

第17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17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17卷/陈兴良主编; —北京: 人民法院出版社, 2015. 11

ISBN 978-7-5109-1110-1

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 (2014) 第 304224 号

刑事法判解 (第 17 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)

客 服 QQ 2092078039

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 250 千字

印 张 15.25

版 次 2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1110-1

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

本卷撰稿作者（以撰稿先后为序）

- | | |
|-----|---|
| 赵 希 | 北京大学法学院刑法学博士研究生 |
| 徐 然 | 北京大学法学院博士研究生 |
| 王华伟 | 北京大学法学院博士研究生 |
| 林金鹏 | 北京大学刑法学硕士，湖州市吴兴区八里店镇副镇长 |
| 苗蓉蓉 | 北京市东城区人民检察院公诉二处助理检察员 |
| 陈兴良 | 北京大学法学院教授、博士生导师 |
| 王国平 | 重庆市江北区人民法院刑庭书记员，法学硕士 |
| 王 磊 | 清华大学法学院 2013 级刑法学硕士研究生，山东省枣庄市人民检察院公诉二处检察官 |
| 邹兵建 | 北京大学法学院刑法学博士研究生 |
| 秦宗川 | 西南政法大学刑法学博士研究生 |
| 陈 涛 | 北京大学刑法学硕士，中国粮油控股有限公司法律部法律顾问 |
| 陈长均 | 山西省太原市人民检察院检察官 |

【卷首语】

>>> 车 浩

本卷是《刑事法判解》第17卷。在这一卷中，汇集了多篇刑法学界年轻学人关于刑事司法领域某些具体问题的剖析，也囊括了实务部门的法官、检察官对于一些理论问题的深入思考，《判解》文章的来源、角度、风格越来越多元化，这是令人感到欣喜的。

本卷专题《工程建设领域中的罪与罚》，共收录了6篇文章。这些文章是从中国人民大学法学院主办的“工程建设领域的犯罪及其法律适用”研讨会论文集中遴选而得。伴随着我国工程建设事业的高速发展，工程建设领域的犯罪（特别是经济犯罪）愈演愈烈。如何运用法律手段正确处理这类犯罪案件，有效防控其发生，成为法学理论和司法实务界共同关注的重要问题。2014年9月19日，中国人民大学刑事法律科学研究中心举办了“工程建设领域的犯罪及其法律适用”研讨会，对工程建设领域中的犯罪主体范围、私自截留工程款、项目招投标、偷工减料、虚假诉讼、伪造印章、重大事故等问题的认定展开了热烈的讨论。本专题收录的第一篇文章，是以中国人民大学刑事法律科学研究中心名义正式发布的《工程建设领域若干经济犯罪问题处理建议》（征求意见稿），也是刘明祥教授向大会作的主旨报告。这篇文章根据我

国刑法的相关规定和“两高”的有关司法解释，对工程建设领域若干疑难犯罪，例如职务侵占犯罪、挪用型犯罪、工程建设企业工作人员虚假诉讼行为、非法吸收资金等行为在司法上如何处理，提出一系列的定性处理意见，并分别作了情况说明和理由阐述，具有重要的理论和实践指导意义。

赵希的《论工程建设领域中拒不执行判决、裁定罪》一文，是对刑法第三百一十三条拒不执行判决、裁定罪在工程建设领域中的具体适用问题进行探讨。拒不执行判决、裁定罪并不是一个常见多发的罪名，但是拒不执行判决、裁定的情况在实践中并不少见。为何刑法第三百一十三条的适用如此少见？文章首先对于这一问题进行了理论上的一般性分析。作者认为，民事执行中的规避执行行为与拒不执行判决、裁定的犯罪行为之间的关系比较模糊。两者之间存在很多交叉、重合之处，“是否构成刑法第三百一十三条之罪似乎变成了一个法院选择的问题，而不是根据刑法进行独立判断的问题。这也在一定程度上造成了法院在两者之间仅仅择一处之的现状，而本已按照民事案件处理的定案，再提起刑事诉讼无疑会带来更多不便，故法院往往以民事判决结案，造成第三百一十三条适用的进一步减少。”如何从法教义学和解释学上对此给出解决方案？作者结合司法实例，对于该罪中“行为人有能力执行而拒不执行，情节严重的行为”的“拒不执行、情节严重”要件进行了详细阐述。在此基础上，文章将教义学上的一般结论与工程建设领域这一特殊领域的相关问题结合起来，得出了一些具有实操性和实践指导意义的结论。文章分析层次清晰，论证扎实，结论具体，对于实践中如何处理此类问题具有切实的参考价值，值得推荐。

2010年11月15日发生在上海市静安区的特大火灾案，造成58人死亡等特别严重的后果，引起全国关注。法院以滥用职权罪、重大责任事故罪等罪名对相关责任人员做出判决。该案的定罪量刑也受到媒体舆论的广泛议论。徐然在《重大责任事故罪的责任归属与过失竞合》一文中，特别提出“民意的认同既不是理论检验的替代性论证，更不能直接为刑法判决的正当合理性作背书”，从刑法理论来看，该案中存在着为何对并未直接具体参与实施作业的人归责，以及直接导致结果发生的行为人处罚能否轻于对结果承担间接原因的行为人等问题，需要在理论上详加探究。文章对涉案的行为人的过失进行了类型化的区分，从理论上对各种不同的过失类型，如“超越承担过失”的类型以及“监督过失”的类型分别进行了剖析之后，又探讨了过失竞合的

问题。最后对上海静安火灾案判决书的得失进行了评述。文章认为,工程建设领域的责任事故,往往是多个过失共同作用的“多因一果”。实践中对过失的认定侧重于事实性和形式性判断,即只要违反形式作为义务且具备条件因果关系,一般就可认定过失。作者对此提出了批评意见并指出,“事实和形式性判断,对于刑法责任归属而言,仅仅是前提并非充分条件。过失犯的判定,应当实质性区分复数形式的过失类型、考察注意义务的根据、判断注意义务违反行为的危险创设和危险实现等,从而在责任主义原则范围内实现一般预防之目的。”无论在对涉案理论的展开深度上,还是对判决理由的分析力度上,这都是一篇以典型个案为例,结合刑法理论的深入探讨进行判例研究的佳作。

非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的界限,是近年来司法实践中涌现出来的一个重大课题,也是刑法理论上的热点议题之一。王华伟在《非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的界限》一文中,从客观和主观两个方面,提出了一些颇有新意的个人见解。作者认为,在客观方面,应当区分作为手段行为的诈骗行为和作为目的行为的诈骗行为,后者才是认定集资诈骗罪的关键。在主观方面,集资诈骗罪中的“以非法占有为目的”,应当解释为“实现占有并所有,不愿归还”的意图,这样才能较为精确地区分非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。根据这一观点,作者对吴英集资诈骗案的判决书进行了研究,认为从本身经济基础和有无偿还巨额高息能力、客观上的诈骗行为以及是否随意处置集资款三个方面,判决书所列出的证据和说明都无法充分证明吴英具有非法占有目的。文章最后提出,“近年来国内非法集资的大案频发,涉案金额惊人,不断地触碰民众和公权机关的敏感神经。这类案件固然涉及整个民间融资的困局,但是恰恰是在这样的背景下,更应当对具体刑法罪名的适用和理解进行法教义学的精确分析,这样才能真正在司法实践中防止‘唯数额论’思维影响案件的公正判决。”目前,《刑法修正案(九)》已经取消了集资诈骗罪的死刑罪名,再次引发社会各界对死刑问题的关注。修法最后的结果,可以算是对篇末所忧虑的死刑问题的一个侧面回应。

林金鹏的《论工程建设领域的职务侵占罪与合同诈骗罪的区分》一文,分别对“秦小所职务侵占案”和“杨永承合同诈骗案”进行了深入讨论,进而提出了在工程建设领域区分职务侵占罪与合同诈骗罪的一般性标准。文章

认为两罪主要区分在于两点,“第一,犯罪手段的不同。即是否利用了职务之便还是仅仅利用合同诈骗。第二,犯罪对象的不同,即非法占有的财产到底是本单位的财产还是合同相对方的财产。在判断时要根据犯罪手段间的关系以及最终侵犯的财产的性质来加以考虑,二者缺一不可。”这篇文章与王华伟的文章相似,也是一篇探讨两罪关系的文章。两罪关系的探讨是一个经典话题,文章采用了判例研究的方法进行研究,这是值得肯定的。

本卷的【判例研究】刊发了四篇论文。如何认定非法买卖外汇行为的刑法性质,这并非是一个有固定答案的简单问题。陈兴良教授在《非法买卖外汇行为的刑法评价》一文中,从黄光裕案与刘汉案这两个案件出发,剖析同案不同判背后的理由,比较了一般性的非法买卖外汇行为与构成非法经营罪的非法买卖外汇行为之间的区别,并在此基础上考察了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》与《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》在内容上的对应关系。在作者看来,非法经营罪的成立需要行为人在主观上具有经营目的,不具有经营目的非法买卖外汇行为不构成非法经营罪。陈兴良教授认为,从解释结论的妥当性出发,应当将《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中的“买卖外汇”解释为《外汇管理条例》中的“倒买倒卖外汇”,而不能将其解释为《外汇管理条例》中的“私自买卖外汇”“变相买卖外汇”和“非法介绍买卖外汇”。这是从非法经营罪的体系性定位和保护法益出发,对刑法上的非法买卖外汇行为的一个重大限缩,对司法实践处理类似案件有重要的参考价值。

在交通肇事的场合,如何区分该行政责任与刑事责任,是一个在理论和实践上均有重要意义的话题,因而经常成为学界和实务界讨论的对象。《刑事法判解》第7卷(2004年)曾经刊发过时任北京市公安局交通管理局法制处处长王立的《交通肇事罪研究——以交通事故责任认定为视角》的文章,对此作了深入的探讨。本卷刊发的重庆市江北区人民法院法官王国平的《交通肇事罪中同等责任与全部责任的划分》一文,以郝某某、周某某交通肇事案为切入点,明确提出在交通肇事案件认定过程中,应坚持刑法的独立评价原则,不可直接将公安机关的交通事故认定书作为定性的依据。文章区分了交通肇事罪和交通管理中的责任划分的不同逻辑,与王立的文章有异曲同工之妙。

特别是作者把刑法上的因果关系和过失认定作为独立判断的根据，可算是抓住了问题的要害，值得一读。

中止犯减免责任的根据，历来在刑法理论中聚讼不止。山东省枣庄市人民检察院检察官王磊的《中止犯减免根据影响下的中止自动性的认定》一文，以李某抢劫、杀人案为例，将中止犯减免责任根据的理论争议与实务中如何认定中止自动性的具体问题链接起来，提出中止自动性的判断，应当受到中止犯减免根据的影响和制约。作者不仅能够将抽象的理论探讨适用于具体的案件解决，而且还在中止犯减免根据理论上提出个人见解，认为中止自动性应当采取“缓和的限定主观说”，这是难能可贵的。作为司法实务工作者，不是惯性地抱怨理论脱离实践，而应当发挥主观能动性，主动地将刑法理论与具体的实践问题相联系，探求解决问题的妥当答案，对此，这篇文章做出了一个较好的示范。

最高司法机关发布的指导性案例，对指导下级机关的审判、检察工作，以及对于刑事法理论的深化，都有重要意义。最高人民检察院自2010年起，开始向各级人民检察院印发指导性案例。邹兵建的《施某某等聚众斗殴案（检例第1号）的三维解读》正是以最高检2010年发布的第一个指导性案例作为分析对象，藉此分析聚众斗殴罪的构成要件，得出了聚众斗殴罪既不属于情节犯也不属于动机犯的结论。发掘刑事诉讼法上的酌定不起诉的犯罪论体系意义。文章还进一步站在诉讼程序的角度，考察了该案所涉及的酌定不起诉制度，揭示了该制度所存在的法律性质之困和适用条件之困，并主张引进阶层犯罪论体系以化解这两个困境。最后，在刑法和刑事政策的关系维度，文章梳理了三种刑法与刑事政策的关系模式，并倡导我国的刑法与刑事政策从分离走向融合。从整体上来看，文章以一个个案为分析对象，从构成要件、诉讼程序和刑事政策三个维度切入，使得读者从个案中获得的知识和启发极其丰富，也显示了作者敏锐的学术嗅觉和较为深厚的学术素养。

在【法律适用】栏目，本卷刊发了两篇文章。刑法第二十六条规定，“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团犯的全部罪行处罚。”据此，在黑社会组织犯罪的场合，组织领导黑社会组织的首要分子，要为黑社会性质组织所犯的全部罪行承担责任。但是，司法实践中如何判断“全部罪行”？刑法理论上对此存在争议，也给司法认定带来很多困惑与混乱。西南政法大學刑法學博士研究生秦宗川的《黑社會性質組織犯罪中“全部罪行”

的认定困局及其出路》一文，为这个问题的解决提供了一个新的视角。文章通过对209份有关组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪的裁判文书的整理分析，揭示了目前司法实践中对黑社会性质组织犯罪“全部罪行”认定混乱的现象。在此基础上，作者对目前关于“全部罪行”的各种认定标准在理论上进行了分析和批判，进而提出个人观点：组织、领导黑社会性质组织犯罪中的“全部罪行”应当理解为组织领导者个人具体实施的全部犯罪，而不是抽象性的集团所实施的全部犯罪。刑法第二十六条“集团犯的全部罪行”的规定不适用于黑社会性质组织犯罪。当然，这一观点的妥当性还值得研究，但是，作者这种从大量案例中发现问题、提炼争点的研究进路值得充分肯定。

刑法上的诽谤罪关涉到对于公民言论自由的刑法规制，因而一直是刑法理论的重点课题之一。近年来，随着网络侵权问题的不断涌现，诽谤罪的司法适用更是受到社会各界的关注。陈涛的《“捏造事实诽谤他人”之展开》一文，从刑法教义学的角度对我国刑法中的诽谤罪展开了逐层分析。作者认为，诽谤罪的保护法益仅限于外部的、真实的、应得的名誉；构成要件认定时，应当注意事实与意见的区分；在证明责任上，自诉人或者公诉人的证明标准必须达到排除合理怀疑程度等等。作者采用德日三阶层理论，对于我国刑法关于“捏造事实诽谤他人”这一规定蕴含的意义展开了全面的分析，得出了一些颇有新意的结论。

本卷【书影人语】栏目刊发了山西省太原市人民检察院检察官陈长均的《域外刑法各论对我国的借鉴及限度》一文，是其对阅读日本刑法学者山口厚教授《刑法各论》一书的读后感。这篇文章从理论和实务两个维度，论及我国对域外刑法各论研究的借鉴和限度问题。一方面，在理论层面，文章以张明楷教授的研究为例，认为其所主张的多谈此罪与彼罪的关系，少谈此罪与彼罪的界限的观点，是借鉴了日本刑法各论的研究方法。另一方面，作者又进一步思考中国的司法实务工作者如何借鉴域外理论的问题。文章以盗窃罪和敲诈勒索罪为例，阐述了日本刑法理论的研究成果对于我国实务界认定这两类犯罪的借鉴和限度。文章有理论视野，也有实务角度，特别以学术个案和实务个罪为例加以说明，文笔轻松明快，读来颇为顺畅，也给人很多启发。

因为各种原因，《刑事法判解》第17卷的出版一再拖延，作为执行主编，每念及此，就颇觉愧对作者和读者。好在它现在终于面世了。好饭不怕晚，

13 篇文章中涉及的各种问题和观点，一定不会让读者失望。未来，我们会争取以微信公号的方式，将作者们的文章以更畅捷的方式在更多元的渠道中传播，扩大作者和文章的影响力。期待更多的佳作在《刑事法判解》的舞台上绽放！

谨识于北大法学院陈明楼 410 室

2015 年 9 月

【本卷专题】 工程建设领域中的罪与罚

1 工程建设领域若干疑难犯罪案件定性处理建议

/中国人民大学刑事法律科学研究中心

18 论工程建设领域中拒不执行判决、裁定罪

/赵 希 北京大学法学院刑法学博士研究生

内容摘要：刑法第三百一十三条在司法实践中的适用极少，很大程度上源于刑法理论上并未对刑法第三百一十三条与民事规避执行行为的区别予以充分讨论。本文通过结合司法实例，在对此问题进行刑法教义学分析的基础上，将有关结论与工程建设领域这一特殊领域的相关问题结合起来，得出的基本结论是：在判决、裁定要求行为人支付一定数额财产时，行为人有能力履行，但故意实施使应当执行的财产物理灭失或法律灭失的行为；或在判决、裁定要求行为人实施特定行为时，行为人经多次通知履行而拒不履行或故意设置障碍等情况时，构成刑法第三百一十三条之罪。

关键词：拒不执行判决、裁定罪 民事规避执行行为 工程建设

36 重大责任事故罪的责任归属与过失竞合

——以上海静安“11·15”特大火灾案为展开

/徐 然 北京大学法学院博士研究生

内容摘要：在工程建设领域，责任事故的发生，往往是复数形式的过失共同作用的结果

果。诸过失并存情况下的“多因一果”，给过失犯责任归属提出了难题。实践中对过失的认定侧重于事实性和形式性判断，对违反形式作为义务并且具备条件因果关系的情形，一般可以认定成立过失。然而，事实和形式性判断，对于刑法责任归属而言，仅仅是前提，并非充分条件。过失犯的判定，应当实质性区分复数形式的过失类型、考察注意义务的根据、判断注意义务违反行为的危险创设和危险实现等，从而在责任主义原则范围内实现一般预防之目的。

关键词：重大责任事故罪 过失不法 客观归责 过失竞合 刑罚倒置

59 非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的界限

——以“吴英集资诈骗案”为视角

/王华伟 北京大学法学院博士研究生

内容摘要：在客观行为方面，是否存在一定的诈骗行为，并不是非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的本质区别。应当区分作为手段行为的诈骗行为和作为目的行为的诈骗行为，后者才是认定集资诈骗罪的关键。集资诈骗罪中的“以非法占有为目的”属于主观超过要素，系目的犯理论中的断绝的结果犯，但这并不意味着“非法占有目的”证明责任的转移和免除。我国刑法中的“非法占有目的”并不需要做完全统一的理解，在集资诈骗罪中，应当解释为“实现占有并所有，不愿归还”的意图，这样才能较为精确地区分非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。在具体案件中，应当紧紧围绕这一点，对“非法占有目的”做严格的界定。

关键词：诈骗行为 以非法占有为目的 目的犯 主观超过要素

74 论工程建设领域的职务侵占罪与合同诈骗罪的区分

/林金鹏 北京大学刑法学硕士，湖州市吴兴区八里店镇副镇长

内容摘要：工程建设领域的职务侵占罪与合同诈骗罪的区分与其他领域相比并无太大差异。本文通过对两个典型案例的分析，认为在司法实践中区分二者的关键主要有两点：第一，犯罪手段不同，即是否利用了职务之便还是仅仅利用合同诈骗。第二，犯罪对象不同，即非法占有的财产到底是本单位的财产还是合同相对方的财产。在判断时要根据犯罪手段间的关系以及最终侵犯的财产的性质来加以考虑，二者缺一不可。同时要注意对单位、单位成员身份、利用职务之便、合同诈骗罪中合同的性质以及利用合同诈骗等概念的含义进行准确的界定。

关键词：工程建设 职务侵占 合同诈骗 非法占有 交叉竞合

论串通投标罪的犯罪情节的认定

——对王某串通投标案件的法理分析

/苗蓉蓉 北京市东城区人民检察院公诉二处助理检察员

内容摘要：在市场经济中，推行招标投标制度是为了更好地发挥竞争机制在建筑市场中的作用，而其中的竞争不仅仅是价格方面的竞争，更重要的是工程质量方面的竞争，通过竞争，有利于实现优胜劣汰，促进资源向优势企业集中，也有利于更好地保证工程质量。但由于现阶段我国招标投标制度发展不完善，各种违背市场竞争规律的串通投标的现象屡禁不止，对于在招标投标活动中，组织陪标人协助围标，使自己单位中标，且中标额度较大的单位，应当认定属于刑法条文规定的“情节严重”，构成串通投标罪。

关键词：串通投标 情节严重 直接经济损失 犯罪构成

【判例研究】

非法买卖外汇行为的刑法评价

——黄光裕案与刘汉案的对比分析

/陈兴良 北京大学法学院教授、博士生导师

内容摘要：本文从黄光裕案与刘汉案这两个案件的同案不同判出发，比较了一般性的非法买卖外汇行为与构成非法经营罪的非法买卖外汇行为之间的区别，并在此基础上考察了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》（以下简称《决定》）、《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）和《外汇管理条例》（以下简称《条例》）在内容上的对应关系。文章强调，非法经营罪的成立需要行为人在主观上具有经营目的，不具有经营目的非法买卖外汇行为不构成非法经营罪。文章还指出，从解释结论的妥当性出发，应当将《决定》《解释》中的“买卖外汇”解释为《条例》中的“倒买倒卖外汇”，而不能将其解释为《条例》中的“私自买卖外汇”“变相买卖外汇”和“非法介绍买卖外汇”。

关键词：非法买卖外汇 非法经营罪 倒买倒卖外汇

交通肇事罪中同等责任与全部责任的划分

——以郝某某、周某某交通肇事案为切入点

/王国平 重庆市江北区人民法院刑庭书记员，法学硕士

内容摘要：在交通肇事案件认定过程中，应坚持刑法的独立评价原则，不可直接将公安机关的交通事故认定书作为定性的依据。交通肇事罪中的责任划分不同于交通管理过程中的责任认定，二者形似而神不同。尤其是在涉及责任主体较多的案件中，更应立足于刑法学角度以因果关系、过失判断等为视角作出独立的判断。

关键词：交通肇事 责任认定 同等责任 全部责任

中止犯减免根据影响下的中止自动性的认定

——以李某抢劫、杀人案为例

/王磊 清华大学法学院2013级刑法学硕士研究生，山东省枣庄市人民检察院公诉二处检察官

内容摘要：犯罪中止与犯罪未遂的区分历来是司法实践中的难题，尤其是当行为人在一定程度上“主动”放弃犯罪的情况下，对于能否认定为具有中止自动性而成立犯罪中止存在较大争议。关于中止自动性的判断应当受到中止犯减免根据的影响和制约，从犯罪中止的立法目的出发分析具体的案件。本文试图在中止犯减免根据理论上提出自己的理解，进而认为中止自动性应当采取“缓和的限定主观说”，以期对具体案件的认定提供一点思路。

关键词：中止自动性 减免根据 重复侵害 比较对象

施某某等17人聚众斗殴案（检例第1号）的三维解读

/邹兵建 北京大学法学院刑法学博士研究生

内容摘要：本文依次从实体罪名、诉讼程序以及刑法和刑事政策的关系三个维度对最高人民检察院第1号指导案例作了较为全面的分析。在实体罪名维度，文章讨论了该案所涉及的聚众斗殴罪的构成要件，着重分析了该罪是否为情节犯或动机犯，并得出了全部否定的结论。在诉讼程序维度，文章考察了该案所涉及的酌定不起诉制度，揭示了该制度所存在的法律性质之困和适用条件之困，并主张引进阶层犯罪论体系以化解这两个困境。在刑法和刑事政策的关系维度，文章梳理了三种刑法与刑事政策的关系模式，并倡导我国的刑法与刑事政策从分离走向融合。

关键词：指导性案例 聚众斗殴罪 酌定不起诉 刑事政策

【法律适用】

163

黑社会性质组织犯罪中“全部罪行”的认定困局及其出路

/秦宗川 西南政法大学刑法学博士研究生

内容摘要：司法实践中就黑社会性质组织犯罪中“全部罪行”的判断缺乏明确而固定的标准，导致司法机关在认定上具有较为明显的随意性和不确定性，致使整个司法认定较为混乱。有关“全部罪行”认定的理论标准学说林立但又不尽合理，且缺乏足够的实践指导价值，整体上呈现一种迷惘性。黑社会性质组织犯罪“全部罪行”认定困局的出路应当在于将“集团罪行”完全消解，代之以“个人罪行”标准。

关键词：黑社会性质组织犯罪 全部罪行 认定困局 出路 个人罪行

190

“捏造事实诽谤他人”之展开

/陈 涛 北京大学刑法学硕士，中国粮油控股有限公司法律部法律顾问

内容摘要：我国刑法中的诽谤罪与世界其他国家和地区最大的不同在于规定了“捏造事实诽谤他人”，笔者从刑法教义学的角度出发，采取德日三阶层理论分析了“捏造事实诽谤他人”这一规定蕴含的意义：第一，在保护的法益上，我国刑法只保护外部的、真实的、应得的名誉；第二，构成要件层次，事实与意见的区分，意见纵使尖酸刻薄也不在诽谤罪的规范范围，客观上要求行为人陈述的事实不实、虚伪，主观上要求行为人对此有故意；第三，在违法性阶层，“捏造事实诽谤他人”的规定排除合理利益利用条款的适用，更加明确；第四，在证明责任上，和我国侵权法上举证责任倒置不同，诽谤罪的自诉人或者公诉人必须证明被告人陈述的事实不实、虚伪，而且行为人具有故意，按照一般刑事证明的要求，自诉人或者公诉人的证明标准必须达到排除合理怀疑的程度。

关键词：诽谤罪 名誉 捏造事实 证明责任

【书影人语】

222

域外刑法各论对我国的借鉴及限度

——读日本刑法学者山口厚教授《刑法各论》引发的思考

陈长均 山西省太原市人民检察院检察官
