

# 互殴与正当防卫的区分研究

潘 豪

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年9月11日; 录用日期: 2023年9月21日; 发布日期: 2023年11月27日

## 摘 要

互殴是双方带着伤害故意所实施的不法侵害行为, 互殴中双方存在斗殴意图, 而正当防卫中是排除斗殴意图的, 故而斗殴与防卫二者是相互排斥的关系, 这在理论上并无争议。然而在司法实践中, 大量本应作为正当防卫处理的案件被错误地认定为互殴, 其原因在于一方面司法实践中对于斗殴意图的界定存在错误, 将案件中先出手的一方认定为具有斗殴意图是片面的做法, 进而导致案件事实的错误认定。另一方面是办案机关为了快速结案而错误地认定案件事实。因此, 对互殴概念进行反思尤为重要, 斗殴意图是指在逞凶斗狠、寻求刺激等心理的驱使下主动挑起斗殴的心理态度。对双方行为是否属于斗殴, 首先应判断事先是否存在斗殴意图, 若不存在应对其反击行为性质加以确证, 即是否超出了反击的限度, 具有明显的侵害意图。

## 关键词

互殴, 防卫, 斗殴意图, 反击行为

# Research on the Distinction between Brawl and Justifiable Defense

Hao Pan

College of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Sep. 11<sup>th</sup>, 2023; accepted: Sep. 21<sup>st</sup>, 2023; published: Nov. 27<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Brawl is an illegal infringement carried out by both sides with injury intentionally. There is an intention to fight in brawl, while the intention to fight is excluded in justifiable defense, so the relationship between brawl and defense is mutually exclusive, which is not controversial in theory. However, in judicial practice, a large number of cases that should be handled as justifiable defense are wrongly identified as brawl, the reason is that on the one hand, there are errors in the definition of the intention of fighting in judicial practice, and it is one-sided to identify the first party in the case as hav-

ing the intention of fighting, which leads to the wrong identification of the facts of the case. On the other hand, in order to close the case quickly, the case authorities mistakenly identify the facts of the case. Therefore, it is particularly important to reflect on the concept of brawl. The intention of fighting refers to the psychological attitude of taking the initiative to fight under the psychological motivation of fighting ruthlessly and seeking stimulation. Whether the behavior of both sides is a fight, we should first judge whether there is an intention to fight in advance, if there is no need to confirm the nature of its counterattack behavior, that is, whether there is an obvious intention to fight beyond the limit of counterattack.

## Keywords

Brawl, Defense, Intent to Fight, Counterattack Behavior

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

正当防卫是为制止不法侵害而采取的反击行为,存在正当防卫的情形难免会涉及与互殴概念的区分,二者是相互排斥的,某个案件成立互殴,就必须排斥正当防卫的成立,反之亦然。也即是互殴的成立与否直接与案件是否成立正当防卫相关联,本文将探讨二者之间如何能够走出混淆的迷雾,何种情形成立斗殴,何种情形成立防卫,采取具有可操作性的路径对二者进行区分。

## 2. 研究现状

关于互殴,所争议者,主要在于是否排除正当防卫的问题上。在刑法理论上,互殴是指参与者在其主观上的不法侵害故意的支配下,客观上所实施的连续的互相侵害的行为。因此,对于互殴主要是从不具有防卫意图的角度排除其防卫性[1]。也即互殴与防卫的区分中,防卫行为是从其不具有斗殴意图来排除其斗殴性质,司法实践中法院通常将此类行为认定为互殴或者防卫过当,造成这种情形的原因学界有着不同的看法。造成这种现象的根本原因是,我国学界在讨论互殴与正当防卫的关系之前,没有正确界定互殴的概念,以至于互殴的认定一开始就产生了严重偏差。邹兵建关于互殴的概念[2],学界存在以下不同表述:1)互殴是指双方以侵害对方的故意而互相侵害的行为[3];2)互殴是指双方都出于侵害对方的非法意图而发生的互相侵害的行为[4];3)互殴是指双方参与者各自出于向对方实施不法侵害的故意而互相侵害对方的情形[5];4)互殴是指参与者在其主观上的不法侵害故意的故意在,客观上所实施的连续的互相侵害的行为[6];5)互殴是指各方参与者在不法侵害意思的支配下,实施具有连续性的互相侵害行为[7];可以看到以上关于互殴的表述尽管在形式上具有不同,但其实质上内容是基本一致的,也即,互殴就是主观上的伤害故意所支配的客观伤害行为。应该说,传统的互殴概念对于区分互殴与防卫是比较模糊的,在司法实践中可操作性弱,其原因在于对于伤害故意的认定很难具体把握。因此,需要对二者的关系在理论上进一步探讨。

## 3. 行为与斗殴意图

### 3.1. 事先存在斗殴意图的情形

毋庸置疑,无论是在互殴,还是正当防卫的案件中,都存在着先动手一方与后动手一方,也即是,

二者在客观上的行为都是一致的,对于互殴与防卫的区分,只得从其主观上是否具有斗殴意图加以区分。对于互殴,双方都存在着斗殴意图,包括当事人在斗殴之前对对方就抱有侵害意图,通常是双方因其他矛盾在心中积怨已久。另一种情形是斗殴双方并未事先存在斗殴意图,而是斗殴意图与行为先后紧密发生。对于二者将分别进行讨论。

“姜方平故意伤害案”<sup>1</sup>中姜方平因得知与其有过纠纷的郑水良持铁棍向其父挑衅后,前往郑家滋事,因郑不在家,便返回,在途中找到一把菜刀携带于身。之后郑追赶上姜方平并持铁棍打姜方平,姜持菜刀与其对打,持菜刀砍伤郑左手腕关节,姜被随后赶到的郑的女儿砍伤,经鉴定郑受轻伤。对于该案,陈兴良教授从本案中总结出下列规则:“基于斗殴故意实施的反击行为,不能认定为正当防卫”[1]。即该案中,姜方平先前上门企图滋事的行为表现出姜方平事先就具有不法侵害的故意,也即是具有斗殴意图,因此姜方平随后对郑的侵害行为的反击排除了正当防卫,二者之间属于互殴。但也应该注意对于双方事先是否存在斗殴意图应当如何认定?是否应将双方因事先存在纠纷而对对方抱有怨气的情形认定为存在斗殴意图,假设这样的情形:甲是一杂货店的店主,乙是附近的住户,乙在一次买香烟时故意少给10元被甲发现,双方因此产生争执,甲便打了乙一耳光。乙并未还手,但此后心生怨恨,在两年后一次酒后持刀前往甲的店铺滋事,乙持刀将甲追至店铺外,甲在路边拾得一铁棍予以反击,双方皆负轻伤。对于此种情形,若不考虑双方当事人过往纠纷,显而易见,甲的反击行为属于典型的正当防卫,而乙的行为则应当被认定为故意杀人未遂或至少为故意伤害。而当考虑了双方当事人之前存在纠纷的因素是否就要排除店主甲的防卫意图,转而认定其具有斗殴意图?笔者认为在上述假设案例中,甲仍然成立正当防卫,双方不属于斗殴。理由是,不能将双方事先的纠纷认定为一方的防卫挑拨进而认定为具有斗殴意图,例如不能因为甲打耳光的行为,导致乙在两年后持刀上门追砍,因而将其认定为互殴,否定其防卫性质。故笔者认为,行为人存在斗殴意图的表现,必须体现于行为人积极地在伤害故意的支配下实施不法侵害行为,换言之,应将行为双方事先的纠纷与双方的打斗行为加以独立评判,不能认为二者之间具有绝对的因果关系。

### 3.2. 行为与斗殴意图相伴产生的情形

在双方事先存在斗殴意图的情形下,谁先动手,谁后动手的问题对于互殴的认定并无障碍,无论动手的先后,此种情形都应当被认定为互殴。然而,在双方事先没有斗殴意图的情形下,谁先动手谁后动手对于互殴与防卫的界分就显得尤为重要,其实质也仍然是对于谁先产生斗殴意图的区分。在司法实践中,对他人不法侵害行为的反击被认为是互殴,这种认定是极为轻率的。并不是互相打斗的行为就是互殴,在双方不存在事先的斗殴意图的情况下,对于不法侵害行为的反击行为应当肯定其防卫性质,而不可认定为互殴。司法实践中,为何常常有将本应具有防卫性质的案件认定为互殴案件,笔者认为,一方面对于轻微案件,办案机关追求办案效率,为了快速结案,以双方均受伤为由而认定为互殴。另一方面,对于情节严重的案件,如造成不法侵害方重伤或者死亡的案件,检察机关通常秉持大案、命案必追究的理念而指控反击方故意伤害或故意杀人,否定其反击行为的防卫性质。因此,对于一方在斗殴意图支配下所实施的不法侵害行为的反击行为,不能认定为互殴。

## 4. 反击行为

### 4.1. 反击行为的限度

在双方事先具有斗殴意图的情形下,无论动手的先后都属于互殴,此种情况下讨论反击行为强度对于认定行为的性质并无价值。然而在双方事先无斗殴意图时,一方先动手,一方予以反击的情形下,司

<sup>1</sup>浙江省衢州市柯城区人民法院(2002)衢柯刑初101号。

法实践中很难认定是互殴还是防卫。对此种情形，笔者认为应当从以下几个方面进行考察分析：

第一，反击方的反击原因是否合法，在正当防卫中，是合法对不合法，在互殴当中，互殴双方都属于不法行为，二者都是不合法的。斗殴无防卫，在聚众斗殴中，斗殴双方都是出于不合法的原因而互殴，所以不能得到法律的保护。而正当防卫中反击的一方是出于保护国家、社会、他人、自己的合法权益不受侵害而被动阻止不法侵害。反击原因的合法与否，是互殴与防卫二者的一个不同点。因此，反击方的反击原因是否合法应当作为区分斗殴与防卫的一个考量因素。

第二，反击的时间是否恰当，在正当防卫中，即便其反击是出于保护合法权益，但反击的时间也应该受到限制，防卫行为必须是发生在不法侵害发生时，即便不是同时发生，间隔时间也不应太长，否则会阻却其防卫性质，其反击行为就属于事后防卫。因此，在一方不法侵害结束后，对侵害方的“反击行为”应否认其防卫性质，不被认定为正当防卫。

第三，反击行为的相当性，若反击行为的起因是合法的，反击时间也是恰当的，此时应当进一步考虑反击行为的相当性。尽管反击方是被动的一方，其反击行为是为了保护自己的合法权益，刑法对反击方处于不法侵害情形下反击手段的使用并不严苛，允许使用足以制止不法侵害的任何手段。但对于足以制止不法侵害的手段应加以限制，否则会出现对轻微的不法侵害加以强烈的反击手段。因此，反击方的反击行为如果具有明显的超过制止不法侵害的加害意图，则应当认定为互殴，抑或至少认定为防卫过当。

#### 4.2. 事先准备工具的反击行为

上文已经讨论过在双方事先具有斗殴意图的情形下，无论谁先动手，都要认定为互殴，实践中不乏一方知晓他人即将对自己实施侵害，为此而准备了防御工具，因此在发生打斗行为后被认定为互殴，也就是事先准备防御工具被认为是具有斗殴意图的表现。是否事先准备工具就应视为其具有斗殴意图呢？笔者认为，事先准备工具的行为不能够认定为具有斗殴意图，理由是，事先准备工具的一方实际是处于消极被动的处境，其准备工具的行为不具有任何的不法侵害性，其准备工具只是为了被动防御，准备工具的行为不能认为具有积极的加害意思。刑法允许人们在遭受不法侵害时采用积极的手段制止不法侵害，而实践中对于准备工具使自己免受侵害的行为却武断地认定为具有侵害意图，不可否认存在故意示弱并准备工具，实则为了实施具有加害意思的反击行为，但不能以偏概全，对此类情形一律视作具有斗殴意图处理。因此，对事先准备工具的反击行为，首先不能否定其防卫性，其次，应当进一步对其准备工具的反击行为加以分析，是否超出了反击的限度，具有明显的侵害意图，才能有效地对互殴与防卫加以区分。

### 5. 从刑事诉讼构造视角看互殴与防卫实践难题

我国《刑事诉讼法》第七条规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责、互相配合、互相制约，以保证准确有效地执行法律。我国刑事司法体制逐步形成了三个国家机关“流水线作业”的诉讼构造。这种诉讼构造的特点主要有：在案件事实认定方面，形成了侦查中心主义的诉讼构造<sup>[8]</sup>。具体而言，在刑事诉讼过程中，侦查机关对于案件所形成的侦查结论，会对法院的最终判决产生决定性的影响。在司法实践中，互殴与防卫的认定难题一部分是由于理论上对二者的区分存在争议，另一部分原因是由于法院受到来自侦查机关案卷材料的引导，法院的审理流于形式，成为了对检察机关指控的确认。实践中造成互殴与防卫成为热议的话题其原因是多方面的，仅仅将目光聚焦于理论上的研究，是不足以解决问题的，因此法庭的审理要尽可能地减少来自侦查机关、检察机关的影响，独立有效地对案件事实进行认定，如要贯彻证据裁判规则，不能仅凭被告人供述就加以定罪，要根据现存的证据对案件事实加以认定，明确区分案件事实和法律事实；其次要实施证人、鉴定人出庭作证制度，我国司法实

践中很少贯彻证人、鉴定人出庭作证制度，导致法庭审理流于形式，检察机关移送的案卷材料很大程度上决定诉讼结果。再者，要严格落实法定最高证明标准，在认罪认罚从宽制度开展期间，有学者就提出对于被告人认罪认罚的轻微刑事案件要降低法定的证明标准，显然，这种看法是不恰当的，降低了某些案件的证明标准，就在一定程度减轻甚至免除了检察机关的法定证明责任，使得法院对于案件事实的查明更加困难，也加剧了实践中互殴与防卫难以界分的情况。同时，要严格落实辩护原则，强化辩护制度，加强控辩双方的平等对抗，以确保兼听则明，这有利于法庭查明案件事实，正确地区分互殴与防卫，避免仅凭侦查机关移送材料而形成诉讼结果。

### 参考文献

- [1] 陈兴良. 互殴与防卫的界限[J]. 法学, 2015(6): 129-137.
- [2] 邹兵建. 互殴概念的反思与重构[J]. 法学评论, 2018, 36(3): 171-183.
- [3] 马克昌, 主编. 犯罪通论[M]. 第3版. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 748.
- [4] 高铭暄, 马克昌, 主编. 刑法学[M]. 第7版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 131.
- [5] 周光权. 刑法总论[M]. 第3版. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 207.
- [6] 曲新久. 刑法学原理[M]. 第2版. 北京: 高等教育出版社, 2014: 107.
- [7] 黎宏. 刑法学总论[M]. 第2版. 北京: 法律出版社, 2016: 134.
- [8] 陈瑞华. 刑事诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 173.