

<<刑事法判解（第12卷）>>

图书基本信息

书名：<<刑事法判解（第12卷）>>

13位ISBN编号：9787510905094

10位ISBN编号：7510905095

出版时间：2012-8

出版时间：人民法院出版社

作者：陈兴良 编

页数：235

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## <<刑事法判解（第12卷）>>

### 内容概要

《刑事法判解（第12卷）》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。

## &lt;&lt;刑事法判解(第12卷)&gt;&gt;

## 书籍目录

【本卷专题】南京网游外挂案与非法经营罪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；非法经营罪非法经营罪兜底项的规范理解内容摘要：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；兜底项网络“外挂”相关行为的刑法评价内容摘要：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m-l络外挂牟利的行为以非法经营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。

关键词：网络游戏外挂；侵犯著作权罪；非法经营罪；复制发行行为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”内容摘要：收取网络游戏用户费用后，将非法程序软件外挂到合法网络游戏上，突破网络游戏的保护措施，帮助交费网络游戏用户快速升级。

其快速升级及其获益非因代为操练游戏的劳务付出，而是出售能突破正常网络游戏保护措施的非程序软件。

此行为属于“出版非法出版物”，情节严重的构成非法经营罪。

关键词：网络游戏外挂；出版非法出版物；非法经营罪【判例研究】强盗未遂之中止犯——台湾地区“最高法院”2009年度台上字第2391号判决评析内容摘要：台湾地区“最高法院”相关判决确立了此立场，即区别障碍未遂与中止未遂的关键因素在于行为人放弃犯罪是否系出于“己意”。

作者围绕着案件事实，从学理思考与实务实效的双重角度，强调对于“己意”的判定倚重于行为人主观心理状态之考量，并借助于对客观事实之分析对其加以印证。

关键词：强盗罪；胁迫；中止；未遂比较法视野下的“转化犯”理论——以“聚众斗殴”的司法认定为切入点内容摘要：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。

## &lt;&lt;刑事法判解(第12卷)&gt;&gt;

关键词：聚众斗殴；转化犯；重罪谋杀；故意杀人继续犯的竞合形态研究——以周彩萍等非法拘禁案为切入内容摘要：关于继续犯与状态犯存在竞合的解决方案，目前理论上与实务中均存有较大争议，难以达致统一。

囿于此现状，立足于不同的情状采用相应之解决方式在本文中得以提倡：在继续犯的不法状态持续过程中，行为人又实施另一个行为符合另一个构成要件，如果是出于一个犯罪意思决定，而且实行行为之间存在至少局部的重叠，成立想象竞合犯，从一重处断；如果不是出于一个犯罪决意，或者实行行为之间没有同一性，应数罪并罚。

如果状态犯是为了维持通过继续犯所制造的违法状态时，状态犯与继续犯之间可以成立想象竞合犯；相反，如果状态犯是为了继续犯的实施创造条件，或者状态犯是在继续犯的持续过程中另行起意实施，则应数罪并罚。

如果继续犯是状态犯实行行为的组成部分时，状态犯与继续犯之间可以成立想象竞合犯。

如果数个继续犯的实行行为全部或者部分发生重叠或同一，可以成立想象竞合犯。

如果刑法规范对于犯罪的认定做出了特别的规定，在合理解释法律规定的前提下，应例外的根据刑法的规定进行定罪处罚。

关键词：继续犯；状态犯；牵连犯；想象竞合交通碰瓷行为之定性研究——以李品华、潘才庆、潘才军诈骗案为重点的分析内容摘要：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。制造交通事故的行为能否构成以危险方法危害公共安全罪，取决于其危害公共安全的程度是否足以与四种危险方法相当。

此外，该行为还可能构成故意毁坏财物刑事法判解罪。

索财行为的定性需要综合考察行为人取得财产的方式、欺骗的内容与程度、索取数额是否合理以及有无胁迫行为等因素。

在被害人交付财产的场所，若行为人的欺骗行为能为其索财行为提供法律上的正当依据，索财行为构成诈骗罪；否则，应将其认定为敲诈勒索罪。

关键词：交通碰瓷；以危险方法危害公共安全罪；诈骗罪；敲诈勒索罪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”案为例内容摘要：以危险方法危害公共安全罪“侵入”食品安全领域犯罪，使得该罪名的口袋效应进一步扩大，在“其他危险方法”的理解、刑法解释的方法以及刑法与刑事政策的关系等方面均值得反思。

“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。

关键词：以危险方法危害公共安全罪；口袋效应；刑法解释；刑事政策【法律适用】银行卡收藏的刑法定性内容摘要：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一款第二项“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。

关键词：银行卡收藏；实质解释论；保护法益；处罚必要性入户盗窃若干问题思考内容摘要：刑法修正案（八）新增的入户盗窃虽然是由侵入住宅和盗窃前后两个行为组成，但其与普通盗窃一样，仍是单纯的侵犯财产的犯罪，据此可以认为入户盗窃并非行为犯而是结果犯或数额犯。

入户盗窃虽然先后实施了两个行为，但行为人只要对后一行为具有故意就够了，而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，否则不符合责任主义原则。

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，必须厘清。

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

<<刑事法判解 (第12卷)>>

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。

关键词:入户盗窃;特殊盗窃;普通盗窃;行为犯;牵连犯;认识与错误;罪数;犯罪形态;共犯刑事附带民事诉讼制度之反思内容摘要:本文对刑事附带民事诉讼制度中存在的问题进行了全面性反思,从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两个理论基础进行反思,认为它们作为刑事附带民事诉讼的理论基础的正当性存在质疑,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提出该制度可能带来的问题。

该制度还折射出犯罪的特征、刑事责任与民事责任的关系、刑事诉讼与民事诉讼的差异等深层次理论问题。

对于学界提出的改革方案,应当予以反思。

关键词:刑事附带民事诉讼制度;行为同一性;犯罪与侵权【社科视角】“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内容摘要: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。

废死信念的学术支撑也十分脆弱,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。

关键词:李昌奎案;死刑;废除死刑【域外传译】德国联邦最高法院刑事裁判——视讯讯问国外证人与法院调查义务2009年日本刑法重要判例回顾与展望【书影人语】判例研究与翻译规则——《德国最高法院判例选辑(刑法总论)》序

## &lt;&lt;刑法法判解 (第12卷)&gt;&gt;

## 章节摘录

其实上述分歧的存在与如何看待刑法典与附属刑法的关系密切相关。

无论是1997年修订刑法之前还是之后的许多相关法律、法规（甚至包括规章）中均存在“……构成犯罪的，依法追究刑事责任”、“……依法追究刑事责任”等之类的条款。

通过比较和总结1997年修订刑法之前或者之后的上述附属刑法的规定，至少可以得出以下几点结论：（1）无论是1997年修订刑法之前还是之后附属刑法依然大量存在；（2）1997年修订刑法之后的附属刑法的表述方式相对比较规范，一般均表述为“构成犯罪的，依法追究刑事责任”；（3）1997年修订刑法之后附属刑法所采取的方式也没有之前所采用的表述方式（如“比照刑法第……条论处”、“依照刑法第……条定罪处罚”等）多；（4）1997年修订刑法之后附属刑法中较多地出现不能完全在1997年刑法分则中找到相对应的条款。

在此，拟不对附属刑法的相关问题作系统的研究，仅就附属刑法对1997年刑法中空白罪状的空白构成要件的填补如何起限定作用加以分析。

空白罪状中一般含有“违反国家规定”之类的规定，要求相关的法律法规等规范性文件对空白构成要件加以填补。

问题是，遇到上述非法经营罪“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”之类的需要填补的空白构成要件，是只能在附属刑法中寻找还是也可以在附属刑法以外的其他规范（一般也规定在“法律责任”部分）中寻找。

对此，就“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”外延界定而言，从实践运作层面和理论逻辑层面来看是不同的。

在实践中，最高立法机关（主要是全国人大常委会）、最高司法机关（最高人民法院、最高人民检察院）以及作出生效判决的各级人民法院均可能会将某些违反国家规定的经营行为（不一定规定在附属刑法之中）纳入到该兜底条款之中（缺乏对各级人民法院已经判决的非法经营罪的实证分析，无法归纳出被作为非法经营罪处理的行为样态）。

从理论逻辑来看，“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”外延的界定，除了要具备前述的几个特征外，关键在于对“违反国家规定”外延的把握，即是否某种经营行为只要违反“国家规定”而不问是否该“国家规定”已作出要求追究刑事责任的规定即是否规定为附属刑法，均可纳入该兜底条款。

例如，1995年10月30日全国人大常委会通过的《中华人民共和国食品卫生法》（已废止）第二十七条规定：“食品生产经营企业和食品摊贩，必须先取得卫生行政部门发放的卫生许可证方可向工商行政管理部门申请登记。

未取得卫生许可证的，不得从事食品生产经营活动。

食品生产经营者不得伪造、涂改、出借卫生许可证”；第四十条规定：“违反本法规定，未取得卫生许可证或者伪造卫生许可证从事食品生产经营活动的，予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，处以五百元以上三万元以下的罚款。

涂改、出借卫生许可证的，收缴卫生许可证，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款；没有违法所得的，处以五百元以上一万元以下的罚款。

”针对“未取得卫生许可证或者伪造卫生许可证从事食品生产经营活动的”的行为，在没有附加“依法追究刑事责任”或者“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的情况下，也就因对“违反国家规定”的两种不同理解而得出是否构成非法经营罪的不同结论。

……

<<刑事法判解（第12卷）>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>