

北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库

赵秉志 总主编

寻衅滋事罪 专题整理

赵秉志 彭新林 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库

赵秉志 总主编

寻衅滋事罪 专题整理

赵秉志 彭新林 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

寻衅滋事罪专题整理 / 赵秉志, 彭新林编著. —北京: 中国法制出版社,
2016.4

(刑法学研究总整理文库)

ISBN 978-7-5093-7071-1

I . ① 寻… II . ① 赵… ② 彭… III . ① 刑事犯罪—研究—中国

IV . ① D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 286293 号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 程慧琳

封面设计: 杨泽江

寻衅滋事罪专题整理

XUNXINZISHIZUIZHUANTIZHENGLI

编著 / 赵秉志 彭新林

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 960 毫米 16

印张 / 16.25 字数 / 345 千

版次 / 2016 年 4 月第 1 版

2016 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7071-1

定价: 58.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66010406

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库

编委会

学术顾问

高铭暄 王作富 储槐植

主任

赵秉志

副主任

卢建平

编委 (按姓氏音序排列)

黄 风 刘志伟 王秀梅
王志祥 吴宗宪 阴建峰
张远煌 左坚卫

刑法学研究总整理文库

总序

新中国刑法学在新中国成立初期创建之后，虽然曾因政治运动出现过一段时间的停滞，但在党的十一届三中全会后开始复苏，并逐步走上繁荣发展的道路。尤其是晚近 20 多年来，刑法学研究更是突飞猛进，成果迭出，成绩斐然，从而成为公认的我国法学领域最为发达的主要学科之一。在新中国刑法学创建以来的近 60 年间，共出版著作近 3000 多部，发表论文数万篇。面对如此丰硕的研究成果，总结其成就，反思其得失，从而为刑法学的进一步开拓发展提供导向，显得异常迫切。这就需要加强对数十年来刑法学研究成果的系统整理，将体现刑法学发展和具有重要学术价值的代表性研究成果，从发表在数以百计的报刊杂志和文集上的浩如烟海的论文中精选出来按照专题汇集成册，从而为今人的学习和研究提供便利，也为后世保留有代表性的研究资料。

以高铭暄、赵秉志教授为首的北京师范大学刑事法律科学研究院的刑法学研究团队，在潜心刑法理论的同时，历来都非常重视刑法学研究资料的整理和荟集，多年来在这方面曾推出了数部非常有影响的学术资料荟萃书籍。如《新中国刑法学研究综述（1949—1986）》（高铭暄主编，河南人民出版社 1986 年版）、《刑法修改研究综述》（赵秉志主编，中国人民公安大学出版社 1990 年版）、《刑法争议问题研究》（赵秉志主编，河南人民出版社 1996 年版）、《新中国刑法学研究历程》（高铭暄、赵秉志编著，中国方正出版社 1999 年版）、《新中国刑法学五十年》（高铭暄、赵秉志主编，中国方正出版社 2000 年版）、《刑法学的新动向》（刘志伟主编，中国人民公安大学出版社 2005、2006 年版）等。“删繁就简三秋树，领异标新二月花”，这些书籍简明扼要地概括了中国刑法学理论研究的实际状况，反映出刑法学理论研究的最新动态，揭示了刑法学术研究的前沿问题，既为刑法学理论研究提供了资料方面的便利，免除了研究者披沙拣金、查找适合资料这一穷经皓首的辛苦，又荟集各家学说，避免了研究者冥思苦想的观点却是前人已有之说的无谓劳动，从而有利于激发研究者的学术思想火花。

为承袭前述著作的成功经验，荟集近年刑法学术的前沿论述，赵秉志教授等学者在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，即曾酝酿编撰一套系统整理新中国成立以来刑法学研究成果的著作，但因故未能付诸实施。2005 年 8 月，赵秉志教授、卢建平教授等数位学者首批加入北京师范大学并创建了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。随后，经

过多次研究和论证，决定组织精干队伍，编撰出版“刑法学研究总整理文库”。该套文库将刑法学各个重要问题的有关内容分别编辑成册，系集专题述评、代表性论文精选、研究论著索引为一体的大型学术工具书。它既是全面展示新中国刑法学研究成果的重要窗口，也是刑法学研究者、学习者从事刑法学研究和学习的捷径，还将为刑事法实务工作者集中提供权威或有价值的指导或参考。为保证本文库高质量地及时出版，北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究团队给予了高度的重视，精诚团结，投入了大量的时间和精力。聘请了研究院名誉院长高铭喧教授、研究院特聘顾问教授王作富、储槐植先生担任本文库的学术顾问，组成了由院长赵秉志教授担任主任，常务副院长卢建平教授为副主任，黄风教授、张远煌教授、吴宗宪教授、刘志伟教授、王秀梅教授、王志祥教授、左坚卫教授、阴建峰教授为成员的编委会，负责文库的策划、作者的确定以及指导解决编写过程中遇到的重要问题。设立由刘志伟教授兼任主任，副教授黄晓亮博士、张磊博士为副主任，副教授刘科博士、副教授袁彬博士、讲师李山河博士、副教授苏明月博士、副教授蒋娜博士、副教授周振杰博士为成员的编辑部，负责协调有关编辑与出版事宜。文库的编写队伍主要由北京师范大学刑事法律科学研究院的研究人员和部分博士后、博士生组成。其每一册均由对相应专题有研究专长或研究兴趣的教师、博士生或近年毕业的博士担任编著者。基于各位编著者、审定者的辛勤工作，目前“刑法学研究总整理文库”已有三十余本付梓问世，成为刑法学理论研究的重要参考，受到了刑法学界诸多专家学者以及读者朋友的热烈欢迎与好评。我们将以此为动力，一如既往地勤勉工作，不断推出高质量的专题整理作品。

最后，需要说明的是，北京师范大学刑事法律科学研究院“刑法学研究总整理文库”是以公开发表的论文和出版的著作作为基础编写而成的，没有广大论文与著作原作者的辛勤劳动，就不会有本书的问世，在此向他们表示衷心的感谢与崇高的敬意；受编写者的学术素养、概括与总结能力以及编写和出版时间等因素的限制，书中“研究述评”部分对论著原作者观点的概括和介绍难免有不准确、不妥当之处，尚祈广大作者和读者谅解。书中“代表性论文精选”部分是编著者经过认真比较后选取的有关各专题的有学术见解和参考价值的代表性论文。基于尊重作者的著作权之考虑，凡入选论文都要求编写者征得作者的同意，但难免有少数确有入选价值的论文因与作者不易联系而未联系上，尚祈有关作者见谅并能及时与编者或文库编辑部联系，以便请教与赠书。同时，也欢迎广大读者多提宝贵意见，以便我们在今后的编写修订工作中不断改进。

北京师范大学刑事法律科学研究院
《刑法学研究总整理文库》编委会

2006年12月撰

2015年9月四次修订

目 录

上编 研究述评

第一章	寻衅滋事罪的研究概况	3
一、	萌芽阶段 (1997 年以前)	3
二、	发展阶段 (1997 年至 2011 年)	5
三、	繁荣阶段 (2011 年至今)	7
第二章	寻衅滋事罪主要争议问题要览	10
一、	寻衅滋事罪与流氓罪司法适用中的关系问题	10
二、	寻衅滋事罪的客体问题	14
三、	寻衅滋事罪的客观方面问题	15
四、	寻衅滋事罪的主体问题	26
五、	寻衅滋事罪的主观方面问题	27
六、	寻衅滋事致人重伤、死亡的认定问题	30
七、	寻衅滋事罪与相关犯罪的界限问题	33
八、	寻衅滋事罪司法解释的理解与适用问题	42
九、	寻衅滋事罪的立法完善问题	45
十、	网络寻衅滋事犯罪问题	48
十一、	寻衅滋事罪的程序法问题	50
第三章	寻衅滋事罪研究的简要评论	52
一、	研究特色	52
二、	研究成就	53
三、	研究缺憾	55

下编 代表性论文精选

寻衅滋事罪若干疑难问题探讨	高铭暄 梁 健	59
---------------------	---------	----

面对“口袋罪”，要牢记罪刑法定原则	赵秉志	64
寻衅滋事罪的法教义学形象：以起哄闹事为中心展开	陈兴良	66
寻衅滋事罪探究	张明楷	85
寻衅滋事罪研究	何庆仁	106
口袋罪视域下的寻衅滋事罪研究	张 训	115
随意殴打型寻衅滋事罪研究	刘红艳	126
寻衅滋事罪规范内的追问与规范外的反思		
——以随意殴打型切入分析	樊华中	135
事出有因也能构成寻衅滋事罪	邵宏生	141
寻衅滋事罪在司法适用中的若干疑难问题	汤晓慰	143
寻衅滋事罪司法困境之评析	张 维 黄佳宇	149
试论寻衅滋事致人重伤、死亡的定罪问题	冯英菊	154
寻衅滋事罪与故意伤害罪之关系新探	聂立泽 胡 洋	160
寻衅滋事罪与故意伤害罪比较研究		
——以方玄昌、方舟子被袭案为切入点	潘庸鲁	168
规范与政策：寻衅滋事与故意伤害的二重区分		
——以 20 个公检法争议案件为切入	关振海	176
寻衅滋事罪与抢劫罪之界限探析	谢锡美 张志军	186
寻衅滋事罪立法规定质疑	梁 剑 叶良芳	192
论寻衅滋事罪的合理定位	杜启新 安文录	199
刑事政策下的寻衅滋事罪立法及其完善		
——以《中华人民共和国刑法修正案（八）草案》为视角	徐 岱 张 维	204
寻衅滋事罪废止论	王良顺	212
网络寻衅滋事的理解与适用	曾粤兴	220
利用信息网络实施寻衅滋事犯罪若干问题探析	张向东	231
附 录 论著索引		237

上编 研究述评

第一章 寻衅滋事罪的研究概况

寻衅滋事罪是1997年刑法典修订时，从1979年刑法典第160条规定的流氓罪中分解而来的新罪名。1997年刑法典第293条规定了寻衅滋事罪。根据1997年刑法典第293条的规定，有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制：（1）随意殴打他人，情节恶劣的；（2）追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；（3）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；（4）在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的。2011年2月25日，第11届全国人大常委会第19次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》第42条对1997年刑法典第293条进行了修订。本次修订，一是增设了第2款，即规定“纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处5年以上10年以下有期徒刑，可以并处罚金”。二是在原第1条第2项中增加了“恐吓他人”的规定。总的来说，我国刑法学界对寻衅滋事罪的关注和研究，也大体与寻衅滋事罪的立法渊源及其演变同步，经历了一个从探索起步到逐渐繁荣的过程。据粗略统计，自1997年刑法典规定寻衅滋事罪至今的17年间，我国刑法学界全面专题研究寻衅滋事罪的专著仅1部（当然，有数部刑法教科书、著作中有部分内容对寻衅滋事罪的犯罪构成要件、理解适用、司法认定、立法完善、典型案例分析等问题进行了探讨）。此外，从中国知网数据库（CNKI）收录的论著情况看，这17年间，以寻衅滋事罪及其相关问题为题目的硕士学位论文有50余篇（没有检索到以此为题的博士学位论文），在期刊上公开发表的相关学术论文有140余篇；在报纸上公开刊载的有关寻衅滋事罪及其相关问题和案例的报道有130余篇（2000—2014）。从寻衅滋事罪的研究状况和深入程度来看，大致可以以1997年刑法典修订、2011年《刑法修正案（八）》颁布为分界点，将我国刑法学界对寻衅滋事罪及其相关问题的研究历程分为萌芽、发展和繁荣三个阶段。

一、萌芽阶段（1997年以前）

我国现行刑法典中的寻衅滋事罪脱胎于1979年刑法典中的流氓罪，及至1997年刑法典修订，才正式在立法条文中规定寻衅滋事罪。在此之前的寻衅滋事犯罪行为，都是以流氓罪进行定罪科刑的。1979年刑法典第160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，处七年以下有期徒刑、拘役或者管

制。流氓集团的首要分子，处七年以上有期徒刑。”寻衅滋事只是流氓罪客观方面的行为方式之一，除此之外，流氓罪的行为方式还包括聚众斗殴、侮辱妇女或者其他流氓活动。从中国知网数据库（CNKI）收录的期刊论文情况看，在1981—2014年间，探讨流氓罪及其相关问题和案例的学术论文有50余篇，相关硕士论文^①屈指可数，基本都是发表在1997年（含）流氓罪罪名被取消以前，而其中对寻衅滋事型流氓犯罪问题进行探讨的论文和案例分析文章才10余篇。具体来说，我国刑法学界最早探讨寻衅滋事型流氓犯罪问题的文章是张斌生发表在《法学》1982年第3期上的《对许××不构成流氓罪的辩护》，该文篇幅较短，主要是对一涉嫌寻衅滋事型流氓犯罪的典型案例进行的法理分析。在此后的时间里，陆续有对寻衅滋事型流氓犯罪问题及案例进行研究的相关论文公开发表。如欧阳涛发表在《人民司法》1982年第11期上的《关于流氓罪的几个问题》，成兴茂在《法学杂志》1983年第2期上的《这种行为构成流氓罪吗？》，等等。特别是《法学杂志》1984年第3期刊发了一组专门探讨寻衅滋事型流氓犯罪典型案例分析的论文，包括陈平的《他们的行为已构成流氓罪》、周景盛和金效兴的《这种行为已构成流氓罪》、林建华的《郭×的行为不构成流氓罪》，在学术界产生了较好的影响。除此之外，这一阶段的代表性论文，还有肇志新发表在《法学杂志》1985年第1期上的《刘某等人的行为应定流氓罪》；贺恒杨发表在《法学杂志》1985年第1期上的《刘某等人的行为已构成流氓罪和故意杀人罪》；韩云和陆进达发表在《法学》1986年第10期上的《高宜均的行为构成流氓罪吗？》；张必佑发表在《人民司法》1990年第8期上的《审理寻衅滋事流氓犯罪案件应注意的几个问题》；吴一鸣发表在《人民司法》1990年第12期上的《敲诈勒索罪？流氓罪？抢劫罪？》；周骏如发表在《法学》1992年第6期上的《青少年寻衅滋事兼有暴力索财行为的定性》；张必佑发表在《人民司法》1993年第2期上的《对认定强索硬拿型流氓罪的几点看法》等。

从上述有关成果来看，这一阶段刑法学界对寻衅滋事犯罪及相关问题的研究，主要有两个特点：第一，基于立法及时代背景的原因，刑法学界都是在流氓罪的范畴内研讨寻衅滋事犯罪及其相关问题，没有见到专门探讨寻衅滋事罪的学术论文；第二，侧重于结合典型案例对寻衅滋事型流氓犯罪进行法理分析，如对寻衅滋事型流氓犯罪的罪与非罪的界分、此罪与彼罪的区别、司法如何认定等问题进行研究的成果较多，而建议将寻衅滋事犯罪行为单独成罪的文章不多。应当说，尽管这些成果对寻衅滋事犯罪及相关问题的研究涉及的范围和内容非常有限，还只是处在萌芽和初步探索阶段，但这一阶段学者们的理论研讨为以后深入开展寻衅滋事罪的研究奠定了基础。

^① 1988年，张智辉教授以其硕士论文为基础增订出版了我国第一本以流氓罪为主题的专著《我国刑法中的流氓罪》（群众出版社1988年版）。

二、发展阶段（1997年至2011年）

从1997年刑法典规定寻衅滋事罪至2011年2月《刑法修正案（八）》通过，我国刑法学界对寻衅滋事罪的研究进入了一个崭新的阶段。相比于前一阶段，此阶段有关的研究成果无论是数量还是质量都有了质的飞跃，取得了显著发展。据粗略统计，中国知网数据库（CNKI）收录的以寻衅滋事罪及其相关问题为题的硕士学位论文有20余篇，公开发表的学术论文和报纸文章各有80余篇，另外在数部学术著作、案例教程、刑法教科书中对寻衅滋事罪的相关问题进行了研讨和阐述。

综观本阶段我国刑法学界对寻衅滋事罪问题的研究，其研究的重点内容和主要方向，大致可以归纳为以下几个方面：

一是关于寻衅滋事罪构成要件的理解与适用。代表性的论文如何庆仁的《寻衅滋事罪研究》（载《中国刑事法杂志》2003年第4期）；范大平和窦德长的《论寻衅滋事罪的限制性条件》（载《江苏社会科学》2006年第2期）；张明楷的《寻衅滋事罪探究》（载《政治与法律》2008年第1—2期）；郭泰峰的《寻衅滋事罪的构成特征及司法认定》（载《黄石理工学院学报（人文社科版）》2009年第2期）；白瑜的《寻衅滋事之主观要素问题探析》[载《法制与经济》（中下旬）2010年第6期]；钟丽和范豫的《寻衅滋事罪探析》（载《湘潮》2010年第10期）等。

二是关于寻衅滋事罪的司法认定。代表性的论文如冯英菊的《试论寻衅滋事致人重伤、死亡的定罪问题》（载《人民检察》1998年第8期）；斯晓健的《是寻衅滋事还是抢劫》（载《人民检察》2000年第6期）；汤晓慰的《寻衅滋事罪司法适用探析》（载《人民检察》2002年第8期）；谢锡美和张志军的《寻衅滋事罪与抢劫罪之界限探析》（载《政治与法律》2004年第1期）；宋峰和曹红卫的《试论寻衅滋事犯罪的司法认定》（载《北京人民警察学院学报》2004年第4期）；童颖颖的《寻衅滋事罪的司法认定》（载《经济与社会发展》2004年第11期）；曾红珍和何欣玲的《寻衅滋事中“随意殴打他人”如何认定》（载《检察实践》2005年第3期）；高铭暄和梁健的《寻衅滋事罪若干疑难问题探讨》（载《人民司法》2008年第17期）；史社军的《论寻衅滋事罪在实践中的认定》（载《北京人民警察学院学报》2009年第1期）；蒋景好等人的《寻衅滋事造成不同伤亡后果的定性》（载《人民司法》2010年第6期）；徐立明和周波的《寻衅滋事罪与聚众斗殴罪的区分》（载《人民司法》2010年第8期）等。

三是关于寻衅滋事罪的立法完善。代表性的论文如霍忠华等人的《浅谈寻衅滋事罪的立法缺陷》（载《检察实践》2000年第4期）；周玉都等人的《严惩寻衅滋事犯罪有待完善立法》（载《检察实践》2002年第1期）；梁剑和叶良芳的《寻衅滋事罪立法规定质疑》（载《政治与法律》2003年第6期）；杜启新和安文录的《论寻衅滋事罪的合理定位》（载《政治与法律》2004年第2期）；周军的《将寻衅滋事罪分解的可行性探究》

(载《天津市政法管理干部学院学报》2004年第3期);王良顺的《寻衅滋事罪废止论》(载《法商研究》2005年第4期);张维和黄佳宇的《寻衅滋事罪独立品格的反思》(载长春市委党校学报》2010年第5期)等。

四是关于寻衅滋事罪的证明和程序问题。代表性论文如周淮江的《当前检察机关办理寻衅滋事案件时遇到的“四大”问题》(载《检察实践》1999年第2期);叶君的《论寻衅滋事罪的证明》(载《江苏广播电视大学学报》2005年第4期);孙道宁的《寻衅滋事犯罪的认定与案件侦查》(载《河北公安警察职业学院学报》2012年第3期)等。

五是关于寻衅滋事罪的典型案例分析。代表性论文如董常青的《多人寻衅滋事,一人直接致人死亡如何确定罪责?》(载《人民检察》2002年第3期);张本勇和赵运锋的《法官如何正确行使刑法适用解释权——寇平寻衅滋事案定性研究》(载《华东刑事司法评论》2004年第2期);王振华的《是抢劫还是寻衅滋事?》(载《党政干部学刊》2005年第3期);郭旭强的《针对特定群体的伤害行为是否宜定寻衅滋事罪》(载《中国检察官》2006年第7期);上海市杨浦区人民检察院未检科撰写的《褚某某等人寻衅滋事案:刑事和解在侵犯公共利益犯罪中的适用及阶段选择》(载《青少年犯罪问题》2007年第4期);龙锦华和莫文骏的《对2005年以来横县辖区内寻衅滋事案件的调查分析》(载《法制与经济(上旬)》2008年第12期);张仁杰的《赵某的行为成立放火罪还是寻衅滋事罪》(载《中国检察官》2010年第22期);潘庸鲁的《寻衅滋事罪与故意伤害罪比较研究——以方玄昌、方舟子被袭案为切入点》(载《法律适用》2011年第2期)等。

仔细分析,不难发现,此阶段我国刑法学界对寻衅滋事罪的研究,也呈现出以下两个特点:第一,对寻衅滋事罪的研究渐趋全面和深入。由于1997年刑法典取消了流氓罪罪名,从其中分离出了寻衅滋事罪,这为寻衅滋事罪的理论研究提供了立法基础和重要条件。这一阶段跨度长达14年,我国刑法学界对寻衅滋事罪的研究摆脱了萌芽或者蜻蜓点水的状态,研究不断深入和全面,相关成果基本涉及了该罪的方方面面,包括寻衅滋事罪法条及相关司法解释的理解与适用、寻衅滋事罪构成要件的解析,寻衅滋事罪的司法认定和案例分析、寻衅滋事罪的立法缺陷及完善建言、寻衅滋事罪的存废问题研讨等。而且不少学者对寻衅滋事罪相关问题的研究非常深入,推出了一些有分量的科研成果,如何庆仁撰著的《寻衅滋事罪研究》(载《中国刑事法杂志》2003年第4期)和张明楷撰著的《寻衅滋事罪探究》(载《政治与法律》2008年第1—2期)等成果,既有深入的理论分析也有对实践的冷静思考,提出了不少有价值的见解和观点,这些成果都大大促进了寻衅滋事罪及相关问题理论研究的深入开展。第二,研究成果较为丰硕,但仍有所侧重。从这一阶段公开发表的学术论文、报纸文章和硕士论文数量即可看出,刑法学界对寻衅滋事罪问题的研究呈现出蓬勃的发展态势。但需要强调的是,这一阶段对寻衅滋事罪的研究仍有所侧重,研究的重点集中在寻衅滋事罪的司法认定和构成要件问题上。这主要是因为1997年刑法典规定寻衅滋事罪以后,贯彻实施新刑法典,准确阐释该罪的构成要件和正确进行司

法认定成了司法实践中比较迫切的任务,需要理论上有力指导和论证,从而裨益于司法实践。

三、繁荣阶段(2011年至今)

2011年2月全国人大常委会通过的《刑法修正案(八)》第42条对寻衅滋事罪法条作了重要修改,在其后的2013年7月和9月,“两高”又先后联合颁布了《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》、《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。伴随着《刑法修正案(八)》的出台和相关司法解释的颁布,在前一阶段理论探索和积淀的基础上,我国刑法学界对寻衅滋事罪的研究也呈现出繁荣的景象,相关学术成果大量涌现,研究广度和深度相比于前一阶段都有较大的突破。据粗略统计,这一阶段专门研究寻衅滋事罪问题的著作有3部^①,以此为题的博士论文1篇^②,相关硕士论文50余篇,公开发表的相关学术论文120余篇,报纸文章60余篇。

综观这一阶段研究的范围和重点内容,主要涉及以下几个方面:

一是关于《刑法修正案(八)》对寻衅滋事罪的修改和相关司法解释。代表性论文如潘志勇等人的《谈〈刑法修正案(八)〉关于寻衅滋事罪的修改》(载《法制与经济》2011年第11期);杨海涛的《从刑法修正案(八)看寻衅滋事罪共同犯罪人的责任问题》(载《法制与经济》2012年第3期);陈国庆等人的《〈关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释〉理解与适用》(载《人民检察》2013年第20期);周加海等人的《〈关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释〉理解与适用》(载《人民司法》2012年第23期);孟庆华和夏娜的《寻衅滋事罪司法解释若干条款的理解适用探析》(载《江西科技师范大学学报》2014年第1期);王霖的《寻衅滋事罪司法适用的限定——以最高法相关司法解释为视角》(载《云南警官学院学报》2014年第2期);柯胜的《寻衅滋事罪的理解和适用探讨——兼评两高〈关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释〉》(载《法制博览》2014年第7期)等。

二是关于网络寻衅滋事犯罪问题。代表性论文如张向东的《利用信息网络实施寻衅滋事犯罪若干问题探析》(载《法律适用》2013年第11期);曾粤兴的《网络寻衅滋事的理解与适用》(载《河南财经政法大学学报》2014年第2期);肖智敏的《试议网络寻衅滋事的特征及其在实践中的应用》(载《法制博览》2014年第5期);贾阳的《希望不再出现第二个“秦火火”》(载《检察日报》2014年4月12日);周斌和刘子阳的《境外网站“爆料人”向南夫涉嫌寻衅滋事罪被刑拘》(载《法制日报》2014年5月13日)等。

① 分别是:孟庆华、马章民主编:《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》,中国检察出版社2014年版;孟庆华著:《寻衅滋事罪的理论与实践》,人民出版社2014年版;赵秉志主编:《寻衅滋事的罪与罚》,北京大学出版社2015年版。

② 张维:《寻衅滋事罪问题研究》,吉林大学2012年博士学位论文。

三是关于随意殴打型寻衅滋事罪问题。代表性论文如胡莎的《论随意殴打他人型的寻衅滋事罪》(载《法制与社会》2011年第5期);戴羽和汪耕云的《浅谈“随意殴打”型寻衅滋事罪之界定》(载《法制与经济》2011年第11期);黄佳的《随意殴打他人型寻衅滋事行为研究》(载《学理论》2013年第27期);李锦阳和刘瑜的《“随意殴打”型寻衅滋事罪的定罪标准浅探》(载《法制与社会》2013年第12期);刘红艳的《随意殴打型寻衅滋事罪研究》(载《中国刑事法杂志》2014年第1期)等。

四是关于寻衅滋事罪与故意伤害罪的界分问题。代表性论文如聂立泽和胡洋的《寻衅滋事罪与故意伤害罪之关系新探》(载《政治与法律》2011年第3期);高晓峰的《论随意殴打型寻衅滋事与故意伤害之区别》(载《法制与社会》2011年第21期);刘彩慧和邓小健的《寻衅滋事罪和故意伤害罪辨析——从刘某某等人寻衅滋事案为切入点》(载《法制与经济》2011年第12期);关振海的《规范与政策:寻衅滋事与故意伤害的二重区分——以20个公检法争议案件为切入》(载《国家检察官学院学报》2012年第1期);戴慈的《区分随意殴打型寻衅滋事罪与故意伤害罪之司法困境与出路》(载《安徽警官职业学院学报》2012年第2期);潘洪梅和张繁荣的《浅谈“随意殴打型”寻衅滋事罪与故意伤害罪的区分》(载《法制与经济》2013年第10期)等。

五是关于寻衅滋事罪的司法认定问题。尤为值得一提的是,有不少学者结合典型名案或者实证案例对寻衅滋事罪的司法认定等问题进行了研究。如陈兴良的《寻衅滋事罪的法教义学形象:以起哄闹事为中心展开》(载《中国法学》2015年第3期);潘庸鲁的《寻衅滋事罪与故意伤害罪比较研究——以方玄昌、方舟子被袭案为切入点》(载《云南大学学报(法学版)》2011年第3期);潘蟠的《对寻衅滋事罪适用的反思——以温岭虐童案为切入点》(载《法制与社会》2012年第36期);杨新强的《砸车时离开现场是否涉嫌共同寻衅滋事罪》(载《中国检察官》2012年第24期);卢君等人的《“两个当场”情形下寻衅滋事罪的认定——陈建、曾小强寻衅滋事案》(载《法律适用》2012年第11期);张华的《少年抢劫、抢夺、寻衅滋事等罪名之辨——近五年上海二中所辖法院少年抢劫案件实证研究》(载《青少年犯罪问题》2012年第2期)等。此外,还有少数成果探讨了寻衅滋事罪的其他司法认定问题,诸如寻衅滋事致人重伤如何定罪、寻衅滋事罪的司法困境、寻衅滋事罪立案标准的细化以及寻衅滋事罪与抢劫罪、聚众斗殴罪的界限等,在此不一一列举。

从宏观上看,相比于前一阶段,本阶段即最近3年我国刑法学界对寻衅滋事罪的研究,成果纷纭迭出、林林总总,可圈可点之处甚多,呈现出繁荣的态势。具体来说,主要有以下几个特点:第一,研究的方法或角度更加多元。从这一时期产生的相关科研成果情况看,既有传统的典型个案定性剖析,也有在大量实证调研基础上进行的实证分析;既有对相关司法解释的规范分析,也有从法理角度进行的理论思辨;既有结合寻衅滋事罪立法

渊源及演变进行的纵向比较,也有对中外寻衅滋事罪相关立法进行的横向比较。^①第二,研究成果丰硕,研究内容广泛而深入。总的来说,这一阶段我国刑法学界对寻衅滋事罪的研究成果是比较丰硕的,研究成果如雨后春笋般涌现,不仅出现了相关专著和博士论文,而且短短4年多时间,硕士论文就有50余篇,公开发表的相关学术论文就有120余篇;而前一阶段时间跨度长达14年之久,但以此为题的博士论文没有,相关硕士论文才20余篇,公开发表的相关学术论文也只有80余篇。从上述成果数量就不难看出,刑法学界近几年来对寻衅滋事罪的关注度。不仅如此,从研究涉及的范围和触及的领域看,相比于前一阶段,本阶段刑法学界对寻衅滋事罪的研究也达到了一个新的高度,不仅研究了寻衅滋事罪的构成要件、司法认定等传统问题,也研究了网络寻衅滋事等前沿问题;不仅有对寻衅滋事罪的学理探讨,也有对寻衅滋事罪的实证分析。可以说,近几年来我国刑法学界对寻衅滋事罪的整体研究面貌有了大大改观,取得了长足进步。第三,研究成果聚焦寻衅滋事罪热点问题。这一阶段,随着2011年全国人大常委会通过的《刑法修正案(八)》对寻衅滋事罪法条的修改以及“两高”相关司法解释的出台,我国刑法学界对此的研究迅速升温,涌现出了大量相关专题研究成果。如有论著探讨了修订后的刑法典第293条第2款的规定以及恐吓他人型寻衅滋事罪问题,还有不少成果针对“两高”的相关司法解释进行解读,或者对其规定的网络寻衅滋事等热点问题,进行了深入研究。此外,随着社会上“方玄昌、方舟子被袭案”、“温岭虐童案”、“秦火火寻衅滋事案”等寻衅滋事罪热点案件的发生,也有不少学者结合这些案件对其反映出的“随意殴打型寻衅滋事罪的司法认定”、“寻衅滋事罪与故意伤害罪的界限”等法理问题进行了及时的关注研究。

^① 如孟庆华和马章民主编的《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》一书,其第一部分对寻衅滋事罪基本理论问题、立法渊源及其演变、构成要件、司法适用等问题的研究,就分别采用了纵向比较、横向比较、规范分析、法理思辨等研究方法;其第二部分对典型案例诉辩审评的研究,则采用的是案例分析、实证分析等研究方法。

第二章 寻衅滋事罪主要争议问题要览

寻衅滋事罪是1997年刑法典修订时，从1979年刑法典第160条规定的流氓罪中分解而来的新罪名。1997年刑法典第293条规定了寻衅滋事罪。根据1997年刑法典第293条的规定，有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制：（1）随意殴打他人，情节恶劣的；（2）追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；（3）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；（4）在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的。2011年2月25日，第11届全国人大常委会第19次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》第42条对1997年刑法典第293条进行了修订。本次修订，一是增设了第2款，即规定“纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处5年以上10年以下有期徒刑，可以并处罚金”。二是在原第1条第2项中增加了“恐吓他人”的规定。总的来说，我国刑法学界对寻衅滋事罪的关注和研究，也大体与寻衅滋事罪的立法渊源及其演变同步，经历了一个从探索起步到逐渐繁荣的过程。本部分拟对我国刑法学界关于寻衅滋事罪研究的主要成果进行系统综述。

一、寻衅滋事罪与流氓罪司法适用上的关系问题

从立法上来看，1997年刑法典第293条规定的寻衅滋事罪，无疑是从1979年刑法典中的流氓罪中分解而来的，但这并不意味着两罪在司法适用上毫无关系。由于刑法典第12条溯及力条款的“从旧兼从轻”原则的规定，因而使得立法上在废止了流氓罪之后，而司法上仍有可能适用流氓罪的“怪异”现象存在。^①

（一）流氓罪“复活”现象的合法性问题

近年来，流氓罪“复活”现象在社会上引起了广泛关注。如2010年岁末，北京人牛某某因被称为中国最后一个“流氓罪”犯人将服刑至2020年而广为人所知。喧嚣未止，2012年5月南京市建邺区法院又判决了一起“流氓罪”的案件，被告人赵某某在1996年参与聚众斗殴，导致一死一伤，法院以流氓罪判处赵某某有期徒刑2年10个月，缓刑3

^① 参见孟庆华、马章民主编：《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》，中国检察出版社2014年版，第8页。

年。时隔不久，河北邢台市桥东区法院又判决了“最后一个流氓犯”，2012年9月6日，邢台市桥东区法院对赵某某涉嫌流氓罪一案公开审理，依照1979年刑法典与“83年严打”决定，判决赵某某犯流氓罪，判处有期徒刑9年。赵某某不服，提出上诉，2012年11月6日，邢台中院认为原判事实不清、证据不足，撤销判决，发回重审。2012年12月17日，作出重审判决，仍然适用已经废止15年的流氓罪条款与“83年严打”决定，判处赵某某有期徒刑8年6个月。无独有偶，2013年4月8日，湖南省资兴市人民法院以流氓罪判处被告人曹某某有期徒刑1年6个月，也被称为是中国最后一个以流氓罪定罪判刑的案例。^①由上可见，流氓罪判决并没有随着1997年刑法典取消流氓罪罪名而终止，却在某些地方呈现出“复活”的状态，不是最后一个，而是一直处于被超越的“最后一个”，那么这种判决的根据在哪？其有无合法性呢？对此，主要有两种分歧观点。

1. 肯定说

肯定说认为流氓罪“复活”现象具有法律根据，是适用刑法溯及力“从旧兼从轻”原则的体现。如有论者认为，法律是随着社会的进步而发展的，它总是不断地依据现实的变化而进行调整。就像当年的反革命罪、投机倒把罪一样，曾经的流氓罪，也是因当时的社会背景而制定的。随着社会的进步，这些罪名被取消，标志着我国法制建设的进步。但从法律严肃性来说，任何时候，我们都不能以今天的法律规定去决定或评判曾经宣判过的罪行。我们应该从历史发展的角度去看待它们。对于任何一个生效的判决，定案后，都不能因为其后的法律变化去作改变。^②有论者指出，法院作出的流氓罪判决，看似荒唐实则合法合理。我们知道，“流氓罪”这个中国刑法史上著名的“口袋罪”已于1997年成为“完成时”。在此之后发生的寻衅滋事行为，自然不能再以“流氓罪”指控，但对1997年刑法典实施之前发生的寻衅滋事行为，却要根据具体事实和法律，选择适用旧刑法典或修正后的新刑法典。具体来说，就是一般应适用新法，而如果适用旧法量刑更轻的，则应适用旧法。这一原则被称为“从旧兼从轻”，很明显，它有利于被告人权益的保障。^③有论者表示，我国的刑事立法和司法原则是讲究罪刑初定的。也就是当初犯罪时被认定的罪名，经过法院判刑后，就应该将判决执行完毕。这一点在1997年修改过后的新刑法里也有明确的规定，那就是刑法第12条规定：本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决继续有效。既然当初法院已经作出了生效判决，并且判决已经得以实施。那么除非有证据证明当初的案件有错误，才可以撤销原判决。否则，原判决是一定要继续执行下去的，这就是罪刑初定的立法和司法原则。^④有论者强调，有一个误解要澄清，不是说一个

① 参见姜金良：“论罪名适用从新原则——对流氓罪复活现象的剖析与评判”，载《上海政法学院学报》2013年第6期。

② 参见赵雯：“应否特赦最后一个流氓犯？”，载《检察日报》2011年1月12日。

③ 参见王琳：“没有最后，只要更后的‘流氓犯’”，载《广州日报》2012年6月30日。

④ 参见辰光：“中国最后一位‘流氓罪’嫌犯”，载《西部》2012年第10期。

罪名取消了，触犯这个罪名的所有犯罪就都不追究了。在他接受审判的时候，刑法中有流氓罪。罪名在他服刑多年之后被删除，按照罪刑初定原则，他当初的判决是成立的，他服刑的依据也就成立。不能因为这个罪名后来被删除了，他的判决就不合法了。^① 还有论者以牛某某流氓案为例指出，从情理上说，一个已经在现行刑法中废除的流氓罪罪犯，还要继续服刑至2020年，似乎有违人情伦理。然而，从严格的法律规定和法的精神角度考量，继续这一早在27年前就已生效的判决，依然是必要的，也完全符合法律的实质要义。^② 更有论者说，当时刑法中有流氓罪，当初的判决是成立的，不存在错案之说。即使今天，流氓罪作为一个独立罪名消失，但以现在的法律来判断，他也犯了聚众斗殴罪、寻衅滋事罪，怎么能说是错判呢？^③

2. 否定说

持否定说的论者认为在流氓罪罪名已经取消的情况下，让流氓罪“复活”或者继续执行流氓罪判决所判处的刑罚，缺乏足够的法律根据，也有失司法公正。如有论者认为，流氓罪是一个已经废除15年之久的罪名，法院依然以所谓“从旧兼从轻”为由适用这个罪名，确有匪夷所思之嫌。如今依然适用“流氓罪”，其消极的司法隐喻往往穿越个案本身，至少表明主审法官的思维模式没有与时俱进，没有准确适用法律。影视剧玩穿越已经令观众审美疲劳，司法审判也玩穿越就难免有些荒唐，穿越式的司法判决往往牺牲的是司法的公正性。^④ 另有论者在谈到牛某某流氓案时说，我们一直在喊着罪刑法定，那就是所犯的罪和所服的刑都要有明确的法律条文来规定，现在牛某某服刑所依据的流氓罪已经不存在了，再这么不明不白地服刑下去，岂不是和我国刑法罪刑法定的原则相违背吗！^⑤

针对流氓罪“复活”现象，有论者作了精辟的评论。如有论者说，“末代流氓”这一特例还可能在其他案例与法律期间中出现，涉及今后可能出现的其他罪名变更以及带来的实际影响。其实这事并不复杂，立法者若能站在相关者角度换位思考就能搞掂。比如确立“从新兼从轻”的原则，即将取消或变更的旧罪名“套改”进新罪名，然后重新、从轻计算新刑期，若比先前重的，则仍按旧罪名计算服刑；若按新罪名减轻的则执行新罪名；若按罪名不作为犯罪对待者则立即释放，这样就能让类似“末代流氓”的服刑者不会觉得冤。^⑥ 还有论者指出，民众质疑和司法的解读中我们不禁疑惑，一方面是以流氓罪被判决的被告人获得了刑法的保护和实益，另一方面是司法权威的质疑和损害，司法何以出现了双输的局面。仔细揣摩之下，实际两者的对立并不矛盾，民众的质疑是关于罪名的认定，

① 参见袁婷：“最后的‘流氓罪犯’引出法律争议”，载《民主与法制时报》2010年12月6日。

② 参见毕晓哲、杨涛：“对‘流氓罪犯’应否延期服刑？”，载《检察日报》2010年12月6日。

③ 参见赵雯：“应否特赦最后一个流氓犯？”，载《检察日报》2011年1月12日。

④ 参见刘武俊：“流氓罪：‘穿越’式的司法审判”，载《工人日报》2012年7月7日。

⑤ 参见辰光：“中国最后一位‘流氓罪’嫌犯”，载《西部》2012年第10期。

⑥ 参见梁江涛：“破解‘认罪不如逃跑’比减刑更重要”，载 http://guan.cha.gmw.cn/2011-05/05/content_1925990.htm。

处以何种犯罪的认定，而流氓罪的判决是关于刑罚的考量，司法按照以刑导罪的思路，即按照刑罚确定适用的罪名。^①

（二）流氓罪废止后原司法裁决效力的宪法解读

有论者以前几年引发社会关注的牛某某案为例，从宪法学的角度对流氓罪废止后原司法裁决的效力问题进行了分析。论者认为，从旧兼从轻的溯及力原则宏观上注重维护法的安定性，微观上注重个案中个人权利的保护。依据法律的目的性解释，从旧兼从轻原则的确立，以人权保障的宪政价值理念为基础。因此，在牛某某案中，对其应当从旧维护原判还是从轻改判其无罪，应从该原则的立法目的出发。只有依据从轻原则改判牛某某无罪才能真正体现该原则的宪政价值，若依据从旧原则坚持原判则是对从旧兼从轻的溯及力原则以及法的安定性的片面误读。以罪刑法定为由主张顺延刑期违背了宪法原则。当然，不能认为该罪犯因为流氓罪名被废止而不应当承担法律责任。罪犯应当通过改判，否定流氓罪的生效判断及刑事责任。“罪刑初定”恪守的形式法治，可能会导致这样一种困窘：明知自己是错误的，但只能将错就错。即使知道司法判决背离宪政价值和正义理念，但却只能以法治的名义走向法治的反面。^②

（三）对流氓犯的特赦问题

对现在仍在服刑的流氓犯应否特赦，学界存在一定的争论。如有论者说，如果生效判决认定的行为根据1997年刑法的规定不认为是犯罪或者处刑较轻，那么，从今天法律的角度上说显然是个错案。与其进行错案追究，不如国家进行特赦。^③另有论者提出，对于现行刑法不存在的罪名且仍在服刑的罪犯，诸如流氓犯等都应当特赦。我国的刑事立法和司法原则是讲究罪刑初定的，法院生效的判决应当得到遵守。1997年以后，当立法者已经明确规定“流氓罪”不再是罪名，如果我们仍然将一位犯有“流氓罪”的“罪犯”关押在监狱中，这种关押的正当性何在？像牛某某这样由于监狱失误造成的个案，监狱完全不当对他延期服刑，即便要对他延期服刑，在法律上也不是没有变通之处。我国宪法规定了“特赦”制度，像这种罪名已经取消却仍然为不存在的罪名继续服刑的罪犯，全国人大常委会应当实行特赦。推而广之，所有的犯“流氓罪”、“投机倒把罪”等现行刑法不存在的罪名且仍在服刑的罪犯，都应当得到“特赦”，以体现法律的公平正义和促进社会和谐。^④

当然，也有论者认为，对于流氓犯的特赦之说，应该冷静对待。因为与一般司法程序

① 参见姜金良：“论罪名适用从新原则——对流氓罪复活现象的剖析与评判”，载《上海政法学院学报》2013年第6期。

② 参见王世涛、汤喆峰：“流氓罪废止后原司法裁决效力的宪法解读”，载《政法论丛》2011年第2期。

③ 参见赵雯：“应否特赦最后一个流氓犯？”，载《检察日报》2011年1月12日。

④ 参见毕晓哲、杨涛：“对‘流氓罪犯’应否延期服刑？”，载《检察日报》2010年12月6日。

不同的是，特赦是对已经判决犯罪的人，或基于人道主义，或基于国家和社会利益，或基于政治考虑、外交关系等特殊需要，而依法作出的决定。如果以错案为由对“牛某某”们进行特赦，显然是不妥当的。^①

二、寻衅滋事罪的客体问题

寻衅滋事罪的犯罪客体是什么，刑法学界对此争议较大，主要有复杂客体说和单一客体说两种观点。其中，单一客体说是主流观点。当然，无论是单一客体说还是复杂客体说，又因对寻衅滋事罪客体界定之内容和表述的不同，复分为数种观点。

（一）单一客体说

刑法学界持单一客体说的观点中有数种代表性的主张：（1）社会公共秩序说。本罪的客体是社会公共秩序。寻衅滋事行为往往会侵犯到公民的人身权利或财产权利，但不宜据此认为本罪侵犯的是复杂客体。因为诸如在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的行为就不一定会直接侵犯到公民的人身权利或财产权利。^②（2）社会公共秩序中的社会风尚说。将寻衅滋事罪的客体界定为社会公共秩序中的社会风尚，既避免了适用公共秩序作为直接客体而与同类客体相重合的缺陷，同时又能体现出寻衅滋事罪本身所具有的危害社会关系之实质性特点。^③（3）社会秩序说。如有论者指出，刑法规定寻衅滋事罪，旨在保护公共秩序或社会秩序。一方面，刑法将寻衅滋事罪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；另一方面，刑法第293条项前规定，“破坏社会秩序”的行为才成立寻衅滋事罪。^④还有论者认为，寻衅滋事罪侵犯的客体是社会秩序，不仅包括公共场所秩序，而且不限于公共场所秩序，其实质是社会成员所组成的共同生活体的秩序。^⑤（4）社会管理秩序说。寻衅滋事罪侵犯的客体即社会管理秩序。^⑥

（二）复杂客体说

持复杂客体说的学者，也有各自不同的观点：（1）社会风尚和公民人身、财产权利说。本罪侵犯的是复杂客体，不仅侵犯社会风尚，还侵犯公民的人身和财产权利。寻衅滋事罪的客体有着自身的特点，即复杂客体之间存在主从关系，以侵犯社会风尚、违反社会正常秩序要求为主客体，以侵犯公民人身和财产为从客体，从客体严格依附于主客体，不

① 参见赵雯：“应否特赦最后一个流氓犯？”，载《检察日报》2011年1月12日。

② 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第5版），北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第542页；周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》（第3版），人民法院出版社2007年版，第569页。

③ 参见李希慧主编：《妨害社会管理秩序罪新论》，武汉大学出版社2001年版，第160页；孟庆华、马章民主编：《刑事案例诉讼审评——寻衅滋事罪》，中国检察出版社2014年版，第21页。

④ 参见张明楷：“寻衅滋事罪探究（上）”，载《政治与法律》2008年第1期。

⑤ 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（下）》（第2版），中国方正出版社2003年版，第1436页。

⑥ 参见刘宪权主编：《刑法学》，上海人民出版社2005年版，第678页。

能单独存在。^① (2) 公共秩序和人身财产权利说。寻衅滋事罪侵犯的客体具有双重性,既侵犯了公共秩序,又侵犯了他人的人身财产权利。^② (3) 社会法益和个体法益说。寻衅滋事罪必须同时侵犯社会法益和个体法益,而且这两个法益必须相对独立,即在行为侵犯个体法益的同时必须额外造成对社会管理秩序的破坏,使其他个体受到威胁和恐惧,从而使社会秩序处于动荡或者断裂状态,影响人们生活的安定预期,而不是简单地由个体法益直接传导到社会法益。^③

此外,还有个别学者提出了“简单客体+随机客体”说,其认为:当寻衅滋事行为在实施过程中,未造成他人的人身权利或者财产权利等权利的侵害,或者虽造成他人的人身权利或财产权利等权利的侵害,但情节显著轻微时,则意味着本罪的随机客体没有出现,因此不需要对该罪进行评价。此时,本罪的客体为简单客体,即为社会公共秩序。当寻衅滋事行为实施过程中,造成了他人的人身权利或者财产权利等权利的侵害,且情节相对严重,需要刑法加以评价时,则本罪的客体为简单客体复合随机客体,即本罪侵犯的客体为社会公共秩序和他人的人身权利或者财产权利或者其他权利的双重客体。^④

三、寻衅滋事罪的客观方面问题

寻衅滋事罪的客观方面表现为行为人实施了寻衅滋事,破坏社会秩序的行为。刑法典第293条将寻衅滋事行为归纳为四种表现形式:(1)随意殴打他人,情节恶劣的;(2)追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,情节恶劣的;(3)强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物,情节严重的;(4)在公共场所起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的。与此同时,2011年2月25日全国人大常委会通过的《刑法修正案(八)》第42条对刑法典第293条作了修正,增设了第2款,将“纠集他人多次实施前款行为(即第293条第1款规定的四种寻衅滋事行为类型),严重破坏社会秩序的”行为设置为情节加重犯,予以从严处罚。刑法学界对寻衅滋事罪客观方面问题的研究较多,其主要内容也是围绕上述寻衅滋事行为的四种表现形式和情节加重情形而展开的。

(一)“随意殴打他人,情节恶劣”的理解适用

1. 对“随意”的理解

寻衅滋事罪中“随意”的准确理解,是认定随意殴打型寻衅滋事罪的关键。目前,理论界和实务界对“随意”含义的理解并无统一标准,存在不同的观点。

一种观点认为,“随意”就是无事生非,只有出于耍威取乐等动机,在没有任何起因

① 参见刘晓博:“浅析寻衅滋事罪的构成”,载《延边党校学报》2011年第2期。

② 参见史社军:“论寻衅滋事罪在实践中的认定”,载《北京人民警察学院学报》2009年第1期。

③ 参见徐卫东:“认定寻衅滋事罪需注意三个要点”,载《检察日报》2011年5月10日。

④ 参见黄佳:“寻衅滋事罪犯罪客体新释义”,载《长春理工大学学报(社会科学版)》2013年第10期。

的情况下，无故殴打他人、损毁财物的，才构成寻衅滋事罪。如有论者认为，所谓“随意”殴打他人，就是指在耍威风、取乐发泄、填补精神空虚、寻求精神刺激等流氓动机的支配下，无故、无理殴打他人。^①

另一种观点则主张，“随意”不能局限在无事生非，无事不能理解为没有起因，日常生活中因为摩擦或琐事，借题发挥，肆意殴打他人的行为同样应认定为寻衅滋事罪。如有论者认为，“随意”无须是事出无因、无缘无故。首先，没有任何立法文献资料记载制定本罪的初衷只是对事出无因的殴打他人的行为给予评价。其次，任何人做任何事情，都存在一定起因，对起因如何理解和评价才是关键。行为人在实施殴打他人行为之前，总要找到一些“借口”，只是这种“借口”违反生活常理和社会公序良俗，在一个具有基本社会道德和法制观念的人看来，是毫无道理的。如果将“随意”解释为事出无因、无缘无故，会不当缩小寻衅滋事罪的适用范围。最后，在生活当中，没有任何理由殴打他人的情况是极为罕见的。^②有论者说，对“随意”的社会一般理解是想干什么就干什么，唯心所适，其反义词是认真、严谨。在刑法规范上，“随意”是指犯罪对象不明确，惹是生非，小题大做，而不仅仅是无事生非。^③有论者认为，不应将事出有因排除在“随意殴打他人”之外。首先，从唯物主义辩证法认识论角度分析，任何事物的发展变化，都是内因和外因共同作用的结果，任何事情都是或多或少有理由的，现实生活中绝大部分寻衅滋事行为都是有一定事由的，不能把“事出有因”作为区别两罪的标准。其次，无故具有相对性，对于行为人来说，他的行为可能有起因，但对于被害人来讲，可能行为人行为的起因与其无关或者关系很小。最后，寻衅滋事的“随意”殴打他人，不仅应包括无故、无理的情况，也应包括有一定理由的情况。^④

2. “随意”如何判断

关于如何判断“随意”，应遵循什么样的判断标准或者根据什么进行判断，学界也存在不同的看法，主要有三种不同的观点。

第一种观点认为，应从行为人的主观犯罪动机考察“随意”。如有论者认为，正确界定“随意”，关键是看行为人实施殴打行为时的主观动机。分析行为人实施殴打行为时主观上是否具有随意性，应从以下三点把握：一要看行为人是否因争强斗狠、寻求刺激等心理因素决定其临时产生殴打的故意；二要看行为人实施殴打行为时是否为了实施殴打，寻找理由作借口；三要看行为人是否经常实施殴打行为。通过以上三点的确定，就能正确把握寻衅滋事中行为人主观上是否具有随意性。^⑤有论者指出，实践中，界定行为人实施的

① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（下）》（第2版），中国方正出版社2003年版，第1436页。

② 参见宋刚、杨昂鹏：“‘随意殴打他人’不应局限于无事生非”，载《检察日报》2012年3月21日。

③ 参见胡莎：“论随意殴打他人型的寻衅滋事罪”，载《法制与社会》2011年第2期。

④ 参见徐华伟、刘广明：“不应将事出有因排除在‘随意殴打他人’之外”，载《检察日报》2008年10月14日。

⑤ 参见包学红：“怎样理解寻衅滋事罪中的‘随意殴打他人’”，载《江苏法制报》2006年5月24日。

行为是否出于“随意”，可以从以下几点进行判断：第一，看行为人作案的时间和地点是否有所选择。若行为人的行为是随心所欲实施的，其事前在时间和地点上不会有所选择，而是“临时起意”、想做就做。第二，看行为人的行为方式是否“随意”。若行为人是随意殴打他人，其对打击部位和强度都具有任意性，并伴有辱骂等示威表现。第三，看行为对象的选择是否具有偶然性。若行为人是随意殴打他人，其与行为对象多不具有宿仇旧怨等利害关系，因而其对被害人的选择也多是随机的。第四，看行为人事出是否有道理。若行为人的行为原因和动机毫无道理、难以为一般人理解和接受，这只能看作行为人故意找事的由头。^① 有论者表示，考察殴打行为是否为“随意”，大致可从行为人的下述特性去分析。首先，看行为是否是“即时起意”、“一时性起”。殴打行为并非是因情势的发展而发生，而是由行为人的“心情”和“脾气”所致。其次，看行为人是否是“动辄”殴打他人，是否是“一贯性的”、“经常性”的行为。^② 有论者说，所谓“随意”，应该考察其主观动机是不是出于故意违反社会的公序良俗，逞强斗狠，抖威风争霸或发泄不满，寻求刺激，或打人取乐，把自己的一种不健康的心理满足建立在别人的痛苦之上。如果出于以上动机，即使行为人辩解其殴打他人是“事出有因”，亦应以寻衅滋事罪定罪处罚。^③

第二种观点认为，应按照“一般人理性”对行为进行双重置换从而判断殴打行为是否“随意”。如有论者说，应按照“一般人理性”对行为进行双重置换从而判断殴打行为是否“随意”，即当一般人从犯罪人的角度思考，也不能接受犯罪人的殴打行为时，该殴打行为便是随意的。^④ 有论者指出，这里对“随意”的理解应从一般人或社会大多数人的立场出发，如身处和犯罪人同样的情境，是否会实施和犯罪人相同或类似的行为？也就是说，能否对犯罪人实施殴打行为的动机或原因给予包容或谅解，如果不能给予肯定回答，则说明犯罪人的殴打行为具有随意性，可见这里需要进行换位思考。^⑤

第三种观点认为，应从主客观相统一的角度考察“随意”。如有论者表示，“随意”系行为时的心理倾向，从我国犯罪构成理论来看，属犯罪的主观方面，但在司法认定过程中围绕如何认定“随意”时必须坚持主客观统一的原则，从行为的对象、时间、原因、动机和地点诸多方面综合考虑。犯罪动机系最为核心的方面，因为它决定了行为人的主观恶性程度和社会危害程度，也决定了其他四个方面，正因为行为人试图通过殴打人的行为来达到逞强、示威的目的，所以行为人才会不分时间、不问地点、不管是谁，在毫无事由的

① 参见宋刚、杨昂鹏：“‘随意殴打他人’不应局限于无事生非”，载《检察日报》2012年3月21日。

② 参见瞿忠：“寻衅滋事罪中‘随意殴打他人’如何认定”，载《检察日报》2001年9月17日。

③ 参见汤晓慰：“寻衅滋事罪司法适用探析”，载《人民检察》2002年第8期。

④ 参见陈兴良：“定罪四个基本规则”，载《检察日报》2009年11月6日。

⑤ 参见潘庸鲁：“关于寻衅滋事罪中‘随意殴打他人’的理解与适用”，载《北京人民警察学院学报》2011年第1期。

情况下公然殴打他人，从而造成社会公共秩序的严重破坏，其才具有了较大的人身危险性。^①有论者提出，认定寻衅滋事罪中“随意”这个概念，不能从目的、动机或引起行为的事由单方面来判断，应当将二者结合起来，在辩证的立场上看待这个“随意”。随意不仅是一个主观的要素，而且同样是一个客观要素，二者相辅相成，缺一不可。^②有论者认为，对于“随意殴打他人”的行为，是否属于“随意”，应依据客观行为判断。“随意”是需要价值判断的表述，不同的人站在不同的角度作出的判断可能是不同的，所以，应结合殴打他人的动机、殴打的场所、殴打因果关系的对称性、殴打的对象作出综合判断。^③还有论者说，在司法实践中，应按主客观相统一的原则，以考察“随心所欲，无视法律道德约束”的主观要素为主，以客观随意为辅，综合界定“随意”。具体而言，主要有如下几点核心要素。一是从案件的客观过程，采用“双重置换原则”推定行为人是否“随心所欲，无视法律道德约束”。二是考察行为人在犯意形成之前是否有特定的犯罪对象。三是“随意殴打”行为的实施是否临时起意。^④

3. 对“殴打”的理解

关于对“殴打”的理解，主要集中在对殴打他人后果的判断上。学界普遍认为，寻衅滋事罪中的“殴打”包括致人轻伤比较合理，并应以此为限，不能造成致人重伤、死亡的结果。如有论者认为，随意殴打他人的后果，应以造成他人轻伤为限，如果造成他人重伤、死亡的，应以故意伤害罪、故意杀人罪论处。^⑤有论者认为，殴打是指对他人行使有形力，造成他人身体痛苦的行为。换言之，殴打相当于国外刑法中的狭义的暴行。亦即，殴打应是直接对人的身体行使有形力：（1）只要是针对人的身体行使有形力，即使没有接触人的身体的，也属于殴打。（2）在我国，殴打行为不是伤害罪的未遂犯，所以，殴打不以具有造成伤害结果的危险性为前提。换言之，倘若某种行为只能造成他人身体痛苦，但不可能造成伤害，也属于殴打。（3）如果行为人针对物行使有形力，因而对人的身体以强烈的物理影响的，由于不是针对人的身体行使有形力，不宜认定为殴打。（4）使用有形的方法不等于行使有形力。例如，使他人饮食不卫生食品后胃痛的，虽然是有形的方法，但不应评价为殴打。（5）由于寻衅滋事罪具有补充性质，所以，殴打不以造成伤害（轻伤以上）为前提。但是，一方面，造成了伤害结果的伤害行为，无疑符合殴打行为的要件；另一方面，如前所述，寻衅滋事罪的法定刑重于故意伤害的法定刑。所以，殴打行为造成轻伤害结果的，也可能被认定为随意殴打类型的寻衅滋事罪。（6）基于同样的理由，殴打不以聚众为前提，更不以符合聚众斗殴罪的构成要件为前提。但是，随意聚众斗殴的行

① 参见王富国、孙启香：“随意殴打他人寻衅滋事罪之‘随意’的认定”，载《无锡职业技术学院学报》2003年第4期。

② 参见何庆仁：“寻衅滋事罪研究”，载《中国刑事法杂志》2003年第4期。

③ 参见吴新华：“何为寻衅滋事罪中‘随意殴打他人’”，载《检察日报》2009年12月14日。

④ 参见李锦阳、刘瑜：“‘随意殴打’型寻衅滋事罪的定罪标准浅探”，载《法制与社会》2013年第4期。

⑤ 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（下）》（第2版），中国方正出版社2003年版，第1437页。

为，通常符合寻衅滋事罪的构成要件。^① 还有论者表示，寻衅滋事罪的“殴打”应包括致人轻伤。若行为人破坏公序良俗，无视法律，随意殴打他人致人轻伤，按故意伤害罪定罪量刑规则与犯罪构成中关于犯罪客体决定犯罪行为性质的理论相悖，也会放纵犯罪。只有按寻衅滋事罪处理才能更好地体现行为人的特性，真正做到罪责刑相适应，才能更好地惩治多次随意殴打他人致轻伤的寻衅滋事行为。^②

4. 对“情节恶劣”的理解

随意殴打他人是否“情节恶劣”，是区分随意殴打型寻衅滋事行为罪与非罪的根本标准。由于“情节恶劣”的表述过于模糊，在2013年7月“两高”颁布《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》之前，何谓“情节恶劣”，一直缺乏明确而具体的标准，学界对此也有多种观点。有论者认为，随意殴打他人“情节恶劣”包括下述情形：殴打他人，致人轻伤；殴打他人手段恶劣的；多次殴打他人的，既包括多次殴打同一人，也包括多次殴打不同的人；随意殴打他人，造成被殴打人自杀等严重后果的；随意殴打他人，造成社会秩序严重混乱，群众心理严重不安等恶劣影响的等。^③ 有论者提出，“情节恶劣”应从受害人身体受伤害程度以及社会生活受影响程度来界定，主要可以分以下两种情形：（1）普通随意殴打造成轻伤的。（2）造成轻微伤及以下，但严重影响了他人正常社会生活。如在殴打过程中侮辱他人，使受害人的社会尊严受到严重侵害；给受害人造成严重的心理影响，造成受害人自杀；等等。^④ 有论者指出，要从通常的情节严重或恶劣的几个因素去考虑“情节恶劣”：（1）殴打他人的次数、人数。多次随意殴打他人，既包括多次殴打同一人，也包括多次殴打不同的人。（2）手段。殴打他人使用凶器的；或者殴打他人手段恶劣、残忍的。（3）结果。殴打他人，致人轻伤的；或者随意殴打他人，致被殴人自杀等严重后果的。（4）被害人情况。被殴打对象是老、弱、病、残等弱势群体的。（5）行为人一贯表现。因随意打人受过治安处罚一次，再次随意殴人的。（6）发生时间、地点。在人口密集的公共场所，或在群众性聚会期间随意殴打他人，造成社会秩序严重混乱，群众心理严重不安等恶劣影响的。^⑤ 还有论者指出，“情节恶劣”的认定，必须从社会危害性和行为人的主观恶性两个方面来进行，并且重点把握在殴打时，致人重伤或死亡的严重后果的认定。具体来说，应从以下几个方面进行具体认定：（1）实施行为的方式：采取十分残忍或者持械的方式殴打他人的，或结伙实施殴打他人的行为。（2）实施行为的时间和地点：在白天或者在人群较为集中时间和地点实施殴打行为的，如在人流集中的车站、广场等。（3）实施行为的对象：例如针对未成年人、老年人、残疾人等弱势群

① 参见张明楷：“寻衅滋事罪探究（上篇）”，载《政治与法律》2008年第1期。

② 参见孟庆华、马章民主编：《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》，中国检察出版社2014年版，第29页。

③ 参见王作富主编：《刑法分则实务研究（下）》（第2版），中国方正出版社2003年版，第1437页。

④ 参见李锦阳、刘瑜：“‘随意殴打’型寻衅滋事罪的定罪标准浅探”，载《法制与社会》2013年第4期。

⑤ 参见祝丽波：“关于寻衅滋事罪的认定”，载《武汉公安干部学院学报》2013年第3期。

体的。(4) 实施行为造成的社会危害结果：造成一人以上轻伤或者三人以上轻微伤的严重后果；导致被害人自杀或精神失常的；或导致公共场所秩序严重混乱的。(5) 行为人的主观恶性：多次实施殴打他人的行为，三次或三次以上即认定为多次，^① 等等。

及至2013年7月，“两高”颁布了《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释第2条对随意殴打他人的“情节恶劣”进行了界定，即“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’：(1) 致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的；(2) 引起他人精神失常、自杀等严重后果的；(3) 多次随意殴打他人的；(4) 持凶器随意殴打他人的；(5) 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；(6) 在公共场所随意殴打他人，造成公共场所秩序严重混乱的；(7) 其他情节恶劣的情形。”

(二) “追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣”的理解适用

刑法典第293条第1款第2项原规定为“追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的”，无“恐吓”的行为方式。及至2011年《刑法修正案(八)》颁布，除了增设第2款外，第1款第2项也增加了“恐吓”的行为方式，从而使刑法典第293条第1款第2项修正为“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的”。对于该款的理解和适用，刑法学界也进行了诸多研讨。

理论界的权威刑法教程认为，这里的“恐吓”是指以威胁性语言或者行动吓唬他人的行为。如有意识地向被害人展示肌肉、凶器；包围被害人并摆出要殴打被害人的阵势；等等。这里的“情节恶劣”，主要是指多次追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的；追逐、拦截、辱骂、恐吓老人、妇女、儿童、残障人士的；造成恶劣影响或激起民愤的；等等。^②

实务界的权威刑法教程认为，“追逐、拦截、辱骂”他人，是指出于取乐、寻求精神刺激等不健康的目的，无故、无理追赶、拦挡、侮辱、谩骂他人，往往表现为追逐、拦截、辱骂妇女；“恐吓”他人，是指以要挟的话语或手段威胁、吓唬他人，恐吓的方式、内容可以多种多样，只要足以使被害人产生心理恐惧、恐慌的，都属于本罪规定的“恐吓”。“情节恶劣”，主要是指经常性地追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的，造成恶劣影响、激起民愤或者被害人精神失常等后果的。^③

除此之外，有论者认为，这里的“追逐、拦截、辱骂他人”，是指在不正常的心理支配之下，恃强凌弱，无理由地追逐、拦截、辱骂他人。在实践中受害人多为对女性，常常通过言辞侮辱，结伙实施。对于“情节恶劣”的理解，在没出台司法解释之前，实践中往

① 参见黄佳：“随意殴打他人型寻衅滋事行为研究”，载《学理论》2013年第27期。

② 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》(第5版)，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第542页。

③ 参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》(第4版)(下)，人民法院出版社2013年版，第727页。

往通过常识、常情、常理予以判断，还要结合犯罪地的风土人情、生活习惯等，认定行为本身的危害程度，判断其是否达到恶劣的程度。^①

另有论者指出，追逐一般是指妨碍他人停留在一定场所的行为；拦截，一般是指阻止他人转移场所的行为。显然，这两种行为，都是妨碍他人行动自由的行为。追逐与拦截可能以暴力方式实施，也可能以威胁等方式实施。辱骂，是指以言语对他人予以轻蔑的价值判断。辱骂不要求有特定的对象，对一般人的漫骂，也可能成立本罪的辱骂。而“情节恶劣”的判断，必须以法益受侵害或者受威胁的程度为中心。对于追逐、拦截、辱骂他人造成他人轻微伤、轻伤结果或者导致他人自杀的，使用凶器追逐、拦截他人的，多次追逐、拦截、辱骂他人的，追逐、拦截残疾人、儿童等弱势群体的，应当认定为情节恶劣。与刑法第293条第1项相比，第2项的要求似乎较为缓和。因为第1项除要求殴打他人之外，另要求“随意”与“情节恶劣”；而第2项仅在行为之外设置了“情节恶劣”的限制性条件。但在罪名与法定刑相同的情况下，不能将该罪中的两个类型作程度差异的解释。所以，大体而言，第2项成立犯罪的情节要求，应高于第1项的恶劣程度。^②

还有论者表示，理解适用“追逐、拦截、辱骂他人”的构成要件，应当注意行为指向的对象。如果是事出有因或者事先预谋，则必然针对的是具体的个人，其追逐、拦截、辱骂行为所侵犯的法益显然是个人的行动自由与名誉。因为追逐、拦截行为明显侵犯了他人的行动自由，而辱骂行为侵犯了他人的名誉。因此，此处的“追逐、拦截、辱骂他人”行为，必然是在流氓动机的支配下实施该行为，即无事生非，单纯地寻求刺激。^③

此外，刑法学界还有学者对该款的理解适用进行了研讨，但与刑法学界有关权威教程所述的观点大同小异，在此不再赘述。及至2013年7月“两高”颁布《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释第3条对追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的“情节恶劣”进行了界定，包括：（1）多次追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，造成恶劣社会影响的；（2）持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的；（3）追逐、拦截、辱骂、恐吓精神病人、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；（4）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（5）严重影响他人的工作、生活、生产、经营的；（6）其他情节恶劣的情形。

（三）“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重”的理解适用

何谓“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重”，刑法学界也是见解纷呈。

有论者认为，“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物”是指以蛮不讲理的手段，强行索要市场、商店的商品以及他人的财物，或者随心所欲损坏、毁灭公私财物；“情节严

① 参见刘晓博：“浅析寻衅滋事罪的构成”，载《延边党校学报》2011年第2期。

② 参见张明楷：“寻衅滋事罪探究（上）”，载《政治与法律》2008年第1期。

③ 参见孟庆华、马章民主编：《刑事案件诉讼辩护——寻衅滋事罪》，中国检察出版社2014年版，第32页。

重”，主要是指强拿硬要或任意损毁、占用公私财物数量大的，造成恶劣影响的，多次强拿硬要或任意毁损、占用公私财物使公私财物受到严重损失的等情形。^①

有论者指出，“强拿硬要”是指违背他人意志强行取得他人财物的行为，既可以表现为夺取财物，也可以表现为迫使他人交付财物。对于其中的财物宜包括财产性利益。“损毁财物”是指使公私财物的使用价值减少或者丧失的一切行为。占用公司财物的行为必须具有不正当性，但并不要求行为人具有非法占有的目的。“情节严重”的判断，需要根据行为人取得、损毁、占有的财产数额的多少，强行的程度，任意的程度，行为的次数等作出判断。由于本罪具有综合性的特点，其保护法益并非单纯的财产，故本项行为的结果并不限于财产损失。倘若强拿硬要行为造成他人自杀，也可以评价为强拿硬要情节严重。同样，在自由市场强拿硬要或者任意损毁他人商品的行为，导致他人被迫放弃在市场经营，或者难以顺利在市场经营的，也应评价为强拿硬要情节严重。强拿硬要、任意损毁或者占用公私财产数额较大的，当然属于情节严重。^②

有论者说，从语意上讲，“强拿”是指用强制的方法拿走某种器物，在刑法中则指行为人用一种强制他人的力量使他人不敢反抗其夺取财物的行为，含有暴力、威胁的因素。“硬要”意即无理、强行索要，是指行为人通过暴力行为或者其一贯的作风、行为方式对被害人造成精神上的某种压力，迫使他人无奈的情况下主动交出财物。“强拿硬要”的起因具有随意性，通常缺乏强烈的取财目的，因而所索取的财物数量、价值一般要低于以取财为主要目的的侵财型犯罪所得。此外，“强拿硬要”具有多次施行的特征，虽然行为人每次索取的财物数量、价值不大，但累计起来亦为可观。^③

有论者提出，所谓“强拿硬要或任意损毁、占用公私财物的行为”，是指以蛮不讲理的手段，强行索要市场、商店的商品以及他人的财物或者随心所欲损坏、毁灭、占用他人所有或者是代为保管的公私财物的行为。行为人实施的这一类行为必须情节严重，才构成犯罪，“情节严重”所应体现的刑法含义与前文论及的“情节恶劣”是一个层面的，立法者之所以规定情节严重，是因为强拿硬要、任意毁坏、占用的行为是针对公、私财产权利的，是有形的可计量的。情节严重可概括为以下几种情形：（1）强拿硬要他人财物或者任意毁坏、占用公私财物价值达到一定的数额；（2）在城乡市场强拿硬要他人财物，扰乱正常贸易秩序，引起公愤，造成恶劣影响的；（3）多人结伙多次强拿硬要他人财物或者多人结伙多次任意毁坏、占用公私财物的；（4）因任意损坏、占用公私财物，致使停工、停产，造成直接经济损失较大的；（5）强拿硬要他人财物，以未成年人弱势群体作为主要侵

^① 参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》（第4版）（下），人民法院出版社2013年版，第727页。

^② 参见张明楷：“寻衅滋事罪探究（上）”，载《政治与法律》2008年第1期。

^③ 参见陈小恒、刘孝晖：“对寻衅滋事罪之‘强拿硬要’的司法认定”，载《河南公安高等专科学校学报》2008年第3期。

害对象；(6) 强拿硬要他人财物屡教不改的。^①

还有论者认为，“强拿硬要或任意损毁、占用公私财物”的寻衅滋事案应当有数额限制标准，“强拿硬要”、“任意损毁、占用公私财物”只是显示其“霸气”的一种表现，有时被害人究竟有多少财物，行为人也没有兴趣。行为人只是想通过这种方式来满足其寻求精神刺激的流氓动机，达到破坏社会公共秩序的目的。换言之，必须有数额的要求来体现其财产犯罪手段的恶劣性，并体现扰乱社会秩序的严重性。^②

2013年7月“两高”颁布的《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条对“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物”的“情节严重”作了解释，包括下述情形：(1) 强拿硬要公私财物价值一千元以上，或者任意损毁、占用公私财物价值二千元以上的；(2) 多次强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，造成恶劣社会影响的；(3) 强拿硬要或者任意损毁、占用精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人的财物，造成恶劣社会影响的；(4) 引起他人精神失常、自杀等严重后果的；(5) 严重影响他人的工作、生活、生产、经营的；(6) 其他情节严重的情形。

(四) “在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱”的理解适用

关于“在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱”的理解适用，刑法学界对其的研讨，主要集中在三个问题上：

1. 公共场所的界定问题

有论者认为，此处的“公共场所”，是指车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场馆等社会公众聚集在一起进行公众性活动的场所。在认定公共场所时应注意考察两个因素：一是地点的因素，即公共场所是社会公众共同进行公共活动的场所；二是人群的因素，即公共场所是人群聚焦的地方。此两个因素缺一不可，才能被称为公共场所。^③ 对此，有论者提出了不同意见，其认为公共场所的准确界定应仅限于地点的因素，至于人群的因素则是公共场所所具有的功能与作用，即公共场所往往是人群聚焦的地方。但是，没有人群聚集时，车站、码头、民用航空站、商城、公园、影剧院、展览会、运动场馆等依然是公共场所。因此，公共场所的阶段不宜包括人群的因素。^④ 还有论者认为，公共场所是指不特定人或者多数人可以自由出入的场所，并无特别的限制。^⑤

此外，还特别值得一提的是，寻衅滋事罪中的“公共场所”是否包含网络空间，这也是有一定争议的问题。不过，随着2013年9月“两高”《关于办理利用信息网络实施诽谤

① 参见宋峰、曹红卫：“试论寻衅滋事犯罪的司法认定”，载《北京人民警察学院学报》2004年第4期。

② 参见孟庆华、马章民主编：《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》，中国检察出版社2014年版，第36页。

③ 参见张向东、纪根须：“浅谈寻衅滋事罪‘情节严重’在司法适用中的几个问题”，载 http://www.jsxsbhls.com/news_neiye.asp?lm_type=89&id=1966。

④ 参见孟庆华、马章民主编：“刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪”，中国检察出版社2014年版，第38页。

⑤ 参见张明楷：“寻衅滋事罪探究（上）”，载《政治与法律》2008年第1期。

等刑事案件适用法律若干问题的解释》的颁布，这一争议问题已基本解决，即公共场所的外延也包含网络空间，在“信息网络”上起哄闹事，造成网络秩序严重混乱的，同样构成寻衅滋事罪。相关公共场所是否涵括网络空间的争论观点，在“寻衅滋事罪司法解释的理解与适用”部分已有介绍，这里不再述及。

2. 起哄闹事的人数限制问题

关于寻衅滋事罪中的“起哄闹事”，是否要求人数必须为3人以上，刑法学界对此也有不同的看法。有论者认为，起哄是指一起哄闹，人数必须为3人以上；1人哄闹，则是单哄，力量不足，影响力很小，不可能造成公共场所秩序严重混乱的后果，难以达到哄闹的目的和效果，不需要以刑罚手段抗制。^①另有论者表示，将起哄闹事的人数限定为3人以上不妥，其理由是：从司法实践来看，对于起哄闹事的寻衅滋事行为，虽然通常情况下为3人以上而共同起哄，但也不能排除1人煽动、鼓动或者诱惑而使他人参与闹事的情形，而在此情形下只能处罚该煽动、鼓动、诱惑者，对其他不明真相的“参与者”则不予处罚，仅以治安警告的教育或者责令改正即可。^②

3. “造成公共场所秩序严重混乱”的判断问题

如何判断“造成公共场所秩序严重混乱”，有论者认为，对起哄闹事行为是否造成公共场所秩序严重混乱的判断，应以行为时的全部具体状态为根据。公共场所的性质、公共场所活动的重要程度、进入公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共活动受影响的范围与程度等，是判断行为是否造成公共场所秩序严重混乱的重要资料。例如，行为人在公共活动开始时起哄闹事，还是在公共活动结束时起哄闹事，行为是导致公共场所的少数人不能从事正常活动，还是导致公共场所的多数人不能或者难以从事正常活动，对于判断结论会有重大影响。^③有论者表示，应当综合分析判断“造成公共场所秩序严重混乱”，具体来说，可归纳为下列几种情形：（1）在公共场所横冲直撞、制造事端或故意制造危险信号引起人群惊恐、逃离等或严重影响人们生产、经营活动的；（2）故意制造障碍导致交通堵塞的；（3）多人结伙窜入街、巷、居民住宅区，高速驾驶机动车互相追逐，或以其他方法故意制造噪声扰民，造成群众人心不安，引起公愤的；（4）因起哄闹事，造成群众伤亡或公私财物遭受重大损失的。^④上述两位论者的观点基本代表了学界的主流看法，此外，还有一些实质内容类似的观点，这里不再介绍。其实，对如何判断“造成公共场所秩序严重混乱”，“两高”《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条提出了指导性意见，即在车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所起哄闹事，应当根据公共场所的性质、公共活动的重要程度、公共场所的人数、起哄

① 参见梁剑、叶良芳：“寻衅滋事罪立法规定质疑”，载《政治与法律》2003年第6期。

② 参见孟庆华、马章民主编：“刑事案例诉讼审评——寻衅滋事罪”，中国检察出版社2014年版，第39页。

③ 参见张明楷：“寻衅滋事罪探究（上）”，载《政治与法律》2008年第1期。

④ 参见宋峰、曹红卫：“试论寻衅滋事犯罪的司法认定”，载《北京人民警察学院学报》2004年第4期。

闹事的时间、公共场所受影响的范围与程度等因素,综合判断是否“造成公共场所秩序严重混乱”。

(五)“纠集他人多次实施寻衅滋事行为,严重破坏社会秩序”的理解适用

刑典第293条第2款即“纠集他人多次实施寻衅滋事行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金”系2011年颁布的《刑法修正案(八)》所增设。对于这一款的适用,刑法学界也有少数学者进行了研讨。

1. 刑典第293条第2款增设的价值和意义

有论者认为,《刑法修正案(八)》对刑典第293条进行修改增设第2款,是经过多年对该罪的司法实践,立法机关再次认识到严厉惩罚本罪的重要性,改变了该罪名一直存在的“严而不厉”的现状,增设了“纠集他人多次实施前款行为,严重破坏社会秩序的,处五年以上十年以下有期徒刑,可以并处罚金”这一条款。这在一定程度上是将该罪名从“严而不厉”转向“严而又厉”。所以《刑法修正案(八)》对“纠集者”的法定刑进行了提高,规定可以并处罚金,这表明了刑事法对于不同行为人的行为评价的区别对待,在处罚上体现了层次性,这正是宽严相济中“重其重者”的价值体现。^①

有论者指出,对寻衅滋事罪增加第2款的规定,体现了刑法特殊预防与一般预防相结合,是为实现刑法预防犯罪目的而服务的。对纠集他人多次实施寻衅滋事,造成严重破坏社会秩序的,根据罪责刑相适应的原则,应当对纠集者进行更为严厉的处罚。原因主要在于纠集者不但是犯意的发起者,还是寻衅滋事行为的组织者,其实施的行为对社会具有较大的危害性,因此在寻衅滋事罪一般处罚的基础上对其进行加重处罚是符合罪责刑相适应的刑法原则的。此外,从第2款的规定中,也可看出中国刑法传统的特色,即对造意者的从严惩罚的原则。^②

2. 对“纠集他人”的理解

有论者认为,“纠集他人”就是指在共同犯罪中聚合、集结他人实施寻衅滋事犯罪行为,即纠集者乃是起到领导、组织、指挥等主要作用的犯罪分子。^③

有论者指出,“纠集他人”应当理解为只要是犯罪嫌疑人伙同他人,无论该他人是否在犯罪嫌疑人寻衅滋事的过程中有实质性的行为,犯罪嫌疑人都满足纠集他人的条件,如果多次实施类似的行为,那么在构成寻衅滋事罪的前提下,便要对犯罪嫌疑人加重处罚。^④

还有论者主张,从逻辑推理方法、宽严相济的刑法政策以及一切从实际出发等方面得出了对待该新增条款应当在认同共同犯罪对社会有概括性危害的前提下,坚持个案分析的

① 参见潘志勇、姚璟璟:“谈〈刑法修正案(八)〉关于寻衅滋事罪的修改”,载《法制与经济》2011年第11期。

② 参见潘霞:“论寻衅滋事罪中‘纠集他人’的含义”,载《法制与社会》2012年第3期。

③ 参见孟庆华、马章民主编:《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》,中国检察出版社2014年版,第7页。

④ 参见潘霞:“论寻衅滋事罪中‘纠集他人’的含义”,载《法制与社会》2012年第3期。

原则，并以此来认定是否符合“纠集他人”，进而进行加重处罚。^①

3. 对“多次”的理解

学界也有学者对纠集他人“多次实施寻衅滋事行为”中的“多次”进行了研究。如有论者认为，认定寻衅滋事罪“多次”情节，应注意把握的几个问题：一是寻衅滋事罪在“多次”的时间标准上应有进一步明确和细化的必要。各省可以根据省内治安环境、打击力度需要等作出合理的规定。二是法律并没有对行政处罚和刑事处罚作绝对的区分，两者可以交叉进行综合评价、综合处理，对已受过行政处罚的寻衅滋事行为完全可以并入刑事案件中追究刑事责任，并根据法律规定对已受过的处罚期限予以折抵。三是对于“多次”寻衅滋事的，不论其行为是否属同种类型的，都应当累计计算，此举无意逆轻刑化和诉讼经济原则而上，恰恰正是宽严相济刑事司法政策“该严则严、当宽则宽”的有力体现。^②另有论者指出，将受过行政处罚的行为计入多次，以及不论其行为是否属于同种类型的，都累计计算为多次，这样难免会扩大多次寻衅滋事行为的认定范围，从而最终扩大寻衅滋事罪的惩治对象。只有当几次行为可以规范地评价为符合刑法典第293条的某一项时，才能认定为寻衅滋事罪，而不是只要有3次以上行为，就可以认定为寻衅滋事罪。^③

值得注意的是，2013年7月“两高”颁布的《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条对“纠集他人多次实施寻衅滋事行为”中的“多次”进行了解释，即“纠集他人3次以上实施寻衅滋事犯罪，未经处理的，应当依照刑法第293条第2款的规定处罚”。司法实践中认定是否系“多次”实施寻衅滋事行为时，应当以此为依据。

四、寻衅滋事罪的主体问题

寻衅滋事罪的主体是一般主体，即凡已满16周岁且有刑事责任能力的自然人均可成为本罪的主体。对此，刑法学界认识比较一致，研究成果也相对较少，但在下述有关问题上也有所研讨。

1. 已满16周岁不满18周岁的人强行索要他人财物的定性

对于已满16周岁不满18周岁的人强行索要他人财物的定性，2006年1月23日起施行的最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》作了相关规范。该司法解释第7条规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人使用轻微暴力或者威胁，强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大，且未造成被害人轻伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的，不认为是犯罪。已满十六周岁不满

^① 参见潘霞：“论寻衅滋事罪中‘纠集他人’的含义”，载《法制与社会》2012年第3期。

^② 参见王洁：“如何认定寻衅滋事罪的多次情节”，载《江苏法制报》2010年10月18日。

^③ 参见任加顺：“寻衅滋事罪的司法实践研究”，载《广州市公安管理干部学院学报》2011年第2期。

十八周岁的人具有前款规定情形的，一般也不认为是犯罪。”第8条规定：“已满十六周岁不满十八周岁的人出于以大欺小、以强凌弱或者寻求精神刺激，随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意损毁公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的，以寻衅滋事罪定罪处罚。”对此，有论者认为，此次司法解释规定的目的在于，未成年人无论在生理上还是心理上均发展不成熟，主观认识不足，自我控制能力差，从罪责刑相适应的角度来看，对非法占有意图不是特别明显的，暴力、胁迫手段比较轻微，所得财物数额不大，对所在社会秩序造成一定恶劣影响的行为可以考虑构成处罚较轻的寻衅滋事罪。^①另有论者强调，一般情况下，如果已满16周岁不满18周岁的人多次使用轻微暴力或者威胁，强行索要其他未成年人的财物，即使数量不大，没有对被害人的身体、生活及学习造成危害后果，也可能被认为构成犯罪，至于构成寻衅滋事罪还是抢劫罪，应具体问题具体分析。如果已满16周岁不满18周岁的人，一次或多次途中拦截，使用语言威胁、搜身手段，或者在威胁、搜身过程中采取打耳光、打一拳等轻微暴力，强行夺取未成年人少量财物的，应以寻衅滋事罪定性为妥。如果不限于上述行为，而且携带刀具器械，或者暴力程度严重，强行夺取未成年人少量财物的，或夺取钱财的对象是成年人的，应以抢劫定性。^②还有论者指出，准确判定未成年人强索行为性质，应注意以下几点：查明犯罪动因、甄别暴力程度、把握发案时间地点及团伙等特点、坚持主客观一致原则综合判定。未成年人以大欺小、以强凌弱或者寻求精神刺激，随意殴打，以轻微暴力索要少量财物，不构成抢劫罪，扰乱公共场所秩序情节严重的，可以寻衅滋事罪定罪处罚。^③

2. 未成年人寻衅滋事罪中的人身伤害问题

有论者认为，当在寻衅滋事行为中出现了重伤或死亡的结果，此时考虑罪责刑相适应原则较主客观相一致原则更易于司法应用。针对未成年人，因具有法定的量刑从轻情节，如果符合条件可能判处5年以下有期徒刑的，应仍以寻衅滋事罪认定。这种认定在共同犯罪中具有罪名统一的优点，在分别殴打不同个体的嫌疑人当中，回避了共同犯罪与实行过限认定的困难。如果可能判处5年以上有期徒刑的，仍应以故意伤害罪认定。^④

五、寻衅滋事罪的主观方面问题

刑法学界对寻衅滋事罪主观方面问题的探讨，主要围绕以下三个问题展开：一是寻衅滋事罪的罪过是否仅限于直接故意？二是寻衅滋事罪应具有犯罪目的？三是寻衅滋事罪

^① 参见田丽静、校园园：“未成年人寻衅滋事罪法律适用问题探析”，载《中国检察官》2013年第9期。

^② 参见王占涛：《寻衅滋事罪若干问题探析》，转引自孟庆华、马章民主编：《刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪》，中国检察出版社2014年版，第45页。

^③ 参见上海市第二中级人民法院课题组：“少年抢劫、抢夺、寻衅滋事等罪名之辨”，载《青少年犯罪问题》2012年第2期；徐青松、张华：“未成年人抢劫、寻衅滋事等罪名之辨”，载《人民司法》2011年第14期。

^④ 参见田丽静、校园园：“未成年人寻衅滋事罪法律适用问题探析”，载《中国检察官》2013年第9期。

应否出于特定犯罪动机?

(一) 寻衅滋事罪的罪过形式

寻衅滋事罪的主观方面只能是故意,这没有争议;有争议的是,是否仅限于直接故意还是也包括间接故意?对此,有两种观点:

第一种观点认为,寻衅滋事罪的主观方面只能由故意构成,而且只能由直接故意构成。如有论者认为,行为人具有寻求精神刺激、发泄不良情绪、耍威风、取乐等流氓动机,并在此动机的支配下实施了寻衅滋事行为,表明了行为人主观上具有公然向社会公德挑战向社会成员应共同遵守的社会秩序挑战的故意,这只能是希望危害结果发生的直接故意,不可能是放任的间接故意。^①另有论者指出,寻衅滋事罪的主观方面是直接故意,即明知自己的行为会发生破坏社会秩序的危害结果,并且希望这种结果发生。^②

第二种观点认为,寻衅滋事罪的主观方面既可以是直接故意,也可以是间接故意。如有论者指出,寻衅滋事罪的主观方面为故意,即明知自己的行为会扰乱社会秩序,可能造成人身伤害和公私财产损失等危害后果,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。^③有论者认为,寻衅滋事罪的罪过形式不仅限于直接故意,还理应包括间接故意。在《刑法》第293条规定的寻衅滋事四种行为类型中,至少在“随意殴打他人”与“任意损毁公私财物”这两种类型中包含着间接故意的放任特点。^④

(二) 寻衅滋事罪的犯罪目的问题

寻衅滋事罪的成立,主观方面是否要求有犯罪目的,有两种分歧观点。

一种观点认为,寻衅滋事罪主观方面要求有犯罪目的。如有论者指出,寻衅滋事行为的主观目的,就是挑战公共秩序、挑战社会、蔑视社会道德和法制。^⑤有论者认为,寻衅滋事行为人有着明确的犯罪目的即通过破坏公共秩序寻求个人精神上的满足。虽然刑法没有将行为人的犯罪目的明确为犯罪构成要件,但是在实践中应当以行为人是否怀有这一不健康目的作为衡量行为是否为寻衅滋事性质的标准。这一特点的具备表明行为人追求的既不是政治目的,也不是经济目的,决定了寻衅滋事行为的矛头所向决不局限于某种具体的社会关系,不局限于某个特定的对象,只要可以满足其精神刺激,任何人及任何人的财物都有可能成为其侵害的对象。^⑥有论者表示,寻衅滋事罪的主观方面的特殊性不在于其罪过,而在于其犯罪目的和动机的复杂性。本罪的犯罪行为人的犯罪目的一般比较模糊,往往没有明确的犯罪目的,一般不是为了获得特定的物质利益或损害特定的人。行为人的

① 参见王作富主编:《刑法分则实务研究(下)》(第2版),中国方正出版社2003年版,第1441页。

② 参见郭泰峰:“试析寻衅滋事罪的构成特征及司法认定”,载《黄石理工学院学报》2009年第2期。

③ 参见董颖颖:“寻衅滋事罪的司法认定”,载《经济与社会发展》2004年第11期。

④ 参见孟庆华、马章民主编:《刑事案例诉讼审评——寻衅滋事罪》,中国检察出版社2014年版,第46页。

⑤ 参见叶君:“论寻衅滋事罪的证明”,载《江苏广播电视大学学报》2005年第4期。

⑥ 参见宋峰、曹红卫:“试论寻衅滋事犯罪的司法认定”,载《北京人民警察学院学报》2004年第4期。

犯罪目的是以惹是生非来获得精神刺激,用滋生事端来开心取乐,从而填补其内心空虚。^①

另一种观点认为,寻衅滋事罪主观方面就是故意,犯罪目的不是其构成要件。如有论者指出,从刑法条文规定来看,刑法并没有要求寻衅滋事行为出于何种动机、目的,只要行为人存在主观故意,客观行为符合罪行的描述,就可以构成寻衅滋事罪,不一定要有所谓的流氓目的。^②还有论者表示,寻衅滋事罪不应有犯罪目的作为成立要件,因为寻衅滋事罪的犯罪目的不具有法定化,其犯罪目的和动机不易分清,而且寻衅滋事罪的犯罪目的本身存在诸多问题,不仅难以解决司法实践的认定困惑,反而会成为寻衅滋事罪认定上的一大障碍。^③

(三) 寻衅滋事罪的犯罪动机问题

寻衅滋事罪的成立,主观方面是否要求有特定的犯罪动机如流氓动机等,亦有两种分歧观点。

一种观点认为,寻衅滋事罪主观方面构成要件要求有流氓动机或者“寻求精神刺激或者不健康的心理需求”等动机。如有论者认为,行为人的犯罪动机是为了满足耍威风、取乐等不正常的精神刺激或其他不健康的心理需要。^④有论者提出,犯罪动机是是非颠倒、荣辱混淆的变态心理,以蔑视国家法纪和社会公德为“英雄”,视遵纪守法为“无能”。^⑤有论者说,主观上的流氓动机与客观上的无事生非,是本罪的基本特征,也是本罪与相关犯罪的关键区别。从而也认可寻衅滋事罪的主观方面要求行为人有流氓动机。^⑥还有论者指出,犯罪动机虽然不能完全作为区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限和标准,但是在寻衅滋事罪中,“流氓动机”并不能被完全忽略。从行为的表现形式来看,流氓动机作为寻衅滋事罪的主观要素,在确定行为人的主观方面构成要件中不可少,不能完全将流氓动机排除出寻衅滋事罪的主观要素范围。当今刑法立法和司法实践已从主观主义向客观主义倾斜,刑法中的目的犯已经大为减少,而“动机犯”几乎已经绝迹,但是一味强调客观主义,忽略主观要素的考量,不免会导致客观归责,有违刑法定罪量刑的主客观统一的原则。^⑦

另一种观点认为,寻衅滋事罪主观方面构成要件不要求有流氓动机。如有论者认为,不应将流氓动机作为寻衅滋事罪主观方面的要素。首先,从罪刑法定原则的角度出发,不能在法律条文之外添加新的动机要件。其次,流氓动机的含义在理论界与实务界有不同的

① 参见童颖颖:“寻衅滋事罪的司法认定”,载《经济与社会发展》2004年第11期。

② 参见杨娟、吴宝群:“对刑法理论中因犯罪目的导致缩小解释的批判”,载《法商论坛》2012年第2期。

③ 参见孟庆华、马章民主编:“刑事案例诉辩审评——寻衅滋事罪”,中国检察出版社2014年版,第51页;张维、黄佳宇:“寻衅滋事罪司法困境之评析”,载《法学杂志》2011年第5期。

④ 参见郭泰峰:“试析寻衅滋事罪的构成特征及司法认定”,载《黄石理工学院学报》2009年第2期。

⑤ 参见童颖颖:“寻衅滋事罪的司法认定”,载《经济与社会发展》2004年第11期。

⑥ 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社1997年版,第814页。

⑦ 参见白瑜:“寻衅滋事罪之主观要素问题探析”,载《法制与经济》2010年第6期。

理解，人们对其内涵也往往说不清楚，将其作为寻衅滋事罪的主观要素，不具有限定犯罪范围的意义。所以，将流氓动机作为本罪的主观要素，不能起到区分罪与非罪、此罪与彼罪的作用，不应将其作为本罪的动机要件。^① 另有论者指出，要求流氓动机或者所谓“寻求精神刺激或者不健康的心理需求”是没有具体意义的，难以被人认识的心理状态，具有说不清、道不明的内容，将其作为寻衅滋事罪的主观要素，并不具有限定犯罪范围的意义。而且即使没有这种动机也可能严重侵犯了寻衅滋事罪的保护法益，那么，要求行为人出于精神刺激或者不健康的心理需要就是多余。此外，不将寻求精神刺激或者不健康的心理需求作为寻衅滋事罪的主观要素，也完全可以从客观上区分是否为寻衅滋事行为，可以区分罪与非罪、此罪与彼罪。最后，寻求精神刺激或者不健康的心理需求是一种“主观的超过要素”，这种要素不是故意本身的内容，而是故意之外的一种主观内容，要求行为人主观上出于寻求精神刺激或者不健康的心理需求，并不意味着不要求行为人主观上具有故意，因而不会导致客观归罪。^②

六、寻衅滋事致人重伤、死亡的认定问题

寻衅滋事致人重伤或者死亡的案件如何定罪，是寻衅滋事罪司法认定中的难点问题，刑法理论界与司法实务界对此也见仁见智，主要有以下几种观点：

（一）寻衅滋事罪说

这种观点认为，寻衅滋事致人重伤、死亡的，应以寻衅滋事罪处罚。如有论者认为，行为人实施殴打他人的行为只是打人取乐，使自己在精神上得到满足，没有特定的伤害或剥夺他人生命的故意，且其侵害的对象是不特定的。而故意伤害罪或故意杀人罪所侵害的对象一般是特定的，而且有关寻衅滋事罪的法条对这种后果并非明确予以排除。因此，从严格遵循主客观相一致和罪刑法定原则的角度出发，只应定寻衅滋事罪。^③ 另有论者认为，行为人实施殴打他人的行为只是打人取乐，使自己精神上得到满足，没有特定的伤害或剥夺他人生命的故意，且其侵害的对象是不特定的，故以寻衅滋事罪定罪即可。^④

（二）故意伤害罪、故意杀人罪说

这种观点认为，寻衅滋事致人重伤、死亡的，应直接以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。如有论者认为，行为人虽然只具有寻衅滋事的故意，随意殴打他人亦仅仅是寻衅滋事犯罪的客观行为之一，但由于寻衅滋事客观行为所造成的致人重伤或死亡的后果已经不

① 参见董芳：“寻衅滋事罪若干问题探究”，载《法制与经济》2010年第10期。

② 参见钟丽、范豫：“寻衅滋事罪探析”，载《湘潮（下半月）》2010年第10期。

③ 参见汤晓慰：“寻衅滋事罪在司法适用中的若干疑难问题”，载《法律适用》2002年第4期。

④ 参见吴晓节：“寻衅滋事罪若干问题探析”，载《法制与经济》2010年第8期。

能被寻衅滋事罪所包容,故应以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。^①有论者指出,行为人出于一种故意,实施一种行为“殴打他人”,但同时触犯了数个罪名,属于想象的数罪,不是实质的数罪,应构成想象竞合犯。根据想象竞合犯的处罚原则,随意殴打他人,造成被害人重伤、死亡的严重后果,应以故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。^②有论者表示,就造成同样的危害结果而言,有明确的加害目标的故意伤害和故意杀人类案件的危害程度显然低于无事生非、横行霸道、殴打伤害不特定无辜群众的寻衅滋事类案件。从罪刑相适应的角度看,法定刑低于故意伤害和故意杀人罪的寻衅滋事罪的客观方面不应容忍重伤和死亡的危害结果。因此寻衅滋事致人重伤和死亡的行为不能按寻衅滋事罪处罚,而只能按故意的内容及其他情节,以故意伤害罪或故意杀人罪处罚。^③有论者说,从犯罪的主客观相统一原则来看,对寻衅滋事罪中“行为人随意殴打他人,致人重伤、死亡的”以故意伤害罪、故意杀人罪定罪量刑是科学合理的。在二人以上寻衅滋事共同随意殴打他人的场合,如果发生了重伤、死亡后果,对所有的共同犯罪人都应一律以故意伤害罪、故意杀人罪定罪量刑,不能因为重伤、死亡结果是明确的某一个人或某几个人造成的,而对他们定以故意伤害罪或故意杀人罪,其余的人仍以寻衅滋事罪论处。否则,就有悖于我国刑法中的共同犯罪理论。^④还有论者提到,行为人随意殴打他人,致人重伤、死亡的,这种情形属于转化犯,即行为人在实施某一较轻的犯罪时,由于连带的行为又触犯了另一较重的犯罪,因而应以较重的犯罪论处。^⑤

(三) 数罪并罚说

这种观点认为,寻衅滋事致人重伤、死亡的,应以寻衅滋事罪和故意伤害或故意杀人罪数罪并罚。持此观点是有其渊源的,如最高人民法院、最高人民检察院于1984年在《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》中就曾规定,流氓罪兼犯杀人、重伤、抢劫、强奸等罪行的,应当进行数罪并罚。如有论者认为,从罪刑相适应的角度来看,寻衅滋事罪的法定刑决定了他在客观方面不能包容重伤、死亡的危害结果。因此,凡在寻衅滋事时随意殴打他人,造成被害人重伤、死亡后果的,为了真正体现刑法罪刑相一致,不放纵犯罪的原则和要求,就不能仅以寻衅滋事定罪量刑。^⑥再如江苏省高院、省检察院、省公安厅联合发布的《关于办理聚众斗殴等几类犯罪案件适用法律若干问题的讨论纪要》规定:寻衅滋事中直接致人重伤或者死亡构成犯罪的,分别按寻衅滋事罪和故

① 参见董常青:“多人寻衅滋事一人直接致人死亡如何确定罪责”,载《法律适用》2002年第4期。

② 参见宋峰、曹红卫:“试论寻衅滋事犯罪的司法认定”,载《北京人民警察学院学报》2004年第4期。

③ 参见蒋景好等:“寻衅滋事造成不同伤亡后果的定性”,载《人民司法》2010年第6期。

④ 参见冯英菊:“试论寻衅滋事致人重伤、死亡的定罪问题”,载《人民检察》1998年第8期。

⑤ 转引自徐展豪、刘新锋:“寻衅滋事致人死亡如何确定共同犯罪人刑事责任”,载《人民检察》2009年第13期。

⑥ 转引自汤晓慰:“适用寻衅滋事罪的疑难问题及对策”,载《检察实践》2002年第3期。