

# 寻衅滋事罪“随意殴打他人”的 法教义学分析

魏东,悦洋

(四川大学法学院,成都 610041)

**摘要:**司法实务中,对寻衅滋事罪“随意殴打他人”犯罪类型的认定,存在诸多争议,尤其是和故意伤害罪的区别及适用。寻衅滋事罪“随意殴打他人”侵害的法益是与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。随意同时是客观要素和主观要素;对于随意的判断分为客观随意的判断和主观随意的判断。殴打不以造成轻伤为后果,是一种没有达到重伤程度的暴力打击行为。殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪并不是相互排斥的,存在一定的交叉和融合。殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪的具体适用应当以侵害与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全为前提,从犯罪结果入手进行反推。

**关键词:**寻衅滋事;随意;殴打;故意伤害

**中图分类号:**DF626 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2017)04-0056-08

根据我国《刑法》第二百九十三条的规定,有以下寻衅滋事行为之一,破坏社会秩序的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制;纠集他人多次实施如下行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可并处罚金:随意殴打他人,情节恶劣的;追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,情节恶劣的;强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物,情节严重的;在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱的。

本条是对寻衅滋事罪的规定。立法者采用了列举的方式,规定了寻衅滋事罪的四种具体类型。其中,在司法实务中,对“随意殴打他人,情节恶劣”犯罪类型的认定,存在诸多争议。本文通过曾经轰动一时的肖传国案对“随意殴打他人”行为之定性加以分析。

## 一 案情及判决结果

2010年6月24日晚,被害人方玄昌在街上被两

名男子用钢管袭击,致其头皮血肿、多处软组织挫伤、头皮裂伤,经鉴定为轻微伤。同年8月29日,被害人方舟子在住所附近被人用喷射防卫器、羊角锤和钢管袭击,致其腰骶部皮肤挫伤,未达到轻微伤的程度。9月,被告人肖传国、戴建湘等人先后被北京警方逮捕。

10月10日,一审法院北京石景山区法院以寻衅滋事罪分别判处肖传国和戴建湘拘役五个半月,其他人拘役一个半月到四个半月不等。

肖传国以“原判认定事实及适用法律错误”提起上诉,认为其行为不符合寻衅滋事罪的构成要件,是故意伤害性质,应根据治安管理处罚条例,由警方作出治安处罚。被害人方玄昌和方舟子也质疑判决结果,认为肖传国等人的行为应构成故意杀人罪(未遂),向检察机关提出了抗诉。二审法院维持原判。

## 二 争议问题

收稿日期:2017-02-08

基金项目:本文系国家社科基金重点项目“刑法解释原理与实证问题研究”(12AFX009)之研究成果。

作者简介:魏东(1966—),男,重庆开州区人,四川大学法学院教授、博士生导师;

悦洋(1978—),女,四川成都人,四川大学法学院讲师、2015级刑法学博士研究生。

本案的主要争议问题涉及“随意殴打型”寻衅滋事罪(以下简称殴打型寻衅滋事罪)和故意伤害罪的区分。肖传国认为,自己的行为就是针对方舟子等人的故意伤害,而不是寻衅滋事。故意伤害罪是结果犯,司法实践以出现轻伤以上的损害结果作为故意伤害罪的既遂标准。如果认定肖传国的行为是故意伤害,由于方玄昌和方舟子均未达到轻伤程度,对肖传国只能按照治安管理条例处罚,不构成犯罪。那么,被告人肖传国基于个人私怨对被害人实施多次报复,造成轻微伤的行为是否符合殴打型寻衅滋事罪的构成要件?殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪是否存在补充关系,当伤害结果未达到故意伤害罪的入刑门槛时能否以寻衅滋事罪定罪量刑?这需要对“随意殴打他人”的犯罪构成要件加以具体的解释适用。

在解释适用殴打型寻衅滋事罪的犯罪构成要件之前,需要确立一个总体的解释原则。从本罪的立法沿革上来看,寻衅滋事罪是从1979年《刑法》中规定的流氓罪中分离出来的<sup>①</sup>。因流氓罪具有口袋罪的性质受到不少的质疑,1997年修订刑法时,将聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女这三种行为进行了分解。1997年刑法就原流氓罪中的一种行为——寻衅滋事,设置了单独的罪名,包括四种行为。遗憾的是,这四种行为方式仍然存在性质模糊的缺点——如殴打型寻衅滋事罪的“随意”,何为“随意”,“随意”的体系地位和判断指标是什么,均不清晰。因此寻衅滋事罪仍然具有小口袋罪的性质,在司法实践中易产生认定上的差错,导致随意出入罪。对于具有口袋罪性质的罪名,在具体的解释适用上应当把握一个总体原则:限制解释。根据刑法设置本罪的目的对犯罪构成要件进行限缩的解释,尽量缩小犯罪的外延,明确其含义。

### 三 寻衅滋事罪的保护法益

寻衅滋事罪的保护法益是社会秩序。然而,什么是“社会秩序”,立法和司法解释并没有进行明确的规定。

考察本罪在我国《刑法》中的规定,寻衅滋事罪是规定在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”的第一节“扰乱公共秩序罪”中的;同时,刑法第二百九十三条项前规定,“破坏社会秩序”的行为才成立寻衅滋事罪<sup>[1]1063</sup>。

“社会管理秩序”、“公共秩序”、“社会秩序”原本都是十分抽象的概念。从词语的拆分来说,社会管理秩序既包括社会秩序也包括管理秩序。社会管理秩

序的社会性与管理性处于一种融合的状态,两者不可分离。公共秩序应该包括公共场所秩序与社会秩序<sup>[2]</sup>。“社会”的汉字本意是特定土地上人的集合。社会秩序是人类生存与发展的保障,是人们获得安宁生活的基础,遍布人们生活的全部空间和时间,人们在社会生活中必须遵守相应的行为规则、道德规范、法律法规。在这个意义上,任何犯罪都可以说是侵害了社会秩序。因此,以“社会秩序”作为寻衅滋事罪的保护法益抽象程度太高,必然导致对构成要件的解释缺乏限制,不利于罪刑法定原则的贯彻。因此,需要对社会秩序进行限制解释,否则本罪所保护的法益将等同虚设。

公共秩序或社会秩序是一种社会法益,而社会法益是由个人法益组成的,是个人法益的集合体。社会法益必须能够还原为个人法益<sup>[3]</sup>。联系本罪的四种行为类型来考察,殴打型寻衅滋事的“随意殴打他人”指向的是个人的人身权利,具体保护的是他人的身体安全。因此,殴打型寻衅滋事罪保护的是双重法益,即社会秩序和他人的身体安全,且两类法益处于主次地位:社会秩序排在第一位,他人的身体安全为第二位。基于这种主次关系的安排,殴打型寻衅滋事罪是通过侵害他人的身体安全进而侵害社会秩序的。那么在什么情况下,社会秩序会因为殴打行为被侵害呢?

历史上两高1984年11月2日《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》列举了四种构成流氓罪的寻衅滋事类型,其中,“以打人取乐,随意殴打群众,或多次向人身、车辆、住宅抛投石块、污物等,造成后果,引起公愤的”,是现行刑法规定“随意殴打他人”行为的来源<sup>[4]</sup>。这种行为方式的特点在于,行为人是在漠视社会秩序的心理状态下对社会一般群众的寻隙挑衅惹事,破坏了社会群众安宁的生活状态,引起了社会群众的愤怒。虽然本条司法解释随着流氓罪的取消也随之失效,但是,作为殴打型寻衅滋事罪的“前身”,形象地勾勒出了本罪保护法益的观念形象:与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。因此,在判断本罪的法益时,无论行为人殴打的对象是谁,始终要考量这种殴打行为是否侵害了与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。

进而,关于殴打型寻衅滋事罪的认识与理解都必须建立在一个最基本的观念上,司法机关在区分殴打型寻衅滋事罪与故意伤害罪时,应当在脑海中进行价值衡量:犯罪人的行为是更多地侵犯了与社会秩序相

关联的一般的非特定人的人身安全还是更多地侵犯了公民个人人身健康权<sup>[5]</sup>,两罪的设置目的和保护法益并不相同。“刑法问题最后解决的标准,并不是在学说或判例的本身,也不是在法律的形式,而是在我们生活利益的衡量”<sup>[3]</sup>。

#### 四 殴打型寻衅滋事罪的行为分析

寻衅滋事罪是行为犯,构成要件行为的定型化并不依赖于结果,而是由其行为自身所决定的,构成要件行为以评价性要素为根据,定型化程度较低<sup>[2]</sup>。这也是导致司法实践中对于该罪认定困难的主要原因。

##### (一)随意的解释适用

##### 1.随意的体系地位

随意的字面意思是任凭自己的意愿,是殴打他人构成寻衅滋事罪的一个必备要件。但是在刑事审判实践中,究竟如何认定随意,并没有明确的标准。

学界对于随意的解释主要有:动机说;内心倾向说;双重置换原则说。动机说认为随意是对主观流氓动机的标示。行为人是出于故意违反社会的公序良俗,逞强斗狠、抖威风、发泄不满、寻求刺激、打人取乐等不健康的流氓动机实施的殴打行为。内心倾向说认为随意是行为时的心理倾向,是否随意要从行为发生的时间、事由、动机、地点等方面进行综合的考察。双重置换原则说认为随意是指殴打的理由、对象、方式等明显异常,将行为人和被害人置换为一般人来判断,行为人的行为都是不能接受的<sup>[6]</sup>。以上几说的分歧涉及随意到底是主观要素还是客观要素的问题。

前两说认为随意是一种主观要素。如陈兴良教授认为,随意是非法定的主观违法要素,具有罪与非罪的区分功能,行为人只是在客观上实施了殴打行为,并不足以构成寻衅滋事罪;还需要具备主观上的流氓动机<sup>[2]</sup>,属于动机说。张明楷教授则认为,随意是主观的超过要素,行为人主观上是否具有流氓动机,考察主观上是否随意是没有多大必要的。随意更多的是基于客观事实做出的判断。主要原因在于:(1)流氓动机是什么,难以界定,说不清、道不明;(2)即使没有流氓动机也可能侵害本罪的法益,出于流氓动机殴打他人和出于报复动机殴打他人对于他人身体安全和社会秩序的侵犯没有任何区别;(3)完全可以从客观上判断是否是寻衅滋事行为;(4)不将流氓动机作为主观要素,也不会扩大本罪的处罚范围;(5)流氓动机是主观的超过要素,没有流氓动机,也依然可能有寻衅滋事的故意;(6)本罪和故意伤害罪等并

不是对立关系,运用想象竞合犯就可以解决定罪问题;(7)流氓动机是对客观事实的归纳,但是刑法学是规范学而不是事实学<sup>[1]1068-1069</sup>。在具体考察何为“随意”时,倾向于双重置换原则的方法。

本文认为,随意既是主观要素——流氓动机,也是客观要素——随意殴打的行为。

第一,从语义解释来说,随意是一个修辞词语,修辞的对象可以是主观心理,也可以是客观行为。如果指向的是主观心理,那么可以概括为学界通常所说的“流氓动机”。如果指向的是客观行为,则是说行为超越了正常的限度。当我们在日常生活中说“这个人太随意了”,表达的意思可以是该人在思想上自由散漫,也可以是该人的行为毫无约束。因此,从语词性质上看,随意既可以指流氓动机,也可以指客观行为。

第二,结合历史解释和司法解释,最高人民法院、最高人民检察院1984年11月2日《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》列举了四种构成流氓罪的寻衅滋事类型,其中,“以打人取乐,随意殴打群众,或多次向人身、车辆、住宅抛投石块、污物等,造成后果,引起公愤的”,是现行刑法规定“随意殴打他人”行为的来源<sup>[4]</sup>。同时,两高2013年5月《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条也对随意进行了描述,是出于“寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横”的心理状态,无事生非、借故生非。从流氓罪到寻衅滋事罪是一个历史的传承,尽管取消了流氓罪将其分解为四个罪,但是流氓动机并没有取消,得到了司法解释的确认。同时,这些规定中对随意的描述既有主观心理状态,也有客观行为事实。“寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横”是对随意的心理状态的描述,“无事生非、借故生非”是对随意行为的描述。

第三,从本罪的解释原则来说,认为随意既是主观要素也是客观要素能够加强限缩解释的力度。主观的违法要素也即主观的构成要件,是相对于客观的构成要件而言的。我国刑法条文的罪状大多是对客观要素的描述,在少数情况下涉及主观要素,除故意和过失外,包括成文的“明知”和“目的”以及不成文的主观构成要件要素。主观的违法要素的主要功能是为违法性的判断提供事实基础,对构成要件进一步起到限缩的作用。主观的超过要素是与客观要素不相符的构成要件,没有与之相对应的客观要素,是“溢出”的要素,如短缩的二行为犯的第二个目的,对证明的要求更高<sup>[7]175-179</sup>。根据对本罪的解释原则,首先考

察客观上行为人的行为是否是“随意殴打”，再考察主观上行为人是否有“随意”的动机，将随意同时作为主观的违法要素进行主、客观的两次认定能够起到限定构成要件要素成立的作用。

第四，从体系解释的角度来看，和故意伤害罪的法定刑相比，如果殴打行为造成被害人轻伤，法定刑是五年以下有期徒刑、拘役或管制；而故意伤害罪中，如果伤害结果是轻伤，法定刑是三年以下有期徒刑、拘役或管制。同样是造成轻伤的结果，寻衅滋事罪的法定刑是高于故意伤害罪的，说明在造成轻伤结果的情况下，寻衅滋事罪的人罪门槛是要高于故意伤害罪的，高出的原因正是在于行为人主观上的流氓动机。

因此，本文不同意因为成立寻衅滋事罪需要有流氓动机，反过来就认为故意伤害罪不需要有流氓动机，这实际上就是人为地给故意伤害罪添加了一个消极要素：成立故意伤害罪不得出于流氓动机。本文认为，如果有证据证明行为人没有流氓动机，那么即使侵害了本罪的法益，也不能认为是寻衅滋事罪。而且，寻衅滋事罪要求流氓动机，并不表示故意伤害罪不能够有流氓动机。在构成轻伤结果的情况下，对于流氓动机的判断的主要目的是限制寻衅滋事罪的成立，而不是排除故意伤害罪。毕竟在轻伤的档次上，寻衅滋事罪的法定刑是高于故意伤害罪的。对于没有流氓动机造成轻伤的，不宜以寻衅滋事罪定罪处罚。因此，随意的判断对于随意殴打型寻衅滋事罪的认定至关重要，不可虚置。将随意同时作为客观要素和主观要素进行两次判断，有助于进一步限缩本罪的成立，提高准确度。

通过以上分析，随意既是一个主观违法要素，起到限定构成要件要素成立的作用，具有限制寻衅滋事罪成立的功能，意指行为人主观上具有随意殴打的动机，或者说具有“流氓动机”<sup>②</sup>。同时，随意也是一个客观构成要件要素，意指行为人的行为在客观上符合随意殴打的特征。

## 2. 对随意的判断

既然随意既是一个主观要素，也是一个客观要素，那么对于随意的判断需要从客观上确定行为是否随意，从主观上认定行为人是否有流氓动机。

### (1) 客观随意的判断

司法实践中对于“随意”的判断主要有几个指标：一是场合，是否发生在公共场所；二是对象，殴打的对象是否特定；三是起因，是否无事生非或借故生事<sup>[8]</sup>；四是工具，是否使用特定的犯罪工具<sup>[9]</sup>。

第一，关于场合。

是否侵害了社会秩序并不必然等于公共场所的社会秩序。社会秩序既有公共场所的社会秩序也有非公共场所的社会秩序，但公共场所和社会秩序的联系非常紧密，实践中绝大多数的寻衅滋事行为也是发生在公共场所的。

在实务中，根据黄华生教授的实证分析，2013年12月1日到2014年2月1日之间判决的随意殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪的100个样本案例中，对于殴打行为发生在公共场所的69个样本案例，司法机关认定为寻衅滋事罪的有17个，占比例24.6%，对于殴打行为发生在非公共场所的31个样本案例，司法机关认定为寻衅滋事罪的数量有3个，所占比例为9.7%；在以寻衅滋事罪定罪的20个样本案件中，发生在公共场所的案件数量有17件，所占比例达85%，而发生在非公共场所的案件数量只有3个，所占比例为15%<sup>[10]</sup>。因此，殴打行为是否发生在公共场所，对于法院认定为寻衅滋事罪还是故意伤害罪是有较大影响的<sup>[10]</sup>。

据前所析，是否侵害了社会秩序并不必然等于公共场所的社会秩序。社会秩序既有公共场所的社会秩序也有非公共场所的社会秩序，但公共场所和社会秩序的联系非常紧密，实践中绝大多数的寻衅滋事行为也是发生在公共场所的。正如两高2013年5月《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第三段的阐述，行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷，实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等寻衅滋事行为完全是可能发生在非公共场所的<sup>③</sup>。

但是，判断在公共场所发生的殴打行为是否符合寻衅滋事罪时，始终要紧扣本罪保护的法益：与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。发生在公共场所的殴打行为，如果没有侵害到与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全，也不构成寻衅滋事罪。简言之，有公众则有秩序，无公众则虽为公共场所也未必一定有秩序。

第二，关于对象。

和前述关于场合的分析一样，殴打对象是否特定，对于判断行为是寻衅滋事还是故意伤害并无决定性影响。

同其他侵害人身权利的犯罪相比，寻衅滋事的对象多数是不特定的。这里的不特定，一是行为对象并不是行为人在行为前预谋好的，二是在对象的选择

上,有更多的随机性和偶然性,是可以替代的,换为另一个人也可能成为被害人。在很多情况下,行为对象还可能是行为人并不认识的,双方事前并没有利害关系。但是,这也只是多数的情况,并不能断然否定特定对象也是本罪的犯罪对象。

本文认为,殴打的直接对象是否特定不需要进行过多的讨论。殴打型寻衅滋事罪保护的是双重法益,当主要法益——社会秩序还原为个人法益时,是与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。殴打行为的对象除了直接的殴打对象以外,还有因为殴打行为被影响的间接对象——社会非特定一般人。因此,殴打的直接对象是否特定并不重要,重要的是间接对象,受殴打行为影响的间接对象应当是不特定的。只有当不特定的社会一般群众生活的安宁被破坏时,殴打行为才能和社会秩序相关联。

### 第三,关于起因。

两高 2013 年 5 月《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定:行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等,无事生非,实施刑法第二百九十三条规定的行为的,应当认定为“寻衅滋事”;行为人因日常生活中的偶发矛盾纠纷,借故生非,实施刑法第二百九十三条规定的行为的,应当认定为“寻衅滋事”,但矛盾系由被害人故意引发或者被害人对矛盾激化负有主要责任的除外;行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷,实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的,一般不认定为“寻衅滋事”,但经有关部门批评制止或者处理处罚后,继续实施前列行为,破坏社会秩序的除外。

其中,“行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等,无事生非”的可以概括为“无事生非”。“行为人因日常生活中的偶发矛盾纠纷,借故生非”的可以概括为“借故生非”。“行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷,实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的,一般不认定为寻衅滋事,但经有关部门批评制止或者处理处罚后,继续实施前列行为,破坏社会秩序的除外”也可以纳入“借故生非”的范畴,在有关部门制止或者处理处罚了未达到犯罪行为的一般纠纷或违法行为后,行为人仍然借此发挥,继续生事,也可能构成寻衅滋事。

因此,随意殴打型寻衅滋事主要有两种类型:无事生非和借故生非。前者是事出无因、无缘无故殴打他人;后者是行为人因一些偶发矛盾等借题发挥、小题大做殴打他人。但是,正如张明楷教授所指出的,

任何故意犯罪行为都不可能是无缘无故的,换言之,任何故意犯罪行为都有其产生的主观原因或动机<sup>[1]1064</sup>。那么应当如何理解无故生事和借故生非呢?本文认为,对于无故生事和借故生非的理解不能从行为人角度解释为“没有任何原因实施殴打行为”,而应当结合本罪的保护法益从社会一般人的角度来看,行为人实施的行为是否严重超越了限度。

### 第四,关于工具。

本文认为,是否使用特定的犯罪工具对本罪的判断影响不大。寻衅滋事行为多数情况下是随机的、偶发的,所使用的犯罪工具有时候是随手选取,现场找到什么工具就使用什么工具,也可以是徒手攻击。但这些都并不能说明持有预先准备好的工具随意殴打他人就不是寻衅滋事。

因此,本文认为,判断客观随意的指标主要有三个:场合、对象、起因。在结合这三个指标进行分析时,要始终紧扣本罪的保护法益——与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全是否被侵害,来进行综合的认定。

### (2)主观随意(流氓动机)的判断

在判断了客观行为后,作为主观违法要素的随意需要得到再次的确认,再次考察行为人在主观上是否有流氓动机。主观随意的判断通常也要结合客观事实来进行推定,如行为诱因、实施方式、有无习惯性、行为发生的地点和时间、行为对社会秩序的威胁、不回避第三者、有恃无恐等<sup>[11]</sup>。或者说根据客观行为事实推断出行为人的主观随意动机后,如果有其他证据足以推翻这一推定,在主观随意的判断上仍然有出罪的可能性。

在司法实践中,法官多是基于客观行为事实的规范判断是否客观随意,不会再进行主观随意的评价。根据黄华生教授的实证分析,2013 年 12 月 1 日到 2014 年 2 月 1 日之间判决的随意殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪的 100 个样本案例来看,司法机关基本上不考虑行为人主观上是否出于“为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等”特定动机。在以寻衅滋事罪定罪的 20 个案例中,只有一份判决书认定被告人出于“逞强好胜”的动机实施随意殴打行为,即“被告人胡某某伙同他人,为争抢生意,逞强好胜,在公共场合随意殴打他人,致一人轻伤,情节恶劣,其行为已构成寻衅滋事犯罪”。其余 19 份以寻衅滋事罪定罪的判决书均未明确叙述被告人的特定动机<sup>[10]</sup>。

本文认为,抛弃流氓动机的判断并不合适,流氓

动机的判断有助于紧缩构成要件、合理认定本罪。当殴打行为造成轻伤的伤害结果,同时也侵害了与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全时,从行为的外观上来看,既符合寻衅滋事罪也符合故意伤害罪。而前者的法定刑是要高于后者的。此时主观流氓动机的判断就成为了关键。法官在判断时始终要在脑海里权衡,殴打行为是否体现出了行为人“寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横、打人取乐”的主观形象,是否表征了行为人漠视社会秩序、挑衅社会一般人的不健康心理。只有在这种主观心理状态下实施的殴打行为,才符合寻衅滋事的本意。尽管流氓动机语义不清,但是当我们将这种相对模糊的观念形象和故意伤害罪两相比较时,仍然是不同的。在无法形成内心确认的情况下,不当草率地认为具有流氓动机。

## (二)殴打他人的解释适用

本罪的直接殴打对象——“他人”,可能是特定的对象,也可能是不特定的对象,前文已析,不再赘述。本节讨论何为“殴打”。

### 1.殴打不以造成轻伤为后果

根据两高2013年5月《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条的规定:

随意殴打他人,破坏社会秩序,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百九十三条第一款第一项规定的“情节恶劣”:

- (一)致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的;
- (二)引起他人精神失常、自杀等严重后果的;
- (三)多次随意殴打他人的;
- (四)持凶器随意殴打他人的;
- (五)随意殴打精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人,造成恶劣社会影响的;
- (六)在公共场所随意殴打他人,造成公共场所秩序严重混乱的;
- (七)其他情节恶劣的情形。

从以上司法解释可以看出,殴打型寻衅滋事罪的“殴打”不以造成轻伤为后果;殴打的轻伤以下的伤害结果、殴打的间接后果、殴打的次数、是否使用凶器、殴打的对象、殴打的场所等是作为本罪“情节是否恶劣”的评价指标。

2.殴打是一种没有达到重伤程度的暴力打击行为

同样是打击行为,我国《刑法》对于寻衅滋事罪的打击行为和故意伤害罪的打击行为的表述并不相同,前者采用的是“殴打”,后者采用的是“伤害”。因此,对于本罪的殴打,宜运用体系解释的方法来进行分析。

殴打型寻衅滋事罪造成被害人轻伤,法定刑是五年以下有期徒刑、拘役或管制;故意伤害罪中,如果伤害结果是轻伤,法定刑是三年以下有期徒刑、拘役或管制;如果伤害结果是重伤,法定刑是三年以上十年以下有期徒刑;如果致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,法定刑是十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。两相比较,在轻伤后果的情形下,寻衅滋事罪的法定刑是高于故意伤害罪的;但在造成重伤结果的情形下,故意伤害罪的最高法定刑已超过寻衅滋事罪。

由此带来的问题是,殴打是否包含重伤结果?本文的意见是,对“殴打”进行限制解释,不包括重伤和死亡。

殴打型寻衅滋事罪的法定最高刑期是五年有期徒刑,以伤害结果为情节恶劣的条件,公式是量刑基准=流氓动机+轻伤结果。故意伤害罪的伤害结果是轻伤,法定最高刑期是三年有期徒刑,公式是量刑基准=轻伤结果。流氓动机是两罪的分水岭。如果殴打型寻衅滋事罪包括重伤结果,那么公式是量刑基准=流氓动机+重伤结果,根据举轻以明重,既然流氓动机+轻伤结果已可达到五年有期徒刑,那么流氓动机+重伤结果将超过法定量刑范围,这显然是不合适的。因此,对于造成了重伤结果的殴打型寻衅滋事行为,应当考虑和故意伤害罪的想象竞合。

寻衅滋事罪要求流氓动机,并不代表故意伤害罪不可以有流氓动机,寻衅滋事罪要求侵害与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全,并不代表故意伤害罪不可以侵害与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。当寻衅滋事罪造成了重伤、死亡等结果时,应当采用想象竞合犯的处理办法,从一重罪处断。因此,根据罪刑相适应的要求,寻衅滋事罪的殴打只宜解释为一种没有达到重伤程度的暴力打击行为。

## 五 “随意殴打他人”的解释结论

综上分析,对殴打型寻衅滋事罪的“随意殴打他人”的解释适用应当把握以下几点原则。

1.行为的侵害法益:与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。

2.对于随意的判断分为客观随意的判断和主观随意的判断。判断客观随意的指标主要有三个:场合、对象、起因。在结合这三个指标进行分析时,要始终紧扣本罪的保护法益——与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全——是否被侵害,来进行综合的认定。在判断了客观随意后,作为主观违法要素的随意需要得到再次的确认,再次考察行为人在主观上是否有流氓动机。如果没有流氓动机的,不宜定为寻衅滋事罪。

3.殴打不以造成轻伤为后果,是一种没有达到重伤程度的暴力打击行为。如果殴打造成了重伤、死亡等结果,应当采用想象竞合犯的处理办法,从一重罪处断。

## 六 案例评析

根据以上分析,殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪的不同点主要是:殴打型寻衅滋事罪侵害的法益是与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全;故意伤害罪的侵害法益是他人人身权利。殴打型寻衅滋事罪要求主观上有流氓动机,故意伤害罪主观上不要求有流氓动机。

但反过来看,寻衅滋事罪要求流氓动机,并不表示故意伤害罪的主观方面不能有流氓动机,寻衅滋事罪要求侵害与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全,并不表示故意伤害罪不可以侵害与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。故意伤害罪也可以是出于流氓动机。流氓动机作为主观违法要素,能够限制寻衅滋事罪成立的范围,但并不是殴打型寻衅滋事罪与故意伤害罪构成要件相区分的边界。流氓动机作为寻衅滋事罪的主观违法要素,只是限制本罪的成立,故意伤害罪虽不要求具有流氓动机,但司法案例说明,行为人出于流氓动机对他人采用严重暴力打击的故意伤害案件大量存在。同样的,在犯罪动机中,不少殴打型寻衅滋事罪的行为人同样具有侵害他人身体健康的主观动机与主观目的。因此,两罪并不是相互排斥的,存在一定的交叉和融合。事实上,寻衅滋事罪规定的四种行为本身在我国《刑法》中都有对应的其他罪名,这种补充性质就决定了寻衅滋事罪与故意伤害、敲诈勒索、抢劫、故意伤害等罪存在交叉与重合<sup>[3]</sup>。寻衅滋事罪规制的是够不上其他罪名但又具有流氓动机、情节恶劣的行为。

本文提出,区分殴打型寻衅滋事罪和故意伤害罪应当以侵害与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全为前提,从犯罪结果入手进行反推。

当殴打行为没有造成伤害结果或造成轻微伤害结果时,如果不能证明主观上的流氓动机,也没有情节恶劣的情况,一般不构成犯罪;出于流氓动机的轻微殴打行为,如果达到情节恶劣,构成寻衅滋事罪。

当殴打行为造成被害人轻伤的犯罪结果时,如果能够证明主观上的流氓动机,宜以寻衅滋事罪定罪处罚;如果不能证明主观上的流氓动机,则宜以故意伤害罪定罪处罚,不构成故意伤害罪的,不宜作为犯罪处理。

当殴打行为造成重伤或死亡的结果时,如果能够证明主观上的流氓动机,运用想象竞合犯的处断原则,从一重罪处断;如果不能证明主观上的流氓动机,以故意伤害罪定罪处罚。

回到肖传国案,从了解到的有关本案的情况来看,本文认为,法院的判决并不妥当。

首先,从客观上看,肖传国所雇二人作案的时间地点都比较隐秘,现场并无他人,因而除了方舟子等人的人身受到侵害外,并无其他社会群众受到侵害,没有造成与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全。打击对象非常明确,锁定了方舟子和方玄昌;起因明确,不是无事找事,借势发挥,均不符合客观随意的特征。

有人主张,“在本案中,受到伤害的不仅是方舟子,还有其背后的维护学术纯洁,敢于打击学术造假和不端的社会群体,也唯有这样一个社会群体作为社会公共秩序的物质承载者才能够作为适格的犯罪对象与寻衅滋事罪的犯罪客体相对应”<sup>[12]</sup>。根据前文的分析,如果不对社会秩序进行限制解释,那么任何犯罪行为都可以说是侵害了社会秩序,本罪的法益将等同虚设。在认定行为是否侵害了与社会秩序相关联的一般的非特定人的人身安全时,进行法益的精神化和抽象化是非常危险的。社会法益必须还原于个人法益,现实地考量行为是否侵害到了社会一般人的生活安宁。刑法规定寻衅滋事罪的目的,绝不单纯是为了保护人身权,而是与人身权相联系的社会生活的安宁、有序<sup>[5]</sup>。肖传国的殴打行为并没有造成在场第三人或一般群众的不安,并没有破坏社会生活的安宁有序,仅仅因为行为双方的社会影响导致该案的渲染进而抽象出侵害了学术打假群体的不安太过抽象。此案在社会上曝光后,引起公众哗然的原因也主要是肖传国的教授身份以及方舟子“打假斗士”的社会影响,并不是殴打行为本身严重超过了社会限度。故,在客观方面,肖传国的行为并不符合随意的特征。

第二,从肖传国主观上是否具有流氓动机来考察,肖传国对于方舟子对其在学术上的行为进行的质疑不满,双方积怨日深,有达十年之久的矛盾,肖传国雇凶打人,凶手使用足以造成身体伤害的凶器,且打击对象非常明确,可以看出本案有明显的针对特定人的故意伤害动机,而不是“寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横、打人取乐”。

第三,殴打行为造成一名被害人轻微伤,另一名

被害人够不上轻微伤。司法惯例是以出现轻伤以上的损害结果作为故意伤害罪的既遂标准的,可以直接排除故意伤害罪的构成。

因此,本文认为,法院最后的判决并不妥当,肖传国的行为既不符合寻衅滋事罪的主客观特征,也不构成故意伤害罪,而是未达犯罪构成要件的故意伤害行为,应根据治安管理处罚条例,由公安机关作出治安管理处罚。

#### 注释:

- ①1979年《刑法》第二百六十条规定: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。
- ②尽管“流氓动机”的说法带有旧时代的烙印,且具体含义不清受人诟病,但相关司法解释对“流氓动机”的描述——“寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横、打人取乐”依然能够为本罪的主观随意提供一个大致观念形象,有助于认定主观随意。在下文的分析中,“流氓动机”和“主观随意”可以互换,意义相同。
- ③两高2013年5月《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第三段规定:行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷,实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的,一般不认定为寻衅滋事,但经有关部门批评制止或者处理处罚后,继续实施前列行为,破坏社会秩序的除外。

#### 参考文献:

- [1]张明楷.刑法学[M].第5版.北京:法律出版社,2016.
- [2]陈兴良.寻衅滋事罪的法教义学形象——以起哄闹事为中心展开[J].中国法学,2015,(3).
- [3]李勇.论寻衅滋事罪的性质、特征及相近罪名之界限[J].刑事司法指南,2009,(3).
- [4]张明楷.寻衅滋事罪探究[J].政治与法律,2008,(2).
- [5]戴羽,汪耕云.浅谈“随意殴打型”寻衅滋事罪之界定[J].法制与经济,2011,(11).
- [6]王蓉.浅析寻衅滋事罪中的“随意殴打他人——从肖传国案说起”[J].西昌学院学报(社会科学版),2011,(4).
- [7]陈兴良.教义刑法学[M].2版.北京:中国人民大学出版社,2014.
- [8]徐剑锋.殴打型寻衅滋事罪与故意伤害罪的边界甄别[J].中国检察官,2015,(8).
- [9]何庆仁.寻衅滋事罪研究[J].中国刑事法杂志,2003,(4).
- [10]黄华生.随意殴打型寻衅滋事罪司法认定之实证分析[J].社会科学家,2015,(6).
- [11]高维俭,余萍.“强拿硬要”的寻衅滋事与抢劫的区分与构建——以少年司法为视野[J].河北法学,2016,(1).
- [12]聂立泽,胡洋.寻衅滋事罪与故意伤害罪之关系新探[J].政治与法律,2011,(3).

[责任编辑:苏雪梅]