www.ifdailv.con

# 刑法理论少谈主义、多讲问题

涂龙科

2018 年伊始,空气中尚弥漫着对过往旧岁的回味、不舍和新年初来的忙乱、欣喜,微信朋友圈流传的刘仁文教授的一篇名为《再返弗莱堡》的随笔(以下简称"刘文"),犹如一块石头投进一汪春水,在学界激起阵阵涟漪。一时间,引发大江南北的刑法学者们重新振奋精神、披挂上阵,唇来舌往、笔锋相争,好不热闹。

#### 是不是个问题?

借鉴国外学说理论,是晚近百年来我国 从传统走向现代过程中知识体系重构的整体 现象,并不是刑法学所独有,也不是仅存在 法学、社会科学领域,自然科学更是如此。 实事求是地说,除了汉语言和中国史,其他 学科在本源上都存在从国外借鉴、移植的现 学科在本源上都存在从国外借鉴、移植的现 象和需求。但不同的是,自然科学无国界, 社会科学却有地域。法学理论、法律制度引 进国内之后,必然要面对引进的理论是素质, 进国内之后,必然要面对引进的理论是素质, 引进目的地国的既有历史文化、国民素质 法律制度相适应的考验,甚至要经历不 反应 的阵痛。因此,在借鉴他国学说时,方法、 立场就特别重要。

刘文叙述的主要是国内学界在借鉴国外特别是德日刑法理论时,应当秉持的立场和态度。这是个老问题,甚至可以追溯至清末国门初开、封建统治者企图变革图强时期。所谓"中学为体、西学为用"以及清末法务大臣沈家本有关法律移植的论述,即是在该问题上的秉持所守。可以说,法律移植、学说借鉴的过程,就是一个对其正当性质疑、

近几十年来,是我国刑法研究理论深度 不断深化、广度日渐拓宽、方法日益多样、成果逐渐丰富的几十年。在此过程中,国内的刑法学者从对国外刑法理论的模仿者、学习者,逐渐成长为与国外刑法研究的平等对话者、评论者。在其中,对国外刑法理论主要是德日刑法理论的学习、借鉴功不可没。要是德日刑法理论的学习、借鉴功不可没。何是,在包括刑法理论研究在内的社会科学研究中存在的"言必称美、挟洋自重"的现象确实存在,值得反思。刘文之所以能在刑法学借鉴的老问题上,引发学界的新浪花, □ 近几十年来,我国刑法研究理论深度不断深化、成果逐渐丰富,其中对国外刑法理论的学习、借鉴功不可没,但"言必称美、挟洋自重"的现象确实存在,值得反思。

- □ 借鉴域外研究中存在的问题不仅是过去完成时,也是现在进行时。需要 肯定的是,近年来包括刑法学界在内的社会科学界对如何学习、借鉴域 外学说、制度开始自觉进行调整。
- □ 在引入理论学说时,应当注重理论内部的自洽性,不能"只见树木、不见森林";完全与实践脱节的理论研究,如果还不自省而继续沉迷其中,早晚会被生动鲜活的社会实践所抛弃。

在于该文确实揭示了一个"人人心中有"的问题,触及了学界敏感神经,揭示了一个真问题,引发正反两方面的激烈争论。

#### 是个什么问题?

细读刘文,刘教授的基本观点为:目前 有的中国刑法学者主体意识不够,存在对域 外知识的盲目推崇、甚至误读。该文通过法 益理论和客观归责理论两个实例,用以说明 学术研究中在借鉴他国刑法理论时,夸大甚 至误读域外学说的作用,而不注重形成自己 话语体系、注重结合中国实际、解决中国问 题的现象。针对刘教授的观点,赞成、反对 者皆而有之。归纳不同意见,需要探讨以下 几个层面的问题:

问题一,是否需要借鉴国外的刑法理论?也即是在方法论上的"武器的批判",质疑比较研究是否具有正当性、是否可行?极端的本土论者认为,社会科学理论、国内基于定的地域范围内基于定的历史文化传统"生长"而成,从而不见是证的历史文化传统"生长"而成,从三十个。但主流观必要论借鉴和法律移植的可能性。但主流观必要性验的、也是可行的。在我国刑法学界,对基本的国外学说这一做法本身(事实上也不不知知,以文本身的目的与指向也并不是针对不可能,我国现有的四要件论等刑法理论都是从国外引进的)。因此,是否需要借鉴国外的

刑法理论并不是我们要讨论的问题。试图把问题转向"是否需要借鉴国外刑法理论学说"的做法,是对刘文的误读或者对读者的蓄意误导。问题的关键不在于要不要借鉴国外、而是应当如何借鉴,刘文的意义在于把这个问题重新摆在人们面前。

问题二,国内刑法学界在借鉴德日刑法理论过程中是否存在误区?答案毫无疑问是肯定的。刘文指出的问题包括两个方面:其一是对域外学说的盲目推崇,认为国外的学说能包治百病,而不论其实际的地位与作用如何;其二是对引进域外学说是否适应中国本土文化缺乏足够的慎重,导致在理论研究上出现自说自话的现象,丧失对司法实践的影响力。刘文所列的两种现象,皆非虚言,而是确有所指,且"事实清楚、证据充分"。本文与刘文的观点一致,同样认为当前学界在借鉴域外学说中存在不少奇怪现状,有待警醒、反思、调整。

借鉴域外学说中存在误区既有部分学者的个别性问题,也有学界的整体性倾向。如对国外学说的断章取义。有的学者在对国外的学说兴起所依赖的历史背景、社会原因、制度支撑并不清楚的情况下,本身只是一知半解甚至知其皮毛,就加以引入并试图来改造国内的刑法理论。把国外的学说或者国外的制度作为论证某一观点或者某一制度合理性的根据。仿佛凡是国外的学说都是合理的、先进的,凡是国外的学说都是合理的、先进的,凡是国外的带遍性现象或多或少都存在。借鉴域外研究中存在的问题不仅是过去完成时,也是现在进

行时。当然,需要肯定的是,近年来包括刑法 学界在内的社会科学界对如何学习、借鉴域外 学说、制度开始自觉进行调整。也就是,过去 较严重,现在有好转。

#### 问题如何解决?

胡适先生说:少谈些主义、多谈些问题,这一论断用在刘文引起的争论不休的当下,再合适不过。当前,国内刑法学界在引进国外刑法理论时存在以下突出问题,有待进一步完善解决:

一、理论内部的逻辑自洽需要妥善解决。 正如刘文所言,理论界在热衷引进各种域外理 论和学说的时候,没有在我们已经形成的话语 体系内给其找到一个相应的位置。除客观归责 理论之外,类似的例子还包括期待可能性理 论、可罚的违法性理论等,都无法融入我们既 有的理论体系,而发挥其解释作用。就我们已 有的四要件体系而言,本身也还存在逻辑上的 缺陷,如作为抽象的、指导性的客体如何与其 他三方面要件放在同一层面;正当化事由在四 要件构成理论的地位等都没有得到圆满的解 决。因此,在引入理论学说时,应当注重理论 内部的自洽性,不能"只见树木、不见森林"。

二、理论与实践的脱节需要特别重视。虽然理论研究与司法实践之间存在距离,"法官不看法学著作"是世界范围内较为普遍的现象。但是,像我国这样刑法理论与司法实践完全"两张皮"的,还是较为少见。尤其是在近年从德日引入刑法理论时,如何与现有的足理论时,如何与现有的情形是,如何契入司法实践,确实是在近级富丽堂皇的刑法理论大厦,而对实践自话。现在的情形是,刑法学者们一心闭门造车,试图建设富丽堂皇的刑法理论大厦,而对实践直接不可复杂多样、新型疑难的刑法问题要以是存在的复杂多样、新型疑难的刑法问题要以上量存在的复杂多样、新型疑难的刑法问题要以上量存在的复杂多样。

当然,对于有学者认为,引入的概念诸如"保证人地位"、"结果无价值"、"行为无价值"等,信屈聱牙,晦涩难懂,此类观点过于吹毛求疵,不必细究。

(上海社会科学院法学研究所副研究员、 法学博士)

## 证券类犯罪案件如何试行认罪认罚从宽制度

曹坚 高静

2016 年 11 月 16 日 "两高三部"出台了《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》(以下简称《办法》),将"认罪认罚"定义为"犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,对指控的犯罪事实没有异议,同意量刑建议,签署具结书"。

实践中,对犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,认可指控的基本犯罪事实,同意量刑建议并签署具结书的案件,都可以适用认罪认罚从宽制度,不受罪名范围、刑罚轻重或者程序繁简的限制。

直辖市检察分院虑到作为一项试点制度,须通过实践逐步发展完善。因此,首先 在指定管辖的证券类犯罪案件中试行适用认 罪认罚从宽制度具有可行性。

司法实践中,证券类犯罪的被告人多具有自首情节,认罪态度较好,退赃认罚执行情况良好,刑罚多在三年以下有期徒刑,具备适用认罪认罚从宽的基础。当然,"两高"在2016年发布马乐利用未公开信息交易案的指导性案例后,对利用未公开交易案缓刑的适用上有趋严趋势。但从整体而言,缓刑的适用上有趋严趋势。但从整体而言,证券类犯罪案件办理的过程中,从犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚的真实性,对认罪认罚后果的理解程度,足额退赔认罚的经济能力以及通过案件的判罚促使社会关系获得

社会公众普遍认同的修复效果等因素综合评

价分析,在此类案件中推行认罪认罚制度有 其积极的法律和社会效应。

证券类犯罪的发案有其特点和规律,多系监管部门借助大数据等先进技术和手段察觉异象后经立案调查后,将可疑犯罪线索移送公安机关侦查。因受案发时间等客观因素影响,犯罪嫌疑人、证人的言词证据相对薄弱,更多地需要其真诚配合,以此形成与司法审计、资金来源及去向、股票的交易数量等书证组合而成的书面证据之间的相互印证的证据锁链。

在审查起诉环节,必须做好权利义务的告知与明确工作。在向被告人及辩护人告知了本案如若适用认罪认罚从宽制度审理可能导致的法律后果以及被告人的相关诉讼权利后,即使被告人及辩护人均表示愿意适用,也要注意跟踪掌握被告人的心理状态。如,有的被告人因其个人性格特点的原因,对最终是否全部认罪有犹豫,或者对最终的量刑结果存在个人想法。因此,要特别重视发挥辩护人的重要作用,一定要保障被告人的辩护权,在法律咨询、程序选择、申请变更强制措施、签署认罪认罚具结书等相关法律文书的诉讼过程中,必须确保有辩护人在法

提起公诉前做好与法院的必要衔接工作。认罪认罚从宽制度的适用意在通过诉讼程序的繁简科学分流使得刑事案件进行合理分配,提高诉讼效率,节约司法资源。

根据《办法》的规定,检察机关向人民法院提起公诉的,应当提出量刑建议,并同时移送被告人的认罪认罚具结书等诉讼文书。量刑建议可以提出相对明确的量刑幅度,也可以根据案件具体情况提出确定刑期的量刑建议。而人民法院经审理认为检察机关的量刑建议明显不当,或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的,可以建议人民检察院调整量刑建议。

认罪认罚从宽制度的结果必须体现于审判环节,为提高量刑建议工作的精准性,检察机关宜以相对确定的量刑建议为主,以确定刑期的量刑建议为辅,留有余地。同时,通过必要的工作联系机制,及时反映检察机关的意见和建议,尽量避免"翻烧饼"的情况。

(一)简化庭审程序,提高庭审效率。直辖市检察分院和中级法院受理认罪认罚案件可以适用普通程序简化审理,适当简化法庭调查和法庭辩论。在开庭前应当与法院沟通庭审细节,并听取辩护人的意见。庭审中对下列环节进行简化: (1)法庭调查核实了被告人身份后,起诉书中不再宣读被告人身份部分; (2)对多名被告人的,法庭讯问可不再分别进行;对于案件事实的讯问适当精炼,着重就犯罪行为的关键事实发问; (3)提示被告人是否自愿认罪认罚,是否明确知悉相关法律后果; 是告人对指控的犯罪事实和证据是否有异议,是否同意检察机关的量刑建议。 (4)举证环节

简化,基本上只宣读证据名称,然后对一组证

据的证明力进行阐述。 (5) 发表公诉意见不再详细论证证据锁链、定性分析、数额认定,只阐明各被告人基本犯罪事实以及触犯的刑法法条,并发表相应的量刑建议。 (6) 辩论环节简化,因庭前与辩护人已经明确争议焦点,故只针对争议焦点发表意见。

(二) 精准提出量刑建议。认罪认罚从宽 制度最终还是要落实到刑罚上,对于量刑指南 有规定的罪名,在提出量刑建议时应当予以参 考。对罪名缺乏量刑指南的,例如证券类犯罪 案件,可从以下方面提高量刑建议的准确性与 恰当性: (1) 参考近三年本院内幕交易、利 用未公开信息、操纵证券市场罪的已判决案 例,着重分析犯罪金额、获利数额、自首、立 功等量刑情节对刑罚的影响力。(2)搜集裁 判文书网上相应罪名的案例,进一步进行比对 分析。(3)与法院加强沟通,充分了解法院 对既往已判决案例量刑裁量的依据。(4)加 强对罚金刑的量刑建议。内幕交易罪、泄露内 幕信息罪、利用未公开信息交易罪的罚金刑均 是以违法所得作为量刑的基础, 在没有违法所 得的案件中,罚金刑起点金额为 1000 元,法 律规定"上不封顶"。对于法律没有明确规定 罚金量刑幅度的案件,需要加强控辩审三方的 沟通协调,根据具体案件的情况提出合理的量 刑建议, 并取得诉讼各方的认可。

(作者单位:上海市人民检察院第一分院;杨媛媛、李东对本文亦有贡献)

更正公告

此前,在总第5625期上海 法治报刊登的韩霄冰、韩霄雪 寻亲公告中出生年月信息有误, 现更改为2011.2.10。

2018年1月31日

#### 遗失声明

上海源极实业发展有限公司,遗失营业执照正本、营业执照晶本,注册号: 310229000742990,声明作废。

上海角里房地产开发有限公司,遗失营业执照正、副本,注册号:310118002148308及公司合同章、公司财务专用章、法定代表人许铁明私章,即日起作废。

程亮,遗失人民法院执行公务证,编号31020192,声明作废。

上海新国互联网上网服务有限公司,遗失营业执照副本,注册号:310114002897415,声明作废。

### 注 销 公 告

上海源极实业发展有限公司,经股东会决议,决定注销,法人代表鲁红,请有关债务债权人在45天内前来联系,特此公告。 上海新国互联网上网服务

310114002897415, 经股东会决议即日起注销,特此公告。 上海邦舟船舶工程有限公司,注册号: 310230000458009

有限公司, 注册号:

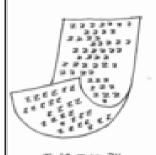
司,注册号: 310230000458009 ,经股东会决议,即日起注销, 特此公告。 **其派装潢设计工程(上海) 有限公司**,统一社会信用代码:

913102303121067601 ,经股东 决定,即日起注销,特此公告。 上海马文室内设计有限公 司,经股东会决议,决定注销,

司,经股东会决议,决定注销, 法人代表汪玲,请有关债务债 权人在45天内前来联系,特此 公告。



重复健用,多次利用



22面使用纸张

= 減少量的廣紙产生





6000~8000双一次电解子

2一樣 20 芳砂大树