

【案例研究】

物业公司是否对第三人侵权造成的业主人身损害承担赔偿责任
在影视作品中使用歌曲片段的法律问题

【疑案探讨】

使用合法注册的商标是否构成侵权问题探讨
私自截留他人储蓄卡并冒领存款的行为应如何定罪

【案例分析】

对盗窃亲属财物的定罪量刑
企业被吊销营业执照后承担债务的行为无效
无借贷关系的“还款协议”的性质认定

【参阅案例】

房屋租赁合同双方当事人应当按过错程度对违章建筑承担民事责任
劳动合同的期限应根据劳动者的医疗期顺延

【司法文件】

北京市高级人民法院关于确定委托拍卖机构的若干规定(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

2005年 第2集 · 总第12集

审判前沿

新类型案件 审判实务

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿. 2005年第2集. 总第12集. 新类型案件审判
实务/北京市高级人民法院编. —北京: 法律出版社,
2005. 7 (2005. 12 重印)
ISBN 7-5036-5737-5

I. 审… II. 北… III. 审判—研究—中国—丛刊
IV. D925.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 077278 号

©法律出版社·中国

责任编辑/戴伟周瑾

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/13.625 字数/360千

版本/2005年8月第1版

印次/2005年12月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-5737-5/D·5454

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

◆自首和立功的司法适用

——金某协助组织卖淫案有关法律问题研究

..... 于同志(3)

◆物业公司是否对第三人侵权造成的业主人身损害承担赔偿责任

——张甲、张乙诉某物业管理有限责任公司

人身损害赔偿纠纷案法律问题研究..... 王晓艳(24)

◆要约的可分性在实践中的认定

——中国农业银行北京亚运村支行诉北京和平

实业集团公司、北京华夏宾馆有限责任

公司借款合同纠纷案法律问题研究..... 任 颂(38)

◆证券市场操纵行为的认定及责任承担

——王某诉北京股胜投资顾问有限责任公司

股票交易代理合同纠纷案法律问题研究

..... 何 波 殷立红(48)

◆涉信用证纠纷案若干法律问题

——广东发展银行北京分行与中国新良储运

- 贸易公司等信用证案法律问题研究…………… 刘 纹(57)
- ◆在影视作品中使用歌曲片段的法律问题
- 电视连续剧《激情燃烧的岁月》侵犯音乐
著作权纠纷案法律问题研究…………… 焦 彦(73)
- ◆“网页”著作权的法律保护
- 厦门信达商情有限公司诉汤姆有限公司
侵犯“网页”著作权纠纷案法律问题研究…… 张晓津(89)
- ◆对证券公司的执行技巧
- A银行申请执行B公司、C证券公司执
行案实务问题研究…………… 鲁 南(101)

疑案探讨

- ◆使用合法注册的商标是否构成侵权问题探讨
- 北京恒升远东电子计算机集团诉北京市
恒生科技发展有限公司及北京市金恒生科技
发展有限公司侵犯商标专用权及不正当
竞争纠纷案法律问题研究…………… 刘晓军(117)
- ◆商标的在先使用权利及相关问题研究
- 福建七匹狼集团有限公司不服商标争议
裁决诉商评委行政诉讼纠纷案法律问题
探讨…………… 辛尚民(144)
- ◆第三人负担合同问题研究
- 旅游过程中的人身损害赔偿案的法律问
题探讨…………… 马 强(167)
- ◆民事行政争议关联案件程序研究
- 某房地产公司诉张某房屋拆迁纠纷案诉
讼程序问题探讨…………… 范跃如(178)
- ◆补强证据规则研究
- 中国科技国际信托投资有限责任公司诉

- 地雅投资管理集团有限公司、海南北服
实业发展公司借款纠纷案法律问题探讨
..... 卢正敏(201)
- ◆保证合同诉讼时效制度研究
——某信用社诉杜某保证合同纠纷案法律问
题探讨..... 郝 举 石桂霞(213)
- ◆私自截留他人储蓄卡并冒领存款的行为应如何定罪
——李旭东盗窃案法律问题探讨..... 杨海澄 谭劲松(219)
- ◆非法处置冻结财产致使判决无法执行的构成拒不执行
判决、裁定罪
——孙某诉林某财产权属执行案法律问题探
讨..... 许 强(224)

案例分析

- ◆对盗窃亲属财物的定罪量刑
——张某盗窃案法律问题分析..... 白 波 杨子良(229)
- ◆敲诈勒索罪的既遂与未遂及特殊犯罪构成的认定
——张某等4人敲诈勒索案法律问题分析..... 贾冬梅(234)
- ◆共同抢夺犯罪中部分行为人携带凶器的行为定罪
——兼谈对刑法第二百六十七条第二款的理
解..... 肖江峰(240)
- ◆运输毒品罪及毒品犯罪中立功的认定
——岳某等人运输毒品案法律问题分析
..... 谭京生 高文斌(249)
- ◆盗窃后对抓捕民警施暴的犯罪定性
——刘某盗窃、故意伤害案法律问题分析 陈 琼(255)
- ◆企业被吊销营业执照后承担债务的行为无效
——北京市通州区潞城农村信用合作社诉北
京菲乐制衣有限公司供款合同纠纷案法

- 律问题分析..... 张 涛(261)
- ◆房屋共有人处分行为的效力
- 纪某诉唐某房屋买卖合同案法律问题分析..... 张淑清 赵一平(265)
- ◆选择权合同的认定和处理
- 夏某诉北京欧陆房地产开发有限公司买卖合同案法律问题分析..... 高宝钟 周孟炎(271)
- ◆无借贷关系的“还款协议”的性质认定
- 宋某诉黄某借贷纠纷案法律问题研究分析..... 许 英(279)
- ◆非法用海行政诉讼法律问题研究
- 山东省荣城海达造船有限公司诉国家海洋局行政诉讼案法律问题分析..... 朱世宽(289)
- ◆实施从属专利有赖于实施基本专利者必须经基本专利权人许可
- 煤炭科学研究总院抚顺分院等三单位及屠某诉北京市中船气体工程开发公司侵犯专利权纠纷案法律问题分析..... 孙苏理(295)
- ◆特许经营中特许者资质应如何认定
- 吴某诉百援汽车连锁公司连锁合同纠纷案法律问题分析..... 金 著(304)
- ◆不具有法人资格的部门签订仲裁协议的效力认定
- 某培训机构与某建筑公司申请确认仲裁协议效力案法律问题分析..... 顾国增(309)

参阅案例

- ◆房屋租赁合同双方当事人应当按过错程度对违章建筑承担民事责任..... (317)
- ◆劳动合同的期限应根据劳动者的医疗期顺延

.....	(323)
◆专利复审委员会不应以相同证据和理由作出 结论相反的决定.....	(327)
◆申请执行人在参与分配时对经其申请保全的 财产不享有优先受偿权.....	(333)

法律文书之窗

◆苹果电脑公司诉中华人民共和国国家工商行政管理总 局商标评审委员会商标注册申请行政诉讼案 ——北京市高级人民法院(2004)高行终字第 370号行政判决书.....	(339)
◆中国国际信托投资公司诉王志强等著作权侵权民事诉 讼案 ——北京市海淀区人民法院(2002)海民初字第 第12049号民事判决书.....	(344)

司法文件

◆北京市高级人民法院关于审理土地行政案件 有关问题的意见(试行).....	(361)
◆北京市高级人民法院关于确定著作权侵权损 害赔偿责任的指导意见.....	(365)
◆北京市高级人民法院关于确定委托拍卖机构 的若干规定(试行).....	(373)
◆北京市高级人民法院审理企业破产案件操作规程.....	(379)

案例研究

自首和立功的司法适用

——金某协助组织卖淫案有关法律问题研究

于同志^①

一、据以研究的案例

2000年4月间,金某与周某、吕某预谋合伙承包北京爱地度假村以组织妇女卖淫,为此三人共出资2万元作为承包费,其中金某出资7000元,并约定周某负责全面工作和采购,吕某和金某负责招揽客源。之后,由于金某在平谷金海大厦继续承包歌厅,没有参与度假村的具体业务,亦未曾往渡假村介绍小姐。从2000年4月14日至5月下旬,周某和吕某伙同王某先后组织、招募二十余名卖淫女,并建章立帐,在北京爱地渡假村等地向数十人卖淫,非法获利25,090元。金某的同学陈某经常带客户到金某经营的歌厅玩,金某就对陈某讲爱地渡假村的具体位置和有小姐,吃住

^① 作者单位:北京市高级人民法院刑一庭。

玩都可以,并说到时就去找吕某。后陈某三次带客人去嫖娼。2000年5月23日该卖淫组织被公安机关查获,周某、吕某和王某因犯组织卖淫罪分别被判处有期徒刑13年、12年、10年,并各附加剥夺政治权利2年,罚金1万元。

案发后金某一直在逃,后于2003年9月6日,在亲属的规劝、陪同下到北京市公安局平谷分局投案。投案当天,金某未供述犯罪事实,在以后的预审及审查起诉期间也只讲合伙承包度假村及出资,是为了旅游、采摘,不是养小姐卖淫,并称其对周某等人组织卖淫一事始终不知道。后在一审庭审时供认其知道周某等人组织卖淫,但否认介绍他人去嫖娼。2002年11月23日,金某的亲戚许某被人持刀抢劫,金某在逃期间获知抢劫许某的犯罪嫌疑人姓名和藏匿的住址,遂告诉许某报案。公安机关根据金某提供的线索将抢劫案的犯罪人抓获。

根据上述事实,检察院指控金某为他人组织卖淫犯罪活动创造条件,其行为构成协助组织卖淫罪。金某在犯罪后,提供重要线索,从而使其他案件得以侦破,有立功表现,可以从轻或减轻处罚。一审法院经审理认为,检察院指控罪名成立,但金某虽然提供线索使公安机关得以侦破一起抢劫案件,但其当时在逃并未归案,不构成立功。金某主动投案后,在一审判决前供述了其主要犯罪事实,成立自首。故以协助组织卖淫罪判处金某有期徒刑4年,并处罚金1万元。一审宣判后,金某不服,以一审没有认定其立功为由提出上诉。二审经审理驳回其上诉,维持了原判。

二、相关法律问题研究

本案在定性上没有争议,控辩双方均认为被告人金某的行为构成协助组织卖淫罪。本案争议的问题集中在以下两点:一是被告人金某的行为是否构成自首?这一问题涉及如何正确理解和适用刑法关于“如实供述自己的罪行”的规定;二是被告人在逃期间提供线索从而得以侦破其他案件的能否认定为立功?笔者以下将解析这两个

问题,并据此进一步探究自首和立功制度的适用要求。

(一)“如实供述自己的罪行”的理解和适用

“如实供述自己的罪行”是自首的实质条件,准确理解其内涵,对正确适用自首制度具有至关重要的意义。《最高人民法院关于处理自首和立功具体运用法律若干问题的解释》第一条第(二)款虽对“如实供述自己的罪行”这一自首成立要件有具体规定,但是,在运用该规定于司法实践的过程中,仍然存在各种不同的认识。因此,从理论上厘清其内涵及适用要求,显得尤为必要。笔者以为,实践中把握“如实供述自己的罪行”这一规定,应重点考察以下两个问题:

1. 如实供述的时间

在实践中经常会遇到类似于本案的情况:在犯罪分子自动投案之后,因害怕如实供述自己的罪行可能会遭受严重惩罚,出于自保在侦查和起诉阶段往往对自己的罪行不如实供述,通过在法庭上亲历一系列审判活动,其受到教育或者慑于法律的威力,可能会如实供述自己的罪行。对此能否认定为自首?学界一直有不同看法。在笔者看来,这一问题的产生实际上与人们对自首的本质的认识分歧有关。一些学者认为,自首的本质在于悔罪或悔改,其客观表现是主动投案、主动交待,主观表现是悔罪服法、甘受惩罚,“不悔罪,就无所谓自首”,^①既如此,那么犯罪人投案后在侦查和起诉阶段不如实供述自己的罪行,说明其不愿悔罪或不能悔改,因此就不能认定为自首。笔者认为,这种观点于法无据,将悔罪或悔改作为自首的本质,不仅不符合自首的立法精神,而且不利于实践中对自首的认定。

从现行刑法第67条第一款和第二款的规定中,我们既不能归纳出自首的本质是悔罪的结论,也难以挖掘出自首的本质是悔罪的蕴涵。将自首的本质归于悔罪或悔改明显缺乏法律条文的支持。正如曾参与起草刑法的学者所指出,主张悔罪是成立自首的根本条件,不

^① 参见王昌学著:“试论自首的本质”,载《西北政法学院学报》1984年第2期,另见丁慕英等主编:《刑法实施中的重点难点问题研究》,法律出版社1998年版,第534页。

符合自首的立法精神。如果立法者认为悔罪是成立自首的根本条件,而在历次刑法草案中对此都不加以规定,是不可思议的。^①“自首的立法精神在于分化瓦解犯罪势力,感召犯罪分子主动归案,提高刑事案件的侦破效率,节约司法成本,并促进刑罚目的的实现。”^②而将自首的本质归于悔罪,则缩小了自首的成立范围,使大量的自首的犯罪人得不到应有的认可,这显然不利于感召犯罪分子主动归案,有悖于设立自首的基本意旨。并且,将自首的本质归于悔罪,还将会妨碍司法实践中对自首的正确认定,因为悔罪属于犯罪人犯罪后的一种主观态度,对于司法机关来说,考察犯罪人是否悔罪具有较大的难度,容易为犯罪分子的某些假象所迷惑。同时,判断犯罪分子是否悔罪也没有固定的标准,实践中难以统一把握。所以,片面强调犯罪分子投案时的主观心理状态,将会不适当地扩大或者缩小自首成立的范围,导致在认定上的随意性。

那么,自首的本质是什么?笔者认为应当从其立法规定中去寻找。刑法第67条规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。……被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。”通过该规定可以总结出自首具有如下两个特征:一是司法机关掌握犯罪人的罪行是由于犯罪人主动如实的交代;二是犯罪人的人身处于司法机关的控制之下。在刑法第67条第一款规定的一般自首情况下,犯罪人的人身为司法机关所控制是因为自动投案;在第67条第二款规定的余罪自首情况下,犯罪人虽无自动投案的形式,但其如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为本身,即说明了犯罪人是出于自愿的将自己交付给司法机关追诉其罪行。因此,可以说,犯罪人主动地提请司法机关追诉其所犯罪行,是自首的本质。

既然自首的本质在于犯罪人主动地提请司法机关追诉其所犯罪

① 参见马克昌著:“论自首”,载《法学评论》1983年第1期。

② 高铭喧著:《刑法专论》,高等教育出版社2002年版,第594页。

行,那么只要在司法机关追诉犯罪的基本活动没有完成之前,自动投案的犯罪人如实供述自己的罪行以及采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,均符合自首的本质要求,就应当就如实供述的部分依法认定为自首。所谓追诉犯罪的基本活动,从刑事诉讼的角度,应当延至一审判决前,因为在一审判决之前,国家追诉犯罪的基本活动尚未完成,在此期间,犯罪人如实供述罪行,其提请司法机关追诉所犯罪行的“主动性”依然存在。正因为如此,《最高人民法院关于处理自首和立功具体运用法律若干问题的解释》第一条第(二)款第四项规定:“犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的,不能认定为自首,但在一审判决前又能如实供述的,应当认定为自首。”可见,司法解释已将“如实供述”的时间延至“一审判决前”。因此,在司法实践中,认定如实供述的时间,应把握在“一审判决前”,只要犯罪人在一审判决前能如实供述自己的罪行的,即可认定为自首。并且,也只有在一审判决前如实供述的,才能构成自首,对于犯罪嫌疑人自动投案后不如实供述自己的罪行,或者虽然如实供述自己的罪行但一审期间又翻供且拒不认罪,直到二审时才如实供述或重新认罪的,则不能认定为自首。

在本案中,被告人金某在投案当天及以后的侦查阶段没有对公安机关如实供述自己的罪行,在审查起诉期间亦没有如实供述,所以检察院在指控其犯罪时,认为其虽然自动投案但因为不如实供述自己的罪行,因而不成立自首。但是,金某在一审庭审期间如实供述了自己的主要犯罪事实,根据自首的立法精神及司法解释的规定,此时的供述不能成为认定其行为构成自首的障碍。

2. 如实供述的程度

投案人的供述必须如实,即犯罪人对自己犯罪事实的表述与客观存在的犯罪事实相一致。不过,是绝对的等同或者同一还是近似或者相似,这里就存在如实供述的程度问题。可以肯定地说,绝对的等同或者同一是很难的,由于主客观条件的限制,犯罪人在供述自己

罪行时不可能所有细节都相同,“只要其所供述的罪行与客观存在的基本犯罪事实相一致,就可以视为如实供述”。^① 所以说,法律上所说的全部供述和部分供述,都是相对的。

全部供述比较容易理解,一般要求行为人如实供述自己所参与的全部犯罪事实,即可认定为全部供述。在犯罪人犯有数罪的情况下,如实供述所犯数罪,所犯数罪均以自首论处。例外之处是共同犯罪。在共同犯罪的情况下,罪行并非一人所为,而是共同所为,因此,共同犯罪中的罪行范围是指本人所知的共同犯罪行为。换言之,在共同犯罪中成立自首,不仅要如实供述自己的罪行,而且还要如实地供述共同犯罪中本人所知的共同犯罪范围内的他人犯罪行为。对此,《最高人民法院关于处理自首和立功具体运用法律若干问题的解释》作了明确规定:“共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人,除如实供述自己的罪行,还应当供述所知的同案犯,主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实,才能认定为自首。”

部分供述,又分两种情况:供述数罪中的部分犯罪和供述某一犯罪的部分事实。对于犯有数罪只供述其中一罪或者一部分罪行的情况,又可具体分为同种数罪和异种数罪两种情形。所谓同种数罪,是指多次实施同一性质的犯罪。如果犯罪人在犯有同种数罪的情况下,只供述其中部分犯罪,我国有学者认为应当区分不应并罚的数罪和应该并罚的数罪。犯罪人犯有不应并罚的同种数罪,虽然是数罪,但仍应作为一罪来定罪量刑,因此,犯罪人交代了其中一罪,就不能说明提供了追诉犯罪的主要依据,从而不能构成自首;而犯罪人在犯有应该并罚的同种数罪的情况下,只交代了其中一罪,则可以构成自首。^② 笔者不同意这种观点,根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体运用法律若干问题的解释》第一条第(二)款规定:“犯有数罪

① 陈兴良著:《本体刑法学》,商务印书馆 2001 年版,第 794 页。

② 参见王学沛著:“论自首”,载《硕士学位论文文集》(上卷),西南政法学院 1986 年刊印,第 328 页。

的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的,只对如实供述部分犯罪的行为,认定为自首。”据此,笔者认为,犯有同种数罪的,无论并罚还是不并罚,对于如实供述部分,均应当视为自首。所谓异种数罪,是指实施性质不同的数个犯罪。犯罪人只对所犯各种数罪中的一罪作了供述,其自首效力是否及于未自首之罪,对此我国刑法学界存在以下两种观点:一种观点认为,自首具有法定的成立条件和适用后果,其效力只能及于自动投案后如实供述所犯数罪中的部分罪行,而不及于他罪;另一观点则认为,对此应具体分析,如果供述了重罪,则重罪自首的效力及于轻罪。反之则不然。^① 笔者认为,第二种观点缺乏法律依据,且有悖于自首的立法精神。根据上述解释的规定,自首的效力应止于如实供述之罪,而不及于他罪,不论未供述之罪是轻罪还是重罪。

关于供述某一犯罪的部分事实,《最高人民法院关于处理自首和立功具体运用法律若干问题的解释》第一条第(二)款第一项规定:“如实供述自己的罪行,是指犯罪嫌疑人自动投案后,如实交代自己的主要犯罪事实。”即只要如实供述“主要犯罪事实”,即可认定为“如实供述”。既然是“主要犯罪事实”,自然不同于次要犯罪事实或者部分犯罪事实,只要如实供述主要犯罪事实,次要犯罪事实或者部分犯罪事实供述不实或者没有供述,也应认为其“如实供述自己的罪行”。由于犯罪事实是客观存在的犯罪的实际情况的总和,虽以犯罪人的所知为限,但其内容仍然较为广泛。因此,如何理解“主要犯罪事实”,值得关注。刑法学界通常将其理解为“足以使侦查人员凭以查明该犯罪之真相为已足,并不以完全与事实相符为必要。”但是,“主要犯罪事实”就是“足以使侦查人员凭以查明该犯罪之真相”的那些事实吗?所谓真相,是“指本来面目”,而“足以使侦查人员凭以查明该犯罪之真相”等同于足以使侦查人员对该犯罪真相大白,又由于真相大白是指“真实的情况完全清楚了”,如此“主要犯罪事实”不

① 参见周振想著:《自首制度的理论与实践》,人民出版社1988年版,第116页。