

今年4月9日,山东省高级人民法院采纳山东省检察院的抗诉意见,对一起行政诉讼案件依法进行了改判:撤销原判决,撤销原行政处罚决定。

# 正当防卫,在治安管理处罚领域被“唤醒”

让公平正义可感可触

## 检护民生进行时

□本报记者 郭树合

“我选择相信法律,法律最终还了我公正,也让我们这些在当地做生意的外地人感到心安!”近日,当事人张某的丈夫将一面锦旗送到山东省

某县检察院,对承办检察官表示感谢的同时,忍不住地发出感慨。

张某是从外省来到山东某县经营饭馆的一名个体工商户。2020年11月的一天,一名醉酒食客突然“造访”,打破了张某一家原本平静的生活……

### 1 小饭馆里的打斗引发行政诉讼 当事人不服行政处罚起诉未获法院支持

“派出所吗?我在我的饭馆里被人打了……”2020年11月22日22时许,山东省某县公安局派出所民警接到一名女子打来的报警电话。报警的女子就是某饭馆老板张某,殴打她的是来饭馆就餐的刘某。

民警出警后,经调查认定:张某与刘某因吃饭问题发生打斗,刘某酒后惹是生非殴打张某,张某用啤酒瓶将刘某头部打伤。刘某的损伤构成轻伤,张某殴打他人的违法行为成立。

2021年1月15日,该县公安局依据《治安管理处罚法》(2012修正)相关规定,对张某作出行政拘留五日,罚款200元的行政处罚,对刘某作出行政拘留六日的行政处罚。

上述行政处罚决定作出后,2021年5月27日,张某以县公安局为被告向法院提起行政诉讼,认为《行政处罚决定书》认定“张某用啤酒瓶将刘某头部

打伤”“张某殴打他人的违法行为成立”认定事实错误,请求依法撤销该《行政处罚决定书》。

2021年11月13日,法院作出一审判决,认为公安机关认定事实清楚,证据确实充分,办案程序合法,作出的行政处罚适用法律正确。虽然张某用啤酒瓶殴打刘某系被迫反击行为,但该行存在一定的社会危害性,故公安机关作出的行政处罚得当,维持该行政处罚决定,判决驳回张某的诉讼请求。

张某不服,提起上诉,市中级人民法院于2022年3月28日作出判决,认为原审判决认定事实清楚,审判程序合法,判决驳回上诉,维持原判。

张某仍不服,向山东省高级人民法院申请再审。山东省高级人民法院于2022年10月12日以同样的理由裁定驳回张某的再审申请。

### 2 当事人认为不该受处罚申请监督 检察官细看监控录像“重返”案发现场

从一审开庭到申请再审,张某始终主张,自己的行为是为了制止刘某的不法侵害而实施的,并且刘某的伤并不是自己的行为造成的。于是,她一边经营自己的小饭馆,一边奔走维权,虽然身心俱疲,但她始终选择相信法律。“我不该受处罚,我不服气!”再再裁定一出,张某立即向检察机关申请监督。

受理案件后,山东省市县三级检察院抽调办案力量,组成办案组,开展一体化办案,认真细致地开展调查核实工作。

办案组先后到公安机关、一审、二审法院调取案卷材料,梳理重点问题,并听取监督申请人、公安机关对刘某的伤情和法院判决的意见。随后,办案组调取了案发现场的视频监控录像,通过放大画面、放慢播放速度等方式对录像反复查看,仔细比对刘某头部的伤情,细致论证伤口形成的原因。此外,办案组还借助专家咨询,就张某的行为是否应当认定为正当防卫广泛听取专家意见;检索指导性案例、典型案例和关联案例进行参考,并就此案举行公开听证会。

在审查和比对案发现场的视频监控录像时,办案组有了重大发现:录像显示,案发当晚,刘某以醉酒状态进入张某经营的饭馆,后用桌子开啤酒瓶盖。张某担心砸坏桌子,拿来启瓶器放在刘某桌上并阻止刘某。刘某因醉酒情绪失控,将啤酒瓶摔在地上,大声辱骂并动手殴打张某,张某的行为是在被刘某连续三次推打中作出的反击。

承办检察官发现,刘某第一次猛力推打张某左下颚、左颈部,将张某推了一个趔趄,张某顺势将桌上的一个酒瓶抓在手中,但并未做出击打的举动,表明张某有隐忍表现。在遭受刘某第二次推打时,张某起身扔出酒瓶,但酒瓶并未砸到刘某。随后,张某第三次受到刘某攻击,此时刘某捂住了张某的颈部,将其推倒在其他食

客身上,张某顺势又从桌上摸起一个啤酒瓶意欲反击,但这个啤酒瓶从张某手中脱落,是否落在了刘某头部并不明确。酒瓶脱手后,张某顺势摸到桌上的一个小锅,但因被刘某按压在地,她未能做出反击动作。刘某将张某往下按压时,上身失控,与张某一同压向地面,其头部距离墙壁暖气片很近,头部低于暖气片的瞬间身体明显后缩。后两人被旁人拉起后再动手。整个冲突过程持续约40秒,冲突相对激烈,刘某连续三次猛推、挤压张某,导致张某先是趔趄,后是坐倒,最后被压倒,一直处于下风。

检察官还发现,刘某构成轻微伤的伤口主要是左侧额部的一道横向疤痕,没有证据证明这道疤痕是由张某用酒瓶击打形成,从疤痕的形态来看,与暖气片的形态更加吻合。此外,刘某是一名年轻男性,案发时年龄为21岁,身高约1.8米,体形正常;张某是一名中年女性,案发时年龄为36岁,身高约1.55米,体形偏瘦。刘某的身高、体重、年龄、性别等各个方面都明显比张某有优势。同时,案发时刘某处在醉酒状态下,情绪明显失控,在将张某殴打并压倒在地过程中,一直处于强势一方,张某一直是基于紧急状态下,被迫利用身边物品进行还击,并未采用不相当的暴力手段。

而在这一过程中,张某年幼的儿子一直在她身边哭喊,即便如此,刘某的行为也并未收敛。

在向张某了解情况时,检察官还得知,事发后,刘某及其家人多次前往张某的饭馆,对张某进行辱骂威胁,称张某系外人,还打人,不配在该县做生意开饭馆。



2023年3月16日,检察机关就本案组织召开公开听证会。

●代表点评



### 吃透正当防卫立法精神,坚决摒弃“不敢不善不愿认定”思想

□全国人大代表、山东文康(临沂)律师事务所主任 程洋

宽正当防卫的限度条件,增设特殊防卫制度。“昆山反杀案”“涿源反杀案”等一系列正当防卫案件,“激活”了正当防卫制度在刑事司法领域的适用,让“法不能向不法让步”的理念深入人心。

正当防卫不是刑事法律独有制度,在民事司法领域、治安管理处罚领域也是适用的。然而,实践中,由于办案理念仍未有及时更新,对于治安管理处罚领域的正当防卫行为不敢认定、不善认定、不愿认定的思想依然存在,在双方冲突中,只要对方还手就认定为“互

### 3 打破“惯例”依法提出抗诉

法院认定正当防卫撤销原判决及行政处罚

办案组在向公安机关了解情况时,公安机关坚持认为,双方在冲突过程中,张某一开始没有任何隐忍表现,而是使用危险程度高的啤酒瓶主动攻击刘某,对冲突的升级有着明显过错,且导致了刘某轻微伤的后果,张某的反击行为不构成正当防卫,张某殴打他人的事实清楚,证据确实充分。

通过广泛检索案例,检察官认为,在办理治安管理案件中,如果当事人主张正当防卫或制止不法侵害行为,公安机关应参照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》之规定:“立足具体案情,依法准确认定。要立足防卫人防卫时的具体情境,综合考虑案件发生的整体经过,结合一般人在类似情境下的可能反应,依法准确把握防卫的时间、限度等条件。要充分考虑到防卫人面临不法侵害时的紧迫状态和紧张心理,防止在事后以正常情况下的冷静理性、客观精确的标准去评判防卫人。”

检察机关咨询的专家也一致认

为,公安机关未对张某是否构成正当防卫予以调查,且一审、二审、再审法院亦未认真考量张某是否构成正当防卫,属认定事实不清,张某的行为符合正当防卫的起因、时间、意图、对象、限度等五个条件,应当认定为正当防卫。反击行为不构成正当防卫,张某殴打他人的事实清楚,证据确实充分。

综合案件事实、调查情况,检察机关认为本案的事情经过相对清晰,冲突的直接原因是刘某酒后寻衅滋事,率先发动攻击行为,张某为了免受刘某正在进行的不法侵害而采取随手拿起身边物品进行反击。从公安机关到三级法院都没有支持张某的诉求,根本原因在于陈旧的办案理念及办案的惯性思维。

检察机关认为,公安部印发的《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释(二)》规定:“为了免受正在进行的违反治安管理行为的侵害而采取的制止不法侵害行为,不属于违反治安管理行为。”这一规定是正当防卫制度在治安管理处罚领域的适用。但由于这一规定是公安机关内部对治安管理处罚法的解

释,如果适用该规定,需要经过较为复杂的审批手续,实践中较少被适用。而在双方发生冲突时,只要对方还手就认定为“互殴”,这样的办案模式比较简单,因此在实践中形成了惯例。

在参考了众多案例的基础上,山东省检察院认为,对于符合正当防卫成立条件的,应坚决依法认定,该案认定事实不清,主要证据不足,在法律适用上模糊了“正”与“不正”的界限,混淆了阻却违法事由和酌定量罚情节之间的区别,张某对刘某违法行为实施的反击不构成相互斗殴,应当予以纠正。基于此,山东省检察院依法向山东省高级人民法院提出抗诉。

近日,山东省高级人民法院再审理认为,张某的反击行为属于免受正在进行的违反治安管理行为的侵害而采取的制止不法侵害行为,具有防卫性质,不能与刘某构成相互斗殴行为,不属于违反治安管理的互殴行为,不属于违反治安管理的互殴行为。法院全部采纳了检察机关的抗诉意见,对案依法进行改判:撤销原判决,撤销原行政处罚决定。

●检察官说法



△2023年2月6日,检察官办案组开展调查核实工作。

在治安管理处罚法、行政处罚法中,没有正当防卫相关规定,仅在公安部印发的《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释(二)》中有类似规定。而这一规定在执法司法实践中,仍处于“沉睡”状态,执法机关仅依据损害后果“各打五十大板”的现象仍然存在。

正当防卫源于人类的防卫本能,是法律赋予每一个公民的权利。治安管理处罚领域对正当防卫制度的运用,需要执法人员立足具体案情,从起因、时间、主观、对象、限度等条件全面调查分析,切实转变办案理念,准确区分相互斗殴与正当防卫,充分发挥正当防卫及时保障防卫人合法权益、有效震慑违法行为、弘扬社会正能量的功效。

本案中,检察机关深入践行司法为民宗旨,坚持把人民至上作为一切工作的出发点和落脚点,通过“高质效办好每一个案件”,及时“唤醒”正当防卫制度在治安管理处罚领域的运用,倾心书写解民忧、纾民困、暖民心的“检护民生”答卷,用心用情传递检察温度,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

## 退休前服过刑,养老金该怎么算

河南三门峡:检察建议督促规范涉刑人员养老金发放工作

□本报通讯员 王飞

“这份检察建议就像一剂良药,不仅堵住涉刑人员养老金发放的漏洞,还促使我们举一反三建章立制……”日前,河南省三门峡市检察院第六检察部主任李英在回访“邓某基本养老保险资格或者待遇认定生效裁判检察监督案”时,得到行政机关的及时回应和充分肯定。

2020年8月,三门峡市某区相关行政机关根据河南省下发的判刑人员信

息核查得知,三门峡某公司内职工邓某退休前在某监狱服刑,遂要求邓某重新办理退休手续,并告知邓某依据相关政策,须退回已领取的全部养老金,视同缴费年限清零,计算工龄时须扣除服刑期间工龄,退休金将按扣减后的工龄重新核算,自2018年4月起按重新核算后的待遇补发退休金。

因邓某不同意,某区相关行政机关便停发了邓某的退休待遇。邓某请求确认其视同缴费年限并立即为其恢复发放养老保险金,但行政机关作出

了《不予许可决定书》。邓某不服,将该行政机关起诉至法院,请求撤销行政机关作出的《不予许可决定书》,要求恢复发放其养老保险金。一审、二审、再审法院均认为行政机关的行为并无不当,先后驳回了邓某的诉讼请求和再审申请。邓某遂向三门峡市检察院申请监督。

三门峡市检察院承办检察官依法审查发现,法院判决并无不当,但根据相关规定,邓某在个人养老保险账户建立前,按照当时当地规定已实

际缴纳了多年的基本养老保险费,该缴费时段应被计算为养老金计发办法中的“视同缴费年限”。于是,该院及时向负有监管责任的行政机关发出检察建议书,督促纠正不当行政行为。行政机关采纳检察建议后,依法撤回了《不予许可决定书》,重新核发了邓某的养老保险待遇。

为了从根本上堵塞涉刑人员养老金发放的管理漏洞,三门峡市检察院探索研发了“涉刑参保人员养老金”数字检察模型,将获取的数据进行导入、

碰撞、对比后,筛查出涉刑人员养老保险待遇发放不规范的情形,依法向该行政机关发出社会治理检察建议。

行政机关采纳检察建议后,全面排查涉刑人员养老金发放领域存在的问题并积极整改,对筛查出的不规范发放的养老金及时追回,对不应发放的及时停发。同时,加强与审判机关、刑执执行机关、司法行政机关的沟通联系,建立涉刑人员信息共享比对机制,确保涉刑人员养老金发放制度化、规范化。

## 乘客安全有了保障

□本报记者 蒋杰 通讯员 贺刚飞 张馨予

乘坐“网络预约出租车”(下称“网约车”)却没想到司机竟然醉酒驾驶;看似经验丰富的网约车司机却是“无证上路”……日前,在一起涉嫌危险驾驶罪不起诉案件背后,浙江省慈溪市检察院行政检察官发现了网约车违规运营的问题。

2023年8月,杨某饮酒后驾驶网约车被民警当场查获,后被公安机关以涉嫌危险驾驶罪移送审查起诉。经审查后,慈溪市检察院刑事检察部门决定对该案作出不起诉决定,并将案件线索移送至行政检察部门审查。

在审查案件的过程中,该院行政检察官发现了不寻常之处:杨某不仅醉酒驾驶,他在运营期间还始终没有取得《网络预约出租汽车驾驶员证》,不符合相关法律法规的规定。杨某在未取得从业资格的情况下,驾驶出租汽车从事经营活动的行为,显然属于违规运营。

鉴于此,慈溪市检察院向相关职能部门制发了检察意见书,督促该部门对案涉违规运营行为依法采取措施。该职能部门随即立案调查。今年2月5日,针对杨某无证驾驶出租汽车从事经营活动的行为,相关职能部门依据《出租汽车驾驶员从业资格管理规定》的相关规定,依法对杨某作出责令改正并罚款1000元的行政处罚决定。

网约车驾驶员醉酒驾驶、违规运营是把乘客置于危险之中而不顾。检察官在办案中了解到,如今网约车行业的从业人员流动性较大,随着大量“新手司机”进入网约车平台,他们中的一些人依法经营意识不强,加之部分平台未对司机是否通过从业资格考核作出强制性规定,因此,“新手司机”违规运营的概率大大增加,随之而来的各种违法行为也时有发生。

为保障广大消费者的出行安全,推动解决网约车司机准入审核不严、岗前培训不到位等问题,慈溪市检察院由个案办理延伸至行业治理,督促相关主管部门对案涉网约车平台公司的负责人进行约谈,实地调研并及时排摸全市网约车的运营情况。同时,通过与相关主管部门召开联席会议等方式,监督网约车平台公司充分落实行业规范制度、落实主体责任、加强对网约车驾驶员的教育引导等,努力实现深层次的社会治理效果,为乘客营造安全放心的出行环境。