

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

◆ 特稿

2011年十大典型刑事案件聚焦/赵秉志 张伟珂

◆ 名案法理研究

帮助伪造证据罪与非罪的认定

——张建中帮助伪造证据案法理研究/左坚卫 王 帅

◆ 热点案件透视

刑法第二百五十三条之一存在的问题及完善建议

——刘某波等出售、非法提供、非法获取公民个人信息案/郝家英

◆ 国际刑案评析

朴柱铎案：被动引渡的若干问题研究

——韩国公民朴柱铎骗取贷款案/杜 邈 商浩文

◆ 司法解释研究

《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用/刘为波

《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》的理解与适用/喻海松

人民法院出版社

◆责任编辑：丁丽娜
◆封面设计：棋 锋

ISBN 978-7-5109-0529-2



9 787510 905292 >

定价：38.00元

2011 年第 4 辑 (总第 23 辑)

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2011 年. 第 4 辑: 总第 23 辑/赵秉志主编. —
北京: 人民法院出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0529 - 2

I. ①刑… II. ①赵… 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 207828 号

刑事法判解研究

2011 年第 4 辑 (总第 23 辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 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 邮编 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 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 279 千字

印 张 16

版 次 2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0529 - 2

定 价 38.00 元

《刑事法判解研究》

学术顾问

高铭暄 陈光中 王作富 储槐植 樊崇义
张 军 南 英 黄尔梅 朱孝清 孙 谦

编辑委员会

主 任 赵秉志

副 主 任 胡云腾 陈国庆

委 员 (以姓氏拼音为序)

戴长林 高贵君 高憬宏 李希慧

卢建平 裴显鼎 彭 东 宋英辉

王尚新 杨万明 张智辉 周 峰

主 编 赵秉志

副 主 编 左坚卫

编 辑 周振杰 廖 明 郭雅婷 刘媛媛

特邀编辑 （以姓氏拼音为序）

- | | |
|-----|--------------------|
| 陈 超 | 广东省揭阳市中级人民法院院长 |
| 龚培华 | 上海市金山区人民检察院检察长 |
| 黄祥青 | 上海市第一中级人民法院副院长 |
| 孟燕菲 | 最高人民检察院法律政策研究室处长 |
| 万云峰 | 广州市中级人民法院刑一庭庭长 |
| 翁跃强 | 浙江省人民检察院控申处处长 |
| 吴光侠 | 最高人民法院研究室案例指导处处长 |
| 詹复亮 | 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长 |
| 张温龙 | 福建省石狮市人民检察院检察长 |
| 周加海 | 最高人民法院研究室刑事处处长 |
| 邹开红 | 北京市人民检察院办公室主任 |

卷首语

从刑事法治建设的角度看，逝去的 2011 年依然为我们留下了无数值得回味和深思的典型刑事案件：引起舆论沸腾的李昌奎案、小悦悦案，为海内外所关注的赖昌星案，处理过程颇具司法智慧的河南瘦肉精案、天价过路费案……回眸这些案件我们可以看到，民生始终是绕不开的话题，舆情民意始终是司法进步的助推器。透过这些案件我们更坚信，随着公民权利意识的日渐觉醒，司法效率和公正的不断加强，以及立法科学化和民主化的持续深入，我国刑事法治建设一定会更积极、持久地前行。无论作为法治的“标杆”，还是法治的“伤口”，这些著名案件都会给我们以深刻的启迪。因此，本辑刊登了赵秉志教授、张伟珂博士生撰写的《2011 年十大典型刑事案件聚焦》，选择了 2011 年具有代表性的十个刑事案件，和大家一起审视我国刑事法治建设的昨天并展望其明天。

随着新刑事诉讼法的颁布和即将在 2013 年施行，律师参与刑事诉讼的范围更加广泛，执业风险也将加大。如何正视和防范这种风险，如何保障律师在刑事诉讼中的正当权益，是我们需要认真思考的问题。本辑中，左坚卫教授、王帅硕士生撰写的《帮助伪造证据罪与非罪的认定——张建中帮助伪造证据案法理研究》一文，对曾经震惊整个律师界的北京市共和律师事务所律师张建中帮助伪造证据案进行了深度法理思考。

公民个人信息被非法出售、提供和使用的现象日益严重地扰乱个人的生活，对公民个人信息的刑法保护已经启动。本辑中，郝家英检察官撰写的《刑法第二百五十三条之一存在的问题及完善建议——刘某波等出售、非法提供、非法获取公民个人信息案》，以北京市迄今最大的一起出售、非法提供、非法获取公民个人信息案为蓝本，对出售、非法提供、非法获取公民个人信息罪的构成特征以及有关法条存在的问题进行了较有深度的剖析。

本辑【疑难案件探讨】栏目刊登了8篇由学者、法官、检察官、律师等从事不同职业者撰写的案例分析文章，对虚开增值税专用发票罪、抢劫罪、买卖国家机关证件罪、滥用职权罪中的疑难实务问题进行了有针对性的探讨。

在【非法证据排除专栏】，本刊在此前两辑法律解读的基础上，刊登了张提检察官撰写的案例分析文章，探讨了两个《证据规定》在死刑案件中的适用问题。

在【死刑个案专论】栏目中，本辑刊登了江嫔、任能两位最高人民法院法官的文章，对故意杀人案中限制减刑的适用问题以及死刑案件的证明标准问题进行了思考。

本辑还新增了【国际刑案评析】栏目，刊登了杜邈检察官与商浩文硕士生合作撰写的文章，对我国与他国之间的被动引渡问题进行了有深度的研究。

在银根紧缩、民营企业融资困难的经济环境下，因非法集资引发的刑事案件数量大增，罪与非罪、此罪与彼罪、罪重与罪轻的认定问题严重困扰着司法人员。本辑的【司法解释研究】栏目刊登了最高人民法院刘为波法官以及北京大学法学院彭冰教授两篇文章，对最高人民法院发布的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》进行了不同角度的深刻解读；同时还刊登了最高人民法院喻海松法官的文章，对最高人民法院发布的《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》的理解与适用问题进行了深入探讨。

在各界的大力支持下，本刊的编辑出版工作正在逐渐步入正轨。我们正在采取更积极、更有效的措施，争取本刊在2012年的编辑出版工作全面步入正轨。在此，诚请各界同仁，特别是关注刑事司法实务的学者、司法实务部门的专家型法官和检察官们继续大力支持本刊的编辑出版工作，进一步提升本刊质量。

目 录

CONTENTS

【特稿】

2011 年十大典型刑事案件聚焦 赵秉志 张伟珂(1)

【名案法理研究】

帮助伪造证据罪与非罪的认定

——张建中帮助伪造证据案法理研究 左坚卫 王 帅(56)

【热点案件透视】

刑法第二百五十三条之一存在的问题及完善建议

——刘某波等出售、非法提供、非法获取公民

个人信息案 郝家英(81)

【疑难案件探讨】

精神发育迟滞人犯罪相关问题探讨

——邓少雄盗窃案 赵秉志 原佳丽(91)

应当免除处罚的犯罪中止不应计入多次抢劫的次数

——高某抢劫案 任素贤 秦现锋(101)

未成年累犯消灭制度适用规则

——龚某盗窃案 汪长青 田 申(108)

虚开增值税专用发票罪客观方面的认定

——高峰公司虚开增值税专用发票案 白 天 白加宁(114)

“撬车盗窃”行为的认定

——邓某、吴某盗窃、故意毁坏财物上诉案 … 刘 鑫 高丹丹(121)

黑车司机套牌营运相关问题探讨

——赵某某买卖国家机关证件案 …………… 张 楠 王 璞(125)

滥用职权及其情节特别严重的认定

——周荃等三人滥用职权、受贿案 …………… 李 斌(133)

命案中被告人供述和辩解的审查

——肖某抢劫、强奸案 …………… 王 成 周甲准(143)

【非法证据排除专栏】

两个《证据规定》在死刑案件中的适用

——以张某抢劫案为例 …………… 张 提(150)

【死刑个案专论】

故意杀人案中限制减刑的适用

——张某故意杀人案 …………… 江 婕(158)

死刑案件中的证实与证伪

——被告人胡某某抢劫案 …………… 任能能(164)

【国际刑案评析】

朴柱铎案:被动引渡的若干问题研究

——韩国公民朴柱铎骗取贷款案 …………… 杜 邈 商浩文(175)

【司法解释研究】

《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》的理解与适用 …………… 刘为波(186)

非法集资行为的界定

——解读《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律
若干问题的解释》…………… 彭 冰(201)

《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用

法律若干问题的解释》的理解与适用 …………… 喻海松(225)

2011 年十大典型刑事案件聚焦

赵秉志* 张伟珂**

回首 2011 年，在我国刑事法治建设的征途上，逝去的一年依然为我们留下了无数值得回味和深思的典型刑事案件。不管是引起舆论沸腾的李昌奎案、小悦悦案，还是为海内外所关注的赖昌星案，抑或是颇具司法智慧的河南瘦肉精案、天价过路费案……诸如此类生动的案例既涵盖民生安全等重大政治问题，也囊括了公众在社会转型期因伦理观念急剧变化所带来的道德困惑；既凸显了司法机关在惩治与防范国内犯罪方面对基本刑事政策的恪守与坚持，也彰显出我国积极开展国际刑事合作的努力与成效。可以说，在这一年中，无论是交通安全，还是食品安全，民生始终是绕不开的话题；不论是令人发指的暴力犯罪还是让人心痛的道德危机，舆情民意始终是司法进步的助推器。透过这些案件，我们更深刻地坚信：随着公民权利意识的日渐觉醒，司法功效和公正性的不断加强，以及立法科学化和民主化的持续深入……我国刑事法治建设一定会

* 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授、博士生导师，中国刑法学研究会会长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

伴随着这些可载入史册的具体案件而积极地、持久地前行。借此，我们选择2011年具有代表性的十个刑事案件，和大家一起审视我国刑事法治建设的昨天并展望其明天。

一、李启铭校园酒驾撞人案

（一）基本案情

2010年10月16晚21时40分许，在河北大学新区超市前，一黑色轿车将两名女生撞出数米远，致1人死亡1人受伤。肇事者撞人后逃逸，后被保安和追赶而来的众多学生拦下并被警方控制。经查，肇事司机李启铭是酒后驾驶。10月24日，犯罪嫌疑人李启铭因涉嫌交通肇事罪被望都县检察院依法批准逮捕。11月5日，犯罪嫌疑人李启铭的委托代理人与车祸受害人陈晓风的家人达成民事赔偿协议。2011年1月30日，望都县法院作出一审判决，认定被告人李启铭在河北大学新校区生活区醉酒驾驶，造成严重交通事故，且肇事后逃逸，以交通肇事罪判处李启铭六年有期徒刑。宣判后，被告人李启铭未上诉。

（二）案例评析

“酒驾”和“逃逸”这两种为世人所深恶痛绝的恶劣行径与所谓“官二代”身份的结合，使本案于2010年末在公众之间引起广泛关注，直至2011年初司法审判的终结，公众对本案的关注也丝毫未减。今天，虽然犯罪人已身陷囹圄，但我们的思考却难以停止。一方面，在频繁的醉驾事故面前，究竟该如何适用刑罚来规制此类严重的危害行为；司法裁判时，面对交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪两个轻重差别悬殊的罪名，司法者该如何取舍，这些始终吸引着舆论的焦点。另一方面，以本案为开端，“醉驾”伴随着我们走过了一个完整的春秋。在立法上，虽然刑法修正案（八）明确地把醉驾纳入了犯罪圈，但这仅仅是“万里长征的第一步”，如何有效地实现对醉驾犯罪的规范治理还有漫长的路要走，而这尚有赖于司法者对法治的捍卫和对正当程序的坚守。下面，我们将通过两个方面对本案所折射出的刑法问题予以法理阐释。

1. 李启铭醉驾肇事行为性质的认定

案件发生以后，被网络、媒体所聚焦的肇事者酒后驾车的恣意、张狂的炫爹之举，肇事者家长的痛哭流涕，学校的集体沉默，被害人的逃避失语，

以及网民、公众对道歉的批判与质疑……事件前后的“千姿百态”，都在展示着公共事件巨大的社会影响力。同时，种种隐含在案件背后而为舆论所猜疑的诸多情形也推动着公众对裁判结果的质疑。正如“中国网事”记者在对望都县人民法院的采访中所提出的问题一样，为什么有的人醉酒驾车致人伤亡构成以危险方法危害公共安全罪，而李启铭醉酒驾车致人死亡却是交通肇事罪？^①事实上，从网络媒体的关注来看，有相当一部分的公众认为李启铭酒后校园肇事的行为涉嫌以危险方法危害公共安全罪，应该以更严重的刑罚予以惩治。那么，本案中法院的定性是否准确？对李启铭在校园内酒后驾车的行为是否应当认定为交通肇事？这些问题需要结合法院认定的事实作具体分析。

作为危害公共安全领域重要的犯罪类型，交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的区别较为清晰，两者在犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面等构成要件上都有明显不同。但是，因为交通肇事罪的主体范围、侵犯直接客体的范围都比以危险方法危害公共安全罪要窄，^②所以对于符合交通肇事罪的主体要件的行为人实施的危害道路交通安全的行为，在造成严重危害后果的情况下，究竟是认定为交通肇事罪还是以危险方法危害公共安全罪，区分的关键就在于行为人主观罪过内容的不同。结合刑法典相关规定，通说认为，以危险方法危害公共安全罪的犯罪主观方面是故意，即不管是直接故意还是间接故意，都需要行为人认识到危害行为会危及公共安全；交通肇事罪在主观上表现为过失，即行为人应当预见到自己违反交通规则的行为可能发生重大交通事故，因为疏忽大意而没有预见或已经预见但轻信能够避免，以致发生严重后果。因此，对于利用交通工具侵害公共安全且造成严重后果的肇事行为而言，是成立交通肇事罪抑或以危险方法危害公共安全罪，其关键在于行为人是否认识到并且希望或者放任其不法行为可能造

① 参见朱峰、白明山：《李启铭为何被判刑6年》，网址：http://news.xinhuanet.com/legal/2011-01/30/c_121041887.htm。访问日期：2012年1月12日。

② 危险驾驶罪的主体是一般主体，但仅包括直接驾驶机动车辆的人员。交通肇事罪的主体也是一般主体，即年满16周岁、具备刑事责任能力的自然人，包括从事交通运输的人员和非交通运输的人员，通常为交通运输人员。所谓“交通运输人员”，是指一切从事交通运输业务，同保障交通运输安全有直接关系的人员，并不是泛指与交通运输有关的人员。而以危险方法危害公共安全罪的主体则包括了全部的一般主体，并没有什么特殊要求。就侵犯客体而言，交通肇事罪所侵犯的直接客体即道路交通安全也被涵盖在以危险方法危害公共安全罪的犯罪客体之内。

成危害公共安全的严重后果。如果行为主体没有认识到危害结果的发生,则是疏忽大意的过失,可能涉嫌交通肇事罪;如果行为人对危害后果有一定认识,则需进一步判断行为人的意志因素,是排斥还是希望或者放任危害公共安全之结果的发生,只有行为人不希望亦不是放任危害结果发生的情况下,才可以认定为交通肇事罪,否则在希望或者放任之故意的主观罪过支配下,行为人可能涉嫌以危险方法危害公共安全罪。

本案中,司法机关认为,根据司法机关认定的事实,李启铭违反交通法规醉酒驾车,在他人善意提醒其慢速行驶时,过于相信自己的驾驶技术,称“没事”。^①据此,一审法院认为被告人已经认识到自己的行为可能危害道路交通安全,但是,由于主观上过于自信,即轻信能够避免危害结果的发生,因此在刑法意义上应将其评价为过于自信的过失。可以说,这种主张颇有道理。毕竟根据控方提供的证据,不管是考察案件发生的客观外在环境、被告人的醉酒状态、驾驶技术等,还是被告人的供述,抑或犯罪前被害人与被告人之间的关系,都没有证据证明李启铭驾车回河北大学新校区生活区后,对撞到两名被害人的结果持希望或放任的心理态度,所以不宜认定为犯罪故意,也不能将其行为认定为以危险方法危害公共安全罪。

综合以上分析,根据司法机关所查证的犯罪事实,认定李启铭构成交通肇事罪是符合刑法典相关规定的。

2. 如何理性运用刑法规范惩治醉驾行为

醉驾行为的屡禁不止、恶性交通事故的层出不穷,在网络媒体的渲染报道下,极易在公众之中形成重刑惩治醉驾行为的大众诉求。从新闻报道来看,有一定数量的公众主张以刑罚更重的以危险方法危害公共安全罪认定李启铭的肇事行为,即使在判决生效以后,仍有公众对于一审法院对其判处交通肇事罪表示难以理解。可以说,这种情形不只是本案的突出特点,在大多数的醉驾案件中,公众都会表现出较为鲜明的重刑主义诉求倾向。

刑法修正案(八)生效实施以后,对醉驾行为的刑法惩治扩展至三个罪名,分别是危险驾驶罪、交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪。醉驾行为是否一律入罪,造成严重后果的肇事行为是否应当扩大适用以危险方法危害公共安全罪等,旋即成为公众关注的焦点。然而,在风险无处不在的现代社会,面对公众和媒体充满激情的关注和宣泄,我们尤其是司法者更应该

^① 参见朱峰、白明山:《李启铭为何被判刑6年》,网址:http://news.xinhuanet.com/legal/2011-01/30/c_121041887.htm。访问日期:2012年1月12日。

保持高度理性，以司法中立的基本精神审慎面对醉驾行为的刑法惩治。就此而言，在刑法修正案（八）生效以后，在醉驾行为导致的交通肇事案件中，以下问题的处理显得尤为重要：（1）合理区分不同危险驾驶犯罪行为的罪质之别。除了前文已经加以阐述的交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的关系以外，还需要注意危险驾驶罪与交通肇事罪、与以危险方法危害公共安全罪的区别，其中主要是对危险驾驶罪的理解，要从犯罪客体、犯罪客观方面等构成要件具体判断行为是否具有严重危害公共安全的性质。（2）由于醉驾的情形多种多样，不同情形的醉驾之社会危害性也各不相同，因此，醉驾不应一律入刑（入罪）。主要原因在于：一是刑法第十三条“但书”规定把犯罪行为的情节对犯罪成立的影响予以明确化，其要求司法机关在判断某一醉驾行为是否构成危险驾驶罪时，不能突破刑法总则第十三条关于犯罪特征的相关规定；醉驾不能一律入刑是承认刑法总则效力的必然结果。二是危险驾驶罪所侵犯的直接客体是道路交通安全，如果醉驾在客观上对道路交通安全没有造成威胁，便不能被认定为犯罪。三是刑法的威慑性考量决定了刑法适用必须罚当其罪，将情节显著轻微危害不大的行为排除在犯罪圈之外，以保证刑法调整范围的合理性。四是根据刑事诉讼法的规定，人民法院可以根据查明的案件事实，依法宣告被告人无罪，因此，对于醉驾行为不一律入刑并不违反正当的法律程序。五是根据举轻以明重的法律原则和法律规定的适用条件，对醉驾行为不一律入刑并不会导致醉驾的刑事处罚与行政处罚的脱节。（3）就影响醉驾入刑的主要情节而言，在司法实践中，可以从以下三个方面着重考虑：一是醉驾的时空环境，如时间、人流和车流状况等要素；二是醉驾人血液中的酒精含量；三是醉酒原因。在司法实践中，能够作为犯罪情节显著轻微危害不大的醉酒行为，主要是指因食用了含有酒精的食物、药品，如豆腐乳、糟鸡（肉）、藿香正气水等。对于此类情况的醉酒，由于行为人的自身危险性和行为的客观危害性相对较轻，能否入罪须审慎对待。

纵观本案由一个普通的交通肇事案件演化为影响广泛的公共法治事件的进程，可以发现，本案的关键抑或疑难问题并不在于行为性质的定性，而在于如何确立司法裁判的公信力，以有效回应公众对司法公信力的质疑并避免司法权威的削弱，从而为以后的交通肇事案件的处理提供一个范本。这可以说是本案值得我们深思之处。

二、沈阳小贩刀杀城管案

（一）基本案情

2009年5月16日，夏俊峰与妻子在沈阳市沈河区南乐郊路与风雨坛街交叉路口附近摆摊时，被沈阳市城管人员查处，后夏俊峰随同执法人员到沈阳市城市管理行政执法局沈河分局滨河勤务室接受处罚。在接受处罚期间，夏俊峰因故与申凯、张旭东等人发生争执，遂持随身携带的尖刀先后猛刺申凯胸部、背部，张旭东胸部、腹部及张伟腹部等处数刀，致申凯、张旭东死亡，张伟重伤。案发后夏俊峰逃离现场，并于当日15时许被抓获。2009年12月，沈阳市中级人民法院作出一审判决，认定夏俊峰的行为构成故意杀人罪，判处其死刑，剥夺政治权利终身。此后，被告人夏俊峰提出上诉。2011年5月9日，辽宁省高级人民法院作出二审判决，维持一审的死刑判决。目前，此案正在最高人民法院死刑复核过程中。

（二）案例评析

城管与小贩，两类在公众眼中强弱对比鲜明的群体，当他们发生激烈冲突的时候，获得公众的关注亦在所难免。被告人的行为应认定为正当防卫还是防卫过当，是故意杀人还是故意伤害，控辩双方各执一词，本该定分止争的司法判决始终未能及时有效地予以回应。这场争斗，没有输赢；这场审判，满是悲情。这样的公共事件，原本是宣扬法律尊严、重塑服务理念的良好时机，但是，迄今我们尚未看到这一效果的圆满实现。

1. 夏俊峰之侵害行为定性的理论阐释

在本案中，辩方认为：该案的起因是城管申凯、张旭东等十几人进行野蛮执法，夏俊峰不是故意上门肇事，而是被扭送期间发生殴打和反抗。不管从犯罪动机、经过、后果看，本案都属于正当防卫，而不是故意杀人。^①然而，二审法院认为：在执法人员亮明身份后，夏俊峰阻拦执法人员对液化气罐进行登记保存，双方由此发生肢体冲突。而在夏俊峰和执法人员回到执法办公室后，执法队员也没有限制夏的人身自由，而且夏的伤痕更符合双方拉扯的形态，因此正当防卫的意见不能成立，应当认定为故

^① 参见《沈阳小贩夏俊峰扎死城管终审被判死刑》，载人民网2011年5月9日。

意杀人。^①由此,从整个司法审判的过程来看,事实层面上,被告人夏俊峰是在什么样的情形下伤害被害人成为双方争执的焦点所在;而本案中是否存在针对夏俊峰的不法侵害,以及夏俊峰实施伤害行为时,不法侵害是否仍在进行中,亦是双方质证的主要内容。

根据刑法第二十条的规定,正当防卫是指为了使国家利益、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而对不法侵害者本人采取的制止不法侵害且没有明显超过必要限度的行为。作为法律赋予公民可以自由行使的一项法定权利,正当防卫并不是公民在面对不法侵害且必不得已时才能实施的自卫行为,而是只要存在不法侵害且正在进行之中,即使公民可以通过逃跑等其他方式避免遭受损害,仍可以针对不法侵害者本人实施反击,并且只要没有明显造成超过必要限度的伤害后果,防卫人就不需要承担法定责任。因此,在正当防卫的构成要件中,存在“不法侵害”且“不法侵害正在进行”两个关键要素。对此,理论上一般认为,“不法侵害”必须是危害社会的违法行为,对于没有任何社会危害性的合法行为,即使从当事人的立场看具有了某种侵害性也不允许当事人实行正当防卫。^②据此,执法人员依法执行扣押犯罪嫌疑人或者行政相对人的有关物品,或者对该行为人进行正当的人身拘留、逮捕时,行为人或者第三人都不能以受到不法侵害为由实施反击。“不法侵害正在进行”通常是指不法侵害已经开始但尚未结束。这时可以对不法侵害行为进行正当防卫。其中,“不法侵害已经开始”既包括不法侵害已经着手开始实施,也包括不法侵害尚未开始,但是已经对刑法所保护的法益造成了急迫的危险,不实行正当防卫极有可能造成合法权益受到侵害或者错过防卫时间。“不法侵害尚未结束”主要包括两种情形,即不法侵害之行为正在进行中,以及不法侵害所造成的危险状态正在进行之中,通过防卫行为可以有效阻止危险状态的继续。

在本案中,控辩双方对于夏俊峰实施伤害行为时是否正在遭受不法侵害存在较大分歧,是发生了正常的推搡等一般的身体接触还是执法人员对夏俊峰进行了暴力殴打,直至二审结束,双方并没有提供较为充分的证据予以证实。虽然判决书对于当时的情形进行了“还原”,但在辩方看来,公安机关并没有实事求是地客观取证,一审辩护律师所提取的六份证人证言,并没有

^① 参见《沈阳小贩夏俊峰扎死城管终审被判死刑》,载人民网2011年5月9日。

^② 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第五版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第131页。