

第13卷

人民法院出版社

刑事法
判解

北京大学刑事法治研究中心 主办

主编◎陈兴良 执行主编◎车浩

第⑬卷

人民法院出版社

刑事法判解

北京大学刑事法治研究中心 主办
主编◎陈兴良 执行主编◎车浩

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法判解. 第13卷/陈兴良主编. —北京: 人民法院出版社, 2013. 2
ISBN 978-7-5109-0591-9

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—判例—研究—中国
IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 283526 号

刑事法判解 (第 13 卷)

陈兴良 主编

责任编辑 丁丽娜
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550608 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 230 千字
印 张 14.25
版 次 2013 年 2 月第 1 版 2013 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0591-9
定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

本卷特邀编委

周 详 中南财经政法大学刑事司法学院副教授

本卷撰稿作者

李正新 法学博士，中南财经政法大学刑事司法学院讲师
吴韶毅 法学硕士，广东省中山市第一市区人民检察院反贪局副局长
饶 璟 西南财经大学法学院博士研究生
魏汉涛 法学博士，昆明理工大学法学院讲师
郑逸哲 台北大学法律学系教授
方 鹏 法学博士，中国政法大学刑事司法学院讲师
黄礼登 法学博士，昆明理工大学法学院讲师
于洪伟 法学博士，中央财经大学法学院讲师
王 俊 中国青年政治学院法学硕士研究生
陈建旭 日本北海道大学博士，黑龙江大学法学院副教授
张向东 法学博士，最高人民法院刑事审判第三庭法官
田 飞 北京大学法学院法律硕士研究生
蔡圣伟 台北大学法律学系副教授
申柳华 北京大学刑法学博士，德国被害人保护协会博士后研究人员

【卷首语】

车 浩

本卷是《刑事法判解》第13卷，也是2013年的开年第一卷。自本卷起，《刑事法判解》尝试引入“特邀编委”制度。早在第11卷复刊的时候，我就曾经与陈兴良老师沟通过这个想法，但是当时我们都觉得时机尚不成熟，因此暂时搁置。在人民法院出版社的大力支持下，《刑事法判解》在去年下半年出版了两卷，经过近半年的摸索，决定从本卷起开始实施这一制度。

所谓“特邀编委”，是指《刑事法判解》会不定期地邀请一位编委，在某一卷中主持本卷专题的组稿和遴选。担任特邀编委的人选，可以是来自学术界的理论家，也可以是实务工作者。这个制度不是像有些刊物的“编委会”或者“学术委员会”那样只有挂名的形式，而是发挥实质的作用。实行这一制度的目的，主要是考虑到各地高校以及司法机关中藏龙卧虎，有很多有潜力的作者和优秀的作品，其人其文符合《刑事法判解》所期待的风格，有进行学术写作和投稿的意愿和能力，但是可能未必被我们及时了解。解决这种信息不对称问题的办法之一，就是邀请各地高校中的学者或实务部门中的业务骨干作为特邀编委，由于他们较为了解当地的情况，因而能够延长《刑事法判解》的编辑触须，把一些好作者、

好文章挖掘并推荐上来。此外，特邀编委的工作，主要是主持那一卷的主题研讨。每一卷都会推出“本卷专题”的栏目，在该专题之下刊发三至五篇文章。我们会充分尊重所邀请的“特邀编委”的意见，由他提出该卷的主题设想并进行组稿。通过这种方式，能够集思广益，将学界和实务界认为比较重要的议题揭示出来。

【本卷专题】“违法性判断与出罪事由”的主题设计和组稿，就是实行了“特邀编委”之后的第一次尝试。本卷的特邀编委是中南财经政法大学周详副教授。在我向周详教授提出《刑事法判解》将实行“特邀编委”制度的想法后，得到他的积极回应，经过一段时间的酝酿，周详教授提出“违法性判断与出罪事由”的主题，陈兴良老师和我均表示赞同，于是，周详教授以此为主题，开始着手组稿。从最后的结果来看，这个尝试是成功的。“违法性判断与出罪事由”这一专题下收录了来自高校的刑法博士、青年教师与司法实务部门人士的四篇文章。周详教授在编者按中指出，“表面上看，违法性判断似乎只是一个域外的刑法理论问题，或者说只是我国主张三阶层或者两阶层犯罪论体系理论学者关注的问题，似乎与我国传统的四要件体系通说无关，进而也就与深受四要件通说影响的司法实务界无关。但实际上在司法实践中的个案处理，却无时不刻遇到违法性的判断难题。无论在四要件体系还是在阶层体系语境下，如何进行违法性判断都是一个无法回避、必须予以解决的问题。”

应当说，这一概述是较为准确的。在传统四要件理论中，行为不具有违法性而出罪，是在已经完成犯罪判断之后，或者说，是在犯罪成立与否的四要件判断之后来处理。这就使得出罪事由的体系性地位非常尴尬，也使得四要件无法成为判断犯罪是否成立的唯一根据。而在三阶层体系中，出罪事由或者是排除构成要件该当性，或者是排除违法性，或者是排除有责性，但都是在三阶层体系之内发挥作用，这就把各种罪与非罪的问题都纳入到三阶层体系之内，从而保证其成为判断犯罪最终是否成立的唯一标准。本卷主题是“违法性判断与出罪事由”，正如周详教授在编者按中指出的，“由于违法性与构成要件符合性、有责性有着千丝万缕的联系，因此四位作者的论文在论及个案的有罪或者无罪时，除了讨论违法阻却事由的判断之外，或多或少也会向前辐射到行为的构成要件符合性的判断，向后辐射到责任阻却事由的判断。”

中南财经政法大学李正新博士的《论器官移植犯罪的违法性判断》一文，讨论了涉及人体器官的犯罪的立法理由以及相关行为的出罪理由。文章认为，刑法修正案（八）将组织他人出卖人体器官的行为规定为犯罪，其违法性在于对人体器官“商业化禁令”的违背而非对市场秩序的破坏，因此组织出卖他人器官的行为不构成非法经营罪。现行立法是以“知情同意”或被害人承诺理论作为人体器官移植合法与否的重要判断标准。该文的分析是较为精到的，观点上我也赞成。我认为，器官移植在客观上可能涉及对人体的重伤害，但是立法者规定只处罚组织出卖器官的行为，而不处罚出卖或购买器官的行为，也不处罚根据出卖者的要求而为其实施手术的医生，这一立法充分说明，被害人同意（承诺）能够排除故意伤害罪的违法性，即使是在达到重伤程度的场合。

在《家属拒绝签字致死案中的违法性判断问题》一文中，广东省中山市第一市区检察院反贪局副局长吴韶毅认为，患者家属拒绝签字通常存在主观上的过失，在患者因此死亡的情况下，拒签家属应当负过失致人死亡罪的刑事责任。在家属拒签的前提下，医生不采取急救手术符合法律上的不作为条件，《医疗机构管理条例》第三十三条的规定不构成其不作为的违法性阻却事由，如果医生对于患者死亡结果具有过失或者具备了主观责任条件，就应当以医疗事故罪定罪。看到该文的时候，我感到十分惊喜，有所见略同之感。作者在文章开篇援引了2007年的李丽云案件。因为丈夫拒绝在手术同意书上签字，医院放弃实施手术，孕妇李丽云不治身亡，该事件引起全社会的关注，成为舆论焦点。对此，我曾经为《新京报》写过一篇名为“谁能为他人的生死签单？”的评论，“当本人意愿不明时，在生死之间，医生必须推定本人的意愿为生。尊重生命的价值，这个观念本身就是最好的签名。除此之外，谁也没有资格代为他人签字。”^①因此，在患者陷入昏迷状态时，家属拒不签字，并不能成为医院放弃治疗任其死亡的理由。这个问题，在刑法理论上称之为“推定的同意”。推定同意的法理学问题高发于医疗领域，但是由于理论对实践的影响之落后，目前在现实中还没有得到真正的理解和贯彻。^②

2010年3月，张明楷教授以“行为功利主义刑法观”为题主讲了第三期

① 《新京报》2007年11月29日。

② 参见车浩：《论推定的被害人同意》，载《法学评论》2010年第1期。

“中国法学创新论坛”。张明楷教授认为，以行为功利主义为思想基础的结果无价值论具有合理性。与之相对，作为点评人的陈兴良教授则更赞同规则功利主义。在讲座中，张明楷教授专门以偶然防卫为例演示了结果无价值论。按其观点，在行为人不具有防卫意图的情况下，只要客观上起到了防卫效果，也具有正当性。西南财经大学法学院博士研究生饶璟在《偶然防卫：案例、学说与疑问》一文中以一个案例入手，对比英美刑法理论和大陆法系理论对偶然防卫问题的不同处理方案，并进一步对偶然防卫的讨论提出了质疑。饶璟认为，由于司法实践中偶然防卫案件的小概率性，理论上对其研究面临形式逻辑上无意义的危险。同时，对于偶然防卫者主观动机评价的技术性回避，使得基于行为功利主义对偶然防卫所进行的探讨仍然存在许多问题。

昆明理工大学法学院讲师魏汉涛博士的《被迫行为的性质及其适用条件》一文，也引起了我的极大兴趣。这篇文章同样是以一个广受社会关注的案例为切入点，讨论了被迫行为的性质及其适用条件。在这起案件中，夏某在蒙着眼睛、脖子被绳子套着的情况下，“被逼”按照犯罪分子的要求强暴了王某，随后用绳子勒死了王某。作者认为，夏某的行为既不属于避险行为，也不构成胁从犯，且不是间接正犯，而是一个受他人胁迫而犯罪的案件，夏某的行为在刑法理论上称之为被迫行为。文章将被迫行为梳理分类为无责性被迫行为、免责性被迫行为以及减责性被迫行为三类，并分别赋予不同的法律效果。应当说，以往我国刑法界对被迫行为的问题研究不多，因此这篇文章在理论和实践上具有重要意义。当然，还有很多问题有待于进一步的争论和研究。例如，免责或减责性的被迫行为与认定为间接正犯的工具之间，是否存在冲突关系？如何将被迫行为的学理解释与现行刑法规定衔接起来？我们期待更多的关于这方面问题的来稿讨论。

整体而言，第13卷通过特邀编委而组稿的主题研讨是非常成功的。我们还会把这一制度实行下去，继续邀请学者或实务专家担纲主持，当然，也非常欢迎有好的选题和组稿计划而毛遂自荐来担任编委的同仁们。

本卷【判例研究】收录了五篇文章。台北大学法律学系教授郑逸哲的《接续犯和集合犯的前构成要件性》一文，对台湾“最高法院”的一则判例进行了细致的分析研究。在这个关于反复多次购买选票的案件中，台湾“最高法院”认为，以单一、概括目的同时或者先后反复多次贿选买票，在刑法评价上应为单数之构成要件行为，属于“集合犯构成要件”，论以“集合犯”一罪

处罚。郑逸哲教授认为，这种说法存在错误。所谓“集合犯”、“接续犯”的说法，不属于构成要件概念，而是具有“前构成要件”性质。此时根本还没有开始构成要件判断，尚处于“构成要件适用”的“适格事实对象”寻找阶段。“适格事实对象”的确立，并非纯粹的“事实动作”，而是应当依“一般人”的朴素感觉判断数个“事实动作”是否“集合”于一个“举止”，简言之，其是判断的结论而不是标准。郑逸哲教授的文章不仅仅对“接续犯”和“集合犯”的概念进行了辨析，更重要的是，在方法论上具有启发意义。文章非常清晰地提出了构成要件阶段审查任务与前构成要件审查任务的区别，对于精准地把握构成要件概念具有重要作用。

在乘客遭他人劫持乘坐出租车或在乘坐过程中遇险时，出租车司机是否负有救助义务？浙江省温州市发生的一起“冷漠的哥案”，引起了人们对于某些特定行业的公民义务的思考。在这起案件中，出租车司机李文凯明知乘坐自己出租车的李文臣对车上的乘客小梅实施强奸行为，但迫于李文臣的威胁而置小梅的求救于不顾，仍然按照李文臣的要求继续驾车绕路。浙江省温州市鹿城区人民法院以强奸罪判处李文凯有期徒刑两年。中国政法大学刑事司法学院方鹏副教授在《论出租车载乘行为成立不作为犯和帮助犯的条件》一文中，对上述“冷漠的哥案”进行了深入分析。文章结合不作为犯理论和中立的帮助行为理论，阐释了与他人犯罪相关的出租车载乘行为性质认定的处理方案。文章认为，出租车司机在正常的载乘过程中，对于应归责于他人或乘客本人的风险，单纯的不救助行为不成立不作为犯。当其载乘行为对他人犯罪有实质助益，并且确切知情正犯行为以及自己行为的助益作用时，可以成立其他犯罪的帮助犯。中立的帮助行为是刑法理论上一个较有趣味的问题，国外刑法理论对此探讨很多，我国刑法学界最近几年才开始接触这一问题。该问题的本质是讨论一些本身是被社会生活和法秩序所支持和接纳的日常行为，但又对他人的犯罪客观上起到支持和帮助作用的，应如何处理的问题。刑法理论上多数意见认为应当限缩，但是如何提供限缩标准，观点各异。方鹏副教授的文章在这方面颇有新见，相信对实务工作者也会有启发，特此推荐。

我国刑法第二十二条规定，“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”尽管该规定被解读为我国刑法原则上处罚预备犯，但是在司法实践中，按预备犯处

理的犯罪极其罕见。这样一来，预备犯的规定就成了“徒担个虚名”。比照来看，在德国，犯罪预备一般是不可罚的，而德国刑法典第30条第2款规定的“重罪约定”则属于一种例外，即两人以上以明示或者暗示的方式约定，以共同正犯的形式去实施重罪，或者教唆第三人共同去实施重罪。德国柏林洪堡大学法学博士生黄礼登在《从一起网聊案看德国刑法对重罪约定的处理》对一起德国网聊案中的重罪约定问题进行了深入分析。在这起案件中，两个被告人就未来要实施的谋杀、性虐待儿童等罪行进行了约定，州法院作出了两人就谋杀、性虐待儿童致死、强奸致死三项罪名构成重罪约定的判决。但是联邦法院推翻了这一判决，理由是被告人的约定不具有当真性，两人在网聊过程中不断变换昵称，互相不能找到对方，因而虽然有详细而具体的犯罪计划，但是该约定由于缺乏约束意志而不能成立。黄礼登博士认为，重罪约定和犯罪预备在可罚性根据上是一致的，都是基于行为的不法性。文章对德国联邦法院的判决进行了详尽的解读和归纳，得出的结论对于我国司法实践如何适用预备犯的规定，颇有参考价值和借鉴意义。

药家鑫案已经过去一年多了。该案当时曾经引起了罕见的社会关注，在媒体上造成了前所未有的巨大影响。对于媒体和普通公众而言，热点来得快去得也快，如今已经很少有人再关注药家鑫案了。但是，对于法律人而言，任何焦点事件背后的法律问题，都不是热炒的对象，而是需要冷静的、理性的、持久的思考，因为法律问题没有过时与否的说法。我们在2012年第11卷的《判解》上曾经刊发了南京大学法学院艾佳慧教授的一篇文章，是从法理和法社会学层面剖析该案。本卷刊发的中央财经大学法学院讲师于洪伟博士的《关于药家鑫自首情节的再思考》，则是从药家鑫案中的自首问题出发，探讨司法实践在自首认定方面的一些问题。于洪伟博士认为，关于药家鑫应否判处死刑立即执行的问题，人民法院相对夸大了不利于药家鑫的量刑情节，过分贬低了药家鑫投案自首应当具有的从轻处罚辩护功能，没有充分考虑到自首情节的政策意义、药家鑫自首的程序意义以及药家鑫父母陪首的量刑意义。药家鑫案的死刑适用虽然迎合了广大民众朴素的“杀人偿命”观念，却未能完美地诠释我国司法机关一贯坚持的“保留死刑、严格控制死刑、少杀、慎杀”的死刑政策。药家鑫案中的被害人和犯罪人都已经逝去，读者对于洪伟博士这篇文章的基本观点当然也可以不赞同，但是该案留给法律人的包括自首在内的一系列法律问题的思考，应该一直持续下去。

“索债型”绑架的问题，向来在刑法理论和司法实践中较受关注。中国青年政治学院法律系硕士生王俊同学在《索债型“绑架”的司法认定》一文中，以许建华、陆蛟绑架、非法拘禁案为例，对索债型绑架的司法认定问题进行了探讨。作者认为，不能简单地以司法解释有规定为由，直接认定为非法拘禁罪，而应该具体地去分析数额问题，从客观行为样态推定行为人的主观目的，如果与实际数额相差较大的，可以反映其以勒索财物为目的的，应当认定为绑架罪，以正确适用刑法。此外，在此类案件中，如涉及共犯问题的，要根据相关刑法法理处理重合性和承继性的问题。文章通篇都围绕着许建华、陆蛟绑架、非法拘禁案展开论述，思路清晰，主线明确，是一篇较为典型的案例分析论文。我们也期待着全国各个法学院校的同学们踊跃来稿，《判解》愿意成为未来的学者、法官、检察官和律师们初试啼声的舞台。

本卷【法律适用】栏目收录了三篇文章。黑龙江大学法学院陈建旭副教授的《刑罚与行政处罚的交错适用》一文，从宏观层面探讨了刑罚与行政处罚在适用时的关系。陈建旭教授认为，刑罚与行政处罚皆为国家对违反法律规范者的公权力制裁，但是因为制裁性质与目的不同，所以在制裁行使的程序设计上有所不同。刑罚的目的在于惩罚与预防犯罪，而行政处罚的目的在于特定行政目的的达成。通过对假设案例的分析，文章提出，在复杂的法律体系中两者可能产生竞合现象，当刑罚与行政处罚竞合时应当从处罚根据的法律规范目的进行比较分析，如果两者的规范目的相同则刑罚具有优先性，如果规范目的不同则刑罚与行政处罚可以并存。刑罚与行政处罚的关系，一直是我国刑法理论讨论的热点问题，这篇文章从惩罚目的入手来安排两种惩罚的适用关系，对于该领域的理论推进有相当的意义。

医疗问题关系到基本民生，因此，“非法行医”的问题一直以来也受到社会各界的高度关注。在《非法行医罪若干疑难问题的司法认定》一文中，最高人民法院刑庭法官张向东博士对审判实务中所常见的五种非法行医类型进行了归纳和分析，对非法行医罪中的因果关系问题进行了讨论，并对非法行医罪的主观要件以及被害人同意在非法行医罪中的效果灯问题进行了阐述。在第11卷《判解》中，我们曾刊发过西南民族大学法学院李凯博士的《非法行医诱发病患其他疾病致死案件的定性分析》一文，专门讨论了非法行医罪中的因果关系的认定问题。相比之下，张向东法官的这篇文章则是就非法行医罪在实践中常见多发的若干疑难问题进行了系统的归纳和分析，也展示了非

法行医罪中问题的繁复性和认定的困难。期待有更多文章就本罪中的具体问题来稿讨论。

侵犯商业秘密罪不像人身犯罪或财产犯罪那样属于“核心刑法”的范围，因而在刑法理论上对此深入探讨的著作和文章并不多，但是在司法实践中，侵犯他人商业秘密的案件并不少见。由于刑法第二百一十九条规定的侵犯商业秘密罪的“重大损失”比较抽象，相关司法解释对重大损失的界定也存在很大不确定性，因而容易导致司法的随意和混乱。北京大学法学院硕士田飞的《论侵犯商业秘密罪损失数额的司法认定》一文，试图为侵犯商业秘密罪构建科学合理的损失数额认定模式。文章运用案例研究的方法，对我国司法实践中的八个侵犯商业秘密罪的典型性和代表性案例的案情和裁判理由进行细致分析，总结出司法实践认定该罪损失数额的几种模式：以权利人收入的减少额来认定“重大损失”的模式；以被告人因侵权所获得的利益来认定“重大损失”的模式；以商业秘密的价值来认定“重大损失”；参照民事赔偿标准来认定“重大损失”；直接模糊重大损失数额；等等。文章进而提出，根据侵犯商业秘密罪中的商业秘密分为技术信息和经营信息两种情形，将损失数额的认定标准也区分为两种。我们认为，作者的这种研究方法是可取的，也是值得提倡的，只有深入实际判例，进行经验总结和归纳，才有可能进一步在理论上有所提升。

在【案例研习】栏目，刊发了台北大学法律学系副教授蔡圣伟博士的《无毒有呕——不能未遂与中止未遂的审查顺序》。这篇文章是一道案例研习题的解答示范。通过案例研习，旨在示范学生掌握未遂犯的审查架构及要件，尤其是着手实行的部分。了解我国台湾地区“刑法”第26条（阻却刑罚事由）及第27条（减免刑罚事由）在犯罪审查体系中的位置、顺序及其适用要件之内容。在这篇解題文章中，有以下几点值得注意：第一，诸如被害人是否死亡，是否属于未遂的思考，是在构成要件审查之前就应当做好的准备功课。第二，在对未遂犯进行审查时，是先判断行为人主观上的故意内容，再判断客观上的着手与否。第三，在不能犯不罚的问题上，文章主张重大无知的标准，即只有行为人是基于重大无知而实施了不能发生犯罪结果的行为时，才能适用台湾地区“刑法”第26条，主张不罚。上述几点虽然是在台湾地区“刑法”以及刑法理论的语境中表述，但是对于大陆学生做案例研习而言同样具有意义。

本卷【域外传译】刊发的是一篇对著名的“猫王案”的判决进行介绍和评论的文章。北京大学刑法学博士申柳华在《间接正犯与教唆犯的界分——德国联邦最高法院关于“猫王案”的判决译评》中，详细地介绍了德国联邦法院“猫王案”的判决内容和理由，并就此案中所体现在间接正犯与教唆犯的区分问题在德国刑法学界的争议和发展进行了简述。在《判解》第10卷中，曾经刊发过我翻译的德国“癖马案”的判决书，正是经由该案，期待可能性理论得以在学理上被阐述出来。同样，“猫王案”也是德国刑法学讨论间接正犯与教唆犯关系的一个里程碑式的经典案例。从中可以看出，国外刑法理论的发展，从判例中汲取了丰富的营养。因此，译介这些经典判例的作用，不仅是让我们了解到国外的司法历史或动态，更重要的目的，也是激发国内学界和实务界由此开阔眼界，树立沟通的信心和愿望，打破以往的屏障，加快和提升理论与实务对接的程度。

《刑事法判解》自1999年由陈兴良教授创办并主编至今，已经走过了十余个寒暑。事实证明，以判例研究为中心，以司法实务问题为导向的办刊宗旨是丛书持续发展的生命力所系。近年来开始施行的案例指导制度以及陆续发布的指导性案例，更加坚定了我们对这个办刊方向的信心。未来，期待有更多优秀的文章聚集在《判解》，关注判例，关注具体问题，关心司法现实，为早日打破刑事法领域中理论与实践的隔阂共同努力。

谨识于北大法学院科研楼410室

2012年12月

【本卷专题】 违法性判断与出罪事由

1 犯罪论体系之争视角下的违法性判断问题

/周洋 中南财经政法大学刑事司法学院副教授

5 论器官移植犯罪的违法性判断

/李正新 法学博士，中南财经政法大学刑事司法学院讲师

内容摘要：从刑法修正案（八）中关于人体器官移植犯罪的规定出发，本文认为，紧急避险理论并非人体器官移植阻却违法性的理论基础，现行立法是以“知情同意”或被害人承诺理论作为人体器官移植合法与否的重要判断标准。基于器官供体的知情同意，除非是“组织多人出卖人体器官”行为，一般出卖人体器官的行为不具有刑事违法性。刑法修正案（八）将组织他人出卖人体器官的行为规定为犯罪，其违法性在于对人体器官“商业化禁令”的违背，而非对市场秩序的破坏，因此组织出卖他人器官的行为不构成非法经营罪。

关键词：器官移植；刑法修正案（八）；被害人承诺；违法阻却事由

11 家属拒绝签字致死案中的违法性判断问题

/吴韶毅 法学硕士，广东省中山市第一市区人民检察院反贪局副局长

内容摘要：患者家属拒绝签字行为属于法律上的不作为行为，不具备违法阻却事由，由于家属对于死亡结果通常存在主观上的过失，拒签家属应当负过失致人死亡罪的刑事责任。在家属拒签的前提下，医生不采取急救手术符合法律上的不作为条件，《医疗机构管理条例》第三十三条的规定不构成其不作为的违法性阻却事由，属于行为人对违法性阻却事由的认识错误。如果医生对于患者死亡结果具有过失或者具备了主观

责任条件,就应当以医疗事故罪定罪,反之则属于违法行为但不负刑事责任。

关键词:不作为;违法性;特定义务;认识错误

25

偶然防卫:案例、学说与疑问

/饶璟 西南财经大学法学院博士研究生

内容摘要:对于紧急救助型偶然防卫,在英美刑法中,“行为论”侧重行为的实效,采未遂说;“原因论”侧重对行为人主观意识的考察,采既遂说。大陆法系学者在探讨偶然防卫时一般将其置于防卫意识的必要与否之中进行研究,主要有基于行为无价值论的防卫意思必要说和基于结果无价值论的防卫意思不要说。然而,由于司法实践中偶然防卫案件的小概率性,理论上对其研究面临形式逻辑上无意义的危险。同时,对于偶然防卫者主观动机评价的技术性回避,使得基于行为功利主义对偶然防卫所进行的探讨仍然存在许多质疑,尚需商榷。

关键词:偶然防卫;行为无价值;结果无价值;行为功利主义;规则功利主义

33

被迫行为的性质及其适用条件

/魏汉涛 法学博士,昆明理工大学法学院讲师

内容摘要:本文以“夏某被迫强奸杀人”的案例研讨为切入视角,分类梳理了不同类型被迫行为的性质、减免刑罚的根据、适用条件及法律后果。被迫行为可分为三类:(1)无责性被迫行为,基于道义责任论,行为人身体完全受到强制,不属于刑法中的行为;(2)免责性被迫行为,根据没有公平选择机会论和对人性弱点妥协论,行为人的可谴责性降低到不需要承担刑事责任的程度;(3)减责性被迫行为,胁迫程度、紧迫程度以及行为自由意志的空间大小未达到法律规定的排除罪责的程度,可以成为减轻责任事由。

关键词:被迫行为;责任阻却事由;胁从犯;紧急避险

【判例研究】

44

接续犯和集合犯的前构成要件性

——台湾地区“最高法院”2009年台上3093判决之评析

/郑逸哲 台北大学法律学系教授

内容摘要:台湾地区“最高法院”相关判决认为,以单一、概括目的同时或者先后反复多次贿选买票,在刑法评价上应为单数之构成要件行为,属于集合犯构成要件,论以集合犯一罪处罚。作者对该判决进行了辩驳,认为集合犯和接续犯不属于

构成要件或其类型概念，而具有前构成要件性质。因为根本还没有开始构成要件判断，其处于构成要件适用的适格事实对象寻找阶段，应当依一般人的朴素感觉判断数个事实动作是否集合于一个举止，是判断的结论而不是标准。

关键词：贿选买票；接续犯；集合犯；前构成要件性

论出租车载乘行为成立不作为犯和帮助犯的条件

——“冷漠的哥案”中的法与理

方鹏 法学博士，中国政法大学刑事司法学院讲师

内容摘要：本文结合不作为犯理论和中立的帮助行为理论，阐释了与他人犯罪相关的出租车载乘行为性质认定的逻辑处理路径。形式四分说作为我国通说无法对不作为犯的作为义务来源的判断给出实质的标准内容，因此需要引入实质义务根据说进行限缩。在“中立日常生活行为”是否成立帮助犯方面，文章倾向基于二元结果无价值论的立场，以“客观关联性+目的关联性”双层次标准评价该行为能否与正犯行为共同评价，进而判断其是否成立帮助犯。出租车司机在正常的载乘过程中，对于应归责于他人或乘客本人的风险，单纯的不救助行为不成立不作为犯。当其载乘行为对他人犯罪有实质助益，并且确切知情正犯行为以及自己行为的助益作用时，可以成立其他犯罪的帮助犯。

关键词：见危不救；不作为；帮助犯；实质义务根据说；目的行为论

从一起网聊案看德国刑法对重罪约定的处理

黄礼登 法学博士，昆明理工大学法学院讲师

内容摘要：德国联邦法院的裁决彰显出司法对于处罚犯罪准备的谨慎。在德国，犯罪预备一般是不可罚的，重罪约定属于一种例外。重罪约定可罚性的根据和犯罪预备可罚性的根据是一致的，并非是基于刑事政策的原因，而是立足于行为的不法性。而不法性并非是由刑罚目的决定的，而是来自于法益受损或者受威胁的事实。法益是否受威胁可以从印象理论、行为无价值等不同的视角去观察，而只有作为危险的结果才能对犯罪准备的不法性作出最有力的说明。本文还结合联邦法院的裁决总结了构成重罪约定的条件，最后对中德两国关于犯罪准备作了简略的对比。

关键词：重罪约定；犯罪准备；可罚性

关于药家鑫自首情节的再思考

于洪伟 法学博士，中央财经大学法学院讲师

内容摘要：关于药家鑫应否判处死刑立即执行的问题，人民法院相对夸大了不利于

药家鑫的量刑情节，过分贬低了药家鑫投案自首应当具有的从轻处罚辩护功能，没有充分考虑到自首情节的政策意义、程序意义以及药家鑫父母陪首的量刑意义。药家鑫案的死刑适用虽然迎合了广大民众朴素的“杀人偿命”观念，却未能完美地诠释我国司法机关一贯坚持的“保留死刑、严格控制死刑、少杀、慎杀”的死刑政策。

关键词：药家鑫案；自首情节；辩护功能；死刑政策

索债型“绑架”的司法认定

183

——对许建华、陆蛟绑架、非法拘禁案的分析

王俊 中国青年政治学院法学硕士研究生

内容摘要：索财型“绑架”在司法实践中广为发生。首先，必须对案件的性质作出分析，确认其是否存在债务，以决定能否适用司法解释的规定，但同时也不能简单地以司法解释有规定为由，直接认定为非法拘禁罪，而应该具体地去分析数额问题，从客观行为样态推定行为人的主观目的，如果与实际数额相差较大的，可以反映其勒索财物目的的，应当认定为绑架罪，以正确适用刑法。此外，在此类案件中，如涉及共犯问题的，要根据相关刑法法理处理重合性和承继性的问题。

关键词：继续犯；法规竞合；承继性共犯；犯罪共同说；行为共同说

【法律适用】

118

刑罚与行政处罚的交错适用

陈建旭 日本北海道大学博士，黑龙江大学法学院副教授

内容摘要：刑罚与行政处罚皆为国家对违反法律规范者的公权力制裁，但是因为制裁性质与目的不同，所以在制裁行使的程序设计上有所不同。刑罚的目的在于惩罚与预防犯罪，而行政处罚的目的在于特定行政目的的达成，在复杂的法律体系中两者可能产生竞合现象。透过假设案例的分析，当刑罚与行政处罚竞合时应当从处罚根据的法律规范目的进行比较分析，如果两者的规范目的相同则刑罚具有优先性，如果规范目的不同则刑罚与行政处罚可以并存。

关键词：刑罚；行政处罚；法规竞合；一事不两罚

129

非法行医罪若干疑难问题的司法认定

张向东 法学博士，最高人民法院刑事审判第三庭法官

内容摘要：“非法行医”在审判实务中表现极其复杂且形态多样。最高人民法院颁布的《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中规定了五种非