

第12卷

人民法院出版社

刑事法
利解

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12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12卷/陈兴良主编. —北京: 人民法院出版社, 2012. 8
ISBN 978-7-5109-0509-4

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 164143 号

刑事法判解 (第 12 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 262 千字

印 张 16

版 次 2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0509-4

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

【卷首语】

>>> 车 浩

本卷是《刑事法判解》第12卷。此时正值北京酷夏之时，在第11卷出版之后，又在短期内推出第12卷，对编者而言，不啻于夏日里喝下一杯沁人心脾的凉茶：既有看到编选的佳作接连面世时的成就感，也能稍微缓解对作者们拖延的歉意。学术出版市场发展到今天，繁荣背后亦有压力，不仅是刊物的压力，也有研究者的压力。一方面，学术发表的要求越来越高，而学界提供的发表平台终究有限，作品之间的学术竞争日趋激烈；另一方面，学术刊物特别是连续出版物，也面临着一个如何吸引到更好的文章以及提升可读性的问题。读者们可以看到，自第11卷起，《刑事法判解》从形式到内容均发生了很大变化，在人民法院出版社的支持下，我们还会进一步加快出版周期，以每年推出4卷的频率，为广大的理论工作者和司法实务工作者们提供更多的“亮剑”机会，刊发更多更好的优秀文章。

【本卷专题】网游外挂案与非法经营罪，围绕着近年来引起社会舆论广泛关注的网游外挂案中的刑法问题，有四篇论文从不同角度展开了深入讨论。所谓“外挂”（plug-in），是指网络游戏中能为游戏用户带来不同于正常用户的游戏效果的作弊软件。这种软件通过修改服务器端程序、客户端程

序和修改客户端程序与服务器端程序之间传送的数据的方法作弊，以增强游戏的效果。玩家通过运行外挂可以简化一些重复劳动，或在游戏中具备某些游戏软件本身没有设置的功能，从而使得玩家能够在游戏中用最少的时间和金钱完成升级。由于网络游戏运营商的主要利润来源于玩家的在线时长，玩家使用外挂必然导致网络游戏运营商利润收入的减少，使运营商的利益受损。当前司法实践中出现了大量与网络游戏外挂程序相关的刑事案件。例如，2004年，谈某某未经许可，组织他人破译《传奇3》网游，并在游戏服务器端与客户端之间经过加密的用于通讯和交换数据的特定通讯协议的基础上，研发出007传奇3外挂计算机软件，通过向游戏消费者零售和向零售商批发销售007外挂软件点卡来赚取利润，共获取人民币281万余元。再如，2005年，被告人韩某未经许可，针对《QQ幻想》网络游戏软件，采用反编译的方法，破解了该软件加解密模块的算法，编写出《QQ幻想助理》外挂软件并进行销售，经营数额达30余万元。在这两起案件中，检察院以侵犯著作权罪起诉，而最终法院却是以非法经营罪判决。由此引发了人们关于外挂类案件与非法经营罪之间关系的讨论。而最近引起舆论普遍关注南京网游外挂代练案，则将这种争议推向了高潮。

2007年3月，被告人董杰、陈珠通过互联网向他人购得“冰点传奇”的外挂程序，以“土人部落”工作室的名义，雇佣员工在盛大公司的《热血传奇》游戏中以80元/周、300元/月的价格帮助玩家使用“冰点传奇”外挂程序代练升级，先后替1万多个《热血传奇》游戏账户代练升级。2007年3月至2007年12月7日，接受了来自全国各地游戏玩家汇入的资金人民币190多万元。2010年12月9日，南京市江宁区人民法院一审判决：“被告人董杰、陈珠以牟利为目的，违反国家规定，未经国家主管部门批准，也未获得盛大公司许可和授权，将明知是破坏了他人享有著作权的互联网游戏作品技术保护措施并修改他人游戏作品数据的非法互联网出版物——‘外挂软件’使用到盛大公司享有著作权的游戏程序上，进行有偿代练经营活动，牟取了巨额非法利益，侵害了盛大公司的合法权益，属于出版非法互联网出版物的行为，具有严重社会危害性，构成非法经营罪”。^① 2011年5月10日，南京市中级人民法院二审判决：“上诉人（原审被告）董杰、陈珠违反法律规定，未经

^① 南京市江宁区人民法院刑事判决书。

盛大公司许可和授权，非法将外挂软件使用到盛大公司享有著作权的游戏程序上，进行有偿性代练，牟取了巨额非法利益，其行为侵害了盛大公司的合法权益，属于出版非法互联网出版物的行为，具有严重的社会危害性，构成非法经营罪”。^①

此案判决前后，不仅《南方周末》这样的民间媒体对此进行了专门的追踪报道，而且法院官方媒体《人民法院报》也组织法官和专家学者对案件的法律问题进行不同观点之间的争辩，此案的影响可见一斑。这一系列案件，也促使学界对非法经营罪的入罪范围的思考日趋深入。正如有学者指出，“目前司法实践中，对于非法制售外挂行为，即使检察机关以侵犯著作权罪起诉的，最后也往往以非法经营罪定罪判决。在外挂的定性存在激烈争议的情况下，似乎以非法经营罪来处理外挂行为已经成为各地法院的通行之举。对于很多外挂案件，公安、检察机关实际上也是按照非法经营罪侦查、起诉的。”^②正是在这样的背景下，本期《刑事法判解》邀请了几位作者就网游外挂案与非法经营罪的问题，从不同角度和侧面展开了分析和讨论。

东南大学法学院欧阳本祺副教授的《捍卫罪刑法定原则重于维护游戏规则——评江苏省南京市网游外挂代练案的判决》一文，立足于罪刑法定原则，对于南京外挂案以非法经营罪论处进行了批判。欧阳教授认为，按照司法解释，只有“制作、出售、运营外挂”才是非法出版的行为，才能按照非法经营罪论处；但是，“使用外挂代练”是“制作、出售、运营外挂”的下游行为，仅仅属于“故意避开技术措施”的行为，并不是非法出版的行为。通过上述分析，该文得出的结论是，不能直接以社会危害性的判断取代犯罪构成符合性的判断，不明确的刑法规定是不合理的，对不明确的刑法规定进行无限的扩大解释更不合理。“使用外挂代练”与非法经营罪的行为类型相去甚远。南京网游外挂案的判决“以牺牲罪刑法定原则作为代价来保护游戏规则，强化了人们的游戏规则意识，却模糊了普通民众乃至法官的刑法规范意识”。文章立场鲜明，风格明快，值得一读。

就不赞同将使用网络外挂牟利的行为以非法经营罪论处这一点而言，北

① 江苏省南京市中级人民法院刑事判决书。

② 于志刚、陈强：《关于网络游戏中“外挂”行为的刑法思考》，载《山东警察学院学报》2009年第1期。

京大学法学院博士生徐凌波的《网络“外挂”相关行为的刑法评价》一文与欧阳本祺的文章结论是相同的。徐凌波博士认为，当前刑事司法实践中受到刑罚处罚的“网络游戏外挂”相关的行为包括了制作运营网络外挂的行为与使用网络外挂牟利的行为。对制作运营网络外挂行为的定性存在侵犯著作权罪和非法经营罪两种观点，由于刑法上侵犯著作权罪的行为仅限于侵犯复制发行权的行为，而制作运营网络外挂行为虽然属于对网络游戏软件作品的著作权的侵权行为，但却不能认为是侵犯其复制发行权的行为，因此在现行刑法框架内，以非法经营罪论处是较为妥当的。但对于使用网络外挂牟利的行为以非法经营罪定罪在解释上是存在疑问的，同时将此种广泛存在的使用网络外挂的行为纳入刑法规制范围，其刑事政策上的合理性也是值得怀疑的。此外，文章中还有一些观点颇有新意，例如，作者认为，“在刑法上没有必要坚持一个与著作权法意义上的发行概念完全一致的发行概念。刑法分则中虽然有很多来自其他部门法的概念，但在解释时，这些概念往往都需要诉诸刑法自身的制度功能和刑法教义学的结构而作出不同于其原本含义的解释。”尽管这种观点本身仍有可探讨之处，但是作者并没有局限于刑法的专业视野中，而是跨域了知识产权法与刑法的专业门槛，对不同部门法中的同一概念的含义进行比较，这种研究路径是值得赞赏的。

与前两篇文章不同，最高人民法院刘树德法官的《非法经营罪兜底项的规范理解》一文没有着力于南京网游外挂案本身，而是从该案的起诉书、辩护词以及判决书中发现，各方就“违反国家规定”、“非法经营行为”等成罪要件的规范理解存在分歧。由此出发，刘树德法官专门就非法经营罪的兜底项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的规范含义展开了探讨。文章认为，最重要的问题是如何把握“违反国家规定”的外延，是否相关的“国家规定”中必须存在应对某种违法经营行为追究刑事责任的明确规定，才可以纳入该兜底条款？换言之，“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”是否必须以附属刑法已明文规定为前提？文章通过对相关司法解释和典型判例的梳理分析后发现，司法解释和司法实务对这个问题的回答基本上是否定的。作者虽然没有对这一回答本身的妥当性做出明确评价，但是，读罢全文却不由得令人掩卷沉思，在罪刑法定语境下究竟应该如何解决堵截性构成要件与刑法明确性原则之间的冲突？在我看来，一篇文章即使没有明确的结论，但是如果能够激发读者的疑问和反思，留下开放的思考空间，那么这种写作

就是有贡献有价值的。

对于由南京市中级人民法院审结的这起案件，南京市中院法官邓光扬无疑是最近距离的观察者，他也参与制作了该案审理之后南京中院面对媒体时的官方解释，因此，邓光扬的《以外挂软件快速提升网游用户级别能否解释为“出版非法出版物”》一文，无疑在很大程度上体现了南京中院在审理董杰、陈珠一案时的整体思路和基本观点。这篇文章认为，尽管外挂程序软件没有现实交付到游戏客户手中，但是这仅仅是由于他们不会操作、不善操作或者委托两被告代为操作，于是基于代为操作的需要，双方达成合意，这些已被出售或出租给游戏客户外挂程序软件仍由两被告人继续占有并代为操作运行。外挂程序软件在物权上已完成了“占有改定”。因此，这种代练行为买质上是两被告人向不特定多数人出售、出租或赠与了这些外挂程序软件，因而属于“出版非法出版物”的行为。应当说，文章中提到的这一点是南京中院认定代练行为构成非法出版行为的关键。这篇文章是在我们本卷即将交付印刷的时候收到的。坦诚地讲，在学术规范和分析深度上，这篇文章并不能完全符合《刑事法判解》的要求。但是，它的独特价值在于，比较真实地还原了争议案件的审理思路，为理论上的进一步讨论提供了一个真实可靠的对话者。我们刊发这篇文章，也旨在重申《刑事法判解》特别欢迎法官、检察官和律师们投来这一类自己亲身参与或者近距离观察的案例分析的文章。

本卷【判例研究】栏目收录了五篇论文。台湾地区中央警察大学刑事警察学系黄惠婷教授的《强盗未遂之中止犯——台湾地区“最高法院”2009年度台上字第2391号判决评析》一文以台湾地区“最高法院”2009年的一个判例为平台，讨论了抢劫罪（即台湾地区“刑法”中的“强盗罪”）中的两个问题。第一，作为抢劫罪手段行为的“暴力”与“胁迫”应当如何区分？第二，当犯行遭第三人发觉时，行为人放弃继续犯罪是未遂还是中止？针对第一个问题，作者认为，胁迫与暴力虽然对被害人都会产生立即的强制效果，但胁迫的恶害内容是可见的未来才发生，其透过通知让人感到害怕，暴力则是经由现在进行的影响而对他人身体产生强制作用。关于第二个问题，作者认为，被第三人发现犯行，固然是事后的风险会提高，但不见得一定排除中止犯之适用。关键的问题在于行为人的主观想法，即行为人主观上认为被第三人发觉是否会有碍于犯罪实现。如果行为人在自认为被第三人发现也不会阻碍其犯罪的情况下放弃犯罪，仍然构成犯罪中止。台湾地区刑法学界的研

究路数受德国刑法学的影响很深，此文即可见一斑。文章中不仅大量地引证德文文献，而且其所主张观点背后的行为无价值与结果无价值并重的二元论的违法论立场以及主观主义色彩，也显示出鲜明的德国刑法理论研究的特征。

与黄惠婷教授文章中浓郁的“德国风”不同，吉林大学法学院博士生高娜的《比较法视野下的“转化犯”理论——以“聚众斗殴”的司法认定为切入点》一文，则带有出浓烈的“美国派”。由一起相约斗殴引发的跳楼死亡案入手，文章分析了我国刑法第二百九十二条规定的“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚”的法律适用问题。作者认为，针对聚众斗殴非典型样态的刑法处遇，我国刑法现行的所谓转化犯模式因为理论不足而面临诸多挑战。借由针对美国刑法中针对类似情况所建构的重罪谋杀规则的分析，可以认为由于我国刑法缺乏有效民意拟制机制，因此存在理论缺陷的转化犯理论不具有存在的正当性，应予废止。对于聚众斗殴致人死亡的刑事责任处理，可通过刑罚设定与适用的方法来加以解决。在我看来，与他人“约战”而在斗殴之前逃跑从楼上跳下摔死，这个问题如果放在大陆法系的刑法学语境中思考，可能主要是一个因果关系与客观归责在个案中如何运用的问题，而高娜博士的分析思路则是对比美国重罪谋杀规则，进而主张这里是一个不合理的、应当废止的转化犯规定。由此可见，针对同一个问题，运用的理论资源不同，分析的视角不同，完全可能出现不同的结论。

目前，我国刑法学界正在经历一场刑法知识的转型。在这个转型过程中，主要引进的是德日等国的刑法理论，依我个人之见，这并非仅仅是学者个人偏好的问题，而是有更深层次的原因。一方面，从现实角度来看，我国与德日同属法典化国家，司法者判案的主要法源是法律规定而非判例，因此，围绕着条文构建一般性的教义学理论，而不仅仅是围绕着判例提炼个别化的判案规则，就成为学术研究和司法实践的主要问题。《刑事法判解》高举判例研究的大旗，但是，这并不意味着我们放弃一般性的理论追求；恰恰相反，正是在对判例的研究过程中，寻求和不断浓缩法律共同体的理论共识，为进一步抽象出一般性理论而积累素材和灵感。另一方面，中国自清末变法修律之后，就走上了大陆法系法典化的道路。在过去的一百年中，大陆法系的刑法理论对于中国刑法学的主导性影响虽有高低起伏，但是始终存在，从未

消退。^① 因此, 我始终认为, 在刑法理论西风东渐的过程中, 大陆法系的刑法理论注定要比英美法系的刑法理论发挥更大的作用, 对中国刑法知识的转型产生更重要的影响。当然, 英美刑法知识对于开阔我们的视野, 反思德日刑法理论僵硬化的弊端也是大有裨益的。特别是在目前“两高”积极推动指导性案例制度的大背景下, 如何从判例的裁判理由中汲取司法实践的智慧, 凝聚法律共同体的共识, 也需要积极借鉴英美法系的判例法研究。通过对判例的研究, 提升对抢劫罪、聚众斗殴罪等刑法各论问题的教义学研究深度, 为司法实践提供更为丰富且合理的解决方案, 是摆在每一个刑法学人面前的课题。

将全身赤裸的被害人捆绑在客厅中并让多人围观, 构成非法拘禁罪还是侮辱罪? 抑或两罪的竞合或者并罚? 中山大学法学院陈毅坚博士的《继续犯的竞合形态研究——以周彩萍等非法拘禁案为切入》就从这样一个案例出发, 讨论了继续犯的竞合问题。文章认为, 在继续犯(如非法拘禁罪)的不法状态持续过程中, 行为人又实施另一个行为并符合另一个构成要件的, 是继续犯的竞合。对此, 应根据继续犯和状态犯是否出于一个犯罪决意, 或者实行行为之间是否有同一性, 决定是否成立想象竞合犯, 并根据继续犯竞合的具体形态按想象竞合犯或实质竞合详加处理。值得注意的是, 本案来自于最高人民法院刑事审判庭编辑的《刑事审判参考》, 从裁判理由中可以看出, 法官主要是根据牵连犯的法理来处理本案, 而且, 对类似问题主张牵连犯的观点, 在司法实践中也具有一定的代表性。但是, 陈毅坚博士认为, 牵连犯客观上要求具有两个以上的相互独立的、不具有同时性和交叉性的行为; 而继续犯的竞合是发生在不法状态的持续过程中, 继续犯与符合其他构成要件的行为的实行行为之间存在全部或部分的交叉重叠。因此, 本案应当属于继续犯的竞合问题而非牵连犯问题。我们非常欢迎这样的文章, 即从同一个案例出发, 展示出学者与法官的不同意见, 学者可以不赞同法官的判决, 但是这种批评是建立在认真对待法官的裁判理由的基础之上的。我坚信, 对判例特别是裁判理由的重视和深入研究, 是刑法理论开始走向成熟的标志之一。

北京大学法学院博士生邹兵建的《交通碰瓷行为之定性研究——以李品

^① 关于这段学术史的回顾与梳理, 参见陈兴良:《刑法学: 向死而生》, 载《法律科学》2010年第1期; 车浩:《未竟的循环——犯罪论体系在近现代中国的历史展开》, 载《政法论坛》2006年第3期。

华、潘才庆、潘才军诈骗案为重点的分析》对交通碰瓷行为进行了类型化研究。作者认为，交通碰瓷行为可分为无中生有型和颠倒黑白型两种类型，前者的不法集中体现于索财行为，而后的违法性同时表现在索财行为和制造交通事故的行为上。按照作者的分析，制造交通事故的行为可能构成以危险方法危害公共安全罪，也可能构成故意毁坏财物罪；索财行为可能构成诈骗罪，也可能构成敲诈勒索罪，其应当视欺骗行为能否为索财行为提供法律上的正当依据而定。文章以李品华、潘才庆、潘才军诈骗案为重点，并结合从北大法律信息网和北大法意网上搜集的十六个相关案例，对交通碰瓷行为的性质进行了层层深入的揭示，逻辑清晰，分析细腻，是一篇值得推荐的佳作。《刑事法判解》第11卷曾经发表过吾采灵的论文，吾采灵与邹兵建一样，都是北大法学院2010级刑法专业的硕士研究生，自2012年起继续在北大攻读刑法学博士。此外，第11卷作者中的劳佳琦与本卷中的徐凌波，也都是北大法学院的博士生。这些同学在学校学习期间能够注重结合理论研究判例，在专业上均有很深入的思考，并由此得出了一些新颖、细致的研究成果，这是令人感到鼓舞和欣慰的。

《刑事法判解》以质论文，对教授与学生的作品一视同仁，对理论工作者与实务工作者的研究同样期待。本卷就收录了几篇来自实务部门的佳作。南京市建邺区人民检察院检察官李勇的《反思以危险方法危害公共安全罪的口袋效应——以河南“瘦肉精”案为例》聚焦受到广泛关注的河南“瘦肉精”案，对以危险方法危害公共安全罪在食品安全领域的口袋效应进行了反思。作者认为，“其他危险方法”在特性上应该具有及时性和直接性，程度上应该与放火、爆炸等具有相当程度的危害后果，具有难以控制性和恐怖性；在刑法解释边界上，需合理处理形式解释与实质解释的关系；在司法层面应该坚守“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”。河南“瘦肉精”案定性为以危险方法危害公共安全罪并不妥当，应该认定为生产、销售有毒、有害食品罪的共犯。以危险方法危害公共安全罪近年来受到广泛关注，对于这样一个容易突破罪刑法定原则而扩张为口袋罪的罪名，在概念性研究之外，特别需要归纳案例组展开类型化研究，在这方面，实务法律工作者有着得天独厚的优势，因此未来希望能够收获更多更好的来自律师、检察官和法官们的实务见解。

本卷【法律适用】栏目收录了三篇论文。近年来，社会上出现了银行卡收藏这样一门新兴收藏，由此带来的刑法问题是，大量收藏银行卡的行为是

否构成妨害信用卡管理罪？根据刑法第一百七十七条之一第二项的规定以及相关立法解释与司法解释，收藏他人银行卡就字面而言属于“非法持有他人信用卡，数量较大”，这样就存在触犯妨害信用卡管理罪的危险。在《银行卡收藏的刑法定性》一文中，中国人民大学法学院李立众副教授认为，解释刑法条文时必须以保护法益为指导、考虑处罚的必要性。被收藏的银行卡一般都是客观上无法作为支付手段进行使用的银行卡。大量持有这种银行卡，不会危及银行卡的使用秩序，没有侵犯妨害信用卡管理罪的保护法益。同时，银行卡收藏有其正面价值，对其进行刑事处罚的必要性较低。因此，银行卡收藏不属于刑法第一百七十七条之一第二项“非法持有他人信用卡，数量较大”的情形，不构成妨害信用卡管理罪。文章认为，这是根据实质解释论得出的结论，相反，如果按照形式解释论，则可能会得出有罪的结论。

这篇文章是我向李立众教授专门约稿的，我虽然赞成文章的结论，但对于作者的基本论证，我却是难以赞同。目前，我国刑法学界存在着形式解释论与实质解释论之争。任何一场学术争论的勃兴，总是伴随着大量对相关争点的误解。按照李立众教授的看法，“买卖银行卡是中国人民银行《信用卡业务管理办法》所不允许的，收藏者显然属于非法持有他人银行卡。因此，从形式解释论出发，很容易认为收藏银行卡的行为构成妨害信用卡管理罪。”但是，这种看法存在疑问。在我看来，形式解释论与实质解释论之争的本质，争的并不是谁是谁最后决定法律条文用语最终含义的终裁，而是在争，谁是最先划定法律条文用语的字面含义范围的边裁。归根结底，是文义解释与目的解释的位阶之争。第一步划定形式范围之后，第二步仍然可以进行实质判断；但是，第一步就按照实质性思考来划定范围的话，接下来就无所谓形式判断了。这个位阶之争，看起来事小，实际上却是关乎罪刑法定原则到底是否被尊重的大问题。其实，在依照文义解释划定法律用语的字义范围之后，完全可以而且应当根据目的解释，考虑保护法益以及惩罚必要性等因素，最终决定入罪还是出罪。因此，即使按照形式解释论，也并不会就像李立众教授所认为的那样，“很容易认为收藏银行卡的行为构成妨害信用卡管理罪”。就此而言，李立众教授的文章中关于对形式解释论与实质解释论的评价部分，我认为是存在某些误解的。学术争鸣有多种方式，作为编者，我既非常乐意约请和刊载与自己观点不同甚至相反的文章，也愿意借卷首语的空间，表达自己的商榷性意见，想来这也是李立众教授所乐见的。

江苏省镇江市京口区人民检察院检察官戴有举的《入户盗窃若干问题思考》，对刑法修正案（八）新增的入户盗窃规定进行了问题性的探讨。作者认为，入户盗窃并非行为犯而是结果犯或数额犯；行为人不需要在入户前就产生盗窃的故意，但对“入户”以及“入户的非法性”必须有认识；入户盗窃与其他盗窃类型之间的关系涉及对罪数的认定问题；入户盗窃的既未遂认定问题，必须考虑建筑物具体状况、财物的性质、形状，他人对财物监视、支配的强弱，以及窃取行为的形态，进行具体的判断；入户盗窃的望风行为人不应该一律认定为从犯，而是应按照其对犯罪事实的支配作用、贡献大小来确定其在共同犯罪中的角色以及相应的责任。尽管文章中有些观点的论证还不够十分严密，但是对于入户盗窃这样由立法滋生出来的新问题，司法一线的实务工作者对此迅速地做出理论上的反应，是难能可贵的。中国政法大学证据科学实验室研究人员褚福民博士的《刑事附带民事诉讼制度之反思》，对刑事附带民事诉讼制度的行为同一性理论和提高诉讼效率理论进行了全面性反思。作者质疑这两个理论作为刑事附带民事诉讼的理论基础的正当性，并从程序的独立性、适用民事侵权法、打击犯罪、保障被害人利益等四个方面指出该制度可能带来的问题。《刑事法判解》是一个刑事一体化的大平台，这里不仅欢迎刑事实体法方面的文章，也特别欢迎刑事诉讼法和程序法方面的佳作，因为刑事法治的进步需要刑法学界和刑事诉讼法学界同仁们的共同努力。

【社科视角】是《刑事法判解》自第11卷起增设的栏目，旨在不定期地推出从法理学、法社会学、法经济学等超越刑法专业之外的新视角来审视刑法问题。本卷【社科视角】推出的是山东大学法学院桑本谦教授的《“标杆”？还是“警示牌”？——解读云南省高院改判李昌奎案引发的舆论风暴》。在这篇文章中，桑本谦教授认为，云南省高院将李昌奎改判为死缓之所以招致舆论炮轰，不仅因为其法律依据和政策依据不确定，还因为用以辩护判决的废死信念冲撞了主流民意。在桑本谦教授看来，“废死信念的学术支撑十分脆弱，不具备说服公众或者与公众沟通的力量。无论对于刑事法学的意识形态，还是对于向废死目标逐渐靠拢的刑事政策，李昌奎案引发的舆论风暴都是一个严厉的警告。”这篇文章为我们贡献了很多文辞华丽、见解精辟的分析。例如，信念可以用来辩护判决。但用以司法辩护的信念必须有广泛的“群众基础”，孤独的信念非但无力防御，反而会导致舆论火力的蔓延和升级。

再如，在司法公信力严重缺失的时候，向公众展示道德优越感很可能成为司法辩护的一种冒险策略，废死道路上比民意更大的障碍是薄弱的司法公信力等等。我认为，这些议论都是切中要害，令人击节赞叹的。

在李昌奎案件发生后，我也曾写过文章参与学界的讨论。我的基本观点是，应当通过技术渠道消解理念之争。围绕李昌奎案的各种宏观理念之争，应该被还原成刑法教义学上的技术问题加以分析。死刑存废与限制与否往往关乎价值立场，而价值立场层面的讨论，又总是具有难以争辩、不易说服的非逻辑性的特点。与其在宏观的价值理念上彼此对峙并试图高高在上地引导民众，莫如倾听和发现汹涌民意中的理性成分，将其转化为可以在逻辑和经验层面探讨的技术问题。这就是法教义学让人心平气和、理性沟通的功能和意义。^① 我的文章虽然主要是分析“邻里纠纷”与“手段残忍”的概念含义，但是这种技术层面展开分析的前提和出发点，就是认为仅仅强调司法者的价值观或理念，已经无法应对焦点案件中的公众质疑了。在这一点上，我与桑本谦教授的立场是一致的。感到歉疚的是，我力邀本谦兄专门为《刑事法判解》写下这篇大作并承诺会尽快发表，但是由于各种原因，却一直拖延至今方才面世，思之难免汗颜。不过，李昌奎案本身的热度虽然已经降温，但是桑本谦教授文章中所提出的问题，却始终没有过时，相反，在今日的中国社会随处可见甚至愈演愈烈，值得每一个法律人持续思考下去。这大概就是学术的永恒性价值之所在吧。

本卷【域外传译】栏目收录了两篇译文。一篇是由德国图宾根大学博士生、台湾律师王士帆翻译的德国联邦最高法院的一则判决，内容涉及讯问国外证人与法院调查义务。尽管是一则德国判例，尽管译者是基于台湾地区刑事诉讼中的具体问题而译，但是，这则判例中所讨论的跨国/跨境讯问的问题，对中国大陆的刑事司法同样具有启发和借鉴意义。例如，关键证人住居国外，理论上法院仍有调查义务，实际问题却是法院如何履行自身义务。遇有公民出境国外而拒绝回国或住居国外的外籍人士不愿入境接受讯问，可否因此而解除调查义务？若两国之间无司法互助协议能够据以请求讯问证人，是否就免除调查义务？假如外国政府愿意本于司法互助共识由其追诉机关代为讯问证人，则讯问程序该依循本国法律或外国法？如果依照讯问地的外国

^① 参见车浩：《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的含义》，载《法学》2012年第8期。

法，一旦讯问程序与本国法歧异，则本国法院又该如何评价这份外国证人笔录？诸如此类问题，既有比较法研究上的理论意义，在当下国际刑事司法互助合作日趋频繁的情况下也具有重要的现实意义。本卷的另一篇译文是日本同志社大学法学研究生院教授奥村正雄、十河太郎等所著《2009 年日本刑法重要判例回顾与展望》，译者为北京大学法学院法律硕士董莎。《刑事法判解》第 11 卷曾经刊出了奥村正雄教授等人所著的《2008 年日本刑法重要判例回顾与展望》，本卷继续刊出 2009 年的日本判例回顾。我们希望通过这样一种方式，促进和推动刑法学界对判例研究的重视；只有对本国的司法判例进行深入研究，理论才可能获得指导实践的力量，理论与实践之间才不会出现脱节的窘状。

【书影人语】是《刑事法判解》将会不定期推出的一个栏目。它的定位主要在于发表各种形式的法律书评或影评，其中包括书前书后的各种序跋。设置这样一个栏目的考虑，是因为读书与写作永远是一体两面的事情。只有从他人的著作中获得更多的感悟，才会在自己的笔下流出独特的思想。“奇文共欣赏，疑义相与析”。我们衷心希望学界和实务界的朋友们能够把自己的读书之乐不吝分享，既分享好书的信息，也分享读书的心得。《刑事法判解》愿意搭建这样一个分享的平台，也让刊物自身增添一些温暖的色彩。本卷【书影人语】推出的是北京大学法学院陈兴良教授的《判例研究与翻译规则——〈德国最高法院判例选辑（刑法总论）〉序》。在这篇序言中，陈兴良教授回顾了这本由德国学者罗克辛教授编著的《德国最高法院判例选辑》在国内出版的因缘，并简要地勾勒出这本书的基本结构和内容。值得注意的是，序言中特别地讨论了德语概念的翻译问题。例如，德语中的 Versuch 一词，究竟应当翻译为“未遂”，还是译为“力图”更佳？这本书的译者认为，“在适当情况下，保留该词译为未遂也是可以的。如果我国刑法学研究的现状发生变化，可以考虑全面采用力图这一译法。”对此，陈兴良教授明确反对，“能否改译为力图，与我国刑法学研究的现状是否发生变化无关，而与我国刑法条文是否发生变化有关。除非我国刑法将未遂都改采力图一词，才能将德文 Versuch 一词译为力图。否则，Versuch 一词最好还是译为未遂。”在这里，陈兴良提出一个法律翻译应当与文学翻译相区别的命题：文学翻译具有个体性，应当按照信达雅的标准进行个人翻译；但是法律翻译一定要以我国现行法律采用的概念术语作为对应词，除非法律条文改动。我赞同陈兴良教授的观点。在

引进国外刑法理论的过程中，必须考虑到现行刑法典的语境约束以及学界用语的约定俗成等问题；除非是完全处在刑法典用语范围之外的、具有学术创新意义的新概念，否则，应当以我国现行法律术语为标准进行翻译。

“我见青山多妩媚，料青山见我应如是”，这是我们所追求的编者、作者与读者之间良性互动的境界。随着出版周期加快，《刑事法判解》期待更多的优质稿源。当第13卷、第14卷面世的时候，当是九月鹰飞或者白雪皑皑之际了。又会有哪些新知高见与读者见面，让我们一起期待。

谨识于北大法学院科研楼410室

2012年6月

【本卷专题】 南京网游外挂案与非法经营罪

1

捍卫罪刑法定原则重于维护游戏规则

——评江苏省南京市网游外挂代练案的判决

/欧阳本祺 东南大学法学院副教授，法学博士

内容摘要：“使用外挂代练”不同于“制作、出售、运营外挂”：前者是后者的下游行为；根据《信息网络传播权保护条例》，前者属于“故意避开技术措施”的行为，而根据司法解释，后者系出版非法出版物的行为。“使用外挂代练”包含“使用外挂”与“代练”两层含义。代练本身并不违法，使用外挂不是非法出版。不能直接以社会危害性的判断取代犯罪构成符合性的判断。不明确的刑法规定是不合理的，对不明确的刑法规定进行无限的扩大解释更不合理。“使用外挂代练”与非法经营罪的行为类型相去甚远。以非法经营罪惩罚外挂代练行为严重违反了罪刑法定原则。

关键词：使用外挂；代练；非法经营罪

14

非法经营罪兜底项的规范理解

/刘树德 最高人民法院司法体制和工作机制改革领导小组办公室调研处处长

内容摘要：理论上对于非法经营罪作为口袋罪的诟病，在于“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”这一兜底性条款含义的模糊性。本文从立法与司法实践中所表达的立场出发，结合刑法教义学的相关理论揭示了“其他”条款的规范含义，即在内涵上其须与国家有关主管部门的相关许可证相关联，在外延上，从刑法与附属刑法的关系上，强调刑法的最后手段性，以此明确了非法经营罪的适用范围。同时，针对理论上关于非法经营罪的存废之争，作者提出，面对变动不居的市场图景，较之于对兜底项的彻底放弃，通过教义学上的解释对非法经营罪进行口径紧缩、边界框定与理性适用显得更为关键与合理。

关键词：非法经营罪；规范含义；兜底项