

# THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS  
OF COURTS OF BEIJING



# 审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第23集

[公司纠纷类]

竞业禁止的认定与公司归入之诉

审理公司股权转让合同纠纷中应当注意的问题

[刑事诉讼类]

北京市高级人民法院刑事裁定书（郑筱萸受贿、玩忽职守案）



法律出版社  
LAW PRESS • CHINA

# 审判前沿

## 新类型案件审判实务

---

### 编辑委员会

主 任：池 强

副主任：王振清 朱 江 周继军 翟晶敏 于建伟

委 员：(按姓氏笔画排列)

马 强 王 飞 田玉玺 刘兰芳 张柳青

辛尚民 何谢忠 何通胜 陈锦川 孟 祥

徐 扬 谭京生

### 编 辑 部

主 编：王振清

副主编：马 强

编 辑：范跃如 唐 明 乔新生 万 钧 张新平

刘晓虹 张农荣

## 图书在版编目(CIP)数据

审判前沿 2008 年第 5 集(总第 23 集)/北京市高级人民法院编. —北京:法律出版社,2008. 11  
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8870 - 6

I. 审… II. 北… III. 审判—案例—研究—中国—丛刊  
IV. D925. 05 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 156441 号  
© 法律出版社·中国

审判前沿 2008 年第 5 集(总第 23 集)  
北京市高级人民法院编

编辑统筹 法律应用出版分社  
策划编辑 戴 伟  
责任编辑 潘洪兴  
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社  
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 787 × 960 毫米 1/16  
印张 14  
字数 237 千  
版本 2008 年 12 月第 1 版  
印次 2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/www. lawpress. com. cn

电子邮件/info@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8870 - 6

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

## 案例研究

### ◆表象类似犯罪行为定性问题研究

——王某某等人故意伤害案评析 ..... 张素莲 史 磊( 1 )

### ◆人身保险合同订立过程中各种“代签字”行为的分析与处理

——王某诉某保险公司保险合同纠纷案法律问题研究  
..... 刘建勋 柴 宏( 10 )

### ◆论人事争议诉讼受案范围的重塑

——冉某某诉公证处、第三人司法局其他合同纠纷案法律  
问题研究 ..... 毕芳芳( 23 )

### ◆竞业禁止的认定与公司归入之诉

——纺织服装有限公司诉姚某某、常某竞业禁止纠纷案  
法律问题研究 ..... 李有光 刘 燕( 33 )

### ◆代签行为的性质、效力及追认

——崔某诉甲公司、乙公司确认出资转让协议效力案法  
律问题研究 ..... 郭莉蓉 白小莉( 44 )

### ◆公司高管违反注意忠实勤勉义务侵害公司权益给公司造成 损失应承担赔偿责任

——某有限公司诉薛某董事、监事、经理损害公司利益案  
法律问题研究 ..... 范三雪 张钰炜( 53 )

### ◆浅析相关公众的确定以及商标近似性判断

——(日本)丰田自动车株式会社诉浙江吉利汽车有限  
公司、北京亚辰伟业汽车销售中心侵犯注册商标权  
纠纷案相关法律问题研究 ..... 周晓冰( 61 )

### ◆掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪法律适用问题探讨

——李某某等人盗窃、掩饰、隐瞒犯罪所得案法律问题研究 ..... 罗鹏飞( 69 )

- ◆擅自制造、销售较大数量的用于拍摄影视剧的烟火药之定性  
——姬某被控非法制造、买卖爆炸物案法律问题研究 ..... 于同志(75)

## 疑案探讨

- ◆个人合伙成员在合伙活动中受到人身损害的责任承担问题  
——田某某诉某设备安装有限公司及马某等人身损害赔偿  
偿案相关法律问题探讨 ..... 李 扬(82)
- ◆机动车辆第三者责任险保险人的承保范围  
——上地公司诉保险公司某支公司保险合同案法律问题  
探讨 ..... 苏玉书(87)
- ◆要求银行履行出具代扣代缴税款凭证职责的诉讼请求属于  
行政诉讼受案范围  
——奥某诉某支行不予出具代扣代缴利息税凭证案有关  
法律问题探讨 ..... 藤恩荣(90)

## 案例分析

- ◆家政服务侵权纠纷案中雇佣关系的认定及其他  
——顾某、秦某诉家政服务中心人身损害赔偿纠纷案法  
律问题分析 ..... 杨木霞 钟 梅 闫 慧(98)
- ◆财产侵权责任中的补充赔偿责任  
——单某某诉商业大厦、商场未尽安保义务致财产被盗  
赔偿案相关法律问题分析 ..... 韩小东 尤桂荣(104)
- ◆存疑不起诉后自首的认定  
——齐某某销售赃物案法律问题分析 ..... 王 芬 王 佳(108)
- ◆谈著作权侵权案件中对于权属的认定  
——唱片公司诉文化传播公司侵犯录音制作者权案法律  
问题分析 ..... 张雪松(112)
- ◆赠与合同效力的认定  
——张某某诉郑某某、第三人郑某要求确认赠与合同无  
效案相关法律问题分析 ..... 蔡俊清(116)
- ◆关于在执行程序中追加被执行主体的几个问题  
——科技公司申请执行商贸公司因股东投资不实追加被  
执行主体案相关法律问题分析 ..... 王 斌 彭 建(119)

## ◆论牵连犯与吸收犯的区别

——艾某某抢劫、以危险方法危害公共安全案有关法律

问题研究 ..... 赵瑞罡 麻学军(123)

## ◆修路占用承包地后农户承包集体果树补偿款归属问题的判定

——邓甲诉某实业公司农业承包合同纠纷案相关法律问

题分析 ..... 张金星(129)

◆股份合作制企业法定代表人对外转让本企业在其他公司内  
股权效力的认定

——何某某诉某汽车滤清器厂、乔某某股权转让协议纠

纷案相关法律问题分析 ..... 卢 明(133)

## 观点争鸣

## ◆证据相互矛盾的如何认定被告人的实际年龄 ..... 岳慧青(137)

## ◆行为人犯受贿罪同时又触犯其他利用国家职权实施的犯罪

如何处罚

——梁某受贿、滥用职权案 ..... 赵德江(140)

## ◆交通肇事之肇事车车主及被挂靠人承担民事赔偿责任的

认定 ..... 汤笑然(144)

## 参阅案例

## ◆审理公司股权转让合同纠纷中应当注意的问题 ..... (149)

## ◆因可归责于债务人的事由导致自始履行不能的应承担履行

利益的损害赔偿责任 ..... (156)

## ◆在存有侵权行为人的情况下不应适用公平原则判令他人分

担责任 ..... (161)

## ◆夫妻一方擅自处分夫妻共有房产房屋买受人不是善意的不

构成善意取得 ..... (163)

## 热点问题聚焦

## ◆关于北京法院案件质量存在的问题原因及对策的调研报告

..... 北京市高级人民法院课题组(169)

## ◆关于建立量刑指导规则的调研报告

..... 北京市第一中级人民法院(179)

## 法律文书之窗

- ◆北京市高级人民法院刑事裁定书(郑筱萸受贿、玩忽职守案)  
——[2007]高刑终字第320号 ..... (188)
- ◆北京市高级人民法院刑事附带民事判决书(李渠坡等抢劫案)  
——[2007]高刑终字第751号 ..... (194)

## 司法文件

- ◆关于印发《北京市高级人民法院关于审理外观设计专利案件的若干指导意见(试行)》的通知 ..... (204)
- ◆北京市高级人民法院关于印发《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》的通知 ..... (209)

## 分类索引 ..... (213)

## 【案例研究】

# 表象类似犯罪行为定性问题研究

## ——王某某等人故意伤害案评析

张素莲\* 史磊\*\*

### 一、据以研究的案例

2006年9月中旬,王某、王某某兄弟二人在北京市丰台区开业经营东北饺子王饭馆,饭馆的员工都是东北老乡,有何某(时年17岁)、马某、倪某、霍某、刘某、黄某、张某等人。2006年10月6日中秋节晚上,在饭馆门前王某组织员工一起吃饭喝酒,只有刘某没有喝酒。同时,在东北饺子王饭馆斜对面经营休闲足疗中心的朱某也叫来湖南老乡李某、胡某、方某、朱某某、郭某、邱某、周某等人,一起吃饭、喝酒过中秋节。

7日凌晨2时许,在足疗中心吃饭的胡某、方某、李某准备回家,在门前等车时,胡某酒后无聊用脚猛踢路边停车位的牌子,声音很大,在马路对面饺子馆门前吃饭的王某觉得反感,对胡某说别吵了。胡某就走到马路中间骂王某,喝多酒的王某某就拿起一个啤酒瓶子冲胡某过去,被王某拉了回来。胡某感觉自己吃亏了,对王某某等人大喊“你们等着”,就跑回足疗中心。王某某见胡某跑回去,怕一会儿他们来打架吃亏,就到饭馆厨房拿了一把剔骨尖刀,王某把脚穿的拖鞋换成旅游鞋,何某从厨房拿了两把菜刀,一把给了王某,一把自己拿着,马某拿了一把菜刀,黄某拿一根擀面杖。在准备好后,王某对员工讲“咱们是做生意的,人家不来打架,咱们也别惹事,他们要是来打,咱们就和他们打”。胡某回到足疗中心对朱某等人说外面有人打他,去厨房拿了一把菜刀出去和王某某等人打架,朱某等人也分别拿东西一同出去打架。朱某手持一把炒菜铁铲,方某手持一把饭

\* 北京市第二中级人民法院少年审判庭副庭长,中国人民大学法学博士。

\*\* 北京市第二中级人民法院少年审判庭法官。

勺,李某手持一个花盆,与郭某、朱某某、邱某、周某等人向王某等人吃饭的地方过去。王某某等人见对方六七个人手持武器过来了,也就携刀迎上去。王某先进行劝阻、说和,被对方围起来打,王某即从腰上抽出菜刀往对方身上抡,何某、王某某、马某也冲上去,后双方打在一起。王某某被胡某用菜刀砍伤左小臂(轻微伤),王某某持剔骨尖刀砍伤胡某左臂(轻微伤)、李某左臂及左前胸(轻伤),胡某、李某受伤后跑回足疗店。王某某又和朱某对打,朱某持炒菜铲子砍伤王某某左前额,王某某持剔骨尖刀扎入朱某右胸背部,朱某受伤后也跑回足疗店。

胡某等人跑回足疗店后,看朱某后背流血很多,胡某、李某、邱某、郭某、周某、朱某某、方某从足疗店出来去医院,胡某、李某、邱某陪朱某打车先走,郭某、周某、朱某某、方某步行去医院。此时,站在饭馆门口的王某某、王某、马某、何某、倪某、黄某看到郭某等人,马某说“他们出来了,去砍他们去”,王某某持尖刀、王某持菜刀、马某持菜刀、何某持菜刀,倪某、黄某持擀面杖,追上郭某等4人。马某持菜刀砍伤周某腰部(经鉴定为轻微伤),王某某、王某、何某、倪某对郭某拳打脚踢,王某某持刀砍伤郭某的头部二处,致其轻微伤。后民警接周某报警赶至现场及时制止了王某一方的追打行为。朱某因被王某某用尖刀扎伤右胸背部,深达胸腔,造成右肺破裂,致急性失血性休克,经抢救无效死亡。

法院判决认定被告人王某某犯故意伤害罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身;被告人马某犯故意伤害罪,判处有期徒刑3年6个月;被告人王某犯故意伤害罪,判处有期徒刑3年;被告人何某犯故意伤害罪,判处有期徒刑2年;被告人王某某、马某、王某某,被告人何某及其原法定代理人即附带民事诉讼被告人何某某、周某某连带赔偿各附带民事诉讼原告人交通费、死亡赔偿金、丧葬费、被扶养人生活费、医疗费等经济损失人民币44.5427万元;被告人王某某、马某、王某,被告人何某及其原法定代理人即附带民事诉讼被告人何某某、周某某连带赔偿附带民事诉讼原告人李某医疗费、误工费人民币1.6776万元;驳回附带民事诉讼原告人朱某某、李某、朱某、刘某的其他诉讼请求;扣押在案的物品予以没收。本案一审判决后,在法定期间内,各被告人及附带民事原告人均未上诉,检察机关也未抗诉。

## 二、相关法律问题研究

### (一)本案定性的分歧

由于本案的事实表象与多种犯罪行为均有类似之处,决定了本案自立案侦查到审判阶段,司法机关对犯罪行为的定性问题存在较大分歧。在侦查阶段,公安机关认定直接致朱某死亡的王某某犯故意伤害罪,认定王某、马某、何某犯寻衅滋事罪;检察机关在提起公诉时指控4人犯故意伤害罪,认为4人系共同犯

罪,应对伤害后果共同承担责任;在审判阶段,审理此案的合议庭有两种意见,一种与侦查机关的定性相同,另一种与公诉机关意见相同。鉴于本案定性的分歧,为统一对这种表象类似犯罪行为的定性,法院专门组织负责审理此类案件的相关审判庭进行疑难案件研讨,形成三种定性意见,即除了上述两种意见外,认为本案四被告人的行为应当定性为聚众斗殴罪。虽然经论证后主流的意见是认定为故意伤害罪,但是存在这种定性分歧的并不仅仅是审判机关,需要进行深入的研究,以进一步厘清这种表象类似犯罪行为定性的界限。

## (二)本案认定为故意伤害罪的法律分析

### 1. 本案事实发生的两个阶段应认定为一个整体的伤害行为

在王某主动说和未果后,王某一方持刀与对方打在一起,朱某、胡某、李某因被扎伤跑回足疗中心,王某某追至足疗中心门口,被同案人劝回饺子馆,至此上一阶段的伤害行为结束。死者一方被打回足疗中心后,看到朱某伤势严重,决定送其去医院治疗,部分人员打车先走,余下的郭某等四人步行去医院。王某等人在饺子馆门口看到郭某等人后,又多人持刀对郭某等人追打,造成郭某、周某轻微伤。虽然前一个阶段王某等人伤害对方的行为有一定的被动性,即受到对方胡某等人的挑衅后才实施的,但是后一阶段对郭某等人的追打行为是前一阶段伤害行为的继续,两个阶段的伤害行为应当看做一个整体的事实。尽管造成朱某死亡、李某轻伤的伤害后果是在前一阶段发生的,但是王某等人看到郭某等人在路边时,仍然持刀继续追打对方,应当看做是伤害故意的延续,是一种由被动向积极转变的整体伤害行为。

### 2. 被告人一方具有明显的伤害故意

#### (1)被告人一方做好充分准备

在胡某主动挑衅下,王某一方在尖刀、菜刀等工具方面做好充分准备,甚至王某还将拖鞋换成了旅游鞋。王某对王某某等人说,“咱们是做生意的,人家不来打架,咱们也别惹事,他们要是来打,咱们就和他们打”。王某某一方虽然有一定的防卫因素,但不是通过正当途径避免己方受伤害,例如在对方过来时,可以通过报警等方式制止对方的行为,而是准备尖刀、菜刀等工具等待对方。用尖刀等刀具与对方“打”,至少放任可能伤害对方的间接故意是客观存在的。也就是说,当王某某一方拿着尖刀和菜刀冲出去时,尤其是王某某拿着长约20公分的尖刀对胡某一方乱扎,造成一人死亡、一人轻伤的后果。而且,王某在说和劝阻未果后,也将别在腰间的菜刀拿出来乱抡,王某等人作为一般具有正常意识的人均能够意识到这种行为的危害后果。而且,从第二阶段看,在王某一方没有受到任何伤害危险的情况下,王某一方看到郭某等人站在路边,就持刀主动冲上去追打对方,王某某持刀砍郭某的头部,马某持刀砍周某的腰部,虽然在这一阶段没

有造成较为严重的伤害后果,但他们的伤害故意非常明显。

## (2) 双方采用的手段和工具不相当

王某某一方在前后两个阶段的伤害过程中,采取的手段和工具在伤害危险性上远远高于对方。在实施前一阶段的伤害行为过程中,除王某某持剔骨尖刀外,王某、马某、何某分别拿菜刀,只有黄某拿一根擀面杖,而对方只有胡某拿一把菜刀,朱某则持炒菜铁铲、方某持一饭勺、李某持一花杆(出门时花盆已掉在地上)。在后一阶段,王某某一方等人看到郭某等人后,多人持刀积极追砍,郭某等人则无再次打架之意,在步行去医院的路上被动挨打。因此,从被告人一方实施伤害行为的手段和工具上看,与对方所持工具及打完就跑的态度相比,被告人一方伤害对方的故意很明显。由此可见,上述将王某、马某、何某另行认定犯寻衅滋事罪的处理意见,是不符合被告人实施危害行为时的主观心态和客观表现的。因为,本案中王某、马某、何某三人实施危害行为的表现与寻衅滋事罪规定的“随意殴打他人”基本类似,这种随意殴打他人,既包括赤手空拳殴打他人,也包括用棍棒、砖块等器物殴打他人,甚至是不与被殴打人发生身体接触,而用石块、砖瓦投掷,等等。但是,如果行为人使用攻击性较强、极易致人伤亡的凶器殴打他人,如枪支、管制刀具等,此时行为人所使用的凶器客观上反映了行为人主观上具有伤害、杀死他人的故意,已经超出寻衅滋事罪的主观故意。如果造成重伤、死亡结果,应以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚;即使没有造成重伤等严重后果,也应根据具体案情以故意伤害罪(未遂)、故意杀人罪(未遂)论处。因为,依照法律规定,聚众斗殴罪不能包容致人重伤、死亡的结果,作为同是从流氓罪中细化出来的寻衅滋事罪也同样不能包容致人重伤等严重后果。

## 3. 统一认定为故意伤害罪,符合共同犯罪理论

首先,在胡某回去叫人时,王某、王某某等人就准备好菜刀、尖刀等工具,王某作为饺子馆的老板,虽然之前有劝阻王某某的行动,并在准备好工具、换好鞋子后,仍一再强调不去主动打架,但王某也给同案人传递了一个重要信息,即“如果对方来就打”,也就意味着王某某等人对使用准备好的刀具所可能造成的伤害后果是明知的,即王某某一方对胡某一方有共同的伤害故意。而且,就实施伤害行为所使用的凶器而言,王某某一方共同伤害故意也很明显,有共同的准备伤害对方的持械行为。

其次,在实施共同伤害过程中,被告人一方有相互精神支持的作用。在实施前后两个阶段的故意伤害行为过程中,王某某、王某等人在分别持刀抡砍对方时,在客观上起到相互鼓励、助威作用,互相有精神上的支持作用。尤其是前一阶段中王某某在砍伤胡某和李某后,又追砍朱某,在砍了朱某肩部一刀后,继续追砍,在足疗中心门口仍向摔倒的朱某右侧腰部扎了一刀,朱某跑到地下室,王

某某也追了下去。如果没有王某、马某、何某等人持刀抡砍的支持和鼓励,也不会有王某某只身一人先后砍伤三人的伤害后果,更不会支撑王某某一直追到对方足疗中心的地下室。在后一阶段中,当站在饺子馆门口的王某某、王某、马某、何某等人看到郭某等四人在路上行走,马某说“他们出来了,去砍他们去”,王某某、王某、何某等人持刀一起奔向郭某等人,如果不是周某报警,也可能发生更为严重的伤害后果。在这种共同伤害行为中,每个行为人的伤害行为,对其他人来说起到积极鼓励、支持的作用,这种相互鼓励、支持更会激发行为人实施伤害行为的主动性。

最后,认定为共同伤害行为,符合共同犯罪理论。从共同犯罪理论看,共同犯罪是共同的犯罪故意与共同的犯罪行为的有机统一。在主观方面,各个共同犯罪人都出于共同故意;在客观方面,共同犯罪必须是各个共同犯罪人实施了共同犯罪活动。对本案被告人均定性为故意伤害罪,一定要具体考察行为人之间的共同故意是否包含伤害他人的故意内容,在遵循这一故意内容的前提下,判断与推定各个行为人所采取行为的伤害危险性大小。从本案事实看,被告人一方事先对持刀抡砍对方可能产生的伤害后果,有明确的共同认识。在实施伤害行为过程中各被告人之间相互配合、相互支持,共同对胡某一方实施伤害行为,故应共同对所产生的一人死亡、一人轻伤的伤害后果负责。如果对直接致死的行为人定性为故意伤害罪,对没有直接致死的行为人不认定故意伤害,实际上是将他们实施的整个伤害行为人为地分割开来,在罪责衡量和量刑上也要分别进行,而不是根据各被告人在共同伤害行为中的地位、作用予以衡量,这与共同犯罪的理论是相悖的。因此,宜认定为共同犯罪,以故意伤害罪定性。至于哪个人造成被害人重伤、死亡的后果,在具体量刑时予以分别考量,这对确定各被告人对伤害后果共同负责的前提并不矛盾。只有在这一前提下,才能正确分清各被告人所应承担的罪责,依照罪刑相适应的原则,对各被告人罚当其罪。而且,在这种故意伤害的共同犯罪中,对没有直接伤害致死的其他行为人,可根据案件的具体情节,在量刑上有所体现。

### (三) 不予认定聚众斗殴罪的法律分析

#### 1. 双方对打并不必然成就“聚众斗殴”

聚众斗殴最典型的表象特征是各自纠集的双方多人之间的对打,且在聚众斗殴的对打过程中,局面较为混乱,严重影响社会公共秩序。但是,虽然聚众斗殴必然表现为双方对打,但双方对打并不必然定性为聚众斗殴。双方对打的原因有多种,例如本案中胡某一方系寻衅滋事,被告人王某一方系故意伤害,还有可能系一方寻衅滋事,另一方出于自卫而被迫还击。这种表象类似的对打行为,只是反映事件发生的客观情况,需要在探究实施对打行为人的主观目的后,才能

对主客观情况做同一认定和分析。意识决定行为,人的行动受主观意志支配,外在的行动是主观意识的客观体现。因此,我们在判断对打行为的动机和目的时,应当排除思维定势的影响,客观准确地判断行为人的主观方面。

## 2. 本案中双方的聚众性情节不明显

聚众性是聚众型犯罪社会危害性的重要体现。聚众的“聚”明显具有纠集、聚集之意,聚众斗殴的前提是聚“众”,通常是指双方从事斗殴的人数一般在3人以上,既有负责纠集、指挥的首要分子,又有积极参与斗殴的参加者,也包括没有参加打架的站脚助威者。这只是聚众性犯罪的典型表现形式,但构成聚众斗殴罪并不必然要求具备斗殴双方人数均在3人以上,因为本罪的主体只包括首要分子和积极参加者。而且,在斗殴开始前,通常会有首要分子对参与者的组织过程,或打电话联系,或到一定地点叫人,这种聚众行为是实施危害社会秩序行为的法定预备行为,为后续的直接危害行为创造人员上的条件。从本案情况看,双方参与打架的人员均是在此聚餐的老乡,从被告人一方看,虽然王某作为老板,不仅没有纠集人员的行为,也没有对在场的人提出参与危害行为的积极要求,反而前后两次对王某某等人进行劝阻,在胡某一方过来挑衅时进行说和。即使在实施共同伤害行为过程中起到主要作用的王某某,尽管积极实施伤害行为,但他也没有事先纠集和聚众的行为。因此,虽然本案双方对打的表象与聚众斗殴非常类似,但从聚众这一构成该罪的必要条件看,被告人一方并没有首要分子和积极参加者之分,也就不具备聚众的情节。

## 3. 被告人一方起初并无非法侵犯意图和动机

聚众斗殴罪的认定原则是双方互相都有非法侵犯意图,均是积极参与斗殴,在客观上表现为双方或多方以暴力互相攻击的行为。而且,在司法实践中,“聚众斗殴”大多表现为不法集团或团伙之间出于报复、争霸一方等动机,成帮结伙地打群架、互相殴斗的行为。这种大规模尤其是持械的殴斗,不仅参加人数多,而且双方事先通常都有一定的准备,互相侵犯对方的意图和动机较为明显。从主观上看,双方应当明知斗殴行为可能造成的危害社会秩序的结果,并积极追求这种结果的发生,也必然体现为双方均有非法侵犯对方的主观意图。本案中,以胡某为首的一方持械主动积极进行挑衅,王某一方的被动性较为明显,最初并没有非法侵犯胡某一方的意图,并表示如果胡某不来挑衅,他们也不会主动去惹事,还是做生意要紧。

## 4. 本案不符合聚众斗殴罪规定的转化情形

本案情况不符合《刑法》第292条第2款规定的聚众斗殴罪转化情形。聚众斗殴罪的转化犯是此罪向彼罪的转化,要求这种转化定罪的主体,必须符合构成聚众斗殴罪主体的基本要求,同时必须以行为人犯罪故意的转化和造成实际危

害结果的行为的实施为构成之必要,二者均为聚众斗殴罪的转化构成主体所必需。也就是说,聚众斗殴罪转化犯的犯罪主体必须首先以主观故意的转化为前提。本案中,被告人一方在准备打架时,多人分别持尖刀、菜刀,在对方挑衅、劝阻未果后,被告人一方分别持刀抡砍,说明他们对发生他人重伤、死亡后果均持放任和希望态度,客观上他们之间起到相互支持、助威的作用,并实际发生了一人死亡、两人轻伤、多人轻微伤的伤害后果,他们对伤亡后果的发生共同具有因果关系,应当全案认定为故意伤害罪。虽然王某某的伤害行为直接致朱某死亡的后果,由于他们在开始打架之前就应当预见到可能造成对方伤亡的严重后果,也就说明他们的伤害故意从最初就有,并不是在双方对打的过程中王某某从斗殴故意转化为伤害的故意,因此,本案中王某某的行为不符合聚众斗殴罪中转化犯的法定情形。

#### (四)不予另行认定寻衅滋事罪的法律分析

虽然修改后的《刑法》将寻衅滋事罪从以前的流氓罪中细化出来,由于表象类似或出于平衡量刑考虑等各种因素影响,寻衅滋事罪在司法实践中成为新类型的“口袋罪”,即成为对表象类似犯罪“化重为轻、化轻为重”的替代罪名。并且,由于《刑法》对寻衅滋事罪所列举四种情形的限制,寻衅滋事罪与情节轻微的抢劫罪、故意伤害罪以及治安处罚等之间的边缘处于模糊状态,完全靠司法人员对法律理解来界定,由此导致相同或相似情况的案件定性不同的情况。

##### 1. 寻衅滋事“积极性”特点明显

寻衅滋事的积极性,是相对于受害对象的被动性而言的,双方所处的状态是一方积极主动,另一方被动性较为明显。即使行为人单方面在公共场所进行的起哄闹事行为,也是对其行为的积极性进行法律评价。从寻衅滋事罪的概念及客观表现看,无论是寻衅还是滋事,都是单方的积极行为,从《刑法》第293条所列举的四种客观情形也可以看出这一点。寻衅滋事的行为人在积极实施危害行为时,所针对的对象处于被动状态,有时还可能遭受轻伤害等后果。

##### 2. 被告人一方无挑衅故意和行为

在客观方面,寻衅滋事罪的行为人随意殴打他人的起因,可能是因为生活琐事,或者行为人无缘由地肆意挑衅,无事生非。本案中,被告人王某一方没有挑衅的故意和行为,此案事发源自胡某的挑衅行为。当天凌晨,胡某酒后无聊猛踢路边停车位的牌子,影响了在马路对面吃饭的王某,王某让其别吵了,胡某就走到马路中间骂王某。在胡某跑回去叫人时,虽然王某一方怕胡某等人找他们打架吃亏,先行准备好尖刀、菜刀,但是王某仍然对王某某等人说做生意要紧,如果人家不来打架,咱们也别惹事。从这些事实看,王某一方即使在后来直接实施了故意伤害行为,但他们最初没有主动、积极挑衅的故意和行为。因此,不应单独

考虑伤害后果,对被告人王某、马某、何某另行认定为寻衅滋事罪。

### 3. 胡某一方行为构成寻衅滋事罪

从上述事实看,胡某一方的行为构成寻衅滋事罪,司法机关应当对其追究相应的刑事责任。首先本案系胡某酒后无故踢路边停车位的牌子、辱骂王某所引起。当胡某领人向饺子馆方向走时,王某向前先去说和,表示并不想打架,但遭到胡某一方的拒绝,双方发生争吵,并发展至持械对打。从胡某一连串的行为及胡某一方多人到饺子馆叫阵打架看,胡某一方系挑衅方,他们希望和追求寻衅滋事故意较为明显,在客观上他们也实施了持械殴打被告人一方的行为,应当将他们的行为认定为寻衅滋事罪。

#### (五)与本案相关的其他问题

##### 1. 侦查机关在本案处理上的欠缺

本案中,侦查机关在对胡某一方行为的处理上存在一定的欠缺。从上文分析看,胡某一方的行为在法定要件上能够构成寻衅滋事罪,即使是不能对所有参与人均作出处理,但至少对挑起事端的胡某及部分积极参加者以寻衅滋事罪立案侦查,以追究其刑事责任。但是,由于侦查机关没有对胡某一方作出处理,使胡某等人逍遥法外,且作为积极参加者李某反而成为本案的被害人。虽然李某依法有权请求民事赔偿,法院也根据胡某一方的过错责任合理确定民事赔偿责任,但是由于司法机关对胡某一方没有作出处理,将使胡某一方在心态上不能认识到自身行为的社会危害性,错误地认为司法机关对其实施的寻衅滋事行为进行了正面评价。

##### 2. 司法机关分割罪名的思维惯性分析

从笔者接触的类似案件看,事实情况基本相同或相似的案件,但在侦查或审查起诉阶段就会产生不同的定性。除本案在侦查机关分为两个罪名、公诉机关以一个罪名提起公诉外,还有的在侦查阶段以故意伤害、寻衅滋事两个罪名移送起诉,公诉机关按照侦查机关认定的两个罪名提起公诉。在审判阶段,无论公诉机关是以两个罪名还是一个罪名提起公诉,法院一般是按照公诉机关起诉的罪名定罪量刑。这种情况已经变成一种非常规的办案思维。因为,对这种表象类似的犯罪行为,不仅刑法理论界认识不一由来已久,而且在实践中司法人员的认识也不尽统一,加上法律为平衡这种认识分歧不经意间预留寻衅滋事罪这一新口袋罪,寻衅滋事罪在实践中适用颇多便是自然而然的事。另一方面,如果在审判阶段改变罪名,抛开司法人员对法律理解认识分歧这一客观情况,就意味着公诉机关审查起诉工作的质量不高,行政考核就会对检察官不利,或者检察机关认为审判机关适用法律有误,而启用抗诉这一法律监督专有权力。长此以往,检法两家也就不会在本已理解认识分歧颇多的罪名上消耗司法资源,检察机关诉什

么罪名,法院就定什么罪名,逐渐成为实践中一种非常态的默契。笔者认为,结合上文所分析的寻衅滋事罪在实践中适用分歧较大的情况,一些学者提出废止这一罪名就不足为奇了。

(责任编辑:范跃如)

## 人身保险合同订立过程中各种 “代签字”行为的分析与处理

——王某诉某保险公司保险合同等案法律问题研究

刘建勋\* 柴 宏\*\*

### 一、据以研究的案例

#### (一)案例一

2006年5月,原告王某向法院起诉称,被告某保险公司的业务员张某于2001年3月代其签署投保书,以其为投保人和被保险人,向保险公司投保了重大疾病保险。该投保并不是其本人真实意思的表示,故起诉要求保险公司退还已收取的保险费12,000元。

保险公司辩称,在保险合同订立时,王某出差在外,无法亲自签署投保书,故通过电话联系的方式口头委托张某在投保书上代为签字。因此,张某在投保书上签署王某姓名的行为事先获得了王某的许可,保险合同合法有效,不同意王某的诉讼请求。

通过对双方当事人所提交的证据进行审查,结合案件当事人的陈述,法院对该案件认定以下事实:保险公司的业务员张某与投保人王某是同学关系。在张某向王某推销保险产品时,王某在外地出差,于是王某让张某到自己家中找自己的妻子领取保险费。张某遂到王某家中找到王某的妻子取得了保险费,并代替王某在投保书上签字。投保书所记载的投保人与被保险人均为王某,投保的险种为重大疾病保险,保险期限为终生,交纳保险费期限为20年,每年应交纳保险费金额为2000元。王某出差回到北京以后,张某将保险合同及保险费发票交给

---

\* 北京市西城区人民法院民四庭法官。

\*\* 北京市西城区人民法院民四庭法官。