

湖北立丰律师事务所成立 三十周年特刊

刑事业务专刊



<http://www.lflawyers.com>

武汉本部
地址：武汉市洪山区欢乐大道1号东湖国贸大厦A座（宏泰大厦）18、19层
电话：027-87877677、87879617

十堰分所
地址：湖北省十堰市茅箭区东岳路16号绿洲5A商务中心18楼
电话：0719-8127528

襄阳分所
地址：湖北省襄阳市樊城区江汉北路16号2幢4楼
电话：0710-3256566

曲松分所
地址：西藏自治区山南市曲松县甘旦路3号（司法局办公楼）
电话：0893-7333148

武汉江岸区分所
地址：湖北省武汉市江岸区三阳中心B栋1202

上海分所
地址：上海市浦东新区沪南路2157号2号楼2508室
电话：18019187276

海口分所
地址：海南省海口市美兰区海甸岛和平大道二横路7号海星别墅A8栋
电话：0898-66286221

荆州分所
地址：湖北省荆州市荆州区发展大道科创园公共服务基地一期B座10层
电话：0716-8810028

武汉青山区分所
地址：湖北省武汉市青山区建设一路31号宝业中心A座1705-1706
电话：17762506323



目录



西法大刑辩研究院武汉分院落户立丰所



立丰所研究院刑事辩护研究中心成立



立丰律师参加刑辩论坛



立丰律师参加论辩赛



立丰律师事务所
官方微信公众号

主办单位：湖北立丰律师事务所
编辑出版：《立丰律师》编辑部

《立丰律师》编委会
总 顾 问：汪少鹏
编委会主任：张用江

《立丰律师》编辑部成员及责任编辑
主 编：张用江
执行主编：段 斌
副 主 编：汪 群、易 卉、梁 浩
编 辑：熊 敏

卷首语

01 矢志不渝地走刑事辩护专业化之路 汪少鹏

立丰刑辩介绍

03 刑事辩护团队

刑辩理论

08 刑事辩护的理念与方法 张用江
17 论构建新时代背景下良性互动检律关系 汪少鹏
28 多元主体多维度参与犯罪预防 刘 勋 宋安琪
31 刑事诉讼法修正案实务问题探析 汪 群
40 当新旧刑法相遇：“跨法案”追诉时效规则适用的司法逻辑解构 程客彬 李方美
45 轻罪立法视野下的犯罪治理与社会治理参与 侯晓翔

立丰刑辩风采

51 立丰刑事辩护律师举办或参与活动风采

实务研究

63 “控辩协商”机制下认罪认罚案件办理的新困境 何维笛 李 涛
73 “以庭审为中心”与有效辩护 易 卉
77 自首之辩 陈 哲
80 社区矫正现状 杨新堂 阮慧静
85 刑民交叉诉讼实务问题分析 刘泽博

成功案例

91 部分重大影响刑事案件名录

办案总结

95 从一起妨害药品管理案浅谈轻罪案件中的行刑衔接问题 聂义明 黄 以
101 刑事法律工作中同理心的“三个层次” 戚 萌
105 “借款型受贿”的认定与思考 李 诚
109 贩卖毒品罪既遂标准探析 何维笛
115 解构控方逻辑：职务侵占罪犯罪构成要件的辩护突破口 程客彬 鄢雪梅
123 组织卖淫及协助组织卖淫的罪质特征及实务认定 杨 璐

矢志不渝地走 刑事辩护专业化之路

□ 文 / 汪少鹏



值此湖北立丰律师事务所（以下简称“立丰所”）成立三十周年之际，由立丰研究院刑事辩护研究中心、立丰所刑事法律专业委员会、西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院、《立丰律师》杂志编辑部联合组织、编辑、出版《立丰律师》刑事辩护专刊。这不仅是对立丰所刑事辩护事业发展历程的一次回顾总结，更是对立丰所刑事辩护团队辛勤耕耘与辉煌成就的集中展示。在此，我向长期以来关心、支持立丰所刑事辩护事业发展的各界领导和朋友表示衷心的感谢，向全体立丰刑事辩护团队的律师致以崇高的敬意，并以《卷首语》的形式对立丰所刑事辩护团队及其所开展的刑事辩护事业谈一些认知。

——刑辩团队：立丰的专业名片

1995年立丰所成立之初，便将刑事辩护作为自身的核心竞争力之一，致力于打造一个专业、优质、高效的刑事辩护平台。三十年的风雨兼程，立丰刑辩人见证了刑事辩护

的风云变幻，也见证了刑辩团队的成长与壮大。经过多年的努力与发展，立丰刑事辩护团队已拥有60余名执业律师及助理人员，成为湖北省规模最大的刑事辩护团队，相继成立了立丰研究院刑事辩护与合规研究中心和西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院等机构，形成了鲜明的品牌优势。立丰刑辩团队不仅在业内享有较高的声誉和知名度，还赢得了广大客户和社会各界的广泛认可与好评。这份成就，凝聚了立丰刑辩团队每一位成员的辛勤汗水与不懈努力，更是立丰刑辩团队对刑事辩护事业无限热爱的见证。

——刑辩品牌：立丰的坚定选择

在刑事辩护领域，专业化是立丰所始终坚持的发展方向。只有专业化才能赢得市场的认可，只有专业化才能提升辩护的质量，只有专业化才能推动刑事法治的进步。因此，立丰刑辩团队始终致力于提升专业素养，加强理论学习与实践操作，不断提升自身的辩护能力和水平。立丰所坚持规范化、

标准化、品牌化、精细化的管理理念，打造了一支高素质、专业化的刑事辩护队伍。同时，立丰刑辩团队还积极开展刑辩沙龙、培训、研讨、交流与论坛等活动，广泛参与全国和本省法学会各研究会、律师协会各专业委员会等单位组织的相关活动，彰显立丰刑辩团队实力，扩大立丰刑辩团队影响力和知名度，树立立丰刑辩团队品牌形象。

——推动法治：立丰的责任担当

作为刑事辩护领域的佼佼者，立丰所刑事辩护团队深知自身肩负的责任与使命。立丰刑事辩护团队始终坚持理论紧密联系实际的原则，积极投身于刑事法治建设的伟大事业中。始终密切关注刑事司法制度的改革与发展，积极参与相关政策的制定与讨论；始终密切关注刑事辩护律师的权益保障问题，积极为改善执业环境而努力；始终密切关注社会热点难点问题中的刑事法律问题，积极为公众提供援助。通过这些不断、持久的实践与努力，立丰刑事辩护团队为推动刑事法治建设贡献了自己的智慧和力量。

——执着坚守：立丰刑辩的明天

站在新的历史起点上，展望未来，立丰刑事辩护团队对刑事辩护事业的未来充满信心与期待。我们有足够的理由相信，在中国法治建设的不断深入和刑事司法制度的不断完善、执业环境不断优化的背景下，中国刑辩事业将迎来更加广阔的发展前景，立丰刑辩团队也必将迎来更加良好的发展机遇和更加无限的发展空间。立丰刑事团队将继续坚持专业化、规范化、标准化、品牌化、精细化的发展道路；将继续加强团队建设与人才培养工作；将继续积极参与刑事法治建设的各项工作；将继续为广大客户提供更加优质、高效的法律服务，为中国刑辩事业的繁荣与发展贡献自己的力量。期待中国刑辩未

来更加辉煌！期待立丰刑辩人越来越规范、执业水平越来越好！祝愿立丰所刑事辩护事业走得更远、更好！

三十年的风雨兼程铸就了立丰所的辉煌成就；三十年的不懈追求书写了立丰刑辩人的壮丽篇章。在未来的日子里，立丰刑辩人将继续秉承“诚信、专业、高效、优质”的服务理念，以更加饱满的热情、更加坚定的信念、更加务实的作风投入到伟大的刑事辩护事业中去。我们相信，在全体立丰人及刑辩团队的共同努力下，立丰所的刑事辩护事业必将迎来更加辉煌的明天！

作者简介

汪少鹏，湖北立丰律师事务所发起创始人、首席合伙人、名誉主任、立丰（上海、海口）律师事务所总顾问、一级律师、西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长、中南财经政法大学刑事辩护研究院副院长及兼职教授。

曾荣获首届湖北省十佳律师、西北政法大学“首届杰出校友”等荣誉称号，先后在国内重要法学刊物发表数十篇法学理论与实务文章。辩护了众多重大影响、疑难复杂的各类刑事案件，最具代表性的是成功辩护了轰动国内外的湖北巴东“邓玉娇故意伤害罪”一案。



湖北立丰律师事务所 刑事辩护团队

刑事辩护是全国优秀律师事务所——湖北立丰律师事务所（下称立丰所）的招牌业务，立丰所自1995年成立以来，始终深耕刑事辩护领域，以专业化、规范化、精细化、标准化、品牌化为引领，着力打造湖北省最具影响力和竞争优势的刑事辩护专业团队。

2025年11月，立丰所凭借着刑事辩护的“专业化、精细化、特色化、新颖化”，被湖北省发展改革委员会评为第二批“专精特新”法律服务（刑事辩护）企业，也是以刑事辩护入选的唯一法律服务单位。

一、团队沿革：从破冰者到行业标杆

立丰刑辩团队作为湖北省规模最大的刑事辩护专业团队，其发展轨迹一定程度地影响着区域内的刑事法治进程：

◆**奠基人汪少鹏律师**：立丰所首席合伙人汪少鹏律师自1995年辞去湖北省高级人民法院的公职后，创办立丰所，早在律师行业“万金油”时代即专注刑事辩护，首创省级律师刑事辩护专业团队。其2009年成功辩护的邓玉娇故意伤害案，成为全国正当防卫司法实践的标志性案例，推动了刑事法治的建设与发展。为此，汪少鹏律师被司法部授予“全国化解社会矛盾维护社会和谐稳定成绩突出律师”称号。

◆**体系化发展**：历经三十年积累，立丰刑事辩护团队形成“学术研究-实务操作-行业引领”三位一体的发展模式。汪少鹏律师历任中华全国律协刑事专业委员会委员、湖北省律协刑事专业委员会主任、中国刑事诉讼法学研究会理事及刑事辩护专业委员会委员、湖北省法学会常务理事及学术委员会委员、湖北省法学会律师法学研究会会长、湖北省法学会刑法研究会副会长、湖北省法学会犯罪学研究会副会长、湖北省法学会诉讼法学研究会副会长等社会职务，参与促进建立中美刑事辩护律师交流机制、《刑事诉讼法》修正案、“扫黑除恶”辩护律师培训班等行业重大影响的活动。立丰刑事辩护团队成员多人担任省市级律协及其刑事专业委员会主任、秘书长和委员，形成“老中青”梯队式人才结构。

二、专业实力：湖北刑辩第一方阵

立丰所由60余名刑事辩护团队成员组成刑事专业委员会，涵盖诉讼全流程及刑事合规等新兴领域：

◆核心成员：

汪少鹏：一级律师，立丰所发起创始人、首席合伙人、名誉主任、刑事团队总顾问，湖北省律协首批刑事专业律师，主导办理多起省部级督办刑事案件，担任中南财经政法大学、西北政法大学刑事辩护研究院副院长，兼职教授。

张用江：立丰所高级合伙人、立丰研究院院长，湖北省律协首批刑事专业律师，湖北省法

官检察官遴选委员会专家委员。

刘勋：立丰所高级合伙人、党委书记兼主任，司法部法律援助案件质量同行评估专家，湖北省律协副会长，湖北省律协首批刑事专业律师。

周宏力：立丰所高级合伙人、深耕刑事辩护，承办各类刑事案件的资深律师。

汪群：立丰所高级合伙人、立丰研究院副院长兼刑事辩护研究中心主任、司法部死刑复核入库律师，湖北省律协首批刑事专业律师，湖北省律协第九届合规委员会秘书长。

聂义明：立丰所高级合伙人、管委会副主任、湖北省律协刑委会副主任，武汉市律协刑委会主任，西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院院长。

程容彬：立丰所高级合伙人、监事会副主席、立丰刑事辩护研究中心副主任，立丰所刑事委员会主任，立丰刑事辩护研究中心副主任，西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院副院长。

侯晓翔：立丰所高级合伙人、立丰刑事辩护研究中心副主任，立丰所刑事委员会副主任，立丰刑事辩护研究中心副主任，西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院副院长。

李涛：立丰所专职律师，长江大学客座教授、研究生导师，法律理论功底扎实，实践经验丰富，承办众多复杂疑难案件。

戚萌：立丰所合伙人，立丰研究院秘书长、立丰刑事委员会副主任、湖北省律协副秘书长。

刘泽博：立丰所高级合伙人，立丰刑事辩护研究中心、刑事法律委员会副主任兼秘书长，立丰刑事辩护研究中心西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院秘书长，湖北省检察官与律师辩论赛一等奖得主，武汉市律协“双百人才”。

何维笛：湖北立丰（荆州）律师事务所主任，荆州市律协刑事专业委员会副主任，西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院副院长。

曾慧娟：立丰所合伙人，武汉市律协副秘书长、“双百人才”、青年工作委员会副主任、刑委会秘书长，武昌区人民检察院听证员。

◆专业特色：

全流程覆盖：从侦查阶段会见、审查起诉阶段辩护到审判阶段庭审，提供“黄金37天”快速响应、死刑复核专项代理等精细化服务。

复合型能力：团队律师兼具司法机关、高校工作经历，如汪少鹏、张用江律师（均为原湖北省高级人民法院法官），李涛律师（在湖北省多地任检察官、检察长），袁建伟兼职律师（中南财经政法大学副教授、硕士生导师）等，实现理论与实践深度融合。

三、学术研究：理论与实务双轮驱动

立丰刑事辩护团队依托两大研究机构和两个实践专业委员会“三驾马车”，构建刑事法律研究与实践创新平台：

1. 立丰刑事辩护研究中心：

立丰刑辩研究中心于2018年成立，2024年并入立丰研究院，现有成员近百名，聘请田文

昌、莫洪宪、杨宗辉、洪浩、何荣功、童德华等知名法学教授担任专家顾问。立丰刑辩研究中心的职能涵盖理论研究、实务培训、行业交流，近年举办“刑事诉讼理念与刑事司法现代化”研讨会等高端学术活动，发布《律师办理黑恶势力犯罪刑事案件操作指引》等行业规范。



图：立丰刑辩研究中心成立大会/开展专业培训活动

2. 西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院：

西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院于2023年成立，与立丰刑事辩护研究中心共享管理团队，联合开展课题研究、案例研讨，为律师实践辩护活动提供理论支撑。



图：西法大刑辩高研院武汉分院成立仪式/西法大范九利校长莅临武汉分院指导工作

3、立丰刑事专业委员会：

立丰刑事专业委员会由汪少鹏、刘勋、周宏力、汪群、聂义明、程客彬、侯晓翔、李涛、袁建伟、戚萌、刘泽博、何维笛、李诚、曾慧娟、杨新堂等60余名主要从事刑事辩护律师组成，引领着立丰所的刑事辩护业务。



图：2025年1月18日，立丰所刑事专业委员会在“鼎足而立·岁物丰成”2024年工作总结暨庆祝律所三十周年启动仪式系列活动中的合影。

◆三位一体协作机制：刑事辩护研究中心与西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院输出理论成果，立丰刑事专业委员会提供实战经验，形成“理论-实践-理论”的良性循环，推动刑事辩护专业化升级。

四、社会贡献：法治建设的践行者

团队在推动法治进步、履行社会责任方面成效显著：

◆行业引领：

多年担任湖北省警察协会维护民警执法权益律师顾问团、多市州执法大检查律师顾问团，助力规范执法行为。

作为全国刑事案件律师辩护全覆盖试点单位，积极参与死刑复核、扫黑除恶案件和重大复杂案件的辩护。

◆公益事业：

向恩施州法律援助基金会捐赠专项基金，支持贫困地区法治建设。

与武汉大学法学院、中南财经政法大学刑事司法学院、华中师范大学法学院、湖北警官学院、湖北经济学院共建教学实践基地，为法学教育提供实务支撑。



多人多次接受司法部、湖北省司法厅、武汉市司法局等法律援助机构的指派，担任死刑复核、死刑案件和重大影响案件的辩护人。

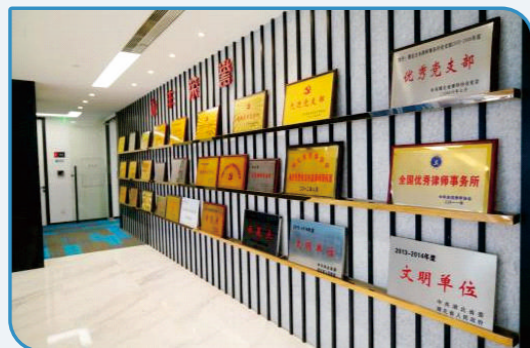


左图：立丰所党委书记、主任刘勋，管委会副主任、高级合伙人聂义明受司法部指派，为国家体育总局原副局长杜兆才受贿案做辩护。

右图：苏某等23人涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪、故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪、窝藏罪、敲诈勒索罪、寻衅滋事罪、开设赌场罪、案众斗殴罪上诉一案，受湖北省司法厅法律援助中心指派，刘勋、汪群、聂义明、戚萌、王华俊、王永芳，担任第一、第三、第四、第六及第八被告人二审的法律援助律师。

◆ 荣誉认证：

- 2025年被湖北省发改委评为第二批服务业“专精特新（法律服务-刑事辩护）”企业。
- 2025年荣获洪山区司法局“老字号律师事务所”“经济发展突出贡献奖”。
- 2024年荣获中华全国律师协会“援藏三十年 律师在行动 湖北立丰律师事务所”。
- 2023年荣获中共湖北省司法厅委员会“先进基层党组织”。
- 2011年荣获全国律师协会“全国优秀律师事务所”称号。
- 2011年荣获司法部“律师行业创先争优活动示范点”。
- 团队律师多次在全国、省级检察官与律师辩论赛中折桂，展现专业风采。



五、服务理念：专业为本，客户至上

立丰刑辩团队秉持“勤勉、尽责、规范、专业”的执业理念，以精细化服务赢得当事人信赖：

定制化方案：针对个案特点制定辩护策略，如在重大复杂犯罪案件中引入财务审计、技术鉴定、专家论证等多维度论证。

全周期服务：从案件分析、证据梳理到庭审博弈，提供“一对一”精准法律服务，确保当事人合法权益最大化。

风险防控：通过刑事合规业务，帮助企业预防法律风险，实现“事前预防-事中应对-事后修复”的全链条服务。



图：张璇、吴楚俏、曾慧娟、杨璐等律师接受当事人赠送锦旗

湖北立丰律师事务所刑事辩护团队以深厚的专业积淀、卓越的实务能力、强烈的社会责任感，持续引领湖北刑事辩护行业发展。从重大疑难案件的攻坚，到刑事法治理论的创新，再到社会公益的担当，团队始终践行“为当事人争取公平正义，为法治进步贡献力量”的使命，被誉为“湖北刑辩第一方阵”，成为中国刑事辩护领域的突出性力量。

刑事辩护的理念与方法

□ 文 / 张用江



一、辩护律师的职责

谈刑事辩护，首先必须搞清楚，辩护律师的职责是什么？

回答这个问题，我们的依据就是《律师法》第31条、《刑事诉讼法》第37条：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”两个法律条文对律师职责的内容表述几乎完全相同。

不是每一位刑辩律师都准确把握住了律师的职责，你参与到诉讼中来，到底是干什么的，必须清楚。与此密切相关的以下疑难问题，你心中必须有正确答案：

1. 辩护人、被告人有无证明责任或义务？
2. 被告人已经签署认罪认罚具结书的，辩护人能否作无罪辩护？
3. 被告人不认罪的，辩护人能否做罪轻辩护？

4. 被告人坚决不认罪的，辩护人认为定罪事实清楚、证据充分，该怎么办？

第1个问题，被告人、辩护人没有举证责任或义务，也没有责任构建证明被告人无罪的证据体系，辩护人只要达到证明、论证控方指控被告人有罪依法不能成立就达成辩护目的。

第2个问题，辩护人可以作无罪辩护，正面的典型案例就是河南高院发布的“杨某诈骗案”被告人认罪认罚，辩护人作无罪辩护，法院判无罪。

负面案例是，安徽芜湖繁昌区人民法院审理的谢留卿等62人诈骗案，108位辩护律师，20人被判有罪，42人被宣告无罪。这42人中有认罪认罚的，也有律师在认罪认罚具结书上作为见证人签字的，有15个律师作罪轻辩护被判无罪的。说明这些律师根本不钻研法律和案件材料，其辩护是无效的、无力的。他们是否恪守律师职责与职业操守？二审中辩护律师全员作无罪辩护。再有一个案例是吉林省白城市黄德义自建浮桥被判寻衅滋事

罪，只有黄德义的律师作无罪辩护，其他律师作罪轻辩护。

第2、3个问题，辩护人只能退出辩护。本人在执业中曾多次因这样的情况而退出辩护：如2018年姜某涉黑案、2019年许某某涉黑案、2010年司某诈骗案。

为什么只能退出辩护？

第一，被告人不认罪，你要作罪轻辩护，你违背了刑法第53条的辩护职责；

第二，在被告人不认罪的情形下，你坚持罪轻辩护，那就是你认为案件定罪事实清楚，证据确实充分，你作罪轻辩护，你就成了第二公诉人，你的观点就是印证了被告人有罪，你作无罪辩护，就违背了辩护人的辩护是依据事实和法律的原则。

二、刑事辩护的目的

刑事辩护的目的就是维护委托人的利益，使委托人的利益最大化，这也是辩护律师最大的、最重要的职业伦理，而不是为自己进行形象宣传，为律所宣传营销，我们一切行为的落脚点都是为了使客户获得最大利益：无罪、罪轻、免刑，使客户少判自由刑少判罚金。

当我们在行使辩护权受阻时，当我们在程序之内、法庭之内不能顺畅地行使权利时，我们是否可以在程序之外、法庭之外，利用其他资源、其他渠道、其他方式来影响案件的审理，比如利用自媒体、官方媒体、座谈会、研讨会、专家意见书去影响法庭作出对被告人有利的处理结果？

我的意见是，可以，但一定要慎重、要充分评估这样的操作是否真的会给委托人、被告人带来有利的结果。司法实践中，也有通过煽动舆情使案件反转的，如于欢案。念斌案，张燕生律师多次在博客上发文，质疑公安机关的毒物鉴定报告造假，并把质疑毒物鉴定报告的专家的意见放在网上，引起了

案件反转。我们更多却听到看到的是，律师庭外的炒作，不当言行，给案件的审理带来不利的结果，如十年前的李天一案就是典型。所以，我们切忌通过代理、辩护有影响的大案把自己的名气炒起来了，但损害了客户的利益。如叶某某职务犯罪案。

这里有一个问题，提出来和各位探讨：当我们在法庭上，在程序之内无法有效行使辩护权，无法充分保护委托人合法权益时，如何在法庭之外利用合法的方式、有效的手段来保护委托人的利益？

如2023年8月7日，广西来宾中院审理的一起涉黑案件，律师安检手续尚未办理完，庭审就结束了（20分钟）。

再如周泽律师在自媒体上公开合肥公安机关在办理安徽前律师吕先三（共犯之一）诈骗案时涉嫌刑讯逼供的三幅截图，（该律师通过法定程序申请非法证据排除被驳回），二审吕先三由一审十二年改判三年。安徽公安机关函告北京市司法局，周泽律师违反律师职业规范，被停止执业一年。

我们试图通过庭外的力量来谋求公正审判的目的，要谨慎，不要违反两个执业规范的对律师庭外言论的相关禁止、限制性规定。

1. 《律师执业管理办法》38（4）条，律师不得以下列不正当方式影响依法办理案件：（四）违反规定披露、散布不公开审理案件的信息、材料或本人、其他律师在办案过程中获悉的有关案件重要信息、证据材料。

2. 2021年10月15日，全国律协《关于禁止违规炒作案件的规则》第四条、第五条。

三、辩护方案的选择

辩护方案也有人称为辩护思路，选择一个最优的辩护方案，是个首要的问题，是刑事辩护的重中之重。我们拿到起诉书，全面

阅读案卷材料后，第一个要确定的，选择什么样的辩护方案：无罪辩护、罪轻辩护，是全案无罪的辩护还是某一个罪无罪辩护，另一个罪作罪轻辩护？罪轻辩护中是选择轻罪辩护还是量刑辩护？等等。

辩护方案的选定，与我们阅读案卷材料的深度和理解法律的精准度、查询案例的广泛度等密切相关。深度阅卷，反复推敲，精准地分析法条，尽可能搜集最为相似的类案判决，才能选择最优的辩护方案，为客户争取最大利益。要做有效辩护，不要“套路辩”。（套路辩，即对所有案件事实都适用的，没有针对性和说服力的辩护方法，如“没有异议，被告人初犯、偶犯、认罪认罚，平时一贯表现好、家里上有老、下有小，等等”）

1. 欧阳某某涉嫌盗窃罪

从2020年9月1日至2021年4月6日起起诉书出来，以前的三位律师同行选择的都是无罪辩护方案。我介入后，认为这个案子作无罪辩护没有成功的可能，被告人是有罪的，罪名不应当是盗窃罪，而是非法采矿罪，我看完起诉书后第一直觉就是这样的，然后让助手查阅了大量的判例，支持、肯定我的想法。案件经一审，抗辩，二审维持，被告人获刑三年六个月，如果定盗窃罪，量刑在十年以上。

2. 陈某受贿、玩忽职守案

体会：紧密结合案件事实和法律规定，说服被告人接受一个罪作无罪辩护，另一个罪作有罪辩护的量刑从轻（自首、认罪、退赃）的辩护方案，被告人一审获刑八年（受贿400余万元、玩忽职守无罪），庭审效果非常好。

3. 雪正公司涉嫌非法经营罪、单位行贿罪

指控：2011年前后两年左右时间民间借贷（以典当行的名义）45亿（滚动流水），

获利2.5亿，审计署审计中发现，温总理批示，经一审、二审历时5年，全案无罪。

当时我作为单位的辩护人（除单位外，另有11位自然人被告）之所以确定全案无罪的辩护方案，主要依据是对刑法第225条非法经营罪的反复研究，这个罪在当时几乎成了一个口袋罪，是由投机倒把罪演变过来的。该罪列举了三种法定情形的犯罪，第四种是个兜底条款：其他情形，但对于什么是“其他情形”的非法经营罪，必须有最高法的司法解释。截止当年，最高法共公布了8种情形，没有将民间借贷纳入其中。8种情形之外的要定这个罪必需经层报最高法院批复。

特别提醒各位同行：

选择辩护方案一定要慎之又慎，这是取得最佳辩护效果的首要一环，尤其是选择全案无罪的辩护方案更是慎之又慎，全面评估，切不可为了私利，迎合当事人错误选择辩护方案。比如李天一案（两名同案犯已认罪）、王振华案（一名同案犯选择认罪）律师都选择了无罪辩护方案，这两个案件有无罪辩护的空间吗？律师的辩护一定要客观、理性，一定要以客户利益最大化为首要目的，其次才是为自己赢得口碑和声誉。

举例，司某某案由于后任律师选择了无罪辩护方案，导致了最坏的辩护效果。

四、辩护词的制作（写作/撰写）

确定了辩护方案后，接下来的工作是写好一份辩护词，可以说，辩护词是一个辩护律师辩护工作中最重要的一份法律文件，是实现辩护方案，全面阐述辩护观点，引导、影响法庭作出被告人无罪、罪轻、减轻、免除处罚的辩护意见的综合表述。

1. 辩护词作用

是对辩护方案和辩护观点的系统梳理和集中展示，是对案件焦点问题的辩方主动回

应，是说服、影响、引导裁判者作出对被告人有利裁判的主要手段。

是对举证、质证意见的提炼、总结和升华。

是说服案外有关机关和人员影响法庭作出对己有利裁判的重要法律文件。

2. 辩护词的写作要领

A. 客观，忠于案件事实

全面把握案件事实，是写好辩护词的基础和关键。刑辩律师，全面吃透案情是基本功，是绕不开的工作重点，切不可离开案件事实，空发议论，信口开河。

刑事诉讼，控方、辩方、裁判方分别作出的指控、辩护、裁决依据的是相同的一套卷宗材料，谁能完整、准确、熟练地掌握案情，谁就是王者，谁就有发言权。律师没有公权力作后盾，我们的力量来自于对案情的熟悉和对法律的精准的理解。仔细研读、分析每份材料，必要时，制作图表，勘查案发现场。

B. 观点明确，逻辑清晰

支持实现你的辩护方案的手段就是你的建立在客观的案件事实基础之上的辩护观点，所以观点一定要明确，不能含糊其辞，词不达意，更不要没有观点。同时每一个观点之间要有逻辑联系，或者并行铺陈或者层层递进

举例：欧阳某某案辩护词

1. 自然资源不构成盗窃罪的犯罪对象

刑法有专门规定，盗窃林木的不成立盗窃罪，而构成盗伐林木罪；非法捕捞水产品的不成立盗窃罪，而构成非法捕捞水产品罪；盗卖矿产品不成立盗窃罪而构成非法采矿罪。

2. 刑法第343条，2016年12月1日《最高法解释》规定此类行为以非法采矿罪处罚。

3. 被告人的行为就是非法采矿行为。

4. 将盗卖施工中的砂石的行为定为非法

采矿罪，最高法院有个案批复。

5. 贵院已有类案将此类行为定为非法采矿罪。

C. 针对《起诉书》的指控（一审）或一审判决（二审）。

切记，辩护词的靶子是起诉书，不能离开起诉书的指控自说自话，紧紧围绕起诉书的指控是否成立，部分成立、全部成立。全部成立的情况下，被告人有哪些从轻、减轻、酌定从轻量刑情节。

D. 与举证、质证意见前后呼应

辩护词是对庭审中举证、质证意见的归纳和总结，提炼和升华，切不可离开质证意见另搞一套意见，更不能与举证、质证意见相互矛盾。

对重要的质证意见综合、系统地加以阐述，对不重要的质证意见一笔带过。对重要已有详细书面的质证意见；不再重复，如对司法鉴定，评估报告，审计报告的质证意见，不要再重复。

对有利于被告人的案件事实进行固定。

E. 语言简练、用语规范

遵循“奥卡姆剃刀”规则，辩护词不要重复、啰嗦，“如无必要，毋增实体”（十四世纪英国，由奥卡姆·威廉提出的逻辑法则），简言之，尽可能用简单方法解决复杂问题。

F. 辩护意见具有被采纳的可能性

要使辩护意见具有可采纳性，就是你的辩护意见不能脱离案件事实，你的每一个观点（论点）要有证据支持，要有相应的法律依据。没有法律依据和证据支持的辩护观点想得到法庭的采纳是不可能的。我们见到了太多脱离案件事实、没有证据支持、没有法律依据的辩护意见，自说自话，空发议论，自我表现，高谈阔论，其实没有任何说服力。

举例：张扣扣案辩护词

案情：2019年，张扣扣大年三十连杀三人，老王、王大、王三。王二不在，逃过一劫。起因是二十二年前（1996年），时年十三岁的张扣扣亲眼目睹母亲被王家砍杀，而杀人凶手被判七年，服刑四年出狱。这是一个血亲复仇的故事。（律师邓学平，前检察官）

邓学平《辩护词》简介

我们可以从两个维度来讨论、评价这个辩护词。

首先，辩护方案的选择：是无罪辩护还是求刑辩护（罪轻）？从文章的内容是看不出律师的辩护方案，似乎是罪轻而不是无罪辩护，但不明显。辩护要针对指控，起诉书指控被告人故意连杀三人，罪行极其严重、情节极其恶劣，希望法庭依法判处，你是同意还是不同意，还是部分同意？律师没有态度。

辩护方案要服从辩护目的，就是要使客户利益最大化，就本案来讲，要使客户利益最大化，只有两种方案可供选择：一是从无罪的角度，唯一可做的文章是被告人患有不负刑事责任的精神病。这一思路难度极大，因为我们国家实行的是推定被告人无精神病的制度，除非辩护方提出被告人有精神病的证据或线索。按照这一思路，辩方需要提出足够的或令人信服的证据或线索支持这一观点，包括被告人本人或其家族有精神病史的证据或线索，被告人本人日常表现、作案时有明显的异于常人的符合精神病人症状的证据，然后才能启动精神病鉴定，有了明确的鉴定结论，才能采纳这一方案。辩护人未选择这个方案。

二是，求刑辩护。不判处死刑立即执行，依据是刑法第48条“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期两年执行”。本案唯

一的条件是“不必立即执行”，如果要保命必从各个角度各个方面论证、说服合议庭“不必立即执行”，可惜的是，辩护人也未走这个思路。

其次，从辩护词的写作要领这个角度，我们来评判这个《辩护词》。我的评价是：脱离案件事实，辩护观点没有证据支持，没有法律依据，没有明确的辩护目的，没有服从使客户利益最大化的职业伦理。

五、庭审程序的掌握

1. 庭审的作用

庭审的作用：全面查清案件事实，聚焦控辩双方的争议焦点，公开展示控辩双方的观点。法庭才是辩护律师的主战场，我们庭前所做的一切工作都是为了开好庭，充分展示、固定、突出辩护方的证据、观点以及对被告人有利的案件事实。不经过庭审，辩方在庭外所做的一切工作都不会立即转化为对被告人有利的处理结果。你通过各种渠道、各种方法向有关权力机关的有关领导、合议庭成员所报送的各种材料，他们都不会完全相信，都不会对案件进行公开或私下的影响、监督或干预，因为这是你的单方声音，一面之词。只有通过开庭，公开听取了双方的观点，了解了全部案件事实，相关机关相关领导才会发出声音。

雪正案件的庭审从上午9:00直到晚上9:00，第二天11名在押被告人全部取保，为什么？相关部门的领导在二楼会议室视频听取了全部案情，确信这个案件无罪的可能性很大，继续羁押会造成更不利的后果，这就是庭审的效果，是任何其他方法都不能替代的效果。（所有被告人都不认罪）

2. 掌控庭审节奏

你可能会说，庭审是合议庭主持的，辩护人如何掌控？我认为如果你全面熟悉了案情，准确理解了案涉的相关法律法规和司法

解释，全面查询了类案，你可以做得到。

如襄州区庄某涉黑案庭前会议，预计开二天，结果在我建议下只开了半天结束。这个案子被告人四十几名，辩护人五十几名，疫情最严重时开庭，全副武装。我在这个案件中做了以下几件事，影响了庭审节奏：

①庭前会议应处理、解决的事项，审判长遗漏了其中的一项，经过我提议，得以补正。庭前会议一共十项，容易遗漏的是（七）、（八）项，这次庭前会议遗漏第（七）项。

②最后一项，审判长要求公诉人出示举证提纲，公诉人在出示举证提纲时，借机想对相关无争议的证据进行举证质证。我当庭反对，理由：第一，庭前会议无权对证据进行质证；第二，所有被告人不在场，举证、质证是无效的。并建议公诉人将举证提纲发到公诉人、辩护人群里，举证提纲也不必念了，审判长采纳了我的建议。

③法庭调查的最后一项内容是我的委托人涉嫌的重婚罪，我突然举手要求不公开审理，审判长采纳了。

④法庭辩论阶段，因涉及一笔财务款项的性质，需要同为被告人会计当庭予以说明。我要求恢复法庭调查，查明这一关键事实，审判长也同意了。

律师把握庭审的节奏，还体现在其他方面：

比如：不该给被告人戴戒具时，你要即使提醒打开戒具；公诉人发问威胁、利诱被告人，你要及时举手反对。

把握庭审节奏的能力取决于你丰富的辩护经验，熟悉案情和法律，高超的辩护技巧，强大的气场，这才是资深律师与年轻律师差距的关键。

3. 把握庭审的三个环节

庭审有三个环节：发问、举证和质证、辩论。很多律师同行不太注意前两个环节，

只注重最后一个环节，事先写好辩护词，辩论时照稿子念，完事。我毫不客气地讲，你这是应付，是走过场。

庭审中的三个环节同等重要，甚至前两个环节更重要。真正的优秀律师的辩护工作，从审查起诉阶段就开始了。比如徐某涉恶案件，起诉意见书认为：一号被告人涉嫌三个罪名——敲诈勒索罪、强迫交易罪、寻衅滋事罪，外加一个恶势力犯罪团伙。我和公诉人（主办检察官）交流意见时说，这个案件恶势力团伙根本不构成，他们相互之间没有共同的经济利益、没有指挥和被指挥的层级关系，是人为拼凑在一起的犯罪团伙。我的委托人不构成敲诈勒索罪、强迫交易罪，全部的违法事实就是一个罪，寻衅滋事罪。如果你同意我的观点，我做被告人工作让他认罪认罚。承办人讲，我完全同意你的观点，但我的意见不一定通过，另外出这个办公室我今天的讲话我就不认账了。我们交流了一个多小时，很融洽。从这个时候，控辩双方就建立了彼此之间良好的职业信任关系。有效辩护从接案那一天就开始了。庭审从发问开始

①发问环节

发问环节不仅仅关注自己对自己的被告人的发问，还要关注控方发问、审判席的发问，还要关注其他辩护人对所有被告人的发问。

发问的目的和作用：提醒法庭注意对被告人有利的案件事实和情节；提醒被告人法庭调查的重点和辩护意见的重点；稳定被告人的情绪，增强被告人获胜的信心，等等。

如陈某玩忽职守案，我事先列出详细发问提纲，开庭前作两个多小时的辅导，将他在该事件中严格履职，恪尽职守，没有任何渎职行为的细节一一通过发问向法庭展示出来。仅仅通过发问，这个罪不成立的观点基本建立起来了。

严重对抗的案件、无罪辩护的案件要发问，认罪认罚的案件也要发问。

如朱某某故意伤害致人死亡案件，我想通过发问解决、固定、明确以下问题：1.被告人朱某某不认识被害人；2.事前没有预谋，是偶然起意；3.被害人倒地后，被告人朱某某才参与进来；4.已经赔偿，并取得被害人家属谅解；5.被告人朱某某曾因本案被劳教三年。

②质证环节

第一，庭前会议控辩协商环节争取“一证一举一质”或“一事一举一质”反对打包举证，据理力争，有诉讼法依据。

第二，反复研读控方证据，事先列出质证提纲。

第三，客观、理性、有针对性发表符合常识和逻辑的质证意见，不要搞“套路质证”，如“有异议，不能证明控方的观点”、“有异议，不能证明被告人犯罪”、“有异议，与被告人无关”、“同意第一被告辩护人的意见”。

质证意见要有针对性，针对具体某一个证据，并且质证意见要合乎常识与逻辑。

比如，控方举出一把有被告人指纹和被告人血迹的刀，你怎么发表意见？你马上说：有异议，不能证明被告人杀了被害人！公诉人说了“仅凭这把刀就证明被告人杀了人”吗？

理性的意见是：这把刀上是留有被告人血迹和指纹，原因是被告人、被害人是恋人关系，案发前一天两人在一起，被告人为被害人削苹果不小心划伤手指。这样的意见：客观，符合常理，有说服力。

再如：某贩卖毒品案，在被告人经营的KTV的场所发现毒品两种：粉红色颗粒麻果、白色晶体状冰毒，发现地点：音箱上和地板上，没有勘验检查笔录和提取物证笔录，只有搜查现场时的6段被剪辑过的视

频，控方提交这个视频欲证明在这个现场搜出了毒品。

我的质证意见是：不能证明是从现场发现、搜查的毒品，理由：一是视频不连续，被剪辑过，不符合视频证据的合法性要求，真实性、合法性存疑，即便不是非法证据，也是瑕疵证据，需要其他证据补强，否则，不能单独证明案件事实。二是这个视频材料违反常识：贩卖毒品是个可能判处死刑的严重刑事犯罪，均是在极其隐秘状态下进行，毒品不可能摆放在音箱上或客厅地板上，这个音箱和地板一定不是发现毒品的第一现场，一定另有第一现场，不排除毒品是有人故意带进现场，构陷被告人的。这个视频不能证明在被告人经营场所搜出了毒品。

第四，全程高度关注瑕疵证据和有利于被告人的证据。

如朱某某故意伤害致死案，里面有两份关键的决定被告人责任主次大小的量刑证据。

甲持军刺、乙持军刀、丙持铁锹、丁（朱某某）用脚，甲的凶器未找到，乙的凶器有照片但没有提取笔录，丙的凶器没有提取，放了一张类似物品照片。我一直盯住乙、丙的凶器照片控方怎么出示如何解释。

由于是打包举证（认罪认罚案件）第二公诉人在不到十分钟的时间里把所有证据念完了，我隐约感觉她没有提这两张物证照片，就和旁边的另一个辩护人询问一下，他确认这一事实。我发表完质证意见，我方举证后，审判长正要进入辩论环节，我举手问公诉方：那两张物证照片不举了吗？答：不举了，一是军刀保管不善，找不到了，铁锹本来就是替代品，都不举了。我说：那公诉方就没有任何关于作案工具的证据，请法庭记录在案。

第五，提高质证质量的关键是敬业、专业和专注。

敬业：尊重你的职业，时刻把客户利益放在心上，敬畏法律，遵循案件本身的事实。

专业：吃透案情、精通法律、查寻类案，准备书面的发问提纲、质证提纲、辩护词。

专注：精神集中，注意每一个庭审细节，时刻关注审判长的变化，关注庭审焦点、重点，程序的转换，时刻帮助你的委托人，让他在整个庭审中充满信心，集中精力。

我们很多律师同行（包括两级协会的某些会长、副会长）庭审不认真，十余天的庭审，时而来时而不来，发表质证意见心不在焉，走程序。我自信的是，我参加的庭审，精神高度集中，庭审中发生的每一个差错我都能及时发现并提醒审判长纠正。

③辩护环节

关于这个问题，我专门作一个专题来讲。

六、辩护意见的表达

写好《辩护词》，不等于你能讲好，不等于你就能收到好的辩护效果，发表辩护意见是一项专门的学问，有它自身的规则。

写作能力与表达能力是两回事，一个优秀的刑辩律师，两个能力都要过关，缺一不可！

1. 写好《辩护词》是前提

有些律师同行开庭前并没有书面辩护词，有些人手写一个提纲，这都不可取。关于辩护词的写作要领，我前面已经讲过。判断一个辩护词的好坏有一个简单的标准，就是是否能感动你自己和你身边的人，包括你的同行。

比如我的某某不构成犯罪的辩护词，我和律所的同行（某转行的资深检察官）共同办理一个职务犯罪的案子，在去看守所的路

上，我将这个辩护词的内容口述给他。听完后，他说您的意见是成立的。要我把电子版发给他，看完电子版，他又转给他老婆看（非法律职业者），也说写的非常好。

辩护词写的好不好，不是说你用语是否华丽；是否煽情；是否有家国情怀、感动天地；像范仲淹的《岳阳楼记》、苏东坡的《赤壁怀古》、马丁路德金的《我有一个梦想》，而是你的辩护词是否有事实和证据支撑，是否有明确的法律依据，是否符合常识、人性和逻辑。只要有后一个标准，普通人非专业人士一样看得懂一样叫好！

法律不是什么高深的学问，美国法院由普通人组成的陪审团就能断案定罪，就能判决辛普森无罪！为什么？因为辩方的辩护词符合常识和逻辑！

辩护词一定要自己写，不能由助手写在庭上宣读，那是两张皮。

2、向谁表达辩护意见

不能向公诉人、被告人、观众，而是向审判席（审判长、审判员、陪审员）表达，我们是为了说服审判组织采纳自己的意见作出对被告人有利的裁判而发表意见。庭审中发表辩护意见不是大专辩论赛以驳倒对方为目的，而是以说服法官为目的。

3、发表辩护意见的方法和技巧

每个人都有自己的熟悉或惯用的方法或技巧，我的体会是一定不要照本宣科地念稿子，尽量脱稿，要有轻重缓急，重点突出，不要平均用力，服从法庭关于辩论时间的安排。最重要的一点：节奏感。

第一，要把最重的观点放在第一个讲，比如你有五个观点，第一点不太重要但很复杂，你花大量时间去阐述这个观点，结果花去你五分之四的时间，其他观点一笔带过没时间了，法官以为你第一个观点最重要，结果听来听去也不明所以，其他四个观点根本没听。

第二，要有节奏感

要有眼神与法官交流，要有停顿让法官去思考消化你最重要的观点。与你的委托人、公诉人也要有眼神交流，要控制节奏，要把所有人的注意力（包括法警）都吸引在你身上，要有地上掉一根针都能听到这样的气场。

美国最高法院已故首席大法官伦奎斯特（奥巴马任命，任职12年）对他任职期间的庭辩律师的表现做过总结，很形象：

第一类：就是完全照稿念的律师，与法官缺乏眼神交流，眼神死死盯着讲稿，毫不顾忌观众的感受；

第二类：辩论冠军型，这类人辩才一流，激情四射，缺点是得意忘形，不顾忌他人感受。这类律师或许相信他们是某一辩题

的专家，但无法被说服；

第三类：火车司机型，与第二类相似，语速过快，无法稳住节奏让观众好好消化。一个优秀律师讲完6个观点，法官能记住4-5个，而这类律师讲完12个观点，法官一个都记不住；

第四类：演说家型，最为法官喜欢，有风度，注重眼神交流，擅与法官互动，分析法律问题时，缓下节奏，给法官留下思考空间。

伦奎斯特大法官认为，上述四个类型都不完美，最重要的是要有节奏感，庭辩时间只有半小时，如何分配时间，律师心中必须有谱，什么时候该挥洒激情，什么时候该略微停顿，都要做到收放自如。

作者简介

张用江，湖北立丰律师事务所高级合伙人，立丰研究院院长。长期专注于重大疑难刑事案件的辩护，成功地办理了大量有重大影响的刑事案件，受到当事人的好评和同行的广泛认同。在建筑房地产、公司、侵权、合同纠纷领域有较深的理论研究和丰富的执业经验。



论构建新时代背景下 良性互动检律关系

——以保障检察环节律师辩护权为核心

□ 文 / 汪少鹏



摘要：检察机关作为我国司法体系的重要组成部分，对于保障律师依法履行辩护职能更是具有重要作用。检察机关应当立足于《刑事诉讼法》的发展动向，改变司法观念、创新工作方法，规范办案行为，正确定位检察机关与律师之间的关系，切实保障律师充分有效地行使辩护权，从更深层次上降低错案率和减少由此对司法公信力产生的损害。律师应践行人民律师的使命与担当，通过更专业、更规范的辩护切实维护嫌疑人、被告人的合法权益。

关键词：新时代；检察官；律师；检律关系；公信力

从历史沿革来看，《刑事诉讼法》的立法史可以说是一部人权保障史，是被追诉人在强大国家机器面前维护自身合法权益的一部抗争史。特别是自西方文艺复兴以来，人的主体地位不断加强，被追诉人不再被视为国家的附庸，而是具有诉讼主体资格的个体，具有宪法法律所赋予的一切权利，

辩护权作为被追诉人的一项重要法律权利也为各国刑事司法制度所强调。如此一来，代表国家行使追诉职能的检察机关与代表被追诉人利益的律师辩护制度也就被突显出来，也就造成了检察机关与辩护律师群体关系紧张的局面。在此时期，我国刑事司法诉讼的模式也主要体现为对抗模式。但随着新时代中国特色社会主义法治思想的提出，以及以审判为中心的刑事诉讼制度提出，刑事诉讼的对抗模式有向合作模式转变的趋势，《刑事诉讼法》的不断修正也为构建科学合理的检律关系植入较为厚实的规范基础。但实践中，检律关系的紧张状态却并未因这一模式的改变而变得缓和，相反在某些具体问题上进而变得更为强烈，一定程度上影响了人民群众对司法的获得感。对此，检律关系的正常化、科学化也即新型检律关系也就成为本文研究的主要课题。适逢今年11月3日，最高人民检察院张军检察长与中华全国律师协会高子程会长共同签署了《关于加强检律良性互动、共同维护司法公正的倡议书》（以

下简称《检律关系倡议书》），此时再论构建新时代背景下良性互动检律关系尤为必要。

一、提纲挈领：保障律师辩护权是构建新型检律关系的核心

2021年6月15日《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》（以下简称《意见》）指出，要“加强保障律师执业权利法律监督，纠正阻碍律师依法行使诉讼权利的行为”“建立检察官与法官、人民警察、律师等同堂培训制度，统一执法司法理念和办案标准尺度”。该规定为新时代检律关系的共同发展指明了方向，即强化律师执业权利保障。因为：从角色上而言，检察官和律师都是法律职业共同体的成员，虽然职责不同，但都是中国特色社会主义事业的建设和捍卫者，在维护国家法治、维护社会公平正义的目标上具有内在的一致性。特别是《刑事诉讼法》的制定实施乃至，对统筹协调律师辩护权与检察机关司法执法公信力，构建新型检律关系作用重大。从内容上看，刑事诉讼法扩大了律师的执业权利，尤其在检察环节，律师执业权利的行使需要依靠检察机关的全力支持与保障。由此也可以看出，检察机关切实保障律师依法行使辩护权是建立新型检律关系的核心，也是刑事法治与司法实践的必然要求。

（一）保障律师依法行使辩护权决定于检察机关的法律监督职责

检察机关作为我国宪法确立的法律监督机关，在刑事司法过程中，除对部分刑事案件履行自侦、所有刑事案件履行公诉职能外，其还具备当然的法律监督职能，并且这一职能贯穿刑事诉讼始终。据此，保障律师行使辩护权的有效行使，应是检察机关职能的重要内容之一，也是贯彻落实《刑事诉讼法》“尊重和保障人权”原则的具体实践。

特别是与前相比，现行《刑事诉讼法》对律师辩护制度作了重大修改完善，保障辩护权的突破性规定在检察环节尤为多，循此规定，辩护律师不仅能够充分有效行使辩护权，而且对促进诉讼文明与公开、诉讼监督与制约、增强司法公信力和维护公平正义均具有重要意义。而律师在整个刑事诉讼过程中，尤其是在检察环节行使辩护权的效果，除依靠律师的专业规范外，起决定性作用还是得依赖检察机关的切实保障。因此，基于法治的应有之义和检察机关的法律监督职能地位，检察机关应当切实保障律师充分有效地履行辩护职能。

（二）保障律师辩护权是维护司法形象和公信力的内在要求

近年来，冤假错案的教训非常惨痛。如网络媒体与社会各界曾热议的浙江“张氏叔侄强奸案”，值得检察机关等司法机关深思。该案办案人员聂某曾被誉为“浙江女神捕”，该案更是号称铁案也被作为其办理案件中最为成功的典型案件，为各界媒体广泛宣传报道。然而，当真凶再现，包括检察机关等司法办案机关的公信力和社会形象可以说是碎了一地。究其原因，除了当时整个司法制度的问题外，最为重要的还是办案机关没有切实保障律师的辩护权，没有充分听取并重视律师的辩护意见所致。回过头来看，如果检察机关当时能够在公诉阶段就该案定罪问题进行充分的沟通，那么该案也就不会成为公检法三家的滑铁卢。因此，只有切实保障律师的辩护权，辩护律师才能够在辩护工作中真正发挥自身的作用，才能从根源上杜绝冤假错案，减少冤假错案给办案机关所带来的信任危机，从而维护司法机关良好形象和司法公信力。

二、法规透视：检察环节律师辩护权的法律保障

《刑事诉讼法》作为保障法，自1980年制定以来，历经1996年、2012年和2018年的三次修正，均将律师辩护权的保障问题作为重点予以特别关注，特别《刑事诉讼法》直接将“尊重保障人权”写入该法，人权法治理念得到彰显。梳理历次修正，可以看出《刑事诉讼法》对检察环节律师辩护权的保障问题主要有以下进步之处，凸显了检律关系从对立走向了合作的良好态势。

（一）明确侦查阶段律师专属辩护权

1996年《刑事诉讼法》第96条规定“犯罪嫌疑人自被第一次讯问或被采取强制措施之日起有权聘请律师为其提供法律帮助”。该规定虽提出律师的法律帮助权，但未明确其辩护人身份，导致律师在侦查阶段的介入底气不足。对此，2012年《刑事诉讼法》修正为“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人……”。该规定实现了被追诉人从被检察机关追诉起就可以聘请辩护人，从而实现辩护与追诉的同步，意味着检察机关自侦案件同样不再仅是单方面的侦查活动，而是辩护活动相伴其中，使得律师在侦查阶段作为辩护人的专属地位和作用得以明确。该规定因其内容的科学性与合理性也为2018年《刑事诉讼法》所保留。具体而言：

一是前置犯罪嫌疑人有权委托辩护人的时间。依据《刑事诉讼法》修正前后的规定可知，犯罪嫌疑人委托辩护律师的时间节点从“移送审查起诉之日”提前到了“自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日”，从而使得侦查权的行使不仅要受到检察机关的监督，而且也受到保护犯罪嫌疑人合法权益的辩护律师的制约，增强了侦查阶段的民主性和透明性，防止了滥权的可能性。

二是扩充辩护律师在侦查阶段的权利。

根据2012年和2018年《刑事诉讼法》规定，辩护律师在侦查阶段享有的权利有：为犯罪嫌疑人提供法律帮助；代理控告、申诉；申请变更强制措施；向侦查机关了解犯罪嫌疑人嫌疑的罪名和案件的有关情况，提出意见；会见和通信等。与1996年《刑事诉讼法》第96条相关规定相比，其进步之处主要体现在辩护律师可以向侦查机关了解案件的有关情况。《刑事诉讼法》的上述规定有利于律师全面客观地了解案件情况，有针对性地提出法律帮助，防止犯罪嫌疑人在侦查机关和律师面前各说一套，混淆视听，客观上也有利于防止干扰侦查活动。

三是明确告知义务主体。由于《刑事诉讼法》增加了侦查阶段可以委托辩护人的规定，因此向犯罪嫌疑人、被告人告知其享有该项权利的机关拓宽为公安机关、人民检察院和人民法院，具体落实是案件处在哪一个阶段，就由哪一主体承担该项义务，避免了三个机关在该问题上相互推诿而无法落实该项权利告知义务的发生。同时，对在押的犯罪嫌疑人要求委托辩护人的，侦查机关有及时转达其要求的义务。

（二）强化保障律师辩护会见权

一是简化会见程序。2012年和2018年《刑事诉讼法》均规定，“辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过48小时。”这一规定明确具体，又在时间上作了硬性规定，为律师与在押犯罪嫌疑人会见扫清了障碍。

二是明确批准会见范围。2012年《刑事诉讼法》规定，危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪案件和特别重大贿赂犯罪案件需要侦查机关许可。由于监察委成立后，检察机关不再对贪污贿赂犯罪刑事立案侦查权，据此，2018年《刑事诉讼法》只对危害国家

安全犯罪案件和恐怖活动犯罪案件的会见进行了限制性规定。但对于上述案件，侦查机关应当事先通知看守所，以便看守所在接待辩护律师会见时，如果属于侦查机关事先通知的这两类案件，就可以要求辩护律师出示已取得侦查机关许可的文件，否则，可以不安排会见。至于其他案件，则不受此规定的影响。

三是扩充会见权利。第一，规定辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。这就意味着办案机关包括侦查机关不可以在律师与犯罪嫌疑人会见时再派员在场，也不可以通过技术手段监听会见时双方的谈话内容。第二，明确了辩护律师可以向犯罪嫌疑人、被告人核实证据权。2012年《刑事诉讼法》第37条第4款规定：“自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据。”其具体含义是，自案件移送审查起诉之日起包括审判阶段，辩护律师与在押的犯罪嫌疑人、被告人会见时，可就案件中的有关事实和证据向犯罪嫌疑人、被告人进行核实，包括将案内有关证据的内容，特别是与犯罪嫌疑人、被告人陈述不一致，甚至有较大出入的证据内容告知犯罪嫌疑人、被告人。必要时还可把有关物证、书证的照片或复印件出示给犯罪嫌疑人、被告人，让其辨认。核实的目的在于使犯罪嫌疑人、被告人了解、掌握办案机关认定其涉嫌犯罪或指控其犯罪的事实及相关证据；同时使辩护律师与犯罪嫌疑人、被告人就案件事实和相关证据进行充分的交流，以做好辩护的准备。为律师高效、便捷行使辩护权提供了保障。该规定因其合理性也为2018年《刑事诉讼法》所保留。

同时，2012年及2018年《刑事诉讼法》均明确了辩护律师同被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信，适用上述规定。

（三）强化保障辩护律师阅卷权

2012年及2018年《刑事诉讼法》规定，“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料。”其对1996年《刑事诉讼法》的修改主要是两个地方：

一是阅卷的范围从以往的部分材料扩大到案卷材料。2012年及2018年《刑事诉讼法》规定，无论审查起诉阶段还是审判阶段，辩护律师都可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。所谓本案的案卷材料，应该是指该案的全部诉讼文书及全部证据材料。但在不同诉讼阶段范围有所差异。在审查起诉阶段，主要是侦查终结后侦查机关向检察机关移送的全部诉讼文书和全部证据材料，此外，还有退回补充侦查后补充的证据材料。

二是其他辩护人经人民检察院、人民法院许可，也可以查阅上述案卷材料，从而为辩护人及时了解全案事实，掌握全案证据提供了便利。

（四）强化对辩护律师调查取证权的保障

2012年及2018年《刑事诉讼法》在保留了1996年《刑事诉讼法》关于辩护律师有搜集和调查取证权的基础上，为了防止有利犯罪嫌疑人、被告人的证据材料不被移送，规定：“辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的，可以申请人民检察院、人民法院调取。”这就可以使辩护人全面掌握不利和有利犯罪嫌疑人、被告人的证据材料。

（五）降低辩护律师的执业风险

2012年及2018年《刑事诉讼法》规定，辩护人或者其他任何人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为……。此

条虽为律师执业设定了应遵守的义务，但也同时设置了保护律师的权利。司法实践中，律师同侦查机关在办理具体刑事案件过程中，时常由于所处立场的不同而产生矛盾，律师稍不留神便可能出现意料之外的执业风险。对此，新刑事诉讼法规定，辩护人违反前述规定涉嫌犯罪的，应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理，辩护人是律师的，应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会。此规定改变了公权力机关有权“既查办犯罪嫌疑人、又查办律师”的局面，同时加上律师事务所与律师协会的维权渠道，从而为律师安全参与刑事诉讼，大胆维护委托人权利提供切实法律保障。

三、现实困境：检察环节律师辩护权行使存在的障碍

从上述规定可以看出，《刑事诉讼法》的历次修正，极大地扩展了辩护律师的辩护空间，增强了辩护律师的职能与作用，提升了辩护律师在刑事诉讼中的地位。但是，就实践情况来看，仍还存在诸多不尽人意的地方。对此，笔者将着重论证在检察环节，律师履行辩护职能过程中存在的一些困难：

（一）检察机关批捕与自侦程序中，律师实际无法充分发表有效的意见

检察机关审查批捕程序和自侦案件侦查程序，是我国刑事诉讼程序中两个重要环节。在2012年《刑事诉讼法》修改以前，以上两个环节辩护律师几乎没有实质性的工作。历经2012年、2018年修正，律师才可以真正意义上以辩护人的身份参与到这两个重要程序中来，从而使得这两个程序成为辩护律师与检察机关在案件侦查阶段最易产生联系的重要环节。但时至今日，律师参与这两个程序的实际效果却不尽人意。

一是在检察机关审查批捕程序中，律师

的辩护工作处于明显被动境地。《刑事诉讼法》规定：“人民检察院审查批准逮捕，可以询问证人等诉讼参与人，听取辩护律师的意见；辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。”从上述规定分析，检察机关审查批捕环节实为一个具有相对独立性的程序。在这一程序中，分别由侦查机关提请批捕，由辩护律师对侦查机关的批捕申请提出抗辩或其他意见，最后由检察机关审查并决定是否批准逮捕。从这一程序的职权设定来看，检察机关在批捕程序中，处于类似法院审理案件的居中裁决的地位。因此，侦查机关与辩护律师的意见，对于检察机关的决定有着重大参考意义。然而，侦查机关基于在侦查过程中天然的主导地位，案件证据及相关材料几乎全部为侦查机关所掌握。辩护律师由于没有侦查阶段阅卷的权利，也难以启动针对性的调查权，对案情不了解，所以就难以在此阶段对案件提出详细意见。在检察机关审查批捕程序中，侦查机关可以依凭其优势地位，对案件提出具体、详细的逮捕理由。而辩护律师却难以提出具体、详细的辩护意见。检察机关在审查批捕过程中，也难以在全面了解案情基础上，充分评判侦查机关与辩护律师两方面的意见，从而做出更为准确的决定。不仅如此，甚至有可能出现，检察机关认为案件仍处于侦查阶段，从而对辩护律师不予接待和漠视律师意见的情况。

以上现象，会导致在检察机关审查批捕程序中，律师的辩护职能几乎形同虚设，律师的辩护工作处于明显被动境地。

二是在检察机关自侦案件的侦查程序中，辩护律师无法提出有质量的辩护意见。尽管2012年及2018年《刑事诉讼法》均规定：“在案件侦查终结前，辩护律师提出要求的，侦查机关应当听取辩护律师的意见，并记录在案。辩护律师提出书面意见的，应当附卷。”但是，律师对案件的意见，必须

依赖于对案件事实的掌握。而《刑事诉讼法》并未赋予律师在侦查阶段的阅卷权。虽然规定律师在侦查阶段有调查取证的权利，但律师的调查取证权受到限制并不完整。

《刑事诉讼法》规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”从以上规定可以看出，辩护律师向证人或者其他单位和个人收集与本案有关的材料须经他们同意。向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料，不仅要经被害人一方的同意，还要经检察院、法院的许可。这实际导致律师在实际执业过程中几乎不可能行使调查权。

另外，2012年及2018年《刑事诉讼法》及司法解释明确规定了可以取保释的诸多情形，甚至可以说，除了部分重大案件和严重暴力犯罪案件之外，大部分刑事案件都是符合取保释条件的。针对超期羁押问题、羁押必要性问题，申请变更强制措施，是辩护律师在侦查阶段的重要工作内容之一。可是，在变更强制措施的申请中，辩护律师却面临很多困难。司法实践中律师申请取保候审成功的概率并不高。一方面，客观存在不少案件已经超期羁押，违反了相关的程序规定。另一方面，又拒绝律师根据法律规定提出的取保候审申请，再次将相关法律规定丢置一旁。这不仅损害了法律的权威性和司法的公信力，也是对律师行使辩护权的置若罔闻。

因此，在检察机关侦查阶段，《刑事诉讼法》虽然赋予了律师向检察机关提出意见的权利。但却并未对这一权利设置前置性的

保障基础。辩护律师在没有阅卷权、调查权受限的情况下，必然无法向检察机关提出具有实质性内容的高水平意见。这就使得刑事诉讼法的相关规定，无法得以有效执行，从而失去意义。

此外，需要特别强调的是，在认罪认罚从宽制度试点及被正式确立以来，虽然司法实务界及学界、律师界均认可认罪认罚是“在检察官主导下的量刑协商”，但往往是只见“主导”不见“协商”。检察官通常只是象征性地听取一下辩护律师意见，几乎不存在任何“协商”的空间；有的检察官在明知嫌疑人有辩护律师且辩护律师已向其表达了希望就量刑进行沟通时，仍有意或无意地绕过辩护律师，直接由看守所值班律师见证签署具结书，造成辩护律师工作的被动及当事人的质疑。

（二）非法证据排除缺乏程序保障

非法证据的排除，可以说是一个老生常谈又始终得不到解决的问题。近年来出现的浙江“张氏叔侄强奸案”“萧山杀害出租车司机案”以及持续发酵的河北“聂树斌强奸杀人案”等一些网络媒体及社会关注度很高的案件，将我们的司法机关推到了负面舆论的风口浪尖，司法机关的公信力和形象，一再受到社会的强烈质疑，这是值得我们反思的。上述冤假错案几乎都是刑讯逼供所形成的非法证据最终成为定案的依据，笔者认为，作为同时肩负公诉职能和法律监督职责的检察机关是有责任的。检察机关没有在自身环节认真履行好法律监督职能，疏于严格审查并有效排除非法证据，使得非法证据进入到了审判环节，从而成为定罪证据，并最终导致冤假错案。

正是基于司法实践存在的上述问题和人权保障的需要，《刑事诉讼法》规定了非法证据排除的规则与程序。即“在侦查、审查起诉、审判时发现应当排除的证据的，应

当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决依据”。由此确立了各司法机关均具有排除非法证据的法定义务。但仔细研究上述条文内容后，发现该规定仅仅是赋予了权利，却没有赋予实现权利的工具或程序保障，无论是侦查、审查起诉，还是审判阶段，辩护律师启动非法证据排除程序，以及实现排除非法证据的目的依然很困难。

一是非法证据排除范围规定简单、缺乏操作性。上述规定可直接排除的证据仅限于犯罪嫌疑人、被告人供述和证人证言、被害人陈述。而对于其他物证、书证，则规定在不符法定程序、可能严重影响司法公正的情况下，应当予以补正或者作出合理解释。并且，只有在不能补正或者作出合理解释的，才对该证据予以排除。那么，何种情况属于可能严重影响司法公正，法律并未进一步明确。补正的具体方式、怎样解释、何种解释才算作合理解释，法律同样未作规定。以上法律规定的空白，势必造成执行过程的随意性。

此外，《刑事诉讼法》规定了8种证据形式，但非法证据排除的范围却并不包括鉴定意见、勘验、检查、辨认、侦查实验笔录、视听资料、电子数据。如果以上证据出现搜集证据程序不合法的情况，是否可以适用非法证据排除的规定？若能适用，是直接排除，还是可先予补正或作出合理解释？等等，此类问题，均未予以明确。

二是对非法证据的取证缺乏救济途径。实践中，当事人及其辩护人申请非法证据排除的，办案机关往往会要求其提供相关线索或者材料。但，如前所述，在案件侦查、审查批捕阶段，辩护律师并无实质的调查权，也无阅卷权。在此情况下，即便通过会见，犯罪嫌疑人反映侦查机关有刑讯逼供或其他非法方法收集证据的行为，但辩护律师根本无从搜集任何线索或材料。即便受理申请，

无非是要求案件侦查机关作出说明。侦查机关通常出具一份“情况说明”，用来反驳一切有关侦查人员刑讯逼供的指控，而这种“情况说明”被采纳的概率往往很大。因此，有关非法证据的问题在绝大多数情况下被驳回了。

就在检察环节排除非法证据来看，律师的辩护工作存在如下明显困难：

一是《刑事诉讼法》规定了检察机关对有关非法证据的举报应予调查核实、提出纠正意见、构成犯罪的应追究刑事责任。但上述规定并无具体程序要求。比如，接到举报后，多长时间内调查核实？采取何种方法调查核实？提出的纠正意见不被采纳如何处理？如何检查纠正意见的落实情况？以上情形均无明确规定，容易导致执行过程中流于形式。

二是《刑事诉讼法》规定了检察机关在审查起诉环节应当对非法证据进行排除，但是缺乏在该环节对非法证据进行排除的操作程序，辩护律师在这一阶段无法有效发表关于排除非法证据的辩护意见，导致实务中这一阶段排除非法证据流于形式。

以上是当前辩护律师执业过程中所面临的突出问题与困难，究其原因：一方面，立法与司法解释存在缺憾与不足；另一方面，检察机关作为对侦查活动监督的专门机关，有少数人员在思想和观念上依然受传统“三重三轻”的影响，即重打击犯罪、轻人权保护；重刑事实体法的适用，轻刑事程序法的适用；重口供和对实物证据机械性判断，轻对非法证据的排除审查。等等，这些问题严重阻碍了律师辩护权的充分有效行使，不利于保障被追诉人的合法权益，也不利于查明案件事实真相和维护司法公信力。

四、应然选择：聚焦职责使命力促检律关系共发展

《检律关系倡议书》明确指出，“检察官和律师应当坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，合力构建互尊互信、平等相待、正当交往、互动协同的新型检律关系”“做忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的人民检察官、人民律师”。至此，律师不仅被冠以“人民”的底色，而且像人民检察官一样，作为社会主义法治工作队伍的重要组成部分，被赋予新型检律关系构建过程中新的要求。

（一）律师履行辩护职能应坚持的程序性的操作规范

建立新型检律关系，同样需要对律师的执业规范提出更加严格、更高标准的要求。律师在依法行使法律规定的各项权利的同时，应当牢固树立规范执业意识，自觉履行法律规定的各项义务，自觉践行律师职业道德，并以此避免执业中的风险。笔者认为，律师在律师履行辩护职能应坚持如下程序性的操作规范：

一是关于律师接受委托后递交手续的问题。《刑事诉讼法》规定，除“二类案件”的会见需要侦查机关审批外，律师凭“三证”可直接会见嫌疑人、被告人。那么，是否意味着律师接受当事人委托后，不用向办案机关递交任何委托手续，而可直接凭“三证”到看守所会见嫌疑人、被告人？根据《刑事诉讼法》规定，律师接受委托后，应当及时告知办案机关。因此，律师在接受委托后，应当首先将当事人签署的委托书、律师事务所指派函及律师证复印件，递交给办案机关，之后再落实会见事宜。根据法律规定，律师可以向侦查机关了解案情，了解嫌疑人关押的地点，如果不到办案机关递交手续，就无法了解这些情况。律师只要履行了递交手续义务，办案机关及看守所就无理由限制律师到看守所会见。

二是关于在不被监听情况下会见时交谈

内容的问题。《刑事诉讼法》规定，律师会见嫌疑人、被告人时不被监听。那么，律师是否可以与犯罪嫌疑人、被告人无话不谈，而这些谈话是否可能引发对犯罪嫌疑人、被告人权利保障不利的后果？律师在会见时，应当自觉地接受法律和职业道德的约束，同时也要告知当事人要谨慎地提出咨询。律师向犯罪嫌疑人、被告人回答问题或提供咨询时，一定要法言法语，客观实际，解释法律，介绍诉讼实践知识。律师回答犯罪嫌疑人、被告人问题或提供咨询时，要用法律条文及法律条文的解释、法律原则及法律原则的解释、基本法理、实践规则等。不引导、不唆使犯罪嫌疑人、被告人作虚假陈述与辩解。

三是关于律师如何把握在侦查阶段调查取证的问题。根据《刑事诉讼法》规定，律师在侦查阶段有权调查取证，但是否不受到任何限制？虽然法律规定了律师在侦查阶段享有调查权，但从防范风险角度看，辩护律师在侦查阶段应当慎用、少用调查权，尤其是对于已知的控方证人的调查更应持谨慎态度。辩护律师在此阶段应专注于调查和收集“犯罪嫌疑人不在现场、未达刑事责任年龄、系不负刑事责任的精神病人”三类情形有利于嫌疑人的证据，而不要盲目调查其他证据，从而避免因辩护律师在侦查阶段全面或盲目展开调查所产生的执业风险。

四是关于律师如何向嫌疑人、被告人家属介绍案情的的问题。作为嫌疑人、被告人的家属，有权向受委托的律师了解工作情况，律师如何把握好度的问题？律师向侦查机关了解到的案情，及在会见中向犯罪嫌疑人了解到的案情，对其中属于国家秘密的部分，应当保密。基于委托合同的要求，律师可以向委托人告知基本的案情概貌，但不可以将案件细节透露给委托人，更不可以透露给委托人以外的其他人。律师如果将国家侦查犯

罪的活动泄露，可能被认定为泄露国家秘密的违法甚至犯罪行为而遭受处罚。同时，律师如果将案件细节告知委托人，可能会造成委托人因救人心切而去实施串供，伪造、毁灭、隐匿证据等违法犯罪行为，从而对诉讼造成妨害。

五是关于律师如何保管、使用案卷材料及核实证据的问题。《刑事诉讼法》规定，在案件进入审查起诉阶段后，律师可以查阅、摘抄、复制、拍照、扫描全部案卷材料，但律师对这些证据材料是否有保管和使用方面的限制？律师如何向犯罪嫌疑人、被告人核实证据？

在案件开庭审理前，律师所获得和掌握的案卷材料，不能复制给委托人及其他人员，更不能通过上网等方式公开披露；在庭审公开后，涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的部分，仍需继续保密。根据《刑事诉讼法》规定，律师可以向犯罪嫌疑人、被告人核实证据，对犯罪嫌疑人、被告人自己的供述、辩解和书证、物证、鉴定意见等实物类证据，可以直接展示给犯罪嫌疑人、被告人，供其核对。但对同案犯供述、证人证言等言词证据应就其中有异议的情节，应通过口头方式进行核实，而不宜于直接展示。

（二）对检察机关切实保障律师依法履行辩护职能的建议

“徒法不足以自行”，再好的法律，如果得不到有效实施，也是一纸空文。在新时代背景下，就检察机关如何贯彻落实《意见》及《检律关系倡议书》的精神，切实贯彻执行好《刑事诉讼法》辩护制度的规定，维护好犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，严格保障律师依法履行辩护职能等问题，笔者提出如下建议：

1. 进一步细化律师在审查批捕环节发表辩护意见的程序规定

一是建议在检察机关审查批捕程序中，

进一步对律师介入的程序作细化规定。检察机关应将审查批捕作为一个独立环节予以对待，并认识到在此环节听取律师意见，对于保障当事人合法权利、避免不必要的强制措施，具有重要意义。不应认为在此环节辩护律师只应向公安机关了解情况、反映意见。为便于律师在审查批捕阶段发表辩护意见，检察机关应当设立在审查批捕阶段的对口接待制度，在侦查机关提交批捕申请后，辩护律师即可与检察机关审批部门具体工作人员联系，递交委托手续与律所公函，在得到检察机关确认后，辩护律师直接向其陈述对于逮捕的意见。同时，为便于检察机关审查，并防止辩护律师随意提出意见，保障审查批捕程序的正常进行。对于辩护律师就批捕事宜提出的意见，检察机关可以要求辩护律师应当提出书面意见，意见应当附有具体、详细的事实、理由，并交由审查批捕部门认真审查和附卷。

二是保障辩护律师在审查批捕程序中的正当权利，以弥补辩护律师在阅卷权与调查权方面的不足。鉴于辩护律师在侦查阶段没有阅卷权和实质的调查权，检察机关作为法律监督机关和逮捕措施的决定机关，在此环节还应当保障和维护辩护律师的正当权利。对于侦查机关违法限制辩护律师会见、了解案情的，辩护律师可以依据《刑事诉讼法》的规定，直接向同一级或上一级人民检察院申诉或控告。检察机关对辩护律师的申诉或控告应当及时进行审查，情况属实的，通知有关机关予以纠正。对于审查批捕程序中，辩护律师提出的申诉与控告，检察机关应当在批捕决定作出前进行审查并作出纠正决定，以保障审查批捕决定的正确性和处理申诉与控告的及时性。律师认为侦查机关没有将收集的证明犯罪嫌疑人无罪或罪轻的证据材料提交的，应当依据规定直接申请人民检察院调取。同时，建议检察机关可以制定相

应的细则，对于辩护律师的此类要求，规定专门的受理部门、具体的申请和处理程序以及严格的处理时限，对辩护律师的上述权利予以保障。辩护律师由于调查取证权受限，在客观无法收集、调取证据的情况下，可以依法申请检察机关收集、调取证据。建议检察机关对于辩护律师提出申请的，可以规定辩护律师应当提交书面申请，并附有申请理由和线索，同时应规定检察机关的专门部门对律师申请进行受理和审查，以及处理的时间要求和答复方式。

2. 检察机关应当充分保障辩护律师在其自侦阶段切实行使相关权利

一是检察机关应当切实做好自侦案件权利告知工作。检察机关在侦查过程中，应严格依照法律规定，在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候，告知其有权委托辩护人。辩护律师接受委托后，首先应向检察机关递交规范的委托手续与律所指派函，表明律师身份与委托关系，便于检察机关核查。而在律师向检察机关了解自侦案件相关情况时，检察机关应当向辩护律师明确告知犯罪嫌疑人涉嫌触犯的罪名、主要犯罪事实、采取的强制措施、羁押的具体地点等相关情况。

二是检察机关应当保障好自侦案件中辩护律师的阅卷权和调查取证权。检察机关要完善律师阅卷的具体工作制度和设施，明确律师阅卷的申请、时间、地点、摘抄、复制、扫描等具体问题，不得以任何借口拖延安排律师阅卷。条件具备的可提供阅卷场所，并配备相应的办公桌椅、复印机等必备工具等，可建立电子案卷档案库和律师电子阅卷室，对归档的各类刑事案件进行全卷扫描，为律师查阅、摘抄、复制案卷提供便捷。同时，尽可能提供阅卷便利。对于涉案嫌疑人、被告人较多，辩护律师较多的，可通过预约的方式，统一安排，分时段阅卷，

避免让律师空跑、白等；对异地律师临时提出阅卷要求的，应尽可能当时安排阅卷。关于保障辩护律师申请调查取证权的问题，如前已述，不再重复。

三是检察机关应当认真听取辩护人的意见。《刑事诉讼法》规定了检察机关在多个办案关键环节上应当听取律师意见，并将书面意见附卷，但对于检察机关听取辩护人的意见的方式、程序及法律后果却没有明确具体的规定，这给实际操作带来一定的困难。笔者认为，检察机关应当完善相关程序。具体包括：当辩护律师主动到检察机关了解案情时，检察机关应当接待辩护律师并告知办案进展情况；当辩护律师提出要想检察机关发表对案件的意见时，检察机关应当明确告知辩护律师具体陈述意见的时间、场所、形式；对于辩护律师口头陈述意见的内容，检察机关应当制作笔录并入卷。对于辩护律师提交的书面意见，应当入卷。待案件起诉时，应将辩护律师所提出的意见及相关材料等一并提交法院。更为重要的是，应当明确规定检察机关不履行上述规定所应承担的法律后果。

3. 检察机关应当细化在检察环节排除非法证据的程序性规定

无论是对于公安机关侦办的案件，还是检察机关自侦的案件，检察机关都应当强化对侦查过程主动监督的意识。非法证据排除制度确立的理论基础之一，就是抑制非法取证，尤其是刑讯逼供。将非法的证据排除在审判环节之前，使该类证据无法被用来指控被告人，非法取证的目的就丧失了土壤，那么非法取证行为也就随之消失。检察机关既有指控犯罪的职责，也有保证法律正确实施的职责。《刑事诉讼法》规定了检察机关负有对非法证据进行调查、核实和追究责任的义务。同时也规定检察机关在法庭调查过程中，应当对证据收集的合法性加以证明。

检察机关应予以高度重视并有效实施在检察环节排除非法证据的工作，这对于正确打击犯罪、促进司法公正、减少冤假错案具有重要意义。

为此，检察机关应当对如何在检察环节排除非法证据作出更为明确、具体的程序性规定。笔者认为，检察机关要履行好在法庭调查过程中对证据合法性的证明义务，就必须重视辩护律师就侦查机关证据、侦查程序等问题所提出的意见。对于确实存在非法取证问题的，检察机关应及时、主动地予以处理和纠正。这既是履行法律所赋予的职责与义务，同时也是为法庭审理阶段更好地对证据合法性进行证明打下基础。因此，检察机关应当明确辩护律师就证据合法性问题向其提出报案、控告、举报的具体程序和救济途径。

此外，对于侦查机关就对证据合法性的补正，应当予以进一步的严格与细化。检察机关应当对相关的侦查人员进行调查、了解。对侦查机关的书面补正或解释，应规定有严格的程序、方式和要求。应当要求侦查机关附有相应的依据和证据。不能以侦查机关一纸“情况说明”，即视为其对不符合法定程序的证据进行了补正和解释。

结语

进一步完善诉讼结构，改变诉讼结构中控辩双方力量严重失衡的格局，尊重辩护权并增强辩护方的力度，是近年来《刑事诉讼法》修正的重要内容，也是未来刑事司法改革的方向之一。尊重辩护权既是对法治的尊重，也是对保障人权原则的尊重。检察机关重视和尊重辩护权也是在帮助自己履行保障法律正确实施的职责。新时代背景下，构建新型检律关系，就是需要按照《检律关系倡议书》的规定，科学定位和规范检察机关和律师的关系，充分保障犯罪嫌疑人、被告人

行使辩护权，保障辩护律师在刑事诉讼中依法执业，以实现检察机关与律师的良性互动，做到“亲”不逾矩、“清”不远疏，共同维护司法廉洁和司法公正，共同维护法律的尊严、司法的权威性和公信力。笔者坚信，随着检察工作改革的不断深入，检律良性互动、共同维护司法公正使命的深入践行，除了律师辩护工作将会迎来更广阔的空间，我国刑事司法也会更加法治、更加文明。

作者简介

汪少鹏，湖北立丰律师事务所发起创始人、首席合伙人、名誉主任、立丰（上海、海口）律师事务所总顾问、一级律师、西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长、中南财经政法大学刑事辩护研究院副院长及兼职教授。

曾荣获首届湖北省十佳律师、西北政法大学“首届杰出校友”等荣誉称号，先后在国内重要法学刊物发表数十篇法学理论与实务文章。辩护了众多重大影响、疑难复杂的各类刑事案件，最具代表性的是成功辩护了轰动国内外的湖北巴东“邓玉娇故意伤害罪”一案。



多元主体多维度参与犯罪预防



刘勋律师



宋安琪律师

□ 文 / 刘勋、宋安琪

党的十九大作出了中国特色社会主义进入新时代的重大战略判断，我国的社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾，人民群众在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面有更高水平、更丰富内涵的需求。如何更快更强地推动中国犯罪学研究的新时代转型，更好更优地为国家和社会提供犯罪学研究产品，是中国犯罪学所面临的重大时代使命。作为刑辩律师，长期执业在犯罪与罪犯一线，结合办案经历与感悟而言，我认为犯罪治理可以由多元主体多维度参与，从而达到预防犯罪的目的。

为什么我们要多元主体多维度参与，因为犯罪行为的发生本身就具有多元性，正如西方犯罪学专家菲利所说，“每一种犯罪都是行为人的身体状况与社会环境相互作用的结果”。所以犯罪治理从来都不单只是刑事

司法问题，从方法论层面而言，它是一个综合性的公共政策问题，还包括社会和行政管理成分。单一的刑事处罚手段已经难以遏制犯罪行为的发生，我们还需要运用法律、道德等手段，从完善政治、经济、文化、教育等各种途径入手，扩宽多元主体民主参与途径，发挥不同层级组织的作用，形成以国家为主导多元主体参与的架构，消除犯罪诱因。

我们鼓励多方参与犯罪预防，可以借鉴“枫桥经验”，其精髓在于发动群众、依靠群众，通过聚合社会各方面智慧和力量，实现社会矛盾的有效化解。坚持和发展新时代“枫桥经验”是指要坚持党领导下的多方参与、共同治理，打造共建共治共享的基层社会治理格局。回归到犯罪治理中来，即是通过共建机制，让社会各方围绕犯罪治理事务充分表达意见、提出建议，形成最广泛的共

识；通过共治机制，鼓励社会组织和社会工作者提供专业化服务，使不同社会主体既各尽其能、各展其长，又优势互补、良性互动；通过共享机制，确保犯罪治理成果惠及全体社会成员。通过形成不同治理主体共同参与、协同治理的机制，有效推进犯罪治理，具体来说可以从以下几个方面着手：

多元主体预防犯罪主要体现在不同机构对犯罪行为的干预。

一是加强社区对未成年人犯罪的预防工作，我们之前承办的一起未成年人聚众斗殴案件中，被告人全部都来自于单亲家庭，家长们平时也疏于管教，虽然他们之中有一部分是学生，学校可以起到一定的管理教育作用，但还有一些是既没有学校又没有工作的未成年人。这种情况下，除了要求家庭和學校对未成年人进行教育外，还可以加强社区对未成年人犯罪的关注，一方面体现在平时的法治宣传上，另一方面可以对这种特殊家庭做标记重点关注，敦促家长履行教育职责，给予未成年人更多关注与关爱，有效预防未成年人犯罪发生。

二是加强工作单位对相关犯罪的宣传教育，党政机关会经常组织工作人员上警示教育课，宣传各类职务犯罪所产生的负面影响，以达到教育和预防犯罪的目的。但是在一些地方民营企业，对于各类职务犯罪是疏于防范。比如我们去年承办好几起串通投标案件，公司或者工作人员为了得到更多的利益，铤而走险地围串标，甚至还伴有向招标单位行贿的行为。这种时候，公司则应当作为犯罪预防的主体，依靠自有的法务部门或聘请法律顾问，定期组织法治教育培训，规范职工从业行为，廉洁社会市场环境。

三是依托执法部门官方账号宣传各类犯罪行为的界定，预防犯罪发生。我们之前遇到一个咨询的当事人，她是全职家庭主妇，

文化程度不算很高，因为和其他朋友走得近就一起做网络生意，这种所谓的“生意”就是不停的发展身边的人进群买东西，当然我们经常接触这类犯罪会知道这就是传销，但她作为一个文化程度不太高，对法律认识不深刻的人，很难辨别。抛开这个案例，其实还有很多人触犯法律底线，也是因为对犯罪行为认识不够。所以我认为，我们的执法部门除了在官方账号上宣传谨防上当受骗，告诫大家不要成为受害人之外，还可以宣传犯罪行为的界定，告诫大家不要轻易成为加害人。

多维度参与犯罪预防则主要体现在犯罪前的预防和犯罪后的预防。刚刚提到的社区、工作单位、官方账号宣传等等，更多程度上都是犯罪前的预防，所谓的犯罪后预防主要是指对于刑满释放人员的再次犯罪预防。

一是组织企业适当放宽对刑满释放人员的就业政策，比如我们前年承办了一起法律援助的故意伤害案件，被告人是一名有犯罪前科的黑车司机，这次涉案是原本在火车站劝架，最后演变成斗殴，但最终通过我们对案件的分析及辩护，检察院做出存疑不起诉决定。当时他们对被害人进行赔偿的时候就显得很拮据，经过了解发现这个被告人既没有亲人，也没有正经工作，他想好好努力工作赚钱，但他只会开车，而无论是做公交车司机，还是去跑滴滴，都需要“无违法犯罪记录”，他达不到这些条件。所以这种情况下，企业是否可以考虑适当放宽对刑满释放人员的就业条件，宽严并济，加以考验期，让这些人最终也能有归宿，避免再次因经济问题而引发新的犯罪行为。

二是强化社区对刑满释放人员再就业问题的关注。即对无家庭成员，无就业途径的刑满释放人员做标注，定期关注其就业情

况，关注人际关系，让刑满释放人员感受社会温暖，防止因仇视社会、经济拮据等问题再次造成犯罪。

犯罪治理是国家治理体系和治理能力现

代化的重要内容，也是中国式现代化的应有之义。作为新时代的法律人，我们将共同研究共同努力，营造国家安全、社会稳定、秩序良好的和谐社会。

作者简介

刘勋，中共党员，湖北立丰律师事务所党委书记、主任。现担任：武汉市洪山区人大代表，湖北省律师行业党委委员、省律协副会长，最高人民检察院民事行政案件咨询专家，司法部、湖北省司法厅法律援助案件质量同行评估专家，湖北省政府、武汉市政法委法律顾问。刘勋律师投身律师行业已长达18年，长期为政府部门地方立法机关、大中型国有企业、民营企业、高等院校等提供综合性法律服务。他在刑事辩护、企业刑事风险防控、建设工程与房地产等领域具备扎实的法律理论知识，拥有丰富的办案经验。曾先后荣获“湖北省律师行业青年律师突出贡献奖”“湖北省首批专业律师”“武汉市律师行业优秀党员”“武汉市律师协会专门、专业委员会优秀委员”“湖北省律师行业优秀党员”等荣誉称号。

宋安琪，中共党员，湖北立丰律师事务所律师。现担任：武汉市破产管理人协会强制清算专业委员会委员、武汉市破产管理人协会破产衍生诉讼专业委员会委员。宋安琪律师具有多年政法机关工作经历，从事律师职业7年，擅长专业领域为经济合同纠纷、建设工程纠纷等诉讼法律服务，公司企业法律顾问、企业破产清算等非诉法律服务。曾担任国家管网集团东部原油储运有限公司、中国人民解放军95848部队等机关及国有企业常年法律顾问，代理多家国有企业诉讼案件与非诉法律尽职调查。



刑事诉讼法修正案 实务问题探析

□ 文 / 汪 群



摘要：我国的《刑事诉讼法》自1979年通过后，历经1996年第一次修正，2012年第二次修正，2018年第三次修正，每次修正都是一次很大的进步，取得了长足的发展。2023年9月，全国人大常委会公布了第十四届人大任期内的立法规划，《刑事诉讼法》位列其中。笔者从刑事辩护律师的角度，对现行《刑事诉讼法》凸显出来的问题深有体会，借此次修正的前夕，提出修改意见，抛砖引玉，期望获得大家的共鸣，为本次修正作出有意义的实务探索。

关键词：刑事诉讼 监察制度 涉案财产 认罪认罚

引言

我国《刑事诉讼法》制定于1979年，奠定了刑事诉讼法律制度的基础：首先，确立了一系列刑事诉讼的基本原则。其次，规定了刑事诉讼的基本制度。最后，规定了诉讼的基本阶段并规定了具体程序。其颁布实施标志着我国刑事诉讼法律制度建设走上了正

规化的轨道。这部法律适应了当时政治、经济和社会发展状况，为司法领域拨乱反正、纠正冤假错案、审判林彪、“四人帮”反革命集团案件提供了法律依据，吸收了新中国成立以来刑事诉讼法制建设的经验，规定的一些基本原则和制度对依法惩治犯罪、保障诉讼参与人的合法权益具有重要意义，至今仍在司法实践中发挥着重要作用。当然，由于历史条件的限制，1979年刑事诉讼法出台的时间比较仓促，对有的诉讼程序的规定比较原则，之后进行了多次修订。

随着改革开放和社会主义现代化建设的不断深入，国家由计划经济转为社会主义市场经济，我国各个领域都发生了深刻的变化，刑事犯罪也呈现出新的特点，《刑事诉讼法》第一次修正案主要从四个方面进行了修正：一是完善强制措施，关于收容审查、逮捕条件、监视居住和取保候审进行了落实完善。二是进一步保障诉讼参与人的权利，如不经人民法院判决不得定罪；修改律师参加诉讼的时间，保障犯罪嫌疑人、被告人的

合法权益；保障被害人的诉讼权利。三是完善庭审方式，对职能管辖、免于起诉等作了修改。四是加强对刑事诉讼各个环节的监督，如在总则中规定人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督；人民检察院认为或者被害人提出，公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案；对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理；人民检察院提出抗诉的案件、第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭；人民检察院发现人民法院的审理案件违反法律规定的诉讼程序，或者认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当向人民法院提出书面纠正意见。

党的十五大提出，依法治国，建设社会主义法治国家和2004年十届全国人大二次会议通过的宪法修正案将“国家尊重和保障人权”写入宪法。党中央对深化司法体制和工作机制改革提出了要求。《刑事诉讼法》需要根据新的形势进行修改。2012年《刑事诉讼法》第二次修正案进行了大修，具体分七个方面：（一）完善证据制度。如完善证据种类和证明标准、非法证据排除制度、证人鉴定人出庭制度、证人保护制度。（二）完善强制措施。完善逮捕条件、审查逮捕程序、监视居住措施。（三）完善辩护制度。如规定在侦查阶段可以委托律师作为辩护人；完善辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的规定；完善律师阅卷的相关规定；完善法律援助制度。（四）完善侦查措施。明确技术侦查、秘密侦查措施；完善侦查监督规定。（五）完善审判程序。调整简易程序适用范围；完善第一审、第二审程序；完善死刑复核程序。（六）完善执行规定。完

善暂予监外执行规定；加强检察机关对刑罚执行活动的法律监督；增加社区矫正规定。

（七）规定特别程序。设置未成年人犯罪案件诉讼程序；规定特定范围公诉案件的和解程序；规定犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序；规定对实施暴力行为的精神病人的强制医疗程序。

2018年《刑事诉讼法》第三次修正，当时草案共24条，包括以下主要内容：（一）完善与《监察法》的衔接机制，调整人民检察院侦查职权。删去人民检察院对贪污贿赂等案件行使侦查权的规定，保留人民检察院在诉讼活动法律监督中发现司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪的侦查权。删去有关贪污贿赂犯罪的内容，并完善刑事诉讼法关于“侦查”定义的表述。对人民检察院审查起诉监察机关移送的案件、留置措施与刑事强制措施之间的衔接机制作出规定。（二）建立刑事缺席审判制度。建立犯罪嫌疑人、被告人潜逃境外的缺席审判程序，规定犯罪嫌疑人、被告人潜逃境外的缺席审判的具体程序，充分保障被告人的诉讼权利。（三）完善刑事案件认罪认罚从宽制度和增加速裁程序。明确刑事案件认罪认罚可以依法从宽处理的原则；完善刑事案件认罪认罚从宽的程序规定。增加规定犯罪嫌疑人认罪认罚，有重大立功或者案件涉及国家重大利益的，经最高人民检察院核准，可以不起诉或者撤销案件；增加速裁程序。适用于基层人民法院管辖的可能判处三年有期徒刑以下刑罚、被告人认罪认罚，民事赔偿问题已经解决的案件；加强对当事人的权利保障。

《刑事诉讼法》的第四次修正应顺应未来政治、经济、文化、社会发展的新形势，已经纳入议事日程。笔者作为一个执业近二十年的刑事辩护律师，根据当前的刑事司法

政策和多年来办案中遇到的一些问题，试提出四个方面的建议，希望能在第四次修正案中得到重视和解决。

一、监察制度与刑事诉讼法的衔接

2018年3月，国家新设监察机关并制定《监察法》，将监察委的犯罪调查程序设置为一种特殊程序，采用与《刑事诉讼法》并行的机制，即职务违法与犯罪的调查程序适用《监察法》，不再适用《刑事诉讼法》的规定，为了解决《监察法》与《刑事诉讼法》的有效衔接问题，2018年10月立法机关对《刑事诉讼法》进行了第三次修正，修改的宗旨是希望在监察委办理职务犯罪案件中能够使《监察法》与《刑事诉讼法》顺利衔接，但因各方的原因，并没有全面覆盖两者的衔接问题，甚至对于若干问题采取了回避的态度，现《监察法》已经实施五年多，实务中两者存在的问题日益凸显，希望第四次《刑事诉讼法》的修正能将这些问题解决。

（一）法律位阶问题

《监察法》第一条规定：“为了深化国家监察体制改革，加强对所有行使公权力的公职人员的监督，实现国家监察全面覆盖，深入开展反腐败工作，推进国家治理体系和治理能力现代化，根据宪法，制定本法。”《刑事诉讼法》第一条规定：“为了保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家和社会公共安全，维护社会主义社会秩序，根据宪法，制定本法。”两者的立法目的虽然不同，各有侧重，但两者制定的依据都是一样的“根据宪法，制定本法”，即法律位阶一样。但当两者出现分歧时，以谁为准？

《监察法》第四条第二款、第三款规定：“监察机关办理职务违法和职务犯罪案件，应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合，互相制约。监察机关在工作中需

要协助的，有关机关和单位应当根据监察机关的要求依法予以协助。”第四十七条第四款规定：“人民检察院对于有《中华人民共和国刑事诉讼法》规定的不起诉的情形的，经上一级人民检察院批准，依法作出不起诉的决定。监察机关认为不起诉的决定有错误的，可以向上一级人民检察院提请复议。”如果监察机关调查认为某人构成犯罪，移送到检察院，但检察院认为不构成犯罪，是否还要根据监察机关的要求起诉进行“协助”呢？

笔者曾经为一个监察机关办理的案件辩护，被告人虽有特殊公职身份，但其与借款人没有任何管理与被管理或工作上的交集，双方有借条，约定的利息相当于同期银行贷款利息，后借款人不能按期还款，被告人为此还起诉过借款人，该案以受贿罪和其他罪名移送到检察院，我们阅卷后，与分管副检察长沟通、提交书面辩护意见，检察院也认为不构成受贿罪，但为了慎重起见，检察院召集监察委、法院的相关人员开会讨论，但因为监察委不同意去掉该罪名，最后还是强行起诉、判决。

虽然《刑事诉讼法》第五条明确规定人民法院、人民检察院独立行使审判权、检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，但笔者认为，仍应增加一款作为本条的第二款，即“对于监察机关移送审查起诉审判的案件，适用上述规定，人民检察院、人民法院应当将依法独立作出的结果通报给监察机关。”

（二）管辖立案问题

首先，关于管辖问题。对于单个罪名，都还好说。但对于一人犯数罪，或一案多罪名分别属于监察机关和公安机关管辖的同一案件，如果公安机关先立案侦查，可能就存在问题。我国2012年《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》（以下简称《规定》）第

一条规定：“公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时，应当将贪污贿赂案件移送人民检察院；人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件，应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于公安机关管辖，由公安机关为主侦查，人民检察院予以配合；如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖，由人民检察院为主侦查，公安机关予以配合。”。然而，《监察法》第三十四条第二款却规定：“被调查人既涉嫌严重职务违法或者职务犯罪，又涉嫌其他违法犯罪的，一般应当由监察机关为主调查，其他机关予以协助。”《监察法》这一规定与前述规定相冲突，长期实践相冲突，造成司法实践的许多障碍。故建议这次修正对《刑事诉讼法》第十九条增加一款作为第三款：“对于公安、人民检察院和监察机关都有侦查管辖权涉嫌数罪的同一案件，如果主罪属于哪一个机关，则由其主办侦查，其他机关予以配合。”

其次，关于监察机关立案的标准。《监察法》第三十九条规定“经过初步核实，对监察对象涉嫌职务违法犯罪，需要追究法律责任的，监察机关应当按照规定的权限和程序办理立案手续。”。既包括职务违法，也包含犯罪行为，显然要比刑事诉讼的立案范围要宽许多。然而，监察机关向检察机关移送审查起诉时，检察机关是否需要再次办理案件的立案手续，法律法规都没有明确规定，实践中存在不同的认知。有的人认为，立案是刑事诉讼必经程序，职务类的犯罪案件如果监察机关受案并不进行刑事立案这一程序，监察机关向检察机关移送的“起诉意见书”、“案卷证据”等材料都不能直接为刑事程序所使用，都需要检察机关进行转化才能顺利使用。而实践中，对监察机关移送的刑事案件，类似于公安移送审查起诉的做

法，检察机关只进行登记并办理受案手续。故笔者建议，为了规范办案，监察机关在确定为刑事犯罪案件后，应当通知人民检察院。即在《刑事诉讼法》第一百零九条增加第二款：“监察机关在立案后确定为职务违法刑事犯罪案件后，应当在三日内通知人民检察院。”

（三）刑事强制措施的衔接与律师会见问题

1、首先是强制措施的衔接问题。

《监察法》第二十二条中规定：“被调查人涉嫌贪污贿赂、失职渎职等严重职务违法或者职务犯罪，监察机关已经掌握其部分违法犯罪事实及证据，仍有重要问题需要进一步调查，并有下列情形之一的，经监察机关依法审批，可以将其留置在特定场所……”此留置权其实是过去纪委“双规”的替代性措施。刑事强制措施是《刑事诉讼法》中规定，对犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行限制的一种强制手段，是由法律授权，其适用的条件和程序十分严格。《监察法》中的留置权适用的条件、具体期限、批准权等都没有给予明确的规定。但实践中许多地区的做法是依据纪检监察机关内部的规定来实施留置，并没有法律文件明确指导。甚至有的地方为了节约留置的成本，指令公安机关立案关押到看守所后，监察机关则到看守所办案调查。刑事诉讼中的强制措施，对于这些程序上的规定都非常详细，并且都由专门的机关来执行，留置权的实施办法没有进行明确的立法，这就导致了对于人权的保障存在巨大隐患。对此，与其偷偷摸摸，不如正大光明地将留置场所规定为看守所。故笔者建议参照《刑事诉讼法》中的规定，在《刑事诉讼法》第六十六条中增加一款作为第二款：“监察机关可以依法进行留置，留置场所为看守所。”

2、其次是律师会见和通信的问题。

《监察法》中没有设置律师会见的渠道，导致被限制人身自由的留置人员无法获得辩护律师的帮助。严重违反联合国大会1988年12月9日第43/173号决议，即《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》中被限制人身权利的公民有律师会见和获得帮助的权利，此为《监察法》中最让人难以理解的内容。作为法治国家，笔者建议在本次的修正案中进行修改，建议在《刑事诉讼法》第三十九条中增加一款作为第二款：“辩护律师经监察机关批准，可以同留置人员会见和通信。”

二、对涉案人员采取强制措施、涉案财产处置的法治化

（一）对涉案人员采取强制措施的问题

现行《刑事诉讼法》强制措施一章规定了拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕五种方式，除逮捕由检察院批准或法院决定外，其余四种侦查机关都可以直接适用。但法律规定强制措施适用的对象均为犯罪嫌疑人或被告人，不能适用于证人。但目前部分侦查机关为了强拉管辖权或逐利执法的目的，对不该适用强制措施的证人采取了强制措施，对应当适用轻缓化强制措施的人员采取了非常严厉的强制措施。

笔者办理了一个江西省某县公安局办理的单位掩饰隐瞒犯罪所得罪案件，该案件侦查机关将其中一个江西籍的证人直接升格为犯罪嫌疑人，进行了拘留，直接由自己管辖侦查。严格来说，该侦查机关没有管辖权，直接将证人升格为嫌疑人滥用了强制措施获得“管辖权”。之后，该公安机关为了完成“退赃”的财政任务（可以根据经手的退赃金额按照一定比例获得财政对该机构的拨款），将本可以取保候审的嫌疑人拒绝取保，以移送批捕为由，强行威逼该单位缴纳巨额“赃款”，声明交款放人，否则执行批

捕。

笔者认为，在刑事案件当中所采用的强制措施都是针对犯罪嫌疑人、被告人。犯罪嫌疑人、被告人是否“配合”不是决定是否采取严厉强制措施的客观标准，而是看是否能够让整个侦查、诉讼活动顺利进行下去，因为强制措施都是关乎涉案人员的人身自由，所以需要谨慎，体现立法精神，不能被侦查机关钻空子利用。

故建议对《刑事诉讼法》修改，增加一款作为第六十六条第二款：“不得将证人升格为犯罪嫌疑人而采取强制措施，不能以加重强制措施为由强迫犯罪嫌疑人、被告人退赃、退赔。”

（二）指定监视居住的问题

现行《刑事诉讼法》第七十五条规定了指定监视居住的两种情形：一是没有固定住所的，也就是犯罪嫌疑人、被告人在办案机关所在地的县市没有合法的住所；二是涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪，在住处执行可能有碍侦查的，经上一级公安机关批准。指定监视居住与监视居住的区别就是一个在侦查机关指定的住所之外的地方执行，一个是在住所执行，能否与家人团聚的问题。指定监视居住与监视居住的人身限制不同，前者没有人身自由，与羁押在看守所没有什么区别，后者有一定的人身自由，可以与家人见面、共同生活，但要受到办案机关的约束，如未经办案机关批准不得离开监视的住所、不得与他人会见或通讯、不得干扰侦查，将相关证件交执行机关保管等。

很多人认为，指定监视居住对犯罪嫌疑人或被告人而言，与在羁押人并无区别，完全限制了人身自由，不如直接逮捕；对办案机关而言，现行《刑事诉讼法》规定指定监视居住不得在羁押场所、专门的办案场所执行，不得收取费用。侦查机关需要寻找合适指定的监视场所，增加办案的费用。故很多

人呼吁取消指定监视居住的做法。

在本次修正时，笔者建议将现行《刑事诉讼法》中第七十五条修改为：“监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的住处执行。被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人，适用本法第三十四条的规定。”第七十六条直接去掉“指定”二字。

（三）健全涉案财产扣押监督制度

随着社会经济的发展，越来越多的案件涉及财产犯罪。虽然目前的《刑事诉讼法》对涉案财物被办案机关挪作他用、不入账，私设公账之外的账号，将涉案财物放置在个人名下的行为进行了规范处理。但当前对案涉财产的查封、扣押很不规范，非常随意，超范围、超规模、超出案件进行扣押查封、随意处置的现象比较多。例如本人办理的一个单位掩饰隐瞒犯罪所得的案件中，侦查机关不仅查封、扣押了公司的多个账户，还扣押了公司法定代表人的账户，更荒唐的是查封了公司一个小股东的账户，我们多次沟通请求解封未果。办案机关所述原因是该小股东向公司转过款，公司向该股东有过借款行为，理由牵强荒诞，让人匪夷所思。

对此，现行《刑事诉讼法》第一百四十一条中有明确规定：“与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押。”第一百四十五条也规定“经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除查封、扣押、冻结，予以退还。”但实际执行没有依法规范进行，应当增加涉案财产扣押监督条款。

故建议在《刑事诉讼法》第一百四十五条增加一款作为第二款：“办案人员拒绝解除与案件无关的财物，被查封、扣押人可以要求人民检察院对此进行监督处理。”

三、完善认罪认罚从宽制度中诉辩协商和以审判为中心的原则

认罪认罚从宽制度在2018年第三次修正

后，感召了很多嫌疑人、被告人主动认罪认罚，优化了司法资源，具有重大积极意义。但在实践运行过程中暴露出了许多问题。这些问题需要在《刑事诉讼法》第四次修改时予以纠正和弥补。

（一）加大从宽的幅度

目前认罪认罚从宽只是从轻处罚不能减轻处罚，这个界限应该有所突破。

笔者曾经办理了一起入室盗窃的案件，入室盗窃的次数比较多，但金额是25000多元，根据当前湖北省高级人民法院公布的常见罪名量刑标准的规定，如果没有自首、立功或从犯的情节，则不能减轻处罚，最低量刑为三年有期徒刑。但是，如果没有法定刑为三年以上有期徒刑的限制，可以计算减轻到一年五个月。最后法官判决为三年有期徒刑。两者的悬殊太大，直接影响当事人认罪认罚的态度。进一步扩大从宽幅度，对正常量刑较重超出法定刑很多的可以从轻；对正常刑罚刚达到上一标准的法定刑的，认罪认罚可以减轻处罚；对于初犯、偶犯，犯罪情节较轻，认罪认罚态度较好，能获得受害人谅解的免除处罚。激励犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚。从宽幅度的加大有利于减少社会的对立，化解矛盾，节约社会司法资源，贯彻惩罚与教育相结合的司法政策，最终实现司法效果与社会效果的双赢。故建议对《刑事诉讼法》第十五条增加一款作为第二款：“对于真诚悔罪，根据其犯罪情节和社会修复情况，可以从轻、减轻或免除处罚。”

（二）从立法保障认罪认罚体现的诉辩协商

认罪认罚从宽制度必须以控辩协商为前提，这是理论和实务界的共识。

现行《刑事诉讼法》第一百七十四条第一款规定：“犯罪嫌疑人自愿认罪，同意量刑建议和程序适用的，应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结

书。”即认罪认罚程序的启动是以当事人的态度为前提，具体认罪认罚具结书是由控方提供文本，是否签署认定由控方即检察官主导。在实践中就出现一个问题，认罪认罚具结书是否需要获得辩护律师的认同？很多时候，我们辩护人是在见证签署时才知道内容。没有对控方指控的事实或量刑建议发表任何意见，见证签署过程不能视为对量刑建议的同意或认可。如果不签署，当事人可能会面临从重处罚，或者当事人想走认罪认罚程序，没有控方即检察官的同意，就无法启动认罪认罚程序。现行《刑事诉讼法》第二百零一条规定：“对于认罪认罚案件，人民法院依法作出判决时，一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议，但有下列情形之一的除外……”该规定立法直接让人民法院为认罪认罚案件中“人民检察院指控的罪名和量刑建议”背书，加强了控方单方决定量刑建议的强势地位，以判决结果的形式迫使辩护人接受控方的量刑结果。故该“控辩协商”只是流于形式，控方单方决定，没有真正实现“控辩协商”的内核。

虽现行《刑事诉讼法》第一百七十三条中规定：“犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定，听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人对下列事项的意见，并记案：……”

但实践中犯罪嫌疑人、值班律师基本上都没能看案卷，无论检察官是否尊重其意见，“没有调查就没有发言权”，无法提出具有针对性、符合客观实际情况、有分量的定罪量刑辩护意见。辩护人虽然可以依据该规定提出定罪量刑的辩护意见或建议，但是有很多的局限性，最终结果完全取决于检察官的态度。如笔者正在办理的一个外地刑事案件，从侦查阶段接受委托介入，到检察院立案阅卷后，我们形成辩护意见约承办的检

察官见面沟通，结果检察官迟迟不见面，称在外地

学习（邮寄书面意见也无人接收，要等其回来），二十多天过去了，后来约上见面时，检察官直接提出其认罪认罚的量刑建议，我们提出自己的辩护意见，提交书面的辩护意见，检察官说没有回旋的余地，签署就按认罪认罚程序起诉，不签就下周直接起诉到法院。我们说考虑一下，请检察官也听听、看看我们的辩护意见再沟通。结果在我们回武汉的途中，就收到信息，案件已经移送到法院了。

故笔者建议对《刑事诉讼法》第一百七十四条第一款修改为：“犯罪嫌疑人自愿认罪，人民检察院应当听取辩护人、值班律师的辩护意见，控辩双方协商一致同意量刑建议和程序适用的，应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书，人民检察院未采纳辩护人、值班律师意见的，应当说明理由。”

（三）量刑建议一般应当以浮动刑，最终以法院判决为准

“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》以确定刑量刑建议为主，幅度刑量刑建议为辅。基于此，现行《刑事诉讼法》第二百零一条规定人民法院对检察院量刑建议一般应当采纳的规定。检察院审查起诉环节完成了定罪量刑，对于人民检察院的量刑建议，法院除了五种情形以外都应当采纳。该规定与“以审判为中心”背道而驰，理由如下：

首先，被告人、辩护人与公诉人的地位不对等，认罪认罚的真实性存疑。

实践中，由于多数犯罪嫌疑人、被告人处于被羁押的状态，人身自由受到限制。在这种羁押状态下，如何保障犯罪嫌疑人、被告人与检察机关充分协商？辩护人作为“在野法曹”，从上述的制度设置和目前的实践

来看，处于“摆设”或被动接受的角色。根据目前司法实践，通常是检察官预先拟定好案件的罪名、量刑建议后，态度好一点的知会一下辩护律师，告诉结果，律师没有实质的建议权。同意就再征求犯罪嫌疑人、被告人的意见，询问其是否同意。如果犯罪嫌疑人、被告人不同意，则可能会调整为更重的量刑建议。故犯罪嫌疑人、被告人违心认罪认罚自然在情理之中。

其次，法院不审理案情，只问认罪认罚是否真实自愿，照搬检察院的量刑建议，剥夺辩护律师的辩护权，与以审判为中心原则背道而驰。一个虚假宣传销售保暖服的案件，公诉罪名为诈骗罪。侦查时将开车司机抓获，开庭前其签署了认罪认罚具结书。但法庭调查时，其他被告人律师提问其对案件的参与人员、销售物品、销售方式、销售流程等案情一个问题都不知道，其认的什么罪自己都不清楚。如果跳过案件事实，仅讯问认罪认罚的三性，是非常危险的，容易产生冤假错案。

我国《刑事诉讼法》设计的框架是法官居中裁决，查清案件事实，听取控辩双方意见，兼听则明。案件事实调查在法庭，双方意见发表在法庭，法院审判裁决在法庭。《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》明确了未经审判不得定罪、严格证据裁判标准、全面收集证据、非法证据排除、健全当事人和辩护人的权利、繁简分流等内容。当前认罪认罚“当事人和律师当木偶，检察院写剧本，法院走流程”与上述规定完全相悖，法官不看案卷、不听案件事实和辩解，只听检察官的建议“准许”，一开始就以有罪推定的思维进行，检察院单方主导案件走向，审查起诉、法院审理都忽视（听不到）辩护的意见，与“兼听则明”相反。

鉴于此，建议修改《刑事诉讼法》第二

百零一条第一款中的内容为：“对于认罪认罚案件，一般应当由检察院提出幅度刑的量刑建议，人民法院依法查清事实后，充分听取控辩双方的意见，应当在人民检察院指控的罪名和量刑建议幅度内判决，但有下列情形之一的除外……”

四、二审开庭和快速审查制度立法

（一）二审开庭制度

当前司法实践中，刑事案件除死刑或抗诉案件外，二审开庭审理很少，目前《刑事诉讼法》第二百三十四条第一款“可能影响定罪量刑的上诉案件”因没有规定影响定罪量刑的具体标准，由法官自由裁量，二审是否开庭取决于法官的认知状态和价值取向，以不开庭为常态。笔者认为，二审不开庭违背了以审判为中心和直接言辞原则，也违背其纠错和救济功能。

二审采用书面审理，没有当面听取上诉人、控辩各方的意见，法官仅凭阅览卷宗，很可能断章取义，理解不客观、不完整。我国历史上一直有当面开庭断案的传统，《周礼·秋官》记载了“五听”审狱法，即要求法官从言辞、神情、呼吸、神色、气息等方面去了解当事人的心理活动，获得案件事实。而书面审理，没有控辩审三方参与庭审，控辩双方没有质证、辩论、没有对证据充分发表意见。法官没有当面听取上诉人辩解，往往无法查明案件事实，无法达到纠错的目的，同案不同判，影响了司法公信力。

随着认罪认罚制度的实施，上诉和抗诉案件大幅度减少，大大减轻了司法负担，应当开庭审理的情形不应局限于《刑事诉讼法》第二百三十四条，应当扩大到所有的二审案件，无论是重大、疑难、复杂的案件，还是主体单一、案情简单的二审案件，繁简分流，做到“小案办快办好，大案办精办细，提效不减质”，探索多元化的开庭审理

方式，增加视频开庭、在线开庭比例，实现二审开庭审理。

故建议将《刑事诉讼法》第二百三十四条第一款、第二款合并为第一款：“对于二审案件，应当开庭审理。”原第三款作为第二款。

（二）快速审理制度

对于一审案件，当前的《刑事诉讼法》第二百二十条规定了简易程序审理期限一般为二十日内，刑期超过三年有期徒刑的可以延长至一个半月；第二十五条对速裁程序审理期限规定为十日内审结，刑期超过一年有期徒刑的，可以延长至十五日。为了提高刑事审判效率，两高两部颁布了《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》，规定醉酒案件快速办理制度，各地纷纷效仿并制定了多部轻刑快审制度，例如“刑拘直诉”“24小时快审”“一站式快速办理”等将快速审理逐步扩大至其他类型轻微认罪认罚案件，大大提高了司法效率。

但对于二审案件，特别是一审判决刑期在六个月以内的二审案件，二审审理期限多长，目前除《刑事诉讼法》第二百四十三条规定应当在二个月内审结外，没有其他的规定。实践中，二审期限是自二审法院立案后计算的，即在一审判决后上诉人上诉的期限、上诉期过后一审法院移送二审法院、二审法院立案前的期限都不计入审限，这将会导致一审判决六个月内的案件上诉后，二审的结果将可能在一审判决后六个月才出来。

笔者曾办理过一个非法侵入住宅罪的案件，一审中被告人有自首情节，有赔偿的强烈意愿，主动多次赔礼道歉，愿意认罪认罚，但一审法院判处六个月有期徒刑，被告人不服上诉，一审判决后三个多月才移送二审法院立案，后又面临春节，直到春节后至一审判决快六个月才发出终审判决，无论结果如何，都没有现实意义。

故对一审判决刑期只有六个月以内的二审案件，若按照目前二审审理的期限处理，会导致本该通过二审改判，减轻或者免除刑事处罚的案件，因羁押时间超过一审刑期而得不到减轻判决，即使二审减轻判决，也因羁押期超过判决期而无意义。严重损害了上诉人的合法权益，笔者建议对于认罪认罚、事实清楚，一审判决一年有期徒刑以内的二审案件，其审理期限可以参照一审中的速裁程序为不超过十天，情况复杂的，可以参照简易程序延长至二十天。

建议对《刑事诉讼法》第二百四十三条增加一款作为第二款：“对于认罪认罚、事实清楚，一审判决一年有期徒刑以内的二审案件，其审理期限不超过十天，情况复杂的，可以延长至二十天。”

小结

对于本次《刑事诉讼法》的修正，每个人都有不同的看法和意见，真可谓仁者见仁，智者见智，笔者也是从一个刑辩执业律师的角度，尝试提出了监察制度与刑事诉讼法的衔接问题，对涉案人员采取强制措施、涉案财产处置的法治化，完善认罪认罚从宽制度中诉辩协商和以审判为中心的原则，以及二审开庭和快速审查制度立法。对于本次修改，因本人认知局限性，可能只是很小的一部分，但无论如何，如果能抛砖引玉，引起大家的注意，哪怕能吸收一二，也是一个法律工作者对现行法律的见解，也是对法治建设的一份信仰、热爱与支持。

作者简介

汪群，司法部法律援助中心死刑复核入库律师，湖北省首批刑事专业律师，湖北省律协第九届合规专业委员会秘书长，湖北省法学会诉讼法学会、警察法学会研究会理事，武汉市涉案企业合规第三方监督评估机制专家库律师，武汉市律协律师事务所建设指导委员会副主任；立丰所高级合伙人，立丰研究院副院长兼刑事辩护与合规研究中心主任。

当新旧刑法：“跨法案”追诉时效 规则适用的司法逻辑解构



程客彬律师



李方美律师

□ 文 / 程客彬、李方美

摘要：“跨法案”的追诉期限横跨新旧刑法，司法实践对于该类案件追诉时效规则的适用存在争议。从争议时有利于被告人原则出发，应当适用轻法即79刑法第77条。在此基础上，从三个递进层次展开对“跨法案”追诉规则的司法适用：一是计算案件追诉期限；二是确立追诉规则；三是适用追诉规则。

关键词：追诉时效 跨法案 有利于被告人原则 溯及力 从旧兼从轻

一、从一起寻衅滋事“跨法案”引入

1995年，熊某某因殴打他人被公安机关决定行政拘留十五日。2024年，公安机关对该案刑事立案，熊某某以涉嫌寻衅滋事罪被刑事拘留。自1995年案发至今，熊某某并无

逃跑、更换住址、更换联系方式等逃避侦查行为，且在公安机关侦查本案时积极配合。

本案是笔者经办的一起典型的“跨法案”，即追诉时效横跨新旧刑法。具言之，本案行为时适用的是1979年《刑法》，依据刑法中“从旧兼从轻”原则及司法解释确定的适用规则，本案的追诉期限为十年，即直到2005年本案才过追诉时效，也就是说，1997年《刑法》施行后本案仍在追诉期限内。由于新旧刑法中的追诉时效规则不同，对于本案应当适用79刑法第77条还是97刑法第88条，或说熊某某是否仍受追诉期限的限制，司法实践对这一问题存在争议。

受刑事立法、司法解释和刑法理论关于追诉时效是否具有溯及力的观点分歧与冲突的影响，司法实践对于追诉时效规则的适用

表现出了相当程度的混乱，主要表现为立法解释与司法解释的对立、司法解释立场不统一、最高司法机关指导案例观点相左、司法实践做法不一致等问题。

笔者认为，本案观点冲突的背后体现的是司法实践对于惩罚犯罪和保障人权之间的价值冲突，而站在有利于被告人的立场出发，最终应当在新旧刑法中择一处罚更轻的追诉规则适用。有鉴于此，笔者认为，本案应当适用79刑法第77条，即仍受追诉期限的限制，因而，在本案已超过追诉时效的情况下，司法机关不应再追究熊某某的刑事责任。

二、“跨法案”追诉时效规则之确定应基于有利于被告人原则

对于适用“不受追诉期限的限制”情形的法定要件，79刑法和97刑法的规定不同，那么应当适用哪部刑法，实质上的争议焦点在于：追诉时效规定是否有溯及既往效力。

（一）追诉规则溯及力之纷争

司法实践关于追诉时效是否具有溯及力主要有四种观点：

一是从旧兼从轻说。该说主张追诉规则与实体法一样不具有溯及力。

该观点得到了两高指导性案例的支持。如，最高院《刑事审判参考》第174号案例“沈某挪用资金案”、第175号案例“朱晓志交通肇事案”、第745号案例“杨伟故意伤害案”；《最高人民法院关于印发第六批指导性案例的通知》（高检发研字〔2015〕3号）检例第23号“蔡金星、陈国辉等（抢劫）不核准追诉案”。

二是从新说。该说认为，追诉时效是一项刑事程序法制度，关于追诉时效问题应适用新法。

从新说得到了有关文件的支持。如，2019年最高人民法院研究室《关于如何理解

和适用1997年刑法第十二条第一款规定有关时效问题征求意见的复函》（法研〔2019〕52号），2014年全国人大常委会法工委作出的《对刑事追诉期限制度有关规定如何理解适用的答复意见》（法工办发〔2014〕277号）。

但也有支持该说的学者指出，追诉时效虽具有程序法属性却不具有溯及力，属于不真正的溯及既往¹。

三是从新兼从旧说。该说认为，追诉时效溯及力原则上应贯彻“从新”原则——行为发生在旧法施行期间，但追诉期限一直持续至新法实施后——适用新法第88条；例外“从旧”原则——行为与追诉期限届满均发生旧法期间——适用旧法第77条²。

四是从新兼从轻说。该说主张，“从新”是指依据诉讼行为时的法律；从轻是指若诉讼行为前的法律对被告人更有利，则适用诉讼行为前的法律³。

《立法法》第一百零四条、现行《刑法》第十二条、司法解释《最高人民法院关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》（法释〔1997〕5号）支持该观点。

可见，司法实践中对于该问题的处理并不一致，由此导致的弊端就是同案可能产生不同判的情形，大大损害了司法的严肃性和公信力。因此，司法实践亟需统一的制度规范。

（二）争议时有利于被告人原则之主张

若仅从司法适用的角度来看，无论在溯及力方面是主张从新还是主张从旧，我们求同存异，目前已经达成一致的共识是：最终应当作有利于被告人的处理，即从轻。

有鉴于此，我们首先要解决的问题是：比较旧法与新法关于追诉规则的规定，哪个更轻。

笔者认为，旧法更轻，原因在于：

其一，从适用范围看，旧法适用对象为

被“采取强制措施”者，新法适用对象扩大到“被立案或受案”或“被被害人控告”者，适用范围明显扩大。

其二，从司法对抗性看，前者在“强制措施后”逃避侦查或者审判的，具有明显的对抗司法性质；而后者将不知道被立案或心存侥幸逃脱惩罚者、乃至司法机关没有正确履行职责之情形都包含在内，对抗司法性质明显降低。

因此，旧法所规定“不受追诉期限的限制”之情形的适用范围更小、司法对抗性更强，更有利于被告人。

同时，现行效力最高的法律文件《最高人民法院关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》（法释〔1997〕5号）主张对该情形适用1979年《刑法》第77条的规定，其所体现的司法精神亦与此相契合。

三、“跨法案”追诉规则适用的具体展开

“跨法案”追诉规则的司法适用在逻辑上存在三个递进层次：一是计算案件追诉期限；二是确立追诉规则；三是适用追诉规则；最终得出是否“不受追诉期限的限制”的结论。笔者将以本案为例对具体方法进行逐步推演。

（一）追诉期限之计算

刑法规定对于犯罪的处罚原则是“从旧兼从轻”原则。即，在新旧刑法规定不一致的情形下，优先适用旧法；但是如果新法不认为是犯罪或者处刑更轻，则适用新法。

如何理解这里的“处刑更轻”，司法解释规定的标准是：比较法定最高刑，同时分情况具体讨论：（1）若该犯罪只有一个法定刑幅度，则先比较谁的法定最高刑更轻，法定最高刑相同的情况下，再比较谁的法定最低刑更轻；（2）若该犯罪有两个以上的法定刑幅度，则比较具体犯罪行为应当适用

的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

具体步骤如下：

第一步，首先对照行为时刑法（即旧法），确认该行为是否构成犯罪、构成何罪并确定法定刑幅度。若不构成犯罪，则撤销案件、不起诉、终止审理或者宣告无罪；若构成犯罪，则确认罪名，以及应当适用的法定刑幅度，并进入下一步。

本案中，对照1979年《刑法》第160条流氓罪，由于本案熊某某不是流氓集团的首要分子，因此不适用第二档法定刑幅度，而应适用第一档法定刑幅度“七年以下有期徒刑、拘役或者管制”。

第二步，对照现行刑法（即新法），确认该行为是否构成犯罪、构成何罪并确定法定刑幅度。若不构成犯罪，则撤销案件、不起诉、终止审理或者宣告无罪；若构成犯罪，则确认罪名，以及应当适用的法定刑幅度，并进入下一步。

本案中，对照现行《刑法》第293条寻衅滋事罪，由于本案熊某某没有纠集他人多次实施寻衅滋事行为，因此不适用第二档法定刑幅度，而应适用第一档法定刑幅度“五年以下有期徒刑、拘役或者管制”。

第三步，比较前两步确定的法定最高刑，决定适用处刑较轻的那一部法，再根据现行《刑法》第87条的规定，确定对应的追诉期限。

本案中，第二步确定的法定最高刑五年低于第一步的七年，应适用新法，确定本案所对应的追诉期限为十年。

（二）追诉原则之确立

对于犯罪的追诉原则应当是“争议时有利于被告人”原则。即如前文所述，应当适用旧法——79刑法第77条。笔者在此不加赘述。

（三）追诉规则之适用

79刑法第77条规定：“在人民法院、人

民检察院、公安机关采取强制措施以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。”

因此，“不受追诉期限的限制”，须同时满足以下两个要件：（1）被采取强制措施；（2）逃避侦查或者审判。

1、“被采取强制措施”要件之否定

根据最高检专家组在“检答网集萃”第三十九期《关于追诉时效的两个问题》中的意见：“强制措施”应限于法定的刑事强制措施类型；但对“被采取强制措施”应作扩张性解释，包括以下三种情形：

（1）犯罪嫌疑人、被告人被实际采取了强制措施的；

（2）虽然嫌疑人、被告人没有被实际采取强制措施，但侦查机关已经制作拘留等强制措施法律文书，且系嫌疑人、被告人逃匿导致无法执行的；

（3）虽然强制措施法律文书缺失，但“存在强制措施法律文书复印件以及报批程序文书等能够证明公安机关实际已制作并采取了强制措施”的。

需要注意的是，对于最后一种情形，前提是曾经制作过强制措施法律文书。也就是说，若“仅有公安司法机关负责人在《呈请拘留报告书》上签字同意，但是没有制作《拘留证》”，则不能认为采取了强制措施；若“实施新的办案系统后，公安司法机关负责人在《呈请拘留报告书》上签字同意后，系统即生成《拘留证》并用印”，则视为采取了强制措施。

本案中，案发后，熊某某仅被采取了行政拘留，而行政拘留并不属于法定的刑事强制措施类型，因此，不应认为“被采取强制措施”。

2、“逃避侦查或者审判”要件之否定

“逃避”一词包含对行为人主观方面和客观方面的描述。具体而言：

（1）客观方面：行为人客观上实施了逃避侦查或者审判的行为，包括：离开居住地、犯罪地，潜逃外出，或被采取强制措施期间，脱离司法机关的控制；藏匿行踪、冒用他人姓名、整容变性、制造假死亡的证明等行为。

（2）主观方面：关于行为人的主观方面，实务界有较大分歧，主要有“客观说”与“主观说”两种不同观点。客观说认为，“逃避侦查或者审判”不要求行为人以“明知”为前提；主观说则主张要求行为人以“明知”为前提。

笔者认为，客观说有客观归罪之嫌，有违罪责刑相适应原则，应采纳主观说。即在行为人客观上实施了“逃避侦查或者审判”行为的基础上，考察其主观上是否明知。

主观明知应当包括确定明知与应当明知。确定明知包括行为人明确知道行为已立案，例如被侦查机关讯问、采取强制措施、被侦查机关通知或他人告知等。应当明知是指根据行为人作案的具体情况和案后情势，推定其应当知道侦查机关已对其立案侦查，应当明知是一种推定的明知：行为人故意犯罪的，应当对自己的行为具有违法性认识，知道可能被刑事立案；对于过失犯罪，行为人应当对危害结果的发生具有明知性。

本案中，熊某某客观上没有实施“逃避侦查或者审判”的行为：自1995年案发至其被采取拘留措施期间，其一直在原住址正常生活、工作，并无逃跑、更换住址、更换联系方式、整容等逃避侦查行为；由于该案一直没有对其采取任何刑事强制措施，可以认定其主观上没有“逃避侦查或者审判”的故意。

（四）本案特殊情况之补充

本案的特殊情况在于，即使适用97刑法第88条的规定，也不属于不受追诉期限限制的情形。

根据97刑法第88条的规定，“不受追诉期限的限制”须符合以下两个情形之一：

（1）被立案侦查或者受理案件，逃避侦查或者审判；（2）被害人在追诉期限内提出控告，公检法应立案而不立案。

1、“立案”要件之否定

根据最高检专家组在“检答网集萃”第三十九期《关于追诉时效的两个问题》中的意见：“立案”不仅限于形式上有立案决定书，而且包括虽无立案决定书、但实际上“有立案登记表、立案登记卡并实际开展了现场勘验、尸检、鉴定、询问证人等侦查活动”的情形。

本案中，虽然熊某某在1995年被决定行政拘留，但该案一直未予刑事立案，因此不符合“立案”之要件。

2、“被害人在追诉期限内提出控告”要件之否定

（1）主体限制：提出控告的主体应当是犯罪的被害人，被害人本人及其法定代理人、近亲属。这是因为“现实中被害人可能会因本人身体原因或者受到强制、威吓而不能或者不敢提出控告，此时若不允许被害人的法定代理人或者近亲属代为控告，便与立法精神相悖，也不符合我国刑法增设该款保障被害人权益的目的”⁴。

（2）时间限制：提出控告的时间应当限于追诉期限内。如果被害人没有在追诉期限内提出控告，即使其合法权益受到犯罪人侵害，也不能对犯罪人适用追诉时效的无限延长。

（3）对象限制：“控告”特指被害人针对犯罪嫌疑人（具体的人）提出的；被害人仅针对犯罪事实（具体的事）提出的，则是“报案”。

本案中，由于被害人控告的对象中没有熊某某，且被害人在行政处罚后、追诉期限内没有再次提出控告，因此不符合时间限制

和对象限制。

最终，因本案已过追诉期限，检察机关对熊某某作出不起诉决定。

四、结语

实务中，对于“跨法案”追诉时效规定的司法适用存在较大争议，相关立法文件、司法解释、两高指导案例、实践操作均存在不一致的地方。笔者通过梳理实践问题、分析刑法规定，归纳出一条较为合理的判断路径：其一，适用刑法“从旧兼从轻”原则确定追诉期限；其二，适用有利于被告人原则确定“不受追诉期限的限制”规定；其三，适用旧刑法“不受追诉期限的限制”规定的要件。以期为法律职业工作者提供一些启示和帮助，同时能引起理论界和实务界对相关问题的深入关注和探讨。

注解：

1. 袁国何：《论追诉时效的溯及力及其限制》，载于《清华法学》2020年第2期。

2. 任海新、曾娜：《追诉时效溯及力应适用“从新兼从旧”原则》，载于《检察日报》2021-04-06(007)。

3. 周光权：《追诉时效与时间效力》，载于《如何解答刑法题》，北京大学出版社2021年版，P236-237。

4. 《刑事审判参考》第943号案例“林捷波故意伤害案”。

作者简介

程客彬，中共党员，湖北立丰律师事务所高级合伙人，刑事法律专业委员会主任，第一党支部书记。自2017年执业以来，专注于刑事辩护业务，主要以职务犯罪、经济犯罪、金融犯罪等重点主攻研究方向。

李方美，中共党员，湖北立丰律师事务所律师，中南财经政法大学刑法学硕士，专业从事刑事辩护、刑事控告、刑事合规方面法律工作。

轻罪立法视野下的犯罪 治理与社会治理参与

□ 文 / 侯晓翔



轻罪立法是一个非常重要的时代课题，既涉及全球一体化背景下的犯罪治理，同时也与社会治理参与息息相关。基于轻罪立法视角分析研究犯罪治理和社会治理参与将是今后一个时期刑法学研究的核心内容。

第一节 轻罪时代的犯罪治理方略

当今中国的犯罪现象正在经历从自然犯到法定犯、从重罪到轻罪的历史转换，犯罪治理的策略也需要与时俱进，顺势而变。具体而言，轻罪时代的犯罪治理应该彻底摒弃严打重刑思维，从宽严相济转向以宽为主的刑事政策，刑罚应整体趋轻，更多关注处刑和制裁多元化，更加注重常态治理和依法治理，刑事程序制度也应更加轻缓与灵活，同时营造更为宽容的社会环境。

一、轻罪时代来临

现代社会的犯罪形态变化快而大，不仅进入了法定犯时代、逐步告别自然犯时

代，而且随着网络技术的普及运用，网络犯罪迅速蔓延，数量和占比上升，网络犯罪的时代已然来临。近年的犯罪统计也表明，中国已经进入轻罪时代，正在慢慢告别重罪时代。如前文所述，借助犯罪分层和犯罪分类（根据犯罪主体、客体等不同标准划分）理论，结合我国公安统计和司法统计深入分析后发现，我国的犯罪现象在内部结构上正呈现“双降”与“双升”的趋势。“双降”是指两类指标下降：一是近年来八类严重暴力犯罪的犯罪率逐年下降，其在全部犯罪总量中的占比也在下降。二是重刑率下降。根据最高人民法院的统计惯例，判决有罪的罪犯中，被判处5年以上有期徒刑、无期徒刑乃至死刑的罪犯称为重刑犯，重刑犯在所有罪犯中的比率即为重刑率。“双升”指轻微犯罪大幅度上升和轻刑率稳步提升。轻微犯罪上升的典型是危险驾驶罪。最高人民法院公布的数据也表明，“醉驾”已经取代盗窃成为刑事审判的第一犯罪。2019年7月31日，最高人民法院发布2019年上半年审判执

行工作数据，危险驾驶罪成为全国法院上半年审结数量最多、占比最大的刑事案件。轻罪时代也可以说是一个新罪的时代。动态而论，在我国犯罪总量的上升过程中，轻罪微罪的贡献是主要的；相比于传统犯罪（也可称旧罪），立法新增的轻罪微罪（或称新罪，以危险驾驶罪为典型）在犯罪增量中的占比也是绝对的。静态地看，新罪、轻罪的数量及其在犯罪总量中的占比在上升，而传统犯罪、严重暴力犯罪或重罪的比重在下降。

二、轻罪时代面临的挑战

（一）轻罪时代犯罪类型的数量增减

按照菲利的犯罪饱和律（law of criminal saturation），只要社会上存在一定量的引起犯罪的个人、物理和社会因素，就必然引起一定量的犯罪。也即一定规模或一定量的社会关系，对应一定量的犯罪。犯罪现象不仅具有周期性增长，也有周期性变动。随着自然条件和社会环境的变化，犯罪表现出下列波动模式：每年的财产犯罪和人身犯罪交替变化，当一类犯罪上升时，另一类犯罪下降。

中国进入新时代之后的犯罪现象演化，基本验证了菲利的犯罪周期性增长理论，也即犯罪顺应社会发展而相应增长。但统计研究也表明，改革开放以来我国犯罪数量的增长趋势与犯罪治理法治化程度提高、行政法或警察权收缩等因素密切相关。那么，轻微犯罪的增加，能否验证菲利的犯罪周期性波动呢？也即，轻微犯罪总量和占比的上升，是否意味着重罪的数量和份额在减少？答案是肯定的。如前文所述，近二十年来，我国严重暴力犯罪绝对数量的下降及其在犯罪总量中占比的下降均是不争的事实。

犯罪统计数据表明，轻微犯罪增加的同时，危害公共安全、社会管理秩序、侵

犯财产罪的数量也增加了；危险犯或举动犯增加了，而实害犯或结果犯减少了；网络或线上犯罪增加了，而线下犯罪减少了。这些现象在验证犯罪周期性变动的同时，也折射出现行犯罪治理体系与治理能力的极限问题，也即特定资源约束条件下特定治理体系的治理上限。

（二）轻微犯罪的治理成为关键问题

以现行的犯罪治理体系（主要为刑事法体系），能够有效应对轻罪时代的挑战吗？罪刑均衡，不仅是立法顺应罪刑阶梯，体现整体均衡；而且司法也要考虑犯罪事实、性质、情节和对社会的危害，体现个案的罪刑均衡。轻罪时代既要治重罪，更要治轻罪。而面对以轻微犯罪为主的犯罪态势，我国的刑法体系表现出整体罪刑不均衡、实体和程序不匹配、过程与结果不相符等缺陷。现行刑法小而重的特点，刑罚体系的传统、单一，刑事程序的严苛（审前羁押率高，即逮捕刑拘的多，变更强制措施难），刑罚执行的严格（实刑多而缓刑少，长刑执行的机械、减刑假释的严格掌控）等等，几乎都是为重罪配置的，与轻罪时代犯罪治理的要求相去甚远。总结起来就是轻罪重刑，刑法和刑事诉讼法的不断修正即说明现行治理体系的不适。

无论从哪个方面看，我国刑法体系都呈现出整体的罪刑不均衡：立法上，刑罚偏重，不适应犯罪整体趋轻的态势；在宽严相济政策作用下，司法不断降低刑罚严厉程度，导致立法偏重与司法趋轻的不均衡；诸多的典型个案（如许霆案、于欢案、王鹏鹦鹵案、天津赵春华枪支案、河南兰草案、掏鸟窝案等）显示，立法上的重刑配置、传统重刑依赖思想导致司法机关的机械司法，一些判决畸重，不被社会大众认可，具备合法性但欠缺正当性、合理性，程序严厉且机械。究其根源，主要源于刑事立法及实际效

力等于立法的司法解释的严苛，最终又受制于思想观念的滞后。

三、轻罪时代犯罪治理方略的调整

刑罚世轻世重；刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚。当今世界，不能奢望无罪无刑的理想主义，更不能固守重刑主义，而应该直面轻罪时代，迎接轻罪时代的挑战。

（一）重构刑事政策，创立犯罪治理学

既然犯罪有重、轻、微之分，犯罪治理就应该在共性基础上有所区别。习近平总书记在2019年中央政法会议的讲话中要求，“深化诉讼制度改革，推进案件繁简分流、轻重分离、快慢分道”。总书记的讲话中体现了犯罪实体分层、程序分流的思想，这是未来犯罪治理的正道。受此启发，笔者主张在国家和社会治理现代化、全面依法治国的新语境下，推行新的犯罪治理体系，以犯罪分层为核心，以轻微罪治理为主体，全面改革立法、司法和执法体系。在宽严相济、严而不厉政策指导下，实现刑法上犯罪分层，轻重分离，轻重兼顾，并借鉴预防医学治未病、治末病的原理，主攻轻罪，以宽为主，以宽为先，刑罚整体趋轻，制裁多元，刑事程序多样。在国家治理体系与治理能力现代化语境下，在全面依法治国、建设社会主义法治国家的进程中，构建犯罪治理的大学问，并推动犯罪治理领域的思想解放和观念变革。

（二）重新定位刑法

刑法是典型硬法（hard law），然而在此硬法体系内部，晚近也出现了如下变化：一是刑法的犯罪门槛下降、犯罪圈扩张，不断侵蚀行政法或民法的调控范围（出现大量轻微犯罪、法定犯、行政犯），犯罪的质的规定性（罪质）渐趋软化，罪量降低，与违法混同。二是增加了越来越多的难以归属于刑罚的处遇措施，如社区矫正、禁止令或职

业禁止，与传统刑罚相比，这些措施（保安处分）要柔软很多。换言之，刑法体系犯罪论部分的扩张导致其制裁体系的不适应（制度短缺），因而必须向其他部门法借力。三是从刑法功能来说，从原先的惩罚、报应已然之罪，转向现在的预防或管控风险，防治未然之罪，必然要求刑罚或制裁措施具有必要的弹性。这些变化对于刑法的最后法、保障法地位，对于罪刑法定、刑法谦抑（审慎、善意）等提出挑战。刑法功能的现代转换，即从惩罚、报应已然之罪，转向预防或管控未然之罪，转向治理风险（governance of risk），必然要求刑法体系整体而全方位的变革，即犯罪论、刑罚或制裁论、程序论的变革；应对手段从单一到多元，结构从简单到复杂；性质由硬变软，由确定到弹性，软硬结合，宽严相济；最终刑法的地位从最后法、保障法向干预防法、预防法、治理法转化。新的观念孕育新的功能，新的功能产生新的结构，导致整个体系的联动变化。

（三）犯罪论的改造

在扩大刑法干预范围、扩大犯罪圈后，应该实行轻重分离的策略，在立法上区分重罪、轻罪、微罪，以刑罚轻重为标准——或以法定刑或以宣告刑，以拘役或徒刑以下刑罚处罚的为微罪，三年以下有期徒刑以下至拘役的为轻罪，三年以上有期徒刑处罚的为重罪。

如何在立法和司法统一的意义上实现罪刑整体均衡？理想的方案是立法定性不定量，去除数额化，以实现零容忍，使刑法干预提前，由小而重变成大而轻，由二元渐趋一元，变成全控刑法（total control by criminal law），然后再内部分层。较为现实可行的方案是降低犯罪门槛，增设新罪（以轻罪微罪为主），继续扩大犯罪化，将刑法干预的重心下沉，弥补立法空白，填充

中间地带，进而实行犯罪分层。

扩大犯罪化会招致过度犯罪化、刑法依赖主义或者以刑治国、违背刑法谦抑的质疑。然而我国刑法本就是小刑法，严格意义上的犯罪率极低，加之有行政违法的前置或基础，犯罪化效应在民权保障的角度并不直接，且从统计数据看并不过度，其负效应可控。从司法负荷来看，轻罪微罪的办理若经科学分流，也是司法系统可以承受的；同时推行刑罚轻缓化与制裁多元化，在扩大入罪与扩大出刑两端发力，实现“入口”与“出口”的动态平衡，也可大大缓解监狱压力。

在扩大入罪的同时，司法机关也应积极扩大出罪和出刑。出罪与出刑既有联系也有区别。出罪是前提，出刑是目的；出罪一定出刑，而出刑不一定出罪。宽严相济、严而不厉的政策需要程序机制甚至行刑机制的配套，需要诉讼程序或执行的轻缓化。而当务之急是实现轻罪轻罚，并且更多考虑轻罪免罚、不罚。定罪免刑或出罪出刑，也必须与非刑罚处遇有效衔接。

在刑法立法扩大犯罪圈、降低犯罪门槛，主要面向轻微犯罪的时候，也要轻重兼顾。但此时究竟是以重罪为主还是以轻罪为主，值得探讨。轻重不同而治理策略不同，治理资源的配置也应该不同。就全国或宏观而言，重罪当然是犯罪治理的重点，因而需要配置足够的资源，但主要体现为审级和审理的专业力量配备、程序的严格。

（四）刑罚论的重构

储槐植教授着眼于世界范围内刑罚结构的嬗变，认为从过去到未来，刑罚结构可能有五种类型：死刑在诸刑罚中占主导地位；死刑和监禁刑共同在诸刑罚方法中为主导；监禁刑在诸刑罚方法中占主导地位；监禁刑和罚金刑共同在诸刑罚方法中为主导；监禁刑替代措施占主导地位。第一种已成历史，第五种尚未到来，中间三种在当今世界中存

在。死刑和监禁刑占主导的可称重刑刑罚结构，监禁刑和罚金刑占主导的可称轻刑刑罚结构。中国的刑罚结构属于何种类型尚不清晰，既保留并适用死刑，监禁刑尚处中心地位，而替代监禁刑也已成为改革方向，可称为混合形态，但属重刑刑罚结构，应是确定无疑的。为此需推行刑罚轻缓化的改革，推动从刑罚体系走向刑事制裁体系，以轻刑化为导向，以死刑改革为龙头，刑罚整体趋轻，方法多元，力推轻刑、非监禁刑和非刑罚制裁，增加微罪处分和保安处分；增加网络信息化制裁手段，如网络禁止令、电子监控等，并注意控制犯罪的附随后果。

（五）行刑机制的创新

轻罪时代意味着五分之四的罪犯或将经受过机构矫正（3年以下短期自由刑）而很快重返社会，或将通过社区矫正等行刑方式而受到规训惩罚教育。因此行刑社会化以克服短期自由刑之弊、如何更好地运用社区矫正等非拘禁措施就变得至关重要。随着刑事政策的进一步人道化和科学化，当今世界范围内出现了非自由刑化或非监禁措施为中心的趋势，联合国大会1990年12月24日通过了《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》（又称《东京规则》），自由刑的适用受到严格限制。相比于一般而言的非监禁刑，《东京规则》的非拘禁措施（又译非剥夺自由的措施）涵义更广，适用于所有受到起诉、审判或执行判决的人，覆盖从审前至判决后处置的各个阶段。相形之下，我国对于非拘禁措施的理解是狭隘的，基本限于非监禁刑，而在审前阶段和行刑阶段基本忽略。随着社会治安的好转、犯罪治理能力的提高，为科学应对轻罪时代的新形势，应在刑事案件办理的全流程努力贯彻《东京规则》的各种非拘禁措施。目前检察机关正在推行的少捕慎押理念值得公安机关、审判机关和刑罚执行机关学习。为了进一步扩大非拘禁

措施的适用，立法司法应学习借鉴对于失信被执行人或“老赖”的约束机制，以行为禁止、资格剥夺或从业禁止等为核心，积极推动相关立法。

（六）程序的多元化

在推动实体法变革的同时，刑事程序也要严而不厉，力推繁简分流、快慢分道，构建普通、简易、速裁和认罪认罚等多层次诉讼程序，诉讼、调解、仲裁、线上线下等多元纠纷解决机制。多元多层，灵活快速，以有效治理轻微犯罪。实体程序和刑罚执行等全过程均要一体推进“繁简分流、轻重分离、快慢分道”思想。

第二节 轻罪化社会治理模式的立法反思

一、增设轻罪参与社会治理的困惑——“被转移”的问题

何为轻罪？由于不同国家刑罚结构的差异，轻罪化的范围并不一致。例如，德国刑法第12条明确规定了重罪与轻罪：重罪是指最低刑为一年或一年以上有期徒刑的犯罪，轻罪是指科处一年以下有期徒刑或者罚金刑的犯罪。法国刑法也明确区分重罪、轻罪、违警罪，根据第131-1至131-18条，重罪是指最低刑为十年以上有期徒刑或有期拘押的犯罪，轻罪是指最高刑为十年以下监禁的犯罪，违警罪是指最高刑为不超过三千欧元罚金的犯罪。日本刑法没有明确区分重罪与轻罪，但轻犯罪法规定了被科处拘役或者科处的轻罪行为。我国刑法未明确区分重罪与轻罪，也未制定独立的轻犯罪法，“轻罪化”的标准只能根据本国刑事法规定间接确立。根据实体法和程序法上从宽从简处理规定，可以发现“三年有期徒刑”具有刑事一体化的法律标记意义，可将我国的轻罪范围确定为“法定最高刑为三年以下有期徒刑、拘役、管制（包括独立适用剥夺政治权利、

并处或者单处罚金）”的犯罪。以此检视我国的轻罪化立法，可以发现轻罪化的趋势及其问题。

二、轻罪化立法政策导向反思——解构“严而不厉”

刑法增设的诸如“危险驾驶罪”“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”等轻罪不仅法定刑低且入罪标准也低，这些所谓的“行为犯”“抽象危险犯”等向来被视为“严而不厉”导向的立法体现。例如，有观点认为：“从刑法修正案（九）的刑罚修订情况可以看出，我国刑事法网的进一步严密以及轻微犯罪在刑事案件中比例的上升，正是我国刑法结构从‘厉而不严’到‘严而不厉’发展、转变过程中呈现的具体现象。”再如，刑法修正案（十一）将第134条重大责任事故罪中的三类特别行为前置为第134条之一危险作业罪，入罪标准仅限于“现实危险”而不再要求实害后果，入罪门槛及其证明标准进一步降低，似乎这种犯罪化是“天网恢恢”“不失宽厚”的一次双赢。但笔者认为，“严而不厉”的内容

仍值得理清，否则难免存在对该政策导向的误用，进而在犯罪化立法上导致事与愿违。

三、“重刑主义司法”不能证立轻罪化立法的合理性

“重刑主义”不仅表现为量刑上的重刑重罚化，也表现为罪名选择上的重罪化，作为一种刑法观念的刻画，它是指立法或司法上对刑法作用的过分重视或依赖，如中国古代的“王者刑九赏一”“刑胜而民静”思想以及影响至今的“重刑轻民”传统。轻罪化立法支持者主张，“面对某些乍看起来‘法无明文’的严重或者新型危害行为，司法一方面不得不进行处理以回应民众的呼吁，在

社会治理进程中发挥刑法应有的功能；另一方面又必须直面刑法立法上轻罪设置少、规范支持不够的难题”，权衡之后司法者会“在罪刑规范不明甚至缺乏的情形下适用重罪处理‘难办’案件”“简单地指责司法机关违反罪刑法定原则，既不能抑制司法上处罚扩张的现实、不能消除司法困惑，又无助于保护被告人权利，无法使其免受更重的刑罚”，因而最佳解决之道就是增设轻罪。质言之，重刑主义司法是刑法罪名数量设置过少导致的结果，增设轻罪可减少司法恣意、避免适用存疑时选择重罪重刑，这也对被告人

更有利。但笔者认为，上述看法（以下简称“增设轻罪论”）实际上是通过立法形式去掩盖司法的弊病，有为专断性司法开脱之嫌，解题方案过于理想化。

四、结论

在全面推进依法治国战略中实施社会治理，则社会治理必须同时是“法治化治理”即“法律之治”和“良法善治”，因而法律体系发挥着重要的社会治理功能，让法律积极参与社会治理也是提升社会治理法治化水平的重要途径。但是，法律之于社会治理的积极性并不必然等于刑法介入的积极性，因为我国刑法四百余个条文仅是整个部门法规范系统之一，刑法的作用范围极其有限，它显然不是调整民众行为的首选规则。对于这个常识化认知，理论和实务上常有遗忘，“刑法积极参与社会治理”逐渐成为立法的信条，不少人坚信刑法发挥引导社会行为、树立法律意识的功能，因而在面临社会治理的疑难问题时，增设新罪轻罪成为积极预防刑法观贡献的第一方案。这样的立法既遮盖了社会治理问题的原貌，又引发了新的治理困境。刑法的一般预防功能是一种“靠天收”的最原始农耕模式，增设新罪之后，人

们是否获取到规则意识、是否会因“犯罪化”而不敢或不愿犯罪，这已不是立法者和司法者所能决定。至少经验已经屡次告诫：那些对刑法规范了如指掌的部分法律精英之所以走上违纪、违法、犯罪道路，绝对不是因为“不知法”“不懂法”，而是权力监督机制不畅、自身道德水平不高主客观综合原因所致，从“立法”到“守法”之间会受到法律内外各种因素的干扰，刑罚除证明“报应刑惩处”之外，对此无能为力。因此，社会失范行为的治理必须遵循中共中央提出的“打造共建共治共享的社会治理格局”之要求，在多元共治的社会治理共同体中，“孑然一身”的刑法只具有有限的作用，而轻罪化立法仍极力表现出传统重刑主义管控思维，对之自然应保持足够谨慎。

作者简介

侯晓翔，中共党员，中南财经政法大学法学硕士。先后在地市以及省级公安机关工作五年，自2020年起在湖北立丰律师事务所执业至今，现为湖北立丰律师事务所党委副书记、高级合伙人。任江岸区人民法院听证员、中南财经政法大学经济犯罪研究中心研究员，武昌看守所特邀监督员等职。服务单位有湖北省数据局、武汉市政府办公厅、武汉市审计局、湖北交投集团、保利置业湖北公司等。执业期间办理多起重大影响案件，先后代理某国开行行长（正厅级）职务犯罪一案，某公安厅副厅长职务犯罪一案，办理“民创系”集资诈骗案，鄂州高架桥侧翻重大责任事故案，901重大涉黑案等案件。



刑事业务研讨活动

“立丰夜话刑事法理论与刑事辩护如何有效互动融合”沙龙活动



○ 2019年11月29日晚，“立丰夜话刑事法理论与刑事辩护如何有效互动融合”沙龙活动在律所18楼1号会议厅举办。来自湖北省司法实务界资深人士、武汉地区法学院校教授和西北政法大学刑事辩护高级研究院师资班的研究人员与刑辩律师、部分外省市刑辩律师、立丰所刑辩研究中心会员律师近100人参加沙龙活动。

“刑事诉讼理念与刑事司法现代化”研讨会



○ 2024年7月13日，由立丰研究院主办，立丰研究院刑事辩护与合规风控研究中心、西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院承办的“刑事诉讼理念与刑事司法现代化”研讨会在立丰所18楼1号会议厅举办。来自省内科研院校、司法实务部门、律师行业的领导嘉宾、专家学者和有关代表一百余人出席了此次研讨会。

立丰研究院系列培训



○ 2019年10月27日，立丰所刑事辩护研究中心举办“法庭实务技能培训系列之法庭发问”培训。培训活动分为“理论梳理”“小组讨论”“模拟演练”“课堂复盘”“活动总结”五个单元。

○ 2019年11月29日，西北政法大学刑事辩护高级研究院“法庭辩论”师资研修班武汉站，在律所18楼1号会议厅举办。来自全国各地共计40余名律师同仁参与培训研讨。



○ 2021年3月31日，立丰所刑事辩护研究中心举办了2021年第四期“刑辩沙龙”。立丰所兼职律师、中南财经政法大学刑事司法学院副教授袁建伟律师为大家带来“诈骗犯罪系统精讲”的主题分享。

○ 2021年5月14日，立丰所合伙人、立丰研究院秘书长、刑事专业委员会副主任威萌为青年律师主讲“青年律师工作质效提升之道——九做”的分享。





○2021年5月28日，立丰所刑辩研究中心举办2021年第五期立丰刑辩沙龙，立丰所合伙人杨新堂，为大家带来《虚开增值税专用发票罪之无罪辩护》的主题分享。

○2024年11月28日，立丰研究院在湖北警官学院设立的“立丰大讲堂”在该院南院学术报告厅举办首次讲座，立丰所创始发起人、首席合伙人、西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长、中南财经政法大学刑事辩护研究院副院长、一级律师汪少鹏，应邀为湖北警官学院在读学生作题为《刑事司法现代化背景下的司法理念与认识问题——从刑事辩护律师的视角》的主题讲座。



○2025年5月29日，由武汉市委依法治市办、市司法局、市市场监督管理局、市总工会以及长江日报社主办的“优化营商环境企业法律服务直通车一走近烽火通信”普法培训会，在武汉市烽火科技集团大厦举办。立丰所高级合伙人、刑事专业委员会副主任刘泽博，立丰所高级合伙人、党委委员陈侠，立丰所合伙人、民事专业委员会副主任李丽梅，应邀参会开展知识产权普法培训。

承办、协办省内大型论坛与活动

► 刑事诉讼法修正案报告会



○2012年5月5日，由湖北省律师协会主办，湖北省律协刑委会、湖北省律协直属分会、武汉市律协刑委会承办，湖北立丰律师事务所、湖北博观律师事务所协办的“刑事诉讼法修正案报告会”在武汉市洪山礼堂隆重举行。报告会的主题是“新刑事诉讼法与律师辩护”。有来自省司法厅、省律协及直属分会的领导，省高级法院、汉江中级法院、武汉市中级法院及部分区法院分管刑事审判的院领导和部分刑事审判法官以及检察系统的部分领导及检察官，武汉市司法局、市律协领导，全省刑事辩护律师等近1500人参加了报告会。

► “纪念刑法、刑事诉讼法实施四十周年暨刑事辩护制度发展与展望”高端论坛



○2019年11月30日，湖北省法学会律师法学研究会、中南财经政法大学刑事辩护研究院、西北政法大学刑事辩护高级研究院、湖北省律师协会刑事法律专业委员会2019年年会暨“纪念刑法、刑事诉讼法实施四十周年暨刑事辩护制度发展与展望”高端论坛在武汉市楚天粤海国际大酒店举办，湖北立丰律师事务所是唯一承办单位。来自省内外政法机关、科研院校、司法实务部门的三百余名领导嘉宾、专家学者和有关代表出席了此次论坛。

► “大数据背景下刑事辩护的新理念、新思维、新发展” 高端论坛



○ 2020年12月5日，湖北省法学会律师法学研究会、湖北省律协刑事法律专业委员会、中南财经政法大学刑事辩护研究院2020年会暨“大数据背景下刑事辩护的新理念、新思维、新发展”高端论坛在武汉五月花大酒店成功举办，立丰所等五家律所协办。来自省内外科研院校、政法机关、司法实务部门、新闻媒体及律师行业的两百余名领导嘉宾、专家学者和有关代表出席了此次年会暨论坛。

► “推进新时代检律关系创新发展” 研讨会

○ 2021年12月11日，由湖北省法学会检察学研究会、湖北省检察官协会、湖北省律师协会、湖北省法学会律师法学研究会联合主办，雄楚刑事司法论坛、中南财经政法大学刑事辩护研究院、湖北省律协刑事法律专业委员会承办，湖北立丰律师事务所等四家协办的“推进新时代检律关系创新发展”研讨会在武汉楚天粤海国际大酒店成功举办。来自省内法学院校、公安、检察、法院、司法行政及律师行业的领导嘉宾、专家学者和有关代表40余人参加了线下现场会议，有超过2万名法律同仁线上参加观摩学习。



► “提升刑辩律师专业水平，保障刑事案件辩护质效” 研讨会



○ 2023年3月11日14:00-18:30，由西北政法大学刑事辩护高级研究院主办、立丰所承办、立丰所刑事辩护与合规风控法律业务研究院协办的西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院成立仪式暨“提升刑辩律师专业水平，保障刑事案件辩护质效”研讨会，在立丰所18楼1号会议厅举办。

► 协办省法学会诉讼法学研究会年会暨研讨会



○ 2024年12月7日，由湖北省法学会诉讼法学研究会主办，襄阳市人民检察院承办，湖北立丰律师事务所等律所协办的湖北省法学会诉讼法学研究会2024年学术年会在湖北襄阳召开，来自省内外高校、党政部门、政法机关、律师事务所等百余位司法实务者和理论研究者参加本次学术年会。

► “政法缘·楚天情”——2023西北政法大学湖北校友会年会暨“秉承母校理念、助力社会治理”法治论坛



○ 2023年8月5日14:00-18:30，由西北政法大学湖北校友会主办、黄鹤楼酒业有限公司承办、西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院、立丰所等律所协办的“政法缘·楚天情”——2023西北政法大学湖北校友会年会暨“秉承母校理念、助力社会治理”法治论坛，在黄鹤楼酒业有限公司一号会议厅举办。

参加各类大型学术活动

▶ 2008年11月7日



○ 国外学者到立丰所考察座谈。

▶ 2021年4月24日



○ 由北京京都律师事务所、海南威盾律师事务所、湖北立丰律师事务所共同主办，海南省律师协会刑事专业委员会、海南省律师协会对外学习交流委员会协办的“刑事法治新动态与刑事辩护高端论坛”在海南大学国际会议中心举办。立丰所首席合伙人汪少鹏，党委书记、主任刘勋，高级合伙人、立丰研究院副院长兼刑事辩护研究中心主任汪群代表律所致辞或发言。

▶ 2024年10月26日



○ 立丰所首席合伙人汪少鹏，党委书记、主任刘勋在湖北省法学会犯罪学研究会、《犯罪研究》杂志社主办的“当代犯罪治理的理论升华与实践创新”学术研讨会上发言。

▶ 2020年10月11日



○ 武汉市律协以“涉黑涉恶案件有关规定的理解与适用、共同推进认罪认罚从宽制度落实落地”为主题，在武汉五月花酒店举办专题讲座。立丰所高级合伙人、研究院副院长兼刑事辩护研究中心主任汪群现场发言。

▶ 2024年6月1日



○ 汪少鹏、汪群、聂义明、程客彬、戚萌、刘泽博、李诚等律师赴杭州参加西北政法大学第五届刑事辩护高峰论坛。

► 2024年6月21日

立丰所受邀与十堰市人民检察院、十堰市律师协会联合开展检律同堂培训及“武当论剑 以辩明法”检律论辩交流赛。当日上午，汪少鹏在十堰市法治化营商环境检察基地为十堰检察机关刑事检察条线业务骨干和律师代表作专题辅导。十堰市人民检察院党组书记、检察长刘少军为汪少鹏颁发“十堰市人民检察院专家咨询委员会委员”聘书。

► 2025年6月21日



汪少鹏等立丰代表团20名律师，赴北京参加西北政法大学第六届刑事辩护高峰论坛。

► 2024年4月11日

立丰所高级合伙人、党委副书记聂义明，在武汉律所“6+N”刑事业务研讨会上分享办理民营企业涉嫌犯罪辩护心得。



► 2024年7月13日

立丰所高级合伙人、刑事专业委员会主任程客彬在立丰研究院主办，立丰研究院刑事辩护与合规风控研究中心、西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院承办的“刑事诉讼理念与刑事司法现代化”研讨会上发言。



► 2025年3月20日

立丰所刑事专业委员会副主任、高级合伙人侯晓翔，刑事专业委员会副主任、高级合伙人刘泽博，刑事专业委员会副主任、合伙人戚萌，在湖北警官学院举办的“金融犯罪案件的司法适用与民营企业金融刑事风险防范”研讨会上发言。

► 2023年8月5日



湖北立丰（荆州）律师事务所主任何维笛，在西北政法大学湖北校友会主办的“政法缘·楚天情”——2023西北政法大学湖北校友会年会暨“秉承母校理念、助力社会治理”法治论坛上，作主题发言。

► 2025年6月19日

立丰所高级合伙人李九一、专职律师吴楚俏律师在“知识产权刑事案件新规适用与辩护策略创新”论坛暨“武汉6+N”刑事业务研讨会上发言。

在比赛竞技中取得优异成绩

► 2018年8月18日



○ 聂义明获得由湖北省人民检察院、湖北省司法厅、湖北省律师协会主办的首届湖北省公诉人与律师电视论辩赛决赛的“优胜辩手”奖，其所在辩论团队获得“最佳团队”奖。

► 2021年10月26日

○ 刘泽博、付亮在湖北省人民检察院、湖北省司法厅、湖北省律师协会共同主办的“湖北省第二届公诉人与律师电视论辩赛”中一路过关斩将，刘泽博斩获决赛“最佳辩手”奖，付亮荣获“优胜辩手”称号。



► 2024年7月21日



○ 2024年7月21日立丰所高级合伙人邹艺、付亮，立丰荆州分所主任何维笛三人参与到本次的复赛中，其中付亮、何维笛两位律师获得本次复赛个人“二等奖”。在2024年11月30日的全省决赛中，付亮获得“优胜辩手”奖。

► 2023年10月28日



○ 第五届“立丰杯”论辩赛律所18楼1号会议厅举行。林晨阳、谭晰雅等青年律师在比赛中取得优异成绩。

► 2024年6月21日



○ 立丰所受邀与十堰市人民检察院、十堰市律师协会联合开展检律同堂培训及“武当论剑 以辩明法”检律论辩交流赛。李九一在比赛中荣获最佳辩手，刘思琪、林晨阳荣获优秀辩手。

► 2025年11月29日



○ 立丰所林晨阳律师在湖北省司法厅、湖北省律师协会共同主办的“律心向党 建功支点”全省律师行业演讲比赛决赛中斩获二等奖，立丰所高级合伙人、刘泽博，担任本次决赛的主持人。

“控辩协商”机制下认罪认罚案件办理的新困境

——站在“控辩协商”之辩方视角展开



何维笛律师



李涛律师

□ 文 / 何维笛、李涛

摘要：“控辩协商”机制的良好运转是保障认罪认罚从宽制度得以有效实施的核心。我国“控辩协商”机制有着不同于西方辩诉交易制度的本土化特征。具体表现在控辩双方主要围绕量刑问题展开协商，控方在协商过程中居于主导地位，双方对案件信息的掌握不对称等方面。正是前述特征导致了实践中适用认罪认罚从宽制度的案件办理中，可能存在“控辩协商”趋于形式，量刑建议的合理性、准确性存在质疑，认罪认罚具结书容易被控方滥用等问题。笔者试图站在辩方视角，针对“控辩协商”机制的完善提出个人见解。

关键词：认罪认罚从宽 控辩协商 量刑协商

引言

2018年10月26日，全国人大常委会作出决议对我国现行《刑事诉讼法》进行部分修改。针对这次修法，实务界和理论界关注度最高、讨论最广的无疑是作为刑事诉讼基本原则之一被写入刑诉法的“认罪认罚从宽”制度。自2014年，党中央在十八届四中全会的决议中首次提出要“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”，到2016年在全国部分省份开展“认罪认罚从宽”制度的试点工作，再到2018年刑诉法的修改及2019年10月24日“两高三部”共同发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（以下简称“指导意见”），可以说“认罪认罚从宽”制度是党中央立足于全面推进依法治国的目标，通过实践中的广泛探索、理论上的反复论证，而

最终确立的一项极其重要刑事司法制度。根据目前理论界形成共识的观点，认罪认罚从宽制度写入刑诉法，标志着我国刑事诉讼开始从“控辩对抗”向“控辩协商”转型。

受制于多方面因素的影响，我国的控辩协商与美国的辩诉交易制度有着本质区别，具有鲜明的中国特色。从整体上看，自认罪认罚从宽制度推行以来，在“推动刑事案件繁简分流、节约司法资源、化解社会矛盾”等方面确实起到了一定的积极意义，但同时也应该注意到当该制度适用率达到94%以上，几乎发展成我国刑事诉讼中的普适制度时，也不可避免地暴露出一些问题，引发了实务界尤其是刑事辩护律师的广泛关注和批评讨论。这些批评的声音归纳起来主要有以下几个方面：第一，因其天然的强势地位和公权力的背书，检察机关在认罪认罚程序中处于绝对主导地位。所谓的“控辩协商”呈现出职权主导下形式化特点；第二，现有制度难以保障犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性。出于理性人趋利避害的本能，实践中犯罪嫌疑人、被告人“被迫地自愿”“无奈地悔罪”的情况屡见不鲜；第三，为保障认罪认罚从宽制度的实施，虽然配套设立了值班律师制度，但值班律师提供法律帮助的“有效性”难以得到保障；第四，认罪认罚具结书的性质和效力尚不明朗，既存在被检察机关单方撤回、修改的可能，也存在被审判机关推翻、架空的风险。犯罪嫌疑人、被告人作为“控辩协商”另一方主体的信赖利益和诉讼权利无法得到切实有效的保障；第五，检察机关抗诉权的滥用在某种程度上变相剥夺了犯罪嫌疑人、被告人的上诉权。

笔者认为，引发上述批评和讨论的根本原因在于，作为认罪认罚从宽制度核心的中国式“控辩协商”机制存在允许协商的范围小，参与协商的双方地位、力量不平等，被告方参与协商的自愿性、有效性难以得到保

障等问题。这些问题已经成为了认罪认罚制度能否有效运行的主要障碍，如何破解这个问题是认罪认罚从宽制度下律师想要做到有效辩护所面临的最大困境。

一、我国“控辩协商”机制的特征

（一）我国“控辩协商”的本质特征是“量刑协商”

我国认罪认罚制度中的“控辩协商”一方面吸纳了包括美国辩诉交易制度在内的国外相关制度的合理部分，另一方面又扎根于中国司法实践，具有鲜明的中国特色。我国“控辩协商”与美国辩诉交易相比，最大的区别是在辩诉交易制度中，控辩双方可以从是否构成犯罪、构成什么犯罪、具体量刑多少三个方面进行协商，进而“从宽”也可以从这三个方面体现；在我国“控辩协商”中，控辩双方则不能就“定罪”问题展开协商并“从宽”，只能在犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的基础上对具体量刑进行协商。据此，“量刑协商”是中国式“控辩协商”机制的核心部分。

关于中国式“控辩协商”的核心部分是“量刑协商”的观点，我国理论界和实务界经历了一个认识变化过程。早在全国部分地区进行认罪认罚从宽制度试点之前，就有学者曾经提出认罪认罚从宽制度在名称上可表述为“认罪认罚协商从宽制度”。可是，无论在有关试点工作的相关文件中，还是2018年修改的《刑事诉讼法》中，“协商”“控辩协商”等文字表述均未出现，导致理论上学者认为认罪认罚从宽制度是赋予办案机关单方面行使职权的司法制度，实践中则表现为部分司法人员根本不愿意与犯罪嫌疑人、被告人及他们的辩护律师进行沟通，更谈不上与他们就量刑问题展开协商。直到2019年“两高三部”的《指导意见》出台，在第三十三条明确规定：“检察机关提出量刑建议前，应当充分听取犯罪嫌

疑人、辩护人或者值班律师的意见，尽量协商一致。”我国认罪认罚制度的核心就是控辩双方围绕量刑问题进行“协商”这一层“窗户纸”才被捅破。该规定的出台对于保障认罪认罚从宽制度的有效运行具有重大意义。这一规定不仅要求检察机关应当就量刑问题与辩方进行协商，而且还要“尽量协商一致”，对于深入推进并保障认罪认罚从宽制度健康运行具有重要意义。但控辩双方最终能否真正在量刑问题上做到“尽量协商一致”还有许多其他障碍需要解决。

(二) 我国“控辩协商”的控方主导特征

从比较法学的角度来看，无论是英美法系国家还是大陆法系国家，均确立了一种由公诉方或法庭与被告方以及他们的辩护人共同进行磋商的机制。在这样的联合谈判中，被告方在专业律师的帮助下能够与控方进行充分的协商从而争取到对自己最有利的量刑结果而不至于被司法机关误导乃至蒙蔽。只有这样才能保证被告方认罪的真实性和自愿性以及控辩协商的平等性。

受审前羁押率较高、委托辩护率较低、辩护律师就诉讼程序知情权的保障不足等多方面原因的影响，我国的“控辩协商”往往表现为检察机关通常在没有辩护律师、值班律师参与的情况下与关押在看守所的犯罪嫌疑人就量刑问题进行单方面协商，然后在没有犯罪嫌疑人参与的情况下听取辩护律师、值班律师的意见。更有甚者，部分检察官会在与犯罪嫌疑人就量刑问题达成合意后，无论是否存在委托辩护人，都会绕过委托辩护人直接通知值班律师以“见证人”的身份签署认罪认罚具结书。

这种完全在控方主导下的单方面“一对一”控辩协商在实践中产生了一系列消极影响。在中国的刑事诉讼中，绝大多数犯罪嫌疑人可能只是大概知道认罪认罚从宽制度的存在，但一方面他们缺乏基本的法律知识和

自我辩护技能，另一方面他们没有阅卷权、调查取证权等权利保障。再加上他们往往还处于在看守所被羁押，这种自由受限、孤立无援的客观状态，又进一步增大了他们与公诉人之间信息和能力的不平等状态。这种情况下，当检察机关在提讯犯罪嫌疑人过程中，单方面告知一个量刑建议时，犯罪嫌疑人基本上只能选择接受或者不接受，而鲜有协商、还价的空间。即便在一些案件中，犯罪嫌疑人的确通过认罪认罚制度在量刑上获得了一定的从宽优惠，但控方提出的量刑建议是否合法，从宽幅度是否充分，犯罪嫌疑人对此是无法作出明确判断的。

(三) 我国“控辩协商”双方的信息不对称性特征

在检察机关“捕诉一体化”改革完成后，刑事案件中的检察官在审查逮捕阶段就能对全案证据材料有初步的了解。到了审查起诉阶段，其更是能够对全案定罪量刑的相关证据全盘掌握。但是，作为控辩协商另一方的犯罪嫌疑人、被告人却不享有阅卷权，在参与“量刑协商”时可能对案卷中证据情况一无所知，既不清楚定罪证据是否确实、充分，也不清楚是否存在对自己有利或者不利的量刑情节。有学者通过实证研究得出结论，犯罪嫌疑人在审判前阶段获得律师辩护的案件比率较低，大都依赖于值班律师的帮助。

但是，从司法实践的具体效果来看，为保障犯罪嫌疑人在认罪认罚中的自愿性和明智性的值班律师制度的实施效果与预期相差甚远。值班律师参与的认罪认罚案件中，由于受到多种主客观因素的限制，往往难以提出具有说服力的法律意见，甚至在一些案件中值班律师成为了检察机关的“说客”，劝说犯罪嫌疑人接受检察机关的量刑建议，进一步加剧了控辩双方的不平等。造成这种现象的原因主要有：

1. 从人员构成来看，值班律师通常都由执业年限较短、资历尚浅的年轻律师构成，他们中大部分是因缺少案源而“被迫”成为值班律师。一方面，受其自身知识储备、执业能力的欠缺，难以为犯罪嫌疑人提供有效的法律帮助，更不用说帮助犯罪嫌疑人与检察官就量刑问题展开协商或者谈判；另一方面，出于自身执业生涯长远利益的考虑，年轻的值班律师也更愿意借此与检察官建立良好的关系，几乎不会对检察官的量刑建议提出相左的观点。从某种意义上讲，值班律师已演化为犯罪嫌疑人签署具结书的“见证人”。

2. 从诉讼权利的保障和工作机制来看，采取轮班制的值班律师行使诉讼权利的意愿和空间。值班律师的工作性质决定了其只能短暂、临时地为有认罪认罚需求的犯罪嫌疑人提供法律咨询，而很难为其在刑事诉讼全阶段提供持续的法律帮助。尽管“两高三部”的《指导意见》在《刑事诉讼法》的基础上进一步明确了值班律师享有会见权、阅卷权，但是一方面相关法律条文没有就前述权利的行使的具体流程提供制度性保障，另一方面，在轮班制的工作方式下，值班律师既没有足够的时间亦没有足够的内生动力去行使，进而无法将这些纸面上的权利真正落到实处。

二、我国“控辩协商”机制存在的问题

(一) 双方地位不平等导致的“控辩协商”趋于形式化

认罪认罚制度下的刑事诉讼构造由“控辩对抗”转向“控辩协商”。而“协商”的基础是“平等”，无“平等”则无“协商”。协商就是共同商量，即两方以上的主体就共同涉及的事项进行商量，并且能够得出各方都能接受的结果，其必须以各方地位平等为基础。认罪认罚案件中的“控辩协商”也理应以平等为基础。但是，司法实践中由于作为

“控辩协商”一方的检察机关地位过于强势，导致律师的辩护空间被压缩，双方协商变成单方主导，实质性协商让位于诉讼效率，辩护权与公诉权力量的不匹配致使控辩双方的不平等进一步加剧，进而在一定程度上导致辩护方的协商能力和自主性进一步下降，无法对检察机关的量刑建议产生实质性的影响，使得以被追诉人自愿性为基础的认罪认罚从宽制度的正当性遭受质疑。加之刑事诉讼法并未明确控辩双方的协商、沟通机制，导致辩护方的沟通协商渠道不畅通。以上现状从一定程度上加剧了认罪认罚程序中的控辩协商趋于形式化。而现阶段认罪认罚程序中控辩协商的形式化具体主要表现在以下两方面：

第一，检察官作为“控辩协商”的一方，既有公诉职能又有法律监督职能，如果其再不能秉持客观义务，在认罪认罚程序中完全可能利用这种强势地位迫使犯罪嫌疑人、被告人一方被动地接受其提出的量刑建议。所谓的量刑“协商”将完全失去生存的土壤。同时，根据最新的统计数据，在适用认罪认罚的案件中，人民法院对检察机关量刑建议的采纳率达到了惊人的97%以上，那么，无论犯罪嫌疑人、被告人是否聘请了辩护律师，也无论该辩护律师是否擅长沟通、协商、对话，面对“稳操胜券”的检察机关，参与协商主体很难拥有讨价还价的余地。更何况，在长期形成的权力主体角色认知以及代表国家追诉犯罪的行为模式影响下，检察官很难在短时间内主动放下“身份”与犯罪嫌疑人、辩护律师和值班律师展开平等、耐心地沟通与交流，并积极收集和听取有利于犯罪嫌疑人量刑减免的情节。

第二，律师参与“控辩协商”流于形式，协商能力极其有限。犯罪嫌疑人、被告人是辩护权的当然主体，但是，囿于法律知识的欠缺、证据情况的难以掌握以及大多数情况下人身自由地丧失等原因，犯罪嫌疑人

人、被告人通常只能被动地接受检察机关提出的量刑建议，而无法真正实现与控方的有效沟通、协商。其自我辩护权只能寄希望于律师来行使。然而，一方面，现阶段司法实践中审前委托辩护率依然较低，尽管在立法层面设置了值班律师制度，但前文已述，该制度的实施效果与立法预期相去甚远。概言之，在认罪认罚案件中犯罪嫌疑人最迫切需要获得法律帮助的“控辩协商”阶段，绝大多数犯罪嫌疑人都难以获得专业、有效的辩护。另一方面，更为重要的是即便有专业、负责的委托律师参与到“控辩协商”中来，其也经常没有足够的“谈判筹码”来与控方进行量刑协商。因为，我国刑事案件无罪率畸低且还在呈逐年下降的趋势，是实务界所公知的事实。当一个案件进入审查起诉程序后，绝大多数犯罪嫌疑人已经在侦查阶段作出过有罪供述，在目前笔录中心主义的背景下，犯罪嫌疑人脱罪的可能性极低。又加之我国的“控辩协商”机制不允许双方就构罪问题展开协商，导致的结果就是辩方很难以“认罪”来换取控方在量刑上的进一步减让。而“认罪”即同意控方提出的量刑建议在多数情况下对检察机关而言又并非“意义重大”。换言之，对于已经进入审查起诉环节的刑事案件来说，犯罪嫌疑人即便不认罪认罚，拒绝签署认罪认罚具结书，也难以对检察机关最终量刑建议产生实质性的影响。

（二）控方量刑建议缺乏说理，是否从宽不透明

作为我国刑事领域较早启动的司法改革项目之一——量刑规范化改革至今已稳步推行了十余年。该项改革措施对统一实践中的法律适用、实现同案同判的司法公正产生了积极影响。量刑的公正已成为广大人民群众所最能直接感知的司法公正。但在过去十余年中，该项改革措施主要致力于审判环节。在认罪认罚案件中，当检察机关在某种意义

上已实际拥有了“量刑权”时，能否准确、合理、规范地行权将对司法公正的最终实现产生重要影响。仅从目前来看，检察机关在出具量刑建议时存在的问题主要表现为以下两点：

第一，出具量刑建议缺乏说理。检察机关在向犯罪嫌疑人、被告人提出量刑建议时，无论是确定刑还是幅度刑，通常都是直接给出结论而缺少必要的论证过程。例如，量刑起点如何确定、有哪些量刑情节、每种量刑情节调节幅度如何确定、不同种量刑情节之间如何叠加等，均没有详细的说明，导致最终量刑结果难以让辩方信服。

第二，类案量刑不统一。同类案件在同一地区甚至是同一个检察院所得到的量刑建议差距明显，尤其是在确定刑和幅度刑的选择、是否明确建议适用缓刑、罚金刑具体数额等方面有较大差异。不同于法院的裁判文书的公开制度，检察文书一般情况不上网、不公开缺乏有效的公众监督，进一步加剧了类案量刑不统一的现象。

上述问题给犯罪嫌疑人及其辩护人带来的困境是，难以感知选择认罪认罚后，是否切实得到了检察机关在提出量刑建议时的“从宽”。尤其是在一些没有他减轻或从重、加重情节的轻微刑事案件中，如何体现认罪认罚与拒绝认罪认罚在量刑上的差别？如果不能让犯罪嫌疑人、辩护人对此有明确、规范、可量化的认识，将容易产生量刑神秘主义，进而导致认罪认罚不一定能从宽，但拒绝认罪认罚一律从重的司法不公。

（三）控方对认罪认罚具结书的滥用

在认罪认罚案件中，作为控辩双方“协商”一致的书面成果——认罪认罚具结书——由于其制作程序和格式文本存在先天的缺陷，导致该具结书存在被检察机关滥用的风险，具体表现为：

第一，在犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书的同时，检察官通常会同步制作一份认罪

认罚讯问笔录。该笔录会作为证据材料的一部分随其他案卷一起移送到法院。在随后的审判程序中，即便认罪认罚具结书因辩方或控方反悔抑或因其他原因而失效，但犯罪嫌疑人在签署具结书时在检察机关所作的认罪笔录依旧会被法院作为认定其有罪的证据。

第二，名为控辩双方“协商”一致的结果，但认罪认罚具结书上却只有犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人或者值班律师的签名，而无承办检察官的签名或检察机关的盖章。认罪认罚具结书看上去更像是辩方单方面的认罪“承诺”而非双方的“协议”。这导致认罪认罚具结书对控方的约束力难以彰显。在笔者亲自办理的案件中，就出现过多起在犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书之后，控方以被害方强烈反对、检委会有不同意见等理由单方撤回具结书并提出更重的量刑建议的情况。而辩方面对控方的这种单方面“毁约”行为，缺少有效的制约手段和救济途径。

（四）“控辩协商”机制与“审判中心”改革的冲突

不可否认，认罪认罚从宽制度下的“控辩协商”机制在节约司法资源、推进案件繁简分流、进一步贯彻落实宽严相济的刑事政策等方面均取得了卓著的成效。但在检察机关内部考核制度的激励下，认罪认罚制度适用率畸高，导致在一些复杂的争议案件庭审流于形式，偏离了制度设计的初衷。在认罪认罚从宽制度和以审判为中心的诉讼制度改革之间，以审判为中心的诉讼制度改革是中心，其他改革均属配套。而在以审判为中心的诉讼制度改革中，庭审实质化改革关系到诉讼程序的公正和审判质量的保障，因而更属改革的核心。可是，在检察机关主导“控辩协商”、内部考核指标的推动下，出现了大量为了适用认罪认罚制度，满足考核指标而放宽定罪标准的“伪认罪”案件，导致一些在罪与非罪的认定上存在争议的案件“带

病起诉”。尽管“两高三部”的《指导意见》明确了认罪认罚案件依旧应当“坚持法定证明标准，侦查终结、提起公诉、作出有罪裁判应当做到犯罪事实清楚，证据确实、充分……对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚，但证据不足，不能认定其有罪的，依法作出撤销案件、不起诉决定或者宣告无罪。”但事实上，缺少裁判者参与的，由检察机关单方主导的“控辩协商”似乎在一定程度上形成了“以审查起诉为中心”的态势。认罪认罚案件程序上的从简，进一步加剧了困扰刑事律师辩护的“新三难”——发问难、质证难、辩论难——问题，使得庭审实质化改革所追求的事实调查在法庭、证据展示在法庭、控诉辩论在法庭的美好愿景难以实现。

（五）“控辩协商”机制对犯罪嫌疑人上诉权的变相剥夺

从立法层面来看，我国现行法律和相关司法解释对认罪认罚案件中被告人的上诉权没有作出任何限制。因此，从理论上讲，对于适用认罪认罚从宽制度的被告人而言，上诉权当然是其不可剥夺的法定权利。但是，作为“控辩协商”一方的检察机关，在实践中通常会将被告人的上诉行为不加区别地理解为对控辩“协议”的反悔，为了防止被告人占“上诉不加刑”的便宜而一律盲目提出抗诉。检察机关的这种并非基于原审判决确有错误，而是带有明显“报复性”色彩的抗诉行为，其合法性、正当性存疑。尽管2021年12月出台的《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》（以下简称“量刑建议工作指导意见”）第39条，对被告人“反悔”后提出上诉，检察机关抗诉权的启动加上了“被告人仅以量刑过重为由提出上诉”和“因被告人反悔不再认罪认罚致使从宽量刑明显不当”两个限制条件，但对限制条件中“仅以量刑过重为由”和“从宽量刑明显不当”的理解并未形

成统一的认识，换言之，该意见对检察机关的抗诉权的限制效果并不明显。实践中，绝大多数认罪认罚案件的被告人依旧会慑于检察机关抗诉的不利后果而选择放弃上诉。

三、对我国“控辩协商”机制部分问题的化解

经过上文的分析，我国认罪认罚从宽制度中的“控辩协商”机制在运行中造成了一系列的实务困境。这些困境对于认罪认罚从宽制度及刑事辩护制度的健康发展形成了一定阻碍，可能会造成一味地追求诉讼效率而牺牲了司法的公正。要想真切有效地化解这些困境，不能仅依赖司法人员素质和能力的提升，而更应从规范层面对相关制度进行完善。具体而言，笔者认为可以从以下几个方面入手：

（一）对现有法律援助制度及“控辩协商”方式的完善

笔者认为，经过几年的司法实践，值班律师制度从制度理念和实践两方面都被证明是一个失败的尝试。要想确保认罪认罚从宽制度取得预期效果，保障犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性、明智性，首先就应当保障犯罪嫌疑人、被告人在“控辩协商”前能获得有效的法律帮助。做到这一点，就需要考虑进一步完善我国的法律援助制度。基本思路是，在刑事案件律师辩护全覆盖改革理念的引领下，对指定辩护的适用范围从程序上提前、适用范围上扩大——将由人民法院在审判阶段通知法律援助机构指派辩护律师提前到人民检察院在审查起诉阶段也应当通知法律援助机构指派辩护律师；将适用认罪认罚程序的案件一律纳入到指定辩护所涵摄的范围内。这样做的最终目标是保障所有认罪认罚案件的犯罪嫌疑人在没有委托辩护律师的情况下，至少都能获得指定辩护律师以辩护人的身份参与到“控辩协商”中来，而不是现行制度下值班律师提供的抽象的“法律帮

助”。

与之配套的，还需要对认罪认罚程序的启动和“控辩协商”的方式做进一步细化和规范。当下，检察官大多会在提讯时在辩护律师不在场的情况下单方面提出量刑建议，这种“一对一”的协商方式是造成“控辩协商”不平等的重要原因。要解决这个问题，可以考虑对认罪认罚从宽程序做以下几点细化：

1. 检察官在首次提讯犯罪嫌疑人之前，应当询问其是否委托辩护律师，在有委托律师的情况下，是否启动认罪认罚程序应当征询犯罪嫌疑人和委托辩护人的意见；在没有委托辩护律师的情况下，应当及时依法为其指派辩护律师或者值班律师，在指定辩护律师或值班律师至少与犯罪嫌疑人首次会见后，再就是否启动认罪认罚程序征询犯罪嫌疑人和指定辩护律师、值班律师的意见。

2. 当犯罪嫌疑人同意适用认罪认罚程序后，检察官在与犯罪嫌疑人开展量刑协商时，必须要求辩护律师、指定律师或值班律师同时在场。使犯罪嫌疑人在具备法律专业的专业人士的帮助下，与检察官进行实质有效的量刑协商。这样才有可能在确保犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性、明智性的基础上，为其争取最公正的量刑结果。

3. 将量刑建议说理要求落到实处，要求检察官在认罪认罚具结书中详细说明提出量刑建议所依据的情节、计算方式和法律依据，分别说明量刑起点、基准刑和拟宣告刑的确定方式，避免“认罪认罚”但并未“从宽”的现象发生。

4. 借鉴民事诉讼程序中“当事人为达成和解、调解作出妥协而认可的事实不得在后续诉讼中作为对其不利的根据”的法律精神，明确犯罪嫌疑人在控辩协商过程中所作的有罪供述，在双方未能就量刑达成一致时，人民法院亦不得将之作为认定其有罪的证据，以减轻犯罪嫌疑人在控辩协商中的心

理负担。

（二）犯罪嫌疑人、被告人诉讼地位和权利保障的提升

犯罪嫌疑人、被告人诉讼地位和权利保障的提升，是增加其在“控辩协商”中话语权的根本。为了保障犯罪嫌疑人能够与检察官尽量平等地对话，可以考虑完善审查起诉阶段的证据开示制度以及尽可能降低轻罪案件的审前羁押率。

尽管我国目前《刑事诉讼法》明确规定了自审查起诉之日起，辩护人可以向犯罪嫌疑人核实有关证据。但是，一方面我国目前审前委托辩护率依旧偏低，大多数犯罪嫌疑人无法通过该途径了解案件证据情况；另一方面，审前羁押率偏高导致即便有辩护人，其在看守所与犯罪嫌疑人核实证据又受到会见场地、会见时间等方面的限制，实际效果并不理想。如果能从立法层面直接赋予犯罪嫌疑人阅卷权，其在阅卷后依然表示愿意认罪认罚，那么不仅进一步保障了其认罪认罚的自愿性，避免因认罪后又反悔导致诉讼资源的浪费，而且可以加强其与控方进行量刑协商、处分自身利益的能力。最终形成的一致结果对犯罪嫌疑人而言，也更有说服力，更易接受。值得称赞的是，笔者作为辩护人看到的该问题，同样也引起了检察机关的注意。最高检在《量刑建议工作指导意见》中就有关于检察机关在就量刑建议听取犯罪嫌疑人意见的过程中，必要时可以通过出示、宣读、播放等方式向其开示或部分开示影响定罪量刑的主要证据材料。虽然该规定并不等同于直接赋予犯罪嫌疑人阅卷权，其具体落实效果也有待实践的检验，但这无疑是检察机关为切实保障犯罪嫌疑人诉讼权利，提高其“控辩协商”中的对话能力而作出的有益尝试。

（三）法院对量刑协议审查方式的调整

“控辩协商”机制的良好运行，离不开人民法院作为客观、公正第三方的有效参

与。需要注意的是，法院的参与可能是一把“双刃剑”，有可能因人民法院对量刑协议的严格审查而保证“控辩协商”结果的公正；也有可能因人民法院不受约束地任意推翻控辩双方达成的量刑协议，尤其是人民法院超出量刑协议加重判决的话，将使“控辩协商”的不平等问题愈发严重。对此，可以考虑建立人民法院的二元审查机制：一方面，针对案情事实清楚可以适用速裁程序的轻、微罪案件，人民法院可以只针对“控辩协商”程序的合法性和被告人认罪认罚的自愿性进行审查，没有异议的，则一律采纳量刑协议；另一方面，在适用其他程序的认罪认罚案件中，人民法院可以依职权对量刑协议的准确性、适当性进行实质审查。如果人民法院认为量刑协议过重的，可以径行改判。如果人民法院认为量刑协议过轻的，应当进一步审查是否属于“明显不当”的畸轻。不属于“明显不当”的依旧应当从保护被告人信赖利益的角度尊重控辩双方的量刑协议。属于“明显不当”的应当说明理由告知控辩双方，而后由检察机关和被告人另行进行控辩协商，若无法达成新的一致意见的，则应将案件转为非认罪认罚的普通程序进行审理。

（四）律师充分发挥主观能动性，有效参与“控辩协商”

面对认罪认罚从宽制度的普遍适用，以及“控辩协商”机制中犯罪嫌疑人所处的劣势地位及其面临的困境，作为一名负责任的刑事辩护律师更应该充分发挥自身专业优势，尽量弥补犯罪嫌疑人在法律知识、信息资源的占有等方面的短板，协助有意愿认罪认罚的犯罪嫌疑人有效参与控辩协商，最大限度地争取对其有利的量刑结果。对此，笔者提出以下几点具体建议：

1. 辩护工作前移，对符合条件的案件，尽早提出认罪认罚意见。

实务中，很多人容易忽视侦查阶段认罪

认罪的重要性。虽然认罪认罚制度的适用贯彻刑事诉讼全流程，但《指导意见》规定，在从宽幅度的把握上，主动认罪优于被动认罪，早认罪优于晚认罪。可见，能在侦查阶段彻底认罪认罚，其从宽幅度是最大的。因此，律师接受委托后应第一时间会见犯罪嫌疑人，若其自身对犯罪事实没有异议且律师亦认为案件事实清楚，证据确实、充分的，应当及时告知犯罪嫌疑人认罪认罚从宽的政策，为其争取最有利的结果。此外，《指导意见》还规定，犯罪嫌疑人认罪认罚的，公安机关认为罪行较轻、没有社会危险性的，应当不再提请人民检察院审查逮捕。对提请逮捕的，人民检察院认为没有社会危险性不需要逮捕的，应当作出不批准逮捕的决定；已经逮捕的犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的，人民法院、人民检察院应当及时审查羁押的必要性，经审查认为没有继续羁押必要的，应当变更为取保候审或监事居住。据此，对于案件事实清楚的轻微刑事案件，尽早认罪认罚也有利于为犯罪嫌疑人争取取保候审等非羁押性强制措施。

2. 与检察机关积极沟通，切实参与控辩协商工作

上文已述，检察机关在其主导的控辩协商程序中，既是“运动员”又是“裁判员”，具有绝对的强势地位。辩护律师想要说服检察机关，就必须化被动为主动，凭借专业技能增加己方参与协商的筹码。

第一，密切关注案件的诉讼进程。尽管相关法律、司法解释规定对于案件的程序性流转，办案机关应当告知犯罪嫌疑人和辩护人。但实践中，鲜有办案机关主动告知辩护律师案件程序性进展的情况。这就要求辩护律师应当熟悉掌握刑事诉讼各阶段的期限性规定，并积极与不同办案机关沟通，及时准确掌握案件的程序信息。在案件移送审查起诉后的第一时间向检察机关递交阅卷手续，完成阅卷。并利用检察机关内部卷宗流

转及检察官“人少案多”的司法现状形成的时间差，在检察官完成阅卷和讯问之前递交书面法律意见，全面梳理对犯罪嫌疑人有利的辩护观点，主动提出辩方的量刑建议及依据。

第二，提前做好相关辅助工作。例如，在一些存在被害人的案件中，辩护律师应当尽早协助犯罪嫌疑人或其家属进行退赃退赔，并争取获得被害人的谅解，或促使双方达成刑事和解。如果在案件移送审查起诉前就能完成上述工作，无疑能大大提高辩方在控辩协商中的话语权。

第三，积极与承办检察官取得联系，要主动沟通而不能被动等待。实践中由于检察机关内部各部门信息不对称或沟通不及时等原因，委托辩护人在案管部门递交阅卷手续后，业务部门的承办人却不知委托辩护律师的存在，但反面与犯罪嫌疑人完成控辩协商并让值班律师见证签署具结书的情况屡见不鲜。这样的情况一旦发生，不仅会使辩护律师在该个案中失去价值，更会让其专业能力和执业声誉遭受重创。与此同时，在与检察官进行量刑沟通时，要注意方式方法做到有礼有节：尽量当面沟通而不要电话沟通；要敢于坚持己方观点、提出质疑而不要一味被动附和；无法一次协商一致就应当争取多次沟通；如果确实存在一定分歧，可以协商提出幅度刑的量刑建议，为后续法庭辩论预留从宽的空间。

3. 选择最合适的审判程序

根据刑诉法的相关规定，人民检察院应当听取犯罪嫌疑人、辩护人对认罪认罚后案件审理适用程序的意见。据此，如何选择最有利于犯罪嫌疑人、被告人的审判程序也对辩护律师的专业性提出了一定的要求。笔者认为，对于案件事实清楚，证据确实、充分，双方没有争议的认罪认罚案件，律师应建议检察机关适用速裁程序或简易程序审理，以加快案件办理进度，尽早判决、尽早

服刑，为后续可能的减刑预留出空间；反之，对于案件事实、证据等仍有争议和辩护空间的认罪认罚案件，或检察机关提出的幅度刑量刑建议的案件，律师应建议检察机关适用普通程序审理，以便于律师在庭审时充分发挥辩护职能，也为法官深入审理案件创造条件。

4. 认罪认罚具结书签署后的有效辩护

认罪认罚具结书的签署并不意味着案结事了和辩护工作的结束。对一名优秀的刑事辩护律师而言，签署认罪认罚具结书之后，依然有工作可做。例如，如果犯罪嫌疑人依旧处于羁押状态的，可以依据《指导意见》第二十一条的规定提起羁押必要性审查；对于量刑建议中未明确适用缓刑的案件，如果符合缓刑条件，存在缓刑可能的，律师应该进一步挖掘对犯罪嫌疑人有利的情节，以争取缓刑的适用。

实践中有不少论者认为，对于已经签署认罪认罚具结书的案件，后续的开庭对律师而言不过是走过场，律师也不能发表与具结书结论不同的辩护意见。对此，笔者不敢苟同。辩护律师拥有相对独立的辩护权，是近几年各界达成的共识。辩护律师的职责就是在不损害被告人合法权益的前提下，根据全案事实和证据，提出无罪或最轻的辩护意见，不受犯罪嫌疑人供述、辩解的限制。最高人民法院刑一庭杨立新法官在回应“犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚，而辩护人作无罪辩护的案件，能否适用认罪认罚从宽制度？”这一问题时也明确表态：“否适用认罪认罚从宽制度，以犯罪嫌疑人、被告人是否自愿认罪认罚为前提，不以辩护人作有罪辩护为前提。根据刑事诉讼法的规定，辩护人有权根据事实和法律提出无罪辩护的意见。”

鉴于此，笔者认为，即便是适用认罪认罚从宽程序的案件，如案件在事实、证据上确有争议和辩护空间，律师完全可以在被告

人继续认罪认罚的前提下，围绕相关争议问题充分发表辩护意见，这样不仅可以从程序上充分维护当事人的合法权利，也能在实体上为当事人争取更为有利的从宽结果。

结语

认罪认罚从宽制度的创立，毋庸置疑是我国近年来刑事司法领域的重大改革事件之一。控辩双方围绕量刑开展协商是认罪认罚从宽制度的核心内容。目前，我国已基本形成了检察机关主导下的“控辩协商”机制，该机制具备协商性司法的基本特征的同时，也存在协商双方不平等，协商难以有效开展、易流于形式等问题。这不仅缘于检察机关在诉讼地位、所掌握的信息等方面具有绝对的优势，还与检察机关可以通过抗诉等职权对法院判决施加更强大的影响有关。要解决当下中国式“控辩协商”机制存在的这些问题，就需期待各方在法律援助制度及控辩协商方式的完善、犯罪嫌疑人诉讼地位的加强、律师切实提供有效辩护等方面，作出一些有益的变革。

作者简介

何维笛，中共党员，湖北立丰（荆州）律师事务所主任。毕业于西北政法大学，刑法学研究生学历，师从中国著名刑法学家、中国刑法学研究会会长贾宇教授。执业以来，以刑事辩护、刑事风险防控及公司常年法律顾问为主要方向，是武汉市青年律师人才“刑辩百人团”成员。曾为武汉大学、陕西省湖北商会、凯乐科技、名流集团、东方时尚驾驶学校、武汉红人集团等企业事业单位提供法律服务；辩护、代理了一系列在当地乃至全国具有较大影响力的案例，何律师专业细致、勤勉敬业，既有优异的业务能力，又有温厚的人文情怀，获得了当事人的广泛赞誉。

李涛，湖北立丰律师事务所律师，1991年毕业于中南财经政法大学，获法学学士学位。现为长江大学客座教授、研究生导师。从检30年，先后任职于湖北省多个地市级人民检察院，曾在两地担任检察长。法律理论功底深厚，业务能力精湛，尤其擅长办理重大疑难经济犯罪及职务犯罪案件，成功办理并指导了大量具有重大社会影响的复杂案件。深厚的理论积淀与长期的司法实践相互浸润，使其既能准确把握法律精髓，又能洞察案件细节。

“以庭审为中心”与有效辩护

□ 文 / 易 卉



2015年2月4日，最高人民法院印发《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》（法发〔2015〕3号），确立了全面深化人民法院改革的总体思路，明确了：“到2016年底，推动建立以审判为中心的诉讼制度，促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行。”

2016年7月20日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》（法发〔2016〕18号），旨在改革完善刑事诉讼制度，充分发挥审判尤其是庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的作用，切实维护司法公正、防止冤假错案。意见共21条，围绕冤假错案暴露出的有罪推定等错误司法理念不同程度存在，关键性诉讼制度未能真正落到实处，侦查、起诉、审判等职能作用未能得到充分发挥等问题，有针对性地贯彻证据裁判要求、规范侦查取证、完善公诉机制、发

挥庭审关键作用、尊重和保障辩护权和当事人诉讼权利义务等方面提出改革举措。

2017年2月17日，最高人民法院印发《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》（法发〔2017〕5号），推动确立审判在刑事诉讼中的中心地位和决定性作用。确立“诉讼以审判为中心”“审判以庭审为中心”，是审判权作为最终的判断权和裁决权的性质所决定的。审判是刑事诉讼中决定被告人罪责刑问题的决定性环节，是防范冤假错案的关键性防线。习近平总书记指出：“充分发挥审判特别是庭审的作用，是确保案件处理质量和司法公正的重要环节。我国刑事诉讼法规定公检法三机关在刑事诉讼活动中各司其职、互相配合、互相制约，这是符合中国国情、具有中国特色的诉讼制度，必须坚持。同时，在司法实践中，存在办案人员对法庭审判重视不够，常常出现一些关键证据没有收集或者没有依法收集，进入庭审的案件没有达到‘案件事实清楚、证据确实充分’的法定要求，使审判

无法顺利进行。”《实施意见》立足审判实际，全面深入推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，使侦查、审查起诉按照审判的标准进行，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用，有助于进一步完善刑事诉讼制度，积极构建以审判为中心的刑事诉讼格局。2017年12月11日，最高人民法院印发《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》（法发〔2017〕31号）（简称“三项规程”），自2018年1月1日起在全国试行。最高人民法院在出台《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》的基础上，制定深化庭审实质化改革的“三项规程”，进一步明确和细化庭前会议、非法证据排除、法庭调查等关键环节、关键事项的基本规程，有助于解决庭审虚化、非法证据排除难、疑罪从无等问题，有助于提高刑事审判的质量、效率和公信力。

2024年7月25日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《办理刑事案件庭前会议规程》和《办理刑事案件排除非法证据规程》（法发〔2024〕12号），自2024年9月3日起施行。

审判中心主义与庭审中心主义是既有区别，又有密切联系的两个概念。审判中心主义主要是解决审判活动与侦查、起诉、执行活动的外部关系，即审判居于中心地位，而侦查、起诉、执行都服务、服从于审判。而庭审中心主义主要是解决审判机关内部如何进行审判活动进而对被告人定罪量刑问题，亦即审判案件以庭审为中心，事实证据调查在法庭，定罪量刑辩论在法庭，裁判结果形成于法庭，全面落实直接言辞原则，严格执行非法证据排除规则。两者的密切联系

体现在：审判中心是庭审中心的前提和保障。因为只有树立了审判的决定性作用和核心地位，才能使侦查、起诉等活动服从于庭审活动。庭审中心是审判中心的逻辑推演和主要实现路径。因为，“对于事实认定，审判中心相对于侦查中心的优越性，主要是通过庭审体现的，因此，确认审判中心，必然要在逻辑上推演出庭审中心”。也就是说，如果没有以庭审中心主义为基础的审判活动，审判中心主义的诉讼地位不可能确立，审判的正当性和权威性也无以产生和存在。

法庭审判承载着质证诉讼证据、查明案件事实、发表辩论意见、形成裁判理由等重要功能，强化“庭审”在诉权保护、证据认定、查明事实、公正裁判中的决定性作用，把庭审作为诉讼制度的中心，是对司法诉讼规律的正确把握。具体而言，以审判为中心就是把庭审作为整个诉讼的中心环节，侦查、起诉等审前程序作为开启审判程序的准备，强调侦查、起诉活动都要围绕审判中的事实认定、法律适用的标准和要求开展，法官直接听取控辩双方意见，依据证据裁判规则作出裁判。

对被告人有效辩护权的侵权之源主要有两个：一是相关司法机关，二是辩护律师。由此，无效辩护可以区分为两类：国家侵权型无效辩护与辩护律师不称职型无效辩护。以庭审为中心的有效辩护对审辩双方均提出要求：

一、有效辩护，要求刑事诉讼程序切实以庭审为中心

我国《宪法》第一百三十条规定，被告人有权获得辩护。综合我国《刑事诉讼法》第三十三条、第三十四条的规定，被告人除自己行使辩护权以外，有权随时委托一至二人作为辩护人。我国《刑事诉讼法》第三十五条规定，犯罪嫌疑人、被告人因经济困难

或者其他原因没有委托辩护人的，本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请，对符合法律援助条件的，法律援助机构应当指派律师为其提供辩护；犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人，或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护；犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。由此可见，我国宪法、法律从立法层面充分保障了犯罪嫌疑人、被告人享有辩护权。但令人遗憾的是，“享有辩护权”不等于“辩护权的有效行使”，“辩护”不等于“有效辩护”。震惊社会的余祥林案、杜培武案等冤案、错案，实际上均有律师参与辩护，但是，律师尽职尽责、有理有据的辩护却在审判中流于形式，未被依法采纳，未充分发挥其应有的功能。

湖北余祥林，1994年涉嫌杀妻遭羁押审查，曾两次被宣告“死刑”。2005年3月妻子奇迹般地出现，揭开了一幕长达11年的人间悲剧。尽管辩护律师在开庭前几天才刚刚接手，还是从相关材料中发现诸多疑点。如直接证据只有余祥林的口供，间接证据则明显形不成系统的证据链等。根据“疑罪从无”的原则，辩护律师为其作无罪辩护。然而，法院却对律师提出的四个重大疑点问题置若罔闻。

1998年12月17日，昆明市中级人民法院开庭审理“杜培武故意杀人案”。辩护律师基于侦查机关以刑讯逼供的方式严重违法取证；杜培武主观上无杀人动机，客观上也无证据证明其有杀人行为等意见，为其作无罪辩护。昆明市中级法院却认为律师的辩护是“纯属主观、片面认识的推论，无充分证据

予以支持，该辩护意见本院不予采纳”。一审以杜培武犯故意杀人罪判处死刑，剥夺政治权利终身。

反思这些冤案、错案的发生，原因可能各有不同，但其相通之处就是未以庭审为中心，使律师辩护流于形式，扼杀了律师的有效辩护。

所谓“以庭审为中心”，就是要求刑事法官在审理案件时应“以法庭审理为中心”，而非“以案卷笔录为中心”，来形成自由心证。刑事审判活动亲历性的特性要求法官直接接触和审查证据，直接听取控辩双方的意见，再行作出判断，法官的心证也要凭借庭审活动形成才具有正当性，庭审是保证亲历性和合理心证的最佳空间。众所周知，庭审有三个最重要的环节，分别是：法庭调查、法庭辩论和法庭宣判。法庭调查所要解决的是事实调查和证据认定问题；法庭辩论所要解决的是控辩双方轮流发表控诉、辩护意见问题；法庭宣判则是要通过合议庭的方式解决定罪量刑与裁判说理问题。因此庭审中心主义的内涵应包括五个方面，即：事实调查在法庭、证据认定在法庭、控诉辩护在法庭、定罪量刑在法庭、裁判说理在法庭。这五个方面是按照庭审的逻辑顺序逐一编排的，法官也只有亲身经历这五个过程，才能逐渐形成内心确信并最终形成自由心证。

实践中，辩护律师在庭审中有“三难”：“发问难”“法庭辩论难”“质证难”。

究其原因，是传统的以侦查为中心的诉讼模式导致法官对庭审程序的轻视，不是以庭审为中心，而是以庭外阅卷为中心；对证据的采纳不是以当庭质证为中心，而是以侦查过程中已经形成的证据为中心；裁判的依据不是以当庭直接听取控辩双方的意见为中心，而是以庭后请示汇报为中心。法官不以

庭审为中心，在裁判时不重视亲历的过程，是对司法诉讼规律的错误偏移，必然导致庭审流于形式，律师辩护流于形式，被告人的诉讼权利得不到合法保障，虽有辩护，但是形同虚设。

二、有效辩护，要求辩护律师充分把握庭审，依法辩护、理性辩护

1. 注重专业化，提升职业道德水准。新型律师职业队伍的基本特征即专业化、职业化，树立正确的诉讼价值观，包括大局观、政治观和责任感。与办案人员依法有效沟通，实现不同主体在职能上存在差异但均有共同的司法公正的目标。

2. 强调辩护方法的有效性。在量刑辩护、充分辩护以及程序与实体辩护三个方面实现有效辩护。量刑辩护：最大限度地说服法院作出从轻、减轻或免除刑罚的裁决结果，这是量刑辩护所要达到的诉讼目标，为

有效地从事量刑辩护，辩护律师不仅要积极参与有关量刑问题的法庭调查和辩论活动，而且还要进行有针对性的防御准备工作。充分辩护：穷尽救济理由和手段，在法律规定范围内展开全方位辩护，确保辩护的充分、有效。实体辩护与程序相结合：程序辩护有自己独特的价值，应当与实体辩护在刑事辩护制度中比翼双飞。

3. 诉讼程序的广泛参与。一方面，应当充分重视辩护律师在审前程序的参与力度，在庭前会议阶段有效地解决程序性争议，在庭前准备方面除准备充分书面意见以外，还需通过准备庭审的过程最终为在审判阶段实现说服法官、检察官乃至公众的预期目的打好基础。另一方面，辩护律师应进一步将辩护重点放到庭审的实质化辩护领域，包括非法证据排除、申请证人出庭、有效开展质证、辩论等活动，努力提高辩护能力和辩护技巧。

作者简介

易卉，立丰所高级合伙人、立丰研究院副院长、二级律师。全国律协民事专业委员会委员、司法部“全国千名涉外律师人才”、湖北省财政厅政府和社会资本合作(PPP)专家，湖北省司法厅涉外律师人才库律师、湖北省律协反垄断与反不正当竞争专业委员会主任。



自首之辩

□ 文 / 陈 哲



前言：

刑事案件中，自首对犯罪嫌疑人/被告人具有重大量刑意义，也是刑事辩护中最为常见的从轻、减轻的处罚情节。依照《刑法》第六十七条：犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

司法实践中，有些案件中认定自首是非常难的。有些当事人觉得自己构成自首，但最终司法机关没有认定，而不予从轻、减轻处罚。究其原因，笔者认为，能否认定自首，除了根据案件实际情况，还有办案人员对自首的不同理解。

笔者就自己代理的两起案件，从能否认定自首的角度出发，谈谈自身的体会与心得。

案件概况：

一、武汉市某区公安分局《起诉意见书》指控（部分摘录）：2020年7月中旬，犯罪嫌疑人A在驾校练车期间认识了同在该校练车的B，二人交往一段时间后，A自称可以“跑关系”让未过分数线的学生到武汉市任何一所学校上学，如有需要，则自己可以帮忙搞定。

同年8月，B介绍了自己的老乡C给A，C向A表明自己及好友的小孩中考落榜，其想上武汉市某高中。A听后便向其表示，自己认识省厅某领导，保证能上。C信以为真，决定出钱请A“跑关系”为两家小孩办理上学事宜，后向A转款共计167000元。一周后，C又介绍D与A认识，D提出想找关系花钱让小孩上重点高中，后向A支付了85000元。

事后，A到某珠宝店花费数万元，买彩票及消费数万元，并向C、D表示小孩资料已办好，在9月1日能正常上学。此后，以各种理由推脱，C、D发现情况不对，便要求其退款，A口头允诺，但未兑现，被害人遂报案案发。

经侦查，A被侦查人员电话通知到案。

该案情较简单，但笔者在通过会见后，认为A的行为属于自首。A是被办案人员电话通知到案，按照司法解释相关规定，其属于在接到民警电话通知后主动到派出所说明情况，属于主动投案。但侦查人员认为其系传唤到案，且到案后，没有如实供述，不能认定自首。

审查起诉环节，经查阅卷宗，笔者发现，在到案的笔录中A提到自己被派出所民警电话通知前来，故就该情况与承办人反映，后承办人与侦查机关核实，认定了A属主动投案。但就自首中是否“如实供述”的问题存在分歧，承办人认为A到案后一直供述自称找了领导但又拒不说明领导身份，侦查机关所了解应为编造，A也不认罪认罚，故不能认定自首。

经笔者多次会见A，向其反复询问领导信息及钱款去向，A支支吾吾，不愿透漏信息，笔者也不再追问，但同时告知了相应的法律后果及是否能成立自首条件。最终在笔者的不断开导下，A讲明“省厅领导”系编造，但希望争取到自首，对其从轻处理。

后经笔者与承办人的多次沟通，A在起诉环节签署《认罪认罚具结书》，检察机关认定了自首情节，并最终得到法院判决确认。

裁判文书案号：（2021）鄂0191刑初54号

二、武汉市某区人民检察院《起诉书》指控（部分摘录）：2022年底，被告人A、B及C共同出资在某区成立足道店，A负责该店全面管理，B负责财务管理支出，C担任店面法定代表人。被告人D联系被告人E入股5%，并安排E负责该店的日常经营管理。2023年4月底开始营业，该店组织卖淫人员提供卖淫活动，被告人D负责线上推广业务

及与被告人A、B、E的联系沟通，被告人D、E沟通负责卖淫小姐的招聘，被告人F为店面服务员，负责向客人介绍卖淫服务项目，安排卖淫人员“上钟”、安排房间，并获取提成。被告人G为出纳，负责为卖淫人员核算发放工资，也向客人介绍卖淫服务项目，安排房间，并获取提成。

2023年8月，该店经公安机关查获，被告人B明知是民警电话通知主动到达指定地点。

该案与上一个案情类似，也是被告人接到民警通知主动达到指定地点，但因被告人B到案后至检察机关批捕审查时才如实供述，检察机关认定主动到案后未如实供述，故不能认定自首。

经笔者多次与检察机关沟通，被告人B在起诉阶段签署了《认罪认罚具结书》，但最终检察机关仍不予认定自首，后法院按照《认罪认罚具结书》的量刑予以判决。

裁判文书案号：（2024）鄂0107刑初264号。

通过前述两个案例，同样的情形，其中一个认定了自首而另一个未予认定，是何原因？

依照《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（法释[1998]8号）第一条第二款第三项：“如实供述自己的罪行的具体认定”：

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首；但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。

《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（法发[2010]60号）第二条第三款：关于“如实供述自己的罪行”的具体认定

犯罪嫌疑人自动投案时虽然没有交代自己的主要犯罪事实，但在司法机关掌握其主

要犯罪事实之前主动交代的，应认定为如实供述自己的罪行。

两起案例均系被告人主动到案，但都是经过几次讯问后均未如实陈述，按照检察机关理解，被告人的主要犯罪事实已被侦查机关掌握，此情况下，难以认定自首。

第一个案例中，检察机关对被告人认定自首，笔者认为很大程度上是基于承办人对刑法谦抑性的贯彻，从有利于被告人角度出发作出了认定，让其早日服刑接受改造，回归社会与家庭，彰显了检察机关的司法温度。

笔者认为第二个案例司法机关不予认定，一是确有法律依据；二是案件涉及“黄赌毒”，司法机关一直是重点打击。笔者多次与承办人沟通并数次提交辩护意见、情况

说明，虽最终未能认定自首，但被告人及家属对律师的工作也予以了高度认同。

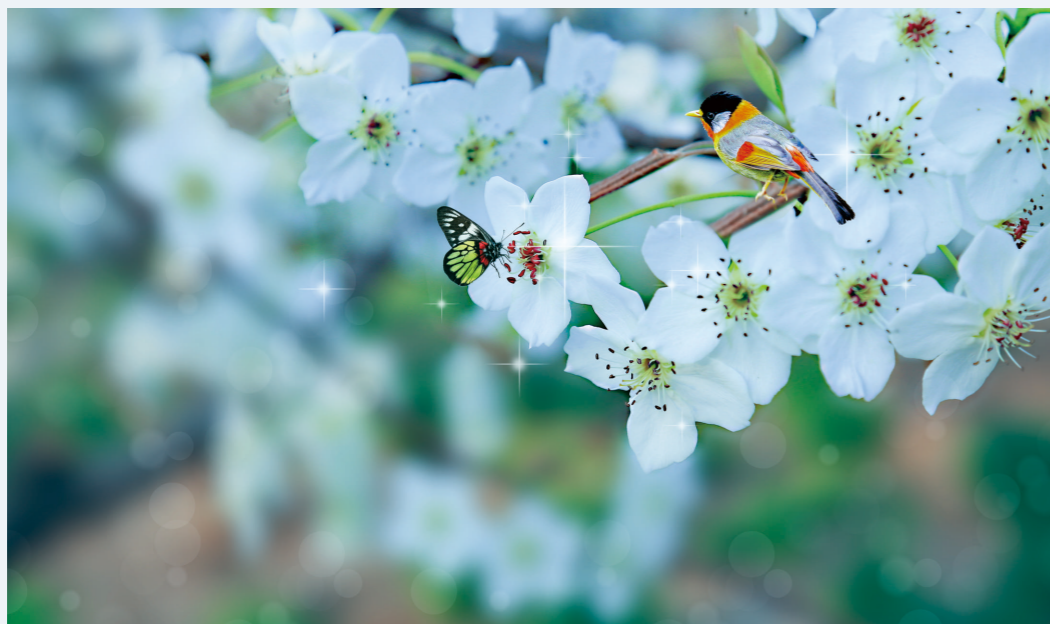
结语：

在自首情节辩护中，如上述第二个案例，笔者保留不同意见。譬如：很多重大涉黑恶、职务犯罪等案件中，犯罪嫌疑人到案后出逃或犯罪事实已被司法机关掌握但不在案，而后司法机关发布《通告》，以敦促相关涉案人员在某日期之前向司法机关主动投案的，可以认定自首，办案单位可以对其从轻、减轻处理。为何这一情况能够认定自首？犯罪嫌疑人能在量刑上得到减让？这值得我们司法实务人士思考。

正值律所创办首期《刑事辩护专刊》，笔者在办案中有感而发，故形成此文！

作者简介

陈哲，中共党员，湖北立丰（海口）律师事务所主任。2009年开始执业，拥有丰富的经济/网络犯罪、涉黑恶案辩护及商事诉讼经验。执业期间辩护代理了数十起不起诉、撤案、免于刑事处罚/缓刑，并参与了数起公安部督办的涉黑恶重大疑难案件辩护，部分案件摘除涉黑、恶帽子，并在涉案财产辩护中为当事人减少巨额财产损失，取得了良好的辩护效果。



社区矫正现状

——对司法所所长构成玩忽职守罪的思考



杨新堂律师



阮慧静律师

□ 文 / 杨新堂、阮慧静

摘要：近年来，我国刑事司法理念随着刑法犯罪的变化逐步调整，从“从重从严”到“宽严相济，严而不厉”，从“构罪即捕”到“少捕慎诉慎押”，从“从快从重”到“轻重分离、快慢分道”，刑事案件以办案方式更文明、刑罚适用更谨慎，更有利于人权保障的方式发展。随着刑法功能从惩罚打击为主向预防治理、教化规训为主过渡，发展社区矫正工作已成为社会创新管理的必然要求。

关键词：玩忽职守罪 司法所所长 社区矫正 矫正对象再犯罪

一、问题的提出

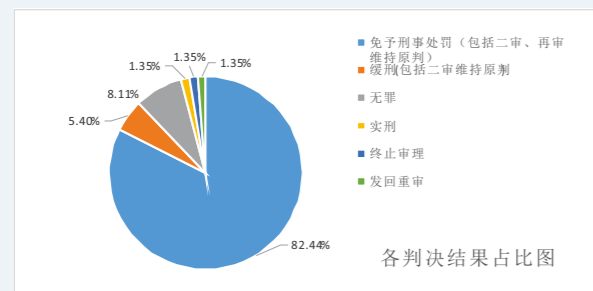
我国社区矫正工作从2003年开始试点以来，经过试点施行，由点到面，再在全国全

面推截至2019年9月12月底全国接受社区矫正对象达到了478万，累计解除矫正对象411万。近几年每年新接收57万，解除矫正59万，全国正在列管的有126万。截止到2019年11月底，全国各地已经为在册的社区矫正对象建立66.2万个矫正小组。随着社区矫正工作的稳步推进，承担这项工作的司法人员被判玩忽职守罪的情形也越来越多。笔者通过在中国裁判文书网输入“司法所”“社区矫正”“玩忽职守罪”截止到2022年3月公开的裁判文书进行检索，获得判决书、裁定书共计107份，输入“司法所所长”获得相关判决书、裁定书87份，可见，司法所所长在社区矫正工作中涉嫌玩忽职守罪占比较大，本文重点分析其中74起典型案例，涉及被告人87人。

二、司法所所长被判玩忽职守罪审判的基本情况

(一) 司法所所长因涉嫌玩忽职守罪被判刑“轻刑化”明显

综观87份裁判文书，司法所所长因社区矫正对象在矫正期间再次犯罪被判玩忽职守罪，免于刑事处罚59件，占比高达79.74%，被判无罪6件，占比8.11%，被判缓刑4件，占比5.4%，有1件因已过追诉时效被判终止审理，占比1.35%，87份裁判文书中仅有1件被判实刑，并且该案在二审被发回重审。



(二) 同一案件，检察机关、审判机关意见存在一定的分歧

在87份裁判文书中，二审、再审案件共计14件，除开上诉人撤回上诉的2件，有7件均是因检察机关抗诉进入二审程序，占比高达58.33%。检察机关、审判机关存在意见分歧分为两种情况，一是被告人被判处免于刑事处罚，检察院认为量刑畸轻提起上诉，另一种是法院作出无罪判决，检察院认为法院适用法律不当而提起抗诉，但无论哪种理由，法院最终均驳回抗诉，维持原判。

(三) 认定案件法律论证不充分

87份判决中普遍存在一个问题即法律论证不充分。大多数判决均是以只言片语定罪说理——“被告人作为负有社区矫正工作职责的国家工作人员，不认真履行职责，致使国家和人民利益遭受重大损失，其行为构成玩忽职守罪。公诉机关指控其犯罪事实及罪名成立，应依法予以惩处。其辩解与当庭查证的事实不符，不予采信。被告人归案后认

罪态度较好，当庭自愿认罪，情节轻微，可免于刑事处罚。”释法说理的不充分，让很多案件当事人难以接受。

三、因社区矫正对象再犯罪而追究司法所所长的刑事责任不具有合理性

(一) 司法所所长主观上根本没有“应当预见”或是“已经预见”的可能性。

玩忽职守罪是指国家机关工作人员对工作严重不负责任，不履行或者不认真履行其职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的犯罪，是典型的过失犯罪，其主观上必须是行为人职务上的过失，包括应当预见而没有预见的疏忽大意、已经预见但认为能够避免的过于自信的两种过失，业务水平低下、工作能力不高造成的失误，不构成本罪。

首先，根据《刑法》第七十二条的规定“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：

- (一) 犯罪情节较轻；
 - (二) 有悔罪表现；
 - (三) 没有再犯罪的危险；
 - (四) 宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。”
- 实践中能够被判处缓刑的犯罪分子，都是经过法院判决认为没有再犯罪危险的人，其人身危险性经过了检察院、法院的考验，在社区矫正过程中社区矫正工作人员不能预见社区矫正对象再犯罪的可能性也属于情理之中。正如黄映辉玩忽职守一审判决中认定的“被告人黄映辉作为张某3龙矫正的具体责任人，其与张某3龙之间是监督管理关系，对张某3龙这种突发无预兆、故意行为所造成结果，被告人黄映辉也无法预见。”

其次，社区矫正队伍人员匮乏，我国社区矫正工作主要是司法所承担，司法所所长不仅要承担社区矫正工作，还要管理人民调

解工作、基层法律服务工作、对刑释解教人员开展安置帮教工作、开展法制宣传教育工作等。许多司法所存在诸如多头管理、混编混岗，事多人少的现状，导致社区矫正基层工作队伍单薄。在这样的情况下，司法所工作人员可能连一心一意完成社区矫正工作做都不到，更何况是预见社区矫正对象在矫正期间再犯罪呢。

再次，办公经费缺乏，致使很多工作难以维系。社区矫正工作需要社区矫正工作人员对矫正对象进行全方位辅导教育，对工作人员要求较高，需要加强专门培训才能保证其专业化，实践中对社区矫正人员、资金、设备的分配不尽合理，导致很多工作难以开展。社区矫正工作人员业务水平低下、工作能力不高无法预见社区矫正对象再犯罪的可能性也属情有可原。

最后，开展社区矫正的工作场所一般在社区，在开放的社会环境中服刑社区相较监狱里的服刑自由性较大，也面临更多的犯罪诱惑，社区矫正工作人员即使按规定认真履行职责，也不一定完全防止社区矫正人员再犯罪。

(二) 客观方面，司法所无法仅凭本单位工作人员完成体系庞杂的社区矫正工作。

“玩忽职守罪客观方面表现为不履行、不正确履行或者放弃履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。玩忽职守的行为，必须是违反国家的工作纪律和规章制度的行为，通常表现为马虎草率，极端不负责任，或是放弃职守，对自己应当负责的工作撒手不管等。”

根据《中华人民共和国社区矫正法实施办法》第九条规定：“社区矫正机构是县级以上地方人民政府根据需要设置的，负责社区矫正工作具体实施的执行机关。社区矫正机构依法履行以下职责：……(七) 对社区矫正对象进行教育帮扶，开展法治道德等教

育，协调有关方面开展职业技能培训、就业指导，组织公益活动等事项；……”第四十三条规定：“……社区矫正机构、司法所根据需要可以采用集中教育、网上培训、实地参观等多种形式开展集体教育；组织社区矫正对象参加法治、道德等方面的教育活动；根据社区矫正对象的心理健康状况，对其开展心理健康教育、实施心理辅导。社区矫正机构、司法所可以通过公开择优购买服务或者委托社会组织执行项目等方式，对社区矫正对象开展教育活动。”

从上述法条可以看出社区矫正不仅要有法治、道德教育，还要帮助其解决就业、生活、心理等方面的困难，涉及方方面面，还要针对不同形式的犯罪有针对性地进行辅导，这对社区矫正工作人员的个人素质、知识面、人生阅历等均有较高的要求，在没有专业化的社区矫正队伍的情况下，司法所很难完成上述任务。而且司法所人少事多，如果几个、十几个甚至几十个社区矫正人员都由司法所所长一人承担矫正任务，是完全不切实际也是根本行不通的。况且每个人有自己的自由意志，他在面对教育的时候，可以选择听或者是不听，听多或者听少，教育改造效果并不是司法所能够决定的。

(三) 部分案件并无“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”之情形，但依然被认定为构成本罪。

构成玩忽职守罪客观上要求“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”“两高”《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》(以下简称“解释”)第一条对“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”作出明确规定——“(一) 造成死亡1人以上，或者重伤3人以上，或者轻伤9人以上，或者重伤2人、轻伤3人以上，或者重伤1人、轻伤6人以上的；(二) 造成经济损失30万元以上的；(三) 造成恶劣社

会影响的；（四）其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形。”由上述法条可以看出，“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”大致可以分为物质性损害和非物质性损害两类。物质性损害，一般表现为人员伤亡、经济损失、权利侵害等，这种损害后果显而易见，实践中也较好判断。非物质性损害后果，相关法律法规并没有不给出衡量标准，但笔者认为这里的“造成重大损失”应当与《解释》中的第一条第一、二项损害程度相当。

综合分析检索的判决，我们可以看出大多数判决将社区矫正对象再犯重罪便视为“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”。如，李某某玩忽职守案一审刑事判决书，孙某在接受社区矫正期间“于2016年9月1日因犯贩卖毒品罪被濮阳市中级人民法院判处死刑，缓期二年执行”；蔡中宝玩忽职守二审裁定书“在脱管期间聂某1于2014年9月、10月先后实施容留他人吸毒、贩卖毒品犯罪活动。聂某1于2014年10月15日被定陶县公安局刑事拘留，后于2016年3月7日聂某1因犯贩卖毒品罪、容留他人吸毒罪，数罪并罚，被本院判处有期徒刑16年，并处财产刑罚”；何某某、唐某某玩忽职守一审刑事判决书“冉某甲、冉某乙在未经请假擅自外出务工期间，于2015年4月22日在内蒙古自治区鄂尔多斯市准格尔旗薛家湾镇盗窃两辆摩托车，涉案总价为10710元，涉嫌构成盗窃罪”。上述三件案例，两人因社区矫正对象脱管期间涉嫌毒品犯罪被认定构成玩忽职守罪，一人因社区矫正对象涉嫌盗窃罪被认定构成玩忽职守罪，但毒品犯罪、盗窃10710元并不满足“解释”第一条“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的要求。只要社区矫正对象犯罪就追究社区矫正工作人员的刑事责任也存在矫枉过正的嫌疑。

（四）社区矫正工作人员玩忽职守行为与矫正对象再罪“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”之间不一定具有因果关系。

刑法上的因果关系不同于我们日常生活中的因果关系，理论上对此有多种不同意见，有的学者认为，因果关系是指实行行为与对定罪量刑有价值的危害结果之间引起与被引起的合乎规律的联系；有的学者认为刑法上的因果关系是指人的危害行为与危害结果之间的因果关系。通说认为刑法上的因果关系是指危害行为和危害结果之间引起与被引起的关系，玩忽职守行为作为一种不作为行为，其不必然会导致危害结果的发生，只有在出现介入因素时才会造成严重损失，相关判决对此也作出一定的解释。例如，钟某玩忽职守罪一审刑事判决书“虽然钟某不认真履职的行为与张某脱管之间有因果关系，但被监管人员再次涉嫌严重犯罪的最主要因素在于该人员独立意识出现问题，该独立意识是一种畸形的、不正常的意识，其自身主观恶性大到足以割裂社区矫正工作对其再犯罪的约束，故钟某的行为与张某重新犯罪的行为之间联系过于薄弱，情节显著轻微，可不认为是犯罪。”

再如，邓春渠、陈静玩忽职守二审刑事裁定书“本案兰家能故意杀人致四人死亡，其社会危害极大，造成了严重的社会后果是不争的事实，但纵观全案事实、证据，邓春渠、陈静作为五宝司法所工作人员，兰家能矫正小组成员，自接收罪犯兰家能进行社区矫正直至兰家能故意杀人案的发生，二被告人主观上没有不认真履职或放任兰家能违规、违法行为的表现，客观上根据《矫正办法》等相关司法文件的规定，针对罪犯兰家能的具体情况，邓春渠、陈静已履行职责，包括配合处置2014年1月17日发生的报案事件，没有失职、渎职行为，其行为不符合刑

法规定的玩忽职守罪关于渎职行为的主、客观要件，其履行对兰家能社区矫正行为与兰家能故意杀人致四人死亡的严重后果之间无刑法上的因果关系，邓春渠、陈静不构成玩忽职守罪。”

又如，阚乃军玩忽职守一审刑事判决书“被告人阚乃军对罪犯相某1在矫正期间抢劫杀人且致二死一伤的结果，既无故意，又无法预见，不存在疏忽大意或过于自信的过失，其在履行职责过程中确有不规范、不到位之处，但矫正措施未到位与矫正人员再次犯罪之间无刑法上的因果关系，公诉机关指控被告人阚乃军构成玩忽职守罪，证据不足，指控的罪名不能成立。”

再如，贾新华玩忽职守一审刑事判决书〔（2019）豫1722刑初749号〕“其渎职行为不是造成六名矫正人员重新犯罪的唯一原因，存在多因一果，可视为被告人贾新华犯罪情节轻微。”

从上述案例中不难看出，即使脱管使矫正对象再犯罪可能性增加，其与犯罪结果的实际发生也没有刑法上的因果关系，与矫正对象再犯罪造成重大损失之间不具有刑法上的因果关系。

笔者注意到在检索的裁判文书中，有被告人提到各项矫正措施没有严格执行到位的原因：社区矫正工作刚开始不久，还在摸索之中；司法所人手不够，经费不足，缺乏交通工具；没有法律强制手段；没有形成规模的志愿者队伍……确实，作为一种新型司法制度，社区矫正各项工作都还在探索之中，目前各项管理制度、工作制度尚不健全，执法人员的缺失，执法力度的单薄，执法效果的不明显导致部分社区矫正对象存在再犯罪可能性，如果仅因暂时无法解决的现实问题，便让力不从心的司法所工作人员对此承担玩忽职守的刑事责任，不仅有客观归罪的嫌疑，也会让更多的司法工作人员寒心。

总之，随着我国司法体制改革的深入，犯罪治理将更加法治化、科学化，刑罚的执行将更加人道化，社区矫正制度也将成为一项重要的刑罚执行方式，未来配套的社区矫正法将会逐步完善，更加合理健全。

作者简介

杨新堂，男，中南财经政法大学经济法学专业毕业。执业18年来，长期专注于刑事辩护业务，办理各类刑事案件700余件，其中不逮捕、不起诉、缓刑、无罪判决的案件100余件。同时，还代理过多起较为复杂的建设工程施工合同纠纷及医疗纠纷案件，在该领域积累了较为丰富的诉讼实务经验。现为湖北立丰律师事务所合伙人律师、立丰所刑事法律专业委员会委员，并取得企业合规师、税务筹划师资格证书。

阮慧静，中共党员。自执业以来，参与办理多起重大刑事案件，如故意杀人、贩卖毒品案、非法吸收公众存款案、集资诈骗案、生产销售伪劣产品案等刑事案件，并深耕合同法及侵权损害等民事领域的法律研究和案件代理。



刑民交叉诉讼实务问题分析

□ 文 / 刘泽博



近年来，随着我国各种经济的蓬勃发展，现有的法律规范对于法律上的一个行为或具有牵连关系的数个行为，存在适用指引缺位以及程序顺位不明等问题，进而引入了“交叉”概念，刑民交叉，刑、民、行交叉成为我国部门法领域的一个具有跨学科性质的热点问题。实践中，针对同一行为，不同法律部门从不同角度进行调整是常见现象，即同一行为同时受刑法规范和民法规范的调整，同一案情同时涉及刑事犯罪和民事纠纷。在此环境下，如何在实务案件中准确区分是适用刑事制裁还是民事救济，需要通过程序法与实体法的双重考量。

刑民交叉 法律适用 牵连关系 规范调整 实务分析

最早由最高人民法院、最高人民检察院、公安部于1985年8月19日联合发布的《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》。该通知指出：“各级人民法院在审理经济纠纷案件中，如发现经济犯罪，应按照1979年12月15日最高人民法

院、最高人民检察院、公安部《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》，将经济犯罪的有关材料分别移送有管辖权的公安机关或检察机关侦查、起诉，公安机关或检察机关均应及时予以受理。”有观点认为，该规定就是对“刑民交叉、先刑后民”原则的规定。故在解决此类“刑民交叉”案件中，我国司法实务大量采用了“先刑后民”的做法，逐步形成了如果存在某种特定行为究竟应当被作为犯罪处理，还是认定为民事违法性质不明，先处理刑事犯罪、再解决民事纠纷的办案模式和观念。基于此，不少学者认为，“先刑后民”是用以解决刑民交叉案件的基本原则。不可否认，“先刑后民”在一定的范围内借助了公权力机关的全面调查取证，确实有利于查明案件事实，减轻当事双方的举证负担，进而提高诉讼效率的同时，也保证了证据的中立与公正。但面对诸多新兴、复杂的案件实际情况，一概地使用“先刑后民”，在实践中产生了不少消极后果，并不利于保护当事人所

主张的最大权益。故在此之后不少专家学者针对性地提出了“先民后刑”或“刑民并存”等概念，以期可以作为解决“刑民交叉”问题的另一途径。

一、“刑民交叉”的概念与类型

如果仅仅从字面上看，这里的“刑”是指刑事法，包括刑事实体法和刑事程序法；“民”是指民事法，包括民事实体法和民事程序法。因此，“刑民交叉”是指刑事法和民事法的交错。例如，我国学者指出：“所谓刑民交叉案件，又称为刑民交织、刑民互涉案件，是指既涉及刑事法律关系，又涉及民事法律关系，且相互之间存在交叉、牵连、影响的案件。”

但从理论角度来说所谓“刑民交叉”的说法，其含义是不太清晰的。一方面，如果仅仅在刑法和民法都对某种社会关系进行调整的意义上讨论刑民交叉，那么，几乎所有的刑事案件都涉及刑民交叉问题。故意杀人、故意伤害、交通肇事罪都同时与《刑法》和《侵权责任法》有关；侵犯公民个人信息罪也势必同时违反刑法和人格权法，在这个意义上讨论“刑民交叉”的意义很有限。当前，我国的法学专家、学者面对实务上愈发多见“刑民交叉”的种类与频次，理论没有得出统一的标准与冲突规范，也是目前“刑民交叉”这一话题具有广泛争议的原因之一。本文试图分析的“刑民交叉”，是目前理论与实务界约定俗成的概念，既涉及刑事法律关系、民事法律关系的交叉，又涉及一个或若干个自然事实在同时接受刑法和民法评价后，刑事法律事实和民事法律事实出现竞合或牵连，导致刑事法律责任与民事法律责任出现聚合的现象。

我国现行的司法解释中对“刑民交叉”法律关系最近的表述是2020年12月23日《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于在

民事审判工作中适用工会法若干问题的解释》等二十七件民事类司法解释的决定》修正规定第10条：“但与本案不是同一法律关系的经济犯罪的嫌疑线索、材料，应当移交有关公安机关或检察机关查处。”但刑事法律关系与民事法律关系并非同一种法律关系，毕竟法律关系的内容是为主体设定权利义务，而刑民两个不同法领域在法律主体、权利义务等方面显然存在差异，刑民法律关系根本不可能被称为同一法律关系。只有民法才存在法律关系，因为民法是授权法，通过设立权利义务而形成民事法律关系；刑法并不当然存在法律关系，因为刑法是制裁法，授权规范只有正当防卫和紧急避险，作为刑法主体内容的制裁规范并不设立权利义务关系，更不能说犯罪的性质是刑事法律关系。因此，上述《规定》第10条中的法律关系应该是指民事法律关系，例如合同诈骗罪中的合同法律关系。但合同诈骗罪中并不存在刑事法律关系，因为合同诈骗罪是指符合合同诈骗罪构成要件的犯罪行为事实，将这种犯罪的行为事实表述为法律事实是可以的，但不能严格界定为刑事法律关系。就此而言，刑民交叉中的交叉，是指法律事实的交叉。确切地说，刑民交叉是指刑事犯罪和民事法律行为这两种法律事实之间的交叉。

如果将“刑民交叉”界定为刑事犯罪和民事法律行为的法律事实交叉，那么可以根据这个前提认为刑民交叉分为“牵连型交叉”和“竞合型交叉”两种情形。“牵连型刑民交叉”是指同一主体实施不同法律事实，该法律事实分别构成刑事犯罪和民事不法，但刑事犯罪与民事不法之间存在牵连关系的情形。这种牵连型的刑民交叉是以存在两个法律事实为前提的，只不过这两个法律事实之间具有一定的关联性。而“竞合型刑民交叉”是指同一主体实施同一法律事实，同时构成刑事犯罪和民事不法的情形。在竞

合型刑民交叉中，又可以进一步分为两种类型：一是排斥关系的刑民交叉，二是并存关系的刑民交叉。这里的排斥关系的刑民交叉，是指同一法律事实所涉嫌的刑事犯罪与民事不法之间天然具有排斥关系：刑事犯罪的成立以否定民事法律关系为前置条件，反之亦然，民事法律关系的成立以否定刑事犯罪的构成为前置条件。并存关系的刑民交叉，是指同一法律事实构成犯罪但并不排斥民事法律关系的存在。换言之，刑事犯罪与民事不法可以同时成立。根据以上辨析，可以将刑民交叉分为三种类型：牵连关系的刑民交叉；排除关系的刑民交叉和并存关系的刑民交叉。

二、刑民交叉案件实务中处理的逻辑分析

实务中“刑民交叉”案件的处理，一直是困扰实践中的“难办案件”，因为涉及社会生活与经济不断发展的高度复杂化，每一起涉及刑事犯罪和民事违法的案件都不尽相同，更可能存在类似案件中一个情节不同导致截然相反判断的情形，因此，提出一种既定方法的裁判规则是不太现实的，即使勉强提出，其指导意义与实践操作也必然存在瑕疵与事与愿违的情况。

正确处理“刑民交叉”案件的思路，必须先以认定犯罪作为前置条件，对罪与非罪做出确定性，如果一个案件不能被认定为刑事犯罪，就不具备存在刑民交叉的基础。在认定犯罪时，必须考虑各个犯罪的构成要件是否符合，在实务中，先将刑民交叉案件的事实与对应犯罪的构成要件进行对比，如果案件事实符合罪名的构成要件，那么可以先认定该案件事实基本是涉嫌犯罪的；如果案件事实不符合或不完全符合罪名的构成要件，则该案件并不存在刑民交叉的基础，宜以民事方式解决案件争议问题；如果案件事

实基本符合或有争议的符合罪名的构成要件，则需要进一步结合罪刑法定原则，重视案件的主客观事实，尊重常识、生活经验以及行业规则，进行综合分析判断。

进一步判断的标准可以简要从理论以及实践基础上推论为：如果民商事法律认为一种行为违法，且通过民事途径很难得到救济的，主张权利十分困难，受害人的财产损失只得动用刑罚来进行保护，那么就可能具有犯罪性，存在刑民交叉问题。以此为前提，实务中对刑民交叉案件的分析步骤大致为：1、法秩序的统一性原理，即分析确定民商法对当前案件的处理态度是什么？（积极的还是消极的，能够处理还是不能够处理，一般的还是困难的）2、法益保护主义。即考察验证受害人有无确定损失（是否是确定的损失，损失的时节点）；3、程序正义，即审查受害人是否可以主张自己的权利，其主张权利的实现是否特别困难。

三、实务中“刑民交叉”案件的处理分析方法

（一）分析确定民商法对当前案件的处理态度

分析处理“刑民交叉”案件，首先要以法秩序统一为原理，遵循

法秩序的统一性，要防止将前置法（民法）上不具有违法性的行为，在刑法行却被认定为犯罪处理。如果一个行为在民法上是合法的，那么将该行为在刑法上认定为犯罪，这就存在自相矛盾的情形，从法理角度无法自圆其说，从事实角度会让普通群众无所适从。故在分析民商法对事实案件的处理态度时，首要的原则就是：在民商法上合法的行为，不可能成为刑法上的犯罪，唯有民商法所要反对的行为，才有成为犯罪的可能。即使一个行为在民法上具有违法性时，也仅仅为该行为的定罪提供了“基础支

撑”，如果这个违法性行为在民商法上具有争议或被民商法所容忍，那么该行为并不必然是刑法上的入罪理由。在刑法与民法规范的保护目的相一致的场合，刑法应当绝对从属于民法，这是法秩序统一性的当然要求，也是刑法谦抑性的具体体现。

1、民商法上的权利归属是否确定

实务中很多民事权利并不是一目了然的，存在诸多所主张的权利存在争议或不完全被民商法所认可的情况。在这种情况下，对于具有争议的权利归属，是认定行为能否构成犯罪违法性的重要条件。

案例一：A商贸公司为电商公司，主要业务是在互联网视频平台带货销售商品，A公司经营者认为现在市面上电动牙刷是紧俏商品、出货量大，遂委托专门生产小家电的B公司研发、生产一种特殊振动方式与频率的电动牙刷，并贴上自己新注册的商标。双方签订了合同，约定该牙刷的图纸、专利秘密等知识产权归A公司所有，B公司不得以任何方式转让第三方或贴牌生产给第三方。因A公司作为上游带货销售公司，在合同签订中利用自己的强势地位，并未给予研制开发费用，且将生产利润压迫地过低，导致B公司在此项目中利润率仅为2%，B公司迫于A公司为其大客户，不敢拒绝，签订了合同。后B公司稍微改变图纸中的振动方向，又向C公司出售该款牙刷，给A公司造成了巨大的经济损失，B公司涉嫌构成侵犯商业秘密罪。

在本案中，如果在案证据表明，电动牙刷的技术是由被告人B公司自行研发和设计出来的，且研发者与委托人之间存在权利争议，那么被告人B公司是否构成犯罪就存在争议。A公司委托B公司研发设计并批量生产的合同，性质上属于委托开发合同和买卖合同“混合合同”，需要进一步确定双方争议地对电动牙刷知识产权的归属问题。在该

案例中，双方确实明确约定了B公司开发研制后，该知识产权归A公司所有。但是，这一观点从实质判断的角度看就存在争议。B公司根据本案相关证据，也可以主张商业秘密归属于本公司，主要理由是：一方面，本案中的A公司没有支付研发的对价。即便认为该混合合同中包含了委托开发合同和买卖合同，但A公司并未就委托技术开发支付相应的对价，也就是说在研发设计的投入价值并没有被计算的情况下，双方就约定了所有知识产权归属于A公司。按照权利义务相一致的原则，没有履行义务就无法主张权利，该商业秘密权实质上难以归属于A公司。从民法的立场看，在未支付研发对价的情况下，尽管双方就商业秘密归属存在约定，但由于客观给付上已经显失公平，合同法中关于显失公平的条款就有适用可能。如果上述约定存在显失公平，受损害方就有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销，当事人均有使用和转让该技术信息的权利。在这种情况下，B公司基本不会构成侵犯商业秘密的犯罪。

2、民商法对于行为性质的评价

案例二：甲房地产开发公司中标某商品楼小区项目，后甲公司将

建筑施工项目的主体部分违法分包给乙个人，乙施工完毕验收合格后，向甲公司要求结算工程款，但甲公司因资金周转困难，法定代表人、股东蒋某便私自将三方共管账户上的1000余万工程款转至自己海南项目上。乙无奈起诉甲公司至法院，法院依法判决后，甲公司仍无法还款，乙申请对甲公司的强制执行，在强制执行中，法院发现甲公司私自挪用共管账户资金的事实，乙遂向公安机关报案，甲公司法人蒋某涉嫌挪用资金罪。

本案中甲公司法定代表人蒋某将本属于项目的工程款私自挪用至公司其他项目，但

乙公司已经取得了胜诉的生效判决，民事债权债务关系确定，并且申请了强制执行，其权利实质上并未受到严重侵害，且甲公司法定代表人蒋某将三方共管账户的资金挪用至其他项目上的行为，是否能构成挪用公司资金有待商榷，即便确实构成，其受益主体以及债务主体仍然为甲公司一人，故不应仅以资金被挪用导致无法支付工程款这一孤立事实反推犯罪的成立。

（二）考察鉴定受害人有无确定损失

刑罚的存在是为了保护法益，若行为本身不存在法益侵害性的，则不能构成犯罪。在经济犯罪或财产犯罪中，法益侵害性往往具化为受害人受到的财产损失，若被害人没有财产损失，损失显著轻微或没法确定的，则无法推论侵害人一定能构成犯罪。在认定被害人遭受的财产损失时，一是要确定被害人是否确实存在财产损失；二是要对财产损失的数额能够基本确定；三是确定被害人财产损失的时间节点。

案例三：小杨系某知名大学毕业生，应家乡宣传大学生回乡创业的号召，返乡建立某农产品加工厂，因对实际建厂资金估计不足，在工厂建造一多半时资金链断裂，小杨自己家庭的所有资产抵押投入仍有200万多的资金缺口，小杨找到市农发行贷款，但因工厂土地手续不足，银行无抵押则无法贷款。小杨无奈找到县商务局请求帮忙解决该贷款问题，商务局工作人员告知其县里现在没有多余扶持资金，但有扶持三农计划政策，凭当地农业户口身份证，每人可低息贷款5万-10万元。小杨后找到农商行贷款业务经理叶某，询问是否有该政策，叶某答复只要符合当地农业户口的身份证，一个可以贷款5万-10万元。小杨听后找到同村村民，许诺借身份证贷款的，可以优先录用工厂做工，并按时偿还本息，后小杨借身份证30余张，贷款200余万用于工厂经营。后因小杨

数次延迟还款，遂案发，在本案侦查终结前。小杨家人已借款还清贷款本息。检察机关指控小杨构成骗取贷款罪。

本案检察机关的公诉意见是小杨冒名使用他人身份信息获取银行贷款后私自改变贷款用途，属于以欺诈手段骗取贷款，构成骗取贷款罪。但经辩护人提供辩护意见，一审法院认定小杨借同村村民30余张身份证贷款的行为，是商务局工作人员告知，银行工作人员明知的，其目的是规避银行无抵押则无法贷款的限制，并不是小杨主动实施的行为，从办理贷款的过程看，银行对贷款的实际使用人自始至终都是明知的，不存在陷入错误认识，故小杨借用他人身份证贷款的行为不能认定为骗取手段。关于小杨改变三农贷款用途，因小杨将贷款用于工厂的正常生产经营，并未挥霍或供个人使用该贷款，虽偶尔延迟还款，但一直按照约定偿还本息，且在案发后全额偿还本息，没有给农发行造成任何损失和风险，不能认定为骗取贷款行为。对于本案的定性，在被害人没有财产损失时，不能成立财产犯罪或经济犯罪。骗取贷款罪保护的不是抽象的金融秩序，而是金融机构的贷款资金安全。该罪的被害人是发放贷款的金融机构，无论是“骗取”行为还是“严重情节”，都需要从有无侵害金融机构贷款安全方面进行实质认定。在未造成贷款人实际损失或者案发前归还贷款的情况下，行为人的贷款行为不能构成骗取贷款罪。

（三）审查受害人是否可以主张自己的权利，其主张权利的实现的难度

在一般的“刑民交叉”案件中，例如非法集资案，往往存在非法

集资的企业或者个人经营状况良好，在正常经营过程中分期偿还是可以确定的未来某个时间段还清所集资资金的，但法定代表人或者实际经营者因为被采取强制措施甚

至判处有期徒刑，剥夺了人身自由，而往往此类人员在日常经营中占据重要地位或掌握主要经营人脉资源，一旦被剥夺人身自由，企业或经营事务瞬间垮台，受害人往往得到了刑事判决，但无法追回投入资金，陷入程序正义，但无法弥补受害损失的境地。

而另一类案件中，例如一些大额民间借贷案件，债权人往往是过于轻信或被债务人许诺的高息或重利所诱惑，签署借款合同出借巨额资金给债务人所勾绘的某个经营项目，后因债务人到期无法还款，从而诉诸法院，在法院受理后，调查得出债务人并未将借到资金用于或大部分用于购汇的项目，而是转移使用或归个人使用，同时其名下并无可供保全的财产。债权人进而认为自己被诈骗，向公安机关报案，公安机关却以签署合同系民事纠纷和法院已经受理为由，拒绝立案，致使债权人即使胜诉，收获的也只有司法白条。

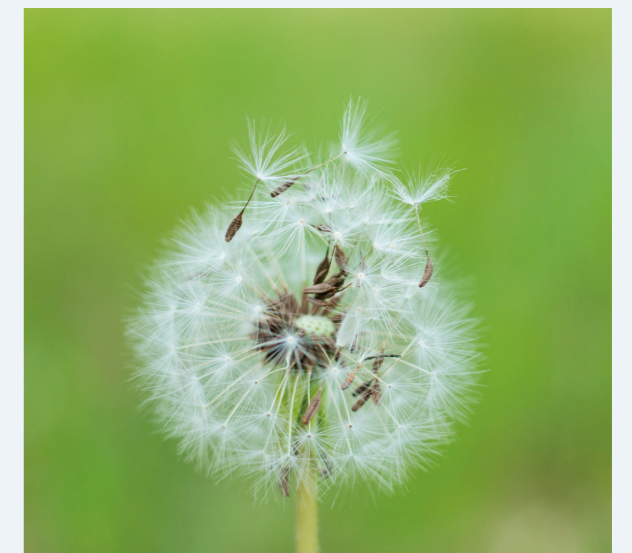
以上两个均存在司法困境的相反案例说明了受害人主张权利的复杂性和现实差距。故在实践中，被害人是否相对容易地通过民事救济途径主张权利、获取正义，是刑事犯罪和民事违法重要的区分，需要认真审查，以确定被害人通过民事途径主张权利是否困难，宜采用以下审查方法，全面分析个案论证：1、将行为人的现实抗辩权和受害人的救济权利进行比较，确定被害人的权利空间；2、对于特殊行业或特定规则进行审查，被害人应当接受风险的，则无权利可以主张；3、通过民事救济途径是否足以妥善处理纠纷，保护受害人的合法权益，如果可以则刑罚的谦抑性原则要求不可再使用刑法手段进行制裁。

因此，对于市场经济中的正常民商事纠纷，如果通过民事诉讼方式可以获得适当救济的，就应当通过民事诉讼中平等的举证、质证、辩论来实现权利，而不应当动用刑罚这

一最后救济手段。当然，在尊重刑法谦抑性的同时还应当注意，刑法的谦抑性并不能简单地理解为消极地以最低期待来进行兜底。在罪刑法定原则的指导下，对于符合犯罪构成要件的行为，就应当以犯罪论处，尤其是在民事侵权和刑事犯罪竞合的场合，不能以某种行为属于民事调整为由而否认该行为构成犯罪，在被害人难以向人民法院通过民事救济途径挽回自己财产损失的情形下，刑罚应当成为保护法益不可或缺的手段。最后在刑民交叉的案件中，并不必然的要求适用“先刑后民”“先民后刑”或“刑民并存”的既定模式，而是需要客观审慎地从每一起个案中进行分析判断，在坚持法律原则和保护法益的同时，也兼顾当事人权益的最大化考量。

作者简介

刘泽博，法学博士，湖北省律师协会刑委会委员，武汉市律协刑委会金融犯罪研究中心主任，数字科创法律委员会副主任，湖北元丰律师事务所刑事法律委员会副主任、西法大刑事辩护高级研究院武汉分院秘书长、武汉市双百领军律师人才、第二届湖北省检察官与律师电视论辩“决赛最佳辩手”，执业以来办理重大疑难复杂刑事案件、民商事纠纷、刑民交叉案等百余起。



立丰律师事务所办理的 部分重大影响刑事案件名录

- ▶ 2001年 ◆ 桂林中院办理的“全国十大企业家”周某某集资诈骗一案
- ▶ 2002年 ◆ 黄石市“打黑第一案”卫某涉黑集团案
- ▶ 2003年 ◆ 武汉海关原关长莫某涉嫌放纵走私，受贿，滥用职权，玩忽职守案，此案因赖昌星远华案引发，法院以玩忽职守罪判处
- ▶ 2004年 ◆ 湖北省机电产品进出口办公室原主任吴某涉嫌受贿、滥用职权案，法院以滥用职权罪判处其定罪免处
- ▶ 2005年 ◆ 原湖北省直机关出入境管理处主任宋某涉嫌受贿，组织他人偷越国边境案，法院以组织他人偷越国边境罪判处
- ▶ 2006年 ◆ 阳新张某某、缪某某受贿案
- ▶ 2007年 ◆ 汉江中院审理的十堰市委副书记蒋显福受贿罪案（一审）
◆ 孝感企业家邱某非法经营罪案（当年列为全国“十大传销案”）
◆ 红安采石场李某、夏某、胡某、李某某、张某某等寻衅滋事一案
- ▶ 2008年 ◆ 武汉大件运输公司柳某某滥用职权、受贿罪
◆ 东湖高新股份公司原总裁朱某涉嫌贪污、受贿、滥用职权案，法院以受贿罪判处
- ▶ 2009年 ◆ 湖北恩施巴东县人民法院审理的被告人邓玉娇故意伤害致人死亡案（即“巴东邓玉娇案”），引起国内外上亿人民关注，有效推动了刑法正当防卫条款在司法实践中的适用（一审）
◆ 咸宁顾某某、肖某某开设赌场罪案（再审）
◆ 十堰杨某某等人非法吸收存款罪案（再审）
◆ 武汉新洲地区沈某某投毒（铊）故意杀人罪案（二审）
◆ 武昌东亭格林豪泰酒店“二死二伤”案，被告人判处二年及以下刑罚
- ▶ 2010年 ◆ 十堰郭某某、殷某某组织领导黑社会性质组织罪案（再审）
◆ 云南王某某等人运输毒品罪案（一审）
◆ 武汉陈某、黄某某受贿罪案（一审）
◆ 武汉李某某行贿罪案
◆ 孝感朱某某等人黑社会一案

- ▶ 2011年 ◆ 江汉区民警吴某涉嫌徇私枉法案，法院判处其定罪免处
◆ 东西湖渔门汽渡占某防卫过当致人死亡案
◆ 民营企业联谊集团非法经营、高利转贷案，为企业追回被错误司法查扣金额上亿元，并直接促成了最高人民法院以此案为依据颁布了司法解释与指导意见，被喻为“中国典当第一案”
◆ 武汉雪正投资有限公司非法经营一案（与湖北联谊案称为“典当行业双子星座”）
◆ 武汉刘某某诈骗罪案（一审）
◆ 汉江李某某等受贿罪案
◆ 原铁道部督办的衡阳铁路集团盗窃案
- ▶ 2012年 ◆ 武汉金宇建筑结构修造有限责任公司虚开发票一案
◆ 武汉客运出租汽车管理处胡某滥用职权和受贿案（焦点访谈和法制日报均有报道）
- ▶ 2013年 ◆ 武汉杜某某贪污罪案（二审）
◆ 汉阳某某滥用职权罪案（一审）
◆ 武汉陈某某、胡某某诈骗罪案（一审）
◆ 十堰周某某滥用职权、受贿罪案（一审）
◆ 武汉晚报报道的青山1510万元承兑汇票罗某诈骗案
◆ 青山胡某某等人制造毒品、非法持有枪支一案
◆ 东湖高新打黑第一案舒某、王某等涉嫌组织、领导黑社会性质组织罪
- ▶ 2014年 ◆ 武汉蔡甸区彭某某等人生产有毒有害食品罪案
◆ 央广网、新华网报道的大冶徐某贩卖巨额毒品案，死刑改判为死缓
- ▶ 2015年 ◆ 雷某、万某组织、领导传销活动一案
◆ 十堰杨某非法吸收公众存款案，该案涉案金额巨大，影响范围广
◆ 武汉青山容某某贪污一案
◆ 湖北省地质勘察基础工程公司周某某安全事故一案
◆ 枣阳刑警大队副队长隗某某徇私枉法案，免于刑事处罚
- ▶ 2016年 ◆ 沈某某受贿一案
◆ 武汉安通科技产业发展有限公司、陆某某行贿诈骗案
- ▶ 2017年 ◆ 中国银行湖北省分行小池支行原行长巨额诈骗案
◆ 某县规划局人员涉嫌滥用职权，多名领导及工作人员被检察院起诉至法院，全部免于刑事处罚

- ◆湖北省妇幼保健院院长胡某受贿, 滥用职权案
- ◆麻城李某某骗取贷款一审、二审、再审一审案, 最后获无罪
- ▶ **2018年**
 - ◆京金联集资诈骗案(该案被公安部评为公安机关打击涉众型经济犯罪十大典型案例)
 - ◆武汉市某副市长的弟弟李某涉嫌利用影响力受贿案
 - ◆中央电视台报道的孝感严某某利用宗族势力黑社会性质组织案
 - ◆原黄冈市处级干部冯某滥用职权、贪污罪, 实现滥用职权罪无罪判决
 - ◆湖北某建筑工程企业负责人丁某合同诈骗罪, 实现无罪判决
 - ◆宜昌中院审理的苏某23人涉嫌组织、领导、参加、黑社会性质组织罪、故意杀人、故意伤害等9个罪名(湖北日报报道)
- ▶ **2019年**
 - ◆襄阳刘某浩故意杀人案(央视法制栏目播出案件), 实现有期徒刑内量刑(一审)
 - ◆武汉市政法委原副书记涉嫌受贿、滥用职权案
 - ◆公安部督办的东西湖陈某非法采砂涉黑案
 - ◆信阳浉河区陈某涉嫌诈骗和敲诈勒索涉恶案, 改变罪名为寻衅滋事, 刑罚由16年降为7年
 - ◆原武汉市某区政协主席李某受贿、滥用职权罪案
 - ◆武汉某塑料生产公司负责人王某合同诈骗罪, 实现无罪判决
 - ◆海某曲资产管理集团公司高管黄某非法吸收公众存款罪, 涉案资金1.8亿余元
 - ◆蓝某某特大跨国诈骗罪
- ▶ **2020年**
 - ◆武汉某典当公司及相关人员涉黑、诈骗(7000余万元)等7罪案, 实现黑罪摘帽、诈骗无罪, 部分嫌疑人不予起诉、直接释放
 - ◆沙市百货原总经理邓某涉嫌贪污案
 - ◆宜昌长阳沈某某涉黑等十个罪名的辩护, 一审判决去掉非法持有枪罪, 认定没有参与聚众斗殴行为
 - ◆上海某福数据管理有限公司高管朱某非法经营罪案, 涉案金额120亿元, 实现法定最低刑判决3年
 - ◆武汉鑫某某建筑工程有限公司、殷某伪造公司印章罪, 公安机关撤销案件
- ▶ **2022年**
 - ◆江苏省原省委副书记张某某受贿案
 - ◆荆门张某某恶势力集团涉及故意伤害罪、寻衅滋事罪、非法拘禁罪、催收非法债务罪、开设赌场罪案件辩护人(一审)
 - ◆孝感市某县公安局法制大队长厉某某受贿、徇私枉法、滥用职权案
 - ◆宜昌某国开行行长(正厅级)涉嫌受贿罪、违法发放贷款罪
 - ◆黄冈市武穴市公安局原副局长、纪检组长郭某某受贿罪二审辩护降低受贿金额由485万元降低到270万元

- ◆湖北省某儿童用品贸易有限公司法定代表人游某某高利转贷罪无罪判决
- ◆办理“民创系”集资诈骗案财务负责人辩护
- ◆黄石法院审理的42个犯罪嫌疑人组织、领导、参加黑社会性质组织案, 为第二被告将最初的23年有期徒刑减少为17年有期徒刑
- ◆民创集团280余亿集资诈骗案(涉案横跨全国十余省市、号称武汉最大集资诈骗案)中胡某辩护人, 涉嫌最大化从轻处理(一审)
- ▶ **2023年**
 - ◆十堰农商行原党委书记朱某职务犯罪案件, 通过辩护说服检察机关将定性由重罪改变为轻罪起诉(由监察机关指控的受贿罪改变为非国家工作人员受贿罪起诉), 实现量刑的“打对折”(一审)
 - ◆十堰李某某贩卖毒品案, 再案发回二审死刑立即执行改判死缓
- ▶ **2024年**
 - ◆原某市委书记、市人大常委会主任、某省联社党委副书记冯某职务犯罪案件(一审)
 - ◆国家体育总局原党组成员、副局长, 中国足球协会原党委书记、副主席杜某受贿一案
 - ◆公安部督办、江西省上高县办理的医药行业收购医保药掩隐罪, 金额特别巨大, 多人判处缓刑或不起诉
 - ◆最高法院对大悟故意杀人的严某某死刑复核
 - ◆黄冈市武穴市应急管理局原党委委员、副局长桂某受贿案, 缓刑
 - ◆浙江某企业家唐某妨害药品管理案, 实现检察院不起诉
 - ◆新疆外某某非法经营案, 实现检察院不起诉
 - ◆湖北某大型企业集资诈骗案, 主犯之一易某某二审成功由无期徒刑改判有期徒刑
 - ◆黎某侵犯公民个人信息罪, 无罪
 - ◆公安县委副书记、政法委书记冯某某涉嫌受贿罪一案
 - ◆荆州区城乡建设投资开发有限公司董事长罗某某涉嫌受贿罪一案
- ▶ **2025年**
 - ◆湖北省有重大影响的黄某某组织、领导、参加黑社会性质组织案中, 被指控为积极参加者的多位民营企业家涉嫌多项罪名辩护(一审)
 - ◆蒋某某涉嫌挪用公款、单位行贿罪一案
 - ◆原万达总裁助理王某某职务侵占、非国家工作人员受贿案
 - ◆东风汽车公司方某某受贿、非国家工作人员受贿一审
 - ◆甘肃李某妨害药品管理案, 涉案金额由指控的600余万成功降至50余万, 实现有效辩护
 - ◆宜昌市委副书记、政法委书记袁某某涉嫌受贿罪一案
 - ◆武汉经开法院审理的卢某涉嫌组织卖淫罪, 申请监外执行成功
 - ◆黄石大冶陈某甲、陈某乙诈骗一案, 二审无罪
 - ◆宜昌市某开发公司、郑某某非法采矿一案无罪

从一起妨害药品管理案浅谈轻罪案件中的 行刑衔接问题



聂义明律师



黄以律师

□ 文 / 聂义明、黄以

摘要：社会经济与文化的发展直接影响着社会环境的变化，我国在逐步探索中形成了轻罪治理的社会治理模式。轻罪治理下，由于行政违法与刑事违法存在一定程度的交叉，便涉及行刑衔接的具体问题。妨害药品管理罪即轻罪治理的产物，本文以亲办的一起妨害药品管理罪案件为例，列举在轻罪案件中行刑衔接存在的问题。妨害药品管理罪诞生于2021年3月1日生效的《刑法修正案（十一）》，作为刑法第142条之一，其前身是生产、销售、提供假药、劣药罪。因原有立法不适应社会的发展，妨害药品管理罪应运而生，该罪名是立法者基于刑法规范自身目的对妨害药品管理行为的违法性予以独立评价。

关键词：行刑衔接；妨害药品管理罪；

行政认定；轻罪治理

一、相关规定及案例介绍

妨害药品管理罪将处罚的对象限定为“足以严重危害人体健康”的四类妨害药品管理违法行为，即《刑法》第142条之一规定的四种行为：（一）生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的；（二）未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售的；（三）药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的；（四）编造生产、检验记录的。为进一步规范妨害药品管理罪的审理，最高人民法院、最高人民检察院于2022年制定了《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释

释》，对妨害药品管理的行为进行了详细规定。按照此前的法律规定，只要生产、销售的药品没有取得药品相关批准证明文件而进行生产和销售，一律被认定为是假药，达到相关标准的，则面临着生产、销售、提供假药、劣药罪的刑事处罚。

在《刑法修正案（十一）》新增妨害药品管理罪之后，《刑法》中不再以法律拟制的假药来进行定罪处罚，而是以实质性的“足以严重危害人体健康”的标准作为入罪标准。

本文涉及的药品是韩国某大型制药企业M公司生产的一款注射用A型肉毒毒素。被告人唐某等人通过从上游商家进货再销售的模式向个人购买者出售上述药品。直至案发，被告人唐某等人共销售货值10万余元上述肉毒毒素产品，公诉机关以唐某、钟某、李某三人构成妨害药品管理罪提起公诉。本文以该案例为引，对轻罪治理中妨害药品管理案件涉及的行刑衔接理论问题进行探讨。

二、行刑衔接概述

（一）行刑衔接的概念

一般而言，行刑衔接的概念是指，在可能同时涉及行政案件和刑事案件时，行政机关、公安机关、检察机关等部门之间相互合作、相互制约，将可能涉嫌犯罪的案件，依法追究行为人法律责任的实体性衔接与程序性衔接的统一。

行刑衔接的论题涉及行政程序和刑事程序的诸多方面，本文主要以妨害药品管理案件为例，指出在该类案件的行刑衔接程序中所存在的重点问题。药品安全领域的行刑衔接主要涉及以下几方面：一是药品监管部门依法向公安机关移送涉嫌犯罪的案件。公安机关受案后根据案情立案侦查，并在侦查终结后移送人民检察院提起公诉。二是药品监管部门依法向公安机关进行线索通报。在执

法检查中发现涉嫌药品犯罪线索的，按照行刑衔接机制的要求，向公安机关进行通报，公安机关则应提前介入对案件进行初查并决定是否立案侦查。三是侦查、司法机关依法向药品监管部门移送需要追究行政责任的案件。

（二）妨害药品管理秩序案件中行刑衔接现状分析

我国现行法对行刑衔接作出了一般性的法律规定，从这些法律规定中可以总结出以下几个特点：第一，现行法规为行政机关与司法机关在打击生产、销售假药案件时提供了法律依据和基础，但上述文件效力层级主要为行政法规、司法解释、党内法规等，缺乏由全国人民代表大会常务委员会在法律层面制定行刑衔接的专门性规定。这些规范性文件表现为法律层级低、内容原则性强，难以为行刑衔接的实践提供刚性的法律依据。第二，规范性文件以多部门联合发布为准。现行指引刑法衔接的规范性文件，在出台的制定主体上，大部分文件以药品监督管理部门、人民检察院、人民法院、公安机关等联合制定，单独主体制定的规范性文件较少，如国务院制定的《移送规定》（2020）。之所以出现上述现象，深层次原因是行政权、侦查权、司法权分属于不同的国家机关行使，在缺乏统一的衔接规范的情况下，只能通过部门立法的形式推动衔接规范的补充与完善。这种各部门之间单独进行立法的做法，会使得行刑衔接内容呈现出规定冲突，从而难以有效发挥，但这种立法也增加了部门内部执法的效果。

（三）行刑衔接在妨害药品管理秩序案件中的现实意义

行刑衔接的规范，一方面可以实现案件有效规制，行政机关依照行刑衔接的规定将在执法检查过程中发现涉嫌犯罪的案件移送至公安等司法机关，以此追究行为人的刑事

责任；对于一般违法性行为，司法机关进行案件的反向移送至行政机关追究其行政责任，从而防止生产、销售假药行为逃脱法律惩治。另一方面，可以规范各部门的行政行为或司法行为，实现权力的监督和制约。行政机关与司法机关共同配合可以有效增强打击药品制售假药犯罪的力度，也可以提高规制的效率以及节约办案成本。

三、行刑衔接的理论基础

（一）行政犯与自然犯

刑法主流观点认为，自然犯是指在侵害或者威胁法益的同时明显违反伦理道德的传统型犯罪。与之相对应的则是法定犯，又称行政犯，是指违反行政法律规范，并侵犯刑法所保护的法益，因而应受刑法处罚的行为。

不论是行政犯（法定犯）还是自然犯，两类不同性质的犯罪的成立，都需符合犯罪构成要件。然而，行政犯与自然犯在犯罪构成要件上存在不同之处。自然犯的犯罪构成要件是事实要素，而行政犯的犯罪构成要件不仅存在事实要素，还存在规范要素。这是自然犯和行政犯在犯罪构成方面的主要区分。

构成妨害药品管理罪既不是单纯的自然犯，也不是单纯的行政犯。从妨害药品管理罪的法律规定来看，该罪将处罚对象限定为“足以严重危害人体健康”的四类行为，从这个表述可以看出，其保护的法益是公众的人体健康。但从其列举的四类具体行为来看，均以违反行政机关对于药品管理秩序相关规定为前提。

（二）法秩序统一性原则

法秩序统一性原理首次被系统提出，源自德国的学者恩吉思。恩吉思指出，法秩序统一性原理要求法治体系中不得出现规范上的矛盾，即一行为在不同法域中不得存在既

被许可又被禁止的情况。《刑法修正案（十一）》对妨害药品管理秩序的犯罪进行进一步修改，也是出于避免行政不法行为的不当入罪、维护刑法独立性的原则，即使仍然存在不足之处，但也是司法进步的表现。进一步明晰药品犯罪视角下的行政不法与刑事不法的差异，准确界定药品犯罪的行政不法与刑事不法的区分标准，是探讨药品罪视角下的行刑衔接问题的基础。《刑法修正案（十一）》对药品犯罪的大幅修改，结束了法律拟制的假药的时代，将事实上不具备危害性的行为从刑法中剥离出来。妨害药品管理罪的设立，将原本属于假药、劣药类的犯罪甚至可能构成非法经营类的犯罪归纳其中，是轻罪治理的时代要求，也符合刑法罪责刑相适应的原则。

（三）行政违法与刑事违法的界限

行政法规范与刑事法规范在规制的行为和保护的主体等方面通常具有高度的一致性。在司法实践中，某一利益处于行政法规范与刑事法规范的双重保护之下的情况屡见不鲜。在通常情况下，两个部门法的规制的行为类型具有高度的重合性，其行为所侵害的法益也具有同质性。由于两个部门法保护的法益的高度重合性，在刑法的边缘领域的众多行为和行政违法通常难以区分。特别是在轻罪案件的办理中，行政违法与刑事违法的区分仅是行为的法益侵害程度上的轻重之分，并无实际上的本质区别。此外，除非具体的法律行为侵害刑法所保护的核心利益时，仅仅通过法益侵害程度的轻重则难以适用，此时则应当适用质的区分标准。虽然有学者认为质的区分标准不具有可操作性。

虽说如此，但行政法律规范与刑事法律规范所调整和保护的范围和目的并非完全相同，因此，在面对行政犯的违法性判断，刑法的独立性仍然不能忽视。当一个法律行为所侵害的法益已经超出行政法律规范保护的

范围时，对于刑事违法的判断过程便更需注重刑法的独立性。对于妨害药品管理秩序类犯罪的认定正是如此。

四、妨害药品管理罪案件中行刑衔接的主要问题

（一）行政认定的证据能力

具体到药品犯罪领域内的行政认定，以药品监督管理部门出具的假药、劣药的性质认定书为例。此类行政认定书在刑事审判的过程中经常被直接当作刑事证据使用，并且被作为认定成立刑法意义上的假药与劣药的唯一依据。这一做法在理论界存在很大争议。行政主体所作出的假药、劣药的行政认定书既不是书证，也不属于鉴定意见，其并不属于明文规定的八种证据类型中的任何一种。

在本文所列举的妨害药品管理案中，为证明本案中唐某等人销售的肉毒素属于《刑法》第142条之一规定的“足以严重危害人体健康”的情形，在本案侦查过程中，由湖北省药监局作出的《关于唐某等人涉嫌妨害药品管理案产品认定意见》（以下简称《认定意见》）《关于唐某等人涉嫌妨害药品管理案产品行政认定意见的复函》（以下简称《复函》）《关于唐某等人涉嫌妨害药品管理案产品认定有关情况的说明函》（以下简称《说明函》）三份意见。其中《认定意见》及《复函》为本案侦查阶段委托省药监局出具，《说明函》为本案二审期间再次由省药监局出具。

《认定意见》的主要内容为：1. 涉案产品为药品；2. 根据国家药品监督管理局公示信息，涉案药品无进口批准文件；3. 涉案药品在境外也未合法上市。涉案产品为药品以及未取得进口批准文件的事实较为清晰，但关于涉案药品在境外也未合法上市这一点，《认定意见》中直接以公安机关提供的韩国

食品药品安全部相关文件翻译件，以及经韩国食品药品安全部官方网站查询结果来认定其“在境外也未合法上市”。公安机关提供的材料本身便是一个待证事实，省药监局用上述待证事实作为认定依据得出认定结果，显然不符合证明逻辑，也难以令人信服。因此，该《认定意见》在一审判决中也并未作为证据使用。

一审判决中认定涉案药品“足以严重危害人体健康”的依据主要是《复函》。复函的内容为：“一、经查询国家药品监督管理局网站，涉案肉毒素尚未取得我国药品进口批准证明文件。二、经查询韩国食品药品安全部官方网站无上述产品相关药品注册信息。三、上述产品未取得我国药品进口批准证明文件，在韩国也未合法上市，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第七条第五项规定，唐某等人进口上述产品的行为已涉嫌妨碍药品管理，且足以严重危害人体健康。对涉案产品的最终认定，还需结合产品实物及其他证据材料确定，建议你支队在案件侦办后，及时将涉案产品及相关证据材料交我局以作最终认定。”《复函》中的内容与第一份《鉴定意见》的内容基本一致，但该证据却被一审判决作为主要证据使用，判处三被告人有罪。

笔者认为，上述认定意见中仅是通过对司法解释的阐述及结合本案客观情形而作出涉案药品是否“足以严重危害人体健康”的结论，而非对药品本身是否具有危害性进行鉴定。行政主体，也就是本案中的药监局所作出的行政认定书虽然具有公证文书的外表，但并不具备刑事诉讼证据的证据能力。药品监督管理部门出具的假药、劣药的性质认定书虽然对有关的违法事实作出了法律认定，但是其效力仅限于行政违法事实，并不能对刑事违法事实作出认定。两者在认定标

准、证明程度以及法律限制等方面都存在着较大差异，直接将行政认定作为判决有罪的依据明显不符合刑事诉讼法的证据要求。

在上述妨害药品管理案中，二审法院并未对上述认定书的证据能力作出解释，其在最后未被采用的原因是辩护人提交了与之相反的证据证明涉案药品在国外并非“未合法上市”，最终本案以证据不足撤回起诉。

（二）行刑衔接程序与一事不再罚原则

在上一章中，本文对形式违法与刑事违法的界限进行了阐述。同一个法律行为在同时构成行政违法和刑事违法时，对于行政处罚与刑事处罚的衔接适用问题，也是行刑衔接中难以避免的部分。对此，存在不同的观点：有学者认为，当行政处罚与刑事处罚发生重合时，应采取重罚吸收轻罚的原则，只适用刑罚处罚，这一观点最后发展形成以吸收原则为主、并处原则为辅的观点。另有观点表示，基于行政权与司法权的不同属性，采取以并处主义为原则，以吸收主义为例外的处理原则，与我国的司法实践需要更为契合。笔者认为，单纯采用吸收原则或者并处原则在实践中均可能存在局限性，因此，对于两类处罚的适用不应简单地遵循一事不二罚的原则，而是应当考虑不同的适用情况：面对已经受到刑法处罚的行为，对于相同性质的处罚，行政机关不得再对其适用，而不同性质的责任形式仍然可以予以处罚；而面对已经受到行政处罚的犯罪行为，刑事审判机关对于相同性质的处罚可以采取折抵的方式，折抵后未达到刑罚处罚标准的，仍可处以刑罚予以补充，对于不同性质的责任形式亦可以予以刑罚处罚。例如在唐某等人妨害药品管理案中，三人最终虽被撤回刑事起诉，但并不意味着几人可以不负行政违法的责任，行政机关依然可以根据她们的行政违法行为对其进行行政处罚。

五、妨害药品管理罪案件中行刑衔接问题的解决路径

（一）明确可转化的证据种类

在食品药品行刑衔接机制中，案件从行政执法领域转移至刑事司法领域。因两种执法体系在法益保护程度、证据收集与认定标准上存在差异，导致行政执法机关移送的涉案证据往往不能直接转化使用，甚至不被采用，这易引发两部门争议，加大刑事侦查机关取证工作量。所以，完善涉案证据移送转化的法律标准迫在眉睫，这也是完善行刑衔接法律的关键。有关部门应调研两部门移送证据的问题现状，从法律法规对执法、取证的规定及收集流程分析原因，结合现行相关法律的证据适用规定，制定权威可行的法律条文，明确证据种类范围、收集适用、移送程序及审查标准。借高位阶法律，为两部门取证工作指明方向，提高办案效率，保障行刑衔接工作顺利进行。当然，出于人权保障的角度，对于行政机关搜集的不符合刑事证据标准的证据也要及时排除，保障刑事证据充分、严谨。

（二）明确各部门分工和衔接程序

药监部门理应积极发挥其专业优势，经由日常监管、投诉举报以及监督抽检等渠道探寻案件线索，并依照刑事相关要求采集生产销售假药案件的证据，但凡可能涉嫌生产销售假药罪的案件皆应移送。对于侦查手段匮乏或者情节重大、性质恶劣等案件，应当向公安机关提请提前介入；在案件办理进程中，协同公安机关对涉案产品实施司法检验，并给出认定意见。公安机关对于存在表明生产销售假药行为线索的移送案件均应立案，即刻组织力量开展证据收集工作，加强与检察机关的法律研讨，扎实做好调查取证事宜。检察机关应当及时审查提请批准逮捕及移送起诉的案件，依法予以批准逮捕、提起公诉，并将处理结果通告公安机关；针对

有案不移、有案不立、有案不诉、久拖不决、重案轻判等行为施行行政执法监督、侦查监督以及审判监督。

（三）明确行政认定的证据效力

在药品违法行为的行政认定书中，行政机关对于案件的具体客观事实所作出的认定意见，通常是基于公安机关收集和提交的各项证据材料，而这一认定过程仅聆听了公安机关一方的观点。公安机关所提供的案件材料属于传来证据的类型，并不是药品监督管理部门直接收集和获取的证据。例如在唐某等三人妨害药品管理案中，药监局所作出的《认定意见》全然是依据公安机关所搜集的证据进行判断，无非是对公安机关所指向的观点进行强化，并非依据专业知识所作出的专业鉴定。作出《认定意见》的药品监督管理部门一方，未对证据的内容和收集的合法

性与否进行实质性验证，因此作出的行政认定难以满足刑事违法事实认定的要求。但若是药品监督管理部门是依据药品性质本身，以及通过专业技术手段对药品是否符合相关标准所进行的行政认定，其作为案件的证据参照适用也并无不可。

六、结语

药品安全与民众的身体健康和生命安全紧密相关，也是国家、社会关心的重大民生问题，依靠有效的行刑衔接能更有力地打击药品领域违法犯罪行为，保障人民群众的用药安全。完善药品安全领域的行刑衔接规范，具有保障人民群众生命安全和保护人权的双重意义，同时也符合轻罪治理的时代要求，促进法治社会的和谐发展。

作者简介

聂义明，湖北立丰律师事务所高级合伙人，中共湖北立丰律师事务所党委副书记，管委会副主任。毕业于西北政法大学，兼任湖北大学法律硕士专业学位校外导师、武汉市律师协会刑事专业委员会主任、湖北省律师协会刑事专业委员会副主任、武汉市中级人民法院、武汉市司法局刑事申诉律师值班库律师、湖北省国家安全厅法律顾问、西北政法大学刑事辩护高级研究院武汉分院院长等社会职务。以职务犯罪、经济犯罪、金融犯罪、涉互联网犯罪等为主攻研究方向。

黄以，湖北立丰律师事务所专职律师，中共党员，毕业于武汉大学法学院。武汉市律协刑事专业委员会副秘书长。主攻刑事辩护方向，有丰富的职务犯罪、经济犯罪、金融犯罪、涉互联网犯罪等刑事案件办理经验，成功办理多起不起诉、无罪判决案件。



刑事法律工作中同理心的“三个层次”

——观顺德区法院无罪判决书有感

□ 文 / 戚 萌



前言：“刑事法律工作”是接触社会问题最多的职业之一。不论是公安、检察、法院还是辩护律师，都以履行各自职责的方式，不断吸收着“社会的负能量”，并且通过公平公正的处断程序与规则，以及专业、经验和技能的运用，转化为维系社会稳定、安宁的“正能量”。

几天前，佛山市顺德区法院一份早在2020年12月就作出的刑事判决书，不知从何处被“翻出”，瞬间火爆法律人的朋友圈，并获得了律师界同仁的广泛赞誉。就判决书“好”在哪里，诸多法学界、律师界同仁已经作出了理性分析与评价。笔者观之，也颇有感触，遂以此为引，谈谈刑事法律工作中的“同理心”。

【正文】

一、一份判决书为何引起广泛赞誉

据有关统计，近年来全国公诉案件的无罪判决率为万分之2到万分之3左右。一份无罪判决，是人民法官敢于担当、善于担当的体现。当然，有些无罪判决是在历经反复发回重审、被告人不断申诉后由最高人民法院

指定再审的结果，虽然遗憾，但终究还人以“清白”。

案件源起一名务工人员何某在2020年某日22时50分许，饮酒后驾驶一辆无号牌普通二轮摩托车行驶至佛山市顺德区陈村镇某路口时，被执勤民警查获。经查，何某无摩托车驾驶资格，经鉴定后血液中乙醇成分含量为99.2mg/100ml。根据法律规定，血液中乙醇成分含量超过80mg/100ml，即构成醉酒驾驶机动车，达到“危险驾驶罪”的入罪标准。何某自愿认罪认罚并已签署具结书。顺德区检察院诉至顺德区法院，顺德区法院审理后判决何某无罪。

这份无罪判决，为何能在生效的4年后引起律师界的“一片掌声”？

我认为，主要是与当前的司法环境有关。犯罪嫌疑人、被告人及辩护律师的合法权益受到侵犯的事件屡见报端，“河北某看守所监听门事件”“冯波案律师未进法庭庭审已结束事件”“高丙芳案律师被强制驱逐出法庭事件”等等，无不让律师群体有“唇亡齿寒”之感。

而这份无罪判决，虽然与保障律师辩护

权没有直接关联，但无疑充满正能量，展示了一名司法工作人员的专业、智慧、责任与担当。从而与上述破坏社会主义法治的现象形成了鲜明反差，好似一股清流，流入律师群体的心中。

这些“反差”可以归纳为：

反差一：这样一起案情无比简单、事实毫无争议、被告人认罪认罚的案件，几乎在任何法院都会适用速裁程序、独任审判，而这个案件却适用普通程序、组成三人合议庭进行审理，看似占用了宝贵的司法资源。

反差二：在普通人眼中，院长应是一个法院开会最忙、政治任务最重、压力最大的角色。凡是院长出庭审案，多半是检察长出庭公诉的大案要案。而这个案件却是顺德区法院院长亲自挂帅审理，另外二名合议庭的成员则是人民陪审员，有种“高射炮打蚊子”之感。

反差三：危险驾驶罪案件的刑事判决书，即便被告人不认罪认罚而适用普通程序，一般也就是3页纸左右的篇幅。而顺德区法院院长却耗费4500余字、约此类判决书四五倍的篇幅进行论证。关键还论证得如此“以理服人”，丝毫没有凑字数的意思。笔者的第一反应是不是别人代笔，一查才知道该院院长是西南政法大学的刑法学硕士、武汉大学的在职博士学历。

反差四：根据有关规定，在检察院的量刑建议没有明显错误时，法院原则上不应进行调整，何况被告人自愿接受缓刑的量刑建议。而该院“谁都不顾”，自己作出符合天理、国法、人情的判断，看似“找茬儿”地宣告被告人无罪。

当然，我们在执业经历中，也遇到了很多专业、敬业的司法办案人员，很多案件得以不批捕、不起诉或者得到了宽缓处理。他们的功绩，只是无法像这份判决一样被公开传阅，更多的则是默默地守护着我国的法治和人民的幸福安宁。从此层面来说，这份无

罪判决的出现，既是偶然，也是必然。

二、刑事法律工作中同理心的“三个层次”

什么是同理心？

电影《第二十条》带火了“如我在诉”一词。“如我在诉”是一种司法理念，本质是要求司法工作人员设身处地站在当事人角度去审视司法行为，通过将心比心、换位思考与当事人实现共心共情，在法律框架内寻求化解矛盾纠纷最优解。这是司法工作人员的同理心。而律师作为公民“私权利”的代言人，同理心则更为职业素养的一部分。

（一）同理心的第一层次——共心共情

我们团队曾办理一起18岁的在校大学生，因琐事引发口角造成的轻伤案件。事发后，我们的当事人还经常与被害人一起上网打游戏。伤情鉴定报告出来后，当事人主动去派出所自首，随后被羁押在看守所。我们通过被害人反复沟通，被害人不仅给予谅解，还书面请求对当事人取保候审、不追究刑事责任。

这个案件虽然最终实现了不批捕的结果，但我们对于必须等到由检察机关作出不批捕决定，而无法由侦查机关在30天内直接决定取保，还是很遗憾的。

我们将取保文书及被害人的谅解书、求情信提交侦查机关后，办案人员回复取保的要求是“非常严格”的。我们提出，这个案件的情节包括：18岁在校大学生、自首、被害人有明显过错、双方是朋友关系、达成赔偿谅解、被害人求情，以及伤情本身就是“最轻”的轻伤二级（鼻梁骨折），再“严格”也不过如此了吧？办案人员一时“哽塞”，却依然表示取保只能由检察机关不批捕。但很显然，《刑事诉讼法》是赋予了侦查机关作出取保权力的。

虽然，这种处理方式，不论从实体法上看，还是从程序法上看，都不存在“违法”

之嫌。但于社会效果、法律效果和诉讼效率而言并无益处。或许对于旁人而言，这十余天，是只是匆忙中度过的时间。但对于这个18岁的孩子和他的父母，是彻夜难眠的十天，每一天都弥足珍贵。

在面对司法实践中的惯性时，我们也会经常与当事人说明：办案单位每年的任务量都很大，平均一人得办上百起案件，可以说是“白加黑”“5+2”，不是为我们某一个当事人、某一个律师在服务，因此作出任何结论，不见得会有想象中的那么“及时”。在相互“理解”同时，并不阻碍我们依然以合适的方式，与办案人员耐心地沟通与发表意见。到最后，其实你会发现，对于那种锲而不舍（当然也是有理有利有节）的律师，反而会赢得司法办案人员的尊重和理解。

（二）同理心的第二层次——尊重权利

法国启蒙思想家伏尔泰有句名言，“我不同意你的说法，但我誓死捍卫你说话的权利”。这是在平等和理性的基础上，对尊重和他人深刻的体现，也是现代刑事诉讼“程序公正”的基石之一。

说到程序公正，不得不说到我国特有的“审辩冲突”现象。为什么居中主持的裁判者和辩护律师发生冲突，这个问题不是三言两语能够道明的。“冯波案律师未进法庭审已结束事件”“高丙芳案律师被强制驱逐出法庭事件”，都是新时代“审辩冲突”的典型代表。

在我们的执业经历里遇到的审辩冲突也颇有代表性。2023年7月14日，中共中央、国务院出台《关于促进民营经济发展壮大的意见》提出“完善涉企案件申诉、再审等机制，健全冤错案件有效防范和常态化纠正机制”。但实践中，我们并没有感受到申诉机制得到了优化，反而因为申诉案件数量的暴增，进一步加剧了审判监督部门“案多人少”的矛盾。

某高级法院审监一庭审理的一起贩毒罪

申诉案件，从递交申诉文书到最后申诉被驳回，全程历时长达近两年时间里，辩护律师多次提交申诉材料、辩护文书与书面听证申请，并一遍又一遍地要求与审理案件的法官见面，请法官当面听取辩护律师意见或举行听证，但得到的答复始终是“手上案件太多，下个月再联系”，如此“月复一月”，直至收到驳回申诉的书面通知。而整个申诉过程的大多数时间里，该法官办公电话基本处于无人接听状态。

诚然，法律赋予了办案人员决定是否举行听证的权利，但该案的沟通过程，以及拖延如此之长的申诉时间，无不体现了对于辩护律师和被告人权利的轻视和敷衍。

反观另一起案件，在外省一个单位犯罪案件中，企业高管从被批捕前到批捕后、再到通过羁押必要性审查得以取保的近两个月时间里，我们往返该省的检察院4次，与检察官打了27通电话（事后翻找记录），递交了3份法律文书和4份情况说明。在此过程中，虽然检察官并非一开始就接受辩护意见，但每次都是“不厌其烦”地倾听我们的想法，向我们耐心解释说明案件的进展情况，直至最终意见获得了认可和采纳（与案件侦查进展也有密切关联）。这让我们发自内心地感受到一名司法办案人员的职业素养与担当，以及作为法律职业共同体之间的相互尊重和理解。

我们曾在一起案件办结后，向一位值得尊重的办案人员发送了这样一条信息：“我们代表家属，感谢您们依法维护了司法的公平正义，让百姓眼里有光、心里有热、生活有希望！”我想，这才是更好地实现了刑法的预防价值，让老百姓发自内心地信仰法律、遵守法律。

（三）同理心的第三层次——心存敬畏

权力是柄双刃剑，可以成就事业、造福百姓，也可以祸害他人、自毁其身。

武汉市纪委监委网站上刊登的一篇文章

章，有两句话说得很好，“敬畏人民，就是要让自己做的事情对得起养育我们的人民”“敬畏权力，就是要时刻牢记手中的权力是人民赋予的”。

二月底，某知名法律博主发布微博称，一律师到河北某看守所会见合同诈骗案被告人时，突然有“东西”从被告人铁座椅下掉落到地上，发现是一只正在工作的录音笔，随后保存证据并向有关部门举报。随后，该博主再次发文称，沧州市检察院已对“看守所监听门事件”中相关责任人员，以滥用职权等相关犯罪立案侦查。沧州运河区公安分局继续就“侵犯公民个人信息罪”行使侦查权。

人生是一个圆，你如何对待别人，命运就会如何对待你。“看守所监听门事件”中的涉案人员，上一个月还在利用职权之便，侵犯辩护律师和犯罪嫌疑人权利，下个月就要聘请辩护律师，成为辩护律师要维护权利的对象。

在笔者多年前办理的一起组织、领导传销案中，个别办案人员通过所谓指定居所的强制措施，对尚在剖宫产手术恢复期间的某女性企业家连续多日保持“同一姿势”讯问，甚至向当事人家属索贿、查扣财物而不提供清单。在案件办结后，当事人向有关部门进行了举报。多年后的一天，笔者与律所一名从检察院辞职出来的律师聊到此案时，竟然发现他曾经就是这几名办案人员索贿案的公诉人。

不论是公安、检察官、法官还是律师，都是法律职业共同体的一部分，都应该在维护法律正义和保障公民权益方面发挥积极作用。任何形式的职业歧视和偏见，都会破坏法律职业的整体形象和公信力。犯罪嫌疑人，即便可能涉及违法犯罪，但其人格尊严、身体健康等基本宪法性权利不应被剥夺。

佛讲“三世因果”，种因得果，因果循

环。善良、尊重、理解、包容和骄横、擅权、迫害、歧视等等截然相反的力量，如同磁场一般，吸引着同样频率的事物，在无形之中为自己筑造了一个人生圈。一个人的态度和行为，就像是一面镜子，反射出其内心的模样。你怎样对待别人，命运就会怎样对待你，这是一个无法逃避的因果法则。

三、结语

每一位法律人，都曾经怀揣着一个深沉而庄重的法治梦，踏上了不同的法律职业道路，期望以自己的所学所能为社会的公平正义贡献力量。然而，现实往往比理想更为复杂。案件量、任务额、收入高低等等现实压力扑面而来，不仅考验着我们的职业素养，更挑战着我们对法治信仰的坚守。

“我们办的不是案子，而是别人的人生”。在法律的殿堂里，每一个案件都不仅是一纸裁判文书，而是关系到一个个活生生的人，他们的命运、他们的未来、他们的幸福。因此，不论是掌握公权力的司法工作人员，还是代表私权利的辩护律师，都应当时刻保持坚定的立场，以无愧于心的态度去处理每一个案件，让当事人感受到法律的温暖和力量，让社会看到法治的进步和希望。

法治建设是一个长期而复杂的过程，它需要我们每一个人，甚至每一代人的共同努力，才能逐步构建起一个更加公正、公平、和谐、有序的社会，让每一个人都能在法治的阳光下享受到自由、平等和尊严！

作者简介

戚萌，中共党员，硕士研究生学历，湖北立丰律师事务所合伙人、刑事专业委员会副主任，湖北省律师协会副秘书长、湖北省法学会诉讼法学研究会理事、湖北省法学会律师法学研究会理事。

“借款型受贿”的认定与思考

□ 文 / 李 诚



一、问题导读

“借款型受贿”，是指行贿人与受贿人为规避刑事风险，将权钱交易的受贿行为包装成正常的民间借贷行为的一种受贿方式。在国家工作人员涉嫌受贿犯罪的案件中，大量的受贿行为是以“民间借贷”的名义存在，我们称之为“民间借贷型受贿”。借款的形式千变万化，有以公职人员自己身份和名义借款的，也有以公职人员亲属的名义借入的；有出具借据、借条，甚至双方签订完备的借款协议、办理抵押手续存在的，也有大量以口头约定借款的；有分文未偿还的，也有部分还本付息的。虽然法律并没有禁止国家工作人员在生活中发生正当合法的借款行为，但是一旦涉嫌受贿罪犯罪，到底应如何区分和认定，哪些是正当借款不属受贿？或者应在受贿总金额中予以扣除？哪些则是毫无争议的构成受贿罪？一直都是司法实务中的难题。国家工作人员抛开职务身份，亦不过是普通人，同样会有因生产生活借贷的合理需求。在打击贪腐犯罪的同时，也不能将其所有的民间借贷行为一律认定为“借款

型受贿”，否则便是剥夺了其作为公民应当享有的正当权利，进而损害了法律的公正性。

二、案例解析

针对上述问题，笔者整理了两个较为典型的无罪案例，供各位读者参考。

案例一：王某某、张某某等违法发放贷款、非国家工作人员受贿刑事二审刑事裁定书

案号：（2021）辽02刑终311号

案由：非国家工作人员受贿罪

审级：二审

来源：Alpha法律检索系统

裁判理由：

【一审法院认为】

关于指控被告人王某某非国家工作人员受贿的处理意见。本案证据不足以充分证明指控的156万元是王某某的索贿，同时尚无法排除王某某向田某借款的可能性，因此对公诉机关的该指控不应支持。

（1）王某某有借款的现实根据和关系

基础。被告人王某某辩称称这156万元是向田某的借款，用于给母亲购买房子，同时在案证据商品房买卖合同、销售不动产统一发票、结算业务申请书、专用收款收据、退款、退房名单、房屋定购协议等证据，可以证明2013年8月，王某某的亲属有意购买住房，并支付了定金、首付款，而且被告人田某当庭供认其与王某某关系挺好，两人有借钱的关系基础。

（2）田某的贿赂目的与贿赂数额有悖常理。被告人田某曾供述给王某某钱的目的一是支行的贷款业务能快点批，完成分行下达任务，二是王某某跟行长关系非常好，为了让王某某在行长面前说其两句好话。田某为了实现上述目的，给王某某156万元，其贿赂目的与贿赂的数额不成比例，有悖常理。且被告人田某是在总行调查资金归集使用时，向王某某要回了上述钱款。总行调查资金归集使用与田某贿赂的目的没有必然关系，而田某在此时选择要回钱款，不排除该款项与资金归集使用存在联系，因此在案证据无法充分证明田某的贿赂目的。

（3）田某的供述不稳定。在侦查阶段，田某明确的供述了该款是王某某向其所要，但在开庭时供述称王某某说要用钱，也没说是要还是借，也没出具借条，所以其认为是要。当庭的供述与在侦查阶段的供述不一致，田某辩称称这是总行纪委的人让这样讲，并答应给他办取保，保留行长的位置。认定王某某索取贿赂的关键证据是田某在侦查阶段的供述，而田某当庭否认了之前的肯定供述。

综上，本案证据不足以充分证明指控的156万元是王某某的索贿，同时尚无法排除王某某向田某借款的可能性，因此对公诉机关的该节指控不予支持。

【二审法院认为】

关于检察机关、上诉人王某某就156万元的事实及定性提出的意见，本院评述如

下：

王某某向同事田某明示借款，存在借款的关系基础及合理的借款事由，在取得款项后并未改变借款用途，具有还款能力，借用九个月未还亦未超出其用款事由的合理期限，后在田某的索要下实际归还了借款，不能排除是真实的借款。王某某已向田某明示系借款，田某仍认为可能是要、可能是借，在无其他证据佐证的情况下，王某某关于不能因对方误解而否认其借款主观心态的辩解存在一定的合理性。本案认定王某某系以借为名的索贿、构成非国家工作人员受贿罪的证据不足，抗诉意见不应支持。

案例二：徐某某受贿一审判决书

案号：（2019）云0322刑初526号

案由：受贿罪

审级：一审

来源：Alpha法律检索系统

裁判理由：

【检察院主张】

2009年至2017年期间，被告人徐某某利用担任宣某市来宾镇党委副书记、阿都乡党委书记、热水镇党委书记、丰华街道党工委书记的职务便利，多次非法收受他人或向他人索要贿赂款人民币合计123万元，并为他入谋取利益应当以受贿罪追究其刑事责任。

【一审法院认为】

（五）关于第十六桩收受范某220万元的法律性质。

根据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》“（六）以借款为名索取或者非法收受财物行为的认定”之规定，现有证据显示：（1）借款理由及用途是因为2017年胡某1从撒兰俊手中购买东风加油站，因为购买资金不够，胡某1就叫徐某某增加20万元的投资，徐某某没有钱，才给范某2借。范某2没有钱，又给宁浩博借钱，由宁浩博之妻胡某2将款打入徐某某提供的胡某1的账户。（2）借贷双方平时的关系是范

某2是丰华街道望城社区居委会的调解员、螃蟹小组组长，同时在外做工程，被告人徐某某是街道办党工委书记，平时会在望城社区开会、吃饭，就认识了，后丰华街道辖区的两个工程项目由徐某某安排范某2来做，双方关系紧密。（3）借款后是否有归还的意思表示及行为。范某2陈述：“2018年3、4月份，被告人徐某某在街道办跟我说过一次还是二次，说要把20万元整了还我，我说不用急，你先用着。”徐某某供述：“有一次，我跟范某2说把钱整了还给他。范某2说不用急，慢慢还。我平时看范某2开着好车，花钱大手大脚，就没有在意。”被告人借款后有归还的意思表示。（4）未归还的原因。被告人徐某某供述是由于2017年12月借款，2018年6月胡某1涉嫌犯罪被羁押，胡某1没有将这20万退给他，他提出还钱，范某2说不急，就没有还过范某2钱，后来范某2涉嫌犯罪被抓后，联系不上范某2，其本人四月案发就没有还钱。（5）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益。范某2、张某2是希望通过“借给”徐某某20万元，谋取做更多的工程，获取更大的利益。但范某2、张某2对这20万元的主观判断和想法即将20万元当作贿赂给被告人，不能推定成是被告人徐某某以借为名进行索贿的主观故意。且被告人徐某某给范某2做的工程均发生在借款之前。（6）再则根据宣威市监察委宣监决（2019）10号文件关于给予徐某某开除公职处分的决定、XXX宣威市纪委宣纪决（2019）13号文件关于给予徐某某开除党籍处分的决定均认定，被告人徐某某利用职务便利，收受他人贿赂款共计101万元，在工程建设及工程款拨付等过程中，为他人谋取利益。该行政认定被告人徐某某收受的贿赂款101万元，实际上就没有包含范某2的借款20万元及已退还朱某的2万元。综上理由，指控被告人徐某某以借为名，索取范某2的20万元贿赂的证据不足。

根据“疑罪从无的原则”，该20万元应当认定为范某2借给被告人徐某某的借款。被告人及辩护人认为该20万元属借款的意见，予以采纳。

三、法律依据

是正常的民间借贷？还是“借款受贿”？从以上案例可以看出，需要从借款事由、借款手续是否完备、还款意愿及能力等方面综合考量。在司法实务中，辩护律师应如何证明借贷的合理合法性，从而为被告人提供有效的无罪辩护，是一个值得思考的问题。

根据2003年11月13日最高人民法院颁布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第六条关于“以借款为名索取或者非法收受财物行为的认定”的规定，国家工作人员利用职务上的便利，以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他人谋取利益的，应当认定为受贿。具体认定时，不能仅仅看是否有书面借款合同，而应当根据以下因素综合判定：（1）有无正当、合理的借款事由；（2）款项的去向；（3）双方平时关系如何、有无经济往来；（4）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（5）借款后是否有归还的意思表示及行为；（6）是否有归还的能力；（7）未归还的原因等等。

该规定目前是司法实务中“名借实贿”的七个判定依据。因此，此类案件，若嫌疑人始终坚持其行为属于真实的正当借款行为，并坚持要求辩护律师为其做无罪辩护。辩护律师则应从以上七个要素协助被告人及其家属收集证据、查清以下事实：

1、有无正当、合理的借款事由

辩护律师首先应当审查借款的背景，出借人和借款人的经济状况，借款人的资金需求是否合理，出借人的出借金额与借款人的资金需求是否相当等。

2、款项的去向

借款人获得借款后的实际使用情况。正常的借款，其款项应当是用于真实且合法的借款目的。而“借款型受贿”，往往不是用于其名义上的借款目的，大部分借入资金是为了满足其骄奢淫逸的生活需求，或者将其保存起来“束之高阁”用以满足其对金钱的极度渴望。但如果借款人的资金是真实用于其所表明借款目的，且该目的合理合法，则可以证明其借款的真实合法性。

3、双方平时关系如何、有无经济往来

正常借款一般只会发生在有一定感情基础的至亲挚友之间，双方存在着多年的经济往来。而“借款型受贿”，双方一般感情不够深厚，仅仅因为工作或业务上的关系纽带，平常没有经济上的往来。

4、出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益

认定受贿罪的核心关键就是要查明借款人是否“利用职务之便”为出借人谋取利益。正常借款的出借人与借款人之间，其更多的是凭借多年的感情为亲友解决资金上的短期周转。而“借款型受贿”，出借人出借资金更多是基于寻求借款人工作上的关照或者感谢借款人的支持等，出借人出借款项的目的不是为了帮助借款人渡过资金难关，更多的是聚焦借款人手中的权力寻求更大更多的利益。

5、借款后是否有归还的意思表示及行为
正常的民间借贷行为，肯定是“有借有还，再借不难”，无论是否签订有书面协议，一般都会对借款时间、还款方式等有所约定。而借款型受贿，无论是否有书面协议，一般款项借出之后，借款人没有还款的意思表示及行为，或者偶尔表示有还款的意愿，但一直未付诸行动真正履行还款义务，“口惠而实不至”。

6、是否有归还的能力

还款能力，主要是考察借款人的经济实

力，即借款人的经济实力是否足以“hold”住其借款数额，这一点主要是从其个人收入、家庭收入、存款、资产等方面收集证据其是否有还款能力。如果借款人的家庭年收入十几万元，却向他人借入上百万元的巨额资金，明显超出自身的归还能力，则有“以借款为名行受贿之实”的嫌疑。

7、未归还的原因

关于未归还的原因，要综合审查借贷双方对借款归还期限及方式的约定，同时要审查借款人有无归还的意思表示，是否是有力归还而故意不归还等。正常的民间借贷，一般会约定一个符合一般生活常识的还款期间及方式，未归还的原因主要是因为还款期限未到，借款人手头资金尚未筹措到位，或者出借人同意暂缓还款等，不存在故意不归还的情形。而借款型受贿，一般没有约定还款期限和还款方式，借贷双方对该笔“借款”绝口不提，有着心照不宣的默契。

综上，到底是正常的民间借贷行为还是“借款型受贿”，笔者认为应当结合《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（2003年11月13日）的相关规定，从以上七个辨别因素进行审查。但需要强调的是，上述七个辨别因素仅是提出了司法认识的视角与途径，认定结论应当建立在确实、充分的证据所证明的受贿犯罪事实的基础之上。

作者简介

李诚，湖北立丰律师事务所合伙人，荆州市人民检察院人民监督员，曾在湖北某地市检察院刑事公诉部门工作十余年，期间办理了大量的刑事公诉案件，执业以来专注于刑事辩护工作，办案经验丰富。

“法律不应该是冰冷的条文，而应该是保护公民的铠甲。如果你或你的家人正面临刑事风险，请记住，有一个律师愿意倾听你的故事，为你梳理事实，依法捍卫你的权利。”

贩卖毒品罪既遂标准探析

□ 文 / 何维笛



摘要：我国司法实务界和理论界在对贩卖毒品罪中“贩卖”的理解、贩卖毒品罪的类型以及贩卖毒品罪既遂标准等方面都存在巨大的分歧。以人民法院为代表的审判实务界认为贩卖毒品属于行为犯，从严厉打击毒品犯罪的角度出发，将“以贩卖为目的购买毒品”认定为贩卖毒品罪既遂，这一做法遭到理论界的强烈反对。鉴于毒品犯罪严重的社会危害性，贩卖毒品罪既遂标准的认定，为实践中从重审理毒品案件的做法找到理论上的依据，对实现司法实践和刑法理论的统一具有重要意义。

关键词：贩卖毒品；犯罪既遂；短缩的二行为犯

一、问题的提出

被告人马某、禹某商议到广东省东莞市找前狱友“德川”购买冰毒贩卖，马某因经济拮据需筹集资金，便将此事告诉了被告人海某，海某当即表示同意回家筹资17000余元。2013年6月18日，被告人禹某携带现金60000元到广东购买冰毒时被骗，禹某将此事告知马某。2013年6月20日，马某、海某

再次携款20000元从银川飞往广州与禹某会合，由于资金不够，马某给其单位领导打电话联系，以给单位购买汽车配件为由，让给其银行卡上存款50000元。后马某以65000元从“德川”处购买冰毒800克，分装成8小袋后，装到禹某的黑色背包内，三人于2013年6月22日携带毒品乘大巴返回老家贩卖，6月23日下午15时许，在某收费站被当地公安机关当场抓获。

不难看出，本案中被告人禹某有两次购买毒品的行为，第一次于6月18日携带资金60000元购买毒品时被骗；紧接着，被告人马某、海某再次携带毒资20000元赶到广州与禹某会合，并成功从“德川”处购得冰毒800克。本案的焦点问题有两个：其一，禹某第一次尝试购买毒品的行为是否构成贩卖毒品罪？如果构成，其犯罪形态如何（是预备、未遂，还是既遂）？其二，三被告人的行为的最终犯罪形态何，构成贩卖毒品罪的既遂还是未遂？要回答以上两点，需要从理论上探明如下两个问题：一是贩卖毒品罪的实行行为如何界定，二是贩卖毒品罪既、未遂标准如何把握。

二、对“贩卖毒品”的认定

（一）对“贩卖”的理解

“贩卖”一词来源于生活，而非固有的法律词汇。基于成文法所特有的稳定性，“贩卖”被转化为刑法用语之后便与生活用语的发展变化具有不同步性。与此同时，法律制度作为上层建筑的一种，具有相对独立性，因而可以在不同国家之间进行制度移植，这便进一步导致了法律概念与生活用语的分离。尽管在生活用语转化为法律概念的过程中，其语义外延可能在一定程度上扩大或缩小，但只要某一法律上的概念依旧在日常生活中使用，那么，对该概念的法律解释就不能突破生活用语的文义范围，这是成文法的固有属性。就刑法而言，受到罪刑法定原则的严格制约，对刑法概念进行解释时更应该以文义解释为大致边界，避免突破一般公众的理解范围。要探讨作为贩卖毒品罪构成要件客观方面的实行行为，理应从“贩卖”一词的文义解释入手。《现代汉语词典》将“贩卖”解释为：商人买进货物再卖出以获取利润；对“贩”一字作出的适合语境的解释为：（商人）买货。《汉语大词典》对“贩卖”的解释为：商人买进货物再卖出以获取利润；对“贩”一字作出的适合语境的解释为：（1）贱的买进，然后加价卖出以获利；（2）卖出货物。“贩”除了可以组词“贩卖”外，还可以组成“贩买”、“贩运”等词汇。

由此可见，即使就作为生活用语使用的“贩卖”一词而言，权威词典给出的解释也是有出入的，主要体现在对“贩”字的理解上。《现代汉语词典》将“贩”字理解成“买进”，将“贩卖”一词的结构理解成联合型构词，“贩”和“卖”是两个独立的动作，合在一起，整个“贩卖”动作才算完成。《汉语大词典》中的“贩卖”一词属于偏正结构，“贩”是对“卖”的修饰，“卖”是“贩卖”的核心动作，“卖”是

“贩卖”一词的核心语言，其行为客观上与“出售”、“销售”等没有区别，但“贩卖”在生活中所接宾语（所指对象）通常是违禁品，因此，在“卖”字前面加“贩”修饰，表达对该行为的否定。

（二）从法益保护视野看“贩卖毒品”行为

刑法的目的在于保护法益，法益是刑法的核心概念。因此，有学者明确提出：“对构成要件的解释，必须以法条的保护法益为指导，而不能仅停留在法条的字面含义上。换言之，解释一个犯罪的构成要件，首先必须明确该犯罪的保护法益，然后在刑法上可能具有的含义内确定构成要件的具体内容。”任何一个概念都可能会有两种以上的解释，如本文所讨论的“贩卖”一词，根据文义解释即得出了多种结论，要探究到底哪一种解释更值得刑法分则条文对之科处刑罚，就需要从刑法设立贩卖毒品罪所保护的法益来思考。

过去，立法者将“走私、贩卖、运输、制造毒品罪”放在《刑法》第六章“妨害社会管理秩序罪”一章中，理论界普遍据此认为贩卖毒品行为所侵害的法益是国家对于毒品的管理制度。但近年来出现了反对的声音，有学者指出，贩卖毒品行为侵犯的法益是国家对于毒品管理制度的观点，对于准确认定本罪和区分本罪与他罪毫无意义，也不能揭示该犯罪的法益侵害实质，并站在“刑法之所以保护国家对一种物品的管制，其实质在于，如果不施加该种管制的话，就会侵犯国家、社会或者公民个人的利益”的立场，提出贩卖毒品罪侵犯的根本法益是公众健康，进而依据“风险社会”理论，认为贩卖毒品行为给社会上不特定多数人的身体健康造成了抽象危险，将贩卖毒品罪认定为抽象危险犯。笔者认为此观点值得商榷，主要理由如下：

第一，人是物质世界的本体，是物质世

界的终极目的。从此意义上讲，刑法所设立的绝大多数犯罪行为，说到底都是对我国公民人身或财产权利的侵害（除部分侵害我国国家、军事利益的犯罪外）。按照以上论者的逻辑，不管制毒品会侵害公民身体健康，我们同样可以认为，不管制假药劣药、有害食品、枪支弹药，最终都会危害到公众健康，如果据此认为这些犯罪行为侵犯的根本法益都是公众健康的话，刑法按照类客体对犯罪分章归纳就毫无必要了。第二，公民身体健康属于个人可依其自愿放弃的法益。张明楷教授在《实质解释论的再提倡》一文中以诬告陷害罪举例道：“乞丐乙因为冬天无处去，便请求甲捏造乙盗窃甲1000元人民币的事实，向司法机关告发，使乙受到刑罚处罚，以便在监狱度过寒冬，不至流浪在外。如果认为诬告陷害罪的保护法益是公民的人身自由，那么甲的行为因为得到了乙的有效承诺而不构成诬告陷害罪。”理论界常把贩卖毒品罪理解为无被害人的犯罪，“涉案双方存在利害关系，相互庇护且犯罪行为更为隐蔽”。可见双方是在“平等自愿”的基础上交易的（若卖方有引诱、欺骗等行为，使对方陷入认识错误，则可能成立“引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪”），如果认为贩卖毒品罪侵犯的法益是公众健康，且不得依被害人承诺而阻却违法，那么，为他人代购仅用于吸食毒品的行为、共同吸食毒品的行为都直接侵犯了公众健康，都构成犯罪，这样的结论是令人难以接受的。

第三，从贩卖毒品到侵犯公众健康之间尚存在一个漫长的过程和诸多不确定因素，并不是所有的贩卖都直接侵害公众健康，更不一定直接侵害到购买方的健康。如果认为贩卖毒品罪的保护法益是公众健康，那么，对法益的侵害（或至少是威胁）程度将直接影响行为的社会危害性，并决定行为人应承担的责任。如此，是否可以认为毒品犯罪最上游的行为人（毒品制造者）与最下游

（直接面对消费者）的行为人相比较，前者对公众健康的侵害（或威胁）远不如后者之急迫、直接，进而判定前者的罪责要小于后者呢？答案当然是否定的。鉴于此，笔者从刑法的法益保护机能出发，考虑到法益对犯罪定型化分类的决定性意义，坚持认为贩卖毒品罪所直接侵犯的法益是国家对毒品的管理制度，而不是公众身体健康。

三、既遂标准的认定

（一）行为犯视野下的贩卖毒品罪之既遂标准

我国刑法理论界对于贩卖毒品罪犯罪停止形态的争论，主要建立在贩卖毒品罪是行为犯的论断基础之上。在审判实践中，对贩卖毒品罪属于行为犯也没有异议。但在犯罪停止形态之犯罪既遂的标准上，最高人民法院曾经在《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉若干问题的解释》中明确规定：“只要行为人以实施贩卖为目的而实施了非法购买的行为，就以犯罪（既遂）论处。”之所以这样规定，理由如下：

第一，符合打击毒品犯罪的实际。毒品犯罪隐蔽性极强，侦查和证明犯罪的难度极大，实践中多采取秘密侦查、特勤介入等手段侦破案件，查获的案件多是在犯罪过程中“人赃俱获”。对此，如均按照传统刑法理论认定为犯罪未遂，不符合打击毒品犯罪的实际，必然造成打击不力。

第二，符合理论与实践的辩证关系。毒品犯罪实践要求对刑法关于犯罪既遂与未遂的传统理论分情形做出最有利于打击犯罪的补充和完善。毒品犯罪性质十分严重，对其犯罪既遂形态的认定，也要充分考虑其特殊性。有关司法工作人员甚至公开表示，关于贩卖毒品罪既遂标准的认定，“原则上不按照刑法总论关于未遂的规定来处理具体案件”。诚然，鉴于毒品犯罪的特殊性，审判

机关在实践中的一贯做法有其合理性，但公开发表不按照刑法总论规定来处理具体案件这样的言论是明显不合适的，这不仅突破了刑法罪刑法定的生命线，也免不了刑事政策向刑事司法领域过度扩张之嫌，饱受理论界的诟病。在以成文法为主导的法治国家，法律应该被信仰而不是被随意修改、批判或嘲笑，法官只能宣示法而不能制定法，这已经成了人们的共识。因此，在实践中，司法机关对个案形成了一定的倾向性意见，当该意见与现有刑法规定“看上去”并不吻合的时候，实际的做法促使我们思考如何立足于法条用语的通常含义，将犯罪论体系、规范保护目的、国民的规范认同、处罚必要性等内容加以通盘考虑，凸显司法的实践理性，选择对个案而言最为合适的解释方法，将实质解释的结论限定在特定时代能够接受的范围内，通过解释法律展示形势政策和“司法的智慧”，从而切实平衡惩罚犯罪和保障人权的关系。理论界关于贩卖毒品罪的既遂标准，主要有以下几种观点：

“契约说”。该说认为，毒品买卖双方就毒品交易意思达成一致，也即双方买卖契约成立之时起，贩卖毒品罪即告既遂。就打击毒品犯罪而言，“契约说”最为有利，但“将对法益侵害结果尚不确定的行为认定为犯罪的实行行为，显然为时过早，不符合实行行为的属性”。如按此说，案例中，自禹某联系“德川”购买毒品并商量好价钱之时起，贩卖毒品行为即告既遂，但此时禹某的行为并未实际侵害国家对毒品的管理制度，禹某此次购买毒品行为并未成功，因此，按“契约说”认定禹某构成贩卖毒品罪既遂，有违法理。

“毒品交易说”。该说强调，应以毒品是否进入交易为本罪既遂和未遂的标准，至于是否实际成交，是否获利，不影响本罪既遂的成立。但何为进入交易环节，并不十分清楚，有人认为，双方达成契约之时就可看

成是广义的交易环节；有人认为，只有卖方带着毒品前往交易地点的时候，才属于交易环节。这些模糊性会直接导致对贩卖毒品罪既遂标准把握的不确定，相当于没有标准，实不足取。

“买卖行为完毕说”。该说认为，贩卖毒品行为通常包括两个阶段，第一阶段低价购买毒品，第二阶段高价抛售毒品，两个行为只要完成其中一个，就应构成既遂。我国台湾地区刑法即采取该说，明确规定贩卖（毒品）罪，只要以营利为目的，将标的物“贩入或卖出，有一于此，其犯罪即属完成”。该说也是我国司法实务部门坚持的立场。有学者从坚持刑法客观主义的立场出发，认为行为人只有在事实上占有毒品的前提下，进行出卖的意思表示时，才是贩卖行为的着手。在占有之前，为了贩卖的目的而收买毒品、联络买家等行为，都是为贩卖毒品准备工作、制造条件的行为，在此阶段被查获的，应认定为犯罪预备。还有学者表示，依此标准会导致承继的共犯认定上的难题。

“交付说”。该说认为，即使毒品交易双方达成了买卖协议，只要没有实际交付毒品，就不是既遂，即使交易款尚未支付，只要毒品已交付，也构成既遂。其主要理由有二：其一，从法益保护的角度来讲，我国刑法规定贩卖毒品罪的根本目的在于保护公众的身体健康。因此，毒品是否已经实际交付，对于贩卖毒品罪既遂与否的成立具有质的意义。即使购买者自己并不吸食毒品，贩卖行为也会使毒品最终流向吸食者。其二，从贩卖毒品罪是行为犯的角度讲，达到既遂的贩卖毒品罪之行为，必须是一个完整的行为，而不是行为过程中的某个片段。一个完整的贩卖毒品行为，应该包括毒品的实际交付行为。我国司法部门既然承认贩卖毒品罪是行为犯，却又主张只要实行了贩卖毒品中的购买阶段行为，就构成既遂，将此罪理解

成了举动犯，显然是自相矛盾的。该说得到了理论界大部分学者的支持，其所提的第一条理由，笔者已在前文进行反驳，于此不再赘述；第二条理由最为有力，也是目前实务界所面临的困境，最明显体现在贩卖毒品案件判决书制作中论理部分的苍白无力。据笔者从某省高级人民法院随机调取的近两年发生的56宗贩卖毒品案件的判决书来看，在论理部分，针对辩护人提出的类似于“被告人只实施了购买毒品的行为，并没有完成毒品的贩卖，未使毒品流入市场，故应属于贩卖毒品罪未遂”这样的辩护理由，法院的做法，要么是模糊处理，即视而不见，只认定被告人构成贩卖毒品罪，而不明确指出其犯罪停止形态是既遂还是未遂，要么写出了“经查，毒品未流入市场，系公安机关及时介入侦破案件所致，故辩护人的辩护理由不予采纳”这样格式化的、荒谬可笑的驳回意见。这大大降低了我国刑事判决文书的权威性和刑事司法的公信力，给我国刑事司法形象造成了极大的损害。

（二）短缩的二行为犯视野下的贩卖毒品罪之既遂标准

根据上述对“贩卖”一词的文义解释，不难发现，贩卖毒品罪的实行行为大致分为两种：一是处于毒品犯罪链条源头的制毒者自己生产、销售毒品的行为和销售家里祖传的、他人赠送的毒品的行为（以下简称“销售型”）；二是实践中更为频发的低价买进，然后高价卖出这样倒卖毒品的行为（以下简称“倒卖型”）。针对“销售型”贩卖毒品罪既遂标准的认定，理论界和实务界基本达成了共识，即应以毒品的实际转移为行为的既遂标准，此时，如果毒品没有实际交付即被公安机关抓获，应认定为实行未终了的未遂，其理由不言自明。分歧主要出现在第二种“倒卖型”的情形下如何认定实行行为的着手和犯罪既遂。不可否认的是，先根据某种行为处罚必要性得出预设的定罪结

论，再随机地、灵活地寻找理论支撑的现象，在司法实践中客观存在，本文讨论的贩卖毒品罪即是典型。司法机关基于多年来我国与毒品犯罪作斗争的实际情况（如特勤介入、秘密侦查）和法益保护前置化的考虑，得出了“以贩卖为目的购买毒品”行为应以贩卖毒品罪的既遂定罪量刑的结论，却没有找到合适的理论依据。如果将“倒卖型”贩卖毒品罪理解为短缩的二行为犯，那么，有关既、未遂标准的判断就会出现另一种图景。

通说认为，以目的与实行行为的关系为标准，目的犯可以分为两类：一类是行为人只要实施了实行行为，就能够实现目的，实践中贪利型犯罪多属此种。行为人实施了盗窃、诈骗等行为，就可以实现其非法占有的目的。另一类是行为人实施了实行行为后，还需要实施其他行为，才能实现目的，典型的如绑架罪中行为人实施了控制被绑架人的行为之后，还需要针对其亲属或有关人员实施索财的行为，才可能实现行为人勒索财物的目的。理论界通常把第一种目的犯称为断绝的二行为犯，相应地，把第二种目的犯称为短缩的二行为犯。

短缩的二行为犯的基本特点是，完整的犯罪行为原本由两个行为组成，但刑法规定，只要行为人以实施第二个行为为目的实施了第一个行为（即短缩的二行为犯的实行行为），就以犯罪（既遂）论处，而不要求行为人客观上实施了第二个行为（目的实现行为）；与此同时，如果行为人不以实施第二个行为为目的，即使客观上实施了第一个行为，也不成立犯罪（或者成立其他犯罪）。如行为人确实没有贩卖目的，购买毒品仅供自己吸食，其行为当然不构成贩卖毒品罪。成文的短缩的二行为犯，在《刑法》条文中通常的表述为“以……为目的”。如前述绑架罪，在《刑法》分则中的表述即为：“以勒索财物为目的绑架他人。”要构

成绑架罪，行为人必须具有“以勒索财物为目的”实施绑架的行为，若没有此特定目的，单纯的暴力控制他人的行为，则不构成绑架罪（视情况可能成立非法拘禁罪）。另一方面，只要主观上具有此特定目的，客观上实施了绑架罪的实行行为（即暴力控制他人），就构成绑架罪的既遂，至于是否继续实施了向被绑架者亲属勒索财物的行为，或索财目的是否实现，均不影响本罪的既遂。除此之外，理论上还存在一些不成文的短缩的二行为犯，即《刑法》分则虽然没有明确将某种目的规定为主观构成要件要素，但依据条文对客观要件的描述和条文间的关系，该罪的成立必须以实施第二个行为为目的，如我国《刑法》第177条规定的伪造、编造金融票证罪，理论上通常认为成立此罪，行为人主观上需要“以行使为目的”。本文所讨论的贩卖毒品罪，《刑法》分则没有明确对“贩卖”行为做具体描述，导致了理论上的争议。最高人民法院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》第1条对“贩卖”一词做了明确的规定，即“贩卖”是指明知是毒品而非法销售，或者以贩卖为目的而非法收买的行为。因此，笔者认为，将贩卖毒品罪中“以贩卖为目的而非法收买的行为”认定为短缩的二行为犯，是于法有据的。在此视野下，只要有足够的证据能够证明行为人在贩卖目的的支配下实施了购买毒品的行为，即可认定为贩卖毒品罪的既遂，反之，没有证据或现有证据不足以证明行为人的贩卖目的，则只能认定为非法持有毒品（视具体案情，有时也可以认定为运输毒品），或者行为人确实没有贩卖目的，购买毒品仅供自己吸食，其行为当然没有导致毒品扩散流通之危险，也不构成贩卖毒品罪。据此，前引案例中禹某第一次“以贩卖为目的”去东莞找“德川”购买毒品被骗，应认定为贩卖毒品罪的未遂；其后，马某、海某在共同贩卖目

的的支配下赴广州找“德川”购买毒品，交易成功，应构成贩卖毒品罪的既遂。据此，笔者认为，审判实践中的做法与短缩的二行为犯理论是相吻合的。

四、结语

成文法的固有缺陷和汉语语词的模糊性，不可避免地导致司法实践中刑法适用的僵硬。在现代刑法的人权保障机能日益受到重视的今天，如何更好地处理打击犯罪与保障人权的关系，显得尤为重要。拿贩卖毒品罪来说，我们面临的尴尬是，究竟是严格、教条地恪守刑法条文的规定而置实践中的犯罪特殊性于不顾，一概将以贩卖为目的购买毒品的行为认定为贩卖毒品罪的未遂（甚至有学者主张是预备），还是允许在不突破罪刑法定原则的基础上，结合实践中“禁毒”工作的严峻形势，将“贩卖”扩张解释为包括“以贩卖为目的购买毒品”的行为，并为司法实践找到一个更具可操作性的理论依托？这并不全是刑法解释的问题，而是公众的选择。笔者认为，一切的刑法理论都必须为司法的合理性服务，不能将刑法解释的权威凌驾于司法的合理性之上，因为复杂的司法并不是单纯的规则之治，我们所追求的也不应是单纯的规则上的完美。

作者简介

何维笛，中共党员，湖北立丰（荆州）律师事务所主任。毕业于西北政法大学，刑法学研究生学历，师从中国著名刑法学家、中国刑法学研究会会长贾宇教授。执业以来，以刑事辩护、刑事风险防控及公司常年法律顾问为主要方向，是武汉市青年律师人才“刑辩百人团”成员。曾为武汉大学、陕西省湖北商会、凯乐科技、名流集团、东方时尚驾驶学校、武汉红人集团等企业事业单位提供法律服务；辩护、代理了一系列在当地乃至全国具有较大影响力的案例，何律师专业细致、勤勉敬业，既有优异的业务能力，又有温厚的人文情怀，获得了当事人的广泛赞誉。

解构控方逻辑：职务侵占罪犯罪构成要件的辩护突破口



程客彬律师



邬雪梅律师

□ 文 / 程客彬、邬雪梅

在刑事司法实践中，职务侵占罪作为企业经营领域高发犯罪类型，其犯罪构成要件的认定始终是控辩双方交锋的核心战场。从控方视角出发，职务侵占罪的犯罪构成如同精密运转的齿轮系统，每一个要件的咬合都指向犯罪的成立。而辩护律师的使命，正是在这看似严密的体系中，发现松动的螺丝、错位的齿纹，通过对主体、职务便利、非法占有目的等要件的重新审视，打破控方预设的定罪逻辑闭环。

本文将犯罪构成要件为脉络，先还原控方构建罪名的思维路径，再结合司法实践中的典型案例，拆解控方指控的潜在薄弱环节，希望能为职务侵占罪案件的有效辩护提供系统化的方法指引。

一、犯罪主体有明确范围

依据《刑法》第271条第1款，职务侵占罪将犯罪主体界定为“公司、企业或者其他单位的人员”。这一罪状表述虽未对人员属性作详尽阐释，实则暗藏两个不可或缺的构成要件。

（一）主体与单位之间应存在特定法律关系。

职务侵占罪的行为人需归属于刑法意义上的“公司、企业或者其他单位”，存在某种形式的合法联系，使其能够基于职务或工作便利占有、管理单位财物。一旦行为人游离于上述单位体系之外，与单位不存在实质职务关联，便丧失了构成该罪主体的资格。如外部人员盗窃单位财物，普通客户、访客私自拿走单位物品等，则不构成本罪，可能

成立盗窃罪或其他罪名。

司法实践中，犯罪主体与单位之间的法律关系多种多样，包括典型形态与非典型形态，是否符合犯罪主体要求应具体分析。具体有以下几种：

1、具有正式劳动关系与事实劳动关系。

与单位签订正式劳动合同的人员是职务侵占罪的主要主体类型。即便未签订书面合同，只要形成事实劳动关系，同样属于“单位人员”范畴。司法实践中，多数职务侵占案件的犯罪主体均源于此，例如公司财务人员利用职务之便挪用资金占为己有。

2、具有临时工身份。

临时工身份并不影响职务侵占罪的认定，关键在于其岗位是否赋予“主管、管理或经手单位财物”职权。从《劳动法》上看，固定工、合同工、临时工在廉洁义务上并无本质差异，均可能成为适格主体，临时搬运工利用职务便利非法占有本单位财物，成立职务侵占罪。认定是否具有职务上的便利，不能以行为人是正式工、合同工还是临时工为划分标准，只要经公司、企业或者其他单位聘用，并赋予其主管、管理或者经手本单位财物的权力，无论是正式职工还是合同工或者临时工，都可以成为职务侵占罪的犯罪主体。

3、合同到期未续签的持续履职人员。

用工合同到期未续签，但仍实际行使管理职责的原员工，同样符合职务侵占罪主体要件，“实际履职”对主体的认定，十分重要。

4、劳务派遣人员。

劳务派遣人员的劳动关系虽归属派遣单位，但当其在用工单位实际履行财物管理职责，如担任仓库管理员、采购负责人等岗位时，基于用工单位赋予的职务权限，具备成为职务侵占罪犯罪主体的可能性。对其犯罪

行为的认定，应当重点考察其是否利用在用工单位所获得的实际职务便利实施侵占行为。

5、挂靠人。

挂靠人若接受被挂靠单位的职务任命，以被挂靠单位名义开展经营活动并管理财物，将被视为该单位“职务人员”。如行为人为人挂靠建筑劳务公司领取施工材料后私自变卖，最终以职务侵占罪定罪处罚。

6、受托代理人。

保险代理人、销售代理人等受托主体，虽与单位签订委托合同，但在接受单位培训管理、实际履行单位职能且具备财物管理职权时，同样可构成犯罪主体。如保险代理人因实际承担保险公司业务员职责，利用职务便利侵占保费，被认定构成职务侵占罪。

7、事前通谋。

即使行为人与单位之间不存在特定法律关系，若存在事前通谋，依然构成职务侵占罪。如行为人事先与犯职务侵占罪的犯罪分子共谋，并在犯罪过程中提供了帮助（例如掩饰或隐瞒犯罪所得），以职务侵占罪的共犯论处。法理依据在于：掩饰、隐瞒行为表明行为人事前与上游犯罪行为人有共同的意图，承诺事后帮助犯罪分子销赃，这种行为极大地鼓励和帮助了上游犯罪的实行行为人，对犯罪结果的发生具有显著的促进作用，因此，其所实施的掩饰、隐瞒行为构成了上游共同犯罪的一部分。

由上可见，当前司法实践对职务侵占罪主体的认定，已从单纯关注劳动关系的外在形式，进阶为深度剖析“职务职能实质”。司法裁判主要围绕三个核心要件展开审查：其一，犯罪主体是否实际被单位赋予财物管理、支配等特定职权；其二，涉案行为是否基于单位合法授权实施；其三，行为内容与主体所承担的职务活动是否存在实质性关联。

值得注意的是，若行为人仅以独立第三方身份提供劳务，与单位之间不存在职务隶属关系，例如临时装卸工、不受单位直接管理的外包服务人员等，即便实施财物侵占行为，一般也不构成职务侵占罪，而可能依据具体情形以盗窃罪、侵占罪等罪名予以规制。

（二）主体需排除国家工作人员身份。

依据《刑法》第271条第2款的规定，国有单位中从事公务的人员，或受国有单位委派到非国有单位从事公务的人员，若实施侵占单位财物行为，应以贪污罪定罪，而非职务侵占罪。这一规定源于此类人员身份的特殊性——其从事公务的行为本质上是国家公权力的延伸，因而需以更为严格的贪污罪规制其行为。对于如何认定“从事公务”或“受委派从事公务”，在司法实践中针对不同情形予以认定，现列举几类特殊情形予以分析。

1、村民小组组长。

根据1999年《最高人民法院关于村民小组组长利用职务便利非法占有公共财物行为如何定性问题的批复》（法释〔1999〕12号），村民小组组长若利用职务上的便利非法占有村民小组集体财产，且数额较大，则应依据刑法第271条第1款的规定，以职务侵占罪论处。

这一规定基于《村民委员会组织法》，村民小组作为村民委员会下属的基层自治单元，村民小组组长由本组村民会议选举或推选产生，作为村民自治组织的基层负责人，不属于国家公务员或事业单位编制人员。但当村民小组组长协助政府执行救灾款项的发放、土地征收等特定行政管理任务时，则可能会被认定为“其他依照法律从事公务的人员”，此时若侵占财物则可能构成贪污罪。

2、村民委员会成员。

村民委员会成员的职务侵占行为不能直接参照村民小组组长的认定规则。最高人民法院强调，上述关于村民小组组长的批复仅适用于村民小组组长，虽然村民小组组长可能是村委会成员，但批复中很明确是村民小组组长利用职务便利实施犯罪行为，而不是利用村委会成员的职务便利。

村委会成员侵占本单位财物的定性，需结合个案事实具体分析。若其行为涉及协助政府执行公务，可能适用贪污罪；若仅涉及村集体事务管理，则可能构成职务侵占罪。实践中，村民委员会成员职务侵占行为的具体认定，还可结合其职责范围、资金来源及使用性质等因素。例如，款项性质属于政府专项资金还是村集体自有资金。

3、协助政府管理工作的村干部。

在土地征收、旧村改造等过程中出现村干部以权谋私、“侵吞公款”的情况时，对村干部行为的定性应当着重考量行为人的时间节点。实施犯罪行为时，若协助政府管理土地征用补偿费用等工作已经完成时，其便不属于“其他依法从事公务的人员”，实施犯罪利用的是村干部管理村集体事务的职务便利，此时共同私分村集体财产的，应以职务侵占罪处罚。因此，应仔细辨别行为时间节点、职权属性、涉案财产性质、占有目的等，区分是否涉及特定公务，综合评价行为构成贪污罪还是职务侵占罪。

4、国有资本控股、参股公司从事管理的人员。

根据2001年《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》（法释〔2001〕17号），此类公司中的管理人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。若其利用职务便利非法占有本单位财物，数额较大

的，应以职务侵占罪论处。

5、国有公司一般工勤人员。

国有公司雇佣的一般工勤人员，因对国有财产不具有管理职权，不属于“受委托管理、经营国有财产的人员”，不能成为贪污罪的主体。如果其利用职务之便，与他人共谋，内外勾结共同窃取国有财产，构成职务侵占罪，而非贪污罪。

6、受国家机关聘任、委派但不从事公务的人员。

受国家机关聘任、委派的，只有“从事公务”的人员才能“以国家工作人员论”。“从事公务”包括对国有财产的管理和经营。若受聘人员仅负责收取国家规费、开票及缴存等事务，对该款项不具有管理、经营等职务，不属于从事公务，不能以国家工作人员论，利用工作便利，侵吞国家财产数额较大的，以职务侵占罪定罪。

7、国家出资企业中身份发生转变的人员。

转变前后罪名的区分标准为：（1）未经管理、监督国有资产组织批准或决定而担任职务的人员，不具备国家工作人员身份，利用职务之便侵占单位财物的，构成职务侵占罪；（2）经相关组织批准或决定担任职务的人员，身份转变为国家工作人员，其侵占行为构成贪污罪；（3）若人员在身份转变前后分别实施侵占行为，则应分别认定为职务侵占罪和贪污罪，实行数罪并罚。

二、被害单位的适格性要求

职务侵占罪中，被害单位需满足法定构成要件，具体认定标准涉及法律规范、理论争议与司法实践的多重维度，分述如下：

（一）法人资格的认定争议与司法裁判。

依据2008年最高人民法院研究室发布的《关于对通过虚假验资骗取工商营业执照的

“三无”企业能否成为职务侵占罪客体问题征求意见的复函》（法研〔2008〕79号），私营、独资等公司、企业、事业单位若要成为我国刑法中所指的单位，必须具备法人资格，其财产权才能构成职务侵占罪的客体。即便“三无”企业是通过虚假验资成立的，只要满足以下条件，仍可被认定为刑法中的单位：①具备法人资格；②非为实施违法犯罪活动而设立；③设立后不以犯罪为主要活动。

然而，张明楷教授持有不同看法，他认为法人资格并非判断是否为“单位”的唯一标准。即便没有法人资格，只要组织拥有独立财产，并且个人财产与组织财产有明确区分，该组织亦可被视为职务侵占罪中的“单位”。

在司法实践中，对此问题也存在不同见解。法院一般认定个体工商户属于个人投资经营、以个人财产承担责任的民事主体，不具备单位的组织性特征。因此，个体工商户所聘人员不能成为职务侵占罪的主体，其侵占行为不构成该罪。主要理由包括：①个体工商户在法律性质上不同于个人独资企业，不属于企业范畴；②无论是个人经营还是家庭经营，其财产与个人（家庭）财产并未完全分离；③刑法中的“单位”应为具有独立经费、财产及组织性的社会组织，而个体工商户不符合这些条件。

尽管存在上述逻辑，部分司法判决却突破了这一框架。例如，广东省佛山市禅城区法院在（2021）粤0604刑初371号等多份判决中，将个体工商户认定为职务侵占罪的被害单位，这表明地方司法机关倾向于对“其他单位”范围进行扩大解释。

（二）一人公司的特殊认定规则

鉴于一人公司仅有一位股东，若股东将公司财产据为己有，实际上并未侵害他人财产，亦未给他人（包括其他单位）带来财产

损失。因此，一人公司的股东不应被视为本罪的犯罪主体。也有法院确认了股东对个人企业独立经营的经济收入拥有支配权。即便存在私自转移公司财产的行为，但本质上并未损害公司的利益，因此不宜作为犯罪行为处理。

对于公司从一人公司转变为多人公司，在一人公司期间的侵占金额不应被认定为犯罪金额。这是由于在实际股东仅为法定代表人一人、其个人财产与公司财产混同的情况下，主观上难以认定存在非法占有的故意，客观上也未侵犯其他名义股东的权益。因此，形成财产混同的相应金额不应计入职务侵占的犯罪金额中，应从犯罪金额中剔除。

然而，除股东外的一般员工在一人公司中可以成为本罪的犯罪主体。2011年2月15日，最高人民法院研究室在《关于个人独资企业员工能否成为职务侵占罪主体问题的复函》中明确指出，刑法第271条第1款中所指的“单位”，包括“个人独资企业”。

三、“利用职务上的便利”的认定要点

“利用职务上的便利”是职务侵占罪的核心构成要件，主要是指利用自己在职务上所具有的主管、管理或者经手本单位财物的便利条件，如公司的经理在一定范围内调配、处置单位财产的权力，企业的会计有管理财务的职责，出纳有经手、管理钱财的职责等。具体而言：

（一）以职务范围内权限、职责为基础

根据《中华人民共和国刑法释义》“职务便利”以行为人在职务范围内享有的主管、管理、经手财物的权力为基础。典型形式如：

1、公司经理对单位财产的调配、处置权。

对单位财产拥有调配权，意味着经理能够决定公司资金、设备、物资等各类财产在

不同项目、部门之间的分配，以实现公司的经营目标。而处置权则赋予经理决定公司财产的买卖、报废、捐赠等处理方式的权力。

2、财务人员对资金的管理、支配权。

财务人员的核心职责围绕公司资金展开。管理资金方面，他们负责资金的日常核算、记录，确保资金账目清晰准确，对公司资金的流向进行监控和管理。例如，每日核对银行存款账目，对各项收支进行分类登记等。在支配权上，财务人员在一定权限范围内，能够依据公司财务制度和相关审批流程，决定资金的支出方向和金额。比如，在经过上级审批后，将资金用于支付供应商货款、发放员工工资、缴纳各类税费等。

3、业务人员对业务款项的经手权。

业务人员在开展业务活动过程中，不可避免地会涉及业务款项。经手权体现在他们参与业务款项的收取、支付以及与之相关的流程环节。当业务完成后，客户支付的款项可能首先由业务人员接收，然后按照公司规定流程上交财务；或者在业务开展过程中，业务人员根据需要申请公司资金用于支付合作方费用等。

（二）严格区分“职务便利”与“工作便利”。

“利用职务上的便利”与“利用工作上的便利”之间存在本质区别。所谓“利用职务上的便利”，是指利用自己主管、管理、经手、经营财物的便利条件；而“利用工作上的便利”，是指行为人无职务，仅利用熟悉工作环境或工作条件的便利。这种便利与职务无关。

司法实践中的众多案例显示，利用“工作上的便利”而非“职务上的便利”非法占有本单位财物，不符合职务侵占罪的构成要件，应当按照盗窃罪予以处罚。

例如，最高人民法院公报案例“杨志成盗窃案”裁判要旨指出：如果行为人仅是在

工作中易于接触他人主管、管理、经手的本单位财物，或者熟悉作案环境，并利用这些工作中形成的便利条件秘密窃取本单位的财产，则不属于“利用职务上的便利”，应以盗窃罪定罪处罚。

区分盗窃罪和职务侵占罪，主要从行为内容着手。盗窃罪的行为是窃取他人占有的财物，而职务侵占罪的行为是利用职务上的便利，窃取、骗取或以其他方式将本单位财物占为己有。如果行为人仅仅是利用工作机会为窃取财物创造条件及可能性，则仍然是盗窃行为，而非基于职务职责而将管理、经手的财物占为己有的职务侵占行为。

（三）超越权限、表见职务权限的认定。

在司法实践中，超越权限、表见职务权限两种行为均被认定为构成职务侵占罪。

公司工作人员若利用职务上的便利，超越职权范围，通过欺诈手段从客户处收取货款并非法占为己有，且数额较大时，被以职务侵占罪追究刑事责任。

这一形式的犯罪也有诈骗的嫌疑。区分职务侵占罪与诈骗罪的关键之一在于非法占有财物的行为对象及犯罪手段。职务侵占罪所侵犯的仅限于本单位的财物，而诈骗罪则针对的是相对方的财物。若对方基于行为人的身份而合理信赖其拥有销售代理权，并因此购买商品或服务，该行为构成有效的民事法律行为，所支付的钱款应认定为公司或企业的财产。若行为人利用其负责管理公司、企业日常事务及暂时保管公章的职务便利，侵占上述财产，则构成职务侵占罪。

四、侵占行为与非法占有目的的认定标准

（一）“侵占”行为的内涵

职务侵占罪中“侵占”行为的范围界定，存在理论分歧与实践差异。这一争议的

核心在于：职务侵占罪是否包含利用职务便利实施的盗窃、诈骗行为。

张明楷教授主张严格解释立场，认为刑法第382条第1款明文规定有“侵吞、窃取、骗取”行为，但刑法第271条未作类似规定，将职务侵占罪的行为类型作出与贪污罪相同的理解，只是一种价值判断，而不是逻辑结论，利用职务便利实施的盗窃、诈骗行为应直接以盗窃罪、诈骗罪论处。

但司法实践大都认为，职务侵占罪包含“侵吞、窃取、骗取”三种行为。

例如，“刘宏职务侵占案”认为刑法对职务侵占的行为方式未加任何限制，应参照贪污的行为方式，包括盗窃、侵吞、骗取等非法手段。“严某勇职务侵占案”认为被告人能顺利盗卖财产是因为职务便利这一特殊原因，应当按照职务侵占罪来定罪处罚。

“张某职务侵占案”认为，利用职务便利实施窃取非国有单位财物的行为，虽同时符合职务侵占罪和盗窃罪的构成要件，但因窃取型职务侵占罪与盗窃罪系交叉式法条竞合关系，且不法程度存在差异，应遵循“特别法条优于一般法条”的处理原则，认定为职务侵占罪。“韩某职务侵占案”认为，只要行为人非法占有本单位财物系利用其职务上的便利，无论其采取的是侵吞、窃取手段，还是骗取等手段，均不影响该行为构成职务侵占罪。

（二）非法占有目的的排除

在判断是否构成职务侵占罪时，除行为方式外，还需考察行为人是否具有非法占有目的。司法实践中，存在多种可排除非法占有目的的情形。

以“段某某职务侵占案”为例，该案指出：当项目公司登记股东与委托代理人形成股权转让协议关系，且委托代理人实际接管项目、承担融资建设风险并行使股东权利时，委托代理人可被认定为实际股东。若实

际股东基于股权转让协议及履行情况行使股东权，将项目与案外人的项目进行股权置换，即便程序存在不规范之处，也不应认定为职务侵占。

五、属于本单位财产

职务侵占罪中“本单位财物”的认定需结合财物属性与权属关系综合判断，具体包括以下维度：

（一）财产类型的法定外延。

1、现存的财物。

现存的财物，是指单位实际占有或管理的有形资产及货币资金。司法实践上，存在两种特殊情形，也被认定为是单位财物。

①私募基金利润。如果行为人利用职务便利截留本属于私募基金的利润归个人所有，属于侵占私募基金管理人代为管理的资金，以职务侵占罪论处。

②保存在个人银行卡内的单位资金。单位将钱款存入行为人名下的银行卡，实际赋予了行为人为单位利益管理该银行卡、保管卡内钱款的职权，若员工通过挂失、补卡等行为将单位钱款取出自用，系利用职务上的便利将本单位财物非法占为己有，以职务侵占罪论处。

2、确定的收益。

确定的收益，指单位依据合同约定、交易习惯或法律规定必然取得的财产，其核心特征是“利益确定性”。司法实践中，以下情形一般被认为是单位财物。

①伪造门票销售所得。首先，行为人伪造门票并非是占有游客的财物，而是单位应得的门票收入。其次，如果行为利用职务便利，将假票冒充真票出售给游客，对持假票的游客予以放行，是掩盖侵占单位票款的手段，成立职务侵占罪。

②超额订货变卖所得。例如，行为人明知公司仅需3吨货，但出于个人目的，订购了

38吨，之后将35吨货物私自变卖，将所得款项占为己有。从性质上来看，行为以公司名义对外签订合同，取得货物，具有职务性，货物也应归属公司。行为人擅自支配35吨货物并占有其变现后的部分金钱侵害的是单位利益，成立职务侵占罪。

③应交付单位的客户资金。职务侵占罪中的“本单位的资金”，既可以是本单位的原有资金，也可以是应当交付给本单位的客户资金。对于单位的应收款项、可得利益等，虽然尚未进入单位账户或者由单位实际控制，仍属于单位的财物。“本单位财物”的保护已明确延伸至“确定的债权”。

3、财产性利益。

财物性利益，指具有经济价值、可通过金钱衡量的非物质性权益，司法实践已认可以下类型：

①网络虚拟财产。如网络游戏中的“装备”“货币”“宠物”等“财产”，具备商品一般属性，寻求法律保护是合理的。例如，行为人利用职务上的便利，在设定的游戏角色身上，通过修改数据生成极品“武器、装备”出售给其他玩家进行获利，构成职务侵占罪。

②公司股份。股份属于股东的财产性利益，可成为财产犯罪对象。但公司职员侵占股权本身通常不构成职务侵占罪，若借此进一步侵占公司财产，则可能构成职务侵占罪。

③加价销售差额。基于合同交易产生的全部货款应归属于单位，行为人私自截留的加价销售差额属于单位合法利益，非法占有的应认定为职务侵占。

（二）财产权属单位，没有争议。

职务侵占罪的成立以财物权属清晰归属单位为前提。

若涉案财物权属存在争议，且缺乏充分证据证明所有权归属于单位的，则不能认定

为犯罪。例如“王某职务侵占案”中，法院以权属不清为由否定了职务侵占罪的成立，说明了“权属无争议”这一构成要件的重要性。

六、犯罪数额与量刑标准

职务侵占罪的定罪量刑以犯罪数额为核心依据，其认定需遵循严格的法律规则与司法实践逻辑，犯罪数额又与量刑档次紧密相关。

（一）犯罪数额。

在计算职务侵占罪的犯罪数额时，行为人为实施犯罪所支付的必要成本不能从犯罪金额中扣除。

例如，侵占数额中部分支付了税费是否应从犯罪数额中扣除，法院认为税费支出属于为完成犯罪所支付的必要成本，不应从犯罪金额中扣除。

从法律层面分析，犯罪成本是行为人为实施犯罪而投入的代价，其本身是犯罪行为的组成部分。若将犯罪成本从犯罪数额中扣除，一方面，这意味着对犯罪成本给予了某种程度的合法化评价；另一方面，会导致被害人可挽回的损失金额减少，实际上是将犯罪成本转嫁到了被害人身上。在司法实践中，为实施职务侵占而支付的中介费、手续费、回扣，以及用于行贿、赠与等费用，均被认定为不应从犯罪数额中扣除。

（二）量刑标准

依据刑法的规定，职务侵占罪的量刑分为“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”三档。

1、数额较大。

数额较大是本罪的立案标准。2022年4月6日最高检、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第七十六条，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法

占为己有，数额在3万元以上的，应予立案追诉。

2、数额巨大。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕9号）第十一条关于“5倍”的规定，职务侵占罪数额巨大的标准为100万以上1500万以下。

3、数额特别巨大。

虽然目前暂无司法解释明确“数额特别巨大”的具体标准，但根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》相关规定及司法实践，可推测数额在1500万元以上的可能属于“数额特别巨大”。

结语：职务侵占罪的犯罪构成要件体系，是刑法理论与司法实践深度交织的产物。从犯罪主体的身份限定、“利用职务便利”的行为本质、“非法占有目的”的主观推定，每个要件均承载着特定的规范价值与实践导向，共同构建起认定该罪名的逻辑框架。对于辩护律师而言，精准把握控方对犯罪构成要件的构建逻辑，如同在迷雾中寻找灯塔，先搭建起完整的控方思维框架，有利于在具体案件中敏锐捕捉漏洞，找到有力辩点。本文从控方角度解构职务侵占罪的各个犯罪构成要件，希望能够帮助实现精准捕捉指控漏洞、构建逻辑严密的辩护体系，最终实现对被告人合法权益的有效维护。

作者简介

程客彬，中共党员，湖北立丰律师事务所高级合伙人，刑事法律专业委员会主任，第一党支部书记。自2017年执业以来，专注于刑事辩护业务，主要以职务犯罪、经济犯罪、金融犯罪等为重点主攻研究方向。

邬雪梅，湖北立丰律师事务所专职律师、刑法学硕士。

组织卖淫及协助组织卖淫的 罪质特征及实务认定

□ 文 / 杨璐



组织卖淫罪与协助组织卖淫罪在构成要件上具有较高的相似性，因此两者易于混淆。尤其在区分组织卖淫罪的从犯与协助组织卖淫罪时，司法实践中常面临“同案异判”的困境，亟需明确法律适用标准。准确界定两罪，对维护司法公正、提升辩护质量至关重要，既能确保法律正确实施，彰显司法公正权威，又能通过细致分析具体案件，助力办案人员及辩护律师精准适用法律，减少错判漏判。

一、组织卖淫罪和协助组织卖淫罪法律规定及解读

（一）组织卖淫罪和协助组织卖淫罪法律规定

《中华人民共和国刑法（2023修正）》第三百五十八条组织、强迫他人卖淫的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。犯前两款罪，并有杀害、伤害、强

奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条以招募、雇佣、纠集等手段，管理或者控制他人卖淫，卖淫人员在三人以上的，应当认定为刑法第三百五十八条规定的“组织他人卖淫”。组织卖淫者是否设置固定的卖淫场所、组织卖淫者人数多少、规模大小，不影响组织卖淫行为的认定。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条明知他人实施组织卖淫犯罪活动而为其招募、运送人员或者充当保镖、打手、管账人等的，依照刑法第三百五十八条第四款的规定，以协助组织卖淫罪定罪处罚，不以组织

卖淫罪的从犯论处。在具有营业执照的会所、洗浴中心等经营场所担任保洁员、收银员、保安员等，从事一般服务性、劳务性工作，仅领取正常薪酬，且无前款所列协助组织卖淫行为的，不认定为协助组织卖淫罪。

最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）的补充规定公通字〔2017〕12号12条将《立案追诉标准（一）》第七十七条修改为：[协助组织卖淫案（刑法第358条第四款）]在组织卖淫的犯罪活动中，帮助招募、运送、培训人员3人以上，或者充当保镖、打手、管账人等，起帮助作用的，应予立案追诉。

（二）组织卖淫罪的法律解析

卖淫行为的法律定义通常基于对性交易中商业性目的的认定。法律一般界定卖淫为成年人（在某些司法辖区包括未成年人）之间，因提供性服务而获取金钱或其他物质报酬的行为。组织卖淫罪法律定义的核心在于“交换性服务”与“经济利益”之间的直接关联。根据现行法律，组织卖淫罪的核心在于通过策划、安排或强迫他人卖淫而从中牟利，这一过程中主观上须有牟利的故意，客观上则需有具体的组织行为。随着社会的演变，新型组织手段不断出现，例如通过网络平台进行招募和协调，增加了法律界定的复杂性。司法实践中，判定此罪时需考量行为人的参与程度、获利状况以及对被组织卖淫者的控制和支配力。同时，法律界定需要平衡打击犯罪与保护被害人权益，特别是对被胁迫、欺诈或在弱势情况下被迫参与卖淫活动的人提供特殊保护。

（三）协助组织卖淫罪法律解析

协助组织卖淫，是指为组织卖淫活动提供便利条件或支持的行为。其法律界定在我国《中华人民共和国刑法》中表现为帮助他人组织、管理、经营卖淫场所或活动，而成为组织卖淫罪的共犯，须具备主观故意，

即明知他人从事卖淫活动并主动提供各种形式的帮助，如提供场地、资金、交通工具、信息技术支持等。同时，该罪名的认定需要考虑协助行为是否达到一定的程度，以及对卖淫活动的进行或扩大是否产生实质影响。近年来，随着技术的发展，利用网络手段协助组织卖淫也是常态，犯罪分子常利用网络隐匿性，远程操控卖淫活动，这增加了证据收集的挑战。不过司法实践中，多方位打击利用社交媒体、即时通信工具等新兴技术进行协助的策略也在逐步完善，加强了对电子数据的证据效力认定。因此，在实务中，明确协助者的行为性质与范围成为该罪名认定的关键。

二、组织卖淫及协助组织卖淫的罪质特征

（一）组织卖淫罪的罪质特征

组织卖淫犯罪行为表现为策划、指挥或组织他人卖淫。这些行为可能包括招募、雇佣、引诱或容留等手段，以聚集和控制多人从事卖淫。这里的“组织”一词涵盖了有计划、有组织地引导他人卖淫的广泛含义。而“多人”指的是至少三人，不论性别。犯罪主体通常是普通主体，即任何达到刑事责任年龄且具备刑事责任能力的自然人都可能成为犯罪主体。具体来说，犯罪者必须年满16岁且具备刑事责任能力。单位本身不能成为犯罪主体，但如果旅馆、餐饮、文化娱乐等行业的员工或负责人利用单位条件组织卖淫，将按照自然人犯罪追究其刑事责任。在主观方面，犯罪者必须是故意的，即明知自己在组织卖淫，并希望或放任这种危害社会的结果发生。尽管通常出于牟利目的，但刑法并未将牟利作为主观要件，因此只要故意组织他人卖淫，即构成犯罪。

（二）协助组织卖淫的罪质特征

在刑法中，协助组织卖淫罪是一个独立的罪名。在司法实践中，除非主犯尚未到

案，否则通常情况下，组织卖淫罪和协助组织卖淫罪会被合并审理和处理。这是因为这两种犯罪行为在本质上具有密切的关联性。具体来说，协助组织卖淫罪的行为人必须实施了对组织他人卖淫犯罪活动起到辅助作用的行为。这些行为可能包括但不限于为组织卖淫的人招募人员、运送人员，或者充当打手、保镖、管账人员等角色，从而为组织卖淫犯罪活动提供便利、创造条件、排除障碍。然而，并非所有在相关场所工作的人士都会被认定为协助组织卖淫罪。例如，在具有营业执照的会所、洗浴中心等经营场所，担任保洁员、收银员、保安员等职位，从事一般的服务性、劳务性工作，并且仅领取正常薪酬的人员，通常不会被认定为协助组织卖淫罪。这是因为这些工作性质本身并不直接涉及协助组织卖淫的犯罪行为，而是属于正常的经营活动的一部分。因此，在司法实践中，辩护律师对于当事人是否协助组织卖淫罪，可以从其工作性质出发结合其具体行为和所起的作用综合评判，从而达到更好的辩护效果。

（三）组织卖淫和协助组织卖淫的社会危害性

组织卖淫及协助组织卖淫犯罪的社会危害性主要体现在对社会秩序、公共安全和道德风尚的侵害。首先，这类犯罪活动直接破坏了公共秩序，尤其是在旅游和经济较发达地区，对当地的治安环境造成严重影响。其次，组织卖淫行为往往伴随着其他违法行为，如贩毒、洗钱和暴力犯罪，形成复杂的犯罪链条，增加了社会治理的难度。此外，卖淫活动的隐蔽性和流动性使得相关违法行为难以根除，增加了执法的挑战。与此同时，卖淫活动可能导致性病的传播，影响公共卫生安全。更为重要的是，这类犯罪行为对社会道德风尚的侵蚀，使得部分人群尤其是青少年对性行为和金钱观念产生错误认知，影响社会风气和价值观念的健康发展。

三、组织卖淫与协助组织卖淫的实务认定及辩护思路

（一）组织卖淫罪实务认定及辩护思路

1、实务认定

针对组织卖淫罪在司法实践中的界定问题，首要任务是明确卖淫行为的定义，“卖淫”在刑法与行政法上有着很大的不同，行政法意义上的卖淫，通常包括口淫、手淫、肛交、性交等行为，刑法意义上的卖淫不同于此，仅包括性交、口交、肛交等进入式色情服务，对于性交之外的肛交、口交等进入式的性行为，也被认定为刑法意义上的卖淫。在刑法领域，组织卖淫罪的构成要件之一是对卖淫者实施管理或控制的组织行为。具体而言，若行为人在组织卖淫活动中对卖淫者的卖淫活动进行直接安排与调度，则该行为人应被认定为组织卖淫罪的犯罪主体。在司法实践中，对于组织卖淫场所的经营者、领班以及直接管理人员，通常认定其为组织者，并依组织卖淫罪予以追究刑事责任。关于组织卖淫罪的认定标准，法律规定卖淫人员的数量需达到三人以上，此“三人以上”之要求，是指在被指控的犯罪期间，行为人需在同一时间段内管理或控制的卖淫人员数量达到三人或以上。此外，组织卖淫罪的成立还要求具备组织性特征，即在人数上需达到一定规模，在空间上需具有一定的稳定性，在时间上需存在重合性。

2、辩护思路

在处理组织卖淫罪的辩护时，可以从以下几个角度进行考虑：

（1）无罪辩护

首先可对于涉案服务的性质进行明确界定：例如，某些非进入式的性服务（如“手淫”“波推”）可能不被认定为刑法意义上的卖淫。根据相关法律解释，如果服务不满足卖淫的核心特征，如涉及他人隐私的性交易，可能不构成组织卖淫罪。其次是明

知与否：如果被告人不知情被指控的组织卖淫活动，或其所参与的内容不完全符合组织卖淫的构成要件，可以主张被告人无罪。

（二）轻罪辩护策略

在辩护过程中，首先可尝试将组织卖淫罪名减轻为相对较轻的罪行，例如容留卖淫罪或协助组织卖淫罪。这些罪名所对应的刑事责任通常较组织卖淫罪为轻。其次，应明确主从犯的区分：若被告人处于从犯地位，应着重阐述其在犯罪组织中的作用相对较小，以此请求法院在量刑时予以从轻考量。

（三）罪轻辩护策略

从非法获利数额角度出发，若被告人虽参与非法获利，但获利金额有限，或在总犯罪所得中所占比例较小，辩护人可据此向法院提出从轻处罚的请求。此外，被告人之犯罪角色与作用亦是辩护的关键：强调被告人在犯罪活动中的辅助角色而非主导地位，有助于实现从轻处罚。

（四）程序法辩护策略

首先，需审视诉讼程序的合法性，确保整个诉讼流程，包括侦查、起诉阶段的合法性，以及证据收集过程的合法性，均严格遵循法律规定。其次，对证据的有效性进行质疑：对检方提出的证据的真实性、相关性及合法性质疑，以削弱检方的证据基础。

综上所述，辩护人应依据案件具体情况，选择最适宜的辩护策略，以最大程度地保护被告人的合法权益。

（二）协助组织卖淫罪实务认定及辩护思路

1、实务认定

协助组织卖淫罪的实务认定涉及多个法律要素和具体的行为表现。以下是根据法律条文和解释，对协助组织卖淫罪的实务认定的详细分析：

根据《中华人民共和国刑法》第三百五十八条规定，在认定行为人是否构成协助

组织卖淫罪时，行为人必须明知他人实施组织卖淫犯罪活动，这是协助组织卖淫罪的主观要件。如果行为人不明知，则不构成此罪，司法实践中，通常通过行为人的陈述、通信记录、资金流动等证据来判断其主观故意。协助组织卖淫行为可以表现为招募、运送人员，充当保镖、打手、管账人等，提供场所、资金支持、技术保障或其他便利条件的行为，也都可以被视作协助行为。协助行为的独立性和重要性也是衡量的标准，其行为应对组织卖淫的实施起到实质性推动作用。这些行为必须在组织卖淫犯罪活动的各个环节中发生，表现形式多种多样。协助组织卖淫罪侵犯的客体是社会管理秩序以及社会风化。犯罪对象是“他人”，不限于妇女，包括男人和女人。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》，以下情形属于协助组织卖淫罪中的情节严重：招募、运送卖淫人员累计达十人以上。招募、运送的卖淫人员中未成年人、孕妇、智障人员、患有严重性病的人累计达五人以上。协助组织境外人员在境内卖淫或者协助组织境内人员出境卖淫。非法获利人民币五十万元以上。造成被招募、运送或者被组织卖淫的人自残、自杀或者其他严重后果。协助组织卖淫罪必须依赖于组织卖淫罪的存在而存在。协助组织卖淫行为实际上就是为他人实施组织卖淫犯罪活动的行为提供方便、创造条件或者排除障碍。

综上所述，协助组织卖淫罪的实务认定需要综合考虑行为人的主观故意、客观行为表现、侵犯的客体和对象，以及行为的严重性。在司法实践中，还需根据具体情况认定行为人的主观明知和客观行为的一致性。

2、辩护思路

在针对协助组织卖淫罪的辩护过程中，核心的辩护策略主要聚焦于以下几个关键点：

(1) 明确区分协助组织卖淫罪与组织卖淫罪的从犯角色：协助组织卖淫罪系一项独立的刑事罪名，主要针对的是在组织卖淫活动中扮演辅助性角色的行为，而非直接参与组织管理的核心环节。因此，辩护的关键在于证实被告人的行为并未构成直接的组织架构，而仅限于提供辅助性帮助。在辩护过程中，应着重阐述被告人在组织内部的具体职能，是否仅限于提供协助，而非行使组织管理的权力。例如，是否仅限于招募、运送相关人员，或提供物质、体力及精神上的支持等。

(2) 对主观明知的否认：辩护人可质疑，否认被告人对组织卖淫活动的明知，强调其是在未知情的情况下提供了帮助。此策略需被告人提供充分的证据以支持其主张，包括但不限于未参与共同犯罪的证明、未涉及策划及组织的证据等。

(3) 对卖淫人数的争议：在处理涉及卖淫人数的案件时，辩护人可通过质疑证据的完整性和准确性，以尝试降低指控的卖淫人数。例如，对查获记录的全面性质疑，是否存在遗漏，或指控的卖淫活动是否真实发生。

(4) 组织行为的明确性和决定性：在辩护过程中，需明确界定“组织”行为的范畴，并评估被告人的行为是否达到组织的标准。组织行为通常涵盖策划、管理及控制等核心环节，若被告人仅扮演辅助角色，未参与这些核心活动，则可能不构成组织卖淫罪。在辩护过程中，详细解读相关法律条款及最高人民法院的司法解释，特别是关于协助组织卖淫罪的具体定义及适用范围，有助于为被告人争取最轻的量刑。

通过上述辩护策略，被告人的辩护人可构建一个多维度、深层次的辩护框架，以期获得对被告人最为有利的结果。

在司法实践中，精确界定组织卖淫罪与协助组织卖淫罪构成了一个关键性挑战。

若此两种罪行的界限模糊不清，将可能引发法律执行过程中的不公与不正，对司法公信力造成负面影响。本文旨在深入探讨这两种罪行，以深化对组织卖淫行为本质及其特征的理解，涵盖其组织架构、运作机制以及各参与者的具体角色与责任，进而有助于制定更为有效的预防与打击策略。明确区分组织卖淫罪与协助组织卖淫罪对于确保量刑的公正性与合理性至关重要。不同罪行应对应不同的法律责任，以避免对某些参与者施加过重或过轻的处罚，确保法律执行的公正性。本研究通过对这两种罪行的深入分析及公众教育，旨在提升社会对卖淫活动的认知，强化公众的法律意识与道德观念，促进社会的健康与稳定发展。此外，本研究亦可为立法与司法机构提供改进法律与政策的建议，帮助其更精准地理解和应对组织卖淫及协助组织卖淫行为，从而提升相关法律实施的效果。综上所述，对组织卖淫罪与协助组织卖淫罪的研究不仅对法律实践中的精确区分与公正执法具有重要意义，而且对于提升社会对这一严重社会问题的认识与应对能力，具有深远的理论与实践价值。

作者简介

杨璐，湖北立丰律师事务所合伙人，企业合规师（高级），湖北省高级人民法院值班律师，湖北省人民检察院值班律师，武汉市青山区司法局社区律师，江夏区司法局村居律师，江夏区公共法律援助中心律师，湖北广播电视信息网络股份有限公司武汉分公司顾问律师，武汉万达集团商业管理和武汉万达汉秀剧场常年法律服务顾问律师。

湖北立丰律师事务所简介

湖北立丰律师事务所（以下简称“立丰所”）于1995年底成立，是我国较早成立的合伙制律师事务所。立丰所是全国优秀律师事务所、中国百强律师事务所。总部设立在湖北武汉市，在上海市、海口市、十堰市、襄阳市、荆州市、西藏、武汉青山区、武汉江岸区，设有分所。

立丰所始终注重培养和引进优秀专业人才，现有各类执业律师及助理人员230余名。立丰所律师大多毕业于国内著名法学院校，多名律师有司法机关、党政部门和高等院校工作的经历。多名资深律师被授予众多荣誉或担任各类社会职务，主要有：中华全国律协刑事法律专业委员会委员，中国刑事诉讼法学研究会理事及刑事辩护专业委员会委员，湖北省十佳律师，湖北省律师协会副会长，湖北省法学会常务理事及学术委员会委员，湖北省法学会律师法学研究会会长，湖北省法学会刑法研究会副会长，湖北省法学会犯罪学研究会副会长，湖北省法学会民商法学研究会副会长，湖北省法学会诉讼法学研究会副会长，湖北省律师协会刑事法律专业委员会主任，西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长，中南财经政法大学刑事辩护研究院副院长，中南财经政法大学、西北政法大学兼职教授，湖北省人大常委会法律顾问，湖北省委统战部法律顾问，以及部分省直和市州县政府部门律师顾问。

立丰所拥有3500平方米的高档写字楼，具有现代化的办公条件和优雅的办公环境。立丰所坚持走规范化、规模化、专业化、品牌化的发展方向，推崇总所与分所一体化的严格管理，注重文化建设，充分发挥专业、资源与团队优势，竭诚为委托人及社会各界提供优质高效的法律服务。数年的耕耘，立丰所已在业内外有较高的知名度、良好的声誉及广泛的社会影响，历年获得具有代表性的荣誉有：全国优秀律师事务所、湖北省“专精特新”律师事务所、湖北省优秀律师事务所、文明律师事务所及优秀基层党组织、湖北省十佳律师事务所、湖北省AAA信用等级律师事务所、湖北省司法行政系统创文明行业工作律师行业先进示范点和省委省政府授予的先进单位。

为提升立丰所律师的理论研究水平和实务技能，进一步推进法律业务的专业化程度，推动知识分享、经验交流，寻求资源共享、优势互补，塑造立丰所专业品牌、提升社会形象及行业影响力，实现立丰所的创新管理、建设与发展，立丰所成立了研究院。

立丰所的优势不仅体现在专业化分工基础上的“专”，还体现在团队合作层面的“全”，立丰所律师团队始终走在法律服务业的最前沿，确立了在律师行业具有代表性的专业地位，形成了刑事辩护、建设工程和房地产诉讼、非诉讼法律服务等有特色优势的重点专业领域。