

反击行为的罪与非罪问题研究

◆杨雅婧

(山东工商学院, 山东 烟台 264005)

【摘要】实证研究表明,反击行为司法互殴认定呈泛化态势,对于维护社会公平正义有着一定影响。反击行为司法互殴泛化认定的逻辑包括,事实不清的反击是互殴、即时的反击是互殴、有矛盾纠纷的反击是互殴、未采取回避措施的反击是互殴。将反击行为认定为互殴的根据,既有传统的理论通说,还有传统制度、部分罪名的影响。破解反击行为司法互殴认定泛化,不仅需要刑法理论更新,也还需要立法的完善。

【关键词】反击行为;互殴;泛化;正当防卫

一、反击行为司法互殴认定泛化

“反击”在我国不是一个法律概念,因此关于反击行为法律属性的司法认定较为混乱。反击是行为人针对不法侵害采取的抵抗、打击行为,反击可成立正当防卫,抑或被认定为互殴。正当防卫制度在我国刑法和民法中早有规定,2021年3月1日正式实施的刑法修正案十一,第一次有关于互殴的明确规定,“驾驶人员在行驶的公共交通工具上擅离职守,与他人互殴或者殴打他人,”构成“妨碍安全驾驶罪”。

关于正当防卫的成立条件,刑法与民法均采取了较为宽松的制度安排。1979年刑法第17条第2款规定:“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的,应当负刑事责任;但是应当酌情减轻或者免除处罚。”1997年刑法第20条第2款分别增加“明显”“重大”二个定语修饰行为和损害结果,并且将防卫过当的刑事责任由酌减原则变更为必减原则,规定:“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”新旧条文两相对比,立法用意明显,就是鼓励公民在权利受损时勇于实施防卫行为。民法典承继民法通则的规定,于第181条第2款规定,对正当防卫过限造成不应有损害的,继续坚持采用适当补偿原则,而非一般侵权的全部赔偿原则。有学者比较研究后,认为我国立法设置的防卫条件与美、英、德、日等国相比更为宽松。

立法制度层面的宽松设计,理应辐射至司法领域,但实际情况却出人意料。实证研究表明,司法机构对正当防卫的认定相当审慎,反击行为司法互殴认定呈泛化态势,以至于有学者将正当防卫称为刑法中的“僵尸条款”。中国裁判文书网以“正当防卫”“互殴或斗殴”为关键词的检索结果,2762件案件中法院认定具有正当防卫性质的40件,占比仅1.45%,其中正当防卫2例,占比0.02%;防卫过当38件,占比1.38%。其中575件因被认定为互殴而不成立正

当防卫,占比达20.81%。威科先行法律数据库以“正当防卫”“一审”“判决书”为关键词,自2017年1月1日至2021年12月31日检索的300份法律文书,共涉317名被告,认定正当防卫无罪的仅2件,具有防卫性质(包括正当防卫、防卫过当)的被告53人,占比16.7%;131人因被认定为互殴,不构成正当防卫。北大法宝网站2010—2020年十年间500份关于正当防卫的刑事裁判文书的统计,裁判结果符合正当防卫的仅有9件,占比1.8%;其中互殴是占比最大的不认定理由,共有167件占比达33.4%。上述实证研究,尽管对象案例来源、统计口径不尽相同,但结论却具有同质性,即反击行为司法互殴认定确呈泛化特征,成为否定正当防卫成立的最主要理由。

二、反击行为互殴认定泛化的司法逻辑

通过对裁判文书网、刑事审判参考相关案例的研究,笔者归纳司法机构将反击行为认定为互殴的司法逻辑大致有如下几种。

(一)因无法查明案件事实而认定为互殴

司法属于事后的认知行为,对人的认识活动具有局限性,部分案件往往难以认定谁先动手、谁是反击者。如安徽的案件,双方曾因浇地发生纠纷,案发时被害人酒后进入被告家中,被告人称因被害人对其头部打击而被迫自卫持刀反击,致被害人死亡。二审法院认为:“现有证据不能认定系李某先动手打赵某良。原判认定其行为性质为互殴适当。故对赵某良的行为不能认定为正当防卫。”该案的裁判逻辑是被告自我辩称的反击行为、被害人首先实施不法侵害行为,因被害人死无对证无法认定,故认定为互殴。该裁判逻辑的错误在于,违背证据法的基本原理,公诉机关应承担证明责任,罪疑应采有利于被告人的证据原则。

(二)反击力度过大为互殴

即使能查明案情,反击行为也不一定构成正当防卫。如江西的案件,法院已查明被害人在双方有争议的土地上违

章建坟墓，遭到被告方制止后，先动手推打被告方，法院仍认定被告方的反击行为构成互殴。二审法院的裁判理由是，“被害方首先推打钟某，但上诉人立即响应，迅速夺下对方工具或持铁棍、铁锹与被害方互殴，且针对被害人头部、肩部等处打击，从双方伤情看，上诉人伤害力度大，造成的后果更严重，应属互殴中故意伤害被害人，已非为免受正在进行的不法侵害而采取的制止不法侵害的行为。”裁判逻辑是反击的力度过大，超出制止不法侵害的必要性，因此反击是基于伤害故意的互殴。该种司法认知逻辑的错误有二：即刻的反击不代表行为人没有防卫意图；超出必要限度的反击是防卫过当，防卫过当的反击行为仍具防卫属性。

（三）双方有矛盾纠纷即为互殴

双方当事人事发前有矛盾纠纷，矛盾升级转化为暴力冲突后即互殴，反击行为不具正当性，动手的先后对反击行为的定性没有意义。例如，最高人民法院刑事指导案例第221号“姜某平非法持有枪支、故意伤害罪”案，浙江法院以被告人之父与被害人有矛盾，被告人意图报复为由，认定“双方都不具有正当防卫的目的，因而无论谁先谁后动手，都不能认定为防卫行为。”该司法逻辑是从客观事实倒推行为人的主观意图，认为反击是基于报复的故意伤害，从而否定反击行为具有防卫意图。其错误在于，双方存在矛盾纠纷是推定被告人具有伤害故意的必要而非充分条件，将双方有矛盾等同于双方必具有伤害的故意，在逻辑上不成立。

（四）未采取回避措施的反击是互殴

面对不法侵害没有采取回避措施，直接实施反击行为就是互殴。如广西的案件，双方因观看旁人打牌而起纠纷，被害人事后持刀寻找被告人报复并将其砍成轻伤二级，被告人捡拾砖头反击，夺刀将被害人反杀，法院认为，被告人“完全有条件回避，其不仅不回避，一，而是主动反击，”主观上具有伤害他人的故意，应承担故意伤害罪的刑事责任。该案案情与2018年“8.27昆山反杀案”（最高检指导案例第47号）极其相似，但结果却迥然不同。该案裁判逻辑的错误在于有无回避可能，反击人是否应先承担退避义务，并不是正当防卫成立的先决条件，未采取回避措施的反击不成立正当防卫于法无据。

三、互殴与正当防卫关系辨析

（一）学界通说

我国刑法于第20条明确正当防卫的概念、法律后果，但互殴并不是一个独立罪名。学界一般是在谈论正当防卫的成立条件时，顺便论及互殴，并将其视为排除正当防卫的情形之一。按学界的通说，反击行为成立正当防卫，反击人应具有防卫意图。防卫意图“是指防卫人对正在进行的不法侵害有明确地认识，并希望以防卫手段制止不法侵害，保护合法权益的心理状态。它包括防卫认识和防卫目的两

方面的内容。”而互殴是双方“都出于侵害对方的非法意图而发生的相互侵害行为”，“都在积极的追求非法损害对象利益的结果，因而根本上不存在正当防卫的前提条件。”互殴排斥正当防卫的成为，不仅是我国学界的通说，也是日本学界的主流。大谷实认为，互殴“是双方反复实施攻击、防卫的一连串的行为，所以，在打斗过程的某一瞬间，其中一方完全是处于防御状态，看起来像是正当防卫，但从打斗的全过程来看，一般很难看成是防卫行为。”

（二）互殴排斥正当防卫的刑事立法古已有之

互殴排斥正当防卫的成立，我国古代律法已有明确规定。《唐律疏议》第二十一卷“斗讼”第九条“两相殴伤论如律”规定了互殴的刑事责任。“两相殴伤论如律”条规定：“诸斗两相殴伤者，各随轻重，两论如律；后下手理直者，减二等。至死者，不减。”结合《唐律疏议》第二十一卷“斗讼”第一条“斗殴手足他物伤”罪的规定：“诸斗殴人者，笞四十；伤及以他物殴人者，杖六十。”《唐律疏议》采用以案说法的方式解释了互殴的刑事责任，“假有甲乙二人，因斗两相殴伤，甲殴乙不伤，合笞四十；乙殴甲伤，合杖六十之类。”“假甲殴乙不伤，合笞四十；乙不犯甲，无辜被打，遂拒殴之，乙是理直，减本殴罪二等，合笞二十。”《唐律疏议》上述规定的现代刑法理论解读：互殴双方均需依据斗杀伤罪处罚，责任的大小一是看是否持械、二是看导致的损害后果是有伤还是无伤。自《唐律疏议》之后，大明律和大清律均有“两相殴伤论如律”条，基本是原封不动的承袭了《唐律疏议》的规定。

（三）现有罪名支持对互殴者追责

在我国互殴不是一个独立的罪名，从犯罪学的角度，以参与人数为标准，互殴的类型可分为：一对一、一对多、多对多三种形态。对于未造成轻伤以上后果的互殴，不能以伤害罪加以惩处，可能构成第133条之二的“妨碍安全驾驶罪”；其中“一对多”类和“多对多”类中的“多”方，可以依照第292条聚众斗殴罪应一律追究刑事责任，认定聚众斗殴就无正当防卫的存在空间。意大利刑法不区分互殴的类型，所有的互殴参与者一律追责。《意大利刑法典》第588条：“参加斗殴的，处以60万里拉以下罚金。如果在斗殴中某人被杀死或者遭受人身伤害，对于单纯参加斗殴的行为，处以3个月至5年有期徒刑。如果死亡或者伤害的结果在斗殴后并且作为斗殴的结果立即发生，适用同样的刑罚。”

四、破解反击行为司法互殴认定泛化的努力

“对急迫的侵害突然作出反击，是人的自我保存本能。”正当防卫是“人类自有法秩序以来即被允诺的权利。”反击行为在我国的司法互殴认定泛化已经触及是非善恶、公平正义等基本社会道德伦理的底线。破解反击行为

司法互殴认定泛化，是理论与实务界共同的任务。

（一）更新理念

理论界对互殴否定正当防卫的传统主张进行了反思，有学者主张，“就相互斗殴和挑拨防卫而言，不能仅仅因对方都具有加害对方的意图而一概否认正当防卫存在的可能性。”追溯历史，早在上世纪就有学者以列举的方式指出，互殴中有一方停止殴斗而退避不还手，另一方却继续追打进攻，一方无路可退、为保护合法权益实施的反击行为，属于正当防卫。其后又有学者提出两种反击行为可成立正当防卫，一是徒手互殴中，一方突然使用具有重大杀伤力凶器的；二是互殴中一方求饶或逃走，另一方继续侵害的。还有学者试图对互殴进行类型化抽象，进而区分不同类型的互殴的法律属性。该观点认为，互殴分为真正的互殴和不真正的互殴。真正的互殴应限定为双方事先约定相互攻击行为，此时不存在需要保护的优越利益，此种类型的互殴与防卫才是互斥关系。除此而外的不真正的互殴并非一概排斥防卫，应遵从一般正当防卫的条件判断反击的法律属性。笔者以为这种类型化、精细化研究方式，应是今后精准界定反击行为法律属性的突破方向。

（二）强化担当

某些案件的互殴认定明显存在问题，司法仍坚持的原因是，如果将反击行为认定为正当防卫，被害人的民事损害赔偿将索赔无门，矛盾可能将转移至司法机关及案件承办人，为避免未来被害方上访缠诉等非本职工作，“各打五十大板”的和谐执法就容易理解了。今后应在司法理念、能力建设、执法环境、责任追究等环节，为司法人员勇于担当创造必要的条件，消除非法治因素的干扰。

最高检先后于2018年12月发布了四起正当防卫指导性案例，2020年11月再次发布六起正当防卫不捕不诉典型案例，用意明显，就是要通过典型案例的宣传，达成“更新司法理念，提升司法能力，强化司法担当”的目的。两高一部于2020年8月颁布《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》，将前述学界公认的两种可成立正当防卫的反击行为，以司法解释的方式加以固定：（1）因琐事发生争执，双方均不能保持克制而引发打斗，对于有过错的一方先动手且手段明显过激，或者一方先动手，在对方努力避免冲突的情况下仍继续侵害的，还击一方的行为一般应当认定为防卫行为（第9条第2款）。（2）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（第9条第3款）。其后最高检和公安部于2022年12月颁布《关于依法妥善办理轻伤害案件的指导意见》，再次重申了上述规定。

（三）完善立法

理论创新引导，司法积极回应，这些解决反击行为司法互殴认定泛化的努力，最终还要用立法的方式加以固定。互殴类案件中矛盾冲突升级的关键在于从口角到肢体冲突，口角侵害的是他人的人格权，属于民法的调整范围；肢体冲突侵犯的他人的人身权，行为表现出暴力性，进入刑法打击的范围。因此在制度设计层面，要宽容反击者，警示先动手者，使其不敢先动手，实现源头治理。他域已有此类立法例可资借鉴，如德国刑法分则第17章“伤害罪”在伤害、虐待被保护人、伤害致死、过失伤害等罪条之后，专设一条“互殴罪”。其第231条：“一、参与斗殴或参与多人实施的攻击行为，如果斗殴或攻击行为致他人死亡或重伤害的，处3年以下自由刑或罚金刑。二、参与斗殴或攻击行为而无可指责的，不依第一款处罚。”《泰国刑法典》第294条：“三人以上参与斗殴致人死亡，不论死者是否参与斗殴，对斗殴参与者应当处二以下有期徒刑，并处或者单处四千铢以下罚金。”“参与斗殴的能证明其行为是为了防止斗殴或者正当防卫的，不予处罚。”《瑞士刑法典》第133条：“一、参与斗殴，致使他人死亡或者身体伤害，处监禁刑或罚金。二、仅仅是为了防卫或劝阻斗殴者而致第1款所述之结果的，不处罚。”借鉴上述国家立法例，可对我国刑法第292条聚众斗殴罪进行修订，增加互殴中反击行为出罪路径设计，可增设第2款“因防卫而被迫实施或参与前款行为的，不依前款罪处罚。”

参考文献：

- [1] 劳东燕.正当防卫制度的背后[J].清华法学,2006(01):150-164.
- [2] 冯军.漫谈防卫过当的认定规则:以昆山砍人案为素材[J].法律适用,2018(07):7-11.
- [3] 赵威,王译.互殴案件中基于正当防卫的不法侵害行为认定研究——基于2762份刑事判决书的分析[J].广西政法管理干部学院学报,2019(01):85-90.
- [4] 杨文革.正当防卫制度适用情况实证数据研究[J].长白学刊,2023(02):94-107.
- [5] 任澜涛.论滥用互殴对正当防卫司法适用的影响[J].郑州师范教育,2022(04):60-64.
- [6] 林东茂.刑法综览(修订五版)[M].北京:中国人民大学出版社,2009:81.
- [7] 黎宏.论正当防卫的主观条件[J].法商研究,2007(02):63-75.

作者简介：

杨雅婧(2005—),女,满族,山东烟台人,大学本科,研究方向:法学。