

2012·4

本  
辑  
要  
目

◆ 名案法理研究

常熟农民工聚众斗殴案法理研究/赵秉志 张伟珂

◆ 公报案例研究

释放人质后索要“报酬”如何定罪处罚

——李彬、袁南京、胡海珍等绑架、非法拘禁、敲诈勒索案/李超哲

◆ 热点案件争鸣

实名制下代购火车票行为之定性/左坚卫 侯冉冉

◆ 疑难案件探讨

共谋而未参与实行行为构成共同犯罪

——胥善林、王月康贩卖、运输毒品案/郭寅 黄伯青

◆ 司法解释研究

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》理解与适用（下）/胡云腾 胡伟新 周加海等

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

# 刑事法判解研究

总第27辑

赵秉志◆主编

人民法院出版社

2012 年第 4 辑（总第 27 辑）

# 刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办  
赵秉志 主编

人民法院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2012 年. 第 4 辑: 总第 27 辑/赵秉志主编.  
北京师范大学刑事法律科学研究院主办. —北京:  
人民法院出版社, 2013. 12  
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0861 - 3

I. ①刑… II. ①赵… ②北… III. ①刑法 - 判例 - 研究 - 中  
国 IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 302549 号

## 刑事法判解研究

2012 年第 4 辑(总第 27 辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

---

责任编辑 丁丽娜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745

电 话 (010)67550608(责任编辑) 67550558(发行部查询)  
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 270 千字

印 张 15.75

版 次 2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0861 - 3

定 价 38.00 元

# 《刑事法判解研究》

## 学术顾问

高铭暄 陈光中 王作富 储槐植 樊崇义  
张 军 南 英 黄尔梅 朱孝清 孙 谦

## 编辑委员会

主 任 赵秉志

副 主 任 胡云腾 陈国庆

委 员 (以姓氏拼音为序)

戴长林 高贵君 高憬宏 李希慧

卢建平 裴显鼎 彭 东 宋英辉

王尚新 杨万明 张智辉 周 峰

主 编 赵秉志

副 主 编 左坚卫

编 辑 周振杰 廖 明 郭雅婷 刘媛媛

**特邀编辑** （以姓氏拼音为序）

- 陈 超 广东省揭阳市中级人民法院院长  
龚培华 上海市金山区人民检察院检察长  
黄祥青 上海市第一中级人民法院副院长  
孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长  
万云峰 广州市中级人民法院刑一庭庭长  
翁跃强 浙江省人民检察院控申处处长  
吴光侠 最高人民法院研究室案例指导处处长  
詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长  
张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长  
周加海 最高人民法院研究室刑事处处长  
邹开红 北京市人民检察院办公室主任

## 卷首语

随着最高人民法院指导案例的陆续发布，学术界研究刑法案例的兴趣明显提高，案例研究已经成为学术研究的重要领域。近年来，每当有刑事大案要案审结，通常紧接着就有关于该案的一系列研究成果发表。这种研究成果绝不是事后诸葛亮，而是对未来的刑事审判工作具有重要参考价值的资料。案例研究热的兴起，给本刊增添了活力，也给我们继续编好本刊提供了动力。

本辑的【名案法理研究】刊发了两篇文章，对两起社会影响巨大的案件进行了研究。赵秉志教授、张伟珂博士合作撰写的《常熟农民工聚众斗殴案法理研究》，对曾经在网络上遭爆炒，以致案情被误解、视听被混淆的江苏常熟农民工聚众斗殴案进行了深度剖析，对聚众斗殴与正当防卫的界限进行了全面梳理，值得关注。刘春阳撰写的《关于吴英集资诈骗案的另一种解读》，则对定吴英集资诈骗罪的正当性和合法性进行了论证，对是否应当判处吴英死刑提出了自己的看法。

【公报案例研究】发表了李超哲的文章，就释放人质后索要“报酬”如何定罪处罚进行了探讨，继续对《最高人民法院公报》上刊登的刑事案例进行解读和评析。

【热点案件争鸣】刊发了两篇文章，对曾经引起社会广泛关注的广东省佛山市农民工小夫妻钟某、叶某网上代购火车票被刑拘案进行了法理探讨，其中，左坚卫教授与侯冉冉合作撰写的《实名制下代购火车票行为之定性》，结合案例，着重探讨了实名制下代购火车票行为罪与非罪的界限；李永亚撰写的《广东佛山代购火车票案定性的思考》则深入分析了该案中嫌疑人的行为不构成犯罪的原因。

【疑难案件探讨】刊发了来自理论界、实务界同仁的8篇文章。其中，

郭寅、黄伯青两位法官撰写的《共谋而未参与实行行为构成共同犯罪》，以胥善林、王月康贩卖、运输毒品案为例，探讨了共谋行为的共犯性质。庄小茜撰写的《机动车“碰瓷”致同伙死亡的司法认定》，以贺某等以危险方法危害公共安全案为例，对机动车“碰瓷”行为的定性问题进行了深度分析，对司法实务具有较高的参考价值。任素贤、于书生两位法官撰写的《诱骗二手车卖家过户车辆并出具收款凭据行为的定性》，以郭某合同诈骗案为例，探讨了特殊情况下诈骗罪与合同诈骗罪的界限，以及合同诈骗罪既遂和未遂的认定问题。李梦娇撰写的《被绑架人遇害后才参与勒索财物如何定性》，以蒋勇绑架、陈小卫、刘春林敲诈勒索案为例，对绑架罪的构成以及事后参与勒索财物行为的定性问题进行了深入思考。秦幸撰写的《以要回赌债为由殴打被害人逼其交出钱财如何定性》，以周某等抢劫案为例，对如何认定与涉赌相关的索要财物行为的性质进行了深入全面的剖析，颇具参考价值。林真和颜丹两位同仁则以两个不同案件为例，分别对利用自动柜员机存假币取真币行为的定罪问题以及骗取他人借记卡在自动柜员机上取款后，隐瞒真相将卡归还受害人的行为如何定性问题进行了探讨，具有很好的实际价值。孟祥薇撰写的《抢夺罪与盗窃罪的界分》以关永志抢夺案为例，对刑法学界区分盗窃罪与抢夺罪的新旧学说进行了比较研究，并对旧学说的合理性进行了论证和捍卫。

【案例比较研究】刊登了张伟珂博士撰写的《受贿型渎职罪数形态认定问题研究》，通过对两个既受贿又渎职的案例的比较分析，对受贿型渎职犯罪的罪数形态认定这一疑难问题进行了深入思考。

【司法解释研究】推出了由最高人民法院研究室主任胡云腾、副主任胡伟新、刑事处处长周加海等专家型法官撰写的长文《〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释〉理解与适用》的后半部分，与上辑刊登的该解读的前半部分一起，共同组成对该司法解释的全面解读，对于理论和实务界准确理解修改后的刑事诉讼法的有关内容具有重要的参考价值。

# 目录

## CONTENTS

### 【名案法理研究】

- 常熟农民工聚众斗殴案法理研究 ..... 赵秉志 张伟珂( 1 )  
关于吴英集资诈骗案的另一种解读 ..... 刘春阳( 34 )

### 【公报案例研究】

- 释放人质后索要“报酬”如何定罪处罚  
——李彬、袁南京、胡海珍等绑架、非法拘禁、敲诈勒索案  
..... 李超哲( 49 )

### 【热点案件争鸣】

- 实名制下代购火车票行为之定性 ..... 左坚卫 侯冉冉( 60 )  
广东佛山代购火车票案定性的思考 ..... 李永亚( 69 )

### 【疑难案件探讨】

- 共谋而未参与实行行为构成共同犯罪  
——胥善林、王月康贩卖、运输毒品案 ..... 郭 寅 黄伯青( 79 )  
机动车“碰瓷”致同伙死亡的司法认定  
——贺某等以危险方法危害公共安全案 ..... 庄小茜( 86 )

诱骗二手车卖家过户车辆并出具收款凭据行为的定性

——郭某合同诈骗案 ..... 任素贤 于书生(101)

被绑架人遇害后才参与勒索财物如何定性

——蒋勇绑架、陈小卫、刘春林敲诈勒索案 ..... 李梦娇(108)

以要回赌债为由殴打被害人逼其交出钱财如何定性

——周某等抢劫案 ..... 秦 幸(119)

利用自动柜员机存假币取真币如何定罪处罚

——邵某利用自动柜员机存假币取真币案 ..... 林 真(128)

骗取借记卡在自动柜员机上取款后将卡归还如何定性

——刘作友等人盗窃案 ..... 颜 丹(139)

抢夺罪与盗窃罪的界分

——关永志抢夺案 ..... 孟祥微(152)

## 【案例比较研究】

受贿型渎职罪数形态认定问题研究

——殷玉某放纵走私、受贿案及林某斌徇私舞弊

暂予监外执行案 ..... 张伟珂(162)

## 【司法解释研究】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》

理解与适用(下) ..... 胡云腾 胡伟新 周加海等(178)

# 常熟农民工聚众斗殴案法理研究

赵秉志\* 张伟珂\*\*

## 〔基本案情〕

2010年11、12月期间，常熟市忠发投资咨询有限公司（以下简称忠发公司）法定代表人徐建忠经他人介绍多次至澳门赌博，欠下被告人曾勇等人为其提供的巨额赌资。后曾勇亲自或指使杨佳、龚军、朱刚等人多次向徐建忠讨要该笔赌债。2011年4月2日上午，被告人何强受徐建忠指派与张胜、陈强等人至常熟市枫林路来雅咖啡店与杨佳等人就如何归还该笔赌债谈判未果。期间李毅夫携带菜刀与他在该咖啡店外等候，在杨佳等人离开咖啡店时进行跟踪。其后何强等人返回公司，何强向徐建忠报告相关情况，其他人返回暂住地。当日中午，被告人何强与杨佳手机通话过程中，双方言语不和，发生冲突，后被告人何强主动打电话给之前从未联系过的曾勇，双方恶语相向，互有挑衅。被告人何强随即三次打电话给被告人张

\* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长，教授、法学博士、博士生导师，中国刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

\*\* 中国人民公安大学警务实战训练部讲师，法学博士。

胜,要求后者带人至忠发公司。被告人张胜随即纠集了被告人陈强、张人礼、龙云中及李毅夫至忠发公司,并在该公司内准备菜刀等工具。待人员就位、工具准备完毕后,被告人何强再次主动拨打曾勇电话,通话中言语刺激、相互挑衅,致矛盾升级激化。后被告人曾勇便纠集杨佳、龚军、胡炜(均另案处理)等人,持刀赶至常熟市甬江路8号忠发公司。当何强等人通过公司监控看到有多人下车持刀上楼时,何强等人在徐建忠办公室持刀以待。当曾勇等人进入徐建忠办公室后,与被告人何强、张胜、陈强、张人礼、龙云中及李毅夫相互持械斗殴,造成被告人何强及龚军、胡炜受伤,忠发公司内部物品毁损。经法医学鉴定,被告人何强及龚军、胡炜之损伤均已构成人体轻微伤。

2011年4月8日下午,被告人何强至公安机关投案。同日晚,公安机关在常熟市虞山镇季家山路97号将被告人张胜、陈强、张人礼、龙云中抓获。2011年10月10日至2012年2月10日先后将曾勇等九被告人抓获。

一审法院经审理认为,被告人曾勇、杨佳、龚军、胡炜、符永生、朱刚、邓威峰、胡石洋、翟真真伙同他人持械聚众斗殴,造成三人轻微伤,其中被告人曾勇、杨佳纠集他人聚众斗殴,系首要分子;被告人龚军、胡炜、符永生、朱刚、邓威峰、胡石洋、翟真真积极参加聚众斗殴,系积极参加者;其行为均已构成聚众斗殴罪,系共同犯罪,应依法分别予以惩处。在共同犯罪中,被告人曾勇、杨佳、龚军、胡炜起主要作用,系主犯,均应当按照其所参与的全部犯罪处罚;被告人符永生、朱刚、邓威峰、胡石洋、翟真真起次要作用,系从犯,均应当减轻处罚。被告人曾勇、杨佳、胡石洋、翟真真在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪,系累犯,均应当从重处罚。被告人龚军、符永生、朱刚、邓威峰有前科劣迹,均应酌情从重处罚。被告人曾勇、杨佳、龚军、胡炜、符永生、朱刚、邓威峰、胡石洋、翟真真当庭自愿认罪,均可以酌情从轻处罚。邓威峰犯罪情节较轻,可对其适用缓刑。

被告人何强纠集被告人张胜、陈强、张人礼、龙云中等人,持械与他人殴斗,造成三人轻微伤,被告人何强系首要分子,被告人张胜、陈强、张人礼、龙云中系积极参加者,其行为均已构成聚众斗殴罪,不符合正当防卫的构成条件,系共同犯罪,应依法分别予以惩处。

根据刑法的相关规定,一审法院以被告人曾勇犯聚众斗殴罪,判处有期徒刑三年六个月;被告人杨佳犯聚众斗殴罪,判处有期徒刑三年三个月;曾勇一方的其他七名被告人分别被判处一至三年不等有期徒刑。

以被告人何强犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑一年六个月；被告人张胜犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年；其他三名被告人也分别被判处缓刑或者免于刑事处罚。

### 〔裁判要旨〕

1. 本案因非法债务纠纷引发，系非法利益之争，不能得到法律保护，双方为此而实施的斗殴行为均不具有正当性。

2. 在纷争处置过程中，何强积极参与其中，在案发当天上午为还债问题双方谈判未果的情况下，双方在午间通话过程中均有明显的言语挑衅行为，致矛盾激化升级。特别是在何强第一次主动拨打曾勇电话后，即对对方可能上门发生打斗有明确判断并做了纠集人员、准备工具的充分准备，被告人张胜、陈强、张人礼、龙云中及李毅夫在斗殴发生之前并不在忠发公司，该五人被何强叫至公司的目的就是为了准备斗殴，且在人员到位、工具齐备的情形下，何强再次主动拨打曾勇电话，应当认定被告人何强一方在主观上并非基于防卫的目的，而是具有与他人互殴的故意。

3. 在何强等人准备工具至对方上门约半小时内，期间并未采取相应措施以避免打斗，而当从监控视频中看到曾勇一方多人在忠发公司大门外下车持刀进入公司大楼时，何强等人敲门持刀以待，充分表明何强等人对斗殴发生持积极态度，遂致斗殴发生。

综上所述，何强等五名被告人的行为已触犯刑法，构成聚众斗殴罪，其行为不符合正当防卫的构成条件。

### 〔引发的理论问题〕

在本案中，对于被告人曾勇一方的行为构成聚众斗殴罪，控辩双方都没有太大的异议，问题主要集中在被告人何强一方准备刀具，和曾勇等人打斗的行为是成立聚众斗殴罪，还是应认定为正当防卫？从控辩双方的分歧来看，控方坚持认为，不管是从事发前当事双方互相挑衅，还是从双方争斗的矛盾根源，亦或是何强一方意欲维护的利益来看，都无法改变其目的的不正当性和行为的非法性，应将其认定为犯罪；而辩方则坚决主张，何强根本就没有挑衅的心态，在主观上也没有挑衅的故意，更没有斗殴的主观故意，准备东西也只是对可能要来的侵害进行防备，其主观意图无疑是防卫准备，是正当防卫。可以看出，控辩双方分歧的焦点在被告人何强一方的行为是否成立正当防卫，具体来讲，就是被告人何强等人是否具有防卫意图，是否为了

保护合法利益而实施了反击不法侵害的行为。如果被告人何强等人是在受到曾勇一方主动进攻的前提下,为了保护自己的合法权益而采取了没有明显超过限度的防卫行为,那么就应当认定为正当防卫;相反,如果被告人何强组织多人和曾勇一方的打斗是为了向后者显示自身实力,威慑对方,那么在其他证据充分的情况下,就应认定为聚众斗殴罪。在司法实践中,对于双方多人聚集在一起实施的打斗行为,究竟应当认定为聚众斗殴还是正当防卫,需要结合两种行为模式的构成要件特征来审慎判断。既不能因双方聚众打架就将其认定为聚众斗殴犯罪,也不能因为一方相对另一方是后实施的侵害行为就认定其构成正当防卫,而需要从主客观方面全面判断。

根据刑法第二百九十二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。<sup>①</sup>而依据刑法第二十条之规定,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,对不法侵害人造成损害且没有明显超过必要限度的行为。对于上述两种行为,前者是应受刑事处罚的犯罪行为,后者是作为排除犯罪事由而受到法律保护的合法行为,因此,不管是构成特征方面,还是行为后果,两种行为模式都存在较大区别。不过,从常熟农民工聚众斗殴一案来看,在具体的案件中,评价正当防卫与聚众斗殴的区别时,在理论区别的基础上,还需要结合个案的特殊情况,有针对性地构成特征等方面加以研判。比如,聚众斗殴罪的犯罪主体是年满16周岁,具有相应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个案中,讨论上述两种行为中主体的差异意义不大。与之类似,就行为所造成法益侵害而言,聚众斗殴在侵犯社会公共管理秩序的同时,也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,也有很大可能给不法侵害人造成人身伤害,因此,大多数的聚众斗殴和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。本案即是这种情形。在分析这两种行为时,应当根据个案的具体情况选择具有重要影响的构成要素予以判断。在本案中,首先应当根据刑法的规定和刑法学相关理论,从构成要件特征上概括

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。

聚众斗殴和正当防卫的不同；进而研究在司法实践中如何依据事实和证据来认定两者主观方面的具体内容；再者，聚众斗殴和正当防卫在行为对象、行为方式等客观方面的差异，对于客观评价本案何强等人的行为性质也具有重要意义。基于此，本案的法理分析将围绕上述问题展开。

## 〔学理研究〕

聚众斗殴和正当防卫，这两种看似毫不相干、泾渭分明的行为方式在常熟农民工聚众斗殴案中却令人诧异地搅合在一起，在舆论的放大、律师团的张扬之下，一桩普通的刑事案件演化成一例轰动全国的“疑难案件”。本案之所以会引起世人的关注和媒体的热议，并非仅源于“世上最弱的黑社会”这一被网络虚置的噱头满足了公众惩恶扬善的伦理追求，也不仅在于律师团与合议庭的激烈对抗迎合了公众对司法公平的内心期待，更主要的原因在于正当防卫这个看似简单明了的由法律赋予公民在危难时刻充分保护自身权益的合法权利，却未能在公众了解的案件事实里成为所谓的“受害人”自我保护的有力武器，反而使“弱者”因积极反击而面临牢狱之灾。面对着聚众斗殴和正当防卫的法理激辩，以及控辩双方针锋相对的事实之争，除了朴素的正义感，公众的内心充满了迷茫和期待。他们无法理解面对曾勇一方的强势攻击，何强一方看似被迫的反击缘何变成了法律不容的聚众斗殴，更无法明白司法机关在没有抓获曾勇一方犯罪嫌疑人时，何强等五人何以被定罪判刑。对法定性的不解和对司法审判的不满成为推动本案在网络空间中持续发酵的源动力。

法律规范的意义在于为公民的日常生活提供明确的指引，使公众能够知晓行为的性质和结果，以便理性地选择自己的行为方式；然而，一旦公众对于法律规范的指引效果产生怀疑，感到无法预知行为的后果甚至觉得法律规定或者司法判决背反了公众道德正义感的内心期许，那么法律就难以获得公众的认同，进而也会导致法律指引功能的丧失。因此，除了本案在司法裁判过程中所面临的难点和疑点，公众的司法认同和法律权威的维护也是这个案件留给我们需要反思的重要问题。基于此，我们选择本案作为刑事疑难案件的一个范本，透过司法机关认定的法律事实，参照被告人的辩解，阐释、回应本案给社会公众所带来的困惑以及与此相生的舆论质疑。

回顾这起原本并不复杂却牵动了省市多级法院乃至到最高人民法院的刑事案件，民意的分裂、法律学者的分歧在这一案件中表现得全面而深刻。也许，这正是刑事疑难案件的魅力所在：它不一定是复杂的刑事案件，但它

一定是在社会上产生了巨大波及力的案件；它不一定是危害后果最严重的案件，但它一定是社会公众关注度很高的案件；它不一定是具有里程碑意义的案件，但它一定是能够为司法机关树立刑事裁判范本的案件。

## 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，对于上述两种行为在主观方面的区别，可以从两个层面展开论述。

### （一）关于主观故意

由于聚众斗殴是刑法分则明文规定的犯罪行为，而正当防卫是法定的犯罪阻却事由，因此，这两种行为在主观故意方面的区别十分明确。具体表现有以下两点：

首先，两种行为中主观故意之认识要素不同。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。根据我国刑法理论，行为人明知自己所实施的犯罪行为会给社会造成严重的危害后果，是犯罪故意的认识要素。在聚众斗殴犯罪中，主观故意的认识内容包括三个方面：（1）对聚众斗殴行为本身的认识。“一个人只有认识到自己所要实施或正在实施的行为危害社会的性质和内容，认识到行为与结果的客观联系，才能谈得上进一步认识行为之结果的问题。”<sup>①</sup>在聚众斗殴中，犯罪行为包括了聚众和斗殴两个方面，聚众既是对斗殴行为方式的限制，也是影响斗殴行为之社会危害性程度的重要因素。因此，行为人不但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，而且也要认识到双方人数众多，不是两个人或三个人之间的简单打斗。（2）对危害结果的认识。聚众斗殴犯罪所造成的直接危害后果就是严重扰乱社会公共秩序，破坏了社会共同生活体的安宁与和谐。在司法实践中，由于斗殴行为会直接造成相应的危害后果，因此，只要行为人对于聚众斗殴是明知，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。即公众对相关行为对社会所造成的

<sup>①</sup> 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第107页。

影响的规范评价,或者是否符合相关法律规范的价值评价。在刑法理论中,通常以社会危害性来表述犯罪行为的行为性质。按照我国法律的规定,由于犯罪故意的成立要求行为人明确认识到自己的行为会发生危害社会的后果,因此,聚众斗殴犯罪的成立,也必然要求行为人认识到行为本身具有严重的社会危害性。相应地,对于犯罪行为的刑事违法性,则不要求行为人具有明确认识。当然,聚众斗殴作为一种严重侵犯社会伦理道德体系的犯罪行为,历来都被视为需严肃制裁的不法行为,所以通常情况下具有正常认知能力的行为人都认识到聚众斗殴行为的刑事违法性。不过,基于刑法的相关规定,在司法实践中,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。

对于正当防卫而言,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。行为人认识到不法侵害之客观存在是行为人实施防卫行为的前提。换句话说,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。也正缘于此,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。当然,由于不法侵害通常会使国家、社会、本人或者他人的利益置于紧迫的危险之中,因此,防卫人可能没有充分的时间对不法侵害的性质等进行深入分析,故而在正当防卫的认识因素中,不要求行为人认识到不法侵害的具体性质是违法行为还是犯罪行为。同时,对于合法权益的属性,即防卫人所保护的利益是国家的、社会的,还是本人的亦或是他人的,也不要求有准确认识;即使行为人对此有认识错误,也不影响正当防卫的认定。(2)认识到不法侵害正在发生。不法侵害正在发生是正当防卫的成立要件之一。如果行为人对于不法侵害是否正在发生出现了错误认识,就会导致事先防卫或者事后防卫,从而使防卫性质发生根本性的变化。因此,在正当防卫中,行为人必须认识到不法侵害正在发生,即已经开始或者即将开始,但尚未结束。(3)认识到所制止的行为对象是不法侵害者本人。正当防卫正当性的根据之一,就在于正当防卫是以保护国家、社会、本人或者他人的合法利益为目的而对不法侵害者实施反击的行为。<sup>①</sup>也就是说,正是由于不法侵害者先实施了不法侵害行为,才使防卫者实施的反击行为具有了合法性。如果行为人在面对不法侵害时,出现了

① 参见高铭暄主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第414页。

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。(4)防卫限度不属于明知的内容。正当防卫通常发生在紧急情况之下,此时防卫人对外界的认识范围会随之缩小,自控能力也会有所减弱,如果要求其准确认识并正确评价所受侵害和防卫措施的强度,无疑过于苛刻,不利于鼓励公众积极行使防卫权。因此,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,无需认识在具体情况下所应该采取的防卫强度。<sup>①</sup>

其次,主观故意之意志因素不同。认识因素是意志因素的前提,行为人是希望还是放任危害结果的发生,建立在行为人对行为性质客观认识的基础之上。而意志因素是认识因素的进一步发展,即正是因为行为人认识到危害行为必然或者可能造成相应的危害后果,才会积极追求或者放任危害结果的发生。因此,聚众斗殴和正当防卫中行为人主观认识上的不同,也决定了二者在主观意志方面的重大差异。

在聚众斗殴中,行为人明知自己的行为必然造成严重扰乱社会公共秩序的后果,仍然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,即放任危害结果的发生。事实上,聚众斗殴本身与扰乱社会秩序的结果之间是不可分离的,聚众斗殴必然扰乱社会秩序,与扰乱社会公共秩序是一个问题的两个方面,既然行为人对聚众斗殴的主观心理态度是希望并追求,那么,扰乱社会秩序就也是持希望并追求的主观心理态度。<sup>②</sup>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。不过,对于侵害人身权利而言,虽然通常情况下斗殴人也会持希望伤害结果发生的心理态度,但在一些案件中,行为人对侵犯他人的人身权利,并非一定是希望的心理态度,有可能放任伤害结果的发生,表现为不计后果的心理态度。<sup>③</sup>对此,不管斗殴双方对人身伤害持何种意志,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。

<sup>①</sup> 参见高铭暄主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第414页。

<sup>②</sup> 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1273页。

<sup>③</sup> 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。