

赵秉志 / 主编
彭新林 / 副主编

寻衅滋事 的 罪与罚

Crime and Punishment
of Picking Quarrels and Provoking Troubles

大学出版社
UNIVERSITY PRESS

寻衅滋事 的罪与罚

赵秉志 / 主编
彭新林 / 副主编

撰稿人（以撰写内容先后顺序为序）

赵秉志 彭新林 孙道萃 刘树德
赵远 孙利 商浩文 王帅
李彦峰 徐文文 侯帅 李会彬
刘春阳

Crime and Punishment
of Picking Quarrels and Provoking Troubles



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

寻衅滋事的罪与罚/赵秉志主编. —北京:北京大学出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 25267 - 3

I. ①寻… II. ①赵… III. ①刑事犯罪—研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 300981 号



书

著作责任者 赵秉志 彭新林 副主编

责任编辑 陈 康

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25267 - 3/D · 3745

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印 刷 者 北京大学印刷厂

经 销 者 新华书店

965mm × 1300mm 16 开本 19.75 印张 313 千字

2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

定 价 39.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

罪刑法定
是现代刑事法治的第一要义

面对“口袋罪”，要牢记罪刑法定原则

(代序)

寻衅滋事罪是1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)修订时,从1979年《刑法》第160条规定的流氓罪中分解而来的新罪名。在1997年《刑法》修订之前,寻衅滋事犯罪行为都是以流氓罪进行定罪科刑的。1979年《刑法》第160条规定:“聚众斗殴,寻衅滋事,侮辱妇女或者进行其他流氓活动,破坏公共秩序,情节恶劣的,处七以下有期徒刑、拘役或者管制。流氓集团的首要分子,处七年以上有期徒刑。”可见,寻衅滋事只是流氓罪客观方面的行为方式之一,除此之外,流氓罪的行为方式还包括聚众斗殴、侮辱妇女或者其他流氓活动。应当说,从流氓罪中的“寻衅滋事”行为方式到独立的寻衅滋事罪(1997年《刑法》第293条)的设置,体现了罪刑法定原则和刑事立法技术的进步。

1997年《刑法》第293条规定:“有下列寻衅滋事行为之一,破坏社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制:(一)随意殴打他人,情节恶劣的;(二)追逐、拦截、辱骂他人,情节恶劣的;(三)强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物,情节严重的;(四)在公共场所起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的。”2011年2月25日,第十一届全国人大常委会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》第42条又对1997年《刑法》中的寻衅滋事罪法条进行了重要修改:一是增设了第2款,即规定“纠集他人多次实施前款行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金”。二是在原第(二)项中增加了“恐吓他人”的规定。在其后的2013年7月和9月,最高人民法院、最高人民检察院也先后联合颁布了《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。上述有关立法修正和司法解释的规定进一步充实了寻衅滋事罪的规范内涵,有助于寻衅滋事罪的司法适用,更好地满足了司法实践

的需要。不过,值得指出的是,尽管流氓罪已成历史,但由于寻衅滋事罪的刑法规范本身依然存在一定的模糊之处,寻衅滋事罪客观方面的行为类型仍具有一定的开放性,这种构成要件的开放性在司法实践中容易模糊此罪与彼罪之间的界限;而且从近期的司法实践看,寻衅滋事罪法条在某种程度上确实扮演着“兜底条款”的角色,其司法适用确有扩大化的趋势和倾向。如对于某些严重妨害社会管理秩序的行为,因相关法条无法或者不适合加以规制时,寻衅滋事罪法条往往被司法机关作为最后适用的法律依据。由于寻衅滋事罪因袭了作为“口袋罪”的流氓罪的一些基因使得其先天不足,而其罪状和构成要件因具有相当的包容性和伸缩性,又为其在司法适用上的扩大化倾向埋下了伏笔,所有这些因素的叠加、累积,使得寻衅滋事罪的“前世今生”尤为特殊,这也引发了近年来学界和社会上对寻衅滋事罪可能成为新“口袋罪”的诸多担忧和诘难。

那么,如何才能有效遏制寻衅滋事罪在司法适用上的泛化现象,破除寻衅滋事罪可能成为新“口袋罪”的历史牢笼,终结此“循环式”的司法怪圈?这是值得我们深入思考的一个问题,也是我国刑事法理论界与实务界无法回避的重要课题。我对此问题总的看法是,要通过立法与司法双管齐下、共同协力,一方面需要在立法上对寻衅滋事罪的罪状和构成要件作适当修改,减少其主观要素内容,细化其客观要素内容,从而为有效消除“口袋罪”所裹挟的弊端提供坚实的立法基础;另一方面,司法者应当秉持现代刑事法治理念,妥当解释这些具有“弹性”的“兜底条款”,“兜底条款”的司法适用要受罪刑法定原则的制约,不应迫于公众压力或为追求社会效果等因素而将不具有严重社会危害性的违法行为升格为犯罪,不得对寻衅滋事罪法条作类推解释或者不利于被告人的扩大解释。第十八届四中全会专题研究全面推进依法治国问题,全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,明确提出了全面推进依法治国的指导思想、总目标、基本原则、主要任务和重点举措,描绘了法治中国建设的宏伟蓝图,是指导和推动全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的纲领性文献。全会做出的重大部署、取得的重要成果,就包括要“健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度”。这为严格落实罪刑法定原则、加强人权司法保障指明了方向。

法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。充分重视罪刑法定原则的人权保障价值,强化刑法的人权保障机能,实践中尤其要防止对刑法

规范进行类推解释和作不利于被告人的扩大解释。就寻衅滋事罪的司法适用来说,坚守罪刑法定原则、防止“口袋罪”在新的历史条件和时代背景下“借尸还魂”,对于强化人权司法保障、让人民群众在对寻衅滋事案件的查处中感受到公平正义,具有更为至关重要的意义。

当然,除了对寻衅滋事罪司法适用上的“口袋罪”倾向需要保持高度警惕之外,寻衅滋事罪的构成要件、司法认定、定罪量刑、立法完善、司法程序等涉及寻衅滋事罪与罚的诸多问题,也都值得进行全面、深入的研究。而目前学界对寻衅滋事罪进行集中研究的专著性成果尚属凤毛麟角,这种状况亟待改变。鉴此,为深化寻衅滋事罪的理论研究,破解寻衅滋事罪司法适用中面临的各种难题,更好地服务于相关司法实践,促进我国寻衅滋事犯罪的刑法规制和有效治理,北京师范大学刑事法律科学研究院与北京大学出版社经协商和研究,决定在以往双方诸多成功合作的基础上,再共同编辑出版这本《寻衅滋事的罪与罚》。

希冀本书的出版,会有助于刑法学界乃至全社会更加全面而深入地了解寻衅滋事罪的“前世今生”及其涉及的立法与司法、实体与程序等问题,会对促进我国刑事法治的发展带来积极的影响。

最后,衷心感谢北京大学出版社副总编辑蒋浩先生对本书出版的鼎力支持,也感谢责任编辑陈康同仁为本书出版所付出的辛勤劳动,正是他们的支持和帮助保证了本书的及时出版。

中国法学会刑法学研究会会长

北京师范大学刑事法律科学研究院院长、法学院院长

赵秉志

二〇一四年十一月

导读

本书坚持以问题为导向,以科学理论为指导,从理论和实践的结合上对寻衅滋事的罪与罚进行全面、深入的专题研究。在编章架构和内容设计上,全书分设“理论编”“实务编”和“附录”三部分。

■ **理论编** 分为两章,第一章对刑法学界关于寻衅滋事罪的研究成果进行系统综述,让读者对我国寻衅滋事罪的理论研究状况有总体性的认识和了解;第二章对寻衅滋事罪的基本法理进行专题阐述,以期深化寻衅滋事罪的理论研究,并为寻衅滋事罪的相关司法实务提供理论指导和参考。

■ **实务编** 本编系本书的重点,精选了二十余个寻衅滋事犯罪真实案例进行法理研析。精选案例都具有一定的代表性和典型性,既有近年来社会影响广泛的名案,也有具有重要研究价值的小案。美国著名大法官霍尔姆斯曾言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”其实,案例就是司法实践中的“活法”,是活生生的司法“经验”。研究这些典型案例,既能够发现司法实践对刑法学理论的新的要求,激发刑法学理论创新,更好地实现刑法学理论和司法实务的良性互动;也有助于总结我国司法实践中适用寻衅滋事法律规范、司法解释的规律和经验,为提高法律适用技术和司法裁判质量提供法理指导和学理支撑。

■ **附录** 收录的是我国寻衅滋事罪法律、司法解释暨部门规章,供司法人员在法律适用、定罪量刑时参阅比照,也有助于读者全面了解寻衅滋事罪的法律规范体系和内容。

本书的整体设计,既考虑了主题的集中性,突出重点,注重对寻衅滋事罪典型案例进行法理研析;又考虑了视野的开阔性,着力回答、解决寻衅滋事罪司法认定中的疑点、难点问题,满足司法实务的现实需要。

目 录

上编 | 理论编

第一章 寻衅滋事罪研究综述	003
一、寻衅滋事罪与流氓罪在司法适用上的关系	003
二、寻衅滋事罪的客体	008
三、寻衅滋事罪的客观方面	010
四、寻衅滋事罪的主体	025
五、寻衅滋事罪的主观方面	027
六、寻衅滋事致人重伤、死亡的认定	030
七、寻衅滋事罪与相关犯罪的界限	034
八、寻衅滋事罪司法解释的理解与适用	047
九、寻衅滋事罪的立法完善	051
十、网络寻衅滋事犯罪问题	054
十一、寻衅滋事罪的程序法问题	057
第二章 寻衅滋事罪的基本法理	060
一、寻衅滋事罪的立法沿革	060
二、“口袋罪”视域下寻衅滋事罪的刑法定位与未来命运	065
三、寻衅滋事罪的犯罪构成宏论	077
四、寻衅滋事罪的司法认定要论	086
五、寻衅滋事罪“网络化”趋向的法理分析	094
六、结语	103

下编 | 实务编

网络环境是否为公共场所	
——“秦火火”寻衅滋事案	107
如何认定寻衅滋事罪中的“无事生非”	
——邹某某等寻衅滋事案	116
随意殴打型寻衅滋事罪的司法适用	
——李宾、王振、张磊寻衅滋事案	123
事出有因的殴打是否可以成立随意殴打	
——宋彪等寻衅滋事案	133
共同殴打他人致人轻伤的行为如何定性	
——陈寿军等寻衅滋事案	140
多人共同寻衅滋事致人重伤、死亡的应如何处理	
——杨安等寻衅滋事案	150
寻衅滋事致人重伤、死亡的处理	
——石光等寻衅滋事案	158
共同随意殴打他人致人重伤的行为如何定性	
——王忠仁等故意伤害、寻衅滋事案	165
强拿硬要小学生财物的处理	
——游乐荣寻衅滋事案	175
起哄闹事型寻衅滋事的认定	
——李胜寻衅滋事案	184
起哄闹事型寻衅滋事的认定问题	
——张数文寻衅滋事案	190
以强迫交易为目的实施的损毁财物、殴打他人的行为如何定性	
——许军令等寻衅滋事案	196
寻衅滋事与故意伤害的区别以及犯罪形态问题	
——肖传国等寻衅滋事案	208
故意伤害罪与寻衅滋事罪的区分	
——王鲜俊等寻衅滋事案	218

寻衅滋事罪与故意伤害罪的关系	
——段琼等寻衅滋事案	225
寻衅滋事与故意伤害、故意毁坏财物的区别与共犯问题	
——屈甲故意伤害、李乙寻衅滋事案	232
寻衅滋事罪与抢劫罪的区分	
——张月新寻衅滋事案	239
寻衅滋事与抢劫和敲诈勒索的区别	
——陈建、曾小强寻衅滋事案	248
随意辱骂执法人员、寻机闹事的行为如何认定	
——霍双芬等寻衅滋事案	255
寻衅滋事罪与聚众扰乱社会秩序罪的区别	
——李铁等寻衅滋事案	262
寻衅滋事罪与组织、领导、参加黑社会性质组织罪的区分问题	
——李强等寻衅滋事案	267
寻衅滋事罪的罪数形态问题	
——王某寻衅滋事案	275
寻衅滋事犯罪与违法之间的区分问题	
——夏某某寻衅滋事案	282
“医闹”行为的刑事罪责	
——董某等寻衅滋事案	287
附录 寻衅滋事罪法律、司法解释暨部门规章汇编	
一、法律	293
二、司法解释	295
三、部门规章	302

上编
理论编

第一章 寻衅滋事罪研究综述

寻衅滋事罪是1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)修订时,从1979年《刑法》第160条规定的流氓罪中分解而来的新罪名。1997年《刑法》第293条规定了寻衅滋事罪。根据1997年《刑法》第293条的规定:“有下列寻衅滋事行为之一,破坏社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制:(一)随意殴打他人,情节恶劣的;(二)追逐、拦截、辱骂他人,情节恶劣的;(三)强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物,情节严重的;(四)在公共场所起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的。”2011年2月25日,第十一届全国人大常委会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称《刑法修正案(八)》)第42条对1997年《刑法》第293条进行了修订。本次修订,一是增设了第2款,即规定“纠集他人多次实施前款行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金”。二是在原第1条第(二)项中增加了“恐吓他人”的规定。总的来说,我国刑法学界对寻衅滋事罪的关注和研究,也大体与寻衅滋事罪的立法渊源及其演变同步,经历了一个从探索起步到逐渐繁荣的过程。本部分拟对我国刑法学界关于寻衅滋事罪研究的主要成果进行系统综述。

一、寻衅滋事罪与流氓罪在司法适用上的关系

从立法上来看,1997年《刑法》第293条规定的寻衅滋事罪,无疑是从1979年《刑法》规定的流氓罪中分解而来的,但这并不意味着两罪在司

法适用上毫无关系。由于《刑法》第12条溯及力条款的“从旧兼从轻”原则的规定,因而使得立法上在废止了流氓罪之后,而司法上仍有可能适用流氓罪的“怪异”现象存在。^①

(一) 流氓罪“复活”现象的合法性问题

近年来,流氓罪“复活”现象在社会上引起了广泛关注。如2010年末,北京人牛玉强因被称为中国最后一个“流氓罪”犯人将服刑至2020年而广为人所知。喧嚣未止,2012年5月南京市建邺区人民法院又判决了一起“流氓罪”案件,被告人赵某某在1996年参与聚众斗殴,导致一死一伤,法院以流氓罪判处赵某某有期徒刑2年10个月,缓刑3年。时隔不久,河北省邢台市桥东区人民法院又判决了“最后一个流氓犯”。2012年9月6日,邢台市桥东区人民法院对赵某某涉嫌流氓罪一案公开审理,依照1979年《刑法》与1983年中共中央《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》,判决赵某某犯流氓罪,判处有期徒刑9年。赵某某不服,提出上诉,2012年11月6日,邢台中院认为原判事实不清、证据不足,撤销判决,发回重审。2012年12月17日,作出重审判决,仍然适用已经废止15年的流氓罪条款与“1983年严打”决定,判处赵某某有期徒刑8年6个月。无独有偶,2013年4月8日,湖南省资兴市人民法院以流氓罪判处被告人曹某某有期徒刑1年6个月,也被称为是中国最后一个以流氓罪定罪判刑的案例。^②由上可见,流氓罪判决并没有随着1997年《刑法》取消流氓罪罪名而终止,却在某些地方呈现出“复活”的状态,不是最后一个,而是一直处于被超越的“最后一个”,那么这种判决的根据是什么?其有无合法性呢?对此,主要有两种分歧观点。

1. 肯定说

肯定说认为流氓罪“复活”现象具有法律根据,是适用刑法溯及力“从旧兼从轻”原则的体现。如有论者认为,法律是随着社会的进步而发展的,它总是不断地依据现实的变化而进行调整。就像当年的反革命罪、投机倒把罪一样,曾经的流氓罪,也是因当时的社会背景而制定的。随着

^① 参见孟庆华、马章民主编:《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》,中国检察出版社2014年版,第8页。

^② 参见姜金良:《论罪名适用从新原则——对流氓罪复活现象的剖析与评判》,载《上海政法学院学报》2013年第6期。

社会的进步,这些罪名被取消,标志着我国法制建设的进步。但从法律严肃性来说,任何时候,我们都不能以今天的法律规定去决定或评判曾经宣判过的罪行。我们应该从历史发展的角度去看待它们。对于任何一个生效的判决,都不能因为其后的法律变化去做改变。^①有论者指出,法院作出的流氓罪判决,看似荒唐实则合法合理。我们知道,“流氓罪”这个中国刑法史上著名的“口袋罪”已于1997年成为“完成时”。在此之后发生的寻衅滋事行为,自然不能再以“流氓罪”指控,但对1997年《刑法》实施之前发生的寻衅滋事行为,却要根据具体事实和法律,选择适用旧《刑法》或修正后的新《刑法》。具体来说,就是一般应适用新法,而如果适用旧法量刑更轻的,则应适用旧法。这一原则被称为“从旧兼从轻”原则,很明显,它有利于被告人权益的保障。^②有论者表示,我国的刑事立法和司法原则是讲究罪刑初定的。也就是当初犯罪时被认定的罪名,经过法院判刑后,就应该将判决执行完毕。这一点在1997年修改后的《刑法》里也有明确的规定,那就是《刑法》第12条第2款规定:“本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。”既然当初法院已经作出了生效判决,并且判决已经得以实施。那么除非有证据证明当初的判决有错误,才可以撤销原判决。否则,原判决是一定要继续执行下去的,这就是罪刑初定的立法和司法原则。^③有论者强调,有一个误解要澄清,不是说一个罪名取消了,触犯这个罪名的所有犯罪都不追究了。在他接受审判的时候,刑法中有流氓罪。罪名在他服刑多年之后被删除,按照罪刑初定原则,对他当初的判决是成立的,他服刑的依据也就成立,不能因为这个罪名后来被删除了,认为判决就不合法了。^④还有论者以牛玉强流氓案为例指出,从情理上说,一个已经在现行《刑法》中废除的流氓罪罪犯,还要继续服刑至2020年,似乎有违人情伦理。然而,从严格的法律规定和法的精神角度考量,继续执行这一早在27年前就已生效的判决,依然是必要的,也完全符合法律的实质要义。^⑤更有论者说,当时《刑法》中

① 参见赵雯:《应否特赦最后一个流氓犯?》,载《检察日报》2011年1月12日。

② 参见王琳:《没有最后,只有更后的“流氓犯”》,载《广州日报》2012年6月30日。

③ 参见辰光:《中国最后一位“流氓罪”嫌犯》,载《西部》2012年第10期。

④ 参见袁婷:《最后的“流氓罪犯”引出法律争议》,载《民主与法制时报》2010年12月6日。

⑤ 参见毕晓哲、杨涛:《对“流氓罪犯”应否延期服刑?》,载《检察日报》2010年12月6日。

有流氓罪,当初的判决是成立的,不存在错案之说。即使今天,流氓罪作为一个独立罪名消失,但以现在的法律来判断,他也犯了聚众斗殴罪、寻衅滋事罪,怎么能说是错判呢?^①

2. 否定说

持否定说的论者认为,在流氓罪罪名已经被取消的情况下,让流氓罪“复活”或者继续执行流氓罪判决所判处的刑罚,缺乏足够的法律根据,也有失司法公正。如有论者认为,流氓罪是一个已经被废除15年之久的罪名,法院依然以所谓“从旧兼从轻”为由适用这个罪名,确有匪夷所思之嫌。如今依然适用“流氓罪”,其消极的司法隐喻往往穿越个案本身,至少表明主审法官的思维模式没有与时俱进,没有准确适用法律。影视剧玩穿越已经令观众审美疲劳,司法审判也玩穿越就难免有些荒唐,穿越式的司法判决往往牺牲的是司法的公正性。^② 另有论者在谈到牛玉强流氓案时说,我们一直在喊罪刑法定,那就是所犯的罪和所服的刑都要有明确的法律条文来规定,现在牛玉强服刑所依据的流氓罪已经不存在了,再这么不明不白地服刑下去,岂不是和我国刑法罪刑法定原则相违背?^③

针对流氓罪“复活”现象,有论者作了精辟的评论。如有论者说,“末代流氓”这一特例还可能在其他案例与法律期间中出现,涉及今后可能出现的其他罪名变更以及由此带来的实际影响。其实这事并不很复杂,立法者若能站在相关者角度换位思考就能搞定。比如确立“从新兼从轻”的原则,即将取消或变更的旧罪名“套改”进新罪名,然后重新、从轻计算新刑期,若比先前重的,则仍按旧罪名计算服刑;若按新罪名减轻的则执行新罪名;若按罪名不作为犯罪对待者则立即释放,这样就能让类似“末代流氓”的服刑者不会觉得冤。^④ 还有论者指出,从民众质疑和司法的解读来看我们不禁疑惑,一方面是以流氓罪被判决的被告人获得了刑法的保护和实益,另一方面是司法权威的质疑和损害,司法何以出现了双输的局面。仔细揣摩之下,不难发现实际上两者的对立并不矛盾,民众的质疑是关于罪名的认定,是对处以何种犯罪的认定,而流氓罪的判决是关于刑

① 参见赵雯:《应否特赦最后一个流氓犯?》,载《检察日报》2011年1月12日。

② 参见刘武俊:《流氓罪:“穿越”式的司法审判》,载《工人日报》2012年7月7日。

③ 参见辰光:《中国最后一位“流氓罪”嫌犯》,载《西部》2012年第10期。

④ 参见梁江涛:《破解“认罪不如逃跑”比减刑更重要》,载 http://guancha.gmw.cn/2011-05/05/content_1925990.htm。