

借鉴域外刑法理论须立足本土

刘宪权 谢 非

时下，域外刑法理论在我国刑法学界受到了一定程度的关注，诸如“三阶层”犯罪论体系，共同犯罪中“帮助犯”、“正犯”概念，以及“结果无价值”与“行为无价值”等理论，实际引用或应用者颇多。确实理论上也有不少学者对域外刑法理论推崇备至，并积极地引入一些新的刑法理论和概念。

笔者认为，对于引入某些域外刑法理论和概念，理应充分考虑这些理论在我国的适应性问题，避免盲目引进甚至全盘引进。特别应该注意，在扎根我国刑法“本土”的基础上，衡量利弊，厘清得失，有选择地将域外先进的刑法理论吸收并内化为符合我国刑法现状的内容，以达到完善我国刑法体系的目的。

合理引入域外刑法理论的益处

从 20 世纪 80 年代开始，随着我国与域外学界互相交流的逐渐增加，特别是大量刑法学者（包括学生的学生）出国访学或攻读学位，许多域外刑法理论开始被介绍到中国。近年来，许多域外的刑法学专著被纷纷翻译出版，与此同时，我国大陆学者还从我国台湾地区学者的论著中开始逐渐了解域外的刑法理论。经过了这些年的发展，一些域外的刑法学理论在我国刑法界有了较大的市场。这在一定程度上促进了中外刑法学者之间的学术交流，丰富并完善了我国的刑法理论，也为我国刑法的整体发展提供了些许新的视野。此外，一段时间里，来自域外的“三阶层”犯罪论体系与我国传统四要件理论在理论界也产生了冲突和争议。毋庸置疑，域外刑法理论的引入为我国刑法学的研究提供了新的思路和视野，不同学说的争鸣，使我国传统刑法理论得到长足的发展，也为今后进一步发展提出了更高的要求。除此之外，在司法实践中也能看到域外刑法理论有利因素的影响。

盲目引入域外刑法理论的弊端

诚然，域外刑法理论的引入对我国刑法学理论和实务的整体发展均具有不可低估的借鉴意义，但是，我们同样也不能忽视引入

- 当今刑法学界，一些学者对域外刑法理论推崇备至，引入域外刑法理论成为一时之风潮。在一定程度上，借鉴域外刑法理论有利于学术交流，促进我国刑法理论的发展，对立法和司法起到积极作用。
- 盲目引进域外刑法理论亦会产生弊端。不少引入理论的自身价值有待商榷，而相关概念的非本土化表述，脱离了我国刑法的土壤。若对理论解读错误，不仅背离其本身含义，还会在理解和适用中错上加错。
- 在引入域外刑法理论的过程中应立足“本土”，不能脱离我国刑法的现实情况，在对理论加工转化的同时，还应做到“挑剔”和“扬弃”。

域外刑法理论所可能带来的弊端。特别是时下许多学者奉域外刑法理论为圣经或唯域外刑法理论观点是从等现象，理应引起我们注意。笔者认为，如果盲目且热衷于将这些域外刑法理论全盘引入和吸收，确实不可能给我国刑法理论的发展带来更多的好处，而只会将我们不愿意看到的弊端无限放大。

事实上，部分引进的内容并不具有很大的实际效果。近来风行的“法益”概念，被不少学者所“神话”，认为这更能起到限制犯罪化的效果。但是，“法益”概念具有相当的抽象性，往往给人以说不清道不明的空洞感。即使在域外，也有许多学者认为法益理论的实际效果已被高估，这一概念的提出并不能起到限制犯罪化的作用。同时，理论上也有很多学者一方面“神话”域外的“法益”概念，另一方面则轻描淡写地提出“法益”概念只能作为传统刑法四要件理论中“客体”概念的替代品，并无实质的意义。笔者认为，为了引进而夸大相关概念价值是的做法，显然是不足取的。特别是引进有些在其本国都具有争议的刑法概念，并不具有现实价值。另外，由于中文与外文在表达方式、中外法律传统的差异，在将域外刑法理论引入的过程中，如果忽视这些差异，就很容易脱离我国刑法的现状，对相关刑法理论进行误读或错读，并进而错误地运用于司法实践。比如不纯正不作为犯的理解。不纯正不作为犯是指行为人负有实施某种积极行为的特定法律义务，能够实行但却不实行的犯

罪形式。对于特定法律义务的来源，德日刑法强调个人服从社会的集体主义，所以往往通过不作为与作为的等值性判断，即是否对法益的侵害具有等值效果，来确定是否有特定的作为义务。可见，在特定法律义务来源上，德日刑法的界定比较宽泛。而在中国，不纯正不作为犯的特定法律义务的来源空间很小，许多作为义务的来源均是由法条规定或者采用列举形式加以明确的。若借鉴德日刑法理论，难免会扩大不纯正不作为犯罪的范围。另外，德日在刑法条文中，还设立了把不作为按照作为处罚的拟制规定。这些规定在我国并不存在，因此若照搬德日刑法理论关于不纯正不作为犯的理论，可能会有违背罪刑法定原则之嫌。除此之外，还存在未把外来刑法概念转化成本土语言，给实务界带来理解上的困扰的问题。由于中外语言方面的差异或者翻译上的问题，许多引入的概念佶屈聱牙，晦涩难懂，诸如“保证人地位”、“结果无价值”、“行为无价值”等，单从字面上根本不知其所代表的含义，就算经过一定时间的学习研究，也很容易产生理解上的偏差，更别提运用这些理论解决实际问题。

域外刑法理论的本土化策略

他山之石可以攻玉。笔者认为，我国刑法的发展与完善需要域外刑法理论，但是，在引入域外刑法理论的进程中，绝不能脱离我国刑法的土壤。若真是简单地“拿来我用”，那么就必然会“水土不服”、失去中国特色，并进

撤诉的诉讼时效后果

沈 烨

原告申请撤诉或法院按撤诉处理后，诉讼时效中断效力是否维持，现行法律留白，以致理论界聚讼不休，实务界莫衷一是。现行观点中，择其荦荦大端者，可概述如下：一是无条件中断说，原告起诉说明既未放弃权利，亦未怠于行使权利，当然发生时效中断；二是附条件中断说，如认为起诉状副本送达义务人或法院以口头告知等方式将起诉情况告知被告，则诉讼时效中断；三是诉讼时效不完成说，即在时效即将完成之际，由于存在法定事由，法律强行规定在该事由存续及之后的一定期间内，请求权的时效不完成；四是不中断说，依据民事诉讼法原理，诉的撤回视为未起诉，因起诉而产生的法律效力理应一并消灭。各种观点皆有理据，且持不中断立场者似更符域外法治发达国家立法例，观点二、三实则同样秉持中断的基本立场。但基于方法论的视角，笔者认为无条件中断说更为贴合我国国情，且更便于司法实践操作。

首先，适用无条件中断说符合法律文义与立法本义。《民法通则》第 140 条规定：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断”。《民法总则》对此进一步予以细化，并加设兜底条款——“与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形”。可见，“起诉或者仲裁”、“请求”与“承认”构成中断诉讼时效的三个独立事由。从法律文义上理解，只要原告起

诉，诉讼时效即已中断。“撤回起诉”只是在结果上视同“未起诉”，但不代表原告起诉行为自始不存在，不能据此推导出撤诉后诉讼时效不中断的结论。如果否认起诉作为诉讼时效中断独立事由的地位，就会陷入这样的解释困境：若原告在诉讼时效即将届满时起诉，起诉状副本送达至被告时，诉讼时效已届满，此时被告提出诉讼时效抗辩，究竟应当以“起诉”，还是以“请求”作为诉讼时效中断的判断标准？将两者混同适用，不利于对法律的统一理解。申言之，如果请求可以解释起诉及撤诉的时效后果，在立法层面是否可以取消起诉事由，进而以请求事由统一规范，将起诉视为请求的特别方式，甚至连“同意履行义务”事由也将失去独立意义，因为可将之视为对请求的回应及其证明。另就立法导向而言，《民法总则》不仅将诉讼时效延长为 3 年，且明确要求人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。由此可见，立法层面对诉讼时效问题秉持从宽理解、审慎适用的态度，在司法操作层面理应以一贯之。

其次，适用无条件中断说相对更为顺应法官的审理思路及守信权利人的心理预期。司法实践中，存在着大量因缺少被告有效送达地址而送达不能的情况。法院固然可以采取公告方式完成送达，但在缺乏两造对抗的民事诉讼模式中，法官通常会加大职权审查的力度，原告的举证责任同样需要适度加

大，但凡此种种仍然不足以有效防范错案的发生。基于此，法官大都会主动释明缺席审判的诉讼风险及举证责任的变化。守信权利人出于自身诉讼利益考虑，很多情况下，会主动申请撤诉。这样一方面有助于确保案件裁判的质量；另一方面可消除守信权利人因超过诉讼时效引致实体权利不受法律保护的担忧。此种情况下，如果依据附条件中断说，需要在公告送达后，当事人提出撤诉方能达到诉讼时效中断的法律后果，这不仅会增加当事人的诉讼成本，亦达不到俭省司法资源的目的。而依据诉讼时效不完成说或不中断说，往往意味着法官需径行作出缺席判决，裁判结果的实体正当性则会受到相当程度的影响。尤其在“案多人少”、诉讼数量急剧攀升的现实语境下，案件的“快进快出”无疑是合理回应各方期待的重要因素之一，究竟适用缺席审判，还是裁定准许撤诉，法官的选择不言自明。

再次，适用无条件中断说有利于缓解法院的“送达”难题。“送达难”的成因不一而足，但时至今日仍然没有寻得行之有效的解决方法。面对“人户分离”、“注册地和经营地不一致”、诚信缺失等社会管理困境，仅仅依靠捉襟见肘的司法资源去解决“送达难”明显不符实际。通过起诉，权利人将获得更为充裕的时间去寻得债务人的有效联系方式，藉由私力资源与公权力的互补，客观上有利于缓解法院的“送达”难题。

最后，适用无条件中断说可在一定程度上

而失去独立的思考能力，我国传统刑法理论的价值和意义也会因此而被域外理论埋没。我们只有立足本土，吸收域外刑法的合理养分，才能培育出契合我国社会现实，具有扎根根基的刑法理论之果。

笔者认为，要实现域外刑法理论的本土化，应具有包容的心胸，开阔的视野，我们不能否认域外刑法理论的价值，而应该看到域外刑法理论的先进性，学习域外成熟的刑法理论。这也是实现本土化的基础与前提。当然，引进决不能脱离中国社会现实和刑法发展现状。学者们应该珍重已有知识框架、思维体系下的我国传统刑法理论，从我国传统的刑法思维和司法实践出发并立足我国刑法条文的自身特点、本身规定，为引入的域外刑法理论打上深深的中国烙印，在此基础上，将这些理论应用于我国司法实践中。同时，对于引入的域外理论应有一个“翻译”、“转换”的过程，我们应将这一过程置于中国的话语体系之中，依照汉语的表述结构、语言逻辑，将这些理论转化为能让常人“一看就懂”的本国语言。对于可以在我国刑法体系中找到替代的概念，完全可以纳入相关概念后进行“解读”，这样不仅更加有利于对这些概念的理解，也不会造成概念之间混淆。诸如“帮助犯”，完全可以用我国刑法条文的“从犯”等概念进行表述。如此“帮助犯”的性质一目了然，且“从犯”的理解更加明确。而对于那些不能在我国刑法中找到相似意思的概念，则需要用现有刑法语言进行解读，例如日本的“保证人义务”，可以用“不作为犯罪”、“作为义务”等我国刑法理论的常见概念进行“转换”，尽量避免用外来理论的词汇进行解释。最后，学者们也应该具有“挑剔”的眼光，“扬弃”的意识。挑选真正具有实益效果的域外刑法理论，剔除不适合在我国刑法的土壤中生长的理论；弘扬域外刑法理论中的精华内容，舍弃域外不妥当的刑法理论。

总之，引入域外刑法理论是学术发展的重要动力，但我们决不能盲目引入，甚至贬低我国刑法学的根基与传统。中国刑法学的研究不能失去自己的特色，更不能随波逐流，而应该扎根本土，甚至引领世界潮流。

（刘宪权系华东政法大学教授、博士生导师；谢非系刑法学硕士研究生）

弥补我国失信惩戒制度执行乏力的不足。“法律不保护躺在权利上睡觉的人”，这是设置诉讼时效制度的初衷。然而，现实情况是过低的失信成本导致债务人挖空心思利用诉讼时效期间较短这一漏洞以规避法律责任，较为严重的诚信缺失现状与严格实行时效归责制度显得格格不入，而适用无条件中断说，不轻易因时效问题而否定权利本身，有助于在诉讼活动中进一步彰显诚实信用原则。

需要注意的是，如果只考虑原告利益的中断立场就不得不面对被告利益保护的挑战，这也是反对适用无条件中断说的立论基础之一。这样的担忧不无道理，但解决问题的答案在于司法，而非立法。因为撤诉程序的设置本身即带有浓厚的职权主义色彩，一旦出现恶意诉讼或不当行使诉权的现象，应当从根本上阻却原告撤诉后再次提起诉讼的可能。如在侵权纠纷中，为提高赔付标准，人为拖延诉讼期限而提出撤诉，法官应不予准许，并及时作出判决；又如对于恶意的累诉现象，应当判决驳回原告诉请。撤诉理由是否具备正当性，应交由法官判断，毕竟繁杂的事实难以全然涵摄于法律规范之中，需给予法官直觉必要的裁量空间。

脱离具体语境的理论、制度移植往往易被社会现实所“架空”，在社会诚信体系有待完善、程序正义理念尚需普及、司法权威渐进塑成的当下，适用无条件中断说不失为平衡社会效果与法律效果、兼顾正义与秩序相对合理的选择。（作者单位：上海市静安区人民法院）