

【案例研究】

网络游戏中虚拟财产赔偿案件引发的法律思考

物业管理行政主管部门的职能定位

临时雇佣的民工在施工中造成身体损伤的不能认定为工伤

蛇年生肖邮票纠纷案的侵权认定与相关法律问题研究

京剧脸谱美术作品的著作权保护研究

【疑案探讨】

商品房还贷保证责任保险合同法律性质之认识及当事人请求权之行使

【案例分析】

职工入股后企业未进行改制的纠纷处理

【观点争鸣】

没有结婚的婚前财产公证是否生效

【参阅案例】

因不可归责于当事人双方的事由未能订立房屋买卖合同的立约定金不适用定金罚则
企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前该企业法人仍应视为存续，以自己的名义进行诉讼活动

【司法文件】

北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）

审判前沿

新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院 / 编



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

2004年第2集·总第8集

审判前沿

新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院 / 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿. 第8集, 新类型案件审判实务/北京市最高人民法院编. —北京: 法律出版社, 2004. 9

ISBN 7 - 5036 - 5097 - 4

I. 审… II. 北… III. 审判 - 案例 - 研究 - 中国
IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 089536 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴 伟

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/9.25 字数/241 千

版本/2004 年 10 月第 1 版

印次/2004 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010 - 63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010 - 63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010 - 63939642

传真/010 - 63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010 - 63939777

客服热线/010 - 63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010 - 63939781/9782 中法图北京分公司/010 - 62534456

中法图上海公司/021 - 62071010/1636

中法图苏州公司/0512 - 65293270

中法图深圳公司/0755 - 83072995

中法图重庆公司/023 - 65382816/2908

书号: ISBN 7 - 5036 - 5097 - 4/D · 4815

定价: 20.00 元

目 录

案例研究

- ◆正当防卫法律适用若干问题研究
——李某故意伤害案相关法律问题探讨 于同志(3)
- ◆网络游戏中虚拟财产赔偿案件引发的法律思考
——李某诉北京北极冰科技发展有限公司案
法律问题研究 刘双玉 牛冬华(13)
- ◆案件事实处于真伪不明时的举证责任分配
——傅某诉长城证券有限责任公司某营业部
委托纠纷案证据问题研究 王晓平 柳 波(22)
- ◆过失相抵原则及其适用
——陈某诉某超市人身伤害赔偿案
法律问题研究 刘晓军(38)
- ◆物业管理行政主管部门的职能定位
——现代城住宅小区物业管理委员会诉北京市
朝阳区国土资源和房屋管理局要求撤销
答复案法律问题研究 朱军巍(52)
- ◆临时雇佣的民工在施工中造成身体损伤的
不能认定为工伤

- 北京某山庄诉怀柔区劳动和社会保障局
工伤认定案法律问题研究 程 琥(62)

◆京剧脸谱美术作品的著作权保护研究

- 赵某某诉北京永和大王餐饮有限公司案
法律问题研究 张晓津(75)

◆从平面到立体及从立体到平面的行为是否构成
复制问题研究

- 范某等诉北京市某不锈钢制品厂侵犯著作权案
法律问题研究 冯 刚(85)

疑案探讨

◆典当租赁的汽车犯罪定性研究

- 张某合同诈骗案法律问题探讨 易大庆(97)

◆商品房还贷保证责任保险合同法律性质之认识及
当事人请求权之行使

- 黄某诉天安保险股份有限公司保险合同案
法律问题探讨 徐 斌 洪 玉(102)

◆婚外同居所生之债的法律效力认定

- 李某诉孙某给付欠款案法律问题研究 马 强(110)

◆持股职工能否退股

- 孙某诉某物业公司股权纠纷案
法律问题探讨 戴 国 李 颖(122)

◆铁路承揽运送合同纠纷几个问题的探讨

- 张某诉上海隔离车公司等铁路行包快运
合同案法律问题研究 朱秋菱(130)

◆宽松对待“合伙协议”

- 就安某与孟某债务纠纷案法律问题与张建强、易
珍春两位法官商榷 尹家钢(136)

- ◆从本案看我国关于合伙法律制度的现状
 - 就安某与孟某债务纠纷案法律问题
 - 再与尹家钢法官商榷 张建强(141)
- ◆财物返还有关问题的探讨
 - 民事审判中财物返还法律问题研究 姜春玲(146)

案例分析

- ◆拾得他人银行借记卡冒名取款行为的定性
 - 黄飞诈骗案相关法律适用问题分析 康 瑛(159)
- ◆以营利为目的提供手淫、口淫服务行为的法律界定
 - 杨某组织卖淫,董某、焦某等人协助组织卖淫案法律问题评析 贾连春(166)
- ◆职工入股后企业未进行改制的纠纷处理
 - 纪某诉北京万隆酒店、恒万实业有限公司案
 - 法律问题评析 陈 恒(173)
- ◆中外合资企业盈余的分配依据浅析
 - 中外合资企业盈余分配权纠纷
 - 法律问题分析 顾国增(180)
- ◆中止探望诉讼的若干问题研究
 - 原告张女与被告张男中止探望纠纷案
 - 法律问题分析 曲东民 易珍春(186)
- ◆乘坐出租车被他人撞伤的法律責任认定
 - 杨某诉马某等损害赔偿案法律问题分析 张寒松(191)
- ◆医院丢失病灶标本应承担何种责任
 - 耿某诉北京酒仙桥医院赔偿纠纷案
 - 法律问题分析 刘建刚(196)
- ◆教委对教师因生活、安全和工资问题提出申诉的答复性质认定

——奥古辜耶诉区教育局委员会行政纠纷案

法律问题分析 滕恩荣(205)

观点争鸣

- ◆银行工作人员以高息揽取存款后用于
个人炒股的定性分析 张宝武 李汝银(211)
- ◆虚填真实合法票据骗钱的
犯罪定性 曹华宇 赵成杰(214)
- ◆打击报复证人亲属应构成
打击报复证人罪 温小洁(217)
- ◆国有控股有限公司中从事管理工作人员的主体
身份认定 朱长军(220)
- ◆没有结婚的婚前财产公证是否生效
——王某与赵某赠与合同纠纷法律问题分析 ... 李凤新(224)

参阅案例

- ◆承诺可以根据交易习惯或要约表明以行为方式作出 ... (231)
- ◆因不可归责于当事人双方的事由未能订立房屋买卖
合同的立约定金不适用定金罚则 (235)
- ◆企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前该企业
法人仍应视为存续以自己的名义进行诉讼活动 (239)
- ◆行政处罚法实施后其他规范性文件
设定的行政处罚无效 (243)
- ◆确定违约金计算至“实际给付之日”的判决,法院已足额
进行财产保全的,违约金计算至立案执行之日 (248)

法律文书之窗

- ◆北京市桂香村食品中心诉海淀桂香村食品厂等侵犯
商标权及不正当竞争纠纷案

- 北京市海淀区人民法院民事调解书(2004)海民
初字第 2815 号 (255)
- ◆黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂、中央
电视台、北京北辰购物中心侵犯民间文学艺术作
品著作权纠纷案
- 北京市高级人民法院民事判决书(2003)高民
终字第 246 号 (264)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件
若干问题的指导意见(试行) (275)
- ◆北京市高级人民法院关于北京市各级人民法院受理
第一审知识产权民事纠纷案件级别管辖的规定 (282)
- 《征稿启事》 (286)

❧ 案例研究 ❧

正当防卫法律适用若干问题研究

——李某故意伤害案相关法律问题探讨

于同志^①

一、据以研究的案例

被告人李某,系北京某饭店临时工。

2002年9月17日凌晨,被告人李某与其同事王海某、张某(另案处理)、孙某等人在北京市海淀区双泉堡环球迪厅娱乐时,遇到本单位女服务员王晓某等人及其朋友王宗某(另案处理)等人,王宗某对李某等人与王晓某等人跳舞感到不满,遂故意撞了李某一下,李某对王宗某说:“刚才你撞到了我。”王宗某说:“喝多了,对不起。”两人遂被他人劝开。李某供称其感觉对方怀有敌意,为防身,遂返回其住处取了一把水果刀。其间王宗某打电话叫来张艳某(男,时年20岁)、

^① 作者单位:北京市高级人民法院刑一庭。

董某等3人(另案处理)帮其报复对方,3人赶到环球迪厅时碰巧李某刚离去,张某等人即离开迪厅。李某取刀返回迪厅后,王宗某即打电话再次叫张艳某等人赶到迪厅,并向张艳某指认了李某,指使张艳某等人埋伏在北沙滩桥附近的过街天桥下伺机报复李某。当日凌晨1时许,李某、王海某、张某、孙某等人返回单位,当途经京昌高速公路辅路北沙滩桥附近的过街天桥时,张艳某、董某等人即持棍对李某等人进行殴打。孙某先被打倒(后经鉴定为轻伤),李某、王海某、张某展开反击,其间,李某被张艳某用胳膊卡住脖子并下压,李某遂拔出水果刀猛刺张艳某胸部、腿部数刀。后张艳某等人欲逃离现场。李某等人追赶并追上摔倒在地的张艳某拳打脚踢。张艳某因被刺伤胸部,伤及肺脏、心脏致失血性休克死亡。

一审法院审理认为,被告人李某等人与被害人张艳某等人互殴,李某故意伤害他人身体,致人死亡,其行为已构成故意伤害罪,犯罪后果特别严重,依法应予惩处。鉴于被害人对本案的发生负有重大过错,依法对被告人李某予以从轻处罚。故认定李某犯故意伤害罪,判处有期徒刑15年,剥夺政治权利3年。一审宣判后,李某不服,提出上诉。二审法院审理认为,李某为制止正在进行的不法侵害而故意伤害不法侵害者的身体,其行为属于正当防卫,但其防卫明显超过必要限度,造成被害人死亡的重大损害后果,其行为构成故意伤害罪,依法应予减轻处罚。一审判决适用法律不当,对李某的量刑过重,依法应予改判。故判决撤销一审法院判决,认定李某犯故意伤害罪,判处有期徒刑5年。

二、相关法律问题研究

本案争议的焦点集中在以下两点:一是被告人为预防不法侵害发生,携带防范性工具的行为能否阻却正当防卫成立;二是被告人的行为属于互殴还是正当防卫过当。

(一)为预防不法侵害发生,携带防范性工具的定性

本案在审理中,对李某在发生争执后返回住处取刀的行为性质

如何认定存在两种不同意见:一种意见以李某在与王宗某发生争执后,返回住处携带刀具为由,认为李某有伤害他人的意图,故不成立正当防卫,而为互殴。另一种意见则认为,李某预先携带刀具,只有防卫的意图,而无伤害他人的故意。因为其悄然返回住所取刀重新回迪厅后,既没有主动伤害王宗某,也没有对在场的同事讲述其曾与王宗某有过冲突一事,可见其取刀的主观目的是在察觉到王宗某可能对其侵害的情况下所采取的防卫准备。李某预先携带防范性工具,在遭遇不法侵害使用该工具展开防卫的行为,仍成立正当防卫。

被告人李某返回住所携带刀具的行为属于预先防范措施。在现实生活中,存在着不少为预防未来可能发生的侵害而预先采取防范措施的类似情形,如为预防盗窃而在门上安装自动杀伤装置,或在围墙上安插玻璃碎片、拉上电网等。这些情形的共同特点是行为时没有正在进行的不法侵害,但效果发生时则存在正在进行的不法侵害。对此如何定性,我国刑法学界认识不统一。有的学者认为,行为时虽然不存在正在进行的不法侵害,但预防措施发生作用时,不法侵害正在进行,因此,预先采取防范措施的行为只要不危害公共安全,本身并不违法,在其针对正在进行的不法侵害发挥作用时,就应当认定为正当防卫。^① 有的学者则认为,这种情况是否属于正当防卫,应视这种防范性措施发生作用的对象而定。如果防范性措施的效果是针对不法侵害行为而产生的,可以认为是正当防卫;如果该措施不是对不法侵害行为发生了效果,而是造成了无辜人员的伤害或财产损失,则不能成立正当防卫。^② 还有学者认为,采取预先防范措施的行为在任何情况下都不能认定为正当防卫,至于其性质应当具体情况具体分析。如果预防措施不具有危害公共安全的性质并且没有超过必要限度,可以认为是合法行为;如果预防措施危害了公共安全,则不能认为是合法行为,发生了危害后果,应以故意犯罪论处;预防措施虽

① 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社1997年版,第227页。

② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2000年版,第736页。

然不危害公共安全,但明显超过必要限度并造成危害后果的,也应当以故意犯罪论处。^①

预先采取防范措施的案件,在司法实践中是非常复杂的。有的防范性措施不违反法律的规定,不具有危害不特定多人的人身或者财产安全的性质,如在自家围墙上安插玻璃碎片等;有的防范性措施则违反了法律法规,具有危害公共安全的性质,如私自拉接电网等;有的防范性措施虽然不直接违反法律法规的规定,但是违反社会的公共生活规范并具有危害公共安全的性质,如在防盗门上接通电源或安装自动杀伤性装置等。因此,对如此复杂的情况,一概认定为属于正当防卫或者不属于正当防卫,都是不合适的。正确的做法应当是具体问题具体分析。刑法之所以规定正当防卫,目的在于抵制不法侵害,保护合法权益,因此,如果防卫人为了防范自己的合法权益遭受不法侵害,预先采取必要的防范措施,在侵害发生之前作防范的准备,以便在发生不法侵害时予以反击,乃属情理之常,只要他的行为对不法侵害者所造成的损害与其所要保护的合法权益的价值之间不明显失衡,就应当允许。如果防卫的效果又是针对正在进行的不法侵害,就应当认定为正当防卫。当然,也只有在预防措施的效果是针对不法侵害的发生而进行时,方成立正当防卫。在预先采取防范措施的场合,防范的对象一般是不特定的,在有的情况下,其行为是针对不法侵害人发生作用,而在有的情况下,则会损害无辜者的合法权益。因此,如果该行为不是对不法侵害发生了效果,造成其他无辜人员的伤亡或者财产损失,也不能成立正当防卫,而应依具体情况对该危害行为追究相应的责任。

由于防范性措施的对象往往具有不特定性,易于危害公共安全,因此,有必要对其成立正当防卫作严格的法律规制。如果防范性措施违反法律法规,具有危害公共安全的性质,或者违反公共生活准

^① 参见陈兴良著:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社1999年版,第338页;高铭喧主编:《刑法专论》(上),高等教育出版社2002年版,第438~439页。

则,运用该措施所产生的结果会明显大于其意图保护的合法权益的价值时,仍不能成立正当防卫。比如私自拉接电网、在防盗门上安装自动杀伤性装置、在即将成熟的瓜果上喷洒剧毒农药等,这些措施违反了法律或者公共生活准则,虽是静态的,但具有危害不特定多数人的身或者财产安全的性质,任何人只要接触,都有可能受到伤害即都可能发生预定的防范效果。在此情况下,一旦发生严重后果,对其应以故意犯罪论处,而不宜认定为正当防卫。

为预防不法侵害的发生,携带防范性工具,如管制刀具等,往往是动态的,可能发生防范效果,也可能不发生,防范效果是否发生取决于行为人是否遭受不法侵害。当防范效果发生时,其作用对象往往是特定的不法侵害人,因此,预先携带防范性工具,一般不具有危害公共安全的性质,“在不法侵害发生时,行为人适用它反击不法侵害,不能因为其携带管制刀具是违法的,就否定其行为的防卫性质。”^①所以,本案被告人为预防不法侵害的发生携带防范性刀具,不能阻却其在遭遇不法侵害时运用该刀具实施的防卫行为成立正当防卫。

值得一提的是,在现实生活中,正当防卫行为是以多种形式表现出来的,既可以表现为抵御行为,也可以表现为反击行为。在面临不法侵害时,多数防卫人首先都是以自身的力量抵御不法侵害,不使合法权益遭受损害,这种行为是在面临不法侵害的情况下被动作出的反应,如妇女在遇到强奸行为时,以自身力量与强奸犯搏斗,使其强奸犯罪无法得逞。但是,也有不少防卫人在面临不法侵害时,不仅仅是被动地抵抗不法侵害人,而是主动地对侵害者实行反攻和打击,以给其人身利益造成损害,使其丧失侵害能力来保护合法权益,如本案被告人。在司法实践中,对正当防卫行为的理解,不宜过于狭隘,无论是被动的抵御,还是主动的反击,只要符合刑法规定的正当防卫的构成要件,均可成立正当防卫。因此,那种认为面临不法侵害只能

① 高铭暄主编:《刑法专论》(上),高等教育出版社2002年版,第438页。

抵御,不能反击,否则不成立正当防卫的观念,应当转变。

(二)互殴与正当防卫的界限

本案审理中,对于李某的行为定性,属于互殴还是防卫过当,一、二审法院作出截然不同的结论。一审法院认为,李某是在与他人发生争执后,主动返回住处携带刀具,有互殴的意图,并与他人进行互殴,因此其行为属于互殴,不构成正当防卫。二审法院则认为,李某没有互殴的意图和伤害他人的故意,其行为属于为了保护本人及他人合法权益而采取的制止不法侵害的反击行为,依照刑法第20条的规定,构成正当防卫。

区分正当防卫和互殴的关键在于有无防卫意图。所谓防卫意图,是指防卫人在实施防卫行为时对其防卫行为以及行为的结果所应具有的心理态度。防卫意图包括防卫认识和防卫目的两方面内容,其中,“防卫认识是产生防卫意图的前提,防卫目的是防卫意图的核心”。^①

所谓防卫认识,是指行为人在面临不法侵害时,对与防卫有关的诸多事实因素的认识。一般而言,防卫认识包括以下基本内容:其一,认识侵害合法权益的不法侵害的存在。防卫人只有在认识到存在不法侵害,才能产生防卫意图,如果行为人认识到不存在不法侵害而实施所谓的反击行为的,不属于正当防卫,而属于加害行为。至于不法侵害的性质,不要求行为认识,因为在紧迫的情况下,不法侵害是犯罪行为还是一般违法行为,防卫人没有时间也没有义务加以判断。至于不法侵害所侵害的合法权益的性质,行为人也无须确认。因为,根据刑法的规定,无论是国家利益、集体利益,还是本人利益、他人利益,只要是合法权益,任何人都权利加以保护。其二,认识到某种合法权益受到正在进行的不法侵害的危害,并确定不法侵害人。如果行为明知不法侵害尚未发生或者已经结束,而对侵害者实施加害行为的,表明行为的意图是不正当的,不成立正当防卫;如果行为

^① 高铭喧主编:《刑法专论》(上),高等教育出版社2002年版,第439页。

人明知他人没有实施不法侵害,却对其实施了加害行为,也不能构成正当防卫。至于防卫的具体强度,有学者认为亦属于防卫认识的内容之一。^①笔者认为,防卫在紧急情况下,认识外界的范围会缩小,自控能力会减弱,往往不能正确评价侵害的强度和防卫的强度,因此,只要防卫人认识到自己的防卫强度是反击和制止不法侵害所必需的就可以了,至于在具体情况下应当采取的防卫强度,对于防卫人来说无须也不可能认识。

所谓防卫目的,是指防卫人在防卫认识的基础上,并在防卫动机的促使下,实施防卫行为所希望达到的结果。正当防卫要求必须以保护合法权益、制止不法侵害为目的,这是由正当防卫的法律属性决定的。刑法设立正当防卫的宗旨在于及时有效地制止不法侵害,保护合法权益,并不是以加害不法侵害人为目的。因此,如果防卫人在防卫的过程中追求危害社会的结果,便不具有防卫目的,同时也违背了正当防卫的宗旨。防卫目的是确定防卫意图的关键,它决定着防卫意图的正当性,如果行为人以加害他人为目的,那么,其主观意图也就是非法的,当然不能成立正当防卫。

互殴行为之所以不能构成正当防卫,是因为殴斗双方缺乏防卫意图。在互相斗殴中,殴斗双方都具有殴击、伤害对方的故意,双方都以侵害对方为目的,并在此意图支配下积极实施侵害对方的行为,根本不存在正当防卫所要求的防卫意图,因此殴斗双方的任何一方均不得主张正当防卫的权利。在互殴场合下,可能是一方先动手,另一方后动手,但是这并不能改变互殴的法律性质,只要双方都有着互相侵害对方的犯罪意图而故意互相侵害,就不能成立正当防卫。当然,如果一方本无侵害对方的故意,完全是由于对方的不法侵害而被迫还手,则不能认定为互殴。此外,如果一方已经退出互殴现场,而另一方仍穷追不舍,并加大了侵害力度,在此情况下,对于退出一方来说,对方的攻击行为就变成一种正在进行的不法侵害,退出一方则

① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社2000年版,第745页。