

聚众斗殴行为与正当防卫的规范认定^[*]

陈伟

(西南政法大学 法学院,重庆 401120)

[摘要]聚众斗殴行为能否认定为正当防卫的学理分歧明显,在司法实践的规范认定中同样留有诸多争议,由此带来聚众斗殴罪与正当防卫成立的性质差异。聚众斗殴作为事实层面的存在,需要结合正当防卫的规范判断进行对照,以容纳防卫权在私力救济之下的正当性存在空间。聚众斗殴与正当防卫不是互斥关系,聚众斗殴作为对合行为在单方构成犯罪的情况下,另一方的防卫权并不因秩序法益的侵害而随之消失。聚焦于聚众斗殴的案发起因是否正当、斗殴发生地点、自招侵害行为、动手先后顺序、事先准备工具等,并不能从形式上带来正当防卫的绝对否定性评判。聚众斗殴中加害行为与防卫行为具有混同性存在,应在法理与情理的充分融合之中进行价值判断,从而在突破传统误区的基础上进行规范认定。

[关键词]聚众斗殴;正当防卫;不法侵害;防卫意图

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2024.02.005

通过聚众斗殴实施的犯罪案件在司法实践中较为常见,由于聚众斗殴与正当防卫在事实关联和行为表现上往往存在一定程度的重合,因而斗殴行为与防卫行为往往混杂在一起,致使聚众斗殴罪与正当防卫在司法认定上呈现出一定复杂性。关于聚众斗殴过程中究竟能否成立正当防卫,理论界与实务界均存在不少争议,因而有必要对聚众斗殴场合下正当防卫认定的相关争议问题进行梳理,进一步明确二者在具体案件中的识别性标准,通过聚众斗殴与正当防卫教义学层面的分析,为后期的司法适用提供有益性参照。

一、问题的提出:聚众斗殴与正当防卫的实践争议

(一)现实案例引发的争议

常熟市A公司法定代表人徐某某经他人介绍多次前往澳门赌博,并欠下曾某等人高额赌债,后曾某亲自或派人多次向其讨要该笔赌债,但却均未成功。之后,徐某某、曾某分别指派何某、杨某二人为各自代表进行会面,就该笔债务后续偿还问题展开谈判,但最终双方还是未能达成一致意见,不欢而

作者简介:陈伟,法学博士,西南政法大学教授、博士生导师,重庆市新型犯罪研究中心执行主任。

[*]本文系国家社会科学基金后期资助项目“聚众斗殴罪的体系审视与规范适用研究”(22FFXB064)的阶段性成果。

散。当日中午,何某与杨某、曾某互通电话,通话过程中双方言语上互有挑衅,多次恶语相向。何某与曾某发生言语冲突并完成通话后,由于意识到可能会发生进一步的冲突,何某三次打电话给张某,后张某纠集多人至A公司,与此同时何某着手准备菜刀等工具,在张某纠集多人到达公司后,何某遂告知一会有人上门讨债,可能要打架,并嘱咐相关人员准备好工具。在相关工具准备完毕、部分人员布置就位后,何某再次主动拨打曾某电话,声称“钱就在公司,有本事你就来拿,就怕你有命来拿,没有命来花”。在言语的刺激和挑衅下,双方矛盾逐渐升级激化,曾某随即纠集杨某等26人持刀赶至公司与何某手下多人进行斗殴,事件最终造成何某及对方龚某、胡某共3人轻微伤,A公司部分物品毁损。^[1]

就本案而言,关于被动应战的何某一方在刑法上应该如何对其定性,究竟是成立正当防卫还是聚众斗殴罪,产生了诸多争议。在法庭上,公诉人与辩护人围绕本案事实,针对本案事件起因、斗殴时间、斗殴地点、自保节制等四个方面内容展开了激烈辩论。关于本案的处理结论,该案经过一审、二审后又发回重审,法院对于何某罪名的认定并未改变,仅仅在量刑上发生了变化。常熟市人民法院作出一审判决,判决被告人何某等人聚众斗殴罪成立,判处何某一年六个月的有期徒刑,认定其行为不属于“正当防卫”。主要的裁判理由在于:首先,该案系因赌债纠纷这一非法利益所实施的斗殴行为,事件起因具有明显的非正当性;其次,双方在谈判未果情形下互有言语挑衅,导致矛盾激化升级,何某方在人员到位、工具齐备的情况下仍然主动拨打电话激化矛盾,应当认定该方主观上并无防卫目的,相反具有与曾某方互殴的主观故意;最后,何某一方在对方上门打斗之前,在能够有效避免打斗的情况下未能采取相关措施进行躲避,反而是纠集众人并持刀等待,主观上对斗殴持积极态度。

(二)实践个案引发的争议梳理

不可否认的是,聚众斗殴犯罪研究中的一个重要理论争议点就是聚众斗殴与正当防卫的性质辨析问题,这也是长期以来司法实践迫切需要解决的难点问题。在前述案例中,控辩双方争辩涉及的主要争议点,最终仍需落脚到聚众斗殴与正当防卫在司法层面的规范识别上。核心争论点在于,主动进行言语挑衅但被动参与到斗殴之中的行为人一方,其事先准备菜刀等工具的行为能否阻却正当防卫的成立?在正当防卫作为热议话题的背景下,学界关于如何准确界定聚众斗殴与正当防卫的讨论,使得围绕被动一方事先准备工具进行反击的行为定性这个聚讼纷纭的争议问题再次被提出。

笔者认为,就前述案情而言,争论焦点主要包括以下几个方面:第一,本案系双方因赌债纠纷所引起,体现了涉案双方对非法利益的追逐,案发起因的非法性客观存在,这是否阻却正当防卫起因要件的成立?第二,何某方主动激化矛盾的挑衅性语言以及面对可能遭受的不法侵害积极准备菜刀的行为,是否认定其主观上具有斗殴意图,从而否定正当防卫成立的主观要件?第三,在本案中曾某方人员主动持刀闯入何某方单位办公场所,案发地点位于何某方的公司内,能否认定曾某方实施不法侵害,从而肯定何某一方的正当防卫?

关于案件的定性方面学界讨论各有侧重,大部分学者认同本案双方均成立聚众斗殴罪,且何某一方不成立正当防卫的处理意见。例如陈兴良教授提出,“考察被动方的行为是聚众斗殴还是正当防卫,应当从起因是否合法、目的是否正当以及手段是否相当这三个方面进行分析”,^[2]何某一方早有预料,事先准备刀具,其行为并不符合正当防卫起因合法性要件。另有论者从防卫方是否具有回避义务着手,认为要求何某方履行回避义务不具有法律依据,缺乏合理性,何某方未被认定为正当防卫,原因在于其自始存在的斗殴意识否定了防卫意思。^[3]还有论者提及,真正排除何某方成立正当防卫的原因在于,何某一方未履行回避和消极防御义务,且在主观方面不具备对不法侵害的防卫意图。^[4]与之不同的是,也不乏少部分学者认为何某一方在本案中的行为应定性为正当防卫。例如,有学者提出何某

一方在预感危险来临之际采用了对社会妨害最小的戒备方式,且戒备地点限定在办公室区域,从社会可容忍的程度、实施打斗的场所、普通人的公平正义感等方面来对本案综合评判,从而得出何某一方的行为应系正当防卫。^[5]从中可见,无论是实务界抑或是理论界,通常采用一种全有或全无的判断模式来对聚众斗殴与正当防卫二者进行界分,用互殴概念的生成来绝对否定正当防卫的成立,并侧重单一地从行为人主观方面的斗殴意图与防卫意图的判别来进行界分,理论上识别标准的分散性和非体系性带来了司法实践处理此类案件的差异化特征。

实践中斗殴的行为样态存在多样性,斗殴情形的存在究竟能否排除正当防卫的成立,以及斗殴在何种情形下能够成立正当防卫、斗殴过程中判定正当防卫成立的实质化标准应当如何确立等问题尚不明确,这些都是本案所引发的思考之处。深入检视上述关于本案何某一方正当防卫成立与否的区分争议,可以窥见在部分聚众斗殴案件的复杂情形下,司法实务界和学界对于正当防卫成立标准的把握存在相当程度的认知差异,争议双方说理和立论侧重于阐述正当防卫的不同层面问题,无论是主观方面的防卫意图、防卫认识,还是客观方面的防卫起因、防卫手段,均旨在从自己的结论中对斗殴中的正当防卫成立与否进行验证式判断。

例如,在本案案件审理环节,辩方主张被告方成立正当防卫的主要依据在于,客观侵害并非被告方的行为招致产生,不能将其认定为挑唆防卫;而检方和法院虽然考虑了斗殴的起因,但认为被告一方主观上的斗殴意图和不正当目的较为明显,因而认为与正当防卫的防卫意图不符合。由此可见,控辩双方在正当防卫的判断标准上存在主观方面与客观方面的明显差异,辩方倾向于通过肯定曾某方侵害起因的非正当性以及否定自招行为的非法性,来论证己方构成正当防卫的合理性;而控方的更多关注点则主要集中在何某等人主观的防卫意图、斗殴意图的有无层面,通过论证其存在斗殴的主观意图,以此否定正当防卫成立的要件满足。

而在学界的认识层面,可以看出学者们对本案何某一方的行为定性也存在较大的观点差异,立论点散见于防卫意图、防卫起因、回避义务、自招损害行为认定等内容。这也反映出学界对于正当防卫主客观判断标准的内涵、判断层级、相互关系、衔接适用等方面均存在一定程度上的理解分歧,造成这种分歧的原因一方面是因为具体个案中事实与情节的复杂化,另一方面还在于聚众斗殴情形下正当防卫成立的判断基准及其界分方法还不够明晰,需要在理论层面予以进一步厘清。

二、聚众斗殴行为与正当防卫的关系辨析

(一)正当防卫实质标准与聚众斗殴的关系

在聚众斗殴场合下可否成立正当防卫,以及如何对正当防卫进行准确认定与识别,从本质上需要首先探究正当防卫成立的实质标准,并结合聚众斗殴罪的构成特征,在对二者的主客观构成要素进行特征提取的基础上,再结合个案情节予以类型化界分,如此,应为实现聚众斗殴行为与正当防卫精准化识别的有效路径。在审查过程中,尤其要吃透法律精神,以社会公平正义理念为引导,尤其要把法理与情理结合起来。^[6]以往实践中正当防卫成为“僵尸条款”^[7],其核心原因在于往往把形式评价当作实质评价,一旦出现危害后果往往作为犯罪论处。^[8]有学者呼吁正当防卫判定时应引入“社会之法”,即充分考虑社会经验,避免唯结果论。^[9]应无异议的是,在具体辨析正当防卫还是聚众斗殴罪时,聚众斗殴行为呈现的客观事实与正当防卫的规范成立条件能否无缝对接,是事理与法理充分对照的过程,需要通过事实要素与规范基准的彼此契合,才能最终在规范层面认定正当防卫的成立。

正当防卫既可以阻却违法,也可以阻却责任。^[10]该论断是从体系定位层面的思考,仍未涉及正当

防卫权本身。正当防卫条款的设置,其背后隐藏的核心立法意旨或者制度初衷在于,鼓励和提倡广大公民在面对正在进行的不法侵害时,以“法不向不法让步”的方式进行合法权益的保护,通过私力救济的方式来保护国家、公共利益、自身或者他人合法权益,赋予公民同不法侵害作斗争的法律武器,打消由此带来的责任负担的后顾之忧。基于自我利益防卫与国家社会利益防卫的二元界分,有学者对防卫权的根据细分为私权保护与社会连带理论。^[11]在防卫权的成立之下,法治治理模式的倡导必然要求私权防卫的条件限定。我国刑法学界通说认为,正当防卫的成立必须同时满足以下五个条件:起因条件为存在现实的不法侵害;时间条件为不法侵害正在发生;对象条件为必须对不法侵害人本人实施;主观条件为必须具备防卫意图,主要包括防卫认识与防卫目的两方面内容;限度条件为不能明显超过必要限度造成重大损害。^[12]而且,这五个要件作为综合性构成,必须形成封闭体系,在整体成立的情形下才能证成正当防卫。

从静态层面来说,典型的聚众斗殴行为与正当防卫在主观目的、行为手段、伤害意图产生时间等方面具有明显的区隔性,因而彼此之间的差异性较为清晰。但是实践中非典型聚众斗殴行为并不鲜见,斗殴行为在过程呈现和物理危害结果上均表现为对行为人人身造成直接伤害,将双方的“打斗”不加区分地作为“斗殴”,导致正当防卫外在表现出的“不法伤害”极易与聚众斗殴场合下的“加害行为”发生混淆。^[13]因而要真正将聚众斗殴与正当防卫行为有效区分开来,需要厘清二者之间的成立关系,需对正当防卫成立的主客观条件作更为细致的解读。

针对以聚众斗殴为外观的人身伤害行为能否被认定为正当防卫,单纯依靠正当防卫单一成立要件孤立判断难免出现不周延之处,需要将正当防卫五大成立条件作为系统性的整体看待,以要件符合性来作为合法合理的评价标准。但现实是,实践中根据对象条件、限度条件往往难以对二者进行准确界分,从表现的理论定性争议看,主要讨论点仍然集中在正当防卫的起因条件、主观条件以及时间条件上,这也通常是实务界准确区分聚众斗殴与正当防卫二者的主要考量要素。基于此,笔者重点对上述三项条件进行内涵阐释,从而对规范识别聚众斗殴与正当防卫、化解定性争议有一良好的法理基础。

1. 正当防卫起因条件与聚众斗殴加害行为

存在现实的不法侵害是行为人实施正当防卫行为的前提和起因,二者之间是“因”与“果”的关系。但并非所有不法侵害都能当然地引起正当防卫,还必须对其外延予以一定的限定,此处的“不法侵害”是指某种行为具有侵害性(社会危害性)并且达到一定紧迫程度,对某种权益作出违反法律规定的侵袭与损害。有学者直接指出,“不法侵害”是行为人的危险,防卫对象不是行为,而是具体的行为人。^[14]由于正当防卫并非依赖公权力进行救济,因而在法治环境下允许私力救济必须有所限制,对作为正当防卫起因的“不法侵害”不可能泛化到所有的违法情形,因而在规范条件中需同时具备不法性、侵害性和现实紧迫性。

如何理解不法侵害中的“不法”,是正当防卫成立的前置性问题,对此,理论界的认识基本一致。一般认为,“不法”与非法、违法等词同义,不法就是行为人实施了为现行法律所禁止,并给他人合法权益带来损害的行为。^[15]一般认为,不法侵害的范围主要包括犯罪,另外除犯罪以外对于已然形成侵害性的一般违法行为同样也能实行正当防卫。在法教义学的视域下,教义学当然需要立足于语言分析,但是也要超越语言分析。^[16]实际上,不是所有犯罪和一般违法行为都能成为正当防卫的“不法侵害”,还需要审视不法侵害实质背后的危险,同时结合防卫权来确定其内涵与外延。另外,不法侵害最重要的是要具备“侵害”属性,能够对法益产生侵害和威胁,而且该种侵害具有防卫行为的介入必要。

就聚众斗殴而言,斗殴本就有殴打之意,是一种以攻击身体为指向的行为,但并非一切针对人身

的侵害和施加的强制力都能界定为殴打,其还必须达到一定的暴力程度。由于斗殴所具备的人身伤害属性,参与聚众斗殴的人员所实施的暴力行为都有可能转化为犯罪行为或一般违法行为,具备不法性。一旦斗殴人员所实施的暴力行为现实地作用于行为人,给他人的合法权益带来了侵害和威胁,便足以构成正当防卫的起因条件。也正是由于聚众斗殴双方都具有使用暴力加害对方的主观意图,任何一方对他人的的人身权益均持不保护的消极心理。当前司法实践中采用“起因是否有责”“防卫是否不得已”的区分标准较为普遍,但有论者认为其虽具有极强的操作性,却过于简单与绝对,未能深入探求案情,甚至与立法精神有一定背离,使得防卫案件往往以相互斗殴结案。^[17]

2. 正当防卫主观条件与聚众斗殴加害意图

防卫的主观要件对正当防卫的规范认定意义重大,正是由于防卫行为人基于保护合法权益的主观意图,二者结合使得正当防卫确立了排除犯罪性行为的属性。^[18]但是,究竟行为人是防卫意图还是加害意图,往往难以划定清晰的界限。“防卫意图这个主观要件已然成为正当防卫理论中的薄弱环节,司法实践也长期忽视防卫意图的评价功能。”^[19]正当防卫成立的主观条件要求行为人必须具备防卫意图,只有认识到我国刑法中的正当防卫乃主观防卫意图和客观防卫行为的统一,才能既坚守主客观相统一的原则,又方能厘清阻却刑事不法的实质根据。从规范意义层面而言,有学者认为,防卫意图主要集中于防卫意志层面,系制止不法侵害的愿望或者追求。^[20]一般而言,防卫意图作为行为人为时的心理态度,主要聚焦于行为人的防卫认识和防卫意志,系在行为人明确认识到不法侵害正在发生的前提之下,通过防卫意志支配而实施针对不法侵害行为的过程体现。

我国刑法通说明确坚持“防卫意思必要说”,即行为人不仅要有防卫认识,而且还必须具有防卫目的。^[21]马克昌教授认为,互殴行为、挑拨防卫以及偶然防卫之所以不能认定为正当防卫,原因在于这几类行为均不符合正当防卫成立的主观条件。^[22]例如,在防卫挑拨行为中,行为人并非出于防卫意图,相反出于侵害的意图故意挑拨他人对自己实施侵害,从而假借“正当防卫”之名行侵害之实,其实是利用正当防卫在规范层面的正向评价实施事前预谋的犯罪活动,因而不能将此类行为按照正当防卫予以处理。在互相斗殴场合中,斗殴双方均有伤害对方的故意,在加害目的的指引下积极实施侵害行为,并不存在主观上制止不法侵害的合法目的,故互殴双方均不享有主张正当防卫的权利。除上述两种情形以外,实践中还存在“故意伤害却偶然达到防卫效果(偶然防卫)”“防卫行为转化为故意伤害行为(侵害转化)”的特殊情形,因其主观要件的非对应性,同样不能以正当防卫进行规范认定。由此可见,防卫意图是认定正当防卫必不可少的要件,这也是与其他客观上具有正当防卫效果但主观上不具有防卫目的的行为相区离时应重点考虑的条件。

在此前提下,传统理论对上述问题的认识也直接影响了聚众斗殴场合下的正当防卫认定思路,刑法学界对于防卫意图的界定十分严格,往往主要借助于“防卫意图”这一要素来实现正当防卫与其他具有相似外观行为的区分,因此无论对事实认定还是法律适用都产生了深远影响。按照此种逻辑思路,聚众斗殴主观上并不具备防卫意图,斗殴双方往往为了追求非法物质利益和精神满足基于互相伤害的故意进行殴打,而并非通过防卫行为来有效制止不法侵害行为的发生,所以应当排除正当防卫的成立。例如有学者提出,“互殴是参与者在伤害故意和斗殴意图的支配下所实施的互相伤害的行为。斗殴意图是指基于欺凌、报复、逞强斗狠、寻求刺激等动机而去主动挑起斗殴或积极参与斗殴的主观心理态度。”^[23]

而事实上,理论上在恪守“意图中心论”的判断标准的同时,也造成了正当防卫在现实中的认定困难,致使部分行为游走在正当防卫和互相斗殴之间,过度强调主观上的斗殴意图来排斥正当防卫的成

立,进而带来一定的消极影响。不可否定的是,攻击意图之中往往包含了防卫意图在内。^[24]伤害故意与防卫意图作为不同的主观心态,在认识与意志因素上同样可以并存。^[25]正是基于此,有学者认为,“传统理论以伤害故意、报复动机、事先有无斗殴意图等作为认定互殴的标准,这种‘意图中心论’的立场不具有可操作性,无法解决互殴的泛化问题。”^[26]显见的是,单纯依靠对行为人主观上斗殴意图的评价来与正当防卫行为进行区分,难以在复杂个案的法律适用中取得普适性的实际效果。

3. 正当防卫时间条件与聚众斗殴的及时性

所谓正当防卫成立的时间条件是指,正当防卫必须面临“正在进行的不法侵害”才能得以实施,只有在该段时间内实施防卫行为才具有合法正当属性。因此,如何理解“正在进行的不法侵害”,划定不法侵害开始和结束节点,事关正当防卫适时与否的判断,直接决定行为人的防卫行为是否合法。

我国刑法学界一般认为,“正在进行的不法侵害”通常意义上包含两方面的内容:其一,必须存在现实的不法侵害,而不是行为人主观推测和臆想出来的;其二,不法侵害必须处于进行过程中(实行阶段),而非尚未发生或者已经结束。根据这一时机条件,如果防卫人在不法侵害尚未发生或不法侵害已经结束采取防卫行为,那么不应认定其为防卫适时,此时只能否定正当防卫的成立。从侵害着手—侵害继续—侵害结束的过程来看,是一个在时间上的持续状态和不断发展的过程。但是,由于不法侵害的手段、强度、侵害合法权益的性质以及不法侵害人的主观罪过存在差异,不法侵害的着手和结束难以划定笼统的标准。^[27]

由于防卫时间的确立关乎聚众斗殴中正当防卫的把握认定,只有针对“正在进行的”不法侵害进行防卫,才有成立正当防卫的可能。聚众斗殴能否成立正当防卫,需要结合时间上的及时性进行判断。就实践情形而言,多数情况下在斗殴过程中先动手的一方应排除成立正当防卫的可能。理由在于,若对方尚未着手实行不法侵害,行为人却先于殴打之前预先加以打击,属于“事前防卫”;若行为人主观上存在认识错误,个人臆想、主观猜测对方可能实施不法侵害,在错误认识之下先行动手实施打击,则为“假想防卫”;无论是事前防卫还是假想防卫,均不符合正当防卫成立的时间条件。但也存在特殊情形,尽管不法侵害尚未完全着手实行,当侵害法益的危险已经迫在眉睫、千钧一发,此时面临不法侵害威胁的行为人采取先发制人的手段消除危险时,基于防卫必要性与有效性的考虑,此时理当认可成立正当防卫。^[28]另外在斗殴中,若不法侵害已经结束,或行为人被制服、丧失侵害能力,除部分能够挽回损失的财产性犯罪以外,此时再进行反击则难以认定其防卫适时,属于典型的事后防卫。从中不难看出,正当防卫的时间条件并非机械僵化的要求,不同情形下的要求并不相同,因而在聚众斗殴能否成立正当防卫的判断中,也需要对其时间上的及时与否进行具体的个别化判断。

(二) 聚众斗殴与正当防卫并不是互斥关系

正当防卫是我国刑法规定的阻却犯罪成立的法定事由,但从现实情况来看,正当防卫的认定仍然整体上持保守态度,具体牵涉聚众斗殴的正当防卫认定时就更是如此。部分司法机关认为,由于双方共同参与到斗殴之中,便当然地否定后动手一方的防卫性质,存在以结果追溯倒推来否认防卫正当性的实践倾向,甚至变相增加苛刻的防卫条件,部分判决书的裁判说理环节往往未能立足客观事实进行深入发掘的充分论证,陈述的否定理由往往难以经得起细致推敲。^[29]有论者认为,造成正当防卫制度萎缩的一个实践表征在于,法院将绝大多数原本属于正当防卫的案件错误地认定为互殴或防卫过当。^[30]“正”与“不正”的界定模糊导致了传统刑事司法实践在正当防卫认定问题上恪守保守式的司法理念,唯结果论现象突出,是典型的依赖事后视角作出的不当适用。^[31]

认为聚众斗殴与正当防卫互斥,显然是把社会法益置于优位考虑。问题在于,社会法益并不必然

无视个人法益的防卫权。^[32]应无异议的是,司法实践中常态性地将打架、伤害行为错误认定为互殴,从而导致了互殴的泛化和正当防卫的日益萎缩化,其中一个关键原因在于没能从理论层面对互殴与正当防卫的关系构造进行厘清,导致在性质认定的识别层面产生了混淆。关于互殴与正当防卫的关系问题一直是困扰学界的难题所在,互殴案件中是否存在正当防卫的可能性?对这一问题的回答是区分互殴过程中正当防卫成立具体情形的前提。

1. 传统“互斥关系”的单一性认识存在缺陷

聚众斗殴包括单方斗殴和双方斗殴,而双方斗殴即属一般意义上的“互殴”。^[33]在单方斗殴引发的不法侵害情形下,被斗殴对象的防卫权与常态性正当防卫并无本质差异,在此笔者不作赘述。对于互殴与正当防卫的关系,传统理论界普遍固守“互殴与防卫是互斥关系”的观念,未对互殴构成中的行为表现进行细致化规范识别。例如陈兴良教授认为,“互殴与防卫是对立的,两者之间存在着互相排斥的关系,即一个案件只要存在互殴,则在一般情况下排斥正当防卫的成立。反之,一个案件如欲成立正当防卫,则必先排除互殴。”^[34]类似观点的主要立论依据在于,“在相互的非法侵害行为中,双方都有侵害对方的非法意图和非法损害对方利益的行为及其相应结果,因而根本上不存在正当防卫的前提条件”。^[35]斗殴双方均具备不法性质,是“不正一不正”的关系。但学界能够达成一致意见的是,在特定情形下互殴中可能存在正当防卫,即在一方停止侵害,另一方继续侵害或一方突然使用杀伤力很强的工具等场合。^[36]

在“一旦互殴成立便不能再认定为正当防卫”的传统观念束缚之下,反馈到司法层面,实践中法院将大量符合正当防卫成立条件的行为粗放式扩张为互殴,互殴中任何一方主张构成正当防卫的辩护理由由几乎很难被采信。较为显著的是,将打架、还手、伤害意图、准备工具等一概作为互殴成立的显性外部特征,进而形成了一种“互殴否定正当防卫”的惯性思维。如此,一方面这种绝对的互斥关系理论得到了普遍尊崇,而另一方面司法实践中正当防卫与互殴的认定经常发生混淆,如此情形下,“互殴不构成正当防卫”的结论逐渐成为主导观点。由于聚众斗殴案件日益复杂化,使得互殴与正当防卫的关系界定值得重新审视,传统一刀切式的互斥关系论也遭受了质疑。部分学者开始认识到这一关系论存在的固有缺陷,并指出“对于互殴案件应当具体分析,不能一概否定正当防卫的存在”。^[37]有学者更是明确指出,以互殴行为并非“正对不正”作为正当防卫的否定理由,完全是倒果为因的循环论证。^[38]

如果把互殴一律混同为正当防卫,确实会使犯罪分子逃避法律制裁;如果把该当性正当防卫混同为互殴,那么则会使得无辜的防卫人受到不当的法律追究。笔者认为,尽管固守互殴与防卫的绝对“互斥关系论”统一了正当防卫否定论的实践判定,但是互殴与正当防卫的界分绝非全有或全无的简单判断。^[39]与之相反,基于事态变化发展动态视野下的具体考察,“互斥关系论”不仅未彻底解决互殴与正当防卫界分的复杂和混乱状态,反而在理论与实践层面均存在不周延之处。

理由在于,斗殴实质上是一种基于人身伤害故意的攻击行为,包含打架双方实施的一系列外在在危害行为,能否构成正当防卫需要从形式层面进入到实质层面。毕竟,斗殴行为只是针对行为事实层面的描述,而正当防卫是规范意义上的认定,对斗殴行为的定性最终需要回归到刑法条文的规范判定上,简单用“斗殴”来排斥“正当防卫”并非充足的规范理由,简单地以事实类型来否定规范结论,缺乏令人信服的实质根据。在互殴案件的认定中偏重于损害结果导向以及手段方式的实施,进而反推伤害故意,明显狭隘地理解了刑法意义上的法益保护。^[40]此外,司法实践动辄以伤害意图、报复动机泛化认定互殴,进而否定正当防卫,这样的处理逻辑很明显与正当防卫制度“鼓励公民采取必要措施制止不法侵害维护自身合法权益”“正不能向不正低头”的立法宗旨相违背,不当地区限缩了正当防卫成立

的空间,不仅无视规范基准的客观存在,而且导致正当防卫的不当限缩。

2. 聚众斗殴行为不阻却正当防卫的规范认定

讨论聚众斗殴能否对正当防卫成立起到阻却的效果,我们需要对互殴的实际发生场景有一更为清晰的认知。具体而言,互殴发生的行为样态较为复杂,但是归纳之后仍然主要集中于如下情形:相约斗殴;一方故意挑衅,促使对方实施不法侵害,从而予以反击;以为对方要加害自己而采取先发制人的措施引起双方打斗;在一方给自己造成侵害的情况下,为报复主动找对方打斗;发生纠纷后,一方先殴打对方,被殴打方临时起意加入打斗,引起双方斗殴。^[41]较为清晰的是,就第一种情形而言,一般不存在正当防卫的可能。第二种情形欠缺正当防卫目的,不具备成立正当防卫的防卫意图,因而也应否定成立正当防卫的可能。第三种情形实质上属于假想防卫,应允许对方采用必要、适当的防卫措施。第四种情形下侵害已经结束,针对对方报复行为,此时应允许进行正当防卫。第五种情形值得重视,一方在合法权益受到不法侵害的处境之下而被迫选择与对方进行打斗,该行为的防卫性质不能完全被遮蔽,因而我们不能轻易否定被迫还击一方打斗行为的正当性,此时仍然存在正当防卫的空间。

作为互殴的一种特殊表现形式,笔者认为,应当将聚众斗殴作为一个完整并具有持续性的过程进行看待,而非将其视作单一的行为表现予以评价,在此过程中穿插着多种可能出现的行为样态。由于行为多样性的原因使然,笼统地认定所有的情形都不成立正当防卫,显然是把“复杂问题简单化”。因而,肯定聚众斗殴中仍然存在成立正当防卫的可能性,是尊重客观事实与规范评价合理性的现实显现。从整体上来说,聚众斗殴行为并不必然排除正当防卫的成立,实践中的斗殴一方仍然存在正当防卫的权利。具体理由如下:

首先,聚众斗殴并非绝对不符合正当防卫的成立条件。结合我国刑法中成立正当防卫的规范条件,成立正当防卫需同时具备起因、时间等条件,只要行为人的行为同时符合所有的构成条件即可构成正当防卫,从而阻却犯罪成立的实质效果。另外正当防卫并未限制主体条件,即使斗殴双方在行为外观上系打架,也不能当然就排除任何一方成立正当防卫的可能。换言之,在规范层面并未对正当防卫的成立进行特殊行为类型的限制,也并未对斗殴双方进行特殊主体限制,聚众斗殴作为一种行为特征的整体性概括描述,并不具有单一固定式的行为结构,斗殴过程中发生的某一具体还击行为如何去解读,无论是成立聚众斗殴罪抑或是正当防卫,仍需结合具体案件事实进行规范意义上的认定。

其次,聚众斗殴与正当防卫在外观层面存在相当程度的重合性。这种重合性表现在无论是正当防卫行为还是聚众斗殴中的侵害行为,客观上都包含直接对行为人的的人身造成伤害,在外在形式上具有一致性,表现为身体击打、持械反击、刀具捅刺等常见手段,并且行为人主观上通常都有造成对方人身损害的故意,因此这也是司法实务中通常将二者进行混淆的主要原因。应无疑问的是,为了有效制止不法侵害,防卫人必须采取一定的暴力手段方能达致其保护合法权益之目标,这种暴力伤害手段形式上与故意伤害行为无异,应渗透到聚众斗殴发生的场景之中予以整体评价。不可否认的是,行为人可能被迫卷入到聚众斗殴之中,尽管行为外观呈现为进攻但实质为防御行为,部分参与人员仅仅出于江湖义气站台、撑场而未实施严重侵害行为,一概否认该类人员的防卫权利也难言合理。真正造成对同一行为在法律上评价差异性的原因在于,二者在性质认定结论层面是相异的。基于此,我们还需综合考量该外观行为的发生起因、行为意图、行为程度等,审查反击行为背后的防卫意愿、发生的具体现实场景等。综合考察之下,行为人通过防卫行为制止斗殴一方的不法侵害是完全可能存在的。

最后,否定聚众斗殴的正当防卫空间不具有现实合理性。正当防卫的成立在起因方面要求必须存在现实、紧迫的不法侵害,此时如果不采取伤害或损害对方权益的行为,就不足以制止正在发生的

不法侵害行为,而这种情形在聚众斗殴场合下是完全有可能存在的。例如前述的第五种情形,一方首先殴打对方,被打方被迫予以还击,被迫一方的还击行为显然不能将其评价为积极的不法侵害行为。矛盾的发生具有偶然性,实践中大多数斗殴乃一种突发性的状况,斗殴双方往往对时间、地点、方式没有事先约定,一方可能毫无征兆地进行殴打,此时需要考虑还击一方是否存在加害意识或防卫意图。笔者认为,“不法侵害”是一种对行为进行的法律性质评价,不法侵害不能仅仅是从侵害行为本身出发,而应该对事实层面的行为特征进行规范层面的法律评价。同时,我们应该秉持这样的基本认识:一旦主动侵害一方在行为的正当性上不能满足规范性要求,我们就需对该行为进行重新审视,对利益保护进行优位权衡,不能绝对排除被迫还击一方出于保护合法权益的目的,即使形式上存在聚众斗殴方式也应从合理性层面予以综合权衡。

三、聚众斗殴行为能否认定正当防卫的规范识别

正当防卫和相互斗殴在外观上具有一定相似性,要准确区分正当防卫和相互斗殴的混同现象,仍然需要在规范认定时综合审查行为人主观意图和行为性质的主客观要素。^[42]聚众斗殴行为具有行为方式上的特殊性,为了对此行为与正当防卫有一更好的辨析,结合聚众斗殴过程中的行为事实要素,我们应当在如下几个方面作进一步的澄清:

(一) 起因的非法性对正当防卫认定的影响

如前所述,有学者论及常熟何某聚众斗殴一案的案件性质时,将其归纳为“一方主动挑起斗殴,另一方被动参加聚众斗殴”,考察被动方的行为能否成立聚众斗殴抑或是正当防卫,需从起因合法性、目的正当性以及手段相当性三个方面进行综合分析判断。^[43]否定论者认为,由于前述案件的起因是赌债,本身并不具有合法性,无论是对索债方还是欠债方来说都具有非法性,因而认为合法性前提欠缺,进而否定正当防卫的成立。正如劳东燕教授所认为的,我们往往把防卫权建立于无辜方受攻击的情形予以对待。^[44]显然,“合法性”“无辜性”等观点实质上将“起因正当”作为了正当防卫成立的必要条件,极大地限缩了起因事由,难以获得实质认同。原因在于,我国刑法通说认为正当防卫的成立必须要有不法侵害的存在,“不法侵害”是正当防卫的起因条件。^[45]行为人与不法侵害人先前的纠纷,不是判定行为人是否成立正当防卫的考量因素。^[46]质言之,只要外在的不法侵害正在进行,在满足限度条件的情形下,为了免受不法侵害的侵袭而对不法侵害者实施的防卫行为就具有正当性。需要注意的是,虽然实践中诸如赌债纠纷这类案发起因本身不受法律保护,但是行为人的合法权益等仍然受到法律保护,我们仍然不能因为事发起因源头上的非法性,进而否定一方实施“不法侵害”的规范评价。从实质层面上来说,事件起因是事情层面的原因所在,现实的殴打是客观存在的急迫事由。此时为了实现非法债权而殴打对方的行为虽不具有合法性,但仍然能够与刑法上“不法侵害”的实质内涵相适配。

有论者指出,正当防卫的成立需要立足于行为之时进行判断,是否构成正当防卫应针对正在发生的暴力索债或暴力减免债务的侵害而讨论,起因是否合法与其并无直接联系,因此不能直接作为判断是否构成正当防卫的条件。^[47]这一观点具有合理性。就本案而言,非法赌债这一纠纷起因不能当然得出何某方的斗殴目的在于减免非法债务,也不能据此推断何某方解决这一非法纠纷的手段必然不具有合法性,进而先入为主地对其行为予以否定性评价;不能完全否认何某一方是出于防卫自身权益的需要,采用暴力手段反抗曾某方的不法侵害的可能性。也即,赌博的非法性和不受法律保护性与本案是否成立正当防卫无关。^[48]案发起因是否合法作为一个客观事实要素,不能当然成为判断实施斗

殴行为的必要前提,应当避免与成立正当防卫的起因条件相混淆,二者具有不同的概念内涵。具言之,案发起因的非法性并不直接阻却正当防卫起因条件的判断,防卫起因讨论的范畴主要集中在是否属于“现实的不法侵害”,不法侵害是否现实存在是其判断的关键,故能否成立正当防卫的起因条件,仍然应当以不法侵害人与防卫人当时所处的行为状态为依据,而不应延伸到行为场景之外的事实起因源头上。

(二)斗殴地点是否影响对案件性质的判断

尽管斗殴通常发生在公共场所,但从聚众斗殴罪的成立来看,并未对场所作任何特殊限制;聚众斗殴罪虽是扰乱公共秩序的犯罪,但是,扰乱公共秩序也并不一定是在多人存在的广场上进行,即使聚众斗殴发生在一方或者第三方的工作场所、教学单位、住宅小区等空间,也并不妨碍构成聚众斗殴罪。因而,我们不能简单地根据聚众斗殴罪的法益是扰乱社会公共秩序,从而人为地对斗殴地点进行不当限制。

与此相关的另一个问题是,如果斗殴地点是在斗殴一方的工作、生活区域发生的,此时该行为能不能构成聚众斗殴罪?如若不能,该行为是否就成立正当防卫呢?基于公众朴素的法感情和社会公众的一般认知,我们常常陷入这样一种逻辑推理:将主动打上门的一方视作主动侵害者,而将守在家中的一方视为被动的受害者,进而认为受害方的防卫行为天然具有正当性。从规范条件的适用上来看,斗殴地点并不影响聚众斗殴罪的成立,基于此点我们不能当然得出,斗殴地点发生在斗殴中的一方所在地,就当然认为该方是受害者,从而直接认定该方的行为就是正当防卫。聚众斗殴的发生无疑会伴随特定的时空分布,试图排除双方约定在一方居住地或工作地发生斗殴的可能几乎很难认定。无论是在斗殴中的一方所在地发生,还是在与斗殴无关的第三方所在地发生,都只是行为实施的现实场所而已,但是这显然不是聚众斗殴罪能否成立的实质性问题,在根本上也不能影响对本罪构成要件成立与否的判断。实质性的问题在于,聚众斗殴行为中双方都是基于斗殴故意而展开的,双方的斗殴行为共同导致了社会公共秩序的法益侵犯。正如孙国祥教授所言,“只要是基于斗殴故意实施的,双方的行为都不过是已形成的聚众斗殴故意的具体化,斗殴的地点对案件性质的判断不具有决定性。”^[49]因此,在何某案中虽然是由于对方主动找上门来,导致最终斗殴的发生地点在何某方的公司,但是不能任意将何某方进行受害人身份的代入,本案中的斗殴地点仅为斗殴发生的客观附随情状,并无影响规范认定层面的实质意义。

(三)自招侵害场合下正当防卫如何进行认定

所谓自招侵害,就其字面含义是指自我招致的“不法侵害”,以往通常将其纳入正当防卫的起因条件或主观条件内容中进行研究,比如“防卫挑拨”。有学者较早指出,防卫挑拨是指“行为人以故意挑衅、引诱等方法激怒对方,促使对方先对自己实行袭击,紧接着以所谓‘正当防卫’为借口对对方实行报复、加害的一种违法或犯罪行为”。^[50]在挑拨之后采取防卫措施的情形下,尽管存在现实的不法侵害,但通说认为,挑拨防卫人因其主观上具有加害对方的目的而无防卫的意图,因而不成立正当防卫。^[51]反映在司法实务中的处理上,通常将挑拨防卫作为排除正当防卫的重要理由,或者直接将其作为互殴性犯罪予以处理;作为与正当防卫认定与否密切相关的内容,究竟对自招损害的行为性质如何评价,这直接影响到聚众斗殴中防卫行为的规范判断。

如前所述,一概以欠缺防卫意图为由不加区分地否定挑拨防卫中正当防卫的成立是草率与欠妥的,不法侵害发生的原因不应当然成为成立正当防卫的必要因素,不能因侵害者的行为系由被害者引起,就一概将被侵害者的行为界定为防卫挑拨,剥夺其应有的防卫权利。正当防卫制度的设计其实质

上是一种对保护利益优越性的整体衡量,也是一种对利益冲突的平衡协调。基于此点,在对自招侵害能否成立正当防卫的判断时,应坚持合乎情理的利益衡量标准,从法益衡量角度对挑拨行为进行实质判断。由于挑拨防卫人对不法侵害存在预期,事先具有挑拨行为,刺激加害方施加侵害,我们不能否定其退避义务,对该负面行为的实施者即挑拨人在防卫权上施加一定的限制具有妥当性。但问题在于,自招侵害(防卫挑拨)具有多重表现形式,除了物理上的攻击以外还包括恶语相向、侮辱诽谤等言语表达;挑拨人的主观意图也具有差异性,或意在激怒对方,或仅在气势上压倒对方逞一时口舌之快等。此时,我们需要根据具体情境,判断自招侵害行为的违法性程度如何,背后涉及的问题在于应当准确区分防卫挑拨和一般性挑衅行为,一般性挑衅行为人为了一逞一时之快,尽管作为事端挑起者仍然有权防卫。此外,不同案件中挑拨防卫人的挑拨行为,对于后续激烈冲突局面所施加的作用力也存在不同。例如在前述的聚众斗殴案中,倘若抛开后续行为表现单纯考察何某方“钱就在公司,有本事你就来拿……”言语上的挑衅,常识情形下仅能判断其逞勇斗狠之目的,而实难将其认定为直接导致斗殴冲突的自招风险行为。

我们需要树立的是一种立足全案视角的综合考察思维,本案中何某三番五次打电话与对方进行对骂,反复挑衅,在纠集人马和准备斗殴工具的前提下,再次进行主动挑衅,意图待对方赶至大本营之时与其殴斗,对后续矛盾的激化作用由此可见一斑。有学者指出,“这种挑衅实际上是在向对方传递信息,其债务纠纷将通过‘丛林法则’的方法来解决,实质上是一种‘约架’行为,这对激化矛盾乃至发展到斗殴也起到了推波助澜的作用。”^[52]可以看出的是,何某方一系列约战性的挑衅行为和准备工具行为,其主观上具有积极的加害意思,何某先前的挑拨行为是后续激烈斗殴冲突的直接催化剂,应对后续冲突局面的造成承担责任。

概言之,将挑拨防卫一律视作正当防卫排除理由有欠妥当,单纯认定挑拨防卫人具有加害故意而无防卫意图也值得商榷,挑拨防卫的认定规则仍然需要回归到正当防卫优越利益衡量的本质上来。有学者指出,我们需从规范角度来评价防卫人所欲保护的利益是否处于优越地位,以此再作出利益关系的衡量。^[53]另外,“就相互斗殴和挑拨防卫而言,不能仅仅因为双方都具有加害对方的意图而一概否定正当防卫存在的可能性,而应当先对对立双方的法益进行比较衡量,然后考虑行为人的主观内容”。^[54]由此可见,挑拨防卫中涉及利益优越衡量、退避义务、挑衅认定等诸多问题,不可一概而论。有观点认为,“作为斗殴中正当防卫成立的前提条件,自招加害行为必须排除违法非难性”。^[55]这一判断或许过于武断。正确的理解在于:在法益衡量的指引之下,将挑拨行为内部予以进一步类型化细分,综合判断先前挑拨行为之于整个冲突事件的作用力、考察其在规范义务层面的违反程度、具体评断其对矛盾激化的直接促进作用,并结合案件防卫人的客观行为表现,判断其挑拨行为是否包含进行斗殴的伤害故意,考察行为人的主观内容,与加害彼此的互殴行为进行区分。

除此之外还应注意的,在自身挑唆行为招致对方侵害时,需要从行为类型上将挑唆行为区分为有意挑唆、无意挑唆或过失挑唆,实践中部分教唆性、挑衅性语言并不能当然、片面地得出行为人具有引诱他人前来斗殴的主观目的。在涉众性的场合,行为人的心态并不同一,在某些无意挑唆和过失挑唆的场合,尽管客观上引起了斗殴发生,但不能一律将此类教唆性语言界定为“防卫挑唆”,如果在对方实施重大侵害力度之下进行反击,同样不可否认行为人的正当防卫权利。

(四)斗殴中后动手的一方是否成立正当防卫

实践中,根据一般常识我们在判断某一方的行为是否归于正当防卫时,往往较为关注的是哪一方先动手,哪一方后动手。除了防卫挑拨之外,一般认为,先动手的一方是加害方。那么,在加害方存在

明显的不法侵害的前提下,后动手的一方就是为了保护国家、社会、他人或者本人的合法权益的行为,因此在符合其他防卫要件的情形下,该行为就能成立正当防卫。但是,上述情形并不普遍适用于聚众斗殴的情形。因为聚众斗殴本身就是一种双方对合性的斗殴行为,从实际情形来看,无论斗殴行为的原因是什么,总是会有一方先动手而另一方后动手的问题,动手顺序不影响双方侵害行为的性质。我们不能陷入这样的逻辑误区之中:无论基于何种缘由,先动手的一方成立聚众斗殴,而后动手的一方则认定为正当防卫。这样一来,表面上聚众斗殴罪与正当防卫的区分问题似乎得到了简化,对实践认定具有较为清晰的可操作性指引,但是如果把二者的行为性质判断建立在仅仅依据行为人动手的先后顺序基础之上,这样的理解明显是把规范认定直接对应于行为的外表顺序,不仅没有契合正当防卫的价值根据,也极易走上司法认定的异化之路,错误理解规范认定与事实基础二者之间的关系,难以保证司法裁判之下的法律效果和社会效果之间的统一。

后动手的一方不能当然构成正当防卫的原因在于,不存在用正当防卫进行保护的现实必要。原因在于,完全存在这样一种可能性,即行为人基于事先斗殴的意图,故意采用肢体动作或口头语言挑衅对方,以达到激怒对方先动手的目的,实则进行了必要的斗殴准备,只待对方先动手再借机还击。在这种情形下,由于行为人主观上具有斗殴意图,并隐藏着伤害他人的主观故意,因而并不符合正当防卫成立的主观条件。另外,如果把后动手的人认定为是正当防卫,那么,在斗殴过程中即使一方不采用防卫挑拨的方式,只要稍有耐心等到对方先动手再还击,其情势就将完全有利于自己,即使后续行为造成重大伤亡结果,也仍存在防卫过当的法定减轻或者免除情节。上述情形实际上是滥用防卫权的体现,带来的不是法秩序的规范有序性保护,而实则会导致防卫权被不当使用的潜在风险。

而且,根据先动手与否进行正当防卫的认定,势必会将所有成立聚众斗殴罪的场合理解为只有一方才能构成本罪,这与聚众斗殴罪的犯罪构成不可避免地会发生冲突,与刑法认定结论的公众认同和社会期待也难以相容。因而,聚众斗殴罪的成立标准仍然需要回归到规范的构成要件之中进行判断,只要行为人事先具有斗殴意图,并在斗殴意图的支配之下双方实施了相互斗殴的行为,双方所持工具以及殴打的强度大致相当,此时动手的先后顺序并不影响互殴的成立,不能有失偏颇地根据斗殴双方的动手顺序来认定正当防卫的成立与否。

(五) 预见侵害后的准备工具行为能否阻却正当防卫

在斗殴来临之际,行为人事先预见到可能遭受侵害,因而准备工具以随时应对侵害作出及时反应。在此情形下,对于此种预见侵害后的事前准备工具行为,确实不同于常态性的一般性正当防卫,能否根据行为人的事先防范行为而排除出防卫性质,必然涉及聚众斗殴与正当防卫性质辨析的另一症结性问题。从行为的构成上来看,由于他人的加害行为在前,而本方只是基于他人行为作出的必要防备,由于己方的行为既没有“聚众”,又没有主动“斗殴”,因而不能构成聚众斗殴罪。另外,司法实务中往往根据客观行为来推定行为人的主观罪过内容,在行为人事先准备工具行为客观存在的前提下,从而推定为主观意图上具有斗殴故意,以此否定行为人的防卫属性。^[56]这种观点背后的依据在于:其一,行为人既然已经在此之前预见到他人会有斗殴行为,并且提前准备了斗殴工具,虽然该行为不属于事前防卫(防卫的正式开始以加害方到场实施斗殴行为为时间计算起点),但是只要对方的斗殴行为出现,己方也将迅速实施与之对应的行为予以反击,此时的行为人显然已经有了斗殴的故意。其二,行为人在他人已有侵害苗头的情形下,不寻求公力救济方式而贸然使用所谓的私力防卫权,因其不具有法益保护的急迫性,因而此时作为正当防卫予以认定,难以符合法治救济的一般性原理。其三,行为人早已预见到不久后会招致对方的侵害,但刻意不去回避这种能够预料到的利益冲突状况,

行为人预见侵害但怠于履行消极的回避义务,从侧面说明侵害不具备客观上的紧迫性,不符合正当防卫成立所需的必要性。

笔者认为,上述见解仍然是对聚众斗殴罪与正当防卫成立要素的不当理解所致。在司法实践中,防卫意思与加害意思有时是难以区分的,毕竟,正当防卫的意图之中本就包括了加害他人的意图,加害他人意图之下也蕴涵着防卫行为的实施。此时,问题的关键在于,难以区分时是否可以直接推定行为人并不存在防卫意图呢?换言之,是否只要行为人准备或携带工具,便认定其具有伤害故意进而否定防卫意图?行为人预感侵害来临,进而提前准备工具进行反击,尽管防卫意图中夹杂着通过反击行为伤害对方的内容,较之观念上的防卫行为不够纯粹、典型,但这一特殊情形显然不能与一般斗殴行为等同视之。对此有学者明确指出,“在预料到可能受到攻击而事先做好防范、准备的场合,不能因为行为人具有对方若来犯就反击对方的动机就否定其具有正当防卫的权利。”^[57]“单纯的对侵害有预期并不会丧失侵害的紧迫性。”^[58]此时仍然牵涉行为人是否承受回避义务,关乎现实防卫权的行使空间问题。“当预见到对方的侵害时,总要求履行回避义务,这显然会限制行动的自由。”^[59]在行为人事先预测而准备工具的情形下,即使从行为人所处的控制程度来说,并不绝对否定防卫权。^[60]直白地说,正当防卫并不排斥有准备的防卫,如果要彰显防卫权,此种有准备的防卫显然更能保护法益,不能轻易因事前的准备行为而无视防卫权的客观存在,否则,规范意义上防卫权的虚假性必将占据上风。

在多数易混案件中,斗殴意图的有无往往成为司法机关区分聚众斗殴与正当防卫的决定性因素,倘若单纯依靠行为人预期认知下的事先准备工具行为就擅断行为人主观上具有斗殴意图,势必会不当限缩正当防卫的规范判断。笔者认为,正当防卫是法律赋予公民在紧急状态下合法救济的权利,只要达到了正当防卫的适用条件即可行使正当防卫权,预见侵害后事前准备工具这一举动存在并不绝对排除正当防卫的成立。

首先,行为人预感会遭受难以预测的不法伤害,尽管可以采取报警、躲避等方法来进行合理规避,但是这是以冷静理性人的事后判断为基准。防卫行为是否适当应当设身处地以行为场景来判断,而不是撇开这些所作的事后判断。^[61]正如有学者提及,“多数情况下,司法机关强制赋予行为人‘回避义务’,要求行为人面对危险时应理性克制。”^[62]事实上,不同行为人在面临侵害威胁时展现出的心理素质并不完全相同,行为人在高度紧张状态下实施的反击行为,实质上并非绝对基于冷静判断和纯粹防卫意图支配下所作出的。法律不能偏离基本的人性,法律并不强人所难,行为人在面临可能遭受的不法侵害时既可选择报警等公力救济手段,同时为了及时保护自身合法利益也可采取包括事前准备防范工具等在内的私力救济方案,一味机械地强调事后补救或者危险到来时的被动防卫,这明显与正当防卫制度的设立宗旨相违背。其次,尽管行为人事前已经预感到不法侵害的到来,但基于对这种危险的恐惧以及为防范危险的实然化而准备工具,并不必然推定出行为人期待或追求危害结果的发生。虽然规范性要求总是具有行为指引性,但是防卫人往往不能以“如果/那么”的要求来贴切规范性要求。^[63]在诸多场合,防御方实际上也并不希望危险的真正到来,或者并不期待加害方真正实施斗殴行为,因而这也决定了不能简单根据实然化的后果来推定行为人的真实加害意图,此时排除正当防卫的理由并不充分。最后,我国刑法并未要求行为人只有在面临绝境时才能针对不法侵害进行防卫。行为人事前准备工具积极防范的行为符合社会公众的本能反应,具有“社会相当性支撑下的法理与情理基础”。^[64]此时,只要准备工具或相关预防措施在不危害公共安全并在合理限度范围内,此时应视作适当行为。预见侵害后准备工具的行为,无法改变或撼动“不法侵害正在进行”这一事实的认定,不能径行得出外在的侵害不具备紧迫性,进而否定正当防卫的成立。正如张明楷教授所言,“不法侵害行

为的紧迫性,是一种客观事实,并不取决于防卫人是否已经预见与是否准备防卫工具”。^[65]通过准备防卫工具来应对不法侵害,与毫无准备情形下针对不法侵害的防卫,二者具有规范认定上的实质对等性,不应作结论认定上的实质性差异。

一言以蔽之,行为人预料到可能发生危险后,在危险发生之前准备工具的行为,不能当然得出其目的是单纯性斗殴意图。因而,应当改变传统上防卫意图与故意伤害的对立思维,并坚持一种客观优先于主观的判断立场。^[66]判断基准仍然需要回归到案件事实和证据上来,这也与有关正当防卫制度适用的指导意见相契合。^[67]直白地说,无论行为人事先是否预见,是否携带、准备工具,只要行为人针对的是客观上正在进行的不法侵害,并符合法条所规定的成立要件即应承担防卫性质。回归到何某一案中,单从何某方事前准备工具积极应对可能发生的打斗这一情节,难以直接排除正当防卫的适用,还需结合其他主客观条件进行判断。

四、结 语

作为在刑法理论上争议已久且未能得到妥当解决的困惑问题,聚众斗殴与正当防卫二者的界分争议仍源于诸多似是而非的规范判断未能厘清。司法实践中基于传统固化的认识误区,往往以“互斥关系”为前提来辨析正当防卫与聚众斗殴罪,致使聚众斗殴行为游离于正当防卫之外,这不仅与聚众斗殴行为的复杂情形难以完全吻合,而且也大大束缚了防卫权作为私权行使的空间维度。规范认定聚众斗殴行为中的正当防卫,需要以防卫权私权行使的必要性为出发点,并在条件匹配时注意规范容纳的适度性承接,通过法治运行中的司法权予以积极认可。需要明确的是,案发起因非正当性、斗殴地点有利于本方、存在自招侵害、动手的先后顺序、准备工具行为等并不直接对正当防卫的认定产生否定性影响,仍需针对不同行为类型的争议点进行细致甄别。聚众斗殴的所有参与方在合力行为之下导致公共秩序的侵害特性,在能否认定正当防卫的具体实践界分上,不能将考察视角仅仅局限于法益损害结果的判断层面。应当在释清正当防卫基本原理的前提下,进一步结合案件中的具体情况,在法理与情理的充分融合中来精准把握斗殴双方行为的即时表现,从多重视角的类型分析来寻求妥当辨析二者的规范路径。

注释:

- [1]江苏省常熟市人民法院(2011)熟刑初字第0785号刑事判决书。
- [2]陈兴良:《聚众斗殴抑或正当防卫:本案定性与界限区分》,《人民法院报》2012年4月13日。
- [3]梁云宝:《论涉挑衅的“互殴”定性》,《刑事法判解》2014年第1期。
- [4][55]李川:《试论斗殴中正当防卫的界定——以何强聚众斗殴案为例》,《刑事法判解》2014年第1期。
- [5]王伟健:《6名湖南青年击退24名持刀上门闹事者获刑引争议——聚众斗殴还是正当防卫》,《人民日报》2012年1月10日。
- [6]指导意见起草小组:《〈关于依法适用正当防卫制度的指导意见〉的理解与适用》,《人民司法》2020年第28期。
- [7]陈兴良:《正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析》,《法学家》2017年第5期。
- [8]卢迈:《刑法实质评价在正当防卫认定中的运用——阶层式判断模式之提倡》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2022年第3期。
- [9]王易:《正当防卫的认定应引入“社会之法”》,《人民检察》2022年第10期。
- [10]王政勋:《正当防卫体系性地位的再思考》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第6期。
- [11]李川:《正当防卫理据的法哲学省思——基于权利保护与社会连带视角》,《理论探索》2023年第2期。
- [12][35]高铭暄、马克昌:《刑法学》第10版,北京:北京大学出版社,2022年,第127、127-128页。
- [13]陈志军:《我国正当防卫制度的理论实务偏差及矫正》,《广西社会科学》2022年第1期。
- [14]高艳东:《正当防卫的不法侵害:从行为危险到人身危险》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2022年第2期。
- [15]彭卫东:《正当防卫论》,武汉:武汉大学出版社,2001年,第39页。

- [16]王政勋:《法教义学与语言分析——基于正当防卫权威判例的研究》,《中国法律评论》2022年第4期。
- [17]杨毅伟:《自我防卫与相互斗殴的刑事司法判定研究:以个案为线索的分析》,《西南政法大学学报》2012年第6期。
- [18][54]黎宏:《论正当防卫的主观条件》,《法商研究》2007年第2期。
- [19][20]董玉庭、全荃:《防卫意图是正当防卫理论的短板》,《政治与法律》2021年第3期。
- [21]何秉松:《刑法教科书》上卷,北京:中国法制出版社,2000年,第402页。
- [22][27]马克昌:《犯罪通论》,武汉:武汉大学出版社,1999年,第774-775、728页。
- [23]邹兵建:《互殴概念的反思与重构》,《法学评论》2018年第3期。
- [24]杨帆:《正当防卫与聚众斗殴罪问题的比较——以林某甲等人聚众斗殴案为例》,《黑河学院学报》2020年第11期。
- [25][39]赵廷锋、吕科言:《论正当防卫语境下的互殴认定》,《政法学刊》2022年第1期。
- [26][53]李勇:《互殴与防卫关系之检讨——以类型化的实体与程序规则构建为中心》,《中国刑事法杂志》2019年第4期。
- [28]黄琳、王惠:《刑事政策视野下正当防卫制度的适用——以“两高”指导性案例、典型案例为例》,《人民检察》2021年第1期。
- [29]蔡小伟:《互殴案件中正当防卫的认定问题研究》,中国人民公安大学2023年硕士学位论文。
- [30]周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,《法学评论》2017年第5期。
- [31]于小川、李德鹏:《治安案件中正当防卫的体系认定与价值实现》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2022年第3期。
- [32]陈璇:《正当防卫:理念、学说与制度适用》,北京:中国检察出版社,2020年,第11页。
- [33][34][43][56]陈兴良:《互殴与防卫的界限》,《法学》2015年第6期。
- [36]马克昌:《刑法学》,北京:高等教育出版社,2003年,第127页。
- [37][41]张智辉:《互殴案件刑事责任分析》,《人民司法》2006年第7期。
- [38][60]李世阳:《正当防卫中法益侵害急迫性的存立根据与司法认定》,《中外法学》2021年第1期。
- [40]张伟珂、陈志慧:《互殴认定中执法误区及其改善路径》,《公安教育》2023年第10期。
- [42]2020年8月28日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》指出:“防卫行为与相互斗殴具有外观上的相似性,准确区分两者要堅持主客观相统一原则,通过综合考量案发起因、对冲冲突升级是否有过错、是否使用或者准备使用凶器、是否采用明显不相当的暴力、是否纠集他人参与打斗等客观情节,准确判断行为人的主观意图和行为性质。”
- [44]劳东燕:《正当防卫的异化与刑法系统的功能》,《法学家》2018年第5期。
- [45]高铭暄、马克昌:《刑法学》第8版,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2017年,第132页。
- [46]孙德国:《先前纠纷不影响正当防卫的构成》,《人民司法》2020年第20期。
- [47]柳安然:《论互殴中的正当防卫界定——何强聚众斗殴案与李明故意伤害案的类比启发》,《中国石油大学学报(社会科学版)》2015年第4期。
- [48]李勇:《结果无价值论视野下的正当防卫——以“常熟聚众斗殴案”为例》,《刑事法判解》2014年第1期。
- [49][52]孙国祥:《厘清正当防卫与聚众斗殴的四个问题》,《检察日报》2012年7月20日。
- [50]周国均、刘根菊:《试论防卫挑拨》,《西北政法学院学报》1986年第3期。
- [51]高铭暄:《刑法专论》,北京:高等教育出版社,2006年,第430页。
- [57]胡胜:《事先有备能否阻却防卫行为的正当性——从一件聚众斗殴案的定性看传统犯罪构成理论的困境及破围》,《中国刑事法杂志》2010年第4期。
- [58][日]山口厚:《刑法总论》第2版,付立庆译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第119页。
- [59][日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2007年,第124页。
- [61]陈兴良:《正当防卫教义学的评析与展开》,《中国刑事法杂志》2021年第2期。
- [62]邓洁、徐光华:《互殴情形下防卫权的范围:实务考察与标准再明确》,《东南法学》2022年第1期。
- [63]陈洪杰:《“以暴制暴”的罪与罚——正当防卫的“规范”幻象与法社会学反思》,《华东政法大学学报》2021年第6期。
- [64]魏汉涛:《正本清源:正当防卫权利之本的应然回归》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2021年第8期。
- [65]张明楷:《刑法学》第6版,北京:法律出版社,2021年,第265页。
- [66]石聚航:《事先准备工具类防卫的司法认定:立场转变与理论型塑》,《法律方法》2022年第4期。
- [67]《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》指出:“双方因琐事发生冲突,冲突结束后,一方又实施不法侵害,对方还击,包括使用工具还击的,一般应当认定为防卫行为。不能仅因行为人事先进行防卫准备,就影响对其防卫意图的认定。”

[责任编辑:邹秋淑]