www.shfzb.com.ci

# 正当防卫权的"变"与"不变"

刘宪权 谢非

近日,最高检发布了第十二批指导性案例,对正当防卫的界限标准予以明确。其中,陈某正当防卫案由于涉及防卫行为的必要限度及未成年人权益保护等问题,引起了广泛的社会关注。

### 正当防卫权的"变": 正当防卫权在不断扩大

陈某系一名中学生,在校门外遭遇多人 尾随围殴,受到包括石块击打、钢管击打以 及拳打脚踢等侵害。反击逃离时,陈某掏出 随身携带的折叠式水果刀(刀身长 8.5 厘 米,不属于管制刀具)乱挥乱刺,致使 3 人 重伤。我国刑法将正当防卫分为一般防卫与 特殊防卫,陈某正当防卫案涉及一般防卫, 对于正当防卫界限标准的准确把握以及未成 年人权益的特殊保护则是本案的焦点所在。

众所周知,79 刑法明确提出了正当防 卫不负刑事责任,同时也对防卫过当作出了 相关规定,即"正当防卫超过必要限度造成 不应有的危害的,应负刑事责任"。97 刑法 在此基础上对正当防卫做了以下三个方面的 修改:其一,在"超过必要限度"前增加了 "明显"二字;其二,将"造成不应有的损 害"修改为"造成重大损害"; 其三, 增加 规定了特殊防卫的内容。上述修改清晰地表 明立法者对于正当防卫权作了很大程度的扩 大, 目的是为了鼓励社会公众在紧急状态下 (特别是在"公力不济"的情况下),运用私 力加以自救或见义勇为,即通过正当防卫制 止不法侵害。应该看到,尽管 97 刑法已经 扩大了正当防卫权, 但是由于司法实践中始 终缺乏具体可操作的标准, 再加上受到司法 环境、司法理念等诸多因素的影响,各地司 法机关对正当防卫中"明显"、 "必要限 "重大损害"的理解仍存有分歧,许 多涉及防卫案件性质的认定也很不一致。此 次最高检在陈某正当防卫案中,通讨比较陈 某面临的不法侵害与其所要保护的权利性 质, 仔细分辨防卫措施强度的必要性, 论证 了陈某防卫行为适度,从而认定其行为不属

- □ 指导性案例旨在体现对未成年合法权益的特殊保护。当未成年人面对不 法侵害实施正当防卫时,其防卫行为只要符合正当防卫的基本条件,那 么司法机关就应当适当放宽正当防卫的认定标准,强化对未成年人正当 防卫权的保护。
- □ 鼓励正当防卫亦需要警惕防卫权的滥用。为防止防卫权的滥用,适度行使正当防卫权的理念无论如何都不能改变。特殊防卫并非绝对的"无限防卫",同样存在防卫限度问题。

于防卫过当。据此,指导性案例进一步明确"明显超过必要限度"与"造成重大损害"的认定标准,对类似案件的审判具有重要的指导与参照价值。

本案的特殊性在于涉及未成年人正当防 卫问题。未成年人由于身心发育不成熟,法 律意识欠缺, 自我保护能力较差, 其权益更 容易受到侵害, 因而需要社会的特殊保护。 我国许多法律都对保护未成年人作出了明确 规定,对未成年人的权益保护已然成为了社 会共识。本案中,尽管陈某造成致使3人重 伤的重大损害后果,但因其系未成年人,所 实施的挥刀伤人行为在法律上具有相对较高 的容忍度, 所以在认定陈某防卫行为是否适 度时,应适用更加宽松的界限标准。指导性 案例旨在体现对未成年合法权益的特殊保 护, 当未成年人面对不法侵害实施正当防卫 时,其防卫行为只要符合正当防卫的基本条 件,那么司法机关就应当适当放宽正当防卫 的认定标准,强化对未成年人正当防卫权的

除此之外,其他三个指导性案例也具有 重要价值。指导性案例中朱凤山故意伤害案 释明了面临轻微不法侵害时防卫过当的界限 标准;于海明正当防卫案和侯雨秋正当防卫 案则阐明了特殊防卫中"行凶"和"其他严 重危及人身安全的暴力犯罪"的认定标准。 随着这些指导性案例的发布,正当防卫的界 限标准变得愈加具体明确。

## 正当防卫权的"不变": 适度行使的理念不能变

上述指导性案例专门阐释正当防卫的界限和把握标准,明确对正当防卫权的保护,体现司法机关鼓励正当防卫,保护正当防卫者合法权益的精神。这在一定程度上可以有效震慑不法侵害人,实现弘扬正气,倡导见义勇为的目的。但笔者认为,鼓励正当防卫亦需要警惕防卫权的滥用。为防止防卫权的滥用,适度行使正当防卫权的理念无论如何都不能改变。

正当防卫是在"公力不济"的前提下 律赋予公民"私力救济"的权利。公力救济优 先于私力救济的原则,决定正当防卫只能作为 次位级的救济手段,不宜过度地提倡使用。而 随着指导性案例的发布, 正当防卫得到进一步 的鼓励与提倡。部分学者甚至提出这些案例的 价值在于向公众传达这样一种价值取向:在面 对不法侵害时,要"该出手时就出手",勇于 通过私力救济同违法犯罪行为作斗争。这种观 点无疑违背正当防卫的本质, 很可能会导致防 卫权的滥用。鼓励正当防卫不是弘扬"该出手 时就出手"的风尚,而是通过对正当防卫界限 标准的释明, 引导社会公众正确认识和行使正 当防卫权。因此, 鼓励社会公众在必要情况下 依法实施正当防卫, 弘扬适度行使正当防卫权 的理念才是应时之举。

适度行使正当防卫权的理念不仅应当在-

般防卫中提倡,在特殊防卫中亦需要倡导。我 国刑法中的特殊防卫是指,对正在进行行凶、 杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人 身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法 侵害人伤亡的正当防卫行为。笔者认为,特殊防卫并非绝对的"无限防卫",同样存在防卫 限度问题。在特殊防卫中, 若不树立适度行使 正当防卫权的理念, 无疑会产生特殊防卫权滥 用的危害后果。首先,有可能导致恶意报复与 血腥杀戮,从而形成新的不法,甚至会进一步 激发严重的暴力犯罪。其次,有悖于人道主义 原则,在一定程度上偏离刑法的人权保障机 能。最后,还可能导致防卫权的过度膨胀,使 得防卫权蜕变成私刑权,产生破坏社会法治、 影响社会稳定的危险。因此,即使是特殊防 卫,也应该注意限度条件,绝不能改变适度行 使正当防卫权的理念。

#### 正当防卫的立法展望

毋庸置疑,本次指导性案例的意义在于 "鼓励正当防卫" 、"彰显依法防卫者优先保护 理念"。但是,这也必然会引发社会对于防卫 权滥用的担忧, 因为忽视正当防卫的本质滥用 防卫权, 无论如何不应该是法治社会所应该存 在或出现的现象。正因为如此,刑法应对正当 防卫的成立范围明确加以规定,特别是对于一 般防卫中的"必要限度"的具体内容加以规 定,对于其中"明显超过"以及"重大损害" 的标准加以一定程度的量化界定;对于特殊防 卫中的"行凶"等含糊不清的概念作出明确界 定,并对于"其他严重危及人身安全的暴力犯罪"这一兜底条款所包含的具体内容作出较为 明确的解释。笔者认为,在面对正在进行的不 法侵害时, 只有当私力救济对制止不法侵害能 够起到比公力救济更为及时有效的效果时,防 卫人才可将私力救济置于公力救济之前。只要 这样才能最大程度地杜绝"该出手时就出手" 的鲁莽情绪, 弘扬"能出手时才出手"的法治

(刘宪权系华东政法大学刑法学教授、博导;谢非系华东政法大学刑法学硕士研究生)

# 买"花束作品"晒图并不侵犯著作权

吴帛翰 曹菲

山东省济南市中级人民法院对一起花束作品著作权纠纷案做出了终审判决。本案中,原审被告韩某从原审原告张某处购买了鲜花花束后,便将该花束作品的照片发布至微信朋友圈,而张某认为,韩某的行为未经其许可且并未指出作者的名称或加盖水印,构成了对张某作品著作权的侵犯。法院认为,本案中的"花束作品"具备独创性和实用性,从视觉上具备相应的美感,能够作为美术作品受到著作权法们,并且韩某已经取得该"花束作品"的所有权,根据《著作权法》第18条,韩某享有该作品的展览权,其发朋友圈的行为视为对其所有权的正当行使。

本案争论的焦点之一便是对花束作品的定性。花束作品是否属于著作权法中的"作品"进而受到著作权法的保护,其关键在于花束作品是否满足我国《著作权法》等相关法律法规中"作品"的构成要件。我国著作权法中"作品"的构成要件有三

个:即独创性、实用性以及具有可复制性。 花束作品是否符合著作权法中"作品" 的构成要件,能够受到著作权法的保护, 可以从国内外的学者观点和立法两个角度 对其进行分析。从学者观点角度看,有学 者认为,花束作品属于短时艺术品,短时 艺术品所具备的一个重要的特征便是"短 时性",即利用临时的空间条件或者有限的 保存期限进而表达广泛丰富的题材。尽管 短时艺术品的种类有很多,且对是否具作 著作权的认定存在分歧,但是针对花束作 品,观点却十分一致。短时艺术品包括静 态短时艺术品和动态短时艺术品,静态短时 艺术品如花束作品、冰雕、舞台设计等,其 采用新奇的材料、借助特定的载体从而在多 样化的空间里展现其综合性的创作理念,大 多数国家都已将静态短时艺术品列入本国著 作权法保护的法定类型。短期艺术品虽然摆 脱了传统艺术品的特定程式,但并不影响其 满足著作权的构成要件,以花束作品来说, 花束作品是以花草组合等方式构成的具有审 美意义的立体的造型艺术品, 具有独创性; 对于花束作品,其可复制性并不存在争议, 人们可以通过拍照、摄录等有形形式对花束 作品进行复制,具有可复制性;花束作品能 够在视觉上产生一定的美感, 具有一定的观 赏价值和艺术价值,符合我国著作权法中 "作品"具备"实用性"的构成要件。

从立法的角度看,在我国,虽然根据《著作权法》第3条对八大类作品的封闭式列举未明确规定花束作品为作品,但是,从我国的司法审判实践来看,法院在审判时并未局限于作品的法定类型。除了本文中的花束作品,北京海淀区法院曾在审理音乐喷泉著作权纠纷案件时认定相关作品受我国著作权纠纷案件时认定相关作品受我国著作权法的保护,法院在审理案件时均将此类型作品包含在第3条第4款的"美术、建筑作品"中。并且,国务院法制办2014年6月发布的《著作权法(修订草案送审稿)》对我国现行规定进行修改,除明确列举十五类作品,以定进行修改,除明确列举十五类作品,以定进行修改,除明确列举十五类作品,以定进行修改,除明确列举十五类作品,以有限。

外,需要指出的是,美国版权法始终采取开

放式列举的模式,其成文版权法对作品所进行的分类仅是说明性的而非限制性的,这样的立法模式将会大大增加作品的保护范围,能够很好地迎合新生事物的出现。

综上所述,不论是学者的观点还是立法 理念,对于花束作品的定性都较为一致,即 花束作品应当受到著作权法的保护。结合本 案,张某的花束作品在选材、色彩搭配以及 过度中都体现了作品的创作性和作者的个性 表达,并且在视觉上带来了一定的美感,具 有一定的艺术价值,因此应当认定该花束作 品能够作为美术作品中的实用艺术品受到著 作权法的保护

通过前文所述, 花束作品属于著作权中 的"作品", 所以张某作为作者, 对该花束作 品享有著作权受著作权法的保护。但是,本 案中韩某对该花束作品进行展览的权利只是 自己对花束作品"享有所有权的一种表现形 式,并未侵犯张某著作权中的"展览权" "花束作品"的署名权应以花束作品为载体, 为其拍摄的照片并非花束作品本身, 所以未 署名作者姓名并未侵害张某的署名权。最后, 因为韩某取得"花束作品"所有权,所有权 人对自己的动产或者不动产享有占有、使用、 收益和处分的权利。韩某将涉案花束拍照并 上传到微信朋友圈进行展览的行为, 是对其 所有权中的"使用权"的正当行使并未侵害 张某的合法权利,并且韩某主观上并无恶意, 并不违反公序良俗,不构成权利滥用。

(吴帛翰系上海对外经贸大学 2018 级民 商法学研究生;曹菲系山东省高密市人民法 歐比它)

### 最新国际法律动态>>>

# 法国加强信息保护 制定《个人数据保护法》

法国《个人数据保护法》于 2018 年 11 月 7 日生效,该法案系法国落实 欧盟《通用数据保护条例》的立法举 措,目的在于保护公民的个人数据信息 安全。该法的主要特点包括:

一是扩大责任主体范围。既包括在 法国境内的数据控制者和运营商,也包 括为公民提供商品和服务时,利用和处 理个人数据的境外单位和个人。

二是扩展法律义务范围。为避免个人信息数据被滥用,该法扩展了数据控制者和运营商的审查义务,数据控制者和运营商除要遵守"避风港规则"外,还应对特定文件作备案登记,对数据使用人的高风险活动作事前审查,对重要的数据信息作加密处理等。此外,如数据控制者和使用者系为了社会公共利益而使用数据信息的,相关部门可另行制定规定,明确合理使用的范围。

三是明确职能管理部门。对个人信息数据的使用和控制行为,法国国家信息和自由委员会具有管理和监督的职责与权力。同时,该法还规定了委员会的职权范围以及权力行使程序。

(法语编译: 詹紫旋 信息来源: 法国参议院网)

上海法治报理论学术部上海外国语大学法学院

### 合作主办