的提出及其原理 / 李晓明
【CLCJ笔谈】危险驾驶罪的刑事立法与司法
主持人案语 / 钱叶六
“醉驾入刑”看情节没有错 / 刘仁文
再论醉酒型危险驾驶罪的两个问题 / 魏东
危险驾驶罪三题 / 陈珊珊
二元制裁体系下的醉驾一律入刑问题 / 刘伟
美国醉驾的法规制及其启示 / 杨志琼

个罪与实体法

探究分裂国家罪之客观特征 / 王秀梅、张杰
盗窃罪的既未遂标准及实证分析 / 彭文华
非数额盗窃罪的认定 / 李洪欣
从嫖宿幼女案看立罪的“粗化”与“细化” / 杨辉忠
危险驾驶罪适用中的问题及其对策研究 / 陈伶俐、温小洁
论诈骗罪中的处分意识 / 赵兰学
论受贿罪的两个争议问题 / 戴有举

东吴学术与民国刑法

祭法学大师杨兆龙 / 高积顺
明清死刑制度与死刑限制主义的兴起 / 刘春花
秉承东吴传统 展望学科未来
——苏州大学刑事法学科简介 / 李晓明 张成敏
东吴“刑法与刑事司法”文献题录(1922—2012年) / 彭芳林等

《刑法与刑事司法》编辑部

刑事司法界

The Evolution of Policing in Taiwan, 1988-2000 / Ivan Y. Sun
“灭门”案件探究 / 刘文
量刑程序中证据制度的构建 / 冯俊伟
论我国防治“羁押死”的信息化对策 / 周顺忠 胡泉
我国未成年人刑事司法保护制度的再研究 / 武汝廷
新刑事诉讼法中的未成年人犯罪记录封存解读 / 何莹 黄巧琳
论刑事特情侦查及其检查监督 / 张斌

【刑事司法界风采录】

无锡市开发区人民检察院 / 《刑法与刑事司法》编辑部

刑事法·科学·文化

【司法影视研究】

观念的报复
——经典死刑电影研究 / 张成敏

【死刑自由谈】

如闻其详 哀矜而生
——欧美死刑废止运动断想 / 刘磊

国际刑法与区际刑法

中国内地与澳门受贿罪若干问题之比较 / 申思琦



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Criminal Law and Criminal Justice

刑法与刑事司法



2012年第1卷

总第1卷

《刑法与刑事司法》编辑部



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法与刑事司法. 第 1 卷 / 李晓明主编. —北京:
法律出版社, 2012. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4226 - 8

I . ①刑… II . ①李… III . ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV . ①D924. 04②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 260478 号

刑法与刑事司法(2012 年第 1 卷·总第 1 卷)

李晓明 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

版本 2012 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 19.25 字数 450 千

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4226 - 8

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编：李晓明

副 主 编：张成敏

编 务：朱 壹

网络编务：陈培培

英文翻译：朱 嘉

英文审校：焦艳鹏

编辑部地址

苏州市十梓街1号

苏州大学王健法学院（215006）

Kenneth Wang Law School,

Soochow University

编辑部电子信箱

clcj99@163.com

编辑部官方博客：

<http://clcj.fyfz.cn/>

卷 首 语

刑法秩序是人类社会最古老、最根本、最能体现国家存在性的社会规制,刑法也是人类社会最恒久的部门法。在我国,由于“重刑轻民”的传统法律思维,古代称之为“刑律”的刑法过度地占据了部门法的主席,该传统甚至至今依旧影响着现有法律部门在国家事务中的各自地位。在过去的几十年里,过度重视统治秩序与阶级斗争的观念异常凸显,刑法及刑法学虽然兴盛于那个时代结束之末,但重刑观念却被依然保留了下来,这便形成了实体法单一研究、学科群整合不足的时代环境与学术缺陷。刑法固然已经很庞大,刑法学所包含的刑法基础理论、刑法学释义学、外国刑法学、比较刑法学、刑法哲学、国际刑法学及区际刑法学等等,也取得了长足的进步。但是,刑法作为司法之实体要素,却与司法之程序要素结合松散。包括刑法学可能也忽略了其本身的思考原则,如证明实体的证据学理论。也就是说,刑法之可抗辩与不可抗辩,系实质不可分离的一体问题,而程序法方面却忘记了刑法提供的推定与认定理论须做程序理念和实践的审查。且无论实体还是程序,两个概念更无法概括犯罪学、犯罪社会学和犯罪心理学,犯罪文化学似乎也更为边缘,但它们确实均属于刑事法学必须依赖的基础理论或专业学科群。另外,侦查学绝对不等于证据学,怀疑的科学和证明的科学具有本质的区别,法庭科学既不属于证据学,也不属于侦查学,其又不纯属科学范畴……总之,我们需要一个更宏大的综合研究空间,也需要一个更集中、更核心、更明确的学术研究视角,甚至在这一空间、平台和视角中紧紧抓住各部门法和学科群间的紧密或相互联系性,系统、全面、客观、务实地去整合与刑事问题相关的学术资源,最终形成一个“刑事法律与刑事科学研究”的大系统,并通过“系统工程”的方法进一步充分发挥和挖掘刑事法学与刑事科学研究的整体功用与效能。

早在 20 世纪 80 年代,我国学者北京大学的甘雨沛教授和储槐植教授就分别提出了“全体刑法学”和“刑事一体化”的思想。当然,甘、储两位教授与 19 世纪德国学者李斯特提出的“综合刑法科学”可谓历史循环节点上的契合。然而,我国学者对“全体刑法学”或“刑事一体化”的内涵尚缺乏一致的认识,不同的学者也可能具有根本不同的构想,但学术综合的理念是迫切地想得以表达……这正是本刊酝酿日久、积极作为的原始动力。我们希望“刑法与刑事司法”(CLCJ)这刊物名称得到您的认同,这应当是一个标准的学术名称,但它不限定出于以上动机的学问扩展和深化,希望学界和司法界以其高超智慧的研究内容证明之。

作为主编,我个人对此的理解是这样的:

1764 年意大利学者切萨雷·贝卡利亚(Beccaria. Marchese di, 1738 ~ 1794),《论犯罪与刑罚》(On Crimes and Punishments)一书的出版,显然也是西方刑事科学的最早渊源,它囊括了当今看来几乎分属于犯罪学、刑法学、刑事诉讼法学、刑事政策学等刑事法律与科学研究的诸多学科、门类与内容,该书不仅奠定了贝卡利亚刑事古典学派鼻祖的历史

地位,而且对俄国、普鲁士、奥地利等欧洲国家乃至整个世界的刑法改革产生过重大影响。实际上,《论犯罪与刑罚》一书的学科归属与定位,历史上始终存在着不小的争论。不仅刑法学一直把《论犯罪与刑罚》作为自己学科最早的开篇之作,甚至许多犯罪学学者也时常这样做。然而,从更大意义上讲,更准确的做法应当是将《论犯罪与刑罚》一书作为人类历史上迄今为止最早的刑事法律与刑事科学研究的综合性整体性的奠基之作。

当然,后来的西方社会又在19世纪李斯特经验人假设的基础之上引申出其刑事政策的预防犯罪思想,紧接着又从对付犯罪的功效上提出了“综合刑法科学”的概念,并于1881年亲自创办了具有世界影响的《综合刑法科学杂志》(Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft)。包括美国的犯罪学家杰弗利也在研究犯罪原因与对策的过程中,提出了犯罪学的“科际整合理论”(Interdisciplinary theory of criminology),主张对于困扰人类的犯罪问题要运用多学科进行有机整合性的研究,以提升防控犯罪的有效性。

甘、储二教授提出的“全体刑法学”和“刑事一体化”是很自然的刑法学研究思维与领悟,也可谓与西方的学术思想影响一脉相承。

就以我的研究经历为例,我起初是从事刑事侦查理论的教学与科研的,但在刑事侦查理论研究与实践中发现刑事科学技术也是不可缺少的,随后增补了自己在刑事科学技术方面的知识内容。之后又发现,犯罪问题是个宏大的社会问题,尤其是刑事立法与犯罪防控离不开对社会与犯罪问题的整体思考,故一度又涉猎了犯罪学与社会学对刑事问题的思考。最终,社会管理的核心是法律,而法律制度又是社会管理的根源和重要依据,故长期以来我的研究重点更多关注的是刑事立法与司法,尤其是刑法学、经济刑法学和行政刑法学。但在刑事立法与司法的教、学、研中,司法公正与效率又是那么的凸显,恰好此时我大量的研究时间是在英国和美国所进行的学术访问中度过的,故重点关注了犯罪的社会防控和刑事司法效能问题。这就是我几乎一生的研究轨迹,所以在我看来一个刑事案件的办理,不好说一个刑事法学的单科或一个刑事科学的单科就能解决问题,它反映的必然是一个综合的“刑事”思维与理念,是一个“刑事一体化”的系统思维,更是一个“刑事法律与刑事科学研究”综合性的整体思维。

《刑法与刑事司法》诞生在一个不平常的年份,一方面我国去年2月28日完成了自1997年对刑法进行系统修改后八次大的修改,尤其是《刑法修正案(八)》可以说在刑法理念上与以往立法及历次刑法修改相比,明显具有崭新的现代刑法理念的涉入;另一方面今年的3月14日刑事诉讼法的再次修改(并于明年1月1日正式实施),可以说是1996年刑事诉讼法修改后更大一次的颠覆性改革和修法,甚至有些方面的修改都令世人和学者激动人心,但我们最终关切的还是明年1月1日后能否真正地兑现和实施。当然我们在此时此刻创办《刑法与刑事司法》这一刊物,这其中也蕴涵着我们对刑事法治春天更多的期待,也表明了我们愿同刑事法学及刑事科学界的同仁们一起为我们伟大的繁荣富强的祖国的民主、法治、现代化前景的到来并为之努力和奋斗的的决心和信心。

东吴法学及民国刑法留下的学术精神也与本人就职的苏州大学王健法学院有历史渊源,我们正在追溯东吴传统,在此精神支持下,我们形成了一个较高的学科建设平台:苏州大学王健法学院去年已经获得法学一级学科博士点,刑法学二级学科博士点和诉讼

法学二级学科博士点的“刑事诉讼法学”研究方向也正式启动。实际上,七年前在宪法与行政法二级学科博士点的平台上我们已开辟“行政刑法”的研究方向,三年前我们在苏州大学法学博士后流动站也开设了“经济犯罪”的研究方向等,均可对我们今天“刑事法律与刑事科学”一体化的综合研究形成重要支撑。《刑法与刑事司法》在东吴法学传统上是第一个以综合学科群方式建立的学术刊物,它既是我们学术精进的摇篮,也是我们汲取全国学术界、司法界知识支援的交际平台,希望它超越陌生的隔阂,以文会友、以理通事,成为最开放的学术载体。

《刑法与刑事司法》在编辑方针和组稿规划方面将努力寻求较新和更佳的模式,希望大家关注我们第一卷、第二卷的传递出的信息(编辑部官方博客:<http://clcj.fyfh.cn/>),也希望有特别想法的学界同仁成为我们编辑团队的成员,这将是我们的更大的荣幸和更开放的愿望。

正值温馨的国庆之日,借此机会祝贺我们的伟大祖国更加繁荣富强,也祝愿我们的朋友更加健康快乐。

李晓明

谨识于苏州相门寓所

2012年10月1日

目 录

卷首语	李晓明(1)
-----------	----------

刑事法学教授论坛

论聚众斗殴与正当防卫的界限

——以聚众斗殴案件的司法认定为视角	赵秉志 张伟珂(1)
从相关数据看刑法第 306 条刑事辩护的人罪风险	陈忠林(12)
论危险驾驶罪主观罪过的认定	刘宪权 周 舟(20)
“刑事法律与科学研究”一体化的提出及其原理	
——从“刑事一体化”说开去	李晓明(32)

【CLCJ 笔谈】

危险驾驶罪的刑事立法与司法	(54)
主持人案语	钱叶六(54)
“醉驾入刑”看情节没有错	刘仁文(56)
再论醉驾型危险驾驶罪的两个问题	魏 东(61)
危险驾驶罪三题	陈珊珊(67)
二元制裁体系下的醉驾一律入刑问题	刘 伟(72)
美国醉驾的法律规制及其启示	杨志琼(78)

个罪与实体法

探究分裂国家罪之客观特征	王秀梅 张 杰(83)
盗窃罪的既未遂标准及实证分析	彭文华(91)
非数额盗窃罪的认定	李洪欣(98)
从嫖宿幼女案看立罪的“粗化”与“细化”	杨辉忠(106)
危险驾驶罪适用中的问题及其对策研究	
——以北京市某区人民法院判决为标本	陈伶俐 温小洁(115)
论诈骗罪中的处分意识	赵兰学(126)
论受贿罪的两个争议问题	戴有举(138)

刑事司法界

The Evolution of Policing in Taiwan, 1988 - 2000	Ivan Y. Sun(146)
“灭门”案件探究	刘 文(160)
量刑程序中证据制度的构建	

——一个比较法的视角	冯俊伟(170)
论我国防治“羁押死”的信息化对策	周顺忠 胡 泉(177)
新刑事诉讼法中的未成年人犯罪记录封存解读	何 莹 黄巧琳(185)
论刑事特情侦查及其检察监督	张 斌(191)
【刑事司法界风采录】	
无锡市开发区人民检察院	CLCJ 编辑部(200)

刑事法·科学·文化

【司法影视研究】

观念的报复

——经典死刑电影研究	张成敏(202)
------------------	----------

【死刑自由谈】

如闻其详 哀矜而生

——欧美死刑废止运动断想	刘 磊(224)
--------------------	----------

国际刑法与区际刑法

中国内地与澳门受贿罪若干问题之比较	申思琦(229)
-------------------------	----------

东吴学术与民国刑法

祭法学大师杨兆龙	高积顺(240)
明清死刑制度与死刑限制主义的兴起	刘春花(251)
秉承东吴传统 展望学科未来	
——苏州大学刑事法学科简介	李晓明 张成敏(258)
东吴“刑法与刑事司法”文献题录(1922~2012年)	彭芳林等(260)
稿约	(276)
English Translation of Preface, Abstract and key words of Paper, Intro of the Subject of Criminal Law at Soochow University, Contents	The Editorial Department of CLCJ(277)

Contents

Preface Gratitude	Li Xiaoming(1)
-------------------------	------------------

The Criminal Law Professors' Forum

The Limits of Affray and Justifiable Defense; From the Perspective of the Judicial Cognizance of the All-in Fighting case	Zhao Bingzhi Zhang Weike(1)
From Relevant Data to See the Criminalization Risk of Criminal Defense Under Title 306 of the Criminal Law	Chen Zhonglin(12)
The Identity of the Subjective Fault of Dangerous Driving Crime	Liu Xianquan Zhou Zhou(20)
The Presentation and Theory of the Integration of “Criminal Law and Scientific Research” —Beginning with “Criminal Integration”	Li Xiaoming(32)

[Writings of CLCJ]

The Criminal Legislation and Justice of Dangerous Driving Crime	(54)
Host Comment	Qian Yeliu(54)
The Penalty for Drunk driving Depending on the plot is Right	Liu Renwen(56)
Two Questions About Drunk Driving Type of Dangerous Driving Crime	Wei Dong(61)
Three Topics of Dangerous Driving Crime	Chen Shanshan(67)
The Penalty for Drunk driving In the System of Binary Sanctions	Liu Wei(72)
Legal Regulation of Drunk driving In America and the Enlightenment	Yang Zhiqiong(78)

Crimes and Substantive Law

An Inquiry into the Objective Characteristics of the Offence of Splitting the State	Wang Xiumei Zhang Jie(83)
The Standard of Accomplished and Unaccomplished Offense of Larceny and the Empirical Analysis	Peng Wenhua(91)
The Identification of Non-Account Identity Theft	Li Hongxin(98)
From the Case of Whoring with the Girl under Fourteen Years old to See the Enlargement as well as the Restriction of Criminal Interpretation	Yang Huizhong(106)

Research on the Problems and Countermeasures of Application of the Dangerous

- Driving Crime Chen Lingli Wen Xiaojie(115)
Disposition Consciousness in Fraud Zhao Lanxue(126)
Two Issues in Disputes of Bribery Dai Youju(138)

Criminal Justice Circle

- The Evolution of Policing in Taiwan, 1988 – 2000 Ivan Y. Sun(146)
The Analysis of Cases of Family Extermination Liu Wen(160)
The Construction of Evidence System in Sentencing Procedure
—From a Perspective of Comparative Law Feng Junwei(170)
The Information Countermeasures against “Custody Death”
..... Zhou Shunzhong Hu Xiao(177)
Juvenile Delinquency Sealed Records in the New Criminal
Procedure Law He Ying Huang Qiaolin(185)
The Special Criminal Informer Investigation and Prosecutorial Supervision
..... Zhang Bin(191)

[Elegance in the Criminal Justice Circles]

- The People Procuratorate of Wuxi Development Zone
..... The Editorial Department of CLCJ(200)

Criminal Law · Science · Culture

[Legal Research on Movies]

- The Concept of Revenge
—Classic Death Penalty Film Studies Zhang Chengmin(202)

[The Free Topic of Death Penalty]

- Pity from the Details: Thought Fragments of the Extinction of Death Punishment in
Europe and America Liu Lei(224)

International Criminal Law and Interregional Criminal Law

- Comparative Study on Crime of Bribery between Mainland China and Macao
..... Shen Siqi(229)

Dongwu Academy and Minguo Criminal Law

- For a Memorial to the Law Master Yang Zhaolong Gao Jishun(240)
The Emergence of the Death-penalty System and Death Penalty
Restriction in Ming & Qing Dynasties Liu Chunhua(251)

Follow the Dongwu Tradition, Look to the Academic Future

—Intro of the Subject of Criminal Law at Soochow University

..... Li Xiaoming Zhang Chengmin (258)

The Bibliography of Dongwu “Criminal Law and Criminal Justice” (1922 – 2012)

..... Peng Fanglin et al. (260)

Notice To Contributors (276)

English Translation of Preface, Abstract and key words of Paper, Intro of the Subject
of Criminal Law at Soochow University, Contents

..... The Editorial Department of CLCJ (277)

论聚众斗殴与正当防卫的界限

——以聚众斗殴案件的司法认定为主要视角

赵秉志 中国刑法学研究会会长,教授,博士生导师

张伟珂 北京师范大学2010级刑法学博士研究生

摘要

从刑法理论上区分聚众斗殴与正当防卫的界限相对较为简单,但是在司法实践中处理聚众斗殴案件时,却经常出现认定上的困难。对此,欲准确判断聚众斗殴行为的法律性质,不仅要从规范上即主观意图和客观行为两个方面区分聚众斗殴与正当防卫之不同,而且需实践要求,对聚众斗殴案件进行类型化区分,从个案中探寻聚众斗殴和正当防卫之差异性。

关键词

聚众斗殴 正当防卫 聚众斗殴

目次

一、前言

二、规范层面聚众斗殴与正当防卫的构成特征之比较

三、实践层面聚众斗殴与正当防卫的类型化判断

四、结语

一、前言

在刑法理论上,聚众斗殴与正当防卫之间界限分明,争议不大。根据我国刑法典第292条的规定和刑法理论的通说,聚众斗殴罪,是指为了报复他人、争霸一方或者其他不正当目的,纠集众人成帮结伙地互相进行殴斗,破坏公共秩序的行为。^①而依据刑法典第20条之规定,正当防卫,是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害且没有明显超过必要限度的行为。前者是应受刑事处罚的犯罪行为,后者是作为排除社会危害而受到法律保护的合法行为。因此,不管是在构成特征方面,还是行为性质方面,二者都存在较大区别。但是,对于司法实践中出现的聚众斗殴^②案件,比如前段时间受到广泛关注的江苏常熟农民工

① 参见王作富主编:《刑法分则实务研究(中)》,中国方正出版社2007年版,第1267页。

② 所谓的聚众斗殴,区别于规范意义上的聚众斗殴。前者仅强调行为的外在表现形式,突出事实判断,而与法律评价无涉。即聚众斗殴仅仅是表述双方多人互相击打对方。至于双方是聚众斗殴或者是正当防卫,抑或是其他法律行为,则不在其意义之内。

聚众斗殴案^①,究竟应当如何判断打斗者的行为性质就成为一个颇为棘手的问题。我们认为,解决这一问题的核心,就是确立聚众斗殴与正当防卫的判断标准,即以刑法理论为基础,立足于对构成要件的规范分析,对聚众斗殴与正当防卫的区别进行类型化研究,并探寻认定聚众打斗行为法律性质的具体路径。

二、规范层面聚众斗殴与正当防卫的构成特征之比较

从刑法典对聚众斗殴与正当防卫的构成特征来看,聚众斗殴罪的犯罪主体是年满16周岁且具备刑事责任能力的自然人。而正当防卫的行为主体则没有年龄限制。任何人在国家、公共利益、本人或他人的合法权益遭受不法侵害时,都可以实施防卫行为。因此在发生暴力冲突的具体案件中,讨论上述两种行为之主体的差异意义不大。与之类似,就行为所造成客观后果而言,聚众斗殴在侵犯社会公共管理秩序的同时,极有可能给相对人造成人身损害;而正当防卫是针对不法侵害人进行的制止不法侵害的行为,也很有可能给不法侵害人造成人身伤害,所以大多数的聚众斗殴与正当防卫在外在表现形式和人身伤害后果方面具有一定的相似性。也正是如此,在判断聚众打斗的行为性质时,应侧重从主观心态和客观行为两个方面,探讨聚众斗殴与正当防卫在规范层面的差异。

(一)聚众斗殴与正当防卫的主观特征之比较

在刑法理论中,故意犯罪的主观要件通常包括犯罪故意、犯罪目的和犯罪动机等三个方面;而在正当防卫中,防卫意图是成立正当防卫必备的主观构成要件之一,因此,对于聚众斗殴与正当防卫在主观方面的区别,可以从以下层面展开论述。

1. 主观故意

首先,二者的认识要素不同。聚众斗殴中,行为人不但明知自己的打斗行为会给社会公共秩序造成严重危害,而且认识到自己实施的暴力行为可能危及对方的人身健康。具体来讲,行为人主观故意的认识内容包括以下方面:(1)对聚众斗殴行为本身的认识。即行为人要认识到自己与相对人正在实施斗殴行为,即双方相互打斗,而不是单方殴打行为。(2)对危害结果的认识。即行为人要认识到自己的行为所造成的危害后果。由于斗殴行为与危害后果相伴随而成,因此,只要行为人对于聚众斗殴是明知的,通常就可以推定其对危害后果也存在认识。(3)对行为性质的认识。聚众斗殴犯罪的成立,要求行为人认识到其行为本身具有严重的社会危害性。即使行为人坚持没有认识到聚众斗殴所具有的刑事违法性,也不影响对其犯罪故意的认定。而对于正当防卫来讲,行为人对不法侵害以及不法侵害人存在正确认识,是防卫行为正当性的基础。因此,从正当防卫的成立要件来看,防卫人在实施正当防卫时需对以下内容具有明确认识:(1)认识到不法侵害是现实存在的。只有行为人认识到不法侵害的现实性,才能针对不法侵害者本人实施反击行为,以阻止不法侵害的继续。也正源于此,在假想防卫中,如果行为人主观上存在过错,就不能免除其刑事责任。(2)认识到不法侵害正在发生。即已经开始或者即将

^① 参见《常熟聚众斗殴案重审宣判》,《人民日报》2012年4月13日;《常熟农民工勇斗砍刀案昨宣判:定性聚众斗殴》,《扬子晚报》2012年4月13日。

开始,但尚未结束。(3)认识到所制止的对象是不法侵害者本人。如果在面对不法侵害时,行为人出现了认识错误,没能准确判断不法侵害主体,并给相对人造成了侵害后果,就应当承担相应的法律责任。应注意的是,防卫限度不属于明知的内容,只要防卫人认识到防卫措施是反击和制止不法侵害所必需的就可以了,而无须认识在具体情况下所应该采取的防卫强度。^①

其次,意志因素不同。在聚众斗殴中,行为人明知自己的行为会造成严重扰乱社会公共秩序的后果,仍然追求即希望危害结果的发生,因此,行为人对于犯罪持直接故意的心理态度。同时,行为人对这一必然因果关系的准确认识也意味着在本罪中行为人的主观方面不可能是间接故意。当然,如前所述,在聚众斗殴犯罪中,行为人不但认识到斗殴行为会扰乱社会秩序,而且也认识到该行为可能会损害相对人的身体健康。然而,对侵害人身权利而言,通常情况下斗殴人对伤害结果持希望的心理态度,但在一些案件中,行为人也可能放任伤害结果的发生。^②对此,不管斗殴双方对人身伤害持何种意志心态,都不会影响其希望并追求公共秩序遭受破坏的主观态度,更不会影响犯罪的成立。虽然正当防卫是合法行为,但从行为人实施防卫行为的主观故意的具体内容来看,仍具有相应的意志因素,即希望或者放任给不法侵害人造成适当的损害,以阻止不法侵害人继续实施侵害行为。当然,如果行为人在紧急情况下,以不法侵害人为目标,针对其人身实施了直接反击,并希望通过对其造成人身伤害进而阻止实施不法行为,在其反击行为没有超出必要限度的情况下,也应成立正当防卫。

2. 行为动机和目的

首先,关于行为动机问题。就聚众斗殴而言,行为人的行为动机是否影响犯罪成立,在我国刑法理论中有不同的主张。我们认为,从法益保护的角度来看,对聚众斗殴罪的犯罪动机不应做严格限制。动机本无善恶好坏之分,所谓的卑劣邪恶动机是指行为人在满足内心需要的过程中选择了违法犯罪的方式,以获取不正当的利益来满足物质或精神需求。在这个意义上,犯罪动机可以视为以犯罪的方式来获取满足的内心冲动;而相同的动机,如果寻求合法方式去实现,就不能简单地视为“恶”动机。这一点,通过引发聚众斗殴与正当防卫的行为动机之对比,也可以得出同样的结论。通常认为,行为人是在称霸一方等动机支配下聚众斗殴的,但是,在该动机支配下,行为人也可以在竞争者侵犯第三人利益时,为了向相对人显示自身实力而去制止不法侵害,保护第三人的合法利益。此时,行为人的行为动机之所以不会受到否定性评价,在于其借助积极的方式,以合法方式来满足自己的内心需求。因此,“犯罪动机”之称谓来源于行为的“犯罪性”,在无法确认行为是否符合法律规范之前,很难确定动机之“犯罪性”。所以,从动机的角度区分聚众斗殴与正当防卫时,只有结合行为所保护的利益、行为方式等才能作出具体认定。

其次,关于行为目的问题。对于聚众斗殴的犯罪目的,我们认为,不应将其限缩在寻求精神刺激的层面。以满足精神刺激为目的,虽然符合相当数量的聚众斗殴参与者的主

^① 参见高铭喧主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第414页。

^② 参见赵秉志主编:《疑难刑事问题司法对策》(第七集),吉林人民出版社1999年版,第343页。

观心理状态,但是却不能全面、客观地反映出所有的聚众斗殴行为之主观意图。按照刑法理论的通说,聚众斗殴是行为人出于私仇、争霸或者其他不正当目的而纠集多人成帮结伙地打架斗殴。^①所以聚众斗殴之目的核心在于其不正当性,而限于报私仇、寻刺激的流氓心理。在现行刑法典没有明确将流氓目的作为犯罪主观内容的情况下,不宜从主观方面人为地限制聚众斗殴犯罪的成立范围。在这个意义上可以说,聚众斗殴犯罪并不受犯罪目的和犯罪动机的限制。只要行为人主观上认识到并积极实施成帮结伙的打斗行为,扰乱社会公共秩序的,就应当成立本罪。

对于正当防卫来说,作为一种排除社会危害性的合法化事由,其主观目的的正当性是其必备的构成要件之一。而对于防卫目的的理解,应当坚持从两个层面来把握,即不但要求行为人有制止不法侵害的目的,他还应该具有保护合法权益的目的。首先,防卫目的是正当防卫正当化的根据之一。一方面,立法之所以将正当防卫规定为公民的一项权利并鼓励公众积极行使,就在于该行为以保护国家、社会、本人或他人的合法权益为目的而针对不法侵害者本人实施反击。其不仅没有社会危害性,而且对国家和社会有益。另一方面,防卫目的表明行为人在主观上不具有危害社会的犯罪故意或过失,而客观上也不具有社会危害性,因此,其区别于犯罪行为具有正当性基础。^②在这个层面上,防卫认识和防卫目的对防卫行为合法化的影响是非常显著的。行为人有防卫认识,并不一定会有制止不法侵害、保护合法权益的目的。所以即使行为人具有防卫认识,也可能基于不正当目的,实施针对不法侵害人的加害行为。如果将该行为视为正当防卫,无疑放纵了不符合法律规范的不法行为。

基于上述分析,我们认为,聚众斗殴与正当防卫在行为目的方面的区别主要表现在:(1)从性质上来看,前者以扰乱公共秩序为主要目的,具有不正当性;而防卫行为以保护合法权益为主要目的,具有正当性。(2)在结构上,对于聚众斗殴而言,行为人通过殴打对方的行为达到扰乱公共秩序的目的,因此,其通常包括两个层面,即伤害他人的目的和扰乱公共秩序的目的;对于正当防卫来说,亦如前文所言,则表现为制止不法侵害和保护合法权益的目的。

(二)聚众斗殴罪与正当防卫在客观方面的区别

根据刑法典的规定,聚众斗殴罪的实行行为有聚众和斗殴两个方面的特征。而正当防卫则对防卫行为的外在表现方式没有特别限制,亦不排除防卫人以聚集多人的方式实施防卫。司法实践中,防卫行为与斗殴行为在行为方式上可能相互交织、相互影响甚至相互转化,行为人的主观目的会伴随着打斗行为的进行而发生变化,从而使聚众斗殴与正当防卫的区分较为困难。对此,除了依据前述两种行为主观方面具体内容的不同予以甄别以外,还可以根据两种行为模式中行为表现上的差异进行对比分析。

1. 聚众斗殴罪中的斗殴行为

斗殴是聚众斗殴罪的客观行为的核心表现之一。所谓斗殴,主要是指以暴力的方式

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第604页。

^② 参见高铭喧主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第414~415页。

相互搏斗,但使用暴力的方式各有所别。斗殴起因,或为争夺势力范围,或为哥们儿出气进行报复,或者为争夺女人或财物发生矛盾等等,总之是要显示自己一伙人的“威风”、“煞气”,压倒对方,而置公共秩序于不顾。^①司法实践中,聚众斗殴的行为人通常会携带非法刀具实施械斗,行为人持械参与斗殴相对明确地表明了行为人在聚众斗殴中意图压制对方,扰乱公共秩序的行为目的,成为聚众斗殴罪的主要表现形式之一。然而,正是因为持械行为通常伴随着严重的危害后果,所以经常会出现面对对方人多势众、持械挑衅的行为而积极实施反击,此时,欲认定后者持械打斗行为的法律性质,就必须对斗殴行为的特征作出合理阐释。^②

(1)对于斗殴而言,行为人通常不会对斗殴行为之限度有明确认识。“斗殴行为意在通过暴力行为迫使对方服从自己,退出对特定利益的争夺,故行为人事先一般不能确定具体的暴力结果,这往往还要取决于对方的坚持程度。”^③斗殴行为的显著特点,就是为了争夺“势力范围”,或者试图要“打服对方”而殴打伤害对方,其对可能造成的结果并没有明确具体的认识。利用斗殴行为这一特点,可以使之与和其他聚众故意伤害、故意杀人行为相区别。在后者中,行为人往往是对自己或者自己一方所认识的人,由于宿仇旧恨而起意伤害对方,它在事先具有明确的伤害对象和伤害故意。^④在这种较为具体的主观故意支配下,行为人在聚集斗殴时,打击的力度、打击的目标等都是很明确的,与一般的打斗行为不同。

(2)斗殴行为具有对向性。所谓对向性,主要是相对于普通的暴力犯罪之单方性而言的。斗殴是典型的对向暴力行为,即在外观上表现为斗殴双方互相进逼、攻击对方身体的对向性特征,而非一方殴打另一方的单向过程。^⑤这种对向性的存在,既表现出与普通犯罪的区别,也极易与正当防卫行为混淆。不过,在通常情况下,由于聚众斗殴犯罪发生之时,行为人明知自己的行为会扰乱公共秩序,或者丝毫不顾及行为给公众生活的安宁与和谐所造成的破坏,为了满足自己的一己私欲,而去压制对方,因此,打斗双方都表现出较为明显的攻击性,都试图在搏斗中占据上风。而在正当防卫中,防卫人在面对不法侵害时,虽然其反击行为在客观上也可以视为攻击行为,但防卫意图支配下的反击程度通常是有限的。对此,可以通过对不同打斗情境下相关参与人员的行为方式等进行分析证明。

2. 正当防卫中的防卫行为

在正当防卫中,不管是行为人单独实施的防卫行为,还是联合多人实施的集体防卫行为,都不能违背刑法典关于成立正当防卫所要求的客观要件。相对于聚众斗殴的几个特征,防卫行为的构成特征更为具体:(1)防卫行为必须针对不法侵害者。在针对多次

① 参见赵秉志主编:《疑难刑事问题司法对策》(第七集),吉林人民出版社1999年版,第334页。

② 当然,斗殴行为的特点有很多,如暴力性、非法性等。但是,考虑到与正当防卫区分的需要,我们这里仅分析具有实践价值的特点,而对于非法性等规范评价明显的特征不再赘述。

③ 参见苏雄华:《斗殴行为及其特征》,《重庆社会科学》2009年第10期。

④ 参见赵秉志主编:《疑难刑事问题司法对策》(第七集),吉林人民出版社1999年版,第347页。

⑤ 参见苏雄华:《斗殴行为及其特征》,《重庆社会科学》2009年第10期。