

谢望原/著

*criminal justice
and scholars' mission*

刑事正义 与学者使命

 中国人民大学出版社

谢望原/著

criminal justice
and scholars' mission

刑事正义
学者使命

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事正义与学者使命/谢望原著. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 11
ISBN 978-7-300-23491-5

I. ①刑… II. ①谢… III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 243723 号

刑事正义与学者使命

谢望原 著

Xingshi Zhengyi yu Xuezhe Shiming

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京中印联印务有限公司		
规 格	170 mm × 250 mm 16 开本	版 次	2016 年 11 月第 1 版
印 张	14.75 插页 1	印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷
字 数	234 000	定 价	39.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

2016年春节期间,在一个“城中二月不知春”^①的晚上,闲坐在书桌前随意浏览电脑中储存的过往文档,却发现近十多年来,自己在有关报刊上曾发表数十篇涉及各类法律问题的小品文,还有诸多重要会议的发言或演讲、对实务部门的咨询答疑,以及接受新闻媒体访谈的文字记录,其中很多内容以前尚没有公开发表过。于是,脑海中闪过一个念头:何不把这些文稿结集出版呢?如果公开出版,既是对自己过去某些方面思考的审视与总结,也可以让读者诸君了解我在一些法律问题上的见解与立场,并可接受大家的议论与评说——无论是赞赏的还是批评的,我都会真切期待。正是在这种想法的驱使下,我利用节假日时间,对本书文稿进行了系统整理。

本书汇集了我以不同形式,在不同场合,零散发表的主要针对刑事法问题的一些“散论”,其中也包括若干篇非刑事法问题的评论或会议发言。全书分为三个部分:一是“法事评论”,该部分主要收集了我发表在有关报刊上的一些评论文章和在部分重要会议上的评论发言或演讲。之所以将该部分名之曰“法事评论”,是因为这些评论多数涉及的是当时社会关注度较高的热点法律问题或法律事件(也有若干篇学术性短评)。文稿所涉内容,绝大部分更大程度上具有鲜明的实践特性。考虑到本书的“散论”性质,我在诸多大学或司法机关等部门所做的专论性讲演文稿^②均未收入其中。二是“咨询答疑”,本部分乃是针对有关

① 出自宋代诗人苏辙“送陈安期都官出城马上”诗文:城中二月不知春,唯有东风满面尘。归意已随行客去,流年惊见柳条新。簿书填委休何日,学问榛芜愧古人。一顷稻田三亩竹,故园何负不收身。见《唐宋八大家全集》卷五,4723页,北京,国际文化出版公司,1998。

② 在过去十多年中,我曾经应邀到中山大学法学院、中南财经政法大学法学院及刑事司法学院、国家检察官学院、国家法官学院、武汉大学法学院、华中科技大学法学院、西南大学法学院、四川大学法学院、西北政法学院、清华大学法学院、中国政法大学刑事司法学院、北京外国语大学法学院、南京财经大学法学院、东南大学法学院、苏州大学法学院、上海财经大学法学院、同济大学法学院、吉林大学法学院、山东大学法学院、山东政法学院、中央司法警官学院、湖南大学法学院、贵州民族学院法学院、中央民族大学法学院、海南大学法学院、暨南大学法学院、广州大学法学院、河北大学法学院、郑州大学法学院、河南财经政法大学法学院、河南大学法学院、南昌大学法学院、江西财经大学法学院等四十多所大学做学术讲座。此外,还到一些司法机关、律师协会等部门做过专题讲座。由于这些讲座内容与本书趣旨并非相同,故均未收入。

立法、司法、执法部门提出的疑难问题作出的书面答复，或者是参加这些部门讨论会议时准备的书面发言文稿。过去十多年中，我参加了立法、司法、执法部门诸多实务问题的研讨，本部分记录了我对一些疑难法律问题发表过的独立见解。三是“刑事访谈”，本部分主要是我接受有关新闻媒体访谈时，针对涉及的刑事问题提出的个人见解或看法，或者是向采访的记者就某个问题作出的书面答复。

也许本书并非一部严格意义上的学术专论，但是，它还是从不同方面反映了作者在一些法律问题上的学术立场或观点。由于法律理论的复杂性和多元性，持不同学术立场的学者完全可能就同一问题提出与他人不同甚至相反的看法。所以，本书涉及的法律问题，仅仅是作者在特定时空对某一问题的思考，纯属个人的一己之见或一时心得。为了保留文稿真实性，本次出版时，只对某些字句作了修改，而没有改变文稿的观点和内容。对于涉及已有新的立法或司法解释变化的内容，读者需要联系当时的立法或司法背景来解读。

虽然煞费苦心，试图给本书配上一个雅而得体的书名，最终却还是难以遂愿。在与本书责任编辑方明先生反复磋商之后，干脆将书名名之曰——《刑事正义与学者使命》。之所以如此，因为“刑事正义”（criminal justice）乃是全部刑事法学与刑事司法所追求之目标，也是我国“全面推进依法治国”的应有之义，而本书涉及的课题，绝大多数围绕刑事问题而展开。故以此命名，基本上可谓名实相副。至于“学者使命”，当然是客观中立地执着追求学术真理并推而广之。如果学者丧失了学术自由与中立的立场，则学者也就失去了独立存在的意义！在国家司法改革如火如荼进行、民情舆论之诉求复杂而多样、学术却越来越攀龙附凤而功利之风盛行的当下，呼唤刑事正义、关注民情舆论、践行学者使命，我想这或许应该是每一个法律学人应有的情怀吧。

让我们再次重温被尊为中国传统知识分子最高理想的宋代鸿儒张载的名言：“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”，而中国古代思想家的此种思考，不是正好与法国思想家拉贝莱（Rabelais）“学术无良知是灵魂的毁灭，政治不道德是社会的毁灭”之警世呐喊有着异曲同工之妙？

是为序。

谢望原

于人民大学明德法学楼918室

2016年6月11日

目录

Contents

一、法事评论 1

1. 司法正义、民情舆论与学者使命 1
2. 言论自由的法律边界：不得诽谤中伤他人 5
3. 中国刑法学研究向何处去 8
4. 彩票：亟需法律规制的游戏 11
5. “专家法律意见书”的是与非 13
6. 商业贿赂：原因与对策 16
7. 军人激情犯罪及其自我预防 21
8. 死刑错案主要成因与防范 28
9. 完善刑法规定三题 33
10. 中国内地刑法立法的最新发展 34
11. 英国道路交通法犯罪规定的启示 38
12. 高检院指导性案例：为办案提供重要参考 42
13. 中国量刑制度改革的重要举措——简评《人民法院量刑指导意见（试行）》 45
14. 从邓玉娇案看如何认定防卫过当 48
15. 关于正当防卫的两个误区 52
16. 关于自首与立功的两个问题 55
17. 浅议对单位犯罪中犯罪单位的追诉时效 58
18. 关于吴保全案的一点感想 60
19. 关于许超凡、许国俊案的几个问题 63

20. 如何准确理解刑法第 216 条中的“假冒他人专利”	66
21. 从六个方面理解“携带凶器盗窃”	67
22. 关于许霆案的深层思考：无情的法律与理性的解释	69
23. 许霆案的再思考：刑事司法需要怎样的解释	74
24. 拒签与孕妇死亡的法律问题：是否涉及刑事责任	80
25. “飙车”致人死伤行为如何定性	83
26. 伤熊事件的法律责任	87
27. “黑球”“黑哨”与刑事责任	88
28. 在警察诱惑下销售假冒注册商标香烟如何定性	91
29. 如何认定单位虚开增值税专用发票罪	93
30. 扰乱法庭秩序罪的正确理解与适用	95
31. 如何认定亲属间的行贿与受贿犯罪	97
32. 诉讼诈骗完全可以构成诈骗罪	99
33. 在联合国人权高专与外交部共同举行的“轻罪处罚”会议上的发言	100
34. 在联合国开发计划署与商务部国际经济技术交流中心会议上的发言	104
35. 在第三届国家高级检察官论坛上的发言	109
36. 完善我国假释制度的思考	111
37. 关于张明楷教授“论犯罪的实体：违法与责任”的一点感想	114
38. 略评陈兴良教授“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”	116
39. 关于陈志龙教授、车浩教授主题发言之评论	118

二、 咨询答疑 125

40. 与没收有关的两个问题	125
41. 西班牙普遍管辖权及相关问题	129
42. 刑事司法疑难问题专家答问录	135
43. 关于两类透支型信用卡诈骗案的评析	150
44. 关于王某某等行为的定性分析	153
45. 关于孟某、何某某盗窃案的意见	156
46. 醉酒驾车致人死伤案的定性——以黎某某案为例	157
47. 关于于某某故意杀人案的证据分析	163

48. 关于庞某等破坏计算机信息系统案如何定性的意见 165
49. 关于“吕某某、刘某、车某某强迫交易案”定性之我见 167
50. 关于H非法转让土地使用权案的分析意见 172
51. 关于吕某案的法律意见 175
52. 关于韩某某案的法律意见 176
53. 关于王某等伪造委托书倒卖房产案的意见 180
54. 关于三个案件的个人意见 182
55. 关于刘某、范某、何某、刘小明行为如何定性的意见 187
56. 关于徐某某不构成非法买卖制毒物品罪的法律意见 187

三、刑事访谈 191

57. 当前形势下死刑制度去留问题 191
58. 《焦点访谈》：反商业贿赂访谈要点 196
59. 境外赌博构成赌博罪吗 200
60. 回答法制日报记者袁定波专访 203
61. 回答法制日报记者万静访谈 203
62. 高考舞弊行为的法律规制 205
63. 法律不支持为保全自己生命而牺牲他人的生命 206
64. 以有毒有害化学物质损毁大面积经济作物，应当以投放危险物质罪论处 207
65. 砸死小偷却被判刑 专家点评见义勇为 208
66. 侵占股权应该如何定罪 210
67. 专家在线解读两高“网络传黄”司法解释 212
68. 孕妇即将分娩，执法者拒不放行，秉公执法还是严重违法 215
69. 关于网络团伙犯罪的若干问题 217
70. 跨域协作携手推进网络犯罪治理 218
71. 我坚持刑法学研究的独立性 222

1. 司法正义、民情舆论与学者使命

（本文是《许霆案的深层解读：无情的法律与理性的诠释》的序，其基本内容曾发表在2008年5月13日《法制日报》）

古希腊哲学家柏拉图曾经把城邦的正义与智慧、勇敢、节制联系起来加以阐释，认为一个“完善”的城邦（国家）必然是一个具有各种美德的城邦，而这些美德包括“智慧（wisdom）”“勇敢（courageous）”“节制（temperance）”和“正义（justice）”；正义虽然是最后发现的美德，但却是建国的基础，其基本精神乃是“每个人必须在国家（城邦）里执行一种最适合他天性的职务”，也就是“只做自己的事不做别人的事”，“只有正义最能使城邦至善，最能维持城邦的秩序与和谐”^①。虽然现代意义上的“正义”与古希腊时代的“正义”并非完全同一，但是关于正义的本质和起源仍然可以理解为：国家为了平衡各方利益“制定出公认的法律，以使每一个人尽可能地多获利而少受害”并“把守法与践约叫合法、正义的”^②。这也就是为什么人们常说法律乃是正义的化身或者法律就是正义的同义语。似此，那么司法正义就是指法律执行或者适用的正义。当然，此乃在法律是正义的前提下讨论司法正义。

有必要说明，由于司法正义的内涵与外延过于宽泛，在一篇短文里不可能面面俱到，故本文仅仅论及刑事司法过程中定罪量刑问题。司法正义要求国家公平

① [古希腊] 柏拉图著，郭斌和、张竹明译：《理想国》，147、152、154页，北京，商务印书馆，1986。

② 王乐理主编：《西方政治思想史》第一卷，140页，天津，天津人民出版社，2006。

或公正地保护刑事诉讼中各方主体的合法利益。理所当然，在刑事诉讼中处于主导地位的国家代表——法院及其法官，应当视刑事法律为至高无上的行为准则，正如古罗马学者西赛罗所言：法官是法律的奴隶，法官只服从法律，从而始终秉持法律的正义精神，公平、公正地履行司法职责，有效保护国家、被告人以及被害人的合法利益。对于司法正义而言，其关键点在于：忠实于法律的正义精神，不受任何干扰地保障法律面前人人平等！质言之，法院及其法官应当以其对法律的忠贞，本着基于其专业素养的良心与德性，确保法律的正确理解与适用。

在刑事司法领域，司法正义对法院及其法官的基本要求可以概括为如下三个步骤：首先，准确界定案件事实，确认被告人的行为是否违反刑法禁止性或命令性规范，确定是否应当追究其刑事责任；其次，在有必要追究刑事责任的前提下，正确理解刑法对被告人违反禁止性或命令性规范的规定，亦即准确把握被告人行为所触犯的具体刑法规范；再次，在罪刑法定的前提下正确解释刑法的具体规定，并将其恰当地适用于被告人。一般而言，对于那些没有争议、事实清楚、证据充分的案件，司法正义的实现并不困难。此种情况下，法院及其法官一般都能正确理解和正确适用法律，因而能够给被告人、被害人乃至社会以公正的感受。问题在于，当案件事实虽然清楚，但是定性产生严重分歧从而影响刑罚轻重时，如何才能保证司法正义？我以为，此种情况下应当坚持“有利于被告原则”。我之所以持此种见解，其理由完全出于司法正义与人权保障的考量——当个人面对国家刑罚权时，个人是无法抗衡国家无比强大的刑罚力量的，如果此种情况下任凭国家对犯罪人选择不利的刑事制裁，显然有违司法正义理念；因此，为了避免过分危及公民个人权利，国家有必要以宽大为怀的胸襟处置犯罪，而不必斤斤计较是否会让犯罪人占了便宜！这种刑事司法立场不但符合司法正义的精神，且乃当今世界主流国家刑事司法价值取向的已然趋势。

二

无须讳言，民情舆论对于国家刑事司法正义与否具有重要影响力，古今中外，概莫能外。古人云：“国人皆曰可杀，然后察之；见可杀焉，然后杀之。”^①用今天的话来说就是——如果国人认为被告人确实可杀，就应该杀了他。就中国情况而言，这实在是民情舆论影响司法正义与否的法文化传统来源。在现实生活

^① 《孟子·梁惠王下》。

中，民情舆论影响刑事司法的实例屡见不鲜，对于实现司法正义发挥了重要作用。这里仅举一例：1997年8月24日晚，原郑州市某区公安分局局长张金柱酒后驾车沿人行道逆向行驶，撞上一对推自行车行走的父子。11岁的孩子不治身亡；父亲和自行车被卷在车下，拖行长达1500米，致使全身大面积挫伤，但最终被治愈。8月25日，当地《大河报》率先报道了这一惊人血案，之后又做了连续报道。8月26日，时任河南省委书记的李长春、郑州市委书记王有杰等省市领导要求有关部门对此事件尽快严肃查处，决不姑息。8月27日，郑州市公安局金水分局将涉嫌交通肇事的张金柱刑事拘留。同日，金水区检察院以涉嫌交通肇事罪批准逮捕张金柱。10月13日晚，中央电视台《焦点访谈》播出“8.24”血案的重大新闻，引起社会强烈反响。10月16日，河南省公安厅厅长王民义在纪律作风整顿广播电话会上说：张金柱恶性汽车肇事案是近几年罕见的民警违法违纪犯罪案件，令人发指，天理国法难容：谁对不起人民群众，我们就对不起谁！12月3日，郑州市中级人民法院开庭审理此案。检方认为张金柱不仅构成交通肇事罪，而且构成故意伤害罪。理由是张金柱撞人后还能驾车回到自己的顺行道上，并在围追堵截的情况下驶过一座桥，一个十字路口，三个丁字路口，能在障碍物前主动停车，在被打了一耳光后说犯了法也不应该挨打，所有这些都表明张金柱是有清醒意识的，由此推断他应当知道车底下拖着人，并得出他有伤害故意的结论。法院最终认定这两个罪都成立，并判处张金柱死刑。^① 张金柱的最后归属也许是罪有应得，但谁又能否定张金柱被判死刑不是受到了民情舆论影响的结果呢？民情舆论影响刑事司法审判的情况在国外也时有所见。如德国的“网络杀人案”。2002年12月，德国警方接到报警后搜查了计算机专家麦维斯的家，在其院子里找到一具尸骨，并在他家的冰箱里发现几包还未被吃掉的人肉。德国卡瑟尔法院以“杀人罪”正式开庭审理此案。庭审中被告人称被他吃掉的工程师是他在网上结识且主动献身的。他还用录像机记录下了杀人和肢解的全过程。在两个多月的庭审过程中，检察官认为麦威斯是“谋杀”，应处以十五年监禁；辩方律师则坚称麦威斯是“应他人要求杀人”，并非“谋杀”，所以最多只能判五年刑。2003年1月30日，德国卡瑟尔法院作出裁决，判处德国首位

^① 参见 http://blog.chinaunix.net/u/28256/showart_219232.html，访问日期：2008年5月1日。

食人犯麦威斯八年零六个月徒刑。^① 迈维斯案第一审判决公告后，在德国立即引起轩然大波，社会舆论对该荒唐判决口诛笔伐，在强大的社会舆论压力下，2006年1月，德国联邦法院决定推翻此案，并由法兰克福地方法院重审，最终以谋杀罪判处迈维斯终身监禁。^② 可见，西方的刑事司法也会受到民情舆论的重要影响。故而可以得出结论：当下仍被热议的许霆案因民情舆论影响而重审改判实在是十分正常的事情。

毋庸置疑，国家司法机关有必要充分考虑民情舆论对实现司法正义的积极价值。然而，由于民情舆论很多时候可能具有非理性、情绪化的冲动特性，因而具有不可避免的负面价值，为此，刑事司法决不能人云亦云的总是附和乃至自觉一味追随民情舆论！否则，刑事司法将会成为社会舆论的工具而丧失其应有的独立性与公正性，乃至动摇其权威性！因此，善于拒绝某些不恰当的民情舆论影响，使刑事司法免遭不当民情舆论影响，这也是实现司法正义的必然要求。在此方面，美国纽约三警察射杀肖恩·贝尔案的审判值得回味：纽约皇后区法院法官阿瑟·库珀曼2008年4月25日宣布，警员迈克尔·奥利弗（36岁）、杰斯卡德·伊斯诺拉（29岁）所受一般杀人罪和其他指控均不成立，警员马克·库珀（40岁）所受因疏忽使他人置身危险的指控也不成立。这三名警察在2006年曾向一位手无寸铁的市民射击50枪致其死亡，遇害者当时用手伸向口袋去拿什么东西。美国纽约皇后区地方法院经审理认为，被指控的三名纽约警察无罪，其行为符合正当防卫成立要件。^③ 尽管纽约的法院受到了来自于民众（特别是黑人群体）的巨大压力，但是法院还是坚持了该州关于正当防卫认定的法律标准。此种坚持法律原则的刑事司法立场无疑符合司法正义的要求，并且值得我们研究借鉴。

三

法国学者拉贝莱曾经指出：“学术无良知就是灵魂的毁灭，政治无道德就是社会的毁灭。”^④ 那么如何以其良知和学识促进司法正义则是每一个法律学者的历史使命。换言之，社会之所以需要法律学者，是因为他们能够为社会的发展进

① 参见 <http://www.jcrb.com/n1/jcrb347/ca195726.htm>，访问日期：2008年5月1日。

② 参见谢望原：《中国刑法学研究向何处去？》载2007年8月1日《检察日报》。

③ 参见 http://www.ycwb.com/news/2008-04/27/content_1873877.htm，访问日期：2008年5月1日。

④ [法] 路易斯·博洛尔著，蒋庆等译：《政治的罪恶》，封面引语，北京，改革出版社，1999。

步创造并提供有价值的法律思想，能够为司法正义的实现提供理论支持。就一个真正的刑事法律学者而言，他不仅应当精通自己的刑事法律研究领域的基本理论，还应当了解其所在国的国情民意且熟悉刑事法律的实践事务，同时还应当具有同情心、正义感和诚实正直的品格；他应当从国家刑事法制的大局出发，以其可信赖的学养推动刑事司法正义的最大化；他不应当为了一己之私坚持某种学术偏见而无视司法正义；他更不应当迎合某种不符合法律理性的纯功利主义价值选择，而将法学研究和刑法解释论引入误区；……德国哲学家费希特在谈到学者的责任时曾经指出：“严肃热爱真理是学者的真正道德。他们应当确实发展人类的知识，而不是愚弄人类。他们应该像一个有道德的人那样，忘怀于这个目的。”^①尽管东西方文化哲学根基及其传统存在巨大差异，但是关于学者的使命与责任的理解却有殊途同归之妙——当代中国学者所承担的使命与责任正是：清平自在，富贵不淫，威武不屈，秉持学术客观、公允、中立、批判之精神，为维护 and 促进中国社会进步与繁荣而履行其道德义务，奉献其良心与良知！关于这一点，在许霆案引发的思考方面，已有足够体现。

2. 言论自由的法律边界：不得诽谤中伤他人

（原载 2013 年 9 月 12 日《人民日报》）

一段时间以来，由于种种复杂原因，国内信息网络上各种不实言论——甚至公然诋毁、中伤他人的信息甚嚣尘上，严重侵犯了相关公民的权利，损害了国家或社会整体利益。因此，为了严密刑事法网，有效打击与防范利用信息网络诽谤、中伤他人的犯罪，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）。这一《解释》对《刑法》第 246 条规定的有关诽谤罪的认定标准与本罪在何种情况下将由亲告罪转化为公诉罪做出了明确规定，为司法机关正确处理本罪提供了切实可行的指南。

一、言论自由要坚守法律底线，恶意诽谤他人必须承担责任

法治国家毫无疑问赋予公民充分的言论自由。但即便如此，这并不意味着我

^① [德] 费希特著，梁志学、李理译：《伦理学体系》，347 页，北京，中国社会科学出版社，1995。

们可以随心所欲地发表任何不负责任的言论。西方国家奉行的一条著名法律原则——“相邻原则”（neighbour principle）即要求：人们有义务必须保持必要的注意或谨慎，以免以可预见的作为或者不作为伤及四邻。其基本含义可以解读为：公民虽然依法享有意思自治的权利，但是人们在行使意思自治权的同时必须履行高度的注意义务或谨慎义务，不得以自己能够预见的行为（包括发表言论的行为）损害他人的权利。就言论自由而言，我们在充分享有发表个人意见高度自由的同时，必须自觉遵守国家法律为言论自由设定的底线——这就是任何人都不得以行使言论自由权为由而侵害他人的权利！正因为如此，绝大多数国家刑法均规定有“诽谤罪”。例如，英国《诽谤罪法》第4条规定：明知诽谤内容虚假而恶意发布诽谤信息的，构成诽谤罪，处在普通监狱或者矫正所服不超过两年的监禁刑，并处罚金。又如《丹麦刑法典》第268条规定：恶意指责他人或者扩散指责内容，若行为人没有合理理由认为其具有真实内容，则构成诽谤罪，应当处以不超过两年之监禁……

与大多数国家一样，我国《刑法》第246条第1款也规定了诽谤罪。该款规定：捏造事实诽谤他人，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。诽谤罪的行为要件乃是“捏造事实诽谤他人”。为了正确认定利用信息网络实施的诽谤犯罪，《解释》第1条明确规定，具有下列行为之一的，应当认定为“捏造事实诽谤他人”：（1）捏造损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布；（2）将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡改为损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布。该条第2款还规定：明知是捏造的损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，情节恶劣的，以“捏造事实诽谤他人”论。与其他国家刑法关于诽谤罪的规定相比，我国《刑法》规定的诽谤罪一个显著特点就是——只有“情节严重的”诽谤行为才构成诽谤罪，而一般的诽谤行为只能作为民事侵权或行政违法行为处理。何谓“情节严重的”？长期以来，这一直是诽谤罪认定中的一大难题。现在，《解释》第2条明确地将下列四种利用信息网络诽谤的行为规定为“情节严重的”诽谤行为：（1）同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上，或者被转发次数达到500次以上的；（2）造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的；（3）二年内曾因诽谤受

过行政处罚，又诽谤他人的；(4) 其他情节严重的情形。虽然这是专门针对利用信息网络进行诽谤的违法行为作出的规定，但无疑也为司法机关认定其他形式的诽谤行为提供了重要参考。由此可以得出结论：凡是利用信息网络恶意发表诽谤他人信息，达到前述四项标准之一的，均构成诽谤罪，行为人必须承担相应的刑事责任。

二、亲告罪或公诉罪：诽谤罪告诉主体之界分

我国《刑法》将诽谤罪主要定性为“告诉乃论”的犯罪——即亲告罪。正如《刑法》第246条第2款规定：“前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外”。由于我国《刑法》规定了一个除外条款——即“严重危害社会秩序和国家利益的除外”，这就意味着，严重危害社会秩序和国家利益的诽谤罪，完全脱离了亲告罪的范畴而具有了公诉罪的独立性质，其告诉主体不再是个人而是国家的公诉机关——检察机关。如此，我国的诽谤罪的告诉主体就一分为二：《刑法》第246条第1款规定的一般诽谤罪，只能由被害人、法定代理人、近亲属提起告诉；而第2款规定的“严重危害社会秩序和国家利益的”诽谤罪，其告诉主体则是检察机关。换言之，作为亲告罪的一般诽谤罪的告诉权只能由被害人方面行使；而作为公诉罪的“严重危害社会秩序和国家利益的”诽谤罪的控告权则由检察机关行使，被害人自己将无权干预此类诽谤罪的起诉与否。

无论是刑法理论上还是司法实践中，对于哪些诽谤行为属于“严重危害社会秩序和国家利益的”，长期以来理解上存在诸多分歧，没有形成共识，此种局面十分不利于检察机关主动介入诽谤罪的诉讼程序，也就无法有效发挥检察机关在打击与防范诽谤罪方面的积极作用。为了解决这一问题，《解释》第3条专门针对《刑法》第246条第2款进行了解释：利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，属于“严重危害社会秩序和国家利益”：(1) 引发群体性事件的；(2) 引发公共秩序混乱的；(3) 引发民族、宗教冲突的；(4) 诽谤多人，造成恶劣社会影响的；(5) 损害国家形象，严重危害国家利益的；(6) 造成恶劣国际影响的；(7) 其他严重危害社会秩序和国家利益的情形。

毋庸置疑，“两高”及时发布的《解释》，既为当前认定利用信息网络实施的诽谤犯罪提供了科学的、操作性极强的指南，又为检察机关积极主动地对“严

重危害社会秩序和国家利益的”诽谤行为行使检察权提供了司法根据。不过，这里有必要指出，在具体认定诽谤行为是否构成诽谤罪的过程中，必须坚持主客观相统一的犯罪构成理论准则。这就是务必坚持诽谤罪的成立，必须是行为人主观上具有诋毁、中伤他人的意图或目的，客观上实施了散布有损他人人格、名誉等方面信息的行为。对于那些出于维护国家或社会公共利益目的，提出的监督、批评性意见或报道，即使有失真实，也切切不可诽谤罪论处。

3. 中国刑法学研究向何处去

（原载 2007 年 8 月 1 日《检察日报》）

自清末西学东渐以来，中国的人文社会科学日益受到西方社会科学的深刻影响。其中，发端于欧洲的马克思主义理论与学说对中国的影响更是到了无与伦比的程度。就刑法制度与刑法学而言，延续了数千年并一度对世界产生过重要影响的封建中华王国的刑法制度及其理论，随着满清王朝的覆灭而成为明日黄花，代之而起的是掺和着西洋或东洋刑法思想的刑法制度的诞生。及至新中国成立之后，民国时期几经反复建立起来的法律制度与学说（当然包括刑法制度与刑法学）又因为阶级斗争的需要而被扫进了历史的垃圾堆，前苏联的刑法制度与刑法学则被直接移入中国。虽然因为政治历史原因而曾经使中国刑法立法和刑法学研究在 30 余年的时间里基本停顿，但是自上世纪 70 年代末以来，随着民主与法制建设的复兴，中国的刑法立法与刑法学研究在过去近三十年中已经取得举世瞩目的成就——不仅刑法立法的繁荣已经造就了较为完备的刑法制度，而且刑法学的理论体系也逐渐形成。在此种背景下，中国刑法学界关于刑法学理论体系的思考出现了若干新的动向。

一方面，有些中青年学者不满足于中国当前刑法学的研究现状和刑法学理论的不成熟，主张彻底扬弃来源于苏俄刑法学的四要件犯罪构成理论，直接引入德日刑法学犯罪成立的三要件理论，并在此基础上重构中国刑法学的理论体系。另一方面，有些学者则认为现行中国刑法学的理论体系（特别是四要件犯罪构成理论）并无大碍，完全可以在体系内进行完善性研究，没有必要彻底推倒已经建立起来的中国刑法学理论体系。毫无疑问，这些关于中国刑法学理论体系的思考虽

然学术立场有所不同，但都是极具使命感的有识之见。此种不同学术立场的观点之争既打破了刑法学研究的沉闷局面（中国刑法学研究实在太缺少学派之争了），又提出了一个令人深思的中国刑法学研究与发展方向问题，这就是：中国刑法学研究究竟应当向何处去？对于这一重大问题，应当引起中国刑法学人的热切关注。这里，我仅发表以下未必成熟的几点个人看法：

第一，中国刑法学研究及其理论体系的构建，应当符合我国国情，应当具有中国特色，完全照搬照抄他国刑法学理论并不可取。中国是一个具有 5 000 年文明史（其中当然包括法律史）的古国，有近 14 亿人口，有 56 个民族，无论从历史的层面还是从现实的视角来看，中国没有理由没有自己的刑法学理论体系！中国刑法学经过近三十年的研究发展，已经初步建立起有自己特色的刑法制度和刑法学理论，刑事司法实务部门已经完全接受并熟练运用已经建立起来的刑法学理论，如果彻底扬弃现有刑法学理论，那就不仅意味着对我国数十年刑法学研究的否定，而且将在相当长时期内导致刑事司法实践中案件处理的混乱。这恐怕绝大多数中国刑法学者甚至绝大多数刑法立法和刑事司法工作者都不能接受。

第二，德日刑法理论固然精密，但并非没有缺点，如果完全照搬照抄到中国来，恐怕会生东施效颦之效。德国的刑法立法和刑法学理论，因严谨而享誉世界。尽管如此，德国刑法和刑法学理论在刑事司法实践中还是暴露出诸多缺点。2001 年，德国曾发生一起令全世界震惊的“网络杀人案”——德国男子迈维斯被认定在 2001 年 10 月杀死、肢解并吃掉了一名 43 岁男子，并在网络上进行了现场直播。由于有证据表明，受害者是自愿被吃掉的，德国的一个地方法院在 2003 年判定，迈维斯的行为属于过失杀人罪，判处其 8 年半监禁。由于德国刑法没有关于吃人行为的专门规定，而其刑法理论又认为被害人自愿被吃掉排除了被告人的犯罪故意，甚至可以排除行为人之行为的犯罪性（著名德国刑法学家罗克辛教授 2006 年在中国人民大学刑事法律科学研究中心的一次学术报告上指出：在当今德国，刑法学理论认为“帮助他人自杀并不构成犯罪”！而迈维斯吃掉自愿被其吃掉者，本质上属于帮助他人自杀），故有前述不得已的判决结论。然而，此种判决背后的刑法学理论的正确性实在值得怀疑。因为，刑法之所以规定杀人罪，其核心所在就是法律禁止任何人非法剥夺他人生命，被害人是否自愿被杀害不能排除行为人的犯罪故意。对此，我们从包括德国在内的世界上绝大多数国家